المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة والحبر المدقق الفهامة شيخ الاسلام موفق الدين
﴿ أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ﴾ المتوفي سنة ٦٢٠
على مختصر ﴿ أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد الخرقي ﴾

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع تأليف الشيخ الامام العالم العامل شيخ الاسلام وقدوة الانام بقية السلف
الكرام ﴿ شمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الشيخ الامام العالم العامل الزاهد
أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ﴾ المتوفي سنة ٦٨٢

كلاهما على مذهب امام الأئمة ومحيي السنة الامام ﴿ أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل
الشيباني رضي الله عنه وعنهم وجزاهم عن أنفسهم وعن المسلمين أفضل الجزاء

الجزء الاول

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

المغني

و

الشرح الكبير

طبعة جديدة بالأوفست
بعناية
جماعة من العلماء
١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م
دار الكتاب العربي
بيروت - لبنان

ترجمة

صاحب المغني الشهير، وصاحب الشرح الكبير

والتعريف بالكتابين

﴿ ترجمة الشيخ الموفق مؤلف المغني ﴾

﴿ جمع لنا هذه الترجمة فقيه الحنابلة في ديار الشام صديقنا الاستاذ الشيخ عبدالقادر بدران ﴾

هو عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبدالله المقدمي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الزاهد الامام شيخ الاسلام وأحد الاعلام موفق الدين أبو محمد ولد في شعبان سنة إحدى وأربعين وخمسمائة بجماعيل وقدم دمشق مع أهله وله عشر سنين فقرأ القرآن وحفظ مختصر الخرقي واشتغل وسمع من والده وأبي المكارم بن هلال وأبي المعالي بن صابر وغيرهما ، ورحل إلى بغداد هو وابن خالته الحافظ عبدالغني سنة إحدى وستين وخمسمائة وسمعا الكثير من هبة الله الدقاق وابن البطي وسعد الله الدجاجي والشيخ عبدالقادر الجيلاني وابن تاج القراء وابن شافع وأبي زرعة ويحي بن ثابت وخلق كثير وسمع بمكة من المبارك بن الطباخ مدة يسيرة فقرأ عليه متن الخرقي ثم توفي الشيخ ولازم أبا الفتح بن المنى وقرأ عليه المذهب والخلاف والاصول حتى برع ، وأقام ببغداد نحوا من أربع سنين هكذا ذكره الحافظ ضياء الدين المقدسي ثم رجع إلى دمشق ثم عاد إلى بغداد سنة سبع وستين كذا قال سبط ابن الجوزي

وذكر الناصح بن الحنبلي أنه حج سنة أربع وسبعين ورجع مع وفد العراق الى بغداد وأقام بها سنة فسمع درس ابن المني الحنبلي ، قال ابن الناصح وكنت أنا قد دخلت بغداد سنة ثنتين وسبعين واشتغلنا جميعا على الشيخ أبي الفتح ثم رجع الى دمشق واشتغل بتصنيف كتاب (المغني في شرح الخرقي) فبلغ الامل في اتمامه وهو كتاب بليغ في المذهب عشر مجلدات بخطه تعب عليه وأجاد فيه وجمل فيه المذهب ، وقرأه عليه جماعة وانتفع بعلمه طائفة كثيرة . قال ونشأ على سمت أبيه وأخيه في الخير والعبادة ، وغلب عليه الاشتغال بالفقه والعلم

وقال سبط ابن الجوزي كان إماما في فنون (١) ولم يكن في زمانه بعد أخيه أبي عمر والعماد أزهد ولا أورع منه ، وكان كثير الحياء عزوفا عن الدنيا وأهلها ، هينا لينا متواضعا محبا للمساكين ، حسن الاخلاق ، جواداً سخيا ، من رآه كأنما رأى بعض الصحابة ، وكأن النور يخرج من وجهه ، كثير العبادة يقرأ كل يوم وليلة سبعا من القرآن ، ولا يصلي ركعتي السنة في الغالب إلا في بيته اتباعا للسنة ، قال السبط المذكور وكان يحضر مجالسي دائما في جامع دمشق وقاسيون . وقال أيضا شاهدت من الشيخ أبي عمر وأخيه الموفق ونسيبه العماد مانرويه عن الصحابة والاولياء والافراد فانساني حالهم أهلي وأوطاني ، ثم عدت اليهم على نية الاقامة ، عسى أن أكون معهم في دار المقامة

وقال ابن النجار كان الشيخ موفق الدين امام الحنابلة بالجامع وكان ثقة حجة نبيلا غزير الفضل كامل العقل شديد التثبت دائم السكون حسن السمت نزيها ورعا عابداً على قانون السلف ، على

---

(١) لعله سقط من هنا وصف للفنون بكونها كثيرة أو عديدة

وجهه النور ، وعليه الوقار والهيبة ، ينتفع الرجل برؤيته قبل أن يسمع كلامه . صنف التصانيف المليحة في المذهب والخلاف ، وقصده التلامذة والاصحاب وسار اسمه في البلاد واشتهر ذكره ، وكان حسن المعرفة بالحديث ، وله يد في العربية

وقال الحافظ عمر بن الحاجب في معجمه : هو إمام الأئمة ، ومفتي الامة ، خصه الله بالفضل الوافر ، والخاطر العاطر ، والعلم الكامل ، طنت بذكره الامصار ، وضنت بمثله الاعصار ، قد أخذ بمجامع الحقائق النقلية والعقلية ، فأما الحديث فهو سابق فرسانه ، وأما الفقه فهو فارس ميدانه ، أعرف الناس بالفتيا ، وله المؤلفات الغزيرة ، وما أظن الزمان يسمح بمثله ، متواضع عند الخاصة والعامة ، حسن الاعتقاد ، ذو أناة وحلم ووقار ، وكان مجلسه عامراً بالفقهاء والمحدثين وأهل الخير وصار في آخر عمره يقصده كل أحد وكان كثير العبادة دائم التهجد ، لم نر مثله ولم ير هو مثل نفسه

وقال أبو شامة : كان شيخ الحنابلة موفق الدين إماما من أئمة المسلمين ، وعلما من أعلام الدين في العلم والعمل ، صنف كتبا حسانا في الفقه وغيره ، عارفا بمعاني الاخبار والآثار ، سمعت عليه أشياء ، وكان بعد موت أخيه أبي عمر هو الذي يؤم بالجامع المظفري ويخطب يوم الجمعة اذا حضر ، فان لم يحضر فعبدالله بن أبي عمر هو الخطيب والامام . وأما في محراب الحنابلة في جامع دمشق (هو عند باب المأذنة الغربية) فان الموفق كان يصلي فيه إذا كان في البلد ، واذا مضى الى الجبل صلى العماد أخو الحافظ عبدالغني المقدسي وبعد موت العماد كان يصلي فيه أبو سليمان ابن الحافظ عبدالغني مالم يحضر الموفق ، وكان بين العشاءين ينتقل حذاء المحراب . وجاء مرة الملك العزيز بن الملك العادل (هو صاحب المدرسة العزيزية) يزوره فصادفه يصلي فجلس بالقرب منه إلى أن فرغ من صلاته ثم اجتمع به ولم يتجوز في صلاته ، وكان اذا فرغ من صلاة العشاء الآخرة يمضي الى بيته بالصيف ومعه من فقراء الحنابلة من قدره الله تعالى فيقدم لهم ماتيسر يأكلونه معه

ومن أظرف ماحكي لي عنه أنه كان يجعل في عمامته ورقة مصرورة فيها رمل يرمل به ما يكتبه للناس من الفتاوى والاجازات وغيرها ، فاتفق أن خطفت عمامته ليلة من الليالي فقال لخاطفها : ياأخي خذ من العمامة الورقة المصرورة بما فيها ورد العمامة أغطي بها رأسي وأنت في أوسع الحل مما في الورقة ، فظن الخاطف أنها فضة ورآها ثقيلة فأخذها ورد العمامة وكانت صغيرة عتيقة ، فرأى أخذ الورقة خيراً منها بدرجات ، فخلص الشيخ عمامته بهذا الوجه اللطيف

وبلغني من غير وجه عن الامام أبي العباس أحمد بن تيمية رحمه الله أنه قال : مادخل الشام بعد الاوزاعي أفقه من الشيخ الموفق رحمه الله . وقد أفرد الحافظ ضياء الدين المقدسي سيرة الشيخ في جزءين ، وكذلك أفردها الحافظ الذهبي

قال الضياء : كان رحمه الله اماما في القرآن وتفسيره ، اماما في علم الحديث ومشكلاته ، اماما في الفقه أوحد زمانه فيه ، اماما في علم الخلاف أوحد زمانه في الفرائض ، اماما في أصول الفقه ،

اماما في النحو ، إماما في الحساب، اماما في النجوم السيارة والمنازل . قال ولما قدم بغداد قال له الشيخ أبو الفتح ابن المنى : اسكن هنا فان بغداد مفتقرة اليك وأنت تخرج من بغداد ولا تخلف فيها مثلك . قال وكان شيخنا العماد يعظم الشيخ الموفق تعظيما كثيراً ويدعو له ويقعد بين يديه كما يقعد المتعلم من العالم ، وسمعت الامام المفتي شيخنا أبا بكر محمد بن معالي بن غنيمة ببغداد يقول :ماأعرف أحداً في زماننا أدرك درجة الاجتهاد الا الموفق : وسمعت أبا عمرو بن الصلاح المفتي يقول : مارأيت مثل الشيخ الموفق . وقال الشيخ عبدالله اليونيني : ما اعتقد أن شخصا ممن رأيته حصل له من الكمال في العلوم والصفات الحميدة التي يحصل بها الكمال سواه ، فانه رحمه الله كان كاملا في صورته ومعناه من الحسن والاحسان ، والحلم والسؤدد ، والعلوم المختلفة ، والاخلاق الحميدة ، والامور التي مارأيتها كملت في غيره . وقد رأيت من كرم أخلاقه ، وحسن عشرته ، ووفور حلمه وكثرة علمه ، وغزير فطنته ، وكمال مروءته ، وشدة حيائه ، ودوام بشره ، وعزوف نفسه عن الدنيا وأهلها ، والمناصب وأربابها ، ماقد عجز عنه كبار الاولياء فان رسول الله ﷺ قال « ما أنعم الله تعالى على عبد نعمة أفضل من أن يلهمه ذكره » فقد ثبت بهذا أن الهام الذكر أفضل الكرامات ، وأفضل الذكر مايتعدى نفعه الى العباد ، وهو تعليم العلم والسنة ، وأعظم من ذلك وأحسن ما كان جبلة وطبعا[1] كالحلم والكرم والعقل والحياء ، وكان قد جبله الله على خلق شريف ، وأفرغ عليه المكارم افراغا وأسبغ عليه النعم لطوف به في كل حال ، قال وكان لايكاد يناظر أحدا إلا وهو يتبسم حتى قال بعض الناس هذا الشيخ يقتل بتبسمه خصمه . قال : وأقام مدة يعمل حلقة يوم الجمعة بجامع دمشق يناظر فيها بعد الصلاة ثم ترك ذلك في آخر عمره ، وكان يشتغل عليه الناس من بكرة الى ارتفاع النهار ، ثم يقرأ عليه بعد الظهر إما الحديث وإما من تصانيفه إلى المغرب ، وربما قريء عليه بعد المغرب وهو يتعشى وكان لايرى لاحد ضجرا وربما تضرر في نفسه ولا يقول لاحد شيئا

ذكر شيء من كراماته

قال سبط ابن الجوزي : حكى أبو عبد الله بن فضل الاعناكي قال : قلت في نفسي لو كان لي قدرة لبنيت للموفق مدرسة وأعطيته كل يوم ألف درهم قال فجئت بعد أيام فسلمت عليه فنظر الي وتبسم وقال : اذا نوى الشخص نية كتب له أجرها

وحكى أبو الحسن بن حمدان الجراعي قال: كنت أبغض الحنابلة لما يشنع عليهم من سوء الاعتقاد فمرضت مرضا شنج أعضائي وأقمت سبعة عشر يوما لا أتحرك وتمنيت الموت فلما كان وقت العشاء جاءني الموفق وقرأ علي آيات وقال (وننزل من القرآن ماهو شفاء ورحمة للمؤمنين) ومسح على ظهري

(١) يعني ماصار بكثرة تعوده كالحلم والحياء وغيرهما من الاخلاق والطباع

فأحسست بالعافية وقام فقلت ياجارية افتحي له الباب فقال . أنا أروح من حيث جئت وغاب عن عيني فقمت من ساعتي الى بيت الوضوء فلما أصبحت دخلت الجامع فصليت الفجر خلف الموفق وصافحته فعصر يدي وقال : احذر أن تقول شيئا فقلت : أقول وأقول

قال قوام جامع دمشق : كان الموفق ليلة يبيت بالجامع تفتح له الابواب فيخرج ويعود فتغلق على حالها وحدث العفيف كتائب بن أحمد بن مهدي البانيامي بعد موت الشيخ الموفق بايام قال: رأيت الشيخ الموفق على حافة النهر يتوضأ فلما توضأ أخذ قبقابه ومشى على الماء الى الجانب الآخر ، ثم لبس القبقاب وصعد إلى المدرسة يعني مدرسة أخيه أبي عمر (بصالحية دمشق ويقال لها العمرية وهي الآن خراب) ثم حلف كتائب بالله لقد رأيته ومالي في الكذب حاجة وكتمت ذلك في حياته ، فقيل له : هل رآك ؟ فقال لا ولم يكن ثم أحد وكان وقت الظهر فقيل له : هل كانت رجلاه تغوص ؟ قال لا الا أنه كأنه يمشي على وطاء قال الحافظ ابن رجب : قرأت بخط الحافظ الذهبي سمعت رفيقنا أبا طاهر أحمد الدريني سمعت الشيخ ابراهيم بن أحمد بن حاتم وزرت معه قبر الشيخ الموفق فقال سمعت الفقيه محمد اليوسفي شيخنا يقول : رأيت الشيخ الموفق يمشي على الماء (١)

وقال الامام شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي في آخر كتابه (المطلع على أبواب المقنع) في ترجمة الموفق ولد بقرية جماعيل بفتح الجيم وتشديد الميم من جبل نابلس من الارض المقدسة في شعبان سنة احدى وأربعين وخمسمائة ولما ترعرع رحل في طلب العلم إلى بغداد ثلاث مرات للاخذ عن علمائها ثم رجع الى دمشق واشتغل بالاشتغال والتصنيف قال: وكان شديد التواضع حسن

(١) ورد في كتبنا أن عيسى عليه السلام مشى على الماء وكذا بعض الصالحين ، واذا كان هذا مخالفا لسنة الله تعالى في الاجسام فليس مخالفا لسنته في الارواح فان لها قوة على التحليل والتركيب وجعل الكثيف من المادة لطيفا واللطيف كثيفا ، وإن أصحاب المذهب الروحاني من الافرنج قد رووا أنه وقع لبعض الناس عندهم أن تجردت روحه من جسمه فى مادة لطيفه وبقي جسمه حيا مستلقيا أمامه وهو يرى قلبه فى جوفه يخفق فيه . ولكن وقع هذا بغير اختياره وكانت روحه المتجردة فى شبح من الاثير أو غيره ترى ما وراء جدران حجرته الخ فعلى هذا لا يستغرب من أصحاب الارواح العالية ولا سيما عيسى المخلوق من روح الله أن تصل إلى درجة القدرة على التجرد والتمثيل كما تتمثل الملائكة . ومن فروع هذه النظرية النفوذ من الكثائف كما ينفذ الاثير والمشي على الماء والطيران فى الجواء وما يسمونه طي الارض أي قطع المسافات الطويلة في المدة القليلة . وبه فسر بعض الصوفية حديث الاسراء . واذكر على سبيل التقريب انني أحييت مرة ليلة العيد كلها بالتكبير والصلاة ثم خلوت بعد صلاة العيد فى حجرة العبادة والمطالعة وطفقت أقرأ في كتاب التوحيد والتوكل من الاحياء فغلبت علي الروحانية حتى شعرت بأنه لم يبق لي ثقل البتة وأنني لو ألقيت نفسي من نافذة الغرفة على الارض لا يصيبني أذى كانني ريشة طائر . ثم زال هذا الشعور بالتدريج . وكتبه مصححه احتجاجا على الماديين بما يألفون

الاخلاق والشيم ، ذا رأي ومعرفة ، قليل الاهتمام بالدنيا ، مفوضا أمره إلى الله ، كثير التعبد حسنه ذا كرامات ظاهرة كثيرة فلذلك نفع الله الخلق به في حياته ، واتصل النفع به بعد موته بتصانيفه ، بحيث لا يكاد يستغني عنها أحد من أهل مذهبه ، ثم قال توفي بدمشق ودفن بجبل قاسيون تحت المغارة المعروفة بمغارة التوبة انتهى ملخصا

ذكر تصانيفه

قال الحافظ ابن رجب في طبقات الحنابلة : له التصانيف الكثيرة الحسنة في المذهب فروعا وأصولا وفي الحديث واللغة والزهد والرقائق ، وتصانيف في أصول الدين في غاية الحسن ، أكثرها على طريقة المحدثين مشحونة بالاحاديث والآثار بالاسانيد كما هي طريقة الامام أحمد وأئمة الحديث ، ولم يكن يرى الخوض مع المتكلمين في دقائق الكلام ولو كان بالرد عليهم ، وهذه طريقة أحمد والمتقدمين . وكان كثير المتابعة للمنقول في باب الاصول وغيره ، لا يرى اطلاق مالم يؤثر من العبارات ، ويأمر بالاقرار والامرار لما جاء في الكتاب والسنة من الصفات ، من غير تغيير ولا تكييف ، ولا تمثيل ولا تحريف ، ولا تأويل ولا تعطيل .

فمن تصانيفه في أصول الدين (١) البرهان في مسألة القرآن جزء (٢) جواب مسئلة وردت من صرخد في القرآن جزء (٣) الاعتقاد جزء (٤) مسألة العلو جزآن (٥) ذم التأويل جزء (٦) كتاب القدر جزآن (٧) كتاب فضائل الصحابة جزآن ، وأظنه منهاج القاصدين في فضائل الخلفاء الراشدين (٨) رسالة الى الشيخ فخر الدين بن تيمية في تخليد أهل البدع في النار (٩) مسئلة في تحريم النظر في كتب أهل الكلام .

ومن تصانيفه في الحديث (١٠) مختصر العلل للخلال مجلد ضخم (١١) مشيخة شيوخه جزء (١٢) مشيخة أخرى أجزاء كثيرة خرجها

ومن تصانيفه في الفقه (١٣) المغني عشر مجلدات بخطه (١٤) الكافي أربع مجلدات (١٥) المقنع مجلد (١٦) مختصر الهداية لابي الخطاب مجلد (١٧) العمدة مجلد صغير (١٨) مناسك الحج جزء (١٩) ذم الوسواس جزء ، وله فتاوى ومسائل منثورة ورسائل شيء كثير ، وله في أصول الفقه (٢٠) روضة الناظر وجنة المناظر ، وله في اللغة والانساب ونحو ذلك (٢١) قنعة الاريب في الغريب مجلد صغير (٢٢) التبيين في نسب القرشيين مجلد (٢٣) الاستبصار في نسب الانصار مجلد

وله في الفضائل والزهد والرقائق ونحو ذلك (٢٤) كتاب التوابين جزآن (٢٥) كتاب المتحابين في الله جزآن (٢٦) كتاب الرقة والبكاء جزآن (٢٧) فضائل عاشوراء جزء (٢٨) فضائل العشر جزء

انتفع بتصانيفه المسلمون عموما وأهل المذهب خصوصا وانتشرت واشتهرت بحسن قصده واخلاصه في تصنيفها ولاسيما كتابه (المغني) فانه عظم به النفع وكثر الثناء به عليه قال الحافظ الضياء:

رأيت الامام أحمد بن حنبل في النوم وألقى علي مسألة في الفقه فقلت: هذه في الخرقي فقال: ما قصر صاحبكم الموفق في شرح الخرقي. قال ابن رجب: قرأت بخط الحافظ الذهبي قال سمعت الشيخ علاء الدين المقدسي قلت وقد أجاز لي المقدسي هذا قال: سمعت شيخنا أبا العباس أحمد بن تيمية قال الذهبي وأظنني سمعت ذلك من شيخنا أبي العباس بن تيمية يقول: قال لي الشيخ تاج الدين عبد الرحمن بن ابراهيم الفزاري كان الشيخ عز الدين بن عبدالسلام شيخنا يرسلني استعيرله المحلى والمجلى (كتابان لابن حزم في مذهب الظاهرية أحدهما متن والآخر شرح) من ابن عربي وقال: قال الشيخ عز الدين ما رأيت في كتب الاسلام في العلم مثل المحلى والمجلى وكتاب المغني للشيخ موفق الدين بن قدامة في جودتهما وتحقيق ما فيهما ونقل عن ابن عبدالسلام أيضا أنه قال: لم تطب نفسي بالفتيا حتى صارت نسخة من المغني عندي قال ابن رجب مع أنه يسامي الشيخ في زمانه[1] اهـ فانظر الى الانصاف

وقال العلامة الاديب الشيخ يحيى بن يوسف الصرصري الحنبلي من قصيدة طويلة يثني بها على الله عز وجل ويمدح النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم ويذكر جماعة من التابعين وتابعيهم ويذكر الامام أحمد رضي الله عنه وجماعة من أصحابه:

وفي عصرنا كان الموفق حجة ... على فقهه الثبت الاصول معولي
كفى الخلق (بالكافي) واقنع طالبا ... (بمقنع) فقه عن كتاب مطول
واغنى (بمغني) الفقه من كان باحثا ... و(عمدته) من يعتمدها يحصل
(وروضته)ذات الاصول كروضة ... أماست بها الازهار أنفاس شمأل
تدل على المنطوق أقوى دلالة ... وتحمل في المفهوم أحسن محمل

وللشيخ موفق الدين نظم كثير حسن وقيل إن له قصيدة في عويص اللغة طويلة وله مقطعات من الشعر (منها قوله)

أتغفل ياابن أحمد والمنايا ... شوارع يخترمنك عن قريب
أغرك أن تخطتك الرزايا ... فكم للموت من سهم مصيب
كؤوس الموت دائرة علينا ... وما للمرء بد من نصيب
إلى كم تجعل التسويف دأبا ... أما يكفيك انذار المشيب
أما يكفيك أنك كل حين ... تمر بقبر خل أو حبيب
كأنك قد لحقت بهم قريباً ... ولا يغنيك افراط النحيب

---

(١) أقول بل وصل الشيخ عز الدين الى درجة من الشهرة لم يصل اليها الشيخ الموفق فصار يلقب بسلطان العلماء وانتهت اليه الرياسة في مصر بلا نزاع من العلماء ولا من السلاطين والحكام واعترف له العلماء بالاجتهاد المطلق

وله أيضاً :

أبعد بياض الشعر أعمر مسكناً سوى القبر ؟ إني إن فعلت لأحمق
يخبرني شيبي بأني ميت وشيكاً وينعاني إليّ فيصدق
تخرق عمري كل يوم وليلة فهل مستطيع رفو ما يتخرق
كأني بجسمي فوق نعشي ممدداً فمن ساكن أو معول يتحرق
اذا سئلوا عني أجابوا وأعولوا وأدمعهم تنهل : هذا الموفق
وغيبت في صدع من الارض ضيق وأودعت لحداً فوقه الصخر مطبق
ويحثو عليّ الترب أوثق صاحب ويسلمني للقبر من هو مشفق
فيارب كن لي مؤنساً يوم وحشتي فاني لما أنزلته لمصدق
وما ضرني أني إلى الله صائر ومن هو من أهلي أبر وأرفق

ومن كلامه أيضاً ماذكره أبو شامة وهو

لاتجلسن بباب من يأبى عليك دخول داره
وتقول حاجاتي اليه يعوقها إن لم أداره
أتركه واقصد ربها تقضى ورب الدار كاره

تفقه على الموفق خلق كثير منهم ابن أخيه الشيخ شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر شارح المقنع وغيره وسمع منه الحديث خلائق من الأئمة والحفاظ وغيرهم وحدث ببغداد وغيرها . وكانت وفاته يوم السبت يوم عيد الفطر سنة عشرين وستمائة بمنزله بدمشق ، وصلي عليه من الغد وحمل إلى سفح قاسيون فدفن به ، وكان الجمع عظيما امتد الناس في طرق الجبل فملؤوه

كان للموفق أولاد ذكور وإناث ماتوا كلهم في حياته ، ولم يعقب من أولاده سوى ولد يقال له عيسى فانه خلف ولدين صالحين وماتا وانقطع عقبه (قلت لئن انقطع عقبه من الاولاد فلم ينقطع أثره من العلم)

قال الشيخ صلاح الدين أبو عيسى موسى بن محمد بن خلف بن راجح المقدسي يرثي الموفق

لم يبق لي بعد الموفق رغبة في العيش ان العيش سم منقع
صدر الزمان وعينه وطرازه والعالم والزاهد المتورع (١)
بحر العلوم أبو الفضائل كلها شمل الشريعة بعده لايجمع
كان ابن أحمد في مقام محمد ان هالهم أمر اليه يفزعوا

---

(١) كذا وانما يتم وزنه باشباع ضمة ميم العالم كما أشبع مدلوله من العلم وكان له أن يقول * والزاهد العلامة المتورع *

فيبين مشكله ويوضح سره ... ويذب عن دين الاله ويدفع
ببصيرة يجلو الظلام ضياؤها ... تبدي العجائب نورها يتشعشع
فاليوم قد أضحى الزمان وأهله ... غرضا لكل بلية تتنوع
والعلم قد أمسى كأن بواكيا ... تبكي عليه وجله متقطع
وتعطلت تلك المجالس وانقضت ... تلك المحافل ليتها لو ترجع
هيهات بعدك ياموفق نرتجي ... للناس خيراً أو مقالا يسمع
لله درك كم لشخصك من يد ... بيضاء في كل الفضائل ترتع
قد كنت عبداً طائعاً لاتنثني ... عن باب ربك في العبادة توسع
كم ليلة أحييتها وعمرتها ... والله ينظر والخلائق هجع
تتلو كتاب الله في جنح الدجى ... كزبور داود النبي ترجع
لو كان يمكن من فدائك رخصة ... لفدتك أفئدة عليك تقطع

﴿ التعريف بالشرح الكبير وترجمة مؤلفه ﴾

كتبه لنا صديقنا فقيه حنابلة الشام الاستاذ الشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن بدران صاحب كتاب (المدخل إلى مذهب الامام أحمد بن حنبل)

﴿ الشرح الكبير المسمى بالشافي شرح المقنع ﴾

هذا الكتاب تصنيف الامام عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، جعله مصنفه شرحا لكتاب عمه المسمى بالمقنع وقال في خطبته : اعتمدت في جمعه على كتاب المغني وذكرت فيه من غيره مالم أجده فيه من الفروع والوجوه والروايات ولم أترك من كتاب المغني إلا شيئا يسيراً من الادلة وعزوت من الاحاديث مالم يعز مما أمكنني عزوه . هذا كلامه وبالجملة فطريقته فيه انه يذكر المسئلة من المقنع فيجعلها كالترجمة ثم يذكر مذهب الموافق فيها والمخالف لها ويذكر مالكل من دليل، ثم يستدل ويعلل للمختار ويزيف دليل المخالف فسلكه مسلك الاجتهاد إلا أنه اجتهاد مقيد بمذهب الامام أحمد . هذا مادخلته في المدخل

﴿ ترجمة الشارح ﴾

قال البرهان ابراهيم بن مفلح في (المقصد الارشد) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ثم الصالحي الامام الفقيه الزاهد الخطيب قاضي القضاة شمس الدين سمع من أبيه الشيخ أبي عمر وعمه الشيخ موفق الدين وعني بالحديث وكتبه بخطه الاجزاء والطباق وتفقه على عمه فقرأ عليه المقنع وأذن له في اقرائه واصلاح ماراه فيه .وشرحه في عشر مجلدات مستمداً من المغني وأخذ الاصول

عن السيف الآمدي . درس وأفتى واقرأ العلم زماناطويلاوانتفع بهالناس وانتهت اليهرياسة المذهب في عصره بل رياسة العلم في زمانه وكان معظما عند الخاص والعام واقد أثنى عليه الأئمة منهم اسماعيل بن الخباز والذهبي وكان الشيخ محيي الدين النووي يقول هو أجل شيوخي وهو أول من ولي قضاء الحنابلة بالشام فوليه مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة على كره منه ولم يتناول عليه معلوما في عمره ثم عزل نفسه وبقي قضاء الحنابلة شاغراً مدةحتى وليهولده نجم الدين وكان رحمةالمسلمين ولولاه لراحت أملاك الناس لما تعرض لها السلطان فقام فيها قيام المؤمنين وأثبتها لهم وعاداه جماعة الحكام وعملوا في حقه المجهود وتحدثوا فيه بما لايليق ونصره الله عليهم بحسن نيته ويكفيه هذا عند الله تعالى

أخذ عنه العلم جماعة منهم الشيخ تقي الدين ابن تيمية والشيخ مجد الدين اسماعيل بن محمد الحراني وكان يقول مارأت عيناي مثله وحدث عنه أبو عبدالله بن الخباز وأحمد بن عبدالرحمن الحريري وغيرهم توفي ليلة الثلاثاء سلخ ربيع الآخر سنة اثنتين وثمانين وستمائة ودفن من الغدعندوالده بسفح قاسيون[1] وكانت جنازته حافلة لم ير من دهر طويل مثلها انتهى

كلمة في فوائد كتابي المغني والشرح الكبير

يقول محمد رشيد رضا صاحب منار الاسلام :

كنت رأيت كلمة سلطان العلماء في عصره الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى في تفضيل كتابي المحلى لابن حزم والمغني للشيخ الموفق على غيرهما من كتب الفقه الاسلامي قبل أن أراهما ، فدعتني الرغبة في تعرف قيمة هذه الشهادة إلى الاختلاف إلى خزانة الكتب الكبرى (المكتبة المصرية) مراراً للنظر في الكتابين ، وقرأت عدة مسائل من كل منهما رأيتها كافية في معرفة قيمة الشهادة وصحة الحكم ، وعلمت أن العلماء الذين قالوا إن ابن عبد السلام وصل إلى رتبة الاجتهاد المطلق لم يقولوا إلا الحق

فاما كتاب المحلى فهو كتاب اجتهاد مطلق وصاحبه أبو محمد ابن حزم امام الظاهرية في عصره ، وهو صاحب القلم السيال واللسان الفصيح والحجة الناهضة ، والعارضة التي تأبى المعارضة ، ولولا سلاطة لسانه في الرد على مخالفيه من أئمة أصحاب الرأي وأهل القياس لاتسع نطاق مذهبه ، وكثر الانتفاع بالمحلى وغيره من كتبه ، فهو يذكر المسألة ويستدل عليها ، ويرد على المخالفين فيها ، على قواعد الظاهرية من الأخذ بالنصوص المأثورة ، أو البراءة الاصلية ، ولكنه لا يكتفي بمقارعتهم بالدليل ، بل يرميهم بالجهل والتضليل ، غير هياب لعلو أقدارهم ، ولا وجل من كثرة أتباعهم وأنصارهم ، واذا أراد الله تعالى أن يتجدد فقه الاسلام فلا بد أن يعرف المجددون له من قدر كتابه ماعرف العز بن عبد السلام ، ولا بد أن يطبعوه في يوم من الايام

«١» تقدم في ترجمة الموفق أنه قاسيون فهل هذا غير ذاك ؟

وأما المغني فصاحبه الموفق فقيه حنبلي ، وهو مع ذلك محدث أثري ، وقد ألف عدة كتب في فقه الحنابلة ، وأراد أن يكون كتابه المغني في فقه المسلمين كافة ، فهو يذكر أقوال علماء الصحابة والتابعين وعلماء الامصار المشهورين ، كالأئمة المتبوعين ، ويحكي أدلة كل منهم ، واذا رجح مذهب الحنابلة في كثير من المسائل فهو لاينتقص غيرهم ، ولا يحمله التعصب على كتمان شيء من أدلتهم ، ولا على تكلف الطعن فيها كما يفعل أهل الجمود من المقلدين ، فالمزية الاولى لكتاب المغني أنه لخص لنا مذاهب فقهاء المسلمين المجتهدين بأدلتها في أمهات الاحكام ومهمات المسائل فأغنانا عن مراجعة كتب المذاهب الكثيرة فيما نحتاج إلى الوقوف عليه منها ، وعن مراجعة كتب السنن والآثار لمعرفة أدلتها ومذاهب الصحابة والتابعين ومسائل الاجماع والخلاف ، على أن المصنفات التي تتوسع في رواية هذه الآثار لم تطبع ونسخها الخطية قليلة الوجود كمصنفات ابن أبي شيبة وعبدالرزاق والاثرم وابن المنذر

ومن المعلوم أن كتب فقه المذاهب المتبعة والخلاف منها مالا تذكر فيه الادلة ، ومنها مايذكر فيها مايؤيد مذاهب مصنفيها ويضعف المذاهب المخالفة لها ولو بضروب من التأويل والتحريف وتضعيف الاحاديث التي لاتوافق مذهب المؤلف وإن كانت صحيحة أو حسنة إن أمكن ، وتقوية الاحاديث التي توافقه وإن كانت ضعيفة أو السكوت عن نقل الطعن فيها ، وصاحب المغني لايتعمد مثل هذا ، فهو يرجح مايعتقد رجحانه من أدلة الحنابلة ولا يتكلف الطعن في أدلة من خالفهم ، ولولا هذا وذاك لما فضله ابن عبد السلام على كتب الشافعية وكان من أجل علمائهم وهي التي يشهد لها من لم يعرف من مزايا تحريرها مايعرفه هو بأنها فاقت كتب سائر المذاهب في دقة التحرير والاستدلال ، والجزم بالصحيح من الاقوال ، وكان يعتمد على مراجعته في الفتوى إذ صار يفتي بالدليل ويسلك سبيل الاجتهاد

عرفت المغني فتمنيت لو يسخر الله تعالى من يطبعه ليعم نفعه الذي هو عندي فوق ماكان عند العز بن عبد السلام ، وكان صديقنا حسن باشا عاصم خادم الامة والملة رحمه الله تعالى يقول : اذا يسر الله لنا طبع كتاب (المحكم لابن سيده) فانني أموت آمنا على اللغة العربية أن تموت — ذلك لما سمعه من امام اللغة في هذا العصر الشيخ محمد محمود الشنقيطي رحمه الله من الثناء على المحكم وعلى النسخة الصحيحة الموجودة منه في المكتبة المصرية — وكان كلما قال لي هذه الكلمة أقول له . واذا يسر الله تعالى لكتاب المغني من يطبعه فأنا أموت آمنا على الفقه الاسلامي أن يموت . ثم مازلت أفكر في السعي لطبعه إلى أن هداني الله تعالى إلى تبليغ أمنيتي هذه إلى السلطان عبدالعزيز بن عبدالرحمن الفيصل امام نجد وملحقاتها[1] فبلغت عنه (أولا) أنه أيده الله تعالى به العلم والدين ، وأعز بسيفه الاسلام والمسلمين ، عازم على طبع هذا الكتاب مع كتب أخرى لاحياء العلم وتوسيع نطاقه في بلاده — ثم خاطبني هو (آخراً) في طبعه مع كتاب الشرح الكبير ، وطبع تفسيري ابن جرير وابن كثير ، وكتب أخرى من كتب السنة والفقه وتلا ذلك ارساله المغني والشرح الكبير للمقنع ليطبعا معا مع غيرهما مما عزم

(١) أعدنا طبع هذا بعد أن جعله الله تعالى ملك الحجاز ونجد والعسير أيضا

على طبعه ، وقد شرعنا في طبعهما والمطبعة غير مستعدة لانجاز مطبوعات كبيرة كثيرة فأخذنا في اعدادها لذلك وسيحصل المراد عن قريب بفضل الله تعالى وقوته (١) وانا وقد نجز الجزء الاول من الكتابين نبين بالايجاز فوائدهما للأمة الاسلامية وكونهما في الفقه الاسلامي العام لافقه الحنابلة وحدهم فنقول :

﴿ تحقيق الحق في اختلاف الامة وسيرة الأئمة ﴾

قال تعالى (إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون) وقد شبه النبي ﷺ المؤمنين بأعضاء الجسد الواحد ، ولم يكن شيء أبغض اليه بعد الكفر بالله من الاختلاف والتنازع ولو في الامور العادية ، ولما كان الاختلاف في الفهم والرأي من طباع البشر (ولا يزالون مختلفين الا من رحم ربك ولذلك خلقهم) خصّ الاختلاف المذموم في الاسلام بما كان عن تفرق أو سبباً للتفرق ، وجرى على ذلك السلف الصالح فحظروا فتح باب الآراء في العقائد وأصول الدين ، وحتموا الاعتصام فيها بالمأثور من غير تأويل ، وخصوا الاجتهاد بالاحكام العملية ، ولا سيما المعاملات ، وكان بعضهم يعذر كل من خالفه في المسائل الاجتهادية ولا يكلفه موافقته في فهمه

ثم ان كثيراً من كبار العلماء حاولوا أن يجعلوا اختلاف العلماء في مسائل الاحكام رحمة بهذه الامة ، وتحقيقا ليسر دينها الذي ثبت بنصوص الكتاب والسنة ، ويتقوا ماحذر الله تعالى في كتابه من مضار التفرق والاختلاف الذي أفسد على الامم السابقة دينها ودنياها ، وأنذرنا الله تعالى أن نكون مثلهم بقوله (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا — إلى قوله — ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ماجاءهم البينات وأولئك لهم عذاب عظيم) وقد وجد في بعض الكتب حديث مرفوع اشتهر على الالسنة وهو « اختلاف أمتي رحمة » ولما لم يوجد له سند في شيء من كتب السنة قال بعضهم لعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل الينا — احتراما لمن ذكروه في كتبهم بالقبول أو التسليم ، وحرصا على العمل بمعناه .

ولكن المتعصبين للمذاهب أبوا أن يكون الاختلاف رحمة ، وشدد كل منهم في تحتيم تقليد مذهبه وعدم الترخيص للمنتمين اليه في تقليد غيره ولو لحاجة أو ضرورة ، وكان من مناظراتهم في ذلك ومن طعن بعضهم في بعض ماهو معروف في كتب التاريخ والتراجم وغيرها كالاحياء للغزالي ، وصار بعض المسلمين اذا وجد في بلد يتعصب أهله لمذهب غير مذهبه كالبعير الأجرب بينهم

وقد وقع من الفتن بين المختلفين في الاصول وفي الفروع ماسود صحف التاريخ على ان الخلاف في الفروع أهون وأقل شراً ، وقد ضعف في هذا الزمان بضعف أسبابه في أكثر البلاد ، ولكننا لانزال نسمع بمنكرات قبيحة منه في أخرى . من ذلك أن بعض الحنفية من الافغانيين سمع رجلا

(١) قد حصل ولله الحمد

يقرأ الفاتحة وهو بجانبه في الصف فضربه بمجموع يده على صدره ضربة وقع بها على ظهره فكاد يموت. وبلغني أن بعضهم كسر سبابة مصل لرفعه إياها في التشهد ، وقد بلغ من ايذاء بعض المتعصبين لبعض في طرابلس الشام في آخر القرن الماضي أن ذهب بعض شيوخ الشافعية الى المفتي وهو رئيس العلماء وقال له : اقسم المساجد بيننا وبين الحنفية فان فلانا من فقائهم يعدنا كأهل الذمة بما أذاع في هذه الايام من خلافهم في تزوج الرجل الحنفي بالمرأة الشافعية وقول بعضهم لا يصح لانها تشك في ايمانها يعني ان الشافعية وغيرهم من الاشعرية يجوزون أن يقول المسلم : أنا مؤمن إن شاء الله . وقول آخرين بل يصح نكاحها قياساً على الذمية !

فأين هذا التعصب والايذاء والتفريق بين المسلمين بالآراء الاجتهادية من تساهل السلف الصالح وأخذهم بما أراده الرحمن من اليسر في الشرع وانتفاء الحرج منه ، واتقائهم التفريق بين المسلمين بظنون اجتهادية رجح بها كل ناظر مارآه أقرب الى النصوص أو الى حكمة الشارع ، حتى كان أشهر الائمة لايستحلون الجزم بالحكم فيها ، فيقول أحدهم أكره كذا ، أو أستقبحه ، أو أخشى أن يكون كذا، أو لاينبغي أولا يصلح أولا يعجبني أو لا أحبه أولا أستحسنه، ويقول في مقابل ذلك يفعل السائل كذا احتياطا أو أحب كذا أو يعجبني أو أعجب إليّ أوهذا أحسن. هكذا كان يقول الامام أحمد في المسائل الاجتهادية أو فيما لا نص صحيحا صريحاً فيه من الكتاب أو السنة ويؤثر نحوه عن غيره ، ولكن مدوني المذهب جعلوا هذه التقوى والورع في التشريع قواعد في أحكام التكليف وطرق الاستنباط والاستدلال . وصارت الحنابلة فرقة ذات مذهب مستقل في الفروع ، بل صار المتكلمون يعدونهم فرقة مستقلة في أصول العقائد أيضاً ، وانما كان الامام أحمد رحمه الله تعالى إماماً لجميع أهل السنة في الاصول والفروع باستمساكه في أصول الدين والعبادات بنصوص الكتاب والسنة وما صح عن علماء الصحابة من فهم وهدى وعمل مفسر لهما ، ولكن أصحابه تلاميذه حرصوا على مانقلوا عنه من فهم واستنباط أن يضيع فدونوه لا ليقلد لذاته بل لاجل فتح أبواب العلم وتسهيله لطالبيه من الافراد في العبادات ومن الحكام في الامور القضائية والدولية ، وكانوا يقرنونه بأدلته ليكون الدليل هو العمدة في العمل وفي الترجيح بينه وبين غيره ، ولم يقصد أحد منهم أن يكون شارعاً أو كالشارع في كونه يتبع لذاته فضلاعن التزام طائفة من الامة للتعصب له بمثل ماوقع ،ولا أن تفترق الطوائف المقلدة لكل منهم وتتعادى فتكون كمتبعي الشرائع المتعددة المختلفة ،هذه معاص مجمع على تحريمها

قال الامام المزني صاحب الامام الشافعي في أول مختصره المشهور بعد البسملة مانصه : قال أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني (رحمه الله) « اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن ادريس الشافعي رحمه الله ومن معنى قوله لأقربه على من أراده مع إعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره ، لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه وبالله التوفيق » اه

وقال ملا علي القاري الحنفي المحدث في رسالته التي ألفها في إشارة المسبحة : وقد أغرب الكيداني

حيث قال «العاشر من المحرمات الاشارة بالسبابة كأهل الحديث» اي مثل جماعة يجمعهم العلم بحديث الرسول ﷺ وهذا منه خطأ عظيم ، وجرم جسيم ، منشؤه الجهل لقواعد الاصول ، ومراتب الفروع من المنقول ، ولولا حسن الظن به ، وتأويل كلامه بسببه ، لكان كفره صريحا ، وارتداده صريحا ، فهل لمؤمن أن يحرم ما ثبت فعله عنه ﷺ مما كاد نقله أن يكون متواتراً ، ويمنع جواز ما عليه عامة العلماء كابراً عن كابر مكابراً ، والحال أن الامام الاعظم ، والهمام الأقدم ، قال : لايحل لأحد أن يأخذ بقولنا مالم يعلم مأخذه من الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس الجلي في المسألة » الخ ما قاله ليثبت به ان قاعدة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الاتباع تقتضي رفع المسبحة في التشهد لثبوت الحديث به

ولكن المتعصبين الذين يقطع بعضهم أصبع من رفع سبابته عقابا له على عدم تقليده لمن حرمه من أهل مذهبهم لايعلمون أنهم هم الذين يرتكبون المحرم بالاجماع عقابا على الواجب أو المندوب بالاجماع أو بما صح من سنة النبي ﷺ لاعلى مخالفة سنته ﷺ كما سمعته باذني من بعض طلاب العلم الافغانيين في مسجد لاهور الجامع في الهند وقد سألتهم عن صحة مانقل عن بعض أهل بلادهم في ذلك فقالوا نعم وعللوه بأنه عقاب على مخالفة الرسول ﷺ وترك سنته أي وعلى عداوة شرع الله تعالى واستحلال ماحرمه اذ قال بعض فقهائهم بتحريم رفع الاصبع في التشهد ، والتحريم في عرف أهل الأصول خطاب الله المقتضي للترك اقتضاء جازما . وأين هذا الخطاب الالهي القطعي ؟ هل هو قول مثل الكيداني المصرح بمخالفة أهل الحديث ؟

أدلة أحكام الشرع العملية

ان الاحكام العملية التي هي موضوع الفقه منها ماثبت بالدليل القطعي المجمع عليه كأركان الاسلام وتحريم الفواحش ماظهر منها ومابطن وهو مايكون باتباعه المؤمن به مسلماً وبجحده أو استحلال مخالفته كافراً وبمخالفته فاسقا على التفصيل المعروف ، ومنها ماهو محل النظر والاجتهاد وهو الذي وقع فيه الخلاف بين علماء الامة للاختلاف في رواية النصوص أو في دلالتها ، أو لعدم العلم بالنص والرجوع في الاستنباط إلى القواعد العامة أو القياس المختلف في حجيته [1] وكانوا متفقين على أن من خالف مضمون نص لم يبلغه أو معنى نص غير قطعي الدلالة لانه لم يظهر له أو بذل جهده في استبانة مراد الشارع في مسألة فترجح عنده فيها شيء فعمل به مخطئا فهو معذور ، فهل يكون بمخالفته لاجتهاد غيره مأزوراً غير معذور ؟

ان النبي ﷺ لم يجعل قوله تعالى في الخمر والميسر (وإثمهما أكبر من نفعهما) نصا في تحريمهما على جميع الامة وانما حرمهما به على نفسه من فهم منه الدلالة على التحريم فترك شرب الخمر والمقامرة – وهو

«١» أنكرت الظاهرية من أهل السنة وبعض المعتزلة حجية القياس مطلقا ومنعه بعض الاصوليين في أسباب الاحكام وفي الحدود والكفارات وبعضهم في العبادات لانها هي المرادة باكمال الله الدين . وخصها بعضهم بالامور التعبدية ككل ما لا يستقل العقل به من الاحكام . ومذهب مالك الاخذ في العبادات بظواهر نصوص الكتاب والسنة واعتبار المصالح والتوسع في الاجتهاد في الاحكام الدنيوية

مايقطع بمثله الفقهاء كافة ـ حتى إذا مانزل فيهاوفي الانصاب والازلام ان ذلك كله (رجس من عمل الشيطان) والامر القطعي بالتحريم وهو قوله تعالى (فاجتنبوه) إلى قوله تعالى (فهل أنتم منتهون) أجمعوا على تركه ، وجعله النبي ﷺ تشريعا عاما يخاطب به كل مؤمن ، وأهرق جميع الصحابة الذين كانوا يشربون الخمر ما كان عندهم منها . فأخذ علماء السلف من هذا أن التشريع العام ما كان بهذه الدرجة من الصحة والصراحة القطعية في النصوص ، وأن مادونه مما فيه مجال للاجتهاد في الرواية أو الدلالة محل سعة لايكلف كل مؤمن الاخذ به ، وإنما يكلفه من ثبت عنده أو وثق بعلم مفتيه به ودينه فقلده فيه . ولم يكونوا يبيحون أن يكون مما يجبر عليه أحد أوتفرق كلمة المسلمين فيه، وقد كان النبي ﷺ يقر كلا من المختلفين في الفهم على اجتهاده فيما هو محل الاجتهاد كمسألة نهيه عن صلاة العصر الا في قريظة : أقر من أخذ منهم بمنطوق النهي فلم يصلها إلا في قريظة ، ومن صلى أولا ثم أدرك معه قريظة لأنهم فهموا أن المراد من النهي عدم التخلف عن الخروج وإدراك قريظة في الوقت المراد

وبناء على هذا لم يرض الامام مالك رحمه الله تعالى أن يحمل المنصور العباسي جميع المسلمين على العمل بموطئه على ماكان من تحريه في روايته ومن مواطأة علماء دار الهجرة له عليه ـ وبناء عليه كان الامام المجتهد منهم ينهى من يستفتونه أن يتخذوا فتواه دينايتقلدونه أو أن يجعلوه سببا للتفرق ـ وبناء عليه كان أحدهم يأخذ باجتهاد غيره ترخصا أو موافقة لجماعة المسلمين

روي عن الامام أحمد أنه كان يرى الوضوء من الحجامة والفصد فسئل عمن رأى الامام احتجم وقام إلى الصلاة ولم يتوضأ أيصلي خلفه ؟ فقال كيف لا أصلي خلف مالك وسعيد بن المسيب؟ وفي رواية أنه قال للسائل أأنهاك أن تصلي مع فلان وفلان ؟ وكان أبو حنيفة وأصحابه يرون الوضوء من خروج الدم ولكن أبا يوسف رأى هارون الرشيد احتجم وصلى ولم يتوضأ ـ وكان مالك أفتاه بأنه لاوضوء عليه إذا هو احتجم ـ فصلى أبو يوسف خلفه ولم يعد الصلاة . واغتسل أبو يوسف في الحمام وصلى الجمعة ثم أخبر بعد الصلاة انه كان في بئر الحمام فأرة ميتة فلم يعد الصلاة وقال : نأخذ بقول إخواننا من أهل الحجاز « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » ولم يكن هذا تقليداً منه لانه يعرف دليله وهو حديث القلتين الذي ذكره ولكنه غير قطعي الرواية والدلالة كما انه ليس دون قولهم في حد الماء الكثير

ونقل أن الشافعي رحمه الله ترك القنوت في الصبح لما صلى مع جماعة الحنفية في مسجد إمامهم (لعله في المكان المعروف اليوم بالاعظمية من ضواحي بغداد) فقال الحنفية انه فعل ذلك أدبا مع الامام وقال الشافعية بل تغير اجتهاده في ذلك الوقت ، والظاهر مما تقدم أنه لم يرد أن يخالف جماعة من المسلمين مخالفة عملية ، في مسألة اجتهادية غير قطعية ، فان اختلاف الظواهر من أسباب اختلاف البواطن ، كما يؤخذ من حديث « عباد الله لتسوُنّ صفوفكم ، أو ليخالفن الله بين وجوهكم» رواه الجماعة من حديث النعمان بن بشير مرفوعا ولكن سقط من رواية البخاري كلمة « عباد الله » قال

النووي في شرح مسلم بعد ذكر حمل الوجوه على حقيقتها : والاظهر والله أعلم أن معناه يوقع بينكم العداوة والبغضاء واختلاف القلوب كما تقول تغير وجه فلان ، أي ظهر لي من وجهه كراهة ، لان مخالفتهم في الصفوف مخالفة في ظواهرهم ، واختلاف الظواهر ، سبب لاختلاف البواطن اه ويؤيده رواية أبي داود له بلفظ « أو ليخالفن الله بين قلوبكم » ويؤيد المعنى من المعقول والتجارب ما ثبت من أن الاتفاق في العادات واللباس من أسباب التآلف ، والاختلاف فيها من أسباب التناكر والتنافر فكيف إذا كان الخلاف في الدين، وكان كل فريق يعتقد أن الآخر مخالف بمخالفته لله ولرسوله بدعواه أن ما عليه أهل مذهبه هو الحق ، وما خالفهم فيه غيرهم باطل ؟

ولكن المتعصبين للمذاهب لا يفقهون ما يفقهه مثل الشافعي من حكم الدين ومقاصده فهم يتحرون مسائل الخلاف ويلتزمونها ، من حيث يترك بعضهم العمل بكثير من مسائل الاتفاق وإن كانت مجمعاً عليها ، ولهم أشد استمسا كا بخلاف الذين يعيشون معهم ، منهم بخلاف البعداء عنهم ، فهم يقيمون في المسجد الواحد جماعتين أو أكثر في وقت واحد ، ويرسل بعضهم يديه ويقبضها بعض في الصف الواحد ... وبذلك جعلوا اختلاف الاجتهاد بين العلماء نقمة ، على حين كانت تعد عند أولئك العلماء نعمة ، وإنما سبب ذلك اتباع الاهواء ، وتنازع الزعماء ، الذين ورد في وصفهم الاثر بانهم أشد تغايراً من التيوس في زروبها ، وما أغرى فقهاء المذاهب المتبعة بالتعصب الذي أطال أبو حامد الغزالي نعيه عليهم في أحيائه إلا حب الرياسة كما قال ، بل ما أغراهم بالاشتغال بها دون غيرها إلا ما بينه المقريزي المؤرخ الحكيم من وقف الاوقاف عليها ، والتزام بعض الملوك والامراء لتقليد بعضها والحكم به ، ولولا ذلك لفعلوا باقوال أئمة هذه المذاهب ما فعلوه باقوال غيرهم من علماء الصحابة والتابعين من المزج وعدم الافراد بالتأليف والتدريس

وجملة القول أن التفرق بين المسلمين باختلاف المذاهب والآراء وتعصب كل شيعة لمذهب منها في الاصول أو الفروع هو من أكبر الكبائر الثابتة بنصوص الكتاب والسنة القطعية المجمع عليها ، ولا شيء منها بقطعي مجمع عليه ، فمن مقتضى أصولهم كلهم وجوب ترك كل أسباب هذا التفرق والاختلاف حتى قال الغزالي في القسطاس المستقيم بالاكتفاء بالعمل بالمجمع عليه وعد المسائل الظنية المختلف فيها كأن لم تكن ، ثم إن ما ترتب على التفرق من الضرر والفساد المدون في التاريخ ،والذي أفضى في هذه الازمنة الى ضعف المسلمين وذهاب ملكهم وتمكين الاجانب من الاستيلاء على بلادهم وما زالوا ينفرون بعض المختلفين في المذاهب من بعض ، كما هو واقع في اليمن ونجد مع غيرهما من بلاد العرب — كل ذلك مما يؤكد وجوب تلافي شرور هذا التفرق وجمع الكلمة ووحدة الامة ، وكان هذا الغرض من أهم ما أنشأنا لاجله مجلتنا (المنار) وأول ما كتبناه من التفصيل في ذلك (محاورات المصلح والمقلد) التي نشرت في المجلدين ٣ و ٤ أي من أكثر من ربع قرن ثم جمعت في كتاب مستقل منذ بضع عشرة سنة .

بعد هذا التمهيد أقول إن المسلمين في هذين الكتابين (المغني والشرح الكبير للمقنع) بضع فوائد
(أحدها) انهم باطلاعهم على أدلة الاحكام يكونون على حظ من البصيرة في دينهم كما وصف الله تعالى رسوله وأتباعه بقوله (قل هذه سبيلي ادعو الى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني)

(ثانيها) أن المتلقي لاحكام دينه من فقه أي مذهب من المذاهب المدونة يخرج باطلاعه على أدلتها في الكتابين من ربقة الجمود على التقليد المحض المذموم في القرآن الى الاتباع المقرون بالبصيرة الذي اشترطه الأئمة فيمن يتلقى العلم عنهم كما تقدم

(ثالثها) ان من اطلع على أقوال أئمة السلف وعلماء الامصار أصحاب المذاهب المختلفة وأدلتهم عليها بالطريقة التي جرى عليها صاحب المغني وتلميذه صاحب الشرح الكبير من احترام الجميع وتقديم الاقدم في التاريخ على غيره في الذكر غالبا يكون جديراً باحترام جميع العلماء وجميع المذاهب، وعدم جعل المسائل الخلافية سببا للتفرق أو التعادي بين المسلمين ولا للتفاضل المفضي الى ذلك، فان المقلد لاي واحد منهم ينبغي أن يقتدي به في سيرته وهديه

(رابعها) أن يعلم أن من أدلتهم ومداركهم ماهو مستند الى نصوص الكتاب والسنة القطعية أو الظنية وما مستنده القياس أو الاستنباط من القواعد العامة أو الخاصة بمذهب دون مذهب كالمصالح عند المالكية وغيرهم والاستحسان عند الحنفية . وبهذا يعلم غلط من زعم أن المسلمين استمدوا أحكام المعاملات من القوانين الرومانية، ومن زعم أن جميع مايذكر في كتب الفقه هو من شرع الله المنزل على رسوله ﷺ حتى رتب عليه بعضهم أن من أنكر شيئا منه أو اعترض عليه يكون مرتداً عن الاسلام، وفي بعض هذه الكتب أن من عمل عملا يعد في العرف إهانة لشيء من هذه الكتب أو لورقة فتوى عالم يحكم بردته ويقتل إذا لم يتب، ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين ولا يرثه أولاده لانه أهان شرع الله ويلزم منه كذا وكذا !! بل قال ان اهانة العالم كفر، لأنها اهانة للشرع الخ فهذه تشديدات ردها المحققون

والحق أن أكثر ما في كتب الفقه مسائل اجتهادية وآراء ظنية مستنبط بعضها من أقوال فقهائهم أو من علل دقيقة من علل القياس ينكر مثلها أكثر علماء السلف الصالح، فهي تحترم كما يحترم مايخالفها في المذاهب الاخر على سواء من باب احترام العلم واستقلال الرأي، وعدم جعل الخلاف ذريعة للعداوة والبغضاء في الامة الواحدة المأمورة بالاتفاق والاعتصام، ولكن لايتخذ شيء منها من قواعد الايمان، ولا يعد مخالفه كافراً ولا عاصيا لله تعالى، سواء كان مستدلا أو مقلداً لغيره في مخالفتها، ولا يجعل ضعف شيء منها مطعنا في أصل الشريعة كما يفعل ذلك بعض أعداء الاسلام، بل يستعان بمجموعها على التيسير على الناس

كان كبار علماء الصحابة والتابعين وغيرهم من مجتهدي السلف يتحامون أن يسموا ظنونهم الاجتهادية

حكم الله وشرع الله بل كان أعظمهم قدراً وأوسعهم علما يقول هذا مبلغ علمي واجتهادي ، فان كان صوابا فمن الله وله الفضل ، وان كان خطأ فمني ومن الشيطان وكان مما يوصي به النبي ﷺ أمير الجيش أو السرية قوله « واذا حاصرت حصنا فارادوك أن تنزلهم على حكم الله فلاتنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فانك لاتدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا » رواه احمد ومسلم والترمذي وابن ماجه . وقال ابن القيم في أعلام الموقعين لايجوز للمفتي والحاكم أن يقول : هذا حكم الله أو أحل الله أو حرم الله لما يجده في كتابه الذي تلقاه عمن قلده ـ وذكر أن شيخ الاسلام ابن تيمية حضر مجلسا ذكرت فيه قضية وقيل حكم فيها بحكم الله ، فقال : بل حكم فيها برأي زفر بن الهذيل . هذا في عصور التقليد المحض ولقد صرنا إلى عصر كثر فيه استقلال الفهم والرأي مع قلة الالمام بعلوم الدين ، فصارت دعوى كون كل ما في تلك الكتب الفقهية من دين الله وأحكامه التي خاطب بها عباده — منفرة عن دين الله تعالى وسببا للارتداد والالحاد ، فينبغي أن يقال انها مستندة إلى الشرع باشتمالها على نصوصه وجعلها هي الاصل وببناء الاجتهاد فيها على أصول ثبتت فيه ولكن كل اجتهاد يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب .

(خامسها) ان الذي يقرأ الكتابين أو يراجع المسائل فيهما يقف على مسائل الاجماع[1] وهي الواجبة قطعا على جميع المسلمين فلا يسع أحداً منهم ترك شيء منها الا بعذر شرعي والواجب أن تراعى في فريضة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بين المسلمين كافة على الاطلاق ـ وأما المسائل الخلافية فانما يؤمر بالواجب أو المندوب وينهى عن المحرم أو المكروه منها من يعلم أن المأمور أو المنهي موافق له في اعتقاده سواء كانت الموافقة عن دليل أو عن اتباع مذهب من المذاهب ، أو كان يرجو قبول قوله فيه أو دليله عليه . وقد صرحوا بأنه ليس للشافعي أن يأمر الحنفي بالوضوء من لمس المرأة ، أو أن ينكر عليه الصلاة إذا لم يتوضأ منه ، وما أشبه ذلك — ومنها وهو المراد مما قبله انها هي الجامعة بين المسلمين ، والمناط للاتفاق والوحدة التي تقتضيها أخوة الايمان ، وهو أهم ما نقصد اليه من كتابتنا هذه

(سادسها) أنه يعلم من أدلة المذاهب أن جل الاحاديث التي يحتج بها أهل الحديث على أهل الرأي وعلى القياسيين من علماء الرواية هي من أحاديث الآحاد التي لم تكن مستفيضة في العصر الأول أو نقل عن الصحابة والتابعين خلاف في موضوعها ، فعلم بذلك أنها ليست من التشريع العام الذي جرى عليه عمل النبي وأصحابه ، وليست مما أمر النبي ﷺ أن يبلغ الشاهد فيه الغائب بل كانت مما يرد كثيراً في استفتاء مستفت عرضت له المسألة فسأل عنها فاجيب ولعله لو لم يسأل لكان في سعة من العمل باجتهاده فيها ولكان خيراً له وللناس ، إذ لو كانت من مهمات الدين التي أراد الله تكليف عباده إياها لبينها لهم من غير سؤال فانه تعالى أعلم بما هو خير لهم ، وقد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يكره كثرة السؤال ونهى عنها لئلا تكون سببا لكثرة التكاليف فتعجز الامة عن

[1] ولكن لايخلو من خطأ في دعوى الاجماع ومنه مايستدل عليه بعدم العلم بالمخالف

القيام بها ، ولذلك قال ﷺ « دعوني ماتركتكم ، انما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم فاذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، واذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » رواه الشيخان من حديث أبي هريرة ورواه الدارقطني من وجه آخر وقال : فنزل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم) الآية . وقال ﷺ « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها » رواه الدارقطني عن أبي ثعلبة الخشني مرفوعا وحسنه الحافظ أبو بكر السمعاني في أماليه والنووي في الاربعين ، وله شواهد في مسند البزار ومستدرك الحاكم وصححه وغيرهما

وفوق كل هذا قول الله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) ومن الجهل الفاضح والجناية على الدين أن نهدم هذه القواعد والاصول القطعية باقيسة من ظنون الرأي والقياس وقد ثبت أن النبي ﷺ كان يجيب كل مستفت بما يناسب حاله وأن بعض فتاواه كانت رخصا خاصة أو عامة . ومن ذلك أنه رخص لعقبة بن عامر ولابي بردة بن نيار بأن يضحي بالجذع (أو العتود) من المعز وهو مارعى وقوي وأتى عليه حول وقال الجوهري وغيره مابلغ سنة . والحديث متفق عليه ، والجمهور ومنهم الأئمة الاربعة يمنعون التضحية بالجذع من المعز . ومنه على قول حديث طلق بن علي أنه سأل النبي ﷺ الرجل يمس ذكره أعليه وضوء ؟ فقال ﷺ له « إنما هو بضعة منك » رواه احمد وأصحاب السنن الاربعة والدارقطني وصححه بعضهم ، واختلفوا في التصحيح والترجيح بينه وبين حديث بسرة عند الخمسة أيضا « من مس ذكره فلا يصلي حتى يتوضأ » والمحققون من أهل الحديث على ترجيح حديث بسرة . وأما العمل فقد روي الخلاف فيه عن بعض كبار الصحابة والتابعين وأهل البيت وعلماء الامصار

وحمل الشيخ عبدالوهاب الشعراني الحديثين في ميزانه على مرتبتي التخفيف والتشديد أي العزيمة والرخصة (١) كما فعل في جميع مسائل الخلاف ، وعلل ذلك بعلل بعضها معقول وبعضها لا يعرف مثله إلا عن جماعة الصوفية ككون سؤر الكلب يقسي قلب من شربه أو شرب من الاناء الذي ولغ فيه قبل غسله سبع مرات إحداهن بالتراب ، وقد وافقه علماء عصره في مصر على قاعدته في ارجاع جميع مسائل الخلاف الى المرتبتين وكون أصلها كلها مستمدة من عين الشريعة على مافي توجيه الكثير منها من البعد ، ولعله لرضاهم عن بناء ذلك على الاعتراف بأن جميع الأئمة المجتهدين على هدى من ربهم ، وهذا حق من حيث أن المجتهد اذا أصاب كان له أجران واذا أخطأ كان له أجر واحد كما ورد في الحديث الصحيح ، ولكن لايمكن أن يكون كل اجتهاد صوابا وهدى وكل قول قاله المجتهد حقا ، وأما العزائم والرخص في الشريعة فحق لاريب فيه ، وفي الحديث المرفوع « ان الله يحب أن تؤتى رخصه كما يكره أن تؤتى معصيته » رواه أحمد وابن حبان والبيهقي وصححوه وهو عام وليست العزائم للخواص والرخص للعوام إلا من حيث الخلق والطبع لا الشرع

(١) أي العزيمة الموافقة لحال أحدهما والرخصة المناسبة لحال الآخر

﴿ نصوص الكتاب والسنة في الطهارة والنجاسة ﴾

وأظهر المسائل في قاعدة الشعراني مايدخل في أبواب الطهارة فان القطعي منها في القرآن ان الماء مطهر وطهور، وان الله يحب المتطهرين وأن طهارتي الوضوء والغسل فرضان وشرطان للصلاة وقوله تعالى (وثيابك فطهر) وقوله في القرآن (لا يمسه إلا المطهرون) وأن التيمم واجب عند تعذر استعمال الماء لفقده أو للمرض

وأما السنة فلم يرد فيها تفصيل قطعي لأعيان النجاسات وأنواع المطهرات وكان الاعرابي يجيء من البادية فيسلم فيعلمه النبي ﷺ بنفسه أو يأمر أصحابه بتعليمه ما أوجب الله عليه من الوضوء والغسل والتيمم وأركان الاسلام، وحديث الاعرابي الذي هو عمدة جميع الفقهاء في تحديد أركان الاسلام مشهور .

ولو كان هنالك نجاسات حكمية تطهيرها تعبدي تتوقف معرفتها على نصوص تفصيلية خاصة لنقل عن النبي ﷺ وأصحابه تلقينها للاعرابي وأمثاله كسائر قواعد العبادة التي كان يتعلمها كل من أسلم ويبلغها الشاهد الغائب كما كانوا يعلمونهم الوضوء والغسل والصلاة مثلا، ولم تترك النصوص المجملة الواردة في الطهارة وطلب النظافة بغير بيان تفصيلي والذي يفهمه أهل لغة الشرع من ذلك الاطلاق هو طلب التنزه عن جميع الاقذار والتطهر مما يصيب البدن أو الثوب أو المكان منها ليكون المؤمن نظيف الظاهر بقدر مايتيسر له حسب حاله واجتهاده كما يجعله الايمان نظيف الباطن - فالنجس في اللغة هو المستقذر الذي تنفر منه الطباع ولفظ النجس لم يرد في القرآن إلا في قوله تعالى (إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام) الآية والمراد به النجاسة المعنوية لا الحسية إلا في قول للشيعة، وورد لفظ الرجس في تسع آيات أكثرها قطعي في الرجس المعنوي واحتمال الحسي في موضعين منها (أحدهما) قوي وهو قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس) أي الخنزير أوكل ماذكر، وثانيهما ضعيف جداً وهو قوله تعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) أما قوة الاول في الخنزير فلأنه كثير التتبع لاكل الاقذار دائما، فهو تعليل لتحريم أكله دائماً كتحريم الجلالة ما دامت تأكل القذر لا دائما، وأما ضعف الثاني فلان لفظ رجس خبر عن الخمر وما عطف عليها وهو لا يوصف بالنجاسة قطعا، ولتفسيره في الآية بانه من عمل الشيطان يوقع به العداوة والبغضاء ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة ولان الخمر غير مستقذرة عند العرب ولا غيرهم

وأما فتاوى النبي ﷺ فقد ورد فيها هذان اللفظان في الاستعاذة وفي لحم الحمر الاهلية وفي وصف الروث بأنه رجس في رواية ركس وهو تعليل لكونه لا يصلح للاستنجاء به، وورد «إن المسلم لاينجس حيا ولا ميتا وإن الماء طهور لاينجسه شيء» صححه أحمد وقيده الجمهور بعدم التغير بالنجاسة وبعضهم بحديث «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» وسئل ﷺ عن دم الحيض فامر بحته وقرصه ونضحه أو رشه بالماء وهذا حديث متفق عليه، وفي حديث آخر غسل الثوب منه بماء وسدر، وورد

أن طهور النعلين من الخبث دلكهما بالارض وأن طهور كل أديم (جلد) دباغه وقال ﷺ في الميتة « انما حرم أكلها » رواه الجماعة عن ابن عباس مرفوعا إلا ابن ماجه واستدل به من لا يقول بنجاستها ، وورد غسل الثوب من المني الرطب وتنحيته باذخرة أو غيرها وفركه اذا جف واستدل بهما من قال بطهارته وفي حديث أم سلمة : اني امرأة أطيل ذيلي وأمشي في المكان القذر فقال لها ﷺ « يطهره ما بعده » رواه الاربعة وصح الاستنجاء من البول والغائط بالحجارة وما في معناها وهي لا تزيل العين كلها ولا الاثر ،والامر بغسل العضو من المذي لمن سأل عنه وينضح الثوب بالماء من بول الغلام الذي لم يأكل الطعام

ولما لم يجد العلماء نصوصا قطعية في أعيان النجاسات والمطهرات غير أمثال هذه الاخبار الآحادية اختلف اجتهادهم في فهمها بما نلخص أهمه بالاجمال

المذاهب في النجاسات والمطهرات .

قال الامام ابن رشيد الحفيد الاندلسي في بداية المجتهد ما نصه :

وأما أنواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من أعيانها على أربعة : ميتة الحيوان ذي الدم (السائل) الذي ليس بمائي وعلى لحم الخنزير بأي سبب اتفق أن تذهب حياته ـ وعلى الدم نفسه من الحيوان الذي ليس بمائي انفصل من الحي أو الميت إذا كان مسفوحا أعني كثيراً ـ وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفي ذلك خلاف عن بعض المحدثين [1] واختلفوا في غير ذلك اه وقد حصر الامام الشوكاني النجاسات في الروضة الندية بقوله:

« والنجاسات هي غائط الانسان مطلقا وبوله — إلا الذكر الرضيع — ولعاب كلب وروث ودم حيض ولحم خنزير ، وفيا عدا ذلك خلاف . والاصل الطهارة فلا ينقل عنها إلا ناقل صحيح لم يعارضه مايساويه أو يقدم عليه » اه وقد علم منه الخلاف في الميتة والدم المسفوح وفي بعض ماذكره هو خلاف أيضاً كلعاب الكلب وممن قال بطهارته عكرمة ومالك

واختلف المجتهدون في المطهرات أيضا فنهم من يحصر التطهير في الماء المطلق كالشافعية والحنابلة إلا ماورد من الاستنجاء بالحجارة ونحوها وطهارة جلود الميته بالدباغ وطهارة الخمر بتخللها بنفسها . والماء المقيد كماء الورد لايطهر عندهم ويجب عندهم في التطهير إزالة عين النجاسة وصفاتها إلا ماعسر من لون وريح وشرطه أن يكون الماء وارداً على المتجنس لا موروداً اذا كان قليلا أي دون القلتين وهم أشد الفقهاء توسعاً في النجاسات وفي مذهبهم أن من خرج من بين أسنانه دم ولم يطهره بالماء المطلق بقي فمه نجساً وكانت صلاته وصومه باطلين وإن طال الزمن مع القطع بزوال النجاسة وأثرها . ولو كان الصحابة يتطهرون من الدم لتواتر عنهم إذ كانوا في حروب متصلة ولم يكن لأكثرهم إلا

(١) أي والفقهاء ومنهم الامام ربيعة شيخ مالك والامام داود ومن المتأخرين الامام الشوكاني

ثوب واحد ، وقال الشافعية بالعفو عن النجاسة التي لا يدركها الطرف كأثر رجل الذبابة فقالت الحنابلة بل لا بد من غسل ماتقع عليه وان لم ير أثره

وذهب الحنفية الى أن كل مايزيل النجاسة من المائعات مطهر وكذا صقل الجسم الصقيل كالسيف والزجاج ، وكذا الشمس والهواء والنار وما يسمونه انقلاب العين كالصابون من الزيت النجس - على خلاف في بعض الفروع - وهؤلاء نظروا الى مراد الشارع من الطهارة وهو يحصل بذلك ، قال في بداية المجتهد ان المسلمين اتفقوا على ان الماء الطهور يزيل النجاسة وعلى الاستنجاء بالحجارة « واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهراً (فهو) يزيل عين النجاسة مائعاً كان أو جامداً في أي موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه » ثم ذكر ماوقع من الجدال بين الحنفية والشافعية في المسألة وكون إزالة النجاسة تعبديا أو معقول المعنى واضطرار الشافعية الى القول بأن في الماء قوة شرعية في رفع احكام النجاسات ليست في غيره وإن استوى مع سائر الاشياء في إزالة العين وأن المقصود انما هو إزالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لاذهاب عين النجاسة بل قد تذهب العين ويبقى الحكم (قال) «فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا مع الحنفيين على أن طهارة النجاسة ليست حكمية أعني شرعية ولذلك لم تحتج الى نية - الى أن قال في هذا المعنى - وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من أمرهم في أكثر المواضع» اه أقول ومن الغريب ان الذين قالوا بأن أحكام النجاسة وإزالتها تعبدية أدخلوا فيها القياس كقياسهم بدن الكلب وشعره على لعابه وقياس الخنزير على الكلب في كونه يغسل مما أصابه سبع مرات إحداهن بالتراب

وكان الحامل لهم على هذا التشديد في أمر النجاسة القول بوجوب إزالتها وجعله شرطا لصحة الصلاة، وهذا محل خلاف أيضاً . (قال) في بداية المجتهد: وأما الطهارة من النجاسة فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة ويجوز أن لا يقول ذلك . وحكى عبد الوهاب عن المذهب (أي مذهب مالك) قولين أحدهما أن إزالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر، والقول الآخر انها ليست شرطا . والذي حكاه من انها شرط لايتخرج على مشهور المذهب من أن غسل النجاسة سنة مؤكدة الخ

وقد استقصى الشوكاني في نيل الاوطار كل ما استدلوا به على اشتراط الطهارة من النجاسة في صحة الصلاة وبين انه ليس فيه شيء يدل على الشرطية ، ولكن قد يدل بعضها على وجوب إزالتها قال : وكون الامر بالشيء نهياً عن ضده مذهب ضعيف ، وبين مطلق الوجوب والشرطية بون بعيد اه

وجملة القول ان القطعي المجمع عليه هو أن الطهارة مطلوبة شرعا وان المفروض منها هو الوضوء والغسل من الجنابة والحيض والنفاس بالماء والتيمم عنهما عند فقد الماء أو التضرر باستعماله، وان مراد الشارع منها النظافة مع مراعاة اليسر وعدم الحرج كما قال تعالى بعد آية المائدة (مايريد الله ليجعل

عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم) وإزالة النجاسة أولى بهـذا ولذلك ترك تفصيل أمرها لاجتهاد الامة فاختلف اجتهاد علمائها بما ذكرنا المهم منه مجملا فنظر بعضهم الى أكمل مايحصل به مراد الشارع كالشافعية والحنابلة وبالغوا فيه - ونظر بعضهم الى أدنى ما كلفته الأمة وأيسر مايطلب من بدوها وحضرها وغنيها وفقيرها كالمالكية - وتوسط بعضهم فشددوا في بعض الفروع وتساهلوا في بعض كالحنفية . وقد تقدم أن الائمة لم يكونوا يعدون اجتهادهم تشريعاً عاما تكلفه الامة كما تكلف العمـل بنصوص الكتاب والسنة القطعية الرواية والدلالة ولا سبباً للتفرق في الدين - وان بعض مقلدتهم شددوا وعسروا وجعلوا اختلافهم نقمة لا رحمة - حتى قال بعض متفقهة هذا العصر بنجاسة كل مادخلت فيه مادة الغوْل - (الكحول أو السبرتو) من أعطار وطيوب وأدهان وأدوية وهي كثيرة جداً عمت بها البلوى في الصيدليات والطب والصناعات ، وشبهتهم ان هذه المادة هي المؤثرة في الخمور المحرمة وفاتهم انها هي المؤثرة في كل المختمرات المحللة بالاجماع كخميرة العجين أيضاً . على ان هذه المادة أقوى من الماء في التطهير وإزالة عين النجاسة وصفاتها كما شرحناه في مواضع من المنار

وانما غرضنا هنا أن نبين ان يسر الشريعة وحكمة التشريع وكون الاجتهاد رحمة للامة انما يعرف من مجموع كلام المجتهدين ويفوت من قصر نظره على مذهب واحد من مذاهبهم وأن طلاب الاصلاح للامة الاسلامية مازالوا يقترحون تأليف جمعية من علماء المذاهب المتبعة كلها تضع للامة كتباً في العبادات والمعاملات تؤخذ من نصوص الكتاب والسنة ومن اجتهاد جميع المجتهدين يراعى فيهـا اليسر ورفع الحرج ودرء المفاسد ومراعاة المصالح ومراعاة العرف وغير ذلك من القواعد العامة . وهذان الكتابان من أعظم الوسائل لذلك فهو الفائدة السابعة لما تقدم من فوائدهما . وما وضعناه عليهما من التعليقات فبهذه النية ، ونسأله تعالى أن يعيد لهـذه الامة وحدتها وهدايتها وعزتها ، ولن يصلح آخرها إلا ماصلح به أولها ، والحمد لله أولا وآخراً .

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة والحبر المدقق الفهامة شيخ الاسلام موفق الدين
﴿ أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ﴾ المتوفي سنة ٦٢٠
على مختصر ﴿ أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد الخرقي ﴾

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع تأليف الشيخ الامام العالم العامل شيخ الاسلام وقدوة الانام بقية السلف الكرام ﴿ شمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الشيخ الامام العالم العامل الزاهد أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ﴾ المتوفي سنة ٦٨٢

كلاهما على مذهب امام الائمة ومحيي السنة الامام ﴿ أبي عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه وعنهم وجزاهم عن أنفسهم وعن المسلمين أفضل الجزاء

الجزء الاول

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

(قال الامام العالم الاوحد ، الصدر الكامل ،السيد الفاضل ،شيخ الاسلام سيد العلماء امام أهل السنة بقية السلف مفتي الامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي رضي الله عنه وأرضاه كما اختاره لنصر دينه وارتضاه)

الحمد لله باريء البريات،وغافر الخطيئات،وعالم الخفيات،المطلع على الضمائر والنيات،أحاط بكل شيء علما ، ووسع كل شيء رحمة وحلما ، وقهر كل مخلوق عزة وحكما (يعلم مابين أيديهم وماخلفهم ولا يحيطون به علما) لاتدركه الابصار ، ولا تغيره الاعصار، ولاتتوهمه الافكار (وكل شيء عنده بمقدار) أتقن ماصنع وأحكمه ، وأحصى كل شيء وعلمه،وخلق الانسان وعلمه،ورفع قدر العلم وعظمه،وحظره على من استرذله وحرمه ،وخص به من خلقه من كرمه ،وحض عباده المؤمنين على النفير للتفقه في الدين فقال تعالى وهو أصدق القائلين (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون) ندبهم إلى انذار بريته ، كما ندب الى ذلك أهل رسالته ،ومنحهم ميراث أهل نبوته ، ورضيهم للقيام بحجته ، والنيابة عنه في الاخبار بشريعته ، واختصهم من بين عباده بخشيته ، فقال تعالى (انما يخشى الله من عباده العلماء) ثم أمر سائر الناس بسؤالهم،والرجوع الى أقوالهم، وجعل علامة زيغهم وضلالهم ، ذهاب علمائهم ، واتخاذ الرءوس من جهالهم ، فقال النبي ﷺ ان الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من الناس ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى اذا لم يبق عالم اتخذ الناس رؤساء جهالا فسئلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا » وصلى الله على خاتم الانبياء ،وسيد الاصفياء، وإمام العلماء ، وأكرم من مشى تحت أديم السماء ، محمد نبي الرحمة ، الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة ، والكاشف برسالته جلابيب الغمة ، وخير نبي بعث الى خير أمة ، أرسله الله بشيراً ونذيراً ، وداعيا الى الله باذنه وسراجا منيراً ، صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليما كثيراً

(بسم الله الرحمن الرحيم * وبه نستعين)

(قال الشيخ الامام العالم العامل ،شيخ الاسلام ، قدوة الانام ، بقية السلف الكرام، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الامام العالم العامل الزاهد أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي قدس الله روحه ، ونور ضريحه آمين انه جواد كريم)

الحمد لله العلي الاعظم ، الجواد الاكرم ، الذي علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم ، فرض طلب العلم على عباده المؤمنين ، وأمرهم به في الكتاب المبين ، فقال وهو أصدق القائلين (فلولا نفر من كل فرقة

أما بعد فان الله برحمته وطوله ، وقوته وحوله ، ضمن بقاء طائفة من هذه الامة على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم على ذلك ،وجعل السبب في بقائهم بقاء علمائهم ،واقتداؤهم بأئمتهم وفقهائهم . وجعل هذه الامة مع علمائها ، كالامم الخالية مع أنبيائها، وأظهر في كل طبقة من فقهائها أئمة يقتدى بها ، وينتهى إلى رأيها ،وجعل في سلف هذه الامة أئمة من الاعلام ، مهد بهم قواعد الاسلام ، وأوضح بهم مشكلات الاحكام .اتفاقهم حجة قاطعة ،واختلافهم رحمة واسعة ،تحيا القلوب بأخبارهم ، وتحصل السعادة باقتفاء آثارهم ،ثم اختص منهم نفراً أعلى قدرهم ومناصبهم، وأبقى ذكرهم ومذاهبهم، فعلى أقوالهم مدار الاحكام،وبمذاهبهم يفتي فقهاء الاسلام، وكان إمامنا [أبو عبدالله احمد بن محمد بن محمد ابن حنبل رضي الله عنه] من أوفاهم فضيلة ، وأقربهم إلى الله وسيلة ، وأتبعهم لرسول الله ﷺ وأعلمهم به، وأزهدهم في الدنيا وأطوعهم لربه ،فلذلك وقع اختيارنا على مذهبه . وقد أحببت أن أشرح مذهبه واختياره، ليعلم ذلك من اقتفى آثاره ،وأبين في كثير من المسائل مااختلف فيه مما أجمع عليه ، وأذكر لكل إمام ماذهب اليه ، تبركا بهم، وتعريفا لمذاهبهم ، وأشير إلى دليل بعض أقوالهم على سبيل الاختصار، والاقتصار من ذلك على المختار ،وأعزو ماأمكنني عزوه من الاخبار، إلى كتب الائمة من علماء الآثار، ليحصل الثقة بمدلولها ،والتمييز بين صحيحها ومعلولها ، فيعتمد على معروفها، ويعرض عن مجهولها

ثم بنيت ذلك على شرح مختصر (أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله الخرقي) رحمه الله لكونه كتابا مباركا نافعاً ،ومختصراً موجزاً جامعاً ، ومؤلفه إمام كبير صالح ذو دين أخو ورع، جمع العلم والعمل، فنتبرك بكتابه ،ونجعل الشرح مرتبا على مسائله وأبوابه ،ونبدأ في كل مسألة بشرحها وتبيينها ، وما دلت عليه بمنطوقها ومفهومها ومضمونها ، ثم نتبع ذلك مايشابهها مما ليس بمذكور في الكتاب ، فتحصل المسائل كتراجم الابواب، وبالله أستعين فيما أقصده، وأتوكل عليه فيما أعتمده ،وإياه أسأل أن يوفقنا ويجعل سعينا مقربا اليه، ومزلفا لديه برحمته ،فنقول وبالله التوفيق

قال أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي رحمة الله عليه

قال القاضي الامام أبو يعلى رحمه الله كان الخرقي علامة بارعا في مذهب أبي عبدالله وكان ذا دين وأخا ورع .وقال القاضي أبو الحسين: كانت له المصنفات الكثيرة في المذهب ولم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه لانه خرج من مدينة السلام لماظهر سب الصحابة بها وأودع كتبه في دار سليمان فاحترقت الدار والكتب

منهم طائفة ليتفقهوا في الدين) أحمده على نعم جلالها ، وقسم أجزلها، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له شهادة لا يضل من شهد بها ولا يشقى ، وكلمة أستمسك بها ومن يؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أرسله شاهداً ومبشراً ونذيراً ،وداعيا إلى الله باذنه وسراجا منيراً ، صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليما كثيراً

هذا كتاب جمعته في شرح [كتاب المقنع] تأليف شيخنا الشيخ الامام العالم العلامة موفق الدين

فيها - قرأ العلم على من قرأه على أبي بكر المروذي وحرب الكرماني وصالح وعبدالله ابني أحمد وروى عن أبيه أبي علي الحسين بن عبدالله وكان أبو علي فقيها صحب أصحاب أحمد وأكثر صحبته لأبي بكر المروذي وقرأ على أبي القاسم الخرقي جماعة من شيوخ المذهب منهم أبو عبدالله بن بطة وأبو الحسن التميمي وأبو الحسين بن سمعون . وقال أبو عبدالله بن بطة : توفي أبو القاسم الخرقي سنة أربع وثلاثين وثلثمائة ودفن بدمشق وزرت قبره وسمعت من يذكر ان سبب موته أنه أنكر منكراً بدمشق فضرب وكان موته بذلك ٣٣٤ هـ

وقال رحمه الله (اختصرت هذا الكتاب) يعني قربته وقللت ألفاظه وأوجزته . والاختصار تقليل الشيء فقد يكون اختصار الكتاب بتقليل مسائله وقد يكون بتقليل ألفاظه مع تأدية المعنى ، ومن ذلك قول النبي ﷺ « أوتيت جوامع الكلم واختصر لي الكلام اختصاراً » ومن ذلك مختصرات الطرق وفي الحديث « الجهاد مختصر طريق الجنة » وقد نهي عن اختصار السجود ومعناه جمع آي السجدات فيقرؤها في وقت واحد . وقيل هو أن يحذف الآية التي فيها السجدة فلا يقرأها . وفائدة الاختصار التقريب والتسهيل على من أراد تعلمه وحفظه فان الكلام يختصر ليحفظ ويطول ليفهم . وقد ذكر رحمه الله مقصوده بالاختصار فقال

(ليقرب على متعلمه) أي يسهل عليه ويقل تعبه في تعلمه

وقوله (على مذهب أبي عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل رضي الله عنه وأرضاه) فهو الامام أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن ادريس بن عبد الله بن حيان بن عبد الله بن ذهل ابن شيبان بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان يلتقي نسبه ونسب رسول الله ﷺ في نزار لان رسول الله ﷺ من ولد مضر بن نزار وأحمد من ولد ربيعة بن نزار . قال عبد الله ابن أحمد : قال أبي ولدت سنة أربع وستين ومائة . وقال عبد الله ومات في ربيع الآخر سنة احدى وأربعين ومائتين وله سبع وسبعون سنة . حملت به أمه بمرو وولدته ببغداد ونشأ بها وسافر في طلب العلم أسفارا كثيرة ثم رجع إلى بغداد وتوفي بها بعد أن ساد أهل عصره ونصر الله به دينه . قال أبو عبيد القاسم ابن سلام ليس في شرق ولا غرب مثل أحمد بن حنبل ما رأيت رجلا أعلم بالسنة منه . وقال الامام أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي رحمة الله ورضوانه عليه : أحمد بن حنبل امام في ثمان خصال : امام في الحديث

أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي رضي الله عنه اعتمدت في جمعه على كتابه المغني وذكرت فيه من غيره مالم أجده فيه من الفروع والوجوه والروايات ولم أترك من كتاب المغني الا شيئا يسيرا من الادلة وعزوت من الاحاديث مالم يعز مما أمكنني عزوه ، والله المسئول أن يجعلنا ممن رسخت في العلم قدمه ، وجبل على اتباع الكتاب والسنة لحمه ودمه ، انه على كل شيء قدير ، وهو بالاجابة جدير ، وهو حسبنا ونعم الوكيل

امام في الفقه امام في القرآن امام في اللغة إمام في الفقر إمام في الزهد امام في الورع امام في السنة. وقال عبدالرحمن بن مهدي فيه وهو صغير لقد كاد هذا الغلام أن يكون إماما في بطن أمه . وقال ابوعمر ابن النحاس الرملي ـ وذكر احمد بن حنبل ـ : عن الدنيا ما كان أصبره ، وبالماضين ما كان أشبهه ، وبالصالحين رحمه الله ما كان ألحقه ، عرضت له الدنيا فأباها ، والبدع فنفاها ، واختصه الله سبحانه بنصر دينه ، والقيام بحفظ سنته ، ورضيه لاقامة حجته ، ونصر كلامه حين عجز عنه الناس. قيل لبشر بن الحارث حين ضرب احمد ياأبا نصر لو انك خرجت فقلت اني على قول احمد بن حنبل ! فقال بشر أتريدون أن أقوم مقام الانبياء ؟ ان احمد بن حنبل قام مقام الانبياء . وقال علي بن شعيب الطوسي كان احمد ابن حنبل عندنا المثل الذي قال النبي ﷺ « انه كائن في أمتي ما كان في بني إسرائيل حتى ان المنشار ليوضع على مفرق رأس أحدهم مايصده ذلك عن دينه » ولولا أن أبا عبدالله احمد بن محمد بن حنبل قام بهذا الشأن لكان عاراً وشناراً علينا إلى يوم القيامة ان قوما سئلوا فلم يخرج منهم أحد . وفضائله وماقاله الأئمة في مدحه كثير وليس هاهنا موضع استقصائه وقد صنف فيه غير واحد من الأئمة كتبا مفردة وانما غرضنا هنا الاشارة الى نكتة من فضله ، وذكر نسبه ومولده ومبلغ عمره اذ لايحسن من متمسك بمذهبه ومتفقه على طريقته أن يجهل هذا القدر من امامه . ونسأل الله الكريم أن يجمع بيننا وبينه في دار كرامته ، والدرجات العلى من جنته ، وأن يجعل عملنا صالحا ، ويجعله لوجهه خالصا ، ويجعل سعينا مقربا اليه مبلغا إلى رضوانه انه جواد كريم

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ باب ما تكون به الطهارة من الماء ﴾

التقدير هذا باب ماتكون به الطهارة من الماء فحذف المبتدأ للعلم به وقوله تكون الطهارة أي يحصل وتحدث وهي هاهنا تامة غير محتاجة الى خبر ومتى كانت تامة كانت بمعنى الحدث والحصول تقول كان

كتاب الطهارة

الطهارة في اللغة الوضاءة والنزاهة عن الاقذار وهي في الشرع رفع ما يمنع من الصلاة من حدث أو نجاسة بالماء أو رفع حكمه بالتراب أو غيره فعند اطلاق لفظ الشارع أو في كلام الفقهاء انما ينصرف الى الوضوء الشرعي دون اللغوي . وكذلك كل ماله موضوع شرعي ولغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج والزكاة ونحوه انما ينصرف المطلق منه الى الموضوع الشرعي لان الظاهر من الشارع التكلم بموضوعاته و كلام الفقهاء مبني عليه

باب المياه وهي ثلاثه أقسام ماء طهور

وهو الطاهر في نفسه الذي يجوز رفع الاحداث والنجاسات به والطهور بضم الطاء المصدر قاله اليزيدي وبالفتح ما ذكرناه . هو من الاسماء المتعدية مثل الغسول وقال بعض الحنفية : هو لازم بمعنى الطاهر لان العرب لا تفرق بين الفاعل والمفعول في اللزوم والتعدي

الامر أي حدث ووقع قال الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) أي ان وجد ذو عسرة وقال الشاعر

اذا كان الشتاء فادفئوني فان الشيخ يهرمه الشتاء

أي اذا جاء الشتاء وفي نسخة مقروءة على ابن عقيل (باب ما تجوز به الطهارة من الماء) ومعناهما متقارب والطهارة في اللغة النزاهة عن الاقذار وفي الشرع رفع ما يمنع الصلاة من حدث أو نجاسة بالماء أو رفع حكمه بالتراب فعند اطلاق لفظ الطهارة في لفظ الشارع أو كلام الفقهاء ينصرف الى الموضوع الشرعي دون اللغوي (١) وكذلك كل ما له موضوع شرعي ولغوي انما ينصرف المطلق منه الى الموضوع الشرعي كالوضوء والصلاة والصوم والزكاة والحج ونحوه لان الظاهر من صاحب الشرع التكلم بموضوعاته

والطهور بضم الطاء المصدر قاله اليزيدي والطهور بالفتح من الاسماء المتعدية وهو الذي يطهر غيره مثل الغسول الذي يغسل به وقال بعض الحنفية هو من الاسماء اللازمة بمعنى الطاهر سواء لان العرب لا تفرق بين الفاعل والفعول في التعدي واللزوم فما كان فاعله لازما كان فعوله لازما بدليل قاعد وقعود ونائم ونؤوم وضارب وضروب. وهذا غير صحيح فان الله تعالى قال (ليطهركم به) وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي نصرت بالرعب مسيرة شهر وجعلت لي الارض مسجداً وطهورا » متفق عليه ولو أراد به الطاهر لم يكن فيه مزية لانه طاهر في حق كل أحد وسئل النبي ﷺ عن التوضؤ بماء البحر فقال « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ولو لم يكن الطهور متعديا لم يكن ذلك جوابا للقوم حيث سألوه عن التعدي اذ ليس كل طاهر مطهراً . وما ذكروه لا يستقيم لان العرب فرقت بين الفاعل والفعول فقالت قاعد لمن وجد منه القعود ، وقعود لمن يتكرر منه ذلك فينبغي أن يفرق بينهما هاهنا و ليس الا من حيث التعدي واللزوم (٢)

بدليل قاعد وقعود وهذا ان أريد به ان الماء مختص بالطهور كما سيأتي في موضعه ان شاء الله والا فالنزاع في هذه المسألة لفظي والاشبه قول أصحابنا لان النبي ﷺ قال « أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي جعلت لي الارض مسجداً وطهورا » متفق عليه ولو أراد به الطاهر لم يكن له مزية على غيره لانه طاهر في حق غيره ولما سئل النبي ﷺ عن الوضوء بماء البحر قال « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ولو لم يكن الطهور متعديا بمعنى المطهر لم يكن ذلك جوابا للقوم حيث سألوه عن

---

(١) هذا الاطلاق لا يطرد في لغة الكتاب والسنة وانما يفرق فيهما بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي بالقرينة أو الدليل والطهارة فيهما حسية ومعنوية فتطهير أهل البيت وأهل الصدقات في القرآن معنوي وتطهير الماء حسي وهو غير محصور بما يمنع من الصلاة ومنع النجاسة من صحة الصلاة موضع خلاف بين أئمة الفقهاء وطالما غلط العلماء في التفسير وغيره بالبناء على هذه القاعدة وجعلها مطردة

(٢) التحقيق أنه ليس معدولا عن طاهر حتى يشاركه في اللزوم والتعدي بحسب اصطلاح النحاة كضارب وضروب ولكنه من أسماء الآلات التي يفعل بها كوجور وفطور وسحور ويقولون ذلك بالضم للمصدر . اه من كتاب الفروع لابن مفلح عن شيخه ابن تيمية

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والطهارة بالماء الطاهر المطلق الذي لا يضاف الى اسم شيء غيره مثل ماء الباقلا وماء الورد وماء الحمص وماء الزعفران وما أشبهه مما لا يزايل اسمه اسم الماء في وقت)

قوله (والطهارة) مبتدأ خبره محذوف تقديره والطهارة مباحة أوجائزة أو نحو ذلك والالف واللام للاستغراق فكأنه قال وكل طهارة جائزة بكل ماء طاهر مطلق . والطاهر ماليس بنجس والمطلق ماليس بمضاف الى شيء غيره وهو معني قوله لايضاف الى اسم شيء غيره وانما ذكره صفة له وتبيينا ثم مثل الاضافة فقال: مثل ماء الباقلا وماء الورد وماء الحمص وماء الزعفران وماأشبهه وقوله (مما لايزايل اسمه اسم الماء في وقت) صفة للشيء الذي يضاف اليه الماء ومعناه لايفارق اسمه اسم الماء — والمزايلة المفارقة قال الله تعالى (لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما) وقال أبو طالب * وقد طاوعوا أمر العدو المزايل * أي المفارق — أي لايذكر الماء إلا مضافا الى المخالط له في الغالب ويفيد هذا الوصف الاحتراز من المضاف الى مكانه ومقره كماء النهر والبئر فانه اذا زال عن مكانه زالت النسبة في الغالب وكذلك ماتغيرت رائحته تغيراً يسيراً فانه لايضاف في الغالب وقال القاضي: هذا احتراز من المتغير بالتراب لانه يصفو عنه ويزايل اسمه . وقد دلت هذه المسألة على أحكام (منها) إباحة الطهارة بكل

التعدي إذ ليس كل طاهر مطهراً والعرب قد فرقت بين فاعل وفعول قالت فاعل لمن وجد منه مرة وفعول لمن تكرر منه فينبغي أن يفرق بينهما هاهنا وليس إلا من حيث التعدي واللزوم

﴿ مسألة ﴾ قال (وهو الباقي على أصل خلقته) وجملة ذلك ان كل صفة خلق الله عليها الماء من حرارة أو برودة أو عذوبة أو ملوحة أو غيرها سواء نزل من السماء أو نبع من الارض وبقي على أصل خلقته فهو طهور لقول الله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم طهرني بالثلج والبرد والماء البارد » رواه مسلم وروى جابر عن النبي ﷺ انه قال في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » رواه الامام أحمد[1] وقول النبي ﷺ « الماء طهور لا ينجسه شيء »[2] وهذا قول أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم إلا انه روي عن ابن عمرو انه قال في ماء البحر لايجزي من الوضوء ولا من الجنابة والتيمم أعجب إلي منه، وروي ذلك عن عبدالله بن عمر والاول أولى لقول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا واجد للماء فلا يجوز له التيمم ولحديث جابر الذي ذكرناه في البحر، وروي عن عمر انه قال من لم يطهره ماء البحر فلا طهر له[3] ولانه ماء بقي على أصل خلقته أشبه العذب

---

(١) وكذا ابن ماجه وابن حبان والدار قطني ورواه أحمد واصحاب السنن وغيرهم من حديث أبي هريرة وحكى الترمذي تصحيحه عن البخاري وان لم يخرجه. وهذا أتم مما سيأتي في المغني

(٢) رواه أحمد وأبوداود والترمذي عن أبي سعيد في شأن بئر بضاعة وروي عن غيره، واختلف فيه والتحقيق انه ضعيف وان المسلمين أجمعوا على ان الماء المتغير بالنجاسة نجس وتجد تفصيل الكلام عن علله في نيل الاوطار (٣) ترى في الصفحة ٨ من المغني : فلا طهره الله . وهو أصح

ماء موصوف بهذه الصفة التي ذكرها على أي صفة كان من أصل الخلقة من الحرارة والبرودة والعذوبة والملوحة نزل من السماء أو نبع من الارض في بحر أو نهر أو بئر أو غدير أو غير ذلك وقد دل على ذلك قول الله (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله سبحانه (وأنزلنا من السماء ماء طهورا) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الماء طهور لا ينجسه شيء » وقوله في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وهذا قول عامة أهل العلم إلا انه حكي عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو انهما قالا في البحر : التيمم أعجب الينا منه وهو نادر وحكاه الماوردي عن سعيد بن المسيب والاول أولى لقول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وماء البحر ماء فلا يجوز العدول الى التيمم مع وجوده ، وروي عن أبي هريرة قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فان توضأنا به عطشنا أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله ﷺ « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : من لم يطهره ماء البحر فلا طهره الله - ولانه ماء باق على أصل خلقته فجاز الوضوء به كالعذب وقولهم هو نار إن أريد به انه نار في الحال فهو خلاف الحس وإن أريد انه يصير ناراً لم يمنع ذلك الوضوء به حال كونه ماء

(ومنها) ان الطهارة من النجاسة لا تحصل إلا بما يحصل به طهارة الحدث لدخوله في عموم الطهارة وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وزفر وقال أبو حنيفة يجوز إزالة النجاسة بكل مائع طاهر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما تغير بمكثه) الماء المتغير بطول المكث باق على اطلاقه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الوضوء بالماء المتغير من غير نجاسة حلت فيه جائز سوى ابن سيرين فانه كره ذلك . ولنا انه تغير من غير مخالطة أشبه التغير عن مجاورة وقد روي عن النبي ﷺ انه توضأ من بئر كأن ماءه نقاعة الحناء

﴿مسئلة﴾ قال (أو بطاهر لا يمكن صونه عنه كالطحلب وورق الشجر) وجملته ان الماء المتغير بالطحلب وورق الشجر والخز وسائر ماينبت في الماء أو يجري عليه الماء أو تحمله الريح أو السيول من التبن والعيدان أو مايجري عليه الماء من الكبريت والقار ونحوه أو كان في الارض التي يقف فيها الماء وكذلك مايتغير في آنية الادم والنحاس ونحوه يعفى عن ذلك كله ولا يخرج به الماء عن اطلاقه لانه يشق التحرز منه فان أخذ شيء من ذلك وألقي في الماء كان حكمه حكم ما أمكن التحرز منه على مايأتي وكذلك ماتغير بالسمك ونحوه من دواب البحر لانه لا يمكن التحرز عنه فأشبه ماذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو لا يخالطه كالعود والكافور والدهن) على اختلاف أنواعه وكالعنبر اذا لم يستهلك في الماء ولم يتحلل فيه لا يخرج به الماء عن اطلاقه لانه تغير عن مجاورة أشبه مالو تروح بريح شيء الى جانبه وفي معناه ماتغير بالقطران والزفت والشمع لان فيه دهنية يتغير بها الماء

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو ما أصله الماء كالملح البحري) لان أصله الماء فهو كالثلج والبرد فان كان

مزيل للعين والاثر كالخل وماء الورد ونحوهما وروي عن أحمد مايدل على مثل ذلك لان النبي ﷺ قال « إذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليغسله سبعا » أطلق الغسل فتقييده بالماء يحتاج إلى دليل ولأنه مائع طاهر مزيل فجازت ازالة النجاسة به كالماء فاما مالا يزيل كالمرق واللبن فلا خلاف في أن النجاسة لاتزال به ، ولنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال لاسماء بنت أبي بكر « إذا أصاب ثوب احداكن الدم من الحيضة فلتقرصه ثم لتنضحه بماء ثم لتصلي فيه » اخرجه البخاري وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر بذنوب من ماء فاهريق على بول الاعرابي متفق عليه وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانها طهارة تراد للصلاة فلا تحصل بغير الماء كطهارة الحدث ومطلق حديثهم مقيد بحديثنا والماء يختص بتحصيل احدى الطهارتين فكذلك الاخرى (١)

(ومنها) اختصاص حصول الطهارة بالماء لتخصيصه اياه بالذكر فلايحصل بمائع سواه وبهذا قال : مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو يوسف ، وروي عن علي رضي الله عنه ـ وليس بثابت عنه ـ أنه كان لايرى بأسا بالوضوء بالنبيذ وبه قال الحسن والاوزاعي وقال عكرمة النبيذ وضوء من لم يجد الماء وقال اسحاق النبيذ حلواً أحب الي من التيمم وجمعهما أحب إلي وعن أبي حنيفة كقول عكرمة وقيل عنه يجوز الوضوء بنبيذ التمر اذا طبخ واشتد عند عدم الماء في السفر لما روى ابن مسعود أنه كان مع رسول الله ﷺ ليلة الجن فأراد أن يصلي صلاة الفجر فقال « أمعك وضوء ؟ فقال لا معي اداوة

معدنيا فهو كالزعفران وكذلك الماء المتغير بالتراب لانه يوافق الماء في صفتيه أشبه الملح

﴿مسئلة﴾ قال (أو ما تروح بريح ميتة الى جانبه) لا نعلم في ذلك خلافا (أو سخن بالشمس) لانه سخن بطاهر فلم تكره الطهارة به كما لو سخن بالحطب ، وقال الشافعي : تكره الطهارة بماء قصد تشمسه لما روي عن عائشة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ وقد سخنت له ماء في الشمس فقال « لا تفعلي ياحميراء فانه يورث البرص » ولنا ما ذكرناه من القياس والحديث رواه الدار قطني وقال يرويه خالد بن اسماعيل وهو متروك الحديث وعمرو بن محمد الاعسم وهو منكر الحديث ولانه لو كره لاجل الضرر لما اختلف بقصد التشميس وعدمه

﴿مسئلة﴾ قال (أو بطاهر) كالحطب ونحوه فلا تكره الطهارة به لا نعلم فيه خلافا إلا ما روي

---

(١) وجوب امتثال امره (ص) باهراق الماء على البول لايدل على وجوب ازالة كل نجاسة بالماء فان هذه واقعة حال لايصلح فيها غير الماء لاقاعدة كلية للتطهير وحديث أسماء في تطهير الثوب من دم الحيض ليس فيه دليل على الحصر وازالة النجاسة ليست من الامور التعبدية ولهذا لم تشترط فيها النية بل هي للنظافة لقوله تعالى (ليطهركم به) وقوله (مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم) والتطهير ازالة القذر فيحصل بكل مزيل في الجملة ويختلف باختلاف الاشياء كمسح الصقيل وفعل النار وعليه الحنفية ومنه دلك النعل بالارض ولكن لما كان الماء هو الغالب العام في ذلك خص بالذكر ويوجد من السائلات الصناعية في هذا الزمان ما هو أفعل منه في الازالة

فيها نبيذ فقال (تمرة طيبة وماء طهور) ولنا قول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا نص في الانتقال إلى التراب عند عدم الماء [١] وقال النبي ﷺ « الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين » رواه أبوداود ولانه لايجوز الوضوء به في الحضر أومع وجود الماء فأشبه الخل والمرق وحديثهم لايثبت وراويه أبو زيد مجهول عند أهل الحديث لا يعرف له غير هذا الحديث ولا يعرف بصحبة عبدالله قاله الترمذي وابن المنذر ، وقد روي عن ابن مسعود أنه سئل هل كنت مع رسول الله ﷺ ليلة الجن فقال ما كان معه منا أحد رواه أبوداود وروى مسلم باسناده عن ابن مسعود قال لم أكن مع رسول الله ﷺ ليلة الجن وودت أني كنت معه

﴿ فصل ﴾ فاما غير النبيذ من المائعات غير الماء كالخل والدهن والمرق واللبن فلاخلاف بين أهل العلم فيما نعلم أنه لايجوز بها وضوء ولاغسل لان الله تعالى أثبت الطهورية للماء بقوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وهذا لا يقع عليه اسم الماء

(ومنها) أن المضاف لاتحصل به الطهارة وهو على ثلاثة أضرب (أحدها) مالا تحصل به الطهارة رواية واحدة وهو على ثلاث أنواع (أحدها) ما اعتصر من الطاهرات كماء الورد وماء القرنفل وماينزل من عروق الشجر اذا قطعت رطبة (الثاني) ماخالطه طاهر فغير اسمه وغلب على أجزائه حتى صار صبغا أوحبراً أوخلا أومرقا ونحو ذلك (الثالث) ماطبخ فيه طاهر فتغير به كماء الباقلا المغلي فجميع هذه الانواع لايجوز الوضوء بها ولا الغسل . لا نعلم فيه خلافا إلا ماحكي عن ابن أبي ليلى والاصم في المياه المعتصرة

[١] فيه أنه خاص بالوضوء والغسل وفيهما معنى التعبد ولذلك اشترط الجمهور فيهما النية والتيمم يقوم مقامهما في المعنى التعبدي دون النظافة .

عن مجاهد أنه كره الوضوء بالماء المسخن وقول الجمهور أولى لما روي عن الأسلع بن شريك رحال النبي ﷺ قال أجنبت وأنا مع النبي ﷺ فجمعت حطبا فاحميت الماء فاغتسلت فأخبرت النبي ﷺ فلم ينكره علي رواه الطبراني بمعناه ولانه صفة خلق عليها الماء أشبه مالو برده (فهذا كله طاهر مطهر يرفع الاحداث ويزيل الأنجاس غير مكروه الاستعمال) لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ قال (وان سخن بنجاسة فهل يكره استعماله؟ على روايتين) الماء المسخن بالنجاسة ينقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يتحقق وصولها اليه فهذا نجس ان كان يسيراً لما يأتي (الثاني) إن غلب على الظن أنها لاتصل اليه فهو طاهر بالاصل ولايكره استعماله في أحد الوجهين اختاره الشريف أبو جعفر وابن عقيل لان احتمال وصول النجاسة اليه يبعد أشبه غير المسخن والثاني يكره لاحتمال النجاسة اختاره القاضي (الثالث) ماعدا ذلك ففيه روايتان (احداهما) يكره وهو ظاهر المذهب لاجل النجاسة (والثانية) لايكره كالتي قبلها وكالماء اذا شك في نجاسته وهذا مذهب الشافعي وذكر أبوالخطاب في الماء المسخن بالنجاسة روايتين على الاطلاق والله أعلم

(فصل) ولا يكره الوضوء والغسل بماء زمزم لما روى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ وقف بعرفة وهو مردوف أسامة بن زيد فذكر الحديث وفيه ثم أفاض رسول الله ﷺ فدعا

أنها طهور يرتفع بها الحدث ويزال بها النجس ، ولأصحاب الشافعي وجه في ماء الباقلا المغلي وسائر من بلغنا قوله من أهل العلم على خلافهم . قال أبو بكر بن المنذر أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم أن الوضوء غير جائز بماء الورد وماء الشجر وماء العصفر ، ولا تجوز الطهارة إلا بماء مطلق يقع عليه اسم الماء ، ولان الطهارة انما تجوز بالماء وهذا لايقع عليه اسم الماء باطلاقه (١)

﴿ الضرب الثاني ﴾ ماخالطه طاهر يمكن التحرز منه فغير احدى صفاته ـ طعمه أو لونه أو ريحه كماء الباقلا وماء الحمص وماء الزعفران ، واختلف أهل العلم في الوضوء به واختلفت الرواية عن امامنا رحمه الله في ذلك فروي عنه لاتحصل الطهارة به وهو قول مالك والشافعي واسحاق . قال القاضي أبو يعلى

بسجل من ماء زمزم فشرب منه وتوضأ . رواه عبدالله بن أحمد في المسند عن غير أبيه وعنه يكره لقول العباس لاأحلها لمغتسل ، ولأنه أزال به مانعا من الصلاة أشبه مالو أزال به النجاسة والاول أولى لما ذكرنا وكونه مباركا لايمنع الوضوء به كالماء الذي وضع النبي ﷺ يده فيه

(فصل) اذا خالط الماء طاهر لم يغيره لم يمنع الطهارة . قال شيخنا لانعلم فيه خلافا ، وحكي عن أم هانيء والزهري في كسر بلت في ماء غيرت لونه أو لم تغيره لايجوز الوضوء به والاول أولى لأنه طاهر لم يغير صفة الماء فلم يمنع كبقية الطاهرات ، وقد اغتسل النبي صلى الله عليه وسلم هو وزوجته من قصعة فيها أثر العجين . رواه النسائي

(فصل) اذا وقع في الماء ماء مستعمل عفي عن يسيره . رواه اسحاق بن منصور عن أحمد ، وهذا ظاهر حال النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لأنهم كانوا يتوضأون من الاقداح ويغتسلون من الجفان ، وقد اغتسل هو وعائشة من اناء واحد تختلف أيديهما فيه كل واحد منهما يقول لصاحبه «أبق لي» ومثل هذا لايسلم من رشاش يقع في الماء ، فان كثر الواقع فيه وتفاحش منع في إحدى الروايتين . وقال أصحاب الشافعي : إن كان الاكثر المستعمل منع وإلا فلا ، وقال ابن عقيل إن كان الواقع بحيث لو كان خلا غير الماء منع وإلا فلا . وما ذكرنا من الخبر وظاهر حال النبي ﷺ يمنع من اعتباره بالخل لسرعة نفوذه وسرايته فيؤثر قليله في الماء والحديث دل عن العفو عن اليسير مطلقا فينبغي أن يرجع في ذلك إلى العرف فما عد كثيراً وإلا فلا ، وإن شك في كثرته لم يمنع عملا بالاصل .

(فصل) فان كان معه ماء لايكفيه لطهارته فكمله بمائع آخر لم يغيره جاز الوضوء به في احدى الراويتين لأنه طاهر لم يغير الماء فلم يمنع كما لو كان الماء قدراً يكفيه لطهارته (والثانية) لايجوز لأنا نتيقن حصول غسل بعض أعضائه بالمائع والاول أولى لان المائع استهلك في الماء فسقط حكمه أشبه مالو كان الماء يكفيه لطهارته فزاده مائعا آخر وتوضأ منه وبقي قدر المائع

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ﴿ القسم الثاني ماء طاهر غير مطهر وهو ماخالطه طاهر فغير اسمه أو غلب علي أجزائه أو طبخ فيه ﴾ وجملته أن كل ماء خالطه طاهر فغير اسمه حتي صار صبغاً

١) مدرك غير الجمهور في هذا الماء المضاف انه ماء قطعا خالطه طاهر قليل لايزيل قوته المرادة للتطهير وانما يضاف الى غيره للتمييز كماء الورد وماء الزهر فهو كالخمر التي يخالطها ماء وطيب لاتخرج عن كونها خمرا فهو كالضرب الثاني بخلاف الخل والنبيذ اذا حلا أو ثخن فانه لايسمى ماء البتة باطلاق ولا اضافة

وهي أصح وهي المنصورة عند أصحابنا في الخلاف ، ونقل عن أحمد جماعة من أصحابه منهم أبو الحارث والميموني واسحاق بن منصور جواز الوضوء به وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه لان الله تعالى قال (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا عام في كل ماء لأنه نكرة في سياق النفي والنكرة في سياق النفي تعم فلا يجوز التيمم مع وجوده ، وأيضاً قول النبي ﷺ في حديث أبي ذر « التراب كافيك مالم تجد الماء » وهذا واجد للماء ، ولان النبي ﷺ وأصحابه كانوا يسافرون وغالب أسقيتهم الادم والغالب أنها تغير الماء فلم ينقل عنهم تيمم مع وجود شيء من تلك المياه ، ولأنه طهور خالطه طاهر لم يسلبه اسم الماء ولا رقته ولا جريانه فأشبه المتغير بالدهن ـ ووجه الاولى أنه ماء تغير بمخالطة ماليس بطهور يمكن الاحتراز منه فلم يجز الوضوء به كماء الباقلا المغلي ، ولأنه زال عن اطلاقه فأشبه المغلي . اذا ثبت هذا فان أصحابنا لم يفرقوا بين المذرور في الماء مما يختلط بالماء كالزعفران والعصفر والاشنان ونحوه وبين الحبوب من الباقلا والحمص والثمر كالتمر والزبيب والورق وأشباه ذلك ، وقال أصحاب الشافعي ماكان مذروراً منع اذا غير الماء وما عداه لايمنع إلا أن ينحل في الماء ، وإن غيره من غير انحلال لم يسلب طهوريته لانه تغير مجاورة أشبه تغيير الكافور ، ووافقهم أصحابنا في الخشب والعيدان وخالفوهم في سائر ماذكرنا لان تغير الماء به انما كان لانفصال أجزاء منه إلى الماء وانحلالها فيه فوجب أن يمنع كما لو طبخ فيه ، ولأنه ماء تغير بمخالطة طاهر يمكن صونه عنه أشبه مالو أغلي فيه

﴿ الضرب الثالث ﴾ من المضاف ما يجوز الوضوء به رواية واحدة وهو أربعة أنواع (أحدها) ما أضيف إلى محله ومقره كماء النهر والبئر وأشباههما لهذا لاينفك منه ماء وهي اضافة الى غير مخالط وهذا لاخلاف فيه بين أهل العلم (الثاني) مالا يمكن التحرز منه كالطحلب والخز وسائر ماينبت في الماء وكذلك ورق الشجر الذي يسقط في الماء أو تحمله الريح فتلقيه فيه وما تجذبه السيول من العيدان والتبن نحوه فتلقيه في الماء ، وما هو قرار الماء كالكبريت والقار وغيرهما اذا جرى عليه الماء فتغير به أو

أو خلا أو غلب على أجزائه فصيره حبراً أو طبخ فيه فصار مرقا وتغير بذلك ــ الانواع الثلاثة لايجوز الغسل ولا الوضوء بها ، لانعلم فيه خلافا إلا أنه حكي عن أصحاب الشافعي وجه في ماء الباقلا المغلي أنه يجوز الوضوء به ، وحكي عن ابن أبي ليلى والاصم أنه يجوز الوضوء والغسل بالمياه المعتصرة وسائر أهل العلم على خلافهم لان الطهارة انما تجوز بالماء لقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا لايقع عليه اسم الماء

﴿مسئلة﴾ (فان غير أحد أوصافه ــ لونه أو طعمه أو ريحه ففيه روايتان)

(احداهما) أنه غير مطهر وهو قول مالك والشافعي واسحاق واختيار القاضي ،قال وهي المنصورة عند أصحابنا لأنه ماء تغير بمخالطة ماليس بطهور يمكن الاحتراز عنه أشبه ماء الباقلا المغلي. اذا ثبت هذا فان أصحابنا لايفرقون بين المذرور كالزعفران والاشنان وبين الحبوب من الباقلا والحمص والثمر كالتمر والزبيب

كان في الارض التي يقف الماء فيها وهذا كله يعفى عنه لانه يشق التحرز منه فان أخذ شيء من ذلك فألقي في الماء وغيره كان حكمه حكم مايمكن التحرز منه من الزعفران ونحوه لان الاحتراز منه ممكن (الثالث) مايوافق الماء في صفتيه الطهارة والطهورية كالتراب اذا غير الماء لايمنع الطهورية لانه طاهر مطهر كالماء. فان ثخن بحيث لايجري على الاعضاء لم تجز الطهارة به لانه طين وليس بماء ولا فرق في التراب بين وقوعه في الماء عن قصد أو غير قصد وكذلك الملح الذي أصله الماء كالبحري والملح الذي ينعقد من الماء الذي يرسل على السبخة فيصير ملحا فلايسلب الطهورية لان أصله الماء فهو كالجليد والثلج وان كان معدنيا ليس أصله الماء فهو كالزعفران وغيره (الرابع) مايتغير به الماء بمجاورته من غير مخالطة كالدهن على اختلاف أنواعه والطاهرات الصلبة كالعود والكافور والعنبر إذا لم يهلك في الماء ولم يمع فيه لايخرج به عن اطلاقه لانه تغيير مجاورة أشبه مالو تروح الماء بريح شيء على جانبه ولا نعلم في هذه الانواع خلافا . وفي معنى المتغير بالدهن ما تغير بالقطران والزفت والشمع لان في ذلك دهنية يتغير بها الماء تغير مجاورة فلا يمنع كالدهن

(فصل) والماء الآجن وهو الذي يتغير بطول مكثه في المكان من غير مخالطة شيء يغيره باق على اطلاقه في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن الوضوء بالماء الآجن من غير نجاسة حلت فيه جائز غير ابن سيرين فانه كره ذلك وقول الجمهور أولى فانه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ من بئر كأن ماءه نقاعة الحناء ولانه تغير من غير مخالطة

والورق ونحوه وقال الشافعية ما كان مذروراً منع اذا غير وماعداه لايمنع الا أن ينحل في الماء فان غير ولم ينحل لم يسلب الطهورية كما لو تغير بالكافور ووافقهم أصحابنا في الخشب والعيدان وخالفوا فيما ذكرنا لان تغير الماء به انما كان لانصال أجزاء منه وانحلالها فيه فوجب أن يمنع كالمذرور وكما لو أغلي فيه

(فصل) ولم يفرق أصحابنا في التغيير بين اللون والطعم والرائحة بل سووا بينهم قياسا لبعضها على بعض وشرط الخرقي الكثرة في الرائحة دون اللون والطعم لسرعة سرايتها ونفوذها ولكونها تحصل تارة عن مجاورة وتارة عن مخالطة فاعتبرت الكثرة ليعلم أنها عن مخالطة

والرواية الثانية أنه باق على طهوريته نقله عن أحمد جماعة من أصحابنا ابو الحرث والميموني وإسحاق بن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لان الله تعالى قال (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا عام في كل ماء لانه نكرة في سياق النفي والنكرة في سياق النفي تفيد العموم فلا يجوز التيمم مع وجوده وكذلك قول النبي ﷺ « التراب كافيك مالم تجد الماء » وهذا ماء ولانه ماء لم يسلبه اسمه ولا رقته ولا جريانه أشبه المتغير بالدهن فان تغير وصفان من أوصافه أو ثلاثة وبقيت رقته وجريانه فذكر القاضي أيضا فيه روايتين (إحداهما) يجوز الوضوء به لما ذكرنا فأشبه المتغير بالمجاورة

(فصل) واذا كان على العضو طاهر كالزعفران والعجين فتغير به الماء وقت غسله لم يمنع حصول الطهارة به لانه تغير في محل التطهير أشبه مالو تغير الماء الذي تزال به النجاسة في محلها

«مسألة» قال (وماسقط فيه مما ذكرنا أومن غيره وكان يسيرا فلم يوجد له طعم ولا لون ولا رائحة كثيرة حتى ينسب الماء اليه توضيء به)

(قوله) مما ذكرنا يعني الباقلا والحمص والورد والزعفران وغيره يعني من الطاهرات سواه وقوله حتى ينسب الماء اليه أي يضاف اليه على ماقدمنا واعتبر الكثرة في الرائحة دون غيرها من الصفات لان لها سراية ونفوذا فانها تحصل عن مجاورة تارة وعن مخالطة أخرى فاعتبر الكثرة فيها ليعلم أنها عن مخالطة قال ابن عقيل غير الخرقي من أصحابنا ذهب إلى التسوية بين الرائحة واللون والطعم لانها صفة من صفات الماء فاشبهت اللون والطعم وقال القاضي يجب التسوية بين الرائحة واللون والطعم فان عفي عن اليسير في بعضها عفي عنه في بقيتها وان لم يعف عن اليسير في بعضها لم يعف عنه في بقيتها وقد ذكرنا معنى يقتضي الفرق ان شاء الله تعالى — ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في جواز الوضوء بما خالطه طاهر لم يغيره إلا ماحكي عن أم هانيء في ماء بلّ فيه خبز لايتوضأ به ولعلها أرادت ماتغير به ،

ولان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يسافرون وغالب أسقيتهم الادم وهي تغير أوصاف الماء عادة ولم يكونوا يتيممون معها (والثانية) لايجوز لانه غلب على الماء أشبه مالو زال اسمه أوطبخ فيه وقال ابن أبي موسى في الذي تغيرت إحدى صفاته بطاهر يجوز التوضؤ به عند عدم الماء المطلق في إحدى الروايتين (و) لايجوز مع وجوده

﴿مسئلة﴾ قال (أواستعمل في رفع حدث أوطهارة مشروعة كالتجديد وغسل الجمعة)

اختلف المذهب في المنفصل من المتوضيء عن الحدث والمغتسل من الجنابة فروي أنه طاهر غير مطهر وهو المشهور من مذهب أبي حنيفة والشافعي وإحدى الروايتين عن مالك لقول رسول الله ﷺ « لايبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسل فيه من الجنابة » رواه أبو داود ولولا أنه يفيد منعا لم ينه عنه ولأنه أزال به مانعا من الصلاة أشبه ما لو غسل به النجاسة ، والرواية الثانية أنه مطهر وهو قول الحسن وعطاء والنخعي وأهل الظاهر والرواية الاخرى عن مالك ، والقول الثاني للشافعي وهو قول ابن المنذر ، ويروى عن علي وابن عمر فيمن نسي مسح رأسه اذا وجد بللا في لحيته أجزأه أن يمسح رأسه بذلك البلل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الماء لايجنب » وأنه صلى الله عليه وسلم اغتسل من الجنابة فرأى لمعة لم يصبها الماء فعصر شعره عليها رواهما الامام أحمد ولانه ماء طاهر غسل به عضواً طاهراً أشبه مالو تبرد به أو غسل به الثوب — أو نقول أدى به فرضا فجاز أن يؤدي به غيره كالثوب يصلي فيه مراراً ، وقال أبو يوسف هو نجس وهو رواية

وحكى ابن المنذر عن الزهري في كسر بلت بالماء غيرت لونه أو لم تغير لونه لم يتوضأ به والذي عليه الجمهور أولى لانه طاهر لم يغير صفة الماء فلم يمنع كبقية الطاهرات اذا لم تغيره وقد اغتسل النبي ﷺ وزوجته من جفنة فيها أثر العجين رواه النسائي وابن ماجه والاثرم

(فصل) واذا وقع في الماء مائع لا يغيره لموافقة صفته صفته ـ وهذا يبعد إذ الظاهر انه لابد أن ينفرد عنه بصفة ـ فيعتبر التغير بظهور تلك الصفة فان اتفق ذلك اعتبرناه بغيره مما له صفة تظهر على الماء كالحر اذا جُني عليه دون الموضحة قومناه كأنه عبد وإن شك في كونه يمنع بني على يقين الطهورية لانها الاصل فلا يزول عنها بالشك

(فصل) وان كان الواقع في الماء ماء مستعملا عفي عن يسيره قال إسحاق بن منصور قلت لاحمد الرجل يتوضأ فينتضح من وضوئه في إنائه ؟ قال لا بأس به ، قال ابراهيم النخعي لابد من ذلك . ونحوه عن الحسن . وهذا ظاهر حال النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لانهم كانوا يتوضؤن من الاقداح والاتوار ويغتسلون من الجفان . وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل هو وميمونة من جفنة فيها أثر العجين واغتسل هو وعائشة من اناء واحد تختلف أيديهما فيه كل واحد منهما يقول لصاحبه أبق لي . ومثل هذا لا يسلم من رشاش يقع في الماء ، وان كثر الواقع وتفاحش منع على احدى الروايتين . وقال أصحاب الشافعي إن كان الأكثر المستعمل منع وإن كان الاقل لم يمنع

عن أبي حنيفة وذكره ابن عقيل قولا لاحمد لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغسل في الماء الراكد كنهيه عن البول فيه فاقتضى أن الغسل فيه كالبول وكما لو غسل به نجاسة ولانه يسمى طهارة والطهارة لا تعقل إلا عن نجاسة لان تطهير الطاهر محال ـ ووجه طهارته ان النبي صلى الله عليه وسلم صب على جابر من وضوءه إذ كان مريضاً وكان اذا توضأ يكادون يقتتلون على وضوئه رواهما البخاري ولو كان نجساً لم يجز فعل ذلك ولان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ونساءه كانوا يغتسلون من الجفان ويتوضؤن من الاقداح ومثل هذا لا يسلم من رشاش يقع في الماء من المستعمل ولو كان نجساً لتنجس به الماء. ولانه ماء طاهر لاقى عضواً طاهراً أشبه مالو تبرد به والدليل على طهارة أعضاء المحدث قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان المؤمن لا ينجس » متفق عليه ولانه لو مس شيئاً رطبا لم ينجسه ولو حمله مصل لم تبطل صلاته وقولهم انه نهى عن الغسل فيه كنهيه عن البول فيه قلنا يكفي اشتراكهما في أصل المنع من التطهر به ولا يلزم اشتراكهما في التنجس وانما سمي الوضوء والغسل طهارة لكونه يطهر عن الذنوب والآثام كما جاء في الاخبار لما ذكرنا من الأدلة وجميع الاحداث سواء فيما ذكرنا الغسل والوضوء والحيض والنفاس وكذلك المنفصل من غسل الميت اذا قلنا بطهارته فأما المنفصل من غسل الذمية من الحيض فروي انه مطهر لانه لم يزل مانعاً من الصلاة أشبه المتبرد وروي انه غير مطهر لانه زال به المانع من وطء الزوج فأما ما اغتسلت به من الجنابة فهو مطهر وجهاً واحداً

وقال ابن عقيل إن كان الواقع بحيث لو كان خلا غير الماء منع والا فلا . وما ذكرنا من الخبر وظاهر حال النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه يمنع من اعتباره بالخل لأنه من أسرع المائعات نفوذاً وأبلغها سراية فيؤثر قليله في الماء والحديث دل على العفو عن يسيره فاذاً يرجع في ذلك إلى العرف فما كان كثيراً متفاحشاً منع وإلا فلا ، وإن شك فالماء باق على الطهورية لانها الاصل فلا يزول عنها بالشك

(فصل) فان كان معه ماء لايكفيه لطهارته فكمله بمائع لم يغيره جاز الوضوء به في احدى الروايتين لانه طاهر لم يغير الماء فلم يمنع كما لو كان الماء قدراً يجزي في الطهارة (والثانية) لايجوز لاننا نتيقن حصول غسل بعض أعضائه بالمائع (والاولى) أولى لأنه لما لم تظهر صفة المائع على الماء صار حكم الجميع حكم الماء وما ذكرناه للرواية الثانية يبطل بما اذا كان الماء قدراً يجزيء في الطهارة فخلطه بمائع ثم توضأ به وبقي قدر المائع أو دونه فانه يجوز مع العلم بأن المستعمل بعض الماء وبعض المائع ، وكذلك الباقي لاستحالة انفراد الماء عن المائع والله أعلم

(فصل) ولا يكره الوضوء بالماء المسخن بطاهر إلا أن يكون حاراً يمنع اسباغ الوضوء لحرارته ، وممن روي عنه أنه رأى الوضوء بالماء المسخن عمر وابنه وابن عباس وأنس رضي الله عنهم وهو قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعهم غير مجاهد ولا معنى لقوله فان زيد بن أسلم رضي الله عنه روى أن عمر كان له قمقمة يسخن فيها الماء ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه دخل

لانه لم يؤثر شيئا ويحتمل أن يمنع استعماله كالمسلمة

(فصل) فأما المستعمل في طهارة مشروعة كالتجديد وغسل الجمعة والاحرام وسائر الاغتسالات المستحبة والغسلة الثانية والثالثة والوضوء ففيه روايتان (أظهرهما) طهوريته لانه لم يرفع حدثا ، ولم يزل نجسا أشبه التبرد ،(والثانية) تسلب طهوريته لانه استعمل في طهارة مشروعة أشبه المستعمل في رفع الحدث ، فان لم تكن الطهارة مشروعة لم يؤثر في الماء استعماله فيها شيئا كالتبرد ولا نعلم خلافا في المستعمل في التبرد والتنظيف لأنه باق على اطلاقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو غمس فيه يده قائم من نوم الليل قبل غسلها ثلاثا فهل يسلب طهوريته؟ على روايتين)

المراد باليد ههنا اليد إلى الكوع لما نذكره في التيمم فمتى غمس القائم من نوم الليل يده في الماء اليسير قبل غسلها ثلاثا ففيه روايتان (احداهما) لايسلب الطهورية وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لان الماء قبل الغمس كان طهوراً فيبقى على الاصل ، ونهي النبي صلى الله عليه وسلم عن غمس اليد كان لوهم النجاسة فالوهم لايزيل الطهورية كما لم يزل الطهارة وإن كان تعبداً اقتصر على مورد النص وهو مشروعية الغسل (والرواية الثانية) أن يسلب الطهورية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها الاناء ثلاثا ، فان أحدكم لايدري أين باتت يده » رواه مسلم ورواه البخاري ولم يذكر ثلاثا ، فلولا أنه يفيد منعا لم ينه عنه ظاهراً وعلى

حماما بالجحفة. وذكر ابن عقيل حديثا عن شريك رحال النبي ﷺ قال: أجنبت و أنا مع النبي ﷺ فجمعت حطبا فأحميت الماء فاغتسلت فأخبرت النبي ﷺ فلم ينكر علي. ولانها صفة خلق عليها الماء فأشبه مالو برده

(فصل) ولا تكره الطهارة بالماء المشمس وقال الشافعي تكره الطهارة بماء قصد إلى تشميسه في الاواني ولا أكرهه إلا من جهة الطب [١] لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخل علي رسول الله ﷺ وقد سخنت له الماء في الشمس فقال « لا تفعلي يا حميراء فانه يورث البرص » واختاره أبو الحسن التميمي ـ ولنا انه سخن بطاهر أشبه مافي البرك والأنهار وما سخن بالنار وما لم يقصد تشميسه فان الضرر لايختلف بالقصد وعدمه . والحديث غير ثابت يرويه خالد بن اسماعيل وهو متروك الحديث وعمر بن محمد الاعسم وهو منكر الحديث قاله الدارقطني قال ولا يصح عن الزهري وحكي عن أهل الطب أنهم لا يعرفون لذلك تأثيرا في الضرر

(فصل) فأما الماء المسخن بالنجاسة فهو على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يتحقق وصول شيء من أجزاء النجاسة الى الماء فينجسه إذا كان يسيرا (والثانى) أن لايتحقق وصول شيء من أجزاء النجاسة الى الماء والحائل غير حصين فالماء على أصل الطهارة ويكره استعماله وقال الشافعي لا يكره لان النبي ﷺ دخل حماما بالجحفة

[١] « ١ » قيدوا الأواني بالمعادن المنطبعة كالنحاس لما يتحلل من صدئها في الماء وصدأ النحاس والرصاص سام باتفاق الأطباء فينبغي تقييد الاحتراز منه بذلك

قال : أحب الي أن يريقه إذا غمس يده فيه وهو قول الحسن وذلك لما روى أبو حفص العكبري عن النبي ﷺ « فان أدخلها قبل الغسل أراق الماء » فيحتمل وجوب إراقته فلا يجوز استعماله لأنه مأمور باراقته أشبه الخمر ، ويحتمل أن لا تجب إراقته ويكون طاهراً غير مطهر كالمستعمل في رفع الحدث والاول اختيار ابن عقيل ،وهل يكون غمس بعض اليد كغمس الجميع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكون وهو قول الحسن لان الحديث ورد في غمس جميع اليد وهو تعبد لا يلزم من كون الشيء مانعا كون بعضه مانعا كما لايلزم من كون الشيء سببا كون بعضه سببا والله أعلم (والثاني) حكم البعض حكم الكل لان ماتعلق المنع بجميعه تعلق ببعضه كالحدث والنجاسة ، وغمسها بعد غسلها دون الثلاث كغمسها قبل غسلها سببا لبقاء النهي

(فصل) ولا فرق بين كون يد النائم مطلقة أو مشدودة في جراب أو مكتوفا لعموم الاخبار ولان الحكم اذا علق على المظنة لم يعتبر حقيقة الحكمة كالعدة الواجبة لاستبراء الرحم في حق الصغيرة والآيسة وربما تكون يده نجسة قبل نومه فينسى نجاستها لطول نومه على أن الظاهر عند من أوجب الغسل انه تعبد لا لعلة التنجيس ولهذا لم نحكم بنجاسة اليد فيعم الوجوب كل من تناوله الخبر . وقال ابن عقيل لا يجب الغسل اذا كان مكتوفا أو كانت يده في جراب لزوال احتمال النجاسة الذي لاجله شرع الغسل والاول أولى لما ذكرنا . ولايجب غسل اليد عند القيام من نوم النهار رواية واحدة وسوى الحسن

ولنا أنه ماء تردد بين الطهارة والنجاسة مع وجود سببها فأقل أحواله الكراهة والحديث لا يثبت عن النبي ﷺ وانما روى عن ابن عباس ولم يثبت أن الوقود كان نجساً ولا أن الحائل كان غير حصين والحديث قضية في عين لا يثبت به نفي الكراهة إلا في مثلها ولا يثبت به نفي الكراهة على الاطلاق (١) (القسم الثالث) اذا كان الحائل حصينا فقال القاضي يكره واختار الشريف أبو جعفر وابن عقيل انه لا يكره لانه غير متردد في نجاسته بخلاف التي قبلها. وذكر أبو الخطاب في كراهة المسخن بالنجاسة روايتين على الاطلاق

(فصل) ولا يكره الوضوء والغسل بماء زمزم لانه ماء طهور فأشبه سائر المياه وعنه يكره لقول العباس: لا أحلها لمغتسل لكن للمحرم حل وبل. ولانه يزيل به مانع من الصلاة أشبه إزالة النجاسة به والاول أولى وقول العباس لا يؤخذ بصريحه في التحريم ففي غيره أولى وشرفه لا يوجب الكراهة لاستعماله كالماء الذي وضع فيه النبي ﷺ كفه أو اغتسل منه

(فصل) الذائب من الثلج والبرد طهور لانه ماء نزل من السماء وفي دعاء النبي ﷺ «اللهم طهرني بالماء والثلج والبرد» متفق عليه. فان أخذ الثلج فأمرّه على أعضائه لم تحصل الطهارة به ولو ابتل به العضو لان الواجب الغسل وأقل ذلك أن يجري الماء على العضو إلا أن يكون خفيفا فيذوب ويجري ماؤه على الاعضاء فيحصل به الغسل فيجزئه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتوضأ بماء قد وضيء به)

يعني الماء المنفصل عن أعضاء المتوضيء. والمغتسل في معناه. وظاهر المذهب ان المستعمل في رفع الحدث طاهر غير مطهر لا يرفع حدثا ولا يزيل نجسا. وبه قال الليث والاوزاعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك وظاهر مذهب الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أنه طاهر مطهر وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والزهري ومكحول وأهل الظاهر، والرواية الثانية لمالك والقول الثاني للشافعي. وروي عن علي وابن عمر وأبي امامة فيمن نسي مسح رأسه اذا وجد بللا في لحيته أجزأه أن يمسح رأسه بذلك البلل، ووجه ذلك ان النبي ﷺ قال «الماء

بين نوم الليل والنهار. ولنا ان في الخبر مايدل على تخصيصه بنوم الليل وهو قوله «فان أحدكم لا يدري أين باتت يده» والمبيت يكون في الليل خاصة ولا يصح قياس نوم النهار على نوم الليل لوجهين (أحدهما) ان الغسل وجب تعبداً فلا يقاس عليه (الثاني) ان نوم الليل يطول فيكون احتمال اصابة يده للنجاسة فيه أكثر

(فصل) واختلفوا في النوم الذي يتعلق به هذا الحكم فذكر القاضي أنه النوم الذي ينقض الوضوء. وقال ابن عقيل هو مازاد على نصف الليل لانه لا يكون بائتا إلا بذلك بدليل أن من دفع من مزدلفة قبل نصف الليل فعليه دم بخلاف من دفع بعده وما قاله يبطل بمن وافاها بعد نصف الليل فانه لا يجب عليه دم مع كونه أقل من نصف الليل ــ وتجب النية للغسل في أحد الوجهين عند من أوجبه طهارة تعبد

(١) فيه أن الاصل عدم الكراهة وهي حكم شرعي يتوقف على الدليل

لايجنب» وقال «الماء ليس عليه جنابة» وروي أن النبي ﷺ اغتسل من الجنابة فرأى لمعة لم يصبها الماء فعصر شعره عليها رواهما الامام أحمد في المسند وابن ماجه وغيرهما ولانه غسل به محل طاهر فلم تزل به طهوريته كما لو غسل به الثوب ولانه لاقى محلا طاهراً فلا يخرج عن حكمه بتأدية الفرض به كالثوب يصلي فيه مرارا

وقال أبو يوسف هو نجس وهو رواية عن أبي حنيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لايبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسل فيه من جنابة» رواه أبو داود فاقتضى ان الغسل فيه كالبول فيه ولانه يسمى طهارة والطهارة لاتكون إلا عن نجاسة إذ تطهير الطاهر لايعقل

ولنا على طهارته ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ كادوا يقتتلون على وضوئه رواه البخاري ولانه صلى الله عليه وسلم صب على جابر من وضوئه إذ كان مريضا ولو كان نجسا لم يجز فعل ذلك - ولان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ونساءه كانوا يتوضؤن في الاقداح والاتوار ويغتسلون في الجفان ومثل هذا لايسلم من رشاش يقع في الماء من المستعمل ولهذا قال ابراهيم النخعي ولا بد من ذلك فلو كان المستعمل نجساً لنجس الماء الذي يقع فيه . وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قدمت اليه امرأة من نسائه قصعة ليتوضأ منها فقالت امرأة : اني غمست يدي

أشبه الوضوء. والغسل (والثاني) لايفتقر لانه علل بوهم النجاسة ولا تعتبر في حقيقتها النية فالوهم أولى ولانه أتى بما أمر به وهو الغسل وفعل المأمور به يقتضي الاجزاء ، ولا يفتقر الغسل الى تسمية وقال أبو الخطاب يفتقر قياساً على الوضوء وهو بعيد لأن التسمية إن وجبت في الوضوء وجبت تعبداً فلا يقاس عليه لان من شرط صحة القياس كون المعنى معقولا ليمكن تعدية الحكم والله أعلم ، قال ابن عقيل ويستحب تقديم اليمنى على اليسرى في غسل اليدين لان النبي ﷺ كان يحب التيمن في طهوره وفي شأنه كله

(فصل) فان كان القائم من نوم الليل صبياً أو مجنونا أو كافراً ففيه وجهان ، أحدهما : هو كالمسلم البالغ العاقل لانه لايدري أين باتت يده . والثاني لايؤثر لان الغسل وجب بالخطاب تعبداً ولا خطاب في حق هؤلاء، ولا تعبد[1]

(فصل) اذا وجد ماء قليلا ويداه نجستان وليس معه مايغترف به فان أمكنه أن يأخذ بفيه ويصب على يديه أو يغمس خرقة أو غيرها ويصب على يديه فعل وإن لم يمكنه يتيمم كيلا ينجس الماء ويتنجس به فان كان لم يغسل يديه من نوم الليل فمن قال ان غمسهما لايؤثر قال يتوضأ ومن جعله مؤثراً قال يتوضأ ويتيمم معه ، ولو استيقظ المحبوس من نومه فلم يدر أهو من نوم النهار أو الليل لم يلزمه غسل يديه لان الاصل عدم الوجوب

(فصل) فان توضأ القائم من نوم الليل من ماء كثير أو اغتسل منه بغمس أعضائه فيه ولم ينو غسل اليد من نوم الليل فعند من أوجب النية لا يرتفع حدثه ولا يجزئه من غسل اليد من النوم لانه

(١) الحديث في غسل اليدين خارج الاناء لمن قام من النوم قد علل في بعض رواياته بقوله «ص» «فانه لايدري أين باتت - أو - أين طافت يده» ووضحه الشافعي وغيره بأنهم كانوا يستنجون بالحجارة فاذا ناموا عرقوا فربما تصيب يد أحدهم موضع النجاسة فالامر للاحتياط لا للتعبد وهو عند جمهور السلف والخلف للاستحباب ونظرله المجد بن تيمية بحديث «اذا استيقظ أحدكم من منامه فليستنثر ثلاث مرات فان الشيطان يبيت على خياشيمه» متفق عليه ولم يذهب الى وجوب الاستنثار احد

فيها وأنا جنب فقال « الماء لايجنب » ورواه الامام أبو عبدالله في المسند « الماء لاينجس » وعندهم الحدث يرتفع من غير نيـة ولانه ماء طاهر لاقى محـلا طاهراً فكان طاهراً كالذي غسل به الثوب الطاهر والدليل على ان المحدث طاهر ماروى أبو هريرة رضي الله عنه قال لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا جنب فانخنست منه فاغتسلت ثم جئت فقال « أين كنت يا أبا هريرة؟ » قلت يارسول الله كنت جنبا فكرهت أن أجالسك فذهبت فاغتسلت ثم جئت فقال « سبحان الله! المسلم لاينجس » متفق عليه ولانه لو غمس يده في الماء لم ينجسه ولو مس شيئاً رطبا لم ينجسه ولو حمله مصل لم تبطل صلاته وقولهم انه نهى عن الغسل من الجنابة في الماء الدائم كنهيه عن البول فيه قلنا النهي يدل على انه يؤثر في الماء وهو المنع من التوضؤ به والاقتران يقتضي التسوية في أصل الحكم لا في تفصيله وانما سمي الوضوء والغسل طهارة لكونه ينقي الذنوب والآثام كما ورد في الاخبار بدليـل ماذكرنا . اذا ثبت هذا فالدليل على خروجه عن الطهورية قول النبي ﷺ « لايغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب » رواه مسلم .منع من الغسل فيه كمنعه من البول فيه فلولا انه يفيده منعاً لم ينه عنه ولانه أزيل به مانع من الصلاة فلم يجز استعماله في طهارة أخرى كالمستعمل في إزالة النجاسة

(فصل) وجميع الاحداث سواء فيما ذكرنا ـ الحدث الاصغر والجنابة والحيض والنفاس وكذلك المنفصل من غسل الميت اذا قلنا بطهارته واختلفت الرواية في المنفصل عن غسل الذمية من الحيض فروي أنه مطهر لانه لم يزل مانعا من الصلاة أشبه ماء تبرد به ، وروي أنه غير مطهر لأنها أزالت به المانع من وطء الزوج أشـبه مالو اغتسلت به مسلمة ، فان اغتسلت به من الجنابة كان مطهراً وجها

لم ينوه لان غسلها إما أنه وجب تعبداً أو لوهم النجاسة وبقاء النجاسة على العضو لا تمنعه من ارتفاع الحدث بدليل أنه لو غسل يده أو أنفه في الوضوء وهو نجس لارتفع حدثه وكذلك بقاء حدث لايمنع من ارتفاع حدث آخر بدليل مالو توضأ الجنب ينوي رفع الحدث الاصغر أو اغتسل ينوي الكبرى وحدها فانه يرتفع أحد الحدثين دون الآخر وهذا لايخرج عن شبهه بأحد الامرين والله أعلم

(فصـل) اذا انغمس الجنب أو المحدث في ماء دون القلتين ينوي رفع الحدث صار مستعملا ولم يرتفع حدثه وقال الشافعي يصير مستعملا ويرتفع حدثه لانه انما يصير مستعملا بارتفاع حدثه فيه

ولنا قول رسول الله ﷺ «لايغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب» والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانه بأول جزء انفصل عنه صار مستعملا فلم يرتفع الحدث عن سائر البدن كما لو اغتسل به شخص آخر فان كان المـاء قلتين فصاعدا ارتفع الحدث والماء باق على اطلاقه لانه لايحمل الخبث

(فصل) اذا اجتمع ماء مستعمل الى قلتين مطهرتين صار الكل طهورا لان المستعمل لو كان نجسا لم يؤثر في القلتين فالمستعمل أولى وإن انضم الى مادون القلتين ولم يبلغ الجميع قلتين فقدذكرناه وإن بلغ قلتين باجتماعه فيكذلك ويحتمل أن يزول المنع لحديث القلتين ـ وإن انضم مستعمل الى مستعمل

واحداً لأنه لم يزل مانعا من الصلاة ولا استعمل في عبادة أشبه مالو تبرد به ـ ويحتمل أن يمنع استعماله لأنه استعمل في الغسل من الجنابة أشبه مالو اغتسلت به مسلمة

(فصل) وإن استعمل في طهارة مستحبة غير واجبة كالتجديد والغسلة الثانية والثالثة في الوضوء والغسل للجمعة والعيدين وغيرهما ففيه روايتان (احداهما) أنه كالمستعمل في رفع الحدث لأنها طهارة مشروعة أشبه مالو اغتسل به من جنابة (والثانية) لايمنع لانه لم يزل مانعا من الصلاة أشبه مالو تبرد به فان لم تكن الطهارة مشروعة لم يؤثر استعمال الماء فيها شيئا وكان كما لو تبرد به أو غسل به ثوبه ولا تختلف الرواية أن ما استعمل في التبرد والتنظيف انه باق على اطلاقه ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) فأما المستعمل في تعبد من غير حدث كغسل اليدين من نوم الليل ، فان قلنا ليس ذلك بواجب لم يؤثر استعماله في الماء ، وإن قلنا بوجوبه فقال القاضي هو طاهر غير مطهر وذكر أبو الخطاب فيه روايتين (احداهما) أنه يخرج عن اطلاقه لانه مستعمل في طهارة تعبد أشبه المستعمل في رفع الحدث ، ولان النبي ﷺ نهى أن يغمس القائم من نوم الليل يده في الاناء قبل غسلها فدل ذلك على أنه يفيد منعا (والرواية الثانية) أنه باق على اطلاقه لانه لم يرفع حدثا أشبه المتبرد به وعلى قياسه المستعمل في غسل الذكر والانثيين من المذي اذا قلنا بوجوبه لانه في معناه

ولم يبلغ القلتين فالجميع مستعمل ، وإن بلغ قلتين ففيه احتمالان لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أزيلت به النجاسة فانفصل متغيراً أو قبل زوالها فهو نجس)

أما اذا انفصل متغيراً بالنجاسة فلا خلاف في نجاسته ، وأما اذا انفصل غير متغير مع بقاء النجاسة فهو مبني على تنجس الماء القليل لمجرد ملاقاة النجاسة من غير تغيير وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن انفصل غير متغير بعد زوالها فهو طاهر)

رواية واحدة إن كان المحل أرضا ، وقال أبو بكر انما يحكم بطهارته اذا كانت قد نشفت أعيان البول ، فان كانت أعيانها قائمة فجرى الماء عليها فطهرها وفي المنفصل روايتان كغير الارض . ولنا قول النبي ﷺ « صبوا على بول الاعرابي ذنوبا من ماء » متفق عليه أمر بذلك لتطهير مكان البول فلو كان المنفصل نجسا لكان تكثيراً للنجاسة ولم يفرق بين نشافه وعدمه والظاهر أنه انما أمر عقيب البول

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان غير الارض فهو طاهر في أصح الوجهين) وهو مذهب الشافعي لأنه انفصل عن محل محكوم بطهارته أشبه المنفصل من الارض ، ولان المنفصل بعض المتصل والمتصل طاهر بالاجماع كذلك المنفصل (والوجه الثاني) أنه نجس وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن حامد لأنه لاقى نجاسة أشبه مالو انفصل قبل زوالها أو وردت عليه وهل تكون طهوراً ؟ على وجهين بناء على المستعمل في رفع الحدث

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خلت بالطهارة منه امرأة فهو طهور) بالاصل لأنه يجوز لها أن تتوضأ به ولغيرها من النساء ـ أشبه الذي لم تخل به ولا يجوز للرجل الطهارة به في ظاهر المذهب لما روى الحكم بن عمرو

(فصل) اذا انغمس الجنب أو المحدث فيما دون القلتين ينوي رفع الحدث صار مستعملا ولم يرتفع حدثه . وقال الشافعي : يصير مستعملا ويرتفع حدثه لانه انما يصير مستعملا بارتفاع حدثه فيه ولنا قول رسول الله ﷺ « لا يغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب » رواه مسلم والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانه بانفصال أول جزء من الماء عن بدنه صار الماء مستعملا فلم يرتفع الحدث عن سائر البدن كما لو اغتسل فيه شخص آخر فان كان الماء قلتين فصاعداً ارتفع حدثه ولم يتأثر به الماء لانه لا يحمل الخبث

(فصل) اذا اجتمع ماء مستعمل إلى قلتين غير مستعمل صار الكل طهوراً لانه لو كان المستعمل نجسا لكان الكل طهوراً فالمستعمل أولى ، وإن انضم إلى مادون القلتين وكثر المستعمل ولم يبلغ قلتين منع ، وإن بلغ قلتين باجتماعه فكذلك ، ويحتمل أن يزول المنع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » وإن انضم مستعمل إلى مستعمل ولم يبلغ القلتين فهو باق على المنع ، وإن بلغ قلتين ففيه وجهان لما ذكرنا

الغفاري قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة رواه الترمذي (١) وقال حديث حسن . قال أحمد جماعة كرهوه منهم عبد الله بن عمرو وعبد الله بن سرجس وخصصناه بالخلوة لقول عبد الله بن سرجس توضأ أنت ههنا وهي ههنا ، فأما اذا خلت به فلا تقربنه ومعنى الخلوة أن لا يشاهدها انسان تخرج بحضوره عن الخلوة في النكاح ، وذكر القاضي أنها لا تخرج عن الخلوة مالم يشاهدها رجل مسلم ، وذكر ابن عقيل في معنى الخلوة أن لا يشاركها أحد في الاستعمال وفيه رواية أخرى أنه يجوز للرجل أن يتطهر به لما روت ميمونة قالت أجنبت فاغتسلت من جفنة ففضلت فيها فضلة فجاء النبي ﷺ ليغتسل منه فقلت إني اغتسلت منه فقال « الماء ليس عليه جنابة » رواه أبو داود (٢) والظاهر خلوها به لان العادة أن الانسان يقصد الخلوة في غسل الجنابة وهذا أقيس إن شاء الله تعالى فان خلت به في ازالة النجاسة فقال ابن حامد فيه وجهان (أظهرهما) جواز الوضوء به لان الاصل الجواز وإن خلت بالطهارة في بعض أعضائها أو في تجديد طهارة واستنجاء ففيه وجهان (أحدهما) المنع قياسا على الوضوء (والثاني) لا يمنع لان الطهارة المطلقة تنصرف إلى طهارة الحدث الكاملة فان خلت به الذمية في غسل الحيض ففيه وجهان (أحدهما) المنع كالمسلمة لأنها أدنى منها وأبعد من الطهارة وقد تعلق به اباحة وطئها (والثاني) الجواز لان طهارتها لا تصح ، وكذلك النفاس والجنابة ، ويحتمل التفرقة بين الحيض والنفاس وبين الجنابة لان الجنابة لم تفد اباحة ولم تصح فهي كالتبرد والله أعلم وانما تؤثر خلوتها في الماء اليسير لان النجاسة لا تؤثر في الماء الكثير فهذا أولى ويجوز غسل النجاسة به وذكر القاضي وجها أنه لا يجوز للرجل غسل النجاسة به لان مالا يجوز الوضوء به لا يجوز غسل النجاسة به كالخل ويمكن القول بموجبه فان هذا يجوز للمرأة الطهارة به

﴿ فصل ﴾ ويجوز للرجل والمرأة أن يغتسلا ويتوضآ من اناء واحد من غير كراهة لان النبي ﷺ

«١» بل رواه أحمد وأصحاب السنن الاربعة وفي تصحيحه خلاف

«٢» وكذا أحمد والنسائي والترمذي وقال حسن صحيح ولكن بابهام زوج النبي (ص) ميمونة وهي المرادة به فقد رواه ابن عباس وهي خالته وقد روى عنه أحمد ومسلم أن النبي (ص) كان يغتسل بفضل ميمونة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا كان الماء قلتين وهو خمس قرب فوقعت فيه نجاسة فلم يوجد لها طعم ولا لون ولا رائحة فهو طاهر ﴾

القلة هي الجرة سميت قلة لأنها تقل بالايدي أي تحمل ومنه قوله تعالى (حتى إذا أقلت سحابا ثقالا) ويقع هذا الاسم على الكبيرة والصغيرة والمراد بها هاهنا قلتان من قلال هجر وهما خمس قرب كل قربة مائة رطل بالعراقي فتكون القلتان خمسمائة رطل بالعراقي هذا ظاهر المذهب عند أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه روي عن ابن جريج أنه قال رأيت قلال هجر القلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا والاحتياط أن يجعل قربتين ونصفا وروى الاثرم واسماعيل بن سعيد عن أحمد أن القلتين أربع قرب وحكاه ابن المنذر عن احمد في كتابه وذلك لما روى الجوزجاني باسناده عن يحيى بن عقيل قال رأيت قلال هجر وأظن كل قلة تأخذ قربتين وروي نحو هذا عن ابن جريج واتفق القائلون بتحديد الماء بالقرب على تقدير كل قربة بمائة رطل بالعراقي ولا أعلم بينهم في ذلك خلافا ولعلهم أخذوا ذلك ممن اختبر قرب الحجاز وعرف أن ذلك مقدارها وإنما خصصنا هذا بقلال هجر لوجهين (أحدهما) انه قد روي في حديث مبينا رواه الخطابي في معالم السنن باسناده الى ابن جريج عن النبي ﷺ مرسلا « اذا كان الماء قلتين بقلال هجر » وذكر الحديث (والثاني) أن قلال هجر أكبر ما يكون من القلال وأشهرها في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخطابي قال وهي مشهورة الصنعة معلومة

كان يغتسل هو وزوجته من اناء واحد يغترفان منه جميعا رواه البخاري

(فصل) ولا يجوز رفع الحدث إلا بالماء ولا يحصل بمائع سواه وبهذا قال مالك والشافعي وروي عن علي رضي الله عنه وليس بثابت أنه كان لا يرى بأسا بالوضوء بالنبيذ وبه قال الحسن وقال عكرمة النبيذ وضوء من لم يجد الماء وقال إسحاق النبيذ حلوا أعجب الي من التيمم وجمعهما أحب إلي وعن (أبي حنيفة) كقول عكرمة وقيل عنه يجوز الوضوء بنبيذ التمر إذا طبخ واشتد عند عدم الماء في السفر لما روى ابن مسعود أنه كان مع رسول الله ﷺ ليلة الجن فأراد أن يصلي صلاة الفجر فقال « أمعك وضوء ؟ قال لا معي اداوة فيها نبيذ ـ فقال تمرة طيبة وماء طهور » ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) أوجب الانتقال الى التيمم عند عدم الماء ولانه لا يجوز الوضوء به في الحضر ولا مع وجود الماء فاشبه الخل والمرق وحديثهم لا يثبت لان راويه أبو زيد وهو مجهول عند أهل الحديث لا يعرف له غير هذا الحديث ولا يعرف بصحبة عبد الله قاله الترمذي وابن المنذر وروى مسلم باسناده عن عبد الله بن مسعود قال لم أكن مع رسول الله ﷺ ليلة الجن ووددت أني كنت معه . فاما غير النبيذ فلا نعلم بين أهل العلم خلافا أنه لا يجوز به وضوء ولا غسل غير ما ذكرناه في الماء المعتصر فيما مضى والله أعلم

المقدار لاتختلف كما لاتختلف الصيعان والمكاييل ولان الحد لايقع بالمجهول وقال أبو عبيد هي الحباب وهي مستفيضة معروفة فينبغي أن يحمل لفظ القلتين عليها لشهرتها وكبرها فان كل معدود جعل مقدارا وحداً لم يتناول إلا أكبرها لانها أقرب الى العلم وأقل في العدد ولذلك جعل نصاب الزكاة بالأوسق دون الآصع والامداد . قد دلت هذه المسألة بصريحها على أن ما بلغ القلتين فلم يتغير بما وقع فيه لاينجس وبمفهومها على أن ماتغير بالنجاسة نجس وان كثر وان مادون القلتين ينجس بمجرد ملاقاة النجاسة وان لم يتغير ـ فاما نجاسة ماتغير بالنجاسة فلاخلاف فيه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الماء القليل والكثير اذا وقعت فيه نجاسة فغيرت الماء طعما أو لونا أو رائحة انه نجس مادام كذلك وقد روى أبو امامة الباهلي أن النبي ﷺ قال « الماء طهور لاينجسه شيء الا ماغلب على ريحه وطعمه ولونه » رواه ابن ماجه وقال حرب بن اسماعيل سئل احمد عن الماء اذا تغير طعمه وريحه قال لايتوضأ به ولا يشرب وليس فيه حديث ولكن الله تعالى حرم الميتة فاذا صارت الميتة في الماء فتغير طعمه أو ريحه فذلك طعم الميتة وريحها فلايحل له وذلك أمر ظاهر وقال الخلال انما قال احمد ليس فيه حديث لان هذا الحديث يرويه سليمان بن عمر ورشدين بن سعد وكلاهما ضعيف وابن ماجه رواه من طريق رشدين ـ وأما مادون القلتين اذا لاقته النجاسة فلم يتغير بها فالمشهور في المذهب انه ينجس وروي عن ابن عمر وسعيد بن جبير ومجاهد وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو عبيد وروي عن

(فصل) قال رضي الله عنه ﴿ القسم الثالث ماء نجس وهو ماتغير بمخالطة النجاسة ﴾ كل ماء تغير بمخالطة النجاسة فهو نجس بالاجماع حكاه ابن المنذر فان لم يتغير وهو يسير فهل ينجس على روايتين (إحداهما) ينجس وهو ظاهر المذهب روي ذلك عن ابن عمر وهو قول الشافعي وإسحاق لماروى ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو يسئل عن الماء يكون بالفلاة من الارض ومايتوبه من الدواب والسباع فقال رسول الله ﷺ «إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث» رواه الامام احمد وأبوداود والترمذي وتحديده القلتين يدل على تنجيس مادونهما وإلا لم يكن التحديد مفيدا وصح نهي النبي ﷺ القائم من نوم الليل عن غمس يده في الماء قبل غسلها فدل على أنه يفيد منعا وأمر النبي ﷺ بغسل الاناء من ولوغ الكلب واراقة سؤره ولم يفرق بين ماتغير وبين مالم يتغير مع أن الظاهر عدم التغيير (والرواية الثانية) أن الماء لاينجس إلا بالتغير روي ذلك عن حذيفة وأبي هريرة وابن عباس والحسن وهو مذهب مالك والثوري وابن المنذر وروي أيضا عن الشافعي لماروى ابو أمامة قال قال رسول الله ﷺ «الماء لاينجسه شيء الا ماغلب على ريحه وطعمه ولونه» رواه ابن ماجه والدارقطني وروى أبو سعيد قال قيل يارسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة ؟ وهي بئر يلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن قال «ان الماء طهور لاينجسه شيء» رواه الامام أحمد وأبوداود والترمذي وقال حديث حسن وصححه الامام أحمد

﴿مسألة﴾ قال (وان كان كثيراً فهو طاهر مالم تكن النجاسة بولاأوعذرة)

أحمد رواية أخرى أن الماء لاينجس الا بالتغير قليله وكثيره ، وروي ذلك عن حذيفة وأبي هريرة وابن عباس قالوا :الماء لاينجس ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعكرمة وعطاء وجابر ابن زيد وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والثوري ويحيي القطان وعبد الرحمن بن مهدي وابن المنذر وهو قول الشافعي لحديث أبي أمامة الذي أوردناه وروى أبو سعيد قال قيل يارسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة؟ ـ وهي بئر يلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن ـ فقال «ان الماء طهور لا ينجسه شيء» رواه ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن قال الخلال قال أحمد حديث بئر بضاعة صحيح [1] وروي أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال « لها ماحملت في بطونها ولنا ماغبر طهور » [2] ولم يفرق بين القليل والكثير ولانه لم يظهر عليه احدى صفات النجاسة فلم ينجس بها كالزائد عن القلتين ـ ووجه الرواية الاولى ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ سئل عن الماء وما ينوبه من الدواب والسباع فقال «اذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث» رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وفي لفظ « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء » وتحديده بالقلتين يدل على أن ما دونهما ينجس إذ لو استوى حكم القلتين وما دونهما لم يكن التحديد مفيداً وصح أن النبي ﷺ قال « إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده » فلولا أنه يفيده منعا لم ينه عنه وأمر النبي ﷺ بغسل الاناء من ولوغ الكلب وإراقة سؤره ولم يفرق بين ما تغير وما لم يتغير مع

بغير خلاف في المذهب روي ذلك عن عبدالله بن عمر وهو قول الشافعي وروي عن ابن عباس قال إذا كان الماء ذنوبين لم يحمل الخبث وقال عكرمة ذنوبا أوذنوبين وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن الماء الكثير يتنجس بالنجاسة من غير تغيير الا أن يبلغ حداً يغلب على الظن أن النجاسة لاتصل اليه واختلفوا في حده فقال بعضهم ما إذا حرك أحد طرفيه لم يتحرك الآخر وقال بعضهم مابلغ عشرة أذرع في مثلها وما دون ذلك قليل وان بلغ الف قلة لقول النبي ﷺ «لايبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لايجري ثم يغتسل منه» متفق عليه نهى عن الاغتسال من الماء الراكد بعد البول فيه ولم يفرق بين قليله وكثيره ولانه ماء حلت فيه نجاسة لا يؤمن انتشارها اليه أشبه اليسير

ولنا خبر القلتين وبئر بضاعة اللذان ذكرناهما مع أن النبي ﷺ قد أخبر أن بئر بضاعة يلقى فيه الحيض والنتن ولحوم الكلاب مع أن بئر بضاعة لا يبلغ الحد الذي ذكروه قال أبو داود قدرت بئر بضاعة فوجدته ستة أذرع وسألت الذي فتح لي باب البستان هل غير بناؤها ؟ قال لا وسألت قيمها عن عمقها فقلت أكثر مايكون فيها الماء ؟ فقال الى العانة . قلت فاذا نقص قال دون العورة ولانه ماء يبلغ القلتين فاشبه الزائد على عشرة أذرع وحديثهم عام وحديثنا خاص فيجب تخصيصه به وحديثهم لا بد من تخصيصه بما زاد على الحد الذي ذكروه فيكون تخصيصه بقول النبي ﷺ أولى من

---

[1] لكن أعله ابن القطان بجهالة راويه عن أبي سعيد واختلاف الرواة في اسمه واسم أبيه وأجيب بأن هذه ليست علة وله طريق آخر

[2] الرواية «ولنا ما بقي شراب وطهور» رواه الدار قطني والبيهقي في المعرفة وقال له أسانيد اذا ضم بعضها الى بعض كانت قوية

أن الظاهر عدم التغير وخبر أبي أمامة ضعيف وخبر بئر بضاعة والخبر الآخر محمولان على الماء الكثير بدليل أن ما تغير نجس أو نخصهما بخبر القلتين فانه أخص منهما والخاص يقدم على العام وأما الزائد عن القلتين اذا لم يتغير ولم تكن النجاسة بولا أوعذرة فلا يختلف المذهب في طهارته ،وروي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير ومجاهد وهو قول الشافعي واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وهو قول من حكينا عنهم أن اليسير لا ينجس الا بالتغير وحكي عن ابن عباس أنه قال اذا كان الماء ذنوبين لم يحمل الخبث وقال عكرمة : ذنوبا أو ذنوبين، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الكثير ينجس بالنجاسة الا أن يبلغ حداً يغلب على الظن أن النجاسة لا تصل اليه، واختلفوا في حده فقال بعضهم ما إذا حرك أحد طرفيه لم يتحرك الآخر، وقال بعضهم ما بلغ عشرة أذرع في عشرة أذرع وما دون ذلك ينجس وإن بلغ الف قلة لان النبي ﷺ قال «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ منه» متفق عليه فنهى عن الوضوء من الماء الراكد بعد البول فيه ولم يفرق بين قليله وكثيره ولأنه ماء حلت فيه نجاسة لا يؤمن انتشارها اليه فينجس بها كاليسير - ولنا خبرا القلتين وبئر بضاعة اللذان ذكرناهما فان النبي ﷺ قال : « الماء طهور لا ينجسه شيء » مع قولهم له أنتوضأ من بئر بضاعة ؟ (١) وهي بئر يلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن ، وبئر بضاعة لا يبلغ الحد الذي ذكروه قال أبو داود : قدرت بئر بضاعة بردائي مددته عليها ثم ذرعته فاذا عرضها ستة أذرع وسألت الذي فتح لي باب البستان هل غير بناؤها عما كانت عليه؟ قال لا وسألت قيمها عن عمقها فقلت أكثر ما يكون فيها الماء ؟ قال إلى العانة قلت فاذا نقص قال دون العورة. ولانه ماء يبلغ قلتين فأشبه ما زاد على عشرة أذرع. وحديثهم عام وحديثنا خاص

(١) أي قاله (ص) جوابا عن هذا السؤال

تخصيصه بالرأي والتحكم من غير أصل وما ذكروه من الحد تقدير من غير توقيف ولا يصار اليه بغير نص ولا إجماع ثم ان حديثهم خاص في البول وهو قولنا في إحدى الروايتين جمعا بين الحديثين فنقصر الحكم على ما تناوله النص وهو البول لان له من التأكيد والانتشار ما ليس لغيره

﴿مسألة﴾ قال (الا أن تكون النجاسة بولا أو عذرة مائعة ففيه روايتان إحداهما لا ينجس)

وهو كسائر النجاسات وهو اختيار أبي الخطاب وابن عقيل ومذهب الشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ « إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء » رواه الامام أحمد ولان نجاسة بول الآدمي لا تزيد على نجاسة بول الكلب وهو لا ينجس القلتين فهذا أولى وحديث النهي عن البول في الماء الدائم لا بد من تخصيصه بما لا يمكن نزحه اجماعا فيكون تخصيصه بخبر القلتين أولى من تخصيصه بالرأي والتحكم ولو تعارضا ترجح حديث القلتين لموافقته القياس

﴿ والرواية الاخرى ينجس ﴾ يروى نحو ذلك عن علي بن أبي طالب فروى الخلال باسناده ان عليا رضي الله عنه سئل عن صبي بال في بئر فأمرهم بنزحها ، وهو قول الحسن لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لا يجري ثم يغتسل منه » متفق

فيجب تقديمه. الثاني أن حديثهم لا بد من تخصيصه فان مازاد على الحد الذي ذكروه لايمنع من الوضوء به اتفاقا وإذا وجب تخصيصه كان تخصيصه بقول النبي ﷺ أولى من تخصيصه بالرأي والتشهي من غير أصل يرجع اليه ، ولا دليل يعتمد عليه — ولان ماذكروه من الحد تقدير طريقه التوقيف لا يصار اليه إلا بنص أو اجماع وليس معهم نص ولا إجماع. ولان حديثهم خاص في البول ونحن نقول به على إحدى الروايتين ونقصر الحكم على ماتناوله النص وهو البول لان له من التأكيد والانتشار في الماء ماليس لغيره على ماسنذكره إن شاء الله تعالى . فان قيل المراد بقوله «لم يحمل الخبث» أي لم يدفع الخبث عن نفسه أي انه ينجس بالواقع فيه قلنا هذا فاسد لوجوه (أحدها) ان في بعض ألفاظه لم ينجس رواه ابو داود وابن ماجه واحتج به احمد (والثاني) انه لو أراد أن مابلغ القلتين في القلة ينجس لكان مافوقهما لا ينجس لتحقق الفرق بينهما فانه جعل القلتين فصلا بين ماينجس وبين مالم ينجس فلو سوينا بينهما لم يبق فصل (الثالث) ان مقتضاه في اللغة انه يدفع الخبث عن نفسه من قولهم فلان لايحتمل الضيم أي يدفعه عن نفسه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ اختلف أصحابنا هل القلتان خمسمائة رطل تحديداً أو تقريبا قال أبو الحسن الآمدي : الصحيح أنها تحديد وهو ظاهر قول القاضي وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اعتبار ذلك كان احتياطا وما اعتبر احتياطا كان واجباً كغسل جزء من الرأس مع الوجه . وامساك جزء من

عليه وهذا يتناول القليل والكثير وهو خاص في البول فيجمع بينه وبين حديث القلتين بحمل هذا على البول وحمل حديث القلتين على سائر النجاسات والعذرة المائعة في معنى البول لان أجزاءها تتفرق في الماء وتنتشر فهي في معنى البول وهي أفحش منه وقال ابن أبي موسى حكم الرطبة حكم المائعة قياسا عليها والاولى التفريق بينهما لما ذكرنا من المعنى

(مسألة) قال ﴿ إلا أن يكون مما لايمكن نزحه لكثرته فلا ينجس ﴾

لا نعلم خلافا أن الماء الذي لايمكن نزحه إلا بمشقة عظيمة مثل المصانع التي جعلت مورداً للحاج بطريق مكة يصدرون عنها ولا ينفد مافيها أنها لا تنجس إلا بالتغيير قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الماء الكثير كالرجل من البحر ونحوه إذا وقعت فيه نجاسة فلم تغير له لونا ولا طعما ولا ريحا انه بحالة يتطهر منه

(فصل) ولا فرق بين قليل البول وكثيره قال مهنا سألت احمد عن بئر غزيرة وقعت فيها خرقة أصابها بول قال : تنزح لان النجاسات لا فرق بين قليلها وكثيرها كذلك البول

(فصل) إذا كان بئر الماء ملاصقا لبئر فيها بول أو غيره من النجاسة وشك في وصوله إلى الماء فالماء طاهر بالاصل . وان أحب علم حقيقة ذلك فليطرح في البئر النجسة نفطا فان وجد رائحته في الماء علم وصوله اليه وإلا فلا وإن وجده متغيرا تغيرا يصلح أن يكون منها ولم يعلم له سببا آخر فهو نجس

الليل مع النهار في الصوم ولانه قدر يدفع النجاسة عن نفسه فاعتبر تحقيقه كالعدد في الغسلات والصحيح أن ذلك تقريب لان الذين نقلوا تقدير القلال لم يضبطوها بحد انما قال ابن جريج القلة تسع قربتين أو قربتين وشيئاً وقال يحيى بن عقيل: أظنها تسع قربتين وهذا لا تحديد فيه فان قولهما يدل على انهما قربا الامر والشيء الزائد عن القربتين مشكوك فيه مع انه يقع على المجهول والظاهر قلته لان لفظه يدل على تقارب مابين الامرين المذكورين وكلما قل الشيء كان أقرب الى القربتين وكلام أحمد يدل على هذا فانه روي عنه ان القلة قربتان وروي قربتان ونصف وروي وثلث وهذا يدل على انه لم يحد في ذلك حداً . ثم ليس للقربة حد معلوم فان القرب تختلف اختلافا كثيرا فلا يكاد قربتان يتفقان في حد واحد لهذا لو اشترى منه شيئاً مقدراً بالقرب أو أسلم في شيء محدود بالقرب لم يجز ذلك ولان النبي ﷺ قد علم ان الناس لا يكيلون الماء ولا يزنونه فلم يكن ليعرفهم الحد بما لا يعرف به وانما أراد أن من وجد ماء فيه نجاسة فظنه مقاربا للقلتين توضأ منه وان ظنه ناقصا عنهما من غير مقاربة لهما تركه . وفائدة هذا ان من اعتبر التحديد فنقص عن الحد شيئا يسيراً لم يعف عنه ونجس بورود النجاسة عليه ، ومن قال بالتقريب عفي عن النقص اليسير عنده وتعلق الحكم بما يقارب القلتين وإن شك في بلوغ الماء قدراً يدفع النجاسة أو لا يدفعها ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بطهارته لانه كان

لان الملاصقة سبب فيحال الحكم عليه والاصل عدم ماسواه ولو وجد ماء متغيراً في غير هذه الصورة ولم يعلم سبب تغيره فهو طاهر — وان غلب على ظنه نجاسته لأن الاصل الطهارة . وان وقعت في الماء نجاسة فوجده متغيراً تغيراً يصلح أن يكون منها فهو نجس لان الظاهر كونه منها والاصل عدم ماسواه فيحال الحكم عليه وإن كان التغير لا يصلح أن يكون منها لكثرة الماء وقلتها أو لمخالفته لونها أو طعمها فهو طاهر لان النجاسة لا تصلح أن تكون سبباً هاهنا — أشبه مالو لم يقع فيه شيء

(فصل) فان توضأ من الماء القليل وصلى ثم وجد فيه نجاسة أو توضأ من ماء كثير ثم وجده متغيراً بنجاسة شك هل كان قبل وضوئه أو بعده فالاصل صحة طهارته وصلاته وإن علم ان ذلك قبل وضوئه بأمارة أعاد وإن علم ان النجاسة قبل وضوئه ولم يعلم أكان دون القلتين أو كان قلتين فنقص بالاستعمال أعاد لان الاصل نقص الماء

(فصل) اذا وقعت في الماء نجاسة فغيرت بعضه فالمتغير نجس ومالم يتغير إن بلغ قلتين فهو طاهر وإلا فهو نجس لان الماء اليسير ينجس بمجرد الملاقاة لما ذكرنا وقال ابن عقيل وبعض الشافعية يكون نجسا وإن كثر كما لو كان يسيراً ولان المتغير نجس فينجس مايلاقيه وما يلاقي مايلاقيه حتى ينجس جميعه ، فان اضطرب فزال تغيره طهر لزوال علة النجاسة وهي التغير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء » وغير المتغير كثير فيدخل في عموم الحديث ولكنه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة الواقعة فيه فلم ينجس كما لو لم يتغير منه شيء

طاهراً قبل وقوع النجاسة فيه وشك هل ينجس به أو لا فلا يزول اليقين بالشك (والثاني) يحكم بنجاسته لان الاصل قلة الماء فنبني عليه ويلزم من ذلك النجاسة

(فصل) فأما غير الماء من المائعات ففيه ثلاث روايات (إحداهن) أنه ينجس بالنجاسة وان كثر لان النبي ﷺ سئل عن فأرة وقعت في سمن قال « ان كان مائعا فلا تقربوه » رواه الامام أحمد في مسنده اسناده صحيح على شرط الصحيحين ولم يفرق بين كثيره وقليله [١] ولأنها لا قوة لها على دفع النجاسة فانها لا تطهر غيرها فلا تدفعها عن نفسها كاليسير (والثانية) أنها كالماء لا ينجس منها مابلغ القلتين الا بالتغير قال حرب سألت أحمد قلت كلب ولغ في سمن أو زيت قال اذا كان في آنية كبيرة مثل حب أونحوه رجوت أن لا يكون به بأس ويؤكل وان كان في آنية صغيرة فلا يعجبني . وذلك لانه كثير فلم ينجس بالنجاسة من غير تغيير كالماء (والثالثة) ما أصله الماء كالخل التمري يدفع النجاسة لان الغالب فيه الماء ومالا فلا والاولى أولى [٢]

(فصل) فاما الماء المستعمل وما كان طاهراً غير مطهر من الماء فانه يدفع النجاسة عن نفسه اذا كثر لقول النبي ﷺ «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا» ويحتمل أن ينجس لانه طاهر غير مطهر فأشبه الخل

(فصل) إذا كان الماء كثيراً فوقع في جانب منه نجاسة فتغير بها نظرت فيما لم يتغير فان نقص عن القلتين فالجميع نجس لأن المتغير نجس بالتغير والباقي تنجس بملاقاته وان زاد عن

ولا يصح القياس على اليسير لانه لا يدفع النجاسة عن نفسه ، وقولهم ان الملاصق للمتغير ينجس ممنوع كالملاصق للنجاسة الجامدة وعلى قولهم ينبغي أن ينجس البحر إذا تغير جانبه والماء الجاري ولا قائل به

(فصل) قال ابن عقيل من ضرب حيوانا مأكولا [٣] فوقع في ماء ثم وجده ميتا ولم يعلم هل مات من الجراحة أو بالماء فالماء على أصله في الطهارة والحيوان على أصله في الحظر الا أن تكون الجراحة موجبة فيكون الحيوان أيضا مباحا لان الظاهر موته بالجرح والماء طاهر الا أن يقع فيه دم

(فصل) إذا كان الماء قلتين وفيه نجاسة فغرف منه باناء فالذي في الاناء طاهر والباقي نجس ان قلنا القلتان تحديد لانه ماء يسير فيه نجاسة ، وان قلنا بالتقريب لم ينجس إلا أن يكون الاناء كبيراً يخرجه عن التقريب ، وان ارتفعت النجاسة في الدلو فالماء الذي في الأناء نجس والباقي طاهر ، ذكرها ابن عقيل .

(فصل) واذا اجتمع ماء نجس الى ماء نجس ولم يبلغ القلتين فالجميع نجس وان بلغ القلتين فكذلك لانه كان نجسا قبل الاتصال والأصل بقاء النجاسة ، ولان اجتماع النجس إلى النجس لا يولد بينهما طاهراً كما في سائر المواضع ويتخرج ان يطهر إذا بلغ قلتين وزال تغيره وهو مذهب الشافعي لزوال علة التنجيس ، والغديران اذا كانت بينهما ساقية فيها ماء متصل بهما فهما كالغدير الواحد قل الماء أو كثر فمتى تنجس أحدهما ولم يبلغا القلتين لم يتنجس واحد منهما الا أن يتغير بالنجاسة كما قلنا في الواحد

---

[١] هذه رواية معمر وقد جزم البخاري وغيره بانها غلط وانه اضطرب في متنها وسندها وانما قال النبي « ص » « ألقوها وما حولها وكلوه »

[٢] اختار الاشد الاعسر وفاته أن النجاسة لا تسري في الدهن كما تسري في الماء والخل والتحقيق قول الشيخ تقي الدين بن تيمية أن قول معمر في الحديث الضعيف «فلا تقربوه» متروك عند عامة السلف والخلف وان السمن ونحوه لا ينجس الا بالتغير كالماء وانه اذا تنجس يطهر بالغسل وذكر أدلة من قال بذلك مفصلة في الفتاوى

[٣] أي بمحدد بقصد الصيد أو التذكية ولو قال من جرح أو رمى لكان أولى . والضرب بالحجر غير المحدد قد يكشط الجلد وهو وقذوان جرح

القلتين فهو طاهر وقال ابن عقيل وبعض الشافعية يكون نجسا أيضا وان كبر وتباعدت أقطاره لانه ماء راكد بعضه نجس فكان جميعه نجسا كما لو تقاربت أقطاره ولان المتغير مائع نجس فينجس ما يلاقيه ثم تنجس بذلك ما يلاقيه الى آخره فان اضطرب فزال التغير زال التنجيس لزوال علته — ولنا قول النبي ﷺ « إذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء » وقوله عليه الصلاة والسلام « الماء طهور لاينجسه شيء » وغير المتغير قد بلغ القلتين ولم يتغير فيدخل في عموم الاحاديث ولانه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة فكان طاهراً كما لو لم يتغير منه شيء ولان العلة في نجاسة الماء الكثير التغير فقط فيختص التنجيس بمحل العلة كما لو تغير بعضه بطاهر فلا يصح القياس على ما اذا كان غير المتغير ناقصا عن القلتين لانه قليل ينجس بمجرد الملاقاة للنجاسة بخلاف الكبير وأما تباعد الاقطار وتقاربها فلا عبرة بها انما العبرة بكون غير المتغير قليلا أو كثيراً فلا يمتنع الحكم بطهارة الماء الملاصق للنجاسة بدليل ما لو كان فيه كلب أو ميتة فان الملاصق له طاهر وان منعت طهارته فالملاصق للملاصق طاهر وعلى قياس قولهم ينبغي أن يتنجس البحر اذا تغير جانبه والماء الجاري وكل ما تغير بعضه ولا قائل به وقد قال أحمد في المصانع التى بطريق مكة لا ينجس تلك شيء

(فصل) ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها وسواء كان اليسير مما يدركه الطرف أو لا يدركه من جميع النجاسات الا أن ما يعفى عن يسيره في الثوب كالدم ونحوه — حكم الماء المتنجس به حكمه في العفو عن يسيره وكل نجاسة ينجس بها الماء يصير حكمه حكمها لان نجاسة الماء ناشئة

﴿مسألة﴾ قال (وإذا انضم الى الماء النجس ماء طاهر كثير طهره ان لم يبق فيه تغير وإذا كان الماء النجس كثيراً فزال تغيره بنفسه أو بنزح بقي بعده كثير طهر)

وجملة ذلك أن تطهير الماء النجس ينقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الماء النجس دون القلتين فتطهيره المكاثرة بقلتين طاهرتين اما أن ينبع فيه أو يصب فيه أو يجري اليها من ساقية أو نحو ذلك فيزول بهما تغيره ان كان متغيراً فيطهر وان لم يكن متغيرا طهر بمجرد المكاثرة لان القلتين تدفع النجاسة عن نفسها وعما اتصل بها ولا تنجس الا بالتغير اذا وردت عليها النجاسة فكذلك اذا كانت واردة ـ ومن ضرورة الحكم بطهارتهما طهارة ما اختلط بهما (القسم الثاني) أن يكون قلتين فان لم يكن متغيراً بالنجاسة فتطهيره بالمكاثرة المذكورة وان كان متغيراً بها فتطهيره بالمكاثرة المذكورة اذا أزالت التغير وبزوال تغيره بنفسه لان علة التنجيس زالت وهي التغير أشبه الخمرة اذا انقلبت بنفسها خلا وقال ابن عقيل يحتمل أن لا يطهر اذا زال تغيره بنفسه بناء على أن النجاسة لا تطهر بالاستحالة (القسم الثالث) الزائد على القلتين فان كان غير متغير فتطهيره بالمكاثرة لاغير وان كان متغيرا فتطهيره بما ذكرنا من الامرين وبأمر ثالث وهو أن ينزح منه حتى يزول التغير ويبقى بعد النزح قلتان فان نقص عن القلتين قبل زوال تغيره ثم زال تغيره لم يطهر لان علة التنجيس في القليل مجرد ملاقاة النجاسة فلم تزل العلة بزوال

عن نجاسة الواقع وفرع عليها والفرع يثبت له حكم أصله ، وقيل عن الشافعي إن مالا يدركه الطرف من النجاسة معفو عنه للمشقة اللاحقة به ونص في موضع على أن الذباب اذا وقع على خلاء رقيق أو بول ثم وقع على الثوب غسل موضعه لنجاسة الذباب مما لا يدركه الطرف ولان دليل التنجيس لا يفرق بين يسير النجاسة وكثيرها ولا بين ما يدركه الطرف ومالا يدركه فالتفريق تحكم بغير دليل وماذكروه من المشقة غير صحيح لاننا انما نحكم بنجاسة ماعلمنا وصول النجاسة اليه ومع العلم لا يفترقان في المشقة ثم ان المشقة حكمة لا يجوز تعليق الحكم بها بمجردها وجعل مالا يدركه الطرف ضابطا لها غير صحيح فان ذلك انما يعرف بتوقيف أو اعتبار الشرع له في موضع ولم يوجد واحد منهما (١)

(فصل) والغديران إذا اتصل أحدهما بالآخر بساقية بينهما فيها ماء قليل أو كثير فهما ماء واحد حكمهما حكم الغدير الواحد ان بلغا جميعا قلتين لم يتنجس واحد منهما إلا بالتغير وان لم يبلغاها تنجس كل واحد منهما بوقوع النجاسة في أحدهما لانه ماء راكد متصل بعضه ببعض — أشبه الغدير الواحد

(فصل في الماء الجاري) نقل عن احمد رحمه الله مايدل على الفرق بين الماء الجاري والراكد فانه قال في حوض الحمام قد قيل انه بمنزلة الماء الجاري وقال في البئر يكون لها مادة : هو

التغيير ولا يعتبر في المكاثرة صب الماء دفعة واحدة لانه لايمكن ذلك لكن يوصله على حسب الامكان في المتابعة على ماذكرنا

(مسألة) ﴿ فان كوثر بماء يسير أو بغير الماء كالتراب ونحوه فازال التغير لم يطهر في أحد الوجهين ﴾ لان هذا لا يدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى (والثاني) يطهر لان علة النجاسة زالت وهو التغير أشبه مالو زال تغيره بنفسه ولان الماء اليسير اذا لم يؤثر فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه ويحتمل التفرقة بين المكاثرة بالماء اليسير وغيره فاذا كوثر بالماء اليسير طهر لما ذكرنا واذا كوثر بالتراب أو غيره لم يطهر لان ذلك ربما ستر التغير الحادث من النجاسة فيظن انه قد زال ولم يزل

(فصل) فاما الذي يقع فيه بول الآدمي اذا قلنا بنجاسته فلا يطهر بالمكاثرة بقلتين لان القلتين بالنسبة الى البول كما دونهما بالنسبة الى غيره لكن يطهر بأحد ثلاثة أشياء المكاثرة بما لا يمكن نزحه. الثاني : أن ينزح منه حتي يزول تغيره ويبقى مالا يمكن نزحه (الثالث) أن يزول تغيره بنفسه ان كان كذلك ذكره ابن عقيل

(فصل) فاما غير الماء من المائعات إذا وقعت فيه نجاسة ففيه ثلاث روايات (إحداهن) انه يتنجس وان كثر وهو الصحيح إن شاء الله لان النبي ﷺ سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال « ان كان جامداً فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه » رواه الامام احمد ـ نهى عنه ولم يفرق بين قليله وكثيره ولأنها لا تطهر غيرها فلا تدفع النجاسة عن نفسها كاليسير (والثانية) أنها كالماء

(١) هذا تعسير يدفعه مجموع ما ورد في التطهير من الاحاديث الصحيحة فانها صريحة في كون المراد منها اذهاب القذر أو اضعافه كتطهير النعل بالفرك والمني الرطب باماطته باذخرة والجاف بالفرك من أين جاء وجوب تطهير ما لا يدرك الحس فيه قذرا ؟ إن هذه إلا فلسفة ماكانت تخطر لاهل الصدر الاول ببال

واقف لايجري ليس هو بمنزلة مايجري فعلى هذا لايتنجس الجاري إلا بتغيره لان الاصل طهارته ولا نص في تنجيسه نصا ولا إجماعا فبقي على أصل الطهارة ولانه يدخل في عموم قوله عليه السلام « الماء طهور لا ينجسه شيء » وقوله « الماء طهور لاينجسه شيء إلا ماغلب على ريحه وطعمه ولونه » فان قيل قد ورد الشرع بتنجيس قليله لقوله عليه السلام « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » قلنا هذا حجة على طهارته لان ماء الساقية بمجموعه قد بلغ القلتين فلا يحمل الخبث وتخصيص الجرية منه بهذا التقدير تحكم لادليل عليه ثم الخبر إنما ورد في الماء الراكد ولا يصح قياس الجاري عليه لقوته بجريانه واتصاله بمادته ثم الخبر انما يدل بمنطوقه على نفي النجاسة عما بلغ القلتين وانما يستدل هاهنا بمفهومه وقضاء حق المفهوم يحصل بمخالفة مادون القلتين لما بلغهما وقد حصلت المخالفة بكون مادون القلتين يفترق فيه الماء الجاري والراكد في التنجيس وما بلغهما لا يختلف وهذا كاف وقال القاضي وأصحابه كل جرية من الماء الجاري معتبرة بنفسها فاذا كانت النجاسة جارية مع الماء فما أمامها طاهر لأنها لم تصل اليه وما خلفها طاهر لانه لم يصل اليها والجرية التي فيها النجاسة ان بلغت قلتين فهي طاهرة الا ان تتغير بالنجاسة وان كانت دون القلتين فهي نجسة ، وان كانت النجاسة واقفة في جانب النهر أو قراره أو في وهدة منه فكل جرية تمر عليها ان كانت دون القلتين فهي نجسة وإن بلغت قلتين فهي طاهرة الا أن تتغير . والجرية هي الماء الذي فيه النجاسة وما قرب منها من خلفها وأمامها — مماالعادة انتشارها اليه ان كانت مما ينتشر — مع مايحاذي

لاينجس منها ما بلغ قلتين إلا بالتغير قياسا على الماء. قال حرب سألت احمد قلت كلب ولغ في سمن وزيت قال إذا كان في آنية كبيرة مثل حب أو نحوه رجوت أن لايكون به بأس يؤكل وان كان في آنية صغيرة فلا يعجبني (والثالثة)ان ما أصله الماء كالخل التمري يدفع النجاسة لان الغالب فيه الماء ومالافلا

(فصل) وإذا قلنا : ان غير الماء من المائعات كالخل ونحوه يزيل النجاسة نبني على ذلك أن الكثير منه لاينجس إلا بالتغيير لكون حكمه في دفع النجاسة حكم الماء والله أعلم

(فصل) فاما الماء المستعمل في رفع الحدث وما كان طاهرا غير مطهر ففيه احتمالان (أحدهما) أنه يدفع النجاسة عن نفسه اذا كثر لحديث القلتين (والثاني) انه ينجس لانه لا يطهر أشبه الخل

(فصل) ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها ما أدركه الطرف وما لم يدركه الا أن ما يعفى عن يسيره كالدم — حكم الماء الذي يتنجس به حكمه في العفو عن يسيره وكذلك كل نجاسة نجست الماء حكمه حكمها لان نجاسة الماء ناشئة عن نجاسة الواقع وفرع عليها والفرع يثبت له حكم أصله، وروي عن الشافعي أن مالا يدركه الطرف من النجاسة معفو عنه للمشقة اللاحقة به ونص في موضع ان الذباب اذا وقع على خلاء رقيق أو بول ثم وقع على الثوب غسل موضعه ونجاسة الذباب مما لا يدركها الطرف

ذلك كله مما بين طرفي النهر فان كانت النجاسة ممتدة فلكل جزء منها مثل تلك الجرية المعتبرة للنجاسة القليلة . ولا يجعل جميع مايحاذيها جرية واحدة لئلا يفضي الى تنجيس الماء الكثير بالنجاسة القليلة ونفي التنجيس عن الكثير مع وجود النجاسة الكثيرة فان المحاذي للكثيرة كثير فلا يتنجس، والمحاذي للقليلة قليل يتنجس فاننا لو فرضنا كلبا في جانب نهر وشعرة منه[1] في الجانب الآخر لكان المحاذي للشعرة لايبلغ قلتين لقلة مايحاذيها والمحاذي للكلب يبلغ ثلالا . وقد ذكر القاضي وابن عقيل ان الجرية المحاذية للنجاسة فيما بين طرفي النهر . ويتعين حمله على ماذكرنا لما بيناه

فان قيل فهذا يفضي الى التسوية بين النجاسة الكثيرة والقليلة قلنا الشرع سوى بينهما في الماء الراكد وهو أصل فتجب التسوية بينهما في الجاري الذي هو فرع[2]

(فصل) فان كان في جانب النهر ماء واقف مائل عن سنن الماء متصل بالجاري أو كان في أرض النهر وهدة فيها ماء واقف وكان ذلك مع الجرية المقابلة له دون القلتين نجسا جميعا بوجود النجاسة في أحدهما لانه ماء متصل دون القلتين فينجس بها جميعه كالراكد ،وإن كان أحدهما قلتين لم ينجس واحد منهما ماداما متلاقيين إلا بالتغير لان القلتين تدفع النجاسة عن نفسها وعما لاقته ، ثم لايخلو من كون النجاسة في النهر أو في الواقف ، فان كانت في النهر وهو قلتان فهو طاهر على كل حال وكذلك الواقف ، وإن كان دون القلتين فهو نجس قبل ملاقاته للواقف فاذا حاذاه طهر باتصاله به فاذا فارقه عاد الى التنجس لقلته مع وجود النجاسة فيه . وان كانت النجاسة في الواقف لم ينجس بحال لانه لايزال هو وما لاقاه قلتين ، فان كان الواقف دون القلتين والجرية كذلك إلا انهما بمجموعهما يزيدان عن القلتين وكانت النجاسة في الواقف لم ينجس واحد منهما لانها مع ماتلاقيه أكثر من قلتين وإن كانت في النهر فقياس قول أصحابنا أن ينجس الواقف والجرية التي فيها النجاسة وكل مايمر بعدها بالواقف لان الجرية التي فيها النجاسة كانت نجسة قبل ملاقاة الواقف ثم تنجس بها الواقف لكونه ماء دون القلتين ورد عليه ماء نجس ولم تطهر الجرية لانها بمنزلة ماء نجس صب على مادون القلتين فلما صار الواقف نجسا نجس مايمر عليه ويحتمل أن يحكم بطهارة الجرية حال ملاقاتها للواقف ولا يتنجس الواقف بها لانه ماء كثير لم يتغير فلا ينجس لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء » وهذا مذهب الشافعي وهذا كله مالم يتغير فان تغير

ولنا ان دليل التنجيس لايفرق بين قليل النجاسة وكثيرها ولا بين مايدركه الطرف ومالا يدركه فالتفريق تحكم وما ذكروه من المشقة ممنوع ـ لانا إنما نحكم بالنجاسة اذا علمنا وصولها ومع العلم لايفترق القليل والكثير في المشقة ثم ان المشقة بمجردها حكمة لايجوز تعلق الحكم بها بمجردها وجعل مالا يدركه الطرف ضابطا لها انما يصح بالتوقيف أو باعتبار الشرع له في موضع ولم يوجد واحد منهما

[1] في الشعر النابت في المحل النجس ثلاث روايات عن احمد احداها انها طاهرة واختارها أبو بكر بن عبد العزيز ورجحها ابن تيمية القائل بأن الشعور كلها طاهرة

[2] المخالف يمنع القول بهذه التسوية كما يمنع ما بنيت عليه فللماء الجاري من القوة على دفع النجاسة ما ليس للراكد ولا يسلم ان للجرية منه حكم غير حكم المجموع والتحقيق ان الماء لا ينجس إلا بالتغير بالنجاسة وان المتغير لا يسري حكمه إلى غيره وهذا مذهب مالك وبعض المحققين من علماء الشافعية كالغزالي والحنابلة وأهل الحديث كشيخ الاسلام ابن تيمية ، وبهذا يستغنى عن كل تلك الفروع الدقيقة المستنبطة من مفهوم حديث القلتين

فهو نجس وحكمه حكم أعيان النجاسة فاذا كان الواقف متغيراً وحده فالجرية التي تمر به إن كانت قلتين فهي طاهرة وإن كانت دون القلتين فهي نجسة ، وان كانت الجرية متغيرة والواقف قلتان فهو طاهر وإلا فهو نجس ، وان كان بعض الواقف متغيراً وبعضه غير متغير وكان غير المتغير مع الجرية الملاقية له قلتين لم ينجس لانه ماء زائد عن القلتين لم يتغير فكان طاهراً كما لو كانت الجرية قلتين، وان كان المتغير منه الواقف يلي الجاري وغير المتغير لايليه ولا يتصل به من أعلى الماء ولا من أسفله ولا من ناحية من نواحيه وكل واحد منهما دون القلتين فينبغي أن يكون الكل نجسا لأن كل مايلاقي الماء النجس لايبلغ القلتين ، وإن اتصل به من ناحية فكل مالم يتغير طاهر اذا بلغ القلتين لانه كالغديرين اللذين بينهما ساقية . وإن شك في ذلك فالماء طاهر لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك والله أعلم

(فصل) اذا اجتمعت الجريات في موضع فان كان متغيراً بالنجاسة فهو نجس وإن كثر، وإن كان في بعض الجريات ماء طاهر متوال يبلغ قلتين إما سابقا وإما لاحقا فالجميع طاهر مالم يتغير لان القلتين تدفع النجاسة عن نفسها وعما اجتمعت معه ، وان كان المجتمع دون القلتين وفي بعض الجريات شيء نجس فالكل نجس في ظاهر المذهب، وان كان قلتين إلا أن الجريات كلها نجسة أو بعض الجريات طاهر وبعضها نجس ولا يتوالى من الطاهر قلتان فظاهر المذهب ان الجميع نجس وإن كثر ويحتمل أن يكون طاهراً وهو مذهب الشافعي لقوله عليه السلام « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » ولانه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة فكان طاهراً كما لو كان متغيراً فزال تغيره بمكثه

ولنا انه انضم النجس الى النجس فصار الجميع نجسا كغير الماء، وان كان بعض الجريات طاهراً لكنه قليل فهو مما لايدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى، فان كان الماء كثيراً متغيراً بالنجاسة فزال تغيره بنفسه طهر الجميع وإن زال بماء طاهر دون القلتين أو باجتماع ماء نجس اليه فظاهر المذهب انه نجس لانه لايدفع النجاسة عن نفسه فلا يدفعها عن غيره ويحتمل أن يطهر لانه أزال علة التنجيس فأزال التنجيس كما لو زال بنزح أو بمكثه

(فصل) في تطهير الماء النجس وهو ثلاثة أقسام (أحدها) مادون القلتين فتطهيره بالمكاثرة بقلتين طاهرتين إما أن يصب فيه أو ينبع فيه فيزول بهما تغيره إن كان متغيرا وان لم يكن متغيراً طهر بمجرد المكاثرة لان القلتين لاتحمل الخبث ولا تنجس إلا بالتغير ولذلك لو ورد عليها ماء نجس لم ينجسها مالم تتغير به فكذلك اذا كانت واردة ومن ضرورة الحكم بطهارتهما طهارة مااختلطا به

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكثير مابلغ قلتين واليسير مادونهما)

القلة الجرة سميت قلة لانها تقل بالايدي والمراد ههنا بالقلة قلال هجر لما يأتي وانما جعلنا القلتين حداً للكثير لان حديث القلتين دل على نجاسة مالم يبلغهما بطريق المفهوم وعلى دفعهما للنجاسة عن أنفسهما فلذلك جعلناهما حداً للكثير فمتى جاء لفظ الكثير هاهنا فالمراد به القلتان والله أعلم

(القسم الثاني) أن يكون وفق القلتين فلا يخلو من أن يكون غير متغير بالنجاسة فيطهر بالمكاثرة المذكورة لاغير (الثاني) أن يكون متغيراً فيطهر بأحد أمرين بالمكاثرة المذكورة اذا أزالت التغير أو بتركه حتى يزول تغيره بطول مكثه (القسم الثالث) الزائد عن القلتين فله حالان (أحدهما) أن يكون نجسا بغير التغير فلا طريق إلى تطهيره بغير المكاثرة (الثاني) أن يكون متغيراً بالنجاسة فتطهيره بأحد أمور ثلاثة المكاثرة أو زوال تغيره بمكثه أو أن ينزح منه مايزول به التغير ويبقى بعد ذلك قلتان فصاعداً ، فانه إن بقي مادون القلتين قبل زوال تغيره لم يبق التغير علة تنجيسه لأنه تنجس بدونه فلا يزول التنجيس بزواله ولذلك طهر الكثير بالنزح وطول المكث ولم يطهر القليل ، فان الكثير لما كانت علة تنجيسه التغير زال تنجيسه بزوال علته كالخمرة اذا انقلبت خلا والقليل علة تنجيسه الملاقاة لاالتغير فلم يؤثر زواله في زوال التنجيس

(فصل) ولا يعتبر في المكاثرة صب الماء دفعة واحدة لان ذلك غير ممكن ، لكن يوصل الماء على مايمكنه من المتابعة اما من ساقية وإما دلواً فدلواً أو يسيل اليه ماء المطر أو ينبع قليلا قليلا حتى يبلغ قلتين فيحصل به التطهير

(فصل) فان كوثر بما دون القلتين فزال تغيره أو طرح فيه تراب أو مائع غير الماء أو غير ذلك فزال تغيره به ففيه وجهان (احدهما) لايطهر بذلك لأنه لايدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى ولأنه ليس بطهور فلا يحصل به الطهارة كالماء النجس (والثاني) يطهر لان علة نجاسته التغير وقد زال فيزول التنجيس كما لو زال بمكثه وكالخمرة اذا انقلبت خلا (١)

(فصل) ولا يطهر غير الماء من المائعات بالتطهير في قول القاضي وابن عقيل ، قال ابن عقيل إلا الزئبق فانه لقوته وتماسكه يجري مجرى الجامد لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن السمن اذا وقعت فيه الفارة فقال « إن كان مائعا فلا تقربوه » (٢) رواه أبو داود ، ولو كان إلى تطهيره طريق لم يأمر باراقته ، واختار أبو الخطاب أن مايتأتى تطهيره كالزيت يطهر به لانه أمكن غسله بالماء فيطهر به كالجامد وطريق تطهيره جعله في ماء كثير ويخاض فيه حتى يصيب الماء جميع أجزائه ثم يترك حتى يعلو على الماء فيؤخذ ، وإن تركه في جرة فصب عليه ماء فخاضه به وجعل لها بزالا يخرج منه الماء جاز . والخبر ورد في السمن ، ويحتمل أن لايمكن تطهيره لانه يجمد في الماء ، ويحتمل أن النبي ﷺ ترك الامر بتطهيره لمشقة ذلك وقلة وقوعه

١) هذا التحقيق ونختاره لانه (ص) ما خير بين أمرين إلا اختار ايسرهما

٢) راجع حاشية ص ٢٩

﴿ مسئلة ﴾ قال وهما خمسمائة رطل بالعراقي) في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي لأنه روي عن ابن جريج أنه قال رأيت قلال هجر فرأيت القلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا والقربة مائة رطل بالعراقي باتفاق القائلين بتحديد الماء بالقرب والاحتياط أن يجعل الشيء نصفا فكانت القلتان بما ذكرنا خمسمائة رطل ، وروي عن أحمد أن القلتين أربعمائة رطل بالعراقي . رواه عنه الأثرم واسماعيل ابن سعيد ، وحكاه ابن المنذر لما روى الجوزجاني باسناده عن يحيى بن عقيل قال رأيت قلال هجر

(فصل) واذا وقعت النجاسة في غير الماء وكان مائعا نجس ، وإن كان جامداً كالسمن الجامد أخذت النجاسة بما حولها فألقيت والباقي طاهر لما روت ميمونة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة سقطت في سمن فقال « القوها وما حولها وكلوا سمنكم » رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال « إن كان جامداً فالقوها وما حولها ، وإن كان مائعا فلا تقربوه » أخرجه الامام أحمد في مسنده واسناده على شرط الصحيحين (1) وحد الجامد الذي لا تسري النجاسة إلى جميعه هو المتماسك الذي فيه قوة تمنع انتقال أجزاء النجاسة عن الموضع الذي وقعت عليه النجاسة إلى ماسواه قال المروذي قيل لابي عبد الله في الدوشاب يعني يقع فيه نجاسة ؟ قال اذا كان كثيراً أخذوا ماحوله مثل السمن . وقال ابن عقيل : حد الجامد ما اذا فتح وعاؤه لم تسل أجزاؤه ، وظاهر مارويناه عن أحمد خلاف هذا فان الدوشاب لايكاد يبلغ هذا ، وسمن الحجاز لايكاد يبلغه والمقصود بالجمود أن لاتسري أجزاء النجاسة وهذا حاصل بما ذكرنا فيقتصر عليه

(1) راجع حاشية ص ٢٩

(فصل) وإن تنجس العجين ونحوه فلا سبيل إلى تطهيره لانه لايمكن غسله ، وكذلك ان نقع السمسم أو شيء من الحبوب في الماء النجس حتى انتفخ وابتل لم يطهر قيل لاحمد في سمسم نقع في تغار فوقعت فيه فأرة فماتت ، قال لاينتفع بشيء منه ، قيل أفيغسل مراراً حتى يذهب ذلك الماء ؟ قال أليس قد ابتل من ذلك الماء لاينقى منه وإن غسل — اذا ثبت هذا فان أحمد قال في العجين والسمسم يطعم النواضح ولا يطعم لما يؤكل لحمه ، يعني لما يؤكل لحمه قريبا ، وقال مجاهد وعطاء والثوري وأبو عبيد : يطعم الدجاج ، وقال مالك والشافعي يطعم البهائم ، وقال ابن المنذر لايطعم شيئا لان النبي ﷺ سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس فقال « لا ، هو حرام » متفق عليه وهذا في معناه

ولنا ماروى أحمد باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن قوما اختبزوا من آبار الذين ظلموا أنفسهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اعلفوه النواضح » واحتج به أحمد وقال في كسب الحجام « أطعمه ناضحك أو رقيقك » وقال أحمد ليس هذا بميتة يعني ان نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم انما تناول الميتة وليس هذا بداخل في النهي ولا في معناها ، ولان استعمال شحوم الميتة فيما سئل عنه النبي ﷺ يفضي إلى تعدي نجاستها واستعمال مادهنت به من الجلود فيكون مستعملا للنجاسة وليس كذلك ههنا فان نجاسة هذا لاتتعدى أكله ، قال أحمد ولا يطعم لشيء يؤكل في الحال ولا يحلب لبنه لئلا يتنجس به ويصير كالجلال

وأظن كل قلة تأخذ قربتين . وروي نحو ذلك عن ابن جريج وانما خصصنا القلة بقلال هجر لوجهين (أحدهما) ماروى الخطابي باسناده إلى ابن جريج عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا « اذا كان الماء قلتين بقلال هجر » (والثاني) ان قلال هجر أكبر مايكون من القلال وأشهرها في عصر النبي صلى الله

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ الا أن تكون النجاسة بولا أو عذرة مائعة فانه ينجس الا أن يكون مثل المصانع التي بطريق مكة وما أشبهها من المياه الكثيرة التي لا يمكن نزحها فذاك الذي لا ينجسه شيء ﴾

يعني بالمصانع البرك التي صنعت مورداً للحاج يشربون منها ويجتمع فيها ماء كثير ويفضل عنهم فتلك لا تتنجس بشيء من النجاسات مالم تتغير لا نعلم أحداً خالف في هذا قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الماء الكثير مثل الرجل (١) من البحر ونحوه إذا وقعت فيه نجاسة فلم تغير له لونا ولا طعما ولا ريحا أنه بحاله يتطهر منه. فأما مايمكن نزحه اذا بلغ قلتين فلا يتنجس بشيء من النجاسات الا ببول الآدميين أو عذرتهم المائعة فان فيه روايتين عن احمد أشهرهما أنه ينجس بذلك روي نحو هذا عن علي والحسن البصري. وقال الخلال وحدثنا عن علي رضي الله عنه باسناد صحيح أنه سئل عن صبي بال في بئر فأمرهم أن ينزفوها ومثل ذلك عن الحسن البصري ووجه ذلك ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لايجري ثم يغتسل منه » متفق عليه وفي لفظ « ثم يتوضأ منه » صحيح وللبخاري « ثم يغتسل فيه » وهذا متناول للقليل والكثير وهو خاص بالبول وأصح من حديث القلتين فيتعين تقديمه. والرواية الثانية: أنه لاينجس مالم يتغير كسائر النجاسات اختارها أبو الخطاب وابن عقيل وهذا مذهب الشافعي، وأكثر أهل العلم لايفرقون بين البول وغيره من النجاسات لقول النبي ﷺ « إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ولان بول الآدمي لايزيد على نجاسة بول الكلب وهو لا ينجس القلتين فبول الآدمي أولى وحديث أبي هريرة لابد من تخصيصه بدليل مالا يمكن نزحه فيقاس عليه مابلغ القلتين أو يخص بخبر القلتين فان تخصيصه بخبر النبي ﷺ أولى من تخصيصه بالرأي والتحكم من غير دليل لانه لو تساوى الحديثان لوجب العدول إلى القياس على سائر النجاسات

(فصل) ولم أجد عن إمامنا رحمه الله ولا عن أصحابنا تحديد مايمكن نزحه بأكثر من تشبيهه بمصانع مكة قال احمد: انما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الرا كد آبار المدينة على قلة مافيها لان المصانع لم تكن انما أحدثت وقال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن المصانع التي بطريق مكة فقال: ليس ينجس تلك عندي البول ولا شيء اذا كثر الماء حتى يكون مثل تلك المصانع وقال إسحاق

(١) هو الخليج وراؤه مكسورة

عليه وسلم ذكره الخطابي فقال: هي مشهورة الصنعة، معلومة المقدار، لاتختلف كالاتختلف الصيعان والمكاييل فلذلك حملنا الحديث عليها وعملنا بالاحتياط فاذا قلنا هما خمسمائة رطل بالعراقي فذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم ـ مائة وسبعة أرطال وسبع رطل

﴿ مسألة ﴾ ﴿ وهل ذلك تقريب أو تحديد؟ على وجهين ﴾ أحدهما: انه تحديد وهو اختيار أبي

ابن منصور سئل أحمد عن بئر بال فيها انسان قال تنزح حتى تغلبهم قلت ماحده قال لا يقدرون على نزحها وقيل لابي عبدالله الغدير يبال فيه قال الغدير أسهل ولم ير به بأسا وقال في البئر يكون لها مادة هو واقف لايجري ليس بمنزلة مايجري يعني أنه يتنجس بالبول فيه اذا أمكن نزحه (١)

(فصل) ولا فرق بين البول القليل والكثير قال مهنا سألت احمد عن بئر غزيرة وقعت فيها خرقة أصابها بول قال تنزح وقال في قطرة بول وقعت في ماء لا يتوضأ منه وذلك لان سائر النجاسات لافرق بين قليلها وكثيرها

(فصل) اذا كانت بئر الماء ملاصقة لبئر فيها بول أو غيره من النجاسات وشك في وصولها الى الماء فهو على أصله في الطهارة قال احمد يكون بين البئر والبالوعة مالم يغير طعما ولا ريحا ، وقال الحسن ما لم يتغير لونه أو ريحه فلا بأس أن يتوضأ منها وذلك لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك وان أحب علم حقيقة ذلك فليطرح في البئر النجسة نفطا فان وجد رائحته في الماء علم وصوله اليه والافلا، وان تغير الماء تغيرا يصلح أن يكون من النجاسة ولم يعلم له سببا آخر فهو نجس لان الملاصقة سبب فيحال الحكم عليه وما عداه مشكوك فيه ، ولو وجد ماء متغيراً في غير هذه الصورة ولم يعلم سبب تغيره فهو طاهر وان غلب على ظنه نجاسته لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك، وان وقعت فيه نجاسة فوجده متغيراً تغيرا يصلح أن يكون منها فهو نجس الا أن يكون التغير لا يصلح أن يكون من النجاسة الواقعة فيه لكثرته وقلتها أو لمخالفتها لونها أو طعمها فهو طاهر لاننا لا نعلم للنجاسة سببا فاشبه ما لو لم يقع فيه شيء

(فصل) وان توضأ من الماء القليل وصلى ثم وجد فيه نجاسة أو توضأ من ماء كثير ثم وجده متغيراً بنجاسة وشك هل كان قبل وضوئه أو بعده فالاصل صحة طهارته، وان علم ان ذلك كان قبل وضوئه بامارة أعاد وان علم أن النجاسة قبل وضوئه ولم يعلم اكان دون القلتين أو كان قلتين فنقص بالاستعمال أعاد لان الاصل نقص الماء .

(فصل) اذا نزح ماء البئر النجس فنبع فيه بعد ذلك ماء أو صب فيه فهو طاهر لان أرض البئر من جملة الارض التي تطهر بالمكاثرة بمرور الماء عليها وان نجست جوانب البئر فهل يجب غسلها ؟ على روايتين (احداهما) يجب لانه محل نجس فأشبه رأس البئر (والثانية) لايجب للمشقة اللاحقة بذلك فعفي عنه كمحل الاستنجاء وأسفل الحذاء

(فصل) قال محمد بن يحيى سألت عبد الله عن قبور الحجارة التي للروم يجيء المطر

الحسن الآمدي وظاهر قول القاضي وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اعتبار ذلك احتياط وما اعتبر احتياطا كان واجبا كغسل جزء من الرأس مع الوجه ولانه قدر يدفع النجاسة فاعتبر تحقيقه كالعدد في الغسلات والثاني هو تقريب وهو الصحيح لان الذين نقلوا تقدير القلال لم يضبطوها بحد انما قال ابن جريج القلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا ويحيي بن عقيل قال أظنها تسع قربتين وهذا

(١) كيف يتفق ما هنا مع حديث بئر بضاعة الذي كان يلقى فيها أغلظ النجاسات راجع حاشية ص ٣١

فيصير فيها ويشربون من ذلك ويتوضؤن قال لو غسلت كيف تغسل الماء بجيء المطر إلا أن يكون قد غسلها مرة أو مرتين والأولى الحكم بطهارتها لان هذه قد أصابها الماء مرات لايحصى عددها وجرى على حيطانها من ماء المطر مايطهرها بعضه ولأن هذه يشق غسلها فأشبهت الارض التي تطهر بمجيء المطر عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات في الماء اليسير ماليس له نفس سائلة مثل الذباب والعقرب والخنفساء وما أشبه ذلك فلا ينجسه)

النفس هاهنا الدم يعني ماليس له دم سائل والعرب تسمي الدم نفسا قال الشاعر :

أنبئت أن بني سحيم أدخلوا   أبياتهم تامور نفس المنذر

يعني دمه ومنه قيل للمرأة نفساء لسيلان دمها عند الولادة وتقول العرب : نفست المرأة اذا حاضت ونفست من النفاس . وكل ماليس له دم سائل كالذي ذكره الخرقي من الحيوان البري أو حيوان البحر منه العلق والديدان والسرطان ونحوها لاينجس بالموت ولا ينجس الماء اذا مات فيه في قول عامة الفقهاء ، قال ابن المنذر لا أعلم في ذلك خلافا إلا ما كان من أحد قولي الشافعي قال فيها قولان (أحدهما) ينجس قليل الماء قال بعض أصحابه وهو القياس (والثاني) لاينجس وهو الاصلح للناس . فأما الحيوان في نفسه فهو عنده نجس قولا واحداً لانه حيوان لايؤكل لا لحرمته فينجس بالموت كالبغل والحمار

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليمقله فان في أحد جناحيه داء وفي الآخر شفاء » رواه البخاري وأبو داود وفي لفظ « اذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه كله ثم ليطرحه فان في أحد جناحيه سما وفي الآخر شفا » قال ابن المنذر: ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك قال الشافعي: مقله ليس بقتله قلنا اللفظ عام في كل شراب بارد أو حار أو دهن مما يموت بغمسه فيه فلو كان ينجس الماء كان أمرا بافساده وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسلمان « ياسلمان أيما طعام أو شراب ماتت فيه دابة ليست لها نفس سائلة فهو الحلال أكله وشربه ووضوؤه » وهذا صريح أخرجه الترمذي والدارقطني، قال الترمذي: يرويه بقية وهو مدلس فاذا روى عن الثقاة جود ولان مالا نفس له سائلة لم يتولد من النجاسة فأشبه دود الخل اذا مات فيه فانهم سلموا ذلك ونحوه انه لاينجس المائع الذي تولد منه إلا أن يؤخذ ثم يطرح فيه أو

لاتحديد فيه وتقدير القربة بمائة رطل تقريب ولان الزائد على القلتين وهو الشيء مشكوك والظاهر استعماله فيما دون النصف والقرب تختلف غالبا وكذلك لو اشترى شيئاً أو أسلم في شيء وقدره بها لم يصح وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم ان الناس لايكيلون الماء ولا يزنونه فالظاهر انه ردهم الى التقريب فعلى هذا من وجد نجاسة في ماء فغلب على ظنه انه مقارب القلتين توضأ منه وإلا فلا

يشق الاحتراز منه أشبه ماذكرنا ، فاذا ثبت أنه لاينجس لزم أن لايكون نجسا لأنه لو كان نجسا لنجس كسائر النجاسات

(فصل) فان غير الماء فحكمه حكم الطاهرات ان كان مما لايمكن التحرز منه كالجراد يتساقط في الماء ونحوه فهو كورق الشجر المتناثر في الماء يعفى عنه ، وإن كان مما يمكن التحرز منه كالذي يلقى في الماء قصداً فهو كالورق الذي يلقى في الماء ، ولو تغير الماء بحيوان مذكى من غير أن يصيب نجاسة فقد نقل اسحاق بن منصور قال سئل أحمد عن شاة مذبوحة وقعت في ماء فتغير ريح الماء ؟ قال لا بأس ، انما ذلك اذا كان من نجاسة ، وقال عبد الله بن أحمد : قال أبي وأما السمك اذا غير الماء فأرجو أن لايكون به بأس

(فصل) ذكر ابن عقيل فيمن ضرب حيوانا مأكولا فوقع في ماء ثم وجده ميتا ولم يعلم هل مات بالجراحة أو بالماء فالماء على أصله في الطهارة والحيوان على أصله في الحظر إلا أن تكون الجراحة موجبة فيكون الحيوان أيضاً مباحا لان الظاهر موته بالجراح والماء طاهر الا أن يقع فيه دم

(فصل) الحيوان ضربان ماليست له نفس سائلة وهو نوعان مايتولد من الطاهرات فهو طاهر حيا وميتا وهو الذي ذكرناه . الثاني : مايتولد من النجاسات كدود الحش وصراصره فهو نجس حيا وميتاً لأنه متولد من النجاسة فكان نجسا كولد الكلب والخنزير . قال أحمد في رواية المروذي صراصر الكنيف والبالوعة اذا وقع في الاناء أو الحب صب وصراصر البئر ليست بقذرة ولا تأكل العذرة

(الضرب الثاني) ماله نفس سائلة وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماتباح ميتته وهو السمك وسائر حيوان البحر الذي لا يعيش الا في الماء فهو طاهر حيا وميتاً لولا ذلك لم يبح أكله فان غير الماء لم يمنع لأنه لايمكن التحرز منه (النوع الثاني) مالاتباح ميتته غير الآدمي كحيوان البر المأكول وغيره كحيوان البحر الذي يعيش في البر كالضفدع والتمساح وشبههما فكل ذلك ينجس بالموت فينجس الماء القليل اذا مات فيه والكثير اذا غيره ، وبهذا قال ابن المبارك والشافعي وأبو يوسف ؛ وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد بن حسن في الضفدع اذا ماتت في الماء لاتفسده لانها تعيش في الماء أشبهت السمك

ولنا أنهـا تنجس غير الماء فتنجس الماء كحيوان البر ولأنه حيوان له نفس سائلة لاتباح ميتته فأشبه طير الماء ويفارق السمك فانه مباح ولا ينجس غير الماء (النوع الثالث) الآدمي الصحيح في المذهب انه طاهر حيا وميتاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمن لاينجس » متفق عليه ، وعن أحمد أنه سئل عن بئر وقع فيها انسان فمات قال ينزح حتى يغلبهم وهو مذهب أبي حنيفة قال ينجس

وفائدة الخلاف أن من اعتبر التحديد قال : لو نقص الماء نقصاً يسيراً لم يعف عنه والقائلون بالتقريب يعفون عن النقص اليسير وإن شك في بلوغ الماء قدراً يدفع النجاسة ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بطهارته لان طهارته متيقنة قبل وقوع النجاسة فيه فلا يزول عن اليقين بالشك (والثاني) هو نجس لان الاصل قلة الماء فيبنى عليه ويلزم من ذلك النجاسة

ويطهر بالغسل لانه حيوان له نفس سائلة فنجس بالموت كسائر الحيوانات وللشافعي قولان كالروايتين والصحيح ماذكرنا أولا للخبر ولانه آدمي فلم ينجس بالموت كالشهيد ولانه لو نجس بالموت لم يطهر بالغسل كسائر الحيوانات التي تنجس ولم يفرق أصحابنا بين المسلم والكافر لاستوائهما في الآدمية وفي حال الحياة، ويحتمل أن ينجس الكافر بموته لان الخبر انما ورد في المسلم ولا يصح قياس الكافر عليه لانه لا يصلى عليه وليس له حرمة كحرمة المسلم

(فصل) وحكم أجزاء الآدمي وابعاضه حكم جملته سواء انفصلت في حياته أو بعد موته لانها أجزاء من جملته فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة ولانها يصلى عليها فكانت طاهرة كجملته، وذكر القاضي انها نجسة رواية واحدة لانها لا حرمة لها بدليل انه لا يصلى عليها ولا يصح هذا فان لها حرمة بدليل ان كسر عظم الميت ككسر عظم الحي ويصلى عليها اذا وجدت من الميت ثم تبطل بشهيد المعركة فانه لا يصلى عليه وهو طاهر

(فصل) وفي الوزغ وجهان (أحدهما) لا ينجس بالموت لانه لا نفس له سائلة أشبه العقرب ولانه إن شك في نجاسته فالماء يبقى على أصله في الطهارة (والثاني) انه ينجس لما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقول: إن ماتت الوزغة أو الفأرة في الحب يصب مافيه، واذا ماتت في بئر فانزعها حتى تغلبك

(فصل) واذا مات في الماء حيوان لا يعلم هل ينجس بالموت أم لا ؟ فالماء طاهر لان الاصل طهارته والنجاسة مشكوك فيها فلا نزول عن اليقين بالشك وكذلك الحكم إن شرب منه حيوان يشك في نجاسة سؤره وطهارته لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يتوضأ بسؤر كل بهيمة لا يؤكل لحمها إلا السنور وما دونها في الخلقة)

السؤر فضلة الشرب ـ والحيوان قسمان نجس وطاهر فالنجس نوعان (أحدهما) ماهو نجس رواية واحدة وهو الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما فهذا نجس عينه وسؤره وجميع ماخرج منه وروي ذلك عن عروة وهو مذهب الشافعي وأبي عبيد وهو قول أبي حنيفة في السؤر خاصة، وقال مالك والاوزاعي وداود: سؤرهما طاهر يتوضأ به ويشرب وإن ولغا في طعام لم يحرم أكله وقال الزهري: يتوضأ به اذا لم يجد غيره وقال عبدة بن أبي لبابة والثوري وابن الماجشون وابن مسلمة

(فصل في الماء الجاري) نقل عن أحمد مايدل على التفرقة بينه وبين الواقف فانه قال في حوض الحمام قد قيل انه بمنزلة الماء الجاري وقال في البئر يكون لها مادة وهو واقف ليس هو بمنزلة الماء الجاري، فعلى هذا لا ينجس الجاري إلا بالتغير لان الاصل طهارته ولم نعلم في تنجيسه نصاً ولا إجماعا فبقي على الاصل وقال عليه السلام «الماء طهور لا ينجسه شيء» وقال «اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» وهذا يدل على انه لا ينجس لانه بمجموعه يزيد على القلتين فان قيل فالجرية منه لا تبلغ

يتوضأ ويتيمم قال مالك : ويغسل الاناء الذي ولغ فيه الكلب تعبداً . واحتج بعضهم على طهارته بأن الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولم يأمر بغسل ما أصابه فمه وروى ابن ماجه باسناده عن أبي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال « لها ماحملت في بطونها ولنا ماغبر طهور » ولانه حيوان فكان طاهراً كالمأكول.

ولنا ماروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « اذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعا» متفق عليه ولمسلم «فليرقه»[١] ثم ليغسله سبع مرات» ولوكان سؤره طاهراً لم تجز إراقته ولا وجب غسله (فان قيل) انما وجب غسله تعبداً كما تغسل أعضاء الوضوء وتغسل اليد من نوم الليل قلنا الاصل وجوب الغسل من النجاسة بدليل سائر الغسل . ثم لو كان تعبداً لما أمر باراقة الماء. ولما اختص الغسل بموضع الولوغ لعموم اللفظ في الاناء كله . وأما غسل اليد من النوم فانما أمر به للاحتياط لاحتمال أن تكون يده قد أصابتها نجاسة فيتنجس الماء ثم تنجس أعضاؤه به . وغسل أعضاء الوضوء شرع للوضاءة والنظافة ليكون العبد في حال قيامه بين يدي الله تعالى على أحسن حال وأكملها ثم إن سلمنا ذلك فانما عهدنا التعبد في غسل اليدين ، أما الآنية والثياب فانما يجب غسلها من النجاسات وقد روي في لفظ «طهور إناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه أن يغسله سبعا» أخرجه أبوداود[٢] ولا يكون الطهور إلا في محل الطهارة (وقولهم) ان الله تعالى أمر بأكل ما أمسكه الكلب قبل غسله قلنا الله تعالى أمر بأكله والنبي ﷺ أمر بغسله فيعمل بأمرهما، وإن سلمنا أنه لايجب غسله فلأنه يشق فعفي عنه . وحديثهم قضية في عين يحتمل ان الماء المسئول عنه كان كثيراً ولذلك قال في موضع آخر حين سئل عن الماء وما ينوبه من السباع « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » ولان الماء لاينجس إلا بالتغير على رواية لنا وشربها من الماء لايغيره فلم ينجسه ذلك

(النوع الثاني) ما اختلف فيه وهو سائر سباع البهائم إلا السنور وما دونها في الخلقة وكذلك جوارح الطير والحمار الاهلي والبغل فعن أحمد ان سؤرها نجس اذا لم يجد غيره تيمم وتركه ، روي عن ابن عمر انه كره سؤر الحمار وهو قول الحسن وابن سيرين والشعبي والاوزاعي وحماد وإسحاق . وعن أحمد انه قال في البغل والحمار اذا لم يجد غير سؤرهما تيمم معه وهو قول أبي حنيفة والثوري

١» اختلفوا في الكلمة فقيل انها زائدة في الحديث وقيل لا

٢» الحديث في صحيح مسلم فكان الاقتصار عليه أولى، والا فقد أخرجه أحمد ايضا

قلتين فتنجس لحديث القلتين قلنا تخصيص الجرية بهذا التقدير تحكم لانه لايصح قياسه على الراكد لقوته بجريانه واتصاله بمادته وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى . وقال القاضي واصحابه كل جرية من الماء الجاري معتبرة بنفسها فاذا كانت النجاسة جارية مع الماء فما أمامها طاهر لانها لم تصل اليه وما وراءها طاهر لانه لم يصل اليها والجرية إن بلغت قلتين ولم تتغير فهي طاهرة وإلا فهي نجسة وان كانت النجاسة واقفة في النهر فكل جرية تمر عليها ان بلغت قلتين فهي طاهرة والا فلا

وهذه الرواية تدل على طهارة سؤرهما لانه لو كان نجساً لم تجز الطهارة به . وروي عن اسماعيل بن سعيد لا بأس بسؤر السباع لان عمر قال في السباع : ترد علينا ونرد عليها — ورخص في سؤر جميع ذلك الحسن وعطاء والزهري ويحيى الانصاري وبكير بن الاشج وربيعة وأبو الزناد ومالك والشافعي وابن المنذر لحديث أبي سعيد في الحياض وقد روي عن جابر أيضاً . وفي حديث آخر عن جابر أن النبي ﷺ سئل أنتوضأ بما أفضلت الحمر ؟ قال « نعم وبما أفضلت السباع كلها » رواه الشافعي في مسنده وهذا نص ، ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فكان طاهراً كالشاة

ووجه الرواية الاولى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الماء وما ينوبه من السباع فقال « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ولو كانت طاهرة لم يحده بالقلتين ، وقال النبي ﷺ في الحمر يوم خيبر « انها رجس » ولانه حيوان حرم أكله لا لحرمته يمكن التحرز منه غالبا أشبه الكلب ، ولان السباع والجوارح الغالب عليها أكل الميتات والنجاسات فتنجس أفواهها ولا يتحقق وجود مطهرها فينبغي أن يقضى بنجاستها كالكلاب وحديث أبي سعيد قد أجبنا عنه ويتعين حمله على الماء الكثير عند من يرى نجاسة سؤر الكلب والحديث الآخر يرويه ابن أبي حبيبة وهو منكر الحديث . قاله البخاري وابراهيم بن يحيى وهو كذاب — والصحيح عندي طهارة البغل والحمار لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يركبها وتركب في زمنه وفي عصر الصحابة ، فلو كان نجساً لبين النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولانهما لا يمكن التحرز منهما لمقتنيهما فأشبها السنور ، وقول النبي ﷺ « انها رجس » أراد أنها محرمة كقوله تعالى في الخمر والميسر والانصاب والازلام انها (رجس) ويحتمل انه أراد لحمها الذي كان في قدورهم فانه رجس ، فان ذبح مالا يحل أكله لا يطهره

(القسم الثاني) طاهر في نفسه وسؤره وعرقه وهو ثلاثة أضرب (الاول) الآدمي فهو طاهر وسؤره طاهر سواء كان مسلماً أو كافراً عند عامة أهل العلم الا أنه حكي عن النخعي أنه كره سؤر الحائض وعن جابر بن زيد لا يتوضأ منه ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المؤمن ليس بنجس »[1] وعن عائشة أنها كانت تشرب من الاناء وهي حائض فيأخذه رسول الله ﷺ فيضع فاه على موضع فيها فيشرب وتتعرق العرق فيأخذه فيضع فاه على موضع فيها . رواه مسلم وكانت

[1] لا أذكر له رواية بهذا اللفظ ولكن رواه الجماعة كلهم بلفظ « ان المؤمن لا ينجس » وله أول وتتمة ورواه بعضهم بالفاظ أخرى وبعضها بلفظ المسلم ولا مفهوم له عند الجمهور وفي بعضها زيادة « حيا ولا ميتا » رواه الشافعي

قالوا والجرية هي الماء الذي فيه النجاسة وما قرب منها من خلفها وأمامها مما العادة انتشارها اليه إن كانت مما تنتشر مع ما يحاذي ذلك فيما بين طرفي النهر ، فان كانت النجاسة ممتدة فينبغي أن يكون لكل جزء منها مثل تلك الجرية المعتبرة للنجاسة القليلة لانا لو جعلنا جميع ماحاذى النجاسة الكثيرة جرية أفضى إلى تنجيس النهر الكبير بالنجاسة القليلة دون الكثيرة لان ما يحاذي القليلة قليل فينجس وما يحاذي الكثيرة كثير فلا ينجس وهذا ظاهر الفساد

(فصل) فان كان في جانب النهر أو في وهدة منه ماء واقف مائل عن سنن الماء متصل

تغسل رأس رسول الله ﷺ وهي حائض . متفق عليه ، وقال لعائشة « ناوليني الخمرة من المسجد» قالت اني حائض قال « ان حيضتك ليست في يدك » (١)

(الضرب الثاني) ماأكل لحمه ، فقال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن سؤر ماأكل لحمه يجوز شربه والوضوء به ، فان كان جلالا يأكل النجاسات فذكر القاضي روايتين (احداهما) انه نجس (والثانية) طاهر فيكون هذا من النوع الثاني من القسم الاول المختلف فيه

(الضرب الثالث) السنور ومادونها في الخلقة كالفأرة وابن عرس فهذا ونحوه من حشرات الارض سؤره طاهر يجوز شربه والوضوء به ولا يكره وهذا قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين من أهل المدينة والشام وأهل الكوفة وأصحاب الرأي إلا أبا حنيفة فانه كره الوضوء بسؤر الهر فان فعل أجزأه وقد روي عن ابن عمر أنه كرهه وكذلك يحيى الانصاري وابن أبي ليلى، وقال أبو هريرة يغسل مرة أو مرتين وبه قال ابن المنذر وقال الحسن وابن سيرين يغسل مرة ، وقال طاوس يغسل سبعاً كالكلب وقد روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ فذكر الحديث وقال « اذا ولغت فيه الهرة غسل مرة » ولنا ماروي عن كبشة بنت كعب بن مالك وكانت تحت أبي قتادة ان أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً قالت فجاءت هرة فأصغى لها الاناء حتى شربت قالت كبشة: فرآني أنظر اليه فقال أتعجبين يا ابنة أخي ؟ فقلت نعم فقال : ان رسول الله ﷺ قال « انها ليست بنجس انها من الطوافين عليكم والطوافات » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح وهذا أحسن شيء في الباب وقد دل بلفظه على نفي الكراهة عن سؤر الهر وبتعليله على نفي الكراهة عما دونها مما يطوف علينا ، وروى ابن ماجه عن عائشة قالت كنت أتوضأ أنا ورسول الله ﷺ من إناء قد أصابت منه الهرة قبل ذلك ، وعن عائشة أنها قالت ان رسول الله ﷺ قال « انها ليست بنجس انها من الطوافين عليكم » وقد رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ بفضلها . رواه أبو داود

(فصل) اذا أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير بعد أن غابت فالماء طاهر لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى عنها النجاسة وتوضأ بفضلها مع علمه بأكلها النجاسات وإن شربت قبل أن تغيب فقال القاضي وابن عقيل : ينجس لانه وردت عليه نجاسة متيقنة أشبه مالو أصابه بول . وقال أبو الحسن الآمدي : ظاهر مذهب أصحابنا أنه طاهر وإن لم تغب لان النبي صلى الله عليه وسلم عفى

(١) رواه الجماعة إلا البخاري والخمرة بضم الخاء هي سجادة الصلاة تصنع من سعف النخل وتكون على قدر المصلي فان زادت سميت حصيرة وقيل سجادة الصلاة مطلقا

بالجاري وكان ذلك مع الجرية المقابلة له دون القلتين فالجميع نجس لانه ماء يسير متصل فينجس بالنجاسة كالراكد ، فان كان أحدهما قلتين لم ينجس واحد منهما مادامـا متلاقيين إلا بالتغير ، فان كانت النجاسة في الجاري وهو قلتان فهو طاهر بكل حال وكذلك الواقف ، وإن كان الواقف قلتين والجاري دون القلتين والنجاسة فيه فهو نجس قبل ملاقاته للواقف وبعد مفارقته له وطاهر في حال اتصاله به ، وإن كانت في الواقف وهو قلتان لم ينجس بحال هو ولا الجاري وإن كان دون القلتين

عنها مطلقا وعلل بعدم امكان الاحتراز عنها ولاننا حكمنا بطهارة سؤرها مع الغيبة في مكان لايحتمل ورودها على ماء كثير يطهر فاها ، ولو احتمل ذلك فهو شك لايزيل يقين النجاسة فوجب إحالة الطهارة على العفو عنها وهو شامل لما قبل الغيبة

(فصل) وان وقعت الفارة أو الهر ونحوهما في مائع أو ماء يسير ثم خرجت حية فهو طاهر نص عليه أحمد فانه سئل عن الفارة تقع في السمن الذائب فلم تمت قال لا بأس بأكله وفي رواية قال اذا كان حيا فلا شيء إنما الكلام في الميت وقيل يحتمل أن ينجس اذا أصاب الماء مخرجها لان مخرج النجاسة نجس فينجس به الماء ، ولنا أن الاصل الطهارة وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه فان المخرج ينضم اذا وقع الحيوان في الماء فلا يزول اليقين بالشك

(فصل) كل حيوان حكم جلده وشعره وعرقه ودمعه ولعابه ـ حكم سؤره في الطهارة والنجاسة لان السؤر انما يثبت فيه حكم النجاسة في الموضع الذي ينجس لملاقاته لعاب الحيوان وجسمه فلو كان طاهراً كان سؤره طاهراً واذا كان نجسا كان سؤره نجسا

«مسألة» قال (وكل اناء حلت فيه نجاسة من ولوغ كلب أو بول أو غيره فانه يغسل سبع مرات احداهن بالتراب)

النجاسة تنقسم قسمين (أحدهما) نجاسة الكلب والخنزير والمتولد منهما فهذا لايختلف المذهب في أنه يجب غسلها سبعا إحداهن بالتراب وهو قول الشافعي، وعن أحمد أنه يجب غسلها ثمانيا احداهن بالتراب روي ذلك عن الحسن لحديث عبد الله بن المغفل أن رسول الله ﷺ قال «اذا ولغ الكلب في الاناء فاغسلوه سبع مرات وعفروه الثامنة بالتراب» رواه مسلم والرواية الاولى أصح[1] ويحمل هذا الحديث على أنه عد التراب ثامنة لانه وان وجد مع إحدى الغسلات فهو جنس آخر فيجمع بين الخبرين وقال أبو حنيفة لا يجب العدد في شيء من النجاسات انما يغسل حتى يغلب على الظن نقاؤه من

١» رواه الجماعة الا البخاري والترمذي وقال ابن منده إسناده مجمع على صحته وأقره الحافظ في الفتح

والجاري كذلك الا أنهما بمجموعهما قلتان فصاعدا وكانت النجاسة في الواقف لم ينجس واحد منهما لان الماء الذي فيه النجاسة مع ما يلاقيه لا يزال كثيراً وان كانت في الجاري فقياس قول أصحابنا أن الجميع نجس لان الجاري ينجس قبل ملاقاته للواقف ومر على الواقف وهو يسير فنسه لان الواقف لايدفع عن نفسه فعن غيره أولى ، ويحتمل أن يحكم بطهارة الجاري حال ملاقاته للواقف ولا ينجس به الواقف لحديث القلتين وهو مذهب الشافعي ـ هذا كله اذا لم يتغير فان تغير فهو نجس فان كان الجاري متغيراً والواقف كثيرا فهو طاهر ان لم يتغير فان تغير تنجس وكذلك الحكم في الجاري ان كان الواقف متغيراً وان كان بعض الواقف متغيراً وبعضه غير متغير وكان غير المتغير مع الجرية الملاقية له قلتين لم ينجس وان كان المتغير من الواقف يلي الجاري وغير المتغير لا يليه ولا يتصل به أصلا وكان كل

النجاسة لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال في الكلب يلغ في الاناء «يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا» فلم يعين عدداً لانها نجاسة فلم يجب فيها العدد كما لو كانت على الارض

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليغسله سبعا» متفق عليه ولمسلم وأبي داود «أولاهن بالتراب» وحديث عبدالله بن المغفل الذي ذكرناه يرويه عبد الوهاب بن الضحاك وهو ضعيف [1] وقد روى غيره من الثقات «فليغسله سبعا» وعلى أنه يحتمل الشك من الراوي فينبغي أن يتوقف فيه ويعمل بغيره وأما الارض فانه سومح في غسلها المشقة بخلاف غيرها

(فصل) فان جعل مكان التراب غيره من الاشنان والصابون والنخالة ونحو ذلك أو غسله غسلة ثامنة فقال أبو بكر فيه وجهان (أحدهما) لايجزئه لانه طهارة أمر فيها بالتراب فلم يقم غيره مقامه كالتيمم ولان الامر به تعبد غير معقول فلا يجوز القياس فيه (والثاني) يجزئه لان هذه الاشياء أبلغ من التراب في الازالة فنصه على التراب تنبيه عليها ولانه جامد أمر به في إزالة النجاسة فالحق به ما يماثله كالحجر في الاستجمار [2] [فأما الغسلة الثامنة فالصحيح أنها لا تقوم مقام التراب لانه ان كان القصد به تقوية الماء في الازالة فلا يحصل ذلك بالثامنة لان الجمع بينهما أبلغ في الازالة وان وجب تعبدا امتنع ابداله والقياس عليه وقال بعض أصحابنا انما يجوز العدول الى غير التراب عند عدمه أو افساد المحل المغسول به فأما مع وجوده وعدم الضرر فلا وهذا قول ابن حامد

(القسم الثاني) نجاسة غير الكلب والخنزير ففيها روايتين (احداها) يجب العدد فيها قياسا على نجاسة الولوغ وروي عن ابن عمر أنه قال أمرنا بغسل الانجاس سبعا فينصرف الى أمر النبي ﷺ (والثانية) لا يجب العدد بل يجزيء فيها المكاثرة بالماء من غير عدد بحيث تزول عين النجاسة وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عمر قال كانت الصلاة خمسين والغسل من الجنابة سبع مرات والغسل من البول سبع مرات فلم يزل النبي ﷺ يسأل حتى جعلت الصلاة خمسا والغسل من البول مرة والغسل من الجنابة مرة رواه الامام أحمد في مسنده وأبو داود في سننه وهذا نص الا أن في رواته أيوب بن جابر وهو ضعيف، وقال النبي ﷺ «إذا أصاب احداكن الدم من الحيضة فلتقرصه ثم لتنضحه بماء ثم

واحد منهما يسيرا فينبغي أن يكون الكل نجسا لان كل مايلاقي الماء النجس يسير وان اتصل به من ناحية فكل مالم يتغير طاهر اذا كان كثيراً كالغديرين اذا كان بينهما ماء متصل بهما فان شك في ذلك فالماء طاهر بالاصل ويحتمل أن يكون نجسا، وان كان في الماء قلتان طاهرتان متصلة سابقة أو لاحقة فالمجتمع كله طاهر ما لم يتغير بالنجاسة لان القلتين تدفع النجاسه عن نفسها وعما اجتمع اليها والا فالجميع نجس في ظاهر المذهب والله أعلم.

﴿مسألة﴾ (واذا شك في نجاسة الماء أو كان نجسا فشك في طهارته بنى على اليقين)

اذا شك في نجاسة الماء فهو طاهر لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك وان وجده متغيرا الا ان التغير يحتمل أن

[1] هذا غلط فقد رواه مسلم وغيره من طرق ليس عبد الوهاب هذا منها بل هي مجمع على صحتها

[2] كل ما بين القوسين هنا وفيما يأتي ساقط من النسخة التي أرسلت من نجد

لتصل فيه » رواه البخاري ولم يأمر فيه بعدد وفي حديث آخر أن امرأة ركبت ردف النبي ﷺ على ناقته فلما نزلت اذا على حقيبته شيء من دمها فأمرها النبي ﷺ أن تجعل في الماء ملحا ثم تغسل به الدم، رواه أبو داود ولم يأمرها بعدد، وأمر النبي ﷺ بأن يصب على بول الأعرابي سجل من ماء متفق عليه ولم يأمر بالعدد [ولانها نجاسة غير الكلب فلم يجب فيها العدد] وروي أن العدد لا يعتبر في غير محل الاستنجاء من البدن، ويعتبر في محل الاستنجاء كبقية المحال قال الخلال هذه الرواية وهم ولم يثبتها فاذا قلنا بوجوب العدد ففي قدره روايتان (احداهما) سبع لما قدمنا (والثانية) ثلاث لان النبي ﷺ قال « إذا قام أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لايدري أين باتت يده » متفق عليه إلا قوله ثلاثا انفرد به مسلم ـ أمر بغسلها ثلاثا ليرتفع وهم النجاسة ولا يرفع وهم النجاسة الا مايرفع حقيقتها وقد روي أن النجاسة في محل الاستنجاء تطهر بثلاث وفي غيره تطهر بسبع لان محل الاستنجاء تتكرر فيه النجاسة فاقتضى ذلك التخفيف وقد اجتزىء فيها بثلاثة أحجار مع أن الماء أبلغ في الازالة فأولى أن يجتزىء فيها بثلاث غسلات،قال القاضي : الظاهر من قول احمد ما اختار الخرقي وهو وجوب العدد في جميع النجاسات فان قلنا لايجب العدد لم يجب التراب وكذلك ان قلنا لايجب الغسل سبعا لان الاصل عدم وجوبه ولم يرد الشرع به الافي نجاسة الولوغ وإن قلنا بوجوب السبع ففي وجوب التراب وجهان (أحدهما) يجب قياسا على الولوغ (والثاني) لايجب لان النبي ﷺ ــ أمر بالغسل للدم وغيره ولم يأمر بالتراب إلا في نجاسة الولوغ فوجب أن يقتصر عليه ولان التراب ان أمر به تعبدا وجب قصره على محله وان أمر به لمعنى في الولوغ للزوجة فيه لاتنقلع إلا بالتراب فلايوجد ذلك في غيره والمستحب أن يجعل التراب في الغسلة الاولى لموافقته لفظ الخبر أو ليأتي الماء عليه بعده فينظفه ومتى غسل به أجزأه لانه روي في حديث « إحداهن بالتراب » وفي حديث « أولاهن » وفي حديث في الثامنة فيدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود

(فصل) إذا أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم فهي كنجاسة واحدة وإن كان بعضها أغلظ كالولوغ مع غيره فالحكم لاغلظها ويدخل فيه مادونه ولو غسل الاناء دون السبع ثم ولغ فيه مرة أخرى فغسله سبعا أجزأه لانه اذا أجزأ عما يماثل فعما دونه أولى

(فصل) وإذا غسل محل النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر قبل تمام السبع ففيه وجهان (أحدهما) يجب غسله سبعا وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابن حامد لانها نجاسة فلايراعى

يكون بمكثه أو بما لايمنع فلا يزول بالشك . وان تيقن نجاسته وشك في طهارته فهو نجس لماذكرنا وان أخبره بنجاسته صبي أوكافر أو فاسق لم يلزمه قبول خبره لانه ليس من أهل الشهادة ولا الرواية أشبه الطفل والمجنون وإن كان بالغا عاقلا مسلما مستور الحال وعين سبب النجاسة لزم قبول خبره رجلا كان

فيها حكم المحل الذي انفصلت عنه كنجاسة الارض ومحل الاستنجاء وظاهر قول الخرقي انه يجب غسلها بالتراب وان كان المحل الذي انفصلت عنه قد غسل بالتراب لانها نجاسة أصابت غير الارض فأشبهت الاولى (والثاني) يجب غسله من الاولى ستا ومن الثانية خمسا ومن الثالثة أربعا كذلك الى آخره لانها نجاسة تطهر في محلها بدون السبع فطهرت في مثله كالنجاسة على الارض ولان المنفصل بعض المتصل والمتصل يطهر بذلك فكذا المنفصل (وتفارق المنفصل عن الارض ومحل الاستنجاء لان العلة في خفتها المحل وقد زالت عنه فزال التخفيف والعلة في تخفيفها ههنا قصور حكمها بما مر عليها من الغسل وهذا لازم لها حسب ما كان ، ثم إن كانت قد انفصلت عن محل غسل بالتراب غسل محلها بغير تراب وإن كانت الاولى بغير تراب غسلت هذه بالتراب وهذا اختيار القاضي وهو أصح إن شاء الله تعالى

(فصل) ولا فرق بين النجاسة من ولوغ الكلب أو يده أو رجله أو شعره أو غير ذلك من أجزائه لان حكم كل جزء من أجزاء الحيوان حكم بقية أجزائه على ما قررناه وحكم الخنزير حكم الكلب لان النص وقع في الكلب والخنزير شر منه وأغلظ لان الله تعالى نص على تحريمه وأجمع المسلمون على ذلك وحرم اقتناؤه (١)

(فصل) وغسل النجاسة يختلف باختلاف محلها ان كانت جسما لا يتشرب النجاسة كالآنية فغسله بمرور الماء عليه كل مرة غسلة سواء كان بفعل آدمي أو غير فعله مثل ان ينزل عليه ماء المطر أو يكون في نهر جار فتمر عليه جريات النهر فكل جرية تمر عليه غسلة لان القصد غير معتبر فأشبه مالو صبه آدمي بغير قصد وان وقع في ماء قليل راكد نجسه ولم يطهر وان كان كثيراً احتسب بوضعه فيه ومرور الماء على أجزائه غسلة فان خضخضه في الماء وحركه بحيث يمر عليه أجزاء غير التي كانت ملاقية له احتسب بذلك غسلة ثانية كما لو مرت عليه جريات من الماء الجاري ، وان كان المغسول اناء فطرح فيه الماء لم يحتسب به غسلة حتى يفرغه منه لانه العادة في غسله الا أن يكون سع قلتين فصاعدا فلاء فيحتمل أن ادارة الماء فيه تجري مجرى الغسلات لان أجزاءه تمر عليها جريات من الماء غير التي كانت ملاقية له فأشبه مالو مرت عليها جريات من ماء جار، وقال ابن عقيل لا يكون غسله إلا بتفريغه منه أيضا وإن كان المغسول جسما تدخل فيه أجزاء النجاسة لم يحتسب برفعه من الماء غسلة إلا بعد عصره وعصر كل شيء بحسبه فان كان بساطا ثقيلا أو زليا فعصره بتقليبه ودقه

(فصل) ما أزيلت به النجاسة ان انفصل متغيرا بالنجاسة أو قبل طهارة المحل فهو نجس لانه تغير بالنجاسة أو ماء قليل لاقى محلا نجسا لم يطهره فكان نجسا كما لو وردت عليه ، وان انفصل غير متغير من الغسلة التي طهر بها المحل فان كان المحل أرضا فهو طاهر رواية واحدة لان النبي صلى الله

(١) جمهور السلف واكثر الفقهاء على طهارة كل حيوان حي وعلى كون الغسل من ولوغ الكلب لا يقاس عليه غيره من أجزائه ولا ما هو شر منه كالخنزير وهذا هو الذي رجحه شيخ الاسلام والنووي من الشافعية من حيث الدليل لا المذهب

أو امرأة حرا او عبدا بصيرا أو ضريرا لان للاعمى طريقا الى العلم بالحس والخبر كما لو أخبر بدخول وقت الصلاة وان لم يعين سببها فقال القاضي : لا يلزم قبول خبره لاحتمال اعتقاد نجاسة الماء بسبب لا يعتقده المخبر كموت ذبابة عند الشافعي . والحنفي يرى نجاسة الماء الكثير وان لم يتغير والموسوس

عليه وسلم أمر أن يصب على بول الاعرابي ذنوب من ماء ليطهر الارض التي بال عليها فلو كان المنفصل نجسا لتنجس به ما انتشر اليه من الارض فتكثر النجاسة ، وان كان غير الارض ففيه وجهان قال أبو الخطاب أصحهما أنه طاهر وهو مذهب الشافعي لانه انفصل عن محل محكوم بطهارته فكان طاهرا كالمسألة الثامنة وأن المنفصل بعض المتصل والمتصل طاهر وكذلك المنفصل — والثاني أنه نجس وهو قول أبي حنيفة واختاره أبو عبدالله بن حامد لانه ماء قليل لاقى محلا نجسا أشبه مالو لم يطهرها قال أبو الخطاب انما يحكم بطهارة المنفصل من الارض اذا كانت قد نشفت أعيان البول فان كانت أعيانها قائمة فجرى الماء عليها طهرها وفي المنفصل روايتان كالمنفصل عن غير الارض قال وكونه نجسا أصح في كلامه والأولى الحكم بطهارته لان النبي ﷺ أمر بغسل بول الاعرابي عقيب بوله ولم يشترط نشافه

(فصل) اذا غسل بعض الثوب النجس جاز ويطهر المغسول دون غيره فان كان يغمس بعضه في ماء يسير راكد يعركه فيه نجس الماء ولم يطهر منه شيء لانه بغمسه في الماء صار نجسا فلم يطهر منه شيئا وان كان يصب على بعضه في جفنة طهر ماطهره وكان المنفصل نجسا لانه لابد من أن يلاقي الماء المنفصل جزء غير المغسول فينجس به

(فصل) اذا أصاب ثوب المرأة دم حيضها استحب أن تحته بظفرها لتذهب خشونته ثم تقرصه ليلين للغسل ثم تغسله بالماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لأسماء في دم الحيض « حتيه ثم اقرصيه ثم غسليه بالماء » متفق عليه، فان اقتصرت على ازالته بالماء جاز فان لم يزل لونه وكانت ازالته تشق أو يتلف الثوب ويضره عفي عنه لقول النبي ﷺ « ولا يضرك أثره » وان استعملت في ازالته شيئا يزيله كالملح وغيره فحسن لما روى أبو داود باسناده عن امرأة من غفار ان النبي صلى الله عليه وسلم ردفها على حقيبته فحاضت قالت فنزلت فاذا بها دم مني فقال « مالك ؟ لعلك نفست » قلت نعم قال

يعتقد نجاسته بما لا ينجسه ويحتمل أن يلزم قبول خبره اذا انتفت هذه الاحتمالات في حقه

(فصل) فان أخبره أن كلبا ولغ في هذا الاناء ولم يلغ في هذا وقال آخر انما ولغ في هـذا حكم بنجاستهما لانه يمكن صدقهما لكونهما في وقتين أو كانا كلبين فخفي على كل واحد منهما ماظهر للآخر وان عينا كلبا ووقتا يضيق الوقت فيه عن شربه منهما تعارض قولهما ولم ينجس واحد منهما وان قال أحدهما ولغ في هذا الاناء وقال الآخر نزل ولم يشرب قدم قول المثبت الا أن يكون المثبت لم يتحقق شربه مثل الضرير الذي يخبر عن حس فيقدم قول البصير عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتبه الماء الطاهر بالنجس لم يتحر فيهما على الصحيح من المذهب ويتيمم) وجملته انه اذا اشتبهت الآنية الطاهرة بالنجسة لم يخل من حالين (أحدهما) أن يستوي عدد الطاهر والنجس فلا يجوز التحري بغير خلاف في المذهب فيما علمنا (الثاني) أن يكثر عدد الطاهر فقال أبو علي النجاد من أصحابنا يجوز التحري فيها وهو قول أبي حنيفة لان الظاهر اصابة الطاهر ولان جهة

«فاملحي من نفسك ثم خذي اناء من ماء فاطرحي فيه ملحا ثم اغسلي ما أصاب الحقيبة من الدم» قال الخطابي فيه من الفقه جواز استعمال الملح وهو مطعوم في غسل الثوب وتنقيته من الدم فعلى هذا يجوز غسل الثياب بالعسل اذا كان يفسدها الصابون وبالخل اذا أصابها الحبر والتدلك بالنخالة وغسل الايدي بها والبطيخ ودقيق الباقلا وغيرها من الاشياء التي لها قوة الجلاء والله أعلم

(فصل) فاذا كان في الاناء خمر أو شبهه من النجاسات التي يتشربها الاناء ثم متى جعل فيه مائع سواه ظهر فيه طعم النجاسة أو لونها لم يطهر بالغسل لان الغسل لا يستأصل أجزاء النجاسة من جسم الاناء فلم يطهره كالسمسم اذا ابتل بالنجاسة قال الشيخ أبو الفرج المقدسي في المبهج: آنية الخمر منها المزفت فتطهر بالغسل لان الزفت يمنع وصول النجاسة الى جسم الاناء ومنها ماليس بمزفت فيتشرب أجزاء النجاسة فلا يطهر بالتطهير فانه متى ترك فيه مائع ظهر فيه طعم الخمر ولونه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان معه في السفر إناآن نجس وطاهر واشتبها عليه أراقهما ويتيمم)

انما خص حالة السفر بهذه المسألة لانها الحالة التي يجوز التيمم فيها ويعدم فيها الماء غالبا وأراد اذا لم يجد ماء غير الاناءين المشتبهين فانه متى وجد ماء طهوراً غيرهما توضأ به ولم يجز التحري ولا التيمم بغير خلاف ولا تخلو الآنية المشتبهة من حالين (أحدهما) أن لا يزيد عدد الطاهر على النجس فلا خلاف في المذهب انه لايجوز التحري فيهما (والثاني) أن يكثر عدد الطاهرات فذهب أبو علي النجاد من أصحابنا الى جواز التحري فيهما وهو مذهب أبي حنيفة لان الظاهر اصابة الطاهر ولأن جهة الاباحة قد ترجحت فجاز التحري كما لو اشتبهت عليه أخته في نساء مصر، وظاهر كلام أحمد انه لايجوز التحري فيها بحال وهو قول أكثر أصحابه وهو قول المزني وأبي ثور، وقال الشافعي يتحرى ويتوضأ بالأغلب عنده في الحالين [لانه شرط للصلاة فجاز التحري من أجله كما لو اشتبهت القبلة ولأن الطهارة تؤدى باليقين تارة وبالظن أخرى ولهذا جاز التوضؤ بالماء القليل المتغير الذي لا يعلم

الاباحة ترجحت أشبه مالو اشتبهت عليه أخته في نساء بلد وظاهر كلام أحمد انه لايجوز التحري فيها بحال وهو قول أكثر الاصحاب وقول المزني وأبي ثور وقال الشافعي يتحرى في الحالين لانه شرط للصلاة فجاز التحري فيه كما لو اشتبهت القبلة والثياب ولان الطهارة تؤدى باليقين تارة وبالظن أخرى كما قلنا بجواز الوضوء بالماء المتغير الذي لا يعلم سبب تغيره، وقال ابن الماجشون: يتوضأ من كل واحد منهما وضوءاً ويصلي به وبه قال محمد بن مسلمة إلا أنه قال يغسل ما أصابه من الاول لانه أمكنه أداء فرضه بيقين أشبه من فاتته صلاة من يوم ولا يعلم عينها وكما لو اشتبهت الثياب

ولنا انه اشتبه المباح بالمحظور فيما لاتبيحه الضرورة فلم يجز التحري كما لو اشتبهت أخته باجنبيات أو كما لو استوى العدد عند أبي حنيفة أو كان أحد الاناءين بولا عند الشافعي واعتذر أصحابه بأن البول لا أصل له في الطهارة قلنا وهذا الماء قد زال عنه أصل الطهارة وعلى أن البول قد كان

سبب تغيره وقال ابن الماجشون يتوضأ من كل واحد منهما وضوء ويصلي به وبه قال محمد بن مسلمة إلا أنه قال يغسل ما أصابه من الاول لانه أمكنه أداء فرضه بيقين فلزمه [كما لو اشتبه طاهر بطهور وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها أو اشتبهت عليه الثياب]

ولنا انه اشتبه المباح بالمحظور فيما لا تبيحه الضرورة فلم يجز التحري كما لو استوى العدد عند أبي حنيفة وكما لو كان أحدهما بولا عند الشافعي فانه قد سلمه . واعتذر أصحابه بأنه لا أصل له في الطهارة ـ قلنا وهذا الماء قد زال عنه أصل الطهارة وصار نجسا فلم يبق للاصل الزائل أثر [على ان البول قد كان ماء فله أصل في الطهارة كهذا الماء النجس] وقولهم اذا كثر الطاهر ترجحت الاباحة يبطل بما اذا اشتبهت أخته في مائة أو ميتة بمذكيات فانه لا يجوز التحري وإن كثر المباح ، وأما اذا اشتبهت في نساء مصر فانه يشق اجتنابهن جميعا ولذلك يجوز له النكاح من غير تحر [وأما القبلة فيباح تركها للضرورة كحالة الخوف ويجوز أيضاً في السفر في صلاة النافلة ، ولان قبلته ما يتوجه اليه بظنه ، ولو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الاعادة بخلاف مسئلتنا . وأما المتغير من غير سبب يعلمه فيجوز الوضوء به استناداً إلى أصل الطهارة وإن غلب على ظنه نجاسته ولا يحتاج إلى تحر . وفي مسئلتنا عارض يقين الطهارة يقين النجاسة فلم يبق له حكم ، ولهذا لا يجوز له استعماله من غير تحر ثم يبطل قياسهم بما اذا كان أحدهما بولا والآخر ماء ويدل على صحة ما قلنا أنه لو توضأ من أحد الاناءين وصلى ثم غلب على ظنه في الصلاة الثانية أن الآخر هو الطاهر فتوضأ به وصلى من غير غسل أثر الاول فقد علمنا أنه صلى بالنجاسة يقينا ، وإن غسل أثر الاول ففيه حرج ونقض لاجتهاده باجتهاده ونعلم أن احدى الصلاتين باطلة لا بعينها فيلزمه اعادتهما ، فان توضأ من الاول فقد توضأ بما يعتقده نجسا وما قاله ابن الماجشون فباطل فانه يفضي إلى تنجيس نفسه يقيناً وبطلان صلاته اجماعا وما قاله ابن مسلمة ففيه حرج ويبطل بالقبلة فانه لا يلزمه أن يصلي إلى أربع جهات

ماء فله أصل في الطهارة فهو كالماء النجس ، وقولهم اذا كثر عدد الطاهر ترجحت الطهارة يبطل بما لو اشتبهت أخته بمائة أجنبية ، وأما اذا اشتبهت أخته في نساء مصر فانه يشق اجتنابهن جميعاً ولذلك يجوز له النكاح من غير تحر بخلاف هذا ، وأما القبلة فيباح تركها للضرورة وفي صلاة النافلة بخلاف مسألتنا ، وأما الثياب فلا يجوز التحري فيها عندنا على ما يأتي وأما المتغير فيجوز الوضوء به استناداً إلى أصل الطهارة ولا يحتاج الى تحر وفي مسألتنا عارض يقين الطهارة يقين النجاسة فلم يبق له حكم ولهذا احتاج الى التحري ، وما قاله ابن الماجشون باطل لأنه يتنجس يقيناً وما قاله ابن مسلمة ففيه حرج ويبطل بالقبلة حيث لم يوجبا الصلاة الى أربع جهات والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وهل يشترط اراقتهما أو خلطهما فيه روايتان) احداهما تشترط ذكره الخرقي لان معه ماء طاهراً بيقين فلم يجز له التيمم مع وجوده فاذا خلطهما أو أراقهما جاز له التيمم لأنه لم يبق

(فصل) وهل يجوز له التيمم قبل اراقتهما ؟ على روايتين (احداهما) لايجوز لان معه ماء طاهراً بيقين فلم يجز له التيمم مع وجوده فان خلطهما أو أراقهما جاز له التيمم لانه لم يبق معه ماء طاهر (والثانية) يجوز التيمم قبل ذلك اختاره أبو بكر وهو الصحيح لانه غير قادر على استعمال الطاهر أشبه مالو كان في بئر لايمكنه استقاؤه ، وإن احتاج اليهما للشرب لم تجب اراقتهما بغير خلاف فانه يجوز له التيمم لو كانا طاهرين فمع الاشتباه أولى ، واذا أراد الشرب تحرى وشرب من الطاهر عنده لانها ضرورة تبيح الشرب من النجس اذا لم يجد غيره فمن الذي يظن طهارته أولى، وإن لم يغلب على ظنه طهارة أحدهما شرب من أحدهما وصار هـذا كما لو اشتبهت ميتة بذكاة في حال الاضطرار ولم يجد غيرها فانه اذا جاز استعمال النجس فاستعمال مايظن طهارته أولى ، واذا شرب من أحدهما أو أكل من المشتبهات ثم وجـد ماء طهوراً فهل يلزمه غسل فيـه ؟ يحتمـل وجهين (أحدهما) لا يلزمه لان الاصل طهارة فيه فلا تزول عن ذلك بالشك (واثاني) يلزمه لأنه محل منع استعماله من أجل النجاسة فلزمه غسل أثره كالمتيقن

(فصل) واذا علم عين النجس استحب إراقته ليزيل الشك عن نفسه ، وإن احتاج الى الشرب شرب من الطاهر ويتيمم اذا لم يجد غير النجس ، وإن خاف العطش في ثاني الحال فقال القاضي يتوضأ بالماء الطاهر ويحبس النجس لأنه غير محتاج الى شربه في الحال فلم يجز التيمم مع وجوده ، والصحيح إن شاء الله أنه يحبس الطاهر ويتيمم لان وجود النجس كعدمه عنـد الحاجة إلى الشرب في الحال وكذلك في المآل وخوف العطش في إباحة التيمم كحقيقته

(فصل) واذا إشتبه ماء طهور بماء قد بطلت طهوريته توضأ من كل واحد منهما وضوءا كاملا

معه ماء طاهر (والثانية) يجوز التيمم قبل ذلك اختاره أبو بكر وهو الصحيح لأنه غير قادر على استعمال الطاهر أشبه مالو كان في بئر لايمكنه الوصول اليه ، فان احتاج اليهما للشرب لم تجب اراقتهما بغير خلاف لأنه يجوز له التيمم لو كانا طاهرين فههنا أولى ، فاذا أراد الشرب تحري وشرب من الذي يظن طهارته فان لم يغلب علي ظنه شيء شرب من أحدهما لأنه حال ضرورة فاذا شرب من أحدهما أو أكل من المشتبهة بالميتة فهل يلزمه غسل فيه ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لايلزمه لان الاصل الطهارة (والثاني) يلزمه لانه محل منع من استعماله لاجل النجاسة فلزمه غسل أثره كالمتيقن فان علم عين النجس استحب اراقته ليزيل الشك ، فان احتاج إلى الشرب شرب من الطاهر وتيمم ، وإن خاف العطش في ثاني الحال فقال القاضي يتوضأ بالطاهر ويحبس النجس لانه غير محتاج الى شربه في الحال فلم يجز التيمم مع وجوده . قال شيخنا : والصحيح إن شاء الله أنه يحبس الطاهر ويتيمم لان وجود النجس كعدمه عند الحاجة الى الشرب في الحال فكذلك في المآل وخوف العطش في اباحة التيمم كحقيقته

(مسألة) وإن اشتبه طهور بطاهر توضأ من كل واحد منهما وصلى صلاة واحدة . لا نعلم فيه خلافا

وصلى بالوضوءين صلاة واحدة لاأعلم فيه خلافا لأنه أمكنه اداء فرضه بيقين من غير حرج فيه فلزمه كما لو كانا طاهرين ولم يكفه أحدهما وفارق ما اذا كان نجساً لأنه ينجس أعضاءه يقينا ولا يأمن أن يكون النجس هو الثاني فيبقى نجسا ولا تصح صلاته ، فان احتاج الى أحد الاناءين في الشرب تحرى فتوضأ بالطهور عنده ويتيمم معه ليحصل له اليقين والله أعلم

(فصل) وإن اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة لم يجز التحري وصلى في كل ثوب بعدد النجس وزاد صلاة . وهذا قول ابن الماجشون ، وقال أبو ثور والمزني لا يصلي في شيء منها كالأواني وقال أبو حنيفة والشافعي يتحرى فيها كقولهم في الاواني والقبلة

ولنا أنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فلزمه كما لو اشتبه الطهور بالطاهر وكما لو نسي صلاة من يوم لايعلم عينها والفرق بين هذا وبين الاواني النجسة من وجهين (أحدهما) ان استعمال النجس يتنجس به ويمنع صحة صلاته في الحال والمآل وهذا بخلافه (الثاني) أن الثوب النجس تباح له الصلاة فيه اذا لم يجد غيره والماء النجس بخلافه، والفرق بينه وبين القبلة من وجوه (أحدها) ان القبلة يكثر الاشتباه فيها فيشق اعتبار اليقين فسقط دفعا للمشقة وهذا بخلافه (الثاني) ان الاشتباه ههنا حصل بتفريطه لانه كان يمكنه تعليم النجس أو غسله ولا يمكنه ذلك في القبلة (الثالث) ان القبلة عليها أدلة من النجوم والشمس والقمر وغيرها فيصح الاجتهاد في طلبها ويقوى دليل الاصابة لها بحيث لايبقى احتمال الخطأ إلا وهما ضعيفا بخلاف الثياب

لانه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فلزمه ذلك كما لو كانا طهورين فلم يكفه أحدهما،فان احتاج الى أحد الاناءين للشرب تحرى وتوضأ بالطهور عنده وتيمم ليحصل له اليقين والله أعلم

(مسألة) قال (وان اشتبهت ثياب طاهرة بنجسة صلى في كل ثوب صلاة بعدد النجس وزاد صلاة)

ولم يجز التحري وهذا قول ابن الماجشون لانه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فلزمه كما لو اشتبه الطاهر بالطهور وكما لو فاتته صلاة من يوم لايعلم عينها وقال أبو ثور والمزني : لا يصلي في شيء منها وقال أبو حنيفة والشافعي يتحرى كقولهما في الاواني والقبلة والاول أولى والفرق بين الثياب والاواني النجسة من وجهين (أحدهما) أن استعمال النجس في الاواني يتنجس به ويمنع صحة صلاته في الحال والمآل بخلاف الثياب(الثاني) أن الثوب النجس يباح له الصلاة فيه اذا لم يجد غيره بخلاف الماء النجس والفرق بينه وبين القبلة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن القبلة يكثر فيها الاشتباه (الثاني) أن الاشتباه ههنا حصل بتفريطه لانه كان يمكنه تعليم النجس بخلاف القبلة (الثالث) ان القبلة عليها أدلة من النجوم وغيرها فيغلب على الظن مع الاجتهاد فيها الاصابة بحيث يبقى احتمال الخطأ وهما ضعيفا بخلاف الثياب

(فصل) فان لم يعلم عدد النجس صلى حتى يتيقن أنه صلى في ثوب طاهر فان كثر ذلك وشق

(فصل) فان لم يعلم عدد النجس صلى فيما يتيقن به أنه صلى في ثوب طاهر فان كثر ذلك وشق فقال ابن عقيل يتحرى في أصح الوجهين دفعا للمشقة . والثاني : لايتحرى لان هذا يندر جدا فلا يفرد بحكم ويسحب عليه دليل الغالب

(فصل) وان ورد ماءا فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق لم يلزمه قبول خبره لانه ليس من أهل الشهادة ولا الرواية فلا يلزمه قبول خبره كالطفل والمجنون وان كان المخبر بالغا عاقلا مسلما غير معلوم فسقه وعين سبب النجاسة لزم قبول خبره سواء كان رجلا أو امرأة حرا أو عبدا معلوم العدالة أو مستور الحال لانه خبر ديني فأشبه الخبر بدخول وقت الصلاة ، وان لم يعين سببها فقال القاضي لايلزم قبول خبره لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بسبب لايعتقده المخبر كالحنفي يرى نجاسة الماء الكثير والشافعي يرى نجاسة الماء اليسير بما لانفس له سائلة والموسوس الذي يعتقد نجاسة بما لاينجسه ويحتمل أن يلزم قبول خبره اذا انتفت هذه الاحتمالات في حقه

(فصل) فان أخبره أن كلبا ولغ في هذا الاناء لزم قبول خبره سواء كان بصيراً أو ضريراً لان الضرير طريقا الى العلم بذلك بالخبر والحس وان أخبره أن كلبا ولغ في هذا الاناء ولم يلغ في هذا وقال آخر لم يلغ في الاول وانما ولغ في الثاني وجب اجتنابهما فيقبل قول كل واحد منهما في الاثبات دون النفي لانه يجوز أن يعلم كل واحد منهما ما خفي على الآخر ، الا أن يعينا وقتا معينا وكلبا واحداً يضيق الوقت عن شربه منهما فيتعارض قولهما ويسقطان ويباح استعمال كل واحد منهما فان قال أحدهما شرب من هذا الاناء ، وقال الآخر نزل ولم يشرب قدم قول المثبت الا أن يكون لم يتحقق شربه مثل الضرير الذي يخبر عن حسه فيقدم قول البصير لانه أعلم

(فصل) اذا سقط على انسان من طريق ماء لم يلزمه السؤال عنه لان الاصل طهارته قال صالح سألت أبي عن الرجل يمر بالموضع فيقطر عليه قطرة أو قطرتان فقال ان كان مخرجا يعني خلاء فاغسله وان لم يكن مخرجا فلا يسأل عنه فان عمر رضي الله عنه مر هو وعمرو بن العاص على حوض فقال عمرو ياصاحب الحوض أترد على حوضك السباع ؟ فقال عمر ياصاحب الحوض لاتخبرنا فانا نرد عليها وترد علينا رواه مالك في الموطأ ، فان سأل فقال ابن عقيل لايلزم المسئول رد الجواب لخبر عمر ويحتمل

فقال ابن عقيل يتحرى في أصح الوجهين دفعا للمشقة (والثاني) لايتحرى لان هذا يندر جدا فالحق بالغالب

(فصل) فان سقط على انسان من طريق ماء لم يلزمه السؤال عنه قال صالح سألت أبي عن الرجل يمر بموضع فيقطر عليه قطرة أو قطرتان فقال أن كان مخرجا يعني خلاء فاغسله وان لم يكن مخرجا فلا تسأل عنه فان عمر رضي الله عنه مر هو وعمرو بن العاص على حوض فقال عمرو : ياصاحب الحوض أترد على حوضك السباع ؟ فقال عمر يا صاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد عليها وترد علينا ، رواه مالك في الموطأ ، فان سأل فقال ابن عقيل : لايلزم المسئول رد الجواب لخبر عمر قال شيخنا ويحتمل

أن يلزمه لانه سأل عن شرط الصلاة فلزمه الجواب إذا علم كما لوسأل عن القبلة وخبر عمر رضي الله عنه يدل على أن سؤر السباع غير نجس والله أعلم

باب الآنية

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكل جلد ميتة دبغ أو لم يدبغ فهو نجس ﴾

لا يختلف المذهب في نجاسة الميتة قبل الدبغ ولا نعلم أحداً خالف فيه ، وأما بعد الدبغ فالمشهور في المذهب أنه نجس أيضا وهو احدى الروايتين عن مالك ، ويروى ذلك عن عمر وابنه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وعمران بن حصين وعائشة رضي الله عنهم وعن أحمد رواية أخرى أنه يطهر منها جلد ما كان طاهراً في حال الحياة ، وروي نحو هذا عن عطاء والحسن والشعبي والنخعي وقتادة ويحيى الانصاري وسعيد بن جبير والاوزاعي والليث والثوري وابن المبارك واسحاق وروي ذلك عن عمر وابن عباس وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم مع اختلافهم فيما هو طاهر في الحياة وهو مذهب الشافعي وهو يرى طهارة الحيوانات كلها إلا الكلب والخنزير فيطهر عنده كل جلد الا جلدهما وله في جلد الآدمي وجهان ، وقال أبو حنيفة يطهر كل جلد بالدبغ الا جلد الخنزير وحكي عن أبي يوسف أنه يطهر كل جلد ، وهو رواية عن مالك ومذهب من حكم بطهارة الحيوانات كلها لأن النبي ﷺ قال « إذا دبغ الاهاب فقد طهر » متفق عليه ولان رسول الله ﷺ وجد شاة ميتة أعطيتها مولاة لميمونة من الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هلا انتفعتم بجلدها » قالوا انها ميتة قال « إنما حرم أكلها » وفي لفظ « الا أخذوا إهابها فدبغوه

أن يلزمه لانه سئل عن شرط الصلاة فلزمه الجواب كما لو سئل عن القبلة وخبر عمر يدل على أن سؤر السباع طاهر والله أعلم

باب الآنية

قال رحمه الله ﴿كل إناء طاهر يباح اتخاذه واستعماله لو كان ثمينا كالجوهر ونحوه﴾

وجملة ذلك أن جميع الآنية الطاهرة مباح اتخاذها واستعمالها سواء كان ثمينا كالبلور والياقوت والزمرد أو ليس بثمين كالعقيق والخشب والخزف والحجارة والصفر والحديد والادم ونحوه في قول عامة أهل العلم الا أنه روي عن ابن عمر أنه كره الوضوء في الصفر والنحاس والرصاص وما أشبهه واختار ذلك أبو الفرج المقدسي لان الماء يتغير فيها وقال وروي أن الملائكة تكره ريح النحاس وقال الشافعي في أحد قوليه ما كان ثمينا لنفاسة جوهره فهو محرم لان فيه سرفا وخيلاء وكسر قلوب الفقراء أشبه الأثمان ولان تحريم آنية الذهب والفضة تنبيه على تحريم ما هو أنفس منها

فانتفعوا به» متفق عليه ولانه انما نجس باتصال الدماء والرطوبات به بالموت ، والدبغ يزيل ذلك فيرتد الجلد الى ما كان عليه في حال الحياة ، ولنا ما روى عبد الله بن عكيم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى جهينة « اني كنت رخصت لكم في جلود الميتة فاذا جاءكم كتابي هذا فلا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب » رواه أبو دواد في سننه والامام أحمد في مسنده ، وقال الامام أحمد اسناد جيد يرويه يحيى بن سعيد عن شعبة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم وفي لفظ « أتانا كتاب رسول الله ﷺ قبل وفاته بشهر أوشهرين »[1] وهو ناسخ لما قبله لانه في آخر عمر النبي صلى الله عليه وسلم ولفظه دال على سبق الترخيص وأنه متأخر عنه لقوله « كنت رخصت لكم » وانما يؤخذ بالآخر فالآخر من أمر رسول الله ﷺ فان قيل هذا مرسل لانه من كتاب لايعرف حامله قلنا كتاب النبي صلى الله عليه وسلم كلفظه ولولا ذلك لم يكتب النبي صلى الله عليه وسلم الى أحد وقد كتب إلى ملوك الاطراف وإلى غيرهم فلزمتهم الحجة به وحصل له البلاغ ولو لم يكن حجة لم تلزمهم الاجابة ولا حصل به بلاغ ولكان لهم عذر في ترك الاجابة لجهلهم بحامل الكتاب وعدالته ، وروى أبو بكر الشافعي باسناده عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال « لا تنتفعوا من الميتة بشيء » واسناده حسن ولانه جزء من الميته فكان محرما لقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) فلم يطهر بالدبغ كاللحم ولانه حرم بالموت فكان نجسا كما قبل الدبغ وقولهم انه انما نجس باتصال الدماء والرطوبات به غير صحيح لانه لوكان نجسا لذلك لم ينجس ظاهر الجلد ولاماذكاه المجوسي والوثني ولا ماقد نصفين ولا متروك التسمية لعدم علة التنجيس ولوجب الحكم بنجاسة الصيد الذي لم تنسفح دماؤه ورطوباته ثم كيف يصح هذا عند الشافعي وهو يحكم بنجاسة الشعر والصوف والعظم ؟ وأبوحنيفة يطهر جلد الكلب وهو نجس في الحياة

[1] التحقيق ان هذا الحديث ضعيف يعلل فيه غير الارسال وهي انقطاع سنده واضطراب متنه وسنده والاطلاق تارة والتقييد أخرى فيه بشهر أو شهرين واضطراب إسناده ثم ان اسم الاهاب خاص بالجلد الذي لم يدبغ وبذلك يجمع بينه وبين الاحاديث الصحيحة في تطهير الدبغ وقال الترمذي ان أحمد ترك أخيراً هذا الحديث لاضطرابهم في إسناده

ولنا ما روى عبد الله بن زيد قال : أتانا رسول الله ﷺ فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ ، رواه البخاري وعن عائشة قالت : كنت اغتسل أنا ورسول الله ﷺ في تور من شبه رواه أبو داود وأما آنية الجواهر فلايصح قياسها على الأثمان لوجهين (أحدهما) أن هذا لايعرفه الاخواص الناس فلا تنكسر قلوب الفقراء لكونهم لايعرفونه (الثاني) أن هذه الجواهر لقلتها لا يحصل اتخاذ الآنية منها الا نادراً ولو اتخذت كانت مصونة لا تستعمل ولا تظهر غالباً فلا تفضي اباحتها الى استعمالها بخلاف آنية الذهب والفضة فانها في مظنة الكثرة فكان التحريم متعلقا بالمظنة فلم يتجاوزه كما تعلق حكم التحريم في اللباس بالحرير وجاز استعمال القصب من الثياب وان زادت قيمته على قيمة الحرير ولو جعل فص خاتمه جوهرة ثمينة جاز ولو جعله ذهبا لم يجز

(مسألة) قال (الا آنية الذهب والفضة والمضبب بهما فانه يحرم اتخاذها واستعمالها على الرجال والنساء)

قال شيخنا رحمه الله لايختلف المذهب فيما علمنا في تحريم اتخاذ آنية الذهب والفضة وحكي عن

(فصل) هل يجوز الانتفاع به في اليابسات ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز لقوله « لا تنتفعوا من الميتة بشيء » وقوله « لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب » (والثانية) يجوز الانتفاع به لقول النبي ﷺ « الا أخذوا إهابها فانتفعوا به » وفي لفظ « الا أخذوا إهابها فدبغوه فانتفعوا به » ولان الصحابة رضي الله عنهم لما فتحوا فارس انتفعوا بسروجهم وأسلحتهم وذبائحهم ميتة ولانه انتفاع من غير ضرر أشبه الاصطياد بالكلب وركوب البغل والحمار

(فصل) فأما جلود السباع فقال القاضي لا يجوز الانتفاع بها قبل الدبغ ولا بعده وبذلك قال الاوزاعي ويزيد بن هارون وابن المبارك واسحاق وأبو ثور ، وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما كراهة الصلاة في جلود الثعالب وكرهه سعيد بن جبير والحكم ومكحول واسحاق، وكره الانتفاع بجلود السنانير عطاء وطاوس ومجاهد وعبيدة السلماني ورخص في جلود السباع جابر وروي عن ابن سيرين وعروة أنهم رخصوا في الركوب على جلود النمور ورخص فيها الزهري ، وأباح الحسن والشعبي وأصحاب الرأي الصلاة في جلود الثعالب لان الثعالب تفدى في الاحرام فكانت مباحة ولما ثبت من الدليل على طهارة جلود الميتة بالدباغ

ولنا ما روى أبو ريحانة : قال كان رسول الله ﷺ نهى عن ركوب النمور . أخرجه أبو داود وابن ماجه ، وعن معاوية والمقدام بن معديكرب . أن رسول الله ﷺ نهى عن لبس جلود السباع والركوب عليها . رواه أبو داود ، وروي أن النبي ﷺ نهى عن افتراش جلود السباع رواه الترمذي ورواه أبو داود ولفظه إن النبي ﷺ نهى عن جلود السباع . مع ماسبق من نهي النبي ﷺ عن الانتفاع بشيء من الميتة . وأما الثعالب فيبنى حكمها على حلها وفيها روايتان كذلك يخرج في جلودها فان قلنا بتحريمها فحكم جلودها حكم جلود بقية السباع وكذلك السنانير البرية فاما الاهلية فحرمة وهل تطهر جلودها بالدباغ ؟ يخرج على روايتين

الشافعي اباحته لتخصيص النهي بالاستعمال ولانه لا يلزم من تحريم الاستعمال تحريم الاتخاذ كما لو اتخذ الرجل ثياب الحرير وذكره بعض أصحابنا وجها في المذهب

ولنا أن ماحرم استعماله مطلقا حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي ، وأما ثياب الحرير فانها تباح للنساء وتباح التجارة فيها فحصل الفرق وأما تحريم استعمالها فهو قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك . وعن معاوية بن قرة أنه قال لا بأس بالشرب من قدح فضة، وعن الشافعي قول انه مكروه غير محرم لان النهي لما فيه من التشبه بالاعاجم فلا يقتضي التحريم

ولنا ماروى حذيفة أن النبي ﷺ قال « لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافهما فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة » وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ « الذي يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم » متفق عليهما فتوعد عليه بالنار فدل على تحريمه ولان في ذلك سرفا وخيلاء وكسر قلوب الفقراء ـ دل الحديثان على تحريم الاكل والشرب فكذلك الطهارة وسائر الاستعمال ولانه اذا حرم في غير العبادة

(فصل) اذا قلنا بطهارة الجلود بالدباغ لم يطهر منها جلد مالم يكن طاهرا في الحياة نص احمد على أنه يطهر وقال بعض أصحابنا لايطهر إلا ما كان مأكول اللحم وهو مذهب الاوزاعي وأبي ثور وإسحاق لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « دباغ الاديم ذكاته » فشبه الدبغ بالذكاة والذكاة انما تعمل في مأكول اللحم ولانه أحد المطهرين للجلد فلم يؤثر في غير مأكول كالذبح ، وظاهر كلام أحمد أن كل طاهر في الحياة يطهر بالدبغ لعموم لفظه في ذلك ولان قوله عليه السلام « أيما اهاب دبغ فقد طهر » يتناول المأكول وغيره خرج منه ما كان نجسا في الحياة لكون الدبغ انما يؤثر في دفع نجاسة حادثة بالموت فيبقى فيما عداه على قضية العموم وحديثهم يحتمل أنه أراد بالذكاة التطييب من قولهم رائحة ذكية أي طيبة وهذا يطيب الجميع ويدل على هذا انه أضاف الذكاة الى الجلد خاصة والذي يختص به الجلد هو تطييبه وطهارته أما الذكاة التي هي الذبح فلا تضاف إلا الى الحيوان كله ويحتمل انه أراد بالذكاة الطهارة فسمى الطهارة ذكاة فيكون اللفظ عاما في كل جلد فيتناول ما اختلفنا فيه

(فصل) ولا يحل أكله بعد الدبغ في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن ابن حامد انه يحل وهو وجه لاصحاب الشافعي لقوله « دباغ الاديم ذكاته » ولانه معنى يفيد الطهارة في الجلد فاباح الاكل كالذبح ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) والجلد منها وقال النبي ﷺ « انما حرم من الميتة أكلها » متفق عليه ولانه جزء من الميتة فحرم أكله كسائر أجزائها ولا يلزم من الطهارة اباحة الاكل بدليل الخبائث مما لا ينجس بالموت ثم لا يسمع قياسهم في ترك كتاب الله وسنة رسوله ﷺ

(فصل) ويجوز بيعه واجارته والانتفاع به في كل ما يمكن الانتفاع به فيه سوى الاكل لانه صار بمنزلة المذكي في غير الاكل ولا يجوز بيعه قبل دبغه لانه نجس متفق على نجاسة عينه فأشبه الخنزير

(فصل) ويفتقر ما يدبغ به الى أن يكون منشفاً للرطوبة منقياً للخبث كالشب والقرظ قال ابن عقيل : ويشترط كونه طاهراً فان كان نجساً لم يطهر الجلد لانها طهارة من نجاسة فلم تحصل بنجس كالاستجمار

ففيها أولى ولا فرق في ذلك بين الرجال والنساء لعموم النص والمعنى فيهما وانما أبيح التحلي في حق المرأة لحاجتها إلى التزين للزوج وهذا يختص الحلي فاختصت الاباحة به ، وكذلك المضبب بهما فان كان كثيرا فهو محرم بكل حال ذهبا كان أو فضة لحاجة أو غيرها وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة هو مباح لانه تابع للمباح أشبه اليسير

ولنا ماروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من شرب في اناء من ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم » رواه الدارقطني ولان فيه سرفا وخيلاء أشبه الصفر الخالص وفارق اليسير فانه لا يوجد فيه المعنى المحرم

(مسألة) قال ﴿ فان توضأ منها أو اغتسل فهل تصح طهارته ؟ على وجهين ﴾ أحدهما : تصح طهارته اختاره الخرقي وهو قول أصحاب الرأي والشافعي واسحاق وابن المنذر لان فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشيء من ذلك أشبه الطهارة في الدار المغصوبة . والثاني : لاتصح ، اختاره ابو بكر لانه

والغسل وهل يطهر الجلد بمجرد الدبغ قبل غسله بالماء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تحصل لقول النبي ﷺ في جلد الشاة الميتة « يطهرها الماء والقرظ » رواه ابو داود ولان ما يدبغ به نجس بملاقاة الجلد فاذا اندبغ الجلد بقيت الآلة نجسة فتبقى نجاسة الجلد لملاقاتها له فلا يزول إلا بالغسل (والثاني) يطهر لقوله عليه السلام « أيما اهاب دبغ فقد طهر » ولانه طهر بانقلابه فلم يفتقر إلى استعمال الماء كالخمرة إذا انقلبت خلا والاول أولى والخبر والمعنى يدلان على طهارة عينه ولا يمنع ذلك من وجوب غسله من نجاسة تلاقيه كما لو أصابته نجاسة سوى آلة الدبغ أو اصابته آلة الدبغ بعد فصله عنها

(فصل) ولا يفتقر الدبغ الى فعل لانها ازالة نجاسة فأشبهت غسل الارض فلو وقع جلد ميتة في مدبغة بغير فعل فاندبغ طهر كما لو نزل ماء السماء على أرض نجسة طهرها

(فصل) واذا ذبح مالا يؤكل لحمه كان جلده نجسا وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يطهر لقول النبي ﷺ « دباغ الاديم ذكاته » أي كذكاته فشبه الدبغ بالذكاة والمشبه به أقوى من المشبه فاذا طهر الدبغ مع ضعفه فالذكاة أولى ولان الدبغ يرفع العلة بعد وجودها والذكاة تمنعها والمنع أقوى من الرفع . ولنـا ان النبي ﷺ نهى عن افتراش جلود السباع وركوب النمور وهو عام في المذكى وغيره ولانه ذبح لايطهر اللحم فلم يطهر الجلد كذبح المجوسي أو ذبح غير مشروع فأشبه الاصل، والخبر قد أجبنا عنه فيما مضى ، ثم نقول ان الدبغ انما يؤثر في مأكول اللحم فكذلك ماشبه به ولو سلمنا انه يؤثر في تطهير غيره فلا يلزم حصول التطهير بالذكاة لكون الدبغ مزيلا للخبث والرطوبات كلها مطيبا للجلد على وجه يتهيأ به للبقاء على وجه لا يتغير والذكاة لايحصـل بها ذلك فلا يستغنى بها عن الدبغ وقولهم المشبه أضعف من المشبه به غير لازم فان الله تعـالى قال في صفة الحور (كأنهن بيض مكنون) وهن أحسن من البيض والمرأة الحسناء تشبه بالظبيـة وبقرة الوحش وهي أحسن منهما ، وقولهم ان الدبغ يرفع العلة ممنوع فاننا قد بينا ان الجلد لم ينجس لما ذكرناه وإن سلمنا فان الذبح لايمنع

استعمل المحرم في العبادة فلم تصح كما لو صلى في دار مغصوبة والاول أصح ، ويفارق هذا الصلاة في الدار المغصوبة لان القيام والقعود والركوع والسجود في الدار المغصوبة محرم وهي أفعال الصلاة وأفعال الوضوء من الغسل والمسح ليس بمحرم إذ ليس هو استعمال للاناء وانما يقع ذلك بعد رفع الماء من الاناء وفصله عنه فهو كما لو اغترف باناء فضة في إناء غيره وتوضأ منه ولان المكان شرط في الصلاة لايمكن وجودها إلا به والاناء ليس بشرط فهو كما لو صلى وفي يده خاتم ذهب ، فان جعل آنية الذهب مصبا لماء الوضوء والغسل يقع فيه الماء المنفصل عن العضو صح الوضوء لان المنفصل الذي يقع في الآنية قد رفع الحدث فلم يبطل بوقوعه في الاناء ، ويحتمل أن تكون كالتي قبلها ذكره ابن عقيل لأن الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء حاصل ههنا كحصوله في التي قبلها بل هو ههنا أبلغ وفعل الطهارة يحصل هاهنا قبل وصول الماء الى الاناء وفي التي قبلها بعد فصله عنه فهي مثلها في المعنى وإن افترقا في الصورة

منها ثم يبطل ماذكروه بذبح المجوسي والوثني والمحرم وبترك التسمية وما شق نصفين

(فصل) ظاهر المذهب أنه لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة إلا الخمرة اذا انقلبت بنفسها خلا وماعداه لا يطهر كالنجاسات اذا احترقت فصارت رماداً أو الخنزير اذا وقع في الملاحة وصار ملحا والدخان المترقي من وقود النجاسة والبخار المتصاعد من الماء النجس اذا اجتمعت منه نداوة على جسم صقيل ثم قطر فهو نجس ويتخرج أن تطهر النجاسات كلها بالاستحالة قياساً على الخمرة اذا انقلبت وجلود الميتة اذا دبغت والجلالة اذا حبست والأول ظاهر المذهب وقد نهى إمامنا رحمه الله عن الخبز في تنور شوي فيه خنزير

﴿ مسئلة ﴾ قال (كذلك آنية عظام الميتة)

يعني انها نجسة وجملة ذلك ان عظام الميتة نجسة سواء كانت ميتة مايؤكل لحمه أو مالا يؤكل لحمه كالفيلة ولا يطهر بحال وهذا مذهب مالك والشافعي وإسحاق، وكره عطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم عظام الفيلة ورخص في الانتفاع بها محمد بن سيرين وغيره وابن جريج لما روى أبو داود باسناده عن ثوبان ان رسول الله ﷺ اشترى لفاطمة رضي الله عنها قلادة من عصب وسوارين من عاج

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم الميتة) والعظم من جملتها فيكون محرما[1] والفيل لا يؤكل لحمه فهو نجس على كل حال وأما الحديث فقال الخطابي قال الاصمعي العاج الذبل ويقال هو عظم ظهر السلحفاة البحرية وذهب مالك الى أن الفيل ان ذكي فعظمه طاهر وإلا فهو نجس لان الفيل مأكول عنده وهو غير صحيح لان النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع رواه مسلم والفيل أعظمها نابا[2] فأما عظام بقية الميتات فذهب الثوري وأبو حنيفة الى طهارتها لان الموت لا يحلها فلا تنجس به كالشعر ولأن علة التنجيس في اللحم والجلد اتصال الدماء والرطوبات به ولا يوجد ذلك في العظام . ولنا قول الله تعالى (قال من يحيي العظام وهي رميم ؟ قل يحييها الذي أنشأها أول مرة

(فصل) فان توضأ بماء مغصوب فهو كالوصلي في ثوب مغصوب لا تصح في أصح الوجهين ووجهه ما يأتي في بابه

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أن تكون الضبة يسيرة من الفضة كتشعيب القدح فلا بأس بها اذا لم يباشرها بالاستعمال) وممن رخص في ضبة الفضة سعيد بن جبير وميسرة وطاوس والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي واسحاق ، وقال قد وضع عمر بن عبد العزيز فاه بين ضبتين، وكان ابن عمر لا يشرب من قدح فيه فضة ولا ضبة، وكره الشرب في الاناء المفضض علي بن الحسين وعطاء وسالم والمطلب بن حنظب ونهت عائشة أن يضبب الآنية أو يحلقها بالفضة ونحوه قول الحسن وابن سيرين، ولعلهم كرهوا ماقصد به الزينة أو كان كثيراً فيكون قولهم وقول الاولين واحداً ولا يكون في المسألة خلافا ، فأما اليسير كتشعيب القدح ونحوه فلا بأس به لما روى أنس بن مالك ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ، قال القاضي : يباح

---

(١) احتج آنفا بحديث « انما يحرم من الميتة أكلها » وهو حصر فيخرج العظم وقد أطال شيخ الاسلام الكلام في تصويب طهارة العظم والقرن والظفر ذكر أنه مذهب أبي حنيفه وقول لمالك وأحمد

(٢) الفيل ليس من السباع والنهي عن أكل السباع للكراهة لان المحرم محصور في عدة آيات في الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله وهو مذهب مالك

وهو بكل خلق عليم) وما يحيا فهو يموت ولأن دليل الحياة الاحساس والألم . والالم في العظم أشد من الألم في اللحم والجلد، والضرس يألم ويلحقه الضرس ويحس ببرد الماء وحرارته وما تحله الحياة يحله الموت إذ كان الموت مفارقة الحياة وما يحله الموت ينجس به كاللحم. قال الحسن لبعض أصحابه لما سقط ضرسه أشعرت ان بعضي مات اليوم؟ وقولهم ان سبب التنجيس اتصال الدماء والرطوبات قد أجبنا عنه فيما مضى

(فصـل) والقرن والظفر والحافر كالعظم ان أخذ من مذكى فهو طاهر وان أخـذ من حي فهو نجس لقول النبي ﷺ « مايقطع من البهيمة وهي حيـة فهو ميتة » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب [وكذلك مايتساقط من قرون الوعول في حياتها ، ويحتمل ان هذا طاهر لأنه طاهر متصل مع عدم الحياة فيه فلم ينجس بفصله من الحيوان ولا بموت الحيوان كالشعر . والخبر أريد به مايقطع من البهيمة مما فيه حياة لانه بفصله يموت فتفارقه الحياة بخلاف هذا فانه لايموت بفصله فهو أشبه بالشعر وما لا ينجس بالموت لا بأس بعظامه كالسمك لان موته كتذكية الحيوانات المأكولة

(فصل) ولبن الميتة وانفحتها نجس في ظاهر المذهب وهو قول مالك والشافعي ، وروي أنها طاهرة وهو قول أبي حنيفة وداود لان الصحابة رضي الله عنهم أكلوا الجبن لما دخلوا المدائن وهو يعمل بالانفحة وهي تؤخذ من صغار المعز فهو بمنزلة اللبن وذبائحهم ميتة

ولنا أنه مائع في وعاء نجس فكان نجساً كما لو حلب في وعاء نجس ، ولانه لو أصاب الميتة بعد فصله عنها لكان نجسا فكذلك قبل فصله ، وأما المجوس فقد قيل انهم ماكانوا يتولون الذبح بأنفسهم وكان جزاروهم اليهود والنصارى ولو لم ينقل ذلك عنهم لكان الاحتمال موجوداً فقد كان فيهم اليهود والنصارى والاصل الحل فلا يزول بالشك ، وقد روي ان أصحاب النبي ﷺ الذين قدموا العراق مع خالد كسروا جيشا من أهل فارس بعد أن نصبوا الموائد ووضعوا طعامهم ليأكلوا ، فلما فرغ المسلمون منهم جلسوا فأكلوا ذلك الطعام والظاهر أنه كان لحما ، فلو حكم بنجاسة ماذبح ببلدهم لما أكلوا من لحمهم شيئا ، فاذا حكموا بحل اللحم فالجبن أولى ، وعلى هذا لو دخل أرضا فيها مجوس وأهل كتاب

يسير الفضة مع الحاجة وعدمها لما ذكرنا ولانه ليس فيه سرف ولا خيلاء أشبه الصفر الا أنه كره الحلقة لانها تستعمل ، وقال أبو الخطاب لاتباح الا لحاجة لان الخبر انما ورد في تشعيب القدح وهو لحاجة ومعنى ذلك أن تدعو الحاجة الى فعله وليس معناه أن لايندفع بغيره ويكره مباشرة موضع الفضـة بالاستعمال لئلا يكون مستعملا للفضة التي جاء الوعيد في استعمالها

﴿ مسألة ﴾ قال (وثياب الكفار وأوانيهم طاهرة مباحة الاستعمال مالم تعلم نجاستها) والكفار على ضربين أهل الكتاب وغيرهم ، فأما أهل الكتاب فيباح أكل طعامهم وشرابهم ، واستعمال آنيتهم مالم تعلم نجاستها ، قال ابن عقيل لاتختلف الرواية في أنه لايحرم استعمال أوانيهـم لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وعن عبدالله بن مغـفل قال : دلي جراب من شحم يوم

كان له أكل جبنهم ولحمهم احتجاجا بفعل النبي ﷺ وأصحابه

(فصل) وإن ماتت الدجاجة وفي بطنها بيضة قد صلب قشرها فهي طاهرة وهـذا قول أبي حنيفة وبعض الشافعية وابن المنذر وكرهها علي بن أبي طالب وابن عمر وربيعة ومالك والليث وبعض الشافعية لانها جزء من الدجاجة

ولنا أنها بيضة صلبة القشر طرأت النجاسة عليها فأشبه مالو وقعت في ماء نجس وقولهم انها جزء منها غير صحيح ، وإنما هي مودعة فيها غير متصلة بها فأشبهت الولد اذا خرج حيا من الميتة ولأنها خارجة من حيوان يخلق منها مثل أصلها أشبهت الولد الحي وكراهة الصحابة لها محمولة على كراهية التنزيه استقذاراً لها ، ولو وضعت البيضة تحت طائر فصارت فرخا كان طاهراً بكل حال ، فان لم تكمل البيضة فقال بعض أصحابنا ماكان قشره أبيض فهو طاهر ، ومالم يبيض قشره فهو نجس لانه ليس عليه حائل حصين ، واختار ابن عقيل انه لاينجس لان البيضة عليها غاشية رقيقة كالجلد وهو القشر قبل أن يقوى فلا ينجس منها الا ماكان لاقى النجاسة كالسمن الجامد اذا ماتت فيه فأرة الا أن هذه تطهر اذا غسلها لان لها من القوة مايمنع تداخل أجزاء النجاسة فيها بخلاف السمن

﴿ مسألة ﴾ قال (ويكره أن يتوضأ بآنية الذهب والفضة فان فعل كره)

أراد بالكراهة التحريم ولا خلاف بين أصحابنا في أن استعمال آنيـة الذهب والفضـة حرام وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا [١] لان النبي صلى الله عليـه وسلم قال « لاتشربوا في آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا في صحافهما فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة » ونهى عن الشرب في آنية الفضة قال « من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة » وقال عليه الصلاة والسلام « الذي يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم » متفق عليهن فنهى والنهي يقتضي التحريم ، وذكر في ذلك وعيداً شديداً يقتضي التحريم ويروى « نارجهنم » برفع

خيبر فالتزمته وقلت والله لاأعطي أحداً منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليـه وسلم يتبسم رواه مسلم ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أضافه يهودي بخبز واهالة سنخة من المسند وتوضأ عمر من جرة نصرانية . وهل يكره استعمال أوانيهم على روايتين (احداهما) لايكره لما ذكرنا (والثانية) يكره لما روى أبو ثعلبة الخشني قال : قلت يارسول الله انا بأرض قوم أهل كتاب أفنأكل في آنيتهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وجدتم غيرها فلاتأكلوا فيها ، وإن لم تجدوا غيرها فاغسلوها وكلوا فيها » متفق عليه ، وأقل أحوال النهي الكراهة ، ولانهـم لايتورعون عن النجاسة ولا تسلم آنيتهم منها وأدنى مايؤثر ذلك الكراهة ، وأما ثيابهم فما لم يستعملوه أو علا منهـا كالعمامة والثوب الفوقاني فهو طاهر لا بأس بلبسه وما لاقى عوراتهم كالسراويل ونحوه فروي عن أحمد أنه قال أحب إلي أن يعيد اذا صلى فيه وهذا قول القاضي . وكره أبو حنيفه والشافعي لبس الأزر والسراويلات وقال أبو الخطاب لايعيد لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك

---

(١) الخلاف ثابت عن داود حتى في الاكل وعن معاوية ابن قره حتى الشرب والحديث خاص بالاكل والشرب فقياس كل استعمال عليه قياس مع الفارق كما حققه الشوكاني في نيل الاوطار وقال ان الاصل الحل المعتضد بالبراءة الاصلية وقد أيده حديث « ولكن عليكم بالفضة فالعبوا بها لعبا » رواه أحمد وأبو داود

الراء ونصبها فمن رفعها نسب الفعل الى النار ومن نصبها أضمر الفاعل في الفعل وجعل النار مفعولة تقديره يجرجر الشارب في بطنه نار جهنم والعلة في تحريم الشرب فيها ما يتضمنه ذلك من الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء وهو موجود في الطهارة منها واستعمالها كيفما كان بل اذا حرم في غير العبادة ففيها أولى فان توضأ منها أو اغتسل فعلى وجهين (احدهما) تصح طهارته وهو قول الشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي لان فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشيء من ذلك أشبه الطهارة في الدار المغصوبة (والثاني) لا يصح اختاره أبو بكر لانه استعمل المحرم في العبادة فلم يصح كالصلاة في الدار المغصوبة والاول أصح، ويفارق هذا الصلاة في الدار المغصوبة لان أفعال الصلاة من القيام والقعود والركوع والسجود في الدار المغصوبة محرم لكونه تصرفا في ملك غيره بغير اذنه وشغلا له وافعال الوضوء من الغسل والمسح ليس بمحرم اذ ليس هو استعمالا للاناء ولا تصرفا فيه وانما يقع ذلك بعد رفع الماء من الاناء وفصله عنه فأشبه ما لو غرف بآنية الفضة في اناء غيره ثم توضأ به ولان المكان شرط الصلاة اذ لا يمكن وجودها في غير مكان والاناء ليس بشرط فأشبه ما لو صلى وفي يده خاتم ذهب

(فصل) فان جعل آنية الذهب والفضة مصبا لماء الوضوء ينفصل الماء عن أعضائه اليه صح الوضوء لان المنفصل الذي يقع في الآنية قد رفع الحدث فلم يزل ذلك بوقوعه في الاناء ويحتمل ان

(الضرب الثاني) غير أهل الكتاب وهم المجوس وعبدة الاوثان ونحوهم ومن يأكل لحم الخنزير من أهل الكتاب في موضع يمكنهم أكله أو يأكل الميتة أو يذبح بالسن والظفر فحكم ثيابهم حكم ثياب أهل الذمة عملا بالاصل، وأما اوانيهم فقال أبو الخطاب حكمها حكم أواني أهل الكتاب يباح استعمالها مالم يتحقق نجاستها وهذا مذهب الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه توضأوا من مزادة مشركة. متفق عليه. ولان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك، وقال القاضي هي نجسة لا يستعمل ما استعملوه منها الا بعد غسله لحديث أبي ثعلبة ولان أوانيهم لا تخلو من أطعمتهم وذبائحهم ميتة فتتنجس بها، وهذا ظاهر كلام أحمد فانه قال في المجوس لا يؤكل من طعامهم الا الفاكهة لان الظاهر نجاسة آنيتهم المستعملة في اطعمتهم، ومتى شك في الاناء هل استعملوه أم لا فهو طاهر لان الاصل طهارته، ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة لبس الثوب الذي نسجه الكفار فان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه انما كان لباسهم من نسج الكفار الا ان ابن أبي موسى ذكر في الارشاد في وجوب غسلها قبل لبسها روايتين (احداهما) لا يجب وهو الصحيح لما ذكرنا (والثانية) يجب ليتيقن الطهارة، فاما ثيابهم التي يلبسونها فاباح الصلاة فيها الثوري وأصحاب الرأي، وقال مالك في ثوب الكافر ان صلى فيه يعيد ما دام في الوقت. ولنا ان الاصل الطهارة ولم يترجح التنجيس فيه أشبه ما نسجه الكفار

(فصل) وتباح الصلاة في ثياب الصبيان والمربيات وفي ثوب المرأة التي تحيض فيه اذا لم

تكون كالتي قبلها لان الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء يحصل باستعماله ههنا كحصوله في التي قبلها وفعل الطهارة يحصل ههنا قبل وصول الماء إلى الاناء وفي التي قبلها بعد فصله عنه فهي مثلها في المعنى وان افترقا في الصورة

(فصل) ويحرم اتخاذ آنيه الذهب والفضة، وحكي عن الشافعي أن ذلك لا يحرم لان الخبر انما ورد بتحريم الاستعمال فلا يحرم الاتخاذ كما لو اتخذ الرجل ثياب الحرير

ولنا أن ماحرم استعماله مطلقا حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالطنبور، وأما ثياب الحرير فانها لاتحرم مطلقا فانها تباح للنساء وتباح التجارة فيها ويحرم استعمال الآنية مطلقا في الشرب والاكل وغيرهما لان النص ورد بتحريم الشرب والاكل وغيرهما في معناهما ويحرم ذلك على الرجال والنساء لعموم النص فيهما ووجود معنى التحريم في حقهما وانما أبيح التحلي في حق المرأة لحاجتها الى التزين للزوج والتجمل عنده وهذا يختص الحلي فتختص الاباحة به

(فصل) فاما المضبب بالذهب أو الفضة فان كان كثيرا فهو محرم بكل حال ذهبا كان أو فضة لحاجة ولغيرها وبهذا قال الشافعي، وأباح أبو حنيفة المضبب وان كان كثيرا لانه صار تابعا للمباح فأشبه المضبب باليسير

ولنا أن هذا فيه سرف وخيلاء فأشبه الخالص ويبطل ماقاله بما اذا اتخذ أبوابا من فضة أو ذهب أو رفوفا فانه يحرم وان كان تابعا وفارق اليسير فانه لايوجد فيه المعنى المحرم، اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا فقال أبو بكر يباح اليسير من الذهب والفضه لما ذكرنا، وأكثر أصحابنا على أنه لايباح اليسير

تتحقق نجاسته وهو قول الثوري وأصحاب الرأى لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى وهو حامل أمامة بنت أبي العاص بن الربيع متفق عليه، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا سجد وثب الحسن على ظهره، قال أصحابنا والتوقي لذلك أولى لاحتمال النجاسة فيه وقد روى أبو داود عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلي في شعرنا ولحفنا. ولعاب الصبيان طاهر وقد روى أبو هريرة قال رأيت النبي ﷺ حامل الحسين بن علي على عاتقه ولعابه يسيل عليه

(فصل) ولا يجب غسل الثوب المصبوغ في حب الصباغ مسلما كان أو كتابيا نص عليه أحمد عملا بالاصل فان علمت نجاسته طهر بالغسل وان بقي اللون لقوله عليه السلام في الدم « الماء يكفيك ولا يضرك أثره » رواه أبو داود

(فصل) ويستحب تخمير الاواني وإيكاء الاسقية لماروى أبو هريرة قال أمرنا رسول الله ﷺ أن نغطي الاناء، ونوكي السقاء

(مسألة) قال ﴿ ولا يطهر جلد الميتة بالدباغ ﴾. هذا هو الصحيح من المذهب وهو إحدى الروايتين عن مالك روي ذلك عن عمر وابنه وعائشة وعمران بن حصين رضي الله عنهم لماروى عبدالله بن عكيم أن النبي ﷺ كتب إلى جهينة « اني كنت رخصت لكم في جلود الميتة فاذا جاءكم كتابي هذا فلاتنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب » رواه ابو داود وليس في رواية أبي داود « كنت رخصت لكم » والامام احمد. وقال

من الذهب ولا يباح منه إلا مادعت الضرورة اليه كأنف الذهب وما ربط به أسنانه

وأما الفضة فيباح منها اليسير لما روى أنس ان قدح رسول الله صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري . ولان الحاجة تدعو اليه وليس فيه سرف ولا خيلاء فأشبه الضبة من الصفر ، قال القاضي ويباح ذلك مع الحاجة وعدمها لما ذكرنا إلا أن مايستعمل من ذلك لا يباح كالحلقة ومالا يستعمل كالضبة يباح ، وقال أبو الخطاب: لايباح اليسير إلا لحاجة لان الخبر انما ورد في تشعيب القدح في موضع الكسر وهو لحاجة ومعنى الحاجة أن تدعو الحاجة الى مافعله به وإن كان غيره يقوم مقامه . وتكره مباشرة موضع الفضة بالاستعمال كيلا يكون مستعملا لها وسنذكر ذلك في غير هذا الموضع بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما سائر الآنية فيباح اتخاذها واستعمالها سواء كانت ثمينة كالياقوت والبلور والعقيق والصفر والمخروط من الزجاج أو غير ثمينة كالخشب والخزف والجلود ولا يكره استعمال شيء منها في قول عامة أهل العلم ، إلا انه روي عن ابن عمر انه كره الوضوء في الصفر والنحاس والرصاص وما أشبه ذلك واختار ذلك الشيخ أبو الفرج المقدسي لان الماء يتغير فيها وروي ان الملائكة تكره ريح النحاس ، وقال الشافعي في أحد قوليه ما كان ثمينا لنفاسة جوهره فهو محرم لان تحريم الأثمان تنبيه على تحريم ماهو أعلا منه ولان فيه سرفا وخيلاء وكسر قلوب الفقراء فكان محرما كالأثمان

ولنا ماروي عن عبدالله بن زيد قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ متفق عليه . وروى أبو داود في سننه عن عائشة قالت كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في تور من شبه[1] ولان الاصل الحل فيبقى عليه ولا يصح قياسه على الأثمان

اسناد جيد يرويه يحيى بن سعيد عن شعبة عن الحكم عن عبدالرحمن بن أبي ليلى عنه وفي لفظ أتانا كتاب رسول الله ﷺ قبل وفاته بشهر أوشهرين وهو ناسخ لما قبله لانه في آخر عمر رسول الله ﷺ ولفظه دال على سبق الرخصة وانه متأخر عنه لقوله «كنت رخصت لكم» وانما يؤخذ بالآخر من أمر رسول الله ﷺ (فان قيل) هذا مرسل لانه من كتاب لايعرف حامله قلنا كتاب النبي ﷺ كلفظه ولذلك لزمت الحجة من كتب اليه النبي ﷺ وحصل له البلاغ لانه لو لم يكن حجة لم تلزمهم الاجابة ولكان لهم عذر في ترك الاجابة لجهلهم بحامل الكتاب والامر بخلاف ذلك ، وروى أبو بكر الشافعي باسناده عن أبي الزبير عن جابر ان النبي ﷺ قال «لاتنتفعوا من الميتة بشيء» واسناده حسن ولانه جزء من الميتة فحرم الانتفاع به كسائرها ولقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة[2]

﴿ مسئلة ﴾ وهل يجوز استعماله في اليابسات (على روايتين) (احداهما) لا يجوز لحديث عبدالله بن عكيم (والثانية) يجوز الانتفاع بجلد ما كان طاهراً حال الحياة اذا دبغ لان النبي صلى الله

(١) الشبه بفتحتين من المعادن ما يشبه الذهب في لونه وهو أرفع الصفر (مصباح) والصفر بضم الصاد «كقفل» وكسرها النحاس وتقدم ذكره

«٢» راجع حاشية ص ٥٥

لوجهين (أحدهما) ان هذا لا يعرفه إلا خواص الناس فلا تنكسر قلوب الفقراء باستعماله بخلاف الأثمان (والثاني) أن هذه الجواهر اقلتها لايحصل اتخاذ الآنية منها إلا نادراً فلا تفضي إباحتها الى اتخاذها واستعمالها وتعلق التحريم بالأثمان التي هي واقعة في مظنة الكثرة فلم يتجاوزه كما تعلق حكم التحريم في اللباس بالحرير وجاز استعمال القصب من الثياب وان زادت قيمته على قيمة الحرير ولانه لو جعل فص خاتمه جوهرة ثمينة جاز ، وخاتم الذهب حرام ولو جعل فصه ذهبا كان حراما وان قلت قيمته

« مسألة » قال (وصوف الميتة وشعرها طاهر)

يعني شعر ما كان طاهراً في حياته وصوفه ، وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وأصحاب عبدالله قالوا إذا غسل وبه قال مالك والليث بن سعد والاوزاعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد مايدل على أنه نجس وهو قول الشافعي لانه ينمي من الحيوان فينجس بموته كاعضائه

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال «لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ وصوفها وشعرها إذا غسل» رواه الدارقطني وقال لم يأت به الا يوسف بن السفر وهو ضعيف ولانه لا تفتقر طهارة منفصلة الى ذكاة أصله فلم ينجس بموته كاجزاء السمك والجراد ولانه لايحله الموت فلم ينجس بموت الحيوان كبيضه والدليل على أنه لاحياة فيه أنه لايحس ولا يألم وهما دليلا الحياة ولو انفصل في الحياة كان طاهراً ولو كانت فيه حياة لنجس بفصله لقول النبي ﷺ «ما أبين من حي فهو ميت» رواه أبوداود بمعناه وما ذكروه ينتقض بالبيض ، ويفارق الاعضاء فان فيها حياة وتنجس بفصلها في حياة الحيوان ، والنمو بمجرده ليس بدليل الحياة فان الحشيش ينمي ولا ينجس

(فصل) والريش كالشعر فيما ذكرنا لانه في معناه فأما أصول الريش والشعر اذا كان رطبا اذا نتف من الميتة فهو نجس لانه رطب في محل نجس وهل يكون طاهراً بعد غسله ؟ على وجهين (أحدهما) أنه طاهر كرءوس الشعر إذا تنجس (والثاني) أنه نجس لانه جزء من اللحم لم يستكمل شعرا ولا ريشا

(فصل) وشعر الآدمي طاهر متصله ومنفصله في حياة الآدمي وبعد موته وقال الشافعي في

عليه وسلم وجد شاة ميتة أعطيتها مولاة لميمونة من الصدقة فقال رسول الله ﷺ « ألا أخذوا اهابها فدبغوه فانتفعوا به» رواه مسلم ولان الصحابة رضي الله عنهم لما فتحوا فارس انتفعوا بسروجهم وأسلحتهم وذبائحهم ميتة ونجاسته لا تمنع الانتفاع به كالاصطياد بالكلب وركوب البغل والحمار

﴿مسألة﴾ (وعنه يطهر منها جلد ما كان طاهرا حال الحياة)

نص أحمد على ذلك قال بعض أصحابنا إنما يطهر جلد ما كان مأكول اللحم وهو مذهب الاوزاعي وأبي ثور واسحاق لانه روي أن النبي ﷺ قال «ذكاة الاديم دباغه» رواه الامام أحمد وأبوداود فشبه الدباغ بالذكاة والذكاة انما تعمل في مأكول اللحم ولانه أحد المطهرين للجلد فلم يؤثر في غير مأكول كالذبح والاول ظاهر كلام أحمد لعموم لفظه في ذلك ولان قوله ﷺ « أيما إهاب دبغ فقد طهر » يتناول

أحد قوليه اذا انفصل فهو نجس لانه جزء من الآدمي انفصل في حياته فكان نجسا كعضوه

ولنا أن النبي ﷺ فرق شعره بين أصحابه قال أنس : لما رمى النبي ﷺ ونحر نسكه ناول الحالق شقه الايمن فحلقه ثم دعا أبا طالحة الانصاري فأعطاه اياه ثم ناوله الشق الايسر قال احلقه فحلقه وأعطاه أبا طلحة فقال « أقسمه بين الناس » رواه مسلم وأبو داود ، وروي أن معاوية أوصى أن يجعل نصيبه منه في فيه اذا مات وكانت في قلنسوة خالد شعرات من شعر النبي ﷺ ولو كان نجسا لما ساغ هذا ولما فرقه النبي ﷺ وقد علم أنهم يأخذونه يتبركون به ويحملونه معهم تبركا به وما كان طاهراً من النبي ﷺ كان طاهراً من سواه كسائره (١) ولانه شعر متصله طاهر فمنفصله طاهر كشعر الحيوانات كلها ، وكذلك نقول في أعضاء الآدمي ولئن سلمنا نجاستها فانها تنجس من سائر الحيوانات بفصلها في حياته بخلاف الشعر

(فصل) وكل حيوان فشعره مثل بقية أجزائه ماكان طاهراً فشعره طاهر وما كان نجساً فشعره كذلك ولا فرق بين حالة الحياة وحالة الموت الا أن الحيوانات التي حكمنا بطهارتها لمشقة الاحتراز منها كالسنور وما دونها في الخلقة فيها بعد الموت وجهان (أحدهما) أنها نجسة لانها كانت طاهرة مع وجود علة التنجيس لمعارض وهو الحاجة الى العفو عنها للمشقة وقد انتفت الحاجة فتنتفي الطهارة (والثاني) هي طاهرة وهذا أصح لانها كانت طاهرة في الحياة والموت لايقتضي تنجيسها فتبقى الطهارة وما ذكرناه للوجه الاول لايصح لاننا لانسلم وجود علة التنجيس ، ولئن سلمناه غير أن الشرع ألغاه ولم يثبت اعتباره في موضع فليس لنا اثبات حكمه بالتحكم

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في الخرز بشعر الخنزير فروي عنه كراهته ، وحكي ذلك عن ابن سيرين والحكم وحماد واسحاق والشافعي لانه استعمال للعين النجسة ولا يسلم من التنجيس بها فحرم الانتفاع بها كجلده (والثانية) يجوز الخرز به قال : وبالليف أحب الينا ورخص فيه الحسن ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة لان الحاجة تدعو اليه واذا خرز به شيئا رطباً أو كانت الشعرة رطبة نجس ولم

(١) المعتمد عند الشافعية أن شعر الآدمي طاهر والقول بنجاسته متروك والقائلون به من أصحاب الشافعي العراقيين يقولون ان شعر النبي « ص » مكرم لايقاس عليه وقد زل المصنف زلة فظيعة بنقله عنهم ما لو قالوه لما جاز أن يحكى ولا فائدة بحكايته فنسأله تعالى أن يغفر له

المأكول وغيره وخرج منه ماكان نجسا في الحياة لكون الدبغ انما يؤثر في رفع نجاسة حادثة بالموت فتبقى فيما عداه على قضية العموم ، وحديثهم يحتمل أنه أراد بالذكاة التطييب من قولهم رائحة ذكية أي طيبة ويحتمل أنه أراد بالذكاة الطهارة فعلى هذين التأويلين يكون اللفظ عاما في كل جلد فيتناول مااختلفنا فيه ويدل على التأويل الذي ذكرنا أنه لو أراد بالذكاة الذبح لاضافه الى الحيوان كله لا إلى الجلد

(فصل) فأما جلود السباع فقال القاضي : لايجوز الانتفاع بها قبل الدباغ ولا بعده ، وبذلك قال الاوزاعي وابن المبارك واسحاق وأبو ثور ، وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما كراهة الصلاة في جلود الثعالب ورخص في جلود السباع جابر ، وروي عن ابن سيرين وعروة أنهم رخصوا في الركوب علي جلود النمور ومذهب الشافعي طهارة جلود الحيوانات كلها الا الكلب والخنزير لانه يرى طهارتها

يطهر إلا بالغسل قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد انه لا بأس به ولعله قال ذلك لانه لا يسلم الناس منه وفي تكليف غسله إتلاف أموال الناس فالظاهر أن أحمد انما عنى لا بأس بالخرز ، فأما الطهارة فلا بد منها والله أعلم

(فصل) والمشركون على ضربين أهل كتاب وغيرهم فأهل الكتاب يباح أكل طعامهم وشرابهم والأكل في آنيتهم مالم يتحقق نجاستها قال ابن عقيل لا تختلف الرواية في انه لا يحرم استعمال أوانيهم وذلك لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) وروي عن عبد الله بن المغفل قال دلي جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت والله لا أعطي أحداً منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتسم . رواه مسلم وأخرجه البخاري بمعناه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم أضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة رواه الامام أحمد في المسند وكتاب الزهد . وتوضأ عمر من جرة نصرانية ـ وهل يكره له استعمال أوانيهم ؟ على روايتين (إحداهما) لا يكره لما ذكرنا (والثانية) يكره لما روى أبو ثعلبة الخشني قال قلت يارسول الله : إنا بأرض قوم أهل كتاب أفنأكل في آنيتهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها وان لم تجدوا غيرها فاغسلوها وكلوا فيها » متفق عليه وأقل أحوال النهي الكراهة ولانهم لا يتورعون عن النجاسة ولا تسلم آنيتهم من أطعمتهم وأدنى مايؤثر ذلك الكراهة : وأما ثيابهم فما لم يستعملوه أو علا منها كالعمامة والطيلسان والثوب الفوقاني فهو طاهر لا بأس بلبسه وما لاقى عوراتهم كالسراويل والثوب السفلاني والازار فقال أحمد : أحب إلي أن يعيد يعني من صلى فيه فيحتمل وجهين (أحدهما) وجوب الاعادة وهو قول القاضي ، وكره أبو حنيفة والشافعي الازر والسراويلات لانهم يتعبدون [1] بترك النجاسة ولا يتحرزون منها فالظاهر نجاسة ماولي مخرجها (والثاني) لا يجب وهو قول أبي الخطاب لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك

(الضرب الثاني) غير أهل الكتاب وهم المجوس وعبدة الاوثان ونحوهم فحكم ثيابهم حكم

في حال الحياة وله في جلد الآدمي وجهان ، وقال أبو حنيفة يطهر كل جلد إلا جلد الخنزير ، وحكي عن أبي يوسف طهارة كل جلد وهو رواية عن مالك ومذهب من حكم بطهارة الحيوانات كلها لعموم قوله ﷺ « أيما إهاب دبغ فقد طهر » متفق عليه

ولنا ماروى أبو ريحانة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمور رواه الامام أحمد وأبو داود ، وعن معاوية والمقدام بن معد يكرب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن جلود السباع والركوب عليها . رواه أبو داود والنسائي مع ماذكرناه ، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتفاع بشيء من الميتة فجمعنا بين هذه الاحاديث وبين الاحاديث الدالة على طهارة جلود الميتة بحملها على ماكان طاهراً حال الحياة وحمل أحاديث النهي على مالم يكن طاهراً لانه متى أمكن الجمع بين الاحاديث ولو من وجه كان أولى من التعارض بينها ـ يحقق ذلك أن الدبغ انما يزيل النجاسة

[1] كذا بالنسخ التي بايدينا ولعل الاصل (لا يتعبدون)

ثياب أهل الذمة ، وأما أوانيهم فقال القاضي لا يستعمل ما استعملوه من آنيتهم لان أوانيهم لاتخلو من أطعمتهم . وذبائحهم ميتة فلاتخلو أوانيهم من وضعها فيها وقال أبو الخطاب حكمهم حكم أهل الكتاب وثيابهم وأوانيهم طاهرة مباحة الاستعمال مالم يتيقن نجاستها وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ وأصحابه توضؤا من مزادة مشركة . متفق عليه ولان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك فظاهر كلام احمد رحمه الله مثل قول القاضي فانه قال في المجوس لا يؤكل من طعامهم الا الفاكهة لان الظاهر نجاسة آنيتهم المستعملة في أطعمتهم فأشبهت السراويلات من ثيابهم، ومن يأكل الخنزير من النصارى في موضع يمكنهم أكله أو يأكل الميتة أو يذبح بالسن والظفر ونحوه فحكمه حكم غير أهل الكتاب لاتفاقهم في نجاسة أطعمتهم . ومتى شك في الاناء هل استعملوه في أطعمتهم أو لم يستعملوه فهو طاهر لان الاصل طهارته ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة الصلاة في الثوب الذي نسجه الكفار فان النبي ﷺ وأصحابه انما كان لباسهم من نسج الكفار . فأما ثيابهم التي يلبسونها فأباح الصلاة فيها الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك في ثوب الكفار يلبسه على كل حال ان صلى فيه يعيد مادام في الوقت . ولنا أن الاصل الطهارة ولم تترجح جهة التنجيس فيه أشبه مانسجه الكفار

(فصل) وتباح الصلاة في ثياب الصبيان مالم تتيقن نجاستها وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان أبا قتادة روى أن النبي ﷺ صلى وهو حامل أمامة بنت أبي العاص بن الربيع متفق عليه. وكان النبي ﷺ يصلي فاذا سجد وثب الحسن والحسين على ظهره وتكره الصلاة فيه لمافيه من احتمال غلبة النجاسة وتصح الصلاة في ثوب المرأة الذي تحيض فيه اذا لم تتحقق اصابة النجاسة له لان الاصل الطهارة والتوقي لذلك أولى لانه يحتمل

الحادثة بالموت ويرد الجلد إلى ما كان عليه حال الحياة فاذا كان في الحياة نجسا لم يؤثر فيه الدباغ شيئاً والله أعلم .

(فصل) وإذا قلنا بطهارة الجلد بالدباغ لم يحل أكله في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن ابن حامد انه يحل وهو وجه لاصحاب الشافعي لقوله ﷺ « ذكاة الاديم دباغه » ولانه معنى يفيد الطهارة في الجلد أشبه الذبح ،وظاهر قول الشافعي انه ان كان من حيوان مأكول جاز أكله لان الدباغ بمنزلة الذكاة والا لم يجز لان الذكاة لاتبيحه فالدباغ أولى ،والاول أصح لقوله عز وجل(حرمت عليكم الميتة) والجلد منها ولقوله صلى الله عليه وسلم « انما حرم من الميتة أكلها » متفق عليه ولا يلزم من الطهارة اباحة الاكل بدليل تحريم الخبائث مما لاينجس بالموت وقياسهم لا يقبل مع معارضة الكتاب والسنة

(فصل) ويجوز بيعه واجارته والانتفاع به في كل مايمكن سوى الاكل وهو قول الشافعي في الجديد ولا يجوز بيعه قبل الدبغ لانعلم فيه خلافا لانه متفق على نجاسته أشبه الخنزير ويفتقر مايدبغ

اصابة النجاسة إياه وقد روى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ لا يصلي في شعرنا ولحفنا. ولعاب الصبيان طاهر وقد روى أبو هريرة قال رأيت رسول الله ﷺ حامل الحسين على عاتقه ولعابه يسيل عليه وحمل ابو بكر الحسن بن علي على عاتقه ولعابه يسيل وعلي الى جانبه وجعل ابو بكر يقول: وابأبي شبه النبي لا شبيها بعلي. وعلي يضحك

(فصل) واذا صبغ في حب صباغ لم يجب غسل الثوب المصبوغ سواء كان الصباغ مسلماً أو كافرا نص عليه احمد لان الاصل الطهارة فاذا تحققت نجاسته طهر بالغسل وان بقي اللون بدليل قوله عليه السلام في الدم « لا يضرك أثره »

﴿ فصول في الفطرة ﴾ روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الفطرة خمس ـ الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط » متفق عليه وروى عبد الله بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « عشر من الفطرة ـ قص الشارب واعفاء اللحية والسواك واستنشاق الماء وقص الاظفار وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء » قال بعض الرواة ونسيت العاشرة الا أن تكون المضمضة ــ الاستحداد حلق العانة استفعال من الحديد وانتقاص الماء الاستنجاء به لان الماء يقطع البول ويرده قال أبو داود وقد روي عن ابن عباس نحو حديث عائشة قال « خمس كلها في الرأس » ذكر منها الفرق ولم يذكر اعفاء اللحية قال احمد الفرق سنة قيل يا أبا عبد الله يشهر نفسه قال: النبي ﷺ قد فرق وأمر بالفرق

(فصل) فاما الختان فواجب على الرجال ومكرمة في حق النساء وليس بواجب عليهن هذا قول كثير من أهل العلم قال احمد: الرجل أشد وذلك أن الرجل إذا لم يختتن فتلك الجلدة مدلاة على الكمرة ولا ينقى ما ثم. والمرأة أهون قال ابو عبد الله وكان ابن عباس يشدد في أمره وروي عنه أنه لا حج له ولا صلاة يعني إذا لم يختتن والحسن يرخص فيه يقول إذا أسلم لا يبالي أن لا يختتن ويقول أسلم الناس الاسود والابيض لم يفتش أحد منهم ولم يختتنوا والدليل على وجوبه أن ستر العورة

به إلى أن يكون منشفا للرطوبة منقيا للخبث كالشب والقرظ قال ابن عقيل يشترط أن يكون طاهرا لانها طهارة من نجاسة فلم تطهر بنجس كالاستجمار وهل يطهر الجلد بمجرد الدبغ قبل غسله بالماء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحصل لقول النبي ﷺ « يطهرها الماء والقرظ » رواه ابو داود ولان ما يدبغ به نجس بملاقاة الجلد فاذا اندبغ الجلد بقيت الآلة نجسة فتبقى نجاسة الجلد لملاقاتها له فلا تزول إلا بالغسل (والثاني) يطهر لقوله ﷺ « ايما اهاب دبغ فقد طهر » ولانه طهر بانقلابه فلم يفتقر إلى استعمال الماء كالخمرة اذا انقلبت وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « طهور كل أديم دباغه » قال شيخنا والاول أولى فان المعنى والخبر انما يدلان على طهارة عينه وذلك لا يمنع من وجوب غسله من نجاسة تلاقيه كالو أصابته نجاسة سوى آلة الدبغ أو أصابته آلة الدبغ بعد فصله عنها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

واجب فلولا ان الختان واجب لم يجز هتك حرمة المختون بالنظر الى عورته من أجله ولانه من شعار المسلمين فكان واجباً كسائر شعارهم ،وإن أسلم رجل كبير فخاف على نفسه من الختان سقط عنه لان الغسل والوضوء وغيرهما يسقط اذا خاف على نفسه منه فهذا أولى وإن أمن على نفسه لزمه فعله ،قال حنبل سألت أبا عبد الله عن الذمي اذا أسلم ترى له أن يطهر بالختان؟ قال: لا بد له من ذلك . قلت ان كان كبيراً أو كبيرة قال أحب إليّ أن يتطهر لأن الحديث « اختتن ابراهيم وهو ابن ثمانين سنة » قال تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) ويشرع الختان في حق النساء أيضاً قال أبو عبدالله وحديث النبي ﷺ «اذا التقى الختانان وجب الغسل» فيه بيان ان النساء كن يختتن وحديث عمر إن ختانة ختنت فقال: ابقي منه شيئا اذا خفضت ، وروى الخلال باسناده عن شداد بن أوس قال قال النبي ﷺ «الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء» وعن جابر بن زيد مثل ذلك موقوفا عليه، وروي عن النبي ﷺ انه قال للخافضة « أشمي ولا تنهكي فانه أحظى للزوج وأسرى للوجه » والخفض ختانة المرأة

(فصل) والاستحداد حلق العانة وهو مستحب لانه من الفطرة ويفحش بتركه فاستحبت إزالته وبأي شيء أزاله صاحبه فلا بأس لان المقصود إزالته ، قيل لأبي عبدالله ترى أن يأخذ الرجل سفلته بالمقراض وان لم يستقص ؟قال أرجو أن يجزئه ان شاء الله . قيل يا أبا عبدالله ماتقول في الرجل ذا نتف عانته ؟فقال وهل يقوى على هذا أحد ؟ وان أطلى بنورة فلا بأس إلا انه لا يدع أحداً يلي عورته إلا من يحل له الاطلاع عليها من زوجة أو أمة ، قال أبو العباس النسائي ضربت لأبي عبدالله نورة ونورته بها فلما بلغ الى عانته نورها هو . وروى الخلال باسناده عن نافع قال كنت أطلي ابن عمر فاذا بلغ عانته نورها هو بيده وقد روي ذلك عن النبي ﷺ قال المروذي : كان أبو عبد الله لا يدخل الحمام واذا احتاج الى النورة تنور في البيت وأصلحت له غير مرة نورة تنور بها واشتريت له جلداً ليديه فكان يدخل يديه فيه وينور نفسه والحلق أفضل لموافقته الخبر وقد قال ابن عمر هو مما أحدثوا من النعيم — يعني النورة

(فصل) ولا يفتقر الدبغ الى فعل فلو وقع جلد في مدبغة فاندبغ طهر لانها ازالة نجاسة فهو كالمطر يطهر الارض النجسة

﴿ مسئلة ﴾ قال ولا يطهر جلد غير المأكول بالذكاة وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يطهر لقول النبي ﷺ «ذكاة الاديم دباغه» شبه الدبغ بالذكاة والدبغ يطهر الجلد على ما مضى كذلك الذكاة ولنا ان النبي ﷺ نهى عن افتراش جلود السباع وركوب النمور وهو عام في المذكي وغيره ولانه ذبح لا يبيح اللحم فلم يطهر الجلد كذبح المجوسي والخبر قد أجبنا عنه فيما مضى. وأما قياس الذكاة على الدبغ فلا يصح فان الدبغ أقوى لانه يزيل الخبث والرطوبات كلها ويطيب الجلد على وجه يتهيأ به للبقاء على وجه لا يتغير والذكاة لا يحصل بها ذلك ولا يستغنى بها عن الدبغ فدل على انه أقوى

(فصل) ونتف الابط سنة لانه من الفطرة ويفحش بتركه وان أزال الشعر بالحلق والنورة جاز ونتفه أفضل لموافقته الخبر قال حرب : قلت لاسحاق نتف الابط أحب اليك أو بنورة؟ قال نتفه إن قدر

(فصل) ويستحب تقليم الاظفار لانه من الفطرة ويتفاحش بتركه وربما حك به الوسخ فيجتمع تحتها من المواضع المنتنة فتصير رائحة ذلك في رءوس الاصابع وربما منع وصول الطهارة الى ماتحته ، وقد روينا في خبر ان النبي ﷺ قال « مالي لا أسهو وأنتم تدخلون عليّ قلحاً ورفغ أحدكم بين ظفره وأنملته » ومعناه ان أحدكم يطيل أظفاره ثم يحك بها رفغه ومواضع النتن فيصير رائحة ذلك تحت أظفاره وروي في حديث مسلسل قد سمعناه أن علياً قال رأيت رسول الله ﷺ يقلم أظفاره يوم الخميس ثم قال « ياعلي قص الظفر ونتف الابط وحلق العانة يوم الخميس والغسل والطيب واللباس يوم الجمعة » وروي في حديث « من قص أظفاره مخالفا لم ير في عينيه رمدا » وفسره أبو عبدالله بن بطة بأن يبدأ بخنصر اليمنى ثم الوسطى ثم الابهام ثم البنصر ثم السبابة ثم بابهام اليسرى ثم الوسطى ثم الخنصر ثم السبابة ثم البنصر

(فصل)ويستحب غسل رءوس الاصابع بعد قص الاظفار ،وقد قيل ان الحك بالاظفار قبل غسلها يضر بالجسد وفي حديث عائشة غسل البراجم في تفسير الفطرة فيحتمل انه أراد ذلك ،وقال الخطابي البراجم العقد التي في ظهور الاصابع والرواجب مابين البراجم ومعناه تنظيف المواضع التي تتسخ ويجتمع فيها الوسخ ، ويستحب دفن ماقلم من أظفاره أو أزال من شعره لما روى الخلال باسناده عن ميل بنت مشرح الاشعرية قالت رأيت أبي يقلم أظفاره ويدفنها ويقول رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ، وعن ابن جريج عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان يعجبه دفن الدم، وقال مهنا سألت أحمد عن الرجل يأخذ من شعره وأظفاره أيدفنه أم يلقيه ؟ قال يدفنه ، قلت بلغك فيه شيء؟

﴿ مسئلة ﴾ (وابن الميتة نجس لانه مائع في وعاء نجس فتنجس به وكذلك انفحتها في ظاهر المذهب لما ذكرنا) وهو قول مالك والشافعي وروي انها طاهرة وهو قول أبي حنيفة وداود لأن الصحابة رضي الله عنهم أكلوا الجبن لما دخلوا المدائن وهو يعمل بالانفحة وذبائحهم ميتة لانهم مجوس والاول أولى لانه مائع في إناء نجس أشبه مالو حلب في اناء نجس ،وأما المجوس فقد قيل انهم ما كانوا يذبحون بأنفسهم وكان جزاروهم اليهود والنصارى ولو لم ينقل ذلك عنهم كان الاحتمال كافياً فانه قد كان فيهم اليهود والنصارى والأصل الحل فلا يزول بالشك وقد روي ان الصحابة رضي الله عنهم لما قدموا العراق كسروا جيشا من أهل فارس بعد أن وضعوا طعامهم ليأكلوه فلما فرغ المسلمون منهم جلسوا فأكلوا الطعام وهو لايخلو من اللحم ظاهراً فلو حكم بنجاسة ماذبح في بلدهم لما أكلوا من لحمهم ،واذا حكمنا بطهارة اللحم فالجبن أولى،وعلى هذا لو دخل الانسان أرضاً فيها مجوس وأهل كتاب كان له أكل جبنهم ولحمهم لما ذكرنا

قال: كان ابن عمر يدفنه وروينا عن النبي ﷺ انه أمر بدفن الشعر والاظفار وقال «لا يتلعب بسحرة بني آدم»

(فصل) واتخاذ الشعر أفضل من إزالته . قال أبو إسحاق سئل أبو عبدالله عن الرجل يتخذ الشعر فقال سنة حسنة لو أمكننا اتخذناه وقال كان للنبي ﷺ جمة وقال: تسعة من أصحاب النبي ﷺ لهم شعر وقال عشرة لهم جمم وقال في بعض الحديث : ان شعر النبي ﷺ كان إلى شحمة أذنيه ، وفي بعض الحديث إلى منكبيه ، وروى البراء بن عازب قال مارأيت ذا لمة في حلة حمراء أحسن من رسول الله ﷺ له شعر يضرب منكبيه ، متفق عليه . وروى ابن عمر عن النبي ﷺ قال « رأيت ابن مريم له لمة » قال الخلال سألت أحمد بن يحيى - يعني ثعلبا - عن اللمة فقال ماألمت بالاذن والجمة ماطالت ، وقد ذكر البراء بن عازب في حديثه أن شعر النبي ﷺ يضرب منكبيه وقد سماه لمة ، ويستحب أن يكون شعر الانسان على صفة شعر النبي ﷺ إذا طال فالى منكبيه وإن قصره فالى شحمة أذنيه وان طوله فلا بأس نص عليه أحمد . وقال أبو عبيدة كانت له عقيصتان وعثمان كانت له عقيصتان . وقال وائل بن حجر أتيت رسول الله ﷺ ولي شعر طويل فلما رآني قال « ذباب ذباب » فرجعت فجززته ثم أتيته من الغد فقال « لم أعنك » وهذا حسن رواه ابن ماجه . ويستحب ترجيل الشعر وإكرامه لما روى أبو هريرة يرفعه « من كان له شعر فليكرمه » رواه أبو داود ، ويستحب فرق الشعر لان النبي ﷺ فرق شعره وذكره من الفطرة في حديث ابن عباس وفي شروط عمر على أهل الذمة: أن لا يفرقوا شعورهم لئلا يتشبهوا بالمسلمين.

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في حلق الرأس فعنه انه مكروه لما روي عن النبي ﷺ انه قال في الخوارج « سيماهم التحليق » فجعله علامة لهم وقال عمر لصبيغ لو وجدتك محلوقا لضربت الذي فيه عيناك بالسيف وروي عن النبي ﷺ انه قال « لا توضع النواصي إلا في حج أو عمرة » رواه

(فصل) وإن ماتت الدجاجة وفيها بيضة قد صلب قشرها فهي طاهرة وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية وابن المنذر ، وكرهها علي بن أبي طالب وابن عمر ومالك والليث وبعض الشافعية لأنها جزء من الميتة ، ولنا أنها بيضة صلبة القشرة منفصلة عن الميتة أشبهت الولد إذا خرج حيا من الميتة وكراهية الصحابة محمولة على التنزيه استقذاراً لها ، وإن لم تكمل البيضة فقال بعض أصحابنا ماكان قشرها أبيض فهو طاهر وما لم يبيض فهو نجس لأنه ليس عليه حائل حصين ، واختار ابن عقيل انها لا تنجس لان البيضة عليها غاشية رقيقة كالجلد وهو القشر قبل أن يقوى فلا ينجس منها إلا مالاقى النجاسة كالسمن الجامد إذا ماتت فيه فأرة إلا أن هذه تطهر إذا غسلت لان لها من القوة مايمنع دخول أجزاء النجاسة فيها بخلاف السمن والله أعلم

الدارقطني في الافراد . وروى أبو موسى عن النبي ﷺ « ليس منا من حلق » رواه أحمد . وقال ابن عباس الذي يحلق رأسه في المصر شيطان ، قال أحمد كانوا يكرهون ذلك ، وروي عنه لا يكره ذلك لكن تركه أفضل ، قال حنبل كنت انا وأبي نحلق رءوسنا في حياة أبي عبد الله فيرانا ونحن نحلق فلا ينهانا وكان هو يأخذ رأسه بالجلمين ولا يحفيه ويأخذه وسطا ، وقد روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ رأى غلاما قد حلق بعض رأسه وترك بعضه فنهاهم عن ذلك رواه مسلم ، وفي لفظ قال « احلقه كله أو دعه كله » وروي عن عبد الله بن جعفر أن النبي ﷺ لما جاء نعي جعفر أمهل آل جعفر ثلاثا أن يأتيهم ثم أتاهم فقال « لا تبكون على أخي بعد اليوم — ثم قال — ادعوا بني أخي — فجيء بنا فقال — ادعوا لي الحلاق » فأمر بنا فحلق رءوسنا . رواه أبو داود الطيالسي ولأنه لا يكره استئصال الشعر بالمقراض وهذا في معناه وقول النبي ﷺ « ليس منا من حلق » يعني في المصيبة لان فيه « أو صلق أو خرق » قال ابن عبد البر وقد أجمع العلماء على اباحة الحلق وكفى بهذا حجة ، وأما استئصال الشعر بالمقراض فغير مكروه رواية واحدة قال أحمد انما كرهوا الحلق بالموسى وأما بالمقراض فليس به بأس لان أدلة الكراهة تختص بالحلق

(فصل) فأما حلق بعض الرأس فمكروه ويسمى القزع لما ذكرنا من حديث ابن عمر ورواه أبو داود ولفظه إن النبي ﷺ نهى عن القزع وقال « احلقه كله أو دعه كله » وفي شروط عمر على أهل الذمة أن يحلقوا مقادم رءوسهم ليتميزوا بذلك عن المسلمين فمن فعله من المسلمين كان متشبها بهم

(فصل) ولا تختلف الرواية في كراهة حلق المرأة رأسها من غير ضرورة قال أبو موسى : بريء رسول الله ﷺ من الصالقة والحالقة . متفق عليه ، وروى الخلال باسناده عن قتادة عن عكرمة قال نهى النبي ﷺ ان تحلق المرأة راسها ، قال الحسن هي مثلة قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن المرأة تعجز عن شعرها وعن معالجته أتأخذه علي حديث ميمونة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعظمها وقرنها وظفرها نجس)

عظام الميتة النجسة نجسة مأكولة اللحم أو غيرها كالفيلة لا تطهر بحال وهذا قول مالك والشافعي واسحاق ، ورخص في الانتفاع بعظام الفيلة محمد بن سيرين وابن جريج لما روى ابو داود أن رسول الله ﷺ اشترى لفاطمة قلادة من عصب وسوارين من عاج ، وقال مالك ان الفيل ان ذكي فعظمه طاهر والا فهو نجس لان الفيل مأكول عنده ، وقال الثوري وأبو حنيفة عظام الميتات طاهرة لان الموت لا يحلها [1] فلا تنجس به كالشعر

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم الميتة) والعظم من جملتها فيكون محرماً والفيل لا يؤكل لحمه فيكون نجسا على كل حال ، والدليل على تحريمه نهي النبي ﷺ عن كل ذي ناب من السباع متفق عليه والفيل أعظمها نابا وحديث ثوبان قال الخطابي عن الاصمعي العاج الذبل ويقال

(١) الحكم صحيح والتعليل باطل كما ثبت في الاخبار والآثار . والمحرم من الميتة أكلها كما صح مرفوعا والفيل ذو ناب وليس من السباع والنهي عن السباع للكراهة عند مالك وهو ما نختاره لضرورة الجمع بينه وبين حصر القرآن المحرمات في أربع

قال لاي شيء تأخذه ؟ قيل له لا تقدر على الدهن وما يصلحه وتقع فيه الدواب قال إذا كان لضرورة فارجو أن لا يكون به بأس

(فصل) ويكره نتف الشيب لما روى عمرو بن شعيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نتف الشيب وقال « انه نور الاسلام » وعن طارق بن حبيب ان حجاما أخذ من شارب النبي ﷺ فرأى شيبة في لحيته فاهوى اليها ليأخذها فامسك النبي ﷺ يده وقال « من شاب شيبة في الاسلام كانت له نوراً يوم القيامة » رواه الخلال في جامعه

(فصل) ويكره حلق القفا لمن لم يحلق رأسه ولم يحتج اليه . قال المروذي سألت أباعبدالله عن حلق القفا فقال : هو من فعل المجوس ومن تشبه بقوم فهو منهم وقال لا بأس أن يحلق قفاه وقت الحجامة فاما حف الوجه فقال مهنا سألت أبا عبد الله عن الحف فقال ليس به بأس للنساء وأكرهه للرجال .

(فصل) ويستحب خضاب الشيب بغير السواد قال أحمد إني لارى الشيخ المخضوب فافرح به وذاكر رجلا فقال لم لا تختضب ؟ فقال أستحي . قال سبحان الله سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال المروذي قلت يحكي عن بشر بن الحارث انه قال : قال لي ابن داود خضبت قلت أنا لا أتفرغ لغسلها فكيف أتفرغ لخضابها ؟ فقال أنا أنكر أن يكون بشر كشف عمله لابن داود ثم قال قال النبي صلى الله عليه وسلم «غيروا الشيب» وأبو بكر وعمر خضبا والمهاجرون فهؤلاء لم يتفرغوا لغسلها النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر بالخضاب فمن لم يكن على ما كان عليه رسول الله ﷺ فليس من الدين في شيء وحديث أبي ذر وحديث أبي هريرة وحديث أبي رمثة وحديث أم سلمة

ويستحب الخضاب بالحناء والكتم لما روى الخلال وابن ماجه باسنادهما عن تميم[1] بن عبد الله ابن موهب قال : دخلت على أم سلمة فأخرجت الينا شعراً من شعر رسول الله صلى الله عليه وسلم

[1] كذا بالاصل والصواب « عثمان ابن عبد الله »

هو عظم ظهر السلحفاة البحرية وقولهم ان العظام لا يحلها الموت ممنوع لان الحياة تحلها وكل ما تحله الحياة يحله الموت بدليل قوله تعالى (قال من يحيي العظام وهي رميم ؟ قل يحييها الذي أنشأها أول مرة) ولان دليل الحياة الاحساس والالم وهو في العظم أشد منه في اللحم والضرس يألم ويلحقه الضرس ويحس ببرد الماء وحرارته وما يحله الموت ينجس، والقرن والظفر والحافر كالعظم إن أخذ من مذكى فهو طاهر وإن أخذ من حي فهو نجس لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب . وكذلك ما يتساقط من قرون الوعول في حياتها ويحتمل ان هذا طاهر لانه طاهر متصلا مع عدم الحياة فيه فلم ينجس بفصله من الحيوان كالشعر والخبر أريد به ما يقطع من البهيمة مما فيه حياة فيموت بفصله بدليل الشعر فاما ما لا ينجس بالموت كالسمك فلا بأس بعظامه فانه لا ينجس بالموت فهو كالمذكى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وصوفها وشعرها وريشها طاهر) يعني شعر ما كان طاهراً في حياته وصوفه

مخضوبا بالحناء والكتم (١) - وخضب أبو بكر بالحناء والكتم ، ولا بأس بالورس والزعفران لان أبامالك الاشجعي قال كان خضابنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الورس والزعفران ، وعن الحكم بن عمر الغفاري قال دخلت أنا وأخي رافع على أمير المؤمنين عمر وأنا مخضوب بالحناء وأخي مخضوب بالصفرة فقال عمر بن الخطاب هذا خضاب الاسلام وقال لاخي رافع هذا خضاب الايمان ويكره الخضاب بالسواد قيل لابي عبد الله تكره الخضاب بالسواد ؟ قال أي والله قال وجاء أبو بكر بأبيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورأسه ولحيته كالثغامة بياضا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « غيروهما وجنبوه السواد »(٢) وروى أبو داود باسناده عن ابن عباس مرفوعا « يكون قوم في آخر الزمان يخضبون بالسواد كحواصل الحمام لا يريحون رائحة الجنة » ، ورخص فيه اسحاق للمرأة تتزين به لزوجها

(فصل) ويستحب أن يكتحل وتراويدهن غبا وينظر في المرآة ويتطيب قال حنبل : رأيت أبا عبد الله وكانت له صينية فيها مرآة ومكحلة ومشط فاذا فرغ من حزبه نظر في المرآة واكتحل وامتشط، وقد روى جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ « عليكم بالاثمد فانه يجلو البصر وينبت الشعر » قيل لابي عبد الله كيف يكتحل الرجل ؟ قال وتراً وليس له إسناد، وروى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « من اكتحل فليوتر من فعل فقد أحسن، ومن لا فلا حرج » والوتر ثلاث في كل عين وقيل ثلاث في اليمنى واثنتان في اليسرى ليكون الوتر حاصلا في العينين معا، وروى الخلال باسناده عن عبد الله بن المغفل قال نهى رسول الله ﷺ عن الترجل الاغبا قال أحمد معناه يدهن يوما ويوما لا وكان أحمد يعجبه الطيب لان رسول الله ﷺ كان يحب الطيب ويتطيب كثيراً

(فصل) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن الواصلة والمستوصلة والنامصة والمتنمصة والواشرة والمستوشرة فهذه الخصال محرمة لان النبي صلى الله عليه وسلم لعن فاعلها ، ولا يجوز لعن فاعل المباح ، والواصلة هي التي تصل شعرها بغيره أو شعر غيرها والمستوصلة الموصول شعرها بامرها

روي ذلك عن الحسن وابن سيرين ، وبه قال مالك والليث بن سعد والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد ما يدل على أنه نجس وهو قول الشافعي لانه ينمي من الحيوان فنجس بموته كأعضائه، ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ وصوفها وشعرها إذا غسل » رواه الدار قطني وقال لم يأت به إلا يوسف بن السفر وهو ضعيف ولانه لا تفتقر طهارة منفصله إلى ذكاة أصله فلم ينجس بموته كأجزاء السمك والجراد ولانه لا حياة فيه وما لا تحله الحياة لا يموت ، والدليل على أنه لا حياة فيه أنه لو كان فيه حياة لنجس بفصله من الحيوان في حال حياته لقول النبي ﷺ « ما أبين من حي فهو ميت » رواه أبو داود بمعناه وما ذكروه ينتقض بالبيض ويفارق الاعضاء لان فيها حياة ، ولذلك تنجس بفصلها من الحيوان حال حياته ، والنمو لا يدل على الحياة بدليل نمو الشجر والريش كالشعر لانه في معناه فأما أصول الريش والشعر اذا نتف من

---

(١) الكتم بالتحريك نبات يخرج بالبمين قالوا إن الصبغ به يخرج اسودا ضاربا الى الحمرة والصبغ به وبالحناء ممايخرج بين السواد والحمرة

(٢) استنبط منه ابن أبي عاصم أن الخضاب كان من عاداتهم . وروي الخضاب بالسواد عن عثمان وسعد بن أبي وقاص والسبطين وجرير وغيرهم من كبار الصحابة والتابعين كما في الفتح للحافظ ابن حجر : وقال ابن أبي عاصم في حديث ابن عباس إنه لا يدل على كراهة الخضاب بالسواد بل هو اخبار عن قوم هذه صفتهم

فهذا لايجوز للخبر لما روت عائشة رضي الله عنها أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت إن ابنتي عرس قد تمزق شعرها أفأصله ؟ فقال النبي ﷺ « لعنت الواصلة والمستوصلة » فلا يجوز وصل شعر المرأة بشعر آخر لهذه الاحاديث ، ولما روى معاوية أنه أخرج كبة من شعر فقال سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا وقال « انما هلك بنو اسرائيل حين اتخذ هذا نساؤهم » وأما وصله بغير الشعر فان كان بقدر ماتشد به رأسها فلا بأس به لان الحاجة داعية اليه ولا يمكن التحرز منه ، وان كان أكثر من ذلك ففيه روايتان (إحداهما) أنه مكروه غير محرم لحديث معاوية في تخصيص التي تصله بالشعر فيمكن حمل ذلك تفسيرا للفظ العام وبقيت الكراهة لعموم اللفظ في سائر الاحاديث ، وروي عنه أنه قال لاتصل المرأة برأسها الشعر ولا القرامل ولا الصوف نهى النبي ﷺ عن الوصال فكل شيء يصل فهو وصال ، وروي عن جابر قال نهى النبي ﷺ أن تصل المرأة برأسها شيئا وقال المروذي جاءت امرأة من هؤلاء الذين يمشطون الى أبي عبد الله فقالت : اني أصل رأس المرأة بقرامل وأمشطها فترى لي أن أحج مما اكتسبت ؟ قال لا وكره كسبها وقال لها يكون من مال أطيب من هذا والظاهر أن المحرم انما هو وصل الشعر بالشعر لما فيه من التدليس واستعمال المختلف في نجاسته، وغير ذلك لايحرم لعدم هذه المعاني فيها وحصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة والله أعلم

(فصل) فاما النامصة فهي التي تنتف الشعر من الوجه والمتنمصة المنتوف شعرها بامرها فلا يجوز للخبر وإن حلق الشعر فلا بأس لان الخبر انما ورد في النتف نص على هذا أحمد ، وأما الواشرة فهي التي تبرد الاسنان بمبرد ونحوه لتحددها وتفلجها وتحسنها والمستوشرة المفعول بها ذلك باذنها وفي خبر آخر « لعن الله الواشمة والمستوشمة » والواشمة التي تغرز جلدها بابرة ثم تحشوه كحلا والمستوشمة التي يفعل بها ذلك .

الميتة وهو رطب فهو نجس برطوبة الميتة وهل يطهر بالغسل على وجهين (أحدهما) يطهر كرءوس الشعر اذا تنجس (والثاني) لايطهر لانه جزء من اللحم لم يكمل شعراً ولا ريشاً

(فصل) وشعر الآدمي طاهر منفصلا ومتصلا في الحياة والموت، وقال الشافعي في أحد قوليه ينجس بفصله[1]

ولنا أن النبي ﷺ فرق شعره بين أصحابه قال أنس لما رمى رسول الله ﷺ ونحر نسكه ناول الحالق شقه الايمن فحلقه ثم دعا أبا طلحة الانصاري فأعطاه اياه ثم ناوله الشق الايسر فقال : احلق فحلقه وأعطاه أبا طلحة فقال « اقسمه بين الناس » رواه مسلم ، وروي أن معاوية أوصى أن يجعل نصيبه منه في فيه اذا مات . وكان في قلنسوة خالد شعرات من شعر النبي ﷺ ولو كان نجسا لما ساغ ذلك ولما فرقه النبي ﷺ وقد علم أنهم يأخذونه يتبركون به وما كان طاهراً من النبي ﷺ

«١» ان كان الشافعي قال هذا فقد رجع عنه وقد زل الشارح هنا تبعا لاستاذه صاحب المغني فذكر شعر النبي «ص» في هذا المقام فحذفناه لبطلانه وتكريما لشعره عليه أفضل الصلاة والسلام

باب السواك وسنة الوضوء

«مسألة» قال ابو القاسم (والسواك سنة يستحب عند كل صلاة)

أكثر أهل العلم يرون السواك سنة غير واجب ، ولا نعلم أحداً قال بوجوبه الا اسحاق وداود لانه مأمور به والامر يقتضي الوجوب وقد روي أبو داود باسناده أن النبي ﷺ أمر بالوضوء عند كل صلاة طاهرا وغير طاهر فلما شق ذلك عليه أمر بالسواك عند كل صلاة ، ولنا قول النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل صلاة » متفق عليه يعني لامرتهم أمر إيجاب لان المشقة انما تلحق بالايجاب لا بالندب وهذا يدل على أن الامر في حديثهم أمر ندب واستحباب ، ويحتمل أن يكون ذلك واجبا في حق النبي ﷺ على الخصوص جمعا بين الخبرين ، واتفق أهل العلم على أنه سنة مؤكدة لحث النبي ﷺ ومواظبته عليه وترغيبه فيه وندبه اليه وتسميته إياه من الفطرة . فيما روينا من الحديث وقد روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال «السواك مطهرة للفم مرضاة للرب» رواه الامام أحمد في مسنده ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان النبي ﷺ إذا دخل بيته بدأ بالسواك رواه مسلم ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال «إني لاستاك حتى لقد خشيت أن أحفي مقادم فمي » رواه ابن ماجه ، ويتأكد استحبابه في مواضع ثلاثة عند الصلاة للخبر الاول . وعند القيام من النوم لما روى حذيفة قال كان رسول الله ﷺ إذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك متفق عليه يعني يغسله يقال شاصه يشوصه وماصه اذا غسله وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ لا يرقد من ليل أو نهار فيستيقظ إلا تسوك قبل أن يتوضأ رواه أبو داود ولانه إذا نام ينطبق فوه فتتغير رائحته وعند تغير رائحة فيه بمأكول أو غيره لان السواك مشروع لازالة رائحته وتطييبه

كان طاهرا ممن سواه كسائره ولانه شعر متصله طاهر فكذلك منفصله كشعر الحيوانات الطاهرة وكذلك نقول في أعضاء الآدمي وان سلمنا نجاستها فانها تنجس من الحيوانات بفصلها في الحياة بخلاف الشعر فحصل الفرق

(فصل) ولا يجوز استعمال شعر الآدمي وان كان طاهرا لحرمته لا لنجاسته ذكره ابن عقيل فاما الصلاة فيه فصحيحة .

(فصل) وكل حيوان فحكم شعره حكم بقية أجزائه في النجاسة والطهارة لا فرق بين حالة الحياة والموت إلا أن الحيوانات التي حكمنا بطهارتها لمشقة التحرز كالهر وما دونها فيها بعد الموت وجهان (أحدهما) نجاستها لانها كانت طاهرة في الحياة مع وجود علة التنجيس لمعارض وهو عدم امكان التحرز عنها وقد زال ذلك بالموت فتنتفي الطهارة (والثاني) هي طاهرة وهو أصح لانها كانت طاهرة في الحياة والموت لا يقتضي تنجيسها فتبقى طاهرة وما ذكر للوجه الاول لا يصح ولا نسلم

(فصل) ويستاك على أسنانه ولسانه ، قال أبو موسى أتينا رسول الله فرأيته يستاك على لسانه متفق عليه ، وقال عليه السلام « اني لأستاك حتى لقد خشيت أن أحفي مقادم فمي » ويستاك عرضاً لقوله عليه السلام « استاكوا عرضاً ، وادهنوا غبا ، واكتحلوا وتراً » لان السواك طولا من أطراف الاسنان إلى عمودها ربما أدمى اللثة وأفسد العمود ، ويستحب التيامن في سواكه لان عائشة رضي الله عنها قالت : كان النبي ﷺ يعجبه التيامن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله . متفق عليه ويغسله بالماء ليزيل ماعليه ، قالت عائشة رضي الله عنها كان رسول الله ﷺ يعطيني السواك لاغسله فابدأ به فاستاك ثم أغسله ثم أدفعه اليه . رواه أبو داود ، وروي عنها قالت كنا نعد لرسول الله ﷺ ثلاثة آنية مخمرة من الليل : اناء لطهوره ، واناء لسواكه ، واناء لشرابه . أخرجه ابن ماجه

(فصل) ويستحب أن يكون السواك عوداً لينا ينقي الفم ولا يجرحه ولا يضره ولا يتفتت فيه كالاراك والعرجون ولا يستاك بعود الرمان ولا الآس ولا الاعواد الذكية لانه روي عن قبيصة ابن ذؤيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتخللوا بعود الريحان ولا الرمان فانهما يحركان عرق الجذام » رواه محمد بن الحسين الازدي الحافظ باسناده ، وقيل السواك بعود الريحان يضر بلحم الفم ، وإن استاك بأصبعه أو خرقة فقد قيل لايصيب السنة لان الشرع لم يرد به ولا يحصل الانقاء به حصوله بالعود ، والصحيح أنه يصيب بقدر مايحصل من الانقاء ولا يترك القليل من السنة للعجز عن كثيرها والله أعلم . وقد أخبرنا محمد بن عبد الباقي أخبرنا رزق الله بن عبد الوهاب التميمي أخبرنا ابو الحسين بن بسران أخبرنا ابن البختري حدثنا أحمد بن اسحاق بن صالح حدثنا خالد بن خداش حدثنا محمد بن المثنى حدثني بعض أهلي عن أنس بن مالك أن رجلا من بني عمرو بن عوف قال يارسول الله انك رغبتنا في السواك فهل دون ذلك من شيء ؟ قال « أصبعيك سواك عند وضوئك أمرهما على أسنانك انه لاعمل لمن لانية له ولا أجر لمن لاحسنة له »

﴿ مسألة ﴾ قال (الا أن يكون صائما فيمسك من وقت صلاة الظهر الى أن تغرب الشمس)

وجود علة التنجيس وإن سلمناه غير أن الشرع ألغاه ولم يعتبره في موضع فليس لنا اعتباره بالتحكم

(فصل) وهل يجوز الخرز بشعر الخنزير فيه روايتان (احداهما) كراهته حكي ذلك عن الحسن وابن سيرين واسحاق والشافعي لانه استعمال للعين النجسة ولا يسلم من التنجيس بها فحرم الانتفاع بها كجلده (والثانية) يجوز الخرز به قال وباليف أحب الينا ، ورخص فيه الحسن ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة لان الحاجة تدعو اليه ، فاذا خرز به شيئا رطبا أو كانت الشعرة رطبة نجس ويطهر بالغسل ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد أنه لابأس به ولعله قال ذلك لانه لايسلم الناس منه وفي تكليف غسله اتلاف أموال الناس قال شيخنا والظاهر أن أحمد انما عني لا بأس بالخرز فأما الطهارة فلا بد منها

قال ابن عقيل لايختلف المذهب أنه لا يستحب للصائم السواك بعد الزوال وهل يكره؟ على روايتين (احداهما) يكره وهو قول الشافعي واسحاق وأبي ثور ، وروي ذلك عن عمر وعطاء ومجاهد لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يستاك مابينه وبين الظهر ولا يستاك بعد ذلك ولان السواك انما استحب لازالة رائحة الفم ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لخلوف فم الصائم عند الله أطيب من ريح المسك » قال الترمذي هـذا حديث حسن وازالة المستطاب مكروه كدم الشهداء وشعث الاحرام (والثانية) لايكره ورخص فيه غدوة وعشيا النخعي وابن سيرين وعروة ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم لعموم الاحاديث المروية في السواك وقول رسول الله ﷺ « من خير خصال الصائم السواك » رواه ابن ماجه ، وقال عامر بن ربيعة رأيت النبي ﷺ مالا أحصي يتسوك وهو صائم . قال الترمذي هذا حديث حسن

« مسئلة » قال (وغسل اليدين اذا قام من نوم الليل ان يدخلهما الاناء ثلاثا)

غسل اليدين في أول الوضوء مسنون في الجملة سواء قام من النوم أو لم يقم لانها التي تغمس في الاناء وتنقل الوضوء إلى الاعضاء ففي غسلهما احراز لجميع الوضوء ، وقد كان النبي ﷺ يفعله ، فان عثمان رضي الله عنه وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : دعي بالماء فأفرغ على كفيه ثلاث مرات فغسلهما ثم أدخل يده في الاناء . متفق عليه ، وكذلك وصف علي وعبد الله بن زيد وغيرهما وليس ذلك بواجب عند غير القيام من النوم بغير خلاف نعلمه ، فأما عند القيام من نوم الليل

(باب الاستنجاء)

الاستنجاء استفعال من نجوت الشجرة أي قطعتها فكأنه قطع الاذى عنه ، وقال ابن قتيبة هو مأخوذ من النجوة وهي ما ارتفع من الارض لان من أراد قضاء الحاجة استتر بها ، فأما الاستجمار فهو استفعال من الجمار وهي الحجارة الصغار لانه يستعملها في استجماره

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (يستحب لمن أراد دخول الخلاء أن يقول بسم الله) لما روى علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « ستر ما بين الجن وعورات بني آدم اذا دخل الكنيف أن يقول بسم الله » رواه ابن ماجه ويقول « اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث ، ومن الرجس النجس الشيطان الرجيم » لما روى أنس أن النبي ﷺ كان اذا دخل الخلاء قال « اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث » متفق عليه ، وعن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال « لا يعجز أحدكم اذا دخل مرفقه أن يقول : اللهم إني أعوذ بك من الرجس النجس الخبيث المخبث الشيطان الرجيم » رواه ابن ماجه ، قال أبو عبيدة الخبث بسكون الباء الشر ، والخبث بضم الخاء والباء جمع خبيث ، والخبائث جمع خبيثة استعاذ من ذكران الشياطين واناثهم

فاختلفت الرواية في وجوبه فروي عن أحمد وجوبه وهو الظاهر عنه واختيار أبي بكر وهو مذهب ابن عمر وأبي هريرة والحسن البصري لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما الاناء ثلاثا فان أحدكم لايدري أين باتت يده » متفق عليه وفي لفظ لمسلم « فلا يغمس يده في وضوء حتى يغسلهما ثلاثا » وأمره يقتضي الوجوب ونهيه يقتضي التحريم وروي ان ذلك مستحب وليس بواجب وبه قال عطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى قال (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية قال زيد بن أسلم في تفسيرها اذا قمتم من نوم ولان القيام من النوم داخل في عموم الآية وقد أمره بالوضوء من غير غسل الكفين في أوله والامر بالشيء يقتضي حصول الاجزاء به ولانه قائم من نوم فأشبه القائم من نوم النهار والحديث محمول على الاستحباب لتعليله بما يقتضي ذلك وهو قوله «فانه لايدري أين باتت يده» وطريان الشك على يقين الطهارة لايؤثر فيها كما لو تيقن الطهارة وشك في الحدث فيدل ذلك على انه أراد الندب

(فصل) ولا تختلف الرواية في أنه لايجب غسلهما من نوم النهار وسوّى الحسن بين نوم الليل ونوم النهار في الوجوب لعموم قوله « اذا قام أحدكم من نومه » ولنا أن في الخبر مايدل على ارادة نوم الليل لقوله « فانه لايدري أين باتت يده » والمبيت يكون بالليل خاصة ،ولا يصح قياس غيره عليه لوجهين (أحدهما) ان الحكم ثبت تعبداً فلا يصح تعديته (الثاني) ان الليل مظنة النوم والاستغراق فيه وطول مدته فاحتمال اصابة يده لنجاسة لايشعر بها أكثر من احتمال ذلك في نوم النهار، قال أحمد في رواية الاثرم : الحديث في المبيت بالليل فأما النهار فلا بأس به

(فصل) فان غمس يده في الاناء قبل غسلها فعلى قول من لم يوجب غسلها لا يؤثر غمسها شيئا ومن أوجبه قال : إن كان الماء كثيراً يدفع النجاسة عن نفسه لم يؤثر أيضاً لانه يدفع الخبث عن نفسه وان كان يسيراً فقال أحمد : أعجب إليّ أن يهريق الماء فيحتمل أن تجب إراقته وهو قول الحسن

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (ولا يدخله بشيء فيه ذكر الله تعالى) لما روى أنس قال: كان رسول الله ﷺ اذا دخل الخلاء وضع خاتمه . رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح غريب ، وقيل انما كان النبي ﷺ يضعه لأن فيه محمد رسول الله فان احتفظ بما معه مما فيه ذكر الله واحترز عليه من السقوط وأدار فص الخاتم الى كفه فلا بأس ، قال أحمد الخاتم اذا كان فيه اسم الله يجعله في باطن كفه ويدخل الخلاء وبه قال إسحاق ورخص فيه ابن المسيب والحسن وابن سيرين ، قال أحمد في الرجل يدخل الخلاء ومعه الدراهم أرجو أن لايكون به بأس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقدم رجله اليسرى في الدخول واليمنى في الخروج) لان اليسرى للأذى واليمنى لما سواه (ولا يرفع ثوبه حتى يدنو من الارض لما روى أبو داود عن النبي ﷺ انه كان اذا أراد الحاجة لايرفع ثوبه حتى يدنو من الارض ولان ذلك أستر له

لان النهي عن غمس اليد فيه يدل على تأثيره فيه ، وقد روى أبو حفص عمر بن المسلم العكبري في الخبر زيادة عن النبي ﷺ « فان أدخلها قبل الغسل أراق الماء » ويحتمل أن لاتزول طهوريته ولا تجب إراقته لان طهورية الماء كانت ثابتة بيقين والغمس المحرم لايقتضي ابطال طهورية الماء لانه إن كان لوهم النجاسة فالوهم لايزول به يقين الطهورية لانه لم يزل يقين الطهارة فكذلك لايزيل الطهورية فاننا لم نحكم بنجاسة اليد ولا الماء ، ولان اليقين لايزول بالشك فبالوهم أولى ، وإن كان تعبداً فنقتصر على مقتضى الامر والنهي وهو وجوب الغسل وتحريم الغمس ولا يعدى إلى غير ذلك ،ولا يصح قياسه على رفع الحدث لان هذا ليس بحدث ولان من شرط تأثير غمس المحدث أن ينوي رفع الحدث ولا فرق ههنا بين أن ينوي أو لاينوي ، وقال أبو الخطاب ان غمس يده في الماء قبل غسلها فهل تبطل طهوريته ؟ على روايتين

(فصل) وحد اليـد المأمور بغسلها من الكوع لان اليد المطلقة في الشرع تتناول ذلك بدليـل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وانما تقطع يد السارق من مفصل الكوع وكذلك في التيمم يكون في اليدين إلى الكوع ،والدية الواجبـة في اليد تجب على من قطعها من مفصـل الكوع، وغمس بعضها ولو أصبع أو ظفر منهـا كغمس جميعهـا في أحد الوجهـين لان ماتعلق المنع بجميعه تعلق ببعضه كالحدث والنجاسة (والثاني) لايمنع وهو قول الحسن لان النهي تناول غمس جميعها ولا يلزم من كون الشيء مانعا كون بعضه مانعا كما لايلزم من كون الشيء سبباً كون بعضه سبباً،وغمسها بعد غسلها دون الثلاث كغمسها قبل غسلها لان النهي لايزول حتى يغسلها ثلاثا

(فصل) ولا فرق بين كون يد النائم مطلقة أو مشدودة بشيء أو في جراب أو كون النائم عليه سراويله أو لم يكن . قال أبو داود سئل أحمد اذا نام الرجل وعليه سراويله قال : السراويل وغيره واحد ، قال النبي ﷺ « اذا انتبه أحدكم من منامه فلا يدخل يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا» يعني ان الحديث عام فيجب الاخذ بعمومه ولان الحكم اذا تعلق على المظنة لم يعتبر حقيقة الحكمة كالعدة

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتمد على رجله اليسرى) لما روى سراقة بن مالك قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نتوكأ على اليسرى وأن ننصب اليمنى . رواه الطبراني في المعجم

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (ولا يتكلم)

لما روى عبد الله بن عمر قال : مرّ بالنبي ﷺ رجل فسلم عليه وهو يبول فلم يرد عليه . رواه مسلم ولا يذكر الله تعالى على حاجتـه بلسانه . روي كراهة ذلك عن ابن عباس وعطاء ، وقال ابن سيرين والنخعي لابأس به . ولنا أن النبي ﷺ لم يرد السلام الذي يجب رده فذكر الله أولى فان عطس حمد الله بقلبه ولم يتكلم ، وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى أن يحمد الله بلسانه والاول أولى لما ذكرناه ، وروى أبو سعيد الخدري قال : سمعت رسول الله ﷺ قال « لايخرج الرجلان يضربان الغائط كاشفين عن عورتهما يتحدثان فان الله يمقت على ذلك » رواه أبو داود وابن ماجه

الواجبة لاستبراء الرحم يجب في حق الآيسة والصغيرة وكذلك الاستبراء مع أن احتمال النجاسة لا ينحصر في مس الفرج فانه قد يكون في البدن بثرة أو دمل وقد يحك جسده فيخرج منه دم بين أظفاره أو يخرج من أنفه دم وقد تكون نجسة قبل نومه فينسى نجاستها لطول نومه على أن الظاهر عند من أوجب الغسل أنه تعبد لا لعلة التنجيس ولهذا لم يحكم بنجاسة اليد ولا الماء فيعم الوجوب كل من تناوله الخبر

(فصل) فان كان القائم من النوم صبيا أو مجنونا أو كافراً ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالمسلم البالغ العاقل لانه لا يدري أين باتت يده (والثاني) أنه لا يؤثر غمسه شيئا لان المنع من الغمس انما يثبت بالخطاب ولا خطاب في حق هؤلاء، ولان وجوب الغسل ههنا تعبد ولا تعبد في حق هؤلاء ولان غمسهم لو أثر في الماء لا ثر في جميع زمانهم لان الغسل المزيل من حكم المنع من شرطه النية وما هم من أهلها ولا نعلم قائلا بذلك .

(فصل) والنوم الذي يتعلق به الامر بغسل اليد مانقض الوضوء ذكره القاضي لعموم الخبر في النوم وقال ابن عقيل هو مازاد على نصف الليل لانه لا يكون بائتا الا بذلك بدليل أن من دفع من مزدلفة قبل نصف الليل لا يكون بائتا بها ولهذا يلزمه دم بخلاف من دفع بعد نصف الليل والاول أصح وماذكره يبطل بما إذا جاء مزدلفة بعد نصف الليل فانه يكون بائتا بها ولا دم عليه وانما بات بها دون النصف

(فصل) وغسل اليدين يفتقر إلى النية عند من أوجبه في أحد الوجهين لانه طهارة تعبدية فأشبه الوضوء والغسل (والثاني) لا يفتقر الى النية لانه معلل بوهم النجاسة ولا تعتبر في غسلها النية ولان المأمور به الغسل وقد أتى به والامر بالشيء يقتضي حصول الاجزاء به ولا يفتقر الغسل الى تسمية وقال أبو الخطاب يفتقر اليها قياساً على الوضوء وهذا بعيد فان التسمية في الوضوء غير واجبة في الصحيح ومن أوجبها فانما أوجبها تعبداً فيجب قصرها على محلها فان التعبد به فرع التعليل ومن شرطه كون المعنى معقولا ولا يمكن الحاقه به لعدم الفرق فان الوضوء آكد وهو في أربعة أعضاء وسببه غير سبب غسل اليد

(فصل) ولو انغمس الجنب في ماء كثير أو توضأ في ماء كثير يغمس فيه أعضاءه ولم ينو غسل اليدين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يلبث فوق حاجته) لانه يقال ان ذلك يدمي الكبد ويأخذ منه الباسور

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا خرج قال غفرانك ، الحمد لله الذي أذهب عني الاذى وعافاني)

لما روت عائشة قالت كان رسول الله ﷺ إذا خرج من الخلاء قال «غفرانك» رواه الترمذي وقال حديث حسن وعن أنس بن مالك قال كان النبي ﷺ إذا خرج من الخلاء قال : « الحمد لله الذي أذهب عني الاذى وعافاني » رواه ابن ماجه

(فصل) ويستحب أن يغطي رأسه لما روت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل الخلاء غطى رأسه واذا أتى أهله غطى رأسه . رواه البيهقي من رواية محمد بن يونس الكديمي وكان يتهم بوضع الحديث، ولا بأس أن يبول في الاناء قالت أمية بنت رقية كان للنبي ﷺ قدح من عيدان يبول فيه ويضعه تحت السرير رواه أبو داود والنسائي

من نوم الليل صح غسله ووضوؤه ولم يجزه عن غسل اليد من نوم الليل عند من أوجب النية في غسلها لان بقاء النجاسة على العضو لا يمنع رفع الحدث فلو غسل أنفه أو يده في الوضوء وهو نجس لا ترتفع حدثه وبقاء الحدث على الوضوء لا يمنع رفع حدث آخر بدليل ما لو توضأ الجنب ينوي رفع الحدث الاصغر أو اغتسل ولم ينو الطهارة الصغرى صحت المنويه دون غيرها وهذا لا يخرج عن شبهه بأحد الامرين

(فصل) إذا وجد ماء قليلا ليس معه ما يغترف به ويداه نجستان فقال احمد: لا بأس أن يأخذ بفيه ويصب على يده وهكذا لو أمكنه غمس خرقة أو غيرها وصبه على يده فعل ذلك فأن لم يمكنه شيء من ذلك تيمم وتركه لئلا ينجس الماء وينتجس به ، فان كان لم يغسل يديه من نوم الليل توضأ منه عند من يجعل الماء باقيا على اطلاقه ومن جعله مستعملا قال يتوضأ به ويتيمم معه ، ولو استيقظ المحبوس من نومه فلم يدر أهو من نوم النهار أو الليل لم يلزمه غسل يديه لان الاصل عدم الوجوب فلا نوجبه بالشك

﴿مسئلة﴾ قال (والتسمية عند الوضوء)

ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه أن التسمية مسنونة في طهارة الاحداث كلها رواه عنه جماعة من أصحابه وقال الخلال الذي استقرت الروايات عنه أنه لا بأس به يعني اذا ترك التسمية وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي، وعنه أنها واجبة فيها كلها الوضوء والغسل والتيمم وهو اختيار أبي بكر ومذهب الحسن وإسحاق لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه» رواه ابو داود والترمذي ورواه عن النبي ﷺ جماعة من أصحابه قال الامام احمد حديث أبي سعيد أحسن حديث في هذا الباب وقال الترمذي حديث سعيد بن زيد أحسن وهذا نفي في نكرة يقتضي أن لا يصح وضوؤه بدون التسمية ووجه الرواية الاولى انها طهارة فلا تفتقر إلى التسمية كالطهارة من النجاسة أو عبادة فلا تجب فيها التسمية كسائر

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان في الفضاء) أبعد لما روى جابر أن النبي ﷺ كان إذا أراد البراز انطلق حتى لا يراه أحد رواه أبو داود.

﴿مسئلة﴾ قال (واستتر وارتاد مكانا رخوا) لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من أتى الغائط فليستتر فان لم يجد إلا أن يجمع كثيبا من رمل فليستدبره فان الشيطان يلعب بمقاعد بني آدم من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج» رواه ابوداود . ويرتاد مكانا رخوا لما روى ابو داود قال كنت مع النبي ﷺ ذات يوم فأراد أن يبول فأتى دمثا في أصل جدار فبال ثم قال «إذا أراد أحدكم أن يبول فليرتد لبوله» رواه الامام احمد وأبو داود من رواية أبي التياح عن رجل كان يصحب ابن عباس لم يسمه عن أبي موسى ولئلا يترشش عليه البول ويستحب أن يبول قاعدا لئلا يترشش عليه ولانه أستر وأحسن ، قال ابن مسعود من الجفاء أن تبول وأنت قائم قالت عائشة من

العبادات ولان الاصل عدم الوجوب وإنما ثبت بالشرع والاحاديث قال أحمد ليس يثبت في هذا حديث ولا أعلم فيها حديثا له إسناد جيد، وقال الحسن بن محمد ضعف أبو عبد الله الحديث في التسمية وقال أقوى شيء فيه حديث كثير بن زيد عن ربيح يعني حديث أبي سعيد ثم ذكر ربيحا أي من هو ومن أبوه فقال يعني الذي يروي حديث سعيد بن زيد، يعني انهم مجهولون وضعف إسناده، وإن صح ذلك فيحمل على تأكيد الاستحباب ونفي الكمال بدونها كقوله «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»

(فصل) وإن قلنا بوجوبها فتركها عمداً لم تصح طهارته لانه ترك واجبا في الطهارة أشبه ما لو ترك النية وإن تركها سهواً صحت طهارته نص عليه أحمد في رواية أبي داود فانه قال سألت أحمد بن حنبل إذا نسي التسمية في الوضوء قال أرجو أن لا يكون عليه شيء، وهذا قول اسحاق فعلى هذا إذا ذكر في أثناء طهارته أتى بها حيث ذكرها لانه لما عفي عنها مع السهو في جملة الوضوء ففي بعضه أولى وإن تركها عمداً حتى غسل عضواً لم يعتد بغسله لأنه لم يذكر اسم الله عليه مع العمد، وقال الشيخ أبو الفرج: إذا سمى في أثناء الوضوء أجزأه يعني على كل حال لانه قد ذكر اسم الله على وضوئه، وقال بعض أصحابنا لا تسقط بالسهو لعموم الخبر وقياساً لها على سائر الواجبات، والاول أولى لقوله عليه السلام «عفي لامتي عن الخطاء والنسيان» ولان الوضوء عبادة تتغاير أفعالها فكان في واجباتها ما يسقط بالسهو كالصلاة ولا يصح قياسها على سائر واجبات الطهارة لان تلك تأكد وجوبها بخلاف التسمية

إذا ثبت هذا فان التسمية هي قول: بسم الله لا يقوم غيرها مقامها كالتسمية المشروعة على الذبيحة وعند أكل الطعام وشرب الشراب وموضعها بعد النية قبل افعال الطهارة كلها لان التسمية قول واجب في الطهارة فيكون بعد النية لتشمل النية جميع واجباتها وقبل افعال الطهارة ليكون مسميا على جميعها كما يسمي على الذبيحة وقت ذبحها

حدثكم أن النبي ﷺ كان يبول قائما فلا تصدقوه ما كان يبول إلا قاعداً. قال الترمذي هذا أصح شيء في الباب وقد رويت الرخصة فيه عن عمر وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت لما روى حذيفة أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال قائما رواه البخاري ومسلم والاول أولى لما روى عمر بن الخطاب قال رآني النبي ﷺ وأنا أبول قائما فقال «يا عمر لا تبل قائما» فما بلت قائما بعد. رواه ابن ماجه(1) وعن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن يبول قائما رواه ابن ماجه، وأما حديث حذيفة فلعل النبي ﷺ فعل ذلك ليبين الجواز أو كان في موضع لا يتمكن من الجلوس فيه وقيل فعل ذلك لعلة كانت بمأبضه ليستشفي به والمأبض ما تحت الركبة من كل حيوان

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يبول في شق ولا سرب ولا طريق ولا ظل نافع ولا تحت شجرة مثمرة)

البول في هذه المواضع كلها مكروه منهي عنه ومثلها موارد الماء لما روى عبد الله بن سرجس أن النبي ﷺ نهى أن يبال في الجحر رواه ابو داود قالوا لقتادة ما يكره من البول في الجحر؟ قال كان يقال انها مساكن الجن رواه الامام أحمد، وقد حكي عن سعد بن عبادة أنه بال في جحر ثم استلقى ميتا فسمعت الجن تقول

نحن قتلنا سيد الخزرج سعد بن عبادة ورميناه بسهمين فلم نخط فؤاده

ولانه لا يأمن أن يكون فيه حيوان يلسعه، وروى معاذ أن النبي ﷺ قال «اتقوا الملاعن

(1) لكنه ضعيف كما قاله الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمبالغة في الاستنشاق إلا أن يكون صائما)

معنى المبالغة في الاستنشاق اجتذاب الماء بالنفس إلى اقصى الانف ولا يجعله سعوطا وذلك سنة مستحبة في الوضوء إلا أن يكون صائما فلا يستحب لا نعلم في ذلك خلافا والاصل في ذلك ما روى عاصم بن لقيط بن صبرة عن أبيه قال قلت يارسول الله أخبرني عن الوضوء قال « اسبغ الوضوء وخلل بين الاصابع وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما » رواه أبوداود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ولانه من أعضاء الطهارة فاستحبت المبالغة فيه كسائر أعضائها

(فصل) المبالغة مستحبة في سائر أعضاء الوضوء لقوله عليه السلام « اسبغ الوضوء » والمبالغة في المضمضة إدارة الماء في أعماق الفم وأقاصيه وأشداقه ولا يجعله وجوراً ثم يمجه وإن ابتلعه جاز لان الغسل قد حصل والمبالغة في سائر الاعضاء بالتخليل وتتبع المواضع التي ينبو عنها الماء بالدلك والعرك ومجاوزة موضع الوجوب بالغسل ، وقد روى نعيم بن عبدالله انه رأى أبا هريرة يتوضأ فغسل وجهه ويديه حتى كاد يبلغ المنكبين ثم غسل رجليه حتى رفع إلى الساقين ثم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان أمتي يأتون يوم القيامة غراً محجلين من أثر الوضوء » فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل . متفق عليه وروى أبو حازم عنه قريبا من هذا وقال سمعت خليلي يقول « تبلغ الحلية من المؤمن حيث يبلغ الوضوء » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتخليل اللحية)

وجملة ذلك ان اللحية ان كانت خفيفة تصف البشرة وجب غسل باطنها وان كانت كثيفة لم يجب غسل ما تحتها . ويستحب تخليلها وممن روي عنه انه كان يخلل لحيته ابن عمر وابن عباس والحسن وأنس وابن أبي ليلى وعطاء بن السائب، وقال اسحاق إذا ترك تخليل لحيته عامداً أعاد لان النبي ﷺ كان يخلل لحيته ، رواه عنه عثمان بن عفان قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وقال البخاري هذا أصح حديث في الباب ، وروى أبو داود عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ أخذ كفاً من ماء فأدخله تحت حنكه وقال « هكذا أمرني ربي عز وجل » وعن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا توضأ عرك عارضيه بعض العرك ثم شبك لحيته

الثلاثة البراز في الموارد وقارعة الطريق والظل » رواه أبو داود وابن ماجه ، والبول تحت الشجرة المثمرة ينجس الثمرة فيؤذي من يأكلها

(فصل) ويكره البول في الماء الراكد لان النبي ﷺ نهى عن البول في الماء الراكد متفق عليه ، فأما الجاري فلا يجوز التغوط فيه لانه يؤذي من مر به ، فأما البول فيه وهو كثير فلا بأس به لان تخصيص النهي بالماء الراكد دليل على أن الجاري بخلافه ، ولا يبول في المغتسل لما روى الامام أحمد وأبو داود عن رجل صحب النبي ﷺ قال نهى رسول الله ﷺ أن يمتشط أحدنا كل يوم أو يبول في مغتسله ، وقد روي ان عامة الوسواس منه ، رواه

بأصابعه من تحتها رواه ابن ماجه ، وقال عطاء وأبو ثور يجب غسل باطن شعور الوجه وإن كان كثيفا كما يجب في الجنابة ولانه مأمور بغسل الوجه في الوضوء كما أمر بغسله في الجنابة فما وجب في أحدهما وجب في الآخر مثله، ومذهب أكثر أهل العلم أن ذلك لايجب ولا يجب التخليل وممن رخص في ترك التخليل ابن عمر والحسن بن علي وطاوس والنخعي والشعبي وأبو العالية ومجاهد وأبو القاسم ومحمد بن علي وسعيد بن عبد العزيز والمنذر لأن الله تعالى أمر بالغسل ولم يذكر التخليل وأكثر من حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحكه ولو كان واجباً لما أخل به في وضوء ولو فعله في كل وضوء لنقله كل من حكى وضوءه أو أكثرهم وتركه لذلك يدل على أن غسل ما تحت الشعر الكثيف ليس بواجب لان النبي صلى الله عليه وسلم كان كثيف اللحية فلا يبلغ الماء ماتحت شعرها بدون التخليل والمبالغة وفعله التخليل في بعض أحيانه يدل على استحباب ذلك والله أعلم

(فصل) قال يعقوب سألت أحمد عن التخليل فأراني من تحت لحيته فخلل بالاصابع وقال حنبل من تحت ذقنه من أسفل الذقن يخلل جانبي لحيته جميعا بالماء ويمسح جانبيها وباطنها، وقال أبو الحارث قال أحمد إن شاء خللها مع وجهه وإن شاء اذا مسح رأسه ، ويستحب أن يتعهد بقية شعور وجهه ويمسح مآقيه ليزول مابهما من كحل أو غمص وقد روى أبو داود باسناده عن أبي أمامة أنه ذكر وضوء رسول الله ﷺ فقال وكان يمسح الماقين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأخذ ماء جديد للأذنين ظاهرهما وباطنهما)

المستحب أن يأخذ لأذنيه ماء جديداً قال أحمد أنا أستحب أن يأخذ لاذنيه ماء جديداً كان ابن عمر يأخذ لاذنيه ماء جديداً وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابن المنذر هذا الذي قالوه غير موجود في الاخبار، وقد روى أبو أمامة وأبو هريرة وعبدالله بن زيد أن النبي ﷺ قال « الاذنان

أبو داود وابن ماجه وقال سمعت علي بن محمد يقول انما هذا في الحفيرة فأما اليوم فمغتسلاتهم الجص والصاروج والقير فاذا بال وأرسل عليه الماء فلا بأس به ، وقال الامام أحمد إن صب عليه الماء وجرى في البالوعة فلا بأس وقد قيل ان البصاق على البول يورث الوسواس وان البول على النار يورث السقم، ويكره أن يتوضأ على موضع بوله أو يستنجى عليه لئلا يتنجس به وتوقي ذلك كله أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يستقبل الشمس ولا القمر) لما فيهما من نور الله وقدروي أن معهما ملائكة فان استتر عنهما بشيء فلا بأس ولا يستقبل الريح لئلا يتنجس بالبول

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يستقبل القبلة في الفضاء) وهذا قول أكثر أهل العلم لما روى أبو أيوب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ببول ولا غائط ولكن شرقوا أو غربوا » قال أبو أيوب فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو

من الرأس » رواهن ابن ماجه ، وروى ابن عباس والربيع بنت معوذ والمقدام بن معديكرب أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه مرة واحدة رواهن أبو داود .ولنا ان افرادهما بماء جديد قد روي عن ابن عمر ، وقدذهب الزهري الى انهما من الوجه ، وقال الشعبي ما أقبل منهما من الوجه وظاهرهما من الرأس ، وقال الشافعي وأبو ثور ليس من الوجه ولا من الرأس ففي افرادهما بماء جديد خروج من الخلاف فكان أولى ، وان مسحهما بماء الرأس أجزأه لان النبي ﷺ فعله

(فصل) قال المروذي : رأيت أبا عبد الله مسح رأسه ولم أره يمسح على عنقه فقلت له أتمسح على عنقك ؟ قال انه لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم . فقلت أليس قد روي عن أبي هريرة قال هو موضع الغل . قال نعم ولكن هكذا يمسح النبي ﷺ لم يفعله وقال أيضاً هو زيادة ، وذكر القاضي وغيره ان فيه رواية أخرى أنه مستحب واحتج بعضهم أن في خبر ابن عباس امسحوا أعناقكم مخافة الغل والذي وقفت عليه عن أحمد في هذا أن عبدالله قال رأيت أبي اذا مسح رأسه وأذنيه في الوضوء مسح قفاه ووهن الخلال هذه الرواية وقال هي وهم وقد أنكر أحمد حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح رأسه حتى بلغ القذال وهو أول القفا وذكر أن سفيان كان ينكره وأنكره يحيي أيضاً وخبر ابن عباس لا نعرفه ولم يروه أصحاب السنن

(فصل) وذكر بعض أصحابنا من سنن الوضوء غسل داخل العينين وروي عن ابن عمر أنه عمي من كثرة ادخال الماء في عينيه ، وقال القاضي انما يستحب ذلك في الغسل نص عليه أحمد في مواضع وذلك لان غسل الجنابة أبلغ فانه يعم جميع البدن ونغسل فيه بواطن الشعور الكثيفة وما تحت الجفنين ونحوهما وداخل العينين من جملة البدن الممكن غسله فاذا لم تجب فلا أقل من أن يكون مستحبا والصحيح ان هذا ليس بمسنون في وضوء ولا غسل لان النبي ﷺ لم يفعله ولا أمر به وفيه ضرر . وما ذكر عن ابن عمر فهو دليل على كراهته لانه ذهب ببصره وفعل ما يخاف منه ذهاب البصر أو نقصه من غير ورود الشرع به اذا لم يكن محرما فلا أقل من أن يكون مكروها

الكعبة فننحرف عنها ونستغفر الله .متفق عليه ولم يقل البخاري ببول ولا غائط[1] وعن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا جلس أحدكم على حاجته فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها » رواه مسلم ، وقال عروة وداود وربيعة يجوز استقبالها واستدبارها لما روى جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقبل القبلة ببول فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ، وهذا دليل على النسخ . ولنا أحاديث النهي وهي صحيحة وحديث جابر يحتمل أنه رآه في البنيان أو مستتراً بشيء فلا يثبت النسخ بالاحتمال ويتعين حمله على ما ذكرنا ليكون موافقا لما ذكر من الاحاديث

﴿ مسئلة ﴾ (وفي استدبارها فيه واستقبالها في البنيان روايتان) وجملة ذلك ان استدبار الكعبة بالبول والغائط فيه ثلاث روايات (إحداها) يجوز في الفضاء والبنيان جميعا لما روي ابن عمر

[1] اي في الحديث المسند ولكن ذكره في ترجمة الباب معزوا الى النبي «ص»

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتخليل مابين الاصابع)

تخليل أصابع اليدين والرجلين في الوضوء مسنون وهو في الرجلين آكد لقول النبي صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة « أسبغ الوضوء وخلل الاصابع » وهو حديث صحيح ،وقال المستورد بن شداد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا توضأ دلك أصابع رجله بخنصره : رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال لانعرفه الا من حديث ابن لهيعة ويستحب أن يخلل أصابع رجليه بخنصره لهذا الحديث ويبدأ في تخليل اليمنى من خنصرها الى ابهامها ، وفي اليسرى من ابهامها إلى خنصرها لان النبي ﷺ كان يحب التيامن في وضوئه وفي هذا تيمن

(فصل) يستحب أن يحرك رجله بيده ويتعهد عقبه والمواضع التي يزلق عنها الماء ،قال أبو داود قلت لاحمد : اذا توضأ فأدخل رجله في الماء وأخرجها ؟ قال ينبغي أن يمر يده على رجله ويخلل أصابعه قلت فان لم يفعل يجزئه ، قال أرجو أن يجزئه من التخليل أن يحرك رجله في الماء فانه ربما زلق الماء عن الجسد في الشتاء قيل له : من توضأ يحرك خاتمه ؟ قال إن كان ضيقا لابد أن يحركه وإن كان واسعا يدخل فيه الماء أجزأه ، وقد روي أبو رافع رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان اذا توضأ حرك خاتمه ، واذا شك في وصول الماء إلى ماتحته وجب تحريكه ليتيقن وصول الماء اليه لان الاصل عدم وصوله وإن التف بعض أصابعه على بعض وكان متصلا لم يجب فصل احداهما من الأخرى لانهما صارتا كأصبع واحدة وإن لم يكن ملتصقا وجب إيصال الماء إلى مابينهما

قال رقيت يوما على بيت حفصة فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم على حاجته مستقبل الشام مستدبراً الكعبة . متفق عليه (والثانية) لايجوز ذلك فيهما لحديث أبي أيوب ولما روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ « اذا جلس أحدكم على حاجته فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها » رواه مسلم (والثالثة) يجوز ذلك في البنيان ولا يجوز في الفضاء وهو الصحيح روي جواز استقبال القبلة واستدبارها في البنيان عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر لحديث جابر ،ولما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له أن قوما يكرهون استقبال القبلة بفروجهم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقد فعلوها ؟ استقبلوا بمقعدتي القبلة » رواه أصحاب السنن ،قال أبو عبد الله أحسن ماروي في الرخصة حديث عائشة فان كان مرسلا فان مخرجه حسن أنما سماه أبو عبد الله مرسلا لان عراك بن مالك رواه عن عائشة ، قال أحمد ولم يسمع عنها ، وروى مروان الاصفر قال رأيت ابن عمر أناخ ناقته (راحلته) مستقبل القبلة ثم جلس يبول اليها فقلت أبا عبد الرحمن : أليس نهي عن هذا ؟ قال بلى انما نهي عن هذا في الفضاء أما اذا كان بينك وبين القبلة شيء يسترك فلا بأس . رواه أبو داود وهذا تفسير لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم العام وفيه جمع بين الاحاديث بحمل أحاديث النهي على الفضاء وأحاديث الرخصة على البنيان فيتعين المصير اليه ، وأما

« مسئلة » قال (وغسل الميامن قبل المياسر)

لاخلاف بين أهل العلم فيما علمنا في استحباب البداءة باليمنى وممن روي ذلك عنه أهل المدينة وأهل العراق وأهل الشام وأصحاب الرأي وأجمعوا على أنه لاإعادة على من بدأ بيساره قبل يمينه ، وأصل الاستحباب في ذلك ماروي أن النبي ﷺ كان يعجبه ذلك ويفعله فروت عائشة أن النبي ﷺ كان يحب التيمن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله . متفق عليه ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « اذا توضأتم فابدؤا بميامنكم » رواه ابن ماجه ، وحكى عثمان وعلي رضي الله عنهما وضوء النبي ﷺ فبدآ باليمنى قبل اليسرى . رواهما أبوداود ولا يجب ذلك لان اليدين بمنزلة العضو الواحد وكذا الرجلان فان الله تعالى قال (وأيديكم وأرجلكم) ولم يفصل . والفقهاء يسمون أعضاء الوضوء أربعة يجعلون اليدين عضواً والرجلين عضواً ولا يجب الترتيب في العضو الواحد

«باب فرض الطهارة»

﴿مسئلة﴾ قال (وفرض الطهارة ماء طاهر وازالة الحدث)

أراد بالطاهر الطهور وقد ذكرنا فيما مضى أن الطهارة لاتصح الا بالماء الطهور وعنى بازالة الحدث الاستنجاء بالماء أو بالاحجار وينبغي أن يتقيد ذلك بحالة وجود الحدث كما تقيد اشتراط الطهارة بحالة وجوده وسمى هذين فرضين لانهما من شرائط الوضوء وشرائط الشيء واجبة له والواجب هو الفرض في إحدى الروايتين وظاهر كلام الخرقي اشتراط الاستنجاء لصحة الوضوء فلو توضأ قبل الاستنجاء لم يصح كالتيمم (والرواية الثانية) يصح الوضوء قبل الاستنجاء ويستجمر بعد ذلك بالاحجار

استقبالها في البنيان ففيه روايتان (احداهما) يجوز لما ذكرنا وبه قال مالك والشافعي (والثانية) لايجوز وهو قول الثوري وأبي حنيفة لعموم أحاديث النهي والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا فرغ مسح بيده اليسرى من أصل ذكره الى رأسه ثم ينتره ثلاثا) فيجعل يده على أصل الذكر من تحت الانثيين ثم يسلته إلى رأسه فينتر ذكره ثلاثا برفق لماروى يزداد اليماني قال : قال رسول الله ﷺ « اذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات » رواه أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يمس ذكره بيمينه ولا يستجمر بها) لما روى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمسكن أحدكم ذكره بيمينه وهو يبول ولا يتمسح من الخلاء بيمينه » متفق عليه فان كان يستجمر من غائط أخذ الحجر بيساره فمسح به . وإن كان من البول أمسك ذكره بشماله ومسحه على الحجر فان كان الحجر صغيراً وضعه بين عقبيه أو بين أصابعه ومسح عليه إن أمكنه وإلا أمسك الحجر بيمينه ومسح بيساره الذكر عليه ، وقيل يمسك الذكر بيمينه ويمسحه بيساره والاول أولى لما ذكرنا من الحديث ولانه إذا أمسك الحجر بيمينه ومسح بيساره لم يكن ماسحاً

أو يغسل فرجه بحائل بينه وبين يديه ولا يمس الفرج وهذه الرواية أصح وهي مذهب الشافعي لأنها إزالة نجاسة فلم تشترط لصحة الطهارة كالو كانت على غير الفرج فاما التيمم قبل الاستجمار فقال القاضي لا يصح وجها واحداً لان التيمم لا يرفع الحدث وانما أبيح للصلاة ومن عليه نجاسة يمكنه ازالتها لا تباح له الصلاة فلم تصح نية الاستباحة كالتيمم قبل الوقت وقال القاضي فيه وجه آخر انه يصح لان التيمم طهارة فأشبهت الوضوء والمنع من الاباحة لمانع آخر لا يقدح في صحة التيمم كما لو تيمم في موضع نهي عن الصلاة فيه أو تيمم من على ثوبه نجاسة أو على بدنه في غير الفرج، وقال ابن عقيل لو كانت النجاسة على غير الفرج من بدنه فهو كما لو كانت على الفرج لما ذكرنا من العلة، والاشبه التفريق بينهما كما لو افترقا في طهارة الماء ولان نجاسة الفرج سبب وجوب التيمم فجاز أن يكون بقاؤها مانعاً منه بخلاف سائر النجاسات

﴿ مسئلة ﴾ قال (والنية للطهارة)

يعني نية الطهارة والنية القصد يقال نواك الله بخير أي قصدك به ونويت السفر أي قصدته وعزمت عليه، والنية من شرائط الطهارة للاحداث كلها لا يصح وضوء ولا غسل ولا تيمم إلا بها وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال ربيعة ومالك والشافعي والليث وإسحاق وأبو عبيدة وابن المنذر، وقال الثوري وأصحاب الرأي لا تشترط النية في طهارة الماء وانما تشترط في التيمم لان الله تعالى قال (إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية ذكر الشرائط ولم يذكر النية ولو كانت

يمينه ولا ممسكا للذكر بها، فان كان أقطع اليسرى أو بها مرض استجمر بيمينه للحاجة. فأما الاستعانة بها في الماء فلا يكره لان الحاجة داعية اليه (فان استجمر بيمينه لغير حاجة أجزأه) في قول أكثر أهل العلم وحكي عن بعض أهل الظاهر أنه لا يجزئه لانه منهي عنه أشبه مالو استنجى بالروث والرمة والاول أولى لان الروث آلة الاستجمار المباشرة للمحل وشرطه فلم يجز استعمال الآلة المنهي عنها فيه واليد ليست المباشرة للمحل ولا شرطاً فيه انما يتناول بها الحجر الملاقي للمحل فصار النهي عنها نهي تأديب لا يمنع الاجزاء

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يتحول عن موضعه لئلا يتنجس بالخارج منه ثم يستجمر ثم يستنجي بالماء) الجمع بين الحجر والماء أفضل لان الحجر يزيل ما غلظ من النجاسة فلا تباشرها يده. والماء يزيل ما بقي قال احمد: ان جمعهما فهو أحب إلي لما روي عن عائشة أنها قالت للنساء: مرن أزواجكن أن يتبعوا الحجارة الماء من أثر الغائط والبول فاني أستحيهما وان النبي ﷺ كان يفعله قال الترمذي هذا حديث صحيح

﴿مسئلة﴾ قال (ويجزئه أحدهما) في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن سعد بن أبي وقاص وابن الزبير أنهما أنكرا الاستنجاء بالماء. قال سعيد بن المسيب: وهل يفعل ذلك الا النساء؟ وقال عطاء غسل الدبر

شرطاً لذكرها ولان مقتضي الامر حصول الاجزاء بفعل المأمور به فتقتضي الآية حصول الاجزاء بما تضمنته ولانها طهارة بالماء فلم تفتقر إلى النية كغسل النجاسة ـ ولنا ماروى عمر عن النبي ﷺ قال « انما الاعمال بالنيات وإنما لكل امريء مانوى » متفق عليه فنفى أن يكون له عمل شرعي بدون النية ولانها طهارة عن حدث فلم تصح بغير نية والآية حجة لنا فان قوله (إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) أي للصلاة كما يقال إذا لقيت الامير فترجل ـ أي له ـ وإذا رأيت الاسد فاحذر ـ أي منه وقولهم ذكر كل الشرائط قلنا إنما ذكر أركان الوضوء وبين النبي ﷺ شرطه كآية التيمم وقولهم مقتضى الامر حصول الاجزاء قلنا بل مقتضاه وجوب الفعل وهو واجب فاشترط لصحته شرط آخر بدليل التيمم وقولهم انها طهارة قلنا إلا أنها عبادة والعبادة لاتكون الا منوية لأنها قربة إلى الله تعالى وطاعة له وامتثال لامره ولا يحصل ذلك بغير نية

(فصل) ومحل النية القلب إذ هي عبارة عن القصد ومحل القصد القلب فمتى اعتقد بقلبه أجزأه وان لم يلفظ بلسانه وان لم تخطر النية بقلبه لم يجزه ، ولو سبق لسانه الى غير ما اعتقده لم يمنع ذلك صحة ما اعتقده بقلبه

(فصل) وصفتها أن يقصد بطهارته استباحة شيء لايستباح إلا بها كالصلاة والطواف ومس المصحف وينوي رفع الحدث ومعناه إزالة المانع من كل فعل يفتقر إلى الطهارة وهذا قول من

محدث ، والاول أولى لما روى أنس قال كان النبي ﷺ يدخل الخلاء فاحمل أنا وغلام نحوي أداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء متفق عليه ولما ذكرنا من حديث عائشة وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: « نزلت هذه الآية في أهل قباء (فيه رجال يحبون أن يتطهروا) قال كانوا يستنجون بالماء فنزلت فيه هذه الآية » رواه أبو داود وروي عن ابن عمر انه كان لا يفعله ثم فعله وقال لنافع إنا جربناه فوجدناه صالحاً ولانه يطهر النجاسة في غير محل الاستنجاء فجاز في محل الاستنجاء قياساً عليه ، فأما الاقتصار على الاستجمار فهو جائز بغير خلاف بين أهل العلم لما يذكر من الاخبار وهو إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ومتى أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أفضل لما روينا من الاحاديث ولانه يزيل العين والاثر ويطهر المحل وأبلغ في التنظيف

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أن يعدوا الخارج موضع الحاجة فلا يجزيء إلا الماء) مثل أن ينتشر إلى الصفحتين أو يمتد الى الحشفة كثيراً وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر لان الاستجمار في المحل المعتاد رخصة لاجل المشقة في غسله لتكرر النجاسة فيه فما لا يتكرر لايجزيء فيه إلا الماء كساقيه ولذلك قال علي رضي الله عنه ـ إنكم كنتم تبعرون بعراً وأنتم اليوم تثلطون ثلطا فاتبعوا الماء الاحجار فأما قوله عليه السلام « يكفي أحدكم ثلاثة أحجار » يحمل على ما إذا لم يتجاوز موضع العادة لما ذكرنا

(فصل) والمرأة البكر كالرجل لان عذرتها تمنع انتشار البول ، فأما الثيب فان خرج البول بحدة ولم ينتشر فكذلك وان تعدى الى مخرج الحيض فقال أصحابنا يجب غسله لان مخرج الحيض غير مخرج البول ، قال شيخنا ويحتمل أن لايجب لان هذا إعادة في حقها فكفى فيه الاستجمار كالمعتاد في غيرها ولان الغسل لو لزمها لبينه النبي ﷺ لازواجه لكونه مما يحتاج الى معرفته ، وان شك في انتشار الخارج لم يجب الغسل لان الاصل عدمه والاولى الغسل احتياطا

واتفقنا على اشتراط النية لا نعلم بينهم فيه اختلافا، فان نوى بالطهارة مالا تشرع له الطهارة كالتبرد والاكل والبيع والنكاح ونحوه ولم ينو الطهارة الشرعية لم يرتفع حدثه لانه لم ينو الطهارة ولا ما يتضمن نيتها فلم يحصل له شيء كالذي لم يقصد شيئا ، وان نوى تجديد الطهارة فتبين أنه كان محدثا فهل تصح طهارته؟ على روايتين (إحداهما) تصح لانه نوى طهارة شرعية فينبغي أن يحصل له مانواه للخبر وقياسا على ما لو نوى رفع الحدث (والثانية) لا تصح طهارته لانه لم ينو رفع الحدث ولا ما تضمنه أشبه ما لم نوى التبرد ، وان نوى ماتشرع له الطهارة ولا تشترط كقراءة القرآن والآذان والنوم فهل يرتفع حدثه ؟ على وجهين أصلهما إذا نوى تجديد الوضوء وهو محدث والاولى صحة طهارته لانه نوى شيئا من ضرورة صحة الطهارة وهو لفضيلة الحاصلة لمن فعل ذلك وهو على طهارة فصحت طهارته كما لو نوى بها ما لا يباح الا بها ولانه نوى طهارة شرعية فصحت للخبر ، فان قيل يبطل هذا بما لو نوى بطهارته مالا تشرع له الطهارة . قلنا ان نوى طهارة شرعية مثل ان قصد أن يأكل وهو متطهر طهارة شرعية أو قصد أن لا يزال على وضوء فهو كمسئلتنا وتصح طهارته . وان قصد بذلك نظافة أعضائه من وسخ أو طين أو غيره لم تصح طهارته لانه لم يقصدها . وان نوى وضوءاً مطلقا أو طهارة ففيه وجهان أصحهما صحته لان الوضوء والطهارة انما ينصرف اطلاقها الى المشروع فيكون ناويا لوضوء شرعي . والوجه الثاني لا تصح طهارته في هذه المواضع كلها لانه قصد مايباح بدون الطهارة أشبه قاصد الاكل ـ والطهارة تنقسم الى ماهو مشروع والى غيره فلم تصح مع التردد، وان نوى بطهارته رفع الحدث وتبريد أعضائه صحت طهارته لان التبريد يحصل بدون النية فلم يؤثر هذا الاشتراك كما لو قصد بالصلاة الطاعة والخلاص من خصمه، وان قصد الجنب بالغسل اللبث في المسجد ارتفع حدثه لانه شرط لذلك

(فصل) ويجب تقديم النية على الطهارة كلها لانها شرط لها فيعتبر وجودها في جميعها فان وجد شيء من واجبات الطهارة قبل النية لم يعتد به، ويستحب أن ينوي قبل غسل كفيه لتشمل النية مسنون الطهارة ومفروضها فان غسل كفيه قبل النية كان كمن لم يغسلهما، ويجوز تقديم النية على الطهارة بالزمن اليسير كقولنا في الصلاة وان طال الفصل لم يجزه ذلك ،ويستحب استصحاب ذكر النية الى آخر طهارته

(فصل) والاقلف ان كانت بسرته لا تخرج من قلفته فهو كالمختتن وان كان يمكنه كشفها كشفها فاذا بال واستجمر أعادها ، وان تنجست بالبول لزمه غسلها كما لو انتشر الى معظم الحشفة

(فصل) وان انسد المخرج المعتاد وانفتح آخر لم يجز فيه الاستجمار ، وحكي عن بعض أصحابنا أنه يجزئه لانه صار معتاداً ـ ولنا أن هذا نادر بالنسبة الى سائر الناس فلم يثبت فيه أحكام الفرج ولان لمسه لا ينقض الوضوء ولا يتعلق بالايلاج فيه شيء من أحكام الوطء أشبه سائر البدن

(فصل) والاولى أن يبدأ الرجل بالاستنجاء في القبل لئلا تتلوث يده إذا شرع في الدبر لان قبله بارز فأما المرأة فهي مخيرة في البداية بايهما شاءت لعدم ذلك فيها واذا استنجى بالماء ثم فرغ استحب له دلك يده بالأرض لما روت ميمونة أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك رواه البخاري

لتكون أفعاله مقترنة بالنية فان استصحب حكمها أجزأه ومعناه أن لا ينوي قطعها وان عزبت عن خاطره وذهل عنها لم يؤثر ذلك في قطعها لان ما اشترطت له النية لا يبطل بعزوبها والذهول عنها كالصلاة والصيام وان قطع نيته في أثنائها مثل أن ينوي أن لا يتم طهارته وان نوى جعل الغسل لغير الطهارة لم يبطل مامضى من طهارته لانه وقع صحيحا فلم يبطل بقطع النية بعده كما لو نوى قطع النية بعد الفراغ من الوضوء وما أتى من الغسل بعد قطع النية لم يعتد به لانه وجد بغير شرطه فان أعاد غسله بنية قبل طول الفصل صحت طهارته لوجود أفعال الطهارة كلها منوية متوالية وان طال الفصل انبنى ذلك على وجوب الموالاة في الوضوء فان قلنا هي واجبة بطلت طهارته لفوآتها وان قلنا هي غير واجبة أتمها

(فصل) وإن شك في النية في أثناء الطهارة لزمه استئنافها لانها عبادة شك في شرطها وهو فيها فلم تصح كالصلاة إلا أن النية إنما هي القصد ولا يعتبر مقارنتها فمها علم انه جاء ليتوضأ وأراد فعل

ويستحب أن يمكث قليلا قبل الاستنجاء حتى ينقطع أثر البول فان استنجى عقيب انقطاعه جاز لان الظاهر انقطاعه ، وقد قيل إن الماء يقطع البول ولذلك سمي الاستنجاء انتقاص الماء ويستحب أن ينضح على فرجه وسراويله بعد الاستنجاء ليزيل عنه الوسواس قال حنبل سألت أحمد قلت أتوضأ وأستبرىء وأجد في نفسي أني قد أحدثت بعد ؟ قال : اذا توضأت فاستبرىء ثم خذ كفا من ماء فرشه في فرجك لا تلتفت اليه فانه يذهب إن شاء الله ، وقد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « جاءني جبريل فقال يا محمد اذا توضأت فانتضح » حديث غريب

(فصل) واذا استنجى بالماء لم يحتج الى التراب لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استعمل التراب مع الماء في الاستنجاء ولا أمر به

﴿مسئلة﴾ قال (ويجوز الاستجمار بكل طاهر ينقي كالحجر ونحوه الخشب والخرق)

أما الاستجمار بالاحجار فلا خلاف فيه فيما علمنا وذلك لما روي عن النبي ﷺ انه قال « اذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار فانها تجزيء عنه » رواه أبو داود ، فأما الاستجمار بما سواها كالخشب والخرق وما في معناها مما ينقي فهو جائز في الصحيح من المذهب وقول أكثر أهل العلم وعنه لا يجزيء الا الاحجار اختارها أبو بكر وهو مذهب داود لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالاحجار وأمره يقتضي الوجوب ولانه موضع رخصة ورد الشرع فيها بآلة مخصوصة فوجب الاقتصار عليها كالتراب في التيمم وقياساً على رمي الجمار ، ولنا ما روى طاوس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا أتى أحدكم البراز فلينزه قبلة الله فلا يستقبلها ولا يستدبرها وليستطب بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو ثلاث حثيات من تراب » رواه الدارقطني قال وقد روي عن ابن عباس مرفوعا والصحيح انه مرسل وفي حديث سلمان عن النبي ﷺ انه لينهانا أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار وأن نستنجي برجيع أو عظم رواه مسلم . وتخصيص هذين بالنهي يدل على أنه أراد الحجارة وما قام مقامها والا لم يكن تخصيص هذين بالنهي معنى ، ولانه متى ورد النص بشيء لمعنى معقول

الوضوء مقارناً له أوسابقاً عليه قريبا منه فقد وجدت النية ، وإن شك في وجود ذلك في أثناء الطهارة لم يصح مافعله منها ، وهكذا إن شك في غسل عضو أو مسح رأسه كان حكمه حكم من لم يأت به لان الاصل عدمه إلا أن يكون ذلك وهما كالوسواس فلا يلتفت اليه، وإن شك في شيء من ذلك بعد فراغه من الطهارة لم يلتفت الى شكه لانه شك في العبادة بعد فراغه منها أشبه الشك في شرط الصلاة ، ويحتمل أن تبطل الطهارة لان حكمها باق بدليل بطلانها بمبطلاتها بخلاف الصلاة والاول أصح لانها كانت محكوما بصحتها قبل شكه فلا يزول ذلك بالشك كالوشك في وجود الحدث المبطل

(فصل) وإذا وضأه غيره اعتبرت النية من المتوضيء دون الموضيء لان المتوضيء هو المخاطب بالوضوء والوضوء يحصل له بخلاف الموضي فانه آلة لايخاطب ولا يحصل له فأشبه الاناء أو حامل الماء اليه

(فصل) واذا توضأ وصلى الظهر ثم أحدث وتوضأ وصلى العصر ثم علم انه ترك مسح رأسه أو واجبا في الطهارة في أحد الوضوئين لزمه اعادة الوضوء والصلاتين معا لانه تيقن بطلان أحد الصلاتين لا بعينها وكذا لو ترك واجبا في وضوء احدى الصلوات الخمس ولم يعلم عينه لزمه اعادة الوضوء والصلوات الخمس لانه يعلم ان

وجب تعديته الى ما وجد فيه المعنى ، والمعنى ههنا ازالة عين النجاسة وهذا يحصل بغير الاحجار كحصوله بها فأما التيمم فانه غير معقول

(فصل) ويشترط فيما يستجمر به أن يكون طاهراً كما ذكر، فان كان نجسا لم يجزئه الاستجمار به وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجزئه لانه يجففه كالطاهر ، ولنا أن ابن مسعود جاء الى النبي ﷺ بحجرين وروثة ليستجمر بها فأخذ الحجر وألقى الروثة وقال « هذا ركس » يعني نجسا ، رواه الترمذي وهذا تعليل من النبي ﷺ يجب المصير اليه ،ولانه ازالة نجاسة فلا تحصل بالنجس كالغسل، فان استجمر بنجس احتمل أن لا يجزئه الاستجمار بعده لانها نجاسة من خارج فلم يجز فيها غير الماء كما لو تنجس المحل بها ابتداء ، ويحتمل أن يجزئه لان هذه النجاسة تابعة لنجاسة المحل فزالت بزوالها ، ويشترط أن يكون مما ينقي لان الانقاء شرط في الاستنجاء فان كان زلجا كالزجاج والفحم الرخو وشبههما أو نديا لاينقي لم يجز في الاستجمار لانه لايحصل به المقصود

﴿مسئلة ﴾ قال (الا الروث والعظام والطعام وما له حرمة وما يتصل بحيوان)

وجملة ذلك انه لايجوز الاستجمار بالروث ولا العظام ولا يجزيء في قول أكثر أهل العلم وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة يجوز الاستجمار بهما لانهما يجففان النجاسة وينقيان المحل فهما كالحجر ،وأباح مالك الاستنجاء بالطاهر منهما ، ولنا ماروى مسلم عن ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فانه زاد اخوانكم من الجن» وروى الدارقطني أن النبي ﷺ نهى أن يستنجى بروث أوعظم وقال« انهما لا يطهران » وقال اسناد صحيح ، وروى أبو داود عنه ﷺ أنه قال لرويفع بن ثابت « اخبر الناس انه من استنجى برجيع أو عظم فهو بريء من محمد » وهذا عام في الطاهر منهما وغيره ،والنهي يقتضي الفساد وعدم الاجزاء، و كذلك الطعام يحرم الاستنجاء

عليه صلاة من خمس لا يعلم عينها فلزمته كما لو نسي صلاة في يوم لا يعلم عينها وان كان الوضوء تجديداً لاعن حدث وقلنا ان التجديد لا يرفع الحدث فكذلك لان وجوده كعدمه وان قلنا يرفع الحدث لم يلزمه إلا الاولى لان الطهارة الاولى ان كانت صحيحة فصلاته كلها صحيحة لانها باقية لم تبطل بالتجديد وإن كانت غير صحيحة فقد ارتفع الحدث بالتجديد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وغسل الوجه وهو من منابت شعر الرأس الى ما انحدر من اللحيين والذقن والى أصول الاذنين ويتعاهد المفصل وهو ما بين اللحية والاذن)

غسل الوجه واجب بالنص والاجماع وقوله من منابت شعر الرأس أي في غالب الناس ولا يعتبر كل واحد بنفسه بل لو كان أجلح ينحسر شعره عن مقدم رأسه غسل إلى حد منابت الشعر في الغالب والاقرع الذي

به بطريق التنبيه لان النبي ﷺ علل النهي عن الروث والرمة بكونه زاد الجن فزادنا أولى لكونه أعظم حرمة، فان قيل فقد نهى عن الاستجمار باليمين كنهيه عن الاستجمار بهذين ولم يمنع ذلك الاجزاء فعنه جوابان (أحدهما) انه قد بين في الحديث انهما لا يطهران (الثاني) الفرق بينهما وهو أن النهي ههنا لمعنى في شرط الفعل فمنع صحته كالنهي عن الوضوء بالماء النجس وثم لمعنى في آلة الشرط فلم يمنع كالوضوء من إناء محرم وكذلك ماله حرمة مثل كتب الفقه والحديث لما فيه من هتك الشريعة والاستخفاف بحرمتها فهو في الحرمة أعظم من الروث والرمة وكذلك ما يتصل بحيوان كعقبه ويده وذنب البهيمة وصوفها المتصل بها لان له حرمة فهو كالطعام

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجزيء أقل من ثلاث مسحات اما بحجر ذي شعب أو بثلاثة)

أما الاستجمار بثلاثة أحجار فيجزيء اذا حصل بها الانقاء بغير خلاف علمناه لما ذكرنا من النص والاجماع فأما الحجر الذي له ثلاث شعب فيجوز الاستجمار به في ظاهر المذهب وهو اختيار الخرقي ومذهب الشافعي واسحاق وأبي ثور ، وعن أحمد رواية أخرى لا يجزيء أقل من ثلاثة أحجار وهو قول أبي بكر وابن المنذر لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يستنج أحدكم بدون ثلاثة أحجار » رواه مسلم ولا يكفي أحدكم دون ثلاثة احجار ولانه اذا استجمر بالحجر تنجس فلم يجز الاستجمار به ثانيا كالصغير . ولنا انه استجمر ثلاثا منقية بما وجد فيه شروط الاستجمار فأجزأه كما لو فصله ثلاثة احجار واستجمر بها فانه لا فرق بينهما إلا فصله ولا أثر لذلك في التطهير والحديث يقتضي ثلاث مسحات بحجر كما يقال ضربته ثلاثة اسواط أي ثلاث ضربات بسوط وذلك لان معناه معقول ومراده معلوم والحاصل من ثلاثة احجار حاصل من ثلاث شعب ، ومن مسحه ذكره في صخرة عظيمة بثلاثة مواضع منها فلا معنى للجمود على اللفظ مع وجود ما يساويه ، وقولهم ان الحجر يتنجس قلنا انما يمسح بالموضع الطاهر أشبه مالو تنجس جانبه بغير الاستجمار ولانه لو استجمر به ثلاثة حصل لكل واحد منهم مسحة وقام مقام ثلاثة احجار فكذلك اذا استجمر به الواحد

(فصل) ولو استجمر ثلاثة بثلاثة احجار لكل حجر ثلاث شعب استجمر كل واحد بشعبة

ينزل شعره الى الوجه يجب عليه غسل الشعر الذي ينزل عن حد الغالب ، وذهب الزهري الى ان الاذنين من الوجه يغسلان معه لقوله عليه السلام « سجد وجهي لله الذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره » أضاف السمع اليه كما أضاف البصر . وقال مالك : ما بين اللحية والاذن ليس من الوجه ولا يجب غسله لان الوجه ما تحصل به المواجهة وهذا لا يواجه به . قال ابن عبد البر لا أعلم أحداً من فقهاء الامصار قال بقول مالك هذا ولنا على الزهري قول النبي صلى الله عليه وسلم « الاذنان من الرأس » وفي حديث ابن عباس والربيع والمقدام ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح أذنيه مع رأسه وقد ذكرناهما ولم يحك أحد انه غسلهما مع الوجه وانما أضافهما الى الوجه لمجاورتهما له والشيء يسمى باسم ما جاوره . ولنا على مالك ان هذا من الوجه في حق من لا لحية له فكان منه في حق من له لحية كسائر الوجه ، وقوله ان الوجه ما يحصل به المواجهة قلنا

من حجر او استجمر بحجر ثم غسله وكسر ما تنجس منه ثم استجمر به ثانيا ثم فعل ذلك واستجمر به ثلاثا أجزأه لحصول المعنى والانقاء ، ويحتمل على قول ابي بكر أن لا يجزئه جموداً على اللفظ وهو بعيد والله أعلم

(فصل) ويشترط للاستجمار الانقاء وكمال العدد ومعنى الانقاء في الاستجمار إزالة عين النجاسة وبللها بحيث يخرج نقياً ليس عليه أثر الاشيئاً يسيرا ، ومعنى الانقاء في الاستنجاء ذهاب لزوجة النجاسة وآثارها ، فان وجد الانقاء ولم يكمل العدد لم يجزىء ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك يجزىء وبه قال داود لحصول المقصود وهو الانقاء ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج » ولنا قول سلمان لقد نهانا يعني النبي صلى الله عليه وسلم أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار . فأما قوله « فلا حرج » في حديثهم يعني في ترك الوتر لا في ترك العدد لان المأمور به في الخبر الوتر فيعود نفي الحرج اليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم ينق بها زاد حتى ينقي) لان المقصود إزالة آثار النجاسة فاذا لم ينق لم يحصل مقصود الاستجمار

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقطع على وتر) لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « من استجمر فليوتر » متفق عليه ، وهو مستحب غير واجب لقول رسول الله ﷺ « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج » رواه الامام احمد وأبو داود « فليستجمر ثلاثا أو خمسا أو سبعاً أو تسعا » فان أنقى بشفع أجزأ لما ذكرنا

(فصل) وكيفما حصل الانقاء في الاستجمار أجزأ ، وذكر القاضي ان المستحب أن يمرّ الحجر الاول من مقدم صفحته اليمنى الى مؤخرها ثم يديره على اليسرى حتى يصل به الى الموضع الذي بدأ منه ثم يمر الثاني من مقدم صفحته اليسرى كذلك ثم يمر الثالث على المسربة والصفحتين لقول النبي ﷺ « أو لا يجد أحدكم حجرين للصفحتين وحجراً للمسربة » رواه الدارقطني وقال إسناده حسن ،

وهذا يحصل به المواجهة في الغلام ، ويستحب تعاهد هذا الموضع بالغسل لانه مما يغفل الناس عنه ، قال المروذي : أراني أبو عبدالله مابين أذنه وصدغه وقال هذا موضع ينبغي أن يتعاهد وهذا الموضع مفصل اللحي من الوجه فلذلك سماه الخرقي مفصلا

(فصل) ويدخل في الوجه العذار وهو الشعر الذي على العظم الناتيء الذي هو سمت صماخ الاذن وما انحط عنه الى وتد الأذن. والعارض وهو مانزل عن حد العذار وهو الشعر الذي على اللحيين قال الاصمعي والمفضل بن سلمة: ماجاوز وتد الاذن عارض والذقن مجمع اللحيين . فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه وكذلك الشعور الاربعة وهي الحاجبان وأهداب العينين والعنفقة والشارب فأما الصدغ وهو الشعر الذي بعد انتهاء العذار وهو مايحاذي رأس الاذن وينزل عن رأسها قليلا والنزعتان وهما ماانحسر عنه الشعر من الرأس متصاعداً في جانبي الرأس فهما من الرأس ، وذكر بعض أصحابنا في الصدغ وجها آخر انه من الوجه لانه متصل بالعذار أشبه العارض وليس بصحيح فان الربيع بنت معوذ قالت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ فمسح رأسه ومسح ماأقبل منه وما

وذكر الشريف أبو جعفر وابن عقيل أنه ينبغي أن يعمَّ المحل بكل واحد من الاحجار لانه اذا لم يعم كان تلفيقا فيكون مسحة واحدة وقالا معنى الحديث البداية بهذه المواضع ، قال شيخنا ويحتمل أن يجزئه لكل جهة مسحة لظاهر الخبر والله أعلم

(فصل) ويجزيء الاستجمار في النادر كاجزائه في المعتاد، ولاصحاب الشافعي وجه انه لايجزيء في النادر قال ابن عبد البر يحتمل أن يكون قول مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بغسل الذكر من المذي وظاهر الامر الوجوب ولان النادر لايتكرر فلا يشق اعتبار الماء فيه فوجب كغير هذا المحل — ولنا ان الخبر عام في الكل ولان الاستجمار في النادر انما وجب لما صحبه من بلة المعتاد ، ثم إن لم يشق فهو في محل المشقة فيعتبر مظنة المشقة دون حقيقتها كما جاز الاستجمار على نهر جار. وأما المذي فمعتاد كثير وربما كان في بعض الناس أكثر من البول ولهذا أوجب مالك منه الوضوء وهو لايوجبه من النادر فيجزيء فيه الاستجمار قياساً على سائر المعتاد والأمر محمول على الاستحباب جمعاً بينه وبين ماذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجب الاستنجاء من كل خارج إلا الريح) سواء كان معتاداً كالبول والغائط أو نادراً كالحصى والدود والشعر رطبا أو يابساً ، فلو وطيء امرأته دون الفرج فدب ماؤه إلى فرجها ثم خرج منه وجب عليهما الاستنجاء هذا ظاهر كلام الخرقي وصرح به القاضي وغيره ، ولو أدخل الميل في ذكره ثم أخرجه لزمه الاستنجاء لانه خارج من السبيل فأشبه الغائط المستحجر ، والقياس أن لايجب الاستنجاء من ناشف لاينجس المحل وهو قول الشافعي ، وهذا الحكم في الطاهر وهو المني اذا حكمنا بطهارته لان الاستنجاء انما شرع لازالة النجاسة ولا نجاسة ههنا ، ولأنه لم يرد به نص ولا هو في معنى المنصوص والقول بوجوب الاستنجاء في الجملة قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن

أدبر وصدغيه وأذنيه مرة واحدة . فمسحه مع الرأس ولم ينقل انه غسله مع الوجه ، ولانه شعر متصل بشعر الرأس فكان منه ،فأما التحذيف وهو الشعر الداخل في الوجه مابين انتهاء العذار والنزعة فهو من الوجه ذكره ابن حامد ، ويحتمل انه من الرأس لانه شعر متصل به والاول أصح لان محله لو لم يكن عليه شعر لكان من الوجه فكذلك اذا كان عليه شعر كسائر الوجه

(فصل) وهذه الشعور كلها إن كانت كثيفة لاتصف البشرة أجزأه غسل ظاهرها وإن كانت تصف البشرة وجب غسلها معه وإن كان بعضها كثيفاً وبعضها خفيفا وجب غسل بشرة الخفيف معه وظاهر الكثيف أومأ اليه أحمد رحمه الله تعالى ، ومن أصحابنا من ذكر في الشارب والعنفقة والحاجبين

ابن سيرين فيمن صلى بقوم ولم يستنج لاأعلم به بأسا وهذا يحتمل أن يكون فيمن لم يلزمه الاستنجاء كمن توضأ من نوم أو خروج ريح ،ويحتمل أنه لم ير وجوب الاستنجاء وهذا مذهب أبي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلاحرج »رواه أبوداود ولانها نجاسة يجزيء المسح فيها فلم يجب إزالتها كيسير الدم — ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار فانها تجزيء عنه »رواه أبوداود، وقال صلى الله عليه وسلم « لا يستنج أحدكم بدون ثلاثة أحجار »رواه مسلم أمر والامر يقتضي الوجوب وقال فانها تجزيء عنه والاجزاء انما يستعمل في الواجب، ونهى عن الاقتصار على أقل من ثلاثة أحجار والنهي يقتضي التحريم واذا حرم ترك بعض النجاسة فالجميع أولى فأما قوله «لاحرج» يعني في ترك الوتر وقد ذكرناه وأما الاجتزاء بالمسح فيه فلمشقة الغسل لتكرر النجاسة في محل الاستنجاء . فأما الريح فلا يجب لها استنجاء لانعلم فيه خلافا ، قال أبو عبد الله ليس في الريح استنجاء في كتاب الله ولا في سنة رسوله وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من استنجى من ريح فليس منا » رواه الطبراني في المعجم الصغير، وعن زيد بن أسلم في قوله تعالى(اذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم)اذا قمتم من النوم ولم يأمر بغيره فدل على أنه لايجب ، ولان الوجوب من الشرع ولم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص ولانها ليست نجسة ولا يصحبها نجاسة فلا يجب غسل المحل منها كسائر المحال الطاهرة

﴿ مسئلة ﴾(فان توضأ قبله فهل يصح وضوءه على روايتين) يعني إن توضأ قبل الاستنجاء (احداهما) لايصح لانها طهارة يبطلها الحدث فاشترط تقديم الاستنجاء عليها كالتيمم (والثانية) يصح وهي أصح وهي مذهب الشافعي لانها إزالة نجاسة فلم تشترط لصحة الطهارة كالتي على غير الفرج فعلى هذه الرواية ان قدم التيمم خرج على الروايتين(احداهما) يصح قياسا على الوضوء (الثانية)لا يصح لانه لا يرفع الحدث وانما تستباح به الصلاة ولا تباح مع قيام المانع كما لو تيمم قبل الوقت ، وقيل في التيمم لا يصح وجها واحداً لما ذكرنا ، وإن كانت النجاسة على غير الفرج فهو كما لو كانت على الفرج ذكرها ابن عقيل لما ذكرنا من العلة . قال شيخنا : والاشبه التفريق بينهما كما افترقا في طهارة الماء ،ولان نجاسة الفرج سبب وجوب التيمم فجاز أن يكون بقاؤها مانعا منه بخلاف سائر النجاسات

وأهداب العينين ولحية المرأة وجها آخر في وجوب غسل باطنها وإن كانت كثيفة لأنها لا تستر ماتحتها عادة وإن وجد ذلك كان نادراً فلا يتعلق به حكم وهذا مذهب الشافعي ، ولنا أنه شعر ساتر لماتحته أشبه لحية الرجل ودعوى الندرة في الحاجبين والشارب والعنفقة غير مسلم بل العادة ذلك

(فصل) ومتى غسل هذه الشعور ثم زالت عنه أو انقلعت جلدة من يديه أو قص ظفره أو انقلع لم يؤثر في طهارته قال يونس بن عبيد : مازاده ذلك إلا طهارة وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن جرير أن ظهور بشرة الوجه بعد غسل شعره يوجب غسلها قياساً على ظهور قدم الماسح على الخف ولا يصح لان الفرض انتقل إلى الشعر أصلا بدليل أنه لو غسل البشرة دون الشعر لم يجزه بخلاف الخفين فانهما بدل يجزيء غسل الرجلين دونهما

(فصل) ويجب غسل مااسترسل من اللحية ، وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه لايجب غسل مانزل منها عن حد الوجه طولا وعرضا لانه شعر خارج عن محل الفرض فأشبه مانزل من شعر الرأس عنه، وروي عن أبي حنيفة أنه لايجب غسل اللحية الكثيفة لان الله تعالى انما أمر بغسل الوجه وهو اسم للبشرة التي تحصل بها المواجهة والشعر ليس ببشرة وما تحته لا تحصل به المواجهة وقد قال الخلال الذي ثبت عن أبي عبدالله في اللحية انه لايغسلها وليست من الوجه البتة قال وروى

﴿ باب السواك وسنة الوضوء ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (والسواك مسنون في جميع الاوقات) لا نعلم خلافا في استحبابه وتأكده وذلك لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » رواه الامام أحمد ، وعن عائشة قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا دخل بيته بدأ بالسواك ، رواه مسلم ، وروى ابن ماجه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اني لأستاك حتى لقد خشيت أن أحفي مقادم فمي »

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا الصائم بعد الزوال فلا يستحب) قال ابن عقيل لايختلف المذهب أنه لا يستحب للصائم السواك بعد الزوال لما نذكره ، وهل يكره ؟ على روايتين (احداهما) يكره وهو قول الشافعي وإسحاق وأبي ثور لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يستاك مابينه وبين الظهر ولا يستاك بعد ذلك. ولان السواك انما استحب لازالة رائحة الفم وقد قال صلى الله عليه وسلم « لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك » رواه الترمذي وقال حديث حسن وإزالة المستطاب عند الله مكروه كدم الشهداء وشعث الاحرام (والثانية) لا يكره وهو قول النخعي وابن سيرين وعروة ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم لعموم الاحاديث المروية في السواك ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من خير خصال الصائم السواك » رواه ابن ماجه وقال عامر بن ربيعة رأيت النبي ﷺ مالا أحصي يتسوك وهو صائم رواه الترمذي وقال حديث حسن

بكر بن محمد عن أبيه قال سألت أبا عبدالله أيما أعجب اليك غسل اللحية أو التخليل ؟ فقال غسلها ليس من السنة .وإن لم يخلل أجزأه وهذا ظاهره مثل مذهب أبي حنيفة في الرواية التي ذكرت عنه، ويحتمل أنه أراد ماخرج عن حد الوجه منها وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والمشهور عن أبي حنيفة أن عليه غسل الربع من اللحية بناء على أصله في مسح الرأس ، وظاهر مذهب احمد الذي عليه أصحابه وجوب غسل اللحية كلها مما هو نابت في محل الفرض سواء حاذى محل الفرض أو تجاوزه وهو ظاهر كلام الشافعي وقول احمد في نفي الغسل أراد به غسل باطنها أي غسل باطنها ليس من السنة، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد غطى لحيته في الصلاة فقال « اكشف وجهك فان اللحية من الوجه » ولانه نابت في محل الفرض يدخل في اسمه ظاهراً فأشبه اليد الزائدة ولانه يواجه به فيدخل في اسم الوجه ويفارق شعر الرأس فان النازل عنه لا يدخل في اسمه والخف لايجب مسح جميعه بخلاف ما نحن فيه

(فصل) يستحب أن يزيد في ماء الوجه لان فيه غضونا وشعوراً ودواخل وخوارج ليصل الماء الى جميعه ، وقد روى علي رضي الله عنه في صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال.ثم أدخل يديه في الاناء جميعا فأخذ بهما حفنة من ماء فضرب بهما على وجهه ثم الثانية ثم الثالثة مثل ذلك ثم أخذ بكفه اليمنى قبضة من ماء فتركها تستن على وجهه رواه أبو داود وقوله تستن أي تسيل وتنصب قال أحمد رحمه الله يؤخذ للوجه أكثر مما يؤخذ لعضو من الاعضاء ، وقال محمد بن الحكم كره أبو عبدالله أن يأخذ الماء ثم يصبه

(فصل) أكثر أهل العلم يرون السواك سنة غير واجب.ولا نعلم أحداً قال بوجوبه إلا إسحاق وداود لانه مأمور به والامر يقتضي الوجوب . وروى ابو داود أن النبي ﷺ أمر بالوضوء عند كل صلاة طاهراً وغير طاهر فلما شق ذلك عليه أمر بالسواك عند كل صلاة ، ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل صلاة » متفق عليه وروى الامام احمد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لولا أن أشق على أمتي لفرضت عليهم السواك كما فرضت عليهم الوضوء » وهذان الحديثان يدلان على أنه غير واجب لان المشقة انما تلحق بالواجب ويدل على أن الامر في حديثهم أمر ندب واستحباب ،ويحتمل أن يكون ذلك واجباً في حق النبي صلى الله عليه وسلم على الخصوص جمعاً بين الخبرين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتأكد استحبابه في ثلاثة مواضع عند الصلاة للخبر)الاول ولما روى زيد بن خالد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل صلاة» قال فكان خالد يضع السواك موضع القلم من اذن الكاتب كلما قام الى الصلاة استاك رواه الترمذي وقال حديث صحيح (وعند القيام من النوم) لما روى حذيفة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك ، متفق عليه يعني يغسله يقال شاصه وماصه اذا غسله . وعن عائشة قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يرقد من ليل أو نهار فيستيقظ الا تسوك قبل أن يتوضأ رواه الامام أحمد ولانه اذا نام ينطبق فوه فتغير رائحته (وعند تغير رائحة الفم) بمأكول أو غيره لان

ثم يغسل وجهه ، وقال هذا مسح ولكنه يغسل غسلا، وروى أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ أخذ كفا من ماء فأدخله تحت حنكه وقال «هكذا أمرني ربي عز وجل »

﴿ مسألة ﴾ قال (والفم والانف من الوجه)

يعني أن المضمضة والاستنشاق واجبان في الطهارتين جميعا ـ الغسل والوضوء فان غسل الوجه واجب فيهما هذا المشهور في المذهب ، وبه قال ابن المبارك وابن أبي ليلى واسحاق وحكي عن عطاء وروي عن أحمد رواية أخرى في الاستنشاق وحده أنه واجب قال القاضي الاستنشاق واجب في الطهارتين رواية واحدة وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «من توضأ فليستنثر » وفي رواية « إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم ليستنثر» متفق عليه ولمسلم «من توضأ فليستنشق » وعن ابن عباس مرفوعا « استنثروا مرتين بالغتين أو ثلاثا» وهذا أمر يقتضي الوجوب ولان الانف لا يزال مفتوحا وليس له غطاء يستره بخلاف الفم وقال غير القاضي : عن احمد رواية أخرى ان المضمضة والاستنشاق واجبان في الكبرى مسنونان في الصغرى وهذا مذهب الثوري وأصحاب الرأي لان الكبرى يجب فيها غسل كل ما أمكن من البدن كبواطن الشعور الكثيفة ولا يمسح فيها على الحوائل فوجبا فيها بخلاف الصغرى وقال مالك والشافعي لا يجبان في الطهارتين وإنما هما مسنونان فيهما وروي

السواك مشروع لتطييب الفم وإزالة رائحته ، وقال الشيخ ابو الفرج يتأكد استحبابه عند قراءة القرآن والانتباه من النوم وتغير رائحة الفم

(فصل) (ويستاك على أسنانه ولسانه) قال أبو موسى أتينا النبي صلى الله عليه وسلم فرأيته يستاك على لسانه متفق عليه

﴿مسئلة﴾ (ويستاك بعود لين ينقي الفم ولا يجرحه ولا يضره ولا يتفتت فيه)

كالاراك والعرجون لما روي عن ابن مسعود قال كنت أجتني لرسول الله صلى الله عليه وسلم سواكا من أراك رواه أبو يعلى الموصلي وقد رواه الامام أحمد عن ابن مسعود أنه كان يجتني سواكا من الاراك ولا يستاك بعود الرمان ولا الآس ولا الاعواد الذكية لانه روي عن قبيصة بن ذؤيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تخللوا بعود الريحان ولا الرمان فانهما يحركان عرق الجذام» رواه محمد ابن الحسين الازدي الحافظ باسناده وقيل السواك بعود الريحان يضر بلحم الفم

﴿ مسئلة ﴾ (فان استاك باصبعه أو خرقة فهل يصيب السنة على وجهين)

(أحدهما) لا يصيب السنة لانه لا يحصل الانقاء به حصوله بالعود (والثاني) يصيب من السنة بقدر ما يحصل من الانقاء، ولا يترك القليل من السنة للعجز عن كثيرها وهو الصحيح لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ « يجزيء من السواك الاصابع » رواه البيهقي قال الحافظ محمد بن عبدالواحد المقدسي هذا اسناد لا أرى به بأسا

ذلك عن الحسن والحكم وحماد وقتادة وربيعة ويحيى الانصاري والليث والاوزاعي لان النبي ﷺ قال « عشر من الفطرة » وذكر منها المضمضة والاستنشاق — والفطرة السنة — وذكره لهما من الفطرة يدل على مخالفتهما لسائر الوضوء. ولان الفم والانف عضوان باطنان فلا يجب غسلهما كباطن اللحية وداخل العينين ولان الوجه ماتحصل به المواجهة ولا تحصل المواجهة بهما ، ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المضمضة والاستنشاق من الوضوء الذي لابد منه » رواه أبو بكر في الشافي باسناده عن ابن المبارك عن ابن جريج عن عروة عن عائشة وأخرجه الدارقطني في سننه. ولان كل من وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقصياً ذكر أنه تمضمض واستنشق. ومداومته عليهما تدل على وجوبهما لان فعله يصلح أن يكون بيانا وتفصيلا للوضوء المأمور به في كتاب الله وكونهما من الفطرة لاينفي وجوبهما لاشتمال الفطرة على الواجب والمندوب ولذلك ذكر فيها الختان وهو واجب

﴿ مسئلة ﴾ (ويستاك عرضاً ويدَّهن غبا ويكتحل وتراً)

لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « استاكوا عرضا وادهنوا غبا واكتحلوا وتراً » ولان السواك طولا ربما أدمى اللثة وأفسد الاسنان وروى الطبراني باسناده عن بهز قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستاك عرضاً، فان استاك على لسانه أوحلقه فلا بأس أن يستاك طولا لما روى أبو موسى قال دخلت على النبي ﷺ وهو يستاك وهو واضع طرف السواك على لسانه يستن إلى فوق فوصف حماد كانه يرفع سواكه قال حماد ووصفه لنا غيلان قال كانه يستاك طولا رواه الامام احمد. وروى الخلال باسناده عن عبدالله بن مغفل قال نهى رسول الله ﷺ عن الترجل الا غبا . قال احمد معناه يدهن يوما ويوما ، وروى جابر بن عبدالله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « عليكم بالاثمد فانه يجلو البصر وينبت الشعر » وروى أبو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من اكتحل فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج » والوتر ثلاث في كل عين وقيل ثلاث في اليمنى واثنان في اليسرى ليكون الوتر حاصلا في العينين معاً

﴿ فصول في الفطرة ﴾ روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الفطرة خمس الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط » متفق عليه . وروى عبدالله بن الزبير عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « عشر من الفطرة قص الشارب واعفاء اللحية والسواك واستنشاق الماء وقص الاظفار وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء » قال بعض الرواة ونسيت العاشرة إلا أن تكون المضمضة قال وكيع : انتقاص الماء يعني الاستنجاء رواه مسلم ، الاستحداد حلق العانة وهو مستحب لانه من الفطرة ويفحش بتركه وبأي شيء أزاله فلا بأس لان المقصود إزالته قيل لابي عبدالله ترى أن يأخذ الرجل سفلته بالمقراض وأن لم يستقص؟ قال أرجو أن يجزيء إن شاء الله ،قيل ماتقول في الرجل إذا نتف عانته؟ قال وهل يقوى على هذا أحد؟

(فصل) والمضمضة ادارة الماء في الفم والاستنشاق اجتذاب الماء بالنفس إلى باطن الانف والاستنثار اخراج الماء من أنفه لكن يعبر بالاستنثار عن الاستنشاق لكونه من لوازمه ولا يجب ادارة الماء في جميع الفم ولا إيصال الماء إلى جميع باطن الانف وإنما ذلك مبالغة مستحبة في حق غير الصائم وقد ذكرناه في سنن الطهارة، وإذا ادار الماء في فيه فهو مخير بين مجه وبلعه لان المقصود قد حصل به، فان جعله في فيه ينوي رفع الحدث الاصغر ثم ذكر أنه جنب فنوى رفع الحدثين ارتفعا جميعا لان الماء لايثبت له حكم الاستعمال إلا بعد الانفصال ولو كان الماء قد لبث في فيه حتى تحلل من ريقه ماء يغيره لم يمنع لان التغير في محل الازالة لايمنع أشبه مالو تغير الماء على عضوه بعجين عليه

(فصل) ويُستحب أن يتمضمض ويستنشق بيمناه ثم يستنثر بيسراه لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه توضأ فدعا بماء فغسل يديه ثلاثا ثم غرف بيمينه ثم رفعها إلى فيه فمضمض واستنشق بكف واحدة واستنثر بيسراه فعل ذلك ثلاثا ثم ذكر سائر الوضوء ثم قال ان النبي ﷺ توضأ لنا كما توضأت لكم فمن كان سائلا عن وضوء رسول الله ﷺ فهذا وضوؤه . رواه سعيد ابن منصور باسناده . وعن علي رضي الله عنه انه أدخل يده اليمنى في الاناء فملأ كفه فتمضمض واستنشق ونثر بيده اليسرى فعل ذلك ثلاثا ثم قال هذا وضوء نبي الله صلى الله عليه وسلم ،

وان اطلى بالنورة فلا بأس ولا يدع أحداً يلي عورته الا من يحل له الاطلاع عليها لما روى الخلال باسناده عن نافع قال كنت أطلي ابن عمر فاذا بلغ عانته نورها هو بيده وقد روي ذلك عن النبي ﷺ والحلق أفضل لموافقته الحديث الصحيح

(فصل) ونتف الابط سنة لانه من الفطرة ويفحش بتركه وان أزال الشعر بالنورة أو الحلق جاز والنتف أفضل لموافقته الخبر

(فصل) ويستحب تقليم الاظفار لما ذكرنا ولانها تتفاحش بتركها وربما مكث الوسخ فيجتمع تحتها من المواضع المنتنة فيصير رائحة ذلك في رءوس أصابعه وربما منع وصول الماء في الطهارة إلى ما تحته، ويستحب أن يقلمها يوم الخميس لما روى علي رضي الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يقلم أظفاره يوم الخميس ثم قال « يا علي قص الظفر ونتف الابط وحلق العانة يوم الخميس ، والغسل والطيب واللباس يوم الجمعة » وروي في حديث « من قص أظفاره مخالفا لم ير في عينيه رمداً » (١) وفسره أبوعبدالله بن بطة بأن يبدأ بخنصره اليمنى ثم الوسطى ثم الابهام ثم البنصر ثم السبابة ثم بابهام اليسرى ثم الوسطى ثم الخنصر ثم السبابة ثم البنصر ، ويستحب غسل رءوس الاصابع بعد قص الاظفار لانه قيل ان الحك بالاظفار قبل غسلها يضر بالجسد ، ويستحب دفن ماقلم من أظفاره أو أزال من شعره لما روى الخلال باسناده عن مُثيل بنت مشرح الاشعرية قالت رأيت أبي يقلم أظفاره ويدفنها ويقول رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ، وخرجه عنها البزار والطبراني والبيهقي في الشعر كذلك والحكيم الترمذي والبيهقي عن عبد الله بن بسر وأخرجه البيهقي وابن

(١) هذا الحديث غير ثابت بل قال الحافظ السخاوي في المقاصد الحسنة . لم يثبت في كيفية قص الاظافر ولا في تعيين يوم له شيء عن النبي (ص) وما يعزى من النظم فيها لعلي فباطل

رواه أبو بكر في الشافي والنسائي ، ويستحب أن يتمضمض ويستنشق من كف واحدة يجمع بينهما قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسئل أيما أعجب اليك المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة أو كل واحدة منهما على حدة؟ قال بغرفة واحدة وذلك لما ذكرنا من حديث عثمان وعلي رضي الله عنهما وفي حديث عبدالله بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدخل يديه في التور فتمضمض واستنثر ثلاث مرات يتمضمض ويستنثر من غرفة واحدة رواه سعيد، وفي لفظ تمضمض واستنثر ثلاثا ثلاثا من غرفة واحدة رواه البخاري ، وفي لفظ فتمضمض واستنشق من كف واحدة ففعل ذلك ثلاثا ، متفق عليه وفي لفظ أنه مضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثلاث غرفات ، متفق عليه وفي لفظ فمضمض ثلاثا واستنشق ثلاثا من كف واحدة رواه الاثرم وابن ماجه فان شاء المتوضيء تمضمض واستنشق من ثلاث غرفات ، وان شاء فعل ذلك ثلاثا بغرفة واحدة لما ذكرنا من الاحاديث ، وان أفرد المضمضة بثلاث غرفات

عدي عن ابن عمر يعني مشروعية الدفن ، وعن ابن جريج عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان يعجبه دفن الدم قال مهنا سألت أحمد عن الرجل يأخذ من شعره وأظفاره أيدفنه أو يلقيه؟ قال يدفنه ، قلت بلغك فيه شيء ؟ قال كان ابن عمر يدفنه

(فصل) ويستحب قص الشارب لأنه من الفطرة ويفحش إذا طال ولما روى زيد بن أرقم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من لم يأخذ من شاربه فليس منا » رواه الترمذي وقال حديث صحيح ، ويستحب اعفاء اللحية لما ذكرنا من الحديث ، وهل يكره أخذ ما زاد على القبضة ، فيه وجهان (أحدهما) يكره لما روى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خالفوا المشركين احفوا الشوارب واعفوا اللحى » متفق عليه (والثاني) لا يكره يروى ذلك عن عبد الله بن عمر، وروى البخاري قال كان عبد الله بن عمر اذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه ، ولا ينبغي أن يتركها أكثر من أربعين يوما لما روى أنس بن مالك قال وقت لنا في قص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق العانة أن لا نترك أكثر من أربعين رواه مسلم

(فصل) واتخاذ الشعر أفضل من ازالته قال اسحاق سئل أبو عبدالله عن الرجل يتخذ الشعر قال سنة حسنة لو أمكننا اتخذناه ، وقال كان للنبي ﷺ جمة وقال في بعض الحديث ان شعر النبي ﷺ كان الى شحمة أذنه وفي بعض الحديث الى منكبيه ، وروى البراء بن عازب قال ما رأيت من ذي لمة في حلة حمراء أحسن من النبي ﷺ له شعر يضرب منكبيه متفق عليه، ويستحب أن يكون شعر الانسان على صفة شعر النبي ﷺ اذا طال فالى المنكب واذا قصر فالى شحمة الاذن وان طوله فلا بأس نص عليه أحمد ، وقال أبو عبيدة : كان له عقيصتان وعثمان كان له عقيصتان، ويستحب ترجيل الشعر واكرامه لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « من كان له شعر فليكرمه » رواه أبو داود ، ويستحب فرقه لان النبي ﷺ فرق شعره وذكره في الفطرة

والاستنشاق بثلاث جاز لانه قد روي في حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه فصل بين المضمضة والاستنشاق رواه أبو داود ولان الكيفية في الغسل غير واجبة

(فصل) ولا يجب الترتيب بينهما و بين غسل بقية الوجه لانهما من أجزائه ولكن المستحب أن يبدأ بهما قبل الوجه لان كل من وصف وضوء رسول الله ﷺ ذكر أنه بدأ بهما الا شيئا نادراً ، وهل يجب الترتيب والموالاة بينهما و بين سائر الاعضاء غير الوجه ؟ على روايتين (احداهما) تجب وهو ظاهر كلام الخرقي لانهما من الوجه فوجب غسلهما قبل غسل اليدين للآية وقياسا على سائر أجزائه (والثانية) لاتجب بل لو تركهما في وضوئه وصلى تمضمض واستنشق وأعاد الصلاة ولم يعد الوضوء لما روى المقدام بن معد يكرب أن رسول الله ﷺ أتي بوضوء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم تمضمض واستنشق رواه أبو داود ولان وجوبهما بغير القرآن وانما وجب الترتيب بين الاعضاء المذكورة لان في الآية مايدل على إرادة الترتيب ولم يوجد ذلك فيهما قيل لاحمد فنسي المضمضة وحدها قال الاستنشاق عندي آكد وذلك لصحة الأخبار الواردة فيه بخصوصه ، قال أصحابنا وهل يسميان فرضا مع وجوبهما ؟ على روايتين وهذا ينبني على اختلاف الروايتين في الواجب هل يسمى فرضا أولا والصحيح أن يسمى فرضا فيسميان ههنا فرضا والله أعلم

(فصل) وهل يكره حلق الرأس في غير الحج والعمرة ؟ فيه روايتان (احداهما). يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الخوارج « سيماهم التحليق » وقال عمر لصبيغ: لو وجدتك محلوقا لضربت الذي فيه عيناك بالسيف ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا توضع النواصي الا في حج أو عمرة » أخرجه الدارقطني في الافراد (والثانية) لايكره لكن تركه أفضل ، قال حنبل كنت أنا وأبي نحلق رءوسنا في حياة أبي عبد الله فيرانا ونحن نحلق فلا ينهانا وذلك لما روي عن عبد الله بن جعفر أن النبي ﷺ لما جاء نعي جعفر أمهل آل جعفر ثلاثا أن يأتيهم ثم أتاهم قال « لا تبكوا على أخي بعد اليوم - ثم قال - ادعوا بني أخي - فجيء بنا قال - ادعوا لي الحلاق » فأمر بنا فحلق رءوسنا . رواه أبو داود الطيالسي ، وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن القزع وقال « احلقه كله أو دعه كله » رواه أبو داود ، ولانه لا يكره استئصال الشعر بالمقراض وهذا في معناه ، قال ابن عبد البر أجمع العلماء في جميع الامصار على اباحة الحلق وكفى بهذا حجة ، فأما أخذه بالمقراض واستئصاله فغير مكروه رواية واحدة قال أحمد انما كرهوا الحلق بالموسى وأما بالمقراض فليس به بأس لان أدلة الكراهة تختص الحلق

(فصل) وحلق المرأة رأسها مكروه رواية واحدة من غير ضرورة لما روى الخلال باسناده عن قتادة عن عكرمة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تحلق المرأة رأسها فان كان لضرورة جاز، قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن المرأة تعجز عن شعرها وعن معالجته أتأخذه على

﴿ مسئلة ﴾ قال (وغسل اليدين الى المرفقين ويدخل المرفقين في الغسل)

لا خلاف بين علماء الامة في وجوب غسل اليدين في الطهارة وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (وأيديكم الى المرافق) وأكثر العلماء على أنه يجب إدخال المرفقين في الغسل منهم عطاء ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال بعض أصحاب مالك وابن داود لا يجب وحكي ذلك عن زفر لان الله تعالى أمر بالغسل اليهما وجعلهما غايته بحرف الى وهو لانتهاء الغاية فلا يدخل المذكور بعده كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) ـ ولنا ما روى جابر قال كان النبي ﷺ إذا توضأ ادار الماء الى مرفقيه وهذا بيان الغسل المأمور به في الآية فان إلى تستعمل بمعنى مع قال الله

حديث ميمونة ؟ فقال لاي شيء تأخذه ؟ قيل له لا تقدر على الدهن وما يصلحه تقع فيه الدواب وقال اذا كان لضرورة فارجو أن لا يكون به بأس

(فصل) ويكره نتف الشيب لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله ﷺ عن نتف الشيب وقال « إنه نور الاسلام » رواه الخلال في جامعه

(فصل) ويكره حلق القفا لمن لم يحلق رأسه ولم يحتج اليه. قال المروذي سألت أبا عبد الله عن حلق القفا قال هو من فعل المجوس ومن تشبه بقوم فهو منهم وقال لا بأس أن يحلق قفاه في الحجامة فأما حف الوجه فقال أحمد : ليس به بأس للنساء واكرهه للرجال

(فصل) وروي عن النبي ﷺ أنه لعن الواصلة والمستوصلة والنامصة والمتنمصة والواشرة والمستوشرة فهذه الخصال محرمة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن فاعلها ، وفاعل المباح لا تجوز لعنته . والواصلة هي التي تصل شعرها أو شعر غيرها بغيره والمستوصلة الموصول شعرها بأمرها فوصله بالشعر محرم لما ذكرنا ، فأما وصله بغير الشعر فان كان بقدر ما تشد به رأسها فلا بأس للحاجة وان كان أكثر من ذلك ففيه روايتان (إحداهما) أنه مكروه غير محرم لما روي عن معاوية أنه أخرج كبة من شعر وقال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا وقال « إنما هلك بنو اسرائيل حين اتخذ هذا نساؤهم » فخص التي تصله بالشعر فيمكن جعل ذلك تفسيراً للفظ العام في الحديث الذي ذكرناه ولان وصله بالشعر فيه تدليس بخلاف غيره (والثانية) أنه قال لا تصل المرأة برأسها الشعر ولا القرامل ولا الصوف وذلك لما روى الامام أحمد في مسنده عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تصل المرأة برأسها شيئا قال شيخنا والظاهر أن المحرم إنما هو وصل الشعر بالشعر لما فيه من التدليس واستعمال الشعر المختلف في نجاسته . وغير ذلك لا يحرم لعدم ذلك فيه وحصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة وتحمل أحاديث النهي على الكراهة والله أعلم ، فأما النامصة فهي التي تنتف الشعر من الوجه والمتنمصة المنتوف شعرها بامرها فلا يجوز للخبر ، وان حلق الشعر فلا بأس لان الخبر ورد في النتف نص عليه أحمد ، وأما الواشرة فهي التي تبرد

تعالى (ويزدكم قوة الى قوتكم) أي مع قوتكم (ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم) و (من أنصاري الى الله) فكان فعله مبينا وقولهم إن الى للغاية قلنا وقد تكون بمعنى مع قال المبرد اذا كان الحد من جنس المحدود دخل فيه كقولهم بعت هذا الثوب من هذا الطرف الى هذا الطرف .

(فصل) وان خلق له أصبع زائدة أو يد زائدة في محل الفرض وجب غسلها مع الاصلية لأنها نابتة فيه أشبهت الثؤلول وان كانت نابتة في غير محل الفرض كالعضد أو المنكب لم يجب غسلها سواء كانت قصيرة أو طويلة لانها في غير محل الفرض فأشبهت شعر الرأس اذا نزل عن الوجه وهذا قول ابن حامد وابن عقيل ، وقال القاضي إن كان بعضها يحاذي محل الفرض غسل مايحاذيه منها والاول أصح ،واختلف أصحاب الرأي في ذلك كنحو مما ذكرنا ، وإن لم يعلم الاصلية منهما وجب غسلهما جميعا لان غسل احداهما واجب ولا يخرج عن عهدة الواجب يقينا الا بغسلهما فوجب غسلهما كما لو تنجست احدى يديه ولم يعلم عينها

الاسنان لتحددها وتفلجها وتحسنها والمستوشرة المفعول بها ذلك باذنها ، وفي خبر آخر لعن الواشمة والمستوشمة والواشمة التي تغرز جلدها أوجلد غيرها بابرة ثم تحشوه كحلا والمستوشمة التي يفعل بها ذلك باذنها

(فصل) ويستحب الطيب لان رسول الله ﷺ كان يعجبه الطيب ويتطيب كثيراً ويستحب النظر في المرآة قال حنبل : رأيت أبا عبد الله وكانت له صينية فيها مرآة ومكحلة ومشط فاذا فرغ من قراءة حزبه نظر في المرآة واكتحل وامتشط ، وروى أبو أيوب قال : قال رسول الله ﷺ « أربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح » رواه الامام أحمد

(فصل) ويستحب خضاب الشيب بغير السواد قال أحمد اني لارى الشيخ المخضوب فأفرح به وذلك لما روي أن أبا بكر الصديق جاء بأبيه الى رسول الله ﷺ ورأسه ولحيته كالثغامة بياضا فقال رسول الله ﷺ «غيروهما وجنبوه السواد»

ويستحب بالحناء والكتم لما روى الخلال وابن ماجه باسنادهما عن تميم بن عبد الله بن موهب قال دخلت على أم سلمة فأخرجت الينا شعراً من شعر رسول الله ﷺ مخضوبا بالحناء والكتم . وخضب أبو بكر رضي الله عنه بالحناء والكتم ولا بأس بالورس والزعفران لان أبا مالك الاشجعي قال : كان خضابنا مع رسول الله ﷺ الورس والزعفران . ويكره الخضاب بالسواد ، قيل لابي عبدالله تكره الخضاب بالسواد ، قال إي والله لقول النبي ﷺ « وجنبوه السواد » في حديث أبي بكر ولما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « يكون قوم في آخر الزمان يخضبون بالسواد كحواصل الحمام لايريحون رائحة الجنة » ورخص فيه اسحاق بن راهويه للمرأة تتزين به لزوجها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره القزع وهو حلق بعض الرأس) لماروى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن القزع وقال « احلقه كله أو دعه كله » رواه أبو داود. وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يحلقوا مقادم رءوسهم ليتميزوا عن المسلمين فمن فعل ذلك فقد تشبه بهم وقد نهي عن التشبه بهم

(فصل) وإن تعلقت جلدة من غير محل الفرض حتى تدلت من محل الفرض وجب غسلها لان أصلها في محل الفرض فأشبهت الاصبع الزائدة ، وإن تعلقت من محل الفرض حتى صارت متدلية من غير محل الفرض لم يجب غسلها قصيرة كانت أو طويلة بلا خلاف لانها في غير محل الفرض، وإن تعلقت من أحد المحلين فالتحم رأسها في الآخر وبقي وسطها متجافياً صارت كالنابتة في المحلين يجب غسل ماحاذى محل الفرض منها من ظاهرها وباطنها وغسل ماتحتها من محل الفرض

(فصل) وإن قطعت يده من دون المرفق غسل مابقي من محل الفرض ، وإن قطعت من المرفق غسل العظم الذي هو طرف العضد لان غسل العظمين المتلاقيين من الذراع والعضد واجب فاذا زال أحدهما غسل الآخر وإن كان من فوق المرفقين سقط الغسل لعدم محله ، فان كان أقطع اليدين فوجد من يوضئه متبرعا لزمه ذلك لانه قادر عليه ، وإن لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه لزمه أيضاً كما يلزمه شراء الماء ، وقال ابن عقيل يحتمل أن لايلزمه كما لو عجز عن القيام في الصلاة لم يلزمه استئجار من يقيمه ويعتمد عليه ، وإن عجز عن الاجر أو لم يقدر على من يستأجره صلى على حسب حاله كعادم الماء والتراب ، وإن وجد من ييممه ولم يجد من يوضئه لزمه التيمم كعادم الماء اذا وجد التراب وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجب الختان مالم يخفه على نفسه) وجملة ذلك أن الختان واجب على الرجال ومكرمة للنساء وليس بواجب عليهن وهذا قول كثير من أهل العلم قال أحمد والرجل أشد وذلك أنه اذا لم يختتن فتلك الجلدة مدلاة على الكمرة فلا ينقى مائم والمرأة أهون ، وفيه رواية أخرى أنه يجب على المرأة كالرجل . قال أبو عبدالله وكان ابن عباس يشدد في أمره ، وروي عنه لاحج له ولا صلاة يعني اذا لم يختتن . ورخص الحسن في تركه قال قد أسلم الناس الاسود والابيض لم يفتش أحد منهم ولم يختتنوا . والدليل على وجوبه ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أسلم « الق عنك شعر الكفر واختتن » رواه أبو داود وفي الحديث « اختتن ابراهيم خليل الرحمن بعدما أتت عليه ثمانون سنة » متفق عليه واللفظ للبخاري وقال تعالى (وأوحينا اليك أن اتبع ملة ابراهيم) ولانه من شعائر المسلمين فكان واجبا كسائر شعائرهم ، ولانه يجوز كشف العورة والنظر اليهم لأجله ولو لم يكن واجبا لما جاز النظر إلى العورة من أجله ، وهذا ينتقض بالمرأة اذا قلنا لايجب عليها فانه ليس واجبا عليها ويجوز كشف عورتها من أجله ، فأما إن خاف على نفسه منه سقط لان الغسل والوضوء وماهو آكد منه يسقط بذلك فهذا أولى

(فصل) ويشرع الختان في حق النساء لان قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا التقى الختانان وجب الغسل » فيه بيان أن النساء كن يختتن ؛ وروى الخلال باسناده عن شداد بن أوس قال: قال النبي ﷺ « الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء

(فصل) اختلف العلماء في وقت الختان فقال مالك : يختتن يوم أسبوعه وهو قول الحسن، وقال أحمد

(فصـل) اذا كان تحت أظفاره وسخ يمنع وصول المـاء إلى ماتحته فقال ابن عقيـل لاتصح طهارته حتى يزيله لانه محل من اليد استتر بما ليس من خلقة الاصل ستراً منع إيصال المـاء اليـه مع امكان إيصاله وعدم الضرر به فأشبه مالو كان عليه شمع أو غيره، ويحتمل أن لا يلزمه ذلك لان هذا يستر عادة فلو كان غسله واجباً لبينه النبي ﷺ لانه لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه . وقد عاب النبي ﷺ عليهم كونهم يدخلون عليه قلحا ورفغ أحـدهم بين أنملته وظفره يعني ان وسخ ارفاغهم تحت أظفارهم يصل اليه رائحة نتنها فعاب عليهم نتن ريحها لا بطلان طهارتهم ، ولو كان مبطلا للطهارة كان ذلك أهم من نتن الريح فكان أحق بالبيان ولان هذا يستتر عادة أشبه مايستره الشعر من الوجه

(فصل) ومن كان يتوضأ من ماء يسير يغترف منه بيده فغرف منه عند غسل يديه لم يؤثر ذلك في الماء ، وقال بعض أصحاب الشافعي يصير المـاء مستعملا بغرفه منه لانه موضع غسل اليد وهو ناو للوضوء بغسلها فأشبه مالو غمسها في الماء ينوي غسلها فيه . ولنا ان في حديث عبدالله بن زيد في صفة وضوء رسول الله صلى الله عليـه وسلم انه دعا بماء فذكر وضوءه الى أن قال وغسل وجهه ثلاثا ثم أدخل يده فاستخرجها وغسل يديه الى المرفقين مرتين مرتين ،وفي حديث عثمان ثم غرف بيده اليمنى على ذراعه اليمنى فغسلها الى المرفقين ثلاثا ثم غرف بيمينه فغسل يده اليسرى .رواهما سعيد وحديث عبدالله بن زيد رواه مسلم وغيره وكل من حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحك انه تحرز

لم أسمع في ذلك شيئا ، وقال الليث الختان للغلام مابين سبع سنين إلى العشرة وروى مكحول وغيره أن ابراهيم عليه السلام ختن اسحاق لسبعة أيام واسماعيل لثلاث عشرة سنة ، وروي عن أبي جعفر أن فاطمة عليها السلام كانت تختن ولدها يوم السابع ،قال ابن المنذر ليس في باب الختان خبر حتى يرجع اليه ولا سنة تتبع والاشياء على الاباحة . قلت ولا يثبت في ذلك توقيت فمتى ختن قبل البلوغ كان مصيبا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويتيامن في سواكه وطهوره وانتعاله ودخوله المسجد)لما روت عائشة أن النبي ﷺ كان يحب التيمن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله . متفق عليه ، وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمنى ، واذا خلع فليبدأ باليسرى » رواه الطبراني في المعجم الصغير ولان عثمان وعليا وصفا وضوء النبي ﷺ فبدأ باليمنى قبل اليسرى . رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (وسنن الوضوء عشرة السواك) لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم مع كل وضوء بسواك » رواه الامام أحمد ﴿ والتسمية وعنه أنها واجبة مع الذكر ﴾ وجملته أن التسمية فيها روايتان (إحداهما) انها واجبـة في طهارات الحدث كلها الغسل والوضوء والتيمم وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الحسن وإسحاق لما روي أن النبي ﷺ قال « لا وضوء لمن لايذكر اسم الله عليه » رواه أبو داود والترمذي ورواه عن النبي ﷺ جماعة من أصحابه منهم أبو سعيد . قال أحمد حديث أبي سعيد أحسن حديث في الباب وهـذا نفي في نكرة يقتضي أن لا يصح وضوؤه بدون التسمية (والثانية) أنها سنة وهـذا ظاهر المذهب ، قال

من اغتراف الماء بيده في موضع غسلها ، ولو كان هذا يفسد الماء كان النبي صلى الله عليه وسلم أحق بمعرفته ولوجب عليه بيانه لمسيس الحاجة اليه إذ كان هذا لا يعرف بدون البيان ولا يتوقاه إلا متحذلق، وما ذكره لا يصح لان المغترف لم يقصد بغمس يده إلا الاغتراف دون غسلها فأشبه من يغوص في البئر لترقية الدلو وعليه جنابة لا يقصد غير ترقيته ونية الاغتراف عارضت نية الطهارة فصرفتها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومسح الرأس)

لا خلاف في وجوب مسح الرأس وقد نص الله تعالى عليه بقوله (وامسحوا برءوسكم) واختلف في قدر الواجب فروي عن أحمد وجوب مسح جميعه في حق كل أحد وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك وروي عن أحمد يجزيء مسح بعضه ، قال أبو الحارث قلت لأحمد : فان مسح برأسه وترك بعضه ؟ قال يجزئه ثم قال: ومن يمكنه أن يأتي على الرأس كله ؟ وقد نقل عن سلمة بن الاكوع انه كان يمسح مقدم رأسه وابن عمر مسح اليافوخ ، وممن قال بمسح البعض الحسن والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي إلا ان الظاهر عن أحمد رحمه الله في حق الرجل وجوب الاستيعاب وان المرأة يجزئها مسح مقدم رأسها، قال الخلال العمل في مذهب أحمد أبي عبد الله انها إن مسحت مقدم رأسها أجزأها وقال مهنا قال أحمد أرجو أن تكون المرأة في مسح الرأس أسهل . قلت له ولم ؟ قال كانت عائشة تمسح مقدم رأسها، واحتج من أجاز مسح البعض بأن المغيرة بن شعبة روى أن النبي ﷺ مسح

الخلال: الذي استقرت الروايات عليه أنه لا بأس به يعني اذا ترك التسمية وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي واختيار الخرقي لانها طهارة فلا تفتقر الى التسمية كالطهارة من النجاسة أو عبادة فلا تجب فيها التسمية كسائر العبادات . والاحاديث قال أحمد ليس يثبت في هذا حديث ولا أعلم فيها حديثاً له اسناد جيد وإن صح ذلك فيحمل على تأكيد الاستحباب ونفي الكمال بدونها كقوله « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »

(فصل) فاذا قلنا بوجوبها فتركها عمداً لم تصح طهارته قياسا على سائر الواجبات، وإن نسيها فقال بعض أصحابنا لا تسقط قياسا لها على سائر الواجبات والصحيح أنها تسقط بالسهو نص عليه أحمد في رواية أبي داود فانه قال سألت أحمد اذا نسي التسمية في الوضوء قال أرجو أن لا يكون عليه شيء وهذا قول إسحاق ووجه ذلك قوله ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » ولان الوضوء عبادة تتغاير أفعالها فكان في واجباتها ما يسقط بالسهو كالصلاة ولا يصح قياسها على سائر واجبات الطهارة لتأكد وجوبها بخلاف التسمية فعلى هذا اذا ذكرها في اثناء طهارته سمى حيث ذكر لانه اذا عفي عنها مع السهو في جملة الوضوء ففي البعض أولى، وإن تركها عمداً حتى غسل عضواً لم يعتد بغسله لانه لم يذكر اسم الله عليه ، وقال الشيخ أبو الفرج اذا سمى في أثناء الوضوء أجزأه يعني على كل حال لانه قد ذكر اسم الله على وضوئه والتسمية قول بسم الله لا يقوم غيرها مقامها كالتسمية المشروعة

بناصيته وعمامته وان عثمان مسح مقدم رأسه بيده مرة واحدة ولم يستأنف له ماء جديداً حين حكى وضوء النبي صلى الله عليه وسلم . رواه سعيد ، ولان من مسح بعض رأسه يقال مسح برأسه كما يقال مسح برأس اليتيم وقبل رأسه . وزعم بعض من ينصر ذلك أن الباء للتبعيض فكأنه قال : وامسحوا بعض رءوسكم ، ولنا قول الله تعالى (وامسحوا برءوسكم) والباء للالصاق فكأنه قال وامسحوا رءوسكم فيتناول الجميع كما قال في التيمم (وامسحوا بوجوهكم) وقولهم الباء للتبعيض غير صحيح ولا يعرف أهل العربية ذلك ، قال ابن برهان من زعم أن الباء تفيد التبعيض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه . وحديث المغيرة يدل على جواز المسح على العمامة ونحن نقول به ، ولان النبي ﷺ لما توضأ مسح رأسه كله وهذا يصلح أن يكون مبينا للمسح المأمور به وما ذكروه من اللفظ مجاز لا يعدل اليه عن الحقيقة الا بدليل

(فصل) واذا قلنا بجواز مسح البعض فمن أي موضع مسح أجزأه لان الجميع رأس . الا أنه لا يجزيء مسح الاذنين عن الرأس لانهما تبع فلا يجزيء بهما عن الاصل . والظاهر عن أبي عبد الله أنه لا يجب مسحهما وإن وجب الاستيعاب لان الرأس عند اطلاق لفظه انما يتناول ما عليه الشعر

واختلف أصحابنا في قدر البعض المجزيء فقال القاضي قدر الناصية لحديث المغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح ناصيته ، وحكى أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي عن أحمد أنه لا يجزيء الا مسح أكثره

على الذبيحة وعند الأكل والشرب وموضعها بعد النية لتكون شاملة لجميع أفعال الوضوء ولتكون النية شاملة لها كما يسمى على الذبيحة قبل ذبحها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وغسل الكفين إلا أن يكون قائما من نوم الليل ففي وجوبه روايتان)
وجملة ذلك أن غسل اليدين الى الكوعين سنة في الوضوء سواء قام من النوم أو لم يقم لان عثمان وعليا وعبدالله بن زيد وصفوا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكروا أنه غسل كفيه ثلاثا ولانهما آلة نقل الماء الى الاعضاء ففي غسلهما احتياط لجميع الوضوء وليس بواجب اذا لم يقم من النوم بغير خلاف علمناه فأما عند القيام من نوم الليل فاختلفت الرواية عن أحمد في وجوبه فروي عنه وجوبه وهو الظاهر عنه واختيار أبي بكر وهو مذهب بن عمر وابي هريرة والحسن لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما الاناء ثلاثا فان أحدكم لا يدري اين باتت يده » متفق عليه . والامر يقتضي الوجوب ، وروي عنه ان ذلك مستحب وهو اختيار الخرقي وقول مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى قال (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية وقال زيد بن أسلم في تفسيرها اذا قمتم من نوم . أمر بغسل الوجه عقيب القيام إلى الوضوء ولم يذكر غسل الكفين والامر بالشيء يقتضي حصول الاجزاء به ولانه قائم من نوم أشبه القائم من نوم النهار والحديث محمول على الاستحباب لانه علل بوهم النجاسة وطريان

لان الأكثر ينطلق عليه اسم الشيء الكامل . وقال أبوحنيفة يجزيء مسح ربعه . وقال الشافعي يجزيء مسح مايقع عليه الاسم وأقله ثلاث شعرات وحكي عنه لو مسح ثلاث شعرات — وحكي عنه لو مسح شعرة — أجزأه لوقوع الاسم عليها . ووجه ماقاله القاضي ان فعل النبي ﷺ يصلح بيانا لما أمر به فيحمل عليه

(فصل) والمستحب في مسح الرأس أن يبل يديه ثم يضع طرف إحدى سبابتيه على طرف الاخرى ويضعهما على مقدم رأسه ويضع الابهامين على الصدغين ثم يمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى الموضع الذي بدأ منه كما روى عبدالله بن زيد في وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فمسح رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر بدأ بمقدم رأسه حتى ذهب بهما الى قفاه ثم ردهما الى المكان الذي منه بدأ . متفق عليه ، وكذلك وصف المقدام بن معد يكرب رواه أبو داود ، فان كان ذا شعر يخاف أن ينتفش برد يديه لم يردهما نص عليه أحمد فانه قيل له من له شعر الى منكبيه كيف يمسح في الوضوء ؟ فأقبل أحمد بيديه على رأسه مرة وقال هكذا كراهية أن ينتشر شعره ، يعني أن يمسح الى قفاه ولا يرد يديه . قال أحمد حديث علي هكذا وإن شاء مسح كما روي عن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ عندها فمسح رأسه كله من فرق الشعر كل ناحية لمصب الشعر لايحرك الشعر عن هيئته رواه أبو داود وسئل احمد كيف تمسح المرأة ؟ فقال هكذا ووضع يده على وسط رأسه ثم جرها الى مقدمه ثم رفعها

الشك على يقين الطهارة لايؤثر فيها كما لو تيقن الطهارة وشك في الحدث وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والبداية بالمضمضة والاستنشاق والمبالغة فيهما الا أن يكون صائما)

البداية بالمضمضة والاستنشاق قبل غسل الوجه مستحب لان عثمان وعليا وعبد الله بن زيد ذكروا ذلك في صفة وضوء النبي ﷺ والمبالغة فيهما سنة — والمبالغة في المضمضة ادارة الماء في أعماق الفم وأقاصيه ولا يجعله وجوراً ثم يمجه وإن ابتلعه جاز لان الغسل قد حصل — ومعنى المبالغة في الاستنشاق اجتذاب الماء بالنفس إلى أقصى الانف ولا يجعله سعوطا وذلك لما روى لقيط بن صبرة قال : قلت يارسول الله أخبرني عن الوضوء قال « أسبغ الوضوء وخلل بين الاصابع وبالغ في الاستنشاق الا أن تكون صائما » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . ثبت بذلك استحباب المبالغة في الاستنشاق وقسنا عليه المضمضة ، ولانه من جملة اسباغ الوضوء المأمور به وقال أبوحفص العكبري هي واجبة في الاستنشاق على غير الصائم للحديث المذكور . فأما الصائم فلا يستحب له المبالغة فيهما لانعلم فيه خلافا لما ذكرناه من الحديث

(فصل) ويستحب المبالغة في غسل سائر الاعضاء بالتخليل ودلك المواضع التي ينبو عنها الماء ويستحب مجاوزة موضع الوجوب بالغسل لما روى نعيم المجمر أنه رأى أبا هريرة يتوضأ فغسل

فوضعها حيث منه بدأ ثم جرها إلي مؤخره . وكيف مسح بعد استيعاب قدر الواجب أجزأه

(فصل) ولا يسن تكرار مسح الرأس في الصحيح من المذهب وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن ابن عمر وابنه سالم والنخعي ومجاهد وطلحة بن مصرف والحكم قال الترمذي : والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم ، وعن احمد أنه يسن تكراره ويحتمله كلام الخرقي لقوله : الثلاث أفضل وهو مذهب الشافعي وروي عن أنس ، قال ابن عبدالبر كلهم يقول مسح الرأس مسحة واحدة ، وقال الشافعي يمسح برأسه ثلاثا لان أبا داود روى عن شقيق بن سلمة قال رأيت عثمان بن عفان غسل ذراعيه ثلاثا ومسح برأسه ثلاثا ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل مثل هذا وروي مثل ذلك عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ . وروى عثمان وعلي وابن عمر وأبو هريرة وعبدالله بن أبي أوفى وأبو مالك والربيع وأبي بن كعب أن رسول الله ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا. وفي حديث أبي قال « هذا وضوئي ووضوء المرسلين قبلي » رواه ابن ماجه ولان الرأس أصل في الطهارة فسن تكرارها فيه كالوجه

ولنا أن عبدالله بن زيد وصف وضوء رسول الله ﷺ قال ومسح برأسه مرة واحدة متفق عليه . وروى علي رضي الله أنه توضأ ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء النبي ﷺ من أحب أن ينظر الى طهور رسول الله صلى الله عليه وسلم فلينظر الى هذا قال الترمذي هذا حديث

وجهه ويديه حتى كاد يبلغ المنكبين ثم غسل رجليه حتى رفع الى الساقين ثم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن أمتي يأتون يوم القيامة غرا محجلين من أثر الوضوء فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل » متفق عليه ، ولمسلم عنه سمعت خليلي صلى الله عليه وسلم يقول « تبلغ الحلية من المؤمن حيث يبلغ الوضوء »

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتخليل اللحية وهو سنة) وممن روي عنه انه كان يخلل لحيته ابن عمر وابن عباس، ووجهه ماروى عثمان عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخلل لحيته رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن أنس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ أخذ كفا من ماء فجعله تحت حنكه وخلل به لحيته وقال «هكذا أمرني ربي » رواه ابو داود ، وصفة التخليل أن يشبك لحيته بأصابعه ويعركها وكما روى ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا توضأ عرك عارضيه بعض العرك ثم شبك لحيته بأصابعه من تحتها، رواه الدارقطني وقال الصواب انه موقوف على ابن عمر ، قال يعقوب سألت احمد عن التخليل فأراني من تحت لحيته فخلل بالأصابع ، وقال حنبل من تحت ذقنه من أسفل الذقن يخلل جانبي لحيته جميعا بالماء. ويستحب أن يتعهد بقية شعور وجهه ويمسح ماقيه لما روى ابو داود قال كان رسول الله ﷺ يمسح الماقين (١)

﴿ مسئلة ﴾ (وتخليل الاصابع) تخليل أصابع اليدين والرجلين في الوضوء مسنون لقول النبي ﷺ للقيط بن صبرة « وخلل بين الاصابع » وهو في الرجلين آكد قال المستورد بن شداد رأيت

(١) المؤق بالهمز وهو الاصل والموق والماق والماقي طرف العين المؤخرة الذي يلي الصدغ وجمعه أمآق وآماق بالقلب ومآقي

حسن صحيح وكذلك وصف عبد الله بن ابي أوفى وابن عباس وسلمة بن الاكوع والربيع كلهم قالوا ومسح برأسه مرة واحدة . وحكايتهم لوضوء النبي صلى الله عليه وسلم إخبار عن الدوام ولا يداوم الا على الافضل الاكمل ، وحديث ابن عباس حكاية وضوء رسول الله ﷺ في الليل حال خلوته ولا يفعل في تلك الحال الا الافضل ولانه مسح في طهارة فلم يسن تكراره كالمسح في التيمم والمسح على الجبيرة وسائر المسح ولم يصح من أحاديثهم شيء صريح. قال أبو داود أحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن مسح الرأس مرة فانهم ذكروا الوضوء ثلاثا ثلاثا وقالوا فيها ومسح برأسه ولم يذكروا عددا كما ذكروا في غيره والحديث الذي ذكر فيه مسح رأسه ثلاثا رواه يحيى بن آدم وخالفه وكيع فقال توضأ ثلاثا فقط. والصحيح عن عثمان أنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح رأسه ولم يذكر عدداً هكذا رواه البخاري ومسلم وقال أبو داود وهو الصحيح ومن روي عنه ذلك سوى عثمان فلم يصح فانهم الذين رووا أحاديثنا وهي صحاح فيلزم من ذلك ضعف ما خالفها والاحاديث التي ذكروا فيها أن النبي ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا أرادوا بها ماسوى المسح فان رواتها حين فصلوها قالوا ومسح برأسه

النبي صلى الله عليه وسلم اذا توضأ دلك أصابع رجله بخنصره رواه ابو داود ويبدأ في تخليل اليمنى من خنصرها إلى ابهامها وفي اليسرى من ابهامها إلى خنصرها ليحصل له التيامن في التخليل. وذكر ابن عقيل في استحباب تخليل أصابع اليدين روايتين (إحداهما) يستحب لما ذكرناه، ولان النبي ﷺ قال « إذا توضأت فخلل أصابع يديك ورجليك » رواه الترمذي وقال حديث حسن (والثانية)لا يستحب لان تفريقها يغني عن التخليل والاولى أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والتيامن) لاخلاف بين أهل العلم فيما علمنا في استحباب البداية باليمنى وأجمعوا على أنه لا اعادة على من بدأ بيساره قبل يمينه ووجه استحبابه حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يعجبه التيامن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله. متفق عليه . وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « إذا توضأتم فابدءوا بميامنكم » رواه ابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (واخذ ماء جديد للاذنين) يعني انه مستحب قال احمد أنا أستحب أن يأخذ لاذنيه ماء جديداً يروى ذلك عن ابن عمر وهو قول مالك والشافعي وقال ابن المنذر ليس بمسنون وحكاه أبو الخطاب روايةً عن أحمد لان الذي قالوه غير موجود في الاخبار وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «الأذنان من الرأس» رواه ابن ماجه وروت الربيع بنت معوذ والمقدام بن معد يكرب أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه مرة واحدة رواه أبو داود

ووجه الاول ماروي عن ابن عمر، وقد ذهب الزهري الى أنهما من الوجه وقال الشعبي ماأقبل منهما من الوجه وظاهرهما من الرأس ، وقال الشافعي وأبو ثور ليستا من الرأس ولا من الوجه ففي إفرادهما بماء جديد خروج من الخلاف فكان اولى فان مسحهما بماء الرأس أجزأه لما ذكرناه من الحديث

﴿مسئلة﴾ قال (والغسلة الثانية والثالثة) وذلك لما روى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ توضأ

مرة واحدة والتفصيل يحكم به على الاجمال ويكون تفسيراً له ولا يعارض به كالخاص مع العام ، وقياسهم منقوض بالتيمم (فان قيل) يجوز أن يكون النبي ﷺ قد مسح مرة ليبين الجواز ومسح ثلاثا ليبين الافضل كما فعل في الغسل فنقل الامران نقلا صحيحا من غير تعارض بين الروايات (قلنا) قول الراوي: هذا طهور رسول الله ﷺ . يدل على أنه طهوره على الدوام .ولان الصحابة رضي الله عنهم إنما ذكروا صفة وضوء رسول الله ﷺ لتعريف سائلهم ومن حضرهم كيفية وضوئه في دوامه فلو شاهدوا وضوءه على صفة أخرى لم يطلقوا هذا الاطلاق الذي يفهم منه انهم لم يشاهدوا غيره لان ذلك يكون تدليسا وإيهاما بغير الصواب فلا يظن ذلك بهم وتعين حمل حال الراوي لغير الصحيح على الغلط لاغير ولان الرواة اذا رووا حديثا واحداً عن شخص واحد فاتفق الحفاظ منهم على صفة وخالفهم فيها واحد حكموا عليه بالغلط وان كان ثقة حافظا فكيف اذا لم يكن معروفا بذلك

(فصل) اذا وصل الماء الى بشرة الرأس ولم يمسح على الشعر لم يجزئه لان الفرض انتقل اليه فلم يجز مسح غيره كالو أوصل الماء الى باطن اللحية ولم يغسل ظاهرها، وان نزل شعره عن منابت شعر الرأس فمسح على النازل من منابته لم يجزئه لان الرأس ما ترأس وعلا . ولو رد هذا النازل وعقده على رأسه لم يجزئه

ثلاثاثلاثا رواه الامام أحمد والترمذي وقال هذا أحسن شيء في الباب وأصح وليس ذلك بواجب لما روى ابن عباس قال توضأ النبي ﷺ مرة مرة رواه البخاري وعن أبي بن كعب أن النبي ﷺ دعا بماء فتوضأ مرة مرة فقال «هذا وظيفة الوضوء -أو قال- وضوء من لم يتوضأه لم يقبل الله له صلاة» ثم توضأ مرتين مرتين ثم قال « هذا وضوء من توضأه أعطاه الله كفلين من الاجر » ثم توضأ ثلاثا ثلاثا فقال « هذا وضوئي ووضوء المرسلين من قبلي » رواه ابن ماجه

﴿ باب فروض الوضوء وصفته ﴾

(وفروضه ستة-غسل الوجه) وهو فرض بالاجماع والاصل فيه قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية

﴿مسئلة﴾ قال (والفم والانف منه) لدخولهما في حده على ما يأتي :

﴿ مسئلة﴾ قال (وغسل اليدين) وهو الفرض الثاني لقوله تعالى (وأيديكم الى المرافق)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومسح الرأس) وهو الفرض الثالث (وغسل الرجلين) وهو الفرض الرابع لقوله تعالى (وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين) لا نعلم خلافا بين العلماء في وجوب غسل الوجه واليدين لما ذكرنا من النص ، وكذلك مسح الرأس واجب بالاجماع في الجملة مع اختلاف الناس في قدر الواجب منه ، فأما غسل الرجلين فهو فرض في قول أكثر أهل العلم ، قال عبد الرحمن بن أبي ليلى اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على غسل القدمين ، وروي عن علي أنه مسح على نعليه وقدميه ثم دخل المسجد ثم خلع نعليه ثم صلي ،وحكي عن ابن عباس أنه قال ما أجد في كتاب الله الا غسلتين ومسحتين وحكي عن الشعبي

المسح عليه لانه ليس من الرأس وإنما هو نازل رده إلى أعلاه ، ولو نزل عن منبته ولم ينزل عن محل الفرض فمسح عليه أجزأه لانه شعر على محل الفرض فأشبه القائم على محله ولان هذا لابد منه لكل ذي شعر . ولو خضب رأسه بما يستره أو طينه لم يجزئه المسح على الخضاب والطين نص عليه في الخضاب لانه لم يمسح على محل الفرض فأشبه مالو ترك على رأسه خرقة فمسح عليها ، والله أعلم

(فصل) ويمسح رأسه بماء جديد غير ما فضل عن ذراعيه وهو قول أبي حنيفة والشافعي والعمل عليه عند أكثر أهل العلم قاله الترمذي . وجوزه الحسن وعروة والاوزاعي لما ذكرنا من حديث عثمان ، ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا المستعمل لا يخرج عن طهوريته سيما الغسلة الثانية والثالثة

ولنا ما روى عبد الله بن زيد قال مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه بماء غير فضل يديه وكذلك حكى علي ومعاوية رواهن أبو داود قال الترمذي وقد روي من وجه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ لرأسه ماء جديداً ولان البلل الباقي في يده مستعمل فلا يجزيء المسح به كما لو فصله في إناء ثم استعمله

(فصل) فان غسل رأسه بدل مسحه فعلى وجهين (أحدهما) لا يجزئه لان الله تعالى أمر بالمسح والنبي صلى الله عليه وسلم مسح وأمر بالمسح ولانه أحد نوعي الطهارة فلم يجزيء عن النوع الآخر كالمسح عن الغسل (والثاني) يجزيء لانه لو كان جنبا فانغمس في ماء ينوي الطهارتين أجزأه مع عدم المسح فكذلك اذا كان الحدث الاصغر منفرداً ولان في صفة غسل النبي صلى الله عليه

أنه قال الوضوء ممسوحان ومغسولان فالممسوحان يسقطان في التيمم وعن أنس بن مالك أنه ذكر له قول الحجاج اغسلوا القدمين ظاهرهما وباطنهما وخللوا بين الاصابع فانه ليس شيء من ابن آدم أقرب إلى الخبث من قدميه فقال أنس صدق الله وكذب الحجاج وتلا هذه الآية (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين) وحكي عن ابن جرير أنه قال هو مخير بين المسح والغسل ولم نعلم أحداً من أهل العلم قال بجواز مسح الرجلين غير من ذكرنا واحتجوا بظاهر الآية ، وبما روى ابن عباس قال توضأ النبي ﷺ فأدخل يده في الاناء فتمضمض واستنشق مرة واحدة ثم أدخل يده فصب على وجهه مرة واحدة وصب على يديه مرة مرة ومسح برأسه وأذنيه مرة ثم أخذ كفا من ماء فرش على قدميه وهو منتعل : رواه سعيد ، وروى سعيد عن هشيم أنبأنا يعلى بن عطاء عن أبيه قال أخبرني أوس بن أوس الثقفي أنه رأى النبي ﷺ أتى كظامة قوم بالطائف فتوضأ ومسح على قدميه قال هشيم كان هذا في أول الاسلام

ولنا أن عبد الله بن زيد وعثمان وصفا وضوء النبي ﷺ وقالا فغسل قدميه وفي حديث عثمان ثم غسل كلتا رجليه ثلاثا متفق عليه وحكى علي وضوء رسول الله ﷺ فقال ثم غسل رجليه إلى الكعبين ثلاثا ثلاثا وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا توضأ فترك موضع ظفر من قدمه فأبصره النبي ﷺ فقال « ارجع فأحسن وضوءك » فرجع ثم صلى رواه مسلم وعن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ رأى قوما يتوضؤن وأعقابهم تلوح فقال « ويل للاعقاب من النار » رواه مسلم . وقد ذكرنا أمر النبي ﷺ بالتخليل وانه كان يحرك أصابعه

وسلم انه غسل وجهه ويديه ثم افرغ على رأسه ولم يذكر مسحا ولان الغسل أبلغ من المسح فاذا أتى به ينبغي أن يجزئه كما لو اغتسل ينوي به الوضوء ، وهذا فيما اذا لم يمر يده على رأسه فأما إن أمرّ يده على رأسه مع الغسل أو بعده اجزأه لانه قد أتى بالمسح . وقد روي عن معاوية انه توضأ للناس كما رأى النبي ﷺ توضأ فلما بلغ رأسه غرف غرفة من ماء فتلقاها بشماله حتى وضعها على وسط رأسه حتى قطر الماء أو كاد يقطر . ثم مسح من مقدمه الى مؤخره ومن مؤخره الى مقدمه رواه ابو داود . ولو حصل على رأسه ماء المطر أو صب عليه انسان ثم مسح عليه يقصد بذلك الطهارة أو كان قد صمد للمطر أجزأه ، وإن حصل الماء على رأسه من غير قصد أجزأه أيضاً لان حصول الماء على رأسه بغير قصد لم يؤثر في الماء ، فمتى وضع يده على ذلك البلل ومسح به فقد مسح بماء غير مستعمل فصحت طهارته كما لو حصل بقصده ، فان لم يمسح بيده وقلنا ان الغسل يقوم مقام المسح نظرنا فان قصد حصول الماء على رأسه أجزأه اذا جرى الماء عليه وإلا لم يجزه وإن قلنا لايجزيء الغسل عن المسح لم يجزه بحال[1]

(فصـل) وإن مسح رأسه بخرقة مبلولة أو خشبة أجزأه في أحد الوجهين لان الله تعالى أمر بالمسح وقد فعـله فأجزأه كما لو مسح بيده أو بيد غيره ولان مسحه بيده غير مشترط بدليـل مالو مسحه بيد غيره (والثاني) لايجزئه لان النبي صلى الله عليه وسلم مسح بيده ، وإن وضع على رأسه خرقة مبلولة فابتل بها رأسه أو وضع خرقة ثم بلها حتى ابتل شعره لم يجزئه لان ذلك ليس بمسح ولا غسل ، ويحتمل أن يجزئه لانه بلّ شعره قاصداً للوضوء فأجزأه كما لو غسله وإن مسح بأصبع أو أصبعين أجزأه

بخنصره بعض العرك وهذا كله يدل على وجوب الغسل لان الممسوح لايحتاج الى الاستيعاب والعرك ، وأما الآية فقد روى عكرمة عن ابن عباس أنه كان يقرأ (وأرجلكم) قال عاد الى الغسل وروي ذلك عن علي وابن مسعود والشعبي قراءتها كذلك وهي قراءة بن عامر فتكون معطوفة على اليدين ومن قرأ بالجر فللمجاورة كقوله تعالى (إني أخاف عليكم عذاب يوم أليم) جر أليما وهو صفة للعذاب على المجاورة . وقول الشاعر :

فظل طهاة اللحم من بين منضج صفيف شواء أو قدير معجل

فجر قديراً مع العطف للمجاورة . وإذا احتمل الامرين وجب الرجوع إلى فعل رسول الله ﷺ لانه مبين يبين بفعله تارة وبقوله أخرى ويدل على صحة هذا قول النبي ﷺ في حديث عمرو بن عنبسة ثم غسل رجليه كما أمره الله فثبت بهذا ان الله تعالى انما أمره بالغسل لا بالمسح ويحتمل انه أراد بالمسح الغسل الخفيف ، قال أبو علي الفارسي : العرب تسمي خفيف الغسل مسحا فيقولون تمسحت للصلاة أي توضأت ، فان قيل فعطفه على الرأس يدل على انه أراد حقيقة المسح . قلنا قد افترقا من وجوه (أحدها) ان الممسوح في الرأس شعر يشق غسله والرجلان بخلاف ذلك فهما أشبه بالمغسولات (الثاني) انهما محدودان بحد ينتهي اليه أشبها اليدين (الثالث) انهما معرضتان للخبث لكونهما يوطأ بهما على الارض ، وأما حديث أوس بن أوس فيحمل على انه أراد الغسل الخفيف وكذلك حديث ابن عباس وكذلك قال أخذ ملء كف من ماء فرش على قدميه والمسح يكون بالبلل لا برش الماء والله أعلم

---

١) أجزأ يجزيء مهموز يجوز تسهيله بان يقال اجزى يجزي وهو معهود من الفقهاء ولا ندري هل الاصل هنا التزام أحد الوجهين والاختلاف من الناسخ ام لا

١» فيه انه كان متنعلا ولو غسل لخلع نعليه والحق ان هذه تاويلات وان المسح ثابت بقراءة متواترة عمل بها بعض السلف وان مشقة غسل الرجلين قد تكون أشد من مشقة غسل الرأس ولا سيما في السفر وان الغسل في العصر الاول كان يقتضي الوحل لان أرض المسجد كانت ترابا وكذا ماحولها واما في زماننا فالغسل هو الذي تحصل به حكمة الوضوء وهي النظافة على أكمل وجه وهو احوط لعدم الخلاف فيه

اذا مسح بهما مايجب مسحه كله ونقل محمد بن الحكم عن احمد انه لايجزئه، قال القاضي هذا محمول على وجوب الاستيعاب فانه لايمكنه استيعاب الرأس بأصبعه فأما إن استوعبه أجزأه لانه مسح ببعض يده أشبه مسحه بكفه

(فصل) والاذنان من الرأس فقياس المذهب وجوب مسحهما مع مسحه وقال الخلال كلهم حكوا عن أبي عبد الله فيمن ترك مسحهما عامداً أو ناسياً انه يجزئه وذلك لانهما تبع الرأس لايفهم من اطلاق اسم الرأس دخولها فيه ولا يشبهان بقية أجزاء الرأس ولذلك لم يجزه مسحهما عن مسحه عند من اجتزأ بمسح بعضه والاولى مسحهما معه لان النبي ﷺ مسحهما مع رأسه فروت الربيع أنها رأت النبي ﷺ مسح رأسه ما أقبل منه وما أدبر وصدغيه وأذنيه مرة واحدة . وروى ابن عباس أن النبي ﷺ مسح رأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما وقال الترمذي حديث ابن عباس وحديث الربيع صحيحان وروى المقدام بن معديكرب أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه وأدخل أصبعيه في صماخي أذنيه رواه ابو داود فيستحب أن يدخل سبابتيه في صماخي اذنيه ويمسح ظاهر اذنيه بابهاميه ولا يجب مسح ما استتر بالغضاريف لان الرأس الذي هو الاصل لايجب مسح ما استتر منه بالشعر . والاذن أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والترتيب على ماذكر الله تعالى) وهو الفرض الخامس وجملة ذلك ان الترتيب في الوضوء كما ذكر الله تعالى واجب في قول احمد ، قال شيخنا لم أر عنه فيه اختلافا وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابي عبيد وإسحاق وحكى ابو الخطاب عن أحمد رواية أخرى انه غير واجب وهو مذهب مالك والثوري واصحاب الرأي واختاره ابن المنذر لأن الله تعالى أمر بغسل الاعضاء وعطف بعضها على بعض بواو الجمع وهي لاتقتضي الترتيب فكيفما غسل كان ممتثلا ، وروي عن علي انه قال : ما أبالي اذا أتممت وضوئي بأي اعضائي بدأت . وعن ابن مسعود لا بأس ان تبدأ برجليك قبل يديك في الوضوء ، ووجه الاول ان في الآية قرينة تدل على الترتيب فانه ادخل ممسوحا بين مغسولين وقطع النظير عن نظيره والعرب لاتفعل ذلك إلا لفائدة والفائدة هي الترتيب . فان قيل فائدته استحباب الترتيب قلنا الآية ماسيقت إلا لبيان الواجب ولهذا لم تذكر السنن فيها ولانه متى اقتضى اللفظ الترتيب كان مأموراً به ولان كل من حكى وضوء رسول رسول الله ﷺ حكاه مرتبا وهو مفسر لما في كتاب الله تعالى وتوضأ مرتبا وقال «هذا وضوء لايقبل الله الصلاة إلا به» أي بمثله وقولهم إن الواو لاتقتضي الترتيب ممنوع فقد اقتضت الترتيب في قوله تعالى(يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا) وما روي عن علي قال احمد انما عنى به اليسرى قبل اليمنى لان مخرجهما في الكتاب واحد ويروي الامام احمد باسناده ان علياً سئل فقيل له أحدنا يستعجل فيغسل شيئاً قبل شيء فقال لا حتى يكون كما امر الله تعالى وروايتهم عن ابن مسعود لا نعرف لها أصلا ، فأما ترتيب اليمنى على اليسرى فلا يجب بالاجماع حكاه ابن المنذر لان الله تعالى ذكر مخرجه واحداً فقال (وأيديكم وأرجلكم) وكذلك الترتيب بين المضمضة والاستنشاق والفقهاء يعدون اليدين عضواً والرجلين عضواً ولا يجب الترتيب بين العضو الواحد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وغسل الرجلين الى الكعبين وهما العظمان الناتئان)

غسل الرجلين واجب في قول أكثر أهل العلم ، وقال عبدالرحمن بن أبي ليلى أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على غسل القدمين ، وروي عن علي أنه مسح على نعليه وقدميه ثم دخل المسجد فخلع نعليه ثم صلى ، وحكي عن ابن عباس أنه قال ماأجد في كتاب الله إلا غسلتين ومسحتين وروي عن أنس بن مالك أنه ذكر له قول الحجاج اغسلوا القدمين ظاهرهما وباطنهما وخللوا مابين الاصابع فانه ليس شيء من ابن آدم أقرب الى الخبث من قدميه فقال أنس صدق الله وكذب الحجاج وتلا هذه الآية (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين) وحكي عن الشعبي أنه قال: الوضوء مغسولان وممسوحان فالممسوحان يسقطان في التيمم . ولم يعلم من فقهاء المسلمين من يقول بالمسح على الرجلين

(فصل) فان نكس وضوءه فبدأ بشيء من اعضائه قبل وجهه لم يحتسب بما غسله ، قبله وإن بدأ برجليه وختم بوجهه لم يصح إلا غسل وجهه، وإن توضأ منكساً اربع مرات صح وضوءه اذا كان متقاربا يحصل له من كل مرة غسل عضو ومذهب الشافعي نحو هذا ولو غسل اعضاءه دفعة واحدة لم يصح إلا غسل وجهه وإن انغمس في ماء جار فلم يمر على اعضائه إلا جرية واحدة فكذلك وإن مرّ عليه أربع جريات وقلنا الغسل يجزيء عن المسح أجزأه كما لو توضأ أربع مرات ، وإن كان الماء راكداً فقال بعض أصحابنا اذا أخرج وجهه ثم يديه ثم مسح رأسه ثم خرج من الماء أجزأه لان الحدث انما يرتفع بانفصال الماء عن العضو . ونصّ أحمد في رجل أراد الوضوء فاغتمس في الماء ثم خرج من الماء فعليه مسح رأسه وغسل رجليه وهذا يدل على أن الماء اذا كان جاريا فمرت عليه جرية واحدة أنه يجزئه مسح رأسه ثم يغسل رجليه . وإن اجتمع الحدثان سقط الترتيب والموالاة على ماسنذكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والموالاة على إحدى الروايتين) الموالاة هي الشرط السادس وفيها روايتان (احداهما) هي واجبة نصّ عليها أحمد في مواضع وهو قول الاوزاعي وقتادة وأحد قولي الشافعي ، قال القاضي وفيها رواية أخرى أنها غير واجبة وهو قول النخعي والحسن والثوري وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي واختاره ابن المنذر لان المأمور به غسل الاعضاء فكيفما غسل فقد أتى بالمأمور به، وقد ثبت أن ابن عمر توضأ بالسوق فغسل وجهه ويديه ومسح رأسه ثم دعي لجنازة فمسح على خفيه ثم صلى عليها ولانها احدى الطهارتين فلم تجب فيها الموالاة كالكبرى . وقال مالك ان تعمد التفريق بطل والا فلا .

ووجه الاولى ماروى عمر أن النبي ﷺ رأى رجلا يصلي وفي ظهر قدمه لمعة لم يصبها الماء فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء والصلاة رواه أبو داود [1] ولو لم تجب الموالاة لاجزأه غسل اللمعة حسب ولانها عبادة يفسدها الحدث فاشترطت لها الموالاة كالصلاة والآية دلت على وجوب الغسل وبين النبي ﷺ كيفيته بفعله فانه لم ينقل عنه أنه توضأ الا متواليا وغسل الجنابة بمنزلة العضو الواحد ، وحكى بعض أصحابنا فيه منعا ذكره الشيخ أبو الفرج وفعل ابن عمر ليس فيه دليل على أنه أخل بالموالاة المشترطة

(١) راجع حديث عمر عند مسلم في أول ص ١٢٣ من المغني

غير من ذكرنا إلا ماحكي عن ابن جرير أنه قال: هو مخير بين المسح والغسل واحتج بظاهر الآية وبما روى ابن عباس قال توضأ النبي ﷺ وأدخل يده في الاناء فمضمض واستنشق مرة واحدة ثم أدخل يده فصب على وجهه مرة واحدة وصب على يديه مرة واحدة، ومسح برأسه وأذنيه مرة واحدة، ثم أخذ ملء كف من ماء فرش على قدميه وهو منتعل رواه سعيد، وقال أيضاً حدثناهشيم أخبرنا يعلى بن عطاء عن أبيه قال أخبرني أوس بن أبي أوس الثقفي أنه رأى النبي ﷺ أتى كظامة قوم بالطائف فتوضأ ومسح على قدميه. قال هشيم كان هذا في أول الاسلام

ولنا أن عبد الله بن زيد وعثمان حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قالا: فغسل قدميه وفي حديث عثمان ثم غسل كلتا رجليه ثلاثا متفق عليه. وفي لفظ ثم غسل رجله اليمنى إلى الكعبين ثلاثا ثلاثا ثم غسل اليسرى مثل ذلك. وعن علي أنه حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو أن لايؤخر غسل عضو حتى ينشف الذي قبله) في الزمان المعتدل ولا اعتبار بالزمن الحار الذي يسرع فيه النشاف ولا بالزمن البارد الذي يبطيء فيه، ولا يعتبر ذلك فيما بين طرفي الطهارة، وقال ابن عقيل التفريق المبطل في احدي الروايتين مايفحش في العادة لأنه لم يحد في الشرع فرجع فيه إلى العادة كالاحراز والتفرق في البيع

(فصل) فان نشفت أعضاؤه لاشتغاله بفرض في الطهارة أو سنة لم يبطل كما لو طول أركان الصلاة، وإن كان لوسوسة تلحقه فكذلك ويحتمل أن يبطل الوضوء لانه غير مفروض ولا مسنون وإن كان ذلك لعبث أو شيء زائد على المسنون وأشباهه عد تفريقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والنية شرط لطهارة الحدث كله) الغسل والوضوء والتيمم، والنية هي القصد يقال نواك الله بخير أي قصدك ومحلها القلب لان محل القصد القلب فمتى اعتقد بقلبه أجزأ وإن لم يلفظ بلسانه، وإن لفظ بلسانه ولم يقصد بقلبه لم يجزه، ولو سبق لسانه إلى غير مااعتقده لم يمنع صحة ماقصده بقلبه. ولا خلاف في المذهب في اشتراط النية لما ذكرنا، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول مالك وربيعة والليث والشافعي واسحاق وأبي عبيد وابن المنذر، وقال الثوري وأصحاب الرأي تشترط النية في التيمم دون طهارة الماء لان الله تعالى قال (اذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية ولم يذكر النية ولو كانت شرطا لذكرها، ولان مقتضى الامر حصول الاجزاء بفعل المأمور به فتقتضي الآية حصول الاجزاء بما تضمنته ولأنها طهارة بالماء فلم تفتقر إلى النية كغسل النجاسة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الاعمال بالنيات، وانما لكل امريء مانوى » متفق عليه فنفى أن يكون له عمل شرعي بدون النية، ولانها طهارة عن حدث فلم تصح بغير نية كالتيمم فأما الآية فهي حجة لنا فان قوله (اذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) أي للصلاة كما يقال اذا لقيت الامير فترجل أي له، وقولهم لو كانت النية شرطا لذكرها، قلنا انما ذكر الاركان ولم يذكر الشرائط كآية التيمم، وقولهم مقتضى الامر حصول الاجزاء به قلنا بل مقتضاه وجوب الفعل ولا يمتنع أن

فقال ثم غسل رجليه الى الكعبين ثلاثا ثلاثا وكذلك قالت الربيع بنت معوذ والبراء بن عازب وعبد الله بن عمر رواهن سعيد وغيره . وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا توضأ فترك موضع ظفر من قدمه فابصره النبي ﷺ فقال «ارجع فاحسن وضوءك» فرجع فتوضأ ثم صلى رواه مسلم، وفي لفظ أن النبي ﷺ رأى رجلا يصلي وفي ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء والصلاة رواه أبو داود والاثرم قال الاثرم ذكر أبو عبد الله اسناد هذا الحديث قلت له اسناد جيد؟ قال نعم. وعن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ رأى قوما يتوضؤن وأعقابهم تلوح فقال «ويل للاعقاب من النار» وعن عائشة وأبي هريرة أن النبي ﷺ قال «ويل للاعقاب من النار» رواهن مسلم[1] وقد ذكرنا أمر النبي ﷺ بتخليل الاصابع وأنه كان يعرك أصابعه بخنصره بعض العرك وهذا كله يدل على وجوب الغسل فان الممسوح لا يحتاج الى الاستيعاب والعرك. وأما الآية فقد روى عكرمة عن ابن عباس أنه كان يقرأ (وأرجلكم) قال عاد الى الغسل. وروي عن علي وابن مسعود والشعبي أنهم كانوا

[1] بل رواه الجماعة كلهم ولكن انفرد مسلم دون البخاري بقول الراوي: وأعقابهم تلوح لم يمسها الماء

يشترط له شرط آخر كآية التيمم. وقولهم إنها طهارة قلنا إلا أنها عبادة والعبادة لا تكون الا منوية كالصلاة لانها قربة الى الله تعالى وطاعة وامتثال أمر ولا يحصل ذلك بغير نية

﴿مسئلة﴾ قال (وهي أن يقصد رفع الحدث أو الطهارة لما لا يباح إلا بها)

متى قصد بطهارته رفع الحدث وهو إزالة المانع مما يفتقر الى الطهارة أو قصد بطهارته الصلاة والطواف ومس المصحف أو قصد الجنب بالغسل اللبث في المسجد صحت طهارته عند القائلين باشتراط النية لا نعلم بينهم فيه اختلافا، فان نوى التبرد وما لا تشرع له الطهارة كالاكل والبيع ولم ينو الطهارة لم يرتفع حدثه لانه لم ينو الطهارة ولا ما يتضمن نيتها فأشبه من لم يقصد شيئا، وان نوى الطهارة مع ذلك صحت الطهارة لانه نوى الطهارة وضم اليها ما لا ينافيه فلم يؤثر كما لو نوى بالصلاة الطاعة والخلاص من خصمه

﴿مسئلة﴾ قال (فان نوى ما تسن له الطهارة أو التجديد فهل يرتفع حدثه؟ على روايتين)

وجملته اذا نوى ما تشرع له الطهارة ولا تشترط كقراءة القرآن والاذان والنوم أو نوى التجديد ثم بان أنه كان محدثا ففيه روايتان (إحداهما) لا تصح طهارته لانه لم ينو رفع الحدث ولا ما يتضمنه أشبه ما لو نوى التبرد (والثانية) تصح طهارته وهي أصح لانه نوى طهارة شرعية فينبغي أن تحصل له للخبر ولانه يشرع له فعل هذا وهو غير محدث وقد نوى ذلك فينبغي أن يحصل ولانه نوى شيئا من ضرورته صحة الطهارة وهو الفضيلة الحاصلة لمن فعل ذلك على طهارة، فان قيل يبطل بما اذا نوى بطهارته ما لا تشرع له الطهارة قلنا ان نوى طهارة شرعية مثل من قصد الاكل وهو على طهارة شرعية أو قصد أن لا يزال على وضوء فهي كمسئلتنا تصح طهارته. وان قصد نظافة أعضائه من وسخ أو غيره لم تصح طهارته لانه لم يقصدها، وان نوى وضوءا مطلقا أو طهارة مطلقة ففيه وجهان (أحدهما) يصح لان الوضوء والطهارة عند الاطلاق ينصرفان الى المشروع فيكون ناويا لطهارة شرعية

(والوجه الثاني) لا يصح لانه قصد ما يباح بدون طهارة أشبه قصد الاكل ولان الطهارة تنقسم الى مشروع

يقرءونها كذلك وروى ذلك كله سعيد ، وهي قراءة جماعة من القراء منهم ابن عامر فتكون معطوفة على اليدين في الغسل ومن قرأها بالجر فللمجاورة كما قال وأنشدوا :

كأن ثبيرا في عرانين وبله كبير أناس في بجاد مزمل

وأنشد :

فظل طهاة اللحم من بين منضج صفيف شواء أو قدير معجل

جر قديراً مع العطف للمجاورة وفي كتاب الله تعالى (إني أخاف عليكم عذاب يوم اليم) جر أليما وهو صفة العذاب المنصوب لمجاورته المجرور وتقول العرب: جحر ضب خرب. واذا كان الامر فيها محتملا وجب الرجوع إلى بيان النبي ﷺ ويدل على صحة هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن عنبسة ثم غسل رجليه كما أمره الله عز وجل فثبت بهذا أن النبي صلى الله عليه وسلم انما أمر بالغسل لا بالمسح ويحتمل أنه أراد بالمسح الغسل الخفيف قال أبو علي الفارسي : العرب

وغيره فلم تصح مع التردد والطهارة المطلقة منها ما لا يرفع الحدث كالطهارة من النجاسة

﴿مسئلة﴾ (وان نوى غسلا مسنونا فهل يجزيء عن الواجب؟ على وجهين) مضى توجيههما

﴿مسئلة﴾ (وان اجتمعت أحداث توجب الوضوء أو الغسل فنوى بطهارته أحدها فهل يرتفع سائرها؟ على وجهين) أحدهما لا يرتفع الا مانواه قاله أبو بكر لانه لم ينوه أشبه اذا لم ينو شيئا ، وقال القاضي يرتفع لان الاحداث تتداخل فاذا ارتفع بعضها ارتفع جميعها كما لو نوى رفع الحدث ، وان نوى صلاة واحدة نفلا أو فرضا لا يصلي غيرها ارتفع حدثه ويصلي ماشاء لان الحدث اذا ارتفع لم يعد الا بسبب جديد ونية الصلاة تضمنت رفع الحدث

﴿مسئلة﴾ (ويجب تقديم النية على أول واجبات الطهارة) لانها شرط لها فيعتبر وجودها في جميعها وأول واجباتها المضمضة أو التسمية على ماذكرنا من الخلاف. فان وجد شيء من واجبات الطهارة قبل النية لم يعتد به فان غسل الكفين بغير نية فهو كمن لم يغسلهما (ويستحب تقديمها على مسنوناتها) فيقدمها على غسل الكفين لتشمل مفروض الوضوء ومسنونه فان غسل الكفين بغير نية فهو كمن لم يغسلهما

﴿مسئلة﴾ (واستصحاب ذكرها في جميعها وان استصحب حكمها أجزأه) وجملته أنه يستحب استصحاب ذكر النية الى آخر طهارته لتكون أفعاله مقترنة بالنية فان استصحب حكمها أجزأه ، ومعنى استصحاب حكمها أن لا ينوي قطعها فان عزبت عن خاطره لم يؤثر في قطعها كالصلاة والصيام ، ويجوز تقديم النية على الطهارة بالزمن اليسير قياسا على الصلاة ، فان قطع النية في أثناء طهارته وفسخها مثل أن ينوي أن لا يتم طهارته فقال ابن عقيل تبطل الطهارة من أصلها لانها تبطل بالمبطلات أشبهت الصلاة وقال شيخنا لا يبطل ما مضى من طهارته لانه وقع صحيحا أشبه ما لو نوى قطعها بعد الفراغ من الوضوء وما غسله من أعضائه بعد قطع النية لا يعتد به فان أعاد غسله بنية أخرى قبل طول الفصل صحت طهارته . وان طال الفصل انبنى على وجوب الموالاة ، فأما إن غسل بعض أعضائه بنية

تسمي خفيف الغسل مسحاً فيقولون تمسحت للصلاة أي توضأت وقال أبو زيد الانصاري نحو ذلك. وتحديده بالكعبين دليل على أنه أراد الغسل فان المسح ليس بمحدود (فان قيل) فعطفه على الرأس دليل على أنه أراد حقيقة المسح قلنا قد افترقا من وجوه (أحدها) ان الممسوح في الرأس شعر يشق غسله والرجلان بخلاف ذلك فهما أشبه بالمغسولات (والثاني) انهما محدودان بحد ينتهي اليه فأشبها اليدين (والثالث) انهما معرضتان للخبث لكونهما يوطأ بهما على الارض بخلاف الرأس. وأما حديث أوس أن النبي ﷺ مسح على قدميه فانما أراد الغسل الخفيف وكذلك حديث ابن عباس ولذلك قال أخذ ملء كف من ماء فرش على قدميه والمسح يكون بالبلل لا برش الماء.

فأما قول الخرقي: وهما العظمان الناتئان فأراد ان الكعبين هما اللذان في أسفل الساق من جانبي القدم وحكي عن محمد بن الحسن انه قال هما في مشط القدم وهو معقد الشراك من الرجل بدليل انه قال إلى الكعبين فيدل على أن في الرجلين كعبين لا غير ، ولو أراد ما ذكروه كانت كعاب الرجلين أربعة فان لكل

الوضوء وبعضها بنية التبرد ثم أعاد غسل ما نوى به التبرد بنية الوضوء قبل طول الفصل أجزأه والا ابتنى على وجوب الموالاة وجهاً واحداً ، فان فسخ النية بعد الفراغ منها لم تبطل كالصلاة ويحتمل أن تبطل لان الطهارة تبطل بالحدث بعد فراغها بخلاف الصلاة

(فصل) إذا شك في النية أثناء الطهارة لزمه استئنافها كالوشك في نية الصلاة وهو فيها لان النية هي القصد فمتى علم أنه جاء ليتوضأ أو أراد فعل الوضوء مقارنا له أو سابقا عليه قريبا منه فقد وجدت النية . فمتى شك في وجود ذلك في أثناء طهارته لم يصح مامضى منها وهكذا إن شك في غسل عضو أو مسح رأسه حكمه حكم من لم يأت به لان الاصل عدمه إلا أن يكون وهماً كالوسواس فلا يلتفت اليه .وان شك في شيء من ذلك بعد فراغه من الطهارة لم يلتفت اليه لأنه شك في العبادة بعد فراغه منها أشبه الشك في شرط الصلاة ، ويحتمل أن تبطل لان حكمها باق بدليل أنها تبطل بمبطلاتها بخلاف الصلاة . والاول أصح لأنها كانت محكوما بصحتها فلا يزول ذلك بالشك كالوشك في وجود الحدث والله أعلم

(فصل) فان وضأه غيره أو يممه اعتبرت النية من المتوضيء دون الموضيء لأنه المخاطب بالوضوء والموضيء آلة له فهو كحامل الماء اليه ، وإن توضأ وصلى صلاة ثم أحدث وتوضأ وصلى أخرى ثم علم انه ترك واجبا في أحد الوضوءين لزمه إعادة الوضوء والصلاتين

(فصل) (وصفة الوضوء أن ينوي ثم يسمي ثم يغسل يديه ثلاثا) هذه صفة الوضوء الكامل ووجهه ماذكرنا (ثم يتمضمض ويستنشق ثلاثا من غرفة وان شاء من ثلاث وان شاء من ست)

المضمضة إدارة الماء في الفم والاستنشاق اجتذاب الماء بالنفس الى باطن الانف. والاستنثار مستحب وهو اخراج الماء من الانف وقد يعبر بالاستنثار عن الاستنشاق لكونه من لوازمه ولا تجب ادارة الماء في جميع الفم ولا ايصال الماء الى جميع باطن الانف وانما ذلك مبالغة مستحبة وقد ذكرناها ،فان جعل الماء في فيه ينوي رفع الحدث الاصغر ثم ذكر أنه جنب فنوى رفع الحدثين ارتفعا لان الماء انما يثبت

قدم كعبين. ولنا أن الكعاب المشهورة في العرف هي التي ذكرناها. قال أبو عبيد الكعب الذي في أصل القدم منتهى الساق اليه بمنزلة كعاب القنا كل عقد منها يسمى كعبا. وقد روى أبو القاسم الجدلي عن النعمان بن بشير قال كان أحدنا يلزق كعبه بكعب صاحبه في الصلاة ومنكبه بمنكب صاحبه رواه الخلال وقاله البخاري. وروي أن قريشا كانت ترمي كعبي رسول الله ﷺ من ورائه حتى تدميها. ومشط القدم أمامه وقوله (إلى الكعبين) حجة لنا فانه أراد كل رجل تغسل إلى الكعبين إذ لو أراد كعاب جميع الأرجل لقال الكعاب كما قال (وأيديكم إلى المرافق)

(فصل) ويلزمه ادخال الكعبين في الغسل كقولنا في المرافق فيما مضى

﴿ مسألة ﴾ قال (ويأتي بالطهارة عضوا بعد عضو كما أمر الله تعالى)

وجملة ذلك أن الترتيب في الوضوء على مافي الآية واجب عند أحمد لم أر عنه فيه اختلافا وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأبي عبيد، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد انه غير واجب وهذا مذهب مالك والثوري وأصحاب الرأي وروي أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن، وروي عن علي ومكحول والنخعي والزهري والازاعي فيمن نسي مسح رأسه فرأى في لحيته بللا يمسح رأسه به ولم يأمروه باعادة غسل رجليه واختاره ابن المنذر لان الله تعالى أمر بغسل الاعضاء وعطف بعضها على بعض بواو الجمع

له حكم الاستعمال بعد الانفصال، ولو لبث الماء في فيه حتى تغير بما يتحلل من ريقه لم يمنع لان التغير في محل الازالة لايمنع كما لو تغير الماء على عضوه بعجين عليه

(فصل) ويستحب أن يتمضمض ويستنشق بيمينه ثم يستنثر بيساره لماروي عن عثمان انه توضأ فدعا بماء فغسل يديه ثم غرف بيمينه ثم رفعها الى فيه فتمضمض واستنشق بكف واحدة واستنثر بيساره فعل ذلك ثلاثا ثم ذكر سائر الوضوء ثم قال ان النبي ﷺ توضأ لنا كما توضأت لكم. رواه سعيد، وهو مخير بين أن يتمضمض ويستنشق بغرفة أو بثلاث أو بست لما ذكرنا من حديث عثمان، وقال الاثرم: سمعت أباعبد الله يسئل أيما أحب اليك المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة أو كل واحدة منها على حدة؟ قال بغرفة واحدة، وفي حديث عبد الله بن أبي زيد تمضمض واستنثر ثلاثا من غرفة واحدة رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه أنه توضأ فتمضمض ثلاثا واستنشق ثلاثا من كف واحدة وقال هذا وضوء نبيكم ﷺ من المسند، وفي لفظ أنه مضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثلاث غرفات متفق عليه وفي حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده أنه فصل بين المضمضة والاستنشاق رواه أبوداود ولان الكيفية في الغسل غير واجبة ولا يجب الترتيب بين المضمضة والاستنشاق وبين الوجه لانهما من جملته لكن يستحب أن يبدأ بهما لان الذين وصفوا وضوء النبي ﷺ ذكروا أنه بدأ بهما الا شيئا نادراً، وهل يجب الترتيب بينهما وبين سائر الاعضاء؟ على روايتين (احداهما) يجب لانهماس الوجه فوجب غسلهما قبل اليدين كسائره (والثانية) لايجب بل لو تركهما وصلي تمضمض واستنشق وأعاد الصلاة ولم

وهي لاتقتضي الترتيب فكيفما غسل كان ممتثلا. وروي عن علي وابن مسعود ما أبالي بأي أعضائي بدأت، وقال ابن مسعود لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك في الوضوء.

ولنا أن في الآية قرينة تدل على أنه أريد بها الترتيب فانه أدخل ممسوحا بين مغسولين والعرب لا تقطع النظير عن نظيره إلا لفائدة والفائدة ههنا الترتيب (فان قيل) فائدته استحباب الترتيب (قلنا) الآية ما سيقت إلا لبيان الواجب ولهذا لم يذكر فيها شيئا من السنن ولانه متى اقتضى اللفظ الترتيب كان مأموراً به والامر يقتضي الوجوب ولان كل من حكى وضوء رسول الله ﷺ حكاه مرتبا وهو مفسر لما في كتاب الله تعالى: وتوضأ مرتبا وقال « هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به » أي بمثله وما روي عن علي وابن مسعود قال احمد انما عنا به اليسرى قبل اليمنى لان مخرجهما من الكتاب واحد. ثم قال احمد حدثنا جرير عن قابوس عن أبيه ان عليا سئل فقيل له أحدنا يستعجل فيغسل شيئا قبل شيء قال لا حتى يكون كما أمر الله تعالى. والرواية الاخرى عن ابن مسعود ولا يعرف لها أصل

بعد الوضوء لما روى المقدام بن معديكرب أن رسول الله ﷺ أتي بوضوء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم تمضمض واستنشق رواه ابو داود، قال أصحابنا وهل يسميان فرضا إذا قلنا بوجوبهما على روايتين وهو مبني على اختلاف الروايتين في الواجب هل يسمى فرضا أم لا والصحيح تسميته فرضا فيسميان فرضا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهما واجبان في الطهارتين وعنه أن الاستنشاق وحده واجب وعنه أنهما واجبان في الكبرى دون الصغرى) وجملة ذلك أن المضمضة والاستنشاق واجبان في الطهارتين الغسل والوضوء جميعا لان غسل الوجه فيهما واجب وهما من الوجه. هذا المشهور في المذهب وهو قول ابن المبارك وابن أبي ليلى وإسحاق، وروي عن أحمد أن الاستنشاق وحده واجب في الطهارتين ذكر القاضي ذلك في المجرد رواية واحدة وبه قال ابو عبيد وأبو ثور قال ابن المنذر لان النبي ﷺ قال « اذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه[1] ثم لينثر » متفق عليه ولمسلم « من توضأ فليستنشق » أمر والامر يقتضي الوجوب ولان الانف لا يزال مفتوحا وليس له غطاء يستره بخلاف الفم، وقال غير القاضي من أصحابنا عن احمد رواية أخرى أنهما واجبان في الكبرى دون الصغرى وهذا مذهب الثوري وأصحاب الرأي لان الكبرى يجب فيها غسل ما تحت الشعور الكثيفة ولا يمسح فيها على الخفين فوجبا فيها بخلاف الصغرى، وقال مالك والشافعي هما مسنونان في الطهارتين وروي ذلك عن الحسن والحكم وربيعة والليث والاوزاعي لان النبي ﷺ قال « عشر من الفطرة » وذكر منها المضمضة والاستنشاق. والفطرة السنة وذكره لهما من الفطرة يدل على مخالفتهما لسائر الوضوء ولانهما عضوان باطنان فلم يجب غسلهما كباطن اللحية وداخل العينين ولان الوجه ما تحصل به المواجهة ولا تحصل المواجهة بهما

ولنا ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المضمضة والاستنشاق من الوضوء

(١) أي فليجعل في انفه ماء — حذف المفعول في أكثر روايات البخاري وثبت في بعضها وفي رواية مسلم. وقوله فلينثر من الثلاثي وفي رواية فليتنثر

(فصل) ولا يجب الترتيب بين اليمنى واليسرى ولا نعلم فيه خلافا لان مخرجهما في الكتاب واحد قال الله تعالى (وأيديكم وأرجلكم) والفقهاء يعدون اليدين عضواً والرجلين عضواً ولا يجب الترتيب في العضو الواحد وقد دل على ذلك قول علي وابن مسعود

(فصل) وإذا نكس وضوءه فبدأ بشيء من أعضائه قبل وجهه لم يحتسب بما غسله قبل وجهه، فاذا غسل وجهه مع بقاء نيته أو بعدها بزمن يسير احتسب له به ثم يرتب الاعضاء الثلاثة . وان غسل وجهه ثم مسح رأسه ثم غسل يديه ورجليه أعاد مسح رأسه وغسل رجليه ، وإن غسل وجهه ويديه ثم غسل رجليه ثم مسح رأسه صح وضوءه الا غسل رجليه ، وإن نكس وضوءه جميعه لم يصح إلا غسل وجهه وان توضأ منكسا أربع مرات صح وضوءه يحصل له من كل مرة غسل عضو اذا كان متقاربا. ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا ، ولو غسل أعضاءه دفعة واحدة لم يصح له إلا غسل وجهه لأنه لم يرتب. وإن انغمس في ماء جار فلم يمر على أعضائه إلا جرية واحدة فكذلك وإن مر عليه أربع جريات وقلنا الغسل يجزيء عن المسح أجزأه كما لو توضأ أربع مرات ، وإن كان الماء راكداً فقال بعض أصحابنا اذا أخرج وجهه ثم يديه ثم مسح رأسه ثم خرج من الماء أجزأه لان الحدث انما يرتفع بانفصال الماء عن العضو ونص أحمد في رجل أراد الوضوء فاغتمس في الماء ثم خرج من الماء فعليه مسح رأسه وغسل رجليه . وهذا

الذي لا بد منه » رواه ابو بكر في الشافي. وعن أبي هريرة قال أمرنا رسول الله ﷺ بالمضمضة والاستنشاق وفي حديث لقيط بن صبرة « إذا توضأت فتمضمض » رواه أبو داود وأخرجه الدارقطني . ولان كل من وصف وضوء رسول الله ﷺ مستقصى ذكر أنه تمضمض واستنشق ومداومته عليهما تدل على وجوبهما لان فعله يصلح أن يكون بيانا لامر الله تعالى ولانهما عضوان من الوجه في حكم الظاهر لا يشق غسلهما فوجب لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) والدليل على أنهما في حكم الظاهر ان الصائم لا يفطر بوضع الطعام فيهما ويفطر بوصول القيء اليهما ولا يجب الحد بترك الخمر فيهما ويجب غسل النجاسة فيهما ، فأما كونهما من الفطرة فلا ينفي وجوبهما لانه ذكر الختان في الفطرة وهو واجب. فأما غسل داخل العينين فلنا فيه منع وباطن اللحية يشق غسله فلذلك لم يجب في الوضوء ويجب في الطهارة الكبرى والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويغسل وجهه ثلاثا وحده من منابت شعر الرأس إلى ما انحدر من اللحيين والذقن طولا مع ما استرسل من اللحية ومن الاذن الى الاذن عرضا) غسل الوجه ثلاثا مستحب لما ذكرنا من حديث علي وغيره وغسله مرة واجب بالنص والاجماع وقد ذكرناه ، وقوله في حده من منابت شعر الرأس يعني في غالب الناس ولا اعتبار بالاصلع الذي ينحسر شعره عن مقدم رأسه ولا بالافرع الذي ينزل شعره إلى وجهه بل بغالب الناس فالاصلع يغسل إلى حد منابت الشعر في غالب الناس والافرع يغسل الشعر الذي ينزل عن الوجه في الغالب . وقال الزهري الاذن من الوجه لقوله ﷺ « سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره » رواه مسلم أضاف السمع إلى الوجه كما أضاف البصر ، وقال مالك : ما بين اللحية والاذن ليس من الوجه ولا يجب غسله لان الوجه

يدل على أن الماء اذا كان جاريا فمرت عليه جرية واحدة انه يجزئه مسح رأسه وغسل رجليه ، وإن اجتمع الحدثان سقط الترتيب والموالاة على ماسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) ولم يذكر الخرقي الموالاة وهي واجبة عند أحمد نص عليها في مواضع وهذا قول الاوزاعي وأحد قولي الشافعي. قال القاضي ونقل حنبل عن أحمد أنها غير واجبة وهذا قول أبي حنيفة لظاهر الآية، ولان المأمور به غسل الاعضاء فكيفما غسل جاز ولأنها إحدى الطهارتين فلم تجب الموالاة فيها كالغسل، وقال مالك إن تعمد التفريق بطل والا فلا ، ولنا ماذكرنا من رواية عمر أن النبي ﷺ رأى رجلا يصلي في ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء والصلاة ، ولو لم تجب الموالاة لأجزأه غسل اللمعة ، ولانها عبادة يفسدها الحدث فاشترطت الموالاة كالصلاة والآية دلت على وجوب الغسل والنبي ﷺ بين كيفيته وفسر مجمله بفعله وأمره . فانه لم يتوضأ الا متواليا وأمر تارك الموالاة باعادة الوضوء ، وغسل الجنابة بمنزلة غسل عضو واحد بخلاف الوضوء

(فصل) والموالاة الواجبة أن لايترك غسل عضو حتى يمضي زمن يجف فيه العضو الذي قبله في الزمان المعتدل لانه قد يسرع جفاف العضو في بعض الزمان دون بعض ، ولانه يعتبر ذلك فيما بين طرفي الطهارة ، وقال ابن عقيل في رواية أخرى ان حد التفريق المبطل مايفحش في العادة لأنه لم يحد في الشرع فيرجع فيه إلى العادة كالاحراز والتفرق في البيع

ماتحصل به المواجهة وهذا لا يواجه به . قال ابن عبدالبر: لاأعلم أحداً من فقهاء الامصار قال بقول مالك هذا

ولنا على الزهري قول النبي ﷺ « الاذنان من الرأس » رواه ابن ماجه (1) ولم يحك أحد أنه غسلهما مع الوجه وانما أضافهما إلى الوجه للمجاورة ، وعلى مالك أن هذا من الوجه في حق من لالحية له فكذلك من له لحية كسائر الوجه وهذا تحصل به المواجهة من الغلام ، ويستحب تعاهد المفصل بالغسل وهو مابين اللحية والاذن نص عليه الامام أحمد ، ويدخل في الوجه العذار وهو الشعر الذي على العظم الناتئ، سمت صماخ الاذن والعارض الذي تحت العذار وهو الشعر النابت على الخد واللحيين قال الاصمعي : ماجاوز وتد الاذن عارض ، والذقن الشعر الذي على مجمع اللحيين فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه ، وكذلك الحاجبان وأهداب العينين والشارب والعنفقة . فأما الصدغ وهو الذي فوق العذار وهو يحاذي رأس الاذن وينزل عن رأسها قليلا ففيه وجهان (أحدهما) هو من الوجه اختاره ابن عقيل لحصول المواجهة به واتصاله بالعذار (والثاني) أنه من الرأس وهو الصحيح لان في حديث الربيع أن النبي ﷺ مسح برأسه وصدغيه وأذنيه مرة واحدة . رواه أبو داود ولم ينقل أحد أنه غسله مع الوجه . ولأنه شعر يتصل بشعر الرأس وينبت معه في حق الصغير بخلاف العذار فأما التحذيف وهو الشعر الداخل في الوجه مابين انتهاء العذار والنزعة فقال ابن حامد هو من الوجه لانه شعر بين بياض الوجه أشبه العذار ، وقال القاضي يحتمل انه من الرأس لانه شعر متصل به لم يخرج عن حده أشبه الصدغ ، قال شيخنا والاول أصح لان محله لو لم يكن عليه شعر كان من الوجه

(1) وهكذا احمد وأبو داود والترمذي اه الجامع الصغير

(فصل) وإن نشفت أعضاؤه لاشتغاله بواجب في الطهارة أو مسنون لم يعد تفريقا كما لو طول أركان الصلاة . قال أحمد : اذا كان في علاج الوضوء فلا بأس ، وإن كان لوسوسة تلحقه فكذلك لانه في علاج الوضوء ، وان كان ذلك لعبث أو شيء زائد على المسنون وأشباهه عد تفريقا ويحتمل أن تكون الوسوسة كذلك لانه مشتغل بما ليس بمفروض ولامسنون

﴿مسئلة﴾ قال (والوضوء مرة مرة يجزيء والثلاث أفضل)

هذا قول أكثر أهل العلم الا أن مالكا لم يوقت مرة ولا ثلاثا قال انما قال الله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) وقال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز الوضوء ثلاثا ثلاثا الا غسل الرجلين فانه ينقيهما وقد روي عن ابن عباس قال توضأ النبي ﷺ مرة مرة رواه البخاري وروى أبوهريرة أن النبي ﷺ توضأ مرتين مرتين رواه الترمذي . وقال هذا حديث حسن غريب وعن علي أن النبي ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا قال الترمذي حديث علي أحسن شيء في هذا الباب وأصح . وقال سعيد حدثنا سلام الطويل عن زيد العمى عن معاوية بن قرة عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ دعا بماء فتوضأ مرة مرة ثم قال « هذا وظيفة الوضوء وضوء من لا يقبل الله له صلاة إلا به » ثم تحدث ساعة ثم دعا بماء فتوضأ مرتين مرتين فقال « هذا وضوء من توضأه ضاعف الله له الأجر مرتين » ثم تحدث ساعة ثم دعا بماء

فكذلك اذا كان عليه شعر كسائر الوجه . وأما النزعتان وهما ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعداً في جانبي الرأس فقال ابن عقيل هما من الوجه لقول الشاعر :

فلا تنكحي إن فرق الله بيننا　　أغم القفا والوجه ليس بأنزعا

وقال القاضي وشيخنا هما من الرأس وهو الصحيح لانه لا تحصل بهما المواجهة ولدخولهما في حد الرأس لانه ما ترأس وعلا ، وذكر ابن عقيل في الشعر المسامت للنزعتين هل هو من الوجه أم لا ؟ على وجهين

ويجب غسل ما استرسل من اللحية في ظاهر المذهب وكذلك ما خرج عن حد الوجه عرضا وهذا ظاهر مذهب الشافعي لانها من الوجه بدليل ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد غطى لحيته في الصلاة فقال « اكشف لحيتك فان اللحية من الوجه » ولانه نابت في محل الفرض أشبه اليد الزائدة ولأنها تحصل بها المواجهة أشبهت سائر الوجه ، وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه لا يجب غسل ما نزل منها عن حد الوجه طولا ولا ما خرج عرضا لانه شعر خارج عن محل الفرض أشبه ما نزل من شعر الرأس ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجب غسل اللحية الكثيفة وما تحتها من بشرة الوجه لان الوجه اسم للبشرة التي تحصل بها المواجهة ولم يوجد ذلك في واحدة منهما ، وقال الخلال الذي ثبت عن أبي عبد الله في اللحية أنه لا يغسلها وليست من الوجه ، وظاهر هذا كمذهب أبي حنيفة فيما ذكر عنه آخرا ، والمشهور عن أبي حنيفة وجوب غسل ربع اللحية كقوله في مسح الرأس والقول

فتوضأ ثلاثا ثلاثا فقال « هذا وضوئي ووضوء النبيين من قبلي » وروى ابن ماجه باسناده عن أبي ابن كعب عن النبي ﷺ نحو هـذا ، وروى مسلم في صحيحه أن عثمان دعا بوضوء فتوضأ وغسل كفيه ثلاث مرات ثم مضمض واستنثر ثم غسل وجهه ثلاث مرات ثم غسل يده اليمنى الى المرفق ثلاث مرات ثم غسل يده اليسرى مثل ذلك ثم مسح برأسه ثم غسل رجله اليمنى الى الكعبين ثلاث مرات ثم غسل اليسرى مثل ذلك ثم قال رأيت رسول الله ﷺ توضأ نحو وضوئي هذا ثم قال رسول الله ﷺ « من توضأ نحو وضوئي هذا ثم قام فركع ركعتين لايحدث فيهما نفسه غفرله ماتقدم من ذنبه » قال ابن شهاب وكان علماؤنا يقولون : هذا الوضوء أسبغ مايتوضأ به أحد للصلاة

(فصل) وإن غسل بعض اعضائه مرة وبعضها أكثر جاز لانه اذا جاز ذلك في الكل جاز في البعض وفي حديث عبدالله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ فغسل وجهه ثلاثا وغسل يديه مرتين ومسح برأسه مرة متفق عليه

(فصل) قال أحمد رحمه الله : لايزيد على الثلاث إلا رجل مبتلى . وقال ابن المبارك : لا آمن من ازداد على الثلاث أن يأثم وقال ابراهيم النخعي تشديد الوضوء من الشيطان لو كان هـذا فضلا لأوثر به أصحاب محمد ﷺ ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء اعرابي الى النبي ﷺ فسأله عن الوضوء فأراه ثلاثا ثلاثا ثم قال « هـذا الوضوء فمن زاد على هذا فقد أساء وظلم » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه

الاول هو المشهور في المذهب . وما روي عن أحمد يحتمل أنه أراد ماخرج عن الوجه منها كما ذكرنا عن الشافعي وأبي حنيفة فعلى هـذا يصير فيه روايتان . ويحتمل انه أراد غسل باطنها فيكون موافقا للقول الاول وهو الصحيح إن شاء الله . وقياسهم على النازل من شعر الرأس لايصح لانه لايدخل في اسم الرأس وهذا يدخل في اسم الوجه لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان فيه شعر خفيف يصف البشرة وجب غسلها معه . وإن كان يسترها أجزأه غسل ظاهره ويستحب تخليله) أما اذا كانت الشعور في الوجه تصف البشرة وجب غسـل البشرة والشعر لان البشرة ظاهرة تحصل بها المواجهة فوجب غسلها كالتي لا شعر عليها ويجب غسل الشعر لانه نابت في محل الفرض تبع له، وإن كان كثيفا يستر البشرة أجزأه غسل ظاهره لحصول المواجهـة به ولم يجب غسل ما تحته لانه مستور أشبه باطن الانف . ويستحب تخليله وقد ذكرنا ذلك في سنة الوضوء ، ولا يجب التخليل لانعـلم فيه خلافا في المذهب وهو مذهب أكثر أهل العلم لأن الله تعالى أمر بالغسـل ولم يذكر التخليل ولان أكثر من حكى وضوء رسول الله صلى الله عليـه وسلم لم يحكه ولو كان واجبا لما أخل به ولو فعله لنقله الذين نقلوا وضوءه أو أكثرهم . وتركه لذلك يدل على أن غسل ما تحت الشعر الكثيف ليس بواجب لان النبي صلى الله عليه وسلم كان كثيف اللحية فلا يبلغ المـاء الى تحت شعرها إلا بالتخليل وفعله التخليل في بعض أحيـانه يدل على استحبابه ، وقال

(فصل) واذا فرغ من وضوئه استحب أن يرفع نظره الى السماء ثم يقول مارواه مسلم في صحيحه عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ انه قال « ما منكم من أحد يتوضأ فيبلغ أو فيسبغ الوضوء ثم يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية يدخل من أيها شاء »رواه ابو بكر الخلال باسناده وفيه «من توضأ فأحسن الوضوء ثم رفع نظره الى السماء-وفيه- اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين »

(فصل) ولا بأس بالمعاونة على الوضوء لما روى المغيرة بن شعبة انه افرغ على النبي صلى الله عليه وسلم في وضوئه رواه مسلم ، وروي عن صفوان بن عسال قال صببت على النبي ﷺ في السفر والحضر . وعن أم عياش وكانت أمة لرقية بنت رسول الله ﷺ قالت كنت أوضيء رسول الله ﷺ وأنا قائمة وهو قاعد رواهما ابن ماجه ، وروي عن أحمد أنه قال : ما أحب أنه يعينني على وضوئي أحد لان عمر قال ذاك :

(فصل) ولا بأس بتنشيف أعضائه بالمنديل من بلل الوضوء والغسل قال الخلال المنقول عن أحمد أنه لابأس بالتنشيف بعد الوضوء وممن روي عنه أخذ المنديل بعد الوضوء عثمان والحسن بن علي وأنس وكثير من أهل العلم ،ونهى عنه جابر بن عبد الله وكرهه عبد الرحمن بن مهدي وجماعة من أهل العلم لان ميمونة روت أن النبي ﷺ أغتسل فأتيته بالمنديل فلم يردها وجعل ينفض الماء بيده متفق عليه والاول أصح لان الاصل الاباحة وترك النبي ﷺ لايدل على الكراهة فان النبي ﷺ

إسحاق إذا ترك تخليل لحيته عامداً أعاد الوضوء لما روى أنس أن النبي ﷺ كان اذا توضأ أخذ كفاً من ماء فأدخله تحت حنكه وخلل به لحيته ، وقال «هكذا أمرني ربي عز وجل» رواه أبوداود ولما ذكرنا من حديث ابن عمر ، وقال عطاء وأبو ثور يجب غسل ما تحت الشعور الكثيفة في الوضوء قياساً على الجنابة ونحوه قول سعيد بن جبير . وقول الجمهور أولى ، والفرق بين الوضوء والغسل أن غسل باطن الشعر الكثيف يشق في الوضوء لتكرره بخلاف الغسل ، فان كان بعض الشعر كثيفا وبعضه خفيفا وجب غسل بشرة الخفيف معه وظاهر الكثيف . وجميع شعور الوجه في ذلك سواء ، وذكر بعض أصحابنا في الشارب والعنفقة والحاجبين وأهداب العينين ولحية المرأة اذا كانت كثيفة وجهين (أحدهما) يجب غسل باطنها لانها لا تستر عادة وإن وجد ذلك فهو نادر ينبغي أن لا يتعلق به حكم وهو مذهب الشافعي (والثاني) لايجب قياساً على لحية الرجل ودعوى الندرة في غير الاهداب ممنوع والله أعلم

(فصل) ولا يجب غسل داخل العينين ولا يستحب في وضوء ولا غسل لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ولا أمر به وفيه ضرر ، وذكر القاضي في المجرد في وجوبه روايتين عن بعض الاصحاب قال ابن عقيل أنما الروايتان في وجوبه في الغسل فأما في الوضوء فلا يجب رواية واحدة وذكر أن أحمد نص على استحبابه في الغسل لانه يعم جميع البدن ويجب فيه غسل ما تحت الشعور الكثيفة وذكره القاضي وأبو الخطاب من سنن الوضوء لانه روي عن ابن عمر أنه عمي من كثرة إدخال الماء

قد يترك المباح كما يفعله وقد روى أبو بكر في الشافي باسناده عن عروة عن عائشة قالت كان للنبي ﷺ خرقة يتنشف بها بعد الوضوء وسئل أحمد عن هذا الحديث فقال منكر منكر وروي عن قيس ابن سعد أن النبي ﷺ اغتسل ثم أتيناه بملحفة ودسية فالتحف بها الا أن الترمذي قال لا يصح في هذا الباب شيء ،ولا يكره نفض الماء عن بدنه بيديه لحديث ميمونة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا توضأ لنافلة صلى فريضة)

لا أعلم في هذه المسئلة خلافا وذلك لان النافلة تفتقر إلى رفع الحدث كالفريضة وإذا ارتفع الحدث تحقق شرط الصلاة وارتفع المانع فأبيح له الفرض وكذلك كل مايفتقر الى الطهارة كمس المصحف والطواف إذا توضأ له ارتفع حدثه وصحت طهارته وأبيح له سائر مايحتاج الى الطهارة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(فصل) يجوز أن يصلي بالوضوء مالم يحدث ولا نعلم في هذا خلافا قال أحمد بن القاسم سألت أحمد عن رجل صلى أكثر من خمس صلوات بوضوء واحد قال مابأس بهذا إذا لم ينتقض وضوؤه ما ظننت أن أحداً أنكر هذا وقال: صلى النبي ﷺ الصلوات الخمس يوم الفتح بوضوء واحد ،وروى أنس قال كان النبي ﷺ يتوضأ عند كل صلاة قلت وكيف كنتم تصنعون؟ قال يجزيء أحدنا الوضوء مالم يحدث

في عينيه ولأنهما من جملة الوجه ، والاول أولى وهو اختيار شيخنا وما ذكر عن ابن عمر فهو دليل على كراهته لكونه ذهب ببصره ، وفعل ما يخاف منه ذهاب البصر إذ لم يرد به الشرع ولم يكن محرما فلا أقل من الكراهة والله أعلم

(فصل) ويستحب التكثير في ماء الوجه لان فيه غضونا وشعوراً ودواخل وخوارج ليصل الماء الى جميعه وقد روى علي رضي الله عنه في صفة وضوء رسول الله ﷺ قال : ثم أدخل يديه في الاناء جميعا فأخذ بهما حفنة من ماء فضرب بهما على وجهه ثم الثانية ثم الثالثة مثل ذلك ثم أخذ بكفه اليمنى قبضة من ماء فتركها تستن على وجهه رواه أبوداود يعني تسيل وتنصب . قال محمد بن الحكم كره أبو عبدالله أن يأخذ الماء ثم يصبه ثم يغسل وجهه وقال هذا مسح ولكنه يغسل غسلا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ثم يغسل يديه الى المرفقين ثلاثا ويدخل المرفقين في الغسل) غسل اليدين واجب بالاجماع لقول الله تعالى (وأيديكم الى المرافق) ويجب إدخال المرفقين في الغسل في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال ابن داود وبعض المالكية لا يجب ؛ وحكي ذلك عن زفر لأن الله تعالى أمر بالغسل إلى المرافق وجعلها غاية بحرف الى وهو لانتهاء الغاية فلا يدخل المذكور بعده فيه كقول الله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) ، ولنا ما روى جابر قال كان النبي ﷺ إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه أخرجه الدارقطني وهذا بيان للغسل المأمور به في الآية. وقولهم إن الى لانتهاء الغاية قلنا قد تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (من انصاري الى الله * يزدكم قوة الى قوتكم * ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم) أي مع أموالكم [1] وقال المبرد إذا كان الحد من جنس المحدود دخل فيه كقولهم بعت الثوب من هذا الطرف الى هذا الطرف

(١) الصواب ان هنا تضمينا لفعل الضم اي مضمومة الى قوتكم والى اموالكم

رواه البخاري وأبو داود . وفي مسلم عن بريدة قال صلى النبي ﷺ يوم الفتح خمس صلوات بوضوء واحد ومسح على خفيه فقال له عمر إني رأيتك صنعت شيئا لم تكن تصنعه قال « عمداً صنعته »

(فصل) وتجديد الوضوء مستحب نص أحمد عليه في رواية موسى بن عيسى ونقل حنبل عنه أنه كان يفعله وذلك لما روينا من الحديث وعن غطيف المذلي قال : رأيت ابن عمر يوما توضأ لكل صلاة فقلت أصلحك الله أفريضة أم سنة الوضوء عند كل صلاة ؟ فقال لا لو توضأت لصلاة الصبح لصليت به الصلوات كلها مالم أحدث ولكني سمعت رسول الله - لى الله عليه وسلم يقول « من توضأ على طهر فله عشر حسنات » وإنما رغبت في الحسنات أخرجه أبو داود وابن ماجه . وقد نقل علي ابن سعيد عن أحمد لا فضل فيه والاول أصح

(فصل) ولا بأس بالوضوء في المسجد اذا لم يؤذ أحداً بوضوئه ولم يبل موضع الصلاة قال ابن المنذر أباح ذلك كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وأبو بكر بن محمد وابن عمر وابن حزم وابن جريج وعوام أهل العلم ، قال وبه نقول الا أن يبل مكانا يجتاز الناس فيه فاني أكرهه الا أن يفحص الحصى عن البطحاء كما فعل لعطاء وطاوس فاذا توضأ رد الحصى عليه فاني لا أكرهه ، وقد روي عن أحمد انه يكرهه صيانة للمسجد عن البصاق والمخاط ومايخرج من فضلات الوضوء

(فصل) ويجب غسل أظفاره وان طالت والاصبع واليد الزائدة والسلعة لان ذلك من يده كالثؤلول وان كانت نابتة في غير محل الفرض كالعضد لم يجب غسلها طويلة كانت أو قصيرة لانها في غير محل الفرض فهي كالقصيرة وهذا قول ابن حامد وابن عقيل ، وقال القاضي يجب غسل ما حاذى محل الفرض منها والصحيح الاول ، واختلف أصحاب الشافعي في ذلك نحو ما ذكرنا ، وان كانتا متساويتين ولم تعلم الاصلية منها غسلهما جميعا ليخرج عن العهدة بيقين كما لو تنجست إحدى يديه غير معينة وان تعلقت جلدة من الذراع فتدلت من العضد لم يجب غسلها لانها صارت في غير محل الفرض ، وان كان بالعكس وجب غسلها لانها صارت في محل الفرض أشبهت الاصبع الزائدة . وان تعلقت من أحد المحلين فالتحم رأسها في الآخر وبقي وسطها متجافيا وجب غسل ماحاذى محل الفرض من ظاهرها وباطنها وماتحتها

(فصل) اذا كان تحت أظفاره وسخ يمنع وصول الماء الى ما تحته فقال ابن عقيل : لا تصح طهارته حتى يزيله كما لو كان على يده شمع ، قال شيخنا ويحتمل أن لا يجب ذلك لان هذا يستتر عادة فلو كان غسله واجبا لبينه ﷺ لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وقد عاب النبي ﷺ عليهم كونهم يدخلون عليه قلحا ورفغ أحدهم بين أنملته وظفره يعني أن وسخ أرفاغهم تحت أظفارهم يصل اليه رائحة نتنها ولم يعب بطلان طهارتهم ولو كان مبطلا للطهارة لكان ذلك أهم من نتن الريح

(فصل) ومن كان يتوضأ من ماء يسير يغترف منه فغرف منه بيديه عند غسل يديه لم يؤثر ذلك في الماء ، وقال بعض أصحاب الشافعي يصير الماء مستعملا بغرفه منه لانه موضع غسل اليد وهو ناو للوضوء ولغسلها أشبه مالو غمسها في الماء ينوي غسلها فيه ، ولنا أن في حديث عثمان : ثم غرف بيده اليمنى على ذراعه اليمنى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقرأ القرآن جنب ولا حائض ولا نفساء)

رويت الـكراهية لذلك عن عمر وعلي والحسن والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي : لا يقرأ الا آية الركوب والنزول (سبحان الذي سخر لنا هذا» وقل رب أنزلني منزلا مباركا) وقال ابن عباس يقرأ ورده ، وقال سعيد بن المسيب يقرأ القرآن أليس هو في جوفه؟ وحكي عن مالك للحائض القراءة دون الجنب لان أيامها تطول فان منعناها من القراءة نسيت

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يحجبه - أو قال - يحجزه عن قراءة القرآن شيء ليس الجنابة ، رواه أبوداود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن » رواه أبوداود والترمذي وقال يرويه اسماعيل بن عياش عن نافع وقد ضعف البخاري روايته عن أهل الحجاز وقال انما روايته عن أهل الشام، وإذا ثبت هذا في الجنب ففي الحائض أولى لان حدثها آكد ولذلك حرم الوطء ومنع الصيام وأسقط الصلاة وساواها في سائر أحكامها

(فصل) ويحرم عليهم قراءة آية فأما بعض آية فان كان مما لا يتميز به القرآن عن غيره كالتسمية والحمد لله وسائر الذكر فان لم يقصد به القرآن فلا بأس فانه لا خلاف في أن لهم ذكر الله تعالى ، ويحتاجون إلى التسمية عند اغتسالهم ولا يمكنهم التحرز من هذا ، وان قصدوا به القراءة أو كان ما قرأوه شيئا يتميز به القرآن عن غيره من الكلام ففيه روايتان (احداهما) لايجوز وروي عن علي رضي

فغسلها إلى المرفقين ثلاثا ثم غرف بيمينه فغسل يده اليسرى رواه سعد . وفي حديث عبدالله بن زيد: ثم أدخل يده في الاناء فغسل يديه إلى المرفقين مرتين متفق عليه. ولو كان هذا يفسد الوضوء لكان النبي ﷺ أحق بمعرفته وبينه لكون الحاجة ماسة اليه إذ كان لا يعرف بدون البيان ولا يتوقاه إلا متحذلق ، وماذكروه لا يصح فان المغترف لم يقصد بغرفه الا الاغتراف دون الغسل فأشبه من يغوص في البئر لترقية الدلو وهو جنب لاينوي الغسل ونية الاغتراف صرفت نية الطهارة (١) والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يمسح رأسه)

ومسح الرأس فرض بالاجماع لقول الله تعالى (وامسحوا برءوسكم) وهومانبت عليه الشعر في حق الصبي ، وينبغي أن يعتبر غالب الناس فلايعتبر الاقرع ولا الاجلح كما قلنافي حد الوجه ، والنزعتان من الرأس وكذلك الصدغان وقد ذكرنا ذلك في الوجه

﴿ مسئلة ﴾ (يبدأ بيديه من مقدمه ثم يمرهما إلى قفاه ثم يردهما إلى مقدمه)

وجملته أن المستحب في مسح الرأس أن يبل يديه ثم يضع طرف احدى سبابتيه على طرف الاخرى ويضعهما على مقدم رأسه ويضع الابهامين على الصدغين ثم يمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى الموضع الذي بدأ منه كما روى عبدالله بن زيد في وصف وضوء النبي صلى الله عليه وسلم قال: فمسح رأسه بيديه فأقبل

(١) هذا مذهب الشافعي الذي عليه العمل

الله عنه أنه سئل عن الجنب يقرأ القرآن ؟ فقال لا ولا حرفا وهذا مذهب الشافعي لعموم الخبر في النهي ولانه قرآن فمنع من قراءته كالآية (والثانية) لا يمنع منه وهو قول أبي حنيفة لانه لا يحصل به الاعجاز ولا يجزيء في الخطبة ويجوز اذا لم يقصد به القرآن وكذلك اذا قصد

(فصل) وليس لهم اللبث في المسجد لقول الله تعالى (ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا) وروت عائشة قالت جاء النبي ﷺ وبيوت أصحابه شارعة في المسجد فقال « وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه أبو داود ، ويباح العبور للحاجة من أخذ شيء أو تركه أو كون الطريق فيه فاما لغير ذلك فلا يجوز بحال ، وممن نقلت عنه الرخصة في العبور ابن مسعود وابن عباس وابن المسيب وابن جبير والحسن ومالك والشافعي ، وقال الثوري وإسحاق : لا يمر في المسجد الا أن لا يجد بدا فيتيمم وهو قول أصحاب الرأي لقول النبي ﷺ « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » ولنا قول الله تعالى (الا عابري سبيل) والاستثناء من المنهي عنه اباحة ، وعن عائشة [1] أن رسول الله ﷺ قال لها « ناوليني الخمرة [2] من المسجد » قالت اني حائض قال « ان حيضتك ليست في يدك » رواه مسلم ، وعن جابر قال كنا نمر في المسجد ونحن جنب رواه ابن المنذر ، وعن زيد بن أسلم قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يمشون في المسجد وهم جنب رواه ابن المنذر أيضا وهذا إشارة إلى جميعهم فيكون إجماعا

(فصل) فأما المستحاضة ومن به سلس البول فلهم اللبث في المسجد والعبور إذا أمنوا تلويث المسجد لما روي عن عائشة ان امرأة من أزواج رسول الله ﷺ اعتكفت معه وهي مستحاضة

١) في بعض النسخ زيادة الترضي هنا وعند ذكر كل صحابي

٢) الخمرة بضم المعجمة شبه حصيرة يصلى عليها

بهما وأدبر ، وفي لفظ بدأ بمقدم رأسه حتى ذهب بهما الى قفاه ثم ردهما الى المكان الذي بدأ منه ، متفق عليه ، فان كان ذا شعر يخاف أن ينتفش برد يديه لم يردهما نص عليه الامام أحمد لانه قد روي عن الربيع أن رسول الله ﷺ توضأ عندها فمسح الرأس كله من فرق الشعر كل ناحية لمصب الشعر لا يحرك الشعر عن هيئته ، رواه أبو داود . وسئل أحمد كيف تمسح المرأة ؟ فقال هكذا ووضع يده على وسط رأسه ثم جرها الى مقدمه ثم رفعها فوضعها حيث منه بدأ ثم جرها الى مؤخره ، وكيف مسح بعد استيعاب قدر الواجب اجزأه . ولا يحتاج الى ماء جديد في رديديه على رأسه قال القاضي وقد روي عن احمد انه يأخذ للرد ماء جديداً وليس بصحيح قاله القاضي

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب مسح جميعه مع الاذنين ، وعنه يجزيء مسح اكثره) اختلفت الرواية عن احمد في قدر الواجب . فروي عنه مسح جميعه في حق كل احد وهو ظاهر قول الخرقي ومذهب مالك لقوله تعالى (فامسحو برءوسكم) الباء للالصاق فكأنه قال وامسحوا رءوسكم وصار كقوله سبحانه في التيمم (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) قال ابن برهان من زعم أن الباء للتبعيض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه ولان الذين وصفوا وضوء رسول الله ﷺ ذكروا انه مسح رأسه كله ، وقد ذكرنا حديث عبد الله بن زيد وحديث الربيع وهذا يصلح أن يكون بيانا للمسح المأمور به ، وروي عن احمد انه يجزيء مسح بعضه نقلها عنه أبو الحارث . ونقل عن سلمة بن الاكوع أنه كان يمسح مقدم رأسه وابن عمر مسح اليافوخ .

فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعنا الطست تحتها وهي تصلي رواه البخاري . ولأنه حدث لا يمنع الصلاة فلم يمنع اللبث كخروج الدم اليسير من أنفه ، فان خاف تلويث المسجد فليس له العبور فان المسجد يصان عن هذا كما يصان عن البول فيه . ولو خشيت الحائض تلويث المسجد بالعبور فيه لم يكن لها ذلك

(فصل) وان خاف الجنب على نفسه أو ماله أو لم يمكنه الخروج من المسجد أو لم يجد مكانا غيره أو لم يمكنه الغسل ولا الوضوء تيمم ثم أقام في المسجد ، وروي عن علي وابن عباس وسعيد ابن جبير ومجاهد والحسن بن مسلم بن يناق في تأويل قوله تعالى (ولا جنبا إلا عابري سبيل) يعني مسافرين لايجدون ماء فيتيممون ، وقال بعض أصحابنا يلبث بغير تيمم لان التيمم لا يرفع الحدث وهذا غير صحيح لانه يخالف قول من سمينا من الصحابة ، ولان هذا أمر يشترط له الطهارة فوجب التيمم له عند العجز عنها كالصلاة وسائر مايشترط له الطهارة ، وقولهم لايرفع الحدث قلنا إلا انه يقوم مقام مايرفع الحدث في إباحة ما يستباح به

(فصل) إذا توضأ الجنب فله اللبث في المسجد في قول أصحابنا وإسحاق ، وقال أكثر أهل العلم لايجوز للآية والخبر . واحتج أصحابنا بما روي عن زيد بن أسلم قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد على غير وضوء وكان الرجل يكون جنبا فيتوضأ ثم يدخل فيتحدث وهذا اشارة إلى جميعهم

وممن قال بمسح البعض الحسن والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر . قال شيخنا إلا أن الظاهر عن احمد رحمه الله في الرجل وجوب الاستيعاب وان المرأة يجزئها مسح مقدم رأسها ، قال الخلال العمل في مذهب أبي عبدالله انها ان مسحت مقدم رأسها أجزأها لان عائشة رضي الله عنها كانت تمسح مقدم رأسها ، واحتج من أجاز مسح البعض بما روى المغيرة بن شعبة قال رأيت النبي ﷺ توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة والخفين رواه مسلم . وعن أنس بن مالك قال رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية فأدخل يده من تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ولم ينقض العمامة رواه ابو داود ، واحتجوا بان من مسح بعض الرأس يقال مسح برأسه كما يقال مسح برأس اليتيم وإذا قلنا بجواز مسح البعض فأي موضع مسح أجزأه إلا أنه لا يجزيء مسح الاذنين عن الرأس لانهما تبع ولا يجزيء مسحهما عن الاصل . وقال ابن عقيل يحتمل أن لايجزيء إلا مسح الناصية لانه ﷺ مسح بناصيته فوجب الاقتداء به

واختلف العلماء في قدر البعض المجزيء ، فقال القاضي قدر الناصية لحديث المغيرة ، وحكى أبو الخطاب وبعض الشافعية أنه لايجزئه الا مسح الاكثر لانه ينطلق عليه اسم الجميع . وقال أبو حنيفة يجزئه مسح ربعه ، وروي عنه أنه لايجزئه أقل من ثلثه وهو قول زفر ، وقال الشافعي يجزيء مايقع عليه الاسم حكي عنه ثلاث شعرات وحكي عنه لو مسح شعرة أجزأه لوقوع اسم البعض عليه

(فصل) ويجب مسح الاذنين معه لانهما منه بدليل قول النبي ﷺ « الاذنان من الرأس » وروي عن أحمد أنه لا يجب مسحهما وهو ظاهر المذهب ، قال الخلال كلهم حكوا عن أبي عبدالله فيمن

فيكون إجماعا يخص به العموم، ولأنه اذا توضأ خف حكم الحدث فأشبه التيمم عند عدم الماء . ودليل خفته أمر النبي ﷺ الجنب به إذا أراد النوم واستحبابه لمن أراد الا كل ومعاودة الوطء . فأما الحائض إذا توضأت فلا يباح لها اللبث لان وضوءها لا يصح

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يمس المصحف إلا طاهر)

يعني طاهراً من الحدثين جميعا روي هذا عن ابن عمر والحسن وعطاء وطاوس والشعبي والقاسم ابن محمد وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم مخالفا لهم الا داود فانه أباح مسه واحتج بأن النبي ﷺ كتب في كتابه آية الى قيصر ، وأباح الحكم وحماد مسه بظاهر الكف لأن آلة المس باطن اليد فينصرف النهي اليه دون غيره ، ولنا قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « أن لا يمس القرآن الا طاهر » وهو كتاب مشهور رواه أبو عبيد في فضائل القرآن وغيره ورواه الاثرم ، فأما الآية التي كتب بها النبي ﷺ فانما قصد بها المراسلة والآية في الرسالة أو كتاب فقه أو نحوه لا تمنع مسه ولا يصير الكتاب بها مصحفا ولا تثبت له حرمته ، اذا ثبت هذا فانه لا يجوز له مسه بشيء من جسده لانه من جسده فأشبه يده وقولهم إن المس انما يختص باطن اليد ليس بصحيح فان كل شيء لاقى شيئا فقد مسه

ترك مسح أذنيه عامداً أو ساهيا أنه يجزئه وظاهر هذا أنه لا يجب سواء قلنا بوجوب الاستيعاب أو لا لانهما من الرأس على وجه التبع ولا يفهم من اطلاق اسم الرأس دخولهما فيه ولا يشبهان أجزاء الرأس ، ولذلك لا يجزي مسحهما عنه عند من اجتزأ بمسح البعض وهو اختيار شيخنا والاولى مسحهما لان النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما رواه الامام احمد ، وروت الربيع أن النبي ﷺ توضأ عندها فرأيته مسح على رأسه محاذي الشعر ما أقبل منه وما أدبر ومسح صدغيه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما رواهما الترمذي وأبو داود

ويستحب أن يدخل سبابتيه في صماخي أذنيه ويمسح ظاهرهما بابهاميه لان في بعض الفاظ حديث الربيع فأدخل أصبعيه في حجري أذنيه رواه أبو داود ، ولا يجب مسح ما استتر بالغضاريف لان الرأس الذي هو الاصل لا يجب مسح ما استتر منه بالشعر فالاذن أولى والله أعلم

(فصل) ولا يجب مسح ما نزل عن الرأس من الشعر ولا يجزيء مسحه عن الرأس سواء رده فعقده فوق رأسه أو لم يرده لان الرأس ما ترأس وعلا ، فان نزل الشعر عن منبته ولم ينزل عن محل الفرض فمسح عليه أجزأه لانه شعر على محل الفرض أشبه القائم على محله ولان هذا لا يمكن الاحتراز منه ، وان خضب رأسه بما يستره لم يجزه المسح عليه نص عليه أحمد في الخضاب لانه لم يمسح على محل الفرض أشبه ما لو مسح على خرقة فوق رأسه ، ولو أدخل يده تحت الشعر فمسح البشرة دون الظاهر لم يجزه لان

(فصل) ويجوز حمله بعلاقته وهذا قول أبي حنيفة وروي ذلك عن الحسن وعطاء وطاوس والشعبي والقاسم وأبي وائل والحكم وحماد ومنع منه الاوزاعي ومالك والشافعي قال مالك احسن ما سمعت أنه لا يحمل المصحف بعلاقته ولا في غلافه الا وهو طاهر وليس ذلك لأنه يدنسه ولكن تعظيما للقرآن ، واحتجوا بأنه مكلف محدث قاصد لحمل المصحف فلم يجز كما لو حمله مع مسه

ولنا أنه غير ماس له فلم يمنع منه كما لو حمله في رحله ولان النهي انما يتناول المس والحمل ليس بمس فلم يتناوله النهي وقياسهم فاسد فان العلة في الاصل مسه وهو غير موجود في الفرع والحمل لا اثر له فلا يصح التعليل به وعلى هذا لو حمله بعلاقة أو بحائل بينه وبينه مما لا يتبعه في البيع جاز لما ذكرنا ، وعندهم لا يجوز ووجه المذهبين ما تقدم ، ويجوز تقليبه بعود ومسه به وكتب المصحف بيده من غير أن يمسه ، وفي تصفحه بكمه روايتان وخرج القاضي في مس غلافه وحمله بعلاقته رواية أخرى أنه لا يجوز بناء على مسه بكمه . والصحيح جوازه لان النهي انما يتناول مسه والحمل ليس بمس

(فصل) ويجوز مس كتب التفسير والفقه وغيرهما والرسائل وان كان فيها آيات من القرآن بدليل أن النبي ﷺ كتب الى قيصر كتابا فيه آية ولانها لا يقع عليها اسم مصحف ولا تثبت لها حرمته .وفي مس صبيان الكتاتيب ألواحهم التي فيها القرآن وجهان (أحدهما) الجواز لانه موضع حاجة فلو اشترطنا الطهارة أدى الى تنفيرهم عن حفظه (والثاني) المنع لدخولهم في عموم الآية .وفي الدراهم المكتوب عليها القرآن وجهان (أحدهما) المنع وهو قول أبي حنيفة . وكرهه عطاء والقاسم والشعبي لان

الحكم تعلق بالشعر فلم يجزه مسح غيره كما لو أوصل الماء إلى باطن اللحية ولم يغسل ظاهرها ، فأما ان مسح رأسه ثم حلقه أو غسل عضواً ثم قطع منه جزءاً أو جلدة لم يؤثر في طهارته لانه ليس بدلا عما تحته ، وان أحدث بعد ذلك غسل ما ظهر لانه صار ظاهراً فتعلق الحكم به ولو حصل في بعض أعضائه شق أو ثقب لزمه غسله لانه صار ظاهراً

(فصل) ويمسح رأسه بماء جديد غير ما فضل عن ذراعيه ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي والعمل عليه عند أكثر أهل العلم قاله الترمذي ، وجوز الحسن وعروة والاوزاعي وابن المنذر مسحه بفضل ذراعيه لما روي عن عثمان أنه مسح مقدم رأسه بيده مرة واحدة ولم يستأنف له ماء جديدا حين حكى وضوء النبي ﷺ رواه سعيد . ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا إن المستعمل طهور لا سيما الغسلة الثانية والثالثة ،ووجه الاول ماروى عبد الله بن زيد قال ومسح رأسه بماء غير فضل يديه رواه مسلم . وفي حديثه المتفق عليه ثم أدخل يده في الاناء فمسح برأسه وكذلك حكى علي في رواية أبي داود ولان البلل الباقي في يده مستعمل فلا يجزيء به المسح كما لو فصله في إناء ثم استعمله

(فصل) فان غسل رأسه بدل مسحه فعلى وجهين (أحدهما) لا يجزئه لان الله تعالى أمر بالمسح والنبي ﷺ مسح ولانه أحد نوعي الطهارة فلم يجزىء عن الآخر كالمسح عن الغسل (والثاني) يجزيء لانه لو كان جنبا فانغمس في ماء ينوي الطهارتين أجزأه مع أنه لم يمسح فكذلك في الحدث الاصغر وحده

القرآن مكتوب عليها فأشبهت الورق (والثاني) الجواز لانه لا يقع عليها اسم المصحف فاشبهت كتب الفقه ولان في الاحتراز منها مشقة أشبهت ألواح الصبيان

(فصل) وان احتاج المحدث الى مس المصحف عند عدم الماء تيمم وجاز مسه ولو غسل المحدث بعض أعضاء الوضوء لم يجز له مسه به قبل اتمام وضوئه لانه لا يكون متطهراً إلا بغسل الجميع

(فصل) ولا يجوز المسافرة بالمصحف إلى دار الحرب لما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم »

ولان في صفة غسل النبي ﷺ أنه غسل يديه ووجهه ثم أفرغ على رأسه ولم يذكر مسحا ولان الغسل أبلغ من المسح فاذا أتى به ينبغي أن يجزئه وهذا فيما اذا لم يمر يده عليه فأما ان أمر يده على رأسه مع الغسل أو بعده أجزأه لانه قد أتى بالمسح وذلك لما روي عن معاوية أنه توضأ للناس كما رأى النبي ﷺ توضأ فلما بلغ رأسه غرف غرفة من ماء فتلقاها بشماله حتى وضعها على وسط رأسه حتى قطر الماء أو كاد يقطر ثم مسح من مقدمه الى مؤخره ومن مؤخره الى مقدمه رواه أبو داود ولو حصل على رأسه ماء المطر أو صب عليه انسان ثم مسح عليه يقصد بذلك الطهارة أو كان قد صمد للمطر أجزأه وان حصل الماء على رأسه من غير قصد أجزأه أيضا لان حصول الماء على رأسه بغير قصد لم يؤثر في الماء فمتى وضع يده على ذلك البلل ومسح به فقد مسح بماء غير مستعمل فصحت طهارته كما لو حصل بقصده. وقد نقل ابو داود عن أحمد إذا أصاب برأسه ماء السماء فمسحه بيده لم يجزه وذلك لانه لم يوجد منه نية لذلك . ذكره القاضي في المجرد وهذا يدل على أنه يشترط أن يقصد حصول الماء على رأسه ، قال ابن عقيل في هذه المسئلة : تحقيق المذهب أنه متى صمد للمطر ومسح أجزأه ومتى أصابه المطر من غير قصد ولا نية لم يجزه وكذلك ان كان يتوضأ فصب انسان على رأسه ماء وهو لا يقصد مسح رأسه فانه لايجزئه فاما ان حصل الماء على رأسه بغير قصد ولم يمسح بيده لم يجزه سواء قلنا ان الغسل يقوم مقام المسح أولا وان قصد وجرى الماء على رأسه أجزأه اذا قلنا يجزيء الغسل وإلا فلا

(فصل) فان مسح رأسه بخرقة مبلولة أو خشبة أجزأه في أحد الوجهين لانه مأمور بالمسح وقد مسح أشبه مالو مسح بيده ولان مسحه بيده غير مشترط بدليل مالو مسح بيد غيره (والثاني) لايجزئه لان النبي ﷺ مسح بيده وقال « هذا وضوء لايقبل الله الصلاة إلا به » وان وضع على رأسه خرقة مبلولة فابتل رأسه بها أو وضع خرقة ثم بلها حتى ابتل شعره لم يجزه لان ذلك ليس بمسح ولا غسل ،ويحتمل أن يجزئه لانه بل شعره قاصداً للوضوء فأجزأه كما لوغسله،وان مسح باصبع أو أصبعين أجزأه اذا بهما مسح مايجب مسحه كله وهو قول الثوري والشافعي ، ونقل بكر بن محمد عن أحمد لايجزئه المسح بأصبع ، قال القاضي هذا محمول على الرواية التي توجب الاستيعاب لأنه لايحصل بأصبع واحدة . وإن حلق بعض رأسه وقلنا بوجوب الاستيعاب مسح المحلوق والشعر ، وإن قلنا باجزاء مسح البعض أجزأه مسح أحدهما

باب الاستطابة والحدث

الاستطابة هي الاستنجاء بالماء أو بالاحجار يقال استطاب وأطاب اذا استنجى سمي استطابة لانه يطيب جسده بازالة الخبث عنه قال الشاعر يهجو رجلا

يا رخما قاظ على عرقوب يعجل كف الخاريء المطيب

والاستنجاء استفعال من نجوت الشجرة أي قطعتها فكأنه قطع الاذى عنه وقال ابن قتيبة هو مأخوذ من النجوة وهي ما ارتفع من الارض لان من أراد قضاء الحاجة استتر بها والاستجمار استفعال من الجمار وهي الحجارة الصغار لانه يستعملها في استجماره

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس على من نام أو خرجت منه ريح استنجاء)

ولا نعلم في هذا خلافا قال أبو عبدالله ليس في الريح استنجاء في كتاب الله ولا في سنة رسوله انما عليه الوضوء وقد روي عن النبي ﷺ « من استنجى من ريح فليس منا » رواه الطبراني في معجمه الصغير وعن زيد بن أسلم في قوله تعالى (اذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) اذا قمتم من النوم ولم يأمر بغيره فدل على أنه لايجب ولان الوجوب من الشرع ولم يرد بالاستنجاء ههنا نص ولا هو في معنى المنصوص عليه لان الاستنجاء انما شرع لازالة النجاسة ولا نجاسة ههنا

(فصل) وهل يستحب مسح العنق؟ فيه روايتان (احداهما) يستحب لما روي عن النبي ﷺ أنه مسح رأسه حتى بلغ القذال وما يليه من مقدم العنق . رواه أحمد في المسند من رواية ليث بن أبي سليم وهو متكلم فيه ، ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال « امسحوا أعناقكم مخافة الغل » ذكره ابن عقيل في الفصول (والثانية) لايستحب لان الله تعالى لم يأمر به ، وان الذين حكوا وضوء رسول الله ﷺ عثمان وعلي وعبد الله بن زيد وابن عباس لم يذكروه ولم يثبت فيه حديث

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب تكراره وعنه يستحب) الصحيح من المذهب أنه لايستحب التكرار في مسح الرأس وهو قول أبي حنيفة ومالك ، ويروى عن ابن عمر وابنه سالم والحسن ومجاهد قال الترمذي والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم ، وعن أحمد أنه يستحب . يروى ذلك عن أنس وعطاء وسعيد بن جبير وهو قول الشافعي لما روى أبو داود عن شقيق بن سلمة قال : رأيت عثمان غسل ذراعيه ثلاثا ومسح برأسه ثلاثا ثم قال رأيت رسول الله ﷺ فعل مثل هذا وروي مثل ذلك عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ ، وروى علي وابن عمر وأبو هريرة وأبي بن كعب وغيرهم أن رسول الله ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا وفي حديث أبي قال « هذا وضوئي ووضوء المرسلين قبلي » رواه ابن ماجه وقياسا على سائر الاعضاء ، ووجه الرواية الاولى أن عبدالله بن زيد وصف وضوء رسول الله ﷺ قال مسح برأسه مرة واحدة ، متفق عليه وكذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاستنجاء لما خرج من السبيلين)

هذا فيه اضمار وتقديره والاستنجاء واجب لحذف خبر الابتداء اختصاراً وأراد ماخرج غير الريح لانه قد بين حكمها وسواء كان الخارج معتاداً كالبول والغائط أو نادراً كالحصى والدود والشعر رطبا أو يابساً ، ولو احتقن فرجعت أجزاء خرجت من الفرج أو وطيء رجل امرأته دون الفرج فدب ماؤه إلى فرجها ثم خرج منه فعليهما الاستنجاء على ظاهر كلام الخرقي وقد صرح به القاضي وغيره ، ولو أدخل الميل في ذكره ثم أخرجه لزمه الاستنجاء لانه خارج من السبيل فأشبه الغائط المستحجر ، والقياس أن لايجب من ناشف لاينجس المحل للمعنى الذي ذكرنا في الريح وهو قول الشافعي وهكذا الحكم في الطاهر وهو المني اذا حكمنا بطهارته ، والقول بوجوب الاستنجاء في الجملة قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن ابن سيرين فيمن صلى بقوم ولم يستنج لاأعلم به بأساً وهـذا يحتمل أن يكون فيمن لم يلزمه الاستنجاء كمن لزمه الوضوء لنوم أو خروج ريح أو من ترك الاستنجاء ناسيا فيكون موافقا لقول الجماعة ، ويحتمل أنه لم ير وجوب الاستنجاء وهذا قول أبي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من استجمر فليوتر من فعـل فقد أحسن ومن لا فلا حرج » رواه أبو داود ، ولأنها نجاسة يكتفى فيها بالمسح فلم تجب ازالتها كيسير الدم

ولنا قول النبي ﷺ « اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار فانها تجزيء عنه » رواه أبو داود وقال « لا يستنجي أحدكم بدون ثلاثة أحجار » رواه مسلم وفي لفظ لمسلم : لقدنهانا أن نستنجي بدون ثلاثة احجار . فأمر والامر يقتضي الوجوب وقال « فانها تجزيء عنه » والاجزاء انما يستعمل في

روى علي وقال هذا وضوء رسول الله ﷺ من احب ان ينظر الى طهور رسول الله ﷺ فلينظر الى هذا ، وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح و كذلك وصف عبدالله بن أبي أوفى وابن عباس وسلمة بن الاكوع والربيع كلهم قالوا ومسح برأسه مرة واحدة وحكايتهم لوضوء رسول الله ﷺ إخبار عن الدوام ولا يداوم إلا على الافضل ، وحكاية ابن عباس وضوء رسول الله ﷺ في الليل حال خلوته ولا يفعل في تلك الحال إلا الافضل ، ولانه مسح في طهارة فلم يسن تكراره كالمسح على الجبيرة والخفين ، وأحاديثهم لايصح منها شيء صريح ، قال أبو داود أحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن مسح الرأس مرة فانهم ذكروا الوضوء ثلاثا ثلاثا وقالوا فيها ومسح رأسه ولم يذكروا عـدداً . والحديث الذي ذكر فيه مسح رأسـه ثلاثا رواه يحيى بن آدم وخالفه وكيع فقال توضأ ثلاثا فقط والصحيح المتفق عليـه عن عثمان انه لم يذكر في مسح الرأس عـدداً . ومن روى عنـه ذلك سوى عثمان لم يصح لأنهم الذين رووا أحاديثنا وهي صحيحة فيلزم من ذلك ضعف ماخالفها والاحاديث التي ذكروا فيها أن النبي ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا أرادوا بها سوى المسح لأنهم حين فصلوا قالوا ومسح برأسه مرة واحدة قالوا والتفصيل يحكم به على الاجمال ويكون تفسيراً ولا يعارضه كالخاص مع العام

الواجب ونهى عن الاقتصار على أقل من ثلاثة والنهى يقتضي التحريم وإذا حرم ترك بعض النجاسة فترك جميعها أولى . وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ قال « لا يكفي أحدكم دون ثلاثة أحجار » وأمر بالعدد في أخبار كثيرة وقوله « لا حرج » يعني في ترك الوتر لا في ترك الاستجمار لأن المأمور به في الخبر الوتر فيعود نفي الحرج إليه وأما الاجتزاء بالمسح فيه فلمشقة الغسل لكثرة تكرره في محل الاستنجاء

(فصل) وهو مخير بين الاستنجاء بالماء أو الأحجار في قول أكثر أهل العلم وحكي عن سعد بن أبي وقاص وابن الزبير أنهما أنكرا الاستنجاء بالماء ، وقال سعيد بن المسيب : وهل يفعل ذلك إلا النساء ؟ وقال عطاء غسل الدبر محدث ، وكان الحسن لا يستنجي بالماء وروي عن حذيفة القولان جميعاً وكان ابن عمر لا يستنجي بالماء ثم فعله وقال لنافع جربناه فوجدناه صالحا وهو مذهب رافع بن خديج وهو الصحيح لما روى أنس قال كان النبي ﷺ يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوي إداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء . متفق عليه . وعن عائشة أنها قالت مرن أزواجكن أن يستطيبوا بالماء فإني أستحييهم وإن رسول الله ﷺ كان يفعله قال الترمذي هذا حديث صحيح ورواه سعيد

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال نزلت هذه الآية في أهل قباء (فيه رجال يحبون أن يتطهروا) قال كانوا يستنجون بالماء فنزلت هذه الآية فيهم رواه أبو داود وابن ماجه ولأنه يطهر المحل ويزيل النجاسة فجاز كما لو كانت النجاسة على محل آخر فإن أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أفضل لما روينا من الحديث ولأنه

وقياسهم منقوض بالتيمم وإن قيل يجوز أن يكون النبي ﷺ مسح مرة ليبين الجواز ومسح ثلاثا ليبين الأفضل كما فعل في الغسل فنقل الأمران من غير تعارض قلنا قول الراوي هذا طهور رسول الله ﷺ يدل على أنه كان يفعله على الدوام لأن الصحابة رضي الله عنهم إنما وصفوا وضوء رسول الله ﷺ ليعرفوا من سألهم وحضرهم صفة وضوئه في دوامه فلو شاهدوا وضوءه على صفة أخرى لم يطلقوا هذا الاطلاق الذي يفهم منه أنهم لم يشاهدوا سواه لأنه يكون تدليسا وإيهاما لغير الصواب فلا يظن ذلك بهم ويحمل حال الراوي لغير الصحيح على الغلط لاغير ولأن الحفاظ إذا رووا حديثا واحداً عن شخص واحد على صفة وخالفهم فيها واحد حكموا عليه بالغلط وإن كان ثقة حافظا فكيف إذا لم يكن معروفا بذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ ثم يغسل رجليه إلى الكعبين ثلاثا ويدخلهما في الغسل) وقد ذكرنا اختلاف العلماء في غسل الرجلين ويستحب غسلهما ثلاثا لأن في حديث عثمان : ثم غسل كلتا رجليه ثلاثا ، متفق عليه وعن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ توضأ ثلاثا ثلاثا رواه الترمذي وقال هذا أحسن شيء في الباب وأصح . ويدخل الكعبين في الغسل قياسا على المرفقين. والكعبان هما العظمان الناتئان اللذان في أسفل الساق من جانبي القدم وحكي عن محمد بن الحسن أنه قال : هما في مشط القدم وهو معقد الشرك من الرجل بدليل أنه قال الى الكعبين فدل على أن في الرجل كعبين لاغير ولو أراد ما ذكرتم كانت كعاب الرجلين أربعة ،

يطهر المحل ويزيل العين والاثر وهو أبلغ في التنظيف . وإن اقتصر على الحجر أجزأه بغير خلاف بين أهل العلم لما ذكرنا من الاخبار ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ، والافضل أن يستجمر بالحجر ثم يتبعه الماء قال احمد إن جمعهما فهو أحب إلي لان عائشة قالت مرن أزواجكن ان يتبعن الحجارة الماء من أثر الغائط والبول فاني أستحييهم كان النبي ﷺ يفعله . احتج به احمد ورواه سعيد ولان الحجر يزيل عين النجاسة فلا تصيبها يده ثم يأتي بالماء فيطهر المحل فيكون أبلغ في التنظيف وأحسن

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يعدوا مخرجهما أجزأه ثلاثة أحجار اذا أنقى بهن فان أنقى بدون الثلاثة لم يجزه حتى يأتي بالعدد وان لم ينق بالثلاثة زاد حتى ينقي)

قوله يعدوا مخرجهما يعني الخارجين من السبيلين اذا لم يتجاوزا مخرجهما . يقال عداك الشر أي تجاوزك والمراد والله أعلم إذا لم يتجاوز المخرج بما لم تجر العادة به فان اليسير لا يمكن التحرز منه والعادة جارية به فاذا كان كذلك فانه يجزئه ثلاثة أحجار منقية . ومعنى الانقاء إزالة عين النجاسة وبلتها بحيث يخرج الحجر نقيا وليس عليه أثر إلا شيئا يسيراً ويشترط الامران جميعا : الانقاء وإكمال الثلاثة أيهما وجد دون صاحبه لم يكف وهذا مذهب الشافعي وجماعة ، وقال مالك وداود الواجب الانقاء دون العدد لقوله عليه السلام « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج »

ولنا قول سلمان لقد نهانا يعني النبي ﷺ أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار وما ذكرنا من الاحاديث وحديثهم قد أجبنا عنه فيما مضى

(فصل) وإذا زاد على الثلاثة استحب أن لا يقطع الا على وتر لقوله عليه السلام « من استجمر

ولنا أن الكعاب المشهورة هي التي ذكرنا قال أبو عبيد : الكعب هذا الذي في أصل القدم منتهى الساق اليه بمنزلة كعاب القنا وروي عن النعمان بن بشير قال كان أحدنا يلزق كعبه بكعب صاحبه في الصلاة رواه الخلال. وقوله إلى الكعبين حجة لنا فانه أراد كل رجل تغسل إلى الكعبين ولو أراد كعاب جميع الارجل لذكر بلفظ الجمع كما قال إلى المرافق ويخلل أصابعهما لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان أقطع غسل ما بقي من محل الفرض) وسواء في ذلك اليدين والرجلين لقوله ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم »

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يبق شيء سقط وجوب الغسل) لعدم محله ويستحب أن يمس محل القطع بالماء لئلا يخلو العضو من طهارة ، فان كان أقطع اليدين فوجد من يوضئه متبرعا لزمه ذلك لانه قادر عليه وان لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه لزمه كما يلزمه شراء الماء . وقال ابن عقيل يحتمل أن لا يلزمه كما لو عجز عن القيام في الصلاة لا يلزمه استئجار من يقيمه ويعتمد عليه ، وان عجز عن الاجر أو لم يجد من يستأجره صلى على حسب حاله كعادم الماء والتراب . وان وجد من ييممه ولم يجد من يوضئه لزمه التيمم كعادم الماء اذا وجد التراب وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

فليوتر » متفق عليه فيستجمر خمسا أو سبعا أو تسعا أو مازاد على ذلك فان اقتصر على شفع منقية فيما زاد على الثلاثة جاز لقوله عليه السلام « ومن لا فلا حرج »

(فصل) وكيفما حصل الانقاء في الاستجمار أجزأه . وذكر القاضي أن المستحب أن يمر الحجر الاول من مقدم صفحته اليمنى إلى مؤخرها . ثم يديره على اليسرى . ثم يرجع به إلى الموضع الذي بدأ منه ثم يمر الثاني من مقدم صفحته اليسرى كذلك ثم يمر الثالث على المسربة والصفحتين لقول النبي ﷺ « أو لا يجد أحدكم حجرين للصفحتين وحجراً للمسربة ؟ » رواه الدارقطني وقال اسناده حسن، وينبغي أن يعم المحل بكل واحد من الاحجار لانه إذا لم يعم به كان ذلك تلفيقا فيكون بمنزلة مسحة واحدة ولا يكون تكراراً ذكر هذا الشريف أبو جعفر وابن عقيل وقالا معنى الحديث البداية بهذه المواضع، ويحتمل أن يجزئه لكل جهة مسحة لظاهر الخبر والله أعلم

(فصل) ويجزئه الاستجمار في النادر كما يجزي في المعتاد ، ولاصحاب الشافعي وجه أنه لا يجزي في النادر قال ابن عبدالبر ويحتمل أن يكون قول مالك — لان النبي ﷺ أمر بغسل الذكر من المذي والامر يقتضي الوجوب . قال ابن عبدالبر واستدلوا بأن الآثار كلها على اختلاف ألفاظها وأسانيدها ليس فيها ذكر استنجاء انما هو الغسل ولان النادر لا يتكرر فلا يبقي اعتبار الماء فيه فوجب كغسل غير هذا المحل

ولنا أن الخبر عام في الجميع وان الاستجمار في النادر انما وجب لما صحبه من بلة المعتاد ثم إن لم

﴿ مسئلة ﴾ ثم يرفع نظره إلى السماء ويقول أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ما منكم من أحد يتوضأ فيبلغ - أو - فيسبغ الوضوء ثم يقول أشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية يدخل من أيها شاء » رواه مسلم ورواه الترمذي وزاد فيه « اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين » ورواه الامام احمد وابو داود وفي بعض رواياته « فاحسن الوضوء ثم رفع نظره إلى السماء » وعن أبي سعيد الخدري قال : من توضأ ففرغ من وضوئه وقال « سبحانك اللهم أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك طبع عليها بطابع ثم رفعت تحت العرش فلم تكسر الى يوم القيامة » رواه النسائي

(فصل) (والوضوء مرة مرة يجزي والثلاث أفضل) لما روى ابن عباس قال توضأ النبي ﷺ مرة مرة رواه البخاري وروى ابن عمر أن النبي ﷺ دعا بماء فتوضأ مرة مرة ثم قال « هذا وظيفة الوضوء وضوء من لا يقبل الله له الصلاة إلا به » ثم تحدث ساعة ثم دعا بوضوء فتوضأ مرتين مرتين فقال « هذا وضوء من توضأه ضاعف الله له الاجر مرتين » ثم تحدث ساعة ثم دعا بماء فتوضأ ثلاثا ثلاثا فقال « هذا وضوئي ووضوء النبيين من قبلي » رواه سعيد وقد ذكر حديث أبي بن كعب بنحو هذا ، وهذا قول أكثر أهل العلم إلا أن مالكا لم يوقت مرة ولا ثلاثا

يشق فهو في محل المشقة فتعتبر مظنة المشقة دون حقيقتها كما جوز الاستجمار على نهر جار ، وأما المذي فعتاد كثير وربما كان في بعض الناس أكثر من البول. قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه كنت رجلا مذاء فقال النبي ﷺ « ذاك ماء الفحل ولكل فحل ماء » وقال سهل بن حنيف: كنت رجلا مذاء فكنت أكثر منه الاغتسال .ولهذا أوجب مالك منه الوضوء وهو لا يوجبه من النادر فليس هو من مسألتنا ، ويجب غسل الذكر منه والانثيين في إحدى الروايتين تعبداً . والأخرى أنه لايجب وأمر ﷺ بغسله للاستحباب قياساً على سائر مايخرج والله أعلم

(فصل) ولا يستجمر بيمينه لقول سلمان في حديثه انه لينهانا أن يستنجي أحدنا بيمينه . رواه مسلم ، وروى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ قال « لايمسكن أحدكم ذكره بيمينه ولا يتمسح من الخلاء بيمينه » متفق عليه . فان كان يستنجي من غائط أخذ الحجر بشماله فمسح به. وإن كان يستنجي من البول وكان الحجر كبيراً أخذ ذكره بشماله فمسح به وإن كان صغيراً فأمكنه أن يضعه بين عقبيه أو بين أصابعه ويمسح ذكره عليه فعل وإن لم يمكنه أمسكه بيمينه ومسح بيساره لموضع الحاجة . وقيل يمسك ذكره بيمينه ويمسح بشماله ليكون المسح بغير اليمين. والأول أولى لقول النبي ﷺ «لا يمسكن أحدكم ذكره بيمينه» وإذا أمسك الحجر باليمين ومسح الذكر عليه لم يكن ماسحاً باليمين ولا ممسكا للذكر بها ،وإن كان أقطع اليسرى أو بها مرض استجمر بيمينه للحاجة ولا يكره الاستعانة بها في الماء لان الحاجة داعية اليه، وإن استجمر بيمينه مع الغنى عنه أجزأه في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعض أهل الظاهر انه لايجزئه لانه منهي عنه فلم يفد مقصوده كما لو استنجى بالروث والرمة فان النهي يتناول الأمرين والفرق

قال انما قال الله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) وقال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز الوضوء ثلاثا ثلاثا إلا غسل الرجلين فانه ينقيهما . والاول أولى لما ذكرنا من الاحاديث وقد ذكرنا اختلافهم في تكرار مسح الرأس والله أعلم

وإن غسل بعض أعضائه أكثر من بعض فحسن لان في حديث عبدالله بن زيد ان النبي ﷺ توضأ فغسل وجهه ثلاثا ثم غسل يديه مرتين الى المرفقين ومسح برأسه مرة متفق عليه

(فصل) وتكره الزيادة على الثلاث ، قال أحمد رحمه الله لا يزيد على الثلاث إلا رجل مبتلى وذلك لما روي ان أعرابياً سأل النبي ﷺ عن الوضوء فأراه ثلاثا ثم قال « هذا الوضوء فمن زاد على هذا فقد أساء وظلم » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه

ويكره الاسراف في الماء لان النبي ﷺ مر بسعد وهو يتوضأ فقال «لا تسرف» فقال يارسول الله في الماء اسراف ؟ قال « نعم وإن كنت على نهر جار » رواه ابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (وتباح معونته) لما روى المغيرة بن شعبة انه افرغ على النبي صلى الله عليه وسلم في وضوئه رواه مسلم ، وعن صفوان بن عسال قال صببت على النبي صلى الله عليه وسلم الماء في الحضر

بينهما ان الروث آلة الاستجمار المباشرة للمحل وشرطه فلم يجز استعمال المنهي عنه فيها واليد ليست المباشرة للمحل ولا شرطا فيه انما يتناول بها الحجر الملاقي للمحل فصار النهي عنها نهي تأديب لايمنع الاجزاء

(فصل) ويبدأ الرجل في الاستنجاء بالقبل لئلا تتلوث يده اذا شرع في الدبر لان قبله بارز تصيبه اليد اذا مدها الى الدبر . والمرأة مخيرة في البداية بأيهما شاءت لعدم ذلك فيها

ويستحب أن يمكث بعد البول قليلا ويضع يده على أصل الذكر من تحت الانثيين ثم يسلته الى رأسه فينتر ذكره ثلاثا برفق قال أحمد : اذا توضأت فضم يدك في سفلتك ثم اسلت ماثم حتى ينزل ولا تجعل ذلك من همك ، ولا تلتفت الى ظنك ، وقد روى يزداد اليماني قال قال رسول الله ﷺ « اذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات » رواه الامام احمد ، واذا استنجي بالماء ثم فرغ استحب له دلك يده بالارض لما روى عن ميمونة ان النبي ﷺ فعل ذلك رواه البخاري وروي ان النبي ﷺ قضى حاجته ثم استنجى من تور ودلك يده بالارض أخرجه ابن ماجه . وإن استنجى عقب انقطاع البول جاز لان الظاهر انقطاعه . وقد قيل ان الماء يقطع البول ولذلك سمي الاستنجاء انتقاص الماء

ويستحب أن ينضح على فرجه وسراويله ليزيل الوسواس عنه قال حنبل سألت أحمد قلت أتوضأ وأستبريء وأجد في نفسي اني قد أحدثت بعده قال : اذا توضأت فاستبريء ثم خذ كفاً من ماء فرشه على فرجك ولا تلتفت اليه فانه يذهب ان شاء الله . وقد روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال « جاءني جبريل فقال يامحمد اذا توضأت فانتضح » وهو حديث غريب

والسفر رواه ابن ماجه ، وروى أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم ينطلق لحاجته فأحمل أنا وغلام نحوي اداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء متفق عليه ، ولا يستحب لما روى ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ لا يكل طهوره الى أحد ولا صدقته التي يتصدق بها ، يكون هو الذي يتولاها بنفسه . رواه ابن ماجه وروي عن أحمد انه قال : ما أحب أن يعينني على وضوئي أحد لأن عمر قال ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال ويباح تنشيف أعضائه ولا يستحب ، قال الخلال المنقول عن احمد انه لا بأس بالتنشيف بعد الوضوء وممن روي عنه أخذ المنديل بعد الوضوء عثمان والحسن بن علي وأنس وكثير من أهل العلم . وممن رخص فيه الحسن وابن سيرين ومالك والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وهو ظاهر قول أحمد لما روى سلمان ان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ثم قلب جبة كانت عليه فمسح بها وجهه . رواه ابن ماجه والطبراني في المعجم الصغير ، وذكر ابن حامد في كراهته روايتين (احداهما) لايكره لما ذكرنا (والثانية) يكره روي ذلك عن جابر بن عبد الله وابن أبي ليلى وسعيد بن المسيب والنخعي ومجاهد وذلك لما روت ميمونة ان النبي صلى الله عليه وسلم اغتسل قالت فأتيته بالمنديل فلم يردها وجعل ينفض الماء بيديه متفق عليه . وروي عن ابن عباس انه كرهه في الوضوء ولم يكرهه في الجنابة ، والاول أصح لأن الاصل الاباحة فترك النبي صلى الله عليه وسلم لايدل على الكراهة فانه قد يترك المباح ، وهذه قضية في عين يحتمل انه ترك تلك المنديل لأمر يختص بها ولانه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخشب والخرق وكل ما أنقي به فهو كالاحجار)

هذا الصحيح من المذهب وهو قول أكثر أهل العلم، وفيه رواية أخرى لايجزيء إلا الاحجار اختارها أبو بكر وهو مذهب داود لان النبي ﷺ أمر بالاحجار وأمره يقتضي الوجوب ولانه موضع رخصة ورد الشرع فيها بآلة مخصوصة فوجب الاقتصار عليها كالتراب في التيمم

ولنا ماروى أبو داود عن خزيمة قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الاستطابة فقال « بثلاثة أحجار ليس فيها رجيع » فلولا انه أراد الحجر وما في معناه لم يستثن منها الرجيع لانه لايحتاج الى ذكره ولم يكن لتخصيص الرجيع بالذكر معنى ؛ وفي حديث سلمان عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لينهانا أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار وأن نستجمر برجيع أو عظم رواه مسلم ، وتخصيص هذين بالنهي عنهما يدل على أنه أراد الحجارة وما قام مقامها .وروى طاوس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا أتى أحدكم البراز فلينزه قبلة الله ولا يستقبلها ولا يستدبرها وليستطب بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو ثلاث حثيات من تراب » رواه الدارقطني ، وقال وقد روي عن ابن عباس مرفوعا والصحيح أنه مرسل ورواه سعيد في سننه موقوفا على طاوس ، ولانه متى ورد النص بشيء لمعنى معقول وجب تعديته إلى ماوجد فيه المعنى والمعنى ههنا إزالة عين النجاسة وهذا يحصل بغير الاحجار كحصوله بها وبهذا يخرج التيمم فانه غير معقول ولا بد أن يكون مايستجمر به منقيا لان الانقاء مشترط في الاستجمار

إزالة الماء عن بدنه أشبه نفضه بيديه ولا يكره نفض الماء عن بدنه بيديه لحديث ميمونة ،ويكره نفض يديه ذكره أبو الخطاب وابن عقيل

(فصل) ويستحب تجديد الوضوء نص عليه أحمد في رواية موسى بن عيسى وذلك لما روى أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ عند كل صلاة قلت وكيف كنتم تصنعون ؟قال يجزيء أحدنا الوضوء مالم يحدث رواه البخاري ، وقد نقل علي بن سعيد عن أحمد انه لا فضل فيه والاول أصح ، ولا بأس أن يصلي بالوضوء الواحد مالم يحدث لا نعلم فيه خلافا لحديث أنس ولما روى بريدة قال صلى رسول الله ﷺ يوم الفتح خمس صلوات بوضوء واحد ومسح على خفيه فقال له عمر إني رأيتك صنعت شيئاً لم تكن تصنعه فقال « عمداً صنعته » رواه مسلم

(فصل) ولا بأس بالوضوء في المسجد اذا لم يؤذ أحداً بوضوئه ولم يؤذ المسجد، قال ابن المنذر أباح ذلك كل من نحفظ عنه من علماء الامصار وذلك لما روى أبو العالية عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال حفظت لك ان رسول الله ﷺ توضأ في المسجد رواه الامام أحمد ، وروي عن أحمد انه كرهه صيانة للمسجد عن البصاق وما يخرج من فضلات الوضوء والله أعلم

(فصل) والمفروض من ذلك بغير خلاف في المذاهب خمسة : النية وغسل الوجه ، وغسل اليدين ، ومسح الرأس ، وغسل الرجلين ، وخمسة فيها روايتان: المضمضة والاستنشاق ، والتسمية والترتيب ، والموالاة . وقد ذكرنا عدد المسنون فيما مضى والله أعلم

فأما الزلج كالزجاج والفحم الرخو وشبههما مما لا ينقي فلا يجزي، لانه لا يحصل منه المقصود، ويشترط كونه طاهراً فان كان نجساً لم يجزه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجزئه لانه يجفف كالطاهر

ولنا أن ابن مسعود جاء إلى النبي ﷺ بحجرين وروثة يستجمر بها فأخذ الحجرين والقى الروثة وقال « هذا ركس » رواه البخاري ، وفي لفظ رواه الترمذي قال « انها ركس » يعني نجساً وهذا تعليل من النبي ﷺ يجب المصير اليه ، ولانه إزالة نجاسة فلا يحصل بالنجاسة كالغسل، فان استنجى بنجس احتمل أن لا يجزئه الاستجمار بعده لان المحل تنجس بنجاسة من غير المخرج فلم يجزي. فيها غير الماء كما لو تنجس ابتداء . ويحتمل أن يجزئه لان هذه النجاسة تابعة لنجاسة المحل فزالت بزوالها

﴿ مسئلة ﴾ قال (إلا الروث والعظام والطمام)

وجملته أنه لا يجوز الاستجمار بالروث ولا العظام ولا يجزي. في قول أكثر أهل العلم وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق ، وأباح أبو حنيفة الاستنجاء بهما لانهما يجففان النجاسة وينقيان المحل فهما كالحجر . وأباح مالك الاستنجاء بالطاهر منهما ، وقد ذكرنا نهي النبي ﷺ عنهما ، وروى مسلم عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فانه زاد اخوانكم من الجن » وروى الدارقطني أن النبي ﷺ نهى أن نستنجي بروث أو عظم وقال انهما لا يطهران . وقال اسناد صحيح ، وروى أبو داود عنه عليه السلام أنه قال لرويفع بن ثابت « أخبر الناس أنه من استنجى برجيع أو عظم فهو بريء من دين محمد » وهذا عام في الطاهر منها والنهي يقتضي الفساد

﴿ باب المسح على الخفين ﴾

المسح على الخفين جائز عند عامة أهل العلم ، قال ابن المبارك ليس في المسح على الخفين اختلاف أنه جائز ، وعن الحسن قال حدثني سبعون من أصحاب رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ مسح على الخفين ، والاصل فيه ماروى المغيرة بن شعبة قال : كنت مع رسول الله ﷺ في سفر فأهويت لانزع خفيه فقال « دعهما فاني أدخلتهما طاهرتين » فمسح عليهما متفق عليه ، وعن جرير بن عبدالله قال رأيت رسول الله ﷺ بال ثم توضأ ومسح على خفيه متفق عليه ، قال ابراهيم كان يعجبهم هذا الحديث لان اسلام جرير كان بعد نزول المائدة ، قال الامام أحمد ليس في قلبي من المسح شيء فيه أربعون حديثا عن رسول الله ﷺ

(فصل) روي عن أحمد أنه قال المسح أفضل من الغسل لان النبي ﷺ وأصحابه انما طلبوا الفضل وهذا مذهب الشعبي والحكم واسحاق لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله يحب أن يؤخذ برخصه » ولان فيه مخالفة أهل البدع ، وذكر ابن عقيل فيه روايتين (احداهما) المسح أفضل لما ذكرنا (الثانية) الغسل أفضل لانه المفروض في كتاب الله تعالى والمسح رخصة ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال كله جائز المسح والغسل مافي قلبي من المسح شيء ولا من الغسل

وعدم الاجزاء ، فأما الطعام فتحريمه من طريق التنبيه لان النبي ﷺ علل النهي عن الروث والرمة في حديث ابن مسعود بكونه زاد اخواننا من الجن فزادنا مع عظم حرمته أولى ، فان قيل فقد نهي عن الاستنجاء باليمين كنهيه ههنا فلم يمنع ذلك الاجزاء ثم كذا ههنا، قلنا قد بين في الحديث أنهما لايطهران ثم الفرق بينهما أن النهي ههنا لمعنى في شرط الفعل فمنع صحته كالنهي عن الوضوء بالماء النجس وثم لمعنى في آلة الشرط فلم يمنع كالوضوء من اناء محرم

(فصل) ولا يجوز الاستنجاء بماله حرمة كشيء كتب فيه فقه أو حديث رسول الله ﷺ لما فيه من هتك الشريعة والاستخفاف بحرمتها فهو في الحرمة أعظم من الروث والرمة. ولا يجوز بمتصل بحيوان كيده وعقبه وذنب بهيمة وصوفها المتصل بها ، قال بعض أصحابنا يجمع المستجمر به ست خصال أن يكون طاهراً جامداً منقيا غير مطعوم ولا حرمة له ولا متصل بحيوان

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحجر الكبير الذي له ثلاث شعب يقوم مقام ثلاثة أحجار)

وبهذا قال الشافعي واسحاق وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى لايجزيء أقل من ثلاثة أحجار وهو قول أبي بكر وابن المنذر لقوله عليه السلام « لا يستنجي احدكم بدون ثلاثة أحجار . ولا يكفي

وهذا قول ابن المنذر ، وروي عن عمر أنه أمرهم أن يمسحوا على أخفافهم وخلع هو خفيه وتوضأ وقال حبب إلي الوضوء وعن ابن عمر أنه قال إني لمولع بغسل قدمي فلا تقتدوا بي

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز المسح على الخفين لما ذكرنا ويجوز على الجرموقين) الجرموق مثال الخف إلا أنه يلبس فوق الخف في البلاد الباردة فيجوز المسح عليه قياسا على الخف ، وممن قال بجواز المسح عليه اذا كان فوق الخف الحسن بن صالح وأصحاب الرأي، وقال الشافعي في الجديد لايمسح عليه وسنذكر ذلك إن شاء الله فيما اذا لبس خفا فوق خف آخر —

(والجوربين) قال ابن المنذر يروى إباحة المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله ﷺ علي وعمار وابن مسعود وأنس وابن عمر والبراء وبلال وابن أبي أوفى وسهل بن سعد وهو قول عطاء والحسن وسعيد بن المسيب والثوري وابن المبارك واسحاق ويعقوب ومحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وغيرهم لايجوز المسح عليهما إلا أن ينعلا لانه لايمكن متابعة المشي فيهما فهما كالرقيقين

ولنا ماروى المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ مسح على الجوربين والنعلين . رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وقال حسن صحيح وهذا يدل على أنهما لم يكونا منعولين لانه لو كان كذلك لم يذكر النعلين فانه لايقال مسحت على الخف ونعله ولان الصحابة رضي الله عنهم مسحوا على الجوارب ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم والجورب في معنى الخف لانه ملبوس ساتر لمحل الفرض يمكن متابعة المشي فيه أشبه الخف ، وقولهم لايمكن متابعة المشي فيهما قلنا انما يجوز المسح عليهما اذا ثبت بنفسه وأمكن متابعة المشي فيه وإلا فلا فأما الرقيق فليس بساتر

أحدكم دون ثلاثة أحجار » ولأنه اذا استجمر بحجر تنجس فلا يجوز الاستجمار به ثانيا كالصغير

ولنا أنه استجمر ثلاثا منقية بما وجدت فيه شروط الاستجمار فأجزأه كما لو فصله ثلاثة صغاراً واستجمر بها إذ لا فرق بين الاصل والفرع إلا فصله ولا أثر لذلك في التطهير والحديث يقتضي ثلاث مسحات بحجر دون عين الاحجار كما يقال ضربته ثلاثة أسواط أي ثلاث ضربات بسوط وذلك لان معناه معقول ومراده معلوم ، ولذلك لم تقتصر على لفظه في غير الاحجار بل أجزنا الخشب والخرق والمدر والمعنى من ثلاثة حاصل من ثلاث شعب أو مسحه ذكره في صخرة عظيمة بثلاثة مواضع منها أو في حائط أو أرض فلا معنى للجمود على اللفظ مع وجود مايساويه من كل وجه ، وقولهم ينجس قلنا انما ينجس ماأصاب النجاسة والاستجمار حاصل بغيره فأشبه مالو تنجس جانبه بغير الاستجمار ولانه لو استجمر به ثلاثة لحصل لكل واحد منهم مسحة وقام مقام ثلاثة أحجار فكذلك اذا استجمر به الواحد ، ولو استجمر ثلاثة بثلاثة أحجار لكل حجر منها ثلاث شعب فاستجمر كل واحد منهم من كل حجر بشعبة أجزأهم ويحتمل على قول أبي بكر أن لايجزئهم

(فصل) ولو استجمر بحجر ثم غسله أو كسر ماتنجس منه واستجمر به ثانيا ثم فعل ذلك واستجمر به ثالثا أجزأه لانه حجر يجزيء غيره الاستجمار به فأجزأه كغيره ، ويحتمل على قول أبي بكر أن لايجزئه محافظة على صورة اللفظ وهو بعيد

(فصل) وسئل أحمد عن جورب الخرق فكره المسح عليه ولعله انما كرهه لان الغالب فيه الخفة وأنه لايثبت بنفسه فان كان مثل جورب الصوف في الصفاقة فلا فرق ، فان كان لايثبت الا بالنعل أبيح المسح عليه مادام النعل عليه لحديث المغيرة ، فان خلع النعل انتقضت الطهارة لان ثبوت الجورب أحد شرطي جواز المسح وانما حصل بالنعل فاذا خلعها زال الشرط المبيح المسح فبطلت الطهارة كما لو ظهر القدم. قال القاضي يمسح على الجورب والنعل كما جاء في الحديث والظاهر أن النبي ﷺ انما مسح على سيور النعل التي على ظاهر القدم فأما أسفله وعقبه فلا يسن مسحه من الخف فكذلك من النعل

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعمامة والجبائر) وممن قال بجواز المسح على العمامة أبو بكر الصديق وبه قال عمر بن الخطاب وأنس وأبو امامة وروي عن سعد بن مالك وأبي الدرداء رضي الله عنهم وهو قول عمر بن عبد العزيز والحسن وقتادة وابن المنذر وغيرهم ،وقال عروة والنخعي والشعبي والقاسم ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لايمسح عليها لقول الله تعالى (وامسحوا برءوسكم) ولانه لاتلحقه المشقة بنزعها [1] أشبهت الكمين

ولنا ماروى المغيرة بن شعبة قال توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم ومسح على الخفين والعمامة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وروى مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الخفين والخمار وعن عمرو بن أمية قال رأيت النبي ﷺ مسح على عمامته وخفيه رواه البخاري ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم ولانه عضو يسقط فرضه في التيمم فجاز المسح على

١) هذا غير مسلم فالمشقة واقعة ولاسيما في العمائم المحنكة. وماقبله يرد عليه نص الآية في الرجلين

﴿مسألة﴾ قال (وما عدا المخرج فلا يجزيء فيه الا الماء)

وبهذا قال الشافعي واسحاق وابن المنذر يعني إذا تجاوز المحل بمالم تجر به العادة مثل أن ينتشر الى الصفحتين وامتد في الحشفة لم يجزه الا الماء لان الاستجمار في المحل المعتاد رخصة لاجل المشقة في غسله لتكرر النجاسة فيه فما لاتتكرر النجاسة فيه لايجزيء فيه الا الغسل كساقه وفخذه ولذلك قال علي رضي الله عنه : انكم كنتم تبعرون بعراً وأنتم اليوم تثلطون ثلطا فأتبعوا الماء الاحجار وقوله عليه السلام «يكفي أحدكم ثلاثة أحجار» أراد ما لم يتجاوز محل العادة لما ذكرنا

(فصل) والمرأة البكر كالرجل لان عذرتها تمنع انتشار البول فأما الثيب فان خرج البول بحدة فلم ينتشر فكذلك ، وان تعدى الى مخرج الحيض فقال أصحابنا يجب غسله لان مخرج الحيض والولد غير مخرج البول . ويحتمل أن لا يجب لان هذا عادة في حقها فكفى فيه الاستجمار كالمعتاد في غيرها ولان الغسل لو لزمها مع اعتياده لبينه النبي ﷺ لازواجه لكونه مما يحتاج الى معرفته ، وان شك في انتشار الخارج الى مايوجب الغسل لم يجب لان الاصل عدمه والمستحب الغسل احتياطا .

(فصل) والاقلف ان كان مرتتقا لاتخرج بشرته من قلفته فهو كالمختتن ، وان كان يمكنه كشفها كشفها فاذا بال واستجمر أعادها فان تنجست بالبول لزمه غسلها كما لو انتشر الى الحشفة

حائله كالقدمين والآية لاتنفي ماذكرناه فان النبي ﷺ مبين لكلام الله وقد مسح على العمامة وأمر بالمسح عليها وهذا يدل على أن المراد بالآية المسح على الرأس وحائله ، ومما يبين ذلك أن المسح في الغالب انما يكون على الشعر ولا يصيب الرأس وهو حائل كذلك العمامة فانه يقال لمن مسح عمامة انسان أو قبلها قبل رأسه والله أعلم

(فصل) والمسح على الجبائر لقول النبي ﷺ في صاحب الشجة «انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب أو يعصر على جرحه خرقة ويمسح عليها ويغسل سائر جسده» رواه أبوداود ولما روى علي رضي الله عنه قال انكسرت إحدى زندي فأمرني النبي ﷺ أن أمسح على الجبائر رواه ابن ماجه وهذا قول الحسن والنخعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي في أحد قوليه يعيد كل صلاة صلاها لان الله تعالى امر بالغسل ولم يأت به ، ووجه الاول ما ذكرنا ولانه مسح على حائل ابيح له المسح عليه فلم تجب معه الاعادة كالخف .

﴿مسألة﴾ (وفي المسح على القلانس وخمر النساء المدارة تحت حلوقهن روايتان) اراد القلانس المبطنات كدنيات القضاة والمنومنات فأما الكلتة فلا يجوز المسح عليها لا نعلم فيه خلافا لانها لاتستر جميع الرأس عادة ولاتدوم عليه فأما القلانس التي ذكرناها ففيها روايتان (إحداهما) لا يجوز المسح عليها رواه عنه اسحاق بن ابراهيم وهو قول الاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز ومالك والشافعي والنعمان واسحاق . قال ابن المنذر لانعلم أحداً قال به الا أنه يروى عن أنس أنه مسح على قلنسيته لانها لا يشق

(فصل) وان انسد المخرج المعتاد وانفتح آخر لم يجزه الاستجمار فيه لانه غير السبيل المعتاد وحكى عن بعض أصحابنا أنه يجزئه لانه صار معتاداً

ولنا أن هذا نادر بالنسبة الى سائر الناس فلم تثبت فيه أحكام الفرج فانه لا ينقض الوضوء مسه ولا يجب بالايلاج فيه حد ولا مهر ولا غسل ولا غير ذلك من الاحكام فأشبه سائر البدن

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن محل الاستجمار بعد الانقاء طاهر فان احمد بن الحسين قال سألت أبا عبد الله عن الرجل يبول فيستبريء ويستجمر يعرق في سراويله قال اذا استجمر ثلاثا فلا بأس، وسأله رجل فقال اذا استنجيت من الغائط يصيب ذلك الماء موضعاً مني آخر فقال أحمد قد جاء في الاستنجاء ثلاثة أحجار فاستنج أنت بثلاثة أحجار ثم لاتبالي ما أصابك من ذلك الماء، قال وسألت أحمد عن رش الماء على الخف إذا لم يستجمر الرجل قال أحب الي أن يغسله ثلاثا وهذا قول ابن حامد، وظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنه نجس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة فلو قعد المستجمر في ماء قليل نجسه ولو عرق كان عرقه نجسا لانه مسح للنجاسة فلم يطهر به محلها كسائر المسح

ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا تستنجوا بروث ولا عظم فانهما لا يطهران» فمفهومه أن غيرهما يطهر ولان الصحابة رضي الله عنهم كان الغالب عليهم الاستجمار حتى إن جماعة منهم أنكروا الاستنجاء بالماء وسماه بعضهم بدعة وبلادهم حارة والظاهر أنهم لا يسلمون من العرق فلم ينقل عنهم توقي ذلك ولا الاحتراز منه ولا ذكر ذلك أصلا وقد نقل عن ابن عمر أنه بال بالمزدلفة فادخل يده فنضح فرجه من تحت ثيابه وعن ابراهيم النخعي نحو ذلك ولولا أنهما اعتقدا طهارته مافعلا ذلك

نزعها أشبهت الكلتة ولان العمامة التي ليست محنكة ولا ذؤابة لها لايجوز المسح عليها وهو اختيار الخلال قال لانه قد روي عن رجلين من أصحاب رسول الله ﷺ باسانيد صحاح فروى الاثرم باسناده عن عمر أنه قال ان شاء حسر عن رأسه وان شاء مسح على قلنسيته وعمامته وروى باسناده عن أبي موسى أنه خرج من الخلاء فمسح على القلنسوة ولانه ملبوس معتاد يستر الرأس أشبه العمامة المحنكة وفارق العمامة التي قاسوا عليها لانها منهي عنها والله أعلم، وفي مسح المرأة على خمارها روايتان (إحداهما) يجوز يروى ذلك عن أم سلمة حكاه ابن المنذر ولانه ملبوس للرأس يشق نزعه أشبه العمامة (والثانية) لايجوز وهو قول نافع والنخعي وحماد والاوزاعي ومالك والشافعي لانه ملبوس يختص بالمرأة أشبه الوقاية ولايجوز المسح على الوقاية رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا لانها لا يشق نزعها فهي كطاقية الرجل

(مسئلة) قال (ومن شرطه أن يلبس الجميع بعد كمال الطهارة) لا نعلم في اشتراط تقدم الطهارة لكل ما يجوز المسح عليه خلافا الا الجبيرة ووجهه ما روى المغيرة بن شعبة قال كنت مع النبي ﷺ في سفر فأهويت لانزع خفيه فقال «دعهما فاني أدخلتهما طاهرتين» فمسح عليهما متفق عليه. وعنه قال قلت يارسول الله أيمسح أحدنا على خفيه؟ فقال «نعم اذا أدخلهما وهما طاهرتان» رواه الدار قطني فأما ان غسل أحد رجليه ثم لبس الخف ثم غسل الاخرى وأدخلها الخف لم يجز المسح أيضا وهو

(فصل) اذا استنجى بالماء لم يحتج الى تراب قال أحمد يجزئه الماء وحده ولم ينقل عن النبي ﷺ أنه استعمل التراب مع الماء في الاستنجاء ولا أمر به ، فأما عدد الغسلات فقد اختلف عن احمد فيها فقال في رواية ابنه صالح أقل ما يجزئه من الماء سبع مرات وقال في رواية محمد بن الحكم ولكن المقعدة يجزيء أن تمسح بثلاثة أحجار أو يغسله ثلاث مرات ولا يجزيء عندي اذا كان في الجسد أن يغسله ثلاث مرات وذلك لما روت عائشة أن النبي ﷺ كان يغسل مقعدته ثلاثا رواه ابن ماجه وقال أبو داود سئل أحمد عن حد الاستنجاء بالماء فقال ينقي وظاهر هذا أنه لاعدد فيه انما الواجب الانقاء ، وهذا أصح لانه لم يصح عن النبي ﷺ في ذلك عدد ولا أمر به ولا بد من الانقاء على الروايات كلها وهو أن يذهب لزوجة النجاسة وآثارها

فصول في آداب التخلي

لا يجوز استقبال القبلة في الفضاء لقضاء الحاجة في قول أكثر أهل العلم لما روى أبو أيوب قال قال رسول الله ﷺ « اذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يولها ظهره ولكن شرقوا أو غربوا » قال أبو ايوب فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو الكعبة فننحرف عنها ونستغفر الله عز وجل متفق عليه . ولمسلم عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ « اذا جلس أحدكم على حاجته فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها » وقال عروة بن ربيعة وداود يجوز استقبالها واستدبارها لما روى جابر قال نهي رسول الله ﷺ أن نستقبل القبلة ببول فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها قال الترمذي هذا حديث حسن غريب . وهذا دليل على النسخ فيجب تقديمه

قول الشافعي واسحاق ونحوه عن مالك، وعنه أنه يجوز رواها أبو طالب عنه وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لانه أحدث بعد كمال الطهارة واللبس فجاز كما لو نزع الخف الاول ثم لبسه وكذلك الحكم فيمن مسح رأسه ولبس العمامة ثم غسل رجليه قياساً على الخف ، وقد قيل فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم غسل بقية أعضائه اذا قلنا إن الترتيب ليس بشرط جاز له المسح ووجه الاولى ، ماذكرناه من الحديثين وهو يدل على وجود الطهارة فيهما جميعاً وقت ادخالهما ولم يوجد ذلك وقت لبس الاولى ولان ما اعتبر له الطهارة اعتبر له جميعها كالصلاة . وفارق ما اذا نزع الخف الاول ثم لبسه لانه لبسه بعد كمال الطهارة

(فصل) كره أحمد لبس الخف وهو يدافع أحد الاخبثين لان الصلاة مكروهة بهذه الطهارة وكذلك اللبس الذي يراد للصلاة والاولى أن لا يكره ، وروي عن ابراهيم النخعي انه كان اذا اراد أن يبول لبس خفيه ولانها طهارة كاملة أشبه مالو لبسهما عند غلبة النعاس. والصلاة انما كرهت للحاقن لان اشتغال قلبه بمدافعة الاخبثين يذهب بخشوع الصلاة ويمنع الاتيان بها على الكمال ويحمله على العجلة ولا يضر ذلك في اللبس .

(فصل) فان تطهر ثم لبس الخف فاحدث قبل بلوغ الرجل قدم الخف لم يجز له المسح لان الرجل حصلت في مقرها وهو محدث فصار كما لو بدأ اللبس وهو محدث

(فصل) فان تيمم ثم لبس الخف لم يكن له المسح لانه لبسه على طهارة غير كاملة ولانها طهارة

ولنا أحاديث النهي وهي صحيحة. وحديث جابر يحتمل أنه رآه في البنيان أو مستتراً بشيء ولا يثبت النسخ بالاحتمال ويتعين حمله على ماذكرنا ليكون موافقا للاحاديث التي نذكرها ، فأما في البنيان أو إذا كان بينه وبين القبلة شيء يستره ففيه روايتـان (إحداهما) لا يجوز أيضاً وهو قول الثوري وأبي حنيفة لعموم الاحاديث في النهي (والثانية) يجوز استقبالها واستدبارها في البنيان ، روي ذلك عن العباس وابن عمر رضي الله عنهما وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر وهو الصحيح لحديث جابر وقد حملناه على أنه كان في البنيان ، وروت عائشة أن رسول الله ﷺ ذكر له أن قوما يكرهون استقبال القبلة بفروجهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أوقد فعلوها ؟ استقبلوا بمقعدتي القبلة » رواه أصحاب السنن وأكثر أصحاب المسانيد منهم أبو داود الطيالسي رواه عن خالد بن الصلت عن عراك بن مالك عن عائشة قال أبو عبد الله : أحسن ماروي في الرخصة حديث عائشة وان كان مرسلا فان مخرجه حسن . قال أحمد : عراك لم يسمع من عائشة فلذلك سماه مرسلا وهذا كله في البنيان وهو خاص يقدم على العام ، وعن مروان بن الاصفر قال رأيت ابن عمر أناخ راحلته مستقبل القبلة ثم جلس يبول اليها فقلت ياأبا عبد الرحمن أليس قد نهي عن هذا؟ قال بلى انما نهي عن هذا في الفضاء ، فاذا كان بينك وبين القبلة شيء يسترك فلا بأس ، رواه أبوداود . وهذا تفسير لنهي رسول الله ﷺ العام وفيه جمع بين الاحاديث فيتعين المصير اليه ،وعن أحمد انه يجوز

ضرورة بطلت من أصلها فصار كاللابس له على غير طهارة ولان التيمم لايرفع الحدث فقد لبسه وهو محدث ، فأما ان تطهرت المستحاضة ومن به سلس البول وشبههما و لبسوا خفافا فلهم المسح عليها، نص عليه أحمد لان طهارتهم كاملة في حقهم، قال ابن عقيل لأنها مضطرة الى الترخص وأحق من يترخص المضطر فان انقطع الدم وزالت الضرورة بطلت الطهارة من أصلها ولم يكن لها المسح كالمتيمم اذا وجد الماء، وان لبس الخف بعد طهارة مسح فيها على العمامة أو العمامة بعـد طهارة مسح فيها على الخف فقال بعض أصحابنا ظاهر كلام أحمد انه لايجوز المسح لانه لبس على طهارة ممسوح فيها على بدل فلم يستبح المسح باللبس فيها كما لو لبس خفا على طهارة مسح فيها على خف ، وقال القاضي يحتمل جواز المسح لأنها طهارة كاملة وكل واحد منهما ليس ببدل عن الآخر بخلاف الخف الملبوس على خف ممسوح عليه

(فصل) فان لبس الجبيرة على طهارة مسح فيها على خف أو عمامة وقلنا ليس من شرطها الطهارة جاز المسح عليها وان اشترطنا الطهارة احتمل أن يكون كالعمامة الملبوسة على طهارة مسح فيها على الخف واحتمل جواز المسح بكل حال لان مسحها عزيمة ،وان لبس الخف على طهارة مسح فيها على الجبيرة جاز المسح عليه لانها عزيمة ولأنها ان كانت نافعة فهو لنقص لم يزل فلم يمنع طهارة المستحاضة ،وان لبس الجبيرة على طهارة مسح فيها على الجبيرة جاز المسح لماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا الجبيرة على احدى الروايتين)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله رحمه الله في الجبيرة فروي أنه لا يشترط تقـدم الطهارة لها

استدبار الكعبة في البنيان والفضاء جميعا لما روى ابن عمر قال رقيت يوما على بيت حفصة فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم على حاجته مستقبل الشام مستدبر الكعبة متفق عليه

(فصل) ويكره أن يستقبل الشمس والقمر بفرجه لمافيهما من نور الله تعالى فان استتر عنهما بشيء فلا بأس لانه لو استتر عن القبلة جاز فهنا أولى، ويكره أن يستقبل الريح لئلا ترد عليه رشاش البول فينجسه

(فصل) ويستحب أن يستتر عن الناس فان وجد حائطا أو كثيبا أو شجرة أو بعيراً استتر به وان لم يجد شيئا أبعد حتى لايراه أحد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أتى الغائط فليستتر فان لم يجد الا أن يجمع كثيبا من الرمل فليستدبره » وروي عنه عليه السلام أنه خرج ومعه درقة ثم استتر بها ثم بال . وعن جابر قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا أراد البراز انطلق حتى لايراه أحد ، والبراز الموضع البارز سمي قضاء الحاجة به لأنها تقضى فيه ، وعن المغيرة بن شعبة قال كان النبي ﷺ اذا ذهب أبعد ، روى أحاديث هذا الفصل كلها أبوداود وابن ماجه . وقال عبد الله بن جعفر كان أحب ما استتر به النبي ﷺ لحاجته هدف أو حائش نخل . رواه ابن ماجه

(فصل) ويستحب أن يرتاد لبوله موضعا رخواً لئلا يترشش عليه ، قال أبوموسى كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم ذات يوم فأراد أن يتبول فأتى دمثا في أصل حائط فبال ثم قال « إذا أراد أحدكم أن يتبول فليرتاد لبوله » رواه الامام أحمد

اختاره الخلال وذلك لما ذكرنا من حديث جابر في الذي أصابته الشجة فانه قال إنما كان يجزئه أن يعصب على جرحه خرقة ويمسح عليها ولم يذكر الطهارة ، وكذلك حديث علي لم يأمره بالطهارة ولان اشتراط الطهارة لها تغليظ على الناس ويشق عليهم ولان المسح عليها انما جاز لمشقة نزعها وهو موجود اذا لبسها على غير طهارة . ويحتمل أن يشترط له التيمم عند العجز عن الطهارة فان في حديث جابر انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب أو يعصر على جرحه ثم يمسح عليها لانها عبادة اشترطت لها الطهارة فقام التيمم مقامها عند العجز كالصلاة ، وروي عنه أنه يشترط تقدم الطهارة عليها وهو ظاهر قول الخرقي لانه حائل يمسح عليه فاشترط تقدم الطهارة على لبسه كسائر الممسوحات فعلى هذا اذا لبسها على غير طهارة ثم خاف من نزعها تيمم لها لانه موضع يخاف الضرر باستعمال الماء فيه أشبه الجرح

(فصل) ولايحتاج مع مسحها إلى تيمم ، قال شيخنا ويحتمل أن يتيمم مع مسحها فيما اذا تجاوز بها موضع الحاجة لان ما على موضع الحاجة يقتضي المسح والزائد يقتضي التيمم وكذلك فيما اذا شدها على غير طهارة لانه مختلف في جواز المسح عليها فاذا جمع بينهما خرج من الخلاف ، وللشافعي في الجمع بينهما قولان في الجملة لحديث صاحب الشجة : ولنا أنه محل واحد فلا يجمع فيه بين بدلين كالخف

(فصل) ولا فرق بين كون الشد على كسر أو جرح لحديث صاحب الشجة فانها جرح الرأس وقياسا على الكسر وكذلك إن وضع على جرحه دواء وخاف من نزعه مسح عليه نص عليه في رواية الأثرم وذلك لما روي الاثرم باسناده عن ابن عمر أنه خرجت بإبهامه قرحه فألقمها مرارة وكان يتوضأ

ويستحب أن يبول قاعداً لئلا يترشش عليه . قال ابن مسعود من الجفاء أن تبول وأنت قائم. وكان سعد بن ابراهيم لايجيز شهادة من بال قائما ، قالت عائشة من حدثكم أن رسول الله ﷺ كان يبول قائما فلا تصدقوه ماكان يبول إلا قاعداً . قال الترمذي هذا أصح شيء في الباب وقد رويت الرخصة فيه عن عمر وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وسهل بن سعد وأنس وأبي هريرة وعروة . وروى حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال قائما . رواه البخاري وغيره ، ولعل النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك لتبيين الجواز ولم يفعله إلا مرة واحدة ، ويحتمل أنه كان في موضع لايتمكن من الجلوس فيه وقيل فعل ذلك لعلة كانت بمأبضه — والمأبض ماتحت الركبة من كل حيوان

(فصل) ويستحب أن لايرفع ثوبه حتى يدنو من الارض لما روى أبو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا أراد الحاجة لايرفع ثوبه حتى يدنو من الارض ولان ذلك أستر له فيكون أولى

(فصل) ولا يجوز أن يبول في طريق الناس ولا مورد ماء ولا ظل ينتفع به الناس لما روى معاذ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتقوا الملاعن الثلاثة — البراز في الموارد ، وقارعة الطريق والظل» رواه أبوداود ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتقوا اللاعنان . قالوا وما اللاعنين يارسول الله ؟قال الذي يتخلى في طريق الناس أو في ظلهم » أخرجه مسلم والمورد طريق

ولا يبول تحت شجرة مثمرة في حال كون الثمرة عليها لئلا تسقط عليه الثمرة فتتنجس به فأما في غير حال الثمرة فلا بأس فان النبي صلى الله عليه وسلم كان أحب ما استتر به اليه لحاجته هدف أو حائش نخل.

ويمسح عليها ، ولو انقلع ظفر انسان أو كان بأصبعه جرح يخاف إن أصابه الماء أن يزرق الجرح جاز المسح عليه في المنصوص . وقال القاضي في اللصوق على الجروح إن لم يكن في نزعه ضرر نزعه وغسل الصحيح وتيمم للجريح ويمسح على موضع الجرح ،وإن كان في نزعه ضرر مسح عليه كالجبيرة فان كان في رجله شق فجعل فيه قيراً فقال أحمد ينزعه ولا يمسح عليه هذا أهون هذا لايخاف منه ، فقيل له متى يسع صاحب الجرح أن يمسح عليه ؟ قال اذا خشي أن يزداد وجعاً أو شدة . وتعليل أحمد في القير بسهولته يقتضي أنه متى كان يخاف منه جاز المسح عليه كالاصبع المجروحة اذا ألقمها مرارة أو عصبها ، قال مالك في الظفر يسقط يكسوه مصطكا ويمسح عليه وهو قول أصحاب الرأي

(فصل) فان لم يكن على الجرح عصاب غسل الصحيح وتيمم للجريح. وقد روى حنبل عن أحمد في المجروح والمجدور يخاف عليه يمسح موضع الجرح ويغسل ماحوله يعني يمسح اذا لم يكن عصاب والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليهن) لا نعلم فيه خلافا في المذهب وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال شريح وعطاء والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وهو ظاهر قول الشافعي . وقال الليث يمسح مابدا له وهو قول أكثر أصحاب مالك وكذلك قول مالك في المسافر ،وعنه في المقيم روايتان وذلك لما روى أبي بن عمارة قال قلت يارسول الله نمسح على الخفين؟ قال « نعم » قلت يوما ؟ قال« ويومين »قلت وثلاثة؟ قال«وماشئت» رواه أبوداود

ولا يبول في الماء الدائم لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البول في الماء الراكد متفق عليه ولان الماء إن كان قليلا تنجس به وان كان كثيراً فربما تغير بتكرار البول فيه فأما الجاري فلا يجوز التغوط فيه لانه يؤذي من يمر به ، وان بال فيه وهو كثير لا يؤثر فيه البول فلا بأس لان تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم الراكد بالنهي عن البول فيه دليل على أن الجاري بخلافه، ولا يبول على مانهي عن الاستجمار به لان هذا أبلغ من الاستجمار به فالنهي ثم تنبيه على تحريم البول عليه، ويكره على أن يبول في شق أو ثقب لما روى عبدالله بن سرجس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يبال في الجحر رواه أبو داد لان عبدالله بن المغفل قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبولن أحدكم في مستحمه » ولانه لا يأمن أن يكون فيه حيوان يلسعه أو يكون مسكنا للجن فيتأذى بهم، فقد حكي أن سعد بن عبادة بال في جحر بالشام ثم استلقى ميتا فسمعت الجن تقول :

نحن قتلنا سيد الخز رج سعد بن عبادة
ورميناه بسهميـ ـن فلم نخطيء فؤاده

ولا يبول في مستحمه فان عامة الوسواس منه رواه أبو داود وابن ماجه وقال سمعت علي بن محمد الطنافسي يقول انما هـذا في الحفيرة فأما اليوم فمغتسلاتهم الجص والصاروج والقير فاذا بال وأرسل عليه الماء فلا بأس به . وقد قيل ان البصاق على البول يورث الوسواس وان البول على النار يورث السقم وتوقي ذلك كله أولى ، ويكره أن يتوضأ على موضع بوله أو يستنجي عليه لئلا يتنجس به

(فصل) ويعتمد في حال جلوسه على رجله اليسرى، لما روى سراقة بن مالك قال : أمرنا

ولانه مسح في طهارة فلم تتوقت كمسح الرأس والجبيرة . ولنا ماروى علي قال : جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم رواه مسلم . وعن عوف بن مالك الاشجعي ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالمسح على الخفين في غزوة تبوك ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم رواه الامام احمد والدارقطني . قال الامام احمد : هذا أجود حديث في المسح لانه في غزوة تبوك آخر غزوة غزاها النبي صلى الله عليه وسلم وحديثهم ليس بالقوي . وقد اختلف في اسناده قاله أبو داود ، ويحتمل انه قال وما شئت من اليوم واليومين والثلاثة، ويحتمل انه يمسح ماشاء اذا نزعها عند انتهاء مدته ثم لبسها . وقياسهم منقوض بالتيمم ومسح الجبيرة عندنا موقت بامكان نزعها والله أعلم

(فصل) وسفر المعصية كالحضر في مدة المسح لان مازاد على اليوم والليلة رخصة والرخص لا تستباح بالمعصية والله أعلم ، وقال القاضي يحتمل أن لا يباح له المسح أصلا لكونه رخصة[1] والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (إلا الجبيرة فانه يمسح عليها الى حلها) لان مسحها للضرورة فيقدر بقدرها والضرورة تدعو إلى مسحها الى حلها بخلاف غيرها

(فصل) ويفارق مسح الجبيرة الخف من خمسة أوجه (الاول والثاني) انه لا يشترط تقدم الطهارة لها ولا يتقدر مسحها بمدة وقد ذكرناها (الثالث) انه يجب استيعابها بالمسح لانه لا ضرر في تعميمها

(١) هذا التعليل وما قبله من الرأي الذي لا يدل عليه كتاب ولا سنة ولا اجماع ولا اثر عن الصحابة ولا قياس صحيح ويمكن نقضه برأي اقوى منه بما يدل عليه من حكمة الشارع وهوان العصاة اولى بالرخص من الاتقياء لئلا يتركوا الفرائض ، والعمدة في رد الجمهور له ان خطاب الشرع عام وهذا الرأي لا يصح مخصصا له

رسول الله ﷺ أن نتوكأ على اليسرى وأن ننصب اليمنى رواه الطبراني في المعجم ولانه أسهل لخروج الخارج ، ولا يطيل المقام أكثر من قدر الحاجة لان ذلك يضره وقد قيل : انه يورث الباسور وقيل انه يدمي الكبد وربما آذى من ينتظره

ويستحب أن يغطي رأسه لان ذلك يروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولانه حال كشف العورة فيستنجي فيها ويلبس حذاءه لئلا تتنجس رجلاه . ولا يذكر الله تعالى على حاجته إلا بقلبه وكره ذلك ابن عباس وعطاء وعكرمة ، وقال ابن سيرين والنخعي لا بأس به لان الله تعالى ذكره محمود على كل حال ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد السلام في هذه الحال فذكر الله أولى . فاذا عطس حمد الله بقلبه ولم يتكلم . وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى أنه يحمد الله بلسانه والاول أولى لما ذكرناه فانه اذا لم يرد السلام الواجب فما ليس بواجب أولى ولا يسلم ولا يرد على مسلم لما روى ابن عمر أن رجلا مرّ على النبي ﷺ وهو يبول فسلم فلم يرد عليه السلام، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن جابر أن رجلا مرّ على النبي ﷺ وهو يبول فسلم عليه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا رأيتني على مثل هذه الحالة فلا تسلم عليّ فانك إن فعلت ذلك لم أرد عليك » رواه ابن ماجه ، ولا يتكلم لما روى أبو سعيد قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « لا يخرج الرجلان يضربان الغائط كاشفين عن عورتيهما يتحدثان فان الله يمقت على ذلك » رواه أبو داود

(فصل) اذا أراد دخول الخلاء ومعه شيء فيه ذكر الله تعالى استحب وضعه وقال أنس بن مالك

بخلاف الخف (الرابع) انه لا يجوز المسح عليها إلا عند خوف الضرر بنزعها (الخامس) انه يمسح عليها في الطهارة الكبرى لان الضرر يلحق بنزعها فيها بخلاف الخف

﴿ مسئلة ﴾ (وابتداء المدة من الحدث بعد اللبس، وعنه من المسح بعده) يعني بعد الحدث، ظاهر المذهب ان ابتداء المدة من الحدث بعد اللبس وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وفيه رواية أخرى ان ابتداءها من المسح بعد الحدث يروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو اختيار ابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وقال الشعبي وإسحاق وأبو ثور يمسح المقيم خمس صلوات لا يزيد عليها ، ووجه الرواية الاولى ما نقله القاسم بن زكريا المطرز في حديث صفوان عن الحدث الى الحدث ولانها عبادة مؤقتة فاعتبر أول وقتها من حين جواز فعلها كالصلاة . ويجوز أن يكون أراد بالخبر استباحة المسح دون فعله . وأما تقديره بخمس صلوات فلا يصح لكون النبي صلى الله عليه وسلم قدره بالوقت دون الفعل، فعلى هذا يمكن المقيم أن يصلي بالمسح ست صلوات يؤخر الصلاة ثم يمسح في اليوم الثاني في أول وقتها قبل انقضاء المدة وإن كان له عذر يبيح الجمع من مرض أو غيره أمكنه أن يصلي سبع صلوات، ويمكن المسافر أن يصلي ستة عشر صلاة إن لم يجمع وسبع عشرة صلاة إن جمع على ما فصلناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن مسح مسافراً ثم أقام أتم مسح مقيم) وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي

كان رسول الله ﷺ اذا دخل الخلاء وضع خاتمه. رواه ابن ماجه وأبو داود وقال هذا حديث منكر وقيل انما كان النبي ﷺ يضعه لان فيه محمد رسول الله ثلاثة أسطر، فان احتفظ بما معه مما فيه ذكر الله تعالى واحترز عليه من السقوط أو أدار فص الخاتم الى باطن كفه فلا بأس. قال أحمد الخاتم اذا كان فيه اسم الله يجعله في باطن كفه ويدخل الخلاء. وقال عكرمة قلبه هكذا في باطن كفك فاقبض عليه وبه قال إسحاق، ورخص فيه ابن المسيب والحسن وابن سيرين. وقال أحمد في الرجل يدخل الخلاء معه الدراهم أرجو أن لا يكون به بأس

(فصل) ويقدم رجله اليسرى في الدخول واليمنى في الخروج ويقول عند دخوله بسم الله أعوذ بالله من الخبث والخبائث ومن الرجس النجس الشيطان الرجيم، قال أحمد يقول اذا دخل الخلاء: أعوذ بالله من الخبث والخبائث. وما دخلت قط المتوضأ ولم أقلها إلا أصابني ما أكره، وعن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا دخل الخلاء قال « اللهم اني أعوذ بك من الخبث والخبائث » متفق عليه، وعن علي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ستر ما بين الجن وعورات بني آدم اذا دخل الكنيف أن يقول بسم الله » وعن أبي أمامة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا يعجز أحدكم اذا دخل مرفقه أن يقول: اللهم إني أعوذ بك من الرجس النجس الخبيث المخبث الشيطان الرجيم » رواهما ابن ماجه. قال أبو عبيد: الخبث بسكون الباء الشر والخبائث الشياطين وقيل الخبث بضم الباء والخبائث ذكران الشياطين وإناثهم فاذا خرج من الخلاء قال: غفرانك الحمد لله الذي

ولا نعلم فيه خلافا لانه صار مقيما فلم يجزله أن يمسح مسح المسافر، ولانها عبادة تختلف بالحضر والسفر فاذا ابتدأها في السفر ثم حضر في اثنائها غلب حكم الحضر كالصلاة، فان كان قد مسح يوما وليلة ثم أقام أو قدم خلع، وإن كان مسح اقل من يوم وليلة ثم أقام أو قدم أتم يوما وليلة لما ذكرنا، ولو مسح في السفر أكثر من يوم وليلة ثم دخل في الصلاة فنوي الاقامة في أثنائها بطلت لان المسح بطل فبطلت الطهارة التي هي شرط لصحة الصلاة، ولو تلبس بالصلاة في سفينة فدخلت البلد في اثنائها بطلت صلاته لذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن مسح مقيما ثم سافر أو شك في ابتدائه أتم مسح مقيم، وعنه يتم مسح مسافر)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فروي عنه انه يتم مسح مقيم اختاره الخرقي وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق لانها عبادة تختلف بالحضر والسفر فاذا وجد أحد طرفيها في الحضر غلب حكمه كالصلاة، وروي عنه انه يتم مسح مسافر سواء مسح في الحضر لصلاة أو اكثر منها بعد أن لا تنقضي مدة المسح وهو حاضر وهذا مذهب ابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « يمسح المسافر ثلاثة ايام ولياليهن » وهذا مسافر ولانه سافر قبل انقضاء مدة المسح اشبه من سافر بعد الحدث وقبل المسح وهذا اختيار الخلال وصاحبه، قال الخلال رجع احمد عن قوله الاول الى هذا، وإن شك هل ابتدأ المسح في الحضر أو السفر بنى على مسح حاضر لانه لا يجوز المسح مع الشك في إباحته ولان الاصل الغسل والمسح رخصة فاذا شككنا في شرطها رجعنا الى الاصل. فان ذكر بعد انه كان قد ابتدأ المسح في السفر جاز البناء على مسح مسافر، وان كان قد صلى بعد اليوم والليلة مع الشك ثم تيقن فعليه إعادة ماصلى مع الشك لانه صلى بطهارة لم يكن له أن يصلي بها فهو كما لو صلى يعتقد أنه محدث ثم ذكر انه

أذهب عني الأذى وعافاني . وروى أنس أن النبي ﷺ كان إذا خرج من الخلاء قال: « غفرانك الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني » أخرجه ابن ماجه . وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ اذا خرج من الخلاء قال « غفرانك » قال الترمذي هذا حديث حسن

(فصل) ولا بأس أن يبول في الاناء قالت أميمة بنت رقيقة كان للنبي ﷺ قدح من عيدان يبول فيه ويضعه تحت السرير رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه

باب ما ينقض الطهارة

﴿مسئلة﴾ قال ابو القاسم (والذي ينقض الطهارة ماخرج من قبل أو دبر)

وجملة ذلك أن الخارج من السبيلين على ضربين- معتاد كالبول والغائط والمني والمذي والودي والريح فهذا ينقض الوضوء إجماعا قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن خروج الغائط من الدبر وخروج البول من ذكر الرجل وقبل المرأة وخروج المذي وخروج الريح من الدبر أحداث ينقض كل واحد منها الطهارة . ويوجب الوضوء ودم الاستحاضة ينقض الطهارة في قول عامة أهل العلم إلا في قول ربيعة

(الضرب الثاني) نادر كالدم والدود والحصا والشعر فينقض الوضوء أيضا وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وكان عطاء والحسن وأبو مجلز والحكم وحماد والاوزاعي وابن المبارك يرون الوضوء من الدود يخرج من الدبر ، ولم يوجب مالك الوضوء من هذا الضرب لانه نادر أشبه الخارج من غير السبيل

متطهر فان وضوءه صحيح ويلزمه إعادة الصلاة وهذا التفريع على الرواية الاولى . ومتى شك الماسح في الحدث بنى على الاحوط عنده لان الاصل غسل الرجل

(فصل) فان لبث وأحدث وصلى الظهر ثم شك هل مسح قبل الظهر أو بعدها وقلنا ابتداء المدة من حين المسح بنى الامر في المسح على أنه قبل الظهر وفي الصلاة على أنه مسح بعدها لان الاصل بقاء الصلاة في ذمته ووجوب غسل الرجل فرددنا كل واحد منهما الى أصله والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحدث ثم سافر قبل المسح أتم مسح مسافر) لانعلم بين أهل العلم خلافا في ذلك لقول النبي ﷺ « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن » وهذا حال ابتداء المسح كان مسافراً

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز المسح إلا على مايستر محل الفرض ويثبت بنفسه) متى كان الخف ساتراً لمحل الفرض لايرى منه الكعبان لكونه ضيقا أو مشدوداً جاز المسح عليه . فأما المقطوع من دون الكعبين فلايجوز المسح عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وهو الصحيح عن مالك ، وحكي عن الاوزاعي ومالك جواز المسح عليه لانه خف يمكن متابعة المشي فيه أشبه الساتر

ولنا أنه لايستر محل الفرض أشبه اللالكة والنعلين ولان حكم ما ظهر الغسل وحكم ما استتر المسح ولا سبيل الى الجمع من غير ضرورة فغلب الغسل كما لو ظهرت إحدى الرجلين ولو كان للخف قدم وله شرج اذا شده يستر محل الفرض جاز المسح عليه وقال ابو الحسن الآمدي لا يجوز المسح

ولنا أنه خارج من السبيل أشبه المذي ولانه لايخلو من بلة تتعلق به فينتقض الوضوء بها . وقد أمر النبي ﷺ المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ودمها خارج غير معتاد

(فصل) وقد نقل صالح عن أبيه في المرأة يخرج من فرجها الريح : ماخرج من السبيلين ففيه الوضوء . وقال القاضي : خروج الريح من الذكر وقبل المرأة ينقض الوضوء . وقال ابن عقيل يحتمل أن يكون الاشبه بمذهبنا في الريح يخرج من الذكر أن لاينقض لان المثانة ليس لها منفذ إلى الجوف ولا جعلها أصحابنا جوفا ولم يبطلوا الصوم بالحقنة فيه ولا نعلم لهذا وجوداً . ولا نعلم وجوده في حق أحد . وقد قيل انه يعلم وجوده بأن يحس الانسان في ذكره دبيبا . وهذا لا يصح فان هذا لايحصل به اليقين والطهارة لا تنتقض بالشك فان قدر وجود ذلك يقينا نقض الطهارة لانه خارج من أحد السبيلين فنقض قياسا على سائر الخوارج

(فصل) وإن قطر في إحليله دهنا ثم عاد فخرج نقض الوضوء لانه خارج من السبيل ولا يخلو من بلة نجسة تصحبه فينتقض بها الوضوء كما لو خرجت منفردة . ولو احتشى قطنا في ذكره ثم خرج وعليه بلل نقض الوضوء لانه لو خرج منفرداً لنقض فكذلك إذا خرج مع غيره فان خرج ناشفا ففيه وجهان (أحدهما) ينقض لانه خارج من السبيل فأشبه سائر الخوارج (والثاني) لاينقض لانه ليس بين المثانة والجوف منفذ فلا يكون خارجا من الجوف . ولو احتقن في دبره فرجعت أجزاء خرجت من الفرج نقضت الوضوء وهكذا لو وطيء امرأته دون الفرج فدب ماؤه فدخل الفرج ثم خرج نقض الوضوء وعليهما الاستنجاء لانه خارج من السبيل لايخلو من بلة تصحبه من الفرج فان

عليه كاللفائف ، ولنا أنه خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه أشبه غير ذي الشرج

(فصل) فان كان الخف محرما كالغصب والحرير لم يجز المسح عليه في الصحيح من المذهب لان المسح رخصة فلا تستباح بالمعصية كما لا يستبيح المسافر الرخص بسفر المعصية

(فصل) ويجوز المسح على كل خف ساتر لمحل الفرض سواء كان من جلود أو لبود وما أشبهها فان كان خشبا أو حديداً وما أشبههما جاز المسح عليه وهذا قول أبي الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب لانه خف يمكن متابعة المشي فيه ساتر لمحل الفرض أشبه الجلود ، وقال بعض أصحابنا لايجوز المسح عليها لان الرخصة وردت في الخفاف المتعارفة للحاجة[1] ولا تدعو الحاجة إلى المسح على هذه في الغالب.

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويثبت بنفسه) فان كان لا يثبت بنفسه بحيث يسقط من القدم اذا مشى فيه لم يجز المسح عليه لان الذي تدعو الحاجة إلى لبسه هو الذي يمكن متابعة المشي فيه فأما مايسقط اذا مشى فيه فلا يشق نزعه ولا يحتاج الى المسح عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان فيه خرق يبدو منه بعض القدم أو كان واسعا يرى منه الكعب أو الجورب خفيفا يصف القدم أو يسقط منه اذا مشى أو شد لفائف لم يجز المسح عليه) وجملة ذلك انه انما يجوز المسح على الخف ونحوه إذا كان ساتر المحل الفرض لما ذكرنا، فان كان فيه خرق يبدو منه بعض القدم أو كان واسعا يري منه الكعب لم يجز المسح سواء كان الخرق كبيراً أو صغيراً من موضع الخرز أو من غيره. فاما ان

(1) اذا كانت الرخصة للحاجة فلم تقيد بالمتعارف في صفة عارضة لا دخل لها في مس الحاجة كمادة الخف وشكله وصنعته ؟ الحق الاول وهذا تعليل ضعيف

لم يعلما خروج شيء منه احتمل وجهين (أحدهما) النقض فيهما لان الغالب أنه لاينفك عن الخروج فنقض كالنوم (والثاني) لاينقض لان الطهارة متيقنة فلا نزول عنها بالشك لكن ان كان المحتقن قد أدخل رأس الزراقة ثم أخرجه نقض الوضوء : وكذلك لو أدخل فيه ميلا أو غيره ثم خرج نقض الوضوء لأنه خارج من السبيل فنقض كسائر الخارج

(فصل) قال ابو الحارث سألت أحمد عن رجل به علة ربما ظهرت مقعدته قال : ان علم أنه يظهر معها ندى توضأ . وان لم يعلم فلا شيء عليه ، ويحتمل أن أحمد انما أراد ندى ينفصل عنها لانه خارج من الفرج متصل فنقض كالخارج على الحصى فأما الرطوبة اللازمة لها فلا تنقض لانها لاتنفك عن رطوبة فلو نقضت لنقض خروجها على كل حال ولانه شيء لم ينفصل عنها فلم ينقض كسائر أجزائها وقد قالوا فيمن أخرج لسانه وعليه بلل ثم أدخله وابتلع ذلك البلل انه لا يفطر لانه لم يثبت له حكم الانفصال والله أعلم

(فصل) قد ذكرنا أن المذي ينقض الوضوء وهو ما يخرج زلجا متسبسبا عند الشهوة فيكون على رأس الذكر واختلفت الرواية في حكمه فروي أنه يوجب الوضوء وغسل الذكر والانثيين لما روي أن عليا رضي الله عنه قال كنت رجلا مذاء فاستحييت أن أسأل رسول الله ﷺ لمكان ابنته فأمرت المقداد بن الاسود فسأله فقال « يغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ » رواه ابو داود وفي لفظ « يغسل ذكره ويتوضأ » متفق عليه . وفي لفظ « توضأ وانضح فرجك » والامر يقتضي الوجوب ولانه خارج بسبب الشهوة فأوجب غسلا زائداً على موجب البول كالمني فعلى هذا يجزئه غسلة واحدة لان

كان الشق ينضم فلا يبدو منه القدم لم يمنع جواز المسح نص عليه وهو مذهب معمر وأحد قولي الشافعي ، وقال الثوري وإسحاق وابن المنذر يجوز المسح على كل خف ، وقال الاوزاعي يمسح الخف المخروق وعلى ماظهر من رجله وقال ابو حنيفة ان كان أقل من ثلاث أصابع جاز المسح عليه وإلا لم يجز ، وقال مالك ان كثر وتفاحش لم يجز وإلا جاز وتعلقوا بعموم الحديث وبأنه خف يمكن متابعة المشي فيه أشبه الصحيح ولان الغالب على خفاف العرب كونها مخرقة وقد أمر النبي ﷺ بلبسها من غير تفصيل فينصرف إلى الخفاف الملبوسة عندهم غالبا

ولنا أنه غير ساتر القدم فلم يجز المسح عليه كما لو كثر وتفاحش ولان حكم ماظهر الغسل وحكم ما استتر المسح فاذا اجتمعا غلب الغسل كما لو ظهرت إحدى الرجلين

(فصل) وكذلك إن كان الجورب خفيفا يصف القدم لم يجز المسح عليه لانه غير ساتر[1] لمحل الفرض أشبه النعل . وكذلك ان كان يسقط من القدم ولا يثبت فيه لما ذكرنا ، ولا يجوز المسح على اللفائف والخرق نص عليه أحمد لانها لا تثبت بنفسها انما تثبت بشدها ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (وان لبس خفا فلم يحدث حتى لبس عليه آخر جاز المسح عليه) يعني على الفوقاني سواء كان التحتاني صحيحا أو مخرقا وهذا قول الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ، ومنع منه مالك والشافعي في أحد قوليهما لان الحاجة لاتدعو الى لبسه في الغالب فلم تتعلق به رخصة عامة كالجبيرة

(١) ان بدو القليل المعتاد مثله في الخفاف ولا سيما في السفر لا ينافي الستر وهذا اختيار شيخ الاسلام تقي الدين من الحنابلة

المأمور به غسل مطلق فيوجب ما يقع عليه اسم الغسل وقد ثبت في قوله في اللفظ الآخر « وانضح فرجك » وسواء غسله قبل الوضوء أو بعده لانه غسل غير مرتبط بالوضوء فلم يترتب عليه كغسل النجاسة (والرواية الثانية) لايجب أكثر من الاستنجاء والوضوء روي ذلك عن ابن عباس وهو قول أكثر أهل العلم وظاهر كلام الخرقي لما روى سهل بن حنيف قال كنت ألقى من المذي شدة وعناء فكنت أكثر منه الاغتسال فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « إنما يجزئك من ذلك الوضوء » أخرجه أبوداود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولانه خارج لايوجب الاغتسال أشبه الودي، والامر بالنضح وغسل الذكر والانثيين محمول على الاستحباب لانه يحتمله وقوله « إنما يجزيك من ذلك الوضوء » صريح في حصول الاجزاء بالوضوء فيجب تقديمه فأما الودي فهو ماء أبيض ثخين يخرج بعد البول كدراً فليس فيه وفي بقية الخوارج إلا الوضوء . وروى الاثرم باسناده عن ابن عباس قال : المني والودي والمذي أما المني ففيه الغسل وأما المذي والودي ففيهما إسباغ الطهور

﴿ مسئلة ﴾ (قال وخروج البول والغائط من غير مخرجهما)

لاتختلف الرواية أن الغائط والبول ينتقض الوضوء بخروجهما من السبيلين ومن غيرهما ويستوي قليلهما وكثيرهما سواء السبيلان منسدين أو مفتوحين من فوق المعدة أو من تحتها وقال أصحاب الشافعي ان انسد المخرج وانفتح آخر دون المعدة لزم الوضوء بالخارج منه قولا واحدا . وان انفتح

ولنا أنه خف ساتر يثبت بنفسه أشبه المنفرد وقوله الحاجة لاتدعو اليه ممنوع فان البلاد الباردة لايكفي فيها خف واحد غالبا ولو سلمنا ذلك لكن الحاجة معتبرة بدليلها وهو الاقدام على اللبس لابنفسها فهو كالخف الواحد . اذا ثبت ذلك فمتى نزع الفوقاني قبل مسحه لم يؤثر فيه ، وان نزعه بعد مسحه بطلت الطهارة ووجب نزع الخفين وغسل الرجلين لزوال محل المسح ونزع أحد الخفين كنزعهما لان الرخصة تعلقت بهما فصار كانكشاف القدم، ولو أدخل يده من تحت الفوقاني ومسح الذي تحته جاز لان كل واحد منهما محل للمسح فجاز المسح عليه كما يجوز غسل قدميه في الخف مع جواز المسح عليه، ولو لبس أحد الجرموقين في أحد الرجلين دون الاخرى جاز المسح عليه وعلى الخف الذي في الرجل الاخرى فهو كما لو لم يكن تحته شيء

(فصل) وان لبس مخرقا فوق صحيح فالمنصوص عن احمد جواز المسح عليه رواها عنه حرب لان القدم مستور بخف صحيح فجاز المسح عليه كما لو كان مكشوفا ، وقال القاضي وأصحابه لايجوز المسح إلا على التحتاني لان الفوقاني لايجوز المسح عليه مفرداً أشبه مالو كان تحته لفافة، فاما ان لبس مخرقا فوق لفافة لم يجز المسح عليه لان القدم غير مستور بخف صحيح ،وان لبس مخرقا فوق مخرق فاستتر القدم بهما احتمل أن لا يجوز المسح لذلك واحتمل جواز المسح لان القدم استتر بهما أشبه ما لو كان أحدهما مخرقا والآخر صحيحا

فوق المعدة ففيه قولان (أحدهما) ينقض الوضوء (والثاني) لاينقضه وان كان المعتاد باقيا فالمشهور أنه لاينتقض الوضوء بالخارج من غيره وبناه على أصله في أن الخارج من غير السبيلين لا ينقض

ولنا عموم قوله تعالى (أو جاء أحد منكم من الغائط) وقول صفوان بن عسال أمرنا رسول الله ﷺ اذا كنا مسافرين أو سفرا [1] أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة لكن من غائط وبول و نوم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وحقيقة الغائط المكان المطمئن سمي الخارج به لمجاورته إياه فان المتبرز يتحراه لحاجته كما سمي عذرة وهي في الحقيقة فناء الدار لانه كان يطرح بالافنية فسمي بها للمجاورة وهذا من الاسماء العرفية التي صار المجاز فيها أشهر من الحقيقة وعند الاطلاق يفهم منه المجاز ويحمل عليه الكلام لشهرته ولان الخارج غائط وبول فنقض كما لو خرج من السبيل

[1] السفر بالفتح جماعة المسافرين كالركب . والشك من الراوي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وزوال العقل الا ان يكون بنوم يسير جالسا أو قائما)

وزوال العقل على ضربين نوم وغيره فاما غير النوم وهو الجنون والاغماء والسكر وما أشبهه من الادوية المزيلة للعقل فينقض الوضوء يسيره وكثيره إجماعا . قال ابن المنذر أجمع العلماء على وجوب الوضوء على المغمى عليه ولان هؤلاء حسهم أبعد من حس النائم بدليل أنهم لاينتبهون بالانتباه ففي إيجاب الوضوء على النائم تنبيه على وجوبه بما هو آكد منه

(الضرب الثاني) النوم وهو ناقض للوضوء في الجملة في قول عامة أهل العلم إلا ما حكي عن أبي

(فصل) فاما إن لبس الفوقاني بعد أن أحدث لم يجز المسح لانه لبسه على غير طهارة وكذلك ان مسح على الاول ثم لبس الثاني ، وقال بعض أصحاب الشافعي يجوز لان المسح قام مقام الغسل

ولنا أن المسح على الخف لم يزل الحدث عن الرجل فلم تكمل الطهارة أشبه التيمم ولان الخف الممسوح عليه بدل والبدل لايكون له بدل آخر والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويمسح أعلى الخف دون أسفله وعقبه فيضع يده على الاصابع ثم يمسح إلى ساقه) هذه السنة في مسح الخف ، فان عكس فمسح في ساقه إلى أسفل جاز والمسنون الاول لما روى الخلال باسناده عن المغيرة فذكر وضوء النبي ﷺ قال ثم توضأ ومسح على الخفين فوضع يده اليمنى على خفه الايمن ووضع يده اليسرى على خفه الايسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة حتى كأني أنظر إلى أثر أصابعه على الخفين قال ابن عقيل: سنة المسح هكذا أن يمسح خفيه بيديه باليمنى اليمنى وباليسرى اليسرى وقال احمد كيفما فعلت فهو جائز باليد الواحدة أو باليدين، وان مسح باصبع أو أصبعين أجزأه اذا كرر المسح بها حتى يصير مثل المسح باصابعه ولا يسن مسح أسفله ولا عقبه وهذا قول عروة وعطاء والحسن والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وروي مسح ظاهر الخفين وباطنهما عن سعد بن أبي وقاص وابن عمر وعمر ابن عبدالعزيز وابن المبارك ومالك والشافعي لما روى المغيرة بن شعبة قال وضأت رسول الله ﷺ فمسح أعلى الخف وأسفله رواه أبو داود والترمذي ولانه يحاذي محل الفرض أشبه ظاهره

موسى الاشعري وأبي مجلز وحميد الاعرج انه لا ينقض . وعن سعيد بن المسيب انه كان ينام مراراً مضطجعا ينتظر الصلاة ثم يصلي ولا يعيد الوضوء، ولعلهم ذهبوا الى أن النوم ليس بحدث في نفسه والحدث مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك .

ولنا قول صفوان بن عسال « لكن من غائط وبول ونوم » وقد ذكرنا انه صحيح وروى علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «العين وكاء السه[1] فمن نام فليتوضأ» رواه أبوداود وابن ماجه ولان النوم مظنة الحدث فاقيم مقامه كالتقاء الختانين في وجوب الغسل اقيم مقام الانزال

(فصل) والنوم ينقسم ثلاثة أقسام نوم المضطجع فينقض الوضوء يسيره وكثيره في قول كل من يقول بنقضه بالنوم (الثاني) نوم القاعد ان كان كثيراً نقض رواية واحدة وان كان يسيراً لم ينقض وهذا قول حماد والحكم ومالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي لا ينقض وان كثر اذا كان القاعد متمكنا مفضيا بمحل الحدث الى الارض لما روى أنس قال كان أصحاب رسول الله ﷺ ينامون ثم يقومون فيصلون ولا يتوضؤن قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وفي لفظ قال كان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينتظرون العشاء الآخرة حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضؤن وهذا اشارة الى جميعهم وبه يتخصص عموم الحديثين الاولين ولانه متحفظ عن خروج الحدث فلم ينقض وضوءه كما لو كان نومه يسيراً

ولنا عموم الحديثين الاولين وانما خصصناهما في اليسير لحديث انس وليس فيه بيان كثرة ولا قلة فان النائم يخفق رأسه من يسير النوم فهو يقين في اليسير فيعمل به وما زاد عليه فهو محتمل لا يترك

ولنا قول علي رضي الله عنه : لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من ظاهره وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهر خفيه رواه الامام احمد وأبو داود ، وعن عمر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالمسح على ظاهر الخفين اذا لبسهما وهما طاهرتان رواه الخلال ولان مسحه غير واجب ولا يكاد يسلم من مباشرة أذى فيه تتنجس به يده فكان تركه أولى ، وحديثهم معلول قاله الترمذي وقال وسألت أبا زرعة ومحمداً عنه فقال ليس بصحيح. وقال احمد هذا من وجه ضعيف وأسفل الخف ليس بمحل لفرض المسح بخلاف أعلاه

(فصل) فان مسح أسفله أو عقبه دون أعلاه لم يجزه في قول أكثر العلماء ، قال شيخنا لا نعلم أحداً قال يجزئه مسح أسفل الخف إلا أشهب من اصحاب مالك وبعض الشافعية لانه مسح بعض ما يحاذي محل الفرض فأجزأه كما لو مسح ظاهره ، ومنصوص الشافعي كمذهب الجمهور لما ذكرنا ان النبي ﷺ انما مسح ظاهر الخف ولا خلاف في انه يجزيء الاقتصار على مسح ظاهر الخف حكاه ابن المنذر

(فصل) والقدر المجزيء في المسح أن يمسح أكثر مقدم ظاهره خطوطا بالاصابع قاله القاضي لما ذكرنا من حديث المغيرة، وقال الشافعي والثوري وأبو ثور يجزيء القليل منه لانه أطلق لفظ المسح ولم ينقل فيه تقدير فرجع الى ما تناوله الاسم ، وقال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن يجزئه قدر ثلاث أصابع وهو قول الاوزاعي ، وقال إسحاق لا يجزيء حتى يمسح بكفيه

«١» اسم من اسماء الدبر وهي بالتشديد وبكسر الهاء

له العموم المتيقن ولان نقض الوضوء بالنوم يعلل بافضائه الى الحدث ومع الكثرة والغلبة يفضي اليه ولايحس بخروجه منه بخلاف اليسير ولا يصح قياس الكثير على اليسير لاختلافهما في الافضاء الى الحدث

(الثالث) ماعدا هاتين الحالتين وهو نوم القائم والراكع والساجد فروي عن احمد في جميع ذلك روايتان (إحداهما) ينقض وهو قول الشافعي لانه لم يرد في تخصيصه من عموم أحاديث النقض نص ولا هو في معنى المنصوص لكون القاعد متحفظا لاعتماده بمحل الحدث إلى الارض والراكع والساجد ينفرج محل الحدث منهما (والثانية) لاينقض الا إذا كثر وذهب أبو حنيفة إلى أن النوم في حال من أحوال الصلاة لا ينقض وان كثر لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ كان يسجد وينام وينفخ ثم يقوم فيصلي فقلت له صليت ولم تتوضأ وقد نمت فقال « انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله » رواه أبو داود ولانه حال من أحوال الصلاة فأشبهت حال الجلوس ، والظاهر عن أحمد التسوية بين القيام والجلوس لانهما يشتبهان في الانخفاض واجتماع المخرج وربما كان القائم أبعد من الحدث لعدم التمكن من الاستثقال في النوم فانه لو استثقل لسقط والظاهر عنه في الساجد التسوية بينه وبين المضطجع لانه ينفرج محل الحدث ويعتمد بأعضائه على الارض ويتهيأ لخروج الخارج فأشبه المضطجع والحديث الذي ذكروه منكر قاله أبو داود ، وقال ابن المنذر لايثبت وهو مرسل يرويه قتادة عن أبي العالية قال شعبة لم يسمع منه الا أربعة أحاديث ليس هذا منها

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في القاعد المستند والمحتبي فعنه لاينقض يسيره قال أبوداود

ولنا ان لفظ المسح ورد مطلقا وفسره النبي ﷺ بفعله كما ذكرنا في حديث المغيرة، ولا يستحب تكرار مسحه لان في حديث المغيرة مسحة واحدة. روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وقال عطاء يمسح ثلاثا

(فصل) فان مسح بخرقة أو خشبة احتمل الاجزاء لحصول المسح ، واحتمل المنع لان النبي صلى الله عليه وسلم مسح بيده ، فان غسل الخف لم يجزه وهذا قول مالك واختيار القاضي ، قال ابن المنذر وهو أقيس لانه أمر بالمسح فلم يفعله فلم يجزه كما لو طرح التراب على وجهه ويديه في التيمم لكن إن أمر يديه على الخفين في حال الغسل أو بعده أجزأه لوجود المسح . وقال ابن حامد يجزئه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لانه أبلغ من المسح والاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم أولى

والمستحب أن يفرج أصابعه اذا مسح قال الحسن خطوطا بالاصابع ووضع الثوري أصابعه على مقدم خفيه وفرج بينهما ثم مسح على اصل الساق ، وروي عن عمر أنه مسح حتى رئي آثار اصابعه على خفيه خطوطا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز المسح على العمامة المحنكة اذا كانت ساترة لجميع الرأس الا ما جرت العادة بكشفه) قد ذكرنا دليل جواز المسح على العمامة ، ومن شروط جواز المسح عليها أن تكون ساترة لجميع الرأس الا ماجرت العادة بكشفه كمقدم الرأس والاذنين وجوانب الرأس فانه يعفى عنه بخلاف خرق الخف فانه يعفى عنه لان هذا جرت العادة به ويشق التحرز عنه وان ظهر بعض القلنسوة من تحت العمامة فالظاهر جواز المسح عليهما لانهما صارا كالعمامة الواحدة ، ومتى كانت محنكة جاز المسح عليها رواية

سمعت أحمد قيل له الوضوء من النوم قال إذا طال ،قيل فالمحتبي قال يتوضأ ، قيل فالمتكي. قال الاتكاء شديد والمتساند كأنه أشد ـ يعني من الاحتباء ـ ورأى منها كلها الوضوء الا أن يغفو ـ يعني قليلا ـ وعنه ينقض يعني بكل حال لانه معتمد على شيء فهو كالمضطجع ، والاولى أنه متى كان معتمداً بمحل الحدث على الارض أن لا ينقض منه الا الكثير لان دليل انتفاء النقض في القاعد لاتفريق فيه فيسوى بين أحواله

(فصل) واختلف أصحابنا في تحديد الكثير من النوم الذي ينقض الوضوء فقال القاضي ليس للقليل حد يرجع اليه وهو على ما جرت به العادة ، وقيل حد الكثير ما يتغير به النائم عن هيئته مثل أن يسقط على الارض . ومنها أن يرى حلما ، والصحيح أنه لاحد له لان التحديد إنما يعرف بتوقيف ولا توقيف في هذا فمتى وجدنا مايدل على الكثرة مثل سقوط المتمكن وغيره انتقض وضوؤه وان شك في كثرته لم ينتقض وضوؤه لان الطهارة متيقنة فلا تزول بالشك

(فصل) ومن لم يغلب على عقله فلا وضوء عليه لان النوم الغلبة على العقل قال بعض أهل اللغة في قوله تعالى (لاتأخذه سنة ولا نوم) السنة ابتداء النعاس في الرأس .فاذا وصل إلى القلب صار نوما قال الشاعر :

وسنان أقصده النعاس فرنقت ... في عينه سنة وليس بنائم

ولان الناقض زوال العقل ومتى كان العقل ثابتا وحسه غير زائل مثل من يسمع ما يقال عنده ويفهمه فلم يوجد سبب النقض في حقه، وإن شك هل نام أم لا أوخطر بباله شيء لايدري أرؤيا أو حديث نفس فلا وضوء عليه

واحدة سواء كان له ذؤابة أو لم يكن لان هذه عمائم العرب وهي أكثر سترا ويشق نزعها قاله القاضي وسواء كانت صغيرة أو كبيرة ولانها مأمور بها وتفارق عمائم أهل الكتاب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز على غير المحنكة الا ان تكون ذات ذؤابة فيجوز في احد الوجهين)

اما اذا لم يكن لها حنك ولا ذؤابة فلا يجوز المسح عليها لانها على صفة عمائم اهل الذمة وقد نهي عن التشبه بهم ولانها لا يشق نزعها وان كان لها ذؤابة ولا حنك لها ففيه وجهان (احدهما) جوازه لانها لا تشبه عمائم اهل الذمة إذ ليس من عادتهم الذؤابة (والثاني) لايجوز وهو الاظهر لأن النبي صلى الله عليه وسلم امر بالتلحي ونهى عن الاقتعاط . رواه ابو عبيد قال : والاقتعاط ان لا يكون تحت الحنك منها شيء وروي ان عمر رضي الله عنه راى رجلا ليس بمحنك بعمامته فحنكه بكور منها وقال ما هذه الفاسقية ولانها لا يشق نزعها فلم يجز المسح كالتي لا ذؤابة لها ولا حنك

(فصل) وما جرت العادة بكشفه من الرأس استحب أن يمسح عليه مع العمامة ، نص عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته وعمامته في حديث المغيرة وهو صحيح ، وهل يجب الجمع بينهما اذا قلنا بوجوب استيعاب مسح الرأس؟ فيه وجهان (احدهما) يجب للخبر ولان العمامة نابت عما استتر فوجب مسح الباقي كما لو ظهر سائر رأسه (والثاني) لايجب لان العمامة نابت عن الرأس فانتقل الفرض اليها وتعلق الحكم بها فلم يبق لما ظهر حكم ولان الجمع بينهما يفضي الى الجمع بين البدل والمبدل في عضو واحد فلم يجز من غير ضرورة كالخف

(مسألة) قال (والارتداد عن الاسلام)

وجملة ذلك أن الردة تنقض الوضوء وتبطل التيمم وهذا قول الاوزاعي وأبي ثور ،وهي الاتيان بما يخرج به عن الاسلام إما نطقا أو اعتقاداً أو شكا ينقل عن الاسلام ،فتى عاود اسلامه ورجع إلى دين الحق فليس له الصلاة حتى يتوضأ وان كان متوضئا قبل ردته ،وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يبطل الوضوء بذلك ،وللشافعي في بطلان التيمم به قولان لقول الله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم) فشرط الموت ولانها طهارة فلا تبطل بالردة كالغسل من الجنابة

ولنا قوله تعالى (لئن أشركت ليحبطن عملك) والطهارة عمل وهي باقية حكما تبطل بمبطلاتها فيجب أن تحبط بالشرك ولانها عبادة يفسدها الحدث فأفسدها الشرك كالصلاة والتيمم ولان الردة حدث بدليل قول ابن عباس الحدث حدثان حدث اللسان وحدث الفرج وأشدهما حدث اللسان وإذا أحدث لم تقبل صلاته بغير وضوء لقول النبي ﷺ «لا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ» متفق عليه وما ذكروه تمسك بدليل الخطاب والمنطوق مقدم عليه ولانه شرط الموت لجميع المذكور في الآية وهو حبوط العمل والخلود في النار ،وأما غسل الجنابة فلا يتصور فيه الابطال وانما يجب الغسل بسبب جديد يوجبه وهنا يجب الغسل أيضا عند من أوجب على من أسلم الغسل

(فصل) ولا ينقض الوضوء ماعدا الردة من الكلام من الكذب والغيبة والرفث والقذف وغيرها

ولا يجب مسح الاذنين مع العمامة لا نعلم فيه خلافا لانه لم ينقل وليستا من الرأس إلا على وجه التبع

(فصل) وحكمها في التوقيت واشتراط تقدم الطهارة لها حكم الخف قياسا عليه، فان كانت العمامة محرمة اللبس كالحرير والمغصوبة لم يجز المسح عليها في الصحيح لما ذكرنا في الخف فان لبست المرأة عمامة لم يجز المسح عليها لانها منهية عن التشبه بالرجال فكانت محرمة في حقها وان كان لها عذر فهذا نادر لا يفرد بحكم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزىء مسح أكثرها وقيل لا يجزىء الا مسح جميعها) اختلفت الرواية في وجوب استيعاب العمامة بالمسح فروي مايدل على أنه يجزيء مسح أكثرها لانها احد الممسوحين على وجه البدل فأجزأ مسح بعضه كالخف ،وروي عنه أنه يلزم استيعابها قياسا على مسح الرأس. والفرق بينهما أن البدل ههنا من جنس المبدل فيقدر بقدره كمن عجز عن قراءة الفاتحة وقدر على قراءة غيرها من القرآن يجب أن يكون بقدرها. ولو كان البدل تسبيحا لم يتقدر بقدرها لكونه ليس من جنسها . والخف بدل من غير الجنس لكونه بدلا عن الغسل فلم يتقدر بقدره كالتسبيح بدلا عن القرآن، والصحيح الاول قياسا على الخف وماذكر للرواية الثانية ينتقض بمسح الجبيرة فانه بدل عن الغسل وهو من غير جنس المبدل ويجب فيه الاستيعاب، وقال القاضي يجزيء مسح بعضها كالخف ويختص ذلك بأكوارها دون وسطها فان مسح وسطها وحده ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه كما يجزيء مسح بعض دوائرها (والثاني) لا يجزئه كما لو مسح أسفل الخف

نص عليه أحمد ، وقال ابن المنذر أجمع من نحفظ قوله من علماء الامصار على أن القذف وقول الزور والكذب والغيبة لا توجب طهارة ولا تنقض وضوءاً ، وقد روينا عن غير واحد من الأوائل أنهم أمروا بالوضوء من الكلام الخبيث وذلك استحباب عندنا ممن أمر به ولا نعلم حجة توجب وضوءاً في شيء من الكلام وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال « من حلف باللات والعزى فليقل لا إله الا الله » ولم يأمر في ذلك بوضوء

(فصل) وليس في القهقهة وضوء روي ذلك عن عروة وعطاء والزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وقال أصحاب الرأي يجب الوضوء من القهقهة داخل الصلاة دون خارجها ، وروي ذلك عن الحسن والنخعي والثوري لما روى أبو العالية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي فجاء ضرير فتردى في بئر فضحك طوائف فامر النبي صلى الله عليه وسلم الذين ضحكوا أن يعيدوا الوضوء والصلاة ، وروي من غير طريق أبي العالية بأسانيد ضعاف وحاصله يرجع إلى أبي العالية كذلك قال عبد الرحمن بن مهدي والامام أحمد والدار قطني

ولنا أنه معنى لا يبطل الوضوء خارج الصلاة فلم يبطله داخلها كالكلام وأنه ليس بحدث ولا يفضي اليه فأشبه سائر مالا يبطل ولان الوجوب من الشارع ولم يصح عن الشارع في هذا إيجاب الوضوء ولا في شيء يقاس هذا عليه . وما رووه مرسل لا يثبت وقد قال ابن سيرين لا تأخذوا بمراسيل الحسن وأبي العالية فانهما لا يباليان عمن أخذا ، والمخالف في هذه المسألة يرد الاخبار الصحيحة لمخالفتها الاصول فكيف يخالفها ههنا بهذا الخبر الضعيف عند أهل المعرفة

﴿مسئلة﴾ (ويمسح على جميع الجبيرة إذا لم تتجاوز قدر الحاجة) لانه لا يشق المسح عليها كلها بخلاف الخف فانه يشق تعميم جميعه ويتلفه المسح ولانه مسح للضرورة أشبه التيمم ، وان كان بعضها في محل الفرض وبعضها في غيره مسح ما حاذى محل الفرض نص عليه أحمد . وانما يجوز المسح عليها اذا لم يتعد بها موضع الكسر إلا بما لا بد من وضع الجبيرة عليه فانها لا بد أن توضع على طرفي الصحيح ليرجع الكسر ، فان شدها على مكان يستغني عن شدها عليه كان تاركا لغسل ما يمكنه غسله من غير ضرر فلم يجز كما لو شدها على مالا كسر فيه ، وقد روي عن أحمد أنه سهل في ذلك في مسئلة الميموني والمروذي لان هذا مما لا ينضبط وهو شديد جداً . فعلى هذا لا بأس بالمسح على العصائب كيف شدها والأول أولى لما ذكرنا . فعلى هذا إذا تجاوز بها موضع الحاجة لزمه نزعها ان لم يخف الضرر وان خاف من نزعها تيمم لها لانه موضع يخاف الضرر باستعمال الماء فيه فجاز التيمم له كالجرح .

﴿مسئلة﴾ قال (ومتى ظهر قدم الماسح أو رأسه أو انقضت مدة المسح استأنف الطهارة) لان المسح بدل عن الغسل فمتى ظهر القدم وجب غسله لزوال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء (وعنه يجزئه مسح رأسه وغسل قدميه) وجملة ذلك أنه متى ظهر قدم الماسح بعد الحدث والمسح وقبل انقضاء المدة فقد اختلف العلماء فيه فالمشهور عن أحمد رحمه الله أنه يعيد الوضوء وبه قال النخعي والزهري ومكحول والاوزاعي واسحاق وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية أنه يجزئه غسل قدميه وهو قول الثوري وأبي ثور

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومس الفرج ﴾

الفرج اسم لمخرج الحدث ويتناول الذكر والدبر وقبل المرأة .وفي نقض الوضوء بجميع ذلك خلاف في المذهب وغيره فنذكره إن شاء الله مفصلا،ونبدأ بالكلام في مس الذكر فانه آكدها فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) ينقض الوضوء وهو مذهب ابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وأبان بن عثمان وعروة وسليمان بن يسار والزهري والاوزاعي والشافعي وهو المشهور عن مالك وقد روي أيضا عن عمر بن الخطاب وأبي هريرة وابن سيرين وأبي العالية (والرواية الثانية) لا وضوء فيه روي ذلك عن علي وعمار وابن مسعود وحذيفة وعمران بن حصين وأبي الدرداء وبه قال ربيعة والثوري وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روى قيس بن طلق عن أبيه قال قدمنا على نبي الله ﷺ فجاء رجل كانه بدوي فقال يارسول الله ماترى في مس الرجل ذكره بعد مايتوضأ ؟ فقال وهل هو الا بضعة منك — أو مضغة منك» رواه أبوداود والنسائي والترمذي وابن ماجه. ولانه عضو منه فكان كسائره ، ووجه الرواية الاولى ماروت بسرة بنت صفوان أن النبي ﷺ قال «من مس ذكره فليتوضأ» وعن جابر مثل ذلك وعن أم حبيبة وأبي أيوب قالا سمعنا رسول الله ﷺ يقول «من مسه فرجه فليتوضأ» وفي الباب عن أبي هريرة رواهن ابن ماجه وقال أحمد حديث بسرة وحديث أم حبيبة صحيحان. وقال الترمذي حديث بسرة حسن صحيح وقال البخاري أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة. وقال أبو زرعة حديث أم حبيبة أيضا صحيح وقد روي عن بضعة عشر من الصحابة ،فأما خبر قيس فقال أبوزرعة وأبوحاتم قيس ممن لاتقوم بروايته

والمزني وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لان مسح الخفين ناب عن الرجلين خاصة فظهورهما يبطل ما ناب عنه كالتيمم إذا بطل برؤية الماء بطل ماناب عنه . وهذا الاختلاف مبني على وجوب الموالاة فمن لم يوجبها في الوضوء جوز غسل القدمين لان سائر أعضائه سواها مغسولة ومن أوجب الموالاة أبطل الوضوء لفوات الموالاة ، فعلى هذا لو خلع الخفين قبل جفاف الماء عن بدنه أجزأه غسل قدميه وصار كأنه خلعهما قبل مسحه عليهما ، وقال الحسن وقتادة : لا يتوضأ ولا يغسل قدميه واختاره ابن المنذر لانه أزال الممسوح عليه بعد كمال الطهارة أشبه مالو حلق رأسه بعد مسحه

ووجه الرواية الاولى أن الوضوء بطل في بعض الاعضاء فبطل في جميعها كما لو أحدث وماذكروه يبطل بنزع أحد الخفين فانه يلزمه غسلهما وانما ناب مسحه عن إحداهما. وأما التيمم عن بعض الاعضاء فسيأتي الكلام عليه في بابه ان شاء الله. وقال مالك والليث بن سعد: ان غسل رجليه مكانه صحت طهارته فان تطاول أعاد الوضوء لان الطهارة كانت صحيحة الى حين نزع الخفين أو انقضاء المدة وانما بطلت في القدمين خاصة فاذا غسلهما عقيب النزع حصلت الموالاة بخلاف ما إذا تطاول، ولا يصح ذلك لان المسح بطل حكمه وصار الآن يضيف الغسل الى الغسل فلم يبق للمسح حكم ولان الاعتبار في الموالاة انما هو بقرب الغسل من الغسل لا من حكمه فانه متى زال حكم الغسل بطلت الطهارة ولم ينفع قرب الغسل من الخلع شيئا لكون الحكم لايعود بعد زواله إلا بسبب جديد والله أعلم

حجة ثم إن حديثنا متأخر لان أبا هريرة قد رواه وهو متأخر الاسلام صحب النبي ﷺ أربع سنين وكان قدوم طلق على رسول الله ﷺ وهم يؤسسون المسجد أول زمن الهجرة فيكون حديثنا ناسخاله وقياس الذكر على سائر البدن لا يستقيم لانه تتعلق به أحكام ينفرد بها من وجوب الغسل بايلاجه والحد والمهر وغير ذلك

(فصل) فعلى رواية النقض لافرق بين العامد وغيره وبه قال الاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو أيوب وأبو خيثمة لعموم الخبر ، وعن أحمد لاينتقض الوضوء الا بمسه قاصداً مسه قال أحمد بن الحسين قيل لاحمد الوضوء من مس الذكر فقال هكذا وقبض على يده يعني إذا قبض عليه وهذا قول مكحول وطاوس وسعيد بن جبير وحميد الطويل قالوا إن مسه يريد وضوءاً وإلا فلا شيء عليه لأنه لمس فلا ينقض الوضوء من غير قصد كلمس النساء

(فصل) ولافرق بين بطن الكف وظهره وهذا قول عطاء والاوزاعي ، وقال مالك والليث والشافعي واسحاق لاينقض مسه الا بباطن كفه لان ظاهر الكف ليس بآلة اللمس فاشبه ما لو مسه بفخذه واحتج أحمد بحديث النبي ﷺ « إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه ليس بينهما سترة فليتوضأ » وفي لفظ « إذا أفضى أحدكم إلى ذكره فقد وجب عليه الوضوء » رواه الشافعي في مسنده وظاهر كفه من يده ، والافضاء اللمس من غير حائل ولانه جزء من يده تتعلق به الاحكام المعلقة على مطلق اليد فاشبه باطن الكف

(فصل) وحكم خلع العمامة بعد المسح عليها عند القائلين بجواز المسح عليها حكم الخف لانها في معناه إلا أنه ههنا يلزمه مسح رأسه وغسل قدميه إذا قلنا بوجوب الترتيب . وكذلك الحكم لو نزع الجبيرة بعد المسح عليها قياسا على الخف والعمامة الا أنه ان كان مسح عليها في الجنابة لم يحتج الى إعادة غسل ولا وضوء لان الترتيب و الموالاة ساقطان فيه

(فصل) وإذا انقضت مدة المسح بطلت طهارته أيضا ولزمه خلع الخفين والعمامة وإعادة الوضوء على الرواية الاولى وعلى الثانية يجزئه مسح رأسه وغسل قدميه وقد ذكرنا وجه الروايتين ، ومتى أمكنه نزع الجبيرة من غير ضرر فهو كما لو انقضت مدة المسح قياساً عليه . وقال الحسن لا يبطل الوضوء ويصلي حتى يحدث ونحوه قول داود فانه قال ينزع خفيه ويصلي حتى يحدث لان الطهارة لا تبطل الا بالحدث والخلع ليس بحدث

ولنا أن غسل الرجلين شرط للصلاة وإنما قام المسح مقامه في المدة فاذا انقضت لم يجز أن يقوم مقامه الا بدليل ولانها طهارة لايجوز ابتداؤها فيمنع من استدامتها كالتيمم عند رؤية الماء

(فصل) ونزع أحد الخفين كنزعهما في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ويلزمه نزع الآخر ، وقال الزهري وأبو ثور يغسل القدم الذي نزع منه الخف ويمسح الآخر لانهما عضوان فأشبها الرأس والقدم

ولنا أنهما في الحكم كعضو واحد ولهذا لايجب ترتيب أحدهما على الآخر فيبطل مسح أحدهما بظهور الآخر كالرجل الواحدة وبهذا فارق الرأس والقدم

(فصل) وانكشاف بعض القدم من خرق كنزع الخف . فان انكشطت الظهارة دون البطانة وكانت

(فصل) ولا ينقض مسه بذراعه وعن أحمد أنه ينقض لانه من يده وهو قول عطاء والاوزاعي والصحيح الاول لان الحكم المعلق على مطلق اليد في الشرع لا يتجاوز الكوع بدليل قطع السارق وغسل اليد من نوم الليل والمسح في التيمم وإنما وجب غسله في الوضوء لانه قيده بالمرافق ولانه ليس بآلة للمس أشبه العضد. وكونه من يده يبطل بالعضد فانه لاخلاف بين العلماء فيه

(فصل) ولا فرق بين ذكره وذكر غيره ، وقال داود لا ينقض مس ذكر غيره لانه لا نص فيه والاخبار إنما وردت في ذكر نفسه فيقتصر عليه . ولنا أن مس ذكر غيره معصية وأدعى إلى الشهوة وخروج الخارج وحاجة الانسان تدعو إلى مس ذكر نفسه فاذا انتقض بمس ذكر نفسه فبمس ذكر غيره أولى. وهذا تنبيه يقدم على الدليل ، وفي بعض ألفاظ خبر بسرة « من مس الذكر فليتوضأ »

(فصل) ولا فرق بين ذكر الصغير والكبير وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور . وعن الزهري والاوزاعي لاوضوء على من مس ذكر الصغير لانه يجوز مسه والنظر اليه وقد روي عن النبي ﷺ أنه قبل زبيبة الحسن وروي أن النبي ﷺ مس زبيبة الحسن ولم يتوضأ . ولنا عموم قوله « من مس الذكر فليتوضأ » ولانه ذكر آدمي متصل به أشبه الكبير والخبر ليس بثابت. ثم ان نقض اللمس لا يلزم منه كون القبلة ناقضة. ثم ليس فيه انه صلى ولم يتوضأ فيحتمل أنه لم يتوضأ في مجلسه. وجواز اللمس والنظر يبطل بذكر نفسه

(فصل) وفرج الميت كفرج الحي لبقاء الاسم والحرمة لاتصاله بجملة الآدمي وهو قول الشافعي وقال إسحاق لا وضوء عليه. وفي الذكر المقطوع وجهان (أحدهما) ينقض لبقاء اسم الذكر (والآخر) لا ينقض لذهاب الحرمة وعدم الشهوة بمسه، فأشبه ثيل[1] الجمل، ولو مس القلفة التي تقطع في الختان قبل قطعها

[1] « ١ » الثيل بالكسر والفتح وعاء قضيب البعير وغيره أو القضيب نفسه وليس بمراد هنا

البطانة ساترة لمحل الفرض تثبت بنفسها جاز المسح كما لو لم تنكشط ، وان أخرج قدمه إلى ساق الخف فهو كخلعه وهذا قول إسحاق وأصحاب الرأي ،وقال الشافعي لا يتبين لي أن عليه الوضوء إلا أن يظهر بعضها لان القدم مستور بالخف ، وحكى أبو الخطاب في رءوس المسائل عن أحمد نحو ذلك، ولنا أن استقرار الرجل في الخف شرط جواز المسح بدليل ما لو أدخل رجله الخف فأحدث قبل استقرارها فيه لم يكن له المسح، فاذا تغير الاستقرار زال شرط جواز المسح فيبطل كما لو ظهر ، وإن كان إخراج القدم الى ما دون ذلك لم يبطل المسح لانها لم تزل عن مستقرها ، وقال مالك : إذا أخرج قدمه من موضع المسح خروجا بينا غسل قدميه

(فصل) وان نزع العمامة بعد المسح عليها بطلت الطهارة نص عليه أحمد وكذلك إن انكشف رأسه الا أن يكون يسيراً مثل أن حك رأسه ورفعها لاجل الوضوء ،قال أحمد: إذا زالت العمامة من هامته لا بأس ما لم ينقضها أو يفحش ذلك لان هذا مما جرت العادة به فيشق التحرز عنه ، وان انتقضت بعد مسحها فهو كنزعها لانه في معناه،وان انتقض بعضها ففيه روايتان (إحداهما) لا تبطل طهارته لانه زال بعض الممسوح عليه مع بقاء العضو مستورا فهو ككشط الخف مع بقاء البطانة (والثانية) تبطل قال القاضي لو انتقض منها كور واحد بطلت لانه زال الممسوح عليه أشبه نزع الخف

انتقض وضوؤه لانها من جلدة الذكر، وإن مسها بعد القطع فلا وضوء عليه لزوال الاسم والحرمة

(فصل) فأما مس حلقة الدبر فعنه روايتان أيضا (إحداهما) لا ينقض الوضوء. وهو مذهب مالك قال الخلال العمل والاشيع في قوله: وحجته انه لا يتوضأ من مس الدبر لان المشهور من الحديث «من مس ذكره فليتوضأ» وهذا ليس في معناه لانه لا يقصد مسه ولا يفضي الى خروج خارج (والثانية) ينقض نقلها أبو داود وهو مذهب عطاء والزهري والشافعي لعموم قوله «من مس فرجه فليتوضأ» ولانه أحد الفرجين أشبه الذكر

(فصل) وفي مس المرأة فرجها أيضا روايتان (إحداهما) ينقض لعموم قوله «من مس فرجه فليتوضأ» وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أيما امرأة مست فرجها فلتتوضأ» ولانها آدمي مس فرجه فانتقض وضوؤه كالرجل (والاخرى) لا ينتقض. قال المروذي: قيل لأبي عبدالله فالجارية اذا مست فرجها أعليها وضوء؟ قال لم أسمع في هذا بشيء، قلت لابي عبدالله حديث عن عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ «أيما امرأة مست فرجها فلتتوضأ» فتبسم وقال هذا حديث الزبيدي وليس إسناده بذاك ولان الحديث المشهور في مس الذكر وليس مس المرأة فرجها في معناه لكونه لا يدعو الى خروج خارج فلم ينقض

(فصل) فأما لمس فرج الخنثى المشكل فلا يخلو من أن يكون اللمس منه أو من غيره فان كان اللمس منه فلمس أحد فرجيه لم ينتقض وضوؤه لانه يحتمل أن يكون الملموس خلقة زائدة. وإن لمسهما جميعا وقلنا لا ينقض وضوء المرأة مس فرجها لم ينتقض وضوؤها لجواز أن يكون امرأة مست فرجها أو خلقة زائدة، وإن قلنا ينقض انتقض وضوؤه لانه لا بد أن يكون أحدهما فرجا، وإن كان اللامس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا مدخل لحائل في الطهارة الكبرى إلا الجبيرة) لا يجوز المسح على غير الجبيرة في الطهارة الكبرى لما روى صفوان بن عسال قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنا مسافرين أو سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة. رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح. فأما الجبيرة فيجوز المسح عليها في الطهارة الكبرى لحديث صاحب الشجة ولانه مسح أبيح للضرر أشبه التيمم والله أعلم

﴿ باب نواقض الوضوء ﴾

(وهي ثمانية الخارج من السبيلين قليلا كان أو كثيرا نادراً أو معتادا) وجملة ذلك أن الخارج من السبيلين على ضربين معتاد كالبول والغائط والمذي والودي والريح فهذا ينقض الوضوء إجماعا حكاه ابن المنذر، ودم الاستحاضة ينقض الطهارة في قول عامة أهل العلم إلا في قول ربيعة

(الضرب الثاني) نادر كالدم والدود والحصى والشعر فينقض الوضوء أيضا، وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال قتادة ومالك ليس في الدود يخرج من الدبر الوضوء، وروي عن مالك أنه لم يوجب الوضوء من هذا الضرب لانه نادر أشبه الخارج من غير السبيل

رجلا فمس الذكر لغير شهوة لم ينتقض وضوؤه وإن مسه لشهوة انتقض وضوؤه في ظاهر المذهب . فانه إن كان ذكراً فقد مسه وان كان أنثى فقد مسها لشهوة ، وان مس قبل المرأة لم ينتقض وضوؤه لجواز أن يكون خلقة زائدة من رجل،وان مسهما جميعاً لشهوة انتقض وضوؤه لما ذكرنا في الذكر. وان كان لغير شهوة انتقض وضوؤه في الظاهر لانه لايخلو من أن يكون مس ذكر رجل أو فرج امرأة . وان كان اللامس امرأة فلمست أحدهما لغير شهوة لم ينتقض وضوؤها وان لمست الذكر لشهوة لم ينتقض وضوؤها لجواز أن يكون خلقة زائدة من امرأة ،فان مست فرج المرأة لشهوة انبنى على مس المرأة الرجل لشهوة فان قلنا ينقض انتقض وضوؤها ههنا لذلك وإلا لم ينتقض . وان مستهما جميعا لغير شهوة وقلنا ان مس فرج المرأة ينقض الوضوء انتقض وضوؤها ههنا وإلا فلا . وان كان اللامس خنثى مشكلا لم ينتقض وضوؤه إلا أن يجمع بين الفرجين في اللمس، ولو مس أحد الخنثيين ذكر الآخر ومس الآخر فرجه وكان اللمس منهما لشهوة أو لغيرها فلا وضوء على واحد منهما لان كل واحد منهما على انفراده يقين الطهارة باق في حقه والحدث مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك لانه يحتمل أن يكونا جميعا امرأتين فلا ينتقض وضوء لامس الذكر. ويحتمل أن يكونا رجلين فلا ينتقض وضوء لامس الفرج . وان مس كل واحد منهما ذكر الآخر احتمل أن يكونا امرأتين وقد مس كل واحد منهما خلقة زائدة من الآخر. وان مس كل واحد منهما قبل الآخر احتمل أن يكونا رجلين

(فصل) ولا ينتقض الوضوء بمس ماعدا الفرجين من سائر البدن كالرفغ والانثيين والابط في

ولنا أنه خارج من السبيل أشبه المذي ولانه لايخلو من بلة تتعلق به وقد أمر النبي ﷺ المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ودمها غير معتاد

(فصل) فان خرجت الريح من قبل المرأة وذكر الرجل فقال القاضي ينقض الوضوء وتقل صالح عن أبيه في المرأة يخرج من فرجها الريح : ماخرج من السبيلين ففيه الوضوء . وقال ابن عقيل يحتمل أن يكون الاشبه بمذهبنا في الريح الخارج من الذكر أن لاينقض لان المثانة ليس لها منفذ الى الجوف ولا جعلها أصحابنا جوفا ولم يبطلوا الصوم بالحقنة فيه ، قال شيخنا ولا نعلم لها وجوداً في حق أحد . وقد قيل انه يعلم بأن يحس الانسان في ذكره دبيبا وهـذا لايصح لكونه لايحصل به اليقين والطهارة لاتبطل بالشك . فان وجد ذلك يقينا نقض الطهارة قياساً على سائر الخارج من السبيلين

(فصـل) فان قطر في إحليله دهنا ثم عاد فخرج نقض الوضوء لانه خارج من السبيلين لايخلو من بلة نجسة تصحبه فينتقض بها الوضوء كما لو خرجت منفردة . وقال القاضي لاينتقض لانه ليس بين الاحليل والمثانة منفذ وانما يخرج البول رشحا فاذا كان كذلك لم يصل الدهن الى موضع نجس فاذا خرج فهو طاهر فلم ينقض كسائر الطاهرات اذا خرجت من البدن والاول أولى . وقوله لايصل الدهن الى موضع نجس ممنوع فان باطن الذكر نجس من آثار البول والماء لايصل اليه فيطهره فيتنجس به الدهن ، ولو احتشى قطنا في ذكره ثم أخرجه وعليه بلل نقض الوضوء أيضا كما لو خرج البلل منفرداً

قول عامة أهل العلم إلا انه روي عن عروة قال: من مس أنثييه فليتوضأ . وقال الزهري أحب إلي أن يتوضأ وقال عكرمة: من مس ما بين الفرجين فليتوضأ. وقول الجمهور أولى لانه لا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه فلا يثبت الحكم فيه، ولا ينتقض وضوء الملموس أيضا لان الوجوب من الشرع وانما وردت السنة في اللامس

ولا ينتقض الوضوء بمس فرج بهيمة، وقال الليث بن سعد عليه الوضوء، وقال عطاء من مس قنب[1] حمار عليه الوضوء، ومن مس ثيل جمل لا وضوء عليه . وما قلناه قول جمهور العلماء. وهو أولى لان هذا ليس بمنصوص على النقض به ولا هو في معنى المنصوص عليه فلا وجه للقول به

﴿ مسئلة ﴾ قال (والقيء الفاحش والدم الفاحش والدود الفاحش يخرج من الجروح)

وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين طاهراً ونجسا ، فالطاهر لا ينقض الوضوء على حال ما ، والنجس ينقض الوضوء في الجملة رواية واحدة روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعلقمة وعطاء وقتادة والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وكان مالك وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يوجبون منه وضوءاً وقال مكحول : لا وضوء إلا فيما خرج من قبل أو دبر لانه خارج من غير المخرج مع بقاء المخرج فلم يتعلق به نقض الطهارة كالبصاق ولانه لا نص فيه ولا يمكن قياسه على محل النص وهو الخارج من السبيلين لكون الحكم فيه غير معلل ولانه لا يفترق الحال بين قليله وكثيره ، وطاهره ونجسه وههنا بخلافه فامتنع القياس

(١) القنب كقفل جراب قضيب ذي الحافر من الدواب

وان خرج ناشفا ففيه وجهان (أحدهما) ينقض لانه خارج من السبيل أشبه سائر الخارج (والثاني) لا ينقض لانه ليس بين المثانة والجوف منفذ ولم تصحبه نجاسة فلم ينقض كسائر الطاهرات، ونقل القاضي في المجرد عن أحمد في رواية عبد الله اذا احتشى القطن في ذكره وصلى ثم أخرجه ووجد بللا فلا بأس ما لم يظهر يعني جاريا وهذا يدل على أن نفس البلل لا ينقض، ولو احتقن في دبره فرجعت أجزاء خرجت من الفرج نقضت الوضوء ،وهكذا لو وطيء امرأته دون الفرج فدب ماؤه فدخل الفرج ثم خرج نقض الوضوء وعليهما الاستنجاء لانه خارج من السبيل لا يخلو من بلة تصحبه من الفرج ،فان لم يعلم خروج شيء منه احتمل وجهين (أحدهما) النقض فيهما لان الغالب انه لا ينفك عن الخروج فنقض كالنوم (والثاني) لا ينقض عملا بالاصل. لكن ان كان المحتقن قد أدخل رأس الزراقة ثم أخرجه نقض الوضوء وكذلك ان أدخل فيه ميلا أو غيره ثم خرج لانه خارج من السبيل فنقض كسائر الخارج

(فصل) قال أبو الحرث سألت أحمد عن رجل به علة ربما ظهرت مقعدته قال ان علم انه يظهر معها ندى توضأ وان لم يعلم فلا شيء عليه. قال شيخنا رحمه الله يحتمل انه انما أراد ندى ينفصل عنها فأما الرطوبة اللازمة لها فلا تنقض لانها لا تنفك عن رطوبة فلو نقضت لنقض خروجها على كل حال وذلك لانه شيء لم ينفصل عنها فلم ينقض كسائر أجزائها وقد قالوا فيمن أخرج لسانه وهو صائم وعليه بلل ثم أدخله وابتلع ذلك البلل لم يفطر لانه لم يثبت له حكم الانفصال والله أعلم

ولنا ماروى أبو الدرداء أن النبي ﷺ قاء فتوضأ فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان : صدق أنا صببت له وضوءه . رواه الاثرم والترمذي وقال هذا أصح شيء في هذا الباب قيل لاحمد حديث ثوبان ثبت عندك ؟ قال نعم . وروى الخلال باسناده عن ابن جريج عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ « إذا قلس أحدكم فليتوضأ » قال ابن جريج وحدثني ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ مثل ذلك وأيضا فانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فيكون اجماعا ولانه خارج يلحقه حكم التطهير فنقض الوضوء كالخارج من السبيل . وقياسهم منقوض بما إذا انفتح مخرج دون المعدة

(فصل) وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير ، وقال بعض أصحابنا فيه رواية أخرى أن اليسير ينقض ولا نعرف هذه الرواية ولم يذكرها الخلال في جامعه إلا في القلس واطرحها وقال القاضي : لا ينقض رواية واحدة وهو المشهور عن الصحابة رضي الله عنهم قال ابن عباس في الدم اذا كان فاحشا فعليه الاعادة . وابن أبي اوفى بزق دما ثم قام فصلى . وابن عمر عصر بثرة فخرج دم وصلى ولم يتوضأ . قال أبو عبدالله : عدة من الصحابة تكلموا فيه فأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه . وابن عمر عصر بثرة وابن أبي أوفى عصر دملا وابن عباس قال اذا كان فاحشا . وجابر أدخل أصابعه في أنفه . وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة أنفه وأخرجها متلطخة بالدم يعني وهو في الصلاة

وقال أبو حنيفة : اذا سال الدم ففيه الوضوء وإن وقف على رأس الجرح لم يجب لعموم قوله عليه السلام « من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ »

ولنا ما روينا عن الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا وقد روى الدارقطني باسناده عن النبي ﷺ أنه

(فصل) والمذي ما يخرج عقيب الشهوة زلجا متسبسبا فيكون على رأس الذكر ينقض الوضوء إجماعا وهل يجب غسل الذكر والانثيين منه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يوجب ذلك لما روي أن عليا رضي الله عنه قال كنت رجلا مذاء فاستحييت أن أسأل رسول الله ﷺ لمكان ابنته فامرت المقداد بن الاسود فسأله فقال « يغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ » رواه أبو داود . وفي لفظ « توضأ وانضح فرجك » رواه مسلم . والامر للوجوب ولانه خارج بسبب الشهوة فاوجب غسلا زائداً على موجب البول كالمني فعلى هذا يجزئه غسلة واحدة لان المأمور به غسل مطلق فيكفي مايقع عليه الاسم وقد بينه قوله في اللفظ الآخر « وانضح فرجك » وسواء غسله قبل الوضوء أو بعده لانه غسل غير مرتبط بالوضوء أشبه غسل النجاسة (والثانية) لا يوجب إلا الاستنجاء والوضوء روي ذلك عن ابن عباس وهو قول أكثر أهل العلم لما روى سهل بن حنيف قال كنت ألقى من المذي شدة وعناء وكنت أكثر منه الاغتسال فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « انما يجزيك من ذلك الوضوء » رواه الترمذي وقال حسن صحيح ولانه خارج لا يوجب الغسل أشبه الودي والامر بالنضح والغسل في حديث علي محمول على الاستحباب وقوله « انما يجزيك من ذلك الوضوء » صريح في حصول الاجزاء به ، والودي ماء أبيض يخرج عقيب البول ليس فيه وفي بقية الخارج الا الوضوء سوى المني يروى ذلك عن ابن عباس والله أعلم

قال « ليس الوضوء من القطرة والقطرتين » وحديثهم لا تعرف صحته . ولم يذكره أصحاب السنن وقد تركوا العمل به . فانهم قالوا : اذا كان دون ملء الفم لم يجب الوضوء منه

(فصل) وظاهر مذهب أحمد أن الكثير الذي ينقض الوضوء لا حد له أكثر من أنه يكون فاحشا وقيل : يا أبا عبدالله ما قدر الفاحش ؟ قال ما فحش في قلبك . وقيل له مثل أي شيء يكون الفاحش ؟ قال قال ابن عباس ما فحش في قلبك ، وقد نقل عنه أنه سئل كم الكثير ؟ فقال شبر في شبر وفي موضع قال قدر الكف فاحش . وفي موضع قال الذي يوجب الوضوء من ذلك اذا كان مقدار مايرفعه الانسان بأصابعه الخمس من القيح والصديد والقيء فلا بأس به . فقيل له إن كان مقدار عشرة أصابع فرآه كثيراً . قال الخلال والذي استقر قوله في الفاحش أنه على قدر مايستفحشه كل انسان في نفسه قال ابن عقيل انما يعتبر مايفحش في نفوس أوساط الناس لا المتبذلين ولا الموسوسين كما رجعنا في يسير القطة الذي لايجب تعريفه إلى مالا تتبعه نفوس أوساط الناس ونص أحمد في هذا كما حكيناه وذهب إلى قول ابن عباس رضي الله عنه

(فصل) والقيح والصديد كالدم فيما ذكرنا وأسهل وأخف منه حكما عند أبي عبد الله لوقوع الاختلاف فيه فانه روي عن ابن عمر والحسن أنهم لم يروا القيح والصديد كالدم ، وقال أبو مجلز في الصديد لاشيء انما ذكر الله الدم المسفوح ، وقال الاوزاعي في قرحة سال منها كغسالة اللحم لا وضوء

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني خروج النجاسات من سائر البدن فان كانت غائطا أو بولا نقض قليلها)

لايختلف المذهب في نقض الوضوء بخروج الغائط والبول سواء كان من مخرجهما أو من غيره ويستوي قليلهما وكثيرهما في ذلك سواء كان السبيلان منسدين أو مفتوحين من فوق المعدة أو من تحتها ، وقال أصحاب الشافعي ان انسد المخرج وانفتح آخر دون المعدة لزم الوضوء بالخارج منه قولا واحداً . وان انفتح فوق المعدة ففيه قولان . وان كان المخرج مفتوحا فالمشهور أنه لاينقض الوضوء بالخارج من غيره وبناه على أصله في أن الخارج من غير السبيلين لاينقض

ولنا عموم قوله تعالى (أو جاء أحد منكم من الغائط) وقول صفوان بن عسال أمرنا رسول الله ﷺ اذا كنا مسافرين - أو سفرا - ان لاننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة لكن من غائط وبول ونوم . هذا حديث صحيح قاله الترمذي ولانه غائط وبول خارج من البدن فنقض كالخارج من السبيلين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان غيرهما لم ينقض الا كثيرها وهو مافحش في النفس وحكي عنه أن قليلها ينقض) وجملة ذلك أن الخارج النجس من غير السبيلين غير البول والغائط ينقض كثيره بغير خلاف في المذهب روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وقتادة والثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي ويحيى الانصاري وأبو ثور وابن المنذر لا وضوء فيه لانه خارج من غير المخرج مع بقاء المخرج فلم ينقض كالبصاق ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الخارج من السبيل لكون الحكم فيه غير معلل ولان الخارج من السبيل لافرق بين قليله وكثيره . وطاهره ونجسه . وههنا بخلافه فامتنع القياس

فيه . وقال اسحاق : كل ماسوى الدم لا يوجب وضوءاً . وقال مجاهد وعطاء وعروة والشعبي والزهري وقتادة والحكم والليث : القيح بمنزلة الدم فلذلك خف حكمه عنده واختياره مع ذلك إلحاقه بالدم واثبات مثل حكمه فيه لكن الذي يفحش منه يكون أكثر من الذي يفحش من الدم

(فصل) والقلس كالدم ينقض الوضوء منه مافحش ، قال الخلال الذي أجمع عليه أصحاب أبي عبد الله عنه أنه اذا كان فاحشا أعاد الوضوء منه ، وقد حكي عنه فيه الوضوء اذا ملأ الفم، وقيل عنه اذا كان أقل من نصف الفم لا يتوضأ والاول المذهب ، وكذلك الحكم في الدود الخارج من الجسد اذا كان كثيراً نقض الوضوء ، وإن كان يسيراً لم ينقض والكثير مافحش في النفس

(فصل) فأما الجشاء فلا وضوء فيه لا نعلم فيه خلافا قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن الرجل يخرج من فيه الريح مثل الجشاء الكثير ؟ قال لا وضوء عليه وكذلك النخاعة لا وضوء فيها سواء كانت من الرأس أو الصدر لانها طاهرة أشبهت البصاق

ولنا ماروى أبو الدرداء أن النبي ﷺ قاء فتوضأ قال ثوبان صدق أنا سكبت له وضوءه رواه الترمذي وقال هذا أصح شيء في الباب ، قيل لاحمد حديث ثوبان ثبت عندك ؟ قال نعم ، ولان النبي ﷺ قال لفاطمة « انه دم عرق فتوضئي لكل صلاة » رواه الترمذي علل بكونه دم عرق وهذا كذلك ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم ، ولأنه خارج نجس فنقض كالخارج من السبيلين . وقياسهم منقوض بما اذا انفتح مخرج دون المعدة . والبصاق طاهر بخلاف هذا

(فصل) فأما القليل فظاهر المذهب أنه لا ينقض الوضوء حكاه القاضي رواية واحدة ، وقال بعض أصحابنا فيه رواية أخرى أن القليل ينقض قياسا على الخارج المعتاد . روي ذلك عن مجاهد وهذا قول أبي حنيفة وسعيد بن جبير فيما اذا سال الدم ، قال إن وقف على رأس الجرح لم يجب لقوله ﷺ « من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ »

ووجه الرواية الاولى أنه قد روي ذلك عن جماعة من الصحابة قال أبو عبد الله : عدة من الصحابة تكلموا فيه : أبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه وابن عمر عصر بثرة فخرج دم فصلى ولم يتوضأ وابن أبي أوفى عصر دملا ، وابن عباس قال اذا كان فاحشا فعليه الاعادة ، وجابر أدخل أصابعه في أنفه ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان اجماعا وحديثهم لا نعرف صحته ولم يذكره أصحاب السنن وقد تركوا العمل به فقالوا : اذا كان دون ملء الفم لم يجب منه الوضوء

(فصل) وظاهر المذهب أن الكثير الذي ينقض الوضوء لاحد له إلا أن يكون فاحشا قيل يا أبا عبدالله ، ماقدر الفاحش ؟ قال مافحش في قلبك ، وروي نحو ذلك عن ابن عباس ، قال الخلال الذي استقرت الرواية عن أبي عبدالله أن الفاحش مايستفحشه كل انسان في نفسه لقول النبي ﷺ « دع مايريبك إلى مالا يريبك » وقال ابن عقيل انما يعتبر مايفحش في نفوس أوساط الناس لا المتبذلين ولا الموسوسين كما رجعنا في يسير القطة إلى مالا تبيعه نفوس أوساط الناس ، وقد روي عن أحمد أنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأكل لحم الجزور)

وجملة ذلك أن أكل لحم الابل ينقض الوضوء على كل حال نيئا ومطبوخا عالما كان أو جاهلا ، وبهذا قال جابر بن سمرة ومحمد بن اسحاق واسحاق وأبو خيثمة ويحيى بن يحيى وابن المنذر وهو أحد قولي الشافعي. قال الخطابي ذهب إلى هذا عامة أصحاب الحديث ، وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لاينقض الوضوء بحال لانه روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « الوضوء مما يخرج لامما يدخل » وروي عن جابر قال كان آخر الامرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار رواه أبو داود . ولأنه مأكول أشبه سائر المأكولات . وقد روي عن أبي عبدالله أنه قال في الذي يأكل من لحوم الابل : إن كان لايعلم ليس عليه وضوء فان كان الرجل قد علم وسمع فهذا عليه واجب لانه قد علم فليس هو كمن لايعلم ولا يدري . قال الخلال : وعلى هذا استقر قول أبي عبد الله في هذا الباب

ولنا ماروى البراء بن عازب قال : سئل رسول الله ﷺ عن لحوم الابل فقال « توضؤا منها » وسئل عن لحوم الغنم فقال « لايتوضأ منها » رواه مسلم وأبو داود ، وروى جابر بن سمرة عن النبي ﷺ مثله أخرجه مسلم ، وروى الامام أحمد باسناده عن أسيد بن حضير قال : قال رسول الله ﷺ « توضؤا من لحوم الابل ولا تتوضؤا من لحوم الغنم »

سئل عن الكثير فقال شبر في شبر ، وفي موضع قال قدر الكف فاحش ، وقال في موضع اذا كان مقدار مايرفعه الانسان بأصابعه الخمس من القيح والصديد والقيء فلا بأس به ، قيل له فعشر أصابع فرآه كثيراً وقال قتادة في موضع : الدرهم فاحش وهو قول الاوزاعي وأصحاب الرأي لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم » والصحيح أن ذلك انما يرجع فيه إلى العرف فانه لاحد له في الشرع وما رووه فلا يصح قال الحافظ المقدسي هو موضوع ، وقال القاضي اذا كان الدم قطرة أو قطرتين لم ينقض، وإن كان قدره اذا انفرش شبرا في شبر نقض وما كان بينهما ففيه روايتان ، وقال في القيء إن كان ملء الفم نقض ، وإن كان مثل الحصة والنواة لم ينقض رواية واحدة فيهما وما بينهما على روايتين وما نقله الخلال عنه أولى لما ذكرنا ، ولان اعتبار حال الانسان بما يستفحشه غيره حرج فيكون منفيا

(فصل) والقيح والصديد كالدم فيما ذكرنا قال أحمد هما أخف حكما من الدم لوقوع الخلاف فيهما فانه روي عن ابن عمر والحسن أنهما لم يريا القيح والصديد كالدم ، وقال اسحاق كل ماسوى الدم لايوجب وضوءاً . وقال مجاهد وعطاء وعروة والشعبي وقتادة والحكم هو بمنزلة الدم، واختيار أبي عبدالله مع ذلك إلحاقه بالدم واثبات مثل حكمه فيه قياسا عليه لانه خارج نجس أشبه الدم لكن الذي يفحش منه يكون أكثر من الذي يفحش من الدم، والقلس كالدم ينقض الوضوء منه مافحش قال الخلال الذي أجمع عليه أصحاب أبي عبد الله أنه اذا كان فاحشاً أعاد الوضوء ، وقد حكي عنه اذا كان ملء الفم

وروى ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، قال أحمد واسحاق ابن راهويه فيه حديثان صحيحان عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث البراء وحديث جابر بن سمرة وحديثهم عن ابن عباس لا أصل له ، وإنما هو من قول ابن عباس موقوف عليه ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه لكونه أصح منه وأخص والخاص يقدم على العام . وحديث جابر لا يعارض حديثنا أيضاً لصحته وخصوصه فان قيل لحديث جابر متأخر فيكون ناسخاً ، قلنا لا يصح النسخ به لوجوه أربعة (أحدها) أن الامر بالوضوء من لحوم الابل متأخر عن نسخ الوضوء مما مست النار أو مقارن له بدليل أنه قرن الامر بالوضوء من لحوم الابل بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم وهي مما مست النار فاما أن يكون النسخ حصل بهذا النهي وإما أن يكون بشيء قبله فان كان به والامر بالوضوء من لحوم الابل مقارن لنسخ الوضوء مما غيرت النار فكيف يجوز أن يكون منسوخا به . ومن شروط النسخ تأخر الناسخ وإن كان الناسخ قبله لم يجز أن ينسخ بما قبله

الثاني : أن أكل لحوم الابل إنما نقض لكونه من لحوم الابل لا لكونه مما مست النار ، ولهذا ينقض ، وإن كان نيئا فنسخ إحدى الجهتين لا يثبت به نسخ الجهة الاخرى . كما لو حرمت المرأة للرضاع ولكونها ربيبة فنسخ التحريم بالرضاع لم يكن نسخا لتحريم الربيبة

الثالث : ان خبرهم عام وخبرنا خاص . والعام لا ينسخ به الخاص لان من شروط النسخ تعذر الجمع والجمع بين الخاص والعام ممكن بتنزيل العام على ما عدا محل التخصيص (الرابع) ان خبرنا صحيح

نقض ، وإن كان أقل من نصف الفم لا يتوضأ ، وممن كان يأمر بالوضوء من القيء علي وابن عمر وأبو هريرة والاوزاعي وأصحاب الرأي والمذهب إلحاقه بالدم لانه في معناه . وهذا قول حماد بن أبي سليمان وكذلك الحكم في الدود الخارج من الجروح لانه خارج نجس أشبه الدم ، فأما الجشاء والبصاق فلا وضوء فيه لا نعلم فيه خلافا ، وكذلك النخامة سواء خرجت من الرأس أو من الصدر لانه لا نص فيها ولا هي في معنى المنصوص ولانها طاهرة أشبهت البصاق والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (الثالث زوال العقل إلا النوم اليسير جالساً أو قائما وعنه أن نوم الراكع والساجد لا ينقض يسيره) زوال العقل على ضربين : نوم وغيره ، فأما غير النوم وهو الجنون والاغماء والسكر ونحوه مما يزيل العقل فينقض الوضوء يسيره وكثيره اجماعا ، ولان في إيجاب الوضوء على النائم تنبيها على وجوبه بما هو آكد منه

(الضرب الثاني) النوم وهو ناقض للوضوء في الجملة في قول عامة أهل العلم إلا ما حكي عن أبي موسى الاشعري وأبي مجلز انه لا ينقض . وعن سعيد بن المسيب انه كان ينام مراراً مضطجعا ينتظر الصلاة ثم يصلي ولا يعيد الوضوء ولعلهم ذهبوا إلى أن النوم ليس بحدث في نفسه والحدث مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك

ولنا قول النبي ﷺ « العين وكاء السه فمن نام فليتوضأ » رواه الامام أحمد وأبو داود وابن

مستفيض ثبتت له قوة الصحة والاستفاضة والخصوص . وخبرهم ضعيف لعدم هذه الوجوه الثلاثةفيه فلا يجوز أن يكون ناسخا له،فان قيل الامر بالوضوء في خبركم يحتمل الاستحباب فنحمله عليه ويحتمل أنه أراد بالوضوء قبل الطعام وبعده غسل اليدين لان الوضوء إذا أضيف الى الطعام اقتضى غسل اليد كما كان عليه السلام يأمر بالوضوء قبل الطعام وبعده،وخص ذلك بلحم الابل لان فيه من الحرارة والزهومة ما ليس في غيره (قلنا) أما الاول فمخالف للظاهر من ثلاثة أوجه (أحدها) انمقتضى الامر الوجوب (الثاني) أن النبي ﷺ سئل عن حكم هذا اللحم فأجاب بالامر بالوضوء منه فلايجوز حمله على غير الوجوب لانه يكون تلبيسا على السائل لا جوابا (الثالث) أنه عليه السلام قرنه بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم والمراد بالنهي ههنا نفي الايجاب لا التحريم فيتعين حمل الامر على الايجاب ليحصل الفرق

وأما الثاني فلا يصح لوجوه أربعة (أحدها) أنه يلزم منه حمل الامر على الاستحباب فان غسل اليد بمفرده غير واجب وقد بينا فساده (الثاني) أن الوضوء إذا جاء في لسان الشارع وجب حمله على

ماجه وقول صفوان بن عسال لكن من غائط وبول ونوم حديث صحيح ولان النوم مظنة الحدث فاقيم مقامه كالتقاء الختانين في وجوب الغسل أقيم مقام الانزال

إذا ثبت هذا فالنوم ينقسم ثلاثة أقسام (أحدها) نوم المضطجع فينقض يسيره وكثيره عند جميع القائلين بنقض الوضوء بالنوم (الثاني) نوم القاعد فان كان كثيراً نقض رواية واحدة وإن كان يسيراً لم ينقض وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال قوم متى خالط النوم القلب نقض بكل حال، وهذا قول الحسن واسحاق وابي عبيد، وروي معنى ذلك عن أبي هريرة وابن عباس وأنس وابن المنذر لعموم الاحاديث الدالة على أن النوم ينقض

ولنا ما روى مسلم عن أنس قال كان أصحاب رسول الله ﷺ ينامون ثم يصلون ولا يتوضؤن وعنه قال كان أصحاب رسول الله ﷺ على عهد رسول الله ﷺ ينتظرون العشاء الآخرة حتى تخفق رءوسهم ثم يصلون ولا يتوضؤن رواه أبو داود ولان النوم يكثر من منتظري الصلاة فعفي عنه لمشقة التحرز عنه، وقال الشافعي لا ينقض وان كثر اذا كان القاعد متمكنا مفضيا بمحل الحدث الى الارض لحديثي أنس وبهما يتخصص عموم الحديثين الاولين ولانه متحفظ عن خروج الحدث فلم ينقض كاليسير

ولنا عموم الحديثين الاولين خصصناهما بحديث أنس وليس فيه بيان كثرة ولا قلة فحملناه على القليل لانه اليقين وما زاد عليه محتمل لا يترك له العموم المتيقن ولان نقض الوضوء بالنوم معلل بافضائه إلى الحدث ومع الكثرة والغلبة لا يحس بما يخرج منه بخلاف اليسير ، وبهذا فارق اليسير الكثير فلا يصح قياسا عليه .

(الثالث) ما عدا ذلك وهو نوم القائم والراكع والساجد ففيه روايتان (إحداهما) ينقض وهو قول الشافعي لانه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص لكون القاعد متحفظا متعمدا بمحل الحدث على الارض فهو أبعد من خروج الخارج بخلاف غيره (والثانية) حكمه حكم الجالس قياسا عليه ولانه على

الموضوع الشرعي دون اللغوي لان الظاهر منه أنه إنما يتكلم بموضوعاته (الثالث) أنه خرج جوابا لسؤال السائل عن حكم الوضوء من لحومها والصلاة في مباركها فلا يفهم من ذلك سوى الوضوء المراد للصلاة (الرابع) أنه لو أراد غسل اليد لما فرق بينه وبين لحم الغنم ، فان غسل اليد منها مستحب ولهذا قال « من بات وفي يده ريح غمر فأصابه شيء فلا يلومن الا نفسه » وما ذكروه من زيادة الزهومة فامر يسير لا يقتضي التفريق والله أعلم ، ثم لابد من دليل نصرف به اللفظ عن ظاهره ويجب أن يكون الدليل له من القوة بقدر قوة الظواهر المتروكة وأقوى منها وليس لهم دليل وقياسهم فاسد فانه طردي لا معنى فيه وانتفاء الحكم في سائر المأكولات لانتفاء المقتضي لا لكونه مأكولا فلا أثر لكونه مأكولا ووجوده كعدمه

ومن العجب أن مخالفينا في هذه المسألة أوجبوا الوضوء باحاديث ضعيفة تخالف الاصول فأبو حنيفة أوجبه بالقهقهة في الصلاة دون خارجها بحديث من مراسيل أبي العالية ومالك والشافعي أوجباه بمس الذكر بحديث مختلف فيه معارض بمثله دون مس بقية الاعضاء وتركوا هذا الحديث الصحيح الذي لا معارض له مع بعده عن التأويل وقوة الدلالة فيه لمخالفته لقياس طردي

حالة من أحوال الصلاة أشبه الجالس، والظاهر عن أحمد رحمه الله التسوية بين نوم القائم والجالس وهذا قول الحكم وسفيان وأصحاب الرأي، لما روى ابن عباس قال بت ليلة عند خالتي ميمونة فقلت لها إذا قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فأيقظيني فقام ﷺ فقمت إلى جنبه الايسر فأخذ بيدي فجعلني في شقه الايمن فجعلت اذا أغفيت يأخذ بشحمة أذني . رواه مسلم ولانهما يشتبهان في الانخفاض واجتماع المخرج وربما كان القائم أبعد من الحدث لكونه لو استثقل في النوم سقط فاما الراكع والساجد فالظاهر إلحاقهما بالمضطجع لانه ينفرج محل الحدث فلا يتحفظ فهو كالمضطجع ، ويحتمل التفرقة بين الراكع والساجد فيلحق الراكع بالقائم لكونه لا يستثقل في النوم إذ لو استثقل سقط ، فالظاهر أنه يحس بما يخرج منه بخلاف الساجد فانه يعتمد باعضائه على الارض ويستثقل في النوم فيشبه المضطجع فلا يحس بما يخرج وذكر ابن عقيل رواية عن أحمد أنه لا ينقض الا نوم الساجد وحده

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في القاعد المستند والمحتبي فعنه لا ينقض يسيره كالقاعد الذي ليس بمستند ، وعنه ينقض بكل حال وهو ظاهر المذهب قال القاضي متى نام مضطجعا أو مستنداً أو متكئاً إلى شيء متى أزيل عنه سقط نقض الوضوء قليله وكثيره لانه معتمد على شيء فهو كالمضطجع ، وعنه ما يدل على التفرقة بين المحتبي والمستند فانه قال في رواية أبي داود المتساند كانه أشد - يعني من المحتبي

(قال شيخنا) والاولى أنه متى كان معتمداً بمحل الحدث على الارض أن لا ينقض منه الا الكثير لان دليل انتفاء النقض في القاعد لا تفريق فيه فيسوى بين أحواله

(فصل) واختلف أصحابنا في حد اليسير من النوم الذي لا ينقض فقال القاضي ليس للقليل حد يرجع اليه فعلى هذا يرجع الى العرف وقيل حد الكثير ما يتغير به النائم عن هيئته مثل أن يسقط على الارض أو يرى حلما، قال شيخنا والصحيح أنه لا حد له لان التحديد انما يعلم بالتوقيف ولا توقيف فمتى

(فصل) وفي شرب لبن الابل روايتان (إحداهما) ينقض الوضوء لما روى أسيد بن حضير أن النبي ﷺ قال «توضؤا من لحوم الابل وألبانها» رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ أن النبي ﷺ سئل عن ألبان الابل فقال «توضؤا من ألبانها» وسئل عن ألبان الغنم فقال «لا تتوضؤا من ألبانها» رواه ابن ماجه، وروي نحوه عن عبدالله بن عمرو (والثانية) لا وضوء فيه لان الحديث الصحيح انما ورد في اللحم، وقولهم فيه حديثان صحيحان يدل على أنه لا صحيح فيه سواهما فالحكم ههنا غير معقول فيجب الاقتصار على مورد النص فيه، وفيما سوى اللحم من أجزاء البعير من كبده وطحاله وسنامه ودهنه ومرقه وكرشه ومصرانه وجهان (أحدهما) لا ينقض لان النص لم يتناوله (والثاني) ينقض لانه من جملة الجزور واطلاق اللحم في الحيوان يراد به جملته لانه أكثر ما فيه ولذلك لما حرم الله تعالى لحم الخنزير كان تحريماً لجملته كذا ههنا

(فصل) وما عدا لحم الجزور من الاطعمة لا وضوء فيه سواء مسته النار أو لم تمسه، هذا قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وأبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس وعامر

وجد ما يدل له على الكثرة مثل سقوط المتمكن انتقض وضوؤه وإلا فلا، وان شك في كثرته لم ينتقض لان الاصل الطهارة فلا تزول عن اليقين بالشك

(فصل) والنوم الغلبة على العقل فمن لم يغلب على عقله فلا وضوء عليه، وقال بعض أهل اللغة في قوله تعالى (لا تأخذه سنة ولا نوم) السنة ابتداء النعاس في الرأس فاذا وصل الى القلب صار نوما قال الشاعر:

وسنان أقصده النعاس فرنقت في عينه سنة وليس بنائم

ولان الناقض زوال العقل فمتى كان العقل ثابتا وحسه غير زائل مثل من يسمع ما يقال عنده ويفهمه لم يوجد سبب النقض وإن شك في النوم أو خطر بباله شيء لا يدري أرؤيا أو حديث نفس فلا وضوء عليه

﴿مسئلة﴾ (الرابع مس الذكر بيده ببطن كفه أو بظهره) اختلفت الرواية عن أحمد في مس الذكر على ثلاث روايات (إحداها) لا ينقض بحال روي ذلك عن علي وعمار وابن مسعود وحذيفة وعمران بن حصين وأبي الدرداء وهو قول ربيعة والثوري وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روى قيس بن طلق عن أبيه قال كنت جالساً عند النبي ﷺ فقال مسست ذكري -أو- الرجل يمس ذكره في الصلاة عليه وضوء؟ قال «لا إنما هو بضعة منك» رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي ولانه عضو فلم ينقض كسائر الاعضاء

والرواية الثانية ينقض الوضوء بكل حال وهي ظاهر المذهب وهو مذهب ابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعروة وسليمان بن يسار والزهري والاوزاعي والشافعي وهو المشهور عن مالك لما روت بسرة بنت صفوان أن رسول الله ﷺ قال «من مس ذكره فليتوضأ» وعن جابر مثل ذلك رواهما ابن ماجه قال الترمذي حديث بسرة حسن صحيح وقال البخاري أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة وصححه الامام أحمد، فأما حديث قيس فقال أبو زرعة وأبو حاتم قيس ممن لا تقوم بروايته حجة ووهناه ولم يثبتاه ثم إن حديثنا متأخر لان أبا هريرة قد رواه وهو متأخر الاسلام انما صحب النبي ﷺ أربع سنين وكان قدوم طلق على رسول الله ﷺ وهم يؤسسون المسجد فيكون حديثنا ناسخا له وقياس الذكر

ابن ربيعة وأبي الدرداء وأبي أمامة وعامة الفقهاء ، ولا نعلم اليوم فيه خلافا . وذهب جماعة من السلف الى ايجاب الوضوء مما غيرت النار منهم ابن عمر وزيد بن ثابت وأبوطلحة وأبوموسى وأبو هريرة وأنس وعمر ابن عبدالعزيز وأبو مجلز وأبوقلابة والحسن والزهري لما روى أبو هريرة وزيد وعائشة أن رسول الله ﷺ قال « توضؤوا مما مست النار » وفي لفظ « انما الوضوء مما مست النار » رواهن مسلم

ولنا قول النبي ﷺ « ولا تتوضؤا من لحوم الغنم » وقول جابر كان آخر الامرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار رواه أبو داود والنسائي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وغسل الميت)

اختلف أصحابنا في وجوب الوضوء من غسل الميت فقال أكثرهم بوجوبه سواء كان المغسول صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى مسلما أو كافراً وهو قول إسحاق والنخعي وروي ذلك عن ابن عمر وابن

على سائر البدن لا يصح لانه يتعلق به أحكام ينفرد بها من وجوب الغسل بايلاجه والحد والمهر وغير ذلك

والرواية الثالثة لا ينقض إلا أن يقصد مسه قال أحمد بن الحسين : قيل لاحمد الوضوء من مس الذكر؟ فقال هكذا ـ وقبض على يده ـ يعني إذا قبض عليه وهو قول مكحول وقال طاوس وسعيد بن جبير وحميد الطويل: ان مسه يريد وضوءاً وإلا فلاشيء عليه لانه لمس فلا ينقض الوضوء لغير قصد كامس النسا وسواء مسه ببطن كفه أو بظهره وهذا قول عطاء والأوزاعي، وقال مالك والشافعي وإسحاق لا ينقض مسه بظاهر الكف وحكاه أبو الخطاب رواية عن احمد لانه ليس بآلة اللمس فأشبه مالو مسحه بفخذه

ولنا قول النبي ﷺ « من أفضى بيده الى ذكره ليس دونه ستر فقد وجب عليه الوضوء » رواه الامام احمد والدارقطني وظاهر كفه من يده والافضاء اللمس من غير حائل ولانه جزء من يده أشبه باطن الكف. وانما ينتقض وضوؤه اذا لمسه من غير حائل لما ذكرناه، وذكر القاضي عن أحمد رواية أنه لا ينقض الا مس الثقب الذي في رأس الذكر ولا ينقض لمس غيره . قال والاول أصح لعموم الاحاديث الدالة على النقض ، وذكر أبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الا لمس الحشفة خاصة والاول أصح لعموم النص

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينقض مسه بذراعه) وعنه ينقض لانه من يده وهو قول الاوزاعي والاول ظاهر المذهب لان الحكم المعلق على مطلق اليد في الشرع انما ينصرف الى الكوع بدليل قطع السارق وغسل اليد من نوم الليل ولانه ليس بآلة للمس أشبه العضد وقياسهم يبطل بالعضد فانه لا خلاف بين العلماء فيه

(فصل) ولا فرق بين ذكره وذكر غيره خلافا لداود قال لان النص انما ورد في ذكره

ولنا أنه إذا نقض الوضوء مس ذكره مع كون الحاجة تدعو إلى مسه وهو جائز فلأن ينقض بمس ذكر غيره مع كونه معصية أولى ، ولان نصه على نقض الوضوء بمس ذكره مع أنه لم يهتك حرمة تنبيه على نقضه بمس ذكر غيره ، ولان في بعض ألفاظ خبر بسرة « من مس الذكر فليتوضأ » وحكم ذكر الكبير والصغير واحد وهو قول الشافعي، وقال الزهري والاوزاعي لا ينقض مس ذكر الصغير لانه يجوز مسه والنظر اليه بخلاف الكبير ولما روي أنه ﷺ مس زبيبة الحسن ولم يتوضأ وذكره الآمدي رواية عن احمد

عباس وأبي هريرة فروي عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا يأمران غاسل الميت بالوضوء وعن أبي هريرة قال أقل مافيه الوضوء . ولا نعلم لهم مخالفاً في الصحابة ولان الغالب فيه أنه لا يسلم أن تقع يده على فرج الميت فكان مظنة ذلك قائما مقام حقيقته كما أقيم النوم مقام الحدث . وقال أبو الحسن التميمي لا وضوء فيه وهذا قول أكثر الفقهاء وهو الصحيح إن شاء الله لان الوجوب من الشرع ولم يرد في هذا نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فبقي على الاصل ولانه غسل آدمي فأشبه غسل الحي ، وما روي عن أحمد في هذا يحمل على الاستحباب دون الايجاب فان كلامه يقتضي نفي الوجوب فانه ترك العمل

وانما عموم الاحاديث وخبرهم ليس بثابت ثم ليس فيه أنه صلى ولم يتوضأ فيحتمل أنه لم يتوضأ في مجلسه ذلك وجواز مسه والنظر اليه يبطل بذكر نفسه وذكر الميت كذكر الحي لبقاء الاسم والحرمة وهو قول الشافعي وقال اسحاق لا وضوء عليه وهو قول بعض أصحابنا كالمرأة الميتة

﴿ مسئلة ﴾ (وفي مس الذكر المقطوع وجهان) (أحدهما) ينقض لبقاء اسم الذكر (والثاني) لا ينقض لذهاب الحرمة فهو كيد المرأة المقطوعة ، ولو مس القلفة التي تقطع في الختان قبل قطعها انتقض وضوءه لانها من جملة الذكر وان مسها بعد القطع فلا وضوء عليه لزوال الاسم والحرمة ، وان انسد المخرج وانفتح غيره لم ينقض مسه لانه ليس بفرج

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا لمس قبل الخنثى المشكل وذكره انتقض وضوءه وان مس أحدهما لم ينقض إلا أن يمس الرجل ذكره لشهوة)

لمس الخنثى المشكل ينقسم أربعة أقسام (أحدها) أن يمس فرج نفسه فمتى لمس أحد فرجيه لم ينتقض وضوءه لجواز أن يكون خلقة زائدة وإن لمسهما جميعا انتقض وضوءه إن قلنا ان مس المرأة فرجها ينقض الوضوء لان أحدهما فرج بيقين وإلا فلا (الثاني) أن يكون اللامس رجلا فان مسهما جميعا لغير شهوة فهي كالتي قبلها ، وإن مسهما لشهوة انتقض وضوءه في ظاهر المذهب لانه ان كان رجلا فقد مس ذكره ، وإن كان أنثى فقد مسها لشهوة ، وكذلك الحكم إذا لمس ذكره لشهوة لما ذكرنا . فأما إن مس القبل وحده أو مس الذكر لغير شهوة لم ينتقض لجواز أن يكون خلقة زائدة الا اذا قلنا ان الملامسة تنقض الوضوء بكل حال فانه ينتقض بلمس الذكر وحده لانه ان كان رجلا فقد مس ذكره وان كانت أنثى فقد مسها (الثالث) أن يكون امرأة فان مستهما جميعا انتقض وضوؤها ان قلنا ان مس فرج المرأة ينقض الوضوء والا فلا وان مست أحدهما لغير شهوة لم ينتقض وضوؤها وكذلك ان مست الذكر لشهوة لجواز أن يكون خلقة زائدة من امرأة . وان مست الفرج لشهوة انتقض وضوؤها في ظاهر المذهب لانه ان كان رجلا فقد مسته لشهوة وان كانت أنثى فقد مست فرجها (الرابع) أن يكون اللامس خنثى مشكلا فان مس أحدهما لم ينتقض سواء كان لشهوة أو لا . وان مسهما جميعا انتقض وضوؤه اذا قلنا ان مس الفرج ينقض الوضوء . وان مس أحد الخنثيين ذكر الآخر ومس الآخر فرجه وكان المس لشهوة انتقض وضوء أحدهما قطعا لانهما إن كانا ذكرين فقد وجد بينهما

بالحديث المروي عن النبي ﷺ « من غسل ميتا فليغتسل » وعلل ذلك بان الصحيح أنه موقوف على أبي هريرة واذا لم يوجب الغسل بقول أبي هريرة مع احتمال أن يكون من قول النبي ﷺ فلأن لا يوجب الوضوء بقوله مع عدم ذلك الاحتمال أولى وأحرى

« مسئلة » قال (وملاقاة جسم الرجل للمرأة لشهوة)

المشهور من مذهب أحمد رحمه الله أن لمس النساء لشهوة ينقض الوضوء ولا ينقضه لغير شهوة وهذا قول علقمة وأبي عبيدة والنخعي والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق والشعبي فانهم قالوا يجب

لمس ذكر ، وان كانا أنثيين فقد وجد بينهما مس فرج امرأة وان كانا ذكراً وأنثى فقد وجدت بينهما ملامسة لشهوة ولا يحكم بنقض وضوء واحد منهما لانه متيقن الطهارة شاك في الحدث . وان كان لغير شهوة لم ينقض لجواز أن يكون الممسوس ذكره امرأة والممسوس فرجه رجلا ، وان مس كل واحد منهما ذكر الآخر أو قبله لم ينتقض لاحتمال أن يكونا امرأتين في الاولى ورجلين في الثانية والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وفي مس الدبر ومس المرأة فرجها روايتان) احداهما ينقض الوضوء لعموم قوله ﷺ «من مس فرجه فليتوضأ» رواه ابن ماجه عن أم حبيبة . قال أحمد وأبو زرعة حديث أم حبيبة صحيح وبه قال الشافعي في مس الدبر ولانه أحد الفرجين أشبه الذكر (والثانية) لا ينقض قال الخلال العمل والاشيع في قوله انه لا يتوضأ من مس الدبر وكذلك روى المروذي انه قيل لاحمد في الجارية اذا مست فرجها عليها وضوء ؟ قال لم أسمع في هذا بشيء لان الحديث المشهور انما هو في مس الذكر وهذا ليس في معناه لانه لا يقصد مسه ولا يفضي الى خروج خارج فلم ينقض كمس الانثيين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعنه لا ينقض مس الفرج بحال) لحديث قيس بن طلق وقياسا على سائر الاعضاء

(فصل) ولا ينقض الوضوء بمس غير الفرجين من البدن في قول الاكثرين الا أنه روي عن عروة الوضوء من مس الانثيين وقال عكرمة من مس ما بين الفرجين فليتوضأ ، وقول الجمهور أولى لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص ولا ينتقض وضوء الملموس فرجه أيضا لان السنة انما وردت في اللامس ، ولا ينتقض بمس فرج البهيمة . وقال الليث بن سعد عليه الوضوء ، وما عليه الجمهور أولى لانه ليس بمنصوص ولا هو في معناه

﴿ مسئلة ﴾ (الخامس أن تمس بشرته بشرة أنثى لشهوة ، وعنه لا ينقض ، وعنه ينقض لمسها بكل حال) اختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه في الملامسة فروي عنه أنها تنقض الوضوء بكل حال وهو مذهب الشافعي . ويروى ايجاب الوضوء من القبلة مطلقا عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر والزهري وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن عبد العزيز والاوزاعي لعموم قوله تعالى (أو لامستم النساء) قال ابن مسعود القبلة من اللمس وفيها الوضوء رواه الاثرم ، وروي عن أحمد رواية ثانية أنه لا ينقض بحال يروى ذلك عن ابن عباس وهو قول طاوس والحسن ومسروق ، وبه قال أبو حنيفة

الوضوء على من قبل لشهوة ولا يجب على من قبل لرحمة . وممن أوجب الوضوء في القبلة ابن مسعود وابن عمر والزهري وزيد بن أسلم ومكحول ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وسعد بن عبدالعزيز والشافعي . قال احمد : المدنيون والكوفيون مازالوا يرون أن القبلة من اللمس تنقض الوضوء حتى كان بآخرة وصار فيهم أبوحنيفة فقالوا لاتنقض الوضوء ويأخذون بحديث عروة ونرى أنه غلط . وعن أحمد رواية ثانية لا ينقض اللمس بحال وروي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء وطاوس والحسن ومسروق وبه قال أبو حنيفة الا أن يطأها دون الفرج فينتشر فيها لما روى حبيب عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قبل امرأة من نسائه وخرج إلى الصلاة ولم يتوضأ . رواه ابو داود

وصاحباه . وقال قوم من قبل حلالا فلا وضوء عليه ومن قبل حراما فعليه الوضوء وهو قول عطاء . فان باشر لشهوة وليس بينهما ثوب وانتشر فعليه الوضوء في قول أبي حنيفة ويعقوب ، وقال محمد لا وضوء عليه إلا أن يخرج منه شيء لما روي أن النبي ﷺ قبل عائشة وصلى ولم يتوضأ رواه أبو داود والنسائي من رواية التيمي وقالا لم يسمع من عائشة . وقال النسائي ليس في هذا الباب شيء أحسن من هذا الحديث وان كان مرسلا . وعن عائشة رضي الله عنها قالت فقدت رسول الله ﷺ ليلة من الفراش فالتمسته فوقعت يدي على بطن قدمه وهو في المسجد وهما منصوبتان . رواه مسلم وعنها قالت كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته فاذا سجد غمزني فقبضت رجلي متفق عليه . وللنسائي مسني برجله . والآية أريد بها الجماع قاله ابن عباس ولان المراد بالمس الجماع فكذلك اللمس ولانه ذكره بلفظ المفاعلة والمفاعلة لاتكون من أقل من اثنين ، والرواية الثالثة وهي ظاهر المذهب أنه ينقض إذا كان لشهوة ولا ينقض لغيرها جمعا بين الآية والاخبار ولان النبي ﷺ صلى وهو حامل امامة بنت أبي العاص بن الربيع اذا سجد وضعها واذا قام حملها . متفق عليه والظاهر أنه لايسلم من مسها . ولان اللمس ليس بحدث في نفسه وانما هو داع الى الحدث فاعتبرت الحالة التي يدعو فيها الى الحدث وهي حالة الشهوة ولانه لمس لغير شهوة فلم ينقض كلمس ذوات المحارم وهذا مذهب الشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق . اذا ثبت هذا فلا فرق بين الكبيرة والصغيرة وذوات المحارم وغيرهن ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينقض لمس ذات المحرم ولا الصغيرة لان لمسها لا يفضي الى خروج خارج أشبه لمس الرجل

ولنا عموم النص واللمس الناقض معتبر بالشهوة فمتى وجدت فلا فرق بين الجميع ، فاما لمس المرأة الميتة ففيه وجهان (أحدهما) ينقض اختاره القاضي لعموم الآية وكما يجب الغسل بوطئها (والثاني) لا ينقض اختاره الشريف أبو جعفر وابن عقيل لانها ليست محلا للشهوة فهي كالرجل

(فصل) ولا يختص اللمس الناقض باليد بل أي شيء منه لاقى شيئا من بشرتها مع الشهوة انتقض الوضوء به سواء كان عضوا أصليا أو زائدا . وحكي عن الاوزاعي لا ينقض اللمس إلا بأحد أعضاء الوضوء . والاول أولى لعموم النصوص والتخصيص بغير دليل تحكم فلا يصار اليه

(فصل) فان لمسها من وراء حائل لم ينتقض وضوؤه هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك والليث ينقض

وابن ماجه وغيرهما وهو حديث مشهور رواه ابراهيم التيمي عن عائشة أيضا ولأن الوجوب من الشرع ولم يرد بهذا ولا هو في معنى ماورد الشرع به وقوله (أو لامستم النساء) أراد به الجماع بدليل أن المس أريد به الجماع فكذلك اللمس ولانه ذكره بلفظ المفاعلة والمفاعلة لاتكون من أقل من اثنين، وعن أحمد رواية ثالثة أن اللمس ينقض بكل حال وهو مذهب الشافعي لعموم قوله تعالى (أو لامستم النساء) وحقيقة اللمس ملاقاة البشرتين . قال الله تعالى مخبراً عن الجن أنهم قالوا (وأنا لمسنا السماء) وقال الشاعر * لمست بكفي كفه أطلب الغنى * وقرأها ابن مسعود (أو لمستم النساء) وأما حديث القبلة فكل طرقه معلولة قال يحيى بن سعيد احك عني أن هذا الحديث شبه لاشيء ، قال أحمد: نرى أنه غلط الحديثين جميعا يعني حديث ابراهيم التيمي وحديث عروة فان ابراهيم التيمي لايصح سماعه من عائشة وعروة المذكور ههنا عروة المزني ولم يدرك عائشة كذلك قاله سفيان الثوري قال ماحدثنا حبيب إلا عن

اذا كان ثوبا رقيقا وكذلك قال ربيعة اذا غمزها من وراء ثوب رقيق لشهوة وذلك لان الشهوة موجودة

ولنا انه لمس فلم ينقض من وراء حائل كلمس الذكر ولانه لم يلمس جسم المرأة أشبه مالو لمس ثيابها لشهوة والشهوة لاتوجب الوضوء بمجردها كما لو وجدت الشهوة بغير لمس

(فصل) فان لمست المرأة رجلا لشهوة انتقض وضوؤها في إحدى الروايتين وهو ظاهر قول الخرقي . وقد سئل أحمد عن المرأة اذا مست زوجها قال ماسمعت فيه شيئا ولكن هي شقيقة الرجل يعجبني أن تتوضأ لانها ملامسة تنقض الوضوء فاستوى فيها الرجل والمرأة كالجماع . والرواية الثانية لاينتقض وضوؤها . وللشافعي قولان كالروايتين لان النص انما ورد في الرجال ولا يصح قياسها عليه لان اللمس من الرجل مع الشهوة مظنة لخروج المذي الناقض فأقيم مقامه ولا يوجد ذلك في حق المرأة واذا لم يكن نص ولا قياس فلا يثبت الحكم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينقض لمس الشعر والسن والظفر) وهذا ظاهر مذهب الشافعي وكذلك لمسها بشعره وسنه وظفره لان ذلك مما لايقع عليه الطلاق بايقاعه عليه ولا الظهار فأشبه الثوب، ويتخرج أن ينقض لمس السن والشعر والظفر والأمرد اذا كان لشهوة ذكره أبو الخطاب لان لمس المرأة انما نقض لوجود الشهوة الداعية الى خروج المذي ، ولا ينقض لمس الأمرد ولا لمس الرجل ولا لمس المرأة المرأة لانه ليس بداخل في الآية ولا في معناه لكونه ليس محلا لشهوة الآخر شرعا . وقال القاضي في المجرد اذا لمس الرجل الرجل أو المرأة المرأة بشهوة انتقض وضوؤه في قياس المذهب . والاول أولى لما ذكرنا ولا ينتقض الوضوء بلمس البهيمة لما ذكرنا. ولا بمس خنثى مشكل لانه لا يعلم كونه رجلا ولا امرأة ولا ينتقض وضوء الخنثى بمس امرأة ولا رجل لانه متيقن بالطهارة شاك في الحدث، قال شيخنا ولا أعلم في هذا كله خلافا .وإن مس عضو امرأة مقطوع لم ينتقض وضوؤه لانه لايقع عليه اسم المرأة ولا هو محل للشهوة

﴿ مسئلة ﴾ وفي نقض وضوء الملموس روايتان (احداهما) ينتقض لان ماينتقض بالتقاء البشرتين يستوي فيه اللامس والملموس كالجماع (والثانية) لا ينتقض لان النص انما ورد بالنقض في اللامس فاختص

عروة المزني ليس هو عروة بن الزبير. وقال إسحاق لاتظنوا أن حبيبا لقي عروة وقال قد يمكن أن يقبل الرجل امرأته لغير شهوة برّا بها وإكراما لها ورحمة ألا ترى الى ماجاء عن النبي ﷺ أنه قدم من سفر فقبل فاطمة . فالقبلة تكون لشهوة ولغير شهوة ، ويحتمل أنه قبلهـا من وراء حائل واللمس لغير شهوة لاينقض لان النبي ﷺ كان يمس زوجته في الصلاة وتمسه ولو كان ناقضاً للوضوء لم يفعله . قالت عائشة : إن كان رسول الله ﷺ ليصلي واني لمعترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا أراد أن يسجد غمزني فقبضت رجلي . متفق عليه ، وفي حديث آخر فاذا أراد أن يوتر مسني برجله ، وروى الحسن قال كان النبي صلى الله عليه وسلم جالساً في مسجده في الصـلاة فقبض على قدم عائشة غير متلذذ رواه إسحاق باسناده والنسائي. وعن عائشة قالت فقدت النبي ﷺ ذات ليلة فجعلت أطلبه فوقعت يدي على قدميـه وهما منصوبتان وهو ساجد وهو يقول « أعوذ برضاك من سخطك ، وبمعافاتك من عقوبتك » رواهما النسائي ورواه مسلم . وصلى النبي صلى الله عليه وسلم حاملا أمامة بنت

به كلمس الذكر ولان الشهوة من اللامس أشد منها في الملموس فامتنع القياس وللشافعي قولان كهذين

﴿ مسئلة ﴾ (السادس غسل الميت) وهو ناقض للوضوء في قول أكثر الاصحاب سواء كان المغسول صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى مسلما أو كافرا وهو قول النخعي واسحاق لان ابن عمر وابن عباس كانا يأمران غاسل الميت بالوضوء وعن أبي هريرة قال أقل ما فيه الوضوء ولا نعلم لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا ولان الغاسل لا يسلم من مس عورة الميت غالبا فاقيم مقامه كالنوم مع الحدث وقال أبو الحسن التميمي لا ينقض وهو قول أكثر العلماء

قال شيخنا وهو الصحيح إن شاء الله لانه لم يرد فيـه نص صحيح ولا هو في معنى المنصوص عليه ولانه غسل آدمي أشبه غسل الحي .وكلام أحمد يدل على انه مستحب غير واجب فانه قال:أحب إليّ أن يتوضأ وعلل نفي وجوب الغسل من غسل الميت بكون الخبر الوارد فيه موقوفا على أبي هريرة فاذا لم يوجب الغسل بقول أبي هريرة مع احتمال أن يكون مرفوعا فلأن لا يوجب الوضوء بقوله مع عدم هذا الاحتمال أولى ولان الاصل عدم وجوبه فيبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (السابع أكل لحم الجزور) وجملة ذلك أن أكل لحم الابل ينقض الوضوء سواء أكله عالما أو جاهلا نيئاً أو مطبوخا في ظاهر المذهب، وهو قول جابر بن سمرة ومحمد بن إسحاق وأبي خيثمة ويحيى بن يحيى وابن المنذر وأحد قولي الشافعي، قال الخطابي ذهب الى هذا عامة أصحاب الحديث . وروي عن أبي عبد الله انه قال إن كان لا يعلم فليس عليه وضوء وان كان قد علم وسمع فعليه الوضوء واجب ليس هو كمن لا يعلم . قال الخلال وعلى هـذا استقر قول أبي عبد الله . وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لا وضوء عليه بحال وحكاه ابن عقيل رواية عن احمد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال «الوضوء مما يخرج لا مما يدخل» وقال جابر كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار ، رواه أبو داود ولانه مأكول فلم ينقض كسائر المأكولات

أبي العاص بن الربيع إذا سجد وضعها وإذا قام حملها . متفق عليه والظاهر أنه لا يسلم من مسها ولانه لمس لغير شهوة فلم ينقض كلمس ذوات المحارم يحققه أن اللمس ليس بحدث في نفسه وانما نقض لانه يفضي الي خروج المذي أو المني فاعتبرت الحالة التي تفضي الى الحدث فيها وهي حالة الشهوة

(فصل) ولا فرق بين الاجنبية وذات المحرم والكبيرة والصغيرة ، وقال الشافعي : لا ينقض لمس ذوات المحارم ولا الصغيرة في أحد القولين لان لمسها لا يفضي الى خروج خارج أشبه لمس الرجل الرجل

ولنا عموم النص . واللمس الناقض تعتبر فيه الشهوة ومتى وجدت الشهوة فلا فرق بين الجميع فأما لمس الميتة ففيه وجهان (أحدهما) ينقض لعموم الآية (والثاني) لا ينقض اختاره الشريف أبو جعفر وابن عقيل لانها ليست محلا للشهوة فهي كالرجل

(فصل) ولا يختص اللمس الناقض باليد بل أي شيء منه لاقى شيئا من بشرتها مع الشهوة انتقض وضوؤه به سواء كان عضواً أصليا أو زائداً ، وحكي عن الاوزاعي لا ينقض اللمس الا بأحد أعضاء الوضوء . ولنا عموم النص ، والتخصيص بغير دليل تحكم لا يصار اليه . ولا ينقض مس شعر المرأة ولا ظفرها ولا سنها وهذا ظاهر مذهب الشافعي . ولا ينقض لمسها بشعره ولا سنه ولا ظفره لان ذلك مما لا يقع الطلاق على المرأة بتطليقه ولا الظهار . ولا ينجس الشعر بموت الحيوان ولا بقطعه منه في حياته

ولنا ماروى البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أنتوضأ من لحوم الابل ؟ قال « نعم » قال أفنتوضأ من لحوم الغنم ؟ قال « لا » رواه الامام احمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي. وروى جابر بن سمرة عن النبي ﷺ مثله أخرجه مسلم . قال أحمد فيه حديثان صحيحان حديث البراء وجابر بن سمرة . فأما حديث ابن عباس فانما هو من قوله موقوف عليه ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه لكونه أصح وأخص والخاص يقدم على العام ، وحديث جابر لا يعارض حديثنا أيضا لصحته وخصوصه فان قيل لحديث جابر متأخر فيكون ناسخا قلنا لا يصح أن يكون ناسخا لوجوه أربعة (أحدها) أن الامر بالوضوء من لحوم الابل متأخر عن نسخ الوضوء مما مست النار أو مقارن له بدليل انه قرن الامر بالوضوء من لحوم الابل بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم وهي مما مست النار فاما أن يكون النسخ حصل بهذا النهي أو بشيء قبله فان كان حصل به كان الامر بالوضوء من لحوم الابل مقارنا لنسخ الوضوء مما مست النار فلا يكون ناسخا إذ من شروط النسخ تأخر الناسخ وكذلك إن كان بما قبله لان الشيء لا ينسخ بما قبله (الثاني) أن النقض بلحوم الابل يتناول مامست النار وغيره ونسخ إحدى الجهات لا يثبت به نسخ الاخرى كما لو حرمت المرأة بالرضاع وبكونها ربيبة فنسخ تحريم الرضاع لم يكن نسخا لتحريم الربيبة (الثالث) ان خبرهم عام وخبرنا خاص فالجمع بينهما ممكن بحمل خبرهم على ماسوى صورة التخصيص ومن شروط النسخ تعذر الجمع بين النصين (الرابع) ان خبرنا أصح من خبرهم وأخص والناسخ لا بد وأن يكون مساويا للمنسوخ أو راجحا عليه ، فان قيل الامر بالوضوء في خبركم يحتمل الاستحباب ويحتمل أنه أراد بالوضوء غسل اليد لان اضافته إلى الطعام قرينة

(فصل) وان لمسها من وراء حائل لم ينتقض وضوؤه في قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك والليث ينقض ان كان ثوبا رقيقا ، وكذلك قال ربيعة إذا غمزها من وراء ثوب رقيق لشهوة لان الشهوة موجودة ، وقال المروذي لا نعلم أحداً قال ذلك غير مالك والليث ، ولنا أنه لم يلمس جسم المرأة فأشبه مالو لمس ثيابها والشهوة بمجردها لا تكفي كما لو مس رجلا بشهوة أو وجدت الشهوة من غير لمس

(فصل) وإن لمست امرأة رجلا ووجدت الشهوة منهما فظاهر كلام الخرقي نقض وضوئهما بملاقاة بشرتهما ، وقد سئل أحمد عن المرأة إذا مست زوجها قال : ما سمعت فيه شيئا ولكن هي شقيقة الرجل يعجبني أن تتوضأ لان المرأة أحد المشتركين في اللمس فهي كالرجل وينتقض وضوء الملموس إذا وجدت منه الشهوة لان ما ينتقض بالتقاء البشرتين لا فرق فيه بين اللامس والملموس كالتقاء الختانين ، وفيه رواية

تدل على ذلك كما كان ﷺ يأمر بالوضوء قبل الطعام وبعده وخص ذلك بلحم الابل لان فيه من الحرارة والزهومة ماليس في غيره ، قلنا أما الاول فمخالف للظاهر من وجوه (أحدها) ان مقتضى الامر الوجوب (الثاني) أن النبي ﷺ سئل عن حكم هذا اللحم فأجاب بالامر بالوضوء منه فلو حمل على غير الوجوب كان تلبيسا لاجوابا (الثالث) انه ﷺ قرنه بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم والمراد بالنهي ههنا نفي الايجاب لا التحريم فتعين حمل الامر على الايجاب ليحصل الفرق

وأما الثاني فلا يصح لوجوه أربعة (أحدها) انه يلزم منه حمل الامر على الاستحباب لكون غسل اليد بمفردها غير واجب وقد بينا فساده (الثاني) أن الوضوء في لسان الشارع إنما ينصرف إلى الموضوع الشرعي إذ الظاهر منه التكلم بموضوعاته (الثالث) أنه خرج جوابا للسؤال عن حكم الوضوء من لحومها ، والصلاة في مباركها فلا يفهم من ذلك سوى الوضوء المراد للصلاة ظاهراً (الرابع) أنه لو أراد غسل اليد لما فرق بينه وبين لحم الغنم فان غسل اليد منهما مستحب وما ذكروه من زيادة الزهومة ممنوع وان ثبت فهو أمر يسير لا يقتضي التفريق وصرف اللفظ عن ظاهره انما يكون بدليل قوي بقدر قوة الظواهر المتروكة وأقوى منها . فأما قياسهم فهو طردي لامعنى فيه وانتفاء الحكم في سائر المأكولات لانتفاء المقتضي لا لكونه مأكولا

ومن العجب أن مخالفينا في هذه المسألة أوجبوا الوضوء بأحاديث ضعيفة تخالف الاصول ، فأبو حنيفة أوجبه بالقهقهة في الصلاة دون خارجها بحديث مرسل من مراسيل أبي العالية ، ومالك والشافعي أوجباه بمس الذكر بحديث مختلف فيه معارض بمثله دون مس سائر الاعضاء وتركوا هذا الحديث الصحيح الذي لامعارض له مع بعده عن التأويل وقوة دلالته لقياس طردي لامعنى فيه

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرب من لبنها فعلى روايتين)

(احداهما) ينقض الوضوء لما روى أسيد بن حضير ان النبي ﷺ سئل عن ألبان الابل فقال « توضؤا من ألبانها » وسئل عن ألبان الغنم فقال « لاتتوضؤا من ألبانها » رواه الامام أحمد وابن ماجه ، وروي عن عبد الله بن عمر نحوه (والثانية) لاوضوء فيه لان الحديث الصحيح انما ورد في

أخرى : لا ينتقض وضوء المرأة ولا وضوء الملموس وللشافعي قولان كالروايتين ، ووجه عدم النقض أن النص انما ورد بالنقض بملامسة النساء فيتناول اللامس من الرجال فيختص به النقض كلمس الفرج ولان المرأة والملموس لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص لان اللمس من الرجل مع الشهوة مظنة لخروج المذي الناقض فأقيم مقامه ولا يوجد ذلك في حق المرأة والشهوة من اللامس أشد منها في الملموس وأدعى الى الخروج فلا يصح القياس عليهما واذا امتنع النص والقياس لم يثبت الدليل

(فصل) ولا ينتقض الوضوء بلمس عضو مقطوع من المرأة لزوال الاسم وخروجه عن أن يكون محلا للشهوة ولا بمس رجل ولا صبي ولا بمس المرأة المرأة لانه ليس بداخل في الآية . ولا هو في معنى ما في الآية لان المرأة محل لشهوة الرجل شرعا وطبعا وهذا بخلافه ، ولا بمس البهيمة لذلك ، ولا بمس

اللحم ، وحديث أسيد بن حضير في طريقه الحجاج بن أرطاة قال الامام أحمد والدارقطني لا يحتج به وحديث عبد الله بن عمر رواه ابن ماجه من رواية عطاء بن السائب وقد قيل عطاء اختلط في آخر عمره ، قال أحمد : من سمع منه قديما فهو صحيح ومن سمع منه حديثا لم يكن بشيء ، والحكم في اللحم غير معقول فيجب الاقتصار عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أكل من كبدها أو طحالها فعلى وجهين)

(إحدهما) لا ينقض لان النص لم يتناوله (والثاني) ينقض لأنه من جملة الجزور ، واللحم يعبر به عن جملة الحيوان فان تحريم لحم الخنزير يتناول جملته كذلك ههنا ، وحكم سائر أجزائه غير اللحم كالسنام والكرش والدهن والمرق والمصران والجلد حكم الكبد والطحال لما ذكرنا

(فصل) ولا ينتقض الوضوء بما سوى لحم الجزور من الاطعمة وهذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولا نعلم اليوم فيه خلافا . وحكى ابن عقيل عن أحمد رواية في نقض الوضوء بأكل لحم الخنزير والصحيح عنه الاول ، لان الوجوب من الشرع ولم يرد وقد ذهب جماعة من الصحابة ومن بعدهم إلى ايجاب الوضوء مما غيرت النار ، منهم ابن عمر وزيد بن ثابت وأبو موسى وأبو هريرة وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وغيرهم لما روى أبو هريرة وعائشة أن النبي ﷺ قال « توضؤا مما مست النار » رواهما مسلم ، ولنا قول النبي ﷺ « لا تتوضأ من لحوم الغنم » وحديث جابر : كان آخر الامرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار ، رواه أبو داود والنسائي وثبت أن رسول الله ﷺ أكل من كتف شاة وصلى ولم يتوضأ متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (الثامن الردة عن الاسلام)

الردة عن الاسلام يبطل بها الوضوء والتيمم وهي الاتيان بما يخرج به عن الاسلام نطقا أو اعتقاداً أو شكا فمتى عاود الاسلام لم يصل حتى يتوضأ وهذا قول الاوزاعي وأبي ثور ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يبطل الوضوء بذلك وللشافعي في بطلان التيمم به قولان لقول الله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم) ولانها طهارة فلم تبطل بالردة كالطهارة الكبرى

خنثى مشكل لانه لا يعلم كونه رجلا ولا امرأة ، ولا بمس الخنثى لرجل أو امرأة فذلك والاصل الطهارة فلا تزول بالشك ولا أعلم في هذا كله خلافا والله أعلم

« مسئلة » قال (ومن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو على ماتيقن منهما)

يعني اذا علم أنه توضأ وشك هل أحدث أو لا بنى على أنه متطهر ، وإن كان محدثا فشك هل توضأ أو لا فهو محدث يبني في الحالتين على ماعلمه قبل الشك ويلغي الشك وبهذا قال الثوري وأهل العراق والاوزاعي والشافعي وسائر أهل العلم فيا علمنا إلا الحسن ومالكا فان الحسن قال إن شك في الحدث في الصلاة مضى فيها ، وإن كان قبل الدخول فيها توضأ ، وقال مالك إن شك في الحدث إن كان يلحقه كثيراً فهو على وضوئه ، وإن كان لايلحقه كثيراً توضأ لانه لايدخل في الصلاة مع الشك

ولنا ماروى عبدالله بن زيد قال : شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل اليه وهو في الصلاة أنه يجد الشيء قال « لاينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه ، ولمسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا أوجر أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه أم لم يخرج فلا يخرج من

ولنا قول الله تعالى (لئن أشركت ليحبطن عملك) والطهارة عمل وحكمها باق فيجب أن يحبط بالآية ، ولانها عبادة يفسدها الحدث فبطلت بالشرك كالصلاة ، ولان الردة حدث لما روي عن بن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الحدث حدثان حدث الفرج ، وحدث اللسان أشد من حدث الفرج وفيهما الوضوء » رواه الشيخ أبو الفرج بن الجوزي في كتاب التحقيق وتكلم فيه وقال بقية يدلس ، وما ذكروه تمسك بالمفهوم ، والمنطوق راجح عليه ، وأما غسل الجنابة فقد زال حكمه وعندنا يجب الغسل على من أسلم أيضاً .

(فصل) ولا ينقض الوضوء ماعدا الردة من الكذب والغيبة والرفث والقذف ونحوها نص عليه أحمد ، قال ابن المنذر أجمع من نحفظ قوله من علماء الامصار على أن القذف وقول الزور والكذب والغيبة لا يوجب طهارة ولا ينقض وضوءاً وقد روينا عن غير واحد من الاوائل أنهم أمروا بالوضوء من الكلام الخبيث وذلك استحباب عندنا ممن أمر به ، ولا نعلم حجة توجب وضوءاً في شيء من الكلام وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال « من حلف باللات فليقل لاإله إلا الله » ولم يأمر في ذلك بوضوء رواه البخاري

(فصل) والقهقهة لاتنقض الوضوء بحال روي ذلك عن عروة وعطاء والزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وذهب الثوري والنخعي والحسن وأصحاب الرأي إلى أنها تبطل الوضوء داخل الصلاة دون خارجها لما روى أسامة عن أبيه قال : بينا نحن نصلي خلف رسول الله ﷺ إذ أقبل

المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً » ولانه اذا شك تعارض عنده الامران فيجب سقوطهما كالبينتين اذا تعارضتا ويرجع إلى التيقن. ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما أو يتساوى الامران عنده لان غلبة الظن اذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعي لا يلتفت اليها كما لا يلتفت الحاكم إلى قول أحد المتداعيين اذا غلب على ظنه صدقه بغير دليل

(فصل) اذا تيقن الطهارة والحدث معا ولم يعلم الآخر منهما مثل من تيقن أنه كان في وقت الظهر متطهراً مرة ومحدثا أخرى ولا يعلم أيهما كان بعد صاحبه فانه يرجع إلى حاله قبل الزوال .فان كان

رجل ضرير البصر فتردى في حفرة فضحكنا منه فأمرنا رسول الله ﷺ باعادة الوضوء كاملا واعادة الصلاة من أولها . رواه الدارقطني من طرق كثيرة وضعفها وقال انما روي هذا الحديث عن أبي العالية مرسلا ، وقال نحو ذلك الامام أحمد وعبد الرحمن بن مهدي

ولنا أنه معنى لا يبطل الوضوء خارج الصلاة فلم يبطله داخلها كالكلام ، ولانه لا نص فيه ولا في شيء يقاس عليه وحديثهم قد ذكرنا الكلام عليه ، قال ابن سيرين لا تأخذوا بمراسيل الحسن وأبي العالية فانهما لا يباليان عمن أخذا ، والقهقهة أن يضحك حتى يحصل من ضحكه حرفان. ذكره ابن عقيل

﴿ مسئلة ﴾ ومن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين

أما اذا تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث يلغي الشك ويبني على اليقين لا نعلم في ذلك خلافا فان تيقن أنه توضأ وشك هل أحدث أو لا بنى على أنه متطهر ، وبهذا قال عامة أهل العلم ، وقال الحسن إن شك وهو في الصلاة مضى فيها وإن كان قبل الدخول فيها توضأ . وقال مالك اذا شك في الحدث إن كان يلحقه كثيراً فهو على وضوء، وإن كان لا يلحقه كثيراً توضأ لا يدخل في الصلاة مع الشك

ولنا ماروى عبد الله بن زيد قال : شكي إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة أنه يجد الشيء فقال « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه ، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أوجر أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لم يخرج فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه مسلم ولأنه اذا شك تعارض عنده الامران فيجب سقوطهما كالبينتين اذا تعارضتا ويرجع الى اليقين . ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما أو يتساوى الامران لان غلبة الظن اذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعي لم يلتفت اليها كما لا يلتفت الحاكم إلى قول أحد المتداعيين اذا غلب على ظنه صدقه بغير دليل

﴿ مسئلة ﴾ (فان تيقنهما وشك في السابق منهما نظر في حاله قبلهما فان كان متطهراً فهو محدث وان كان محدثا فهو متطهر) مثاله أن يتيقن أنه كان في وقت الظهر متطهراً مرة ومحدثا أخرى ولا يعلم أيهما كان قبل الآخر فانه ينظر في حاله قبل الزوال ، فان كان متطهراً فهو الآن محدث لانه تيقن زوال تلك الطهارة بحدث ولم يتيقن زوال ذلك الحدث بطهارة أخرى لاحتمال أن تكون الطهارة التي

محدثا فهو الآن متطهر لانه متيقن أنه قد انتقل عن هذا الحدث إلى الطهارة ولم يتيقن زوالها والحدث المتيقن بعد الزوال يحتمل أن يكون قبل الطهارة ويحتمل أن يكون بعدها فوجوده بعدها مشكوك فيه فلا يزول عن طهارة متيقنة بشك كما لو شهدت بينة لرجل أنه وفى زيداً حقه وهو مائة فأقام المشهود عليه بينة باقرار خصمه له بمائة ـ لم يثبت له بها حق لاحتمال أن يكون اقراره قبل الاستيفاء منه. وإن كان قبل الزوال متطهراً فهو الآن محدث لما ذكرنا في الطرف الآخر

(فصل) وإن تيقن أنه في وقت الظهر نقض طهارته وتوضأ عن حدث وشك في السابق منهما

يتيقنها بعد الزوال هي التي كانت قبله فلم يزل يقين الحدث بالشك. وان كان محدثا قبل الزوال فهو الآن متطهر لما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان تيقن أنه نقض طهارته وتوضأ عن حدث في وقت واحد وشك في السابق منهما نظر في حاله قبلهما فان كان متطهراً فهو الآن متطهر لانه تيقن أنه نقض تلك الطهارة ثم توضأ اذ لا يمكن أن يتوضأ عن حدث مع بقاء تلك الطهارة. ونقض هذه الطهارة الثانية مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك، وان كان محدثا فهو الآن محدث لانه تيقن أنه انتقل عنه الى طهارة ثم أحدث منها ولم يتيقن بعد الحدث الثاني طهارة والله أعلم

فهذه جميع نواقض الطهارة ولا ينتقض بغيرها في قول أكثر العلماء الا أنه قد حكي عن مجاهد والحكم وحماد في قص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط الوضوء وقول جمهور العلماء بخلافهم وهو أولى ولا نعلم لهم فيما يقولون حجة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أحدث حرم عليه الصلاة والطواف ومس المصحف) أما الصلاة فلقوله صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ » متفق عليه والطواف لقول النبي ﷺ « الطواف بالبيت صلاة الا أن الله أباح فيه الكلام » رواه الشافعي في مسنده، ومس المصحف روي هذا عن ابن عمر والحسن وعطاء وطاوس وهو قول مالك وأصحاب الرأي، وقال داود يباح مسه لان النبي ﷺ كتب في كتابه الى قيصر آية من القرآن. وأباح الحكم وحماد مسه بظاهر الكف لان آلة المس باطن اليد فينصرف اليه النهي دون غيره

ولنا قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزام « أن لا تمس القرآن الا وأنت طاهر » رواه الاثرم، فأما الآية التي كتب بها النبي ﷺ فانما قصد بها المراسلة والآية في الرسالة أو في كتاب فقه أو نحوه لا تمنع مسه ولا يصير بها الكتاب مصحفا. اذا ثبت هذا فانه لا يجوز مسه بشيء من جسده قياساً على اليد، قولهم ان المس يختص باطن اليد ممنوع بل كل شيء لاقى شيئا فقد مسه

(فصل) ويجوز حمله بعلاقته وهو قول أبي حنيفة وروي ذلك عن الحسن وعطاء والشعبي وحماد ومنع منه الاوزاعي ومالك والشافعي تعظيما للقرآن ولانه مكلف محدث قاصد لحمل المصحف فهو كما لو حمله مع مسه

نظر فان كان قبل الزوال متطهراً فهو على طهارة لانه تيقن أنه نقض تلك الطهارة ثم توضأ إذ لايمكن أن يتوضأ عن حدث مع بقاء تلك الطهارة . ونقض هذه الطهاره الثانية مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك ، وان كان قبل الزوال محدثا فهو الآن محدث لانه تيقن أنه انتقل عنه الى الطهارة ثم نقضها والطهارة بعد نقضها مشكوك فيها والله أعلم . فهذا جميع نواقض الطهارة ولا تنتقض بغير ذلك في قول عامة العلماء الا أنه قد حكي عن مجاهد والحكم وحماد في قص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط الوضوء وقول جمهور العلماء بخلافهم ولا نعلم لهم فيما يقولون حجة والله سبحانه أعلم

ولنا أنه غير ماس فلم يمنع كما لو حمله في رحله ولان النهي انما تناول المس والحمل ليس بمس وقياسهم لايصح لان العلة في الاصل مسه وهو غير موجود في الفرع والحمل لاأثر له فلا يصح التعليل به وعلى هذا لو حمله بحائل بينه وبينه مما لا يتبع في البيع جاز وعندهم لايجوز . ويجوز تقليبه بعود ومسه به وكتب المصحف بيده من غير أن يمسه ، وذكر ابن عقيل في ذلك كله وفي حمله بعلاقته روايتين وفي مسه بكمه روايتان ووجههما ماتقدم والصحيح في ذلك كله الجواز قاله شيخنا لان النهي انما تناول مسه وهذا ليس بمس

(فصل) ويجوز مس كتب الفقه والتفسير والرسائل وإن كان فيها آيات من القرآن لان النبي ﷺ كتب إلى قيصر كتابا فيه آية ، ولانها لايقع عليها اسم المصحف ولا يثبت لها حرمته ، وكذلك إن مس ثوبا مطرزاً بآية من القرآن ، وفي مس الصبيان ألواحهم التي فيها القرآن وجهان (أحدهما) الجواز لانه موضع حاجة فلو اشترطنا الطهارة أدى إلى تنفيرهم عن حفظه (والثاني) المنع لعموم النص ،وفي الدراهم المكتوب عليها القرآن وجهان (أحدهما) المنع وهو مذهب أبي حنيفة لان القرآن مكتوب عليها أشبهت الورق (والثاني) الجواز لانه لايقع عليها اسم المصحف أشبهت كتب الفقه ولان في الاحتراز منها مشقة أشبهت ألواح الصبيان ، ومن كان متطهراً وبعض أعضائه نجس فمس المصحف بالعضو الطاهر جاز لان حكم النجاسة لايتعدى محلها بخلاف الحدث،وإن احتاج المحدث الى مس المصحف عند عدم الماء تيمم ومسه لانه يقوم مقام الماء ، ولو غسل المحدث بعض أعضاء الوضوء لم يجز له مسه به قبل اتمام وضوئه لانه لايكون متطهراً الا بغسل الجميع

(فصل) ولا يجوز المسافرة بالمصحف إلى دار الحرب لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لاتسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم »

باب ما يوجب الغسل

قال أبو محمد بن بري النحوي : غسل الجنابة بفتح الغين . وقال ابن السكيت الغسل الماء الذي يغتسل به . والغسل ما غسل به الرأس (١)

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (والموجب للغسل خروج المني)

الألف واللام هنا للاستغراق ومعناه أن جميع موجبات الغسل هذه الستة المسماة (أولها) خروج المني وهو الماء الغليظ الدافق الذي يخرج عند اشتداد الشهوة ومني المرأة رقيق أصفر ، وروى مسلم في صحيحه باسناده أن أم سليم حدثت أنها سألت نبي الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها مايرى الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل » فقالت أم سليم واستحيت من ذلك وهل يكون هذا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نعم فمن أين يكون الشبه؟ ماء الرجل غليظ أبيض وماء المرأة رقيق أصفر فمن أيهما علا أو سبق يكون منه الشبه» وفي لفظ أنها قالت هل على المرأة من غسل إذ هي احتملت؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم إذا رأت الماء » متفق عليه فخروج المني الدافق بشهوة يوجب الغسل من الرجل والمرأة في يقظة أو في نوم وهو قول عامة الفقهاء قاله الترمذي ولا نعلم فيه خلافا .

(١) التحقيق ان مصدر غسل بفتح الغين لانه من باب ضرب قيل ويضم والمستعمل ان الغسل بالضم اسم للاغتسال ومنه غسل الجمعة وغسل الجنابة وقوله أن الغسل بالكسر ما غسل به أي كالاشنان والخطمي من النبات والصابون من المصنوعات

باب الغسل

(وموجباته سبعة) ـ غسل الجنابة بفتح الغين ذكره ابن بري والغسل بالضم الماء الذي يغتسل به قاله ابن السكيت والغسل ماغسل به الرأس (أحدها) خروج المني الدافق بلذة وهو موجب للغسل من الرجل والمرأة في اليقظة والنوم ، وهذا قول عامة الفقهاء حكاه الترمذي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لما روي أن أم سليم قالت يارسول الله إن الله لا يستحي من الحق هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نعم إذا رأت الماء » متفق عليه، وماء الرجل غليظ أبيض وماء المرأة رقيق أصفر لان في حديث أم سليم في بعض رواياته فقالت وهل يكون هذا؟ فقال نبي الله صلى الله عليه وسلم « نعم فمن أين يكون الشبه ؟ إن ماء الرجل غليظ أبيض وماء المرأة رقيق أصفر فمن أيهما علا أو سبق يكون منه الشبه » رواه مسلم

﴿مسئلة﴾ (فان خرج لغير ذلك لم يوجب) يعني إذا خرج شبيه المني لمرض أو برد من غير شهوة وهذا قول أبي حنيفة ومالك ، وقال الشافعي يجب ويحتمله كلام الخرقي ، وذلك لقوله عليه السلام « نعم إذا رأت الماء » وقوله « الماء من الماء » ولانه مني خارج فأوجب الغسل كما لو خرج حال الاغماء .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم وصف المني الموجب بانه غليظ أبيض وقال لعلي « إذا فضخت المني

(فصل) فان خرج شبيه المني لمرض أو برد لا عن شهوة فلا غسل فيه ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك ،وقال الشافعي يجب به الغسل ويحتمله كلام الخرقي لقوله عليه السلام «إذا رأت الماء» وقوله «الماء من الماء» ولانه مني خارج فأوجب الغسل كما لو خرج حال الاغماء

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم وصف المني الموجب للغسل بكونه أبيض غليظا وقال لعلي «إذا فضخت الماء فاغتسل» رواه أبو داود والاثرم «إذا رأيت فضخ الماء فاغتسل» والفضخ خروجه على وجه الشدة وقال ابراهيم الحربي خروجه بالعجلة.وقوله إذا رأت الماء يعني الاحتلام وانما يخرج في الاحتلام بالشهوة والحديث الآخر منسوخ على أن هذا يجوز أن يمنع كونه منياً لان النبي صلى الله عليه وسلم وصف المني بصفة غير موجودة في هذا .

(فصل) فان أحس بانتقال المني عند الشهوة فأمسك ذكره فلم يخرج فلا غسل عليه في ظاهر قول الخرقي وإحدى الروايتين عن أحمد وقول أكثر الفقهاء،والمشهور عن أحمد وجوب الغسل وأنكر أن يكون الماء يرجع وأحب أن يغتسل ولم يذكر القاضي في وجوب الغسل خلافا ، قال لان الجنابة تباعد الماء عن محله وقد وجد فتكون الجنابة موجود فيجب الغسل بها ولان الغسل تراعى فيه الشهوة وقد حصلت بانتقاله فأشبه ما لو ظهر .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم علق الاغتسال على الرؤية وفضخه بقوله « إذا رأت الماء وإذا فضخت الماء فاغتسل » فلا يثبت الحكم بدونه وما ذكره من الاشتقاق لا يصح لانه يجوز أن يسمى

فاغتسل» رواه أبو داود ـ والفضخ خروجه على وجه الشدة ،وقال ابراهيم الحربي بالعجلة وقوله عليه السلام «إذا رأت الماء» يعني في الاحتلام وانما يخرج في الاحتلام لشهوة والحديث الآخر منسوخ ويمكن منع كون هذا منيا لان النبي ﷺ وصف المني بصفة غير موجودة في هذا

(فصل) (فان رأى أنه قد احتلم ولم ير بللا فلا غسل عليه) قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم « نعم إذا رأت الماء» يدل على أنه لم يجب إذا لم تره ، وروت عائشة قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يجد البلل ولا يذكر احتلاما قال « يغتسل »وعن الرجل يرى أن قد احتلم ولم يجد البلل قال« لا غسل عليه » قالت أم سليم المرأة ترى ذلك أعليها غسل؟ « نعم إنما النساء شقائق الرجال» رواه الامام أحمد وأبو داود وذكر ابن أبي موسى فيمن احتلم ووجد لذة الانزال ولم ير بللا رواية في وجوب الغسل عليه والاول أصح لما ذكرنا من النص والاجماع ،لكن إن مشى فخرج منه المني أو خرج بعد استيقاظه فعليه الغسل نص عليه أحمد لان الظاهر أنه كان انتقل وتخلف خروجه إلى ما بعد الاستيقاظ وان انتبه فرأى منيا ولم يذكر احتلاما فعليه الغسل . قال شيخنا : لا نعلم فيه خلافا ، وروي ذلك عن عمر وعثمان وبه قال ابن عباس وسعيد بن جبير والشعبي والحسن ومالك والشافعي واسحاق لان الظاهر أن خروجه كان لاحتلام نسيه وذلك لما ذكرنا من حديث عائشة .

جنبا لمجانبته الماء ولا يحصل إلا بخروجه منه ولمجانبته الصلاة أو المسجد أو غيرهما مما منع منه ولو سمي بذلك مع الخروج لم يلزم وجود التسمية من غير خروج . فان الاشتقاق لا يلزم منه الاطراد ومراعاة الشهوة للحكم لا يلزم منه استقلالها به فان أحد وصفي العلة وشرط الحكم مراعى له ولا يستقل بالحكم ثم يبطل بلمس النساء وبما إذا وجدت الشهوة ههنا من غير انتقال فان الشهوة لا تستقل بالحكم في الموضعين مع مراعاتها فيه ، وكلام أحمد ههنا انما يدل على أن الماء إذا انتقل لزم منه الخروج وإنما يتأخر ، ولذلك يتأخر الغسل إلى حين خروجه . فعلى هذا إذا خرج المني بعد ذلك لزمه الغسل سواء اغتسل قبل خروجه أو لم يغتسل لانه مني خرج بسبب الشهوة فاوجب الغسل كما لو خرج حال انتقاله وقد قال أحمد رحمه الله في الرجل يجامع ولم ينزل فيغتسل ثم يخرج منه المني عليه الغسل ، وسئل عن رجل رأى في المنام أنه يجامع فاستيقظ فلم يجد شيئا فلما مشى خرج منه المني قال يغتسل ، وقال القاضي في الذي أحس بانتقال المني فأمسك ذكره فاغتسل ثم خرج منه المني من غير مقارنة شهوة بعد البول فلا غسل عليه رواية واحدة ، وان كان قبل البول فعلى روايتين لانه بعد البول غير المني المنتقل خرج بغير شهوة فأشبه الخارج لمرض ، وان كان قبله فهو ذلك المني الذي انتقل ، ووجه ما قلنا أن النبي ﷺ أمر بالغسل عند رؤية الماء وفضخه وقد وجد ، ونص أحمد على وجوب الغسل على المجامع الذي يرى الماء بعد غسله وهذا مثله ، وقد دللنا على أن من أحس بانتقال المني ولم يخرج لا

(فصل) فان انتبه من النوم فوجد بللا لا يعلم هل هو مني أو غيره فقال أحمد إذا وجد بلة اغتسل إلا أن يكون به أبردة أو لاعب اهله فانه ربما خرج منه المذي فارجو أن لا يكون به بأس وكذلك إن كان انتشر من أول الليل بتذكر أو رؤية وهو قول الحسن لان الظاهر أنه مذي لوجود سببه فلا يجب الغسل بالاحتمال . وإن لم يكن وجد ذلك فعليه الغسل لحديث عائشة . وقد توقف أحمد في هذه المسئلة ، وقال مجاهد وقتادة لا غسل عليه حتى يوقن بالماء الدافق وهذا هو القياس والأولى الاغتسال لموافقة الخبر وعملا بالاحتياط .

(فصل) فان رأى في ثوبه منيا وكان لا ينام فيه غيره وهو ممن يمكن أن يحتلم كابن اثنتي عشرة سنة فعليه الغسل وإلا فلا لان عمر وعثمان اغتسلا حين رأياه في ثوبهما ولان الظاهر أنه منه ويلزمه إعادة الصلاة من أحدث نومة نامها فيه إلا أن يرى أمارة تدل على أنه قبلها فيعيد من أدنى نومة يحتمل أنه منها فاما إن كان ينام فيه هو وغيره ممن يحتلم فلا غسل على واحد منهما لان كل واحد منهما مفرد شاك فيما يوجب الغسل والاصل عدم وجوبه ، وليس لاحدهما الائتمام بالآخر لان أحدهما جنب يقينا

(فصل) فان وطىء امرأته دون الفرج فدب ماؤه الى فرجها ثم خرج أو وطئها في الفرج فاغتسلت ثم خرج ماؤه من فرجها فلا غسل عليها وبه قال قتادة والاوزاعي واسحاق ، وقال الحسن تغتسل لانه مني خارج فأشبه ماءها والاول أولى لانه ليس منيها أشبه غير المني ولانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص

﴿مسئلة﴾ فان أحس بانتقاله فأمسك ذكره فلم يخرج فعلى روايتين (إحداهما) يجب عليه الغسل

غسل عليه ويلزم من ذلك وجوب الغسل عليه بظهوره لئلا يفضي الى نفي الوجوب عنه بالكلية مع انتقال المني لشهوة وخروجه.

(فصل) فاما ان احتلم أو جامع فأمنى ثم اغتسل ثم خرج منه مني فالمشهور عن أحمد أنه لا غسل عليه . قال الخلال : تواترت الروايات عن أبي عبدالله أنه ليس عليه إلا الوضوء بال أو لم يبل فعلى هذ استقر قوله . وروي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء والزهري ومالك والليث والثوري واسحاق وقال سعيد بن جبير لاغسل عليه الا عن شهوة وفيه رواية ثانية ان خرج بعد البول فلا غسل فيه وان خرج قبله اغتسل وهذا قول الاوزاعي وأبي حنيفة ونقل ذلك عن الحسن لانه بقية ماء خرج بالدفق والشهوة فأوجب الغسل كالاول وبعد البول خرج بغير دفق وشهوة ولا نعلم أنه بقية الاول لانه لو كان بقيته لما تخلف بعدالبول . وقال القاضي فيه رواية ثالثة عليه الغسل بكل حال. وهومذهب الشافعي لان الاعتبار بخروجه كسائر الاحداث. وقال في موضع آخر لاغسل عليه رواية واحدة لانه جنابة واحدة فلم يجب به غسلان كما لوخرج دفعة واحدة ، والصحيح أنه يجب الغسل لان الخروج يصلح موجبا للغسل وماذكره يبطل بما اذا جامع فلم ينزل فاغتسل ثم أنزل فان أحمد قد نص علي وجوب الغسل عليه بالانزال مع وجوبه بالتقاء الختانين .

(فصل)إذا رأى أنه قد احتلم ولم يجد منيا فلا غسل عليه ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم لكن إن مشى فخرج منه المني أو خرج بعد استيقاظه فعليه الغسل نص عليه

وهو المشهور عن أحمد ، وأنكر أن يكون الماء يرجع اختاره ابن عقيل والقاضي ولم يذكر فيه خلافا قال لان الجنابة تباعد الماء عن محله وقد وجد فتكون الجنابة موجودة فيجب بها الغسل . ولان الغسل تراعى فيه الشهوة وقد حصلت بانتقاله أشبه مالو ظهر . والرواية (الثانية) لاغسل عليه وهو ظاهر قول الخرقي وقول أكثر الفقهاء وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان النبي ﷺ علق الاغتسال على رؤية الماء بقوله « اذا رأت الماء » وقوله « اذا فضخت الماء فاغتسل » فلا يثبت الحكم بدونه وماذكروه من الاشتقاق ممنوع لانه يجوز أن يسمى جنبا لمجانبته الماء ولا يحصل إلا بخروجه أو لمجانبته الصلاة أو المسجد وإذا سمي بذلك مع الخروج لم يلزم وجود التسمية من غير خروج فان الاشتقاق لا يلزم منه الاطراد ومراعاة الشهوة في الحكم لا يلزم منه استقلالها به فان أحد وصفي العلة وشرط الحكم مراعى له ولا يستقل بالحكم ثم يبطل ذلك بما لو وجدت الشهوة من غير انتقال فانها لا تستقل بالحكم وكلام احمد انما يدل على أن الماء اذا انتقل لزم منه الخروج وانما يتأخر . وكذلك يتأخر الغسل الى حين خروجه

﴿ مسئلة ﴾ فان خرج بعد الغسل وقلنا لا يجب الغسل بالانتقال لزمه الغسل لانه مني خرج بسبب الشهوة أوجب الغسل لقوله ﷺ « اذا فضخت الماء فاغتسل » ولحديث أم سليم وكما لو خرج حال انتقاله وقد قال احمد في الرجل يجامع ولم ينزل فيغتسل ثم يخرج منه المني عليه الغسل

احمد لان الظاهر أنه كان انتقل وتخلف خروجه الى ما بعد الاستيقاظ وان انتبه فرأى منيا ولم يذكر احتلاما فعليه الغسل لا نعلم فيه خلافا أيضا وروي نحو ذلك عن عمر وعثمان وبه قال ابن عباس وعطاء وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي والحسن ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي واسحاق لان الظاهر أن خروجه كان لاحتلام نسيه . وروي عن عمر رضي الله عنه أنه صلى الفجر بالمسلمين ثم خرج الى الجرف فرأى في ثوبه احتلاما فقال ما أراني إلا قد احتلمت فاغتسل وغسل ثوبه وصلى . وروي نحوه عن عثمان ، وروت عائشة قالت سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يجد البلل ولا يذكر احتلاما قال « يغتسل » وعن الرجل يرى أنه قد احتلم ولا يجد بللا فقال « لا غسل عليه » رواه أبو داود وابن ماجه وروت أم سلمة أن أم سليم قالت يارسول الله هل على المرأة من غسل اذا هي احتلمت ؟ قال « نعم اذا رأت الماء » متفق عليه وهذا يدل على أنه لا غسل عليها الا أن ترى الماء

(فصل) اذا انتبه من النوم فوجد بللا لا يعلم هل هو مني أو غيره فقال أحمد إذا وجد بلة اغتسل إلا أن يكون به أبردة أو لاعب أهله فانه ربما خرج منه المذي فأرجو أن لا يكون به بأس وكذلك ان كان انتشر من أول الليل بتذكر أو رؤية لا غسل عليه وهو قول الحسن لانه مشكوك فيه يحتمل أنه مذي وقد وجد سببه فلا يوجب الغسل مع الشك ، وان لم يكن وجد ذلك فعليه الغسل لخبر عائشة لان الظاهر أنه احتلام ، وقد توقف أحمد في هذه المسئلة في مواضع . وقال مجاهد وقتادة لا غسل عليه حتى يوقن بالماء الدافق قال قتادة يشمه وهذا هو القياس ولان اليقين بقاء الطهارة فلا يزول بالشك والاولى الاغتسال لموافقة الخبر وإزالة الشك

ولانه لو لم يجب الغسل على هذه الرواية أفضى الى نفي الوجوب عنه بالكلية مع انتقال المني بشهوة وخروجه . وان قلنا يجب الغسل بالانتقال لم يجب بالخروج لانه تعلق بانتقاله وقد اغتسل له فلم يجب له غسل ثان كبقية المني اذا خرجت بعد الغسل . وهكذا الحكم في بقية المني اذا خرج بعد الغسل هذا هو المشهور عن احمد . قال الخلال تواترت الروايات عن أبي عبدالله أنه ليس عليه الا الوضوء بال أو لم يبل روي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء والزهري ومالك والليث والثوري ولانه مني خرج على غير وجه الدفق واللذة أشبه الخارج في المرض ولانه جنابة واحدة فلم يجب به غسلان كما لو خرج دفعة واحدة، وفيه رواية (ثانية) انه يجب بكل حال وهو مذهب الشافعي لان الاعتبار بخروجه كسائر الاحداث. قال شيخنا وهذا هو الصحيح لان الخروج يصلح موجبا للغسل - قولهم إنه جنابة واحدة فلم يجب به غسلان يبطل بما إذا جامع فلم ينزل فاغتسل ثم أنزل فان احمد قد نص على وجوب الغسل عليه بالانزال مع وجوبه بالتقاء الختانين . واختار القاضي الرواية الاولى وحمل كلام احمد في هذه المسئلة على أن تكون قارنته شهوة حال خروجه قال فان لم تقارنه شهوة فهو كبقية المني اذا خرجت ، وفيه رواية ثالثة انه ان خرج قبل البول اغتسل وان خرج بعده لم يغتسل وهذا قول الاوزاعي وأبي حنيفة ونقل عن الحسن لانه قبل البول بقية ماخرج بالدفق والشهوة فأوجب الغسل كالاول وبعد

(فصل) فان رأى في ثوبه منياً وكان مما لاينام فيه غيره فعليه الغسل لان عمر وعثمان اغتسلا حين رأياه في ثوبهما ولانه لايحتمل أن يكون إلا منه ويعيد الصلاة من أحدث نومة نامها فيه إلا أن يرى أمارة تدل على أنه قبلهـا فيعيد من أدنى نومة يحتمل أنه منها . وإن كان الرائي له غلاما يمكن وجود المني منه كابن اثنتي عشرة سنة فهو كالرجل لانه وجد دليله وهو محتمل الوجود . وان كان أقل من ذلك فلا غسل عليه لانه لايحتمل فيتعين حمله على أنه من غيره ، فأما ان وجد الرجل منيا في ثوب ينام فيه هو وغيره ممن يحتلم فلا غسل على واحد منهما لأن كل واحد منهما بالنظر اليه مفرداً يحتمل أن لايكون منه فوجوب الغسل عليه مشكوك فيه وليس لأحدهما أن يأتم بصاحبه لان أحدهما جنب يقينافلا تصح صلاتهما كما لو سمع كل واحد منهما صوت ريح يظن أنها من صاحبه أو لا يدري من أيهما هي

(فصـل) اذا وطيء امرأته دون الفرج فدب ماؤه الى فرجهـا ثم خرج أو وطئها في الفرج فاغتسلت ثم خرج ماء الرجل من فرجها فلا غسل عليها وبهذا قال قتادة والاوزاعي وإسحاق ، وقال الحسن يغتسل لانه مني خرج فأشبه ماءها والاول أولى لانه ليس منها فأشبه غير المني .

﴿ مسئلة ﴾ قال (والتقاء الختانين)

يعني تغييب الحشفة في الفرج فان هذا هو الموجب للغسل سواء كانا مختتنين أو لا وسواء أصاب

البول لايعلم انه بقية الاول لأنه لو كان بقية الاول لما تخلف بعد البول وقد خرج بغير دفق وشهوة وذكر القاضي في هاتين المسئلتين انه إن خرج بعد البول لم يجب الغسل رواية واحدة وان خرج قبله فعلى روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني: التقاء الختانين وهو تغييب الحشفة في الفرج قبلا كان أو دبراً من آدمي أو بهيمة حي أو ميت)معنى التقاء الختانين تغييب الحشفة في الفرج كما ذكر سواء كانا مختتنين أو لا . وسواء مس ختانه ختانها أو لا فهو موجب للغسل ،ولو مس الختان الختان من غير ايلاج لم يجب الغسل اجماعاً، واتفق العلماء على وجوب الغسل في هـذه المسئلة وقال داود لايجب لقوله ﷺ « الماء من الماء » روي نحو ذلك عن جماعة من الصحابة وروي في ذلك أحاديث عن النبي ﷺ وكانت رخصـة أرخص فيها رسول الله ﷺ ثم أمر بالغسل فروي عن أبي بن كعب قال ان الفتيا التي كانوا يقولون ان الماء من الماء رخصة كان رسول الله ﷺ رخص فيها في أول الاسلام . ثم أمر بالاغتسال بعدها رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وقال حسن صحيح ، وروى أبوهريرة أن رسول الله ﷺ قال « اذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل متفق عليه زاد مسلم « وان لم ينزل » وحديثهم منسوخ بحديث أبي بن كعب

(فصل) ويجب الغسل على كل واطيء وموطوء اذا كان من أهل الغسل سواء كان في الفرج قبلا أو دبراً من آدمي أو بهيمة حي أو ميت طائعا أو مكرها نائما أو يقظان ، وقال أبو حنيفة لايجب الغسل بوطء الميتة ولا البهيمة لانه ليس بمقصود ولانه ليس بمنصوص ولا في معناه

موضع الختان منه موضع ختانها أو لم يصبه ولو مس الختان الختان من غير ايلاج فلا غسل بالإتفاق
واتفق الفقهاء على وجوب الغسل في هذه المسئلة إلا ماحكي عن داود أنه قال لايجب لقوله عليه السلام «الماء من الماء» وكان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم يقولون لا غسل على من جامع فأكسل يعني لم ينزل ورووا في ذلك أحاديث عن النبي ﷺ وكانت رخصة رخص فيها رسول الله ﷺ ثم أمر بالغسل، قال سهل بن سعد حدثني أبي بن كعب أن «الماء من الماء» كان رخصة أرخص فيها رسول الله ﷺ ثم نهى عنها متفق عليه، رواه الامام أحمد وابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح. وروي عن أبي موسى الاشعري قال: اختلف في ذلك رهط من المهاجرين والانصار فقال الانصاريون لايجب الغسل إلا من الماء الدافق أو من الماء، وقال المهاجرون بل اذا خالط فقد وجب الغسل، فقال أبوموسى فأنا أشفيكم من ذلك فقمت فاستأذنت على عائشة فقلت ياأماه أو يا أم المؤمنين اني أريد أن أسألك عن شيء وأنا أستحييك، فقالت لاتستحي أن تسألني عن شيء كنت سائلا عنه أمك التي ولدتك فانما أنا أمك. قلت فما يوجب الغسل؟ قالت قال رسول الله ﷺ «اذا جلس بين شعبها الاربع ومس الختان الختان فقد وجب الغسل» متفق عليه. وفي حديث عن عمر رضي الله عنه أنه قال من خالف في ذلك جعلته نكالا، وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اذا قعد بين شعبها الاربع وجهدها فقد وجب عليه الغسل» متفق عليه، زاد مسلم وان لم ينزل، قال الازهري

ولنا أنه ايلاج في فرج فوجب به الغسل كوطء الآدمية في حياتها ووطء الآدمية داخل في عموم الاحاديث وما ذكروه يبطل بالعجوز والشوهاء

(فصل) فان أولج بعض الحشفة أو وطيء دون الفرج ولم ينزل فلا غسل عليه لانه لم يوجد التقاء الختانين ولا مافي معناه. وان انقطعت الحشفة فأولج الباقي من ذكره وكان بقدر الحشفة وجب الغسل وتعلقت به أحكام الوطء من المهر وغيره وإن كان أقل من ذلك لم يجب شيء

(فصل) فان أولج في قبل خنثى مشكل أو أولج الخنثى ذكره في فرج امرأة أو وطيء أحدهما أو كل واحد منهما الآخر لم يجب الغسل على واحد منهما لاحتمال أن يكون خلقة زائدة. فان أنزل الواطيء أو أنزل الموطوء من قبله فعلى من أنزل الغسل. ويثبت لمن أنزل من ذكره حكم الرجال ولمن انزل من فرجه حكم النساء لان الله تعالى أجرى العادة بذلك في حق الرجال والنساء، وذكر القاضي في موضع انه لايحكم له بالذكورية بالانزال من ذكره ولا بالانوثية بالحيض من فرجه ولا بالبلوغ بهذا

ولنا انه أمر خص الله تعالى به أحد الصنفين فكان دليلا عليه كالبول من ذكره أو من قبله ولانه انزل الماء الدافق لشهوة فوجب الغسل لقوله عليه السلام « الماء من الماء »

(فصل) فان كان الواطيء أو الموطوءة صغيراً فقال أحمد يجب عليهما الغسل. وقال اذا أتى على الصبية تسع سنين ومثلها يوطأ وجب عليها الغسل. وسئل عن الغلام يجامع مثله ولم يبلغ فجامع المرأة يكون عليهما الغسل؟ قال نعم. قيل له أنزل أو لم ينزل؟ قال نعم. وقال ترى عائشة حيث كان يطؤها النبي

أراد بين شعبتي رجليها وشعبتي شفريها وحديثهم منسوخ بدليل حديث سهل بن سعد والحمد لله .

(فصل) ويجب الغسل على كل واطيء وموطوء اذا كان من أهل الغسل سواء كان الفرج قبلا أو دبرا من كل آدمي أو بهيمة، حياً أو ميتا، طائعا أو مكرها، نائما أو يقظان، وقال أبو حنيفة لايجب الغسل بوطء الميتة والبهيمة لانه ليس بمقصود ولانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص

ولنا أنه ايلاج في فرج فوجب به الغسل كوطء الآدمية في حياتها ووطء الآدمية الميتة داخل في عموم الاحاديث المروية وما ذكروه ينتقض بوطء العجوز والشوهاء.

(فصل) وإن أولج بعض الحشفة أو وطيء دون الفرج أو في السرة ولم ينزل فلا غسل عليه لانه لم يوجد التقاء الختانين ولا مافي معناه، وان انقطعت الحشفة فأولج الباقي من ذكره وكان بقدر الحشفة وجب الغسل وتعلقت به أحكام الوطء من المهر وغيره، وان كان أقل من ذلك لم يجب شيء

(فصل) فان أولج في قبل خنثى مشكل أو أولج الخنثى ذكره في فرج أو وطيء أحدهما الآخر في قبله فلا غسل على واحد منهما لانه يحتمل أن تكون خلقة زائدة فان أنزل الواطيء أو أنزل الموطوء من قبله فعلى من أنزل الغسل، ويثبت لمن أنزل من ذكره حكم الرجال وان أنزل من قبله حكم النساء لأن الله تعالى أجرى العادة بذلك في حق الرجال والنساء، وذكر القاضي في موضع أنه لايحكم له بالذكورية بالانزال من ذكره ولا بالانوثية بالحيض من فرجه ولا بالبلوغ بهذا

صلى الله عليه وسلم لم تكن تغتسل ويروى عنها « اذا التقى الختانان وجب الغسل » وحمل القاضي كلام أحمد على الاستحباب وهو قول أصحاب الرأي وأبي ثور لان الصغيرة لايتعلق بها المأثم ولا هو من أهل التكليف ولا تجب عليها الصلاة التي تجب لها الطهارة فأشبهت الحائض (قال شيخنا) ولا يصح حمل كلام أحمد على الاستحباب لتصريحه بالوجوب وذمه قول أصحاب الرأي بقوله هو قول سوء واحتج بفعل عائشة وروايتها للحديث العام في حق الصغير والكبير ولانها أجابت بفعلها وفعل النبي ﷺ بقولها فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا . فكيف تكون خارجة منه وليس معنى وجوب الغسل في حق الصغير التأثيم بتركه بل معناه انه شرط لصحة الصلاة والطواف وإباحة قراءة القرآن وانما يأثم البالغ بتأخيره في موضع يتأخر الواجب بتركه ولذلك لو أخره في غير وقت الصلاة لم يأثم والصبي لا صلاة عليه فلم يأثم بالتأخير وبقي في حقه شرطا كما في حق الكبير فاذا بلغ كان حكم الحدث في حقه باقيا كالحدث الاصغر ينقض الطهارة في حق الصغير والكبير

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث : إسلام الكافر أصلياً كان أو مرتدا وقال أبو بكر لا غسل عليه) وجملته أن الكافر اذا أسلم وجب عليه الغسل أصليا كان أو مرتدا سواء اغتسل قبل اسلامه أو لا وجد منه في زمن الكفر مايوجب الغسل أو لم يوجد وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر، وقال أبو بكر يستحب ولا يجب إلا أن يكون قد وجدت منه جنابة زمن كفره فعليه الغسل اذا أسلم وإن اغتسل قبل الاسلام وهو مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة لايجب عليه الغسل بحال لان العدد الكثير والجم الغفير أسلموا

ولنا أنه أمر خص الله تعالى به أحد الصنفين فكان دليلا عليه كالبول من ذكره أو من قبله ولانه أنزل الماء الدافق لشهوة فوجب عليه الغسل لقوله عليه السلام « الماء من الماء » وبالقياس على من تثبت له الذكورية أو الانوثية

(فصل) فان كان الواطئ أو الموطوء صغيراً فقال أحمد : يجب عليهما الغسل وقال اذا أتى على الصبية تسع سنين ومثلها يوطأ وجب عليها الغسل . وسئل عن الغلام يجامع مثله ولم يبلغ فجامع المرأة يكون عليهما جميعا الغسل ؟ قال نعم . قيل له أنزل أو لم ينزل؟ قال نعم . وقال ترى عائشة حين كان يطؤها النبي صلى الله عليه وسلم لم تكن تغتسل ويروى عنها : اذا التقى الختانان وجب الغسل . وحمل القاضي كلام أحمد على الاستحباب وهو قول أصحاب الرأي وأبي ثور لان الصغيرة لا يتعلق بها المأثم ولا هي من أهل التكليف ولا تجب عليها الصلاة التي تجب الطهارة لها فأشبهت الحائض ولا يصح حمل كلام أحمد على الاستحباب لتصريحه بالوجوب وذمه قول أصحاب الرأي . وقوله هو قول سوء . واحتج بفعل عائشة وروايتها الحديث العام في الصغير والكبير ، ولانها أجابت بفعلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم بقولها فعلته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا فكيف تكون خارجة منه وليس معنى وجوب الغسل في الصغير التأثيم بتركه بل معناه أنه شرط لصحة الصلاة والطواف وإباحة قراءة القرآن واللبث في المسجد وانما يأثم البالغ بتأخيره في موضع يتأخر الواجب بتركه ولذلك لو أخره في غير وقت الصلاة لم يأثم والصبي لا صلاة عليه فلم يأثم بالتأخير وبقي في حقه شرطا كما في

فلو أمر كل من أسلم بالغسل لنقل نقلا متواتراً أو ظاهراً . ولان النبي ﷺ حين بعث معاذاً الى اليمن لم يذكر له الغسل ولو كان واجبا لأمرهم به لانه أول واجبات الاسلام

ولنا ماروى قيس بن عاصم أنه أسلم فأمره النبي ﷺ أن يغتسل بماء وسدر . رواه الامام احمد وأبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن ، والأمر للوجوب وما ذكروه من قلة النقل فلا يصح ممن أوجب الغسل على من أسلم بعد الجنابة في كفره لان الظاهر أن البالغ لا يسلم منها على أن الخبر اذا صح كان حجة من غير اعتبار شرط آخر ، وقد روي أن أسيد بن حضير وسعد بن معاذ حين أرادا الاسلام سألا مصعب بن عمير كيف تصنعون اذا دخلتم في هذا الامر ؟ قال نغتسل ونشهد شهادة الحق . وهذا يدل على انه كان مستفيضا ولان الكافر لا يسلم غالبا من جنابة تلحقه ونجاسة تصيبه وهو لا يصح غسله فأقيمت المظنة مقام حقيقة الحدث كما أقيم النوم مقام الحدث

(فصل) فان أجنب الكافر ثم أسلم لم يلزمه غسل الجنابة سواء اغتسل في كفره أو لم يغتسل وهذا قول من أوجب غسل الاسلام وقول أبي حنيفة ، وقال الشافعي عليه الغسل وهو قول أبي بكر لان عدم التكليف لا يمنع وجوب الغسل كالصبي والمجنون واغتساله في كفره لا يرفع حدثه قياسا على الحدث الاصغر ، وحكي عن أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي انه يرتفع حدثه لانه أصح

حق الكبير وإذا بلغ كان حكم الحدث في حقه باقيا كالحدث الاصغر ينقض الطهارة في حق الكبير والصغير والله أعلم .

« مسئلة » قال (واذا أسلم الكافر)

وجملته أن الكافر اذا أسلم وجب عليه الغسل سواء كان أصليا أو مرتداً اغتسل قبل اسلامه أو لم يغتسل وجد منه في زمن كفره مايوجب الغسل أو لم يوجد وهذا مذهب مالك وأبي ثور وابن المنذر ،وقال أبو بكر يستحب الغسل وليس بواجب إلا أن يكون قد وجدت منه جنابة زمن كفره فعليه الغسل اذا أسلم سواء كان قد اغتسل في زمن كفره أو لم يغتسل وهذا مذهب الشافعي ولم يوجب عليه أبو حنيفة الغسل بحال لان العدد الكثير والجم الغفير أسلموا فلو أمر كل من اسلم بالغسل لنقل نقلا متواتراً أو ظاهرا ، ولان النبي ﷺ لما بعث معاذاً الى اليمن قال « ادعهم الى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله فان هم أطاعوك لذلك فاعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم فترد على فقرائهم » ولو كان الغسل واجبا لامرهم به لانه اول واجبات الاسلام

ولنا ماروى قيس بن عاصم قال اتيت النبي صلى الله عليه وسلم أريد الاسلام فأمرني ان اغتسل بماء وسدر ، رواه ابو داود والنسائي وامره يقتضي الوجوب وما ذكروه من قلة النقل فلا يصح ممن

نية من الصبي ولا يصح لان الطهارة عبادة محضة فلم تصح من الكافر كالصلاة ، ووجه الاول انه لم ينقل ان النبي ﷺ أمر أحداً ممن أسلم بغسل الجنابة مع كثرة من أسلم من الرجال والنساء البالغين المتزوجين ولان المظنة أقيمت مقام حقيقة الحدث فسقط حكم الحدث كالسفر مع المشقة .

ويستحب أن يغتسل بماء وسدر كما في حديث قيس . ويستحب إزالة شعره لان النبي ﷺ قال لرجل أسلم « ألق عنك شعر الكفر واختتن » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع) الموت (الخامس) الحيض (السادس) النفاس . وسيذكر ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الولادة وجهان) يعني اذا عريت عن الدم (أحدهما) يجب الغسل لانها مظنة النفاس الموجب فأقيمت مقامه كالتقاء الختانين ولانه يحصل بها براءة الرحم أشبهت الحيض ولاصحاب الشافعي فيها وجهان ، و (الثاني) لايجب وهو ظاهر قول الخرقي لان الوجوب من الشرع ولم يرد بالغسل ولا هو في منصوص . قولهم ان ذلك مظنة (قلنا) انما يعلم جعلها مظنة بنص أو اجماع ولم يوجد واحد منهما والقياس الآخر مجرد طرد لا معنى تحته ثم قد اختلفا في كثير من الاحكام فليس تشبيهه في هذا الحكم أولى من مخالفته في غيره وهذا الوجه أولى

(فصل) فان كان على الحائض جنابة فليس عليها أن تغتسل حتى ينقطع حيضها في المنصوص وهو قول إسحاق لان الغسل لايفيد شيئاً من الاحكام وعنه عليها الغسل قبل الطهر ذكرها ابن أبي

أوجب الغسل على من أسلم بعد الجنابة في شركه فان الظاهر أن البالغ لايسلم منها، ثم ان الخبر إذا صح كان حجة من غير اعتبار شرط آخر على أنه قد روي أن سعد بن معاذ وأسيد بن حضير حين أرادا الاسلام سألا مصعب بن عمير وأسعد بن زرارة كيف تصنعون إذا دخلتم في هذا الامر؟ قالا نغتسل ونشهد شهادة الحق وهذا يدل على أنه كان مستفيضا . ولان الكافر لايسلم غالبا من جنابة تلحقه ونجاسة تصيبه . وهو لا يغتسل ولا يرتفع حدثه اذا اغتسل فاقيمت مظنة ذلك مقام حقيقته كما أقيم النوم مقام الحدث والتقاء الختانين مقام الانزال

(فصل) فان أجنب الكافر ثم أسلم لم يلزمه غسل الجنابة سواء اغتسل في كفره أو لم يغتسل وهذا قول من أوجب غسل الاسلام وقول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : عليه الغسل في الحالين وهذا اختيار أبي بكر . لان عدم التكليف لايمنع وجوب الغسل كالصبا والجنون [1] واغتساله في كفره لا يرفع حدثه لانه أحد الحدثين فلم يرتفع في حال كفره كالحدث الاصغر . وحكي عن أبي حنيفة. وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي أنه يرفع حدثه لانه أصح نية من الصبي وليس بصحيح لان الطهارة عبادة محضة فلم تصح من كافر كالصلاة

ولنا على أنه لايجب أنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه أمر أحداً بغسل الجنابة مع كثرة من

[1] وعبارة الشرح الكبير كالصبي والمجنون وهو ينقل عبارة المغني بنصها في الغالب فيحرر

مومي والصحيح الاول لما ذكرناه فان اغتسلت لجنابة في زمن حيضها صح غسلها وزال حكم الجنابة وبقي حكم الحيض لايزول حتى ينقطع الدم نص عليه أحمد قال ولا أعلم أحداً قال لاتغتسل الاعطاء ثم رجع عنه وهذا لان بقاء أحد الحدثين لا يمنع ارتفاع الآخر كما لو اغتسل المحدث الحدث الاصغر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لزمه الغسل حرم عليه قراءة آية فصاعداً وفي بعض آية روايتان) رويت الكراهة لذلك عن عمر وعلي والحسن والنخعي والزهري والشافعي وأصحاب الرأي وقال الاوزاعي لايقرأ إلا آية الركوب والنزول (سبحان الذي سخر لنا هذا * وقل رب أنزلني منزلا مباركا) وقال ابن عباس يقرأ ورده وقال سعيد بن المسيب يقرأ القرآن أليس هو في جوفه؟ وحكي عن مالك جواز القراءة للحائض دون الجنب لان أيامها تطول فلو منعناها من القرآن نسيت

ولنا ماروى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ لم يكن يحجبه أوقال يحجزه عن قراءة القرآن شيء ليس الجنابة . رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي بمعناه وقال حسن صحيح . وعن جابر عن النبي ﷺ قال « لا يقرأ الحيض ولا النفاس شيئا من القرآن » رواه الدارقطني

(فصل) ويحرم عليه قراءة آية فصاعداً لما ذكرنا، فاما بعض الآية فان كان مما لايتميز به القرآن عن غيره كالتسمية والحمد لله وسائر الذكر فان لم يقصد به القرآن فهو جائز فانه لاخلاف في أن لهم ذكر الله تعالى ولانهم يحتاجون الى التسمية عند اغتسالهم وقد روت عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يذكر الله على كل أحيانه رواه مسلم . وان قصدوا به القراءة أو كان ماقرأه يتميز به القرآن عن غيره روايتان أظهرهما أنه لايجوز لعموم النهي ولما روي أن عليا رضي الله عنه سئل

أسلم من الرجال والنساء البالغين المتزوجين ولان المظنة أقيمت مقام حقيقة الحدث فسقط حكم الحدث كالسفر مع المشقة

(فصل) ويستحب أن يغتسل المسلم بماء وسدر كما في حديث قيس . ويستحب ازالة شعره لان النبي ﷺ أمر رجلا أسلم فقال « احلق » وقال لآخر معه « ألق عنك شعر الكفر واختتن » رواه أبو داود وأقل أحوال الامر الاستحباب

« مسئلة » (والطهر من الحيض والنفاس)

قال ابن عقيل هذا تجوز فان الموجب للغسل في التحقيق هو الحيض والنفاس لانه هو الحدث وانقطاعه شرط وجوب الغسل وصحته فسماه موجبا لذلك وهذا كقولهم انقطاع دم الاستحاضة مبطل للصلاة والمبطل انما هو الحدث الخارج لكن عفي عنه للضرورة فاذا انقطع الدم زالت الضرورة فظهر حكم الحدث حينئذ وأضيف الحكم الى الانقطاع لظهوره عنده ولا خلاف في وجوب الغسل بالحيض والنفاس . وقد أمر النبي ﷺ بالغسل من الحيض في أحاديث كثيرة فقال لفاطمة بنت أبي حبيش « دعي الصلاة قدر الايام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي وصلي » متفق عليه .

عن الجنب يقرأ القرآن ؟ فقال لا ولا حرفا وهذا مذهب الشافعي ولانه قرآن فمنع منه كالآية و(الثانية) لا يمنع وهو قول أبي حنيفة لانه لايحصل به الاعجاز ولا يجزيء في الخطبة أشبه الذكر ولانه يجوز اذا لم يقصد به القرآن فكذلك اذا قصد

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز له العبور في المسجد ويحرم عليه اللبث فيه الا أن يتوضأ) يحرم عليه اللبث في المسجد لقول الله تعالى (ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا) ولقول النبي ﷺ « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه ابو داود فان خاف على نفسه أو ماله أو لم يمكنه الخروج أو الغسل والوضوء تيمم وأقام في المسجد لانه روي عن علي وابن عباس في قوله تعالى (ولا جنبا الا عابري سبيل) يعني مسافرين لايجدون ماء فيتيممون ، وقال بعض أصحابنا يلبث بغير تيمم لانه لا يرفع الحدث وهو غير صحيح لمخالفته قول الصحابة ولانه أمر تشترط له الطهارة فوجب له التيمم عند العجز عنه كسائر ما تشترط له الطهارة ويباح له العبور في المسجد للآية وانما يباح العبور للحاجة من أخذ شيء أو تركه في المسجد أو كون الطريق فيه فاما لغير ذلك فلا ، وممن رويت عنه الرخصة في العبور ابن مسعود وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والشافعي، وقال الثوري واسحاق لا يمر في المسجد إلا أن لا يجد بدا فيتيمم وهو قول أصحاب الرأي لقول النبي ﷺ « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه ابو داود

ولنا قول الله تعالى (الا عابري سبيل) والاستثناء من النهي اباحة . وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « ناوليني الخمرة من المسجد . قالت اني حائض قال ان حيضتك ليست في يدك » رواه مسلم

وأمر به في حديث أم سلمة وحديث عدي بن ثابت عن أبيه عن جده رواهما أبو داود وغيره وأمر به في حديث أم حبيبة وسهلة بنت سهل وحمنة بنت جحش وغيرهن وقد قيل في قول الله تعالى (فاذا تطهرن فاتوهن) يعني اذا اغتسلن . منع الزوج وطأها قبل الغسل فدل على وجوبه عليها . والنفاس كالحيض سواء فان دم النفاس هو دم الحيض انما كان في مدة الحمل ينصرف إلى غذاء الولد فحين خرج الولد خرج الدم لعدم مصرفه وسمي نفاسا

(فصل) فأما الولادة اذا عريت عن دم فلا يجب فيها الغسل في ظاهر كلام الخرقي وقال غيره فيها وجهان (أحدهما) يجب الغسل بها لانها مظنة للنفاس الموجب فقامت مقامه في الايجاب كالتقاء الختانين ولانها يستبرىء بها الرحم أشبهت الحيض ، ولا صحاب الشافعي وجهان كالوجهين ، والاول الصحيح فان الوجوب بالشرع ولم يرد بالغسل ههنا ولا هو في معنى المنصوص فانه ليس بدم ولا مني وانما ورد الشرع بالايجاب بهذين الشيئين . وقولهم انه مظنة قلنا المظان انما يعلم جعلها مظنة بنص أو اجماع ولا نص في هذا ولا اجماع والقياس الآخر مجرد طرد لا معنى تحته ثم قد اختلفا في أكثر الاحكام فليس تشبهه به في هذا الحكم أولى من مخالفته في سائر الاحكام .

(فصل) اذا كان على الحائض جنابة فليس عليها أن تغتسل حتى ينقطع حيضها نص عليه أحمد وهو قول اسحاق وذلك لان الغسل لا يفيد شيئا من الاحكام ، فان اغتسلت للجنابة في زمن حيضها

وعن زيد بن أسلم قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشون في المسجد وهم جنب . رواه ابن المنذر وهذا اشارة إلى جميعهم فيكون اجماعا ، فان توضأ الجنب فله اللبث في المسجد عند أصحابنا وهو قول اسحاق ، وقال الاكثرون لا يجوز للآية والخبر ، ووجه الاول ماروى زيد بن أسلم قال : كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد على غير وضوء وكان الرجل يكون جنبا فيتوضأ ثم يدخل فيتحدث وهذا اشارة إلى جميعهم فنخص عموم الحديث ، وعن عطاء بن يسار قال : رأيت رجالا من أصحاب رسول الله ﷺ يجلسون في المسجد وهم مجنبون اذا توضؤا وضوء الصلاة . رواه سعيد بن منصور والاثرم ، وحكم الحائض اذا انقطع حيضها حكم الجنب ، فأما في حال حيضها فلا يباح لها اللبث لان وضوءها لا يصح

(فصل) فأما المستحاضة ومن به سلس البول فلهم العبور في المسجد واللبث فيه اذا أمنوا تلويثه لما روت عائشة أن امرأة من أزواج النبي ﷺ اعتكفت معه وهي مستحاضة فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعنا الطست تحتها وهي تصلي . رواه البخاري ، فأما إن خاف تلويث المسجد أو خشيت الحائض ذلك بالعبور فيه حرم عليهما لان المسجد يصان عن هذا كما يصان عن البول فيه

(فصل) والاغسال المستحبة ثلاثة عشر غسلا (احدها) غسل الجمعة وهو مستحب بغير خلاف وفيه آثار كثيرة صحيحة منها ماروي أن النبي ﷺ قال « من أتى منكم الجمعة فليغتسل »

صح غسلها وزال حكم الجنابة نص عليه أحمد وقال تزول الجنابة والحيض لايزول حتى ينقطع الدم قال ولا أعلم أحداً قال لاتغتسل الا عطاء فانه قال الحيض أكبر قال ثم نزل عن ذلك وقال تغتسل وهذا لان أحد الحدثين لايمنع ارتفاع الآخر كما لو اغتسل المحدث الحدث الاصغر

(فصل) ولا يجب الغسل من غسل الميت وبه قال ابن عباس وابن عمر وعائشة والحسن والنخعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وعن علي وأبي هريرة أنهما قالا من غسل ميتا فليغتسل ، وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والزهري واختاره أبو اسحاق الجوزجاني لما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من غسل ميتاً فليغتسل ، ومن حمل ميتا فليتوضأ » قال الترمذي هذا حديث حسن، وذكر أصحابنا رواية أخرى عن أحمد في وجوب الغسل على من غسل الميت الكافر خاصة لان النبي ﷺ أمر علياً أن يغتسل لما غسل أباه

ولنا قول صفوان بن عسال الرازي قال أمرنا رسول الله ﷺ أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة ولأنه غسل آدمي فلم يوجب الغسل كغسل الحي ، وحديثهم موقوف على أبي هريرة قاله الامام أحمد وقال ابن المنذر ليس في هذا حديث يثبت ولذلك لايعمل به في وجوب الوضوء على من حمله ، وقد ذكر لعائشة قول أبي هريرة « ومن حمله فليتوضأ » قالت وهل هي إلا أعواد حملها ؟ ذكره الاثرم باسناده ولا نعلم أحداً قال به في الوضوء من حمله ، وأما حديث علي رضي الله عنه فقال أبو اسحاق الجوزجاني ليس فيه أنه غسل أبا طالب انما قال النبي ﷺ « اذهب فواره ولا

متفق عليه وروي سلمان الفارسي قال : قال رسول الله ﷺ « لايغتسل رجل يوم الجمعة ويتطهر مااستطاع من طهر ويدهن من دهنه أو يمس من طيب بيته ثم يخرج فلا يفرق بين اثنين ويصلي ماكتب له ثم ينصت اذا تكلم الامام إلا غفر له مابينه وبين الجمعة الاخرى » رواه البخاري وليس ذلك بواجب في قول أكثر أهل العلم وقد قيل إنه اجماع حكاه ابن عبد البر وسيذكر ذلك في موضعه بأبسط من هذا إن شاء الله تعالى

(الثاني) غسل العيدين مستحب لما روى ابن عباس والفاكه بن سعد أن رسول الله ﷺ كان يغتسل يوم الفطر والاضحى رواه ابن ماجه

(الثالث) الاستسقاء لانها عبادة يجتمع لها الناس فاستحب لها الغسل كالجمعة (الرابع) الكسوف لانه كالاستسقاء (الخامس) الغسل من غسل الميت وهو مستحب لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمله فليتوضأ » قال الترمذي هذا حديث حسن وليس بواجب ، يروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعائشة والحسن والنخعي والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروي عن علي وأبي هريرة أنهما قالا من غسل ميتاً فليغتسل ، وبه قال سعيد ابن المسيب وابن سيرين والزهري لما ذكرنا من الحديث وذكر أصحابنا في وجوب الغسل من غسل الميت الكافر روايتين (احداهما) لايجب كالمسلم (والثانية) يجب لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم

تحدثن شيئا حتى تأتيني » قال فأتيته فأخبرته فامرني فاغتسلت وقد قيل يجب الغسل من غسل الكافر الحي ولا نعلم لقائل هذا القول حجة توجبه وأهل العلم على خلافه

(فصل) ولا يجب الغسل على المجنون والمغمى عليه إذا أفاقا من غير احتلام ولا أعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتسل من الاغماء وأجمعوا على أنه لا يجب ولان زوال العقل في نفسه ليس بموجب للغسل ووجود الانزال مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك ، فان تيقن منهما الانزال فعليهما الغسل لانه يكون من احتلام فيدخل في جملة الموجبات المذكورة ، ويستحب الغسل من جميع ما نفينا وجوب الغسل منه لوجود ما يدل عليه من فعل النبي ﷺ له والخروج من الخلاف .

«مسئلة» قال (والحائض والجنب والمشرك اذا غمسوا أيديهم في الماء فهو طاهر)

أما طهارة الماء فلا إشكال فيه إلا أن يكون على أيديهم نجاسة فان أجسامهم طاهرة وهذه الاحداث لا تقتضي تنجيسها قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن عرق الجنب طاهر ثبت ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وغيرهم من الفقهاء ، وقالت عائشة عرق الحائض طاهر وكل ذلك قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا يحفظ عن غيرهم خلافهم ، وقد روى أبو

أمر عليا أن يغتسل حين غسل أباه

ولنا قول صفوان بن عسال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كنا مسافرين أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة حديث حسن ولانه غسل آدمي فلم يوجب الغسل كغسل الحي وحديثهم موقوف على أبي هريرة قاله أحمد ، وقال ابن المنذر : ليس في هذا حديث يثبت ولذلك لم يعمل به في وجوب الوضوء على حامله لا نعلم به قائلا ، وأما حديث علي فقال أبو اسحاق الجوزجاني ليس فيه أنه غسل أبا طالب إنما قال له النبي صلى الله عليه وسلم «اذهب فواره ولا تحدثن شيئا حتى تأتيني »قال فأتيته فأخبرته فامرني فاغتسلت ، وذكر بعض أصحابنا رواية في وجوب الغسل من غسل الحي الكافر قياسا على الميت ، والصحيح أنه لا يجب لان الوجوب من الشرع ولم يرد به وقياسه على الميت لا يصح لان المسلم الميت يجب من غسله الوضوء بخلاف الحي وهذا يدل على افتراق حال الميت والحي ولا نعلم أحداً قال به من العلماء

(السادس) الغسل من الاغماء والجنون إذا أفاقا من غير احتلام مستحب لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اغتسل للاغماء متفق عليه ولانه لا يؤمن أن يكون قد احتلم ولم يشعر والجنون في معناه بل أولى لان مدته تطول فيكون وجود الاحتلام فيه أكثر ولا يجب الغسل لذلك حكاه ابن المنذر إجماعا وذكر أبو الخطاب فيه روايتين (إحداهما) يجب لان النبي ﷺ فعله (والثانية) لا يجب وهي أصح لان زوال العقل بنفسه ليس موجبا للغسل والانزال مشكوك فيه فلا يزول عن

هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لقيه في بعض طرق المدنية وهو جنب . قال فانخنست منه فاغتسلت ثم جئت فقال « أين كنت يا أبا هريرة ؟ »قال يارسول الله كنت جنبا فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة فقال « سبحان الله ان المؤمن لاينجس » متفق عليه ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم اليه بعض نسائه قصعة ليتوضأ منها فقالت امرأة إني غمست يدي فيها وأنا جنب فقال « الماء لايجنب » وقال لعائشة « ناوليني الخمرة[1] من المسجد » فقالت اني حائض قال « إن حيضتك ليست في يدك » وكان رسول الله ﷺ يشرب من سؤر عائشة وهي حائض ويضع فاه على موضع فيها وتتعرق العرق وهي حائض فيأخذه النبي صلى الله عليه وسلم ويضع فاه على موضع فيها ، وكانت تغسل رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حائض وتوضأ النبي صلى الله عليه وسلم من مزادة مشركة متفق عليه ، وتوضأ عمر من جرة نصرانية ، وأجاب النبي صلى الله عليه وسلم يهوديا دعاه إلى خبز وإهالة سنخة ولان الكفر معنى في قلبه فلا يؤثر في نجاسة ظاهره كسائر ما في القلب والاصل الطهارة وينخرج التفريق بين الكتابي الذي لا يأكل الميتة والخنزير وبين غيره ممن يأكل الميتة والخنزير ومن لا تحل ذبيحتهم كما فرقنا بينهم في آنيتهم وثيابهم[2]

(فصل) وأما طهورية الماء فان الحائض والكافر لايؤثر غمسهما بدبهما في الماء شيئا لان حدثهما لايرتفع ، وأما الجنب فان لم ينو بغمس يده في الماء رفع الحدث منها فهو باق على طهوريته بدليل حديث المرأة التي قالت غمست يدي في الماء وأنا جنب فقال النبي صلى الله عليه وسلم « الماء لايجنب »

١) الخمرة بضم الخاء المعجمة الحصيرة التي يصلي عليها

(٢) التخريج معارض باصل الطهارة ووضوء النبي (ص) وعمر (رض) المذكور آنفا — فهو ضعيف

اليقين بالشك فان تيقن منهما الانزال فعليها الغسل لانه من جملة الواجبات

(السابع) غسل المستحاضة لكل صلاة مستحب. لما روى أبو داود أن امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تغتسل عند كل صلاة وقد ذهب بعض أهل العلم إلى وجوبه لما ذكرنا من الحديث وسنذكره في موضعه إن شاء الله ، وذكر ابن أبي موسى أن انقطاع دم الاستحاضة يوجب الغسل .

(الثامن) الغسل للاحرام وهو مستحب لما روى زيد بن ثابت أنه رأى النبي ﷺ تجرد لاهلاله واغتسل ، رواه الترمذي ، وقال حديث حسن (التاسع) دخول مكة (العاشر) الوقوف بعرفة (الحادي عشر) المبيت بمزدلفة (الثاني عشر) رمي الجمار (الثالث عشر) الطواف وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى ، وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان يغتسل ثم يدخل مكة نهاراً ويذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فعله وروي الغسل للوقوف بعرفة عن علي وعبد الله بن مسعود واستحبه الشافعي ، وروي عن ابن عمر أنه كان يغتسل لاحرامه قبل أن يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة رواه مالك في الموطأ ولانها انساك تجتمع لها الناس فاستحب لها الغسل كالاحرام ودخول مكة والله أعلم .

(فصل) ولا يستحب الغسل من الحجامة وذكر ابن عقيل في استحبابه روايتين (إحداهما) يستحب

ولان الحدث لا يرتفع من غير نية فأشبه غمس الحائض ، وإن نوى رفع حدثها فحكم الماء حكم ما لو اغتسل الجنب فيه للجنابة . وقال بعض أصحابنا : إذا نوى رفع الحدث ثم غمس يده في الماء ليغترف بها صار الماء مستعملا، والصحيح ان شاء الله أنه إذا نوى الاغتراف لم يصر مستعملا لان قصد الاغتراف منع قصد غسلها على ما بيناه في المتوضيء اذا اغترف من الاناء بعد غسل وجهه . وإن انقطع حيض المرأة ولم تغتسل فهي كالجنب فيما ذكرنا من التفصيل . وقد اختلف عن أحمد في هذا فقال في موضع في الجنب والحائض يغمس يده في الاناء إذا كانا نظيفين فلا بأس به . وقال في موضع آخر كنت لا أرى به بأسا ثم حدثت عن شعبة عن محارب بن دثار عن ابن عمر وكأني تهيبته . وسئل عن جنب وضع له ماء فأدخل يده ينظر حره من برده قال : ان كان أصبعا فأرجو أن لا يكون به بأس ، وان كانت اليد أجمع فكأنه كرهه . وسئل عن الرجل يدخل الحمام وليس معه أحد ولا ما يصب به على يده أترى له أن يأخذ بفمه ؟ قال لا . يده وفمه واحد . وقياس المذهب ماذكرناه وكلام أحمد محمول على الكراهة المجردة لما فيه من الخلاف . وقال أبو يوسف : ان أدخل الجنب يده في الماء لم يفسد وان أدخل

لانه يروى عن علي وابن عباس ومجاهد أنهم كانوا يفعلون ذلك (والثانية) لا يستحب لانه دم خارج أشبه الرعاف والله أعلم

(فصل في صفة الغسل)

وهو ضربان: كامل ومجزيء. فالكامل يأتي فيه بعشرة أشياء : النية والتسمية وغسل يديه ثلاثا وغسل مابه من أذى وقد ذكرنا الدليل على ذلك والوضوء ويحثي على رأسه ثلاثا يروي بها أصول الشعر ويفيض الماء على سائر جسده ثلاثا ويبدأ بشقه الايمن ويدلك بدنه بيديه وينتقل من موضع غسله فيغسل قدميه . ويستحب أن يخلل أصول شعر رأسه ولحيته بماء قبل افاضته عليه ، ووجه ذلك مارويت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ اذا اغتسل من الجنابة غسل يديه ثلاثا وتوضأ وضوءه للصلاة ثم يخلل شعره بيده حتى اذا ظن انه قد أروى بشرته أفاض عليه الماء ثلاث مرات ثم غسل سائر جسده ، متفق عليه . وقالت ميمونة : وضع رسول الله ﷺ وضوء الجنابة فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثا ثم أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره ثم ضرب بيده الارض أو الحائط مرتين أو ثلاثا ثم تمضمض واستنشق وغسل وجهه وذراعيه ثم أفاض على رأسه ثم غسل جسده فأتيته بالمنديل فلم يردها وجعل ينفض الماء بيديه متفق عليه ، وفي رواية البخاري : ثم تنحى فغسل قدميه ، ففي هذين الحديثين كثير من الخصال المسماة . والبداية بشقه الايمن لانه قد روي في حديث عن عائشة كان رسول الله ﷺ اذا اغتسل من الجنابة دعا بشيء نحو الحلاب فأخذ بكفيه بدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر ثم أخذ بكفيه فقال بهما على رأسه ، متفق عليه ، وقد اختلف عن أحمد في غسل الرجلين فقال في رواية بعد الوضوء على حديث ميمونة وقال في رواية العمل على حديث

رجله فسد لان الجنب نجس وعفي عن يده لموضع الحاجة ، وكره النخعي الوضوء بسؤر الحائض ، وقال جابر بن زيد لا يتوضأ به للصلاة ، وأكثر أهل العلم لا يرون بسؤرها بأسا منهم الحسن ومجاهد والزهري ومالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد ، وقد دللنا على طهارة الجنب والحائض والتفريق بين اليد والرجل لا يصح لانهما استويا فيما إذا أصابتهما نجاسة فاستويا في الجنابة . ويحتمل أن نقول به لان اليد يراد بها الاغتراف وقصده هو المانع من جعل الماء مستعملا وهذا لا يوجد في الرجل لانها لا يغترف بها فكان غمسها بعد إرادة الغسل استعمالا للماء والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة اذا خلت بالماء)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في وضوء الرجل بفضل وضوء المرأة اذا خلت به ، والمشهور عنه أنه لا يجوز ذلك وهو قول عبد الله بن سرجس والحسن وغنيم بن قيس وهو قول ابن عمر في الحائض والجنب ، قال أحمد : قد كرهه غير واحد من أصحاب النبي ﷺ . وأما اذا كانا جميعا فلا بأس (والثانيـة) يجوز الوضوء به للرجال والنساء اختارها ابن عقيـل وهو قول أكثر أهل العلم لما روى مسلم في صحيحه قال كان النبي ﷺ يغتسل بفضل وضوء ميمونة ، وقالت ميمونة : اغتسلت من جفنـة ففضلت فيها فضلة فجاء النبي ﷺ يغتسل فقلت اني قد اغتسلت منه فقال « الماء ليس عليه جنابة » ولانه ماء طهور جاز للمرأة الوضوء به فجاز للرجل كفضل الرجل .

ووجه الرواية الاولى ماروى الحكم بن عمرو أن النبي ﷺ نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه أبو داود وابن ماجه ، قال الخطابي قال محمد بن اسماعيل خبر الاقرع لا يصح ، والصحيح في هذا خبر عبدالله بن سرجس وهو موقوف ومن رفعه فقد أخطأ ، قلنا قد رواه أحمد واحتج به وهذا يقدم على التضعيف [1] لاحتمال أن يكون قد روي من وجه صحيح خفي على من ضعفه وأيضا فانه قول جماعة من الصحابة ، قال أحمد أكثر أصحاب رسول الله ﷺ

[1] فيه ان الجرح مقدم على التعديل والاحتمال ليس بصحيح

عائشة وفيه انه توضأ للصلاة قبل اغتساله وقال في موضع غسـل رجليه في موضعه ، وبعده وقبله سواء ولعله ذهب إلى أن اختلاف الاحاديث فيه يدل على أن موضع الغسل ليس بمقصود وانما المقصود أصل الغسل

﴿ مسئلة ﴾ قال (مجزيء)

وهو أن يغسل ما به من أذى وينوي ويعم بدنه بالغسل مثل أن ينغمس في ماء راكد أو جار غامر أو يقف تحت صوب المطر أو ميزاب حتى يعم المـاء جميع جسده فيجزئه لقوله تعالى (وإن كنتم جنبا فاطهروا) وقوله (حتى تغتسلوا) وقد حصل الغسل فتباح له الصلاة لان الله تعالى جعل الغسل غاية المنع من الصلاة فتقتضي أن لا يمنع منها بعد الاغتسال

(فصل) ويستحب امرار يده على جسده في الغسل والوضوء ولا يجب اذا تيقن أو غلب على ظنه وصول الماء الى جميع جسده وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي واسحاق

يقولون اذا خلت بالماء فلا يتوضأ منه . فأما حديث ميمونة فقد قال أحمد أتقيه لحال سماك ليس أحد يرويه غيره وقال هذا فيه اختلاف شديد بعضهم يرفعه وبعضهم لا يرفعه ولانه يحتمل أنها لم تخل به فيحمل عليه جمعا بين الخبرين

(فصل) واختلف أصحابنا في تفسير الخلوة به فقال الشريف أبو جعفر قولا يدل على أن الخلوة هي أن لا يحضرها من لا تحصل الخلوة في النكاح بحضوره سواء كان رجلا أو امرأة أو صبيا عاقلا لأنها إحدى الخلوتين فنافاها حضور أحدهؤلاء كالأخرى وقال القاضي هي أن لايشاهدها رجل مسلم فان شاهدها صبي أو امرأة أو رجل كافر لم تخرج بحضورهم عن الخلوة . وذهب بعض الاصحاب الى أن الخلوة استعمالها للماء من غير مشاركة الرجل في استعماله لان أحمد قال اذا خلت به فلا يعجبني أن يغتسل هو به وإذا شرعا فيه جميعا فلا بأس به لقول عبدالله بن سرجس : اغتسلا جميعًا هو هكذا وأنت هكذا . قال عبدالواحد في اشارته كان الاناء بينهما واذا خلت به فلا تقربنه رواه الاثرم . وقد كانت عائشة تغتسل هي ورسول الله ﷺ من اناء واحد يغترفان منه جميعا متفق عليه . فيخص بهذا عموم النهي وبقينا فيما عداه على العموم

(فصل) فان خلت به في بعض أعضائها أو في تجديد طهارة أو استنجاء أوغسل نجاسة ففيه وجهان (أحدهما) المنع لانه طهارة شرعية (والثاني) لايمنع لان الطهارة المطلقة تنصرف الى طهارة الحدث الكاملة . وان خلت به ذمية في اغتسالها ففيه وجهان (أحدهما) هو كخلوة المسلمة لأنها أدنى حالا من المسلمة وأبعد من الطهارة وقد تعلق بغسلها حكم شرعي وهو حل وطئها إذا اغتسلت من الحيض وأمرها به اذا كان من جنابة (والثاني) لايؤثر لان طهارتها لا تصح فهي كتبردها . وان خلت المرأة بالماء في تبردها أو تنظيفها أو غسل ثوبها من الوسخ لم يؤثر لانه ليس بطهارة

(فصل) وانما تؤثر خلوتها في الماء القليل وما بلغ القلتين لايؤثر خلوتها فيه لان حقيقة النجاسة والحدث لاتؤثر فيه فوهم ذلك أولى

(فصل) ومنع الرجل من استعمال فضلة طهور المرأة تعبدي غير معقول المعنى نص عليه أحمد ولذلك يباح لامرأة سواها التطهر به في طهارة الحدث وغسل النجاسة وغيرهما لان النهي اختص الرجل ولم يعقل معناه فيجب قصره على محل النهي ،وهل يجوز للرجل غسل النجاسة به ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز وهو قول القاضي لانه مائع لا يرفع حدثه فلم يزل النجس كسائر المائعات .

وأصحاب الرأي . وقال مالك امرار يده على بدنه إلى حيث تنال واجب . ونحوه قال أبو العالية قالوا لان الله تعالى قال(حتى تغتسلوا) ولا يقال اغتسل الا لمن دلك نفسه ولأنها طهارة عن حدث فوجب فيها امرار اليد كالتيمم

ولنا قول النبي ﷺ لأم سلمة في غسل الجنابة « إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » رواه مسلم ولانه غسل واجب فلم يجب فيه امرار اليد

(والثاني) يجوز وهو الصحيح لانه ماء يطهر المرأة من الحدث والنجاسة ويزيلها من المحال كلها اذا فعلته فيزيلها اذا فعله الرجل كسائر المياه ولانه ماء يزيل النجاسة بمباشرة المرأة فيزيلها اذا فعله الرجل كسائر المياه والحديث لا تعقل علته فيقتصر على ماورد به لفظه ونحو هـذا يحكى عن ابن أبي موسى والله أعلم .

باب الغسل من الجنابة

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (واذا أجنب غسل مابه من أذى وتوضأ وضوءه للصلاة ثم أفرغ على رأسه ثلاثا يروي أصول الشعر ثم يفيض الماء على سائر جسده)

قال الفراء يقال جنب الرجل وأجنب وتجنب واجتنب من الجنابة . ولغسل الجنابة صفتان صفة اجزاء وصفة كمال ، فالذي ذكره الخرقي ههنا صفة الكمال . قال بعض أصحابنا الكامل يأتي فيه بعشرة أشياء : النية . والتسمية ، وغسل يديه ثلاثا ، وغسل مابه من أذى ، والوضوء ، ويحثي على رأسه ثلاثا يروي بها أصول الشعر ، ويفيض الماء على سائر جسده ، ويبدأ بشقه الايمن ، ويدلك بدنه بيده ، وينتقل من موضع غسله فيغسل قدميه . ويستحب أن يخلل أصول شعر رأسه ولحيته بماء قبل افاضته عليه ، قال أحمد الغسل من الجنابة على حديث عائشة وهو ماروي عنها قالت : كان رسول الله ﷺ اذا اغتسل من الجنابة غسل يديه ثلاثا وتوضأ وضوءه للصلاة ثم يخلل شعره بيده حتى اذا ظن أنه قد أروى بشرته أفاض عليه الماء ثلاث مرات ثم غسل سائر جسده متفق عليه . وقالت ميمونة : وضع رسول الله ﷺ وضوء الجنابة فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثا ثم أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره . ثم ضرب بيده الارض أو الحائط مرتين أو ثلاثا ثم تمضمض واستنشق وغسل وجهه وذراعيه ثم أفاض الماء على رأسه ثم غسل جسده ثم تنحى عن مقامه ذلك فغسل رجليه فأتيته بالمنديل فلم يردها وجعل

كغسل النجاسة وما ذكروه ممنوع فانه يقال غسل الاناء وان لم يدلكه والتيمم أمرنا فيه بالمسح لانها طهارة بالتراب ويتعذر في الغالب إمرار التراب إلا باليد

(فصل) ولا يجب الترتيب في غسل الجنابة لان الله تعالى قال (وإن كنتم جنبا فاطهروا) وقال (حتى تغتسلوا) فكيفما اغتسل فقد حصل التطهير ولا نعلم في هـذا خلافا ولا تجب فيه موالاة نص عليه احمد . قال حنبل سألت أحمد عمن اغتسل وعليه خاتم ضيق ؟ قال يغسل موضع الخاتم. قلت فان جف غسله ؟ قال يغسله ليس هو بمنزلة الوضوء . قلت فان صلى ثم ذكر ؟ قال يغسل موضعه ثم يعيد الصلاة وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال ربيعة من تعمد ذلك أعاد الغسل وهو قول الليث واختلف فيه عن مالك ، وفيه وجه لاصحاب الشافعي قياسا على الوضوء ، وذكر الشيخ أبو الفرج في الايضاح انه شرط ، والأولى قول الجمهور لانها طهارة لا ترتيب فيها فلم تجب فيها موالاة كغسل النجاسة فعلى هذا تكون

ينفض الماء بيديه متفق عليه ، وفي هذين الحديثين كثير من الخصال المسماة ، وأما البداية بشقه الايمن فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيمن في طهوره ، وفي حديث عن عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اغتسل من الجنابة دعا بشيء نحو الحلاب فأخذ بكفيه بدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر . ثم أخذ بكفيه فقال بهما على رأسه متفق عليه ، وأما غسل الرجلين بعد الغسل فقد اختلف عن أحمد في موضعه فقال في رواية أحب إلي أن يغسلهما بعد الوضوء لحديث ميمونة وقال في رواية : العمل على حديث عائشة وفيه أنه توضأ للصلاة قبل اغتساله وقال في موضع : غسل رجليه في موضعه وبعده وقبله سواء ولعله ذهب إلى أن اختلاف الاحاديث فيه يدل على أن موضع الغسل ليس بمقصود وانما المقصود أصل الغسل والله تعالى اعلم

« مسئلة » قال (وان غسل مرة وعم بالماء رأسه وجسده ولم يتوضأ أجزأه بعد أن يتمضمض ويستنشق وينوي به الغسل والوضوء وكان تاركا للاختيار)

هذا المذكور صفة الاجزاء والاول هو المختار ولذلك قال وكان تاركا للاختيار يعني إذا اقتصر على هذا أجزأه مع تركه للافضل والاولى ، وقوله وينوي به الغسل والوضوء يعني أنه يجزئه الغسل عنهما إذا نواهما نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى لا يجزئه الغسل عن الوضوء حتى يأتي به قبل

واجبات الغسل شيئين .النية وتعميم البدن بالغسل وقد ذكرنا الاختلاف في التسمية فيما مضى

(فصل) وان اجتمع شيئان يوجبان الغسل كالحيض والجنابة والتقاء الختانين والانزال فنواهما بغسله أجزأه عنهما وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن الحسن والنخعي في الحائض والجنب تغتسل غسلين

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يغتسل من الجماع إلا واحداً وهو يتضمن التقاء الختانين والانزال غالبا ولانهما سببان يوجبان الغسل فاجزأ الغسل الواحد عنهما كالحدث والنجاسة ، وهكذا الحكم ان اجتمعت احداث توجب الطهارة الصغرى كالنوم واللمس وخروج النجاسة فنواها بطهارته وان نوى أحدها ففيه وجهان مضى ذكرهما

(فصل) إذا بقيت لمعة من جسده لم يصبها الماء فمسحها بيده أو بشعره أو عصر شعره عليها فقد اختلفت الرواية فيه عن أحمد .فروي أنه سئل عن حديث العلاء بن زياد أن النبي صلى الله عليه وسلم اغتسل فرأى لمعة لم يصبها الماء فدلكها بشعره قال نعم آخذ به ، وروى علي قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني اغتسلت من الجنابة وصليت الفجر ثم أصبحت فرأيت قدر موضع الظفر لم يصبه ماء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو كنت مسحت عليه بيدك أجزأك» رواه ابن ماجه وروي عن أحمد أنه قال يأخذ لها ماء جديداً فيه حديث لا يثبت بعصر شعره . وذكر له حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم عصر لمته على لمعة كانت في جسده فضعفه ولم يصححه . قال

الغسل أو بعده وهو أحد قولي الشافعي لان النبي ﷺ فعل ذلك ، ولان الجنابة والحدث وجدا منه فوجبت لهما الطهارتان كما لو كانا منفردين

ولنا قول الله تعالى (لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون ، ولاجنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا) جعل الغسل غاية للمنع من الصلاة ، فاذا اغتسل يجب أن لا يمنع منها ولانهما عبادتان من جنس واحد فتدخل الصغرى في الكبرى كالعمرة في الحج . قال ابن عبدالبر المغتسل من الجنابة اذا لم يتوضأ وعم جميع جسده فقد أدى ماعليه لان الله تعالى انما افترض على الجنب الغسل من الجنابة دون الوضوء بقوله (وإن كنتم جنبا فاطهروا) وهو اجماع لاخلاف فيه بين العلماء إلا أنهم أجمعوا على استحباب الوضوء قبل الغسل تأسياً برسول الله ﷺ ولانه أعون على الغسل وأهذب فيه. وروى باسناده عن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ لايتوضأ بعد الغسل من الجنابة ، فان لم ينو الوضوء لم يجزه إلا عن الغسل ، فان نواهما ثم أحدث في أثناء غسله أتم غسله ويتوضأ ، وبهذا قال عطاء وعمرو ابن دينار والثوري ويشبه مذهب الشافعي ، وقال الحسن يستأنف الغسل ولا يصح لان الحدث لاينافي الغسل فلا يؤثر وجوده فيه كغير الحدث

(فصل) ولا يجب عليه امرار يده على جسده في الغسل والوضوء اذا تيقن أو غلب على ظنه وصول الماء إلى جميع جسده وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك امرار يده إلى حيث تنال يده واجب ونحوه قال أبو العالية وقال

شيخنا والصحيح أن ذلك يجزئه اذا كان من بلل الغسلة الثانية أو الثالثة وجرى ماؤها على اللمعة لانه كغسلها بماء جديد على مافيه من الاحاديث، فان لم يجر الماء فالاولى غسلها بماء جديد . ويمكن حمل المسح على الغسل الخفيف في الحديث فان الغسل الخفيف يسمى مسحا وإن عصر شعره في الغسلة الاولى انبنى على المستعمل في رفع الحدث على مامضى

(فصل) ولا يجب على المرأة نقض شعرها لغسلها من الجنابة رواية واحدة اذا روت أصوله ولا نعلم في هذا خلافا إلا أنه روي عن ابن عمرو أنه كان يأمر النساء بذلك وهو قول النخعي ولا نعلم أحداً وافقهما على ذلك . ووجه الاول ماروت أم سلمة أنها قالت : يارسول الله اني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه للجنابة ؟ قال « لا انما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » رواه مسلم ، وعن عبيد بن عمير قال : بلغ عائشة أن عبدالله بن عمرو يأمر النساء اذا اغتسلن أن ينقضن رؤسهن فقالت ياعجبي لابن عمرو هذا يأمر النساء اذا اغتسلن أن ينقضن رؤسهن أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤسهن لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من اناء واحد وما أزيد على أن أفرغ على رأسي ثلاث افراغات . رواه مسلم إلا أن يكون في رأس المرأة حشو أو سدر يمنع وصول الماء إلى مانحته فتجب إزالته ، وإن كان خفيفا لايمنع لم تجب

(فصل) فأما غسل الحيض فنص أحمد على أنها تنقض شعرها فيه ، قال مهنا سألت أحمد عن

عطاء في الجنب يفيض عليه الماء ؟ قال لا بل يغتسل غسلان لان الله تعالى قال (حتى تغتسلوا) ولا يقال اغتسل الا لمن دلك نفسه ولان الغسل طهارة عن حدث فوجب امرار اليد فيها كالتيمم

ولنا ماروت أم سلمة قالت : قلت يارسول الله اني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه لغسل الجنابة ؟ فقال « لا انما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » رواه مسلم ولانه غسل واجب فلم يجب فيه امرار اليد كغسل النجاسة وما ذكروه في الغسل غير مسلم فانه يقال غسل الاناء وإن لم يمر يده ويسمى السيل الكبير غاسولا والتيمم أمرنا فيه بالمسح لانه طهارة بالتراب ويتعذر في الغالب امرار التراب الا باليد، فان قيل فهذا الحديث لم تذكر فيه النية وهي واجبة ولا المضمضة والاستنشاق وهما واجبان عندكم . قلنا أما النية فانها سألته عن الجنابة ولا يكون الغسل للجنابة الا بالنية . وأما المضمضة والاستنشاق فقد دخلا في عمومه لقوله « ثم تفيضين عليك الماء » والفم والانف من جملتها

(فصل) ولا يجب الترتيب ولا الموالاة في أعضاء الوضوء إذا قلنا الغسل يجزيء عنهما لأنهما عبادتان دخلت إحداهما في الاخرى فسقط حكم الصغرى كالعمرة مع الحج نص على هذا احمد قال حنبل سألته عن جنب اغتسل وعليه خاتم ضيق قال يغسل موضع الخاتم قلت فان جف غسله؟ قال يغسله ليس هو بمنزلة الوضوء الوضوء محدود . وهذا على الجملة قال الله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا)

المرأة تنقض شعرها من الحيض قال نعم فقلت له كيف تنقضه من الحيض ولا تنقضه من الجنابة ؟ فقال حديث أسماء عن النبي ﷺ أنه قال « تنقضه » واختلف فيه أصحابنا فمنهم من أوجبه وهو قول الحسن وطاوس لماروي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها إذ كانت حائضا « خذي ماءك وسدرك وامتشطي » ولا يكون المشط إلا في شعر غير مضفور . وللبخاري « انقضي رأسك وامتشطي » ولان الاصل وجوب نقض الشعر ليتيقن وصول الماء الى ماتحته فعفي عنه في غسل الجنابة لانه يكثر فيشق ذلك بخلاف الحيض . وقال بعض أصحابنا هو مستحب غير واجب . روي ذلك عن عائشة وأم سلمة وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر العلماء وهو الصحيح لان في بعض ألفاظ حديث أم سلمة أفأنقضه للحيضة والجنابة قال لا ؟ رواه مسلم . وهذه زيادة يجب قبولها وهذا صريح في نفي الوجوب فأما حديث عائشة الذي رواه البخاري فليس فيه أمر بالغسل . ولو كان فيه أمر لم يكن فيه حجة لان ذلك ليس هو غسل الحيض انما أمرت بالغسل في حال الحيض للاحرام بالحج ولو ثبت الامر بالغسل حمل على الاستحباب جمعا بين الحديثين ولان مافيه يدل على الاستحباب وهو المشط والسدر وليس بواجب فما هو من ضرورته أولى

(فصل) ويجب غسل بشرة الرأس كثيفا كان الشعر أو خفيفا وكذلك كل ما تحت الشعر كجلد اللحية لما روت أسماء قالت سألت النبي ﷺ عن غسل الجنابة فقال « تأخذ ماء فتطهر فتحسن الطهور أو تبلغ الطهور . ثم تصب على رأسها فتدلكه حتى يبلغ شؤون رأسها ثم تفيض

فنت فان صلى ثم ذكر قال يغسل موضعه ثم يعيد الصلاة . وأكثر أهل العلم لايرون تفريق الغسل مبطلا له إلا أن ربيعة قال من تعمد ذلك فأرى عليه أن يعيد الغسل وبه قال الليث واختلف فيه عن مالك ،وفيه وجه لاصحاب الشافعي . وما عليه الجمهور أولى لانه غسل لايجب فيه الترتيب فلاتجب الموالاة كغسل النجاسة فلواغتسل إلا أعضاء وضوئه لم يجب الترتيب فيها لان حكم الجنابة باق.وقال ابن عقيل والآمدي فيمن غسل جميع بدنه الا رجليه ثم أحدث يجب الترتيب في الاعضاء الثلاثة لانفرادها بالحدث الاصغر ولا يجب الترتيب في الرجلين لاجتماع الحدثين فيهما

(فصل) فعلى هذا يكون واجبات الغسل شيئين لاغير النية وغسل جميع البدن ، فأما التسمية فحكمها حكم التسمية في الوضوء على مامضى بل حكمها في الجنابة أخف لان حديث التسمية انما تناول بصريحه الوضوء لا غير .

(فصل) اذا اجتمع شيئان يوجبان الغسل كالحيض والجنابة أوالتقاء الختانين والانزال ونواهما بطهارته أجزأه عنهما قاله أكثر أهل العلم منهم عطاء وأبو الزناد وربيعة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي . ويروى عن الحسن والنخعي في الحائض الجنب يغتسل غسلين

ولنا أن النبي ﷺ لم يكن يغتسل من الجماع إلا غسلا واحداً وهو يتضمن شيئين إذ هو لازم للانزال في غالب الاحوال ولأنهما سببان يوجبان الغسل فأجزأ الغسل الواحد عنهما كالحدث والنجاسة . وهكذا الحكم ان اجتمعت احداث توجب الطهارة الصغرى كالنوم وخروج

عليه الماء رواه مسلم . وعن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال « من ترك موضع شعرة من جنابة لم يصبها الماء فعل به من النار كذا و كذا» قال علي فمن ثم عاديت شعري قال وكان يجز شعره رواه أبو داود

(فصل) فاما غسل ما استرسل من الشعر وبل ماعلى الجسد منه ففيه وجهان (أحدهما) يجب وهو ظاهر قول أصحابنا ومذهب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وانقوا البشرة » رواه أبو داود ولأنه شعر نابت في محل الفرض فوجب غسله كشعر الحاجبين (والثاني) لايجب وهو قول أبي حنيفة لان النبي ﷺ قال « يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات » مع اخبارها إياه بشد ضفر رأسها ومثل هذا لا يبل الشعر المشدود ضفره في العادة ولو وجب غسله لوجب نقضه ليعلم أن الماء قد وصل اليه ولأن الشعر ليس من الحيوان بدليل أنه لاينقض مسه من المرأة ، ولا نطلق بايقاع الطلاق عليه فلم يجب غسله كثوبها. وأما حديث « بلوا الشعر » فيرويه الحارث بن وجيه وحده وهو ضعيف الحديث عن مالك بن دينار : والحاجبان انما وجب غسلها من ضرورة غسل بشرتهما وكذلك كل شعر لايمكن غسل بشرته الا بغسله لانه من قبيل مالا يتم الواجب إلا به . فان قلنا بوجوب غسله فترك غسل شيء منه لم يتم غسله فان قطع المتروك ثم غسله أجزأه لانه لم يبق في بدنه شيء غير مغسول ولو غسله ثم تقطع لم يجب غسل موضع القطع كما لوقص أظفاره بعد الوضوء

النجاسة واللبس فنواها بطهارته أو نوى رفع الحدث أو استباحة الصلاة أجزأه عن الجميع وإن نوى أحدها أو نوت المرأة الحيض دون الجنابة فهل تجزئه عن الآخر؟ على وجهين (أحدهما) تجزئه عن الآخر لأنه غسل صحيح نوى به الفرض فأجزأه كما لو نوى استباحة الصلاة (والثاني) يجزئه عما نواه دون مالم ينوه لقول النبي ﷺ «إنما لكل امرئ ما نوى» وكذلك لو اغتسل للجمعة هل تجزئه عن الجنابة؟ على وجهين مضى توجيههما فيما مضى

(فصل) إذا بقيت لمعة من جسده لم يصبها الماء فروي عن أحمد أنه سئل عن حديث العلاء ابن زياد أن النبي ﷺ اغتسل فرأى لمعة لم يصبها الماء فدلكها بشعره قال نعم آخذ به ورواه ابن ماجه عن ابن عباس عن النبي ﷺ، وروي عن علي قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: اني اغتسلت من الجنابة وصليت ثم أصبحت فرأيت قدر موضع الظفر لم يصبه الماء فقال رسول الله ﷺ «لو كنت مسحت عليه بيدك أجزاك» رواه ابن ماجه أيضاً، قال مهنا وذكر لي أحمد عن النبي ﷺ أنه رأى على رجل موضعاً لم يصبه الماء فأمره أن يعصر شعره عليه، وروي عن أحمد أنه قال يأخذ ماء جديداً فيه حديث لا يثبت بعصر شعره وذكر له حديث ابن عباس أن النبي ﷺ عصر لمته على لمعة كانت في جسده قال ذاك ولم يصححه والصحيح أن ذلك يجزئه إذا كان من بلل الغسلة الثانية أو الثالثة وجرى ماؤه على تلك اللمعة لأن غسلها بذلك البلل كغسلها بماء جديد مع ما فيه من الاحاديث والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ويتوضأ بالمد وهو رطل وثلث ويغتسل بالصاع وهو أربعة أمداد)

ليس في حصول الاجزاء بالمد في الوضوء والصاع في الغسل خلاف نعلمه وقد روى سفينة قال كان رسول الله ﷺ يغسله الصاع من الماء من الجنابة ويوضئه المد رواه مسلم، وروي أن قوما

(فصل) وغسل الحيض كغسل الجنابة إلا أنه يستحب أن يغتسل بماء وسدر وتأخذ فرصة ممسكة فتتبع بها مجرى الدم والموضع الذي يصل اليه الماء من فرجها ليزول عنها زفورة الدم فان لم تجد مسكا فغيره من الطيب فان لم تجد فالماء كاف لان في حديث أسماء «تأخذ إحداكن سدرتها وماءها فتطهر فتحسن الطهور ثم تصب على رأسها فتدلكه دلكا شديداً حتى تبلغ شؤون رأسها ثم تصب عليه الماء ثم تأخذ فرصة ممسكة فتطهر بها» قالت أسماء وكيف تطهر بها؟ فقال «سبحان الله تطهرين بها» فقالت عائشة تتبعين بها أثر الدم، رواه مسلم - الفرصة هي القطعة من كل شيء. والمسك الاذفر الخالص

﴿مسئلة﴾ قال (ويتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع فان سبغ بدونهما أجزأه)

المد رطل وثلث بالعراقي والصاع أربعة أمداد وهو خمسة أرطال وثلث وهو برطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم رطل وسبع والمد ربعه وهو ثلاث أواق وثلاثة أسباع أوقية، ورطل العراقي مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وذلك تسعون مثقالا والمثقال درهم وثلاثة أسباع ولا خلاف في حصول الاجزاء بالمد في الوضوء والصاع في الغسل فيما علمنا وذلك لما روى أنس قال: كان

سألوا جابراً عن الغسل فقال يكفيك صاع فقال رجل ما يكفيني فقال جابر : كان يكفي من هو أوفى شعراً منك وخير منك ، يعني النبي ﷺ متفق عليه ، وفيه أخبار كثيرة صحاح ، والصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي ، والمد ربع ذلك وهو رطل وثلث وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي يوسف ، وقال أبو حنيفة الصاع ثمانية أرطال لان أنس بن مالك قال : كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد وهو رطلان ويغتسل بالصاع

ولنا ماروي أن النبي ﷺ قال لكعب بن عجرة « أطعم ستة مساكين فرقا من طعام » متفق عليه، قال أبو عبيد ولا اختلاف بين الناس أعلمه في أن الفرق ثلاثة آصع والفرق ستة عشر رطلا فثبت أن الصاع خمسة أرطال وثلث ، وروي أن أبا يوسف دخل المدينة فسألهم عن الصاع فقالوا خمسة أرطال وثلث فطالبهم بالحجة فقالوا غداً فجاء من الغد سبعون شيخا كل واحد منهم آخذ صاعا تحت ردائه فقال صاعي ورثته عن أبي وورثه أبي عن جدي حتى انتهوا به إلى النبي ﷺ فرجع أبو يوسف عن قوله ، وهذا اسناد متواتر يفيد القطع ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « المكيال مكيال أهل المدينة » ولم يثبت لنا تغييره ، وحديث أنس هذا انفرد به موسى بن نصر وهو ضعيف الحديث قاله الدارقطني

(فصل) والرطل العراقي مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وهو تسعون مثقالا والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم هكذا كان قديما ثم انهم زادوا فيه مثقالا فجعلوه احدى وتسعين

رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد ، متفق عليه ، وعن سفينة قال كان رسول الله ﷺ يغسله الصاع من الماء من الجنابة ويوضئه المد ، رواه مسلم ، وفي حديث جابر أنه سئل عن غسل الجنابة فقال يكفيك صاع فقال رجل ما يكفيني فقال جابر كان يكفي من هو أوفى منك شعراً وخيراً منك - يعني النبي ﷺ متفق عليه ، والصاع والمد ما ذكرنا وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي يوسف ، وقال أبو حنيفة الصاع ثمانية أرطال والمد رطلان لان أنس بن مالك قال كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد وهو رطلان ويغتسل بالصاع

ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال لكعب بن عجرة « اطعم ستة مساكين فرقا من طعام » متفق عليه ، قال أبو عبيد : لا اختلاف بين الناس أعلمه في أن الفرق ثلاثة آصع والفرق ستة عشر رطلا ، فثبت أن الصاع خمسة أرطال وثلث ، وروي أن أبا يوسف دخل المدينة فسألهم عن الصاع فقالوا خمسة أرطال وثلث فطالبهم بالحجة فقالوا غداً فجاء من الغد سبعون شيخا كل منهم أخذ صاعاً تحت ردائه فقال صاعي ورثته من أبي عن جدي حتى انتهوا به إلى النبي ﷺ فرجع أبو يوسف عن قوله ، وهذا تواتر يحصل به القطع ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « المكيال مكيال أهل المدينة » وحديثهم تفرد به موسى بن نصر وهو ضعيف الحديث قاله الدارقطني

(فصل) فان أسبغ بدونهما أجزأه - معنى الاسباغ أن يعم جميع الاعضاء بالماء بحيث يجري عليها

مثقالا وكل به مائة وثلاثون درهما وقصدوا بهذه الزيادة ازالة كسر الدرهم والعمل على الاول لانه الذي كان موجوداً وقت تقدير العلماء المد به فيكون المد حينئذ مائة درهم وإحدى وسبعين درهما وثلاثة أسباع درهم وذلك بالرطل الدمشقي الذي وزنه ستمائة درهم — ثلاثة أواقي وثلاثة أسباع أوقية ، والصاع أربعة أمداد فيكون رطلا وأوقية وخمسة أسباع أوقية وإن شئت قلت هو رطل وسبع رطل .

« مسئلة » قال (فان أسبغ بدونهما أجزأه)

معنى الاسباغ أن يعم جميع الاعضاء بالماء بحيث يجري عليها لان هذا هو الغسل وقد أمرنا بالغسل قال أحمد انما هو الغسل ليس المسح فاذا أمكنه أن يغسل غسلا وإن كان مداً أو أقل من مد أجزأه وهذا مذهب الشافعي وأكثر أهل العلم ، وقد قيل لايجزيء دون الصاع في الغسل والمد في الوضوء وحكي هذا عن أبي حنيفة لانه روي عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « يجزيء من الوضوء مد ومن الجنابة صاع » والتقدير بهذا يدل على أنه لايحصل الاجزاء بدونه

ولنا أن الله تعالى أمر بالغسل وقد أتى به فيجب أن يجزئه ، وقد روي عن عائشة أنها كانت تغتسل هي والنبي صلى الله عليه وسلم من اناء واحد يسع ثلاثة أمداد أو قريبا من ذلك . رواه مسلم وعن عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ بثلثي مد ، وحديثهم انما دل بمفهومه وهم لايقولون به ثم انه انما يدل بشرط أن لايكون للتخصيص فائدة سوى تخصيص الحكم به ، وههنا انما خصه لانه خرج مخرج الغالب لانه لايكفي في الغالب أقل من ذلك ثم ماذكرناه منطوق وهو مقدم على المفهوم اتفاقا ، وقد روى الاثرم عن القعنبي عن سليمان بن بلال عن عبد الرحمن بن عطاء أنه سمع سعيد بن المسيب ورجلا من أهل العراق يسأله عما يكفي الانسان من غسل الجنابة فقال

لان هذا هو الغسل وقد أمرنا بالغسل نصَّ عليه أحمد . وهذا مذهب الشافعي وأكثر أهل العلم وقد قيل لايجزيء في الغسل دون الصاع ولا في الوضوء دون المد ، وحكي ذلك عن أبي حنيفة لان جابراً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يجزيء من الوضوء مد ومن الجنابة صاع » والتقدير بهذا يدل على أنه لايحصل الاجزاء بدونه

ولنا أن الله تعالى أمر بالغسل وقد أتى به ، وقد روي عن عائشة أنها كانت تغتسل هي والنبي ﷺ من إناء واحد يسع ثلاثة أمداد أو قريباً من ذلك رواه مسلم . وعن عبد الله بن زيد أن النبي ﷺ توضأ بثلثي مد وحديثهم انما يدل بمفهومه وهم لايقولون به وإن ذكروه على وجه الالزام فماذكرناه منطوق وهو راجح عليه ، وقد روي عن سعيد بن المسيب قال إن لي ركوة أوقدحا مايسع إلا نصف المد أو نحوه ثم أبول ثم أتوضأ وأفضل منه فضلا . قال عبد الرحمن فذكرت هذا الحديث لسليمان بن يسار فقال سليمان وأنا يكفيني مثل ذلك فذكرت ذلك لابي عبيدة بن عمار بن ياسر فقال أبو عبيدة وهكذا سمعنا

سعيد إن لي توراً يسع مدين من ماء ونحو ذلك فاغتسل به ويكفيني ويفضل منه فضل فقال الرجل فوالله اني لاستنثر وأتمضمض بمدين من ماء ونحو ذلك ، فقال سعيد بن المسيب فيم تأمرني إن كان الشيطان يلعب بك فقال له الرجل فان لم يكفني فاني رجل كما ترى عظيم فقال له سعيد بن المسيب ثلاثة أمداد ، فقال ثلاثة أمداد قليل ، فقال له سعيد فصاع . وقال سعيد إن لي ركوة أوقدحا مايسع إلا نصف المد ماء أو نحوه ثم أبول ثم أتوضأ وأفضل منه فضلا . قال عبدالرحمن فذكرت هذا الحديث الذي سمعت من سعيد بن المسيب لسليمان بن يسار فقال سليمان وأنا يكفيني مثل ذلك. قال عبدالرحمن فذكرت ذلك لابي عبيدة بن عمار بن ياسر فقال أبو عبيدة وهكذا سمعنا من أصحاب رسول الله ﷺ وقال ابراهيم النخعي اني لأتوضأ من كوز الحب مرتين .

(فصل) وإن زاد على المد في الوضوء والصاع في الغسل جاز فان عائشة قالت : كنت أغتسل أنا والنبي ﷺ من اناء واحد من قدح يقال له الفرق . رواه البخاري والفرق ثلاثة آصع ، وعن أنس قال : كان رسول الله ﷺ يغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد . رواه البخاري أيضاً ، ويكره الاسراف في الماء والزيادة الكثيرة فيه لما روينا من الآثار . وروى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ مرّ بسعد وهو يتوضأ فقال « ماهذا السرف » فقال أفي الوضوء اسراف ؟ فقال « نعم وإن كنت على نهر جار » رواه ابن ماجه ، وعن أبي بن كعب قال : قال رسول الله ﷺ « إن للوضوء شيطانا يقال له ولهان فاتقوا وسواس الماء » وكان يقال من قلة فقه الرجل ولوعه بالماء

من أصحاب رسول الله ﷺ وقال ابراهيم النخعي اني لأتوضأ من كوز الحب مرتين

(فصل) فاذا زاد على المد في الوضوء وعلى الصاع في الغسل جاز فان عائشة قالت كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد من قدح يقال له الفرق — والفرق ثلاثة آصع وقال أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد متفق عليه . وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء يسع رطلين رواه أبو داود . ويكره الاسراف في الماء والزيادة الكثيرة فيه لما روينا من الآثار ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ بسعد وهو يتوضأ فقال « ماهذا السرف ؟ » فقال أفي الوضوء اسراف ؟ قال « نعم وإن كنت على نهر جار » رواه ابن ماجه . وعن أبي كعب قال : قال رسول الله ﷺ « إن للوضوء شيطانا يقال له ولهان فاتقوا وسواس الماء » رواه أحمد وابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اغتسل ينوي الطهارتين أجزأ عنهما وعنه لايجزئه حتى يتوضأ) ظاهر المذهب أنه يجزئه الغسل عن الطهارتين إذا نواهما نص عليه أحمد وعنه لا يجزئه حتى يتوضأ قبل الغسل أو بعده وهو أحد قولي الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ولان الجنابة والحدث وجد منه فوجب لهما الطهارتان كما لو كانا منفردين

«مسئلة» قال (وتنقض المرأة شعرها لغسلها من الحيض وليس عليها نقضه من الجنابة اذا أروت أصوله)

نص على هذا أحمد قال مهنا سألت أحمد عن المرأة تنقض شعرها إذا اغتسلت من الجنابة ؟ فقال : لا . فقلت له في هذا شيء قال نعم حديث أم سلمة قلت فتنقض شعرها من الحيض ؟ قال نعم قلت له وكيف تنقضه من الحيضة ولا تنقضه من الجنابة؟ فقال حديث أسماء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنقضه » ولا يختلف المذهب في أنه لا يجب نقضه من الجنابة ولا أعلم فيه خلافا بين العلماء إلا ماروي عن عبد الله بن عمرو : روى أحمد في المسند حدثنا اسماعيل حدثنا أيوب عن أبي الزبير عن عبيد بن عمير قال بلغ عائشة أن عبد الله بن عمرو يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رءوسهن فقالت : ياعجبا لابن عمرو يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رءوسهن أفلا يأمرهن أن يحلقن رءوسهن ؟ لقد كنت أنا ورسول الله ﷺ نغتسل فلا أزيد على أن أفرغ على رأسي ثلاث افراغات [1] . واتفق الأئمة الاربعة على أن نقضه غير واجب وذلك لحديث أم سلمة أنها قالت للنبي ﷺ اني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه للجنابة ؟ قال « لا إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » رواه مسلم . الا أن يكون في رأسها حشو أو سدر يمنع وصول الماء الى ماتحته فيجب إزالته وان كان خفيفا لايمنع لم يجب والرجل والمرأة في هذا سواء وانما اختصت المرأة بالذكر لان العادة اختصاصها بكثرة الشعر وتوفيره وتطويله ، واما نقضه للغسل من الحيض فاختلف أصحابنا في وجوبه فمنهم من أوجبه ، وهو قول الحسن وطاوس لما روي عن عائشة

[1] رواه مسلم ايضا

ووجه الاولى قوله تعالى (لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى-إلى قوله- ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا) جعل الغسل غاية للمنع من الصلاة فاذا اغتسل يجب أن لا يمنع منها ولانهما عبادتان من جنس فدخلت الصغرى في الكبرى في الافعال دون النية كالحج والعمرة قال ابن عبدالبر المغتسل من الجنابة إذا لم يتوضأ وعم جميع بدنه فقد أدى ما عليه لان الله تعالى انما افترض على الجنب الغسل من الجنابة دون الوضوء بقوله (وان كنتم جنبا فاطهروا) وهو إجماع لاخلاف فيه بين العلماء إلا أنهم أجمعوا على استحباب الوضوء قبل الغسل تأسيا برسول الله ﷺ وقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان لايتوضأ بعد الغسل من الجنابة رواه الامام أحمد والترمذي

(فصل) وان لم ينو الوضوء لم يجزه الاعن الغسل لقوله عليه السلام «وإنما لامريء مانوى» فان نواهما أحدث في أثناء غسله أتم غسله ثم يتوضأ ، وقال الحسن يستأنف الغسل ولا يصح لان الحدث الاصغر لاينافي الغسل فلا يؤثر وجوده فيه كغير الحدث

رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها إذ كانت حائضا «خذي ماءك وسدرك وامتشطي» ولا يكون المشط الا في شعر غير مضفور وللبخاري «انقضي رأسك وامتشطي» ولابن ماجه «انقضي شعرك واغتسلي» ولان الاصل وجوب نقض الشعر ليتحقق وصول الماء الى ما يجب غسله فعفي عنه في غسل الجنابة لانه يكثر فيشق ذلك فيه والحيض بخلافه فبقي على مقتضى الاصل في الوجوب، وقال بعض أصحابنا هذا مستحب غير واجب وهو قول أكثر الفقهاء وهو الصحيح إن شاء الله لان في بعض الفاظ حديث أم سلمة أنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم اني امرأة أشد ضفر رأسي أفانقضه للحيضة وللجنابة؟ فقال «لا انما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين» رواه مسلم وهذه زيادة يجب قبولها وهذا صريح في نفي الوجوب، وروت أسماء أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن غسل المحيض فقال «تأخذ احداكن ماءها وسدرها فتطهر فتحسن الطهور ثم تصب على رأسها فتدلكه دلكا شديداً حتى تبلغ شؤون رأسها ثم تصب عليها الماء» رواه مسلم ولو كان النقض واجبا لذكره لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولانه موضع من البدن فاستوى فيه الحيض والجنابة كسائر البدن. وحديث عائشة الذي رواه البخاري ليس فيه أمر بالغسل ولو أمرت بالغسل لم يكن فيه حجة لان ذلك ليس هو غسل الحيض انما أمرت بالغسل في حال الحيض للاحرام بالحج فانها قالت أدركني يوم عرفة وأنا حائض فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «دعي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي» وان ثبت الامر بالغسل حمل على الاستحباب بما ذكرنا من الحديث وفيه ما يدل على الاستحباب لانه أمرها بالمشط وليس بواجب فما هو من ضرورته أولى.

(فصل) ويسقط الترتيب والموالاة في أعضاء الوضوء اذا قلنا الغسل يجزيء عنهما لانهما عبادتان دخلت احداهما في الاخرى فسقط حكم الصغرى كالعمرة مع الحج نص عليه أحمد: فلو اغتسل إلا أعضاء الوضوء لم يجب الترتيب فيها لان حكم الجنابة باق وقال ابن عقيل والآمدي فيمن غسل جميع بدنه الا رجليه ثم أحدث يجب الترتيب في الاعضاء الثلاثة لانفرادها في الحدث الاصغر دون الرجلين لاجتماع الحدثين فيهما، ويعايابها فيقال طهارة يجب الترتيب في بعضها ولا يجب في البعض

﴿مسئلة﴾ (ويستحب للجنب اذا أراد النوم أو الاكل أو الوطء ثانيا أن يغسل فرجه ويتوضأ) وروي ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وكان ابن عمر يتوضأ الا غسل قدميه وقال ابن المسيب اذا أراد أن يأكل يغسل كفيه ويتمضمض. وحكي نحوه عن امامنا واسحاق وأصحاب الرأي. وقال مجاهد يغسل كفيه لما روي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يأكل وهو جنب غسل يديه رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه. وقال مالك يغسل يديه ان كان أصابهما أذى. وقال ابن المسيب وأصحاب الرأي ينام ولا يمس ماء لما روت عائشة قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم ينام

(فصل) وغسل بشرة الرأس واجب سواء كان الشعر كثيفا أو خفيفا وكذلك كل ماتحت الشعر كجلد اللحية وغيرها لما روت أسماء أنها سألت النبي ﷺ عن غسل الجنابة فقال « تأخذ ماء فتطهر فتحسن الطهور أو تبلغ الطهور ثم تصب على رأسها فتدلكه حتى تبلغ شؤون رأسها ثم تفيض عليها الماء » وعن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ترك موضع شعرة من جنابة لم يصبها الماء فعل به من النار كذا وكذا » قال علي فمن ثم عاديت شعري قال وكان يجز شعره رواه أبو داود ولان ماتحت الشعر بشرة أمكن ايصال الماء اليها من غير ضرر فلزمه كسائر بشرته.

(فصل) فأما غسل ماالسترسل من الشعر وبلّ ماعلى الجسد منه ففيه وجهان (أحدهما) يجب وهو ظاهر قول الاصحاب ومذهب الشافعي لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وانقوا البشرة » رواه أبو داود وغيره ولانه شعر نابت في محل الغسل فوجب غسله كشعر الحاجبين وأهداب العينين (والثاني) لايجب ويحتمله كلام الخرقي وهو قول أبي حنيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات » مع إخبارها اياه بشد ضفر رأسها ومثل هـذا لا يبل الشعر المشدود ضفره في العـادة ولانه لو وجب بله لوجب نقضه ليعلم أن الغسل قد أتى عليه ولان الشعر ليس من أجزاء الحيوان بدليل انه لاينجس بموته ولا حياة فيـه ولا ينقض الوضوء مسه من المرأة ولا تطلق بطلاقه فلم يجب غسله للجنابة كثيابها ، وأما حديث « بلوا الشعر » فيرويه الحارث بن وجيه وحده وهو ضعيف الحديث عن مالك بن دينار ، وأما

وهو جنب ولا يمس ماء رواه أبوداود وابن ماجه

ولنا أن عمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ قال « نعم اذا توضأ فليرقد » متفق عليه ، وعن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « اذا أتى أحـدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ » رواه مسلم . وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يأكل أو ينام توضأ يعني وهو جنب رواه ابو داود . فأما أحاديثهم فأحاديثنا أصح ويمكن الجمع بينهما بحملها على الجواز وحمل أحاديثنا على الاستحباب

(فصل) واذا غمست الحائض أو الجنب أو الكافر أيديهم في المـاء فهو طاهر مالم يكن على أيديهم نجاسة لان أبدانهم طاهرة وهذه الاحداث لاتقتضي تنجيس الماء قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العـلم على أن عرق الجنب طاهر يروى ذلك عن عائشة وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافا ، وقد روى ابو هريرة أن رسول الله ﷺ لقيه في بعض طرق المدينة قال فانخنست منه فذهبت فاغتسلت ثم جئت فقال « أين كنت ياأباهريرة » قال يارسول الله كنت جنباً فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة فقال « سبحان الله ان المؤمن لا ينجس » متفق عليه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قدمت اليه امرأة من نسائه قصعة ليتوضأ منها فقالت امرأة إني غمست يدي فيها وأنا جنب فقال « المـاء لايجنب » وكان النبي ﷺ يشرب من سؤر عائشة

الحاجبان فيجب غسلهما لان من ضرورة غسل بشرتهما غسلهما وكذا كل شعر من ضرورة غسل بشرته غسله فيجب غسله ضرورة أن الواجب لايتم إلا به وإن قلنا يوجب غسله فترك غسل بعضه لم يتم غسله فان قطع المتروك ثم غسله لانه لم يبق في بدنه شيء غيرمغسول ولو غسله ثم انقطع لم يجب غسل موضع القطع ولم يقدح ذلك في غسله

(فصل) وغسل الحيض كغسل الجنابة إلا في نقض الشعر وانه يستحب أن يغتسل بماء وسدر وتأخذ فرصة ممسكة فتتبع بها مجرى الدم والموضع الذي يصل اليه الماء من فرجها ليقطع عنها زفورة الدم ورائحته فان لم تجد مسكا فغيره من الطيب فان لم تجد فالماء شاف كاف ، قالت عائشة رضي الله عنها إن أسماء سألت النبي ﷺ عن غسل الحيض قال «تأخذ إحداكن سدرتها وماءها فتطهر فتحسن الطهور ثم تأخذ فرصة ممسكة فتطهر بها» فقالت أسماء وكيف أتطهر بها ؟ فقال «سبحان الله تطهري بها» فقالت عائشة كأنها تخفي ذلك تتبعي أثر الدم رواه مسلم . الفرصة هي القطعة من كل شيء .

(فصل) ويستحب للجنب اذا أراد أن ينام أو يطأ ثانيا أو يأكل أن يغسل فرجه ويتوضأ وروي ذلك عن علي وعبد الله بن عمرو . وكان عبد الله بن عمر يتوضأ إلا غسل قدميه ، وقال ابن المسيب اذا أراد أن يأكل يغسل كفيه ويتمضمض وحكي نحوه عن امامنا وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مجاهد يغسل كفيه لما روي عن عائشة أن النبي ﷺ كان اذا أراد أن يأكل وهو جنب غسل يديه

وهي حائض وتوضأ النبي ﷺ من مزادة مشركة متفق عليه ، وأجاب النبي ﷺ يهوديا أضافه بخبز واهالة سنخة . قال شيخنا ويتخرج التفريق بين الكتابي الذي لا يأكل الميتة والخنزير وبين غيره ممن يأكل ذلك ومن لا تحل ذبيحتهم كقولنا في آنيتهم وقد ذكرناه

(فصل) فأما طهورية الماء فان الحائض والكافر لايؤثر غمسهما أيديهما في الماء لان حدثهما لايرتفع وأما الجنب فان لم ينو بغمس يده في الماء رفع الحدث عنها فكذلك بدليل حديث المرأة التي قالت غمست يدي في الماء وأنا جنب فقال النبي ﷺ « الماء لايجنب » ولان الحدث لايرتفع من غير نية أشبه غمس الحائض ، وإن نوت رفع حدثها فحكم الماء حكم مالو اغتسل الجنب فيه للجنابة كذا ذكره شيخنا وفي هذا نظر . فانهم قد قالوا ان الماء المستعمل اذا اختلط بالماء الطهور انما يؤثر فيه اذا كان بحيث لو كان مائعا آخر غيره . والمنفصل عن اليد ههنا يسير فينبغي اذا كان الماء كثيراً بحيث لايؤثر فيه المنفصل عن غسل اليد لو غسلت منفردة بماء ثم صب فيه أن لا يؤثر ههنا لانه في معناه ، وإن كان الماء يسيراً بحيث يغلب على الظن ان قدر المنفصل عن اليد يؤثر فيه لو غسلت منفردة ثم صب فيه أثر ههنا وقد روي عن أحمد مايدل على هذا فانه سئل عن جنب وضع له ماء فأدخل يده ينظر حره من برده ؟ قال إن كان أصبعا فأرجو أن لا يكون به بأس وإن كانت اليد أجمع فكأنه كرهه

رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، وقال مالك يغسل يديه إن كان أصابهما أذى . وقال ابن المسيب وأصحاب الرأي ينام ولا يمس ماء لما روى الاسود عن عائشة قالت : كان النبي ﷺ ينام وهو جنب ولا يمس ماء . رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما . وروى أحمد في المسند حدثنا أبو بكر بن عياش حدثنا الاعمش عن أبي اسحاق عن الاسود عن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يجنب ثم ينام ولا يمس ماء حتى يقوم بعد ذلك فيغتسل . وروي أن النبي ﷺ كان يطوف على نسائه بغسل واحد . رواه البخاري ، ولانه حدث يوجب الغسل فلا يستحب الوضوء مع بقائه كالحيض

ولنا ماروي أن عمر سأل النبي ﷺ أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ قال « نعم اذا توضأ » متفق عليه . وعن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « اذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ » رواه مسلم ، وعن عائشة أن النبي ﷺ كان اذا أراد أن يأكل أو ينام توضأ يعني وهو جنب رواه ابو داود . فأما حديث عائشة ينام وهو جنب ولا يمس ماء فرواه أبو اسحاق عن الاسود عن عائشة ورواه غير واحد عن الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ كان يتوضأ قبل أن ينام . رواه شعبة والثوري ويرون أنه غلط من أبي اسحاق ، قال أحمد أبو اسحاق روى عن الاسود حديثاً خالف فيه الناس فلم يقل أحد عن الاسود مثل ماقد قال فلو أحاله على غير الاسود . والحديث الآخر ليس فيه أنه لم يتوضأ حين أراد أن يعود ، على ان هذه الاحاديث محمولة على الجواز وأحاديثنا تدل على الاستحباب فالحائض حدثها قائم فلا وضوء مع ماينافيه فلا معنى للوضوء

(فصل) قال بعض أصحابنا اذا نوى رفع الحدث ثم غمس يده في الماء ليغرف بها صار الماء مستعملا . قال شيخنا والصحيح إن شاء الله أن ذلك لا يؤثر لان قصد الاغتراف منع قصد غسلها على مابيناه في المتوضيء اذا اغترف من الاناء لغسل يديه بعد وجهه ، وإن انقطع حيض المرأة فهي قبل الغسل كالجنب فيما ذكرنا من التفصيل . وقد اختلف عن أحمد في هذا فقال في موضع في الجنب والحائض يغمس يديه في الاناء اذا كانا نظيفين فلا بأس به ، وقال في موضع كنت لا أرى به بأساً ثم حدثت عن شعبة عن محارب بن دثار عن ابن عمر وكأني تهيبته ، وسئل عن جنب وضع له ماء فوضع يده فيه ينظر حره من برده فقال إن كان أصبعا فأرجو أن لا يكون به بأس وإن كانت اليد أجمع فكأنه كرهه وسئل عن الرجل يدخل الحمام وليس معه مايصب به الماء على يده ترى له أن يأخذ بفيه ؟ فقال لا يده وفمه واحد وقياس المذهب ماذكرنا وكلام أحمد محمول على الكراهة لما فيه من الخلاف ، وقال أبو يوسف إن أدخل الجنب يده في الماء لم يفسد وإن أدخل رجله فسد لان الجنب نجس فعفي عن يده لموضع الحاجة وكره النخعي الوضوء بسؤر الحائض ، وأكثر أهل العلم لا يرون به بأساً منهم الحسن ومجاهد والزهري ومالك والاوزاعي والثوري والشافعي . وقد دللنا على طهارة الجنب والحائض ، والتفريق بين اليد والرجل لا يصح لاستوائهما فيما اذا أصابتهما نجاسة كذلك في الجنابة قال شيخنا ويحتمل أن نقول به لان اليد يراد بها الاغتراف وقصده هو المانع من جعل الماء مستعملا وهذا لا يوجد في الرجل فيؤثر غمسها في الماء والله أعلم

فصول في الحمام

بناء الحمام وبيعه وشراؤه وكراؤه مكروه عند أبي عبدالله قال في الذي يبني حماما للنساء ليس بعدل قال أبو داود سألت أحمد عن كرى الحمام قال أخشى كأنه كرهه . وقيل له فان اشترط على المكتري أن لايدخله أحد بغير ازار فقال ويضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه وانما كرهه لما فيه من فعل المنكرات من كشف العورات ومشاهدتها ودخول النساء إياها .

(فصل) فأما دخوله فان كان الداخل رجلا يسلم من النظر إلى العورات ونظر الناس إلى عورته فلا بأس بدخوله فانه يروى أن ابن عباس دخل حماما بالجحفة . ويروى ذلك عن النبي ﷺ ، ويروى عن خالد بن الوليد أنه دخل الحمام ، وكان الحسن وابن سيرين يدخلان الحمام رواه الخلال وإن خشي أن لايسلم من ذلك كره له ذلك لانه لايأمن وقوعه في المحظور فان كشف العورة ومشاهدتها حرام بدليل ماروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أنه قال يارسول الله عوراتنا ماناتي منها وما نذر قال « احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ماملكت يمينك » قال يارسول الله فاذا كان أحدنا خاليا قال «فالله أحق أن يستحيي منه من الناس» وقال النبي ﷺ « لاينظر الرجل إلى عورة الرجل ، ولا تنظر المرأة إلى عورة المرأة » وقال عليه السلام « لاتمشوا عراة » رواهما مسلم. قال أحمد : إن علمت أن كل من في الحمام عليه ازار فادخله وإلا فلا تدخل ، وقال سعيد بن جبير دخول الحمام بغير إزار حرام

(فصل) فأما النساء فليس لهن دخوله مع ماذكرنا من الستر إلا لعذر من حيض أو نفاس أو مرض أو حاجة إلى الغسل ولا يمكنها أن تغتسل في بيتها لتعذر ذلك عليها أو خوفها من مرض أو ضرر فيباح لها ذلك اذا غضت بصرها وسترت عورتها ، وأما مع عدم العذر فلا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ستفتح أرض العجم وستجدون فيها حمامات فامنعوا نساءكم إلا حائضاً

﴿ فصول في الحمام ﴾

بناء الحمام وكراؤه وبيعه وشراؤه مكروه عند أبي عبدالله فانه قال في الذي يبني حماما للنساء ليس بعدل وانما كرهه لما فيه من كشف العورة والنظر اليها ودخول النساء اليه

(فصل) فأما دخول الحمام فان دخل رجل وكان يسلم من النظر الى عورات الناس ونظرهم الى عورته فلا بأس به فانه يروى أن ابن عباس دخل حماما بالجحفة ، ويروى ذلك عن النبي ﷺ ، وكان الحسن وابن سيرين يدخلان الحمام رواه الخلال . وان خشي أن لايسلم من ذلك كره له لأنه لايأمن وقوعه في المحظور وهو النظر الى عورات الناس ونظرهم الى عورته وهو محرم بدليل قول النبي ﷺ « لاينظر الرجل الى عورة الرجل ولا تنظر المرأة الى عورة المرأة » وقوله عليه السلام «لاتمشوا عراة » رواهما مسلم . قال أحمد : ان علمت أن كل من في الحمام عليه ازار فادخله والا فلا تدخل

أو نفساء » وروي أن عائشة دخل عليها نساء من أهل حمص فقالت لعلكن من النساء اللاتي يدخلن الحمامات سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان المرأة اذا خلعت ثيابها في غير بيت زوجها هتكت سترها بينها و بين الله عز وجل »

(فصل) ومن اغتسل عريانا بين الناس لم يجز لهذلك لان كشفها للناس محرم لما ذكرنا. وان كان خاليا جاز لان موسى عليه السلام اغتسل عريانا رواه البخاري وأيوب عليه السلام اغتسل عريانا . وان ستره انسان بثوب فلا بأس فقد كان النبي ﷺ يستتر بثوب ويغتسل ، ويستحب التستر وان كان خاليا لقول النبي ﷺ « فالله أحق أن يستحيى منه من الناس »

(فصل) ويجزئه الغسل بماء الحمام ، قال الخلال ثبت عن أصحاب أبي عبدالله أن ماء الحمام يجزيء أن يغتسل به ولا يغتسل منه وذلك أن الاصل الطهارة فلا تزول بالشك ، وقال أحمد : لا بأس بالوضوء من ماء الحمام ، وروي عنه أنه قال : لا بأس أن يأخذ من الانبوبة وهذا على سبيل الاحتياط ولو لم يفعله جاز لان الاصل الطهارة ، وقد قال أحمد : ماء الحمام عندي طاهر وهو بمنزلة الماء الجاري وقد روي عن الاثرم أنه قال من الناس من يشدد فيه ومنهم من يقول هو بمنزلة الماء الجاري لانه ينزف يخرج الاول فالاول قلت يكون كالجاري وهو يستقر في مكان قبل أن يخرج ؟ فقال قد قلت لك فيه اختلاف وأراه قد ظهر منه أنه يستحب أن يحتاط بماء آخر ولم يبين ذلك وهذا يدل على أن الماء الجاري لا ينجسه إلا التغير لانه لو كان يتنجس لم يكن لكونه جاريا أثر . ويدل أيضا على استحباب الاحتياط مع الحكم بطهارة الماء لان ماء الحمام طاهر لما ذكرنا من قبل وانما جعله بمنزلة الماء الجاري اذا كان الماء يفيض من الحوض ويخرج فان الذي يأتي أخيراً يدفع ما في الحوض ويثبت في مكانه

(فصل) فأما النساء فليس لهن دخوله مع ما ذكرنا من الستر الا لعذر من حيض أو نفاس أو مرض أو حاجة الى الغسل ولا يمكنها أن تغتسل في بيتها لتعذر ذلك عليها أو خوفها من مرض أو ضرر فيباح لها اذا سترت عورتها وغضت بصرها ولا يجوز من غير عذر لما روي أن رسول الله ﷺ قال « ستفتح أرض العجم وستجدون فيها حمامات فامنعوا نسائكم الا حائضا أو نفساء » وروي أن عائشة دخل عليها نساء من أهل حمص فقالت لعلكن من النساء اللاتي يدخلن الحمامات سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان المرأة اذا خلعت ثيابها في غير بيت زوجها هتكت سترها بينها و بين الله تعالى » رواهما ابن ماجه

(فصل) ومن اغتسل عريانا بين الناس لم يجز لما ذكرنا وان كان وحده جاز لان موسى عليه السلام اغتسل عريانا وأيوب اغتسل عريانا رواهما البخاري، وان ستره الانسان بثوب فلا بأس فقد كان النبي ﷺ يستر بثوب ويغتسل متفق عليه ، ويستحب التستر وان كان خاليا لقول رسول الله ﷺ « فالله أحق أن يستحيى منه من الناس » وقد قال أحمد لا يعجبني أن يدخل الماء إلا مستتراً ان للماء سكانا لانه يروى عن الحسن والحسين أنهما دخلا الماء وعليهما بردان

بدليل أنه لو كان مافي الحوض كدراً وتتابعت عليه دفع من الماء صافيا لزالت كدورته والله أعلم

(فصل) ولا بأس بذكر الله في الحمام فان ذكر الله حسن في كل مكان مالم يرد المنع منه ، وقد روي أن أباهريرة دخل الحمام فقال : لااله الا الله ، وروي عن النبي ﷺ أنه كان يذكر الله على كل أحيانه ، فاما قراءة القرآن فقال أحمد : لم يبن لهذا وكره قراءة القرآن فيه أبو وائل والشعبي والحسن ومكحول وقبيصة بن ذؤيب ولم يكرهه النخعي ومالك لما ذكرنا في ذكر الله فيه

ووجه الاول أنه محل للتكشف ويفعل فيه مالا يستحسن عمله في غيره فاستحب صيانة القرآن عنه والاولى جواز القراءة فيه لانا لا نعلم فيه حجة تمنع من قراءته ، فاما التسليم فيه فقال أحمد لاأعلم انني سمعت فيه شيئا والاولى جوازه لدخوله في عموم قوله عليه السلام « أفشوا السلام بينكم »

(فصل) قال أحمد لايعجبني أن يدخل الماء الا مستتراً ان للماء سكانا وذلك لما روي عن الحسن والحسين أنهما دخلا الماء وعليهما بردان فقيل لهما في ذلك فقالا :إن للماء سكانا ،ولان الماء لا يستر فتبدو عورة من دخله عريانا

فقيل لهما في ذلك فقالا :ان للماء سكانا ولان الماء لا يستر فتبدو عورة من دخله عريانا والله أعلم

(فصل) ويجزئه الوضوء والغسل من ماء الحمام قال أحمد لا بأس بالوضوء من ماء الحمام وذلك لان الاصل الطهارة وروي عن أحمد أنه قال لابأس أن يأخذ من الانبوبة وهذا على سبيل الاحتياط ولو لم يفعله جاز لان الاصل الطهارة ، وقد قال أحمد ماء الحمام عندي طاهر وهو بمنزلة الماء الجاري،وهل يكره استعماله؟ فيه وجهان (احدهما) يكره لانه يباشره من يتحرى ومن لايتحرى وحكاه ابن عقيل رواية عن أحمد وقد روى الاثرم عن أحمد. قال منهم من يشدد فيه ومنهم من يقول هو بمنزلة الماء الجاري (والثاني) لايكره لكون الاصل طهارته فهو كالماء الذي شككنا في نجاسته والله أعلم (قال شيخنا) وقوله هو بمنزلة الماء الجاري فيه دليل على أن الماء الجاري لاينجس الا بالتغيير لانه لو تنجس بمجرد الملاقاة لم يكن لكونه جاريا أثر وانما جعله بمنزلة الماء الجاري إذا كان الماء يفيض من الحوض ويخرج فان الذي يأتي أخيراً يدفع مافي الحوض ويثبت مكانه بدليل أنه لو كان مافي الحوض كدراً وتتابعت عليه دفع من الماء صافيا لزالت كدورته

(فصل) ولا بأس بذكر الله في الحمام فان ذكره سبحانه حسن في كل مكان مالم يرد المنع منه وقد روي أن أبا هريرة دخل الحمام فقال : لاإله إلا الله وروت عائشة أن النبي ﷺ كان يذكر الله على كل أحيانه رواه مسلم . فأما قراءة القرآن فيه فكرهها أبو وائل والشعبي والحسن ومكحول وحكاه ابن عقيل عن علي وابن عمر لانه محل للتكشف ويفعل فيه ما لا يحسن في غيره فاستحب صيانة القرآن عنه ولم يكرهه النخعي ومالك لانا لا نعلم حجة توجب الكراهة ، فاما رد السلام فقال أحمد ما سمعت فيه شيئا .وقال ابن عقيل يكره .والاولى جوازه من غير كراهة لعموم قوله عليه السلام « أفشوا السلام بينكم »ولانه لم يرد فيه نص والاشياء على الاباحة والله أعلم

باب التيمم

التيمم في اللغة القصد قال الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وقال امرؤ القيس :

تيممت العين التي عند ضارج يفيء عليها الظل عرمضها طامي

وقول الله تعالى (فتيمموا صعيداً طيبا) أي اقصدوه ثم نقل في عرف الفقهاء إلى مسح الوجه واليدين بشيء من الصعيد وهوجائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وأما السنة فحديث عمار وغيره ، وأما الاجماع فأجمعت الامة على جواز التيمم في الجملة

(مسئلة) قال (ويتيمم في قصير السفر وطويله)

طويل السفر ما يبيح القصر والفطر ، وقصيره مادون ذلك مما يقع عليه اسم سفر مثل أن يكون بين قريتين متقاربتين أو متباعدتين . قال القاضي لو خرج إلى ضيعة له ففارق البنيان والمنازل ولو بخمسين خطوة جاز له التيمم والصلاة على الراحلة وأكل الميتة للضرورة فيباح له التيمم فيهما جميعا وهذا قول مالك والشافعي وقد قيل لا يباح الا في السفر الطويل وقول الله عز وجل (وان كنتم مرضى أو على سفر — إلى قوله — فتيمموا) يدل بمطلقه على إباحة التيمم في كل سفر ولان السفر القصير يكثر فيكثر عدم الماء فيه فيحتاج الى التيمم فيه فينبغي أن يسقط به الفرض كالطويل

(فصل) ولا فرق بين سفر الطاعة والمعصية لان التيمم عزيمة فلا يجوز تركه بخلاف بقية الرخص ولانه حكم لا يختص السفر فأبيح في سفر المعصية كمسح يوم وليلة

باب التيمم

التيمم في اللغة القصد قال الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وقال امرؤ القيس

تيممت العين التي عند ضارج يفيء عليها الظل عرمضها طامي

وقول الله تعالى (فتيمموا صعيداً طيبا) أي اقصدوه ثم نقل في عرف الفقهاء الى مسح الوجه واليدين بشيء من الصعيد ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وأما السنة فحديث عمار وغيره ، وأجمعت الامة على جواز التيمم في الجملة وله شروط وفرائض وسنن ومبطلات تأتي في أثناء الباب ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو بدل لا يجوز الا بشرطين (أحدهما) دخول الوقت فلا يجوز لفرض قبل وقته ولا لنفل في وقت النهي عنه)

وجملة ذلك أن التيمم بدل عن الماء انما يجوز عند تعذر الطهارة بالماء لعدمه أو مرض أو خوف أو نحوه لقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) ولقول النبي ﷺ « التراب كافيك ما لم تجد الماء »

(فصل) فان عدم الماء في الحضر بأن انقطع الماء عنهم أو حبس في مصر فعليه التيمم والصلاة، وهذا قول مالك والثوري والاوزاعي والشافعي، وقال أبو حنيفة في رواية عنه: لا يصلي لان الله تعالى شرط السفر لجواز التيمم فلا يجوز لغيره، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن رجل حبس في دار وأغلق عليه الباب بمنزل المضيف أيتيمم؟ قال لا، ولنا ماروى أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال «ان الصعيد الطيب طهور المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين فاذا وجد الماء فليمسه بشرته فان ذلك خير» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح فيدخل تحت عمومه محل النزاع، ولانه عادم للماء فاشبه المسافر، والآية يحتمل أن يكون ذكر السفر فيها خرج مخرج الغالب لان الغالب أن الماء انما يعدم فيه كما ذكر السفر وعدم وجود الكاتب في الرهن وليسا شرطين فيه ولو كان حجة فالمنطوق مقدم عليه. على أن أبا حنيفة لا يرى دليل الخطاب حجة والآية إنما يحتج بدليل خطابها، فعلى هذا إذا تيمم في الحضر وصلى ثم قدر على الماء فهل يعيد؟ على روايتين (إحداهما) يعيد وهو مذهب الشافعي لان هذا عذر نادر فلا يسقط به القضاء كالحيض في الصوم (والثانية) لا يعيد وهو مذهب مالك لانه أتى بما أمر فخرج من عهدته، ولانه صلى بالتيمم المشروع على الوجه المشروع فأشبه المريض والمسافر مع أن عموم الخبر يدل عليه، وقال أبو الخطاب ان حبس في المصر صلى ولم يذكر إعادة وذكر الروايتين في غيره، ويحتمل أنه ان كان عدم الماء لعذر نادر أو يزول قريبا كرجل أغلق عليه الباب مثل الضيف ونحوه أو ما أشبه

والحديث صاحب الشجة وحديث عمرو بن العاص وغير ذلك، ويشترط له ثلاثة شروط (أحدها) دخول الوقت فلا يجوز لصلاة مفروضة قبل دخول وقتها ولا لنافلة في وقت النهي عنها لانه ليس بوقت لها ولانه مستغن عن التيمم فيه فأشبه مالو تيمم عند وجود الماء، وان كانت فائتة جاز التيمم لها في كل وقت لجواز فعلها فيه. وهذا قول مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يصح التيمم قبل وقت الصلاة لانها طهارة مشترطة للصلاة فأبيح تقديمها على الوقت كسائر الطهارات. وروي عن أحمد انه قال القياس أن التيمم بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء أو يحدث، فعلى هذا يجوز قبل دخول الوقت. والصحيح الاول لأنها طهارة ضرورة فلم تجز قبل الوقت كطهارة المستحاضة. وقياسهم ينتقض بطهارة المستحاضة ويفارق التيمم سائر الطهارات لكونها ليست لضرورة (الشرط الثاني) العجز عن استعمال الماء لعدمه لما ذكرنا وعدم الماء انما يشترط لمن تيمم لعذر عدم الماء دون من تيمم لغيره من الاعذار (الشرط الثالث) طلب الماء وفيه خلاف نذكره إن شاء الله

(فصل) وعدم الماء يبيح التيمم في السفر الطويل والقصير، والطويل مايبيح القصر، والقصير مادونه مثل أن يكون بين قريتين متباعدتين أو متقاربتين. قال القاضي: لو خرج إلى ضيعة له تفارق البنيان والمنازل ولو بخمسين خطوة جاز له التيمم والصلاة على الراحلة وأكل الميتة للضرورة. وهذا قول مالك والشافعي. وقال قوم لا يباح إلا في الطويل قياسا على سائر رخص السفر

ولنا قوله تعالى (وإن كنتم مرضى أو على سفر - إلى قوله - فتيمموا) فانه يدل بمطلقه على إباحة التيمم

هذا من الاعذار التي لاتتطاول فعليه الاعادة لان هذا بمنزلة المتشاغل بطلب الماء وتحصيله . وان كان عذراً ممتدا ويوجد كثيراً كالمحبوس او من انقطع الماء في قريته واحتاج الى استقاء الماء من مسافة بعيدة فله التيمم ولا اعادة عليه ، ولان هذا عادم للماء بعذر متطاول معتاد فهو كالمسافر ، ولان عدم هذا الماء أكثر من عدم المسافر له فالنص على التيمم المسافر تنبيه على التيمم ههنا والله أعلم .

(فصل ومن خرج من المصر الى أرض من أعماله لحاجة كالحراث والحصاد والحطاب والصياد وأشباههم ممن لا يمكنه حمل الماء معه لوضوئه فحضرت الصلاة ولا ماء معه ولا يمكنه الرجوع ليتوضأ الا بتفويت حاجته فله أن يصلي بالتيمم ولا اعادة عليه لانه مسافر فأشبه الخارج الى قرية أخرى ويحتمل أن يلزمه الاعادة لكونه في أرض من أعمال المصر فأشبه المقيم فيه فان كانت الارض التي يخرج اليها من عمل قرية أخرى فلا اعادة عليه وجها واحداً لانه مسافر .

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا دخل وقت الصلاة وطلب الماء فأعوزه)

هذه ثلاثة شروط لصحة التيمم (أحدها) دخول وقت الصلاة فان كانت الصلاة مكتوبة مؤداة لم يجز التيمم قبل دخول وقتها ، وان كانت نافلة لم يجز التيمم لها في وقت نهي عن فعلها فيه لانه ليس بوقت لها . وان كانت فائتة جاز التيمم لها في كل وقت لان فعلها جائز في كل وقت وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح التيمم قبل وقت الصلاة لأنها طهارة تبيح الصلاة فأبيح تقديمها على وقت الصلاة كسائر الطهارات وروي عن أحمد أنه قال: القياس أن التيمم بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء أو يحدث فعلى هذا يجوز

في كل سفر ولان السفر القصير يكثر فيكثر عدم الماء فيه فيحتاج الى التيمم فيه فينبغي أن يسقط به الفرض كالطويل . والقياس على رخص السفر لا يصح لان التيمم يباح في الحضر على ما يأتي ولان التيمم عزيمة لا يجوز تركه بخلاف سائر الرخص . ولا فرق بين سفر الطاعة والمعصية لان التيمم عزيمة لا يجوز تركه بخلاف بقية الرخص فان تيمم وصلى فهل يعيد ؟ ذكر القاضي فيه احتمالين أولاهما لا يعيد لانه عزيمة

(فصل) فان عدم الماء في الحضر بأن انقطع عنهم الماء أو حبس وعدم الماء تيمم وصلى وهذا قول مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة في رواية عنه لا يصلي لان الله تعالى شرط السفر لجواز التيمم فلا يجوز في غيره وقد روي عن أحمد أنه سئل عن رجل حبس في دار أو أغلق عليه الباب بمنزل المضيف أيتيمم ؟ قال لا

ولنا ماروى أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال « ان الصعيد الطيب طهور المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين فاذا وجد الماء فليمسه بشرته فان ذلك خير » قال الترمذي حديث حسن صحيح وهذا عام في السفر وغيره ولانه عادم للماء أشبه المسافر فأما الآية فلعل ذكر السفر فيها خرج مخرج الغالب لكون الغالب أن الماء انما يعدم فيه - كما ذكر السفر وعدم وجود الكاتب في الرهن وليسا شرطين فيه . ثم ان الآية انما تدل على ذلك بدليل الخطاب وأبو حنيفة لا يقول به ولو كان حجة

قبل الوقت . والمذهب الاول لانه طهارة ضرورة فلم يجز قبل الوقت كطهارة المستحاضة ، أو نقول يتيمم للفرض في وقت هو مستغن عنه فأشبه مالو تيمم عند وجود الماء وقياسهم ينتقض بطهارة المستحاضة ويفارق التيمم سائر الطهارات لكونها ليست لضرورة . (الشرط الثاني) طلب الماء وهذا الشرط وإعواز الماء انما يشترط لمن يتيمم لعذر عدم الماء والمشهور عن أحمد اشتراط طلب الماء لصحة التيمم وهو مذهب الشافعي ، وروي عن أحمد لا يشترط الطلب وهو مذهب أبي حنيفة لقوله عليه السلام « التراب كافيك مالم تجد الماء » ولانه غير عالم بوجود الماء قريبا منه فأشبه مالو طلب فلم يجد

ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) ولا يثبت أنه غير واجد الا بعد الطلب لجواز أن يكون بقربه ماء لا يعلمه ، ولذلك لما أمر في الظهار بتحرير رقبة قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لم يبح له الصيام حتى يطلب الرقبة ولم يعد قبل ذلك غير واجد ولانه سبب للصلاة مختص بها فلزمه الاجتهاد في طلبه عند الاعواز كالقبلة .

(فصل) وصفة الطلب أن يطلب في رحله ثم ان رأى خضرة أو شيئا يدل على الماء قصده فاستبرأه وان كان بقربه ربوة أو شيء قائم أتاه وطلب عنده وان لم يكن نظر أمامه ووراءه وعن يمينه ويساره وان كانت له رفقة يدل عليهم طلب منهم وان وجد من له خبرة بالمكان سأله عن مياهه فان لم يجد فهو عادم وان دل على ماء لزمه قصده ان كان قريبا مالم يخف على نفسه أو ماله أو يخشى فوات رفقته ولم يفت الوقت وهذا مذهب الشافعي

فالمنطوق راجح عليه فعلى هذا اذا تيمم في الحضر لعدم الماء وصلى فهل يعيد اذا قدر على الماء؟ على روايتين (إحداهما) يعيد وهو مذهب الشافعي لانه عذر نادر فلا يسقط به القضاء كالحيض في الصوم (والثانية) لا يعيد وهو مذهب مالك لانه أتى بما أمر به فخرج عن العهدة ولانه صلى بالتيمم المشروع على الوجه المشروع فأشبه المريض والمسافر مع أن عموم الخبر يدل عليه ، وقال أبو الخطاب ان حبس في المصر صلى ولم يذكر اعادة وذكر الروايتين في غيره . قال شيخنا: ويحتمل أنه ان كان عدم الماء لعذر نادر أو يزول قريبا كرجل أغلق عليه الباب مثل الضيف وما أشبه هذا فعليه الاعادة لان هذا بمنزلة المتشاغل بطلب الماء وتحصيله ، وان كان عذراً ممتداً ويوجد كثيراً كالمحبوس ومن انقطع الماء من قريته واحتاج الى استقاء الماء من مسافة بعيدة فله التيمم ولا اعادة عليه لان هذا عادم للماء بعذر متطاول معتاد فهو كالمسافر ولان عدم هذا الماء أكثر من عدم المسافر له فالنص على التيمم للمسافر تنبيه على التيمم ههنا . وما قاله صحيح والله تعالى أعلم

(فصل) ومن خرج من المصر الى أرض من أعماله كالحراث والحصاد والحطاب وأشباههم ممن لا يمكنه حمل الماء معه لوضوئه فحضرت الصلاة ولا ماء معه ولا يمكنه الرجوع ليتوضأ الا بتفويت حاجته فله أن يصلي بالتيمم ولا اعادة عليه لانه مسافر أشبه الخارج الى قرية أخرى ويحتمل أن تلزمه الاعادة لكونه في أرض من عمل المصر أشبه المقيم فيه فان كانت الارض التي خرج اليها من غير

(فصل) فان طلب الماء قبل الوقت فعليه إعادة الطلب بعده قاله ابن عقيل لانه طلب قبل المخاطبة بالتيمم فلم يسقط فرضه كالشفيع اذا طلب الشفعة قبل البيع وإن طلب بعد الوقت ولم يتيمم عقيبه جاز التيمم بعد ذلك من غير تجديد طلب .

(الشرط الثالث) اعواز الماء بعد الطلب . ولا خلاف في اشتراطه لان الله تعالى قال (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وقال عليه السلام « التراب كافيك مالم تجد الماء » فاشترط أن لا يجد الماء ولان التيمم طهارة ضرورة ولا يرفع الحدث فلا يجوز إلا عند الضرورة ومع وجود الماء لا ضرورة

(فصل) واذا وجد الجنب مايكفي بعض أعضائه لزمه استعماله ويتيمم للباقي ، نص عليه أحمد فيمن وجد مايكفيه لوضوئه وهو جنب قال: يتوضأ ويتيمم . وبه قال عبدة بن أبي لبابة ومعمر ونحوه قال عطاء وهو أحد قولي الشافعي ، وقال الحسن والزهري وحماد ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر والشافعي في القول الثاني يتيمم ويتركه لان هذا الماء لا يطهره فلم يلزمه استعماله كالمستعمل

ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وخبر أبي ذر شرط في التيمم عدم الماء وهذا واجد وقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » رواه البخاري ، ولانه وجد

أرض قريبة فلا إعادة عليه وجهاً واحداً لانه مسافر

(فصل) فان لم يجد إلا ماء ولغ فيه بغل أو حمار فروي عن احمد انه قال اذا لم يجد غير سؤرهما تيمم معه فيقدم الوضوء ثم يتيمم نص عليه احمد ليكون عادما للماء بيقين . قال ابن عقيل : ويحتمل في المذهب أن يصلي بكل واحد منهما ليحصل له تأدية فرضه بيقين ، فعلى هذا يقدم التيمم ويصلي ثم يتوضأ لجواز أن يكون الماء نجسا ولا يضرهمنا تقديم التيمم مع كونه مسقطا للفرض كما اذا اشتبهت الثياب فان أراد أن يصلي صلاة أخرى في وقت واحد لم يحتج الى اعادة الوضوء اذا لم يحدث لأن الماء إن كان طاهراً فالوضوء بحاله وإن كان نجساً فلا حاجة الى تكرار الوضوء بماء نجس ولا يحتاج في الصلاة الثانية الى أن يفعلها مرتين لانه لايحصل له تأدية فرضه بيقين لان أعضاءه قد تنجست بالماء على تقدير نجاسته هذا اذا كان مستديما للطهارة الاولى ذكره ابن عقيل قال ويمكن تأديته بيقين بأن يتيمم للحدث والنجاسة ويصلي لانه إن كان الماء طاهراً فقد صحت صلاته وإن كان نجسا فقد تيمم للنجاسة والحدث فتصح صلاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو لضرر في استعماله من جرح أو برد شديد أو مرض يخشى زيادته أو تطاوله) هذه تشتمل على مسائل أحدها التيمم لخوف البرد متى أمكنه تسخين الماء أو استعماله على وجه يأمن الضرر مثل أن يغسل عضواً عضواً كلما غسل شيئا ستره لزمه ذلك وإن لم يقدر تيمم وصلى في قول أكثر أهل العلم، وقال عطاء والحسن يغتسل وان مات. ومقتضى قول ابن مسعود نحو ذلك. ووجه الاول قوله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) ولما روى عمرو بن العاص قال احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات

من الماء مايمكنه استعماله في بعض جسده فلزمه ذلك كما لو كان أكثر بدنه صحيحا وباقيه جريحا ولأنه قدر على بعض الشرط فلزمه كالسترة وإزالة النجاسة وإذا كان أكثر بدنه صحيحا ، ولا يسلم الحكم في المستعمل وإن سلمنا فلأنه لايطهر شيئا منه بخلاف هـذا ، اذا ثبت هذا فانه يستعمل الماء قبل التيمم ليتحقق الاعواز المشترط .

(فصـل) وإن وجد المحدث الحدث الاصغر بعض مايكفيه فهل يلزمه استعماله ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه استعماله لما ذكرنا في الجنب ولانه قدر على بعض الطهارة بالماء فلزمه كالجنب وكما لو كان بعض بدنه صحيحا ، وبعضه جريحا (والثاني) لايلزمه لان الموالاة شرط فيها فاذا غسل بعض الاعضاء دون بعض لم يفد بخلاف الجنابة ولذلك اذا وجد الماء لزمه غسل مالم يغسله فقط وفي الحدث يلزمه استئناف الطهارة ، وفارق ما اذا كان بعض أعضائه صحيحا وبعضه جريحا لان العجز ببعض البدن يخالف العجز ببعض الواجب بدليل أن من بعضه حر اذا ملك رقبة لزمه اعتاقها في كفارته ولو ملك الحر بعض رقبة لم يلزمه اعتاقه وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) ومن حال بينه وبين الماء سبع أو عدو أو حريق أو لص فهو كالعادم ، ولو كان الماء بمجمع الفساق تخاف المرأة على نفسها منهم فهي عادمة وقد توقف احمد عن هذه المسئلة . وقال ابن أبي موسى تتيمم ولا اعادة عليها في أصح الوجهين ، والصحيح أنها تتيمم ولا اعادة عليها وجها واحداً بل لا يحل لها المضي الى الماء لما فيه من التعرض للزنا وهتك نفسها وعرضها ، وتنكيس رؤوس أهلها

السلاسل فأشفقت ان اغتسلت أن أهلك فتيممت ثم صليت بأصحابي الصبح فذكروا ذلك للنبي ﷺ فقال « ياعمرو صليت بأصحابك وأنت جنب ؟ فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال وقلت اني سمعت الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئا . رواه الخلال وأبو داود وسكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على الجواز لانه لا يقر على الخطأ ولانه خائف على نفسه أشبه المريض ، وهل تلزمه الاعادة اذا قدر على استعمال الماء ؟ فيه روايتان (احداهما) لاتلزمه وهو قول الثوري ومالك وأبي حنيفة وابن المنذر لحديث عمرو فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره باعادة ولو وجبت لامره بها فانه لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولانه خائف على نفسه أشبه المريض (والثانية) تلزمه الاعادة في الحضر دون السفر وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه عذر نادر غير متصل فلم يمنع الاعادة كنسيان الطهارة ، قال الشيخ والاول أصح ويفارق نسيان الطهارة فانه لم يأت بما أمر به وانما ظن انه أتى به بخلاف مسئلتنا ، وقال الشافعي يعيد الحاضر لما ذكرنا وفي المسافر قولان

(فصل) الثاني الجريح والمريض اذا خاف على نفسه من استعمال الماء فله التيمم هذا قول أكثر اهل العلم منهم ابن عباس ومجاهد وعكرمة وطاوس والنخعي وقتادة ومالك والشافعي ، وقال عطاء والحسن لايجوز التيمم إلا عند عدم الماء

وربما أفضى الى قتلها ، وقد أبيح لها التيمم حفظا للقليل من مالها المباح لها بذله وحفظا لنفسها من مرض أو تباطؤ برء فههنا أولى ، ومن كان في موضع عند رحله فخاف ان ذهب إلى الماء ذهب شيء من رحله أوشردت دابته أو سرقت أوخاف على أهله لصاً أوسبعا خوفا شديداً فهو كالعادم ، ومن كان خوفه جبنا لا عن سبب يخاف من مثله لم تجزه الصلاة بالتيمم. نص عليه أحمد في رجل يخاف بالليل وليس شيء يخاف منه فقال : لابد من أن يتوضأ ، ويحتمل أن تباح له بالتيمم ويعيد إذا كان ممن يشتد خوفه لانه بمنزلة الخائف لسبب ومن كان خوفه لسبب ظنه فتبين عدم السبب مثل من رأى سواداً بالليل ظنه عدواً فتبين أنه ليس بعدو أو رأى كلبا فظنه أسداً أو نمراً فتيمم وصلى ثم بان خلافه فهل يلزمه الاعادة؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه الاعادة لانه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته (والثاني) يلزمه الاعادة لانه تيمم من غير سبب يبيح التيمم فأشبه من نسي الماء في رحله وتيمم

(فصل) ومن كان مريضا لايقدر على الحركة ولا يجد من يناوله الماء فهو كالعادم قاله ابن أبي موسى وهو قول الحسن لانه لا سبيل له الى الماء فأشبه من وجد بئراً ليس له مايستقي به منها ،وان كان له من يناوله الماء قبل خروج الوقت فهو كالواجد لانه بمنزلة من يجد ما يستقي به في الوقت وان خاف خروج الوقت قبل مجيئه فقال ابن أبي موسى : له التيمم ولا إعادة عليه وهو قول الحسن لانه عادم في الوقت فأشبه العادم مطلقا ، ويحتمل أن ينتظر مجيء من يناوله لانه حاضر ينتظر حصول

ولنا قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) وحديث عمرو بن العاص حين تيمم من خوف البرد وحديث صاحب الشجة ولانه يباح له التيمم اذا خاف العطش أو خاف من سبع فكذلك ههنا لان الخوف لا يختلف وانما اختلفت جهاته ، واختلفوا في الخوف المبيح للتيمم فروي عن أحمد لا يبيحه الا خوف التلف وهذا أحد قولي الشافعي ، والصحيح من المذهب أنه يباح له التيمم إذا خاف زيادة المرض أو تباطؤ البرء أو خاف شيئا فاحشاً أو ألما غير محتمل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لعموم قوله تعالى (وان كنتم مرضى) ولانه يجوز له التيمم اذا خاف ذهاب شيء من ماله أو ضرراً في نفسه من لص أو سبع أو لم يجد الماء الا بزيادة كثيرة على ثمن مثله فلان يجوز ههنا أولى . ولان ترك القيام في الصلاة وتأخير الصوم في المرض لا ينحصر في خوف التلف فكذا ههنا . فأما المريض والجريح الذي لا يخاف الضرر باستعمال الماء مثل من به الصداع والحمى الحارة وأمكنه استعمال الماء الجاري ولا ضرر عليه فيه لزمه ذلك لان اباحة التيمم لنفي الضرر ولا ضرر عليه ، وحكي عن مالك وداود اباحة التيمم للمريض مطلقا لظاهر الآية .

ولنا أنه قادر على استعمال الماء من غير ضرر فأشبه الصحيح والآية اشترط فيها عدم الماء فلم يتناول محل النزاع على أنه لابد من اضمار الضرورة والضرورة انما تكون عند الضرر

﴿مسئلة﴾ (أو عطش يخافه على نفسه أو رفيقه أو بهيمته) متى خاف العطش على نفسه جازله التيمم ولا اعادة عليه اجماعا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسافر إذا كان

الماء قريبا فاشبه المشتغل باستقاء الماء وتحصيله

(فصل) اذا وجد بئراً وقدر على التوصل الى مائها بالنزول من غير ضرر أو الاغتراف بدلو أو ثوب يبله ثم يعصره لزمه ذلك وان خاف فوت الوقت لان الاشتغال به كالاشتغال بالوضوء، وحكم من في السفينة في الماء كحكم واجد البئر ، وان لم يمكنه الوصول الى مائها الا بمشقة أو تغرير بالنفس فهو كالعادم وهذا قول الثوري والشافعي ومن تبعهم ، ومن كان الماء قريبا منه يمكنه تحصيله الا أنه يخاف فوت الوقت لزمه السعي اليه والاشتغال بتحصيله وان فات الوقت لانه واجد للماء فلا يباح له التيمم لقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا)

(فصل) وان بذل له ماء لطهارته لزمه قبوله لانه قدر على استعماله ولا منة في ذلك في العادة وان لم يجده الا بثمن لا يقدر عليه فبذل له الثمن لم يلزمه قبوله لان المنة تلحق به وان وجده يباع بثمن مثله في موضعه أو زيادة يسيرة يقدر على ذلك مع استغنائه عنه لقوته ومؤنة سفره لزمه شراؤه وان كانت الزيادة كثيرة تجحف بماله لم يلزمه شراؤه لان عليه ضررا وان كانت كثيرة لا تجحف بماله فقد توقف أحمد فيمن بذل له ماء بدينار ومعه مائة فيحتمل إذا وجهين (أحدهما) يلزمه شراؤه لانه واجد للماء قادر عليه فيلزمه استعماله بدلالة قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) (والثاني) لا يلزمه شراؤه لان عليه ضرراً في الزيادة الكثيرة فلم يلزمه بذلها كما لو خاف لصا يأخذ من ماله ذلك المقدار وقال الشافعي لا يلزمه شراؤه بزيادة يسيرة ولا كثيرة لذلك

ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماءاً فتيمموا) وهذا واجد فان القدرة على ثمن العين كالقدرة على العين

معه ماء وخشي العطش أنه يبقي الماء للشرب ويتيمم منهم علي وابن عباس والحسن وعطاء ومجاهد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وان خاف على رفيقه أو رقيقه أو بهائمه فهو كما لو خاف على نفسه لان حرمة رفيقه كحرمة نفسه والخائف على بهائمه خائف من ضياع ماله وعليه ضرر فيه فجاز له التيمم كالمريض ، وان وجد عطشان يخاف تلفه لزمه سقيه ويتيمم . قيل لاحمد رجل معه إداوة من ماء للوضوء فيرى قوما عطاشا أحب اليك أن يسقيهم أو يتوضأ؟ قال لا بل يسقيهم ثم ذكر عدة من أصحاب رسول الله ﷺ يتيممون ويحبسون الماء لشفاههم وقال أبو بكر والقاضي لا يلزمه بذله لانه محتاج اليه

ولنا أن حرمة الآدمي تقدم على الصلاة بدليل مالو رأى حريقا أو غريقا عند ضيق وقت الصلاة لزمه ترك الصلاة والخروج لانقاذه فلان يقدمها على الطهارة بالماء أولى وقد روي في حديث البغي أن الله غفر لها بسقي الكلب عند العطش فاذا كان في سقي الكلب فالآدمي أولى

(فصل) واذا وجد الخائف من العطش ماء طاهراً وماء نجسا يكفيه أحدهما لشربه فانه يحبس الطاهر لشربه ويريق النجس ان استغنى عنه ، وقال القاضي : يتوضأ بالطاهر ويحبس النجس لشربه لانه وجد ماء طاهراً يستغني عن شربه أشبه ما لو كان الكل طاهراً

في المنع من الانتقال إلى البدل بدليل مالو بيعت بثمن مثلها ، وكالرقبة في كفارة الظهار ولان ضرر المال دون ضرر النفس ، وقد قالوا في المريض يلزمه الغسل مالم يخف التلف فتحمل الضرر اليسير في المال أحرى ، فان لم يكن معه ثمنه فبذل له بثمن في الذمة يقدر على آدائه في بلده فقال القاضي يلزمه شراؤه لانه قادر على أخذه بما لامضرة فيه وقال أبو الحسن الآمدي : لا يلزمه شراؤه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وربما يتلف ماله قبل آدائه وإن لم يكن في بلده مايؤدي ثمنه لم يلزمه شراؤه لان عليه ضرراً وإن لم يبذله له وكان فاضلا عن حاجته لم يجز له مكاثرته عليه (١) لان الضرورة لا تدعو اليه لان هذا له بدل وهو التيمم بخلاف الطعام في المجاعة

(١) عبارة الشرح الكبير في المسألة: لم يجز له اخذه منه قهرا

(فصل) اذا كان معه ماء فأراقه قبل الوقت أو مرّ بماء قبل الوقت فتجاوزه وعدم الماء في الوقت صلى بالتيمم من غير إعادة ، وبه يقول الشافعي وقال الاوزاعي : إن ظن أنه يدرك الماء في الوقت كقولنا وإلا صلى بالتيمم وعليه الاعادة لانه مفرط

ولنا أنه لم يجب عليه استعماله فأشبه مالو ظن أنه يدرك الماء في الوقت ، وإن أراق الماء في الوقت أو مرّ به في الوقت فلم يستعمله ثم عدم الماء يتيمم ويصلي وفي الاعادة وجهان (أحدهما) لا يعيد لانه صلى بتيمم صحيح تحققت شرائطه فهو كما لو أراقه قبل الوقت (والثاني) يعيد لانه وجبت

ولنا أنه لا يقدر على مايجوز شربه والوضوء به إلا الطاهر فجاز له حبسه لشربه كما لو انفرد ، وإن وجدهما وهو عطشان شرب الطاهر وأراق النجس اذا استغنى عنه سواء كان في الوقت أو قبله ، وقال بعض الشافعية إن كان في الوقت شرب النجس لان الطاهر مستحق للطهارة فهو كالمعدوم ، ولا يصح لان شرب النجس حرام وإنما يصير الطاهر مستحقا للطهارة اذا استغنى عن شربه ، وهذا غير مستغن عن شربه فوجود النجس كعدمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو خشية على ماله في طلبه) متى خاف على نفسه أو ماله في طلب الماء كمن بينه وبين الماء سبع أو عدو أو حريق أو لص فهو كالعادم لانه خائف الضرر باستعماله أو التلف فهو كالمريض ولو كان الماء بمجمع الفساق تخاف المرأة على نفسها منهم فهي كالعادمة وقد توقف أحمد عن هذه المسئلة وقال ابن أبي موسى تتيمم ولا اعادة عليها في أصح الوجهين ، قال شيخنا والصحيح جواز التيمم لها وجهاً واحداً ولا اعادة عليها بل لا يحل لها الخروج إلى الماء لما فيه من التعرض للزنا وهتك نفسها وعرضها وتنكيس رؤس أهلها وربما أفضي إلى قتلها . وقد أبيح لها التيمم حفظا للقليل من مالها المباح لها بذله وحفظ نفسها من زيادة مرض أو تباطؤ برء فههنا أولى . وكذلك إن كان يخاف اذا ذهب إلى الماء شرود دابته أو سرقتها أو يخاف على أهله لصا أو سبعا فهو كالعادم لما ذكرنا ، فان كان خوفه جبنا لا عن سبب يخاف من مثله كالذي يخاف بالليل وليس شيء يخاف منه لم يجز له التيمم نصّ عليه أحمد قال شيخنا ويحتمل أن يباح له التيمم ويعيد اذا اشتد خوفه لانه بمنزلة الخائف لسبب ، ومن كان خوفه لسبب ظنه مثل من رأى سواداً ظنه عدواً فتبين أنه ليس بعدو أو رأى كلبا فظنه نمراً فتيمم

عليه الصلاة بوضوء وهو فوت القدرة على نفسه فبقي في عهدة الواجب ، وإن وهبه بعد دخول الوقت لم تصح الهبة والماء باق على ملكه فلو تيمم مع بقاء الماء لم يصح تيممه وان تصرف فيه الموهوب له فهو كما لو أراقه .

(فصل) اذا نسي الماء في رحله أو موضع يمكنه استعماله وصلى بالتيمم فقد توقف أحمد رحمه الله في هذه المسئلة وقطع في موضع أنه لايجزئه وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجزئه ، وعن مالك كالمذهبين لانه مع النسيان غير قادر على استعمال الماء فهو كالعادم

ولنا أنها طهارة تجب مع الذكر فلم تسقط بالنسيان كما لو صلى ناسياً لحدثه ثم ذكر أو صلى الماسح ثم بان له انقضاء مدة المسح قبل صلاته ويفارق ماقاسوا عليه فانه غير مفرط وههنا هو مفرط بترك الطلب

(فصل) وان ضل عن رحله الذي فيه الماء أو كان يعرف بئراً فضاعت عنه ثم وجدها ؟ فقال ابن عقيل يحتمل أن يكون كالناسي والصحيح أنه لااعادة عليه وهو قول الشافعي ، لانه ليس بواجد للماء فيدخل في عموم قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) ولانه غير مفرط بخلاف الناسي ، وان كان الماء مع عبده فنسيه العبد حتى صلى سيده احتمل أن يكون كالناسي واحتمل أن لا يعيد لان التفريط من غيره

(فصل) اذا صلى ثم بان أنه كان بقربه بئر أو ماء نظرت [1] فان كانت خفية بغير علامة وطلب فلم يجدها فلا اعادة عليه لانه غير مفرط وان كانت أعلامه ظاهرة فقد فرط فعليه الاعادة

[1] كذا في الاصل وعبارة الشرح الكبير في المسألة اظهر فلتنظر

وصلى فبان خلافه فهل تلزمه الاعادة؟ على وجهين (أحدهما) لاتلزمه الاعادة لانه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته (والثاني) تلزمه لانه تيمم من غير سبب يبيح التيمم أشبه من نسي الماء بموضع يمكنه استعماله

(فصل) ومن كان مريضاً لايقدر على الحركة ولا يجد من يناوله الماء فهو كالعادم قاله ابن أبي موسى وهو قول الحسن لانه لاسبيل له الى الماء أشبه من وجده في بئر ليس له مايستقي به منها ، وإن وجد من يناوله قبل خروج الوقت فهو كالواجد في الحال لانه بمنزلة من يجد مايستقي به في الوقت ، وإن خاف خروج الوقت قبل مجيئه فقال ابن أبي موسى والحسن له التيمم ولا اعادة عليه لانه عادم في الوقت أشبه العادم مطلقا ويحتمل أن ينتظر مجيء من يناوله لانه حاضر ينتظر حصول الماء أشبه المشتغل باستقاء الماء وتحصيله

(فصل) واذا وجد بئراً وقدر على النزول إلى مائها من غير ضرر أو الاغتراف بشيء أو ثوب يبله ثم يعصره لزمه ذلك وإن خاف فوت الوقت لان الاشتغال به كالاشتغال بالوضوء وحكم من في السفينة في الماء كحكم واجد البئر إن لم يمكنه الوصول إلى الماء إلا بمشقة أو تغرير بالنفس فهو كالعادم وهذا قول الثوري والشافعي ، واذا كان الماء موجوداً إلا أنه إن اشتغل بتحصيله واستعماله فات الوقت لم يبح له التيمم سواء كان حاضراً أو مسافراً في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وعن الاوزاعي والثوري أنه يتيمم رواه عنهما الوليد بن مسلم وروي عن مالك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاختيار تأخير التيمم)

ظاهر كلام الخرقي أن تأخير التيمم أولى بكل حال وهو المنصوص عن أحمد ، وروي ذلك عن علي وعطاء والحسن وابن سيرين والزهري والثوري وأصحاب الرأي ، وقال أبو الخطاب: يستحب التأخير ان رجي وجود الماء وان يئس من وجوده استحب تقديمه وهو قول مالك ، وقال الشافعي في أحد قوليه : التقديم أفضل إلا أن يكون واثقا بوجود الماء في الوقت — لانه لا يستحب ترك فضيلة أول الوقت وهي متحققة لامر مظنون

ولنا قول علي رضي الله عنه في الجنب : يتلوم ما بينه وبين آخر الوقت ، فان وجد الماء والا تيمم. ولانه يستحب التأخير للصلاة الى بعد العشاء وقضاء الحاجة كيلا يذهب خشوعها وحضور القلب فيها ، ويستحب تأخيرها لادراك الجماعة فتأخيرها لادراك الطهارة المشترطة أولى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان تيمم في اول الوقت وصلى اجزأه وان أصاب الماء في الوقت)

وجملة ذلك أن العادم للماء في السفر اذا صلى بالتيمم ثم وجد الماء ، ان وجده بعد خروج الوقت فلا اعادة عليه اجماعا ، قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من تيمم وصلى ثم وجد الماء

وابن أبي ذئب كقول الجمهور لقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا)وهذا واجد ولقوله عليه السلام « التراب كافيك مالم تجد الماء » ولانه قادر على الماء فلم يجز له التيمم كما لو لم يخف فوت الوقت

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو تعذره الا بزيادة كثيرة على ثمن مثله أو ثمن يعجز عن آدائه)وجملته أنه متى وجد ماء بثمن مثله في موضعه لزمه شراؤه اذا قدر على الثمن مع استغنائه عنه لقوته ومؤنة سفره لانه قادر على استعماله من غير ضرر وكذلك ان كانت الزيادة يسيرة لاتجحف بماله ذكره أبو الخطاب لما ذكرنا ، وقال الشافعي لايلزمه شراؤه مع الزيادة قليلة كانت أو كثيرة لان عليه ضرراً في الزيادة أشبه مالو خاف لصا يأخذ من ماله ذلك المقدار

ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا واجد فان القدرة على ثمن العين كالقدرة على العين في المنع من الانتقال الى البدل كما لو بيعت بثمن مثلها لان ضرر المال دون ضرر النفس وقد قالوا في المريض يلزمه للغسل مالم يخف التلف فتحمل الضرر اليسير في المال أحرى وما ذكروه من الدليل يبطل بما اذا كان بثمن المثل فان كان عاجزاً عن الثمن فهو كالعادم لانه عاجز عن استعمال الماء . وان بذل له ثمنه لم يلزمه قبوله لان فيه منة . فأما ان وهب له ماء لزمه قبوله لانه قادر على استعمال الماء ولا منة في ذلك في العادة . فأما ان كانت الزيادة كثيرة تجحف بماله لم يلزمه شراؤه لان عليه ضرراً كثيراً وان كانت كثيرة لاتجحف بماله ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه شراؤه لانه واجد للماء قادر عليه من غير اجحاف بماله فلزمه استعماله للآية وكما لو كانت الزيادة يسيرة (والثاني) لا يلزمه لان فيه ضرراً ولما ذكرنا في الزيادة اليسيرة

بعد خروج وقت الصلاة أن لا اعادة عليه ، وإن وجده في الوقت لم يلزمه أيضا اعادة سواء يئس من وجود الماء في الوقت أو غلب على ظنه وجوده فيه ، وبهذا قال أبو سلمة والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال عطاء وطاوس والقاسم بن محمد ومكحول وابن سيرين والزهري وربيعة يعيد الصلاة

ولنا ماروى أبو داود عن أبي سعيد أن رجلين خرجا في سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء فتيمما صعيداً فصليا ، ثم وجدا الماء في الوقت فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر ، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا له ذلك فقال للذي لم يعد « أصبت السنة واجزأتك صلاتك » وقال للذي أعاد « لك الاجر مرتين » واحتج أحمد بأن ابن عمر تيمم وهو يرى بيوت المدينة وصلى العصر ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد ، ولانه أدى فرضه كما أمر فلم يلزمه الاعادة كما لو وجده بعد الوقت ، ولان عدم الماء عذر معتاد فاذا تيمم معه يجب أن يسقط فرض الصلاة كالمرض ولانه أسقط فرض الصلاة فلم يعد إلى ذمته كما لو وجده بعد الوقت

(فصل) فان بذل له بثمن في الذمة يقدر على أدائه في بلده فقال القاضي يلزمه شراؤه لانه قادر على أخذه بما لا مضرة فيه . وقال الآمدي لا يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وربما تلف ماله قبل أدائه وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ،وإن لم يكن له في بلده مايؤدي ثمنه لم يلزمه شراؤه لان عليه ضرراً ، وإن لم يبذله له وكان فاضلا عن حاجته لم يجز له أخذه منه قهراً[1] لان الضرورة لا تدعو اليه ولان هذا له بدل وهو التيمم بخلاف الطعام في المجاعة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان بعض بدنه جريحا تيمم له وغسل الباقي) وجملة ذلك أن الجريح والمريض اذا أمكنه غسل بعض بدنه دون بعض لزمه غسل ما أمكنه غسله وتيمم للباقي وهو قول الشافعي ،وقال أبو حنيفة ومالك إن كان أكثر بدنه صحيحا غسله ولا يتيمم وإن كان أكثره جريحا تيمم ولا غسل عليه لان الجمع بين البدل والمبدل لا يجب كالصيام والاطعام

ولنا ماروى جابر قال خرجنا في سفر فأصاب رجلا منا شجة في وجهه ثم احتلم فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم ؟ قالوا مانجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء فاغتسل فمات فلما قدمنا على النبي ﷺ أخبر بذلك فقال « قتلوه قتلهم الله ألا سألوا إذ لم يعلموا ؟ فانما شفاء العي السؤال انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب على جرحه ثم يمسح عليه ثم يغسل سائر جسده » رواه أبو داود ولانها شرط من شرائط الصلاة فالعجز عن بعضها لا يسقط جميعها كالستارة وما ذكروه ينتقض بالمسح على الخفين مع غسل بقية الاعضاء ،فأما الذي قاسوا عليه فانه جمع بين البدل والمبدل في محل واحد بخلاف مسئلتنا فان التيمم بدل عما لم يصبه،وكل مالا يمكن غسله من الصحيح إلا بانتشار الماء إلى الجريح حكمه حكم الجريح فان لم يمكنه ضبطه وقدر أن يستنيب من يضبطه لزمه ذلك فان عجز تيمم وصلى واجزأه لانه عجز عن غسله فأجزأه التيمم عنه كالجريح

[1] عبارة المغني لم يجز له مكاثرته الخ فهل سقط من كل مكان ما ثبت نظيره في الآخر ؟ يتأمل

« مسئلة» قال (والتيمم ضربة واحدة)

المسنون عند أحمد التيمم بضربة واحدة فان تيمم بضربتين جاز ، وقال القاضي الاجزاء يحصل بضربة والكمال ضربتان والمنصوص ماذكرناه ، قال الاثرم . قلت لأبي عبدالله التيمم ضربةواحدة؟ فقال : نعم ضربة للوجه والكفين ومن قال ضربتين فانما هو شيء زاده . قال الترمذي وهو قول غير واحد من أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم منهم علي وعمار وابن عباس وعطاء والشعبي ومكحول والاوزاعي ومالك واسحاق ، قال الشافعي : لا يجزيء التيمم الا بضربتين للوجه واليدين إلى المرفقين ، وروي ذلك عن ابن عمر وابنه سالم والحسن والثوري وأصحاب الرأي لما روى ابن الصمة أن النبي صلى الله عليه وسلم تيمم فمسح وجهه وذراعيه ، وروى ابن عمر وجابر وأبو أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين » ولانه بدل يؤتى به في محل مبدله وكان حده عنهما واحداً كالوجه

ولنا ما روي عمار قال: بعثني النبي صلى الله عليه وسلم في حاجة فاجنبت فلم أجد الماء فتمرغت في الصعيد كما تمرغ الدابة ، ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال « إنما يكفيك أن تقول بيديك هكذا» ثم ضرب بيديه الارض ضربة واحدة ثم مسح الشمال على اليمين ، وظاهر كفيه ووجهه متفق عليه ، ولانه حكم علق على مطلق اليدين فلم يدخل فيه الذراع كقطع السارق ومس الفرج ، وقد احتج ابن عباس بهذا فقال : ان الله تعالى قال في التيمم (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم) وقال (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وكانت السنة في القطع من الكفين ،انما هوالوجه والكفان يعني التيمم ، وأما أحاديثهم فضعيفة قال الخلال : الاحاديث في ذلك ضعيفة جدا ولم يرو

(فصل) ولا يلزمه أن يمسح على الجرح بالماء إذا أمكنه ذلك سواء كان معصوبا أولاهذا اختيار الخرقي ،وقال ابن عقيل نص أحمد فيرواية صالح في المجروح اذا خاف مسح موضع الجرح وغسل ما حوله لقوله عليه السلام «إذا أمرتكم بامر فائتوا منه مااستطعتم » لانه عجز عن غسله وقدر علىمسحه وهو بعض الغسل فوجب الاتيان بما قدر عليه كمن عجز عن الركوع والسجود وقدر على الايماء

ووجه القول الاول أنه محل واحد فلا يجمع فيه بين المسح والتيمم كالجبيرة فاذا قلنا يجب المسح على موضع الجرح فهل يتيمم معه ؟على روايتين (إحداهما) لا يتيمم كالجرح المعصوب عليهوالجبيرة على الكسر (والثانية) عليه التيمم لان المسح بعض الغسل فيجب أن يتيمم للباقي، ويفارق هذا الجبيرة لان الفرض فيها انتقل الى الحائل فهي كالخفين

(فصل) فان كانت جميع أعضاء الوضوء قريحة تيمم لها فان لم يمكنه التيمم صلى على حسب حاله وفي الاعادة روايتان كمن عدم الماء والتراب وسنذكر ذلك ان شاء الله

منها أصحاب السنن إلا حديث ابن عمر ، وقال أحمد : ليس بصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم إنما هو عن ابن عمر وهو عندهم حديث منكر، وقال الخطابي : يرويه محمد بن ثابت وهو ضعيف ، وقال ابن عبد البر لم يروه غير محمد بن ثابت وبه يعرف ومن أجله ضعف عندهم وهو حديث منكر . وحديث ابن الصمة صحيح لكن انما جاء في المتفق عليه فمسح وجهه ويديه فيكون حجة لنا لان ما علق على مطلق اليدين لايتناول الذراعين. ثم أحاديثهم لاتعارض حديثنا فانها تدل على جواز التيمم بضربتين ولا ينفي ذلك جواز التيمم بضربة كما أن وضوء النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا ثلاثا لاينفي الاجزاء مرة واحدة ، وإن قيل فقد روي في حديث عمار الى المرفقين ويحتمل أنه أراد بالكفين اليدين الى المرفقين (قلنا) أما حديثه الى المرفقين فلا يعول عليه انما رواه سلمة وشك فيه ، فقال له منصور ماتقول فيه فانه لايذكر الذراعين أحد غيرك ؟ فشك وقال : لا أدي أذكر الذراعين أم لا قال ذلك النسائي . فلا يثبت مع الشك وقد أنكر عليه وخالف به سائر الرواة الثقاة فكيف يلتفت الى مثل هذا وهو لو انفرد لم يعول عليه ولم يحتج به ، وأما التأويل فباطل لوجوه (أحدها) انعماراً الراوي له الحاكي لفعل النبي صلى الله عليه وسلم أفتى بعد النبي صلى الله عليه وسلم في التيمم للوجه والكفين عملا بالحديث وقد شاهد فعل النبي صلى الله عليه وسلم والفعل لا احتمال فيه (والثاني) أنه قال ضربة واحدة وهم يقولون ضربتان (الثالث) أننا لانعرف في اللغة التعبير بالكفين عن الذراعين (والرابع) أن الجمع بين الخبرين بما ذكرناه من ان كل واحد من الفعلين جائز أقرب من تأويلهم

(فصل) اذا كان الجريح جنبا فهو مخير إن شاء قدم التيمم على الغسل وإن شاء أخره بخلاف ما اذا كان التيمم لعدم مايكفيه لطهارته فانه يلزمه استعمال الماء أولا لان التيمم للعدم ولا يتحقق مع وجود الماء وههنا التيمم للعجز وهو متحقق على كل حال ولان الجريح يعلم أن التيمم بدل عن غسل الجرح والعادم لايعلم القدر الذي يتيمم له إلا بعد استعمال الماء فلزمه تقديم استعماله وإن كان الجريح يتطهر للحدث الاصغر فذكر القاضي انه يلزمه الترتيب فيجعل التيمم في مكان الغسل الذي يتيمم بدلا عنه ، فان كان الجرح في الوجه بحيث لايمكنه غسل شيء منه تيمم أولا ثم أتم الوضوء ، وإن كان في بعض وجهه خير بين غسل الصحيح منه ثم يتيمم وبين التيمم ثم يغسل صحيح وجهه ويتم الوضوء ، وإن كان الجرح في عضو آخرلزمه غسل ماقبله ثم كان فيه على ماذكرنا فيالوجه . وإن كان في وجهه ويديه ورجليه احتاج في كل عضو الى تيمم في محل غسله ليحصل الترتيب ولو غسل صحيح وجهه ثم تيمم له وليديه تيمما واحداً لم يجزه لانه يؤدي الى سقوط الفرض عنجزء من الوجه واليدين في حال واحدة ، فان قيل هذا يبطل بالتيمم عن جملة الطهارة حيث يسقط الفرض عن جميع الاعضاء جملة واحدة قلنا . اذا كان عن جملة الطهارة فالحكم له دونها وإن كان عن بعضها ناب عن ذلك البعض فاعتبر فيه مايعتبر فيما ينوب عنه من الترتيب (قال شيخنا) ويحتمل أن لايجب هذا الترتيب لأن التيمم طهارة مفردة فلا يجب الترتيب بينها وبينالطهارة الأخرى كما لو كان الجريح جنبا

وأسهل وقياسهم ينتقض بالتيمم عن الغسل الواجب فانه ينقص عن المبدل . وكذلك في الوضوء فانه في أربعة أعضاء والتيمم في عضوين وكذا نقول في الوجه فانه لايجب مسح ماتحت الشعور الخفيفة ولا المضمضة والاستنشاق

(فصل) ولا يختلف المذهب أنه يجزيء التيمم بضربة واحدة وبضربتين وان تيمم بأ كثر من ضربتين جاز أيضا لان المقصود إيصال التراب الى محل الفرض فكيفما حصل جاز كالوضوء

(فصل) فان وصل التراب الى وجهه ويديه بغير ضرب نحو أن ينسف الريح عليه غباراً يعمه فان كان عمد ذلك وأحضر النية احتمل أن يجزئه كما لو صمد للمطر حتى جرى على أعضائه ،والصحيح أنه لا يجزئه لانه لم يمسح به وقد أمر الله تعالى بالمسح به ، فان مسح وجهه بما على وجهه احتمل أن يجزئه لانه مسح بالتراب واحتمل أن لا يجزئه لان الله تعالى أمر بقصد الصعيد والمسح به ولم يأخذ الصعيد . وان لم يكن قصد الريح ولاصمد لها فأخذ غير ما على وجهه فمسح وجهه به جاز وان أمر ما على وجهه منه على وجهه لم يجزه لانه لم يأخذ التراب لوجهه .

(فصل) اذا علا على يديه تراب كثير لم يكره نفخه فان في حديث عمار أن النبي ﷺ ضرب بكفيه الارض ونفخ فيهما ، قال احمد : لا يضره فعل أو لم يفعل وان كان خفيفا فقال أصحابنا يكره نفخه رواية واحدة فان ذهب ماعليها بالنفخ لم يجزه حتى يعيد الضرب لانه مأمور بالمسح بشيء من الصعيد .

ولانه تيمم عن الحدث الاصغر فلا يجب أن يتيمم عن كل عضو في موضع غسله كما لو تيمم عن جملة الوضوء ولان فيه حرجا فيندفع بقوله تعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج) وحكى الماوردي عن مذهب الشافعي مثل هذه وحكى ابن الصباغ عنه مثل القول الاول والله تعالى أعلم

(فصل) وان تيمم الجريح لجرح في بعض أعضائه ثم خرج الوقت بطل تيممه ولم تبطل طهارته بالماء ان كان غسلا للجنابة أو نحوها لان الترتيب والموالاة غيرواجبين فيها ،وان كانت وضوءاً وكان الجرح في وجهه . فان قلنا يجب الترتيب بين التيمم والوضوء بطل الوضوء ههنا لان طهارة العضو الذي ناب التيمم عنه بطلت فلو لم يبطل مابعده لتقدمت طهارة مابعده عليه فيفوت الترتيب.فان قلنا لايجب الترتيب لم يبطل الوضوء وجوز له التيمم لاغير ،وان كان الجرح في رجليه فعلى قولنا لايجب الترتيب لا تجب الموالاة بينهما أيضا وعليه التيمم وحده . وان قلنا يجب الترتيب فينبغي أن يخرج وجوب الموالاة ههنا على وجوبها في الوضوء وفيها روايتان . فان قلنا تجب في الوضوء بطل الوضوء ههنا لفواتها . وان قلنا لاتجب كفاه التيمم وحده (قال شيخنا) ويحتمل أن لا تجب الموالاة بين الوضوء والتيمم وجها واحداً لانهما طهارتان فلم تجب الموالاة بينهما كسائر الطهارات ولان في إيجابها حرجا فينتفي بقوله تعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان وجد ماء يكفي بعض بدنه لزمه استعماله وتيمم للباقي ان كان جنبا.وان كان

« مسئلة » قال (يضرب بيديه على الصعيد الطيب وهو التراب)

وجملة ذلك أنه لايجوز التيمم الا بتراب طاهر ذى غبار يعلق باليد لان الله تعالى قال(فتيمموا صعيداً طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) قال ابن عباس : الصعيد تراب الحرث وقيل في قوله تعالى (فتصبح صعيداً زلقا) ترابا أملس والطيب الطاهر ، وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأبو يوسف وداود ، وقال مالك وأبو حنيفة : يجوز بكل حال ما كان من جنس الارض كالنورة والزرنيخ والحجارة ، وقال الاوزاعي : الرمل من الصعيد ، وقال حماد بن أبي سليمان : لا بأس أن يتيمم بالرخام لما روى البخاري عن النبي ﷺ أنه قال « جعلت لي الارض مسجداً وطهورا » وعن أبي هريرة أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال : يارسول الله إنا نكون بالرمل فتصيبنا الجنابة والحيض والنفاس ولا نجد الماء أربعة أشهر أو خمسة أشهر ، فقال النبي ﷺ « عليكم بالارض » وانه من جنس الارض فجاز التيمم به كالتراب

ولنا الآية فان الله سبحانه أمر بالتيمم بالصعيد وهو التراب ، فقال (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ولا يحصل المسح بشيء منه إلا أن يكون ذا غبار يعلق باليد ، وروي عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « أعطيت مالم يعط نبي من أنبياء الله جعل لي التراب

محدثا فهل يلزمه استعماله على وجهين) وجملة ذلك أنه اذا وجد الجنب ماء يكفي بعض بدنه لزمه استعماله وتيمم للباقي نص عليه أحمد فيمن وجد ماء يكفيه لوضوئه وهو جنب قال يتوضأ ويتيمم وهذا قول عطاء وهو أحد قولي الشافعي ،وقال الحسن والزهري ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر والقول الثاني للشافعي يتيمم ويتركه لان هذا الماء لا يطهره فلم يلزمه استعماله كالمستعمل

ولنا قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وخبر أبي ذر شرط في التيمم عدم الماء . وقول النبي ﷺ « إذا امرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » رواه البخاري. ولانه وجد مايمكنه استعماله في بعض جسده أشبه مالو كان أكثر جسده صحيحا وباقيه جريحا . ولانه قدر على بعض الشرط فلزمه كالسترة وإزالة النجاسة والحكم الذي ذكروه في المستعمل ممنوع وان سلم فلانه لا يطهر شيئا منه بخلاف هذا ويجب عليه استعمال الماء قبل التيمم ليتحقق العدم وقد ذكرناه

(فصل) فان وجده المحدث الحدث الاصغر فهل يلزمه استعماله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه استعماله اختاره القاضي لما ذكرنا في الجنب وكما لوكان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحاً (والثاني) لا يلزمه لان الموالاة شرط فيه فاذا غسل بعض الاعضاء دون بعض لم يفد بخلاف الجنابة وكذلك لو وجد الماء في الجنابة أجزأه غسل مالم يغسله فقط . وفي الحدث الاصغر يلزمه استئناف الطهارة وفارق ما إذا كان بعض أعضائه صحيحاً وبعضه جريحاً لان العجز ببعض البدن يخالف العجز ببعض الواجب لان من بعضه حر اذا ملك بجزئه الحر رقبة لزمه اعتاقها في كفارته.ولو ملك الحر بعض رقبة لم يلزمه

طهورا» وذكر الحديث رواه الشافعي في مسنده ولو كان غير التراب طهورا ذكره فيما منّ الله تعالى به عليه ، وقد روى حذيفة أن النبي ﷺ قال «جعلت لي الارض مسجداً وترابها طهورا» فخص ترابها بكونه طهورا[1] ولان الطهارة اختصت بأعم المائعات وجوداً وهو الماء فتختص بأعم الجامدات وجودا وهو التراب ، وخبر أبي ذر نخصه بحديثنا وخبر أبي هريرة يرويه المثنى بن الصباح وهو ضعيف .

(فصل) وعن أحمد رواية أخرى في السبخة والرمل أنه يجوز التيمم به . قال أبو الحرث : قال أحمد : أرض الحرث أحب إليّ وإن تيمم من أرض السبخة أجزأه ، قال القاضي: الموضع الذي أجاز التيمم بها اذا كان لها غبار والموضع الذي منع اذا لم يكن لها غبار . قال : ويمكن أن يقال في الرمل مثل ذلك وعنه أنه يجوز ذلك مع الاضطرار خاصة قال وفي رواية سندي: أرض الحرث أجود من السبخ ومن موضع النورة والحصى إلا أن يضطر الى ذلك فان اضطر أجزأه . قال الخلال : انما سهل احمد فيها اذا اضطر اليها اذا كانت غبرة كالتراب فأما اذا كانت قلحة كالملح فلا يتيمم بها أصلا. وقال ابن أبي موسى يتيمم عند عدم التراب بكل طاهر تصاعد على وجه الارض مثل الرمل والسبخة والنورة والكحل وما في معنى ذلك ويصلي وهل يعيد على روايتين .

(فصل) فان دق الخزف أو الطين المحرق لم يجز التيمم به لان الطبخ أخرجه عن أن يقع عليه

[1] فيه ان ذكر بعض أفراد العام غير مخصص وانه عمل بمفهوم اللقب وهو ليس بحجة عند الاصوليين ولم يقل به الا الدقاق

اعتاقه وللشافعي قولان كهذين . والصحيح انه يلزمه استعماله لما ذكرنا من الأدلة فيما اذا كان جنبا قياسا عليه وكما لو كان بعض أعضائه صحيحا وما ذكروه من أن العجز ببعض الواجب يخالف العجز ببعض البدن يبطل بالجنب وقولهم انه اذا وجد الماء في الحدث الاصغر يلزمه استئناف الطهارة — قلنا هذا لا يمنع وجوب استعمال الماء كالجريح . وان منعوا ذلك ثم فهذا في معناه والله أعلم ، وإن قلنا لا تجب الموالاة في الوضوء فهو كالجنب سواء

(مسئلة) قال (ومن عدم الماء لزمه طلبه في رحله وما قرب منه. وان دل عليه قريباً لزمه قصده وعنه لا يجب الطلب) المشهور عن احمد رحمه الله اشتراط طلب الماء لصحة التيمم وهذا مذهب الشافعي وروي عنه لا يشترط الطلب وهو مذهب أبي حنيفة لقوله عليه السلام « التراب كافيك مالم تجد الماء » ولانه غير واجد للماء قبل الطلب أشبه من طلب فلم يجد ـ ووجه الاولى قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) ولا يقال لم يجد إلا لمن طلب لجواز أن يكون بقربه ماء لا يعلمه ولانه بدل فلم يجز العدول اليه قبل طلب المبدل كالصيام في الظهار ولانه سبب في الصلاة مختص بها فلزمه الاجتهاد في طلبه عند الاعواز كالقبلة . اذا ثبت هذا فصفة الطلب أن يطلب في رحله وما قرب منه وإن رأى خضرة أو شيئاً يدل على الماء قصده فاستبراه وإن كان بقربه ربوة أو شيء قائم أتاه فطلب عنده وينظر وراءه وأمامه وعن يمينه وشماله .وإن كانت له رفقة يدل عليهم طلب منهم وإن وجد من له خبرة بالمكان سأله فان لم يجد تيمم . فان دل على ماء قريب لزمه قصده مالم يخف على نفسه أو ماله أو يخشى فوات

إسم التراب . وكذا ان نحت المرمر والكذان حتى صار غباراً لم يجز التيمم به لانه غير تراب ، وإن دق الطين الصلب كالارمني جاز التيمم به لانه تراب .

(فصل) فان ضرب بيده على لبد أو ثوب أو جوالق أو برذعة أو في شعير فعلق بيديه غبار فتيمم به جاز نص أحمد علي ذلك كله . وكلام احمد يدل على اعتبار التراب حيث كان . فعلى هذا لو ضرب بيده على صخرة أو حائط أو حيوان أو أي شيء كان فصار على يديه غبار جاز له التيمم به وإن لم يكن فيه غبار فلا يجوز . وقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب يديه على الحائط ومسح بها وجهه ، ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه رواه أبو داود ، وروى الاثرم عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لايتيمم بالثلج . فمن لم يجد فضفة سرجه أو معرفة دابته، وأجاز مالك وأبو حنيفة التيمم بصخرة لا غبار عليها وتراب ندي لايعلق باليد منه غبار ،وأجاز مالك التيمم بالثلج والجبس وكل ما تصاعد على وجه الارض ولا يجوز عنده التيمم بغبار اللبد والثوب لان النبي صلى الله عليه وسلم لما ضرب بيده نفخهما

ولنا قول الله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ومن للتبعيض فيحتاج أن يمسح بجزء منه والنفخ لايزيل الغبار الملاصق وذلك يكفي .

رفقته ولم يفت الوقت وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وانما يكون الطلب بعد الوقت فان طلب قبله لزمه اعادة الطلب بعده ذكره ابن عقيل لانه طلب قبل المخاطبة بالتيمم فلم يسقط فرضه كالشفيع اذا طلب الشفعة قبل البيع . وإن طلب بعد الوقت ولم يتيمم عقيبه جاز التيمم بعد ذلك من غير تجديد طلب

(فصل) اذا كان معه ماء فأراقه قبل الوقت أو مر بماء قبل الوقت فتجاوزه وعدم الماء في الوقت صلى بالتيمم من غير اعادة وهو قول الشافعي . وقال الاوزاعي ان ظن انه يدرك الماء في الوقت وإلا صلى بالتيمم من غير اعادة كقولنا والا صلى بالتيمم وعليه الاعادة لانه مفرط

ولنا انه لم يجب عليه استعماله أشبه مالو ظن انه يدرك الماء في الوقت. فأما ان أراق الماء في الوقت أو مرّ به في الوقت فلم يستعمله ثم عدم الماء تيمم وصلى ، وفي الاعادة وجهان (أحدهما) لا يعيد لانه صلى بتيمم صحيح فهو كما لو أراقه قبل الوقت (والثاني) يعيد لانه وجبت عليه الصلاة بوضوء وهو فوت القدرة على نفسه فبقي في عهدة الواجب وان وهبه بعد دخول الوقت لم تصح الهبة ذكره القاضي لانه تعلق به حق الله تعالى فلم تصح هبته كالاضحية. وقال ابن عقيل يحتمل أن تصح والاول أولى ، فان تيمم مع بقاء الماء لم يصح تيممه لانه واجد الماء وان تصرف فيه الموهوب له فهو كما لو أراقه الا أن يهبه لمحتاج الى شربه من العطش وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان نسي الماء بموضع يمكنه استعماله وتيمم لم يجزه) نص عليه أحمد وقطع انه لايجزئه وقال هذا واجد للماء وروي عنه التوقف في هذه المسألة والمذهب الاول وهو آخر قولي الشافعي

(فصل) اذا خالط التراب مالا يجوز التيمم به كالنورة والزرنيخ والجص ، فقال القاضي حكمه حكم الماء إذا خالطته الطاهرات ان كانت الغلبة للتراب جاز وان كانت الغلبة للمخالط لم يجز ،وقال ابن عقيل يمنع وان كان قليلا وهو مذهب الشافعي لانه ربما حصل في العضو فمنع وصول التراب اليه وهذا فيما يعلق باليد فاما ما لايعلق باليد فلا يمنع فان أحمد قد نص على أنه يجوز التيمم من الشعير وذلك لانه لايحصل على اليد منه مايحول بين الغبار وبينها

(فصل) اذا كان في طين لايجد ترابا فحكي عن ابن عباس أنه قال يأخذ الطين فيطلي به جسده فاذا جف تيمم به وان خاف فوات الوقت قبل جفافه فهو كالعادم ويحتمل أنه ان كان يجف قريبا انتظر جفافه وان فات الوقت لانه كطالب الماء القريب والمشتغل بتحصيله من بئر ونحوه . وان لطخ وجهه بطين لم يجزه لانه لم يقع عليه اسم الصعيد ولانه لا غبار فيه أشبه التراب الندي

(فصل) وان عدم بكل حال صلى على حسب حاله وهذا قول الشافعي ، وقال أبوحنيفة والثوري والاوزاعي لايصلي حتى يقدر ثم يقضي لانها عبادة لاتسقط القضاء فلم تكن واجبة كصيام الحائض وقال مالك : لا يصلي ولا يقضي لانه عجز عن الطهارة فلم تجب عليه الصلاة كالحائض ، وقال ابن عبد البر هذه رواية منكرة عن مالك . وذكر عن أصحابه قولين (أحدهما) كقول أبي حنيفة (والثاني) يصلي حسب حاله ويعيد

ولنا ما روى مسلم في صحيحه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أناسا لطلب قلادة أضلتها عائشة فحضرت الصلاة فصلوا بغير وضوء فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له فنزلت آية التيمم

وقال أبو حنيفة وابن المنذر يجزئه وعن مالك كالمذهبين وعنه أنه يعيد ما دام في الوقت لانه مع النسيان غير قادر على استعمال الماء أشبه العادم

ولنا أنها طهارة تجب مع الذكر فلم تسقط بالنسيان كما لو صلى ناسيا لحدثه ثم ذكر أو صلى الماسح ثم بان له انقضاء مدة المسح قبل الصلاة ويفارق ماقاسوا عليه فانه غير مفرط وههنا مفرط بترك الطلب

(فصل) وان ضل عن رحله الذي فيه الماء أوكان يعرف بئرا فضاعت عنه ثم وجدها فقال ابن عقيل يحتمل أن يكون كالناسي ، والصحيح أنه لااعادة عليه وهو قول الشافعي لانه ليس بواجد للماء فيدخل في عموم قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) ولانه غير مفرط بخلاف الناسي ، وان كان الماء مع عبده فنسيه العبد حتى صلى سيده احتمل أن يكون كالناسي واحتمل أن لايعيد لان التفريط من غيره فان صلى ثم بان أنه كان بقربه بئر أوماء فان كانت أعلامه ظاهرة فعليه الاعادة لانه مفرط وان كانت خفية وطلب فلم يجدها فلا اعادة عليه لعدم التفريط والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ويجوز التيمم لجميع الاحداث وللنجاسة على جرح يضره إزالتها) يجوز التيمم للحدث الاصغر بغير خلاف علمناه اذا وجدت الشرائط لما ذكرنا من الادلة ويجوز للجنابة في قول أكثر أهل العلم منهم علي وابن عباس وعمرو بن العاص وأبوموسى الاشعري وعمار وهو قول الثوري ومالك والشافعي

ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا أمرهم بالاعادة فدل على أنها غير واجبة ولان الطهارة شرط فلم تؤخر الصلاة عند عدمها كالسترة واستقبال القبلة . واذا ثبت هذا فاذا صلى على حسب حاله ثم وجد الماء أو التراب لم يلزمه إعادة الصلاة في احدى الروايتين، والاخرى عليه الاعادة وهو مذهب الشافعي لانه فقد شرط الصلاة أشبه ما لو صلى بالنجاسة والصحيح الاول لما ذكرنا من الخبر ولانه أتى بما أمر فخرج عن عهدته ولانه شرط من شرائط الصلاة فيسقط عند العجز عنه كسائر شروطها وأركانها ولانه أدى فرضه على حسبه فلم يلزمه الاعادة كالعاجز عن السترة اذا صلى عريانا والعاجز عن الاستقبال اذا صلى الى غيرها والعاجز عن القيام إذ صلى جالسا . وقياس أبي حنيفة على الحائض في تأخير الصيام لايصح لان الصوم يدخله التأخير بخلاف الصلاة بدليل أن المسافر يؤخر الصوم دون الصلاة ولان عدم الماء لو قام مقام الحيض لاسقط الصلاة بالكلية لان قياس الصلاة على الصلاة أولى من قياسها على الصيام ، وأما قياس مالك فلا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا أمرتكم بامر فائتوا منه ما استطعتم» وقياس الطهارة على سائر شرائط الصلاة أولى من قياسها على الحائض فان الحيض أمر معتاد يتكرر عادة والعجز ههنا عذر نادر غير معتاد فلا يصح قياسه على الحيض ولان هذا عذر نادر فلم يسقط الفرض كنسيان الصلاة وفقد سائر الشروط والله تعالى أعلم .

« مسئلة » قال (وينوي به المكتوبة)

واسحاق وأصحاب الرأي وكان ابن مسعود لايرى التيمم للجنب وروي نحوه عن عمر رضي الله عنهما والدليل على اباحته ما روى عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال « يافلان مامنعك أن تصلي مع القوم؟» فقال أصابتني جنابة ولا ماء فقال « عليك بالصعيد فانه يكفيك» متفق عليه وحديث أبي ذر وعمرو بن العاص وحديث صاحب الشجة ولانه حدث أشبه الحدث الاصغر وحكم الحائض اذا انقطع دمها حكم الجنب

(فصل) ويجوز التيمم للنجاسة على بدنه اذا عجز عن غسلها لخوف الضرر او عدم الماء قال احمد هو بمنزلة الجنب يتيمم روي نحو ذلك عن الحسن ،وقال الاوزاعي والثوري وأبو ثور يمسحها بالتراب ويصلي لان طهارة النجاسة إنما تكون في محل النجاسة دون غيره .وقال أكثر الفقهاء لا يتيمم للنجاسة لان الشرع انما ورد بالتيمم للحدث وغسل النجاسة ليس في معناه لان الغسل انما يكون في محل النجاسة دون غيره ولان مقصود الغسل إزالة النجاسة ولا يحصل ذلك بالتيمم .

(ووجه الاول) قوله عليه السلام « الصعيد الطيب طهور المسلم » وقوله « جعلت لي الارض مسجدا وطهورا» ولانها طهارة في البدن تراد للصلاة فجاز لها التيمم قياسا على الحدث ويفارق الغسل التيمم فانه في طهارة الحدث يؤتى به في غير محله فيما اذا تيمم لجرح في رجله بخلاف الغسل – قولهم لم يرد به الشرع قلنا هو داخل في عموم الاخبار ، اذا ثبت هذا فتيمم وصلى فهل تلزمه الاعادة ؟ فيه

لا نعلم خلافا في أن التيمم لا يصح إلا بنية غير ما حكي عن الاوزاعي والحسن بن صالح أنه يصح بغير نية وسائر أهل العلم على إيجاب النية فيه وممن قال ذلك ربيعة ومالك والليث والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لما ذكرنا في الوضوء ، وينوي استباحة الصلاة فان نوى رفع الحدث لم يصح لانه لا يرفع الحدث . قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن طهارة التيمم لا ترفع الحدث اذا وجد الماء ، بل متى وجده أعاد الطهارة جنبا كان أو محدثا وهذا مذهب مالك والشافعي وغيرهما ، وحكي عن أبي حنيفة أنه يرفع الحدث لانه طهارة عن حدث يبيح الصلاة فيرفع الحدث كطهارة الماء .

روايتان (احداهما) لا تجب عليه الاعادة لانه أتى بما أمر (والثانية) تجب عليه لانه صلى مع النجاسة أشبه اذا لم يتيمم . واختار أبو الخطاب وجوب الاعادة فيما اذا تيمم لعدم الماء بخلاف ما اذا كانت النجاسة على جرح لانه خائف للضرر باستعمال الماء أشبه المريض . وقال أصحابنا لا تلزمه الاعادة فيهما لقوله عليه السلام « التراب كافيك مالم تجد الماء » وقياساً على طهارة الحدث وكما لو تيمم للنجاسة على الجرح عند أبي الخطاب فأما إن كانت النجاسة على ثوب لم يتيمم لها لان التيمم طهارة في البدن فلا تنوب عن غير البدن كالغسل

(فصل) اذا ثبت أنه تيمم للنجاسة فقال القاضي يحتمل أن لا يحتاج إلى نية لان غسلها لا يفتقر إلى نية كذلك التيمم لها وقياساً على الاستجمار ، قال ابن عقيل ويحتمل أن يشترط لقوله عليه السلام « وانما لكل امريء مانوى » ولان التيمم طهارة حكمية ، وغسل النجاسة بالماء طهارة عينية فجاز أن تشترط النية في الحكمية دون العينية لما بينهما من الاختلاف

(فصل) وإن اجتمع عليه نجاسة وحدث ومعه ماء يكفي أحدهما حسب قدم غسل النجاسة نصَّ عليه أحمد وروي عن سفيان ولا نعلم فيه خلافا لان التيمم للحدث ثابت بالاجماع والتيمم للنجاسة مختلف فيه ، وإن كانت النجاسة على ثوبه قدم غسلها وتيمم للحدث ، وحكي عن أحمد أنه يدع الثوب ويتوضأ لانه واجد للماء والوضوء أشد من الثوب وحكاه أبو حنيفة عن حماد في الدم والاول أولى لما ذكرنا ، ولأنه اذا قدمت نجاسة البدن مع أن التيمم فيها مدخلا فتقديم طهارة الثوب وليس له فيها مدخل أولى . وإن اجتمع نجاسة على الثوب ونجاسة على البدن غسل الثوب وتيمم لنجاسة البدن لان التيمم فيها مدخلا

﴿ مسئلة ﴾ وإن تيمم في الحضر خوفا من البرد وصلى ففي وجوب الاعادة روايتان (احداهما) تجب عليه الاعادة لان الحضر مظنة اسخان الماء ودخول الحمامات فهو عذر نادر بخلاف السفر (والثانية) لا إعادة عليه لانه خائف أشبه المريض والمسافر

﴿ مسئلة ﴾ فان عدم الماء والتراب صلى على حسب حاله في الصحيح من المذهب وهو قول الشافعي وروي عن أحمد أنه لا يصلي حتى يقدر على أحدهما وهو قول الثوري والاوزاعي وأبي حنيفة لانهما

ولنا أنه لو وجد الماء لزمه استعماله لرفع الحدث الذي كان قبل التيمم إن كان جنبا أو محدثا أو امرأة حائضاً ولو رفع الحدث لاستوى الجميع لاستوائهم في الوجدان ولأنها طهارة ضرورة فلم ترفع الحدث كطهارة المستحاضة وبهذا فارق الماء . إذا ثبت هذا فانه ان نوى بتيممه فريضة فله أن يصلي ماشاء من الفرض والنفل سواء نوى فريضة معينة أو مطلقة . فان نوى نفلا أو صلاة مطلقة لم يجز أن يصلي به إلا نافلة وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : له أن يصلي ما شاء لانها طهارة يصح بها النفل فصح بها الفرض كطهارة الماء .

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امريء مانوى » وهذا لم ينو

عبادة لا تسقط القضاء فلم تجب كصيام الحائض . وقال مالك لا يصلي ولا يقضي لانه عجز عن الطهارة فلم تجب عليه الصلاة كالحائض قال ابن عبدالبر هذه رواية منكرة عن مالك وذكر عن أصحابه قولين (أحدهما) كقول أبي حنيفة (والثاني) يصلي ويعيد

ولنا ماروى مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ بعث أناسا لطلب قلادة أضلتها عائشة فحضرت الصلاة فصلوا بغير وضوء فأتوا النبي ﷺ فذكروا ذلك له فنزلت آية التيمم ولم ينكر النبي ﷺ ذلك ولا أمرهم باعادة فدل على أنها غير واجبة ولان الطهار شرط فلم تؤخر الصلاة عند عدمه كالسترة ، إذا ثبت هذا فصلى ثم وجد الماء والتراب لم تجب عليه الاعادة في أصح الروايتين لما ذكرنا من الخبر ولانه أتى بما أمر فوجب أن يخرج عن العهدة ولانه أحد شروط الصلاة فسقط عند العجز كسائر شروطها (والثانية) تجب عليه الاعادة وهو مذهب الشافعي لانه فقد شرط الصلاة أشبه مالو صلى بالنجاسة والاولى أولى لما ذكرنا وما قاسوا عليه ممنوع . فأما قياس أبي حنيفة على الحائض في تأخير الصيام فلا يصح لان الصوم يدخله التأخير بخلاف الصلاة لان المسافر يؤخر الصوم دون الصلاة ولان عدم الماء لو قام مقام الحيض لاسقط الصلاة بالكلية لان قياس الصلاة على جنسها أولى من قياسها على الصوم وقياس مالك لا يصح لمخالفته لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » ولان قياس الطهارة على شرائط الصلاة أولى من قياسه على الحائض والحيض عذر معتاد يتكرر والعجز ههنا عذر نادر فلا يصح إلحاقه بالحيض لان النادر لا يشق إيجاب القضاء فيه بخلاف المعتاد ولانه عذر نادر فلم يسقط الفرض كنسيان الصلاة وفقد سائر الشروط والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز التيمم إلا بتراب طاهر له غبار يعلق باليد) لان الله تعالى قال (فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) قال ابن عباس الصعيد تراب الحرث والطيب الطاهر وقال سبحانه (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ومالا غبار له لايمسح بشيء منه .وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو يوسف وداود وقال مالك وأبو حنيفة يجوز بكل ما كان من جنس الارض كالنورة والزرنيخ والحجارة وقال الاوزاعي الرمل من الصعيد . وقال حماد بن أبي سليمان لا بأس أن يتيمم بالرخام لقول النبي ﷺ « جعلت لي الارض مسجداً وطهورا » رواه البخاري ولانه من جنس

الفرض فلا يكون له وفارق طهارة المـاء لانها ترفع الحدث المـانع من فعل الصلاة فيبـاح له جميع مايمنعه الحدث . ولا يلزم استباحة النفل بنية الفرض لان الفرض أعلى ما في الباب فنيته تضمنت نية مادونه . واذا استباحه استباح ما دونه تبعا

(فصل) اذا نوى الفرض استباح كل مايباح بالتيمم من النفل قبل الفرض وبعده وقراءة القرآن ومس المصحف واللبث في المسجد ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك : لايتطوع قبل الفريضة بصلاة غير راتبة وحكي نحوه عن أحمد لان النفل تبع الفرض فلا يتقدم المتبوع

ولنا أنه تطوع فأبيح له فعله اذا نوى الفرض كالسنن الراتبة وكما بعد الفرض ، وقوله انه تبع قلنا انما هو تبع في الاستباحة لا في الفعل كالسنن الراتبة وقراءة القرآن وغيرهما . وان نوى نافلة أبيحت له وأبيح له قراءة القرآن ومس المصحف والطواف لان النافلة آكد من ذلك كله لان الطهارتين مشترطتان لها بالاجماع وفي اشتراطها لما سواها خلاف فيدخل الادنى في الأعلى كدخول

الارض فجاز التيمم به كالتراب .

ولنا أن الله تعالى أمر بالصعيد وهو التراب وقال (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ولايحصل المسح بشيء منه الا أن يكون ذا غبار يعلق باليد ، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « أعطيت مالم يعط نبي من انبياء الله جعل لي التراب طهوراً » وذكر الحديث رواه الشافعي في مسنده ولو كان غير التراب طهوراً ذكره فيما من الله به عليه ، ولان الطهارة اختصت بأعم المائعات وجوداً وهو الماء فتختص بأعم الجامدات وجوداً وهو التراب وحديثهم نخصه بحديثنا

(فصل) فأما السبخة فعن أحمد أنه يجوز التيمم بهـا رواها عنه أبو الحارث انه قال أرض الحرث أحب الي ، وان تيمم من أرض السبخة أجزأه وهذا مذهب الشافعي والاوزاعي وابن المنذر لقوله عليه السلام « وجعل تربتها طهوراً » وعن أحمد في الرمل والنورة والجص نحو ذلك ، وحمل القاضي قول أحمد في جواز التيمم بذلك إذا كان له غبار والموضع الذي منع إذا لم يكن لها غبار ، وعنه قول ثالث انه يجوز ذلك مع الاضطرار خاصة رواه عنه سندي . وقال الخلال إنما سهل أحمد فيها مع الاضطرار إذا كانت غبرة كالتراب ، فأما إذا كانت قحلة كالملح فلا يتيمم بها أصلا ، وقال ابن أبي موسى يتيمم عند عدم التراب بكل طاهر تصاعد على وجه الارض مثل الرمل والسبخة والنورة والكحل وما في معنى ذلك ويصلي وهل يعيد ؟ على روايتين

(فصل) وإن دق الخزف أو الطين المحرق لم يجز التيمم به لان الطبخ أخرجه عن أن يقع عليه اسم التراب وكذا ان نحت المرمر والكذان حتى صار غباراً لم يجز التيمم به لانه غير تراب وان دق الطين الصلب كالارمني جاز تيممه به لانه تراب . وقال ابن عقيل يخرج عندي فيه وجهان لشبهه بالمعادن فهو كالنورة ، وان ضرب بيده على لبد أو ثوب أو في شعير أو نحوه فعلق بيديه غبار فتيمم به جاز نص عليه أحمد وكذلك لو ضرب بيده على صخرة أو حائط أو حيوان أو أي شيء كان فصار على يده

النافلة في الفريضة ، ولان النفل يشتمل على قراءة القرآن فنية النفل تشمله وان نوى شيئا من ذلك لم يبح له التنفل بالصلاة لانه أدنى فلا يستبيح الأعلى بنيته كالفرض مع النفل وان تيمم للطواف أبيح له قراءة القرآن واللبث في المسجد لانه أعلا منهما فانه صلاة . ويشترط له الطهارتان وله نفل وفرض ويدخل في ضمنه اللبث فى المسجد لانه لا يكون الا في المسجد . وان نوى أحدهما لم يستبح الطواف لانه أعلى منهما . وان نوى فرض الطواف استباح نفله وان نوى نفله لم يستبح فرضه كالصلاة . وان نوى بتيممه قراءة القرآن لكونه جنبا أو اللبث في المسجد أو مس المصحف لم يستبح غير مانواه لقوله عليه السلام « وانما لكل امريء مانوى » ولانه لم ينو ذلك ولا ماهو أعلى منه فلم يستبحه كما لا يستبيح الفرض اذا لم ينوه

(فصل) وان تيمم الصبي لاحدى الصلوات الخمس ثم بلغ لم يستبح بتيممه فرضا لان مانواه كان نفلا ويباح أن يتنفل به كما لو نوى به البالغ النفل . فأما ان توضأ قبل البلوغ ثم بلغ فله أن يصلي فرضا ونفلا لان الوضوء للنفل يبيح فعل الفرض

غبار بدليل ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب يديه على الحائط ومسح بهما وجهه ، ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه . رواه أبو داود ، ولان المقصود التراب الذي يمسح به وجهه ويديه ، وقد روي عن مالك وأبي حنيفة التيمم بصخرة لا غبار عليها وتراب ندي لا يعلق باليد منه غبار ، وأجاز مالك التيمم بالثلج والحشيش وكل ما تصاعد على وجه الارض ومنع من التيمم بغبار اللبد والثوب قال لان النبي ﷺ لما ضرب بيديه نفخهما

ولنا قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ومن للتبعيض فيحتاج أن يمسح بجزء منه والنفخ لايزيل الغبار الملاصق وذلك يكفي . وروى الاثرم عن عمر أنه قال : لايتيمم بالثلج فان لم يجد فصفحة فرسه [1] أو معرفة دابته

(فصل) فأما التراب النجس فلا يجوز التيمم به لانعلم فيه خلافا إلا أن الاوزاعي قال إن تيمم بتراب المقبرة وصلى مضت صلاته . ولنا قوله تعالى (فتيمموا صعيداً طيبا) والنجس ليس بطيب ولان التيمم طهارة لم تجز بغير طاهر كالوضوء ، فأما المقبرة فان كانت لم تنبش فترابها طاهر وإن تكرر نبشها والدفن فيها لم يجز التيمم بترابها لاختلاطه بصديد الموتى ولحومهم ذكر ذلك شيخنا . وقال ابن عقيل في التربة المنبوشة لايجوز التيمم منها سواء تكرر النبش أم لا ، وإن شك في ذلك أو في نجاسة التراب الذي يتيمم به جاز التيمم به لان الاصل الطهارة فهو كما لو شك في نجاسة الماء ، وذكر ابن عقيل فيما إذا لم يعلم حال المقبرة وجهين (أحدهما) يجوز لما ذكرنا (والثاني) لايجوز لان الظاهر من الدفن فيها حصول النجاسة في بعضها فيشتبه بغيره والمشتبه لاتجوز الطهارة به كالأواني . قال ابن عقيل ويكره الوضوء من البئر الذي في المقبرة وأكل البقل وثمر الشجر الذي فيها كالزروع التي تسمد بالنجاسة وكالجلالة

(١) عبارة المغني فصفة سرجه

« مسئلة » (فيمسح بهما وجهه وكفيه)

لا خلاف في وجوب مسح الوجه والكفين، لقول الله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ويجب مسح جميعهما واستيعاب مايأتي عليه المـاء منهما لايسقط منها إلا المضمضة والاستنشاق وما تحت الشعور الخفيفة ، وبهـذا قال الشافعي . وقال سليمان بن داود : يجزئه إن لم يصب إلا بعض وجهه وبعض كفيه .

ولنا قوله تعـالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) والباء زائدة فصار كأنه قال : فامسحوا وجوهكم وأيديكم منه . فيجب تعميمهما كما يجب تعميمها بالغسل لقوله (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) فيضرب ضربة واحـدة فيمسح وجهه بباطن أصابع يديه وظاهر كفيه الى الكوعين بباطن راحتيه ، ويستحب أن يمسح إحدى الراحتين بالأخرى ويخلل بين الاصابع وليس بفرض لان فرض الراحتين قد سقط بامرار كل واحدة على ظهر الكف، قال ابن عقيل: رأيت التيمم بضربة

(فصل) ويجوز أن يتيمم جماعة من موضع واحد بغير خلاف كما يجوز أن يتوضؤا من حوض واحد ، فأما التراب الذي يتناثر من الوجه واليدين بعد مسحها به ففيه وجهان (أحدهما) يجوز التيمم به لانه لم يرفع الحدث وهو قول أبي حنيفة (والثاني) لايجوز لانه مستعمل في طهارة اباحت الصلاة أشبه الماء المستعمل في الطهارة وللشافعي وجهان كهـذين وكذلك التراب الذي بقي على وجه المتيمم ويديه اذا مسح غيره به أعضاء تيممه كالماء المستعمل

﴿ مسئلة ﴾ (فان خالطه ذو غبار لايجوز التيمم به كالجص ونحوه فهو كالماء اذا خالطته الطاهرات) إن كانت الغلبة للتراب جاز وإن كانت للمخالط لم يجز ، ذكره القاضي وأبو الخطاب قياسا على الماء وقال ابن عقيل يمنع التيمم به وان كان قليـلا ، وهو مذهب الشافعي لانه ربما حصل في العضو فمنع وصول التراب اليه بخلاف الماء فان المائع يستهلك فيه فلا يجري على العضو إلا ومعه جزء من الماء ، فأما ان كان المخالط لايعلق باليد لم يمنع لان أحمد قد نص على جواز التيمم من الشعير وذلك لانه لايحصل على اليد منه مايحول بين الغبار وبينها

(فصــل) فان خالطه نجاسة فقال ابن عقيل : لايجوز التيمم به وان كثر التراب لأن التراب لايدفع النجاسة عن نفسه فهو كالمائعات تتنجس بالنجاسة وان كثرت

(فصل) وان كان في طين لايجد ترابا فحكي عن ابن عباس انه يأخـذ الطين فيطلي به جسده فاذا جف تيمم به وان خاف فوات الوقت قبل جفافه فهو كالعادة ، ويحتمل انه ان كان يجف قريباً انتظر جفافه وان فات الوقت كالمشتغل بتحصيل الماء من بئر ونحوه ، وان لطخ وجهه بطين لم يجزه لانه لايقع عليه اسم الصعيد ولانه لا غبار فيه أشبه التراب الندي

(فصل) (فرائض التيمم أربعة : مسح جميع وجهه ويديه الى كوعيه والترتيب والموالاة على احدى

واحدة قد أسقط ترتيباً مستحقا في الوضوء وهو أنه يعتد بمسح باطن يديه قبل مسح وجهه وكيفما مسح بعد استيعاب محل الفرض أجزأه سواء كان بضربة أو ضربتين أو ثلاث أو أكثر .

(فصل) وان تيمم بضربتين للوجه واليدين الي المرفقين فانه يمسح بالاولى وجهه ويمسح بالثانية يديه فيضع بطون أصابع يده اليسري على ظهور أصابع يده اليمنى ويمرها على ظهر الكف فاذا بلغ الكوع قبض أطراف أصابعه علىٰ حرف الذراع ويمرها الى مرفقه ثم يدير بطن كفه الى بطن الذراع ويمرها عليه ويرفع إبهامه فاذا بلغ الكوع أمرّ الابهام على ظهر ابهام يده اليمنى، ويمسح بيده اليمنى يده اليسرى كذلك ويمسح إحدى الراحتين بالاخرى ويخلل بين أصابعهما، ولو مسح الى المرفقين بضربة واحدة أو ثلاث أو أكثر جاز لانه مسح محل التيمم بالغبار فجاز كما لو مسحه بضربتين

(فصل) فان بقي من محل الفرض شيء لم يصله التراب أمرّ يده عليها مالم يفصل راحتــه فان فصل راحته وكان قد بقي عليها غبار جاز أن يمسح بها وإن لم يبق عليها غبار احتاج الى ضربة أخرى وإن كان المتروك من الوجه مسحه وأعاد مسح يديه ليحصل الترتيب ، وان تطاول الفصـل بينهما وقلنا بوجوب الموالاة استأنف التيمم لتحصل الموالاة ويرجع في طول الفصـل وقصره الى القدر الذي ذكرناه في الطهارة لان التيمم فرع عليها والحـكم في التسمية كالحكم في التسمية في الوضوء على مامضى من الخلاف فيه لانه بدل منه

(فصـل) ويجب مسح اليـدين الى الموضع الذي يقطع منه السارق أومأ أحمد الى هذا لما سئل

الروايتين) لا خلاف في وجوب مسح الوجه والكفين في التيمم لقوله تعـالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) ويجب استيعاب الوجه والكفين بالمسح فيمسح ما يأتي عليه الماء إلا المضمضة والاستنشاق وما تحت الشعور الخفيفة وهـذا قول الشافعي ، وقال سليمان بن داود يجزئه اذا لم يصب إلا بعض وجهه وبعض كفيه

ولنا قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم) والباء للالصاق فصار كأنه قال فامسحوا وجوهكم وأيديكم ، فيجب تعميمهما كما وجب تعميمهما بالغسل بقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) فان بقي من محل الفرض شيء لم يصله التراب أمرّ يده عليه مالم يفصل راحته فان فصل راحته وكان قد بقي عليها غبار جاز أن يمسح بها وإن لم يبق عليها غبار احتاج الى ضربة أخرى، وان كان المتروك من الوجه مسحه وأعاد مسح يديه ليحصل الترتيب، وان تطاول الفصل بينهما وقلنا بوجوب الموالاة استأنف التيمم ويرجع في طول الفصل وقصره الى القدر الذي ذكرناه في الطهارة لان التيمم فرع عليها وقد ذكرنا الخلاف في وجوب الترتيب والموالاة في الوضوء وذكرنا الدليل بما يغني عن اعادته والتيمم مبني عليه لانه بدل عنه ومقيس عليه ، وظاهر المذهب وجوبهما في الوضوء كذلك ههنا ، والحكم في التسمية ههنا كالحكم في التسمية في الوضوء على ماذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) ويجب مسح اليدين الى الموضع الذي يقطع منه السارق أومأ اليه أحمد وقال : قال الله

عن التيمم فأومأ الى كفيه ولم يجاوزه وقال : قال الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) من أين تقطع يد السارق ؟ أليس من ههنا وأشار الى الرسغ . وقد روينا عن ابن عباس نحو هذا ، فعلى هذا ان كان أقطع من فوق الرسغ سقط مسح اليدين ، وان كان من دونه مسح مابقي. وان كان من المفصل ، فقال ابن عقيل : يمسح موضع القطع قال : ونص عليه أحمد لان الرسغين في التيمم كالمرفقين في الوضوء فكما أنه اذا قطع من المرفقين في الوضوء غسل مابقي ، كذا ههنا يمسح العظم الباقي، وقال القاضي: يسقط الفرض لأن محله الكف الذي يؤخذ في السرقة وقد ذهب لكن يستحب امرار التراب عليه ومسح العظم الباقي مع بقاء الكف انما كان ضرورة استيعاب الواجب لان الواجب لايتم الا به فاذا زال الاصل المأمور به سقط ماوجب لضرورته كمن سقط عنه غسل الوجه لايجب عليه غسل جزء من الرأس ومن سقط عنه الصيام لايجب عليه امساك جزء من الليل.

(فصل) فان أوصل التراب الى محل الفرض بخرقة أو خشبة فقال القاضي : يجزئه لان الله تعالى أمر بالمسح ولم يعين آلته فلا يتعين ، وقال ابن عقيل : فيه وجهان بناء على مسح الرأس بخرقة رطبة وإن مسح محل الفرض بيد واحدة أو ببعض يده أجزأه اذ كانت يده أقرب اليه من غيرها ، وان يممه غيره جاز كما لو وضأه غيره وتعتبر النية في المتيمم دون الميمم لانه الذي يتعلق الاجزاء والمنع به

تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) من أين تقع يد السارق أليس من ههنا . وأشار الى الرسغ وقد روينا عن ابن عباس نحو هذا ، وقال الشافعي يجب المسح الى المرفقين كالوضوء وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى فان كان أقطع من فوق الرسغ سقط مسح اليدين وان كان من دونه مسح ما بقي وان كان من المفصل فقال ابن عقيل يمسح موضع القطع ونص عليه أحمد لان الرسغين في التيمم كالمرفقين في الوضوء فكما أنه اذا قطع من المرفقين في الوضوء غسل مابقي كذلك ههنا يمسح العظم الباقي وقال القاضي يسقط الفرض لان محله الكف الذي يؤخذ في السرقة وقد ذهب لكن يستحب إمرار التراب عليه ، ومسح العظم الباقي مع بقاء اليد انما كان ضرورة استيعاب الواجب لان الواجب لا يتم إلا به فاذا زال الاصل سقط ماهو من ضرورته كمن سقط عنه غسل الوجه لايجب عليه غسل جزء من الرأس

(فصل) وان أوصل التراب إلي محل الفرض بخرقة أوخشبة فقال القاضي يجزئه لان الله تعالى أمر بالمسح ولم يعين آلته وقال ابن عقيل فيه وجهان بناء على مسح الرأس بخرقة رطبة وان مسح محل الفرض بيد واحدة أو ببعض يده أجزأه وان يممه غيره جاز كما لو وضأه وتعتبر النية في المتيمم دون الميمم لانه الذي يتعلق به الاجزاء والمنع

﴿مسئلة﴾ (ويجب تعيين النية لما يتيمم له من حدث أو غيره) وجملته أن النية شرط للتيمم وهو قول أكثر أهل العلم منهم الليث وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ولا نعلم عن غيرهم خلافهم الا ماحكي عن الاوزاعي والحسن بن صالح أنه يصح بغير نية وقد ذكرنا قول القاضي في التيمم للنجاسة ، وسائر أهل العلم على خلافهم لقوله عليه السلام « وانما لامرىء ما نوى » وينوي به

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان ما ضرب بيديه غير طاهر لم يجزه)

لا نعلم في هذا خلافا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي الا أن الاوزاعي قال: ان تيمم بتراب المقبرة وصلى مضت صلاته.

ولنا قول الله تعالى (فتيمموا صعيداً طيبا) والنجس ليس بطيب، ولان التيمم طهارة فلم يجز بغير طاهر كالوضوء. فاما المقبرة فان كانت لم تنبش فترابها طاهر وان كان نبشها والدفن فيها تكرر لايجوز التيمم بترابها لاختلاطه بصديد الموتى ولحومهم، وان شك في تكرر الدفن فيها أو في نجاسة التراب الذي تيمم به جاز التيمم به لان الاصل الطهارة فلا يزول بالشك كما لو شك في طهارة الماء

(فصل) ويجوز أن يتيمم جماعة من موضع واحد بغير خلاف كما يجوز أن يتوضأ جماعة من حوض واحد وأما ماتناثر من الوجه واليدين بعد مسحهما به ففيه وجهان (أحدهما) يجوز التيمم به لانه لم يرفع الحدث وهذا قول أبي حنيفة (والثاني) لايجوز لانه مستعمل في طهارة أباحت الصلاة أشبه الماء المستعمل في الطهارة. وللشافعي وجهان كهذين

استباحة الصلاة فان نوى رفع الحدث لم يصح تيممه لانه لايرفع الحدث قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن طهارة التيمم لاترفع الحدث اذا وجد الماء بل اذا وجده أعاد الطهارة جنبا كان أو محدثا وهذا مذهب مالك والشافعي وغيرهما، وحكي عن أبي حنيفة أنه يرفع الحدث وعن أحمد مايدل على ذلك لانها طهارة عن حدث تبيح الصلاة فرفعت الحدث كطهارة الماء

ولنا أنه لو وجد الماء لزمه استعماله لرفع الحدث الذي كان قبل التيمم وان كان جنبا أو محدثا أو امرأة حائضاً ولو رفع الحدث لاستوى الجميع لاستوائهم في الوجدان ولانها طهارة ضرورة فلم ترفع الحدث كطهارة المستحاضة وبهذا فارق الماء

(فصل) ويجب تعيين النية لما يتيمم له من الحدث الاصغر والجنابة والحيض والنجاسة وان كان التيمم عن جرح في عضو من أعضائه نوى التيمم عن غسل ذلك العضو لقول النبي ﷺ «إنما الاعمال بالنيات وإنما لامرىء ما نوى»

﴿مسئلة﴾ (فان نوى جميعها جاز) لقوله عليه السلام «وانما لامرىء مانوى» ولان فعله واحد أشبه ما لو كانت عليه أحداث توجب الوضوء أو الغسل فنواها وقال ابن عقيل إذا كان عليه حدث ونجاسة هل يكتفي بتيمم واحد؟ ينبني على تداخل الطهارتين في الغسل فان قلنا لا يتداخلان ثم فاولى أن لا يتداخلا ههنا لكونهما من جنسين وان قلنا يتداخلان فقال القاضي ههنا كذلك قياسا عليه فعلى هذا يتيمم لها تيمما واحداً قال والاشبه عندي لا يتداخلان كالكفارات والحدود واذا كانت من جنسين والاول أصح.

﴿مسئلة﴾ قال (وان نوى أحدهما لم يجزه عن الآخر) وبهذا قال مالك وأبو ثور وقال أبو

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان به قرح أو مرض مخوف وأجنب فخشي على نفسه ان اصابه الماء ـ غسل الصحيح من جسده وتيمم لما لم يصبه الماء)

هذه المسئلة دالة على أحكام منها إباحة التيمم للجنب وهو قول جمهور العلماء منهم علي وابن عباس وعمرو بن العاص وأبو موسى وعمار وبه قال الثوري ومالك والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وكان ابن مسعود لايرى التيمم للجنب . ونحوه عن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري عن شقيق بن سلمة أن أبا موسى ناظر ابن مسعود في ذلك واحتج عليه بحديث عمار وبالآية التي في المائدة قال: فما درى عبد الله مايقول ، فقال :إنا لو رخصنا لهم في هذا لاوشك إذا برد على أحدهم الماء أن يدعه ويتيمم ، قال الترمذي : ويروى عن ابن مسعود أنه رجع عن قوله ، ومما يدل على إباحة التيمم للجنب ماروى عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال « يا فلان ما منعك أن تصلي مع القوم ؟ » فقال أصابتني جنابة ولا ماء . قال « عليك بالصعيد فانه يكفيك » متفق عليه ، وحديث أبي ذر وعمرو بن العاص ، وحديث جابر في الذي أصابته الشجة ولانه حدث فيجوز له التيمم كالحدث الاصغر ، ومنها أن الجريح والمريض إذا خاف على نفسه من استعمال الماء فله التيمم هذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن عباس ومجاهد وعكرمة وطاوس والنخعي وقتادة ومالك والشافعي ، ولم يرخص له عطاء في

حنيفة والشافعي يجزئه لان طهارتهما واحدة فسقطت إحداهما بفعل الأخرى كالبول والغائط ، ولنا قول النبي ﷺ « وإنما لامريء مانوى » فيدل على انه لا يحصل له مالم ينوه ، ولانهما أسباب مختلفة فلم تجزيء نية بعضها عن الآخر كالحج والعمرة وهذا يفارق ما قاسوا عليه فان حكمهما واحد وهو الحدث الاصغر ولهذا تجزيء نية أحدهما عن نية الآخر في طهارة الماء

(فصل) إذا تيمم للجنابة دون الحدث الاصغر أبيح له مايباح للمحدث من قراءة القرآن واللبث في المسجد ولم تبح له الصلاة والطواف ومس المصحف فان أحدث لم يؤثر ذلك في تيممه كما لايؤثر في الغسل . وان تيمم للجنابة والحدث ثم أحدث بطل تيممه للحدث وبقي تيمم الجنابة بحاله ، ولو تيممت المرأة بعد طهرها من حيضها للحيض ثم أجنبت لم يحرم وطؤها لان حكم تيمم الحيض باق ولا يبطل بالوطء لانه انما يوجب حدث الجنابة ، وقال ابن عقيل إن قلنا كل صلاة تحتاج إلى تيمم احتاج كل وطء إلى تيمم يخصه والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نوى نفلا أو أطلق النية للصلاة لم يصل الا نفلا) وهو قول الشافعي ،وقال أبو حنيفة له أن يصلي بها ماشاء ويتخرج لنامثل ذلك اذا قلنا ان التيمم لا يبطل بخروج الوقت فيكون حكمه حكم طهارة الماء لانها طهارة يصح بها النفل فأشبهت طهارة الماء

التيمم الا عند عدم الماء لظاهر الآية ونحوه عن الحسن في المجدور الجنب قال : لا بد من الغسل ، ولنا قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) وحديث عمرو بن العاص حين تيمم من خوف البرد ، وحديث ابن عباس وجابر في الذي أصابته الشجة ، ولانه يباح له التيمم اذا خاف العطش أو خاف من سبع فكذلك ههنا فان الخوف لا يختلف وانما اختلفت جهاته

(فصل) واختلف في الخوف المبيح للتيمم فروي عن أحمد لا يبيحه الا خوف التلف وهذا أحد قولي الشافعي ، وظاهر المذهب أنه يباح له التيمم اذا خاف زيادة المرض أو تباطؤ البرء أو خاف شيئا فاحشا أو ألماً غير محتمل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو الصحيح لعموم قوله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر) ولانه يجوز له التيمم اذا خاف ذهاب شيء من ماله أو ضرراً في نفسه من لص أو سبع أو لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن مثله كثيرة فلأن يجوز ههنا أولى ولان ترك القيام في الصلاة وتأخير الصيام لا ينحصر في خوف التلف وكذلك ترك الاستقبال فكذا ههنا ، فأما المريض أو الجريح الذي لا يخاف الضرر باستعمال الماء مثل من به الصداع والحمى الحارة أو أمكنه استعمال الماء الحار ولا ضرر عليه فيلزمه ذلك لان اباحة التيمم لنفي الضرر ولا ضرر عليه ههنا ، وحكي عن مالك وداود اباحة التيمم للمريض مطلقا لظاهر الآية

ولنا أنه واجد للماء لا يستضر باستعماله فلم يجز له التيمم كالصحيح والآية اشترط فيها عدم الماء فلم يتناول محل النزاع على أنه لا بد فيها من اضمار الضرورة والضرورة انما تكون عند الضرر ، ومنها أن الجريح والمريض اذا أمكنه غسل بعض جسده دون بعض لزمه غسل ما أمكنه وتيمم للباقي وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : ان كان أكثر بدنه صحيحاً غسله ولا تيمم عليه وان كان أكثره جريحا تيمم ولا غسل عليه لان الجمع بين البدل والمبدل لا يجب كالصيام والاطعام

ولنا ما روى جابر قال : خرجنا في سفر فأصاب رجلا منا شجة في وجهه ثم احتلم فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ قالوا ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء فاغتسل فمات فلما قدمنا

ولنا قول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات وانما لامرىء ما نوى » وهذا ما نوى الفرض فلا يحصل له وفارق طهارة الماء لأنها ترفع الحدث المانع من فعل الصلاة فيباح له جميع ما يمنعه الحدث ولا يلزمه استباحة النفل بنية الفرض لان الفرض أعلى ما في الباب فنيته تضمنت نية ما دونه فاذا استباحه استباح ما دونه تبعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان نوى فرضا فله فعله والجمع بين الصلاتين وقضاء الفوائت والتنفل الى آخر الوقت)

وجملة ذلك أنه متى نوى بتيممه فريضة سواء كانت معينة أو مطلقة فله أن يصلي ماشاء من الصلوات فيصلي الحاضرة ويجمع بين الصلاتين ويقضي فوائت ان كانت عليه ويتطوع قبل الصلاة وبعدها الى آخر الوقت هذا قول أبي ثور . وقال مالك والشافعي لا يصلي به فرضين وقد روي عن أحمد أنه قال لا يصلي بالتيمم الا صلاة واحدة ثم يتيمم للاخرى . وهذا يحتمل أن يكون مثل قولهما لما

على النبي ﷺ أخبر بذلك فقال « قتلوه قتلهم الله ألا سألوا إذ لم يعلموا ؟ فانما شفاء العي السؤال . انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب على جرحه ثم يمسح عليه ثم يغسل سائر جسده » رواه أبو داود . وعن ابن عباس مثله . ولان كل جزء من الجسد يجب تطهيره بشيء اذا استوى الجسم كله في المرض أو الصحة فيجب ذلك فيه وإن خالفه غيره كما لو كان من جملة الاكثر فان حكمه لا يسقط بمعنى في غيره وما ذكروه ينتقض بالمسح على الخفين مع غسل بقية أعضاء الوضوء . ويفارق ماقاسوا عليه فانه جمع بين البدل والمبدل في محل واحد بخلاف هذا فان التيمم بدل عما لم يصبه الماء دون ما أصابه

(فصل) مالا يمكن غسله من الصحيح إلا بانتشار الماء إلى الجريح حكمه حكم الجريح فان لم يمكنه ضبطه وقدر أن يستنيب من يضبطه لزمه ذلك فان عجز عن ذلك تيمم وصلى وأجزأه لانه عجز عن غسله فأجزأه التيمم عنه كالجريح .

(فصل) اذا كان الجريح جنبا فهو مخير إن شاء قدم التيمم على الغسل وإن شاء أخره بخلاف ما اذا كان التيمم لعدم مايكفيه لجميع أعضائه فانه يلزمه استعمال الماء أولا لان التيمم للعدم ولا يتحقق مع وجود . وههنا التيمم للعجز عن استعماله في الجرح وهو متحقق على كل حال ، ولأن الجريح يعلم أن التيمم بدل عن غسل الجرح والعادم لما يكفي جميع أعضائه لايعلم القدر الذي يتيمم له الا بعد استعمال الماء وفراغه فلزمه تقديم استعماله ، وان كان الجريح يتطهر للحدث الاصغر فذكر القاضي أنه يلزمه الترتيب فيجعل التيمم في مكان الغسل الذي يتيمم بدلا عنه ، فان كان الجرح في وجهه بحيث لايمكنه غسل شيء منه لزمه التيمم أولا ثم يتمم الوضوء وان كان في بعض وجهه خير بين

روى ابن عباس أنه قال من السنة أن لا يصلي بالتيمم الا صلاة واحدة ثم يتيمم للأخرى وهذا مقتضى سنة محمد ﷺ ولانها طهارة ضرورة فلا يجمع فيها بين فريضتين كما لو كانا في وقتين

ولنا أنها طهارة صحيحة أباحت فرضاً فأباحت فرضين كطهارة الماء ولانه بعد الفرض الاول تيمم صحيح مبيح للتطوع نوى به المكتوبة فكان له أن يصلي به فرضاً كحالة ابتدائه . ولان الطهارة في الاصول انما تتقيد بالوقت دون الفعل كطهارة الماسح على الخف وهذه في النوافل وطهارة المستحاضة ولان كل تيمم أباح صلاة أباح ماهو من نوعها بدليل النوافل ، وأما حديث ابن عباس فيرويه الحسن ابن عمارة وهو ضعيف ثم يحتمل أنه أراد أن لا يصلي به صلاتين في وقتين بدليل أنه يجوز أن يصلي به صلاة من التطوع وانما امتنع أن يصلي به فرضين في وقتين لبطلان التيمم بخروج الوقت ولذلك لا نصح به نافلة بخلاف هذا

(فصل) واذا تيممت الحائض عند انقطاع دمها وقلنا ان التيمم لا يبطل الا بالحدث جاز له وطؤها مالم تحض وان قلنا يبطل بخروج الوقت فمتى خرج احتاجت الى تيمم للوطء وان قلنا يتيمم لكل فريضة احتاج كل وطء الى تيمم ذكره ابن عقيل

غسل صحيح وجهه ثم تيمم وبين أن يتيمم ثم يغسل صحيح وجهه ويتمم وضوءه ، وإن كان الجرح في عضو آخر لزمه غسل ماقبله ، ثم كان فيه على ماذكرنا في الوجه ، فان كان في وجهه ويديه ورجليه احتاج في كل عضو إلى تيمم في محل غسله ليحصل الترتيب ، ولو غسل صحيح وجهه ثم تيمم له وليديه تيمما واحداً لم يجزه لانه يؤدي إلى سقوط الفرض عن جزء من الوجه واليدين في حالة واحدة فان قيل يبطل هذا بالتيمم عن جملة الطهارة حيث يسقط الفرض عن جميع الاعضاء جملة واحدة قلنا اذا كان عن جملة الطهارة فالحكم له دونها وإن كان عن بعضها ناب عن ذلك البعض فاعتبر فيه مايعتبر فيما ينوب عنه من الترتيب ، ويحتمل أن لا يجب هذا الترتيب لان التيمم طهارة مفردة فلا يجب الترتيب بينها وبين الطهارة الاخرى كما لو كان الجريح جنبا ، ولانه تيمم عن الحدث الاصغر فلم يجب أن يتيمم عن كل عضو في موضع غسله كما لو تيمم عن جملة الوضوء ، ولان في هذا حرجا وضرراً فيندفع بقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وحكى الماوردي عن مذهب الشافعي مثل هذا وحكى ابن الصباغ عنه مثل القول الاول .

(فصل) وإن تيمم الجريح لجرح في بعض أعضائه ثم خرج الوقت بطل تيممه ولم تبطل طهارته بالماء إن كانت غسلا لجنابة أو نحوها لان الترتيب والموالاة غير واجبين فيها وإن كانت وضوءاً وكان الجرح في وجهه خرج بطلان الوضوء على الوجهين اللذين في الفصل الذي قبل هذا فمن أوجب الترتيب أبطل الوضوء ههنا لان طهارة العضو الذي ناب التيمم عنه بطلت فلو لم يبطل فيما بعده لتقدمت طهارة مابعده عليه فيفوت الترتيب ومن لم يوجب الترتيب لم يبطل الوضوء وجوز له أن

(فصل) اذا نوى الفرض استباح كل مايباح بالتيمم من النفل قبل الفرض وبعده وقراءة القرآن ومس المصحف واللبث في المسجد وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك لا يتطوع قبل الفريضة بصلاة غير راتبة وروي ذلك عن أحمد لان النفل تبع للفرض فلا يتقدم المتبوع

ولنا أنه تطوع فأبيح له فعله اذا نوى الفرض كالسنن الراتبة وكما بعد الفرض ، وقوله انه تبع قلنا انما هو تبع في الاستباحة لا في الفعل كالسنن الراتبة وقراءة القرآن وغيرهما ، وإن نوى نافلة أبيح له قراءة القرآن ومس المصحف والطواف لان النافلة آكد من ذلك كله لكون الطهارة مشترطة لها بالاجماع وفيما سواها خلاف فدخل في نيتها كدخول النافلة في الفريضة ولان النافلة تشتمل على قراءة القرآن ، وإن نوى شيئا من ذلك لم تبح له النافلة لانها أعلى منه لما بينا ، وإن نوى الطواف أبيح له قراءة القرآن واللبث في المسجد لانه أعلى منهما فانه صلاة وله نفل وفرض ويدخل في ضمنه اللبث في المسجد لانه انما يكون في المسجد وإن نوى أحدهما لم يستبح الطواف لانه أعلى منهما وإن نوى فرض الطواف استباح نفله ولا يستبيح الفرض منه بنية النفل كالصلاة ، وإن نوى قراءة القرآن لكونه جنبا أو مس المصحف أو اللبث في المسجد لم يستبح غير مانواه لقوله عليه السلام « وانما لامرىء مانوى »

(فصل) وإن تيمم الصبي لاحدى الصلوات الخمس ثم بلغ لم يستبح بتيممه فرضا لان مانواه كان

يتيمم لا غير . وإن كان الجرح في إحدى رجليه أو فيهما فعلى قول من لا يوجب الترتيب بين الوضوء والتيمم لاتجب الموالاة بينهما أيضاً. وعليه التيمم وحده . ومن أوجب الترتيب فقياس قوله أن يكون في الموالاة وجهان بناء على الموالاة في الوضوء وفيها روايتان (إحداهما) تجب فتجب ههنا ويبطل الوضوء لفواتها . (والثانية) لاتجب فيكفيه التيمم وحده ويحتمل أن لاتجب الموالاة بين الوضوء والتيمم وجها واحداً لانهما طهارتان فلم تجب الموالاة بينهما كسائر الطهارات ولان في إيجابها حرجا فينتفي بقوله سبحانه (وماجعل عليكم في الدين من حرج)

(فصل) وإن خاف من شدة البرد وأمكنه أن يسخن الماء أو يستعمله على وجه يأمن الضرر مثل ان يغسل عضواً عضواً كلما غسل شيئاً ستره لزمه ذلك وإن لم يقدر تيمم وصلى في قول أكثر أهل العلم . وقال عطاء والحسن : يغتسل وإن مات لم يجعل الله له عذراً ومقتضى قول ابن مسعود أنه لايتيمم فانه قال : لو رخصنا لهم في هذا لأوشك أحدهم إذا برد عليه الماء أن يتيمم ويدعه .

ولنا قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) وقوله تعالى (ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وروى أبو داود وأبو بكر الخلال باسنادهما عن عمرو بن العاص قال . احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك فتيممت ثم صليت بأصحابي الصبح فذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « ياعمرو أصليت بأصحابك وأنت جنب ؟ » فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال وقلت : إني سمعت الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما) . فضحك رسول الله ﷺ ولم يقل شيئا . وسكوت النبي ﷺ يدل على الجواز لأنه لا يقر على الخطأ ولأنه خائف على نفسه فأبيح له التيمم كالجريح والمريض وكما لو خاف على نفسه عطشاً أو لصاً أو سبعا في طلب الماء . وإذا تيمم وصلى فهل يلزمه الاعادة ؟ على روايتين (إحداهما) لايلزمه وهو قول الثوري ومالك وأبي حنيفة وابن المنذر لحديث عمرو فان النبي ﷺ لم يأمره بالاعادة ولو وجبت لأمره بها ولأنه خائف على نفسه أشبه المريض ولأنه أتى بما أمر به فأشبه سائر من يصلي بالتيمم (والثانية) يلزمه الاعادة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنه عذر نادر غير متصل فلم يمنع الاعادة كنسيان الطهارة والاول أصح ويفارق نسيان الطهارة لأنه لم يأت بما أمر به وإنما ظن أنه أتى به بخلاف مسألتنا . وقال أبو الخطاب لا إعادة عليه ان كان مسافراً وإن كان حاضراً فعلى

نفلا ، ويباح له أن يتنفل به كما نوى به البالغ النفل ، فأما ان توضأ قبل البلوغ ثم بلغ فله أن يصلي به فرضا ونفلا لان الوضوء للنفل يبيح فعل الفرض

(فصل) وإذا قلنا يجوز أن يصلي بالتيمم فرائض إلى آخر الوقت جاز أن يطوف طوافي فرض وطوافي فرض ونذر ، وأن يصلي على جنائز اذا تعينت عليه وإن فاتته صلاة لايعلم عينها كفاه تيمم واحد يصلي به خمس صلوات ، وإن قلنا لا يصلي به إلا فرضا واحداً فينبغي أن يحتاج كل واحد مما ذكرنا إلى تيمم قياسا عليه

روايتين . وذلك لان الحضر مظنة القدرة على تسخين الماء ودخول الحمامات بخلاف السفر . وقال الشافعي : يعيد إن كان حاضراً وإن كان مسافراً فعلى قولين .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها وصلى به فوائت ان كانت عليه والتطوع الى أن يدخل وقت صلاة أخرى)

المذهب أن التيمم يبطل بخروج الوقت ودخوله ولعل الخرقي انما علق بطلانه بدخول وقت صلاة أخرى تجوزاً منه إذا كان خروج وقت الصلاة ملازما لدخول وقت الأخرى الا في موضع واحد وهو وقت الفجر فانه يخرج منفكا عن دخول وقت الظهر : ويبطل التيمم بكل واحد منهما فلا يجوز أن يصلي به صلاتين في وقتين روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم والشعبي والنخعي وقتادة ويحيى الانصاري وربيعة ومالك والشافعي والليث وإسحاق . وروى الميموني عن أحمد في المتيمم قال: إنه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء أو يحدث لحديث النبي ﷺ في الجنب يعني قول النبي ﷺ « يا أبا ذر الصعيد الطيب طهور المسلم ، وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فاذا وجدت الماء فأمسه بشرتك » وهو مذهب سعيد ابن المسيب والحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي . وروي عن ابن عباس وأبي جعفر لأنها طهارة تبيح الصلاة فلم تتقدر بالوقت كطهارة الماء .

ولنا ماروى الحارث عن علي رضي الله عنه أنه قال . التيمم لكل صلاة . وابن عمر قال : تيمم لكل صلاة ولأنها طهارة ضرورة فتقيدت بالوقت كطهارة المستحاضة وطهارة الماء ليست لضرورة بخلاف مسئلتنا والحديث أراد به أن يشبه الوضوء في إباحة الصلاة ولا يلزم التساوي في جميع الاحكام . اذا ثبت هذا فانه اذا نوى بتيممه مكتوبة فله أن يصلي به ما شاء من الصلاة فيصلي الحاضرة ويجمع بين الصلاتين ويقضي فوائت ويتطوع قبل الصلاة وبعدها . هذا قول أبي ثور . وقال مالك والشافعي : لا يصلي به فرضين ، وقد روي عن أحمد أنه قال : لا يصلي بالتيمم إلا صلاة واحدة ثم يتيمم للأخرى وهذا يحتمل أن يكون مثل قولهما لما روي عن ابن عباس أنه قال : من السنة أن لا يصلي بالتيمم الا صلاة واحدة ثم يتيمم للأخرى وهذا مقتضى سنة النبي ﷺ ولأنها طهارة ضرورة فلا يجمع بها بين فريضتين كما لو كانا في وقتين

﴿ مسئلة ﴾ (ويبطل التيمم بخروج الوقت ووجود الماء ومبطلات الوضوء) مبطلات التيمم ثلاثة كما ذكر وزاد بعض أصحابنا ظن وجود الماء على ما يأتي ذكره وخروج الوقت مبطل للتيمم في ظاهر المذهب فلا يجوز أن يصلي بالتيمم صلاتين في وقتين روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشعبي والنخعي وقتادة ومالك والشافعي واسحاق ، وروى الميموني عن أحمد أنه قال في المتيمم انه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة حتى

ولنا أنه طهارة صحيحة أباحت فرضاً فأباحت فرضين كطهارة الماء ولانه بعد الفرض الاول تيمم صحيح مبيح التطوع نوى به المكتوبة فكان له أن يصلي به فرضاً كحالة ابتدائه ولان الطهارة في الاصول انما تتقيد بالوقت دون الفعل كطهارة الماسح على الخف وهذه في النوافل وطهارة المستحاضة ولان كل تيمم أباح صلاة أباح ما هو من نوعها بدليل صلاة النوافل ، وأما حديث ابن عباس فيرويه الحسن ابن عمارة وهو ضعيف . ثم يحتمل أنه أراد أن يصلي به صلاتين في وقتين بدليل أنه يجوز أن يصلي به صلوات من التطوع ويجمع بين صـلاتين فرض ونفل ، وانما امتنع الجمع بين فرضي وقتين لبطلان التيمم بخروج وقت الاولى منهما ـ اذا ثبت هذا فان الخرقي انما ذكر قضاء الفوائت والتطوع ولم يذكر الجمع بين الصلاتين وكذا ذكر الامام أحمد فيحتمل أن لا يجوز الجمع بين الصلاتين وهو مذهب أبي ثور ، والصحيح جواز الجمع لما ذكرنا من الادلة ولان ما أباح فرضين فائتين أباح فرضين في الجمع كسائر الطهارات ، وقال الماوردي ليس للمتيمم أن يجمع بين صلاتين بحال لان الصلاة الثانية تفتقر الى تيمم ، والتيمم يفتقر إلى طلب ، والطلب يقطع الجمع ومن شرطه الموالاة يعني على مذهب الشافعي وهذا ينبغي أن يتقيد بالجمع في وقت الاولى فأما الجمع في وقت الثانية فلا تشترط له الموالاة في الصحيح ، فان قيل فكيف يمكن قضاء الفوائت والترتيب شرط فيجب تقديم الفائتة على الحاضرة فكيف تتأخر الفائتة عنها ؟ قلنا يمكن ذلك لوجوه (أحدها) أن يقدم الفائتة على الحاضرة (الثاني) أن ينسى الفائتة ثم يذكرها بعد الحاضرة (الثالث) أن يخشى فوات وقت الحاضرة فيصليها ثم يصلي في بقية الوقت فوائت (الرابع) أنه إذا كثرت الفوائت بحيث لا يمكن قضاؤها قبل خروج وقت الحاضرة فله أن يصلي الحاضرة في الجماعة في أول الوقت ويقدمها على الفوائت في إحدى الروايتين فانه لا بد من تقديمها على بعض الفوائت فلا فائدة في تأخيرها ولانه لو لزم تأخيرها الى آخر وقتها للزم ترك الجماعة للحاضرة بالكلية .

« مسئلة » قال (واذا خاف العطش حبس الماء وتيمم ولا اعادة عليه)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسافر اذا كان معه ماء وخشي العطش أنه يبقي ماءه للشرب ويتيمم . منهم علي وابن عباس والحسن وعطاء ومجاهد وطاوس وقتادة والضحاك والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، ولانه خائف على نفسه من استعمال الماء فأبيح له التيمم كالمريض

يجد الماء أو يحدث لحديث النبي صلى الله عليه وسلم في الجنب يعني قول النبي صلى الله عليه وسلم « ياأبا ذر الصعيد الطيب طهور المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين واذا وجدت الماء فامسه بشرتك » وهذا مذهب سعيد بن المسيب والحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن عباس كما ذكرنا ولانها طهارة تبيح الصلاة فلم تتقدر بالوقت كطهارة الماء

(فصل) وان خاف على رفيقه أو رقيقه أو بهائمه فهو كما لو خاف على نفسه . لان حرمة رفيقه كحرمة نفسه والخائف على بهائمه خائف من ضياع ماله فأشبه مالو وجد ماء بينه وبينه لص أو سبع يخافه على بهيمته أو شيء من ماله ، وان وجد عطشان يخاف تلفه لزمه سقيه ويتيمم . قيل لاحمد الرجل معه اداوة من ماء للوضوء فيرى قوما عطاشا أحب اليك أن يسقيهم أو يتوضأ ؟ قال يسقيهم . ثم ذكر عدة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيممون ويحبسون الماء لشفاههم ، وقال أبو بكر والقاضي لا يلزمه بذله لانه محتاج اليه

ولنا أن حرمة الآدمي تقدم على الصلاة بدليل ما لو رأى حريقا أو غريقا في الصلاة عند ضيق وقتها لزمه ترك الصلاة والخروج لانقاذه فلان يقدمها على الطهارة بالماء أولى ، وقد روي في الخبر أن بغيا أصابها العطش فنزلت بئراً فشربت منه فلما صعدت رأت كلبا يلحس الثرى من العطش فقالت لقد أصاب هذا من العطش مثل ما أصابني فنزلت فسقته بموقها فغفر الله لها . فاذا كان هذا الاجر في سقي الكلب فغيره أولى .

(فصل) واذا وجد الخائف من العطش ماء طاهراً وماء نجسا يكفيه أحدهما لشربه فانه يحبس الماء الطاهر لشربه ويريق النجس ان استغنى عن شربه ، وقال القاضي يتوضأ بالطاهر ويحبس النجس لشربه لانه وجد ماء طاهراً مستغنى عن شربه فأشبه مالو كان ماء كثيرا طاهرا

ولنا أنه لايقدر على ما يجوز الوضوء به ولا على مايجوز له شربه سوى هذا الطاهر فجاز له حبسه اذا خاف العطش كما لو لم يكن معه سواه ، وإن وجدهما وهو عطشان شرب الطاهر وأراق النجس اذا استغنى عنه سواء كان في الوقت أو قبله ، وقال بعض الشافعية : ان كان في الوقت شرب النجس لان الطاهر مستحق الطهارة فهو كالمعدوم . وليس بصحيح لان شرب النجس حرام وإنما يصير الطاهر مستحقا للطهارة اذا استغنى عن شربه وهذا غير مستغن عن شربه ووجود النجس كعدمه لتحريم شربه

(فصل) واذا كان الماء موجودا إلا أنه إذا اشتغل بتحصيله واستعماله فات الوقت لم يبح له التيمم سواء كان حاضرا أو مسافرا في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وعن الاوزاعي والثوري له التيمم رواه عنهما الوليد بن مسلم . قال الوليد: فذكرت ذلك لمالك وابن أبي ذئب وسعيد بن عبدالعزيز فقالوا : يغتسل وان طلعت الشمس وذلك لقول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وحديث أبي ذر وهذا واجد للماء ولانه قادر على الماء فلم يجز له التيمم كما لو لم يخف فوت الوقت ولان الطهارة شرط فلم يبح تركها خيفة فوت وقتها كسائر شرائطها وان خاف

ولنا أنه روي عن علي وابن عمر أنه قال يتيمم لكل صلاة ولانها طهارة ضرورة فتقيدت بالوقت كطهارة المستحاضة وطهارة الماء ليست للضرورة بخلاف مسئلتنا والحديث أراد به أنه يشبه الوضوء في اباحة الصلاة ولايلزم التساوي في سائر الاحكام (الثاني) وجود الماء المقدور على استعماله من غير ضرر على ماءر في موضعه وهو مبطل للتيمم خارج الصلاة إجماعا لانعلم فيه خلافا لما ذكرنا

فوت العيد لم يجزله التيمم، وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي: له التيمم لانه يخاف فوتها بالكلية فأشبه العادم

ولنا الآية والخبر وما ذكرنا من المغني ، وان خاف فوت الجنازة فكذلك في احدى الروايتين لما ذكرنا ،والاخرى يباح له التيمم ويصلي عليها وبه قال النخعي والزهري والحسن ويحيى الانصاري وسعد بن ابراهيم والليث والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه لايمكن استدراكها بالوضوء فأشبه العادم ، وقال الشعبي يصلي عليها من غير وضوء ولا تيمم لانها لا ركوع فيها ولاسجود وانما هي دعاء فأشبهت الدعاء في غير الصلاة

ولنا قول النبي ﷺ « لايقبل الله صلاة بغير طهور» وقوله « لايقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ» وقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية ثم أباح ترك الغسل مشروطاً بعدم الماء بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) فما لم يوجد الشرط يبقى على قضية العموم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا نسي الجنابة وتيمم للحدث لم يجزه)

وبهذا قال مالك وأبو ثور، وقال أبو حنيفة والشافعي يجزئه لان طهارتهما واحدة فسقطت احداهما بفعل الاخرى كالبول والغائط

ولنا قول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات وانما لامريء مانوى» وهذا لم ينو الجنابة فلم يجزه عنها، ولانهما سببان مختلفان فلم تجز نية أحدهما عن الآخر كالحج والعمرة ، ولانهما طهارتان فلم تتأد احداهما بنية الاخرى كطهارة الماء عند الشافعي، وفارق ماقاسوا عليه فان حكمهما واحد وهو الحدث الاصغر ولهذا تجزيء نية أحدهما عن نية الآخر في طهارة الماء

(فصل) وان تيمم للجنابة لم يجزه عن الحدث الاصغر لما ذكرنا والخلاف فيها كالتي قبلها ، فعلى هذا يحتاج الى تعيين ماتيمم له من الحدث الاصغر والجنابة والحيض والنجاسة ، فان نوى الجميع بتيمم واحد أجزأه لان فعله واحد فأشبه طهارة الماء، وان نوى بعضها أجزأه عن المنوي دون ماسواه وان كان التيمم عن جرح في عضو من أعضائه نوى التيمم عن غسل ذلك العضو

(فصل) واذا تيمم للجنابة دون الحدث أبيح له مايباح للمحدث من قراءة القرآن واللبث في

من الاحاديث ، وان وجده في الصلاة ففيه اختلاف نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

(الثالث) مبطلات الوضوء وهو مبطل للتيمم عن الحدث الاصغر لانه بدل عنه فاذا أبطل الاصل أبطل البدل بطريق الاولى فأما التيمم عن الجنابة فلا يبطل الا بخروج الوقت ووجود الماء وموجبات الغسل وكذلك التيمم لحدث الحيض والنفاس لايزول حكمه الا بحدثهما أو بأحد الامرين

﴿ مسئلة ﴾ (فان تيمم وعليه مايجوز المسح عليه ثم خلعه لم يبطل تيممه وقال أصحابنا يبطل)

المسجد ولم تبح له الصلاة والطواف ومس المصحف وإن أحدث لم يؤثر ذلك في تيممه لانه نائب عن الغسل فلم يؤثر الحدث فيه كالغسل، وإن تيمم الجنابة والحدث ثم أحدث بطل تيممه للحدث وبقي تيمم الجنابة بحاله ، ولو تيممت المرأة بعد طهرها من حيضها لحدث الحيض ثم أجنبت لم يحرم وطؤها لان حكم تيمم الحيض باق ولا يبطل بالوطء لان الوطء انما يوجب حدث الجنابة ، قال ابن عقيل : وإن قلنا كل صلاة تحتاج الى تيمم احتاج كل وطء الى تيمم يخصه والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وجد المتيمم الماء وهو في الصلاة خرج فتوضأ أو اغتسل إن كان جنبا واستقبل الصلاة)

المشهور في المذهب أن المتيمم اذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه سواء كان في الصلاة أو خارجا منها ، فان كان في الصلاة بطلت لبطلان طهارته ويلزمه استعمال الماء فيتوضأ ان كان محدثا ويغتسل ان كان جنبا ، وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي وأبوثور وابن المنذر إن كان في الصلاة مضى فيها ، وقد روي ذلك عن أحمد إلا أنه روي عنه مايدل على رجوعه عنه ، قال المروذي : قال أحمد كنت أقول يمضي ثم تدبرت فاذا أكثر الاحاديث على أنه يخرج وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية ، واحتجوا بأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل فلم يلزمه الخروج كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام ولانه غير قادر على استعمال الماء لان قدرته تتوقف على ابطال الصلاة وهو منهي عن ابطالها بقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم)

ولنا قوله عليه السلام « الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين . فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك » أخرجه أبو داود والنسائي ، دل بمفهومه على انه لايكون طهوراً عند وجود الماء وبمنطوقه على وجوب امساسه جلده عند وجوده ولانه قدر على استعمال الماء فبطل تيممه كالخارج من الصلاة ولان التيمم طهارة ضرورة فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة اذا انقطع دمها، يحققه أن التيمم لايرفع الحدث وانما أبيح للمتيمم أن يصلي مع كونه محدثا لضرورة العجز عن الماء فاذا وجد الماء زالت الضرورة فظهر حكم الحدث كالاصل .ولا يصح قياسهم فان الصوم هو البدل نفسه فنظيره اذا قدر على الماء بعد تيممه ولا خلاف في بطلانه . ثم الفرق بينهما أن مدة الصيام تطول فيشق الخروج

اذا تيمم وعليه خف أو عمامة يجوز المسح عليها ثم خلعها أو خلع الخف لم يبطل تيممه في اختيار شيخنا ، وقال أصحابنا يبطل قال بعضهم نص عليه أحمد لانه مبطل للوضوء فأبطل التيمم كسائر مبطلاته وهذا يختص التيمم عن الحدث الاصغر على ماذكرنا ، والصحيح مااختاره شيخنا رحمه الله وهو قول سائر الفقهاء لان التيمم طهارة لم يمسح فيها عليه فلا يبطل بنزعه كطهارة الماء وكما لو كان الملبوس مما لايجوز المسح عليه. ولا يصح قولهم انه مبطل للوضوء لان مبطل الوضوء نزع ماهو ممسوح عليه فيه ولم يوجد ههنا . ولان إباحة المسح لايصير بها ماسحا ولا بمنزلة الماسح كما لو لبس عمامة يجوز المسح عليها

منه لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين بخلاف مسئلتنا . وقولهم : انه غير قادر غير صحيح ، فان الماء قريب وآلته صحيحة والموانع منتفية ، وقولهم انه منهي عن ابطال الصلاة قلنا لا يحتاج الى ابطال الصلاة ، بل هي تبطل بزوال الطهارة كما في نظائرها ، فاذا ثبت هذا فمتى خرج فتوضأ لزمه استئناف الصلاة ، وقيل فيه وجه آخر أنه يبني على مامضى منها كالذي سبقه الحدث . والصحيح أنه لايبني لان الطهارة شرط وقد فاتت ببطلان التيمم فلا يجوز بقاء الصلاة مع فوات شرطها ولا يجوز بقاء مامضى صحيحا مع خروجه منها قبل اتمامها ، وكذا نقول فيمن سبقه الحدث وان سلمنا فالفرق بينهما أن مامضى من الصلاة انبنى على طهارة ضعيفة ههنا فلم يكن له البناء عليه كطهارة المستحاضة بخلاف من سبقه الحدث

(فصل) والمصلي على حسب حاله بغير وضوء ولا تيمم اذا وجد ماء في الصلاة أو ترابا خرج منها بكل حال لانها صلاة بغير طهارة ويحتمل أن يخرج فيها مثل مافي التيمم اذا وجد الماء اذا قلنا انه لاتلزمه الاعادة ولان الطهارة شرط سقط اعتباره فأشبهت السترة اذا عجز عنها فصلى عريانا ثم وجد السترة في أثناء الصلاة قريبا منه . وكل صلاة يلزمه اعادتها فانه يلزمه الخروج منها اذا زال العذر ويلزمه استقبالها وان قلنا لايلزمه اعادتها فانها تشبه صلاة المتيمم اذا وجد الماء على مامضى من القول فيها

(فصل) ولو يمم الميت ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة عليه لزمه الخروج لان غسل الميت ممكن غير متوقف على ابطال المصلي صلاته بخلاف مسئلتنا ، ويحتمل أن تكون كمسئلتنا لان الماء وجد بعد الدخول في الصلاة

(فصل) واذا قلنا لايلزم المصلي الخروج لرؤية الماء فهل يجوز له الخروج ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه شرع في مقصود البدل فخير بين الرجوع الى المبدل وبين اتمام ماشرع فيه كمن شرع في صوم الكفارة ثم أمكنته الرقبة (والثاني) لايجوز له الخروج لان ماوجب الخروج من الصلاة لايبيح الخروج كسائر الاشياء ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) اذا رأى ماء في الصلاة ثم انقلب قبل استعماله فان قلنا يلزمه الخروج من الصلاة فقد

ومسح على رأسه من تحتها فان الطهارة لاتبطل بنزعها كذلك هذا

(فصل) ويجوز التيمم لكل مايتطهر له من نافلة أو مس مصحف أو قراءة قرآن أو سجود تلاوة أو شكر أو لبث في مسجد ، قال أحمد يتيمم ويقرأ جزأه يعني الجنب وبذلك قال عطاء ومكحول والزهري ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقال أبو مجلز لايتيمم الا لمكتوبة ، وكره الاوزاعي أن يمس المتيمم المصحف

ولنا حديث أبي ذر وقوله عليه السلام « جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً » ولانه يستباح بطهارة الماء فيستباح بالتيمم كالمكتوبة

بطلت صلاته وتيممه برؤية الماء والقدرة عليه ويلزمه استئناف التيمم والصلاة ، وان قلنا لا تبطل صلاته واندفق وهو فيها فقال ابن عقيل : ليس له أن يصلي بذلك التيمم صلاة أخرى وهذا مذهب الشافعي لان رؤية الماء حرمت عليه افتتاح صلاة أخرى ، ولو تلبس بنافلة ثم رأى ماء فان كان نوى عدداً أتى به وان لم يكن نوى عدداً لم يكن له أن يزيد على ركعتين لانه أقل الصلاة على ظاهر المذهب ، ويقوى عندي أننا اذا قلنا لا تبطل الصلاة برؤية الماء فله افتتاح صلاة أخرى لان رؤية الماء لم تبطل التيمم ولو بطل لبطلت الصلاة وما وجد بعدها لا يبطله فأشبه مالو رآه وبينه وبينه سبع ثم اندفق قبل زوال المانع وله أن يصلي مايشاء كما لو لم ير الماء

(فصل) إذا تيمم ثم رأى ركبا يظن أن معه ماء وقلنا بوجوب الطلب أو رأى خضرة أو شيئا يدل على الماء في موضع يلزمه الطلب فيه بطل تيممه وكذلك ان رأى سرابا ظنه ماء بطل تيممه وهذا مذهب الشافعي لانه لما وجب الطلب بطل التيمم وسواء تبين له خلاف ظنه أو لم يتبين فأما ان رأى الركب أو الخضرة في الصلاة لم تبطل صلاته ولا تيممه لانه دخل فيها بطهارة متيقنة فلا تزول بالشك ويحتمل أن لا يبطل تيممه أيضاً اذا كان خارجا من الصلاة لان الطهارة المتيقنة لا تبطل بالشك كطهارة الماء ، ووجوب الطلب ليس بمبطل للتيمم لان كونه مبطلا انما يثبت بدليل شرعي

(فصل) فان تيمم ثم رأى ركبا يظن أن معه ماء أو خضرة أو مايدل على الماء وقلنا بوجوب الطلب بطل تيممه وكذلك ان رأى سرابا ظنه ماء وهو قول الشافعي لانه لما وجب الطلب بطل التيمم وسواء تبين له خلاف ظنه أو لا (قال شيخنا) ويحتمل أن لا يبطل تيممه لان الطهارة المتيقنة لا تبطل بالشك كطهارة الماء ووجوب الطلب لا يبطل التيمم لان كونه مبطلا انما ثبت بدليل شرعي وليس ههنا نص ولا معنى نص فينتفي الدليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد الماء بعد الصلاة لم تجب اعادتها) وجملته أن العادم الماء في السفر اذا وجد الماء بعد خروج الوقت وكان قد صلى بالتيمم لم تجب عليه اعادة الصلاة اجماعا حكاه ابن المنذر وان وجد في الوقت لم يلزمه أيضاً اعادة سواء يئس من وجود الماء في الوقت أو ظن وجوده فيه وهذا قول أبي سلمة والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال عطاء وطاوس والقاسم بن محمد وابن سيرين والزهري يعيد الصلاة

ولنا ماروى أبو داود عن أبي سعيد أن رجلين خرجا في سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء فتيمما صعيداً فصليا ، ثم وجدا الماء في الوقت فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا له ذلك فقال للذي لم يعد « أصبت وأجزأتك صلاتك » وقال للذي أعاد « لك الاجر مرتين » واحتج أحمد بأن ابن عمر تيمم وهو يرى بيوت المدينة فصلى العصر ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد ، ولانه أدى فرضه كما أمر فلم تلزمه الاعادة كما لو وجده بعد الوقت ولان عدم الماء عذر معتاد فاذا تيمم معه يجب أن يسقط فرض الصلاة كالمرض وكما لو وجده بعد الوقت

وليس في هذا نص ولا معنى نص فينتفي الدليل

(فصل) وان خرج وقت الصلاة وهو فيها بطل تيممه وبطلت صلاته لان طهارته انتهت بانتهاء وقتها فبطلت صلاته كما لو انقضت مدة المسح وهو في الصلاة

(فصل) ويبطل التيمم عن الحدث بكل مايبطل الوضوء ويزيد برؤية الماء المقدور على استعماله وخروج الوقت وزاد بعض أصحابنا ظن وجود الماء على ماذكرنا وزاد بعضهم مالو نزع عمامة أو خفا يجوز له المسح عليه فانه يبطل تيممه وذكر أن أحمد نص عليه لانه مبطل للوضوء فأبطل التيمم كسائر مبطلاته ، والصحيح أن هذا ليس بمبطل للتيمم وهذا قول سائر الفقهاء لان التيمم طهارة لم يمسح فيها عليه فلا يبطل بنزعه كطهارة الماء وكما لو كان الملبوس مما لايجوز المسح عليه ولا يصح قولهم إنه مبطل للوضوء لان مبطل الوضوء نزع ماهو ممسوح عليه فيه ولم يوجد ههنا ولان اباحة المسح لايصير بها ماسحا ولا بمنزلة الماسح كما لو لبس عمامة يجوز المسح عليها ومسح على رأسه من تحتها فانه لاتبطل طهارته بنزعها فأما التيمم للجنابة فلا يبطله الا رؤية الماء وخروج الوقت وموجبات الغسل وكذلك التيمم لحدث الحيض والنفاس لايزول حكمه إلا بحدثهما أو بأحد الامرين

(فصل) يجوز التيمم لكل مايتطهر له من نافلة أو مس مصحف أو قراءة قرآن أو سجود تلاوة أو شكر أو لبث في مسجد . قال أحمد : يتيمم ويقرأ جزأه يعني الجنب وبذلك قال عطاء ومكحول والزهري وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي . وقال أبو مخرمة : لايتيمم إلا لمكتوبة وكره الاوزاعي أن يمس المتيمم المصحف

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجده فيها بطلت وعنه لا تبطل) ظاهر المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء وهو في الصلاة بطل تيممه وبطلت صلاته لبطلان طهارته فيتوضأ ان كان محدثا ويغتسل ان كان جنبا واستقبل الصلاة ويتخرج أن يبني على مامضى من صلاته كمن سبقه الحدث . وفيه روايتان أصحهما أن يستقبل الصلاة وههنا أولى لان مامضى من صلاته انبنى على طهارة ضعيفة فلم يكن له البناء عليه كطهارة المستحاضة بخلاف من سبقه الحدث . والقول ببطلان الصلاة قول الثوري وأبي حنيفة وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لاتبطل الصلاة وروي عن أحمد نحو ذلك وروي عنه أنه قال كنت أقول يمضي ثم تدبرت فاذا أكثر الاحاديث على أنه يخرج وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية، واحتجوا بأنه وجد المبدل بعد تلبسه بمقصود البدل فلم يلزمه الخروج كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام ولانه غير قادر على استعمال الماء لان قدرته تتوقف على إبطال الصلاة وهو منهي عن ابطالها بقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم)

ولنا قوله عليه السلام « الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك » أخرجه أبو داود والنسائي . دل بمفهومه على أنه لايكون طهوراً عند وجود الماء وبمنطوقه

ولنا قول النبي ﷺ « الصعيد الطيب طهور المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين » وقوله عليه السلام « جعلت لي الارض مسجداً وطهورا » ولانه يستباح بطهارة الماء فيستباح بالتيمم كالمكتوبة

(فصل) وإن كانت على بدنه نجاسة وعجز عن غسلها لعدم الماء أو خوف الضرر باستعماله تيمم لها وصلى . قال أحمد : هو بمنزلة الجنب يتيمم وروي معنى ذلك عن الحسن . وروي عن الاوزاعي والثوري وأبي ثور يمسحها بالتراب ويصلي لان طهارة النجاسة انما تكون في محل النجاسة دون غيره وقال القاضي : يحتمل أن يكون معنى قول أحمد إنه بمنزلة الجنب الذي يتيمم أي انه يصلي على حسب حاله كما يصلي الجنب الذي يتيمم وهذا قول الا كثرين من الفقها.لان الشرع انما ورد بالتيمم للحدث . وغسل النجاسة ليس في معناه لأنه انما يؤتى به في محل النجاسة لا في غيره ولان مقصود الغسل إزالة النجاسة ولا يحصل ذلك بالتيمم .

ولنا قوله عليه السلام « الصعيد الطيب طهور المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين » وقوله « جعلت

على وجوب استعماله عند وجوده ولانه قدر على استعمال الماء فبطل تيممه كالخارج من الصلاة ولان التيمم طهارة ضرورة فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة اذا انقطع دمها . وقياسهم لا يصح فان الصوم هو البدل نفسه فنظيره إذا قدر على الماء بعد تيممه ولا خلاف في بطلانه، ثم الفرق بينهما أن مدة الصيام تطول فيشق الخروج منه لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين بخلاف مسئلتنا . وقوله هو غير قادر غير صحيح فان الماء قريب وآلته صحيحة والموانع منتفية . قولهم انه منهي عن ابطال الصلاة قلنا لم يبطلها وانما هي بطلت بزوال الطهارة كما في نظائرها

(فصل) فان وجد الماء قد ولغ فيه بغل أو حمار أو شيء من سباع البهائم وقلنا انه مشكوك فيه لم يلزمه الخروج لانه دخل في الصلاة بطهارة متيقنة فلم يخرج بأمر مشكوك فيه ذكره ابن عقيل، قال ويحتمل أن يخرج كما لو وجد ماء طاهراً والاول أولى . وكذلك ان رأى ركبا أو خضرة أو مايدل على الماء في الصلاة لم تبطل صلاته ولا تيممه لانه دخل فيها بطهارة متيقنة فلا تزول بالشك

(فصل) والمصلي على حسب حاله بغير وضوء ولا تيمم اذا وجد ماء في الصلاة أو ترابا خرج منها بكل حال لأنها صلاة بغير طهارة ،ويحتمل أن لا يخرج منها اذا قلنا لا تلزمه الاعادة كما في المتيمم اذا وجد الماء في الصلاة ولان الطهارة شرط سقط اعتباره فأشبهت السترة اذا عجز عنها فصلى عريانا ثم وجد السترة في أثناء الصلاة قريبا منه ،وكل صلاة تلزمه اعادتها فانه يلزمه الخروج منها اذا زال العذر فيها ويلزمه استقبالها

(فصل) ولو يمم الميت ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة عليه لزمه الخروج لان غسل الميت ممكن غير متوقف على ابطال المصلي صلاته بخلاف مسئلتنا ، ويحتمل أن يكون كمسئلتنا لان الماء وجد بعد الدخول في الصلاة

(فصل) وإذا قلنا لا يلزم المصلي الخروج لرؤية الماء فهل يجوز له الخروج ؟ فيه وجهان (أحدهما)

لي الارض مسجداً وطهوراً » ولأنها طهارة في البدن تراد للصلاة فجاز لها التيمم عند عدم الماء أو خوف الضرر باستعماله كالحدث . ويفارق الغسل التيمم فانه في طهارة الحدث يؤتى به في غير محله فيما إذا تيمم لجرح في رجله أو موضع من بدنه غير وجهه ويديه بخلاف الغسل، وقولهم لم يرد به الشرع قلنا هو داخل في عموم الاخبار وفي معنى طهارة الحدث لما ذكرنا . فاذا ثبت هذا فانه إذا تيمم للنجاسة وصلى فهل يلزمه الاعادة ؟ على روايتين . وقال أبو الخطاب إن كان على جرحه نجاسة يستضر بازالتها تيمم وصلى ولا إعادة عليه وإن تيمم للنجاسة عند عدم الماء وصلى لزمته الاعادة عندي ، وقال أصحابنا لا تلزمه الاعادة لقوله عليه السلام «التراب كافيك ما لم تجد الماء » ولانها طهارة ناب عنها التيمم فلم تجب الاعادة فيها كطهارة الحدث وكما لو تيمم لنجاسة على جرحه يضره إزالتها ولانه لو صلى من غير تيمم لم تلزمه الاعادة فمع التيمم أولى ، فأما إن كانت النجاسة على ثوبه أو غير بدنه فانه لا يتيمم لها لان التيمم طهارة في البدن فلا ينوب عن غير البدن كالغسل ولان غير البدن لا ينوب فيه الجامد عند العجز بخلاف البدن

له ذلك لانه شرع في مقصود البدل فجاز له الرجوع إلى المبدل كمن شرع في صوم الكفارة يجوز له الانتقال إلى العتق (والثاني) لا يجوز له الخروج وهو أولى لان ما لا يوجب الخروج من الصلاة لا يبيحه كسائر الاشياء ولان فيه إبطالا للغسل فلم يجز لقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) إذا رأى ماء في الصلاة ثم انقلب قبل استعماله بطل تيممه وصلاته إن قلنا يلزمه الخروج منها ويلزمه استئناف التيمم والصلاة. وإن قلنا لا يبطل واندفق وهو في الصلاة فقال ابن عقيل ليس له أن يصلي بذلك التيمم صلاة أخرى وهو مذهب الشافعي لان رؤية الماء حرمت عليه افتتاح صلاة أخرى . ولو تلبس بنافلة ثم رأى ماء فان كان نوى عدداً أتى به وإن لم يكن نوى عدداً لم يكن له أن يزيد على ركعتين لانه أقل الصلاة على ظاهر المذهب قال شيخنا ، ويقوى عندي أننا إذا قلنا لا تبطل الصلاة برؤية الماء فله افتتاح صلاة أخرى لان رؤية الماء لم تبطل التيمم في الصلاة ولا وجد بعدها ما يبطله فأشبه ما لو رآه وبينه وبينه سبع ثم اندفق قبل زوال المانع فعلى هذا له أن يصلي ما يشاء كما لو رأى الماء والله أعلم

(فصل) وإن خرج الوقت وهو في الصلاة بطل تيممه وصلاته لان طهارته انتهت بانتهاء وقتها فبطلت كما لو انقضت مدة المسح وهو في الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تأخير التيمم الى آخر الوقت لمن يرجو وجود الماء) ذكره أبو الخطاب وان يئس من وجوده استحب تقديمه وهذا مذهب مالك ، وقال الشافعي في أحد قوليه التقديم أفضل الا أن يكون واثقا بوجود الماء في الوقت لان أول الوقت فضيلة متيقنة فلا تترك لأمر مظنون، وظاهر كلام الخرقي استحباب تأخير التيمم بكل حال وهو قول القاضي نص عليه أحمد روي ذلك

(فصل) فان اجتمع عليه نجاسة وحدث ومعه ما لا يكفي الا أحدهما غسل النجاسة وتيمم للحدث نص على هذا أحمد . وقال الخلال : اتفق أبو عبد الله وسفيان على هذا ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان التيمم للحدث ثابت بالنص والاجماع ومختلف فيه للنجاسة ، وان كانت النجاسة على ثوبه قدم غسلها وتيمم للحدث ، وروي عن أحمد أنه يتوضأ ويدع الثوب لانه واجد للماء والوضوء أشد من غسل الثوب وحكاه أبو حنيفة عن حماد في الدم والاول أولى لما ذكرناه ، ولانه اذا قدم غسل نجاسة البدن مع أن للتيمم فيها مدخلا فتقديم طهارة الثوب أولى ، وان اجتمع نجاسة على الثوب ونجاسة على البدن وليس معه الا ما يكفي أحدهما غسل الثوب وتيمم لنجاسة البدن لان للتيمم فيها مدخلا

عن علي وعطاء والحسن وابن سيرين والزهري والثوري وأصحاب الرأي لقول علي رضي الله عنه في الجنب يتلوم مابينه وبين آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم ، ولانه يستحب تأخير الصلاة الى بعد العشاء وقضاء الحاجة كيلا يذهب خشوعها وحضور القلب فيها ، ويستحب تأخيرها لادراك الجماعة فتأخيرها لادراك الطهارة المشترطة أولى

﴿ مسئلة ﴾ (فان تيمم في أول الوقت وصلى أجزأه)ولا تجب عليه الاعادة سواء وجد الماء في الوقت أو لم يجد وقد ذكرنا ذلك ولانه أتى بما أمر في حال العذر فلم تجب عليه الاعادة بزوال العذر كمن صلى عريانا ثم قدر على السترة وكمن صلى جالساً لمرض ثم برأ في الوقت

﴿ مسئلة ﴾ (والسنة في التيمم أن ينوي ويسمي ويضرب بيديه مفرجتي الاصابع على التراب ضربة واحدة فيمسح وجهه بباطن أصابعه وكفيه براحتيه)

المسنون عن أحمد رحمه الله التيمم بضربة واحدة، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله التيمم ضربة واحدة؟ فقال نعم للوجه والكفين .ومن قال ضربتين فانما هو شيء زاده، قال الترمذي وهو قول غير واحد من أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم منهم علي وعمار وابن عباس وعطاء والشعبي والاوزاعي ومالك واسحاق ؛ قال الشافعي : لا يجزيء التيمم الا بضربتين للوجه واليدين إلى المرفقين ،وروي ذلك عن ابن عمر وابنه سالم والحسن والثوري وأصحاب الرأي لما روى ابن الصمة أن النبي ﷺ تيمم فمسح وجهه وذراعيه ، وروى ابن عمر وجابر وأبو امامة أن النبي ﷺ قال « التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين » ولانه بدل يؤتى به في محل مبدله فكان حده فيهما واحدا كالوجه، ولنا ماروي عمار قال: بعثني النبي ﷺ في حاجة فأجنبت فلم أجد الماء فتمرغت في الصعيد كما تمرغ الدابة ، ثم أتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال « إنما يكفيك أن تقول بيديك هكذا» ثم ضرب بيديه الارض ضربة واحدة ثم مسح الشمال على اليمين وظاهر كفيه ووجهه،متفق عليه، ولانه حكم علق على مطلق اليدين فلم يدخل فيه الذراع كقطع السارق ومس الفرج، وقد احتج ابن عباس بهذا ؛ وأما أحاديثهم فضعيفة قال الخلال الاحاديث في ذلك ضعاف جداً ولم يرو أصحاب السنن منها إلا حديث ابن عمر، وقال أحمد ليس بصحيح عن النبي ﷺ وهو عندهم

(فصل) اذا اجتمع جنب وميت ومن عليها غسل حيض ومعهم ماء لايكفي إلا أحدهم فان كان ملكا لاحدهم فهو أحق به لانه يحتاج اليه لنفسه فلا يجوز له بذله لغيره سواء كان مالكه الميت أو أحد الحيين ، وإن كان الماء لغيرهم وأراد أن يجود به على أحدهم فعن أحمد رحمه الله روايتان (إحداهما) الميت أحق به لان غسله خاتمة طهارته فيستحب أن تكون طهارة كاملة والحي يرجع الى الماء فيغتسل ولان القصد بغسل الميت تنظيفه ولا يحصل بالتيمم والحي يقصد بغسله إباحة الصلاة ويحصل ذلك بالتراب (والثانية) الحي أولى لانه متعبد بالغسل مع وجود الماء والميت قد سقط الفرض عنه بالموت . اختار هذا الخلال وهل يقدم الجنب أو الحائض؟ فيه وجهان (أحدهما) الحائض لانها تقضي حق الله تعالى وحق زوجها في اباحة وطئها (والثاني) الجنب اذا كان رجلا لان الرجل

حديث منكر قال الخطابي يرويه محمد بن ثابت وهو ضعيف وحديث ابن الصمة صحيح لكن انما جاء في المتفق عليه فمسح وجهه ويديه فيكون حجة لنا لان ماعلق على مطلق اليدين لا يتناول الذراعين . ثم أحاديثهم لا تعارض حديثنا لانها تدل على جواز التيمم بضربتين ولا ينفي ذلك جواز التيمم بضربة كما أن وضوء النبي ﷺ ثلاثا لاينفي الاجزاء بمرة فان قيل : فقد روي في حديث عمار الى المرفقين فيحتمل أنه أراد بالكفين اليدين الى المرفقين . قلنا حديث الى المرفقين لايعول عليه انما رواه سلمة وشك فيه ذكر ذلك النسائي فلا يثبت مع الشك مع انه قد أنكر عليه وخالف به سائر الرواة الثقاة فكيف يلتفت الى مثل هذا؟ وأما التأويل فباطل لأمور : أحدها ان عماراً الراوي له الحاكي فعل النبي ﷺ أفتى بعد النبي ﷺ في التيمم للوجه والكفين عملا بالحديث وقد شاهد فعل النبي ﷺ والفعل لا احتمال فيه (الثاني) انه قال ضربة واحدة وهم يقولون ضربتان (الثالث) انا لانعرف في اللغة التعبير بالكفين عن الذراعين (الرابع) أن الجمع بين الخبرين بما ذكرناه من أن كل واحد من الفعلين جائز أقرب من تأويلهم وأسهل وقياسهم ينتقض بالتيمم عن الغسل الواجب فانه ينقص عن المبدل وكذلك في الوضوء فانه في عضوين وكذا في الوجه فانه لايجب مسح ما تحت الشعور الخفيفة والله أعلم .

(فصل) لايختلف المذهب أنه يجزيء التيمم بضربة واحدة وبضربتين وإن تيمم بأكثر من ضربتين جاز لان المقصود ايصال التراب الى محل الفرض فكيفما حصل جاز كالوضوء ، فان تيمم بضربة فانه يمسح وجهه بباطن أصابعه وظاهر كفيه الى الكوعين بباطن راحتيه . ويستحب أن يمسح احدى الراحتين بالأخرى ولا يجب ذلك لان فرض الراحتين قد سقط بامرار كل واحدة على ظهر الكف . ويفرق أصابعه عند الضرب ليدخل الغبار فيما بينها ، وإن كان التراب ناعما فوضع اليدين عليه وضعا أجزأه ، وإن مسح بضربتين مسح باحداهما وجهه وبالأخرى يديه . قال ابن عقيل: رأيت التيمم بضربة واحدة قد أسقط ترتيبا مستحقا في الوضوء وهو انه يعتد بمسح باطن أصابعه مع مسح وجهه وكيفما مسح بعد أن يستوعب محل الفرض أجزأه

أحق بالكمال من المرأة ولانه يصلح إماما لها وهي لا تصلح لامامته ، وإن كان على أحدهم نجاسة فهو أولى به وإن وجدوا الماء في مكان فهو للاحياء لان الميت لا يجد شيئا وإن كان الميت ففضلت منه فضلة فهو لورثته ، فان لم يكن له وارث حاضر فللحي أخذه بقيمته لان في تركه اتلافه ، وقال بعض أصحابنا : ليس له أخذه لان مالكه لم يأذن له فيه إلا أن يحتاج اليه للعطش فيأخذه بشرط الضمان وان اجتمع جنب ومحدث فالجنب أحق ان كان الماء يكفيه لانه يستفيد به مالا يستفيده المحدث ، وإن كان وفق حاجة المحدث فهو أولى لانه يستفيد به طهارة كاملة ، وان كان لا يكفي واحداً منهما فالجنب أولى به لانه يستفيد به تطهير بعض أعضائه ، وان كان يكفي كل واحد منهما ويفضل منه فضلة لا تكفي الآخر فالمحدث أولى لان فضلته يمكن الجنب استعمالها و يحتمل أن الجنب أولى لانه يستفيد بغسله مالا يستفيده المحدث ، واذا تغلب من غيره أولى منه على الماء فاستعمله كان مسيئا وأجزأه لان الآخر لم يملكه وانما رجح لشدة حاجته

(فصل) وهل يكره للعادم جماع زوجته اذا لم يخف العنت ؟ فيه روايتان (احداهما) يكره لانه يفوت على نفسه طهارة ممكنا بقاؤها (والثانية) لا يكره وهو قول جابر بن زيد والحسن وقتادة والثوري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر . وحكي عن الاوزاعي أنه ان كان بينه وبين أهله أربع ليال فليصب أهله وان كان ثلاث فما دونها فلا يصبها والاولى جواز اصابتها من غير كراهة ، لأن أبا ذر قال للنبي صلى الله عليه وسلم : اني أعزب عن الماء ومعي أهلي فتصيبني الجنابة

(فصل) والمسنون عن أحمد رحمه الله التيمم بضربة كما وصفنا نص عليه ، وقال القاضي التيمم بضربة الى الكوعين صفة الاجزاء ، والمسنون ضربتان يمسح بأولاهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين فيضع بطون أصابع اليسرى على ظهر أصابع اليمنى يمرها الى مرفقه ثم يدير بطن كفه الى بطن الذراع ويمرها عليه ويمر ابهام اليسرى على ظهر ابهام اليمنى ثم يمسح يده اليسرى بيده اليمنى كذلك ويمسح احدى الراحتين بالأخرى، ويستحب تخليل الاصابع قياسا على الوضوء وانما استحب ذلك لوجهين (احدهما) أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه تيمم بضربتين الى المرفقين وأقل أحوال فعله اذا لم يدل على الايجاب الاستحباب (الثاني) أن فيه خروجا من الخلاف وانما اختار الامام أحمد الاول لان الاحاديث الصحيحة انما جاء فيها المسح الى الكوعين

(فصل) واذا وصل التراب الى وجهه ويديه بغير ضرب نحو أن نسفت الريح عليه غباراً فان لم يكن قصد الريح ولا صمد لها فمسح وجهه بما عليه لم يجزه لان الله تعالى أمر بقصد الصعيد ولم يوجد وان مسح وجهه بغير ماعليه أجزأه لانه قد أخذ التراب لوجهه فلا فرق بين أن يأخذه من ثيابه أو من الارض، وان كان صمد للريح وأحضر النية فقال القاضي والشريف أبو جعفر يجزئه كما لو صمد للمطر حتى جرى على أعضائه، قال شيخنا والصحيح انه لا يجزئه وهو اختيار ابن عقيل لانه لم يمسح وقد أمر الله تعالى بالمسح فعلى هذا ان مسح وجهه بما عليه أجزأه لحصول المسح ، ويحتمل أن لا يجزئه

فأصلي بغير طهور ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « الصعيد الطيب طهور » رواه أبو داود والنسائي وأصاب ابن عباس من جارية له رومية وهو عادم للماء وصلى باصحابه وفيهم عمار فلم ينكروه . قال اسحاق بن راهويه : هو سنة مسنونة عن النبي صلى الله عليه وسلم في أبي ذر وعمار وغيرهما فاذا فعلا ووجدا من الماء ما يغسلان به فرجيهما غسلاهما ثم تيما وان لم يجدا تيما للجنابة والحدث الاصغر والنجاسة وصليا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شد الكسير الجبائر وكان طاهراً ولم يعد بها موضع الكسر مسح عليها كلما أحدث الى أن يحلها)

لان الله تعالى أمر بقصد الصعيد والمسح به والله أعلم

(فصل) واذا علا على يديه تراب كثير لم يكره نفخه لان في حديث عمار أن النبي ﷺ ضرب بيديه الارض ونفخ فيهما قال أحمد لا يضره فعل أو لم يفعل ، وهذا قول ابن المنذر وممن لم يكره نفخ اليدين ونفضهما الشعبي . وقال مالك نفضا خفيفا . وقال الشافعي لا بأس به إذا بقي على يديه غبار وهو قول اسحاق ، وقال أصحاب الرأي ينفضهما وكان ابن عمر لا ينفض يديه ، وذكر القاضي وابن عقيل رواية أنه يكره كما يكره نفض الماء عن اليدين في الوضوء . فان كان التراب خفيفا فقال أصحابنا يكره نفخه رواية واحدة . فان ذهب ما عليهما بالنفخ أعاد الضرب لانه مأمور بالمسح بشيء من الصعيد

﴿ مسئلة ﴾ (ومن حبس في المصر صلى بالتيمم ولا اعادة عليه) قد ذكرنا أن من صلى بالتيمم في الحضر لعدم الماء هل تجب عليه الاعادة؟ فيه روايتان على الاطلاق (إحداهما) لا تجب عليه الاعادة وهو مذهب مالك قياسا على السفر (والثانية) تجب عليه وهو مذهب الشافعي لانه عذر نادر فلا يلحق بالغالب وعنه لا يصلي حتى يجد الماء أو يسافر ذكره في المجرد ، وقال أبو الخطاب لا تجب عليه الاعادة في هذه المسئلة وهو الصحيح ان شاء الله تعالى . وذكر في غيرها روايتين ووجه قول أبي الخطاب أن هذا عادم للماء بعذر متطاول معتاد أشبه المسافر

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لواجد الماء التيمم خوفا من فوات المكتوبة ولا الجنازة وعنه يجوز للجنازة) وجملة ذلك أنه إذا كان الماء موجوداً إلا أنه ان اشتغل بتحصيله واستعماله فات الوقت لم يبح له التيمم سواء كان حاضراً أو مسافراً في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وعن الاوزاعي والثوري له التيمم . وروي عن مالك وسعيد بن عبد العزيز نحو القول الاول لقول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وحديث أبي ذر وهذا واجد للماء ولانه قادر على الماء فلم يجز له التيمم كما لو لم يخف فوت الوقت ولان الطهارة شرط فلم يبح تركها خيفة فوت وقتها كسائر شرائطها وان خاف فوت العيد فكذلك ، وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي له التيمم لانه يخاف فوتها بالكلية فاشبه العادم ، ووجه الاول ما ذكرنا من الآية والمعنى . فاما ان خاف فوت الجنازة ففيه روايتان أظهرهما

الجبائر مايعد لوضعه على الكسر لينجبر وقوله : ولم يعد بها موضع الكسر أراد لم يتجاوز الكسر الابما لابد من وضع الجبيرة عليه فان الجبيرة انما توضع على طرفي الصحيح ليرجع الكسر قال الخلال كأن أبا عبد الله استحب أن يتوقى أن يبسط الشد على الجرح بما يجاوزه ثم سهل في مسئلة الميموني والمروذي لان هذا مما لاينضبط وهو شديد جداً ولا بأس بالمسح على العصائب كيف شدها والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله لانه إذا شدها على مكان يستغني عن شدها عليه كان تاركا لغسل ما يمكنه غسله من غير ضرر فلم يجز كما لو شدها على مالا كسر فيه ، فاذا شدها على طهارة وخاف الضرر بنزعها فله أن يمسح عليها الى أن يحلها وممن رأى المسح على العصائب ابن عمر وعبيد بن عمير وعطاء ، وأجاز المسح على الجبائر الحسن والنخعي ومالك واسحاق والمزني وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي في أحد قوليه يعيد كل صلاة صلاها لان الله تعالى أمر بالغسل ولم يأت به

ولنا ما روى علي رضي الله عنه قال : انكسرت احدى زندي فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أمسح على الجبائر ، رواه ابن ماجه . وحديث جابر في الذي أصابته الشجة ولانه قول ابن عمر

لايجوز له التيمم لما ذكرنا وهو قول الشافعي وابن المنذر (والثانية) يجوز يروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وبه قال النخعي والزهري والحسن والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه لا يمكن استدراكها بالوضوء أشبه العادم ، وقال الشعبي يصلي عليها من غير وضوء ولا تيمم لانه لاركوع فيها ولا سجود أشبهت الدعاء في غير الصلاة

ولنا قول النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » ولان الله تعالى قال (إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية ثم أباح ترك الغسل مشروطا بعدم الماء بقوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا) فيبقى فيما عداه على قضية العموم.

﴿مسئلة﴾ (وان اجتمع جنب وميت ومن عليها غسل حيض فبذل ماء يكفي أحدهم ـ لاولاهم به فهو للميت وعنه أنه للحي وأيهما يقدم ؟ فيه وجهان) وجملته أنه إذا اجتمع جنب وميت ومن عليها غسل حيض ومعهم ماء لا يكفي الا أحدهم فان كان ملكا لاحدهم فهو أحق به لانه محتاج اليه لنفسه ولا يجوز بذله لغيره وان كان الماء لغيرهم فاراد أن يجود به على أولاهم به ففيه روايتان (أولاهما) أن الميت أحق به لان غسله خاتمة طهارته وصاحباه يرجعان إلى الماء فيغتسلان ولان القصد بغسل الميت تنظيفه ولا يحصل بالتيمم والحي يقصد بغسله إباحة الصلاة وذلك يحصل بالتراب (والثانية) الحي أولى لانه متعبد بالغسل مع وجود الماء والميت قد سقط الفرض عنه بالموت ولان الحي يستفيد ما لا يستفيد الميت من قراءة القرآن ومس المصحف والوطء اختارها الخلال.وهل يقدم الجنب أو الحائض فيه وجهان (احدهما) الحائض لانها تقضي حق الله تعالى وحق زوجها في إباحة وطئها (والثاني) الجنب أحق إذا كان رجلا لانه يصلح إماما لها ولا تصلح لامامته. وان كان على أحدهم نجاسة فهو أولى لان طهارة الحدث لها بدل مجمع عليه بخلاف النجاسة. وان وجدوا الماء في مكان فهو للاحياء لانه لاوجدان

ولم يعرف له في الصحابة مخالف ولانه مسح على حائل أبيح له المسح عليه فلم تجب معه الاعادة كالمسح على الخف

(فصل) ويفارق مسح الجبيرة مسح الخف من خمسة أوجه (أحدها) أنه لا يجوز المسح عليها إلا عند الضرر بنزعها والخف بخلاف ذلك (والثاني) أنه يجب استيعابها بالمسح لانه لاضرر في تعميمها به بخلاف الخف فانه يشق تعميم جميعه ويتلفه المسح ، وإن كان بعضها في محل الفرض وبعضها في غيره مسح ماحاذى محل الفرض . نصّ عليه أحمد (الثالث) أنه يمسح على الجبيرة من غير توقيت بيوم وليلة ولا ثلاثة أيام لان مسحها للضرورة فيقدر بقدرها والضرورة تدعو في مسحها إلى حلها فيقدر بذلك دون غيره (الرابع) أنه يمسح عليها في الطهارة الكبرى بخلاف غيرها لان الضرر يلحق بنزعها فيها بخلاف الخف (الخامس) أنه لا يشترط تقدم الطهارة على شدها في إحدى الروايتين . اختاره الخلال وقال قد روى حرب واسحاق والمروذي في ذلك سهولة عن أحمد واحتج بابن عمر وكأنه ترك قوله الاول وهو أشبه لان هذا مما لا ينضبط ويغلظ على الناس جداً فلا بأس به ، ويقوي هذا حديث جابر في الذي أصابته الشجة فانه قال « انما كان يجزئه أن يعصب على جرحه خرقة ويمسح عليها » ولم يذكر الطهارة وكذلك أمر عليا أن يمسح على الجبائر ولم يشترط طهارة ، ولان المسح عليها جاز دفعا لمشقة نزعها ونزعها يشق اذا لبسها على غير طهارة كمشقته اذا لبسها على طهارة (والرواية الثانية) لا يمسح عليها إلا أن يشدها على طهارة وهو ظاهر كلام الخرقي لانه حائل يمسح عليه فكان من شرط المسح عليه تقدم الطهارة كسائر الممسوحات . فعلى هذا اذا لبسها على غير طهارة ثم خاف من نزعها تيمم لها ، وكذا اذا تجاوز بالشد عليها موضع الحاجة وخاف من نزعها تيمم لها لانه موضع يخاف الضرر باستعمال الماء فيه فيتيمم له كالجرح نفسه .

(فصل) ولا يحتاج مع مسحها إلى تيمم ، ويحتمل أن يتيمم مع مسحها فيما اذا تجاوز بها موضع الحاجة لان ماعلى موضع الحاجة يقتضي المسح والزائد يقتضي التيمم وكذلك فيما اذا شدها على غير طهارة لانها مختلف في إباحة المسح عليها فاذا قلنا لا يمسح عليها كان فرضها التيمم وعلى القول الآخر

للميت وإن كان للميت ففضلت منه فضلة فهو لورثته فان لم يكن له وارث حاضر فللحي أخذه بقيمته لان في تركه اتلافه ، وقال بعض أصحابنا ليس له أخذه لان مالكه لم يأذن فيه إلا أن يحتاج اليه للعطش فيأخذه بشرط الضمان

(فصل) وإن اجتمع جنب ومحدث وكان الماء لايكفي الجنب فهو أولى لانه يستفيد به مالا يستفيده المحدث ، وإن كان فوق حاجة المحدث فهو أولى به لانه يستفيد به طهارة كاملة ، وإن كان لايكفي واحداً منهما فالجنب أولى به لانه يستفيد به تطهير بعض أعضائه ، وإن كان يفضل عن كل واحد منهما فضلة لاتكفي صاحبه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقدم الجنب لانه يستفيد بغسله مالا يستفيده المحدث (والثاني) يقدم المحدث لان فضلته يلزم الجنب استعمالها رواية واحدة (والثالث)

يكون فرضها المسح فاذا جمع بينهما خرج من الخلاف ، ومذهب الشافعي في الجمع بينهما قولان في الجملة لحديث جابر في الذي أصابته الشجة

ولنا أنه محل واحد فلا يجمع فيه بين بدلين كالخف ولانه ممسوح في طهارة فلم يجب له التيمم كالخف وصاحب الشجة الظاهر أنه لبسها على غير طهارة .

(فصل) ولا فرق بين كون الشد على كسر أو جرح . قال أحمد اذا توضأ وخاف على جرحه الماء مسح على الخرقة ، وحديث جابر في صاحب الشجة انما هو في المسح على عصابة جرح لان الشجة اسم لجرح الرأس خاصة ولانه حائل موضع يخاف الضرر بغسله فأشبه الشد على الكسر وكذلك إن وضع على جرحه دواء وخاف من نزعه مسح عليه ، نصّ عليه أحمد . قال الاثرم : سألت أباعبدالله عن الجرح يكون بالرجل يضع عليه الدواء فيخاف إن نزع الدواء اذا أراد الوضوء أن يؤذيه قال : ماأدري مايؤذيه ؟ ولكن اذا خاف على نفسه أو خوف من ذلك مسح عليه .وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر أنه خرجت بابهامه قرحة فألقمها مرارة فكان يتوضأ عليها

ولو انقطع ظفر انسان أو كان بأصبعه جرح خاف إن أصابه الماء أن يزرق الجرح جاز المسح عليه نصّ عليه أحمد ، وقال القاضي في اللصوق على الجرح إن لم يكن في نزعه ضرر نزعه وغسل الصحيح ويتيمم للجرح ويمسح على موضع الجرح ، فان كان في نزعه ضرر فحكمه حكم الجبيرة يمسح عليه .

(فصل) فان كان في رجله شق فجعل فيه قيراً فقال أحمد ينزعه ولا يمسح عليه وقال هذا أهون هذا لايخاف منه فقيل له متى يسع صاحب الجرح أن يمسح على الجرح ؟ فقال اذا خشي أن يزداد وجعاً أو شدة . وتعليل أحمد في القير بسهولته يقتضي أنه متى كان على شيء يخاف منه جاز المسح عليه كما قلنا في الاصبع المجروحة اذا جعل عليها مرارة أو عصبها مسحها وقال مالك في الظفر يسقط يكسوه مصطكا ويمسح عليه وهو قول أصحاب الرأي.

(فصل) واذا لم يكن على الجرح عصاب فقد ذكرنا فيما تقدم أنه يغسل الصحيح ويتيمم للجرح وقد روى حنبل عن أحمد في المجروح والمجدور يخاف عليه يمسح موضع الجرح ويغسل ماحوله يعني يمسح اذا لم يكن عليه عصاب .

التسوية لانه تقابل الترجيحان فتساويا فيدفع الى أحدهما أو يقرع بينهما ، واذا تغلب من غيره أولي منه على الماء فاستعمله كان مسيئا وأجزأه لان الآخر لم يملكه وانما رجح لشدة حاجته

(فصل) وهل يكره للعادم جماع زوجته اذا لم يخف العنت ؟ فيه روايتان (احداهما) يكره يروى نحوه عن مالك لانه يفوت على نفسه طهارة ممكنا بقاؤها (والثانية) لايكره روي ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم وهو قول الزهري وجابر بن زيد والحسن وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وحكي عن عطاء ان كان بينه وبين الماء أربع ليال فأكثر فليصب أهله ، وان كان ثلاث ليال فما دونها فلا يصبها وقال الزهري ان كان في سفر فلا

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز عند عامة أهل العلم حكى ابن المنذر عن ابن المبارك قال : ليس في المسح على الخفين اختلاف أنه جائز . وعن الحسن قال : حدثني سبعون من أصحاب رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ مسح على الخفين . وروى البخاري عن سعد بن مالك والمغيرة وعمرو بن أمية أن النبي ﷺ مسح على الخفين . وروى أبو داود عن جرير بن عبدالله أنه توضأ ومسح على الخفين فقيل له أتفعل هذا ؟ قال مايمنعني أن أمسح وقد رأيت رسول الله ﷺ يمسح فقيل له قبل نزول المائدة أو بعده فقال ما أسلمت الا بعد نزول المائدة . وفي رواية أنه قال : اني رأيت رسول الله ﷺ بال ثم توضأ ومسح على خفيه . قال ابراهيم : فكان يعجبهم هذا لان اسلام جرير كان بعد نزول المائدة ، متفق عليه رواه حذيفة والمغيرة عن النبي ﷺ متفق عليها . قال أحمد : ليس في قلبي من المسح شيء فيه أربعون حديثا عن أصحاب رسول الله ﷺ مارفعوا الى النبي ﷺ وما وقفوا

(فصل) وروي عن أحمد أنه قال : المسح أفضل يعني من الغسل لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه انما طلبوا الفضل وهذا مذهب الشافعي والحكم واسحاق لأنه روي عن النبي

يقربها حتى يأتي وإن كان الماء معزبا فلا بأس أن يصيبها ، والاولى جواز وطئها مطلقامن غير كراهة لان أبا ذر قال للنبي ﷺ إني أعزب عن الماء ومعي أهل فتصيبني الجنابة فأصلي بغير طهور؟ فقال له النبي ﷺ « الصعيد الطيب طهور » رواه أبو داود والنسائي . وأصاب ابن عباس جارية له رومية وهو عادم للماء وصلى بأصحابه وفيهم عمار فلم ينكروه ، قال إسحاق بن راهويه هو سنة مسنونة عن النبي ﷺ في أبي ذر وعمار وغيرهما فاذا فعلا ووجدا من الماء مايغسلان به فرجيهما غسلاهما ثم تيمما وان لم يجدا تيمما للجنابة والحدث الاصغر والنجاسة وصليا ، ويجوز للمتيمم أن يصلي بالمتوضئين لما ذكرنامن حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه والله أعلم

باب ازالة النجاسة

(لا تجوز إزالتها بغير الماء) في المشهور من المذهب وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وزفر (وروي عن أحمد مايدل على أنها تزال بكل مائع طاهر مزيل للعين والاثر كالخل وماء الورد وماء الشجر ونحوه) وهو قول أبي حنيفة لان النبي ﷺ قال « اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليغسله سبعاً متفق عليه أطلق الغسل فتقييده بالماء يحتاج إلى دليل ولانه مائع طاهر مزيل فجازت إزالة النجاسة به كالماء.

ولنا قول النبي ﷺ لاسماء « إذا أصاب إحداكن الدم من الحيضة فلتقرصه ثم لتنضحه

ﷺ أنه قال « ان الله يحب أن يؤخذ برخصه » وما خير رسول الله ﷺ بين أمرين الا اختار أيسرهما ولان فيه مخالفة أهل البدع وقد روي عن سفيان الثوري أنه قال لشعيب بن حرب : لاينفعك ما كتبت حتى ترى المسح على الخفين أفضل من الغسل . وروى حنبل عن أحمد أنه قال كله جائز المسح والغسل مافي قلبي من المسح شيء ولا من الغسل وهذا قول ابن المنذر وروي عن ابن عمر أنه أمرهم أن يمسحوا على خفافهم وخلع خفيه وتوضأ وقال حبب الي الوضوء . وقال ابن عمر . اني لمولع بغسل قدمي فلا تقتدوا بي

وقيل الغسل أفضل لانه المفروض في كتاب الله تعالى والمسح رخصة وقد ذكرنا من حديث رسول الله ﷺ « ان الله يحب أن تقبل رخصه » .

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن لبس خفيه وهو كامل الطهارة ثم أحدث مسح عليهما)

لا نعلم في اشتراط تقدم الطهارة لجواز المسح خلافا . ووجهه ماروى المغيرة قال : كنت مع النبي

بماء ثم لتصل به » متفق عليه . وعن أنس أن النبي ﷺ أمر بذنوب من ماء فأهريق على بول الاعرابي وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنها إحدى الطهارتين المشترطة للصلاة فأشبهت طهارة الحدث ومطلق حديثهم مقيد بحديثنا والماء مختص باحدى الطهارتين فكذلك الاخرى فاما مالا يزيل كالمرق واللبن والدهن ونحوه فلا خلاف في أن النجاسة لا تزال به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب غسل نجاسة الكلب والخنزير سبعا إحداهن بالتراب) لايختلف المذهب في نجاسة الكلب والخنزير وماتولد منهما أنه نجس عينه وسؤره وعرقه وكل ماخرج منه روي ذلك عن عروة وهو قول الشافعي وأبي عبيدة وبه قال أبو حنيفة في السؤر . وقال مالك والاوزاعي وداود سؤرهما طاهر يتوضأ منه وان ولغا في طعام لم يحرم أكله ، وقال الزهري يتوضأ منه اذا لم يجد غيره . وقال عبدة بن أبي لبابة والثوري وابن الماجشون يتوضأ ويتيمم قال مالك ويغسل الاناء الذي ولغ فيه الكلب تعبداً ، واحتج بعضهم على طهارته بأن الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولم يأمر بغسل أثر فمه وروى أبو سعيد أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال « لها ماحملت في بطونها ولنا ماغبر طهور » رواه ابن ماجه ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه ويشق الاحتراز منه فكان طاهراً كالهر

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « اذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعا » متفق عليه ولمسلم « فليرقه ثم ليغسله سبع مرار » ولو كان سؤره طاهراً لم تجز اراقته ولا وجب غسله فان قالوا انما وجب غسله تعبداً كما تغسل أعضاء الوضوء وتغسل اليد من نوم الليل . قلنا الاصل وجوب الغسل عن النجاسة كما في سائر الغسل : ثم لو كان تعبداً لما أمر باراقة الماء ولما اختص الغسل

ﷺ في سفر فأهويت لأنزع خفيه فقال « دعهما فاني أدخلتهما طاهرتين » فمسح عليهما .متفق عليه فأما إن غسل إحدى رجليه فأدخلهما الخف ثم غسل الاخرى وأدخلها الخف لم يجز المسح أيضاً وهو قول الشافعي وإسحاق ونحوه عن مالك ، وحكى بعض أصحابنا رواية أخرى عن أحمد انه يجوز المسح رواها أبو طالب عنه وهو قول يحيى بن آدم وأبي ثور وأصحاب الرأي لانه أحدث بعد كمال الطهارة واللبس فجاز المسح كما لو نزع الخف الاول ثم عاد فلبسه، وقيل أيضا فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم غسل بقية أعضائه يجوز له المسح وذلك مبني على أن الترتيب غير واجب في الوضوء وقد سبق

ولنا قول النبي ﷺ « دعهما فاني أدخلتهما طاهرتين » وفي لفظ لابي داود « دع الخفين فاني أدخلت القدمين الخفين وهما طاهرتان » فجعل العلة وجود الطهارة فيهما جميعا وقت إدخالهما ولم توجد طهارتهما وقت لبس الاول ولان ما اعتبرت له الطهارة اعتبر له كمالها كالصلاة ومس المصحف ،ولان الاول خف ملبوس قبل رفع الحدث فلم يجز المسح عليه كما لو لبسه قبل غسل قدمية ، ودليل بقاء الحدث أنه لا يجوز له مس المصحف بالعضو المغسول ، فأما إذا نزع الخف الاول ثم لبسه فقد لبسه بعد كمال الطهارة ، وقول الخرقي ثم أحدث - يعني الحدث الاصغر - فان جواز المسح مختص به،ولا يجزيء المسح في جنابة ولا غسل واجب ولا مستحب لا نعلم في هذا خلافا ، وقد روى صفوان بن عسال المرادي قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا مسافرين أو سفراً [1] أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة لكن من غائط وبول ونوم ، رواه الترمذي وقال حديث صحيح ، ولان وجوب الغسل يندر فلا يشق ايجاب غسل القدم بخلاف الطهارة الصغرى ولذلك وجب غسل

«١» السفر بفتح المهملة المشددة وسكون الفاء جماعة المسافرين

بموضع الولوغ لعموم اللفظ في الاناء كله وأما غسل اليد من نوم الليل فانما أمر به للاحتياط لاحتمال النجاسة والوضوء شرع للوضاءة والنظافة ليكون العبد في حال قيامه بين يدي الله تعالى على أحسن حال وأكملها ثم ان سلمنا ذلك فانما عهدنا التعبد في غسل البدن أما الآنية والثياب فانما يجب غسلها من النجاسات وقد روي في لفظ « طهور اناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه أن يغسله سبعاً » أخرجه أبو داود ولا يكون الطهور الا في محل الطهارة ، وقولهم ان الله تعالى أمر بأكل ما أمسكه الكلب قبل غسله قلنا الله تعالى أمر بأكله ورسول الله ﷺ أمر بغسله فيعمل بأمرهما ، وان سلمنا انه لا يجب غسله فلأنه يشق فعفي عنه ، وحديثهم قضية في عين يحتمل أن الماء المسئول عنه كان كثيراً ولذلك قال في موضع آخر حين سئل عن الماء وما ينوبه من السباع فقال « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث » ولان لنا رواية أن الماء لا ينجس إلا بالتغيير فلذلك لا ينجس الماء شربها منه وقياسهم على الهر في معارضة النص لا يصح . والفرق بينهما أن الكلب يأكل النجاسات عادة بخلاف الهر والله أعلم . وإذا ثبتت نجاسة الكلب ثبتت نجاسة الخنزير بطريق التنبيه لانه شر منه وقد نص الشارع على تحريمه فكان تنجيسه أولى ، إذا ثبت هذا فانه يجب غسلها إذا كانت على غير الارض سبعا

ماتحت الشعور الكثيفة وهكذا الحكم في العمامة وسائر الحوائل الا الجبيرة وما في معناها

(فصل) فان تطهر ثم لبس الخف فأحدث قبل بلوغ الرجل قدم الخف لم يجز له المسح لان الرجل حصلت في مقرها وهو محدث فصار كما لو بدأ اللبس وهو محدث

(فصل) فان تيمم ثم لبس الخف لم يكن له المسح لانه لبسه على طهارة غير كاملة ولانها طهارة ضرورة بطلت من أصلها فصار كاللابس له على غير طهارة ولان التيمم لا يرفع الحدث فقد لبسه وهو محدث وان تطهرت المستحاضة ومن به سلس البول وشبههما ولبسوا خفافا فلهم المسح عليها نص عليه أحمد لان طهارتهم كاملة في حقهم قال ابن عقيل : لانهــا مضطرة الى الترخص وأحق من ترخص المضطر فان انقطع الدم وزالت الضرورة بطلت الطهارة من أصلها ولم يكن لها المسح كالمتيمم اذا وجد الماء

(فصل) اذا لبس خفين ثم أحدث ثم لبس فوقهما خفين أو جرموقين لم يجز المسح عليهما بغير خلاف لانه لبسهما على حدث وان مسح على الاولين ثم لبس الجرموقين لم يجز المسح عليهما أيضا ولأصحاب الشافعي وجه في تجويزه لان المسح قائم مقام غسل القدم

ولنا أن المسح على الخف لم يزل الحدث عن الرجل فكأنه لبسه على حدث ولان الخف الممسوح عليه بدل والبدل لا يكون له بدل ولانه لبسه على طهارة غير كاملة فأشبه المتيمم . وان لبس الفوقاني

احداهن بالتراب ، وممن قال يغسل سبع مرات أبو هريرة وابن عباس وعروة وطاوس وعمرو بن دينار والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر وقال الزهري يغسل ثلاث مرات وقال عطاء كل قد سمعت ثلاثا وخمسا وسبعا ، وعن أحمد أنه يجب غسلها ثمانيــة احداهن بالتراب وهو رواية عن الحسن لان رسول الله ﷺ قال « اذا ولغ الكلب في الاناء فاغسلوه سبعا وعفروه الثامنة بالتراب » رواه مسـلم ، ووجه الرواية الاولى ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليغسله سبعا أولاهن بالتراب » رواه مسلم وهذه الرواية أصح ويحمل هــذا الحديث على أنه عد التراب ثامنة لكونه جنسا آخر جمعا بين الخبرين . وقال أبو حنيفة لا يجب العدد في شيء من النجاسات انما يغسل حتى يغلب على الظن نقاؤه من النجاسة لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال في الكلب يلغ في الاناء « يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا » فلم يعين عدداً ، ولانها نجاسة فلم يجب فيها العدد كما لو كانت على الارض

ولنا ماذكرنا من الحديثين وحديثهم يرويه عبـد الوهاب بن الضحاك وهو ضعيف فلا يعارض حديثنا وقد رواه غيره من الثقاة « فليغسله سبعا » وعلى أنه يحتمل الشك من الراوي فينبغي أن يتوقف فيه والارض سومح في غسلها للمشقة بخلاف غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (فان جعل مكانه أشنانا أو نحوه فعلى وجهين) يعني إن جعل مكان التراب في غسل نجاسة الكلب غيره من الاشنان والصابون والنخالة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجزئه طهارة أمر فيهـا

قبل أن يحدث جاز المسح عليه بكل حال سواء كان الذي تحته صحيحاً أو مخرقا وهو قول الحسن ابن صالح والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ومنع منه مالك في إحدى روايتيه، والشافعي في أحد قوليه لان الحاجة لاتدعو الى لبسه في الغالب فلا يتعلق به رخصة عامة كالجبيرة

ولنا أنه خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه أشبه المفرد وكما لوكان الذي تحته مخرقا . وقوله الحاجة لاتدعو اليه ممنوع ، فان البلاد الباردة لايكفي فيها خف واحد غالبا ولو سلمنا ذلك ولكن الحاجة معتبرة بدليلها وهو الاقدام على اللبس لا بنفسها فهو كالخف الواحد

اذا ثبت هذا فمتى نزع الفوقاني قبل مسحه لم يؤثر ذلك وكان لبسه كعدمه ، وإن نزعه بعد مسحه بطلت الطهارة ووجب نزع الخفين وغسل الرجلين لزوال محل المسح ونزع أحد الخفين كنزعهما لان الرخصة تعلقت بهما فصار كانكشاف القدم ، ولو أدخل يده من تحت الفوقاني ومسح الذي تحته جاز لان كل واحد منهما محل للمسح ، فجاز المسح على ماشاء منهما كما يجوز غسل قدمه في الخف مع أن له المسح عليه ولو لبس أحد الجرموقين في احدى الرجلين دون الاخرى جاز المسح عليه وعلى الخف الذي في الرجل الاخرى لان الحكم تعلق به وبالخف في الرجل الاخرى فهو كما لولم يكن تحته شيء

(فصل) فان لبس خفاً مخرقا فوق صحيح فعن أحمد جواز المسح قال في رواية حرب : الخف المخرق اذا كان في رجليه جورب مسح وان كان الخف منخرقا ، وأما ان كان تحتـه لفائف أو خرق فلا يجوز المسح نص عليه أحمد في مواضع ـ ووجهه أن القدم مستور بما يجوز المسح عليه فجاز المسح

بالتراب فلم يقم غيره مقامه كالتيمم ولان الامر به تعبد فلا يقاس عليه (والثاني) يجزئه لان هذه الاشياء أبلغ من التراب في الازالة فنصه على التراب تنبيه عليها ولانه جامد أمر به في إزالة النجاسة فألحق به ماماثله كالحجر في الاستجمار ، وقال ابن حامد انما يجوز العدول الى غير التراب عند عدمه أو فساد المحل المغسول به فأما مع وجوده وعدم الضرر فلا . فان جعل مكانه غسلة ثامنة فقال بعض أصحابنا فيه وجهان والصحيح انها لاتقوم مقام التراب لانه ان كان القصد به تقوية الماء في الازالة فذلك لايحصل من الثامنة وإن وجب تعبداً امتنع إبداله والقياس عليه والله أعلم وهذا اختيار شيخنا

(فصل) ولا فرق بين غسل النجاسة من ولوغ الكلب أو يده أو رجله أو شعره أو غير ذلك من أجزائه قياسا على السؤر ولان ذلك حكم غيره من الحيوانات فكذلك الكلب وحكم الخنزير في سؤره وسائر أجزائه حكم الكلب على مافصلنا لانه شر منه وقد نص الشارع على تحريمه وأجمع المسلمون عليه ولا يباح اقتناؤه بحال فثبت الحكم فيه بطريق الاولى (١)

(فصل) واذا ولغ في الاناء كلاب أو أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم فهي كنجاسة واحدة وان كان بعضها أغلظ كالولوغ مع غيره فالحكم لأغلظها ويدخل فيه مادونه ، ولو غسل الاناء دون السبع ثم ولغ فيه مرة أخرى فغسله سبعا أجزأ لانه اذا أجزأ عما يماثل فعما دونه أولى

(فصل) والمستحب أن يجعل التراب في الغسلة الاولى لموافقة لفظ الخبر وليأتي الماء بعده

(١) الجمهور يمنعون القياس في هذه المسائل لعدم ثبوت العلة واهل الحديث أولى بالوقوف فيها عند النص

كما لو كان السفلاني مكشوفا بخلاف ما اذا كان تحته لفافة، وقال القاضي وأصحابه: لا يجوز المسح إلا على التحتاني لان الفوقاني لا يجوز المسح عليه مفرداً فلم يجز المسح عليه مع غيره كالذي تحته لفافة، وإن لبس مخرقا على مخرق فاستتر القدم بهما احتمل أن يكون كالتي قبلها لان القدم مستور بالخفين فأشبه المستور بالصحيحين أو صحيح ومخرق واحتمل أن لا يجوز لان القدم لم يستتر بخف صحيح بخلاف التي قبلها .

(فصل) وان لبس الخف بعد طهارة مسح فيها على العمامة أو العمامة بعد طهارة مسح فيها على الخف فقال بعض أصحابنا ظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز المسح لانه لبس على طهارة ممسوح فيها على بدل فلم يستبح المسح باللبس فيها كما لو لبس خفا على طهارة ومسح فيها على خف ، وقال القاضي : يحتمل جواز المسح لانها طهارة كاملة وكل واحد منهما ليس ببدل عن الآخر بخلاف الخف الملبوس على خف ممسوح عليه .

(فصل) وإن لبس الجبيرة على طهارة مسح فيها على خف أو عمامة وقلنا ليس من شرطها الطهارة جاز المسح بكل حال ، وإن اشترطنا لها الطهارة احتمل أن يكون كالعمامة الملبوسة على طهارة

فينظفه ومتى غسل به أجزأه لانه روي في حديث إحداهن وفي حديث أولاهن وفي حديث في الثامنة فيدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود

(فصل)واذا غسل محل الولوغ فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر قبل اتمام السبع ففيه وجهان (احدهما) يجب غسله سبعا وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابن حامد لانها نجاسة فلا يراعى فيها حكم المحل الذي انفصلت عنه كنجاسة الارض ومحل الاستنجاء (والثاني) يجب غسله من الاولى ستا ومن الثانية خمسا كذلك إلى آخره لانها نجاسة تطهر في محلها بدون السبع فطهرت به في مثله قياسا عليه وكالنجاسة على الارض . وتفارق المنفصل عن الارض ومحل الاستنجاء لان العلة في خفتها المحل وقد زالت عنه فزال التخفيف والعلة في تخفيفها ههنا قصور حكمها بما مرّ عليها من الغسل وهذا لازم لها حيثما كانت. ثم إن كانت قد انفصلت عن محل الغسل بالتراب غسل محلها بغير تراب وإن كانت الاولى بغير تراب غسلت هذه بالتراب وهذا اختيار القاضي وهو أصح إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وفي سائر النجاسات ثلاث روايات (احداهن) يجب غسلها سبعا وهل يشترط التراب على وجهين(والثانية)ثلاثا (والثالثة) تكاثر بالماء من غير عدد كالنجاسات كلها اذا كانت على الارض) وجملة ذلك أن في سائر النجاسات غير نجاسة الكلب والخنزير اذا كانت على غير الارض ثلاث روايات (احداهن) يجب غسلها سبعا قياسا على نجاسة الكلب والخنزير لما روي عن ابن عمر أنه قال : أمرنا بغسل الانجاس سبعا فينصرف إلى أمر النبي صلى الله عليه وسلم فعلى هذا هل يشترط التراب ؟ فيه وجهان(أحدهما) يجب قياسا على الولوغ وهذا اختيار الخرقي (والثاني) لا يشترط لان النبي ﷺ أمر بالغسل للدم وغيره ولم يأمر بالتراب إلا في نجاسة الكلب فوجب أن يقتصر عليه

مسح فيها على الخف . واحتمل جواز المسح بكل حال لان مسحها عزيمة ، وان لبس الخف على طهارة مسح فيها على الجبيرة جاز المسح عليه لأنها عزيمة ولانها ان كانت ناقصة فهو لنقص لم يزل فلم يمنع جواز المسح كنقص طهارة المستحاضة قبل زوال عذرها وان لبس الجبيرة على طهارة مسح فيها على الجبيرة جاز المسح لما ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ قال (يوما وليلة للمقيم وثلاثة أيام ولياليهن للمسافر)

قال أحمد : التوقيت ما أثبته في المسح على الخفين قيل له تذهب اليه ؟ قال نعم ، وهو من وجوه وبهذا قال عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبو زيد وشريح وعطاء والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الليث : يمسح ما بدا له وكذلك قال مالك في المسافر وله في المقيم روايتان (إحداهما) يمسح من غير توقيت (والثانية) لا يمسح لما روى أبي بن عمارة قال : قلت يارسول الله أمسح على الخفين ؟ قال « نعم » قلت يوما قال «ويومين» قلت وثلاثة؟ قال « وما شئت » رواه أبو داود ولانه مسح في طهارة فلم يتوقت كمسح الرأس والجبيرة

ولان الامر بالتراب ان كان تعبدا وجب قصره على محله وان كان لمعنى في نجاسة الولوغ من اللزوجة التي لا تنقلع الا بالتراب فلذلك لا يوجد في غيره . وفي هذا الدليل نظر لانه غير موجود في نجاسة الكلب غير الولوغ وقد قالوا بوجوب التراب فيه (والرواية الثانية) يجب غسلها ثلاثا لقول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا قام أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده» رواه مسلم أمر بغسلها ثلاثا ليرتفع وهم النجاسة ولا يرفع وهم النجاسة إلا ما يرفع الحقيقة (والثالثة) تكاثر بالماء من غير عدد حتى تزول عين النجاسة وهذا مذهب الشافعي لما روى ابن عمر قال كان غسل الثوب من البول سبع مرات فلم يزل النبي صلى الله عليه وسلم يسأل حتى جعل غسل الثوب من البول مرة رواه الامام أحمد وأبو داود إلا أن في رواته أيوب بن جابر وهو ضعيف ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاسماء في الدم «اغسليه بالماء» ولم يذكر عدداً ولانها نجاسة فلم يجب فيها العدد كنجاسة الارض وقد روي أن النجاسة في محل الاستنجاء تطهر بثلاث وفي غيره بسبع لان محل الاستنجاء تتكرر النجاسة فيه فاقتضى ذلك التخفيف ولانه قد اجتزىء فيها بثلاثة أحجار فأولى أن يجتزأ فيها بثلاث غسلات لان الماء أبلغ من الاحجار وفيه (رواية خامسة) (١) أن العدد لا يجب في نجاسة البدن ويجب في غيرها لان الابدان تعم البلوى فيها بملاقاة النجاسة تارة منها وتارة من غيرها فخفف أمرها لاجل المشقة ذكرها ابن عقيل وذكر القاضي رواية أن العدد لا يعتبر في غير محل الاستنجاء من البدن ويجب في محل الاستنجاء لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعدد الاحجار فيه ويجب في سائر المحال وقال الخلال هذه الرواية وهم ولم يثبتها

(فصل) وإذا أصابت النجاسة الاجسام الصقيلة كالمرآة ونحوها وجب غسله ولم يطهر بالمسح

١) ينظر أين الرابعة

ولنا ماروى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ جعل ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة المقيم رواه مسلم . وحديث صفوان بن عسال وقد ذكرناه وعن عوف بن مالك الاشجعي أن رسول الله ﷺ أمر بالمسح على الخفين في غزوة تبوك ثلاثة أيام ولياليهن المسافر ويوما وليلة للمقيم رواه الامام أحمد وقال هو أجود حديث في المسح على الخفين لأنه في غزوة تبوك وهي آخر غزاة غزاها النبي ﷺ وهو آخر فعله وحديثهم ليس بالقوي قاله أبو داود وفي اسناده مجاهيل منهم عبدالرحمن ابن رزين وأيوب بن قطن ومحمد بن زيد ، ويحتمل أنه يمسح ما شاء اذا نزعها عند انتهاء مدته ثم لبسها .ويحتمل أنه قال وما شئت من اليوم واليومين والثلاثة .ويحتمل أنه منسوخ بأحاديثنا لأنها متأخرة لكون حديث عوف في غزوة تبوك وليس بينها وبين وفاة رسول الله ﷺ إلا شيء يسير وقياسهم ينتقض بالتيمم .

(فصل) اذا انقضت المدة بطل الوضوء وليس له المسح إلا أن ينزعهما ثم يلبسهما على طهارة كاملة . وفيه رواية أخرى أنه يجزئه غسل قدميه كما لو خلعهما وسنذكر ذلك والخلاف فيه ان شاء الله .وقال الحسن : لايبطل الوضوء ويصلي حتى يحدث ثم لايمسح بعد حتى ينزعهما ،وقال داود ينزع خفيه ولا يصلي فيهما فاذا نزعهما صلى حتى يحدث لان الطهارة لا تبطل الا بحدث ونزع الخف ليس بحدث وكذلك انقضاء المدة

ولنا أن غسل الرجلين شرط للصلاة وانما قام المسح مقامه في المدة فاذا انقضت لم يجز أن يقوم

لأنه محل لاتنكر فيه النجاسة فلم يجز فيه المسح كالاواني

(فصل) وغسل النجاسة يختلف باختلاف محلها فان كان جسما لا ينشرب النجاسة كالآنية فغسله بامرار الماء عليه كل مرة غسلة سواء كان بفعل الآدمي أولا مثل أن ينزل عليه ماء المطر أويجري عليه الماء فكل جرية تمر عليه غسلة لان القصد غير معتبر أشبه مالو صبه آدمي بغير قصد وان وقع في ماء راكد قليل نجسه ولم يطهر وان كان كثيراً اعتبر وضعه فيه ومرور الماء على أجزائه غسلة وان حركه في الماء بحيث تمر عليه أجزاء غير التي كانت ملاقية له احتسب بذلك غسلة ثانية كما لو مرت عليه جريات من الماء الجاري .وان كان المغسول إناء فطرح فيه الماء لم يحتسب به غسلة حتى يفرغه منه لأنه العادة في غسله. فان كان الاناء يسع قلتين فصاعداً فملاه احتمل أن ادارة الماء فيه تجري مجرى الغسلات لأن أجزاءه تمر عليها جريات من الماء غير التي كانت ملاقية لها أشبه مالو مرت عليه جريات من الجاري . وقال ابن عقيل لا يكون غسلة الا بتفريغه أيضا ،وان كان المغسول جسما تدخل فيه أجزاء النجاسة كالثوب لم يحتسب برفعه من الماء غسلة حتى يعصره وعصر كل شيء بحسبه فان كان بساطا ثقيلا أو نحوه فعصره بتقليبه ودقه حتى يذهب أكثر مافيه من الماء، والله أعلم

(فصل) اذا أصاب ثوب المرأة دم حيضها استحب أن تحته بظفرها لتذهب خشونته ثم تقرصه بريقها ليلين للغسل ثم تغسله بالماء لقول النبي ﷺ لاسماء في دم الحيض« حتيه ثم اقرصيه

مقامه إلا بدليل ولأنها طهارة لا يجوز ابتداؤها فيمنع من استدامتها كالمتيم عند رؤية الماء

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان خلع قبل ذلك أعاد الوضوء)

يعني قبل انقضاء المدة إذا خلع خفيه بعد المسح عليهما بطل وضوؤه وبه قال النخعي والزهري ومكحول والاوزاعي وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه غسل قدميه وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي ولان مسح الخفين ناب عن غسل الرجلين خاصة فظهورهما يبطل ماناب عنه كالتيمم إذا بطل برؤية الماء وجب ماناب عنه . وهذا الاختلاف مبني على وجوب الموالاة في الوضوء فمن أجاز التفريق جوز غسل القدمين لان سائر أعضائه مغسولة ولم يبق إلا غسل قدميه فاذا غسلهما كمل وضوؤه . ومن منع التفريق أبطل وضوءه لفوات الموالاة فعلى هذا لو خلع الخفين قبل جفاف الماء عن يديه أجزأه غسل قدميه وصار كأنه خلعهما قبل مسحه عليهما . وقال الحسن وقتادة وسليمان بن حرب لا يتوضأ ولا يغسل قدميه لانه أزال الممسوح عليه بعد كمال الطهارة فأشبه ما لو حلق رأسه بعد المسح عليه أو قلم أظفاره بعد غسلها ، ولان النزع ليس بحدث والطهارة لاتبطل إلا بالحدث

ثم اغسليه بالماء ، وإن اقتصرت على الماء جاز وإن لم يزل لونه وكانت إزالته تشق أو تتلف الثوب أو تضره لقول النبي ﷺ « ولا يضرك أثره » رواه أبو داود ، وإن استعملت في إزالته شيئا يزيله كالملح وغيره فحسن لما روى أبو داود عن امرأة من غفار أن النبي ﷺ أردفها على حقيبة فحاضت قالت فنزلت فاذا بها دم مني فقال « مالك لعلك نفست ؟ » قالت نعم قال « فاصلحي من نفسك ثم خذي إناء من ماء فاطرحي فيه ملحاً ثم اغسلي ما أصاب الحقيبة من الدم » قال الخطابي فيه من الفقه جواز استعمال الملح وهو مطعوم في غسل الثوب وتنقيته من الدم فعلى هذا يجوز غسل الثياب بالعسل إذا كان الصابون يفسده وبالخل إذا أصابه الحبر والتدلك بالنخالة وغسل الايدي بها وبالبطيخ ودقيق الباقلاء وغيرها من الاشياء التي لها قوة الجلاء

(فصل) فان كان في الاناء خمر أو شبهه من النجاسات التي يتشربها الاناء ثم متى جعل فيها مائع سواه ظهر فيه طعم النجاسة أو لونها لم يطهر بالغسل لان الغسل لا يستأصل أجزاء النجاسة من جسم الاناء فلم يطهره كالسمسم الذي ابتل بالنجاسة ، قال الشيخ أبو الفرج المقدسي في المبهج آنية الخمر منها المزفت فيطهر بالغسل لان الزفت يمنع وصول النجاسة إلى جسم الاناء ومنها ماليس بمزفت فيتشرب أجزاء النجاسة فلا يطهر بالتطهير فانه متى ترك فيه مائع ظهر فيه طعمه أو لونه

(فصل في تطهير النجاسة على الارض) متى تنجست الارض بنجاسة مائعة أي نجاسة كانت كالبول والخمر ونحوهما فطهورها أن تغمر بالماء بحيث يذهب لون النجاسة وريحها فان لم يذهبا لم تطهر لان بقاءهما دليل بقاء النجاسة ، فان كانت مما لا يزول لونها أو رائحتها إلا بمشقة سقط ذلك كما قلنا

ولنا أن الوضوء بطل في بعض الاعضاء فبطل في جميعها كما لو أحدث وما ذكروه يبطل بنزع أحد الخفين فانه يبطل الطهارة في القدمين جميعا وانما ناب مسحه عن احداهما ، وأما التيمم عن بعض الاعضاء اذا بطل فقد سبق القول فيه في موضعه ، وحكي عن مالك أنه اذا خلع خفيه غسل قدميه مكانه وصحت طهارته وان أخره استأنف الطهارة لان الطهارة كانت صحيحة في جميع الاعضاء الى حين نزع الخفين أو انقضاء المدة وانما بطلت في القدمين خاصة فاذا غسلهما عقب النزع لم تفت الموالاة لقرب غسلهما من الطهارة الصحيحة في بقية الاعضاء بخلاف ما اذا تراخى غسلهما ولا يصح لان المسح قد بطل حكمه وصار الآن نضيف الغسل الى الغسل فلم يبق للمسح حكم ولان الاعتبار في الموالاة انما هو لقرب الغسل من الغسل لا من حكمه فانه متى زال حكم الغسل بطلت الطهارة ولم ينفع قرب الغسل شيئا لكون الحكم لا يعود بعد زواله الا بسبب جديد

(فصل) وإن نزع العمامة بعد مسحها بطلت طهارته أيضاً وعلى الرواية الاخرى يلزمه مسح رأسه وغسل قدميه ليحصل الترتيب ، ولو نزع الجبيرة بعد مسحها فهو كنزع العمامة الا انه ان كان مسح عليها في غسل يعم البدن لم يحتج إلى إعادة غسل ولا وضوء لان الترتيب والموالاة ساقطان فيه

(فصل) ونزع أحد الخفين كنزعهما في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والثوري والاوزاعي

في الثوب ، والدليل على أن الارض تطهر بذلك ما روى أنس قال : جاء اعرابي فبال في طائفة من المسجد فزجره الناس فنهاهم النبي ﷺ فلما قضى بوله أمر بذنوب من ماء فأهرق عليه . متفق عليه ولا نعلم في ذلك خلافا

(فصل) إذا أصاب الارض ماء المطر أو السيول فغمرها وجرى عليها فهو كما لو صب عليها لان تطهير النجاسة لا تعتبر النية فيه فاستوى ما صبه الآدمي وغيره . قال أحمد في البول يكون في الارض فتمطر عليه السماء إذا أصابه من المطر بقدر ما يكون ذنوبا كما أمر النبي ﷺ أن يصب على البول فقد طهر ، وقال المروذي : سئل ابو عبدالله عن ماء المطر يختلط بالبول فقال : ماء المطر عندي لا يخالط شيئا إلا طهره إلا العذرة فانها تنقطع ، وسئل عن ماء المطر يصيب الثوب فلم ير به بأسا الا أن يكون بيل فيه بعد المطر ، وقال : كل ما ينزل من السماء الى الارض فهو نظيف داسته الدواب أو لم تدسه ، وقال في الميزاب اذا كان في الموضع النظيف لا بأس بما قطر عليك من المطر اذا لم تعلم قيل له فأسأل عنه ؟ قال لا وما دعاك الى السؤال ؟ واحتج في طهارة طين المطر بحديث الاعرابي وبأن أصحاب النبي ﷺ والتابعين كانوا يخوضون المطر في الطرقات فلا يغسلون أرجلهم روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، قال ابن مسعود كنا لا نتوضأ من موطيء ونحوه عن ابن عباس وهذا قول عوام أهل العلم لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك

(فصل) فان كانت النجاسة ذات أجزاء متفرقة كالرميم والدم اذا جف والروث فاختلطت بأجزاء الارض لم تطهر بالغسل لان عينها لا تنقلب ولا تطهر الا بازالة أجزاء المكان بحيث يتيقن زوال

وابن المبارك والشافعي وأصحاب الرأي ويلزمه نزع الآخر، وقال الزهري : يغسل القدم الذي نزع الخف منه ويمسح الآخر لانهما عضوان فأشبها الرأس والقدم

ولنا أنهما في الحكم كعضو واحد ولهذا لايجب ترتيب أحدهما على الآخر فيبطل مسح أحدهما بظهور الآخر كالرجل الواحدة وبهذا فارق الرأس والقدم .

(فصل) وانكشاف بعض القدم من خرق كنزع الخف فان انكشفت ظهارته وبقيت بطانته لم تضر لان القدم مستورة بما يتبع الخف في البيع فأشبه مالو لم ينكشط .

(فصل) وإن أخرج رجله الى ساق الخف فهو كخلعه ، وبهذا قال إسحاق وأصحاب الرأي . وقال الشافعي : لايبين لي أن عليه الوضوء لان الرجل لم تظهر ، وحكى أبو الخطاب في رءوس المسائل عن أحمد رواية أخرى كذلك

ولنا أن استقرار الرجل في الخف شرط جواز المسح بدليل مالو أدخل الخف فأحدث قبل استقرارها فيه لم يكن له المسح . فاذا تغير الاستقرار زال شرط جواز المسح فيبطل المسح لزوال شرطه كزوال استتاره ، وإن كان إخراج القدم الى مادون ذلك لم يبطل المسح لانها لم تزل عن مستقرها .

(فصل) كره أحمد لبس الخفين وهو يدافع الاخبثين أو أحدهما لان الصلاة مكروهة بهذه الطهارة واللبس يراد ليمسح عليه للصلاة ، وكان ابراهيم النخعي اذا أراد أن يبول لبس خفيه ولا يرى الامر في ذلك واسعا[1] لان الطهارة كاملة فأشبه مالو لبسه اذا خاف غلبة النعاس وانما كرهت الصلاة

[1] وفي نسخة الا واسعا

أجزاء النجاسة ولو بادر البول وهو رطب فقلع التراب الذي عليه أثره فالباقي طاهر لان النجس كان رطبا وقد زال وإن جف فأزال ماوجد عليه الاثر لم يطهر لان الاثر انما يبين على ظاهر الارض لكن ان قلع ماتيقن به زوال ما أصابه البول فالباقي طاهر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تطهر الارض النجسة بشمس ولا ريح) وممن روي عنه ذلك أبو ثور وابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن تطهر اذا ذهب أثر النجاسة ، وقال أبو قلابة جفاف الارض طهورها لان ابن عمر روى أن الكلاب كانت تبول وتقبل وتدبر في المسجد فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك رواه أبو داود

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «صبوا على بول الاعرابي ذنوبا من ماء» والامر يقتضي الوجوب[2] ولانه محل نجس فلم يطهر بغير الغسل كالثياب ، فأما حديث ابن عمر فرواه البخاري وليس فيه ذكر البول ويحتمل أنه أراد انها كانت تبول ثم تقبل وتدبر في المسجد فيكون اقبالها وإدبارها فيه بعد بولها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة إلا الخمرة اذا انقلبت بنفسها) فلو أحرق السرجين فصار رماداً أو وقع كلب في ملاحة فصار ملحاً لم يطهر كالدم اذا استحال قيحا أو صديداً ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل الجلالة وألبانها لأكلها النجاسة فلو كانت النجاسة تطهر

[2] يقول الحنفية كان هذا عقب بوله والنجاسة ظاهرة . ونظيره غسلهم المنى رطبا وفركه جافا . والمطلوب أن لايكون هنالك تدر بين ولم يرد نص بغسل كل ما تنجس على سبيل التعبد

لان اشتغال قلبه بمدافعة الاخبثين يذهب بخشوع الصلاة ويمنع الاتيان بها على الكمال وربما حمله ذلك على العجلة فيها ولا يضر ذلك في اللبس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أحدث وهو مقيم فلم يمسح حتى سافر أتم على مسح مسافر منذ كان الحدث)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من لم يمسح حتى سافر أنه يتم مسح المسافر وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن » وهو حال ابتدائه بالمسح كان مسافراً، وقوله منذ كان الحدث يعني ابتداء المدة من حين أحدث بعد لبس الخف ، هذا ظاهر مذهب أحمد وهو مذهب الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد رواية أخرى ان ابتداءها من حين مسح بعد أن أحدث ، ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه فروى الخلال عنه أنه قال: امسح الى مثل ساعتك التي مسحت . وفي لفظ قال : يمسح المسافر الى الساعة التي توضأ فيها ، واحتج أحمد بظاهر الحديث قوله يمسح المسافر على خفيه ثلاثة أيام ولياليهن . ولان ماقبل المسح مدة لم تبح الصلاة بمسح الخف فيها فلم تحسب من المدة كما قبل الحدث ، وقال الشعبي وأبو ثور وإسحاق : يمسح المقيم خمس صلوات لايزيد عليها .

بالاستحالة لم يؤثر أكلها النجاسة لانها تستحيل ، ويتخرج أن تطهر النجاسات كلها بالاستحالة قياسا على الخمرة اذا انقلبت ، وجلود الميتة اذا دبغت والجلالة اذا حبست

(فصل) ودخان النجاسة وغبارها نجس فان اجتمع منه شيء أو لاقى جسما صقيلا فصار ماء فهو نجس إلا اذا قلنا إن النجاسة تطهر بالاستحالة وما أصاب الانسان من دخان النجاسة وغبارها فلم يجتمع منه شيء ولا ظهرت له صفة فهوطاهر لعدم إمكان التحرزمنه ، فأما الخمرة اذا انقلبت بنفسها خلا فانها تطهر لا نعلم في ذلك خلافا لان نجاستها لشدتها المسكرة الحادثة لها وقد زال ذلك من غير نجاسة خلفتها فوجب أن تطهر كالماء الذي يتنجس بالتغيير اذا زال تغيره بنفسه ولا يلزم عليه سائر النجاسات لكونها لا تطهر بالاستحالة لان نجاستها لعينها والخمر نجاستها لامر زال بالانقلاب

﴿ مسئلة ﴾ (فان خللت لم تطهر في ظاهر المذهب) روي ذلك عن عمر وهو قول مالك، وقال الشافعي ان ألقي فيها شيء كالملح فتخللت لم تطهر وإن نقلت من شمس الى ظل أو بالعكس فتخللت ففي إباحتها قولان ، ويخرج لنا أيضا فيها احتمالان (أحدهما) تطهر كما لو نقلها لغير قصد التخليل فتخللت فانه لا فرق بينهما سوى النية (والثاني) لاتطهر كما لو وضع فيها شيء فتخللت لما روي أن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فقال« اهرقها » قال أفلا أخللها ؟ قال « لا » من المسند رواه الترمذي ولو جاز التخليل لم ينه عنه ولم تبح اراقته. وقيل تطهر لأن علة التحريم زالت أشبه مالو تخللت بنفسها ولان التطهير لا فرق فيه بين ماحصل بفعل الله تعالى وفعل العبد كتطهير

ولنا ما نقله القاسم بن زكريا المطرز في حديث صفوان « من الحدث إلى الحدث» ولان ما بعد الحدث زمان يستباح فيه المسح فكان من وقته كبعد المسح والخبر أراد أنه يستبيح المسح دون فعله والله أعلم ، وأما تقديره بعدد الصلوات فلا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم إنما قدره بالوقت دون الفعل فعلى هذا يمكن المقيم أن يصلي بالمسح ست صلوات وهو أن يؤخر الصلاة ثم يمسح ويصليها وفي اليوم الثاني يعجلها فيصليها في أول وقتها قبل انقضاء مدة المسح وان كان له عذر يبيح الجمع من سفر أو غيره أمكنه أن يصلي سبع صلوات .

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أحدث مقيما ثم مسح مقيما ثم سافر اتم على مسح مقيم ثم خلع)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروى عنه مثل ماذكر الخرقي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق ، وروي عنه أنه يمسح مسح المسافر سواء مسح في الحضر لصلاة أو أكثر منها بعد أن لا تنقضي مدة المسح وهو حاضر ، وهو مذهب أبي حنيفة لقوله عليه السلام « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن» وهذا مسافر ولانه سافر قبل كمال مدة المسح فاشبه من سافر قبل المسح بعد الحدث وهذا اختيار الخلال وصاحبه أبو بكر وقال الخلال رجع أحمد عن قوله الاول الى هذا

وجه قول الخرقي أنها عبادة تختلف بالحضر والسفر وجد أحد طرفيها في الحضر فغلب فيها حكم الحضر

الثوب والارض وهذا قول أبي حنيفة وروي نحوه عن عطاء وعمرو بن دينار والحارث العكلي

﴿مسئلة﴾ (ولا تطهر الادهان النجسة بالغسل) في ظاهر المذهب اختاره القاضي وابن عقيل قال ابن عقيل الا الزئبق فانه لقوته وتماسكه يجري مجرى الجامد .وقال أبو الخطاب يطهر بالغسل منها ما يتأتى غسله كالزيت ونحوه لانه يمكن غسله بالماء فطهر به كالجامد .وطريق تطهيره أن يجعل في ماء كثير ويحرك حتى يصيب الماء جميع أجزائه ثم يترك حتى يعلو على الماء فيؤخذ وان تركه في جرة وصب عليه ماء وحركه فيه وجعل له بزا لايخرج منه الماء جاز .ووجه القول الاول أن النبي ﷺ سئل عن السمن اذا وقعت فيه الفأرة فقال إن كان مائعا فلا تقربوه رواه أبوداود ولو كان يمكن تطهيره لم يأمر باراقته ومن نصر قول أبي الخطاب قال الخبر ورد في السمن ولعله لا يمكن تطهيره لانه يجمد ويحتمل أن النبي ﷺ ترك الامر بغسله لمشقة ذلك وقلة وقوعه

(فصل) واذا وقعت النجاسة في غير الماء وكان مائعا نجس ، وقد ذكرنا الخلاف فيه وان كان جامداً كالسمن الجامد أخذت النجاسة فما حولها فالقيت والباقي طاهر لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال« إن كان جامداً فالقوها وماحولها وان كان مائعا فلاتقربوه »من المسند واسناده على شرط الصحيحين ـ وحد الجامد الذي لاتسري النجاسة الى جميعه الذي يكون فيه قوة تمنع انتقال أجزاء النجاسة من الموضع الذي وقعت فيه النجاسة الى ما سواه وقال ابن عقيل: الجامد الذي إذا فتح وعاؤه لم تسل أجزاؤه والظاهر خلاف هذا لان سمن الحجاز لا يكاد يبلغه ولان المقصود بالجمود أن لا تسري أجزاء النجاسة وهذا حاصل بما ذكرناه فنقتصر عليه

كالصلاة والخبر يقتضي أن يمسح المسافر ثلاثا في سفره وهذا يتناول من ابتدأ المسح في سفره وفي مسئلتنا يحتسب بالمدة التي مضت في الحضر .

(فصل) فان شك هل ابتدأ المسح في السفر أو الحضر بني على مسح حاضر لانه لا يجوز المسح مع الشك في إباحته فان ذكر بعد أنه كان قد ابتدأ المسح في السفر جاز البناء على مسح مسافر ، وان كان قد صلى بعد اليوم والليلة مع الشك ثم تيقن فعليه إعادة ما صلى مع الشك لانه صلى بطهارة لم يكن له أن يصلي بها فهو كما لو صلى يعتقد أنه محدث ثم ذكر أنه كان على وضوء كانت طهارته صحيحة وعليه اعادة الصلاة . وان كان مسح مع الشك صح لان الطهارة تصح مع الشك في سببها ألا ترى أنه لو شك في الحدث فتوضأ ينوي رفع الحدث ثم تيقن أنه كان محدثا أجزأه وعكسه ما لو شك في دخول الوقت فصلى ثم تيقن أنه كان قد دخل لم يجزه وكذلك إن شك الماسح في وقت الحدث بنى على الاحوط عنده . وهذا التفريع على الرواية الاولى فأما على الثانية فانه يمسح مسح المسافر على كل حال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مسح مسافر أقل من يوم وليلة ثم أقام أو قدم أتم على مسح مقيم وخلع ، واذا مسح مسافر يوما وليلة فصاعداً ثم أقام أو قدم خلع)

وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفا لانه صار مقيما لم يجز له أن يمسح مسح

(فصل) فان تنجس العجين ونحوه لم يطهر لانه لايمكن غسله وكذلك ان نقع شيء من الحبوب في الماء النجس حتى انتفخ وابتل نص عليه أحمد أنه لا يطهر وان غسل مراراً إذا ثبت ذلك فقال أحمد في العجين يطعم النواضح وقال الشافعي يطعم البهائم وقال الثوري وأبو عبيد يطعم الدجاج وقال ابن المنذر لا يطعم شيئا لان النبي ﷺ سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن ويستصبح بها الناس قال « لا هو حرام » وهذا في معناه

ولنا ماروى أحمد عن ابن عمر أن قوما اختبزوا من آبار الذين مسخوا فقال عليه السلام « اعلفوه النواضح » وقال في كسب الحجام « اعلفه ناضحك أو رقيقك » احتج به أحمد وقال ليس هذا بميتة والنهي انما تناول الميتة ولان استعمال شحوم الميتة فيما سئل عنه النبي صلى الله عليه وسلم يفضي إلى تعدي نجاستها وهذا لا يتعدى أكله قال أحمد ولا يطعم لشيء يؤكل في الحال ولا يحلب لبنه لئلا يتنجس به ويصير كالجلالة .

﴿مسئلة﴾ (واذا خفيت النجاسة لزمه غسل ما يتيقن به إزالتها) متى خفيت النجاسة في بدن أو ثوب وأراد الصلاة فيه لم يجز له حتى يتيقن زوالها وانما يتيقن ذلك بغسل كل محل يحتمل أن النجاسة أصابته فان لم يعلم جهتها من ثوب غسله وان علمها في أحد الكمين غسلهما وان رآها في بدنه أو ثوبه الذي عليه غسل كل ما يدركه بصره منه وبذلك قال النخعي ومالك والشافعي وابن المنذر ، وقال

المسافر كمحل الوفاق ولان المسح عبادة يختلف حكمها بالحضر والسفر فاذا ابتدأها في السفر ثم حضر في أثنائها غلب حكم الحضر كالصلاة فعلى هذا لو مسح أكثر من يوم وليلة ثم دخل في الصلاة فنوى الاقامة في أثنائها بطلت صلاته لانه قد بطل المسح فبطلت طهارته فبطلت صلاته لبطلانها ولو تلبس بالصلاة في سفينة فدخلت البلد في أثنائها بطلت صلاته لذلك .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يمسح الا على خفين أو مايقوم مقامهما من مقطوع أو ما أشبهه مما يجاوز الكعبين ﴾

معناه والله أعلم يقوم مقام الخفين في ستر محل الفرض وامكان المشي فيه وثبوته بنفسه والمقطوع هو الخف القصير الساق وانما يجوز المسح عليه اذا كان ساتراً لمحل الفرض لايرى منه الكعبان لكونه ضيقا أو مشدوداً ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ولو كان مقطوعا من دون الكعبين لم يجز المسح عليه وهذا الصحيح عن مالك ، وحكي عنه وعن الاوزاعي جواز المسح لانه خف يمكن متابعة المشي فيه فأشبه الساتر . ولنا أنه لايستر محل الفرض فأشبه اللالكة والنعلين .

(فصل) ولو كان للخف قدم وله شرج محاذ لمحل الفرض جاز المسح عليـه اذا كان الشرج مشدوداً يستر القدم ولم يكن فيه خلل يبين منه محل الفرض ، وقال أبو الحسن الآمدي لايجوز . ولنا أنه خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه فأشبه غير ذي الشرج .

ابن شبرمة يتحرى مكان النجاسة فيغسله ، وقال عطاء والحكم وحماد اذا خفيت النجاسة في الثوب نضحه كله وذلك لحديث سهل بن حنيف عن النبي ﷺ في المذي قال : قلت يارسول الله فكيف بما أصاب ثوبي منه؟ قال «يجزئك أن تأخذ كفا من ماء فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه» فأمر بالتحري والنضح

ولنا أنه تيقن المانع من الصلاة فلم تبح له الصلاة إلا بيقين زواله كمن تيقن الحدث وشك في الطهارة والنضح لايزيل النجاسة وحديث سهل مخصوص بالمذي دون غيره لانه يشق التحرز منه فلا يتعدى حكمه إلى غيره لان أحكام النجاسات تختلف . وقوله حيث ترى أنه أصاب منه محمول على من ظن أنه أصاب ناحية من ثوبه من غير يقين فيجزئه نضح المكان أو غسله

(فصل) فان خفيت النجاسة في موضع فضاء واسع صلى حيث شاء ولا يجب غسل جميعه لان ذلك يشق فلو منع من الصلاة أفضى إلى أن لايجد موضعا يصلي فيه . فان كان الموضع صغيراً كالبيت ونحوه غسله كله كالثوب

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء في بول الغلام الذي لم يأكل الطعام النضح) معنى النضح أن يغمره بالماء وإن لم يزل عنه ولا يحتاج إلى مرس وعصر . فأما بول الجارية فيغسل وإن لم تأكل وهذا قول علي رضي الله عنـه وبه قال عطاء والحسن والشافعي واسحاق . وحكي عن الحسن أن بول الجارية ينضح

(فصل) فان كان الخف محرما كالغصب والحرير لم يستبح المسح عليه في الصحيح من المذهب وإن مسح عليه وصلى أعاد الطهارة والصلاة لانه عاص بلبسه فلم تستبح به الرخصة كما لا يستبيح المسافر رخص السفر لسفر المعصية ، ولو سافر لمعصية لم يستبح المسح أكثر من يوم وليلة لان يوما وليلة غير مختصة بالسفر ولا هي من رخصه فأشبه غير الرخص بخلاف ما زاد على يوم وليلة فانه من رخص السفر فلم يستبحه بسفر المعصية كالقصر والجمع .

(فصل) ويجوز المسح على كل خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه سواء كان من جلود أو لبود وما أشبهها فان كان خشبا أو حديداً أو نحوهما فقال بعض أصحابنا : لا يجوز المسح عليها لان الرخصة وردت في الخفاف المتعارفة للحاجة ولا تدعو الحاجة إلى المسح على هذه في الغالب . وقال القاضي : قياس المذهب جواز المسح عليها لانه خف ساتر (١) يمكن المشي فيه أشبه الجلود .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الجورب الصفيق الذي لا يسقط اذا مشى فيه)

انما يجوز المسح على الجورب بالشرطين الذين ذكرناهما في الخف (أحدهما) أن يكون صفيقا لا يبدو منه شيء من القدم (الثاني) أن يمكن متابعة المشي فيه . هذا ظاهر كلام الخرقي قال أحمد في المسح على الجوربين بغير نعل اذا كان يمشي عليهما ويثبتان في رجليه فلا بأس ، وفي موضع قال يمسح

(١) هذا الظاهر فان علة المسح ستر الرجلين طاهرتين لا صفة الخف ومادته ولا امكان المشي عليه

مالم تطعم كالصبي ، قال القاضي رأيت لابي اسحاق بن شاقلا كلاما يدل على طهارة بول الغلام لانه لو كان نجسا لوجب غسله كسائر النجاسات ، وقال الثوري وأبو حنيفة يغسل بول الغلام كبول الجارية بالقياس عليه ولانه حكم يتعلق بالنجاسة فاستوى فيه الذكر والانثى كسائر أحكامها

ولنا ماروت أم قيس بنت محصن أنها أتت بابن لها صغير لم يأكل الطعام إلى رسول الله ﷺ فأجلسه رسول الله ﷺ في حجره فبال على ثوبه فدعا بماء فنضحه ولم يغسله . متفق عليه ، وعن لبابة بنت الحارث قالت : كان الحسين بن علي في حجر رسول الله ﷺ فبال عليه فقلت البس ثوبا آخر واعطني إزارك حتى أغسله . قال « انما يغسل من بول الانثى وينضح من بول الذكر » رواه أبو داود ، وعن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « بول الغلام ينضح وبول الجارية يغسل » قال قتادة هذا مالم يطعما الطعام فاذا طعما غسل بولهما . رواه الامام أحمد وهذه نصوص صحيحة عن النبي ﷺ فاتباعها أولى من القياس ، وقول النبي ﷺ مقدم على من خالفه

(فصل) قال أحمد الصبي اذا طعم الطعام وأراده واشتهاه غسل بوله . وليس اذا طعم لانه قد يلعق العسل ساعة يولد والنبي ﷺ حنك بالتمر فعلى هذا مايسقاه الصبي أو يلعقه للتداوي لا يعد طعاما يوجب الغسل وما يطعمه لغذائه وهو يريده ويشتهيه يوجب الغسل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا تنجس أسفل الخف أو الحذاء وجب غسله ، وعنه يجزيء دلكه بالارض

عليهما اذا ثبتا في العقب . وفي موضع قال : ان كان يمشي فيه فلا ينثني فلا بأس بالمسح عليه فانه اذا انثنى ظهر موضع الوضوء . ولا يعتبر أن يكونا مجلدين قال أحمد يذكر المسح على الجوربين عن سبعة أو ثمانية من أصحاب رسول الله ﷺ وقال ابن المنذر ويروى اباحة المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله ﷺ علي وعمار وابن مسعود وأنس وابن عمر والبراء وبلال وابن أبي أوفى وسهل بن سعد وبه قال عطاء والحسن وسعيد بن المسيب والنخعي وسعيد بن جبير والاعمش والثوري والحسن بن صالح وابن المبارك وإسحاق ويعقوب ومحمد . وقال أبوحنيفة ومالك والاوزاعي ومجاهد وعمرو بن دينار والحسن بن مسلم والشافعي : لايجوز المسح عليهما الا أن ينعلا لأنهما لا يمكن متابعة المشي فيهما فلم يجز المسح عليهما كالرقيقين

ولنا ماروى المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ مسح على الجوربين والنعلين . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهذا يدل على أن النعلين لم يكونا عليهما لانهما لو كانا كذلك لم يذكر النعلين فانه لا يقال مسحت على الخف ونعله . ولان الصحابة رضي الله عنهم مسحوا على الجوارب ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولانه ساتر لمحل الفرض يثبت في القدم فجاز المسح عليه كالنعل . وقولهم لايمكن متابعة المشي فيه قلنا لا يجوز المسح عليه إلا أن يكون مما يثبت بنفسه ويمكن متابعة المشي فيه وأما الرقيق فليس بساتر .

وعنه يغسل من البول والغائط ويدلك من غيرهما) وجملته أنه اذا تنجس أسفل الخف والحذاء ففيه ثلاث روايات إحداهن يجب غسله قياسا على الثوب والرجل وغيرها وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن (والثانية) يجزىء دلكه بالارض حتى تزول عين النجاسة وتباح الصلاة فيه وهذا قول الاوزاعي لقول النبي ﷺ « اذا وطيء أحدكم الاذى بخفيه فطهورهما التراب » وفي لفظ « اذا وطيء بنعله أحدكم الاذى فان التراب له طهور » وعن أبي سعيد قال قال رسول الله ﷺ « اذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى في نعليه قذراً أو أذى فليمسحه وليصل فيهما » روى هذه الاحاديث أبو داود ولان النبي ﷺ وأصحابه كانوا يصلون في نعالهم والظاهر أن النعل لاتخلو من نجاسة تصيبها فلو لم يجز دلكها لم تصح الصلاة فيها (والثالثة) يغسل من البول والغائط لفحشهما وتغليظ نجاستهما ويدلك من غيرهما لما ذكرنا وهو قول إسحاق، والاولى أنه يجزيء فيه الدلك مطلقا لما ذكرنا من الاحاديث ،فان قيل فقول النبي ﷺ في نعليه إن فيهما قذراً يدل على أنه لايجزيء دلكهما ولم يزل القذر منهما .قلنا لا دلالة في هذا لانه لم ينقل أنه دلكهما والظاهر أنه لم يدلكهما لانه لم يعلم بالقذر فيهما حتى أخبره جبريل عليه السلام

(فصل) اذا ثبت أنه يجزيء الدلك فهل يحكم بطهارتها أو يحكم بطهارة محل الاستجمار بعد الانقاء واستيفاء العدد ؟فيه وجهان(أحدهما)يحكم بطهارته اختاره ابن حامد لظاهر الاخبار التي ذكرناها وهذا ظاهر كلام أحمد فانه قال في المستجمر يعرق في سراويله لا بأس به لان قول النبي ﷺ في

(فصل) وقد سئل أحمد عن جورب الخرق يمسح عليه فكره الخرق ولعل أحمد كرهها لان الغالب عليها الخفة وأنها لا تثبت بأنفسها فان كانت مثل جورب الصوف في الصفاقة والثبوت فلا فرق . وقد قال أحمد في موضع لايجزئه المسح على الجورب حتى يكون جوربا صفيقا يقوم قائما في رجله لاينكسر مثل الخفين انما مسح القوم على الجوربين انه كان عندهم بمنزلة الخف يقوم مقام الخف في رجل الرجل يذهب فيه الرجل ويجيء .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان يثبت بالنعل مسح فاذا خلع النعل انتقضت الطهارة)

يعني أن الجورب اذا لم يثبت بنفسه وثبت بلبس النعل أبيح المسح عليه وتنتقض الطهارة بخلع النعل لان ثبوت الجورب أحد شرطي جواز المسح وانما حصل بلبس النعل فاذا خلعها زال الشرط فبطلت الطهارة كما لو ظهر القدم والاصل في هذا حديث المغيرة. وقوله مسح على الجوربين والنعلين قال القاضي : ويمسح على الجورب والنعل كما جاء الحديث والظاهر أن النبي ﷺ إنما مسح على سيور النعل التي على ظاهر القدم فأما أسفله وعقبه فلا يسن مسحه من الخف فكذلك من النعل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم لم يجز المسح عليه)

وجملته انه انما يجوز المسح على الخف ونحوه اذا كان ساتراً لمحل الفرض فان ظهر من محل الفرض

الروث والرمة أنهما لا يطهران مفهومه أن غيرهما يطهر ولانه معنى يزيل حكم النجاسة فطهرها كالماء

وقال أصحابنا المتأخرون لا يطهر المحل فلو قعد المستجمر في ماء يسير نجسه ولو عرق كان عرقه نجسا لان المسح لا يزيل أجزاء النجاسة كلها فالباقي منها نجس لأنه عين النجاسة فأشبه مالو وجد في المحل وحده، وقال القاضي في الخفين انما يجزيء دلكهما بعد جفاف نجاستهما لانه لا يبقى لها أثر ولا يجزيء قبل الجفاف وبه قال أبو حنيفة في الروث والعذرة والدم والمني . وقال في البول لايجزئه حتى يغسل وان يبس لان رطوبة النجاسة باقية فلا يعفى عنها . وظاهر الاخبار لا يفرق بين رطب ولا جاف ولانه محل اجتزيء فيه بالمسح فجاز له مع رطوبة الممسوح كمحل الاستنجاء ولان رطوبة المحل معفو عنها اذا جفت قبل الدلك فعفي عنها اذا جفت به كالاستجمار

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يعفى عن يسير شيء من النجاسات الا الدم وما تولد منه من القيح والصديد وأثر الاستنجاء) أراد أثر الاستجمار ولا نعلم خلافا في العفو عنه بعد الانقاء واستيفاء العدد وقد ذكرنا الخلاف في طهارته

(فصل) فأما الدم والقيح فأكثر أهل العلم يرون العفو عن يسيره وممن روي عنه ذلك ابن عباس وأبو هريرة وجابر وابن أبي أوفى وسعيد بن المسيب وابن جبير وطاوس ومجاهد وعروة والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن عمر أنه كان ينصرف من قليله وكثيره ونحوه عن الحسن

شيء لم يجز المسح وان كان يسيراً من موضع الخرز أو من غيره اذا كان يرى منه القدم ، وإن كان فيه شق ينضم ولا يبدو منه القدم لم يمنع جواز المسح نص عليه وهو مذهب معمر وأحد قولي الشافعي ، وقال الثوري ويزيد بن هارون واسحاق وابن المنذر : يجوز المسح على كل خف ، وقال الاوزاعي يمسح على الخف المخرق وعلى ماظهر من رجله . وقال أبو حنيفة إن تخرق قدر ثلاث أصابع لم يجز وإن كان أقل جاز ونحوه قال الحسن ، وقال مالك إن كثر وتفاحش لم يجز وإلا جاز وتعلقوا بعموم الحديث وبأنه خف يمكن متابعة المشي فيه فأشبه الصحيح ولان الغالب على خفاف العرب كونها مخرقة وقد أمر النبي ﷺ بمسحها من غير تفصيل فينصرف إلى الخفاف الملبوسة عندهم غالبا

ولنا أنه غير ساتر للقدم فلم يجز المسح عليه كما لو كثر وتفاحش أو قياسا على غير الخف ولان حكم ماظهر الغسل وما استتر المسح فاذا اجتمعا غلب حكم الغسل كما لو انكشفت إحدى قدميه .

(فصل) ولا يجوز المسح على اللفائف والخرق نص عليه أحمد . وقيل إن أهل الجبل يلفون

وسليمان التيمي لانه نجس أشبه البول

ولنا ماروي عن عائشة قالت قد يكون لاحدانا الدرع فيه تحيض وفيه تصيبها الجنابة ثم ترى فيه قطرة من دم فتقصعه بريقها وفي رواية بلته بريقها ثم قصعته بظفرها . رواه أبو داود ، وهذا يدل على العفو عنه لان الريق لايطهره ويتنجس به ظفرها وهو اخبار عن دوام الفعل ومثل هـذا لايخفى عن النبي ﷺ ولا يصدر إلا عن أمره ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف وما روي عن ابن عمر فقد روي عنه خلافه فروى عنه الاثرم باسناده أنه كان يسجد فيخرج يديه فيضعهما بالارض وهما يقطران دما من شقاق كان في يديه . وعصر بثرة فخرج منها دم فمسحه بيده وصلى ولم يتوضأ . وانصرافه عنه في بعض الحالات لاينافي مارويناه عنه فقد يتورع الانسان عن بعض مايرى جوازه ولأنه يشق التحرز منه فعفي عنه كأثر الاستجمار . وحد اليسير المعفو عنه هو الذي لاينقض الطهارة ، وقد ذكرنا الخلاف فيه في نواقض الوضوء والله أعلم

(فصل) والقيح والصديد مثله إلا أن أحمد قال هو أسهل من الدم لانه روي عن ابن عمر والحسن أنهما لم يرياه كالدم . قال أبو مجلز في الصديد انما ذكر الله الدم المسفوح . وقال أمي بن ربيعة رأيت طاوسا كأن إزاره نطع من قروح كانت برجليه ونحوه عن مجاهد ، وقال ابراهيم في الذي يكون به الحبور يصلي ولا يغسله فاذا برأ غسله ونحوه قول عروة فعلى هذا يعفى منه عن أكثر مما يعفى عن مثله من الدم لان هذا لا نص فيه وانما ثبتت نجاسته لاستحالته من الدم

(فصل) ولا فرق بين كون الدم مجتمعا أو متفرقا فاذا جمع بلغ هذا القدر ولو كانت النجاسة في شيء صفيق قد نفذت من الجانبين فاتصلت فهي نجاسة واحدة وإن لم تتصل بل كان بينهما شيء لم يصبه الدم فهما نجاستان اذا بلغا لو جمعا قدراً لا يعفى عنه لم يعف عنهما كجانبي الثوب

(فصل) ودم الحيض في العفو عنه كغيره لحديث عائشة الذي ذكرناه وكذلك سائر دماء

على أرجلهم لفائف إلى نصف الساق قال لايجزئه المسح على ذلك إلا أن يكون جوربا وذلك لان اللفافة لاتثبت بنفسها انما تثبت بشدها ولا نعلم في هذا خلافا (١)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويمسح على ظاهر القدم)

السنة مسح أعلا الخف دون أسفله وعقبه فيضع يده على موضع الاصابع ثم يجرها الى ساقه خطا بأصابعه، وان مسح من ساقه الى أصابعه جاز والاول المسنون، ولا يسن مسح أسفله ولاعقبه بذلك قال عروة وعطاء والحسن والنخعي والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر. وروي عن سعد أنه كان يرى مسح ظاهره وباطنه، وروي أيضا عن ابن عمر وعمر بن عبدالعزيز والزهري ومكحول وابن المبارك ومالك والشافعي لما روى المغيرة بن شعبة قال: وضأت رسول الله ﷺ فمسح أعلى الخف وأسفله رواه ابن ماجه، ولانه يحاذي محل الفرض فأشبه ظاهره

الحيوانات الطاهرات. فأما دم الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما فلا يعفى عن يسيره لان رطوباته الطاهرة من غيره لايعفى عن يسيرها فدمه أولى. فأما دم البغل والحمار وسباع البهائم والطير ان قلنا بطهارتها عفي عن يسير دمائها كسائر الحيوانات الطاهرات وان قلنا بنجاستها وقلنا لايعفى عن يسير شيء من رطوباتها كالريق والعرق فأولى أن لايعفى عن دمها كدم الكلب والخنزير. ولان دمها لا بد أن يصيب جسمها فلم يعف عنه كالماء، وهكذا حكم كل دم أصاب نجاسة غير معفو عنها لم يعف عن شي. منه لذلك، وان قلنا يعفى عن يسير ريقها وعرقها احتمل أن يعفى عن يسير دمها قياسا عليه والله أعلم

(فصل) ودم مالا نفس له سائلة كالبق والبراغيث والذباب ونحوه طاهر في ظاهر المذهب. وممن رخص في دم البراغيث عطاء وطاوس والحسن والشعبي والحكم وحماد والشافعي واسحاق لانه لو كان نجسا لنجس الماء اليسير اذا مات فيه فانه اذا مكث في الماء لايسلم من خروج فضلة منه، ولانه ليس بدم مسفوح. وانما حرم الله سبحانه الدم المسفوح، وروي عن أحمد أنه قال في دم البراغيث إني لافزع منه اذا كثر. وقال النخعي اغسل مااستطعت، وقال مالك في دم البراغيث اذا كثر وانتشر فاني أرى أن يغسل والاول أظهر، وقول أحمد ليس فيه تصريح بنجاسته بل هو دليل التوقف ولان المنسوب الى دم البراغيث انما هو بولها في الظاهر وبول هذه الحشرات ليس بنجس

(فصل) فأما دم السمك فقال أبو الخطاب هو طاهر وهذا قول أبي الحسن لان اباحته لاتقف على سفحه ولو كان نجسا لوقفت الاباحة على اراقته بالذبح كحيوان البر ولأنه اذا ترك استحال ماء وقال أبو ثور هو نجس لانه مسفوح فيدخل في عموم الآية والعلقة نجسة لانها دم خارج من الفرج أشبه دم الحيض، وعنه أنها طاهرة لانه بدء خلق آدمي أشبهت المني، قال شيخنا والصحيح نجاستها

١) الذي حققه شيخ الاسلام ابن تيمية جواز المسح على كل مايستر الرجلين في الجملة سواء ثبت بنفسه أو بشده بشيء آخر وان علة المسح الحاجة الى سترها والمشقة في نزع الساتر في الغسل وأنه ليس لشكل الساتر ولا لجنسه ولا لثبوته بنفسه أو بغيره دخل في ذلك فليراجع فتاواه من شاء تفصيل ذلك

ولنا قول علي رضي الله عنه : لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من ظاهره وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهر خفيه رواه أبو داود . وعن المغيرة قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين على ظاهرهما رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعن عمر قال: رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأمر بالمسح على ظاهر الخفين اذا لبسهما وهما طاهرتان : رواه الخلال باسناده ولان باطنه ليس بمحل لفرض المسح فلم يكن محلا لمسنونه كساقه ولان مسحه غير واجب ولا يكاد يسلم من مباشرة أذى فيه تتنجس يده به فكان تركه أولى ، وحديثهم معلول قاله الترمذي قال وسألت أبا زرعة ومحمداً[1] عنه فقالا ليس بصحيح .وقال أحمد هذا من وجه ضعيف رواه رجاء بن حيوة عن وراد كاتب المغيرة ولم يلقه . وأسفل الخف ليس بمحل

لانها دم أشبهت سائر الدماء. ولان الشرع لم يرد فيها بطهارة فتدخل في عموم النص — وما يبقى في اللحم من الدم معفو عنه . ولو علت حمرة الدم في القدر لم يكن نجسا لانه لايمكن التحرز منه

وإذا أصاب الاجسام الصقيلة كالسيف والمرآة نجاسة يعفى عن يسيرها كالدم عفي عن كثيرها بالمسح[2] لان الباقي بعد المسح يسير وإن كثر محله فعفي عنه كيسير غيره

﴿ فصل ﴾ (وانما يعفى عن يسير الدم في غير المائعات) فلو وقعت قطرة من دم في مائع يسير تنجس وصار حكمه حكم الدم في العفو عن يسيره لانه فرع عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في المذي والقيء وريق البغل والحمار وسباع البهائم والطير وعرقها وبول الخفاش والنبيذ والمني انه كالدم . وعنه في المذي انه يجزي فيه النضح) اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك فروي عنه في المذي انه قال: يغسل ما أصاب الثوب منه إلا أن يكون يسيراً ، وروى الخلال باسناده قال: سئل سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن المذي فكلهم قال انه بمنزلة القرحة فما علمت منه فاغسله وما غلبك منه فدعه لانه يخرج من الشاب كثيراً فيشق التحرز منه فعفي عن يسيره كالدم . وعن أحمد انه كالمني لانه خارج بسبب الشهوة أشبه المني ، وعنه أنه يجزيء فيه النضح لان في حديث سهل بن حنيف قال : قلت يارسول الله فكيف بما أصاب ثوبي منه قال « انما يكفيك أن تأخذ كفاً من ماء فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه » قال الترمذي حديث صحيح (والرواية الأخرى) يجب غسله لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بغسل الذكر منه ولانه نجاسة خارجة من الذكر أشبه البول يروى ذلك عن عمر وابن عباس وهو مذهب الشافعي وإسحاق وكثير من أهل العلم . وكذلك المني اذا قلنا بنجاسته لما ذكرنا في المذي. فأما الودي فهو نجس لا يعفى عنه في الصحيح لانه خارج من مخرج البول فهو كالبول وعن احمد انه كالمذي . وأما القيء فروي عن أحمد انه قال هو عندي بمنزلة الدم لانه خارج نجس من غير السبيل أشبه الدم . وروي عن أحمد في ريق البغل والحمار وعرقهما انه يعفى عنه اذا كان يسيراً وهو الظاهر عن أحمد قال الخلال وعليه مذهب أبي عبد الله لانه يشق التحرز منه ، قال أحمد من يسلم من هذا ممن يركب الحمير إلا

[1] كذا قال الترمذي سالت محمدا عن حديث كذا فهو يعني شيخه البخاري صاحب الصحيح

[2] جملة : يعفى عن يسيرها صفة لقوله نجاسة — وقوله عفي عن كثيرها هو جواب الشرط

لغرض المسح بخلاف أعلاه .

(فصل) والمجزيء في المسح أن يمسح أكثر مقدم ظاهره خطوطا بالاصابع ، وقال الشافعي : يجزئه أقل مايقع عليه اسم المسح لانه أطلق لفظ المسح ولم ينقل فيه تقدير فوجب الرجوع الى مايتناوله الاسم، وقال أبوحنيفة: يجزئه قدر ثلاث أصابع لقول الحسن : سنة المسح خطط بالاصابع فينصرف الى سنة النبي ﷺ وأقل لفظ الجمع ثلاث .

ولنا أن لفظ المسح ورد مطلقا وفسره النبي صلى الله عليه وسلم بفعله فيجب الرجوع الى تفسيره وقد روى الخلال باسناده عن المغيرة بن شعبة فذكر وضوء النبي صلى الله عليه وسلم قال ثم توضأ ومسح على الخفين فوضع يده اليمنى على خفه الأيمن ووضع يده اليسرى على خفه الأيسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة حتى كأني أنظر الى أثر أصابعه على الخفين ، قال ابن عقيل : سنة المسح هكذا أن يمسح خفيه بيديه اليمنى لليمنى واليسرى لليسرى ، وقال أحمد : كيفما فعله فهو جائز

اني أرجو أن يكون ماجف منه أسهل ، قال القاضي وكذلك ما كان في معناهما من سباع البهائم سوى الكلب والخنزير وكذلك الحكم في أرواثها وكذلك الحكم في سباع الطير لانها في معنى سباع البهائم وبول الخفاش ، قال الشعبي والحكم وحماد وحبيب بن أبي ثابت لا بأس ببول الخفافيش . وكذلك الخفاش والخطاف لانه يشق التحرز منه فانه في المساجد كثير فلو لم يعف عن يسيره لم يقر في المساجد وكذلك النبيذ لوقوع الخلاف في نجاسته وكذلك بول مايؤكل لحمه اذا قلنا بنجاسته لانه يشق التحرز منه لكثرته ، وعن أحمد لايعفى عن يسير شيء من ذلك لان الاصل أن لا يعفى عن شيء من النجاسة خولف في الدم وما تولد منه فيبقى ماعداه على الاصل

(فصل) ولا يعفى عن يسير شيء من النجاسات غير ماذكرنا وممن قال لايعفى عن يسير البول مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة يعفى عن يسير جميع النجاسات لانها يكتفى فيها بالمسح في محل الاستنجاء فلو لم يعف عن يسيرها لم يكف فيها المسح ولانه يشق منه التحرز أشبه الدم

ولنا عموم قوله تعالى (وثيابك فطهر) وقول النبي ﷺ « تنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه » ولانها نجاسة لاتشق إزالتها فوجبت كالكثير، وأما الدم فانه يشق التحرز منه فان الانسان لايكاد يخلو من بثرة أو حكة أو دمل ويخرج من أنفه وغيره فيشق التحرز من يسيره أكثر من كثيره ولهذا فرق في الوضوء بين قليله وكثيره

﴿ مسألة ﴾ (ولا ينجس الآدمي بالموت ولا مالا نفس له سائلة كالذباب وغيره) ظاهر المذهب أن الآدمي طاهر حيا وميتا لقول النبي ﷺ « المؤمن لا ينجس » متفق عليه . وعن أحمد أنه سئل عن بئر وقع فيها انسان فمات فقال تنزح حتى تغلبهم وهو مذهب أبي حنيفة قال: ينجس ويطهر بالغسل لانه حيوان له نفس سائلة فنجس بالموت كسائر الحيوانات، وللشافعي قولان كالروايتين، والصحيح الاول للخبر ولانه آدمي فلم ينجس بالموت كالشهيد ولانه لو نجس بالموت لم يطهر بالغسل كالحيوانات التي تنجس بالموت

باليد الواحدة أو باليدين وقول الحسن مع ما ذكرنا لا يتنافيان

(فصل) فان مسح بخرقة أو خشبة احتمل الاجزاء لانه مسح على خفيه واحتمل المنع لان النبي صلى الله عليه وسلم مسح بيده وان مسح بأصبع أوأصبعين اجزأه إذا كرر المسح بها حتى يصير مثل المسح بأصابعه وقيل لاحمد يمسح بالراحتين أو بالاصابع؟ قال بالاصابع قيل له أيجزئه بأصبعين ؟ قال : لم أسمع .

(فصل) وإن غسل الخف فتوقف أحمد وأجازه ابن حامد لانه أبلغ من المسح قال القاضي : لايجزئه لانه أمر بالمسح ولم يفعله فلم يجزه كما لو طرح التراب على وجهه ويديه في التيمم لكن ان أمر يديه على الخفين في حال الغسل أو بعده أجزأه لانه قد مسح

«مسئلة» قال (وان مسح أسفله دون أعلاه لم يجزه)

لا نعلم أحداً قال يجزئه مسح أسفل الخف إلا أشهب من أصحاب مالك وبعض أصحاب الشافعي لانه مسح بعض ما يحاذي محل الفرض فاجزأه كما لو مسح ظاهره والمنصوص عن الشافعي

(فصل) ولم يفرق أصحابنا بين المسلم والكافر لاستوائهما في حال الحياة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينجس الكافر بموته لان الخبر إنما ورد في المسلم ولا يقاس الكافر عليه لانه لا يصلى عليه ولا حرمة له كالمسلم (١)

(فصل) وحكم أجزاء الآدمي وابعاضه حكم جملته سواء انفصلت في حياته أو بعد موته لانها أجزاء من جملة فكان حكمها كحكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة ،وذكر القاضي أنها نجسة رواية واحدة لانها لاحرمة لها بدليل أنها لا يصلى عليها وما ذكروه ممنوع فان لها حرمة فان كسر عظم الميت ككسره وهو حي ولانه يصلى عليها إذا وجدت من الميت ثم يبطل بشهيد المعركة فانه لا يصلى عليه وهو طاهر .

(فصل) ومالا نفس له سائلة لاينجس بالموت والمراد بالنفس الدم فان العرب تسمي الدم نفسا قال الشاعر :

نبئت أن بني سحيم أدخلوا　　أبياتهم تامور نفس المنذر

أي دمه ومنه قيل للمرأة نفساء لسيلان دمها عند الولادة ويقال نفست المرأة إذا حاضت فكل ما ليس له دم سائل من حيوان البر والبحر من العلق والديدان والسرطان ونحوها لا ينجس بالموت ولا ينجس الماء إذا مات فيه في قول عامة العلماء. قال ابن المنذر لا أعلم في ذلك خلافا الا ما كان من أحد قولي الشافعي فان عنده في تنجيس الماء إذا مات فيه قولان . فأما الحيوان في نفسه فهو عنده نجس قولا واحداً لانه حيوان لايؤكل لا لحرمته فنجس بالموت كالبغل والحمار

ولنا قول النبي ﷺ « إذا وقع الذباب في اناء أحدكم فليمقله فان في أحد جناحيه داء

(١) الاحتمال ضعيف لان الكلام في النجاسة الحسية التي تدرك ببعض الحواس ولا فرق فيها بين مؤمن وكافر قطعا

أنه لايجزئه لانه ليس محلا لفرض المسح فلم يجزيء مسحه كالساق وقد ذكرنا أن النبي ﷺ إنما مسح ظاهر الخف ولا خلاف في أنه يجزيء مسح ظاهره قال ابن المنذر لاأعلم أحداً يقول بالمسح على الخفين يقول لا يجزيء المسح على أعلى الخف

(فصل) والحكم في المسح على عقب الخف كالحكم في مسح أسفله لأنه ليس بمحل لفرض المسح فهو كاسفله .

«مسئلة» قال (والرجل والمرأة في ذلك سواء)

يعني في المسح على الخفاف وسائر أحكامه وشروطه لعموم الخبر ولانه مسح أقيم مقام الغسل

وفي الآخر شفاء» رواه البخاري وفي لفظ «فليغمسه كله ثم ليطرحه» وقال الشافعي مقله ليس يقتله قلنا اللفظ عام في كل شراب بارد أو حار أودهن مما يموت بغمسه فيه فلو كان ينجس الشراب كان أمرا بافساده وقد روي أن النبي ﷺ قال لسلمان «ياسلمان أيما طعام أوشراب ماتت فيه دابة ليس لها نفس سائلة فهو الحلال أكله وشربه ووضوؤه» وهذا صريح أخرجه الدارقطني قال الترمذي يرويه بقية وهو يدلس فاذا روى عن الثقاة جود ولانه لانفس له سائلة أشبه دود الخل اذا مات فيه فانهم سلموا أن ذلك لاينجس الا أن يؤخذ ويطرح فيه أو يشق الاحتراز منه أشبه ما ذكرنا . واذا ثبت أنه لاينجس الماء لزم أن لا يكون نجسا والا لنجس الماء كسائر النجاسات

(فصل) فاما ان كان متولداً من النجاسات كدود الحش وصراصره فهو نجس حيا وميتا لانه متولد من النجاسة فكان نجسا كالمتولد من الكلب والخنزير قال المروذي قال أحمد صراصر الكنيف والبالوعة اذا وقع في الاناء صب وصراصر البئر ليس هي بقذرة لأنها لا تأكل العذرة

(فصل) وماله نفس سائلة من الحيوان غير الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ميتة طاهرة وهو السمك وسائر حيوان البحر الذي لا يعيش إلا في الماء فهو طاهر حيا وميتا لانه لو كان نجسا لم يبح أكله (القسم الثاني) مالا تباح ميتته غير الآدمي كحيوان البر المأكول وغيره وحيوان البحر الذي يعيش في البر كالضفدع والحية والتمساح ونحوه فكل ذلك ينجس بالموت وينجس الماء القليل اذا مات فيه والكثير اذا غيره وهذا قول ابن المبارك والشافعي وأبي يوسف ، وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن في الضفدع لاتفسد الماء اذا ماتت فيه لانها تعيش في الماء أشبهت السمك

ولنا أنها تنجس غير الماء فنجست الماء كحيوان البر ولانه حيوان له نفس سائلة لا تباح ميتته أشبه طير الماء وبهذا فارق السمك

(فصل) وفي الوزغ وجهان (أحدهما) لاينجس بالموت لانه لا نفس له سائلة أشبه العقرب (والثاني) أنه نجس لان عليا رضي الله عنه كان يقول: ان ماتت الوزغة أو الفأرة في الحب يصب مافيه وان ماتت في بئر فانزحها حتى تغلبك

فاستوى فيه الرجال والنساء كالتيمم ولا فرق بين المستحاضة ومن به سلس البول وغيرهما . وقال بعض الشافعية ليس لهما أن يمسحا على الخف أكثر من وقت صلاة لان الطهارة التي لبسا الخف عليها لا يستباح بها أكثر من ذلك

ولنا عموم قوله عليه السلام « يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليهن » ولان المسح لا يبطل بمبطلات الطهارة فلا يبطل بخروج الوقت لكن إن زال عذرهما كلا في بابهما فلم يكن لهما المسح بتلك الطهارة كالمتيمم إذا أكمل بالقدرة على الماء لا يمسح بالخف الملبوس على التيمم

(فصل) ويجوز المسح على العمامة قال ابن المنذر وممن مسح على العمامة أبو بكر الصديق وبه قال عمر وأنس وأبو امامة ، وروي عن سعيد بن مالك وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال عمر بن

(فصل) إذا مات في الماء ما لا يعلم هل ينجس بالموت أم لا فالماء طاهر لان الاصل طهارته والنجاسة مشكوك فيها وكذلك ان شرب منه حيوان يشك في نجاسة سؤره وطهارته لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وبول ما يؤكل لحمه وروثه ومنيه طاهر وعنه انه نجس)

اختلفت الرواية في بول ما يؤكل لحمه وروثه فروي عن أحمد أنه طاهر وهو ظاهر كلام الخرقي وهو قول عطاء والنخعي والثوري ومالك ورخص في أبوال الغنم الزهري ويحيى الانصاري ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة الصلاة في مرابض الغنم الا الشافعي فانه اشترط أن تكون سليمة من أبعارها وأبوالها ، ورخص في ذرق الطائر الحكم وحماد وأبو حنيفة ، وعن أحمد أن ذلك نجس وهو قول الشافعي وأبي ثور ونحوه عن الحسن لعموم قوله ﷺ « تنزهوا من البول » ولانه رجيع فأشبه رجيع الآدمي

ولنا أن النبي ﷺ أمر العرنيين أن يشربوا من أبوال الابل والنجس لا يباح شربه ولو أبيح للضرورة لامرهم بغسل أثره إذا أرادوا الصلاة وكان النبي ﷺ يصلي في مرابض الغنم وأمر بالصلاة فيها متفق عليه ، وصلى أبو موسى في موضع فيه ابعار الغنم فقيل له: لو تقدمت إلى ههنا؟ فقال هذا وذاك واحد ولم يكن للنبي ﷺ وأصحابه ما يصلون عليه من الاوطئة والمصليات وانما كانوا يصلون على الارض ومرابض الغنم لا تخلو من ابعارها وأبوالها فدل على أنهم كانوا يباشرونها في صلاتهم ، ولانه لو كان نجسا لتنجست الحبوب التي تدوسها البقر فانها لا تسلم من أبوالها فيتنجس بعضها فيختلط النجس بالطاهر فيصير حكم الجميع حكم النجس وحكم قيئه ومنيه حكم بوله لانه في معناه

(فصل) في الخارج من الحيوان الذي لا يؤكل لحمه وهو أربعة أقسام (أحدها) الآدمي فالخارج منه ثلاثة أنواع (أحدها) ريقه وعرقه ودمعه ومخاطه ونخامته فهو طاهر لانه جاء عن النبي ﷺ في يوم الحديبية انه ما تنخم نخامة إلا وقعت في كف رجل منهم فدلك بها وجهه ، رواه البخاري وفي حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رأى نخامة في قبلة المسجد فأقبل على الناس فقال « ما بال أحدكم يقوم مستقبل ربه فيتنخع أمامه أيحب أن يستقبل فيتنخم في وجهه ؟ فاذا تنخم

عبدالعزيز والحسن وقتادة ومكحول والاوزاعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال عروة والنخعي والشعبي والقاسم ومالك والشافعي وأصحاب الرأي : لايمسح عليها لقول الله تعالى (وامسحوا برءوسكم) ولانه لاتلحقه المشقة في نزعها فلم يجز المسح عليها كالكمين . ولنا ماروى المغيرة بن شعبة قال : توضأ رسول الله ﷺ ومسح على الخفين والعمامة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وفي مسلم أن النبي ﷺ مسح على الخفين والخمار قال أحمد هو من خمسة وجوه عن النبي ﷺ ، روى الخلال باسناده عن عمر رضي الله عنه انه قال من لم يطهره المسح على العمامة فلا طهره الله . ولأنه حائل في محل ورد الشرع بمسحه فجاز المسح عليه كالخفين ، ولان الرأس عضو يسقط فرضه في التيمم فجاز المسح

أحدكم فليتنخم عن يساره أو تحت قدمه فان لم يجد فليقل هكذا » ووصف القاسم فتفل في ثوبه ثم مسح بعضه ببعض رواه مسلم . ولو كانت نجسة لما أمر بمسحها في ثوبه وهو في الصلاة ولا تحت قدمه وسواء في ذلك البلغم الخارج من الرأس والصدر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب البلغم نجس لانه استحال في المعدة أشبه القيء

ولنا عموم الخبرين ولأنه أحد نوعي النخامة أشبه الآخر ولانه لو كان نجسا لنجس الفم ونقض الوضوء ولم ينقل عن الصحابة رضي الله عنهم فيما علمنا شيء من ذلك مع عموم البلوى به ، وقولهم انه طعام استحال في المعدة ممنوع إنما هو منعقد من الابخرة فهو كالمخاط ولانه يشق التحرز منه أشبه المخاط

(النوع الثاني) قيؤه ودمه وماتولد منه من القيح والصديد فهو نجس وقد ذكرنا حكمه فيما مضى

(النوع الثالث) الخارج من السبيلين من البول والغائط والمذي والودي والدم وغيره فلا نعلم في نجاسته خلافا إلا ماذكرنا في المذي وسيأتي حكم المني إن شاء الله تعالى

(فصل) القسم الثاني البغل والحمار وسباع البهائم والطير فان قلنا بطهارتها فحكمها حكم الآدمي على ما بينا الا في منيها فان حكمه حكم بولها وإن قلنا بنجاستها فجميع أجزائها وفضلاتها نجسة إلا السنور وما دونها في الخلقة وسيأتي بيان حكمها ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما فهو نجس بجميع أجزائه وفضلاته وما ينفصل عنه (القسم الرابع) ما لا نفس له سائلة فهو طاهر بجميع أجزائه وفضلاته المتصلة والمنفصلة إلا أن يكون متولداً من النجاسة وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (والمني طاهر وعنه انه نجس ويجزيء فرك يابسه) اختلفت الرواية في المني عن أحمد رحمه الله فروي عنه أنه طاهر وهو ظاهر المذهب وروي عنه أنه كالدم نجس يعفى عن يسيره وروي عنه انه كالبول ويجزيء فرك يابسه بكل حال لحديث عائشة والرواية الاولى المشهورة في المذهب وهو قول سعد بن أبي وقاص وابن عمر وابن عباس ونحوه قول سعيد بن المسيب وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وقال أصحاب الرأي هو نجس ويجزيء فرك يابسه وقال مالك غسل الاحتلام أمر واجب وهو مذهب الثوري والاوزاعي لما روت عائشة أنها كانت تغسل المني من ثوب

على حائله كالقدمين والآية لاتنفي ماذكرناه فان النبي ﷺ مبين لكلام الله مفسر له وقد مسح النبي ﷺ على العمامة وأمر بالمسح عليها وهذا يدل على أن المراد بالآية المسح على الرأس أو حائله ومما يبين ذلك أن المسح في الغالب لايصيب الرأس . وانما يمسح على الشعر وهو حائل بين اليد وبينه فكذلك العمامة فانه يقال لمن لمس عمامته أو قبلها قبل رأسه ولمسه وكذلك أمر بمسح الرجلين واتفقنا على جواز مسح حائلهما ؟

(فصل) ومن شروط جواز المسح على العمامة أن تكون ساترة لجميع الرأس الا ما جرت العادة بكشفه كمقدم الرأس والاذنين وشبههما من جوانب الرأس فانه يعفى عنه بخلاف الخرق اليسير في الخف فانه لايعفى عنه لان هذا الكشف جرت العادة به لمشقة التحرز عنه فان كان تحت العمامة قلنسوة يظهر بعضها فالظاهر جواز المسح عليهما لأنهما صارا كالعمامة الواحدة، ومن شروط جواز المسح عليها أن تكون على صفة عمائم المسلمين بأن يكون تحت الحنك منها شيء لان هذه عمائم العرب وهي أكثر ستراً من غيرها ويشق نزعها فيجوز المسح عليها سواء كانت لهاذؤابة أو لم يكن قاله القاضي وسواء كانت صغيرة أو كبيرة وان لم يكن تحت الحنك منها شيء ولا لها ذؤابة لم يجز المسح عليها لأنها على صفة عمائم أهل الذمة ولا يشق نزعها وقد روي عن النبي ﷺ أنه أمر بالتلحي ونهى

رسول الله ﷺ وهو حديث صحيح ولانه خارج معتاد من السبيل أشبه البول

ولنا ماروت عائشة قالت كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ فركا فيصلي فيه متفق عليه وقال ابن عباس امسحه عنك باذخرة أو خرقة ولا تغسله انما هو كالبزاق ورواه الدارقطني مرفوعا ولأنه لايجب غسله إذا جف فأشبه المخاط ولانه بدء خلق آدمي أشبه الطين وبهذا فارق البول

(فصل) وان خفي موضع المني فرك الثوب كله ان قلنا بنجاسته وإن قلنا بطهارته استحب فركه وان صلى من غير فرك أجزأه وهو قول الشافعي ومن قال بالطهارة، وقال ابن عباس وعائشة وعطاء ينضح الثوب كله وقال ابن عمر وأبو هريرة والحسن يغسله كله

ولنا أن فركه يجزيء اذا علم مكانه فكذلك إذا خفي وأما النضح فلا يفيد لأنه لايطهره اذا علم مكانه فكذلك اذا خفي قال أحمد انما يفرك مني الرجل خاصة لان الذي للرجل ثخين والذي للمرأة رقيق والمعنى في هذا أن الفرك يراد للتخفيف والرقيق لايبقى له جسم بعد جفافه فلا يفيد فيه الفرك فعلى هذا ان قلنا بنجاسته فلا بد من غسله رطبا كان أو يابساً كالبول وإن قلنا بطهارته استحب غسله كما يستحب فرك مني الرجل فأما الطهارة والنجاسة فلا يفترقان فيه لانه مني خارج من السبيل بدء خلق آدمي

(فصل) ومن أمنى وعلى فرجه نجاسة نجس منيه لاصابته النجاسة . وذكر القاضي في المني من الجماع أنه نجس لانه لا يسلم من المذي وهذا فاسد فان مني النبي ﷺ انما كان من جماع لان الانبياء لايحتلمون وهو الذي وردت الاخبار بفركه والطهارة لغيره فرع عليه والله أعلم

عن الاقتعاط رواه أبو عبيد قال : والاقتعاط أن لايكون تحت الحنك منها شيء. وروي أن عمر رضي الله عنه رأى رجلا ليس تحت حنكه من عمامته شيء فحنكه بكور منها وقال : ما هذه الفاسقية؟ فامتنع المسح عليها للنهي عنها وسهولة نزعها وان كانت ذات ذؤابة ولم تكن محنكة ففي المسح عليها وجهان (أحدهما) جوازه لأنها لا تشبه عمائم أهل الذمة إذ ليس من عادتهم الذؤابة (والثاني) لا يجوز لأنها داخلة في عموم النهي ولا يشق نزعها

(فصل) واذا كان بعض الرأس مكشوفا مما جرت العادة بكشفه استحب أن يمسح عليه مع العمامة نص عليه أحمد لان النبي ﷺ مسح على عمامته وناصيته في حديث المغيرة بن شعبة وهو حديث صحيح قاله الترمذي، وهل الجمع بينهما واجب؟ وقد توقف أحمد عنه فيخرج فيها وجهان (أحدهما) وجوبه للخبر ولان العمامة نابت عما استتر فبقي الباقي على مقتضى الاصل كالجبيرة (والثاني) لايجب لان العمامة نابت عن الرأس فتعلق الحكم بها وانتقل الفرض اليها فلم يبق لماظهر حكم ولان وجوبهما معا يفضي إلى الجمع بين بدل ومبدل في عضو واحد فلم يجز من غير ضرورة كالخف وعلى هذا تخرج الجبيرة ولا خلاف في أن الاذنين لايجب مسحهما لانه لم ينقل ذلك وليسا من الرأس إلا على وجه التبع.

(فصل) وان نزع العمامة بعد المسح عليها بطلت طهارته نص عليه أحمد وكذلك ان انكشف

﴿ مسئلة ﴾ (وفي رطوبة فرج المرأة روايتان) (إحداهما) نجاسته لأنه بلل في الفرج لايخلق منه الولد أشبه المذي (والثانية) طهارته لان المني طاهر لما بينا وإذا كان من جماع فلا بد أن يصيب رطوبة الفرج ولاننا لو حكمنا بنجاسته لحكمنا بنجاسة منيها لانه يتنجس برطوبة فرجها لخروجه منه . وقال القاضي ما أصاب منه في حال الجماع فهو نجس لانه لا يسلم من المذي وهذا ممنوع فان الشهوة اذا اشتدت خرج المني دون المذي كحالة الاحتلام

﴿ مسئلة ﴾ (وسباع البهائم والطير والبغل والحمار الاهلي نجسة وعنه أنها طاهرة) روي عن أحمد رحمه الله في سباع البهائم وجوارح الطير ماخلا الكلب والخنزير والسنور ومادونها في الخلقة روايتان (إحداهما) أن سؤرها وعرقها نجس وهو اختيار الخرقي لما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن الماء وما ينوبه من السباع فقال « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » ولو كانت طاهرة لم يحد بالقلتين ولأنه حيوان حرم أكله لا لحرمته يمكن التحرز عنه غالبا أشبه الكلب ولان الغالب عليها أكل الميتات والنجاسات فينبغي أن يقضى بنجاستها كالكلاب (والرواية الثانية) أنها طاهرة رواها عنه اسماعيل ابن سعيد يروى ذلك عن الحسن وعطاء والزهري ومالك والشافعي وابن المنذر لماروى أبو سعيد أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال « لها ما أخذت في أفواهها ولنا ما غبر طهور » رواه ابن ماجه . ومر عمر وعمرو بن العاص بحوض فقال عمرو ياصاحب الحوض ترد علي حوضك السباع؟ فقال عمر ياصاحب الحوض

رأسه إلا أن يكون يسيراً مثل أن حك رأسه أو رفعها لاجل الوضوء فلا بأس، قال أحمد : اذا زالت العمامة عن هامته لا بأس مالم ينقضها أو يفحش ذلك ، وذلك لان هـذا مما جرت العادة به فيشق التحرز عنه، وان انتقضت العمامة بعد مسحها بطلت طهارته لان ذلك بمنزلة نزعها ، وان انتقض بعضها ففيه روايتان ذكرهما ابن عقيل (احداهما) لاتبطل طهارته لانه زال بعض الممسوح عليـه مع بقاء العضو مستورا فلم تبطل الطهارة ككشط الخف مع بقاء البطانة (والثانية) تبطل ، قال القاضي : لو انتقض منها كور واحد بطلت لانه زال الممسوح عليه فأشبه نزع الخف .

(فصل) واختلف في وجوب استيعاب العمامة بالمسح فروي عن أحمـد أنه قال : يمسح على العمامة كما يمسح على رأسه فيحتمل أنه أراد التشبيه في صفة المسح دون الاستيعاب وأنه يجزيء مسح بعضها لانه ممسوح على وجه الرخصـة فأجزأ مسح بعضه كالخف . ويحتمـل أنه أراد التشبيه في الاستيعاب فيخرج فيها من الخلاف مافي وجوب استيعاب الرأس وفيـه روايتان أظهرهما وجوب استيعابه بالمسح فكذلك في العمامة لان مسح العمامة بدل من الجنس فيقدر بقدر المبدل كقراءة غير الفاتحة من القرآن بدلا من الفاتحة يجب أن يكون بقدرها ولو كان البـدل تسبيحا لم يتقدر بقدرها ومسح الخف بدل من غير الجنس لانه بدل عن الغسل فلم يتقدر به كالتسبيح بدلا عن القرآن . وقال القاضي : يجزيء مسح بعضها كاجزاء المسح في الخف على بعضه ويختص ذلك بأكوارها وهي دوائرها دون وسطها وحده ، فان مسح وسطها ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه كما يجزيء مسح بعض دوائرها

لا تخبرنا فانا نردعليها وتردعلينا. رواه مالك في الموطأ ولانه حيوان يجوز بيعه فكان طاهراً كبهيمة الانعام

(فصل) وفي البغل والحمار ثلاث روايات (إحداها) أنها نجسة تروى كراهتها عن ابن عمر وهو قول الحسن وابن سيرين والشعبي والاوزاعي وإسحاق لما ذكرنا في السباع ولقول النبي ﷺ «انها رجس» (والثانية) أنه مشكوك فيها لان أحمد قال في البغل والحمار اذا لم يجد غير سؤرهما تيمم منه وهو قول أبي حنيفة والثوري لانه تردد بين أمارة تنجسه وأمارة تطهره ، فأمارة تنجيسه أنه محرم أشبه الكلب وأمارة تطهيره أنه ذو حافر يجوز بيعه أشبه الفرس (والثالثة) أنه طاهر وهو قول مالك والشافعي وابن المنذر وهذا اختيار شيخنا لما ذكرنا ولان النبي ﷺ كان يركبهما وتركب في زمنه . ولو كان نجسا لبين النبي ﷺ لهم ذلك ولانهما لايمكن التحرز منهما لمقتنيهما فأشبها السنور ، فأما قوله ﷺ « انها رجس » أراد به التحريم كقول الله تعـالى في الانصاب والازلام (انها رجس) ويحتمل أنه أراد لحمها الذي كان في قدورهم فانه نجس لان ذبح مالا يباح أكله لايطهره

(فصل) وفي الجلالة روايتان(احداها) نجاستها لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوب الجلالة وألبانها ، رواه أبو داود ولانها تنجست بالنجاسة والريق لايطهر (والثانية) أنها طاهرة لان الهر والضبع يأكلان النجاسة وهما طاهران وحكم أجزاء الحيوان من شعره وريشه وجلده ودمعه وعرقه

(والثاني) لايجزئه كما لو مسح أسفل الخف .

(فصل) والتوقيت في مسح العمامة كالتوقيت في مسح الخف لما روى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال « يمسح على الخفين والعمامة ثلاثاً في السفر ويوماً وليلة للمقيم » رواه الخلال باسناده إلا أنه من رواية شهر بن حوشب ولانه ممسوح على وجه الرخصة فتوقت بذلك كالخف .

(فصل) والعمامة المحرمة كعمامة الحرير والمغصوبة لايجوز المسح عليها لما ذكرنا في الخف المغصوب وإن لبست المرأة عمامة لم يجز المسح عليها لما ذكرنا من التشبه بالرجال [1] فكانت محرمة في حقها ، وإن كان لها عذر فهذا يندر فلم يرتبط الحكم به .

(فصل) ولا يجوز المسح على القلنسوة (الطاقية) نص عليه أحمد ، قال هرون الحمال : سئل أبو عبد الله عن المسح على الكلتة فلم يره ، وذلك لأنها لاتستر جميع الرأس في العادة ولا يدور [2] عليه، وأما القلانس المبطنات كدنيات القضاة والنوميات فقال إسحاق بن ابراهيم قال أحمد : لايمسح على القلنسوة . وقال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً قال بالمسح على القلنسوة إلا أن أنساً مسح على قلنسوته وذلك لأنها لا مشقة في نزعها فلم يجز المسح عليها كالكلتة ولأنها أدنى من العمامة غير المحنكة التي ليست لها ذؤابة . وقال ابو بكر الخلال إن مسح انسان على القلنسوة لم أر به بأساً لان أحمد قال في رواية الميموني : أنا أتوقاه وإن ذهب اليه ذاهب لم يعنفه ، قال الخلال وكيف يعنفه وقد روي عن

(١) وفي نسخة : لانها منهية عن التشبه بالرجال

٢) وفي نسخة « تدوم »

حكم سؤره لانه من أجزائه فأشبه السنور في الطهارة والنجاسة لانه في معناه والله أعلم

(مسئلة) (وسؤر الهرة وما دونها في الخلقة طاهر) سؤر الهرة وما دونها في الخلقة طاهر كابن عرس والفأرة ونحو ذلك من حشرات الارض طاهر لانعلم فيه خلافاً في المذهب أنه يجوز شربه والوضوء به ولا يكره . هذا قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلا أبا حنيفة فانه كره الوضوء بسؤر الهر فان فعل أجزأه ، ورويت كراهته عن ابن عمر ويحيى الانصاري وابن أبي ليلى ، وقال أبو هريرة يغسل مرة أو مرتين وهو قول ابن المسيب ونحوه قول الحسن وابن سيرين لما روى أبو داود عن النبي ﷺ قال « اذا ولغت فيه الهر يغسل مرة » وقال طاوس يغسل سبعاً كالكلب

ولنا ماروي عن كبشة بنت كعب بن مالك أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً قالت فجاءت هرة فأصغى لها الاناء حتى شربت . قالت كبشة فرآني أنظر اليه قال : أتعجبين ياابنة أخي؟ فقلت نعم . فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أنها ليست بنجس إنها من الطوافين عليكم والطوافات » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح دل بلفظه على نفي الكراهة عن سؤر الهر وبتعليله على نفي الكراهة عما دونها مما يطوف علينا . وعن عائشة أنها قالت إن رسول الله ﷺ قال « انها ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم » وقد رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ بفضلها رواه أبو داود ، وحديثهم ليس فيه تصريح بنجاستها مع صحة حديثنا واشتهاره

(فصل) واذا أكلت الهر نجاسة ثم شربت من مائع بعد الغيبة فهو طاهر لان النبي ﷺ

رجلين من أصحاب رسول الله ﷺ بأسانيد صحاح ورجال ثقاة ، فروى الاثرم باسناده عن عمر أنه قال إن شاء حسر عن رأسه وإن شاء مسح على قلنسوته وعمامته . وروى باسناده عن أبي موسى أنه خرج من الخلاء فمسح على القلنسوة ولانه ملبوس معتاد يستر الرأس فأشبه العمامة المحنكة وفارق العمامة التي ليست محنكة ولا ذؤابة لها لانها منهي عنها .

(فصل) وفي مسح المرأة على مقنعتها روايتان (احداهما) يجوز لان أم سلمة كانت تمسح على خمارها ذكره ابن المنذر ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه أمر بالمسح على الخفين والخمار ولانه ملبوس للرأس معتاد يشق نزعه فأشبه العمامة (والثانية) لايجوز المسح عليه فان أحمد سئل كيف تمسح المرأة على رأسها؟ قال من تحت الخمار ولا تمسح على الخمار ، قال وقد ذكروا أن أم سلمة كانت تمسح على خمارها وممن قال لاتمسح على خمارها نافع والنخعي وحماد بن أبي سليمان والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز لانه ملبوس لرأس المرأة فلم يجز المسح عليه كالوقاية ولا يجزيء المسح على الوقاية رواية واحدة . ولا نعلم فيه خلافا لانها لايشق نزعها فهي كالطاقية للرجل والله أعلم .

باب الحيض

الحيض دم يرخيه الرحم اذا بلغت المرأة ثم يعتادها في أوقات معلومة لحكمة تربية الولد فاذا حملت انصرف ذلك الدم باذن الله إلى تغذيته ولذلك لاتحيض الحامل فاذا وضعت الولد قلبه الله تعالى بحكمته لبنا يتغذى به الطفل ولذلك قلما تحيض المرضع فاذا خلت المرأة من حمل ورضاع

وسلم نفى عنها النجاسة وتوضأ بفضلها مع علمه بأكلها النجاسات وإن شربت قبل الغيبة فقال القاضي وابن عقيل ينجس لانه ماثم وردت عليه نجاسة متيقنة ، وقال أبو الحسن الآمدي ظاهر قول أصحابنا طهارته لان الخبر دل على العفو عنها مطلقا وعلل بعدم امكان التحرز عنها ولأ ننا حكمنا بطهارتها بعد الغيبة في مكان لايحتمل ورودها على ماء كثير يطهر فاها ولو احتمل ذلك فهو شك لايزيل يقين النجاسة فوجب إحالة الطهارة على العفو عنها وهو شامل لما قبل الغيبة

(فصل) والخمر نجس لقوله تعالى (انما الخمر والميسر — إلى قوله — رجس) ولانه يحرم تناوله من غير ضرر أشبه الدم وكذلك النبيذ لان النبي ﷺ قال « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » رواه مسلم ولانه شراب فيه شدة مطربة أشبه الخمر والله تعالى أعلم

﴿ باب الحيض ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو دم طبيعة وجبلة) الحيض دم يرخيه الرحم اذا بلغت المرأة في أوقات معتادة وهو دم طبع الله النساء وجبلهن عليه وليس بدم فساد بل خلقه الله تعالى لحكمة تربية الولد فاذا حملت المرأة انصرف ذلك باذن الله تعالى الى غذائه ولذلك لاتحيض الحامل فاذا وضعت الولد قلبه الله

بقي ذلك الدم لامصرف له فيستقر في مكان ثم يخرج في الغالب في كل شهر ستة أيام أو سبعة وقد يزيد على ذلك ويقل ويطول شهر المرأة ويقصر على حسب ماركبه الله تعالى في الطباع . وسمي حيضاً من قولهم حاض السيل قال عمارة بن عقيل:

أجالت حصاهن الذراري وحيضت علیهن حيضات السيول الطواحم (١)

وقد علق الشرع على الحيض أحكاما (فمنها) أنه يحرم وطء الحائض في الفرج لقول الله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فائتوهن من حيث أمركم الله) (ومنها) أنه يمنع فعل الصلاة والصوم بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « أليست احداكن اذا حاضت لاتصوم ولا تصلي ؟ » رواه البخاري ، وقالت حمنة للنبي صلى الله عليه وسلم إني أستحاض حيضة شديدة منكرة قد منعتني الصوم والصلاة . وقال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش « اذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة » (ومنها) أنه يسقط وجوب الصلاة دون الصيام لما روي أن معاذة قالت : سألت عائشة فقلت مابال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة؟ فقالت أحرورية أنت ؟ فقلت لست بحرورية ولكني أسأل فقالت : كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة متفق عليه . انما قالت لها عائشة

(١) أي الدوافع واحدها « طحمة » بالفتح والضم وهي دفعة السيل ومعظمه

بحكمته لبنا ولذلك قلما تحيض المرضع . فاذا خلت المرأة من الحمل والرضاع بقي الدم لامصرف له فيستقر في مكان ثم يخرج في الغالب في كل شهر ستة أيام أو سبعة وقد يزيد على ذلك وتقل وتطول أشهر المرأة وتقصر على حسب ماركبه الله تعالى في الطباع — وسمي حيضا من قولهم حاض الوادي اذا سال وتقول العرب حاضت الشجرة اذا سال منها الصمغ الاحمر وهو من السيلان والاصل فيه قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض) وقال أحمد رحمه الله الحيض يدور على ثلاثة أحاديث حديث فاطمة وأم حبيبة وحمنة ، وفي رواية وحديث أم سلمة مكان حديث أم حبيبة وسنذكر هذه الاحاديث في مواضعها إن شاء الله

(فصل) واختلف الناس في المحيض فقال قوم المحيض والحيض واحد مصدران بدليل قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى) والاذى انما هو الدم وهو الحيض وكذلك قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض) وانما يئسن من الحيض وقال ابن عقيل المحيض مكان الحيض كالمقيل والمبيت مكان القيلولة والبيتوتة وما جاء في القرآن يحمل على المجاز وفائدة الخلاف انا اذا قلنا المحيض اسم لمكان الحيض اختص التحريم به واذا قلنا اسم للدم جاز أن ينصرف إلى ماعداه لاجله

﴿ مسئلة ﴾ (ويمنع عشرة أشياء (أحدها) فعل الصلاة (والثاني) وجوبها) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على اسقاط فرض الصلاة عن الحائض في أيام حيضها وعلى أن قضاء ماتركت من الصلاة في أيام حيضها غير واجب وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث فاطمة بنت أبي حبيش « اذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة » متفق عليه ، ولما روت معاذة قالت سألت عائشة مابال الحائض

ذلك لان الخوارج يرون على الحائض قضاء الصلاة (ومنها) أنه يمنع قراءة القرآن لقوله عليه السلام «لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن» ومنها أنه يمنع اللبث في المسجد والطواف بالبيت لانه في معنى الجنابة (ومنها) أنه يحرم الطلاق لقول الله تعالى (إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) ولما طلق ابن عمر امرأته وهي حائض أمره النبي صلى الله عليه وسلم برجعتها وامساكها حتى تطهر (ومنها) أنه يمنع صحة الطهارة لان حدثها مقيم (ومنها) أنه يوجب الغسل عند انقطاعه ، لقوله عليه السلام

تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة ؟ فقالت أحرورية أنت؟ فقلت لست بحرورية ولكني أسأل فقالت كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة متفق عليه إنما قالت لها عائشة ذلك لان الخوارج يرون على الحائض قضاء الصلاة (الثالث) فعل الصيام ولا يسقط وجوبه لما ذكرنا من الحديث وقال النبي ﷺ « أليست إحداكن إذا حاضت لم تصل ولم تصم؟» قلن بلى رواه البخاري وحكى ابن المنذر أن الحائض عليها قضاء الصوم إجماعا (الرابع) قراءة القرآن لقول النبي ﷺ «لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن» رواه أبو داود والترمذي (والخامس) مس المصحف لقوله تعالى (لا يمسه إلا المطهرون) ولقول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزام «لا تمس القرآن إلا وأنت طاهر» رواه الأثرم (والسادس) اللبث في المسجد لما ذكرنا في باب الغسل (والسابع) الطواف لقول النبي ﷺ لعائشة إذ حاضت « فافعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري » متفق عليه (والثامن) الوطء في الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن) (التاسع) سنة الطلاق يعني أن طلاق الحائض محرم وهو طلاق بدعة لما نذكره في موضعه (العاشر) الاعتداد بالاشهر لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) فأوجب العدة بالقروء وقوله (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) شرط في العدة بالاشهر عدم الحيض ويمنع أيضا صحة الطهارة لان خروج الدم يوجب الحدث فمنع استمراره صحة الطهارة كالبول .

(مسألة)(ويوجب الغسل عند انقطاعه)لقول النبي ﷺ « دعي الصلاة قدر الايام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي وصلي» متفق عليه ويوجب البلوغ لقول النبي ﷺ « ولا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» ويوجب الاعتداد به لما ذكرنا وأكثر هذه الاحكام مجمع عليها

(مسألة) (والنفاس مثله لا في الاعتداد) يعني أن حكم النفاس حكم الحيض فيما يجب به ويحرم وما يسقط عنها لانعلم في هذا خلافا والخلاف في وجوب الكفارة بوطئها كالحائض وكذلك إباحة الاستمتاع فيما دون الفرج لانه دم الحيض احتبس لاجل الحمل ثم خرج فثبت حكمه إلا في الاعتداد لان الاعتداد بالقروء والنفاس ليس بقروء ولان العدة تنقضي بالحمل ـ ويفارقه أيضا في كونه لا يدل على البلوغ لانه لا يتصور لحصوله بالحمل قبله

(مسألة) (فاذا انقطع الدم أبيح فعل الصيام والطلاق ولم يبح غيرهما حتى تغتسل) وجملة ذلك

امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك ثم اغتسلي وصلي » متفق عليه ، وهو علم على البلوغ لقوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » ولا تنقضي العدة في حق المطلقة وأشباهها إلا به

أنه متى انقطع دم الحائض ولما تغتسل زال من الاحكام المتعلقة بالحيض أربعة أحكام (أحدها) سقوط فرض الصلاة لان سقوطه بالحيض وقد زال (الثاني) منع صحة الطهارة لذلك (الثالث) تحريم الصيام لان وجوب الغسل لا يمنع فعله كالجنابة (الرابع) إباحة الطلاق لان تحريمه لتطويل العدة أو لاجل الحيض وقد زال ذلك وسائر المحرمات باقية لانها تحرم على الجنب فههنا أولى

(فصل) فأما الوطء قبل الغسل فهو حرام في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر هذا كالاجماع وقال أبو حنيفة ان انقطع الدم لاكثر الحيض حل وطؤها وإلا لم يبح حتى تغتسل أو تتيمم أو يمضي عليها وقت صلاة لان وجوب الغسل لا يمنع الوطء كالجنابة

ولنا قوله تعالى (ولا تقربوهن حتى يتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن) قال مجاهد حتى يغتسلن وقال ابن عباس فاذا اغتسلن ولانه قال (فاذا تطهرن) والتطهر تفعل والتفعل إذا أضيف إلى من يصح منه الفعل اقتضى إيجاد الفعل منه كما في النظائر وانقطاع الدم غير منسوب اليها ولان الله سبحانه وتعالى شرط لحل الوطء شرطين - انقطاع الدم والغسل فلا يباح بدونهما ولأنها ممنوعة من الصلاة لحديث الحيض فمنع وطئها كما لو انقطع لاقل الحيض وبهذا ينتقض قياسهم وحدث الحيض آكد من حدث الجنابة فلا يصح الالحاق .

(فصل) وانقطاع الدم الذي تتعلق به هذه الاحكام الانقطاع الكثير الذي يوجب عليها الغسل والصلاة فأما الانقطاع اليسير في أثناء الحيض فلا حكم له لان العادة أن الدم ينقطع تارة ويجري أخرى وسنذكر ذلك إن شاء الله

﴿مسئلة﴾ (ويجوز الاستمتاع من الحائض بما دون الفرج) الاستمتاع من الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة جائز بالاجماع والنص والوطء في الفرج محرم بهما والاختلاف في الاستمتاع بما بينهما مذهب امامنا رحمه الله جوازه وهو قول عكرمة وعطاء والشعبي والثوري واسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يباح لان عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يأمرني فأتزر فيباشرني وأنا حائض رواه البخاري ومسلم بمعناه . وعن عبد الله بن سعد الانصاري أنه سأل رسول الله ﷺ ما يحل لي من امرأتي وهي حائض ؟ قال « ما فوق الازار » رواه البيهقي

ولنا قول الله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض) وهو اسم لمكان الحيض كالمقيل والمبيت فتخصيصه موضع الدم بالمنع يدل على إباحته فيما عداه ، فان قيل بل المحيض الحيض بدليل قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى) والاذى هو الحيض وقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض) وانما يئسن من الحيض قلنا يمكن حمله على ما ذكرنا وهو أولى لوجهين (أحدهما) أنه لو أراد الحيض لكان أمراً باعتزال النساء في مدة الحيض بالكلية ولا قائل به (الثاني) أن سبب نزول الآية أن اليهود

لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وأكثر هذه الاحكام مجمع عليها بين علماء

كانت إذا حاضت المرأة اعتزلوها فلم يوا كلوها ولم يشار بوها ولم يجتمعوا معها في البيت فسأل أصحاب النبي ﷺ النبي ﷺ عن ذلك فنزلت هذه الآية فقال النبي ﷺ « اصنعوا كل شيء غير النكاح » رواه مسلم . وهذا تفسير لمراد الله تعالى لأنه لا تتحقق مخالفة اليهود بإرادة الحيض لانه يكون موافقا لهم ومن السنة هذا الحديث . وعن عكرمة عن بعض أزواج رسول الله ﷺ أنه كان اذا أراد من الحائض شيئا ألقى على فرجها خرقة ، رواه أبو داود ولأنه وطء منع للأذى فاختص بمحله كالدبر وحديث عائشة ليس فيه دليل على تحريم ما تحت الازار فان النبي ﷺ قد يترك بعض المباح تقذراً كتركه أكل الضب والحديث الآخر يدل بالمفهوم والمنطوق راجح عليه

﴿ مسألة ﴾ (فان وطئها في الفرج فعليه نصف دينار كفارة وعنه ليس عليه الا التوبة) اختلفت الرواية في وجوب الكفارة بوطء الحائض في الفرج فروي عنه أن عليه الكفارة وهو المشهور في المذهب لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ في الذي يأتي امرأته وهي حائض قال « يتصدق بدينار أو نصف دينار » رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي (والثانية) لا كفارة عليه وهو قول مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وللشافعي قولان كالمذهبين لقول النبي ﷺ « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد ﷺ » رواه ابن ماجه ولم يذكر كفارة إلا أن البخاري ضعف هذا الحديث حكاه الترمذي ولأنه وطء نهي عنه لأجل الاذى أشبه الوطء في الدبر وحديث الكفارة مداره على عبد الحميد بن زيد بن الخطاب وقد قيل لأحمد في نفسك منه شيء ؟ قال : نعم ، قال لو صح ذلك الحديث كنا نرى عليه الكفارة [1] وقد روي عن أحمد أنه قال : إن كانت له مقدرة تصدق بما روي عن النبي ﷺ وكلامه هذا يدل على أن المعسر لا شيء عليه . قال أبو عبدالله بن حامد : كفارة وطء الحائض تسقط بالعجز عنها او عن بعضها ككفارة الوطء في رمضان .

(فصل) وظاهر المذهب في الكفارة أنها دينار أو نصف دينار على وجه التخيير يروى ذلك عن ابن عباس لظاهر الحديث قال أبو داود هكذا الرواية الصحيحة قال دينار أو نصف دينار ولأنه معنى تجب الكفارة بالوطء فيه فاستوى الحال فيه بين اقباله وادباره كالاحرام . وعنه إن كان الدم أحمر فدينار وإن كان أصفر فنصف دينار وهو قول إسحاق لما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « ان كان دما أحمر فدينار وإن كان دما أصفر فنصف دينار » رواه أبو داود والترمذي إلا أن أبا داود قال : هو موقوف من قول ابن عباس والاول أولى لما ذكرناه فان قيل فكيف يخير بين شيء ونصفه ؟ قلنا كما خير المسافر بين القصر والاتمام .

(فصل) فان وطئها بعد الطهر قبل الغسل فلا كفارة عليه وقال قتادة والاوزاعي : عليه نصف

(١) قال الحافظ في التلخيص ان رواية عبد الحميد كل رواتها في الصحيح الامقسم (وهو التابعي الذي رواه عن ابن عباس) فانفرد به البخاري — ثم قال وقال الخلال عن أبي داود عن أحمد : ما احسن حديث عبد الحميد . فقيل له تذهب اليه ؟ قال نعم . قال أبو داود وهي الرواية الصحيحة الخ . ثم اعتمد الحافظ قول من صححوا الحديث خلافا للنووي وذكر أن الاضطراب فيه دون حديث القلتين وحديث بئر بضاعة الذين صححوها

دينار لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض فلم يزل إلا بالغسل كالتحريم

ولنا أن وجوب الكفارة من الشرع ولم يرد بذلك الا في الحائض وقياسهم يبطل بما لو حلف لايطأ حائضاً فانه يحنث بالوطء في الحيض ولا يحنث بالوطء قبل الغسل

(فصل) وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي؟ على وجهين (أحدهما) تجب لعموم الخبر وقياسا على الوطء في الاحرام (والثاني) لاتجب لقوله عليه السلام « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» ولأنها وجبت لمحو الاثم فأشبهت كفارة اليمين، فان وطيء طاهراً فحاضت في أثناء وطئه لم تجب عليه الكفارة على الوجه الثاني وتجب على الاول وهو قول ابن حامد، وإن وطيء الصبي لزمته الكفارة عند ابن حامد لعموم الخبر وكالوطء في الاحرام . قال شيخنا : ويحتمل أن لاتلزمه لأنها من فروع التكليف وهو غير مكلف .

(فصل) وتجب الكفارة على المرأة في المنصوص لانه وطء يوجب الكفارة فأوجبها على المرأة كالوطء في الاحرام ، وقال القاضي : فيه وجهان (أحدهما) لاتجب لان الوجوب من الشرع ولم يرد فان كانت مكرهة أو غير عالمة فلا كفارة عليها لقوله ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وحكم النفساء حكم الحائض في ذلك لأنها في معناها . ويجزيء نصف دينار من أي ذهب كان إذا كان صافيا ويستوي التبر والمضروب لوقوع الاسم عليه ، ويجزيء إخراج القيمة في أحد الوجهين لان المقصود يحصل بها فجاز من أي مال كان كالخراج (والثاني) لايجوز لانه كفارة فاختص ببعض الانواع كسائر الكفارات . فعلى هذا الوجه هل يجوز إخراج الدراهم؟ ينبني على جوازه في الزكاة والصحيح جوازه لما ذكرنا واختاره شيخنا . ومصرفها إلى المسكين كسائر الكفارات والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل سن تحيض له المرأة تسع سنين) هذه المسئلة تشتمل على أمرين (أحدهما) أن الصغيرة إذا رأت دما لدون تسع سنين فليس بحيض لا نعلم في ذلك خلافا في المذهب لان الصغيرة لاتحيض لقوله سبحانه (واللائي لم يحضن) ولان المرجع فيه الى الوجود ولم يوجد من النساء من تحيض عادة فيما دون هذه السن ولان الله سبحانه خلق دم الحيض لحكمة تربية الولد وهذه لا تصلح للحمل فلا توجد فيها حكمته فينتفي لانتفاء حكمته (الامر الثاني) أنها اذا رأت دما يصلح أن يكون حيضا ولها تسع سنين حكم بكونه حيضا وحكم ببلوغها وثبت في حقها أحكام الحيض كلها لانه روي عن عائشة أنها قالت : اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة . وروي ذلك مرفوعا من رواية ابن عمر والمراد به حكمها حكم المرأة . وذكر ابن عقيل أن نساء تهامة يحضن لتسع سنين وهذا قول الشافعي وقد حكي عنه أنه قال : رأيت جدة بنت إحدى وعشرين سنة وهذا يدل على أنها حملت لدون عشر سنين وكذلك بنتها . وحكى الميموني عن أحمد في بنت عشر رأت الدم قال : ليس بحيض قال القاضي : فيجب على هذا أن يقال : أول زمن يصح فيه وجود الحيض ثنتا عشرة سنة لانه الزمان

الله: الحيض يدور على ثلاثة أحاديث : حديث فاطمة وأم حبيبة وحمنة .وفي رواية: حديث أم سلمة مكان حديث أم حبيبة وسنذكر هذه الاحاديث وغيرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

الذي يصح فيه بلوغ الغلام والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأكثره خمسون سنة وعنه ستون في نساء العرب) اختلفت الرواية في حد السن الذي تيأس فيه المرأة من الحيض فروي عنه أنه خمسون سنة وهذا قول إسحاق ويكون حكمها فيما تراه من الدم بعد الخمسين حكم المستحاضة لان عائشة رضي الله عنها قالت :إذا بلغت خمسين سنة خرجت من حد الحيض وروي عنها أنها قالت: لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد الخمسين . وروي عنه أنها لا تيأس من الحيض يقينا إلى ستين سنة وما تراه فيما بين الخمسين والستين حيض مشكوك فيه لا تترك الصلاة ولا الصوم لان وجوبهما متيقن فلا يسقط بالشك وتقضي الصوم المفروض احتياطا لانه واجب في ذمتها بيقين فلا يسقط بأمر مشكوك فيه هكذا رواه الخرقي .وروي عنه أن نساء العجم تيأس في خمسين ونساء قريش وغيرهم من العرب إلى ستين -وهذا قول أهل المدينة- لانهن أقوى جبلة.وروى الزبير بن بكار في كتاب النسب عن بعضهم أنه قال لا تلد لخمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية وقال:إن هندا بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون قال أحمد في امرأة من العرب رأت الدم بعد الخمسين: ان عاودها مرتين أو ثلاثا فهو حيض وذلك لان المرجع في ذلك إلى الوجود وقد وجد حيض من نساء ثقات أخبرن عن أنفسهن بعد الخمسين فأشبه ما قبل الخمسين لان الكلام فيما إذا وجد من المرأة دم في زمن عادتها بعد الخمسين كما كانت تراه قبلها .قال شيخنا والصحيح أنه لا فرق بين نساء العرب وغيرهن لانهن سواء في سائر أحكام الحيض كذلك هذا .وما ذكر عن عائشة لا حجة فيه لان الحيض أمر حقيقي المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد بخلاف ما قالت على ما حكاه الزبير بن بكار . وإن قيل هذا الدم ليس بحيض مع كونه على صفته وفي وقته وعادته بغير نص فهو تحكم فأما بعد الستين فلا خلاف في المذهب أنه ليس بحيض لانه لم يوجد وقد علم أن المرأة حالا تيأس فيه من الحيض لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض) قال أحمد في المرأة الكبيرة ترى الدم هو بمنزلة الجرح وقال عطاء : هي بمنزلة المستحاضة وذلك لان هذا الدم إذا لم يكن حيضا فهو دم فساد حكمه حكم دم الاستحاضة ومن به سلس البول وسنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (والحامل لا تحيض فان رأت دما فهو دم فساد) وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة والشعبي وحماد والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة وابن المنذر وأبي عبيد وروي عن عائشة ،والصحيح عنها انها إذا رأت الدم لا تصلي .وقال مالك والشافعي والليث :ما تراه من الدم حيض إذا أمكن.وروي ذلك عن الزهري وقتادة واسحاق لانه دم صادف العادة فكان حيضا كغير الحامل

ولنا قوله ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » جعل وجود الحيض علما

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأقل الحيض يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يوما)

هذا الصحيح من مذهب أبي عبدالله . وقال الخلال :مذهب أبي عبدالله لااختلاف فيه أن أقل الحيض يوم وأكثره خمسة عشر يوما . وقيل عنه أكثره سبعة عشر يوما والشافعي قولان كالروايتين في أقله وأكثره ، وقال إسحاق بن راهويه قال عطاء الحيض يوم واحد ، وقال سعيد بن جبير أكثره ثلاثة عشر يوماً ، وقال الثوري وأبو حنيفة وصاحباه أقله ثلاثة أيام وأكثره عشرة لما روى واثلة بن الاسقع أن النبي ﷺ قال « أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة » وقال أنس : قرء المرأة ثلاث أربع خمس ست سبع ثمان تسع عشرة ، ولا يقول أنس ذلك الا توقيفا ، وقال مالك بن أنس : ليس لأقله حد يجوز أن يكون ساعة لانه لو كان لأقله حد لكانت المرأة لاتدع الصلاة حتى يمضي ذلك الحد ، ولنا أنه ورد في الشرع مطلقا من غير تحديد ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة فيجب

على براءة الرحم فدل على أنه لايجتمع معه ، ولان ابن عمر لما طلق امرأته وهي حائض قال النبي ﷺ لعمر « مره فليراجعها ثم يطلقها طاهراً أو حاملا » فجعل الحمل علما على عدم الحيض كالطهر احتج بذلك أحمد ولانه زمن لاترى الدم فيه غالبا فلم يكن ماتراه حيضا كالآيسة ،قال أحمد انما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم وقول عائشة يحمل على التي قاربت الوضع جمعا بين قوليها

(فصل) فان رأته قبل ولادتها قريبا منها فهو نفاس تدع الصلاة والصوم ، قال يعقوب بن بختان سألت أحمد عن المرأة اذا ضربها المخاض قبل الولادة بيوم أو يومين تعيد الصلاة؟ قال لا وهذا قول اسحاق ، وقال الحسن اذا رأت الدم على الولد أمسكت عن الصلاة ،وقال النخعي اذا ضربها المخاض فرأت الدم قال هو حيض ،وهذا قول أهل المدينة والشافعي ،وقال عطاء تصلي ولاتعده حيضا ولانفاسا ولنا أنه دم خرج بسبب الولادة فكان نفاسا كالخارج بعده

(فصل) وانما يعلم انه بسبب الولادة اذا كان قريبا منها ويعلم ذلك برؤية أمارتها في وقته ، فأما ان رأت الدم من غير علامة على قرب الوضع لم تترك له العبادة لان الظاهر أنه دم فساد فان تبين كونه قريبا من الوضع لوضعها بعده بيوم أو يومين أعادت الصوم المفروض الذي صامته فيه ، وان رأته عند العلامة تركت العبادة ، فان تبين بعده عنها أعادت ما تركته من العبادات الواجبة لانه تبين انه ليس بحيض ولا نفاس والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل الحيض يوم وليلة وعنه يوم وأكثره خمسة عشر يوما وعنه سبعة عشر)

المشهور في المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يوما هذا قول عطاء بن أبي رباح وأبي ثور ، وروي عن أحمد أن أقله يوم وأن أكثره سبعة عشر ، قال ابن المنذر بلغني ان نساء آل الماجشون كن يحضن سبع عشرة ، قال الخلال : مذهب أبي عبد الله لا اختلاف فيه أن أقل الحيض

الرجوع فيه إلى العرف والعادة كما في القبض والاحراز والتفرق وأشباهها ، وقد وجد حيض معتاد يوما قال عطاء رأيت من النساء من تحيض يوما وتحيض خمسة عشر ، وقال أحمد حدثني يحيى بن آدم قال : سمعت شريكا يقول عندنا امرأة تحيض كل شهر خمسة عشر يوما حيضا مستقيما . وقال ابن المنذر : قال الاوزاعي عندنا امرأة تحيض غدوة وتطهر عشيا يرون أنه حيض تدع له الصلاة، وقال الشافعي رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تزل تحيض يوما لاتزيد عليه وأثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاثة أيام . وذكر اسحاق بن راهويه عن بكر بن عبدالله المزني أنه قال تحيض امرأتي يومين ، وقال اسحاق قالت امرأة من أهلنا معروفة لم أفطر منذ عشرين سنة في شهر رمضان إلا يومين وقولهن يجب الرجوع اليه لقوله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) فلولا أن قولهن مقبول ماحرم عليهن الكتمان وجرى ذلك مجرى قوله(ولا تكتموا الشهادة) ولم يوجد

يوم وأكثره خمسة عشر ومذهب الشافعي نحو هذا في أقله وأكثره . وقال الثوري والنعمان وصاحباه أقله ثلاثة أيام وأكثره عشرة لما روى واثلة بن الاسقع أن النبي ﷺ قال « أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة » وقال أنس قرء المرأة ثلاث أربع خمس ست سبع ثمان تسع عشرة ولا يقول ذلك الا توقيفا وقال مالك ليس لأقله حد ولو كان لأقله حد لكانت المرأة لاتدع الصلاة حتى يمضي ذلك الحد

ولنا أن ذكر الحيض ورد في الشرع مطلقا من غير تحديد ولا حد له في اللغة فرجع فيه إلى العرف والعادة كالقبض والاحراز والتفرق وقد وجد حيض معتاد أقل من ثلاثة وأكثر من عشرة . وقال عطاء رأيت من النساء من تحيض يوما وتحيض خمسة عشر، وقال شريك : عندنا امرأة تحيض كل شهر خمسة عشر يوما حيضا مستقيما ، وقال أبو عبد الله الزبيري : كان في نسائنا من تحيض يوما وتحيض خمسة عشر يوما ، وقال الشافعي رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تزل تحيض يوما لاتزيد عليه ، وأثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاثة أيام، وقولهن يجب الرجوع اليه لقوله تعالى(ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) فلولا أنه مقبول ماحرم عليهن الكتمان وجرى ذلك مجرى الشهادة ولم يوجد حيض معتاد أقل من ذلك في عصر من الاعصار فلا يكون حيضا بحال وحديث واثلة بن الاسقع يرويه محمد بن أحمد الشامي وهو ضعيف عن حماد بن المنهال وهو مجهول وحديث أنس رواه الجلد بن أيوب وهو ضعيف قال ابن عيينة : هو محدث لاأصل له وقال يزيد بن زريع ذلك أبو حنيفة لم يحتج إلا بالجلد بن أيوب وحديث الجلد ولو صح فقد روي عن علي رضي الله عنه مايعارضه فانه قال : مازاد على خمسة عشر استحاضة وأقل الحيض يوم وليلة

﴿ مسئلة ﴾ (وغالبه ست أو سبع) لقول النبي ﷺ لحمنة « تحيضي [1] في علم الله ستة أيام أو سبعة ثم اغتسلي وصلي أربعة وعشرين يوما أو ثلاثة وعشرين يوما كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن » حديث حسن

(١) هو بفتح التاء والحاء وتشديد الياء بوزن تكلمي — اي عدي نفسك حائضا

حيض أقل من ذلك عادة مستمرة في عصر من الاعصار فلا يكون حيضا بحال . وحديث واثلة يرويه محمد بن أحمد الشامي وهو ضعيف عن حماد بن المنهال وهو مجهول . وحديث أنس يرويه الجلد بن أيوب وهو ضعيف قال ابن عيينة هو محدث لا أصل له . وقال أحمد في حديث أنس : ليس هو شيئا هذا من قبل الجلد بن أيوب ، قيل ان محمد بن اسحاق رواه وقال ماأراه سمعه إلا من الحسن بن دينار وضعفه جداً قال : وقال يزيد بن زريع ذاك أبو حنيفة لم يحتج إلا بالجلد بن أيوب وحديث الجلد قد روي عن علي رضي الله عنه مايعارضه فانه قال مازاد على خمسة عشر استحاضة وأقل الحيض يوم وليلة

(فصل) وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوما لان كلام أحمد لا يختلف أن العدة تصح أن تنقضي في شهر واحد اذا قامت به البينة ، وقال اسحاق توقيت هؤلاء بالخمسة عشر باطل قال أبو بكر أقل الطهر مبني على أكثر الحيض ، فان قلنا أكثره خمسة عشر يوما فأقل الطهر خمسة عشر ، وإن قلنا أكثره سبعة عشر فأقل الطهر ثلاثة عشر وهذا كأنه بناه على أن شهر المرأة لا يزيد على ثلاثين يوما يجتمع لها فيه حيض وطهر ، وأما اذا زاد شهرها على ذلك تصور أن يكون حيضها سبعة عشر

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوما) لان كلام أحمد لا يختلف أن العدة يصح أن تنقضي في شهر اذا قامت به البينة ، قال اسحاق توقيت هؤلاء بالخمسة عشر باطل وقال أبو بكر : أقل الطهر مبني على أكثر الحيض ، فان قلنا أكثره خمسة عشر فأقل الطهر خمسة عشر ، وإن قلنا أكثره سبعة عشر فأقل الطهر ثلاثة عشر ، وهذا بناه على أن شهر المرأة لا يزيد على ثلاثين يوما يجتمع فيه حيض وطهر ، وأما اذا زاد شهرها على ذلك فلا يلزم ماقال ، وقال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي أقله خمسة عشر ، وعن أحمد عشرة وعن أحمد نحو ذلك لقول النبي ﷺ «تمكث احداكن شطر عمرها لاتصلي»

ولنا ماروى الامام أحمد عن علي رضي الله عنه أن امرأة جاءته وقد طلقها زوجها فزعمت أنها حاضت في شهر ثلاث حيض طهرت عند كل قرء وصلت . فقال علي لشريح قل فيها ، فقال شريح إن جاءت ببينة من بطانة أهلها ممن يرضى دينه وأمانته فشهدت بذلك والا فهي كاذبة . فقال علي : (قالون) يعني جيد بالرومية ولا يقول مثل هذا الا توقيفا ولانه قول صحابي انتشر ولم يعلم خلافه ولا يتصور الا على قولنا أقله ثلاثة عشر وأقل الحيض يوم وهذا في الطهر بين الحيضتين ، فأما الطهر بين الحيضة فسيأتي حكمه وغالب الطهر أربعة وعشرون أو ثلاثة وعشرون لقول النبي ﷺ لحمنة «ثم اغتسلي وصلي أربعة وعشرين يوما أو ثلاثة وعشرين يوما كما يحيض النساء وكما يطهرن» ولا حد لأكثره لان التحديد من الشرع ولم يرد به ولا نعلم له دليلا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (والمبتدأة تجلس يوما وليلة ثم تغتسل وتصلي فان انقطع دمها لأكثره فما دون اغتسلت عند انقطاعه وتفعل ذلك ثلاثا فان كان في الثلاث على قدر واحد صار عادة وانتقلت اليه وأعادت ماصامته من الفرض فيه ، وعنه يصير عادة بمرتين) وجملة ذلك أن المبتدأة أول ماترى الحيض ولم

وطهرها خمسة عشر وأكثر . وقال مالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة ، أقل الطهر خمسة عشر ، وذكر أبو ثور أن ذلك لايختلفون فيه .

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أن امرأة جاءته وقد طلقها زوجها فزعمت أنها حاضت في شهر ثلاث حيض طهرت عند كل قرء وصلت فقال علي لشريح قل فيها ؟ فقال شريح إن جاءت ببينة من بطانة أهلها ممن يرضى دينه وأمانته فشهدت بذلك وإلا فهي كاذبة . فقال علي « قالون » وهذا بالرومية ومعناه جيد وهذا لايقوله إلا توقيفا ولانه قول صحابي انتشر ولم نعلم خلافه رواه الامام أحمد باسناده . ولا يجيء إلا على قولنا أقله ثلاثة عشر وأقل الحيض يوم وليلة وهذا في الطهر بين الحيضتين، فأما الطهر في أثناء الحيضة فلا توقيت فيه فان ابن عباس قال : أما ما رأت الدم البحراني فانها لاتصلي واذا رأت الطهر ساعة فلتغتسل ، وروي أن الطهر اذا كان أقل من يوم لايلتفت اليه لقول عائشة : لاتعجلن حتى ترين القصة البيضاء . ولان الدم يجري مرة وينقطع أخرى فلا يثبت الطهر بمجرد انقطاعه كما لو انقطع أقل من ساعة .

« مسئلة » قال (فمن أطبق بها الدم فكانت ممن تميز فتعلم اقباله بأنه أسود ثخين منتن

تكن حاضت قبله اذا كان في وقت يمكن حيضها - وهي التي لها تسع سنين فصاعدا - اذا انقطع لاقل من يوم وليلة فهو دم فساد ، وان كان يوما وليلة فما زاد فانها تدع الصوم والصلاة لان دم الحيض جبلة وعادة ودم الاستحاضة لعارض الاصل عدمه . وظاهر المذهب انها تجلس يوما وليلة ثم تغتسل وتتوضأ لوقت كل صلاة وتصلي وتصوم . فاذا انقطع دمها لاكثر الحيض فما دون اغتسلت غسلا ثانياً عند انقطاعه ثم تفعل ذلك في الشهر الثاني والثالث، فان كان في الاشهر الثلاثة متساويا صار ذلك عادة وعلمنا أنها كانت حيضا فيجب عليها قضاء ماصامته من الفرض فيه لاننا تبينا أنها صامته في زمن الحيض وهذا اختيار الخرقي ، قال القاضي المذهب عندي في هذا رواية واحدة وذلك لان العبادة واجبة في ذمتها بيقين فلا تسقط بأمر مشكوك فيه أول مرة كالمعتدة لا نحكم ببراءة ذمتها من العدة بأول حيضة ولا يلزم عليه اليوم والليلة لانها اليقين فلو لم نجلسها ذلك أدى الى أن لا نجلسها أصلا وقد نقل عن أحمد فيها ثلاث روايات أخر (احداها) انها تجلس ستا أو سبعا نقلها عنه صالح على حديث حمنة لانه أكثر ماتجلسه النساء . (والثانية) تجلس عادة نسائها كأمها وأختها وعمتها وخالتها ، وهذا قول عطاء والثوري والاوزاعي لان الغالب انها تشبههن في ذلك وهو قول إسحاق غير أنه قال فان لم تعرف الام والخالة أو العمة فانها تجلس ستة أيام أو سبعة كما في حديث حمنة (والثالثة) أنها تجلس ماتراه من الدم مالم يجاوز أكثر الحيض وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي اختاره شيخنا فان انقطع لأكثره فالجميع حيض لأننا حكمنا بأن ابتداء الدم حيض مع جواز أن يكون استحاضة فكذلك باقيه .ولان دم الحيض دم جبلة والاستحاضة دم عارض والاصل فيها الصحة والسلامة

وإدباره رقيق أحمر تركت الصلاة في اقباله فاذا أدبر اغتسلت وتوضأت لكل صلاة وصلت)

قوله أطبق بها الدم يعني امتد وتجاوز أكثر الحيض فهذه مستحاضة قد اختلط حيضها باستحاضتها فتحتاج الى معرفة الحيض من الاستحاضة لترتب على كل واحد منهما حكمه ولا تخلو من أربعة أحوال مميزة لا عادة لها ، ومعتادة لا تمييز لها ، ومن لها عادة وتمييز ، ومن لا عادة لها ولا تمييز . أما المميزة فهي التي ذكرها الخرقي في هذه المسئلة وهي التي لدمها اقبال وادبار بعضه أسود ثخين منتن وبعضه أحمر مشرق أو أصفر أو لا رائحة له ويكون الدم الاسود أو الثخين لايزيد على أكثر الحيض ولا ينقص عن أقله فحكم هــذه أن حيضها زمان الدم الاسود أو الثخين أو المنتن . فان انقطع فهي مستحاضة تغتسل للحيض وتتوضأ بعد ذلك لكل صلاة وتصلي ، وذكر أحمد المستحاضة فقال لها سنن وذكر

(فصل) لا يختلف المذهب أن العادة لاتثبت بمرة، وظاهر مذهب الشافعي أنها تثبت بمرة لان المرأة التي استفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ردها الى الشهر الذي يلي شهر الاستحاضة لان ذلك أقرب اليها فوجب ردها اليه

ولنــا أن العادة مأخوذة من المعاودة ولا تحصل بمرة والحديث حجة لنا لانه قال « لتنظر عدة الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها » و(كان) يخبر بها عن دوام الفعل وتكراره ولا يقال لمن فعل شيئاً مرة كان يفعل . واختلفت الرواية هل تثبت العادة بمرتين أو ثلاث؟ فعنه أنها تثبت بمرتين لانها مأخوذة من المعاودة وقد عاودتها في المرة الثانية، وعنه لاتثبت إلا بثلاث وهو المشهور في المذهب لان النبي ﷺ قال « تدع الصلاة أيام اقرائها » والاقراء جمع وأقله ثلاثة ولان العادة انما تطلق على ما كثر ولان ما اعتبر له التكرار اعتبر ثلاثا كخيار المصراة ، فان قلنا بهذه الرواية لم تنتقل عن اليقين في الشهر الثالث وإن قلنا بالرواية الاولى انتقلت اليه في الشهر الثالث وعلى قولنا انها تجلس أقل الحيض أو غالبه أو عادة نسائها اذا انقطع الدم لأكثر الحيض فما دون وكان في الاشهر الثلاثة على قدر واحد أو في شهرين على اختلاف الروايتين انتقلت اليه وعملت عليه وأعادت ماصامته من الفرض فيه لاننا تبينا انها صامته في حيضها

(فصل) ومتى أجلسناها يوماً وليلة أو ستاً أو سبعاً أو عادة نسائها فرأت الدم أكثر من ذلك لم يحل لزوجها وطؤها حتى ينقطع أو يجاوز أكثر الحيض لان الظاهر انه حيض وانما أمرناها بالعبادة فيــه احتياطا لبراءة ذمتها فيجب ترك وطئها احتياطا أيضا ، وإن انقطع الدم واغتسلت حل وطؤها ولم يكره لانها رأت النقاء الخالص وعنه يكره لانا لانأمن معاودة الدم فكره وطؤها كالنفساء اذا انقطع دمها لاقل من أربعين يوما

﴿ مسئلة ﴾ (فان جاوز أكثر الحيض فهي مستحاضة) لان الدم كله لا يصلح أن يكون حيضا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان دمها متميزاً بعضه أسود ثخين منتن وبعضه رقيق أحمر فحيضها زمن الدم الاسود وما عداه استحاضة) وجملة ذلك ان المبتدأة اذا جاوز دمها أكثر الحيض لم تخل من حالين

المعتادة ثم قال : وسنة أخرى إذا جاءت فزعمت أنها تستحاض فلا تطهر قيل لها أنت الآن ليس لك أيام معلومة فتجلسيها ولكن انظري إلى اقبال الدم وادباره فاذا أقبلت الحيضة واقبالها أن ترى دما أسود يعرف فاذا تغير دمها وكان إلى الصفرة والرقة فذلك دم استحاضة فاغتسلي وصلي وبهذا قال مالك والشافعي،وقال أبوحنيفة لا اعتبار بالتمييز إنما الاعتبار بالعادة خاصة لما روت أم سلمة أن امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لتنظر عدة الايام والليالي التي كانت تحيضهن قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وهو أحد الاحاديث الثلاثة التي قال الامام أحمد إن الحيض يدور عليها

ولنا ماروت عائشة قالت جاءت فاطمة بنت أبي حبيش الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله إني استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة ؟ فقال النبي ﷺ « إنما ذلك عرق وليس بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » متفق عليه وللنسائي وأبي داود « إذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي فانما هو عرق » وقال ابن عباس أما ما رأت الدم البحراني فانها تدع الصلاة ، وقال انها والله لن ترى الدم الذي هو الدم بعد أيام محيضها إلا كغسالة ماء اللحم وحديث أم سلمة إنما يدل على اعتبار العادة ولا نزاع فيه وحديث فاطمة هو أحد الثلاثة التي يدور عليها الحيض

(فصل) ظاهر كلام الخرقي أن المميزة إذا عرفت التمييز جلسته من غير اعتبار تكرار وهو ظاهر

(احدهما) ان تكون مميزة وهي أن يكون بعض دمها أسود ثخينا منتنا و بعضه أحمر رقيقا أوأصفر لا رائحة له ويكون الدم الاسود أوالثخين لا يزيد على أكثر الحيض ولا ينقص عن أقله فحكم هذه أن حيضها زمن الدم الاسود والثخين فاذا انقطع فهي مستحاضة تغتسل للحيض وتتوضأ لكل صلاة وتصلي ، وبهذا قال مالك والشافعي لما روت عائشة قالت جاءت فاطمة بنت أبي حبيش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله اني استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « انما ذلك عرق وليس بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » متفق عليه وللنسائي وأبي داود « اذا كان دم الحيض فانه أسود يعرف فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي فانما هو عرق » وقال ابن عباس: اما مارأت الدم البحراني فانها تدع الصلاة انها والله لن ترى الدم بعد أيام محيضها الا كغسالة ماء اللحم. ولانه خارج من الفرج يوجب الغسل فرجع الى صفته عند الاشتباه كالمني والمذي

(فصل) وظاهر كلام شيخنا رحمه الله ههنا أن المميزة إذا عرفت التمييز جلسته من غير تكرار وهو ظاهر كلام احمد والخرقي واختيار ابن عقيل لان معنى التمييز ان يتميز أحد الدمين عن الآخر في الصفة وهذا يوجد باول مرة ، وهذا قول الشافعي وقال القاضي وأبو الحسن الآمدي انما تجلس

كلام أحمد فيما روينا عنه وكذلك قال ابن عقيل لان معنى التمييز أن يتميز أحد الدمين عن الآخر في الصفة وهذا يوجد باول مرة وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الحسن الامدي انما تجلس المميزة من التمييز ما تكرر مرتين او ثلاثا بناء على الروايتين فيما تثبت به العادة

ولنا قول النبي ﷺ « إذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » أمرها بترك الصلاة إذا أقبلت الحيضة من غير اعتبار أمر آخر ثم مده إلي حين ادباره ولان التمييز امارة بمجرده فلم يحتج إلى ضم غيره اليه كالعادة ، وعند القاضي انما تجلس من التمييز ماوافق العادة لانه يعتبر التكرار ومتى تكرر صار عادة .

(فصل) فان لم يكن الاسود مختلفا مثل أن ترى في كل شهر ثلاثة أسود ثم يصير أحمر ويعبر أكثر الحيض فالاسود وحده حيض ولو لم يعبر اكثر الحيض كان جميع الدم حيضا لانه دم امكن ان يكون حيضا فكان حيضا كما لو كان كله احمر . وان كان مختلفا مثل ان يرى في الشهر الاول خمسة اسود وفي الثاني اربعة وفي الثالث ثلاثة اوفي الاول خمسة وفي الثاني ستة وفي الثالث سبعة اوفي الاول خمسة وفي الثاني اربعة وفي الثالث ستة أوغير ذلك من الاختلاف فعلى قولنا الاسود حيض في كل حال ، وعلى قول القاضي الاسود حيض فيما وافق العادة فقط وهو ثلاث في الاولى وخمس في الثانية واربع في الثالثة وما زاد عليه ان تكرر فهو حيض وان لم يتكرر فليس بحيض وعلى قوله لا تجلس منه في الشهر الاول والثاني الا اليقين الذي تجلسه من لا تميز لها فان كانت مبتدأة لم تجلس الا يوما وليلة وهل تجلس الذي يتكرر في الشهر الثالث أو الرابع؟ ينبني على الروايتين فيما

المميزة من التمييز ماتكرر مرتين أو ثلاثة بناء على الروايتين فيما تثبت به العادة

ولنا قول النبي ﷺ « إذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » أمرها بترك الصلاة إذا اقبلت الحيضة من غير اعتبار امر آخر ثم مده الى حين ادباره لان التمييز امارة بمجرده فلم يحتج الى ضم غيره اليه كالعادة . وعند القاضي لا تجلس من التمييز الا ماتكرر فعلى هذا إذا رأت في كل شهر خمسة احمر ثم خمسة اسود ثم احمر واتصل وجلست زمان الاسود فكان حيضها والباقي استحاضة ، وهل تجلس الاسود في الشهر الثاني اوالثالث او الرابع؟ يخرج ذلك على الروايات الثلاث وكذلك لو رأت عشرة احمر ثم خمسة اسود ثم احمر فان اتصل الاسود وعبر اكثر الحيض فليس لها تميز وتحيضها من الاسود لانه أشبه بدم الحيض . ولو رأت أقل من يوم وليلة اسود فلا تمييز لها لانه لا يصلح حيضا . وان رأت في الشهر الاول احمر كله وفي الثاني والثالث والرابع خمسة أسود وفي الخامس كله احمر فانها تجلس في الاشهر الثلاثة اليقين على قولنا يعتبر التكرار في المميزة وفي الرابع ايام الدم الاسود في قول شيخنا وفي الخامس تجلس خمسة ايضا ، وقال القاضي لا تجلس من الرابع إلا اليقين الا ان نقول تثبت العادة بمرتين ، قال شيخنا وفيه نظر فانه اكثر ما يقدر فيها أنها لا عادة لها ولا تميز ولو كانت كذلك لجلست ستا او سبعا في اصح الروايات فكذا ههنا (قلت) فينبغي على هذا أن لا تجلس بالتمييز وانما تجلس غالب الحيض لما ذكره ومن لم يعتبر التكرار في التمييز

تثبت به العادة ويكون حكمها حكم المبتدأة التي ترى دما لا يعبر أكثر الحيض. الاحمر ههنا كالطهر هناك والاسود كالدم هناك فان كانت ناسية وكان الاسود في أثناء الشهر وقلنا إنها تجلس من أول الشهر جلست ههنا من أول الشهر ماتجلسه الناسية وإن كان أحمر . ولا تنتقل إلى الاسود حتى يتكرر فاذا تكرر انتقلت اليه وعلمنا أنه حيض فتقضي ما صامته من الفرض فيه

(فصل) فاذا رأت أسود بين أحمرين أو أحمر بين أسودين وانقطع لدون أكثر الحيض فالجميع حيض إذا تكرر لان الاحمر أشبه بالحيض من الطهر. وان عبر أكثر الحيض وكان الاسود بمفرده يصلح أن يكون حيضاً فهو حيض والاحمر كله استحاضة لان الاحمر الاول أشبه بالاحمر الثاني الذي حكمنا بأنه استحاضة وتلفق الاسود الى الاسود فيكون حيضا ولا فرق بين كون الاسود قليلا أو كثيراً اذا كان بانضمامه الى بقية الاسود يبلغ أقل الحيض ولا يزيد على أكثره ولا يكون بين طرفيهما زمن يزيد على أكثر الحيض ، وكذلك لافرق بين كون الاحمر قليلا أو كثيراً اذا كان زمنه يصلح أن يكون طهراً فأما ان كان زمنه لا يصلح أن يكون طهراً مثل الشيء اليسير أو ما دون اليوم على احدى الروايتين فانه يلحق بالدمين الذي هو بينهما لانه لو كان الدم منقطعا لم يحكم بكونه طهراً فاذا كان الدم جاريا كان أولى ، فلو رأت يوما دما أسود ثم رأت الثاني دما أحمر ثم رأت الثالث أسود ثم صار أحمر وعبر لفقت الاسود الى الاسود فصار حيضها يومين وباقي الدم استحاضة ، وان رأت نصف يوم أسود ثم صار أحمر ثم رأت الثاني كذلك ثم رأت الثالث كله أسود ثم صار أحمر وعبر فان قلنا ان الطهر يكون أقل من يوم لفقت الاسود الى الاسود وكان حيضها يومين ، وان قلنا لايكون أقل من يوم فحيضها الايام الثلاثة الاول والباقي استحاضة . وان رأت نصف يوم أسود ثم صار أحمر وعبر الى العاشر ثم رأته كله أسود ثم صار أحمر وعبر فالاسود حيض كله ونصف اليوم الاول ولو رأت بين الاسود وبين الاحمر نقاء يوما أو أكثر لم يتغير الحكم الذي ذكرناه لان الاحمر محكوم بأنه استحاضة مع اتصاله بالاسود فمع انفصاله عنه أولى

فهذه مميزة ، ومن قال انها تجلس بالتمييز في الشهر الثاني قال انها تجلس الدم الاسود في الشهر الثالث لانها لانعلم أنها مميزة قبله (الحال الثاني) أن لايكون دمها متميزاً على مامضى ففيها أربع روايات (احداها) انها تجلس غالب الحيض من كل شهر وذلك ستة أيام أو سبعة وهذا اختيار الخرقي لانه غالب عادات النساء فيجب ردها اليه كردها في الوقت إلى حيضها في كل شهر (والرواية الثانية) انها تجلس أقل الحيض لانه اليقين وللشافعي قولان كهاتين الروايتين (والثالثة) أنها تجلس أكثر الحيض وهو قول أبي حنيفة لانه زمان الحيض فاذا رأت الدم فيه جلسته كالمعتاد (والرابعة) انها تجلس عادة نسائها كأمها وأختها وعمتها وخالتها وهو قول عطاء والثوري والاوزاعي لان الظاهر أنها تشبههن في ذلك والاول أصح لقول النبي ﷺ لحمنة «تحيضي في علم الله ستة أيام أو سبعة ثم اغتسلي وصلي أربعة وعشرين يوما أو ثلاثة وعشرين كما يحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن » حديث حسن صحيح ـ ردها النبي

(فصل) اذا رأت في شهر خمسة اسود ثم صار احمر واتصل وفي الثاني كذلك ثم صار الثالث كله احمر ثم رأت في الرابع مثل الاول ثم رأت في الخامس خمسة احمر ثم صار اسود واتصل فحيضها الاسود من الاول والثاني والرابع واما الثالث والخامس فلا تمييز لها فيهما لان حكم الاسود في الخامس سقط لعبوره فان قلنا العادة تثبت بمرتين جلست ذلك من الاشهر الثلاثة وهي الثالث والرابع والخامس وان قلنا لا تثبت الا بثلاثة جلست ذلك من الخامس لانها قد رأت ذلك في ثلاثة اشهر ، وقيل لا تثبت لها عادة وتجلس ماتجلسه من الخامس من الدم الاسود لانه اشبه بدم الحيض

(فصل) اذا رأت في كل شهر خمسة عشر يوما دما اسود وخمسة عشر احمر فالاسود كله حيض لانه يصلح أن يكون حيضا وقد رأت فيه امارة الحيض فيثبت كونه حيضا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يكن دمها منفصلا وكانت لها ايام من الشهر تعرفها أمسكت عن الصلاة فيها واغتسلت اذا جاوزتها)

هذا القسم الثاني وهي من لها عادة ولا تمييز لها لكون دمها غير منفصل أي على صفة لاتختلف ولا يتميز بعضه من بعض على ماذكرنا في المميزة وكذلك إن كان منفصلا الا أن الدم الذي يصلح للحيض دون أقل الحيض أو فوق أكثره فهذه لا تمييز لها .فاذا كانت لها عادة قبل أن تستحاض جلست أيام عادتها واغتسلت عند انقضائها ثم تتوضأ بعد ذلك لوقت كل صلاة وتصلي وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي . وقال مالك لا اعتبار بالعادة انما الاعتبار بالتمييز فان لم تكن مميزة استظهرت بعد زمان عادتها بثلاثة أيام ان لم تجاوز خمسة عشر يوما وهي بعد ذلك مستحاضة واحتج بحديث فاطمة الذي ذكرناه .ولنا حديث أم سلمة وقد روي في حديث فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « دعي الصلاة قدر الايام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي وصلي » متفق عليه .وفي لفظ قال: فاذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي » متفق عليه .وروت أم حبيبة أنها سألت النبي ﷺ عن الدم فقال لها « امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك ثم اغتسلي وصلي » رواه مسلم. وروى عدي بن ثابت عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال في

ﷺ إلى ذلك ولم يردها إلى غيره مما ذكر ولان هذه ترد إلى غالب عادات النساء في وقتها بمعنى انها تجلس في كل شهر مرة فكذلك في عدد ايامها وبهذا يبطل ماذكر لليقين ولعادة نسائها

(فصل) وهل ترد إلى ذلك إذا استمر بها الدم في الشهر الرابع أو الثاني؟ المنصوص انها لاترد الى ست اوسبع الا في الشهر الرابع لانا لانحيضها اكثر من ذلك اذا لم تكن مستحاضة فأولى أن نفعل ذلك اذا كانت مستحاضة .وقال القاضي يحتمل أن تنتقل اليها في أيام الشهر الثاني بغير تكرار لأنا قد علمنا استحاضتها فلا معنى للتكرار في حقها وهو أصح ان شاء الله لظاهر حديث حمنة

﴿ مسئلة ﴾ (وذكر ابو الخطاب في المبتدأة اول ماترى الدم الروايات الاربع) احداها تجلس

المستحاضة « تدع الصلاة أيام اقرائها ثم تغتسل وتصوم وتصلي وتتوضأ عند كل صلاة » أخرجه أبو داود والترمذي ولا حجة له في الحديث على ترك العادة في حق من لا تمييز لها .(١)

(فصل) ولا يختلف المذهب أن العادة لا تثبت بمرة، وظاهر مذهب الشافعي أنها تثبت بمرة وقال بعضهم تثبت بمرتين لان المرأة التي استفتت لها أم سلمة رسول الله ﷺ ردها الى الشهر الذي يلي شهر الاستحاضة ولان ذلك أقرب اليها فوجب ردها اليه

ولنا أن العادة مأخوذة من المعاودة ولا تحصل المعاودة بمرة واحدة والحديث حجة لنا لانه قال « لتنظر عدة الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها » و(كان) يخبر بها عن دوام الفعل وتكراره ولا يحصل ذلك بمرة ولا يقال لمن فعل شيئا مرة كان يفعل وفي الحديث الآخر « تدع الصلاة أيام اقرائها » والاقراء جمع وأقله ثلاثة . وسائر الاحاديث الدالة على العادة تدل على هذا ولا نفهم من اسم العادة فعل مرة بحال . واختلفت الرواية هل تثبت بمرتين أو ثلاث فعنه أنها تثبت بمرتين لأنها مأخوذة من المعاودة وقد عاودتها في المرة الثانية . وعنه لا تثبت إلا بثلاث لظاهر الاحاديث ولان العادة لا تطلق إلا على ما كثر وأقله ثلاثة ولان أكثر ما يعتبر له التكرار اعتبر ثلاثا كايام الخيار في المصراة .

١) هذا الحديث ضعيف لا يحتج به لضعف راويه عن عدي وللاختلاف في توثيق عدي نفسه وللجهالة جده

أقل الحيض لانه اليقين (والثانية) تجلس غالب الحيض لانه الغالب (والثالثة) تجلس عادة نسائها لان الظاهر شبهها بهن (والرابعة) تجلس ماتراه من الدم مالم يجاوز أكثر الحيض قياسا على اليوم والليلة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان استحيضت المعتادة رجعت إلى عادتها وان كانت مميزة ، وعنه يقدم التمييز وهو اختيار الخرقي وإن نسيت العادة عملت بالتمييز فان لم يكن لها تمييز جلست غالب الحيض من كل شهر . وعنه أقله وقيل فيها الروايات الاربع) وجملة ذلك أن المعتادة اذا استحيضت لم تخل من أربعة أقسام (أحدها) أن تكون معتادة ولا تمييز لها لكون دمها على صفة لا يختلف ولا يتميز بعضه من بعض أو بأن يكون الدم الذي يصلح للحيض ينقص عن أقل الحيض أو يزيد على أكثره فهذه تجلس أيام عادتها ثم تغتسل عند انقضائها وتتوضأ بعد ذلك لوقت كل صلاة وتصلي وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال مالك لا اعتبار بالعادة انما الاعتبار بالتمييز فان لم تكن مميزة استظهرت بعد زمان عادتها بثلاثة أيام ان لم تجاوز خمسة عشر يوما ثم هي بعد ذلك مستحاضة واحتج بحديث فاطمة الذي ذكرناه

ولنا ماروت أم سلمة أن امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لتنظر عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل» رواه أبو داود والنسائي وقد روي في حديث فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « دعي الصلاة قدر الايام التي كنت تحيضين فيها

(فصـل) وتثبت العادة بالتمييز فاذا رأت دما أسود خمسة أيام في ثلاثة أشهر أو شهرين على الرواية الأخرى ثم صار أحمر واتصل ثم صار في سائر الاشهر دما مبهما كانت عادتها زمن الدم الاسود

(فصل) والعادة على ضربين متفقة ومختلفة فالمتفقة أن تكون أياما متساوية كأربعة في كل شهر فاذا استحيضت جلست الاربعة فقط . وأما المختلفة فان كانت على ترتيب مثـل ان كانت ترى في شهر ثلاثة وفي الثاني أربعة وفي الثالث خمسة ثم تعود إلى ثلاثة ثم إلى أربعة على ما كانت فهـذه اذا استحيضت في شهر فعرفت نوبته عملت عليه ثم على الذي بعـده ثم على الذي بعـده على العادة وإن نسيت نوبته حيضناها اليقـين وهو ثلاثة أيام ثم تغتسل وتصلي بقية الشهر . وان أيقنت أنه غير الاول وشكت هل هو الثاني أو الثالث جلست أربعة لأنها اليقـين ثم تجلت من الشهرين الآخرين ثلاثة ثلاثة ثم تجلس في الرابع أربعة ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبدا ويجزئها غسل واحد عند انقضاء

ثم اغتسلي وصلي » متفق عليه وروت أم حبيبة أنها سألت رسول الله ﷺ عن الدم فقال لها رسول الله ﷺ « امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك ثم اغتسلي وصلي » رواه مسلم ولا حجة له في الحديث على ترك العادة في حق من لا تمييز لها

(فصل) لا يختلف المذهب أن العادة لا تثبت بمرة لأنها مأخوذة من المعاودة . وهل تثبت بمرتين أو بثلاث على روايتين . وقد ذكرناه وتثبت العادة بالتمييز فاذا رأت دما أسود خمسة أيام في ثلاثة أشهر أو شهرين على إحدى الروايتين ثم صار أحمر واتصل ثم صار في سائر الاشهر دما مبهما كانت على عادتها زمن الدم الاسود

(فصـل) والعادة على ضربين متفقة ومختلفة فالمتفقة أن تكون أياما متساوية كخمسة في كل شهر فاذا استحيضت جلستها فقط، وأما المختلفة فان كانت على ترتيب مثل أن ترى في شهر ثلاثة وفي الثاني أربعة وفي الثالث خمسة ثم تعود إلى ثلاثة ثم إلى أربعة ثم إلى خمسة على ما كانت فهـذه إذا استحيضت في شهر فعرفت نوبته عملت عليه ثم على الذي بعده والذي بعده على العادة . وإن نسيت نوبته حيضناها على اليقـين وهو ثلاثة أيام ثم تغتسل وتصلي بقية الشهر وان علمت أنه غير الاول وشكت هل هو الثاني أو الثالث جلست أربعة لانها اليقـين ثم تجلس من الشهرين الآخرين ثلاثه ثلاثة وتجلس في الرابع أربعة ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبداً . ويجزئها غسـل واحد عند انقضاء المدة التي جلستها كالناسية اذا جلست أقل الحيض لان ما زاد على اليقين مشكوك فيه فلا يجب عليها الغسل بالشك . قال شيخنا ويحتمل وجوب الغسـل عليها أيضا عند مضي أكثر عادتها لان يقين الحيض ثابت وحصول الطهارة بالغسل مشكوك فيه فلا يزول عن اليقـين بالشك ولان هذه متيقنة وجوب الغسل عليها في أحد الايام الثلاثة في اليوم الخامس . وقد اشتبه عليها وصحة صلاتها تقف على الغسل فيجب عليها لتخرج عن العهدة بيقين وهذا الوجه أصح لذلك . وتفارق هذه الناسية لأنها لا نعلم لها حيضا زائداً على ما جلسته وهذه تعلم لها حيضا زائداً تقف صحة صلاتها على غسلها منه فوجب

المدة التي جلستها كالناسية اذا جلست أقل الحيض لان مازاد على اليقين مشكوك فيه فلا توجب عليها الغسل بالشك ، ويحتمل وجوب الغسل عليها أيضاً عند مضي أكثر عادتها لان يقين الحيض ثابت وحصول الطهارة بالغسل مشكوك فيه فلا تزول عن اليقين بالشك ولان هذه متيقنة وجوب الغسل عليها في أحد الايام الثلاثة في اليوم الخامس وقد اشتبه عليها وصحة صلاتها تقف على الغسل فيجب عليها لتخرج عن العهدة بيقين كمن نسي صلاة من يوم لايعلم عينها . وهذا الوجه أصح لما ذكرنا وتفارق الناسية فانها لاتعلم لها حيضا زائداً على ماجلسته وهذه تتيقن لها حيضاً زائداً على ماجلسته تقف صحة صلاتها على غسلها منه فوجب ذلك . فعلى هذا يلزمها غسل ثان عقيب اليوم الخامس في كل شهر ، وإن جلست في رمضان ثلاثة أيام قضت خمسة أيام لان الصوم كان في ذمتها ولا نعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسقطا الفرض من ذمتها فيبقى على الاصل ،ويحتمل أن يلزمها في كل شهر ثلاثة أغسال غسل عقب اليوم الثالث وغسل عقب الرابع وغسل عقب الخامس لان عليها عقيب الرابع غسلا في أحد الاشهر وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذي يجب الغسل فيه بعد الرابع فيلزمها ذلك كما قلنا في الخامس

وإن كان الاختلاف على غير ترتيب مثل أن تحيض من شهر ثلاثة ومن الثاني خمسة ومن الثالث أربعة وأشباه ذلك فان كان هذا يمكن ضبطه ويعتادها على وجه لايختلف فالحكم فيه كالذي قبله وإن كان غير مضبوط جلست الاقل من كل شهر وهي الثلاثة إن لم يكن لها أقل منها واغتسلت عقيبه . وذكر ابن عقيل في هذا الفصل أن قياس المذهب أن فيه رواية ثانية وهي اجلاسها أكثر عادتها في كل شهر كالناسية للعدد تجلس أكثر الحيض وهذا لايصح إذ فيه أمرها بترك الصلاة واسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها فاننا متى أمرناها بترك الصلاة خمسة أيام في كل شهر ونحن نعلم وجوبها عليها في يومين منها في شهر وفي يوم في شهر آخر فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقيناً فلا يحل ذلك ولا تسقط الصلاة الواجبة بالاشتباه كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها وفارق الناسية فاننا لانعلم

ذلك ، فعلى هذا يلزمها غسل ثان عقيب اليوم الخامس في كل شهر ، وإن جلست في رمضان ثلاثة أيام قضت خمسة أيام لان الصوم كان في ذمتها ولا تعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسقطا الفرض من ذمتها ويحتمل أنه يلزمها في كل شهر ثلاثة أغسال غسل عقيب اليوم الثالث والرابع والخامس لان عليها عقيب الرابع غسلا في بعض الاشهر وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذي يجب الغسل فيه بعد الرابع فيلزمها ذلك كما قلنا في الخامس

(فصل) وإن كان الاختلاف على غير ترتيب مثل أن تحيض من شهر ثلاثة ،ومن الثاني خمسة ومن الثالث أربعة وأشباه ذلك فان أمكن ضبطه بحيث لايختلف فهي كالتي قبلها ، وإن لم يمكن ضبطه جلست الاقل من كل شهر واغتسلت عقيبه ، وذكر ابن عقيل في هذا الفصل أن قياس المذهب أن تجلس أكثر عادتها في كل شهر كالناسية للعدد تجلس أكثر الحيض في احدى الروايات . قال شيخنا :

عليها صلاة واجبة يقينا والاصل بقاء الحيض وسقوط الصلاة فتبقى عليه .

(فصل) ولا تكون المرأة معتادة حتى تعرف شهرها ووقت حيضها وطهرها ، وشهر المرأة عبارة عن المدة التي لها فيها حيض وطهر وأقل ذلك أربعة عشر يوما تحيض يوما وتطهر ثلاثة عشر وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يوما فأقصر مايكون الشهر ستة عشر يوما وأكثره لاحد له لكون أكثر الطهر لاحد له والغالب أنه الشهر المعروف بين الناس فاذا عرفت أن شهرها ثلاثون يوما وأن حيضها منه خمسة أيام وطهرها خمسة وعشرون وعرفت أوله فهي معتادة ، وإن عرفت أيام حيضها وأيام طهرها فقد عرفت شهرها ، وإن عرفت أيام حيضها ولم تعرف أيام طهرها أو أيام طهرها ولم تعرف أيام حيضها فليست معتادة لكنها متى جهلت شهرها رددناها إلى الغالب فحيضناها من كل شهر حيضة كما رددناها في عدد أيام الحيض إلى ست أو إلى سبع لكونه الغالب

(فصل) القسم الثالث من أقسام المستحاضة من لها عادة وتمييز وهي من كانت لها عادة فاستحيضت ودمها متميز بعضه أسود وبعضه أحمر فان كان الاسود في زمن العادة فقد اتفقت العادة والتمييز في الدلالة فيعمل بهما . وإن كان أكثر من العادة أو أقل ويصلح أن يكون حيضا ففيه روايتان (احداهما) يقدم التمييز فيعمل به وتدع العادة وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله : فكانت ممن تميز تركت الصلاة في اقباله ولم يفرق بين معتادة وغيرها واشترط في ردها إلى العادة أن لايكون دمها متصلا وهو ظاهر مذهب الشافعي لان صفة الدم أمارة قائمة به والعادة زمان منقض ولانه خارج يوجب الغسل فرجع إلى صفته عند الاشتباه كالمني ، وظاهر كلام أحمد اعتبار العادة وهو قول أكثر الاصحاب لان النبي صلى الله عليه وسلم رد أم حبيبة والمرأة التي استفتت لها أم سلمة إلى العادة ولم يفرق ولم يستفصل بين كونها مميزة أو غيرها .وحديث فاطمة قد روي فيه ردها إلى العادة وفي لفظ آخر ردها إلى التمييز فتعارضت روايتان وبقيت الاحاديث الباقية خالية عن معارض فيجب العمل بها على أن حديث فاطمة قضية عين وحكاية حال يحتمل أنها أخبرته انها لاعادة لها أو علم ذلك من غيرها أو قرينة حالها وحديث عدي بن ثابت عام في كل مستحاضة فيكون أولى ولان العادة أقوى لكونها

هذا لا يصح إذ فيه أمرها بترك الصلاة واسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها فاننا متى أجلسناها خمسا من كل شهر ونحن نعلم وجوب الصلاة عليها يومين منها في شهر ويوما في شهر آخر فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقينا والاصل بقاء الحيض فتبقى عليه

(فصل) ولا تكون المرأة معتادة حتى تعرف شهرها وتعرف وقت حيضها منه وطهرها ـ وشهر المرأة عبارة عن المدة التي لها فيها حيض وطهر وأقل ذلك أربعة عشر يوما أو ستة عشر يوما إن قلنا أقل الطهر خمسة عشر ولا حد لأ كثره لان أكثر الطهر لاحد له وغالبه الشهر المعروف بين الناس فاذا عرفت ان شهرها ثلاثون يوما وان حيضها منه خمسة ايام وان طهرها خمسة وعشرون وعرفت أوله فهي معتادة وإن عرفت أيام حيضها وأيام طهرها فقد عرفت شهرها .وإن عرفت أيام حيضها ولم تعرف

لاتبطل دلالتها واللون اذا زاد على أكثر الحيض بطلت دلالته فما لا تبطل دلالته أقوى وأولى .

(فصل) ومن كان حيضها خمسة أيام من أول كل شهر فاستحيضت وصارت ترى ثلاثة أيام دما أسود في أول كل شهر فمن قدم العادة قال : تجلس خمسة في كل شهر كما كانت تجلس قبل الاستحاضة ، ومن قدم التمييز جعل حيضها الثلاثة التي ترى الدم الاسود فيها إلا أنها لاتترك الصلاة في الشهر الاول فيما زاد على الثلاثة لانا لانعلم أنها مستحاضة إلا بتجاوز الدم أكثر الحيض ولا نعلم ذلك في الشهر الاول فاذا عبر الدم أكثر الحيض في الشهر الاول علمنا أنه استحاضة فلا تجلس في الثاني مازاد على الدم الاسود. فان رأت في كل شهر عشرة دما أسود ثم صار أحمر واتصل فمن قال إنها لاتلتفت الى مازاد على العادة حتى تتكرر لم يحيضها في الشهرين الاولين أو الثلاثة إلا خمسة قدر عادتها . ومن قال انها اذا زادت على العادة جلسته بأول مرة أجلسها في الشهر الاول خمسة عشر يوما ثم تغتسل وتصلي ، وفي الثاني تجلس أيام العادة وهي الخمسة الاولى من الشهر عند من يقدم العادة على التمييز ومن قدم التمييز ولم يعتبر فيه التكرار أجلسها العشرة كلها. فاذا تكرر ثلاثة أشهر على هذا الوصف فقال القاضي : تجلس العشرة في الشهر الرابع على الروايتين جميعا لان الزيادة على

أيام طهرها أو بالعكس فليست معتادة لكننا متى جهلت شهرها رددناها الى الغالب فحيضناها من كل شهر حيضة كما رددنا في عدد أيام الحيض الى الغالب

(فصل) القسم الثاني أن يكون لها عادة وتمييز فان كان الدم الذي يصلح للحيض في زمن العادة فقد اتفقت العادة والتمييز في الدلالة فتعمل بهما وإن كان أكثر من العادة أو أقل ولم ينقص عن أقل الحيض ولا زاد على أكثره ففيه روايتان (احداهما) يقدم التمييز وهو اختيار الخرقي وظاهر مذهب الشافعي لما ذكرناه من الادلة ولان صفة الدم أمارة قائمة به والعادة زمان منقض ولانه خارج يوجب الغسل فرجع الى صفته عند الاشتباه كالمني (والثانية) تقدم العادة وهو ظاهر كلام أحمد وقول أكثر الاصحاب لان النبي ﷺ رد أم حبيبة والمرأة التي استفتت لها أم سلمة الى العادة ولم يستفصل عن كونها مميزة أو غيرها . وحديث فاطمة قد روي فيه ردها الى العادة أيضا فتعارضت روايتان وبقيت أحاديثنا خالية عن معارض ، على أن حديث فاطمة قضية في عين يحتمل انها أخبرته أن لا عادة لها أو علم ذلك من غيرها، وحديث عدي بن ثابت عام في كل مستحاضة فيكون أولى ولان العادة أقوى لكونها لاتبطل دلالتها ، واللون اذا زاد على أكثر الحيض بطلت دلالته فما لا تبطل دلالته أولى.

(فصل) ومن كان حيضها خمسة أيام من أول كل شهر فاستحيضت وصارت ترى ثلاثة دما أسود في أول كل شهر فمن قدم العادة قال تجلس في كل شهر خمسة كما كانت قبل الاستحاضة ، ومن قدم التمييز جعل حيضها الثلاثة التي فيها الاسود إلا أنها انما تجلس الثلاثة في الشهر الثاني لانا لانعلم انها

العادة تثبت بتكرر الاسود . ويحتمل أن لا تجلس زيادة على عادتها على قول من يقدم العادة على التمييز لانا لو جعلنا الزائد على العادة من التمييز حيضاً بتكرره لجعلنا الناقص عنها استحاضة بتكرره فكانت لا تجلس فيما اذا رأت ثلاثة أسود ثم صار أحمر أكثر من الثلاثة والأمر بخلاف ذلك .

(فصل) فان كان حيضها خمساً من أول شهر فاستحيضت فصارت ترى خمسة أسود ثم يصير أحمر ويتصل فالاسود حيض بلا خلاف لموافقته زمن العادة والتمييز ، وإن رأت مكان الاسود أحمر ثم صار اسود وعبر سقط حكم الاسود لعبوره اكثر الحيض وكان حيضها الاحمر لموافقته زمن العادة

مستحاضة إلا بتجاوز الدم اكثر الحيض ولا نعلم ذلك في الشهر الاول .فان رأت في كل شهر عشرة دما اسود ثم صار احمر واتصل فمن قال إنها لاتلتفت الى مازاد على العادة حتى يتكرر لم يحيضها في الشهرين الاولين أو الثلاثة على اختلاف الروايتين إلا خمسة قدر عادتها ، ومن قال انها اذا زادت على العادة جلسته بأول مرة أجلسها في الشهر الاول خمسة عشر يوما ثم تغتسل وتصلي ، وفي الثاني تجلس أيام العادة وهي الخمسة الاولى من الشهر عند من يقدم العادة على التمييز ، ومن قدم التمييز ولم يعتبر فيه التكرار أجلسها العشرة كلها فاذا تكرر ثلاثة أشهر على هـذا الوصف قال القاضي : تجلس العشرة في الشهر الرابع على الروايتين جميعا لان الزيادة على العادة ثبتت بتكرار الاسود ، قال شيخنا : ويحتمل أن لا تجلس زيادة على عادتها عند من يقدم العادة لاننا لو جعلنا الزائد على العادة من التمييز حيضاً بتكرره لجعلنا الناقص عنها استحاضة بتكرره فكانت لا تجلس فيما اذا رأت ثلاثة اسود ثم صار احمر اكثر من الثلاثة والامر بخلاف ذلك

(فصـل) فان كان حيضها خمسا من أول كل شهر فاستحيضت فصارت ترى خمسة اسود ثم يصير احمر ويتصل فالاسود حيض بالاتفاق لموافقته زمن العادة والتمييز ، وان رأت مكان الاسود أحمر ثم صار أسود وعبرسقط حكم الاسود لعبوره اكثر الحيض وكان حيضها الاحمر لموافقته زمن العادة ، وإن رأت مكان العادة احمر ثم رأت خمسة اسود ثم صار احمر واتصل فمن قدم العادة أجلسها ايامها واذا تكرر الاسود فقال القاضي : يصير حيضا ومن قدم التمييز جعل الاسود وحده حيضا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن نسيت العادة عملت بالتمييز) وهذا القسم (الثالث) من أقسام المستحاضه وهي التي لها تمييز وقد نسيت العادة ، ومعنى التمييز أن يتميز بعض دمها عن بعض فيكون بعضه اسود ثخينا منتنا ، وبعضه احمر رقيقا أو أصفر ولا رائحـة له ويكون الاسود أو الثخين لايزيد على اكثر الحيض ولا ينقص عن أقله فحكم هـذه أن حيضها زمن الاسود الثخين أو المنتن فاذا انقطع فهي مستحاضة تغتسل للحيض وتتوضأ لوقت كل صلاة بعد ذلك وتصلي ، وذكر أحمد المستحاضة فقال : لها سنن فذكر المعتادة ثم قال وسنة أخرى اذا جاءت فزعمت أنها تستحاض فلا تطهر قيل لها أنت الآن ليس لك أيام معلومة فتجلسيها ولكن انظري الى إقبال الدم وإدباره فاذا أقبلت الحيضة واقبالها أن ترى دما أسود يعرف فاذ اتغير دمها وكان الى الصفرة والرقة فذلك دم استحاضة فاغتسلي وصلي

وان رأت مكان العادة أحمر ثم خمسة أسود ثم صار أحمر واتصل فمن قدم العادة حيضها أيام العادة واذا تكرر الاسود فقال القاضي يصير حيضا، وأما من يقدم التمييز فانه يجعل الاسود وحده حيضا.

وهذا مذهب مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا اعتبار بالتمييز إنما الاعتبار بالعادة خاصة لما روت أم سلمة ان امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله ﷺ فقال « لتنظر عدة الايام والليالي التي كانت تحيضهن قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل » رواه أبو داود وابن ماجه وهذا أحد الاحاديث الثلاثة التي قال الامام أحمد ان الحيض يدور عليها

ولنا قول النبي ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش « فاذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » متفق عليه ولأبي داود والنسائي « اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فامسكي عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي فانما هو عرق » وحديث أم سلمة يدل على اعتبار العادة ولا نزاع فيه وهذه لاعادة لها

(فصل) وقد اختلفوا : هل يعتبر للتمييز التكرار أم لا . فظاهر كلام شيخنا ههنا انه لا يعتبر له التكرار بل متى عرفت التمييز جلسته وهذا ظاهر كلام احمد والخرقي واختيار ابن عقيل وهو مذهب الشافعي ، وقال القاضي والآمدي يعتبر له التكرار مرتين أو ثلاثا على اختلاف الروايتين فيما تثبت به العادة وقد ذكرنا ذلك في المبتدأة

(فصل) فان لم يكن الاسود مختلفا مثل أن ترى في كل شهر ثلاثة أسود ثم يصير أحمر ويعبر أكثر الحيض فالاسود حيض وحده . وان كان مختلفا مثل أن ترى في الشهر الاول خمسة أسود وفي الثاني أربعة وفي الثالث ثلاثة أو في الاول خمسة وفي الثاني ستة وفي الثالث سبعة أو غير ذلك من الاختلاف فعلى قول شيخنا الاسود حيض في كل حال. وعلى قول القاضي الاسود حيض فيما تكرر وهو ثلاث في الاولى وخمس في الثانية ومازاد عليه يكون حيضا إذا تكرر وإلا فلا. ولا تجلس عند القاضي في الشهر الاول والثاني إلا اليقين الذي تجلسه من لاتمييز لها . وان كانت مبتدأة لم تجلس إلا يوما وليلة . وهل تجلس الذي يتكرر في الشهر الثالث أو الرابع ؟ ينبني على الروايتين فيما تثبت به العادة ويكون حكمها حكم المبتدأة التي ترى دما لا يعبر أكثر الحيض الاسود كالدم والاحمر كالطهر هناك فان كانت ناسية وكان الاسود في أثناء الشهر وقلنا إن الناسية تجلس من أول الشهر جلست ههنا من أول الشهر ما تجلسه الناسية ولا تنتقل الى الاسود حتى يتكرر فتنتقل اليه وتعلم أنه حيض فتقضي ماصامته من الفرض فيه كما ذكر في المبتدأة

(فصل) فان رأت أسود بين أحمرين أو أحمر بين اسودين وانقطع لدون أكثر الحيض فالجميع حيض إذا تكرر لان الاحمر أشبه بالحيض من الطهر، وان عبر أكثر الحيض وكان الاسود بمفرده يصلح أن يكون حيضا فهو حيض والاحمر كله استحاضة لان الاحمر الاول أشبه بالاحمر الثاني الذي حكمنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت لها ايام انسيتها فانها تقعد ستا أو سبعا في كل شهر)

هذه من القسم الرابع من أقسام المستحاضة وهي من لاعادة لها ولا تمييز وهـذا القسم نوعان (أحدهما) الناسية ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون ناسية لوقتها وعددها وهـذه يسميها الفقهاء المتحيرة (والثانية) أن تنسى عددها وتذكر وقتها (والثالثة) أن تذكر عددها وتنسى وقتها فالناسية لها هي التي ذكر الخرقي حكمها وأنها تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة يكون ذلك حيضها ثم تغتسل وهي فيما بعد ذلك مستحاضة تصوم وتصلي وتطوف ، وعن أحمد أنها تجلس أقل الحيض ثم ان كانت

بأنه استحاضة وتلفق الاسود الى الاسود فيكون حيضا ولا فرق بين كون الاسود قليلا أو كثيرا إذا كان بانضمامه الى بقية الاسـود يبلغ أقل الحيض ولا يزيد على أكثره ولا يكون بين طرفيهما زمن يكون على اكثر الحيض وكذلك لافرق بين أن يكون الاحمر قليلا أو كثيراً اذا كان زمنه يصلح أن يكون طهراً فاما ان كان زمنه لا يصلح أن يكون طهراً مثل الشيء اليسـير أو ما دون اليوم على إحدى الروايتين فانه يلحق بالدمين الذين هو بينهما لانه لو كان الدم منقطعا لم نحكم بكونه طهراً فاذا كان الدم جاريا كان أولى فلو رأت يوما دما أسود ثم رأت الثاني أحمر ثم رأت الثالث أسود ثم صار أحمر وعبر لفقت الاسود إلى الاسود فصار حيضا وباقي الدم استحاضة وان رأت نصف يوم أسود ثم صار احمر ثم رأت الثـاني كذلك ثم رأت الثالث كله اسود ثم صار احمر وعبر فان قلنا ان الطهر يكون اقل من يوم لفقت الاسود إلى الاسـود فكان حيضها يومين وان قلنا : لا يكون اقل من يوم فحيضها الايام الثلاثة الاول والباقي استحاضة ، ولو رأت نصف يوم اسود ثم صار احمر إلى العاشر ثم رأته كله اسود ثم صار احمر وعبر فالاسـود كله حيض الثاني والاول ، ولو رأت بين الاسـود والاحمر نقاء يوما أو اكثر لم يتغير الحكم الذي ذكرناه لان الاحمر محكوم بأنه استحاضة مع اتصاله بالاسود فمع انفصاله عنه أولى

(فصل) اذا رأت في شهر خمسة اسود ثم صار احمر واتصل وفي الثاني كذلك ثم صار الثالث كله احمر ورأت في الرابع كالاول ثم رأت في الخامس خمسة احمر ثم صار اسود واتصـل فحيضها الاسود من الاول والثاني والرابع واما الثالث والخامس فلا تمييز لها فيهما لان حكم الاسود في الخامس سـقط لعبوره فان قلنا العادة تثبت بمرتين جلست ذلك من الثالث والرابع والخامس وان قلنا لا تثبت الا بثلاث جلسته من الخامس لانها قد رأت ذلك في ثلاثة اشهر وتجلس في الثالث ما تجلسه من لا عادة لها ولا تمييز وقيل لا تثبت لها عادة وتجلس ما تجلسه من الخامس من الدم الاسود لانه اشبه بدم الحيض

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لها تمييز جلست غالب الحيض من كل شهر وعنه أقله وقيل فيها الروايات الاربع) وهـذا القسم الرابع من اقسام المستحاضة وهي من لاعادة لها ولا تمييز ولها ثلاثة أحوال

تعرف شهرها وهو مخالف الشهر المعروف جلست ذلك من شهرها وان لم تعرف شهرها جلست من الشهر المعروف لانه الغالب . وقال الشافعي في الناسية لها : لا حيض لها بيقين وجميع زمنها مشكوك فيه تغتسل لكل صلاة وتصلي وتصوم ولا يأتيها زوجها . وله قول آخر انها تجلس اليقين . وقال بعض أصحابه الاول أصح لان هذه لها أيام معروفة ولا يمكن ردها الى غيرها فجميع زمانها مشكوك فيه . وقد روت عائشة ان أم حبيبة استحيضت سبع سنين فسألت النبي ﷺ فأمرها ان تغتسل لكل صلاة . متفق عليه (١)

ولنا ماروت حمنة بنت جحش قالت كنت استحاض حيضة كبيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ أستفتيه فوجدته في بيت اختي زينب بنت جحش فقلت يارسول الله اني استحاض حيضة كبيرة شديدة فما تأمرني فيها؟ قد منعتني الصيام والصلاة، قال « انعت لك الكرسف فانه يذهب الدم » قلت هو اكثر من ذلك انما اثج ثجا فقال النبي ﷺ « سآمرك امرين ايهما صنعت اجزأ عنك فان قويت عليهما فأنت اعلم — فقال — انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة ايام او سبعة ايام في علم الله ثم اغتسلي فاذا رأيت انك قد طهرت واستنقأت فصلي اربعا وعشرين ليلة او ثلاثا وعشرين ليلة وأيامها وصومي فان ذلك يجزئك وكذلك فافعلي كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن. فان قويت ان تؤخري الظهر وتعجلي العصر ثم تغتسلين حتى تطهرين وتصلين الظهر والعصر جميعا ثم تؤخرين المغرب وتعجلين العشاء ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين وتغتسلين للصبح فافعلي وصومي ان قويت على ذلك » فقال رسول الله ﷺ « وهو أعجب الامرين الي » رواه أبو داود والترمذي وقال : هذا حديث حسن صحيح . قال وسألت محمداً عنه (٢) فقال هو حديث حسن . وحكي ذلك عن احمد أيضا وهو بظاهره يثبت الحكم في حق الناسية لان النبي ﷺ لم يستفصلها هل هي مبتدأة أو ناسية ولو

١) هذا غلط فليس في الصحيحين انه قال (لكل صلاة) بل ورد ذلك في روايات ضعيفة . وفي مسلم انها كانت تغتسل لكل صلاة وحقق النووي في شرحه وغيره ان ذلك كان تطوعا منها ونقله الشافعي وتجد لفظ حديث مسلم في الصفحة الثالثة من الشرح الكبير

٢) يعني محمدا البخاري صاحب الصحيح ولكن النقاد قد اعلوا هذا الحديث بعدة علل منها الخلاف في ابن عقيل الذي انفرد به

(أحدها) ان تكون ناسية لوقتها وعددها وهذه تسمى المتحيرة وحكمها أنها تجلس في كل شهر ستة ايام أو سبعة في ظاهر المذهب وهو اختيار الخرقي فان كانت تعرف شهرها جلست ذلك منه لانه عادتها فترد اليه كما ترد المعتادة الى عادتها الا انه متى كان شهرها اقل من عشرين يوما لم تجلس منه اكثرها من الفاضل عن ثلاثة عشر يوما او خمسة عشر لئلا ينقص الطهر عن اقله ولا سبيل اليه ، وان لم تعرف شهرها جلست من الشهر المعتاد لما روت حمنة بنت جحش قالت كنت استحاض حيضة كبيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ استفته فوجدته في بيت اختي فقلت يارسول الله اني استحاض حيضة كبيرة شديدة فما تأمرني فيها ؟ قد منعتني الصيام والصلاة فقال « أنعت لك الكرسف فانه يذهب الدم » قلت هو اكثر من ذلك انما اثج ثجا فقال النبي ﷺ « انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام ثم اغتسلي فاذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت فصلي أربعا وعشرين ليلة أو ثلاثا وعشرين ليلة وأيامها وصومي فان ذلك يجزئك وكذلك فافعلي كما يحيض النساء وكما يطهرن

افترق الحال لاستفصل وسأل واحتمال أن تكون ناسية اكثر فان حمنة امرأة كبيرة كذلك قال أحمد ولم يسألها النبي ﷺ عن تمييزها لانه قد جرى من كلامها من تكثير الدم وصفته ماأغنى عن السؤال عنه ولم يسألها هل لها عادة فيردها اليها لاستغنائه عن ذلك لعلمه إياه إذ كان مشهوراً وقد أمر به أختها أم حبيبة فلم يبق إلا أن تكون ناسية ، ولان لها حيضا لا تعلم قدره فيرد إلى غالب عادات النساء كالمبتدأة ، ولانها لا عادة لها ولا تمييز فأشبهت المبتدأة . وقولهم : لها أيام معروفة . قلنا : قد زالت المعرفة فصار وجودها كالعدم . وأما امره ام حبيبة بالغسل لكل صلاة فانما هو ندب كأمره لحمنة في هذا الخبر فان أم حبيبة كانت معتادة ردها إلى عادتها وهي التي استفتت لها أم سلمة على أن حديث أم حبيبة إنما روي عن الزهري وأنكره الليث بن سعد فقال:لم يذكر ابن شهاب أن رسول الله ﷺ أمر أم حبيبة أن تغتسل لكل صلاة ولكنه شيء فعلته هي

(فصل) قوله ستا أو سبعا الظاهر أنه ردها الى اجتهادها ورأيها فيما يغلب على ظنها انه أقرب إلى عادتها أو عادة نسائها أو ما يكون أشبه بكونه حيضا ذكره القاضي في بعض المواضع وذكر في موضع آخر أنه خيرها بين ست وسبع لا على طريق الاجتهاد كما خير واطيء الحائض بين التكفير بدينار او نصف دينار بدليل ان حرف أو للتخيير . والاول ان شاء الله اصح لانا لو جعلناها مخيرة افضى

لميقات حيضهن وطهرهن » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . وقال الشافعي في هذه لاحيض لها بيقين وجميع زمنها مشكوك فيه تغتسل لكل صلاة وتصلي وتصوم ولا يأتيها زوجها وله قول انها تجلس اليقين . وقال بعض اصحابه الاول اصح لان هذه لها ايام معروفة ولا يمكن ردها الى غيرها فجميع زمانها مشكوك فيه وقد روت عائشة ان ام حبيبة استحيضت سبع سنين فسألت النبي ﷺ فقال « انما ذلك عرق فاغتسلي ثم صلي » فكانت تغتسل عند كل صلاة . متفق عليه ، ولنا ماذكرنا من حديث حمنة وهو بظاهره يثبت الحكم في حق الناسية لان النبي ﷺ لم يستفصلها هل هي مبتدأة او ناسية ولو افترق الحال لاستفصل واحتمال ان تكون ناسية اكثر فان حمنة امرأة كبيرة ، كذلك قال احمد، ولم يسألها النبي ﷺ عن تمييزها لانه قد جرى من كلامها من تكثير الدم وصفته ما اغنى عن السؤال عنه ولم يسألها هل لها عادة فيردها اليها لاستغنائه عن ذلك بعلمه اياه اذ كان مشهوراً وقد امر به اختها ام حبيبة فلم يبق الا ان تكون ناسية ولانها لاعادة لها ولا تمييز اشبهت المبتدأة ،قولهم :لها ايام معروفة،قلنا قد زالت المعرفة فصار وجودها كعدمها وأما ام حبيبة فكانت معتادة ردها الى عادتها لانه قد روى مسلم ان ام حبيبة شكت الى رسول الله ﷺ الدم فقال لها « امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك ثم اغتسلي » فكانت تغتسل عند كل صلاة فيدل على انها انما كانت تغتسل لكل صلاة في غير وقت الحيض وأما وجوب غسل المستحاضة لكل صلاة فسيذكر في المستحاضة ان شاء الله تعالى

(فصل) قوله ستا أو سبعا الظاهر انه ردها إلى اجتهادها فيما يغلب على ظنها انه عادتها أو ما

الى تخييرها في اليوم السابع بين أن تكون الصلاة عليها واجبة وبين كونها محرمة وليس لها في ذلك خيرة بحال أما التكفير ففعل اختياري يمكن التخيير بين اخراج دينار أو نصف دينار والواجب نصف دينار في الحالين لان الواجب لايتخير بين فعله وتركه ، وقولهم ان « أو » للتخيير قلنا وقد يكون للاجتهاد كقول الله تعالى (فاما منا بعد وإما فداء) واما (كأو) في وضعها وليس للامام في في الأسرى إلا فعل مايؤديه اليه اجتهاده انه الاصلح .

(فصل) ولا تخلو الناسية من أن تكون جاهلة بشهرها أو عالمة به ، فان كانت جاهلة بشهرها رددناها الى الشهر الهلالي فحيضناها في كل شهر حيضة لحديث حمنة ولانه الغالب فترد اليه كردها الى الست والسبع، وان كانت عالمة بشهرها حيضناها في كل شهر من شهورها حيضة لان ذلك عادتها فترد اليها كما ترد المعتادة الى عادتها في عدد الايام إلا أنها متى كان شهرها أقل من عشرين يوما لم نحيضها منه اكثر من الفاضل عن ثلاثة عشر يوما أو خمسة عشر يوما لانها لو حاضت أكثر من ذلك لنقص طهرها عن أقل الطهر ولا سبيل اليه وهل تجلس أيام حيضها من أول كل شهر أو بالتحري والاجتهاد ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجلسه من أول كل شهر اذا كان يحتمل لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لحمنة « تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وصلي أربعا وعشرين ليلة أو ثلاثا وعشرين ليلة وأيامها » فقدم حيضها على الطهر ثم أمرها بالصلاة والصوم في بقيته ، ولأن المبتدأة تجلس من أول الشهر مع انه لا عادة لها فكذلك الناسية ، ولان دم الحيض دم جبلة والاستحاضة

يشبه أن يكون حيضاً ذكره القاضي وذكر في موضع آخر انه على وجه التخيير بين الست والسبع كما خير واطيء الحيض في التكفير بدينار أو نصف لان حرف «أو» للتخيير، قال شيخنا: والاول أصح لاننا لو خيرناها أفضى الى أن نخيرها في اليوم السابع بين كون الصلاة عليها محرمة أو واجبة وليس لها في ذلك خيرة بحال، وأما التكفير ففعل اختياري، فأما أو فقد تكون للاجتهاد كقوله (فاما منا بعد وإما فداء) وإما كأو في وضعها وليس للامام إلا فعل مايؤديه اليه اجتهاده انه الاصلح والله أعلم .

(فصل) وهل تجلس أيام حيضها من اول كل شهر أو بالتحري؟ فيه وجهان أوجهما مايأتي وعنه انها تجلس أقل الحيض وهو أحد قولي الشافعي لانه اليقين وما زاد عليه مشكوك فيه فلا تدع العبادة لأجله وعنه رواية ثالثة أنها تجلس عادة نسائها لان الظاهر انها تشبههن وعنه تجلس أكثر الحيض لانه يمكن أن يكون حيضا أشبه ماقبله والاول أصح لحديث حمنة والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علمت عدد أيامها ونسيت موضعها جلستها من اول كل شهر في أحد الوجهين وفي الآخر تجلسها بالتحري) وهذا الحال الثاني من احوال الناسية وهي تتنوع نوعين (النوع الاول) أن لا تعلم لها وقتا أصلا مثل أن تعلم ان حيضها خمسة ايام ففيه وجهان (أحدهما) تجلسه من اول كل شهر اذا كان يحتمل لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لحمنة « تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وصلي أربعا وعشرين ليلة أو ثلاثا وعشرين ليلة وايامها وصومي» فقدم حيضها على

عارضة فاذا رأت الدم وجب تغليب دم الحيض (والوجه الثاني) أنها تجلس ايامها من الشهر بالتحري والاجتهاد وهـذا قول أبي بكر وابن أبي موسى لان النبي ﷺ ردها الى اجتهادها في القدر بقوله: « ستا أو سبعا » فكذلك في الزمان. ولان للتحري مدخلا في الحيض بدليـل ان المميزة ترجع الى صفة الدم فكذلك في زمنه فان تساوى عندها الزمان كله ولم يغلب على ظنها شيء تعين اجلاسها من اول الشهر لعدم الدليل فيا سواه.

(القسم الثاني) الناسية لعددها دون وقتها كالتي تعلم أن حيضها في العشر الاول من الشهر ولا تعلم عدده فهي في قدر ماتجلسه كالمتحيرة تجلس ستا أو سبعا في أصح الروايتين إلا أنها تجلسها من العشر دون غيرها. وهل تجلسها من اول العشر أو بالتحري ؟ على وجهين، وإن قالت أعلم أنني كنت اول الشهر حائضا ولا أعلم آخره أو انني كنت آخر الشهر حائضا ولا أعلم أوله أو لا أعلم هل كان ذلك أول حيضي أو آخره حيضناها اليـوم الذي علمته وأتمت بقية حيضها مما بعـده في الصورة الاولى ومما قبله في الثانية وبالتحري في الثالثة أو ما يلي أول الشهر على اختلاف الوجهين

(القسم الثالث) الناسية لوقتها دون عددها وهذه تتنوع نوعين (أحدهما) أن لا تعلم لها وقتا أصلا مثل أن تعلم ان حيضها خمسة ايام فانها تجلس خمسة من كل شهر إما من أوله أو بالتحري على اختلاف الوجهين (والثاني) أن تعلم لها وقتا مثل أن تعلم انها كانت تحيض اياما معلومة من العشر الاول من كل شهر فانها تجلس عدد ايامها من ذلك الوقت دون غيره ثم لا يخلو عدد أيامها إما أن يكون زائداً على نصف ذلك الوقت أو لا يزيد فان كان زائداً على نصفه مثل أن تعـلم أن حيضها ستة ايام من العشر الاول من كل شهر أضعفنا الزائد

الطهر ثم أمرها بالصلاة والصوم في بقية الشهر ولان المبتدأة تجلس من اول الشهر مع انها لا عادة لها فكذلك الناسية ولان دم الحيض دم جبلة والاستحاضة عارضـة فاذا رأت الدم وجب تغليب دم الحيض (الثاني) انها تجلس بالتحري والاجتهاد اختاره أبو بكر وابن أبي موسى لان النبي ﷺ ردها الى اجتهادها في القدر فكذلك في الوقت ولان التحري مدخلا في الحيض لان المميزة ترجع الى صفة الدم فكذلك في زمنه فان لم يغلب على ظنها شيء تعين اجلاسها من اول الشهر لعدم الدليل فيا سواه

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك الحكم في موضع حيض من لا عادة لها ولا تمييز) يعني ان فيه الوجهين الذين ذكرهما وجههما ماتقدم.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علمت ايامها في وقت من الشهر كنصفه الاول جلستها فيـه إما من أوله أو بالتحري على اختلاف الوجهين) هـذا النوع الثاني وهو أن تعلم أنها كانت تحيض اياما معلومة من العشر الاول فانها تجلس عدد ايامها من ذلك الوقت دون غيره إما من أوله أو بالتحري فيه ثم لا يخلو عدد ايامها إما أن يكون زائداً على نصف ذلك الوقت أو لا فان كان زائداً على نصفه مثل أن تعلم ان حيضها ستة ايام من العشر الاول أضعفنا الزائد فجعلناه حيضا بيقين وتجلس بقيـة ايامها من

فجعلناه حيضا بيقين وتجلس بقية أيامها بالتحري في أحد الوجهين وفي الآخر من أول العشر ففي هذه المسئلة الزائد يوم وهو السادس فنضعفه ويكون الخامس والسادس حيضا بيقين لا نتامتى عددنا لها ستة أيام من أي موضع كان من العشر دخل فيه الخامس والسادس يبقى لها أربعة أيام فان أجلسناها من الاول كان حيضها من أول العشر إلى آخر السادس. منها يومان حيض بيقين والاربعة حيض مشكوك فيه والاربعة الباقية طهر مشكوك فيه ، وإن أجلسناها بالتحري فأداها اجتهادها إلى أنها من أول الشهر فهي كالتي ذكرنا ، وإن جلست الاربعة من آخر الشهر كانت حيضا مشكوكا فيه والاربعة الاولى طهر مشكوك فيه . وإن قالت حيضي سبعة أيام من العشر الاول فقد زادت يومين على نصف الوقت فنضعفهما فيصير لها أربعة أيام حيضا بيقين وهي من أول الرابع إلى آخر السابع ويبقى لها ثلاثة أيام تجلسها من أول العشر او بالتحري فيكون ذلك حيضاً مشكوكا فيه ويبقى لها ثلاثة طهراً مشكوكا فيه وسائر الشهر طهر ، وحكم الحيض المشكوك فيه حكم الحيض المتيقن في ترك العبادات وإن كان حيضها نصف الوقت فما دون فليس لها حيض بيقين لانها متى كانت تحيض خمسة أيام احتمل ان تكون الخمسة الاولى وان تكون الثانية ، وان تكون بعضها من الاولى وباقيها من الثانية فتجلس خمسة بالتحري أو من أول العشر على اختلاف الوجهين .

(فصل) ولا يعتبر التكرار في الناسية لانها عرفت استحاضتها في الشهر الاول فلا معنى للتكرار

أول العشر في أحد الوجهين وفي الآخر بالتحري ، ففي هذه المسئلة الزائد يوم وهو السادس فنضعفه ويكون الخامس والسادس حيضا بيقين يبقى لها أربعة ايام ، فان جلستها من الاول كان حيضها من أول العشر إلى آخر السادس — منها يومان حيض بيقين والاربعة حيض مشكوك فيه والاربعة الباقية طهر مشكوك . وإن جلستها بالتحري فأداها اجتهادها إلى أنها من أول العشر فهي كالتي قبلها وإن جلست الاربعة من آخر العشر فهي عكس التي قبلها وعلى هذا فقس. وسائر الشهر طهر غير مشكوك، وحكم الحيض المشكوك فيه حكم المتيقن في ترك العبادات وحكم الطهر المشكوك فيه حكم الطهر المتيقن في وجوب العبادات . وإن كان حيضها نصف الوقت فما دون فليس لها حيض بيقين لانها متى كانت تحيض خمسة أيام من العشر احتمل ان تكون الخمسة الاولى واحتمل أن تكون الثانية واحتمل ان يكون بعضها من الاولى وبعضها من الثانية فتجلس بالتحري أو من أوله على اختلاف الوجهين ولا يعتبر التكرار في الناسية لانها عرفت استحاضتها في الشهر الاول فلا معنى للتكرار

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علمت موضع حيضها ونسيت عدده جلست فيه غالب الحيض او أقله على اختلاف الروايتين) هذا الحال الثالث من أحوال الناسية وهي ان تعلم ان حيضها في العشر الاول ولا تعلم عددها (فحكمها في قدر ما تجلسه حكم المتحيرة) الصحيح انها تجلس ستا او سبعا ويخرج فيها الروايات الاربع إلا أنها تجلسها من العشر دون غيرها وهل تجلسها من أوله او بالتحري ؟ على الوجهين ، وإن قالت أعلم أنني كنت أول الشهر حائضاً ولا أعلم آخره او أنني كنت آخر الشهر حائضا ولا أعلم أوله

(فصل) واذا ذكرت الناسية عادتها بعد جلوسها في غيره رجعت إلى عادتها لان تركها لعارض النسيان فاذا زال العارض عادت إلى الاصل وإن تبين انها كانت تركت الصلاة في غير عادتها لزمها اعادتها ويلزمها قضاء ماصامته من الفرض في عادتها فلو كانت عادتها ثلاثة من آخر العشر الاول فجلست السبعة التي قبلها مدة ثم ذكرت لزمها قضاء ماتركت من الصلاة والصيام المفروض في السبعة وقضاء ماصامت من الفرض في الثلاثة لانها صامته في زمن حيضها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمبتدأ بها الدم تحتاط فتجلس يوما وليلة وتغتسل وتتوضأ لكل صلاة وتصلي . فان انقطع دمها في خمسة عشر يوما اغتسلت عند انقطاعه وتفعل مثل ذلك ثانية وثالثة . فان كان بمعنى واحد عملت عليه . وأعادت الصوم إن كانت صامت في هذه الثلاث مرار لفرض)

هذا النوع الثاني من القسم الرابع وهي من لاعادة لها ولا تمييز وهي التي بدأ بها الحيض ولم تكن حاضت قبله ، والمشهور عن أحمد فيها أنها تجلس اذا رأت الدم وهي ممن يمكن أن تحيض وهي التي لها تسع سنين فصاعداً فتترك الصوم والصلاة ، فان زاد الدم على يوم وليلة اغتسلت عقيب اليوم

أولا أعلم هل كان ذلك أول حيضي أو آخره حيضناها الذي علمته وأتمت بقية حيضها مما بعده في الصورة الاولى ، ومما قبله في الثانية وبالتحري في الثالثة أو مما يلي أول الشهر على اختلاف الوجهين

(فصل) واذا ذكرت الناسية عادتها بعد جلوسها في غيرها رجعت إلى عادتها لان تركها لعارض نسيان واذا زال العارض عادت الى الاصل ، وإن تبين أنها كانت تركت الصلاة في غير عادتها لزمها إعادتها وقضاء ماصامته من الفرض في عادتها ، فلو كانت عادتها خمسة من آخر العشر الاول فجلست سبعا من أوله مدة ثم ذكرت لزمها قضاء ماتركت من الصلاة والصيام المفروض في الخمسة الاولى وقضاء ماصامت من الفرض في الثلاثة الايام الاخيرة لانها صامته في زمن حيضها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تغيرت العادة بزيادة أوتقدم اوتأخر او انتقال فالمذهب أنها لاتلتفت إلى ماخرج عن العادة حتى يتكرر ثلاثا اومرتين على الاختلاف) وجملة ذلك أن المرأة اذا كانت لها عادة مستقرة في الحيض فرأت الدم في غير عادتها لم تلتفت اليه حتى يتكرر فتنتقل اليه وتصير عادة لها وتترك العادة الاولى الا أنها اذا رأته زائداً عن عادتها تغتسل غسلا ثانيا عند انقطاعه لجواز أن يكون حيضا كما قلنا في المبتدأة وكذلك ماتقدم عن العادة ويجب عليها قضاء ماصامته من الفرض في المرات التي أمرناها بالصيام فيها لاننا تبينا أنها صامته في حيض ولا تقضي الصلاة لان الحائض لاتقضي الصلاة قال أبو عبد الله لا يعجبني أن يأتيها زوجها في الايام التي تصلي فيها مع رؤية الدم قبل أن تنتقل اليها لاحتمال أن يكون حيضا فيجب ترك وطئها احتياطا كما وجبت الصلاة احتياطا للعبادة ، وفي قدر

والليلة وتتوضأ لوقت كل صلاة وتصلي وتصوم . فان انقطع الدم لا كثر الحيض فادون اغتسلت غسلا ثانيا عند انقطاعه وصنعت مثل ذلك في الشهر الثاني والثالث فان كانت أيام الدم في الاشهر الثلاثة متساوية صار ذلك عادة وعلمنا أنها كانت حيضاً فيجب عليها قضاء ماصامت من الفرض لانا تبينا أنها صامته في زمن الحيض . قال القاضي المذهب عندي في هذا رواية واحدة قال : وأصحابنا يجعلون في قدر ماتجلسه المبتدأة في الشهر الاول أربع روايات (إحداهن) أنها تجلس أقل الحيض (والثانية) غالبه (والثالثة) أكثره (والرابعة) عادة نسائها قال : وليس ههنا موضع الروايات وانما موضع ذلك اذا اتصل الدم وحصلت مستحاضة في الشهر الرابع . وقد نقل عن أحمد ما يدل على صحة قول الاصحاب فروى صالح قال : قال أبي أول مايبدأ الدم بالمرأة تقعد ستة أيام أو سبعة أيام وهو أكثر ما تجلسه النساء على حديث حمنة. فظاهر هذا أنها تجلس ذلك في أول حيضها وقوله : أكثر ما تجلسه النساء يعني أن الغالب من النساء هكذا يحضن . وروى حرب عنه قال : سألت أبا عبدالله قلت : امرأة اول ماحاضت استمر بها الدم كم يوما تجلس ؟ قال : ان كان مثلها من النساء من يحضن فان شاءت جلست ستاً او سبعاً حتى يتبين لها حيض ووقت وإن أرادت الاحتياط جلست يوماواحداً اول مرة حتى يتبين وقتها . وقال في موضع آخر : قالوا هذا وقالوا هذا فأيها أخذت فهو جائز. وروى الخلال باسناده عن عطاء في البكر تستحاض ولا تعلم لها قرءاً قال : لتنتظر قرء أمها أو أختها او عمتها اوخالتها فلتترك الصلاة عدة تلك الايام وتغتسل وتصلي ، قال حنبل : قال ابو عبدالله هذا حسن واستحسنه

التكرار روايتان (أشهرهما) انه ثلاث فعلى هذه الرواية لا تنتقل اليه إلا في الشهر الرابع (والثانية) انه اثنتان فتنتقل في الشهر الثالث نقل الفضل بن زياد عنه هاتين الروايتين وقد ذكرنا وجههما في المبتدأة ونقل حنبل عنه في امرأة لها أيام معلومة فتقدمت الحيضة قبل أيامها لم تلتفت اليها تصوم وتصلي فان عاودها مثل ذلك في الثانية فانه دم حيض منتقل فيحتمل انها تنتقل اليه في المرة الثانية وتحسبه من حيضها ، والرواية الاولى أشهر، مثال ذلك امرأة لها عادة ثلاثة أيام من أول كل شهر فرأت خمسة في أول الشهر ورأت يومين من آخر الشهر الذي قبله ويوما من شهرها او طهرت اليوم الاول ورأت الثلاثة بعده أو طهرت الثلاثة الأول ورأت ثلاثة بعدها او أكثر وما أشبه ذلك فانها لا تجلس في جميع ذلك إلا وقت الدم الذي تراه في الثلاثة الأول حتى يتكرر لقول النبي ﷺ « امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك » رواه مسلم ولان لها عادة فردت اليها كالمستحاضة وقال أبو حنيفة إن رأته قبل العادة فليس بحيض حتى يتكرر مرتين . وإن رأته بعدها فهو حيض ، قال شيخنا رحمه الله وعندي أنها تصير اليه من غير تكرار وبه قال الشافعي لأن النساء كن يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الصفرة والكدرة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء .معناه لا تعجلن بالغسل ولو لم تعد الزيادة حيضاً لزمها الغسل عند انقضاء العادة وإن لم تر القصة ومعنى القصة أن تدخل القطنة في فرجها فتخرج بيضاء نقية ولان الشارع علق على الحيض أحكاما ولم يحده فعلم انه رد الناس فيه إلى عرفهم . والعرف بين

جداً . وهذا يدل على انه أخذ به وهذا قول عطاء والثوري والاوزاعي . وروي عن احمد انها تجلس أكثر الحيض إلا أن المشهور في الرواية عنه مثل ماذكر الخرقي . وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك تجلس جميع الايام التي ترى الدم فيها إلى أكثر الحيض فان انقطع لأكثره فما دون فالجميع حيض لانا حكمنا بأن ابتداء الدم حيض مع جواز ان يكون استحاضة فكذلك اثناؤه ولأننا حكمنا بكونه حيضاً فلا ننقض ما حكمنا به بالتجويز كما في المعتادة ولان دم الحيض دم جبلة والاستحاضة دم عارض لمرض عرض وعرق انقطع ، والاصل فيها الصحة والسلامة وان دمها دم الجبلة دون العلة

ولنا ان في اجلاسها أكثر من أقل الحيض حكما ببراءة ذمتها من عبادة واجبة عليها فلم يحكم به أول مرة كالمعتدة لايحكم ببراءة ذمتها من العدة بأول حيضة ولا يلزم اليوم والليلة لأنها اليقين فلو لم نجلسها ذلك أدى إلى أن لا نجلسها أصلا ، ولأنها ممن لاعادة لها ولا تمييز فلم تجلس أكثر الحيض كالناسية

(فصل) والمنصوص في المبتدأة اعتبار التكرار ثلاثا فعلى هذا لاتنتقل عن اليقين في الشهر الثالث . وقد نص في المعتادة ترى الدم زيادة على عادتها على جلوسها الزائد مرتين في إحدى الروايتين عنه فكذا ههنا وقد مضى توجيهها . وعلى الروايات كلها اذا انقطع الدم لأكثر الحيض فما دون وكان في الاشهر الثلاثة على قدر واحد انتقلت اليه وعملت عليه وصار ذلك عادة لها وأعادت ما صامته من الفرض فيه لأننا تبينا أنها صامته في حيضها :

النساء أن المرأة متى رأت دما يصلح أن يكون حيضاً اعتقدته حيضا . ولو كان عرفهن اعتبار العادة على الوجه المذكور لنقل ظاهراً ولذلك لما كان بعض أزواج النبي ﷺ معه في الخميلة فجاءها الدم فانسلت من الخميلة فقال لها النبي ﷺ « مالك أنفست؟ » قالت نعم فأمرها أن تأتزر ولم يسألها هل وافق العادة أو خالفها ولا هي سألت عن ذلك وإنما استدلت على ذلك بخروج الدم فأقرها عليه النبي ﷺ وكذلك حين حاضت عائشة في عمرتها في حجة الوداع إنما عرفت الحيضة برؤية الدم لا غير والظاهر انه لم يأت في العادة لأنها استنكرته وبكت حين رأته وقالت وددت أني لم أكن حججت العام ولو كانت لها عادة تعلم مجيئه فيها لما انكرته ولا شق عليها ولان العادة لو كانت معتبرة على المذكور في المذهب لبينه النبي ﷺ لأمته ولما وسعه تأخير بيانه لان حاجة النساء داعية اليه في كل وقت ولا يجوز تأخير البيان عن وقته . والظاهر أنهن جرين على العرف في اعتقاد ما يرينه من الدم حيضا ولم يأت من الشرع تغييره ولذلك أجلسنا المبتدأة من غير تقدم عادة ورجعنا في اكثر احكام الحيض إلى العرف والعرف ان الحيضة تتقدم وتتأخر وتزيد وتنقص ولم ينقل عنهن ولا عن النبي ﷺ ذكر العادة ولا بيانها إلا في حق المستحاضة ، واما امرأة طاهر ترى الدم في وقت يمكن أن يكون حيضاً ثم ينقطع عنها فلم يذكر في حقها عادة اصلا . وفي اعتبار العادة على هذا الوجه اخلاء بعض المنتقلات عن الحيض بالكلية مع رؤيتهن الدم في زمن الحيض وصلاحيته له وهذا لا سبيل اليه كامرأة رأت الدم في غير ايام عادتها وطهرت ايام عادتها

(فصل) وان انقطع في الاشهر الثلاثة مختلفا ففي شهر انقطع على سبع وفي شهر على ست وفي شهر على خمس نظرت إلى أقل ذلك وهو الخمس فجعلته حيضا وما زاد عليه لايكون حيضا حتى يأتي عليه التكرار نص عليه ، وإن جاء في الشهر الرابع ستا أو اكثر صارت الستة حيضا لتكررها ثلاثا وكذلك الحكم في السابع إذا تكرر ثلاثا ، ومن قال باجلاسها ستا أو سبعا فانها تجلس ذلك من غير تكرار ولاتجلس مازاد عليه حتى يتكرر .ولذلك من أجلسها عادة نسائها فانه يجلسها ما وافق عادتهن من غير تكرار .

(فصل) ومتى أجلسناها يوما وليلة أو ستا أوسبعا أو عادة نسائها فرأت الدم اكثر من ذلك لم يحل لزوجها وطؤها فيه حتى ينقطع أو يتجاوز اكثر الحيض لانه يحتمل أن يكون حيضاً احتمالا ظاهراً وإنما أمرناها بالصوم فيه والصلاة احتياطا لبراءة ذمتها فيجب ترك وطئها احتياطا أيضا .وان انقطع الدم واغتسلت حل وطؤها وهل يكره ؟ على روايتين (إحداهما) لا يكره لانها رأت النقاء الخالص أشبه غير المبتدأة (والثانية) يكره لاننا لا نأمن معاودة الدم فكره وطؤها كالنفساء إذا انقطع دمها لاقل من أربعين يوما. فان عاودها الدم في زمن العادة لم يطأها نص عليه لانه زمن صادف زمن الحيض فلم يجز الوطء فيه كما لو لم ينقطع . وعنه لابأس بوطئها . قال الخلال : الاحوط في قوله على ما اتفقوا عليه دون الانفس الثلاثة أنه لايطؤها

ثلاثة أشهر فانها لاتدع الصلاة فاذا انتقلت في الشهر الرابع إلى أيام أخر لم تحيضها أيضاً ثلاثة أشهر وكذلك أبدا فعلي هـذا تجعل ما تراه من الدم قبل العادة وبعدها ما لم يجاوز أكثر الحيض فان جاوز أكثر الحيض علمنا استحاضتها فترجع إلى عادتها وتقضي ما تركته من الصلاة والصيام فيما سوى العادة لاننا تبينا أنه استحاضة

(فصل) فان كانت عادتها ثلاثة من كل شهر فرأت في شهر خمسة أيام ثم استحيضت في الشهر الآخر فانها لاتجلس مما بعده من الشهور إلا ثلاثة ثلاثة ، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي تجلس خمسا من كل شهر وهذا مبني على أن العادة تثبت بمرة، وان رأت خمسة في شهرين خرج على الروايتين فيما تثبت به العادة ، وان رأتها في ثلاثة أشهر ثم استحيضت انتقلت اليها وجلست من كل شهر خمسة بغير خلاف بينهم والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان طهرت في أثناء عادتها اغتسلت وصلت فان عاودها الدم في العادة . فهل تلتفت اليه ؟ على روايتين) هذه المسألة تشتمل على فصلين (أحدهما) في حكم الطهر في زمن العادة (والثاني) في حكم الدم العائد بعده فمتى رأت الطهر فهي طاهر تغتسل وتصلي وتصوم ولم يفرق أصحابنا بين قليل الطهر وكثيره لقول ابن عباس . أما ما رأت الطهر ساعة فلتغتسل فاما ان كان النقاء أقل من ساعة فالظاهر أنه ليس بطهر لان الدم يجري تارة وينقطع أخرى وقد قالت عائشة لاتعجلن حتى ترين القصة البيضاء ، وقد روي عن احمد أن النفساء إذا رأت النقاء دون يوم لا تثبت

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان استمر بها الدم ولم يتميز قعدت في كل شهر ستا او سبعا لان الغالب من النساء هكذا يحضن)

قوله : استمر بها الدم يعني زاد على أكثر الحيض ، وقوله : لم يتميز يعني لم يكن دمها منفصلا على الوجه الذي ذكرناه فهذه حكمها أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، وقد ذكر الخرقي علته وهو أن الغالب من النساء هكذا يحضن (والظاهر أن يحضن)[1] والظاهر أن حيض هذه كحيض غالب النساء، فيجب ردها اليه كردها في الوقت الى حيضة في كل شهر وهذا أحد قولي الشافعي ،وعن أحمد أنها تجلس يوما وليلة من كل شهر ، وهـذا القول الثاني للشافعي لان ذلك اليقين وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك ، وعنه رواية ثالثة أنها تجلس اكثر الحيض وهومذهب أبي حنيفة لانه زمان الحيض فاذا رأت الدم فيه جلسته كالمعتادة وعنه انها تجلس عادة نسائها ، وهو قول عطاء والثوري والاوزاعي لان الغالب انها تشبههن في عادتهن، والاول أولى لحديث حمنة فان النبي ﷺ ردها الى ست أو سبع ولم يردها الى اليقين ولا الى عادة نسائها ولا الى اكثر الحيض ولان هذه ترد الى غالب عادات النساء في وقتها لكونها تجلس في كل شهر مرة ، فكذلك في عدد أيامها وبهذا يبطل ما ذكرناه لليقين ولعادة نسائها

(فصل) وهل ترد الى ذلك اذا استمر بها الدم في الشهر الرابع أو الثاني ؟ المنصوص أنهـا لا

لها أحكام الطاهرات فيخرج ههنا مثله قال شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان العادة أن الدم يجري مرة وينقطع أخرى وفي ايجاب الغسل على من تطهر ساعة بعد ساعة حرج منفي بقوله تعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج) ولاننا لو جعلنا انقطاع الدم ساعة طهراً ولا تلتفت الى الدم بعد افضى الى أن لا يستقر لها حيض فعلى هذا لا يكون انقطاع الدم دون يوم طهرا الا أن ترى مايدل عليه مثل أن يكون انقطاعه في آخر عادتها أو ترى القصة البيضاء وهوشيء يتبع الحيض أبيض يسمى الترية ، روي ذلك عن امامنا ، وهو قول مالك روي عنه أن القصة البيضاء هي القطنة التي تحشوها المرأة اذا خرجت بيضاء كما دخلت لاتغير عليها حكي ذلك عن الزهري وقال ابو حنيفة ليس النقاء بين الدمين طهراً بل لو صامت فيه فرضاً لم يصح ، ولا تجب عليها فيه صلاة ولا يأتيها زوجها وهو احد قولي الشافعي لان الدم يسيل تارة وينقطع اخرى ولانه لو لم يكن من الحيض لم يحتسب من مدته .

ولنا قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى) وصف الحيض بكونه اذى فاذا ذهب الاذى وجب زوال الحيض وقال ابن عباس اذا رأت الطهر ساعة فلتغتسل وقالت عائشة لاتعجلين حتى ترين القصة البيضاء. ولأنها صامت وهي طاهر فلم يلزمها القضاء كما لو لم يعد الدم ، فأما قولهم ان الدم يجري تارة وينقطع أخرى قلنا لاعبرة بالانقطاع اليسير وانما اذا وجد انقطاع كثير تمكن فيه الصلاة والصيام

[1] هذه العبارة في احدي النسخ فقط

ترد الى ست أو سبع الا في الشهر الرابع لانا لم نحيضها أكثر من ذلك اذا لم تكن مستحاضة فأولى أن نفعل ذلك اذا كانت مستحاضة قال القاضي ويحتمل أن تنتقل اليها في الشهر الثاني بغير تكرار لانا قد علمنا استحاضتها فلا معنى للتكرار في حقها.

(فصل) وإن كانت التي استمر بها الدم مميزة على ماذكرناه فيما مضى جلست بالتمييز فيما بعد الاشهر الثلاثة وتجلس في الثلاثة اليقين يوما وليلة الا أن نقول العادة تثبت بمرتين فانها تعود الى التمييز في الشهر الثالث وبعمل به. وقال ابن عقيل وعن أحمد أنها ترد الى التمييز في الشهر الثاني ولا يعتبر التكرار فانه قال: اذا بدأ بها الحيض ولم ينقطع عنها الدم ولم تعرف أيامها قعدت اقبال الدم اذا أقبل سواده وغلظه وريحه فاذا أدبر وصفا وذهب ريحه صلت وصامت وذلك لانها مستحاضة مميزة فترد الى تمييزها كما في الشهر الرابع. ولا يعتبر التكرار في التمييز بعد أن تعلم كونها مستحاضة على ما نصرناه، وقال القاضي: لاتجلس منه الا ماتكرر فعلى هذا اذا رأت في كل شهر خمسة أحمر ثم خمسة أسود ثم أحمر واتصل جلست زمان الاسود فكان حيضها والباقي استحاضة، وهل تجلس زمان الاسود في الشهر الثاني او الثالث او الرابع؟ يخرج ذلك على الروايات الثلاث. ولو رأت عشرة أحمر ثم خمسة أسود ثم احمر واتصل فالحكم فيها كالتي قبلها، فان اتصل الاسود وعبر أكثر الحيض فليس لها تمييز ونحيضها من الاسود لانه أشبه بدم الحيض ولو رأت أقل من يوم دما أسود فلا تمييز لها لان الاسود لايصلح أن يكون حيضاً لقلته عن أقل الحيض، وإن رأت في الشهر الاول أحمر كله وفي الثاني

وتتأذى العبادة فيه وجبت عليها لعدم المانع من وجوبها

(الفصل الثاني) اذا عاودها الدم فان عاودها في العادة ولم يتجاوزها ففيه روايتان (احداهما) أنه من حيضها لانه صادف زمن العادة فأشبه مالو لم ينقطع. وهذا مذهب الثوري وأصحاب الرأي (والثانية) ليس بحيض وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابن أبي موسى لانه عاد بعد طهر صحيح أشبه مالو عاد بعد العادة فعلى هذه الرواية يكون حكمه حكم مالو عاد بعد العادة على مايأتي. وقد روي عن احمد رحمه الله أنها تصوم وتصلي وتقضي الصوم المفروض على سبيل الاحتياط كدم النفساء العائد في مدة النفاس

(فصل) فان رأته في العادة وتجاوز العادة فان عبر أكثر الحيض فليس بحيض لان بعضه ليس بحيض فيكون كله استحاضة لاتصاله به وانفصاله عن الحيض فكان إلحاقه بالاستحاضة أولى، وإن انقطع لأكثره فما دون فمن قال ان مالم يعبر العادة ليس بحيض فههنا أولى ومن قال هو حيض ففي هذا على قوله ثلاثة أوجه (أحدها) ان جميعه حيض لما ذكرنا في أن الزائد على العادة حيض مالم يعبر أكثر الحيض (والثاني) أن ماوافق الحيض لموافقته العادة وما زاد عليها ليس بحيض لخروجه عنها (والثالث) أن الجميع ليس بحيض لاختلاطه بما ليس بحيض فان تكرر فهو حيض على الروايتين جميعا

(فصل) فان رأته بعد العادة ولم يمكن أن يكون حيضا لعبوره أكثر الحيض وانه ليس بينه

والثالث والرابع خمسة أسود ثم احمر واتصل وفي الخامس كله احمر فانهـا تجلس في الاشهر الثلاثة اليقين وفي الرابع أيام الدم الاسود وفي الخامس تجلس خمسة أيضا لانها قد صارت معتادة . وقال القاضي لاتجلس من الرابع إلا اليقين إلا أن نقول بثبوت العادة بمرتين ، وهذا فيه نظر فان أكثر ما يقدر فيها انها لاعادة لها ولا تمييز ، ولو كانت كذلك لجلست ستا أو سبعا في أصح الروايات فكذا ههنا . ومن لم يعتبر التكرار في التمييز فهـذه مميزة ، ومن قال ان المميزة تجلس بالتمييز في الشهر الثاني قال انهـا تجلس الدم الاسود في الشهر الثالث لانها لاتعلم انها مميزة قبله ، ولو رأت في شهر خمسة أسود ثم صار احمر واتصل وفي الثاني كذلك وفي الثالث كله احمر والرابع رأت خمسة احمر ثم صار أسود واتصل جلست اليقين من الاشهر الثلاثة والرابع لاتمييز لها فيه فتصير فيه إلى ستة أيام او سبعة في أشهر الروايات. الا أن نقول العادة تثبت بمرتين فتجلس من الثالث والرابع خمسة خمسة . وقال القاضي لاتجلس في الاشهر الاربعة الا اليقين ، وهذا بعيد لما ذكرناه ،ولو كانت رأت في الرابع خمسة أسود والباقي كله احمر صار عادة بذلك .

وبين الدم الاول أقل الطهر فهو استحاضة سواء تكرر أولا لانه لايمكن جعل جميعه حيضا فكان كله استحاضة لان إلحاق بعضه ببعض أولى من إلحاقه بغيره

(فصل) وإن أمكن كونه حيضا وذلك يتصور في حالين (أحدهما) ان يكون بضمه إلى الدم الاول لايكون بين طرفيهما أكثر من خمسة عشر يوما .فاذا تكرر جعلناهما حيضة واحدة وتلفق أحدهما الى الآخر ويكون الطهر الذي بينهما طهراً في خلال الحيضة (الحال الثانية) ان يكون بينهما أقل من الطهر ويكون كل واحد من الدمين يصلح أن يكون حيضا بمفرده بأن يكون يوما وليلة فصاعداً فهذا اذا تكرر كان الدمان حيضتين . وإن نقص أحدهما عن أقل الحيض فهو دم فساد اذا لم يمكن ضمه الى مابعده . ومثال ذلك مالو كانت عادتها عشرة من اول الشهر فرأت خمسة منها دما وطهرت خمسة ثم رأت خمسة دما وتكرر ذلك فالخمسة الاولى والثانية حيضة واحدة تلفق الدم الثاني الى الاول ،وإن رأت الثاني ستا أو أكثر لم يمكن أن يكون الدمان حيضة لان بين طرفيهما اكثر من خمسة عشر يوما ولا حيضتين لانه ليس بينهما أقل الطهر ، وإن رأت يوما دما وثلاثة عشر طهراً ثم رأت يوما دما وتكرر ذلك كانا حيضتين وصار شهرها أربعة عشر يوما . وكذلك ان رأت يومين دما وثلاثة عشر طهراً ثم رأت يومين دما وتكرر ويكون شهرها خمسة عشر وان كان الطهر بينهما احد عشر يوما فمادون وتكرر فهما حيضة واحدة لانه بين طرفيهما اكثر من خمسة ولا بينهما اقل الطهر وان كان بينهما اثنا عشر يوما لم يمكن كونهما جميعا حيضة لزيادتهما بما بينهما من الطهر على خمسة عشر ولا يمكن جعلهما حيضتين لانه ليس بينهما اقل الطهر .فعلى هذا يكون حيضها منهما ماوافق العادة والآخر استحاضة.وعلى هذا كل مايتفرع من المسائل الا انها لاتلتفت الى مارأته بعد الطهر فيما خرج عن العادة حتى يتكرر مرتين او ثلاثا ، فان تكرر وامكن جعله حيضا فهو حيض والا فلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصفرة والكدرة في ايام الحيض من الحيض)

يعني إذا رأت في أيام عادتها صفرة أو كدرة فهو حيض. وان رأته بعد أيام حيضها لم يعتد به نص عليه أحمد وبه قال يحيى الانصاري وربيعة ومالك والثوري والاوزاعي وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي واسحاق. وقال أبو يوسف وأبو ثور لا يكون حيضا الا أن يتقدمه دم اسود لان أم عطية وكانت بايعت النبي ﷺ قالت: كنا لا نعتد بالصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا رواه ابو داود وقال بعد الطهر

ولنا قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى) وهذا يتناول الصفرة والكدرة، وروى الأثرم باسناده عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تبعث اليها النساء بالدرجة فيها الكرسف فيها الصفرة والكدرة فتقول: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء. تريد بذلك الطهر من الحيضة، وحديث ام عطية انما تناول ما بعد الطهر والاغتسال ونحن نقول به وقد قالت عائشة: ما كنا نعد الكدرة والصفرة حيضا مع قولها المتقدم الذي ذكرناه

(فصل) وحكم الصفرة والكدرة حكم الدم العبيط في انها في ايام الحيض حيض وتجلس منها المبتدأة كما تجلس من غيرها، وان رأتها فيما بعد العادة فهو كما لو رأت غيرها على ماسيأتي ذكره ان شاء الله. وإن طهرت ثم رأت كدرة أو صفرة لم يلتفت اليها لخبر أم عطية وعائشة. وقد روى النجاد باسناده عن محمد بن إسحاق عن فاطمة عن أسماء قالت كنا في حجرها مع بنات بنتها فكانت إحدانا تطهر ثم تصلي ثم تنكس بالصفرة اليسيرة فنسألها فتقول اعتزلن الصلاة حتى لا ترين إلا البياض خالصا والاول أولى لما ذكرنا وقول عائشة وأم عطية أولى من قول أسماء، وقال القاضي معنى هذا انها لا تلتفت اليه قبل التكرار وقول أسماء فيما إذا تكرر لجمع بين الاخبار والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصفرة والكدرة في أيام الحيض من الحيض)

متى رأت في أيام عادتها صفرة أو كدرة فهو حيض وان رأته بعد أيام حيضها لم تعتد به نص عليه أحمد وهو مذهب الثوري ومالك والشافعي: وقال أبو يوسف وأبو ثور لا يكون حيضا إلا أن يتقدمه دم أسود لان ام عطية قالت كنا لا نعد الصفرة بعد الغسل شيئا رواه ابو داود

ولنا قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى) وهذا يتناول الصفرة والكدرة ولان النساء كن يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الصفرة والكدرة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء. تريد بذلك الطهر من الحيضة. وحديث أم عطية انما يتناول ما بعد الطهر والاغتسال ونحن نقول به ويدل عليه قول عائشة ماكنا نعد الكدرة والصفرة حيضا مع قولها المتقدم

(فصل) وحكمها حكم الدم العبيط في أنها في ايام الحيض حيض وتجلس منها المبتدأة كما تجلس من غيرها وان رأتها بعد العادة متصلة بها فهو كما لو رأت غيرها، على ما بينا وان طهرت ثم رأت كدرة او صفرة لم تلتفت اليها لحديث أم عطية وعائشة وقد روى النجاد باسناده عن محمد بن إسحاق عن فاطمة عن

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستمتع من الحائض بما دون الفرج)

وجملته ان الاستمتاع من الحائض فيما فوق السرة ودون الركبةجائز بالنص والاجماع والوطء في الفرج محرم بهما . واختلف في الاستمتاع بما بينهما فذهب أحمد رحمه الله الى اباحته . وروي ذلك عن عكرمة وعطاء والشعبي والثوري واسحاق ونحوه قال الحكم فانه قال لا بأس أن تضع على فرجها ثوبا مالم يدخله ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لايباح لماروي عن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يأمرني فأتزر فيباشرني وأنا حائض رواه البخاري . وعن عمر قال : سألت رسول الله ﷺ عما يحل للرجل من امرأته وهي حائض فقال « فوق الازار »

ولنا قول الله تعالى (فاعتزلوا النساء في المحيض) والمحيض اسم لمكان الحيض كالمقيل والمبيت فتخصيصه موضع الدم بالاعتزال دليل على اباحتـه فيما عداه . فان قيل بل المحيض الحيض مصدر حاضت المرأة حيضا ومحيضا بدليل قوله تعالى في أول الآية (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى) والاذى هو الحيض المسئول عنه وقال تعالى (واللائي يئسن من المحيض) قلنا اللفظ يحتمل المعنيين وارادة مكان الدم أرجح بدليل أمرين (أحدهما) انه لو اراد الحيض لكان امراً باعتزال النساء في مدة الحيض بالكلية والاجماع بخلافه (والثاني) أن سبب نزول الآية ان اليهود كانوا اذا حاضت المرأة اعتزلوها فلم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجامعوها في البيت فسـأل أصحاب النبي ﷺ النبي ﷺ فنزلت هذه الآية فقال النبي ﷺ « اصـنعوا كل شيء غير النـكاح » رواه مسـلم في صحيحـه وهذا تفسير لمراد الله تعالى ولا تتحقق مخالفة اليهود بحملها على إرادة الحيض لانه يكون موافقا لهم ومن السنة قوله عليـه السـلام « اصنعوا كل شيء غير النـكاح » وروي عنـه عليه السـلام أنه قال « اجتنب منهـا شعار الدم » ولأنه منع الوطء لاجل الأذى فاختص مكانه كالدبر ، وما رووه عن عائشـة دليل على حل مافوق الازار لا على تحريم غيره وقد يترك النبي ﷺ بعض المباح تقذراً كتركه أكل الضب والارنب . وقد روى عكرمة عن بعض أزواج النبي ﷺ أن النبي ﷺ كان اذا أراد من الحائض شيئا ألقى على فرجها ثوبا . ثم ماذكرناه منطوق وهو أولى من المفهوم

(فصل) فان وطيء الحائض في الفرج اثم ويستغفر الله تعالى ، وفي الكفارة روايتان (احداهما) يجب عليه كفارة لما روى أبوداود والنسـائي باسنادهما عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليـه وسلم

أسماء قالت كنا في حجرها مع بنات بنتها فكانت تطهر ثم تصلي ثم تنكس بالصفرة اليسيرة فنسألها فتقول اعتزلن الصلاة حتى لاترين الا البياض خالصا . والاول أولى لما ذكرنا من حديث أم عطية وعائشة وهو أولى من قول أسماء . وقال القاضي معنى هذا انها لاتلتفت اليه قبل التكرار ، وقول اسماء

قال في الذي يأتي امرأته وهي حائض «يتصدق بدينار أو بنصف دينار» (والثانية) لا كفارة عليه وبه قال مالك وابو حنيفة واكثر اهل العلم لقول النبي ﷺ «من أتى كاهناً فصدقه بما قال او اتى امرأته في دبرها او اتى حائضا فقد كفر بما انزل على محمد ﷺ» رواه ابن ماجه ولم يذكر كفارة. ولانه وطء نهي عنه لاجل الأذى فأشبه الوطء في الدبر. وللشافعي قولان كالروايتين. وحديث الكفارة مداره على عبد الحميد بن عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب. وقد قيل لأحمد في نفسك منه شيء؟ قال: نعم، لانه من حديث فلان أظنه قال عبد الحميد وقال: لو صح ذلك الحديث عن النبي ﷺ كنا نرى عليه الكفارة، وقال في موضع ليس به بأس قد روى الناس عنه، فاختلاف الرواية في الكفارة مبني على اختلاف قول احمد في الحديث، وقد روي عن احمد انه قال: ان كانت له مقدرة تصدق بما جاء عن النبي ﷺ، قال ابو عبدالله بن حامد: كفارة وطء الحائط تسقط بالعجز عنها او عن بعضها ككفارة الوطء في رمضان.

(فصل) وفي قدر الكفارة روايتان (إحداهما) أنها دينار او نصف دينار على سبيل التخيير أيهما أخرج أجزأه، روي ذلك عن ابن عباس (والثانية) أن الدم ان كان احمر فهي دينار وإن كان اصفر فنصف دينار، وهو قول إسحاق، وقال النخعي: ان كان في فور الدم فدينار وإن كان في آخره فنصف دينار لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «ان كان دما احمر فدينار وإن كان دما اصفر فنصف دينار» رواه الترمذي والاول أصح، قال ابو داود الرواية الصحيحة يتصدق بدينار او بنصف دينار ولانه حكم تعلق بالحيض فلم يفرق بين أوله وآخره كسائر أحكامه، فان قيل فكيف تخير بين شيء ونصفه؟ قلنا كما تخير المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها فأيهما فعل كان واجبا كذا هنا.

(فصل) وان وطيء بعد طهرها وقبل غسلها فلا كفارة عليه، وقال قتادة والاوزاعي: عليه نصف دينار، ولو وطيء في حال جريان الدم لزمه دينار لانه حكم تعلق بالوطء في الحيض فثبت قبل الغسل كالتحريم ولنا ان وجوب الكفارة بالشرع وانما ورد بها الخبر في الحائض وغيرها لا يساويها لان الأذى المانع من وطئها قد زال بانقطاع الدم وما ذكروه يبطل بما لو حلف لا يطأ حائضا فان الكفارة تجب

فيما اذا تكرر لجمع بين الاخبار والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كانت ترى يوما دما ويوما طهراً فانها تضم الدم الى الدم فيكون حيضا والباقي طهرا إلا أن يجاوز اكثر الحيض فتكون مستحاضة) قد ذكرنا أن الطهر في اثناء الحيضة طهر صحيح فاذا رأت يوما دما ويوما طهرا فانها تضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما من النقاء طهر على ماذكرنا. ولا فرق بين كون زمن الدم أكثر من زمن الطهر أو مثله أو أقل منه فان جميع الدم حيض اذا تكرر ولم يجاوز اكثر الحيض، فان كان الدم أقل من يوم مثل أن ترى نصف يوم دما ونصفا طهرا أو ساعة وساعة فقال اصحابنا: هو كالايام تضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما

بالوطء في الحيض ولا تجب في غيره .

(فصل) وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي؟ على وجهين (احدهما) تجب لعموم الخبر ولأنها كفارة تجب بالوطء أشبهت كفارة الوطء في الصوم والاحرام (والثاني) لا تجب لقوله عليه السلام « عفي لأمتى عن الخطأ والنسيان » ولانها تجب لمحو المأثم فلا تجب مع النسيان ككفارة اليمين ، فعلى هذا لو وطيء طاهراً فحاضت في اثناء وطئه لا كفارة عليه وعلى الرواية الاولى عليه كفارة وهو قول ابن حامد قال : ولو وطيء الصبي لزمته الكفارة لعموم الخبر وقياساً على كفارة الاحرام، ويحتمل أن لا يلزمه كفارة لان أحكام التكليف لاتثبت في حقه وهذا من فروعها فلا تثبت

(فصل) وهل تلزم المرأة كفارة ؟ المنصوص ان عليها الكفارة قال أحمد في امرأة غرت زوجها أن عليه الكفارة وعليها وذلك لانه وطء يوجب الكفارة فأوجبها على المرأة المطاوعة ككفارة الوطء في الاحرام ، وقال القاضي في وجوبها على المرأة وجهان (احدهما) لايجب لان الشرع لم يرد بايجابها عليها وانما يتلقى الوجوب من الشرع ، وان كانت مكرهة أو غير عالمة فلا كفارة عليها لقوله عليه السلام « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) والنفساء كالحائض في هذا لانها تساويها في سائر احكامها ويجزىء نصف دينار من أي ذهب كان اذا كان صافياً من الغش ويستوي تبره ومضروبه لوقوع الاسم عليه . وهل يجوز اخراج قيمته ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز لان المقصود يحصل باخراج هذا القدر من المال على أي صفة كان من المال فجاز بأي مال كان كالخراج والجزية (والثاني) لايجوز لانه كفارة فاختص ببعض انواع المال كسائر الكفارات، فعلى هذا الوجه هل يجوز اخراج الدراهم مكان الدينار ؟ فيه وجهان بناء على اخراجها عنه في الزكاة . والصحيح جوازه لما ذكرنا ولانه حق يجزيء فيه أحد الثمنين فأجزأ فيه الآخر كسائر الحقوق ومصرف هذه الكفارة الى مصرف سائر الكفارات لكونها كفارة . ولان المساكين مصرف حقوق الله تعالى وهذا منها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان انقطع دمها فلا توطأ حتى تغتسل)

طهر اذا بلغ المجتمع منه أقل الحيض فان لم يبلغ ذلك فهو دم فساد ، وفيه وجه آخر لايكون الدم حيضا إلا أن يتقدمه حيض صحيح متصل وهذا كله مذهب الشافعي وله قول أن النقاء بين الدمين حيض وقد ذكرناه وذكرنا أيضا لنا وجهاً في أن النقاء اذا نقص عن يوم لم يكن طهرا ، فعلى هذا متى نقص عنه كان كالدم وما بعده حيضا كله

(فصل) فان جاوز أكثر الحيض مثل أن ترى يوما دما ويوما طهرا الى ثمانية عشر فهي مستحاضة ترد الى عادتها ان كانت معتادة . فان كانت عادتها سبعة ايام من اول الشهر فانها تجلس أول يوم ترى الدم فيه في العادة وتغتسل، وما بعده مبني على الروايتين في الدم الذي تراه بعد الطهر في أثناء الحيضة

وجملته ان وطء الحائض قبل الغسل حرام وان انقطع دمها في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر: هذا كالاجماع منهم . وقال احمد بن محمد المروذي : لا أعلم في هذا خلافا . وقال ابو حنيفة : ان انقطع الدم لا كثر الحيض حل وطؤها وان انقطع لدون ذلك لم يبح حتى تغتسل أو تتيمم أو يمضي عليها وقت صلاة لان وجوب الغسل لا يمنع من الوطء بالجنابة .

ولنا قول الله تعالى (ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فائتوهن من حيث أمركم الله) يعني إذا اغتسلن هكذا فسره ابن عباس ولان الله تعالى قال في الآية (ويحب المتطهرين) فأثنى عليهم فيدل على أنه فعل منهم أثنى عليهم به وفعلهم هو الاغتسال دون انقطاع الدم ، فشرط لاباحة الوطء شرطين انقطاع الدم والاغتسال فلا يباح إلا بهما كقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) لما اشترط لدفع المال اليهم بلوغ النكاح والرشد لم يبح إلا بهما . كذا ههنا ولأنها ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض فلم يبح وطؤها كما لو انقطع لأقل الحيض وما ذكروه من المعنى منقوض بما إذا انقطع لاقل الحيض ولان حدث الحيض آكد من حدث الجنابة فلا يصح قياسه عليه .

« مسئلة » قال (ولا توطأ مستحاضة الا أن يخاف على نفسه)

اختلف عن احمد في وطء المستحاضة فروي ليس له وطؤها إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في محظور . وهو مذهب ابن سيرين والشعبي والنخعي والحاكم لما روى الخلال باسناده عن عائشة أنها قالت : المستحاضة لا يغشاها زوجها ، ولان بها أذى فيحرم وطؤها كالحائض فان الله تعالى منع وطء الحائض معللا بالأذى بقوله (قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض) أمر باعتزالهن عقيب الاذى مذكوراً بفاء التعقيب . ولان الحكم إذا ذكر مع وصف يقتضيه ويصلح له علل به كقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) والاذى يصلح أن يكون علة فيعلل به وهو موجود في المستحاضة فيثبت التحريم في حقها فروي عن احمد اباحة وطئها مطلقاً من غير شرط وهو قول أكثر الفقهاء لما روى ابو داود عن عكرمة عن حمنة بنت جحش أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها . وقال كانت

فان قلنا ليس بحيض فحيضها اليوم الاول خاصة وما بعده استحاضة . وإن قلنا انه حيض فحيضها اليوم الاول والثالث والخامس والسابع فيحصل لها من عادتها أربعة أيام والباقي استحاضة وإن لم تر الدم إلا في اليوم الثاني جلسته والرابع والسادس فيحصل لها ثلاثة أيام ، وفيه وجه آخر انه تلفق لها السبعة من أيام الدم جميعها فتجلس التاسع والحادي عشر والرابع عشر ، والصحيح الاول لان هذه الايام ليس من عادتها فلم تجلسها كغير الملفقة ، وان كانت ناسية فأجلسها سبعة أيام فكذلك . وان كانت مميزة جلست زمان الدم الاسود والباقي استحاضة ، وان كانت مبتدأة جلست اليقين في ثلاثة أشهر وفي شهرين من أول دم تراه ثم تنتقل بعد ذلك الى غالب الحيض وهل تلفق لها السبعة من

أم حبيبة تستحاض وكان زوجها يغشاها ولان حمنة كانت تحت طلحة وأم حبيبة تحت عبدالرحمن ابن عوف وقدسألتا رسول الله ﷺ عن أحكام المستحاضة فلو كان حراما بينه لهما ،وإن خاف على نفسه الوقوع في محظور ان ترك الوطء أبيح على الروايتين لان حكمها أخف من حكم الحائض ولو وطئها من غير خوف فلا كفارة عليه لان الوجوب من الشرع ولم يرد بايجابها في حقها ولا هي في معنى الحائض لما بينهما من الاختلاف وإذا انقطع دمها أبيح وطؤها من غير غسل لان الغسل ليس بواجب عليها أشبه سلس البول

«مسئلة »قال (والمبتلى بسلس البول وكثرة المذي فلا ينقطع كالمستحاضة يتوضأ لكل صلاة بعد أن يغسل فرجه)

وجملته أن المستحاضة ومن به سلس البول أو المذي أو الجريح الذي لايرقأ دمه و أشباههم ممن يستمر منه الحدث ولا يمكنه حفظ طهارته عليه الوضوء لكل صلاة بعد غسل محل الحدث وشده والتحرز من خروج الحدث بما يمكنه فالمستحاضة تغسل المحل ثم تحشوه بقطن أو ما أشبهه ليرد الدم لقول النبي ﷺ لحمنة حين شكت اليه كثرة الدم « أنعت لك الكرسف فانه يذهب الدم » فان لم يرتد الدم بالقطن استثفرت بخرقة مشقوقة الطرفين تشدها على جنبيها ووسطها على الفرج وهو المذكور في حديث أم سلمة « لتستثفر بثوب » وقال لحمنة « تلجمي » لما قالت إنه أكثر من ذلك فاذا فعلت ذلك ثم خرج الدم فان كان لرخاوة الشد فعليها إعادة الشد والطهارة وان كان لغلبة الخارج وقوته وكونه لايمكن شده أكثر من ذلك لم تبطل الطهارة لأنه لايمكن التحرز منه فتصلي ولو قطر الدم قالت عائشة : اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه فكانت ترى الدم والصفرة والطست تحتها وهي تصلي ، رواه البخاري . وفي حديث « صلي وان قطر الدم على الحصير » وكذلك من به سلس البول أو كثرة المذي يعصب رأس ذكره بخرقة ويحترس حسب مايمكنه ويفعل ماذكر ، وكذلك من به جرح يفور منه الدم او به ريح أو نحو ذلك من الاحداث ممن لايمكنه قطعه عن نفسه فان كان مما لايمكن عصبه مثل من به جرح لايمكن شده أو به باسور

خمسة عشر يوما أو تجلس أربعة من سبعة ؟ على الوجهين كالمعتادة ، وقال القاضي في المعتادة كما ذكرنا وفي غيرها ماعبر الخمسة عشر استحاضة وأيام الدم من الخمسة عشر كلها حيض اذا تكرر فان كان يوما ويوما فلها ثمانية أيام حيضاً وان كانت انصافا فلها سبعة ونصف حيضاً ومثلها طهرا لان الطهر في اليوم السادس عشر يفصل بين الحيض وما بعده لأنها فيما بعده في حكم الطاهرات تصوم وتصلي

(فصل) قال (والمستحاضة تغسل فرجها وتعصبه وتتوضأ لوقت كل صلاة وتصلي ما شاءت من الصلوات وكذلك من به سلس البول والمذي والريح والجريح الذي لايرقأ دمه والرعاف الدائم) المستحاضة التي ترى دما لا يصلح أن يكون حيضاً ولا نفاساً حكمها حكم الطاهرات في وجوب العبادات

أو ناصور لا يتمكن من عصبه صلى على حسب حاله ، كما روي عن عمر رضي الله عنه أنه حين طعن صلى وجرحه يثعب دما .

(فصل) ويلزم كل واحد من هؤلاء الوضوء لوقت كل صلاة إلا أن لا يخرج منه شيء ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يجب الوضوء على المستحاضة ، وروي ذلك عن عكرمة وربيعة واستحب مالك لمن به سلس البول أن يتوضأ لكل صلاة إلا أن يؤذيه البرد فان آذاه قال : فارجو أن لا يكون عليه ضيق في ترك الوضوء ، واحتجوا بأن في حديث هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبي حبيش « فاغتسلي وصلي » ولم يأمرها بالوضوء ولأنه ليس بمنصوص على الوضوء منه ولا في معنى المنصوص لان المنصوص عليه الخارج المعتاد وليس هذا بمعتاد

ولنا ما روي عدي بن ثابت عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم في المستحاضة « تدع الصلاة أيام اقرائها ثم تغتسل وتصوم وتصلي وتتوضأ عند كل صلاة » رواه أبو داود والترمذي وعن عائشة قالت : جاءت فاطمة بنت أبي حبيش الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت خبرها ثم قال « اغتسلي ثم توضئي لكل صلاة وصلي » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ولانه خارج من السبيل فنقض الوضوء كالمذي ، اذا ثبت هذا فان طهارة هؤلاء مقيدة بالوقت لقوله

وفعلها لانها نجاسة غير معتادة أشبه سلس البول، اذا ثبت ذلك فان المستحاضة ومن في معناها ممن ذكرنا وهو من لا يمكنه حفظ طهارته لاستمرار الحدث يجب عليه غسل محل الحدث والتحرز من خروج الحدث بما أمكنه . فالمستحاضة تحشوه بالقطن وما أشبهه فان لم يرد الدم استثفرت بخرقة مشقوقة الطرفين تشدهما على جنبيها ووسطها على الفرج لان في حديث أم سلمة « لتستثفر بثوب » قال لحمنة حين شكت اليه كثرة الدم « أنعت لك الكرسف » يعني القطن تحشين به المكان قالت انه اكثر من ذلك قال « تلجمي » فاذا فعلت ذلك وتوضأت ثم خرج الدم لرخاوة الشدة فعليها اعادة الشد والوضوء وان كان لغلبة الخارج وقوته لم تبطل الطهارة لعدم امكان التحرز منه قالت عائشة اعتكفت مع رسول الله ﷺ امرأة من ازواجه فكانت ترى الدم والصفرة والطست تحتها وهي تصلي رواه البخاري وفي لفظ « صلي وان قطر الدم على الحصير » والمبتلى بسلس البول وكثرة المذي يعصب رأس ذكره بخرقة ويحترس حسبما أمكنه وكذلك من به جرح أو ريح أو نحوه من الاحداث فان كان مما لا يمكن عصبه كالجرح الذي لا يمكن شده أو من به باسور أو ناصور لا يمكن عصبه صلى على حسب حاله لان عمر رضي الله عنه صلى وجرحه يثعب دما

(فصل) ويجب على كل واحد من هؤلاء الوضوء لوقت كل صلاة الا ان لا يخرج منه شيء وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي، وقال مالك لا يجب الوضوء على المستحاضة وروي ذلك عن عكرمة وربيعة. واستحب مالك لمن به سلس البول أن يتوضأ لكل صلاة الا أن يؤذيه البرد فان آذاه فأرجو

« تتوضأ عند كل صلاة » وقوله « ثم توضئي لكل صلاة » ولأنها طهارة عذر وضرورة فتقيدت بالوقت كالتيمم.

(فصل) فان توضأ أحد هؤلاء قبل الوقت وخرج منه شيء بطلت طهارته لان دخوله يخرج به الوقت الذي توضأ فيه وخروج الوقت مبطل لهذه الطهارة كما قررناه ولان الحدث مبطل للطهارة وانما عفي عنه لعدم امكان التحرز عنه مع الحاجة الى الطهارة. وان توضأ بعد الوقت صح وارتفع حدثه ولم يؤثر فيه ما يتجدد من الحدث الذي لا يمكن التحرز منه، فان دخل في الصلاة عقيب طهارته أو أخرها لامر يتعلق بمصلحة الصلاة كلبس الثياب وانتظار الجماعة أو لم يعلم أنه خرج منه شيء جاز وان أخرها لغير ذلك ففيه وجهان (أحدهما) الجواز لانها طهارة أريدت للصلاة بعد دخول وقتها فأشبهت التيمم ولانها طهارة ضرورة فتقيدت بالوقت كالتيمم (والثاني) لا يجوز لانه انما أبيح له الصلاة بهذه الطهارة مع قيام الحدث للحاجة والضرورة ولا ضرورة ههنا. وان خرج الوقت بعد ان خرج منها شيء أو أحدثت حدثا سوى هذا الخارج بطلت الطهارة، قال احمد في رواية أحمد بن القاسم انما أمرها أن تتوضأ لكل صلاة فتصلي بذلك الوضوء النافلة والصلاة الفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الاخرى فتتوضأ أيضا. وهذا يقتضي الحاقها بالتيمم في أنها باقية ببقاء الوقت يجوز لها أن تتطوع بها وتقضي بها الفوائت وتجمع بين الصلاتين مالم تحدث حدثا آخر أو يخرج الوقت

(فصل) ويجوز للمستحاضة الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش بالجمع بين الصلاتين بغسل واحد. وأمر به سهلة بنت سهيل وغير المستحاضة من أهل الاعذار مقيس عليها وملحق بها

(فصل) اذا توضأت المستحاضة ثم انقطع دمها فان تبين أنه انقطع لبرئها باتصال الانقطاع تبينا أن وضوءها بطل بانقطاعه لان الحدث الخارج مبطل للطهارة عفي عنه للعذر فاذا زال العذر زالت الضرورة وظهر حكم الحدث. وان عاد الدم فظاهر كلام احمد أنه لا عبرة بهذا الانقطاع. قال أحمد ابن القاسم سألت أبا عبد الله فقلت إن هؤلاء يتكلمون بكلام كثير ويؤقتون بوقت يقولون اذا توضأت للصلاة وقد انقطع الدم ثم سال بعد ذلك قبل أن تدخل في الصلاة تعيد الوضوء. ويقولون

أن لا يكون عليه ضيق. واحتجوا بأن في حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش « فاغتسلي وصلي » فلم يأمرها بالوضوء ولانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لانه غير معتاد

ولنا ما روى عدي بن ثابت عن أبيه عن جده في المستحاضة « تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتصوم وتصلي وتتوضأ عند كل صلاة » رواه أبو داود والترمذي وعن عائشة قالت جاءت فاطمة بنت أبي حبيش الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر خبرها ثم قال « وتوضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت » رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وهذه زيادة يجب قبولها

اذا كان الدم سائلا فتوضأت ثم انقطع الدم قولا آخر قال : لست أنظر في انقطاعه حين توضأت سال أم لم يسل انما آمرها أن تتوضأ لكل صلاة فتصلي بذلك الوضوء النافلة والفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الاخرى وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أمرها بالوضوء لكل صلاة من غير تفصيل فالتفصيل يخالف مقتضى الخبر ولان اعتبار هذا يشق والعادة في المستحاضة وأصحاب هذه الاعذار أن الخارج يجري وينقطع واعتبار مقدار الانقطاع فيما يمكن فعل العبادة فيه يشق وإيجاب الوضوء به حرج لم يرد الشرع به ولا سأل عنه النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة التي استفتته فيدل ذلك ظاهراً على عدم اعتباره مع قول الله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الصحابة هذا التفصيل . وقال القاضي وابن عقيل ان تطهرت المستحاضة حال جريان دمها ثم انقطع قبل دخولها في الصلاة ولم يكن لها عادة بانقطاعه لم يكن لها الدخول في الصلاة حتى تتوضأ لانها طهارة تفي عن الحدث فيها لمكان الضرورة فاذا انقطع الدم زالت الضرورة فظهر حكم الحدث كالتيمم اذا وجد الماء ، فان دخلت في الصلاة فاتصل الانقطاع زمناً يمكن الوضوء والصلاة فيه فهي باطلة لاننا تبينا بطلان طهارتها بانقطاعه . وإن عاد قبل ذلك فطهارتها صحيحة لانا تبينا عدم الطهر المبطل للطهارة فأشبه مالو ظن أنه أحدث ثم تبين أنه لم يحدث وفي صحة الصلاة وجهان (أحدهما) يصح لاننا تبينا صحة طهارتها لبقاء استحاضتها (والثاني) لا يصح لانها صلت بطهارة لم يكن لها أن تصلي بها ولم تصح كما لو تيقن الحدث وشك في الطهارة فصلى ثم تبين أنه كان متطهراً ، وإن عاودها الدم قبل دخولها في الصلاة لمدة تتسع للطهارة والصلاة بطلت الطهارة ، وان كانت لا تتسع لم تبطل لاننا تبينا عدم الطهر المبطل للطهارة فأشبه مالو ظن أنه أحدث فتبين أنه لم يحدث ، وإن كان انقطاعه في الصلاة ففي بطلان الصلاة به وجهان مبنيان على المتيمم يرى الماء في الصلاة ذكر ذلك ابن حامد وإن عاود الدم فالحكم فيه على ما مضى في انقطاعه في غير الصلاة وإن توضأت في زمن انقطاعه ثم عاودها الدم قبل الصلاة أو فيها أو كانت مدة انقطاعه تتسع للطهارة والصلاة بطلت طهارتها بعود الدم لانها بهذا الانقطاع صارت في حكم الطاهرات فصار عود الدم كسبق الحدث وان كان انقطاعا لا يتسع لذلك لم يؤثر عوده لانها مستحاضة ولا حكم لهذا الانقطاع وهذا

ولانه حدث خارج من السبيل فنقض الوضوء كالمذي — اذا ثبت هذا فان طهارة هؤلاء مقيدة بالوقت لقوله « تتوضأ عند كل صلاة » وقوله « ثم توضئي لكل صلاة » ولانها طهارة عذر وضرورة فتقيدت بالوقت كالتيمم. فعلى هذا اذا توضأ أحد هؤلاء قبل الوقت ثم دخل الوقت بطلت طهارته لان دخوله يخرج به الوقت الذي توضأ فيه. وكذلك ان خرج منه شيء لان الحدث مبطل للطهارة وانما عفي عنه مع الحاجة الى الطهارة ولا حاجة قبل الوقت وان توضأ بعد الوقت صح وضوؤه ولم يؤثر فيه ما يتجدد من الحدث الذي لا يمكن التحرز منه لما ذكرنا. فان صلى عقيب الطهارة أو أخرها لما يتعلق بمصلحة الصلاة كلبس الثياب وانتظار الجماعة أو لم يعلم أنه خرج منه شيء جاز وان أخرها لغير ذلك . ففيه وجهان

مذهب الشافعي وقد ذكرنا من كلام أحمد ما يدل على أنه لا عبرة بهذا الانقطاع ، بل متى كانت مستحاضة أو بها عذر من هذه الاعذار فتحرزت وتطهرت فطهارتها صحيحة وصلاتها بها ماضية مالم يزل عذرها وتبرأ من مرضها أو يخرج وقت الصلاة أو تحدث حدثا سوى حدثها

(فصل) فان كانت لها عادة بانقطاع الدم زمنا لا يتسع للطهارة والصلاة فتوضأت ثم انقطع دمها لم يحكم ببطلان طهارتها ولا صلاتها إن كانت فيها لان هذا الانقطاع لا يفيد المقصود ، وإن اتصل الانقطاع وبرأت وكان قد جرى منها دم بعد الوضوء بطلت طهارتها والصلاة لانا تبينا أنها صارت في حكم الطاهرات بذلك الانقطاع ، وإن اتصل زمناً يتسع للطهارة والصلاة فالحكم فيها كالحكم في التي لم يجر لها عادة بانقطاعه على ماذكر فيه ، وإن كانت لها عادة بانقطاعه زمنا يتسع للطهارة والصلاة لم تصل حال جريان الدم وتنتظر امساكه الا أن تخشى خروج الوقت فتتوضأ وتصلي ، فان شرعت في الصلاة في آخر الوقت بهذه الطهارة فأمسك الدم عنها بطلت طهارتها لانها أمكنتها الصلاة بطهارة غير ضرورية فلم تصح صلاتها بغيرها كغير المستحاضة . فان كان زمن امساكه يختلف فتارة يتسع وتارة لا يتسع فهي كالتي قبلها الا أن تعلم أن انقطاعه في هذا الوقت لا يتسع ، ويحتمل أنها اذا شرعت في الصلاة ثم انقطع الدم لا تبطل صلاتها لانها شرعت فيها بطهارة يقينية وانقطاع الدم يحتمل أن يكون متسعاً فتبطل ويحتمل أن يكون ضيقاً فلا تبطل ولا يزول اليقين بالشك ، فان اتصل الانقطاع تبينا أنه كان مبطلا فبطلت الطهارة والصلاة به .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأكثر النفاس أربعون يوما)

هذا قول أكثر أهل العلم ، قال أبو عيسى الترمذي أجمع أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم على أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك فتغتسل وتصلي . وقال أبو عبيد وعلى هذا جماعة الناس ، وروي هذا عن عمر وابن عباس وعثمان بن أبي العاص وعائذ بن عمرو وأنس وأم سلمة رضي الله عنهم وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي أكثره ستون يوما ، وحكى ابن عقيل عن أحمد رواية مثل قولهما لانه روي عن الاوزاعي

(أحدهما) الجواز قياساً على طهارة التيمم (والثاني) لا يجوز لأنه انما أبيح له الصلاة بهذه الطهارة مع وجود الحدث للضرورة ولا ضرورة ههنا . وإن خرج الوقت بعد أن خرج منها شيء أو أحدث حدثا غير هذا الخارج بطلت الطهارة

(فصل) ويجوز للمستحاضة ومن في معناها الجمع بين الصلاتين وقضاء الفوائت والتنفل إلى خروج الوقت قال أحمد في رواية ابن القاسم انما آمرها أن تتوضأ لكل صلاة فتصلي بذلك الوضوء النافلة والصلاة الفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الاخرى فتتوضأ أيضاً وهذا يقتضي إلحاقها بالتيمم ، وقال الشافعي في المستحاضة لا تجمع بين فرضين بطهارة واحدة ولا تقضي به فوائت كقوله في

أنه قال · عندنا امرأة ترى النفاس شهرين . وروي مثل ذلك عن عطاء أنه وجده ، والمرجع في ذلك الى الوجود ، قال الشافعي : غالبه اربعون يوما

ولنا ماروى أبو سهل كثير بن زياد عن مسة الازدية عن أم سلمة قالت : كانت النفساء تجلس على عهد النبي ﷺ اربعين يوما واربعين ليلة، رواه أبو داود والترمذي وقال هذا الحديث لانعرفه إلا من حديث أبي سهل وهو ثقة ، قال الخطابي أثنى محمد بن اسماعيل على هـذا الحديث ، وروى الحكم بن عتيبة عن مسة عن أم سلمة عن النبي ﷺ أنها سألته كم تجلس المرأة اذا ولدت ؟ قال « اربعين يوما إلا ان ترى الطهر قبل ذلك » رواه الدارقطني . ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا ، وقد حكاه الترمذي إجماعا ونحوه حكى ابو عبيد وما حكوه عن الاوزاعي يحتمل أن الزيادة كانت حيضا أو استحاضة كما لو زاد دمها عن الستين أو كما لو زاد دم الحائض على خمسة عشر يوما

(فصل) فان زاد دم النفساء على اربعين يوما فصادف عادة الحيض فهو حيض وإن لم يصادف عادة فهو استحاضة . قال احمد اذا استمر بها الدم فان كان في أيام حيضها الذي تقعده أمسكت عن الصلاة ولم يأتها زوجها ،وان لم يكن لها ايام كانت بمنزلة المستحاضة يأتيها زوجها وتتوضأ لكل صلاة وتصوم وتصلي إن أدركها رمضان ولا تقضي وهذا يدل على مثل ماقلنا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس لأقله حـد أي وقت رأت الطهر اغتسلت وهي طاهر . ولا يقربها زوجها في الفرج حتى تتم الأربعين استحبابا)

وبهذا قال الثوري والشافعي ،وقال مالك والاوزاعي وابو عبيد : اذا لم تر دما تغتسل وتصلي ، وقال محمد بن الحسن وابو ثور : أقله ساعة ، وقال ابو عبيد : أقله خمسة وعشرون يوما

ولنا أنه لم يرد في الشرع تحديده فيرجع فيـه الى الوجود وقد وجد قليلا وكثيرا وقد روي أن امرأة ولدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تر دما فسميت ذات الجفوف ، قال ابو داود ذاكرت أبا عبدالله حديث جرير كانت امرأة تسمى الطاهر تضع اول النهار وتطهر آخره فجعل يعجب

التيمم لقول النبي ﷺ « توضئي لكل صلاة »

ولنا أنه قد روي في بعض ألفاظ حديث فاطمة « توضئي لوقت كل صلاة» وحديثهم محمول على الوقت كقوله صلى الله عليه وسلم « أينما أدركتك الصلاة فصل » أي وقتها ولان النبي ﷺ أمر حمنة بالجمع بين الصلاتين بغسل واحـد وأمر به سهلة بنت سهيل ولم يأمرها بوضوء لان الظاهر أنه لو امرها بالوضوء بينهما لنقل ولان هـذا مما يخفى ويحتاج الى بيان فلا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة اوغير المستحاضة من أهل الاعذار مقيس عليها

(فصـل) اذا توضأت المستحاضة ثم انقطع دمها فان اتصل الانقطاع بطل وضوؤها بانقطاعه

منه وقال علي رضي الله عنه لايحل للنفساء اذا رأت الطهر إلا أن تصلي ولأن اليسير دم وجد عقيب سببه وهو الولادة فيكون نفاساً كالكثير وقد روي عن أحمد انها اذا رأت النقاء لدون اليوم لاتثبت لها أحكام الطاهرات ، قال يعقوب سألت أبا عبدالله عن المرأة اذا ضربها المخاض فتكون ايامها عشرا فترى النقاء قبل ذلك فتغتسل ثم ترى الدم من يومها ؟ قال : هذا أقل من يوم ليس عليها شيء فعلى هـذا لاتثبت لها احكام الطاهرات حتى ترى الطهر يوما كاملا ، ووجه ذلك أن الدم يجري تارة وينقطع أخرى فلا يخرج عن حكم النفاس بمجرد انقطاعه لان ذلك يفضي الى أن لاتسقط الصـلاة عنها في نفاسها إذ ما من وقت صلاة إلا يوجـد فيه طهر يجب عليها الصلاة به وهـذا يخالف النص والاجماع ، واذا لم يعتبر مجرد انقطاع الدم فلا بد من ضابط للانقطاع المعدود طهرا واليوم يصلح أن يكون ضابطا لذلك فتعلق الحكم به .

(فصـل) وان ولدت ولم تر دما فهي طاهر لانفاس لهـا لان النفاس هو الدم ولم يوجد وفي وجوب الغسل عليها وجهان (أحدهما) لايجب لان الوجوب من الشرع وانما ورد الشرع بايجابه على النفساء وليست هـذه نفساء ولا في معناها لان النفساء قد خرج منها دم يقتضي خروجه وجوب الغسل ولم يوجد ذلك فيمن لم يخرج منها (والثاني) يجب لان الولادة مظنة للنفاس فتعلق الايجاب بها كتعلقه بالتقاء الختانين وان لم يوجد الانزال

(فصل) واذا طهرت لدون الاربعين اغتسلت وصلت وصامت ويستحب أن لا يقربها زوجها قبل الاربعين ، قال احمد : مايعجبني أن يأتيها زوجها على حديث عثمان بن أبي العاص أنها أتته قبل الاربعين فقال : لاتقربيني ولانه لايأمن عود الدم في زمن الوطء فيكون واطئا في نفاس وهذا على سبيل الاستحباب فانا حكمنا لها بأحكام الطاهرات ولهذا يلزمها أن تغتسل وتصلي وتصوم وإن عاد دمها في مدة الاربعين ففيه روايتان (احداهما) أنه من نفاسها تدع له الصوم والصلاة نقل عنه احمد بن القاسم أنه قال: فان عاودها الدم قبل الاربعين أمسكت عن الصلاة والصوم فان طهرت أيضا اغتسلت وصلت وصامت وهذا قول عطاء والشعبي لانه دم في زمن النفاس فكان نفاسا كالاول وكما لو اتصل

لان الحدث الخارج منها مبطل للطهارة عفي عنه للعذر فاذا زال العذر ظهر حكم الحدث ، وإن عاد الدم فظاهر كلام احمد انه لا عبرة بهذا الانقطاع قال احمد بن القاسم سألت أبا عبد الله فقلت إن هؤلاء يتكلمون بكلام كثير ويوقتون بوقت يقولون اذا توضأت للصلاة وقد انقطع الدم ثم سأل بعد ذلك قبل أن تدخل في الصلاة تعيد الوضوء ويقولون اذا تطهرت والدم سائل ثم انقطع الدم قولا آخر ؟ قال لست أنظر في انقطاعه حين توضأت سال أم لم يسل انما آمرها أن تتوضأ لكل صلاة فتصلي بذلك الوضوء النافلة والفائتة حتى يدخل وقت الصلاة الاخرى ، وقال القاضي وابن عقيل ان تطهرت حال جريان الدم ثم انقطع قبل دخولها في الصلاة ولم يكن لها عادة بانقطاعه لم يكن لهـا الدخول في

(والثانية) أنه مشكوك فيه تصوم وتصلي ثم تقضي الصوم احتياطا وهذه الرواية المشهورة عنه نقلها الاثرم وغيره ولا يأتيها زوجها وانما ألزمها فعل العبادات في هذا الدم لان سببها متيقن وسقوطها بهذا الدم مشكوك فيه فلا يزول اليقين بالشك وأمرها بالقضاء احتياطا لان وجوب الصلاة والصوم متيقن وسقوط الصوم بفعله في هذا الدم مشكوك فيه فلا يزول بالشك والفرق بين هذا الدم وبين الزائد على الست والسبع في حق الناسية حيث لايجب قضاء ماصامته فيه مع الشك أن الغالب مع عادات النساء ست أوسبع ومازاد عليه نادر بخلاف النفاس ولان الحيض يتكرر فيشق إيجاب القضاء فيه والنفاس بخلافه وكذلك الدم الزائد عن العادة في الحيض ، وقال مالك : ان رأت الدم بعد يومين اوثلاثة فهو نفاس وان تباعدمابينهما فهو حيض ، ولأصحاب الشافعي وجهان فيما اذا رأت الدم يوما وليلة بعد طهر خمسة عشر يوما (أحدهما) يكون حيضاً (والثاني) يكون نفاساً ، وقال القاضي : ان رأت الدم أقل من يوم وليلة بعد طهر خمسة عشر يوما فهو دم فساد تصلي وتصوم ولا تقضي وهذا قول أبي ثور . وان كان الدم الثاني يوما وليلة فالحكم فيه كما قلناه من أنها تصوم وتصلي وتقضي الصوم

ولنا أنه دم صادف زمن النفاس فكان نفاساً كما لو استمر ولا فرق بين قليله وكثيره لما ذكرناه من جعله حيضاً فانما خالف في العبارة فان حكم الحيض والنفاس واحد وأما ماصامته في زمن الطهر فلا اعادة عليها فيه .

(فصل) إذا رأت المرأة الدم بعد وضع شيء يتبين فيه خلق الانسان فهو نفاس نص عليه. وان رأته بعد إلقاء نطفة أو علقة فليس بنفاس وان كان الملقى بضعة لم يتبين فيها شيء من خلق الانسان ففيها وجهان (أحدهما) هو نفاس لانه بدء خلق آدمي فكان نفاساً كما لو تبين فيها خلق آدمي (والثاني) ليس بنفاس لأنه لم يتبين فيها خلق آدمي فأشبهت النطفة .

(فصل) إذا ولدت المرأة توأمين فذكر أصحابنا عن احمد روايتين فيها (إحداهما) أن النفاس من الاول كله أوله وآخره قالوا وهي الصحيحة وهذا قول مالك وأبي حنيفة فعلى هذا متى انقضت مدة النفاس من حين وضعت الاول لم يكن مابعده نفاساً لأن ما بعد ولادة الاول دم بعد الولادة فكان نفاساً كالمنفرد وآخره منه لأن أوله منه فكان آخره منه كالمنفرد . واختلف أصحابنا في الرواية الثانية . فقال الشريف ابو جعفر

الصلاة حتى تتوضأ لأنها طهارة عفي عن الحدث فيها للضرورة فاذا زالت ظهر حكم الحدث كالمتيمم اذا وجد الماء . فان دخلت في الصلاة فاتصل الانقطاع بحيث يتسع للوضوء والصلاة فالصلاة باطلة لاننا تبينا بطلان الطهارة بانقطاعه وإلا فطهارتها صحيحة لأننا تبينا عدم الانقطاع المبطل أشبه مالو ظن أنه أحدث ثم بان بخلافه . وفي صحة الصلاة وجهان (أحدهما) تصح بناء على صحة الطهارة لبقاء الاستحاضة (والثاني) لا تصح لأنها صلت بطهارة لم يكن لها أن تصلي بها فلم تصح كما لو تيقن الحدث وشك في الطهارة وصلى . ثم تبين أنه كان متطهراً وان عاودها الدم قبل دخولها في الصلاة لمدة تتسع للطهارة والصلاة بطلت الطهارة ، وان كانت لا تتسع لم تبطل لما ذكرنا وإن كان انقطاعه في الصلاة

وأبو الخطاب في رءوس المسائل هي : ان أوله من الاول وآخره من الثاني وهذا قول القاضي في كتاب الروايتين لأن الثاني ولد فلا تنتهي مدة النفاس قبل انتهائها منه كالمنفرد فعلى هذا تزيد مدة النفاس على الاربعين في حق من ولدت توأمين . وقال القاضي ابو الحسين في مسائله وابو الخطاب في الهداية (الرواية الثانية) أنه من الثاني فقط وهذا قول زفر لان مدة النفاس مدة تتعلق بالولادة فكان ابتداؤها وانتهاؤها من الثاني كمدة العدة ، فعلى هذا ماتراه من الدم قبل ولادة الثاني لا يكون نفاساً ، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه كالأقوال الثلاثة . وذكر القاضي أنه منها رواية واحدة وانما الخلاف في الدم الذي بين الولادتين هل هو نفاس أو لا . وهذا ظاهره انكار لرواية من روى أن آخر النفاس من الاول

(فصل) وحكم النفساء حكم الحائض في جميع مايحرم عليها ويسقط عنها لا نعلم في هذا خلافا وكذلك تحريم وطئها وحل مباشرتها والاستمتاع بما دون الفرج منها والخلاف في الكفارة بوطئها وذلك لأن دم النفاس هو دم الحيض انما امتنع خروجه مدة الحمل لكونه ينصرف الى غذاء الحمل فاذا وضع الحمل وانقطع العرق الذي كان مجرى الدم خرج من الفرج فيثبت حكمه كما لو خرج من الحائض ويفارق النفاس الحيض في أن العدة لاتحصل به لأنها تنقضي بوضع الحمل قبله ولا يدل على البلوغ لحصوله بالحمل قبله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كانت لها أيام فزادت على ماكانت تعرف لم تلتفت الى الزيادة الا أن تراه ثلاث مرات فتعلم حينئذ أن حيضها قد انتقل فتصير اليه فتترك الاول . وإن كانت صامت في هذه الثلاث مرار أعادته اذا كان صوما واجبا . واذا رأت الدم قبل أيامها التي كانت تعرف فلا تلتفت اليه حتى يعاودها ثلاث مرات)

وجملة ذلك أن المرأة اذا كانت لها عادة مستقرة في الحيض فرأت الدم في غير عادتها لم تعتد بما خرج من العادة حيضاً حتى يتكرر ثلاثاً في إحدى الروايتين أو مرتين في الاخرى نقل حنبل عن أحمد في امرأة لها أيام معلومة فتقدمت الحيضة قبل أيامها لم تلتفت اليها تصوم وتصلي فان عاودها

واتصل انبنى على المتيمم يجد الماء في الصلاة ذكره ابن حامد ، وان عاودها الدم فهو كما لو انقطع خارج الصلاة على مامضى وان توضأت وهو منقطع ثم عاد قبل الصلاة أو فيها وكانت مدة انقطاعه تتسع للطهارة والصلاة بطلت طهارتها بعوده لأنها صارت بهذا الانقطاع في حكم الطاهرات فصار عود الدم كسبق الحدث . وان لم يتسع لم يؤثر هذا الانقطاع وهذا قول الشافعي ، وقد ذكرنا أن ظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لاعبرة بهذا الانقطاع بل متى كانت مستحاضة أو من في معناها فتحرزت وتطهرت فطهارتها صحيحة مالم تبرأ أو يخرج الوقت أو تحدث حدثاً آخر وهو أولى لان النبي ﷺ أمر المستحاضة بالوضوء لكل صلاة من غير تفصيل فالتفصيل يخالف مقتضى الخبر ولان هذا

في الثانية مثل ذلك فانه دم حيض منتقل. ونقل الفضل بن زياد لا تنتقل اليه إلا في الثالثة فلتمسك عن الصلاة والصوم . وفي لفظ له قال سألت أبا عبد الله عن المرأة ايام أقرائها معلومة فربما زاد في الأشهر الكثيرة على أيام أقرائها أتمسك عن الصلاة أو تصلي ؟ قال بل تصلي ولا تلتفت إلى مازاد على أقرائها إلا أن يكون دم حيض تنتقل اليه أو نحو هذا . قلت أتصلي إلى أن يصيبها ثلاث مرار ثم تدع الصلاة بعد ثلاث ؟ قال نعم بعد ثلاث .ففي هذه الرواية تصريح بأنها لاتعد الزيادة من حيضها إلا في المرة الرابعة وأنها تصلي وتصوم في المرات الثلاث .وفي روايته الاولى يحتمل انها تحتسبه من حيضها في المرة الثالثة لقوله لا تنتقل اليه إلا في الثالثة، ويحتمل انه أراد بعد الثالثة . وفي رواية حنبل احتمالان (أحدهما) انها تنتقل اليه في المرة الثانية وتحتسبه من حيضها (والثاني) انها لاتنتقل اليه إلا في الثالثة .وأكثر الروايات عنه اعتبار التكرار ثلاثاً فيما خرج عن العادة سواء رأت الدم قبل عادتها أو بعدها مع بقاء العادة أو انقطاع الدم فيها أو في بعضها فانها لاتجلس في غير أيامها حتى تتكرر مرتين أو ثلاثا فاذا تكرر علمنا انه حيض منتقل فتصير اليه أي تترك الصلاة والصوم فيه وتصير عادة لها وتترك الاول أي العادة الاولى لانها قد انتقلت عنها وصارت العادة أكثر منها أو غيرها ، ثم يجب عليها قضاء ماصامته من الفرض في هذه المرات الثلاث التي أمرناها بالصيام فيها لاننا تبينا انها صامته في حيض والصوم في الحيض غير صحيح ، فأما الصلاة فليس عليها قضاؤها لان الحائض لاتقضي الصلاة. قال أبوعبدالله ولا يعجبني أن يأتيها زوجها في الايام التي تصلي فيها لاننا لا نأمن كونها حيضا وإنما تصلي وتصوم احتياطا للعبادة وترك الوطء احتياطا أيضا فيجب كما تجب الصلاة، وإن تجاوزت الزيادة أكثر الحيض فهي استحاضة ولا تجلس غير أيام العادة بكل حال . ومثال ذلك امرأة عادتها ثلاثة أيام في أول كل شهر فرأت خمسة في أول الشهر أو رأت يومين من آخر الشهر الذي قبله والثلاثة المعتادة أو طهرت الثلاثة ورأت ثلاثة بعده أو أكثر منها أو أقل قبلها أو بعدها أو طهرت اليوم الاول ورأت ثلاثة بعده أو أكثر منها أو طهرت يومين ورأت يومين بعدهما أو أكثر منها أو رأت الدم يومين في آخر الشهر ويوما في أوله وما أشبه ذلك فانها لاتجلس في جميع هذه الصور ماعدا الاول من الشهر حتى تتكرر لقول النبي ﷺ « اجلسي قدر ما كانت تحبسك حيضتك » ولان لها عادة فردت اليها

لم يرد الشرع به ولا سأل عنه النبي ﷺ المستحاضة التي استفتته ولم ينقل عنه ولا عن أحد من أصحابه هذا التفصيل وذلك يدل ظاهراً على عدم اعتباره ولان اعتبار هذا يشق .والعادة في المستحاضة ونحوها أن الخارج يجري وينقطع .واعتبار مدة الانقطاع بما يمكن فيه فعل العبادة يشق وإيجاب الوضوء به حرج منفي بقوله تعالى (وماجعل عليكم في الدين من حرج) وكذلك فيما إذا كان لها عادة بانقطاعه زمنا لا يتسع للطهارة والصلاة على مامضى من الخلاف فيه

(فصل) فان كان للمستحاضة عادة بانقطاع الدم زمنا لا يتسع للطهارة والصلاة فتوضأت ثم انقطع

كالمستحاضة . وقال أبو حنيفه :ما رأته قبل العادة ليس بحيض حتى يتكرر مرتين وما تراه بعدها فهو حيض . وقال الشافعي جميعه حيض مالم تتجاوز أكثر الحيض وهذا أقوى عندي لان عائشة رضي الله عنها كانت يبعث اليها النساء بالدرجة فيها الصفرة والكدرة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء ومعناه لا تعجلن بالغسل حتى ينقطع الدم وتذهب الصفرة والكدرة ولا يبقى شيء يخرج من المحل بحيث إذا دخلت فيه قطنة خرجت بيضاء ولو لم تعد الزيادة حيضا للزمها الغسل عند انقضاء العادة وان كان الدم جاريا ، ولان الشارع علق على الحيض أحكاما ولم يحده فعلم أنه رد الناس فيه إلى عرفهم .والعرف بين النساء أن المرأة متى رأت دما يصلح أن يكون حيضا اعتقدته حيضا ولو كان عرفهن اعتبار العادة على الوجه المذكور لنقل ولم يجز التواطؤ على كتمانه مع دعاء الحاجة اليه ولذلك لما كان بعض أزواج النبي ﷺ معه في الخيلة فجاءها الدم فانسلت من الخميلة فقال لها النبي ﷺ « مالك أنفست ؟» قالت نعم فأمرها أن تأتزر ولم يسألها النبي ﷺ هل وافق العادة أوجاء قبلها ولا هي ذكرت ذلك ولا سألت عنه وانما استدلت على الحيضة بخروج الدم فأقرها عليه النبي ﷺ ،وكذلك حين حاضت عائشة في عمرتها في حجة الوداع انما علمت الحيضة برؤية الدم لاغير ولم تذكر عادة ولا ذكرها لها النبي ﷺ والظاهر أنه لم يأت في العادة لان عائشة استكرهته واشتد عليها وبكت حين رأته وقالت وددت أني لم أكن حججت العام ولو كانت تعلم لها عادة تعلم مجيئه فيها وقد جاء فيها ما أنكرته ولا صعب عليها ولو كانت العادة معتبرة على الوجه المذكور في المذهب لبينه النبي ﷺ لامته ولما وسعه تأخير بيانه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقته . وأزواجه وغيرهن من النساء يحتجن إلى بيان ذلك في كل وقت فلم يكن ليغفل بيانه وما جاء عنه عليه السلام ذكر العادة ولا بيانها إلا في حق المستحاضة لاغير وأما امرأة طاهر ترى الدم في وقت يمكن أن يكون حيضا ثم ينقطع عنها فلم يذكر في حقها عادة اصلا ولاننا لو اعتبرنا التكرار فيما خرج عن العادة أدى إلى خلو نساء عن الحيض بالكلية مع رؤيتهن الدم في زمن الحيض وصلاحية ان يكون حيضا ، بيانه أن المرأة إذا رأت الدم في غير ايام عادتها

لم نحكم ببطلان طهارتها ولا صلاتها ان كانت فيها لان هذا الانقطاع لا يحصل به المقصود وان اتصل الانقطاع وبرأت وكان قد جرى منها دم بعد الوضوء بطلت الطهارة والصلاة لانا تبينا انها صارت في حكم الطاهرات بالانقطاع وإن اتصل زمنا يتسع للطهارة والصلاة فالحكم فيه كالتي لم يجر لها عادة بانقطاعه على ماذكرنا ، وان كانت لها عادة بانقطاعه زمنا يتسع للصلاة والطهارة لم تصل حال جريان الدم وتنتظر انقطاعه إلا ان تخشى خروج الوقت فتتوضأ وتصلي فان شرعت في الصلاة في آخر الوقت بهذه الطهارة فأمسك الدم عنها بطلت طهارتها لانها أمكنتها الصلاة بطهارة صحيحة أشبهت غير المستحاضة، وان كان زمن إمساكه يختلف فتارة يتسع وتارة لا يتسع فهي كالتي قبلها إلا أن تعلم أن هذا الانقطاع لا يتسع . قال شيخنا : ويحتمل أنها اذا شرعت في الصلاة ثم انقطع

وطهرت أيام عادتها لم تمسك عن الصلاة ثلاثة أشهر فاذا انتقلت في الشهر الرابع الى أيام أخر لم نحيضها أيضاً ثلاثة أشهر وكذلك أبدا فيفضي الى اخلائها من الحيض بالكلية ولا سبيل الى هذا ، فعلى هذا القول تجلس ماتراه من الدم قبل عادتها وبعدها مالم يزد على اكثر الحيض فان زاد على أكثره علمنا أنه استحاضة فرددناها الى عادتها ويلزمها قضاء ماتركته من الصلاة والصيام فيما زاد على عادتها لاننا تبينا أنه ليس بحيض وانما هو استحاضة .

(فصل) فان كانت لها عادة فرأت الدم اكثر منها وجاوز اكثر الحيض فهي مستحاضة وحيضها منه قدر العادة لا غير ولا تجلس بعد ذلك من الشهور المستقبلة الا قدر العادة ولا أعلم في هذا خلافا عند من اعتبر العادة ، فأما ان كانت عادتها ثلاثة من كل شهر فرأت في شهر خمسة أيام ثم استحيضت في الشهر الآخر فانها لاتجلس مما بعده من الشهور الا ثلاثة ثلاثة وبهذا قال أبوحنيفة، وقال الشافعي تجلس خمسة من كل شهر وهذا مبني على أن العادة لاتثبت بمرة فان رأت خمسة في شهرين فهل تنتقل عادتها الى خمسة ؟ يخرج على الروايتين فيما تثبت به العادة وان رأت الخمسة في ثلاثة أشهر ثم استحيضت انتقلت اليها وجلست من كل شهر خمسة بغير خلاف بينهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كانت لها أيام فرأت الطهر قبل ذلك فهي طاهر تغتسل وتصلي . فان عاودها الدم لم تلتفت اليه حتى تجيء أيامها)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدها) في الطهر بين الدمين (والثاني) في حكم الدم العائد بعده ، اما الاول فان المرأة متى رأت الطهر فهي طاهر تغتسل وتلزمها الصلاة والصيام سواء رأته في العادة او بعد انقضائها ولم يفرق أصحابنا بين قليل الطهر وكثيره لقول ابن عباس أما مارأت الطهر ساعة فلتغتسل ، ويتوجه أن انقطاع الدم متى نقص عن اليوم فليس بطهر بناء على الرواية التي حكيناها في النفاس أنها لاتلتفت الى مادون اليوم وهو الصحيح ان شاء الله لان الدم يجري مرة وينقطع أخرى وفي ايجاب الغسل على من تطهر ساعة بعد ساعة حرج ينتفي بقوله (وما جعل عليكم في الدين من حرج)

الدم لم تبطل صلاتها لانها شرعت فيها بطهارة متيقنة وانقطاع الدم يحتمل أن يكون متسعاً فتبطل ويحتمل أن يكون ضيقا فلا تبطل فلا تزول عن اليقين بالشك وان اتصل الانقطاع تبينا أنه كان مبطلا فبطلت الصلاة .

(فصل) (ويستحب للمستحاضة أن تغتسل لكل صلاة) وذهب بعض العلماء الى وجوبه روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وهو أحد قولي الشافعي في المتحيرة لان أم حبيبة استحيضت سبع سنين فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم فكانت تغتسل عند كل صلاة وروي ابو داود ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرها ان تغتسل عند كل صلاة ، وقال بعضهم تغتسل كل يوم غسلا روي ذلك عن عائشة وابن عمر وانس وقال بعضهم تجمع بين كل صلاتي جمع بغسل وتغتسل للصبح لان النبي صلى الله عليه وسلم

ولاننا لوجعلنا انقطاع الدم ساعة طهرا ولاتلتفت الى ما بعده من الدم أفضى الى أن لا يستقر لها حيض فعلى هذا لايكون انقطاع الدم أقل من يوم طهراً إلا أن ترى ما يدل عليه مثل أن يكون انقطاعه في آخر عادتها أو ترى القصة البيضاء وهو شيء يتبع الحيض أبيض يسمى (الترية) روي ذلك عن امامنا وروي عنه أن القصة البيضاء هي القطنة التي تحشوها المرأة إذا خرجت بيضاء كما دخلت لا تغير عليها فهي القصة البيضاء (بضم القاف) حكي ذلك عن الزهري وروي عن امامنا أيضا ، وقال أبو حنيفة . ليس النقاء بين الدمين طهراً بل لو صامت فيه فرضا لم يصح ولزمها قضاؤه ولا يجب عليها فيه صلاة ولا يأتيها زوجها فيكون الدمان وما بينهما حيضاً وهو أحد قولي الشافعي لان الدم يسيل تارة وينقطع أخرى ولانه لو لم يكن من الحيض لم يحتسب من مدته .

ولنا قول الله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى) وصف الحيض بكونه أذى فاذا ذهب الاذى وجب أن يزول الحيض ، وقال ابن عباس اما ما رأت الدم البحراني فانها لا تصلي واذا رأت الطهر ساعة فلتغتسل . وقالت عائشة : لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء ولانها صامت وهي طاهر فلم يلزمها القضاء كما لو لم يعد الدم . فأما قولهم ان الدم يجري تارة وينقطع اخرى قلنا لاعبرة بالانقطاع اليسير ، وانما اذا وجد انقطاع كبير يمكن فيه الصلاة والصيام وتتأدى العبادة فيه وجبت عليها لعدم المانع من وجوبها (الفصل الثاني) اذا عاودها الدم فلا يخلو اما ان يعاودها في العادة أو بعدها فان عاودها في العادة ففيه روايتان (احداهما) أنه من حيضها لانه صادف زمن العادة فأشبه ما لو لم ينقطع وهذا مذهب الثوري وأصحاب الرأي والشافعي (والثانية) ليس بحيض وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابن أبي موسى ومذهب عطاء لانه عاد بعد طهر صحيح فاشبه مالو عاد بعد العادة وعلى هذه الرواية يكون حكمه حكم ما لو عاد بعد العادة على ما سنذكره فيما بعد إن شاء الله وقد روي عن احمد رحمه الله اذا كانت أيامها عشراً فقعدت خمساً ثم رأت الطهر فانها تصلي فاذا كان اليوم التاسع أو الثامن فرأت الدم صلت وصامت وتقضي الصوم وهذا على سبيل الاحتياط

قال لحمنة «فان قويت ان تؤخري الظهر وتعجلي العصر ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين — الظهر والعصر حين تطهرين وتصلين الظهر والعصر جميعا ثم تؤخرين المغرب وتعجلين العشاء ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين وتغتسلين للصبح فافعلي وصومي ان قويت على ذلك » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وهو اعجب الامرين الي»وامر به سهلة بنت سهيل وبه قال عطاء والنخعي واكثر اهل العلم على أنها تغتسل عند انقضاء الحيض ثم عليها الوضوء لكل صلاة لقول النبي ﷺ «انما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا اقبلت فدعي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وتوضئي لكل صلاة» وقدذكرنا حديث عدي بن ثابت وهذا يدل على أن الغسل المأمور به امر استحباب جمعا بين الاحاديث والغسل لكل صلاة أفضل لانه احوط ، وفيه خروج من الخلاف ، ويليه في الفضل الجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بغسل والغسل للصبح ولذلك قال النبي ﷺ «وهو اعجب الامرين الي» ويليه الغسل

لوجود التردد في هذا الدم فأشبه دم النفساء العائد في مدة النفاس فان رآه في العادة وتجاوز العادة لم يخل من أن يعبر أكثر الحيض أو لا يعبر فان عبر أكثر الحيض فليس بحيض لان بعضه ليس بحيض فيكون كله استحاضة لانه متصل به فكان أقرب اليه فالحاقه بالاستحاضة أقرب من إلحاقه بالحيض لانفصاله عنه، وإن انقطع لأكثره فما دون فمن قال إن مالم يعبر العادة ليس بحيض فهذا أولى أن لا يكون حيضاً ومن قال هو حيض ففي هذا على قوله ثلاثة أوجه (أحدها) أن جميعه حيض بناء على الوجه الذي ذكرنا في أن الزائد على العادة حيض مالم يعبر أكثر الحيض (والثاني) أن ما وافق العادة حيض لموافقته العادة وما زاد عليها فليس بحيض لخروجه عنها (والثالث) أن الجميع ليس بحيض لاختلاطه بما ليس بحيض فان تكرر فهو حيض على الروايتين جميعاً. فأما ان عاد بعد العادة لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا يمكن كونه حيضاً (والثاني) أن يمكن ذلك فان لم يمكن كونه حيضاً لعبوره أكثر الحيض وانه ليس بينه وبين الدم أقل الطهر فهذا استحاضة كله سواء تكرر أو لم يتكرر لانه لا يمكن جعل جميعه حيضاً فكان جميعه استحاضة لان الحاق بعضه ببعض أولى من الحاقه بغيره (والثاني) أن يمكن جعله حيضاً وذلك يتصور في حالين (أحدهما) أن يكون بضمه إلى الدم الاول لا يكون بين طرفيهما أكثر من خمسة عشر يوما فاذا تكرر جعلناهما حيضة واحدة ويلفق أحدهما الى الآخر ويكون الطهر الذي بينهما طهراً في خلال الحيض (والصورة الثانية) أن يكون بينهما أقل الطهر اما ثلاثة عشر يوما أو خمسة عشر يوما ويكون كل واحد من الدمين يصلح أن يكون حيضاً بمفرده بأن يكون يوما وليلة فصاعداً فهذا اذا تكرر كان الدمان حيضتين وإن نقص أحدهما عن أقل الحيض فهو دم فساد اذا لم يمكن ضمه الى مابعده، ومثال ذلك مالو كانت عادتها عشرة من أول الشهر فرأت خمسة منها دما وطهرت خمسة ثم رأت خمسة دما وتكرر ذلك فالخمسة الاولى والثانية حيضة واحدة تلفق الدم الثاني الى الاول وان رأت الثاني ستة أو سبعة لم يمكن أن يكون حيضاً لان بين طرفيها أكثر من خمسة عشر

كل يوم مرة ثم بعده الغسل عند انقطاع الدم والوضوء لكل صلاة وذلك مجزيء ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يباح وطء المستحاضة في الفرج من غير خوف العنت على روايتين) (احداهما) لا يباح الا أن يخاف على نفسه الوقوع في المحظور وهو مذهب ابن سيرين والشعبي لان عائشة يروى عنها أنها قالت: المستحاضة لا يغشاها زوجها ولان بها أذى فيحرم وطؤها كالحيض لان الاذى علة لتحريم الوطء لان الشارع ذكره عقيبة بفاء التعقيب فكان علة له كقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) والاذى موجود في الاستحاضة فمنع وطؤها كالحائض (والثانية) يباح وطؤها مطلقاً وهو قول أكثر أهل العلم لما روى أبو داود عن عكرمة عن حمنة بنت جحش أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها، وقال ان أم حبيبة كانت تستحاض وكان زوجها يغشاها، وقد كانت حمنة تحت طلحة وأم حبيبة تحت عبد الرحمن بن عوف وقد سألتا النبي ﷺ عن أحكام المستحاضة فلو كان حراما لبينه لهما، فأما ان خاف على نفسه العنت أبيح على الروايتين لان حكمه أخف من حكم الحيض ومدته

يوما وليس بينهما أقل الطهر ، وان رأت يوما دما وثلاثة عشر طهراً ثم رأت يوما دما وتكرر هـذا كانا حيضتين وصار شهرها أربعة عشر يوما وكذلك ان رأت يومين دماً وثلاثة عشر طهراً ثم رأت يومين دما وثلاثة عشر طهراً ثم رأت يومين دما وتكرر شهرها خمسة عشر يوما وان كان الطهر بينهما أحد عشر يوما فما دون وتكرر فهما حيضة واحدة لانه ليس بين طرفيهما أكثر من خمسة عشر يوما ولا بينهما أقل الطهر ، وان كان بينهما اثنا عشر يوما طهراً لم يمكن كونهما جميعا حيضاً لانه لا يمكن كونهما حيضة واحدة لزيادتهما بما بينهما من الطهر على أكثر الحيض ، ولا يمكن جعلهما حيضتين لانه ليس بينهما أقل الطهر فيكون حيضها منهما ماوافق العادة والآخر استحاضة ، وعلى هذا كل مايتفرع من المسائل الا أنها لاتلتفت الى مارأته بعد الطهر فيما خرج عن العادة حتى يتكرر مرتين أو ثلاثا فان تكرر وأمكن جعله حيضاً فهو حيض والا فلا وكل موضع رأت الدم ولم تترك العبادة فيه ثم تبين أنه كان حيضاً فعليها قضاء الصوم المفروض فيه وكل موضع عدته حيضاً وتركت فيه العبادة ثم تبين أنه طهر فعليها قضاء ماتركته من الواجبات فيه

(فصل) واختلف أصحابنا في مراد الخرقي رحمه الله بقوله : فان عاودها الدم فلا تلتفت اليه فقال أبو الحسن التميمي والقاضي وابن عقيل: أراد اذا عاودها بعد العادة وعبر أكثر الحيض بدليل أنه منعها أن تلتفت اليه مطلقاً ولو أراد غير ذلك لقال حتى يتكرر قال القاضي : ويحتمل أنه أراد اذا عاودها بعد العادة ولم يعبر فانها لاتلتفت اليه قبل التكرار . وقال أبو حفص العكبري أراد معاودة الدم في كل حال سواء كان في العادة أو بعدها لان لفظه مطلق يتناول باطلاقه الزمان كله ، وهذا أظهر ان شاء الله . وما ذكروه من الترجيح معارض بمثله وهو أن قولهم يحتاج الى اضمار عبور أكثر الحيض وليس هذا أولى من اضمار التكرار فيتساويان ويسلم الترجيح الذي ذكرناه

تطول فان وطئها لغير ذلك وقلنا بالتحريم لم يكن عليه كفارة لان الشرع لم يرد بها وقد فرقنا بينه وبين الحيض فان انقطع دمها أبيح وطؤها قبل الغسل لانه غير واجب عليها أشبه سلس البول

(فصل) قال أحمد لا بأس أن تشرب المرأة دواء يقطع عنها الحيض اذا كان دواء معروفا والله أعلم

(فصل) قال (وأكثر النفاس أربعون يوما) هـذا قول أكثر أهـل العلم روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وعثمان بن أبي العاص وعائذ بن عمر وأنس وأم سلمة رضي الله عنهم وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الحسن البصري النفساء لاتكاد تجاوز الاربعين فان جاوزت الخمسين فهي مستحاضة ، وقال مالك والشافعي أكثره ستون وحكاه ابن عقيل رواية عن أحمـد لانه روي عن الاوزاعي أنه قال عندنا امرأة ترى النفاس شهرين ، وروي نحو ذلك عن عطاء والمرجع في ذلك الى الوجود قال الشافعي وغالبه أربعون يوما

ولنا ماروى أبو داود والترمذي عن مسة الازدية عن أم سلمة رضي الله عنها قالت كانت النفساء

﴿ فصل في التلفيق ﴾

ومعناه ضم الدم الى الدم الذين بينهما طهر وقد ذكرنا ان الطهر في اثناء الحيضة طهر صحيح فاذا رأت يوما طهراً ويوما دما ولم يجاوز أكثر الحيض فانها تضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما من النقاء طهر على ماقررناه ولا فرق بين أن يكون زمن الدم اكثر من زمن الطهر أو مثله أو أقل منه مثل أن ترى يومين دما ويوما طهرا أو يومين طهراً ويوما دما او أقل او اكثر فان جميع الدم حيض اذا تكرر ولم يجاوز لمدة اكثر الحيض ، فان كان الدم اقل من يوم مثل ان ترى نصف يوم دما ونصفه طهرا أو ساعة وساعة فقال أصحابنا: هو كالايام يضم الدم الى الدم فيكون حيضا وما بينهما طهر اذا بلغ المجتمع منه اقل الحيض فان لم يبلغ ذلك فهو دم فساد وفيه وجه آخر لايكون الدم حيضا إلا أن يتقدمه حيض صحيح متصل وهذا كله مذهب الشافعي، وله قول في النقاء بين الدمين أنه حيض وقد ذكرناه وذكرنا أيضاً وجها لنا في أن النقاء متي كان اقل من يوم لم يكن طهرا ، فعلى هذا متى نقص النقاء عن يوم كان الدم وما بينه حيضا كله ، فان جاوز الدم اكثر الحيض بأن يكون بين طرفيه اكثر من خمسة عشر يوما مثل أن يرى يوما دما ويوما طهرا الى ثمانية عشر يوما فهي مستحاضة لاتخلو من أن تكون معتادة أو مميزة أو لا عادة لها ولا تمييز أو يوجد في حقها الأمران . فان كانت معتادة مثل أن يكون حيضها خمسة ايام في اول كل شهر فهذه تجلس اول يوم ترى الدم فيه في العادة وتغتسل عند انقطاعه ،وما بعد ذلك مبني على الروايتين في الطهر في أثناء الحيضة هل يمنع مابعده أن يكون حيضا أو لا ؟ فان قلنا يمنع فحيضها اليوم الاول خاصة وما بعده استحاضة وإن قلنا لايمنع فحيضها اليوم الاول والثالث والخامس فيحصل لها من عادتها ثلاثة ايام والباقي استحاضة ، وفي وجه آخر انه يلفق لها الخمسة من ايام الدم جميعها فتجلس السابع والتاسع ، والصحيح الاول لأن هذين اليومين ليسا من عادتها فلا تجلسهما كغير الملفقة. وان كانت مميزة جلست زمان الدم الاسود من الايام فكان

تجلس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعين يوما قال الترمذي لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث أبي سهل وهو ثقة . قال الخطابي أثنى محمد بن اسماعيل على هذا الحديث ولانه قول من سميناه من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا. قال الترمذي أجمع أهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم على ان النفساء تدع الصلاة اربعين يوما إلا أن ترى الطهر قبل ذلك فتغتسل وتصلي . قال ابو عبيد وعلى هذا جماعة الناس. وما حكوه عن الاوزاعي يحتمل ان الزيادة كانت حيضا أو استحاضة كما لو زاد دمها على الستين، فعلى هذا ان زاد دم النفساء على اربعين وصادف عادة الحيض فهو حيض وإلا فهو استحاضة نص عليه احمد لانه لا يخلو من أحدهما والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا حد لأقله) وبه قال الثوري والشافعي، وقال أبو الخطاب أقله قطرة وقال

حيضها وباقيه استحاضة ، وإن كانت مبتدأة جلست اليقين في ثلاثة أشهر من اول دم تراه أو في شهرين ثم تنتقل بعد ذلك الى ستة ايام أو سبعة ،وهل يلفق لها السبعة من خمسة عشر يوما أو تجلس أربعة ايام من سبعة ايام ؟ على وجهين ؟ قلنافي من عادتها سبعة ايام .فاذا قلنا تجلس زمان الدم من سبعة جلست الاول والثالث والخامس والسابع .وإن أجلسناها ستة ايام سقط السابع .وان قلنا تلفق لها زادت التاسع والحادي عشر إن قلنا تجلس ستة وإن جلست سبعة زادت الثالث عشر وهكذا الحكم في الناسية وهذا أحد قولي الشافعي إلا أنه لا يلفق لها عدد ايامها في أحد الوجهين ، وقال القاضي في المعتادة كما ذكرنا ، وفي غيرها ماعبر الخمسة عشر استحاضة وايام الدم من الخمسة عشر حيض كلها اذا تكرر فان كان يوما ويوما فلها ثمانية ايام حيض وسبعة طهر، وإن كانت انصافا فلها سبعة ايام ونصف حيض ومثلها طهر وهذا قول ابن بنت الشافعي لان الطهر في اليوم السادس عشر يفصل بين الحيض وما بعده فانها فيما بعده في حكم الطاهرات نأمرها بالصلاة والصيام .

ولنا أن الطهر لو ميز بعد الخامس عشر لميز قبله كتمييز اللون ، والحكم فيما اذا كان أنصافا أو مختلفا يوما دما وايام طهرا أو يوما طهرا وايام دما كالحكم في الايام الصحاح المتساوية إلا أنه اذا كان الجزء الذي ترى الدم فيه أولا أقل من أقل الحيض ففيه وجه انه لا يكون حيضاً حتى يسبقه دم متصل يصلح أن يكون حيضا ، وإن قلنا الطهر يمنع مابعده من كونه حيضا قبل التكرار وجاء في العادة فانها تضم الى الاول ماتكمل به أقل الحيض فاذا كانت ترى الدم يوما ويوما ضمت الثالث الى الاول فكان حيضاً في المرة الاولى والثانية ثم تنتقل الى ماتكرر في المرة الثالثة أو الرابعة على اختلاف الوجهين . واذا رأت أقل من أقل الحيض ثم طهرت ثلاثة عشر يوما ثم رأت دما مثل ذلك وقلنا أقل الطهر ثلاثة عشر يوما فهو دم فساد لانه لا يصلح أن يكون حيضة واحدة لفصل أقل الطهر بينهما ولا حيضتين لنقصان كل واحد منهما عن أقل الحيض. وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر ضممنا الاول الى الثاني فكانا حيضة واحدة اذا بلغا بمجموعهما أقل الحيض وإن كان كل واحد من الدمين يبلغ أقل الحيض فهما حيضتان إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وإن قلنا أقله خمسة عشر ضممنا الثاني الى

محمد بن الحسن وأبو ثور أقله ساعة ، وقال أبو عبيد أقله خمسة وعشرون يوما ، وقال يعقوب أدناه احد عشر يوما

ولنا انه لم يرد في الشرع تحديده فيرجع فيه الى الوجود وقد وجد قليلا و كثيراً وقد روي أن امرأة ولدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تر دماً فسميت ذات الجفوف ولأن اليسير دم وجد عقيب سببه فكان نفاساً كالكثير

﴿ مسألة ﴾ (أي وقت رأت الطهر فهي طاهر تغتسل وتصلي اذا كان الطهر أقل من ساعة فينبغي أن لا تلتفت اليه لما ذكرنا من قول ابن عباس في الحيض وإن كان أكثر من ذلك فظاهر قوله ههنا أنها تغتسل وتصلي لحديث ابن عباس وهذا قول أكثر أصحابنا لقول علي رضي الله عنه: لا يحل للنفساء

الاول فكانا حيضاً واحداً إذا لم يكن بين طرفيهما أكثر من خمسة عشر يوما فان كان بين طرفيهما خمسة عشر يوماً لم يمكن جعلهما جميعاً حيضاً فيجعل أحدهما حيضاً والآخر استحاضة وعلى هذا فقس

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحامل لا تحيض الا ان تراه قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة فيكون دم نفاس)

مذهب أبي عبدالله رحمه الله أن الحامل لا تحيض وماتراه من الدم فهو دم فساد وهو قول جمهور التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وجابر بن زيد وعكرمة ومحمد بن المنكدر والشعبي ومكحول وحماد والثوري والاوزاعي وابو حنيفة وابن المنذر وابو عبيد وابو ثور. وروي عن عائشة رضي الله عنها،والصحيح عنها أنها إذا رأت الدم لا تصلي . وقال مالك والشافعي والليث ماتراه من الدم حيض اذا أمكن وروي ذلك عن الزهري وقتادة وإسحاق لانه دم صادف عادة فكان حيضاً كغير الحامل

ولنا قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » فجعل وجود الحيض علماً على براءة الرحم فدل ذلك على أنه لا يجتمع معه . واحتج امامنا بحديث سالم عن أبيه انه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » فجعل الحمل علماً على عدم الحيض كما جعل الطهر علماً عليه ولانه زمن لا يعتادها الحيض فيه غالباً فلم يكن ماتراه فيه حيضاً كالآيسة . قال احمد. انما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم . وقول عائشة يحمل على الحبلى التي قاربت الوضع جمعاً بين قوليها فان الحامل اذا رأت الدم قريباً من ولادتها فهو نفاس تدع له الصلاة كذلك قال إسحاق . وقال الحسن: اذا رأت الدم على الولد أمسكت عن الصلاة ، وقال يعقوب بن بختان: سألت أحمد عن المرأة إذا ضربها المخاض قبل الولادة بيوم أو يومين تعيد الصلاة؟ قال : لا ، وقال ابراهيم

إذا رأت الطهر الا أن تصلي.وقد روي عن احمد أنها إذا رأت النقاء أقل من يومين لا يثبت لها أحكام الطاهرات رواه يعقوب عنه فعلى هذا لا يثبت لها حكم الطاهرات إلا أن ترى الطهر يوما كاملا لان الدم يجري تارة وينقطع أخرى فلم يمكن اعتبار مجرد الانقطاع فلابد من ضابط للانقطاع المعدود طهراً واليوم يصلح أن يكون ضابطاً فتعلق الحكم به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن لا يقربها في الفرج حتى تتم الاربعين) . متى طهرت النفساء في مدة الاربعين أكثر من يوم لزمها الصوم والصلاة بعد أن تغتسل، وان كان أقل من يوم فقد ذكرنا الخلاف فيه، ويستحب لزوجها أن لا يطأها في الفرج وهي طاهرة حتى تتم الاربعين . قال احمد ما يعجبني أن يأتيها زوجها على حديث عثمان بن أبي العاص أنها أتته قبل الاربعين فقال لا تقربيني ولانه لا يأمن عود الدم في زمن الوطء فيكون واطئاً في نفاس ولا يحرم وطؤها لأنها في حكم الطاهرات

النخعي : اذا ضربها المخاض فرأت الدم قال : هو حيض . وهذا قول أهل المدينة والشافعي وقال عطاء : تصلي ولا تعده حيضاً ولا نفاساً

ولنا أنه دم خرج بسبب الولادة فكان نفاساً كالخارج بعده وإنما يعلم خروجه بسبب الولادة إذا كان قريباً منها و يعلم ذلك برؤية امارا تها من المخاض ونحوه في وقته ، فأما ان رأت الدم من غير علامة على قرب الوضع لم تترك له العبادة لان الظاهر أنه دم فساد فان تبين كونه قريباً من الوضع كوضعه بعده بيوم أو بيومين أعادت الصوم المفروض إن صامته فيه . وإن رأته عند علامة على الوضع تركت العبادة فان تبين بعده عنها أعادت ما تركته من العبادات الواجبة لأنها تركتها من غير حيض ولا نفاس .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا رأت الدم ولها خمسون سنة فلا تدع الصوم ولا الصلاة وتقضي الصوم احتياطا فان رأته بعد الستين فقد زال الاشكال وتيقن أنه ليس بحيض فتصوم وتصلي ولا تقضي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة فالذي نقل الخرقي ههنا أنها لا تيأس من الحيض يقينا الى ستين سنة وما تراه فيما بين الخمسين والستين مشكوك فيه لا تترك له الصلاة ولا الصوم لان وجوبهما متيقن فلا يسقط بالشك وتقضي الصوم المفروض احتياطاً لان وجوبه كان متيقناً وما صامته في زمن الدم مشكوك في صحته فلا يسقط به ماتيقن وجوبه . وروي عنه مايدل على أنها بعد الخمسين لا تحيض وكذلك قال إسحاق بن راهويه : ولا يكون حيضاً بعد الخمسين ويكون حكمها فيما تراه من الدم حكم المستحاضة لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : اذا بلغت خمسين سنة خرجت من حد الحيض . وروي عنها أنها قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد الخمسين . وروي عنه ان نساء الاعاجم يئسن من الحيض في خمسين ونساء بني هاشم وغيرهم من العرب إلى ستين سنة وهو قول أهل المدينة لما روى الزبير بن بكار في كتاب النسب عن بعضهم أنه قال : لا تلد لخمسين سنة إلا العربية ولا تلد لستين إلا قرشية . وقال ان هندا بنت أبي عبيدة بن عبدالله بن زمعة ولدت موسى بن عبدالله بن حسين بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة . وقال احمد في امرأة من العرب رأت الدم بعد الخمسين إن عاودها مرتين أو ثلاثا فهو حيض ، وذلك لان المرجع

وقت تجب عليها العبادات ، وذكر القاضي في تحريمه روايتين في المجرد والصحيح أنه لا يحرم لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان انقطع دمها في مدة الاربعين ثم عاد فيها فهو نفاس وعنه أنه مشكوك فيه تصوم وتقضي الصوم المفروض) متى انقطع دمها في مدة الاربعين انقطاعاً تجب عليها فيه العبادات ثم عاد في مدة الاربعين ففيه روايتان (إحداهما) هو نفاس تدع له الصوم والصلاة نقلها عنه أحمد بن القاسم وهذا قول عطاء والشعبي لانه دم في مدة النفاس أشبه مالو اتصل (والثانية) هو مشكوك فيه وهي أشهر نقلها عنه الاثرم وغيره فعلى هذا تصوم وتصلي لان سبب العبادة متيقن وسقوطها بهذا الدم

في هذا الى الوجود وقد وجد حيض من نساء ثقات أخبرن به عن أنفسهن بعد الخمسين فوجب اعتقاد كونه حيضا كما قبل الخمسين ، ولان الكلام فيما اذا وجد من المرأة دم في زمن عادتها على وجه كانت تراه قبل ذلك فالوجود ههنا دليل الحيض كما كان قبل الخمسين دليلا فوجب جعله حيضا ، وأما ايجاب الصلاة والصوم فيه فللاحتياط لوقوع الخلاف فيه ، والصحيح أنه لافرق بين نساء العرب وغيرهن لانهن لا يختلفن في سائر أحكام الحيض فكذلك في هذا ، وما ذكر عن عائشة لاحجة فيه لان وجود الحيض أمر حقيقي المرجع فيه الى الوجود والوجود لا علم لها به ثم قد وجد بخلاف ماقالته فان موسى بن عبد الله بن حسن قد ولدته أمه بعد الخمسين ووجد الحيض فيما بعد الخمسين على وجهه فلا يمكن انكاره ، فان قيل هذا الدم ليس بحيض مع كونه على صفته وفي وقته وعادته بغير نص فهذا تحكم لا يقبل ، فأما بعد الستين فقد زال الاشكال وتيقن أنه ليس بحيض لانه لم يوجد ،وقد علم أن المرأة حالا تنتهي فيه الى الاياس لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم) قال أحمد في المرأة الكبيرة ترى الدم لا يكون حيضا هو بمنزلة الجرح وان اغتسلت فحسن وقال عطاء هي بمنزلة المستحاضة ومعنى القولين واحد وذلك لان هذا الدم اذا لم يكن حيضا فهو دم فساد وحكمها حكم المستحاضة ومن به سلس البول على مامر حكمهما

(فصل) وأقل سن تحيض له المرأة تسع سنين لان الصغيرة لا تحيض بدليل قول الله تعالى (واللائي لم يحضن) ولان المرجع فيه الى الوجود ولم يوجد من النساء من يحضن عادة فيما دون هذا السن ، ولان دم الحيض انما خلقه الله لحكمة تربية الحمل به فمن لا تصلح للحمل لاتوجد فيها حكمته فينتفي لانتفاء حكمته كالمني فانهما متقاربان في المعنى فان أحدهما يخلق منه الولد والآخر يربيه ويغذيه ، وكل واحد منهما لا يوجد من صغير ووجوده علم على البلوغ وأقل سن تبلغ له الجارية تسع سنين فكان ذلك أقل سن تحيض له ، وقد روي عن عائشة أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وروي ذلك مرفوعا الى النبي ﷺ ، والمراد به حكمها حكم المرأة وهذا قول الشافعي وقد حكي عنه أنه قال : رأيت جدة بنت احدى وعشرين سنة وهذا يدل على أنها حملت

مشكوك فيه. ويجب عليها قضاء الصوم احتياطا لان الصوم واجب عليها بيقين وسقوطه بهذا الفعل مشكوك فيه. ولا يقربها زوجها احتياطا بخلاف الناسية اذا جلست ستا أو سبعا فانه لايجب عليها قضاء الصوم الذي صامته مع الشك فيه ، والفرق بينهما أن الغالب من عادات النساء ست أو سبع وما زاد عليه نادر بخلاف النفاس ولان الحيض يتكرر فيشق ذلك فيه وكذلك الدم الزائد عن العادة في الحيض،وقال مالك ان رأت الدم بعد يومين او ثلاثة فهو نفاس وان تباعد فهو حيض،ولاصحاب الشافعي فيما اذا رأت الدم يوما وليلة بعد طهر خمسة عشر هل هو حيض أو نفاس ؟ قولان. وقال القاضي :ان رأت الدم أقل من يوم وليلة بعد طهر خمسة عشر فهو دم فساد تصوم وتصلي ولا تقضي وهو قول أبي ثور ، وان كان الدم الثاني

لدون عشر سنين وحملت ابنتها لمثل ذلك فعلى هذا إذا رأت بنت تسع سنين دما تركت الصلاة لانها رأته في زمن يصلح للحيض . فان اتصل يوما وليلة فهو حيض يثبت به بلوغها وتثبت فيه احكام الحيض كلها وإن انقطع لدون ذلك فهو دم فساد لا يثبت به شيء مما ذكرنا. وإن رأت الدم لدون تسع سنين فهو دم فساد على كل حال لانه لا يجوز أن يكون حيضا وقد روى الميموني عن احمد في بنت عشر رأت الدم قال ليس بحيض فعلى هذا ليس التسع ولا العشر زمنا للحيض، قال القاضي فيجب على هذا ان يقال اول زمن يصح فيه وجود الحيض ثنتا عشرة سنة لانه الزمان الذي يصح فيه بلوغ الغلام والاول أصح

« مسئلة » قال (والمستحاضة ان اغتسلت لكل صلاة فهو أشد ماقيل فيها. وان توضأت لكل صلاة اجزأها)

اختلف اهل العلم في المستحاضة فقال بعضهم : يجب عليها الغسل لكل صلاة روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وهو احد قولي الشافعي في المتحيرة لان عائشة روت ان ام حبيبة استحيضت فسألت النبي ﷺ فأمرها أن تغتسل لكل صلاة . متفق عليه . وروى أبو داود ان امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله ﷺ وأن رسول الله ﷺ أمرها بالغسل عند كل صلاة . وقال بعضهم تغتسل كل يوم غسلا . وروي ذلك عن عائشة وعن ابن عمر وأنس وسعيد ابن المسيب فانهم قالوا تغتسل من ظهر إلى ظهر . قال مالك : إني أحسب حديث ابن المسيب إنما هو من طهر إلى طهر ولكن الوهم دخل فيه — يعني ان الطاء غير المعجمة أبدلت بالظاء المعجمة ، وقال بعضهم : تجمع بين كل صلاتي جمع بغسل واحد وتغتسل للصبح على ما في حديث حمنة وقد ذكرناه ، وكذلك أمر به سهلة بنت سهيل وبه قال عطاء والنخعي ، وأكثر أهل العلم على أن الغسل عند انقضاء الحيض ، ثم عليها الوضوء لكل صلاة ويجزئها ذلك ويروى هذا عن عروة وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال عكرمة وربيعة ومالك : انما عليها الغسل عند انقضاء حيضها وليس عليها للاستحاضة وضوء لان ظاهر حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة في حديث فاطمة بنت أبي حبيش الغسل فقط لان النبي ﷺ قال لها « فاغتسلي وصلي » ولم يذكر الوضوء لكل صلاة

يوما وليلة فهو مشكوك فيه ذكرنا حكمه ، ولنا انه دم صادف زمن النفاس فكان نفاسا كما لو استمر أو رأته قبل مضي يومين وينبغي أن لا يفرق بين قليله وكثيره لما ذكرناه ومن قال هو حيض فهو نزاع في عبارة لاستواء حكم الحيض والنفاس ، فأما ماصامته في زمن الطهر فلا يجب قضاؤه لانه صوم صحيح

(فصل) إذا رأت المرأة الدم بعد وضع شيء يتبين فيه شيء من خلق الانسان فهو نفاس نص عليه وإن رأته بعد إلقاء نطفة أو علقة فليس بنفاس ، وإن كان جسما لا يتبين فيه شيء من خلق الانسان ففيه وجهان (أحدهما) هو نفاس لانه بدء خلق آدمي أشبه مالو تبين (والثاني) ليس بنفاس لانه لم يتبين أشبه النطفة والعلقة والله أعلم

ولنا أن النبي ﷺ قال لفاطمة « انما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا أقبلت فدعي الصلاة فاذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وتوضئي لكل صلاة » وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهذه زيادة يجب قبولها ، وفي حديث عدي بن ثابت عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ في المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها ثم تغتسل وتصلي وتتوضأ عند كل صلاة ، ولانه دم خارج من الفرج فأوجب الوضوء كدم الحيض وهذا يدل على أن الغسل المأمور به في سائر الاحاديث مستحب غير واجب والغسل لكل صلاة أفضل لما فيه من الخروج من الخلاف والأخذ بالثقة والاحتياط وهو أشد ماقيل ثم يليه في الفضل والمشقة الجمع بين كل صلاتين بغسل واحد والاغتسال للصبح ولذلك قال النبي ﷺ فيه « وهو أعجب الامرين إلي » ثم يليه الغسل كل يوم مرة بعد الغسل عند انقضاء الحيض ثم تتوضأ لكل صلاة وهو أقل الامور ويجزئها والله أعلم

(فصل) وحكم طهارة المستحاضة حكم التيمم في أنها اذا توضأت في وقت الصلاة صلت بها الفريضة ثم قضت الفوائت وتطوعت حتى يخرج الوقت نص على هذا أحمد وعلى قياس ذلك لها الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد ، وقال الشافعي لاتجمع بين فرضين بطهارة واحدة فلا تقضي به فوائت ولا تجمع بين صلاتين كقوله في التيمم ويحتمله قول الخرقي لقوله لكل صلاة وحجتهم قول النبي ﷺ « توضئي لكل صلاة »

ولنا أنه قد روي في بعض ألفاظ حديث فاطمة « توضئي لوقت كل صلاة » ولانه وضوء يبيح النفل فيبيح الفرض كوضوء غير المستحاضة وحديثهم محمول على الوقت كقول النبي ﷺ « أينما أدركتك الصلاة فصل » أي وقتها وحديث حمنة ظاهر في الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد لانه لم يأمرها بالوضوء بينهما وهو مما يخفى ويحتاج الى بيانه ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه .

(فصل) روي عن أحمد رحمه الله أنه قال لا بأس أن تشرب المرأة دواء يقطع عنها الحيض اذا كان دواء معروفا .

﴿ مسألة ﴾ (وإن ولدت توأمين فأول النفاس من الاول وآخره منه وعنه أنه من الاخير والاول أصح) ذكر أصحابنا عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة روايتين (احداهما) أن أول النفاس وآخره من الاول وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، فعلى هذا متى انقضت مدة النفاس من حين وضع الاول لم يكن مابعده نفاساً لان مابعد الاول دم بعد الولادة أشبه المنفرد ، واذا كان أوله منه كان آخره منه كالمنفرد (والرواية الثانية) اختلف فيها أصحابنا . فقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رءوس المسائل هي ان أوله من الاول وآخره من الثاني . وذكره القاضي في كتاب الروايتين لان الثاني ولد فلا تنقضي مدة النفاس قبل انتهائها منه كالمنفرد . فعلى هذا تزيد مدة النفاس على أربعين في حق من ولدت توأمين ، وقال القاضي أبو الحسين وأبو الخطاب في الهداية : هي أن أول النفاس وآخره من الثاني حسب . وهو قول زفر لان مدة النفاس تتعلق بالولادة فكان ابتداؤها وانتهاؤها من الثاني كمدة المدة

كتاب الصلاة

الصلاة في اللغة الدعاء . قال الله تعالى (وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم) أي ادع لهم وقال النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب ، فان كان مفطراً فليطعم وان كان صائماً فليصل » وقال الشاعر

تقول بنتي وقد قربت مرتحلا يارب جنب أبي الاوصاب والوجعا
عليك مثل الذي صليت فاغتمضي نوما فان لجنب المرء مضطجعا

وهي في الشرع عبارة عن الافعال المعلومة فاذا ورد في الشرع أمر بصلاة أو حكم معلق عليها انصرف بظاهره إلى الصلاة الشرعية وهي واجبة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة وذلك دين القيمة) وأما السنة فما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « بني الاسلام على خمس : شهادة أن لاإله الا الله وأن محمداً رسول الله ، واقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصيام رمضان ، وحج البيت من استطاع اليه سبيلا » متفق عليه مع آي وأخبار كثيرة نذكر بعضها في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى وأما الاجماع فقد اجمعت الامة على وجوب خمس صلوات في اليوم والليلة .

فعلى هذا ما تراه من الدم قبل ولادة الثاني لا يكون نفاسا، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه كالاقوال الثلاثة وقال القاضي في المجرد النفاس عنها رواية وانما الروايتان في وقت الابتداء هل هو عقيب انفصال الاول أو الثاني قال شيخنا وهذا ظاهره انكار لرواية من روى أن آخره من الاول والله أعلم

﴿ كتاب الصلاة ﴾

الصلاة في اللغـة عبارة عن الدعاء قال الله تعالى (وصل عليهم) أي ادع لهم ، وقال ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب ، فان كان مفطراً فليطعم وان كان صائما فليصل » وفي الشرع عبارة عن الافعال المعلومة فاذا ورد في الشرع أمر بصلاة أو حكم معلق عليها انصرف إلى الصلاة الشرعيـة في الظاهر (والاصل) في وجوبهـا الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (وما أمروا الا ليعبـدوا الله مخلصين له الدين حنفاء ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة » ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم « بني الاسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ، واقام الصلاة وإيتاء الزكاة ، وصيام رمضان، وحج البيت من استطاع اليه سبيلا » متفق عليه والاخبار في ذلك كثيرة وأجمع المسلمون على وجوب خمس صلوات في اليوم والليلة ، وهي واجبة على كل مسلم بالغ عاقل الا الحائض

(فصل) والصلوات المكتوبات خمس في اليوم والليلة ولا خلاف بين المسلمين في وجوبها ولا يجب غيرها الا لعارض من نذر أو غيره هذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة : الوتر واجب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر » وهذا يقتضي وجوبه وقال عليه السلام «الوتر حق» رواه ابن ماجه

ولنا ما روى ابن شهاب عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فرض الله على أمتي خمسين صلاة » فذكر الحديث الى ان قال « فرجعت الى ربي فقال هي خمس وهي خمسون لم يبدل القول لدي » متفق عليه وعن عبادة بن الصامت قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خمس صلوات افترضهن الله على عباده ، فمن جاء بهن لم ينقص منهن شيئا استخفافا بهن فان الله جاعل له يوم القيامة عهدا أن يدخله الجنة ، ومن جاء بهن وقد نقص منهن شيئا لم يكن له عند الله عهد ان شاء عذبه وان شاء غفر له » وروي عن طلحة بن عبيد الله أن اعرابيا أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله : ماذا فرض الله علي من الصلاة قال « خمس صلوات » قال فهل غيرها ؟ قال « لا ، الا ان تطوع شيئا » فقال الرجل : والذي بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفلح الرجل ان صدق » متفق عليه وزيادة الصلاة يجوز أن تكون في السنن فلا يتعين كونها فرضا ولانها صلاة تصلى على الراحلة من غير ضرورة فكانت نافلة كالسنن الرواتب

والنفساء لما ذكرنا ولقول الله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا) فاما الحائض والنفساء فلا تجب عليهما الصلاة لما ذكرنا في باب الحيض

﴿مسئلة﴾ قال (وتجب على النائم ومن زال عقله بسكر أو اغماء أو شرب دواء) لا نعلم خلافا في وجوب الصلاة على النائم بمعنى أنه يجب عليه قضاؤها إذا استيقظ لقول النبي ﷺ « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها » رواه مسلم بمعناه ولو لم تجب عليه في حال نومه لما وجب عليه قضاؤها كالمجنون وكذلك السكران ومن شرب محرما يزيل عقله لانه اذا وجب بالنوم المباح فبالمحرم بطريق الاولى وحكم المغمى عليه حكم النائم في وجوب قضاء العبادات عليه من الصلاة والصوم يروى ذلك عن عمار وعمران بن حصين وسمرة بن جندب . وروي عن ابن عمر وطاوس والحسن والزهري قالوا : لا يقضي الصلاة ، وقال مالك والشافعي لا يلزمه قضاء الصلاة الا أن يفيق في جزء من وقتها لانه يروى أن عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة فقال رسول الله ﷺ « ليس من ذلك قضاء الا ان يغمى عليه فيفيق في وقتها فيصليها » وقال أصحاب الرأي إن أغمي عليه اكثر من خمس صلوات لم يقض شيئا والا قضى الجميع لان ذلك يدخل في التكرار فاسقط القضاء كالمجنون .

ولنا أن الاغماء لا يسقط فرض الصيام ولا يؤثر في ثبوت الولاية ولا تطول مدته غالبا أشبه

باب المواقيت

اجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة ، وقد ورد في ذلك أحاديث صحاح جياد نذكر أكثرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

«مسئلة» قال أبو القاسم رحمه الله (واذا زالت الشمس وجبت صلاة الظهر)

بدأ الخرقي بذكر صلاة الظهر لان جبريل بدأ بها حين أم النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس وجابر وبدأ بها صلى الله عليه وسلم حين علم الصحابة مواقيت الصلاة في حديث بريدة وغيره وبدأ بها الصحابة حين سئلوا عن الاوقات في حديث أبي برزة وجابر وغيرهما، تسمى الاولى والهجير والظهر وقال ابو برزة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الهجيرة التي يدعونها الاولى حين تدحض الشمس . متفق عليه يعني حين تزول الشمس ، وأجمع أهل العلم على أن أول وقت الظهر اذا زالت الشمس قاله ابن المنذر وابن عبدالبر وقد تظاهرت الاخبار بذلك فمنها ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «امني جبريل عند البيت مرتين فصلى بي الظهر في الاولى منهما حين كان الفيء مثل الشراك ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثله ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس

النوم وحديثهم يرويه الحكم بن عبدالله بن سعد وقد نهى أحمد عن حديثه، وقال البخاري تركوه وقياسه على المجنون لا يصح لانه تطول مدته غالبا وتثبت عليه الولاية ويسقط عنه الصوم ولا يجوز على الانبياء عليهم السلام بخلاف الاغماء ولان مالا يؤثر في اسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها كالنوم

(فصل) فأما شرب الدواء المباح الذي يزيل العقل فان كان لا يدوم كثيراً فهو كالاغماء وان تطاول فهو كالمجنون ، وأما ما فيه السموم من الادوية فان كان الغالب من استعماله الهلاك أو الجنون لم يجز وان كان الغالب منه السلامة ويرجى نفعه أبيح شربه في الظاهر لدفع ما هو أخطر منه كغيره من الادوية ويحتمل أن يحرم لان فيه تعرضاً للهلاك أشبه ما لو لم يرد به التداوي، والاول أصح فان قلنا يحرم شربه فهو كالمحرمات من الخمر ونحوه وان قلنا يباح فهو كالمباحات فيما ذكرنا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ولا تجب على كافر ولا مجنون ولا تصح منهما) اختلف أهل العلم في خطاب الكفار بفروع الاسلام وعن احمد رحمه الله فيه روايتان مع اجماعهم على أنها لا تصح منه في حال كفره ولا يجب عليه قضاؤها بعد اسلامه اذا كان أصليا وقد قال تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) ولانه قد اسلم خلق كثير في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وبعده فلم يأمر أحدا بقضاء ولان في إيجاب القضاء عليه تنفيرا عن الاسلام فعفي عنه ، وأما المرتد فذكر أبو اسحاق بن شاقلا في وجوب القضاء عليه روايتين (إحداهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقي فعلى هذا لا يلزمه قضاء ماترك

وأفطر الصائم ، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم ، وصلى في المرة الثانية الظهر حين صار ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالامس، ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثليه ، ثم صلى المغرب لوقت الاولى، ثم صلى العشاء الاخيرة حين ذهب ثلث الليل ، ثم صلى الصبح حين أسفرت الارض ثم التفت الي جبريل وقال: يامحمد هذا وقت الانبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين» رواه أبوداود وابن ماجه والترمذي وقال هذا حديث حسن، وروى جابر نحوه ولم يذكر فيه «لوقت العصر بالامس» وقال البخاري: أصح حديث في المواقيت حديث جابر وروى بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا سأله عن وقت الصلاة فقال « صل معنا هذين اليومين فلما زالت الشمس أمر بلالا فأذن ثم أمره فأقام الظهر ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية لم يخالطها صفرة ثم أمره فأقام المغرب حين غابت الشمس ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر ، فلما كان اليوم الثاني أمره فأبرد في الظهر — فأنعم أن يبرد بها — وصلى العصر والشمس بيضاء مرتفعة آخرها فوق الذي كان، وصلى المغرب حين غاب الشفق، وصلى العشاء حين غاب ثلث الليل، وصلى الفجر فأسفر بها ثم قال« أين السائل عن وقت الصلاة ؟ ». فقال الرجل أنا يارسول الله. فقال «وقت صلاتكم بين مارأيتم» رواه ومسلم وغيره. وروى أبوداود عن أبي موسى نحوه إلا أنه قال بدأ فأقام الفجر حين انشق الفجر فصلى حين كان الرجل لا يعرف وجه صاحبه أو ان الرجل لا يعرف من الى جنبه فلما كان الغد صلى الفجر وانصرف فقلنا طلعت الشمس، وفي الباب أحاديث كثيرة

في حال كفره ولا في حال اسلامه قبل ردته وإن كان قد حج لزمه استئنافه لان عمله قد حبط بكفره بدليل قوله تعالى(لئن أشركت ليحبطن عملك) فصار كالكافر الأصلي في جميع أحكامه (والثانية) يلزمه قضاء ماترك من العبادات في حال كفره واسلامه قبل ردته ولا يجب عليه إعادة الحج لأن العمل انما يحبط بالاشراك مع الموت لقوله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم) وهذا مذهب الشافعي ولان المرتد أقر بوجوب العبادات عليه واعتقد ذلك وقدر على التسبب الى آدائها فلزمه كالمحدث ، وذكر القاضي رواية ثالثة انه لا قضاء عليه لما ترك في حال ردته وعليه قضاء ماترك في اسلامه قبل الردة لانه كان واجبا عليه قبل الردة فبقي الوجوب . قال وهذا المذهب هو اختيار ابن حامد وعلى هذا لايلزمه استئناف الحج لان ذمته برئت منه بفعله قبل الردة فلم تشتغل به بعد ذلك كالصلاة ولان الردة لو أبطلت حجه أبطلت سائر عباداته المفعولة قبل ردته وهذا أولى ان شاء الله تعالى .

فأما المجنون فلا تصح منه الصلاة لانه ليس من أهل التكليف أشبه الطفل ولا تجب عليه في حال جنونه ولا يلزمه قضاؤها إلا أن يفيق في وقت الصلاة لا نعلم في ذلك خلافا . وقد قال النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

(فصل) ومعنى زوال الشمس ميلها عن كبد السماء ويعرف ذلك بطول ظل الشخص بعد تناهي قصره فمن أراد معرفة ذلك فليقدر ظل الشمس ثم يصبر قليلا ثم يقدره ثانيا ، فان كان دون الاول فلم تزل وإن زاد ولم ينقص فقد زالت ، وأما معرفة ذلك بالاقدام فتختلف باختلاف الشهور والبلدان فكلما طال النهار قصر الظل واذا قصر طال الظل فكل يوم يزيد أو ينقص فنذكر ذلك في وسط كل شهر على ماحكى أبو العباس السنجي رحمه الله تقريبا قال: ان الشمس تزول في نصف (حزيران) على قدم وثلث وهو أقل ماتزول عليه الشمس وفي نصف (تموز) ونصف (أيار) على قدم ونصف وثلث وفي نصف (آب ونيسان) على ثلاثة أقدام . وفي نصف (آذار وايلول) على أربعة أقدام ونصف وهو وقت استواء الليل والنهار ، وفي نصف (تشرين الاول وشباط) على ستة أقدام ونصف ، وفي نصف (تشرين الثاني وكانون الثاني) على تسعة أقدام ، وفي نصف (كانون الاول) على عشرة أقدام وسدس وهـذا أنهى ماتزول عليه الشمس . فهذا ماتزول عليه الشمس في أقاليم العراق والشام وما سامتهما من البلدان فاذا أردت معرفة ذلك فقف على مستو من الارض وعلم الموضع الذي انتهى اليه ظلك ثم ضم قدمك اليمنى بين يدي قدمك اليسرى والصق عقبك بابهامك فما بلغت مساحة هـذا القدر بعد انتهاء النقص فهو الوقت الذي زالت عليه الشمس ووجبت به صلاة الظهر .

(فصل) وتجب صلاة الظهر بزوال الشمس وكذلك جميع الصلوات تجب بدخول وقتها في حق

﴿ مسئلة ﴾ (واذا صلى الكافر حكم باسلامه) لقوله ﷺ « من صلى صلاتنا ، واستقبل قبلتنا، فله مالنا وعليه ماعلينا » وقال ﷺ « بيننا وبينهم الصلاة » فجعل الصلاة حداً فمن أتى بها ينبغي أن يدخل في حد الاسلام ولانها أحد مباني الاسلام المختصة به فاذا فعلها حكم باسلامه كالشهادتين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب على صبي وعنه أنها تجب على من بلغ عشرا) ظاهر المذهب ان الصلاة لاتجب على الصبي حتى يبلغ لما ذكرنا من الحديث، وفيه رواية أخرى انها تجب على من بلغ عشرا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مروا الصبي بالصلاة لسبع واضربوه عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » رواه أبو داود ــ أمر بعقوبته ولا تشرع العقوبة إلا لترك الواجب ولان حد الواجب ماعوقب على تركه ، والاول أصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ » ولانه صبي فلم تجب عليه كالصغير ولان الصبي ضعيف العقل والبنية ولا بد من ضابط يضبط الحد الذي تتكامل فيه بنيته وعقله فانه يتزايد تزايداً خفي التدريج فلا يعلم بنفسه. والبلوغ ضابط لذلك ولهذا تجب به الحدود ويتعلق به أكثر أحكام التكليف فكذلك الصلاة ، فأما التأديب ههنا فهو كالتأديب على تعلم الخط والقرآن والصناعة ليعتادها ويتمرن عليها. ولا فرق بين الذكر والانثى فيما ذكرنا ، ولا خلاف في أنها تصح من الصبي العاقل ويشترط لصحة صلاته ما يشترط لصحة صلاة الكبير إلا في السترة فان قوله صلى الله عليه وسلم « لايقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » يدل على صحتها بدون الخمار

من هو من أهل الوجوب ، فأما أهل الاعذار كالحائض والمجنون والصبي والكافر فتجب في حقه بأول جزء أدركه من وقتها بعد زوال عذره وبهذا قال الشافعي رحمه الله ؛ وقال أبو حنيفة رحمه الله يجب بتأخير وقتها اذا بقي منه مالا يتسع لأكثر منها لانه في أول الوقت يتخير بين فعلها وتركها فلم تكن واجبة كالنافلة .

ولنا أنه مأمور بها في أول الوقت بقوله تعالى (أقم الصلاة لدلوك الشمس) والامر يقتضي الوجوب على الفور ولان دخول الوقت سبب للوجوب فيترتب عليه حكمه حين وجوده ، ولأنها يشترط لها نية الفريضة ولو لم تجب لصحت بدون نية الواجب كالنافلة وتفارق النافلة. فانها لايشترط لها ذلك ويجوز تركها غير عازم على فعلها وهذه انما يجوز تأخيرها مع العزم على فعلها كما تؤخر صلاة المغرب ليلة مزدلفة عن وقتها وكما تؤخر سائر الصلوات عن وقتها اذا كان مشتغلا بتحصيل شرطها .

(فصل) ويستقر وجوبها بما وجبت به فلو أدرك جزءاً من أول وقتها ثم جن أو حاضت المرأة لزمها القضاء اذا أمكنها . وقال الشافعي واسحاق : لا يستقر الا بمضي زمن يمكن فعلها فيه ولا يجب القضاء بما دون ذلك واختاره أبو عبد الله بن بطة لانه لم يدرك من الوقت مايمكنه أن يصلي فيه فلم يجب القضاء كما لو طرأ العذر قبل ذلك الوقت

ولنا أنها صلاة وجبت عليه فوجب قضاؤها اذا فاتته كالتي أمكن اداؤها وفارقت التي طرأ العذر قبل دخول وقتها فانها لم تجب وقياس الواجب على غيره غير صحيح .

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤمر بها لسبع ويضرب على تركها لعشر) وهذا قول مكحول والاوزاعي واسحاق وابن المنذر للخبر ، وقال ابن عمر وابن سيرين اذا عرف يمينه من يساره لانه يروى عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن ذلك فقال « اذا عرف يمينه من شماله فروه بالصلاة » رواه أبو داود وقال مالك والنخعي : يؤمر اذا ثغر ، وقال عروة اذا عقل ، قال القاضي يجب على ولي الصبي تعليمه الطهارة والصلاة وأمره بها اذا بلغ سبع سنين وتأديبه عليها اذا بلغ عشر سنين لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وظاهر الامر الوجوب وهذا الأمر والتأديب في حق الصبي لتمرينه عليها كي يألفها ويعتادها فلا يتركها عند البلوغ

﴿ مسئلة ﴾ (فان بلغ في أثنائها أو بعدها في وقتها لزمه اعادتها) وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لاتلزمه في الموضعين لأنه أدى وظيفة الوقت فلم تلزمه اعادتها كالبالغ

ولنا أنه صلاها قبل وجوبها وسببه فلم تجزه عما وجد سبب وجوبها كما لو صلى قبل الوقت ولأنها نافلة في حقه لم تجزه كما لو نواها نفلا ، ولانه بلغ في وقت العبادة بعد فعلها فلزمه اعادتها كالحج

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحل لمن وجبت عليه الصلاة تأخيرها عن وقتها الا لمن ينوي الجمع أو لمشتغل بشرطها) وذلك لما روى أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال « أما انه ليس في النوم تفريط انما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الصلاة الاخرى » أخرجه مسلم فسماه تفريطاً . وعن سعد

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صار ظل كل شيء مثله فهو آخر وقتها)

يعني ان الفيء اذا زاد على مازالت عليه الشمس قدر ظل طول الشخص فذلك آخر وقت الظهر قال الأثرم : قيل لابي عبد الله وأي شيء آخر وقت الظهر ؟ قال أن يصير الظل مثله قيـل له فمتى يكون الظل مثله ؟ قال : اذا زالت الشمس فكان الظل بعد الزوال مثله فهو ذاك . ومعرفة ذلك أن يضبط مازالت عليه الشمس ثم تنظر الزيادة عليه فان كانت قد بلغت قدر الشخص فقد انتهى وقت الظهر ، ومثـل شخص الانسان سـتة أقدام ونصف بقدمه أو يزيد قليلا فاذا أردت اعتبار الزيادة بقدمك مسحتها على ماذكرناه في الزوال ثم أسقطت منـه القدر الذي زالت عليـه الشمس فاذا بلغ الباقي ستة أقدام ونصف فقد بلغ المثل فهو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر ، وبهـذا قال مالك والثوري والشافعي والاوزاعي ونحوه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور وداود ، وقال عطاء : لاتفريط للظهر حتى تدخل الشمس صفرة ، وقال طاوس : وقت الظهر والعصر إلى الليل ، وحكي عن مالك وقت الاختيار إلى أن يصير ظل كل شيء مثله ووقت الاداء إلى أن يبقى من غروب الشمس قدر مايؤدى فيه العصر لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر في الحضر . وقال أبوحنيفة وقت الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « انما مثلكم ومثل أهل

أنه قال سئل رسول الله ﷺ عن (الذين هم عن صلاتهم ساهون) قال« اضاعة الوقت »توعدهم على ذلك فدل على وجوبه هذا اذا كان ذاكراً لها قادراً على فعلها ، فأما من نوى الجمع لعذر جازله تأخير الاولى الى وقت الثانيـة لان النبي ﷺ فعله وكذلك المشتغل بشرطهـا لايأثم لان الصلاة لاتصح بدونه اذا قدر عليه فمتى كان شرطا مقدوراً عليه وجب عليه الاشتغال بتحصيله ولم يأثم بالتأخير في مدة تحصيله كالمشتغل بالوضوء والغسل

﴿ مسئلة ﴾ (فمن جحد وجوبها كفر) متى جحد وجوب الصلاة نظرنا فان كان جاهلا به وهو ممن يجهل مثله ذلك كحديث الاسلام والناشيء ببادية عرف وجوبها لم يحكم بكفره لانه معذور ، وإن كان ممن لايجهل ذلك كالناشيء بين المسلمين في الامصار لم يقبل منه ادعاء الجهل وحكم بكفره لان أدلة الوجوب ظاهرة في الكتاب والسنة والمسلمون يفعلونها على الدوام فلا يخفى وجوبهـا عليه فلا يجحدها الا تكذيبا لله ورسوله ﷺ واجماع الامة فهذا يصير مرتداً حكمه حكم سائر المرتدين عن الاسلام ، قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافا ، وإن تركها لمرض أو عجز عن أركانها اعلم أن ذلك لايسقط الصلاة وأنه يجب عليه أن يصلي على حسب طاقته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تركها تهاونا لاجحوداً دعي إلى فعلها ، فان أبى حتى تضايق وقت التي بعدها وجب قتله وعنه لايجب حتى يترك ثلاثا ويضيق وقت الرابعة) وجملتـه أن من ترك الصلاة تهاونا وكسلا مع اعتقاد وجوبها دعي الى فعلها وهدد فقيل له : صل والا قتلناك فان لم يصل حتى تضايق وقت

الكتابين كمثل رجل استأجر اجيراء فقال : من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قيراط؟ فعملت اليهود ثم قال : من يعمل لي من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط ؟ فعملت النصارى ثم قال : من يعمل لي من العصر إلى غروب الشمس على قيراطين ؟ فأنتم هم، فغضب اليهود والنصارى وقالوا : مالنا أكثر عملا وأقل عطاء : قال هل نقصتكم من حقكم ؟ قالوا : لا ؟ قال : فذلك فضلي أوتيه من أشاء » أخرجه البخاري وهذا يدل على أن من الظهر الى العصر أكثر من العصر إلى المغرب

ولنا أن جبريل عليه السلام صلى بالنبي ﷺ الظهر حين كان الفيء مثل الشراك في اليوم الاول وفي اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله ثم قال « الوقت ما بين هذين » وحديث مالك محمول على العذر بمطر أو مرض ، وما احتج به أبو حنيفة لاحجة له فيه لأنه قال : الى صلاة العصر، وفعلها يكون بعد دخول الوقت وتكامل الشروط على أن أحاديثنا قصد بها بيان الوقت وخبرهم قصد به ضرب المثل فالأخذ بأحاديثنا أولى قال ابن عبدالبر : خالف أبو حنيفة في قوله هذا الآثار والناس وخالفه أصحابه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زاد شيئا وجبت العصر)

وجملته أن وقت العصر من حين الزيادة على المثل أدنى زيادة متصل بوقت الظهر لا فصل

التي بعدها وجب قتله في إحدى الروايتين واختيار ابن عقيل وهو ظاهر كلام الخرقي لانه إذا ترك الاولى لم نعلم أنه عزم على تركها إلا بخروج الوقت فاذا خرج علمنا أنه تركها ولا يجب قتله بها لأنها فائتة فاذا ضاق وقت الثانية وجب قتله ، وقال أبو إسحاق بن شاقلا ان كان الترك للصلاة الى صلاة لاتجمع معها كالفجر الى الظهر والعصر الى المغرب وجب قتله، وان كانت تجمع معها كالظهر الى العصر والمغرب الى العشاء فلا يقتل لان وقتها وقت واحد في حال العذر ولان الوقتين كالوقت الواحد عند بعض العلماء ، قال شيخنا وهذا قول حسن (والرواية الثانية) لا يقتل حتى يترك ثلاث صلوات ويضيق وقت الرابعة . قال أحمد رحمه الله لئلا تكون شبهة لانه قد يترك الصلاة والصلاتين والثلاث لشبهة فاذا رأيناه ترك الرابعة علمنا أنه عزم على تركها وانتفت الشبهة فيجب قتله، والصحيح الاول وقد نص أحمد فيمن ترك صلاة الفجر عامداً حتى وجبت عليه أخرى يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه لأنه قد وجد الترك وليس تقديرها بثلاث أولى من تقديرها بأربع وخمس وهو مذهب مالك والشافعي ،وقال الزهري يسجن ويضرب، وقال أبو حنيفة لا يقتل لقول النبي ﷺ « لايحل دم امريء مسلم إلا باحدى ثلاث كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير حق » ولم يوجد من هذا أحد الثلاثة وقال ﷺ « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » متفق عليهما ولانه أحد الفروع فلا يقتل بتركه كالحج ولان الاصل تحريم الدم فلا تثبت الاباحة إلا بنص أو معناه والاصل عدمه

بينهما . وغير الخرقي قال : اذا صار ظل الشيء مثله فهو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر وهو قريب مما قال الخرقي وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : اذا زاد على المثلين لما تقدم من الحديث ولقوله تعالى (أقم الصلاة طرفي النهار) ولو كان على ماذ كرتموه لـكان وسط النهار . وحكي عن ربيعة أن وقت الظهر والعصر اذا زالت الشمس . وقال إسحاق . آخر وقت الظهر أول وقت العصر يشتركان في قدر الصلاة فلو أن رجلين يصليان معاً أحدهما يصلي الظهر والآخر العصر حين صار ظل كل شيء مثله كان كل واحدمنهما مصلياً لها في وقتها . وحكي ذلك عن ابن المبارك لقول النبي ﷺ في حديث ابن عباس « صلى بي الظهر لوقت العصر بالامس »

ولنا ما تقدم في حديث جبريل عليه السلام . وقوله تعالى (أقم الصلاة طرفي النهار) لا ينفي ما قلنا فان الطرف ما تراخى عن الوسط وهو موجود في مسئلتنا وقول النبي ﷺ « لوقت العصر بالامس » أراد مقاربة الوقت يعني أن ابتداء صلاته اليوم العصر متصل بوقت انتهاء صلاة الظهر في اليوم الثاني أو مقارب له لأنه قصد به بيان المواقيت وانما تبين أول الوقت بابتداء فعل الصلاة وتبين آخره بالفراغ منها وقد بينه قول النبي ﷺ في حديث عبدالله بن عمرو « وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر » رواه مسلم وأبو داود . وفي حديث رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « ان للصلاة أولا وآخراً وأن أول وقت الظهر حين زوال الشمس وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر » أخرجه الترمذي

ولنا قوله تعالى (اقتلوا المشركين ـ إلى قوله ـ فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) فأباح قتلهم حتى يتوبوا من الكفر ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فمتى ترك الصلاة لم يأت بشرط التخلية فتبقى إباحة القتل وقال ﷺ « من ترك الصلاة متعمداً برئت منه ذمة الله ورسوله ﷺ » رواه الامام أحمد وهذا يدل على إباحة قتله وقال ﷺ « بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة » رواه مسلم وقال « نهيت عن قتل المصلين » ولأنها ركن من أركان الاسلام لا تدخله النيابة فوجب أن يقتل تاركه كالشهادة وحديثهم حجة لنا لان الخبر الذي رويناه يدل على أن تركها كفر والحديث الآخر استثنى منه « إلا بحقها » والصلاة من حقها ثم ان أحاديثنا خاصة تخص عموم ماذكروه وقياسهم على الحج لا يصح لاختلاف الناس في جواز تأخيره

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً فان تاب وإلا قتل بالسيف) لا يقتل تارك الصلاة حتى يستتاب ثلاثة أيام ويضيق عليه ويدعى في وقت كل صلاة إلى فعلها لانه قتل لترك واجب فتقدمته الاستتابة كقتل المرتد ويقتل بالسيف لقوله ﷺ « إذا قتلتم فاحسنوا القتلة » الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يقتل حداً أو لـكفره ؟ على روايتين) إحداهما يقتل لكفره كالمرتد فلا يغسل ولا يكفن ولا يصلى عليه ولا يدفن بين المسلمين اختارها أبو إسحاق بن شاقلا وابن عقيل وابن حامد وبه قال الحسن والنخعي والشعبي والاوزاعي وابن المبارك واسحاق ومحمد بن الحسن لقول رسول الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه في آخر وقت الاختيار فروي حين يصير ظل كل شيء مثليه وهو قول مالك والثوري والشافعي لقوله في حديث ابن عباس وجابر : الوقت مابين هذين . وروي عن أحمد رحمه الله أن آخره مالم تصفر الشمس وهي أصح عنه حكاه عنه جماعة منهم الاثرم قال : سمعته يسأل عن آخر وقت العصر ، فقال هو تغير الشمس . قيل ولا تقول بالمثل والمثلين ؟ قال لا هذا عندي أكثر ، وهذا قول أبي ثور وأبي يوسف ومحمد ونحوه عن الاوزاعي لحديث عبدالله ابن عمرو أن النبي ﷺ قال «وقت العصر مالم تصفر الشمس» رواه مسلم . وفي حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ « وان آخر وقتها حين تصفر الشمس » وفي حديث بريدة أن النبي ﷺ صلى العصر في اليوم الثاني والشمس بيضاء نقية لم تخالطها صفرة ، قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن من صلى العصر والشمس بيضاء نقية فقد صلاها في وقتها، وفي هذا دليل على أن مراعاة المثلين عندهم استحباب ولعلهما متقاربان يوجد أحدهما قريباً من الآخر .

(فصل) ولا يجوز تأخير العصر عن وقت الاختيار لغير عذر لما تقدم من الاخبار ، وروى مسلم وأبو داود باسنادهما عن أنس بن مالك قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « تلك صلاة المنافقين تلك صلاة المنافقين تلك صلاة المنافقين يجلس أحدهم حتى اذا اصفرت الشمس

صلى الله عليه وسلم « بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة » رواه مسلم . وعن بريدة قال قال رسول الله ﷺ « العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر» رواه الامام أحمد والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وقال ﷺ « أول ماتفقدون من دينكم الأمانة وآخر ماتفقدون الصلاة » قال أحمد كل شيء ذهب آخره لم يبق منه شيء . وقال عمر رضي الله عنه لا حظ في الاسلام لمن ترك الصلاة ، وقال علي رضي الله عنه : من لم يصل فهو كافر، قال عبدالله بن شقيق لم يكن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون شيئا من الاعمال تركه كفر غير الصلاة. ولأنها عبادة يدخل بفعلها في الاسلام فيخرج بتركها منه كالشهادة(والرواية الثانية) يقتل حداً مع الحكم باسلامه كالزاني المحصن وهذا اختيار أبي عبد الله بن بطة وأنكر قول من قال انه يكفر وذكر أن المذهب على هذا لم يجد خلافا فيه وهو قول أكثر الفقهاء منهم أبوحنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إن الله حرم على النار من قال لا إله إلا الله يبتغي بذلك وجه الله » وعن عبادة بن الصامت قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأن عيسى عبد الله وكلمته ألقاها الى مريم وروح منه وأن الجنة حق وأن النار حق أدخله الله الجنة على ما كان من عمل » وعن أنس أن رسول الله ﷺ قال « يخرج من النار من قال لا إله إلا الله وكان في قلبه من الخير مايزن برة » متفق عليهن . وعن أبي هريرة قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم « لكل

فكانت بين قرني شيطان — أو على قرني شيطان — قام فنقر أربعاً لايذكر الله فيها إلا قليلا » ولو أبيح تأخيرها لما ذمه عليه وجعله علامة النفاق .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها مع الضرورة)

وجملة ذلك أن من أخر الصلاة ثم أدرك منها ركعة قبل غروب الشمس فهو مدرك لها ومؤد لها في وقتها سواء أخرها لعذر أو لغير عذر إلا أنه انما يباح تأخيرها لعذر وضرورة كحائض تطهر أو كافر يسلم أو صبي يبلغ أو مجنون يفيق أو نائم يستيقظ أو مريض يبرأ وهذا معنى قوله مع الضرورة . فأما إدراكها بادراك ركعة منها فيستوي فيه المعذور وغيره وكذلك سائر الصلوات يدركها بادراك ركعة منها في وقتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » متفق عليه . وفي رواية « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » متفق عليه ولا أعلم في هذا خلافا .

(فصل) وهل يدرك الصلاة بادراك مادون ركعة فيه روايتان (احداهما) لايدركها بأقل من ذلك وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك لظاهر الخبر الذي رويناه فان تخصيصه الادراك بركعة يدل على أن الادراك لايحصل بأقل منها ولانه إدراك للصلاة فلا يحصل بأقل من ركعة كادراك

نبي دعوة مستجابة فتعجل كل نبي دعوته واني اختبأت دعوتي شفاعة لأمتي يوم القيامة فهي نائلة ان شاء الله من مات من أمتي لا يشرك بالله شيئا » رواه مسلم . وعن عبادة أن النبي ﷺ قال : « خمس صلوات كتبهن الله على العبد في اليوم والليلة فمن حافظ عليهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة . ومن لم يأت بهن لم يكن له عند الله عهد إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة » ولو كان كافراً لم يدخله في المشيئه ، وروي عن حذيفة أنه قال : يأتي على الناس زمان لايبقى معهم من الاسلام إلا قول لاإله إلا الله . فقيل له وما ينفعهم ؟ قال ينجيهم من النار لا أبا لك . وقال ﷺ « صلوا على من قال لاإله إلا الله » رواه الخلال ولان ذلك اجماع المسلمين فاننا لانعلم في عصر من الاعصار أحداً من تاركي الصلاة ترك تغسيله والصلاة عليه ولا منع ميراث موروثه ولا فرق بين الزوجين لترك الصلاة من أحدهما مع كثرة تاركي الصلاة ولو كفر لثبتت هذه الاحكام ولا نعلم خلافا بين المسلمين أن تارك الصلاة يجب عليه قضاؤها مع اختلافهم في المرتد ، وأما الاحاديث المتقدمة فهي على وجه التغليظ والتشبيه بالكفار لا على الحقيقة كقوله صلى الله عليه وسلم «سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر» وقوله « من قال لأخيه يا كافر فقد باء بها أحدهما » وقوله « من حلف بغير الله فقد أشرك» وقوله ﷺ « كفر بالله تبرؤ من نسب وإن دق » وأشباه هذا مما أريد به التشديد في الوعيد ، (قال شيخنا) رحمه الله وهذا أصوب القولين والله أعلم

(فصل) ومن ترك شرطا مجمعاً عليه أو ركنا كالطهارة والركوع والسجود فهو كتاركها حكمه

الجمعة (والثانية) يدركها بادراك جزء منها أي جزء كان ، قال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه يكون مدركا لها بادراكه . وقال أبو الخطاب : من أدرك من الصلاة مقدار تكبيرة الاحرام قبل أن يخرج الوقت فقد أدركها وهذا مذهب أبي حنيفة، وللشافعي قولان كالمذهبين ولان أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أدرك سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته واذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته » متفق عليه وللنسائي فقد أدركها ولان الادراك اذا تعلق به حكم في الصلاة استوى فيه الركعة وما دونها كادراك الجماعة وادراك المسافر صلاة المقيم . ولفظ الحديث الاول يدل بمفهومه والمنطوق أولى منه والقياس يبطل بادراك ركعة دون تشهدها .

(فصل) وصلاة العصر هي الصلاة الوسطى في قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم منهم علي بن أبي طالب وأبو هريرة وأبو أيوب وأبو سعيد وعبيدة السلماني والحسن والضحاك وأبو حنيفة وأصحابه .وروي عن زيد بن ثابت وعائشة أنها صلاة الظهر وبه قال عبد الله ابن شداد لما روي عن زيد بن ثابت قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الظهر بالهاجرة ولم يكن يصلي صلاة أشد على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منها فنزلت (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى) رواه أبو داود ، وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قرأ (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى صلاة العصر) [1] رواه أبوداود والترمذي وقال حديث

١) التحقيق ان مثل هذه الزيادة تفسير وليست قرآنا

حكمه لان الصلاة مع ذلك وجودها كعدمها فاما الاركان المختلف فيها كازالة النجاسة وقراءة الفاتحة والاعتدال عن الركوع فان تركه معتقداً جوازه فلا شيء عليه والا لزمته الاعادة ولا يقتل بحال لانه مختلف فيه فلم يتعلق به حد كالمتزوج بغير ولي وسارق مال فيه شبهة وقال ابن عقيل لا بأس بوجوب قتله كما نحده بفعل ما يوجب الحد على مذهبه والله أعلم

﴿باب الاذان والاقامة﴾

أصل الاذان في اللغة الاعلام .قال الله تعالى (واذان من الله ورسوله) أي إعلام وقال الشاعر

* آذنتنا ببينها أسماء *

أي أعلمتنا والاذان للصلاة إعلام بوقتها والاذان الشرعي هو اللفظ المعلوم المشروع في أوقات الصلاة

(فصل) وفيه فضل عظيم لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو يعلم الناس مافي النداء والصف الاول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا عليه » متفق عليه ، وعن معاوية ابن أبي سفيان قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « المؤذنون أطول الناس أعناقا يوم القيامة» رواه مسلم وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من أذن سبع سنين محتسبا كتب

صحيح ، وقال طاوس وعطاء وعكرمة ومجاهد والشافعي . هي الصبح لقول الله تعالى (والصلاة الوسطى وقوموا لله قانتين) والقنوت طول القيام وهو مختص بالصبح ولانها من أثقل الصلاة على المنافقين ولهذا اختصت بالوصية وبالمحافظة عليها ، وقال الله تعالى (فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل الغروب) يعني صلاة الفجر والعصر ، وروى جرير بن عبد الله قال : كنا جلوسا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ نظر الى القمر ليلة البدر فقال « أما انكم ستروون ربكم كما ترون هذا القمر لاتضامون في رؤيته فان استطعتم أن لاتغلبوا على صلاة قبل طلوع الشمس وقبل غروبها» متفق عليه . وللبخاري«فافعلوا»ثم قرأ جرير (فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار ويجتمعون في صلاة الفجر وصلاة العصر ثم يعرج الذين باتوا فيكم فيسألهم وهو أعلم بهم كيف تركتم عبادي ؟ فيقولون تركناهم وهم يصلون ، وأتيناهم وهم يصلون » وقال النبي ﷺ « من صلى البردين دخل الجنة » يريد هاتين الصلاتين ، وقال « لو يعلمون ما في صلاة العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا » متفق على هذه الاحاديث ،وقيل هي المغرب لان الاولى هي الظهر فتكون المغرب الثالثة والثالثة من كل خمس هي الوسطى ولانها وسطى في عدد الركعات ووسطى في الاوقات لان عدد ركعاتها ثلاث فهي وسطى بين الاربع والاثنين ووقتها في آخر النهار وأول الليل وخصت من بين الصلاة بأنها وتر والله وتر يحب الوتر وبانها تصلى في أول

الله له براءة من النار رواه ابن ماجه وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة على كثبان المسك يوم القيامة رجل أم قوما وهم به راضون ، ورجل يؤذن في كل يوم خمس صلوات وعبد أدى حق الله وحق مواليه» رواه أحمد والترمذي ، وعن البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال « ان الله وملائكته يصلون على الصف الاول المقدم والمؤذن يغفر له بمد صوته ويصدقه من سمعه من رطب ويابس وله مثل أجر من صلى معه » رواه الامام أحمد والنسائي

(فصل) قال القاضي الآذان أفضل من الامامة وهذ احدى الروايتين عن أحمد وهو اختيار ابن أبي موسى وجماعة من أصحابنا وهذا مذهب الشافعي لما ذكرنا من الاخبار في فضيلته ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «الامام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين » رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي والامانة أعلى من الضمان والمغفرة أعلى من الارشاد(والرواية الثانية)الامامة أفضل لان النبي ﷺ تولاها بنفسه وخلفاؤه من بعده ولا يختارون الا الافضل ولان الامامة يختار لها من هو أكمل حالا وأفضل واعتبار فضيلته دليل على فضيلة منزلته ومن نصر الرواية الاولى قال انما لم يتوله النبي ﷺ وخلفاؤه لضيق وقتهم عنه ولهذا قال عمر و :لولا الخليفا، لاذنت والله أعلم

(مسئلة) (وهما مشروعان للصلوات الخمس دون غيرها للرجال دون النساء) اجمعت الامة على أن الاذان والاقامة مشروع للصلوات الخمس ولا يشرعان لغير الصلوات الخمس لان المقصود منه الاعلام بوقت المفروضة على الاعيان وهذا لايوجد في غيرها، والاصل في الاذان ما روي عن أنس

وقتها في جميع الامصار والاعصار. ويكره تأخيرها عنه وكذلك صلاها جبريل بالنبي ﷺ في اليومين لوقت واحد ولذلك ذهب بعض الائمة إلى أنها ليس لها إلا وقت واحد لذلك . وقال النبي ﷺ « لا تزال أمتي - أوقال - هذه الامة بخير - أوقال - على الفطرة مالم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم » رواه أبو داود . وقيل هي العشاء لماروى ابن عمر قال: مكثنا ليلة ننتظر رسول الله ﷺ لصلاة العشاء الآخرة فخرج الينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده وقال « انكم لتنتظرون صلاة ماينتظرها أهل دين غيركم ولولا أن أشق على أمتي لصليت بهم هذه الساعة » وقال « ان أثقل الصلاة على المنافقين صلاة الغداء والعشاء الآخرة ولو يعلمون مافيهما لأتوهما ولو حبواً » متفق عليهما

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ يوم الاحزاب « شغلونا عن صلاة الوسطى صلاة العصر ملأ الله بيوتهم وقبورهم ناراً » متفق عليه . وعن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « صلاة الوسطى صلاة العصر » وعن سمرة مثله قال الترمذي في كل واحد منهما : هذا حديث حسن صحيح . وهذا نص لا يجوز التعريج معه على شيء يخالفه ، ولان النبي ﷺ قال « الذي يفوته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله » متفق عليه ، وقال « من فاتته صلاة العصر حبط عمله » رواه البخاري وابن ماجه وقال « ان هذه الصلاة عرضت على من كان قبلكم

ابن مالك رضي الله عنه قال : لما كثر الناس ذكروا أن يعلموا لوقت الصلاة بشيء يعرفونه فذكروا أن يوروا ناراً أو يضربوا ناقوساً فأمر بلال أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة، متفق عليه وعن عبدالله ابن زيد بن عبد ربه رضي الله عنه قال لما أمر رسول الله ﷺ بالناقوس يعمل ليضرب به لجمع الناس للصلاة طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوسا في يده فقلت يا عبد الله أتبيع الناقوس ? قال : وما تصنع به ? قلت ندعوا به إلى الصلاة قال أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك ? فقلت بلى قال فقال تقول : الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله الا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، حي على الصلاة ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، حي على الفلاح ، الله أكبر ، الله أكبر ، لا إله إلا الله ، ثم استأخر عني غير بعيد ثم قال ثم تقول إذا أقمت الصلاة : الله أكبر الله اكبر، أشهد أن لااله الا الله أشهد أن محمداً رسول الله ، حي على الصلاة حي على الفلاح ، قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله ، فلما أصبحت أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بما رأيت فقال « انها لرؤيا حق ان شاء الله فقم مع بلال فألق عليه مارأيت فليؤذن به فانه أندى صوتا منك » فقمت مع بلال فجعلت ألقيه عليه ويؤذن به ، قال فسمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو في بيته فخرج يجر رداءه يقول والذي بعثك بالحق يارسول الله لقد رأيت مثل الذي رأى فقال رسول الله ﷺ « فلله الحمد » أخرجه الامام أحمد وأبوداود وهذا لفظه وابن ماجه وأخرج الترمذي بعضه وقال حديث حسن صحيح

فضيعوها فمن حافظ عليها كان له أجره مرتين ولا صلاة بعدها حتى يطلع الشاهد » - يعني النجم - رواه البخاري ؛ وما ذكر في صلاة الصبح فقد شاركته صلاة العصر في أكثره . ورواية عائشة وصلاة العصر فالواو زائدة كالواو في قوله تعالى (وليكون من الموقنين) وفي قوله (وخاتم النبيين) وقوله (وقوموا لله قانتين) فالقنوت قيل هو الطاعة أي قوموا لله مطيعين . وقيل القنوت السكوت . قال زيد بن أرقم كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، ثم ماروينا نص صريح فكيف يترك بمثل هذا الوهم أو يعارض به

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا غابت الشمس وجبت المغرب ولا يستحب تأخيرها إلى ان يغيب الشفق)

أما دخول وقت المغرب بغروب الشمس فاجماع أهل العلم لا نعلم بينهم خلافا فيه والاحاديث دالة عليه وآخره مغيب الشفق وبهذا قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبعض أصحاب الشافعي ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي : ليس لها إلا وقت واحد عند مغيب الشمس لان جبريل عليه السلام صلاها بالنبي ﷺ في اليومين لوقت واحد في بيان مواقيت الصلاة . وقال النبي ﷺ « لا تزال أمتي بخير ما لم يؤخروا المغرب إلى أن يشتبك النجم » ولان

(فصل) وليس على النساء أذان ولا إقامة كذلك قال ابن عمر وأنس وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والثوري ومالك وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . واختلفوا هل يسن لهن ذلك ؟ فروي عن أحمد ان فعلن فلا بأس وإن لم يفعلن فجائز . وقال القاضي هل تستحب لها الاقامة ؟ على روايتين ، وعن جابر انها تقيم وبه قال عطاء ومجاهد والاوزاعي ، وقال الشافعي إن أذنّ وأقمن فلا بأس ، وعن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم وبه قال إسحاق وقد روي أن النبي ﷺ أذن لأم ورقة أن يؤذَّن لها ويقام وتؤم نساء اهل دارها إلا أن هذا الحديث يرويه الوليد بن جميع وقد قال ابن حبان لا يحتج بحديثه ووثقه يحيى بن معين ، وروي عنه لا يشرع لها ذلك لما روى النجاد باسناده عن أسماء بنت يزيد قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « ليس على النساء أذان ولا إقامة » ولان الاذان يشرع له رفع الصوت ولا يشرع لها ولا تشرع لها الاقامة لان من لا يشرع له الاذان لا تشرع له الاقامة كغير المصلي وكالمسبوق

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهما فرض على الكفاية ان اتفق أهل بلد على تركهما قاتلهم الامام)

كذلك ذكره أبو بكر بن عبد العزيز وهو قول أكثر الاصحاب وبعض أصحاب مالك وبه قال عطاء ومجاهد ، قال ابن المنذر الاذان والاقامة واجبان على كل جماعة في الحضر والسفر لان النبي ﷺ أمر به مالك بن الحويرث وصاحبه والامر يقتضي الوجوب ، وداوم عليه هو وخلفاؤه وأصحابه

المسلمين مجمعون على فعلها في وقت واحد في أول الوقت ، وعن طاوس لاتفوت المغرب والعشاء حتى الفجر ونحوه عن عطاء لما ذكرناه في الظهر والعصر

ولنا حديث بريدة أن النبي ﷺ صلى المغرب في اليوم الثاني حين غاب الشفق ، وفي لفظ رواه الترمذي فأخر المغرب إلى أن يغيب الشفق ، وروى أبو موسى أن النبي ﷺ أخر المغرب في اليوم الثاني حتى كان عند سقوط الشفق ، رواه مسلم وأبو داود ، وفي حديث عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال « وقت المغرب مالم يغب الشفق » رواه مسلم ، وفي حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « ان للصلاة أولا وآخراً ، وان أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وان آخر وقتها حين يغيب الافق » رواه الترمذي وهذه نصوص صحيحة لايجوز مخالفتها بشيء محتمل ، ولأنها إحدى الصلوات فكان لها وقت متسع كسائر الصلوات ، ولانها احدى صلاتي جمع فكان وقتها متصلا بوقت التي تجمع اليها كالظهر والعصر ولان ماقبل مغيب الشفق وقت لاستدامتها فكان وقتا لابتدائها كأول وقتها وأحاديثهم محمولة على الاستحباب والاختيار وكراهة التأخير ولذلك قال الخرقي ولا يستحب تأخيرها ، فان الاحاديث فيها تأكيد لفعلها في أول وقتها وأقل أحوالها تأكيد الاستحباب وان قدر أن الاحاديث متعارضة وجب حمل أحاديثهم على أنها منسوخة لانها في أول فرض الصلاة بمكة وأحاديثنا بالمدينة متأخرة فتكون ناسخة لما قبلها مما يخالفها والله أعلم .

ولانه من شعائر الاسلام الظاهرة فكان فرضا كالجهاد فعلى هذا اذا قام به من تحصل به الكفاية سقط عن الباقين كسائر فروض الكفايات وإن اتفقوا على تركه أثموا كلهم ، ولان بلالا كان يؤذن للنبي صلى الله عليه وسلم فيكتفي به ؛ وإن اتفق أهل البلد على تركه قاتلهم الامام عليه لانه من شعائر الاسلام الظاهرة فقوتلوا عليه كصلاة العيدين ، وظاهر كلام الخرقي ان الاذان سنة غير واجب لانه قال فان صلى بلا أذان ولا اقامة كرهنا له ذلك فجعله مكروها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه دعاء إلى الصلاة فأشبه قوله : الصلاة جامعة ، وقال ابن أبي موسى الاذان سنة في احدى الروايتين الا أذان الجمعة حين يصعد الامام فانه واجب ، وعلى كلا القولين اذا صلى بغير أذان ولا اقامة كره له ذلك لما ذكرنا وصحت صلاته لما روي عن علقمة والاسود أنهما قالا دخلنا على عبد الله فصلى بنا بلا أذان ولا اقامة . رواه الأثرم قال شيخنا ولا أعلم أحداً خالف في ذلك الا عطاء قال من نسي الاقامة يعيد ونحوه عن الاوزاعي ، والصحيح إن شاء الله قول الجمهور لما ذكرنا ولان الاقامة أحد الاذانين فلم يفسد تركها كالآخر

(فصل) ومن أوجب الاذان من أصحابنا انما أوجبه على أهل المصر فأما غير أهل المصر من المسافرين فلا يجب عليهم كذلك ذكره القاضي ، وقال مالك انما يجب النداء في مساجد الجماعة التي يجتمع فيها الصلاة ، وذلك لان الاذان انما شرع في الاصل للاعلام بالوقت ليجتمع الناس إلى الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا غاب الشفق وهو الحمرة في السفر ، وفي الحضر البياض لان في الحضر قد تنزل الحمرة فتواريها الجدران فيظن أنها قد غابت فاذا غاب البياض فقد تيقن ووجبت عشاء الآخرة الى ثلث الليل)

لاخلاف في دخول وقت العشاء بغيبوبة الشفق وانما اختلفوا في الشفق ماهو فمذهب امامنا أن الشفق الذي يخرج به وقت المغرب ويدخل به وقت العشاء هو الحمرة وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والزهري ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وصاحبي أبي حنيفة . وعن أنس وأبي هريرة الشفق البياض وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وبه قال الاوزاعي وأبو حنيفة وابن المنذر لان النعمان بن بشير قال : أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة صلاة العشاء كان رسول الله ﷺ يصليها لسقوط القمر الثالثة . رواه أبو داود ، وروي عن ابن مسعود قال : رأيت رسول الله ﷺ يصلي هذه الصلاة حين يسود الافق

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : أعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعشاء حتى ناداه عمر بالصلاة نام النساء والصبيان فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « ماينتظرها أحد غيركم » قال : ولا يصلي يومئذ الا بالمدينة وكان يصلون فيما بين أن يغيب الشفق الاول إلى ثلث الليل ،

ويدركوا الجماعة ، ويحتمل أن يجب في السفر للجماعة وهو قول ابن المنذر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به بلالا في السفر وقال لمالك بن الحويرث ولابن عم له « اذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما » متفق عليه وهذا ظاهر في وجوبه ، ويكفي مؤذن في المصر اذا كان يسمعهم ويجتزيء بقيتهم بالاقامة ، قال أحمد في الذي يصلي في بيته يجزئه أذان المصر وهو قول أصحاب الرأي، وقال مالك والاوزاعي تكفيه الاقامة ، وقال الحسن وابن سيرين ان شاء أقام لان النبي ﷺ قال للذي علمه الصلاة « اذا أردت الصلاة فأحسن الوضوء ثم استقبل القبلة وكبر » وفي لفظ رواه النسائي « فأقم ثم كبر » وقد ذكرنا حديث ابن مسعود .

(فصل) والافضل لكل مصل أن يؤذن ويقيم إلا أنه ان كان يصلي قضاء أو في غير وقت الاذان لم يجهر به ، وإن كان في الوقت في بادية أو نحوها استحب له الجهر بالاذان لقول أبي سعيد : اذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك بالنداء فانه لايسمع مدى صوت المؤذن جن ولا انس ولا شيء الا شهد له يوم القيامة ، قال أبو سعيد سمعته من رسول الله ﷺ رواه البخاري . وعن أنس أن رسول الله ﷺ كان يغير اذا طلع الفجر . وكان اذا سمع أذانا أمسك والا أغار فسمع رجلا يقول : الله أكبر الله اكبر فقال رسول الله ﷺ « على الفطرة » فقال أشهد أن لاإله إلا الله أشهد أن لاإله إلا الله فقال رسول الله ﷺ « خرجت من النار » فنظر فاذا صاحب معز: رواه مسلم

رواه البخاري، والشفق الأول هو الحمرة وقال النبي ﷺ « وقت المغرب مالم يسقط فور الشفق » رواه أبو داود . وروي « ثور الشفق » وفور الشفق فورانه وسطوعه وثوره ثوران حمرته وإنما يتناول هذا الحمرة ، وآخر وقت المغرب أول وقت العشاء . وروي عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الشفق الحمرة فاذا غاب الشفق وجبت العشاء » رواه الدارقطني وما رووه لا حجة لهم فيه فقد كان النبي ﷺ يؤخر الصلاة عن أول الوقت قليلا وهو الافضل والاولى ولهذا روي عنه ﷺ أنه قال لبلال « اجعل بين أذانك واقامتك قدر مايفرغ الآكل من أكله ، والمتوضيء من وضوئه ، والمعتصر إذا دخل لقضاء حاجته » اذا ثبت هذا فانه إن كان في مكان يظهر له الافق ويبين له مغيب الشفق فمتى ذهبت الحمرة وغابت دخل وقت العشاء وان كان في مكان يستتر عنه الافق بالجدران والجبال استظهر حتى يغيب البياض ليستدل بغيبته على مغيب الحمرة فيعتبر غيبة البياض لدلالته على مغيب الحمرة لا لنفسه

«مسئلة» قال (فاذا ذهب ثلث الليل ذهب الاختيار ووقت الضرورة مبقى الى أن يطلع الفجر الثاني وهو البياض الذي يرى من قبل المشرق فينتشر ولا ظلمة بعده)

اختلفت الرواية في آخر وقت الاختيار فروي عن أحمد أنه ثلث الليل نص عليه أحمد في رواية الجماعة وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي هريرة وعمر بن عبدالعزيز ومالك لان

(فصل) ويستحب الاذان في السفر وللراعي وأشباهه في قول أكثر أهل العلم وكان ابن عمر يقيم لكل صلاة إقامة إلا الصبح فانه يؤذن لها ويقيم وكان يقول انما الاذان على الامام والامير الذي يجمع الناس (وعنه) أنه كان لا يقيم الصلاة في أرض تقام فيها الصلاة . وعن علي رضي الله عنه ان شاء أذن وأقام وان شاء أقام وبه قال الثوري ، وقال الحسن تجزئه الاقامة وقال ابراهيم في المسافرين واذا كانوا رفاقا أذنوا وأقاموا وان كان وحده أقام الصلاة

ولنا أن النبي ﷺ كان يؤذن له في الحضر والسفر وأمر به مالك بن الحويرث وصاحبه ومانقل عن السلف في هذا فالظاهر أنهم أرادوا وحده كما قال ابراهيم النخعي في كلامه والاذان مع ذلك أفضل لما ذكرنا من حديث أبي سعيد وحديث أنس وروى عقبة بن عامر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « يعجب ربك من راعي غنم في رأس الشظية للجبل يؤذن بالصلاة ويصلي فيقول الله عز وجل انظروا إلى عبدي هذا يؤذن ويقيم الصلاة يخاف مني قدغفرت لعبدي وأدخلته الجنة » رواه النسائي . والصلاة في الاذان على أربعة أضرب مايشرع لها الاذان والاقامة وهي الفرض المؤداة من الصلوات الخمس ، وصلاة يقيم لها ولا يؤذن وهي الثانية من صلاتي الجمع ومابعد الاولى من الفوائت ، وصلاة لا يؤذن لها ولا يقيم لكن ينادي لها : الصلاة جامعة : وهي العيدان والكسوف والاستسقاء ، وصلاة لا يؤذن لها أصلا وهي صلاة الجنازة

في حديث جبريل أنه صلي بالنبى ﷺ في المرة الثانية ثلث الليل وقال « الوقت مابين هذين »وفي حديث بريدة أن النبي ﷺ صلاها في اليوم الثاني ثلث الليل وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « صلوا فيما بين أن يغيب الشفق إلى ثلث الليل » وفي حديثها الآخر وكانوا يصلون فيما بين أن يغيب الشفق الاول إلى ثلث الليل ، ولأن ثلث الليل يجمع الروايات والزيادة تعارضت الأخبار فيها فكان ثلث الليل أولى (الرواية الثانية)ان آخره نصف الليل وهوقول الثوري وابن المبارك وأبي ثور وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي لما روي عن أنس بن مالك قال : أخر رسول الله ﷺ صلاة العشاء إلى نصف الليل ، رواه البخاري وعن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ « لولا ضعف الضعيف وسقم السقيم لأمرت بهذه الصلاة أن تؤخر إلى شطر الليل » رواه أبو داود والنسائي وفي حديث عبدالله بن عمر عن النبي ﷺ قال « وقت العشاء إلى نصف الليل » رواه أبو داود والاولى - ان شاء الله تعالى - أن لايؤخرها عن ثلث الليل وان أخرها إلى نصف الليل جاز وما بعد النصف وقت ضرورة الحكم فيه حكم وقت الضرورة في صلاة العصر على ماهضى شرحه وبيانه ثم لايزال الوقت ممتداً حتى يطلع الفجر الثاني .

(فصل) وتسمى هذه الصلاة العشاء ولا يستحب تسميتها العتمة . وكان ابن عمر إذا سمع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أخذ الاجرة عليهما في أظهر الروايتين) وهوقول ابن المنذر وكرهه القاسم ابن عبدالرحمن والاوزاعي وأصحاب الرأى لان النبي ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص « واتخذ مؤذنا لايأخذ على أذانه أجراً »رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن ولأنه قربة لفاعله لا يصح إلا من مسلم فلم يجز أخذ الاجرة عليه كالامامة وروي عن أحمد أنه يجوز أخذ الاجرة عليه ورخص فيه مالك وقال لابأس به لانه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه أشبه سائر الاعمال

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يوجد متطوع بهما رزق الامام من بيت المال من يقوم بهما) لا نعلم خلافا في جواز أخذ الرزق عليه وهو قول الاوزاعي والشافعي لان بالمسلمين اليه حاجة وقد لايوجد متطوع به فاذا لم يدفع الرزق فيه تعطل ويرزقه الامام من الفيء لانه المعد للمصالح فهو كارزاق القضاة والغزاة وقال الشافعي لايرزق المؤذن الا من خمس الخمس سهم النبي ﷺ حكاه ابن المنذر فأما إن وجد متطوع به لم يرزق غيره لعدم الحاجة اليه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وينبغي أن يكون المؤذن صيتا أمينا عالما بالاوقات) وجملة ذلك أنه يستحب أن يكون المؤذن صيتا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن زيد « ألقه على بلال فانه أندى صوتا منك » واختار أبا محظورة للأذان لكونه صيتاً ولانه أبلغ في الاعلام المقصود بالاذان(قال شيخنا) ويستحب أن يكون حسن الصوت لأنه أرق لسامعه وأن يكون عدلا أميناً لانه مؤتمن يرجع اليه

رجلا يقول العتمة صاح وغضب وقال : انما هو العشاء ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتغلبنكم الاعراب على اسم صلاتكم فانها العشاء وانهم يعتمون بالابل » وعن أبي هريرة مثله رواهما ابن ماجه . وإن سماها العتمة جاز فقد روى أبو داود باسناده عن معاذ أنه قال : أبقينا يعني انتظرنا رسول الله ﷺ في صلاة العتمة ولان هذا نسبة لها الى الوقت الذي تجب فيه فأشبهت صلاة الصبح والظهر وسائر الصلوات .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلع الفجر الثاني وجبت صلاة الصبح والوقت مبقى الى ماقبل أن تطلع الشمس ،ومن أدرك منها ركعة قبل أن تطلع فقد أدركها وهذا مع الضرورة)

وجملته أن وقت الصبح يدخل بطلوع الفجر الثاني إجماعا . وقد دلت عليه أخبار المواقيت وهو البياض المستطير المنتشر في الافق ويسمى الفجر الصادق لانه صدقك عن الصبح وبينه لك ، والصبح ماجمع بياضا وحمرة ومنه سمي الرجل الذي في لونه بياض وحمرة أصبح . فأما الفجر الاول فهو البياض المستدق صعداً من غير اعتراض فلا يتعلق به حكم ويسمى الفجر الكاذب ثم لايزال وقت الاختيار الى أن يسفر النهار لما تقدم في حديث جبريل وبريدة وما بعد ذلك وقت عذر وضرورة حتى تطلع الشمس لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن عمر « ووقت الفجر مالم تطلع الشمس ومن أدرك منها ركعة قبل أن تطلع الشمس كان مدركا لها » وفي إدراكها بما دون ذلك

في الصلاة والصيام فلا يؤمن أن يغرهم بأذانه اذا لم يكن كذلك . وقد روي عن أبي محذورة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمناء الناس على صلاتهم وسحورهم المؤذنون » رواه البيهقي من رواية يحيى بن عبد الحميد وفيه كلام ولانه يؤذن على موضع عال فلا يؤمن منه النظر الى العورات ، وأن يكون عالما بالأوقات ليتحراها فيؤذن في أولها ولانه اذا لم يكن عالما لايؤمن منه الغلط والخطأ . ويستحب أن يكون بصيراً لان الاعمى لايعرف الوقت فربما غلط . وكره أذان الاعمى ابن مسعود وابن الزبير وعن ابن عباس انه كره اقامته وإن أذن صح أذانه لان ابن أم مكتوم كان يؤذن للنبي ﷺ قال ابن عمر وكان رجلا أعمى لاينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت رواه البخاري ، ويستحب أن يكون معه بصير كما كان ابن أم مكتوم يؤذن بعد بلال ، وإن أذن الجاهل أيضا صح لانه اذا صح أذان الاعمى فالجاهل أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (فان تشاح فيه نفسان قدم أفضلهما في ذلك ، ثم أفضلهما في دينه وعقله) متى تشاح نفسان في الاذان قدم أفضلهما في الخصال المذكورة لان النبي صلى الله عليه وسلم قدم بلالا على عبدالله ابن زيد لكونه أندى صوتا منه وقدم أبا محذورة لصوته ، وقسنا عليه سائر الخصال فان استويا في هذه الخصال قدم أفضلهما في دينه وعقله لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليؤذن لكم خياركم وليؤمكم أقرؤكم » رواه أبو داود وابن ماجه . فان استويا قدم من يختاره الجيران

اختلاف قد ذكرناه ، وقال أصحاب الرأي : فيمن طلعت الشمس وقد صلى ركعة تفسد صلاته لانه صار في وقت نهي عن الصلاة فيه . وهذا لا يصح لقول رسول الله ﷺ « من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » متفق عليه ، وفي رواية « من أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته » متفق عليه ولانه أدرك ركعة من الصلاة في وقتها فكان مدركا لها في وقتها كبقية الصلوات وانما نهي عن النافلة ، فأما الفرائض فتصلى في كل وقت بدليل أن قبل طلوع الشمس وقت نهي أيضا ولا يمنع من فعل الفجر فيه .

(فصل) اذا شك في دخول الوقت لم يصل حتى يتيقن دخوله أو يغلب على ظنه ذلك مثل من هو ذو صنعة جرت عادته بعمل شيء مقدر الى وقت الصلاة أو قاريء جرت عادته بقراءة جزء فقرأه وأشباه هذا فمتى فعل ذلك وغلب على ظنه دخول الوقت أبيحت له الصلاة ، ويستحب تأخيرها قليلا احتياطا لتزداد غلبة ظنه إلا أن يخشى خروج الوقت أو تكون صلاة العصر في وقت الغيم فانه يستحب التبكير بها لما روى بريدة قال: كنا مع رسول الله ﷺ في غزاة فقال « بكروا بصلاة العصر في الغيم فانه من فاتته صلاة العصر حبط عمله » رواه البخاري وابن ماجه ومعناه والله أعلم التبكير بها اذا دخل وقت فعلها ليقين أو غلبة ظن وذلك لان وقتها المختار في زمن الشتاء يضيق فيخشى خروجه

(فصل) ومن أخبره ثقة عن علم عمل به لانه خبر ديني فقبل فيه قول الواحد كالرواية وإن أخبره عن اجتهاده لم يقلده واجتهد لنفسه حتى يغلب على ظنه لانه يقدر على الصلاة باجتهاد نفسه

لأن الأذان لاعلامهم فكان لرضاهم أثر في التقديم ولانهم أعلم بمن يبلغهم صوته ومن هو أعف عن النظر فان تساويا من جميع الجهات أقرع بينهما لقول النبي ﷺ « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا » ولما تشاح الناس في الاذان يوم القادسية أقرع بينهم سعد

﴿ مسئلة ﴾ (والاذان خمسة عشر كلمة لا ترجيع فيه) هذا اختيار أبي عبدالله رحمه الله كما جاء في حديث عبد الله بن زيد الذي رويناه ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وإسحاق وابن المنذر وقال مالك والشافعي ومن تبعهما من أهل الحجاز: الأذان المسنون أذان أبي محذورة وهو كما وصفنا في حديث عبدالله بن زيد ويزيد فيه الترجيع وهو أن يذكر الشهادتين مرتين مرتين يخفض بذلك ثم يعيدهما رافعا بهما صوته إلا أن مالكا قال التكبير في أوله مرتان حسب ، فيكون الاذان عنده سبعة عشر كلمة وعند الشافعي تسعة عشر كلمة واحتجوا بما روى أبو محذورة أن النبي ﷺ لقنه الاذان وألقاه عليه فقال له « تقول أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، تخفض بها صوتك ثم ترفع صوتك بالشهادة أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله » ثم ذكر سائر الاذان أخرجه مسلم، واحتج مالك قال: كان الاذان الذي يؤذن به أبو محذورة : الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله . رواه مسلم

فلم يصل باجتهاد غيره كحالة اشتباه القبلة ، والبصير والاعمى والمطمور القادر على التوصل إلى الاستدلال سواء لاستوائهم في إمكان التقدير بمرور الزمان كما بينا ، فتى صلى في هذه المواضع فبان أنه وافق الوقت أو بعده أجزأه لانه أدى ما فرض عليه وخوطب بأدائه ، وإن بان أنه صلى قبل الوقت لم يجزه لان المخاطبة بالصلاة وسبب الوجوب وجد بعد فعله فلم يسقط حكمه بما وجد قبله وان صلى من غير دليل مع الشك لم تجزه صلاته سواء أصاب أو أخطأ لانه صلى مع الشك في شرط الصلاة من غير دليل فلم يصح كما لو اشتبهت عليه القبلة فصلى من غير اجتهاد

(فصل) واذا سمع الاذان من ثقة عالم بالوقت فله تقليده لان الظاهر أنه لا يؤذن الا بعد دخول الوقت فجري مجرى خبره وقد قال النبي ﷺ « المؤذن مؤتمن » رواه أبو داود ، ولولا أنه يقلد ويرجع اليه ما كان مؤتمنا ، وجاء عنه عليه السلام أنه قال « خصلتان معلقتان في أعناق المؤذنين للمسلمين : صلاتهم وصيامهم » رواه ابن ماجه . ولان الاذان مشروع للاعلام بالوقت فلو لم يجز تقليد المؤذن لم تحصل الحكمة التي شرع الاذان من أجلها ، ولم يزل الناس يجتمعون في مساجدهم وجوامعهم في أوقات الصلاة فاذا سمعوا الاذان قاموا الى الصلاة وبنوا على أذان المؤذن من غير اجتهاد في الوقت ولا مشاهدة مايعرفونه من غير نكير فكان اجماعاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصلاة في أول الوقت أفضل إلا عشاء الآخرة ، وفي شدة الحر الظهر)

وجملته ان الاوقات ثلاثة أضرب وقت فضيلة ، وجواز ، وضرورة ، فأما وقت الجواز والضرورة

ولنا ما ذكرنا من حديث عبد الله بن زيد وهو أولى لان بلالا كان يؤذن به مع رسول الله ﷺ حضراً وسفراً وأقره النبي ﷺ عليه بعد أذان أبي محذورة ، قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسئل الى أي الاذان تذهب ؟ قال الى أذان بلال ، قيل له أليس حديث أبي محذورة بعد حديث عبد الله بن زيد لان حديث أبي محذورة بعد فتح مكة ؟ فقال أليس قد رجع النبي ﷺ الى المدينة فأقر بلالا على اذان عبد الله بن زيد ؟ ويحتمل أن النبي ﷺ انما أمر أبا محذورة بذكر الشهادتين سراً ليحصل له الاخلاص بهما فانه في الاسرار أبلغ ، وخص أبا محذورة بذلك لانه لم يكن مقراً بهما حينئذ فان الخبر انه كان مستهزئا يحكي أذان مؤذن رسول الله ﷺ فسمع النبي ﷺ صوته فدعاه فأمره بالاذان قال ولا شيء عندي أبغض من النبي ﷺ ولا مما يأمرني به ، فقصد النبي ﷺ نطقه بالشهادتين سراً ليسلم بذلك وهذا لا يوجد في غيره ، ودليل هذا الاحتمال كون النبي ﷺ لم يأمر به بلالا ولا غيره ممن هو ثابت الاسلام

﴿ مسئلة ﴾ (والاقامة احدى عشرة كلمة فان رجع في الاذان أو ثنى في الاقامة فلا بأس)

وجملة ذلك أن الاقامة المختارة عند امامنا رحمه الله اقامة بلال التي ذكرنا في حديث عبدالله بن

قد ذكرناها ، وأما وقت الفضيلة فهذا الذي ذكره الخرقي ، قال أحمد أول الوقت أعجب الي الا في صلاتين صلاة العشاء، وصلاة الظهر يبرد بها في الحر ، رواه الأثرم، وهكذا كان يصلي النبي ﷺ قال سيار بن سلامة دخلت أنا وأبي على أبي برزة الاسلمي فسأله أبي كيف كان رسول الله ﷺ يصلي المكتوبة ؟ قال : كان يصلي الهجير التي يدعونها الاولى حين تدحض الشمس ويصلي العصر ثم يرجع أحدنا الى رحله في أقصى المدينة والشمس حية ونسيت ماقال في المغرب وكان يستحب أن يؤخر من العشاء التي تدعونها العتمة وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها وكان ينفتل من صلاة الغداة حين يعرف الرجل جليسه ويقرأ بالستين الى المائة ، وقال جابر كان النبي ﷺ يصلي الظهر بالهاجرة ،والعصر والشمس نقية ، والمغرب اذا وجبت والعشاء أحيانا وأحيانا اذا رآهم اجتمعوا عجل واذا رآهم قد أبطؤا أخر والصبح كان النبي ﷺ يصليها بغلس ، متفق عليهما ، وقد روى الاموي في المغازي حديثا أسنده الى عبد الرحمن بن غنم قال حدثنا معاذ بن جبل قال لما بعثني رسول الله ﷺ الى اليمن قال « اظهر كبير الاسلام وصغيره وليكن من أكبرها الصلاة فانها رأس الاسلام بعد الاقرار بالدين ، اذا كان الشتاء فصلّ صلاة الفجر في أول الفجر ثم أطل القراءة على قدر ماتطيق ولا تملهم وتكره اليهم أمر

زيد وهي الله أكبر، الله أكبر، اشهد أن لا اله الا الله، اشهد ان محمداً رسول الله ،حي على الصلاة ،حي على الفلاح، قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة ، الله اكبر الله أكبر لا اله الا الله وبهذا قال الاوزاعي وأهل الشام ويحيى بن يحيى وأبو ثور وإسحاق والشافعي وأصحابه وأهل مكة ، وقال الثوري وأصحاب الرأي : الاقامة مثل الاذان وتزيد « قد قامت الصلاة مرتين » لما روي عن عبد الله بن زيد قال كان أذان رسول الله ﷺ شفعاً شفعاً في الاذان والاقامة رواه الترمذي ، وعن أبي محذورة أن النبي ﷺ علمه الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . وقال مالك الاقامة عشر كلمات يقول قد قامت الصلاة مرة واحدة لقول أنس أمر بلالا أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة متفق عليه

ولنا ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال انما كان الاذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والاقامة مرة مرة إلا أنه يقول قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة ، رواه الامام أحمد وأبو داود والنسائي وفي حديث عبد الله بن زيد انه وصف الاقامة كما ذكرنا والحديث الذي احتجوا به من حديث عبد الله بن زيد رواه عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى وقد قال الترمذي عبد الرحمن لم يسمع من عبد الله بن زيد وقال الصحيح ما روينا . والذي احتج به مالك حجة لنا لانه ذكره مجملا وقد فسره عبد الله بن عمر في حديثه وبينه فكان الاخذ به أولى ، وخبر ابي محذورة متروك بالاجماع لان الشافعي لايعمل به في الاقامة وأبو حنيفة لايعمل به في الاذان فكان الاخذ بحديث عبد الله بن زيد أولى ولأنا قد بينا ترجيحه في الاذان كذا في الاقامة والاختلاف ههنا

الله ثم عجل الصلاة الاولى بعد أن تميل الشمس وصل العصر والمغرب في الشتاء والصيف على ميقات واحد العصرَ والشمسُ بيضاء مرتفعة ، والمغرب حين تغيب الشمس وتوارى بالحجاب وصل العشاء فأعتم بها فان الليل طويل فاذا كان الصيف فاسفر بالصبح فان الليل قصير وان الناس ينامون فامهلهم حتى يدركوها وصل الظهر بعد أن ينقص الظل وتتحرك الريح فان الناس يقيلون فامهلهم حتى يدركوها وصل العتمة فلا تعتم بها ولا تصلها حتى يغيب الشفق» وروي أيضا في كتابه عن عمر أنه قال : والصلاة لها وقت شرطه الله لا تصح الا به : وقت صلاة الفجر حين يزايل الرجل أهيله ويحرم علي الصائم الطعام والشراب فاعطوها نصيبها من القراءة ، ووقت صلاة الظهر اذا كان القيظ واشتد الحر حين يكون ظلك مثلك وذلك حين يهجر المهجر وذلك لئلا يرقد عن الصلاة . فاذا كان في الشتاء فحين تزيغ عن الفلك حتى تكون على حاجبك الايمن والعصر والشمس بيضاء نقية قبل أن تصفر والمغرب حين يفطر الصائم والعشاء حين يغسق الليل وتذهب حمرة الافق إلى أن يذهب ثلث الليل الاول ، من نام عنها بعد ذلك فلا أرقد الله عينه . هذه مواقيت الصلاة (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا)

(فصل) ولا نعلم في استحباب تعجيل الظهر في غير الحر والغيم خلافا قال الترمذي : وهو الذي اختاره أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وذلك لما ثبت من حديث أبي برزة وجابر وغيرهما عن النبي صلى الله عليه وسلم وقالت عائشة رضي الله عنها : ما رأيت أشد تعجيلا للظهر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا من أبي بكر ولا من عمر . قال الترمذي : هذا

في الافضلية مع جواز كل واحد من الامرين نص عليه الامام أحمد، وبه قال اسحاق لكون كل واحد من الامرين قد صح عن النبي ﷺ

﴿مسألة﴾ (ويقول في آذان الصبح الصلاة خير من النوم مرتين) وهذا مستحب في صلاة الصبح خاصة بعد قوله حي على الفلاح ويسمى هذا التثويب وبه قال ابن عمر والحسن ومالك والثوري واسحاق والشافعي في الصحيح عنه ، وقال أبو حنيفة التثويب بين الاذان والاقامة في الفجر أن يقول « حي على الصلاة » مرتين «حي على الفلاح» مرتين

ولنا ماروى النسائي وأبو داود عن أبي محذورة : فان كان صلاة الصبح قلت الصلاة خير من النوم الصلاة خير من النوم الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله . وما ذكروه قال اسحاق هذا شيء أحدثه الناس. وقال الترمذي وهو التثويب الذي كرهه أهل العلم ، ويكره التثويب في غير الفجر سواء ثوب في الاذان أو بعده لما روي عن بلال قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أثوب في الفجر ونهاني أن أثوب في العشاء رواه الامام احمد وابن ماجه ، ودخل ابن عمر مسجداً يصلي فيه فسمع رجلا يثوب في أذان الظهر فخرج فقيل له الى أين ؟ فقال أخرجتني البدعة ولان صلاة الفجر وقت ينام فيه عامة الناس فاختص بالتثويب لاختصاصه بالحاجة إليه

(فصل) ولايجوز الخروج من المسجد بعد الاذان الا لعذر ، قال الترمذي وعلى هـذا العمل

حديث حسن ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الوقت الاول من الصلاة رضوان الله ،والوقت الاخير عفو الله تعالى » قال الترمذي هذا حديث غريب، وأما في شدة الحر فكلام الخرقي يقتضي استحباب الابراد بها على كل حال وهو ظاهر كلام احمد قال الاثرم : وعلى هذا مذهب أبي عبد الله سواء يستحب تعجيلها في الشتاء والابراد بها في الحر ، وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا اشتد الحر فابردوا بالصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم » رواه الجماعة عن أبي هريرة وهذا عام ، وقال القاضي : انما يستحب الابراد بثلاثة شروط ، شدة الحر وان يكون في البلدان الحارة ومساجد الجماعات، فاما من صلاها في بيته او في مسجد بفناء بيته فالافضل تعجيلها وهذا مذهب الشافعي لان التأخير انما يستحب لينكسر الحر ويتسع في الحيطان ويكثر السعي الى الجماعات ومن لا يصلي في جماعة لا حاجة به الى التأخير ، وقال القاضي في الجامع : لا فرق بين البلدان الحارة وغيرها ولا بين كون المسجد ينتابه الناس أو لا فان احمد رحمه الله كان يؤخرها في مسجده ولم يكن بهذه الصفة والاخذ بظاهر الخبر أولى ومعنى الابراد بها تأخيرها حتى ينكسر الحر ويتسع في الحيطان وفي حديث أبي ذر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أبرد حتى رأينا فيء التلول » وهذا إنما يكون مع كثرة تأخيرها ولا يؤخرها الى آخر وقتها بل يصليها في وقت اذا فرغ يكون بينه وبين آخر الوقت فضل ، وقد روى ابن مسعود

من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم أن لا يخرج أحد من المسجد بعد الاذان الا من عذر ، قال أبو الشعثاء كنا قعوداً مع أبي هريرة في المسجد فأذن المؤذن فقام رجل من المسجد يمشي فأتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد . فقال أبو هريرة أما هذا فقد عصى أبا القاسم ﷺ رواه مسلم وأبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح ، وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أدركه الاذان في المسجد ، ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجعة فهو منافق . رواه ابن ماجه . فأما ان خرج لعذر كفعل ابن عمر حين سمع التثويب فجائز وكذلك من نوى الرجعة لحديث عثمان والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن يترسل في الاذان ويحدر الاقامة) الترسل التمهل والتأني من قولهم جاء فلان على رسله - والحدر ضد ذلك وهو الاسراع وهو من آداب الاذان ومستحباته وهذا مذهب ابن عمر وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة وصاحباه وابن المنذر ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لقول النبي ﷺ لبلال « اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر » رواه الترمذي وقال في اسناده مجهول ، وروى أبو عبيد باسناده عن عمر رضي الله عنه أنه قال للمؤذن « اذا أذنت فترسل ، واذا أقمت فاحذم وأصل الحذم في المشي الاسراع ولانه يحصل به الفرق بين الاذان والاقامة فاستحب كالافراد ولان الاذان اعلام الغائبين فالتثبت فيه أبلغ في الاعلام والاقامة اعلام الحاضرين فلا حاجة اليه فيها ، وذكر أبو عبد الله بن بطة أنه في الاذان والاقامة لا يصل الكلام بعضه ببعض معربا بل

قال : كان قدر رسول الله ﷺ في الصيف ثلاثة أقدام ، وفي الشتاء خمسة أقدام إلى تسعة أقدام . رواه أبو داود والنسائي ، فأما الجمعة فيسن تعجيلها في كل وقت بعد الزوال من غير إبراد لان سلمة ابن الاكوع قال : كنا نجمع مع رسول الله ﷺ اذا زالت الشمس . متفق عليه ، ولم يبلغنا أنه أخرها بل كان يعجلها حتى قال سهل بن سعد : ما كنا نقيل ولا نتغدى الا بعد الجمعة . أخرجه البخاري ، ولان السنة التبكير بالسعي اليها ويجتمع الناس لها فلو أخرها لتأذى الناس بتأخير الجمعة .

(فصل) ذكر القاضي أنه يستحب تأخير الظهر والمغرب في الغيم وتعجيل العصر والعشاء فيه قال : ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية الجماعة منهم المروذي فقال : يؤخر الظهر في يوم الغيم ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء وعلل القاضي ذلك بأنه وقت يخاف منه العوارض والموانع من المطر والريح والبرد فتلحق المشقة في الخروج لكل صلاة . وفي تأخير الصلاة الاولى من صلاتي الجمع وتعجيل الثانية دفع لهذه المشقة لكونه يخرج اليهما خروجا واحداً فيحصل به الرفق كما يحصل بجمع الصلاتين في وقت احداهما ، وبهذا قال أبوحنيفة والاوزاعي . وروي عن عمر رضي الله عنه مثل ذلك في الظهر والعصر ، وعن ابن مسعود يعجل الظهر والعصر ويؤخر المغرب . وقال الحسن يؤخر الظهر . وظاهر كلام الخرقي أنه يستحب تعجيل الظهر في غير الحر ، والمغرب في كل حال

جزما وحكاه ابن الاعرابي عن أهل اللغة ، وروي عن ابراهيم النخعي أنه قال : شيئان مجزومان كانوا لايعربونهما الاذان والاقامة وهذا إشارة إلى جميعهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤذن قائما متطهراً على موضع عال مستقبل القبلة) قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من السنة أن يؤذن المؤذن قائما . وروي في حديث أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال « قم فأذن » وكان مؤذنو رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤذنون قياما ، فان أذن قاعداً لعذر فلا بأس ، قال الحسن العبدي رأيت أبا زيد صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤذن قاعداً وكانت رجله أصيبت في سبيل الله . رواه الاثرم ، وإن فعله لغير عذر فقد كرهه أهل العلم ويصح لأنه ليس آكد من الخطبة وتصح من القاعد

(فصل) ويجوز الاذان على الراحلة . قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن الاذان على الراحلة فسهل فيه ، قال ابن المنذر ثبت أن ابن عمر كان يؤذن على البعير وينزل فيقيم ، ولانه اذا جاز التنفل على الراحلة فالاذان أولى به . قاله سالم بن عبد الله وربعي بن خراش ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي الا أن مالكا قال لايقيم وهو راكب

(فصل) ويستحب أن يؤذن متطهراً من الحدثين الاصغر والاكبر لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال « لايؤذن الا متوضيء » رواه الترمذي ، وروي موقوفا على أبي هريرة والموقوف أصح فان أذن محدثا جاز لانه لايزيد على قراءة القرآن والطهارة لاتشترط لها وهو قول الشافعي والثوري وأبي

وهو مذهب الشافعي قال متى غلب على ظنه دخول الوقت باجتهاده استحب له التعجيل ، ويحتمل أن أحمد رحمه الله انما أراد بتأخير الظهر والمغرب ليتيقن دخول وقتهما ولا يصلي مع الشك ، وقد نقل أبو طالب كلاما يدل على هذا قال : يوم الغيم يؤخر الظهر حتى لا يشك أنها قدحانت ويعجل العصر والمغرب يؤخرها حتى يعلم أنه سواد الليل ويعجل العشاء

(فصل) وأما العصر فتعجيلها مستحب بكل حال وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة وأنس وابن المبارك وأهل المدينة والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وروي عن أبي قلابة وابن شبرمة أنهما قالا انما سميت العصر لتعصر - يعنيان أن تأخيرها أفضل . وقال أصحاب الرأي : الافضل فعلها في آخر وقتها المختار لما روى نافع بن خديج أن النبي ﷺ كان يأمر بتأخير العصر . وعن علي ابن شيبان قال : قدمنا على رسول الله ﷺ فكان يؤخر العصر مادامت بيضاء نقية . رواه أبو داود ولانها آخر صلاتي جمع فاستحب تأخيرها كصلاة العشاء

ولنا ماذكرناه من حديث أبي برزة وقال رافع بن خديج : كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ثم ينحر الجزور فيقسم عشرة أجزاء ثم يطبخ فيؤكل لحما نضيجا قبل مغيب الشمس . متفق عليه ، وعن أبي امامة قال : صلينا مع عمر بن عبد العزيز الظهر ثم خرجنا حتى دخلنا على أنس بن مالك فوجدناه يصلي العصر فقلنا ياأبا عمارة ماهذه الصلاة التي صليت ؟ قال : العصر وهذه صلاة رسول الله ﷺ التي كنا نصليها معه . رواه البخاري ومسلم ، وعن أبي المليح

حنيفة ويكره له ذلك رويت كراهته عن عطاء ومجاهد والاوزاعي والشافعي واسحاق وابن المنذر ورخص فيه النخعي والحسن البصري وقتادة وحماد وقال مالك يؤذن على غير وضوء ولا يقيم الا على وضوء

(فصل) فان أذن جنبا ففيه روايتان (احداهما) لا يعتد به اختاره الخرقي وهو قول اسحاق لما ذكرنا من الحديث ولانه ذكر مشروع للصلاة أشبه القراءة والخطبة (والثانية) يعتد به . قال الآمدي وهو المنصوص عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم لأنه أحد الحدثين فلم يمنع صحته كالآخر

ويستحب أن يؤذن على موضع عال لانه أبلغ في الاعلام ، وروي عن امرأة من بني النجار قالت : كان بيتي من أطول البيوت حول المسجد وكان بلال يؤذن عليه الفجر فيأتي بسحر فيجلس على البيت ينظر إلى الفجر فاذا رآه تمطى ثم قال : اللهم إني أستعينك وأستعديك على قريش أن يقيموا دينك قالت ثم يؤذن . رواه أبو داود

ويؤذن مستقبل القبلة ولا نعلم خلافا في استحبابه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من السنة أن يستقبل القبلة بالاذان وذلك لان مؤذني النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يؤذنون مستقبلي القبلة ، فان أخل باستقبال القبلة كره له ذلك وصح . وإن مشى في أذانه لم يبطل لان الخطبة لاتبطل به وهي آكد منه ولانه لايخل بالاعلام المقصود من الاذان وسئل أحمد عن الرجل يؤذن وهو يمشي قال نعم أمر الاذان عندي سهل وسئل عن المؤذن يمشي وهو يقيم فقال يعجبني أن يفرغ

قال : كنا مع أبي بريدة في غزوة في يوم ذي غيم فقال : بكروا الصلاة العصر فان النبي ﷺ قال: « من فاتته صلاة العصر حبط عمله » رواه البخاري . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « الوقت الاول من الصلاة رضوان الله ، والوقت الآخر عفو الله » يرويه عبدالله بن عمر العمري ، قال أبوعيسى هذا حديث غريب. وأما حديث رافع الذي احتجوا به فلا يصح قاله الترمذي . وقال الدارقطني : يرويه عبد الواحد بن نافع وليس بالقوي ولا يصح عن رافع ولا عن غيره من الصحابة ، والصحيح عنهم تعجيل صلاة العصر والتبكير بها .

(فصل) وأما المغرب فلا خلاف في استحباب تقديمها في غير حال العذر وهو قول أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم قاله الترمذي . وقد ذكرنا في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصليها اذا وجبت ، وقال رافع بن خديج : كنا نصلي المغرب مع النبي ﷺ فينصرف أحدنا وانه ليبصر مواقع نبله ، متفق عليه . وعن أنس مثله رواه أبوداود وعن سلمة بن الاكوع قال : كان النبي ﷺ يصلي المغرب ساعة تغرب الشمس اذا غاب حاجبها، رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وهذا لفظ أبي داود . وفعل جبريل لها في اليومين في وقت واحد دليل على تأكيد استحباب تقديمها

(فصل) وأما صلاة العشاء فيستحب تأخيرها الى آخر وقتها إن لم يشق وهو اختيار أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين ، قاله الترمذي . وحكي عن الشافعي أن الافضل

ثم يمشي ، وقال في رواية حرب في المسافر أحب الي أن يؤذن ووجهه الى القبلة وأرجو أن يجزيء

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أبلغ الحيعلة التفت يمينا وشمالا ولم يستدر) الحيعلة قوله : حي على الصلاة ، حي على الفلاح . ويستحب للمؤذن أن يلتفت يمينا اذا قال حي الصلاة ، ويساراً اذا قال حي على الفلاح ، ولا يزيل قدميه . وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول النخعي والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة وصاحبيه والشافعي. لما روى أبوجحيفة قال رأيت بلالا يؤذن فجعلت أتتبع فاه ههنا وههنا يقول يمينا وشمالا يقول حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، متفق عليه . وفي لفظ قال أتيت رسول الله ﷺ وهو في قبة حمراء من أدم فخرج بلال فأذن فلما بلغ حي على الصلاة حي على الفلاح لوى عنقه يمينا وشمالا ولم يستدر ، رواه ابو داود . وذكر أصحابنا عن أحمد فيمن أذن في المنارة روايتين (احداهما) لا يدور للخبر وكما لو كان على وجه الارض (والثانية) يدور لانه لا يحصل بدونه وتحصيل المقصود مع الاخلال بالآداب أولى من العكس وهذا قول اسحاق

(فصل) ويستحب رفع الصوت بالاذان لانه أبلغ في الاعلام وأعظم للاجر لما ذكرنا في خبر أبي سعيد ولا يجهد نفسه زيادة على طاقته كيلا يضر بنفسه وينقطع صوته ، قال القاضي ويرفع نظره الى السماء لان فيه حقيقة التوحيد ، ومتى أذن لعامة الناس جهر بجميع الاذان ، ولا يجهر بالبعض ويخافت بالبعض لانه مخل بمقصود الاذان ، وان أذن لنفسه أو لجماعة خاصة حاضرين فله أن يخافت ويجهر

تقديمها لقول النبي ﷺ « الوقت الاول رضوان الله ، والوقت الآخر عفو الله » وروى القاسم بن غنام عن بعض أمهاته عن أم فروة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن أحب الاعمال الى الله عز وجل الصلاة لاول وقتها » ولان النبي ﷺ لم يكن يؤخرها وانما أخرها ليلة واحدة ولا يفعل إلا الافضل

ولنا قول أبي برزة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحب أن يؤخر من العشاء التي يدعونها العتمة . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء الى ثلث الليل أو نصفه » وهو حديث حسن صحيح وأحاديثهم ضعيفة . أما خبر « الوقت الاول رضوان الله » فيرويه عبدالله بن عمر العمري وهو ضعيف . وحديث أم فروة رواته مجاهيل . قال أحمد رحمه الله : لا أعلم شيئاً ثبت في أوقات الصلاة أولها كذا وأوسطها كذا وآخرها كذا يعني مغفرة ورضوانا وقال ليس ذا ثابتا . ولو ثبت فالأخذ بأحاديثنا الخاصة أولى من الاخذ بالعموم مع صحة أخبارنا وضعف أخبارهم .

(فصل) وانما يستحب تأخيرها للمنفرد والجماعة راضين بالتأخير ، فاما مع المشقة على المأمومين أو بعضهم فلا يستحب بل يكره نص عليه أحمد رحمه الله . قال الاثرم : قلت لابي عبد الله كم قدر تأخير العشاء ؟ فقال ماقدر يؤخرها بعد أن لا يشق على المأمومين وقد ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم

وان يجهر بالبعض ويخافت بالبعض إلا أن يكون في غير وقت الاذان فلا يجهر بشيء منه لئلا يغر الناس

﴿ مسئلة ﴾ (ويجعل أصبعيه في أذنيه) وذلك مستحب وهو المشهور عن أحمد وعليه العمل عند أهل العلم كذلك قال الترمذي لما روى ابو جحيفة ان بلالا وضع أصبعيه في أذنيه رواه الامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعن سعد القرظ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يجعل أصبعيه في أذنيه وقال انه أرفع لصوتك ، رواه ابن ماجه . وقال الخرقي يجعل أصبعيه مضمومة على أذنيه رواه ابوطالب عن احمد انه قال أحب إلي أن يجعل يديه على أذنيه على حديث أبي محذورة واحتج لذلك القاضي بما روى ابو حفص باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا بعث مؤذنا يقول له : اضمم أصابعك مع كفيك واجعلها مضمومة على أذنيك، وبما روى الامام احمد عن أبي محذورة انه كان يضم اصابعه والاول أصح لصحة الحديث وشهرته وعمل اهل العلم به وأيهما فعل فحسن وإن ترك الكل فلا بأس

﴿ مسئلة ﴾ (ويتولاهما معاً) يستحب أن يتولى الاقامة من يتولى الاذان وهو قول الشافعي ، وقال ابوحنيفة ومالك لا فرق بينه وبين غيره لما روى ابو داود في حديث عبدالله بن زيد حين رأى الاذان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «القه على بلال فانه أندى صوتا منك» فألقاه عليه فأذن بلال فقال عبدالله أنا رأيته وأنا كنت أريده قال له أقم أنت، ولانه يحصل المقصود منه أشبه مالو تولاهما معاً

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زياد بن الحرث الصدائي « أن أخا صداء أذن ومن

تأخير العشاء والامر بتأخيرها كراهية المشقة على أمته وقال النبي ﷺ « من شق على أمتي شق الله عليه » وإنما نقل التأخير عنه مرة أو مرتين ولعله كان لشغل أو اتيان آخر الوقت وأما في سائر أوقاته فانه كان يصليها على مارواه جابر أحيانا وأحيانا ـ اذا رآهم قد اجتمعوا عجل واذا رآهم قد أبطؤا أخر ، وعلى مارواه النعمان بن بشير أنه كان يصلي العشاء لسقوط القمر لثالثة فيستحب للامام الاقتداء بالنبي ﷺ في إحدى هاتين الحالتين ولا يؤخرها تأخيراً يشق على المأمومين فان النبي ﷺ كان يأمر بالتخفيف رفقاً بالمأمومين وقال « إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد اطالتها فأسمع بكاء الصبي فأخففها كراهية أن أشق على أمه » متفق عليه

(فصل) وأما صلاة الصبح فالتغليس بها أفضل وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وأبي موسى وابن الزبير وعمر بن عبد العزيز ما يدل على ذلك قال ابن عبدالبر صح عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعمر وعثمان انهم كانوا يغلسون ومحال أن يتركوا الافضل ويأتوا الدون وهم النهاية في إتيان الفضائل . وروي عن أحمد رحمه الله أن الاعتبار بحال المأمومين فان أسفروا فالافضل الاسفار لان النبي ﷺ كان يفعل ذلك في العشاء كما ذكر جابر فكذلك في الفجر . وقال الثوري وأصحاب الرأي : الافضل الاسفار لما روى رافع بن خديج قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اسفروا بالفجر ، فانه أعظم للأجر » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ؛

أذن فهو يقيم » ولانهما ذكران يتقدمان الصلاة فسن أن يتولاهما واحد كالخطبتين وما ذكروه يدل على الجواز وهذا على الاستحباب

(فصل) فان سبق المؤذن بالاذان فأراد المؤذن أن يقيم . فقال أحمد لو أعاد الاذان كما صنع أبو محذورة فروى عبدالعزيز بن رفيع قال رأيت رجلا أذن قبل أبي محذورة . قال فجاء أبو محذورة فأذن ثم أقام أخرجه الاثرم . فان أقام بغير اعادة فلا بأس وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا من حديث عبدالله بن زيد

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب للمؤذن أن يقيم في موضع أذانه الا أن يشق عليه) يعني يقيم الصلاة في الموضع الذي يؤذن فيه كذلك روي عن أحمد قال أحب إلي أن يقيم في مكانه ولم يبلغني فيه شيء الا حديث بلال : لاتسبقني بآمين . يعني لو كان يقيم في المسجد لما خاف أن يسبقه بالتأمين لان النبي ﷺ انما كان يكبر بعد فراغ بلال من الاقامة . ولان الاقامة شرعت للاعلام بدليل قول ابن عمر كنا إذا سمعنا الاقامة توضأنا ثم خرجنا الى الصلاة فينبغي أن تكون في موضع الاذان لكونه أبلغ في الاعلام ، فأما ان شق عليه ذلك بحيث يؤذن في المنارة أو في مكان بعيد من المسجد فيقيم في غير موضعه لئلا يفوته بعض الصلاة

ولنا ماتقدم من حديث جابر وأبي برزة وقول عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله ﷺ يصلي الصبح فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس ، متفق عليه . وعن أبي مسعود الانصاري أن رسول الله ﷺ غلس بالصبح ثم أسفر مرة ثم لم يعد إلى الاسفار حتى قبضه الله ، رواه أبو داود قال الخطابي : وهو صحيح الاسناد . وقالت عائشة رضي الله عنها ما صلى النبي ﷺ صلاة لوقتها الآخر مرتين حتى قبضه الله ، وهذا حديث غريب وليس اسناده بمتصل فأما الاسفار المذكور في حديثهم فالمراد به تأخيرها حتى يتبين طلوع الفجر وينكشف يقينا من قولهم أسفرت المراة اذا كشفت وجهها .

(فصل) ولا يأثم بتعجيل الصلاة التي يستحب تأخيرها ولا بتأخير مايستحب تعجيله اذا أخره عازما على فعله مالم يخرج الوقت أو يضيق عن فعل العبادة جميعها لان جبريل صلاها بالنبي ﷺ في أول الوقت وآخره وصلاها النبي ﷺ في أول الوقت وآخره وقالا « الوقت مابين هذين » ولان الوجوب موسع فهو كالتكفير يجب موسعا بين الاعيان فان أخر غير عازم على الفعل أثم بذلك التأخير المقترن بالعزم . فان أخرها بحيث لم يبق من الوقت مايتسع لجميع الصلاة أثم أيضا لان الركعة الاخيرة من جملة الصلاة فلا يجوز تأخيرها عن الوقت كالاولى .

(فصل) فان أخر الصلاة عن أول وقتها بنية فعلها فمات قبل فعلها لم يكن عاصيا لانه فعل ما

(فصل) ولا يقيم إلا باذن الامام فان بلالا كان يستأذن النبي ﷺ وفي حديث زياد بن الحارث الصدائي أنه قال فجعلت أقول للنبي صلى الله عليه وسلم أقيم أقيم ؟ وروى أبو حفص باسناده عن علي قال : المؤذن أملك بالاذان والامام أملك بالاقامة ورواه البيهقي . قال وقد روي عن أبي هريرة مرفوعا وليس بمحفوظ (١)

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح الاذان إلا مرتبا متواليًا فان نكسه أو فرق بينه بسكوت طويل أو كلام كثير أو محرم لم يعتد به) وجملة ذلك أن من شرط صحة الاذان أن يكون مرتبا متواليا لانه لايعلم أنه أذان بدونهما ولأ نه شرع في الاصل كذلك وعلمه النبي ﷺ أبا محذورة مرتبا فان نكسه لم يصح لما ذكرنا

(فصل) ولا يستحب أن يتكلم في أثناء الاذان وكرهه طائفة من أهل العلم منهم النخعي وابن سيرين .قال الاوزاعي لم نعلم أحداً يقتدي به فعل ذلك .ورخص فيه الحسن وعطاء وعروة وسليمان ابن صرد . فان لم يطل الكلام جاز وان طال الكلام بطل الاذان لاخلاله بالموالاة المشترطة فيه، وكذلك لو سكت سكوتا طويلا أو نام نوما طويلا أو أغمي عليه طويلا أو أصابه جنون يقطع الموالاة بطل أذانه لما ذكرنا وإن كان يسيراً محرما ففيه وجهان (أحدهما) لايبطل لانه لايخل بالمقصود أشبه المباح (والثاني) يبطل الاذان لأ نه فعل محرما أشبه الردة . فان ارتد في أثناء الاذان بطل لقوله تعالى (لئن أشركت ليحبطن عملك) وإن ارتد بعده . فقال القاضي يبطل قياسا على الطهارة (قال شيخنا)

١) حديث ابي هريرة رواه ابن عدي في ترجمة شريك القاضي وضعفه به ولكن وثقه ابن معين واحمد والصواب ما حققه الحافظ ابن حجر من أنه صدوق يخطيء كثيرا وقد تغير حفظه منذ ولي القضاء

يجوز له فعله والموت ليس من فعله فلا يأثم به

(فصل) ومن صلى قبل الوقت لم تجز صلاته في قول أكثر أهل العلم سواء فعله عمداً أو خطأ كل الصلاة أو بعضها وبه قال الزهري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن عمر وأبي موسى أنهما أعادا الفجر لانهما صلياها قبل الوقت ، وروي عن ابن عباس في مسافر صلى الظهر قبل الزوال يجزئه ونحوه قال الحسن والشعبي ، وعن مالك كقولنا وعنه فيمن صلى العشاء قبل مغيب الشفق جاهلا أو ناسيا يعيد ما كان في الوقت فان ذهب الوقت قبل علمه أو ذكر فلا شيء عليه

ولنا أن الخطاب بالصلاة يتوجه الى المكلف عند دخول وقتها وما وجد بعد ذلك ما يزيله ويبرىء الذمة منه فيبقى بحاله

« مسئلة » قال (وإذا تطهرت الحائض وأسلم الكافر وبلغ الصبي قبل أن تغرب الشمس صلوا الظهر فالعصر ، وان بلغ الصبي وأسلم الكافر وطهرت الحائض قبل أن يطلع الفجر صلوا المغرب وعشاء الآخرة)

وروي هذا القول في الحائض تطهر عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس وطاوس ومجاهد والنخعي والزهري وربيعة ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبي ثور . قال الامام أحمد : عامة التابعين يقولون بهذا القول الا الحسن وحده قال : لا تجب الا الصلاة التي طهرت في وقتها وحدها

والصحيح أنه لا يبطل لانها وجدت بعد فراغه وانقضاء حكمه فأشبه سائر العبادات . فاما الطهارة فحكمها باق بدليل أنها تبطل بمبطلاتها فاما الاقامة فلا ينبغي أن يتكلم فيها لانه يستحب حدرها ، قال أبو داود قلت لاحمد الرجل يتكلم في أذانه ؟ قال نعم فقيل له يتكلم في الاقامة قال لا ، وقد روي عن الزهري أنه إذا تكلم في الاقامة أعادها ، وأكثر أهل العلم على أنه يجزئه قياسا على الاذان وليس للرجل أن يبني على أذان غيره لانها عبادة بدنية فلا تصح من شخصين كالصلاة . فاما الكلام بين الاذان والاقامة فجائز وكذلك بعد الاقامة قبل الدخول في الصلاة لانه روي عن عمر أنه كان يكلم الرجل بعد ما تقام الصلاة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح الا بعد دخول الوقت الا الفجر فانه يؤذن لها بعد نصف الليل) أما الاذان لغير الفجر قبل الوقت فلا يجزيء بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من السنة أن يؤذن للصلاة بعد دخول وقتها إلا الفجر ولان الاذان شرع للاعلام بالوقت فلا يشرع قبل الوقت لعدم حصول المقصود

(فصل) وأما الفجر فيشرع لها الأذان قبل الوقت ، وهو قول مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وقال الثوري وأبو حنيفة ومحمد لا يجوز لما روى ابن عمر أن بلالا أذن قبل طلوع الفجر فامره النبي ﷺ أن يرجع فينادي ألا ان العبد نام فرجع فنادى : ألا إن العبد نام ، وعن بلال أن

وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لان وقت الاولى خرج في حال عذرها فلم تجب كما لو لم يدرك من وقت الثانية شيئا، وحكي عن مالك أنه إذا أدرك قدر خمس ركعات من وقت الثانية وجبت الاولى لان قدر الركعة الاولى من الخمس وقت الصلاة الاولى في حال العذر فوجبت بادراكه كما لو أدرك ذلك من وقتها المختار بخلاف ما لو أدرك دون ذلك

ولنا ماروى الاثرم وابن المنذر وغيرهما باسنادهم عن عبد الرحمن بن عوف وعبدالله بن عباس أنهما قالا في الحائض تطهر قبل طلوع الفجر بركعة تصلي المغرب والعشاء. فاذا طهرت قبل أن تغرب الشمس صلت الظهر والعصر جميعا ولان وقت الثانية وقت الأولى حال العذر فاذا أدركه المعذور لزمه فرضها كما يلزمه فرض الثانية

(فصل) والقدر الذي يتعلق به الوجوب قدر تكبيرة الاحرام، وقال الشافعي: قدر ركعة لان ذلك هو الذي روي عن عبد الرحمن وابن عباس ولانه ادراك تعلق به ادراك الصلاة فلم يكن باقل من ركعة كادراك الجمعة، وقال مالك خمس ركعات

ولنا أن مادون الركعة تجب به الثانية فوجبت به الاولى كالركعة والخمس عندمالك ولانه ادراك فاستوى فيه القليل والكثير كادراك المسافر صلاة المقيم. فاما الجمعة فانما اعتبرت الركعة بكمالها لكون

رسول الله ﷺ قال له « لاتؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا » ومد يديه عرضا رواهما أبو داود وقال طائفة من أهل الحديث إذا كان له مؤذنان يؤذن أحدهما قبل طلوع الفجر والآخر بعده فلا بأس وإلا فلا لان الاذان قبل الفجر يفوت المقصود من الاعلام بالوقت فلم يجز كبقية الصلوات فاما إذا كان له مؤذنان يحصل إعلام الوقت باحدهما كما كان النبي ﷺ جاز

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » متفق عليه وهذا يدل على دوام ذلك منه وقد أقره النبي ﷺ عليه ولم ينهه فدل على جوازه وروى زياد بن الحارث الصدائي قال: لما كان أذان الصبح أمرني النبي صلى الله عليه وسلم فاذنت فجعلت أقول: أقيم أقيم يارسول الله؟ فجعل ينظر إلى ناحية المشرق فيقول « لا » حتى إذا طلع الفجر نزل فبرز ثم انصرف الي وقد تلاحق أصحابه فتوضأ فاراد بلال أن يقيم فقال النبي ﷺ « إن أخا صداء قد أذن ومن أذن فهو يقيم » قال فاقمت رواه أبو داود والترمذي [1] وهذا قد أمره النبي صلى الله عليه وسلم لاذان قبل طلوع الفجر وهو حجة على من قال انما يجوز ذلك إذا كان معه مؤذنان فان زيادا أذن وحده وفي حديث ابن عمر الذي احتجوا به ولم يروه كذلك الا حماد ابن زيد رواه أحمد بن زيد والدراوردي فقالا كان مؤذن لعمر يقال له مسعود وقال هذا أصح. وقال الترمذي في هذا الحديث إنه غير محفوظ وكذلك قال علي بن المديني والحديث الآخر قال ابن عبد البر لا تقوم بمثله حجة لضعفه وانقطاعه وإنما اختصت الفجر بذلك دون سائر الصلوات لانه وقت النوم ليتأهب الناس للخروج إلى الصلاة وينتبهوا ولا يوجد ذلك في غيرها، وقد روي في بعض

١) ضعفه الترمذي بعبد الرحمن بن زياد ابن انعم الافريقي ولكنه قال والعمل على هذا عند اكثر اهل العلم ان من اذن فهو يقيم

الجماعة شرطا فيها فاعتبر إدراك ركعة كي لا يفوته شرطها في معظمها بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان أدرك المكلف من وقت الاولى من صلاتي الجمع قدراً تجب به ثم جن أو كانت امرأة فحاضت أو نفست ثم زال العذر بعد وقتها لم تجب الثانية في احدى الروايتين . ولا يجب قضاؤها وهذا اختيار ابن حامد ، والاخرى يجب ويلزم قضاؤها لانها احدى صلاتي الجمع فوجبت بادراك جزء من وقت الاخرى كالاولى ، ووجه الاولى أنه لم يدرك جزءاً من وقتها ولا وقت تبعها فلم تجب كما لو لم يدرك من وقت الاولى شيئا . وفارق مدرك وقت الثانيـة فانه أدرك وقت تبع الاولى فان الاولى تفعل في وقت الثانية متبوعة مقصودة يجب تقديمها والبداية بها بخلاف الثـانية مع الاولى ، ولان من لا يجوز الجمع الا في وقت الثانية ليس وقت الاولى عنده وقتا للثانية بحال فلا يكون مدركا لشيء من وقتها ووقت الثانية وقت لهما جميعاً لجواز فعل الاولى في وقت الثانية ، ومن جوز الجمع في وقت الاولى فانه يجوز تقديم الثانية رخصة تحتاج الى نية التقديم وترك التفريق . ومتى أخر الاولى الى الثانية كانت مفعولة واجبة لا يجوز تركها ولا يجب نية جمعها ولا يشترط ترك التفريق بينهما فلا يصح قياس الثانية على الاولى والاصل أن لا تجب صلاة الا بادراك وقتها

(فصل) وهذه المسئلة تدل على أن الصلاة لا تجب على صبي ولا كافر ولا حائض اذ لو كانت الصلاة واجبة عليهم لم يكن لتخصيص القضاء بهذه الحال معنى وهذا الصحيح في المذهب، فأما الحائض فقد ذكرنا حكمها في بابها . وأما الكافر فان كان أصلياً لم يلزمه قضاء ما تركه من العبادات في حال

الاحاديث « ان بلالا يؤذن بليل لينتبه نائمكم ويرجع قائمكم » رواه أبو داود ولا ينبغي أن يتقدم على الوقت كثيراً اذا كان المعنى فيه ماذكرنا وقد روي أن بلالا كان بين أذانه وأذان ابن أم مكتوم أن ينزل هذا ويصعد هذا . وقال بعض أصحابنا ويجوز أن يؤذن لها بعد نصف الليل وهو مذهب الشافعي لان بذلك يخرج وقت العشاء المختار ويدخل وقت الدفع من مزدلفة ورمي جمرة العقبة وطواف الزيارة وروى الاثرم قال كان مؤذن دمشق يؤذن لصلاة الصبح في السحر بقدر ما يسير الراكب ستة أميال فلا ينكر ذلك مكحول ولا يقول شيئا

(فصل) ويستحب أن لا يؤذن قبل الفجر الا أن يكون معه مؤذن آخر يؤذن اذا أصبح كبلال وابن أم مكتوم ولانه إذا لم يكن كذلك لم يحصل الاعلام بالوقت المقصود بالاذان، وينبغي لمن يؤذن قبل الوقت أن يجعل أذانه في وقت واحد في الليالي كلها ليعرف الناس ذلك من عادته فلا يغتروا بأذانه ولا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى فيلتبس على الناس ويغترون به فربما صلى بعض من سمعه الصبح قبل وقتها ويمتنع من سحوره والمتنفل من تنفله إذا لم يعلم حاله ومن علم حاله لا يستفيد بأذانه لتردده بين الاحتمالين

(فصل) ونص أحمد على أنه يكره الاذان للفجر في رمضان قبل وقتها لئلا يغتر الناس به فيتركوا سحورهم . والصحيح أنه لا يكره في حق من عرفت عادته في الاذان بالليل لما ذكرنا من حديث بلال

كفره بغير خلاف نعلمه وقد قال الله تعالى (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) وأسلم في عصر النبي ﷺ خلق كثير وبعده فلم يؤمر أحد منهم بقضاء ، ولان في إيجاب القضاء عليه تنفيراً عن الاسلام فعفي عنه ، واختلف أهل العلم في خطابه بفروع الاسلام في حال كفره مع إجماعهم على أنه لا يلزمه قضاؤها بعد إسلامه ، حكي عن أحمد في هذا روايتان . فأما المرتد فذكر أبو إسحاق بن شاقلا عن أحمد في وجوب القضاء عليه روايتين (إحداهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقي في هذه المسئلة فعلى هذا لا يلزمه قضاء ماترك في حال كفره ولا في حال إسلامه قبل ردته ولو كان قد حج لزمه استئنافه لان عمله قد حبط بكفره بدليل قوله (لئن أشركت ليحبطن عملك) فصار كالكافر الاصلي في جميع احكامه (والثانية) يلزمه قضاء ما ترك من العبادات في حال ردته وإسلامه قبل ردته ولا يجب عليه اعادة الحج لان العمل انما يحبط بالاشراك مع الموت لقوله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة) فشرط الامرين لحبوط العمل وهذا مذهب الشافعي ، ولان المرتد أقر بوجوب العبادات عليه واعتقد ذلك وقدر على التسبب الى ادائها فلزمه ذلك كالمحدث ، ولو حاضت المرأة المرتدة لم يلزمها قضاء الصلاة في زمن حيضها لان الصلاة غير واجبة عليها في تلك الحال وذكر القاضي رواية ثالثة أنه لا قضاء عليه لما تركه في حال ردته لانه تركه في حال لم يكن مخاطباً بها لكفره وعليه قضاء

ولقوله ﷺ « لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فانه يؤذن بليل لينتبه نائمكم ويرجع قائمكم » رواه أبو داود ، ويستحب أن يؤذن في أول الوقت ليتأهب الناس للصلاة وقد روى جابر بن سمرة قال : كان بلال لا يخرم الاذان عن الوقت وربما أخر الاقامة شيئا رواه ابن ماجه وفي رواية كان بلال يؤذن اذا مالت الشمس لا يخرم

(مسئلة) (ويستحب أن يجلس بعد أذان المغرب جلسة خفيفة ثم يقيم)

لما روى تمام في فوائده باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « جلوس المؤذن بين الاذان والاقامة في المغرب سنة » وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يسن

ولنا ماذكرنا من الحديث وقد روى عبدالله بن أحمد باسناده عن أبي بن كعب قال قال رسول الله ﷺ « يابلال اجعل بين أذانك واقامتك نفسا يفرغ الآكل من طعامه في مهل ويقضي المتوضيء[1] حاجته في مهل » لان الاذان شرع للاعلام فليسن تأخير الاقامة ليدرك الناس الصلاة في المغرب كسائر الصلوات

(فصل) ويستحب أن يفصل بين الاذان والاقامة بقدر الوضوء وصلاة ركعتين لماذكرنا من الحديث ولما روي جابر أن رسول الله ﷺ قال لبلال « اجعل بين أذانك واقامتك قدر مايفرغ الآكل من أكله ، والشارب من شربه والمعتصر اذا دخل لقضاء حاجته » رواه أبو داود والترمذي[2]

(فصل) قال اسحاق بن منصور رأيت أحمد خرج عند المغرب فحين انتهى الى موضع الصف

[1] رواه من حديث ابي الجوزاء وهو لم يسمع من ابي ابن كعب

[2] في إسناده ضعيفان عبد المنعم بن نعيم ويحيى بن مسلم البكاء وله شاهد اضعف منه

ماترك في اسلامه قبل الردة ولانه كان واجبا عليه ومخاطبا به قبل الردة فيبقى الوجوب عليه بحاله ، قال وهذا المذهب وهو قول أبي عبدالله بن حامد وعلى هذا لايلزمه استئناف الحج ان كان قد حج لان ذمته برئت منه بفعله قبل الردة فلا يشتغل به بعد ذلك كالصلاة التي صلاها في اسلامه ولان الردة لو أسقطت حجه وأبطلته لابطلت سائر عباداته المفعولة قبل ردته .

(فصل) فأما الصبي العاقل فلانه تجب عليه في أصح الروايتين وعنه أنها تجب على من بلغ عشرا وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى. فعلى قولنا انها لاتجب عليه متى صلى في الوقت ثم بلغ فيه بعد فراغه منها وفي اثنائها فعليه اعادتها وبهذا قال أبو حنيفه ، وقال الشافعي : يجزئه ولا يلزمه اعادتها في الموضعين لانه أدى وظيفة الوقت فلم يلزمه اعادتها كالبالغ

ولنا أنه صلى قبل وجوبها فلم تجزه عما وجد سبب وجوبها عليه كما لو صلى قبل الوقت ولانه صلى نافلة فلم تجزه عن الواجب كما لو نوى نفلا ولانه بلغ في وقت العبادة وبعد فعلها فلزمته اعادتها كالحج ووظيفة الوقت في حق البالغ ظهراً واجبة ولم يأت بها

(فصل) والمجنون غير مكلف ولا يلزمه قضاء ماترك في حال جنونه إلا أن يفيق في وقت الصلاة فيصير كالصبي يبلغ ولا نعلم في ذلك خلافا وقد قال رسول الله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل» اخرجه ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن ولان مدته تطول غالباً فوجوب القضاء عليه يشق فعفي عنه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمغمى عليه يقضي جميع الصلوات التي كانت في حال اغمائه)

وجملة ذلك أن المغمى عليه حكمه حكم النائم لا يسقط عنه قضاء شيء من الواجبات التي يجب

أخذ المؤذن في الاقامة فجلس قال احمد يقعد الرجل مقدار الركعتين اذا أذن المغرب . قيل من أين ؟ قال من حديث أنس وغيره كان اصحاب رسول الله ﷺ اذا أذن المؤذن ابتدروا السواري وصلوا ركعتين ،وروى الخلال عن عبدالرحمن بن أبي ليلى أن النبي ﷺ جاء وبلال في الاقامة فقعد

﴿ مسئلة ﴾ (ومن جمع بين صلاتين أو قضى فوائت أذن وأقام للاولى ثم أقام لكل صلاة بعدها)

متى جمع بين صلاتين أذن واقام للاولى ثم اقام للثانية سواء كان الجمع في وقت الاولى او الثانية لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بمزدلفة بأذان وإقامتين رواه مسلم . وعن ابن عمر قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما باقامة رواه البخاري. إلا انه اذا جمع في وقت الاولى كان الاذان لها آكد لانها مفعولة في وقتها أشبه مالو لم يجمع ، وإن كان في وقت الثانية فلم يؤذن او جمع بينهما باقامة واحدة فلا بأس لما روى ابن عمر قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع صلى المغرب ثلاثا والعشاء ركعتين باقامة واحدة ، رواه مسلم ولان الاولى مفعولة في غير وقتها فهي كالفائتة . والثانية مسبوقة بصلاة فلم يشرع لها الاذان كالثانية من الفوائت ، وقال مالك يؤذن للاولى

قضاؤها على النائم كالصلاة والصيام ، وقال مالك والشافعي : لا يلزمه قضاء الصلاة إلا أن يفيق في جزء من وقتها لان عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه فيفيق في وقتها فيصليها » وقال ابوحنيفة : ان أغمي عليه خمس صلوات قضاها وان زادت سقط فرض القضاء في الكل لان ذلك يدخل في التكرار فأسقط القضاء كالجنون

ولنا ماروي أن عماراً غشي عليه أياما لا يصلي ثم استفاق بعد ثلاث فقال : هل صليت ؟ فقيل ماصليت منذ ثلاث ، فقال أعطوني وضوءاً فتوضأ ثم صلى تلك الليلة . وروى ابو مجلز أن سمرة بن جندب قال : المغمى عليه يترك الصلاة أو فيترك الصلاة يصلي مع كل صلاة صلاة مثلها ، قال : قال عمران زعم ولكن ليصليهن جميعا ، وروى الاثرم هذين الحديثين في سننه وهذا فعل الصحابة ، وقولهم ولا يعرف لهم مخالفا فكان اجماعا . ولان الاغماء لا يسقط فرض الصيام ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمي عليه فأشبه النوم ، فأما حديثهم فباطل يرويه الحاكم بن سعد وقد نهى أحمد رحمه الله عن حديثه وضعفه ابن المبارك وقال البخاري : تركوه وفي إسناده خارجة بن مصعب وهو ضعيف أيضاً . ولا يصح قياسه على المجنون لان المجنون تتطاول مدته غالباً وقد رفع القلم عنه ولا

والثانية ويقيم لان الثانية منهما صلاة يشرع لها الاذان لو لم تجمع فكذلك اذا جمعت وهو مخالف لما ذكرنا من الاحاديث الصحيحة

(فصل) فأما قضاء الفوائت فان كانت الفائتة واحدة أذن لها وأقام لما روى عمرو بن أمية الضمري قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره فنام عن الصبح حتى طلعت الشمس فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال تنحوا عن هذا المكان، قال ثم أمر بلالا فأذن ثم توضؤا وصلوا ركعتي الفجر ثم أمر بلالا فأقام الصلاة فصلى بهم صلاة الصبح رواه أبوداود، وإن كثرت الفوائت أذن وأقام للاولى ثم اقام لكل صلاة بعدها لما روى ابو عبيدة عن أبيه عبدالله بن مسعود أن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ماشاء الله فأمر بلالا فأذن ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ثم اقام فصلى المغرب ثم اقام فصلى العشاء رواه الامام أحمد والنسائي والترمذي وقال حديث عبد الله ليس باسناده بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من عبدالله ، وإن لم يؤذن فلا بأس وهذا في الجماعة ، فان كان وحده كان استحباب ذلك أدنى في حقه لان الاذان والاقامة للاعلام ولا حاجة الى الاعلام ههنا . وقد روي عن أحمد فيمن فاتته صلوات فقضاها فأذن وأقام مرة واحدة فسهل في ذلك ورآه حسنا وروي ذلك عن الشافعي وله قولان آخران (أحدهما) انه يقيم ولا يؤذن وهو قول مالك لما روى أبو سعيد قال : حبسنا يوم الخندق عن الصلاة حتى كان بعد المغرب بهوي من الليل قال فدعا رسول الله ﷺ بلالا فأمره فأقام الظهر فصلاها ثم أمره فأقام العصر فصلاها ، ولان الاذان للاعلام بالوقت وقد فات

يلزمه صيام ولا شيء من أحكام التكليف وتثبت الولاية عليه ولا يجوز على الانبياء عليهم السلام والاغماء بخلافه ومالا يؤثر في اسقاط الخمس لا يؤثر في اسقاط الزائد عليها كالنوم

(فصل) ومن شرب دواء فزال عقله به نظرت [1] فان كان زوالا لايدوم كثيراً فهو كالاغماء وإن كان يتطاول فهو كالجنون . وأما السكر ومن شرب محرما يزيل عقله وقتاً دون وقت فلا يؤثر في اسقاط التكليف وعليه قضاء مافاته في حال زوال عقله لا نعلم فيه خلافا . ولأنه اذا وجب عليه القضاء بالنوم المباح فبالسكر المحرم أولى .

(فصل) وما فيه السموم من الادوية إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به أو الجنون لم يبح شربه ، وإن كان الغالب منه السلامة ويرجى منه المنفعة فالاولى اباحة شربه لدفع ماهو أخطر منه كغيره من الادوية ، ويحتمل أن لايباح لانه يعرض نفسه للهلاك فلم يبح كما لو لم يرد به التداوي والاول أصح لان كثيراً من الادوية يخاف منه وقد أبيح لدفع ماهو أضر منه ، فاذا قلنا يحرم شربه فهو كالمحرمات من الخمر ونحوه ، وإن قلنا يباح فهو كسائر الادوية المباحة والله أعلم

[1] كذا في نسختي المغني اللتين في أيدينا والظاهر ان يقال نظر بضم النون

باب الاذان

الاذان اعلام بوقت الصلاة والاصل في الاذان الاعلام ، قال الله عز وجل (وأذان من الله ورسوله) أي اعلام و(آذنتكم على سواء) أعلمتكم فاستوينا في العلم ، وقال الحارث بن حلزة :

آذنتنا ببينها أسماء رب ثاو يمل منه الثواء

أي أعلمتنا — والاذان الشرعي هو اللفظ المعلوم المشروع في أوقات الصلوات للاعلام بوقتها وفيه فضل كثير وأجر عظيم ، بدليل ماروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لو يعلم الناس مافي

والقول الثاني للشافعي : إن رجي اجتماع الناس أذن والا فلا لانه لاحاجة اليه ، وقال أبو حنيفة يؤذن لكل صلاة ويقيم لان ماسن للصلاة في ادائها سن في قضائها كسائر المسنونات، والاول أولى لحديث ابن مسعود وهو متضمن للزيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وما قال أبو حنيفة مخالف لحديث ابن مسعود وأبي سعيد ، ولان الثانية من الفوائت صلاة قد أذن لما قبلها أشبهت الثانية من المجموعتين وقياسهم ينتقض بهذا والله أعلم

(فصل) ومن دخل مسجداً قد صلي فيه فان شاء أذن وأقام نص عليه لانه روي عن أنس أنه دخل مسجداً قد صلوا فيه فأمر رجلا فأذن وأقام فصلى بهم في جماعة رواه الاثرم ، وإن شاء صلى من غير أذان ولا إقامة قال عروة اذا انتهيت إلى مسجد وقد صلى فيه ناس أذنوا وأقاموا فان أذانهم وإقامتهم تجزيء عمن جاء بعدهم . وهذا قول الحسن والشعبي والنخعي إلا أن الحسن قال : كان أحب اليهم أن يقيم ، وإن أذن أخفى ذلك لئلا يغر الناس

النداء والصف الاول ثم لم يجدوا الا أن يستهموا عليه لاستهموا عليه » وقال أبو سعيد الخدري : اذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك بالنداء فانه لايسمع صوت المؤذن جن ولا انس ولا شيء الا شهد له يوم القيامة . قال أبو سعيد سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجهما البخاري ، وعن معاوية قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « المؤذنون أطول الناس أعناقا يوم القيامة » أخرجه مسلم . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة على كثبان المسك - أراه قال يوم القيامة - يغبطهم الاولون والآخرون : رجل نادى بالصلوات الخمس في كل يوم وليلة ، ورجل يؤم قوما وهم به راضون ، وعبد أدى حق الله وحق مواليه » أخرجه الترمذي وقال : حديث حسن غريب

(فصل) واختلفت الرواية هل الاذان أفضل من الامامة أو لا ؟ فروي أن الامامة أفضل لان النبي ﷺ تولاها بنفسه ، وكذلك خلفاؤه ولم يتولوا الاذان ، ولا يختارون الا الافضل ، ولان الامامة يختار لها من هو أكمل حالا وأفضل ، واعتبار فضيلته دليل على فضيلة منزلته (والثانية) الاذان أفضل وهو مذهب الشافعي لما روينا من الاخبار في فضيلته ولما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الامام ضامن والمؤذن مؤتمن ، اللهم ارشد الأئمة ، واغفر للمؤذنين » أخرجه أبو داود والنسائي . والامانة أعلى من الضمان والمغفرة أعلى من الارشاد ، ولم يتوله النبي ﷺ ولا خلفاؤه لضيق وقتهم عنه ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لولا الخلافة لأذنت وهذا اختيار القاضي وابن أبي موسى وجماعة من أصحابنا والله أعلم

(فصل) والاصل في الاذان ماروى محمد بن اسحاق قال : حدثني محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن محمد بن عبد الله بن زيد بن عبد ربه قال : حدثني أبي عبد الله بن زيد قال : لما أمر رسول الله ﷺ بالناقوس يعمل ليضرب به لجمع الناس للصلاة طاف بي وأنا نائم رجل يحمل

(فصل) وإن أذن المؤذن وأقام لم يستحب لسائر الناس أن يؤذن كل انسان في نفسه ويقيم بعد فراغ المؤذن لكن يقول كما يقول المؤذن لان السنة انما وردت بهذا

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجزيء أذان المميز للبالغين ؟ على روايتين) وجملة ذلك أن الاذان لا يصح الا من مسلم عاقل ذكر . فأما الكافر والمجنون والطفل فلا يصح أذانهم لانهم ليسوا من أهل العبادات، ولا يعتد بأذان المرأة لانه لايشرع لها الاذان أشبهت المجنون ولان رفع صوتها منهي عنه ، واذا كان كذلك خرج عن كونه قربة فلا يصح كالحكاية ، ولا أذان الخنثى المشكل لانه لايعلم كونه رجلا وهذا كله مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، ويصح أذان العبد لان امامته تصح فأذانه أولى، وهل يصح أذان الصبي ؟ فيه روايتان (أولاهما) صحة أذانه وهذا قول عطاء والشعبي والشافعي وابن المنذر ، وذكر القاضي أن المراهق يصح أذانه رواية واحدة ، وقد روى ابن المنذر باسناده عن عبدالله بن أبي بكر بن أنس قال كان عمومتي يأمرونني أن أؤذن لهم وأنا غلام لم أحتلم وأنس بن مالك شاهد لم ينكر ذلك وهذا

ناقوسا في يده فقلت ياعبدالله أتبيع الناقوس ؟ فقال : وما تصنع به ؟ قلت : ندعو به الى الصلاة . قال أفلا أدلك على ماهو خير من ذلك فقلت له : بلى ، فقال : تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهدأن محمداً رسول الله ، حي على الصلاة ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، حي على الفلاح ، الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله . قال : ثم استأخر عني غير بعيد ثم قال : تقول اذا أقمت الصلاة الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله الا الله وأشهد أن محمداً رسول الله حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، قدقامت الصلاة ، قد قامت الصلاة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله . فلما أصبحت أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بما رأيت فقال « انها رؤيا حق ان شاء الله فقم مع بلال فالق عليه ما رأيت فليؤذن به فانه أندى صوتا منك » فقمت مع بلال فجعلت ألقيه عليه ويؤذن به فسمع ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو في بيته فخرج يجر رداءه فقال : يارسول الله والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل الذي رأى فقال رسول الله ﷺ فلله الحمد » رواه الاثرم وأبو داود وذكر الترمذي آخره بهذا الاسناد وقال : هو حديث حسن صحيح ، وأجمعت الامة على أن الاذان مشروع للصلوات الخمس

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ويذهب أبو عبد الله رحمه الله الى اذان بلال رضى الله عنه وهو : الله أكبر الله أكبر ، الله أكبر الله أكبر ، أشهد ان لا إله الا الله ، أشهد ان لا اله

مما يظهر ولا يخفى ولم ينكر فكان إجماعا ولانه ذكر تصح صلاته فصح أذانه كالبالغ (والثانية) لا يصح لان الاذان شرع للاعلام ولا يحصل الاعلام بقوله لانه لا يقبل خبره ولا روايته

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يصح أذان الفاسق ، والاذان الملحن ؟ على وجهين) ذكر أصحابنا في صحة أذان الفاسق وجهين (أحدهما) لا يصح لما ذكرنا في الصبي ولأن النبي ﷺ وصفهم بالامانة والفاسق غير أمين (والثاني) يصح لأنه ذكر تصح صلاته فصح أذانه كالعدل . وهذا قول الشافعي وهذا الخلاف فيمن هو ظاهر الفسق . فأما مستور الحال فيصح أذانه بغير خلاف علمناه ، وفي الاذان الملحن وجهان (أحدهما) لا يصح لما روى ابن عباس قال كان للنبي ﷺ مؤذن يطرب فقال النبي ﷺ « ان الاذان سمح سهل فان كان أذانك سمحا سهلا والا فلا تؤذن » رواه الدارقطني (والثاني) يصح وهو أصح لان المقصود يحصل به فهو كغير الملحن والحديث ذكره ابن الجوزي في الموضوعات

(فصل) ويكره اللحن في الاذان فانه ربما غير المعنى فان من نصب لام رسول أخرجه عن كونه خبراً ، ولا يمد لفظة (أكبر) لانه يجعل فيها الفا فيصير جمع (كبر) وهو الطبل ولا يسقط الهاء من اسم الله واسم الصلاة ، والحاء من الفلاح لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا يؤذن لكم من يدغم الهاء — قلنا وكيف يقول ؟ قال يقول أشهد أن لا اله الا اللا أشهد أن محمداً رسول اللا » أخرجه

الا الله ، اشهد ان محمداً رسول الله ، اشهد ان محمداً رسول الله ،حي على الصلاة ،حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، حي على الفلاح ، الله اكبر ، الله اكبر ، لا اله الا الله)

وجملة ذلك أن اختيار احمد رحمه الله من الاذان أذان بلال رضي الله عنه وهو كما وصف الخرقي وجاء في خبر عبدالله بن زيد وهو خمس عشرة كلمة لا ترجيع فيه . وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وإسحاق وقال مالك والشافعي ومن تبعهما من أهل الحجاز : الاذان المسنون أذان أبي محذورة وهو مثل ما وصفنا الا أنه يسن الترجيع وهو أن يذكر الشهادتين مرتين مرتين يخفض بذلك صوته ثم يعيدهما رافعا بهما صوته إلا أن مالكا قال : التكبير في أوله مرتان حسب .فيكون الاذان عنده سبع عشرة كلمة . وعند الشافعي تسع عشرة كلمة . واحتجوا بما روى أبو محذورة أن النبي ﷺ لقنه الاذان وألقاه عليه فقال له « تقول : أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله . تخفض بها صوتك ثم ترفع صوتك بالشهادة : أشهد أن لا إله الا الله أشهد أن لا اله الا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله » أخرجه مسلم ثم ذكر سائر الاذان وهو حديث متفق عليه . واحتج مالك بان ابن محيريز قال : كان الاذان الذي يؤذن به ابو محذورة : الله اكبر الله اكبر أشهد أن لا اله الا الله متفق عليه

ولنا حديث عبدالله بن زيد والأخذ به أولى لأن بلالا كان يؤذن به مع رسول الله ﷺ دائما سفراً وحضراً وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على أذانه بعد أذان أبي محذورة قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل الى اي الاذان يذهب ؟ قال إلى اذان بلال . رواه محمد بن إسحاق عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن عبدالله بن زيد ثم وصفه . قيل لأبي عبدالله : أليس حديث أبي

الدارقطني في الافراد . فأما ان كان ألثغ لثغة فاحشة كره أذانه وان كانت لا تتفاحش فلا بأس فقد روي أن بلالا كان يجعل الشين سينا . والفصيح أحسن وا كمل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب لمن سمع المؤذن أن يقول كما يقول الا في الحيعلة فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله) وهذا مستحب لا نعلم في استحبابه خلافا لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « اذا قال المؤذن : الله اكبر الله اكبر ، فقال احدكم الله اكبر الله اكبر ، ثم قال أشهد أن لا إله الا الله قال اشهد ان لا اله الا الله. ثم قال اشهد ان محمداً رسول الله قال اشهد ان محمداً رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة الا بالله . ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوة الا بالله ثم قال : الله اكبر الله اكبر . قال الله اكبر الله اكبر ثم قال لا اله الا الله قال لا اله الا الله — من قلبه دخل الجنة » رواه مسلم قال الاثرم هذا من الاحاديث الجياد . وعن ابي رافع ان النبي ﷺ كان اذا سمع النداء قال مثل ما يقول المؤذن فاذا بلغ حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة الا بالله رواه الاثرم ، ويستحب لمن سمع الاقامة أن يقول مثل ما يقول ويقول عند كلمة الاقامة

محذورة بعد حديث عبد الله بن زيد لان حديث أبي محذورة بعد فتح مكة ؟ فقال : أليس قد رجع النبي ﷺ الى المدينة فأقر بلالا على أذان عبد الله بن زيد ؟ وهذا من الاختلاف المباح فان رجع فلا بأس نص عليه أحمد ، وكذلك قال اسحاق فان الامرين كلاهما قد صح عن النبي ﷺ ، ويحتمل أن النبي ﷺ انما أمر أبا محذورة بذكر الشهادتين سراً ليحصل له الاخلاص بهما فان الاخلاص في الاسرار بهما أبلغ من قولهما اعلانا للاعلام . وخص أبا محذورة بذلك لانه لم يكن مقراً بهما حينئذ فان في الخبر أنه كان مستهزئا يحكي أذان مؤذن النبي ﷺ فسمع النبي ﷺ صوته فدعاه فأمره بالاذان ، قال ولا شيء عندي أبغض من النبي ﷺ ولا مما يأمرني به فقصد النبي ﷺ نطقه بالشهادتين سراً ليسلم بذلك ولا يوجد هذا في غيره . ودليل هذا الاحتمال كون النبي ﷺ لم يأمر به بلالا ولا غيره ممن كان مسلماً ثابت الاسلام والله أعلم

« مسئلة » قال (والاقامة الله اكبر الله اكبر ،أشهد أن لااله الا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة ، الله اكبر الله اكبر ، لااله الا الله)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الاقامه مثل الاذان ويزيد الاقامة مرتين لحديث عبد الله ابن زيد أن الذي علمه الاذان أمهل هنيهة ثم قام فقال مثلها . رواه أبو داود ، وروى ابن محيريز عن

أقامها الله وأدامها لما روى ابو داود باسناده عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان بلالا أخذ في الاقامة فلما ان قال قد قامت الصلاة قال النبي ﷺ « اقامها الله وادامها » قال في سائر الاقامة كنحو حديث عمر في الاذان

(فصل) روى سعد بن أبي وقاص قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من قال حين يسمع النداء وانا أشهد انلااله الا الله وحده لاشريك له ،وان محمداً عبده ورسوله ،رضيت بالله رباً ، وبالاسلام ديناً [1] وبمحمد ﷺ رسولا - غفر له ذنبه » رواه مسلم ، وعن أم سلمة قالت علمني النبي ﷺ أن أقول عند اذان المغرب « اللهم ان هذا اقبال ليلك ، وادبار نهارك ، واصوات دعاتك فاغفر لي» رواه ابو داود

« مسئلة » (ثم يقول عند فراغه اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمداً الوسيلة والفضيلة وابعثه المقام المحمود الذي وعدته انك لاتخلف الميعاد) لما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « من قال حين يسمع النداء : اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمداً الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاما محموداً الذي وعدته - حلت له شفاعتي » رواه البخاري

(فصل) ويستحب أن يصلي على النبي ﷺ ويدعو لما روى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال « من قال حين ينادي المنادي : اللهم رب هذه الدعوة القائمة والصلاة النافعة صل على محمد وارض عنه رضا لاسخط بعده ،استجاب الله له دعوته » رواه الامام احمد ،وروى أنس قال : قال

(1) لفظ مسلم بمحمد رسولا وبالاسلام دينا

أبي محذورة أن النبي ﷺ علمه الاقامة سبع عشرة كلمة . قال الترمذي هذا حديث صحيح ، وقال مالك الاقامة عشر كلمات تقول قد قامت الصلاة مرة واحدة لما روى أنس قال أمر بلال أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة متفق عليه

ولنا ماروى عبد الله بن عمر انه قال انما كان الاذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين والاقامة مرة مرة الا أنه يقول قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة . أخرجه النسائي ، وفي حديث عبد الله بن زيد أنه وصف الاقامة كما ذكرنا . رواه الامام أحمد عن يعقوب بن ابراهيم بن سعد عن أبيه عن محمد بن اسحاق بالاسناد الذي ذكرناه وما احتجوا به من قوله فقام فقال مثلها فقد قال الترمذي الصحيح مثل مارويناه وقال ابن خزيمة الصحيح مارواه محمد بن عبد الله بن زيد عن أبيه ثم استأخر غير كثير ثم قال مثل ماقال وجعلها وتراً الا أنه قال قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة وهذه زيادة بيان يجب الاخذ بها وتقديم العمل بهذه الرواية المشروحة . وأما خبر أبي محذورة في تثنية الاقامة فان ثبت كان الاخذ بخبر عبد الله بن زيد أولى لانه أذان بلال ، وقد بينا وجوب تقديمه في الاذان وكذا في الاقامة وخبر أبي محذورة متروك بالاجماع في الترجيع في الاقامة ولذلك عملنا نحن وأبو حنيفة بخبره في الاذان وأخذ بأذانه مالك والشافعي وهما يريان إفراد الاقامة

﴿ مسئلة ﴾ (قال ويترسل في الاذان ويحدر الاقامة)

الترسل التمهل والتأني من قولهم جاء فلان على رسله ، والحدر ضد ذلك وهو الاسراع ، وقطع

رسول الله صلى الله عليه وسلم « الدعاء لايرد بين الاذان والاقامة » رواه الامام أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن ، وعن عبدالله بن عمرو أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل مايقول ثم صلوا علي فانه من صلى علي صلاة صلى الله عليه بها عشراً ثم سلوا الله لي الوسيلة فانها منزلة في الجنة لاتنبغي الا لعبد من عباد الله وأرجو أن أكون أنا هو ، فمن سأل لي الوسيلة حلت عليه الشفاعة » رواه مسلم

(فصل) فان سمع الاذان وهو يقرأ قطع القراءة ليقول مثله لانه يفوت والقراءة لاتفوت ، فان سمعه وهو يصلي لم يقل كقوله لئلا يشتغل عن الصلاة بما ليس منها ، وإن قالها ماعدا الحيعلة لم تبطل الصلاة لانه ذكر ، وإن قال الدعاء فيها بطلت لانه خطاب لآدمي

(فصل) وروي عن أحمد أنه كان اذا أذن فقال كلمة من الاذان قال مثلها سراً فظاهره أنه رأى ذلك مستحبا ليكون مايظهره أذانا وما يسره ذكراً لله تعالى فيكون بمنزلة من سمع الاذان وقد رواه القاضي عن أحمد أنه قال استحب للمؤذن أيضا ان يقول مثل مايقول في خفية

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يقوم حين يسمع المؤذن مبادراً يركع[1] فقال يستحب أن يكون ركوعه بعد مايفرغ المؤذن أو يقرب من الفراغ لانه يقال إن الشيطان ينفر

(١) اي يصلي متنفلا

التطويل وهذا من آداب الاذان ومستحباته لقول النبي ﷺ «إذا أذنت فترسل، وإذا أقمت فاحدر» رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث غريب وروى أبو عبيد باسناده عن عمر رضي الله عنه أنه قال لمؤذن بيت المقدس : إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحذم .قال الاصمعي وأصل الحذم في المشي انما هو الاسراع وان يكون مع هذا كانه يهوي بيديه الى خلفه ولان هذا معنى يحصل به الفرق بين الاذان والاقامة فاستحب كالافراد ولان الاذان اعلام الغائبين والتثبيت فيه أبلغ في الاعلام.والاقامة اعلام الحاضرين فلا حاجة الى التثبت فيها

(فصل) ذكر أبو عبد الله بن بطة أنه حال ترسله ودرجه لا يصل الكلام بعضه ببعض معربا بل جزما وحكاه عن ابن الانباري عن أهل اللغة ، قال وروي عن ابراهيم النخعي قال شيئان مجزومان كانوا لايعربونهما الاذان والاقامة . قال وهذه إشارة إلى جماعتهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقول في أذان الصبح الصلاة خير من النوم مرتين)

وجملته أنه يسن أن يقول في أذان الصبح :الصلاة خير من النوم-مرتين- بعدقوله حي على الفلاح ويسمى التثويب وبذلك قال ابن عمر والحسن البصري وابن سيرين والزهري ومالك والثوري

حين يسمع الاذان فلا ينبغي أن يبادر القيام ، وان دخل المسجد فسمع المؤذن استحب له انتظاره ليفرغ ويقول مثل ما يقول ليجمع بين الفضيلتين ، وإن لم يقل كقوله وافتتح الصلاة فلا بأس نص عليه أحمد .

(فصل) ولا تستحب الزيادة على مؤذنين كما روي أن النبي ﷺ كان له بلال وابن أم مكتوم إلا أن تدعو الحاجة فيجوز فانه قد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه اتخذ أربعة مؤذنين وإذا كانوا أكثر من واحد وكان الواحد يسمع الناس فالمستحب أن يؤذن واحد بعد واحد كما روي عن مؤذني النبي ﷺ فان كان الاعلام لا يحصل بواحد أذنوا على حسب الحاجة إما أن يؤذن كل واحد في ناحية أو دفعة واحدة في موضع واحد

(فصل) ولا يؤذن قبل المؤذن الراتب إلا أن يتأخر أو يخاف فوات وقت التأذين فيؤذن غيره كما روي أن زياد بن الحارث أذن للنبي ﷺ حين غاب بلال فأما مع حضوره فلا . فان مؤذني النبي ﷺ لم يكن غيرهم يسبقهم بالاذان

(فصل) وإذا أذن في الوقت كره له أن يخرج من المسجد إلا لحاجة ثم يعود لانه ربما احتيج الى الاقامة فلا يوجد وإن أذن قبل الوقت للفجر فلا بأس بذهابه لانه لا يحتاج إلى حضوره قبل الوقت قال أحمد في الرجل يؤذن في الليل على غير وضوء فيدخل المنزل ويدع المسجد أرجو أن يكون موسعاً عليه ولكن إذا أذن وهو متوضيء في وقت الصلاة فلا أرى له أن يخرج من المسجد حتى يصلي إلا ان يكون لحاجة ؛

والاوزاعي واسحاق وأبو ثور والشافعي في الصحيح عنه، وقال أبو حنيفة: التثويب بين الاذان والاقامة في الفجر أن يقول : حي على الصلاة - مرتين . حي على الفلاح - مرتين

ولنا ما روى النسائي باسناده عن أبي محذورة قال : قلت يارسول الله علمني سنة الاذان فذكر إلى أن قال بعد قوله حي على الفلاح «فان كان في صلاة الصبح قلت الصلاة خير من النوم - مرتين - الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله» وماذكروه فقال اسحاق : هذا شيء أحدثه الناس، وقال أبو عيسى هذا التثويب الذي كرهه أهل العلم وهو الذي خرج منه ابن عمر من المسجد لما سمعه

(فصل) ويكره التثويب في غير الفجر سواء ثوب في الاذان أو بعده لما روي عن بلال أنه قال . أمرني رسول الله ﷺ أن أثوب في الفجر ونهاني أن أثوب في العشاء . رواه ابن ماجه ، ودخل ابن عمر مسجداً يصلي فيه فسمع رجلا يثوب في أذان الظهر فخرج فقيل له أين فقال أخرجتني البدعة . ولان صلاة الفجر وقت ينام فيه عامة الناس ويقومون الى الصلاة عن نوم فاختصت بالتثويب لاختصاصها بالحاجة اليه

(فصل) ولا يجوز الخروج من المسجد بعد الاذان إلا لعذر ، قال الترمذي : وعلى هذا العمل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم أن لا يخرج أحد من المسجد بعد الاذان الا من عذر ، قال أبو الشعثاء : كنا قعوداً مع أبي هريرة في المسجد فأذن المؤذن فقام رجل من المسجد يمشي فاتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد ، فقال أبو هريرة : أما هذا فقد عصى

(فصل) إذا أذن في بيته وكان قريبا من المسجد فلا بأس وان كان بعيداً كره له ذلك لان القريب من المسجد يسمع أذانه عند المسجد فيأتون إلى المسجد والبعيد قد يسمعه من لا يعرف المسجد فيغتر به ويقصده فيضيع عن المسجد فانه قد روي عن أحمد في الذي يؤذن في بيته وبينه وبين المسجد طريق يسمع الناس أرجو أن لا يكون به بأس وقال في رواية ابراهيم الحربي فيمن يؤذن في بيته على سطح معاذ الله ما سمعنا أن أحداً يفعل هذا فحمل الاول على القريب والثاني على البعيد وقد روي أن بلالا كان يؤذن على سطح امرأة من الانصار والله أعلم

فصول في المساجد

(فصل في فضل المساجد وبنائها وغير ذلك) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من بنى مسجداً - قال بكير حسبت أنه قال - يبتغي به وجه الله بنى الله له بيتا في الجنة» متفق عليه وعن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال «من بنى مسجداً كمفحص قطاة أو أصغر بنى الله له بيتا في الجنة» رواه ابن ماجه وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «أحب البلاد إلى الله مساجدها ، وأبغض البلاد إلى الله أسواقها» رواه مسلم

ويستحب اتخاذ المساجد في الدور وتنظيفها وتطييبها لما روت عائشة قالت أمر رسول الله صلى الله

أبا القاسم ﷺ رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أدركه الاذان في المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجعة فهو منافق » رواه ابن ماجه . فأما الخروج لعذر فمباح بدليل أن ابن عمر خرج من أجل التثويب في غير حينه وكذلك من نوى الرجعة لحديث عثمان رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أذن لغير الفجر قبل دخول الوقت أعاد اذا دخل الوقت)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في أن الاذان قبل الوقت في غير الفجر لا يجزىء وهذا لانعلم فيه خلافا ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من السنة أن يؤذن للصلوات بعد دخول وقتها إلا الفجر ، ولان الاذان شرع للاعلام بالوقت فلا يشرع قبل الوقت لئلا يذهب مقصوده (الفصل الثاني) أنه يشرع الآذان للفجر قبل وقتها وهو قول مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق ومنعه الثوري وأبو حنيفه ومحمد بن الحسن لما روي ابن عمر أن بلالا أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي « الا إن العبد نام الا إن العبد نام » وعن بلال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا » رواهما أبو داود وقال طائفة من أهل الحديث : اذا كان له مؤذنان يؤذن أحدهما قبل طلوع الفجر والآخر بعده فلا بأس لان الاذان قبل الفجر يفوت المقصود من الاعلام بالوقت فلم يجز كبقية الصلوات إلا أن يكون له مؤذنان يحصل اعلام الوقت بأحدهما كما كان النبي ﷺ

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم

عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب رواه الامام أحمد . وعن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « عرضت علي أجور أمتي حتى القذاة يخرجها الرجل من المسجد » رواه أبو داود ، وعن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أخرج أذى من المسجد بنى الله له بيتاً في الجنة »

(فصل) يستحب تخليق المسجد وأن يسرج فيه لما روي عن أنس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى نخامة في قبلة المسجد فغضب حتى احمر وجهه فجاءته امرأة من الانصار فحكتها وجعلت مكانها خلوقا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أحسن هذا » رواه النسائي وابن ماجه. وعن ميمونة مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها قالت : يارسول الله أفتنا في بيت المقدس ؟ فقال « ائتوه فصلوا فيه » وكانت البلاد إذ ذاك حربا قال « فان لم تأتوه وتصلوا فيه فابعثوا بزيت يسرج في قناديله » رواه الامام احمد وأبو داود وابن ماجه . وفي رواية الامام أحمد « ائتوه فصلوا فيه فان صلاة فيه كألف صلاة - قالت أرأيت من لم يطق أن يتحمل اليه أو يأتيه قال - فليهد اليه زيتاً يسرج فيه فان من أهدى له كان كمن صلى فيه »

مكتوم » متفق عليه . وهـذا يدل على دوام ذلك منه والنبي صلى الله عليه وسلم أقره عليه ولم ينهه عنه فثبت جوازه . وروى زياد بن الحارث الصدائي قال : لما كان أول أذان الصبح أمرني النبي صلى الله عليه وسلم فأذنت فجعلت أقول : أقيم أقيم يارسول الله؟ فجعل ينظر الى ناحية الشرق ويقول لا ، حتى اذا طلع الفجر نزل فبرز ثم انصرف إليّ وقد تلاحق أصحابه فتوضـأ فأراد بلال أن يقيم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « إن أخا صداء قد أذن ومن أذن فهو يقيم » قال : فأقمت ، رواه أبو داود والترمذي . وهذا قد أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاذان قبل طلوع الفجر وهوحجة على من قال : انما يجوز اذا كان له مؤذنان فان زياداً أذن وحـده ، وحديث ابن عمر الذي احتجوا به قال أبو داود : لم يروه إلا حماد بن سلمة ورواه حماد بن زيد والدراوردي فخالفاه وقالا مؤذن لعمر وهذا أصح ، وقال علي بن المديني: أخطأ فيه يعني حماداً ، وقال الترمذي : هو غير محفوظ وحديثهم الآخر قال ابن عبـد البر : لايقوم به ولا بمثله حجة لضعفه وانقطاعه ، وانما اختص الفجر بذلك لانه وقت النوم لينتبه الناس ويتأهبوا الخروج الى الصلاة وليس ذلك في غيرها وقد روينا في حديث أن النبي ﷺ قال « ان بلالا ليؤذن بليل لينتبه نائمكم ويرجع قائمكم » رواه أبو داود ، ولا ينبغي أن يتقدم ذلك على الوقت كثيراً إذ كان المعنى فيه ماذكرناه فيفوت المقصود منه. وقد روي أن بلالا كان بين اذانه وأذان ابن أم مكتوم أن ينزل هذا ويصعد هذا .

ويستحب أيضاً أن لا يؤذن قبـل الفجر إلا أن يكون معه مؤذن آخر يؤذن اذا أصبح كفعل بلال وابن أم مكتوم اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا لم يكن كذلك لم يحصل الاعلام بالوقت المقصود بالاذان فاذا كانا مؤذنين حصل الاعلام بالوقت بالثاني وبقربه بالمؤذن الاول.

(فصل) وينبغي لمن يؤذن قبل الوقت أن يجعل أذانه في وقت واحد في الليالي كلها ليعلم الناس

(فصل فيما يباح في المسجد) يباح النوم فيه لما روى عبـد الله بن عمر انه كان ينام وهو شاب عزب لا أهل له في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه . وكان أهل الصفة ينامون في المسجد ويباح للمريض أن يكون في المسجد وأن تكون فيه خيمة ، قالت عائشة أصيب سعد يوم الخنـدق في الاكحل فضرب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم خيمة في المسجد يعوده من قريب ، متفق عليه ويباح دخول البعير المسجد لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن متفق عليه . ولا بأس بالاجتماع في المسجد والأكل فيـه والاستلقاء فيه لمـا روى أبو واقد الليثي قال بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد إذ اقبل ثلاثة نفر فأقبل اثنان الى رسول الله ﷺ وذهب واحد فأما أحدهما فرأى فرجة فجلس وأما الآخر فجلس خلفهم فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم عن الثلاثة أما أحدهم فآوى الى الله فآواه الله ، وأما الآخر فاستحيا فاستحيا الله منه وأما الآخر فأعرض فأعرض الله عنه » متفق عليه . عن عبد الله بن الحارث قال كنا نأكل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد الخبز واللحم رواه ابن ماجه وعن عباد بن

ذلك من عادته فيعرفوا الوقت باذانه ولا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى فيلتبس على الناس ويغتروا بأذانه فربما صلى بعض من سمعه الصبح بناء على أذانه قبل وقتها وربما امتنع المتسحر من سحوره والمتنفل من صلاته بناء على اذانه ومن علم حاله لايستفيد بأذانه فائدة لتردده بين الاحتمالين ولا يقدم الاذان كثيراً تارة ويؤخره أخرى فلا يعلم الوقت بأذانه فتقل فائدته

(فصل) قال بعض أصحابنا: ويجوز الاذان للفجر بعد نصف الليل وهذا مذهب الشافعي لان بذلك يخرج وقت العشاء المختار ويدخل وقت الدفع من مزدلفة ، ووقت رمي الجمرة وطواف الزيارة وقد روى الاثرم عن جابر قال: كان مؤذن مسجد دمشق يؤذن لصلاة الصبح في السحر بقدر ما يسير الراكب ستة أميال فلا ينكر ذلك مكحول ولا يقول فيه شيئا

(فصل) ويكره الاذان قبل الفجر في شهر رمضان ، نص عليه احمد في رواية الجماعة لئلا يغتر الناس به فيتركوا سحورهم ويحتمل أن لايكره في حق من عرف عادته بالاذان في الليل لان بلالا كان يفعل ذلك بدليل قوله عليه السلام « ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن ام مكتوم » وقال عليه السلام « لايمنعكم من سحورهم أذان بلال فانه يؤذن بليل لينبه نائمكم ويرجع قائمكم »

(فصل) ويستحب أن يؤذن في اول الوقت ليعلم الناس فيأخذوا أهبتهم للصلاة . وروى جابر بن سمرة قال : كان بلال لا يؤخر الاذان عن الوقت وربما اخر الاقامة شيئا ، رواه ابن ماجه وفي رواية قال . كان بلال يؤذن اذا مالت الشمس لا يؤخر ثم لا يقيم حتى يخرج النبي ﷺ فاذا خرج أقام حين يراه ، رواه احمد في المسند ويستحب أن يفصل بين الاذان والاقامة بقدر الوضوء وصلاة ركعتين يتهيؤون فيها . وفي المغرب يفصل بجلسة خفيفة وحكي عن ابي حنيفة والشافعي انه لا يسن في المغرب

ولنا ماروى الامام احمد في مسنده باسناده عن أبي بن كعب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا بلال ، اجعل بين أذانك واقامتك نفسا يفرغ الآكل من طعامه في مهل ، ويقضي حاجته

تميم عن عمه عبدالله بن زيد انه رأى رسول الله ﷺ مستلقيا في المسجد واضعا إحدى رجليه على الاخرى متفق عليه . ويجوز السؤال في المسجد لما روى عبدالرحمن بن ابي بكر قال قال رسول الله ﷺ « هل منكم أحد أطعم اليوم مسكينا » وذكر الحديث رواه ابو داود ويجوز انشاد الشعر واللعان في المسجد لما روي عن ابي هريرة ان عمر مر بحسان وهو ينشد الشعر في المسجد فلحظ اليه فقال ؟ قد كنت أنشد فيه وفيه خير منك . ثم التفت الى ابي هريرة فقال أنشدك الله أسمعت رسول الله ﷺ يقول أجب عني ، اللهم أيده بروح القدس ؟ قال نعم متفق عليه ، وعن جابر بن سمرة قال شهدت رسول الله ﷺ أكثر من مائة مرة في المسجد وأصحابه يتذاكرون الشعر وأشياء من امر الجاهلية فربما تبسم معهم رواه الامام أحمد ، وفي حديث سهل بن سعد ذكر حديث اللعان قال فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد متفق عليه

في مهل وعن جابر بن عبدالله ان رسول الله ﷺ قال لبلال « اجعل بين أذانك واقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله ، والشارب من شربه ، والمعتصر اذا دخل لقضاء حاجته » رواه ابو داود والترمذي . وروى تمام في فوائده باسناده عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « جلوس المؤذن بين الاذان والاقامة في المغرب سنة » قال إسحاق بن منصور رأيت احمد خرج عند المغرب فحين انتهى الى موضع الصف أخذ المؤذن في الاقامة فجلس . وروى الخلال باسناده عن عبدالرحمن بن ابي ليلى ان النبي ﷺ جاء وبلال في الاقامة فقعد . وقال احمد يقعد الرجل مقدار ركعتين اذا أذن المغرب ، قيل من أين ؟ قال : من حديث أنس وغيره كان اصحاب رسول الله ﷺ اذا أذن المؤذن ابتدروا السواري وصلوا ركعتين ولان الاذان مشرع للاعلام فيسن الانتظار ليدرك الناس الصلاة ويتهيؤوا لها دليله سائر الصلوات .

« مسئلة » قال (ولا يستحب أبو عبدالله أن يؤذن الا طاهراً فان أذن جنبا أعاد)

المستحب للمؤذن أن يكون متطهراً من الحدث الاصغر والجنابة جميعا لما روى ابوهريرة أن النبي ﷺ قال « لايؤذن الا متوضيء » رواه الترمذي . وروي موقوفا على ابي هريرة وهوأصح من المرفوع فان أذن محدثا جاز لانه لايزيد على قراءة القرآن والطهارة غيرمشروطة له . وان أذن جنبا فعلى روايتين (إحداهما) لايعتد به وهو قول إسحاق (والاخرى) يعتد به قال ابو الحسن الآمدي هو المنصوص عن احمد وقول أكثر أهل العلم لانه أحد الحدثين فلم يمنع صحته كالآخر

ووجه الاولى ماروي عن وائل بن حجر ان النبي ﷺ قال « حق وسنة أن لا يؤذن

فصل فيما يكره في المسجد

يكره إنشاد الضالة في المسجد لما روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لاردها الله عليه إن المساجد لم تبن لهذا » راوه مسلم . عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع والابتياع وعن تناشد الاشعار في المساجد . رواه الامام احمدوابو داود والنسائي والترمذي . وقال حديث حسن ، ويكره تجصيص المساجد وزخرفتها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما ساء عمل قوم قط الا زخرفوا مساجدهم » رواه ابن ماجه ، وعن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أمرت بتشييد المساجد » قال ابن عباس لتزخرفنها كما زخرفت اليهود والنصارى رواه ابوداود ، وعن واثلة بن الاسقع أن النبي ﷺ قال « اجنبوا مساجدنا صبيانكم ومجانينكم وشراكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها في الجمع » رواه ابن ماجه من رواية الحارث بن نبهان

أحد إلا وهو طاهر » ولانه ذكر مشروع للصلاة فأشبه القرآن والخطبة

(فصل) ولا يصح الأذان إلا من مسلم عاقل ذكر . فأما الكافر والمجنون فلا يصح منهما لانهما ليسا من أهل العبادات ، ولا يعتد بأذان المرأة لانها ليست ممن يشرع له الاذان فأشبهت المجنون ولا الخنثى لانه لا يعلم كونه رجلا وهذا كله مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وهل يشترط العدالة والبلوغ للاعتداد به ؟ على روايتين في الصبي ووجهين في الفاسق (إحداهما) يشترط ذلك ولا يعتد بأذان صبي ولا فاسق لانه مشروع للاعلام ولا يحصل الاعلام بقولهما لانهما ممن لا يقبل خبره ولا روايته ولانه قد روي « ليؤذن لكم خياركم » (والثانية) يعتد بأذانه وهو قول عطاء والشعبي وابن أبي ليلى والشافعي . وروى ابن المنذر باسناده عن عبد الله بن أبي بكر بن أنس قال : كان عمومتي يأمرونني أن أؤذن لهم وأنا غلام ولم أحتلم وأنس بن مالك شاهد لم ينكر ذلك ، وهذا مما يظهر ولا يخفى ولم ينكر فيكون إجماعا ، ولانه ذكر تصح صلاته فاعتد بأذانه كالعدل البالغ . ولا خلاف في الاعتداد بأذان من هو مستور الحال وإنما الخلاف فيمن هو ظاهر الفسق . ويستحب أن يكون المؤذن عدلا أمينا بالغا لانه مؤتمن يرجع اليه في الصلاة والصيام فلا يؤمن أن يغرهم بأذانه إذا لم يكن كذلك ولانه يؤذن على موضع عال فلا يؤمن منه النظر إلى العورات ، وفي الاذان الملحن وجهان (أحدهما) يصح لان المقصود يحصل منه فهو كغير الملحن (والآخر) لا يصح لما روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس قال : كان للنبي ﷺ مؤذن يطرب فقال رسول الله ﷺ « إن الاذان سهل سمح فان كان أذانك سهلا سمحا وإلا فلا تؤذن »

(فصل) ويستحب أن يكون المؤذن بصيراً لان الاعمى لا يعرف الوقت فربما غلط . فان أذن الاعمى صح أذانه فان ابن أم مكتوم كان يؤذن للنبي ﷺ قال ابن عمرو : كان رجلا أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت . رواه البخاري ، ويستحب أن يكون معه بصير يعرفه الوقت أو يؤذن بعد مؤذن بصير كما كان ابن أم مكتوم يؤذن بعد أذان بلال . ويستحب أن يكون عالما بالاوقات

قال فيه يحيى بن معين لا يكتب حديثه ليس بشيء . ويكره أن يكتب على حيطان المسجد قرآنا أو غيره لانه يلهي المصلي ويشغله وهو يشبه الزخرفة وقد نهي عنها ، والبصاق في المسجد خطيئة ويستحب تخليقها لما ذكرنا من الحديث ، وهل يكره الوضوء في المسجد؟ على روايتين ذكرهما ابن عقيل الا أن ابن عقيل قال ان قلنا بنجاسة الماء المستعمل في رفع الحدث حرم ذلك في المسجد والله أعلم

(باب شروط الصلاة)

﴿مسألة﴾ قال (وهي ما يجب لها قبلها وهي ست أولها دخول الوقت والثاني الطهارة من الحدث)

أما الطهارة من الحدث فقد مضى ذكرها وهي شرط لصحة الصلاة لقول رسول الله ﷺ « ولا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ » متفق عليه ، وعن عبد الله بن عمر قال سمعت رسول

ليتحراها فيؤذن في أولها ، وإذا لم يكن عالما فربما غلط وأخطأ فان أذن الجاهل صح أذانه فانه إذا صح أذان الاعمى فالجاهل أولى ، ويستحب أن يكون صيتاً يسمع الناس واختار النبي ﷺ أبا محذورة للأذان لكونه صيتاً وفي حديث عبد الله بن زيد ان النبي ﷺ قال له « ألقه على بلال فانه أندى صوتاً منك » ويستحب أن يكون حسن الصوت لانه أرق لسامعه

(فصل) ولا يجوز أخذ الاجرة على الاذان في ظاهر المذهب وكرهه القاسم بن عبد الرحمن والاوزاعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان النبي ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص « واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » رواه أبوداود وابن ماجه والترمذي وقال : حديث حسن ولانه قربة لفاعله لا يصح إلا من مسلم فلم يستأجره عليه كالامامة . وحكي عن أحمد رواية أخرى أنه يجوز أخذ الاجرة عليه ورخص فيه مالك وبعض الشافعية لانه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه فجاز أخذ الاجرة عليه كسائر الاعمال ولا نعلم خلافاً في جواز أخذ الرزق عليه وهذا قول الاوزاعي والشافعي لان بالمسلمين حاجة اليه وقد لا يوجد متطوع به واذا لم يدفع الرزق فيه يعطل ، ويرزقه الامام من الفيء لانه المعد للمصالح فهو كارزاق القضاة والغزاة وان وجد متطوع به لم يرزق غيره لعدم الحاجة اليه

(فصل) وينبغي أن يتولى الاقامة من تولى الاذان وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة ومالك : لافرق بينه وبين غيره لما روى أبوداود في حديث عبدالله بن زيد أنه رأى الاذان في المنام فأتى النبي ﷺ فأخبره فقال : ألقه على بلال فألقاه عليه فأذن بلال فقال عبد الله : أنا رأيته وأنا كنت أريده قال « أقم أنت » ولانه يحصل المقصود منه فأشبه مالو تولاهما معاً

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زياد بن الحارث الصدائي « ان أخا صداء أذن ومن أذن فهو يقيم » ولانهما فعلان من الذكر يتقدمان الصلاة فيسن أن يتولاهما واحد كالخطبتين وماذكروه يدل على الجواز وهذا على الاستحباب فان سبق المؤذن بالاذان فأراد المؤذن أن يقيم فقال احمد لو أعاد الاذان كما صنع أبومحذورة كما روى عبدالعزيز بن رفيع قال رأيت رجلا أذن قبل ابي محذورة قال فجاء ابو محذورة فأذن ثم اقام اخرجه الاثرم . فان اقام من غير اعادة فلا بأس وبذلك قال مالك والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لما ذكروه من حديث عبد الله بن زيد

الله ﷺ يقول « لا يقبل الله صلاة احدكم بغير طهور ولا صدقة من غلول » رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصلوات المفروضات خمس)

اجمع المسلمون على ان الصلوات الخمس في اليوم والليلة مفروضات لاخلاف بين المسلمين في ذلك وان غيرها لا يجب الا لعارض من نذر او نحوه الا انهم اختلفوا في وجوب الوتر وسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والاصل في ذلك ماروى عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « خمس صلوات كتبهن الله على العبد في اليوم والليلة فمن حافظ عليهن كان له عهد عند الله أن يدخله الجنة ومن لم يحافظ عليهن لم

(فصل) ويستحب أن يقيم في موضع أذانه قال احمد أحب إلي أن يقيم في مكانه ولم يبلغني فيه شيء إلا حديث بلال: لا تسبقني بآمين. يعني لو كان يقيم في موضع صلاته لما خاف أن يسبقه بالتأمين لان النبي ﷺ انما كان يكبر بعد فراغه من الاقامة ولان الاقامة شرعت للاعلام فشرعت في موضعه ليكون أبلغ في الاعلام. وقد دل على هذا حديث عبد الله بن عمر قال: كنا اذا سمعنا الاقامة توضأنا ثم خرجنا إلى الصلاة إلا أن يؤذن في المنارة أو مكان بعيد من المسجد فيقيم في غير موضعه لئلا يفوته بعض الصلاة

(فصل) ولا يقيم حتى يأذن له الامام فان بلالا كان يستأذن النبي صلى الله عليه وسلم . وفي حديث زياد بن الحارث الصدائي أنه قال فجعلت أقول للنبي ﷺ أقيم أقيم ؟ وروى أبو حفص باسناده عن علي قال: المؤذن أملك بالاذان والامام أملك بالاقامة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن صلى بلا أذان ولا اقامة كرهنا له ذلك ولا يعيد)

يكره ترك الاذان للصلوات الخمس لان النبي ﷺ كانت صلواته بأذان واقامة والائمة بعده وأمر به . قال مالك بن الحويرث أتيت النبي ﷺ أنا ورجل نودعه فقال « اذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما وليؤمكما أكبركما » متفق عليه وظاهر كلام الخرقي ان الاذان سنة مؤكدة وليس بواجب لانه جعل تركه مكروها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لانه دعاء إلى الصلاة فأشبه قوله الصلاة جامعة وقال أبو بكر بن عبد العزيز هو من فروض الكفايات . وهذا قول أكثر أصحابنا وقول بعض أصحاب مالك . وقال عطاء ومجاهد والاوزاعي هو فرض لان النبي ﷺ أمر به مالكا وصاحبه وداوم عليه هو وخلفاؤه وأصحابه والامر يقتضي الوجوب ومداومته على فعله دليل على وجوبه ، ولانه من شعائر الاسلام الظاهرة فكان فرضا كالجهاد ، فعلى قول أصحابنا اذا قام به من تحصل به الكفاية سقط عن الباقين لان بلالا كان يؤذن للنبي ﷺ فيكتفي به ، وإن صلى مصل بغير اذان ولا إقامة فالصلاة صحيحة على القولين لما روي عن علقمة والاسود أنهما قالا : دخلنا على عبد الله فصلى بنا بلا أذان ولا إقامة رواه الاثرم ولا أعلم أحداً خالف في ذلك إلا عطاء قال ومن نسي الاقامة يعيد . والاوزاعي قال مرة يعيد مادام في الوقت فان مضى الوقت فلا إعادة عليه وهذا شذوذ ، والصحيح قول الجمهور لما ذكرنا

يكن له عند الله عهد إن شاء عذبه وإن شاء غفر له » وروي أن اعرابيا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله ماذا فرض علي من الصلاة ؟ قال « خمس صلوات » قال فهل علي غيرها ؟ قال « لا الا أن تطوع شيئا » فقال الرجل والذي بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها ، فقال رسول الله ﷺ « أفلح الرجل إن صدق » متفق عليه ، وأجمعوا على أن الصلوات الخمس مؤقتات بمواقيت معلومة محدودة وقد ورد ذلك في أحاديث صحاح يأتي أكثرها إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (الظهر وهي الاولى ووقتها من زوال الشمس إلى أن يصير ظل كل شيء مثله بعد الذي زالت عليه الشمس) أجمع أهل العلم على أن أول وقت الظهر اذا زالت الشمس

ولان الاقامة أحد الاذانين فلم تفسد الصلاة بتركها كالآخر

(فصل) ومن أوجب الاذان من أصحابنا فانما أوجبه على أهـل المصر كذلك قال القاضي لا يجب على أهل غير المصر من المسافرين، وقال مالك انما يجب النداء في مساجد الجماعة التي يجمع فيها الصلاة وذلك لان الاذان انما شرع في الاصل للاعلام بالوقت ليجتمع الناس إلى الصـلاة ويدركوا الجماعة. ويكفي في المصر أذان واحد اذا كان بحيث يسمعهم، وقال ابن عقيل يكفي أذان واحد في المحلة ويجتزىء بقيتهم بالاقامة، وقال أحمد في الذي يصلي في بيته يجزئه أذان المصر وهو قول الاسود وأبي مجلز ومجاهد والشعبي والنخعي وعكرمة وأصحاب الرأي، وقال ميمون بن مهران والاوزاعي ومالك تكفيه الاقامة، وقال الحسن وابن سيرين إن شاء أقام، ووجه ذلك أن النبي ﷺ قال للذي علمه الصلاة «اذا أردت الصلاة فأحسن الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر» ولم يأمره بالاذان وفي لفظ رواه النسائي «فأقم ثم كبر» وحديث ابن مسعود، والافضل لكل مصل أن يؤذن ويقيم الا أنه إن كان يصلي قضاء أو في غير وقت الاذان لم يجهر به، وإن كان في الوقت في بادية أو نحوها استحب له الجهر بالاذان لقول أبي سعيد اذا كنت في غنمك أو باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك بالنداء فانه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا انس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة قال أبو سعيد سمعت ذلك من رسول الله ﷺ، وعن أنس أن رسول الله ﷺ كان يغير اذا طلع الفجر وكان اذا سمع أذانا أمسك وإلا أغار فسمع رجلا يقول: الله أكبر الله أكبر فقال رسول الله ﷺ «على الفطرة» فقال أشهد ان لا إله إلا الله أشهد ان لا إله إلا الله فقال رسول الله ﷺ «خرجت من النار» فنظروا فاذا صاحب معز أخرجه مسلم

(فصل) ومن فاتته صـلوات استحب له ان يؤذن للأولى ثم يقيم لكل صلاة إقامة، وإن لم يؤذن فلا بأس قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل يقضي صلاة كيف يصنع في الاذان؟ فذكر حديث هشيم عن أبي الزبير عن نافع بن جبير عن ابي عبيدة بن عبد الله عن أبيه ان المشركين شغلوا النبي صلى الله عليه وسلم عن اربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ماشاء الله قال: فأمر بلالا فأذن وأقام وصلى الظهر، ثم أمره فأقام فصلى العصر، ثم أمره فأقام فصلى المغرب، ثم أمره

حكاه ابن المنذر وابن عبد البر. وتسمى الهجير والاولى والظهر لان في حديث ابي برزة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الهجير التي تدعونها الاولى حين تدحض الشمس. متفق عليه، وانما بدأ بذكرها لان جبرائيل بدأ بها حين أم النبي ﷺ في حديث ابن عباس وجابر وبدأ بها النبي صلى الله عليـه وسلم حين علم أصحابه مواقيت الصـلاة في حديث بريدة وغيره، فروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليـه وسلم قال «أمني جبرائيل عليه السلام عنـد البيت مرتين فصلى بي الظهر في الاولى منهما حين كان الفيء مثـل الشراك، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثـله

فأقام فصلى العشاء ، قال أبو عبد الله وهشام الدستوائي لم يقل كما قال هشيم جعلها اقامة اقامة قلت فكأنك تختار حديث هشيم ؟ قال نعم هو زيادة أي شيء يضره وهذا في الجماعة فان كان يقضي وحده كان استحباب ذلك أدنى في حقه لان الاذان والاقامة للاعلام ولا حاجة الى الاعلام ههنا ، وقد روي عن احمد في رجل فاتته صلوات فقضاها ليؤذن ويقيم مرة واحدة يصليها كلها فسهل في ذلك ورآه حسنا ، وقال الشافعي نحو ذلك وله قولان آخران (أحدهما) أنه يقيم ولا يؤذن وهذا قول مالك لما روى أبو سعيد قال حبسنا يوم الخندق عن الصلاة حتى كان بعد المغرب بهوي من الليل قال فدعا رسول الله ﷺ بلالا فأمره فأقام الظهر فصلاها ثم أمره فأقام العصر فصلاها ولان الاذان للاعلام بالوقت وقد فات ، والقول الثالث ان رجى اجتماع الناس أذن وإلا فلا لان الاذان مشروع للاعلام فلا يشرع إلا مع الحاجة ، وقال أبو حنيفة يؤذن لكل صلاة ويقيم لان ماسن للصلاة في أدائها سن في قضائها كسائر المسنونات

ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس ، وأفطر الصائم . ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم . وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالامس ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثله ثم صلى المغرب لوقته الاول ثم صلى العشاء الاخيرة حين ذهب ثلث الليل ، ثم صلى الصبح حين أسفرت الارض ، ثم التفت جبريل فقال يامحمد هذا وقت الانبياء قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين » رواه الامام احمد وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى جابر نحوه ولم يذكر فيه «لوقت العصر بالامس » قال البخاري : أصح حديث في المواقيت حديث جابر ، وروى بريدة عن النبي ﷺ أن رجلا سأله عن وقت الصلاة فقال : « صل معنا هذين اليومين » فلما زالت الشمس أمر بلالا فأذن ، ثم أمره فأقام الظهر ، ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية لم يخالطها صفرة ، ثم أمره فاقام المغرب حين غابت الشمس، ثم أمره فاقام العشاء حين غاب الشفق ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر، فلما كان اليوم الثاني أمره فأبرد بالظهر فأنعم أن يبرد بها وصلى العصر والشمس بيضاء مرتفعة أخرها فوق الذي كان ، وصلى المغرب حين غاب الشفق وصلى العشاء حين ذهب ثلث الليل وصلى الفجر فأسفر بها ثم قال « أين السائل عن وقت الصلاة ؟ » فقال الرجل أنا يارسول الله فقال « وقت صلاتكم بين مارأيتم » رواه مسلم ، ومعنى زوال الشمس ميلها عن وسط السماء وأنما يعرف ذلك بطول الظل بعد تناهي قصره لان الشمس حين تطلع يكون الظل طويلا وكلما ارتفعت قصر فاذا مالت عن كبد السماء شرع في الطول فذلك زوال الشمس فمن أراد معرفة ذلك فليقدر ظل شيء ثم يصبر قليلا ثم يقدره ثانيا فان نقص لم يتحقق الزوال وإن زاد فقد زالت ، وكذلك إن لم ينقص لان الظل لايقف فيكون قد نقص ثم زاد ، وأما معرفة قدر ماتزول عليه الشمس بالاقدام فيختلف باختلاف الشهور والبلدان كلما طال النهار قصر الظل واذا قصر طال

ولنا حديث ابن مسعود رواه الاثرم والنسائي وغيرهما وهو متضمن للزيادة والزيادة من الثقة مقبولة . وعن أبي قتادة انهم كانوا مع النبي ﷺ فناموا حتى طلعت الشمس فقال النبي ﷺ يابلال « قم فأذن الناس بالصلاة » متفق عليه ، ورواه عمران بن حصين أيضاً قال فأمر بلالا فأذن فصلينا ركعتين ثم أمره فأقام فصلينا متفق عليه

ولنا على أبي حنيفة حديث ابن مسعود وأبي سعيد ولان الثانية من الفوائت صلاة وقد أذن لما قبلها فأشبهت الثانية من المجموعتين وقياسهم منتقض بهذا

(فصل) فان جمع بين صلاتين في وقت أولاهما استحب أن يؤذن للاولى ويقيم ، ثم يقيم للثانية وإن جمع بينهما في وقت الثانية فهما كالفائتتين لايتأكد الاذان لهما لان الاولى منهما تصلى في غير وقتها والثانية مسبوقة بصلاة قبلها وإن جمع بينهما باقامة واحدة فلا بأس ، وقال أبوحنيفة في المجموعتين لايقيم للثانية لان ابن عمر روى أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المغرب والعشاء بمزدلفة

الظل . وقد ذكر أبو العباس الشيحي رحمه الله ذلك تقريباً قال : ان الشمس تزول في نصف حزيران على قدم وثلث وهو أقل ماتزول عليه الشمس ، وفي نصف تموز وايار على قدم ونصف وثلث ، وفي نصف آب ونيسان على ثلاثة أقدام ، وفي نصف آذار وايلول على أربعة أقدام ونصف ، وفي نصف شباط وتشرين الاول على ستة أقدام ، وفي نصف كانون الثاني وتشرين الثاني على تسعة أقدام ، وفي نصف كانون الاول على عشرة أقدام وسدس وهو أكثر ماتزول عليه ، وفي اقليم الشام والعراق وما سامتهما فاذا أردت معرفة ذلك فقف على مستو من الارض وعلم الموضع الذي انتهى اليه ظلك ثم ضع قدمك اليمنى بين يدي قدمك اليسرى والصق عقبك بابهامك فاذا بلغت مساحته هذا القدر بعد انتهاء النقص فهو وقت زوال الشمس وتجب به الظهر والله أعلم

(فصل) وتجب الصلاة بدخول أول وقتها في حق من هو من أهل الوجوب وهو قول الشافعي وقال أبوحنيفة تجب بآخر وقتها اذا بقي منه مالا يتسع لاكثر منها لانه في أول الوقت يتخير بين فعلها وتركها فلم تكن واجبة كالنافلة

ولنا انه مأمور بها في أول وقتها بقوله تعالى (أقم الصلاة لدلوك الشمس) والامر للوجوب على الفور ولأن دخول الوقت سبب للوجود فترتب عليه حكمه عند وجوده ولانها تشترط لها نية الفرض ولو كانت نفلا لأجزأت بنية النفل كالنافلة . وتفارق النافلة من حيث إن النافلة يجوز تركها لا الى بدل وهذه انما يجوز تركها مع العزم على فعلها كما تؤخر صلاة المغرب ليلة المزدلفة عن وقتها وكما تؤخر سائر الصلوات عن وقتها لمن هو مشتغل بشرطها

(فصل) وآخر وقتها اذا زاد على القدر الذي زالت عليه الشمس قدر طول الشخص ، قال الاثرم قيل لأبي عبدالله وأي شيء آخر وقت الظهر ؟ قال : أن يصير الظل مثله . قيل له فمتى يكون الظل مثله ؟ قال اذا زالت الشمس فكان الظل بعد الزوال مثله ومعرفة ذلك أن يضبط مازالت عليه الشمس ثم

باقامة واحدة صحيح ، وقال مالك يؤذن للاولى والثانية ويقيم لان الثانية منهما صلاة يشرع لها الاذان وهي مفعولة في وقتها فيؤذن لها كالأولى

ولنا على الجمع في وقت الأولى ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بمزدلفة باذان وإقامتين رواه مسلم ولان الاولى منهما في وقتها فيشرع لها الاذان كما لو لم يجمعهما ،وأما إذا كان الجمع في وقت الثانية فقد روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما باقامة رواه البخاري ، وان جمع بينهما باقامة فلا بأس لحديث آخر ولان الاولى مفعولة في غير وقتها فاشبهت الفائتة والثانية منهما مسبوقة بصلاة فلا يشرع لها الاذان كالثانية من الفوائت وما ذهب اليه مالك يخالف الخبر الصحيح وقد رواه في موطئه وذهب إلى ما سواه اه

ينظر الزيادة عليه فان بلغت قدر الشخص فقد انتهى وقت الظهر وقدر شخص الانسان ستة أقدام ونصف وسدس بقدمه تقريبا . فاذا أردت اعتبار الزيادة بقدمك مسحتها على ما ذكرناه في الزوال ثم أسقطت منه القدر الذي زالت عليه الشمس فاذا بلغ الباقي ستة أقدام وثلثين فهو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر . فيكون ظل الانسان في نصف حزيران على ماذكرنا في آخر وقت الظهر ،وأول وقت العصر ثمانية أقدام بقدمه وفي بقية الشهور كما بينا وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي والاوزاعي ونحوه قول أبي يوسف ومحمد وغيرهم ، وقال عطاء لا تفريط للظهر حتى تدخل الشمس صفرة ، وقال طاوس وقت الظهر والعصر إلى الليل ، وحكي عن مالك وقت الاختيار إلى أن يصير ظل كل شيء مثليه ووقت الاداء إلى أن يبقى من غروب الشمس قدر مايؤدي فيه العصر لان النبي ﷺ جمع بين الظهر والعصر في الحضر ، وقال أبو حنيفة آخر وقت الظهر إذا صار ظل كل شيء مثليه لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «انما مثلكم ومثل أهل الكتابين كمثل رجل استأجر اجراء فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قيراط؟ فعملت اليهود، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط فعملت النصارى ثم قال من يعمل لي من العصر إلى غروب الشمس على قيراطين؟ فانتم هم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا مالنا أكثر عملا وأقل عطاء ؟ قال هل نقصتم من حقكم ؟ قالوا لا فقال: فذلك فضلي أوتيه من أشاء» أخرجه البخاري وهذا يدل على أن ما بين الظهر والعصر أكثر من العصر إلى المغرب

ولنا حديث بريدة وابن عباس وفيه قول جبريل فيه « الوقت ما بين هذين » وحديث مالك محمول على العذر بمطر أو مرض وما احتج به أبو حنيفة فليس فيه حجة لانه قال إلى صلاة العصر وفعلها يكون بعد دخول الوقت وتكامل الشروط ، على أن الاخذ باحاديثنا أولى لانه قصد بها بيان الوقت وخبرهم قصد به ضرب المثل فكانت أحاديثنا أولى قال ابن عبد البر خالف أبو حنيفة في هذه الآثار الناس وخالفه أصحابه

(فصل) ويشرع الاذان في السفر للراعي وأشباهه في قول أكثر أهل العلم ، وكان ابن عمر يقيم لكل صلاة اقامة إلا الصبح فانه يؤذن لها ويقيم وكان يقول انما الاذان على الامير والاقامة على الذي يجمع الناس. وعنه أنه كان لايقيم في أرض تقام فيها الصلاة. وعن علي أنه قال ان شاء أذن وأقام وان شاء أقام وبه قال عروة والثوري، وقال الحسن وابن سيرين تجزئه الاقامة وقال ابراهيم في المسافرين إذا كانوا رفاقا أذنوا وأقاموا وإذا كان وحده أقام الصلاة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤذن له في الحضر والسفر وقد ذكرنا ذلك في حديث أبي قتادة وعمران وزياد بن الحارث وأمر به مالك بن الحويرث وصاحبه وما نقل عن السلف في هذا فالظاهر أنهم أرادوا الواحد وحده وقد بينه ابراهيم النخعي في كلامه ،والاذان مع ذلك أفضل لما ذكرنا من حديث أبي سعيد وحديث أنس ، وروى عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « يعجب ربك من راعي غنم في رأس الشظية للجبل يؤذن للصلاة ويصلي فيقول الله عز وجل : انظروا إلى عبدي هذا يؤذن ويقيم الصلاة يخاف مني قد غفرت لعبدي وأدخلته الجنة » رواه النسائي وقال سلمان الفارسي إذا كان الرجل بارض قي [1] فأقام الصلاة صلى خلفه ملكان فان أذن

﴿ مسئلة ﴾ (وتعجيلها أفضل إلا في شدة الحر والغيم لمن يصلي الجماعة) وجملة ذلك أن تعجيل الظهر في غير الحر والغيم مستحب بغير خلاف علمناه قال الترمذي وهو الذي اختاره أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم لما روى أبو برزة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الهجير التي تدعونها الاولى حين تدحض الشمس وقال جابر : كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي الظهر بالهاجرة متفق عليهما . وروى الاموي في المغازي باسناده عن معاذ بن جبل قال لما بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قال « أظهر كبير الاسلام وصغيره وليكن من اكبرها الصلاة فانها رأس الاسلام بعد الاقرار بالدين فاذا كان الشتاء فصل الفجر في أول الفجر ثم أطل القراءة على قدر ماتطيق ولا تملهم وتكره اليهم أمر الله ثم عجل الصلاة الاولى بعد أن تميل الشمس . وصل العصر والمغرب في الشتاء والصيف على ميقات واحد ، العصر والشمس بيضاء مرتفعة والمغرب حين تغيب الشمس وتوارى بالحجاب وصل العشاء فأعتم بها فان الليل طويل فاذا كان في الصيف فاسفر بالصبح فان الليل قصير وان الناس ينامون فأمهلهم حتى يدركوها وصل الظهر بعد أن ينقص الظل وتحرك الريح فان الناس يقيلون فامهلهم حتى يدركوها وصل العتمة فلا تعتم بها ولا تصلها حتى يغيب الشفق » وقالت عائشة ما رأيت أحداً أشد تعجيلا للظهر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا من أبي بكر ولا من عمر حديث حسن . فأما في شدة الحر فيستحب تأخيرها مطلقا في ظاهر كلام أحمد والخرقي حكاه عنه الاثرم ، وهو قول إسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لعموم قول النبي ﷺ «إذا اشتد الحر فابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم» متفق عليه،وظاهر كلام شيخنا ههنا أنه انما يستحب تأخيرها لمن يصلي جماعة

(١) بالكسر والتشديد هي الارض القفر الخالية

وأقام صلى خلفه من الملائكة مالا يرى قطراه[1] يركعون بركوعه ويسجدون بسجوده ويؤمنون على دعائه ، وكذلك قال سعيد بن المسيب إلا أنه قال: صلى خلفه من الملائكة أمثال الجبال

(فصل) ومن دخل مسجداً قد صلي فيه فان شاء أذن وأقام نص عليه أحمد لما روى الاثرم وسعيد ابن منصور عن أنس أنه دخل مسجداً قد صلوا فيه فأمر رجلا فأذن وأقام فصلى بهم في جماعة ، وان شاء صلى من غير أذان ولا إقامة فان عروة قال إذا انتهيت إلى مسجد قد صلى فيه ناس أذنوا وأقاموا فان أذانهم وإقامتهم تجزيء عمن جاء بعدهم وهذا قول الحسن والشعبي والنخعي إلا أن الحسن قال كان أحب اليهم أن يقيم ، واذا أذن فالمستحب أن يخفي ذلك ولا يجهر به ليغر الناس بالاذان في غير محله

(فصل) وليس على النساء أذان ولا إقامة وكذلك قال ابن عمر وأنس وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي والثوري ومالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا ، وهل يسن لهن ذلك ؟ فقد روي عن أحمد قال ان فعلن فلا بأس وإن لم يفعلن فجائز . وقال القاضي هل يستحب لها الاقامة ؟ على روايتين ، وعن جابر انها تقيم وبه قال عطاء ومجاهد والاوزاعي، وقال الشافعي

(1) بضم القاف مثنى قطر أي طرفاه وجانباه

قال القاضي في المجرد انما يستحب الابراد بها بثلاثة شرائط - شدة الحر ، وأن يكون في البلدان الحارة ومساجد الجماعات ، فأما من صلاها في بيته أو في مسجد بفناء بيته فالافضل تعجيلها وهذا مذهب الشافعي لان التأخير انما استحب لينكسر الحر ويتسع فيء الحيطان فيكثر السعي الى الجماعات ومن لايصلي في جماعة لاحاجة به الى التأخير. وقال في الجامع لافرق بين البلدان الحارة وغيرها ولا بين كون المسجد ينتابه أو لا لان أحمد كان يؤخرها بمسجده ولم يكن بهذه الصفة ويؤخرها حتى يتسع فيء الحيطان فان في حديث أبي ذر أن النبي ﷺ قال للمؤذن « أبرد » حتى رأينا فيء التلول . ولا يؤخرها الى آخر وقتها بل يصليها في وقت يكون اذا فرغ بينه وبين آخر الوقت فصل. فأما الجمعة فيسن تعجيلها في كل وقت بعد الزوال لان سلمة بن الاكوع قال : كنا نجمع مع النبي ﷺ اذا زالت الشمس متفق عليه . ولم ينقل انه أخرها بل كان يعجلها حتى قال سهل بن سعد ما كنا نقيل ولا نتغدى الى بعد الجمعة أخرجه البخاري ولان التبكير اليها سنة فيتأذى الناس بتأخيرها، ويستحب تأخيرها في الغيم أيضاً لمن يصلي جماعة ذكره القاضي فقال يستحب تاخير الظهر والمغرب في الغيم وتعجيل العصر والعشاء قال ونص عليه أحمد في رواية المروذي وجماعة. وعلل القاضي ذلك بانه وقت يخاف منه العوارض من المطر والريح والبرد فيشق الخروج لكل صلاة فيؤخر الاولى من صلاتي الجمع ويعجل الثانية ويخرج اليهما خروجا واحداً فيحصل له الرفق بذلك كما يحصل بالجمع وبه قال أبو حنيفة والاوزاعي وروي عن عمر رضي الله عنه مثل ذلك في الظهر والعصر ، وعن ابن مسعود يعجل الظهر والعصر ويؤخر المغرب . وقال الحسن يؤخر الظهر وظاهر كلام الخرقي انه يسن تعجيل الظهر في غير الحر اذا غلب على ظنه دخول الوقت وهو مذهب الشافعي لما ذكرناه من الاحاديث وما

إن أذن وأقن فلا بأس ،وعن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم وبه قال إسحاق وقد روي عن أم ورقة أن النبي ﷺ أذن لها أن يؤذن لها ويقام وتؤم نساء اهل دارها ، وقيل إن هذا الحديث يرويه الوليد بن جميع وهو ضعيف وروى النجاد باسناده عن أسماء بنت يزيد قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « ليس على النساء أذان ولا إقامة » ولان الاذان في الاصل الاعلام ولا يشرع لها ذلك ، والاذان يشرع له رفع الصوت ولا يشرع لها رفع الصوت ومن لا يشرع في حقه الاذان لا يشرع في حقه الاقامة كغير المصلي وكمن أدرك بعض الجماعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجعل أصابعه مضمومة على أذنيه)

المشهور عن أحمد انه يجعل أصبعيه في أذنيه وعليه العمل عند اهل العلم يستحبون أن يجعل المؤذن أصبعيه في أذنيه قال الترمذي لما روى أبو جحيفة أن بلالا أذن ووضع أصبعيه في أذنيه ، متفق عليه . وعن سعد مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يجعل أصبعيه في أذنيه قال « انه أرفع لصوتك » وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال أحب إلي

روي عن أحمد فيحمل على أنه أراد بالتأخير ليتيقن دخول الوقت ولا يصلي مع الشك فقد نقل أبو طالب عنه مايدل على هذا أنه قال يوم الغيم يؤخر الظهر حتى لا يشك أنها قد حانت ويعجل العصر، والمغرب يؤخرها حتى يعلم انه سواد الليل ويعجل العشاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم العصر وهي الوسطى ووقتها من خروج وقت الظهر الى اصفرار الشمس وعنه الى ان يصير ظل كل شيء مثليه ثم يذهب وقت الاختيار ويبقى وقت الضرورة الى غروب الشمس)

الصلاة الوسطى صلاة العصر في قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم منهم علي وأبو هريرة وأبو سعيد وأبو أيوب وزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول عبيدة السلماني والحسن والضحاك وأبو حنيفة وأصحابه وابن المنذر . وروي عن ابن عمر وزيد وعائشة وعبد الله بن شداد أنها صلاة الظهر لما روي عن زيد بن ثابت قال : كان رسول الله ﷺ يصلي الظهر بالهاجرة ولم يكن يصلي صلاة أشد على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منها فنزلت (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى) رواه أبو داود ، وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قرأ (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى صلاة العصر) رواه أبو داود والترمذي وقال صحيح ، وقال طاوس وعطاء وعكرمة ومجاهد والشافعي هي الصبح وروي أيضاً عن ابن عمر وابن عباس لقوله تعالى (والصلاة الوسطى وقوموا لله قانتين) والقنوت طول القيام وهو مختص بالصبح ولانها من أثقل الصلاة على المنافقين فلذلك اختصت بالوصية بالمحافظة عليها ، وقال النبي ﷺ « لو يعلمون ما في العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا » متفق عليه ، وقال قوم هي المغرب لان الاولى الظهر فتكون المغرب الوسطى لانها الثالثة من الخمس ولانها الوسطى في عدد الركعات وخصت من بين الصلوات بأنها وتر والله وتر يحب الوتر ولانها تصلى في أول وقتها في جميع الامصار والاعصار

أن يجعل يديه على أذنيه على حديث ابي محذورة وضم أصابعه الاربع ووضعها على أذنيه وحكي ابو حفص عن ابن بطة قال سألت ابا القاسم الخرقي عن صفة ذلك فأرانيه بيديه جميعاً فضم أصابعه على راحتيه ووضعهما على أذنيه ، واحتج لذلك القاضي بما روى ابو حفص باسناده عن ابن عمر انه كان اذا بعث مؤذنا يقول له اضمم أصابعك مع كفيك واجعلها مضمومة على أذنيك ، وبما روى الامام أحمد عن ابي محذورة انه كان يضم أصابعه، والاول أصح لصحة الحديث وشهرته وعمل اهل العلم به وأيهما فعل فحسن وإن ترك الكل فلا بأس

(فصل) ويستحب رفع الصوت بالاذان ليكون أبلغ في إعلامه ، وأعظم لثوابه كما ذكر في خبر ابي سعيد ، ولا يجهد نفسه في رفع صوته زيادة على طاقته لئلا يضر بنفسه وينقطع صوته ، فان أذن لعامة الناس جهر بجميع الاذان ولا يجهر ببعض ويخافت ببعض لئلا يفوت مقصود الاذان وهو الاعلام وإن أذن لنفسه أو لجماعة خاصة حاضرين جاز أن يخافت ويجهر وان يخافت ببعض ويجهر ببعض الا أن يكون في وقت الاذان فلا يجهر بشيء منه لئلا يغر الناس بأذانه

(فصل) وينبغي أن يؤذن قائماً ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن السنة

ويكره تأخيرها عنه ولذلك صلاها جبريل بالنبي ﷺ في اليومين لوقت واحد ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « لاتزال أمتي بخير مالم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم » وهذا كله يدل على تأكدها وفضيلتها ، وقيل هي العشاء لما ذكرنا في الصبح ولما روى ابن عمر قال مكثنا ليلة ننتظر رسول الله ﷺ لصلاة العشاء الآخرة فخرج الينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده فقال انكم لتنتظرون صلاة ماينتظرها أهل دين غيركم ولولا ان أشق على أمتي لصليت بهم هذه الساعة» متفق عليه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب « شغلونا عن صلاة الوسطى صلاة العصر » متفق عليه ، وعن ابن مسعود وسمرة قالا : قال رسول الله ﷺ « صلاة الوسطى صلاة العصر » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهذا نص لايجوز خلافه وما روته عائشة فيجوز أن تكون الواو فيه زائدة كقوله (وليكون من المؤمنين) وقوله (وخاتم النبيين) وقوله (وقوموا لله قانتين) فقد قيل قانتين أي مطيعين وقيل القنوت السكوت ، ولذلك قال زيد بن أرقم كنا نتكلم حتى نزل قوله تعالى (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام

(فصل) وأول وقت العصر من خروج وقت الظهر وهو اذا صار ظل كل شيء مثله بعد القدر الذي زالت عليه الشمس فبخروج وقت الظهر يدخل وقت العصر ليس بينهما فصل وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة أول وقتها اذا زاد على المثلين لما تقدم من الحديث الذي ذكرناه لأبي حنيفة في بيان آخر وقت الظهر ولقول الله تعالى (أقم الصلاة طرفي النهار) وعلى قولكم تكون وسط النهار، وحكي عن ربيعة أن وقت الظهر والعصر اذا زالت الشمس ، وقال اسحاق آخر وقت الظهر أول وقت

أن يؤذن قائما وفي حديث ابي قتادة الذي رويناه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال « قم فأذن » وكان مؤذنو رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤذنون قياما ، وإن كان له عذر فلا بأس أن يؤذن قاعداً ، قال الحسن العبدي رأيت أبا زيد صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت رجله أصيبت في سبيل الله يؤذن قاعداً . رواه الاثرم ، فان أذن قاعداً لغير عذر فقد كرهه أهل العلم ويصح فانه ليس بآكد من الخطبة وتصح من القاعد ، قال الاثرم وسمعت أبا عبد الله يسئل عن الاذان على الراحلة فسهل فيه وقال أمر الاذان عندي سهل . وروي عن ابن عمر انه كان يؤذن على الراحلة ثم ينزل فيقيم ، واذا أبيح التنفل على الراحلة فالاذان أولى

(فصل) ويستحب أن يؤذن على شيء مرتفع ليكون ابلغ لتأديةصوته ، وقد روى أبوداود عن عروة بن الزبير عن امرأة من بني النجار قالت كان بيتي من اطول بيت حول المسجد وكان بلال يؤذن عليه الفجر فيأتي بسحر فيجلس على البيت ينظر إلى الفجر فاذا رآه تمطى ثم قال : اللهم إني

العصر يشتركان في قدر الصلاة فلو ان رجلين صليامعا أحدهما يصلي الظهر والآخر يصلي العصر حين صار ظل كل شيء مثله لكانا مصليين الصلاتين في وقتهما ، وحكي عن ابن المبارك لقول النبي ﷺ في حديث ابن عباس وصلى في المرة الثانية الظهر لوقت العصر بالامس

ولنا ماتقدم من حديث جبريل فأما قوله تعالى (أقم الصلاة طرفي النهار) فان الطرف ماتراخى عن الوسط فلا ينفي ماقلنا ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لوقت العصر بالامس » أراد مقاربة الوقت يعني ان ابتداء صلاة العصر متصل بآخر صلاة الظهر في اليوم الثاني وقد بينه النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن عمر « ووقت الظهر مالم تحضر العصر » رواه مسلم ، وفي حديث ابي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان للصلاة أولا وآخراً وان أول وقت الظهر حين تزول الشمس وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر » رواه الترمذي ،وآخر وقتها اختلفت الرواية فيه فروي عن أحمد أن آخر وقت الاختيار اذا صار ظل كل شيء مثليه وهو قول مالك والثوري والشافعي لقوله في حديث ابن عباس « الوقت مابين هذين » وروي عنه ان آخره مالم تصفر الشمس وهي أصح حكاها عنه جماعة منهم الاثرم وهذا قول ابي يوسف ومحمد ، ونحوه عن الاوزاعي لما روى عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال « وقت العصر مالم تصفر الشمس » رواه مسلم ، وفي حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ « وان آخر وقتها حين تصفر الشمس » قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن من صلى العصر والشمس بيضاء نقية فقد صلاها في وقتها وفي هذا دليل على أن مراعاة المثلين عندهم استحباب ولعلهما متقاربان يوجد أحدهما قريباً من الآخر

(فصل) والاوقات ثلاثة أضرب : وقت فضيلة ووقت اختيار ووقت ضرورة ، وقد ذكرنا وقت الفضيلة ، ومعنى وقت الاختيار هو الذي يجوز تأخير الصلاة إلى آخره من غير عذر ووقت الضرورة انما يباح تأخير الصلاة اليه مع العذر ، فان أخرها لغير عذر أثم ، ومتى فعلها فيه فهو مدرك لها أداء

أستعينك وأستعديك على قريش أن يقيموا دينك . قالت ثم يؤذن وفي حديث بدء الاذان فقال رجل من الانصار يارسول الله رأيت رجلا كأن عليه ثوبين أخضرين فقام على المسجد فأذن ثم قعد قعدة ثم قام فقال مثلها إلا انه يقول قد قامت الصلاة

(فصل) ولا يستحب أن يتكلم في أثناء الاذان وكرهه طائفة من أهل العلم قال الاوزاعي لم نعلم أحداً يقتدى به فعل ذلك ،ورخص فيه الحسن وعطاء وقتادة وسليمان بن صرد فان تكلم بكلام يسير جاز وان طال الكلام بطل لانه يقطع الموالاة المشروطة في الأذان فلا يعلم انه أذان. وكذلك لو سكت سكوتا طويلا أو نام نوما طويلا او أغمي عليه او أصابه جنون يقطع الموالاة بطل أذانه، وإن كان الكلام يسيراً محرما كالسب ونحوه فقال بعض أصحابنا فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه لا يخل بالمقصود فأشبه المباح (والثاني) يقطعه لانه محرم فيه ، وأما الاقامة فلا ينبغي أن يتكلم فيها لانها يستحب حدرها وأن لا يفرق بينها قال ابو داود قلت لاحمد الرجل يتكلم في أذانه ؟ فقال نعم فقلت له يتكلم في الاقامة فقال لا

في وقتها سواء كان لعذر او غيره لقول النبي ﷺ « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » متفق عليه ولا نعلم فيه خلافا وكذلك حكم سائر الصلوات إذا أدرك من وقتها ركعة ، وإن أدرك اقل من ذلك فسيأتي بيانه ان شاء الله، ومتى أخر العصر عن وقت الاختيار على مافيه من الخلاف أثم اذا كان لغير عذر لما تقدم من الاخبار ولما روى أنس بن مالك قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « تلك صلاة المنافق تلك صلاة المنافق : يجلس أحدهم حتى اذا اصفرت الشمس فكانت بين قرني شيطان او على قرني شيطان قام فنقر اربعا لا يذكر الله فيها الا قليلا » رواه مسلم ولو أبيح تأخيرها لما ذم عليها وجعله علامة النفاق

﴿ مسئلة ﴾ (وتعجيلها افضل بكل حال) وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة وأنس وابن المبارك واهل المدينة والاوزاعي والشافعي وإسحاق . وروي عن ابي هريرة وابن مسعود انهما كانا يؤخران العصر . وروي عن ابي قلابة وابن شبرمة انهما قالا انما سميت العصر لتعصر . وقال اصحاب الرأي الافضل فعلها في آخر وقتها المختار لما روى رافع بن خديج ان النبي ﷺ كان يأمر بتأخير العصر . وعن علي بن شيبان قال قدمنا على رسول الله ﷺ فكان يؤخر العصر مادامت بيضاء نقية ولانها آخر صلاتي جمع فاستحب تأخيرها كالعشاء

ولنا ماروى ابو برزة قال كان رسول الله ﷺ يصلي العصر ثم يرجع أحدنا إلى رحله في أقصى المدينة والشمس حية . متفق عليه . وقال رافع بن خديج كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ، ثم ننحر الجزور فيقسم عشرة أجزاء ثم نطبخ فنأكل لحما نضيجا قبل غروب الشمس متفق عليه . وعن ابي امامة بن سهل قال صلينا مع عمر بن عبدالعزيز الظهر ثم خرجنا حتى دخلنا على أنس بن مالك فوجدناه يصلي العصر فقلنا يا أبا حمزة ما هذه الصلاة التي صليت ؟

(فصل) وليس للرجل أن يبني على أذان غيره لأنه عبادة بدنية فلا يصح من شخصين كالصلاة والردة تبطل الآذان ان وجدت في أثنائه ، وان وجدت بعده فقال القاضي قياس قوله في الطهارة ان تبطل ايضا. والصحيح انها لاتبطل لانها وجدت بعد فراغه وانقضاء حكمه بحيث لا يبطله شيء من مبطلاته فأشبه سائر العبادات إذا وجدت بعد فراغه منها بخلاف الطهارة فانها تبطل بمبطلاتها فالاذان أشبه بالصلاة في هذا الحكم منه بالطهارة والله تعالى أعلم

(فصل) ولا يصح الاذان إلا مرتبا لان المقصود منه يختل بعدم الترتيب وهو الاعلام فانه إذا لم يكن مرتبا لم يعلم انه أذان ولأنه شرع في الاصل مرتبا وعلمه النبي ﷺ أبا محذورة مرتبا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويدير وجهه على يمينه اذا قال : حي على الصلاة ، وعلى يساره اذا قال : حي على الفلاح . ولا يزيل قدميه)

قال العصر وهذه صلاة رسول الله ﷺ التي كنا نصليها معه . متفق عليه وروى الترمذي عن النبي ﷺ انه قال « الوقت الاول من الصلاة رضوان الله والوقت الآخر عفو الله » وحديث رافع لا يصح قاله الترمذي وقال الدارقطني يرويه عن عبدالواحد بن نافع وليس بالقوي ولا يصح عن رافع ولا عن غيره من الصحابة ، والصحيح عنهم تعجيل صلاة العصر والتبكير بها قال ابن المنذر الاخبار الثابتة عن النبي ﷺ تدل على ان أفضل الامرين تعجيل العصر في أول وقتها

﴿ مسئلة ﴾ (ثم المغرب وهي الوتر ووقتها من مغيب الشمس إلى مغيب الشفق الاحمر) لا خلاف بين أهل العلم في دخول وقت المغرب بغروب الشمس والاحاديث تدل عليه . وآخره إذا غاب الشفق وهو قول الثوري وإسحاق وابي ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي في أحد قوليه ليس لها إلا وقت واحد لان جبريل صلاها بالنبي صلى الله عليه وسلم في اليومين لوقت واحد في بيان مواقيت الصلاة وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تزال أمتي بخير مالم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم » وعن طاوس لا تفوت المغرب والعشاء حتى الفجر وعن عطاء لا تفوت المغرب والعشاء حتى النهار

ولنا حديث بريدة وفيه أن النبي ﷺ صلى المغرب في اليوم الثاني حين غاب الشفق وروى ابو موسى أن النبي ﷺ أخر المغرب في اليوم الثاني حتى كان عند سقوط الشفق رواهما مسلم وعن عبدالله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « وقت المغرب مالم يغب الشفق » رواه مسلم وهذه نصوص صحيحة لايجوز مخالفتها بشيء محتمل ولأن ماقبل مغيب الشفق وقت لاستدامتها فكان وقتا لابتدائها كأول وقتها وأحاديثهم محمولة على الاستحباب والاختيار وتأكيد فعلها في أول وقتها جمعا بينها وبين أحاديثنا ولو تعارضت وجب حمل أحاديثهم على أنها منسوخة لأنها في أول فرض الصلاة بمكة وأحاديثنا بعدها بالمدينة فتكون ناسخة لما قبلها مما يخالفها والله أعلم

المستحب أن يؤذن مستقبل القبلة لا نعلم فيه خلافا فان مؤذني النبي كانوا يؤذنون مستقبلي القبلة ويستحب أن يدير وجهه على يمينه اذا قال حي على الصلاة ، وعلى يساره إذا قال حي على الفلاح ، ولا يزيل قدميه عن القبلة في التفاته لما روى أبو جحيفة قال رأيت بلالا يؤذن وأتتبع[1] فاه ههنا وههنا وأصبعاه في أذنيه . متفق عليه ، وفي لفظ قال أتيت رسول الله ﷺ وهو في قبة حمراء من أدم فخرج بلال فأذن فلما بلغ حي على الصلاة حي على الفلاح التفت يمينا وشمالا ولم يستدر رواه أبو داود . وظاهر كلام الخرقي أنه لا يستدير سواء كان على الارض أو فوق المنارة وهو قول الشافعي، وذكر أصحابنا عن أحمد فيمن أذن في المنارة روايتين (إحداهما) لا يدور للخبر ولانه يستدبر القبلة فكره كما لو كان على وجه الارض (والثانية) يدور في مجالها لانه لا يحصل الاعلام بدونه وتحصيل المقصود بالاخلال بأدب أولى من

(1) في الصحيحين فجعلت أتتبع

(فصل) والشفق الحمرة هذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق ويعقوب ومحمد ، وعن أنس وأبي هريرة مايدل على ان الشفق البياض . وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز والاوزاعي وأبي حنيفة وهو اختيار ابن المنذر، وروي عن ابن عباس أيضاً لان بخروج وقتها يدخل وقت عشاء الآخرة وأول وقت العشاء اذا غاب البياض لان النعمان بن بشير قال أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليها لسقوط القمر لثالثة . رواه الامام أحمد وأبو داود ، وروي عن أبي مسعود قال : رأيت رسول الله ﷺ يصليها حين يسود الافق

ولنا ماروي أن النبي ﷺ قال « وقت المغرب مالم يسقط فور الشفق » رواه أبو داود . وروي ثور الشفق — وفور الشفق فورانه وسطوعه وثوره ثوران حمرته ، وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشفق الحمرة فاذا غاب الشفق وجبت العشاء » رواه الدارقطني، وما رووه ليس فيه بيان أنه أول الوقت فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤخر الصلاة عن اول الوقت قليلا ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لبلال « اجعل بين أذانك وإقامتك قدر مايفرغ الآكل من أكله والمتوضيء من وضوئه والمعتصر اذا دخل لقضاء حاجته »

﴿ مسئلة ﴾ (وتعجيلها أفضل إلا ليلة جمع لمن قصدها) لا نعلم خلافا في استحباب تعجيل المغرب في غير حال العذر إلا ماذكرنا من اختلافهم في الغيم وهو قول اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم قاله الترمذي . وذلك لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي المغرب اذا وجبت . وعن رافع بن خديج قال : كنا نصلي المغرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فينصرف أحدنا وانه ليبصر مواقع نبله متفق عليهما ، وعن سلمة بن الاكوع قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي المغرب ساعة تغرب الشمس اذا غاب حاجبها رواه أبو داود واللفظ له ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ، وفعل جبريل عليه السلام لها في اليومين في وقت واحد دليل على تأكد استحبابها ولأن فيه خروجا من الخلاف فكان أولى . فأما ليلة جمع وهي ليلة المزدلفة فيستحب

العكس ، ولو أخل باستقبال القبلة أو مشى في أذانه لم يبطل فان الخطبة آكد من الاذان ولا تبطل بهذا ، وسئل أحمد عن الرجل يؤذن وهو يمشي فقال نعم أمر الاذان عندي سهل. وسئل عن المؤذن يمشي وهو يقيم قال يعجبني أن يفرغ ثم يمشي، وقال في رواية حرب وفي المسافر أحب إليّ أن يؤذن ووجهه الى القبلة وأرجو أن يجزيء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب لمن سمع المؤذن أن يقول كما يقول)

لا أعلم خلافا بين أهل العلم في استحباب ذلك والأصل فيه ماروى أبوسعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا سمعتم النداء فقولوا مثل مايقول المؤذن » متفق عليه ورواه جماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم منهم أبوهريرة وعمرو بن العاص وابنه وأم حبيبة، وقال غير الخرقي من أصحابنا يستحب أن يقول عند الحيعلة لا حول ولا قوة إلا بالله ، نص عليه أحمد لما روى الاثرم باسناده عن أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا سمع الاذان قال مثل مايقول المؤذن فاذا بلغ حي على

تأخيرها ليصليها مع العشاء الآخرة لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك والاجماع منعقد على ذلك والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ثم العشاء ووقتها من مغيب الشفق الاحمر الى ثلث الليل الاول وعنه الى نصفه)

لا خلاف بين الناس في دخول وقت العشاء الآخرة بغيبوبة الشفق وانما اختلفوا في الشفق وقد ذكرناه فمتى غاب الشفق الاحمر دخل وقت العشاء إن كان في مكان يظهر له الافق . وإن كان في مكان يستتر عنه الافق بالجبال أو نحوها استظهر حتى يغيب البياض فيستدل به على غيبوبة الحمرة لا لنفسه

(فصل) واختلفت الرواية في آخر وقت الاختيار فروي عنه أنه ثلث الليل نص عليه في رواية الجماعة اختارها الخرقي وهو قول عمر وأبي هريرة وعمر بن عبد العزيز والشافعي في أحد قوليه لان في حديث جبريل أنه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم في المرة الثانية ثلث الليل وقال « الوقت ما بين هذين » وفي حديث بريدة انه صلاها في اليوم الثاني حين ذهب ثلث الليل رواه مسلم ، وقال النخعي آخر وقتها الى ربع الليل ، وروي عن ابن عباس انه قال آخر وقتها الى طلوع الفجر ، وروي عن أحمد أن آخر وقتها الى نصف الليل وهو قول ابن المبارك وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي لما روى أنس قال أخر رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل ثم صلى ثم قال : « صلى الناس وناموا أما انكم في صلاة ما انتظرتموها» متفق عليه ، وعن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ووقت العشاء الى نصف الليل » رواه مسلم وأبو داود . والاولى أن لا تؤخر عن ثلث الليل لان ثلث الليل يجمع الروايات. والزيادات تعارضت فيها الاخبار وإن أخرها جاز لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يذهب وقت الاختيار ويبقى وقت الضرورة الى طلوع الفجر الثاني وهو البياض

الصلاة قال « لاحول ولا قوة إلا بالله » وروى حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله قال أشهد أن لا إله إلا الله ثم قال أشهد أن محمداً رسول الله قال أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لاحول ولا قوة إلا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لاحول ولا قوة إلا بالله ثم قال الله أكبر الله اكبر قال الله اكبر الله اكبر ثم قال لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله - من قلبه دخل الجنة » رواه مسلم وأبو داود قال أبو بكر الاثرم هذا من الاحاديث الجياد يعني هذا الحديث وهذا أخص من حديث أبي سعيد فيقدم عليه أو يجمع بينهما

(فصل) ويستحب أن يقول في الاقامة مثل مايقول ويقول عند كلمة الاقامة : أقامها الله وأدامها لما روى أبوداود باسناده عن بعض أصحاب النبي ﷺ أن بلالا أخذ في الاقامة فلما ان قال قد قامت الصلاة قال النبي ﷺ « أقامها الله وأدامها » وقال في سائر الاقامة كنحو حديث عمر في الاذان

المعترض في المشرق ولا ظلمة بعده وتأخيرها أفضل مالم يشق . متى ذهب نصف الليل أو ثلثه على الخلاف فيه خرج وقت الاختيار وما بعده وقت ضرورة إلى طلوع الفجر الثاني والحكم فيه حكم الضرورة في وقت العصر على ما بينا، وتأخيرها أفضل إلى آخر وقتها إذا لم يشق وهو اختيار أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين كذلك قال الترمذي ، وحكي عن الشافعي أن الافضل تقديمها لقول النبي ﷺ « الوقت الاول رضوان الله ، والوقت الآخر عفو الله » رواه الترمذي عن القاسم بن غنام عن أمهاته عن أم فروة أنها سمعت رسول الله ﷺ وسأله رجل عن أفضل الاعمال فقال رسول الله ﷺ « الصلاة لاول وقتها » رواه أبو داود ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يؤخرها وانما أخرها ليلة واحدة

ولنا قول أبي برزة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحب أن يؤخر من العشاء التي تدعونها العتمة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتي لامرتهم أن يؤخروا العشاء الى ثلث الليل أو نصفه » رواه الترمذي وقال حديث صحيح ،وعن جابر بن سمرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤخر عشاء الآخرة رواه مسلم وأحاديثهم ضعيفة ، أما خبر « أول الوقت رضوان الله » فيرويه عبيد الله العمري وهو ضعيف وحديث أم فروة رواته مجاهيل ، وقال فيه الترمذي أيضا لا يروى إلا من حديث العمري وليس بالقوي في الحديث . قال أحمد لا أعرف ثبت في أوقات الصلاة أولها كذا وأوسطها كذا وآخرها كذا ولو ثبت كان الاخذ باحاديثنا أولى لانها خاصة وأخبارهم عامة وانما يستحب تأخيرها للمنفرد ولجماعة راضين بالتأخير . فأما مع المشقة بالمأمومين أو بعضهم فلا يستحب نص عليه أحمد في رواية الاثرم قال قلت لابي عبد الله كم قدر تأخير العشاء ؟ قال يؤخرها بعد أن لا يشق على المأمومين وقد ترك النبي ﷺ الامر بتأخيرها كراهية المشقة ، وروي عنه « من شق على امتي شق الله عليه » وروى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء

(فصل) وروى سعد بن أبي وقاص قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من قال حين يسمع النداء : وأنا أشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له وأن محمداً رسول الله ،رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا ، وبمحمد صلى الله عليه وسلم رسولا ، غفر له ذنبه »رواه مسلم وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ « من قال حين يسمع النداء اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمداً الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاماً محموداً الذي وعدته ـ حلت له شفاعتي يوم القيامة» رواه البخاري وعن أم سلمة قالت علمني النبي صلى الله عليه وسلم ان اقول عند أذان المغرب : اللهم هذا إقبال ليلك وادبار نهارك وأصوات دعائك فاغفر لي . رواه أبوداود وروى أنس قال : قال رسول الله ﷺ « لا يرد الدعاء بين الاذان والاقامة» رواه أبو داود أيضا .

(فصل) وإذا سمع الاذان وهو في قراءة قطعها ليقول مثل مايقول لانه يفوت والقراءة لاتفوت وان سمعه في الصلاة لم يقل مثل قوله لئلا يشتغل عن الصلاة بما ليس منها وقد روي «ان في الصلاة لشغلا» وان قاله ماعدا الحيعلة لم تبطل الصلاة لانه ذكر ، وان قال الدعاء الى الصلاة فيها بطلت لانه خطاب آدمي

أحيانا وأحيانا إذا رآهم اجتمعوا عجل وإذا رآهم أبطؤا أخر . وهذا يدل على مراعاة حال المأمومين وقد روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصليها لسقوط القمر لثالثة . وعن أبي مسعود قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يصلي هذه الصلاة حين يسود الافق فيستحب الاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في إحدى هاتين الحالتين ولا يشق على المأمومين فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمر بالتخفيف رفقا بالمأمومين والله أعلم .

(فصل) ولا يستحب تسمية هذه الصلاة العتمة وكان ابن عمر إذا سمع رجلا يقول العتمة صاح وغضب وقال انما هي العشاء ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلبنكم الاعراب على اسم صلاتكم الا إنها العشاء وهم يعتمون بالابل » رواه مسلم وان سماها جاز لقول معاذ لقينا رسول الله ﷺ في صلاة العتمة رواه أبو داود ، وفي المتفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعلمون ما في العتمة والصبح لاتوهما ولو حبوا»

﴿ مسئلة ﴾ (ثم الفجر ووقتها من طلوع الفجر الثاني الى طلوع الشمس) وجملة ذلك أن وقت الفجر يدخل بطلوع الفجر الثاني إجماعا وقد دلت عليه الاخبار التي ذكرناها وهو البياض المعترض في المشرق المستطير في الافق .ويسمى الفجر الصادق لانه صدقك عن الصبح .والصبح ما جمع بياضا وحمرة ولا ظلمة بعده ، فأما الفجر الاول فهو البياض المستدق المستطيل صعداً من غير اعتراض فلا يتعلق به حكم ، وآخر وقتها طلوع الشمس لما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « وقت الفجر مالم تطلع الشمس » رواه مسلم

﴿مسئلة﴾ (وتعجيلها أفضل وعنه ان أسفر المأمومون فالافضل الاسفار) التغليس بالفجر أفضل يروى عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وأبي موسى وابي الزبير وعمر بن عبد العزيز ما يدل على ذلك

(فصل) روي عن أحمد أنه كان اذا أذن فقال كلمة من الاذان قال مثلها سراً فظاهر هذا انه رأى ذلك مستحبا ليكون ما يظهره أذانا ودعاء إلى الصلاة وما يسره ذكراً لله تعالى فيكون بمنزلة من سمع الاذان

(فصل) قال الأثرم وسمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يقوم حين يسمع المؤذن مبادراً يركع فقال يستحب أن يكون ركوعه بعد مايفرغ المؤذن أو يقرب من الفراغ لانه يقال ان الشيطان ينفر حين يسمع الاذان فلا ينبغي أن يبادر بالقيام. وإن دخل المسجد فسمع المؤذن استحب له انتظاره ليفرغ ويقول مثل ما يقول جمعا بين الفضيلتين وإن لم يقل كقوله وافتتح الصلاة فلا بأس نص عليه أحمد

(فصل) ولا يستحب الزيادة على مؤذنين لان الذي حفظ عن النبي ﷺ أنه كان له مؤذنان بلال وابن أم مكتوم إلا أن تدعو الحاجة إلى الزيادة عليهما فيجوز ، فقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه كان له أربعة مؤذنين. وإن دعت الحاجة إلى أكثر منه كان مشروعا ، واذا كان أكثر من واحد وكان الواحد يسمع الناس فالمستحب أن يؤذن واحد بعد واحد. لان مؤذني النبي ﷺ كان احدهما

وبه قال مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، قال ابن عبد البر صح عن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان أنهم كانوا يغلسون ومحال أن يتركوا الافضل وهم النهاية في اتيان الفضائل . وروي عن أحمد أن الاعتبار بحال المأمومين فان أسفروا فالافضل الاسفار لان جابراً روى أن النبي ﷺ كان يفعل ذلك في العشاء فينبغي أن يكون كذلك في الفجر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي الافضل الاسفار لما روى رافع بن خديج قال سمعت النبي ﷺ يقول « أسفروا بالفجر فانه أعظم للأجر » رواه الترمذي وقال حسن صحيح

ولنا ماروى جابر قال : والصبح كان النبي صلى الله عليه وسلم يصليها بغلس متفق عليه ، وفي حديث أبي برزة وكان ينفتل من صلاة الغداة حين يعرف الرجل جليسه . وعن عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه يصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس متفق عليهما ، وعن أبي مسعود الانصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم غلس بالصبح ثم أسفر مرة ثم لم يعد إلى الاسفار حتى قبضه الله . رواه أبو داود ، فأما الاسفار في حديثهم فالمراد به أن يتبين ضوء الصبح ويكثر من قولهم أسفرت المرأة عن وجهها اذا كشفته

(فصل) ولا يأثم بتعجيل الصلاة المستحب تأخيرها ولا بتأخير مايستحب تعجيله اذا أخره عازما على فعله مالم يضق الوقت عن فعل جميع العبادة لان جبرائيل صلاها بالنبي ﷺ في آخر الوقت وأوله ، وصلاها النبي صلى الله عليه وسلم كذلك أيضاً وقال « الوقت مابين هذين » ولان الوجوب موسع فهو كالتكفير موسع في الاعيان ، فان أخرها غير عازم على الفعل أو أخرها بحيث يضيق الوقت عن فعل جميعها فيه أثم لان الركعة الاخيرة من الصلاة فلم يجز تأخيرها عن الوقت

يؤذن بعد الآخر ، وإن كان الاعلام لايحصل بواحد أذنوا على حسب مايحتاج اليه إما أن يؤذن كل واحد في منارة أو ناحية أو دفعة واحدة في موضع واحد ، قال أحمد إن أذن عدة في منارة فلا بأس وإن خافوا من تأذين واحد بعد الآخر فوات أول الوقت أذنوا جميعاً دفعة واحدة

(فصل) ولا يؤذن قبل المؤذن الراتب إلا أن يتخلف ويخاف فوات وقت التأذين فيؤذن غيره كما روي عن زياد بن الحارث الصدائي أنه أذن للنبي ﷺ حين غاب بلال وقد ذكرنا حديثه وأذن رجل حين غاب أبو محذورة قبله فأما مع حضوره فلا يسبق بالاذان فان مؤذني النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن غيرهم يسبقهم بالاذان

(فصل) واذا تشاح نفسان في الاذان قدم أحدهما في الخصال المعتبرة في التأذين فيقدم من كان أعلى صوتا لقول النبي ﷺ لعبد الله بن زيد « ألقه على بلال فانه أندى صوتاً منك » وقدم أبا محذورة لصوته . وكذلك يقدم من كان أبلغ في معرفة الوقت وأشد محافظة عليه ومن يرتضيه الجيران لانهم أعلم بمن يبلغهم صوته ومن هو أعف عن النظر . فان تساويا من جميع الجهات أقرع بينهما لان النبي ﷺ قال « لو يعلم الناس مافي النداء والصف الاول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا » متفق عليه ولما تشاح الناس في الاذان يوم القادسية أقرع بينهم سعد

كالاولى ومتى أخر الصلاة عن اول وقتها عازما على الفعل فمات قبل فعلها لم يمت عاصياً لانه فعل مايجوز له وليس الموت من فعله فلم يأثم به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أدرك تكبيرة الاحرام من صلاة في وقتها فقد أدركها) وجملة ذلك ان من ادرك ركعة من الصلاة قبل خروج وقتها فقد ادرك الصلاة سواء أخرها لعذر كحائض تطهر او مجنون يفيق او لغير عذر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » متفق عليه ، وفي رواية « من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر » وجميع الصلوات في ذلك سواء . وقال أصحاب الرأي فيمن طلعت الشمس وقد صلى ركعة تفسد صلاته لانه قد صار في وقت نهي عن الصلاة فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح » وفي رواية « من ادرك سجدة من صلاة الصبح قبل ان تطلع الشمس فليتم صلاته » متفق عليه . ولانه ادرك ركعة من الصلاة في وقتها فكان مدركا لها كبقية الصلوات وانما نهي عن النافلة ، فأما الفرائض فتصلى في كل وقت بدليل ماقبل طلوع الشمس فانه وقت نهي ولا يمنع من فعل الفرض فيه والله اعلم

(فصل) وهل يدرك الصلاة بادراك مادون الركعة فيه روايتان (احداهما) لا يدركها وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك لظاهر الخبر الذي رويناه فان تخصيصه بركعة يدل على ان الادراك لا يحصل

(فصل) ويكره اللحن في الاذان فانه ربما غير المعنى فان من قال أشهد أن محمداً رسول الله ونصب لام رسول أخرجه عن كونه خبراً ولا يمد لفظة أكبر لأنه يجعل فيها الفا فيصير جمع كبر وهو الطبل ولا تسقط الهاء من اسم الله تعالى واسم الصلاة ولا الحاء من الفلاح لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا يؤذن لكم من يدغم الهاء » قلنا وكيف يقول ؟ قال يقول « أشهد أن لا إله إلا الله (١) أشهد ان محمداً رسول الله » أخرجه الدارقطني في الافراد ، فاما ان كان ألثغ لثغة لا تتفاحش جاز اذانه فقد روي أن بلالا كان يقول أسهد يجعل الشين سينا وان سلم من ذلك كان أكمل وأحسن

(فصل) وإذا أذن في الوقت كره له أن يخرج من المسجد الا ان يكون لحاجة ثم يعود لأنه ربما احتيج إلى اقامة الصلاة فلا يوجد . وان أذن قبل الوقت للفجر فلا بأس بذهابه لانه لا يحتاج إلى حضوره قال احمد في الرجل يؤذن في الليل وهو على غير وضوء فيدخل المنزل ويدع المسجد أرجو أن يكون موسعا عليه ولكن إذا أذن وهو متوضيء في وقت الصلاة فلا أرى له أن يخرج من المسجد حتى يصلي إلا أن تكون له الحاجة

(١) اذا كان هذا حكاية قول من يدغم الهاء أي يخفيها في اللام فيجب أن يكتب لفظ الجلالة بدون هاء هكذا (اللا) وهو الظاهر

بدونها ولأنه إدراك للصلاة فلا يحصل بأقل من ركعة كادراك الجمعة (والثانية) يدركها بادراك جزء منها أي جزء كان قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد واختيار ابي الخطاب فيمن ادرك تكبيرة الاحرام وهذا قول أبي حنيفة ، وللشافعي قولان كالمذهبين لان أبا هريرة روى ان النبي ﷺ قال « من أدرك سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته » متفق عليه « وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته » متفق عليه وللنسائي « فقد أدركها » ولان الادراك اذا تعلق به حكم في الصلاة استوى فيه الركعة وما دونها كادراك الجماعة وادراك المسافر صلاة المقيم ، والقياس يبطل بادراك الركعة دون تشهدها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شك في الوقت لم يصل حتى يغلب على ظنه دخوله) متى شك في دخول وقت الصلاة لم يصل حتى يتيقن دخوله أو يغلب على ظنه ذلك مثل من له صنعة جرت عادته بعمل شيء مقدر الى وقت الصلاة ، أو قاريء جرت عادته بقراءة شيء فقرأه وأشباه هذا فمتى فعل ذلك وغلب على ظنه دخول الوقت أبيح له الصلاة ، والاولى تأخيرها قليلا احتياطا إلا أن يخشى خروج الوقت أو تكون صلاة العصر في وقت الغيم فانها يستحب التبكير بها . لما روى بريدة قال كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فقال « بكروا بصلاة العصر في اليوم الغيم فانه من فاتته صلاة العصر حبط عمله » رواه البخاري . قال شيخنا ومعناه والله أعلم التبكير بها اذا حل فعلها بيقين أو غلبة ظن وذلك لان فعلها في وقتها المختار في زمن الشتاء ضيق فيخشى خروجه

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخبره بذلك مخبر عن يقين قبل قوله وان كان عن ظن لم يقبله) متى أخبره بدخول الوقت ثقة عن علم لزمه قبول خبره لأنه خبر ديني فقبل فيه قول الواحد كالرواية ، فأما إن

(فصل) فان أذن المؤذن في بيته وكان قريبا من المسجد فلا بأس وان كان بعيدا فلا لان القريب أذانه من عند المسجدفيأتيه السامعون للاذان . والبعيد ربما سمعه من لا يعرف المسجدفيغتر به ويقصده فيضيع عن المسجد . وقد روي في الذي يؤذن في بيته وبينه وبين المسجد طريق يسمع الناس: أرجو أن لايكون به بأس. وقال في رواية ابراهيم الحربي فيمن يؤذن في بيته على سطح : معاذالله ماسمعنا ان أحداً يفعل هذا ، فالاول المراد به القريب ولهذا كان بلال يؤذن على سطح امرأة من قريش لما كان قريبا من المسجد عاليا والثاني محمول على البعيد لما ذكرناه

(فصل) إذا أذن المؤذن وأقام لم يستحب لسائر الناس أن يؤذن كل انسان منهم في نفسه ويقيم بعد فراغ المؤذن ولكن يقول مثل مايقول المؤذن لان السنة انما وردت بهذا والله أعلم

أخبره عن ظن لم يقلده واجتهد لنفسه لأنه يقدر على الصلاة باجتهاد نفسه فلم يجز له تقليد غيره كحالة اشتباه القبلة . والبصير والاعمى والمطمور القادر على التوصل الى الاستدلال سواء لاستوائهم في إمكان التقدير بمرور الزمان كما بينا

(فصل) واذا سمع الاذان من ثقة عالم بالوقت فله تقليده لان الظاهر أنه لا يؤذن الا بعد دخول الوقت فجرى مجرى خبره . وقد قال النبي ﷺ « المؤذن مؤتمن »ولولا أنه يقلد ويرجع اليه ما كان مؤتمنا وعنه ﷺ أنه قال « خصلتان معلقتان في أعناق المؤذنين المسلمين صلاتهم وصيامهم » رواه ابن ماجه . ولان الاذان شرع للاعلام بالوقت فلو لم يجز تقليد المؤذن لم تحصل الحكمة التي شرع الاذان لها ولم يزل الناس يجتمعون للصلاة في مساجدهم فاذا سمعوا الاذان قاموا الى الصلاة وبنوا على قول المؤذن من غير مشاهدة للوقت ، ولا اجتهاد فيه من غير نكير فكان إجماعا

(فصل) ومن صلى قبل الوقت لم تجزه صلاته في قول أكثر أهل العلم سواء فعل ذلك خطأ او عمدا كل الصلاة او بعضها. وبه قال الزهري والاوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي . وروي عن ابن عمر وابي موسى انهما أعادا الفجر لأنهما صليا قبل الوقت . وروي عن ابن عباس في مسافر صلى الظهر قبل الزوال يجزئه ونحوه قول الحسن والشعبي وعن مالك كقولنا . وعنه فيمن صلى العشاء قبل مغيب الشفق جاهلا أو ناسيا يعيد ما كان في الوقت فاذا ذهب الوقت قبل علمه أو ذكره فلاشيء عليه

ولنا أن الخطاب بالصلاة يتوجه الى المكلف عند دخول وقتها وما وجد بعد ذلك مايزيله ويبرىء الذمة منه فيبقى بحاله

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى اجتهد وصلى فبان انه وافق الوقت أو مابعده أجزأه) لأنه أدى ما خوطب بادائه وفرض عليه (وان وافق قبله لم يجزه) لان المخاطبة بالصلاة وسبب الوجوب وجدا بعد فعله فلم يسقط حكمه بما وجد قبله

(فصل) وان صلى من غير دليل مع الشك لم تجزه صلاته سواء أصاب او أخطألانه صلى مع الشك في شرط الصلاة من غير دليل فلا تصح كمن اشتبهت عليه القبلة فصلى من غير اجتهاد

باب استقبال القبلة

استقبال القبلة شرط في صحة الصلاة إلا في الحالتين اللتين ذكرهما الخرقي رحمه الله والأصل في ذلك قول الله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) يعني نحوه ، كما أنشدوا :

ألا من مبلغ عنا رسولا * وما تغني الرسالة شطر عمرو

أي نحو عمرو ، وتقول العرب هؤلاء القوم يشاطروننا اذا كانت بيوتهم تقابل بيوتهم ، وقال علي رضي الله عنه شطره قِبله ، وروي عن البراء قال : قدم رسول الله ﷺ فصلى نحو بيت المقدس ستة عشر شهراً ثم إنه وجه الى الكعبة فمر رجل وكان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم على قوم من الانصار فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد وجه الى الكعبة فانحرفوا الى الكعبة. أخرجه النسائي

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم : (اذا اشتد الخوف وهو مطلوب ابتدأ الصلاة الى القبلة وصلى الى غيرها راجلا وراكبا يومىء إيماء على قدر الطاقة ويجعل سجوده أخفض من ركوعه)

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أدرك من الوقت قدر تكبيرة ثم جن أو حاضت المرأة لزمهم القضاء) لان الصلاة تجب بأول الوقت وقد ذكرناه ويستقر وجوبها بذلك فمتى أدرك جزءاً من أول الوقت ثم جن أو حاضت المرأة لزمهم القضاء كما ذكر اذا أمكنها . وقال الشافعي وإسحاق لا يستقر إلا بمضي زمن يمكن فعلها فيه فلا يجب القضاء بما دونه ، واختاره أبو عبدالله بن بطة لانه لم يدرك من الوقت ما يمكنه الصلاة فيه أشبه مالو لم يدرك شيئا

ولنا انها صلاة وجبت عليه فوجب قضاؤها اذا فاتته كالتي أمكن أداؤها ، فأما التي لم يدرك شيئا من وقتها فانها لم تجب وقياس الواجب على مالم يجب لا يصح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن بلغ صبي أو أسلم كافر أو أفاق مجنون أو طهرت حائض قبل طلوع الشمس بقدر تكبيرة لزمهم الصبح ، وان كان قبل غروب الشمس لزمهم الظهر والعصر ، وان كان قبل طلوع الفجر لزمهم المغرب والعشاء) وجملة ذلك أنه متى أدرك أحد هؤلاء جزءاً من آخر وقت الصلاة لزمه قضاؤها لانها وجبت عليه فلزمه القضاء كما لو أدرك وقتاً يتسع لها ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا . قال شيخنا : وأقل ذلك تكبيرة الاحرام لانها أقل ما يتلبس بالصلاة بها وقد أطلق أصحابنا القول فيه وقال القاضي إن أدرك ركعة كان مدركا لها وإن أدرك أقل من ركعة كان مدركا لها في ظاهر كلامه فان أدرك جزءاً من آخر وقت العصر قبل غروب الشمس أو جزءاً من آخر الليل قبل طلوع الفجر لزمته الظهر والعصر في الاولى والمغرب والعشاء في الآخرة . روي هذا في الحائض عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس وطاوس ومجاهد والزهري ومالك والشافعي وإسحاق ، قال الامام أحمد عامة التابعين إلا الحسن وحده قال : لا تجب إلا الصلاة التي طهرت في وقتها وحدها وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لان وقت الاولى خرج في حال العذر أشبه مالو لم يدرك شيئاً من وقت الثانية

وجملة ذلك أنه اذا اشتد الخوف بحيث لايتمكن من الصلاة الى القبلة أو احتاج الى المشي أو عجز عن بعض أركان الصلاة إما لهرب مباح من عدو أو سيل أو سبع أو حريق أو نحو ذلك مما لايمكنه التخلص منه إلا بالهرب أو المسايفة أو التحام الحرب والحاجة الى الكر والفر والطعن والضرب والمطاردة فله أن يصلي على حسب حاله راجلا وراكبا الي القبلة إن أمكن أو الى غيرها إن لم يمكن واذا عجز عن الركوع والسجود أومأ بهما وينحني الى السجود أكثر من الركوع على قدر طاقته ، وإن عجز عن الايماء سقط وإن عجز عن القيام أو القعود أو غيرهما سقط ، وإن احتاج الى الطعن والضرب والكر والفر فعل ذلك ولا يؤخر الصلاة عن وقتها لقول الله تعالى (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) وروى مالك عن نافع عن ابن عمر قال : فان كان خوفا هو أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها ، قال نافع : لا أرى ابن عمر حدثه إلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واذا أمكن افتتاح الصلاة الى القبلة فهل يجب ذلك ؟ قال أبو بكر : فيه روايتان (احداهما) لايجب لانه جزء من أجزاء الصلاة فلم يجب الاستقبال فيه كبقية أجزائها ، قال : وبه أقول (والثانية) يجب لما روى أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا كان

وحكي عن مالك أنه إن أدرك قدر خمس ركعات من وقت الثانية وجبت الاولى لأن قدر الركعة الاولى من الخمس وقت للصلاة الاولى في حال العذر فوجبت بادراكه كما لو أدرك ذلك من وقتها المختار بخلاف مالو أدرك دون ذلك

ولنا ماروى الاثرم وابن المنذر وغيرهما بالاسناد عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس أنهما قالا في الحائض تطهر قبل طلوع الفجر بركعة : تصلي المغرب والعشاء فاذا طهرت قبل غروب الشمس صلت الظهر والعصر جميعاً . ولان وقت الثانية وقت للاولى حال العذر فاذا أدركه المعذور لزمه فرضها كما يلزمه فرض الثانية والقدر الذي يتعلق به الوجوب قدر تكبيرة الاحرام في ظاهر كلام أحمد، وقال الشافعي قدر ركعة لانه الذي روي عن عبد الرحمن وابن عباس في الحائض ولانه إدراك تعلق به إدراك الصلاة فلم يحصل بأقل من ركعة كادراك الجمعة وقد ذكرنا قول مالك

ولنا ان مادون الركعة تجب به الثانية فوجبت به الاولى كالركعة والخمس عند مالك ولانه إدراك فاستوى فيه القليل والكثير كادراك المسافر صلاة المقيم . فأما الجمعة فانما اعتبرت الركعة فيها بكمالها لان الجماعة شرط لصحتها فاعتبر ادراك ركعة لئلا يفوته الشرط في معظمها بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان أدرك من وقت الاولى من صلاتي الجمع قدراً تجب به ثم طرأ عليه العذر ثم زال العذر بعد خروج وقتهما وجبت الاولى ، وهل يجب قضاء الثانية على روايتين (احداهما) يجب ويلزم قضاؤها لانها إحدى صلاتي الجمع فوجبت بادراك جزء من وقت الأخرى كالاولى (والثانية) لايجب اختارها ابن حامد لانه لم يدرك جزءاً من وقتها ولا من وقت تبعها فلم يجب كما لو لم يدرك من وقت الاولى شيئاً وفارق مدرك وقت الثانية ، فانه أدرك وقت تبع الاولى لان الاولى تفعل في وقت الثانية

في السفر فأراد أن يصلي على راحلته استقبل القبلة ثم كبر ثم صلى حيث توجهت به رواه الدارقطني ولانه أمكنه ابتداء الصلاة مستقبلا فلم يجز بدونه كما لو أمكنه ذلك في ركعة كاملة . وتمام شرح هذه الصلاة نذكره في باب صلاة الخوف ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وسواء كان مطلوبا أو طالباً يخشى فوات العدو وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أنه ان كان طالبا فلا يجزئه أن يصلي إلا صلاة آمن)

اختلفت الرواية عن أبي عبدالله رحمه الله في طالب العدو الذي يخاف فوانه فروي انه يصلي على حسب حاله كالمطلوب سواء ،روي ذلك عن شرحبيل بن حسنة وهو قول الاوزاعي وعن أحمد انه لا يصلي الا صلاة آمن وهو قول اكثر اهل العلم لان الله تعالى قال (فان خفتم فرجالا او ركبانا) فشرط الخوف وهذا غير خائف ولانه آمن فلزمته صلاة الامن كما لو لم يخش فوتهم ،وهذا الخلاف فيمن يأمن رجوعهم عليه ان تشاغل بالصلاة ويأمن على أصحابه . فأما الخائف من ذلك فحكمه حكم المطلوب ، ولنا ما روى أبو داود في سننه باسناده عن عبدالله بن أنيس قال : بعثني رسول الله ﷺ الى خالد بن سفيان الهذلي

متبوعة مقصودة ولان من لا يجوز الجمع في وقت الاولى ليس وقت الاولى عنده وقتاً للثانية بحال ومن جوز الجمع في وقت الاولى فانه يجوز تقديم الثانية رخصة ويحتاج الى نية التقديم ، وترك التفريق بخلاف الاولى اذا أخرها الى الثانية فلا يصح قياس الثانية على الاولى . والاصل ان لا تجب صلاة الا بادراك وقتها ، فاما ان أدرك وقت الفجر لم تجب عليه العشاء ولا تجب العصر بادراك وقت المغرب لانه لم يدرك وقتها ولا تجمع معها في حال ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن فاتته صلاة لزمه قضاؤها على الفور مرتباً قلت أو كثرت)

وجملة ذلك أن من فاتته صلاة لزمه قضاؤها على الفور لقول النبي ﷺ « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها » متفق عليه ، وان فاتته صلوات لزمه قضاؤهن مرتبات نص عليه أحمد في مواضع . وروي عن ابن عمر مايدل على وجوب الترتيب ونحوه عن الزهري والنخعي ومالك وأبي حنيفة واسحاق ، وقال الشافعي لا يجب لانه قضاء لفريضة فاتته فلا يجب فيه الترتيب كالقيام

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم فاتته أربع صلوات فقضاهن مرتبات، رواه الامام أحمد والترمذي والنسائي وقال «صلوا كما رأيتموني اصلي » وعن ابي جمعة حبيب بن سباع وله صحبة قال ان النبي ﷺ عام الاحزاب صلى المغرب فلما فرغ قال « هل علم أحد منكم اني صليت العصر ؟ » قالوا لا يارسول الله ماصليتها فأمر المؤذن فاقام الصلاة فصلى العصر ثم اعاد المغرب ، رواه الامام احمد ، ولانهما صلاتان مؤقتتان فوجب الترتيب بينهما كالمجموعتين ، اذا ثبت هذا فانه يجب الترتيب فيها وان كثرت ،وقال مالك وابو حنيفة لا يجب الترتيب في اكثر من صلاة يوم وليلة لان اعتباره فيما زاد يشق ويفضي الى الدخول في التكرار فسقط كالترتيب في قضاء رمضان

وكان نحو عرفة أو عرفات قال « اذهب فاقتله » فرأيته وحضرت صلاة العصر فقلت اني لأخاف أن يكون بيني وبينه مايؤخر الصلاة فانطلقت أمشي وأنا أصلي أومىء إيماء نحوه فلما دنوت منه قال لي من أنت ؟ قلت رجل من العرب بلغني أنك تجمع لهذا الرجل فجئتك لذلك ، قال اني لعلى ذلك فمشيت معه ساعة حتى إذا أمكنني علوته بسيفي حتى برد ، وظاهر حاله أنه أخبر بذلك النبي ﷺ أو كان قد علم جواز ذلك من قبله فانه لا يظن به أنه يفعل مثل ذلك مخطئاً وهو رسول رسول الله ﷺ ثم لا يخبره به ولا يسأله عن حكمه . وروى الاوزاعي عن سابق البريدي عن كتاب الحسن ان الطالب ينزل فيصلي بالارض فقال الاوزاعي وجدنا الامر على غير ذلك قال شرحبيل بن حسنة : لا تصلوا الصبح الا على ظهر فنزل الاشتر فصلى على الارض فمر به شرحبيل فقال مخالف خالف الله به ، قال فخرج الاشتر في الفتنة. وكان الاوزاعي يأخذ بهذا في طلب العدو ، ولأنها إحدى حالتي الحرب أشبه حالة الهرب . والآية لادلالة فيها على محل النزاع لان مدلولها إباحة القصر وقد أبيح القصر حالة الامن بغير خلاف وهو أيضاً غير محل النزاع ثم وان دلت على محل النزاع فقد أبيحت صلاة الخوف من غير خوف فتنة الكفار للخوف من سبع أو سيل أو حريق لوجود معنى المنطوق فيها وهذا في معناه لان فوات الكفار ضرر عظيم فأبيحت صلاة الخوف عند فوته كالحالة الاخرى

ولنا انها صلوات واجبات تفعل في وقت يتسع لها فوجب فيها الترتيب كالخمس وافضاؤه الى التكرار لا يمنع وجوبه كترتيب الركوع على السجود

(فصل) وهذا الترتيب شرط لصحة الصلاة فلو أخل به لم تصح صلاته لما ذكرنا من الحديثين والمعنى ولانه ترتيب في الصلاة فكان شرطا كالركوع والسجود

(فصل) فان ذكر أن عليه صلاة وهو في أخرى والوقت متسع أتمها وقضى الفائتة ثم أعاد الصلاة التي كان فيها اماما كان أو مأموما أو منفرداً وهذا ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر ، وهو قول ابن عمر ومالك والليث واسحاق في المأموم وهو الذي نقله الجماعة عن أحمد في المأموم. ونقل عنه في الامام انه يقطع الصلاة ونقل عنه في المنفرد روايتان (احداهما) يقطع الصلاة ويقضي الفائتة وهو قول النخعي والزهري ويحيى الانصاري (والثانية) انه يتم الصلاة . وان كان إماما فقال القاضي يقطع الصلاة اذا كان الوقت واسعاً ويستأنف المأمومون ، نقلها عنه حرب ولم يذكر القاضي غير هذه الرواية فصار في الجميع روايتان (احداهما) يقطعها ويقضي الفائتة ويعيد التي كان فيها . والدليل على وجوب الاعادة ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من نسي الصلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة التي صلاها مع الامام » رواه أبو يعلى الموصلي باسناد حسن . ولحديث أبي جمعة الذي ذكرناه . قال شيخنا والاولى انه لا يقطع الصلاة لقول الله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) ولحديث ابن عمر قال أبو بكر لا يختلف كلام

﴿مسئلة﴾ قال (وله أن يتطوع في السفر على الراحلة على ما وصفنا من صلاة الخوف)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة التطوع على الراحلة في السفر الطويل . قال الترمذي : هذا عند عامة أهل العلم ، وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أنه جائز لكل من سافر سفراً يقصر فيه الصلاة أن يتطوع على دابته حيثما توجهت يومىء بالركوع والسجود يجعل السجود أخفض من الركوع ، وأما السفر القصير وهو ما لا يباح فيه القصر فانه تباح فيه الصلاة على الراحلة عند إمامنا والليث والحسن بن حي والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك : لايباح إلا في سفر طويل لانه رخصة سفر فاختص بالطويل كالقصر

ولنا قول الله تعالى (ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله) قال ابن عمر : نزلت هذه الآية في التطوع خاصة حيث توجه بك بعيرك وهذا مطلق يتناول باطلاقه محل النزاع ، وعن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر على بعيره ، وفي رواية كان يسبح على ظهر راحلته حيث كان وجهه يومىء برأسه ، وكان ابن عمر يفعله متفق عليهما ، وللبخاري الا الفرائض ، ولمسلم

أحمد في المأموم أنه يمضي واختلف قوله في المنفرد والذي أقول أنه يمضي

(فصل) فان مضى الامام في صلاته بعد ذكره فهل تصح صلاة المأمومين؟ ينبني على ائتمام المفترض بالمتنفل ، وإن انصرف فالمنصوص أنهم يستأنفون الصلاة . قال شيخنا ويتخرج أن يبنوا كما لو سبقه الحدث وكل موضع قلنا يمضي في صلاته فانه مستحب غير واجب لانها صلاة لا يعتد بها فلم يلزمه إتمامها كالتطوع .

﴿مسئلة﴾ (فان خشي فوات الحاضرة أو نسي الترتيب سقط وجوبه) متى خشي فوات الحاضرة سقط وجوب الترتيب مثل أن يشرع في صلاة حاضرة فيذكر فائتة والوقت ضيق أو لم يكن في صلاة لكن لم يبق من وقت الحاضرة ما يتسع لهما جميعا فانه يقدم الحاضرة ويسقط الترتيب في الصحيح من المذهب وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أن الترتيب واجب بكل حال ، اختارها الخلال ، وهي مذهب عطاء والزهري والليث ومالك ، ولا فرق بين كون الحاضرة جمعة أو غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها» ولانه ترتيب فلم يسقط بضيق الوقت كترتيب الركوع والسجود ولانه قد روي « لا صلاة لمن عليه صلاة » والرواية الاولى هي المشهورة . قال القاضي : عندي أن المسئلة رواية واحدة أن الترتيب يسقط . قال أبو حفص عن الرواية الثانية : هذه الرواية تخالف ما نقله الجماعة فاما ان تكون غلطا أو قولا قديما لابي عبد الله ووجهها أن الحاضرة صلاة ضاق وقتها عن آكد منها فلم يجز تأخيرها كما لو لم يكن عليه فائتة ولان الصلاة ركن من أركان الاسلام فلم يجز تقديم فائتة على حاضرة عند خوف فوتها كالصيام ، يحققه أنه لو أخر الحاضر صار فائتا وربما كثرت الفوائت فيفضي إلى أن

وأبي داود :غير أنه لايصلي عليها المكتوبة .ولم يفرق بين قصير السفر وطويله ولان إباحة الصلاة على الراحلة تخفيف في التطوع كيلا يؤدي الى قطعها وتقليلها وهذا يستوي فيه الطويل والقصير .والقصر والفطر يراعى فيه المشقة وإنما توجد غالبا في الطويل . قال القاضي : الاحكام التي يستوي فيها الطويل من السفر والقصير ثلاثة التيمم وأكل الميتة في المخمصة والتطوع على الراحلة وبقية الرخص تختص الطويل- الفطر والجمع والمسح ثلاثا

(فصل) وحكم الصلاة على الراحلة حكم الصلاة في الخوف في أنه يومىء بالركوع والسجود ويجعل السجود أخفض من الركوع . قال جابر : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حاجة فجئت وهو يصلي على راحلته نحو المشرق والسجود أخفض من الركوع، رواه أبو داود ، ويجوز أن يصلي على البعير والحمار وغيرهما . قال ابن عمر : رأيت رسول الله ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر رواه أبو داود والنسائي ،لكن إن صلى على حيوان نجس فلا بد أن يكون بينهما سترة طاهرة .

(فصل) فان كان على الراحلة في مكان واسع كالمنفرد في العمارية [1] يدور فيها كيف شاء ويتمكن من الصلاة إلى القبلة والركوع والسجود فعليه استقبال القبلة في صلاته ويسجد على ماهو عليه ان أمكنه ذلك لانه كراكب السفينة وان قدر على الاستقبال دون الركوع والسجود استقبل القبلة وأومأ بهما نص عليه . وقال أبو الحسن الآمدي يحتمل أن لا يلزمه شيء من ذلك كغيره لان الرخصة العامة تعم ماوجدت فيه المشقة وغيره كالقصر والجمع وان عجز عن ذلك سقط بغير خلاف

[1] في نسخة «العمادية»

لا يصلي صلاة في وقتها ولا تلزمه عقوبة بتركها ولا يصلي جماعة اصلا وهذا لايرد الشرع به . وتعلقهم بالامر بالقضاء معارض بالامر بفعل الحاضرة والحاضرة آكد بدليل أنه يقتل بتركها ويحرم عليه تأخيرها بخلاف الفائتة فان النبي ﷺ لما نام عن صلاة الفجر أخرها شيئا وأمرهم فاقتادوا رواحلهم حتى خرجوا من الوادي . والحديث الذي ذكروه قال أحمد : ليس هذا حديثا عن النبي صلى الله عليه وسلم . فعلى هذه الرواية يبدأ فيقضي الفوائت على الترتيب حتى إذا خاف فوات الحاضرة صلاها ثم عاد إلى الفوائت نص عليه أحمد : فان حضرت جماعة في صلاة الحاضرة فقال أحمد : في رواية أبي داود فيمن عليه صلاة فائتة فأدركته الظهر ولم يفرغ من الصلاة يصلي مع الامام الظهر ويحسبها من الفوائت ويصلي الظهر في آخر الوقت . وفيه رواية ثالثة إذا كثرت الفوائت بحيث لا يتسع لها وقت الحاضرة أن يصلي الحاضرة في أول وقتها نقلها عنه ابن منصور وهذا اختيار أبي حفص لان الوقت لا يتسع لقضاء مافي الذمة وفعل الحاضرة فسقط الترتيب كما لو فاتته صلاة وقد بقي من وقت الاخرى قدر خمس ركعات ولأنه إذا لم يكن بد من الاخلال بالترتيب ففعلها في أول الوقت ليحصل فضيلة الوقت والجماعة أولى ولان فيه مشقة فانه يتعذر معرفة آخر الوقت في حق اكثر الناس وذكر ابن عقيل فيمن عليه فائتة وخشي فوات الجماعة روايتين (إحداهما) يسقط الترتيب لانه اجتمع واجبان لا بد من

وإن كان يعجز عن استقبال القبلة في ابتداء صلاته كراكب راحلة لا تطيعه أو كان في قطار[1] فليس عليه استقبال القبلة في شيء من الصلاة وإن أمكنه افتتاحها إلى القبلة كراكب راحلة منفردة تطيعه فهل يلزمه افتتاحها الى القبلة ؟ يخرج فيه روايتان (احداهما) يلزمه لما روى أنس أن رسول الله ﷺ كان اذا سافر فأراد أن يتطوع استقبل بناقته القبلة فكبر ثم صلى حيث كان وجهة ركابه ، رواه الامام أحمد في مسنده وأبو داود ولانه أمكنه استقبال القبلة في ابتداء الصلاة فلزمه ذلك كالصلاة كلها (والثانية) لا يلزمه لانه جزء من أجزاء الصلاة أشبه سائر أجزائها ولان ذلك لا يخلو من مشقة فسقط ، وخبر النبي ﷺ يحمل على الفضيلة والندب

(فصل) وقبلة هذا المصلي حيث كانت وجهته فان عدل عنها نظرت فان كان عدوله إلى جهة الكعبة جاز لانها الاصل وانما جاز تركها للعذر فاذا عدل اليها أتى بالأصل كما لو ركع فسجد في مكان الايماء ، وإن عدل إلى غيرها عمداً فسدت صلاته لانه ترك قبلته عمداً ، وإن فعل ذلك مغلوبا أو نائما أو ظنا منه أنها جهة سفره فهو على صلاته ويرجع إلى جهة سفره عند زوال عذره لأنه مغلوب

(١) المراد بالقطار جماعة الابل التي تربط بعضها ببعض ومثلها في الحكم ماسمي باسمها وهو قطار مركبات السكك الحديدية

تفويت أحدهما فكان مخيراً فيهما (والثانية) لا يسقط لما ذكرنا . قال شيخنا وهذه الرواية أحسن وأصح إن شاء الله تعالى والله أعلم

(فصل) اذا ترك ظهراً وعصراً من يومين لا يدري أيتهما الاولى ففيه روايتان (احداهما) انه يتحرى أيتهما نسي أو لا فيقضيها ثم يقضي الاخرى نقلها عنه الأثرم وهذا قول أبي يوسف ومحمد لان الترتيب مما تبيح الضرورة تركه فيما اذا ضاق وقت الحاضرة أو نسي الترتيب فيدخله التحري كالقبلة (والثانية) أنه يصلي الظهر ثم العصر من غير تحر نقلها مهنا لان التحري فيما فيه أمارة وهذا لا أمارة فيه يرجع اليها فرجع الى ترتيب الشرع . قال شيخنا والقياس انه يلزمه ثلاث صلوات — ظهر ثم عصر ثم ظهر أو بالعكس لانه أمكنه أداء فرضه بيقين أشبه ما اذا نسي صلاة لا يعلم عينها ، وقد نقل أبو داود عن أحمد مايدل على هذا ، وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) ولا يعذر في ترك الترتيب بالجهل بوجوبه ، وقال زفر يعذر كالناسي . ولنا أنه ترتيب واجب في الصلاة فلم يسقط بالجهل كالمجموعتين ، ولأن الجهل بأحكام الشرع مع التمكن من العلم لا يسقطها كالجهل بتحريم الأكل في الصوم

(فصل) ويجب عليه قضاء الفوائت على الفور وإن كثرت مالم يلحقه مشقة في بدنه بضعف أو خوف مرض او نصب أو اعياء ـ أو ماله بفوات شيء منه أوضرر فيه أوقطع عن معيشته ، نص أحمد على نحو هذا ، فان جهل الفوائت فلم يعلم قدرها قضى حتى يتيقن براءة ذمته ، ويقتصر على الفرائض ولا يتنفل بينها ولا يصلي سننها لان النبي ﷺ لما قضى الصلوات الفائتة يوم الخندق لم ينقل انه صلى بينها سنة . ولان الفرض أهم فالاشتغال به أولى ، فان كانت صلاة أو نحوها فلا بأس بقضاء سننها لان

على ذلك فأشبه العاجز عن الاستقبال فان تمادى به ذلك بعد زوال عذره فسدت صلاته لانه ترك الاستقبال عمداً ولا فرق بين جميع التطوعات في هذا فيستوي فيه النوافل المطلقة والسنن الرواتب والمعينة والوتر وسجود التلاوة ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يوتر على بعيره وكان يسبح على بعيره إلا الفرائض . متفق عليهما

(فصل) فأما الماشي في السفر فظاهر كلام الخرقي انه لاتباح له الصلاة في حال مشيه لقوله ولا يصلي في غير هاتين الحالتين فرضا ولا نافلة الا متوجهاً الى الكعبة . وهو احدى الروايتين عن أحمد فانه قال : ماأعلم أحداً قال في الماشي يصلي الا عطاء ولا يعجبني أن يصلي الماشي وهذا مذهب أبي حنيفة (والرواية الثانية) له أن يصلي ماشيا نقلها مثنى بن جامع وذكرهاالقاضي وغيره ، وعليه أن يستقبل القبلة لافتتاح الصلاة ثم ينحرف الى جهة سيره ويقرأ وهو ماش ويركع ثم يسجد على الارض ، وهذا مذهب عطاء والشافعي . وقال الآمدي : يومىء بالركوع والسجود كالراكب لانها حالة أبيح فيها ترك الاستقبال فلم يجب عليه الركوع والسجود كالراكب ، وعلى قول القاضي : الركوع والسجود ممكن من غير انقطاعه عن جهة سيره فلزمه كالوقف . واحتجوا بأن الصلاة أبيحت

النبي ﷺ لما فاتته الفجر صلى سنتها قبلها وهذا قول الشافعي ، وقال مالك يبدأ بالمكتوبة والاول أولى لما ذكرنا من الحديث وهو اختيار ابن المنذر

(فصل) ومن فاتته صلاة من يوم لايعلم عينها أعاد صلاة اليوم جميعه ينوي بكل واحدة أنها الفائتة نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم لان التعيين شرط في صحة الصلاة المكتوبة ولا يتوصل اليه الا بذلك فلزمه . وقال الثوري يصلي الفجر ثم المغرب ثم يصلي أربعاً ينوي إن كان الظهر أو العصر أو العشاء ، وقال الاوزاعي يصلي أربعاً باقامة

(فصل) اذا نام في منزل في السفر فاستيقظ بعد خروج وقت الصلاة استحب له أن ينتقل عن ذلك المنزل فيصلي في غيره ، نص عليه لما روى أبو هريرة قال : عرسنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يستيقظ حتى طلعت الشمس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليأخذ كل رجل منكم برأس راحلته فان هذا منزل حضر فيه الشيطان » قال ففعلنا ثم دعا بالماء فتوضأ ثم سجد سجدتين ثم أقيمت الصلاة فصلى الغداة . متفق عليه ، ويستحب أن يصلي الفائتة جماعة اذا أمكن لهذا الخبر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قضى الصلوات الفائتة يوم الخندق في جماعة ولايلزم القضاء أكثر من مرة لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض أكثر من مرة ، وقد روى عمران بن حصين حين ناموا عن صلاة الفجر قال فقلنا يارسول الله ألا نصلي هذه الصلاة لوقتها ؟ قال « لا ينهاكم الله عن الربا ويقبله منكم » رواه الأثرم واحتج به أحمد

(فصل) اذا أخر الصلاة لنوم أو غيره حتى خشي خروج الوقت إن تشاغل بالسنة بدأ بالفرض نص عليه لان الحاضرة اذا قدمت على الفائتة الواجبة مراعاة للوقت فعلى السنة أولى وهكذا

للراكب لئلا ينقطع عن القافلة في السفر وهذا المعنى موجود في الماشي ولانه إحدى حالتي سير المسافر فأبيحت الصلاة فيها كالأخرى .

ولنا أنه لم ينقل ولا هو في معنى المنقول لانه يحتاج الى عمل كثير ومشي متتابع يقطع الصلاة ويقتضي بطلانها وهـذا غير موجود في الراكب فلم يصح إلحاقه به ولأن قوله تعـالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) عام ترك في موضع الاجماع بشروط غيرموجودة ههنا فيبقى وجوب الاستقبال فيما عداه على مقتضى العموم .

(فصل) واذا دخل المصلي بلداً ناويا للاقامة فيه لم يصل بعد دخوله إلا صلاة المقيم وإن دخله مجتازاً به غير ناو للاقامة فيـه ولا نازل به أو نازلا به ثم يرتحل من غير نية اقامة مدة يلزمه بها اتمام الصلاة استدام الصلاة مادام سائراً فاذا نزل فيه صلى الى القبلة وبنى على ما مضى من صلاته كقولنا في الخائف اذا أمن في أثناء صلاته.ولو ابتدأها وهو نازل الى القبلة ثم أراد الركوب أتم صلاته ثم ركب وقيل يركب في الصلاة ويتمها الى جهة سيره كالآمن اذا خاف في أثناء صلاته، والفرق بينهما أن حالة الخوف حالة ضرورة أبيح فيها مايحتاج اليه من العمل وهذه رخصة ورد الشرع بها من غير ضرورة

اذا استيقظ وشك في طلوع الشمس بدأ بالفريضة نص عليه لأن الاصل بقاء الوقت

(فصل) ومن أسلم في دار الحرب فترك صلوات أو صياما لايعلم وجوبه لزمه قضاؤه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة لايلزمه

ولنا أنها عبادة تلزمه مع العلم فلزمته مع الجهل كما لو كان في دار الاسلام

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نسي الترتيب سقط وجوبه) حتى لو صلى الحاضرة ناسياً للفائتة ولم يذكرها حتى فرغ فليس عليه إعادة نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، وقال مالك يجب الترتيب مع النسيان كالمجموعتين والركوع والسجود ولحديث أبي جمعة

ولنـا قوله ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » ولان المنسية ليس عليها أمارة فجاز أن يؤثر فيها النسيان كالصيام ، فأما حديث أبي جمعة فمن رواية ابن لهيعة وهو ضعيف ويحتمل أن النبي ﷺ ذكرها وهو في الصلاة جمعاً بينه وبين ماذكرنا من الدليل وانما لم يعذر في المجموعتين بالنسيان لانه لايتحقق إذ لا بد فيهما من نية الجمع بينهما ولا يمكن ذلك مع نسيان احداهما ولان اجماع الجماعة يمنع النسيان إذ لايكادون كلهم ينسون الأولى ولا فرق بين أن يكون سبق منه ذكر الفائتة ثم نسيها أو لم يسبق نص عليه لما ذكرنا والله أعلم .

باب ستر العورة

(وهو الشرط الثالث) ستر العورة شرط لصحة الصلاة في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبدالبر: أجمعوا على فساد صـلاة من ترك ثوبه وهو قادر على الاستتار به وصلى عريانا وهو قول الشـافعي

اليها فلا يباح فيها غير مانقل فيها ولم يرد بإباحة الركوب الذي يحتاج فيه الى عمل وتوجه الى غير جهة القبلة ولا جهة سيره فيبقى على الأصل والله أعلم .

«مسئلة» قال (ولا يصلي في غير هاتين الحالتين فرضاً ولا نافلة إلا متوجهاً الى الكعبة فان كان يعاينها فبالصواب وإن كان غائباً عنها فبالاجتهاد بالصواب الى جهتها)

قد ذكرنا أن استقبال القبلة شرط لصحة الصلاة ولا فرق بين الفريضة والنافلة لانه شرط للصلاة فاستوى فيه الفرض والنفل كالطهارة والستارة ولان قوله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) عام فيهما جميعاً ، ثم إن كان معايناً للكعبة ففرضه الصلاة الى عينها لا نعلم فيه خلافا . قال ابن عقيل : إن خرج بعضه عن مسامتة الكعبة لم تصح صلاته ، وقال بعض أصحابنا : الناس في استقبالها على أربعة أضرب : منهم من يلزمه اليقين وهو من كان معايناً للكعبة أو كان بمكة من أهلها أو ناشئاً بها من وراء حائل محدث كالحيطان ففرضه التوجه الى عين الكعبة يقينا وهكذا إن كان بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم لانه متيقن صحة قبلته فان النبي صلى الله عليه وسلم لا يقر على الخطأ

وأصحاب الرأي، وقال إسحاق وبعض أصحاب مالك: هو شرط مع الذكر وقال بعضهم هو واجب وليس بشرط لان وجوبه غير مختص بالصلاة فلم يكن شرطا فيها كقضاء الدين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» وعن سلمة بن الاكوع قال: قلت يارسول الله اني أكون في الصيد فأصلي في القميص الواحد ؟ قال « نعم وازرره ولو بشوكة» رواهما ابن ماجه والترمذي وقال فيهما حسن

﴿ مسئلة ﴾ (وسترها عن النظر بما لا يصف البشرة واجب) لان الستر انما يحصل بذلك فان كان خفيفا يصف لون البشرة فيبين من ورائه بياض الجلد وحمرته لم تجز الصلاة فيه، وان كان يستر اللون ويصف الخلقة جازت الصلاة فيه لان البشرة مستورة وهذا لا يمكن التحرز منه وان كان الساتر صفيقا

﴿مسئلة ﴾ (وعورة الرجل والأمة ما بين السرة والركبة وعنه أنها الفرجان) عورة الرجل ما بين السرة والركبة في ظاهر المذهب نص عليه في رواية الجماعة وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر العلماء وروي عنه أنها الفرجان نقله عنه مهنا وهو قول ابن أبي ذئب لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر حسر الازار عن فخذه رواه البخاري ومسلم . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « اذا زوج أحدكم عبده أمته أو أجيره فلا ينظر الى شيء من عورته فان ما تحت السرة الى ركبته عورة » يريد الأمة رواه الامام أحمد وأبو داود . وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ في بيته كاشفا عن فخذيه فاستأذن أبو بكر فأذن له وهو على ذلك ثم استأذن عمر فأذن له وهو على ذلك رواه الامام أحمد. ولانه ليس بمخرج فلم يكن عورة كالساق، ووجه الاولى ما روى جرهد الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « غط فخذك فان الفخذ من العورة » رواه

وقد روى أسامة أن النبي ﷺ صلى ركعتين قبل القبلة وقال « هذه القبلة » (الثاني) من فرضه الخبر وهو من كان بمكة غائبا عن الكعبة من غير أهلها ووجد مخبراً يخبره عن يقين او مشاهدة مثل أن يكون من وراء حائل وعلى الحائل من يخبره أو كان غريبا نزل بمكة فأخبره أهل الدار وكذلك لو كان في مصر او قرية ففرضه التوجه الي محاريبهم وقبلتهم المنصوبة لان هذه القبل ينصبها أهل الخبرة والمعرفة فجرى ذلك مجرى الخبر فأغني عن الاجتهاد . وان أخبره مخبر من أهل المعرفة بالقبلة اما من أهل البلد او من غيره صار الى خبره وليس له الاجتهاد كما يقبل الحاكم النص من الثقة ولا يجتهد (الثالث) من فرضه الاجتهاد وهو من عدم هاتين الحالتين وهو عالم بالادلة . (الرابع) من فرضه التقليد وهو الاعمى ومن لا اجتهاد له وعدم الحالين ففرضه تقليد المجتهدين والواجب على هذين وسائر من بعد من مكة طلب جهة الكعبة دون اصابة العين قال أحمد : مابين المشرق والمغرب قبلة فان انحرف عن القبلة قليلا لم يعد ولكن يتحرى الوسط وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه كقولنا ، والآخر الفرض اصابة العين لقول الله تعالى (وحيثما كنتم

الامام احمد وابو داود والترمذي وقال حديث حسن وعن علي بن أبي طالب قال قال رسول الله ﷺ « لا تبرز فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت » رواه ابو داود ، وعن ابن عباس قال مر رسول الله ﷺ على رجل وفخذه خارجة فقال : « غط فخذك فان فخذ الرجل من عورته » رواه الامام احمد : قال البخاري حديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط

(فصل) والسرة والركبتان ليست من العورة ، وهو قول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة الركبة من العورة لأنه روي أن النبي ﷺ قال « الركبة من العورة »

ولنا ماروى ابو أيوب أن النبي ﷺ قال « أسفل السرة وفوق الركبتين من العورة » رواه ابو بكر ، وحديث عمرو بن شعيب ، ولان الركبة حد العورة فلم تكن منها كالسرة والعبد والحر في ذلك سواء لعموم الاخبار فيهما وحديثهم يرويه ابو الجنوب ولا يثبته أهل النقل

(فصل) وأما الامة ، قال ابن حامد عورتها كعورة الرجل مابين السرة والركبة ، حكاه القاضي في المجرد وابن عقيل قال القاضي وقد لوح اليه احمد وهو ظاهر مذهب الشافعي لحديث عمرو بن شعيب والمراد به الامة فان الاجير والعبد لاتختلف حاله بالتزويج وعدمه ، وقال القاضي في الجامع عورة الامة ماعدا الرأس واليدين الى المرفقين والرجلين الى الركبتين ، وهو قول بعض الشافعية لان هذا يظهر عادة عند التقليب والخدمة فهو كالرأس وما سواه لا يظهر غالبا ولا تدعو الحاجة الى كشفه أشبه مابين السرة والركبة والاول أولى لما ذكرنا ولان من لم يكن رأسه عورة لم يكن صدره عورة كالرجل وقال الحسن في الامة اذا تزوجت أو اتخذها الرجل لنفسه يجب عليها الخمار

ولنا أن عمر كان ينهى الاماء عن التقنع وقال انما القناع للحرائر واشتهر ذلك ولم ينكر فكان

فولوا وجوهكم شطره) ولانه يجب عليه التوجه الى الكعبة فلزمه التوجه الى عينها كالمعاين :

ولنا قول النبي ﷺ « مابين المشرق قبلة » رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وظاهره أن جميع مابينهما قبلة ولانه لو كان الفرض اصابة العين لما صحت صلاة أهل الصف الطويل على خط مستو ولا صلاة اثنين متباعدين يستقبلان قبلة واحدة فانه لايجوز أن يتوجه إلى الكعبة مع طول الصف الا بقدرها فان قيل مع البعد يتسع المحاذي قلنا انما يتسع مع تقوس الصف اما مع استوائه فلا — وشطر البيت نحوه وقبله

(فصل) فاما محاريب الكفار فلا يجوز أن يستدل بها لان قولهم لا يستدل به فمحاريبهم أولى الا أن يعلم قبلتهم كالنصارى يعلم أن قبلتهم المشرق فاذا رأى محاريبهم في كنائسهم علم أنها مستقبلة المشرق وان وجد محرابا لا يعلم هل هو للمسلمين أو لغيرهم اجتهد ولم يلتفت اليه لان الاستدلال انما يجوز بمحاريب المسلمين ولا يعلم وجود ذلك ولو رأى على المحراب آثار الاسلام لم يصل اليه لاحتمال أن يكون الباني له مشركا مستهزئا يغر به المسلمين الا أن يكون ذلك مما لا يتطرق اليه الاحتمال ويحصل له العلم أنه من محاريب المسلمين فيستقبله

اجماعا ولأنها أمة أشبهت التي لم تتزوج ،وفيه رواية ثالثة ان عورتها الفرجان كالرجل ذكرها ابو الخطاب وشيخنا في الكتاب المشروح والصحيح خلافها إن شاء الله تعالى. والمكاتبة والمدبرة والمعلق عتقها بصفة كالامة القن فيما ذكرنا لأنهن إماء يجوز بيعهن وعتقهن أشبهن القن . وقال ابن البناهن كام الولد

﴿ مسئلة ﴾ (والحرة كلها عورة إلا الوجه وفي الكفين روايتان) أما وجه الحرة فانه يجوز للمرأة كشفه في الصلاة بغير خلاف نعلمه واختلفت الرواية في الكفين فروي عنه جواز كشفهما وهو قول مالك والشافعي لانه روي عن ابن عباس وعائشة في قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها) قال الوجه والكفين ، ولانه يحرم على المحرمة سترهما بالقفازين كما يحرم ستر الوجه بالنقاب ويظهران غالبا وتدعو الحاجة الى كشفهما للبيع والشراء فأشبها الوجه . وروي عنه أنهما من العورة وهذا اختيار الخرقي . قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد ؛ لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « المرأة عورة » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح : وهذا عام في جميعها ترك في الوجه للحاجة فيبقى فيما عداه. وقول ابن عباس وعائشة قد خالفهما ابن مسعود فقال الثياب ولان الحاجة لاتدعو الى كشفهما وظهورهما كالحاجة الى كشف الوجه فلا يصح القياس ثم يبطل قياسهم بالقدمين فانهما يظهران عادة وسترهما واجب وهما بالرجلين أشبه من الوجه فقياسهما عليهما أولى

(فصل) وما سوى الوجه والكفين فيجب ستره في الصلاة رواية واحدة وهو قول مالك والشافعي والاوزاعي . وقال أبو حنيفة القدمان ليسا من العورة لأنهما يظهران عادة ويغسلان في الوضوء أشبها الوجه والكفين

ولنا قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها) وما روت أم سلمة أنها سألت النبي صلى

(فصل) ولو صلى على جبل عال يخرج عن مسامتة الكعبة صحت صلاته وكذلك لو صلى في مكان ينزل عن مسامتتها لان الواجب استقبالها وما يسامتها من فوقها وتحتها بدليل مالو زالت الكعبة والعياذ بالله صحت الصلاة الى موضع جدارها

(فصل) والمجتهد في القبلة هو العالم بأدلتها وان كان جاهلا بأحكام الشرع فان كل من علم أدلة شيء كان من المجتهدين فيه وان جهل غيره، ولانه يتمكن من استقبالها بدليله فكان مجتهداً فيها كالفقيه ولو جهل الفقيه أدلتها أو كان أعمى فهو مقلد وان علم غيرها . وأوثق أدلتها النجوم قال الله تعالى (وبالنجم هم يهتدون) وقال تعالى (وهو الذي جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر) وآكدها القطب الشمالي وهو نجم خفي حوله أنجم دائرة كفراشة الرحى في أحد طرفيها الفرقدان وفي الآخر الجدي وبين ذلك أنجم صغار منقوشة كنقوش الفراشة ثلاثة من فوق وثلاثة من أسفل تدور هذه الفراشة حول القطب دوران

الله عليه وسلم أتصلي المرأة في درع وخمار ؟ قال « نعم اذا كان الدرع سابغا يغطي ظهور قدميها » رواه أبو داود ، والخبر الذي رويناه في أن المرأة عورة خرج منه الوجه فيبقى فيما عداه على قضية الدليل وأما ماعدا الوجه والكفين والقدمين فهو عورة بالاجماع لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » حديث صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (وأم الولد والمعتق بعضها كالامة وعنه كالحرة)

نقل عن أحمد رحمه الله في المعتق بعضها روايتان (احداهما) أنها كالحرة لان فيها حرية تقتضي الستر فوجب كما يجب على الخنثى المشكل ستر فرجيه معاً لوجوب ستر أحدهما (والثانية) هي كالأمة القن لان المقتضى للستر بالاجماع الحرية الكاملة ولم توجد فتبقى على الاصل وهذا قول ابن المنذر

(فصل) وحكم أم الولد حكم الامة في صلاتها وسترتها وهو قول النخعي والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وعن أحمد انها كالحرة تغطي شعرها وقدميها نقلها عنه الاثرم لانها لا تباع ولا ينقل الملك فيها أشبهت الحرة وهو قول الحسن وابن سيرين في تغطية الرأس حكاه ابن المنذر . ووجه الاولى انها أمة حكمها حكم الاماء، وكونها لا ينتقل الملك فيها لا يخرجها عن حكم الامة كالموقوفة ، وانعقاد سبب الحرية فيها لا يؤثر أيضاً بدليل المكاتبة والمدبرة ، لكن يستحب لها ستر رأسها لتخرج من الخلاف وتأخذ بالاحتياط

(فصل) وعورة الخنثى المشكل كعورة الرجل لانه اليقين والانوثة مشكوك فيها فلا نوجب عليه ستر محل مشكوك في وجوبه كما لم نوجب نقض الوضوء بمس أحد فرجيه ولا الغسل بايلاجه لكن يجب عليه ستر فرجيه اذا قلنا العورة الفرجان لان أحدهما فرج حقيقي ولا يتحقق ستره الا بسترهما فوجب عليه كستر ماقرب من العورة لاجل سترها ، وعنه حكمه حكم المرأة ذكره في المستوعب لانه يحتمل أن يكون امرأة فوجب ذلك احتياطا

(فصل) فان عتقت الامة في أثناء صلاتها وهي مكشوفة الرأس ووجدت سترة فهي كالعريان يجد السترة في أثناء صلاته وسيأتي ان شاء الله ، وان لم تعلم بالعتق حتى أتمت صلاتها أو علمت به ولم تعلم

فراشة الرحى حول سفودها في كل يوم وليلة دورة في الليل نصفها وفي النهار نصفها فيكون الجدي عند طلوع الشمس في مكان الفرقدين عند غروبها ، ويمكن الاستدلال بها على ساعات الليل وأوقاته والازمنة لمن عرفها وعلم كيفية دورانها وحولها بنات نعش مما يلي الفرقدين تدور حولها، والقطب لا يبرح مكانه في جميع الازمان ولا يتغير كما لا يتغير سفود الرحى بدورانها وقيل انه يتغير تغيراً يسيراً لا يتبين ولا يؤثر وهو نجم خفي يراه حديد النظر إذا لم يكن القمر طالعاً فاذا قوي نور القمر خفي ، فاذا استدبرته في الارض الشامية كنت مستقبلا الكعبة ، وقيل انه ينحرف في دمشق وما قاربها إلى المشرق قليلا وكلما قرب إلى المغرب كان انحرافه أكثر ، وان كان بحران وما يقاربها اعتدل وجعل القطب خلف ظهره معتدلا من غير انحراف وقيل أعدل القبل قبلة حران ، وإن كان بالعراق جعل القطب حذو ظهر أذنه اليمنى على علوها فيكون

بوجوب الستر فصلاتها باطلة لان شروط الصلاة لا يعذر فيها بالجهل فأما ان عتقت ولم تقدر على سترة أتمت صلاتها ولا إعادة عليها لانها عاجزة عن السترة فهي كالحرة الاصلية إذا عجزت

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب للرجل أن يصلي في ثوبين)

لما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ أو قال قال عمر «إذا كان لأحدكم ثوبان فليصل فيهما فان لم يكن له الا ثوب واحد فليتزر به» رواه أبو داود ، وعن عمر انه قال اذا أوسع الله فأوسعوا - جمع رجل عليه ثيابه - صلى رجل في ازار ورداء - في ازار وقميص - في ازار وقباء - في سراويل ورداء - في سراويل وقميص - في سراويل وقباء ، في تبان وقميص ، قال القاضي وذلك في الامام آكد لأنه بين يدي المأمومين وتتعلق صلاتهم بصلاته فان لم يكن إلا ثوب واحد فالقميص أولى لانه أبلغ في الستر ثم الرداء ثم المئزر أو السراويل

﴿ مسئلة ﴾ (فان اقتصر على ستر العورة أجزأه اذا كان على عاتقه شيء من اللباس) وجملة ذلك أن الرجل متى ستر عورته في الصلاة صحت صلاته اذا كان على عاتقه شيء من اللباس سواء كان من الثوب الذي ستر عورته أو من غيره إذا كان قادراً على ذلك لما روى عمر بن أبي سلمة أنه رأى رسول الله ﷺ يصلي في ثوب واحد في بيت أم سلمة قد ألقى طرفيه على عاتقه . وعن أبي هريرة أن سائلا سأل رسول الله ﷺ عن الصلاة في الثوب الواحد قال «أو لكلكم ثوبان؟» متفق عليهما . وعن جابر أن النبي ﷺ قال «إذا كان الثوب واسعاً فالتحف به واذا كان ضيقا فاشدده على حقوك - وفي لفظ - فاتزر به» رواه البخاري

(فصل) ولا يجزيء من ذلك إلا ماستر العورة عن غيره ونفسه فلو كان القميص واسع الجيب يرى عورته اذا ركع أو سجد أو كانت بحيث يراها لم تصح صلاته لقول النبي ﷺ لسلمة بن الأكوع «وازرره ولو بشوكة» فان كان ذا لحية كبيرة تغطي الجيب فتستر عورته صحت صلاته نص عليه لان عورته مستورة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ويجب عليه أن يضع على عاتقه شيئا من اللباس مع القدرة ، اختاره ابن المنذر وأكثر العلماء على خلافه لانهما ليسا من العورة أشبها بقية البدن

مستقبلاً باب الكعبة إلى المقام ومتى استدبر الفرقدين أو الجدي في حال علو أحدهما ونزول الآخر على الاعتدال كان ذلك كاستدبار القطب وان استدبره في غير هذه الحال كان مستقبلاً الجهة فاذا استدبر الشرقي منها كان منحرفا إلى الغرب قليلا ، وإذا استدبر الغربي كان منحرفا إلى الشرق وان استدبر بنات نعش كان مستقبلا الجهة أيضا الا ان انحرافه أكثر .

(فصل) ومنازل الشمس والقمر وهي ثمانية وعشرون منزلا وهي : الشرطان ، والبطين ، والثريا ، والدبران ، والهقعة ، والهنعة ، والذراع ، والنثرة ، والطرف ، والجبهة ، والزبرة، والصرفة ، والعواء ، والسماك ، والغفر ، والزبانا ، والاكليل ، والقلب ، والشولة ، والنعايم ، والبلدة ، وسعد الذابح ، وسعد بلع ، وسعدالسعود ، وسعدالاخبية ، والفرع المقدم ، والفرع المؤخر ، وبطن الحوت . منها أربعة عشر شامية تطلع من وسط المشرق أو مائلة عنه إلى الشمال قليلا أولها الشرطان وآخرها السماك ومنها أربعة عشر يمانية تطلع من المشرق أو مايليه الى التيامن أولها الغفر وآخرها بطن الحوت

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء » رواه مسلم ، وعن بريدة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصلي في لحاف ولا يتوشح به وأن يصلي في سراويل ليس عليه رداء . رواه أبو داود وهو شرط لصحة الصلاة في ظاهر المذهب واختاره ابن المنذر لان النهي يقتضي فساد المنهي عنه ولان ستره واجب في الصلاة فالاخلال به يفسدها كالعورة ، وذكر القاضي وابن عقيل أنه نقل عن أحمد ما يدل على أنه ليس بشرط فانه قال في رواية مثنى بن جامع فيمن صلى وثوبه على إحدى عاتقيه والاخرى مكشوفة يكره قيل له يؤمر أن يعيد ؟ فلم ير عليه إعادة . قال شيخنا وليس هذا رواية أخرى إنما يدل على أنه لايجب ستر المنكبين جميعا لان الخبر لا يقتضي سترهما فعلى هذا لا يجب سترهما جميعا بل يجزئه وضع ثوب على أحد عاتقيه وإن كان يصف البشرة لان وجوب ذلك بالخبر ولفظه «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء » وهذا يقع على ما يعم المنكبين ومالا يعم ، وقال القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل يجب ستر المنكبين لقول النبي ﷺ «إذا صلى أحدكم في ثوب واحد فليخالف بين طرفيه على عاتقيه» صحيح

(فصل) فان طرح على كتفيه مايستر البشرة ومالا يستر - حبلا أونحوه - لم يجزه في اختيار الخرقي والقاضي، وقال بعض أصحابنا يجزئه قالوا لان هذا شيء فيتناوله الخبر . قال بعضهم وقد روي عن جابر أنه صلى في ثوب واحد متوشحا به كاني أنظر اليه كأن على عاتقه ذنب فأرة ، وعن ابراهيم قال كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم إذا لم يجد أحدهم ثوبا ألقى على عاتقه عقالا وصلى وقال شيخنا والصحيح أنه لايجزيء لان ذلك لا يسمى سترة ولا لباسا ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا صلى أحدكم في ثوب واحد فليخالف بين طرفيه على عاتقيه » صحيح رواه أبو داود والامر بوضعه على العاتقين للستر ولا يحصل ذلك بوضع خيط ولا حبل ، وما روي عن جابر لا يصح ، وما روي

ولكل نجم من الشامية رقيب من اليمانية اذا طلع أحدهما غاب رقيبه . وينزل القمر كل ليلة بمنزلة منها قريباً منه ثم ينتقل في الليلة الثانية الى المنزل الذي يليه قال الله تعالى (والقمر قدرناه منازل حتى عاد كالعرجون القديم) والشمس تنزل بكل منزل منها ثلاثة عشر يوما فيكون عودها الى المنزل الذي نزلت به عند تمام حول كامل من أحوال السنة الشمسية وهذه المنازل يكون منها فيما بين غروب الشمس وطلوعها أربعة عشر منزلا ومن طلوعها الى غروبها مثل ذلك ، ووقت الفجر منها منزلان ووقت المغرب منزل وهو نصف سدس سواد الليل وسواد الليل اثنا عشر منزلا وكلها تطلع من المشرق وتغرب في المغرب إلا أن أوائل الشامية وأواخر اليمانية تطلع من وسط المشرق بحيث اذا طلع جعل الطالع منها محاذيا لكتفه الايسر كان مستقبلا للكعبه وكذلك آخر الشامية وأول اليمانية يكون مقاربا لذلك والمتوسط من الشامية وهو الذراع وما يليه من جانبيه يميل مطلعه الى ناحية الشمال والمتوسط من اليمانية نحو العقرب والنعايم والبلدة والسعود تميل مطالعها الى اليمين فاليماني منها يجعله من أمام

الصحابة إن صح فلعدم ماسواه لقوله « اذا لم يجد » وفي هذا دليل على انه لايجزي مع وجود الثوب والله أعلم

﴿ فصل ﴾ (وقال القاضي يجزئه ستر العورة في النفل دون الفرض) يعني اذا اقتصر على ستر العورة دون المنكبين أجزأه في النفل دون الفرض ، نص عليه أحمد في رواية حنبل قال : يجزئه أن يأتزر بالثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء في التطوع لان مبناه على التخفيف ولذلك يسامح فيه بترك القيام والاستقبال في حال سيره مع القدرة فسومح فيه بهذا القدر واستدل أبو بكر بقول النبي ﷺ « اذا كان الثوب ضيقا فاشدده على حقوك » قال هذا في التطوع . وحديث أبي هريرة في الفرض وظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما لان ما اشترط للفرض اشترط للنفل كالطهارة ولان الخبر عام فيهما وهذا ظاهر كلام شيخنا رحمه الله والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب للمرأة أن تصلي في درع وخمار وملحفة فان اقتصرت على ستر العورة أجزأها) روي نحو ذلك عن عمر وابنه وعائشة وهو قول الشافعي وذلك أنه أستر وأحسن فانه اذا كان عليها جلباب تجافى عنها راكعة وساجدة فلا يصفها ولا تبين عجيزتها ومواضع العورة المغلظة . وروي عن ابن عمر وابن سيرين ونافع قالوا تصلي المرأة في أربعة أثواب لذلك وهذا على وجه الاستحباب فان اقتصرت على ستر عورتها أجزأها ، قال أحمد : قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار وما زاد فهو خير وأستر . وقد دل عليه حديث أم سلمة حين قالت : يارسول الله أتصلي المرأة في درع وخمار ؟ قال : « نعم اذا كان سابغاً يغطي ظهور قدميها » وروي عن عائشة وميمونة وأم سلمة أزواج النبي ﷺ انهن كن يرين الصلاة في درع وخمار ، حكاه ابن المنذر ولانها سترت ما يجب عليها ستره أشبهت الرجل

(فصل) ويكره للمرأة النقاب وهي تصلي ، قال ابن عبد البر : أجمعوا على ان على المرأة أن تكشف وجهها في الصلاة والاحرام ولان ذلك يخل بمباشرة المصلي بالجبهة والانف ويغطي الفم . وقد نهي النبي ﷺ الرجل عنه

كتفه اليسرى والشامي يجعله خلف كتفه قريباً منها والغارب منها يجعله عند كتفه الايمن - كذلك وإن عرف المتوسط منها بأن يرى بينه وبين أفق السماء سبعة من ههنا وسبعة من ههنا استقبله ولكل نجم من هذه المنازل نجوم تقاربه وتسير بسيره من عن يمينه وشماله يكثر عددها حكمها حكمه ويستدل بها عليه وعلى ماتدل عليه كالنسرين والشعريين والنظم المقارن للهقعة والسماك الرامح والفكة وغيرها وكلها تطلع من المشرق وتغرب في المغرب . وسهيل نجم كبير مضيء يطلع من نحو مهب الجنوب ثم يسير حتى يصير في قبلة المصلي ثم يتجاوزها ثم يغرب قريبا من مهب الدبور والناقة أنجم على صورة الناقة تطلع في المجرة من مهب الصبا ثم تغيب في مهب الشمال .

(فصل) والشمس تطلع من المشرق وتغرب في المغرب وتختلف مطالعها ومغاربها على حسب اختلاف منازلها وتكون في الشتاء في حال توسطها في قبلة المصلي وفي الصيف محاذية لقبلته

﴿ مسئلة ﴾ (واذا انكشف من العورة يسير لم يفحش في النظر لم تبطل صلاته) نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي تبطل لانه حكم يتعلق بالعورة فاستوى قليله وكثيره كالنظر

ولنا ماروي عن عمرو بن سلمة الجرمي قال : انطلق أبي وافداً الى رسول الله ﷺ في نفر من قومه فعلمهم الصلاة وقال « يؤمكم أقرؤكم » فكنت أقرأهم فقدموني فكنت أؤمهم وعلي بردة صفراء صغيرة فكنت اذا سجدت انكشفت عني فقالت امرأة من النساء : واروا عنا عورة قارئكم . فاشتروا لي قميصاً عمانياً فما فرحت بعد الاسلام فرحي به . وفي لفظ فكنت أؤمهم في بردة موصلة فيها فتق فكنت اذا سجدت فيها خرجت استي . رواه أبو داود والنسائي وهـذا ينتشر ولم ينكر ولم يبلغنا أن النبي ﷺ أنكره ولا أحد من أصحابه ولان ماصحت الصلاة مع كثيره حال العذر فرق بين قليله وكثيره في غير حال العذر كالمشي ، ولان اليسير يشق الاحتراز منه فعفي عنه كيسير الدم وحد اليسير مالا يفحش في النظر عادة ولا فرق في ذلك بين الفرجين وغيرهما الا أن العورة المغلظة يفحش منها مالا يفحش من غيرها فيعتبر ذلك وسواء في ذلك الرجل والمرأة . وقال أبو حنيفة إن انكشف من المغلظة قدر الدرهم أو من غيرها أقل من ربعها لم تبطل الصلاة وإن كان أكثر بطلت

ولنا ان هذا تقدير لم يرد الشرع به فلا يجوز المصير اليه ومالم يرد الشرع فيـه بالتقدير يرد الى العرف كالكثير من العمل في الصلاة والتفرق والاحتراز فان انكشفت عورته من غير عمد فسترها في الحال لم تبطل لانه يسير في الزمن أشبه اليسير في القدر . وقال التميمي إن بدت عورته وقتاً واستترت وقتاً لم يعد لحديث عمرو بن سـلمة فلم يشترط اليسير . قال شيخنا ولا بد من اشتراطه لانه يفحش ويمكن التحرز منه أشبه الكثير في القدر ،

﴿ مسئلة ﴾ (وان فحش بطلت) يعني مافحش في النظر عادة وعرفا لما ذكرنا لان التحرز منه ممكن من غير مشقة أشبه سائر العورة . قال ابن المنذر أجمعوا على أن المرأة الحرة اذا صلت وجميع رأسها مكشوف ان عليها الاعادة ولان الاصل وجوب ستر جميع العورة عفي عنـه في اليسير لمشقة التحرز

(فصل) والقمر يبدو أول ليلة من الشهر هلالا في المغرب عن يمين المصلي [١] ثم يتأخر كل ليلة نحو المشرق منزلا حتى يكون ليلة السابع وقت المغرب في قبلة المصلي أو مائلا عنها قليلا ثم يطلع ليلة الرابع عشر من المشرق قبل غروب الشمس بدراً تاما وليلة إحدى وعشرين يكون في قبلة المصلي أو قريبا منها وقت الفجر وليلة ثمان وعشرين يبدو عند الفجر كالهلال من المشرق وتختلف مطالعه باختلاف منازله

(فصل) والرياح كثيرة يستدل منها بأربع تهب من زوايا السماء ، الجنوب تهب من الزاوية التي بين القبلة والمشرق مستقبلة بطن كتف المصلي الايسر مما يلي وجهه إلى يمينه والشمال مقابلتها تهب من الزاوية التي بين المغرب والشمال مارة إلى مهب الجنوب والدبور تهب من الزاوية التي بين المغرب واليمن مستقبلة شطر وجه المصلي الايمن مارة إلى الزاوية المقابلة لها ، والصبا مقابلتها تهب من ظهر المصلي وربما هبت الرياح بين الحيطان والجبال فتدور فلا اعتبار بها . وبين كل ريحين

(١) اى بالنسبة الى بلاد الشام وطن المؤلف . ويعتبر مثل في كل إطلاقاته المماثلة لما هنا

منه يبقى فيما عداه على قضية الدليل

﴿ مسئلة ﴾ (ومن صلى في ثوب حرير أو مغصوب لم تصح صلاته وعنه تصح مع التحريم) لبس المغصوب والصلاة فيه حرام على الرجال والنساء وجها واحداً فاذ صلى فيه فهل تصح صلاته على روايتين أظهرهما لا تصح اذا كان هو الساتر للعورة لانه استعمل المحرم في شرط الصلاة فلم تصح كما لو كان نجساً ولان الصلاة قربة وطاعة وقيام هذا وقعوده في هذا الثوب منهي عنه فكيف يكون متقربا بما هو عاص به مأموراً بما هو منهي عنه . وقال ابن عمر من اشترى ثوبا بعشرة دراهم وفيه درهم حرام لم تقبل له صلاة مادام عليه . ثم أدخل أصبعيه في أذنيه وقال : صمتا إن لم يكن النبي ﷺ سمعته يقوله . رواه الامام أحمد وفي اسناده رجل غير معروف (والثانية) تصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . لان النهي لا يعود الى الصلاة ولا يختص التحريم بها فهو كما لو صلى في عمامة مغصوبة أو غسل ثوبه من النجاسة بماء مغصوب . فان ترك الثوب المغصوب في كمه أو صلى في عمامة مغصوبة أو في يده خاتم مغصوب صحت صلاته لان النهي لا يعود الى شرط الصلاة فلم يؤثر فيها كما لو كان في جيبه درهم مغصوب . والفرض والنفل في ذلك سواء لان ما كان شرطا للفرض فهو شرط للنفل

(فصل) فان صلى وعليه سترتان احداهما مغصوبة ففيه الروايتان سواء كان الفوقاني أو التحتاني لان الستر لا يتعين باحداهما والمغصوب من جنس ما يستتر به بمثابة ما زاد على المشروط من اللفائف في حق الميت فانه يجري مجراه في وجوب القطع فان صلى في قميص بعضه حلال وبعضه حرام لم تصح صلاته على الرواية الاولى سواء كان المغصوب هو الذي يستر العورة أو بالعكس لان القميص يتبع بعضه بعضاً فلا يتميز بدليل دخوله في مطلق البيع ، ذكر هذا الفصل ابن عقيل

(فصل) وإن صلى الرجل في ثوب حرير لم يجز له والحكم في صحة الصلاة فيه كالحكم في الثوب

ريح تسمى النكباء لتنكبها طريق الرياح المعروفة وتعرف الرياح بصفاتها وخصائصها . فهذا أصح ما يستدل به على القبلة . وذكر أصحابنا الاستدلال بالمياه ، وقالوا الأنهار الكبار تجري عن يمنة المصلي الى يسرته على انحراف قليل وذلك مثل دجلة والفرات والنهروان ولا اعتبار بالانهار المحدثة لانها تحدث بحسب الحاجات الى الجهات المختلفة ولا بالسواقي والانهار الصغار لأنها لاضابط لها ولا بنهرين يجريان من يسرة المصلي الى يمينه (احدهما) العاصي بالشام (والثاني) سيحون بالمشرق ، وهذا الذي ذكروه لا ينضبط بضابط فان كثيراً من أنهار الشام تجري على غير السمت الذي ذكروه فالاردن يجري نحو القبلة وكثير منها يجري نحو البحر حيث كان منها حتى يصب فيه ، وان اختصت الدلالة بما ذكروه فليس شيء منها في الشام سوى العاصي ، والفرات حد الشام من ناحية المشرق فمن علم هذه الادلة فهو مجتهد (١) وقد يستدل أهل كل بلدة بأدلة تختص ببلدتهم من جبالها وأنهارها وغير ذلك مثل من يعلم أن جبلا بعينه يكون في قبلتهم أو على أيمانهم وغير ذلك من الجهات وكذلك

١) اي في أمر القبلة

المغصوب على ما بينا لأنه في معناه وتصح صلاة المرأة فيه لانه مباح لها وكذلك صلاة الرجل فيه في حال العذر اذا قلنا باباحته له

﴿ مسئلة ﴾ (ومن لم يجد الا ثوبا نجسا صلى فيه) وذلك لان ستر العورة آكد من إزالة النجاسة لتعلق حق الآدمي به في ستر عورته ووجوبه في الصلاة وغيرها فكان تقديمه أولى وهذا قول مالك ، وقال الشافعي يصلي عريانا ولا يعيد ، وقال أبو حنيفة في النجاسة كلها يخير في الفعلين لانه لابد من ترك واجب في كلا الفعلين ، وقد ذكرنا أن الستر آكد فوجب تقديمه ولأنه قدر على ستر عورته فلزمه كما لو وجد ثوبا طاهراً

﴿ مسئلة ﴾ (وتلزمه الاعادة على المنصوص) لأنه أخل بشرط الصلاة مع القدرة عليه أشبه ما لو صلى محدثا . ويتخرج أن لا يعيد بناء على من صلى في موضع نجس لا يمكنه الخروج منه فانه قال : لا إعادة عليه . وهذا اختيار شيخنا لان الشرع منعه نزعه أشبه ما اذا لم يمكنه وهو مذهب مالك والاوزاعي ولان التحرز من النجاسة شرط عجز عنه فسقط كالعجز عن السترة ، فان لم يجد الا ثوب حرير صلى فيه ولا اعادة عليه لان تحريم لبسه يزول بالحاجة اليه ، وذكر ابن عقيل انه يخرج على الروايتين في السترة النجسة فان لم يجد الا ثوبا مغصوبا صلى عريانا لان تحريمه لحق آدمي أشبه من لم يجد الا ماء مغصوبا وذكر ابن عقيل في وجوب الاعادة على من صلى في الثوب النجس روايتين (إحداهما) يعيد لما ذكرنا (والثانية) لايعيد لأنه أتى بما أمر به أشبه ما لو لم تكن عليه نجاسة

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد الا مايستر عورته سترها) اذا لم يجد الا مايستر عورته حسب بدأ بها وترك منكبيه لان ستر العورة متفق على وجوبه وستر المنكبين مختلف فيه ولان ستر العورة واجب في غير الصلاة ففيها أولى وقد روى حنبل عن أحمد فيمن معه ثوب واحد لطيف ان ستر عورته انكشف منكباه فقال يصلي جالسا ويرسله من ورائه على منكبيه وعجيزته واحتج لذلك بان ستر

ان علم مجرى نهر بعينه ، فمن كان من أهل الاجتهاد اذا خفيت عليه القبلة في السفر ولم يجد مخبراً ففرضه الصلاة الى جهة يؤديه اجتهاده اليها فان خفيت عليه الادلة لغيم أو ظلمة تحرى فصلى والصلاة صحيحة لما ذكره من الاحاديث ولانه بذل وسعه في معرفة الحق مع علمه بأدلته فأشبه الحاكم والعالم إذا خفيت عليه النصوص

(فصل) اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم أراد صلاة أخرى لزمه اعادة الاجتهاد كالحاكم اذا اجتهد في حادثة ثم حدث مثلها لزمه اعادة الاجتهاد وهذا مذهب الشافعي ، فان تغير اجتهاده عمل بالثاني ولم يعد ماصلى بالاول ، كالو تغير اجتهاد الحاكم عمل بالثاني في الحادثة الثانية ولم ينقض حكمه الاول وهذا لا نعلم فيه خلافا ، فان تغير اجتهاده في الصلاة استدار الى الجهة الثانية وبنى على مامضى من صلاته . نص عليه احمد في رواية الجماعة ، وقال ابن أبي موسى والآمدي لا ينتقل ويمضي على اجتهاده الاول لئلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد

المنكبين الحديث فيه أصح من ستر الفخذين والقيام يسقط في حق العريان وله بدل فاذا صلى جالسا حصل ستر العجيزة والمنكبين بالثوب وستر العورة بالجلوس . والصحيح الاول اختاره شيخنا لما ذكرنا ولما روى جابر عن النبي ﷺ أنه قال « اذا كان الثوب واسعا فخالف بين طرفيه واذا كان ضيقا فاشدده على حقوك » رواه ابو داود وروى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من كان له ثوبان فليأتزر وليرتد ومن لم يكن له ثوبان فليأتزر ثم ليصل » رواه الامام احمد ولان القيام متفق على وجوبه فلا يترك لامر مختلف فيه والله أعلم

﴿ مسئله ﴾ (فان لم يكف جميعها ستر الفرجين) لانهما أفحش وهما عورة بغير خلاف

﴿ مسئله ﴾ (فان لم يكفهما جميعا ستر أيهما شاء) لاستوائهما والاولى ستر الدبر على ظاهر كلامه لانه أفحش وينفرج في الركوع والسجود وقيل القبل أولى لان به يستقبل القبلة والدبر مستور بالاليتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان بذلت له سترة لزمه قبولها اذا كانت عاريّة)لان المنة لا تكثر في العارية فيكون قادراً على ستر عورته بما لا ضرر فيه. وان كانت هبة لايلزمه قبولها لان المنة تكثر فيها. قال شيخنا ويحتمل أن يلزمه لان العار في كشف عورته أكثر من الضرر فيما يلحقه من المنة. وان وجد من يبيعه سترة أو يؤجره بثمن المثل أو زيادة يسيرة وقدر على العوض لزمه وان كانت كثيرة لا تجحف بماله فهو كالو قدر على شراء الماء بذلك وفيه وجهان مضى توجيههما

﴿ مسئلة ﴾ (فان عدم بكل حال صلى جالسا يومىء ايماء وان صلى قائما جاز ، وعنه أنه يصلي قائما ويسجد بالارض) لا تسقط الصلاة عن العريان بغير خلاف علمناه لأنه شرط عجز عنه فلم تسقط الصلاة بعجزه عنه كالاستقبال ويصلي جالسا يومىء بالركوع والسجود وهو قول أبي حنيفة، وقال مالك والشافعي وابن المنذر يصلي قائما كغير العريان لقوله ﷺ « صل قائما فان لم تستطع فقاعداً » رواه البخاري ولانه قادر على القيام من غير ضرر فلم يجز له تركه كالقادر على الستر

ولنا ما روي عن ابن عمر أن قوما انكسرت بهم مركبهم فخرجوا عراة قال يصلون جلوسا

ولنا أنه مجتهد أداه اجتهاده الى جهة فلم يجز له الصلاة إلى غيرها كما لو أراد صلاة أخرى ولانه أداه اجتهاده إلى غير هذه الجهة فلم يجز له الصلاة اليها كسائر محال الوفاق وليس هذا نقضا للاجتهاد وانما يعمل به في المستقبل كما في الصلاة الاخرى . وإنما يكون نقضاً للاجتهاد أن لو ألزمناه إعادة ما مضى من صلاته ولم نعتد له به ، فان لم يبق اجتهاده وظنه إلى الجهة الاولى ولم يؤده اجتهاده إلى الجهة الاخرى فانه يبني على مامضى من صلاته لانه لم يظهر له جهة أخرى يتوجه اليها .فان بان له يقين الخطأ في الصلاة بمشاهدة أوخبر عن يقين استدار إلى جهة الصواب و بنى كاهل قباء لما أخبروا بتحويل القبلة استداروا اليها وبنوا ،وان شك في اجتهاده لم يزل عن جهته لان الاجتهاد ظاهر فلا يزول عنه بالشك ، وان بان له الخطأ ولم يعرف جهة القبلة كرجل كان يصلي إلى جهة فرأى بعض منازل القمر في قبلته ولم يدر أهو في المشرق أو المغرب واحتاج إلى الاجتهاد بطلت صلاته لانه لا يمكنه استدامتها إلى غير القبلة وليست له جهة يتوجه اليها فبطلت لتعذر اتمامها

يومئون إيماء بر.وسهم ولم ينقل خلافه ولان الستر آكد من القيام لامرين (أحدهما) أنه لا يسقط مع القدرة بحال والقيام يسقط في النافلة (والثاني) أن الستر لايختص الصلاة بخلاف القيام فاذا لم يكن بد من أحدهما فترك الاخف أولى ، فان قيل فلا يحصل الستر كله مع فوات أركان ثلاثة القيام والركوع والسجود. فالجواب أنا إذا قلنا العورة الفرجان فقدحصل سترهما وان قلنا هما بعض العورة فهما آكدها وجوبا وأفحشها في النظر فكان سترهما أولى ولا تجب عليه إعادة لانه صلى كما أمر أشبه ما لو صلى إلى غير القبلة عند العجز فان صلى قائما جاز لما ذكرنا . وقد روي عنه أنه يصلي جالساً ويسجد بالارض لان السجود آكد من القيام لكونه مقصوداً في نفسه ولا يسقط فيما يسقط فيه القيام وهو النفل. والاولى الايماء بالسجود لان القيام سقط عنهم لحفظ العورة وهي في حال السجود أفحش فكان سقوطه أولى وان صلى قائما وركع وسجد بالارض جاز في ظاهر كلام أحمد وقول أصحاب الرأي لانه لا بد من ترك أحد الواجبين فأيهما ترك فقد أتى بالآخر وعلى أي حال صلى فانه يتضام ولا يتجافى ، قيل لابي عبد الله يتضامون أم يتربعون ؟ قال بل يتضامون ، وقد قيل انهم يتربعون في حال القيام كصلاة النافلة قاعداً والاول أولى .

(فصل) فاذا وجد العريان جلداً طاهراً أو ورقا يمكن خصفه عليه أو حشيشا يمكن ربطه عليه فيستتر لزمه لانه قادر على ستر عورته بطاهر لا يضره فقد ستر النبي ﷺ رجلي مصعب بن عمير بالاذخر لما لم يجد سترة .وان وجد طينا يطلي به جسده لم يلزمه لانه يتناثر إذا جف وفيه مشقة ولا يغيب الخلقة ، وقال ابن عقيل يلزمه لانه يستر وما تناثر سقط حكمه واستتر بما بقي وهو قول بعض الشافعية وان وجد ماء لم يلزمه النزول فيه وان كان كدراً لان عليه فيه مشقة وضرراً لا يحتمل. وان وجد حفرة لم يلزمه النزول فيها لانها لا تلصق بجسده فهي كالجدار وان وجد سترة تضر به كبارية ونحوها لم يلزمه الاستتار بها لما فيها من الضرر والمنع من اكمال الركوع والسجود

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اختلف اجتهاد رجلين لم يتبع أحدهما صاحبه)

وجملته أن المجتهدين اذا اختلفا ففرض كل واحد منهما الصلاة الى الجهة التي يؤديه اجتهاده اليها أنها القبلة لايسعه تركها ولا تقليد صاحبه سواء كان أعلم منه أو لم يكن كالعالمين يختلفان في الحادثة ولو أن أحدهما اجتهد فاراد الآخر تقليده من غير اجتهاد لم يجز له ذلك ولا يسعه الصلاة حتى يجتهد سواء اتسع الوقت أو كان ضيقا يخشى خروج وقت الصلاة كالحاكم لا يسوغ له الحكم في حادثة بتقليد غيره ، وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد في المجتهد الذي يضيق الوقت عن اجتهاده أن له تقليد غيره وأشار الى قول أحمد فيمن هو في مدينة فتحرى فصلى لغير القبلة في بيت يعيد لان عليه أن يسأل قال : فقد جعل فرض المحبوس السؤال وهذا غير صحيح وكلام أحمد انما دل على أنه ليس

﴿مسئلة﴾ (وان وجد السترة قريبة منه في أثناء الصلاة ستر وبنى وان كانت بعيدة ستر وابتدأ) وجملة ذلك أن العريان متى قدر على السترة في أثناء الصلاة وأمكنه من غير زمن طويل ولا عمل كثير ستر وبنى على ما مضى من الصلاة كأهل قباء لما علموا بتحويل القبلة استداروا اليها وأتموا صلاتهم. وان لم يمكن الستر الا بعمل كثير أو زمن طويل بطلت الصلاة لأنه لايمكنه المضي فيها الا بما ينافيها من العمل الكثير أو فعلها بدون شرطها والمرجع في ذلك الى العرف لأنه لا تقدير فيه توقيفا وذكر القاضي فيمن وجدت السترة احتمالا أن صلاتها لاتبطل بانتظارها وان طال لانه انتظار واجب ولا يصح ذلك لانها صلت في زمن طويل عارية مع امكان الستر فلا تصح كالصلاة كلها وما ذكروه يبطل بما لو أتمت صلاتها في حال انتظارها وانتظرت من يأتي فيناولها وقياس الكثير على اليسير فاسد لما ثبت في الشرع من العفو عن اليسير دون الكثير في مواضع كثيرة

(فصل) فان صلى عريانا ثم بان معه ستارة أنسيها أعاد لانه مفرط كما قلنا في الماء

﴿مسئلة﴾ (ويصلي العراة جماعة وامامهم في وسطهم) الجماعة تشرع للعراة كغيرهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة الرجل في الجميع تفضل على صلاته وحده بسبع وعشرين درجة » وهذا قول قتادة ، وقال مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي يصلون فرادى ، قال مالك ويتباعد بعضهم من بعض وان كانوا في ظلمة صلوا جماعة ويتقدمهم امامهم وبه قال الشافعي في القديم ، وقال في موضع الجماعة والافراد سواء لان في الجماعة الاخلال بسنة الموقف وفي الانفراد الاخلال بفضيلة الجماعة ووافقنا أن امامهم يقوم وسطهم وعلى مشروعية الجماعة للنساء العراة لان امامتهن تقوم في وسطهن فلا يحصل الاخلال في حقهن بفضيلة الموقف :

ولنا الحديث الذي ذكرنا ولانهم قدروا على الجماعة من غير عذر أشبهوا المستترين ولا تسقط الجماعة لفوات السنة في الموقف كما لو كانوا في ضيق لايمكن تقديم أحدهم ، واذا شرعت الجماعة حال الخوف مع تعذر الاقتداء بالامام في بعض الصلاة والحاجة الى مفارقته وفعل ما يبطل الصلاة في غير

لمن في المصر الاجتهاد لانه يمكنه التوصل الى القبلة بطريق الخبر والاستدلال بالمحاريب بخلاف المسافر وليس فيه دليل على انه يجوز له تقليد المجتهدين في محل الاجتهاد عند ضيق الوقت ألا ترى أن أبا عبد الله لم يفرق بين ضيق الوقت وسعته مع اتفاقنا على أنه لايجوز له للتقليد مع سعة الوقت ولان الاجتهاد في حقه شرط لصحة الصلاة فلم يسقط بضيق الوقت مع امكانه كسائر الشروط [1]

تلك الحال فأولى أن تشرع ههنا . اذا ثبت هذا فان امامهم يكون في وسطهم ويصلون صفاً واحداً لانه أستر لهم فان لم يسعهم صف واحد وقفوا صفوفا وغضوا أبصارهم وإن صلى كل صف جماعة فهو أحسن

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانوا رجالا ونساء صلى كل نوع لانفسهم) لئلا يرى بعضهم عورات بعض وإن كانوا في ضيق صلى الرجال واستدبرهم النساء ثم صلى النساء واستدبرهم الرجال لئلا ينظر بعضهم الى بعض

﴿ فصل ﴾ (فان كان مع العراة واحد له سترة لزمه الصلاة فيها) فان أعارها وصلى عريانا لم تصح لانه قادر على السترة ، واذا صلى فيه استحب أن يعيره لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولا يجب ذلك بخلاف مالو كان معه طعام فاضل عن حاجته ووجد مضطراً فانه يلزمه اعطاؤه . واذا بذله لهم صلى فيه واحد بعد واحد ولم يجز لهم الصلاة عراة لقدرتهم على الستر ، إلا أن يخافوا ضيق الوقت فيصلون عراة جماعة لانهم لو كانوا في سفينة لايمكن جميعهم الصلاة قياما صلى واحد بعد واحد إلا أن يخافوا فوت الوقت فيصلي واحد قائما والباقون قعودا كذلك هذا ولان هذا يحصل به ادراك الوقت والجماعة وذاك انما يحصل به الستر خاصة . ويحتمل أن ينتظروا الثوب وإن فات الوقت لانه قدر على شرط الصلاة فلم تصح صلاته بدونه كواجد الماء لايتيمم وإن خاف فوت الوقت . قال شيخنا : وهذا أقيس عندي ، فان امتنع صاحب الثوب من إعارته فالمستحب أن يؤمهم ويقف بين أيديهم ، فان كان أميا وهم قراء صلى العراة جماعة وصاحب الثوب وحده لانه لايجوز أن يؤمهم لكونه أميا ولا يأتم بهم لكونهم عراة وهو مستتر ، وان صلى وبقي وقت صلاة واحدة استحب أن يعيره لمن يصلح لامامتهم وإن أعاره لغيره جاز وصار حكمه حكم صاحب الثوب ، فان استووا ولم يكن الثوب لواحد منهم أقرع بينهم فيكون من تقع له القرعة أحق به وإلا قدم من تستحب البداية بعاريته وإن كانوا رجالا ونساء فالنساء أحق لان عورتهن أفحش وسترها آكد واذا صلين فيه أخذه الرجال

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره في الصلاة السدل) وهو أن يطرح على كتفيه ثوبا ولا يرد أحد طرفيه على الكتف الآخر ، وهذا قول ابن مسعود والثوري والشافعي لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ نهى عن السدل في الصلاة ، رواه أبو داود . فان فعل فلا اعادة عليه ، وقال ابن أبي موسى : يعيد الصلاة في إحدى الروايتين للنهي عنه . فأما إن رد أحد طرفيه على الكتف الأخرى أو ضم طرفيه بيديه لم يكره لزوال السدل . وقد روي عن جابر وابن عمر الرخصة في السدل ، قال ابن المنذر : لا أعلم فيه حديثا يثبت ، وحكاه الترمذي عن أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره اشتمال الصماء وهو أن يضطبع بثوب ليس عليه غيره) لما روى أبو هريرة

[1] هذه المسألة من فروع أصل منع التقليد للقادر على الاجتهاد ولو في بعض المسائل كتقليد أبي عبد الله في المسألة بعدم التفرقة بين ضيق الوقت وسعته ولكن بعض دلائل القبلة يقيني كالقطب الشمالي وبيت الابرة فالاخذ بقول من عرف القبلة بهما ليس تقليدا لمجتهد عرفها بالظن بل أخذ بخبر عالم كاخبار من يحمل الآلة المعروفة بالساعة عن وقت الصلاة والصوم وكتبه محمد رشيد رضا

(فصـل) واذا اختلف اجتهاد رجلين فصلى كل واحد منهما الى جهة فليس لاحدهما الائتمام بصاحبه وهذا مذهب الشافعي لان كل واحد يعتقد خطأ صاحبه فلم يجز أن يأتم به كما لو خرجت من أحدهما ريح واعتقد كل واحـد منهما أنها من صاحبه فان لـكل واحد منهما أن يصلي وليس له أن يأتم بصاحبه . وقياس المذهب جواز ذلك وهو مذهب أبي ثور لان كل واحد منهما يعتقد صحة صلاة

وأبوسعيد أن النبي ﷺ نهى عن لبستين اشتمال الصماء وأن يحتبي الرجل بثوب ليس بين فرجيـه وبين السماء شيء أخرجه البخاري ، ومعنى الاضطباع أن يجعـل وسط الرداء تحت عاتقه الايمن وطرفيه على عاتقه الايسر كلبسة المحرم وهـذا هو اشتمال الصماء ذكره بعض أصحابنا وجاء مفسراً في حديث أبي سعيد بذلك من رواية إسحاق عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أظن عن عطاء ابن يزيد عن أبي سعيد . وانما كره لانه اذا فعل ذلك وليس عليه ثوب غـيره بدت عورته كذلك رواه حنبل عن أحمد ، أما اذا كان عليه غيره فتلك لبسة المحرم وقد فعلها النبي ﷺ وعلى هـذا ينبغي أن يكون اشتمال الصماء محرما لافضائه الى كشف العورة ، وروى أبوبكر باسناده عن ابن مسعود قال نهى رسول الله ﷺ أن يلبس الرجل ثوبا واحداً يأخذ بجوانبه على منكبيه فتدعى تلك الصماء وقال بعض أصحاب الشافعي اشتمال الصماء أن يلتحف بالثوب ثم يخرج يديه من قبل صدره فتبدو عورته وهو في معنى تفسير أصحابنا . وقال أبو عبيد اشتمال الصماء عند العرب أن يشتمل الرجل بثوب يجلل به جسده كله ولا يرفع منـه جانبا يخرج منه يده كأنه يذهب به الى أنه لعله يصيبه شيء يريد الاحتراس منه فلا يقدر عليه . قال شيخنا والفقهاء أعلم بالتأويل (وعنه يكره وان كان عليه غيره) روي عن أحمد رحمه الله كراهة ذلك مطلقا لعموم النهي ولان كل مانهي عنه من اللباس في الصلاة لم يفرق بين أن يكون عليه ثوب غيره أو لم يكن كالسدل والاسبال

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره تغطية الوجه والتلثم على الفم والانف) لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ نهى أن يغطي الرجل فاه رواه أبو داود ، ففي هذا تنبيه على كراهية تغطية الوجه لاشتماله على تغطية الفم ويكره تغطية الانف قياسا على الفم ، روي ذلك عن ابن عمر وفيـه رواية أخرى لايكره لان تخصيص الفم بالنهي يدل على إباحة غيره .

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره لف الكم) لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ولا أكف شعراً ولا ثوبا » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره شد الوسط بما يشبه شد الزنار) لما فيه من التشبه بأهل الكتاب وقد نهى النبي ﷺ عن التشبه بهم فقال « لاتشتملوا اشتمال اليهود » رواه أبو داود ، فاما شد الوسط بمئزر أو حبل أو نحوهما مما لايشبه شد الزنار فلا يكـره . قال أحمد لا بأس به أليس قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لايصلي أحدكم إلا وهو محتزم » وقال أبوطالب سألت أحمد عن الرجل يصلي وعليه القميص يأتزر بالمنديل فوقه ؟ قال نعم فعل ذلك ابن عمر . وعن الشعبي قال كان يقال: شد

الآخر فان فرضه التوجه الى ماتوجه اليه فلم يمنع اقتداءه به اختلاف جهته كالمصلين حول الكعبة مستديرين حولها وكالمصلين حال شدة الخوف . وقد نص أحمد على صحة الصلاة خلف المصلي في جلود الثعالب اذا كان يتأول قوله عليه السلام « أيما إهاب دبغ فقد طهر » مع كون أحمد لايرى طهارتها وفارق ماذا اعتقد كل واحد منهما حدث صاحبه لانه يعتقد بطلان صلاته بحيث لو بان له يقينا حدث

حقوك في الصلاة ولو بعقال رواه الخلال ، وعن يزيد بن الاصم مثله

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره اسبال شيء من ثيابه خيلاء) يكره اسبال القميص والازار مطلقا وكذلك السراويل لان النبي ﷺ أمر برفع الازار فان فعله خيلاء فهو حرام لقول النبي ﷺ « من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه » متفق عليه ، وعن ابن مسعود قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أسبل إزاره في صلاته خيلاء فليس من الله جل ذكره في حل ولا حرام » رواه أبو داود

(فصل) ولا يجوز لبس مافيه صورة حيوان في أحد الوجهين . اختاره أبو الخطاب لقول النبي ﷺ « لاتدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة » متفق عليه (والثاني) لايحرم قاله ابن عقيل لقول النبي ﷺ في آخر الخبر « الا رقما في ثوب » متفق عليه ، ولأنه يباح اذا كان مفروشاً أو يتكأ عليه فكذلك اذا كان يلبس ، ويكره التصليب في الثوب لقول عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ كان لايترك في بيته شيئاً فيه تصليب الا قضبه . رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للرجل لبس ثياب الحرير ولا ماغالبه الحرير ولا افتراشه الا من ضرورة) يحرم على الرجل لبس ثياب الحرير في الصلاة وغيرها في غير حال العذر اجماعا حكاه ابن عبد البر لما روى أبو موسى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي وأحل لاناثهم » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة » متفق عليه والافتراش كاللبس لما روى حذيفة قال : نهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيها وأن نلبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه . رواه البخاري ، فأما المنسوج من الحرير وغيره فان كان الاغلب الحرير حرم لعموم الخبر ، وإن كان الاغلب غيره حل لان الحكم للاغلب والقليل مستهلك فيه أشبه الضبة من الفضة والعلم في الثوب . وقال ابن عبد البر مذهب ابن عباس وجماعة من أهل العلم أن المحرم الحرير الصافي الذي لايخالطه غيره . قال ابن عباس انما نهى النبي ﷺ عن الثوب المصمت من الحرير أما العلم وسدى الثوب فليس به بأس . رواه أبو داود والاثرم

﴿ مسئلة ﴾ فان استوى هو وما نسج معه فعلى وجهين (أحدهما) يباح لحديث ابن عباس ولان الحرير ليس بأغلب أشبه الاقل (والثاني) يحرم . قال ابن عقيل : هو الاشبه لعموم الخبر

نفسه لزمته اعادة الصلاة وههنا صلاته صحيحة ظاهراً وباطناً بحيث لو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الاعادة فافترقا ، فأما إن كان أحدهما يميل يمينا ويميل الآخر شمالا مع اتفاقهما في الجهة فلا يختلف المذهب في أن لأحدهما الائتمام بصاحبه لان الواجب استقبال الجهة وقد اتفقا فيها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتبع الاعمى أوثقهما في نفسا)

﴿ مسئلة ﴾ ويحرم لبس المنسوج بالذهب والمموه به لما ذكرنا من حديث أبي موسى ، فان استحال لونه فعلى وجهين (أحدهما) يحرم للحديث (والثاني) يباح لزوال علة التحريم من السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لبس الحرير لمرض أو حكة أو في الحرب أو ألبسه الصبي فعلى روايتين) متى احتاج إلى لبس الحرير لمرض أو حكة أو من أجل القمل جاز في ظاهر المذهب ، لان أنساً روى أن عبد الرحمن بن عوف والزبير شكوا إلى النبي ﷺ القمل فرخص لهما في قميص الحرير في غزاة لهما . وفي رواية شكوا الى رسول الله ﷺ القمل فرخص لهما في قميص الحرير ورأيته عليهما . متفق عليه ، وما يثبت في حق صحابي يثبت في حق غيره مالم يقم على اختصاصه دليل فثبت بالحديث في القمل وقسنا عليه غيره مما ينفع فيه لبس الحرير . وعن أحمد رواية أخرى لا يباح وهو قول مالك لعموم الخبر المحرم والرخصة يحتمل أن تكون خاصة لهما

(فصل) وفي لبسه في الحرب لغير حاجة روايتان (احداهما) الاباحة وهو ظاهر كلام أحمد قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن لبس الحرير في الحرب ؟ فقال : أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول عروة وعطاء ، وكان لعروة يلمق من ديباج بطانته من سندس محشو قزاً يلبسه في الحرب ولان المنع من لبسه لما فيه من الخيلاء وذلك غير مذموم في الحرب ، فقد روي أن النبي ﷺ حين رأى بعض أصحابه يمشي بين الصفين قال « انها لمشية يبغضها الله الا في هذا الموطن » (والثانية) يحرم لعموم الخبر ، فأما إن احتاج اليه مثل أن يكون بطانة لبيضة أو درع أو نحوه أبيح . قال بعض أصحابنا يجوز مثل ذلك من الذهب كدرع مموه من الذهب لا يستغنى عن لبسه وهو محتاج اليه

(فصل) وهل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير ؟ على روايتين (احداهما) تحريمه لعموم قوله ﷺ « حرام على ذكور أمتي » وعن جابر قال : كنا ننزعه عن الغلمان ونتركه على الجواري رواه أبو داود وقدم حذيفة من سفر فوجد على صبيانه قمصاً من حرير فمزقها عن الصبيان وتركها على الجواري رواه الاثرم ، وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود (والثانية) يباح لانهم غير مكلفين أشبهوا البهائم ولانهم محل للزينة أشبهوا النساء . والاول أولى لظاهر الخبر وفعل الصحابة ، ويتعلق التحريم بالمكلفين بتمكينهم من الحرام كتمكينهم من شرب الخمر وغيره من المحرمات وكونهم محل الزينة مع تحريم الاستمتاع أبلغ في التحريم ولذلك حرم على النساء التبرج بالزينة للاجانب

يعني اذا اختلف مجتهدان في القبلة ومعهما أعمى قلدأوثقهما في نفسه وهو أعلمهماعندهوأصدقهما قولا وأشدهما تحريا لان الصواب اليه أقرب . وكذلك الحكم في البصير الذي لا يعلم الادلة ولا يقدر على تعلمها قبل خروج الوقت فرضه أيضا التقليد ويقلد أوثقهما في نفسه .فان قلد المفضول فظاهر قول الخرقي أنه لا تصح صلاته، لانه ترك مايغلب على ظنه أن الصواب فيه فلم يسغ له ذلك كالمجتهد اذا

﴿ مسئلة ﴾ (ويباح حشو الجباب والفرش به ويحتمل أن يحرم) ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه لاخيلاء فيه ، ويحتمل أن يحرم لعموم الخبر ولان فيه سرفا أشبه مالو جعل البطانة حريراً

(فصل) (ولا بأس بلبس الخز) ص عليه وقد روي عن عمران بن حصين والحسن بن علي وأنس بن مالك وأبي هريرة وابن عباس وعبدالرحمن بن عوف وغيرهم أنهم لبسوا الخز وعن عبدالله ابن سعد عن أبيه سعدقال : رأيت رجلا ببخارى على بغلة بيضاء عليه عمامة خز سوداء فقال : كسانيها رسول الله ﷺ ، رواه ابو داود، وقال ابن عقيل في الخز : ان كان فيه وبر وكان الوبر أكثر من القز صحت الصلاة فيه .وان كان أكثره القز لم تصح الصلاة فيه في الصحيح .وان استويا احتمل وجهين لجعله كغيره من الثياب المنسوجة من الحرير وغيره

﴿ مسئلة ﴾ (ويباح العلم الحرير في الثوب اذا كان أربع أصابع فادون) لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاث أو أربع ، رواه مسلم وقال أبو بكر في التنبيه : يباح وان كان مذهبا لانه يسير أشبه الحرير ويسير الفضة وكذلك الرقاع ولبنة الجيب وسجف الفراء لدخوله فيما استثناه في الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للرجل لبس المزعفر والمعصفر) لما روي أن النبي ﷺ نهى الرجال عن التزعفر متفق عليه ، وعن علي قال : نهاني النبي ﷺ عن لباس المعصفر ، رواه مسلم ولا بأس بلبسه للنساء لان تخصيص النهي بالرجل دليل على إباحته للنساء

(فصل) فأما لبس الاحمر غير المزعفر فقال أصحابنا : يكره وهو مذهب ابن عمر فروي عنه أنه اشترى ثوبا فرأى فيه خيطاً أحمر فرده ، وروي عن عبدالله بن عمرو قال : مر على النبي ﷺ رجل عليه بردان أحمران فسلم فلم يرد النبي ﷺ عليه ، وعن رافع بن خديج قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ في سفر فرأى رسول الله ﷺ على رواحلنا أكسية فيها خيوط عهن أحمر فقال رسول الله ﷺ « ألا أرى هذه الحمرة قد علتكم » فقمنا سراعا لقول رسول الله ﷺ حتى نفر بعض ابلنا وأخذنا الاكسية فنزعناها عنها رواهما أبو داود ، والصحيح أنه لا بأس بها لما روى أبو جحيفة قال : خرج النبي ﷺ في حلة حمراء الحديث ، وقال البراء : ما رأيت من ذي لمة في حلة حمراء أحسن من رسول الله ﷺ ، متفق عليهما [1] وعن هلال بن عامر قال : رأيت النبي ﷺ على بغلة وعليه برد أحمر رواه أبو داود ، وقال أنس : كان أحب اللباس إلى رسول الله ﷺ الحبرة ،

١) لا نعلمه بهذا اللفظ في الصحيحين فيراجع

ترك جهة اجتهاده. والاولى صحتها وهو مذهب الشافعي لانه أخذ بدليل له الاخذ به لو انفرد فكذلك اذا كان معه غيره كما لو استويا ولا عبرة بظنه فانه لو غلب على ظنه أن المفضول مصيب لم يمنع ذلك من تقليد الافضل. فأما ان استويا عنده فله تقليد من شاء منهما كالعامي مع العلماء في بقية الاحكام.

(فصل) والمقلد من لا يمكنه الصلاة باجتهاد نفسه اما لعدم بصره واما لعدم بصيرته وهو العامي الذي لا يمكنه التعلم والصلاة باجتهاده قبل خروج وقت الصلاة فأما من يمكنه فانه يلزمه التعلم فان صلى قبل ذلك لم تصح صلاته لانه قدر على الصلاة باجتهاده فلم يصح بالتقليد كالمجتهد. ولا يلزم على هذا العامي حيث لا يلزمه تعلم الفقه لوجهين (أحدهما) أن الفقه ليس بشرط في صحة الصلاة (والثاني) أن مدته تطول فهو كالذي لا يقدر على تعلم الادلة في مسئلتنا وان أخر هذا التعلم والصلاة

متفق عليه وهي التي فيها حمرة وبياض . وروي أن النبي ﷺ بينا هو يخطب اذ رأى الحسن والحسين عليهما قميصان أحمران يمشيان ويعثران فنزل النبي ﷺ فأخذهما ولم ينكر ذلك ولأنها لون أشبهت سائر الالوان فأما أحاديثهم فحديث رافع في إسناده رجل مجهول ويحتمل أنها كانت معصفرة فلذلك كرهها ولو قدر التعارض كانت أحاديث الاباحة أصح وأثبت فهي أولى .

(فصل) فأما غير الحمرة من الالوان فلا يكره فقد قال ﷺ « البسوا من ثيابكم البياض فانها من خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم » وعن ابن عمر انه قيل له : لم تصبغ بالصفرة؟ فقال : اني رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها ، رواهما أبو داود . وعن أبي رمثة قال : انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ فرأيت عليه بردين أخضرين ودخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء ، متفق عليهما والله أعلم .

﴿ باب اجتناب النجاسات ﴾

(وهو الشرط الرابع) - فمتى لاقى بثوبه أو بدنه نجاسة غير معفو عنها أو حملها لم تصح صلاته) وجملة ذلك أن الطهارة من النجاسة في بدن المصلي وثوبه شرط لصحة الصلاة في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عباس وسعيد بن المسيب وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وروي عن ابن عباس أنه قال : ليس على ثوب جنابة ونحوه عن أبي مجلز وسعيد بن جبير والنخعي وقال الحارث العكلي وابن أبي ليلى : ليس في ثوب اعادة . وسئل سعيد بن جبير عن الرجل يرى في ثوبه الاذى وقد صلى قال : اقرأ علي الآية التي فيها غسل الثياب

ولنا قول الله تعالى (وثيابك فطهر) قال ابن سيرين هو الغسل بالماء . وعن أسماء بنت أبي بكر الصديق قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دم الحيض يكون في الثوب قال « اقرصيه وصلي فيه » وفي لفظ قالت سمعت امرأة تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف تصنع احدانا

الى حال يضيق وقتها عن التعلم والاجتهاد أو عن أحدهما صحت صلاته بالتقليد كالذي يقدر على تعلم الفاتحة فيضيق الوقت عن تعلمها

(فصل) فان كان المجتهد به رمد أو عارض يمنعه رؤية الادلة فهو كالاعمى في جواز التقليد لانه عاجز عن الاجتهاد وكذلك لو كان محبوساً في مكان لايرى فيه الادلة ولا يجد مخبراً الا مجتهداً آخر

بثوبها اذا رأت الطهر أتصلي فيه؟ قال « تنظر فيه فان رأت فيه دما فلتقرصه بشيء من الماء ولتنضح مالم تر ولتصل فيه » رواه أبو داود وحديث النبي ﷺ حين مر بالقبرين فقال « انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لايستتر من البول » متفق عليه وفي رواية ـ لا يستنزه من بوله ـ ولانها احدى الطهارتين فكانت شرطا للصلاة كطهارة الحدث

(فصل) ويشترط طهارة موضع الصلاة أيضاً وهو الموضع الذي تقع عليه ثيابه وأعضاؤه التي عليه قياسا على طهارة البدن والثياب، فان كان على رأسه طرف عمامته وطرفها الآخر وقع على نجاسة لم تصح صلاته كما لو وقع عليها شيء من بدنه، وذكر ابن عقيل احتمالا فيما يقع عليه ثيابه خاصة أنه لا تشترط طهارته لانه يباشرها بما هو منفصل عن ذاته أشبه مالو كان بجانبه انسان نجس الثوب فالتصق به ثوبه . والمذهب الاول لان سترته تابعة له فهي كأعضاء سجوده، فأما اذا كان ثوبه يمس شيئا نجسا كثوب من يصلي وبجانبه حائط لايستند اليه قال ابن عقيل لاتفسد صلاته بذلك لانه ليس بمحل لبدنه ولاسترته . ويحتمل أن تفسد لان سترته ملاقية لنجاسة أشبه مالو وقعت عليها ، وان كانت النجاسة محاذية لجسمه في حال سجوده بحيث لايلتصق بها شيء من بدنه ولا ثيابه لم تبطل الصلاة لانه لم يباشر النجاسة أشبه مالو خرجت عن محاذاته وذكر ابن عقيل وجها انها تبطل كما لو باشر بها أعضاء . وهو قول الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن حمل النجاسة في الصلاة لم تصح صلاته كما لو كانت على بدنه أو ثوبه فان حمل حيوانا طاهراً أوصبياً لم تبطل صلاته لان النبي ﷺ صلى وهو حامل امامة بنت أبي العاص متفق عليه ولان مافي الحيوان من النجاسة في معدنها فهي كالنجاسة في جوف المصلي، ولو حمل قارورة مسدودة فيها نجاسة لم تصح صلاته . وقال بعض اصحاب الشافعي تصح لان النجاسة لاتخرج عنها فهي كالحيوان وليس بصحيح لانه حامل نجاسة غير معفو عنها في غير معدنها أشبه حملها في كمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان طين الارض النجسة أو بسط عليها شيئا طاهراً صحت صلاته عليها مع الكراهة)

هذا ظاهر كلام أحمد وهو قول مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق، وذكر أصحابنا رواية أخرى أنه لايصح لانه مدفن للنجاسة أشبه المقبرة ولانه معتمد على النجاسة أشبه ملاقاتها . والاول أولى لان الطهارة انما تشترط في بدن المصلي وثوبه وموضع صلاته وقد وجد ذلك كله والعلة في الاصل غير مسلمة بدليل عدم صحة الصلاة بين القبور وليس مدفنا للنجاسة ، وقال ابن أبي موسى ان كانت النجاسة المبسوط عليها رطبة لم تصح الصلاة وإلا صحت

في مكان يرى العلامات فيه فله تقليده لانه كالاعمى

(فصل) وإذا شرع في الصلاة بتقليد مجتهد فقال له قائل: قد أخطأت القبلة وانما القبلة هكذا وكان يخبر عن يقين مثل من يقول قد رأيت الشمس أو الكواكب وتيقنت انك مخطيء فانه يرجع إلى قوله ويستدير إلى الجهة التي أخبره أنها جهة الكعبة لانه لو أخبر بذلك المجتهد الذي قلده الاعمى

(فصل) ويكره تطيين المسجد بطين نجس و بناؤه بلبن نجس أو تطبيقه بطوابيق نجسة فان فعل وباشر النجاسة لم تصح صلاته، فأما الآجر المعجون بالنجاسة فهو نجس لان النار لا تطهر لكن إذا غسل طهر ظاهره لان النار أكلت أجزاء النجاسة الظاهرة وبقي الاثر فطهر بالغسل كالارض النجسة ويبقى الباطن نجسا لان الماء لا يصل اليه فان صلى عليه بعد الغسل فهي كالمسئلة قبلها. وكذلك الحكم في البساط الذي باطنه نجس وظاهره طاهر ومتى انكسر من الآجر النجس قطعة فظهر بعض باطنه فهو نجس لا تصح الصلاة عليه

(فصل) ولا بأس بالصلاة على الحصير والبسط من الصوف والشعر والوبر والثياب من القطن والكتان وسائر الطاهرات في قول عوام أهل العلم . فروي عن ابن عمر أنه صلى على عبقري وابن عباس على طنفسة وزيد بن ثابت على حصير وابن عباس وعلي وابن مسعود وأنس على المسوح، وروي عن جابر أنه كره الصلاة على كل شيء من الحيوان واستحب الصلاة على كل شيء من نبات الارض ونحوه عن مالك الا انه قال في بساط الصوف والشعر اذا كان سجوده على الارض لم أر بالقيام عليه بأسا - والصحيح قول الجمهور فقد صلى النبي ﷺ على حصير في بيت أنس وعتبان بن مالك متفق عليه وروى عنه المغيرة بن شعبة أنه كان يصلي على الحصر والفرو المدبوغة، وروى ابن ماجه أن النبي ﷺ صلى ملتفا بكساء يضع يديه عليه إذا سجد، ولان مالم تكره الصلاة فيه لم تكره الصلاة عليه كالكتان والخوص، وتصح الصلاة على ظهر الحيوان إذا أمكنه استيفاء الاركان عليه والنافلة في السفر، وان كان الحيوان نجسا وعليه بساط طاهر كالحمار صحت الصلاة عليه في أصح الروايتين لان النبي ﷺ صلى على حمار (والثانية) لا تصح كالارض النجسة اذا بسط عليها شيئا طاهراً، وتصح على العجلة اذا أمكنه ذلك لانه محل تستقر عليه أعضاؤه فهي كغيرها ؛ وقال ابن عقيل : لا تصح لان ذلك ليس بمستقر عليه فهي كالصلاة في الارجوحة

(فصل) ولا تصح صلاة المعلق في الهواء الا أن يكون مضطراً كالمصلوب وكذلك الارجوحة لانه ليس بمستقر القدمين على الارض فلم تصح صلاته كما لو سجد على بعض أعضاء السجود وترك الباقي معلقا، ذكره ابن عقيل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن صلى على مكان طاهر من بساط طرفه نجس صحت صلاته الا أن يكون متعلقا به بحيث ينجر معه اذا مشى فلا يصح) متى صلى على منديل طرفه نجس أو كان تحت قدمه حبل مشدود في نجاسة وما يصلي عليه طاهر فصلاته صحيحة سواء تحرك النجس بحركته أولم يتحرك

لزمه قبول خبره فالاعمى أولى . وان اخبره عن اجتهاده أو لم يبين له عن أي شيء أخبره ولم يكن في نفسه أوثق من الاول مضى على ماهو عليه لانه شرع في الصلاة بدليل يقينا فلا يزول عنه بالشك وان كان الثاني أوثق في نفسه من الاول وقلنا لا يتعين عليه تقليد الافضل فكذلك ، وان قلنا عليه تقليده خاصة رجع الى قوله كالبصير اذا تغير اجتهاده في أثناء صلاته

لانه ليس بحامل للنجاسة ولا مصل عليها وانما اتصل مصلاه بها أشبه اذا صلى على أرض طاهرة متصلة بأرض نجسة ، وقال بعض أصحابنا اذا كان النجس يتحرك بحركته لم تصح صلاته ، قال شيخنا : والصحيح ما ذكرنا فأما ان كان الحبل أو المنديل متعلقا به ينجر معه اذا مشى لم تصح لانه مستتبع لها فهو كحاملها ولو كان في يده أو وسطه حبل مشدود في نجاسة أو حيوان نجس أو سفينة صغيرة فيها نجاسة تنجر معه اذا مشى لم تصح صلاته لانه مستتبع لها وان كانت السفينة أو الحيوان كبيراً لا يقدر على جره اذا استعصى عليه صحت لانه ليس بمستتبع لها . قال القاضي : هذا اذا كان الشد في موضع طاهر فان كان في موضع نجس فسدت صلاته لانه حامل لما هوملاق للنجاسة والاول أولى لانه لايقدر على استتباع الملاقي للنجاسة أشبه ما لو أمسك غصنا من شجرة عليها نجاسة أو سفينة عظيمة فيها نجاسة .

(مسئلة) (ومتى وجد عليه نجاسة لا يعلم هل كانت في الصلاة أو لا فصلاته صحيحة لان الاصل عدمها في الصلاة وان علم أنها كانت في الصلاة لكنه جهلها أو نسيها فعلى روايتين)متى صلى وعليه نجاسة لايعلم بها حتى فرغ من صلاته ففيه روايتان (احداهما) لاتفسد صلاته اختارها شيخنا ،وهذا قول ابن عمر وعطاء وسعيد ابن المسيب ومجاهد واسحاق وابن المنذر (والثانية) يعيد وهو قول أبي قلابة والشافعي لانها طهارة مشترطة للصلاة فلم تسقط بالجهل كطهارة الحدث ، وقال ربيعة ومالك : يعيد ما دام في الوقت ،ووجه الاولى ما روى أبوسعيد قال : بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بأصحابه اذ خلع نعليه فوضعها عن يساره فخلع الناس نعالهم ، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته قال « ما حملكم على القائكم نعالكم ؟ » قالوا : انا رأيناك القيت نعالك فألقينا نعالنا قال « ان جبريل أتاني فأخبرني أن فيهما قذراً » رواه أبو داود ، ولو كانت الطهارة شرطا مع عدم العلم بها لزمه استئناف الصلاة ويفارق طهارة الحدث لانها آكد لكونها لا يعفى عن يسيرها . فأما ان كان قد علم بالنجاسة ثم أنسيها فقال القاضي : حكى أصحابنا في المسئلتين روايتين ، وذكر هو في مسئلة النسيان أن الصلاة باطلة لانه منسوب الى التفريط بخلاف الجاهل ، وقال الآمدي يعيد اذا كان قد توانى رواية واحدة ، قال شيخنا: والصحيح التسوية بينهما لان ما عذر فيه بالجهل عذر فيه النسيان بل النسيان أولى لورود النص بالعفو عنه

(فصل) فان علم بالنجاسة في أثناء الصلاة فان قلنا لا يعذر بالجهل والنسيان فصلاته باطلة ، وان قلنا يعذر فهي صحيحة ، ثم ان أمكنه ازالة النجاسة من غير زمن طويل ولا عمل كثير أزالها وبني

(فصل) ولو شرع مجتهد في الصلاة باجتهاده فعمي فيها بنى على ما مضى من صلاته لانه إنما يمكنه البناء على اجتهاد غيره فاجتهاده أولى فان استدار عن تلك الجهة بطلت صلاته . وان أخبره مخبر بخطئه عن يقين رجع اليه وان أخبره عن اجتهاد لم يرجع اليه لما ذكرنا . وان شرع فيها وهو أعمى فأبصر في أثنائها فشاهد مايستدل به على صواب نفسه مثل أن يرى الشمس في قبلته في صلاة الظهر

كما خلع النبي صلى الله عليه وسلم نعليه ، وان احتاج إلى أحد هذين بطلت صلاته لافضائه إلى أحد أمرين إما استصحاب النجاسة في الصلاة زمنا طويلا أو أن يعمل فيها عملا كثيراً فصار كالعريان يجد السترة بعيدة منه .

(فصل) وإذا سقطت عليه نجاسة ثم زالت عنه أو أزالها في الحال لم تبطل صلاته لما ذكرنا من حديث أبي سعيد، ولان النجاسة يعفى عن يسيرها فعفي عن يسير زمنها ككشف العورة وهذا مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وإذا جبر ساقه بعظم نجس فجبر لم يلزمه قلعه إذا خاف الضرر) وتصح صلاته لانه يباح له ترك الطهارة من الحدث بذلك وهي آكد وان لم يخف لزمه قلعه فان صلى معه لم تصح صلاته لانه صلى مع النجاسة وهو قادر على إزالتها من غير ضرر ، ويحتمل أن يلزمه قلعه اذا لم يخف التلف لانه غير خائف التلف أشبه إذا لم يخف الضرر ، والاول أولى وان سقطت سنة فاعادها بحرارتها فثبتت فهي طاهرة ولان حكم ابعاض الآدمي حكم جملته سواء انفصلت في حياته أو بعدموته لانها أجزاء من جملة فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة ، وعنه أنها نجسة اختاره القاضي لانها لا حرمة لها بدليل أنه لايصلي عليها ، فعلى هذا يكون حكمها حكم العظم النجس على ما بينا

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الصلاة في المقبرة والحمام والحش وأعطان الابل وهي التي تقيم فيها وتأوي اليها والموضع المغصوب ، وعنه تصح مع التحريم) اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الصلاة في هذه المواضع ، فروي عنه أن الصلاة لا تصح فيها بحال ـ رويت كراهة الصلاة في المقبرة عن علي وابن عباس وابن عمر وعطاء والنخعي وابن المنذر ، وممن قال لا يصلي في مبارك الابل ابن عمر وجابر بن سمرة والحسن ومالك واسحاق وأبو ثور . وعن أحمد أن الصلاة في هذه صحيحة مالم تكن نجسة وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً » وفي لفظ « فحيثما أدركتك الصلاة فصل فانه مسجد » متفق عليه ، ولانه موضع طاهر فصحت الصلاة فيه كالصحراء ، والاولى ظاهر المذهب لقول النبي ﷺ « الارض كلها مسجد إلا الحمام والمقبرة » رواه أبو داود ، وعن جابر بن سمرة أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنصلي في مرابض الغنم ؟ قال « نعم » قال أنصلي في مبارك الابل ؟ قال « لا » رواه مسلم وهذه الاحاديث خاصة مقدمة على عموم أحاديثهم

(فصل) فأما الحش فثبت الحكم فيه بالتنبيه لانه إذا منع من الصلاة في هذه المواضع لكونها

ونحو ذلك مضى عليه لان الاجتهادين قد اتفقا . وإن بان له خطؤه استدار الى الجهة التي أداه اليها وبنى على مامضى من صلاته. فان لم يبن له صوابه ولا خطؤه بطلت صلاته واجتهد لان فرضه الاجتهاد فلم يجز له أداء فرضه بالتقليد كما لو كان بصيراً في ابتدائها. وإن كان مقلداً مضى في صلاته لانه ليس في وسعه إلا الدليل الذي بدأ به فيها .

مظان النجاسة فالحش أولى لكونه معداً للنجاسة ومقصوداً لها ولانه قد منع من ذكر الله تعالى والكلام فيه فمنع الصلاة فيه أولى . قال شيخنا ولا أعلم فيه نصاً. وقال بعض أصحابنا إن كان المصلي عالماً بالنهي لم تصح صلاته فيها لانه عاص بالصلاة فيها والمعصية لاتكون قربة ولا طاعة. وإن كان جاهلا ففيه روايتان (احداهما) لا تصح لانها لاتصح مع العلم فلم تصح مع الجهل كالصلاة في محل نجس (والثانية) تصح لانه معذور

(فصل) ذكر القاضي ان المنع من الصلاة في هذه المواضع تعبد فعلى هذا يتناول النهي كل مايقع عليه الاسم فلا فرق في المقبرة بين الحديثة والقديمة وما تقلبت أتربتها أو لم تتقلب ، فأما إن كان فيها قبر أو قبران لم يمنع من الصلاة فيها لانه لايتناولها الاسم ، وان نقلت القبور منها جازت الصلاة فيها لزوال الاسم ولان مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت فيه قبور المشركين فنبشت متفق عليه. ولا فرق في الحمام بين مكان الغسل والمسلخ والاتون وكل مايغلق عليه باب الحمام لتناول الاسم له . وأعطان الابل هي التي تقيم فيها وتأوي اليها ، وقيل هي المواضع التي تناخ فيها اذا وردت ، والاول أجود لانه جعله في مقابلة مراح الغنم ، والحش الذي يتخذ للغائط والبول فيمنع من الصلاة فيما هو داخل بابه ، قال شيخنا : ويحتمل ان المنع من الصلاة في هذه المواضع معلل بكونها مظان للنجاسات فان المقبرة تنبش ويظهر التراب الذي فيه دماء الموتى وصديدهم ، ومعاطن الابل يبال فيها فان البعير البارك كالجدار يستتر به ويبول ، كما روي عن ابن عمر ولا يتحقق هذا في غيرها والحمام موضع الاوساخ والبول . فنهي عن الصلاة فيها لذلك وان كانت طاهرة لان المظنة يتعلق الحكم بها وإن خفيت الحكمة ومتى أمكن تعليل الحكم كان أولى من قهر التعبد ، ويدل على هذا تعدية الحكم الى الحش المسكوت عنه بالتنبيه ولا بد في التنبيه من وجود معنى المنطوق وإلا لم يكن تنبيها ، فعلى هذا يمكن قصر الحكم على ماهو مظنة منها فلا يثبت الحكم في موضع المسلخ من الحمام ولا في سطحه لعدم المظنة فيه وكذلك ما أشبهه والله أعلم

(فصل) ولا تصح الصلاة في الموضع المغصوب في أظهر الروايتين، وأحد قولي الشافعي. والرواية الثانية يصح ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والقول الثاني للشافعي لأن النهي لايعود الى الصلاة فلم يمنع صحتها كما لو صلى وهو يرى غريقا يمكنه انقاذه فلم ينقذه أو مطل غريمه الذي يمكن ايفاؤه وصلى

ووجه الاولى ان الصلاة عبادة أتى بها على الوجه المنهي عنه فلم تصح كصلاة الحائض فان حركاته من القيام والركوع والسجود أفعال اختيارية هو منهي عنها عاص بها فكيف يكون مطيعاً بما

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم علم أنه قد أخطأ القبلة لم يكن عليه إعادة)

وجملته أن المجتهد اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له أنه صلى الى غير جهة الكعبة يقينا لم يلزمه

هو عاص به . فأما من رأى الغريق فليس بمنهي عن الصلاة انما هو مأمور بالصلاة وانقاذ الغريق وأحدهما آكد من الآخر ، أما في مسئلتنا فان أفعال الصلاة في نفسها منهي عنها . اذا ثبت هذا فلا فرق بين غصبه لرقبة الارض ودعواه ملكيتها وبين غصبه منافعها بأن يدعي اجارتها ظالما أو يضع يده عليها مدة أو يخرج ساباطا في موضع لا يحل له أو يغصب راحلة ويصلي عليها أو سفينة ويصلي فيها أو لوحا فيجعله سفينة ويصلي عليه كل ذلك حكمه في الصلاة حكم الدار المغصوبة على ما بيناه

(فصل) قال أحمد يصلي الجمعة في موضع الغصب يعني اذا كان الجامع أو بعضه مغصوبا صحت الصلاة فيه لان الجمعة تختص ببقعة فاذا صلاها الامام في الموضع المغصوب فامتنع الناس من الصلاة فيه فاتتهم الجمعة وكذلك من امتنع فاتته ولذلك أبيحت خلف الخوارج والمبتدعة وصحت في الطرق لدعاء الحاجة اليها وكذلك الاعياد والجنازة

(فصل) ويكره في موضع الخسف قاله أحمد لانه موضع مسخوط عليه وقد قال النبي ﷺ لاصحابه يوم مر بالحجر « لاتدخلوا على هؤلاء المعذبين إلا أن تكونوا باكين أن يصيبكم مثل ماأصابهم » ولا بأس بالصلاة في الكنيسة النظيفة روي ذلك عن عمر وأبي موسى وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز والشعبي والاوزاعي . وكره ابن عباس ومالك الكنائس لاجل الصور ، وقال ابن عقيل : تكره الصلاة فيها لانه كالتعظيم والتبجيل لها وقيل لانه يضر بهم

ولنا أن النبي ﷺ صلى في الكعبة وفيها صور ثم قد دخلت في عموم قوله ﷺ « فأينما أدركتك الصلاة فصل فانه مسجد » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وقال بعض أصحابنا حكم المجزرة والمزبلة وقارعة الطريق وأسطحتها كذلك) لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « سبع مواطن لايجوز فيها الصلاة : ظهر بيت الله ، والمقبرة، والمزبلة ، والمجزرة، والحمام ، وعطن الابل، ومحجة الطريق » رواه ابن ماجه ، وقال الحكم في هذه المواضع الثلاثة كالحكم في الاربعة ولان هذه المواضع مظان للنجاسات فعلق الحكم عليها وإن لم توجد الحقيقة كما انتقضت الطهارة بالنوم ووجب الغسل بالتقاء الختانين . قال شيخنا والصحيح جواز الصلاة فيها وهو قول أكثر أهل العلم ويحتمله اختيار الخرقي لانه لم يذكرها لعموم قوله ﷺ « جعلت لي الارض مسجدا » متفق عليه . واستثنى منه المقبرة والحمام ومعاطن الابل بأحاديث صحيحة ففيما عدا ذلك يبقى على العموم ، وحديث ابن عمر يرويه العمري وزيد بن جبيرة وقد تكلم فيهما من قبل حفظهما فلا يترك به الحديث الصحيح . وأكثر أصحابنا على القول الاول ومنى

الاعادة وكذلك المقلد الذي صلى بتقليده وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه. وقال في الآخر يلزمه الاعادة لأنه بان له الخطأ في شرط من شروط الصلاة فلزمته الاعادة كما لو بان له أنه صلى قبل الوقت أو بغير طهارة أو ستارة

ولنا ماروى عامر بن ربيعة عن أبيه قال ، كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر في ليلة مظلمة

محجة الطريق الجادة المسلوكة في السفر وقارعة الطريق التي تقرعها الاقدام مثل الاسواق والمشارع ولا بأس بالصلاة فيما علا منها يمنة ويسرة وكذلك الصلاة في الطريق التي يقل سالكها كطريق الابيات اليسيرة فان بني مسجد في طريق وكان الطريق ضيقاً بحيث يستضر المارة ببنائه لم يجز بناؤه ولا الصلاة فيه ، وإن كان واسعاً لايضر بالمارة جاز وهل يشترط اذن الامام ؟ على روايتين ذكره القاضي .والمجزرة التي يذبح فيها الناس المعدة لذلك ولا فرق في هذه المواضع بين الطاهر والنجس ولا في المعاطن بين أن يكون فيها إبل في ذلك الوقت أو لا ، فأما المواضع التي تبيت فيها الابل في سيرها أو تناخ فيها لعلفها أو ورودها فلا تمنع الصلاة فيها . قال الاثرم سئل أبو عبد الله عن الصلاة في موضع فيه أبعار الابل فرخص فيه ثم قال اذا لم يكن من معاطن الابل الذي نهي عن الصلاة فيها التي تأوي اليها

(فصل) فأما أسطحة هذه المواضع فقال القاضي وابن عقيل حكمها حكم السفل لان الهواء تابع للقرار ولذلك لو حلف لايدخل داراً فدخل سطحها حنث والصحيح إن شاء الله قصر النهي على ما تناوله النص وأن الحكم لايعدى الى غيره ذكره شيخنا لان الحكم إن كان تعبداً لم يقس عليه وإن علل فانما يعلل بمظنة النجاسة ولا يتخيل هذا في أسطحتها ، فأما إن بنى على طريق ساباطا أوجناحا وكان ذلك مباحا له مثل أن يكون في درب غير نافذ باذن أهله أو مستحقا له فلا بأس بالصلاة عليه وإن كان على طريق نافذ فالمصلي فيه كالمصلي في الموضع المغصوب . وإن كان الساباط على نهر تجري فيه السفن فهو كالساباط على الطريق وهذا فيما اذا كان السطح حادثا على موضع النهي فان كان المسجد سابقا فحدث تحته طريق أو عطن أو غيرهما من مواضع النهي أو حدثت المقبرة حوله لم تمنع الصلاة فيه بغير خلاف لأنه يتبع ماحدث بعده . وذكر القاضي فيما اذا حدث تحت المسجد طريق وجهاً في الصلاة فيه والاول أولى ، فأما إن بني مسجد في مقبرة بين القبور فحكمه حكمها لانه لايخرج بذلك عن أن يكون في المقبرة ، وقد روى قتادة أن أنسامر على مقبرة وهم يبنون فيها مسجداً فقال كان يكره أن يبنى مسجد في وسط القبور

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح الصلاة اليها الا المقبرة والحش في قول ابن حامد) كره الصلاة الى هذه المواضع فان فعل صحت صلاته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، وقال أبو بكر يتوجه في الاعادة قولان (أحدهما) يعيد لموضع النهي وبه أقول (والثاني) يصح لعدم تناول النهي له ، وقال ابن حامد إن صلى الى المقبرة والحش فهو كالمصلي فيها اذا لم يكن بينه وبينها حائل كما روى أبو مرثد الغنوي أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « لاتصلوا إلى القبور ولا تجلسوا عليها » متفق عليه ، قال القاضي وفي هذا تنبيه على

فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل حياله ، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فنزل (فأينما تولوا فثم وجه الله) رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن إلا أنه من حديث أشعث السمان وفيه ضعف . وعن عطاء عن جابر قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في مسير فأصابنا غيم فتحيرنا فاختلفنا في القبلة فصلى كل رجل منا على حدة وجعل أحدنا يخط بين يديه لنعلم أمكنتنا

المواضع التي نهي عن الصلاة فيها وذكر القاضي في المجرد قال : إن صلى إلى العطن فصلاته صحيحة بخلاف ماقلناه في الصلاة إلى المقبرة والحش . قال شيخنا والصحيح أنه لا بأس بالصلاة إلى شيء من هذه المواضع الا المقبرة لورود النهي فيها وذلك لعموم قوله عليه السلام «جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً» فانه يتناول الذي يصلي فيه إلى هذه المواضع وقياس ذلك على المقبرة لا يصح إن كان النهي عن الصلاة اليها تعبدا وكذلك إن كان لمعنى اختص بها وهو اتخاذ القبور مسجداً تشبها بمن يعظمها و كذلك قال عليه السلام « لعن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » يحذر مثل ماصنعوا متفق عليه والله أعلم

(مسئلة) ولا تصح الفريضة في الكعبة ولا على ظهرها ، وقال الشافعي وأبو حنيفة تصح لأنه مسجد ولانه محل لصلاة النفل فكان محلا للفرض كخارجها

ولنا قوله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) والمصلي فيها أو على سطحها غير مستقبل لجهتها فأما النافلة فبناها على التخفيف والمسامحة بدليل صحتها قاعداً وإلى غير القبلة في السفر على الراحلة

(مسئلة) (وتصح النافلة اذا كان بين يديه شيء منها)لا نعلم في ذلك خلافا لان النبي ﷺ صلى في البيت ركعتين الا أنه ان توجه الى الباب أو على ظهرها أو كان بين يديه شيء من الكعبة متصل بها صحت صلاته وإن لم يكن بين يديه شيء شاخص منها أو كان بين يديه آجر معبى وغير مبني أو خشب غير مسمر فقال أصحابنا لا تصح صلاته لأنه غير مستقبل لشيء منها . قال شيخنا والاولى أنه لا يشترط كون شيء منها بين يديه لان الواجب استقبال موضعها وهوائها دون حيطانها بدليل مالو انهدمت ، وكذلك لو صلى على جبل عال يخرج عن مسامة البنيان صحت صلاته الى هوائها كذلك ههنا

﴿ باب استقبال القبلة ﴾

(وهو الشرط الخامس) لصحة الصلاة لقول الله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) أي نحوه ، وقال علي رضي الله عنه شطره قبله ، وروي عن البراء قال : قدم رسول الله ﷺ فصلى نحو بيت المقدس ستة عشر شهراً ثم انه وجه الى الكعبة فمر رجل صلى مع النبي ﷺ على قوم من الانصار فقال ان رسول الله ﷺ قد وجه الى الكعبة فانحرفوا إلى الكعبة . أخرجه النسائي

(مسئلة) قال (الا في حال العجز عنه . والنافلة على الراحلة في السفر الطويل والقصير) وجملة ذلك أن الاستقبال يسقط في ثلاثة مواضع (أحدها) في حال العجز عنه لكونه مربوطا إلى غير القبلة ونحوه فيصلي على حسب حاله لانه شرط لصحة الصلاة عجز عنه أشبه القيام (الثاني) اذا اشتد الخوف

فذكرنا ذلك النبي ﷺ فلم يأمرنا بالاعادة وقال « قد أجزأتكم صلاتكم » رواه الدارقطني وقال : رواه محمد بن سالم عن عطاء . ويروى أيضاً عن محمد بن عبد الله العمري عن عطاء وكلاهما ضعيف وقال العقيلي: لا يروى متن هذا الحديث من وجه يثبت . وروى مسلم في صحيحه أن رسول الله ﷺ كان يصلي نحو بيت المقدس فنزلت (قد نرى تقلب وجهك في السما. فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام)

كحال التحام الحرب وسنذكره في موضعه ان شاء الله (الثالث) في النافلة على الراحلة ولا نعلم في اباحة التطوع على الراحلة إلى غير القبلة في السفر الطويل خلافا بين أهل العلم .قال ابن عبدالبر :أجمعوا على أنه جائز لكل من سافر سفراً تقصر فيه الصلاة أن يتطوع على دابته حيثما توجهت به يومي. بالركوع والسجود ويجعل السجود أخفض من الركوع ، وهل السفر القصير حكم الطويل في ذلك؟ وهو قول الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يباح لانه رخصة سفر فاختص بالطويل لا القصير

ولنا قول الله تعالى (ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله) قال ابن عمر : نزلت هذه الآية في التطوع خاصة حيث توجه بك بعيرك ، وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ كان يسبح على ظهر راحلته حيث كان وجهه يومي. برأسه متفق عليه ، وللبخاري الا الفرائض ، ولم يفرق بين قصير السفر وطويله ولان إباحة التطوع على الراحلة تخفيف كيلا يؤدي الى تقليله وقطعه وهذا يستوي فيه الطويل والقصير .والفطر والقصر تراعى فيه المشقة وإنما توجد غالبا في الطويل . قال القاضي: الاحكام التي يستوي فيها السفر الطويل والقصير ثلاث: التيمم وأكل الميتة في المخمصة والتطوع على الراحلة وبقية الرخص تختص الطويل وهي القصر والجمع والمسح ثلاثا

(فصل) ويجعل سجوده أخفض من ركوعه . قال جابر بعثني رسول الله ﷺ في حاجة فجئت وهو يصلي على راحلته نحو المشرق والسجود أخفض من الركوع . رواه أبو داود ، ويصلي على البعير والحمار وغيرهما ، قال ابن عمر : رأيت رسول الله ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر ، رواه أبو داود والنسائي ، لكن إذا قلنا بنجاسة الحمار فلابد أن يكون تحته سترة طاهرة ، فان كان على الراحلة في مكان واسع كالمنفرد في العمارية يدور فيها كيف شاء ويتمكن من الصلاة إلى القبلة والركوع والسجود بالارض لزمه ذلك كراكب السفينة وان قدر على الاستقبال دون الركوع والسجود لزمه الاستقبال وأومأ بهما نص عليه . وقال أبو الحسن الآمدي : يحتمل أن لا يلزمه شيء من ذلك كغيره لان الرخصة العامة يسوى فيها من وجدت فيه المشقة وغيره كالقصر والجمع ، وان عجز عن ذلك سقط بغير خلاف

(فصل) وقبلة هذا المصلي حيث كانت وجهته فان عدل عنها إلى جهة الكعبة جاز لانها الاصل وانما سقط للعذر ، وإن عدل إلى غيرها عمداً فسدت صلاته لانه ترك قبلته عمداً ، وإن كان مغلوبا أو نائما أو ظنا منه أنها جهة سيره فهو على صلاته ويرجع إلى جهة سيره إذا أمكنه فان تمادى به ذلك

فمر رجل بني سلمة وهم ركوع في صلاة الفجر وقد صلوا ركعة فنادى: ألا ان القبلة قد حولت فمالوا كلهم نحو القبلة ومثل هذا لا يختفي على النبي ﷺ ولا يترك إنكاره إلا وهو جائز وقد كان مامضى من صلاتهم بعد تحويل القبلة إلى الكعبة وهو صحيح ولانه أتى بما أمر فخرج عن العهدة كالمصيب . ولانه صلى إلى غير الكعبة

بعد زوال عذره فسدت صلاته لترك الاستقبال عمداً. ولا فرق بين جميع التطوعات في هذه النوافل المطلقة والسنن الرواتب والوتر وسجود التلاوة ، وقد كان النبي ﷺ يوتر على بعيره متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز ذلك للماشي ؟) على روايتين (احداهما) لايجوز وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب أبي حنيفة لعموم قوله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) والنص انما ورد في الراكب فلا يصح قياس الماشي عليه لانه يحتاج الى عمل كثير ومشي متتابع ينافي الصلاة فلم يصح الالحاق (والثانية) يجوز ذلك للماشي نقلها عنه المثنى بن جامع واختاره القاضي ، فعلى هذا يستقبل القبلة لافتتاح الصلاة ثم ينحرف الى جهة سيره ويقرأ وهو ماش ويركع ثم يسجد بالارض ، وهذا قول عطاء والشافعي لان الركوع والسجود ممكن من غير انقطاعه عن جهة سيره فلزمه كالواقف. وقال الآمدي: يومىء بالركوع والسجود كالراكب قياسا عليه. ووجه هذه الرواية أن الصلاة أبيحت للراكب كيلا ينقطع عن القافلة في السفر وهو موجود في الماشي ولانها إحدى حالتي السفر أشبه الراكب

(فصل) واذا دخل المصلي بلداً ناويا للاقامة فيه لم يصل بعد دخوله اليه إلا صلاة المقيم. وإن كان مجتازاً غير ناو للاقامة أو نوى الاقامة مدة لا يلزمه فيها اتمام الصلاة استدام الصلاة مادام سائراً فاذا نزل فيه صلى الى القبلة وبنى على مامضى من صلاته كالخائف اذا أمن في أثناء صلاته. ولو ابتدأها وهو نازل الى القبلة ثم أراد الركوب أتم صلاته ثم يركب وقيل يركب في الصلاة ويتمها الى جهة سيره كالآمن اذا خاف في صلاته والاول أولى، والفرق بينهما أن حالة الخوف حالة ضرورة أبيح فيها مايحتاج اليه من العمل وهذه رخصة من غير ضرورة فلا يباح فيها غير ما نقل ولم يرد باباحة الركوب الذي يحتاج الى عمل وتوجه الى غير جهة القبلة ولا جهة سيره سنة فيبقى على الأصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان أمكنه افتتاح الصلاة إلى القبلة فهل يلزمه ذلك ؟ على روايتين)

متى عجز عن استقبال القبلة في ابتداء صلاته كراكب راحلة لا تطيعه أو جمل مقطور لم يلزمه لانه عاجز عنه أشبه الخائف إذا عجز عن ذلك ، وقال القاضي يحتمل أن يلزمه ، وإن أمكنه ذلك كراكب راحلة منفردة تطيعه فهل يلزمه افتتاح الصلاة إلى القبلة ؟ على روايتين (إحداهما) يلزمه لما روى أنس أن رسول الله ﷺ كان إذا سافر فأراد أن يتطوع استقبل بناقته القبلة فكبر ثم صلى حيث كان وجهة ركابه ، رواه الامام أحمد وأبو داود ، ولانه أمكنه ابتداء الصلاة الى القبلة فلزمه كالصلاة كلها وهذا اختيار الخرقي (والثانية) لا يلزمه لحديث ابن عمر اختاره أبو بكر ولانه جزء من أجزاء الصلاة أشبه بقية أجزائها ولان ذلك لايخلو من مشقة فسقط ، وخبر النبي ﷺ يحمل على

العذر فلم تجب عليه الاعادة كالخائف يصلي الى غيرها ولانه شرط عجز عنه فأشبه سائر الشروط ، وأما المصلي قبل الوقت فانه لم يؤمر بالصلاة وانما أمر بعد دخول الوقت ولم يأت بما أمر بخلاف مسئلتنا فانه مأمور بالصلاة بغير شك ولم يؤمر إلا بهذه الصلاة وسائر الشروط اذا عجز عنها سقطت كذا ههنا ، وأما اذا ظن وجودها فأخطأ فليست في محل الاجتهاد فنظيره اذا اجتهد في مسئلتنا في الحضر فأخطأ .

الفضيلة والندب والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (والفرض في القبلة اصابة العين لمن قرب منها واصابة الجهة لمن بعد عنها) الناس في القبلة على ضربين (أحدهما) يلزمه اصابة عين الكعبة وهو من كان معاينا لها ومن كان يمكنه من أهلها أو نشأ فيها أو أكثر مقامه فيها أو كان قريباً منها من وراء حائل يحدث كالحيطان والبيوت ففرضه التوجه الى عين الكعبة وهكذا ان كان بمسجد النبي ﷺ لانه متيقن صحة قبلته فان النبي صلى الله عليه وسلم لا يقر على الخطأ ، وقد روى أسامة ان النبي صلى الله عليه وسلم ركع ركعتين قبل القبلة وقال « هذه القبلة » كذلك ذكره أصحابنا ، وفي ذلك نظر لان صلاة الصف المستطيل في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم صحيحة مع خروج بعضهم عن استقبال عين الكعبة لكن الصف أطول منها . وقولهم انه عليه السلام لا يقر على الخطأ صحيح لكن انما الواجب عليه استقبال الجهة وقد فعله وهذا الجواب عن الخبر المذكور ، وان كان أعمى من أهل مكة أو كان غريباً وهو غائب عن الكعبة ففرضه الخبر عن يقين أو مشاهدة مثل أن يكون من وراء حائل وعلى الحائل من يخبره أو أخبره أهل الدار أنه متوجه الى عين الكعبة فلزمه الرجوع الى قولهم وليس له الاجتهاد كالحاكم اذا وجد النص ، قال ابن عقيل : لو خرج ببعض بدنه عن مسامتة الكعبة لم تصح صلاته (الثاني) من فرضه اصابة الجهة وهو البعيد عن الكعبة فليس عليه اصابة العين، قال أحمد : مابين المشرق والمغرب قبلة فان انحرف عن القبلة قليلا لم يعد ولكن يتحرى الوسط وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر : تلزمه اصابة العين لقول الله (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) وقياساً على القريب وقد روي ذلك عن أحمد وهو اختيار أبي الخطاب

ولنا قوله عليه السلام « مابين المشرق والمغرب قبلة » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ولانا أجمعنا على صحة صلاة الاثنين المتباعدين يستقبلان قبلة واحدة وعلى صحة صلاة الصف الطويل على خط مستو لا يمكن أن يصيب عين الكعبة إلا من كان بقدرها فان قيل مع البعد يتسع المحاذي قلنا انما يتسع مع التقوس واما مع عدمه فلا[1] والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان أمكنه ذلك بخبر ثقة عن يقين أو استدلال بمحاريب المسلمين لزمه العمل به وإن وجد محاريب لا يعلم هل هي للمسلمين أو لا لم يلتفت اليها) متى أخبره ثقة عن يقين لزمه قبول خبره لما ذكرنا ، وإن كان في مصر أو قرية من قرى المسلمين ففرضه التوجه الى محاريبهم لان هذه القبلة ينصبها أهل الخبرة والمعرفة فجرى ذلك مجرى الخبر فأغنى عن الاجتهاد ، وإن أخبره مخبر من

« ١ » قال هذا تبعا للمغني وفي اطلاقه والحق القول بالاتساع والتقوس في حال البعد هو الذي يقتضي الخروج عن المحاذاة

(فصل) لا فرق بين أن تكون الأدلة ظاهرة مكشوفة واشتبهت عليه أو مستورة بغيم أو شيء يسترها عنه بدليل الاحاديث التي رويناها فان الأدلة استترت عنهم بالغيم فلم يعيـدوا ولانه أتى بما أمر به في الحالين وعجز عن استقبال القبلة في الموضعين فاستويا في عدم الاعادة

أهل المعرفة بالقبلة من أهل البـلد أو من غيره صار الى خبره وليس له الاجتهاد كالحاكم يقبل النص من الثقة ولا يجتهد . ويحتمل أنه انما يلزمه الرجوع الى الخبر والى المحاريب في حق القريب الذي يخبر عن التوجه الى عين الكعبة ، أما في حق من يلزمه قصد الجهة فان كان أعمى أو من فرضه التقليد لزمه الرجوع الى ذلك وإن كان مجتهداً جاز له الرجوع لما ذكرنا كما يجوز له الرجوع في الوقت الى قول المؤذن ولا يلزمه ذلك بل يجوز له الاجتهاد إن شاء اذا كانت الادلة على القبلة ظاهرة لان الخبر والذي نصب المحاريب انما يبني على الأدلة وقد ذكر ابن الزاغوني في كتاب الاقناع قال : اذا دخل رجل الى مسجد قديم مشهور في بلد معروف كبغداد فهل يلزمه الاجتهاد أم يجزئه التوجه الى القبلة ؟ فيـه روايتان عن أحمد (احداهما) يلزمه الاجتهاد لان المجتهد لايجوز له أن يقـلد في مسائل الفقه (والثانية) لايلزمه لان اتفاقهم عليها مع تكرر الاعصار إجماع عليها ولا يجوز مخالفتها باجتهاده . فاذا قلنا يجب الاجتهاد في سائر البلاد ففي مدينة النبي صلى الله عليه وسلم روايتان (احداهما) يتوجه اليها بلا اجتهاد لانه عليه الصـلاة والسلام لايداوم عليها إلا وهي مقطوع بصحتها فهو كما لو كان مشاهداً للبيت (والثانية) هي كسائر البلاد يلزمه الاجتهاد فيها لانها نازحة عن مكة فهي كغيرها

(فصل) ولا يجوز الاستدلال بمحاريب الكفار لان قولهم لايجوز الرجوع اليه فمحاريبهم أولى إلا أن تعلم قبلتهم كالنصارى فاذا رأى محاريبهم في كنائسهم علم أنها مستقبلة المشرق فان وجد محاريب لايعلم هل هي للمسلمين أو الكفار لم يجز الاستدلال بها لكونها لا دلالة فيها ، وكذلك لو رأى على المحراب آثار الاسلام لجواز أن يكون الباني مشركا عمله ليغر به المسلمين إلا أن يكون مما لايتطرق اليه هذا الاحتمال ويحصل له العلم أنه محاريب المسلمين فيستقبله

(فصـل) واذا صلى على موضع عال يخرج عن مسامتة الكعبة أو في مكان ينزل عن مسامتتها صحت صلاته لان الواجب استقبالها وما حاذاها من فوقها وتحتها لانها لو زالت صحت الصـلاة الى موضع جدارها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتبهت عليه في السفر اجتهد في طلبها بالدلائل وأثبتها بالقطب اذا جعله وراء ظهره كان مستقبلا الكعبة)[1] متى اشتبهت القبلة في السفر وكان مجتهداً وجب عليه الاجتهاد في طلبها بالادلة لان ماوجب عليه اتباعه عند وجوده وجب الاستدلال عليه عند خفائه كالحكم في الحادثة . والمجتهد هو العالم بأدلة القبلة وإن جهل أحكام الشرع لان كل من علم أدلة شيء كان مجتهداً فيه لانه

(١) أي في المدينة المنورة وسورية وامثالهما من البلاد الشمالية كاسيأتي

(فصل) وإن بان له يقين الخطأ وهو في الصلاة استدار إلى جهة الكعبة وبني على مامضى من الصلاة لان مامضى منها كان صحيحاً فجاز البناء عليه كما لو لم يبن له الخطأ ، وإن كانوا جماعة قد أداهم اجتهادهم إلى جهة فقدموا أحدهم ثم بان لهم الخطأ في حال واحدة استداروا إلى الجهة التي بان لهم الصواب فيها كبني سلمة لما بان لهم تحول الكعبة . وإن بان للامام وحده أو للمأمومين دونه أو لبعضهم استدار من بان له الصواب وحده وينوي بعضهم مفارقة بعض الا على الوجه الذي قلنا ان لبعضهم أن يقتدي بمن خالفه في الاجتهاد. وإن كان فيهم مقلد تبع من قلده وانحرف بانحرافه وإن قلد الجميع

يتمكن من استقبالها بدليله والجاهل الذي لا يعرف أدلة القبلة وان كان فقيها وكذلك الاعمى فهذان فرضهما التقليد ، وأوثق أدلتها النجوم قال الله تعالى (وبالنجم هم يهتدون) وقال (لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر) وآكدها القطب وهو نجم خفي شمالي حوله أنجم دائرة في أحد طرفيها الجدي وفي الآخر الفرقدان وبين ذلك ثلاثة أنجم من فوق وثلاثة من أسفل تدور هذه الفراشة حول القطب كدوران الرحا حول سفودها في كل يوم وليلة دورة وقريب منها بنات نعش مما يلي الفرقدين تدور حولها والقطب لا يتغير من مكانه في جميع الازمان وقيل انه يتغير تغيراً يسيراً لا يؤثر وهو خفي يظهر لحديد النظر في غير ليالي القمر متى استدبرته في الارض الشامية كنت مستقبلا الكعبة ، وقيل انه ينحرف في دمشق وما قاربها إلى المشرق قليلا وكلما قرب إلى المغرب كان انحرافه أكثر .وإن كان بحران أو قريبا منها جعل القطب خلف ظهره معتدلا ، وإن كان بالعراق جعل القطب حذاء أذنه اليمنى[1] على علوها ومتى استدبر الفرقدين والجدي في حال علو أحدهما ونزول الآخر على الاعتدال فهو كاستدبار القطب وان استدبره في غير هذه الحال كان مستقبلا الجهة فان استدبر الغربي كان منحرفا الى الشرق وبالعكس وان استدبر بنات نعش فكذلك الا أن انحرافه أكثر

[1] وفي مصر بالعكس

(فصل) والشمس والقمر ومنازلها وهي ثمانية وعشرون منزلا ، الشرطان ، والبطين ، والثريا والدبران ، والهقعة ، والهنعة ، والذراع ، والنثرة ، والطرف ، والجبهة ، والزبرة ، والصدفة ، والعواء والسماك ، والغفر ، والزبانا ، والاكليل ، والقلب ، والشولة ، والنعائم ، والبلدة ، وسعد الذابح ، وسعد بلع ، وسعد السعود ، وسعد الاخبية ، والفرع المقدم ، والفرع المؤخر ، وبطن الحوت ، منها أربعة عشر شامية تطلع من وسط المشرق مائلة الى الشمال قليلا أولها الشرطان وآخرها السماك ، والباقي يمانية تطلع من المشرق مائلة الى التيامن ، أولها الغفر وآخرها بطن الحوت ، وينزل القمر كل ليلة بمنزل أو قريباً منه ، ثم ينتقل الليلة الثانية الى الذي يليه . والشمس تنزل بكل منزل منها ثلاثة عشر يوما فيكون عودها الى المنزل الذي نزلت به عند تمام سنة شمسية . وهذه المنازل يكون منها فيما بين طلوع الشمس وغروبها أربعة عشر منزلا ومثلها من غروبها الى طلوع وقت الفجر ، منها منزلان وقت المغرب منزل وهو نصف سدس سواد الليل ، وكلها تطلع من المشرق عن يسرة المصلي وتغرب

لم ينحرف الا بانحراف الجيم لانه شرع بدليل يقيني فلا ينحرف بالشك الا من يلزمه تقليد أوثقهم فانه ينحرف بانحرافه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صلى البصير في حضر وأخطأ أو الاعمى بلا دليل أعادا)

أما البصير اذا صلى الى غير الكعبة في الحضر ثم بان له الخطأ فعليه الاعادة سواء اذا صلى بدليل أو غيره لان الحضر ليس بمحل الاجتهاد لان من فيه يقدر على المحاريب والقبل المنصوبة ويجد من يخبره عن يقين غالبا فلا يكون له الاجتهاد كالقادر على النص في سائر الاحكام. فان صلى من غير دليل

عن يمينه في المغرب الا أن أوائل الشامية وأواخر اليمانية وأول اليمانية وآخر الشامية تطلع من وسط المشرق أو قريبا منه بحيث اذا جعل الطالع منها محاذيا لكتفه الايسر كان مستقبلا الكعبة. والمتوسط من الشامية وهو الذراع وما يليه من الجانبين مطلعه الى ناحية الشمال ، والمتوسط من اليمانية كالبلدة وما هو من جانبها يميل مطلعه الى التيامن ، فاليماني منها يجعله أمام كتفه اليسرى ، والشامي يجعله خلف كتفه ، وكذلك الغارب عند الكتف الايمن ، وإن عرف المتوسط منها بأن يرى بينه وبين أفق السماء سبعة من الجانبين . ولكل نجم من هذه المنازل نجوم تقاربه وتقارنه حكمها حكمه ويستدل بها عليه كالنسرين والشعريين والسماك الرامح وغير ذلك ، وسهيل نجم كبير يطلع نحوا من مهب الجنوب ثم يسير حتى يصير في قبلة المصلي ويتجاوزها ثم يغرب قريبا من مهب الدبور ، والناقة تطلع في المحرم من مهب الصبا وتغيب في مهب الشمال

(فصل) والشمس تختلف مطالعها ومغاربها على حسب اختلاف منازلها ، تطلع من المشرق وتغرب في المغرب ، والقمر يبدأ أول ليلة في المغرب ثم يتأخر كل ليلة منزلا حتى يكون في السابع وقت المغرب في قبلة المصلي مائلا عنها قليلا الى الغرب . ثم يطلع ليلة الرابعة عشرة من المشرق وليلة احدى وعشرين يكون في قبلة المصلي أو قريبا منها وقت الفجر وتختلف مطالعه باختلاف منازله

﴿ مسئلة ﴾ والرياح الجنوب تهب مستقبلة لبطن كتف المصلي اليسرى مارة إلى يمينه من الزاوية التي بين القبلة والمشرق والشمال مقابلتها تهب الى مهب الجنوب ، والدبور تهب من الزاوية التي بين القبلة والمغرب مستقبلة شطر وجه المصلي الايمن . والصبا مقابلتها تهب الى مهبها ، فهذه الرياح التي يستدل بها وتعرف بصفاتها وخصائصها وربما هبت هذه الرياح بين الحيطان والجبال فتدور فلا اعتبار بها ، وبين كل ريحين منها ريح تسمى النكباء لتنكبها طريق الرياح المعروفة ، فهذا أصح ما يستدل به على القبلة ، وقد يهتدي أهل كل بلد على القبلة بأدلة تختص بها من جبالها وأنهارها وغير ذلك ، وذكر أصحابنا الاستدلال بالانهار الكبار وقالوا : كلها تجري عن يمنة المصلي الى يسرته على انحراف قليل كدجلة والفرات والنهروان ، ولا اعتبار بالانهار الصغار ولا المحدثة لانها بحسب الحاجات ما خلا نهرين (أحدهما) العاصي بالشام (والآخر) سيحون بالمشرق ، قال شيخنا : وهذا لا ينضبط

فأخطأ لزمته الاعادة لتفريطه وان أخبره مخبر فأخطأه فقد غره وتبين أن خبره ليس بدليل فان كان محبوسا لايجد من يخبره فقال أبو الحسن التميمي : هو كالمسافر يتحرى في محبسه ويصلي من غير اعادة لأنه عاجز عن الاستدلال بالخبر والمحاريب فهو كالمسافر . وأما الاعمى فان كان في حضر فهو كالبصير لأنه يقدر على الاستدلال بالخبر والمحاريب فان الاعمى اذا لمس المحراب وعلم أنه محراب وأنه متوجه اليه فهو كالبصير وكذلك إذا علم أن باب المسجد إلى الشمال أو غيرها من الجهات جاز له الاستدلال به ومتى أخطأ فعليه الاعادة وحكم المقلد حكم الاعمى في هذا . وان كان الاعمى أو المقلد

فان الاردن بالشام نحو القبلة وكثير منها يجري نحو البحر يصب فيه والله أعلم

(فصل) فان خفيت الادلة على المجتهد لغيم أو ظلمة تحرى وصلى وصحت صلاته لانه بذل وسعه في معرفة الحق مع علمه بأدلته ، أشبه الحاكم إذا خفيت عليه النصوص . وقد روى عبدالله بن عامر ابن ربيعة عن أبيه قال : كنا مع النبي ﷺ في سفر في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل مناحياله فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ فنزل (فأينما تولوا فثم وجه الله) رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن الا أنه من حديث أشعث السمان وفيه ضعف

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اختلف اجتهاد رجلين لم يتبع أحدهما صاحبه ويتبع الجاهل والاعمى أوثقهما في نفسه) متى اختلف مجتهدان ففرض كل واحد منهما الصلاة إلى الجهة التي يؤديه اليها اجتهاده فلا يسعه تركها ولا تقليد صاحبه وان كان أعلم منه كالعالمين يختلفان في الحادثة فان اجتهد أحدهما دون الآخر لم يجز له تقليد من اجتهد حتى يجتهد بنفسه وان ضاق الوقت كالحاكم لايسعه تقليد غيره وقال القاضي : ظاهر كلام احمد في المجتهد انه يسعه تقليد غيره اذا ضاق الوقت عن اجتهاده قال لأن أحمد قال فيمن هو في مدينة فتحرى فصلى لغير القبلة في بيت يعيد لان عليه أن يسأل . قال شيخنا : وما استدل به لادليل فيه وكلام أحمد انما دل على انه ليس لمن في المصر الاجتهاد لانه يمكنه التوصل الى معرفة القبلة بالخبر وكذلك لم يفرق بين ضيق الوقت وسعته مع الاتفاق على أنه لا يجوز التقليد مع سعة الوقت

(فصل) ومتى اختلف اجتهادهما لم يجز لأحدهما أن يؤم صاحبه لان كل واحد منهما يعتقد خطأ الآخر فلم يجز له الائتمام به كما لو خرجت من أحدهما ريح واعتقد كل واحد منهما أنها من الآخر . قال شيخنا : وقياس المذهب جواز ذلك ، وهو مذهب أبي ثور ، لان كل واحد منهما يعتقد صحة صلاة الآخر وان فرضه التوجه الى ماتوجه اليه فلم يمنع الاقتداء به اختلاف الجهة كالمصلين حول الكعبة وقد نص أحمد على صحة الصلاة خلف المصلي في جلود الثعالب اذا كان يعتقد صحة الصلاة فيها وفارق ماإذا اعتقد كل واحد منهما حدث صاحبه لانه يعتقد بطلان صلاته بحيث لوبان له يقيناحدث نفسه أعاد الصلاة بخلاف هذا ، وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى . فأما ان مال أحدهما يمينا والآخر شمالا مع اتفاقهما في الجهة فلا يختلف المذهب في صحة ائتمام أحدهما بالآخر لاتفاقهما في

مسافراً ولم يجد من يخبره ولا مجتهداً يقلده فظاهر كلام الخرقي أنه يعيد سواء أصاب أو أخطأ لانه صلى من غير دليل فلزمته الاعادة وان أصاب كان كالمجتهد اذا صلى من غير اجتهاد . وقال أبو بكر يصلي على حسب حاله وفي الاعادة روايتان سواء أصاب أو أخطأ (إحداهما) يعيد لما ذكرنا (والثانية) لا اعادة عليه لأنه أتى بما أمر فأشبه المجتهد ولانه عاجز عن غير ما أتى به فسقط عنه كسائر العاجزين عن الاستقبال ولانه عادم للدليل فأشبه المجتهد في الغيم والحبس . وقال ابن حامد : ان أخطأ أعاد وان أصاب فعلى وجهين،وحكم المقلد لعدم بصيرته كعادم بصره .فأما ان وجد من يقلده أو من يخبره فلم يستخبره ولم يقلد أو خالف المخبر والمجتهد فصلى فصلاته باطلة بكل حال وكذلك المجتهد اذا صلى من غير اجتهاد فأصاب أو أداه اجتهاده الى جهة فصلى الى غيرها فان صلاته باطلة بكل حال سواء أخطأ أو أصاب لأنه لم يأت بما أمر به فأشبه من ترك التوجه الى الكعبة مع علمه بها

الجهة الواجب استقبالها

(فصل) (ويتبع الجاهل والاعمى أوثقهما في نفسه) متى اختلف مجتهدان وكان معهما أعمى أو جاهل لا يقدر على تعلم الادلة قبل خروج الوقت ففرضه تقليد أوثقهما في نفسه وأعلمهما وأكثرهما تحريا لان الصواب اليه أقرب .فان قلد المفضول فظاهر كلامه ههنا أنه لا تصح صلاته لانه ترك ما يغلب على ظنه أنه الصواب فلم يجز له ذلك كالمجتهد يترك اجتهاده . والاولى صحتها وهو مذهب الشافعي لأنه أخذ بدليل له الاخذ به لو انفرد فكذلك اذا كان معه غيره كما لو استويا ولا عبرة بظنه فانه لو غلب على ظنه اصابة المفضول لم يمنع ذلك تقليد الافضل ، فان استويا قلد من شاء منهما كالعامي مع العلماء في بقية الاحكام

(فصل) والمقلد من لا تمكنه الصلاة باجتهاد نفسه ، اما لعدم بصره أو بصيرته بحيث لا يمكنه التعلم قبل خروج وقت الصلاة فان أمكنه التعلم قبل خروج الوقت لزمه ، فان صلى قبل ذلك لم تصح لانه قدر على الصلاة باجتهاده فلم يجز له التقليد كالمجتهد ، ولا يلزم هذا على العامي حيث لم يلزمه تعلم الفقه لوجهين (أحدهما)أن الفقه ليس شرطا لصحة الصلاة (الثاني) أنه يشق ومدته تطول فان أخر هذا التعلم والصلاة حتى ضاق الوقت عن التعلم والاجتهاد أو عن أحدهما صحت صلاته بالتقليد كالذي يقدر على تعلم الفاتحة فيضيق الوقت عن تعلمها .وان كان بالمجتهد ما يمنعه رؤية الادلة كالرمد والمحبوس في مكان لا يرى فيه الادلة ولا يجد مخبراً الا مجتهداً فهو كالاعمى في جواز تقليده

(فصل) فاذا شرع في الصلاة بتقليد مجتهد فقال له قائل قد أخطأت القبلة وكان يخبر عن يقين كن يقول قد رأيت الشمس ونحوها وتيقنت خطأك لزمه الرجوع الى قوله لانه لو أخبر بذلك المجتهد الذي قلده الاعمى لزمه قبول خبره فالاعمى أولى .وان أخبره عن اجتهاده أولم يبين له ولم يكن في نفسه أوثق من الاول مضى على ماهو عليه لانه شرع في الصلاة بدليل يقيني فلا يزول عنه بالشك وان كان أوثق من الاول في نفسه وقلنا لا يلزمه تقليد الافضل فكذلك والا رجع الى قوله كالمجتهد إذا

«مسئلة» قال (ولا يتبع دلالة مشرك بحال وذلك لان الكافر لا يقبل خبره ولا روايته ولا شهادته لانه ليس بموضع أمانة)

ولذلك قال عمر رضي الله عنه: لا تأمنوهم بعد إذ خونهم الله تعالى ولا يقبل خبر الفاسق لقلة دينه وتطرق التهمة اليه ولانه أيضا لا تقبل روايته ولا شهادته ولا يقبل خبر الصبي لذلك ولانه لا يلحقه مأثم بكذبه فتحرزه من الكذب غير موثوق به، وقال التميمي: يقبل خبر الصبي المميز، واذا لم يعرف حال المخبر فان شك في إسلامه وكفره لم يقبل خبره كما لو وجد محاريب لا يعلم هل هي للمسلمين أو أهل الذمة. وان لم يعلم عدالته وفسقه قبل خبره لان حال المسلم يبنى على العدالة ما لم يظهر خلافها ويقبل خبر سائر الناس من المسلمين البالغين العقلاء سواء كانوا رجالا أو نساء ولانه خبر من أخبار الدين فأشبه الرواية ويقبل من الواحد كذلك والله أعلم

تغير اجتهاده في أثناء صلاته .

(فصل) ولو شرع مجتهد في الصلاة باجتهاده فعمي فيها بنى على ما مضى من صلاته لانه يمكنه البناء على اجتهاد غيره فاجتهاد نفسه أولى فان استدار عن تلك الجهة بطلت صلاته وان أخبره مخبر بخطئه عن يقين رجع اليه وان كان عن اجتهاده لم يرجع اليه لما ذكرنا، وان شرع فيها وهو أعمى فابصر في أثنائها فشاهد ما يستدل به على صواب نفسه من العلامات مضى عليه لان الاجتهادين قد اتفقا وان بان له خطؤه استدار الى الجهة التي أداه اجتهاده اليها وبنى كالمجتهد إذا تغير اجتهاده في أثناء الصلاة وإن لم يتبين له صواب ولا خطأ بطلت صلاته واجتهد لان فرضه الاجتهاد فلم يجز له أداء فرضه بالتقليد كما لو كان بصيراً في ابتدائها وإن كان مقلداً مضى في صلاته لانه ليس في وسعه الا الدليل الذي بدأ به فيها

«مسئلة» (واذا صلى البصير في حضر فأخطأ أو صلى الاعمى بلا دليل أعاد) متى صلى البصير في الحضر ثم بان له الخطأ أعاد سواء صلى باجتهاده أو غيره لان الحضر ليس بمحل للاجتهاد لقدرة من فيه على الاستدلال بالمحاريب ونحوها ولانه يجد من يخبره عن يقين غالبا فلم يكن له الاجتهاد كواجد النص في سائر الاحكام، وان صلى من غير دليل أخطأ لتفريطه وان أخبره مخبر فأخطأ فقد تبين أن خبره ليس بدليل، فان كان محبوسا لا يجد من يخبره فقال أبو الحسن التميمي يصلي بالتحري ولا يعيد لانه عاجز عن الاستدلال بالخبر والمحاريب أشبه المسافر، وأما الاعمى فهو في الحضر كالبصير لقدرته على الاستدلال بالخبر والمحاريب فانه يعرف باللمس وكذلك يعلم أن باب المسجد إلى الشمال أو غيرها فيمكنه الاستدلال به فمتى أخطأ أعاد وكذلك حكم المقلد في هذا

«مسئلة» (فان لم يجد الاعمى من يقلده صلى وفي الاعادة روايتان) وقال ابن حامد ان أخطأ أعاد وان أصاب فعلى وجهين واذا كان الاعمى والمقلد في السفر ولم يجد مخبراً ولا مجتهداً يقلده فقال

أدب المشي الى الصلاة

يستحب للرجل إذا أقبل الى الصلاة أن يقبل بخوف ووجل وخشوع وخضوع وعليه السكينة والوقار وإن سمع الاقامة لم يسع اليها لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا سمعتم الاقامة فامشوا وعليكم السكينة(١) والوقار فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » وعن أبي قتادة قال : بينا نحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ سمع جلبة رجال فلما صلى قال : « ما شأنكم؟ » قالوا: استعجلنا الى الصلاة قال «فلا تفعلوا إذا أتيتم إلى الصلاة فعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا» متفق عليهما ، وفي رواية فاقضوا قال الامام أحمد : ولا بأس إذا طمع أن يدرك التكبيرة الاولى أن يسرع شيئا ما لم يكن عجلة تقبح جاء الحديث عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يعجلون شيئا إذا خافوا فوات التكبيرة الاولى ، ويستحب أن يقارب بين خطوه

(١) ولبعض رواة البخاري بالسكينة في الحديثين كليهما

أبو بكر يصلي على حسب حاله وفي الاعادة روايتان (إحداهما) يعيد بكل حال وهو ظاهر كلام الخرقي لانه صلى بغير دليل فلزمته الاعادة وان أصاب كالمجتهد إذا صلى بغير اجتهاد (والثانية) الاعادة عليه لانه أتى بما أمر به أشبه المجتهد ولانه عاجز عن غير ماأتى به فسقط عنه كسائر العاجزين عن الاستقبال ولانه عادم للدليل أشبه المجتهد في الغيم ، وقال ابن حامد ان أخطأ أعاد لفوات الشرط وان أصاب فعلى وجهين وجهها كما ذكرنا. وقد ذكرنا أن هذا حكم المقلد فاما ان وجد من يخبره أو يقلده فلم يفعل أو خالف المخبر أو المجتهد وصلى بطلت صلاته بكل حال وكذلك المجتهد اذا صلى من غير اجتهاد وأداه اجتهاده الى جهة فخالفها لانه ترك ما أمر به أشبه التارك التوجه الى الكعبة مع علمه بها

﴿ مسئلة﴾ (ومن صلى بالاجتهاد الى جهة ثم علم أنه أخطأ القبلة فلا اعادة عليه) وكذلك حكم المقلد الذي صلى بتقليده ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر تلزمه الاعادة لانه اخطأ في شرط من شروط الصلاة فلزمته الاعادة كما لو صلى ثم بان أنه أخطأ في الوقت أو بغير طهارة

ولنا حديث عامر بن ربيعة الذي ذكرناه ولانه أتى بما أمر فخرج عن العهدة كالمصيب ولانه صلى إلى غير الكعبة للعذر أشبه الخائف ولانه شرط عجز عنه أشبه سائر الشروط ، وأما المصلي قبل الوقت فانه لم يأت بما أمر به انما أمر بالصلاة في الوقت بخلاف مسئلتنا فانه مأمور بالصلاة بغير شك ولم يؤمر الا بهذه الصلاة لان غيرها محرمة عليه اجماعا وسائر الشروط اذا عجز عنها سقطت كذا ههنا ، ولا فرق بين كون الادلة ظاهرة فاشتبهت عليه أو مستورة بغيم أو ما يسترها عنه لما ذكرنا من الحديث فان الادلة استترت عنهم بالغيم ولانه أتى بما أمر في الحالين وعجز عن استقبال القبلة في الموضعين فاستويا في عدم الاعادة

(فصل) وان بان له يقين الخطأ وهو في الصلاة استدار الى جهة الكعبة وبنى على ما مضى من

لتكثر حسناته فان كل خطوة يكتب له بها حسنة. وقد روى عبد بن حميد في مسنده باسناده عن زيد بن ثابت قال : أقيمت الصلاة فخرج رسول الله ﷺ يمشي وأنا معه فقارب في الخطا ثم قال « أتدري لم فعلت هذا ؟ لتكثر خطانا في طلب الصلاة » ويكره أن يشبك بين أصابعه لما روي عن كعب بن عجرة أن رسول الله ﷺ قال « إذا توضأ أحدكم فأحسن وضوءه ثم خرج عامداً إلى المسجد فلا يشبكن يديه فانه في صلاة » رواه أبو داود

صلاته لان ما مضى منها كان صحيحاً فجاز البناء عليه كما لو لم يبن له الخطأ. وان كانوا جماعة قد قدموا أحدهم ثم بان لهم الخطأ في حال واحدة استداروا إلى الجهة التي بان لهم فيها الصواب لان أهل قباء بان لهم تحويل القبلة وهم في الصلاة واستداروا إلى جهة الكعبة وأتموا صلاتهم، وإن بان للامام وحده أو للمأمومين أو لبعضهم استدار من بان له الصواب ونوى بعضهم مفارقة بعض إلا على الوجه الذي قلنا ان لبعضهم الائتمام ببعض مع اختلاف الجهة، وإن كان فيهم مقلد تبع من قلده وانحرف بانحرافه وان قلد الجميع لم ينحرف إلا بانحراف الجميع لانه شرع بدليل يقيني فلا ينحرف بالشك الا من يلزمه تقليد الاوثق فانه ينحرف بانحرافه

﴿ مسئلة ﴾ (فان أراد صلاة أخرى اجتهد لها فان تغير اجتهاده عمل بالثاني ولم يعد ما صلى بالاول)

وجملته أن المجتهد متى صلى بالاجتهاد الى جهة صلاة ثم أراد صلاة أخرى اجتهد لها كالحاكم اذا اجتهد في حادثة ثم حدث مثلها وهذا مذهب الشافعي ، فان تغير اجتهاده عمل بالثاني ولم يعد ما صلى بالاول كالحاكم لو تغير اجتهاده في الحادثة الثانية عمل به ولم ينقض حكمه الاول وهذا لا نعلم فيه خلافا ، فان تغير اجتهاده في الصلاة استدار وبنى على ما مضى . نص عليه احمد ، وقال ابن أبي موسى والآمدي لا ينتقل لئلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد

ولنا أنه مجتهد أداه اجتهاده الى جهة فلم تجز له الصلاة إلى غيرها كما لو أراد صلاة أخرى وليس هذا نقضا للاجتهاد انما عمل به في المستقبل كما في الصلاة الاخرى . وإنما يكون نقضاً للاجتهاد اذا ألزمناه إعادة ما مضى من صلاته ، فان لم يبق اجتهاده وغلبه إلى الجهة الاولى ولم يؤده اجتهاده إلى جهة اخرى بنى على ما مضى لانه لم يظهر له جهة أخرى يتوجه اليها . وان شك في اجتهاده لم يزل على جهته لان الاجتهاد ظاهر فلا يزول عنه بالشك ، وان بان له الخطأ ولم يعرف جهة القبلة كمن كان يصلي إلى جهة فرأى بعض منازل القمر في قبلته ولم يدر أهو في الشرق أم في الغرب واحتاج إلى الاجتهاد بطلت صلاته لانه لا يمكنه استدامتها إلى غير القبلة وليست له جهة يتوجه اليها فبطلت لتعذر اتمامها والله أعلم

﴿ باب النية ﴾

(وهي الشرط السادس للصلاة على كل حال) النية هي القصد يقال نواك الله بخير أي قصدك ومحلها القلب فان لفظ بما نواه كان تأكيداً وإن سبق لسانه إلي غير ما نواه لم تفسد صلاته وان لم ينطق بلسانه أجزأ وهي واجبة لا نعلم فيه خلافا ولا تنعقد الصلاة الا بها ولا تسقط بحال لقول الله

(فصل) ويستحب أن يقول ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ خرج الى الصلاة وهو يقول « اللهم اجعل في قلبي نوراً وفي لساني نوراً واجعل في سمعي نوراً واجعل في بصري نوراً واجعل من خلفي نوراً ومن أمامي نوراً واجعل من فوقي نوراً ومن تحتي نورا واعطني نورا » أخرجه مسلم . وروى الامام أحمد في المسند وابن ماجه في السنن باسنادهما عن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « من خرج من بيته الى الصلاة فقال اللهم اني أسألك بحق السائلين[1]

تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) والاخلاص عمل القلب وهو أن يقصد بعمله الله تعالى وحده دون غيره ، ولقول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات وانما لامريء مانوى » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب أن ينوي الصلاة بعينها ان كانت معينة والا أجزأته نية الصلاة)

متى كانت الصلاة معينة لزمه شيئان : نية الفعل ، والتعيين ، فان كان فرضاً ظهرا أوعصرا أوغيرهما لزمه تعيينها ، وكذلك ان كانت نفلا معينة كالوتر وصلاة الكسوف والاستسقاء والسنن الرواتب لزمه التعيين أيضا لعموم الحديث ، وإن كانت نافلة مطلقة كصلاة الليل أجزأته نية مطلق الصلاة لاغير لعدم التعيين فيها

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تشترط نية القضاء في الفائتة ونية الفرضية في الفرض؟ على وجهين)

اختلف أصحابنا في نية الفرضية في الفرض فقال بعضهم : لايجب لان التعيين يغني عنها لكون الظهر لاتكون من المكلف إلا ظهرا فرضا ، وقال ابن حامد لابد منها لان المعينة قد تكون نفلا كظهر الصبي والمعادة فعلى هذا يحتاج الى نية الفعل والتعيين والفرضية

(فصل) وينوي الاداء في الحاضرة والقضاء في الفائتة ، وهل يجب ذلك ؟ على وجهين (أحدهما) يجب لقوله « وانما لامريء مانوى » (والثاني) لا يجب وهو أولى لانه لايختلف المذهب انه لو صلى ينويها أداء فبان أن وقتها قد خرج ان صلاته صحيحة ويقع قضاء ، وكذلك لو نواها قضاء ظنا ان الوقت قد خرج فبان فعلها في وقتها وقعت أداء من غير نيته كالاسير اذا تحرى وصام فبان أنه وافق الشهر أو مابعده أجزأه ، فأما ان ظن ان عليه ظهرا فائتة فقضاها في وقت ظهر اليوم ثم بان أنه لاقضاء عليه أجزأته في أحد الوجهين لان الصلاة معينة وانما أخطأ في نية الوقت فلم يؤثر كما اذا اعتقد أن الوقت قد خرج فبان أنه لم يخرج أو كما لو نوى ظهر أمس وعليه ظهر يوم قبله (والثاني) لايجزئه لانه لم ينو عين الصلاة أشبه ما لو نوى قضاء عصر فانها لاتجزئه عن الظهر ، ولو نوى ظهر اليوم في وقتها وعليه فائتة لم يجزئه عنها ويتخرج فيها كالتي قبلها ، فأما ان كانت عليه فوائت فنوى صلاة غير معينة لم تجزئه عن واحدة منها لعدم التعيين

﴿ مسئلة ﴾ (ويأتي بالنية عند تكبيرة الاحرام) لانه أول الصلاة لتكون النية مقارنة للعبادة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تقدمت قبل ذلك بزمن يسير جاز) ذكره أصحابنا مالم يفسخها ، واشترط الخرقي أن يكون بعد دخول الوقت ، فان قطع النية أو طال الفصل لم يجزئه وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقال

(١) المراد بحق السائلين ماوعد الله تعالى من إجابتهم بمثل قوله (ادعوني أستجب لكم) فليس توسلا باشخاصهم كما يتوهمه بعض ادعياء العلم

عليك وأسألك بحق ممشاي هـذا فاني لم أخرج أشراً ولا بطرا ولا رياء ولا سمعة وخرجت اتقاء سخطك وابتغاء مرضاتك فأسألك أن تنقذني من النـار وأن تغفر لي ذنوبي انه لايغفر الذنوب الا أنت ـ أقبل الله عليه بوجهه واستغفر له سبعون ألف ملك »[1] ويقول (بسم الله ، الذي خلقني فهو يهديني ـ الى قوله ـ الا من أتى الله بقلب سليم)

(فصل) فاذا دخل المسجد قدم رجله اليمنى وقال : مارواه مسلم عن ابي حميـد أو أبي أسيد

الشافعي وابن المنذر : تشترط مقارنة النية للتكبير لقوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) فقوله مخلصين حال لهم في وقت العبادة ، أي مخلصين حال العبادة ، والاخلاص هو النية ولان النية شرط فلم يجز أن تخلو العبادة عنها كسائر شروطها

ولنا انها عبادة فجاز تقديم نيتها عليها كالصوم وتقدم النية على الفعل لايخرجه عن كونه منويا ولا يخرج الفاعل عن كونه مخلصا كالصوم ولانه جزء من الصلاة أشبه سائر أجزائها

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب أن يستصحب حكمها الى آخر الصلاة) معنى استصحاب حكمها أن لا يقطعها فلو ذهل عنها أو عزبت عنه في أثناء الصلاة لم يبطلها لان التحرز من هذا غير ممكن وقياسا على الصوم وغيره ، وقد روى مالك في الموطأ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اذا أقيمت الصلاة أدبر الشيطان وله حصاص فاذا قضى التثويب أقبـل حتى يخطر بين المرء ونفسه يقول أذكر كذا أذكر كذا حتى يضل أحـدكم أن يدري كم صلى » وروي أن عمر صلى صلاة لم يقرأ فيهـا ، فقيل له انك لم تقرأ ؟ فقال : اني جهزت جيشاً للمسلمين حتى بلغت بهم وادي القرى ، وان أمكنه استصحاب ذكرها فهو أفضل لانه أبلغ في الاخلاص[2]

﴿ مسئلة ﴾ (فان قطعها في أثنائها بطلت الصلاة وإن تردد في قطعها فعلى وجهين) وجملة ذلك أنه يشترط أن يدخل في الصلاة بنية جازمة فان دخل بنية مترددة بين إتمامها وقطعها لم تصح لان النية عزم جازم ولا يحصل ذلك مع التردد فان تلبس بها بنيـة صحيحة ثم نوى قطعها والخروج منها بطلت ، وهذا قول الشافعي . وقال أبوحنيفة لاتبطل بذلك لأنها عبادة دخلها بنية صحيحة فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج

ولنا أنه قطع حكم النية قبل اتمام صلاته ففسدت كما لو سلم ينوي الخروج منها ولان النية شرط في جميع الصلاة وقد قطعها ففسدت لذهاب شرطها، وفارق الحج فانه لايخرج منه بمحظوراته بخلاف الصلاة . فأما إن تردد في قطعها فقال ابن حامد : لاتبطل لانه دخل فيها بنية متيقنة فلا يزول بالشك والتردد كسائر العبادات، وقال القاضي يحتمل أن تبطل وهو مذهب الشافعي لان استدامة النية شرط ومع التردد لايبقى مستديما لها أشبه اذا نوى قطعها

(فصل) فان شك في أثناء الصلاة في النية أو في تكبيرة الاحرام استأنفها لان الاصل عدمها فان ذكر أنه كان قد نوى أو كبر قبل قطعها أو شرع في عمل فله البناء لانه لم يوجـد مبطل لها وإن

---

(١) قال في مسند الزوائد هذا الحديث مسلسل بالضعفاء ، ورواه ابن خزيمة بسند آخر من طريق الفضيل بن مرزوق وصححه لتوثيقه للفضيل وقد ضعفه آخرون فالحديث ضعيف السند

(٢) فيه أن تذكر المنوي وهو شكل الصلاة يشغل عن تدبر الذكر والقراءة وان الاخلاص اذا كان هو الباعث على العبادة لا ينقطع إلا بطروء الرياء وحب السمعة على القلب وحينئذ يجب دفعه بتذكر احباطه للعمل وكون الناس لايغنون عنه اذا حمدوا عبادته وهي مردودة عند الله تعالى وفيما عدا هذا يكون الاخلاص الذي بعث على العمل مصاحبا له فلا يحتاج الى استصحاب بذكره كتبه محمد رشيد رضا

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا دخل أحدكم المسجد فليقل اللهم افتح لي أبواب رحمتك واذا خرج فليقل اللهم اني أسألك من فضلك » وعن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل المسجد صلى على محمد وسلم وقال « رب اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ، واذا خرج صلى على محمد وقال : رب اغفر لي وافتح لي أبواب فضلك » رواه الترمذي ، ولا يجلس حتى يركع ركعتين لما روى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ

عمل فيها عملا مع الشك بطلت ، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان هذا العمل عري عن النية وحكمها لان استصحاب حكمها مع الشك لا يوجد ، وقال ابن حامد لاتبطل ويبني لان الشك لا يزيل حكم النية فجاز له البناء كما لو لم يحدث عملا لانه لو أزال حكم النية لبطلت كما لو نوى قطعها ، وإن شك هل نوى فرضاً أو نفلا أتمها نفلا إلا أن يذكر أنه نوى الفرض قبل أن يحدث عملا فيتمها فرضا ،وإن كان ذكره بعد أن أحدث عملا خرج فيه الوجهان ، فان شك هل أحرم بظهر أو عصر فحكمه حكم مالو شك في النية لان التعيين شرط. ويحتمل أن يتمها نفلا كما لو أحرم بفرض فبان قبل وقته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أحرم بفرض فبان قبل وقته انقلب نفلا) لان نية الفرض تشتمل على نية النفل فاذا بطلت نية الفرضية بقيت نية مطلق الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحرم به في وقته ثم قلبه نفلا جاز ،ويحتمل أن لا يجوز إلا لعذر مثل أن يحرم منفرداً يريد الصلاة في جماعة) متى أحرم بفرض في وقته ثم قلبه نفلا فان كان لغير غرض كره وصح لان النفل يدخل في نية الفرض ، أشبه مالو أحرم بفرض فبان قبل وقته وكما لو قلبها لفرض ، ذكره أبو الخطاب ويكره ذلك لانه أبطل عمله . وقال القاضي في موضع لا يصح رواية واحدة ، كما لو انتقل من فرض الى فرض، وقال في الجامع يخرج على روايتين (احداهما) يصح لما ذكرنا (والثانية) لا يصح لانه أبطل عمله لغير سبب ولا فائدة ، وللشافعي قولان كالوجهين . وإن كان لغرض صحيح مثل من أحرم منفرداً فحضرت جماعة فقلبها نفلا ليحصل فضيلة الجماعة صح من غير كراهة لما ذكرنا ، وقال القاضي: فيه روايتان (احداهما) لاتصح لما ذكرنا (والثانية) تصح لتحصل له مضاعفة الثواب

﴿ مسئلة ﴾ (وان انتقل من فرض الى فرض بطلت الصلاتان) تبطل الاولى لانه قطع نيتها ولا تصح الثانية لانه لم ينوها من أولها

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شرط الجماعة أن ينوي الامام والمأموم حالهما) يشترط أن ينوي الامام أنه إمام والمأموم أنه مأموم لان الجماعة يتعلق بها أحكام وجوب الاتباع وسقوط السهو عن المأموم وفساد صلاته بفساد صلاة امامه وانما يتميز الامام عن المأموم بالنية فكانت شرطا ،فان نوى أحدهما دون صاحبه لم يصح ولأن الجماعة انما تنعقد بالنية فاعتبرت منهما قياسا لاحدهما على الآخر فان صلى رجلان ينوي كل واحد منهما أنه امام صاحبه أو مأموم له فصلاتهما فاسدة نص عليهما لانه ائتم بمن ليس بامام في الصورة الثانية وأم من لم يأتم به في الاولى ، ولو رأى رجلين يصليان فنوى الائتمام

قال « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه ثم يجلس مستقبل القبلة ويشتغل بذكر الله تعالى أو قراءة القرآن أو يسكت ولا يخوض في حديث الدنيا ولا يشبك أصابعه لما روى أبو سعيد عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا كان أحدكم في المسجد فلا يشبكن فان التشبيك من الشيطان وان أحدكم لايزال في صلاة ما كان في المسجد حتى يخرج منه » رواه أحمد في المسند

(فصل) واذا اقيمت الصلاة لم يشتغل عنها بنافلة سواء خشي فوات الركعة الاولى أو لم يخش

بالمأموم لم يصح لانه ائتم بمن ليس بامام وان نوى الائتمام باحدهما لا بعينه لم يصح حتى يعين الامام لان تعيينه شرط . وان نوى الائتمام بهما معا لم يصح لانه ائتم بمن ليس بامام ولانه لايجوز الائتمام باكثر من واحد . ولو نوى الائتمام بامامين لم يجز لانه لا يمكن اتباعهما معا

﴿مسئلة﴾ (فان أحرم منفرداً ثم نوى الائتمام لم يصح في أصح الروايتين) متى أحرم منفرداً ثم نوى جعل نفسه مأموما بان تحضر جماعة فينوي الدخول معهم في صلاتهم ففيه روايتان (احداهما) يجوز سواء كان أول صلاته أو في أثنائها لانه نقل نفسه الى الجماعة فجاز كما لو نوى الامامة (والثانية) لايجوز وهي أصح لانه نقل نفسه مؤتما فلم يجز كالامام ، وفارق نقله الى الامامة لان الحاجة تدعو اليه قال أحمد في رجل دخل المسجد فصلى ركعتين أو ثلاثا ينوي الظهر ثم جاء المؤذن فاقام الصلاة : سلم من هذه وتصير له تطوعا ويدخل معهم . قيل له فان دخل مع القوم في الصلاة واحتسب به ؟ قال لا يجزئه بها حتى ينوي بها الصلاة مع الامام في ابتداء الفرض

﴿مسئلة﴾ (وان نوى الامامة صح في النفل ولم يصح في الفرض ويحتمل أن يصح وهو أصح عندي) اذا أحرم منفرداً ثم انتقل الى نية الامامة في النفل صح نص عليها أحمد لما روى ابن عباس قال بت عند خالتي ميمونة فقام النبي ﷺ يصلي متطوعا من الليل فقام الى القربة فتوضأ فصلى فقام ـ فقمت لما رأيته صنع ذلك فتوضأت من القربة ثم قمت الى شقه الايسر فاخذ بيدي [1] من وراء ظهره يعدلني كذلك الى الشق الايمن متفق عليه واللفظ لمسلم ، وروت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل وجدار الحجرة قصير فرأى الناس شخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام الناس يصلون بصلاته

(فصل) فاما في الفريضة فان كان ينتظر أحداً كامام المسجد يحرم وحده وينتظر من يأتي ويصلي معه جاز ذلك نص عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم أحرم وحده فجاء جابر وجبار فصلى بهما رواه أبو داود . والظاهر أنها كانت مفروضة لانهم كانوا مسافرين وان لم يكن كذلك لم يصح وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي في الفرض والنفل جميعا لانه لم ينو الامامة في ابتداء الصلاة أشبه مالو ائتم بمأموم . ويحتمل أن يصلي وقد روي عن أحمد ما يدل عليه وهو مذهب الشافعي ، قال شيخنا : وهو الصحيح ان شاء الله لانه قد ثبت في النفل بحديث ابن عباس وعائشة والاصل

وبهذا قال أبو هريرة وابن عمر وعروة وابن سيرين وسعيد بن جبير والشافعي واسحاق وأبو ثور ، وروي عن ابن مسعود أنه دخل والامام في صلاة الصبح فركع ركعتي الفجر وهذا مذهب الحسن ومكحول ومجاهد وحماد بن أبي سليمان، وقال مالك : ان لم يخف فوات الركعة ركعهما خارج المسجد وقال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وأبو حنيفة : يركعهما إلا أن يخاف فوات الركعة الاخيرة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » رواه مسلم

مساواة الفرض للنفل في النية ومما يقوي ذلك حديث جابر وجبار في الفرض ولان الحاجة تدعو اليه فصح كحالة الاستخلاف . وبيانها أن المنفرد إذا جاء قوم فاحرموا معه فان قطع الصلاة وأخبرهم بحاله قبح لما فيه من ابطال العمل وان أتم الصلاة ثم أخبرهم بفساد صلاتهم فهو أقبح وأشق وقياسهم ينتقض بحالة الاستخلاف والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان أحرم مأموما ثم نوى الانفراد لعذر جاز) لما روى جابر قال صلى معاذ بقومه فقرأ سورة البقرة فتأخر رجل فصلى وحده فقيل له نافقت قال ما نافقت ولكن لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال « أفتان أنت يامعاذ ؟» مرتين متفق عليه ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم الرجل بالاعادة ، والاعذار التي يخرج لاجلهامثل هذا والمرض وخشية غلبة النعاس أو شيء يفسد صلاته أو خوف فوات مال أو تلفه أو فوت رفقته أو من يخرج من الصف ولا يجد من يقف معه ونحو ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان كان لغير عذر لم يجز في إحدى الروايتين) لانه ترك متابعة امامه لغير عذر أشبه مالو تركها من غير نية المفارقة(والثانية)يصح كما إذا نوى المنفرد الامامة بل ههنا أولى فان المأموم قد يصير منفرداً بغير نية وهو المسبوق اذا سلم امامه والمنفرد لايصير مأموما بغير نية بحال

﴿ مسئلة ﴾ (وان نوى الامامة لاستخلاف الامام له إذا سبقه الحدث صح في ظاهر المذهب)وجملة ذلك أنه اذا سبق الامام الحدث فله أن يستخلف من يتم بهم الصلاة روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ،وحكي عن أحمد رواية أخرى أن صلاة المأمومين تبطل، وقال أبو بكر تبطل صلاتهم رواية واحدة لانه فقد شرط صحة الصلاة في حق الامام فبطلت صلاة المأموم كما لو تعمد الحدث

ولنا أن عمر رضي الله عنه لما طعن أخذ بيد عبدالرحمن بن عوف فقدمه فأتم بهم الصلاة ولم ينكره منكر فكان إجماعا .فان لم يستخلف الامام فقدم المأمومون رجلا فأتم بهم جاز وان صلوا وحدانا جاز قال الزهري في امام ينوبه الدم أو يرعف: ينصرف وليقل أتموا صلاتكم وان قدمت كل طائفة من المأمومين اماما فصلى بهم فقياس المذهب جوازه ،وقال أصحاب الرأي تفسد صلاتهم، ولنا أن لهم أن يصلوا وحدانا فجاز لهم أن يقدموا رجلا كحالة ابتداء الصلاة وان قدم بعضهم رجلا وصلى الباقون وحدانا جاز .

(فصل) فاما ان فعل ما يبطل صلاته عامداً فسدت صلاة الجميع فان كان عن غير عمد لم تفسد صلاة المأمومين نص عليه أحمد في الضحك وروي عن أحمد فيمن سبقه الحدث الروايتان وقد ذكرناه

ولان مايفوته مع الامام أفضل مما يأتي به فلم يشتغل به كما لو خاف فوات الركعة . قال ابن عبدالبر في هذه المسئلة : الحجة عند التنازع السنة فمن أدلى بها فقد فلج ومن استعملها فقد نجا قال : وقد روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ خرج حين أقيمت الصلاة فرأى ناسا يصلون فقال « أصلاتان معاً » وروى نحو ذلك أنس وعبدالله بن سرجين وابن بحينة وأبو هريرة عن النبي

(فصل) فأما الامام الذي سبقه الحدث فتبطل صلاته ويلزمه استئنافها قال احمد يعجبني أن يتوضأ ويستأنف وهذا قول الحسن وعطاء والنخعي لما روى علي بن طلق قال قال رسول الله ﷺ « اذا فسا أحدكم في صلاته فلينصرف فليتوضأ وليعد صلاته » رواه ابو داود ولانه فقد شرط الصلاة في أثنائها على وجه لا يعود إلا بعد زمن طويل وعمل كثير ففسدت صلاته كما لو تنجس نجاسة يحتاج في ازالتها إلى مثل ذلك ، وفيه رواية ثانية أنه يتوضأ ويبني روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس لما روي أن النبي ﷺ قال « من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف فليتوضأ وليبن على مامضى من صلاته » وعنه رواية ثالثة إن كان الحدث من السبيلين ابتدأ وان كان من غيرهما بنى لان حكم نجاسة السبيل أغلظ والاثر انما ورد في غيرها والاولى أولى وحديثهم ضعيف

(فصل) قال أصحابنا يجوز استخلاف من سبق ببعض الصلاة ولمن جاء بعد حدث الامام فيبني على مامضى من صلاة الامام من قراءة أو ركعة أو سجدة ، واذا استخلف من جاء بعد حدث الامام فينبغي أن تجب عليه قراءة الفاتحة ولا يبني على قراءة الامام لان الامام لم يتحمل عنه القراءة ههنا ويقضي بعد فراغ صلاة المأمومين. وحكي هذا القول عن عمر وعلي وأكثر من قال بالاستخلاف ، وفيه رواية أخرى أنه مخير بين أن يبني أو يبتدىء . قال مالك يصلي لنفسه صلاة تامة فاذا فرغوا من صلاتهم قعدوا وانتظروه حتى يتم ويسلم بهم لأن اتباع المأمومين للامام أولى من اتباعه لهم وكذلك على الرواية الاولى ينتظرونه حتى يقضي مافاته ويسلم بهم لان الامام ينتظر المأمومين في صلاة الخوف فانتظارهم له أولى وان سلموا ولم ينتظروه جاز . وقال ابن عقيل يستخلف من يسلم بهم والاولى انتظاره وانهم ان سلموا لم يحتاجوا إلى خليفة لانه لم يبق من الصلاة إلا السلام فلا حاجة إلى الاستخلاف فيه. قال شيخنا ويقوى عندي انه لا يصح الاستخلاف في هذه الصورة لانه ان بنى جلس في غير موضع جلوسه وصار تابعا للمأمومين وان ابتدأ جلس المأمومون في غير موضع جلوسهم ولم يردِ الشرع بهذا وإنما ثبت الاستخلاف في موضع الاجماع حيث لم يحتج الى شيء من هذا فلا يلحق به ماليس في معناه

(فصل) فان سبق المأموم الحدث ففي فساد صلاته الروايات الثلاث فان كان مع الامام من تنعقد به صلاة غيره وإلا فحكمه كحكم الامام معه فيما فصلناه في قياس المذهب وان فعله عمداً بطلت صلاته وصلاة الامام لان ارتباط صلاة الامام بالمأموم كارتباط صلاة المأموم بالامام فما فسد ثم فسد ههنا وما صح ثم صح ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان سبق اثنان ببعض الصلاة فأتم أحدهما بصاحبه في قضاء مافاتهما فعلى وجهين)

ﷺ ورواهن كلهن ابن عبدالبر في كتاب التمهيد قال : وكل هذا انكار منه لهذا الفعل فأما إن أقيمت الصلاة وهو في النافلة ولم يخش فوات الجماعة أتمها ولم يقطعها لقول الله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) وإن خشي فوات الجماعة فعلى روايتين (إحداهما) يتمها لذلك (والثانية) يقطعها لان مايدركه من الجماعة أعظم أجراً وأكثر ثوابا مما يفوته بقطع النافلة لأن صلاة الجماعة تزيد

(أحدهما) يصح لانه انتقال من جماعة إلى جماعة لعذر فجاز كالاستخلاف ولان النبي ﷺ جاء وأبو بكر في الصلاة فتأخر أبو بكر وتقدم النبي ﷺ فأتم بهم الصلاة (والثاني) لايصح بناء على عدم جواز الاستخلاف

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان لغير عذر لم يصح) يعني اذا انتقل عن امامه إلى امام آخر فأتم به أو صار المأموم إماما لغيره من غير عذر لم يصح لانه انما ثبت جواز ذلك في محل العذر بقضية عمر رضي الله عنه وغير حال العذر لا يقاس عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحرم اماما لغيبة امام الحي ثم حضر امام الحي في أثناء الصلاة فأحرم بهم وبنى على صلاة خليفته وصار الامام مأموما فهل يصح على وجهين) روي عن أحمد في هذه المسئلة ثلاث روايات (أحدها) يصح لما روى سهل بن سعد قال ذهب رسول الله ﷺ الى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم فحانت الصلاة فصلى أبو بكر فجاء رسول الله والناس في الصلاة فخلص حتى وقف في الصف فاستأخر أبو بكر حتى استوى في الصف وتقدم النبي فصلى ثم انصرف متفق عليه. وما فعله النبي ﷺ كان جائزاً لامته مالم يقم دليل الاختصاص (والرواية الثانية) أن ذلك يجوز للخليفة دون بقية الأئمة نص عليه في رواية المروذي لان رتبة الخلافة تفضل رتبة سائر الائمة فلا يلحق بها غيرها (والثالثة) لايصح لانه لاحاجة اليه وفعل النبي ﷺ يحتمل أن يكون خاصا به لان أحداً لايساويه في الفضل ولا ينبغي أن يتقدم عليه بخلاف غيره ولهذا قال أبو بكر ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله ﷺ

﴿ فصول في أدب المشي الى الصلاة ﴾

يستحب للرجل إذا أقبل الى الصلاة أن يقبل بخوف ووجل وخشوع وعليه السكينة ويقارب بين خطاه لتكثر حسناته فان كل خطوة يكتب له بها حسنة ، لما روى زيد بن ثابت قال : أقيمت الصلاة فخرج رسول الله ﷺ يمشي وأنا معه فقارب في الخطا ، قال « أتدري لم فعلت هذا ؟ لتكثر خطانا في طلب الصلاة » ويكره أن يشبك بين أصابعه لما روى كعب بن عجرة أن رسول الله ﷺ قال « اذا توضأ أحدكم فأحسن وضوءه ثم خرج عامداً الى المسجد فلا يشبكن بين يديه فانه في صلاة » رواه أبو داود

(فصل) ويستحب أن يقول ماروى ابن عباس أن النبي ﷺ خرج الى الصلاة

على صلاة الرجل وحده سبعا وعشرين درجة

(فصل) قيل لاحمد قبل التكبير يقول شيئا ؟ قال : لايعني ليس قبله دعاء مسنون اذ لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه ، ولان الدعاء يكون بعد العبادة لقول الله تعالى (فاذا فرغت فانصب وإلى ربك فارغب)

وهو يقول « اللهم اجعل في قلبي نوراً ، وفي لساني نوراً ، واجعل في سمعي نوراً ، واجعل في بصري نوراً ، واجعل من خلفي نورا ، ومن أمامي نورا ، واجعل من فوقي نورا ، ومن تحتي نورا واعطني نورا » أخرجه مسلم . وروى أبو سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ « من خرج من بيته إلى الصلاة فقال اللهم إني أسألك بحق السائلين عليك وأسألك بحق ممشاي هذا فاني لم أخرج أشراً ولا بطراً ولا رياء ولا سمعة ، خرجت اتقاء سخطك ، وابتغاء مرضاتك ، فأسألك أن تنقذني من النار ، وأن تغفر لي ذنوبي انه لايغفر الذنوب الا أنت — أقبل الله اليه بوجهه واستغفر له سبعون ألف ملك » رواه الامام أحمد وابن ماجه

(فصل) فان سمع الاقامة لم يسع اليها لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا سمعتم الاقامة فامشوا وعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا ،وما فاتكم فأتموا » وعن أبي قتادة قال بينا نحن نصلي مع رسول الله ﷺ اذ سمع جلبة رجال فلما صلى قال « ماشأنكم » قالوا استعجلنا الى الصلاة فقال « لاتفعلوا اذا أتيتم الصلاة فعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا ، وما فاتكم فأتموا » متفق عليهما .قال الامام أحمد فان طمع أن يدرك التكبيرة فلا بأس أن يسرع شيئا مالم تكن عجلة تقبح . جاء الحديث عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يعجلون شيئا اذا تخوفوا فوات التكبيرة الاولى

(فصل) فاذا دخل المسجد قدم رجله اليمنى واذا خرج قدم اليسرى . ويقول ماروى مسلم باسناده عن أبي حميد أو أبي أسيد قال : قال رسول الله ﷺ « اذا دخل أحدكم المسجد فليقل اللهم افتح لي أبواب رحمتك ، فاذا خرج فليقل اللهم إني أسألك من فضلك » وعن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل المسجد صلى على محمد وقال « رب اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك » واذا خرج صلى على محمد وقال « رب اغفر لي وافتح لي أبواب فضلك » فاذا دخل لم يجلس حتى يركع ركعتين ، لما روى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ قال « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه . ثم يجلس مستقبل القبلة فانه قد روي خير المنازل مااستقبل به القبلة ، ويشتغل بذكر الله تعالى أو قراءة القرآن أو يسكت ولا يشبك أصابعه لما روى أبو سعيد عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا كان أحدكم في المسجد فلا يشبكن فان التشبيك من الشيطان وإن أحدكم لايزال في صلاة ماكان في المسجد حتى يخرج منه » رواه الامام أحمد في المسند

باب صفة الصلاة

روى محمد بن عمرو وابن عطاء قال: سمعت أبا حميد الساعدي في عشرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم أبو قتادة فقال أبو حميد: أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا: فأعرض قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة يرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ثم يكبر حتى يقر كل عظم في موضعه معتدلا ثم يقرأ ثم يكبر فيرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ثم يركع ويضع راحتيه على ركبتيه ثم يعتدل فلا يصوب رأسه ولا يقنعه ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ثم يرفع يديه حتى يحاذي منكبيه معتدلا ثم يقول: الله أكبر ثم يهوي الى الارض فيجافي يديه عن جنبيه ثم يرفع رأسه ويثني رجله اليسرى فيقعد عليها ويفتح أصابع رجليه اذا سجد ويسجد ثم يقول الله أكبر ويرفع ويثني رجله اليسرى فيقعد عليها حتى يرجع كل عظم الى موضعه ثم يصنع في الاخرى مثل ذلك، ثم اذا قام من الركعة كبر فرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه كما كبر عند افتتاح الصلاة ثم يفعل ذلك في بقية صلاته حتى اذا كانت السجدة التي فيها التسليم أخر رجله اليسرى وقعد متوركا على شقه الايسر. قالوا: صدقت هكذا كان يصلي صلى الله عليه وسلم. رواه مالك في الموطأ وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. وفي لفظ رواه البخاري قال:

﴿ باب صفة الصلاة ﴾

روى محمد بن عمرو وابن عطاء قال: سمعت أبا حميد الساعدي في عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو قتادة فقال أبو حميد: أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا: فأعرض قال: كان رسول الله ﷺ اذا قام الى الصلاة يرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ثم يكبر حتى يقر كل عظم في موضعه معتدلا، ثم يقرأ، ثم يكبر فيرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه، ثم يرفع ويضع راحتيه على ركبتيه، ثم يعتدل فلا يصوب رأسه ولا يقنعه، ثم يرفع رأسه ويقول: سمع الله لمن حمده، ثم يرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه معتدلا، ثم يقول الله أكبر ثم يهوي إلى الارض فيجافي يديه عن جنبيه، ثم يرفع رأسه ويثني رجله اليسرى فيقعد عليها ويفتح أصابع رجليه اذا سجد ويسجد، ثم يقول الله أكبر ويرفع ويثني رجله اليسرى فيقعد عليها حتى يرجع كل عظم الى موضعه ثم يصنع في الاخرى مثل ذلك، ثم اذا أقام من الركعة فيرفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه كما كبر عند افتتاح الصلاة، ثم يفعل ذلك في بقية صلاته حتى اذا كانت السجدة التي فيها التسليم أخر رجله اليسرى وقعد متوركا على شقه الايسر. قالوا صدقت هكذا كان يصلي صلى الله عليه وسلم رواه مالك في الموطأ وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. وفي لفظ رواه البخاري قال فاذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره فاذا رفع رأسه استوى قائما حتى يعود كل فقار إلى مكانه فاذا سجد سجد غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة فاذا جلس في الركعتين

فاذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره فاذا رفع رأسه استوى قائماً حتى يعود كل فقار مكانه وإذا سجد سجد غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة فاذا جلس في الركعتين جلس على اليسرى ونصب الاخرى فاذا كانت السجدة التي فيها التسليم أخر رجله اليسرى وجلس متوركا على شقه الايسر وقعد على مقعدته

(فصل) ويستحب أن يقوم إلى الصلاة عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وبهذا قال مالك. قال ابن المنذر : على هذا أهل الحرمين ، وقال الشافعي : يقوم إذا فرغ المؤذن من الاقامة ، وكان عمر بن عبد العزيز ومحمد بن كعب وسالم وأبو قلابة والزهري وعطاء يقومون في أول بدوة من الاقامة . وقال أبو حنيفة :يقوم إذا قال حي على الصلاة ، فاذا قال قد قامت الصلاة كبر وكان أصحاب عبدالله يكبرون إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة وبه قال سويد بن غفلة والنخعي واحتجوا بقول بلال : لا تسبقني بآمين ، فدل على أنه يكبر قبل فراغه ،ولا يستحب عندنا أن يكبر إلا بعد فراغه من الاقامة وهو قول الحسن ويحيى بن وثاب واسحاق وأبو يوسف والشافعي وعليه جل الأئمة في الامصار وانما قلنا انه يقوم عند قوله: قد قامت الصلاة لان هذا خبر بمعنى الامر ومقصوده الاعلام ليقوموا فيستحب المبادرة الى القيام امتثالا للامر وتحصيلا للمقصود ولا يكبر حتى يفرغ المؤذن لان النبي ﷺ انما كان يكبر بعد فراغه دل على ذلك ماروي عنه أنه كان يعدل الصفوف بعد اقامة الصلاة ويقول في الاقامة مثل قول المؤذن فروى أنس قال : أقيمت الصلاة فأقبل علينا رسول الله ﷺ بوجهه فقال « أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني أراكم من وراء ظهري » رواه البخاري .وعنه قال كان رسول الله ﷺ اذا قام

جلس على اليسرى ونصب الاخرى فاذا كانت السجدة التي فيها التسليم أخر رجله اليسرى وجلس متوركا على شقه الايسر وقعد على مقعدته

﴿ مسئلة ﴾ (يستحب أن يقوم الى الصلاة اذا قال المؤذن قد قامت الصلاة)

قال ابن عبدالبر : على هذا أهل الحرمين . وقال الشافعي يقوم اذا فرغ المؤذن من الاقامة وكان عمر بن عبدالعزيز ومحمد بن كعب وسالم والزهري يقومون في أول بدوة من الاقامة . وقال أبو حنيفة يقوم اذا قال حي على الصلاة فاذا قال قد قامت الصلاة كبر وكان أصحاب عبدالله يكبرون كذلك وبه قال النخعي واحتجوا بقول بلال :لا تسبقني بآمين.فدل على انه كان يكبر قبل فراغه . وعندنا لا يستحب أن يكبر الا بعد فراغه من الاقامة وهو قول الحسن وأبي يوسف والشافعي واسحاق وعليه جل الائمة في الامصار ، وانما قلنا يقوم عند قول المؤذن : قد قامت الصلاة لان هذا خبر بمعنى الامر ومقصوده الاعلام ليقوموا فيستحب المبادرة الى القيام امتثالا للامر وانما قلنا انه لا يكبر حتى يفرغ المؤذن لان النبي ﷺ انما كان يكبر بعد فراغه يدل عليه ماروي عنه انه كان يعدل الصفوف بعد اقامة الصلاة فروى أنس قال أقيمت الصلاة فأقبل علينا رسول الله ﷺ بوجهه فقال « سووا صفوفكم وتراصوا فاني

الى الصلاة قال هكذا وهكذا عن يمينه وشماله استووا وتعادلوا ، وفيا رواه أبوداود عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ أن بلالا أخذ في الاقامة فلما ان قال قد قامت الصلاة قال النبي ﷺ « أقامها الله وأدامها » وقال في سائر الاقامة كنحو حديث عمر في الاذان ، فأما حديثهم فان بلالا كان يقيم في موضع أذانه وإلا فليس بين لفظ الاقامة والفراغ منها مايفوت بلالا « آمين » .مع رسول الله ﷺ . اذا ثبت هذا فانما يقوم المأمومون إذا كان الامام في المسجد أوقريباً منه . وإن لم يكن في مقامه قال أحمد في رواية الاثرم : أذهب الى حديث أبي هريرة :خرج علينا رسول الله ﷺ وقد أقمنا الصفوف . اسناد جيد :الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وقال في رواية أبي داود سمعت أحمد يقول : ينبغي أن تقام الصفوف قبل أن يدخل الامام فلا يحتاج أن يقف . وعن أبي هريرة قال كانت الصلاة تقام لرسول الله ﷺ فيأخذ الناس مصافهم قبل أن يقوم النبي ﷺ مقامه رواه مسلم ، فان أقيمت والامام في غير المسجد ولم يعلموا قربه لم يقوموا لما روى أبو قتادة قال قال رسول الله ﷺ « اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني »[1] متفق عليه وللبخاري « قد خرجت » وخرج علي رضي الله عنه والناس ينتظرونه قياما للصلاة فقال مالي أراكم سامدين

(فصل) ويستحب للامام تسوية الصفوف يلتفت عن يمينه فيقول استووا رحمكم الله وعن يساره كذلك لما ذكرنا من الحديث ، وعن محمد بن مسلم قال صليت إلى جنب أنس بن مالك يوما

[1] هذا لفظ البخاري ولفظ مسلم وغيره « حتى تروني قد خرجت » فلينظر قوله بعده وللبخارى قد خرجت

أراكم من وراء ظهري » رواه البخاري . ويقول في الاقامة مثل قول المؤذن فروى أبوداود عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ ان بلالا أخذ في الاقامة فلما أن قال قد قامت الصلاة قال النبي ﷺ « أقامها الله وأدامها » وقال في سائر الاقامة كنحو حديث عمر في الاذان ، فأما حديثهم فان بلالا كان يقيم في موضع أذانه والا فليس بين لفظ الاقامة والفراغ منها مايفوت بلالاً «آمين» مع النبي ﷺ . إذا ثبت هذا فانما يقوم المأمومون إذا كان الامام في المسجد أو قريباً منه . قال أحمد ينبغي أن تقام الصفوف قبل أن يدخل الامام لما روى أبو هريرة قال كانت الصلاة تقام لرسول الله ﷺ فيأخذ الناس مصافهم قبل أن يقوم النبي ﷺ مقامه . رواه مسلم ، فأما ان أقيمت الصلاة والامام في غير المسجد ولم يعلموا قربه لم يقوموا لما روى أبو قتادة قال قال رسول الله ﷺ « إذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني قد خرجت» رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يسوي الامام الصفوف)

وذلك مستحب ، يلتفت عن يمينه فيقول : استووا رحمكم الله وعن يساره كذلك لما ذكرنا من الحديث ولما روى محمد بن مسلم قال : صليت إلى جنب أنس بن مالك يوماً فقال : هل تدري لم صنع هذا العود ؟ قلت : لا والله ، فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قام الى الصلاة أخذه بيمينه فقال « اعتدلوا وسووا صفوفكم » ثم أخذه بيساره وقال

فقال: هل تدري لم صنع هـذا العود قلت : لا والله فقال : لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قام الى الصـلاة أخذه بيمينه فقال « اعتدلوا وسووا صفوفكم » ثم أخذه بيساره وقال « اعتدلوا وسووا صفوفكم » وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « سووا صفوفكم فان تسوية الصف من تمام الصلاة » متفق عليه

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم (اذا قام الى الصلاة فقال الله اكبر)

وجملته أن الصلاة لا تنعقد الا بقول الله أكبر عند امامنا ومالك ، وكان ابن مسعود وطاوس وأيوب ومالك والثوري والشافعي يقولون: افتتاح الصلاة التكبير وعلى هذا عوام أهل العلم في القديم والحديث إلا أن الشافعي قال: تنعقد بقوله الله الاكبر لان الالف واللام لم تغيره عن بنيته ومعناه وانما أفادت التعريف ، وقال أبو حنيفة : تنعقد بكل اسم لله تعالى على وجه التعظيم كقوله الله عظيم أو كبير أوجليل وسبحان الله والحمد لله ولا إله الا الله ونحوه قال الحاكم لانه ذكر لله تعالى على وجه التعظيم أشبه قوله الله أكبر واعتبر ذلك بالخطبة حيث لم يتعين لفظها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «تحريمها التكبير» رواه أبو داود ، وقال للمسيء في صلاته اذا قمت الى الصلاة فكبر متفق عليه ، وفي حديث رفاعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقبل الله صلاة امريء حتى يضع الوضوء مواضعه ثم يستقبل القبلة فيقول الله اكبر » وكان النبي صلى الله عليه

«اعتدلوا وسووا صفوفكم» رواه أبو داود ، وعنه قال : قال رسول الله ﷺ « سووا صفوفكم فان تسوية الصف من تمام الصلاة» متفق عليه

(فصل) قيل لاحمد قبل التكبير تقول شيئا ؟ قال لا ، يعني ليس قبله دعاء مسنون اذ لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ولان الدعاء يكون بعد العبادة لقوله تعالى «فاذا فرغت فانصب والى ربك فارغب»

﴿مسئلة﴾ (ويقول الله أكبر لايجزئه غيرها) لا تنعقد الصلاة الا بقول الله اكبر ،وهو قول مالك وكان ابن مسعود والثوري والشافعي يقولون افتتاح الصلاة التكبير ، وعليه عوام أهل الحديث قديما وحديثا الا أن الشافعي قال : تنعقد بقوله الله الاكبر لان الالف واللام لم تغيره عن بنيته ومعناه وانما أفادت التعريف ،وقال أبو حنيفة تنعقد بكل اسم لله تعالى على وجه التعظيم كقوله الله عظيم أو كبير أوجليل وسبحان الله والحمد لله ولااله الاالله ونحوه قول الحاكم لانه ذكر لله على وجه التعظيم أشبه قوله الله أكبر ولان الخطبة لا يتعين في أولها لفظ كذلك هذا

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « تحريمها التكبير » رواه ابو داود ، وقوله للمسيء في صلاته « اذا قمت الى الصلاة فكبر » متفق عليه ، وفي حديث رفاعة ان النبي ﷺ قال « لا يقبل الله صلاة امريء حتى يضع الطهور مواضعه ثم يستقبل القبلة ويقول الله اكبر » رواه ابو داود ، وكان

وسلم يفتتح الصلاة بقوله «الله اكبر» لم ينقل عنه عدول عن ذلك حتى فارق الدنيا وهذا يدل على أنه لا يجوز العدول عنه وماقاله أبو حنيفة يخالف دلالة الاخبار فلا يصار اليه ثم يبطل بقوله : اللهم اغفر لي ولا يصح القياس على الخطبة لانه لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها لفظ بعينه في جميع خطبه ولا امر به ولا يمنع من الكلام فيها والتلفظ بما شاء من الكلام المباح والصلاة بخلافه وما قاله الشافعي عدول عن المنصوص فاشبه مالو قال : الله العظيم وقولهم لم تغير بنيته ولا معناه لايصح لانه نقله عن التنكير الي التعريف وكان متضمنا لاضمار أو تقدير فزال فان قوله الله اكبر التقدير من كل شيء ولم يرد في كلام الله تعالى ولا في كلام رسوله عليه السلام ولا في المتعارف في كلام الفصحاء الا هكذا فاطلاق لفظ التكبير ينصرف اليها دون غيرها كما ان اطلاق لفظ التسمية ينصرف الى قول بسم الله دون غيره وهذا يدل على ان غيرها ليس مثلا لها (1)

(فصل) والتكبير ركن في الصلاة لا تنعقد الصلاة الا به سواء تركه عمداً أو سهواً ، وهذا قول ربيعة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة والحكم والاوزاعي من نسي تكبيرة الافتتاح أجزأته تكبيرة الركوع

ولنا قول النبي ﷺ «تحريمها التكبير» يدل على أنه لايدخل في الصلاة بدونه

(فصل) ولا يصح التكبير الا مرتبا فان نكسه لم يصح لانه لا يكون تكبيراً ويجب على المصلي أن يسمعه نفسه اماما أو غيره الا أن يكون به عارض من طرش أو ما يمنعه السماع فيأتي به بحيث لو

النبي صلى الله عليه وسلم يفتتح الصلاة بقوله « الله اكبر » لم ينقل عنه عدول عن ذلك حتى فارق الدنيا وقياسهم يبطل بقوله اللهم اغفرلي ، ولا يصح القياس على الخطبة لانه لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها لفظ بعينه في جميع الخطبة ولا امر به ولانه يجوز فيها الكلام بخلاف الصلاة ، وما قاله الشافعي عدول عن المنصوص ، فاشبه ما لو قال الله العظيم ، وقولهم لم يغير بنيته ولا معناه ممنوع لان التنكير متضمن لاضمار او تقدير بخلاف التعريف فان معنى قوله « الله اكبر » اي من كل شيء ولان ذلك لم يرد في كلام الله تعالى ولا في كلام رسوله ولا في المتعارف في كلام الفصحاء الا كما ذكرنا فاطلاق لفظ التكبير ينصرف اليها دون غيرها كما ان اطلاق لفظ التسمية انما ينصرف الى قوله بسم الله دون غيره ، وهذا يدل على ان غيرها لا يساويها

(فصل) والتكبير ركن لاتنعقد الصلاة الا به لا يسقط في عمد ولاسهو وهو قول مالك والشافعي وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهري والاوزاعي: من نسي تكبيرة الافتتاح اجزأته تكبيرة الركوع

ولنا قول النبي ﷺ « تحريمها التكبير » فدل على أنه لايدخل الصلاة بدونه

(فصل) ولا يصح الا مرتبا فان نكسه لم يصح لانه لا يكون تكبيراً ، ويجب على المصلي أن يسمعه نفسه اماما كان أو غيره الا أن يكون به عارض من طرش أو ما يمنع السماع فيأتي به بحيث لو كان سميعا أو لاعارض به سمعه لانه ذكر محله اللسان فلا يكون كاملا بدون الصوت . والصوت

---

1) يزاد على هذا أن العبادات المحضة توقيفيه لايثبت شيء منها بالقياس والعلل ولا سيما الصلاة والشارع لم يلتزم في الخطبة ألفاظا لانها للوعظ الذي يختلف باختلاف الاحوال وأما الصلاة فقد قال فيها «صلوا كما رأيتموني اصلي» رواه البخاري وهو عمدة الفقهاء كلهم وكتبه محمد رشيد رضا

كان سميعا أو لاعارض به سمعه لأنه ذكر محله اللسان ولا يكون كلاما بدون الصوت والصوت ما يتأتى سماعه وأقرب السامعين اليه نفسه فتى لم يسمعه لم يعلم أنه أتى بالقول ولا فرق بين الرجل والمرأة فيما ذكرناه

(فصل) ويستحب للامام أن يجهر بالتكبير بحيث يسمع المأمومون ليكبروا فانهم لايجوز لهم التكبير الا بعد تكبيره فان لم يمكنه اسماعهم جهر بعض المأمومين ليسمعهم أو ليسمع من لا يسمع الامام لما روى جابر قال : صلى بنا رسول الله ﷺ وأبو بكر خلفه فاذا كبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر أبو بكر ليسمعنا متفق عليه

(فصل) ويبين التكبير ولا يمد في غير موضع المد فان فعل بحيث تغير المعنى مثل أن يمد الهمزة الاولى فيقول آلله فيجعلها استفهاما أو يمد اكبر فيزيد ألفا فيصير جمع كبر وهو الطبل لم يجز لأن المعنى يتغير به ، وإن قال الله أكبر وأعظم وأجل ونحوه لم يستحب نص عليه وانعقدت الصلاة بالتكبيرة الاولى

(فصل) ولا يجزئه التكبير بغير العربية مع قدرته عليها ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجزئه لقول الله تعالى (وذكر اسم ربه فصلى) وهذا قد ذكر اسم ربه

ولنا ماتقدم من النصوص وان النبي ﷺ لم يعدل عنها وهذا يخص ماذكروا فان لم يحسن العربية لزمه تعلم التكبير بها فان خشي فوات الوقت كبر بلغته ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وقال القاضي في الجامع لايكبر بغير العربية ويكون حكمه حكم الاخرس كمن عجز عن القراءة بالعربية

ما يتأتى سماعه وأقرب السامعين اليه نفسه فتى لم يسمعه لم يعلم أنه أتى بالقول والرجل والمرأة سواء فيما ذكرنا

(فصل) ويبين التكبير ولا يمد في غير موضع المد فان فعل بحيث لم يغير المعنى مثل أن يمد الهمزة الاولى في اسم الله تعالى فيقول آلله فيصير استفهاما أو يمد اكبر فيصير ألفا فيبقى جمع كبر وهو الطبل لم يجز لتغير المعنى ، وإن قال الله أكبر وأعظم ونحوه لم يستحب ، نصّ عليه وانعقدت به الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يحسنها لزمه تعلمها فان خشي فوات الوقت كبر بلغته) وجملة ذلك أنه لايجزئه التكبير بغير العربية مع قدرته عليها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة يجزئه لقول الله تعالى (وذكر اسم ربه فصلى) وهذا قد ذكر اسم ربه

ولنا ماتقدم من النصوص وهي تخص ماذكروه فان لم يحسن العربية لزمه تعلم التكبير بها لأنه ذكر واجب في الصلاة لاتصح بدونه فلزمه تعلمه كالقراءة فان خشي فوات الوقت كبر بلغته في أظهر الوجهين وهو مذهب الشافعي لانه ذكر عجز عنه بالعربية فلزمه الاتيان به بغيرها كلفظ النكاح ، ولان ذكر الله تعالى يحصل بكل لسان (والثاني) لا يصح ذكره القاضي في الجامع ويكون حكمه حكم الاخرس لانه ذكر تنعقد به الصلاة فلم يجز التعبير عنه بغير العربية كالقراءة فان عجز عن بعض اللفظ أو بعض الحروف أتى بما يمكنه كمن عجز عن بعض الفاتحة

(فصل) فان كان أخرس أو عاجزاً عن التكبير بكل لسان سقط عنه وعليه تحريك لسانه ذكره

لا يعبر عنها بغيرها، والاول أصح لان التكبير ذكر لله وذكر الله تعالى يحصل بكل لسان وأما القرآن فانه عربي فاذا عبر عنه بغير العربية لم يكن قرآنا والذكر لايخرج بذلك عن كونه ذكراً

(فصل) فان كان أخرس أو عاجزاً عن التكبير بكل لسان سقط عنه ، وقال القاضي عليه تحريك لسانه لان الصحيح يلزمه النطق بتحريك لسانه فاذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر ولا يصح هذا لانه قول عجز عنه فلم يلزمه تحريك لسانه في موضعه كالقراءة . وانما لزمه تحريك لسانه بالتكبير مع القدرة عليه ضرورة بوقف التكبير عليها فاذا سقط التكبير سقط ماهو من ضرورته كمن سقط عنه القيام سقط عنه النهوض اليه وإن قدر عليه ، ولان تحريك اللسان من غير نطق عبث لم يرد الشرع به فلا يجوز في الصلاة كالعبث بسائر جوارحه

(فصل) وعليه أن يأتي بالتكبير قائما فان انحنى الى الركوع بحيث يصير راكعا قبل إنهاء التكبير لم تنعقد صلاته إلا أن تكون نافلة لسقوط القيام فيها ، ويحتمل أن لاتنعقد أيضا لان صفة الركوع غير صفة القعود ولم يأت بالتكبير قائما ولا قاعداً ، ولو كان ممن تصح صلاته قاعداً كان عليه الاتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه وقال القاضي : إن كبر في الفريضة في حال انحنائه إلى الركوع انعقدت نفلا لانها امتنع وقوعها فرضا وأمكن جعلها نفلا فأشبه من أحرم بفريضة فبان أنه لم يدخل وقتها

القاضي في المجرد لان الصحيح يلزمه النطق بتحريك لسانه فاذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر . قال شيخنا : وهذا غير صحيح لانه قول عجز عنه فلم يلزمه تحريك لسانه في موضعه كالقراءة وانما لزمه تحريك لسانه مع التكبير ضرورة توقف التكبير عليه فاذا سقط التكبير سقط ماهو من ضرورته كمن سقط عنه القيام سقط عنه النهوض اليه وإن قدر عليه ، ولان تحريك لسانه بغير النطق مجرد عبث فلم يرد الشرع به كالعبث بسائر جوارحه

﴿ مسئلة ﴾ ويجهر الامام بالتكبير كله ليسمع المأمومون فيكبروا بتكبيره فان لم يمكنه اسماعهم جهر بعض المأمومين ليسمعهم أو يسمع من لا يسمعه الامام لما روى جابر قال : صلى بنا رسول الله ﷺ وأبو بكر خلفه فاذا كبر رسول الله ﷺ كبر أبو بكر ليسمعنا متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويسر غيره به وبالقراءة بقدر مايسمع نفسه) لا يستحب لغير الامام الجهر بالتكبير لانه لاحاجة اليه وربما لبس على المأمومين الا أن يحتاج الى الجهر بالتكبير ليسمع المأمومين كما ذكرنا ويجب عليه أن يكبر بحيث يسمع نفسه وكذلك القراءة لانه لا يسمى كلاما بدون ذلك وقد ذكرناه قبل هذا

(فصل) وعليه أن يأتي بالتكبير قائما فان انحنى إلى الركوع بحيث يصير راكعا قبل إنهاء التكبير لم تنعقد صلاته إن كانت فرضا لان القيام فيها واجب ولم يأت به ، وإن كانت نافلة فظاهر قول القاضي أنها تنعقد فانه قال إن كبر في الفريضة في حال انحنائه إلى الركوع انعقدت نفلا لسقوط القيام فيه فاذا تعذر الفرض وقعت نفلا كمن أحرم بفريضة فبان قبل وقتها . قال شيخنا : ويحتمل أن لاتنعقد النافلة إلا أن يكبر في حال قيامه أيضا لان صفة الركوع غير صفة القعود ولم يأت بالتكبير قائما ولا قاعداً

(فصل) ولا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير . وقال أبو حنيفة : يكبر معه كما يركع معه ولنا أن النبي ﷺ قال « إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا » متفق عليه والركوع مثل ذلك فانه إنما يركع بعده إلا أنه لا تفسد صلاته بالركوع معه لأنه قد دخل في الصلاة وههنا بخلافه فان كبر قبل إمامه لم ينعقد تكبيره وعليه استئناف التكبير بعد تكبير الامام

(فصل) والتكبير من الصلاة . وقال أصحاب أبي حنيفة : ليس هو منها بدليل اضافته اليها بقوله « تحريمها التكبير » ولا يضاف الشيء إلى نفسه

ولنا قول النبي ﷺ في الصلاة « إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم وأبو داود وماذكروه غلط فان أجزاء الشيء تضاف اليه كيد الانسان ورأسه وأطرافه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وينوي بها المكتوبة يعني بالتكبيرة ولا نعلم خلافا بين الامة في وجوب النية للصلاة وأن الصلاة لا تنعقد إلا بها والاصل فيه قول الله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين)

والاخلاص عمل القلب وهو النية وارادة الله وحده دون غيره . وقول النبي ﷺ « إنما الاعمال بالنيات وانما لامرىء مانوى » ومعنى النية القصد ومحلها القلب وان لفظ بما نواه كان تأكيداً فان كانت الصلاة مكتوبة لزمته نية الصلاة بعينها ظهراً أو عصراً أو غيرهما فيحتاج إلى نية شيئين الفعل والتعيين . واختلف أصحابنا في نية الفرضية فقال بعضهم لا يحتاج اليها لان التعيين يغني عنها لكون الظهر مثلا لا يكون إلا فرضاً من المكلف . وقال ابن حامد : لابد من نية الفرضية لان المعينة قد تكون نفلا كظهر الصبي والمعادة فيفتقر إلى ثلاثة أشياء الفعل والتعيين والفرضية ويحتمل هذا كلام الخرقي لقوله : ينوي بها المكتوبة أي الواجبة المعينة والالف واللام ههنا للمعهود أي إنها المكتوبة الحاضرة . وقال القاضي : ظاهر كلام الخرقي أنه لا يفتقر إلى التعيين لانه إذا

ولان عليه الاتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه

(فصل) ولا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير . وقال أبو حنيفة يكبر معه كما يركع معه ولنا قول النبي ﷺ « إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا » متفق عليه والركوع مثل ذلك ، إلا أنه لا تفسد صلاته بالركوع معه لانه قد دخل في الصلاة ، وههنا بخلافه فان كبر قبل إمامه لم تنعقد صلاته وعليه إعادة التكبير بعد تكبير الامام

(فصل) والتكبير من الصلاة خلافا لأصحاب أبي حنيفة في قولهم ليس منها لأنه أضافه اليها في قوله « تحريمها التكبير » ولا يضاف الشيء إلى نفسه

ولنا قول النبي ﷺ في الصلاة « إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم . وما ذكروه فلا يصح ، فان أجزاء الشيء تضاف اليه كيد الانسان وسائر أطرافه

نوى المفروضة انصرفت النية إلى الحاضرة والصحيح أنه لا بد من التعيين والالف واللام هنا للمعهود كما ذكرنا والحضور لا يكفي عن النية بدليل أنه لم يغن عن نية المكتوبة وقد يكون عليه صلوات فلا تتعين إحداهن بدون التعيين. فأما الفائتة فان عينها بقلبه أنها ظهر اليوم لم يحتج إلى نية القضاء ولا الاداء بل لو نواها أداء فبان أن وقتها قد خرج وقعت قضاء من غير نيــة ، ولو ظن أن الوقت قد خرج فنواها قضاء فبان أنها في وقتها وقعت أداء من غير نيــة كالاسير إذا تحرى وصام شهراً يريد به شهر رمضان فوافقه أوما بعده أجزأه. وان ظن أن عليه ظهراً فائتة فقضاها في وقت ظهر اليوم ثم تبين أنه لاقضاء عليه فهل يجزئه عن ظهر اليوم ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يجزئه لان الصــلاة معينة وإنما أخطأ في نيــة الوقت فلم يؤثر كما إذا اعتقد أن الوقت قد خرج فبان أنه لم يخرج أو كما لو نوى ظهر أمس وعليه ظهر يوم قبله (والثاني) لايجزئه لانه لم ينو عين الصلاة فأشبه مالو نوى قضاء عصر لم يجزه عن الظهر ولو نوى ظهر اليوم في وقتها وعليه فائتة لم يجزه عنها ويتخرج فيها كالتي قبلها. فأما إن كانت عليه فوائت فنوى صلاة غير معينة لم يجزه عن واحدة منها لعدم التعيين ولو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه خمس صلوات ليعلم أنه أدى الفائتة ولو نسي صلاة لا يدري أظهر هي أم عصر لزمه صلاتان فان صلى واحدة ينوي أنها الفائتة لم يجزه لعدم التعيين .

(فصل) فأما النافلة فتنقسم الى معينة كصلاة الـكسوف والاستسقاء والتراويح والوتر والسنن الرواتب فيفتقر إلى التعيين أيضاً وإلى مطلقة كصلاة الليل فيجزئه نية الصلاة لاغير لعدم التعيين فيها

(فصل) واذا دخل في الصلاة بنية مترددة بين اتمامها وقطعها لم تصح لان النية عزم جازم ومع التردد لا يحصل الجزم. وان تلبس بها بنية صحيحة ثم نوى قطعها والخروج منها بطلت وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لاتبطل بذلك لأنها عبادة صح دخوله فيها فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج

ولنا أنه قطع حكم النية قبل اتمام صلاته ففسدت كما لو سلم ينوي الخروج منها ولان النية شرط في جميع الصلاة وقد قطعها بما حدث ففسدت لذهاب شرطها . وفارقت الحج فانه لا يخرج منه بمحظوراته ولا بمفسداته بخلاف الصلاة . فأما ان تردد في قطعها فقال ابن حامد : لاتبطل لانه دخل فيها بنية متيقنة فلا تزول بالشك والتردد كسائر العبادات . وقال القاضي : يحتمل أن تبطل وهو مذهب الشافعي لان استدامة النية شرط مع التردد لايكون مستديماً لها فأشبه مالو نوى قطعها .

(فصل) والواجب استصحاب حكم النية دون حقيقتها بمعنى أنه لا ينوي قطعها ولو ذهل عنها وعزبت عنه في أثناء الصلاة لم يؤثر ذلك في صحتها لان التحرز من هذا غير ممكن ولان النية لاتعتبر حقيقتها في أثناء العبادة بدليل الصوم وغيره وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أقيمت الصلاة أدبر الشيطان ، وله حصاص فاذا قضي التثويب أقبل يخطر بين المرء ونفسه يقول : اذكر كذا ، اذكر كذا حتى يظل أحدكم أن يدري كم صلى » متفق عليه ورواه مالك في الموطأ . وروي عن عمر رضي الله عنه أنه صلى صلاة فلم يقرأ فيها فقيل له إنك لم تقرأ فقال : اني جهزت جيشا للمسلمين حتى بلغت بهو ادي القرى .

(فصل) فان شك في أثناء الصلاة هل نوى أو لا أو شك في تكبيرة الاحرام استأنفها لأن الاصل عدم ماشك فيه فان ذكر أنه كان قد نوى أو كبر قبل قطعها أو أخذ في عمل فله البناء لانه لم يوجد مبطل لها ، وان عمل فيها عملا مع الشك فقال القاضي: تبطل وهذا مذهب الشافعي لان هذا العمل عري عن النية وحكمها فان استصحاب حكمها مع الشك لا يوجد ، وقال ابن حامد لا تبطل ويبني أيضاً لان الشك لا يزيل حكم النية بدليل مالو لم يحدث عملا فانه يبني ولو زال حكم النية ابطلت الصلاة كما لو نوى قطعها ، وان شك هل نوى فرضاً أو نفلا أتمها نفلا إلا أن يذكر أنه نوى الفرض قبل أن يحدث عملا وإن ذكر ذلك بعد احداث عمل خرج فيه الوجهان المذكوران في التي قبلها ، فان شك هل أحرم بظهر أو عصر فحكمه حكم مالو شك في النية ، لان التعيين شرط وقد زال بالشك ، ويحتمل أن يتمها نفلا كما لو أحرم بفرض فبان أنه قبل وقته .

(فصل) واذا أحرم بفريضة ثم نوى نقلها الى فريضة أخرى بطلت الاولى لانه قطع نيتها ولم تصح الثانية لانه لم ينوها من أولها فان نقلها الى نفل لغير غرض فقال القاضي: لا يصح رواية واحدة لما ذكرناه ، وقال في الجامع يخرج على روايتين . وقال أبو الخطاب : يكره ويصح لان النفل يدخل في نية الفرض بدليل مالو أحرم بفرض فبان أنه لم يدخل وقته وصحة نقلها اذا كان لغرض، وللشافعي قولان كالوجهين ، فأما ان نقلها لغرض صحيح مثل من أحرم بها منفرداً فحضرت جماعة فجعلها نفلا ليصلي فرضه في جماعة فقال أبو الخطاب تصح من غير كراهة ، وقال القاضي: فيه روايتان (احداهما) لا يصح لانه لم ينو النفل من أولها (والثانية) يصح لانه لفائدة وهي تأدية فرضه في الجماعة مضاعفة الثواب بخلاف من نقلها لغير غرض فانه أبطل عمله لغير سبب ولا فائدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تقدمت النية قبل التكبير وبعد دخول الوقت مالم يفسخها أجزأه)

قال أصحابنا : يجوز تقديم النية على التكبير بالزمن اليسير ، وان طال الفصل أو فسخ نيته بذلك لم يجزه ، وحمل القاضي كلام الخرقي على هذا وفسره به وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقال الشافعي وابن المنذر يشترط مقارنة النية للتكبير لقوله تعالى (وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) فقوله مخلصين حال لهم في وقت العبادة فان الحال وصف هيئة الفاعل وقت الفعل والاخلاص هو النية، وقال النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات » ولان النية شرط فلم يجز أن تخلو العبادة عنها كسائر شروطها

ولنا أنها عبادة فجاز تقديم نيتها عليها كالصوم وتقديم النية على الفعل لا يخرجه عن كونه منويا ولا يخرج الفاعل عن كونه مخلصا بدليل الصوم والزكاة اذا دفعها الى وكيله وكسائر الافعال في أثناء العبادة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويرفع يديه الى فروع أذنيه أو الى حذو منكبيه)

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع يديه مع ابتداء التكبير ممدودة الاصابع مضموما بعضها الى بعض الى حذو منكبيه أو الى فروع أذنيه) رفع اليدين عند افتتاح الصلاة مستحب بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر: لا يختلف أهل العلم في أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة ، فروى

لا نعلم خلافا في استحباب رفع اليدين عند افتتاح الصلاة ، وقال ابن المنذر لايختلف أهل العلم في أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وقد ذكرنا حديث أبي حميد ، وروى ابن عمر قال : رأيت رسول الله ﷺ اذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه واذا أراد أن يركع وبعد مايرفع رأسه من الركوع ولا يرفع بين السجدتين متفق عليه . وهو مخير في رفعهما الى فروع أذنيه أو حذو منكبيه. ومعناه أن يبلغ بأطراف أصابعه ذلك الموضع وانما خير لأن كلا الأمرين مروي عن رسول الله ﷺ فالرفع الى حذو المنكبين في حديث أبي حميد وابن عمرو رواه علي وأبوهريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، والرفع الى حذو الأذنين رواه وائلة بن حجر ومالك بن الحويرث رواه مسلم وقال به ناس من أهل العلم وميل أحمد الى الاول أكثر ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله الى أين يبلغ بالرفع ؟ قال : أما أنا فأذهب الى المنكبين لحديث ابن عمر ، ومن ذهب الى أن يرفع يديه الى حذوأذنيه فحسن وذلك لان رواة الاول أكثر وأقرب الى النبي ﷺ وجوز الآخر لان صحة روايته تدل على أنه كان يفعل هذا مرة وهذا مرة

(فصل) ويستحب أن يمد أصابعه وقت الرفع ويضم بعضها الى بعض لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ كان اذا دخل في الصلاة رفع يديه مدا ، وقال الشافعي السنة أن يفرق أصابعه لما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ كان ينشر أصابعه للتكبير

ولنا ماذكرناه وحديثهم قال الترمذي هذا خطأ والصحيح مارويناه . ثم لوصح كان معناه مد أصابعه قال أحمد: أهل العربية قالوا: هذا الضم ـ وضم أصابعه ـ وهذا النشر ـ ومد أصابعه ـ وهذا التفريق ـ

ابن عمر رضي الله عنهما قال : رأيت رسول الله ﷺ اذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ، واذا أراد أن يركع ، وبعد مايرفع رأسه من الركوع ، ولا يرفع بين السجدتين متفق عليه . وهو مخير في رفعهما الى حذو منكبيه أو فروع أذنيه ؟ يعني انه يبلغ بأطراف أصابعه ذلك الموضع لان كلا الأمرين قد روي عن رسول الله ﷺ . فالرفع الى المنكبين قد روي في حديث ابن عمر، ورواه علي وأبوهريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، والرفع الى حذو الاذنين رواه وائل بن حجر ومالك بن الحويرث من رواية مسلم وقال به ناس من أهل العلم إلا ان ميل أبي عبد الله الى الاول لكثرة رواته وقربهم من النبي ﷺ . وجوز الآخر لصحة روايته فدل على ان النبي ﷺ كان يفعل هذا وهذا ، ويستحب أن يمد أصابعه وقت الرفع ويضم بعضها الى بعض لما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا دخل في الصلاة رفع يديه مدا ، وقال الشافعي : السنة أن يفرق أصابعه ، وقد روي ذلك عن أحمد لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان ينشر أصابعه للتكبير

ولنا مارويناه وحديثهم خطأ قاله الترمذي ، ثم لو صح كان معناه المد ، قال أحمد : أهل العربية قالوا هذا الضم ـ وضم أصابعه ـ وهذا النشر ـ ومد أصابعه ـ وهذا التفريق ـ وفرق أصابعه ـ ولان النشر لايقتضي التفريق كنشر الثوب

وفرق أصابعه ، ولان النشر لا يقتضي التفريق كنشر الثوب ولهذا يستعمل في الشيء الواحد ولا تفريق فيه

(فصل) ويبتديء رفع يديه مع ابتداء التكبير ويكون انتهاؤه مع انقضاء تكبيره ولا يسبق أحدهما صاحبه فاذا انقضى التكبير حط يديه فان نسي رفع اليدين حتى فرغ من التكبير لم يرفعهما لانه سنة فات محلها وإن ذكره في أثناء التكبير رفع لان محله باق فان لم يمكنه رفع يديه إلى المنكبين رفعهما قدر ما يمكنه وإن أمكنه رفع إحداهما دون الاخرى رفعها لقول النبي ﷺ «اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » وإن لم يمكنه رفعهما الا بالزيادة على المسنون رفعهما لأنه يأتي بالسنة وزيادة مغلوب عليها وقول الشافعي كقولنا في هذا الفصل جميعه

(فصل) وإن كانت يداه في ثوبه رفعهما بحيث يمكن لما روى وائل بن حجر قال : أتيت النبي ﷺ في الشتاء فرأيت أصحابه يرفعون أيديهم في ثيابهم في الصلاة ، وفي رواية قال ثم جئت في زمان فيه برد شديد فرأيت الناس عليهم جل الثياب تتحرك أيديهم تحت الثياب رواهما أبو داود وفي رواية فرأيتهم يرفعون أيديهم إلى صدورهم

(فصل) والامام والمأموم والمنفرد في هذا سواء وكذلك الفريضة والنافلة لان الاخبار لا تفريق فيها فأما المرأة فذكر القاضي فيها روايتين عن أحمد (احداهما) ترفع لما روى الخلال باسناده عن أم الدرداء وحفصة بنت سيرين أنهما كانتا ترفعان أيديهما وهو قول طاوس ولان من شرع في حقه التكبير شرع في حقه الرفع كالرجل فعلى هذا ترفع قليلا ، قال أحمد رفع دون الرفع (والثانية) لا يشرع لانه في معنى التجافي ولا يشرع ذلك لها بل تجمع نفسها في الركوع والسجود وسائر صلاتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يضع يده اليمنى على كوعه اليسرى)

(فصل) ويكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير وانتهاؤه مع انتهائه فاذا انقضى التكبير حط يديه لان الرفع للتكبير فكان معه . فان نسي رفع اليدين حتى فرغ من التكبير لم يرفعهما لانه سنة فات محلها وإن ذكره في أثناء التكبير رفعهما لبقاء محله ، فان لم يمكنه رفع اليدين إلى المنكبين رفعهما قدر الامكان ، وإن أمكنه رفع احداهما حسب رفعها لقول النبي ﷺ « اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » فان لم يمكنه رفعهما الا بالزيادة على المسنون رفعهما لانه يأتي بالسنة وزيادة مغلوب عليها وهذا كله قول الشافعي . وإن كانت يداه في ثوبه رفعهما بحيث يمكن لما روى وائل بن حجر قال : أتيت النبي ﷺ في الشتاء فرأيت أصحابه يرفعون أيديهم في ثيابهم في الصلاة ، وفي رواية قال ثم جئت في زمان فيه برد شديد فرأيت الناس عليهم جل الثياب تتحرك أيديهم تحت الثياب رواهما أبو داود وفيه فرأيتهم يرفعون أيديهم الى صدورهم ولا فرق في ذلك بين النافلة والفريضة والامام والمأموم والمنفرد لعموم الاخبار والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يضع كف يده اليمنى على كوع اليسرى ويجعلهما تحت سرته) وضع اليمنى على اليسرى

أما وضع اليمين على اليسرى في الصلاة فمن سنتها في قول كثير من أهل العلم يروى ذلك عن علي وأبي هريرة والنخعي وأبي مجلز وسعيد بن جبير والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وحكاه ابن المنذر عن مالك وظاهر مذهبه الذي عليه أصحابه ارسال اليدين وروي ذلك عن ابن الزبير والحسن

ولنا ماروى قبيصة بن هلب عن أبيه قال : كان رسول الله ﷺ يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه رواه الترمذي وقال حديث حسن وعليه العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين ومن بعدهم ، وعن أبي حازم عن سهل بن سعد قال كان الناس يؤمرون أن يضع الرجل يده اليمنى على ذراعه اليسرى في الصلاة ، قال أبو حازم لاأعلمه الا ينمي ذلك الى رسول الله ﷺ رواه البخاري وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم مر به وهو واضع شماله على يمينه فأخذ يمينه فوضعها على شماله رواه أبو داود ورواها الاثرم ، وفي المسند عن غطيف قال ما نسيت من الاشياء فلم أنس أني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واضعا يمينه على شماله في الصلاة ويستحب أن يضعها على كوعه وما يقاربه لما روى وائل بن حجر أنه وصف صلاة النبي ﷺ وقال في وصفه ثم وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى والرسغ والساعد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجعلهما تحت سرته)

في الصلاة مسنون روي عن علي وأبي هريرة والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وحكاه ابن المنذر عن مالك والذي عليه أصحابه ارسال اليدين روي ذلك عن ابن الزبير والحسن

ولنا ماروى قبيصة بن هلب عن أبيه قال : كان رسول الله ﷺ يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه ، رواه الترمذي وقال حديث حسن وعليه العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين ومن بعدهم ، وعن غطيف قال : مانسيت من الاشياء فلم أنس أني رأيت رسول الله ﷺ واضعا يمينه على شماله في الصلاة من المسند. ويضعهما على كوعه أو قريبا منه لما روى وائل بن حجر أنه وصف صلاة رسول الله ﷺ وقال في وصفه ثم وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى - والرسغ والساعد

(فصل) ويجعلهما تحت سرته ، روي ذلك عن علي وأبي هريرة والثوري واسحاق قال علي رضي الله عنه من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة ، رواه الامام أحمد وأبو داود ، وعن أحمد أنه يضعهما على صدره فوق السرة ، وهو قول سعيد بن جبير والشافعي لما روى وائل بن حجر قال : رأيت رسول الله ﷺ يصلي فوضع يديه على صدره احداهما الى الاخرى ، وعنه رواية ثالثة أنه مخير في ذلك لان الجميع مروي والامر في ذلك واسع

﴿ مسئلة ﴾ وينظر إلى موضع سجوده وذلك مستحب لانه أخشع للمصلي ، وأكف لنظره . قال محمد بن سيرين وغيره في قوله تعالى (والذين هم في صلاتهم خاشعون) هو أن لايرفع بصره عن موضع سجوده . قال أبو هريرة كان أصحاب رسول الله ﷺ يرفعون أبصارهم الى السماء في الصلاة فلما نزل

اختلفت الرواية في موضع وضعهما ، فروي عن أحمد انه يضعهما تحت سرته وروي ذلك عن علي وابي هريرة وأبي مجلز والنخعي والثوري وإسحاق لما روي عن علي أنه قال من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة ، رواه الامام أحمد وأبو داود وهذا ينصرف الى سنة النبي ﷺ ولانه قول من ذكرنا من الصحابة ، وعن أحمد انه يضعهما فوق السرة وهو قول سعيد بن جبير والشافعي ، لما روى وائل بن حجر قال: رأيت النبي ﷺ يصلي فوضع يديه على صدره احداهما على الأخرى وعنه انه مخير في ذلك لأن الجميع مروي والامر في ذلك واسع

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقول سبحانك اللهم وبحمدك ، وتبارك اسمك ، وتعالى جدك ولا إله غيرك)

وجملته أن الاستفتاح من سنن الصلاة في قول أكثر أهل العلم ، وكان مالك لايراه بل يكبر ويقرأ لما روى أنس قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين متفق عليه .

(الذين هم في صلاتهم خاشعون) رموا بأبصارهم الى موضع السجود

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك ، وتبارك اسمك ، وتعالى جدك ، ولا إله غيرك) الاستفتاح من سنن الصلاة في قول أكثر أهل العلم ، وكان مالك لا يراه بل يكبر ويقرأ لما روى أنس قال: كان النبي ﷺ وأبو بكر وعمر يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين متفق عليه .

ولنا أن النبي ﷺ كان يستفتح بما سنذكره وعمل به الصحابة رضي الله عنهم فكان عمر يستفتح به صلاته يجهر به ليسمعه الناس ، وعبد الله بن مسعود . وحديث أنس أراد به القراءة كما روى أبو هريرة يقول الله تعالى « قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين » وفسره بالفاتحة مثل قول عائشة كان النبي ﷺ يفتتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين ويتعين حمله على هذا لما ذكرنا من فعل عمر وهو ممكن روى عنه أنس[1]

(فصل) ومذهب أحمد رحمه الله الاستفتاح الذي ذكرنا وقال : لو أن رجلا استفتح ببعض ماروي عن النبي ﷺ من الاستفتاح كان حسنا ، والذي ذهب اليه أحمد قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن مسعود والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، قال الترمذي. وعليه العمل عند أهل العلم من التابعين وغيرهم . وذهب الشافعي وابن المنذر الى الاستفتاح بما روي عن علي قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة كبر ثم قال «وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين، اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت أنا عبدك ظلمت نفسي واعترفت بذنبي فاغفرلي ذنوبي جميعاً انه لا يغفر الذنوب إلا أنت، واهدني لأحسن الاخلاق لا يهدي لأحسنها

١) كذا في نسختنا وهو غير ظاهر وتراجع العبارة في السطر الخامس من الصفحة التالية

ولنا أن النبي ﷺ كان يستفتح بما سنذكره وعمل به الصحابة رضي الله عنهم وكان عمر يستفتح به في صلاته يجهر به ليسمعه الناس وعبد الله بن مسعود . وحديث أنس أراد به القراءة كما جاء في حديث أبي هريرة «ان الله تعالى قال : قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين» وفسر ذلك بالفاتحة . وهذا مثل قول عائشة كان النبي ﷺ يفتتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين ويتعين حمله على هذا لانه قد ثبت عن الذين روى عنهم أنس الاستفتاح بما ذكرناه. اذا ثبت هذا فان أحمد ذهب الى الاستفتاح بهذا الذي ذكره الخرقي وقال: لوأن رجلا استفتح ببعض ماروي عن النبي ﷺ من الاستفتاح كان حسنا أو قال جائزاً وكذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن مسعود والثوري واسحاق وأصحاب الرأي قال الترمذي وعليه العمل عند أهل العلم من التابعين وغيرهم . وذهب الشافعي وابن المنذر الى الاستفتاح بما قد روي عن علي قال كان رسول الله ﷺ اذا قام الى الصلاة كبر ثم قال « وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لاشريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين، أنت الملك لا إله إلا أنت ، واصرف عني سيئها لا يصرف عني سيئها إلا أنت، لبيك وسعديك، والخير كله في يديك، والشر ليس اليك ، أنا بك واليك ، تباركت ربنا وتعاليت ، أستغفرك وأتوب اليك » رواه مسلم وأبو داود . وعن أبي هريرة قال : كان رسول الله ﷺ اذا كبر سكت إسكاتة حسنة ، قال هنيهة بين التكبير والقراءة . فقلت يارسول الله ؟ أرأيت إسكاتك بين التكبير والقراءة ماتقول ؟ قال أقول « اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب ، اللهم نقني من خطاياي كما ينقى الثوب الابيض من الدنس . اللهم اغسلني من خطاياي بالثلج والماء والبرد » متفق عليه . وانما اختار أحمد رحمه الله الاستفتاح الاول لما روت عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استفتح الصلاة قال « سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي. وروى أبوسعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله من رواية النسائي والترمذي ورواه أنس أيضاً وعمل به عمر بين يدي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلذلك اختاره أحمد وجوز الاستفتاح بغيره لكونه قد صح ،إلا أنه قد قال في حديثهم بعضهم يقول في صلاة الليل ولان العمل به متروك، فانا لا نعلم أحداً يستفتح به كله، وانما يستفتحون بأوله قال أحمد : ولا يجهر الامام بالاستفتاح وعليه عامة أهل العلم لان النبي ﷺ لم يجهر به وانما جهر به عمر ليعلم الناس، فان نسيه أو تركه عمداً حتى شرع في الاستعاذة لم يعد اليه لانه سنة فات محلها ، وكذلك إن نسي التعوذ حتى شرع في القراءة لم يعد اليه لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقول أعوذ بالله من الشيطان الرجيم) الاستعاذة قبل القراءة في الصلاة سنة في قول الحسن وابن سيرين والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا قام الى الصلاة استفتح ثم يقول «أعوذ بالله السميع العليم، من الشيطان الرجيم، من همزه ونفخه ونفثه»

إلا أنت ، انا عبدك ظلمت نفسي واعترفت بذنبي ، فاغفر لي ذنوبي جميعاً لا يغفر الذنوب إلا انت واهدني لأحسن الاخلاق لايهدي لأحسنها إلا أنت واصرف عني سيئها لا يصرف عني سيئها إلا أنت ، لبيك وسعديك والخير كله في يديك والشر ليس اليك أنا بك واليك تباركت ربنا وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك » رواه مسلم [1] وأبو داود والنسائي ، وروى أبو هريرة قال : كان رسول الله ﷺ إذا كبر في الصلاة أسكت إسكاتة — حسبته قال هنيهة — بين التكبير والقراءة فقلت يارسول الله أرأيت إسكاتك بين التكبير والقراءة ماتقول ؟ قال « أقول اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب ، اللهم نقني من خطاياي كما ينقى الثوب الابيض من الدنس ، اللهم اغسلني من خطاياي بالثلج والماء والبرد » متفق عليه

ولنا ماروت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ اذا استفتح الصلاة قال « سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، وعن

(١) الصواب أنه رواه الجماعة كلهم إلا البخاري ولكن بعضهم رواه مطولا وبعضهم مختصراً

قال الترمذي هذا أشهر حديث في هذا الباب . وقال مالك لايستعيذ لحديث انس وقد مضى جوابه وصفتها كما ذكرنا وهذا قول ابي حنيفة والشافعي للآية . وقال ابن المنذر جاء عن النبي ﷺ انه كان يقول قبل القراءة « اعوذ بالله من الشيطان الرجيم » وعن احمد انه يقول « اعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم » لحديث ابي سعيد فانه متضمن للزيادة ، ونقل حنبل عنه انه يزيد بعد ذلك « ان الله هو السميع العليم » وهذا كله واسع وكيفما استعاذ فحسن

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم)

قراءة بسم الله الرحمن الرحيم مشروعة في الصلاة في أول الفاتحة وأول كل سورة في قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك والاوزاعي لا يقرؤها في أول الفاتحة لحديث أنس ، وعن ابن عبدالله بن المغفل قال سمعني أبي وأنا أقول بسم الله الرحمن الرحيم فقال أي بني محدث ، إياك والحدث ، قال ولم أر احداً من اصحاب رسول الله ﷺ كان أبغض اليه الحدث في الاسلام - يعني منه - فاني صليت مع النبي ﷺ ومع ابي بكر ومع عمر ومع عثمان فلم اسمع احدا منهم يقولها فلا تقلها فاذا صليت فقل (الحمد لله رب العالمين) رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروي عن نعيم المجمر انه قال صليت وراء ابي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ثم قرأ بأم القرآن وقال والذي نفسي بيده إني لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ رواه النسائي ، وروى ابن المنذر ان رسول الله ﷺ قرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم . وعن ام سلمة ان رسول الله ﷺ قرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم وعدها آية والحمد لله رب العالمين آيتين . فأما حديث انس فقد سبق جوابه ثم يحمل على ان الذي كان يسمع منهم الحمد لله رب العالمين وقد جاء مصرحا به فروى شعبة وشيبان عن قتادة قال سمعت أنس بن مالك قال صليت خلف النبي ﷺ وابي بكر وعمر فلم اسمع احداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، وفي لفظ كلهم يخفي بسم الله الرحمن الرحيم ، وفي لفظ ان رسول الله ﷺ كان يسر بسم الله الرحمن

ابي سعيد عن النبي ﷺ مثله رواه النسائي والترمذي ورواه أنس واسناد حديثه كلهم ثقاة رواه الدارقطني وعمل به السلف فكان عمر رضي الله عنه يستفتح به بين يدي أصحاب رسول الله ﷺ فروى الاسود انه صلى خلف عمر فسمعه كبر فقال سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك، فلذلك اختاره احمد وجوّز الاستفتاح بغيره لكونه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا انه قال في حديث علي بعضهم يقول في صلاة الليل، ولان العمل به متروك فانا لا نعلم احداً يستفتح به كله وانما يستفتحون بأوله

(فصل) قال احمد ولا يجهر الامام بالافتتاح وعليه عامة أهل العلم لان النبي ﷺ لم يجهر به وانما جهر به عمر ليعلم الناس، واذا نسي الاستفتاح او تركه عمداً حتى شرع في الاستعاذة لم يعد اليه لانه سنة فات محلها وكذلك ان نسي التعوذ حتى شرع في القراءة لم يعد اليه لذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يستعيذ)

الرحيم وأبا بكر وعمر، رواه ابن شاهين، وحديث عبد الله بن المغفل محمول على هذا ايضاً جمعا بين الاخبار، ولان مالكا قد سلّم أنه يستفتح بها في غير الفاتحة والفاتحة أولى لانها أول القرآن وفاتحته

﴿ مسئلة ﴾ (وليست من الفاتحة وعنه أنها منها ولا يجهر بشيء من ذلك)

قد مضى ذكر الاستفتاح ولا نعلم خلافا في أنه لا يجهر بالاستعاذة، فأما بسم الله الرحمن الرحيم فالجهر بها غير مسنون عند أحمد رحمه الله لا اختلاف عنه فيه، قال الترمذي وعليه العمل عند اكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين منهم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وذكره ابن المنذر عن ابن مسعود وعمار وابن الزبير وهو قول الحكم وحماد والاوزاعي والثوري وابن المبارك واصحاب الرأي، ويروى الجهر بها عن عطاء وطاووس ومجاهد وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي لحديث ابي هريرة انه قرأ بها في الصلاة وقد قال ما اسمعنا رسول الله ﷺ اسمعناكم وما اخفى علينا اخفيناعنكم متفق عليه، وعن انس انه صلى وجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وقال أقتدي بصلاة رسول الله ﷺ ولما تقدم من حديث ام سلمة ولانها آية من الفاتحة فيجهر بها الامام في صلاة الجهر كسائر آياتها

ولنا ما ذكرنا من حديث انس وعبد الله بن المغفل، وعن عائشة ان النبي ﷺ كان يفتتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين، متفق عليه، وحديث ابي هريرة عن النبي ﷺ قال الله تعالى « قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين » لم يذكر فيه بسم الله الرحمن الرحيم يدل على انه لم يذكر فيه بسم الله الرحمن الرحيم، وأما حديث ابي هريرة الذي احتجوا به فليس فيه انه جهر بها ولا يمتنع ان يسمع منه حال الاسرار كما سمع الاستفتاح والاستعاذة من النبي ﷺ مع اسراره بهما فقد روي انه كان يسمعهم الآية احيانا في صلاة الظهر من رواية ابي قتادة

وجملة ذلك أن الاستعاذة قبل القراءة في الصلاة سنة وبذلك قال الحسن وابن سيرين وعطاء والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يستعيذ لحديث أنس ولنا قول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وعن أبي سعيد عن عن رسول الله ﷺ أنه كان إذا قام إلى الصلاة استفتح ثم يقول « أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه » قال الترمذي هذا أشهر حديث في الباب ، وقال ابن المنذر جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول قبل القراءة « أعوذ بالله من الشيطان الرجيم » وحديث أنس قد مضى جوابه، وصفة الاستعاذة أن يقول أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لقول الله تعالى (فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وعن أحمد أنه يقول أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم لخبر أبي سعيد ولقول الله تعالى (فاستعذ بالله انه هو السميع العليم) وهذا متضمن الزيادة ونقل حنبل عنه أنه يزيد بعد ذلك ان الله هو السميع العليم ، وهذا كله واسع وكيفما استعاذ فهو حسن ويسر الاستعاذة ولا يجهر بها لا أعلم فيه خلافا

متفق عليه ، وكذلك حديث أم سلمة ليس فيه ذكر الجهر وباقي أخبار الجهر ضعيفة لان رواتها هم رواة الاخفاء باسناد صحيح ثابت لا يختلف فيه فدل على ضعف ما يخالفه ، وقد بلغنا أن الدار قطني قال : لم يصح في الجهر حديث

(فصل) وليست من الفاتحة في إحدى الروايتين عن أحمد وهي المنصورة عند أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي ، ثم اختلف عن أحمد فيها فقيل هي آية منفردة كانت تنزل بين كل سورتين فصلا بين السور [1] وقيل عنه إنها هي بعض آية من سورة النمل (إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم) (والرواية الثانية) أنها آية من الفاتحة خاصة تجب قراءتها في الصلاة أولا اختارها أبو عبدالله بن بطة وأبو حفص وهو قول ابن المبارك والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، قال عبد الله بن المبارك : من ترك بسم الله الرحمن الرحيم فقد ترك مائة وثلاث عشرة آية ، وكذلك قال الشافعي لحديث أم سلمة . وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا قرأتم (الحمد لله رب العالمين) فاقرءوا (بسم الله الرحمن الرحيم) فانها أم الكتاب وإنها السبع المثاني » وبسم الله الرحمن الرحيم آية منها ولان الصحابة رضي الله عنهم أثبتوها في المصاحف ولم يثبتوا بين الدفتين سوى القرآن ، ووجه الرواية الاولى ما روى أبو هريرة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « قال الله تعالى قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل ، فاذا قال الحمد لله رب العالمين ، قال الله حمدني عبدي فاذا قال (الرحمن الرحيم) قال الله أثنى علي عبدي فاذا قال (مالك يوم الدين) قال الله مجدني عبدي فاذا قال (إياك نعبد وإياك نستعين) قال الله هذا بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل فاذا قال (اهدنا الصراط المستقيم صراط الذين انعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين) قال «هذا لعبدي ولعبدي ما سأل» رواه مسلم فلو كانت بسم الله الرحمن الرحيم آية لعدها وبدأبها ولم

(١) هذا القول لا يصدق علي بسملة الفاتحة فانها الاولي باجماع الصحابة كما سيأتي

(١) فيه أن البسملة لله تعالى وحده فان القارىء يعني به أنه يقرأ أو يصلي باسم الله على أن هذا منه بدأ واليه يعود وله يتلي ويصلي (قل إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين)

«مسئلة» قال (ثم يقرأ الحمد لله رب العالمين)

وجملة ذلك أن قراءة الفاتحة واجبة في الصلاة وركن من أركانها لا تصح الا بها في المشهور عن احمد نقله عنه الجماعة وهو قول مالك والثوري والشافعي ، وروي عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن أبي العاص وخوات بن جبير أنهم قالوا لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب ، وروي عن أحمد رواية أخرى أنها لا تتعين وتجزيء قراءة آية من القرآن من أي موضع كان ، وهذا قول أبي حنيفة لقول النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن » وقول الله تعالى (فاقرءوا ما تيسر من القرآن) وقوله (فاقرءوا ما تيسر منه) ولان الفاتحة وسائر القرآن سواء في سائر الاحكام فكذا في الصلاة

ولنا ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » متفق عليه ولان القراءة ركن في الصلاة فكانت معينة كالركوع والسجود وأما خبرهم فقد روى الشافعي باسناده عن رفاعة بن رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للاعرابي « ثم اقرأ بام القرآن وما شاء الله أن تقرأ » ثم نحمله على الفاتحة وما تيسر معها مما زاد عليها . ويحتمل أنه لم يكن يحسن الفاتحة أما الآية فتحتمل أنه أريد الفاتحة وما تيسر معها ويحتمل أنها نزلت قبل نزول الفاتحة لانها نزلت بمكة والنبي ﷺ مأمور بقيام الليل فنسخه الله تعالى عنه بها . والمعنى الذي ذكروه أجمعنا على خلافه فان من ترك الفاتحة كان مسيئا بخلاف بقية السور

«مسئلة» قال (ويبتدئها ببسم الله الرحمن الرحيم)

وجملة ذلك أن قراءة بسم الله الرحمن الرحيم مشروعة في الصلاة في أول الفاتحة وأول كل سورة في قول أكثر أهل العلم، وقال مالك والاوزاعي لا يقرؤها في أول الفاتحة لحديث أنس . وعن ابن عبد الله بن المغفل قال : سمعني أبي وأنا اقول بسم الله الرحمن الرحيم فقال أي بني محدث ؟ إياك والحدث ، قال ولم أر واحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أبغض اليه الحدث في

يتحقق التنصيف، فان قيل فقد روى عبدالله بن زياد بن سمعان « يقول عبدي إذا افتتح الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم فيذكرني عبدي » قلنا ابن سمعان متروك الحديث لا يحتج به قاله الدارقطني وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « سورة هي ثلاثون آية شفعت لقارئها ألا وهي تبارك الذي بيده الملك » وهي ثلاثون آية سوى بسم الله الرحمن الرحيم ولان مواضع الآي كالآي في أنها لا تثبت إلا بالتواتر ولا تواتر في هذا . فأما حديث أم سلمة فلعله من رأيها أو نقول هي آية مفردة للفصل بين السور وحديث أبي هريرة موقوف عليه فان راويه أبو بكر الحنفي عن عبد الحميد بن جعفر عن نوح بن أبي بلال قال أبو بكر : راجعت فيه نوحا فوقفه ، واما اثباتها بين السور فللفصل بينها ولذلك كتبت سطراً على حدتها والله أعلم .

الاسلام - يعني منه - فاني صليت مع النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحداً منهم يقولها فلا تقلها . اذا صليت فقل الحمد لله رب العالمين أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروي عن نعيم المجمر أنه قال صليت وراء أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ثم قرأ بأم القرآن وقال والذي نفسي بيده إني لاشبهكم صلاة برسول الله ﷺ أخرجه النسائي، وروى ابن المنذر أن رسول الله ﷺ قرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم ،وعن أم سلمة أن النبي ﷺ قرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم وعدها آية والحمد لله رب العالمين، اثنين فأما حديث أنس فقدسبق جوابه ثم نحمله على أن الذي كان يسمع منهم الحمد لله رب العالمين، وقد جاء مصرحا به روى شعبة وشيبان عن قتادة قال سمعت أنس بن مالك قال صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر فلم أسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وفي لفظ وكلهم يخفي بسم الله الرحمن الرحيم وفي لفظ أن رسول الله ﷺ كان يسر بسم الله الرحمن الرحيم وأبا بكر وعمر رواه ابن شاهين وحديث ابن عبدالله بن المغفل محمول على هذا أيضا جمعا بين الاخبار [1] ولان بسم الله الرحمن الرحيم يستفتح بها سائر السور فاستفتاح الفاتحة بها أولى لأنها أول القرآن وفاتحته وقد سلم مالك هذا فانه قال في قيام رمضان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم في أول الفاتحة ويستفتح بها بقية السور [2]

« مسئلة » قال (ولا يجهر بها)

يعني بسم الله الرحمن الرحيم ولا تختلف الرواية عن أحمد أن الجهر بها غير مسنون قال الترمذي وعليه العمل عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين ، منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وذكره ابن المنذر عن ابن مسعود وابن الزبير وعمار وبه يقول الحكم وحماد والاوزاعي والثوري وابن المبارك وأصحاب الرأي . ويروى عن عطاء وطاوس ومجاهد وسعيد

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقرأ الفاتحة وفيها احدى عشرة تشديدة) قراءة الفاتحة ركن من أركان الصلاة لاتصح إلا به في المشهور عن أحمد وهو قول مالك والثوري والشافعي وإسحاق. وروي عن عمر وعثمان ابن أبي العاص وخوات بن جبير رضي الله عنهم أنهم قالوا لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب. وروي عن أحمد أنها لاتتعين ويجزيء قراءة آية من القرآن أي آية كانت وهو قول أبي حنيفة لقول النبي ﷺ المسيء في صلاته « ثم اقرأ ماتيسر معك من القرآن » وقول الله تعالى (فاقرءوا ماتيسر من القرآن) ولان الفاتحة وسائر القرآن سواء في سائر الاحكام كذلك في الصلاة

---

١) وقد أعلوه بجهالة ابن عبدالله بن مغفل وصرح الخطيب بان الحديث ضعيف

٢) فيه أن قراءتها في أول الفاتحة أولى لان إجماع الصحابة وسائر الامة بالتبع لهم على كتابتها في أول الفاتحة يدل على أنها منها أو فاتحة مستقلة لها والاول هو المتبادر وأما ماعداها فيحتمل ماقيل من أنها للفصل بين السور وهذه الحجة — أي كتابة المصحف — قطعية ومثلها روايات القراء السبعة المتواترة وكل منهما ترجح بكل ماينافيها من أحاديث الآحاد الظنية ولو لم تكن متعارضة وقابلة للتأويل فكيف وهي كذلك ولأجله اختلف فيها السلف والخلف — فالحق الصريح مع القائلين بأن البسملة آية من الفاتحة وان قراءتها واجبة فانه لا يوجد في ديننا ولا في شيء مما تناقله البشر خلفاً عن سلف أصح من نقل هذا القرآن بالكتابة ثم بحفظ الإلوف له ولاسيما فاتحته في عصر التنزيل ثم حفظ كل من دخل في الاسلام لها جيلا بعد جيل. وأظهر ماقيل في الاحاديث النافية لقراءة بسملتها في الصلاة ان المراد عدم الجهر بها أو عدم سماع الراوي وأكثر الناس لا يسمعون أول قراءة الامام لاشتغالهم بالتكبير ودعاء الافتتاح ولان العادة الغالبة على الناس ان القاريء يرفع صوته بالتدريج . ثم ان هذا النفي معارض باثبات قراءتها وسماع المأمومين لها ومنهم أنس رضي الله عنه :

ابن جبير — الجهر بها وهو مذهب الشافعي لحديث أبي هريرة أنه قرأها في الصلاة وقد صح أنه قال ما أسمعنا رسول الله ﷺ أسمعناكم وما أخفى علينا أخفيناه عليكم — متفق عليه وعن أنس أنه صلى وجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وقال أقتدي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما تقدم من حديث أم سلمة وغيره ولأنها آية من الفاتحة فيجهر بها الامام في صلاة الجهر كسائر آياتها

ولنا حديث أنس وعبدالله بن المغفل . وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يفتتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين متفق عليه . وروى أبو هريرة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : قال الله تعالى : « قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل . فاذا قال العبد (الحمد لله رب العالمين) قال الله حمدني عبدي » وذكر الخبر أخرجه مسلم وهذا يدل على أنه لم يذكر بسم الله الرحمن الرحيم ولم يجهر بها [1] وحديث أبي هريرة الذي احتجوا به ليس فيه انه جهر بها ولا يمتنع أن يسمع منه حال الاسرار كما سمع الاستفتاح والاستعاذة من النبي ﷺ مع إسراره بهما . وقد روى أبو قتادة أن النبي ﷺ كان يسمعهم الآية أحيانا في صلاة الظهر متفق عليه . وحديث أم سلمة ليس فيه أنه جهر بها وسائر أخبار الجهر ضعيفة فان رواتها هم رواة الاخفاء واسناد الاخفاء صحيح ثابت بغير خلاف فيه فدل على ضعف رواية الجهر . وقد بلغنا أن الدارقطني قال لم يصح في الجهر حديث [2]

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد هل هي آية من الفاتحة يجب قراءتها في الصلاة أولا ؟ فعنه أنها من الفاتحة وذهب اليها أبو عبدالله بن بطة وأبو حفص وهو قول ابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد . قال ابن المبارك من ترك بسم الله الرحمن الرحيم فقد ترك مائة وثلاث عشرة آية . وكذلك قال الشافعي : هي آية من كل سورة لحديث أم سلمة . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « إذا قرأتم الحمد لله رب العالمين فاقرءوا بسم الله الرحمن الرحيم فانها أم الكتاب وانها السبع المثاني وبسم الله الرحمن الرحيم آية منها » ولان الصحابة رضي الله عنهم أثبتوها في المصاحف بخطها ولم يثبتوا بين الدفتين سوى القرآن . وروي عن أحمد أنها ليست من الفاتحة ولا آية من غيرها ولا يجب قراءتها في الصلاة وهي المنصورة عند أصحابه وقول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي وعبدالله ابن معبد الرماني . واختلف عن أحمد فيها فقيل عنه هي آية مفردة كانت تنزل بين سورتين فصلا بين السور . وعنه انما هي بعض آية من سورة النمل كذلك قال عبدالله بن معبد والاوزاعي ما أنزل الله بسم الله الرحمن الرحيم إلا في سورة (إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم) والدليل

ولنا ماروى عبادة عن النبي ﷺ أنه قال « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » متفق عليه . ولان القراءة ركن في الصلاة فكانت معينة كالركوع والسجود . فأما خبرهم فقد روى الشافعي باسناده عن رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ قال للاعرابي « ثم اقرأ بأم القرآن وما شاء

---

١) هذا الاستدلال ممنوع لما تقدم فيما كتبناه على الحديث في حاشية الشرح الكبير (ص٥٢٣)

٢) لعل الصواب ماقاله المحقق ابن القيم في الهدي النبوي من أنه (ص) كان يسر بها تارة ويجهر أخرى ونقل الحافظ في شرح البخاري عن القرطبي معنى مارواه الطبراني في الكبير والاوسط عن سعيد بن جبير قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بسم الله الرحمن الرحيم وكان المشركون يهزؤن بمكاء وتصدية ويقولون محمد يذكر اله اليمامة — وكان مسيلمة الكذاب يسمى رحمن — فأنزل الله ﴿ولا تجهر بصلاتك﴾ فتسمع المشركين فيهزؤا بك ﴿ ولا تخافت ﴾ عن أصحابك فلا تسمعهم رواه ابن جبير عن ابن عباس ، ذكره النيسابوري في التيسير قال: وهذا جمع حسن ان صح ان هذا كان السبب في ترك الجهر وقد قال في مجمع الزوائد رجاله موثقون

على أنها ليست من الفاتحة ماروى أبو هريرة قال: سمعت النبي ﷺ يقول « قال الله تعالى قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ولعبدي ما سأل فاذا قال العبد: الحمد لله رب العالمين قال الله تعالى حمدني عبدي فاذا قال الرحمن الرحيم قال الله أثنى علي عبدي فاذا قال: مالك يوم الدين قال الله مجدني عبدي فاذا قال: إياك نعبد وإياك نستعين قال الله هذا بيني وبين عبدي ولعبدي ماسأل فاذا قال اهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين) قال هذا لعبدي ولعبدي ماسأل » أخرجه مسلم. فلو كانت بسم الله الرحمن الرحيم آية لعدها وبدأ بها ولم يتحقق التنصيف لان آيات الثناء تكون أربعا ونصفا وآيات الدعاء اثنتين ونصفا وعلى ماذكرنا يتحقق التنصيف، فان قيل فقد روى عبد الله بن زياد بن سمعان « يقول عبدي اذا افتتح الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم فيذكرني عبدي » قلنا ابن سمعان متروك الحديث لايحتج به قاله الدارقطني واتفاق الرواة على خلاف روايته أولى بالصواب. وروي عن النبي ﷺ أنه قال « سورة هي ثلاثون آية شفعت لقارئها الا وهي تبارك الذي بيده الملك » وهي ثلاثون آية سوى بسم الله الرحمن الرحيم وأجمع الناس على أن سورة الكوثر ثلاث آيات بدون بسم الله الرحمن الرحيم ولو كانت منها لكانت أربعا (١) ولان مواضع الآي تجري مجرى الآي أنفسها في أنها لاتثبت الا بالتواتر ولم ينقل في ذلك تواتر (٢) فأما قول أم سلمة فمن رأيها ولا ينكر الاختلاف في ذلك على أننا نقول هي آية مفردة للفصل بين السور. وحديث أبي هريرة موقوف عليه فانه من رواية أبي بكر الحنفي عن عبد الحميد بن جعفر عن نوح بن أبي بلال قال: قال أبو بكر راجعت فيه نوحا فوقفه وهذا يدل على أن رفعه كان وهماً من عبد الحميد، وأما اثباتها بين السور في المصحف فللفصل بينها ولذلك أفردت سطراً على حدتها (٣)

(فصل) يلزمه أن يأتي بقراءة الفاتحة مرتبة مشددة غير ملحون فيها لحناً يحيل المعنى فان ترك ترتيبها أو شدة منها أو لحن لحنا يحيل المعنى مثل أن يكسر كاف اياك أو يضم تاء أنعمت أو يفتح ألف الوصل في اهدنا لم يعتد بقراءته الا أن يكون عاجزاً عن غير هذا ذكر القاضي نحو هذا في المجرد وهو مذهب الشافعي، وقال القاضي في الجامع: لاتبطل بترك شدة لانها غير ثابتة في خط المصحف، هي صفة للحرف ويسمى تاركها قارئاً، والصحيح الاول لان الحرف المشدد أقيم مقام حرفين بدليل أن شدة راء الرحمن أقيمت مقام اللام وشدة ذال الذين أقيمت مقام اللام أيضا فاذا أخل بها أخل بالحرف وما يقوم مقامه وغير المعنى الا أن يريد أنه أظهر المدغم مثل من يقول الرحمن مظهراً للام فهذا تصح صلاته لانه انما ترك الادغام وهو معدود لحنا لايغير المعنى قال: ولا يختلف المذهب أنه اذا لينها ولم يحققها على الكمال أنه لايعيد الصلاة لان ذلك لايحيل المعنى ويختلف باختلاف الناس، ولعله انما أراد

الله أن تقرأ » ثم يحمل على الفاتحة وما تيسر معها ويحتمل أنه ان لم يكن يحسن الفاتحة وكذلك نقول في الآية يجوز أن يكون أراد الفاتحة وما تيسر ويحتمل أنها نزلت قبل نزول الفاتحة، والمعنى الذي ذكروه أجمعنا على خلافه فان من ترك الفاتحة كان مسيئاً بخلاف بقية السور وتشديدات الفاتحة إحدى عشرة

---

١) قد أجيب عن هذا وما قبله بأن عد آيات السور لايذكر فيه البسملة لأنها مشتركة بين الجميع ويؤيده مارواه أحمد ومسلم والنسائي عن أنس من ان النبي (ص) لما أخبرهم بنزول سورة الكوثر قرأها مع البسملة

(٢) هذا غلط وقع فيه كثيرون فقد اتفق عليها القراء السبعة وقراءاتهم متواترة ورسم المصحف دليل عملي على التواتر كما قال العضد بل هو أقوى من الرواية القولية وقد تقدم آنفاً في حاشية « ص٥٢٥ »

(٣) مسألة الفصل لاترد على سورة الفاتحة كما تقدم لنا. ورد هذا الرأي ايضاً بسورة براءة (التوبة) فلم يفصل بينها وبين الانفال بالبسملة وذكروا ان سبب نزولها معها أنها نزلت بالسيف والعقوبة لا بالرحمة. وافرادها بسطر لايدل على شيء

في الجامع هذا المعنى فيكون قوله متفقا ، ولا يستحب المبالغة في التشديد بحيث يزيد على قدر حرف ساكن لانها في كل موضع أقيمت مقام حرف ساكن فاذا زادها على ذلك زادها عما أقيمت مقامه فيكون مكروها وفي بسم الله الرحمن الرحيم ثلاث شدات وفيما عداها احدى عشرة تشديدة بغير اختلاف

(فصل) وأقل مايجزيء فيها قراءة مسموعة يسمعها نفسه أو يكون بحيث يسمعها لو كان سميعا كما قلنا في التكبير فان مادون ذلك ليس بقراءة والمستحب أن يأتي بها مرتلة معربة يقف فيها عند كل آية ويمكن حروف المد واللين مالم يخرجه ذلك إلى التمطيط لقول الله تعالى (ورتل القرآن ترتيلا) وروي عن أم سلمة أنها سئلت عن قراءة رسول الله ﷺ قالت : كان يقطع قراءته آية آية بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، مالك يوم الدين . رواه الامام أحمد في مسنده وعن أنس قال : كانت قراءة رسول الله ﷺ مداً ثم قرأ بسم الله الرحمن الرحيم يمد بسم الله ويمد بالرحمن ويمد بالرحيم . أخرجه البخاري ، فان انتهى ذلك الى التمطيط والتلحين كان مكروها لأنه ربما جعل الحركات حروفا قال أحمد : يعجبني من قراءة القرآن السهلة وقال قوله « زينوا القرآن بأصواتكم » قال يحسنه بصوته من غير تكلف ، وقد روي في خبر آخر « أحسن الناس قراءة من اذا سمعت قراءته رأيت أنه يخشى الله وروي « إن هذا القرآن نزل بحزن فاقرأوه بحزن »

(فصل) فان قطع قراءة الفاتحة بذكر من دعاء أو قراءة أو سكوت يسير أو فرغ الامام من الفاتحة في أثناء قراءة المأموم قال آمين ولا تنقطع قراءته لقول أحمد اذا مرت به آية رحمة سأل، واذا مرت به آية عذاب استعاذ ، وإن كثر ذلك استأنف قراءتها الا أن يكون السكوت مأموراً به كالمأموم يشرع في قراءة الفاتحة ثم يسمع قراءة الامام فينصت له فاذا سكت الامام أتم قراءتها وأجزأه أومأ اليه احمد ، وكذلك ان كان السكوت نسيانا أو نوما او لانتقاله الى غيرها غلطا لم يبطل فمتى ذكر أتى بما بقي منها ، فان تمادى فيما هو فيه بعد ذكره أبطلها ولزمه استئنافها كما لو ابتدأ بذلك فان نوى قطع قراءتها من غير أن يقطعها لم تنقطع لان فعله مخالف لنيته والاعتبار بالفعل لا بالنية ، وكذا إن سكت مع النية سكوتا يسيراً لما ذكرناه من أنه لاعبرة بالنية فوجودها كعدمها . وذكر القاضي في الجامع أنه متى سكت مع النية أبطلها ، ومتى عدل الى قراءة غير الفاتحة عمداً أو دعاء غير مأمور به بطلت قراءته ولم يفرق بين قليل أو كثير ، وان قدم آية منها في غير موضعها عمداً أبطلها وان كان غلطا رجع الى موضع الغلط فأتمها . والاولى ان شاء الله ماذكرناه لان المعتبر في القراءة وجودها لا نيتها فمتى قرأها متواصلة تواصلا قريبا صحت كما لو كان ذلك عن غلط

بغير خلاف أولها اللام في لله والباء في رب والراء في الرحمن وفي الرحيم والدال في الدين وفي اياك واياك تشديدتان وفي الصراط على الصاد وعلى اللام في الذين وفي الضالين تشديدتان في الضاد واللام واذا قلنا البسملة منها صار فيها أربع عشرة تشديدة

(فصل) وتجب قراءة الفاتحة في كل ركعة في حق الامام والمنفرد في الصحيح من المذهب

(فصل) ويجب قراءة الفاتحة في كل ركعة في الصحيح من المذهب وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي ، وعن احمد أنها لاتجب الافي ركعتين من الصلاة ونحوه عن النخعي والثوري وأبي حنيفة لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : اقرأ في الاولين وسبح في الاخريين ولان القراءة لو وجبت في بقية الركعات لسن الجهر بها في بعض الصلوات كالاولين . وعن الحسن أنه ان قرأ في ركعة واحدة أجزأه لقول الله تعالى (فاقرءوا ماتيسر من القرآن) وعن مالك أنه ان قرأ في ثلاث أجزأه لانها معظم الصلاة

ولنا ماروى أبو قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر في الاولين بأم الكتاب وسورتين ويطول الاولى ويقصر في الثانية ويسمع الآية أحيانا وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب متفق عليه : وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » متفق عليه . وعن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب » وعنه وعن عبادة قالا أمرنا رسول الله ﷺ أن نقرأ بفاتحة الكتاب في كل ركعة رواهما اسماعيل بن سعيد الشالنجي ولان النبي صلى الله عليه وسلم علم المسيء في صلاته كيف يصلي الركعة الاولى ثم قال « وافعل ذلك في صلاتك كلها » فيتناول الامر بالقراءة ، وعن جابر قال : من صلى ركعة فلم يقرأ فيها فلم يصل إلا خلف الامام[1] رواه مالك في الموطأ . وحديث علي يرويه الحارث الاعور قال الشعبي : كان كذابا ثم هو من قول علي وقد خالفه عمر وجابر والاسرار لاينفي الوجوب بدليل الاولين من الظهر والعصر

وهو قول مالك والاوزاعي والشافعي ، وعن أحمد انها لاتجب في ركعتين من الصلاة . ونحوه يروى عن النخعي والثوري وأبي حنيفة ، وروي نحوه عن الاوزاعي أيضاً لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال اقرأ في الاولين وسبح في الاخريين ولان القراءة لو وجبت في بقية الركعات لسن الجهر بها في بعض الصلوات كالاولين ، وعن الحسن أنه ان قرأ في ركعة واحدة أجزأه . وقالت طائفة ان ترك قراءة القرآن في ركعة واحدة سجد للسهو الا في الصبح فانه يعيد روي هذا عن مالك ، وروي عن اسحاق انه قال : اذا قرأ في ثلاث ركعات اماما أو منفرداً فصلاته جائزة وذلك لقول الله تعالى (فاقرؤا ماتيسر منه)

ولنا ماروى أبو قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر في الاولين بأم الكتاب وسورتين ويطول الاولى ويقصر الثانية ، ويسمع الآية أحيانا ، وفي الركعتين الاخريين بأم الكتاب وقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» متفق عليهما ، وروى ابو سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا صلاة لمن لم يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب» وعنه وعن عبادة بن الصامت قالا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقرأ بفاتحة الكتاب في كل ركعة ، رواهما اسماعيل بن سعيد الشالنجي ، ولان النبي ﷺ علم المسيء في صلاته كيف يصلي الركعة الاولى ثم قال « وافعل ذلك في صلاتك كلها» فيتناول الامر بالقراءة ، وحديث علي يرويه الحارث الاعور ؛ قال الشعبي : كان كذابا ولو صح فقد خالفه عمر وجابر والاسرار بها لا ينفي وجوبها كالاولين في الظهر

(فصل) وأقل مايجزيء قراءة مسموعة يسمعها نفسه أو يكون بحيث يسمعها لو كان سميعاً إلا

[1] أي من صلى ركعة لم يقرأ فيها فهو لم يصل لان الصلاة لاتصح بغير قراءة الا خلف الامام

(فصل) ولا تجزئه القراءة بغير العربية ولا ابدال لفظها بلفظ عربي سواء أحسن قراءتها بالعربية أو لم يحسن وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك. وقال بعض أصحابه انما يجوز لمن لم يحسن العربية واحتج بقوله تعالى (وأوحي إليّ هـذا القرآن لانذركم به ومن بلغ) ولا ينذر كل قوم إلا بلسانهم (١)

ولنا قول الله تعالى (قرآناً عربيا) وقوله تعالى (بلسان عربي مبين) ولان القرآن معجزة لفظه ومعناه فاذا غير خرج عن نظمه فلم يكن قرآنا ولا مثله وانما يكون تفسيراً له ولو كان تفسيره مثله لما عجزوا عنه لما تحداهم بالاتيان بسورة مثله. أما الانذار فانه اذا فسره لهم كان الانذار بالمفسر دون التفسير:

(فصل) فان لم يحسن القراءة بالعربية لزمه التعلم فان لم يفعل مع القدرة عليه لم تصح صلاته فان لم يقدر أو خشي فوات الوقت وعرف من الفاتحة آية كررها سبعا، قال القاضي: لا يجزئه غير ذلك لان الآية منها أقرب اليها من غيرها وكذلك إن أحسن منها أكثر من ذلك كرره بقدره، ويحتمل أن يأتي ببقية الآي من غيرها لان هذه الآية يسقط فرضها بقراءتها فيعدل عن تكرارها الى غيرها

ان يكون ثم مايمنع السماع كقولنا في التكبير فان مادون ذلك ليس بقراءة، والمستحب ان يأتي بها مرتبة معربة يقف فيها عند كل آية ويمكن حروف المد واللين مالم يخرجه ذلك الى التمطيط لقول الله تعالى (ورتل القرآن ترتيلا) وروي عن أم سلمة انها سئلت عن قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت: كان يقطع قراءته آية آية (بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين) من المسند. وعن أنس قال: كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم مدا مدا ثم قرأ بسم الله الرحمن الرحيم يمد باسم ويمـد الرحمن ويمد الرحيم، أخرجه البخاري. فان أخرجه ذلك الى التمطيط والتلحين كان مكروها لانه ربما جعل الحركات حروفا، قال أحمد: يعجبني من قراءة القرآن السهلة وقال قوله «زينوا القرآن بأصواتكم» قال: يحسنه بصوته من غير تكلف، وقد روي في خبر «أحسن الناس قراءة من اذا سمعت قراءته رأيت انه يخشى الله» وروي «ان هـذا القرآن نزل بحزن فاقرءوه بحزن»

﴿مسئلة﴾ (فان ترك ترتيبها أو تشديدة منها أو قطعها بذكر كثير أوسكوت طويل لزمه استئنافها) وجملة ذلك انه يلزمه أن يأتي بقراءة الفاتحة مرتبة مشددة غير ملحون فيها لحنا يحيل المعنى مثل أن يكسر كاف إياك أو يضم تاء أنعمت أو يفتح ألف الوصل في اهدنا فان أخل بالترتيب أو لحن فيها لحنا

---

١) نقل الحنفية عن ابي حنيفة انه رجع عن هذا القول ولم يعمل به أحد من مقلديه ولا من غيرهم فاستمر الاجماع العملي على قراءة جميع المسلمين القرآن في الصلاة وغيرها بالعربية كأذكارها وسائر الاذكار والادعية المأثورة على كثرة الاعاجم حتى قام بعض المرتدين من أعاجم هـذا العصر يدعون الى ترجمة القرآن وغيره من الاذكار والتعبد بالترجمة وانما مرادهم التوسل بذلك الى تسهيل الردة على قومهم ونبذ القرآن المنزل من عند الله وراء ظهورهم وهو انما نزل باللسان العربي كما هو مصرح به في الآيات المتعددة وانما كان تبليغه والدعوة إلى الاسلام به والانذار به كما أنزله الله تعالى لم يترجمه النبي ﴿ص﴾ ولا أذن بترجمته ولم يفعل ذلك الصحابة ولا خلفاء المسلمين وملوكهم. ولو كتب النبي ﴿ص﴾ كتبه إلى قيصر وكسرى والمقوقس بلغاتهم لصح التعليل الذي علل به ذلك القول الشاذ الذي قيل ان أبا حنيفة قاله وعلله به وأصرح ما يراه من الآيات قوله تعالى (نزل به الروح الامين * على قلبك لتكون من المنذرين * بلسان عربي مبين) وقد بين الامام الشافعي في رسالته الشهيرة في الاصول ان الله تعالى فرض على جميع الامم تعلم اللسان العربي بالتبع لخاطبتهم بالقرآن والتعبد به ولم ينكر ذلك عليه أحد من علماء الاسلام لانه أمر مجمع عليه وان أهمله الاعاجم بعد ضعف الدين والعلم

كمن وجد بعض الماء فانه يغسل به ويعدل إلى التيمم ، وذكر القاضي هـذا الاحتمال في الجامع ولاصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا ، فأما ان عرف بعض آية لم يلزمه تكرارها وعدل الى غيرها لان النبي ﷺ أمر الذي لا يحسن القرآن أن يقول : الحمد لله وغيرها ، وهي بعض آية لم يأمره بتكرارها ، وان لم يحسن شيئا وكان يحفظ غيرها من القرآن قرأ منه بقدرها ان قدر لا يجزئه غيره لما روى أبو داود عن رفاعة بن رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا قمت إلى الصلاة فان كان معك قرآن فاقرأ به وإلا فاحمد الله وهلله وكبره » ولانه من جنسها فكان أولى ويجب أن يقرأ بعدد آياتها وهل يعتبر أن يكون بعدد حروفها ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر لان الآيات هي المعتبرة بدليل أنه لا يكفي عدد الحروف دونها فأشبه من فاته صوم يوم طويل فلا يعتبر أن يكون القضاء في يوم على قدر ساعات الاداء (والثاني) يلزمه ذلك لان الحرف مقصود بدليل تقدير الحسنات به ويخالف الصوم إذ لا يمكن اعتبار المقدار في الساعات الا بمشقة ، فان لم يحسن إلا آية كررها سبعا فان لم يحسن شيئا من القرآن ولا أمكنه التعلم قبل خروج الوقت لزمه أن يقول: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله اكبر ولاحول ولاقوة إلا بالله ، لما روى أبو داود قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني لا أستطيع أن آخذ شيئا من القرآن فعلمني ما يجزيني منه فقال « قل : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله اكبر ولا حول ولا قوة الا بالله » قال هذا لله فمالي؟ قال « تقول : اللهم اغفر

يحيل المعنى لم يعتد بها لان النبي ﷺ كان يقرؤها مرتبة وقد قال « صلوا كما رأيتموني أصلي » إلا أن يعجز عن غير هذا ، وكذلك ان أخل بتشديدة منها ، ذكر القاضي نحو هـذا في المجرد وهو قول الشافعي ، وذكر في الجامع لاتبطل بترك شدة لانها غـير ثابتة في خط المصحف وانما هي صفة للحرف ويسمى تاركها قارئا ، والصحيح الاول لان الحرف المشدد أقيم مقام حرفين بدليل ان شدة راء الرحمن أقيمت مقام اللام وكذلك شدة دال الدين . فاذا أخل بها أخل بالحرف وغير المعنى إلا أن يريد انه أظهر المدغم مثل أن يظهر لام الرحمن فهذا يصح لانه انما ترك الادغام وهو لحن لا يحيل المعنى ، قال القاضي : ولا يختلف المذهب انه اذا لينها ولم يخففها على الكمال انه لا يعيد الصـلاة لان ذلك لا يحيل المعنى ويختلف باختلاف الناس ولعله أراد في الجامع هذا فيكون قوله متفقا، ولا تستحب المبالغة في التشديد بحيث يزيد على حرف سـاكن لانها اقيمت مقامه فاذا زادها عن ذلك زادها عما اقيمت مقامه فيكره

(فصل) فان قطع قراءة الفاتحة بذكر أو دعاء او قراءة او سكوت وكان يسيراً او فرغ الامام من الفاتحة في اثناء قراءة المأموم فقال آمين لم تنقطع قراءته لقول أحمد إذا مرت به آية رحمة سأل ،واذا مرت به آية عذاب استعاذ لانه يسير فعفي عنه ،وان كثر ذلك استأنف قراءتها لان النبي ﷺ كان يقرؤها متوالية ، فان كان السكوت مأموراً به كالمأموم شرع في قراءة الفاتحة ثم سمع قراءة الامام فينصت له فاذا سكت الامام أتم قراءته واجزأه . اومى اليه إجمد وكذلك ان سكت نسيانا أو

لي وارحمني وارزقني واهدني وعافني » ولا يلزمه الزيادة على الخمس الاول لان النبي ﷺ اقتصر عليها وانما زاده عليها حين طلب الزيادة ، وذكر بعض اصحاب الشافعي انه يزيد على هذه الخمس كلمتين حتى تكون مقام سبع آيات ولا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم علمه ذلك جوابا لقوله علمني مايجزيني والسؤال كالمعتاد في الجواب فكانه قال يجزئك هذا وتفارق القراءة من غير الفاتحة لانه بدل من غير الجنس فأشبه التيمم فان لم يحسن هذه الكلمات كلها قال مايحسن منها . وينبغي أن يلزمه تكرار مايحسن منها بقدرها كمن يحسن بعض الفاتحة، ويحتمل أن يجزئه التحميد والتهليل والتكبير لقول النبي ﷺ « فان كان معك قرآن فاقرأ به وإلا فاحمد الله وهلله وكبره » رواه أبو داود

« مسئلة » قال (فاذا قال ولا الضالين قال آمين)

وجملته أن التأمين عند فراغ الفاتحة سنة للامام والمأموم وروي ذلك عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال الثوري وعطاء والشافعي ويحيى بن يحيى وإسحاق وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وسليمان بن داود وأصحاب الرأي ، وقال أصحاب مالك لايحسن التأمين للامام لما روى مالك عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « إذ قال الامام (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فقولوا آمين فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له » وهذا دليل على أنه لا يقولها

ولنا ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أمن الامام فأمنوا فانه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له » متفق عليه . وروى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قال « ولا الضالين » قال « آمين » ورفع بها صوته رواه أبو داود ورواه الترمذي وقال: ومد بها صوته

نوما أو لانتقاله إلى غيرها غلطا ومتى ما ذكر اتى بما بقي منها فان تمادى فيما هو فيه بعد ذكره لزمه استئنافها كما لو ابتدأ بذلك ، فان نوى قطع قراءتها من غير أن يقطعها لم تنقطع لان الاعتبار بالفعل لا بالنية .وكذا ان سكت مع النية سكوتا يسيراً لما ذكرنا ان النية لاعبرة بها ذكره القاضي في المجرد وذكر في الجامع انه متى سكت مع النية ابطلها وانه متى عدل الى قراءة غيرها عمداً اودعاء غير مأمور به بطلت قراءته ولم يفرق بين قليل وكثير . وان قدم آية منها في غير موضعها عمداً أبطلها وإن كان غلطا رجع فأتمها قال شيخنا : والاولى ان شاء الله ماذكرناه لان المعتبر في القراءة وجودها لانيتها فتى قرأها متواصلة تواصلا قريباً صحت كما لو كان ذلك عن غلط والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا قال ولا الضالين قال آمين) التأمين عند الفراغ من قراءة الفاتحة سنة للامام والمأموم ، روي ذلك عن ابن عمر وابن الزبير وهو قول الثوري وعطاء والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي . وقال أصحاب مالك : لا يسن التأمين للامام لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « إذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له » رواه مالك ، وهذا دليل على أنه لا يقولها

ولنا ماروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أمن الامام فأمنوا فانه من

وقال هو حديث حسن وقد. قال بلال للنبي صلى الله عليه وسلم لا تسبقني بآمين وحديثهم لا حجة لهم فيه وإنما قصد به تعريفهم موضع تأمينهم وهو عقيب قول الامام ولا الضالين لانه موضع تأمين الامام ليكون تأمين الامام والمأمومين في وقت واحد موافقاً لتأمين الملائكة وقد جاء هذا مصرحا به كما قلنا وهو ماروى الامام أحمد في مسنده عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين فان الملائكة تقول آمين والامام يقول آمين فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ماتقدم من ذنبه» وقول النبي ﷺ في اللفظ الآخر «إذا أمن الامام» يعني إذا شرع في التأمين

(فصل) ويسن أن يجهر به الامام والمأموم فيما يجهر فيه بالقراءة وإخفاؤها فيما يخفى فيه. وقال أبو حنيفة ومالك في إحدى الروايتين عنه يسن إخفاؤها لانه دعاء فاستحب اخفاؤه كالتشهد. ولنا أن النبي ﷺ قال «آمين» ورفع بها صوته ولان النبي ﷺ أمر بالتأمين عند تأمين الامام فلو لم يجهر به لم يعلق عليه كحالة الاخفاء، وما ذكروه يبطل بآخر الفاتحة فانه دعاء ويجهر به، ودعاء التشهد تابع له فيتبعه في الاخفاء وهذا تابع للقراءة فيتبعها في الجهر

وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له» متفق عليه. وعن وائل ابن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قال «ولا الضالين» قال «آمين» ورفع بها صوته، رواه أبو داود، وحديثهم لا حجة لهم فيه وإنما قصد به تعريفهم موضع تأمينهم وهو موضع تأمين الامام ليكون تأمين الامام والمأمومين موافقا تأمين الملائكة وقد جاء هذا مصرحا به، فروى الامام أحمد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين فان الملائكة تقول آمين والامام يقول آمين فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ماتقدم من ذنبه» وقوله في اللفظ الآخر «اذا أمن الامام» يعني اذا شرع في التأمين

﴿مسئلة﴾ (يجهر بها الامام والماموم في صلاة الجهر)

الجهر بآمين للامام والماموم سنة، وقال أبو حنيفة ومالك في أحدى الروايتين: يسن اخفاؤها لانه دعاء أشبه دعاء التشهد. ولنا حديث وائل بن حجر الذي ذكرناه، وقال عطاء ان ابن الزبير كان يؤمن ويؤمنون حتى ان للمسجد للجة، رواه الشافعي في مسنده. وماذكروه يبطل بآخر الفاتحة فانه دعاء ويسن الجهر به وفي آمين لغتان قصر الالف ومدها مع التخفيف فيها، قال الشاعر

تباعد مني فطحل اذ دعوته … أمين فزاد الله ما بيننا بعداً

وأنشد في المد

يا رب لا تسلبني حبها أبداً … ويرحم الله عبداً قال آمينا

ومعناها اللهم استجب. قاله الحسن، وقيل هو اسم من اسماء الله عز وجل، ولا يشدد الميم لانه يخل بالمعنى فيصير بمعنى قاصدين

(فصل) فان نسي الامام التأمين أمن المأموم ورفع بها صوته ليذكر الامام لانه من سنن الاقوال

(فصل) فان نسي الامام التأمين أمن المأموم ورفع صوته ليذكر الامام فيأتي به لانه سنة قولية إذا تركها الامام أتى بها المأموم كالاستعاذة وان أخفاها الامام جهر بها المأموم لما ذكرناه ، وان ترك التأمين نسيانا أو عمداً حتى شرع في قراءة السورة لم يأت به لانه سنة فات محلها

(فصل) في « آمين » لغتان: قصر الالف ومدها مع التخفيف فيهما . قال الشاعر

تباعد مني فطحل إذ دعوته أمين فزاد الله ما بيننا بعداً

وأنشدوا في الممدود

يا رب لا تسلبني حبها أبداً ويرحم الله عبداً قال آمينا

فاذا تركها الامام أتى بها المأموم كالاستعاذة ، وان أخفاها الامام جهر بها المأموم لما ذكرنا فان ترك التأمين حتى شرع في قراءة السورة لم يعد اليه لانه سنة فات محلها

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يحسن الفاتحة وضاق الوقت عن تعلمها قرأ قدرها في عدد الحروف وقيل في عدد الآيات من غيرها فان لم يحسن الا آية كررها بقدرها)

وجملة ذلك ان من لم يحسن الفاتحة يلزمه تعلمها لانه واجب في الصلاة فلزمه تحصيله اذا أمكنه كشروطها فان لم يفعل مع القدرة عليه لم تصح صلاته ، فان لم يقدر أو خشي فوات الوقت سقط ، فان كان يحسن منها آية أو أكثر كررها بقدرها لا يجزئه غير ذلك ، ذكره القاضي لان ذلك أقرب اليها من غيرها وقال ابن أبي موسى : لا يكررها وكذلك إن لم يحسن من القرآن الا آية . ويحتمل أن يأتي ببقية الآي من غيرها كمن وجد بعض الماء فانه يغسل به ويعدل إلى التيمم ، ذكر القاضي هذا الاحتمال في الجامع ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين . فأما إن عرف بعض آية لم يكررها وعدل إلى غيرها لان النبي ﷺ أمر الذي لا يحسن الفاتحة أن يقول الحمد لله وغيرها وهي بعض آية ولم يأمره بتكرارها ، فان لم يحسن شيئا منها وأحسن غيرها من القرآن قرأ منه بقدرها ان قدر عليه لا يجزئه غير ذلك لما روى أبو داود عن رفاعة ابن رافع أن النبي ﷺ قال « إذا أقيمت الصلاة فان كان معك قرآن فاقرأ به والا فاحمد الله وهلله وكبره » ويجب أن يقرأ بعدد آياتها ، وهل يعتبر أن يكون بعدد حروفها ؟ فيه وجهان أظهرهما اعتبار ذلك اختاره القاضي وابن عقيل لان الحرف مقصود بدليل تقدير الحسنات به فاعتبر كالآي (والثاني) نعتبر الآيات ولا يعتبر عدد الحروف بدليل انه لا يكفي عدد الحروف دونها فأشبه من فاته صوم يوم طويل لا يعتبر في القضاء صوم يوم طويل مثله (وفيه وجه ثالث) أنه يكفيه أن يقرأ بعدد الحروف ولا يعتبر عدد الآيات وهو ظاهر كلام شيخنا ههنا لان الثواب مقدر بالحروف فكفى اعتبارها ، فان لم يحسن الا آية كررها بقدرها فكان بمثابة من قرأها لانها من جنس الواجب

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يحسن شيئا من القرآن لم يجز أن يترجم عنه بلغة أخرى ولزمه أن يقول : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة الا بالله)

لا يجوز له القراءة بغير العربية سواء أحسن قراءتها بالعربية أو لم يحسن وهو قول الشافعي وقول

ومعنى آمين اللهم استجب لي قاله الحسن وقيل هو اسم من أسماء الله عز وجل ولا يجوز التشديد فيها لانه يحيل معناها فيجعله بمعنى قاصدين كما قال الله تعالى (ولا آمين البيت الحرام)

(فصل) يستحب أن يسكت الامام عقيب قراءة الفاتحة سكتة يستريح فيها ويقرأ فيها من خلفه الفاتحة كيلا ينازعوه فيها وهذا مذهب الاوزاعي والشافعي واسحاق، وكرهه مالك وأصحاب الرأي

ولنا ماروى ابو داود وابن ماجه أن سمرة حدث أنه حفظ عن رسول الله ﷺ سكتتين سكتة اذا كبر وسكتة اذا فرغ من قراءة (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فأنكر عليه عمران فكتبا في ذلك إلى أبي بن كعب فكان في كتابه اليهما ان سمرة قد حفظ ، قال أبو سلمة بن عبد الرحمن : للامام سكتتان فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب ، اذا دخل في الصلاة واذا قال ولا الضالين ، وقال عروة بن الزبير أما أنا فاغتنم من الامام اثنتين اذا قال (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فاقرأ عندها وحين يختم السورة فاقرأ قبل أن يركع وهذا يدل على اشتهار ذلك فيما بينهم رواه الاثرم

أبي يوسف ومحمد اذا كان لا يحسن وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك لقوله تعالى (وأوحي الي هذا القرآن لانذركم به ومن بلغ) وانما ينذر كل قوم بلسانهم

ولنا قول الله تعالى (قرآنا عربيا) وقوله (بلسان عربي مبين) ولان القرآن لفظه ومعناه معجزة فاذا غير خرج عن نظمه ولم يكن قرآنا ولا مثله وانما يكون تفسيراً له ولو كان تفسيره مثله لما عجزوا عنه اذا تحداهم بالاتيان بسورة من مثله ، أما الانذار فاذا فسره لهم حصل بالمفسر لا بالتفسير ، اذا ثبت هذا فانه يقول : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا اله الا الله ، والله أكبر ، ولا حول ولا قوة الا بالله ، لما روى أبو داود قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال اني لا أستطيع أن آخذ شيئا من القرآن فعلمني مايجزئني منه فقال تقول « سبحان الله ، والحمد لله ، ولا اله الا الله ، والله أكبر ، ولا حول ولا قوة الا بالله » قال هذا لله فما لي ؟ قال تقول « اللهم اغفر لي وارحمني وارزقني واهدني وعافني » ولا تلزمه الزيادة على الخمس الاول لان النبي ﷺ اقتصر عليها وانما زاده عليها حين طلب الزيادة . وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه يزيد على الخمس كلمتين حتى يكون مقام سبع آيات فقال ابن عقيل يكون ما يأتي به على قدر حروف الفاتحة كما قلنا فيما اذا قرأ من غيرها ، والحديث يدل على أن الخمس المذكورة مجزئة ولا يلزم عليه القراءة من غير الفاتحة حيث لزم أن يكون بعدد آياتها لان هذا بدل من غير الجنس أشبه التيمم

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يحسن الا بعض ذلك كرره بقدرها) كما قلنا فيمن يحسن بعض الفاتحة . قال شيخنا ويحتمل أن يجزئه الحمد والتهليل والتكبير لقول النبي ﷺ « فان كان معك قرآن فاقرأ به والا فاحمد الله وهلله وكبره » رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يحسن شيئا من الذكر وقف بقدر القراءة) لان الوقوف كان واجبا مع القراءة فاذا عجز عن أحد الواجبين بقي الآخر على وجوبه ولان القيام ركن فلم يسقط بالعجز عن غيره كسائر الاركان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يقرأ سورة في ابتدائها بسم الله الرحمن الرحيم)

لانعلم بين أهـل العلم خلافا في أنه يسن قراءة سورة مع الفاتحة في الركعتين الاوليين من كل صلاة ويجهر بها فيما يجهر فيه بالفاتحة ، ويسر فيما يسر بها فيه. والاصل في هذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم فان أبا قتادة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين يطول في الاولى ويقصر في الثانية يسمع الآية أحياناوكان يقرأ في الركعتين الاوليين من العصر بفاتحة الكتاب وسورتين يطول في الاولى ويقصر في الثانيـة ، وكان يطول في

(فصل) ويستحب أن يسكت الامام عقيب قراءة الفاتحة سكتة يستريح فيها ويقرأ فيهامن خلفه الفاتحة كيلا ينازع فيها وهذا قول الشافعي واسحاق ، وكرهه مالك وأصحاب الرأي

ولنا ماروى ابو داود وابن ماجه ان سمرة حدث انه حفظ عن رسول الله ﷺ سكتتين ؛ سكتة اذا كبر وسكتة اذا فرغ من(غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فأنكر عليه عمران فكتبا في ذلك الى أبي بن كعب فكان في كتابه اليهما ان سمرة قد حفظ

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقرأ بعد الفاتحة سورة تكون في الصبح من طوال المفصل ، وفي المغرب من قصاره وفي الباقي من أوساطه) قراءة السورة بعد الفاتحة في الركعتين الاوليين من كل صلاة مستحب لا نعلم فيه خلافا ، وقد صح عن النبي ﷺ في حديث أبي قتادة وفي حديث أبي برزة واشتهر ذلك في صلاة الجهر ونقـل نقلا متواتراً وأمر به معاذاً فقال : اقرأ « بالشمس وضحاها » الحديث متفق عليـه . ويسن أن يفتتح السورة ببسم الله الرحمن الرحيم ، وقد وافق مالك على ذلك ويسر بها في السورة كما يسر بها في أول الفاتحة والخلاف ههنا كالخلاف ثم

(فصل) ويستحب أن تكون القراءة على الصفة التي ذكر لمـا روى جابر بن سمرة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الفجر بقاف والقرآن المجيد ونحوها ، وكانت صلاته بعد إلى التخفيف ، رواه مسلم وعن عمرو بن حريث قال : كأني أسمع صوت النبي ﷺ يقرأ في صلاة الغداة (فلا أقسم بالخنس الجوار الكنس) رواه ابن ماجه . وعن جابر بن سمرة قال : كان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر بالسماء ذات البروج ، والسماء والطارق) وشبههما أخرجه أبو داود ، وعنه كان النبي ﷺ يقرأ في الظهر بالليل اذا يغشى وفي العصر نحو ذلك ، وفي الصبح أطول من ذلك ، أخرجه مسلم . وروى البراء أن النبي ﷺ قرأ في العشاء بالتين والزيتون في السفر متفق عليه . وعن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ يقرأ في المغرب قل ياأيها الكافرون، وقل هو الله أحد أخرجه ابن ماجه وروى مسلم أن النبي ﷺ قال لمعاذ « أفتان أنت يامعاذ يكفيك أن تقرأ بالشمس وضحاها، والضحى والليل اذا يغشى ، وسبح اسم ربك الاعلى » وكتب عمر إلى أبي موسى أن اقرأ في الصبح بطوال المفصل ، واقرأ في الظهر بأوساط المفصل ، واقرأ في المغرب بقصار المفصل ، رواه أبو حفص باسناده

الاولى من صلاة الصبح ويقصر في الثانية ، وفي رواية في الظهر كان يقرأ في الركعتين الاخريين بأم الكتاب . متفق عليه ، وروى أبو برزة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الصبح من الستين إلى المائة ، وقد اشتهرت قراءة النبي صلى الله عليه وسلم السورة مع الفاتحة في صلاة الجهر ونقل نقلا متواتراً وأمر به معاذاً فقال « اقرأ بالشمس وضحاها وبسبح اسم ربك الاعلى، والليل إذا يغشى » متفق عليه ويسن أن يفتتح السورة بقراءة بسم الله الرحمن الرحيم ووافق مالك على هذا فانه قال في قيام رمضان

(فصل) وإن قرأ على خلاف ذلك فلا بأس فان الامر في ذلك واسع ، فقد روي أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الصبح بالستين إلى المائة متفق عليه . وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر بالروم ، أخرجه النسائي . وعن عبد الله بن السائب قال : قرأ النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الصبح بالمؤمنين ، فلما أتى على ذكر عيسى أصابته شرقة فركع ، رواه ابن ماجه . وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب بالمرسلات . وعن جبير بن مطعم أنه سمع النبي ﷺ يقرأ في المغرب بالطور متفق عليه ، وروى زيد بن ثابت أنه قرأ فيها الاعراف ، وعن رجل من جهينة أنه سمع النبي ﷺ يقرأ في الصبح (إذا زلزلت) في الركعتين كلتيهما فلا أدري أنسي رسول الله صلى الله عليه وسلم أم فعل ذلك عمداً ، رواهما أبو داود، وعنه أنه قرأ في الصبح بالمعوذتين وكان صلى الله عليه وسلم يطيل تارة ويقصر بالاخرى على حسب الاحوال ، وقال الخرقي يقرأ في الظهر في الاولى بنحو ثلاثين آية وفي الثانية بايسر من ذلك ، وفي العصر على النصف من ذلك لما روى أبو سعيد قال : اجتمع ثلاثون من أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا : تعالوا حتى نقيس قراءة رسول الله ﷺ فيما لم يجهر فيه من الصلاة فما اختلف رجلان فقاسوا قراءته في الركعة الاولى من الظهر قدر ثلاثين آية ، وفي الركعة الاخرى قدر النصف من ذلك وقاسوا ذلك في صلاة العصر على قدر النصف من الركعتين الاخريين من الظهر ، رواه ابن ماجه

(فصل) ولا بأس بقراءة السورة في الركعتين قال أحمد في رواية أبي طالب واسحاق بن ابراهيم لما روى زيد بن ثابت أن النبي ﷺ قرأ في المغرب بالاعراف في الركعتين كلتيهما رواه سعيد ، وعن عائشة أن النبي ﷺ كان يقسم البقرة في الركعتين ، رواه ابن ماجه ، وسئل أحمد عن الرجل يقرأ بسورة ثم يقوم فيقرأ بها الركعة الاخرى فقال : وما بأس بذلك لما ذكرنا من حديث الجهني رواه أبو داود قال حرب : قلت لاحمد الرجل يقرأ على التأليف في الصلاة اليوم السورة وغدا التي تليها ؟ قال ليس في هذا شيء إلا أنه روي عن عثمان أنه فعل ذلك في المفصل وحده . وقال مهنا: سألت أحمد عن الرجل يقرأ في الصلاة حيث ينتهي جزؤه قال لا بأس به في الفرائض.

﴿مسئلة﴾ (ويجهر الامام بالقراءة في الصبح والاوليين من المغرب والعشاء) الجهر في هذه المواضع مجمع على استحبابه ولم يختلف المسلمون في مواضعه ، والاصل فيه فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت ذلك بنقل الخلف عن السلف ، فان جهر في موضع الاسرار وأسر في موضع الجهر ترك السنة

لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم في أول الفاتحة ويستفتح بها في بقية السور ويسر بها في السورة كما يسر بها في أول الفاتحة والخلاف هنا كالخلاف ثم وقد سبق القول فيه .

(فصل) ويقرأ بما في مصحف عثمان،ونقل عن أحمد أنه كان يختار قراءة نافع من طريق اسماعيل ابن جعفر قال فان لم يكن فقراءة عاصم من طريق أبي بكر بن عياش وأثنى على قراءة أبي عمرو بن العلاء ولم يكره قراءة أحد من العشرة إلا قراءة حمزة والكسائي لما فيها من الكسر والادغام والتكلف وزيادة المد وروي عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نزل القرآن

وأجزأه .وقال القاضي : ان فعل ذلك عامداً صحت صلاته في ظاهر كلامه ، ومن أصحابنا من قال تبطل وان فعله ناسيا لم تبطل الا أنه إذا جهر في موضع الاسرار ناسيا ثم ذكر في أثناء قراءته بنى على قراءته وان نسي فاسر في موضع الجهر ففيه روايتان (إحداهما) يمضي في قراءته كالتي قبلها (والثانية) يستأنف القراءة جهراً على سبيل الاختيار لا الوجوب والفرق بينهما أن الجهر زيادة قد حصل بها المقصود وزيادة فلا حاجة إلى إعادته . والاسرار نقص فاتت به سنة تتضمن مقصوداً وهو سماع المأمومين القراءة وقد أمكنه الاتيان بها فينبغي أن يأتي بها

(فصل) ولا يشرع الجهر للمأموم بغير خلاف لانه مأمور بالاستماع للامام والانصات له ولا يقصد منه إسماع أحد ، فأما المنفرد فهو مخير في ظاهر كلامه ، وكذلك من فاته بعض الصلاة مع الامام فقام ليقضيه فروي ذلك عن الاثرم قال ان شاء جهر وان شاء خافت انما الجهر للجماعة ، وكذلك قال طاوس والاوزاعي فيمن فاته بعض الصلاة ولا فرق بين القضاء والاداء ، وقال الشافعي يسن للمنفرد لانه غير مأمور بالانصات أشبه الامام

ولنا أنه لا يراد منه اسماع غيره أشبه المأموم في سكتات الامام بخلاف الامام فانه يقصد إسماع المأمومين فقد توسط المنفرد بين الامام والمأموم ولذلك كان مخيراً في الحالين

(فصل) فان قضى الصلاة في جماعة وكانت صلاة نهار أسر سواء قضاها ليلا أو نهاراً لا نعلم فيه خلافا لانها صلاة نهار وان كانت صلاة ليل فقضاها ليلا جهر في ظاهر كلامه لانها صلاة ليل فعلها ليلا فجهر فيها كالمؤداة وان قضاها نهاراً احتمل أن لايجهر وهو مذهب الشافعي والاوزاعي لانها مفعولة في النهار وصلاة النهار عجماء ،وقد روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا رأيتم من يجهر بالقراءة في صلاة النهار فارجموه بالبعر» رواه أبو حفص باسناده واحتمل أن يجهر فيها وهو قول أبي حنيفة وابن المنذر وأبي ثور ليكون القضاء كالاداء ولا فرق عند هؤلاء بين الامام والمنفرد وظاهر كلام أحمد أنه مخير بين الامرين

﴿مسئلة﴾ (وان قرأ بقراءة تخرج عن مصحف عثمان لم تصح صلاته وعنه تصح) لا يستحب له أن يقرأ بغير ما في مصحف عثمان ونقل عن أحمد أنه كان يختار قراءة نافع من طريق اسماعيل بن جعفر فان لم يكن فقراءة عاصم من طريق أبي بكر بن عياش وأثنى على قراءة أبي عمرو ولم يكره قراءة

بالتفخيم وعن ابن عباس قال أنزل القرآن بالتفخيم والتثقيل نحو الجمعة وأشباه ذلك ونقل عنه التسهيل في ذلك وان قراءتهما جائزة قال الاثرم: قلت لأبي عبدالله إمام كان يصلي بقراءة حمزة أصلي خلفه؟ قال لا يبلغ به هذا كله ولكنها لاتعجبني قراءة حمزة

(فصـل) فأما ما يخرج عن مصحف عثمان كقراءة ابن مسعود وغيرها فلا ينبغي أن يقرأ بها في الصلاة لان القرآن ثبت بطريق التواتر وهذه لم يثبت التواتر بها فلا يثبت كونها قرآنا ، فان قرأ بشيء منها مما صحت به الرواية واتصـل اسنادها ففيه روايتان (احداهما) لاتصح صلاته لذلك (والثانية) تصح لان الصحابة كانوا يصلون بقراءتهم في عصر النبي ﷺ وبعـده وكانت صلاتهم صحيحة بغير شك ، وقد صح ان النبي ﷺ قال « من أحب أن يقرأ القرآن غضا كما أنزل فليقرأه على قراءة ابن أم عبد» وقد أمر النبي ﷺ عمر وهشام بن حكيم حين اختلفا في قراءة القرآن فقال « اقرءوا كما علمتم » وكان الصحابة رضي الله عنهم قبل جمع عثمان المصحف يقرءون بقراآت لم يثبتها في المصحف ويصلون بها لا يرى أحد منهم تحريم ذلك ولا بطلان صلاتهم به

(فصل) ولا تكره قراءة أواخر السور وأوساطها في إحدى الروايتين . نقلها عن أحمد جماعة لان أبا سعيد قال : أمرنا أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر . وعن أبي هريرة قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « اخرج فناد في المدينة أنه لا صلاة إلا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب » أخرجهما أبو داود ، وهـذا يدل على أنه لايتعين الزيادة . وروي عن ابن مسعود أنه كان يقرأ في الآخرة من صلاة الصبح آخر آل عمران وآخر الفرقان رواه الخلال باسناده ، وعن ابراهيم النخعي قال : كان أصحابنا يقرأون في الفريضة من السورة بعضها ثم يركع ثم يقوم فيقرأ في سورة أخرى . وقول

أحد من العشرة الا قراءة حمزة والكسائي لما فيها من الكسر والادغام والتكلف وزيادة المد ، وقد روي عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ قال « نزل القرآن بالتفخيم » وعن ابن عباس قال : نزل القرآن بالتفخيم والتثقيل نحو الجمعة وأشباه ذلك ولأنها تتضمن الادغام الفاحش وفيه اذهاب حروف كثيرة من كتاب الله تعالى ينقص بادغام كل حرف عشر حسنات ، ورويت كراهتها والتشديد فيها عن جماعة من السلف منهم الثوري وابن مهدي ويزيد بن هارون وسفيان بن عيينة فروي عنه أنه قال لو صليت خلف انسان يقرأ قراءة حمزة لاعدت صلاتي ، وقال أبو بكر بن عياش قراءة حمزة بدعة ، وقال ابن ادريس ما استخير أن أقول يقرأ بقراءة حمزة انه صاحب سنة ، قال بشر بن الحارث : يعيد اذا صلى خلف إمام يقرأ بها . وروي عن أحمد التسهيل في ذلك ، قال الاثرم: قلت لابي عبدالله إمام يصلي بقراءة حمزة أصلي خلفه ؟ قال لاتبلغ بهذا كله ولكنها لاتعجبني

(فصل) فان قرأ بقراءة تخرج عن مصحف عثمان كقراءة ابن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) وغيرها كره له ذلك لان القرآن يثبت بطريق التواتر ولا تواتر فيها ولا يثبت كونها قرآنا وهل تصح صلاته اذا كان مما صحت به الرواية واتصل اسنادها ؟ على روايتين (احداهما) لا تصح صلاته لذلك

أبي برزة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في الصبح من الستين الى المائة دليل على انه لم يكن يقتصر على قراءة سورة (والرواية الثانية) يكره ذلك نقل المروذي عن أحمد أنه كان يكره أن يقرأ في صلاة الفرض بآخر سورة، وقال: سورة أعجب إليّ فقال المروذي: كان لابي عبدالله قرابة يصلي به فكان يقرأ في الثانية من الفجر بآخر السورة فلما أكثر قال أبو عبد الله: تقدم أنت فصل فقلت له هذا يصلي بك منذ كم قال: دعناه منه يجيء بآخر السور وكرهه، ولعل أحمد انما أحب اتباع النبي صلى الله عليه وسلم فيما نقل عنه وكره المداومة على خلاف ذلك والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم قراءة السورة أو بعض سورة من أولها فأعجبه موافقة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعجبه مخالفته ونقل عنه في الرجل يقرأ من أوسط السور وآخرها فقال: أما آخر السور فأرجو وأما أوسطها فلا ولعله ذهب في آخر السورة الى ماروي فيه عن عبد الله وأصحابه ولم ينقل مثل ذلك في أوسطها، وقد نقل عنه الاثرم قال: قلت لابي عبد الله الرجل يقرأ آخر السورة في الركعة فقال: أليس قد روي في هذا رخصة عن عبدالرحمن بن زيد وغيره، وأما قراءة بعض السورة من أولها فلا خلاف في أنه غير مكروه فان النبي ﷺ قرأ من سورة المؤمنين الى ذكر موسى وهرون ثم أخذته سعلة فركع وقرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب فرقها مرتين رواه النسائي.

(فصل) ولا بأس بالجمع بين السور في صلاة النافلة فان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في ركعة سورة البقرة وآل عمران والنساء، وقال ابن مسعود: لقد عرفت النظائر التي كان رسول الله ﷺ يقرن بينهن فذكر عشرين سورة من المفصل سورتين في ركعة، متفق عليه. وكان عثمان رضي الله عنه يختم القرآن في ركعة وروي ذلك عن جماعة من التابعين، وأما الفريضة فالمستحب أن يقتصر على سورة مع الفاتحة من غير زيادة عليها لان النبي ﷺ هكذا كان يصلي أكثر صلاته وأمر معاذاً أن يقرأ في صلاته كذلك، وإن جمع بين سورتين في ركعة ففيه روايتان (احداهما) يكره لذلك (والثانية) لايكره لان حديث عبد الله بن مسعود مطلق في الصلاة فيحتمل أنه اراد الفرض، وقد روى الخلال باسناده عن ابن عمر أنه كان يقرأ في المكتوبة بالسورتين في ركعة وإن قرأ في ركعة سورة ثم أعادها في الثانية فلا بأس لما روى ابو داود باسناده عن رجل من جهينة أنه سمع النبي ﷺ يقرأ في صلاة الصبح اذا زلزلت في الركعتين كليهما.

(فصل) والمستحب أن يقرأ في الركعة الثانية بسورة بعد السورة التي قرأها في الركعة الاولى

(والثانية) تصح لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يصلون بقراءتهم في عصر النبي ﷺ وبعده وكانت صلاتهم صحيحة. وقد صح ان النبي ﷺ قال «من احب ان يقرأ القرآن غضاً كما أنزل فليقرأ على قراءة ابن أم عبد» وكان الصحابة رضي الله عنهم يصلون بقراآت لم يثبتها عثمان في المصحف لايرى احد منهم تحريم ذلك ولا بطلان صلاتهم به

(فصل) فاذا فرغ من القراءة ثبت قائما وسكت حتى يرجع اليه نفسه قبل أن يركع ولا يصل قراءته

في النظم لان ذلك هو المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد روي عن ابن مسعود انه سئل عمن يقرأ القرآن منكوسا قال: ذلك منكوس القلب وفسره ابوعبيدة بأن يقرأ سورة ثم يقرأ بعدها أخرى هي قبلها في النظم فان قرأ بخلاف ذلك فلا بأس به ، قال أحمد لما سئل عن هذه المسئلة لا بأس به أليس يعلم الصبي على هذا ؟ وقال في رواية مهنا أعجب إلي أن يقرأ من البقرة الى أسفل وقد روى ان الاحنف قرأ بالكهف في الاولى وفي الثانية بيوسف وذكر انه صلى مع عمر الصبح بهما استشهد به البخاري.

(فصل) اذا فرغ من القراءة قال أحمد رحمه الله يثبت قائما ويسكت حتى يرجع اليه نفسه قبل أن يركع ولا يصل قراءته بتكبيرة الركوع جاء عن النبي ﷺ أنه كان له سكتتان سكتة عند افتتاح الصلاة ، وسكتة إذا فرغ من القراءة وهذا هو حديث سمرة كذلك رواه أبو داود وغيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا فرغ كبر للركوع)

أما الركوع فواجب بالنص والاجماع قال الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا) وأجمعت الامة على وجوبه في الصلاة على القادر عليه. وأكثر أهل العلم يرون أن يبتدىء الركوع بالتكبير وأن يكبر في كل خفض ورفع منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وأبو هريرة وقيس بن عباد ومالك والأوزاعي وابن جابر والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وعوام العلماء من الامصار. وروي عن عمر بن عبد العزيز وسالم والقاسم وسعيد بن جبير أنهم كانوا لا يتمون التكبير ولعلهم يحتجون بأن النبي ﷺ لم يعلمه المسيء في صلاته ولو كان منها لعلمه إياه ولم تبلغهم السنة عن النبي ﷺ

ولنا مارورى أبو هريرة قال : كان رسول الله ﷺ اذا قام إلى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول « سمع الله لمن حمده » حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم « ربنا ولك الحمد » ثم يكبر حين يهوي ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يكبر حين يسجد ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يفعل ذلك في الصلاة كلها حتى يقضيها ويكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس . وقد قال النبي ﷺ « إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا » متفق عليهما . وكان أبو هريرة يكبر في كل خفض ورفع ويقول أنا أشبهكم صلاة برسول الله ﷺ رواه البخاري . وعن ابن مسعود قال كان رسول الله ﷺ يكبر في كل خفض ورفع وقيام وقعود وأبو بكر وعمر قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقد قال النبي ﷺ « صلوا كما رأيتموني أصلي » ولانه شروع في ركن فشرع فيه التكبير كحالة ابتداء الصلاة ولانه انتقال من ركن الى ركن فشرع فيه ذكر يعلم به المأموم انتقاله ليقتدي به كحالة الرفع من الركوع.

(فصل) ويسن الجهر به للامام ليسمع المأموم فيقتدي به في حال الجهر والاسرار جميعاً كقولنا في تكبيرة الاحرام، فان لم يجهر الامام بحيث يسمع الجميع استحب لبعض المأمومين رفع صوته ليسمعهم

بتكبير الركوع قاله أحمد لان في حديث سمرة في بعض رواياته فاذا فرغ من القراءة سكت ، رواه أبو داود

كفعل أبي بكر رضي الله عنه حين صلى النبي ﷺ بهم في مرضه قاعداً وأبو بكر إلى جنبه يقتدي به والناس يقتدون بأبي بكر .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويرفع يديه كرفعه الاول)

يعني يرفعهما الى حذو منكبيه أو الى فروع أذنيه كفعله عند تكبيرة الاحرام ويكون ابتداء رفعه عند ابتداء تكبيره ، وانتهاؤه عند انتهائه . وبهذا قال ابن عمر وابن عباس وجابر وأبو هريرة وابن الزبير وأنس والحسن وعطاء وطاوس ومجاهد وسالم وسعيد بن جبير وغيرهم من التابعين وهو مذهب ابن المبارك والشافعي وإسحاق ومالك في إحدى الروايتين عنه . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يرفع يديه إلا في الافتتاح وهو قول ابراهيم النخعي لما روي عن عبدالله بن مسعود أنه قال : الا أصلي لكم صلاة رسول الله ﷺ فصلى فلم يرفع يديه إلا في أول مرة قال الترمذي : حديث ابن مسعود حسن . وروى يزيد بن زياد عن ابن أبي ليلى عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة ثم لا يعود ، قالوا والعمل بهذين الحديثين أولى لأن ابن مسعود كان فقيها ملازما لرسول الله ﷺ عالما بأحواله وباطن أمره وظاهره فتقدم روايته على رواية من لم يكن حاله كحاله . قال ابراهيم النخعي لرجل روى حديث وائل بن حجر لعل وائلا لم يصل مع النبي ﷺ إلا تلك الصلاة فترى أن نترك رواية عبدالله الذي لعله لم يفته مع النبي ﷺ صلاة ونأخذ برواية هذا أو كما قال

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع يديه ويركع مكبراً فيضع يديه على ركبتيه ويمد ظهره مستويا ويجعل رأسه حيال ظهره لا يرفعه ولا يخفضه) الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أمور (أحدها) في رفع اليدين ، ورفعهما في تكبيرة الركوع مستحب ؛ ويرفعهما إلى فروع أذنيه ويكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير ، وانتهاؤه مع انتهائه كما قلنا في ابتداء الصلاة ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وجابر وأبي هريرة وابن الزبير وأنس رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وعطاء وطاووس وابن المبارك ، والشافعي ومالك في أحد قوليه وقال الثوري وأبو حنيفة والنخعي لا يرفعهما لما روي عن عبدالله بن مسعود أنه قال : أصلي بكم صلاة رسول الله ﷺ فصلى فلم يرفع يديه إلا في أول مرة ، حديث حسن . وروى يزيد بن زياد عن ابن أبي ليلى عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة ثم لا يعود ، رواه أحمد بمعناه قالوا : والعمل في هذين الحديثين الاولين أولى لأن ابن مسعود كان فقيها ملازما لرسول الله ﷺ عالما بأحواله فتقدم روايته على غيره

ولنا ما روى عبدالله بن عمر قال : رأيت رسول الله ﷺ اذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي منكبيه ، وإذا أراد أن يركع ، وبعد ما يرفع رأسه من الركوع ، متفق عليه ، وقد ذكرنا حديث أبي حميد وفيه الرفع ، رواه في عشرة من الصحابة منهم أبو قتادة فصدقوه ، ورواه عمر وعلي ووائل ابن حجر ومالك بن الحويرث وأنس وأبو هريرة وأبو أسيد وسهل بن سعد ومحمد بن مسلمة وأبو موسى فصار كالمتواتر الذي لا يتطرق اليه شك بصحة سنده وكثرة رواته وعمل به الصحابة والتابعون

ولنا ما روى الزهري عن سالم عن أبيه قال : رأيت رسول الله ﷺ إذا استفتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه وإذا أراد أن يركع وبعد ما يرفع رأسه من الركوع ولا يفعل ذلك في السجود ، قال البخاري : قال علي بن المديني وكان أعلم أهل زمانه : حق على المسلمين أن يرفعوا أيديهم لهذا الحديث وحديث أبي حميد الذي ذكرنا في أول الباب وقد رواه في عشرة من الصحابة منهم أبو قتادة فصدقوه وقالوا : هكذا كان يصلي رسول الله ﷺ ورواه سوى هذين عمر وعلي ووائل بن حجر ومالك بن الحويرث وأنس وأبو هريرة وأبو أسيد وسهل بن سعد ومحمد بن مسلمة وأبو موسى وجابر بن عمير الليثي فصار كالمتواتر الذي لا يتطرق اليه شك مع كثرة رواته وصحة سنده وعمل به الصحابة والتابعون وأنكروا على من لم يعمل به . قال الحسن رأيت أصحاب النبي ﷺ يرفعون أيديهم اذا كبروا واذا ركعوا واذا رفعوا رؤسهم كأنها المراوح . قال أحمد وقد سئل عن الرفع : أي لعمري ومن يشك في هذا ؟ كان ابن عمر اذا رأى من لا يرفع حصبه وأمره أن يرفع فأما حديثاهم فضعيفان : فأما حديث ابن مسعود فقال ابن المبارك لم يثبت ، وحديث البراء قال ابن عيينة حدثنا يزيد بن أبي زياد عن ابن أبي ليلى ولم يقل ثم لا يعود فلما

وأنكروا على من تركه ، فروي أن ابن عمر كان اذا رأى من لا يرفع حصبه وأمره أن يرفع وحديثاهم ضعيفان ، لحديث ابن مسعود قال ابن المبارك لم يثبت ، وحديث البراء قال أبو داود : هذا حديث ليس بصحيح — ولو صحا كان الترجيح لاحاديثنا لأنها أصح إسناداً وأكثر رواة ولأنهم مثبتون والمثبت يقدم على النافي ولأنه قد عمل به السلف من الصحابة والتابعين ، وقولهم ان ابن مسعود امام ، قلنا لاننكر فضله وامامته ، أما بحيث يقدم على عمر وعلي فلا ولا يساوي واحداً منهما فكيف تقدم روايته ؟ (الامر الثاني) الركوع وهو واجب في الصلاة بالنص والاجماع قال الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا) وأجمعوا على وجوب الركوع على القادر عليه (الامر الثالث) التكبير فيه وهو مشروع في كل خفض ورفع في قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وأبو هريرة وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وعوام علماء الامصار ، وروي عن عمر بن عبدالعزيز وسالم والقاسم وسعيد بن جبير أنهم كانوا لايتمون التكبير لما روى عبدالرحمن بن أبي انه صلى مع النبي ﷺ فكان لايتم التكبير ، يعني اذا خفض واذا رفع ، رواه الامام أحمد

ولنا ما روى أبو هريرة قال كان رسول الله ﷺ إذا قام الى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد ثم يكبر حين يهوي ساجداً ثم يكبر حين يرفع رأسه ، ثم يكبر حين يسجد ، ثم يكبر حين يرفع رأسه ، ثم يفعل ذلك في الصلاة كلها حتى يقضيها ويكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس ، متفق عليه . وعن ابن مسعود قال : كان رسول الله ﷺ يكبر في كل خفض ورفع وقيام وقعود ، وأبو بكر وعمر ، رواه الامام أحمد والترمذي وقال حسن صحيح . وقال النبي

قدمت الكوفة سمعته يحدث به فيقول لايعود فظننت أنهم لقنوه ، وقال الحميدى وغيره يزيد بن أبي زياد ساء حفظه في آخر عمره وخلط ثم لو صحا كان الترجيح لاحاديثنا أولى لخمسة أوجه (احدها) لانها أصح اسنادا ، وأعدل رواة فالحق الى قولهم اقرب (الثاني) أنها اكثر رواة فظن الصدق في قولهم أقوى ، والغلط منهم أبعد (الثالث) أنهم مثبتون والمثبت يخبر عن شيء شاهده ورواه فقوله يجب تقديمه لزيادة علمه والنافي لم ير شيئاً فلا يؤخذ بقوله ولذلك قدمنا قول الجارح على المعدل (والرابع) انهم فصلوا في روايتهم ونصوا على الرفع في الحالتين المختلف فيهما والمخالف لهم عمم بروايته المختلف فيه وغيره فيجب تقديم أحاديثنا لنصها وخصوصها على احاديثهم العامة التي لا نص فيها كما يقدم الخاص على العام ، والنص على الظاهر المحتمل (الخامس) ان احاديثنا عمل بها السلف من الصحابة والتابعين فيدل ذلك على قوتها . وقولهم إن ابن مسعود امام قلنا لاننكر فضله لكن بحيث يقدم على أميري المؤمنين عمر وعلي وسائر من معهم !! كلا ولا يساوي واحداً منهم فكيف يرجح على جميعهم؟ مع ان ابن مسعود قد ترك قوله في الصلاة في اشياء منها أنه كان يطبق في الركوع يضع يديه بين ركبتيه فلم يؤخذ بفعله وأخذ برواية غيره في وضع اليدين على الركبتين وتركت قراءته وأخذ بقراءة زيد بن ثابت وكان لايرى التيمم للجنب فترك ذلك برواية من هو أقل من رواة احاديثنا وأدنى منهم فضلا فهنا أولى .

ﷺ « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا » متفق عليه ولانه شروع في ركن فشرع فيه التكبير كحالة الابتداء

(فصل) ويستحب أن يضع يديه على ركبتيه ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ وهو قول عامة أهل العلم ، وذهب قوم من السلف الي التطبيق وهو أن يجعل المصلي أحد كفيه على الأخرى ثم يجعلهما بين ركبتيه اذا ركع وهذا كان في اول الاسلام ثم نسخ ، قال مصعب بن سعد : ركعت فجعلت يدي بين ركبتي فنهاني أبي وقال إنا كنا نفعل هذا فنهينا عنه وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب متفق عليه . وفي حديث أبي حميد رأيته اذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ، ويستحب ان يفرج اصابعه لما روى وائل بن حجر قال : كان النبي ﷺ اذا ركع فرج اصابعه ، رواه البيهقي

(فصل) ويجعل رأسه حيال ظهره لا يرفعه ولا يخفضه لان في حديث أبي حميد في صفة الركوع ثم هصر ظهره ، وفي لفظ ثم اعتدل فلم يصوب رأسه ولم يقنع ، وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ اذا ركع لم يرفع رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك ، متفق عليه . وجاء الحديث عن النبي ﷺ انه كان اذا ركع لو كان قدح ماء على ظهره ماتحرك وذلك لاستواء ظهره ، ويستحب أن يجافي عضديه عن جنبيه فان في حديث أبي حميد ان النبي ﷺ وضع يديه على ركبتيه كأنه قابض عليهما ووتر يديه فنحاهما عن جنبيه ، صحيح

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يضع يديه على ركبتيه ويفرج أصابعه ويمد ظهره ولا يرفع رأسه ولا يخفضه)

وجملته أنه يستحب للراكع أن يضع يديه على ركبتيه ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ وفعله عمر وعلي وسعد وابن عمر وجماعة من التابعين وبه يقول الثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وذهب قوم من السلف إلى التطبيق وهو أن يجعل المصلي احدى كفيه على الاخرى ثم يجعلهما بين ركبتيه اذا ركع وهذا كان في أول الاسلام ثم نسخ . قال مصعب بن سعد : ركعت فجعلت يدي بين ركبتي فنهاني أبي وقال : انا كنا نفعل هذا فنهينا عنه وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب ، متفق عليه . وذكر أبو حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ رأيته اذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره - يعني عصره حتى يعتدل ولا يبقى محدودبا ، وفي لفظ ثم اعتدل فلم يصوب ولم يقنع ووضع يديه على ركبتيه . وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ اذا ركع لم يرفع رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك ، متفق عليه . قال أحمد ينبغي له اذا ركع أن يلقم راحتيه ركبتيه ويفرق بين أصابعه ويعتمد على ضبعيه وساعديه ويسوي ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه ، وقد جاء الحديث عن النبي ﷺ أنه كان اذا ركع لو كان قدح ماء على ظهره ما تحرك وذلك لاستواء ظهره والواجب من ذلك الانحناء بحيث يمكنه مس ركبتيه بيديه لانه لا يخرج عن حد القيام إلى الركوع الا به ولا يلزمه وضعهما وانما ذلك مستحب فان كانتا عليلتين لا يمكنه وضعهما انحنى ولم يضعهما ، وإن كانت احداهما عليلة وضع الاخرى .

(فصل) ويستحب أن يجافي عضديه عن جنبيه فان أبا حميد ذكر أن النبي ﷺ وضع يديه على ركبتيه كأنه قابض عليهما ووتر يديه فنحاهما عن جنبيه حديث صحيح .

(فصل) ويجب أن يطمئن في ركوعه ومعناه أن يمكث اذا بلغ حد الركوع قليلا وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الطمأنينة غير واجبة لقوله تعالى (اركعوا واسجدوا) ولم يذكر الطمأنينة والامر بالشيء يقتضي حصول الاجزاء به .

ولنا قول النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم اركع حتى تطمئن راكعا » متفق عليه . وروى أبو قتادة أن النبي ﷺ قال « اسوأ الناس سرقة الذي يسرق من صلاته » قيل وكيف يسرق من صلاته ؟ قال « لا يتم ركوعها ولا سجودها » وقال « لا تجزيء صلاة لا يقيم الرجل صلبه فيها في الركوع والسجود » رواه البخاري . والآية حجة لنا لان النبي ﷺ فسر الركوع بفعله وقوله ، فالمراد بالركوع ما بينه النبي ﷺ

(فصل) واذا رفع رأسه وشك هل ركع أولا أو هل أتى بقدر الاجزاء أو لا ؟ لم يعتد به وعليه أن يعود فيركع حتى يطمئن راكعا لان الاصل عدم ما شك فيه إلا أن يكون ذلك وسواسا فلا يلتفت

﴿ مسئلة ﴾ (وقدر الاجزاء الانحناء بحيث يمكنه مس ركبتيه بيديه لانه لا يخرج عن حد القيام الى الركوع إلا به ولا يلزمه وضع يديه على ركبتيه بل ذلك مستحب ، فان كانتا عليلتين لا يمكنه وضعهما انحنى ولم يضعهما ، وإن كانت احداهما عليلة وضع الاخرى [1]

(فصل) واذا رفع رأسه وشك هل رفع أو لا ؟ أوهل أتى بقدر الاجزاء أو لا ؟ لزمه أن يعود فيركع

[1] سقط هذا السطر من نسخة الشرح الكبير فنقلناه من المغني وربما كان ماسقط أكثر

اليه وهكذا الحكم في سائر الاركان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وهو أدنى الكمال ، وإن قال مرة أجزأه)

وجملة ذلك أنه يشرع أن يقول في ركوعه : سبحان ربي العظيم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ليس عندنا في الركوع والسجود شيء محدود وقد سمعت أن التسبيح في الركوع والسجود

ولنا ماروى عقبة بن عامر قال لما نزلت (فسبح باسم ربك العظيم) قال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في ركوعكم » وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات سبحان ربي العظيم وذلك أدناه » أخرجهما ابو داود وابن ماجه . وروى حذيفة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا ركع « سبحان ربي العظيم » ثلاث مرات رواه الأثرم ورواه أبو داود ولم يقل ثلاث مرات ويجزيء تسبيحة واحدة لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتسبيح في حديث عقبة ولم يذكر عدداً فدل على أنه يجزيء أدناه ، وأدنى الكمال ثلاث لقول النبي ﷺ في حديث ابن مسعود « وذلك أدناه » قال أحمد في رسالته جاء الحديث عن الحسن البصري أنه قال « التسبيح التام سبع ، والوسط خمس ، وأدناه ثلاث » وقال القاضي الكامل في التسبيح إن كان منفرداً مالا يخرجه إلى السهو ، وفي حق الامام مالا يشق على المأمومين ، ويحتمل أن يكون الكمال عشر تسبيحات لان أنسا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي كصلاة عمر ابن عبد العزيز فحزروا ذلك بعشر تسبيحات . وقال بعض أصحابنا الكمال أن يسبح مثل قيامه لان النبي صلى الله عليه وسلم قد روي عنه البراء قال قد رمقت محمداً صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فوجدت

لان الاصل عدم ماشك فيه إلا أن يكون وسواساً فلا يلتفت اليه وكذلك حكم سائر الاركان

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وهو أدنى الكمال) قول سبحان ربي العظيم مشروعٌ في الركوع ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك ليس عندنا في الركوع والسجود شيء محدود وقد سمعت أن التسبيح في الركوع والسجود

ولنا ماروى عقبة بن عامر قال : لما نزلت (فسبح باسم ربك العظيم) قال النبي صلى الله عليه وسلم « اجعلوها في ركوعكم » وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا ركع أحدكم فليقل سبحان ربي العظيم ثلاث مرات وذلك أدناه » أخرجهما ابو داود وابن ماجه ، وأدنى الكمال ثلاث لما ذكرنا . ويجزئه تسبيحة واحدة لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر عدداً في حديث عقبة ولانه ذكر مكرراً فأجزأت واحدة كسائر الاذكار ، قال احمد جاء الحديث عن الحسن البصري أنه قال « التسبيح التام سبع ، والوسط خمس ، وأدناه ثلاث » وقال القاضي الكامل في التسبيح ان كان منفرداً

قيامه ، فركعته ، فاعتداله بعد ركوعه ، فسجدته ، فجلسته مابين السجدتين ، فسجدته ، فجلسته مابين التسليم والانصراف قريبامن السواء ، متفق عليه . إلا أن البخاري قال ماخلا القيام والقعود قريبامن السواء

(فصل) وان قال سبحان ربي العظيم وبحمده فلا بأس فان أحمد بن نصر روى عن أحمد انه سئل عن تسبيح الركوع والسجود ، سبحان ربي العظيم أعجب اليك أو سبحان ربي العظيم وبحمده ؟ فقال قد جاء هذا وجاء هذا وما أدفع منه شيئا : وقال أيضاً ان قال وبحمده في الركوع والسجود أرجو أن لايكون به بأس وذلك لان حذيفة روى في بعض طرق حديثه أن النبي ﷺ كان يقول في ركوعه « سبحان ربي العظيم وبحمده ، وفي سجوده « سبحان ربي الاعلى وبحمده » وهذه زيادة يتعين الاخذ بها . وروي عن أحمد أنه قال أما أنا فلا أقول وبحمده ، وحكى ذلك ابن المنذر عن الشافعي وأصحاب الرأي ، ووجه ذلك أن الرواية بدون هذه الزيادة أشهر وأكثر وهذه الزيادة قال أبو داود : نخاف أن لاتكون محفوظة . وقيل هذه الزيادة من رواية ابن أبي ليلى ، ويحتمل أن أحمد تركها لضعف ابن أبي ليلى عنده

(فصل) والمشهور عن أحمد أن تكبير الخفض والرفع وتسبيح الركوع والسجود وقول سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وقول ربي اغفرلي بين السجدتين والتشهد الاول — واجب وهو قول إسحاق وداود . وعن أحمد انه غير واجب وهو قول أكثر الفقهاء لان النبي ﷺ لم يعلمه المسيء في صلاته ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولانه لو كان واجبا لم يسقط بالسهو كالاركان

ولنا أن النبي ﷺ أمر به وأمره للوجوب وفعله وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقد روى أبو داود عن علي بن يحيى بن خلاد عن عمه عن النبي ﷺ أنه قال « لاتتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ . إلى قوله ، ثم يكبر ، ثم يركع حتى تطمئن مفاصله ، ثم يقول سمع الله لمن حمده حتى يستوي قائما ، ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى يطمئن ساجداً ، ثم يقول الله أكبر ويرفع رأسه حتى يستوي قاعداً ، ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله ، ثم يرفع رأسه فيكبر فاذا فعل ذلك فقد تمت صلاته » وهذا نص في وجوب التكبير ، ولان مواضع هذه الاذكار اركان الصلاة فكان فيها ذكر واجب كالقيام . وأما حديث المسيء في صلاته فقد ذكر في الحديث الذي رويناه تعليمه ذلك وهي زيادة يجب قبولها على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلمه كل الواجبات بدليل أنه لم يعلمه التشهد ولا السلام ، ويحتمل انه اقتصر على تعليمه مارآه أساء فيه ولا يلزم

مالا يخرجه إلى السهو وفي حق الامام مالا يشق على المأمومين ، ويحتمل أن يكون الكامل عشر تسبيحات لان أنسا روى أن النبي ﷺ كان يصلي كصلاة عمر بن عبدالعزيز فحزروا ذلك بعشر تسبيحات . وقال الميموني صليت خلف أبي عبدالله فكنت أسبح في الركوع والسجود عشر تسبيحات وأكثر . وقال بعض أصحابنا الكمال أن يسبح مثل قيامه لما روى البراء قال : رمقت محمداً صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فوجدت قيامه ، فركعته ، فاعتداله بعد ركوعه ، فسجدته ، فجلسته

من التساوي في الوجوب التساوي في الاحكام بدليل واجبات الحج

(فصل) وإذا كان إماما لم يستحب له التطويل ولا الزيادة في التسبيح . قال القاضي لا يستحب له التطويل ولا الزيادة على ثلاث كيلا يشق على المأمومين وهذا إذا لم يرضوا بالتطويل فان كانت الجماعة يسيرة ورضوا بذلك استحب له التسبيح الكامل على ما ذكرناه وكذلك إن كان وحده .

(فصل) ويكره أن يقرأ في الركوع والسجود لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن قراءة القرآن في الركوع والسجود . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال ﷺ «اني نهيت أن أقرأ راكعا وساجداً فاما الركوع فعظموا الرب فيه وأما السجود فاجتهدوا في الدعاء فقمن أن يستجاب لكم» رواه أبو داود وقوله قمن معناه جدير وحري

(فصل) ومن أدرك الامام في الركوع فقد أدرك الركوع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك الركوع فقد أدرك الركعة » رواه أبوداود ولانه لم يفته من الاركان الا القيام وهو يأتي به مع تكبيرة الاحرام ثم يدرك مع الامام بقية الركعة ، وهذا إذا أدرك الامام في طمأنينة الركوع أو انتهى إلى قدر الاجزاء من الركوع قبل أن يزول الامام عن قدر الاجزاء فهذا يعتد له بالركعة ويكون مدركا لها فاما ان كان المأموم يركع والامام يرفع لم يجزه وعليه أن يأتي بالتكبيرة منتصبا ، فان أتى بها بعد أن انتهى في الانحناء الى قدر الركوع أو ببعضها لم يجزه لانه أتى بها في غير محلها الا في النافلة ولانه يفوته القيام وهو من أركان الصلاة ثم يأتي بتكبيرة أخرى للركوع في حال انحطاطه اليه فالاولى ركن لا تسقط بحال والثانية تكبيرة الركوع .والمنصوص عن أحمد انها تسقط ههنا ويجزئه تكبيرة واحدة نقلها أبو داود وصالح وروي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن وميمون بن مهران والنخعي والحكم والثوري والشافعي ومالك وأصحاب الرأي. وعن عمر بن عبد العزيز عليه تكبيرتان وهو قول حماد بن ابي سليمان والظاهر انهما ارادا ان الاولى له ان يكبر تكبيرتين فلا يكون قولهما مخالفا لقول الجماعة فان عمر بن عبد العزيز قد نقل عنه انه كان ممن لا يتم التكبير ولانه قد نقلت تكبيرة واحدة عن زيد بن ثابت وابن عمر ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فيكون ذلك إجماعا ولانه اجتمع واجبان من جنس في محل واحد واحدهما ركن فسقط به الآخر كما لو طاف الحاج طواف الزيارة عند خروجه من مكة اجزأه عن طواف الوداع وقال القاضي ان نوى بالتكبير الاحرام وحده اجزأه وان نوى به الاحرام والركوع فظاهر كلام احمد انه لا يجزئه لانه شرك بين الواجب وغيره في النية فاشبه مالوعطس

ما بين السجدتين فسجدته فجلسته ما بين التسليم والانصراف قريبا من السواء متفق عليه

(فصل) الا ان الاولى للامام عدم التطويل لئلا يشق على المأمومين الا ان يكون الجماعة يرضون بذلك فيستحب له التسبيح الكامل على ما ذكرنا ، وان قال سبحان ربي العظيم وبحمده فلا بأس فانه قد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا ركع قال « سبحان ربي العظيم وبحمده » ثلاثا اذا سجد قال « سبحان ربي الاعلى وبحمده » ثلاثا رواه أبو داود . قال احمد بن نصر روي عن

عند رفع رأسه من الركوع فقال ربنا ولك الحمد ينويهما . وقال نص أحمد في هذا انه لايجزئه وهذا القول يخالف نصوص احمد فلا يعول عليه . وقد قال في رواية ابنه صالح فيمن جاء والامام راكع كبر تكبيرة واحدة ، قيل له ينوي بها الافتتاح ؟ قال نوى أو لم ينو أليس قد جاء وهو يريد الصلاة؟ ولان نية الركوع لاتنافي نية الافتتاح ولهذا حكمنا بدخوله في الصلاة بهذه النية فلم تؤثر نية الركوع في فسادها ولانه واجب يجزيء عنه وعن غيره اذا نواه فلم يمنع صحة نية الواجبين كما لو نوى بطواف الزيارة له وللوداع ولا يجوز ترك نص الامام ومخالفته بقياس مانصه في موضع آخر كما لايترك نص كتاب الله تعالى ورسوله بقياس ، والمستحب تكبيرة نص عليه احمد ، قال أبو داود قلت لاحمد يكبر مرتين أحب اليك ؟ قال : ان كبر تكبيرتين ليس فيه اختلاف .

(فصل) وان أدرك الامام في ركن غير الركوع لم يكبر إلا تكبيرة الافتتاح وينحط بغير تكبير لانه لايعتدّ له به وقد فاته محل التكبير. وان أدركه في السجود أو التشهد الاول كبر في حال قيامه مع الامام الى الثالثة لانه مأموم له فيتابعه في التكبير كمن ادرك معه الركعة من أولها ، وان سلم الامام قام الى القضاء بتكبير وبهذا قال مالك والثوري واسحاق وقال الشافعي : يقوم بغير تكبير لانه قد كبر في ابتداء الركعة ولا إمام له يتابعه في التكبير

ولنا أنه قام في الصلاة الى ركن معتد له به فيكبر كالقائم من التشهد الاول وكما لو قام مع الامام ولا يسلم أنه كبر في ابتداء الركعة فان ما كبر فيه لم يكن من الركعة إذ ليس في أول الركعة سجود ولا تشهد وانما ابتداء الركعة قيامه فينبغي أن يكبر فيه .

(فصل) ويستحب لمن أدرك الامام في حال متابعته فيه وان لم يعتد له به لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا جئتم الى الصلاة ونحن سجود فاسجدوا ولا تعدوها شيئا ، ومن أدرك الركوع فقد أدرك الركعة » رواه أبو داود . وروى الترمذي عن معاذ قال : قال النبي ﷺ « اذا أتى أحدكم والامام على حال فليصنع كما يصنع الامام » والعمل على هذا عند أهل العلم قالوا اذا جاء الرجل والامام ساجد فليسجد ولا تجزئه تلك الركعة . قال بعضهم : لعله أن لا يرفع رأسه من السجدة حتى يغفر له .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يقول : سمع الله لمن حمده ويرفع يديه كرفعه الاول)

أحمد انه سئل: تسبيح الركوع والسجود « سبحان ربي العظيم وبحمده » أعجب اليك أو « سبحان ربي العظيم ؟ » فقال قد جاء هذا وجاء هذا . وروي عنه أنه قال: أما أنا فلا اقول وبحمده . وحكاه ابن المنذر عن الشافعي وأصحاب الرأي لان هذه الزيادة قال أبو داود : نخاف أن لا تكون محفوظة والرواية بدونها أكثر

(فصل) يكره أن يقرأ في الركوع والسجود لما روى علي عن النبي ﷺ انه نهى عن قراءة القرآن في الركوع والسجود ، قال الترمذي هذا حديث صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع رأسه قائلا سمع الله لمن حمده ، ويرفع يديه) اذا فرغ من الركوع رفع رأسه

وجملة ذلك انه اذا فرغ من الركوع رفع رأسه واعتدل قائما حتى يرجع كل عضو الى موضعه ويطمئن ويبتدىء الرفع قائلا سمع الله لمن حمده ، ويكون انتهاؤه عند انتهاء رفعه ، ويرفع يديه لما روينا من الاخبار . وفي موضع الرفع روايتان (احداهما) بعد اعتداله قائما ، قال أحمد بن الحسين : رأيت أبا عبد الله اذا رفع رأسه من الركوع لايرفع يديه حتى يستتم قائما ، ووجهه ان في بعض ألفاظ حديث ابن عمر رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه ، واذا ركع ، وبعد مايرفع رأسه من الركوع ، ولانه رفع فلا يشرع في غيرحالة القيام كرفع الركوع والاحرام (والثانية) يبتدئه حين يبتدىء رفع رأسه لان أبا حميد قال : في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال سمع الله لمن حمده ورفع يديه ، وفي حديث ابن عمر المتفق عليه كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه ، واذا كبر للركوع واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك ويقول سمع الله لمن حمده ، وظاهره انه رفع يديه حين أخذ في رفع رأسه كقوله اذا كبر أي أخذ في التكبير ولانه حين الانتقال فشرع الرفع منه كحال الركوع ولانه محل رفع المأموم فكان محلا لرفع الامام كالركوع ولا تختلف الرواية في ان المأموم يبتدىء الرفع عند رفع رأسه لانه ليس في حقه ذكر بعد الاعتدال والرفع انما جعل هيئة للذكر بخلاف الامام ، ثم ينتصب قائما ويعتدل ، قال أبو حميد في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا رفع رأسه استوى قائما حتى يعود كل فقار الى مكانه

قائلا سمع الله لمن حمده ، ويكون انتهاؤه عند انتهاء رفعه ، ويرفع يديه لما روينا من الاخبار ، وفي موضع الرفع روايتان (احداهما) بعد اعتداله قائما ، حكاه أحمد بن الحسين انه رأى احمد يفعله لان في بعض ألفاظ حديث ابن عمر رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه ، واذا ركع ، وبعد مايرفع رأسه من الركوع (والثانية) يبتدئه حين يبتدىء رفع رأسه ، لان أبا حميد قال في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثم قال «سمع الله لمن حمده» ورفع يديه . وفي حديث ابن عمر في الرفع : واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك ويقول « سمع الله لمن حمده » وظاهره انه رفع يديه حين أخذ في رفع رأسه كقوله اذا كبر أي اذا أخذ في التكبير ولانه محل رفع المأموم فكان محل رفع الامام كالركوع ، فان الرواية لاتختلف في ان المأموم يبتدىء الرفع عند رفع رأسه لانه ليس في حقه ذكر بعد الاعتدال والرفع انما جعل هيئة للذكر . وقول سمع الله لمن حمده مشروع في حق الامام والمنفرد لانعلم فيه خلافا في المذهب لما ذكرنا من حديث أبي حميد وحديث ابن عمر وروي ان النبي ﷺ قال لبريدة « يابريدة اذا رفعت رأسك من الركوع فقل سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد » رواه الدارقطني ، ويعتدل قائما حتى يرجع كل عضو الى موضعه ويطمئن لقول أبي حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ واذا رفع رأسه استوى قائما حتى يعود كل فقار الى مكانه متفق عليه ، وقالت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم فكان اذا رفع رأسه من الركوع لم يسجد حتى يستوي قائما ، رواه مسلم

متفق عليه .وقالت عائشة عن النبي ﷺ :فكان إذا رفع رأسه من الركوع لم يسجد حتى يستوي قائما رواه مسلم ،وقال النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم ارفع حتى تعتدل قائما » متفق عليه

(فصل)وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة و بعض أصحاب مالك لا يجب لان الله تعالى لم يأمر به وإنما أمر بالركوع والسجود والقيام فلا يجب غيره ،ولانه لو كان واجباً لتضمن ذكراً واجباً كالقيام الاول ، ولنا أن النبي ﷺ أمر به المسيء في صلاته وداوم على فعله فيدخل في عموم قوله « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقولهم لم يأمر الله به،قلنا قد أمر بالقيام وهذا قيام ثم أمر النبي ﷺ يجب امتثاله وقد أمر به ،وقولهم لا يتضمن ذكرا واجبا ممنوع ثم هو باطل بالركوع والسجود فانهما ركنان ولا ذكر فيهما واجب على قولهم

(فصل) ويسن الجهر بالتسميع للامام كما يسن الجهر بالتكبير لانه ذكر مشروع عند الانتقال من ركن فيشرع الجهر به للامام كالتكبير

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يقول : ربنا ولك الحمد ، ملء السموات وملء الارض ، وملء ما شئت من شيء بعد)

وجملته انه يشرع قول ربنا ولك الحمد في حق كل مصل في المشهور عن أحمد وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وبه قال الشعبي وابن سيرين وأبو بردة والشافعي

(فصل) وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة و بعض أصحاب مالك لا يجب لان الله تعالى لم يأمر به وإنما أمر بالركوع والسجود والقيام فلا يجب غيره . ولنا قول النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم ارفع حتى تعتدل قائما » متفق عليه وداوم على فعله وقد قال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقولهم لم يأمر به ،قلنا قد أمر بالقيام وهذا قيام وقد أمر به النبي ﷺ وأمره يجب امتثاله . ويسن الجهر بالتسميع للامام كما يسن له الجهر بالتكبير قياساً عليه ، والله أعلم

(فصل) وإذا قال مكان سمع الله لمن حمده : من حمد الله سمع له ،لم يجزئه . وقال الشافعي : يجزئه لاتيانه باللفظ والمعنى . ولنا انه عكس اللفظ المشروع أشبه ما لو قال في التكبير : الاكبر الله ، ولا نسلم ان المعنى لم يتغير فان قوله : سمع الله لمن حمده ، صيغة تصلح للدعاء ، واللفظ الآخر صيغة شرط وجزاء لا يصلح للذكر فاختلفا

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا اعتدل قائما قال ربنا ولك الحمد ملء السموات وملء الارض وملء ما شئت من شيء بعد)

قول ربنا ولك الحمد مشروع في حق كل مصل في المشهور عنه ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وأبو هريرة والشعبي والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وعن أحمد لا يقوله المنفرد فانه قال في رواية اسحاق في الرجل يصلي وحده فاذا قال سمع الله لمن حمده ، قال ربنا ولك الحمد

واسحاق وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقوله المنفرد فانه قال في رواية اسحاق في الرجل يصلي وحده فاذا قال سمع الله لمن حمده قال ربنا ولك الحمد فقال انما هذا للامام جمعهما وليس هذا لاحد سوى الامام ؛ ووجهه ان الخبر لم يرد به في حقه فلم يشرع له كقول سمع الله لمن حمده في حق المأموم . وقال مالك وأبو حنيفة لا يشرع قول هذا في حق الامام ولا المنفرد لما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال « أذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا اللهم ربنا ولك الحمد فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له » متفق عليه

ولنا ان أباهريرة قال كان رسول الله ﷺ يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ، ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد ؛ وعن أبي سعيد وابن أبي أوفى ان النبي ﷺ كان اذا رفع رأسه قال « سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ملء السماء وملء الارض وملء ماشئت من شيء بعد » متفق عليه ، ولانه حال من أحوال الصلاة فيشرع فيه ذكر كالركوع والسجود ، وما ذكروه لا حجة لهم فيه فانه ان ترك ذكره في حديثهم فقد ذكره في أحاديثنا وراويه أبو هريرة قد صرح بذكره في روايته الاخرى ، فحديثهم لو انفرد لم يكن فيه حجة فكيف تترك به الاحاديث الصحيحة الصريحة . والصحيح ان المنفرد يقول كما يقول الامام لان النبي ﷺ روي عنه أنه قال لبريدة « يا بريدة إذا رفعت رأسك من الركوع فقل سمع الله لمن حمده ربنا ولك

فقال انما هذا للامام جمعهما وليس هذا لاحد سوى الامام لان الخبر لم يرد به في حقه فلم يشرع له كقول سمع الله لمن حمده في حق المأموم . وقال مالك وأبو حنيفة لايشرع هذا في حق الامام لا المنفرد لقول النبي ﷺ « إذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا اللهم ربنا ولك الحمد ، فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له » متفق عليه

ولنا أن أبا هريرة قال : كان رسول الله ﷺ يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد . متفق عليه . وعن أبي سعيد وابن أبي أوفى ان النبي ﷺ كان إذا رفع رأسه من الركوع «قال سمع الله لمن حمده ، اللهم ربنا لك الحمد ، ملء السموات وملء الارض ، وملء ما شئت من شيء بعد » رواه مسلم ، وما ذكروه لا حجة لهم فيه فانه ان ترك ذكره في حديثهم فقد ذكره في أحاديثنا — ثم يقول الامام ملء السموات وملء الارض وملء ما شئت من شيء بعد — لما ذكرنا من الاحاديث ، والصحيح ان المنفرد يقول كما يقول الامام لما روي عن النبي ﷺ انه قال لبريدة « يا بريدة إذا رفعت رأسك من الركوع فقل سمع الله لمن حمده ، ربنا ولك الحمد ملء السموات وملء الارض وملء ماشئت من شيء بعد » رواه الدارقطني ، وهذا عام وقد صح ان النبي ﷺ كان يقول ذلك ، رواه عنه علي وأبو

الحمد ملء السماء وملء الارض ، وملء ماشئت من شيء بعد » رواه الدارقطني وهذا عام في جميع أحواله ، وقد صح أن النبي ﷺ كان يقول ذلك ، رواه أبو هريرة وأبو سعيد وابن أبي أوفى وعلي ابن أبي طالب وغيرهم وكلها أحاديث صحاح ، ولم تفرق الرواية بين كونه اماما ومنفرداً ولان ماشرع من القراءة والذكر في حق الامام شرع في حق المنفرد كسائر الاذكار

(فصل) والسنة أن يقول « ربنا ولك الحمد » بواو ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم قال : سمعت أبا عبد الله يثبت أمر الواو ، وقال روى فيه الزهري ثلاثة أحاديث عن أنس وعن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وعن سالم عن أبيه ، وفي حديث علي الطويل وهذا قول مالك ، ونقل ابن منصور عن أحمد اذا رفع رأسه من الركوع قال : اللهم ربنا لك الحمد فانه لايجعل فيها الواو ، ومن قال ربنا قال ولك الحمد وذلك لان النبي ﷺ نقل عنه أنه قال « ربنا ولك الحمد » كما نقل الامام ، وفي حديث ابن أبي أوفى أن النبي ﷺ قال « سمع الله لمن حمده ، اللهم ربنا لك الحمد » وكذلك في حديث بريدة فاستحب الاقتداء به في القولين ، وقال الشافعي السنة أن يقول ربنا لك الحمد لان الواو للعطف وليس ههنا شيء يعطف عليه

ولنا أن السنة الاقتداء بالنبي ﷺ ولان اثبات الواو أكثر حروفا ويتضمن الحمد مقدراً ومظهراً فان التقدير ربنا حمدناك ولك الحمد فان الواو لما كانت للعطف ولا شيء ههنا تعطف عليه ظاهراً دلت على أن في الكلام مقدراً كقوله (سبحانك اللهم وبحمدك) أي وبحمدك سبحانك وكيفما قال جاز وكان حسنا لان كلا قد وردت السنة به

هريرة وابو سعيد وغيرهم ولم يفرقوا بين كونه اماما او منفرداً ، ولانه ذكر للامام فشرع للمنفرد كسائر الاذكار . وذكر القاضي في المنفرد رواية انه يقول سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد لايزيد عليه قال والصحيح انه يقول مثل الامام

(فصل) ويقول ربنا ولك الحمد بواو ، نص عليه احمد في رواية الأثرم قال : سمعت اباعبدالله يثبت أمر الواو وقال روى فيه الزهري ثلاثة أحاديث ، عن أنس ، وعن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ، وعن سالم عن ابيه وهو قول مالك ، ونقل ابن منصور عن احمد اذا رفع رأسه من الركوع قال اللهم ربنا لك الحمد ، رواه ابوسعيد وابن ابي أوفى . فاستحب الاقتداء به في القولين ، وقال الشافعي السنة قول ربنا لك الحمد ، لان الواو للعطف وليس ههنا شيء يعطف عليه

ولنا أن السنة الاقتداء بالنبي ﷺ وقد صح عنه ذلك ، ولان اثبات الواو أكثر حروفا ويتضمن الحمد مقدراً ومظهراً إذ التقدير ربنا حمدناك ، ولك الحمد فانها لما كانت للعطف ولا شيء ههنا يعطف عليه دلت على التقدير الذي ذكرناه كقولك سبحانك اللهم وبحمدك أي ؟ وبحمدك سبحانك وكيفما قال كان حسناً لان السنة قد وردت به

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان مأموما لم يزد على قول ربنا ولك الحمد)

لاأعلم في المذهب خلافا أنه لايشرع للمأموم قول سمع الله لمن حمده وهذا قول ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة والشعبي ومالك وأصحاب الرأي، وقال ابن سيرين وأبو بردة وأبو يوسف ومحمد والشافعي واسحاق يقول ذلك كالامام لحديث بريدة ولانه ذكر شرع للامام فيشرع للمأموم كسائر الاذكار.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد» وهذا يقتضي أن يكون قولهم: ربنا ولك الحمد عقيب قوله سمع الله لمن حمده بغير فصل لان الفاء للتعقيب وهذا ظاهر يجب تقديمه على القياس وعلى حديث بريدة لان هـذا صحيح مختص بالمأموم وحديث بريدة في اسناده جابر الجعفي [1] وهو عام وتقديم الصحيح الخاص أولى، فأما قول «ملء السماء» وما بعده فظاهر المذهب أنه لايسن للمأموم نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره وهو قول أكثر الاصحاب لان النبي ﷺ اقتصر على أمرهم بقول: ربنـا ولك الحمـد. فدل على أنه لايشرع في حقهم سواه، ونقل الأثرم عن أحمد كلاما يدل على أنه مسنون، قال وليس يسقط خلف الامام عنه غير سمع الله لمن حمده، وهـذا اختيار أبي الخطاب ومذهب الشافعي لانه ذكر مشروع في الصلاة أشبه سائر الاذكار

(فصل) وموضع قول ربنا ولك الحمد في حق الامام والمنفرد بعـد الاعتدال من الركوع لانه

(١) أي وهو ضعيف عند الجمهور وان وثقه الثوري وغيره

﴿ مسئلة ﴾ فان كان مأموما لم يزد على ربنا ولك الحمد، إلا عند أبي الخطاب. قال شيخنا لاأعلم خلافا في المذهب أنه لايشرع للمأموم قول سمع الله لمن حمده، وهذا قول ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة ومالك وأصحاب الرأي، وقال يعقوب ومحمد والشافعي واسحاق يقول ذلك كالامام لحديث بريدة وقياساً على الامام في سائر الاذكار

ولنا قول النبي ﷺ «اذا قال الامام سمع الله لمن حمـده فقولوا ربنا ولك الحمد» وهـذا يقتضي أن يكون قولهم ربنا ولك الحمد عقيب تسميع الامام بلا فصل لان الفاء للتعقيب وهذا ظاهر يجب تقديمه على القياس وعلى حديث بريدة، ولانه خاص بالمأموم وذلك عام، ولو تعارضا كان حديثنا أولى لانه صحيح، وحديث بريدة فيه جابر الجعفي، فأما قول ملء السماء وما بعده فظاهر المذهب أنه لايسن للمأموم، اختاره الخرقي ونص عليه احمد في رواية أبي داود وغيره، واختاره أكثر أصحابه لان النبي ﷺ اقتصر على أمرهم بقول «ربنا ولك الحمد» فدل على أنه لايشرع لهم سواه، ونقل الاثرم عنه مايدل على أنه مسنون وهو أنه قال: ليس يسقط خلف الامام عنه غير سمع الله لمن حمده اختاره ابو الخطاب وهو قول الشافعي لانه ذكر مشروع في الصلاة أشبه سائر الاذكار

(فصل) وموضع قول ربنا ولك الحمد في حق الامام والمنفرد بعد القيام من الركوع لانه في حال

في حال رفعه يشرع في حقه قول سمع الله لمن حمده . فأما المأموم ففي حال رفعه لان قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا قال الامام سمع الله لمن حمده . فقولوا ربنا ولك الحمد » يقتضي تعقيب قول الامام قول المأموم والمأموم يأخذ في الرفع عقيب قول الامام سمع الله لمن حمده فيكون قوله ربنا ولك الحمد حينئذ والله أعلم .

(فصل) إذا زاد على قول ملء السماء وملء الارض ، وملء ماشئت من شيء بعد . فقد نقل أبو الحارث عن أحمد انه ان شاء قال أهل الثناء والمجد قال أبو عبدالله وأنا أقول ذلك فظاهر هذا أنه يستحب ذلك وهو اختيار أبي حفص وهو الصحيح لان أباسعيد روى أن النبي ﷺ كان يقول « ربنا ولك الحمد ، ملء السماء وملء الارض ، وملء ماشئت من شيء بعد ، أهل الثناء والمجد ، أحق ماقال العبد وكنالك عبد : لامانع لما أعطيت ، ولامعطي لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد » رواه أبو داود والأثرم ، وعن ابن أبي أوفى أن النبي ﷺ زاد « اللهم طهرني بالثلج والبرد والماء البارد ، اللهم طهرني من الذنوب والخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس » رواه مسلم ، وقد كان النبي ﷺ يطيل القيام بين الركوع والسجود ، قال أنس كان رسول الله ﷺ اذا قال « سمع الله لمن حمده » قام حتى نقول قد أوهم ثم يسجد ويقعد بين السجدتين حتى نقول قد أوهم ، رواه مسلم وليست حالة سكوت فيعلم أنه عليه السلام قد كان يزيد على هذه الكلمات لكونها لا تستغرق هذا القيام

قيامه يقول سمع الله لمن حمده فقوله فقولوا ربنا ولك الحمد يقتضي تعقيب قول الامام قول المأموم ، والمأموم يأخذ في الرفع عقيب قول الامام سمع الله لمن حمده فيكون قوله ربنا ولك الحمد حينئذ والله أعلم

(فصل) وإن زاد على قول ربنا ولك الحمد: ملء السموات وملء الارض وملء ماشئت من شيء بعد — فقد اختلف عن أحمد فيه ، فروي عنه انه قيل له أتزيد على هذا فتقول أهل الثناء والمجد ؟ فقال : قد روي ذلك وأما أنا فأقول هذا الى : ماشئت من شيء بعد ، فظاهر هذا أنه لا يستحب ذلك في الفريضة اتباعا لا كثر الاحاديث الصحيحة ، ونقل عنه أبو الحارث أنه قال : وأنا أقول ذلك ؟ يعني أهل الثناء والمجد ، فظاهره أنه يستحب ، اختاره أبو حفص وهو الصحيح لما روى أبو سعيد قال : كان النبي ﷺ اذا رفع رأسه من الركوع قال « اللهم ربنا ولك الحمد ملء السموات وملء الارض ، وملء ماشئت من شيء بعد ، أهل الثناء والمجد ، أحق ما قال العبد ، وكنالك عبد ، لامانع لما أعطيت ، ولا معطي لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد » وروى ابن عباس أن النبي ﷺ كان إذا رفع رأسه من الركوع قال « اللهم ربنا لك الحمد ، ملء السموات وملء الارض ، وملء ماشئت من شيء بعد ، أهل الثناء والمجد ، لامانع لما أعطيت ، ولامعطي لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد » وروى عبدالله بن أبي أوفى بعد قوله « وملء ماشئت من شيء بعد ، اللهم طهرني بالثلج والبرد والماء البارد ، اللهم طهرني من الذنوب والخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس » رواهن مسلم ، وقد كان النبي ﷺ يطيل القيام بين الركوع والسجود . قال أنس : كان

كله ، وروي عن أحمد أنه قيل له أفلا يزيد على هذا فيقول : أهل الثناء والمجد فقال قد روي ذلك وأما أنا فأقول هذا الى ماشئت من شيء بعد فظاهر هذا أنه لا يستحب ذلك في الفريضة اتباعا لأكثر الاحاديث الصحيحة

(فصل) إذا قال مكان سمع الله لمن حمده : من حمد الله سمع له لم يجزه . وقال أصحاب الشافعي يجزئه لانه أتى باللفظ والمعنى

ولنا أنه عكس اللفظ المشروع فلم يجزه كما لو قال في التكبير الا كبر الله ، ولا نسلم أنه أتى بالمعنى فان قوله سمع الله لمن حمده صيغة خبر تصلح دعاء ، واللفظ الآخر صيغة شرط وجزاء لا تصلح لذلك فهما متغايران

(فصل) اذا رفع رأسه من الركوع فعطس فقال ربنا ولك الحمد ينوي بذلك لما عطس وللرفع فروي عن أحمد انه لايجزئه لانه لم يخلصه للرفع من الركوع ، والصحيح أن هذا يجزئه لان هذا ذكر لاتعتبر له النية وقد أتى به فأجزأ كما لو قاله ذاهلا وقلبه غير حاضر وقول احمد يحمل على الاستحباب لا على نفي الاجزاء حقيقة

(فصل) اذا أتى بقدر الاجزاء من الركوع فاعترضته علة منعته القيام سقط عنه الرفع لتعذره ويسجد عن الركوع ، فان زالت العلة قبل سجوده فعليه القيام لامكانه. فان زالت بعد سجوده الى الارض سقط القيام لان السجود قد صح وأجزأ فسقط ماقبله . فان قام من سجوده عالما بتحريم ذلك بطلت صلاته وإن فعله جهلا أو نسيانا لم تبطل ويعود إلى جلسة الفصل ويسجد للسهو

(فصل) وإن أراد الركوع فوقع الى الارض فانه يقوم فيركع وكذلك ان ركع وسقط قبل

النبي ﷺ اذا قال سمع الله لمن حمده قام حتى نقول قد أوهم ، ثم يسجد ويقعد بين السجدتين حتى نقول قد أوهم وليست حالة سكوت فنعلم انه عليه السلام كان يزيد على هذه الكلمات لكونها لاتستغرق هذا القيام كله

(فصل) واذا رفع رأسه من الركوع فعطس فقال ربنا ولك الحمد ينوي بذلك للعطسة والرفع فروي عنه لا يجزئه لانه لم يخلصه للرفع ، قال شيخنا : والصحيح انه يجزئه لانه ذكر لاتعتبر له النية وقد أتى به فأجزأه كما لو قاله ذاهلا ويحمل قول احمد على الاستحباب لا على نفي الاجزاء حقيقة

(فصل) واذا أتى بقدر الاجزاء من الركوع فاعترضته علة منعته القيام سقط عنه الرفع لتعذره ويسجد عن الركوع ، فان زالت العلة قبل سجوده فعليه القيام ، وان زالت بعد سجوده الى الارض سقط القيام لان السجود قد صح وأجزأ فسقط ماقبله ، فان قام من سجوده عالما بتحريم ذلك بطلت صلاته لانه زاد في الصلاة فعلا وان كان جاهلا أو ناسيا لم تبطل ويعود الى جلسة الفصل ويسجد للسهو

(فصل) وان أراد الركوع فوقع الى الارض فانه يقوم فيركع ، وكذلك ان ركع فسقط قبل طمأنينة الركوع لانه لم يأت بما يسقط الفرض ، فان ركع فاطمأن ثم سقط فانه يقوم منتصبا ولا يعيد

طمأنينته لزمته اعادة الركوع لانه لم يأت بما يسقط فرضه . وان ركع فاطمأن ثم سقط فانه يقوم منتصبا ولا يحتاج إلى إعادة الركوع لان فرضه قد سقط والاعتدال عنه قد سقط بقيامه

(فصل) إذا ركع ثم رفع رأسه فذكر أنه لم يسبح في ركوعه لم يعد إلى الركوع سواء ذكره قبل اعتداله قائما أو بعده لان التسبيح قدسقط برفعه والركوع قد وقع صحيحا مجزئا فلو عاد اليه زاد ركوعا في الصلاة غير مشروع فان فعله عمداً أبطل الصلاة كما لو زاده لغير عذر . وان فعله جاهلا أو ناسيا لم تبطل الصلاة كما لو ظن أنه لم يركع ويسجد للسهو ، فان أدرك المأموم الامام في هذا الركوع لم يدرك الركعة لانه ليس بمشروع في حقه ولانه لم يدرك ركوع الركعة فأشبه ما لو لم يدركه راكعا

﴿مسئلة﴾ قال (ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه)

أما السجود فواجب بالنص والاجماع لما ذكرنا في الركوع ، والطمأنينة فيه ركن لقول النبي ﷺ في حديث المسيء في صلاته «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً» والخلاف فيه كالخلاف في طمأنينة الركوع وينحط إلى السجود مكبراً لما ذكرنا من الاخبار ولان الهوي إلى السجود ركن فلا يخلو من ذكر كسائر الاركان ويكون ابتداء تكبيره مع ابتداء انحطاطه وانتهاؤه مع انتهائه ، والكلام في التكبير ووجوبه قد مضى ، ولا يستحب رفع يديه فيه في المشهور من المذهب . ونقل عنه الميموني أنه يرفع يديه وسئل عن رفع اليدين في الصلاة فقال : في كل خفض ورفع . وقال : فيه عن ابن

الركوع فان فرضه قد سقط والاعتدال عنه قد سقط بقيامه

(فصل) إذا رفع رأسه من الركوع فذكر أنه لم يسبح في ركوعه لم يعد إلى الركوع سواء ذكره بعد اعتداله قائما أو قبله لان التسبيح قد سقط برفعه والركوع قد وقع صحيحا مجزئا فلوعاد اليه زاد ركوعا في الصلاة غير مشروع فان فعله عمداً أبطل الصلاة وان فعله ناسيا أو جاهلا لم تبطل الصلاة كما لو ظن أنه لم يركع ويسجد للسهو ، فان أدرك المأموم الامام في هذا الركوع لم يدرك الركعة لانه ليس بمشروع في حقه ولانه لم يدرك ركوع الركعة فأشبه ما لو لم يدركه راكعا ذكره شيخنا ،وقال القاضي في المجرد ان رجع الامام لم تبطل صلاته فان أدركه المأموم فقياس المذهب أنه يعتد بها ركعة لانه رجع الى واجب غير أنه سقط عنه بالنسيان

﴿مسئلة﴾ (ثم يكبر ويخر ساجداً ولا يرفع يديه) السجود واجب في الصلاة بالنص والاجماع والطمأنينة واجبة فيه لقول النبي ﷺ المسيء في صلاته «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً» والخلاف فيها كالخلاف في طمأنينة الركوع، وينحط الى السجود مكبراً لما ذكرنا من الاخبار ويكون ابتداء تكبيره مع ابتداء انحطاطه وانتهاؤه مع انتهائه ، ولا يستحب رفع يديه فيه في المشهور من المذهب ونقل عن الميموني أنه يرفع يديه وسئل عن رفع اليدين في الصلاة فقال : يرفع في كل خفض ورفع

عمر وأبي حميد أحاديث صحاح، والصحيح الاول لان ابن عمر قال: ولا يفعل ذلك في السجود في حديثه الصحيح. ولما وصف أبو حميد صلاة رسول الله ﷺ لم يذكر رفع اليدين في السجود والاحاديث العامة مفسرة بالاحاديث المفصلة التي رويناها فلا يبقى فيها اختلاف

﴿مسئلة﴾ قال (ويكون أول مايقع منه على الارض ركبتاه ثم يداه ثم جبهته وأنفه)

هذا المستحب في مشهور المذهب وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال مسلم بن يسار والنخعي وأبوحنيفة والثوري والشافعي، وعن احمد رواية أخرى أنه يضع يديه قبل ركبتيه واليه ذهب مالك لما روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إذا سجد أحدكم فليضع يديه قبل ركبتيه ولا يبرك بروك البعير » رواه النسائي

ولنا ما روى وائل بن حجر قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه ، أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي . قال الخطابي : هذا أصح من حديث أبي هريرة . وروي عن أبي سعيد قال : كنا نضع اليدين قبل الركبتين فأمرنا

وقال فيه عن ابن عمر وأبي حميد أحاديث صحاح ووجه الاول حديث ابن عمر قال : وكان لا يفعل ذلك في السجود متفق عليه ولما وصف أبو حميد صلاة النبي ﷺ لم يذكر رفع اليدين في السجود والاحاديث العامة مفسرة بالاحاديث المفصلة التي رويناها فلا يبقى فيها اختلاف

﴿ مسئلة ﴾ (فيضع ركبتيه ثم يديه ثم جبهته وأنفه ويكون على أطراف أصابعه) هذا المشهور من المذهب روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي حنيفة والثوري والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يضع يديه قبل ركبتيه ، وهو مذهب مالك لما روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه » رواه أبو داود والنسائي، وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد يضع يديه قبل ركبتيه ، رواه أبو داود والنسائي والدارقطني، ووجه الاولى ماروى وائل بن حجر قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال حسن غريب ؛ قال الخطابي هذا أصح من حديث أبي هريرة ، وقد روى الاثرم من حديث أبي هريرة « اذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه ولا يبرك بروك البعير » وعن سعد قال : كنا نضع اليدين قبل الركبتين فأمرنا بوضع الركبتين قبل اليدين ، فهذا يدل على أنه منسوخ رواه ابن خزيمة الا أنه من رواية يحيى بن سلمة بن كهيل وقد تكلم فيه البخاري وقال ابن معين ليس بشيء لا نكتب حديثه ، وقال الدارقطني في حديث وائل بن حجر : تفرد به شريك عن عاصم ابن كليب وشريك ليس بالقوي فيما تفرد به ، ويستحب أن يكون على أطراف أصابعه ويثنيها الى القبلة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن اسجد على سبعة أعظم » ذكر منها أطراف القدمين

وضع الركبتين قبل اليدين ، وهذا يدل على نسخ ما تقدمه ، وقد روى الاثرم حديث أبي هريرة « اذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه ولا يبرك بروك الفحل »

(فصل) والسجود على جميع هذه الاعضاء واجب إلا الانف فان فيه خلافا سنذكره ان شاء الله وبهذا قال طاوس والشافعي في أحد قوليه وإسحاق . وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي في القول الآخر لايجب ، والسجود على الجبهة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سجد وجهي » وهذا يدل على ان السجود على الوجه ولان الساجد على الوجه يسمى ساجداً ووضع غيره على الارض لايسمى به ساجداً والأمر بالسجود ينصرف الى مايسمى به ساجدا دون غيره ولانه لو وجب السجود على هذه الاعضاء لوجب كشفها كالجبهة. وذكر الآمدي هذا رواية عن أحمد قال القاضي في الجامع : هو ظاهر كلام أحمد فانه قد نص في المريض يرفع شيئاً يسجد عليه انه يجزئه ، ومعلوم انه قد أخل بالسجود على يديه

ولنا ماروى ابن عباس قال : قال رسول الله عليه وسلم « أمرت بالسجود على سبعة أعظم : اليدين والركبتين والقدمين والجبهة » متفق عليه ، وروي عن ابن عمر رفعه « ان اليدين يسجدان كما يسجد الوجه فاذا وضع أحدكم وجهه فليضع يديه واذا رفعه فليرفعهما » رواه الامام أحمد وأبو داود والنسائي ، وسجود الوجه لاينفي سجود ماعداه وسقوط الكشف لايمنع وجوب السجود فانا نقول كذلك في الجبهة على رواية ، وعلى الرواية الأخرى فان الجبهة هي الاصل وهي مكشوفة عادة بخلاف غيرها ، فان أخل بالسجود بعضو من هذه الاعضاء لم تصح صلاته عند من أوجبه وان

وروى البخاري أن النبي ﷺ سجد غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف رجليه القبلة ، وفي رواية وفتح أصابع رجليه ، وهذا معناه

﴿ مسئلة ﴾ (والسجود على هذه الاعضاء واجب إلا الانف على إحدى الروايتين) السجود على الاعضاء السبعة واجب في قول طاوس وإسحاق والشافعي في أحد قوليه ، وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الآخر لايجب السجود على غير الجبهة ، ورواه الآمدي عن أحمد ، وقال القاضي في الجامع هو ظاهر كلام أحمد فانه قد نص في المريض يرفع شيئاً يسجد عليه انه يجزئه ومعلوم انه قد أخل بالسجود على يديه لقول النبي ﷺ « سجد وجهي » وهذا يدل على ان السجود على الوجه ولان الساجد على الوجه يسمى ساجدا ووضع غيره على الارض لايسمى به ساجداً ، فالامر بالسجود ينصرف الى مايسمى به ساجداً دون غيره ، ولانه لو وجب السجود على هذه الاعضاء لوجب كشفها كالجبهة

ولنا ماروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم اليدين ، والركبتين ، والقدمين ، والجبهة » متفق عليه وعن البراء بن عازب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سجدت فضع كفيك وارفع مرفقيك » رواه مسلم ، وسجود الوجه لاينفي سجود ماعداه ، وسقوط الكشف لايمنع وجوب السجود فانا نمنع في الجبهة على رواية ولو سلم فالجبهة

عجز عن السجود على بعض هـذه الاعضاء سجد على بقيتها وقرب العضو المريض من الارض غاية مايمكنه ولم يجب عليه أن يرفع اليه شيئاً لان السجود هو الهبوط ولا يحصل ذلك برفع المسجود عليه وان سقط السجود على الجبهة لعارض من مرض أو غيره سقط عنه السجود على غيره لانه الاصل وغيره تبع له فاذا سقط الاصل سقط التبع ولهذا قال أحمد في المريض يرفع الى جبهته شيئاً يسجد عليه انه يجزئه .

(فصل) في الانف روايتان (احداهما) يجب السجود عليه وهذا قول سعيد بن جبير واسحاق وأبي خيثمة وابن أبي شيبة لما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ، الجبهة ـ وأشار بيده الى أنفه ـ واليدين والركبتين وأطراف القدمين » متفق عليه . واشارته الى أنفه تدل على انه أراده ، وفي لفظ رواه النسائي أن النبي ﷺ قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم، الجبهة والانف واليدين والركبتين والقدمين » وروى عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا صلاة لمن لا يصيب أنفه من الارض ماتصيب الجبهة » رواه الاثرم والامام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد العزيز والدارقطني في الافراد متصلا عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح انه مرسل

(والرواية الثانية) لايجب السجود عليه وهو قول عطاء وطاوس وعكرمة والحسن وابن سيرين والشافعي وأبي ثور وصاحبي أبي حنيفة لان النبي ﷺ قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » ولم يذكر الانف فيها . وروي ان جابراً قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم سجد بأعلى جبهته على قصاص الشعر . رواه تمام في فوائده وغيره. واذا سجد بأعلى الجبهة لم يسجد على الانف . وروي عن

هي الاصل في السجود وهي مكشوفة عادة بخلاف غيرها فان أخل بالسجود على عضو من هذه الاعضاء لم تصح صلاته عند من أوجبه ، وان قدر على السجود على الجبهة وعجز عن السجود على بعض هذه الاعضاء سجد على بقيتها وقرب العضو المريض من الارض غاية مايمكنه ولا يجب عليه أن يرفع اليه شيئا ، لان السجود هو الهبوط ولا يحصل بالرفع وان سقط السجود عن الجبهة لعارض من مرض أو غيره سقط عنه السجود على غيره لانه الاصل وغيره تبع له فاذا سقط الاصل سقط التبع ولهذا قال أحمد في المريض يرفع الى جبهته شيئاً يسجد عليه انه يجزئه .

(فصل) وفي الانف روايتان (احداهما) يجب السجود عليه وهو قول سعيد بن جبير واسحاق لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ، الجبهة ـ وأشار بيده الى أنفه ـ واليدين ، والركبتين ، وأطراف القدمين » متفق عليه . وإشارته الى أنفه تدل على ارادته . وللنسائي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم . الجبهة ، والانف ، واليدين والركبتين ، والقدمين » (والرواية الثانية) لايجب وهو قول عطاء والحسن والشافعي وابي يوسف ومحمد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » ولم يذكر

أبي حنيفة انه ان سجد على أنفه دون جبهته أجزأه . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً سبقه الى هذا القول ولعله ذهب الى أن الجبهة والانف عضو واحد لان النبي ﷺ لما ذكر الجبهة أشار أنفه والعضو الواحد يجزئه السجود على بعضه وهذا قول يخالف الحديث الصحيح والاجماع الذي قبله فلا يصح .

(فصل) ولا تجب مباشرة المصلى بشيء من هذه الاعضاء . قال القاضي : اذا سجد على كور العمامة أو كمه أو ذيله فالصلاة صحيحة رواية واحدة وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وممن رخص في السجود على الثوب في الحر والبرد عطاء وطاوس والنخعي والشعبي والاوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي . ورخص في السجود على كور العمامة الحسن ومكحول وعبدالرحمن بن يزيد. وسجد شريح على برنسه ، وقال أبو الخطاب لايجب مباشرة المصلى بشيء من أعضاء السجود الا الجبهة فانها على روايتين ، وقد روى الاثرم قال : سألت أبا عبدالله عن السجود على كور العمامة فقال : لايسجد على كورها ولكن بحسر العمامة وهذا يحتمل المنع وهو مذهب الشافعي لما روي عن خباب قال : شكونا الى رسول الله ﷺ حر الرمضاء في جباهنا وأكفنا فلم يشكنا ، رواه مسلم ولانه سجد على ما هو حامل له أشبه ما اذا سجد على يديه

ولنا ما روى أنس قال : كنا نصلي مع النبي ﷺ فيضع أحدنا طرف الثوب من شدة الحر في مكان السجود ، رواه البخاري ومسلم . وعن ثابت بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى في بني عبد الاشهل وعليه كساء ملتف به يضع يديه عليه يقيه برد الحصى ، وفي رواية فرأيته واضعا يديه على قرنه اذا سجد : رواه ابن ماجه ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

الانف فيها ، وروي أن جابراً قال : رأيت النبي ﷺ سجد بأعلى جبهته على قصاص الشعر ، رواه تمام في فوائده وغيره ، واذا سجد بأعلى الجبهة لم يسجد على الانف ، وروي عن أبي حنيفة إن سجد على جبهته دون أنفه أجزأه ، ولعله ذهب الى أن الجبهة والانف عضو واحد لاشارة النبي ﷺ اليه حين ذكر الجبهة والسجود على بعض العضو يجزيء ، وهذا قول يخالف الحديث الصحيح والعلماء قبله . قال ابن المنذر لا أعلم أحداً سبقه الى هذا القول والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب عليه مباشرة المصلى بشيء منها إلا الجبهة على إحدى الروايتين) لاتجب مباشرة المصلى بشيء من أعضاء السجود في الصحيح من المذهب . قال القاضي في المجرد: اذا سجد على كور العمامة أو كمه أو ذيله فالصلاة صحيحة رواية واحدة ، وهل يكره على روايتين ، وممن رخص في السجود على الثوب في الحر والبرد عطاء وطاوس والشعبي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي وسجد شريح على برنسه (وفيه رواية أخرى) أنه يجب عليه مباشرة المصلى بالجبهة ذكرها أبو الخطاب وروى الاثرم قال : سألت أبا عبدالله عن السجود على كور العمامة فقال : لايسجد على كورها ولكن بحسر العمامة وهو مذهب الشافعي لما روى خباب قال شكونا الى رسول الله ﷺ حر

سجد على كور العمامة وهو ضعيف . وقال الحسن : كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة ويده في كمه ولانه عضو من أعضاء السجود فجاز السجود على حائله كالقدمين ، فأما حديث خباب فالظاهر أنهم طلبوا منه تأخير الصلاة أو تسقيف المسجد أو نحو ذلك مما يزيل عنهم ضرر الرمضاء في جباههم وأكفهم،وأما الرخصة في السجود على كور العمامة فالظاهر أنهم لم يطلبوه لان ذلك انما طلبه الفقراء ولم يكن لهم عمائم ولا أكمام طوال يتقون بها الرمضاء فكيف يطلبون منه الرخصة فيها؟ ولواحتمل ذلك لكنه لايتعين فلم يحمل عليه دون غيره ولذلك لم يعملوا به في الاكف، قال أبو اسحاق المنصوص عن الشافعي أنه لا يجب كشفها قال : وقد قيل فيه قول آخر أنه يجب وان سجد على يديه لم يصح رواية واحدة لانه سجد على عضو من أعضاء السجود فالسجود يؤدي الى تداخل السجود بخلاف مسئلتنا وقال القاضي في الجامع : لم أجد عن أحمد نصا في هذه المسألة ويجب أن تكون مبنية على السجود على غير الجبهة هل هو واجب؟ على روايتين ان قلنا لا يجب جاز كما لو سجد على العمامة وان قلنا يجب لم يجز لئلا يتداخل محل السجود بعضه في بعض، والمستحب مباشرة المصلي بالجبهة واليدين ليخرج من الخلاف ويأخذ بالعزيمة قال أحمد : لا يعجبني إلا في الحر والبرد وكذلك قال اسحاق: وكان ابن عمر يكره السجود على كور العمامة . وكان عبادة بن الصامت يحسر عمامته اذا قام الى الصلاة وقال النخعي : أسجد على جبيني أحب الي

«مسئلة» قال (ويكون في سجوده معتدلا)

قال الترمذي أهل العلم يختارون الاعتدال في السجود وروي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم

الرمضاء في جباهنا واكفنا فلم يشكنا رواه البيهقي ورواه مسلم وليس فيه جباهنا واكفنا ، وعن علي رضي الله عنه قال : اذا كان أحدكم يصلي فليحسر العمامة عن جبهته رواه البيهقي ، ولانه سجد على ما هو حامل له أشبه ما اذا سجد على يديه

ولنا ما روى أنس قال كنا نصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم فيضع أحدنا طرف الثوب من شدة الحر في مكان السجود متفق عليه،وعن ثابت بن صامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى في بني الاشهل وعليه كساء ملتف به يضع يديه عليه يقيه برد الحصى رواه ابن ماجه ، وقال الحسن كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجدون وأيديهم في ثيابهم ويسجد الرجل على عمامته رواه البيهقي ، ولانه عضو من أعضاء السجود فجاز السجود على حائله كالقدمين ، وأما حديث خباب فالظاهر انهم طلبوا منه تأخير الصلاة أو تسقيف المسجد أو نحو ذلك مما يزيل عنهم الضرر الحاصل من الحر،اما الرخصة في السجود على العمامة والاكمام فالظاهر أنهم لم يطلبوه لان ذلك انما طلبه الفقراء ولم يكن لهم عمائم ولا أكمام طوال يتقون بها وان احتمل ذلك لكنه لايتعين لجواز ماذكرناولذلك لم يعملوا به في الاكف قال أبو اسحاق المنصوص عن الشافعي أنه لا يجب كشفها وقد قيل فيه قول إنه يجب وأما اذا سجد على يديه قائما لم يصح لان السجود عليهما يفضي الى تداخل أعضاء السجود

قال « اذا سجد أحدكم فليعتدل ولا يفترش ذراعيه افتراش الكلب » وقال هو حديث حسن صحيح وعن أنس عن النبي ﷺ نحوه رواه أبو داود ، وفي لفظ عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال « اعتدلوا في السجود ولا يسجد أحدكم وهو باسط ذراعيه كالكلب » وهذا هو الافتراش المنهي عنه في الحديث وهو أن يضع ذراعيه على الارض كما تفعل السباع وقد كرهه أهل العلم وفي حديث أبي حميد « واذا سجد سجد غير مفترش ولا قابضهما »

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجافي عضديه عن جنبيه ، وبطنه عن فخذيه ، وفخذيه عن ساقيه ، ويكون على أطراف أصابعه)

وجملته أن من السنة أن يجافي عضديه عن جنبيه ، وبطنه عن فخذيه اذا سجد لان النبي ﷺ كان يفعل ذلك في سجوده ، قال أبو عبدالله في رسالته جاء عن النبي ﷺ أنه كان اذا سجد لو مرت بهيمة لنفذت وذلك لشدة مبالغته في رفع مرفقيه وعضديه ، ورواه أيضا أبو داود في حديث أبي حميد أن النبي ﷺ كان اذا سجد جافى عضديه عن جنبيه ، ولابي داود ثم سجد فأمكن أنفه وجبهته ونحى يديه عن جنبيه ، ووضع يديه حذو منكبيه ، وقال أبو اسحاق الشعبي : وصف لنا البراء السجود فوضع يديه بالارض ورفع عجيزته وقال هكذا رأيت النبي ﷺ يفعل وقال كان النبي ﷺ اذا سجد جخ - والجخ الخاوي رواهما ابو داود والنسائي. ويستحب أن يكون على أطراف أصابع رجليه ويثنيهما الى القبلة ، قال احمد ويفتح أصابع رجليه ليكون أصابعهما الى القبلة ويسجد على صدور قدميه لقول النبي ﷺ « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » ذكر منها أطراف القدمين ، وفي لفظ أن النبي ﷺ سجد غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف رجليه القبلة من رواية البخاري

بخلاف مسئلتنا ، وقال القاضي في الجامع لم أجد نصا في هذه المسئلة .ويجب أن تكون مبنية على السجود على غير الجبهة . ان قلنا لا يجب جاز كما لو سجد على العمامة ، وإن قلنا يجب لم يجز لئلا يتداخل محل السجود بعضه في بعض ، والاولى مباشرة المصلي بالجبهة واليدين ليخرج من الخلاف ويأخذ بالعزيمة وذكر القاضي في كراهية ستر اليدين روايتين قال أحمد واسحاق لا يعجبني الا في الحر والبرد ، وكان ابن عمر يكره السجود على كور العمامة

﴿ مسئلة ﴾ (ويجافي عضديه عن جنبيه ، وبطنه عن فخذيه ، ويضع يديه حذو منكبيه، ويفرق بين ركبتيه) التجافي في السجود للرجل مستحب لان في حديث ابي حميد ان النبي ﷺ كان اذا سجد جافى عضديه عن جنبيه ، وفيه اذا سجد فرج بين فخذيه غير حامل بطنه على شيء من فخذيه ، ولابي داود ثم سجد وأمكن أنفه وجبهته ونحى يديه عن جنبيه ، ووضع يديه حذو منكبيه ، وعن ميمونة قالت : كان رسول الله ﷺ اذا سجد لو شاءت بهيمة أن تمر بين يديه لمرت رواه مسلم ، وعن جابر بن عبدالله قال كان رسول الله ﷺ اذا سجد جافى حتى يرى بياض ابطيه ، رواه الامام أحمد

ومن رواية الترمذي وفتح أصابع رجليه وهذا معناه ومن رواية ابي داود سجد فانتصب على كفيه وركبتيه وصدور قدميه وهو ساجد

(فصل) ويستحب أن يضع راحتيه على الارض مبسوطتين مضمومتي الاصابع بعضها الى بعض مستقبلا بهما القبلة ويضعهما حذو منكبيه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لقول ابي حميد ان النبي ﷺ وضع كفيه حذو منكبيه . وروى الاثرم قال رأيت ابا عبد الله سجد ويداه بحذاء أذنيه وروي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ سجد فجعل كفيه بحذاء أذنيه رواه الاثرم وابو داود ولفظه ثم سجد ووضع وجهه بين كفيه والجميع حسن

(فصل) والكمال في السجود على الارض أن يضع جميع بطن كفيه وأصابعه على الارض ويرفع مرفقيه فان اقتصر على بعض باطنها اجزأه ، قال احمد ان وضع من اليدين بقدر الجبهة اجزأه ، وإن جعل ظهور كفيه إلى الارض وسجد عليهما أو سجد على أطراف أصابع يده فظاهر الخبر أنه يجزئه لانه أمر بالسجود على اليدين وقد سجد عليهما وكذلك لو سجد على ظهور قدميه فانه قد سجد على القدمين ولا يخلو من اصابة بعض أطراف قدميه الارض فيكون ساجداً على أطراف قدميه ولكنه يكون تاركا للافضل الاحسن لما ذكرنا من الاحاديث في ذلك

(فصل) ويستحب أن يفرق بين ركبتيه ورجليه لما روى أبو حميد قال : واذا سجد فرج بين فخذيه غير حامل بطنه على شيء من فخذيه

(فصل) واذا أراد السجود فسقط على وجهه فماست جبهته الارض اجزأه ذلك وإن لم ينو

(فصل) ويستحب أن يضع راحتيه على الارض مبسوطتين مضمومتي الاصابع مستقبلا بهما القبلة ويضعهما حذو منكبيه لما ذكرنا وهو مذهب الشافعي ، ولما روى وائل بن حجر قال: كان رسول الله ﷺ اذا سجد ضم أصابعه ، رواه البيهقي . وروى الاثرم قال : رأيته سجد ويداه حذو أذنيه لما روى البراء بن عازب قال : قال رسول الله ﷺ « اذا سجدت فضع كفيك وارفع مرفقيك » رواه الاثرم وابو داود بمعناه والجميع حسن

(فصل) والكمال في السجود أن يضع جميع بطن كفه وأصابعه على الارض ويرفع مرفقيه ، روي ذلك عن ابن عمر لما روى وائل بن حجر ان رسول الله ﷺ سجد فجعل كفيه بحذاء أذنيه فان اقتصر على أطراف أصابع يديه فظاهر الخبر أنه يجزئه لانه قد سجد على يديه ، وهكذا لو سجد على ظهور قدميه ولانه لايخلو من اصابة بعض أطراف قدميه الارض فيكون ساجداً على أطراف القدمين الا أنه يكون تاركا للافضل

(فصل) واذا أراد السجود فسقط على وجهه فماست جبهته الارض اجزأه ذلك الا أن يقطع نية السجود وإن سقط على جنبه ثم انقلب فماست جبهته الارض لم يجزئه ذلك الا أن ينوي السجود والفرق

إلا أن يقطع نية السجود فلا يجزئه . وإن انقلب على جنبه ثم انقلب فماست جبهته الارض لم يجزه ذلك إلا أن ينوي السجود . والفرق بين المسئلتين ان ههنا خرج عن سنن الصلاة وهيآتها ثم كان انقلابه الثاني عائداً إلى الصلاة فافتقر إلى تجديد النية وفي التي قبلها هو على هيئة الصلاة وسنتها باستدامة النية

« مسئلة » قال (ثم يقول سبحان ربي الاعلى ثلاثا وإن قال مرة أجزأه)

الحكم في هذا التسبيح كالحكم في تسبيح الركوع على ما شرحناه ، والاصل فيه حديث عقبة ابن عامر قال: لما نزل (سبح اسم ربك الاعلى) قال لنا رسول الله ﷺ « اجعلوها في سجودكم » وفي حديث ابن مسعود عن النبي ﷺ « إذا سجد أحدكم فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك أدناه » وعن حذيفة أنه سمع رسول الله ﷺ إذا سجد قال « سبحان ربي الاعلى ثلاث مرات » رواهن ابن ماجه وأبو داود ولم يقل ثلاث مرات . والحكم في عدده وتطويل السجود على ما ذكرنا في الركوع

(فصل) وان زاد دعاء مأثوراً أو ذكراً مثل ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يكثر أن يقول في ركوعه وسجوده « سبحانك اللهم وبحمدك ، اللهم اغفر لي » يتأول القرآن متفق عليه ، وعن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعاذ اذا وضعت وجهك ساجداً فقل اللهم أعني على شكرك وحسن عبادتك » وقال علي رضي الله عنه :أحب الكلام الى الله أن يقول العبد وهو ساجد : رب اني ظلمت نفسي فاغفر لي ، رواهما سعيد في سننه ، وعن

بين المسئلتين أنه ههنا خرج عن سنن الصلاة وهيآتها ثم كان انقلابه الثاني عائداً إلى الصلاة فافتقر إلى تجديد نية . وفي التي قبلها هو على هيئة الصلاة وسننها فاكتفى باستدامة النية

(مسئلة) (ويقول سبحان ربي الاعلى ثلاثا)

الحكم في هذا التسبيح كالحكم في تسبيح الركوع على ماشرحناه ، والاصل فيه حديث عقبة بن عامر أن النبي ﷺ لما نزل (سبح اسم ربك الاعلى) قال « اجعلوها في سجودكم » وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « إذا سجد أحدكم فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك أدناه » وعن حذيفة أنه سمع رسول الله ﷺ إذا سجد قال « سبحان ربي الاعلى ثلاث مرات » رواهن ابن ماجه وأبو داود ولم يقل ثلاث مرات . والحكم في عدده وتطويل السجود كما ذكرنا في الركوع

(فصل) وان زاد دعاء مأثوراً أو ذكراً مثل ماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يقول في ركوعه وسجوده « سبحانك اللهم وبحمدك اللهم اغفر لي » متفق عليه . وعن أبي سعيد ان النبي ﷺ قال « يامعاذ إذا وضعت وجهك ساجداً فقل اللهم أعني على شكرك وذكرك وحسن عبادتك » وقال عليه السلام « أحب الكلام الى الله أن يقول العبد وهو ساجد رب اني ظلمت نفسي فاغفر لي » رواهما سعيد في سننه ، وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ كان يقول في سجوده

أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في سجوده اللهم اغفر لي ذنبي كله ، دقه وجله ، وأوله وآخره ، وسره وعلانيته رواه مسلم — فحسن لان النبي صلى الله عليه وسلم قاله وقد قال « وأما السجود فأكثروا فيه من الدعاء فقمن أن يستجاب لكم » حديث صحيح ، وقال القاضي لا تستحب الزيادة على سبحان ربي الاعلى في الفرض ، وفي التطوع روايتان لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه سوى الامر بالتسبيح ، وقد ذكرنا هذه الاخبار الصحيحة وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع والامر بالتسبيح لا ينفي الامر بغيره كما ان أمره بالتشهد في الصلاة لم ينف كون الدعاء مشروعا ، ولو ساغ كون الامر بالشيء نافيا لغيره لكان الامر بالدعاء نافياً للتسبيح لصحة الامر به وفعل النبي صلى الله عليه وسلم له فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يرفع رأسه مكبراً)

يعني اذا قضى سجوده رفع رأسه مكبراً وجلس واعتدل ويكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفعه وانتهاؤه مع انتهائه . وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة

« اللهم اغفر لي ذنبي كله ، دقه وجله ، وأوله وآخره ، وسره وعلانيته » رواه مسلم — فهو حسن لما ذكرنا وقد قال عليه الصلاة والسلام « وأما السجود فأكثروا فيه من الدعاء فقمن أن يستجاب لكم » حديث صحيح ، وقال القاضي لا تستحب الزيادة على سبحان ربي الاعلى في الفرض ، وفي التطوع روايتان ، قال شيخنا وقد ذكرنا هذه الاخبار الصحيحة وسنة النبي ﷺ أحق أن تتبع ، والامر بالتسبيح لا ينفي الامر بغيره كما ان الامر بالدعاء لم ينف الامر بغيره

(فصل) ولا بأس بتطويل السجود للعذر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وهو حامل حسنا أو حسينا في احدى صلاتي العشاء فوضعه ثم كبر للصلاة فصلى فسجد بين ظهري صلاته سجدة أطالها فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة قال الناس يارسول الله انك سجدت بين ظهري صلاتك سجدة أطلتها حتى ظننا انه قد حدث أمر وانه يوحى اليك قال « كل ذلك لم يكن ولكن ابني ارتحلني فكرهت ان أعجله حتى يقضي حاجته » رواه الامام احمد والنسائي وهذا لفظه

(فصل) ولا بأس أن يضع مرفقيه على ركبتيه اذا أطال السجود لما روى أبو هريرة قال شكا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مشقة السجود عليهم فقال « استعينوا بالركب » قال ابن عجلان هو أن يضع مرفقيه على ركبتيه اذا أطال السجود وأعيى ، رواه الامام أحمد وأبو داود ، وقال عمر رضي الله عنه ان الركب قد سنت لكم فخذوا بالركب ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع رأسه مكبرا) يعني اذا قضى سجوده رفع رأسه مكبراً وجلس ويكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفعه وانتهاؤه مع انتهائه . وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب وهو قول الشافعي ، وقال

ليس بواجب بل يكفي عند أبي حنيفة أن يرفع رأسه مثل حد السيف لان هذه جلسة فصل بين متشا كلين فلم تكن واجبة كجلسة التشهد الاول .

ولنا قول النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم اجلس حتى تطمئن جالسا » متفق عليه ولان النبي ﷺ كان يفعله ولم ينقل أنه أخل به . قالت عائشة : وكان - تعني النبي ﷺ - اذا رفع من السجدة لم يسجد حتى يستوي قاعداً ، متفق عليه . ولانه رفع واجب فكان الاعتدال عنه واجبا كالرفع من السجدة الاخيرة ولا يسلم لهم أن جلسة التشهد غير واجبة .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا جلس واعتدل يكون جلوسه على رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى)

السنة أن يجلس بين السجدتين مفترشا وهو أن يثني رجله اليسرى فيبسطها ويجلس عليها وينصب رجله اليمنى ويخرجها من تحته ويجعل بطون أصابعه على الارض معتمداً عليها لتكون أطراف أصابعها إلى القبلة قال أبو حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ ثم ثنى رجله اليسرى وقعد عليها ثم اعتدل حتى رجع كل عظم في موضعه ثم هوى ساجداً . وفي حديث النبي ﷺ الذي روته عائشة وكان يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى متفق عليه ، ويستحب أن يفتح أصابع رجله اليمنى فيستقبل بها القبلة ومعناه أن يثنيها نحو القبلة قال الاثرم : تفقدت أبا عبدالله فرأيته يفتح أصابع رجله اليمنى فيستقبل بها القبلة . وروى باسناده عن عبدالرحمن بن يزيد قال كنا نعلم اذا جلسنا في الصلاة أن يفترش الرجل منا قدمه اليسرى وينصب قدمه اليمنى على صدر قدمه فان كانت ابهام أحدنا لتنثني فيدخل يده حتى يعدلها . وعن ابن عمر قال من سنة الصلاة أن ينصب القدم اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة رواه النسائي . وقال نافع كان ابن عمر اذا صلى استقبل القبلة

مالك وأبو حنيفة ليس بواجب بل يكفي عند أبي حنيفة أن يرفع رأسه مثل حد السيف لان هذه جلسة فصل بين متشا كلين فلم تكن واجبة كجلسة التشهد

ولنا قول النبي ﷺ للمسيء في صلاته « ثم اجلس حتى تطمئن جالسا » متفق عليه وروت عائشة قالت : كان - تعني النبي ﷺ - اذا رفع رأسه من السجدة لم يسجد حتى يستوي قاعداً متفق عليه ، ولانه رفع واجب فكان الاعتدال عنه واجباً كالرفع من السجدة الاخيرة والتشهد الاول واجب عندنا في الصحيح

(مسئلة) قال (ويجلس مفترشا يفرش رجله اليسرى ويجلس عليها وينصب اليمنى ويقول رب اغفر لي ثلاثا) السنة أن يجلس بين السجدتين مفترشا يفرش رجله اليسرى فيبسطها ويجلس عليها وينصب رجله اليمنى ويخرجها من تحته ويجعل بطون أصابعها على الارض معتمداً عليها لتكون أطراف أصابعها إلى القبلة لقول أبي حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ ثم ثني رجله اليسرى

بكل شيء حتى بنعليه رواه الاثرم

(فصل) ويكره الاقعاء وهو أن يفرش قدميه ويجلس على عقبيه بهذا وصفه أحمد قال أبو عبيد هذا قول أهل الحديث. والاقعاء عند العرب جلوس الرجل على أليتيه ناصبا فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع. ولا أعلم أحداً قال باستحباب الاقعاء على هذه الصفة، فاما الاول فكرهه علي وأبو هريرة وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعليه العمل عند أكثر أهل العلم وفعله ابن عمر وقال لاتقتدوا بي فاني قد كبرت. وقد نقل مهنا عن أحمد أنه قال لا أفعله ولا أعيب من فعله وقال العبادلة كانوا يفعلونه وقال طاووس رأيت العبادلة يفعلونه ابن عمر وابن عباس وابن الزبير، وعن ابن عباس أنه قال من السنة ان تمس اليتيك قدميك. وقال طاوس قلنا لابن عباس في الاقعاء على القدمين في السجود فقال هي السنة قال قلنا انا لنراه جفاء بالرجل فقال هي سنة نبيك رواه مسلم وأبو داود

ولنا ماروى الحارث عن علي قال: قال رسول الله ﷺ «لا تقع بين السجدتين» وعن أنس قال: قال لي رسول الله ﷺ «اذا رفعت رأسك من السجود فلا تقع كما يقعي الكلب» رواهما ابن ماجه. وفي صفة جلوس رسول الله ﷺ في حديث أبي حميد ثم ثنى رجله اليسرى وقعد عليها وفي حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى وينهى عن عقبة الشيطان وهذه الاحاديث أكثر وأصح فتكون أولى، وأما ابن عمر فانه كان يفعل ذلك لكبره ويقول لاتقتدوا بي

﴿مسئلة﴾ قال (ويقول رب اغفر لي رب اغفر لي)

المستحب عند أبي عبدالله أن يقول بين السجدتين رب اغفر لي رب اغفر لي يكرر ذلك مراراً والواجب منه مرة وأدنى الكمال ثلاث. والكمال منه مثل الكمال في تسبيح الركوع والسجود على ما مضى من اختلاف الروايتين واختلاف أهل العلم مثل ماذكرنا في تسبيح الركوع والسجود

وقعد عليها ثم اعتدل حتى رجع كل عظم في موضعه ثم يهوي ساجداً. وفي حديث عائشة وكان يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى، متفق عليه. قال الاثرم: تفقدت أبا عبدالله فرأيته يفتح أصابع رجله اليمنى فيستقبل بها القبلة، وروى باسناده عن عبدالرحمن بن يزيد قال: كنا نعلم اذا جلسنا في الصلاة أن يفترش الرجل منا قدمه اليسرى وينصب قدمه اليمنى على صدر قدمه فان كانت ابهام أحدنا لتنثني فيدخل يده حتى يعدلها. وعن ابن عمر قال: من سنة الصلاة أن ينصب القدم اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة

(فصل) والمستحب عند أبي عبدالله أن يقول: رب اغفر لي، يكرر ذلك والواجب منه مرة وأدنى الكمال ثلاث كقولنا في التسبيح، وفي وجوبه (روايتان) نذكرهما فيما يأتي ان شاء الله والاصل في هذا ماروى حذيفة أنه صلى مع النبي ﷺ فكان يقول بين السجدتين «رب اغفر لي» رواه النسائي وابن ماجه، وان قال رب اغفر لنا أو اللهم اغفر لنا فلا بأس

والاصل في هذا ما روى حذيفة أنه صلى مع النبي ﷺ فكان يقول بين السجدتين « رب اغفرلي رب اغفرلي» احتج به أحمد ورواه النسائي وابن ماجه وروي عن ابن عباس أنه قال كان رسول الله ﷺ يقول بين السجدتين « اللهم اغفر لي وارحمني واهدني وعافني وارزقني» رواه أبو داود وابن ماجه إلا أنه قال في صلاة الليل وان قال رب اغفر لنا أو اللهم اغفر لنا مكان رب اغفر لي جاز .

﴿مسئلة﴾ قال (ثم يكبر ويخر ساجداً)

وجملته أنه إذا فرغ من الجلسة بين السجدتين سجد سجدة أخرى على صفة الاولى سواء وهي واجبة إجماعا وكان النبي ﷺ يسجد سجدتين لم يختلف عنه في ذلك

(فصل) والمستحب أن يكون شروع المأموم في افعال الصلاة من الرفع والوضع بعد فراغ الامام منه ويكره فعله معه في قول أكثر أهل العلم واستحب مالك أن تكون أفعاله مع افعال الامام

ولنا ما روى البراء قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قال «سمع الله لمن حمده» لم نزل قياما حتى نراه قد وضع جبهته في الارض ثم نتبعه متفق عليه . وللبخاري لم يحن أحد منا ظهره حتى يقع رسول الله صلى الله عليه وسلم ساجداً ثم نقع سجوداً بعده وعن أبي موسى قال : إن رسول الله ﷺ خطبنا فبين لنا سنتنا ، وعلمنا صلاتنا فقال « إذا صليتم فاقيموا صفوفكم وليؤمكم أحدكم فاذا كبر فكبروا ـ الى قوله ـ فاذا ركع فاركعوا فان الامام يركع قبلكم ويرفع قبلكم» فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «فتلك بتلك» رواه مسلم وفي لفظ «فمهما أسبقكم به اذا ركعت تدركوني به إذا رفعت» وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا ، واذا ركع فاركعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وإذا سجد فاسجدوا وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون» متفق عليه وقوله «فاذا ركع فاركعوا» يقتضي أن يكون ركوعهم بعد ركوعه لانه عقبه به بفاء التعقيب فيكون بعده كقولك جاء زيد فعمرو أي جاء بعده وان وافق إمامه في أفعال الصلاة فركع وسجد معه أساء وصحت صلاته

(فصل) ولا يجوز أن يسبق أمامه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود ولا بالقيام ولا بالانصراف» رواه مسلم وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أما يخشى أحدكم إذا رفع رأسه قبل الامام أن يجعل الله صورته صورة حمار » متفق

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يسجد الثانية كالاولى) وهذه السجدة واجبة بالاجماع لأن النبي ﷺ كان يسجد سجدتين لم يختلف عنه في ذلك

(فصل) والمستحب أن يكون شروع المأموم في أفعال الصلاة من الرفع والوضع بعد فراغ الامام منه ويكره فعله معه في قول أكثر اهل العلم واستحب مالك أن تكون افعاله مع افعال الامام

ولنا ما روى البراء قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قال « سمع الله لمن حمده» لم

عليه ولما روينا من الاخبار في الفصل الذي قبله ولانه تابع له فلا ينبغي أن يسبقه كما في تكبيرة الاحرام . فان سبق إمامه فعليه أن يرفع ليأتي بذلك مؤتماً بامامه. وقد روي عن عمر أنه قال اذا رفع أحدكم رأسه والامام ساجد فليسجد واذا رفع الامام برأسه فليمكث قدر مارفع فان لم يفعل حتى لحقه الامام سهواً أوجهلا فلا شيء عليه لان هذا سبق يسير ،وان سبق امامه عمداً عالماًبتحريمه فقال احمد في رسالته ليس لمن سبق الامام صلاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار» ولوكانت له صلاة لرجي له الثواب ، ولم يخش عليه العقاب وعن ابن مسعود أنه نظر الى من سبق الامام: فقال لا وحدك صليت ولابامامك اقتديت . وعن ابن عمر نحو من ذلك قال وأمره بالاعادة لانه لم يأت بالركن مؤتماً بامامه فاشبه .ما لوسبقه بتكبيرةالاحرام أو السلام . وقال ابن حامد في ذلك وجهان قال القاضي عندي أنه تصح صلاته لانه اجتمع معه في الركن فصحت صلاته كما لو ركع معه ابتداء

(فصل) فان ركع ورفع قبل ركوع امامه فقال أبو الخطاب ان فعله عمداً فهل تبطل صلاته ؟ على وجهين لانه سبقه بركن واحد فاشبه ما لو ركع قبله حسب . وان فعله سهواً فصلاته صحيحة وهل يعتد بتلك الركعة ؟ فيه روايتان فأما ان سبقه بركنين فركع قبله فلما أراد أن يركع رفع فلما أراد أن يرفع سجد عمداً بطلت صلاته لانه لم يقتد بامامه في اكثر الركعة وان فعله سهواً لم تبطل صلاته لانه معذور ولم يعتد بتلك الركعة لعدم اقتدائه بامامه فيها

(فصل) فان سبق الامام المأموم بركن كامل مثل أن ركع ورفع قبل ركوع المأموم لعذر من نعاس أو زحام أو عجلة الامام فانه يفعل ما سبق به ويدرك امامه ولا شيء عليه نص عليه احمد قال المروذي قلت لابي عبد الله الامام اذا سجد فرفع رأسه قبل ان أسجد قال ان كانت سجدة واحدة فاتبعه اذا رفع رأسه وهذا لاأعلم فيه خلافا . وان سبقه بركعة كاملة او اكثر فانه يتبع امامه ويقضي ما سبقه الامام به قال احمد في رجل نعس خلف الامام حتى صلى ركعتين قال : كأنه أدرك ركعتين فاذا سلم الامام صلى ركعتين، وان سبقه باكثر من ركن واقل من ركعة ثم زال عذره فالمنصوص عن احمد انه يتبع امامه ولا يعتد بتلك الركعة فانه قال في رجل ركع امامه وسجد وهو قائم لا يشعر ولم يركع حتى سجد الامام فقال: يسجد معه ويأتي بركعة مكانها ، وقال المروذي : قلت لأبي عبد الله الامام اذا سجد ورفع رأسه قبل ان اسجد قال ان كانت سجدة واحدة فاتبعه إذا رفع رأسه

نزل قياما حتى نراه قد وضع جبهته بالارض ثم نتبعه ، متفق عليه ، وروى ابو موسى قال خطبنا رسول الله ﷺ فبين لنا سنتنا ، وعلمنا صلاتنا فقال « اذا صليتم فاقيموا صفوفكم ، وليؤمكم احدكم فاذا كبر فكبروا ـ الى قوله ـ وإذا ركع فاركعوا فان الامام يركع قبلكم ويرفع قبلكم » فقال رسول الله ﷺ « فتلك بتلك » رواه مسلم ، وعن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا ـ الى قوله ـ وإذا سجد

وان كان سجدتان فلا يعتد بتلك الركعة ، وظاهر هـذا انه متى سبقه بركنين بطلت تلك الركعة وإن سبقه بأقل من ذلك فعله وأدرك امامه ، وقال أصحابنا فيمن زحم عن السجود يوم الجمعة ينتظر زوال الزحام ثم يسجد ويتبع الامام مالم يخف فوات الركوع في الثانية مع الامام وهذا يقتضي أنه يفعل مافاته وإن كان أكثر من ركن واحد وهـذا قول الشافعي لان النبي ﷺ فعله بأصحابه في صلاة عسفان حين أقامهم خافه صفين فسجد بالصف الاول والصف الثاني قائم حتى قام النبي ﷺ الى الثانية فسجد الصف الثاني ثم تبعه وكان ذلك جائزاً للعذر فهذا مثله، وقال مالك: ان أدركهم المسبوق في أول سجودهم سجد معهم واعتـد بها وإن علم أنه لايقدر على الركوع وادراكهم في السجود حتى يستووا قياما فليتبعهم فيما بقي من صلاتهم ثم يقضي ركعة ثم يسجد للسهو ، ونحوه قال الاوزاعي ولم يجعل عليه سجدتي السهو ،والاولى في هذا والله أعلم ما كان على قياس فعل النبي ﷺ في صلاة الخوف فان مالا نص فيـه يرد الى أقرب الاشياء به من المنصوص عليه ، وان فعل ذلك لغير عذر بطلت صلاته لانه ترك الائتمام بامامه عمداً والله أعلم :

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يرفع رأسه مكبراً ويقوم على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه)

وجملته أنه اذا قضى سجدته الثانية نهض للقيام مكبراً والقيام ركن والتكبير واجب في إحدى لروايتين . واختلفت الرواية عن أحمد هل يجلس للاستراحة فروي عنه لايجلس وهو اختيار الخرقي روروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وبه يقول مالك والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال أحمد : أكثر الاحاديث على هذا وذكر عن عمر وعلي وعبدالله ، وقال النعمان ابن أبي عياش : أدركت غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك أي لا يجلس قال الترمذي وعليه العمل عند أهل العلم ، وقال ابو الزناد : تلك السنة (والرواية الثانية) أنه يجلس اختارها الخلال وهو احد قولي الشافعي قال الخلال : رجع أبو عبد الله الى هذا يعني ترك قوله بترك الجلوس لما روى مالك بن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجلس اذا رفع رأسه من السجود قبل أن ينهض ، متفق عليه . وذكره أيضاً أبو حميد في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو

فاسجدوا » متفق عليه . رتبه عليه بفاء التعقيب فيقتضي أن يكون بعده كقوله جاء زيد فعمرو ؟ أي بعده ، فان وافق امامه في الافعال فركع وسجد معه أساء وصحت صلاته

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع رأسه مكبراً ويقوم على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه) وجملته انه اذا قضى السجدة الثانية نهض للقيام مكبراً ، والقيام ركن. وفي وجوب التكبير (روايتان) ذكرنا وجههما وينهض على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه ولا يعتمد على الارض بيديه ، قال القاضي : لايختلف قوله انه لا يعتمد على الارض سواء قلنا يجلس للاستراحة أم لا . وقال مالك والشافعي : السنة أن يعتمد على يديه في النهوض لان مالك بن الحويرث قال في صفة صلاة رسول الله ﷺ انه لما رفع

حديث حسن صحيح فيتعين العمل به والمصير اليه . وقيل ان كان المصلي ضعيفا جلس للاستراحة لحاجته الى الجلوس وإن كان قويا لم يجلس لغناه عنه ، وحمل جلوس النبي ﷺ على أنه كان في آخر عمره عند كبره وضعفه وهذا فيه جمع بين الاخبار ، وتوسط بين القولين . فاذا قلنا يجلس فيحتمل أنه يجلس مفترشا على صفة الجلوس بين السجدتين وهو مذهب الشافعي لقول أبي حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ ثم ثنى رجله وقعد واعتدل حتى يرجع كل عضو في موضعه ثم نهض وهذا صريح في كيفية جلسة الاستراحة فيتعين المصير اليه . وقال الخلال : روى عن أحمد من لا أحصيه كثرة أنه يجلس على أليتيه ، قال القاضي : يجلس على قدميه وأليتيه مفضياً بهما الى الارض لانه لو جلس مفترشاً لم يأمن السهو فيشك هل جلس عن السجدة الاولى أو الثانية ؟ وبهذا يأمن ذلك . وقال أبو الحسن الآمدي لا يختلف أصحابنا انه لا يلصق أليتيه بالارض في جلسة الاستراحة بل يجلس معلقا عن الارض. وعلى كلتا الروايتين ينهض الى القيام على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه ولا يعتمد على يديه ، قال القاضي : لا يختلف قوله أنه لا يعتمد على الارض سواء قلنا يجلس للاستراحة أو لا يجلس ، وقال مالك والشافعي : السنة أن يعتمد على يديه في النهوض لان مالك بن الحويرث قال في صفة صلاة رسول الله ﷺ إنه لما رفع رأسه من السجدة الثانية استوى قاعداً ثم اعتمد على الارض رواه النسائي . ولان ذلك أعون للمصلي

ولنا ماروى وائل بن حجر قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه ، رواه النسائي والاثرم . وفي لفظ واذا نهض نهض على ركبتيه واعتمد على فخذيه . وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يديه اذا نهض في الصلاة ، رواهما أبو داود . وقال علي كرم الله وجهه ان من السنة في الصلاة المكتوبة اذا نهض الرجل في الركعتين الاولين أن لا يعتمد بيديه على الارض إلا أن يكون شيخاً كبيراً لا يستطيع ، رواه الاثرم . وقال أحمد بذلك جاء الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في الصلاة ينهض على صدور قدميه ، رواه الترمذي وقال يرويه خالد بن الياس، قال أحمد ترك الناس حديثه ولانه أشق فكان أفضل كالتجافي والافتراش

رأسه من السجدة الثانية استوى قاعداً ثم اعتمد على الارض ، رواه النسائي ، ولانه أعون للمصلي

ولنا ماروى وائل بن حجر قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه ، رواه النسائي والاثرم ، وفي لفظ واذا نهض نهض على ركبتيه واعتمد على فخذيه . وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يديه اذا نهض في الصلاة ، رواهما أبو داود . وقال علي رضي الله عنه ان من السنة في الصلاة المكتوبة اذا نهض الرجل في الركعتين الاولين أن لا يعتمد بيديه على الارض إلا أن يكون شيخا كبيراً لا يستطيع ، رواه الاثرم ، ولانه أشق فكان أفضل كالتجافي وحديث مالك محمول على انه كان

وحديث مالك محمول على انه كان من النبي ﷺ لمشقة القيام عليه لضعفه وكبره فانه قال عليه السلام «اني قد بدنت فلا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود»

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أن يشق ذلك عليه فيعتمد بالارض)

يعني اذا شق عليه النهوض على الصفة التي ذكرناها فلا بأس باعتماده على الارض بيديه لا نعلم أحداً خالف في هذا وقد دل عليه حديث مالك بن الحويرث وقول علي رضي الله عنه إلا أن يكون شيخاً كبيراً .ومشقة ذلك تكون لكبر أو ضعف أو مرض أو سمن ونحوه

(فصل) يستحب أن يكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفع رأسه من السجود وانتهاؤه عند اعتداله قائماً ليكون مستوعبا بالتكبير جميع الركن المشروع فيه . وعلى هذا بقية التكبيرات الا من جلس جلسة الاستراحة

من النبي ﷺ لمشقة القيام لكبره فانه قال عليه السلام «اني قد بدنت فلا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود»

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن يشق عليه فيعتمد بالارض) يعني اذا شق عليه النهوض على الصفة المذكورة فلا بأس باعتماده على الارض بيديه لا نعلم أحداً خالف في هذا ،وقد دل عليه حديث مالك بن الحويرث وقول علي الا أن يكون شيخا كبيراً والمشقة تكون لكبر أو ضعف أو سمن أو نحوه

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه أنه يجلس جلسة الاستراحة على قدميه واليتيه) اختلفت الرواية عن أحمد في جلسة الاستراحة فروي عنه لا يجلس اختاره الخرقي وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس ، وبه يقول مالك والثوري وأصحاب الرأي ، قال أحمد أكثر الاحاديث على هذا قال الترمذي وعليه العمل عند أهل العلم قال ابو الزناد تلك السنة (والثانية) انه يجلس اختارها الخلال وهو أحد قولي الشافعي. قال الخلال رجع ابو عبد الله عن قوله بترك الجلوس لما روى مالك بن الحويرث أن النبي ﷺ كان يجلس اذا رفع رأسه من السجود قبل أن ينهض متفق عليه وذكره ابو حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ وهو حديث صحيح فيتعين العمل به ، وقيل إن كان المصلي ضعيفا جلس للاستراحة لحاجته ، وإن كان قويا لم يجلس كما قلنا في الاعتماد بيديه على الارض. وحمل جلوس النبي ﷺ على أنه كان في آخر عمره عند كبره ، قال شيخنا وفي هـذا جمع بين الاخبار ، وتوسط بين القولين فاذا قلنا يجلس فانه يجلس مفترشا كالجلوس بين السجدتين وهو مذهب الشافعي لقول ابي حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ ثم ثنى رجله وقعد واعتدل حتى رجع كل عضو في موضعه ثم نهض وهذا صريح لا ينبغي العدول عنه ، وقال الخلال روى عن أحمد من لا أحصيه كثرة أنه يجلس على أليتيه قال القاضي يجلس على قدميه وأليتيه مفضيا بهما إلى الارض لانه لو جلس مفترشا لم يأمن السهو فيشك هل جلس عن السجدة الاولى أو الثانية ، وقال ابو الحسن الآمدي لا يختلف أصحابنا أنه لا يلصق أليتيه بالارض في جلسة الاستراحة بل يجلس معلقا عن الارض

(فصل) ويستحب أن يكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفع رأسه من السجود وانتهاؤه عند اعتداله

فانه ينتهي تكبيره عند انتهاء جلوسه ثم ينهض للقيام بغير تكبير. وقال أبو الخطاب: ينهض مكبراً وليس بصحيح فانه يفضي إلى أن يوالي بين تكبيرتين في ركن واحد لم يرد الشرع بجمعهما فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويفعل في الثانية مثل مافعل في الاولى)

يعني يصنع في الركعة الثانية من الصلاة مثل ماصنع في الركعة الاولى على ماوصف لان النبي ﷺ وصف بالركعة الاولى للمسيء في صلاته ثم قال «افعل ذلك في صلاتك كلها» وهذا لاخلاف فيه نعلمه إلا أن الثانية تنقص النية وتكبيرة الاحرام والاستفتاح لان ذلك يراد لافتتاح الصلاة وقد روى مسلم عن أبي هريرة قال: كان رسول الله ﷺ اذا نهض من الركعة الثانية استفتح القراءة بالحمد لله رب العالمين ولم يسكت وهذا يدل على أنه لم يكن يستفتح ولا يستعيذ ولا نعلم في ترك هذه الامور الثلاثة خلافا فيما عدا الركعة الثالثة، فأما الاستعاذة فاختلفت الرواية عن أحمد فيها في كل ركعة فعنه أنها تختص بالركعة الاولى وهو قول عطاء والحسن والنخعي والثوري لحديث أبي هريرة هذا ولأن الصلاة جملة واحدة فالقراءة فيها كلها كالقراءة الواحدة ولذلك اعتبرنا الترتيب في القراءة في الركعتين فأشبه مالو سجد للتلاوة في أثناء قراءته فاذا أتى بالاستعاذة في أولها كفى ذلك كالاستفتاح فعلى هذه الرواية اذا ترك الاستعاذة في الاولى لنسيان أو غيره أتى بها في الثانية والاستفتاح بخلاف ذلك نص عليه لان الاستفتاح لافتتاح الصلاة فاذا فات في أولها فات محله والاستعاذة للقراءة وهو يستفتحها في الثانية، وإن شرع في القراءة قبل الاستعاذة لم يأت بها في تلك الركعة لانها سنة فات

قائما ليكون مستوعبا بالتكبير جميع الركن وعلى هذا بقية التكبيرات الا من جلس جلسة الاستراحة فانه ينتهي بتكبيره عند انتهاء جلوسه ثم ينهض بغير تكبير وقال أبو الخطاب ينهض مكبراً ولا يصح فانه يفضي إلى الموالاة بين تكبيرتين في ركن واحد لم يرد الشرع بجمعهما فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينهض ثم يصلي الثانية كذلك الا في تكبيرة الاحرام والاستفتاح وفي الاستعاذة روايتان) وجملة ذلك أنه يصنع في الركعة الثانية كما يصنع في الاولى على ماوصفنا لان النبي ﷺ وصف الركعة الاولى للمسيء في صلاته ثم قال «افعل ذلك في صلاتك كلها» وهذا لا نعلم فيه خلافا الا أن الثانية تنقص النية وتكبيرة الاحرام والاستفتاح لان ذلك يراد لافتتاح الصلاة ولا نعلم في ترك هذه الامور الثلاثة خلافا فيما عدا الركعة الاولى، فأما الاستعاذة ففيها روايتان (احداهما) تختص الركعة الاولى وهو قول عطاء والحسن والثوري لما روى ابو هريرة قال: كان رسول الله ﷺ اذا نهض من الركعة الثانية استفتح القراءة بالحمد لله رب العالمين ولم يسكت وهذا يدل على أنه لم يكن يستعيذ رواه مسلم، ولان الصلاة جملة واحدة فالقراءة فيها كلها كالقراءة الواحدة ولذلك اعتبرنا الترتيب في القراءة في الركعتين أشبه مالو سجد للتلاوة في أثناء صلاته فمتى أتى بالاستعاذة في أولها كفى ذلك كالاستفتاح فعلى هذه الرواية اذا ترك الاستعاذة في الاولى لنسيان أو غيره أتى بها في الثانية، والاستفتاح بخلاف ذلك نص عليه لانه يراد لافتتاح الصلاة فاذا نسيه في أولها فات محله

محلها (والرواية الثانية) يستعيذ في كل ركعة وهو قول ابن سيرين والشافعي لقوله (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) فيقتضي ذلك تكرير الاستعاذة عند تكرير القراءة لأنها مشروعة للقراءة فتكرر بتكررها كما لو كانت في صلاتين

(فصل) المسبوق اذا أدرك الامام فيما بعد الركعة الاولى لم يستفتح، وأما الاستعاذة فان قلنا تختص بالركعة الاولى لم يستعذ لان مايدركه المأموم مع الامام آخر صلاته ، فاذا قام للقضاء استفتح واستعاذ نص على هذا أحمد وان قلنا يستعيذ في كل ركعة استعاذ لان الاستعاذة في أول قراءة كل ركعة فاذا أراد المأموم القراءة استعاذ لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم)

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا جلس فيها للتشهد يكون كجلوسه بين السجدتين)

وجملته أنه اذا صلى ركعتين جلس للتشهد وهذا الجلوس والتشهد فيه مشروعان بلاخلاف وقد نقله الخلف عن السلف عن النبي ﷺ نقلا متواتراً والامة تفعله في صلاتها . فان كانت الصلاة مغربا أو رباعية فهما واجبان فيها على إحدى الروايتين وهو مذهب الليث وإسحاق ، والاخرى ليسا بواجبين وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأنهما يسقطان بالسهو فأشبها السنن

ولنا أن النبي ﷺ فعله وداوم على فعله وأمر به في حديث ابن عباس فقال : قولوا « التحيات لله » وسجد للسهو حين نسيه وقد قال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وانما سقط بالسهو الى بدل فأشبه جبرانات الحج تجبر بالدم بخلاف السنن ولانه أحد التشهدين فكان واجبا كالآخر ، وصفة الجلوس لهذا التشهد كصفة الجلوس بين السجدتين يكون مفترشا كما وصفنا وسواء كان آخر صلاته أو لم يكن وبهذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، قال مالك يكون متوركا على كل حال لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ كان يجلس في وسط الصلاة وآخرها متوركا وقال الشافعي ان كان متوسطا كقولنا وان كان آخر صلاته كقول مالك

ولنا حديث أبي حميد أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس يعني للتشهد فافترش رجله اليسرى وأقبل بصدر اليمنى على قبلته . وقال وائل بن حجر قلت لانظرن الى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جلس يعني للتشهد افترش رجله اليسرى ووضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ونصب رجله اليمنى ، وهذان حديثان صحيحان حسنان يتعين الاخذ بهما وتقديمهما على حديث ابن مسعود

والاستعاذة للقراءة وهو يستفتحها في الثانية (والرواية الثانية) يستعيذ في كل ركعة ، وهو قول ابن سيرين والشافعي لقوله سبحانه (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) الآية فيقتضي ذلك تكرير الاستعاذة عند تكرير القراءة ولانها مشروعة للقراءة فتكرر بتكريرها كما لو كانت في صلاتين

(فصل) والمسبوق اذا أدرك الامام فيما بعد الركعة الاولى لم يستفتح ، وأما الاستعاذة فان قلنا تختص بالركعة الاولى لم يستعذ لان مايدركه المأموم مع الامام آخر صلاته فاذا قام للقضاء استفتح

لصحتها وكثرة رواتهما فان أبا حميد ذكر حديثه في عشرة من الصحابة فصدقوه وهما متأخران عن ابن مسعود وانما يؤخذ بالآخر فالآخر من أمر رسول الله ﷺ وقد بين أبو حميد في حديثه الفرق بين التشهدين فتكون زيادة والاخذ بالزيادة واجب

«مسئلة» قال (ثم يبسط كفه اليسرى على فخذه اليسرى ويده اليمنى على فخذه اليمنى ويحلق الابهام مع الوسطى ويشير بالسبابة)

وجملته أنه يستحب للمصلي إذا جلس للتشهد وضع اليد اليسرى على فخذه اليسرى مبسوطة مضمومة الاصابع مستقبلا بجميع أطراف اصابعها القبلة ويضع يده اليمنى على فخذه اليمنى يقبض منها الخنصر والبنصر ويحلق الابهام مع الوسطى ويشير بالسبابة وهي الاصبع التي تلي الابهام لما روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع مرفقه الايمن على فخذه اليمنى ثم عقد من أصابعه الخنصر والتي تليها وحلق حلقة بأصبعه الوسطى والابهام ورفع السبابة مشيراً بها قال أبو الحسن

واستعاذ نص عليه أحمد، وان قلنا بالرواية الثانية استعاذ واذا أراد المأموم القراءة استعاذ لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم)

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يجلس مفترشا ويضع يده اليمنى على فخذه اليمنى يقبض منها الخنصر والبنصر ويحلق الابهام مع الوسطى ويشير بالسبابة في تشهده مراراً ويبسط اليسرى على فخذه اليسرى) متى فرغ من الركعتين جلس للتشهد، وهذا الجلوس والتشهد فيه مشروعان بغير خلاف نقله الخلف عن السلف عن النبي صلى الله عليه وسلم نقلا متواتراً فان كانت الصلاة اكثر من ركعتين فهما واجبان فيها على احدى الروايتين وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى. وصفة الجلوس لهذا التشهد كصفة الجلوس بين السجدتين مفترشا كما وصفنا وسواء كان آخر صلاته أو لم يكن وبهذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك يكون متوركا على كل حال لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجلس في وسط الصلاة وفي آخرها متوركا. وقال الشافعي: ان كان متوسطا كقولنا، وإن كان آخر صلاته كقول مالك

ولنا حديث أبي حميد أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس يعني للتشهد فافترش رجله اليسرى وأقبل بصدر اليمنى على قبلته وفي لفظ فاذا جلس في الركعتين جلس على اليسرى ونصب الاخرى حديث صحيح وهذا يقدم على حديث ابن مسعود، فان أبا حميد ذكر حديثه في عشرة من الصحابة فصدقوه وهو متأخر عن ابن مسعود وانما يؤخذ بالآخر فالآخر ولان أبا حميد قد بين في حديثه الفرق بين التشهدين والاخذ بالزيادة واجب، ويستحب أن يضع يده اليمنى على الفخذ اليمنى ويبسط اليسرى على الفخذ اليسرى مضمومة الاصابع مستقبلا باطراف أصابعهما القبلة كما ذكرنا لما روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع مرفقه الايمن على فخذه اليمنى ثم عقد من أصابعه

الآمدي ، وقد روي عن أبي عبد الله انه يجمع أصابعه الثلاث ويعقد الابهام كعقد الخمسين لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ وضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثا وخمسين وأشار بالسبابة رواه مسلم . وقال الآمدي وروي انه يبسط الخنصر والبنصر ليكون مستقبلا بهما القبلة ، والاول أولى اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم ويشير بالسبابة برفعها عند ذكر الله تعالى في تشهده لما رويناه ولا يحركها لما روى عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ كان يشير بأصبعه ولا يحركها رواه ابو داود وفي لفظ كان رسول الله ﷺ اذا قعد يدعو وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى ويده اليسرى على فخذه اليسرى وأشار بأصبعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتشهد فيقول : التحيات لله ، والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله الا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وهو التشهد الذى علمه النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه)

هذا التشهد هو المختار عند امامنا وعليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين قاله الترمذي وبه يقول الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وكثير من أهل المشرق ، وقال مالك : أفضل التشهد تشهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، التحيات لله ، الزاكيات لله

الخنصر والتي تليها وحلق حلقة بأصبعه الوسطى على الابهام ورفع السبابة يشير بها . قال أبو الحسن الآمدي : وروي عن ابي عبد الله انه يجمع أصابعه الثلاث ويعقد الابهام كعقد الخمسين لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ وضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثا وخمسين وأشار بالسبابة رواه مسلم وفي حديث وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ويشير بالسبابة عند ذكر الله تعالى ولا يحركها لما روي ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يشير بأصبعه ولا يحركها . رواه أبو داود ، وفي لفظ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد يدعو وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى ، ويده اليسرى على فخذه اليسرى وأشار بأصبعه ، وعنه انه يبسط الخنصر والبنصر لذلك فالاول أولى لما ذكرنا من الاحاديث وتكون اشارته بالسبابة عند ذكر الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يتشهد فيقول : التحيات لله ، والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله) هذا التشهد هو المختار عند امامنا رحمه الله وعليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين ، منهم الثوري واسحاق وأصحاب الرأي وكثير من أهل المشرق . وقال مالك : أفضل التشهد تشهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: التحيات لله ، الزاكيات لله ، الصلوات لله ، الطيبات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته. وسائره

الصلوات لله ، وسائره كتشهد ابن مسعود لان عمر قاله على المنبر بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكروه فكان إجماعاً . وقال الشافعي : أفضل التشهد ماروى ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فيقول قولوا « التحيات المباركات ، الصلوات الطيبات لله ، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله » أخرجه مسلم والترمذي وقال حديث حسن صحيح إلا أن في رواية مسلم : وأشهد أن محمداً عبده ورسوله

ولنا ماروى عبد الله بن مسعود قال : علمني رسول الله ﷺ التشهد — كفي بين كفيه كما يعلمني السورة من القرآن : التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لااله الا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . وفي لفظ « اذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل التحيات لله ـ وفيه ـ فانكم اذا فعلتم ذلك فقد سلمتم على كل عبد لله صالح في السماء وفي الارض » وفيه « فليتخير من المسئلة ماشاء » متفق عليه قال الترمذي حديث ابن مسعود قد روي من غير وجه وهو أصح حديث روي عن النبي ﷺ في التشهد ، وقد رواه عن النبي ﷺ معه ابن عمر وجابر وأبو موسى وعائشة وعليه أكثر أهل العلم فتعين الاخذ به وتقديمه ، فأما حديث عمر فلم يروه عن النبي ﷺ انما هو من قوله ، وأكثر أهل العلم على خلافه فكيف يكون اجماعاً ؟ على أنه ليس الخلاف في اجزائه في الصلاة انما الخلاف في الاولى والاحسن ، والاحسن تشهد النبي صلى الله عليه وسلم الذي علمه أصحابه وأخذوا به . وأما حديث ابن عباس فانفرد به واختلف عنه في بعض ألفاظه ففي رواية مسلم أنه قال وأشهد ان محمدا عبده

كتشهد ابن مسعود لان عمر قاله على المنبر بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر فكان اجماعا، وقال الشافعي أفضله ماروي عن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول «التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله » رواه مسلم وفي لفظ سلام عليك سلام علينا ورواه الترمذي وفيه وأشهد أن محمدا رسول الله

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود قال : علمني رسول الله ﷺ التشهد كفي بين كفيه كما يعلمني السورة من القرآن : التحيات لله والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. وفي لفظ « فاذا صلى أحدكم فليقل التحيات لله فاذا فعلتم ذلك فقد سلمتم على كل عبد لله صالح في السماء والارض ـ وفيه ـ فليتخير من المسئلة ماشاء » متفق عليه . قال الترمذي حديث ابن مسعود قد روي من غير وجه وهو أصح حديث روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وعليه

ورسوله كرواية ابن مسعود ثم رواية ابن مسعود أصح إسناداً وأكثر رواة وقد اتفق على روايته جماعة من الصحابة فيكون أولى ثم هو متضمن للزيادة وفيه العطف بواو العطف وهو أشهر في كلام العرب وفيه السلام بالالف واللام وهما للاستغراق ، وقال عبدالرحمن بن الاسود عن أبيه قال حدثنا عبد الله بن مسعود أن النبي ﷺ علمه التشهد في الصلاة قال وكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن الواو والالف وهذا يدل على ضبطه فكان أولى

(فصل) وبأي تشهد تشهد مما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم جاز نص عليه أحمد فقال : تشهد عبد الله أعجب إلي وإن تشهد بغيره فهو جائز لان النبي ﷺ لما علمه الصحابة مختلفا دل على جواز الجميع كالقراآت المختلفة التي اشتمل عليها المصحف . قال القاضي . وهذا يدل على أنه اذا أسقط لفظة هي ساقطة في بعض التشهدات المروية صح تشهده ،فعلى هذا يجوز أن يقال أقل مايجزيء من التشهد : التحيات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أو أن محمداً رسول الله . وقد قال أحمد في رواية أبي داود اذا قال وأن محمداً عبده ورسوله ولم يذكر وأشهد أرجو أن يجزئه . وقال ابن حامد رأيت بعض أصحابنا يقول: لو ترك واواً أو حرفا أعاد الصلاة لقول الاسود فكنا نتحفظه عن عبدالله كما نتحفظ حروف القرآن ، والاول أصح لما ذكرنا . وقول الاسود يدل على ان الأولى والأحسن الاتيان بلفظه وحروفه وهو الذي ذكرنا أنه المختار ، وعلى ان عبد الله كان يرخص في ابدال لفظات من القرآن فالتشهد أولى فقد روي عنه أن انسانا كان يقرأ عليه (ان شجرة الزقوم طعام الاثيم) فيقول

أكثر أهل العلم فكان الأخذ به أولى وقد رواه عن ابن مسعود وابن عمر وجابر وأبو هريرة وعائشة فأما حديث عمر فانما هو من قوله وأكثر أهل العلم من الصحابة وغيرهم على خلافه فكيف يكون إجماعا؟ على ان الخلاف ليس ههنا في الاجزاء انما الخلاف في الأحسن والافضل، وتشهد النبي ﷺ الذي علمه أصحابه أولى وأحسن . وحديث ابن عباس تفرد به واختلف عنه في بعض ألفاظه ، وحديث ابن مسعود أصح وأكثر رواة فكان أولى

(فصل) وأي تشهد تشهد به مما صح عن النبي صلى الله عليه جاز نص عليه أحمد لان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه الصحابة مختلفا دل على جواز الجميع كالقراآت المختلفة التي اشتمل عليها المصحف ، قال القاضي : وهذا يدل على انه اذا أسقط لفظة هي ساقطة في بعض التشهدات المروية صح تشهده ، فعلى هذا أقل مايجزيء من التشهد : التحيات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ــ أو ــ أن محمد رسول الله

(فصل) وفي هذا القول نظر فانه يجوز أن يجزيء بعضها عن بعض على سبيل البدل كقولنا في القراآت ولايجوز أن يسقط مافي بعض الاحاديث إلا أن يأتي بما في غيره من الاحاديث . وروي

طعام اليتيم فقال له عبد الله : قل طعام الفاجر ، فأما مااجتمعت عليه التشهدات كلها فيتعين الاتيان به وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا تستحب الزيادة على هذا التشهد ولا تطويله وبهذا قال النخعي والثوري وإسحاق وعن الشعبي أنه لم ير بأساً أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فيه وكذلك قال الشافعي ، وعن عمر أنه كان اذا تشهد قال : بسم الله خير الاسماء ، وعن ابن عمر أنه كان يسمي في أوله وقال زدت فيه : وحده لا شريك له ، وأباح الدعاء فيه بما بدا له ، وقال أيوب ويحيى بن سعيد وهشام يقول عمر في التسمية ، وقد روى جابر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن « بسم الله التحيات لله » وذكر التشهد كتشهد ابن مسعود « أسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار » رواه النسائي وابن ماجه . وقال مالك : ذلك واسع ، وسمع ابن عباس رجلا يقول بسم الله فانتهره وبه قال مالك وأهل المدينة وابن المنذر والشافعي وهو الصحيح لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجلس في الركعتين الاولين كأنه على الرضف حتى يقوم ، رواه أبو داود ، والرضف هي الحجارة المحماة يعني لما يخففه ، وهذا يدل على انه لم يطوله ولم يزد على التشهد شيئا ، وروي عن مسروق قال: كنا اذا جلسنا مع أبي بكر كأنه على الرضف حتى يقوم، رواه الامام أحمد ، وقال حنبل: رأيت أبا عبدالله يصلي فاذا جلس في الجلسة بعد الركعتين أخف الجلوس ثم يقوم كأنه على الرضف وانما قصد الاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم وصاحبه ولان الصحيح من التشهدات ليس فيه تسمية ولا شيء من هذه الزيادات فيقتصر عليها ولم تصح التسمية عند أصحاب الحديث

عن أحمد في رواية أبي داود اذا قال وأن محمداً عبده ورسوله ولم يذكر أشهد أرجو أن يجزئه . وقال ابن حامد : رأيت بعض أصحابنا يقول لو ترك واواً أو حرفا أعاد الصلاة ،قال شيخنا والاول أصح لما ذكرنا وهو مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (هذا التشهد الاول فلا يستحب الزيادة على ماذكرنا ولا تطويله) وهو قول النخعي والثوري واسحاق ، وقال الشافعي لا بأس أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فيه ، وعن ابن عمر قال : بسم الله خير الاسماء ، وقال ابن عمر زدت فيه وحده لاشريك له ، وقد روى جابر قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن « بسم الله وبالله ، التحيات لله وباقيه كتشهد ابن مسعود وبعده « أسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار » رواه النسائي وابن ماجه وسمع ابن عباس رجلا يقول بسم الله فانتهره ، وهو قول مالك وأهل المدينة وابن المنذر والشافعي وهو الصحيح لما روي أن النبي ﷺ كان يجلس في الركعتين الاولين كأنه على الرضف حتى يقوم رواه أبو داود ، والرضف الحجارة المحماة يعني لما يخففه ولان الصحيح في التشهدات ليس فيه التسمية ولا شيء من هذه الزيادات فيقتصر عليها ولم تصح التسمية عند أصحاب الحديث ولا غيرها مما وقع الخلاف فيه وإن فعله جاز لانه ذكر

ولا غيرها مما وقع الخلاف فيه وان فعله جاز لانه ذكر .

(فصل) واذا أدرك بعض الصلاة مع الامام فجلس الامام في آخر صلاته لم يزد المأموم على التشهد الاول بل يكرره نص عليه أحمد فيمن أدرك مع الامام ركعة قال : يكرر التشهد ولا يصلي على النبي ﷺ ولا يدعو بشيء مما يدعى به في التشهد الاخير لان ذلك إنما يكون في التشهد الذي يسلم عقيبه وليس هذا كذلك .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم ينهض مكبرا كنهوضه من السجود)

يعني اذا فرغ من التشهد الاول نهض قائما على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه على ما ذكرناه في نهوضه من السجود في الركعة الاولى ولا يقدم إحدى رجليه عند النهوض كذلك قال ابن عباس وكرهه إسحاق وروي عن ابن عباس أن ذلك يقطع الصلاة ورخص فيه مجاهد وإسحاق الشيخ

ولنا أنه لم ينقل عن النبي ﷺ وقد كرهه ابن عباس ويمكن الشيخ أن يعتمد على يديه فيستغني عنه ولا تبطل الصلاة به لانه ليس بعمل كثير ولا وجد فيه ما يقتضي البطلان

(فصل) ثم يصلي الثالثة والرابعة كالثانية إلا أنه لا يقرأ فيهما شيئا بعد الفاتحة ولا يجهر فيهما في صلاة الجهر وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا جلس للتشهد الاخير تورك فنصب رجله اليمنى وجعل باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى ويجعل أليتيه على الارض)

السنة عند امامنا رحمه الله التورك في التشهد الثاني واليه ذهب مالك والشافعي وقال الثوري وأصحاب الرأي يجلس مفترشا كجلوسه في الاول لما ذكرنا من حديث وائل بن حجر وأبي حميد في صفة جلوس النبي ﷺ

ولنا قول أبي حميد : حتى اذا كانت الركعة التي يقضي فيها صلاته أخر رجله اليسرى وجلس متوركا على شقه الايسر . وهذا بيان الفرق بين التشهدين ، وزيادة يجب الاخذ بها والمصير اليها والذي احتجوا به في التشهد الاول ولا نزاع بيننا فيه . وأبو حميد راوي حديثهم بين في حديثه أن افتراشه كان في التشهد الاول وانه تورك في الثاني فيجب المصير إلى قوله وبيانه . فأما صفة التورك فقال الخرقي ينصب رجله اليمنى ويجعل باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى ويجعل أليتيه على الارض وذكر القاضي مثل ذلك لما روي عن عبدالله بن الزبير قال كان رسول الله ﷺ اذا قعد في الصلاة جعل قدمه اليسرى تحت فخذه وساقه وفرش قدمه اليمنى رواه مسلم وأبو داود وفي بعض

(فصل) واذا أدرك بعض الصلاة مع الامام فجلس الامام في آخر صلاته لم يزد المأموم على التشهد الاول بل يكرره ، نص عليه أحمد فيمن أدرك مع الامام ركعتين قال يكرر التشهد ولا يصلي على

ألفاظ حديث أبي حميد قال جلس النبي ﷺ على أليتيه وجعل بطن قدمه عند مأبض اليمنى ونصب قدمه اليمنى ، وروى الاثرم في صفته قال رأيت أبا عبدالله يتورك في الرابعة في التشهد فيدخل رجله اليسرى يخرجها من تحت ساقه الايمن ولا يقعد على شيء منها وينصب اليمنى ويفتح أصابعه وينحي عجزه كله ويستقبل بأصابعه اليمنى القبلة وركبته اليمنى على الارض ملزقة وهكذا ذكر أبو الخطاب وأصحاب الشافعي وأن أباحميد قال في صفة صلاة النبي ﷺ فاذا كان في الرابعة أفضى بوركه اليسرى الى الارض وأخرج قدمه من ناحية واحدة رواه أبو داود وأيهما فعل فحسن

(فصل) وهذا التشهد والجلوس له من أركان الصلاة وممن قال بوجوبه عمر وابنه وأبو مسعود البدري والحسن والشافعي ولم يوجبه مالك ولا أبو حنيفة الا أن أبا حنيفة أوجب الجلوس قدر التشهد وتعلقا بأن النبي ﷺ لم يعلمه الاعرابي فدل على أنه غير واجب

ولنا أن النبي ﷺ أمر به فقال « قولوا التحيات لله » وأمره يقتضي الوجوب وفعله وداوم عليه . وقد روي عن ابن مسعود أنه قال : كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد: السلام على الله قبل عباده ، السلام على جبريل ، السلام على ميكائيل . فقال النبي ﷺ « لاتقولوا السلام على الله ولكن قولوا التحيات لله » الى آخره وهذا يدل على أنه فرض بعد ان لم يكن مفروضا وحديث الاعرابي يحتمل أنه كان قبل أن يفرض التشهد ويحتمل أنه ترك تعليمه لانه لم يره أساء في تركه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يتورك الا في صلاة فيها تشهدان في الاخير منهما)

وجملته أن جميع جلسات الصلاة لا يتورك فيها إلا في تشهدثان . وقال الشافعي يسن التورك في كل تشهد يسلم فيه وان لم يكن ثانيا كتشهد الصبح والجمعة وصلاة التطوع لانه تشهد يسن تطويله فسن فيه التورك كالثاني .

ولنا حديث وائل بن حجر أن النبي ﷺ لما جلس للتشهد افترش رجله اليسرى ونصب رجله اليمنى ولم يفرق بين مايسلم فيه وما لا يسلم . وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يقول في كل ركعتين التحية ، وكان يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى ، رواه مسلم وهذان يقضيان على كل تشهد بالافتراش إلا ماخرج منه لحديث أبي حميد في التشهد الثاني فيبقى فيما عداه على قضية الاصل ولان هذا ليس بتشهد ثان فلا يتورك فيه كالاول وهذا لأن التشهد الثاني انما تورك فيه للفرق بين التشهدين ومالیس فيه إلا تشهد واحد لا اشتباه فيه فلا حاجة إلى الفرق وما ذكروه من المعنى إن صح فيضم اليه هذا المعنى الذي ذكرناه ونعلل الحكم بهما . والحكم إذا علل بعلتين لم يجز تعديه لتعدى أحدهما دون الآخر والله أعلم .

النبي ﷺ ولا يدعو بشيء مما دعا به في التشهد الاخير لان ذلك انما يكون في التشهد الذي يسلم عقيبه وليس هذا كذلك

(فصل) قيل لابي عبد الله فما تقول في تشهد سجود السهو فقال يتورك فيه أيضا هو من بقية الصلاة يعني إذا كان من السجود في صلاة رباعية لان تشهدها يتورك فيه وهذا تابع له . وقال القاضي يتورك في كل تشهد لسجود السهو بعد السلام سواء كانت الصلاة رباعية أو ركعتين لانه تشهد ثان في الصلاة ويحتاج إلى الفرق بينه وبين تشهد صلب الصلاة . وقال الاثرم قلت لابي عبد الله الرجل يجيء فيدرك مع الامام ركعة فيجلس الامام في الرابعة أيتورك معه الرجل الذي جاء في هذه الجلسة ؟ فقال ان شاء تورك . قلت فاذا قام يقضي يجلس في الرابعة هو فينبغي له أن يتورك ؟ فقال نعم يتورك هذا لانها هي الرابعة له نعم يتورك ويطيل الجلوس في التشهد الاخير . قال القاضي قوله إن شاء تورك على سبيل الجواز لانه مسنون وقد صرح في رواية مهنا فيمن أدرك من صلاة الظهر ركعتين لا يتورك الا في الاخيرتين ويحتمل أن يكون هذان روايتين

«مسئلة» قال (ويتشهد بالتشهد الاول ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فيقول : اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل ابراهيم انك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل ابراهيم انك حميد مجيد)

وجملته أنه إذا جلس في آخر صلاته فانه يتشهد بالتشهد الذي ذكرناه ثم يصلي على النبي ﷺ كما ذكر الخرقي ، وهي واجبة في صحيح المذهب وهو قول الشافعي واسحاق ، وعن أحمد أنها غير واجبة . قال المروذي : قيل لابي عبد الله ان ابن راهويه يقول : لو أن رجلا ترك الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد بطلت صلاته قال ما أجترىء أن أقول هذا ، وقال في موضع هذا

﴿مسئلة﴾ (ثم يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل ابراهيم انك حميد مجيد وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل ابراهيم إنك حميد مجيد ، وان شاء قال : كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم وكما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم) يعني إذا جلس في آخر صلاته تشهد بالتشهد الذي ذكرناه ثم صلى على النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا ، وفي وجوب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم روايتان (أصحهما) وجوبها وهو قول الشافعي واسحاق (والثانية) أنها سنة قال المروذى : قلت لابي عبد الله : ابن راهويه يقول لو أن رجلا ترك الصـلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد بطلت صلاته فقال : ما أجتريء أن أقول هذا وقال في موضع هذا شذوذ وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر وهو قول جلّ أهل العلم إلا الشافعي وبه قال ابن المنذر قال : لاني لا أجد دليلا يوجب الاعادة على من تركها ، واحتجوا بحديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه التشهد ثم قال « إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد تمت صلاتك » وفي لفظ «فقد قضيت صلاتك فان شئت أن تقوم فقم» رواه أبو داود . وقال النبي صلى الله عليه وسلم «إذا تشهد أحدكم فليستعذ بالله من أربع » رواه مسلم ، أمر بالاستعاذة عقيب التشهد من غير فصل ولان

شذوذ ، وهذا يدل على انه لم يوجبها ، وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم قال ابن المنذر: هو قول جل أهل العلم الا الشافعي وكان اسحاق يقول لا يجزئه اذا ترك ذلك عامداً قال ابن المنذر: وبالقول الاول أقول لانني لاأجد الدلالة موجودة في ايجاب الاعادة عليه ،واحتجوا بحديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه التشهد ثم قال « اذا قلت هـذا أو قضيت هذا فقد تمت صلاتك » وفي لفظ « وقد قضيت صلاتك فان شئت أن تقوم فقم ، وان شئت أن تقعد فاقعد » رواه أبو داود ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا تشهد أحدكم فليستعذ بالله من أربع » رواه مسلم أمرنا بالاستعاذة عقيب التشهد من غير فصل ولان الصحابة كانوا يقولون في التشهد قولا فنقلهم عنه النبي صلى الله عليه وسلم إلى التشهد وحده فدل على أنه لا يجب غيره ولان الوجوب من الشرع ولم يرد بايجابه، وظاهر مذهب أحمد وجوبه فان أبا زرعة الدمشقي نقل عن أحمد أنه قال: كنت أتهيب ذلك ثم تبينت فاذا الصلاة واجبة فظاهر هذا أنه رجع عن قوله الاول إلى هذا لما روى كعب ابن عجرة قال : ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج علينا فقلنا يارسول الله قد علمنا كيف نسلم فكيف نصلي عليك قال « قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل ابراهيم انك حميد مجيد وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل ابراهيم انك حميد مجيد » متفق عليه ، وروى الاثرم عن فضالة بن عبيد: سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يدعو في صلاته لم يمجد ربه ولم يصل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « عجل هذا » ثم دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال «إذا صلى أحدكم فليبدأ بتمجيد ربه والثناء عليه ثم ليصل على النبي صلى الله عليه وسلم ثم ليدع بعد بما شاء » ولان الصلاة عبادة شرط فيها ذكر الله تعالى بالشهادة فشرط ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كالاذان . فأما حديث ابن مسعود . فقال الدار قطني : الزيادة فيه من كلام ابن مسعود

الوجوب من الشرع ولم يرد به .

ولنا ما روى كعب بن عجرة قال إن النبي ﷺ خرج علينا فقلنا يارسول الله قد علمنا كيف نسلم عليك ، فكيف نصلي عليك ؟ قال « قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل ابراهيم إنك حميد مجيد ،وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل ابراهيم إنك حميد مجيد» متفق عليه ، وعن فضالة بن عبيد قال سمع رسول الله ﷺ رجلا يدعو في صلاته لم يمجد الله ولم يصل على النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ « عجل هذا » ثم دعاه فقال له « إذا صلى أحدكم فليبدأ بتمجيد ربه والثناء عليه ثم يصلي على النبي ﷺ ثم يدعو بما شاء » رواه الامام احمد وأبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعن ابن مسعود عن رسول الله ﷺ قال « إذا تشهد أحدكم في الصلاة فليقل اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد» رواه البيهقي فأما حديث

(فصل) وصفة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكر الخرقي لما رويناه من حديث كعب ابن عجرة ، وقد رواه النسائي كذلك إلا أنه قال « كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم وكما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم » وفي رواية « كما صليت على ابراهيم انك حميد مجيد ، وكما باركت على ابراهيم انك حميد مجيد » قال الترمذي : هو حديث حسن صحيح . وفي رواية ابن مسعود « كما صليت على ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد» رواه مسلم ، وعن أبي حميد أن رسول الله ﷺ قال « قولوا اللهم صلى على محمد وعلى أزواجه وذريته كما صليت على آل ابراهيم ، وبارك على محمد وعلى أزواجه وذريته كما باركت على آل ابراهيم انك حميد مجيد » رواه البخاري . والاولى أن يأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم على الصفة التي ذكر الخرقي لان ذلك حديث كعب بن عجرة وهو أصح حديث روي فيها ، وعلى أي صفة أتى بالصلاة عليه مما ورد في الاخبار جاز كقولنا في التشهد ، وظاهره أنه اذا أخل بلفظ ساقط في بعض الاخبار جاز لانه لو كان واجباً لما أغفله النبي صلى الله عليه وسلم ، قال القاضي أبو يعلى : ظاهر كلام أحمد أن الصلاة واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم حسب [1] لقوله في خبر أبي زرعة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم أمر من تركها أعاد الصلاة ولم يذكر الصلاة على آله وهذا مذهب الشافعي ولهم في وجوب الصلاة على آله وجهان ، وقال بعض أصحابنا : تجب الصلاة على الوجه الذي في خبر كعب لانه أمر به والأمر يقتضي الوجوب والاول أولى ، والنبي صلى الله عليه وسلم انما أمرهم بهذا حين سألوه تعليمهم ولم يبتدئهم به .

[1]) يقابل كلام القاضي هنا بما في الشرح الكبير وهو في أدنى الصفحة

ابن مسعود فقال الدارقطني : الزيادة فيه من كلام ابن مسعود

(فصل) وصفة الصلاة كما ذكرنا لحديث كعب بن عجرة وقد رواه النسائي كذلك وفيه « كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد » قال الترمذي : هو حديث حسن صحيح . وفي حديث أبي حميد « اللهم صل على محمد وعلى أزواجه وذريته كما صليت على آل ابراهيم، وبارك على محمد وعلى أزواجه وذريته كما باركت على آل ابراهيم إنك حميد مجيد » متفق عليه واللفظ لمسلم . والاولى الاتيان بالصلاة كما في حديث كعب بن عجرة المتفق عليه فانه أصح شيء روي فيها وعلى أي صفة أتى بالصلاة عليه مما روي في الاخبار جاز كقولنا في التشهد ، وظاهره انه اذا أخل بلفظ ساقط في بعض الاخبار جاز لانه لو كان واجباً لما أغفله النبي صلى الله عليه وسلم ، قال القاضي : ظاهر كلام أحمد ان الصلاة واجبة على النبي صلى الله عليه وسلم حسب لان أبا زرعة الدمشقي حكى عن أحمد أنه قال كنت أتهيب ذلك يعني القول بوجوب الصلاة ثم تبينت فاذا الصلاة واجبة فذكر الصلاة حسب وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في وجوب الصلاة على آله وجهان ، وقال بعض أصحابنا تجب الصلاة على مافي خبر كعب لانه أمر به والامر يقتضي الوجوب ، وقد ذكرنا مايدل على خلاف قولهم والنبي ﷺ انما أمرهم بهذا حين سألوه ولم يبتدئهم به

(فصل) آل النبي ﷺ أتباعه على دينه كما قال الله تعالى (ادخلوا آل فرعون) يعني أتباعه من أهل دينه وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل من آل محمد ؟ فقال «كل تقي» أخرجه تمام في فوائده[1] وقيل آله أهله الهاء منقلبة عن الهمزة كما يقال : أرقت الماء وهرقته ،فلو قال وعلى أهل محمد مكان آل محمد أجزأه عند القاضي وقال معناهما واحد ولذلك لو صغر قيل أهيل قال ومعناهما جميعاً أهل دينه ، وقال ابن حامد وأبو حفص لايجزيء لما فيه من مخالفة لفظ الاثر وتغيير المعنى فان الاهل انما يعبر به عن القرابة والآل يعبر به عن الاتباع في الدين .

(فصل) وأما تفسير التحيات فروي عن ابن عباس قال التحية العظمة والصلوات الصلوات الخمس والطيبات الاعمال الصالحة ، وقال أبو عمرو : التحيات الملك وأنشد

ولكل ما نال الفتى قد نلته إلا التحية

وقال بعض أهل اللغة : التحية البقاء واستشهد بهذا البيت ، وقال ابن الانباري : التحيات السلام والصلوات الرحمة والطيبات من الكلام .

(فصل) والسنة إخفاء التشهد لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يجهر به إذ لو جهر به لنقل كما نقلت القراءة ، وقال عبد الله بن مسعود : من السنة اخفاء التشهد ، رواه ابو داود ولانه ذكر غير القراءة لاينتقل به من ركن الى ركن فاستحب اخفاؤه كالتسبيح ولا نعلم في هذا خلافا

(فصل) ولا يجوز لمن قدر على العربية التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بغيرها لما ذكرنا في التكبير فان عجز عن العربية تشهد بلسانه[2] كقولنا في التكبير ويجيء على قول القاضي

(فصل) آل النبي صلى الله عليه وسلم أتباعه على دينه كما قال تعالى (آل فرعون) يعني أتباعه من أهل دينه ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل من آل محمد ؟ قال «كل تقي» أخرجه تمام في فوائده ، وقيل آله أهله الهاء منقلبة عن الهمزة كما يقال أرقت الماء وهرقته ، فلو قال على أهل محمد مكان آل أجزأه عند القاضي وقال : معناهما واحد ، ولذلك لو صغر قيل أهيل قال : ومعناهما جميعاً اهل دينه ، وقال ابن حامد وأبو حفص : لايجزيء لما فيه من مخالفة الأثر وتغيير المعنى فان الاهل يعبر به عن القرابة ، والآل عن الاتباع في الدين والله اعلم

(فصل) في تفسير التحيات ، التحية العظمة ، قاله ابن عباس ، والصلوات الصلوات الخمس ، والطيبات الاعمال الصالحة ، وقال أبو عمرو : التحيات الملك وأنشد

ولكل ما نال الفتى قد نلته إلا التحية

وقيل التحيات البقاء ، وقال ابن الانباري : التحيات السلام ، والصلوات الرحمة ، والطيبات من الكلام

(فصل) والسنة اخفاء التشهد لا نعلم في هذا خلافا ، قال عبد الله بن مسعود من السنة إخفاء التشهد ، رواه ابو داود ، ولانه ذكر غير القراءة لاينتقل به من ركن الى ركن فاستحب إخفاؤه كالتسبيح . ومن قدر على التشهد بالعربية والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لم يجز بغيرها كالتكبير

(١) هو ضعيف كما أشار اليه في الجامع الصغير . وفي كتاب الفروع : وآله قيل أتباعه على دينه وقيل أزواجه وعشيرته وقيل بنو هاشم وقال شيخنا : أهل بيته وانه نص أحمد واختيار الشريف أبي جعفر وغيره الخ وشيخه احمد تقي الدين بن تيمية ويؤيده روايات وضع الازواج والذرية موضع الآل وهي متفق عليها

(٢) العجز انما يكون لبعض الافراد الثقيلي اللسان موقتاً في الغالب ودائما في النادر وهو لا حكم له ولا يأتي ذلك في الجماعات والشعوب بل يجب على جميع المسلمين التشهد وسائر الاذكار بالعربية كتلاوة القرآن كما تقدم بسطه في الكلام على قراءة الفاتحة في الصلاة وصرح به المصنف هنا أيضا في السطرين الذين بعد هذا

أن لا يتشهد وحكمه حكم الاخرس . ومن قدر على تعلم التشهد والصلاة على النبي ﷺ لزمه ذلك لانه من فروض الاعيان فلزمه كالقراءة ، فان صلى قبل تعلمه مع إمكانه لم تصح صلاته وإن خاف فوات الوقت أو عجز عن تعلمه أتى بما يمكنه منه وأجزأه للضرورة ، وإن لم يحسن شيئاً بالكلية سقط كله

(فصل) والسنة ترتيب التشهد وتقديمه على الصلاة على النبي ﷺ فان لم يفعل وأتى به منكساً من غير تغيير شيء من معانيه ولا إخلال بشيء من الواجب فيه ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المقصود المعنى وقد حصل فصح كما لو رتبه (والثاني) لا يصح لانه أخل بالترتيب في ذكر ورد الشرع به مرتباً فلم يصح كالاذان [1]

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب أن يتعوذ من أربع فيقول : أعوذ بالله من عذاب جهنم ، أعوذ بالله من عذاب القبر ، أعوذ بالله من فتنة المسيح الدجال ، أعوذ بالله من فتنة المحيا والممات)

وذلك لما روى أبو هريرة قال : كان رسول الله ﷺ يدعو « اللهم اني أعوذ بك من عذاب القبر ، ومن عذاب النار ، ومن فتنة المحيا والممات ، ومن فتنة المسيح الدجال » متفق عليه ولمسلم إذا تشهد أحدكم فليستعذ من أربع وذكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن دعا في تشهده بما ذكر في الاخبار فلا بأس)

وجملته أن الدعاء في الصلاة بما وردت به الاخبار جائز . قال الاثرم : قلت لأبي عبد الله ان

(١) هذا هو الحق ومقتضى الاول جواز قراءة السورة قبل الفاتحة ودعاء الافتتاح بعدهما وهو باطل اجماعا بل بداهة لانه قلب لصورة الصلاة : والترتيب هنا أولى من الترتيب في الوضوء الذي يوجبه الشافعية اذ المقصود به النظافة ولا دخل للترتيب فيها وإنما وجب لان الله تعالى ذكره مرتبا وهو عبادة لا مجال للرأي فيها والاتباع فيها تعبد وأذكار الصلاة أعرق فيه من مقدماتها ووسائلها كالطهارة

فان عجز عن العربية تشهد بلسانه كقولنا في التكبير ويجيء على قول القاضي انه لا يتشهد وحكمه حكم الاخرس ، فان قدر على تعلم التشهد والصلاة لزمه ذلك كالقراءة فان صلى قبل تعلمه مع إمكانه لم يصح فان خاف فوات الوقت أو عجز عن تعلمه أتى بما يمكنه وأجزأه للضرورة ، وإن لم يحسن شيئاً منه سقط

(فصل) السنة ترتيب التشهد وتقديمه على الصلاة على النبي ﷺ ، فان نكسه من غير تغيير شيء من معانيه ولا إخلال بشيء من الواجب فيه فعلى وجهين (أحدهما) يجزئه ذكره القاضي وهو قول الشافعي لان المقصود المعنى وقد حصل أشبه ما لو رتبه (والثاني) لا يصح لانه أخل بالترتيب في ذكر ورد الشرع به فلم يصح كالاذان

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يتعوذ فيقول أعوذ بالله من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ، ومن فتنة المسيح الدجال)

لما روى أبو هريرة قال : كان رسول الله ﷺ يدعو « اللهم اني أعوذ بك من عذاب القبر ، ومن عذاب النار ، ومن فتنة المحيا والممات ، ومن فتنة المسيح الدجال » متفق عليه ، ولمسلم « إذا تشهد أحدكم فليستعذ بالله من أربع » وذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان دعا بما ورد في الاخبار فلا بأس)

قال الاثرم : قلت لابي عبدالله ان هؤلاء يقولون لا يدعو في المكتوبة الا بما في القرآن ، فنفض

هؤلاء يقولون لايدعو في المكتوبة إلا بما في القرآن ، فنفض يده كالمغضب فقال : من يقف على هذا وقد تواترت الاحاديث عن رسول الله ﷺ بخلاف ماقالوا؟ قلت لابي عبدالله اذاجلس في الرابعة يدعو بعد التشهد بماشاء؟ قال بماشاء لاأدري ولكن يدعو بمايعرف وبماجاء ،فقلت على حديث عمرو بن سعد قال سمعت عبدالله يقول إذاجلس أحدكم في صلاته ذكرالتشهد ثم ليقل: اللهم إني أسألك من الخير كله ماعلمت منه ومالم أعلم، وأعوذ بك من الشر كله ماعلمت منه ومالم أعلم، اللهم إني أسألك من خير ماسألك عبادك الصالحون وأعوذ بك من شر ماعاذ منه عبادك الصالحون، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، ربنا اغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الابرار، ربنا وآتنا ما وعدتنا على رسلك ولا تخزنا يوم القيامة إنك لاتخلف الميعاد .رواه الاثرم، وعن عبدالله قال كان النبي ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن، قال وعلمنا أن نقول: اللهم اصلح ذات بيننا، واهدنا سبل السلام، وأخرجنا من الظلمات إلى النور ، واصرف عنا الفواحش ماظهر منها وما بطن ،وبارك لنا في أبصارنا وأسماعنا وقلوبنا وأزواجنا وذرياتنا وتب علينا إنك أنت التواب الرحيم ، واجعلنا شاكرين لنعمتك مثنين عليك بها قابليها وأتمها علينا . رواه أبوداود ، وعن أبي بكر الصديق انه قال لرسول الله ﷺ علمني دعاء أدعو به في صلاتي ، قال « قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيراً ولا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك

يده كالمغضب وقال من يقف على هذا وقد تواترت الاحاديث عن رسول الله ﷺ بخلاف ماقالوا ؟ قلت لابي عبدالله :اذاجلس في الرابعة يدعو بعد التشهد بماشاء؟ قال بماشاء، لاأدري ولكن يدعو بمايعرف وبما جاء. قلت على حديث عمرو بن سعد ؟ قال سمعت عبدالله يقول اذا جلس أحدكم في صلاته ذكر التشهد ثم ليقل اللهم اني أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم أعلم ، اللهم اني أسألك من خير ما سألك عبادك الصالحون ، وأعوذ بك من شر ما عاذ منه عبادك الصالحون ، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، ربنا اغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الابرار ، ربنا وآتنا ماوعدتنا على رسلك ولا تخزنا يوم القيامة انك لا تخلف الميعاد . رواه الاثرم واختاره أحمد ذكره القاضي وقال لا يستحب للامام الزيادة على هذا لئلا يطيل على المأمومين ، فان كان منفردا فلا بأس بكثرة الدعاء مالم يخرجه الى السهو فقد روى أبو داود عن عبد الله قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن قال وعلمنا أن نقول اللهم اصلح ذات بيننا ، واهدنا سبل السلام ،وأخرجنا من الظلمات الى النور ،واصرف عنا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ،وبارك لنا في أسماعنا وأبصارنا وقلوبنا وأزواجنا وذرياتنا ، وتب علينا انك أنت التواب الرحيم ، واجعلنا شاكرين لنعمتك مثنين بها عليك قابليها وأتمها علينا . وعن أبي بكر الصديق أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم علمني دعاء أدعو به في صلاتي قال« قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثير ولا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك

وارحمني انك أنت الغفور الرحيم » متفق عليه ، وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لرجل « ماتقول في الصلاة ؟ قال أتشهد ثم اسأل الله الجنة وأعوذ به من النار . أما والله ماأحسن دندنتك ولا دندنة معاذ فقال « حولها ندندن » رواه أبو داود . وفي حديث جابر أن النبي ﷺ علمهم التشهد فقال في آخره اسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار » وقول الخرقي بما ذكر في الاخبار يعني أخبار النبي ﷺ وأصحابه والسلف رحمة الله عليهم ، فان احمد ذهب إلى حديث ابن مسعود في الدعاء وهو موقوف عليه . وقال يدعو بما جاء وبما يعرف ولم يقيده بما جاء عن النبي ﷺ ، وقال عبدالله بن احمد سمعت أبي يقول في سجوده : اللهم كما صنت وجهي عن السجود لغيرك فصن وجهي عن المسألة لغيرك وقال كان عبد الرحمن يقوله في سجوده ، وقال سمعت الثوري يقوله في سجوده

(فصل) ولا يجوز أن يدعو في صلاته بما يقصد به ملاذ الدنيا وشهواتها بما يشبه كلام الآدميين وأمانيهم مثل اللهم ارزقني جارية حسناء ، وداراً قوراء وطعاما طيبا و بستانا أنيقا ، وقال الشافعي : يدعو بما أحب لقوله عليه السلام في حديث ابن مسعود في التشهد « ثم ليتخير من الدعاء أعجبه اليه » متفق عليه ولمسلم « ثم ليتخير بعد من المسألة ماشاء أو ماأحب » وفي حديث أبي هريرة « اذا تشهد أحدكم فليتعوذ من أربع ثم يدعو لنفسه مابدا له »

ولنا قوله عليه السلام « ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شيء من كلام الآدميين انما هي التسبيح

وارحمني انك أنت الغفور الرحيم » متفق عليه ، وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لرجل « ماتقول في الصلاة ؟ » قال أتشهد ثم اسأل الله الجنة وأعوذ به من النار ، أما والله ماأحسن دندنتك ولا دندنة معاذ فقال « حولها ندندن » رواه أبو داود ، وقوله بما ورد في الاخبار يعني أخبار النبي ﷺ وأصحابه والسلف رحمهم الله فقد ذهب أحمد إلى حديث ابن مسعود في الدعاء وهو موقوف عليه قال عبد الله بن أحمد سمعت أبي يقول في سجوده . اللهم كما صنت وجهي عن السجود لغيرك فصن وجهي عن المسئلة لغيرك ، وقال كان عبد الرحمن يقوله في سجوده وقال سمعت الثوري يقوله في سجوده

(فصل) فأما مايقصد به ملاذ الدنيا وشهواتها كقوله اللهم ارزقني جارية حسناء ، وطعاما طيبا وداراً قوراء ، وبستانا أنيقا ، ونحوه فلا يجوز الدعاء به في الصلاة . وقال الشافعي : يدعو بما أحب لقوله عليه السلام في حديث ابن مسعود « ثم ليتخير من الدعاء أعجبه اليه » متفق عليه . ولمسلم « ثم ليتخير بعد من المسألة ماشاء »

ولنا قوله عليه السلام (ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم ، وهذا من كلام الآدميين ولانه كلام آدمي يتخاطب بمثله أشبه رد السلام وتشميت العاطس والخبر محمول على أنه يتخير من الدعاء المأثور

(فصل) فأما الدعاء بما يتقرب به إلى الله مما ليس بمأثور ولا يقصد به ملاذ الدنيا فقال جماعة

والتكبير وقراءة القرآن أخرجه مسلم وهذا من كلام الآدميين ولانه كلام آدمي يخاطب بمثله أشبه تشميت العاطس ورد السلام (١) والخبر محمول على أنه يتخير من الدعاء المأثور وما أشبهه

(فصل) فأما الدعاء بما يتقرب به إلى الله عز وجل مما ليس بمأثور ولا يقصد به ملاذ الدنيا فظاهر كلام الخرقي وجماعة من أصحابنا أنه لايجوز ويحتمله كلام أحمد ، لقوله ولكن يدعو بما جاء وبما يعرف وحكى عنه ابن المنذر أنه قال لا بأس أن يدعو الرجل بجميع حوائجه من حوائج دنياه وآخرته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لظواهر الاحاديث فان النبي ﷺ قال « ثم ليتخير من الدعاء » وقوله ثم يدعو لنفسه بما بدا له ، وقوله ثم يدعو بعد بما شاء . وروي عن أنس قال جاءت أم سليم إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله علمني دعاء أدعو به في صلاتي فقال « احمدي الله عشرا وسبحي الله عشراً ثم سلي ماشئت » يقول نعم نعم نعم رواه الاثرم ، ولان أصحاب النبي ﷺ كانوا يدعون في صلاتهم بما لم يتعلموه فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ولهذا لما قال النبي ﷺ للرجل « ماتقول في صلاتك ؟» قال أتشهد ثم اسأل الله الجنة وأعوذ به من النار فصوبه النبي ﷺ في دعائه ذلك من غير أن يكون علمه اياه ، ولما قال النبي ﷺ « أما السجود فاكثروا فيه من الدعاء » لم يعين لهم مايدعون به فدل على أنه أباح لهم كل الدعاء الا ماخرج منه بالدليل في الفصل الذي قبل هذا ، وقد روي عن عائشة أنها كانت اذا قرأت (فمن الله علينا ووقانا عذاب السموم) قالت : مُنَّ علينا وقنا عذاب السموم ، وعن جبير بن نفير أنه سمع أبا الدرداء وهو يقول في آخر صلاته وقد فرغ من التشهد أعوذ بالله من النفاق ولانه دعاء يتقرب به إلى الله تعالى فأشبه الدعاء المأثور .

(فصل) وهل يجوز أن يدعو لانسان بعينه في صلاته على روايتين (احداهما) يجوز قال الميموني سمعت أبا عبدالله يقول لابن الشافعي : أنا أدعو لقوم منذ سنين في صلاتي أبوك أحدهم . وقدروي

من أصحابنا لايجوز ويحتمله كلام أحمد لقوله يدعو بما جاء وبما يعرف ، وحكى عنه ابن المنذر أنه قال لا بأس أن يدعو الرجل بجميع حوائجه من حوائج دنياه وآخرته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى اختاره شيخنا لظواهر الاخبار فان في حديث أبي هريرة « ثم يدعو لنفسه بما بدا له » وعن أنس قال : جاءت أم سليم إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله علمني شيئا أدعو به في صلاتي فقال « احمدي الله عشرا ، وسبحي الله عشرا ، ثم سلي الله ماشئت » يقول نعم نعم رواه الاثرم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أما السجود فأكثروا فيه من الدعاء » ولم يعين لهم مايدعون به فيدل على أنه أباح لهم جميع الدعاء الا ماخرج منه بالدليل في الفصل الذي قبله ولانه دعاء يتقرب به إلى الله عز وجل أشبه الدعاء المأثور

(فصل) فأما الدعاء لانسان بعينه في صلاته ففي جوازه روايتان (احداهما) يجوز قال الميموني سمعت أبا عبد الله يقول لابن الشافعي أنا أدعو لقوم منذ سنين في صلاتي أبوك أحدهم . وروي ذلك

---

١) المراد بكلام الناس في الحديث مخاطبتهم بتوجيه الكلام اليهم لامخاطبة الله تعالى بالدعاء المأذون به في الاحاديث الصحيحة بدليل ان سبب الحديث الذي ذكره هو أن معاوية بن الحكم السلمي روايه شمت عاطسا وهو يصلي مع النبي (ص) فأنكر عليه الصحابة بالضرب على أفخاذهم فلما فرغ النبي «ص» من الصلاة قال له ما ذكر . فان سلمنا انه يدخل في عمومه ما ذكر خلافا للظاهر المتبادر كان لنا أن نقول أن الاحاديث الصحيحة بالادعية المعينة والمطلقة قد خصصت هذا العموم وقد كان تحريم الكلام بمكة وأكثر ما ورد من الادعية كان في المدينة وقد صحح المصنف هذا وأطال في ايراد الروايات فيه وبهذا يفضل هؤلاء الفقهاء الحنابلة غيرهم في ايثار الدليل على المذهب

ذلك عن علي وأبي الدرداء. واختاره ابن المنذر لقول النبي ﷺ في قنوته « اللهم انج الوليد بن الوليد وعياش بن أبي ربيعة وسلمة بن هشام والمستضعفين من المؤمنين » ولانه دعاء لبعض المؤمنين فأشبه مالو قال « رب اغفر لي ولوالدي » (والاخرى) لايجوز وكرهه عطاء والنخعي لشبهه بكلام الآدميين ولانه دعاء لمعين فلم يجز كتشميت العاطس وقد دل على المنع من تشميت العاطس حديث معاوية بن الحكم السلمي .

(فصل) ويستحب للمصلي نافلة اذا مرت به آية رحمة أن يسألها أو آية عذاب أن يستعيذ منها لما روى حذيفة أنه صلى مع النبي ﷺ فكان يقول في ركوعه « سبحان ربي العظيم » وفي سجوده « سبحان ربي الاعلى » وما مر بآية رحمة إلا وقف عندها وسأل ولا بآية عذاب إلا وقف عندها فتعوذ . رواه أبو داود . وعن عوف بن مالك قال قمت مع رسول الله ﷺ ليلة فقام فقرأ سورة البقرة لايمر بآية رحمة إلا وقف فسأل ولا يمر بآية عذاب إلا وقف فتعوذ قال : ثم ركع بقدر قيامه يقول في ركوعه « سبحان ذي الجبروت والملكوت والكبرياء والعظمة » رواه أبو داود ولا يستحب ذلك في الفريضة لأنه لم ينقل عن النبي ﷺ في فريضة مع كثرة من وصف قراءته فيها .

(فصل) ويستحب للامام أن يرتل القراءة والتسبيح والتشهد بقدر مايرى أن من خلفه ممن يثقل لسانه قد أتى عليه وأن يتمكن في ركوعه وسجوده قدر مايرى أن الكبير والصغير والثقيل قد أتى عليه فان خالف وأتى بقدر ماعليه كره وأجزأه ولا يستحب له التطويل كثيراً فيشق على من خلفه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أم الناس فليخفف » وأما المنفرد فله الاطالة في ذلك كله مالم يخرجه الى حال يخاف السهو فتكره الزيادة عليه فقد روي عن عمار أنه صلى صلاة أوجز فيها فقيل له في ذلك فقال : أنا أبادر الوسواس . ويستحب للامام اذا عرض في الصلاة عارض لبعض المأمومين يقتضي خروجه أن يخفف فقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال « إني لاقوم في الصلاة وأنا أريد أن أطول فيها فاسمع بكاء الصبي فأتجوز كراهية أن أشق على أمه » رواه أبو داود

عن علي وأبي الدرداء لقول النبي ﷺ في قنوته اللهم انج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام وعياش ابن أبي ربيعة » ولانه دعاء لبعض المؤمنين أشبه مالو قال : رب اغفر لي ولوالدي (والاخرى) لايجوز كرهه عطاء والنخعي لشبهه بكلام الآدميين ولأنه دعاء لمعين أشبه تشميت العاطس . وقد دل على المنع منه حديث معاوية بن الحكم السلمي ، ويحتمل التفريق بين الدعاء وتشميت العاطس لانه مخاطبة لانسان لدخول كاف المخاطب فيه والله أعلم

(فصل) ويستحب للامام ترتيل القراءة والتسبيح والتشهد بقدر مايرى أن من خلفه ممن يثقل على لسانه قد أتى عليه والتمكن في الركوع والسجود حتى يرى أن الكبير والصغير والثقيل قد أتى عليه فان خالف فأتى بقدر ماعليه كره وأجزأه ، ويكره له التطويل كثيراً لئلا يشق على من خلفه، وأما المنفرد فله التطويل في ذلك كله مالم يخرجه الى حال يخاف السهو ،وقد روي عن عمار أنه صلى صلاة أوجز فيها

﴿مسئلة﴾ قال (ثم يسلم عن يمينه فيقول: .السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره كذلك)

وجملته أنه إذا فرغ من صلاته وأراد الخروج منها سلم عن يمينه وعن يساره وهذا التسليم واجب لا يقوم غيره مقامه وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يتعين السلام للخروج من الصلاة بل إذا خرج بما ينافي الصلاة من عمل أو حدث أو غير ذلك جاز إلا أن السلام مسنون وليس بواجب لان النبي ﷺ لم يعلمه المسيء في صلاته ولو وجب لامره به لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان إحدى التسليمتين غير واجبة فكذلك الاخرى

ولنا قول النبي ﷺ « مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم »ولان النبي ﷺ كان يسلم من صلاته ويديم ذلك ولا يخل به وقد قال «صلوا كما رأيتموني أصلي » ولان الحدث ينافي الصلاة فلا يجب فيها وحديث الاعرابي أجبنا عنه فيما مضى

(فصل) ويشرع أن يسلم تسليمتين عن يمينه ويساره روي ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وعمار وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال نافع بن عبد الحارث وعلقمة وأبو عبد الرحمن السلمي وعطاء والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي،وقال ابن عمر وأنس وسلمة ابن الاكوع وعائشة والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز ومالك والاوزاعي يسلم تسليمة واحدة

فقيل له في ذلك فقال : اني أبادر الوسواس ، ويستحب للامام إذا عرض في الصلاة عارض لبعض المأمومين يقتضي خروجه أن يخفف لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «إني لأقوم في الصلاة وأنا أريد أن اطول فيه فأسمع بكاء الصبي فأتجوز فيها مخافة أن أشق على أمه » رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره كذلك) التسليم واجب في الصلاة لا يقوم غيره مقامه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يتعين السلام للخروج من الصلاة بل إذا خرج بما ينافي الصلاة من عمل أو حدث أوغير ذلك جاز فالسلام عندهم مسنون غير واجب لان النبي ﷺ لم يعلمه المسيء في صلاته ولو وجب لامر به لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان إحدى التسليمتين غير واجبة كذلك الاخرى

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها التكبير ، وتحليلها التسليم » رواه أبو داود ولانه أحد طرفي الصلاة فكان فيه نطق واجب كالاول ولان النبي صلى الله عليه وسلم فعله وداوم عليه فقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» وحديث الاعرابي أجبنا عنه ،والتسليمة الثانية عندنا واجبة على إحدى الروايتين

(فصل) والمشروع أن يسلم تسليمتين عن يمينه وعن يساره روي ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وعمار وابن مسعود رضي الله عنهم وهو مذهب الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي،وقال عمر وأنس وسلمة بن الاكوع وعائشة والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز ومالك

وقال عمار بن أبي عمار كان مسجد الانصار يسلمون فيه تسليمتين وكان مسجد المهاجرين يسلمون فيه تسليمة ولماروت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه ، وعن سلمة بن الاكوع قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فسلم تسليمة واحدة ، رواهما ابن ماجه ، ولان التسليمة الاولى قد خرج بها من الصلاة فلم يشرع مابعدها كالثانية

ولنا ماروى ابن مسعود قال : رأيت النبي ﷺ يسلم حتى يرى بياض خده عن يمينه ويساره وعن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ قال « انما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله » رواهما مسلم ، وفي لفظ لحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ كان يسلم عن يمينه « السلام عليكم ورحمة الله » وعن يساره « السلام عليكم ورحمة الله » قال الترمذي حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح ، وحديث عائشة يرويه زهير بن محمد وقال البخاري يروي مناكير ، وقال أبو حاتم الرازي هذا حديث منكر ، وسأل الاثرم أحمد عن هذا الحديث فقال : كان يقول هشام كان يسلم تسليمة يسمعنا ، قيل له انهم مختلفون فيه عن هشام بعضهم يقول تسليما وبعضهم يقول تسليمة ، قال هذا أجود فقد بين أحمد أن معنى الحديث يرجع إلى أنه يسمعهم التسليمة الواحدة ومن روى تسليما فلا حجة لهم فيه فانه يقع على الواحدة والثنتين وعلى أن أحاديثنا تتضمن زيادة على أحاديثهم والزيادة من الثقة مقبولة ويجوز أن النبي ﷺ فعل الامرين ليبين الجائز والمسنون ولان الصلاة عبادة ذات احرام واحلال فجاز أن يكون لها تحللان كالحج

(فصل) والواجب تسليمة واحدة والثانية سنة ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من

والاوزاعي يسلم تسليمة واحدة وقال عمار بن أبي عمار : كان مسجد الانصار يسلمون فيه تسليمتين وكان مسجد المهاجرين يسلمون فيه تسليمة واحدة ولما روت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه ، وعن سلمة بن الاكوع قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فسلم تسليمة واحدة . رواهما ابن ماجه ، ولان التسليمة الاولى قد خرج بها من الصلاة فلم يشرع مابعدها كالثالثة

ولنا ماروى ابن مسعود قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم حتى يرى بياض خده عن يمينه ويساره ، وعن جابر بن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « انما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله » رواهما مسلم ، وفي لفظ لحديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه « السلام عليكم ورحمة الله » وعن يساره « السلام عليكم ورحمة الله » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وحديث عائشة يرويه زهير بن محمد يروي مناكير[1] وقال أبو حاتم الرازي هذا حديث منكر ، ويمكن حمل حديث عائشة على أنه كان يسمعهم تسليمة واحدة جمعا بين الاحاديث على أن أحاديثنا تتضمن الزيادة والزيادة من الثقة مقبولة ، ويجوز أن يكون عليه السلام فعل الامرين ليبين الجائز والمسنون ولان الصلاة عبادة ذات احرام فيشرع لها تحللان كالحج

(فصل) والتسليمة الاولى هي واجبة وهي ركن من أركان الصلاة ، والثانية سنة في الصحيح

[1] عزا المغني هذا القول الى البخاري فهل تركه الشارح اختصاراً أو تركه الناسخ سهوا؟

أهل العلم أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة جائزة ، وقال القاضي في رواية أخرى أن الثانية واجبة وقال هي أصح لحديث جابر بن سمرة ولان النبي ﷺ كان يفعلها ويداوم عليها ولانها عبادة لها تحللان فكانا واجبين كتحللي الحج، ولانها إحدى التسليمتين فكانت واجبة كالاولى، والصحيح ماذكرناه وليس نص أحمد بصريح بوجوب التسليمتين انما قال: التسليمتان أصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث ابن مسعود وغيره أذهب اليه . ويجوز أن يذهب اليه في المشروعية والاستحباب دون الايجاب كما ذهب إلى ذلك غيره وقد دل عليه قوله في رواية مهنا أعجب إلي التسليمتان ، ولان عائشة وسلمة بن الاكوع وسهل بن سعد قد رووا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة واحدة وكان المهاجرون يسلمون تسليمة واحدة ففيما ذكرناه جمع بين الاخبار وأقوال الصحابة رضي الله عنهم في أن يكون المشروع والمسنون تسليمتين والواجب واحدة وقد دل على صحة هذا الاجماع الذي حكاه ابن المنذر فلا معدل عنه. وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يحمل على المشروعية والسنة فان أكثر أفعال النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة مسنونة غير واجبة[1] فلا يمتنع حمل فعله لهذه التسليمة على السنة عند قيام الدليل عليها والله أعلم ، ولان التسليمة الواحدة يخرج بها من الصلاة فلم يجب عليه شيء آخر فيها ، ولان هذه صلاة فتجزئه فيها تسليمة واحدة ولان هذه واحدة كصلاة الجنازة والنافلة ، وأما قوله في حديث جابر « انما يكفي أحدكم » فانه يعني في إصابة السنة بدليل أنه قال أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه عن يمينه وشماله وكل هذا غير واجب ، وهذا الخلاف الذي ذكرناه في الصلاة المفروضة . أما صلاة الجنازة والنافلة وسجود التلاوة فلا خلاف في انه يخرج منها بتسليمة واحدة ،

(١) في هذا نظر وان كان مراده بالافعال ما يشمل الاقوال بقرينة ذكرها في سياق الكلام على التسليم

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة جائزة (وفيه رواية أخرى) أنها واجبة ذكرها القاضي وأبو الخطاب قال القاضي وهي أصح لحديث جابر بن سمرة ولانها عبادة لها تحللان فكانا واجبين كتحللي الحج ولانها احدى التسليمتين أشبهت الاولى وعدها أبو الخطاب من أركان الصلاة لما ذكرنا ، والصحيح الاول اختاره شيخنا فانه لا يصح عن أحمد تصريح بوجوب التسليمتين انما قال التسليمتان أصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يكون ذهب اليه في المشروعية لا الايجاب كغيره . وقد دل عليه قوله في رواية مهنا أعجب إلي التسليمتان لان عائشة وسلمة بن الاكوع وسهل بن سعد قد رووا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة واحدة ، وكان المهاجرون يسلمون تسليمة واحدة ففيما ذكرناه جمع بين الاخبار وأقوال الصحابة في كون المشروع تسليمتين والواجب واحدة .وقد دل على صحة ذلك الاجماع الذي حكاه ابن المنذر . وحديث جابر بن سمرة يعني في إصابة السنة بدليل أن فيه « يضع يده على فخذه » وليس هو واجبا بالاتفاق ولانها صلاة فتجزيء فيها تسليمة واحدة كصلاة الجنازة والنافلة فان الخلاف انما هو في المفروضة ، أما صلاة النافلة والجنازة وسجود التلاوة فلا خلاف أنه يخرج منها بتسليمة واحدة قاله القاضي ونص أحمد عليه في صلاة الجنازة وسجود التلاوة

قال القاضي هذا رواية واحدة نص عليه احمد في صلاة الجنازة وسجود التلاوة ولان أصحاب النبي ﷺ لم يسلموا في صلاة الجنازة إلا تسليمة واحدة والله أعلم

(فصل) والسنة أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله. لان النبي ﷺ كان يسلم كذلك في رواية ابن مسعود وجابر بن سمرة وغيرهما وقد روى وائل بن حجر قال صليت مع رسول الله ﷺ فكان يسلم عن يمينه «السلام عليكم ورحمة الله وبركاته - وعن شماله - السلام عليكم ورحمة الله وبركاته» رواه أبو داود، وإن قال ذلك فحسن والاول أحسن لان رواته أكثر وطرقه أصح . فان قال السلام عليكم ولم يزد فظاهر كلام أحمد انه يجزئه نص عليه أحمد في صلاة الجنازة وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ قال «تحليلها التسليم » والتحليل يحصل بهذا القول وقد روي عن سعد قال: كنت أرى رسول الله ﷺ يسلم عن يمينه وشماله حتى أرى بياض خده « السلام عليكم ورحمة الله ، السلام عليكم ورحمة الله » رواه أبو داود ، وروى عبدالله بن زيد نحوه عن رسول الله ﷺ وعن علي رضي الله عنه انه كان يسلم عن يمينه وعن يساره السلام عليكم السلام عليكم رواهما سعيد ، ولان ذكر الرحمة تكرير للثناء فلم يجب كقوله وبركاته، وقال ابن عقيل: الأصح انه لا يجزئه لان الصحيح عن النبي ﷺ انه كان يقول «السلام عليكم ورحمة الله» ولانه سلام في الصلاة ورد مقرونا بالرحمة فلم يجز بدونها كالتسليم على النبي ﷺ في التشهد

(فصل) فان نكس السلام فقال عليكم السلام لم يجزه . قال القاضي : فيه وجه آخر أنه يجزيء، وهو قول الشافعي لان المقصود يحصل وليس هو بقرآن يعتبر فيه النظم

ولنا أن النبي ﷺ قاله مرتبًا وأمر به كذلك قال لابي تميمة « لاتقل عليك السلام فان عليك السلام تحية الموتى » رواه أحمد في المسند ولانه ذكر يؤتى به في أحد طرفي الصلاة فلم يجز منكسًا كالتكبير

(فصل) (فان لم يقل ورحمة الله لم يجزه ، وقال القاضي يجزئه ونص عليه أحمد في صلاة الجنازة) وجملة ذلك ان الافضل أن يقول السلام عليكم ورحمة الله لما ذكرنا من حديث ابن مسعود، وقد روى وائل بن حجر قال: صليت مع النبي ﷺ فكان يسلم عن يمينه «السلام عليكم ورحمة الله وبركاته - وعن شماله - السلام عليكم ورحمة الله وبركاته » رواه أبو داود ، فان قال كذلك فحسن، والاول أحسن لكثرة رواته وصحة طرقه ، فان قال السلام عليكم حسب فقال القاضي: يجزئه في ظاهر كلام أحمد ونص عليه في صلاة الجنازة وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ قال « وتحليلها التسليم » وهذا التسليم . وعن علي رضي الله عنه أنه كان يسلم عن يمينه وعن يساره ، السلام عليكم السلام عليكم ، رواه سعيد ولان ذكر الرحمة تكرير للثناء فلم يجب كقوله وبركاته ، وقال ابن عقيل الأصح انه لا يجزئه لان الصحيح عن النبي ﷺ أنه كان يقول « السلام عليكم ورحمة الله » ولانه سلام في الصلاة ورد مقرونا بالرحمة فلم يجز بدونها كالتسليم على النبي ﷺ في التشهد

(فصل) فان نكس السلام فقال عليكم السلام لم يجزه ، وقال القاضي: يجزئه في وجه وهو مذهب الشافعي لحصول المعنى منه وليس هو قرآنا فيعتبر له النظم

ولنا ان النبي ﷺ قاله مرتبا وأمر به كذلك ولانه ذكر يؤتى به في أحد طرفي الصلاة فلم يجز منكسًا كالتكبير

(فصل) فان قال سلام عليكم بالتنوين فهل يجزئه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجزئه وهو مذهب الشافعي لان التنوين قام مقام الالف واللام ولان أكثر ما ورد في القرآن من السلام بغير ألف ولام كقوله تعالى (سلام عليكم بما صبرتم) وقوله (يقولون سلام عليكم) وقوله (وقال لهم خزنتها سلام عليكم) ولأنا أجزنا التشهد بتشهد ابن عباس وأبي موسى وفيهما سلام عليك بغير ألف ولام والتسليمتان واحد (والآخر) لا يجزيء لانه يغير صيغته ويخل بالالف واللام المقتضية للاستغراق فلا يقوم التنوين مقامها كما في التكبير ، قال أبو الحسن الآمدي : لا فرق بين التنوين وعدمه لان حذف التنوين لا يخل بالمعنى بدليل ما لو وقف عليه

(فصل) ويسن أن يلتفت عن يمينه في التسليمة الاولى وعن يساره في الثانية كما جاءت السنة قال ابن مسعود : رأيت رسول الله ﷺ يسلم حتى يرى بياض خده عن يمينه وعن يساره ، ويكون التفاته في الثانية أوفى لما روى يحيى بن محمد بن صاعد باسناده عن عمار عن النبي ﷺ أنه كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن واذا سلم عن يساره يرى بياض خده الايمن والايسر، ورواه أبو بكر باسناده عن ابن مسعود . وقال عبد الله بن أحمد قال أبي: ثبت عندنا من غير وجه عن النبي ﷺ كان يسلم عن يمينه وعن يساره حتى يرى بياض خديه . قال ابن عقيل : يبتديء بقوله السلام عليكم الى القبلة ثم يلتفت قائلا ورحمة الله عن يمينه ويساره لقول عائشة كان النبي ﷺ يسلم تلقاء وجهه معناه ابتداء السلام ورحمة الله يكون في حال التفاته

(فصل) وقد روي عن أحمد رحمه الله انه يجهر بالتسليمة الاولى وتكون الثانية أخفى من الاولى يعني بذلك في حق الامام ، قال صالح بن علي : سئل أحمد أي التسليمتين أرفع ؟ قال : الاولى وفي لفظ قال: قال أبو عبد الله : التسليمة الاولى أرفع من الأخرى ، قال القاضي أبو الحسين واختار هذه الرواية أبو بكر الخلال وأبو حفص العكبري ، وحمل أحمد حديث عائشة انه كان يسلم تسليمة

(فصل) فان قال سلام عليكم منكراً منونا ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه وهو قول الشافعي لان السلام الذي ورد في القرآن أكثره بغير ألف ولام كقوله (سلام عليكم بما صبرتم) ولأنا أجزنا التشهد بتشهد ابن عباس وأبي موسى وفيهما سلام عليك والتسليمان واحد (والآخر) لا يجزئه لانه يغير صيغة السلام الوارد ويخل بحرف يقتضي الاستغراق فلم يجز كما لو أثبت اللام في التكبير ، وقال الآمدي: لا فرق بين أن ينون التسليم أو لا ينونه لان حذف التنوين لا يخل بالمعنى بدليل مالو وقف عليه

(فصل) ويسن أن يلتفت عن يمينه في التسليمة الاولى وعن يساره في الثانية كما وردت السنة في حديث ابن مسعود وجابر وغيرهما ، قال الامام أحمد : ثبت عندنا من غير وجه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه وعن يساره حتى يرى بياض خديه ، ويكون التفاته في الثانية أكثر لما روي عن عمار عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن واذا سلم عن يساره يرى بياض خده الايمن والايسر ، رواه يحيى بن محمد بن صاعد باسناده ، وقال ابن عقيل : يبتديء بقوله السلام عليكم الى القبلة ثم يلتفت عن يمينه ويساره في قوله ورحمة الله لقول

واحدة على انه كان يجهر بواحدة فتسمع منه . والمعنى في ذلك ان الجهر في غير القراءة انما شرع للاعلام بالانتقال من ركن إلى ركن وقد حصل العلم بالجهر بالتسليمة الاولى فلا يشرع الجهر بغيرها وكان ابن حامد يخفي الاولى ويجهر بالثانية لئلا يسبقه المأمومون بالسلام

(فصل) وقد روى أبو داود والترمذي باسنادهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : حذف السلام سنة . قال ابن المبارك معناه ان لا يمده مدا . قال أحمد هذا حديث حسن صحيح وهذا الذي يستحبه أهل العلم ، قال ابراهيم النخعي التكبير جزم والسلام جزم، وقد روي ان معنى هذا الحديث إخفاء التسليمة الثانية، والصحيح الاول لان الحذف إسقاط بعض الشيء والجزم قطعه فيتفق معناهما والاخفاء بخلافه ويختص ببعض السلام دون جملته . قال أحمد بن أثرم سمعت أبا عبد الله أحمد بن حنبل يقول حذف السلام سنة هو أن لا يطول بها صوته وطول أبو عبدالله صوته

(فصل) وينوي بسلامه الخروج من الصلاة فان لم ينو فقال ابن حامد تبطل صلاته وهو ظاهر نص الشافعي لانه نطق في أحد طرفي الصلاة فاعتبرت له النية كالتكبير ، والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا تبطل صلاته وهو الصحيح لان نية الصلاة قد شملت جميع الصلاة والسلام من جملتها ولانه لو وجبت النية في السلام لوجب تعيينها كتكبيرة الاحرام ولانها عبادة فلم تجب النية للخروج منها كسائر العبادات، وقياس الطرف الاخير على الطرف الاول غير صحيح فان النية اعتبرت في الطرف الاول لينسحب حكمها على بقية الاجزاء

عائشة كان النبي ﷺ يسلم تلقاء وجهه معناه ابتداؤه بالتسليم جمعا بين الاحاديث

(فصل) روي عن أبي عبد الله ان التسليمة الاولى أرفع من الثانية اختار هذا أبو بكر الخلال وأبو حفص العكبري وحمل أحمد حديث عائشة أنه كان يسلم تسليمة واحدة على أنه كان يجهر بواحدة فيسمع منه ذلك لان الجهر في غير القراءة انما كان للاعلام بالانتقال من ركن إلى غيره وقد حصل الجهر بالاولى ، واختار ابن حامد الجهر بالثانية وإخفاء الاولى لئلا يسابقه المأموم في السلام ويستحب حذف السلام لقول أبي هريرة حذف السلام سنة ، وروي مرفوعا رواه الترمذي وقال حديث صحيح . قال أبو عبد الله هو أن لا يطول به صوته : وقال ابن المبارك معناه لا يمد مداً ، قال ابراهيم النخعي : التكبير جزم والسلام جزم

﴿مسئلة﴾ (وينوي بسلامه الخروج من الصلاة فان لم ينو جاز ، وقال ابن حامد تبطل صلاته)

الأولى أن ينوي بسلامه الخروج من الصلاة وان نوى مع ذلك الرد على الملكين وعلى من خلفه ان كان إماما أو الرد على من معه ان كان مأموما فلا بأس نص عليه أحمد فقال ينوي بسلامه الرد على الامام . وقال أيضاً ينوي بسلامه الخروج من الصلاة ، فان نوى الملكين ومن خلفه فلا بأس والخروج من الصلاة نختار . وقال ابن حامد ان نوى في السلام الرد على الملائكة أو غيرهم من الناس مع نية الخروج فهل تبطل صلاته ؟ على وجهين (أحدهما) تبطل لانه نوى السلام على آدمي أشبه مالو سلم على من لم

بخلاف الاخير ولذلك أفرق الطرفاز في سائر العبادات. قال بعض أصحابنا ينوي بالتسليمتين معاً الخروج من الصلاة فان نوى مع ذلك الرد على الملكين وعلى من خلفه ان كان إماما أو على الامام ومن معه ان كان مأموما فلا بأس نص عليه أحمد فقال يسلم في الصلاة وينوي في سلامه الرد على الامام لما روى مسلم عن جابر بن سمرة قال: كنا إذا صلينا مع رسول الله ﷺ فكنا إذا سلمنا السلام عليكم السلام عليكم[1] فنظر الينا رسول الله ﷺ فقال «ماشأنكم تشيرون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس؟ إذا سلم أحدكم فليلتفت الى صاحبه ولا يومىء بيده» وفي لفظ «انما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» وروى أبو داود قال: أمرنا النبي ﷺ أن نرد على الامام وأن يسلم بعضنا على بعض. وهذا يدل على أنه يسن أن ينوي بسلامه على من معه من المصلين وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة. وقال أبو حفص بن المسلم من أصحابنا ينوي بالاولى الخروج من الصلاة وينوي بالثانية السلام على الحفظة والمأمومين ان كان أماماً والرد على الامام والحفظة ان كان مأموما. وقال ابن حامد ان نوى ذلك في السلام مع نية الخروج من الصلاة فهل تبطل صلاته؟ على وجهين. والصحيح ماذكرناه فان أحمد رحمه الله قال في رواية يعقوب يسلم الصلاة وينوي في سلامه الرد على الامام. رواها أبو بكر الخلال في كتابه. وقال في رواية اسحاق بن هاني اذا نوى بتسليمه الرد على الحفظة أجزأه. وقال أيضا ينوي بسلامه الخروج من الصلاة قيل له فان نوى الملكين من خلفه؟ قال لا بأس والخروج من الصلاة نختار وقد ذكرنا من الحديث مايدل على مشروعية ذلك والله أعلم

(فصل) ويستحب ذكر الله والدعاء عقيب سلامه ويستحب من ذلك ماورد به الاثر مثل

يصل معه. وقال أبو حفص بن مسلمة ينوي بالتسليمة الاولى الخروج وبالثانية السلام على الحفظة والمأمومين ان كان اماما، والرد على الامام والحفظة ان كان مأموما

ولنا قول النبي ﷺ في حديث جابر بن سمرة «انما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» رواه مسلم، وفي لفظ أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نرد على الامام وأن يسلم بعضنا على بعض. رواه أبو داود. وهذا يدل على انه يسن التسليم على من معه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي. فان لم ينو الخروج ولا شيئا غيره صح، وقال ابن حامد لا يصح وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه ذكر في أحد طرفي الصلاة فافتقر الى النية كالتكبير

ولنا أنه جزء من أجزاء الصلاة فلم يحتج الى نية تخصه كسائر أجزائها ولان الصلاة عبادة فلم تحتج الى نية الخروج منها كالصوم وذلك لان النية اذا وجدت في أول العبادة انسحبت على أجزائها واستغنى عن ذكرها وقياس الجزء الآخر على الاول لايصح لذلك

(فصل) ويستحب ذكر الله تعالى والدعاء عقيب الصلاة والاستغفار كما ورد في الاخبار فروي المغيرة قال: كان النبي ﷺ يقول في دبر كل صلاة مكتوبة «لا اله الا الله وحده

[1] هذه رواية مسلم من طريق مسعر ولفظه «قلنا اذا سلمنا السلام عليكم ورحمة الله السلام عليكم ورحمة الله» وأشار بيده الى الجانبين فقال رسول الله (ص) «علام تومون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس انما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» والرواية الاخرى له من طريق الفرات القزاز بلفظ «صليت مع رسول الله (ص) فكنا اذا سلمنا قلنا بايدينا السلام عليكم السلام عليكم» وباقيه كما ذكره المصنف فقد لفق ماذكره من الروايتين ولم يذكر محل الشاهد من هذه ولا تلك وهو أنهم كانوا يشيرون بايديهم. وكتبه محمد رشيد رضا

ما روى المغيرة قال كان النبي ﷺ يقول في دبر كل صلاة مكتوبة «لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد » متفق عليه ، وقال ثوبان كان رسول الله ﷺ إذا انصرف من صلاته استغفر ثلاثا وقال : اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام . قال الاوزاعي: يقول استغفر الله استغفر الله ، رواه مسلم وقال أبو هريرة : جاء الفقراء الى رسول الله ﷺ فقالوا ذهب أهل الدثور من الاموال بالدرجات العلى والنعيم المقيم ، يصلون كما نصلي ويصومون كما نصوم ولهم فضل أموالهم يحجون بها ويعتمرون ويتصدقون فقال «ألا أحدثكم بحديث ان أخذتم به أدركتم من سبقكم ولم يدرككم أحد بعدكم وكنتم خير من أنتم بين ظهرانيهم الا من عمل مثله ؟ تسبحون وتحمدون وتكبرون خلف كل صلاة ثلاثا وثلاثين» فاختلفنا بيننا فقال بعضنا : نسبح ثلاثا وثلاثين ونحمد ثلاثا وثلاثين ونكبر أربعا وثلاثين فرجعت اليه فقال : يقول« سبحان الله والحمد لله والله أكبر حتى يكون منهن كلهن ثلاث وثلاثون» قال في رواية أبي داود يقول هكذا ولا يقطعه سبحان الله والحمد لله ولا إله الا الله والله أكبر، فان عدل الى غيره جاز لانه قد روي عن النبي ﷺ غيره رواه البخاري وروى

لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد »متفق عليه، وقال ثوبان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا انصرف من صلاته استغفر ثلاثا وقال « اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام » قال الاوزاعي يقول « استغفر الله استغفر الله » رواه مسلم ، وقال أبو هريرة جاء فقراء المهاجرين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ذهب أهل الدثور من الاموال بالدرجات العلى والنعيم المقيم يصلون كما نصلي ويصومون كما نصوم ولهم فضل من أموال يحجون بها ويعتمرون ويجاهدون ويتصدقون فقال «ألا أحدثكم بحديث ان أخذتم به أدركتم من سبقكم ولم يدركم أحد بعدكم وكنتم خير من أنتم بين ظهرانيهم الا من عمل مثله ؟ تسبحون وتحمدون وتكبرون خلف كل صلاة ثلاثا وثلاثين » قال سمي [1] فاختلفنا بيننا فقال بعضنا نسبح ثلاثا وثلاثين ونحمد ثلاثا وثلاثين ونكبر أربعا وثلاثين » فرجعت اليه يعني الى أبي صالح فقال يقول: سبحان الله والحمد لله والله أكبر حتى يكون منهن كلهن ثلاث وثلاثون. متفق عليه واللفظ للبخاري.قال أحمد في رواية أبي داود يقول هكذا ولا يقطعه سبحان الله والحمد لله والله اكبر . وكان ابن الزبير يقول في دبر كل صلاة لا إله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، ولا حول ولا قوة الا بالله ، لا إله الا الله ولا نعبد إلا إياه ، له النعمة وله الفضل والثناء الحسن الجميل ، لا إله الا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . وقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهلل بهن دبر كل صلاة رواه مسلم ، وعن معاذ ابن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ بيده فقال « يا معاذ والله اني لاحبك ، أوصيك يامعاذ لاتدعن دبر كل صلاة تقول اللهم أعني على ذكرك وشكرك وحسن عبادتك» رواه الامام أحمد

(١) قوله قال سمي ليس من لفظ البخاري بل جاءت في مسلم مع زيادة فلم يكن لذكره حاجة وسمي هذا من رواة هذا الحديث .

مسلم والنسائي عن عبد الله بن الزبير أنه حدث على المنبر قال : كان رسول الله ﷺ يقول « لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، لاحول ولاقوة إلا بالله العلي العظيم ، لا إله الا الله ولا نعبد إلا إياه ، له النعمة والفضل والثناء الحسن الجميل ، لا إله إلا الله ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون » وكان رسول الله ﷺ يهلل بهن في دبر الصلاة وعن سعد أنه كان يعلم بنيه هؤلاء الكلمات ويقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ بها دبر كل صلاة « اللهم إني أعوذ بك من الجبن وأعوذ بك من البخل وأعوذ بك من أرذل العمر وأعوذ بك من فتنة الدنيا وعذاب القبر » من الصحاح ، قال ابن عباس : ان رفع الصوت بالذكر حين ينصرف الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله ﷺ فقال ابن عباس : كنت أعلم اذا انصرفوا بذلك اذا سمعته رواه البخاري ومسلم

(فصل) اذا كان مع الامام رجال ونساء فالمستحب أن يثبت هو والرجال بقدر ما يرى أنهن قد انصرفن ويقمن هن عقيب تسليمه قالت أم سلمة ان النساء في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأبو داود والنسائي عن أبي ذر أن رسول الله ﷺ قال « من قال في دبر صلاة الفجر وهو ثان رجله قبل أن يتكلم لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير — عشر مرات — كتبت له عشر حسنات ومحي عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات وكان يومه ذلك كله في حرز من كل مكروه وحرس من الشيطان ، ولم ينبغ للذنب أن يدركه ذلك اليوم الا الشرك بالله » رواه النسائي والترمذي وقال حسن غريب صحيح . وقال أبو معبد مولى ابن عباس ان رفع الصوت بالذكر حين ينصرف الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله ﷺ قال ابن عباس كنت أعلم إذا انصرف الناس بذلك إذا سمعته متفق عليه

(فصل) روي عن النبي ﷺ أنه كان يقعد بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس حسناء ، رواه مسلم فيستحب للانسان أن يفعل ذلك اقتداء برسول الله ﷺ

﴿مسئلة﴾ وان كانت الصلاة مغربا أورباعية نهض مكبراً إذا فرغ من التشهد الاول فصلى الثالثة والرابعة مثل الثانية الا أنه لايجهر ولا يقرأ شيئا بعد الفاتحة) متى فرغ من التشهد الاول نهض مكبراً كنهوضه من السجود قائما على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه ولا يعتمد بالارض الا أن يشق عليه كما ذكرنا في النهوض من السجود ولا يقدم إحدى رجليه عند النهوض قاله ابن عباس وكرهه اسحاق وروي عن ابن عباس أنه يقطع الصلاة ورخص فيه مجاهد والاولى تركه لانه لم ينقل عن النبي ﷺ وقد كرهه ابن عباس ولا تبطل به الصلاة لانه عمل يسير ولم يوجد فيه ما يقتضي البطلان

(فصل) ويصلي الثالثة والرابعة كالثانية لقول النبي صلى الله عليه وسلم للمسيء في صلاته وقد وصف له الركعة الاولى « ثم افعل ذلك في صلاتك كلها » ولا يجهر فيهما لا نعلم في ذلك خلافا وأكثر

كن اذا سلم من المكتوبة قمن وثبت رسول الله ﷺ ومن صلى من الرجال ماشاء الله فاذا قام رسول الله ﷺ قام الرجال قال الزهري : فنرى والله أعلم لكي يبعد من ينصرف من النساء «رواه البخاري ولان الاخلال بذلك من أحدهما يفضي إلى اختلاط الرجال بالنساء فان لم يكن معه نساء فلا يستحب له اطالة الجلوس لماروت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ اذا سلم لم يقعد إلا مقدار مايقول « اللهم أنت السلام ومنك السلام ، تباركت ياذا الجلال والاكرام » رواه ابن ماجه[1] وعن البراء قال : رمقت رسول الله ﷺ فوجدت قيامه فركعته فاعتداله بعد ركوعه فسجدته فجلسته بين السجدتين فجلسته بين التسليم للانصراف قريبا من السواء . فان لم يقم فالمستحب أن ينحرف عن قبلته ولا يلبث مستقبل القبلة لانه ربما أفضى به إلى الشك هل فرغ من صلاته أولا . وقد روى البخاري باسناده عن سمرة قال :

(١) بل قال في المنتقى رواه احمد ومسلم والترمذي وابن ماجه

أهل العلم يرون انه لا تسن الزيادة على فاتحة الكتاب في غير الاولين من كل صلاة . قال ابن سيرين لا أعلمهم يختلفون في أنه يقرأ في الركعتين الاولين بفاتحة الكتاب وسورة وفي الاخريين بفاتحة الكتاب روي ذلك عن ابن مسعود وأبي الدرداء وجابر وابي هريرة وعائشة وهو قول مالك وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يسن أن يقرأ سورة مع الفاتحة في الاخريين لما روى الصنابحي قال : صليت خلف أبي بكر الصديق رضي الله عنه فدنوت منه حتى إن ثيابي تكاد أن تمس ثيابه فقرأ في الركعة الاخيرة بأم الكتاب وهذه الآية (ربنا لاتزغ قلوبنا) رواه مالك في الموطأ

ولنا حديث أبي قتادة أن النبي ﷺ - فذكر الحديث إلى قوله — في الركعتين الاخريين « بأم الكتاب » وكتب عمر إلى شريح أن اقرأ في الركعتين الاولين بأم الكتاب وسورة ، وفي الاخريين بأم الكتاب ، وما فعل أبو بكر قصد به الدعاء لا القراءة ولو قصد القراءة لكان الاقتداء بالنبي ﷺ أولى مع أن عمر وغيره من الصحابة قد خالفوه . فأما ان دعا الانسان في الركعة الاخيرة بآية كما روي عن الصديق فلا بأس لانه دعاء في الصلاة أشبه دعاء التشهد

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يجلس في التشهد الثاني متوركا يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى ويخرجها عن يمينه ويجعل أليتيه على الارض) التورك في التشهد الثاني سنة وبه قال مالك والشافعي . وقال الثوري وأصحاب الرأي : يجلس فيه مفترشا كالتشهد الاول لما ذكرنا من حديث وائل وأبي حميد في صفة جلوس النبي ﷺ

ولنا أن في حديث أبي حميد : حتى اذا كانت الركعة التي يقضي فيها صلاته أخر رجله اليسرى وجلس متوركا على شقه الايسر ، وهذا بيان الفرق بين التشهدين وزيادة يجب الاخذ بها والمصير اليها والذي احتجوا به في التشهد الاول ونحن نقول به . فأما صفة التورك فهو كما ذكر . قال الاثرم رأيت أبا عبدالله يتورك في الرابعة في التشهد فيدخل رجله اليسرى ويخرجها من تحت ساقه الايمن ولا يقعد على شيء منها وينصب اليمنى يفتح أصابعه وينحي عجزه كله ويستقبل بأصابعه اليمنى القبلة

كان رسول الله ﷺ اذا صلى صلاة أقبل علينا بوجهه ، وعن يزيد بن الاسود قال : صليت مع رسول الله ﷺ الفجر فلما سلم انحرف ، وعن علي أنه صلى بقوم العصر ثم أسند ظهره الى القبلة فاستقبل القوم ، وقال سعيد بن المسيب لان يجلس الرجل على رضفة خير له من أن يجلس مستقبل القبلة حين يسلم ولا ينحرف ، وقال ابراهيم : اذا سلم الامام ثم استقبل القبلة فاحصبوه قال الاثرم : رأيت أبا عبدالله اذا سلم يلتفت ويتركم وقال أبو داود : ورأيته إذا كان إماما فسلم انحرف عن يمينه وروى مسلم وأبو داود في السنن عن جابر بن سمرة قال : كان النبي ﷺ اذا صلى الفجر يركع في مجلسه حتى تطلع الشمس حسناء ، ولفظ مسلم مصلاه وسئل أحمد عن تفسير حديث النبي ﷺ كان لا يجلس بعد التسليم إلا قدر مايقول « اللهم أنت السلام » يعني في مقعده حتى ينحرف قال : لا أدرى وروى الاثرم هذه الاحاديث التي ذكرناها

ويستحب للمأمومين أن لا يثبوا قبل الامام لئلا يذكر سهوا فيسجد وقد قال النبي ﷺ « إني

وركبته اليمنى على الارض ملزقة وهذا قول أبي الخطاب وأصحاب الشافعي فان أبا حميد قال : فاذا كان في الرابعة أفضى بوركه اليسرى الى الارض وأخرج قدميه من ناحية واحدة ، رواه أبو داود . وقال الخرقي والقاضي : ينصب رجله اليمنى ويجعل باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى ، ويجعل أليتيه على الارض لقول عبدالله بن الزبير كان رسول الله ﷺ اذا قعد في الصلاة جعل قدمه اليسرى تحت فخذه وساقه وفرش قدمه اليمنى ، رواه مسلم . وفي بعض ألفاظ حديث أبي حميد نحو هذا قال : جعل بطن قدمه عند مأبض اليمنى ونصب قدمه اليمنى ، وأيهما فعل فحسن

(فصل) وهذا التشهد والجلوس له من أركان الصلاة وممن قال بوجوبه عمر وابنه وأبو مسعود البدري والحسن والشافعي ، ولم يوجبه مالك وأبو حنيفة ، وأوجب أبو حنيفة الجلوس قدر التشهد لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلمه الاعرابي فدل على أنه غير واجب

ولنا أن النبي ﷺ أمر به فقال « قولوا التحيات لله » وفعله وداوم عليه . وروي عن ابن مسعود أنه قال : كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد : السلام على الله قبل عباده ، السلام على جبرائيل ، السلام على ميكائيل ، فقال النبي ﷺ « لا تقولوا السلام على الله ولكن قولوا التحيات لله » إلى آخره . وهذا يدل على أنه فرض بعد أن لم يكن مفروضا ، وحديث الاعرابي يحتمل أنه كان قبل فرض التشهد ، ويحتمل أنه ترك تعليمه لانه لم يتركه

(فصل) ولا يتورك إلا في صلاة فيها تشهدان في الاخير منهما . وقال الشافعي : يسن التورك في كل تشهد يسلم فيه وان لم يكن ثانيا كتشهد الصبح والجمعة لانه تشهد يسن تطويله فسن التورك فيه كالثاني

ولنا حديث وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما جلس للتشهد افترش رجله اليسرى ونصب رجله اليمنى ولم يفرق بين ما يسلم فيه ولا ما لا يسلم ، وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ يقول في كل ركعتين التحية وكان يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى ، رواه مسلم وهذان

امامكم فلا تبادروني بالركوع ولا بالسجود ولا بالقيام ولا بالانصراف » رواه مسلم والنسائي ولفظ مسلم فلا تسبقوني ، فان خالف الامام السنة في إطالة الجلوس مستقبل القبلة أو انحرف فلا بأس أن يقوم المأموم ويدعه .

(فصل) وينصرف حيث شاء عن يمين وشمال لقول ابن مسعود : لا يجعل أحدكم للشيطان حظا من صلاته يرى حقا عليه ألا ينصرف إلا عن يمينه لقد رأيت رسول الله ﷺ كثيراً ما ينصرف عن شماله ، رواه مسلم . وعن قبيصة بن هلب عن أبيه أنه صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم فكان ينصرف عن شقيه رواهما أبو داود وابن ماجه .

(فصل) قال أحمد : لا يتطوع الامام في مكانه الذي صلى فيه المكتوبة كذا قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه . قال أحمد : ومن صلى وراء الامام فلا بأس أن يتطوع مكانه ، فعل ذلك ابن عمر وبهذا قال إسحاق . وروى أبو بكر حديث علي باسناده وباسناده عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قال « لا يتطوع الامام في مقامه الذي يصلي فيه بالناس »

﴿ مسئلة ﴾ قال (والرجل والمرأة في ذلك سواء إلا أن المرأة تجمع نفسها في الركوع والسجود وتجلس متربعة أو تسدل رجليها فتجعلهما في جانب يمينها)

الأصل أن يثبت في حق المرأة من أحكام الصلاة ما ثبت للرجال لان الخطاب يشملها غير أنها

يقضيان على كل تشهد بالافتراش إلا ما خرج منه بحديث أبي حميد في التشهد الثاني فيبقى فيما عداه على قضية الأصل ولان هذا ليس بتشهد ثان فلا يتورك فيه كالاول وهذا لان التشهد الثاني انما يتورك فيه للفرق بين التشهدين وما ليس فيه تشهد ثان لا يحتاج الى الفرق ، وما ذكروه من المعنى إن صح فيضم اليه هذا المعنى الذي ذكرناه ويعلل بهما والحكم اذا علل بمعنيين لم يتعد بدونهما

(فصل) قيل لأبي عبد الله ما تقول في تشهد سجود السهو ؟ قال يتورك فيه أيضاً هو من بقية الصلاة يعني اذا كان من السهو في صلاة رباعية لان تشهدها يتورك فيه وهذا تابع له ، وقال القاضي: يتورك في كل تشهد لسجود السهو بعد السلام في الرباعية وغيرها لانه تشهد ثان في الصلاة يحتاج الى الفرق ، وقال الاثرم قلت لأبي عبد الله الرجل يدرك مع الامام ركعة فيجلس الامام في الرابعة أيتورك معه الرجل المسبوق في هذه الجلسة ؟ فقال إن شاء تورك ، قلت فاذا قام يقضي يجلس في الرابعة فينبغي له أن يتورك ؟ فقال نعم ينبغي أن يتورك لانها الرابعة يتورك ويطيل الجلوس في التشهد الاخير قال القاضي : قوله إن شاء تورك على سبيل الجواز لا انه مسنون ، وقد صرح بذلك في رواية مهنا فيمن أدرك من صلاة الظهر ركعتين لا يتورك إلا في الاخيرتين ويحتمل أن تكون هاتين روايتين .

﴿ مسئلة ﴾ (والمرأة كالرجل في ذلك كله إلا أنها تجمع نفسها في الركوع والسجود وتجلس متربعة أو تسدل رجليها فتجعلهما في جانب يمينها ، وهل يسن لها رفع اليدين؟ على روايتين) الاصل ان

خالفته في ترك التجافي لانها عورة فاستحب لها جمع نفسها ليكون أستر لها فانه لايؤمن أن يبدو منها شيء حال التجافي وذلك في الافتراش ، قال أحمد : والسدل أعجب إليّ واختاره الخلال . قال علي كرم الله وجهه : اذا صلت المرأة فلتحتفز ولتضم فخذيها . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يأمر النساء أن يتربعن في الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمأموم اذا سمع قراءة الامام فلا يقرأ بالحمد ولا بغيرها لقول الله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « مالي أنازع القرآن » قال : فانتهى الناس أن يقرءوا فيما جهر فيه النبي ﷺ)

وجملة ذلك أن المأموم اذا كان يسمع قراءة الامام لم تجب عليه القراءة ولا تستحب عند امامنا والزهري والثوري ومالك وابن عيينة وابن المبارك وإسحاق وأحد قولي الشافعي ونحوه عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن جبير وجماعة من السلف ، والقول الآخر للشافعي يقرأ فيما جهر فيه الامام ونحوه عن الليث والاوزاعي وابن عون ومكحول وأبي ثور لعموم قوله عليه السلام « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » متفق عليه ، وعن عبادة بن الصامت قال : كنا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر فقرأ فثقلت عليه القراءة فلما فرغ قال

تثبت في حق المرأة من الاحكام ماثبت في حق الرجل لشمول الخطاب لها غير أنها لايسن لها التجافي لانها عورة فاستحب لها جمع نفسها ليكون أستر لها فانه لايؤمن أن يبدو منها شيء حال التجافي وكذلك في الافتراش ، قال علي رضي الله عنه : اذا صلت المرأة فلتحتفز ولتضم فخذيها ، وعن ابن عمر انه كان يأمر النساء أن يتربعن في الصلاة ، قال أحمد السدل أعجب إليّ واختاره الخلال ولا يسن لها رفع اليدين في إحدى الروايتين لانه في معنى التجافي ، والرواية الأخرى يشرع لها قياساً على الرجل ولأن أم سلمة كانت ترفع يديها

(فصل) ويستحب للمصلي أن يفرج بين قدميه ويراوح بينهما اذا طال قيامه ، قال الاثرم رأيت أبا عبد الله يفرج بين قدميه ورأيته يراوح بينهما . روي هذا عن عمرو بن ميمون والحسن ، وروى الاثرم باسناده عن أبي عبيدة قال : رأى عبد الله رجلا يصلي صافا بين قدميه فقال لو راوح هذا بين قدميه كان أفضل ، ورواه النسائي وفيه قال أخطأ السنة لو راوح بينهما كان أعجب إليّ ، ولا يستحب الاكثار منه لما روي عن عطاء قال : اني لأحب أن يقل التحريك وأن يعتدل قائما على قدميه إلا أن يكون إنسانا كبيراً لايستطيع ذلك . فأما التطوع فانه يطول على الانسان فلا بد من التوكي على هذه مرة وعلى هذه مرة ، وقد روى النجاد باسناده عن النبي ﷺ قال « اذا قام أحدكم في صلاته فليسكن أطرافه ولا يميل ميل اليهود »

« لعلكم تقرءون خلف امامكم ؟ » قلنا نعم يارسول الله ، قال « لاتفعلوا الا بفاتحة الكتاب فانه لاصلاة لمن لم يقرأ بها » رواه الاثرم وأبو داود وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج فهي خداج غير تمام » قال فقلت ياأبا هريرة اني أكون أحيانا وراء الامام قال : فغمز ذراعي وقال اقرأ بها في نفسك يافارسي رواه مسلم وأبو داود . ولانه ركن في الصلاة فلم يسقط عن المأموم كالركوع ولان من لزمه القيام لزمته القراءة مع القدرة كالامام والمنفرد

ولنا قول الله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قال أحمد فالناس على أن هذا في الصلاة . وعن سعيد بن المسيب والحسن وابراهيم ومحمد بن كعب والزهري أنها نزلت في شأن الصلاة . وقال زيد بن أسلم وأبو العالية كانوا يقرءون خلف الامام فنزلت (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) وقال أحمد في رواية أبي داود : أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة ولانه عام فيتناول بعمومه الصلاة ، وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا ، واذا قرأ فانصتوا » رواه مسلم . والحديث الذي رواه الخرقي رواه مالك عن ابن شهاب عن ابن أكيمة الليثي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة فقال « هل قرأ معي أحد منكم ؟ » فقال رجل : نعم يارسول الله قال « مالي أنازع القرآن » فانتهى الناس [1] عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه من الصلوات

(فصل) ويكره الالتفات في الصلاة لغير حاجة لما روي عن عائشة قالت : سألت رسول الله ﷺ عن الالتفات في الصلاة فقال « هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد » رواه البخاري وعن أبي ذر قال : قال رسول الله ﷺ « لايزال الله عز وجل مقبلا على العبد في صلاته مالم يلتفت فاذا صرف وجهه انصرف عنه » رواه الامام أحمد وأبو داود . وعن أنس قال : قال لي رسول الله ﷺ « إياك والالتفات في الصلاة فان الالتفات فيها هلكة فان كان لا بد في التطوع لا في الفريضة » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . فإن كان لحاجة لم يكره لما روى سهل بن الحنظلية قال : ثوب بالصلاة فجعل رسول الله ﷺ يصلي وهو يلتفت إلى الشعب ، رواه أبو داود قال : وكان أرسل فارسا إلى الشعب يحرس ، وعن ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ يلتفت يمينا وشمالا ولا يلوي عنقه ، رواه النسائي . ولا تبطل الصلاة بالالتفات إلا أن يستدير عن القبلة بجملته أو يستدبرها قال ابن عبد البر جمهور الفقهاء على أن الالتفات لا يفسد الصلاة اذا كان يسيراً

﴿ مسئلة ﴾ ويكره رفع بصره إلى السماء لما روى أنس قال : قال رسول الله ﷺ « مابال أقوام يرفعون أبصارهم إلى السماء في صلاتهم » فاشتد قوله في ذلك حتى قال « لينتهين عن ذلك أو لتخطف أبصارهم » رواه البخاري . ويكره الاستناد إلى الجدار ونحوه في الصلاة لانه يزيل مشقة القيام والتعبد به

[1] قوله فانتهى الناس الخ من كلام ابن شهاب الزهري قاله الحافظ ابن حجر

حين سمعوا من رسول الله ﷺ أخرجه مالك في الموطأ وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن ورواه الدارقطني بلفظ آخر قال : صلى رسول الله ﷺ وسلم صلاة فلما قضاها قال « هل قرأ أحد منكم بشيء من القرآن » فقال رجل من القوم : أنا يارسول الله فقال « مالي أقول مالي أنازع القرآن اذا أسررت بقراءتي فاقرءوا ، واذا جهرت بقراءتي فلا يقرأن معي أحد » وأيضا فانه اجماع ، قال أحمد ماسمعنا أحداً من أهل الاسلام يقول ان الامام اذا جهر بالقراءة لاتجزيء صلاة من خلفه اذا لم يقرأ وقال هذا النبي ﷺ وأصحابه والتابعون وهذا مالك في أهل الحجاز ، وهذا الثوري في أهل العراق ، وهذا الاوزاعي في أهل الشام ، وهذا الليث في أهل مصر ماقالوا لرجل صلى وقرأ امامه ولم يقرأ هو صلاته باطلة ، ولانها قراءة لاتجب على المسبوق فلم تجب على غيره كالسورة . فأماحديث عبادة الصحيح فهو محمول على غير المأموم ، وكذلك حديث أبي هريرة وقد جاء مصرحا به رواه الخلال باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل صلاة لايقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج الا أن تكون وراء الامام » وقد روي أيضا موقوفا عن جابر .وقول أبي هريرة اقرأ بها في نفسك من كلامه وقد خالفه جابر وابن الزبير وغيرهما ، ثم يحتمل أنه أراد اقرأ بها في سكتات الامام أو في حال اسراره فانه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا قرأ الامام فانصتوا » والحديث الآخر وحديث عبادة الآخر فلم يروه غير ابن اسحاق كذلك قاله الامام أحمد . وقد رواه أبو داود عن مكحول عن نافع بن محمود بن الربيع الانصاري وهو أدنى حالا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وافتراش الذراعين في السجود) قال الترمذي أهل العلم يختارون الاعتدال في السجود ، وروي عن جابر أن النبي ﷺ قال « اذا سجد أحدكم فليعتدل ولا يفترش ذراعيه افتراش الكلب » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال « اعتدلوا في السجود ولا يسجد أحدكم وهو باسط ذراعيه كالكلب » وهذا هو المنهي عنه كرهه أهل العلم وفي حديث أبي حميد فاذا سجد سجد غير مفترش ولا قابضهما

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره الاقعاء في الجلوس وهو أن يفرش قدميه ويجلس على عقبيه وعنه أنه سنة) كذلك وصف أحمد الإقعاء ، وقال أبو عبيد هذا قول أهل الحديث ، فأما عند العرب فهو جلوس الرجل على أليتيه ناصبا فخذيه مثل اقعاء الكلب . قال شيخنا ولا أعلم أحداً قال باستحباب الاقعاء على هذه الصفة. فأما الاول فكرهه علي وأبو هريرة وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعليه العمل عند أكثر أهل العلم لما روى الحارث عن علي قال : قال رسول الله ﷺ « لا تقع بين السجدتين » وعن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا رفعت رأسك من السجود فلا تقع كما يقعي الكلب » رواهما ابن ماجه، وفيه رواية أخرى أنه سنة ، وروى مهنا عن احمد أنه قال لاأفعله ولا أعيب على من يفعله العبادلة كانوا يفعلونه . قال طاوس رأيت العبادلة يفعلونه ابن عمر وابن الزبير

من ابن اسحاق فانه غير معروف من أهل الحديث وقياسهم يبطل بالمسبوق .

(فصل) قال أبو داود قيل لاحمد رحمه الله فانه يعني المأموم قرأ بفاتحة الكتاب ثم سمع قراءة الامام قال: يقطع اذا سمع قراءة الامام وينصت للقراءة وانما قال ذلك اتباعا لقول الله تعالى (وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وانصتوا) ولقول النبي ﷺ « وإذا قرأ فأنصتوا »

(فصل) وهل يستفتح المأموم ويستعيذ ؟ ينظر إن كان في حقه قراءة مسنونة وهو في الصلوات التي يسر فيها الامام أو التي له فيها سكتات يمكن فيها القراءة استفتح المأموم واستعاذ ، وان لم يسكت أصلا فلا يستفتح ولا يستعيذ وإن سكت قدراً يتسع للافتتاح فحسب استفتح ولم يستعذ قال ابن منصور قلت لاحمد سئل سفيان أيستعيذ الانسان خلف الامام ؟ قال انما يستعيذ من يقرأ قال أحمد صدق ، وقال أحمد أيضا : ان كان ممن يقرأ خلف الامام قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وذكر بعض أصحابنا أنه فيه رواية أخرى أنه يستفتح ويستعيذ في حال جهر الامام لان سماعه لقراءة الامام قام مقام قراءته بخلاف الاستفتاح والاستعاذة والصحيح ما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (الاستحباب أن يقرأ في سكتات الامام وفيما لايجهر فيه)

هذا قول أكثر أهل العلم كان ابن مسعود وابن عمر وهشام بن عامر يقرءون وراء الامام فيما أسر به وقال ابن الزبير إذا جهر فلاتقرأ وإذا خافت فاقرأ وروي معنى ذلك عن سعيد بن المسيب وسعيد بن

وابن عباس وقال طاوس قلنا لابن عباس في الاقعاء على القدمين في الجلوس فقال هي السنة . قال قلنا انا لنراه جفاء بالرجل فقال هي سنة نبيك رواه مسلم وأبو داود، والاول أولى لما ذكرنا وقد قال ابن عمر حين فعله لا تقتدوا بي فاني قد كبرت وفي حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى وينهى عن عقبة الشيطان

﴿مسئلة﴾ (ويكره أن يصلي وهو حاقن) سواء خاف فوات الجماعة أولا لا نعلم فيه خلافا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لما روت عائشة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاصلاة بحضرة طعام ولا هو يدافعه الاخبثان » رواه مسلم ، ولان ذلك يشغله عن خشوع الصلاة وحضور قلبه فيها فان خالف وفعل صحت صلاته وهو قول أبي حنيفة والشافعي ،وقال ابن أبي موسى ان كان به من مدافعة الاخبثين مايزعجه ويشغله عن الصلاة أعاد في الظاهر من قوله، وقال مالك أحب الي أن يعيد اذا شغله ذلك لظاهر الخبر

ولنا أنه ان صلى بحضرة الطعام أو قلبه مشغول بشيء من الدنيا صحت صلاته كذا ههنا وخبر عائشة أريد به الكراهة بدليل ما لو صلى بحضرة الطعام قال ابن عبدالبر أجمعوا على أنه لو صلى بحضرة الطعام فاكل صلاته ان صلاته تجزئه وكذلك اذا صلى حاقنا

﴿ مسئلة﴾ (أو بحضرة طعام تتوق اليه نفسه) وبهذا قال عمر وابنه وتعشي ابن عمر وهو يسمع

جبير والحسن والقاسم بن محمد ونافع بن جبير والحكم والزهري . وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن للامام سكتتان فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب إذا دخل في الصلاة وإذا قال ولا الضالين . وقال عروة بن الزبير أما أنا فاغتنم من الامام اثنتين إذا قال (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فاقرأ عندها وحين يختم السورة فاقرأ قبل أن يركع وقال الثوري وابن عيينة وأبو حنيفة لا يقرأ المأموم بحال لما ذكرنا في المسئلة التي قبل هذه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فاذا أسررت بقراءتي فاقرءوا» رواه الترمذي والدارقطني . ولان عموم الاخبار يقتضي القراءة في حق كل مصل خصصناها بما ذكرناه من الادلة وهي مختصة بحالة الجهر وفيما عداه يبقى على العموم وتخصيص حالة الجهر بامتناع الناس من القراءة فيها تدل على أنهم كانوا يقرءون في غيرها . قال الامام أحمد رحمه الله تعالى في الامام يقرأ وهو لا يسمع : يقرأ قيل له أليس قد قال الله تعالى (وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) فقال هذا إلى أي شيء يستمع؟ ويسن له قراءة السورة مع الفاتحة في مواضعها

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يفعل فصلاته تامة لان من كان له امام فقراءة الامام له قراءة)

وجملة ذلك ان القراءة غير واجبة على المأموم فيما جهر به الامام ولا فيما أسر به نص عليه أحمد

قراءة الامام قال ابن عباس : لا نقوم إلى الصلاة وفي أنفسنا شيء ، وبهذا قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وقال مالك : يبدأ بالصلاة إلا أن يكون طعاما خفيفا .

ولنا حديث عائشة الذي ذكرناه .وروى ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قرب عشاء أحدكم وأقيمت الصلاة فابدءوا بالعشاء ولا تعجلوا حتى يفرغ منه» رواه مسلم وغيره.ولانه إذا قدم الصلاة على الطعام اشتغل قلبه عن خشوعها . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخشى فوات الجماعة أو لم يخش لعموم الحديثين. هذا إذا كانت نفسه تتوق اليه أو يخشى فواته أو فوات بعضه ان تشاغل بالصلاة أو تكون حاجته إلى البداية به لوجه من الوجوه، فان لم يفعل وبدأ بالصلاة صحت في قولهم جميعا حكاه ابن عبد البر لان البداية بالطعام رخصة فان لم يفعلها صحت صلاته كسائر الرخص

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره العبث في الصلاة)لما روي أن النبي ﷺ رأى رجلا يعبث في الصلاة فقال « لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه» ويكره التخصر وهو أن يضع يده على خاصرته لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل متخصراً متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والتروح وفرقعة الاصابع وتشبيكها) يكره التروح الا من غم شديد لانه من العبث وبذلك قال اسحاق وعطاء وأبو عبد الرحمن ومالك، ورخص فيه ابن سيرين ومجاهد والحسن ويكره فرقعة الاصابع وتشبيكها في الصلاة لما روي عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تفقع

في رواية الجماعة وبذلك قال الزهري والثوري وابن عيينة ومالك وأبو حنيفة وإسحاق . وقال الشافعي وداود يجب لعموم قوله عليه السلام « لاصلاة لمن لايقرأ بفاتحة الكتاب » غير أنه خص في حال الجهر بالامر بالانصات ففيما عداه يبقى على العموم

ولنا ماروى الامام احمد عن وكيع عن شفيان عن موسى بن أبي عائشة عن عبدالله بن شداد قال قال رسول الله ﷺ «من كان له امام فان قراءة الامام له قراءة » ورواه الخلال باسناده عن شعبة عن موسى مطولا وأخبرناه أبو الفتح بن البطي في حديث ابن البحتري باسناده عن منصور عن موسى عن عبدالله ابن شداد (1) قال كان رجل يقرأ خلف رسول الله ﷺ فجعل رجل يومىء اليه أن لا يقرأ فأبى إلا أن يقرأ فلما قضى رسول الله ﷺ فقال له الرجل مالك تقرأ خلف الامام ؟ فقال مالك تنهاني أن أقرأ ؟ فقال رسول الله ﷺ « اذا كان لك امام يقرأ فان قراءته لك قراءة » وقد ذكرنا حديث جابر « إلا وراء الامام » وروى الخلال والدارقطني عن النبي ﷺ قال « يكفيك قراءة الامام خافت أو جهر » ولان القراءة لو كانت واجبة عليه لم تسقط كبقية أركانها

(فصل) اذا قرأ بعض الفاتحة في سكتة الامام ثم قرأ الامام فأنصت له ثم قرأ بقية الفاتحة في السكتة الثانية فظاهر كلام أحمد أن ذلك حسن ولا تنقطع القراءة بسكوته لانه سكوت مأمور به فلا يكون مبطلا كقراءته ولانه لو أبطلها لم يستفد فائدة فانه لايقرأ في الثانية زيادة على ماقرأه في الاولى

أصابعك وأنت في الصلاة » رواه ابن ماجه ، وعن كعب بن عجرة أن رسول الله ﷺ رأى رجلا قد شبك أصابعه في الصلاة ففرج رسول الله ﷺ بين أصابعه ، رواه الترمذي وابن ماجه

(فصل) واذا تثاءب في الصلاة استحب أن يكظم ما استطاع فان لم يقدر وضع يده على فيه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا تثاءب أحدكم في الصلاة فليكظم ما استطاع فان الشيطان يدخل » رواه مسلم ، وللترمذي « فليضع يده على فيه »

(فصل) ومما يكره في الصلاة أن ينظر إلى مايلهيه أو ينظر في كتاب لماروي عن عائشة أن النبي ﷺ صلى في خميصة لها أعلام فقال « شغلتني أعلام هذه اذهبوا بها الى أبي جهم بن حذيفة وائتوني بانبجانيته » متفق عليه . وقال ﷺ لعائشة « أميطي عنا قرامك هذا فانه لايزال تصاويره تعرض لي في صلاتي » رواه البخاري . ويكره أن يصلي وهو معقوص أو مكتوف لما روي عن ابن عباس أنه رأى عبدالله ابن الحارث يصلي ورأسه معقوص من ورائه فقام اليه فحله فلما انصرف أقبل على ابن عباس فقال : مالك ورأسي فقال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول « إنما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف » رواه مسلم ، ويكره أن يكف شعره أو ثيابه لقول النبي ﷺ « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وأن لا أكف شعراً ولا ثوبا » متفق عليه . ولا نعلم بين أهل العلم في كراهية هذا خلافا ، ونقلت كراهة بعضه

«١» هذه الرواية مرسلة قال صاحب المنتقى من محدثي الحنابلة وفقهائهم . وقد روي مسندا من طرق كلها ضعاف والصحيح أنه مرسل وقال شارح المنتقى وهو الشوكاني: قال الحافظ « أي ابن حجر » هو مشهور من حديث جابر وله طرق عن جماعة من الصحابة كلها معلولة . وقال في الفتح : انه ضعيف عند جميع الحفاظ وقد استوعب طرقه وعلله الدار قطني « ثم قال » وقد احتج به القائلون بان الامام يتحمل القراءة عن المؤتم في الجهرية الفاتحة وغيرها والجواب انه عام لان القراءة مصدر مضاف وهو من صيغ العموم وحديث عبادة المتقدم خاص فلا معارضة اهـ وحديث عبادة صحيح وهو نص في انكاره «ص» للقراءة وراء الامام الا بالفاتحة ونصه «لا تفعلوا إلا بأم القرآن فانه لاصلاة لمن لم يقرأ بها» وفي رواية « فلا تقرءوا بشيء من القرآن إذا جهرت به الا بأم القرآن» والاستثناء معيار العموم فهو يخصص كل عام في هذا المعنى

(فصل) فان لم يسمعه لبعد قرأ، نص عليه قال الاثرم قيل لابي عبدالله رحمه الله فيوم الجمعة قال اذا لم يسمع قراءة الامام ونغمته قرأ فاذا سمع فلينصت قيل له فالاطروش قال لا أدري فيحتمل أن يشرع في حقه القراءة لانه لايسمع فلا يجب عليه الانصات كالبعيد، ويحتمل أن لا يقرأ كيلا يخلط على الامام ،فان سمع همهمته ولم يفهم فقال في رواية الجماعة لايقرأ ونقل عنه أنه يقرأ اذا سمع الحرف بعد الحرف

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويسر القراءة في الظهر والعصر ، ويجهر بها في الاولين من المغرب والعشاء وفي الصبح كلها)

الجهر في مواضع الجهر والاسرار في مواضع الاسرار . لاخلاف في استحبابه والاصل فيه فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت ذلك بنقل الخلف عن السلف . فان جهر في موضع الاسرار أو أسر في موضع الجهر ترك السنة وصحت صلاته إلا أنه ان نسي فجهر في موضع الاسرار ثم ذكر في أثناء القراءة بنى على قراءته وان أسر في موضع الجهر ففيه روايتان (إحداهما) يمضي في قراءته (والثانية) يعود في قراءته على طريق الاختيار لا على طريق الوجوب إنما لم يعد إذا جهر لانه أتى بزيادة وان خافت في موضع الجهر أعاد لانه أخل بصفة مستحبة في القراءة يمكنه أن يأتي بها وفوت على المأمومين سماع القراءة

(فصل) وهذا الجهر مشروع للامام ولا يشرع للمأموم بغير اختلاف وذلك لان المأموم مأمور

عن ابن عباس وعائشة ويكره أن يكثر الرجل مسح جبهته في الصلاة لماروي عن ابن مسعود أنه قال من الجفاء أن يكثر الرجل مسح جبهته قبل الفراغ من صلاته رواه ابن ماجه . ويكره النفخ وتحريك الحصى لماروت أم سلمة قالت: رأى النبي ﷺ غلاما لنا يقال له أفلح اذا سجد نفخ فقال « ياأفلح ترب وجهك » رواه الترمذي ، إلا أن فيه مقالا . قال ابن عباس : لاتمسح جبهتك ولا تنفخ ولا تحرك الحصى . ورخص فيه مالك وأصحاب الرأي ، ويكره مسح الحصى لقول رسول الله ﷺ « إذا قام أحدكم في الصلاة فلا يمسح الحصى فان الرحمة تواجهه » رواه أبوداود والترمذي ، ويكره أن يعتمد على يده في الجلوس في الصلاة لما روى ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ أن يجلس الرجل في الصلاة وهو معتمد على يده ، رواه الامام احمد وأبو داود ، ويكره أن يغمض عينيه في الصلاة ، نص عليه وقال : هو من فعل اليهود ، وهو قول سفيان ، وروي عن مجاهد والاوزاعي ورويت الرخصة فيه من غير كراهة عن الحسن ، وروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « إذا قام أحدكم في الصلاة فلا يغمض عينيه » رواه الطبراني إلا أن فيه عبد الرحمن بن أبي حاتم وقال هذا منكر الحديث ، ويكره الرمز بالعين والاشارة لغير حاجة لانه يذهب بخشوع الصلاة ويكره إخراج لسانه وفتح فمه لأنه خروج عن هيئة الخشوع

﴿ مسئلة ﴾ (وله رد المار بين يديه) ليس لأحد أن يمر بين يدي المصلي اذا لم يكن بين يديه

بالانصات للامام والاسماع له بل قد منع من القراءة لاجل ذلك ، وأما المنفرد فظاهر كلام أحمد انه يخير وكذلك من فاته بعض الصلاة فقام ليقضيه ، قال الاثرم قلت لأبي عبدالله : رجل فاتته ركعة مع الامام من المغرب أو العشاء فقام ليقضي أيجهر أو يخافت ؟ قال ان شاء جهر وان شاء خافت ثم قال انما الجهر للجماعة ، وكذلك قال طاوس فيمن فاته بعض الصلاة وهو قول الاوزاعي ولا فرق بين القضاء والاداء ، وقال الشافعي يسن للمنفرد الجهر لانه غير مأمور بالانصات إلى أحد فأشبه الامام ، ولنا أنه لا يتحمل القراءة عن غيره فأشبه المأموم في سكتات الامام ويفارق الامام فانه يقصد اسماع المأمومين ويتحمل القراءة عنهم وإلى هذا أشار أحمد في قوله انما الجهر للجماعة

(فصل) فأما ان قضى الصلاة في جماعة فان كانت صلاة نهار فقضاها بليل أسر لانها صلاة نهار فسن فيها الاسرار كما لو قضاها بنهار ولا أعلم في هذا خلافا ، فان كانت الفائتة صلاة جهر فقضاها في ليل جهر في ظاهر كلام أحمد ، وإن قضاها في نهار فقال أحمد إن شاء لم يجهر فيحتمل الاسرار وهو مذهب الاوزاعي والشافعي لان صلاة النهار عجماء ، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « اذا رأيتم من يجهر بالقراءة في صلاة النهار فارجموه بالبعر » رواه أبو حفص باسناده وهذه قد صارت صلاة نهار ولأنها صلاة مفعولة بالنهار فأشبه الاداء فيه ، ويحتمل أن يجهر فيها ليكون القضاء على وفق الاداء وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور وابن المنذر ولا فرق عند هؤلاء بين المنفرد والامام

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقرأ في الصبح بطوال المفصل وفي الظهر في الركعة الاولى بنحو الثلاثين آية ، وفي الثانية بأيسر من ذلك ، وفي العصر على النصف من ذلك ، وفي المغرب بسور آخر المفصل ، وفي العشاء الآخرة بو الشمس وضحاها وما أشبهها)

وجملة ذلك ان قراءة السورة بعد الفاتحة مسنون ويستحب أن يكون على الصفة التي بين الخرقي اقتداء برسول الله ﷺ واتباعا لسنته ففي حديث أبي برزة أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الغداة

سترة وان كان له سترة فليس له المرور بينه وبينها لما روى أبو جهم الانصاري قال : قال رسول الله ﷺ « لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الأثم لكان أن يقف أربعين خيراً له من أن يمر بين يديه » ولمسلم « لأن يقف أحدكم مائة عام خير له من أن يمر بين يدي أخيه وهو يصلي » وروي عن يزيد قال رأيت رجلا بتبوك مقعداً فقال مررت بين يدي رسول الله ﷺ وأنا على حمار وهو يصلي فقال « اللهم اقطع أثره » فما مشيت عليها بعد ، رواه أبو داود ، وفي لفظ قال « قطع صلاتنا قطع الله أثره » وان أراد أحد المرور بين يديه فله منعه يروي ذلك ابن مسعود وابن عمر وابنه سالم وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى أبو سعيد قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « اذا كان أحدكم يصلي الى سترة من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان » ومعناه والله أعلم فليدفعه

بالستين إلى المائة . متفق عليه ، وعن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الفجر بقاف والقرآن المجيد ونحوها فكانت صلاته بعد إلى التخفيف . وقال قطبة بن مالك سمعت رسول الله ﷺ يقرأ في الفجر (والنخل باسقات) رواهما مسلم . وروى النسائي أنه قرأ فيها الروم . وروى ابن ماجه عن عبد الله ابن السائب قال : قرأ النبي ﷺ في صلاة الصبح بالمؤمنين فلما أتى على ذكر عيسى أصابته شرقة فركع ، وروى أبو داود وابن ماجه عن عمرو بن حريث قال : كأني أسمع صوت النبي ﷺ يقرأ في صلاة الغداة (فلا أقسم بالخنس الجوار) فأما صلاة الظهر فروى مسلم وأبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد - يعني الخدري - رضي الله عنه قال اجتمع ثلاثون من أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا تعالوا حتى نقيس قراءة رسول الله ﷺ فيما لم يجهر فيه من الصلاة فما اختلف منهم رجلان فقاسوا قراءته في الركعة الاولى من الظهر بقدر ثلاثين آية وفي الركعة الاخرى قدر النصف من ذلك وقاسوا ذلك

فان ألح فليقاتله أي يعنف في دفعه ، وقوله فانما هو شيطان أي فعله فعل شيطان أو الشيطان يحمله على ذلك ، وقيل معناه ان معه شيطانا ، وأكثر الروايات عن أبي عبد الله « أن المار بين يدي المصلي إذا ألح في المرور وأبى الرجوع فللمصلي أن يجتهد في رده مالم يخرجه ذلك إلى افساد صلاته بكثرة العمل فيها » وروي عنه انه قال : يرد ما استطاع وأكره القتال فيها وذلك لما يفضي اليه من الفتنة وفساد الصلاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم انما أمر برده حفظا للصلاة عما ينقصها فيعلم انه لم يرد ما يفسدها بالكلية فيحمل لفظ المقاتلة على دفع أبلغ من الدفع الاول والله أعلم . ويؤيد ذلك ماروت أم سلمة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي في حجرة أم سلمة فمر بين يديه عبد الله أو عمرو بن ابي سلمة فقال بيده فرجع فمرت زينب بنت أم سلمة فقال بيده هكذا فمضت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «هن أغلب» رواه ابن ماجه وهذا يدل على أنه صلى الله عليه وسلم لم يجتهد في الدفع

(فصل) ويستحب له أن يرد ما بين يديه من كبير وصغير وبهيمة لما روينا من حديث أم سلمة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى إلى جدار فاتخذه قبلة ونحن خلفه فجاءت بهيمة تمر بين يديه فمازال يدارئها حتى لصق بطنه بالجدار فمرت من ورائه

(فصل) فان مر بين يديه انسان فعبر لم يستحب رده من حيث جاء ، وهذا قول الشعبي والثوري واسحاق وابن المنذر ، وروي عن ابن مسعود انه يرده من حيث جاء وفعله سالم بن عبد الله لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر برده فيتناول العابر

ولنا ان هذا مرور ثان فينبغي أن لا يتسبب اليه كالاول ولان المار لو أراد أن يعود من حيث جاء لكان مأموراً بدفعه ولم يحل للعابر العود والحديث انما يتناول من أراد المرور لقوله «فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه» وبعد العبور فليس هو مريدا للاجتياز

(فصل) ولا يقطع المرور الصلاة بل ينقصها نص عليه وروي عن ابن مسعود : ان ممر الرجل ليضع

في العصر على قدر النصف من الركعتين الأخريين من الظهر هـذا لفظ ابن ماجه ولفظ أبي داود حزرنا قيامه في الركعتين الاولين من الظهر قدر ثلاثين آية قدر (الم تنزيل)السجدة وحزرنا قيامه في الأخريين على النصف من ذلك وحزرنا قيامه في الاولين من العصر على قدر الأخريين من الظهر وحزرنا قيامه في الأخريين من العصر على النصف من ذلك ولفظ مسلم كذلك ولم يقل قدر (الم تنزيل) وقال والآخرتين من العصر على قدر ذلك ، وعن جابر بن سمرة قال : كان النبي ﷺ يقرأ في الظهر بالليـل اذا يغشى وفي العصر نحو ذلك وفي الصبح أطول من ذلك ، وفي حديث كان يقرأ في الظهر بسبح اسم ربك الأعلى وفي الصبح أطول من ذلك أخرجهما مسلم . وروى أبو داود عن جابر ابن سمرة كان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر (والسماء ذات البروج * والسماء والطارق) وشبههما . فأما المغرب والعشاء فروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : كان النبي صلى الله عليـه وسلم يقرأ في المغرب (قل يا أيها الكافرون * وقل هو الله أحد) وعن البراء ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في العشاء بالتين والزيتون في السفر متفق عليه . روى مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أفتان أنت يامعاذ ؟ يكفيك أن تقرأ بالشمس وضحاها والضحى والليل اذا سجى * وسبح اسم ربك الأعلى» وكتب عمر الى أبي موسى أن اقرأ في الصبح بطوال المفصل، واقرأ في الظهر بأواسط المفصل واقرأ في المغرب بقصار المفصل . رواه أبو حفص باسناده

« مسئلة » قال (ومهما قرأ به بعد أم الـكتاب في ذلك كله أجزأه)

نصف الصلاة . قال القاضي : ينبغي أن يحمل نقص الصـلاة على من أمكنه الرد فلم يفعله ، أما اذا لم تمكنه الرد فصلاته تامة لانه لم يوجد منه ماينقص الصلاة فلا يؤثر فيها ذنب غيره والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وله عد الآي والتسبيح) لا بأس بعدّ الآي في الصلاة ، فأما التسبيح فتوقف فيه أحمد ، وقال أبو بكر : هو في معنى عد الآي ، وقال ابن أبي موسى : لا يكره في أصح الوجهين وهذا قول الحسن والنخعي وسعيد بن جبير وطاوس وابن سيرين والشعبي وإسحاق، وكرهه أبو حنيفة والشافعي لانه يشغل عن خشوع الصلاة

ولنا إجماع التابعين فانه حكي عمن سمينا من غير خلاف في عصرهم فكان اجماعا وانما كره أحمد عد التسبيح دون الآي ، لان المنقول عن السلف انما هو عد الآي ، وكره الحسن أن يحسب شيئا سواه ولان التسبيح يتوالى لقصره فيتوالى حسابه فيصير فعلا كثيراً

(فصل) ولا بأس بالاشارة في الصلاة باليد والعين لما روى ابن عمر وأنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يشير في الصـلاة ، روى الدارقطني حديث أنس باسناد صحيح ، ورواه أبو داود . وروى الترمذي حديث ابن عمر وقال حسن صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (وله قتل الحية والعقرب والقملة ولبس الثوب والعمامة مالم يطل) وهو قول الحسن والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وكرهه النخعي لانه يشغل عن الصلاة، والاول أولى لان النبي

قد ذكرنا ان قراءة السورة غير واجبة فالتقدير أولى أن لا يجب والأمر في هذا واسع قد روي عن النبي ﷺ وأصحابه أنهم قرءوا بأقل من ذلك وأكثر فقلت ان النبي ﷺ قرأ في المغرب بالمرسلات وقرأ فيها بالتين والزيتون ، وعن جبير بن مطعم انه سمع رسول الله ﷺ يقرأ في المغرب بالطور متفق عليه . وقرأ فيها بالاعراف ، رواه زيد بن ثابت وأخرجه أبو داود . وعن رجل من جهينة انه سمع النبي ﷺ يقرأ في الصبح (اذا زلزلت) في الركعتين كلتيهما فلا أدري أنسي رسول الله ﷺ أم قرأ ذلك عمدا رواه أبو داود ، وعنه أنه قرأ في الصبح بالمعوذتين وكان عليه السلام يطيل تارة ويقصر أخرى بحسب الاحوال وقد روينا انه قال عليه السلام « اني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها فأسمع بكاء الصبي فأخفف مخافة أن أشق على أمه »

(فصل) ويستحب أن يطيل الركعة الاولى من كل صلاة ليلحقه القاصد للصلاة ، وقال الشافعي يكون الاوليان متساويين لحديث أبي سعيد حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الركعتين الاولين من الظهر قدر الثلاثين آية ولان الاخريين يتساويان فكذلك الاوليان ووافقنا أبو حنيفة في الصبح ووافق الشافعي في بقية الصلوات

ولنا ماروى أبو قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين الاولين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين يطول في الاولى ويقصر في الثانية ويسمع الآية أحيانا وكان يقرأ في العصر في الركعتين الاولين بفاتحة الكتاب وسورتين يطول في الاولى ويقصر في الثانية . وكان يطول في

صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الاسودين في الصلاة ، الحية والعقرب . رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولا بأس بقتل القمل لان أنساً وعمر كانوا يفعلونه . وقال القاضي : التغافل عنها أولى ، وقال الاوزاعي : تركه أحب إليّ لان ذلك يشغل عن الصلاة لأمر غير مهم يمكن استدراكه بعد الصلاة وربما كثر فأبطلها

(فصل) ولا بأس بالعمل اليسير للحاجة لما روت عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي والباب عليه مغلق فاستفتحت فمشى ففتح لي ثم رجع الى مصلاه ، رواه أبوداود ، ورواه أحمد عن عائشة وفيه ووصفت له الباب في القبلة ، وروى أبو قتادة قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يؤم الناس وأمامة بنت زينب بنت رسول الله ﷺ على عاتقه فاذا ركع وضعها ، واذا رفع من السجود ردها ، رواه مسلم . وصلى أبو برزة ولجام دابته في يده فجعلت الدابة تنازعه وجعل يتبعها وجعل رجل من الخوارج يقول : اللهم افعل بهذا الشيخ فلما انصرف قال: اني سمعت قولكم واني غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ست غزوات أو سبع غزوات أو ثمان وشهدت من تيسيره اني ان كنت أرجع مع دابتي أحب إليّ من أن ترجع الى مألفها فيشق عليّ ، رواه البخاري . قال لا بأس أن يحمل الرجل ولده في الصلاة الفريضة لحديث أبي قتادة . وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه التحف بإزاره وهو في الصلاة ، فلا بأس إن سقط رداء الرجل أن يرفعه لذلك ، وإن انحل

الركعة الاولى من صلاة الصبح ويقصر في الثانية متفق عليه ، وروى أبو داود هذا الحديث وفيه قال فظننا أنه يريد بذلك أن يدرك الناس الركعة الاولى ، وعن عبدالله بن أبي أوفى أن النبي ﷺ كان يقوم في الركعة الاولى من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدمه وحديث أبي سعيد قد رواه ابن ماجه وفي الركعة الاخرى قدر النصف من ذلك ، وهذا أولى لانه يوافق الاحاديث الصحيحة ثم لو قدرنا التعارض كان تقديم حديث أبي قتادة أولى لانه أصح ويتضمن زيادة وهي ضبط التفريق بين الركعتين قال أحمد رحمه الله في الامام يطول في الثانية يعني أكثر من الاولى يقال له في هذا تعلم ، وقال أيضاً في الامام يقصر في الاولى ويطول في الآخرة لا ينبغي هذا يقال له ويؤمر

(فصل) قال في رواية أبي طالب واسحاق بن ابراهيم لا بأس بالسورة في ركعتين وذلك لما روي زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب في الركعتين بالاعراف وروى الخلال باسناده عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يقسم البقرة في الركعتين ، وباسناده عن الزهري قال أخبرني أنس قال : صلى بنا أبو بكر رضي الله عنه صلاة الفجر فافتتح سورة البقرة فقرأ بها في ركعتين فلما سلم قام اليه عمر فقال ماكدت تفرغ حتى تطلع الشمس قال لو طلعت لالفتنا غير غافلين . وقد قرأ النبي صلى الله عليه وسلم بسورة المؤمنين فلما أتى على ذكر عيسى أخذته شرقة فركع ولا بأس أيضاً بقراءة بعض السورة في الركعة لما روينا من الاحاديث وهي تتضمن ذلك وقد نص

إزاره أن يشده ، وإن عتقت الامة في الصلاة اختمرت وبنت على صلاتها ، وقال من فعل كفعل أبي برزة حين مشى إلى الدابة حين أفلتت منه فصلاته جائزة وهذا لان النبي ﷺ هو المشرع فما فعله وأمر به فلا بأس به ، وقد روى سهل بن سعد أن النبي ﷺ صلى على منبره فاذا أراد أن يسجد نزل عن المنبر فسجد بالارض ثم رجع إلى المنبر كذلك حتى قضى صلاته ، وفي حديث جابر في صلاة الكسوف قال : ثم تأخر وتأخرت الصفوف حتى انتهينا إلى النساء ثم تقدم وتقدم الناس معه حتى قام في مقامه متفق عليه . فكل هذا وأشباهه لا بأس به في الصلاة ولا يبطلها ، وإن فعله لغير حاجة كره ولم يبطلها أيضاً لما روى عمرو بن حريث قال : كان رسول الله ﷺ ربما يضع اليمنى على اليسرى في الصلاة وربما مسح لحيته وهو يصلي ، رواه البيهقي

(فصل) ولا يتقدر الجائز من هذا بثلاث ولا بغيرها من العدد لان فعل النبي ﷺ الظاهر منه زيادته على ثلاث كتأخره حتى تأخر الرجال فانتهوا إلى النساء ، وكذلك مشي أبي برزة مع دابته ولان التقدير بابه التوقيف وهذا لا توقيف فيه لكن يرجع في الكثير واليسير إلى العرف فيما يعد كثيراً ويسيراً وما شابه فعل النبي صلى الله عليه وسلم فهو يسير

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طال الفعل في الصلاة أبطلها عمده وسهوه إلا أن يفعله متفرقا) متى طال الفعل في الصلاة وكثر أبطل الصلاة اجماعا عمداً كان أو سهواً اذا كان من غير جنس الصلاة الا أن

عليه أحمد واحتج بما رواه باسناده عن ابن أبزى قال صليت خلف عمر فقرأ سورة يوسف حتى اذا بلغ (وابيضت عيناه من الحزن) وقع عليه البكاء فركع ثم قرأ سورة النجم فسجد فيها ثم قام فقرأ (اذا زلزلت) ولانه اذا جاز أن يقتصر على قراءة آية من السورة فهي بعض السورة

(فصل) وسئل أحمد عن الرجل يقرأ في الركعة بسورة ثم يقوم فيقرأ بها في الركعة الاخرى فقال وما بأس بذلك، وقد روى النجاد باسناده عن أبي الحويرث أن النبي ﷺ صلى المغرب فقرأ بأم الكتاب وقرأ معها اذا زلزلت ثم قام فقرأ في الثانية بأم القرآن وقرأ اذا زلزلت أيضاً ورواه أبو داود عن النبي ﷺ وقد روينا من حديث البخاري أن رجلا كان يقرأ في كل ركعة (قل هو الله أحد) فرفع إلى النبي ﷺ فأقره عليه

(فصل) قال حرب قلت لاحمد فالرجل يقرأ على التأليف اليوم سورة وغداً التي تليها ونحوه قال ليس في هذا شيء الا أنه روي عن عثمان أنه فعل ذلك في المفصل وحده وقد روي عن أنس قال كان أصحاب محمد ﷺ يقرءون القرآن من أوله إلى آخره في الفرائض إلا أن أحمد قال هذا حديث منكر وقال مهنا سألت أحمد عن الرجل يقرأ في الصلاة حيث ينتهي جزؤه قال لا بأس به في الفرائض

(فصل) قال أحمد لا بأس أن يصلي بالناس القيام وهو ينظر في المصحف قيل له في الفريضة قال لا لم أسمع فيه شيئا، وقال القاضي يكره في الفرض ولا بأس به في التطوع اذا لم يحفظ فان كان حافظا

يكون لضرورة فيكون حكمه حكم الخائف فلا تبطل الصلاة به، وإن فعله متفرقا لم تبطل الصلاة أيضاً اذا كان كل عمل منها يسيراً بدليل حمل النبي ﷺ امامة ووضعها في كل ركعة فان ذلك لو جمع كان كثيراً ولم تبطل به لتفرقه، فان احتاج إلى الفعل الكثير لغير ضرورة قطع الصلاة فعله. قال أحمد اذا رأى صبيين يتخوف أن يلقي أحدهما صاحبه في البئر فانه يذهب اليهما فيخلصهما ويعود في صلاته وقال: اذا لزم رجل رجلا فدخلا المسجد وقد أقيمت الصلاة فاذا سجد الامام خرج الملزوم فان الذي كان يلزمه يخرج في طلبه يعني ويبتدئ الصلاة وهكذا لو رأى حريقا يريد اطفاءه أو غريقا يريد انقاذه خرج اليه وابتدأ الصلاة. فان خاف على نفسه من الحريق ونحوه في الصلاة ففر منه بنى على صلاته فأتمها صلاة خائف على ماذكرنا من قبل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره تكرار الفاتحة) لانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه لانها ركن، وفي ابطال الصلاة بتكررها خلاف فكره لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره الجمع بين سور في الفرض ولا يكره في النفل) أما الجمع بين السور في النفل فلا يكره رواية واحدة لا نعلم فيه خلافا فان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في ركعة سورة البقرة وآل عمران والنساء. وقال ابن مسعود: لقد عرفت النظائر التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن بينهن فذكر عشرين سورة من المفصل سورتين في كل ركعة، متفق عليه وكان عثمان يختم القرآن في كل

كره أيضا ، قال وقد سئل أحمد عن الامامة في المصحف في رمضان فقال إذا اضطروا الى ذلك نقله علي بن سعيد وصالح وابن منصور ، وحكي عن ابن حامد أن النفل والفرض في الجواز سواء ، وقال أبو حنيفة تبطل الصلاة به إذا لم يكن حافظاً لانه عمل طويل ،وقد روى أبو بكر بن أبي داود في كتاب المصاحف باسناده عن ابن عباس قال نهانا أمير المؤمنين أن نؤم الناس في المصاحف وأن يؤمنا إلا محتلم ، وروي عن ابن المسيب والحسن ومجاهد وابراهيم وسليمان بن حنظلة والربيع كراهة ذلك وعن سعيد والحسن قالا تردد ما معك من القرآن ولا تقرأ في المصحف ، والدليل على جوازه ماروى أبو بكر الاثرم وابن أبي داود باسنادهما عن عائشة أنها كانت يؤمها عبد لها في المصحف ، وسئل الزهري عن رجل يقرأ في رمضان في المصحف فقال كان خيارنا يقرءون في المصاحف ، وروي ذلك عن عطاء ويحيى الانصارى ،وعن الحسن ومحمد في التطوع ، ولان ماجاز قراءته ظاهراً جاز نظيراً كالحافظ ، ولا نسلم ان ذلك يحتاج إلى عمل طويل وإن كان كثيراً فهو متصل واختصت الكراهة بمن يحفظ لانه يشتغل بذلك عن الخشوع في الصلاة والنظر إلى موضع السجود لغير حاجة وكره في الفرض على الاطلاق لان العادة انه لايحتاج الى ذلك فيها وأبيحت في غير هذين الموضعين لموضع الحاجة الى سماع القرآن والقيام به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يزيد على قراءة أم الكتاب في الاخريين من الظهر والعصر وعشاء الآخرة والركعة الاخيرة من المغرب)

وجملة ذلك أنه لاتسن زيادة القراءة على أم الكتاب في الركعتين غير الاولين ، قال ابن سيرين لا أعلمهم يختلفون انه يقرأ في الركعتين الاولين بفاتحة الكتاب وسورة وفي الاخريين بفاتحة

ركعة ، وأما الفريضة فيستحب أن يقتصر فيها على سورة بعد الفاتحة من غير زيادة لان النبي ﷺ هكذا كان يصلي أكثر صلاته ، وهل يكره الجمع بين السورتين فيها؟ على روايتين (احداهما) يكره لما ذكرنا (والثانية) لايكره لان حديث ابن مسعود مطلق ، وروي أن رجلا من الانصار كان يؤمهم وكان يقرأ قبل كل سورة (قل هو الله أحد) ثم يقرأ سورة أخرى معها فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « مايحملك على لزوم هذه السورة في كل ركعة ؟ » فقال اني احبها فقال « حبك اياها ادخلك الجنة» رواه البخاري تعليقا ، ورواه الترمذي وقال حديث صحيح غريب ، وروى الخلال باسناده عن ابن عمر انه كان يقرأ في المكتوبة بالسورتين في كل ركعة ، رواه مالك في الموطأ ، فأما قراءة السورة الواحدة في الركعتين يعيدها فلا بأس وقد ذكرناه

(فصل) والمستحب ان يقرأ في الثانية سورة بعد السورة التي قرأها في الركعة الاولى في النظم ، قال احمد في رواية مهنا اعجب الي ان يقرأ من البقرة الى اسفل لان ذلك المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] وروي عن ابن مسعود أنه سئل عمن يقرأ القرآن منكوسا فقال ذلك منكوس القلب

(١) فيه ان السور لم تكن مرتبة كلها في عهد النبي (ص) على التحقيق الذي عليه الجمهور وثبت أن النبي (ص) لم يلتزم هذا الترتيب الذي في المصحف والمراد بالتنكيس المذموم تنكيس آيات السورة

الكتاب ، وروي ذلك عن ابن مسعود وأبي الدرداء وجابر وأبي هريرة وعائشة . رواه اسماعيل بن سعيد الشالنجي عنهم باسناده إلا حديث جابر رواه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة، واختلف قول الشافعي فمرة قال كذلك ومرة قال يقرأ بسورة مع الفاتحة في كل ركعة ، وروي ذلك عن ابن عمر لما روى الصنابحي قال صليت خلف أبي بكر الصديق المغرب فدنوت منه حتى ان ثيابي تكاد تمس ثيابه فقرأ في الركعة الاخيرة بأم الكتاب وهذه الآية (ربنا لاتزغ قلوبنا)

ولنا حديث ابي قتادة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الظهر في الركعتين الاوليين بأم الكتاب وسورتين وفي الركعتين الاخريين بأم الكتاب ويسمعنا الآية . وكتب عمر الى شريح أن اقرأ في الركعتين الاوليين بأم الكتاب وسورة وفي الاخريين بأم الكتاب ، وما فعله الصديق رحمه الله انما قصد به الدعاء لا القراءة ليكون موافقا لفعل النبي ﷺ وبقية أصحابه ، ولو قدر انه قصد بذلك القراءة فليس بموجب ترك حديث النبي صلى الله عليه وسلم وفعله ، ثم قد ذكرنا مذهب عمر وغيره من الصحابة بخلاف هذا ، فأما ان دعى انسان في الركعة الآخرة بآية من القرآن مثل ما فعل

وفسره أبو عبيد بذلك ، فان قرأ كذلك فلا بأس به لان أحمد قال حين سئل عن ذلك : لا بأس به أليس يعلم الصبي على هذا ؟ وقد روي أن الأحنف قرأ الكهف في الاولى ، وفي الثانية بيوسف ، وذكر انه صلى مع عمر الصبح فقرأ بهما ، استشهد به البخاري

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكره قراءة أواخر السور وأوساطها . وعنه يكره)

المشهور عن أحمد انه لا يكره قراءة أواخر السور وأوساطها في الصلاة نقلها عنه جماعة لقول الله تعالى (فاقرءوا ما تيسر منه) ولان أبا سعيد قال : أمرنا أن نقرأ فاتحة الكتاب وما تيسر ، رواه أبو داود ، وروى الخلال باسناده أن ابن مسعود كان يقرأ في الآخرة من صلاة الصبح آخر آل عمران وآخر الفرقان . وقال ابو برزة : كان رسول الله ﷺ يقرأ بالستين إلى المائة فيه دليل على انه لم يكن يقتصر على قراءة سورة ، ولان آخرها أحد طرفي السورة فلم يكره كأولها ، وعن أحمد انه يكره في الفرض نقلها عنه المروذي وقال: سورة أعجب الي ، وقال المروذي :وكان لأبي عبد الله قرابة يصلي به فكان يقرأ في الثانية من الفجر بآخر السورة فلما أكثر قال أبو عبد الله :تقدم أنت فصل ، فقلت له هذا يصلي بكم منذ كم ؟ قال دعنا منه يجيء بآخر السور وكرهه ، قال شيخنا رحمه الله ولعل احمد انما احب اتباع النبي ﷺ فيما نقل عنه وكره المداومة على خلاف ذلك فان المنقول عن النبي ﷺ قراءة السورة او بعض السورة من اولها ، ونقل عنه رواية ثالثة انه يكره قراءة اوسط السورة دون آخرها لما روينا في آخر السور عن عبد الله بن مسعود ولم ينقل مثل ذلك في وسطها ، قال الاثرم قلت لابي عبد الله الرجل يقرأ آخر السورة في الركعة فقال أليس قد روي في هذا رخصة عن عبد الرحمن بن يزيد وغيره ؟

الصديق فقد روي عن أحمد انه سئل ذلك فقال ان شاء قاله ولا ندري أكان ذلك قراءة من أبي بكر أو دعاء ، فهذا يدل على انه لا بأس بذلك لانه دعاء في الصلاة لم يكره كالدعاء في التشهد[1]

(١) فيه أن أحمد قال لا أدري ولم يجزم بانه دعاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان من الرجال وعليه مايستر ما بين سرته وركبته اجزأه ذلك)

وجملة ذلك ان ستر العورة عن النظر بما لا يصف البشرة واجب وشرط لصحة الصلاة وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال بعض أصحاب مالك سترها واجب وليس بشرط لصحة الصلاة وقال بعضهم هي شرط مع الذكر دون السهو ، احتجوا على انها ليست شرطا بأن وجوبها لا يختص بالصلاة فلم يكن شرطا كاجتناب الصلاة في الدار المغصوبة

ولنا ماروت عائشة أن النبي ﷺ قال « لايقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وقال سلمة بن الاكوع : قلت يارسول الله اني أكون في الصيف فأصلي في القميص الواحد قال « نعم وازرره ولو بشوكة » حديث حسن وما ذكروه ينتقض بالايمان والطهارة فانها تجب لمس المصحف والمسألة ممنوعة ، قال ابن عبد البر احتج من قال الستر من فرائض الصلاة بالاجماع على افساد من ترك ثوبه وهو قادر على الاستتار به وصلى عريانا ، قال وهذا أجمعوا عليه كلهم ، اذا ثبت هذا فالكلام في حد العورة والصالح في المذهب انها من الرجل ما بين السرة والركبة نص عليه أحمد في رواية جماعة وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء ، وفيه رواية

(فصل) فأما قراءة أوائل السور فلا خلاف في انه غير مكروه فان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ من سورة المؤمنين إلى ذكر موسى وهارون ثم أخذته سعلة فركع ، وقرأ سورة الاعراف في المغرب فرقها مرتين ، رواه النسائي

﴿ مسئلة ﴾ (وله ان يفتح على الامام اذا ارتج عليه في الصلاة وان يرد عليه اذا غلط)لا بأس به في الفرض والنفل روي ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر وهو قول جماعة من التابعين ، وكرهه ابن مسعود وشريح والثوري ، وقال ابو حنيفة تبطل به الصلاة لما روى الحارث عن علي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يفتح على الامام » وقال ابن عقيل إن كان في النفل جاز ذلك وإن كان في الفرض وارتج عليه في الفاتحة فتح عليه والا فلا

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ صلى صلاة فقرأ فيها فلبس عليه فلما انصرف قال لأبي « أصليت معنا ؟ » قال نعم ، قال « فما منعك ؟ » رواه ابو داود قال الخطابي اسناده جيد ، وعن ابن عباس قال تردد رسول الله صلى الله عليه وسلم في القراءة في صلاة الصبح فلم يفتحوا عليه فلما قضى الصلاة نظر في وجوه القوم فقال « أما شهد الصلاة معكم أبي بن كعب ؟ » قالوا لا فرأى القوم انما فقده ليفتح عليه . وروى مسور بن يزيد المالكي قال : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في الصلاة فترك آية من القرآن فقيل يارسول الله آية كذا وكذا تركتها فقال « فهلا أذكرتنيها ؟ » رواه ابو داود ،

أخرى انها الفرجان . قال مهنا سألت أحمد ماالعورة ؟ قال الفرج والدبر وهـذا قول ابن أبي ذئب وداود لما روى أنس أن النبي ﷺ يوم خيبر حسر الازار عن فخذه حتى اني لانظر إلى بياض فخذ النبي ﷺ رواه البخاري وقال حديث أنس أسند ، وحديث جرهد أحوط . وروت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ في بيته كاشفا عن فخذه فاستأذن ابو بكر فأذن له وهو على ذلك ثم استأذن عمر فأذن له وهو على ذلك. وهذا يدل على أنه ليس بعورة ولانه ليس بمخرج للحدث فلم يكن عورة كالساق ووجه الرواية الاولى ماروى الخلال باسناده والامام أحمد في مسنده عن جرهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رآه قد كشف عن فخذه فقال « غط فخذك فان الفخذ من العورة » وروى الدارقطني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلي كرم الله وجهه « لاتكشف فخذك ولا تنظر فخذ حي ولا ميت » وهذا صريح في الدلالة فكان أولى ، وروى أبو بكر باسناده عن أبي أيوب الانصاري قال: قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم « أسفل السرة وفوق الركبتين من العورة » وروى الدارقطني باسناده عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا زوج أحدكم عبده أمته أو أجيره فلا ينظر إلى شيء من عورته فان ماتحت السرة إلى الركبة عورة » وفي لفظ « مابين سرته وركبته من عورته » وهذا نص والحر والعبد في هذا سواء لتناول النص لهما جميعاً

(فصل) وليست سرته وركبتاه من عورته نص عليه احمد في مواضع وهذا قال به مالك والشافعي

ولانه تنبيه في الصلاة بما هو مشروع فيها أشبه التسبيح ، وحديث علي يرويه الحارث قال الشعبي كان كذابا ، وقال أبو داود لم يسمع اسحاق من الحارث الا أربعة أحاديث ليس هذا منها

(فصل) فان ارتج على الامام في الفاتحة فعلى المأموم أن يفتح عليه كما لو نسي سجدة لزمهم تنبيهه بالتسبيح ، فان عجز عن اتمام الفاتحة فله أن يستخلف من يصلي بهم ، وكذلك لو عجز في أثناء الصلاة عن ركن يمنع الائتمام به كالركوع فانه يستخلف من يتم بهم كما لو سبقه الحدث ، بل الاستخلاف ههنا أولى لان من سبقه الحدث قد بطلت صلاته وهذا صلاته صحيحة ، واذا لم يقدر على اتمام الفاتحة فقال ابن عقيل يأتي بما يحسن ويسقط عنه ماعجز عنه وتصح صلاته لان القراءة ركن من أركان الصلاة فاذا عجز عنه في أثناء الصلاة سقط كالقيام ، فأما المأموم فان كان أمياً صحت صلاته أيضا ، وإن كان قارئا نوى مفارقته وصلى وحده ولا يصح له اتمام الصلاة خلفه لان هـذا قد صار في حكم الامي ، قال شيخنا والصحيح أنه اذا لم يقدر على قراءة الفاتحة تفسد صـلاته لانه قادر على الصلاة بقراءتها فلم تصح صلاته لعموم قوله عليه السلام « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » ولا يصح قياس هذا على الامي لان الامي لو قدر على تعلمها قبل خروج الوقت لم تصح صلاته بدونها وهذا يمكنه أن يخرج فيسأل عما وقف فيـه ويصلي ، ولا يصح قياسه على أركان الافعال لان خروجه من الصـلاة لايزيل عجزه عنها بخلاف هذا

وقال أبو حنيفة الركبة من العورة لان النبي ﷺ قال « الركبة من العورة »

ولنا ماتقدم من حديث أبي أيوب وعمرو بن شعيب ولان الركبة حد فلم تكن من العورة كالسرة وحديثهم يرويه أبو الجنوب لايثبته أهل النقل . وقد قبل أبو هريرة سرة الحسن ولو كانت عورة لم يفعل ذلك

(فصل) والواجب الستر بما يستر لون البشرة فان كان خفيفا يبين لون الجلد من ورائه فيعلم بياضه أو حمرته لم تجز الصلاة فيه لان الستر لايحصل بذلك وان كان يستر لونها ويصف الخلقة جازت الصلاة لان هذا لا يمكن التحرز منه وان كان الساتر صفيقا

(فصل) فان انكشف من العورة يسير لم تبطل صلاته نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي تبطل لانه حكم تعلق بالعورة فاستوى قليله وكثيره كالنظرة

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن أيوب عن عمرو بن سلمة قال انطلق أبي وافداً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفر من قومه فعلمهم الصلاة وقال « يؤمكم اقرؤكم » فكنت أقرأهم فقدموني فكنت اؤمهم وعلي بردة لي صفراء صغيرة وكنت اذا سجدت انكشفت عني فقالت امرأة من النساء واروا عنا عورة قارئكم . فاشتروا لي قيصا عمانيا فما فرحت بشيء بعد الاسلام فرحي به . ورواه أبو داود والنسائي أيضا عن عاصم الاحول عن عمرو بن سلمة قال فكنت أؤمهم في بردة موصولة فيها فتق فكنت إذا سجدت فيها خرجت استي . وهذا ينتشر ولم ينكر ولا بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) ويكره أن يفتح من هو في الصلاة على من هو في صلاة أخرى أو على من ليس في صلاة لان ذلك يشغله عن صلاته وقد قال النبي ﷺ « ان في الصلاة لشغلا » فان فعل لم تبطل صلاته لانه قرآن انما قصد قراءته دون خطاب الآدمي أشبه مالو رد على امامه . وقال ابن عقيل في المصلي إذا رد على من ليس في الصلاة إن كان في النفل فلا بأس ، وإن كان في الفرض فهل تبطل صلاته؟ يخرج على روايتين فأما غير المصلي فلا بأس ان يفتح على المصلي وقد روى النجاد باسناده قال كنت قاعداً بمكة فاذا رجل عند المقام يصلي واذا رجل قاعد خلفه يلقنه فاذا هو عمر رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا نابه شيء مثل سهو امامه أو استئذان إنسان عليه سبح إن كان رجلا وان كانت امرأة صفحت ببطن كفها على الاخرى) وجملته انه اذا سها الامام فأتى بفعل في غير موضعه لزم المأمومين تنبيهه ، فان كانوا رجالا سبحوا به ، وان كانوا نساء صفقن ببطون أكفهن على ظهر الاخرى وبه قال الشافعي ، وقال مالك : يسبح الرجال والنساء لقول النبي ﷺ « من نابه شيء في صلاته فليسبح الرجال ولتصفح النساء » متفق عليه

ولنا ماروى سهل بن سعد قال : قال رسول الله ﷺ « إذا نابكم شيء في صلاتكم فليسبح الرجال ، ولتصفح النساء » متفق عليه

(فصل) واذا سبح لتنبيه إمامه أو لاستئذان انسان عليه وهو في الصلاة أو كلمه بشيء أو نابه

أنكره ،ولان ماصحت الصلاة مع كثيره حال العذر فرق بين قليله وكثيره في غير حال العذر كالمشي ولان الاحتراز من اليسير يشق فعفي عنه كيسير الدم . اذا ثبت هذا فان حد الكثير مافحش في النظر ولا فرق في ذلك بين الفرجين وغيرهما واليسير مالا يفحش والمرجع في ذلك الى العادة . وقال أبو حنيفة ان انكشف من المغلظة قدر الدرهم أو من المخففة أقل من ربعها لم تبطل وان كان أكثر بطلت

ولنا أن هذا شيء لم يرد الشرع بتقديره فرجع فيه الى العرف كالكثير من العمل في الصلاة والتفرق والاحتراز والتقدير بالتحكم من غير دليل لا يسوغ

(فصل) فان انكشفت عورته عن غير عمد فسترها في الحال من غير تطاول الزمان لم تبطل لانه يسير من الزمان أشبه اليسير في القدر . وقال التميمي في كتابه ان بدت عورته وقتا واستترت وقتا فلا اعادة عليه لحديث عمرو بن سلمة ولم يشترط اليسير ولا بد من اشتراطه لان الكثير يفحش انكشاف العورة فيه ويمكن التحرز منه فلم يعف عنه كالكثير من القدر

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا كان على عاتقه شيء من اللباس)

وجملة ذلك انه يجب أن يضع المصلي على عاتقه شيئا من اللباس ان كان قادراً على ذلك وهو قول ابن المنذر وحكي عن أبي جعفر أن الصلاة لاتجزيء من لم يخمر منكبيه . وقال أكثر الفقهاء لا يجب ذلك ولا يشترط لصحة الصلاة وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأنهما ليسا بعورة فأشبها بقية البدن

أمر في صلاته فسبح ليعلمه انه في صلاة أو خشي على انسان الوقوع في شيء فسبح به ، أو خشي أن يتلف بشيء فسبح ليتركه أو ترك إمامه ذكراً فرفع صوته به ليذكره لم يؤثر في الصلاة في قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وإسحاق . وحكي عن أبي حنيفة : ان تنبيه الآدمي بالتسبيح أو القرآن أو الاشارة يبطل الصلاة لان ذلك خطاب آدمي فيدخل في عموم أحاديث النهي عن الكلام لأنه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أشار في الصلاة إشارة تفقه أو تفهم فقد قطع الصلاة »

ولنا ماروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « التسبيح للرجال ، والتصفيق للنساء » متفق عليه ، ولما ذكرنا من حديث سهل بن سعد : وعن ابن عمر قال : قلت لبلال كيف كان النبي ﷺ يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه في الصلاة ؟ قال : كان يشير بيده . وعن صهيب قال : مررت برسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت فرد علي إشارة قال الترمذي كلا الحديثين صحيح . وقد ذكرنا حديث أنس أن النبي ﷺ كان يشير في الصلاة رواه ابو داود . وعن علي قال : كنت إذا استأذنت على النبي ﷺ فان كان في صلاة سبح ، وان كان في غير صلاة أذن ، وحديث أبي حنيفة يرويه أبو غطفان وهو مجهول فلا تعارض به الاحاديث الصحيحة

(فصل) فان عطس في الصلاة فقال : الحمد لله ، أو لسعه شيء فقال بسم الله ، أو سمع أو

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء » رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم وهذا نهي يقتضي التحريم ويقدم على القياس ، وروى أبو داود عن بريدة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصلي في لحاف ولا يتوشح به ويشترط ذلك لصحة الصلاة في ظاهر المذهب . قال القاضي وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه ليس بشرط وأخذه من رواية مثنى عن أحمد فيمن صلى وعليه سراويل وثوبه على إحدى عاتقيه والاخرى مكشوفة : يكره قيل له يؤمر أن يعيد؟ فلم ير عليه اعادة ، وهذا يحتمل أنه لم ير عليه الاعادة لستره بعض المنكبين فاجتزيء بستر إحدى العاتقين عن ستر الآخر لامتثاله لفظ الخبر — ووجه اشتراط ذلك أنه منهي عن الصلاة مع كشف المنكبين والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانها سترة واجبة في الصلاة فالاخلال بها يفسدها كسترة العورة

(فصل) ولا يجب ستر المنكبين جميعهما بل يجزيء ستر بعضهما ويجزيء سترهما بثوب خفيف يصف لون البشرة لان وجوب سترهما بالحديث ولفظه « لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء » وهذا يقع على مايعم المنكبين وما لا يعمهما وقد ذكرنا نص احمد فيمن احدى منكبيه مكشوفة فلم يوجب عليه الاعادة فان طرح على كتفه حبلا أو نحوه فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزئه لقوله شيئا من اللباس وهذا لا يسمى لباسا وهو قول القاضي ، وقال بعض أصحابنا يجزئه لان هذا شيء فيكون الحديث متناولا له وقد روي عن جابر أنه صلى في ثوب واحد متوشحا به كأني أنظر اليه كان على عاتقه ذنب

رأى ما يغمه فيقول إنا لله وإنا اليه راجعون . أو رأى ما يعجبه فقال سبحان الله — كره له ذلك ولم تبطل الصلاة ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة فيمن عطس فحمد الله لم تبطل صلاته . ونقل عنه مهنا فيمن قيل له في الصلاة ولد لك غلام فقال : الحمد لله . أو قيل احترق دكانك فقال : لا إله إلا الله ، أو ذهب كيسك فقال لا حول ولا قوة إلا بالله فقد مضت صلاته وهذا قول الشافعي وأبي يوسف لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال له رجل من الخوارج وهو في صلاة الغداة (لئن أشركت ليحبطن عملك) الآية قال فأنصت له حتى فهم ثم أجابه وهو في الصلاة (فاصبر إن وعد الله حق) الآية رواه النجاد باسناده ، واحتج به أحمد ، وقال أبو حنيفة : تفسد صلاته لانه كلام آدمي ، وقد روي نحو ذلك عن أحمد فانه قال : فيمن قيل له ولد لك غلام فقال : الحمد لله رب العالمين ، أو ذكر مصيبة فقال (إنا لله وإنا اليه راجعون) قال يعيد الصلاة قال القاضي هذا محمول على من قصد خطاب الآدمي ، ووجه الاول ماذكرنا من حديث علي ، وروى عامر بن ربيعة قال عطس شاب من الانصار خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة فقال : الحمد لله حمداً كثيراً طيبا مباركا فيه حتى يرضى ربنا وبعد مايرضى من أمر الدنيا والآخرة . فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من القائل الكلمة؟ فانه لم يقل بأسا ماتناهت دون العرش » رواه أبوداود ، ولان ما لايبطل الصلاة ابتداء لا يبطلها إذا أتى به عقيب سبب كالتسبيح لتنبيه إمامه قال الخلال : اتفقوا عن أبي عبد الله

فأرة وعنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لم يجد أحدهم ثوبا ألقى على عاتقه عقالا وصلى والصحيح أنه لا يجزئه لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا صلى أحدكم في ثوب واحد فليخالف بين طرفيه على عاتقه» من الصحاح ورواه أبو داود ولأن الأمر بوضعه على العاتقين للستر ولا يحصل ذلك بوضع خيط ولا يسمى سترة وما روي عن جابر لا يعلم صحته وما روي عن الصحابة ان صح عنهم فلعدم ما سواه والله أعلم

(فصل) ولم يفرق الخرقي بين الفرض والنفل لان الحديث عام في كل مصل ولان ما اشترط للفرض اشترط للنفل كالطهارة ونص أحمد أنه يجزئه في التطوع فانه قال في رواية حنبل يجزئه أن يأتزر بالثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء في التطوع لأن النافلة مبناها على التخفيف ولذلك يسامح فيها بهذا المقدار واستدل أبو بكر على ذلك بقول النبي ﷺ «إذا كان الثوب ضيقا فاشدده على حقوك» قال هذا في التطوع وحديث أبي هريرة في الفرض

(مسئلة) قال (ومن كان عليه ثوب واحد بعضه على عاتقه أجزأه ذلك)

وجملة ذلك أن الكلام في اللباس في أربعة فصول (الفصل الاول) فيما يجزيء (والثاني) في الفضيلة (والثالث) فيما يكره (والرابع) فيما يحرم

(أما الأول) فانه يجزيء ثوب واحد يستر عورته وبعضه أوغيره على عاتقه لما روى عمرو بن سلمة

ان العاطس لا يرفع صوته بالحمد، وان رفع فلا بأس لحديث الانصاري. قال أحمد: في الامام يقول لا إله إلا الله فيقول من خلفه لا إله الا الله يرفعون بها أصواتهم قال يقولون ولكن يخفضون. وانما لم يكره أحمد ذلك كما كره القراءة خلف الامام لانه يسير لا يمنع الانصات كالتأمين. قيل لاحمد فان رفعوا أصواتهم بهذا؟ قال: أكرهه قيل فينهاهم الامام؟ قال لا. قال القاضي: انما لم ينههم لانه قد روي عن النبي ﷺ أنه كان يسمعهم الآية أحيانا في صلاة الاخفات

(فصل) قيل لاحمد اذا قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى) هل يقول سبحان ربي الاعلى؟ قال ان شاء والا فيما بينه وبين نفسه ولا يجهر به، وقد روي عن علي أنه قرأ في الصلاة (سبح اسم ربك الاعلى) فقال سبحان ربي الاعلى. وعن ابن عباس أنه قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى) فقال: سبحانك وبلى، وعن موسى بن أبي عائشة قال: كان رجل يصلي فوق بيته فكان إذا قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى قال: سبحانك فبلى، فسألوه عن ذلك فقال سمعته من رسول الله ﷺ، رواه أبو داود

(فصل) فان قرأ القرآن يقصد به تنبيه آدمي مثل أن يستأذن عليه فيقول (ادخلوها بسلام آمنين) أو يقولون لرجل اسمه يحيى (يا يحيى خذ الكتاب بقوة) فقد روي عن أحمد أنه يبطل الصلاة، وهو قول أبي حنيفة لانه خطاب آدمي أشبه ما لو كلمه. وروي عنه ما يدل على أنها لا تبطل فانه احتج

انه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي في ثوب واحد في بيت أم سلمة قد ألقى طرفيه على عاتقه متفق عليه . وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا كان الثوب واسعا فالتحف به واذا كان ضيقا فاتزر به رواه البخاري وغيره . وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن الصلاة في ثوب واحد فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أو لكلكم ثوبان ؟ » رواه مسلم ومالك في موطئه ، وصلى جابر في قميص ليس عليه رداء فلما انصرف قال إني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي في قميص رواهما أبو داود

(الفصل الثاني في الفضيلة) وهو أن يصلي في ثوبين أو أكثر فانه اذا أبلغ في الستر يروى عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا أوسع الله فأوسعوا ، جمع رجل عليه ثيابه ، صلى رجل في ازار وبرد ، أو في ازار وقميص، في ازار وقباء ، في سراويل ورداء ، في سراويل وقميص ، في سراويل وقباء ، في تبان وقميص. وروى أبو داود عن عمر قال قال رسول الله ﷺ أو قال قال عمر : إذا كان لاحدكم ثوبان فليصل فيهما فان لم يكن إلا ثوب واحد فليتزر به ولا يشتمل اشتمال اليهود . قال التميمي الثوب الواحد يجزيء والثوبان أحسن والاربع أكمل: قميص وسراويل وعمامة وازار . وروى ابن عبد البر عن عمر انه رأى نافعا يصلي في ثوب واحد قال ألم تكتس ثوبين؟ قلت بلى قال فلو أرسلت في الدار أكنت تذهب في ثوب واحد؟ قلت لا قال فالله أحق أن يزين له أو الناس؟ قلت بل الله ، وقال القاضي ذلك في الامام آكد منه في غيره لانه بين يدي المأمومين وتتعلق صلاتهم بصلاته . فان لم يكن إلا ثوب واحد فالقميص لانه أعم في الستر

بحديث علي مع الخارجي قال له (اصبر ان وعد الله حق) وروي نحو هذا عن ابن مسعود وابن أبي ليلى ، فروى الخلال باسناده عن عطاء بن السائب قال : استأذنا على عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو يصلي فقال (ادخلوا مصر ان شاء الله آمنين) ولانه قرآن فلم يفسد الصلاة كما لو لم يقصد به التنبيه ، وقال القاضي: ان قصد التلاوة حسب لم تفسد صلاته ، وان حصل التنبيه ، وان قصد التنبيه حسب فسدت صلاته لانه خاطب آدميا ، وان قصدهما ففيه وجهان (أحدهما) لا تفسد وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا من الآثار والمعنى (والثاني) تفسد صلاته لانه خاطب آدميا أشبه مالو لم يقصد التلاوة. فأما ان أتى بما لا يتميز به القرآن عن غيره كقوله لرجل اسمه ابراهيم يا ابراهيم ونحوه فسدت صلاته لان هذا كلام الناس ولم يتميز عن كلامهم بما يتميز به القرآن أشبه مالو جمع بين كلمات مفرقة من القرآن فقال يا ابراهيم خذ الكتاب الكبير

﴿ مسئلة ﴾ (وان بدره البصاق بصق في ثوبه ، وان كان في غير المسجد جاز أن يبصق عن يساره أو تحت قدمه) لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى نخامة في قبلة المسجد فأقبل على الناس فقال «مابال أحدكم يقوم مستقبل ربه فيتنخع أمامه، أيحب أحدكم أن يستقبل فيتنخع في وجهه ؟ فاذا تنخع أحدكم فليتنخع عن يساره أو تحت قدمه فان لم يجد فليقل هكذا » ووصف القاسم فتفل في ثوبه ثم مسح بعضه على بعض . وقال رسول الله ﷺ « البصاق في المسجد

فانه يستر جميع الجسد إلا الرأس والرجلين ثم الرداء لانه يليه في الستر ثم المئزر ثم السراويل ولا يجزيء من ذلك كله إلا ماستر العورة عن غيره وعن نفسه فلو صلى في قميص واسع الجيب بحيث لو ركع أو سجد رأى عورته أو كانت بحيث يراها لم تصح صلاته ، ودل على ذلك حديث سلمة بن الاكوع انه قال النبي ﷺ أصلي في القميص الواحد؟ قال « نعم وازرره ولو بشوكة » قال الاثرم سئل أحمد عن الرجل يصلي في القميص الواحد غير مزرور عليه، قال ينبغي أن يزره ،قيل له فان كانت لحيته تغطيه ولم يكن متسع الجيب ؟ قال ان كان يسيراً فجائز. فعلى هذا متى ظهرت عورته له أو لغيره فسدت صلاته فان لم تظهر لكون جيب القميص ضيقا أو شد وسطه بمئزر أو حبل فوق الثوب أو كان ذا لحية تسد الجيب فتمنع الرؤية أو شد إزاره أو ألقى على جيبه رداء أو خرقة فاستترت عورته به أجزأه ذلك وهذا مذهب الشافعي

(الفصل الثالث فيما يكره) يكره اشتمال الصماء لما روى البخاري عن أبي هريرة وأبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن لبستين اشتمال الصماء ، وأن يحتبي الرجل بثوب ليس بين فرجه وبين السماء شيء ، واختلف في تفسير اشتمال الصماء فقال بعض اصحابنا هو أن يضطبع بالثوب ليس عليه غيره ومعنى الاضطباع أن يضع وسط الرداء تحت عاتقه الايمن وطرفيه على منكبه الايسر ويبقى منكبه الايمن مكشوفا ، وروي حنبل عن احمد في اشتمال الصماء أن يضطبع الرجل بالثوب ولا إزار عليه فيبدو شقه وعورته ، أما إن كان عليه ازار فتلك لبسة المحرم فلو كان لا يجزئه لم يفعله النبي صلى الله عليــه وسلم . وروى ابو بكر باسناده عن ابن مسعود قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يلبس الرجل ثوبا واحداً يأخذ بجوانبه على منكبه فيدعى تلك الصماء ، وقال بعض اصحاب

خطيئة وكفارتها دفنها » رواه مسلم(١)

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يصلي الى سترة مثل آخرة الرحل) يستحب للمصلي الصلاة الى سترة فان كان في مسجد أو بيت صلى الى الحائط أو الى سارية ، وان كان في فضاء صلى الى شيء شاخص بين يديه إما الى حربة أو عصا أو يعرض البعير فيصلي اليه ، لا نعلم في استحباب ذلك خلافا وسواء ذلك في الحضر والسفر لان النبي صلى الله عليــه وسلم كانت تركز له الحربة فيصلي اليها ، ويعرض البعير فيصلي اليه . وفي حديث أبي جحيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم ركزت له عنزة فتقدم فصلى الظهر ركعتين يمر بين يديه الحمار والكلب لا يمنع ، متفق عليه . وعن طلحة بن عبيد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل ولا يبال من مر من وراء ذلك » رواه مسلم

(فصل) وقدر طولها ذراع أو نحوه يروى ذلك عن عطاء والثوري واصحاب الرأي، وعنه انها قدر عظم الذراع وهو قول مالك والشافعي وهذا ظاهر التقريب لان النبي صلى الله عليه وسلم قدرها بمؤخرة الرحل وهي تختلف فتارة تكون ذراعا وتارة تكون أقل فما قارب الذراع أجزأ الاستتار به فأما قدرها في الغلظ فلا نعلم فيه حداً فقد تكون غليظة كالحائط ورقيقة كالسهم فان النبي صلى الله عليه

(١) لعل الاصل رواهما مسلم والا فالثاني متفق عليه وهو في الصحيحين بلفظ البزاق بالزاي

الشافعي هو أن يلتحف بالثوب ثم يخرج يديه من قبل صدره ، وقال أبو عبيد اشتمال الصماء عند العرب أن يشتمل الرجل بثوبه يجلل به جسده كله ولا يرفع منه جانبا يخرج منه يده كأنه يذهب به إلى أنه لعله يصيبه شيء يريد الاحتراس منه فلا يقدر عليه . وتفسير الفقهاء أن يشتمل بثوب واحد ليس عليه غيره ثم يرفعه من أحد جانبيه فيضعه على منكبيه فيبدو منه فرجه والفقهاء أعلم بالتأويل. فعلى هذا التفسير يكون النهي للتحريم وتفسد الصلاة معه — ويكره السدل وهو أن يلقي طرف الرداء من الجانبين ولا يرد أحد طرفيه على الكتف الاخرى ولا يضم الطرفين بيديه وكره السدل ابن مسعود والنخعي والثوري والشافعي ومجاهد وعطاء ،وعن جابر وابن عمر الرخصة فيه.وعن مكحول والزهري وعبيد الله بن الحسن بن الحسين أنهم فعلوه ، وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا يسدلان فوق قميصهما ، قال ابن المنذر لاأعلم فيه حديثا يثبت وقد روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل في الصلاة وأن يغطي الرجل فاه رواه أبو داود من طريق عطاء ثم روي عن ابن جريج أنه قال أكثر مارأيت عطاء يصلي سادلا ـ ويكره اسبال القمص والازر والسراويلات على وجه الخيلاء لان النبي ﷺ قال « من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه » متفق عليه ، وروى ابو داود عن ابن مسعود قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أسبل إزاره في صلاته خيلاء فليس من الله جل ذكره في حل ولا حرام » ـ ويكره أن يغطي الرجل وجهه أو فمه لما ذكرنا من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى أن يغطي الرجل فاه ، وهل يكره التلثم على الانف ؟ على روايتين (احداهما) يكره لان ابن عمر كرهه (والاخرى) لايكره لان تخصيص الفم بالنهي عن تغطيته تدل على إباحة تغطية غيره

وتكره الصلاة في الثوب المزعفر للرجل وكذلك المعصفر لان البخاري ومسلما رويا أن النبي

وسلم كان يستتر بالعنزة ، وقال أبو سعيد كان يستتر بالسهم والحجر في الصلاة الا أن أحمد قال ماكان أعرض فهو أعجب إلي لما روي عن سبرة أن النبي ﷺ قال « استتروا في الصلاة ولو بسهم » رواه الأثرم ، فقوله « ولو بسهم » يدل على أن غيره أولى منه

(فصل) ويستحب أن يدنو من سترته لما روى سهل بن أبي حثمة يرفعه أنه قال « اذا صلى أحدكم إلى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان عليه صلاته » رواه أبو داود ، وعن سهل بن سعد قال: كان بين رسول الله ﷺ وبين السترة ممر الشاة ، رواه البخاري . ولان قربه من السترة أصون لصلاته وأبعد من أن يمر بينه وبينها شيء ، وينبغي أن يكون مقدار ذلك ثلاثة أذرع فما دون قال أحمد ان ابن عمر قال : صلى النبي ﷺ في الكعبة فكان بينه وبين الحائط ثلاثة أذرع ،وكان عبدالله بن مغفل يجعل بينه وبين سترته ستة أذرع ، وقال عطاء أقل مايكفيك ثلاثة أذرع وهو قول الشافعي لخبر ابن عمر ، وكلما دنا فهو أفضل لما ذكرنا من الاخبار والمعنى ، قال مهنا سألت أحمد عن الرجل يصلي كم ينبغي أن يكون بينه وبين القبلة ؟ قال يدنو من القبلة مااستطاع

(فصل) ولا بأس أن يستتر ببعير أو حيوان فعله ابن عمر وأنس ، وقال الشافعي لا يستتر بدابة

ﷺ نهى الرجال عن التزعفر ، وروى مسلم عن علي رضي الله عنه قال : نهاني النبي ﷺ عن لباس المعصفر ، وقال عبد الله بن عمرو رأى النبي ﷺ علي ثوبين معصفرين فقال « إن هذا من ثياب الكفار فلا تلبسهما » وروى ابو بكر باسناده عن عمران بن الحصين أن نبي الله ﷺ قال « لا أركب الارجوان ولا ألبس المعصفر » فأما شد الوسط في الصلاة فان كان بمنطقة أو مئزر أو ثوب أو شد قباء فلا يكره رواية واحدة ، قال ابو طالب سألت أحمد عن الرجل يصلي وعليه قميص يأتزر بالمنديل قال نعم قد نقل ذلك ابن عمر وإن كان بخيط أوحبل مع سرته وفوقها فهل يكره ؟ على روايتين (احداهما) يكره لما فيه من التشبه بأهل الكتاب وقد نهى النبي ﷺ عن التشبه بهم وقال « لا تشتملوا اشتمال اليهود » رواه أبو داود (والرواية الاخرى) قال لا بأس أليس قد روي عن النبي ﷺ قال « لا يصلي أحدكم الا وهو محتزم » وقال ابن سعيد سألت أحمد عن حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لا يصلي أحدكم الا وهو محتزم » قال كأنه من شد الوسط ، وروى الخلال باسناده عن الشعبي قال : كان يقال « شد حقوك في الصلاة ولو بعقال » وعن يزيد بن الاصم مثله

وأما الصلاة في الثوب الاحمر فقال أصحابنا يكره للرجال لبسه والصلاة فيه ، وقد اشترى عمر ثوبا فرأى فيه خيطا أحمر فرده ، وقد روى أبو جحيفة قال : خرج النبي صلى الله عليه وسلم في حلة حمراء ثم ركزت له عنزة فتقدم وصلى الظهر ، وقال البراء مارأيت من ذي لمة في حلة حمراء أحسن من رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليهما ، وروى أبو داود عن هلال بن عامر قال : رأيت رسول الله ﷺ يخطب على بغلة وعليه برد أحمر وعلي أمامه يعبر عنه ، ووجه كراهة ذلك ماروى أبو داود باسناده عن عبد الله بن عمرو قال دخل على النبي ﷺ رجل عليه بردان أحمران

ولنا ماروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى إلى بعير ، رواه البخاري ، وفي لفظ قال : قلت فاذا ذهب الركاب قال : كان يعرض الرحل ويصلي إلى آخرته ، فان استتر بانسان فلا بأس لانه يقوم مقامه ، وقد روي عن حميد بن هلال قال : رأى عمر بن الخطاب رجلا يصلي والناس يمرون بين يديه فولاه ظهره وقال بثوبه هكذا — وبسط يديه هكذا — وقال صل ولا تعجل ، وعن نافع كان ابن عمر اذا لم يجد سبيلا إلى سارية من سواري المسجد قال لنافع ولني ظهرك ، رواهما النجاد . فأما الصلاة إلى وجه الانسان فتكره لان عمر أدب على ذلك ، وعن عائشة أن النبي ﷺ كان يصلي حذاء وسط السرير وأنا مضطجعة بينه وبين القبلة ، تكون لي الحاجة فأكره أن أقوم فأستقبله فأنسل انسلالا ، متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد خط خطا وصلي اليه وقام ذلك مقام السترة) نص عليه احمد وبه قال سعيد ابن جبير والاوزاعي ، وأنكره مالك والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي بالخط بالعراق وقال بمصر لا يخط المصلي خطا إلا أن يكون فيه سنة تتبع

فسلم فلم يرد النبي صلى الله عليه وسلم ، وباسناده عن رافع بن خديج قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فرأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رواحلنا أكسية فيها خيوط عهن أحمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أرى هذه الحمرة قد علتكم » فقمنا سراعا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى نفر بعض أبلنا فأخذنا الاكسية فنزعناها عنها. والاحاديث الاول أثبت وأبين في الحكم فان ترك النبي ﷺ لردالسلام عليه يحتمل أن يكون لمعنى غير الحمرة ويحتمل أنها كانت معصفرة وهومكروه ، وحديث رافع يرويه عنه رجل مجهول ، ولأن الحمرة لون فهي كسائر الألوان

(فصل) وقد روى أبو داود عن أبي دمنة قال انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ فرأيت عليه بردين أخضرين ، وباسناده عن قتادة قال : قلنا لأنس أي اللباس كان أحب الى النبي ﷺ؟ قال الحبرة متفق عليه ، وباسناده عن ابن عميرة أنه قيل له لم تصبغ بالصفرة ؟ فقال اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها ولم يكن يعني أحب اليه منها وقد كان يصبغ بها ثيابه كلها حتى عمامته وباسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البسوا من ثيابكم البياض فانها من خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم »

﴿ الفصل الرابع فيما يحرم لبسه والصلاة فيه ﴾ وهو قسمان قسم تحريمه عام في الرجال والنساء وقسم يختص تحريمه بالرجال (القسم الاول) مايعم تحريمه وهو نوعان (أحدهما) النجس لا تصح الصلاة فيه ولا عليه لان الطهارة من النجاسة شرط وقد فاتت (والثاني) المغصوب وهل تصح الصلاة فيه ؟ على روايتين (احداهما) لاتصح (والثانية) تصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان التحريم لا يختص الصلاة ولا النهي يعود اليها فلم يمنع الصحة كما لو غسل ثوبه من النجاسة بماء مغصوب وكما

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يجد فلينصب عصا فان لم يكن معه عصا فليخط خطا ثم لايضره من مر أمامه [1] » رواه أبو داود وصفة الخط مثل الهلال . قال أبو داود : سمعت أحمد غير مرة وسئل عن الخط فقال هكذا عرضا مثل الهلال قال وسمعت مسدداً قال : قال ابن أبي داود الخط بالطول وقال في رواية الاثرم قالوا طولا وقالوا عرضا وأما أنا فاختار هذا ودور بأصبعه مثل القنطرة وكيفما خطه أجزأ لأن الحديث مطلق فكيفما أتى به فقد أتى بالخط والله اعلم

(فصل) فان كان معه عصا لايمكنه نصبها القاها بين يديه عرضا نقله الاثرم ، وكذلك قال سعيد ابن جبير والاوزاعي ، وكرهه النخعي

ولنا ان هذا في معنى الخط الذي ثبت استحبابه بالحديث الذي رويناه

(فصل) واذا صلى الى عود او عمود او نحوه استحب ان ينحرف عنه ولا يصمد له لما روى ابو داود عن المقداد بن الاسود قال : ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الى عود او الى

[1] هذا لفظ ابن حبان ولم يذكره المصنف ولفظ أبي داود «مامر» وهوأعم

لو صلى وعليه عمامة مغصوبة ـ ووجه الرواية الاولى أنه استعمل في شرط العبادة ما يحرم عليه استعماله فلم تصح كما لو صلى في ثوب نجس ولان الصلاة قربة وطاعة وهو منهي عنها على هذا الوجه فكيف يتقرب بما هو عاص به أو يؤمر بما هو منهي عنه ؟ وأما إذا صلى في عمامة مغصوبة أو في يده خاتم من ذهب فان الصلاة تصح لان النهي لا يعود الى شرط الصلاة إذ العمامة ليست شرطا فيها وان صلى في دار مغصوبة فالخلاف فيها كالخلاف في الثوب المغصوب إلا أن أحمد قال في الجمعة يصلي في المواضع الغصب لانها تختص بموضع معين فالمنع من الصلاة فيه إذا كان غصبا يفضي إلى تعطيلها فلذلك أجاز فعلها فيه كما أجاز صلاة الجمعة خلف الخوارج وأهل البدع والفجور كيلا يفضي إلى تعطيلها

(القسم الثاني) مايختص تحريمه بالرجال دون النساء وهو الحرير والمنسوج بالذهب والمموه به فهو حرام لبسه وافتراشه في الصلاة وغيرها لما روى أبو موسى أن رسول الله ﷺ قال « حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي وأحل لاناثهم » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تلبسوا الحرير فان من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة » متفق عليه ولا نعلم في تحريم لبس ذلك على الرجال اختلافا إلا لعارض أو عذر . قال ابن عبد البر هذا إجماع فان صلى فيه فالحكم فيه كالصلاة في الثوب الغصب على ما بيناه من الخلاف والروايتين . والافتراش كاللبس في التحريم لما روى البخاري عن حذيفة قال : نهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نشرب في آنية الذهب والفضة وان نأكل فيها وان نلبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه

(فصل) يباح العلم الحرير إذا كان أربع أصابع فما دون لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاث أو أربع رواه

عود ولا شجرة إلا جعله على حاجبه الايمن أو الايسر ولا يصمد له صمداً ؟ أي لا يستقبله فيجعله وسطا ، ومعنى الصمد القصد

(فصل) وتكره الصلاة إلى المتحدثين لئلا يشتغل بحديثهم ، واختلف في الصلاة إلى النائم فروي أنه يكره روي ذلك عن ابن مسعود وسعيد بن جبير . وعنه مايدل على أنه انما يكره في الفريضة خاصة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل وعائشة معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة متفق عليه ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة الى النائم والمتحدث ، رواه أبو داود خرج التطوع منه لحديث عائشة وبقي الفرض على مقتضى العموم . وقيل لا يكره فيهما لان حديث عائشة صحيح ، وحديث النهي ضعيف ، قاله الخطابي ، وتقديم قياس الخبر الصحيح أولى من الضعيف ، ويكره أن يصلي الى نار قال أحمد : اذا كان التنور في قبلته لا يصلي اليه ، وكره ابن سيرين ذلك . قال أحمد في السراج والقنديل يكون في القبلة : أكرهه ، وانما كره ذلك لان النار تعبد من دون الله فالصلاة اليها تشبه الصلاة لها ، وقال أحمد : لا تصل الي صور منصوبة في وجهك

ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح .وفي التنبيه يباح وإن كان مذهبا وكذلك القول في الرقاع ولبنة الجيب وسجف الفراء وغيرها لانه داخل فيما تناوله الحديث

فان لبس الحرير للقمل أو الحكة أو مرض ينفعه لبس الحرير جاز في إحدى الروايتين لان أنسا روى ان عبدالرحمن بن عوف والزبير بن العوام شكوا القمل إلى النبي ﷺ فرخص لهما في قميص الحرير في غداة لهما ، وفي رواية شكيا إلى رسول الله ﷺ فرخص لهما في قمص الحرير ورأيته عليهما، متفق عليهما ، وما ثبت في حق صحابي ثبت في حق غيره مالم يقم دليل التخصيص وغير القمل الذى ينتفع فيه بلبس الحرير في معناه فيقاس عليه ، والرواية الاخرى لا يباح لبسه للمرض لاحتمال أن تكون الرخصة خاصة لهما وهو قول مالك ، والاول أصح إن شاء الله تعالى ، والتخصيص على خلاف الاصل ، فأما لبسه للحرب فان كان به حاجة اليه كأن كان بطانة لبيضة أو درع ونحوه أبيح قال بعض أصحابنا : يجوز مثل ذلك من الذهب كدرع مموه بالذهب وهو لا يستغني عن لبسه وهو محتاج اليه وإن لم يكن به حاجة اليه فعلى وجهين (أحدهما) يباح لان المنع من لبسه للخيلاء وكسر قلوب الفقراء والخيلاء في وقت الحرب غير مذموم (والثاني) يحرم لعموم الخبر وظاهر كلام احمد رحمه الله إباحته مطلقا وهو قول عطاء ، قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسئل عن لبس الحرير في الحرب فقال أرجو أن لا يكون به بأس وروى الاثرم باسناده عن عروة أنه كان له يلمق من ديباج بطانته سندس محشو قزا كان يلبسه في الحرب

(فصل) فاما المنسوج من الحرير وغيره كثوب منسوج من قطن وابريسم أو قطن وكتان فالحكم للاغلب منهما لان الاول مستهلك فيه فهو كالبيضة من الفضة والعلم من الحرير ، وقد روي عن ابن

وذلك لان الصورة تعبد من دون الله ، وقد روي عن عائشة قالت : كان التابوت فيه تصاوير فجعلته بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فنهاني أو قالت كره ذلك ، رواه عبدالرحمن بن أبي حاتم باسناده ، ولان المصلي يشتغل بها عن صلاته . قال احمد : يكره أن يكون في القبلة شيء معلق مصحف أو غيره ، ولا بأس أن يكون موضوعا إلى الارض ، وروى مجاهد قال : لم يكن ابن عمر يدع بينه وبين القبلة شيئا إلا نزعه لا سيفا ولا مصحفا ، رواه الخلال . قال احمد : ولا يكتب في القبلة شيء لانه يشغل قلب المصلي وربما اشتغل بقراءته عن الصلاة ، وكذلك يكره التزويق وكل مايشغل المصلي عن صلاته فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « أميطي عنا قرامك فانه لاتزال تصاويره تعرض لي في صلاتي » رواه البخاري ، واذا كان النبي صلى الله عليه وسلم مع ما أيده الله به من العصمة والخشوع يشغله ذلك فغيره من الناس أولى ، ويكره أن يصلي وأمامه امرأة تصلي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أخروهن من حيث أخرهن الله » وإن كانت عن يمينه أو يساره لم يكره وإن كانت تصلي ، وكره احمد أن يصلي وبين يديه كافر ، وروي عن إسحاق لان المشركين نجس

عباس قال : انما نهى النبي ﷺ عن الثوب المصمت من الحرير وأما العلم وسدى الثوب فليس به بأس ، رواه الاثرم باسناده وأبو داود . قال ابن عبدالبر : مذهب ابن عباس وجماعة من أهل العلم ان المحرم الحرير الصافي الذي لا يخالطه غيره فان كان الاقل الحرير فهو مباح وان كان القطن فهو محرم فان استويا ففي تحريمه واباحته وجهان وهذا مذهب الشافعي . قال ابن عقيل الاشبه التحريم لان النصف كثير فاما الجباب المحشوة من ابريسم فقال القاضي لايحرم وهو مذهب الشافعي لعدم الخيلاء فيه ويحتمل التحريم لعموم الخبر وهكذا الفرش المحشوة بالحرير

(فصل) فأما الثياب التي عليها تصاوير الحيوانات فقال ابن عقيل : يكره لبسها وليس بمحرم وقال أبو الخطاب : هو محرم لان أبا طلحة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاتدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة » متفق عليه . وحجة من لم يره محرما أن زيد بن خالد رواه عن أبي طلحة عن النبي ﷺ وقال في آخره « إلا رقما في ثوب » متفق عليه

(فصل) ويكره الصليب في ثوب لان عمران بن حطان روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ كان لايترك في بيته شيئا فيه تصليب الا قصبه رواه أبو داود

(فصل) قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن لبس الخز فلم ير به بأسا . وروى الاثرم باسناده عن عمران بن حصين وأنس بن مالك والحسن بن علي وأبي هريرة وقيس ومحمد بن الحنفية وغيلان بن جرير وسليل بن عوف أنهم لبسوا مطارف الخز ، وباسناده عن قتادة ان أنس بن مالك وعائذ بن عمرو وعمران بن حصين وأبا هريرة وابن عباس وأبا قتادة كانوا يلبسون الخز وباسناده عن عبدالرحمن بن عوف والحسين بن علي وعبدالله بن الحارث بن أبي ربيعة والقاسم بن محمد أنهم لبسوا جباب الخز . وباسناده عن أنس بن مالك وشريح أنهم لبسوا برانس الخز ، وباسناده عن

(فصل) ولا بأس أن يصلي بمكة إلى غير سترة روي ذلك عن ابن الزبير وعطاء ومجاهد وقال الاثرم : قيل لاحمد الرجل يصلي بمكة ولا يستتر بشيء فقال : قد روي عن النبي ﷺ أنه صلى ثم ليس بينه وبين الطواف سترة قال احمد : لان مكة ليست كغيرها لما روى الاثرم باسناده عن المطلب قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا فرغ من سبعة جاء حتى يحاذي الركن بينه وبين السقيفة فصلى ركعتيه في حاشية المطاف وليس بينه وبين الطواف أحد . وقال عمار بن أبي عمار رأيت ابن الزبير جاء يصلي والطواف بينه وبين القبلة ، تمر المرأة بين يديه فينتظرها حتى تمر ثم يضع جبهته في موضع قدمها ، رواه حنبل في كتاب المناسك . قال المعتمر : قلت لطاوس الرجل يصلي ركعتين بمكة فيمر بين يديه الرجل والمرأة فقال : أولا ترى الناس يبك بعضهم بعضا واذا هو يرى ان لهذا البلد حالا ليس لغيره ، وذلك لان الناس يكثرون بها لاجل قضاء النسك ويزدحمون فيها ولذلك سميت بكة لان الناس يتباكون فيها أي يزدحمون ويدفع بعضهم بعضا فلو منع المصلي من يجتاز بين يديه لضاق على الناس ، وحكم الحرم كله حكم مكة في هذا بدليل قول ابن عباس : أقبلت راكبا على حمار

عمار بن أبي عمار قال أتت مروان مطارف من خز فكساها أصحاب رسول الله ﷺ فكسا أباهريرة مطرفا من خز أغبر فكان يلبسه اثنان بسعته وهذا اشتهر فلم يظهر بخلافه فكان إجماعا . وروى أبو بكر باسناده عن أحمد بن عبد الرحمن الرازي حدثنا أبي قال أخبرني أبي عبدالله بن سعيد عن أبيه سعيد قال : رأيت رجلا يتجارى على بغلة بيضاء عليه عمامة خز سوداء فقال كسانيها رسول الله ﷺ . وروى مالك في موطئه أن عائشة كست عبد الله بن الزبير مطرف خز كانت تلبسه

(فصل) وهل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير ؟ فيه وجهان أشبههما بالصواب تحريمه لعموم قول النبي ﷺ « حرم لباس الحرير على ذكور أمتي وأحل لاناثهم » وروى أبو داود باسناده عن جابر قال كنا ننزعه عن الغلمان ونتركه على الجواري . وقدم حذيفة من سفر وعلى صبيانه قمص من حرير فمزقها على الصبيان وتركها على الجواري . أخرجه الاثرم . وروي أيضا عن عبدالرحمن بن يزيد قال كنت رابع أربعة أوخامس خمسة مع عبدالله فجاء ابن له صغير عليه قمص من حرير فدعاه فقال له من كساك هذا ؟ قال أمي فأخذه عبدالله فشقه . والوجه الآخر كره أصحابنا انه يباح لأنهم غير مكلفين فلا يتعلق التحريم بلبسهم كالو ألبسه دابة ولانه محل الزينة فهم كالنساء . والاول أصح لظاهر الحديث وفعل الصحابة ويتعلق التحريم بتمكينهم من المحرمات كتمكينهم من شرب الخمر وأكل الربا وغيرهما ، وكونهم محل الزينة مع تحريم الاستمتاع بهم يقتضي التحريم لا الاباحة بخلاف النساء والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن لم يقدر على ستر العورة صلى جالساً يومىء ايماءاً)

وجملة ذلك أن العادم للسترة الاولى له أن يصلي قاعداً روي ذلك عن ابن عمر وقال به عطاء وعكرمة وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي ويومىء بالركوع والسجود وهذا مذهب أبي حنيفة، وقال

أتان والنبي صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس إلى غير جدار ، متفق عليه ، ولان الحرم كله محل المشاعر والمناسك فجرى مجرى مكة في ذلك

(فصل) فان صلى في غير مكة إلى غير سترة فلا بأس لما روى ابن عباس قال صلى النبي ﷺ في فضاء ليس بين يديه شيء ، رواه البخاري ، قال أحمد في رجل يصلي في فضاء ليس بين يديه سترة ولا خط : صلاته جائزة فأحب إلي أن يفعل

﴿ مسئلة ﴾ (فان مر من ورائها شيء لم يكره حتى لو صلى إلى سترة فمر من ورائها ما يقطع الصلاة لم تنقطع وان مر غير ذلك لم يكره)

لما ذكرنا من الاحاديث وان مر بينه وبينها قطعها ان كان مما يقطعها وكره ان كان مما لا يقطعها

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يكن سترة فمر بين يديه الكلب الاسود البهيم بطلت صلاته وفي المرأة والحمار روايتان)

اذا مر الكلب الاسود بين يدي المصلي قريبا منه قطع صلاته بغير خلاف في المذهب ، وهذا قول عائشة وروي عن معاذ ومجاهد والبهيم الذي ليس في لونه شيء سوى السواد لما روى أبو ذر

مجاهد ومالك والشافعي وابن المنذر يصلي قائما بركوع وسجود لقوله عليه السلام « صل قائما فان لم تستطع فجالساً » رواه البخاري ولأنه مستطيع للقيام من غير ضرر فلم يجز تركه له كالقادر على الستر

ولنا ماروى الخلال باسناده عن ابن عمر في قوم انكسرت مراكبهم فخرجوا عراة قال يصلون جلوساً يومئون إيماءاً برءوسهم ولم ينقل خلافه ولان الستر آكد من القيام بدليل أمرين (أحدهما) انه لا يسقط مع القدرة بحال والقيام يسقط في النافلة (والثاني) ان القيام يختص الصلاة والستر يجب فيها وفي غيرها فاذا لم يكن بد من ترك أحدهما فترك أخفهما أولى من ترك آكدهما ولانه إذا استتر أتى ببدل عن القيام والركوع والسجود ، والستر لا بدل له والحديث محمول على حالة لا تتضمن ترك السترة . فان قيل فالستر لا يحصل انما يحصل بعضه فلا يفي بترك القيام . قلنا : إذا قلنا العورة الفرجان فقد حصل الستر وان قلنا العورة مابين السرة والركبة فقد حصل ستر آكدها وجوبا في الستر وأفحشها في النظر فكان ستره اولى . وإذا ثبت هذا فليس على من صلى في هذه الحال اعادة لانه شرط من شرائط الصلاة عجز عنه فسقط كما لو عجز عن استقبال القبلة فصلى الى غيرها ، وان صلى العريان قائما صحت صلاته في ظاهر كلام أحمد رحمه الله وهو قول اصحاب الرأي ، وقال ابن جريج يتخيرون بين الصلاة قياما وقعوداً وقد روي عن ابي عبدالله رحمه الله مايدل على انهم يصلون قياما وقعوداً فانه قد قال في العراة يقوم امامهم في وسطهم . وروى عنه الاثرم ان توارى بعضهم ببعض فصلوا قياما فهذا لا بأس به ، قيل له فيومئون او يسجدون ؟ قال سبحان الله السجود لا بد منه ، فهذا يدل على انه لا يومىء بالسجود في حال وان الافضل في الخلوة القيام الا ان الخلال قال هذا توهم من الاثرم ، قال ومعنى قول احمد يقوم وسطهم اي يكون وسطهم لم يرد به حقيقة القيام . وعلى كل حال فينبغي لمن صلى عريانا ان يضم بعضه الى بعض ويستر ما أمكن ستره . قيل لابي عبدالله : يتربعون أو يتضامون ؟ قال : لا بل يتضامون . وإذا قلنا

قال : قال رسول الله ﷺ « اذا قام أحدكم يصلي فانه يستره مثل آخرة الرحل فان لم يكن بين يديه مثل آخرة الرحل فانه يقطع صلاته المرأة والحمار والكلب الاسود » قال عبد الله بن الصامت يا أبا ذر ما بال الكلب الاسود من الكلب الاحمر من الكلب الاصفر ؟ فقال يا ابن أخي سألت رسول الله ﷺ كما سألتني فقال « الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وأبو داود وغيرهما ، وفي المرأة والحمار روايتان (احداهما) لا يقطع الصلاة الا الكلب الاسود نقلها عنه الجماعة وهو قول عائشة لما روى الفضل بن عباس قال : أتانا رسول الله ﷺ ونحن في بادية فصلى في صحراء ليس بين يديه سترة وحمار لنا وكلبة يعبثان بين يديه فما بالى ذلك . رواه أبو داود . وعن ابن عباس قال أقبلت راكبا على حمار اتان والنبي ﷺ يصلي بمنى الى غير جدار فمررت بين يدي بعض الصف فنزلت وأرسلت الاتان ترتع فدخلت في الصف فلم ينكر علي أحد . وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يصلي صلاته من الليل كلها وأنا معترضة بينه وبين القبلة ، متفق عليهما وقد ذكرنا

يسجدون بالارض فانهم يتضامون أيضا . وعن أحمد انه يتربع موضع القيام والاول أولى

(فصل) اذا وجد العريان جلداً طاهراً أو ورقا يمكنه خصفه عليه أو حشيشا يمكنه أن يربطه عليه فيستتر به لزمه ذلك لانه قادرعلى ستر عورته بطاهر فلزمه كما لو قدر على سترها بثوب، وقدستر النبي ﷺ رجلي مصعب بن عمير بالاذخر لما لم يجد سترة ، فان وجد طيناً يطلي به جسده فظاهر كلام أحمد أنه لايلزمه ذلك وذلك لانه يجف ويتناثر عند الركوع والسجود ولأن فيه مشقة شديدة ولم تجر به العادة ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه ذلك فما تناثر سقط حكمه ويستتر بما بقي وهو قول بعض الشافعية . والاولى أنه لايلزمه ذلك لان عليه فيه مشقة ويلحقه به ضرر ولا يحصل له كمال الستر فان وجد ماء لم يلزمه النزول فيه وإن كان كدرا لان الماء سكانا ولا يتمكن فيه من السجود ، وكذلك لو وجد حفرة لم يلزمه النزول فيها لانها لاتلصق بجلده فهي كالجدار وإن وجد سترة تضر بجسمه كبارية القصب ونحوها مما يدخل في جسمه لم يلزمه الاستتار بها لما فيه من الضرر والمنع من إكمال الركوع والسجود .

(فصل) واذا بذل له سترة لزمه قبولها اذا كانت عارية لانه قدر على ستر العورة بما لا منة فيه وإن وهب له لم يلزمه قبوله لان عليه فيه منة، وإن وجد من يبيعه ثوبا بثمن مثله أو يؤجره بأجرة مثله أو زيادة يتغابن الناس بمثلها وقدر على ذلك العوض لزمه قبوله ، وان كانت كثيرة لايتغابن الناس بمثلها لم يلزمه كما قلنا في شراء الماء للوضوء

(فصل) فان لم يجد إلا ثوبا نجساً قال أحمد : يصلي فيه ولا يصلي عريانا وهو قول مالك والمزني . وقال الشافعي وأبو ثور : يصلي عريانا ولا يعيد لانها سترة نجسة فلم تجز له الصلاة فيها كما لو قدر على غيرها ، وقال أبو حنيفة : إن كان جميعه نجسا فهو مخير في الفعلين لانه لا بد من ترك واجب في كلا الفعلين. ولنا أن الستر آكد من ازالة النجاسة على ماقررناه في الصلاة جالساً فكان أولى ولان النبي

حديث زينب بنت أبي سلمة حين مرت بين يدي النبي ﷺ فلم تقطع صلاته ، رواه ابن ماجه ، (والثانية) ان المرأة والحمار يقطعان الصلاة لما ذكرنا من حديث أبي ذر : وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب » رواه مسلم . فأما حديث عائشة فقد قيل ليس بحجة لان حكم الوقوف يخالف حكم المرور بدليل كراهة المرور بين يدي المصلي بخلاف الاعتراض . وحديث ابن عباس ليس فيه إلا أنه مر بين يدي بعض الصف ، وسترة الامام سترة لمن خلفه . روي هذا القول عن أنس لان النبي ﷺ كان يصلي الى سترة ولم ينقل أنه أمر أصحابه بنصب سترة أخرى . وحديث الفضل بن عباس في إسناده مقال ويجوز أن يكونا بعيدين . وقال مالك والثوري وأصحاب الرأي والشافعي لايقطع الصلاة شيء لما ذكرنا من الاحاديث ولما روى أبو سعيد أن النبي ﷺ قال « لا يقطع الصلاة شيء » رواه أبو داود

ﷺ قال « غط فخذك » وهذا عام ولان السترة متفق على اشتراطها والطهارة من النجاسة مختلف فيها فكان المتفق عليه أولى وما ذكره الشافعي معارض بمثله وهو أنه قدر على ستر عورته فلزمه كما لو وجد ثوبا طاهراً اذا انفرد أنه يصلي فيه فالمنصوص عن أحمد أنه لا يعيد لان الطهارة من النجاسة شرط وقد فاتت وقد نص فيمن صلى في موضع نجس لا يمكنه الخروج منه أنه لا يعيد فكذا ههنا وهو مذهب مالك والاوزاعي وهو الصحيح لانه شرط للصلاة عجز عنه فسقط كالسترة والاستقبال بل أولى فان السترة آكد بدليل تقديمها على هذا الشرط . ثم قد صحت الصلاة وأجزأت عند عدمها فهنا أولى، فان لم يجد إلا ثوب حرير صلى فيه ولا يعيد . وإن لم يجد إلا ثوبا مغصوبا صلى عريانا لما في ذلك من حق الآدمي فأشبه مالو لم يجد ماء يتوضأ به إلا أن يغصبه فانه يتيمم كذا ههنا والله أعلم

(فصل) فان لم يجد إلا مايستر عورته أو منكبيه ستر عورته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان الثوب واسعا فالتحف به وإن كان ضيقا فاتزر به » وهذا الثوب ضيق . وفي المسند عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن عمر قال « لا يشتمل أحدكم اشتمال اليهود ليتوشح ، من كان له ثوبان فليأتزر وليرتد ، ومن لم يكن له ثوبان فليتزر ثم ليصل » ولان الستر للعورة واجب متفق على وجوبه متأكد وستر المنكبين فيه من الخلاف والتخفيف مافيه فلا يجوز تقديمه . وقد روي عن أحمد في الرجل يكون عليه الثوب اللطيف لا يبلغ أن يعقده يرى أن يتزر به ويصلي ، قال لا أرى ذلك مجزئا عنه وإن كان الثوب لطيفا صلى قاعداً وعقد من ورائه ، وظاهر هذا أنه قدم ستر المنكبين على القيام وستر ماعدا الفرجين ولانه ذهب الى أن الحديث فى ستر المنكبين أصح منه في ستر الفرجين وأن القيام له بدل وستر المنكبين لا بدل له ، والصحيح ماذكرناه أولا لما قدمنا من تأكد ستر العورة والقيام وما روينا من الحديث وهو صريح في هذه المسئلة وفيه قصة رواها أبو داود عن جابر قال : سرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليّ بردة ذهبت أخالف بين طرفيها فلم تبلغ لي وكانت لها دنادب فنكستها ثم خالفت بين طرفيها ثم تواقصت عليها حتى لا تسقط ثم جئت حتى قمت عن يسار

ولنا حديث أبي هريرة وأبي ذر ، وقد أجبنا عن الاحاديث المتقدمة . وحديث أبي سعيد يرويه مجالد وهو ضعيف فلا يعارض به الصحيح وهو عام وأحاديثنا خاصة فيجب تقديمها

(فصل) ولا يقطع الصلاة غير ماذكرنا لان تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم لها بالذكر يدل على عدمه فيما سواها ، وقال ابن حامد : هل يقطع الصلاة مرور الشيطان ؟ على وجهين (أحدهما) يقطع وهو قول بعض اصحابنا لتعليل النبي صلى الله عليه وسلم قطع الكلب الصلاة بكونه شيطانا (والثاني) لا يقطع اختاره القاضي ، ومتى كان في الكلب الاسود لون غير السواد لم يقطع الصلاة وليس ببهيم إلا أن يكون بين عينيه نكتتان تخالفان لونه فلا يخرج بهما عن اسم البهيم . وأحكامه في قطعه الصلاة وتحريم صيده وإباحة قتله لانه قد روي في حديث « عليكم بالاسود البهيم ذي القرنين فانه شيطان » وانما خصصنا قطع الصلاة بالاسود البهيم لان النبي صلى الله عليه وسلم سماه شيطانا في

رسول الله ﷺ فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه فجاء ابن صخر حتى قام عن يساره فأخذنا بيديه جميعا حتى أقامنا خلفه ، قال وجعل رسول الله ﷺ يرمقني وأنا لا أشعر ثم فطنت به فأشار إلي أن اتزر بهـا ، فلما فرغ رسول الله ﷺ قال « ياجابر » قلت لبيك يارسول الله قال « اذا كان واسعاً فخالف بين طرفيه ، وإن كان ضيقا فاشدده على حقوك »

(فصل) فان لم يجد الا مايستر بعض العورة ستر الفرجين لانهما أفحش وسترهما آكد فان كان لايكفي الا أحدهما ستر أيهما شاء ، واختلف في أولاهما بالستر فقيل الدبر لانه أفحش لاسيما في الركوع والسجود وقيل القبل لانه مستقبل به القبلة وليس له مايستره والدبر مستور بالاليتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان صلى جماعة عراة كان الامام معهم في الصف وسطا يومئون ايماء ويكون سجودهم أخفض من ركوعهم)

وجملة ذلك أن الجماعة مشروعة للعراة وبه قال قتادة ، وقال مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي يصلون فرادى ويتباعد بعضهم من بعض ، وإن كانوا في ظلمة صلوا جماعة ويتقدمهم إمامهم ، وقال الشافعي في القديم كقولهم ، وقال في موضع آخر الجماعة والانفراد سواء لان في الجماعة الاخلال بسنة الموقف وفي الانفراد الاخلال بفضيلة الجماعة فيستويان ووافقنا على مشروعية الجماعة في النساء العراة وفي الرجال اذا كان معهم مكفس يصلح أن يؤمهم

ولنا أنه يمكنهم الجماعة من غير ضرر فلزمهم كالمستترين ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «صلاة الرجل في الجميع تفضل على صلاته وحده بسبع وعشرين درجة [1] عام في كل مصل ولا تسقط الجماعة لتعذر سنتها في الموقف كما لو كانوا في مكان ضيق لايمكن أن يتقدمهم امامهم ، واذا شرعت الجماعة لعراة النساء مع أن الستر في حقهن آكد والجماعة في حقهن أخف فللرجال أولى وأحرى ، وغض البصر يحصل بكونهم صفا واحداً يستر بعضهم بعضا . اذا ثبت هذا فانهم يصلون صفا واحداً ويكون إمامهم

(١) الحديث في الصحيحين بألفاظ ليس هذا اللفظ منها

حديث أبي ذر ، وقال عليه السلام « لولا أن الكلاب أمة من الامم لأمرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهيم فانه شيطان » فبين أن الشيطان هو الاسود البهيم

(فصل) ولا فرق بين الفرض والتطوع فيما ذكرنا لعموم الادلة ، وقد روي عن أحمد مايدل على التسهيل في التطوع . والصحيح التسوية لان مبطلات الصلاة في غير هذا يتساوى فيهـا الفرض والتطوع ، وقال أحمد يحتجون بحديث عائشة بأنه في التطوع وما أعلم بين الفريضـة والتطوع فرقا الا أن التطوع يصلى على الدابة

(فصل) فان كان الكلب الاسود البهيم واقفا بين يديه أو نائما ولم يمر ففيه روايتان (احداهما) يبطـل قياسا على المرور ولأن النبي ﷺ قال « يقطع الصـلاة المرأة والحمار والـكلب » ولم يذكر مروراً ، وقد قالت عائشة : عدلتمونا بالكلاب والحمر ، وذكرت في معارضة ذلك ودفعه أنها

في وسطهم ليكون أستر لهم ، وأغض لأبصارهم عنه . وكذلك سن لامامة النساء القيام وسطهن في كل حال لانهن عورات فان كان مع الرجال نساء عراة تنحين عنهم لئلا يرى بعضهم بعضا ويصلين جماعة أيضا كالرجال إلا أن الجماعة في حقهن أدنى منها في حق الرجال كما لو كانوا غير عراة فان كان الجميع في مجلس أو في مكان ضيق صلى الرجال واستدبرهم النساء ثم صلى النساء واستدبرهن الرجال لئلا يرى بعضهم عورات بعض ، فان كان الرجال لا يسعهم صف واحد والنساء وقفوا صفوفا وغضوا أبصارهم عمن بين أيديهم لانه موضع ضرورة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أنهم يسجدون بالارض)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في العراة اذا صلوا قعوداً فروي انهم يومئون بالركوع والسجود لان القيام سقط عنهم لحفظ عوراتهم وظهورها بالسجود أكثر وأفحش فوجب أن يسقط ، وروي أنهم يسجدون بالارض لان السجود آكد من القيام لكونه مقصوداً في نفسه ولا يسقط فيما يسقط فيه القيام وهو صلاة النافلة فلهذا لم يسقط

(فصل) فان كان مع العراة واحد له ثوب لزمته الصلاة فيه لانه قادر على السترة فان أعاره وصلى عريانا لم تصح صلاته لتركه الواجب عليه . ويستحب أن يعيره بعد صلاته فيه لغيره ليصلي فيه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولا يجب عليه ذلك بخلاف مالو كان معه طعام فاضل عن حاجته ووجد من به ضرورة لزمه اعطاؤه إياه لانها حال ضرورة فاذا بذله لهم صلى فيه واحد بعد واحد ولم تجز لهم الصلاة عراة لانهم قادرون على الستر الا أن يخافوا ضيق الوقت فيصلي فيه واحد والباقون عراة ، وقال الشافعي لا يصلي أحد عريانا وينتظر الثوب وإن خرج الوقت ، ولا يصح فان الوقت آكد من القيام بدليل مالو كانوا في سفينة أو في موضع ضيق لا يمكن جميعهم الصلاة فيه قياما صلى واحد بعد واحد الا أن يخافوا فوات الوقت فيصلون قعوداً ، نص الشافعي على هذا والقيام آكد من السترة عنده وعلى

كانت تكون معترضة بين يدي رسول الله ﷺ كاعتراض الجنازة (والثانية) لا تبطل به الصلاة لان الوقوف والنوم مخالف لحكم المرور بدليل أن عائشة كانت تنام بين يدي رسول الله ﷺ فلا يكرهه ولا ينكره ، وقد قال في المار « كان أن يقف أربعين خير له من أن يمر بين يديه » وكان ابن عمر يقول لنافع : ولني ظهرك ليستتر ممن يمر بين يديه ، وقعد عمر بين يدي المصلي يستره من المرور ، واذا اختلف حكم الوقوف والمرور فلا يقاس عليه وقول النبي ﷺ « يقطع الصلاة » لابد فيه من اضمار المرور أو غيره فانه لا يقطعها الا بفعله ، وقد جاء في بعض الاخبار فيتعين حمله عليه

(فصل) والذي يقطع الصلاة مروره انما يقطعها اذا مر قريبا والذي لا يقطع الصلاة انما يكره له المرور اذا كان قريبا أيضا فأما البعيد فلا يتعلق به حكم ، قال شيخنا ولا أعلم أحداً من أهل العلم

رواية لنا فاولى أن يكون الوقت مقدما على الستر فان امتنع صاحب الثوب من إعارتهم أوضاق الوقت عن أكثر من صلاة فالمستحب أن يؤمهم صاحب الثوب ويقف بين أيديهم فان كان أميا وهم قراء صلى الباقون جماعة على ماأسلفنا. قال القاضي يصلي هو منفرداً وإذا أراد صاحب الثوب إعارة ثوبه ومعهم نساء استحب أن يبدأ بهن لانهن آكد في الستر واذا صلين فيه أخذه فاذا تضايق الوقت وفيهم قاريء فالمستحب أن يبدأ به ليكون إمامهم وان أعاره لغير القاريء صار حكمه كحكم صاحب الثوب فان استووا ولم يكن الثوب لواحد منهم أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو أحق وان لم يستووا فالاولى به من تستحب البداية باعارته على ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان في ماء وطين أومأ ايماء)

وجملة ذلك أنه إذا كان في الطين والمطر ولم يمكنه السجود على الارض الا بالتلوث بالطين والبلل بالماء فله الصلاة على دابته يومىء بالركوع والسجود وان كان راجلا أومأ بالسجود أيضا ولم يلزمه السجود على الارض .قال الترمذي : روي عن أنس بن مالك أنه صلى على دابته في ماء وطين والعمل على هذا عند أهل العلم وبه يقول أحمد واسحاق وفعله جابر بن زيد وأمر به طاوس وعمارة بن غرية قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد انه يسجد على متن الماء .والاول أولى لما روى يعلى بن أمية عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه انتهى الى مضيق ومعه أصحابه والسماء من فوقهم والبلة من أسفل منهم فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على راحلته وأصحابه على ظهور دوابهم يومئون إيماء يجعلون السجود أخفض من الركوع ، رواه الاثرم والترمذي ، وقال تفرد به عن عمر بن الرماح البلخي وقد روى عنه غير واحد من أهل العلم ، قال القاضي أبو يعلى : سألت أبا عبد الله الدامغاني فقال مذهب أبي حنيفة أن يصلي على الراحلة في المطر والمرض ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أن يصلي الفرض على الراحلة لاجل المطر والمرض وعن مالك كالمذهبين ، واحتج من منع ذلك بحديث أبي

حد البعيد في ذلك ولا القريب الا أن عكرمة قال : اذا كان بينك وبين الذي يقطع الصلاة قذفة بحجر لم يقطع الصلاة وروى أبو داود وعبد بن حميد عن ابن عباس قال : أحسبه عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا صلى احدكم الى غير سترة فانه يقطع صلاته الكلب والحمار والخنزير والمجوسي واليهودي والمرأة ويجزيء عنه اذامروا بين يديه قذفة بحجر » هذا لفظ رواية أبي داود وفي رواية عبد « والنصراني والمرأة الحائض » فلو ثبت هذا الحديث تعين المصير اليه غير أنه لم يجزم برفعه ، وفيه ما هو متروك بالاجماع وهو ما عدا الثلاثة المذكورة ولا يمكن تقييد ذلك بموضع السجود كما قال بعضهم ، فان قوله عليه السلام « اذا لم يكن بين يديه مثل آخرة الرحل قطع صلاته الكلب الاسود » يدل على أن ما هو أبعد من السترة تنقطع فيه بمرور الكلب ، والسترة تكون أبعد من موضع السجود ، قال شيخنا : والصحيح تحديد ذلك بما اذا مشى اليه المصلي ودفع المار بين يديه لا يبطل

سعيد الخدري فابصرت عيناي رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف وعلى جبهته وأنفه أثر الماء والطين وهذا حديث صحيح .

ولنا ما رويناه من الحديث وفعل أنس.قال أحمد رحمه الله قدصلى أنس وهومتوجه إلىسرابيط في يوم مطر المكتوبة على الدابة . ورواه الاثرم باسناده ولم ينقل عن غيره خلافه فيكون إجماعا ولان المطر عذر يبيح الجمع فأثر في أفعال الصلاة كالسفر يؤثر في القصر .وأما حديث ابي سعيد فيحتمل أن الطين كان يسيراً لا يؤثر في تلويث الثياب

(فصل) فأما الصلاة على الراحلة لاجل المرض ففيه روايتان (إحداهما) يجوز اختارها أبو بكر لان المشقة بالنزول في المرض أشد منها بالنزول في المطر فاذا أثر المطر في إباحة الصلاة على الراحلة فالمرض أولى (والثانية) لايجوز ذلك واحتج لها أحمد بأن ابن عمر كان ينزل مرضاه ولانه قادر على الصلاة أو على السجود فلم يجز تركه كغير المريض والفرق بينه وبين المطر أن النزول في المطر يبلل ثيابه ويلوثها ولا يتمكن من الصلاة بالمشقة ونزول المريض يؤثر في حصوله على الارض وهو أسكن له وأمكن من كونه على الظهر ، وقد اختلفت جهة المشقة فالمشقة على المريض في نفس جهة النزول لا في الصلاة على الارض والمشقة على الممطور في الصلاة على الارض لا في النزول ومع هذا الاختلاف لا يصح الالحاق فان خاف المريض من النزول ضرراً غير محتمل كالانقطاع عن الرفقة أو العجز عن الركوب أو زيادة المرض ونحو هذا صلى على الراحلة كما ذكرنا في صلاة الخوف

(فصل) ومتى صلى على الراحلة لمرض أو مطر فليس له ترك الاستقبال وهو ظاهر كلام الخرقي حيث قال: ولا يصلي في غير هاتين الحالتين فرضا ولا نافلة إلا متوجها الى الكعبة ، ولان قوله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) عام خرج منه حال الخوف في صلاة الفرض محافظة على بقاء النفس ففيما عداه يبقى الاستقبال لعموم الآية

﴿مسئلة﴾ قال (واذا انكشف من المرأة الحرة شيء سوى وجهها اعادت الصلاة)

صلاته لان النبي ﷺ أمر بدفع المار بين يديه فتقيد بدلالة الاجماع بما يقرب منه بحيث اذا مشى اليه لاتبطل صلاته ، واللفظ في الحديثين واحد ، وقد تعذر حملها على الاطلاق ، وقد تقيد أحدهما بالاجماع فينبغي أن يقيد الآخر به والله أعلم

(فصل) واذا صلى الى سترة مغصوبة فاجتاز وراءها مايقطع الصلاة قطعها في أحدالوجهين ذكرهما ابن حامد لانه ممنوع من نصبها والصلاة اليها فوجودها كعدمها (والثاني) لا تبطل لقول النبي ﷺ «كفى ذلك مثل آخرة الرحل»وقد وجد وأصل الوجهين اذا صلى في ثوب مغصوب وفيه روايتان

(فصل) وسترة الامام سترة لمن خلفه ، نص عليه أحمد ، وروي عن ابن عمر قال الترمذي : قال أهل العلم سترة الامام سترة لمن خلفه وهو قول الفقهاء السبعة والنخعي ومالك والشافعي وغيرهم لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الى سترة ولم يأمر أصحابه بنصب سترة أخرى وفي حديث ابن عباس

لايختلف المذهب في أنه يجوز للمرأة كشف وجهها في الصلاة وأنه ليس لها كشف ماعدا وجهها وكفيها وفي الكفين روايتان ، واختلف أهل العلم فأجمع أكثرهم على أن لها أن تصلي مكشوفة الوجه ، وأجمع أهل العلم على أن للمرأة الحرة أن تخمر رأسها اذا صلت وعلى أنها اذا صلت وجميع رأسها مكشوف ان عليها الاعادة ، وقال أبو حنيفة القدمان ليسا من العورة لانهما يظهران غالبا فهما كالوجه وإن انكشف من المرأة أقل من ربع شعرها أو ربع فخذها أو ربع بطنها لم تبطل صلاتها . وقال مالك والاوزاعي والشافعي جميع المرأة عورة إلا وجهها وكفيها وما سوى ذلك يجب ستره في الصلاة لان ابن عباس قال في قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها) قال الوجه والكفين[1] ولان النبي ﷺ نهى المحرمة عن لبس القفازين والنقاب ، ولو كان الوجه والكفان عورة لما حرم سترهما ولان الحاجة تدعو إلى كشف الوجه للبيع والشراء ، والكفين للأخذ والاعطاء ، وقال بعض أصحابنا المرأة كلها عورة لانه قد روي في حديث عن النبي ﷺ « المرأة عورة » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، لكن رخص لها في كشف وجهها وكفيها لما في تغطيته من المشقة وأبيح النظر اليه لأجل الخطبة لانه مجمع المحاسن ، وهذا قول أبي بكر بن الحارث بن هشام قال المرأة كلها عورة حتى ظفرها والدليل على وجوب تغطية القدمين ماروت أم سلمة قالت : قلت يارسول الله أتصلي المرأة في درع وخمار ليس عليها إزار ؟ قال « نعم اذا كان سابغاً يغطي ظهور قدميها » رواه أبو داود وقال وقفه جماعة على أم سلمة ورفعه عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار ، وروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « لاينظر الله [2] إلى من جر ثوبه خيلاء » فقالت أم سلمة فكيف يصنع النساء بذيولهن؟ قال « يرخين شبراً » فقالت اذاً تنكشف أقدامهن ؟ قال « فيرخينه ذراعا لايزدن عليه » [3] رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وهذا يدل على وجوب تغطية القدمين ولانه محل لايجب كشفه في الاحرام فلم يجز كشفه في الصلاة كالساقين وما ذكروه من تقدير البطلان بزيادة على ربع العضو فتحكم لادليل عليه والتقدير لايصار اليه بمجرد الرأي ، وقد ثبت وجوب تغطية الرأس بقول النبي ﷺ «لايقبل

١) أعاد (قال) للتأكيد ومقول القول تفسير للمستثنى وهو منصوب

٢) في الترمذي زيادة « يوم القيامة »

٣) لفظ الترمذي في هذه الرواية (من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه)

قال : أقبلت على حمار أتان والنبي ﷺ يصلي بالناس بمنى إلى غير جدار ، فمررت بين يدي بعض الصف فنزلت وأرسلت الاتان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر علي أحد ، متفق عليه ، ومعنى قولهم سترة الامام سترة لمن خلفه أنه متى لم يحل بين الامام وسترته شيء يقطع الصلاة لم يضر المأمومين مرور شيء بين أيديهم في بعض الصف ولا فيما بينهم وبين الامام ، وإن مر بين يدي الامام مايقطع صلاته قطع صلاتهم ، وقد دل على ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : هبطنا مع النبي ﷺ من ثنية أذاخر فحضرت الصلاة يعني إلى جدار فاتخذه قبلة ونحن خلفه فجاءت بهمة تمر بين يديه فما زال يدارئها حتى لصق بطنه بالجدار فمرت من ورائه ، رواه أبو داود فلولا أن سترته سترة لهم لم يكن بين مرورها بين يديه وخلفه فرق

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز له النظر في المصحف) يجوز له النظر في المصحف في صلاة التطوع قال أحمد

الله صلاة حائض الا بخمار » أخرجه الترمذي [1] وقال حديث حسن وبالاجماع على ماقدمناه ،فأما الكفان فقد ذكرنا فيهما روايتين (احداهما) لايجب سترهما لما ذكرنا (والثانية) يجب لقول النبي ﷺ « المرأة عورة » وهذا عام الا ماخصه الدليل ، وقول ابن عباس الوجه والكفان قد روى أبوحفص عن عبد الله بن مسعود خلافه قال (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) قال الثياب ، ولا يجب كشف الكفين في الاحرام انما يحرم أن تلبس فيهما شيئا مصنوعا على قدرهما كما يحرم على الرجل لبس السراويل والذي يستر به عورته

(فصل) والمستحب أن تصلي المرأة في درع - قال الدرع يشبه القميص لكنه سابغ يغطي قدميها - وخمار يغطي رأسها وعنقها وجلباب تلتحف به من فوق الدرع ، روي ذلك عن عمر وابنه وعائشة وعبيدة السلماني وعطاء وهو قول الشافعي ، قال قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار وما زاد فهو خير وأستر ولأنه اذا كان عليها جلباب فانها تجافيه راكعة وساجدة لئلا تصفها ثيابها فتبين عجيزتها ومواضع عوراتها

(فصل) ويجزئها من اللباس ماسترها الستر الواجب على ما بينا بحديث أم سلمة أنها سألت رسول الله ﷺ أتصلي المرأة في درع وخمار ليس عليها إزار ؟ قال « اذا كان الدرع سابغاً يغطي ظهور قدميها » وقد روي عن ميمونة وأم سلمة أنهما كانتا تصليان في درع وخمار ليس عليهما إزار رواه مالك في الموطأ. وقال أحمد قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار ولانها سترت مايجب عليها ستره فاجزأتها صلاتها كالرجل

(فصل) فان انكشف من المرأة شيء يسير من غير الوجه والكفين فلا أعلم فيها قولا صحيحاً صريحا وظاهر قول الخرقي :اذا انكشف من المرأة شيء سوى وجهها وكفيها أعادت - يقتضي بطلان الصلاة بانكشاف اليسير لانه شيء يمكن حمل ذلك على الكثير لما قررناه في عورة الرجل أنه يعفى فيها عن اليسير فكذا ههنا ولانه يشق التحرز من اليسير فعفي عنه قياساً على يسير عورة الرجل

(فصل) ويكره أن تنتقب المرأة وهي تصلي لانه يخل بمباشرة المصلي بجبهتها وأنفها ويجري مجرى

لا بأس أن يصلي بالناس القيام وهو يقرأ في المصحف قيل له الفريضة ؟ قال لم أسمع فيها بشيء. وسئل الزهري عن رجل يقرأ في رمضان في المصحف فقال : كان خيارنا يقرءون في المصاحف ، روي عن عطاء ويحيى الانصاري ، ورويت كراهته عن سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وابراهيم لأنه يشغل عن الخشوع في الصلاة ، وقال القاضي : لا بأس به في التطوع اذا لم يحفظ ، فان كان حافظا كره لان أحمد سئل عن الامامة في المصحف في رمضان قال إن اضطر الى ذلك ، وقال أبو حنيفة تبطل الصلاة اذا لم يكن حافظا لانه عمل طويل ، وروي عن ابن عباس قال : نهانا أمير المؤمنين أن نؤم الناس في المصاحف وأن يؤمنا الا محتلم . رواه أبو بكر بن أبي داود في كتاب المصاحف

ولنا أن عائشة كان يؤمها عبد لها في المصحف ، رواه الاثرم ، وقول الزهري : ولأنه نظر إلى موضع معين فلم تبطل الصلاة كالحافظ ، وأما فعله في الفرض ففيه روايتان (احداهما) يكره اختاره

(١) وكذا أحمد وسائر أصحاب السنن وغيرهم ، وأعله الدارقطني بالوقف أي على عائشة راويته وقال وقفه أشبه وأعله الحاكم بالارسال

تغطية الفم للرجل وقد نهى النبي ﷺ عنه قال ابن عبدالبر وقد أجمعوا على أن على المرأة أن تكشف وجهها في الصلاة والاحرام

(فصل) قال وصلاة الامة مكشوفة الرأس جائزة لا نعلم أحداً خالف في هذا إلا الحسن فانه من بين أهل العلم أوجب عليها الخمار اذا تزوجت أو اتخذها الرجل لنفسه، واستحب لها عطاء أن تتقنع إذا صلت

ولنا أن عمر رضي الله عنه ضرب أمة لآل أنس رآها متقنعة وقال: اكشفي رأسك ولا تشبهي بالحرائر . وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً بين الصحابة لا ينكر حتى أنكر عمر مخالفته وقال أبو قلابة ان عمر بن الخطاب كان لا يدع أمة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر

(فصل) لم يذكر الخرقي رحمه الله عنه سوى كشف الرأس وهو المنصوص عن أحمد رحمه الله في رواية عبد الله فقال. وان صلت الامة مكشوفة الرأس فلا بأس، واختلف أصحابنا فيما عدا ذلك فقال ابن حامد عورتها كعورة الرجل وقد لوح اليه أحمد رحمه الله وقال القاضي في المجرد ان انكشف منها في الصلاة ما بين السرة والركبة فالصلاة باطلة وان انكشف ماعدا ذلك فالصلاة صحيحة ، وقال في الجامع عورة الامة ما عدا الرأس واليدين الى المرفقين والرجلين إلى الركبتين واحتج عليه بقول احمد لا بأس أن يقلب الرجل الجارية إذا أراد الشراء من فوق الثوب ويكشف الذراعين والساقين ولان هذا يظهر عادة عند الخدمة والتقليب للشراء فلم يكن عورة وما سواه لا يظهر عادة ولا تدعو الحاجة إلى كشفه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي والاظهر عنهم مثل قول ابن حامد لما روي عن أبي موسى أنه قال على المنبر: ألا لا أعرف أحداً أراد أن يشتري جارية فينظر إلى ما فوق الركبة أو دون السرة لا يفعل ذلك أحد إلا عاقبته ، وقد ذكرنا حديث الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « اذا زوج أحدكم عبده أمته أو أجيره فلا ينظر إلى شيء من عورته » فان ما تحت السرة إلى ركبته من العورة يريد الامة فان الاجير والعبد لا ينظر إلى ذلك منه مزوجا وغير مزوج ولان من لم يكن رأسه عورة لم يكن صدره عورة كالرجل

القاضي لانه يشغل عن خشوع الصلاة ولا يحتاج اليه (والثانية) لا يكره ، ذكره ابن حامد ، وقال القاضي في المجرد: ان قرأ في التطوع في المصحف لم تبطل صلاته وإن فعل ذلك في الفريضة فهل يجوز؟ على روايتين

(فصل) وإذا قرأ في كتاب في نفسه ولم ينطق بلسانه فقد نقل المروذي عن أحمد أنه كان يصلي وهو ينظر إلى جزء إلى جانبه ، فظاهره أن الصلاة لا تبطل . وقال جماعة من أصحابنا تبطل الصلاة إذا تطاول : وكان ابن حامد يقول : اذا طال عمل القلب أبطل كعمل اليدين . والمذهب أن الصلاة لا تبطل ذكره القاضي

﴿ مسألة ﴾ (وإذا مرت به آية رحمة أن يسألها أو آية عذاب أن يستعيذ منها ، وعنه يكره ذلك في الفرض) لا بأس بذلك في صلاة التطوع لان حذيفة روى أن النبي ﷺ فعله . فأما الفريضة فعنه إباحته فيها كالنافلة لانه دعاء وخير . وعنه الكراهة لانه انما نقل عن النبي ﷺ

(فصل) والمكاتبة والمدبرة والمعلق عتقها بصفة كالامة القن فيما ذكرناه لأنهن اماء يجوز بيعهن وعتقهن وأما المعتق بعضها فيحتمل وجهين (أحدهما) هي كالحرة احتياطا للعبادة (والثاني) كالامة لعدم الحرية الكاملة ولذلك ضمنت بالقيمة

(فصل) والخنثى المشكل كالرجل لان ستر مازاد على عورة الرجل محتمل فلا نوجب عليه حكما بأمر محتمل متردد وعلى قولنا العورة الفرجان الذان في قبله لان أحدهما فرج حقيقي وليس يمكنه تغطيته يقينا إلا بتغطيتهما فوجب عليه ذلك كما يجب ستر ماقرب من الفرجين ضرورة سترهما

(فصل) إذا تلبست الامة بالصلاة مكشوفة الرأس فعتقت في أثنائها فهي كالعريان يجد السترة في صلاته إن أمكنها أو أمكنه السترة من غير زمن طويل ولا عمل كثير ستر وبنى على مامضى من الصلاة كأهل قباء لماعلموا بتحويل القبلة استداروا اليها وبنوا وإن لم يمكن الستر إلا بعمل كثير أو زمن طويل بطلت الصلاة إذلا يمكن المضي فيها لكون السترة شرطا مع القدرة ووجدت القدرة ولا يمكن العمل في الصلاة كثيراً لانه ينافيها فيبطلها والمرجع في اليسير والكثير إلى العرف من غير تقدير بالخطوة والخطوتين وذكر القاضي فيمن وجدت من يناولها السترة فانتظرت احتمالين (أحدهما) تبطل صلاتها (والثاني) لاتبطل لان الجميع انتظار واحد والاول أولى لان الفصل طال عليها وهي بادية العورة بعد القدرة على الستر فلم تصح صلاتها كما لو لم تكن منتظرة فان لم تعلم بالعتق حتى أتمت صلاتها لم تصح لأنها صلت عارية جهلا بوجوب الستر فلم تصح كما لو علمت العتق وجهلت الحكم وان عتقت ولم تجد ماتستتر به صحت صلاتها لانها لاتزيد على الحرة الاصلية العاجزة عن الاستتار

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب لام الولد أن تغطي رأسها في الصلاة)

وجملة ذلك أن أم الولد كالامة في صلاتها وسترتها صرح بها الخرقي في عتق أمهات الاولاد فقال وإن صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها . وممن لم يوجب عليها تغطية رأسها النخعي ومالك

في النافلة فينبغي الاقتصار عليه والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (أركان الصلاة اثنا عشر ، القيام وتكبيرة الاحرام ، وقراءة الفاتحة ، والركوع ، والاعتدال منه ، والسجود ، والجلوس بين السجدتين ، والطمأنينة في هذه الافعال ، والتشهد الاخير ، والجلوس له ، والتسليمة الاولى ، والترتيب ، من ترك منها شيئا عمداً بطلت صلاته) المشروع في الصلاة قسمان . واجب ومسنون ، والواجب ينقسم إلى قسمين (أحدهما) لايسقط في عمد ولاسهو ، وهي الاركان التي ذكرها المصنف ، إلا أن قراءة الفاتحة انما تجب على الامام والمنفرد والقيام يسقط في النافلة ، وفي وجوب بعضها اختلاف ذكرناه ، وقد ذكرنا أدلتها في أثناء الباب سوى الترتيب ويدل عليه أن النبي ﷺ صلاها مرتبة وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقد دل على وجوب أكثرها ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ دخل المسجد فدخل رجل

والشافعي وأبو ثور ، وقد نقل الاثرم عن أحمد أنه سأله كيف تصلي أم الولد؟ قال تغطي شعرها وقدمها لانها لاتباع . وهي تصلي كما تصلي الحرة ، فهذا يحتمل أن يكون على الاستحباب فيكون كما ذكر الخرقي ويحتمل أن يجري على ظاهره في الوجوب لانها لاتباع ولا ينقل الملك فيها فأشبهت الحرة وقد انعقد سبب حريتها بحيث لايمكن إبطاله فغلب فيها حكم الحرية في العبادة . والاول أولى لانها أمة حكمها حكم الاماء إلا في انها لاينقل الملك فيها فهي كالموقوفة وانعقاد السبب للحرية لا يوجب الستر كالكتابة والتدبير ولكن يستحب لها الستر ويكره لها كشف الرأس لما فيها من الشبه بالحرائر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ذكر أن عليه صلاة وهو في أخرى أتمها وقضى المذكورة وأعاد التي كان فيها إذا كان الوقت مبقى)

وجملة ذلك أن الترتيب واجب في قضاء الفوائت نص عليه في مواضع . قال في رواية أبي داود فيمن ترك صلاة سنة يصليها ويعيد كل صلاة صلاها وهو ذاكر لما ترك من الصلاة وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه مايدل على وجوب الترتيب ونحوه عن النخعي والزهري وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والليث وأبي حنيفة واسحاق ، وقال الشافعي لا يجب

ولنا ما روي أن النبي ﷺ فاته يوم الخندق أربع صلوات فقضاهن مرتبات وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وروى الامام أحمد باسناده عن أبي جمعة حبيب بن سباع وكان قد أدرك النبي ﷺ قال : ان النبي ﷺ عام الاحزاب صلى المغرب فلما فرغ قال « هل علم أحد منكم أني صليت العصر ؟ » فقالوا : يا رسول الله ما صليتها ، فأمر المؤذن فأقام الصلاة فصلى العصر ثم أعاد المغرب ، وهذا يدل على وجوب الترتيب . وروى أبو حفص باسناده عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الامام فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة التي صلاها مع الامام » وروي

فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال « ارجع فصل فانك لم تصل » ثلاثا فقال : والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فعلمني قال « اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ، ثم ارفع حتى تعتدل قائما ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ، ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً . ثم افعل ذلك في صلاتك كلها » متفق عليه وزاد مسلم « اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر » فدل ذلك على أن هذه المسماة في الحديث لاتسقط بحال فانها لو سقطت لسقطت عن الاعرابي لجهله ، والجاهل كالناسي . فأما أحكام تركها فان كان عمداً بطلت صلاته في الحال ، وان كان سهوا ثم ذكره في الصلاة أتى به على ماسنذكره ان شاء الله . وان لم يذكره حتى سلم وطال الفصل بطلت الصلاة وان لم يطل الفصل بنى على مامضى من صلاته نص عليه أحمد في رواية جماعة وهو قول الشافعي . وقال بعض أصحابنا

موقوفا عن ابن عمر ، ولأنهما صلاتان مؤقتتان فوجب الترتيب فيهما كالمجموعتين . إذا ثبت هذا فانه يجب الترتيب فيها وان كثرت وقد نص عليه أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجب الترتيب في أكثر من صلاة يوم وليلة . ولان اعتباره فيما زاد على ذلك يشق ويفضي إلى الدخول في التكرار فسقط كالترتيب في قضاء صيام رمضان

ولنا أنها صلوات واجبات تفعل في وقت يتسع لها فوجب فيها الترتيب كالخمس وافضاؤه الى التكرار لايمنع وجوب الترتيب كترتيب الركوع على السجود وهذا الترتيب شرط في الصلاة فلو أخل به لم تصح صلاته بدليل ما ذكرنا من حديث أبي جمعة وحديث ابن عمر ، ولانه ترتيب واجب في الصلاة فكان شرطا لصحتها كترتيب المجموعتين . اذا ثبت هذا عدنا الى مسئلة الكتاب وهو اذا أحرم بالحاضرة ثم ذكر في أثنائها أن عليه فائتة والوقت متسع فانه يتمها ويقضي الفائتة ثم يعيد الصلاة التي كان فيها سواء كان اماما أو مأموما أو منفردا . هذا ظاهر كلام الخرقي وأبو بكر وهو قول ابن عمر ومالك والليث واسحاق في المأموم وهو الذي نقله الجماعة عن أحمد في المأموم . ونقل عنه جماعة في المنفرد أنه يقطع الصلاة ويقضي الفائتة وهو قول النخعي والزهري وربيعة ويحيى الانصاري في المنفرد وغيره . وروى حرب عن أحمد في الامام ينصرف ويستأنف المأمومون . قال أبو بكر لاينقلها غير حرب وقد نقل عنه في المأموم أنه يقطع وفي المنفرد انه يتم الصلاة وكذلك حكم الامام يجب أن يكون مثله فيكون في الجميع أداء روايتان (احداهما) يقطعها (والاخرى) يتمها . وقال طاوس والحسن والشافعي وأبو ثور يتم صلاته ويقضي الفائتة لاغير. ولنا على وجوب الاعادة حديث ابن عمر وحديث أبي جمعة ، ولانه ترتيب واجب فوجب اشتراطه لصحة الصلاة كترتيب المجموعتين

ولنا على أنه يتم الصلاة قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) وحديث ابن عمر وحديث أبي جمعة أيضاً قال : يتعين حمله على أنه ذكرها وهو في الصلاة فانه لو نسيها حتى يفرغ من الصلاة لم يجب

متى لم يذكره حتى سلم بطلت صلاته . وقال الاوزاعي فيمن نسي سجدة من صلاة الظهر فذكرها في صلاة العصر : يمضي في صلاته فاذا فرغ سجدها

ولنا على أن الصلاة لا تبطل مع قرب الفصل انه لو ترك ركعة أو كبر وذكر قبل طول الفصل أتى بما ترك ولم تبطل صلاته إجماعا وقد دل على ذلك حديث ذي اليدين. فاذا ترك ركنا واحداً فأولى أن لا تبطل . والدليل على أن الصلاة تبطل بطول الفصل أنه أخل بالموالاة فبطلت صلاته كما لو ذكر في يوم ثان ، والمرجع في طول الفصل الى العرف وبه قال بعض الشافعية . وقال بعضهم الفصل الطويل قدر ركعة وهو نص الشافعي . وقال الخرقي في سجود السهو اذا تركه يسجد ما كان في المسجد لانه محل للصلاة فيحد قرب الفصل وبعده به. والاولى حده بالعرف لانه لا حد له في الشرع فرجع فيه الى العرف كسائر ما لاحد له ولا يجوز التقدير بالتحكم

قضاؤها ولانها صلاة ذكر فيها فائتة فلم تفسد كما لو كان مأموما فان ظاهر المذهب انه يمضي فيها ، قال أبو بكر : لا يختلف كلام أحمد - اذا كان وراء الامام - انه يمضي مع الامام ويعيدهما جميعاً . واختلف قوله اذا كان وحده قال: والذي أقول انه يمضي لانه يشنم أن يقطع مادخل فيه قبل أن يتمه، فان مضى الامام في صلاته بعد ذكره انبنت صلاة المأمومين على ائتمام المفترض بالمتنفل والأولى ان ذلك يصح لما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى. وإذا قلنا يمضي في صلاته فليس ذلك بواجب فان الصلاة تصير نفلا فلا يلزم اتمامه . قال مهنا : قلت لأحمد اني كنت في صلاة العتمة فذكرت اني لم أكن صليت المغرب فصليت العتمة ثم أعدت المغرب والعتمة ، قال : أصبت . فقلت : أليس كان ينبغي أن أخرج حين ذكرتها ؟ قال بلى . قلت : فكيف أصبت ؟ قال : كل جائز

(فصل) وقول الخرقي : ومن ذكر صلاة وهو في أخرى. يدل على انه متى صلى ناسياً للفائتة ان صلاته صحيحة وقد نص أحمد على هذا في رواية الجماعة قال : متى ذكر الفائتة وقد سلم أجزأته ويقضي الفائتة ، وقال مالك : يجب الترتيب مع النسيان ، ولعل من يذهب الى ذلك يحتج بحديث أبي جمعة وبالقياس على المجموعتين

ولنا عموم قوله عليه السلام « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » ولان المنسية ليست عليها أمارة فجاز أن يؤثر فيها النسيان كالصيام . وأما حديث أبي جمعة فانه من رواية ابن لهيعة وفيه ضعف . ويحتمل أن النبي ﷺ ذكرها وهو في الصلاة . وأما المجموعتان فانما لم يعذر بالنسيان لان عليهما أمارة وهو اجتماع الجماعة بخلاف مسئلتنا ، ولا فرق بين أن لا يكون قد سبق منه ذكر الفائتة أو لم يسبق منه لها ذكر ، نص عليه أحمد لعموم ماذكرناه من الدليل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن خشي خروج الوقت اعتقد وهو فيها أن لا يعيدها وقد أجزأته)

يعني اذا خشي فوات الوقت قبل قضاء الفائتة وإعادة التي هو فيها سقط الترتيب حينئذ ويتم صلاته ويقضي الفائتة فحسب وقوله اعتقد أن لا يعيدها يعني لا يغير نيته عن الفرضية ولا يعتقد أنه

(فصل) ومتى كان المتروك سلاما أتى به فحسب ، وإن كان تشهداً أتى به وبالسلام، وإن كان غيرهما أتى بركعة كاملة . وقال الشافعي : يأتي بالركن وما بعده لاغير. ويأتي الكلام عليه إن شاء الله وتختص تكبيرة الاحرام من بين سائر الاركان لان الصلاة لاتنعقد بتركها لانها تحريمها فلا يدخل في الصلاة بدونها ، ويختص السلام بأنه اذا نسيه أتى به وحده وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وواجباتها تسعة : التكبير غير تكبيرة الاحرام ، والتسبيح في الركوع والسجود مرة مرة ، والتسميع والتحميد في الرفع من الركوع ، وسؤال المغفرة بين السجدتين مرة ، والتشهد الاول، والجلوس له ، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد الاخير في رواية) هذا هو القسم الثاني من الواجبات . وفي وجوبها روايتان (احداهما) هي واجبة وهو قول إسحاق (والرواية الثانية)

يعيدها هذا هو الصحيح من المذهب .وهكذا لو لم يكن دخل فيها لكن لم يبق من وقتها قدر يصليهما جميعا فيه فانه يسقط الترتيب ويقدم الحاضرة وهو قول سعيد بن المسيب والحسن والاوزاعي والثوري واسحاق واصحاب الرأي. وعن أحمد رواية أخرى ان الترتيب واجب مع سعة الوقت وضيقه اختارها الخلال وهو مذهب عطاء والزهري والليث ومالك. ولا فرق بين أن تكون الحاضرة جمعة أو غيرها قال أبو حفص : هذه الرواية تخالف مانقله الجماعة ، فاما أن يكون غلطا في النقل، وإما أن يكون قولا قديما لابي عبد الله ، وقال القاضي : وعندي ان المسئلة رواية واحدة ان الترتيب يسقط لانه قال في رواية مهنا في رجل نسي صلاة وهو في المسجد يوم الجمعة عند حضور الجمعة يبدأ بالجمعة هذه يخاف فوتها فقيل له كنت أحفظ عنك انه اذا صلى وهو ذاكر لصلاة فائتة أنه يعيد هذه وهذه ؟ فقال : كنت أقول هذا . فظاهر هذا انه رجع عن قوله الاول ، وفي رواية ثالثة ان كان وقت الحاضرة يتسع لقضاء الفوائت وجب الترتيب، وان كان لايتسع سقط الترتيب في أول وقتها ، نقل ابن منصور فيمن يقضي صلوات فوائت فتحضر صلاة أيؤخرها الى آخر الوقت فاذا صلاها يعيدها ؟ فقال : لا بل يصليها في الجماعة اذا حضرت اذا كان لا يطمع أن يقضي الفوائت كلها الى آخر وقت هذه الصلاة التي حضرت فان طمع في ذلك قضى الفوائت مالم يخش فوت هذه الصلاة ولا قضاء عليه اذا صلى مرة وهذه الرواية اختيار أبي حفص العكبري . وعلل القاضي هذه الرواية بأن الوقت لا يتسع لقضاء مافي الذمة وفعل الحاضرة فسقط الترتيب ، وان كان يمكنه القضاء والشروع في أداء الحاضرة كذا ههنا ويمكن أن تحمل هذه الرواية على انه قدم الجماعة على الترتيب مشروطا لضيق الوقت عن قضاء الفوائت جميعها . وقد ذكر بعض أصحابنا أن في تقديم الجماعة على الترتيب روايتين ، ولعله أشار الى هذه الرواية . فأما من ذهب الى تقديم الترتيب بكل حال فحجته قول النبي ﷺ « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها » وهذا عام في حال ضيق الوقت وسعته ولانه ترتيب مستحق مع سعة الوقت فيستحق مع ضيقه كترتيب الركوع والسجود والطهارة

ولنا انها صلاة ضاق وقتها عن أكثر منها فلم يجز له تأخيرها كما لو لم يكن عليه فائتة ولان الحاضرة آكد من الفائتة بدليل أنه يقتل بتركها ويكفر على رواية ، ولا يحل له تأخيرها عن وقتها ، والفائتة

انها غير واجبة وهو قول أكثر الفقهاء إلا أن الشافعي قال بوجوب الصلاة على النبي ﷺ وجعلها من الاركان وهو رواية عن أحمد لحديث كعب بن عجرة ، ودليل عدم وجوبها أن النبي ﷺ لم يعلمها المسيء في صلاته ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقد روى أبو داود باسناده عن علي بن يحيى بن خلاد عن عمه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاتتم الصلاة لاحد من الناس حتى يتوضأ فيضع الوضوء مواضعه ، ثم يكبر ويحمد الله ويثني عليه ، ويقرأ بما شاء من القرآن، ثم يقول الله أكبر، ثم يركع حتى تطمئن مفاصله ، ثم يقول سمع الله لمن حمده حتى يستوي قائما

بخلاف ذلك ، وقد ثبت أن النبي ﷺ لما نام عن صلاة الفجر أخرها شيئاً وأمرهم فاقتادوا رواحلهم ولانه ركن من أركان الاسلام مؤقت فلم يجز تقديم فائتة على حاضرة يخاف فواتها كالصيام وقوله عليه السلام « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها » مخصوص بما اذا ذكر فوائت فانه لا يلزمه في الحال إلا الاولى فنقيس عليه ما اذا اجتمعت حاضرة يخاف فوتها وفائتة لتأكد الحاضرة بما بيناه ، فان قيل قد قال النبي ﷺ « لاصلاة لمن عليه صلاة » قلنا هذا الحديث لا أصل له ، قال ابراهيم الحربي قيل لاحمد حديث النبي ﷺ « لاصلاة لمن عليه صلاة » فقال لاأعرف هذا اللفظ ، قال ابراهيم : ولا سمعت بهذا عن النبي ﷺ فعلى هذه الرواية يبدأ فيقضي الفوائت على الترتيب حتى اذا خاف فوت الحاضرة صلاها ثم عاد إلى قضاء الفوائت نص أحمد على هذا ، فان حضرت جماعة في صلاة الحاضرة فقال أحمد في رواية أبي داود فيمن عليه صلوات فائتة فأدركته الظهر ولم يفرغ من الصلوات يصلي مع الامام الظهر ويحسبها من الفوائت ويصلي الظهر في آخر الوقت ، فان كان عليه عصر وأقيمت صلاة الظهر فقد ذكر بعض أصحابنا فيمن عليه فائتة وخشي فوات الجماعة روايتين (احداهما) يسقط الترتيب لأنه اجتمع واجبان : الترتيب والجماعة ولا بد من تفويت أحدهما فكان مخيراً فيهما (والثانية) لا يسقط الترتيب لانه آكد من الجماعة بدليل اشتراطه لصحة الصلاة بخلاف الجماعة وهذا ظاهر المذهب ، فان أراد أن يصلي العصر الفائتة خلف من يؤدي الظهر ابتنى ذلك على جواز ائتمام من يصلي العصر خلف من يصلي الظهر وفيه روايتان سنذكرهما ان شاء الله تعالى ، قال أحمد فيمن ترك صلاة سنين يعيدها فاذا جاء وقت صلاة مكتوبة صلاها ويجعلها من الفوائت التي يعيدها ويصلي الظهر في آخر الوقت وقال : ولا يصلي مكتوبة الا في آخر وقتها حتى يقضي التي عليه من الصلوات

(فصل) اذا ترك ظهراً وعصراً من يومين لايدري أيهما أولا ففي ذلك روايتان ، نقل الاثرم أنه يعمل على أكثر ذلك في نفسه ثم يقضي يعني أنه يتحرى أيهما نسي أولا فيقضيها ثم يقضي الاخرى وهذا قول أبي يوسف ومحمد لان الترتيب مما تبيح الضرورة تركه بدليل ما اذا تضايق الوقت أو نسي الفائتة فيدخله التحري كالقبلة (والرواية الثانية) أنه يصلي الظهر ثم العصر بغير تحر نقلها مهنا لان التحري فيما فيه أمارة وهذا لاأمارة فيه فرجع فيه إلى ترتيب الشرع ، ويحتمل أن يلزمه صلاة الظهر ثم العصر ثم الظهر أو العصر ثم الظهر ثم العصر لانه أمكنه أداء فرضه بيقين فلزمه كما لو نسي صلاة من يوم لايعلم عينها ، وقد نقل أبو داود عن أحمد في رجل فرط في صلاة يوم العصر ويوم الظهر صلوات لايعرفها ؟ قال يعيد حتى لا يكون في قلبه شيء ، وظاهر هذا أنه يقضي حتى يتيقن براءة ذمته وهذا مذهب أبي حنيفة

ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله ، ثم يقول الله أكبر ويرفع رأسه حتى يستوي قاعداً ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله ، ثم يرفع رأسه فيكبر ، فاذا فعل ذلك فقد تمت صلاته » وفي رواية « لاتتم صلاة أحدكم حتى يفعل ذلك » وهذا نص في وجوب التكبير وقد ذكرنا

(فصل) ولا يعذر في ترك الترتيب بالجهل بوجوبه ، وقال زفر يعذر بذلك

ولنا أنه ترتيب واجب في الصلاة فلم يسقط بالجهل كالترتيب في المجموعتين ولان الجهل بأحكام الشرع مع التمكن من العلم لا يسقط أحكامها كالجهل بتحريم الأكل في الصوم

(فصل) اذا كثرت الفوائت عليه يتشاغل بالقضاء مالم يلحقه مشقة في بدنه أو ماله ، أما بدنه فأن يضعف أو يخاف المرض ، وأما في المال فأن ينقطع عن التصرف في ماله بحيث ينقطع عن معاشه أو يستضر بذلك وقد نص أحمد على معنى هذا ، فان لم يعلم قدر ماعليه فانه يعيد حتى يتيقن براءة ذمته قال أحمد في رواية صالح في الرجل يضيع الصلاة : يعيد حتى لا يشك أنه قد جاء بما قد ضيع فان نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها أعاد صلاة يوم وليلة نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم وذلك لان التعيين شرط في صحة الصلاة المكتوبة ولا يتوصل الى ذلك ههنا إلا باعادة الصلوات الخمس فلزمه

(فصل) اذا نام في منزل في السفر فاستيقظ بعد خروج وقت الصلاة فالمستحب له أن ينتقل عن ذلك المنزل فيصلي في غيره نص عليه أحمد لما روى أبو هريرة قال : عرسنا مع رسول الله ﷺ فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس فقال رسول الله ﷺ « ليأخذ كل رجل منكم برأس راحلته فان هذا منزل حضر فيه الشيطان » قال ففعلنا ثم دعا بالماء فتوضأ ثم سجد سجدتين[1] ثم أقيمت الصلاة فصلى الغداة ، وروى نحوه أبو قتادة وعمران بن حصين متفق عليها ، ويستحب أن يقضي ركعتي الفجر قبل الفريضة لما تقدم من الحديث فان أراد التطوع بصلاة أخرى كره له ذلك ، وكذلك حكم الصوم لا يتطوع به وعليه فريضة فان فعل صح تطوعه بدليل حديث ابن عمر في الذي ينسى فريضة فلا يذكرها إلا وراء الامام فانه يتمها فحكم له بصحتها ، فأما السنن الرواتب فلا يكره قضاؤها قبل الفرائض كما ذكرنا في ركعتي الفجر

[1] أي صلى ركعتين وهما راتبة الفجر .

(فصل) فان أخر الصلاة لنوم أو غيره حتى خاف خروج الوقت ان تشاغل بركعتي الفجر فانه يبدأ بالفرض ويؤخر الركعتين نصَّ عليه أحمد في رواية جماعة منهم أبو الحارث نقل عنه أنه اذا انتبه قبل طلوع الشمس وخاف أن تطلع الشمس بدأ بالفريضة فانه اذا قدمت الحاضرة على الفائتة مع الاخلال بالترتيب الواجب مراعاة لوقت الحاضرة فتقديمها على السنة أولى ، وهكذا إن استيقظ لا يدري أطلعت الشمس أو لا بدأ بالفريضة أيضاً نصَّ عليه أحمد لان الاصل بقاء الوقت وامكان الاتيان بالفريضة فيه

(فصل) ويستحب قضاء الفوائت في جماعة فان النبي ﷺ يوم الخندق فاته أربع صلوات فقضاهن في جماعة ، وحديث أبي قتادة وغيره حين قام رسول الله ﷺ يوم الخندق عن صلاة الفجر هو

أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتسبيح في الركوع والسجود ، ولان مواضع هذه الاركان أركان فكان فيها ذكر واجب كالقيام وقد أشرنا إلى أدلة الباقي منها . فأما حديث المسيء في صلاته فلم يذكر فيه جميع الواجبات بدليل أنه لم يعلمه التشهد ولا السلام ، فلعله اقتصر على تعليم ما أساء فيه ولا يلزم

وأصحابه فصلى بهم جماعة ،ولا يلزمه القضاء أكثر من مرة عند استيقاظه أو ذكره لما لان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه قضى غير مرة وقال عليه السلام « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها » لم يزد على ذلك وقد روى عمران بن حصين قال : سرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرّس بنا من السحر فما استيقظنا إلا بحر الشمس قال فقام القوم دهشين مسرعين لما فاتهم من صلاتهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اركبوا » فركبنا فسرنا حتى طلعت الشمس ثم نزل ونزلنا وقضى القوم من حوائجهم وتوضؤوا فامر بلال فاذن وصلى ركعتي الفجر وصلينا ثم أمره فأقام فصلى بنا فقلنا يارسول الله ألا نصلي هذه الصلاة لوقتها؟ قال « لا . لاينهاكم الله عن الربا ويقبله منكم » رواه الاثرم واحتج به أحمد

(فصل) ومن أسلم في دار الحرب فترك صلوات أو صياما لا يعلم وجوبه لزمه قضاؤه وبذلك قال الشافعي وعند أبي حنيفة لا يلزمه

ولنا أنها عبادة تجب مع العلم بها فلزمته مع الجهل كما في دار الاسلام

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويؤدب الغلام على الطهارة والصلاة اذا تمت له عشر سنين)

معنى التأديب الضرب والوعيد والتعنيف قال القاضي : يجب على ولي الصبي أن يعلمه الطهارة والصلاة إذا بلغ سبع سنين ويأمره بها ويلزمه أن يؤدبه عليها اذا بلغ عشر سنين ، والاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «علموا الصبي الصلاة ابن سبع واضربوه عليها ابن عشر » رواه الأثرم وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن وهذا لفظ رواية الترمذي ولفظ حديث غيره «مروا الصبي بالصلاة لسبع سنين واضربوه عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع» وهذا التأديب المشروع في حق الصبي لتمرينه على الصلاة كي يألفها ويعتادها ولا يتركها عند البلوغ وليست واجبة عليه في ظاهر المذهب ومن أصحابنا من قال تجب عليه لهذا الحديث فان العقوبة لا تشرع إلا لترك واجب ولان احمد قد نقل عنه في ابن أربع عشرة اذا ترك الصلاة : يعيد ولعل احمد رحمه الله أمر بذلك على طريق الاحتياط فان الحديث قد ثبت عن رسول الله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ » ولانه صبي فلم يجب عليه كالصغير وهذا التأديب للتمرين والتعويد كالضرب على تعلم الخط والقرآن والصناعة وأشباهها ولاخلاف في أنها تصح من الصبي العاقل ولا فرق بين الذكر والانثى فيما ذكرناه

(فصل) ويعتبر لصلاة الصبي من الشروط مايعتبر في صلاة البالغ الا أن قول النبي ﷺ «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» يدل على صحة صلاة غير الحائض بغير خمار

من التساوي في الوجوب التساوي في الاحكام بدليل واجبات الحج . وقد ذكر في الحديث الذي رويناه تعليم التكبير وهو زيادة يجب قبولها

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ترك منها شيئا عمداً بطلت صلاته ، ومن تركه سهواً ترك السهو . وعنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وسجود القرآن أربع عشر سجدة)

المشهور في المذهب أن عزائم سجود القرآن أربع عشرة سجدة وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين والشافعي في أحد القولين وممن روي عنه أن في المفصل ثلاث سجدات أبو بكر وعلي وابن مسعود وعمار وأبو هريرة وابن عمر وعمر بن عبد العزيز وجماعة من التابعين وبه قال الثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنها خمس عشرة سجدة منها سجدة ص - وروي ذلك عن عقبة بن عامر وهو قول اسحاق لما روى ابن ماجه وأبو داود عن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أقرأه خمس عشرة سجدة منها ثلاث في المفصل وفي سورة الحج سجدتان . وقال مالك في رواية الشافعي في قول عزائم السجود إحدى عشرة . قال ابن عبد البر هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وابن جبير والحسن وعكرمة ومجاهد وعطاء وطاوس ومالك وطائفة من أهل المدينة لان أبا الدرداء قال قد سجدت مع النبي صلى الله عليه وسلم احدى عشرة ليس فيها من المفصل شيء. رواه ابن ماجه وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول الى المدينة رواه أبو داود

ولنا ماروى أبو رافع قال صليت خلف أبي هريرة العتمة فقرأ (إذا السماء انشقت) فسجد فقلت ما هذه السجدة ؟ قال سجدت بها خلف أبي القاسم صلى الله عليه وسلم فلا أزال أسجد فيها حتى ألقاه رواه البخاري ومسلم وأبوداود وابن ماجه والاثرم. وروى مسلم وأبوداود وابن ماجه عن أبي هريرة قال سجدنا مع رسول الله ﷺ في (إذا السماء انشقت) و (اقرأ باسم ربك) وروى عبد الله بن مسعود ان النبي ﷺ قرأ سورة النجم فسجد بها وما بقي أحد من القوم الا سجد رواه البخاري ومسلم وأبو داود ،وأبوهريرة انما أسلم بالمدينة وهو أولى من حديث ابن عباس لانه اثبات ثم ان ترك السجود يدل على أنه ليس بواجب والسجود يدل على أنه مسنون ولا تعارض بينهما وحديث أبي الدرداء قال أبو داود اسناده واه ثم لادلالة فيه إذ يجوز أن يكون سجود غير المفصل إحدى عشرة فيكون مع سجدات المفصل أربع عشرة

(فصل) فعلى الرواية الاولى ليست (ص) من عزائم السجود وهو قول علقمة والشافعي وروي ذلك عن ابن عباس وابن مسعود. والرواية الثانية هي من العزائم وهو قول الحسن ومالك والثوري واسحاق وأصحاب الرأي لحديث عمرو بن العاص وروي عن عمر وابنه وعثمان أنهم كانوا يسجدون فيها وروى أبوداود باسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد فيها وحديث أبي الدرداء يدل على أنه سجد فيها

ان هذه سنن لاتبطل الصلاة بتركها) وحكم هذه إذا قلنا بوجوبها أنه ان تركها عمداً بطلت صلاته لانها واجبة أشبهت الاركان ، وان تركها سهواً جبرها بسجود السهو لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قام الى الثالثة وترك التشهد الاول سجد سجدتين قبل أن يسلم في حديث ابن بحينة ولولا أنه سقط

ولنا ماروى أبو داود عن أبي سعيد قال : قرأ رسول الله ﷺ وهو على المنبر (ص) فلما بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه فلما كان يوم آخر قرأها فلما بلغ السجدة تشزى الناس السجود فقال رسول الله ﷺ « انما هي توبة نبي ولكني رأيتكم تشزيتم السجود » فنزل فسجد وسجدوا وروى النسائي عن ابن عباس أن النبي ﷺ سجد في ص وقال « سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكراً » وروى أبو داود عن ابن عباس قال : ليس ص من عزائم السجود ، والحديث الذي ذكرناه الرواية الاخرى يدل على أن النبي ﷺ سجد فيها فيكون سجوده للشكر كما بينه في حديث ابن عباس .

﴿ مسئلة ﴾ قال (في الحج منها سجدتان)

وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وممن كان يسجد في الحج سجدتين عمر وعلي وعبدالله بن عمر وأبو الدرداء وأبوموسى وأبو عبدالرحمن السلمي وأبو العالية وزر وقال ابن عباس: فضلت سورة الحج بسجدتين وقال الحسن وسعيد بن جبير وجابر بن زيد والنخعي ومالك وأبوحنيفة ليست الاخيرة سجدة لانه جمع فيها بين الركوع والسجود فقال (يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا) فلم تكن سجدة كقوله (يامريم اقنتي لربك واسجدي واركعي مع الراكعين)

ولنا حديث عمرو بن العاص الذي ذكرناه وروى أبو داود والاثرم عن عقبة بن عامر قال قلت لرسول الله ﷺ في الحج سجدتان ؟ قال « نعم ، من لم يسجدهما فلا يقرأهما » وأيضا فانه قول من سمينا من الصحابة لم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فيكون إجماعا وقد قال أبو إسحاق أدركت الناس منذ سبعين سنة يسجدون في الحج سجدتين .وقال ابن عمر لو كنت تاركا إحداهما تركت الاولى وذلك لان الاولى إخبار والثانية أمر واتباع الامر أولى وذكر الركوع لايقتضي ترك السجود كما ذكر البكاء في قوله (خروا سجداً وبكيا) وقوله (ويخرون للاذقان يبكون ويزيدهم خشوعا)

(فصل) ومواضع السجود آخر الاعراف (وله يسجدون) وفي الرعد (وظلالهم بالغدو والآصال) وفي النحل (ويفعلون مايؤمرون) وفي بني اسرائيل (ويزيدهم خشوعا) وفي مريم (خروا سجداً وبكيا) وفي الحج (إن الله يفعل مايشاء) وقوله (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون)وفي الفرقان (وزادهم خشوعا) وفي النمل (رب العرش العظيم) وفي الم تنزيل (وهم لا يستكبرون) وفي حم السجدة (وهم لا يسأمون) وآخر النجم (فاسجدوا لله واعبدوا)وفي الانشقاق (وإذا قرىء عليهم القرآن لايسجدون) وآخر (اقرأ باسم ربك) وقال مالك : السجود في حم عند (ان كنتم

بالسهو لرجع اليه ، ولولا أنه واجب لما سجد لجبره لانه لايزيد في الصلاة زيادة محرمة لجبر ماليس بواجب ، وغير التشهد من الواجبات مقيس عليه ، ولا يمتنع أن يكون للعبادة واجب يجبر إذا تركه وأركان لاتصح إلا بها كالحج ، ويختص التسميع لسقوطه عن المأموم . وذكر ابن عقيل رواية فيمن

إياه تعبدون) لان الامر بالسجود هناك فيها

ولنا أن تمام الكلام في الثانية فكان السجود بعدها كما في سورة النحل عند قوله (ويفعلون مايؤمرون) وذكر السجود في التي قبلها كذا ههنا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يسجد الا وهو طاهر)

وجملة ذلك أنه يشترط للسجود مايشترط لصلاة النافلة من الطهارتين من الحدث والنجس وستر العورة ، واستقبال القبلة ، والنية ، ولا نعلم فيه خلافا إلا ماروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه في الحائض تسمع السجدة تومىء برأسها وبه قال سعيد بن المسيب قال ويقول : اللهم لك سجدت . وعن الشعبي فيمن سمع السجدة على غير وضوء يسجد حيث كان وجهه

ولنا قول النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » فيدخل في عمومه السجود ولانه صلاة فيشترط له ذلك كذات الركوع

(فصل) اذا سمع السجدة غير متطهر لم يلزمه الوضوء ولا التيمم ، وقال النخعي : يتيمم ويسجد وعنه يتوضأ ويسجد وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

ولنا أنها تتعلق بسبب فاذا فات لم يسجد كما لو قرأ سجدة في الصلاة فلم يسجد فانه لا يسجد بعدها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكبر اذا سجد)

وجملة ذلك أنه اذا سجد للتلاوة فعليه التكبير للسجود والرفع منه سواء كان في صلاة أو في غيرها وبه قال ابن سيرين والحسن وأبو قلابة والنخعي ومسلم بن يسار وأبو عبد الرحمن السلمي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك : اذا كان في صلاة واختلف عنه إذا كان في غير صلاة .

ولنا ماروى ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ يقرأ علينا القرآن فاذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا معه . قال عبدالرزاق: كان الثوري يعجبه هذا الحديث قال أبو داود : يعجبه لانه كبر ولانه سجود منفرد فشرع له التكبير في ابتدائه والرفع منه كسجود السهو بعد السلام وقد صح عن النبي ﷺ أنه كبر فيه للسجود والرفع ولم يذكر الخرقي التكبير للرفع وقد ذكره غيره من أصحابنا وهو القياس كما ذكرنا ولا يشرع في ابتداء السجود أكثر من تكبيرة قال يكبر للافتتاح واحدة وللسجود أخرى

ولنا حديث ابن عمر وظاهره أن يكبر واحدة وقياسه على سجود السهو بعد السلام

ترك شيئا من الواجبات ساهيا أن صلاته تبطل كالاركان . قال والاول أصح وهو أنها تنجبر بسجود السهو

﴿ مسئلة ﴾ وسنن الاقوال اثنا عشر ، الاستفتاح ، والتعوذ ، وقراءة بسم الله الرحمن الرحيم ، وقول آمين ، وقراءة السورة ، والجهر ، والاخفات ، وقول ملء السموات[1] بعد التحميد ، ومازاد على

١) أي الخ الثناء المعروف

(فصل) ويرفع يديه مع تكبيرة السجود إن سجد في غير صلاة وهو قول الشافعي لانها تكبيرة افتتاح ، وان كان السجود في الصلاة فنص أحمد أنه يرفع يديه لانه يسن له الرفع لو كان منفردا فكذلك مع غيره ، قال القاضي : وقياس المذهب لايرفع لان محل الرفع في ثلاثة مواضع ليس هذا منها ، ولان في حديث ابن عمر أن النبي ﷺ كان لا يفعل في السجود يعني رفع يديه ، وهوحديث متفق عليه . واحتج أحمد بما روي وائل بن حجر قال : قلت لأنظرن الى صلاة رسول الله ﷺ فكان يكبر اذا خفض ويرفع يديه في التكبير ، قال أحمد : هذا يدخل في هذا كله وهو قول مسلم بن يسار ومحمد بن سيرين

(فصل) ويقول في سجوده مايقول في سجود الصلاة . قال أحمد : أما أنا فأقول سبحان ربي الأعلى، وقد روت عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ كان يقول في سجود القرآن بالليل « سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى الترمذي وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال يارسول الله إني رأيتني الليلة أصلي خلف شجرة فقرأت السجدة فسجدت فسجدت الشجرة لسجودي فسمعتها وهي تقول : اللهم اكتب لي بها عندك أجرا ، وضع عني بها وزرا ، واجعلها لي عندك ذخرا ، وتقبلها مني كما تقبلتها من عبدك داود . فقرأ النبي صلى الله عليه وسلم سجدة ثم سجد فقال ابن عباس : فسمعته يقول مثل ماأخبره الرجل عن قول الشجرة ، قال الترمذي : وهذا حديث غريب ، ومهما قال ذلك فحسن

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويسلم إذا رفع)

اختلفت الرواية عن أحمد في التسليم في سجود التلاوة فرأى أنه واجب وبه قال أبو قلابة وأبو عبدالرحمن وروي أنه غير واجب ، قال ابن المنذر : قال أحمد أما التسليم فلا أدري ماهو . قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير ويحيى بن وثاب ليس فيه تسليم ، وروي ذلك عن أبي حنيفة واختلف قول الشافعي فيه ، ووجه الرواية التي اختارها الخرقي قول النبي صلى الله عليه وسلم « تحريمها التكبير وتحليلها التسليم » ولانها صلاة ذات احرام فافتقرت الى سلام كسائر الصلوات ولا تفتقر الى تشهد ، نص عليه أحمد في رواية الاثرم لانه لم ينقل ولانه لا ركوع فيه فلم يكن له تشهد كصلاة الجنازة ويجزئه تسليمة واحدة نص عليه أحمد في رواية حرب وعبدالله قال: يسلم تسليمة واحدة ، قال القاضي يجزئه رواية

التسبيحة الواحدة في الركوع والسجود ، وعلى المرة في سؤال المغفرة ، والتعوذ في التشهد الأخير ، والقنوت في الوتر ، فهذه سنن لاتبطل الصلاة بتركها ولا يجب السجود لسهوها لان فعلها غير واجب فجبرها أولى وهل يشرع ؟ على روايتين (احداهما) يشرع وهو مذهب مالك وأبي حنيفة في الامام اذا ترك الجهر . وقال الحسن والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي واسحاق: عليه سجود السهو اذا ترك قنوت

واحدة ، قال اسحاق : يسلم عن يمينه فقط السلام عليكم . وقال في المجرد عن أبي بكر ان فيه رواية أخرى لايجزئه إلا ثنتان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يسجد في الاوقات التي لايجوز أن يصلي فيها تطوعاً)

قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عمن قرأ سجود القرآن بعد الفجر وبعد العصر أيسجد ؟ قال لا . وبهذا قال أبو ثور وروي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب واسحاق وكره مالك قراءة السجدة وقت النهي ، وعن أحمد رواية أخرى انه يسجد وبه قال الشافعي وروي ذلك عن الحسن والشعبي وسالم والقاسم وعطاء وعكرمة ورخص فيه أصحاب الرأي قبل تغير الشمس

ولنا عموم قوله عليه السلام « لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس » وروى أبوداود عن أبي تميمة الهجيمي قال: كنت أقص بعد صلاة الصبح فأسجد فنهاني ابن عمر فلم أنته ثلاث مرات ثم عادفقال : اني صليت خلف النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر وعثمان فلم يسجدوا حتى تطلع الشمس ، وروى الاثرم عن عبد الله بن مقسم ان قاصاً كان يقرأ السجدة بعد العصر فيسجد فنهاه ابن عمر وقال انهم لايعقلون

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن سجد فحسن ومن ترك فلا شيء عليه)

وجملة ذلك ان سجود التلاوة سنة مؤكدة وليس بواجب عند إمامنا ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وهو مذهب عمر وابنه عبد الله وأوجبه أبو حنيفة وأصحابه لقول الله عز وجل (فما لهم لايؤمنون ، واذا قرىء عليهم القرآن لايسجدون) ولا يذم إلا على ترك واجب ولانه سجود يفعل في الصلاة فكان واجباً كسجود الصلاة

ولنا ماروى زيد بن ثابت قال : قرأت على النبي ﷺ النجم فلم يسجد منا أحد متفق عليه . ولانه إجماع الصحابة ، وروى البخاري والاثرم عن عمر أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل حتى اذا جاء السجدة نزل فسجد وسجد الناس ، حتى اذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها حتى اذا جاءت السجدة قال: ياأيها الناس انما نمر بالسجود فمن سجد فقد أصاب ومن لم يسجد فلا إثم عليه ولم يسجد عمر . وفي لفظ : ان الله لم يفرض علينا السجود إلا أن نشاء . وفي رواية الاثرم فقال : على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء ، فقرأها ولم يسجد ومنعهم أن يسجدوا ، وهذا بحضرة الجمع الكثير فلم ينكره أحد ولا نقل خلافه ، فأما الآية فانه ذمهم لترك السجود غير معتقدين فضله ولا مشروعيته وقياسهم ينتقض بسجود السهو فانه عندهم غير واجب

الوتر ناسياً لقوله عليه السلام « لكل سهو سجدتان » (والثانية) لايشرع لأن تركها عمداً يبطل الصلاة فلم يشرع لسهوها سجود كسنن الافعال وهذا قول الشافعي

(فصل) ويسن السجود للتالي والمستمع لا نعلم في هذا خلافا وقد دلت عليه الاحاديث التي رويناها وقد روى البخاري ومسلم وأبو داود عن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ يقرأ علينا السورة في غير الصلاة فيسجد ونسجد معه حتى لا يجد أحدنا مكانا لموضع جبهته، فأما السامع غير القاصد للسماع فلا يستحب له روي ذلك عن عثمان وابن عباس وعمران وبه قال مالك . وقال أصحاب الرأي : عليه السجود وروي نحو ذلك عن ابن عمر والنخعي وسعيد بن جبير ونافع وإسحاق لانه سامع للسجدة فكان عليه السجود كالمستمع . وقال الشافعي لا أؤكد عليه السجود وان سجد فحسن

ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه مر بقاص فقرأ القاص سجدة ليسجد عثمان معه فلم يسجد وقال : انما السجدة على من استمع . وقال ابن مسعود وعمران : ما جلسنا لها . وقال سلمان : ما عدونا لها ونحوه عن ابن عباس ولا مخالف لهم في عصرهم نعلمه الا قول ابن عمر : انما السجدة على من سمعها فيحتمل أنه أراد من سمع عن قصد فيحمل عليه كلامه جمعا بين أقوالهم ولا يصح قياس السامع على المستمع لافتراقهما في الاجر

(فصل) ويشترط لسجود المستمع أن يكون التالي ممن يصلح أن يكون له اماما فان كان صبيا أو امرأة فلا يسجد السامع رواية واحدة الا أن يكون ممن يصح له أن يأتم به . وممن قال لا يسجد اذا سمع المرأة قتادة ومالك والشافعي واسحاق . وقال النخعي : هي امامك ، وقد روي أن رسول الله ﷺ أتى الى نفر من أصحابه فقرأ رجل منهم سجدة ثم نظر الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « انك كنت امامنا ولو سجدت سجدنا » رواه الشافعي في مسنده والجوزجاني في المترجم عن عطاء عن النبي ﷺ واذا لم يسجد التالي لم يسجد المستمع .وقال الشافعي يسجد

ولنا الحديث الذي رويناه ولانه امام له فلم يسجد بدون امامه كما لو كانا في صلاة .وان قرأ الامي سجدة فعلى القاري المستمع السجود معه لان القراءة ليست بركن في السجود . فان كان التالي في صلاة والمستمع في غير صلاة سجد معه وان كان المستمع في صلاة أخرى لم يسجد معه ان كانت فرضا رواية واحدة ، وان كانت نفلا فعلى روايتين الصحيح أنه لا يسجد ولا ينبغي له أن يستمع بل يشتغل بصلاته كما قال النبي ﷺ « ان في الصلاة لشغلا » متفق عليه ، ولا يسجد اذا فرغ من الصلاة ، وقال أبو حنيفة يسجد عند فراغه ، وليس بصحيح فانه لو ترك السجود لتلاوته في الصلاة لم يسجد اذا فرغ فلأن لا يسجد بحكم سماعه أولى ،وهكذا الحكم ان كان التالي في غير صلاة والمستمع في الصلاة

(فصل) ولا يقوم الركوع مقام السجود ، وقال أبو حنيفة يقوم مقامه استحبابا لقوله تعالى (وخر راكعا وأناب) ولنا انه سجود مشروع فلا ينوب عنه الركوع كسجود الصلاة ، والآية المراد بها

﴿ مسئلة ﴾ (وما سوى هذا من سنن الافعال لا تبطل الصلاة بتركها ولا يشرع السجود لها)

السجود لانه قال (وخر) ولا يقال للراكع خر وانما روي عن داود عليه السلام السجود لا الركوع الا أنه عبر عنه بالركوع ، على أن سجدة (ص) ليست من عزائم السجود

(فصل) وان قرأ السجدة في الصلاة في اخر السورة فان شاء ركع وان شاء سجد ثم قام فركع نص عليه ، قال ابن مسعود : ان شئت ركعت وان شئت سجدت وبه قال الربيع بن خيثم واسحاق وأصحاب الرأي ونحوه عن علقمة وعمرو بن شرحبيل ومسروق ، قال مسروق قال عبدالله : اذا قرأ أحدكم سورة آخرها سجدة فليركع ان شاء وان شاء فليسجد فان الركعة مع السجدة وان سجد فليقرأ اذا قام سورة ثم ليركع ، وروي عن عمر رضي الله عنه انه قرأ بالنجم فسجد فيها ثم قام فقرأ سورة أخرى

(فصل) واذا كان على الراحلة في السفر جاز أن يومىء بالسجود حيث كان وجهه كصلاة النافلة فعل ذلك علي وسعيد بن زيد وابن عمر وابن الزبير والنخعي وعطاء ، وقال به مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقد روى أبو داود عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قرأ عام الفتح سجدة فسجد الناس كلهم منهم الراكب والساجد في الارض حتى ان الراكب ليسجد على يده ، ولانها لا تزيد على صلاة التطوع وهي تفعل على الراحلة ، وان كان ماشيا سجد على الارض وبه قال أبو العالية وأبو زرعة وابن عمر وابن جرير وأصحاب الرأي لما ذكرنا من الحديث والقياس وقال الاسود بن يزيد وعطاء ومجاهد يومىء وفعله علقمة وأبو عبد الرحمن ، وعلى ما حكاه أبو الحسن الآمدي في صلاة الماشي في التطوع أنه يومىء فيها ولا يلزمه السجود بالارض يكون ههنا مثله

(فصل) يكره اختصار السجود وهو أن ينتزع الآيات التي فيها السجود فيقرؤها ويسجد فيها وكرهه الشعبي والنخعي والحسن واسحاق ، ورخص فيه النعمان وصاحبه محمد وأبو ثور ، ولنا أنه ليس بمروي عن السلف فعله بل كراهته ولا نظير له يقاس عليه

(فصل) قال بعض أصحابنا يكره للامام قراءة السجدة في صلاة لا يجهر فيها وإن قرأ لم يسجد وهو قول أبي حنيفة ولم يكرهه الشافعي لان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه سجد في الظهر ثم قام فركع فرأى أصحابه أنه قرأ سورة السجدة . رواه أبو داود واحتج أصحابنا بأن فيه إيهاما على المأموم ، واتباع النبي ﷺ أولى ، واذا سجد الامام سجد المأموم وقال بعض أصحابنا هو مخير بين اتباعه وتركه والاولى اتباعه لقول رسول الله ﷺ «إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا سجد فاسجدوا » ولانه لو كان بعيداً لا يسمع أو أطروشا في صلاة الجهر لسجد بسجود إمامه كذا ههنا

(فصل) ويستحب سجود الشكر عند تجدد النعم واندفاع النقم وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال النخعي ومالك وأبو حنيفة يكره لان النبي ﷺ كان في أيامه الفتوح واستسقى فسقي ولم ينقل انه سجد ولو كان مستحبا لم يخل به

فأما سنن الافعال فهي رفع اليدين عند الافتتاح والركوع والرفع منه ووضع اليمنى على اليسرى

ولنا ماروى ابن المنذر باسناده عن أبي بكرة أن النبي ﷺ كان اذا أتاه أمر يسر به خر ساجداً ورواه أبو داود ولفظه قال: كان اذا أتاه أمر يسر به أو بشر به خر ساجداً شكراً لله وقال الترمذي هذا حديث حسن غريب . وسجد الصديق حين فتح اليمامة وعلي حين وجد ذا الثدية [1] وروي عن جماعة من الصحابة فثبت ظهوره وانتشاره فبطل ماقالوه وتركه تارة لايدل على أنه ليس بمستحب فان المستحب يفعل تارة ويترك أخرى ويشترط لسجود الشكر مايشترط لسجود التلاوة والله أعلم

(فصل) ولا يسجد للشكر وهو في الصلاة لان سبب السجدة ليس منها فان فعل بطلت صلاته إلا أن يكون ناسياً أو جاهلا بتحريم ذلك فأما سجدة (ص) اذا سجدها في الصلاة وقلنا ليست من العزائم فيحتمل أن تبطل بها الصلاة لانها سجدة شكر ويحتمل أن لاتبطل لان سببها من الصلاة وتتعلق بالتلاوة فهي كسجود التلاوة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حضرت الصلاة والعشاء بدأ بالعشاء)

وجملة ذلك أنه اذا حضر العشاء في وقت الصلاة فالمستحب أن يبدأ بالعشاء قبل الصلاة ليكون أفرغ لقلبه ، وأحضر لباله ، ولا يستحب أن يعجل عن عشائه أو غدائه فان أنساً روى عن النبي ﷺ قال « اذا قرب العشاء وحضرت الصلاة فابدءوا به قبل أن تصلوا صلاة المغرب ولا تعجلوا عن عشائكم » وقالت عائشة اني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لاصلاة بحضرة طعام ولا وهو يدافعه الاخبثان » رواهما مسلم وغيره ولا فرق بين أن يحضر صلاة الجماعة ويخاف فوتها في الجماعة أولا يخاف ذلك فان في بعض ألفاظ حديث أنس « اذا حضر العشاء وأقيمت الصلاة فابدءوا بالعشاء » وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « اذا قرب عشاء أحدكم وأقيمت الصلاة فابدءوا بالعشاء ولا يعجلن حتى يفرغ منه » رواهما مسلم ، وقوله وأقيمت الصلاة يعني الجماعة وتعشى ابن عمر وهو يسمع قراءة الامام ، قال أصحابنا انما يقدم العشاء على الجماعة اذا كانت نفسه تتوق إلى الطعام كثيراً ونحوه قال الشافعي وقال مالك يبدءون بالصلاة إلا أن يكون طعاما خفيفاً وقال بظاهر الحديث عمر وابنه واسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عباس لا نقوم إلى الصلاة وفي أنفسنا شيء . قال ابن عبدالبر أجمعوا على أنه لو صلى بحضرة الطعام فأكمل صلاته ان صلاته تجزئه كذلك اذا صلى حاقبا ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والعنبري يكره أن يصلي وهو حاقن وصلاته جائزة مع ذلك إن لم يترك شيئا من فروضها ، وقال مالك أحب أن يعيد اذا شغله ذلك قال الطحاوي لايختلفون أنه لو شغل قلبه بشيء من الدنيا أنه لايستحب له الاعادة كذلك اذا شغله البول

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حضرت الصلاة وهو يحتاج الى الخلاء بدأ بالخلاء)

يعني اذا كان حاقنا كرهت له الصلاة حتى يقضي حاجته سواء خاف فوت الجماعة أو لم يخف لما

وجعلها تحت السرة على ماذكرنا من الاختلاف فيه ، والنظر إلى موضع سجوده ، ووضع اليدين على

[1] أي حين وجده في الخوارج لان النبي صلى الله عليه وسلم أخبر به ووصفه

ذكرنا من حديث عائشة . وروى ثوبان عن رسول الله ﷺ أنه قال « لايحل لامرئ أن ينظر في جوف بيت امرئ حتى يستأذن ولا يقوم إلى الصلاة وهو حاقن » قال الترمذي هذا حديث حسن والمعنى في ذلك أن يقوم إلى الصلاة وبه مايشغله عن خشوعها وحضور قلبه فيها ، فان خالف وفعل صحت صلاته في هذه المسئلة وفي التي قبلها ، وقال ابن أبي موسى إن كان به من مدافعة الاخبثين مايزعجه ويشغله عن الصلاة أعاد في الظاهر من قوله لظاهر الحديثين الذين رويناهما وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، وقال ابن عبد البر في حديث ثوبان لايقوم به حجة عند أهل العلم بالحديث . فهذان من الاعذار التي يعذر بها في ترك الجماعة والجمعة لعموم اللفظ فان قوله « وأقيمت الصلاة » عام في كل صلاة وقوله « لاصلاة » عام أيضاً

(فصل) ويعذر في تركهما المريض في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر لاأعلم خلافا بين أهل العلم أن للمريض أن يتخلف عن الجماعات من أجل المرض ، وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « من سمع النداء فلم يمنعه من اتباعه عذر — قالوا وما العذر يارسول الله ؟ قال — خوف أو مرض لم يقبل منه الصلاة التي صلى » رواه أبو داود وقد كان بلال يؤذن بالصلاة ثم يأتي النبي ﷺ وهو مريض فيقول « مروا أبا بكر فليصل بالناس »

(فصل) ويعذر في تركهما الخائف لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العذر خوف أو مرض » والخوف ثلاثة أنواع : خوف على النفس ، وخوف على المال ، وخوف على الاهل (فالاول) أن يخاف على نفسه سلطانا يأخذه أو عدواً أو لصاً أو سبعا أو دابة أو سيلا أو نحو ذلك بما يؤذيه في نفسه وفي معنى ذلك أن يخاف غريما له يلازمه ولا شيء معه يوفيه فان حبسه بدين هو معسر به ظلم له فان كان قادراً على أداء الدين لم يكن عذراً له ، وكذلك إن وجب عليه حد لله تعالى أو حد قذف فخاف أن يؤخذ به لم يكن عذراً له لانه يجب ايفاؤه ، وهكذا إن تأخر عليه قصاص لم يكن له عذر في التخلف من أجله . وقال القاضي : إن كان يرجو الصلح على مال فله التخلف حتى يصالح بخلاف الحدود فانه لاتدخلها المصالحة ولا العفو وحد القذف ان يرجي العفو عنه فليس بعذر في التخلف لانه يرجو اسقاطه بغير بدل، ويعذر في تركهما بالمطر الذي يبل الثياب والوحل الذي يتأذى به في نفسه وثيابه قال عبد الله بن الحارث : قال عبدالله بن عباس لمؤذنه في يوم مطير اذا قلت أشهد أن محمداً رسول الله فلا تقل حي على الصلاة وقل صلوا في بيوتكم قال : فكأن الناس استنكروا ذلك ، قال ابن عباس : أتعجبون من ذلك قد فعل ذلك من هو خير مني ان الجمعة عزمة وإني كرهت أن أخرجكم فتمشوا في الطين والدحض . متفق عليه ، ويعذر في ترك الجماعة بالريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة وقد روى ابن ماجه عن ابن عمر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي مناديه في الليلة المطيرة أو الليلة الباردة « صلوا في رحالكم » واسناده صحيح ورواه أبوداود ونحوه واتفق عليه

الركبتين في الركوع ، والتجافي في السجود ، ومد ظهره معتدلا وجعله حيال رأسه ، والبداءة بوضع

البخاري ومسلم الا أن فيه في الليلة الباردة أو المطيرة في السفر ، وروى أبو المليح أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم زمن الحديبية يوم جمعة وأصابهم مطر لم يبل أسفل نعالهم فأمرهم أن يصلوا في رحالهم رواه أبو داود . ويعذر أيضا من يريد سفراً ويخاف الرفقة (النوع الثاني) الخوف على ماله بخروجه مما ذكرناه من السلطان واللصوص وأشباههما أو يخاف أن يسرق منزله أو يحرق أو شيء منه أو يكون له خبز في تنور أو طبيخ على نار يخاف حريقه باشتغاله عنه أو يكون له غريم ان ترك ملازمته ذهب بماله أو يكون له بضاعة أو وديعة عند رجل ان لم يدركه ذهب فهذا وأشباهه عذر في التخلف عن الجمعة والجماعات (النوع الثالث) الخوف على ولده وأهله أن يضيعوا أو يكون ولده ضائعا فيرجو وجوده في تلك الحال أو يكون له قريب يخاف أن تشاغل بهما مات فلم يشهده قال ابن المنذر ثبت أن ابن عمر استصرخ على سعيد بن زيد بعد ارتفاع الضحى فاتاه بالعقيق وترك الجمعة وهذا مذهب عطاء والحسن والاوزاعي والشافعي

(فصل) ويعذر في تركهما من يخاف عليه النعاس حتى يفوتاه فيصلي وحده وينصرف

باب ما يبطل الصلاة اذا تركه عامدا أو ساهيا

روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال «ارجع فصل فانك لم تصل» فرجع فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال «ارجع فصل فانك لم تصل» ثلاثا فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فعلمني قال «اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها» متفق عليه زاد مسلم «إذا قمت الى الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر»

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك تكبيرة الاحرام أو قراءة الفاتحة وهو امام أو منفرد أو الركوع أو الاعتدال بعد الركوع أو السجود أو الاعتدال بعد السجود أو التشهد الاخير أو السلام بطلت صلاته عامداً كان أو ساهياً)

وجملة ذلك أن المشروع في الصلاة ينقسم قسمين : واجب ومسنون. فالواجب نوعان (أحدهما) لا يسقط في العمد ولا في السهو وهو الذي ذكر الخرقي في هذه المسئلة وهو عشرة أشياء تكبيرة الاحرام وقراءة الفاتحة للامام والمنفرد والقيام والركوع حتى يطمئن والاعتدال عنه حتى يطمئن

الركبتين قبل اليدين في السجود ووضع يديه حذو منكبيه واذنيه فيه ونصب قدميه وفتح اصابعهما

والسجود حتى يطمئن والاعتدال عنه بين السجدتين حتى يطمئن والتشهد في آخر الصلاة والجلوس له والسلام وترتيب الصلاة على ماذكرناه ، فهذه تسمى أركانا للصلاة لا تسقط في عمد ولا سهو وفي وجوب بعض ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وقد دل على وجوبها حديث أبي هريرة عن المسيء في صلاته فان النبي ﷺ قال له «لم تصل» وأمره باعادة الصلاة فلما سأله أن يعلمه علمه هذه الافعال فدل على أنه لايكون مصليا بدونها ودل الحديث على أنها لا تسقط بالسهو فانها لو سقطت بالسهو لسقطت عن الاعرابي لكونه جاهلا بها والجاهل كالناسي . فأما بطلان الصلاة بتركها ففيه تفصيل وذلك أنه لا يخلو اماأن يتركها عمداً أو سهواً فان تركها عمداً بطلت الصلاة في الحال وان ترك شيئا منها سهواً ثم ذكره في الصلاة أتى به على ما سنبينه فيما بعد ان شاء الله . وان لم يذكره حتى فرغ من الصلاة فان طال الفصل ابتدأ الصلاة وان لم يطل بنى عليها نص أحمد على هذه في رواية جماعة وبهذا قال الشافعي ونحوه قال مالك . ويرجع في طول الفصل وقصره الى العادة والعرف . واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم الفصل الطويل قدر ركعة وهو المنصوص عن الشافعي، وقال بعضهم قدر الصلاة التي نسي فيها والذي قلنا أصح لانه لاحد له في الشرع فيرجع إلى العرف فيه ولا يجوز التقدير بالتحكم ، وقال جماعة من أصحابنا متى ترك ركنا فلم يدركه حتى سلم بطلت صلاته . قال النخعي والحسن من نسي سجدة من صلاة ثم ذكرها في الصلاة سجدها متى ذكرها فاذا قضى صلاته سجد سجدتي السهو وعن مكحول ومحمد بن أسلم الطوسي في المصلي ينسى سجدة أو ركعة يصليها متى ماذكرها ويسجد سجدتي السهو . وعن الاوزاعي في رجل نسي سجدة من صلاة الظهر فذكرها في صلاة العصر : يمضي في صلاته فاذا فرغ سجدها

ولنا على أن الصلاة لا تبطل مع قرب الفصل أنه لو ترك ركعة أو أكثر فذكر قبل أن يطول الفصل أتى بما ترك ولم تبطل صلاته إجماعا ؛ وقد دل عليه حديث ذي اليدين فاذا ترك ركنا واحداً فأولى أن لا تبطل الصلاة فانه لا يزيد على ترك ركعة والدليل على أن الصلاة تبطل بتطاول الفصل أنه أخل بالموالاة فلم تصح صلاته كما لو ذكر في يوم ثان

(فصل) ويلزمه أن يأتي بركعة إلا أن يكون المنسي التشهد والسلام فانه يأتي به ويسلم ثم يسجد للسهو . وقال الشافعي يأتي بالركن وما بعده لا غير ويأتي الكلام على هذا في باب سجود السهو قال أحمد رحمه الله في رواية الاثرم فيمن نسي سجدة من الركعة الرابعة ثم سلم وتكلم : إذا كان الكلام الذي تكلم به من شأن الصلاة قضى ركعة لا يعتد بالركعة الاخيرة لانها لا تتم الا بسجدتيها فلما لم يسجد مع الركعة سجدتيها وأخذ في عمل بعد السجدة الواحدة قضى ركعة ثم تشهد وسلم وسجد سجدتي السهو وان تكلم بشيء من غير شأن الصلاة ابتدأ الصلاة . قال أبو عبد الله وبهذا كان يقول مالك زعموا ولعل أحمد رحمه الله ذهب الى حديث ذي اليدين وأن النبي ﷺ تكلم وسأل أبا بكر

فيه ، والجلوس والافتراش في الجلوس بين السجدتين ، وفي التشهد الاول ، والتورك في الثاني ،

وعمر « أحق مايقول ذواليدين؟ » ثم بنى على مامضى من صلاته وفي الجملة الحكم في ترك ركن من ركعة كالحكم في ترك الركعة بكمالها والله أعلم

(فصل) وتختص تكبيرة الاحرام من بين الاركان بأن الصلاة لاتنعقد بتركها لقول النبي ﷺ « تحريمها التكبير » ولا يدخل في الصلاة بدونها ويختص القيام بسقوطه في النوافل لانه يطول فيشق فسقط في النافلة مبالغة في تكثيرها كما سقط التوجه فيها في السفر على الراحلة مبالغة في تكثيرها وتختص القراءة بسقوطها عن المأموم لان قراءة إمامه له قراءة ويختص السلام بأنه اذا تركه أتى به خاصة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك شيئاً من التكبير غير تكبيرة الاحرام أو التسبيح في الركوع أو السجود أو قول سمع الله لمن حمده أو قول ربنا ولك الحمد أو رب اغفرلي أو التشهد الاول أو الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأخير عامداً بطلت صلاته ، ومن ترك شيئاً منه ساهياً أتى بسجدتي السهو)

هذا النوع الثاني من الواجبات وهي ثمانية وفي وجوبها روايتان (إحداهما) انها واجبة وهو قول إسحاق والأخرى ليست واجبة وهو قول أكثر أهل العلم إلا أن الشافعي أوجب منها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وضمه الى الاركان وعن أحمد رواية أخرى كذلك .وقد ذكرنا الدليل على وجوبها فيما مضى وذكرنا حديث يحيى بن خلاد عن عمه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « انه لاتتم الصلاة لاحد من الناس حتى يتوضأ ويضع الوضوء ـ يعني مواضعه ـ ثم يكبر ويحمد الله ويثني عليه ويقرأ بما شاء من القرآن ثم يقول الله أكبر ثم يركع حتى تطمئن مفاصله ثم يقول سمع الله لمن حمده حتى يستوي قائما ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله ثم يقول الله أكبر ويرفع رأسه حتى يستوي قاعداً ثم يقول الله أكبر ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله ثم يرفع رأسه فيكبر فاذا فعل ذلك فقد تمت صلاته » وفي رواية « لاتتم صلاة أحدكم حتى يفعل ذلك » رواه أبو داود . وحكم هذه الواجبات اذا قلنا بوجوبها أنه إن تركها عمداً بطلت صلاته وإن تركها سهواً وجب عليه السجود للسهو والأصل فيه حديث النبي ﷺ حين قام الى ثالثة وترك التشهد الاول فسبحوا به فلم يرجع حتى اذا جلس للتسليم سجد سجدتين وهو جالس ولولا ان التشهد سقط بالسهو لرجع اليه ولولا أنه واجب لما سجد جبرا لنسيانه وغير التشهد من الواجبات مقيس عليه ومشبه به ولا يمتنع أن يكون للعبادة واجبات يتخير اذا تركها ، وأركان لاتصح العبادة بدونها كالحج في واجباته وأركانه

(فصل) وضم بعض أصحابنا الى ذلك نية الخروج من الصلاة والتسليمة الثانية وقد دللنا على أنهما ليستا بواجبتين وهو اختيار الخرقي لكونه لم يذكرهما في عدد الواجبات ويختص ربنا ولك الحمد بالمأموم والمنفرد وفي المنفرد رواية أخرى أنه لايجب عليه ، ويختص سمع الله لمن حمده بالامام والمنفرد

ووضع اليد اليمنى على الفخذ اليمنى مقبوضة محلقة ، والاشارة بالسبابة ، ووضع اليد اليسرى على الفخذ

(القسم الثاني) من المشروع في الصلاة المسنون وهو ماعدا ماذكرناه وهو اثنان وثلاثون: رفع اليدين عند الاحرام والركوع والرفع منه، ووضع اليمنى على اليسرى، وحطها تحت السرة، والنظر الى موضع سجوده، والاستفتاح، والتعوذ، وقراءة بسم الله الرحمن الرحيم، وقول آمين، وقراءة السورة بعد الفاتحة، والجهر والاسرار في مواضعهما، ووضع اليدين على الركبتين في الركوع، ومد الظهر والانحناء في الركوع والسجود، وما زاد على التسبيحة الواحدة فيهما، وعلى المرة في سؤال المغفرة، وقول ملء السماء بعد التحميد، والبداية بوضع الركبتين قبل اليدين في السجود، ورفعهما في القيام، والتفريق بين ركبتيه في السجود، ووضع يديه حذو منكبيه أو حذو أذنيه، وفتح أصابع رجليه فيه، وفي الجلوس، والافتراش في التشهد الاول والجلوس بين السجدتين، والتورك في الثاني، ووضع اليد اليمنى على الفخذ اليمنى مقبوضة محلقة والاشارة بالسبابة، ووضع اليد الأخرى على الفخذ الأخرى مبسوطة، والالتفات على اليمين والشمال في التسليمتين، والسجود على أنفه، وجلسة الاستراحة، والتسليمة الثانية، ونية الخروج من الصلاة في سلامه على إحدى الروايتين فيهن، وحكم هذه السنن جميعها ان الصلاة لاتبطل بتركها عمداً ولا سهواً وفي السجود لها عند السهو عنها تفصيل نذكره في موضعه إن شاء الله

(فصل) ويشترط للصلاة ستة أشياء: الطهارة من الحدث والنجاسة، والسترة، والموضع، واستقبال القبلة، ودخول الوقت، والنية. فمتى أخل بشيء من هذه الشروط لم تنعقد صلاته وتختص النية بأنها لاتصح الصلاة مع عدمها بحال لا في حق معذور ولا غيره ويختص الوقت ببعض الصلوات وكل ما اعتبر له وقت فلا يصح قبل وقته إلا الثانية من المجموعتين تفعل في وقت الاولى حال العذر إذا جمع بينهما وبقية الشروط تسقط بالعذر على تفصيل ذكر في مواضعه فيما مضى

(فصل) يستحب للمصلي أن يجعل نظره الى موضع سجوده، قال أحمد في رواية حنبل: الخشوع في الصلاة أن يجعل نظره الى موضع سجوده، وروي ذلك عن مسلمة بن يسار وقتادة. وحكي عن شريك أنه قال: ينظر في حال قيامه الى موضع سجوده في ركوعه الى قدميه، وفي حال سجوده إلى أنفه، وفي حال التشهد الى حجره. وقد روى أبوطالب العشاري في الافراد قال: قلت يارسول الله أين أجعل بصري في الصلاة؟ قال «موضع سجودك» قال: قلت يارسول الله ان ذلك لشديد، إن ذلك لا أستطيع؟ قال «ففي المكتوبة إذاً» ويستحب أن يفرج بين قدميه ويراوح بينهما يعتمد على هذه مرة وعلى هذه مرة، ولا يكثر ذلك لما روى الاثرم عن أبي عبيدة قال: رأى عبد الله رجلا يصلي صافا بين قدميه فقال لو زاوج هذا بين قدميه كان أفضل ورواه النسائي ولفظه فقال أخطأ السنة لو راوح بينهما كان أعجب إلي. قال الاثرم رأيت أبا عبد الله يفرج بين قدميه ورأيته يراوح بينهما وروي نحو هذا عن ابن ميمون والحسن ويحتمل أن يكون هذا عند طول القيام كما قال عطاء قال اني لاحب أن يقل فيه التحريك وأن يعتدل قائماً على قدميه إلا أن يكون انساناً كبيراً لايستطيع ذلك،

اليسرى مبسوطة، والالتفات عن اليمين والشمال في التسليمتين، والسجود على الانف، وجلسة

وأما التطوع فانه يطول علي الانسان فلا بد من التوكؤ على هذه مرة وعلى هذه مرة

(فصل) يكره أن يترك شيئاً من سنن الصلاة ، ويكره أن يلتفت في الصلاة لغير حاجة لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التفات الرجل فقال «هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد » من الصحاح رواه سعيد بن منصور . وفي المسند عن أبي ذر قال : قال رسول الله ﷺ « لا يزال الله مقبلا على العبد وهو في صلاته مالم يلتفت فاذا التفت انصرف عنه » رواهما أبوداود . ولانه يشغل عن الصلاة فكان تركه أولى . فان كان لحاجة لم يكره لما روى أبو داود عن سهل بن الحنظلية قال ثوب بالصلاة فجعل رسول الله ﷺ يصلي وهو يلتفت إلى الشعب . قال أبو داود أرسل فارساً إلى الشعب يحرس .وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال كان رسول الله ﷺ يلتفت يمينا وشمالا ولا يلوي عنقه خلف ظهره . ولا تبطل الصلاة بالالتفات إلا أن يستدبر بجملته عن القبلة أو يستدبر القبلة لان النبي ﷺ فعله وبهذا قال أبو ثور . قال ابن عبدالبر وجمهور الفقهاء على أن الالتفات لا يفسد الصلاة إذا كان يسيراً .

ويكره رفع البصر لما روى البخاري أن أنسا قال : قال النبي ﷺ « ما بال أقوام يرفعون أبصارهم إلى السماء في صلاتهم — فاشتد قوله في ذلك حتى قال — لينتهن أو لتخطفن أبصارهم » ويكره أن ينظر إلى ما يلهيه أو ينظر في كتاب لما روت عائشة رضي الله عنها قالت صلى رسول الله ﷺ في خميصة لها أعلام فقال « شغلتني أعلام هذه اذهبوا بها إلى أبي جهم بن حذيفة وائتوني بانبجانيته » رواه البخاري ومسلم وأبوداود. وقال النبي ﷺ لعائشة « أميطي عنا قرامك هذا فانه لا يزال تصاويره تعرض لي في صلاتي » رواه البخاري

ويكره أن يصلي ويده على خاصرته لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل مختصرا رواه البخاري ومسلم. وعن زناد بن صبيح الحنفي قال صليت إلى جنب ابن عمر فوضعت يدي على خاصرتي فلما صلى قال هذا الصلب في الصلاة وكان رسول الله ﷺ ينهى عنه رواهما أبوداود .ويكره أن يصلي وهو معقوص أو مكتوف لما روى مسلم عن ابن عباس أنه رأى عبد الله بن الحارث يصلي ورأسه معقوص من ورائه فقام فجعل يحله فلما انصرف أقبل على ابن عباس فقال مالك ورأسي ؟فقال إني سمعت رسول الله ﷺ يقول « انما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف »

ويكره أن يكف شعره وثيابه لقول النبي ﷺ « أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء ولا أكف شعرا ولا ثوبا » متفق عليه ، ويكره التشبك في الصلاة لما روى ابن ماجه عن كعب بن عجرة أن رسول الله ﷺ رأى رجلا قد شبك أصابعه في الصلاة ففرج رسول الله ﷺ بين أصابعه، وقال ابن عمر في الذي يصلي وهو مشبك يديه : تلك صلاة المغضوب عليهم ، ويكره فرقعة الاصابع لما روى ابن ماجه

الاستراحة ونية الخروج من الصلاة في سلامه على ما ذكرنا من الخلاف فيها ، فهذه لا تبطل الصلاة بتركها عمدا ولا سهوا ولا يشرع السجود لها بحال لانه لا يمكن التحرز من تركها فلو شرع السجود لها

عن علي أن رسول الله ﷺ قال « لاتفرقع أصابعك وأنت في الصلاة » ويكره أن يعتمد على يده في الجلوس في الصلاة لما روي عن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ أن يجلس الرجل في الصلاة وهو معتمد على يده ، ويكره مسح الحصى لما روى أحمد في المسند عن أبي ذر قال قال رسول الله ﷺ « إذا قام أحدكم الى الصلاة فان الرحمة تواجهه فلا يمسح الحصى » وعن معيقيب قال قال رسول الله ﷺ في مسح الحصى في الصلاة « ان كنت فاعلا فمرة واحدة » رواه مسلم ورواهما ابن ماجه وأبو داود

ويكره العبث كله وما يشغل عن الصلاة ويذهب بخشوعها . وقد روي أن رسول الله ﷺ رأى رجلا يعبث في الصلاة فقال « لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه » ولا نعلم بين أهل العلم في كراهة هذا كله اختلافا وممن كرهه الشافعي ونقل كراهة بعضه عن ابن عباس وعائشة ومجاهد والنخعي وأبي مجلز ومالك والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي . ويكره أن يلصق إحدى قدميه بالاخرى في حال قيامه لما روى الاثرم عن عيينة بن عبد الرحمن قال كنت مع أبي في المسجد فرأى رجلا يصلي قد صف بين قدميه وألزق إحداهما بالاخرى فقال أبي لقد أدركت في هذا المسجد ثمانية عشر رجلا من أصحاب النبي ﷺ ما رأيت أحداً منهم فعل هذا قط ، وكان ابن عمر لا يفرج بين قدميه ولا يمس إحداهما بالاخرى ولكن بين ذلك لا يقارب ولا يباعد ، ويكره أن يغمض عينيه في الصلاة نص عليه أحمد وقال هو فعل اليهود وكذلك قال سفيان ، وروي ذلك عن مجاهد والثوري والاوزاعي ، وعن الحسن جوازه من غير كراهة وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « اذا قام أحدكم في الصلاة فلا يغمض عينيه » رواه الطبراني في معجمه وعبد الرحمن بن أبي حاتم وقال هذا حديث منكر

ويكره أن يكثر الرجل مسح جبهته في الصلاة لما روى ابن المنذر عن ابن مسعود قال: من الجفاء أن يكثر الرجل مسح جبهته قبل أن يفرغ من الصلاة وروي أيضا مرفوعا وكرهه الاوزاعي . وقال سعيد بن جبير : هو من الجفاء . وروى الاثرم عن ابن عباس قال : لا تمسح جبهتك ولا تنفخ ولا تحرك الحصى ، ورخص فيه مالك وأصحاب الرأي ، وكره أحمد التروح في الصلاة إلا من الغم الشديد وبذلك قال إسحاق وكرهه عطاء وأبو عبد الرحمن ومسلم بن يسار ومالك ورخص فيه ابن سيرين ومجاهد والحسن وعائشة بنت سعد ، وكره التميل في الصلاة لما روى النجاد باسناده عن النبي ﷺ قال « إذا قام أحدكم في صلاته فليسكن أطرافه ولا يتميل مثل اليهود » ولا يبطل الصلاة جميع ذلك إلا ما كان منها فعلا كالعبث وفرقعة الاصابع إذا كثر متواليا فانه يبطل الصلاة

(فصل) ولا بأس بعدّ الآي في الصلاة وتوقف أحمد عن عد التسبيح ، قال أبو بكر : لا بأس به لانه في معنى عد الآي ، وهو قول ابن أبي مليكة وطاوس وابن سيرين والشعبي والمغيرة بن حكيم واسحاق وكرهه أبو حنيفة والشافعي لانه يشغل عن خشوع الصلاة المأمور به

لم تخل صلاة من سجود في الغالب ، وقال أبو الخطاب فيها روايتان وقال ابن عقيل يخرج في مشروعية السجود لسهوها روايتان بناء على سنن الاقوال والاول أولى

ولنا أنه اجماع ، رواه الاثرم باسناده عن يحيى بن وثاب وطاوس والحسن ومحمد بن سيرين وابراهيم النخعي والمغيرة بن حكيم ومجاهد وسعيد بن جبير ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف مع أن الظاهر أن ذلك ينتشر ولا يخفى فيكون إجماعا. وإنما توقف أحمد عن عد التسبيح لان المنقول عمن ذكرناه عد الآي . قال أحمد : أما عد الآي فقد سمعنا وأما عد التسبيح فما سمعنا وكان الحسن لايرى بعد الآي في الصلاة بأسا وكره أن يحسب في الصلاة شيئا سواه ولا بأس بالاشارة في الصلاة باليد والعين لان معمراً روى عن الزهري عن أنس وعن عبيدالله عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان يشير في الصلاة ، رواه الدبري عن عبدالرزاق عن معمر ولا بأس بقتل الحية والعقرب وبه قال الحسن والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وكرهه النخعي ولا معنى لقوله فان النبي ﷺ أمر بقتل الاسودين في الصلاة — الحية والعقرب ، رواه أبو داود ورأى ابن عمر ريشة حسبها عقربا فضربها بنعله. فأما القمل فقال القاضي : الاولى التغافل عنه فان قتلها فلا بأس لان انسا كان يقتل القمل والبراغيث في الصلاة وكان الحسن يقتل القمل وقال الاوزاعي : تركه أحب إلي وكان عمر يقتل القمل في الصلاة ، رواه سعيد . وإذا تثاءب في الصلاة استحب أن يكظم ما استطاع فان لم يقدر استحب له أن يضع يده على فيه لقول رسول الله ﷺ « إذا تثاءب أحدكم في الصلاة فليكظم ما استطاع فان الشيطان يدخل » من الصحاح وفي رواية قال « اذا تثاءب أحدكم فليضع يده على فيه فان الشيطان يدخل » رواه سعيد في سننه . قال الترمذي : هو حديث حسن . وإذا بدره البصاق وهو في المسجد يبصق في ثوبه ويحك بعضه ببعض وإن كان في غير المسجد يبصق عن يساره أو تحت قدمه

ولنا ماروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رأى نخامة في قبلة فأقبل على الناس فقال « مابال أحدكم يقوم مستقبل ربه فيتنخع أمامه أيحب أن يستقبل فيتنخع في وجهه ؟ فاذا تنخع أحدكم فليتنخع عن يساره أو تحت قدمه فان لم يجد فليقل هكذا » ووصف القاسم فتفل في ثوبه ثم مسح بعضه على بعض : وقال رسول الله ﷺ « البصاق في المسجد خطيئة وكفارتها دفنها » رواه مسلم أيضا . ولا بأس بالعمل اليسير في الصلاة للحاجة لماروى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي والباب عليه مغلق فجئت فاستفتحت فمشى ففتح لي ثم رجع إلى مصلاه . وعن جابر رضي الله عنه أنه قال إن رسول الله ﷺ بعثني بحاجة فأدركته وهو يشير فسلمت عليه فأشار إلي فلما فرغ دعاني فقال « إنك سلمت علي آنفا وأنا أصلي » ولا تبطل الصلاة بجميع ذلك الا أن يتوالى ويكثر كالذي قبله والله أعلم

(القسم الثالث) من السنن مايتعلق بالقلب وهو الخشوع في الصلاة ، ونية الخروج وقد ذكرناه والله أعلم

باب سجدتي السهو

قال الامام احمد : يحفظ عن النبي ﷺ خمسة أشياء سلم من اثنتين فسجد ، سلم من ثلاث فسجد وفي الزيادة والنقصان وقام من اثنتين ولم يتشهد : وقال الخطابي : المعتمد عند أهل العلم هذه الاحاديث الخمسة يعني حديثي ابن مسعود وأبي سعيد وأبي هريرة وابن بحينة .

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ومن سلم وقد بقي عليه شيء من صلاته أتى بما بقي عليه من صلاته وسلم ثم سجد سجدتي السهو ثم تشهد وسلم كما روي أبو هريرة وعمران بن حصين عن النبي ﷺ أنه فعل ذلك)

وجملة ذلك أن من سلم قبل اتمام الصلاة ساهيا ثم علم قبل طول الفصل ونقض وضوءه فعليه أن يأتي بما بقي ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد سجدتين ويتشهد ويسلم . وان لم يذكر حتى قام فعليه أن يجلس لينهض الى الاتيان بما بقي عن جلوس فان هذا القيام واجب للصلاة ولم يأت به قاصداً لها فكان عليه الاتيان به مع القصد ولا نعلم فيجواز اتمام الصلاة في حق من نسي الركعة فما زاداختلافا والاصل في ذلك ماروى ابن سيرين عن أبي هريرة قال : صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي قال ابن سيرين سماها أبو هريرة ولكن أنا نسيت فصلي ركعتين ثم سلم فقام الى خشبة

باب سجود السهو

قال الامام احمد يحفظ عن النبي ﷺ خمسة أشياء ، سلم من اثنتين فسجد ، وسلم من ثلاث فسجد ، وفي الزيادة والنقصان ، وقام من اثنتين ولم يتشهد . وقال الخطابي : المعتمد عند أهل العلم هذه الاحاديث الخمسة ، حديثا ابن مسعود وأبي سعيد وأبي هريرة وابن بحينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يشرع في العمد وهو قول أبي حنيفة) وقال الشافعي : يسجد لترك التشهد والقنوت عمداً لان ما تعلق الجبر بسهوه تعلق بعمده كجبرانات الحج

ولنا أن السجود يضاف إلى السهو فدل على اختصاصه به . والشرع انما ورد به فيه ولا يلزم من انجبار السهو به انجبار العمد لوجود العذر في السهو، وماذكروه يبطل بزيادة ركن أو ركعة أو قيام في موضع جلوس

﴿ مسئلة ﴾ (ويشرع السهو في زيادة ونقص وشك لان الشرع انماورد به في ذلك) فأما احديث النفس فلا يشرع له سجود لان الشرع لم يرد به ، ولانه لايمكن التحرز منه وهو معفو عنه

﴿ مسئلة ﴾ (للنافلة والفرض) لافرق بين النافلة والفرض في سجود السهو أنه يشرع فيهما في قول عوام أهل العلم ، وقال ابن سيرين : لايشرع في النافلة

ولنا عموم قول النبي ﷺ « إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وقوله « إذا نسي أحدكم فزاد أو نقص فليسجد سجدتين » ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود فشرع لها السجود كالفريضة

معروضة في المسجد فوضع يده عليها كأنه غضبان فشبك أصابعه ووضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى وخرجت السرعان من المسجد فقالوا : أقصرت الصلاة ؟ وفي القوم أبو بكر وعمر فهاباه أن يكلماه وفي القوم رجل في يديه طول يقال له ذو اليدين فقال : يارسول الله أنسيت أم قصرت الصلاة ؟ قال « لم أنس ولم تقصر - فقال - أكما يقول ذواليدين؟ » قالوا : نعم قال فتقدم فصلى ماترك من صلاته ثم سلم ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع رأسه فكبر ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع رأسه فكبر قال فربما سألوه ثم سلم ، قال ثبت أن عمران بن حصين قال ثم سلم «متفق عليه ورواه أبو داود وزاد قال قلت فالتشهد ؟ قال لم أسمع في التشهد وأحب إلي أن يتشهد وروى مسلم باسناده عن أبي المهلب عن عمران بن الحصين قال : سلم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثلاث ركعات من العصر ثم قام فدخل الحجرة فقام رجل بسيط اليدين فقال أقصرت الصلاة يارسول الله ؟ فخرج مغضبا فصلى الركعة التي كان ترك ثم سلم ثم سجد سجدتي السهو ثم سلم . وروى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وذواليدين مثل حديث أبي هريرة

(فصل) فان طال الفصل أو انتقض وضوءه استأنف الصلاة ، وكذلك قال الشافعي إن ذكر قريبا مثل فعل النبي ﷺ يوم ذي اليدين ، ونحوه قال مالك وقال يحيى الانصاري والليث والاوزاعي يبني مالم ينقض وضوءه

ولنا أنها صلاة واحدة فلم يجز بناء بعضها على بعض مع طول الفصل كما لو انتقض وضوءه ويرجع

(فصل) ولا يشرع سجود السهو في صلاة الجنازة لانها لاسجود في صلبها ففي جبرها أولى ولا في سجود تلاوة لانه لو شرع كان الجبر زائداً على الاصل ولا في سجود السهو ، نص عليه أحمد ولانه اجماع حكاه اسحاق لانه يفضي إلى التسلسل ، ولو سها بعد سجود السهو لم يسجد لذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فمتى زاد فعلا من جنس الصلاة قياما أو قعوداً أو ركوعا أو سجوداً عمداً بطلت الصلاة ، وإن كان سهواً سجد له) الزيادة في الصلاة تنقسم إلى قسمين ، زيادة أقوال وزيادة أفعال وزيادة الافعال تتنوع نوعين (أحدهما) زيادة من جنس الصلاة مثل أن يقوم في موضع جلوس أو يجلس في موضع قيام أو يزيد ركعة أو ركنا ، فان فعله عمداً بطلت صلاته اجماعا ، وإن كان سهواً سجد له قليلا كان أو كثيراً لقول رسول الله ﷺ « اذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين » رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان زاد ركعة فلم يعلم حتى فرغ منها سجد لها) لما روى عبد الله بن مسعود قال: صلى بنا رسول الله ﷺ خمسا فلما انفتل توشوش القوم بينهم فقال « ماشأنكم » قالوا يارسول الله هل زيد في الصلاة ؟ قال «لا» قالوا فانك صليت خمسا فانفتل ثم سجد سجدتين ثم سلم ثم قال «انما أنا بشر مثلكم أنسى كما تنسون فاذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وفي رواية قال « انما أنا بشر أذكر كما تذكرون ، وأنسى كما تنسون » ثم سجد سجدتي السهو ، وفي رواية قال « اذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين » رواه بطرقه مسلم

في طول الفصل الى العادة من غير تقدير بمدة وهو مذهب الشافعي في أحد الوجوه ، وعنه يعتبر قدر ركعة وقال بعضهم يعتبر بقدر مضي الصلاة التي نسي فيها والصحيح لاحد له لانه لم يرد الشرع بتحديده فيرجع فيه إلى العادة والمقاربة لمثل حال النبي ﷺ في حديث ذي اليدين

(فصل) فان لم يذكر حتى شرع في صلاة أخرى نظرت فان كان ماعمل في الثانية قليلا ولم يطل الفصل عاد إلى الاولى فأتمها ، وإن طال بطلت الاولى وهذا مذهب الشافعي . وقال الشيخ أبوالفرج في المبهج يجعل ماشرع فيه من الصلاة الثانية تماما للاولى فيبنى احداهما على الاخرى ويكون وجود السلام كعدمه لانه سهو معذور فيه وسواء كان ماشرع فيه نفلا أو فرضا ، وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان فيمن سلم قبل اتمام المكتوبة وشرع في تطوع يبطل المكتوبة قال مالك أحب إلي أن يبتدئها ونص عليه أحمد فقال في رواية أبي الحارث اذا صلى ركعتين من المغرب وسلم ثم دخل في التطوع أنه بمنزلة الكلام يستأنف الصلاة

ولنا أنه عمل عملا من جنس الصلاة سهواً فلم تبطل كما لو زاد خامسة وأما بناء الثانية على الاولى فلا يصح لانه قد خرج من الاولى ولم ينوها بعد ذلك ونية غيرها لاتجزيء عن نيتها كحالة الابتداء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان إماما فشك فلم يدر كم صلى تحري فبنى على أكثر وهمه ثم سجد بعد السلام كما روي عن عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علم فيها جلس في الحال فتشهد إن لم يكن تشهد وسجد وسلم) متى قام الى خامسة في الرباعية أو إلى رابعة في المغرب أو إلى الثالثة في الصبح لزمه الرجوع متى ذكر ويجلس فان كان قد تشهد عقيب الركعة التي تمت بها صلاته سجد للسهو ثم سلم ، وإن كان تشهد ولم يصل على النبي صلى الله عليه وسلم صلى عليه ثم سجد للسهو وسلم ، وإن لم يكن تشهد تشهد وسجد للسهو ثم سلم وإن لم يذكر حتى فرغ من الصلاة سجد عقيب ذكره وتشهد وسلم وصحت صلاته ، وبهذا قال علقمة والحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك والشافعي واسحاق . وقال أبو حنيفة : إن ذكر قبل أن يسجد جلس للتشهد ، وإن ذكر بعد السجود وكان جلس عقيب الرابعة قدر التشهد صحت صلاته ويضيف إلى الزيادة أخرى لتكون نافلة . وإن لم يكن جلس بطل فرضه وصارت صلاته نافلة ولزمه إعادة الصلاة ، ونحوه قال حماد بن أبي سليمان ، وقال قتادة والاوزاعي فيمن صلى المغرب أربعاً : يضيف اليها أخرى فتكون الركعتان تطوعا لقول النبي ﷺ في حديث أبي سعيد « فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته » رواه مسلم

ولنا حديث عبدالله بن مسعود الذي تقدم والظاهر منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجلس عقيب الرابعة لان الظاهر أنه لو فعله لنقل ، ولأنه قام إلى الخامسة يعتقد أنه قام عن ثالثة لم تبطل صلاته بذلك ولم يضف الى الخامسة أخرى . وحديث أبي سعيد حجة عليهم أيضا لانه جعل الزيادة

قوله على أكثر وهمه أي مايغلب على ظنه انه صلاة وهذا في الامام خاصة ، وروي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى انه يبني على اليقين ويسجد قبل السلام كالمنفرد سواء ، اختارها أبو بكر وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو وشريح والشعبي وعطاء وسعيد بن جبير وهو قول سالم بن عبدالله وربيعة ومالك وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والشافعي واسحاق والاوزاعي لما روى أبو سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ «اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا ؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته وإن كان صلى تمام الاربع كانتا ترغيما للشيطان» أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه ، وعن عبدالرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أزاد أو نقص فان كان شك في الواحدة والاثنتين فليجعلهما واحدة حتى يكون الوهم في الزيادة ثم ليسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم ثم يسلم» رواه الاثرم وابن ماجه ولان الاصل عدم الاتيان بما شك فيه فلزمه الاتيان به كما لو شك هل صلى أو لا . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد عن أحمد رواية أخرى في المنفرد انه يبني على غالب ظنه كالامام وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية من قال بين التحري واليقين فرق. أما حديث عبدالرحمن بن عوف فيقول اذا لم يدر ثلاثا أو اثنتين جعلها اثنتين قال فهذا عمل على اليقين فبنى عليه والذي يتحرى يكون قد صلى ثلاثا فيدخل قلبه شك انه انما صلى اثنتين إلا أن يكون أكثر مافي نفسه انه قد صلى ثلاثا وقد دخل قلبه شيء. فهذا يتحرى أصوب ذلك ويسجد بعد السلام، قال

نافلة من غير أن يفصل بينها وبين التي قبلها بجلوس وجعل السجدتين يشفعها بها ولم يضم اليها ركعة أخرى وهذا كله يخالف ماقالوه فقد خالفوا الخبرين جميعاً

(فصل) ولو قام الى ثالثة في صلاة الليل فهو كما لو قام الى ثالثة في الفجر نص عليه أحمد ، وقال مالك : يتمها أربعاً ويسجد للسهو في الليل والنهار وهو قول الشافعي بالعراق . وقال الاوزاعي في صلاة النهار كقوله وفي صلاة الليل إن ذكر قبل ركوعه في الثالثة كقولنا وإن ذكر قبل ركوعه كقول مالك

ولنا قول النبي ﷺ «صلاة الليل مثنى مثنى» ولانها صلاة شرعت ركعتين أشبهت صلاة الفجر ، فأما صلاة النهار فيتمها أربعاً

(فصل) اذا جلس للتشهد في غير موضعه قدر جلسة الاستراحة فقال القاضي : يلزمه السجود سواء قلنا باستحباب جلسة الاستراحة أو لم نقل لانه لم يردها بجلوسه انما أراد التشهد سهواً . قال الشيخ ويحتمل أن لايلزمه لانه فعل لا يبطل عمده الصلاة فلم يسجد لسهوه كالعمل اليسير من غير جنس الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سبح به اثنان لزمه الرجوع) متى سبح به اثنان يثق بقولهما لزمه الرجوع اليه سواء غلب على ظنه صواب قولهما أو خلافه . وقال الشافعي: ان غلب على ظنه خطؤهما لم يعمل بقولهما

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم رجع الى قول أبي بكر وعمر في حديث ذي اليدين حين سألهما «أحق مايقول ذو اليدين ؟» قالا نعم . ولان النبي صلى الله عليه وسلم أمر المأمومين بالتسبيح ليذكروا

فبينهما فرق ، فظاهر هذا أنه انما يبني على اليقين اذا لم يكن له ظن ومتى كان له غالب ظن عمل عليه لا فرق بين الامام والمنفرد ، روي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وبنحوه قال النخعي وقاله أصحاب الرأي إن تكرر ذلك عليه ، وإن كان أول ما أصابه أعاد الصلاة لقوله عليه السلام « لاغرار في الصلاة » ووجه هذه الرواية ماروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ «اذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسجد سجدتين» متفق عليه . وللبخاري بعد التسليم ، وفي لفظ فلينظر أحرى ذلك الصواب، وفي لفظ فليتحر أقرب ذلك الصواب، وفي لفظ فليتحر الذي يرى أنه الصواب ، رواه كله مسلم ، وفي لفظ رواه أبو داود قال : اذا كنت في صلاة فشككت في ثلاث أو أربع وأكثر ظنك على أربع تشهدت ثم سجدت سجدتين وأنت جالس، فعلى هذا يحمل حديث أبي سعيد على من استوى عنده الأمران فلم يكن له ظن، وحديث ابن مسعود على من له رأي وظن يعمل بظنه جمعاً بين الحديثين وعملا بهما فيكون أولى ولأن الظن دليل في الشرع فوجب اتباعه كما لو اشتبهت عليه القبلة ،واختار الخرقي التفريق بين الامام والمنفرد فجعل الامام يبني على الظن والمنفرد يبني على اليقين وهو الظاهر في المذهب نقله عن أحمد الاثرم وغيره والمشهور عن أحمد البناء على اليقين في حق المنفرد لان الامام له من ينبهه ويذكره اذا أخطأ الصواب فليعمل بالأظهر عنده فان أصاب أقره المأمومون فيتأكد عنده صواب نفسه ، وإن أخطأ سبحوا به فرجع اليهم فيحصل له الصواب على كلتا الحالتين وليس كذلك المنفرد إذ ليس له من يذكره فيبني على اليقين ليحصل له إتمام صلاته

الامام ويعمل بقولهم . وقال في حديث ابن مسعود « فاذا نسيت فذكروني » . فأما إن كان الامام على يقين من صواب نفسه لم يجز له متابعتهم ، وقال أبو الخطاب: يلزمه الرجوع كالحاكم يحكم بالشاهدين ويترك يقين نفسه ، قال شيخنا : وليس بصحيح لانه علم خطأهم فلا يتبعهم في الخطأ ، وكذا نقول في الشاهدين متى علم الحاكم كذبهما لم يجز له الحكم بقولهما لعلمه أنهما شاهدا زور، ولا يحل الحكم بقول الزور لأن العدالة اعتبرت في الشهادة ليغلب على الظن صدق الشهود وردت شهادة غيرهم لعدم ذلك فمع يقين الكذب أولى أن لا يقبل

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يرجع بطلت صلاته وصلاة من اتبعه عالما ، وإن فارقه أو كان جاهلا لم تبطل) متى سبح المأموم بالامام فلم يرجع في موضع يلزمه الرجوع بطلت صلاته ، نص عليه أحمد لانه ترك الواجب عمداً ، وليس للمأمومين اتباعه لأن صلاته باطلة ، فان اتبعوه عالمين بتحريم ذلك بطلت صلاتهم لانهم تركوا الواجب عمداً ، وإن فارقوه وسلموا صحت ، وهذا اختيار الخلال لانهم فارقوه لعذر أشبه من فارق إمامه اذا سبقه الحدث ، وذكر القاضي رواية ثانية : أنهم يتبعونه في القيام استحبابا ، وذكر رواية ثالثة: أنهم ينتظرونه ليسلم بهم اختارها ابن حامد ، والاول أولى لان الامام مخطيء في ترك متابعتهم فلا يجوز اتباعه على الخطأ، وإن كانوا جاهلين فصلاتهم صحيحة لان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم تابعوه في الخامسة في حديث ابن مسعود ولم تبطل صلاتهم ، وتابعوه أيضاً في السلام

ولا يكون مغروراً بها وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا غرار في الصلاة » وعلى هذا يحمل حديث أبي سعيد وعبد الرحمن بن عوف على المنفرد وحديث ابن مسعود على الامام جمعا بين لاخبار وتوفيقا بينها فان استوى الامران عند الامام بنى على اليقين أيضا وعلى الرواية الثانية يحمل حديث أبي سعيد وعبد الرحمن على من لا ظن له وحديث ابن مسعود على من له ظن . فاما قول أصحاب الرأي فيخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ ، وقد روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «ان أحدكم إذا قام فصلى جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لايدري كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس» متفق عليه ولانه شك في الصلاة فلم يبطلها كما لو تكرر ذلك منه وقوله عليه الصلاة والسلام « لا غرار » يعني لاينقص من صلاته ويحتمل أنه أراد لا يخرج منها وهو في شك من تمامها ومن بنى على اليقين لم يبق في شك من تمامها وكذلك من بنى على غالب ظنه فوافقه المأمومون أو ردوا عليه غلطه فلا شك عنده

(فصل) ومتى استوى عنده الامران بنى على اليقين إماما كان أو منفرداً وأتى بما بقي من صلاته وسجد للسهو قبل السلام لان الاصل البناء على اليقين وانما جاز تركه في حق الامام لمعارضته الظن الغالب فاذا لم يوجد وجب الرجوع إلى الاصل

(فصل) وإذا سها الامام فأتى بفعل في غير موضعه لزم المأمومين تنبيهه فان كانوا رجالا سبحوا به وان كانوا نساء صفقن ببطون أكفهن على ظهور الاخرى وبهذا قال الشافعي وقال مالك : التسبيح

في حديث ذي اليدين

(فصل) فان سبح به واحد لم يرجع الى قوله إلا أن يغلب على ظنه فيعمل بغلبة ظنه لا بتسبيحه لان النبي ﷺ لم يرجع إلى قول ذي اليدين وحده ، وان سبح به فساق فكذلك لان قولهم غير مقبول وان افترق المأمومون طائفتين وافقه قوم وخالفه آخرون ؟ سقط قولهم كالبينتين إذا تعارضتا ويحتمل أن يرجع الى قول ما عنده (١) لانه قد عضده قول اثنين فترجح ، ذكره القاضي ومتى لم يرجع وكان المأمومون على يقين من خطأ الامام لم يتابعوه لأنهم انما يتابعونه في أفعال الصلاة وليس هذا منها إلا أنه ينبغي أن ينتظروه ههنا لان صلاته صحيحة لم تفسد بزيادته فينتظرونه كما ينتظرهم الامام في صلاة الخوف

﴿ مسئلة ﴾ (والعمل المستكثر في العادة من غير جنس الصلاة يبطلها عمده وسهوه ولا تبطل باليسير ولايشرع له سجود) وجملته ان العمل ينقسم الى عمل من جنس الصلاة وقد ذكرنا ، وعمل من غير جنس الصلاة كالحك والمشي والتروح فهذا تبطل الصلاة بكثيره عمداً كان أو سهواً بالاجماع وان كان متفرقا لم تبطل لان النبي صلى الله عليه وسلم حمل امامة في الصلاة إذا قام حملها وإذا سجد وضعها وهذا لو اجتمع كان كثيراً ، وان كان يسيراً لم يبطلها لما ذكرنا و المرجع في الكثير واليسير الى العرف وقد ذكرناه فيما مضى ولا يشرع له سجود لانه لايكاد تخلو منه صلاة ويشق التحرز عنه

(١) الظاهر ان كلمة (قول) زائدة من الناسخ

للرجال والنساء ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « من نابه شيء في صلاته فليقل سبحان الله » متفق عليه وحكي عن أبي حنيفة أن تنبيه الآدمي بالتسبيح أو القرآن أو الاشارة يبطل الصلاة لان ذلك خطاب آدمي وقد روى أبو غطفان عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أشار بيده في الصلاة أشارة تفقه أو تفهم فقد قطع الصلاة »

ولنا ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « التسبيح للرجال والتصفيق للنساء » وعن سهل بن سعد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا نابكم في صلاتكم شيء فليسبح الرجال وليصفق النساء » متفق عليهما ، وروى عبد الله بن عمر قال : قلت لبلال : كيف كان النبي صلى الله عليه وسلم يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه في الصلاة ؟ قال : كان يشير بيده . وعن صهيب قال : مررت برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فسلمت عليه فرد علي إشارة . وقال : لا أعلم إلا أنه قال اشارة بأصبعه . قال الترمذي : كلا الحديثين صحيح وقد ذكرنا حديث أنس أن النبي ﷺ كان يشير في الصلاة فأما حديث مالك ففي حق الرجال فان حديثنا يفسره لان فيه تفصيلا وزيادة بيان يتعين الاخذ بها ، وأما حديث أبي حنيفة فضعيف يرويه أبو غطفان وهو مجهول فلا يعارض به الاحاديث الصحيحة

(فصل) اذا سبح به اثنان يثق بقولهما لزمه قبوله والرجوع اليه سواء غلب على ظنه صوابهما أو خلافه وقال الشافعي ان غلب على ظنه خطؤهما لم يعمل بقولهما لان من شك في فعل نفسه لم يعمل بقول

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكل أو شرب عمداً بطلت صلاته ، قل أو كثر ، وان كان سهوا لم تبطل اذا كان يسيراً) اذا أكل أو شرب عامداً في الفرض بطلت صلاته لا نعلم فيه خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المصلي ممنوع من الاكل والشرب . واجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أكل أو شرب في صلاة الفرض عامدا أن عليه الاعادة ، وان فعله في التطوع أبطله في الصحيح من المذهب ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لان ما أبطل الفرض أبطل التطوع كسائر المبطلات وعن أحمد : أنه لا يبطلها ويروى عن ابن الزبير وسعيد بن جبير أنهما شربا في التطوع وهذا قول اسحاق لانه عمل يسير اشبه غير الأكل ، فأما ان كثر فانه يفسدها بغير خلاف لان غير الاكل من الاعمال يبطل الصلاة اذا كثر ، فالاكل والشرب أولى ، فان كان سهوا وكثر أبطل الصلاة أيضا بغير خلاف لما ذكرنا ، وان كان يسيرا لم يبطل به الفرض ولا التطوع وهو قول عطاء والشافعي . وقال الاوزاعي : يبطل الصلاة لانه فعل من غير جنس الصلاة يبطل عمده فابطل سهوه كالعمل الكثير .

ولنا عموم قوله عليه السلام «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» ولانه يسوي بين قليله وكثيره حال العمد فعفي عنه في الصلاة اذا كان سهوا كالعمل من جنسها

(فصل) اذا ترك في فيه ما يذوب كالسكر فذاب منه شيء فابتلعه أفسد الصلاة لأنه أكل

غيره كالحاكم اذا نسي حكماً حكم به فشهد به شاهدان وهو لا يذكره

ولنا أن النبي ﷺ رجع إلى قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حديث ذي اليدين لما سألهما « أحق مايقول ذو اليدين ؟ » فقالا نعم مع أنه كان شاكاً بدليل أنه أنكر ما قاله ذو اليدين وسألهما عن صحة قوله وهذا دليل على شكه ولان النبي ﷺ أمرهم بالتسبيح ليذكروا الامام ويعمل بقولهم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ صلى فزاد ونقص الى قوله « إنما أنا بشر أنسى فاذا نسيت فذكروني » يعني بالتسبيح كما روي عنه في الحديث الآخر وكذا نقول في الحاكم أنه يرجع إلى قول الشاهدين ، وان كان الامام على يقين من صوابه وخطأ المأمومين لم يجز له متابعتهم وقال أبو الخطاب يلزمه الرجوع الى قولهم كالحاكم يحكم بالشاهدين ويترك يقين نفسه وليس بصحيح فانه يعلم خطأهم فلا يتبعهم في الخطأ وكذا نقول في الشاهدين متى علم الحاكم كذبهما لم يجز له الحكم بقولهما لانه يعلم أنهما شاهدا زور فلا يحل له الحكم بقول الزور وإنما اعتبرت العدالة في الشهادة ليغلب على الظن صدق الشهود وردت شهادة غيرهم لانه لا يعلم صدقهم فمع يقين العلم بالكذب أولى أن لا يقبل واذا ثبت هذا فانه اذا سبح به المأمومون فلم يرجع في موضع يلزمه الرجوع بطلت صلاته نص عليه أحمد وليس للمأمومين اتباعه فان اتبعوه لم يخل من أن يكونوا عالمين بتحريم ذلك أو جاهلين به فان كانوا عالمين بطلت صلاتهم لأنهم تركوا الواجب عمداً ، وقال القاضي في هذا ثلاث روايات (إحداها) أنه لا يجوز لهم متابعته ولا يلزمهم انتظاره إن كان نسيانه في زيادة يأتي بها

وإن بقي بين أسنانه أو في فيه من بقايا الطعام يسير يجري به الريق فابتلعه لم تبطل لانه يشق الاحتراز منه ، وان ترك في فيه لقمة ولم يبتلعها كره لانه يشغله عن خشوع الصلاة ، وعن الذكر والقراءة فيها ولا يبطلها لانه عمل يسير فهو كما لو أمسك شيئاً في يده والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتى بقول مشروع في غير موضعه كالقراءة في السجود والقعود، والتشهد في القيام وقراءة السورة في الاخريين لم تبطل الصلاة بعمده) لانه مشروع في الصلاة ولا يجب السجود لسهوه لان عمده لا يبطل الصلاة فلم يجب السجود لسهوه كسائر مالا يبطل عمده الصلاة وهل يشرع ؟ فيه روايتان (إحداهما) يشرع لعموم قوله عليه السلام « إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس » رواه مسلم (والثانية) لا يشرع لان عمده لا يبطل الصلاة فلم يشرع السجود لسهوه كترك سنن الافعال

(فصل) فان أتى فيها بذكر أو دعاء لم يرد به الشرع فيها كقوله آمين رب العالمين وقوله في التكبير الله أكبر كبيراً ونحوه لم يشرع له سجود لانه روي عن النبي ﷺ أنه سمع رجلا يقول في الصلاة الحمد لله حمداً كثيراً مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى فلم يأمره بالسجود

﴿ مسئلة ﴾ (وان سلم قبل اتمام صلاته عمداً أبطلها لانه تكلم فيها عامداً ، وإن كان سهواً ثم ذكر قريبا أتمها وسجد ، وإن طال الفصل أو تكلم لغير مصلحة الصلاة بطلت) وجملته أن من سلم قبل إتمام صلاته ساهيا ثم علم قبل طول الفصل ولم ينتقض وضوؤه فصلاته صحيحة لا تبطل بالسلام وعليه

وان فارقوه وسلموا صحت صلاتهم وهذا اختيار الخلال (والثانيـة) يتابعونه في القيام استحسانا (والثالثة) لايتابعونه ولا يسلمون قبله لكن ينتظرونه ليسلم بهم وهو اختيار ابن حامد والاول أولى لان الامام مخطيء في ترك متابعتهم فلا يجوز اتباعه على الخطأ (الحال الثاني) ان تابعوه جهلا بتحريم ذلك فان صلاتهم صحيحة لان أصحاب النبي صلى الله عليـه وسلم تابعوه في التسليم في حديث ذي اليدين ، وفي الخامسة في حديث ابن مسعود فلم تبطل صلاتهم ، وروى الاثرم باسناده عن الزبير أنه صلى صلاة العصر فلما سلم قال له رجل من القوم : ياأبا عبدالله انك صليت ركعات ثلاثا قال : أكذلك قالوا نعم فرجع فصلى ركعة ثم سجد سجدتين . وعن ابراهيم قال : صلى بنا علقمة الظهر خمسا فلما سلم قال القوم : ياأبا شـبل قد صليت خمسا قال : كلا ، مافعلت قالوا : بلى ، قال وكنت في ناحية القوم وأنا غلام فقلت بلى قد صليت خمسا ، قال لي ياأعور وأنت تقول ذلك أيضا قلت نعم فسجد سجدتين فلم يأمروا من وراءهم بالاعادة فدل على أن صلاتهـم لم تبطل بمتابعتهم ، ومتى عمل الامام بغالب ظنه فسبح به المأمومون فرجع اليهم فان سجوده قبـل السلام لمـا فعله من الزيادة في الصلاة سهواً . قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسئل عن رجل جلس في الركعة الاولى من الفجر فسبحوا به فقام متى يسجد للسهو ؟ فقال قبل السلام

(فصل) فان سبح بالامام واحد لم رجع إلى قوله الا أن يغلب على ظنه صدقه فيعـمل بغالب ظنه لا بتسبيحه لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقبل قول ذي اليدين وحده فان سبح فساق لم يرجع

أن يأتي بما بقي منها ثم يتشهد ويسلم ويسجد سجدتين ويتشهد ويسلم ، فان لم يذكر حتى قام فعليه أن يجلس لينهض إلى الاتيان بما بقي عن جلوس لان هذا القيام واجب في الصلاة ولم يأت به لها فلزمه الاتيان به مع النية ولا نعلم في جواز الاتمام في حق من نسي ركعة فما زاد خلافا — والاصـل في هـذا ماروى ابن سيرين عن أبي هريرة قال : صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشاء قال ابن سيرين : سماها لنا أبو هريرة ولكن أنا نسيت — فصلى ركعتين ثم سلم فقام إلى خشبة معروضة في المسجد فوضع يده عليها كأنه غضبان وشبك بين أصابعه ووضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى وخرجت السرعان من المسجد فقالوا : قصرت الصلاة ، وفي القوم أبو بكر وعمر فهاباه أن يكلماه وفي القوم رجل في يديه طول يقال له ذواليـدين فقال : يارسول الله أنسيت أم قصرت الصـلاة ؟ فقال « لم أنس ولم تقصر » فقال « أكما يقول ذواليدين » قالوا نعم ، قال فتقدم فصلى ماترك من صـلاته ثم سلم ، ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ، ثم رفع رأسه فكبر ، وسجد مثل سجوده أو أطول ، ثم رفع رأسه فكبر قال فربما سألوه ثم سلم قال : ثبت أن عمران بن حصين قال ثم سلم متفق عليه ورواه أبو داود وزاد قال : قلت فالتشهد ؟ قال لم أسمع في التشهد وأحب إلي أن يتشهد . وروى عمران بن حصين قال : سلم رسول الله ﷺ في ثلاث ركعات من العصر ثم قام فدخل الحجرة فقام رجل بسيط اليدين فقال أقصرت الصلاة يارسول الله ؟ فخرج مغضبا فصلى الركعة التي كان ترك ثم سلم ثم سجد

الى قولهم لان قولهم غير مقبول في أحكام الشرع وان افترق المأمومون طائفتين وافقه قوم وخالفه آخرون سقط قولهم لتعارضهم كالبينتين اذا تعارضتا ومتى لم يرجع وكان المأموم على يقين من خطأ الامام لم يتابعه في أفعال الصلاة وليس هذا منها وينبغي أن ينتظره ههنا لان صلاة الامام صحيحة لم تفسد بزيادة فينتظره كما ينتظر الامام المأمومين في صلاة الخوف

﴿مسألة﴾ قال (وماعدا هذا من السهو فسجوده قبل السلام مثل المنفرد إذا شك في صلاته فلم يدر كم صلى فبنى على اليقين أو قام في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام أوجهر في موضع تخافت أو خافت في موضع جهر أو صلى خمساً أو ماعدا ذلك من السهو فكل ذلك يسجد له قبل السلام)

وجملة ذلك أن السجود كله عند أحمد قبل السلام الا في الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام وهما اذا سلم من نقص في صلاته أو تحرى الامام فبنى على غالب ظنه وما عداهما يسجد له قبل السلام نص على هذا في رواية الاثرم قال أنا أقول كل سهو جاء عن النبي ﷺ أنه يسجد فيه بعد السلام وسائر السجود يسجد فيه قبل السلام هو أصح في المعنى وذلك أنه من شأن الصلاة فيقضيه قبل أن يسلم ، ثم قال سجد النبي ﷺ في ثلاثة مواضع بعد السلام وفي غيرها قبل السلام . قلت اشرح الثلاثة مواضع التي بعد السلام ، قال سلم من ركعتين فسجد بعد

سجدتي السهو ثم سلم . رواه مسلم

(فصل) فأما ان طال الفصل أو انتقض وضوءه استأنف الصلاة كذلك قال الشافعي ، وإن ذكر قريباً مثل فعل النبي صلى الله عليه وسلم يوم ذي اليدين ونحوه بنى . وقال مالك نحوه . وقال الليث ويحيى الانصاري والاوزاعي بنى مالم ينتقض وضوءه . ولنا انها صلاة واحدة فلم يجز بناء بعضها على بعض مع طول الفصل كما لو انتقض وضوءه والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة ، ولأصحاب الشافعي في ذلك خلاف قد ذكرناه فيما إذا ترك ركنا في الباب قبله . والصحيح أنه لاحد له إذ لم يرد بتحديده نص فيرجع فيه إلى العادة والمقاربة لمثل حال النبي ﷺ في حديث ذي اليدين

(فصل) فان لم يذكره حتى شرع في صلاة أخرى فان طال الفصل بطلت الاولى لما ذكرنا وإن لم يطل الفصل عاد إلى الاولى فأتمها وهذا قول الشافعي . وقال الشيخ أبو الفرج في المبهج : يجعل ما شرع فيه من الصلاة الثانية تماما للاولى فيبني إحداهما على الاخرى ويصير وجود السلام كعدمه لانه سهو معذور فيه وسواء كان ماشرع فيه نفلا أو فرضا . وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان ان شرع في تطوع بطلت المكتوبة . وقال مالك أحب إلي أن يبتدئها . وروي عن أحمد مثل قول الحسن فانه قال في رواية أبي الحارث : إذا صلى ركعتين من المغرب وسلم ثم دخل في التكلم انه بمنزلة الكلام استأنف الصلاة . ولنا أنه أهمل عملا من جنس الصلاة سهواً فلم تبطل صلاته كما لو زاد خامسة

السلام .هذا حديث ذي اليدين ، وسلم من ثلاث فسجد بعد السلام، هذا حديث عمران بن حصين وحديث ابن مسعود في موضع التحري سجد بعد السلام . قال القاضي : لا يختلف قول أحمد في هذين الموضعين أنه يسجد لهما بعد السلام . واختلف فيمن سها فصلى خمساً هل يسجد قبل السلام أو بعده على روايتين وما عدا هذه المواضع يسجد لها قبل السلام رواية واحدة وبهذا قال سليمان بن داود وأبو خيثمة وابن المنذر . وحكى أبو الخطاب عن أحمد روايتين أخريين (إحداهما) أن السجود كله قبل السلام روي ذلك عن أبي هريرة ومكحول والزهري ويحيى الانصاري وربيعة والليث والاوزاعي وهو مذهب الشافعي لحديث ابن بحينة وأبي سعيد ، وقال الزهري كان آخر الامرين السجود قبل السلام ، ولانه تمام الصلاة وجبر لنقصها فكان قبل سلامها كسائر أفعالها (والثانية) أن ما كان من نقص سجد له قبل السلام لحديث ابن بحينة وما كان من زيادة سجد له بعد السلام لحديث ذي اليدين وحديث ابن مسعود حين صلى النبي ﷺ خمسا وهذا مذهب مالك وأبي ثور

وروي عن ابن مسعود أنه قال : كل شيء شككت فيه من صلاتك من نقصان من ركوع أو سجود أو غير ذلك فاستقبل أكثر ظنه واجعل سجدتي السهو من هذا النحو قبل التسليم ، فأما غير ذلك من السهو فاجعله بعد التسليم . رواه سعيد ، وقال أصحاب الرأي : سجود السهو كله بعد السلام .وله فعلها قبل السلام يروى نحو ذلك عن علي وسعد بن أبي وقاص وابن مسعود وعمار وابن عباس وابن الزبير وأنس والحسن والنخعي وابن أبي ليلي لحديث ذي اليدين وحديث ابن مسعود

وأما إتمام الاولى بالثانية فلا يصح لانه قد خرج من الأولى بالسلام ونية الخروج منها ولم ينوها بعد ذلك ونية غيرها لا تجزيء عن نيتها كحالة الابتداء

(فصل) فان تكلم في هذه الحال — يعني إذا سلم يظن أن صلاته قد تمت — لغير مصلحة الصلاة كقوله ياغلام اسقني ماء ونحوه بطلت صلاته نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى وجماعة سواه لقول النبي ﷺ « ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم ، وعن زيد بن أرقم قال : كنا نتكلم في الصلاة يكلم أحدنا صاحبه وهو الى جنبه حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، رواه مسلم . وفيه رواية ثانية ان الصلاة لا تفسد بالكلام في تلك الحال بحال وهو مذهب مالك والشافعي لانه نوع من النسيان ولذلك تكلم النبي ﷺ وأصحابه وبنوا على صلاتهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان تكلم لمصلحتها ففيه ثلاث روايات (احداها) لاتبطل (والثانية) تبطل (والثالثة) تبطل صلاة المأموم دون الامام اختارها الخرقي) وجملة ذلك أن من سلم عن نقص في صلاته كما ذكرنا ثم تكلم لمصلحتها ففيه ثلاث روايات (احداها) أن الصلاة لا تفسد لان النبي ﷺ وأصحابه تكلموا في صلاتهم في حديث ذي اليدين وبنوا على صلاتهم. وفي رسول الله ﷺ

في التحري ؛ وروى ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « لكل سهو سجدتان بعد التسليم » رواه سعيد ، وعن عبد الله بن جعفر قال : قال رسول الله ﷺ « من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم » رواهما أبو داود

ولنا أنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام وبعده في أحاديث صحيحة متفق عليها ففيما ذكرناه عمل بالاحاديث كلها وجمع بينها من غير ترك شيء منها وذلك واجب مهما أمكن فان خبر النبي صلى الله عليه وسلم حجة يجب المصير اليه والعمل به ولا يترك إلا لعارض مثله أو أقوى منه . وليس في سجوده بعد السلام أو قبله في صورة ماينفي سجوده في صورة أخرى في غير ذلك الموضع ، وذكر نسخ حديث ذي اليدين لا وجه له . فان راوييه أبا هريرة وعمران بن حصين هجرتهما متأخرة وقول الزهري مرسل لا يقتضي نسخا فانه لا يجوز أن يكون آخر الأمرين سجوده قبل السلام لوقوع السهو في آخر الأمر فيما سجوده قبل السلام ، وحديث ثوبان راويه اسماعيل بن عياش وفي روايته عن أهل الحجاز ضعف ، وحديث ابن جعفر فيه ابن أبي ليلى وهو ضعيف ، وقال الاثرم : لا يثبت واحد منهما

(فصل) في تفصيل المسائل التي ذكرها الخرقي في هذه المسئلة قوله : مثل المنفرد اذا شك في صلاته فلم يدر كم صلى فبنى على اليقين . قد ذكرنا أن ظاهر المذهب أن المنفرد يبني على اليقين ومعناه أنه ينظر ما تيقن أنه صلاه من الركعات فيتم عليه ويلغي ماشك فيه ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم في

لنا أسوة حسنة ، وهذا مذهب مالك والشافعي ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وممن روي أنه تكلم بعد أن سلم وأتم صلاته الزبير وابناه ، وصوّبه ابن عباس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى (والثانية) تفسد صلاتهم وهو قول الخلال ومذهب أصحاب الرأي لعموم أحاديث النهي (والثالثة) أن صلاة الامام لا تفسد لأن النبي ﷺ كان إماما فتكلم وبنى على صلاته ، وصلاة المأمومين تفسد لانه لا يصح اقتداؤهم بأبي بكر وعمر لانهما تكلما مجيبين للنبي ﷺ وإجابته واجبة عليهما ولا بذي اليدين لانه تكلم سائلا عن نقص الصلاة في وقت يمكن ذلك فيها ، وهذا غير موجود في زماننا ، وهذا اختيار الخرقي وربما خصصناه بالكلام في شأن الصلاة لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه انما تكلموا في شأن الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن تكلم في صلب الصلاة بطلت ، وعنه لا تبطل اذا كان ساهياً أو جاهلا ويسجد له) متى تكلم عامداً عالما أنه في الصلاة مع علمه بتحريم ذلك لغير مصلحة الصلاة ولا لأمر يوجب الكلام بطلت صلاته إجماعا حكاه ابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » وعن زيد بن أرقم قال : كنا نتكلم في الصلاة يكلم أحدنا صاحبه الى جنبه حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ، ونهينا عن الكلام ، رواهما مسلم . وعن ابن مسعود قال : كنا نسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة فيرد علينا ، فلما رجعنا من

حديث عبدالرحمن بن عوف « اذا شك أحدكم في الثنتين والواحدة فليجعلها واحدة ، واذا شك في الثنتين والثلاث فليجعلهما ثنتين، واذا شك في الثلاث والاربع فليجعلها ثلاثا ثم ليتم مابقي من صلاته حتى يكون الوهم في الزيادة ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم » رواه ابن ماجه هكذا وسواء غلب على ظنه خلاف ذلك أم لم يغلب على ظنه إلا أن يكون هذا الوهم مثل الوسواس فقد قال ابن أبي موسى اذا كثر السهو حتى يصير مثل الوسواس لها عنه وذكرنا أن في المنفرد رواية أخرى أنه يبني على مايغلب على ظنه، والصحيح في المذهب ماذكر الخرقي رحمه الله والحكم في الامام اذا بنى على اليقين أنه يسجد قبل السلام كالمنفرد وإذا تحرى المنفرد على الرواية الأخرى سجد بعد السلام

(فصل) قوله: أو قام في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام .أكثر أهل العلم يرون أن هذا يسجد له ، وممن قال ذلك ابن مسعود وقتادة والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وكان علقمة والاسود يتعمدان في الشيء يقام فيه ويقومان في الشيء يقعد فيه فلا يسجدان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وقال « اذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين » رواهما مسلم عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة السلام « لكل سهو سجدتان بعد السلام » رواه أبو داود ولانه سهو فسجد له كغيره مع مانذكره في تفصيل المسائل، فأما القيام في موضع (الجلوس) ففي ثلاث صور (احداها) أن يترك التشهد الاول ويقوم وفيه ثلاث مسائل

عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا فقلنا يارسول الله كنا نسلم عليك في الصباح فترد علينا ؟ قال « ان في الصلاة لشغلا » متفق عليه . ولأبي داود « إن الله يحدث من أمره مايشاء وقد أحدث أن لاتتكلموا في الصلاة»

(فصل) فأما إن تكلم جاهلا بتحريم ذلك في الصلاة فقال القاضي في الجامع : لا أعرف عن أحمد نصاً في ذلك . وقد ذكر شيخنا فيه ههنا روايتين (إحداهما) تبطل صلاته لانه ليس من جنسه ماهو مشروع في الصلاة أشبه العمل الكثير ولعموم أحاديث النهي (والثانية) لاتبطل لما روى معاوية ابن الحكم السلمي قال: بينا أنا أصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم فقلت : يرحمك الله ، فرماني القوم بأبصارهم فقلت : واثكل أمياه(١) ماشأنكم تنظرون إلي؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكت(٢) فلما صلى رسول الله ﷺ فبأبي هو وأمي مارأيت معلما قبله ولا بعده أحسن تعليما منه فوالله ماكهرني(٣) ولا ضربني ولا شتمني ثم قال« إن هذه الصلاة لايصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، رواه مسلم . فلم يأمره بالاعادة فدل على صحتها ، وهذا مذهب الشافعي وفي كلام الناسي روايتان (احداهما) لاتبطل وهو قول مالك والشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم تكلم في حديث ذي اليدين ، وقد ذكرنا حديث معاوية ، وما عذر فيه بالنسيان عذر فيه بالجهل

١) عند أحمد ومسلم وغيرهما واثكل أماه وزيادة الياء رواية أبي داود كما في نيل الاوطار

٢) أي لم أتكلم أولم أكلمهم لكني سكت

٣) قوله ما كهرني معناه ما انتهرني أوما عبس في وجهي

(الاولى) ذكره قبل اعتداله قائما فيلزمه الرجوع الى التشهد وممن قال يجلس علقمة والضحاك وقتادة والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وقال مالك : إن فارقت أليتاه الارض مضى وقال حسان ابن عطية اذا تجافت ركبتاه عن الارض مضى

ولنا ماروى المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ قال « اذا قام أحدكم في الركعتين فلم يستتم قائما فليجلس ، فاذا استتم قائما فلا يجلس ويسجد سجدتي السهو » رواه أبو داود وابن ماجه ولانه أخل بواجب ذكره قبل الشروع في ركن مقصود فلزمه الاتيان به كما لو لم تفارق اليتاه الارض

(المسئلة الثانية) ذكره بعد اعتداله قائما وقبل شروعه في القراءة فالاولى له أن لايجلس وإن جلس جاز نص عليه قال النخعي يرجع مالم يستفتح القراءة وقال حماد بن أبي سليمان ان ذكر ساعة يقوم جلس

ولنا حديث المغيرة وما نذكره فيما بعد ولانه ذكره بعد الشروع في ركن فلم يلزمه الرجوع كما لو ذكره بعد الشروع في القراءة ويحتمل أنه لايجوز له الرجوع لحديث المغيرة ولأنه شرع في ركن فلم يجز له الرجوع كما لو شرع في القراءة

(المسئلة الثالثة) ذكره بعد الشروع في القراءة فلا يجوز له الرجوع ويمضي في صلاته في قول أكثر أهل العلم . وممن روي عنه أنه لايرجع عمر وسعد بن أبي وقاص وابن مسعود والمغيرة ابن شعبة والنعمان بن بشير وابن الزبير والضحاك بن قيس وعقبة بن عامر وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال الحسن يرجع مالم يركع وليس بصحيح لحديث المغيرة ، وروى أبو بكر الآجري باسناده عن معاوية أنه صلى بهم فقام في الركعتين وعليه الجلوس فسبح به فأبى أن يجلس حتى اذا جلس يسلم سجد سجدتين وهو جالس ثم قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هذا ، ولأنه شرع في ركن

(والثانية) تفسد صلاته وهو قول النخعي وأصحاب الرأي لعموم أحاديث المنع من الكلام واذا قلنا إنه لايبطل الصلاة سجد لعموم الاحاديث ، ولان عمده يبطل الصلاة فوجب السجود لسهوه كترك الواجبات والله أعلم

(فصل) فان تكلم في صلب الصلاة لمصلحة الصلاة مع علمه أنه في الصلاة بطلت صلاته لعموم الاحاديث . وذكر القاضي في ذلك الروايات الثلاث التي ذكرناها في المسئلة التي قبلها ويحتمله كلام الخرقي لعموم لفظه ، وهو مذهب الاوزاعي فانه قال : لو أن رجلا قال للامام وقد جهر بالقرآءة في العصر : انها العصر ، لم تفسد صلاته ، ولان الامام يطرقه حال يحتاج إلى الكلام فيها وهو مالو نسي القراءة في ركعة فذكرها في الثانية فقد فسدت عليه ركعة فيحتاج أن يبدلها بركعة هي في ظن المأمومين خامسة ليس لهم موافقته فيها ولا سبيل إلى اعلامهم بغير الكلام ، وقد يشك في صلاته فيحتاج إلى السؤال [1] قال شيخنا : ولم أعلم عن النبي ﷺ ولا عن صحابته ولا عن الامام نصا في الكلام في غير الحال التي سلم معتقداً تمام صلاته ثم تكلم بعد السلام ، وقياس الكلام في صلب الصلاة عالما بها على هذه الحال ممتنع لان هذه حال نسيان لايمكن التحرز من الكلام فيها وهي أيضا حال يتطرق الجهل

(١) زاد في المغني هنا : فلذلك أبيح له الكلام

مقصود فلم يجز له الرجوع كما لو شرع في الركوع . اذا ثبت هذا فانه يسجد قبل السلام في جميع هذه المسائل لحديث معاوية ولما روى عبد الله بن مالك بن بحينة أن النبي ﷺ صلى بهم الظهر فقام في الركعتين الاوليين ولم يجلس فقام الناس معه فلما قضى الصلاة وانتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس فسجد سجدتين قبل أن يسلم متفق عليه

(فصل) اذا علم المأمومون بترك التشهد الاول قبل قيامهم وبعد قيام امامهم تابعوه في القيام ولم يجلسوا للتشهد لان النبي ﷺ لما سها عن التشهد الاول وقام قام الناس معه ، وفعله جماعة من الصحابة ممن صلى بالناس نهضوا في الثانية عن الجلوس فسبحوا بهم فلم يلتفتوا إلى من سبح بهم ، وبعضهم أومأ اليهم بالقيام فقاموا ، قالوا ومما احتج به أحمد من فعل الصحابة أنهم كانوا يقومون معه قال: حدثنا يزيد بن هارون أخبرنا المسعودي عن هلال بن علاقة قال : صلى بنا المغيرة بن شعبة فلما صلى ركعتين قام ولم يجلس فسبح به من خلفه فأشار اليهم أن قوموا ، فلما فرغ من صلاته سلم وسجد سجدتين وسلم ثم قال : هكذا صنع رسول الله ﷺ قال وحدثنا وكيع قال أخبرنا عمران بن حدير عن مضر بن عاصم الليثي قال : أوهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القعدة فسبحوا به فقال سبحان الله هكذا أي قوموا ، وروى باسناده مثل ذلك عن سعد ورواه الآجري عن ابن مسعود وعن عقبة بن عامر وقال اني سمعتكم تقولون سبحان الله لكيما أجلس فليست تلك السنة انما السنة التي صنعت ، وقد ذكرنا حديث ابن بحينة فأما إن سبحوا به قبل قيامه ولم يرجع تشهدوا لأنفسهم

إلى صاحبها بتحريم الكلام فيها فلا يصح قياس مايفارقها في هذين الامرين عليها ، واذا عدم النص والقياس والاجماع امتنع ثبوت الحكم لانه بغير دليل ولا سبيل اليه والله أعلم

(فصل) فان تكلم مغلوبا على الكلام فهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن يخرج الحروف من فيه بغير اختياره مثل أن يتثاءب فيقول هاه أو يتنفس فيقول آه أو يسعل فينطق بحرفين أو يغلط في القرآن فيأتي بكلمة من غير القرآن أو يغلبه البكاء فلا تفسد صلاته في المنصوص عنه فيمن غلبه البكاء وقد كان عمر يبكي حتى يسمع له نشيج . وقال مهنا : صليت إلى جنب أبي عبد الله فتثاءب خمس مرات وسمعت لتثاؤبه هاه هاه وهذا لان الكلام ههنا لاينسب اليه ولا يتعلق به حكم من أحكام الكلام ، وقال القاضي فيمن تثاءب فقال هاه تفسد صلاته ، وهذا محمول على أن من فعل ذلك غير مغلوب عليه لما ذكرنا . وذكر ابن عقيل فيه احتمالين (أحدهما) تبطل صلاته لانه لايشرع جنسه في الصلاة أشبه الحدث (والثاني) لاتبطل لما ذكرنا

(النوع الثاني) أن ينام فيتكلم فقد توقف أحمد عن الكلام فيه والاولى إلحاقه بالفصل الذي قبله لان القلم مرفوع عنه ، وكذلك ليس لعتقه ولا لطلاقه حكم ، وقال ابن عقيل في النائم اذا تكلم بكلام الآدميين انبنى على كلام الناسي في أصح الروايتين

(النوع الثالث) أن يكره على الكلام فيحتمل أن يكون ككلام الناسي لان النبي ﷺ جمع

ولم يتبعوه في تركه لانه ترك واجبا تعين فعله عليه فلم يكن لهم متابعته في تركه ولو رجع إلى التشهد بعد شروعه في القراءة لم يكن لهم متابعته في ذلك لانه أخطأ ، فأما الامام فمتى فعل ذلك عالما بتحريمه بطلت صلاته لانه زاد في الصلاة من جنسها عمداً أو ترك واجبا عمداً ، وإن كان جاهلا بالتحريم أو ناسياً لم تبطل لانه زاد في الصلاة سهواً ومتى علم بتحريم ذلك وهو في التشهد نهض ولم يتم الجلوس ولو ذكر الامام التشهد قبل انتصابه وبعد قيام المأمومين وشروعهم في القراءة فرجع لزمهم الرجوع لان الامام رجع إلى واجب فلزمهم متابعته ولا اعتبار بقيامهم قبله

(فصل) وإن نسي التشهد دون الجلوس له فحكمه في الرجوع اليه حكم مالو نسيه مع الجلوس لان التشهد هو المقصود ، فأما ان نسي شيئا من الاذكار الواجبة : تسبيح الركوع والسجود ، وقول رب اغفر لي بين السجدتين ، وقول ربنا ولك الحمد ، فانه لا يرجع اليه بعد الخروج من محله لان محل الذكر ركن قد وقع مجزئا صحيحا فلو رجع اليه لكان زيادة في الصلاة وتكراراً لركن ثم يأتي بالذكر في ركوع أو سجود زائد غير مشروع بخلاف التشهد ولكنه يمضي ويسجد للسهو لتركه قياسا على ترك التشهد (الصورة الثانية) قام من السجدة الاولى ولم يجلس للفصل بين السجدتين فهذا قد ترك ركنين جلسة الفصل والسجدة الثانية فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن يذكر قبل الشروع في القراءة فيلزمه الرجوع وهذا قول مالك والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، فاذا رجع فانه يجلس جلسة الفصل ثم يسجد السجدة الثانية ثم يقوم إلى الركعة الاخرى ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يحتاج الى الجلوس لان

بينهما في العفو بقوله « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قال القاضي وهذا أولى بالعفو وصحة الصلاة لان الفعل غير منسوب اليه ، ولهذا لو أكره على اتلاف مال لم يضمنه ، والناسي يضمن ما أتلفه قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان صلاته تفسد لانه أتى بما يفسد الصلاة عمداً أشبه مالو أكره على صلاة الفجر أربعا وقياسه على الناسي لا يصح لوجهين (أحدهما) أن النسيان يكثر بخلاف الاكراه (الثاني) أنه لو نسي فزاد في الصلاة أو نقص لم تفسد صلاته ولم يثبت مثله في الاكراه . والصحيح عند أصحاب الشافعي أن الصلاة لا تبطل بشيء من هذه الأنواع

(فصل) فان تكلم بكلام واجب كمن خشي على ضرير أو صبي أو رأى حية ونحوها تقصد غافلا أو يرى ناراً يخاف أن تشتعل في شيء ونحو هذا ولم يمكن التنبيه بالتسبيح فقال أصحابنا تبطل الصلاة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما ذكرنا من كلام المكره قال شيخنا : ويحتمل أن لا تبطل الصلاة ، وهو ظاهر كلام أحمد لانه قال في حديث ذي اليدين : انما كلم النبي ﷺ القوم حين كلمهم لانه كان عليهم أن يجيبوه فعلل صحة صلاتهم بوجوب الكلام عليهم ، وهذا كذلك وهو ظاهر مذهب الشافعي والصحيح عند أصحابه

(فصل) وكل كلام حكمنا بأنه لا يفسد الصلاة فانما هو اليسير منه ، فان كثر وطال أفسد الصلاة وهذا منصوص الشافعي . قال القاضي في المجرد : كلام الناسي اذا طال يفسد رواية واحدة ، وقال في

الفصل قد حصل بالقيام وليس بصحيح لان الجلسة واجبة ولا ينوب عنها القيام كما لو عمد ذلك فأما إن كان جلس للفصل ثم قام ولم يسجد فانه يسجد ولا يلزمه الجلوس وقيل يلزمه ليأتي بالسجدة عن جلوس ولا يصح لانه أتى بالجلسة فلم تبطل بسهو بعدها كالسجدة الاولى ويصير كأنه سجد عقيب الجلوس فان كان يظن أنه سجد سجدتين وجلس جلسة الاستراحة لم يجزه عن جلسة الفصل لانها هيئة فلا تنوب عن الواجب كما لو ترك سجدة من ركعة ثم سجد للتلاوة وهكذا الحكم في ترك ركن غير السجود مثل الركوع أو الاعتدال عنه فانه يرجع اليه متى ذكره قبل الشروع في قراءة الركعة الاخرى فيأتي به ثم بما بعده لان ماأتى به بعده غير معتد به لفوات الترتيب (الحال الثاني) ترك ركنا اما سجدة أو ركوعا ساهيا ثم ذكره بعد الشروع في قراءة الركعة التي يليها بطلت الركعة التي ترك الركن منها وصارت التي شرع في قراءتها مكانها نص على هذا أحمد في رواية الجماعة ، قال الاثرم سألت أبا عبدالله عن رجل صلى ركعة ثم قام ليصلي أخرى فذكر أنه انما سجد للركعة الاولى سجدة واحدة فقال إن كان أول ماقام قبل أن يحدث عملا للأخرى فانه ينحط ويسجد ويعتد بها ، وإن كان أحدث عملا للأخرى ألغى الاولى وجعل هذه الاولى قلت يستفتح أو يجزيء الاستفتاح الاول ؟ قال لا يستفتح ويجزئه الاول قلت فنسي سجدتين من ركعتين قال لا يعتد بتينك الركعتين والاستفتاح ثابت. وهذا قول اسحاق وقال الشافعي اذا ذكر الركن المتروك قبل السجود في الثانية فانه يعود إلى السجدة الاولى ، وإن ذكره بعد سجوده في الثانية وقعتا عن الاولى لان الركعة الاولى قد صح فعلها وما فعله في الثانية

الجامع لافرق بين القليل والكثير في ظاهر كلام أحمد ، لان ماعفي عنه بالنسيان استوى قليله وكثيره كالأكل في الصيام وهو قول بعض الشافعية . ووجه الاول أن دلالة الاحاديث المانعة من الكلام عامة تركت في اليسير بما ورد فيه من الاخبار فتبقى فيما عداه على مقتضى العموم ، ولا يصح قياس الكثير عليه لعدم امكان التحرز من اليسير ، ولان اليسير قد عفي عنه في العمل من غير جنس الصلاة بخلاف الكثير والكلام المبطل ماانتظم حرفين فصاعداً ، هذا قول أصحابنا وأصحاب الشافعي لان الحرفين يكونان كلمة كقوله أب وأخ ويد ودم وكذلك الافعال والحروف لا تنتظم كلمة من أقل من حرفين ولو قال «لا» فسدت صلاته لانها حرفان لام وألف

﴿ مسألة ﴾ (وإن قهقه أو نفخ أو انتحب فبان حرفان فهو كالكلام إلا ماكان من خشية الله تعالى ، وقال أصحابنا في النحنحة مثل ذلك ، وقد روي عن أبي عبد الله أنه كان يتنحنح في الصلاة ولا يراها مبطلة للصلاة) اذا ضحك فبان حرفان فسدت صلاته ، وكذلك إن قهقه ولم يتبين حرفان وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وكذلك ذكره شيخنا في المغني . وقال القاضي في المجرد : إن قهقه فبان حرف واحد لم تبطل صلاته ، فان كان حرفان القاف والهاء فهو كالكلام تبطل إن كان عامداً وإن كان ساهيا أو جاهلا خرج على الروايتين وهو ظاهر قول الشيخ في هذا الكتاب . قال ابن المنذر أجمعوا على أن الضحك يفسد الصلاة ، وأكثر أهل العلم على أن التبسم لا يفسدها ، وقد روى الدارقطني

سهواً لا يبطل الاولى كما لو ذكر قبل القراءة وقد ذكر أحمد هذا القول عن الشافعي وقربه وقال هو أشبه يعني من قول أصحاب أبي حنيفة إلا أنه اختار القول الذي حكاه عنه الاثرم ، وقال مالك إن ترك سجدة فذكرها قبل رفع رأسه من ركوع الثانية ألغى الاولى ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي من نسي سجدة ثم ذكرها سجدها في الصلاة متى ماذكرها، وقال الاوزاعي يرجع الى حيث كان من الصلاة وقت ذكرها فيمضي فيها ، وقال أصحاب الرأي فيمن نسي أربع سجدات من أربع ركعات ثم ذكرها في التشهد سجد في الحال أربع سجدات وتمت صلاته

ولنا ان المزحوم في الجمعة اذا زال الزحام والامام راكع في الثانية فانه يتبعه ويسجد معه ويكون السجود من الثانية دون الاولى كذا ههنا

(فصل) فان مضى في موضع يلزمه الرجوع أو رجع في موضع يلزمه المضي عالما بتحريم ذلك فسدت صلاته لانه ترك واجبا في الصلاة عمداً ، وإن فعل ذلك معتقداً جوازه لم تبطل لانه تركه من غير تعمد أشبه مالو مضى قبل ذكر المتروك لكن اذا مضى في موضع يلزمه الرجوع فسدت الركعة التي ترك ركنها كما لو لم يذكره إلا بعد شروعه في قراءة غيرها فلم يعد الى الصحة بحال (الصورة الثالثة) قام عن التشهد الاخير الى زائد فانه يرجع اليه متى ماذكره لانه قام الى زيادة غير معتد له بها فلزمه الرجوع كما لو ذكر قبل السجود . ويأتي تفصيل هذه الصورة فيما اذا صلى خمسا ، وفي هـذه الصور الثلاث يلزمه السجود قبل السلام

في سننه عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال « القهقهة تنقض الصلاة ولا تنقض الوضوء »

(فصل) فأما النفخ فمتى انتظم حرفين أفسد الصلاة لانه كلام والا لم يفسدها ، وقد قال أحمد: النفخ عندي بمنزلة الـكلام . وروي عن ابن عباس أنه قال : من نفخ في الصلاة فقد تكلم.وروي عن أبي هريرة ـ إلا أن ابن المنذر قال : لايثبت عن ابن عباس ولا أبي هريرة . وروي عن أحمد أنه قال : أكرهه ولا أقول يقطع الصـلاة ليس كلاما . روي عن ابن مسعود وابن عباس وابن سيرين والنخعي وإسحاق، وجمع القاضي بين قولي أحمد فقال: الموضع الذي قال أحمد يقطع الصلاة إذ انتظم حرفين ، والموضع الذي قال لايقطع الصلاة اذا لم ينتظم منه حرفان . وقال أبو حنيفة : إن سمع فهو بمنزلة الكلام وإلا فلا يضر. قال شيخنا: والصحيح أنه لا يقطع الصلاة مالم ينتظم منه حرفان لما روى عبدالله بن عمرو قال: انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فذكر الحديث الى أن قال ثم نفخ فقال : أف أف . وأما قول أبي حنيفة : فان أراد مالا يسمعه الانسان من نفسه فليس ذلك بنفخ ، وإن أراد مالا يسمعه غيره فلا يصح لأن ما أبطل الصلاة إظهاره أبطلها اسراره كالكلام

(فصل) فأما البكاء والتأوه والأنين فما كان مغلوبا عليه لم يؤثر لما ذكرنا من قبل وما كان غير ذلك ، فان كان لغير خشية الله أفسد الصلاة ، وان كان من خشية الله فقال القاضي وأبو الخطاب: التأوه والبكاء لايفسد الصلاة وكذلك الانين . وقال القاضي : التأوه ذكر مدح الله تعالى ابراهيم به

(فصل) قوله أو جلس في موضع قيام فهذا يتصور بأن يجلس عقيب الاولى أو الثالثة يظن أنه موضع التشهد أو جلسة الفصل فمتى ماذكر قام ، وإن لم يذكر حتى قام أتم صلاته وسجد للسهو لانه زاد في الصلاة من جنسها مالو فعله عمداً أبطلها فلزمه السجود اذا كان سهواً كزيادة ركعة

(فصل) والزيادات على ضربين ، زيادة أفعال ، وزيادة أقوال . فزيادات الافعال قسمان : (أحدهما) زيادة من جنس الصلاة مثل أن يقوم في موضع جلوس أو يجلس في موضع قيام أو يزيد ركعة أو ركنا فهذا تبطل الصلاة بعمده ويسجد لسهوه قليلا كان أو كثيراً لقول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين» رواه مسلم (والثاني) من غير جنس الصلاة كالمشي والحك والتروح فهذا تبطل الصلاة بكثيره ويعفى عن يسيره ولا يسجد له ولا فرق بين عمده وسهوه (الضرب الثاني) زيادات الاقوال ، وهي قسمان أيضا (أحدهما) مايبطل عمده الصلاة كالسلام وكلام الآدميين فاذا أتى به سهواً فسلم في غير موضعه سجد على ماذكرناه في حديث ذي اليدين ، وإن تكلم في الصلاة سهواً فهل تبطل الصلاة به أو يسجد للسهو ؟ على روايتين (القسم الثاني) مالا يبطل عمده الصلاة وهو نوعان (أحدهما) أن يأتي بذكر مشروع في الصلاة في غير محله كالقراءة في الركوع والسجود ، والتشهد في القيام ، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد الاول، وقراءة السورة في الأخريين من الرباعية أو الاخيرة من المغرب وما أشبه ذلك اذا فعله سهواً فهل يشرع له سجود السهو ؟ على روايتين (احداهما) لايشرع له سجود لان الصلاة لاتبطل بعمده فلم يشرع

فقال (ان ابراهيم لأواه حليم) والذكر لايفسد الصلاة ، ولان الله سبحانه وتعالى مدح الباكين فقال (خروا سجداً وبكيا) وروى مطرف عن أبيه قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ولصدره أزيز كأزيز المرجل ، رواه الخلال . قلت: رواه أحمد وأبو داود . وقال عبد الله بن شداد سمعت نشيج عمر وأنا في آخر الصفوف، وقال شيخنا: لم أر عن أحمد في البكاء ولا في الأنين شيئاً والأشبه بأصوله أنه متى فعله مختاراً فسدت صلاته فانه قال في رواية مهنا في البكاء : لايفسد الصلاة ما كان من غلبة ، ولان الحكم لايثبت إلا بنص أو قياس أو اجماع وعموم النصوص تمنع من الكلام كله ، ولم يرد في الأنين والتأوه نص خاص ، والمدح على التأوه لايخصصه كتشميت العاطس ، ورد السلام ، والكلمة الطيبة

(فصل) فأما النحنحة فقال أصحابنا : هي كالنفخ إن بان منها حرفان بطلت صلاته. وقد روى المروذي قال: كنت آتي أبا عبدالله فيتنحنح في صلاته لاعلم أنه يصلي. وقال مهنا : رأيت أبا عبدالله يتنحنح في الصلاة فقال أصحابنا : وهذا محمول على انه لم يأت بحرفين . قال شيخنا : وظاهر حال أحمد انه لم يعتبر ذلك لانها لاتسمى كلاما وتدعو الحاجة اليها . وقد روي عن علي رضي الله عنه قال : كان لي ساعة في السحر أدخل فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان في صلاة يتنحنح فكان ذلك اذني ، رواه الخلال . واختلفت الرواية عن أحمد في كراهية تنبيه المصلي بالنحنحة فقال في موضع لا تتنحنح في الصلاة ، قال النبي ﷺ «اذا نابكم شيء في صلاتكم فالتسبيح للرجال ، والتصفيق

السجود لسهوه كترك سنن الافعال (والثانية) يشرع له السجود لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس » رواه مسلم . فاذا قلنا يشرع له السجود فذلك مستحب غير واجب لانه جبر لغير واجب فلم يكن واجبا كجبر سائر السنن . قال احمد : انما السهو الذي يجب فيه السجود ماروي عن النبي ﷺ . ولان الاصل عدم وجوب السجود (النوع الثاني) أن يأتي فيها بذكر أو دعاء لم يرد الشرع به فيها كقوله آمين رب العالمين : وقوله في التكبير الله أكبر كبيرا — ونحو ذلك فهذا لا يشرع له السجود [1] لانه روي عن النبي ﷺ انه سمع رجلا يقول في الصلاة : الحمد لله حمدا كثيراً طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى ، فلم يأمره بالسجود

(فصل) واذا جلس في غير موضع التشهد [2] قدر جلسة الاستراحة فقال القاضي يلزمه السجود سواء قلنا جلسة الاستراحة مسنونة أو لم نقل ذلك لانه لم يردها بجلوسه انما أراد غيرها وكان سهواً . ويحتمل أن لا يلزمه لانه فعل لو تعمده لم تبطل صلاته فلا يسجد لسهوه كالعمل اليسير من غير جنس الصلاة

(فصل) قوله أو جهر في موضع تخافت أوخافت في موضع جهر . وجملة ذلك أن الجهر والاخفات في موضعهما من سنن الصلاة لا تبطل الصلاة بتركه عمداً وان تركه سهواً فهل يشرع له السجود من أجله ؟ فيه عن أحمد روايتان (احداهما) لا يشرع قال الحسن وعطاء وسالم ومجاهد والقاسم والشعبي والحاكم لاسهو عليه وجهر أنس في الظهر والعصر ولم يسجد وكذلك علقمة والاسود وهذا مذهب الاوزاعي والشافعي لانه سنة فلا يشرع السجود لتركه كرفع اليدين (والثانية) يشرع وهو

1) وفي نسخة دار الكتب سجود

٢) وفي نسخة دار الكتب : واذا جلس للتشهد في غير موضعه الخ

للنساء » وقد روى الاثرم أنه كان يتنحنح ليعلمه أنه يصلي ، وحديث علي يدل عليه وهو خاص فيقدم على العام

(فصل) اذا سلم على المصلي لم يكن له رد السلام بالكلام فان فعل ذلك بطلت صلاته ، روي نحو ذلك عن أبي ذر وهو قول مالك والشافعي . وكان سعيد بن المسيب والحسن وقتادة لا يرون به بأسا . وروي عن أبي هريرة أنه أمر بذلك ، وقال اسحاق : ان فعله متأولا جازت صلاته

ولنا ماروى عبدالله بن مسعود قال كنا نسلم على رسول الله ﷺ وهو في الصلاة فيرد علينا فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا فقلنا يارسول الله كنا نسلم عليك في الصلاة فترد علينا؟ قال « ان في الصلاة لشغلا » متفق عليه . ولابي داود « إن الله يحدث من أمره مايشاء وقد أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة » وروى جابر قال كنا مع رسول الله ﷺ فبعثني في حاجة فرجعت وهو يصلي على راحلته ووجهه الى غير القبلة فسلمت عليه فلم يرد علي فلما انصرف قال « أما انه لم يمنعني أن أرد عليك الا أني كنت أصلي » ولانه كلام آدمي أشبه تشميت العاطس ، اذا ثبت ذلك فانه يرد السلام بالاشارة ، وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق ، وروي عن ابن عباس أن موسى بن جميل سلم عليه وهو يصلي فقبض ابن عباس على ذراعه فكان ذلك رد ابن عباس وذلك لما روى صهيب قال مررت بالنبي ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه وكلمته فرد علي إشارة ، وعن ابن عمر قال خرج رسول الله ﷺ الى قباء يصلي فجاءته الانصار فسلموا عليه وهو يصلي قال قلت لبلال كيف رأيت رسول الله ﷺ يرد عليهم حين كانوا يسلمون

مذهب مالك وأبي حنيفة في الامام لقول النبي ﷺ « اذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » ولانه خل بسنة قولية فشرع السجود لها كترك القنوت ، وما ذكروه يبطل بالقنوت وبالتشهد الاول فانه عند الشافعي سنة ويسجد تاركه فاذا قلنا بهذا كان السجود مستحبا غير واجب ، نص عليه أحمد قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن رجل سها فجهر فيما يخافت فيه فهل عليه سجدتا السهو ؟ قال أما عليه فلا أقول عليه ولكن ان شاء سجد ، وذكر أبو عبد الله الحديث عن عمر أو غيره أنه كان يسمع منه نغمة في صلاة الظهر قال وأنس جهر فلم يسجد وقال انما السهو الذي يجب فيه السجود ما روي عن النبي ﷺ . وقال صالح :قال أبي ان سجد فلا بأس وان لم يسجد فليس عليه ، ولانه جبر لما ليس بواجب فلم يكن واجبا كسائر السنن

(فصل) قوله أو صلى خمسا يعني في صلاة رباعية فانه متى قام الى الخامسة في الرباعية أو الى الرابعة في المغرب أو الى الثالثة في الصبح لزمه الرجوع متى ما ذكر فيجلس فان كان قد تشهد عقيب الركعة التي تمت بها صلاته سجد للسهو ثم يسلم وان كان تشهد ولم يصل على النبي ﷺ صلى عليه ثم سجد للسهو وسلم ، وان لم يكن تشهد تشهد وسجد للسهو ثم سلم ، فان لم يذكر حتى فرغ من الصلاة سجد سجدتين عقيب ذكره وتشهد وصلاته صحيحة وبهذا قال علقمة والحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور . وقال أبو حنيفة ان ذكر قبل أن يسجد جلس للتشهد وان ذكر بعد السجود وكان جلس عقيب الرابعة قدر التشهد صحت صلاته ويضيف الى

عليه وهو يصلي؟ قال يقول هكذا(١) وبسط يعني كفه وجعل بطنه أسفل وظهره الى فوق ، رواهما أبو داود والترمذي وقال كلا الحديثين صحيح ،وان رد عليه بعد فراغه من الصلاة فحسن لان في حديث ابن مسعود قال فقدمت على رسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه فلم يرد علي فأخذني ماقدم وماحدث فلما قضى رسول الله ﷺ الصلاة قال « ان الله يحدث من أمره مايشاء وقد أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة »

(فصل) واذا دخل على قوم وهم يصلون فلا بأس أن يسلم عليهم قاله أحمد . وروى ابن المنذر عنه أنه سلم على مصل وفعل ذلك ابن عمر .وقال ابن عقيل يكره وكرهه عطاء وأبو مجلز والشعبي واسحاق لانه ربما غلط المصلي فرد بالكلام ،ووجه تجويزه قوله تعالى (فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم) أي على أهل دينكم ولان النبي ﷺ حين سلم عليه أصحابه لم ينكر ذلك

(فصل) وأما النقص فمتى ترك ركنا فذكره بعد شروعه في قراءة ركعة أخرى بطلت التي تركه منها ، وان ذكره قبل ذلك عاد فأتى به وبما بعده ، فان لم يعد بطلت صلاته . وجملته أنه متى ترك ركنا سجوداً أو ركوعا ساهيا فلم يذكر حتى شرع في قراءة الركعة التي تليها بطلت الركعة التي ترك منها الركن وصارت التي تليها مكانها نص عليه أحمد في رواية جماعة . قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن رجل صلى ركعة ثم قام ليصلي أخرى فذكر أنه انما سجد للركعة الاولى سجدة واحدة فقال

(١) أي يفعل هكذا

الزيادة أخرى لتكون نافلة فان لم يكن جلس في الرابعة بطل فرضه وصارت صلاته نافلة ولزمه اعادة الصلاة ونحوه قال حماد بن أبي سليمان وقال قتادة والاوزاعي فيمن صلى المغرب أربعا يضيف اليها أخرى فتكون الركعتان تطوعا لقول النبي ﷺ في حديث أبي سعيد فيمن سجد سجدتين « فان كانت صلاته تامة كانت الركعة والسجدتان نافلة » رواه أبو داود وابن ماجه . وفي رواية « فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته » رواه مسلم

ولنا ماروى عبدالله بن مسعود قال : صلى بنا رسول الله ﷺ خمسا فلما انفتل توشوش القوم بينهم فقال « ماشأنكم ؟ » قالوا يارسول الله هل زيد في الصلاة ؟ قال « لا » قالوا فانك قد صليت خمسا فانفتل ثم سجد سجدتين ثم سلم ثم قال « انما أنا بشر أنسى كما تنسون فاذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وفي رواية قال « إنما أنا بشر مثلكم أذكر كما تذكرون وأنسى كما تنسون » ثم سجد سجدتي السهو وفي رواية فقال « فاذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين » رواه كله مسلم . والظاهر أن النبي ﷺ لم يجلس عقيب الرابعة لانه لم ينقل ولانه قام الى الخامسة معتقداً أنه قام عن ثالثة ولم تبطل صلاته بهذا ولم يضف إلى الخامسة أخرى وحديث أبي سعيد حجة عليهم أيضا فانه جعل الزائدة نافلة من غير أن يفصل بينها وبين التي قبلها بجلوس وجعل السجدتين يشفعانها ولم يضم اليها ركعة أخرى وهذا كله خلاف لما قالوه فقد خالفوا الخبرين جميعا وقولنا يوافق الخبرين جميعا والحمد لله رب العالمين .

ان كان أول ماقام قبل أن يحدث عملا للاخرى فانه ينحط ويسجد ويعتد بها ، وان كان قد أحدث عملا للأخرى ألغى الاخرى وجعل هذه الاولى قلت : فيستفتح أو يجزيء بالاستفتاح الاول قال : يجزئه الاول قلت : فنسي سجدتين من ركعتين قال : لايعتد بتينك الركعتين . وهذا قول إسحاق وقال الشافعي : ان ذكر الركن المتروك قبل السجود في الثانية فانه يعود إلى سجدة الاولى ، وان ذكره بعد سجوده في الثانية وقعت عن الاولى لان الركعة الاولى قد صحت ومافعله في الثانية سهواً لا يبطل الاولى كما لو ذكر قبل القراءة ، وقد ذكر احمد هذا القول عن الشافعي وقربه الا أنه اختار الاول. وقال مالك : ان ترك سجدة فذكرها قبل رفع رأسه من ركوع الثانية ألغى الاولى . وقال الحسن والاوزاعي من نسي سجدة ثم ذكرها في الصلاة سجدها متى ذكرها . وقال الاوزاعي : يرجع الى حيث كان من الصلاة وقت ذكرها فيمضي فيها . وقال أصحاب الرأي نحو قول الحسن

ولنا أن المزحوم في الجمعة اذا زال الزحام والامام راكع في الثانية فانه يتبعه ويسجد معه ويكون السجود من الثانية دون الاولى كذا هنا . وأما اذا ذكرها قبل ذلك عاد فأتى به وبما بعده لانه ذكره في موضعه فلزمه الاتيان به كما لو ترك سجدة من الركعة الاخيرة فذكرها قبل السلام فانه يأتي بها في الحال ، وان علم بعد السلام فهو كترك ركعة كاملة ان طال الفصل أو أحدث ابتدأ الصلاة لتعذر البناء وان ذكر قريبا أتى بركعة كاملة لما ذكرنا من أن الركعة التي ترك الركن منها بطلت بالشروع في غيرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان نسي أن عليه سجود سهو وسلم كبر وسجد سجدتي السهو وتشهد وسلم ما كان في المسجد وان تكلم لان النبي ﷺ سجد بعد السلام والكلام)

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول:

(الفصل الاول) أنه اذا نسي سجود السهو ثم ذكره قبل طول الفصل في المسجد فانه يسجد سواء تكلم أو لم يتكلم وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وكان الحسن وابن سيرين يقولان اذا صرف وجهه عن القبلة لم يبن ولم يسجد وقال أبو حنيفة : ان تكلم بعد الصلاة سقط عنه سجود السهو ولانه أتى بما ينافيها فأشبه مالو أحدث

ولنا ماروى ابن مسعود أن النبي ﷺ سجد بعد السلام والكلام ، رواه مسلم ، وأيضا الحديث الذي ذكرناه في المسئلة التي قبل هذه فانه عليه الصلاة والسلام تكلم وتكلم المأمومون ثم سجد وسجدوا معه وهذا حجة على الحسن وابن سيرين لقوله فلما انفتل توشوش القوم بينهم ثم سجد بعد انصرافه عن القبلة ولانه اذا جاز اتمام ركعتين من الصلاة بعد الكلام والانصراف كما في حديث ذي اليدين فالسجود أولى .

(الفصل الثاني) أنه لا يسجد بعد طول المدة واختلف في ضبط المدة التي يسجد فيها ففي قول الخرقي

(فصل) فان مضى في موضع يلزمه الرجوع أو رجع في موضع يلزمه المضي عالما بتحريمه بطلت صلاته لتركه الواجب عمداً ، وان فعله يعتقد جوازه لم تبطل لانه تركه غير متعمد أشبه مالو مضى قبل ذكر المتروك لكن اذا مضى في موضع يلزمه الرجوع فسدت الركعة التي ترك ركنها كما لو لم يذكر الا بعد الشروع في القراءة ، وان رجع في موضع المضي لم يعتد بما فعله في الركعة التي تركه منها لانها فسدت بشروعه في قراءة غيرها فلم يعد الى الصحة بحال

﴿ مسئلة ﴾ (وان نسي أربع سجدات من أربع ركعات وذكر وهو في التشهد سجد سجدة فصحت له ركعة ويأتي بثلاث ، وعنه تبطل صلاته) هذه المسئلة مبنية على المسئلة التي قبلها وهو أنه متى ترك ركنا من ركعة فلم يذكرها حتى شرع في قراءة التي بعدها بطلت ، فههنا لما شرع في قراءة الثانية بطلت الاولى فلما شرع في قراءة الثالثة قبل إتمام الثانية بطلت الثانية ، وكذلك الثالثة تبطل بشروعه في الرابعة فبقيت الرابعة ولم يسجد فيها الا سجدة واحدة ، فيسجد الثانية حين يذكر وتتم له ركعة ويأتي بثلاث ركعات ، وبهذا قال مالك والليث . وفيه رواية أن صلاته تبطل لان هذا يؤدي الى التلاعب بالصلاة ويلغي عملا كثيراً في الصلاة وهو مابين التحريمة والركعة الرابعة ، وهذا قول اسحاق. وقال الشافعي : يصح له ركعتان على ماذكرنا في المسئلة التي قبلها ، وهو أنه اذا قام الى الثانية سهواً قبل تمام الاولى كان عمله فيها لغواً فلما سجد فيها انضمت سجدتها الى سجدة الاولى فكملت له ركعة وهكذا الحكم في الثالثة والرابعة . وحكي الامام احمد هذا القول عن الشافعي ثم قال : هو أشبه من

يسجد ما كان في المسجد وان خرج لم يسجد ، نص عليه أحمد وهو قول الحكم وابن شبرمة ، وقال القاضي: يرجع في طول الفصل وقصره الى العادة وهذا قول الشافعي لان النبي ﷺ رجع الى المسجد بعد خروجه منه في حديث عمران بن حصين فالسجود أولى ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنه يسجد وان خرج وتباعد وهو قول ثان للشافعي لانه جبران يأتي به بعد طول الزمان كجبران الحج وهذا قول مالك ان كان لزيادة وان كان لنقص أتى به ما لم يطل الفصل لانه لتكميل الصلاة

ولنا أنه لتكميل الصلاة فلا يأتي به بعد طول الفصل كركن من أركانها وكما لو كان من نقص وانما ضبطناه بالمسجد لانه محل الصلاة وموضعها فاعتبرت فيه المدة كخيار المجلس

(الفصل الثالث) أنه متى سجد للسهو فانه يكبر للسجود والرفع منه سواء كان قبل السلام أو بعده فان كان قبل السلام سلم عقبه وان كان بعده تشهد وسلم سواء كان محله بعد السلام أو كان قبل السلام فنسيه الى ما بعده وبهذا قال ابن مسعود والنخعي وقتادة والحكم وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي في التشهد والسلام ، وقال أنس والحسن وعطاء ليس فيهما تشهد ولا تسليم وقال ابن سيرين وابن المنذر فيهما تسليم بغير تشهد .قال ابن المنذر: التسليم فيهما ثابت من غير وجه وفي ثبوت التشهد نظر وعن عطاء ان شاء تشهد وسلم وإن شاء لم يفعل

ولنا على التكبير قول ابن بحينة فلما قضى الصلاة سجد سجدتين كبر في كل سجدة وهو جالس

من قول أصحاب الرأي .وقال الاثرم : فقلت له فانه إذا فعل لا يستقيم لانه انما نوى بهذه السجدة عن الثانية قال : فلذلك أقول أنه يحتاج أن يسجد لكل ركعة سجدتين قال شيخنا : ويحتمل أن يكون القول المحكي عن الشافعي هو الصحيح وان يكون قولا لاحمد لانه قد حسنه واعتذر عن المصير اليه بكونه انما نوى بالسجدة الثانية عن الثانية ،وهذا لا يمنع جعلها عن الاولى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يسجد في الحال أربع سجدات ، وهذا فاسد لان ترتيب الصلاة شرط لا يسقط بالسهو كما لو نسي فقدم السجود على الركوع فان لم يذكر حتى سلم ابتدأ الصلاة لان الركعة الاخيرة بطلت بسلامه في منصوص أحمد فحينئذ يستأنف الصلاة

(فصل) إذا ترك ركنا ولم يعلم موضعه بنى الامر فيه على أسوإ الاحوال مثل أن يترك سجدة لا يعلم أمن الرابعة هي أم من غيرها ؟ يجعلها مما قبلها لانه يلزمه ركعة كاملة ، ولو جعلها من الرابعة أجزأه سجدة وان ترك سجدتين لا يعلم أمن ركعتين أم من ركعة جعلهما من ركعتين ليلزمه ركعتان وإن ترك ركنا من ركعة وعلم وهو فيها ولم يعلم أركوع هو أم سجود ،جعله ركوعا ، وعلى قياس هذا يأتي بما يتيقن به إتمام صلاته لئلا يخرج منها وهو شاك فيها فيكون مغروراً بها وقد قال النبي ﷺ «لا غرار في صلاة ولا تسليم» رواه أبوداود . قال الاثرم : سألت أبا عبدالله عن تفسير هذا الحديث فقال: أما أنا فارى أن لا يخرج منها إلا على يقين أنها قد تمت

قبل أن يسلم وسجدهما الناس معه . وهو حديث صحيح وقول أبي هريرة ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع رأسه فكبر ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في كل رفع وخفض ، وأما التسليم فقد ذكره عمران بن حصين في حديثه الذي رواه مسلم قال فيه سجد سجدتي السهو ثم سلم وفي حديث ابن مسعود ثم سجد سجدتين ثم سلم . وأما التشهد فقد روى أبو داود في حديث عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم فسها فسجد سجدتين ثم تشهد ثم سلم . قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ولانه سجود يسلم له فكان معه تشهد كسجود صلب الصلاة ويحتمل أن لايجب التشهد لان ظاهر الحديثين الاولين أنه سلم من غير تشهد وهما أصح من هذه الرواية ولأنه سجود مفرد فلم يجب له تشهد كسجود التلاوة

(فصل) وإذا نسي سجود السهو حتى طال الفصل لم تبطل الصلاة وبذلك قال الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد انه ان خرج من المسجد أعاد الصلاة وهو قول الحكم وابن شبرمة وقول مالك وأبي ثور في السجود الذي قبل السلام

ولنا أنه جابر للعبادة بعدها فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج ولانه مشروع للصلاة خارج منها فلم تفسد بتركه كالأذان

(فصل) ويقول في سجوده مايقول في سجود صلب الصلاة ولأنه سجود مشروع في الصلاة أشبه سجود صلب الصلاة

﴿مسئلة﴾ (وان نسي التشهد الاول ونهض لزمه الرجوع مالم ينتصب قائما فان استتم قائما لم يرجع وان رجع جاز وان شرع في القراءة لم يجز له الرجوع وعليه السجود لذلك كله) إذا ترك التشهد الاول ناسيا وقام لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يذكره قبل أن يعتدل قائما فيلزمه الرجوع للتشهد ، وممن قال يجلس علقمة والضحاك وقتادة والاوزاعي والشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ان فارقت أليتاه الارض لم يرجع وقال حسان بن عطية : اذا تجافت ركبتاه عن الارض مضى

ولنا ما روى المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ قال « إذا قام أحدكم في الركعتين فلم يستتم قائما فليجلس فاذا استتم قائما فلا يجلس ويسجد سجدتي السهو » رواه أبو داود وابن ماجه

(الثاني) ذكره بعد اعتداله قائما وقبل شروعه في القراءة فالاولى أن لا يرجع لحديث المغيرة وان رجع جاز ، نص عليه كما ذكره قبل الاعتدال . وقال النخعي : يلزمه الرجوع ما لم يستفتح القراءة قال شيخنا: ويحتمل أن لايجوز له الرجوع ههنا لحديث المغيرة ولانه شرع في ركن فلم يجز له الرجوع كما لو شرع في القراءة (الامر الثالث) ذكره بعد الشروع في القراءة فلا يجوز له الرجوع في قول أكثر أهل العلم ، وممن روي عنه أنه لا يرجع عمر وسعد وابن مسعود والمغيرة بن شعبة والنعمان بن بشير وابن الزبير وغيرهم وقال الحسن : يرجع ما لم يركع ، والصحيح الاول لحديث المغيرة ولانه شرع في ركن مقصود فلم يجز له الرجوع كما لو شرع في الركوع، اذا ثبت ذلك فانه يسجد للسهو في جميع هذه

(فصل) وإن نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى سجد بعد فراغه منها في ظاهر كلام الخرقي لانه في المسجد وعلى قول غيره إن طال الفصل لم يسجد والا سجد

(فصل) وسجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب ، وعن أحمد غير واجب ولعل مبناها على أن الواجبات التي شرع السجود لجبرها غير واجبة فيكون جبرها غير واجب وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي لقول النبي ﷺ « كانت الركعة والسجدتان نافلة له »

ولنا أن النبي ﷺ أمر به في حديث ابن مسعود وأبي سعيد وفعله وقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقوله نافلة يعني ان له ثوابا فيه كما أنه سمى الركعة أيضاً نافلة وهي واجبة على الساهي بلا خلاف فأما المشروع(١) لما لا يبطل عمده الصلاة فغير واجب قال أحمد : انما يجب السجود فيما روي عن النبي ﷺ يعني وما كان في معناه فنقيس على زيادة خامسة سائر زيادات الافعال من جنس الصلاة وعلى ترك التشهد ترك غيره من الواجبات وعلى التسليم من نقصان زيادات الاقوال المبطلة عمداً

(فصل) فان ترك الواجب عمداً فان كان قبل السلام بطلت صلاته لأنه أخل بواجب في الصلاة عمداً ، وإن ترك الواجب بعد السلام لم تبطل صلاته لانه جبر للعبادة خارج منها فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج وسواء كان محله بعد السلام أو قبله فنسيه فصار بعد السلام ، وقد نقل عن أحمد مايدل على بطلان الصلاة ونقل عنه التوقف فنقل عنه الاثرم فيمن نسي سجود السهو فقال إن كان في سهو خفيف فأرجو

المسائل لحديث المغيرة ، ولما روى عبدالله بن مالك بن بحينة أن النبي ﷺ صلى بهم الظهر فقام في الركعتين الاولبين ولم يجلس فقام الناس معه فلما قضى الصلاة وانتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس فسجد سجدتين قبل أن يسلم ثم سلم ، متفق عليه

(فصل) فان علم المأمومون بتركه التشهد الاول قبل قيامهم وبعد قيام الامام تابعوه في القيام ولم يجلسوا ، حكاه الآجري عن أحمد ، وهو قول مالك والشافعي وأهل العراق ولا نعلم فيه مخالفا لان النبي لما قام حين سها عن التشهد قام الناس معه ، وفعله جماعة من الصحابة فروى الامام أحمد باسناده عن زياد بن علاثة قال : صلى بنا المغيرة بن شعبة فلما صلى ركعتين قام ولم يجلس فسبح به من خلفه فأشار اليهم قوموا ، فلما فرغ من صلاته سلم وسجد سجدتين ثم سلم ثم قال : هكذا صنع رسول الله ﷺ رواه الآجري عن عقبة بن عامر وقال : اني سمعتكم تقولون سبحان الله لكيما أجلس وليست تلك السنة ، انما السنة التي صنعت . فأما إن سبحوا به قبل قيامه ولم يرجع تشهدوا لأنفسهم ولم يتابعوه لانه ترك واجبا عليه فلم يكن لهم متابعته في تركه ، ولو رجع إلى التشهد بعد شروعه في القراءة لم يتابعوه أيضا لانه أخطأ . فأما الامام فان فعل ذلك عالما بتحريمه بطلت صلاته لانه زاد في الصلاة من جنسها عمداً ، أو ترك واجبا عمداً ، وإن فعله ناسيا أو جاهلا بالتحريم لم تبطل لانه زاده سهواً ، ومتى علم بتحريم ذلك وهو في التشهد نهض ولم يتم الجلوس

(١) كذا في الاصل هنا وفيما سيأتي من الشرح الكبير والمعنى يقتضي أن يقال فأما السجود الخ لانه مقابل لما في أول الفصل فان لم يكن غلطا فالمراد السجود المشروع لما لا يبطل عمده

أن لا يكون عليه . قلت فان كان فيا سها فيه النبي ﷺ فقال : هاه ، ولم يجب فبلغني عنه أنه يستحب أن يعيد ، فان كان هذا في السهو ففي العمد أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن نسي أربع سجدات من أربع ركعات وذكر وهو في التشهد سجد سجدة تصح له ركعة ويأتي بثلاث ركعات ويسجد للسهو في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى قال : كان هذا يلعب ، يبتديء الصلاة من أولها)

هذه المسئلة مبنية على من ترك ركنا من ركعة فلم يذكره إلا في التي بعدها وقد ذكرنا أنه اذا لم يذكره حتى شرع في قراءة التي بعدها بطلت فلما شرع في قراءة الثانية ههنا قبل ذكر سجدة الأولى بطلت الاولى ، ولما شرع في قراءة الثالثة قبل ذكر سجدة الثانية بطلت الثانية ، وكذلك الثالثة تبطل بالشروع في قراءة الرابعة فلم يبق الا الرابعة ولم يسجد فيها الا سجدة فيسجد الثانية حين ذكر ويتم له ركعة ويأتي بثلاث ركعات وهذا قول مالك والليث لان كل ركعة بطلت بشروعه في الثانية قبل اتمام الاولى ، وفيه رواية أخرى عن أحمد أن صلاته تبطل ويبتدئها لان هذا يؤدي إلى أن يكون متلاعبا بصلاته ثم يحتاج إلى إلغاء عمل كثير في الصلاة فان بين التحريمة والركعة المعتد بها ثلاث ركعات لاغية ، وهذا قول اسحاق وأبي بكر الآجري . وقال الشافعي : يصح له ركعتان لانه لما قام إلى الثانية سهوا قبل اتمام الاولى كان عمله فيها لاغيا ، فلما سجد فيها انضمت سجدتها إلى سجدة

(فصل) فان ذكر الامام التشهد قبل انتصابه وقبل قيام المأمومين وشروعهم في القراءة فرجع لزمهم الرجوع لانه رجع إلى واجب فلزمهم متابعته ولا اعتبار بقيامهم قبله

(فصل) وإن نسي التشهد دون الجلوس فالحكم فيه كما لو نسيهما لان التشهد هو المقصود . فأما ان نسي شيئا من الاذكار الواجبة غير التشهد كتسبيح الركوع والسجود ، وقول رب اغفر لي بين السجدتين ، وقول ربنا ولك الحمد ، فانه لا يرجع اليه بعد الخروج من محله لان محل الذكر ركن وقع مجزئا صحيحا فلو رجع اليه لكان زيادة في الصلاة وتكراراً لركن ثم يأتي بالذكر في ركن غير مشروع بخلاف التشهد لكن يمضي ويسجد للسهو كترك التشهد

(فصل) فان قام من السجدة الاولى ولم يجلس جلسة الفصل فهذا قد ترك جلسة الفصل والسجدة الثانية ، ومتى ذكر قبل الشروع في القراءة لزمه الرجوع بغير خلاف علمناه ، فاذا رجع جلس جلسة الفصل ثم سجد الثانية . وقال بعض الشافعية : لا يحتاج إلى الجلوس لان الفصل قد حصل بالقيام ولا يصح لان الجلسة واجبة فلم ينب عنها القيام كما لو قصد ذلك ، فأما إن قام بعد أن جلس للفصل فانه يسجد ولا يلزمه جلوس ، وقيل يلزمه ليكون سجود عن جلوس ، ولا يصح لأنه قد أتى بالجلسة فلم تبطل بالسهو بعدها كالسجدة الاولى ، فان كان يظن أنه سجد سجدتين وجلس للاستراحة لم يجزئه عن جلسة الفصل لانها سنة فلا تنوب عن الواجب كما لو ترك سجدة من ركعة ثم سجد التلاوة

الاولى فكملت له ركعة وهكذا الثالثة والرابعة يحصل له منها ركعة وحكي أبو عبدالله هذا القول عن الشافعي ثم قال : هو أشبه مما يقول هؤلاء - يعني أصحاب الرأي - قال الاثرم : فقلت له فانه إذا فعل لايستقيم لانه انما نوى بهذه السجدة عن الثانية لا عن الاولى قال فكذلك أقول انه يحتاج أن يسجد لكل ركعة سجدتين ، ويحتمل أن يكون هذا القول المحكي عن الشافعي هو الصحيح وأن يكون مذهبا لأحمد لانه قد حسنه وانما اعتذر عن المصير اليه لكونه انما نوى بالسجدة الثانية عن الركعة الثانية وهذا لايمنع جعلها عن الاولى كما لوسجد في الركعة الاولى يحسب أنه في الثانية أو سجد في الثانية يحسب أنه في الاولى والله أعلم • وقال الثوري وأصحاب الرأي يسجد في الحال أربع سجدات وقال الحسن بن صالح فيمن نسي من كل ركعة سجدتيها يسجد في الحال ثماني سجدات وهذا فاسد لان ترتيب الصلاة شرط فيها فلا يسقط بالنسيان كما لو قدم السجود على الركوع ناسيا وان لم يذكر حتى سلم ابتدأ الصلاة فانه لم يبق له غير ركعة تنقص سجدة فاذا سلم بطلت أيضا نص أحمد على بطلانها في رواية الاثرم فحينئذ يستأنف الصلاة .

(فصل) واذا ترك ركنا ثم ذكره ولم يعلم موضعه بنى الامر على أسوأ الاحوال مثل أن يترك سجدة لايعلم أمن الركعة الرابعة أم من الركعة التي قبلها ؟ جعلها من التي قبلها لانه يلزمه حينئذ ركعة كاملة ولو حسبها من الركعة الرابعة أجزأته سجدة واحدة فان ترك سجدتين لايعلم أمن الركعتين أم

فانها لاتجزيء عن سجدة الصلاة والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وأما الشك فمتى شك في عدد الركعات بنى على اليقين ، وعنه يبني على غالب ظنه ، وظاهر المذهب أن المنفرد يبني على اليقين ، والامام على غالب ظنه)

متى شك في عدد الركعات ففيه ثلاث روايات (إحداها) أن يبني على اليقين اماما كان أو منفرداً اختارها أبو بكر . ويروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وابن عمرو ، وهو قول ربيعة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لما روى أبو سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا ، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته ، وان كان صلى تمام الاربع كانتا ترغيما للشيطان » رواه مسلم . وعن عبدالرحمن بن عوف [1] أن رسول الله ﷺ قال « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر زاد أو نقص ، فان كان شك في الواحدة والثنتين فليجعلها واحدة ، فان لم يدر اثنتين صلى أو ثلاثا فيجعلهما اثنتين ، فان لم يدر ثلاثا صلى أو أربعا فيجعلها ثلاثا حتى يكون الشك في الزيادة ثم ليسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم ثم يسلم » رواه ابن ماجة والترمذي وقال حديث صحيح ولان الاصل عدم ماشك فيه فينبني على عدمه كما لوشك في ركوع أو سجود (والثانية) أن يبني على غالب ظنه إماما كان أو منفرداً ، نقلها عنه الاثرم ، روي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن مسعود

(1) ذكر الحافظ في التلخيص أن حديث عبد الرحمن معلول وساق رواياته وحقق انه ضعيف

من ركعة جعلهما من ركعتين ليلزمه ركعتان . وان علم أنه ترك ركنا من ركعة هو فيها لا يعلم أركوع هو أم سجود جعله ركوعا ليلزمه الاتيان به وبما بعده وعلى قياس هذا يأتي بما تيقن به اتمام الصلاة لئلا يخرج منها وهو شاك فيها فيكون مغرراً بها وقد قال النبي ﷺ « لا غرار في صلاة ولا تسليم » رواه أبو داود . قال الاثرم : سألت أبا عبدالله عن تفسير هذا الحديث قال أما أنا فأرى أن لا يخرج منها إلا على يقين لا يخرج منها على غرر حتى يتيقن أنها قد تمت ولو ترك سجدة من الاولى فذكرها في التشهد أتى بركعة وأجزأته وقد روى الاثرم باسناده عن الحسن في رجل صلى العصر أو غيرها فنسي أن يركع في الثانية حتى ذكر ذلك في الرابعة قال : يمضي في صلاته ويتمها أربع ركعات ولا يحتسب بالتي لم يركع فيها ثم يسجد للوهم .

(فصل) وان شك في ترك ركن من أركان الصلاة وهو فيها هل أخل به أولا ؟ فحكمه حكم من لم يأت به إماما كان أو منفرداً لان الاصل عدمه ، وان شك في زيادة توجب السجود فلا سجود عليه لان الاصل عدمها فلا يجب السجود بالشك فيها ، وان شك في ترك واجب يوجب تركه سجود السهو فقال ابن حامد : لا سجود عليه لانه شك في سببه فلم يلزمه بالشك كما لو شك في الزيادة ، وقال القاضي : يحتمل أن يلزمه السجود لان الاصل عدمه ، ولو شك في عدد الركعات أو في ركن في الصلاة لم يسجد لان السجود لزيادة أو نقص أو احتمال ذلك ولم يوجد .

(فصل) اذا سها سهوين أو أكثر من جنس كفاه سجدتان للجميع لا نعلم أحداً خالف فيه

رضي الله عنهما ، وهو قول النخعي ، وبه قال أصحاب الرأي اذا تكرر ذلك منه ، وان كان أول ما أصابه أعاد لقوله عليه السلام « لا غرار في صلاة ولا تسليم » ووجه هذه الرواية ماروى عبدالله ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « اذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب وليتم عليه ثم يسجد سجدتين » متفق عليه ، وللبخاري « بعد التسليم » وفي لفظ « فليتحر أقرب ذلك الى الصواب » ولأبي داود « اذا كنت في صلاة فشككت في ثلاث وأربع وأكثر ظنك على أربع تشهدت ثم سجدت سجدتين وأنت جالس » . والامام يبني على غالب ظنه لحديث ابن مسعود جمعا بين الاحاديث ، وهذه المشهورة عن أحمد ، اختارها الخرقي . وانما خصصنا الامام بالبناء على غالب ظنه لان له من ينبهه ويذكره اذا أخطأ فيتأكد عنده صواب نفسه ، ولانه ان أصاب أقره المأمومون ، وان أخطأ سبحوا به فرجع اليهم فيحصل له الصواب في الحالين بخلاف المنفرد إذ ليس له من يذكره فيبني على اليقين ليحصل له اتمام صلاته . وما قاله أصحاب الرأي فيخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ ، وقد روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « ان أحدكم اذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لايدري كم صلى ، فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس » متفق عليه ، وقوله عليه السلام « لاغرار في صلاة » يعني لا ينقص من صلاته ويحتمل أنه أراد ولا يخرج منها وهو شاك في اتمامها ، ومن بنى على اليقين لم يخرج وهو شاك ، وكذلك

وإن كان السهو من جنسين فكذلك حكاه ابن المنذر قولا لأحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم النخعي والثوري ومالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر أبو بكر فيه وجهين (أحدهما) ماذكرنا (والثاني) يسجد سجودين . وقال الاوزاعي وابن أبي حازم وعبد العزيز بن أبي سلمة اذا كان عليه سجودان أحدهما قبل السلام والآخر بعده سجدهما في محليهما لقول النبي ﷺ « لكل سهو سجدتان » رواه أبو داود وابن ماجه ، وهذان سهوان فلكل واحد منهما سجدتان ولان كل سهو يقتضي سجوداً وانما تداخلا في الجنس الواحد لاتفاقهما وهذان مختلفان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وهذا يتناول السهو في موضعين ولان النبي صلى الله عليه وسلم سها فسلم وتكلم بعد صلاته فسجد لها سجوداً واحداً ولان السجود أخر الى آخر الصلاة ليجمع السهو كله وإلا فعله عقيب سببه ولانه شرع للجبر فجبر نقص الصلاة وإن كثر بدليل السهو مرات من جنس واحد واذا انجبرت لم يحتج الى جابر آخر فنقول سهوان فأجزأ عنهما سجود واحد كما لو كانا من جنس[1] وقوله « لكل سهو سجدتان » في إسناده مقال ثم ان المراد به لكل سهو في صلاة والسهو وإن كثر فهو داخل في لفظ السهو لانه اسم جنس فيكون التقدير لكل صلاة فيها سهو سجدتان ولذلك قال « لكل سهو سجدتان » بعد السلام هكذا في رواية أبي داود ولا يلزمه بعد السلام سجودان ، اذا ثبت هذا فان معنى الجنسين أن يكون أحدهما قبل السلام والآخر بعده لان محليهما مختلفان وكذلك سبباهما وأحكامهما ، وقال بعض أصحابنا: الجنسان

[1]) لعل أصله من جنس واحد وهذه الجملة ساقطة من نسخة دار الكتب

الامام اذا بنى على غالب ظنه فوافقه المأمومون أو رد عليه فرجع اليهم

﴿ مسئلة ﴾ (فان استوى الأمران عنده بنى على اليقين) إماماً كان أو منفرداً وأتى بما بقي عليه من صلاته وسجد للسهو لما ذكرنا من الاحاديث ولان الاصل البناء على اليقين ، وانما جاز تركه في حق الامام لمعارضة الظن الغالب فيبقى فيما عداه على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شك في ترك ركن فهو كتركه) إذا شك في ترك ركن من أركان الصلاة وهو فيها فحكمه حكم تركه إماماً كان أو منفردا لان الاصل عدمه ، وإن شك في ترك واجب يوجب تركه السجود ففيه وجهان (أحدهما) لا سجود عليه ، قاله ابن حامد لانه شك في سببه فلم يجب السجود له كما لو شك في الزيادة (والثاني) يسجد له ذكره القاضي لان الاصل عدمه ، والصحيح وجوب السجود إلا على الرواية التي تقول إن هذه سنن فلا يجب والله أعلم . وإن شك في زيادة توجب السجود فلا سجود عليه لان الاصل عدمها فلا يجب السجود بالشك فيها . ولو شك في عدد الركعات أو في ركن ثم ذكره في الصلاة لم يسجد لان السجود لزيادة أو نقص أو احتمال ذلك ولم يوجد وانما يؤثر الشك في الصلاة اذا وجد فيها ، فان شك بعد سلامها لم يلتفت اليه لان الظاهر انه أتى بها على الوجه المشروع ولان ذلك يكثر فيشق الرجوع اليه ، وهكذا الشك في سائر العبادات

أن يكون أحدهما من نقص والآخر من زيادة والأولى ماقلناه انشاء الله تعالى ، فعلى هذا اذا اجتمعا سجد لهما قبل السلام لانه أسبق وآكد ولأن الذي قبل السلام قد وجب لوجوب سببه ولم يوجد قبله مايمنع وجوبه ولا يقوم مقامه فلزمه الاتيان به كما لو لم يكن عليه سهو آخر . واذا سجد له سقط الثاني لاغناء الاول عنه وقيامه مقامه .

(فصل) ولو أحرم منفرداً فصلى ركعة ثم نوى متابعة الامام وقلنا بجواز ذلك فسها فيما انفرد فيه وسها إمامه فيما تابعه فيه فان صلاته تنتهي قبل صلاة إمامه ، فعلى قولنا هما من جنس واحد إن كان محلهما واحداً، وعلى قول من فسر الجنسين بالزيادة والنقص يحتمل كونهما من جنسين وهكذا لو صلى من الرباعية ركعة ودخل مع مسافر فنوى متابعته فلما سلم إمامه قام ليتم ماعليه فقد حصل مأموماً في وسط صلاته منفرداً في طرفيها ، فاذا سها في الوسط والطرفين جميعا فعلى قولنا ان كان محل سجودهما واحداً فهي جنس واحد ، وإن اختلف محل السجود فهي جنسان ، وقال بعض أصحابنا : هي جنسان هل يجزئه لها سجدتان أو أربع سجدات ، على وجهين ولأصحاب الشافعي فيها وجهان كهذين ، ووجه ثالث أنه يحتاج أن يسجد ست سجدات لكل سهو سجدتان .

« مسئلة » قال (وليس على المأموم سجود سهو إلا أن يسهو إمامه فيسجد معه)

﴿ مسئلة ﴾ (وليس على المأموم سجود سهو إلا أن يسهو إمامه فيسجد) وجملته ان المأموم اذا سها دون امامه لم يلزمه سجود في قول عامة أهل العلم . وحكي عن مكحول انه قام عند قعود امامه فسجد

ولنا ان معاوية بن الحكم تكلم خلف النبي ﷺ فلم يأمره بسجود ، وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « ليس على من خلف الامام سهو ، فان سها امامه فعليه وعلى من خلفه » رواه الدار قطني . فأما اذا سها الامام فعلى المأموم متابعته في السجود سواء سها معه أو انفرد الامام بالسهو اجماعا ، كذلك حكاه اسحاق وابن المنذر ، وسواء كان السجود قبل السلام أو بعده لحديث ابن عمر ولقول النبي ﷺ « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا سجد فاسجدوا »

(فصل) واذا كان المأموم مسبوقا فسها الامام فيما لم يدركه فيه فعليه متابعته في السجود سواء كان قبل السلام أو بعده ، روي هذا عن عطاء والحسن والنخعي وأصحاب الرأي، وقال ابن سيرين يقضي ثم يسجد ، وقال مالك والليث والاوزاعي والشافعي في السجود قبل السلام كقولنا ، وقول ابن سيرين فيما بعده ، وروي ذلك عن أحمد لانه فعل خارج الصلاة فلم يتبع الامام فيه كصلاة أخرى. وعن أحمد رواية أخرى انه مخير بين متابعة امامه وتأخير السجود الى آخر صلاته حكاه ابن أبي موسى

ولنا قول النبي ﷺ « فاذا سجد فاسجدوا » وقوله في حديث ابن عمر « فان سها امامه فعليه وعلى من خلفه » ولان السجود من تمام الصلاة فيتابعه فيه كالذي قبل السلام وكغير المسبوق ، وفارق صلاة أخرى فانها غير مؤتم به فيها اذا ثبت انه يتابع امامه ، فاذا قضى ففي اعادة السجود روايتان (احداهما) يعيده لانه قد لزمه حكم السهو ، وما فعله من السجود مع الامام كان متابعة له

وجملته أن المأموم إذا سها دون إمامه فلا سجود عليه في قول عامة أهل العلم، وحكي عن مكحول أنه قام عن قعود إمامه فسجد . ولنا أن معاوية بن الحكم تكلم خلف النبي ﷺ فلم يأمره بسجود، وروى الدارقطني في سننه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « ليس على من خلف الامام سهو فان سها إمامه فعليه وعلى من خلفه » ولان المأموم تابع للامام وحكمه حكمه إذا سها وكذلك إذا لم يسه وإذا سها الامام فعلى المأموم متابعته في السجود سواء سها معه أو انفرد الامام بالسهو . وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك . وذكر إسحاق أنه اجماع أهل العلم سواء كان السجود قبل السلام أو بعده لقول رسول الله ﷺ « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا سجد فاسجدوا » ولحديث ابن عمر الذي رويناه . واذا كان المأموم مسبوقا فسها الامام فيما لم يدركه فيه فعليه متابعته في السجود سواء كان قبل السلام أو بعده روي هذا عن عطاء والحسن والنخعي والشعبي وأبي ثور وأصحاب الرأي . وقال ابن سيرين واسحاق يقضي ثم يسجد . وقال مالك والاوزاعي والليث والشافعي في السجود قبل السلام كقولنا وبعده كقول ابن سيرين وروي ذلك عن أحمد ذكره أبو بكر في زاد المسافر لانه فعل خارج من الصلاة فلم يتبع الامام فيه كصلاة أخرى

ولنا قول النبي ﷺ « فاذا سجد فاسجدوا » وقوله في حديث ابن عمر « فان سها أمامه فعليه وعلى من خلفه » ولان السجود من تمام الصلاة فيتابعه فيه كالذي قبل السلام وكغير المسبوق ،

فلا يسقط به مالزمه كالتشهد الاخير (والثانية) لا يلزمه السجود لان سجود امامه قد كملت به الصلاة في حقهما وحصل به الجبران فلم يحتج الى سجود ثان كالمأموم اذا سها وحده . وللشافعي قولان كالروايتين ، فان نسي الامام السجود سجد المسبوق في آخر صلاته رواية واحدة لانه لم يوجد من الامام ما يكمل به صلاة المأموم . وكذلك ان لم يسجد مع الامام واذا سها المأموم بعد مفارقة امامه في القضاء سجد رواية واحدة لانه قد صار منفرداً فلم يتحمل عنه الامام السجود ، وكذلك لو سها فسلم مع امامه قام فأتم وسجد بعد السلام كالمنفرد

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يسجد الامام فهل يسجد المأموم؟ على روايتين) يريد غير المسبوق اذا سها امامه فلم يسجد المأموم فيه روايتان (إحداهما) يسجد اختارها ابن عقيل وقال هي أصح لان صلاة المأموم نقصت بسهو امامه ولم تنجبر بسجوده فيلزم المأموم جبرها وهذا مذهب ابن سيرين وقتادة ومالك والليث والشافعي (والثانية) لا يسجد روي ذلك عن عطاء والحسن والقاسم وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لان المأموم انما يسجد تبعاً فاذا لم يسجد الامام لم يوجد المقتضي لسجود المأموم . هذا اذا تركه الامام لعذر فان تركه قبل السلام عمداً وكان ممن لا يرى وجوبه فهو كتركه سهواً وان كان يعتقد وجوبه بطلت صلاته لانه ترك الواجب عمداً ، وهل تبطل صلاة المأموم ؟ فيه وجهان (أحدهما) تبطل لبطلان صلاة الامام كما لو ترك التشهد الاول (والثاني) لا تبطل لانه لم يبق من الصلاة الا السلام

وفارق صلاة أخرى فانه غير مؤتم به فيها ، اذا ثبت هذا فتى قضى ففي إعادة السجود روايتان (احداهما) يعيده لانه قد لزمه حكم السهو وما فعله من السجود مع الامام كان متابعاً له فلا يسقط به مالزمه كالتشهد الاخير (والثانية) لايلزمه السجود لان سجود إمامه قد كملت به الصلاة في حقه وحصل به الجبران فلم يحتج الى سجود ثان كالمأموم اذا سها وحده ، وللشافعي قولان كالروايتين فان نسي الامام السجود سجد المسبوق في آخر صلاته رواية واحدة لانه لم يوجد من الامام مايكمل به صلاة المأموم، واذا سها المأموم فيما تفرد فيه بالقضاء سجد رواية واحدة لانه قد صار منفرداً فلم يتحمل عنه الامام وهكذا لو سها فسلم مع امامه قام فأتم صلاته ثم سجد بعد السلام كالمنفرد سواء

(فصل) فأما غير المسبوق اذا سها امامه فلم يسجد فهل يسجد المأموم؟ فيه روايتان (احداهما) يسجد وهو قول ابن سيرين والحكم وحماد وقتادة ومالك والليث والشافعي وأبي ثور . قال ابن عقيل وهي أصح لان صلاة المأموم نقصت بسهو الامام ولم تنجبر بسجوده فيلزم المأموم جبرها (والثانية) لايسجد ، روي ذلك عن عطاء والحسن والنخعي والقاسم وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لان المأموم انما يسجد تبعاً فاذا لم يسجد الامام لم يوجد المقتضي لسجود المأموم وهذا اذا تركه الامام لعذر ، فان تركه قبل السلام عمداً وكان الامام ممن لا يرى أن السجود واجب فهو كتاركه

(فصل) واذا قام المأموم لقضاء مافاته فسجد إمامه بعد السلام وقلنا تجب عليه متابعة إمامه فحكمه حكم القائم عن التشهد الاول وإن لم يستتم قائماً لزمه الرجوع وإن استتم قائماً لم يرجع وإن رجع جاز وإن شرع في القراءة لم يجز له الرجوع نص عليه أحمد في رواية الاثرم لانه قام عن الواجب الى ركن أشبه القيام عن التشهد الاول ، وذكر ابن عقيل فيه روايات ثلاث (احداها) يرجع لان امامه نفذ في الاداء ولانه سجود في الصلاة أشبه سجود صلبها (والثانية) لايعود لانه نهض الى ركن (والثالثة) هو مخير لان سجود السهو أخذ شبهاً من سجود صلب الصلاة من حيث انه سجود وشبهاً من التشهد الاول لكونه يسقط بالسهو فلذلك جبر ، وما ذكرناه أولى

(فصل) وليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك في قول أكثر أهل العلم ويروى عن ابن عمر وابن الزبير وأبي سعيد ومجاهد وإسحاق فيمن أدرك وتراً من صلاة إمامه سجد للسهو لانه يجلس للتشهد في غير موضع التشهد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « وما فاتكم فأتموا » ولم يأمر بسجود وقد فات النبي صلى الله عليه وسلم بعض الصلاة مع عبد الرحمن بن عوف فقضى ولم يكن لذلك سجود ، والحديث متفق عليه وقد جلس في غير موضع تشهده ، ولان السجود انما شرع للسهو ولا سهو ههنا ، ولان متابعة الامام واجبة فلم يسجد لفعلها كسائر الواجبات

سهواً وإن كان يعتقد وجوبه بطلت صلاته وهل تبطل صلاة المأموم؟ فيه وجهان (أحدهما) تبطل لانه ترك واجباً في الصلاة عمداً فبطلت صلاة المأموم كترك التشهد الاول (والثاني) لا تبطل لأنه لم يبق من الصلاة إلا السلام

(فصل) إذا قام المأموم لقضاء ما فاته فسجد أمامه بعد السلام فحكمه حكم القائم عن التشهد الاول إن سجد إمامه قبل انتصابه قائما لزمه الرجوع وان انتصب قائما ولم يشرع في القراءة لم يرجع وإن رجع جاز وإن شرع في القراءة لم يكن له الرجوع نص عليه أحمد قال الاثرم : قيل لابي عبد الله رجل أدرك بعض الصلاة فلما قام ليقضي إذا على الامام سجود سهو فقال : إن كان عمل في قيامه وابتدأ في القراءة مضى ثم سجد قلت فان لم يستتم قائما قال : يرجع ما لم يعمل قيل له قد استتم قائما فقال :إذا استتم قائما وأخذ في عمل القضاء سجد بعد ما يقضي وذلك لانه قام عن واجب إلى ركن أشبه القيام عن التشهد الاول. وذكر ابن عقيل أن فيه روايات ثلاث وهذا أولى وهو منصوص عليه بما قد رويناه .

(فصل) وليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك في قول أكثر أهل العلم ويروى عن ابن عمر وابن الزبير وأبي سعيد وعطاء وطاوس ومجاهد واسحاق فيمن أدرك وتراً من صلاة إمامه سجد للسهو لانه يجلس للتشهد في غير موضع التشهد

ولنا قول النبي ﷺ « وما فاتكم فأتموا » وفي رواية « فاقضوا » ولم يأمر بسجود ولا نقل

(فصل) قال رحمه الله (وسجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب في ظاهر المذهب ، وعن أحمد أنه غير واجب) قال شيخنا: ولعل مبنى هذه الرواية على أن الواجبات التي شرع السجود لجبرها غير واجبة فيكون جبرها غير واجب. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي لقول النبي ﷺ « كانت الركعة والسجدتان نافلة له»

ولنا أن النبي ﷺ أمر به في حديث ابن مسعود وأبي سعيد وفعله ، وقوله نافلة يعني أن له ثوابا فيه كما سميت الركعة أيضا نافلة وهي واجبة على الشاك بغير خلاف . فاما المشروع لما لم يبطل عمده الصلاة فغير واجب. قال أحمد إنما يجب السجود فيما روي عن النبي ﷺ يعني وما كان في معناه ونقيس على زيادة خامسة سائر زيادات الافعال من جنس الصلاة وعلى ترك التشهد الاول ترك غيره من الواجبات وعلى التسليم من نقصان زيادات الاقوال المبطلة عمداً

﴿ مسئلة ﴾ (ومحله قبل السلام ، لا في السلام قبل إتمام صلاته ، وفيما إذا بنى الامام على غالب ظنه ، وعنه أن الجميع قبل السلام ، وعنه ما كان من زيادة فهو بعد السلام ، وما كان من نقص كان قبله) وجملة ذلك أن سجود السهو كله قبل السلام في ظاهر قول أحمد إلا في الموضعين المذكورين وهي إذا سلم عن نقص في صلاته لحديث ذي اليدين وعمران بن حصين (والثاني) إذا بني الامام على غالب ظنه لحديث ابن مسعود ، نص على ذلك في رواية الاثرم فقال : أنا أقول كل سهو جاء عن

ذلك وقد فات النبي ﷺ بعض الصلاة مع عبدالرحمن بن عوف فقضاها ولم يكن لذلك سجود والحديث متفق عليه وقد جلس في غير موضع تشهده ولان السجود يشرع للسهو ههنا ولان متابعة الامام واجبة فلم يسجد لفعلها كسائر الواجبات

(فصل) ولا يشرع السجود لشيء فعله أو تركه عامداً وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يسجد لترك التشهد والقنوت عمداً لان ماتعلق الجبر بسهوه تعلق بعمده كجبرانات الحج

ولنا أن السجود يضاف إلى السهو فيدل على اختصاصه به ، والشرع انما ورد به في السهو فقال « اذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » ولا يلزم من انجبار السهو به انجبار العمد لانه معذور في السهو غير معذور في العمد وماذكروه يبطل بزيادة ركن أوركعة أو قيام في موضع جلوس أو جلوس في موضع قيام ولا يشرع لحديث النفس لان الشرع لم يرد به فيه ولان هذا لا يمكن التحرز منه ولا تكاد صلاة تخلو منه ولانه معفو عنه

(فصل) وحكم النافلة حكم الفرض في سجود السهو في قول عامة أهل العلم لانعلم فيه مخالفا الا أن ابن سيرين قال : لايشرع في النافلة وهذا يخالف عموم قول النبي ﷺ « اذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين » وقال « اذا نسي أحدكم فزاد أو نقص فليسجد سجدتين » ولم يفرق ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود فيسجد لسهوها كالفريضة ولو قام في صلاة الليل فحكمه حكم

النبي ﷺ أنه سجد فيه بعد السلام ، فانه يسجد فيه بعد السلام ، وسائر السهو يسجد فيه قبل السلام ، وهو أصح في المعنى لانه من شأن الصلاة فيقضيه قبل التسليم كسجود صلبها ، وهذا قول سليمان بن داود وابن أبي خيثمة وابن المنذر . قال القاضي : لايختلف قول احمد في هذين الموضعين أنه يسجد لهما بعد التسليم ، وهذا اختيار الخرقي . والروايتان الاخريان ذكرهما أبو الخطاب (إحداهما) جميع السجود قبل السلام ، روي ذلك عن أبي هريرة والزهري والليث والاوزاعي ، وهو مذهب الشافعي لحديث ابن بحينة وأبي سعيد . قال الزهري : كان آخر الامرين السجود قبل السلام ، ولانه تمام للصلاة فكان قبل سلامها كسائر أفعالها (والثانية) ما كان من زيادة كان بعد السلام لحديث ذي اليدين وحديث ابن مسعود حين صلى النبي ﷺ خمسا ، وما كان من نقص كان قبله لحديث ابن بحينة ، وهذا مذهب مالك وأبي ثور والمزني ، وقال أصحاب الرأي : جميع سجود السهو بعد السلام ، وله فعله قبل السلام ، روي نحو ذلك عن علي وسعد وابن مسعود وعمار وابن عباس وابن الزبير وأنس والحسن لحديث ذي اليدين وابن مسعود ، وروى ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « لكل سهو سجدتان بعد التسليم » رواه سعيد عن عبدالله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ « من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد مايسلم » رواهما أبو داود

ولنا أنه قد ثبت عن النبي ﷺ السجود قبل السلام وبعده في أحاديث صحيحة وفيما ذكرناه عملا بالاحاديث كلها وجمعا بينها وذلك واجب مهما أمكن فان خبر النبي ﷺ

القيام إلى ثالثة في الفجر نصّ عليه أحمد ، وقال مالك يتمها أربعا ويسجد للسهو ليلا كان أو نهاراً ، وقال الشافعي بالعراق كقوله ، وقال الاوزاعي في صلاة النهار كقوله ، وفي صلاة الليل إن ذكر قبل ركوعه في الثالثة جلس وسجد للسهو وإن ذكر بعد ركوعه أتمها أربعا

ولنا قول النبي ﷺ « صلاة الليل مثنى » ولانها صلاة شرعت ركعتين فكان حكمها ماذكرنا في صلاة الفجر فأما صلاة النهار فيتمها أربعا

(فصل) ولا يشرع السجود للسهو في صلاة جنازة لانها لاسجود في صلبها ففي جبرها أولى ولا في سجود تلاوة لانه لو شرع لكان الجبر زائداً على الاصل ولا في سجود سهو نص عليه أحمد وقال اسحاق هو اجماع لان ذلك يفضي إلى التسلسل ولو سها بعد سجود السهو لم يسجد لذلك والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن تكلم عامداً أو ساهياً بطلت صلاته)

أما الكلام عمداً وهو أن يتكلم عالما أنه في الصلاة مع علمه بتحريم ذلك لغير مصلحة الصلاة ولا لأمر يوجب الكلام فتبطل الصلاة اجماعا ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من تكلم في صلاته عامداً وهو يريد صلاح صلاته أن صلاته فاسدة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ان هذه الصلاة لايصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم . وعن

حجة يجب المصير اليه ، والعمل به ، ولا يترك الا لمعارض مثله أو أقوى منه وليس في سجوده في موضع ماينفي سجوده في موضع آخر ودعوى نسخ حديث ذي اليدين لاوجه له لان راوييه أبو هريرة وعمران بن حصين وهجرتهما متأخرة وقول الزهري مرسل ثم لايقتضي نسخا فانه يجوز أن يكون آخر الامرين سجوده قبل السلام لوقوع السهو آخراً فيما يسجد له قبل السلام ، وحديث ثوبان يرويه اسماعيل بن عياش وزهير بن سالم وفي روايته عن أهل الحجاز ضعف وحديث ابن جعفر من رواية مصعب بن شيبة ، قال أحمد يروي المناكير ، وقال النسائي منكر الحديث وفيه ابن أبي ليلى وهو ضعيف قال الاثرم لايثبت واحد منهما والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نسيه قبل السلام قضاه مالم يطل الفصل أو يخرج من المسجد وعنه أنه يسجد وإن بعد) متى نسي سجود السهو قبل السلام قضاه بعد السلام مالم يطل الفصل مادام في المسجد وإن تكلم ، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور ، وقال الحسن وابن سيرين اذا صرف وجهه عن القبلة لم يبن ولم يسجد ، وقال أبو حنيفة إن تكلم بعد الصلاة سقط عنه سجود السهو لانه أتى بما ينافيها أشبه مالو أحدث

ولنا ماروى ابن مسعود أن النبي ﷺ سجد بعد السلام والكلام . رواه مسلم ، وفي حديث ابن مسعود أيضا أن النبي ﷺ صلى خمسا فلما انفتل توشوش القوم فيما بينهم ثم سجد بعد انصرافه عن القبلة ، ولانه اذا جاز اتمام الركعتين من الصلاة بعد الكلام والانصراف كما جاء في حديث ذي اليدين

زيد بن أرقم قال كنا نتكلم في الصلاة يكلم أحدنا صاحبه وهو إلى جنبه حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ، متفق عليه . ولمسلم ونهينا عن الكلام ، وعن ابن مسعود قال كنا نسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة فيرد علينا ، فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا ، فقلنا يارسول الله كنا نسلم في الصلاة فترد علينا قال « إن في الصلاة لشغلا » متفق عليه ورواها أبو داود ولفظه في حديث ابن مسعود فلما قضى رسول الله ﷺ الصلاة قال « إن الله يحدث من أمره مايشاء وان الله قد أحدث أن لاتكلموا في الصلاة » فأما الكلام غير ذلك فيقسم خمسة أقسام (أحدها) أن يتكلم جاهلا بتحريم الكلام في الصلاة فقال القاضي في الجامع لا أعرف عن أحمد نصا في ذلك ، ويحتمل أن لاتبطل صلاته لان الكلام كان مباحا في الصلاة بدليل حديث ابن مسعود وزيد بن أرقم ولا يثبت حكم النسخ في حق من لم يعلمه بدليل أن أهل قباء لم يثبت في حقهم حكم نسخ القبلة قبل علمهم فبنوا على صلاتهم بخلاف الناسي فان الحكم قد ثبت في حقه وبخلاف الأكل في الصوم جاهلا بتحريمه فانه لم يكن مباحا ، وقد دل على صحة هذا حديث معاوية بن الحاكم السلمي قال : بينا أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم فقلت يرحمك الله ، فرماني القوم بأبصارهم فقلت واثكل أبينا ماشأنكم تنظرون إلي فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم ، فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكت ، فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبأبي هو وأمي

وعمران بن حصين فالسجود أولى

(فصل) فأما إن طال الفصل وخرج من المسجد لم يسجد ، والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة ، وذكر القاضي : انه يسجد مالم يطل الفصل لان النبي ﷺ رجع إلى المسجد بعد خروجه منه في حديث عمران بن حصين لاتمام الصلاة والسجود أولى ، وهذا قول الشافعي وقال الخرقي : يسجد ماكان في المسجد ، فان خرج لم يسجد ، وهو قول الحكم وابن شبرمة ، وعنه أنه يسجد وإن خرج ، وقد حكاها ابن أبي موسى عن أحمد ، وهو أحد قولي الشافعي لانه جبران فأتى به بعد طول الفصل والخروج كجبرانات الحج ، وهذا قول مالك إن كان لزيادة ، وإن كان لنقص أتى به مالم يطل الفصل لانه لتكميل الصلاة . ووجه الاولى أنه لتكميل الصلاة فلا يأتي به بعد طول الفصل كركن من أركانها ، وانما ضبطناه بالمسجد لانه محل الصلاة فاعتبرت فيه المدة كخيار المجلس

(فصل) فان نسيه حتى شرع في صلاة أخرى سجد بعد فراغه منها في ظاهر كلام الخرقي ماكان في المسجد وعلى قول غيره : ان طال الفصل لم يسجد والا سجد

﴿ مسئلة ﴾ (ويكفي لجميع السهو سجدتان الا أن يختلف محلهما ففيه وجهان) اذا سها سهوين أو أكثر من جنس كفاه سجدتان بغير خلاف علمناه ، وإن كان السهو من جنسين فكذلك حكاه ابن المنذر عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر أبو بكر

مارأيت معلماقبله ولا بعده أحسن تعليما منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني، ثم قال «ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يأمره بالاعادة فدل على صحتها ، وهذا مذهب الشافعي والأولى أن يخرج هذا على الروايتين في كلام الناسي لانه معذور مثله (القسم الثاني) أن يتكلم ناسياً وذلك نوعان (أحدهما) أن ينسى أنه في صلاة ففيه روايتان (احداهما) لاتبطل الصلاة وهو قول مالك والشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم تكلم في حديث ذي اليدين ولم يأمر معاوية بن الحكم بالاعادة إذ تكلم جاهلا وما عذر فيه بالجهل عذر فيه بالنسيان (والثانية) تفسد صلاته وهو قول النخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي لعموم أحاديث المنع من الكلام ولانه ليس من جنسه ماهو مشروع في الصلاة فلم يسامح فيه بالنسيان كالعمل الكثير من غير جنس الصلاة (النوع الثاني) أن يظن أن صلاته تمت فيتكلم فهذا إن كان سلاما لم تبطل الصلاة رواية واحدة لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه وبنوا على صلاتهم ولان جنسه مشروع في الصلاة فأشبه الزيادة فيها من جنسها وإن لم يكن سلاما فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة من أصحابه أنه اذا تكلم بشيء مما تكمل به الصلاة أو شيء من شأن الصلاة مثل كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذا اليدين لم تفسد صلاته ، وإن تكلم بشيء من غير أمر الصلاة كقوله ياغلام اسقني ماء فصلاته باطلة ، وقال في رواية يوسف بن موسى : من تكلم ناسيا في صلاته يظن أن صلاته قد تمت إن كان كلامه

فيه وجهين (أحدهما) ماذكرنا (والثاني) يسجد سجودين ، وهو قول الاوزاعي وابن أبي حاتم وعبد العزيز بن أبي سلمة اذا كان أحدهما قبل السلام ، والآخر بعده لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لكل سهو سجدتان » رواه أبو داود وابن ماجه ، وهذان سهوان ،ولأن كل سهو يقتضي سجوداً وانما يتداخلان في الجنس الواحد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا سها أحدكم فليسجد سجدتين »وهذا يتناول السهو في موضعين ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سها وتكلم بعد سلامه فسجد لهما سجوداً واحدا ، ولانه شرع للجبر فكفى فيه سجود واحد كما لو كان من جنس واحد ، وحديثهم في إسناده مقال . ثم ان المراد به لكل سهو في صلاة ، والسهو وإن كثر داخل في لفظ السهو لانه اسم جنس فيكون التقدير لكل صلاة فيها سهو سجدتان يدل على ذلك انه قال « لكل سهو سجدتان بعد السلام» كذا رواية أبي داود ، ولا يلزمه بعد السلام سجودان

(فصل) ومعنى اختلاف محلهما أن يكون أحدهما قبل السلام والآخر بعده لاختلاف سببهما وأحكامهما . وقال بعض أصحابنا: هو أن يكون أحدهما من نقص والآخر من زيادة ، قال شيخنا : والاول أولى إن شاء الله تعالى ، فاذا قلنا يسجد لهما سجوداً واحدا سجد قبل السلام لانه أسبق وآكد ، ولان الذي قبل السلام قد وجد سببه ولم يوجد قبله مايوجب منع وجوبه ولا يقوم مقامه

فيما تتم به الصلاة بنى على صلاته كما كلم النبي صلى الله عليه وسلم ذا اليدين ، واذا قال : ياغلام اسقني ماء أو شبهها أعاد ، وممن تكلم بعد أن سلم وأتم صلاته الزبير وابناه عبد الله وعروة وصوبه ابن عباس ولا نعلم عن غيرهم في عصرهم خلافه ، وفيه رواية ثانية أن الصلاة تفسد بكل حال . قال في رواية حرب : أما من تكلم اليوم أعاد الصلاة وهذه الرواية اختيار الخلال وقال : على هذا استقرت الروايات عن أبي عبد الله بعد توقفه ، وهذا مذهب أصحاب الرأي لعموم الاخبار في منع الكلام ، وفيه رواية ثالثة أن الصلاة لا تفسد بالكلام في تلك الحال بحال سواء كان من شأن الصلاة أو لم يكن ، إماماً كان أو مأموما ، وهذا مذهب مالك والشافعي لانه نوع من النسيان فأشبه المتكلم جاهلا ، ولذلك تكلم النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وبنوا على صلاتهم ، وفيه رواية رابعة وهو أن المتكلم إن كان إماماً تكلم لمصلحة الصلاة لم تفسد صلاته وإن تكلم غيره فسدت صلاته ، ويأتي الكلام على الفرق بينهما فيما بعد ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) أن يتكلم مغلوبا على الكلام وهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن تخرج الحروف من فيه بغير اختياره مثل أن يتثاءب فيقول هاه أو يتنفس فيقول آه أو يسعل فينطق في السعلة بحرفين وما أشبه هذا أو يغلط في القراءة فيعدل الى كلمة من غير القرآن أو يجيئه البكاء فيبكي ولا يقدر على رده فهذا لا تفسد صلاته نص عليه أحمد في الرجل يكون في الصلاة فيجيئه البكاء فيبكي فقال اذا كان لا يقدر على رده يعني لا تفسد صلاته وقال قد كان عمر يبكي حتى يسمع له نشيج . وقال مهنا : صليت الى جنب أحمد فتثاءب خمس مرات وسمعت لتثاؤبه هاه هاه ، وهذا لان الكلام ههنا لا ينسب اليه ولا يتعلق به حكم من أحكام الكلام . وقال القاضي فيمن تثاءب فقال آه آه تفسد صلاته ، وهذا محمول على من فعل ذلك غير مغلوب عليه لما ذكرنا من فعل أحمد خلافه (والنوع الثاني) أن ينام فيتكلم فقد توقف أحمد عن الجواب فيه ، وينبغي أن لا تبطل صلاته لان القلم مرفوع عنه ولا حكم لكلامه فانه لو طلق أو أقر أو أعتق لم يلزمه حكم ذلك (النوع الثالث) أن يكره على الكلام فيحتمل أن يخرج على كلام الناسي لأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما في العفو

فلزمه الاتيان به ، واذا سجد له سقط الثاني لاغناء الاول عنه

(فصل) ولو أحرم منفرداً فصلى ركعة ثم نوى متابعة الامام وقلنا بجواز ذلك فسها فيما انفرد فيه وسها إمامه فيما تابعه فيه فان صلاته تنتهي قبل صلاة إمامه ، فعلى قولنا هما من جنس واحد إن كان محلهما واحدا ، وعلى قول من فسر الجنسين بالزيادة والنقص يحتمل كونهما من جنسين ، وهكذا لو صلى من الرباعية ركعة ودخل مع مسافر فنوى متابعته فلما سلم إمامه قام ليتم ماعليه فقد حصل مأموما في وسط صلاته منفرداً في طرفيها ، فاذا سها في الوسط والطرفين جميعاً فعلى قولنا إن كان محل سجودهما واحداً فهي جنس واحد ، وان اختلف محل السجود فهي جنسان . وقال بعض أصحابنا : هي جنسان . ولأصحاب الشافعي فيها وجهان كهذين . ووجه ثالث : أنه يسجد ست سجدات لكل سهو سجدتان

بقوله عليه الصلاة والسلام « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وقال القاضي : هذا أولى بالعفو وصحة الصلاة لان الفعل غير منسوب اليه ، ولهذا لو أكره على إتلاف مال لم يضمنه ولو أتلفه ناسيا ضمنه، والصحيح إن شاء الله ان هذا تفسد صلاته لانه أتى بما يفسد الصلاة عمداً فأشبه مالو أكره على صلاة الفجر أربعا أو على أن يركع في كل ركعة ركوعين . ولا يصح قياسه على الناسي لوجهين (أحدهما) أن النسيان يكثر ولا يمكن التحرز منه بخلاف الاكراه (والثاني) أنه لو نسي فزاد في الصلاة أو نسي في كل ركعة سجدة لم تفسد صلاته ولم يثبت مثل هذا في الاكراه (القسم الرابع) أن يتكلم بكلام واجب مثل أن يخشى على صبي أو ضرير الوقوع في هلكة أو يرى حية ونحوها تقصد غافلا أو نائما أو يرى ناراً يخاف أن تشتعل في شيء ونحو هذا ولا يمكن التنبيه بالتسبيح فقال أصحابنا تبطل الصلاة بهذا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما ذكرنا في كلام المكره، ويحتمل أن لا تبطل الصلاة به وهو ظاهر قول أحمد رحمه الله فانه قال في قصة ذي اليدين انما كلم القوم النبي ﷺ حين كلمهم لانه كان عليهم أن يجيبوه فعلل صحة صلاتهم بوجوب الاجابة عليهم وهذا متحقق ههنا وهذا ظاهر مذهب الشافعي، والصحيح عند أصحابه أن الصلاة لا تبطل بالكلام في جميع هذه الاقسام ووجه صحة الصلاة ههنا أنه تكلم بكلام واجب عليه أشبه كلام المجيب للنبي ﷺ (القسم الخامس) أن يتكلم لاصلاح الصلاة ونذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وكل كلام حكمنا بأنه لا يفسد الصلاة فانما هو في اليسير منه فان كثر وطال أفسد الصلاة وهذا منصوص الشافعي ، وقال القاضي في المجرد كلام الناسي إذا طال يعيد رواية واحدة وقال في الجامع لا فرق بين القليل والكثير في ظاهر كلام أحمد لان ما عفي عنه بالنسيان استوى قليله وكثيره كالاكل في الصيام وهذا قول بعض الشافعية

ولنا أن دلالة أحاديث المنع من الكلام عامة تركت في اليسير بما ورد فيه من الاخبار فتبقى فيما عداه على مقتضى العموم ولا يصح قياس الكثير على اليسير لانه لا يمكن التحرز منه وقد عفي

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى سجد بعد السلام جلس فتشهد ثم سلم) وجملة ذلك أنه متى سجد للسهو كبر للسجود والرفع منه سواء كان قبل السلام أو بعده ، فان كان قبل السلام سلم عقيبه ، وان كان بعده تشهد وسلم سواء كان محله بعد السلام أو كان قبله فنسيه إلى ما بعده وبهذا قال ابن مسعود والنخعي وقتادة والحكم والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي في التشهد والتسليم، وقال أنس والحسن وعطاء ليس فيهما تشهد ولا تسليم . وقال ابن سيرين وابن المنذر : فيهما تسليم بغير تشهد ، وعن عطاء : ان شاء تشهد وإن شاء ترك

ولنا على التكبير قول ابن بحينة: فلما قضى الصلاة سجد سجدتين كبر في كل سجدة وهو جالس قبل أن يسلم . وقول أبي هريرة : ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ، ثم رفع رأسه فكبر . وأما التسليم فقد ذكره عمران بن حصين في حديثه الذي رواه مسلم قال فيه : سجد سجدتي السهو ثم سلم

عنه في العمل من غير جنس الصلاة بخلاف الكثير

﴿مسئلة﴾ قال ﴿إلا الامام خاصة فانه إذا تكلم لمصلحة الصلاة لم تبطل صلاته(١)(ومن ذكر وهو في التشهد أنه قد ترك سجدة من ركعة فليأت بركعة بسجدتيها ويسجد للسهو﴾

وجملته أن من سلم عن نقص من صلاته بظن أنها قد تمت ثم تكلم ففيه ثلاث روايات (إحداهن) أن الصلاة لاتفسد اذا كان الكلام في شأن الصلاة مثل الكلام في بيان الصلاة مثل كلام النبي ﷺ وأصحابه في حديث ذي اليدين لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه تكلموا ثم بنوا على صلاتهم ولنا في رسول الله أسوة حسنة (والرواية الثانية) تفسد صلاتهم وهو قول الخلال وصاحبه ومذهب أصحاب الرأي لعموم أحاديث النهي (والثالثة) أن صلاة الامام لاتفسد لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اماما فتكلم وبنى على صلاته وصلاة المأمومين الذين تكلموا تفسد فانه لا يصح اقتداؤهم بأبي بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما تكلما مجيبين للنبي صلى الله عليه وسلم واجابته واجبة عليهما، ولا بذي اليدين لأنه تكلم سائلا عن نقص الصلاة في وقت يمكن ذلك فيها وليس بموجود في زماننا، وهذه الرواية اختيار الخرقي، واختص هذا بالكلام في شأن الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إنما تكلموا في شأنها فاختصت إباحة الكلام بورود النص لان الحاجة تدعو إلى ذلك دون غيره فيمتنع قياس غيره عليه. فأما من تكلم في صلب الصلاة من غير سلام ولا ظن التمام فان صلاته تفسد اماما كان أو غيره لمصلحة الصلاة أو غيرها، وذكر القاضي في ذلك الروايات الثلاث ويحتمله كلام الخرقي لعموم لفظه وهو مذهب الاوزاعي فانه قال لو أن رجلا قال للامام وقد جهر بالقراءة في العصر إنها العصر لم تفسد صلاته ولان الامام قد تطرقه حال يحتاج إلى الكلام فيها وهو ما لو نسي القراءة في ركعة فذكرها في الثانية فقد فسدت عليه ركعة فيحتاج ان يبدلها بركعة هي في ظن المأمومين خامسة ليس لهم موافقته فيها ولا سبيل الى إعلامهم بغير الكلام وقد شك في

(١) ما بعد القوس الصغير ساقط في بعض النسخ

وفي حديث ابن مسعود : ثم سجد سجدتين ثم سلم وأما التشهد فروي عمران بن حصين أن النبي ﷺ صلى بهم فسها، فسجد سجدتين، ثم تشهد، ثم سلم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه سجود له تسليم فكان له تشهد كسجود صلب الصلاة. ويحتمل أن لا يجب التشهد لان ظاهر الحديثين الاولين أنه سلم من غير تشهد وهما أصح من هذه الرواية ولانه سجود مفرد أشبه سجود التلاوة

(فصل) وإذا نسي سجود السهو حتى طال الفصل لم تبطل صلاته، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي. وعن أحمد ان خرج من المسجد أعاد الصلاة، وهو قول الحكم وابن شبرمة وقول مالك وأبي ثور في السجود قبل السلام ووجه الاول أنه جابر للعبادة بعدها فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج

﴿مسئلة﴾ (وان ترك السجود الواجب قبل السلام عمداً بطلت صلاته) لانه ترك واجبا في الصلاة

صلاته فيحتاج إلى السؤال فلذلك أبيح له الكلام ولم أعلم عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة ولا عن الامام نصا في الكلام في غير الحال التي سلم فيها معتقداً تمام الصلاة ثم تكلم بعد السلام وقياس الكلام في صلب الصلاة عالما بها على هذه الحالة ممتنع لان هذه حال نسيان غير ممكن التحرز من الكلام فيها وهي أيضا حال يتطرق الجهل إلى صاحبها بتحريم الكلام فيها فلا يصح قياس مايفارقها في هذين الامرين عليها ولا نص فيها واذا عدم النص والقياس والاجماع امتنع ثبوت الحكم لان اثباته يكون ابتداء حكم بغير دليل ولا سبيل اليه

(فصل) والكلام المبطل ما انتظم حرفين هذا قول أصحابنا وأصحاب الشافعي لان بالحرفين تكون كلمة كقوله : أب وأخ ودم ، وكذلك الافعال والحروف ولا تنتظم كلمة من أقل من حرفين ولو قال لا — فسدت صلاته لانها حرفان لام وألف . وان ضحك فبان حرفان فسدت صلاته وكذلك ان قهقه ولم يكن حرفان ، وبهذا قال جابر بن عبدالله وعطاء ومجاهد والحسن وقتادة والنخعي والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الضحك يفسد الصلاة وأكثر أهل العلم على أن التبسم لا يفسدها وقد روى جابر بن عبدالله عن النبي ﷺ أنه قال « القهقهة تنقض الصلاة ولا تنقض الوضوء » رواه الدارقطني في سننه

(فصل) فأما النفخ في الصلاة فان انتظم حرفين أفسد صلاته لانه كلام والا فلا يفسدها وقد قال أحمد النفخ عندي بمنزلة الكلام وقال أيضا : قد فسدت صلاته لحديث ابن عباس من نفخ في الصلاة فقد تكلم . وروي عن أبي هريرة أيضا وسعيد بن جبير وقال ابن المنذر لا يثبت عن ابن عباس ولا أبي هريرة رضي الله عنهما وروي عن أحمد أنه قال أكرهه ولا أقول يقطع الصلاة ليس هو كلاما . وروي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن سيرين والنخعي ويحيى بن أبي كثير وإسحاق قال القاضي الموضع الذي قال احمد يقطع الصلاة إذا انتظم حرفين لانه جعله كلاما ولا يكون كلاما

عمداً ، وإن ترك المشروع بعد السلام لم تبطل لانه جبر للعبادة خارجا عنها فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج وسواء كان محله بعد السلام أو كان قبله فنسيه فصار بعده . وقد نقل عن أحمد مايدل على بطلان الصلاة . ونقل عنه التوقف فانه قال فيمن نسي سجود السهو : ان كان في سهو خفيف فأرجو أن لا يكون عليه . قال الاثرم : قلت لأبي عبدالله فان كان فيما سها فيه النبي ﷺ ؟ قال هاه ولم يجب فبلغني عنه أنه يستحب أن يعيد ، فاذا كان هذا في السهو ففي العمد أولى وهذا ظاهر المذهب

(فصل) ويقول في سجود السهو مايقول في سجود صلب الصلاة قياسا عليه والله أعلم

باب صلاة التطوع

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهي أفضل تطوع البدن) لقول رسول الله ﷺ « واعلموا أن خير أعمالكم الصلاة » رواه ابن ماجه . ولان فرضها آكد الفروض فتطوعها آكد التطوع

بأقل من حرفين والموضع الذي قال لايقطع الصلاة اذا لم ينتظم منه حرفان، وقال أبوحنيفة ان سمع فهو بمنزلة الكلام والا فلا يضر، والصحيح أنه لايقطع الصلاة ما لم ينتظم منه حرفان لما روى عبدالله ابن عمر قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فذكر الحديث إلى أن قال « ثم نفخ في سجوده فقال أف أف » رواه أبو داود . وأما قول أبي حنيفة فان أراد مالا يسمعه الانسان من نفسه فليس ذلك بنفخ وان أراد مالا يسمعه غيره فلا يصح لان ما أبطل الصلاة اظهاره أبطلها إسراره وما لا فلا كالكلام

(فصل) فأما النحنحة فقال أصحابنا ان بان منها حرفان بطلت الصلاة بها كالنفخ ونقل المروذي قال كنت آتي أبا عبدالله فيتنحنح في صلاته لاعلم أنه يصلي ، وقال مهنا رأيت أبا عبدالله يتنحنح في الصلاة ، قال أصحابنا هذا محمول على أنه لم ينتظم حرفين وظاهر حال احمد أنه لم يعتبر ذلك لان النحنحة لاتسمى كلاما وتدعو الحاجة اليها في الصلاة وقد روي عن علي رضي الله عنه قال : كانت لي ساعة في السحر أدخل فيها على رسول الله ﷺ فان كان في صلاة تنحنح فكان ذلك إذني وإن لم يكن في صلاة أذن لي رواه الخلال باسناده ، واختلفت الرواية عن أحمد في كراهة تنبيه المصلي بالنحنحة في صلاته ،فقال في موضع لاتنحنح في الصلاة قال النبي ﷺ « اذا نابكم شيء في صلاتكم فليسبح الرجال ، ولتصفق النساء » وروى عنه المروذي أنه كان يتنحنح ليعلمه أنه في صلاة وحديث علي يدل عليه وهو خاص فيقدم على العام

(فصل) فأما البكاء والتأوه والانين الذي ينتظم منه حرفان فما كان مغلوبا عليه لم يؤثر على ما ذكرنا من قبل وما كان من غير غلبة فان كان لغير خوف الله أفسد الصلاة، وان كان من خشية الله فقال أبو عبدالله بن بطة في الرجل يتأوه في الصلاة ان تأوه من النار فلا بأس، وقال أبو الخطاب اذا تأوه أو أن أو بكى لخوف الله لم تبطل صلاته قال القاضي التأوه ذكر مدح الله تعالى به ابراهيم عليه الصلاة والسلام فقال (ان ابراهيم لأواه حليم) والذكر لايفسد الصلاة ، ومدح الباكين بقوله تعالى (خروا سجداً وبكيا) وقال (ويخرون للاذقان يبكون) وروي عن مطرف بن عبدالله بن الشخير

﴿ مسئلة ﴾ (وآكدها صلاة الكسوف والاستسقاء)لان النبي ﷺ فعلها وأمر بصلاة الكسوف في حديث ابن مسعود ، فذكر الحديث إلى أن قال « فصلوا وادعوا حتى يكشف مابكم »متفق عليه وفي حديث عائشة من رواية أبي داود ، أمر بمنبر فوضع له ووعد الناس يوما يخرجون فيه أي في الاستسقاء ، وهذا يدل على الاعتناء بها والمحافظة عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم الوتر وليس بواجب ، ووقته مابين صلاة العشاء وطلوع الفجر ، وأقله ركعة وأكثره إحدى عشرة ركعة ، يسلم من كل ركعتين ويوتر بركعة) الوتر سنة مؤكدة في المنصوص عنه قال أحمد : من ترك الوتر فهو رجل سوء ، ولا ينبغي أن تقبل له شهادة ، أراد بذلك المبالغة في تأكده ولم يرد الوجوب فانه قد صرح في رواية حنبل فقال : الوتر ليس بمنزلة الفرض ، فان شاء قضى الوتر وان شاء لم يقضه . وذلك لان النبي ﷺ كان يداوم عليه حضرا وسفراً ، وروى أبو

عن أبيه أنه قال رأيت رسول الله ﷺ يصلي ولصدره أزيز كأزيز المرجل من البكاء . رواه الخلال ، وقال عبدالله بن شداد سمعت نشيج عمر وأنا في آخر الصفوف ، ولم أر عن أحمد في التأوه شيئاً ولا في الانين والاشبه بأصولنا أنه متى فعله مختاراً أفسد صلاته فانه قال في رواية مهنا في البكاء الذي لا يفسد الصلاة انه ما كان عن غلبة ، ولان الحكم لا يثبت إلا بنص أو قياس أو إجماع ، والنصوص العامة تمنع من الكلام كله ولم يرد في التأوه والانين ما يخصهما ويخرجهما من العموم . والمدح على التأوه لا يوجب تخصيصه كتشميت العاطس ورد السلام والكلمة الطيبة التي هي صدقة

(فصل) إذا أتى بذكر مشروع يقصد به تنبيه غيره فذلك ثلاثة أنواع (الاول) مشروع في الصلاة مثل أن يسهو إمامه فيسبح به ليذكره ، أو يترك إمامه ذكراً فيرفع المأموم صوته ليذكره ، أو يستأذن عليه إنسان في الصلاة أو يكلمه أو ينوبه شيء فيسبح ليعلم أنه في صلاة أو يخشى على انسان الوقوع في شيء فيسبح به ليوقظه أو يخشى أن يتلف شيئاً فيسبح به ليتركه فهذا لا يؤثر في الصلاة في قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور . وحكي عن أبي حنيفة ان من أفهم غير إمامه بالتسبيح فسدت صلاته لانه خطاب آدمي فيدخل في عموم أحاديث النهي عن الكلام . ولنا قول النبي ﷺ « من نابه شيء في الصلاة فليقل سبحان الله فانه لا يسمعه أحد يقول سبحان الله إلا التفت - وفي لفظ - إذا نابكم أمر فليسبح الرجال ولتصفق النساء » متفق عليه وهو عام في كل أمر ينوب المصلي . وفي المسند عن علي : كنت إذا استأذنت على النبي ﷺ ان كان في صلاة سبح وان كان في غير صلاة أذن . ولانه نبه بالتسبيح أشبه ما لو نبه الامام ولو كان تنبيه غير الامام كلاماً مبطلا لكان تنبيه الامام كذلك

(فصل) وفي معنى هذا النوع اذا فتح على الامام إذا ارتج عليه أو رد عليه اذا غلط فلا بأس به في الفرض والنفل ، روي ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والحسن وابن سيرين وابن معقل ونافع بن جبير بن مطعم وأبو أسماء الرحبي وأبو عبد الرحمن السلمي ، وكرهه ابن مسعود

أيوب أن النبي ﷺ قال « الوتر حق فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » رواه أبو داود

(فصل) واختلف أصحابنا في الوتر وركعتي الفجر فقال القاضي : ركعتا الفجر آكد لاختصاصها بعدد لا يزيد ولا ينقص ، وقال غيره : الوتر آكد وهو أصح لانه مختلف في وجوبه وفيه من الاخبار ما لم يأت مثله في ركعتي الفجر ، لكن ركعتي الفجر تليه في التأكد

(فصل) وليس الوتر واجباً ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وذهب أبو بكر الى وجوبه وهو قول أبي حنيفة لما ذكرنا من حديث أبي أيوب ولقول النبي ﷺ « فاذا خفت الصبح فأوتر بواحدة » وعن بريدة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا » رواه الامام أحمد ، وعن خارجة بن حذافة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ ذات غداة فقال « ان الله قد أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها

وشريح والشعبي والثوري ، وقال أبو حنيفة تبطل الصلاة به لما روى الحارث عن علي قال : قال رسول الله ﷺ « لا يفتح على الامام »

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ صلى صلاة فقرأ فيها فلبس عليه فلما انصرف قال لأبي « أصليت معنا ؟ » قال نعم قال « فما منعك؟ » رواه أبو داود قال الخطابي واسناده جيد، وعن ابن عباس قال : تردد رسول الله ﷺ في القراءة في صلاة الصبح فلم يفتحوا عليه فلما قضى الصلاة نظر في وجوه القوم فقال « أما شهد الصلاة معكم أبي بن كعب ؟ » قالوا لا ، فرأى القوم أنه انما تفقده ليفتح عليه ، رواه الاثرم ، وروى مسور بن يزيد المالكي قال شهدت رسول الله ﷺ يقرأ في الصلاة فترك آية من القرآن فقيل يارسول الله آية كذا وكذا تركتها قال « فهلا ذكرتنيها؟ » رواه أبو داود والاثرم . ولانه تنبيه لامامه بما هو مشروع في الصلاة فأشبه التسبيح ، وحديث علي يرويه الحارث وقال الشعبي: كان كذابا، وقد قال عن نفسه : إذا استطعمك الامام فاطعمه ، يعني إذا تعايا فاردد عليه رواه الاثرم ، وقال الحسن: ان أهل الكوفة يقولون لاتفتح على الامام وما بأس به أليس يقول سبحان الله؟ وقال أبو داود لم يسمع أبو إسحاق من الحارث إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها

(فصل) وإذا ارتج على الامام في الفاتحة لزم من وراءه الفتح عليه كما لو نسي سجدة لزمهم تنبيهه بالتسبيح ، فان عجز عن اتمام الفاتحة فله أن يستخلف من يصلي بهم لانه عذر فجاز أن يستخلف من أجله كما لو سبقه الحدث، وكذلك لو عجز في أثناء الصلاة عن ركن يمنع الائتمام كالركوع أو السجود فانه يستخلف من يتم بهم الصلاة كمن سبقه الحدث بل هذا أولى بالاستخلاف لان من سبقه الحدث قد بطلت صلاته وهنا صلاته صحيحة ويسقط عنه ما عجز عنه وتصح صلاته لان القراءة ركن عجز عنه في أثناء الصلاة فسقط كالقيام فأما المأموم فان كان أميا عاجزاً عن قراءة الفاتحة صحت صلاته أيضا ، وإن كان قارئا نوى مفارقته وأتم وحده ولا يصح له إتمام الصلاة خلفه لان هذا قد صار حكمه حكم الامي ، والصحيح انه اذا لم يقدر على قراءة الفاتحة ان صلاته تفسد لانه قادر على الصلاة بقراءتها

لكم فيما بين العشاء الى طلوع الفجر » رواه الامام أحمد وأبو داود ، وعن أبي بصرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء الى صلاة الصبح » رواه الاثرم

ولنا قول النبي ﷺ للاعرابي حين سأله ما فرض الله عليه من الصلاة في اليوم والليلة قال « خمس صلوات » قال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا أن تطوع » فقال الاعرابي : والذي بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها فقال « أفلح الرجل ان صدق » حديث صحيح ، وروي أن رجلا من كنانة يدعى المخدجي سمع رجلا من أهل الشام يدعى أبا محمد يقول : ان الوتر واجب قال : فرحت الى عبادة بن الصامت فأخبرته فقال عبادة : كذب أبو محمد ، سمعت رسول الله ﷺ يقول « خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد فمن جاء بهن لم يضيع من حقهن

فلم تصح صلاته بدون ذلك لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » ولا يصح قياس هذا على الامي لان الامي لو قدر على تعلمها قبل خروج الوقت لم تصح صلاته بدونها، وهذا يمكنه أن يخرج فيسأل عما وقف عليه ويصلي ولا قياسه على أركان الافعال لان خروجه عن الصلاة لايزيل عجزه عنها ولا يأمن عود مثل ذلك لعجز بخلاف هذا

(النوع الثاني) مالا يتعلق بتنبيه آدمي الا أنه لسبب من غير الصلاة مثل أن يعطس فيحمد الله أو تلسعه عقرب فيقول بسم الله، أو يسمع أو يرى مايغمه فيقول (إنا لله وإنا اليه راجعون) أو يرى عجبا فيقول سبحان الله. فهذا لايستحب في الصلاة ولا يبطلها نص عليه أحمد في رواية الجماعة فيمن عطس فحمد الله لم تبطل صلاته، وقال في رواية مهنا فيمن قيل له وهو يصلي ولد لك غلام فقال الحمد لله، أو قيل له احترق دكانك قال لا إله الا الله، أو ذهب كيسك فقال لاحول ولا قوة الا بالله، فقد مضت صلاته ولو قيل له مات أبوك فقال (إنا لله وانا اليه راجعون) فلا يعيد صلاته وذكر حديث علي حين أجاب الخارجي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف، وقال أبو حنيفة تفسد صلاته لانه كلام آدمي وقد روي عن أحمد مثل هذا فانه قال فيمن قيل له ولد لك غلام فقال الحمد لله رب العالمين، أو ذكر مصيبة فقال إنا لله وإنا اليه راجعون، قال يعيد الصلاة، وقال القاضي هذا محمول على من قصد خطاب آدمي

ولنا ماروى عامر بن ربيعة قال : عطس شاب من الانصار خلف رسول الله ﷺ وهو في الصلاة فقال الحمد لله حمداً كثيراً طيبا مباركا فيه حتى يرضى ربنا وبعد ما يرضى من أمر الدنيا والآخرة، فلما انصرف رسول الله ﷺ قال « من القائل هذه الكلمة ؟ فانه لم يقل بأسا ماتناهت دون العرش » رواه أبو داود، وعن علي رضي الله عنه أنه قال له رجل من الخوارج وهو في صلاة الغداة فناداه (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين) قال فأنصت له حتى فهم ثم أجابه وهو في الصلاة (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) احتج به أحمد ورواه أبو بكر النجاد باسناده ولان مالا يبطل الصلاة ابتداء لايبطلها اذا أتى به عقيب سبب كالتسبيح لتنبيه امامه

شيئا استخفافا بحقهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة، ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد إن شاء عذبه، وإن شاء أدخله الجنة » رواه مسلم. وعن علي رضي الله عنه قال : الوتر ليس بحتم، ولكن رسول الله ﷺ أوتر ثم قال « ياأهل القرآن أوتروا فان الله يحب الوتر » رواه أحمد، ولانه يجوز فعله على الراحلة من غير ضرورة فلم يكن واجبا كالسنن، فروى ابن عمر أن النبي ﷺ كان يوتر على بعيره متفق عليه. وفي لفظ : كان يسبح على الراحلة قبل أي وجه توجه ويوتر عليها غير أنه لايصلي عليها المكتوبة، رواه مسلم، وأحاديثهم قد تكلم فيها، ثم ان المراد بها تأكده وفضيلته وذلك حق وزيادة الصلاة يجوز أن تكون سنة. والتوعد للمبالغة كقوله « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مسجدنا » والله أعلم

(فصل) ووقته مابين صلاة العشاء الى طلوع الفجر كذلك ذكره شيخنا في كتاب المغني وذكر

قال الخلال اتفق الجميع عن أبي عبد الله على أنه لا يرفع صوته يعني العاطس لا يرفع صوته بالحمد وان يرفع فلا بأس بدليل حديث الانصاري ، وقال أحمد في الامام يقول « لا إله الا الله » فيقول من خلفه « لا اله الا الله » يرفعون بها أصواتهم قال يقولون ولكن يخفون ذلك في أنفسهم ، وانما لم يكره أحمد ذلك كما كره القراءة خلف الامام لانه يسير لا يمنع الانصات فجرى مجرى التأمين ، قيل لأحمد فان رفعوا أصواتهم بهذا ؟ قال أكرهه ، قيل فينهاهم الامام قال لا ينهاهم ، قال القاضي انما لم ينههم لانه قد روي عن النبي ﷺ الجهر بمثل ذلك في صلاة الاخفاء فانه كان يسمعهم الآية أحيانا

(فصل) قيل لأحمد رحمه الله اذا قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى) هل يقول (سبحان ربي الاعلى) قال إن شاء قاله فيما بينه وبين نفسه ولا يجهر به في المكتوبة وغيرها ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قرأ في الصلاة (سبح اسم ربك الاعلى) فقال سبحان ربي الاعلى ، وعن ابن عباس أنه قرأ في الصلاة (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى) فقال سبحانك وبلى ، وعن موسى بن أبي عائشة قال : كان رجل يصلي فوق بيته فكان اذا قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى) قال سبحانك فبلى فسألوه عن ذلك فقال سمعته عن رسول الله ﷺ رواه أبو داود ولانه ذكر ورد الشرع به فجاز التسبيح في موضعه (النوع الثالث) أن يقرأ القرآن يقصد به تنبيه آدمي مثل أن يقول (ادخلوها بسلام) يريد الاذن ، أو يقول لرجل اسمه يحيى (يا يحيى خذ الكتاب بقوة) أو (يا نوح قد جادلتنا فأكثرت جدالنا) فقد روي عن أحمد أن صلاته تبطل بذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة لانه خطاب آدمي فأشبه مالو كامه ، وروي عنه مايدل على أنها لا تبطل لانه قال فيمن قيل له مات أبوك فقال (انا لله وانا اليه راجعون) لا يعيد الصلاة ، واحتج بحديث علي حين قال للخارجي (فاصبر ان وعد الله حق) وروي نحو هذا عن ابن مسعود وابن أبي ليلى . وروى أبو بكر الخلال باسناده عن عطاء بن السائب قال استأذنا على عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو يصلي فقال (ادخلوا مصر ان شاء الله آمنين) فقلنا كيف صنعت فقال استأذنا على عبد الله بن مسعود وهو يصلي فقال (ادخلوا مصر ان شاء الله آمنين) ولانه قرأ القرآن فلم

في الكافي أنه الى صلاة الصبح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح » رواه الامام أحمد في المسند . ووجه الاول ماروي عن معاذ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « زادني ربي صلاة وهي الوتر ووقتها ما بين العشاء الى طلوع الفجر »[1] رواه الامام أحمد . فان أوتر قبل العشاء لم يصح وتره ، وهو قول مالك والشافعي ويعقوب ومحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة : ان صلاه قبل العشاء ناسيا لم يعد والاول أولى لما ذكرنا من الحديثين ، ولانه صلاة قبل الوقت أشبه مالو صلاه نهاراً ، وان أخره حتى طلع الصبح احتمل أن يكون أداء لحديث أبي نصرة ، وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما . قال شيخنا : والصحيح أن يكون قضاء لحديث معاذ ولقول النبي ﷺ « فاذا خشي أحدكم الصبح يصلي ركعة فأوترت له ماقد صلى » وقال « واجعلوا آخر صلاتكم بالليل وتراً » متفق عليه وقال « أوتروا قبل أن تصبحوا » رواه مسلم

١) قد يقال المراد بصلاة الصبح فيما قبله وقتها فهو بمعنى طلوع الفجر فالروايتان بمعنى واحد وهو الذى يتفق مع سائر الاحاديث فيه

تفسد صلاته كما لو لم يقصد به التنبيه ،وقال القاضي : إن قصد التلاوة دون التنبيه لم تفسد صلاته، وإن قصد التنبيه دون التلاوة فسدت صلاته لانه خاطب آدميا ، وإن قصدهما جميعاً ففيه وجهان (أحدهما) لاتفسد صلاته وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا من الآثار والمعنى (والثاني) تفسد صلاته لانه خاطب آدميا أشبه مالو لم يقصد التلاوة . فأما إن أتى بمالا يتميز به القرآن من غيره كقوله لرجل اسمه ابراهيم ياابراهيم أو لعيسى ياعيسى ونحو ذلك فسدت صلاته لان هذا كلام الناس ولم يتميز عن كلامهم بما يتميز به القرآن فأشبه مالو جمع بين كلمات متفرقة في القرآن فقال يا ابراهيم خذ الكتاب الكبير

(فصل) يكره أن يفتح من هو في الصلاة على من هو في صلاة أخرى أو على من ليس في صلاة لان ذلك يشغله عن صلاته وقد قال النبي ﷺ « ان في الصلاة لشغلا » وقد سئل أحمد عن رجل جالس بين يدي المصلي يقرأ فاذا أخطأ فتح عليه المصلي . فقال كيف يفتح اذا أخطأ هذا؟ ويتعجب من هذه المسئلة فان فعل لم تبطل صلاته لانه قرآن وانما قصد قراءته دون خطاب الآدمي بغيره . ولا بأس أن يفتح على المصلي من ليس معه في الصلاة ، وقد روى النجاد باسناده قال: كنت قاعداً بمكة فاذا رجل عند المقام يصلي واذا رجل قاعد خلفه يلقنه فاذا هو عثمان رضي الله عنه

(فصل) اذا سلم على المصلي لم يكن له رد السلام بالكلام، فان فعل بطلت صلاته، روي نحو ذلك عن أبي ذر وعطاء والنخعي، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وكان سعيد بن المسيب والحسن وقتادة لايرون به بأساً . وروي عن أبي هريرة أنه أمر بذلك وقال إسحاق إن فعله متأولا جازت صلاته

ولنا ماروى جابر قال : كنا مع رسول الله ﷺ في حاجة فرجعت وهو يصلي على راحلته ووجهه الى غير القبلة فسلمت عليه فلم يرد علي فلما انصرف قال « اما انه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كنت أصلي » وقول ابن مسعود : قلنا يارسول الله كنا نسلم عليك في الصلاة فترد علينا ؟ قال «ان في الصلاة لشغلا» رواهما مسلم ولانه كلام آدمي فأشبه تشميت العاطس ـ اذا ثبت هذا فانه يرد السلام بالاشارة وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور : وعن ابن عباس انه سلم عليه موسى بن جميل

(فصل) والافضل فعله في آخر الليل لقول عائشة : من كل الليل قد أوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتهى وتره الى السحر ، متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر من أوله ، ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل، فان صلاة آخر الليل مشهودة وذلك أفضل » رواه مسلم . وهذا صريح فاذا كان له تهجد جعل الوتر بعده لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وقال « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا » رواه مسلم . فأما إن خاف أن لا يقوم آخر الليل استحب أن يوتر من أوله لما ذكرنا من الحديث ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم أوصى به أبا هريرة وأبا ذر وأبا الدرداء وكلها أحاديث صحاح . وروى أبو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي بكر « متى توتر؟ » قال: أوتر من أول الليل، وقال لعمر « متى توتر ؟ » قال: آخر الليل، فقال لابي بكر « أخذ هذا بالحزم ، وهذا بالقوة » وأي وقت أوتر من الليل بعد العشاء أجزأه بغير

وهو يصلي فقبض ابن عباس على ذراعه فكان ذلك رداً من ابن عباس عليه، وإن رد عليه بعد فراغه من الصلاة فحسن. روي هذا عن أبي ذر وعطاء والنخعي وداود لما روي عن ابن مسعود قال: قدمت على رسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه فلم يرد عليّ السلام فأخذني ماقدم وما حدث فلما قضى رسول الله ﷺ الصلاة قال « ان الله يحدث من أمره مايشاء وان الله قد أحدث أن لا تكلموا في الصلاة » فرد علي السلام . وقد روى صهيب قال مررت برسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه وكلمته فرد اشارة ، قال بعض الرواة ولا أعلمه إلا قال اشارة بأصبعه . وعن ابن عمر قال : خرج رسول الله ﷺ الى قباء فصلى فيه قال فجاءته الانصار فسلموا عليه وهو يصلي ، قال فقلت لبلال كيف رأيت رسول الله ﷺ يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه وهو يصلي ؟ قال يعقوب هكذا وبسط يعني كفه وجعل بطنه أسفل وظهره الى فوق . قال الترمذي : كلا الحديثين صحيح . رواهما أبو داود والاثرم وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(فصل) واذا دخل قوم على قوم وهم يصلون فسئل أحمد عن الرجل يدخل على القوم وهم يصلون أيسلم عليهم ؟ قال نعم . وروى ابن المنذر عن أحمد انه سلم على مصل، فعل ذلك ابن عمر وكرهه عطاء وأبو مجلز والشعبي واسحاق لانه ربما غلط المصلي فرد عليه السلام ، وقد روى مالك في موطئه ان ابن عمر سلم على رجل وهو يصلي فرد عليه السلام فرجع إليه ابن عمر فنهاه عن ذلك . ومن ذهب الى تجويزه احتج بقول الله تعالى (فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم) أي على أهل دينكم ولان النبي ﷺ حين سلم أصحابه عليه رد عليهم اشارة ولم ينكر ذلك عليهم

(فصل) اذا أكل أو شرب في الفريضة عامداً بطلت صلاته رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان المصلي ممنوع من الأكل والشرب وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان من أكل أو شرب في صلاة الفرض عامداً ان عليه الاعادة وأن ذلك يفسد الصوم الذي لا يفسد بالافعال فالصلاة أولى فان فعل ذلك في التطوع أبطله في الصحيح من المذهب وهو

خلاف . وقد دلت عليه الاخبار

(فصل) ومن أوتر أول الليل ثم قام للتهجد صلى مثنى مثنى ولم ينقض وتره ، روي ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر وسعد بن أبي وقاص وابن عباس وأبي هريرة وعائشة، وبه قال طاوس والنخعي ومالك والاوزاعي وأبو ثور ، قيل لأحمد : ولا ترى نقض الوتر ؟ فقال : لا ثم قال وان ذهب اليه ذاهب فأرجو ، قد فعله جماعة . روي عن عمر وعلي وأسامة وأبي هريرة وابن مسعود وعثمان وسعيد وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال اسحاق ، ومعناه اذا قام للتهجد يصلي ركعة شفع الوتر الاول ثم يصلي مثنى مثنى ثم يوتر في آخر التهجد ، ولعلهم ذهبوا الى قول النبي صلى الله عليه وسلم « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا »

ولنا قول النبي ﷺ « لا وتران في ليلة » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح

قول أكثر الفقهاء، لان ما أبطل الفرض أبطل التطوع كسائر مبطلاته. وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يبطلها، ويروى عن ابن الزبير وسعيد بن جبير أنهما شربا في التطوع، وعن طاوس أنه لا بأس به، وكذلك قال اسحاق لانه عمل يسير فأشبه غير الاكل فاما ان اكثر فلا خلاف في أنه يفسدها، لان غير الاكل من الاعمال يفسد اذا كثر، فالاكل والشرب أولى. وان أكل أو شرب في فريضة أو تطوع ناسيا لم يفسد، وبهذا قال عطاء والشافعي وقال الاوزاعي تفسد صلاته لانه فعل مبطل من غير جنس الصلاة فاستوى عمده وسهوه كالعمل الكثير

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان» ولانه يسوى بين قليله وكثيره حال العمد ويعفى عنه في الصلاة كالعمل من جنسها، ويشرع لذلك سجود السهو وهذا قول الشافعي، فان ما يبطل عمده الصلاة إذا عفي عنه لاجل السهو شرع له السجود كالزيادة من جنس الصلاة ومتى كثر ذلك أبطل الصلاة بغير خلاف، لان الافعال المعفو عن يسيرها إذا كثرت أبطلت فهذا أولى

(فصل) إذا ترك في فيه ما يذوب كالسكر فذاب منه شيء فابتلعه أفسد صلاته لانه أكل وان بقي بين أسنانه أو في فيه من بقايا الطعام يسير يجري به الريق فابتلعه لم تفسد صلاته لانه لا يمكن الاحتراز منه وان ترك في فيه لقمة ولم يبتلعها كره لانه يشغله عن خشوع الصلاة والذكر والقراءة فيها ولا يبطلها لانه عمل يسير فأشبه مالو امسك شيئا في يده والله أعلم

باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (واذا لم تكن ثيابه طاهرة وموضع صلاته طاهرا أعاد)

وجملة ذلك أن الطهارة من النجاسة في بدن المصلي وثوبه شرط لصحة الصلاة في قول اكثر أهل العلم منهم ابن عباس وسعيد بن المسيب وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، ويروى عن ابن عباس أنه قال: ليس على ثوب جنابة ونحوه عن أبي مجلز وسعيد بن جبير والنخعي وقال الحارث

(فصل) وأقله ركعة لما ذكرنا من حديث أبي أيوب ولما روي أن النبي ﷺ قال «صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة» وروى ابن عمر وابن عباس أن النبي ﷺ قال «الوتر ركعة من آخر الليل» رواهما مسلم، وأكثره احدى عشرة ركعة يسلم من كل ركعتين ويوتر بركعة لما روت عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يصلي بالليل احدى عشر ركعة يوتر منها بواحدة، رواه مسلم وفي لفظ كان رسول الله ﷺ يصلي فيما بين أن يفرغ من صلاة العشاء الى الفجر احدى عشرة ركعة يسلم من كل ركعتين ويوتر بواحدة وذكر القاضي في المجرد انه ان صلى احدى عشرة ركعة وما شاء منهن بسلام واحد أجزأه والاولى الاقتداء بالنبي ﷺ

﴿مسئلة﴾ (وان أوتر بتسع سرد ثمانيا وجلس ولم يسلم ثم صلى التاسعة وتشهد وسلم، وكذلك

العكلي وابن أبي ليلى ليس في ثوب إعادة ،ورأى طاوس دما كثيراً في ثوبه وهو في الصلاة لم يباله ،وسئل سعيد بن جبير عن الرجل يرى في ثوبه الاذى وقد صلى فقال اقرأ علي الآية التي فيها غسل الثياب

ولنا قول الله تعالى (وثيابك فطهر) قال ابن سيرين هو الغسل بالماء وعن أسماء ابنة أبي بكر الصديق رضي الله عنه قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دم الحيض يكون في الثوب قال « اقرصيه وصلي فيه » وفي لفظ قالت سمعت امرأة تسأل رسول الله ﷺ كيف تصنع إحدانا بثوبها إذا رأت الطهر أنصلي فيه ؟ قال « تنظر فيه فان رأت فيه دما فلتقرصه بشيء من ماء وتنضح مالم تر ولتصل فيه » رواه أبو داود .وروي عن النبي ﷺ أنه قال « انهما يعذبان وما يعذبان في كثير اما أحدهما فكان لا يستتر من بوله » متفق عليه وفي رواية « لا يستنزه من بوله » ولانها إحدى الطهارتين فكانت شرطا للصلاة كالطهارة من الحدث [1]

(فصل) وطهارة موضع الصلاة شرط أيضا وهو الموضع الذي تقع عليه أعضاؤه وتلاقيه ثيابه التي عليه فلو ، كان على رأسه طرف عمامة وطرفها الآخر يسقط على نجاسة لم تصح صلاته . وذكر ابن عقيل احتمالا فيما تقع عليه ثيابه خاصة أنه لا يشترط طهارته ، لانه يباشرها بما هو منفصل عن ذاته أشبه ما لو صلى الى جانبه انسان نجس الثوب فالتصق ثوبه به والاول المذهب لان سترته تابعة له فهي كاعضاء سجوده فأما إذا كان ثوبه يمس شيئا نجسا كثوب من يصلي الى جانبه أو حائط لا يستند اليه فقال ابن عقيل لا تفسد صلاته بذلك لانه ليس بمحل لبدنه ولا سترته ، ويحتمل أن يفسد لان سترته ملاقية لنجاسة أشبه ما لو وقعت عليها ، وإن كانت النجاسة محاذية لجسمه في حال سجوده بحيث لا يلتصق بها شيء من بدنه ولا أعضائه لم يمنع صحة صلاته لانه لم يباشر النجاسة فأشبه ما لو خرجت عن محاذاته

(فصل) وإذا صلى ثم رأى عليه نجاسة في بدنه أو ثيابه لا يعلم هل كانت عليه في الصلاة أو لا ؟ فصلاته صحيحة لان الأصل عدمها في الصلاة ، وان علم أنها كانت في الصلاة لكن جهلها حتى فرغ من الصلاة ففيه روايتان (إحداهما) لا تفسد صلاته هذا قول ابن عمر وعطاء وسعيد بن المسيب

السبع وان أوتر بخمس لم يجلس إلا في آخرهن) وجملته أنه يجوز أن يوتر بواحدة وثلاث وخمس وسبع وتسع وإحدى عشرة وقد ذكرنا دليل الواحد والاحدى عشرة وسنذكر الثلاث ان شاء الله تعالى . قال الثوري واسحاق :الوتر ثلاث وخمس وسبع وتسع واحدى عشرة، وقال ابن عباس انما هي واحدة أو خمس أو سبع أو أكثر من ذلك يوتر بما شاء. فظاهر قوله أنه لا بأس أن يوتر باكثر من إحدى عشرة ويدل عليه ماروى عبدالله بن قيس قال: قلت لعائشة بكم كان رسول الله ﷺ يوتر ؟قالت كان يوتر باربع وثلاث ،وست وثلاث ،وثمان وثلاث، وعشر وثلاث ، ولم يكن يوتر باقل من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة . رواه أبوداود ، وهذا صريح في أنه يزيد على احدى عشرة

(فصل) فان أوتر بتسع سرد ثمانيا ثم جلس فتشهد ولم يسلم ثم صلى التاسعة وتشهد وسلم ونحو هذا قال اسحاق ، وذلك لما روى سعد بن هشام قال : قلت يعني لعائشة يا أم المؤمنين أنبئيني عن وتر

---

١) التحقيق كما في نيل الاوطار ان الآية والاحاديث التي ذكرها ليس فيها مايدل على الشرطية ولا يصح قياس طهارة الثوب على الوضوء سواء كان اشتراط الوضوء تعبديا أو كان لمعنى فيه ، وحسبك الفرق بين بدنك وثوبك ولكننا نلتزمها احتياطا ولانها أكمل

وسالم ومجاهد والشعبي والنخعي والزهري ويحيى الانصاري وإسحاق وابن المنذر (والثانية) يعيد، وهو قول أبي قلابة والشافعي لانها طهارة مشترطة للصلاة فلم تسقط بجهلها كطهارة الحدث. وقال ربيعة ومالك يعيد ما كان في الوقت ولا يعيد بعده . ووجه الرواية الاولى ما روى أبو سعيد قال : بينا رسول الله ﷺ يصلي بأصحابه اذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره فخلع الناس نعالهم فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته قال « ماحملكم على القائكم نعالكم ؟ » قالوا رأيناك ألقيت نعليك فألقينا نعالنا قال « ان جبريل أتاني فأخبرني أن فيهما قذراً » رواه أبو داود ، ولو كانت الطهارة شرطا مع عدم العلم بها لزمه استئناف الصلاة ، وتفارق طهارة الحدث لانها آكد لانها لا يعفى عن يسيرها وتختص البدن ، وان كان قد علم بالنجاسة ثم نسيها وصلى فقال القاضي : حكي أصحابنا في المسئلتين روايتين وذكر هو في مسئلة النسيان أن الصلاة باطلة لانه منسوب الى التفريط بخلاف الجاهل بها قال الآمدي : يعيد اذا كان قد توانى رواية واحدة ، والصحيح التسوية بينهما ، لان ماعذر فيه بالجهل عذر فيه بالنسيان بل النسيان أولى لورود النص بالعفو فيه بقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » وان علم بالنجاسة في أثناء الصلاة فان قلنا لا يعذر بالجهل والنسيان فصلاته باطلة ويلزمه استئنافها ، وان قلنا يعذر فصلاته صحيحة. ثم ان أمكنه طرح النجاسة من غير زمن طويل ولا عمل كثير ألقاها وبنى كما خلع النبي ﷺ نعليه حين أخبره جبريل بالقذر فيهما ، وان احتاج الى أحد هذين بطلت صلاته لانه يفضي الى أحد أمرين، إما استصحاب النجاسة مع العلم بها زمنا طويلا أو يعمل في الصلاة عملا كثيراً فتبطل به الصلاة فصار كالعريان يجد السترة بعيدة منه

(فصل) وإذا سقطت عليه نجاسة ثم زالت عنه أو أزالها في الحال لم تبطل صلاته ، لان النبي ﷺ لما علم بالنجاسة في نعليه خلعهما وأتم صلاته ، ولان النجاسة يعفى عن يسيرها فعفي عن يسير زمنها ككشف العورة وهذا مذهب الشافعي

رسول الله ﷺ قالت : كنا نعد له سواكه وطهوره فيبعثه الله ماشاء أن يبعثه فيتسوك ويتوضأ ويصلي تسع ركعات لا يجلس فيها إلا في الثامنة، فيذكر الله ويحمده ويدعوه ثم ينهض ولا يسلم ، ثم يقوم فيصلي التاسعة ثم يقعد فيذكر الله ويحمده ويدعوه ثم يسلم تسليما يسمعنا ، ثم يصلي ركعتين بعد مايسلم وهو قاعد فتلك إحدى عشرة ركعة يابني فلما أسن رسول الله ﷺ وأخذه اللحم أوتر بسبع وصنع في الركعتين مثل صنيعه في الاول ، قال فانطلقت إلى ابن عباس فحدثته بحديثها فقال: صدقت رواه مسلم . وحكم السبع حكم التسع لان في حديث عائشة من رواية أبي داود أوتر بسبع لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم إلا في السابعة . وقال القاضي : لا يجلس في السبع إلا في آخرها كالخمس لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال : فتوضأ ثم صلى سبعاً أو خمساً أوتر بهن لم يسلم الا في آخرهن ، رواه مسلم وأبو داود ، وليس في هذا الحديث تصريح بأنه لم يجلس عقيب السادسة ،

(فصل) واذا صلى على منديل طرفه نجس أو كان تحت قدمه حبل مشدود في نجاسة وما يصلي عليه طاهر فصلاته صحيحة سواء تحرك النجس بحركته أو لم يتحرك لانه ليس بحامل للنجاسة ولا بمصل عليها وانما اتصل مصلاه بها أشبه مالو صلى على أرض طاهرة متصلة بأرض نجسة . وقال بعض أصحابنا اذا كان النجس يتحرك بحركته لم تصح صلاته والمعول على ما ذكرنا ، فأما ان كان الحبل أو المنديل متعلقا به بحيث ينجر معه اذا مشى لم تصح صلاته ، لانه مستتبع لها فهو كحاملها ولو كان في يده أو وسطه حبل مشدود في نجاسة أو حيوان نجس أو سفينة صغيرة فيها نجاسة تنجر معه اذا مشى لم تصح صلاته لانه مستتبع لها فهو كحاملها، وان كانت السفينة كبيرة لا يمكنه جرها أو الحيوان كبيراً لا يقدر على جره اذا استعصى عليه لم تفسد صلاته لانه ليس بمستتبع لها . قال القاضي :هذا اذا كان الشد في موضع طاهر فان كان مشدوداً في موضع نجس فسدت صلاته لانه حامل لما هو ملاق للنجاسة والاولى أن صلاته لا تفسد لانه لا يقدر على استتباع ماهو ملاق للنجاسة فأشبه مالو أمسك سفينة عظيمة فيها نجاسة أو غصنا من شجرة عليها نجاسة

(فصل) واذا حمل في الصلاة حيوانا طاهراً أو صبيا لم تبطل صلاته لان النبي ﷺ صلى وهو حامل امامة ابنة أبي العاص . متفق عليه . وركب الحسن والحسين على ظهره وهو ساجد ،ولان مافي الحيوان من النجاسة في معدته فهي كالنجاسة في معدة المصلي ، ولو حمل قارورة فيها نجاسة مسدودة لم تصح صلاته . وقال بعض أصحاب الشافعي لا تفسد صلاته لان النجاسة لا تخرج منها فهي كالحيوان وليس بصحيح لانه حامل لنجاسة غير معفو عنها في غير معدنها فأشبه مالو حملها في كمه

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان صلى في المقبرة أو الحش أو الحمام أو في أعطان الابل أعاد)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الصلاة في هذه المواضع فروي أن الصلاة لا تصح فيها بحال وممن روي عنه أنه كره الصلاة في المقبرة علي وابن عباس وابن عمر وعطاء والنخعي وابن المنذر

وحديث عائشة حجة عليه . وان أوتر بخمس لم يجلس إلا في آخرهن،روي ذلك عن زيد بن ثابت لما روى عروة عن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء منها إلا في آخرها ، متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وأدنى الكمال ثلاث ركعات بتسليمتين) كذلك ذكره أبو الخطاب ،وممن روي عنه أنه أوتر بثلاث عمر وعلي وأبي وأنس وابن مسعود وابن عباس وأبو أمامة وعمر بن عبدالعزيز وبه قال أصحاب الرأي ، وقد دل على ذلك حديث أبي أيوب . وقال أبو موسى : ثلاث أحب إلي من واحدة ، وخمس أحب إلي من ثلاث ، وسبع أحب إلي من خمس ، وتسع أحب إلي من سبع إذا ثبت ذلك فاختيار أبي عبدالله أن يفصل بين الواحدة والثنتين بالتسليم قال : وان أوتر بثلاث لم يسلم فيهن لم يضيق عليه عندي . وممن كان يسلم من كل ركعتين ابن عمر حتى يأمر ببعض حاجته

وممن رأى أن يصلي في مرابض الغنم ولا يصلي في مبارك الابل ابن عمر وجابر بن سمرة والحسن ومالك واسحاق وأبو ثور . وعن أحمد رواية أخرى أن الصلاة في هذه صحيحة مالم تكن نجسة وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي لقوله عليه السلام « جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً » وفي لفظ « فحيثما أدركتك الصلاة فصل فانه مسجد » وفي لفظ « أينما أدركتك الصلاة فصل فانه مسجد » متفق عليها ، ولانه موضع طاهر فصحت الصلاة فيه كالصحراء.

ولنا قول النبي ﷺ « الارض كلها مسجد الا الحمام والمقبرة » رواه أبو داود وهذا خاص مقدم على عموم ماروره ، وعن جابر بن سمرة أن رجلا سأل رسول الله ﷺ أنصلي في مرابض الغنم ؟ قال « نعم » قال أنصلي في مبارك الابل ؟ قال « لا » رواه مسلم . وعن البراء قال : قال رسول الله ﷺ « لاتصلوا في مبارك الابل فانها من الشياطين » رواه أبو داود . وعن أسيد بن حضير أن رسول الله ﷺ قال « صلوا في مرابض الغنم ، ولا تصلوا في مبارك الابل » رواه الامام أحمد في مسنده والنهي يقتضي التحريم . وهذا خاص يقدم على عموم ماروره ، وروي هذا الحديث عن ابن عمر وأبي هريرة وعبد الله بن مغفل رواهن الاثرم ، فأما الحش فان الحكم يثبت فيه بالتنبيه لانه اذا منع من الصلاة في هذه المواضع لكونها مظان للنجاسة فالحش معد للنجاسة ومقصود لها فهو أولى بالمنع فيه. وقال بعض أصحابنا ان كان المصلي عالما بالنهي في هذه المواضع لم تصح صلاته فيها لانه عاص بصلاته فيها والمعصية لا تكون قربة ولا طاعة ، وإن لم يكن عالما فهل تصح صلاته ؟ على روايتين (احداهما) لا تصح لانه صلى فيما لا تصح الصلاة فيه مع العلم فلا تصح مع الجهل كالصلاة في محل نجس (والثانية) تصح لانه معذور

(فصل) وذكر بعض أصحابنا مع هذه المواضع المزبلة والمجزرة ومحجة الطريق وظهر بيت الله الحرام والموضع المغصوب لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « سبع مواطن لاتجوز فيها الصلاة : ظهر بيت الله والمقبرة والمزبلة والمجزرة والحمام وعطن الابل ومحجة الطريق » رواه

وهو مذهب معاذ القاريء ومالك والشافعي واسحاق ، وقال الاوزاعي : ان فصل فحسن ، وان لم يفصل فحسن . وقال أبو حنيفة : لايفصل بسلام ، واستدل بقول عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر بأربع وثلاث ، وست وثلاث ، وثمان وثلاث ، وقولها كان يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي ثلاثا . وظاهر هذا أنه كان يصلي الثلاث بتسليم واحد

ولنا ماروت عائشة أن النبي ﷺ كان يصلي فيما بين أن يفرغ من صلاة العشاء إلى الفجر إحدى عشرة ركعة يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة ، رواه مسلم . وعن نافع عن ابن عمر أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن الوتر ؟ فقال رسول الله ﷺ « افصل بين الواحدة والثنتين بالتسليم » رواه الاثرم ، وعن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ يفصل بين الشفع والوتر بتسليمة يسمعناها ، رواه

ابن ماجه ، وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ أن يصلى في سبع مواطن وذكرها وقال : وقارعة الطريق ومعاطن الابل وفوق الكعبة وقال : الحكم في هذه المواضع السبعة كالحكم في الاربعة سواء . ولان هذه المواضع مظنة النجاسات فعلق الحكم عليها دون حقيقتها كما يثبت حكم نقض الطهارة بالنوم ووجوب الغسل بالتقاء الختانين

(فصل) قال القاضي المنع من هذه المواضع تعبد لا لعلة معقولة ، فعلى هذا يتناول النهي كل ماوقع عليه الاسم فلا فرق في المقبرة بين القديمة والحديثة وما تقلبت أتربتها أو لم تتقلب لتناول الاسم لها ، فان كان في الموضع قبر أو قبران لم يمنع من الصلاة فيها لانها لا يتناولها اسم المقبرة ، وإن نقلت القبور منها جازت الصلاة فيها لان مسجد رسول الله ﷺ كانت فيه قبور المشركين فنبشت متفق عليه ولا فرق في الحمام بين مكان الغسل وصب الماء وبين بيت المسلخ الذي ينزع فيه الثياب والاتون وكل مايغلق عليه باب الحمام لتناول الاسم له ، وأما المعاطن فقال أحمد : هي التي تقيم فيها الابل وتأوي اليها ، وقيل هي المواضع التي تناخ فيها اذا وردت ، والاول أجود لانه جعله مقابلا مراح الغنم ، والحش المكان الذي يتخذ للغائط والبول فيمنع من الصلاة فيما هو داخل بابه ولا أعلم في منع الصلاة فيه الا أنه قد منع من ذكر الله تعالى فيه والكلام فمنع الصلاة فيه أولى ، ولأنه اذا منع الصلاة في هذه المواضع لكونها مظان للنجاسات فهذا أولى فانه بني لها . ويحتمل أن المنع في هذه المواضع معلل بأنها مظان للنجاسات فان المقبرة تنبش ويظهر التراب الذي فيه صديد الموتى ودماؤهم ولحومهم ومعاطن الابل يبال فيها فان البعير البارك كالجدار يمكن أن يستتر به ويبول كما روي عن ابن عمر أنه أناخ بعيره مستقبل القبلة ثم جلس يبول اليه ولا يتحقق هذا في حيوان سواها لانه في حال ربضه لا يستتر وفي حال قيامه لا يثبت ولا يستر . والحمام موضع الاوساخ والبول فنهي عن الصلاة فيها لذلك وتعلق الحكم بها وإن كانت طاهرة لان المظنة يتعلق الحكم بها وإن خفيت الحكمة فيها ومتى أمكن تعليل الحكم تعين تعليله و كان أولى من قهر التعبد ومرارة التحكم ، يدل على صحة هذا تعدية الحكم إلى الحش المسكوت

الامام أحمد وهذا نص ، فأما حديث عائشة فليس فيه تصريح بأنها بتسليم واحد . فان صلى خلف امام يصلي الثلاث بتسليم تابعه لئلا يخالف امامه وهو قول مالك والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (يقرأ في الاولى بسبح ، وفي الثانية بقل ياأيها الكافرون ، وفي الثالثة بقل هو الله أحد) يستحب أن يقرأ في ركعات الوتر الثلاث بذلك ، وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : يقرأ في الثالثة قل هو الله أحد والمعوذتين ، وروي نحوه عن أحمد وهو قول مالك في الوتر وقال في الشفع : لم يبلغني فيه شيء معلوم لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الركعة الاولى بسبح اسم ربك الاعلى ، وفي الثانية قل ياأيها الكافرون ، وفي الثالثة قل هو الله أحد والمعوذتين ، رواه ابن ماجه .

عنه بالتنبيه من وجود معنى المنطوق فيه والا لم يكن ذلك تنبيها فعلى هذا يمكن قصر الحكم على ما هو مظنة منها فلا يثبت حكم المنع في موضع المسلخ من الحمام ولا في وسطه لعدم المظنة فيه ،وكذلك ما أشبهه والله أعلم .

(فصل) وزاد أصحابنا المجزرة والمزبلة ومحجة الطريق وظهر الكعبة لانها في خبر عمر وابنه وقالوا : لايجوز فيها الصلاة ولم يذكرها الخرقي فيحتمل أنه جوز الصلاة فيها وهوقول أكثر أهل العلم لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « جعلت لي لارض مسجداً » وهو صحيح متفق عليه . واستثنى منه المقبرة والحمام ومعاطن الابل بأحاديث صحيحة خاصة ففيما عدا ذلك يبقى على العموم وحديث عمر وابنه يرويهما العمري وزيد بن جبير وقد تكلم فيهما من قبل حفظهما فلا يترك الحديث الصحيح بحديثهما وهذ أصح . وأكثر أصحابنا فيما علمت عملوا بخبر عمر وابنه في المنع من الصلاة في المواضع السبعة . ومعنى محجة الطريق الجادة المسلوكة التي تسلكها السابلة وقارعة الطريق يعني التي تقرعها الاقدام فاعلة بمعنى مفعولة مثل الاسواق والمشارع والجادة للسفر ولا بأس بالصلاة فيما علا منها يمنة ويسرة ولم يكثر قرع الاقدام فيه وكذلك لا بأس بالصلاة في الطريق التي يقل سالكوها كطريق الابيات اليسيرة والمجزرة الموضع الذي يذبح القصابون فيه البهائم وشبههم معروف بذلك معداً والمزبلة الموضع الذي يجمع فيه الزبل ، ولا فرق في هذه المواضع بين ما كان منها طاهراً ونجسا ولا بين كون الطريق فيها سالكا أو لم يكن ولا في المعاطن بين أن يكون فيها إبل في الوقت أو لم يكن وأما المواضع التي تبيت فيها الابل في مسيرها أو تناخ فيها لعلفها ووردها فلا يمنع الصلاة فيها قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن موضع فيه أبعار الابل يصلى فيه ؟ فرخص فيه ثم قال اذا لم يكن من معاطن الابل التي نهي عن الصلاة فيها التي تأوي اليها الابل

(فصل) ويكره أن يصلي الى هذه المواضع فان فعل صحت صلاته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وقد سئل عن الصلاة إلى المقبرة والحمام والحش قال : لاينبغي أن يكون في القبلة قبر ولا

ولنا ماروى أبي بن كعب قال : كان النبي ﷺ يوتر بسبح اسم ربك الاعلى ، وقل يا أيها الكافرون ، وقل هو الله أحد ، رواه أبو داود وابن ماجه . وحديث عائشة في هذا لايثبت يرويه يحيي بن أيوب وهو ضعيف ، وقد أنكر أحمد ويحيي زيادة المعوذتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يقنت فيها بعد الركوع) القنوت مسنون في الركعة الاخيرة من الوتر في جميع السنة في المنصور عند أصحابنا وهو قول ابن مسعود وابراهيم وإسحاق وأصحاب الرأي ،وعنه لايقنت فيه إلا في النصف الاخير من رمضان ، روي ذلك عن علي وأبي وهو قول مالك والشافعي اختاره الاثرم لماروي أن عمر جمع الناس على أبي بن كعب فكان يصلي بهم عشرين ولا يقنت الا في النصف الثاني ، رواه أبوداود . وهذا كالاجماع . وقال قتادة : يقنت في السنة كلها إلا في النصف الاول من رمضان لهذا الخبر . والرواية الاولى هي المشهورة قال أحمد في رواية المروذي : كنت

حش ولا حمام فان كان يجزئه وقال أبو بكر : يتوجه في الاعادة قولان (أحدهما) يعيد لموضع النهي وبه أقول (والثاني) يصح لانه لم يصل في شيء من المواضع المنهي عنها وقال أبو عبدالله بن حامد ان صلى الى المقبرة والحش فحكمه حكم المصلي فيهما اذا لم يكن بينه وبينهما حائل لما روى أبو مرثد الغنوي أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « لاتصلوا إلى القبور ولا تجلسوا اليها » متفق عليه . وقال الاثرم ذكر أحمد حديث أبي مرثد ثم قال إسناده جيد وقال أنس : رآني عمر وأنا أصلي إلى قبر فجعل يشير إلي : القبرَ القبر . قال القاضي وفي هذا تنبيه على نظائره من المواضع التي نهي عن الصلاة فيها . والصحيح أنه لا بأس بالصلاة إلى شيء من هذه المواضع الا المقبرة لان قوله عليه الصلاة والسلام « جعلت الارض مسجداً » يتناول الموضع الذي يصلي فيه من هي في قبلته وقياس ذلك على الصلاة الى المقبرة لا يصح لأن النهي ان كان تعبداً غير معقول المعنى امتنع تعديته ودخول القياس فيه ، وان كان لمعنى مختص بها وهو اتخاذ القبور مسجداً والتشبه بمن يعظمها ويصلي اليها فلا يتعداها الحكم لعدم وجود المعنى في غيرها وقد قال النبي ﷺ « ان من كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصوالحهم مساجد ألا فلا تتخذوا القبور مساجد اني أنهاكم عن ذلك » وقال « لعنة الله على اليهود والنصاري اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » يحذر ماصنعوا متفق عليهما فعلى هذا لا تصح الصلاة الى القبور للنهي عنها ويصح إلى غيرها لبقائها في عموم الاباحة وامتناع قياسها على ماورد النهي فيه والله أعلم

(فصل) وإن صلى على سطح الحش أو الحمام أو عطن الابل أو غيرها فذكر القاضي أن حكمه حكم المصلي فيها لأن الهواء تابع للقرار فيثبت فيه حكمه ولذلك لو حلف لا يدخل دارا فدخل سطحها حنث ، ولو خرج المعتكف الى سطح المسجد كان له ذلك لان حكمه حكم المسجد ، والصحيح إن شاء الله قصر النهي على ماتناوله وأنه لا يعدى الى غيره لان الحكم ان كان تعبديا فالقياس فيه ممتنع وان علل فانما يعلل بكونه للنجاسة ولا يتخيل هذا في سطحها فأما ان بني على طريق ساباطا

أذهب إلى أنه في النصف من شهر رمضان ثم اني قنت هو دعاء وخير وذلك لما روى أبي أن رسول الله ﷺ كان يوتر فيقنت قبل الركوع . وحديث علي أن النبي ﷺ كان يقول في آخر وتره « اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك » الحديث ، وكان للدوام ، وفعل أبي يدل على أنه رآه ، ونحن لاننكر الاختلاف في هذا ، ولانه وتر فيشرع فيه القنوت كالنصف الاخير

(فصل) ويقنت بعد الركوع نص عليه أحمد ، وروي نحو ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، وبه قال الشافعي . وقد قال أحمد : أنا أذهب إلى أنه بعد الركوع ، وان قنت قبله فلا بأس ونحوه قال أيوب السختياني لما روى حميد قال : سئل أنس عن القنوت في صلاة الصبح فقال: كنا نقنت قبل الركوع وبعده ، رواه ابن ماجه . وقال مالك وأبو حنيفة : قبل الركوع ، روي ذلك عن أبي وابن مسعود وأبي موسى والبراء وابن عباس وأنس وعمر بن عبدالعزيز ، لان في حديث

أو أخرج عليه خروجا فعلى قول القاضي حكمه حكم الطريق لما ذكره فيما تقدم . وعلى قولنا إن كان الساباط مباحا له مثل أن يكون في درب غير نافذ باذن أهله أو مستحقا له أو حدث الطريق بعده فلا بأس بالصلاة عليه ، وان كان على طريق نافذ فليس ذلك له فيكون المصلي فيه كالمصلي في الموضع المغصوب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى . وان كان الساباط على نهر تجري فيه السفن فهو كالساباط على الطريق في القولين جميعاً وهذا مما يدل على ماذكرناه لانه لو كانت العلة كونه تابعاً للقرار لجازت الصلاة ههنا لكون القرار غير ممنوع من الصلاة فيه بدليل مالو صلى عليه في سفينة أو لو جمد ماؤه فصلى عليه صح ولأنه لو كانت العلة ماذكره لصحت الصلاة على ماحاذى ميمنة الطريق وميسرتها ومالا تقرعه الاقدام منها وهذا فيما اذا كان السطح جاريا على موضع النهي ، فان كان المسجد سابقا وجعل تحته طريق أو عطن أو غيرهما من مواضع النهي أو كان في غير مقبرة فحدثت المقبرة حوله لم تمتنع الصلاة فيه بغير خلاف لانه لم يتبع ماحدث بعده والله أعلم .

(فصل) وان بني مسجداً في المقبرة بين القبور فحكمه حكمها لانه لايخرج بذلك عن أن يكون في المقبرة ، وقد روى قتادة أن أنساً مرّ على مقبرة وهم يبنون فيها مسجداً فقال أنس : كان يكره أن يبنى مسجد في وسط القبور .

(فصل) ولا تصح الفريضة في الكعبة ولا على ظهرها وجوزه الشافعي وأبوحنيفة لانه مسجد ولانه محل لصلاة النفل فكان محلا للفرض كخارجها .

ولنا قول الله تعالى (وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) والمصلي فيها أو على ظهرها غير مستقبل لجهتها والنافلة مبناها على التخفيف والمسامحة بدليل صلاتها قاعداً والى غير القبلة في السفر على الراحلة .

(فصل) وتصح النافلة في الكعبة وعلى ظهرها لانعلم فيه خلافا لان النبي ﷺ صلى في البيت ركعتين إلا أنه إن صلى تلقاء الباب أو على ظهرها وكان بين يديه شيء من بناء الكعبة متصل

أبي ويقنت قبل الركوع . وعن ابن مسعود ان النبي ﷺ قنت قبل الركوع

ولنا ماروى أبو هريرة وأنس ان النبي ﷺ قنت قبل الركوع ، رواه مسلم . وحديث ابن مسعود يرويه أبان بن أبي عياش وهو متروك الحديث . وحديث أبي قد تكلم فيه أيضاً وقيل : ذكر القنوت فيه غير صحيح والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول في قنوت الوتر ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فروى الحسن بن علي قال : علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في الوتر « اللهم اهدني فيمن هديت ، وعافني فيمن عافيت، وتولني فيمن توليت ، وبارك لي فيما أعطيت ، وقني شر ماقضيت ، فانك تقضي ولا يقضى عليك ، وانه لايذل من واليت، ولا يعز من عاديت، تباركت ربنا وتعاليت» رواه أبو داود والترمذي وقال هذا حديث حسن ، ولا نعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت

بها صحت صلاته فان لم يكن بين يديه شيء شاخص أو كان بين يديه آجر معبى غير مبني أو خشب غير مسمور فيها فقال أصحابنا : لا تصح صلاته لانه غير مستقبل لشيء منها ، وإن كان الخشب مسموراً والآجر مبنياً صحت صلاته لان ذلك تابع لها ، والأولى أنه لا يشترط كون شيء منها بين يديه لان الواجب استقبال موضعها وهوائها دون حيطانها بدليل مالو انهدمت الكعبة صحت الصلاة الى موضعها ، ولو صلى على جبل عال يخرج عن مسامتتها صحت صلاته الى هوائها كذا ههنا

(فصل) وفي الصلاة في الموضع المغصوب روايتان (احداهما) لا تصح وهو أحد قولي الشافعي (والثانية) تصح وهو قول أبي حنيفة ومالك والقول الثاني للشافعي لان النهي لا يعود الى الصلاة فلم يمنع صحتها كما لو صلى وهو يرى غريقا يمكنه انقاذه فلم ينقذه .أو حريقا يقدر على إطفائه فلم يطفئه أو مطل غريمه الذي يمكن ايفاؤه وصلى

ولنا أن الصلاة عبادة أتى بها على الوجه المنهي عنه فلم تصح كصلاة الحائض وصومها وذلك لان النهي يقتضي تحريم الفعل واجتنابه والتأثيم بفعله فكيف يكون مطيعا بما هو عاص به ، ممتثلا بما هو محرم عليه متقربا بما يبعد به فان حركاته وسكناته من القيام والركوع والسجود أفعال اختيارية هو عاص بها منهي عنها، فأما من رأى الحريق فليس بمنهي عن الصلاة انما هو مأمور باطفاء الحريق وانقاذ الغريق وبالصلاة إلا أن أحدهما آكد من الآخر، أما في مسئلتنا فان أفعال الصلاة في نفسها منهي عنها

اذا ثبت هذا فلا فرق بين غصبه لرقبة الارض بأخذها أو دعواه ملكيتها وبين غصبه منافعها بأن يدعي إجارتها ظالما أو يضع يده عليها ليسكنها مدة أو يخرج روشنا أو ساباطا في موضع لا يحل له أو يغصب راحلة ويصلي عليها أو سفينة ويصلي فيها أو لوحا فيجعله في سفينة ويصلي عليه كل ذلك حكمه في الصلاة حكم الدار على مابيناه .

(فصل) قال أحمد رحمه الله : تصلى الجمعة في موضع الغصب يعني لو كان الجامع أو موضع منه مغصوبا صحت الصلاة فيه لان الجمعة تختص ببقعة فاذا صلاها الامام في الموضع المغصوب فامتنع

شيئا أحسن من هذا . وعن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في آخر وتره «اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك ، وأعوذ بمعافاتك من عقوبتك، وأعوذ بك منك، لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » رواه الطيالسي . وعن عمر رضي الله عنه أنه قنت في صلاة الفجر فقال : بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم إنا نستعينك ونستهديك ونستغفرك ، ونؤمن بك، ونتوكل عليك ، ونثني عليك الخير كله ، ونشكرك ولا نكفرك ، بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهم إياك نعبد ، ولك نصلي ونسجد ، واليك نسعى ونحفد ، نرجوا رحمتك ونخشى عذابك، إن عذابك الجد بالكفار ملحق . اللهم عذب كفرة أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك، اللهم عذب كفرة أهل الكتاب . وهاتان سورتان في مصحف أبي ، وقال ابن سيرين : كتبهما أبي في مصحفه يعني الى قوله بالكفار ملحق ـ نحفد نبادر وأصل الحفد مداركة الخطو والاسراع ، والجد بكسر الجيم الحق لا اللعب، وملحق

الناس من الصلاة فيه فاتتهم الجمعة وان امتنع بعضهم فاتته الجمعة ولذلك أبيحت خلف الخوارج والمبتدعة، وكذلك تصح في الطرق ورحاب المسجد لدعاء الحاجة الى فعلها في هذه المواضع، و كذلك في الاعياد والجنازة

(فصل) قال أحمد رحمه الله : أ كره الصلاة في أرض الخسف وذلك لأنها موضع مسخوط عليه وقد قال النبي ﷺ لأصحابه يوم مر بالحجر « لا تدخلوا على هؤلاء المعذبين إلا أن تكونوا با كين أن يصيبكم [1] مثل ما أصابهم » متفق عليه .

[1]) أي خشية أن يصيبكم أو لئلا يصيبكم الخ

(فصل) ولا بأس بالصلاة في الكنيسة النظيفة، رخص فيها الحسن وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز، وروي أيضا عن عمر وأبي موسى، وكره ابن عباس ومالك الـكنائس من أجل الصور، ولنا أن النبي ﷺ صلى في الكعبة وفيها صور ثم هي داخلة في قوله عليه السلام « فأينما أدركتك الصلاة فصل فانه مسجد »

(فصل) واذا كانت الارض نجسة وطيّنها بطاهر أو بسط عليها شيئا طاهراً صحت الصلاة مع الـكراهة في ظاهر كلام أحمد رحمه الله وهو قول طاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق، وذكر أصحابنا في المسئلة روايتين (إحداهما) لا تصح لأنها مدفن النجاسة أشبهت المقبرة

ولنا أن الطهارة انما تشترط في بدن المصلي وثوبه وموضع صلاته وقد وجد ذلك كله ولا نسلم العلة في الاصل فانه لو صلى بين القبور لم تصح صلاته وان لم يكن مدفنا للنجاسة، وقد قيل إن الحكم غير معلل فلا يقاس عليه .

(فصل) ويكره تطيين المسجد بطين نجس أو تطبيقه بطوابق نجسة أو بناؤه بلبن نجس أو آجر نجس فان فعل وباشر المصلي أرضه النجسة ببدنه أو ثيابه لم تصح صلاته، وأما الآجر المعجون بالنجاسة فهو نجس لان النار لا تطهره، فان غسل طهر ظاهره لان النار أكلت أجزاء النجاسة الظاهرة وبقي إثرها فتطهر بالغسل كالارض النجسة وبقي باطنها نجسا لان الماء لم يصل اليه فان صلى عليه بعد الغسل

بكسر الحاء لاحق . هكذا روي هذا الحرف يقال لحقت القوم وألحقتهم بمعنى واحد، ومن فتح الحاء أراد ان الله يلحقه إياه وهو معنى صحيح غير أن الرواية هي الاولى قال الخلال : سألت ثعلبا عن ملحق وملحق فقال : العرب تقولهما معا

(فصل) اذا أخذ الامام في القنوت أمن من خلفه لا نعلم فيه خلافا قال القاضي : وان دعا معه فلا بأس فان لم يسمع قنوت الامام دعا نص عليه . ويرفع يديه في حال القنوت قال الاثرم : كان أبو عبدالله يرفع يديه في القنوت الى صدره يروى ذلك عن ابن مسعود وعمر وابن عباس وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي، وأنكره الاوزاعي ومالك

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعوت الله فادع ببطون كفيك ولا تدع بظهورها، فاذا فرغت فامسح بهما وجهـك » رواه أبو داود وابن ماجه . وروي السائب بن يزيد أن رسول الله ﷺ

فهو كما لو صلى على بساط طاهر مفروش على أرض نجسة وكذلك الحكم في البساط الذي باطنه نجس وظاهره طاهر ، ومتى انكسر من الآجر النجس قطعة فظهر بعض باطنه فهو نجس لا تصح الصلاة عليه

(فصل) ولا بأس بالصلاة على الحصير والبسط من الصوف والشعر والوبر والثياب من القطن والكتان وسائر الطاهرات وصلى عمر على عبقري وابن عباس على طنفسة وزيد بن ثابت وجابر على حصير وعلي وابن عباس وابن مسعود وأنس على المنسوج وهو قول عوام أهل العلم إلا ماروي عن جابر أنه كره الصلاة على كل شيء من الحيوان واستحب الصلاة على كل شيء من نبات الارض ونحوه قال مالك إلا أنه قال في بساط الصوف والشعر إذا كان سجوده على الارض لم أر بالقيام عليه بأسا ، والصحيح أنه لا بأس بالصلاة على شيء من ذلك وقد صلى النبي ﷺ على حصير في بيت عتبان بن مالك وأنس متفق عليهما . وروى عنه المغيرة بن شعبة أنه كان يصلي على الحصير والفروة المدبوغة وفيما رواه ابن ماجه أن النبي ﷺ صلى ملتفا بكساء يضع يده عليه إذا سجد ولان مالم تكره الصلاة فيه لم تكره الصلاة عليه كالكتان والخوص وتصح الصلاة على ظهر الحيوان اذا أمكنه استيفاء الاركان عليه والنافلة في السفر ، وان كان الحيوان نجسا أو عليه بساط طاهر صحت الصلاة عليه فان النبي ﷺ صلى على حمار وفعله أنس ، وتصح الصلاة على العجلة وهي خشب على بكرات إذا أمكنه ذلك لأنها محل تستقر عليه أعضاؤه فهي كغيرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان صلى وفي ثوبه نجاسة وإن قلت اعاد)

قد ذكرنا أن الطهارة من النجاسة شرط لصحة الصلاة ولا فرق بين كثيرها وقليلها إلا فيما نذكره بعد إن شاء الله تعالى وممن قال لا يعفى عن يسير البول مثل رؤس الابر مالك والشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة : يعفى عن يسير جميع النجاسات لانه يتجزى فيها بالمسح في محل الاستنجاء ولو لم يعف عنها لم يكف فيها المسح كالكثير ولانه يشق التحرز منه فعفي عنه كالدم

كان اذا دعا رفع يديه ومسح وجهه بيديه . رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ وهل يمسح وجهه بيديه ؟ على روايتين (إحداهما) يمسح ، وهو قول الحسن وهو الصحيح لماذكرنا من الحديثين (والثانية) لا يستحب لانه دعاء في الصلاة فلم يمسح وجهه فيه كسائر دعائها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقنت في غير الوتر) وبه قال الثوري وأبو حنيفة ، وروي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبي الدرداء . وقال مالك والشافعي : يسن القنوت في صلاة الصبح في جميع الزمان لان أنسا قال : مازال رسول الله ﷺ يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا . من المسند ولان عمر كان يقنت في الصبح بمحضر من الصحابة وغيرهم

ولنا ماروى مسلم في صحيحه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت شهراً يدعو على حي من أحياء العرب ثم تركه ، وروي أبو هريرة وابن مسعود نحوه مرفوعا . وعن أبي مالك الاشجعي

ولنا عموم قوله تعالى (وثيابك فطهر) وقول النبي ﷺ «تنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه» ولأنها نجاسة لاتشق إزالتها فوجبت إزالتها كالكثير، وأما الدم فانه يشق التحرز منه فان الانسان لايكاد يخلو من بثرة أو حكة أو دمل ويخرج من أنفه وفيه وغيرهما فيشق التحرز من يسيره أكثر من كثيره ولهذا فرق في الوضوء بين قليله وكثيره

﴿مسألة﴾ قال (إلا أن يكون ذلك دما أو قيحا يسيرا مما لا يفحش في القلب)

أكثر أهل العلم يرون العفو عن يسير الدم والقيح، وممن روي عنه ابن عباس وأبو هريرة وجابر وابن أبي أوفى وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس ومجاهد وعروة ومحمد بن كنانة والنخعي وقتادة والاوزاعي والشافعي في أحد قوليه وأصحاب الرأي وكان ابن عمر ينصرف من قليله وكثيره وقال الحسن: كثيره وقليله سواء ونحوه عن سليمان التيمي لانه نجاسة فأشبه البول

ولنا ماروي عن عائشة قالت: قد كان يكون لاحدانا الدرع فيه تحيض وفيه تصيبها الجنابة ثم ترى فيه قطرة من دم فتقصعه بريقها. وفي لفظ: ما كان لاحدانا إلا ثوب فيه تحيض فان أصابه شيء من دمها بلته بريقها ثم قصعته بظفرها، رواه أبو داود. وهذا يدل على العفو عنه لان الريق لا يطهر به ويتنجس به ظفرها وهو إخبار عن دوام الفعل ومثل هذا لا يخفى عن النبي ﷺ ولا يصدر إلا عن أمره، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا [1] وما حكي عن ابن عمر فقد روي عنه خلافه، فروى الاثرم باسناده عن نافع أن ابن عمر كان يسجد فيخرج يديه فيضعهما بالارض وهما يقطران دما من شقاق كان في يديه، وعصر بثرة فخرج منها شيء من دم وقيح فمسحه بيده وصلى ولم يتوضأ وانصرافه منه في بعض الحالات لاينافي ماروينا عنه فقد يتورع الانسان عن بعض مايرى جوازه ولانه يشق التحرز منه فعفي عنه كأثر الاستنجاء

(فصل) وظاهر مذهب أحمد أن اليسير مالا يفحش في القلب وهو قول ابن عباس قال: الا

قال: قلت لأبي يا أبة انك قد صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي ههنا بالكوفة نحو خمس سنين أكانوا يقنتون في الفجر؟ قال أي بني محدث، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح ورواه أحمد وابن ماجه والنسائي والعمل عليه عند أكثر أهل العلم، وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ كان لايقنت في صلاة الفجر إلا إذا دعا لقوم أو دعا على قوم رواه سعيد، وروى سعيد أيضا عن هشيم عن عروة الهمداني عن الشعبي قال: لما قنت علي في صلاة الصبح أنكر ذلك الناس فقال علي: إنا إنما استنصرنا على عدونا. هذا وحديث أنس يحتمل أنه أراد طول القيام فانه يسمى قنوتا. ويحتمل انه كان يقنت إذا دعا لقوم أو دعا على قوم ليكون موافقا لما ذكرنا من الحديثين وقنوت عمر يحمل على أنه كان في أوقات النوازل فان أكثر الروايات عنه انه لم يكن يقنت، وعن سعيد بن جبير قال أشهد أني سمعت ابن عباس يقول ان القنوت في صلاة الفجر بدعة رواه الدارقطني

---

[1] بالغ الشيخ رحمه الله تعالى في المسألة حتى ادعى الاجماع فيها وأحسن تلميذه في الشرح الكبير بعدم موافقته على هذا كما تقدم في ص (٣٠٥) وجملة الاحاديث تدل على وجوب غسل دم الحيض والمبالغة في تنظيفه بالماء والسدر (وهو كالصابون) كما في حديث ام قيس عند أحمد وأصحاب السنن الا الترمذي وهو صحيح وماقالته عائشة رخصة لذوات الثوب الواحد على انه لم يصرح هنا بعدم غسله فقال بعضهم انها تقصه بريقها ثم تغسله ثم لم تصرح بأنهن كن يصلين فيه ولكن قد يدل على هذا قولها بانها كانت تحيض ثلاث حيض في ثوب واحد وحمله بعضهم على عدم اشتراط طهارة الثوب في الصلاة

إذا كان فاحشاً أعاد ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب . وروي عن أحمد أنه سئل عن الكثير فقال شبر في شبر وفي موضع قال قدر الكف فاحش ، وظاهر مذهبه أنه مافحش في قلب من عليه الدم ، وقال ابن عباس مافحش في قلبك ، قال الخلال : والذي استقر عليه قوله في الفاحش أنه على قدر مايستفحشه كل إنسان في نفسه . وقال ابن عقيل انما يعتبر ما يفحش في نفوس أوساط الناس ، وقال قتادة في موضع الدرهم فاحش ونحوه عن النخعي وسعيد بن جبير وحماد بن أبي سليمان والاوزاعي وأصحاب الرأي لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم » ولنا أنه لاحد له في الشرع فرجع فيه الى العرف كالتفرق والاحراز ، وما رووه لا يصح فان الحافظ أبا الفضل المقدسي قال هو موضوع ولانه انما يدل على محل النزاع بدليل خطابه وأصحاب الرأي لا يرونه حجة

(فصل) والقيح والصديد وما تولد من الدم بمنزلته الا أن أحمد قال : هو أسهل من الدم ، وروي عن ابن عمر والحسن أنهما لم يرياه كالدم . وقال أبو مجلز في الصديد : انما ذكر الله الدم المسفوح وقال أبي بن ربيعة : رأيت طاوساً كأن ازاره نطع من قروح كانت برجليه . وقال اسماعيل السراج رأيت حاشية ازار مجاهد قد ثبتت من الصديد والدم من قروح كانت بساقيه . وقال ابراهيم في الذي يكون به الحبون[1] يصلي ولا يغسله فاذا بريء غسله . وقال عروة ومحمد بن كنانة مثل ذلك ، فعلى هذا يعفى منه عن أكثر مما يعفى عن مثله من الدم لانه لايفحش منه الا أكثر من الدم ولان هذا لا نص فيه وانما ثبتت النجاسة فيه لانه مستحيل من الدم الى حال مستقذرة

(فصل) ولا فرق بين كون الدم مجتمعا أو متفرقا بحيث اذا جمع بلغ هذا القدر ، ولو كانت النجاسة في شيء صفيق قد نفذت من الجانبين فاتصل ظاهره بباطنه فهو نجاسة واحدة وان لم يتصلا بل كان بينهما شيء لم يصبه الدم فهما نجاستان اذا بلغا لو جمعا قدراً لا يعفى عنه لم يعف عنهما كما لو كانا في جانبي الثوب

[1] الحبون الدمامل المقيحة واحدها حبن بكسر الحاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أن ينزل بالمسلمين نازلة فللامام خاصة القنوت في صلاة الفجر)

متى نزل بالمسلمين نازلة فللامام أن يقنت في صلاة الصبح في المنصوص عن أحمد في رواية الاثرم ، وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن القنوت في الفجر فقال لو قنت أياما معلومة ثم ترك كما فعل النبي ﷺ ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة لما ذكرنا من الحديث ، وفعل علي حين قال انما استنصرنا على عدونا . هذا ولا يقنت آحاد الناس وعنه يقنت رواها القاضي عن أحمد . والمشهور في رءوس المسائل الاول . ويقول في قنوته نحواً مما روي عن النبي ﷺ وأصحابه . وقد روي عن عمر أنه كان يقول في القنوت اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، والمسلمين والمسلمات ، وألف بين قلوبهم ، وأصلح ذات بينهم ، وانصرهم على عدوك وعدوهم ، اللهم العن كفرة أهل الكتاب الذين يكذبون رسلك ، ويقاتلون أولياءك ، اللهم خالف بين كلمتهم ، وزلزل أقدامهم وأنزل بهم بأسك الذي لا يرد

(فصل) ويعفى عن يسير دم الحيض لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها وعن سائر دماء الحيوانات الطاهرة، فأما دم الكلب والخنزير فلا يعفى عن يسيره لأن رطوباته الطاهرة من غيره لا يعفى عن شيء منها[1] فدمه أولى ولانه أصاب جسم الكلب فلم يعف عنه كالماء اذا أصابه وهكذا كل دم أصاب نجاسة غير معفو عنها لم يعف عن شيء منه لذلك.

(فصل) ودم مالا نفس له سائلة كالبق والبراغيث والذباب ونحوه فيه روايتان (احداهما) أنه طاهر وممن رخص في دم البراغيث عطاء وطاوس والحسن والشعبي والحاكم وحبيب بن أبي ثابت وحماد والشافعي وإسحاق ولانه لو كان نجساً لنجس الماء اليسير اذا مات فيه فانه اذا مكث في الماء لا يسلم من خروج فضلة منه فيه ولانه ليس بدم مسفوح وانما حرم الله الدم المسفوح (والرواية الثانية) عن أحمد قال في دم البراغيث اذا كثر اني لافزع منه. وقال النخعي: اغسل ما استطعت. وقال مالك في دم البراغيث اذا كثر وانتشر فاني أرى أن يغسل. والاول أظهر، وقول أحمد اني لأفزع منه ليس بصريح في نجاسته وانما هو دليل في توقفه فيه، وليس المنسوب الى البراغيث دم انما هو بولها في الظاهر وبول هذه الحشرات ليس بنجس والله أعلم. وقال أبو الخطاب: دم السمك طاهر لان إباحته لاتقف على سفحه ولو كان نجسا لوقفت الاباحة على إراقته بالذبح كحيوان البر ولأ نه اذا ترك استحال فصار ماء، وقال أبو ثور: هو نجس لانه دم مسفوح فيدخل في عموم قوله تعالى (أو دما مسفوحا)

(فصل) واختلفت الرواية في العفو عن يسير القيء فروي عن أحمد أنه قال هو عندي بمنزلة الدم وذلك لانه خارج من الانسان نجس من غير السبيل فأشبه الدم، وروي عنه في المذي أنه قال يغسل ما أصاب الثوب منه إلا أن يكون يسيراً، وروى الخلال باسناده قال: سئل سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن المذي يخرج فكلهم قال إنه بمنزلة

عن القوم المجرمين، بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم إنا نستعينك» رواه أبو داود

(فصل) ولا يقنت في غير الفجر والوتر، وقيل يقنت في صلوات الجهر كلها قياساً على الفجر وقال أبو الخطاب: يقنت في الفجر والمغرب لانهما صلاتا جهر في طرفي النهار، وعنه يقنت في جميع الصلوات، وهو مذهب الشافعي. والاول أولى لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه إلا في الفجر والوتر

(فصل) قال أحمد: الاحاديث التي جاءت ان النبي صلى الله عليه وسلم أوتر بركعة كان قبلها صلاة متقدمة. قيل له: أوتر في السفر بواحدة قال: يصلي قبلها ركعتين. فقيل له رجل تنفل بعد عشاء الآخرة ثم تعشى ثم أراد أن يوتر يعجبك أن يركع ركعتين ثم يوتر؟ قال: نعم. وسئل عمن

---

[1] دم الحيض نجس بالحس ونقلوا الاجماع عليه ورطوبات الكلب ليست كذلك وقال بعض الائمة بطهارتها وقد نقل الشيخ وتلميذه في الشرح الكبير قول من قال بطهارة سؤر الكلب والخنزير وجواز الوضوء منه وجواز أكل ماأكلا منه كمالك والاوزاعي وداود ومن قال يتوضأ من سؤرهما من لم يجد غيره فجعله بعد هذا أغلظ من دم الحيض وجعل كل منهما نجس العين تشديد لا دليل عليه الا ما توسعوا فيه بالاستنباط من حديث غسل سؤر الكلب سبع مرات احداهن بالتراب أو تعفيره الثانية بالتراب وقياس الخنزير عليه وهذا مخالف لجمهور السلف وسبق لاهل الرأي في القياس فلا علة منصوصة ولا ظاهرة في غير الولوغ اذ يشترك الكلب والخنزير في أكل القذر ولعا بهما مظنة الضرر بل يؤكد الاطباء ضرر لعاب الكلب «راجع حاشية ص ٤٨»

القرحة فما علمت منه فاغسله وما غلبك منه فدعه ، ولانه يخرج من الشباب كثيراً فيشق التحرز منه فعفي عن يسيره كالدم وكذلك المني اذا قلنا بنجاسته : وروي عنه في الودي مثل ذلك إلا أن الظاهر عنه أن حكمه حكم البول لانه من مخرجه . وروي عن أحمد أيضا أنه يعفى عن ريق البغل والحمار وعرقهما اذا كان يسيرا وهو الظاهر عن أحمد ، قال الخلال : وعليه مذهب أبي عبد الله لانه يشق التحرز منه ، قال أحمد من يسلم من هذا ممن يركب الحمير إلا أني أرجو أن يكون ماخف منه أسهل : قال القاضي وكذلك ما كان في معناهما من سباع البهائم سوى الكلب والخنزير ، وكذلك الحكم في أبوالها وأرواثها وبول الخفاش ، قال الشعبي والحاكم وحماد وحبيب بن أبي ثابت لا بأس ببول الخفافيش، وكذلك الخشاف لانه يشق التحرز منه فانه في المساجد يكثر فلو لم يعف عن يسيره لم يقر في المساجد وكذلك بول مايؤكل لحمه إن قلنا بنجاسته لانه يشق التحرز منه لكثرته ، وعن أحمد لايعفى عن يسير شيء من ذلك لان الاصل أن لا يعفى عن شيء من النجاسة خولف في الدم وما تولد منه فيبقى فيا عداه على الاصل .

(فصل) وقد عفي عن النجاسات المغلظة لاجل محلها في ثلاثة مواضع (أحدها) محل الاستنجاء فعفي فيه عن أثر الاستجمار بعد الانقاء واستيفاء العدد بغير خلاف نعلمه، واختلف أصحابنا في طهارته فذهب أبو عبدالله بن حامد وأبوحفص بن المسلمة الى طهارته. وهو ظاهر كلام أحمد فانه قال في المستجمر يعرق في سراويله لابأس به ولو كان نجسا لنجسه ، ووجه ذلك قول النبي ﷺ في الروث والرمة «انهما لايطهران» مفهومه أن غيرهما يطهر ولانه معنى يزيل حكم النجاسة فيزيلها كالماء ، وقال أصحابنا المتأخرون : لايطهر المحل بل هو نجس فلو قعد المستجمر في ماء يسير نجسه ، ولو عرق كان عرقه نجسا لان المسح لايزيل أجزاء النجاسة كلها فالباقي منها نجس لانه عين النجاسة فأشبه مالو وجد في المحل وحده (الثاني) أسفل الخف والحذاء اذا أصابته نجاسة فدلكها بالارض حتى زالت عين النجاسة ففيه ثلاث روايات (احداهن) يجزيء دلكه بالارض وتباح الصلاة فيه وهو قول

صلى من الليل ثم نام ولم يوتر فلا يعجبني أن يركع ركعتين ثم يسلم ثم يوتر. وسئل عن رجل أصبح ولم يوتر قال: لايوتر بركعة إلا أن يخاف طلوع الشمس . قيل له : فاذا لحق مع الامام ركعة الوتر؟ قال : إن كان الامام يفصل بينهن بسلام أجزأته الركعة وإلا تبعه ويقضي ما مضى مثل ماصلى فاذا فرغ قام يقضي ولا يقنت . قيل لابي عبدالله : رجل قام يتطوع ثم بدا له فجعل تلك الركعة وترا قال لا كيف يكون هذا قد قلب نيته ؟ قيل له : أيبتديء الوتر ؟ قال نعم . قال أبوعبدالله : اذا قنت قبل الركوع كبر ثم أخذ في القنوت ، وقد روي عن عمر أنه كان اذا فرغ من القراءة كبر ثم قنت ثم كبر حين يركع . وروي ذلك عن علي وابن مسعود والبراء وهو قول الثوري ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) واذا فرغ من وتره استحب أن يقول: سبحان الله الملك القدوس - ثلاثا - ويمد بها صوته في الثالثة لما روى عبد الرحمن بن أبزى قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يوتر (بسبح اسم ربك

الاوزاعي واسحاق لما روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « إذا وطيء أحدكم الاذى بخفيه فطهورهما التراب » وفي لفظ « اذا وطيء بنعليه أحدكم الاذى فان التراب له طهور » وعن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، وعن أبي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى في نعله قذراً أو أذى فليمسحه وليصل فيها » وعن ابن مسعود قال كنا لا نتوضأ من موطيء رواهما أبو داود ولان النبي ﷺ وأصحابه كانوا يصلون في نعالهم . قال أبو مسلمة سعيد بن يزيد سألت أنس بن مالك أكان رسول الله ﷺ يصلي في نعليه ؟ قال نعم متفق عليه والظاهر أن النعل لا تخلو من نجاسة تصيبها فلو لم يجزيء دلكها لم تصح الصلاة فيها (والثانية) يجب غسله كسائر النجاسات فان الدلك لا يزيل جميع أجزاء النجاسة (والثالثة) يجب غسله من البول والعذرة دون غيرهما لتغلظ نجاستهما وفحشها والاول أولى لان اتباع الاثر واجب فان قيل فقول النبي صلى الله عليه وسلم في نعليه « ان فيهما قذراً » يدل على أنه لم يجز دلكهما ولم يزل القذر منها . قلنا لا دلالة في هذا لانه لم ينقل أنه دلكهما والظاهر أنه لم يدلكهما لانه لم يعلم بالقذر فيهما حتى أخبره جبريل عليه السلام ، إذا ثبت هذا فان دلكهما يطهرهما في قول ابن حامد لظاهر الاخبار ، وقال غيره يعفى عنه مع بقاء نجاسته كقولهم في أثر الاستنجاء وقال القاضي انما يجزيء دلكهما بعد جفاف نجاستهما لانه لا يبقى لها أثر وإن دلكهما قبل جفافهما لم يجزه ذلك لان رطوبة النجاسة باقية فلا يعفى عنها وظاهر الاخبار لا يفرق بين رطب ولا جاف ولانه محل اجتزيء فيه بالمسح فجاز في حال رطوبة الممسوح كمحل الاستنجاء ولان رطوبة المحل معفو عنها إذا جفت قبل الدلك فيعفى عنها إذ جفت به كالاستجمار (الثالث) اذا جبر عظمه بعظم نجس فجبر لم يلزمه قلعه إذا خاف الضرر وأجزأته صلاته لانها نجاسة باطنة يتضرر بازالتها فأشبهت دماء العروق ، وقيل يلزمه قلعه ما لم يخف التلف ، وإن سقط سن من أسنانه فاعادها بحرارتها فثبتت فهي طاهرة لانها بعضه والآدمي بجملته طاهر حيا وميتا وكذلك بعضه ، وقال القاضي هي نجسة حكمها حكم سائر العظام النجسة لان ما أبين من حي فهو ميت فاما حكم

الاعلى ، وقل يا أيها الكافرون ، وقل هو الله أحد) وإذا أراد أن ينصرف من الوتر قال « سبحان الملك القدوس » ثلاث مرات ثم يرفع صوته بها في الثالثة رواه الامام أحمد

﴿مسئلة﴾ قال (ثم السنن الراتبة ، وهي عشر ركعات ، ركعتان قبل الظهر وركعتان بعدها وركعتان بعد المغرب ، وركعتان بعد العشاء ، وركعتان قبل الفجر ، وهما آكد ، قال أبو الخطاب : وأربع قبل العصر) السنن الرواتب مع الفرائض عشر ركعات كما ذكر ، وقال الشافعي : قبل الظهر أربعا لما روى عبدالله بن شقيق قال : سألت عائشة عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : كان يصلي في بيته قبل الظهر أربعا ، ثم يخرج فيصلي بالناس ، ثم يدخل فيصلي ركعتين ، رواه مسلم قال أبو الخطاب : وأربع قبل العصر لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله أمرأ صلى قبل العصر أربعا » رواه أبو داود . وعن علي رضي الله عنه قال : كان النبي ﷺ

بطهارة الجملة لحرمتها وحرمتها آكد من حرمة البعض فلا يلزم من الحكم بطهارتها الحكم بطهارة ما دونها

(فصل) وإذا كان على الاجسام الصقيلة كالسيف والمرآة نجاسة فعفي عن يسيرها كالدم ونحوه عفي عن أثر كثيرها بالمسح لان الباقي بعد المسح يسير وان كثر محله عفي عنه كيسير غيره

« مسئلة » قال (واذا خفي موضع النجاسة من الثوب استظهر حتى يتيقن أن الغسل قد أتى على النجاسة)

وجملته أن النجاسة اذا خفيت في بدن أو ثوب وأراد الصلاة فيه لم يجز له ذلك حتى يتيقن زوالها ولا يتيقن ذلك حتى يغسل كل محل يحتمل أن تكون النجاسة أصابته، فاذا لم يعلم جهتها من الثوب غسله كله، وان علمها في أحدى جهتيه غسل تلك الجهة كلها، وان رآها في بدنه أو ثوب هو لابسه غسل كل مايدركه بصره من ذلك وبهذا قال النخعي والشافعي ومالك وابن المنذر. وقال عطاء والحكم وحماد: إذا خفيت النجاسة في الثوب نضحه كله. وقال ابن شبرمة: يتحرى مكان النجاسة فيغسله ولعلهم يحتجون بحديث سهل بن حنيف في المذي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قلت يارسول الله فكيف بما أصاب ثوبي منه؟ قال «يجزئك أن تأخذ كفا من ماء فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه» فأمره بالتحري والنضح.

ولنا أنه متيقن للمانع من الصلاة فلم تبح له الصلاة إلا بتيقن زواله كمن تيقن الحدث وشك في الطهارة والنضح لايزيل النجاسة وحديث سهل في المذي دون غيره فلا يعدى لان أحكام النجاسة تختلف وقوله « حيث ترى أنه أصاب منه » محمول على من ظن أنه أصاب ناحية من ثوبه من غير تيقن فيجزئه نضح المكان أو غسله

(فصل) وان خفيت النجاسة في فضاء واسع صلى حيث شاء، ولا يجب غسل جميعه لان ذلك

يصلي قبل العصر أربع ركعات يفصل بينهن بالتسليم على الملائكة المقربين ومن سمعه من المسلمين والمؤمنين رواه الامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن

ولنا ما روى ابن عمر قال: حفظت عن النبي صلى الله عليه وسلم عشر ركعات، ركعتين قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب في بيته، وركعتين بعد العشاء في بيته، وركعتين قبل الصبح. وكانت ساعة لايدخل على النبي صلى الله عليه وسلم فيها حدثتني حفصة أنه كان اذا أذن المؤذن وطلع الفجر صلى ركعتين متفق عليه، وروى الترمذي مثل ذلك عن عائشة مرفوعا وقال هو حديث صحيح وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا » ترغيب فيها ولم يجعلها من السنن الرواتب بدليل أن ابن عمر لم يحفظها من النبي صلى الله عليه وسلم. وحديث عائشة قد اختلف فيه فروي عنها مثل رواية ابن عمر

يشق فلو منع من الصلاة أفضى إلى أن لا يجد موضعا يصلي فيه ، فأما ان كان موضعاً صغيراً كبيت ونحوه فانه يغسله كله لأنه لا يشق غسله فأشبه الثوب

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما خرج من الانسان أو البهيمة التي لا يؤكل لحمها من بول أو غيره فهو نجس)

يعني ماخرج من السبيلين كالبول والغائط والمذي والودي والدم وغيره فهذا لانعلم في نجاسته خلافا الا أشياء يسيرة نذكرها ان شاء الله تعالى . أما بول الآدمي فقدروي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي مرّ به وهو يعذب في قبره « انه كان لايستبريء من بوله » متفق عليه وروي في خبر « ان عامة عذاب القبر من البول » وأما الودي فهو ماء أبيض يخرج عقيب البول خاثر ، فحكمه حكم البول سواء لأنه خارج من مخرج البول وجار مجراه ، وأما المذي فهو ماء لزج رقيق يخرج عقيب الشهوة على طرف الذكر ، وظاهر المذهب أنه نجس . قال هارون الحمال :سمعت أبا عبد الله يذهب في المذي إلى أنه يغسل ماأصاب الثوب منه الا أن يكون يسيراً . وقد ذكرنا الاختلاف في العفو عن يسيره فيما مضى ، وروي عن أحمد رحمه الله أنه بمنزلة المني ، قال في رواية محمد بن الحكم إنه سأل أبا عبدالله عن المذي أشد أو المني ؟ قال : هما سواء ليسا من مخرج البول ، انما هما من الصلب والترائب كما قال ابن عباس هو عندي بمنزلة البصاق والمخاط . وذكر ابن عقيل نحو هذا وعلل بأن المذي جزء من المني لان سببهما جميعا الشهوة ، ولأنه خارج تحلله الشهوة أشبه المني ، فظاهر المذهب أنه نجس لانه خارج من السبيل ليس بدءا لخلق آدمي فأشبه البول ، ولان النبي ﷺ أمر بغسل الذكر منه والامر يقتضي الوجوب ، ثم اختلف عن أحمد هل يجزيء فيه النضح أو يجب غسله ؟ قال في رواية محمد بن الحكم : المذي يرش عليه الماء أذهب إلى حديث سهل ابن حنيف ، ليس يدفعه شيء وإن كان حديثا واحداً . وقال الاثرم قلت لأبي عبدالله حديث سهل

(فصل) وآكدها ركعتا الفجر لقول عائشة أن رسول الله ﷺ لم يكن على شيء من النوافل أشد معاهدة منه على ركعتين قبل الصبح ، متفق عليه وقال « ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها» رواه مسلم . وقال ﷺ « صلوها ولو طردتكم الخيل»رواه أبو داود ، ويستحب تخفيفهما فان عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي ركعتي الفجر فيخفف حتى إني لأقول هل قرأ فيهما بأم الكتاب متفق عليه . ويستحب أن يقرأ فيهما وفي ركعتي المغرب (قل ياأيها الكافرون ، وقل هو الله أحد) لما روى ابن مسعود قال : ماأحصي ماسمعت من رسول الله ﷺ يقرأ في الركعتين بعد المغرب وفي الركعتين قبل الفجر (بقل ياأيها الكافرون وقل هو الله أحد) رواه الترمذي وابن ماجه . وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قرأ في الركعتين قبل الفجر (بقل ياأيها الكافرون ، وقل هو الله أحد) قال الترمذي هو حديث حسن . وعن ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ يقرأ في

ابن حنيف في المذي ماتقول فيه ؟ قال الذي يرويه ابن اسحاق ؟ قلت نعم قال : لاأعلم شيئا يخالفه وهو ماروى سهل بن حنيف قال : كنت ألقى من المذي شدة وعناء فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « يجزئك منه الوضوء » قلت فكيف بما أصاب ثوبي منه ؟ قال « يكفيك أن تأخذ كفا من ماء فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه » قال الترمذي هذا حديث صحيح ، وروي عنه وجوب غسله قال محمد بن داود سألت أبا عبد الله عن المذي يصيب الثوب كيف العمل فيه ؟ قال الغسل ليس في القلب منه شيء ، وقال حديث محمد بن اسحاق ربما تهيبته ، قال ابن المنذر وممن أمر بغسل المذي عمر وابن عباس وهو مذهب الشافعي واسحاق وأبي ثور وكثير من أهل العلم لان النبي ﷺ أمر بغسل الذكر منه في حديث المقداد ، ولأنه نجاسة فوجب غسلها كسائر النجاسات ولحديث سهل بن حنيف ، قال أحمد حديث محمد بن اسحاق لاأعرفه عن غيره ولا أحكم لمحمد بن اسحاق وربما تهيبته وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال

(فصل) وفي رطوبة فرج المرأة احتمالان (أحدهما) أنه نجس لانه في الفرج لايخلق منه الولد أشبه المذي (والثاني) طهارته لان عائشة كانت تفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ وهو من جماع فانه مااحتلم نبي قط وهو يلاقي رطوبة الفرج ، ولأننا لو حكمنا بنجاسة فرج المرأة لحكمنا بنجاسة منيها لأنه يخرج من فرجها فيتنجس برطوبته ، وقال القاضي ماأصاب منه في حال الجماع فهو نجس لأنه لا يسلم من المذي وهو نجس ، ولا يصح التعليل فان الشهوة اذا اشتدت خرج المني دون المذي كحال الاحتلام

(فصل) وبول مايؤكل لحمه وروثه طاهر وهذا مفهوم كلام الخرقي وهو قول عطاء والنخعي والثوري ومالك . قال مالك : لايرى أهل العلم أبوال ماأكل لحمه وشرب لبنه نجسا . ورخص في أبوال الغنم الزهري ويحيى الانصاري ، وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة الصلاة في مرابض الغنم الا الشافعي فانه اشترط أن تكون سليمة من أبعارها وأبوالها . ورخص في ذرق الطائر أبو جعفة والحكم وحماد وأبو حنيفة ، وعن أحمد أن ذلك نجس وهو قول الشافعي وأبي ثور ونحوه عن الحسن لانه داخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «تنزهوا من البول»

ركعتي الفجر (قولوا آمنا بالله وما أنزل الينا) الآية التي في البقرة ، وفي الآخرة منها (آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون) رواه مسلم

(فصل) ويستحب أن يضطجع بعد ركعتي الفجر على جنبه الايمن ، وكان أبو موسى ورافع بن خديج وأنس يفعلونه ، وأنكره ابن مسعود ، واختلف فيه عن ابن عمر

ولنا ماروت عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى ركعتي الفجر اضطجع على شقه الايمن متفق عليه ، واللفظ للبخاري . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا صلى أحدكم الركعتين قبل صلاة الصبح فليضطجع على جنبه الايمن » رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح غريب . وروي عن أحمد أنه ليس بسنة لان ابن مسعود أنكره ، واتباع النبي صلى الله عليه وسلم أولى . ويستحب فعل الركعتين قبل الفجر والركعتين

ولانه رجيع فكان نجسا كرجيع الآدمي

ولنا أن النبي ﷺ أمر العرنيين أن يشربوا من أبوال الابل ، والنجس لا يباح شربه ولو أبيح للضرورة لأمرهم بغسل أثره إذا أرادوا الصلاة . وكان النبي ﷺ يصلي في مرابض الغنم ، متفق عليه . وقال « صلوا في مرابض الغنم » متفق عليه ، وهو إجماع كما ذكر ابن المنذر ، وصلى أبو موسى في موضع فيه أبعار الغنم فقيل له لو تقدمت الى ههنا فقال : هذا وذاك واحد ولم يكن للنبي ﷺ وأصحابه ما يصلون عليه من الاوطئة والمصليات وانما كانوا يصلون على الارض ، ومرابض الغنم لاتخلو من أبعارها وأبوالها ، فدل على أنهم كانوا يباشرونها في صلاتهم ولانه متحلل معتاد من حيوان يؤكل لحمه فكان طاهراً كاللبن وذرق الطائر عند من سلمه ، ولانه لو كان نجسا لتنجست الحبوب التي تدوسها البقر فانها لا تسلم من أبوالها فيتنجس بعضها ويختلط النجس بالطاهر فيصير حكم الجميع حكم النجس

(فصل) فأما الخارج من غير السبيلين فالحيوانات فيه أربعة أقسام (أحدها) الآدمي فالخارج منه نوعان طاهر وهو ريقه ودمعه وعرقه ومخاطه ونخامته فانه جاء عن النبي ﷺ في يوم الحديبية أنه ماتنخم نخامة إلا وقعت في كف رجل منهم فدلك بها وجه رواه البخاري ولولا طهارتها لم يفعلوا ذلك .وفي حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رأى نخامة في قبلة المسجد فأقبل على الناس فقال « ما بال أحدكم يقوم يستقبل ربه فيتنخم أمامه أيحب أن يستقبل فيتنخم في وجهه ؟ فاذا تنخم أحدكم فليتنخم عن يساره أو تحت قدمه فان لم يجد فليقل هكذا » ووصف القاسم فتفل في ثوبه ثم مسح بعضه ببعض رواه مسلم ، ولو كانت نجسة لما أمر بمسحها في ثوبه وهو في الصلاة ولا تحت قدمه، ولا فرق بين مايخرج من الرأس والبلغم الخارج من الصدر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة وقال أبو الخطاب البلغم نجس لانه طعام استحال في المعدة أشبه القيء

ولنا أنه داخل في عموم الخبرين ولانه أحد نوعي النخامة أشبه الآخر ولانه لو كان نجسا نجس

بعد المغرب وبعد العشاء في بيته لما ذكرنا من حديث ابن عمر قال أبو داود : مارأيت أحمد ركعها يعني ركعتي الفجر في المسجد قط إنما كان يخرج فيقعد في المسجد حتى تقام الصلاة ، قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسئل عن الركعتين بعد الظهر أين يصليان ؟ قال : في المسجد ثم قال : أما الركعتان قبل الفجر ففي بيته ، وبعد المغرب ففي بيته ، ثم قال ليس ههنا شيء آكد من الركعتين بعد المغرب يعني فعلها في البيت . قيل له : فان كان منزل الرجل بعيداً ؟ قال : لا أدري وذلك لما روى سعد ابن إسحاق عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ أتاهم في مسجد بني عبدالاشهل فصلى المغرب فرآهم يتطوعون بعدها فقال « هذه صلاة البيوت » رواه أبو داود ، وعن رافع بن خديج قال : أتانا رسول الله ﷺ في بني عبد الاشهل فصلى بنا المغرب في مسجدنا ثم قال « اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم » رواه ابن ماجه

به الفم ونقض الوضوء ولم يبلغنا عن الصحابة رضي الله عنهم مع عموم البلوى به شيء من ذلك، وقولهم انه طعام مستحيل في المعدة غير مسلم انما هو منعقد من الابخرة فهو كالنازل من الرأس وكالمخاط ولانه يشق التحرز منه أشبه المخاط (النوع الثاني) نجس وهو الدم وما تولد منه من القيح والصديد وما يخرج من المعدة من القيء والقلس فهذا نجس وقد تقدم بيان حكمه (القسم الثاني) ماأكل لحمه فالخارج منه ثلاثة أنواع (أحدها) نجس وهو الدم وما تولد منه (الثاني) طاهر وهو الريق والدمع والعرق واللبن فهذا لا نعلم فيه خلافا (الثالث) القيء ونحوه فحكمه حكم بوله لانه طعام مستحيل فأشبه الروث وقد دللنا على طهارة بوله فهذا أولى وكذلك منيه

(القسم الثالث) مالا يؤكل لحمه ويمكن التحرز منه وهو نوعان (أحدهما) الكلب والخنزير فهما نجسان بجميع أجزائهما وفضلاتهما وما ينفصل عنهما (الثاني) ماعداهما من سباع البهائم وجوارح الطير والبغل والحمار فعن أحمد رحمه الله أنها نجسة بجميع أجزائها وفضلاتها إلا أنه يعفى عن يسير نجاستها وعنه مايدل على طهارتها فحكمها حكم الآدمي على مافصل

(القسم الرابع) مالا يمكن التحرز منه وهو نوعان (أحدهما) ماينجس بالموت وهو السنور وما دونه في الخلقة فحكمه حكم الآدمي ماحكمنا بنجاسته من الآدمي فهو منه نجس وما حكمنا بطهارته من الآدمي فهو منه طاهر إلا منيه فانه نجس لان مني الآدمي بدء خلق آدمي فشرف بتطهيره وهذا معلوم ههنا (النوع الثاني) مالا نفس له سائلة فهو طاهر بجميع أجزائه وفضلاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا بول الغلام الذي لم يأكل الطعام فانه يرش الماء عليه)

هذا استثناء منقطع إذ ليس معنى الكلام طهارة بول الغلام انما أراد أن بول الغلام الذي لم يطعم الطعام يجزيء فيه الرش وهو أن ينضح عليه الماء حتى يغمره ولا يحتاج إلى رش وعصر، وبول الجارية يغسل وإن لم تطعم وهذا قول علي رضي الله عنه، وبه قال عطاء والحسن والشافعي واسحاق وقال القاضي رأيت لأبي اسحاق بن شاقلا كلاما يدل على طهارة بول الغلام لانه لو كان نجسا لوجب غسله (١)

(فصل) وكل سنة قبل الصلاة فوقتها من دخول وقتها إلى فعل الصلاة، وكل سنة بعدها فوقتها من فعل الصلاة إلى خروج وقتها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن فاته شيء من هذه السنن سن له قضاؤه) وهذا اختيار ابن حامد لان النبي ﷺ قضى بعضها فروي عنه عليه السلام أنه قضى ركعتي الفجر مع الفجر حين نام عنها وقضى الركعتين اللتين قبل الظهر بعد العصر وقسنا الباقي عليه . وروى أبو سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نام عن الوتر أو نسيه فليصله اذا أصبح أو ذكر » رواه أبو داود والترمذي من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم . قال أحمد : أحب أن يكون للرجل شيء من النوافل يحافظ عليه اذا فات قضاه . وقال بعض أصحابنا : لا يقضى الا ركعتا الفجر إلى وقت الضحى وركعتا الظهر فان أحمد قال : ماأعرف وترا بعد الفجر ، وركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى .

١) بول الغلام قذر شديد القذارة كغيره من البول ولا معنى للنجس في اللغة الا هذا وقول الشافعية انه أرق من بول الانثى يرده الحس ، ولعل سبب الرخصة فى الاكتفاء بنضحه ولوع الناس بحمله المفضي الى كثرة بوله عليهم ومشقة غسل ثيابهم ولم يكن لاكثرهم الا ثوب واحد

وقال الثوري وأبو حنيفة يغسل بول الغلام كما يغسل بول الجارية لانه بول نجس فوجب غسله كسائر الابوال النجسة ولانه حكم يتعلق بالنجاسة فاستوى فيه الذكر والانثى كسائر أحكامهما

ولنا ما روت أم قيس بنت محصن أنها أتت بابن لها صغير لم يأكل الطعام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجلسه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجره فبال على ثوبه فدعا بماء فنضحه ولم يغسله وعن عائشة رضي الله عنها قالت أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بصبي فبال على ثوبه فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله متفق عليهما . وعن لبابة بنت الحارث قالت كان الحسين بن علي في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فبال عليه فقلت البس ثوبا آخر واعطني ازارك حتى اغسله فقال « انما يغسل من بول الانثى وينضح من بول الغلام الذكر » رواه أبو داود وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « بول الغلام ينضح ، وبول الجارية يغسل » قال قتادة هذا ما لم يطعما الطعام فاذا طعما غسل بولهما رواه الامام أحمد في مسنده وهذه نصوص صحيحة عن النبي ﷺ واتباعها أولى وقول رسول الله ﷺ أصح من قول من خالفه

(فصل) قال أحمد الصبي إذا طعم الطعام وأراده واشتهاه غسل بوله وليس اذا طعم لانه قد يلعق العسل ساعة يولد والنبي ﷺ حنك بالتمر ولكن اذا كان يأكل ويريد الاكل فعلى هذا ما يسقاه الصبي أو يلعقه للتداوي لا يعد طعاما يوجب الغسل وما يطعمه لغذائه وهو يريده ويشتهيه هو الموجب لغسل بوله والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمني طاهر وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه كالدم)

اختلفت الرواية عن أحمد في المني فالمشهور أنه طاهر وعنه أنه كالدم أي انه نجس ويعفى عن يسيره ، وعنه أنه لا يعفى عن يسيره ويجزىء فرك يابسه على كل حال والرواية الاولى هي المشهورة في المذهب وهي قول سعد بن أبي وقاص وابن عمر وقال ابن عباس امسحه عنك باذخرة أو خرقة

وقال مالك: يقضي الى وقت الزوال ولا يقضي بعده . وقال النخعي وسعيد بن جبير والحسن : اذا طلعت الشمس فلا وتر . والصحيح الاول لما ذكرنا من النص والمعنى

(فصل) ويستحب المحافظة على أربع قبل الظهر وأربع بعدها لما روت أم حبيبة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من حافظ على أربع ركعات قبل الظهر وأربع بعدها حرمه الله على النار » قال الترمذي حديث صحيح ، وروى أبو أيوب عن النبي ﷺ أنه قال « أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء » رواه أبو داود . وعلى أربع قبل العصر لما ذكرنا وعن علي رضي الله عنه في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأربعا قبل الظهر اذا زالت الشمس وركعتين بعدها ، وأربعا قبل العصر يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين ، رواه ابن ماجه ، وعلى ست بعد المغرب لما روى أبو هريرة قال قال

ولا نغسله إن شئت، وقال ابن المسيب اذا صلى فيه لم يعد وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال مالك: غسل الاحتلام أمر واجب وعلى هذا مذهب الاوزاعي والثوري ، وقال أصحاب الرأي: هو نجس ويجزي فركه يابسه لما روت عائشة أنها كانت تغسل المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : ثم أرى فيه بقعة أو بقعاوهو حديث صحيح ، قال صالح قال أبي : غسل المني من الثوب أحوط وأثبت في الرواية وقد جاء الفرك أيضاً عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال في المني يصيب الثوب « إن كان رطباً فاغسليه ، وإن كان يابسا فافركيه » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه خارج معتاد من السبيل أشبه البول

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ فيصلي فيه ، متفق عليه . وقال ابن عباس: امسحه عنك باذخرة أو بخرقة ولا تغسله انما هو كالبزاق والمخاط ورواه الدارقطني مرفوعا الى النبي ﷺ ولانه لا يجب غسله اذا جف فلم يكن نجساً كالمخاط ولانه بدء خلق آدمي فكان طاهراً كالطين ويفارق البول من حيث انه بدء خلق آدمي

(فصل) فان خفي موضع المني فرك الثوب كله إن قلنا بنجاسته وإن قلنا بطهارته استحب فركه وإن صلى فيه من غير فرك أجزأه وهـذا مذهب الشافعي وغيره ممن قال بالطهارة . وقال ابن عباس ينضح الثوب كله وبه قال النخعي وحماد ونحوه عن عائشة وعطاء ، وقال ابن عمر وابوهريرة والحسن يغسل الثوب كله. ولنا أن فركه يجزيء اذا علم مكانه فكذلك اذا خفي، وأما النضح فلا يفيد فانه لا يطهره اذا علم مكانه فكذلك اذا خفي، وأما اذا قلنا بالطهارة فلا يجب شيء من ذلك لكن يستحب كحال العلم به

(فصل) قال أحمد رحمه الله : انما يفرك مني الرجل أما مني المرأة فلا يفرك لان الذي للرجل ثخين والذي للمرأة رقيق[1] والمعنى في هـذا أن الفرك يراد للتخفيف والرقيق لا يبقى له جسم بعد جفافه يزول بالفرك فلا يفيد فيه شيئا فعلى هذا إن قلنا بنجاسته فلا بد من غسله رطباً كان أو يابسا كالبول

رسول الله صلى الله عليـه وسلم « من صلى بعد المغرب ست ركعات لم يتكلم بينهن بسوء عدلن له بعبادة ثنتي عشرة سنة » رواه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي خثعم وضعفه البخاري. وعلى أربع بعد العشاء ، قالت عائشة : ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم العشاء قط إلا صلى أربع ركعات أو ست ركعات ، رواه أبو داود

(فصل) واختلف في أربع ركعات منهما ركعتان قبل المغرب بعد الاذان ، والظاهر عن أحمد جوازهما وعدم استحبابهما ، قال الاثرم : قلت لابي عبدالله الركعتان قبل المغرب ؟ قال: مافعلته قط إلا مرة واحـدة حين سمعت الحديث ، وقال فيهما أحاديث جياد أو قال صحاح عن النبي ﷺ وأصحابه والتابعين إلا أنه قال لمن شاء ، فمن شاء صلى ، وقال هـذا شيء ينكره النـاس وضحك كالمتعجب وقال هذا عندهم عظيم. ووجه جوازهما ماروى أنس قال: كنا نصلي على عهد رسول الله ﷺ

١) لله درالامام احمد فقد فقه المراد من الفرك وهو أن لا يرى الاثر في الثوب وليس تطهيرا لنجس كما فهم بعضهم . ومن المعلوم أن غسله أولى وأفضل مطلقا وكذا سائر الاقذار غير النجسة كالبصاق، والنضح يخفف النجاسة الرطبة فهو من الرخص التي وردت في عدة أحاديث في نجاسات مختلفة

وان قلنا بطهارته استحب غسله كما يستحب فرك مني الرجل ،وأما الطهارة والنجاسة فلا يفترقان فيه لان كل واحد منهما مني وهو بدء لخلق آدمي خارج من السبيل

(فصل) فأما العلقة فقال ابن عقيل فيها روايتان كالمني لانها بدء خلق آدمي والصحيح نجاستها لانها دم ولم يرد من الشرع فيها طهارة، وقياسها على المني ممتنع لكونها دما خارجا من الفرج فأشبهت دم الحيض.

(فصل) ومن أمنى وعلى فرجه نجاسة نجس منيه لاصابته النجاسة ولم يعف عن يسيره لذلك . وذكر القاضي في المني من الجماع أنه نجس لانه لا يسلم من المذي وقد ذكرنا فساد هذا فان مني النبي ﷺ إنما كان من جماع وهو الذي وردت الاخبار بفركه ، والطهارة لغيره إنما أخذت من طهارته والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والبول على الارض يطهرها دلو من ماء)

وجملة ذلك أن الارض اذا تنجست بنجاسة مائعة كالبول والخمر وغيرهما فطهورها أن يغمرها بالماء بحيث يذهب لون النجاسة وريحها فما انفصل عنها غير متغير بها فهو طاهر ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تطهر الارض حتى ينفصل الماء فيكون المنفصل نجسا لان النجاسة انتقلت اليه فكان نجسا كما لو وردت عليه

ولنا ما روى أنس قال : جاء اعرابي فبال في طائفة المسجد فزجره الناس فنهاهم النبي ﷺ فلما قضى بوله أمر بذنوب من ماء فأهريق عليه . وفي لفظ فدعاه فقال « ان المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن » أو كما قال رسول الله ﷺ وأمر رجلا فجاء بدلو من ماء فشنه عليه . متفق عليه ، ولولا أن المنفصل طاهر لكان قد أمر بزيادة تنجيسه لانه كان في موضع فصار في مواضع ، وانما أراد النبي ﷺ

ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب ، قال المختار بن فلفل : فقلت له أكان رسول الله ﷺ صلاهما ؟ قال : كان يرانا نصليهما فلم يأمرنا ولم ينهنا ، متفق عليه . وقال أنس : كنا بالمدينة إذا أذن لصلاة المغرب ابتدروا السواري فصلوا ركعتين حتى ان الرجل الغريب ليدخل المسجد فيحسب أن الصلاة قد صليت من كثرة من يصليها . رواه مسلم ، وعن عبد الله المزني قال : قال رسول الله ﷺ « صلوا قبل المغرب ركعتين » ثم قال « صلوا قبل المغرب ركعتين لمن شاء » خشية أن يتخذها الناس سنة ، متفق عليه (الثاني) الركعتان بعد الوتر وظاهر كلام أحمد انه لا يستحب فعلهما مع الجواز . قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الركعتين بعد الوتر فقال : أرجو ان فعله انسان أن لا يضيق عليه ولكن تكون وهو جالس كما جاء الحديث قلت تفعله أنت ؟ قال لا ما أفعله . وعدهما أبو الحسن الآمدي من السنن الراتبة . قال شيخنا : والصحيح أنهما ليستا بسنة لان أكثر من وصف تهجد النبي ﷺ لم يذكرهما منهم ابن عباس

تطهير المسجد . فان قيل : فقد روي عن ابن مغفل أن النبي ﷺ قال « خذوا ما بال عليه من التراب واهريقوا على مكانه ماء » وروى أبو بكر بن عياش عن سمعان عن أبي وائل عن عبد الله عن النبي ﷺ قال فأمر به فحفر . قلنا : ليست هذه الزيادة في خبر متصل ،قاله الخطابي .وحديث ابن مغفل مرسل . قال أبو داود : ابن مغفل لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم ، وحديث سمعان منكر قاله الامام وقال ما أعرف سمعان ، ولان البلة الباقية في المحل بعد غسله طاهرة وهي بعض المنفصل فكذلك المنفصل . وقولهم : ان النجاسة انتقلت اليه . قلنا بعد طهارتها لان الماء لو لم يطهرها لنجس بها حال ملاقاته لها ولو نجس بها لما طهر المحل ولكان الباقي منه في المحل نجساً . قال القاضي : انما يحكم بطهارة المنفصل اذا نشفت النجاسة وذهبت أجزاؤها ولم يبق إلا أثرها فان كانت أجزاؤها باقية طهر المحل ونجس المنفصل وهذا الشرط الذي ذكره لم أره عن أحمد ولا يقتضيه كلام الخرقي ولا يصح لانه إن أراد ببقاء أجزائها بقاء رطوبتها فهو خلاف الخبر فان قوله فلما قضى بوله أمر بذنوب من ماء فأهريق عليه يدل على أنه صب عليه عقيب فراغه منه ، وان أراد بقاء البول متنقعا فلا فرق بينه وبين الرطوبة فان قليل البول و كثيره في التنجيس سواء ، والرطوبة أجزاء تنجس كما ينجس المتنقع فلا فرق إذاً

(فصل) وان أصاب الارض ماء المطر أو السيول فغمرها وجرى عليها فهو كما لو صب عليها لان تطهير النجاسة لاتعتبر فيه نية ولا فعل فاستوى ماصبه الآدمي وما جرى بغير صبه. قال أحمد رحمه الله في البول يكون في الارض فتمطر عليه السماء : اذا أصابه من المطر بقدر ما يكون ذنوبا كما أمر النبي ﷺ أن يصب على البول فقد طهر ، وقال المروذي سئل أبو عبد الله عن ماء المطر يختلط بالبول فقال ماء المطر عندي لا يخالط شيئا الا طهره الا العذرة فانها تقطع ، وسئل عن ماء المطر يصيب الثوب فلم ير به بأسا الا أن يكون بيل فيه بعد المطر . وقال كل ما ينزل من السماء الى الارض فهو نظيف داسته الدواب أو لم تدسه ، وقال في الميزاب اذا كان في الموضع النظيف فلا بأس

وزيد بن خالد وعائشة فيما رواه عنها عروة وعبد الله بن شقيق والقاسم واختلف فيه عن أبي سلمة وأكثر الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم على تركها . ووجه قول من قال بالاستحباب ما روى سعد بن هشام عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يصلي من الليل تسع ركعات ثم يسلم تسليما يسمعنا ثم يصلي ركعتين بعد مايسلم وهو قاعد فتلك إحدى عشرة ركعة ، وقال أبو سلمة سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت: كان يصلي ثلاث عشرة ركعة يصلي ثماني ركعات ثم يوتر ثم يصلي ركعتين وهو جالس فاذا أراد أن يركع قام فركع ثم يصلي ركعتين بين النداء والاقامة من صلاة الصبح . رواهما مسلم وروى ذلك أبو امامة أيضا

(فصل) في صلوات معينة سوى ماذكرنا(منها)صلاة التراويح ، والضحى ، وسجود التلاوة

بما قطر عليك من المطر اذا لم تعلم أنه قذر ، قيل له فأسأل عنه ؟ قال لاتسأل وما دعاك الى أن تسأل وهو ماء المطر ؟ اذا لم يكن موضع مخرج أو موضع قذر فلا تغسله. واحتج في طهارة طين المطر بحديث الاعرابي الذي بال في المسجد ، قال اسحاق بن منصور وقال اسحاق بن راهويه كما قال أحمد واحتج بأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين كانوا يخوضون المطر في الطرقات فلا يغسلون أرجلهم لما غلب الماء القذر ، وممن روي عنه أنه خاض طين المطر وصلى ولم يغسل رجليه عمر وعلي رضي الله عنهما . وقال ابن مسعود كنا لا نتوضأ من موطيء، ونحوه عن ابن عباس وقال بذلك سعيد بن المسيب وعلقمة والاسود وعبدالله بن مغفل بن مقرن والحسن وأصحاب الرأي وعوام أهل العلم لان الاصل الطهارة فلا تزول بالشك .

(فصل) ولا تطهر الارض حتى يذهب لون النجاسة ورائحتها لان بقاءهما دليل على بقاء النجاسة فان كانت مما لايزول لونها إلا بمشقة سقط عنه إزالتها كالثوب وكذلك الحكم في الرائحة .

(فصـل) اذا كانت النجاسة ذات أجزاء متفرقة كالرميم والروث والدم اذا جف فاختلطت بأجزاء الارض لم تطهر بالغسل لان عينها لاتنقلب ولا تطهر إلا بازالة أجزاء المكان بحيث يتيقن زوال أجزاء النجاسة ولو بادر البول وهو رطب فقلع التراب الذي عليه أثره فالباقي طاهر لان النجس كان رطبا وقد زال ، وإن جف فأزال ماوجد عليـه الاثر لم يطهر لان الاثر انما يبين [1] على ظاهر الارض ، لكن إن قلع ماتيقن به زوال ماأصابه البول فالباقي طاهر ؛

(فصل) ولا تطهر الارض النجسة بشمس ولا ريح ولا جفاف وهذا قول أبي ثور وابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ، وقال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن تطهر اذا ذهب أثر النجاسة .وقال أبو قلابة جفوف الارض طهورها لان ابن عمر روى أن الكلاب كانت تبول وتقبـل وتدبر في المسجد فلم يكونوا يرشون شيئاً من ذلك أخرجه أبو داود

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «أهريقوا على بوله سجلا من ماء» والامر يقتضي الوجوب

[1] كذا وفي نسخة دار الكتب ولعل كلا منهما محرف والصواب يبقى

والشكر، وسيأتي ذكرها انشاء الله (ومنها تحية المسجد) فيستحب لمن دخل المسجد أن يصلي ركعتين قبل جلوسه لما روى أبو قتادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه . فان جلس قبل الصلاة سن له أن يقوم فيصلي لما روى جابر قال : جاء سليك الغطفاني ورسول الله صلى الله عليـه وسلم يخطب فجلس فقال « ياسليك قم فاركع ركعتين وتجوز فيهما » رواهما مسلم

(فصل) ويستحب أن يتطوع مثل تطوع النبي صلى الله عليه وسلم فان عليا رضي الله عنه قال : كان النبي صلى الله عليـه وسلم اذا صلى الفجر تمهل حتى اذا كانت الشمس من ههنا يعني من قبل المشرق مقدارها من صلاة العصر من ههنا يعني من قبل المغرب قام فصلى ركعتين ثم تمهل حتى اذا كانت الشمس من ههنا يعني من قبل المشرق مقدارها من صلاة الظهر قام فصلى أربعا ، وأربعا قبل

ولانه محل نجس فلم يطهر بغير الغسل كالثياب ، وأما حديث ابن عمر فرواه البخاري وليس فيه ذكر البول ويحتمل أنه أراد أنها كانت تبول ثم تقبل وتدبر في المسجد فيكون اقبالها وادبارها فيه بعد بولها

(فصل) ولا تطهر النجاسة بالاستحالة فلو أحرق السرجين النجس فصار رماداً أو وقع كلب في ملاحة فصار ملحا لم تطهر لانها نجاسة لم تحصل بالاستحالة فلم تطهر بها كالدم اذا صار قيحا أو صديداً وخرج عليه الخمر فانه نجس بالاستحالة فجاز ان يطهر بها .

(فصل) والمنفصل من غسالة النجاسة ينقسم الى ثلاثة أقسام (أحدها) أن ينفصل متغيراً بها فهو نجس اجماعا لانه متغير بالنجاسة فكان نجسا كما لو وردت عليه (الثاني) أن ينفصل غير متغير قبل طهارة المحل فهو نجس أيضا لانه ماء يسير لاقى نجاسة لم يطهرها فكان نجسا كالمتغير وكالباقي في المحل فان الباقي في المحل نجس وهو جزء من الماء الذي غسلت به النجاسة ، ولانه كان في المحل نجسا وعصره لا يجعله طاهرا (الثالث) أن ينفصل غير متغير من الغسلة التي طهرت المحل ففيه وجهان أصحهما أنه طاهر وهو قول الشافعي لانه جزء من المتصل والمتصل طاهر فكذلك المنفصل ولانه ماء أزال حكم النجاسة ولم يتغير بها فكان طاهراً كالمنفصل من الارض (والثاني) هو نجس وهو قول أبي حنيفة لانه ماء يسير لاقى نجاسة فنجس بها كما لو وردت عليه ، واذا حكمنا بطهارته فهل يكون طهورا ؟ على وجهين (أحدهما) يكون طهوراً لان الاصل طهوريته ، ولان الحادث فيه لم ينجسه ولم يغيره فلم تزل طهوريته كما لو غسل به ثوبا طاهرا (والثاني) أنه غير مطهر لانه أزال مانعا من الصلاة أشبه ما رفع به الحدث

(فصل) اذا جمع الماء الذي أزيلت به النجاسة قبل طهارة المحل وبعده في اناء واحد وكان دون القلتين فالجميع نجس تغير أو لم يتغير ، وقال بعض أصحاب الشافعي : هو طاهر لانه ما أزيلت به النجاسة ولم يتغير بها فأشبه ماء الغسلة التي طهرت المحل

ولنا انه اجتمع الماء النجس والطاهر وهو يسير فكان نجسا كما لو اجتمع مع ماء غير الذي غسل به المحل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا نسي فصلى بهم جنباً أعاد وحده)

الظهر اذا زالت الشمس ، وركعتين بعدها ، وأربعاً قبل العصر يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين، فتلك ست عشرة ركعة تطوع النبي ﷺ بالنهار، وقل من يداوم عليها ، من المسند

(فصل) ومنها صلاة الاستخارة فروى جابر بن عبدالله قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاستخارة في الامور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن يقول « اذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل اللهم اني أستخيرك بعلمك ، وأستقدرك بقدرتك ، وأسألك من فضلك العظيم ، فانك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم ، وأنت علام الغيوب ، اللهم إن كنت تعلم ان هذا الامر خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري - أو قال - في عاجل أمري وآجله ، فيسره لي ثم بارك لي فيه ، وإن كنت تعلم أن هذا الامر شر لي في ديني ومعيشتي وعاقبة أمري - أو قال - في

وجملته أن الامام اذا صلى بالجماعة محدثا أو جنبا غير عالم بحدثه فلم يعلم هو ولا المأمومون حتى فرغوا من الصلاة فصلاتهم صحيحة وصلاة الامام باطلة ، روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي والشافعي وسليمان بن حرب وأبو ثور ، وعن علي أنه يعيد ويعيدون ، وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو حنيفة وأصحابه لانه صلى بهم محدثا أشبه مالو علم .

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم روي أن عمر رضي الله عنه صلى بالناس الصبح ثم خرج إلى الجرف فأهراق الماء فوجد في ثوبه احتلاما فأعاد ولم يعيدوا ، وعن محمد بن عمرو بن المصطلق الخزاعي أن عثمان صلى بالناس صلاة الفجر فلما أصبح وارتفع النهار فاذا هو بأثر الجنابة فقال كبرت والله كبرت والله ، فأعاد الصلاة ولم يأمرهم أن يعيدوا ، وعن علي أنه قال : اذا صلى الجنب بالقوم فأتم بهم الصلاة آمره أن يغتسل ويعيد ولا آمرهم أن يعيدوا . وعن ابن عمر أنه صلى بهم الغداة ثم ذكر أنه صلى بغير وضوء فأعاد ولم يعيدوا ، رواه كله الاثرم وهذا في محل الشهرة ولم ينقل خلافه فكان اجماعا ولم يثبت مانقل عن علي في خلافه ، وعن البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال « اذا صلى الجنب بالقوم أعاد صلاته وتمت للقوم صلاتهم » أخرجه أبو سليمان محمد بن الحسن الحراني في جزء، ولان الحدث مما يخفى ولا سبيل للمأموم إلى معرفته من الامام فكان معذوراً في الاقتداء به ويفارق ما اذا كان على الامام حدث نفسه لانه يكون مستهزئا بالصلاة فاعلا لما لا يحل ، وكذلك إن علم المأموم فانه لاعذر له في الاقتداء به وقياس المعذور على غيره لا يصح والحكم في النجاسة كالحكم في الحدث سواء لانها إحدى الطهارتين فأشبهت الاخرى ، ولانها في معناها في خفائها على الامام والمأموم بل حكم النجاسة أخف وخفاؤها أكثر إلا أن في النجاسة رواية أخرى أن صلاة الامام تصح أيضاً اذا نسيها .

(فصل) اذا علم بحدث نفسه في الصلاة أو علم المأمومون لزمهم استئناف الصلاة ، نص عليه .

عاجل أمري وآجله فاصرفه عني واصرفني عنه ، واقدر لي الخير حيث كان ورضني به ، ويسمي حاجته» أخرجه البخاري ، ورواه الترمذي وفيه « ثم رضني به »

(فصل) ومنها صلاة الحاجة . عن عبد الله بن أبي أوفى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت له إلى الله حاجة أو إلى أحد من بني آدم فليتوضأ وليحسن الوضوء ثم ليصل ركعتين ثم ليثن على الله تعالى ، وليصل على النبي ﷺ ، ثم ليقل لا إله إلا الله الحليم الكريم ، لا إله إلا الله العلي العظيم ، سبحان رب العرش العظيم ، الحمد لله رب العالمين ، أسألك موجبات رحمتك ، وعزائم مغفرتك ، والغنيمة من كل بر ، والسلامة من كل اثم ، لاتدع لي ذنبا الا غفرته ، ولا هما إلا فرجته ، ولا حاجة هي لك رضى إلا قضيتها ياأرحم الراحمين » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث غريب

(فصل) في صلاة التوبة عن علي رضي الله عنه قال : حدثني أبو بكر وصدق أبو بكر قال :

قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن رجل صلى بقوم وهو غير طاهر بعض الصلاة فذكر ؟ قال يعجبني أن يبتدئوا الصلاة ، قلت له يقول لهم استأنفوا الصلاة ؟ قال لا ولكن ينصرف ويتكلم ويبتدئون هم الصلاة . وقال ابن عقيل فيه عن أحمد رحمه الله رواية أخرى اذا علم المأمومون أنهم يبنون على صلاتهم وقال الشافعي يبنون على صلاتهم سواء علم بذلك أو علم المأمومون لأن مامضى من صلاتهم صحيح فكان لهم البناء عليه كما لو قام إلى خامسة فسبحوا به فلم يرجع

ولنا أنه ائتم بمن صلاته فاسدة مع العلم منهما أو من أحدهما أشبه مالو ائتم بامرأة وانما خولف هذا فيما اذا استمر الجهل منهما للاجماع ، ولان وجوب الاعادة على المأمومين حال استمرار الجهل يشق لتفرقهم بخلاف ماذا علموا في الصلاة ، وإن علم بعض المأمومين دون بعض فالمنصوص أن صلاة الجميع تفسد ، والاولى أن يختص البطلان بمن علم دون من جهل لانه معنى مبطل اختص به فاختص بالبطلان كحدث نفسه

(فصل) اذا اختل غير ذلك من الشروط في حق الامام كالستارة واستقبال القبلة لم يعف عنه في حق المأموم لان ذلك لايخفى غالبا بخلاف الحدث والنجاسة ، وكذا إن فسدت صلاته لترك ركن فسدت صلاتهم نص عليه أحمد فيمن ترك القراءة يعيد ويعيدون ، وكذلك فيمن ترك تكبيرة الاحرام

(فصل) وإن فسدت لفعل يبطل الصلاة فان كان عن عمد أفسد صلاة الجميع ، وإن كان عن غير عمد لم تفسد صلاة المأمومين ، نص عليه أحمد في الضحك أنه يبطل صلاة الامام ولا تفسد صلاة المأمومين . وعن أحمد فيمن سبقه الحدث روايتان (احداهما) أن صلاة المأمومين تفسد لأنه أمر أفسد صلاة الامام فأفسد صلاة المأمومين كترك الشرط ، وقد ثبت هذا الحكم في الشرط بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه صلى بالناس المغرب فلم يسمعوا له قراءة ، فلما قضى صلاته قالوا ياأمير المؤمنين كأنك خفضت من صوتك قال : وما سمعتم ؟ قالوا ماسمعنا لك قراءة قال : فما قرأت في نفسي شغلتني عير جهزتها إلى الشام ثم قال : لاصلاة إلا بقراءة ثم أقام فأعاد وأعاد الناس والصحيح الاول

سمعت رسول الله ﷺ يقول « مامن رجل يذنب ذنبا ثم يقوم فيتطهر ثم يصلي ركعتين ثم يستغفر الله إلا غفر له » ثم قرأ (والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم) إلى آخرها إلا أنه رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب وفي اسناده مقال لأنه من رواية أبي الورقاء وهو يضعف في الحديث

(فصل) فأما صلاة التسبيح فان أحمد قال مايعجبني قيل له لم ؟ قال ليس فيها شيء يصح ونفض يده كالمنكر ولم يرها مستحبة . قال شيخنا : وإن فعلها انسان فلا بأس فان النوافل والفضائل لا يشترط صحة الحديث فيها ، وقد رأى غير واحد من أهل العلم صلاة التسبيح منهم ابن المبارك ، وذكروا الفضل فيها . ووجهها ماروى أبو داود والترمذي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال للعباس ابن عبد المطلب « ياعباس ياعماه ألا أعطيك ألا أمنحك ألا أحبوك ألا أفعل بك عشر خصال اذا أنت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك أوله وآخره ، قديمه وحديثه ، خطأه وعمده ، صغيره وكبيره سره

لان عمر رضي الله عنه لما طعن وهو في الصلاة أخذ بيد عبدالرحمن بن عوف فقدمه فأتم بهم الصلاة ولو فسدت صلاتهم لزمهم استئنافها ولا يصح القياس على ترك الشرط لان الشرط آكد بدليل أنه لايعفى عنه بالنسيان بخلاف المبطل.

(فصل) إذا سبق الامام الحدث فله أن يستخلف من يتم بهم الصلاة روي ذلك عن عمر وعلي وعلقمة وعطاء والحسن والنخعي والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وحكي عن أحمد رواية أخرى أن صلاة المأمومين تبطل لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى جواز الاستخلاف وجبنت عنه . وقال أبو بكر : تبطل صلاتهم رواية واحدة لانه فقد شرط صحة الصلاة في حق الامام فبطلت صلاة المأموم كما لو تعمد الحدث

ولنا أن عمر رضي الله عنه لما طعن أخذ بيد عبدالرحمن بن عوف فقدمه فأتم بهم الصلاة وكان ذلك بمحضر من الصحابة وغيرهم ولم ينكره منكر فكان اجماعا . وقد احتج أحمد بقول عمر وعلي وقولهما عنده حجة فلا معدل عنه وقول أحمد جبنت عنه انما يدل على التوقف وتوقفه مرة لايبطل ما انعقد الاجماع عليه ، واذا ثبت هذا فان للامام أن يستخلف من يتم بهم الصلاة كما فعل عمر رضي الله عنه وان لم يستخلف فقدم المأمومون منهم رجلا فأتم بهم جاز وان صلوا وحدانا جاز ؛ قال الزهري في امام ينوبه الدم أو رعف أو يجد مذيا ينصرف وليقل أتموا صلاتكم . وقال الشافعي في آخر قوليه الاختيار أن يصلي القوم فرادى اذا كان ذلك ولعل توقف أحمد إنما كان في الاستخلاف لا في صحة صلاة المأمومين فانه قد نص على أن صلاة المأمومين لاتفسد بضحك الامام فهـذا أولى وان قدمت كل طائفة من المأمومين لهم اماما يصلي بهم فقياس المذهب جوازه وهو مذهب الشافعي . وقال أصحاب الرأي : تفسد صلاتهم كلهم

ولنا أن لهم أن يصلوا وحدانا فكان لهم أن يقدموا رجالا كحالة ابتداء الصلاة وان قدم بعضهم رجلا وصلى الباقون وحدانا جاز

وعلانيته ، أن تصلي أربع ركعات تقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة فاذا فرغت من القراءة في أول ركعة وأنت قائم قلت سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر ، خمس عشرة مرة ، ثم تركع فتقولها وأنت راكع عشرا ، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقولها عشرا ، ثم تهوي ساجداً فتقولها عشرا ، ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشرا ، ثم تسجد فتقولها عشرا ، ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشرا ، فذلك خمس وسبعون في كل ركعة ، تفعل ذلك في الاربع ركعات ، ان استطعت أن تصليها في كل يوم مرة فافعل ، فان لم تفعل ففي كل جمعة مرة ، فان لم تفعل ففي كل شهر مرة ، فان لم تفعل ففي كل سنة مرة ، فان لم تفعل ففي عمرك مرة » رواه ابن خزيمة في صحيحه والطبراني في معجمه وفي آخره « فلو كانت ذنوبك مثل زبد البحر ورمل عالج غفر الله لك »

(فصل) ويستحب لمن توضأ أن يصلي ركعتين عقيب الوضوء اذا كان في غير أوقات النهي

(فصل) فأما الذي سبقه الحدث فتبطل صلاته ويلزمه استئنافها . قال أحمد : يعجبني أن يتوضأ ويستقبل هذا قول الحسن وعطاء والنخعي ومكحول . وعن أحمد أنه يتوضأ ويبني روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس لما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال « من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف فليتوضأ وليبن على مامضى من صلاته » وعنه رواية ثالثة ان كان الحدث من السبيلين ابتدأ وإن كان من غيرهما بنى لان حكم نجاسة السبيل أغلظ والاثر إنما ورد بالبناء في الخارج من غير السبيل فلا يلحق به ماليس في معناه . والصحيح الاول لماروى علي بن طلق قال : قال رسول الله ﷺ « اذا فسا أحدكم في صلاته فلينصرف فليتوضأ وليعد صلاته » رواه أبو داود والاثرم . وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان قائما يصلي بهم فانصرف ثم جاء ورأسه يقطر فقال « اني قمت بكم ثم ذكرت أني كنت جنبا ولم أغتسل فانصرفت فاغتسلت فمن أصابه منكم مثل الذي أصابني أو أصابه في بطنه رز فلينصرف فليغتسل أو ليتوضأ وليستقبل صلاته » رواه الاثرم ولانه فقد شرط الصلاة في أثنائها على وجه لايعود إلا بعد زمن طويل وعمل كثير ففسدت صلاته كما لو تنجس نجاسة يحتاج في إزالتها إلى مثل ذلك أو انكشفت عورته ولم يجد السترة إلا بعيدة منه أو تعمد الحدث أو انقضت مدة المسح وحديثهم ضعيف

(فصل) قال أصحابنا يجوز أن يستخلف من سبق ببعض الصلاة ولمن جاء بعد حدث الامام فيبني على مامضى من صلاة الامام من قراءة أو ركعة أو سجدة ويقضي بعد فراغ صلاة المأمومين وحكي هذا القول عن عمر وعلي وأكثر من وافقهما في الاستخلاف. وفيه رواية أخرى أنه مخير بين أن يبني أو يبتدىء قال مالك ويصلي لنفسه صلاة تامة فاذا فرغوا من صلاتهم قعدوا وانتظروه حتى يتم ويسلم معهم لان اتباع المأمومين للامام أولى من اتباعه لهم فان الامام إنما جعل ليؤتم به. وعلى كلتا الروايتين اذا فرغ المأمومون قبل فراغ امامهم وقام لقضاء مافاته فانهم يجلسون وينتظرونه حتى يتم ويسلم بهم لأن الامام ينتظر المأمومين في صلاة الخوف فانتظارهم له أولى وإن سلموا ولم ينتظروه جاز. وقال ابن

لما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال لبلال عند صلاة الفجر « يابلال حدثني بأرجى عمل عملته في الاسلام فاني سمعت دق نعليك بين يدي في الجنة » فقال : ماعملت عملا أرجى عندي فاني لم أتطهر طهوراً في ساعة من ليل أو نهار الا صليت بذلك الطهور ما كتب لي أن أصلي ، متفق عليه ، واللفظ للبخاري ، وعن بريدة قال : أصبح رسول الله ﷺ فدعا بلالا فقال « يابلال بم سبقتني الى الجنة ؟ مادخلت الجنة قط إلا سمعت خشخشتك أمامي إني دخلت البارحة الجنة فسمعت خشخشتك » وذكر الحديث وفيه قال : وقال لبلال « بم سبقتني الى الجنة ؟ » قال : ما أحدثت إلا توضأت وصليت ركعتين فقال رسول الله ﷺ « بهذا » ورواه الامام أحمد وهذا لفظه والترمذي وقال حديث حسن صحيح غريب

(فصل) وقد وصف عبدالله بن المبارك صلاة التسبيح فذكر أنه يقول قبل القراءة وبعد الاستفتاح

عقيل يستخلف من يسلم بهم والاولى انتظاره وان سلموا لم يحتاجوا إلى خليفة فانه لم يبق من الصلاة الا السلام فلا حاجة الى الاستخلاف فيه ، ويقوى عندي أنه لا يصح الاستخلاف في هذه الصورة لانه ان بنى جاس في غير موضع جلوسه وصار تابعا للمأمومين ، وان ابتدأ جلس المأمومون في غير موضع جلوسهم ولم يرد الشرع بهذا وإنما ثبت الاستخلاف في موضع الاجماع حيث لم يحتج إلى شيء من هذا فلا يلحق به ماليس في معناه والله أعلم

(فصل) واذا استخلف من لا يدري كم صلى احتمل أن يبني على اليقين فان وافق الحق والا سبحوا به فرجع اليهم ويسجد للسهو وقال النخعي ينظر مايصنع من خلفه. وقال الشافعي يتصنع فان سبحوا به جلس وعلم أنها الرابعة . وقال الاوزاعي يصلي بهم ركعة لانه تيقن بقاء ركعة ثم يتأخر ويقدم رجلا يصلي بهم مابقي من صلاتهم فاذا سلم قام الرجل فأتم صلاته وقال مالك يصلي لنفسه صلاة تامة فان فرغوا من صلاتهم قعدوا وانتظروه والاقوال الثلاثة الاولى متقاربة

ولنا على أنه لا يستخلف أنه ان شك في عدد الركعات فلم يجز له الاستخلاف لذلك كغير المستخلف

ولنا على أنه يبني على اليقين أنه شك ممن لا ظن له فوجب البناء على اليقين كسائر المصلين

(فصل) ومن أجاز الاستخلاف فقد أجاز نقل الجماعة الى جماعة أخرى للعذر ويشهد لذلك أن النبي ﷺ جاء وأبو بكر في الصلاة فتأخر أبو بكر وتقدم النبي ﷺ فأتم بهم الصلاة وفعل هذا مرة أخرى جاء حتى جلس إلى جانب أبي بكر عن يساره وأبو بكر عن يمينه قائم يأتم بالنبي ﷺ ويأتم الناس بابي بكر وكلا الحديثين صحيح متفق عليهما ، وهذا يقوي جواز الاستخلاف والانتقال من جماعة إلى جماعة أخرى حال العذر .فيخرج من هذا أنه لو أدرك اثنان بعض الصلاة مع الامام فلما سلم الامام ائتم أحدهما بصاحبه ونوى الآخر امامته ان ذلك يصح لانه في معنى الاستخلاف ، ومن لم يجز الاستخلاف لم يجز ذلك ولو تخلف امام الحي من الصلاة لغيبة أو مرض أو عذر وصلى غيره وحضر

خمس عشرة مرة سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله الا الله ، والله أكبر ، ثم يقولها بعد القراءة عشراً ، ويقولها في الركوع عشراً ، وفي الرفع منه عشراً ، وفي السجود عشراً ، وفي الرفع منه عشراً ، وفي السجدة الثانية عشراً ،فذلك خمس وسبعون تسبيحة في كل ركعة ،قال أبو وهب : وأخبرني عبد العزيز هو ابن أبي رزمة عن عبدالله قال : يبدأ في الركوع بسبحان ربي العظيم ، وفي السجود بسبحان ربي الاعلى ثلاثا ،ثم يسبح التسبيحات وعن أبي رزمة قال : قلت لعبدالله بن المبارك ان سها فيها أيسبح في سجدتي السهو عشراً عشراً ؟ قال لا انما هي ثلاثمائة تسبيحة رواه الترمذي

﴿مسئلة﴾ (ثم التراويح وهي عشرون ركعة يقوم بها في رمضان في جماعة ويوتر بعدها في الجماعة) التراويح سنة مؤكدة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو هريرة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرغب في قيام رمضان من غير أن يأمرهم فيه بعزيمة فيقول « من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر

امام الحي في أثناء الصلاة فتأخر الامام وتقدم إمام الحي فبنى على صلاة خليفته كما فعل النبي ﷺ وأبو بكر ففي ذلك وجهان (أحدهما) يجوز لان النبي ﷺ فعله فيجوز لغيره أن يفعل مثل فعله (والثاني) لايجوز لاحتمال أن يكون ذلك خاصاً بالنبي ﷺ لعدم مساواة غيره له في الفضل

(فصل) إذا وجد المبطل في المأموم دون الامام مثل أن يكون المأموم محدثا أو نجسا ولم يعلم بذلك إلا بعد فراغه من الصلاة أو سبقه الحدث في أثناء الصلاة أو ضحك أو تكلم أو ترك ركنا أو غير ذلك من المبطلات ولم يكن مع الامام من تنعقد به الصلاة سواه فقياس المذهب أن حكمه كحكم الامام معه على ما فصلناه لان ارتباط صلاة الامام بالمأموم كارتباط صلاة المأموم بالامام، فما فسد ثم فسد ههنا وما صح ثم صح ههنا

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رجلين أم أحدهما صاحبه فشم كل واحد منهما ريحا أو سمع صوتا يعتقد أنه من صاحبه وكل يقول ليس مني: يتوضآن ويصليان إنما فسدت صلاتهما لان كل واحد منهما يعتقد فساد صلاة صاحبه وانه صار فذاً، وهذا على الرواية التي تقول بفساد صلاة كل واحد من الامام والمأموم بفساد صلاة صاحبه لكونه صار فذاً. وعلى الرواية المنصورة ينوي كل واحد منهما الانفراد ويتم صلاته. ويحتمل أنه انما قضى بفساد صلاتهما إذا أتما الصلاة على ما كان عليه من غير فسخ النية فان المأموم يعتقد أنه مؤتم بمحدث والامام يعتقد أنه يؤم محدثا، وأما الوضوء فلعل أحمد رحمه الله انما أراد بقوله يتوضآن لتصح صلاتهما جماعة إذ ليس لأحدهما أن يأتم بصاحبه أو يؤمه مع اعتقاد حدثه ولعله أمر بذلك احتياطا أما اذا صليا منفردين فانه لا يجب الوضوء على واحد منهما لان يقين الطهارة موجود في كل واحد منهما والحدث مشكوك فيه فلا يزول اليقين بالشك

(فصل) ونقل عن أحمد في امام صلى بقوم فشهد اثنان عن يمينه انه أحدث وأنكر الامام وبقية المأمومين: يعيد ويعيدون. وهذا لان شهادتهما اثبات يقدم على النفي لاحتمال علمهما به مع خفائه عنه وعن بقية المأمومين. وقوله يعيدون لان المأمومين متى علم بعضهم بحدث امامهم لزمت الجميع الاعادة على المنصوص. ويحتمل أن تختص الاعادة من علم دون غيره على ما تقدم والله أعلم

له ما تقدم من ذنبه» وعن عائشة: صلى رسول الله ﷺ في المسجد ذات ليلة فصلى بصلاته ناس ثم صلى في القابلة وكثر الناس ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة فلم يخرج اليهم رسول الله ﷺ فلما أصبح قال «قد رأيت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج اليكم الا أني خشيت أن تفرض عليكم» وذلك في رمضان. رواه مسلم، وعن أبي ذر قال: صمنا مع رسول الله ﷺ رمضان فلم يقم بنا شيئا من الشهر حتى بقي سبع فقام بنا حتى ذهب ثلث الليل، فلما كانت السادسة فلم يقم بنا فلما كانت الخامسة قام بنا حتى ذهب شطر الليل فقلت يارسول الله لو نفلتنا قيام هذه الليلة، قال فقال «ان الرجل اذا صلى مع الامام حتى ينصرف حسب له قيام ليلة» قال فلما كانت الرابعة لم يقم، فلما كانت الثالثة جمع أهله ونساءه والناس فقام بنا حتى خشينا أن يفوتنا

باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها

روى ابن عباس قال : شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس ، وبعد العصر حتى تغرب الشمس وعن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « لاصلاة بعدالصبح حتى ترتفع الشمس ، ولاصلاة بعدالعصر حتى تغرب الشمس » متفق عليهما . وفي لفظ « بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر » رواه مسلم وعن أبي هريرة مثل حديث عمر إلا أنه قال « وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس » . وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « إذا بدا حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تبرز وإذا غاب حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تغيب » رواهما مسلم . وعن عقبة بن عامر قال : ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهن أو أن نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تتضيف الشمس للغروب حين تغرب . وعن عمرو بن عنبسة قال : قلت يارسول الله أخبرني عن الصلاة قال « صل صلاة الصبح ثم أقصر عن الصلاة حين تطلع الشمس حتى ترتفع فانها تطلع حين تطلع بين قرني شيطان، وحينئذ يسجد لها الكفار، ثم صل فان الصلاة محضورة مشهودة حتى يستقل الظل بالرمح ، ثم أقصر عن الصلاة فان حينئذ تسجر جهنم فاذا أقبل الفيء فصل فان الصلاة مشهودة محضورة حتى تصلي العصر ، ثم أقصر عن الصلاة حتى تغرب الشمس فانها تغرب بين قرني شيطان وحينئذ يسجد لها الكفار » رواهن مسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ويقضي الفوائت من الصلوات الفرض)

وجملته أنه يجوز قضاء الفرائض الفائتة في جميع أوقات النهي وغيرها، روي نحو ذلك عن علي رضي الله

الفلاح قال قلت وما الفلاح ؟ قال السحور ثم لم يقم بنا بقية الشهر . رواه الامام أحمد وأبو داود واللفظ له وابن ماجه والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح . وعن أبي هريرة قال : خرج رسول الله ﷺ فاذا الناس يصلون في ناحية المسجد فقال « ماهؤلاء ؟ » فقيل هؤلاء أناس ليس معهم قرآن وأبي بن كعب يصلي بهم ، وهم يصلون بصلاته فقال « أصابوا ونعم ماصنعوا » رواه أبوداود وقال : يرويه مسلم بن خالد وهو ضعيف ، حتى كان زمن عمر رضي الله عنه فجمع الناس على أبي بن كعب . فروى عبدالرحمن بن عبدالقادر قال : خرجت مع عمر ليلة في رمضان فاذا الناس متفرقون يصلي الرجل لنفسه ، ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرهط فقال عمر : إني أرى لو جمعت هؤلاء على قارىء واحد لكان أمثل ، ثم عزم فجمعهم على أبي بن كعب قال : ثم خرجت معه ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم فقال : نعمت البدعة هذه والتي ينامون عنها أفضل من التي يقومون يريد آخر الليل . وكان الناس يقومون أوله ، أخرجه البخاري

عنه وغير واحد من الصحابة ، وبه قال أبو العالية والنخعي والشعبي والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أصحاب الرأي :لاتقضى الفوائت في الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر الا عصر يومه يصليها قبل غروب الشمس لعموم النهي وهو متناول للفرائض وغيرها ، ولان النبي ﷺ لما نام عن صلاة الفجر حتى طلعت الشمس أخرها حتى ابيضت الشمس، متفق عليه ، ولأنها صلاة فلم تجز في هذه الاوقات كالنوافل ، وقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه نام في دالية فاستيقظ عند غروب الشمس فانتظر حتى غابت الشمس ثم صلى ، وعن كعب أحسبه ابن عجرة أنه نام حتى طلع قرن الشمس فأجلسه فلما أن تعلت الشمس قال له : صل الآن

ولنا قول النبي ﷺ « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » متفق عليه وفي حديث أبي قتادة « انما التفريط في اليقظة على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الاخرى فمن فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها » متفق عليه ، وخبر النهي مخصوص بالقضاء في لوقتين الآخرين وبعصر يومه فنقيس محل النزاع على المخصوص ، وقياسهم منقوض بذلك أيضا ، وحديث أبي قتادة يدل على جواز التأخير لا على تحريم الفعل

(فصل) ولو طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح أتمها ، وقال أصحاب الرأى : تفسد لأنها صارت في وقت النهي

ولنا ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغيب الشمس فليتم صلاته ، وأذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته» متفق عليه ، وهذا نص في المسئلة يقدم على عموم غيره

(فصل) ويجوز فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي سواء كان النذر مطلقا أو مؤقتا ، وقال ابو حنيفة : لايجوز ويتخرج لنا مثله بناء على صوم الواجب في أيام التشريق

ولنا أنها صلاة واجبة فأشبهت الفوائت من الفرائض وصلاة الجنازة ، وقد وافقنا فيه فيما بعد صلاة العصر وصلاة الصبح

(فصل) وعددها عشرون ركعة وبه قال الثوري وابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : ست وثلاثون ، وزعم أنه الامر القديم وتعلق بفعل أهل المدينة ، فان صالحا مولى التوأمة قال : أدركت الناس يقومون باحدى وأربعين ركعة يوترون منها بخمس

ولنا أن عمر رضي الله عنه لما جمع الناس على أبي بن كعب كان يصلي بهم عشرين ركعة . وروى السائب بن يزيد نحوه ، وروى مالك عن يزيد بن رومان قال : كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب في رمضان بثلاث وعشرين ركعة ، وعن أبي عبدالرحمن السلمي عن علي رضي الله عنه أنه أمر رجلا يصلي بهم في رمضان عشرين ركعة ، وهذا كالاجماع ، وأما ماروى صالح فان صالحا ضعيف ، ثم لايدري من الناس الذين أخبر عنهم وليس ذلك بحجة ، ثم لو ثبت ان أهل المدينة كلهم فعلوه لكان مافعله عمر وعلي وأجمع عليه الصحابة في عصرهم أولى بالاتباع . قال بعض أهل العلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويركع للطواف)

يعني في أوقات النهي وممن طاف بعد الصبح والعصر وصلى ركعتين ابن عمر وابن الزبير وعطاء وطاوس وفعله ابن عباس والحسن والحسين ومجاهد والقاسم بن محمد وفعله عروة بعد الصبح وهذا مذهب عطاء والشافعي وأبي ثور . وأنكرت طائفة ذلك منهم أبو حنيفة ومالك واحتجوا بعموم أحاديث النهي

ولنا ماروى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ قال «يا بني عبد مناف لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار» رواه الاثرم والترمذي وقال حديث صحيح ولانه قول من سمينا من الصحابة ولان ركعتي الطواف تابعة له فاذا أبيح المتبوع ينبغي أن يباح التبع وحديثهم مخصوص بالفوائت وحديثنا لا تخصيص فيه فيكون أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ويصلي على الجنازة)

أما الصلاة على الجنازة بعد الصبح حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تميل للغروب فلا خلاف فيه قال ابن المنذر اجماع المسلمين في الصلاة على الجنازة بعد العصر والصبح ، وأما الصلاة عليها في الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر فلا يجوز ذكرها القاضي وغيره قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الصلاة على الجنازة إذا طلعت الشمس قال : أما حين تطلع فما يعجبني ثم ذكر حديث عقبة ابن عامر ، وقد روي عن جابر وابن عمر نحو هذا القول وذكره مالك في الموطأ عن ابن عمر وقال الخطابي هذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن الصلاة على الجنازة تجوز في جميع أوقات النهي وهذا مذهب الشافعي لانها صلاة تباح بعد الصبح والعصر فأبيحت في سائر الاوقات كالفرائض .

ولنا قول عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر فيهن موتانا . وذكره مقرونا بالدفن دليل على ارادة صلاة الجنازة ولانها صلاة من غير الصلوات الخمس فلم يجز فعلها في هذه الاوقات الثلاثة كالنوافل المطلقة وانما أبيحت بعد الصبح والعصر لان مدتهما

أنما فعل هذا أهل المدينة لانهم أرادوا مساواة أهل مكة ، فان أهل مكة يطوفون سبعا بين كل ترويحتين فجعل أهل المدينة مكان كل سبع أربع ركعات واتباع أصحاب رسول الله ﷺ أحق وأولى

(فصل) والافضل فعلها في الجماعة نص عليه في رواية يوسف بن موسى ويوتر بعدها في الجماعة لما ذكرنا من حديث يزيد بن رومان . قال أحمد : كان جابر وعلي وعبد الله يصلونها في الجماعة ، وبهذا قال المزني وابن عبد الحكم وجماعة من الحنفية . وقال مالك والشافعي : قيام رمضان لمن قوي في البيت أحب الينا لما روى زيد بن ثابت قال : احتجر رسول الله ﷺ حجيرة بخصفة أو حصير فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فيها قال: فتتبع اليه رجال وجاءوا يصلون بصلاته ، ثم جاءوا ليلة فحضروا وأبطأ رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهم فلم يخرج اليهم فرفعوا أصواتهم وحصبوا الباب فخرج اليهم رسول الله صلى الله عليهم وسلم مغضبا فقال لهم «مازال بكم صنيعكم حتى ظننت أنه سيكتب

تطول فالانتظار يخاف منه عليها وهذه مدتها تقصر ، وأما الفرائض فلا يقاس عليها لأنها آكد ولا يصح قياس هذه الاوقات الثلاثة على الوقتين الآخرين لان النهي فيها آكد وزمنها أقصر فلا يخاف على الميت فيها ولانه نهي عن الدفن فيها والصلاة المقرونة بالدفن تتناول صلاة الجنازة وتمنعها القرينة من الخروج بالتخصيص بخلاف الوقتين الآخرين والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويصلي اذا كان في المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاها)

وجملته أن من صلى فرضه ثم أدرك تلك الصلاة في جماعة استحب له اعادتها أي صلاة كانت بشرط أن تقام وهو في المسجدأويدخل المسجد وهم يصلون ، وهذا قول الحسن والشافعي وأبي ثور فان أقيمت صلاة الفجر أو العصر وهو خارج المسجد لم يستحب له الدخول واشترط القاضي لجواز الاعادة في وقت النهي ان يكون مع امام الحي ولم يفرق الخرقي بين إمام الحي وغيره ولا بين المصلي جماعة وفرادى وكلام أحمد يدل على ذلك أيضاً . قال الاثرم : سألت أبا عبد الله عمن صلى في جماعة ثم دخل المسجد وهم يصلون أيصلي معهم ؟ قال : نعم . وذكر حديث أبي هريرة أما هذا فقد عصى أبا القاسم إنما هي نافلة فلا يدخل فان دخل صلى وان كان قد صلى في جماعة . قيل لأبي عبد الله والمغرب قال : نعم ،الا أنه في المغرب يشفع .وقال مالك: ان كان صلى وحده أعاد المغرب وان كان صلى في جماعة لم يعدها لان الحديث الدال على الاعادة قال فيه : صلينا في رحالنا وقال أبو حنيفة : لاتعاد الفجر ولا العصر ولاالمغرب لانها نافلة فلايجوز فعلها في وقت النهي لعموم الحديث فيه ولا تعاد المغرب لان التطوع لا يكون بوتر . وعن ابن عمر والنخعي تعادَ الصلوات كلها إلا الصبح والمغرب . وقال أبوموسى وأبو مجلز ومالك والثوري والاوزاعي : تعاد كلها إلا المغرب لئلا يتطوع بوتر . وقال الحاكم : إلا الصبح وحدها

عليكم فعليكم الصلاة في بيوتكم ،فان خير صلاة المرء في بيته الا المكتوبة » رواه مسلم

ولنا إجماع الصحابة على ذلك ، وجمع النبي ﷺ أهله وأصحابه في حديث أبي ذر وقوله «ان الرجل إذا صلى مع الامام حتى ينصرف حسب له قيام ليلة» وهذا خاص في قيام رمضان فيقدم على عموم مااحتجوا به وقول النبي ﷺ لهم ذلك معلل بخشية فرضه عليهم ولهذا ترك القيام بهم معللا بذلك أو خشية أن يتخذها الناس فرضا ، وقد أمن هذا بعده

(فصل) قال أحمد : يقرأ بالقوم في شهر رمضان مايخف عليهم ولا يشق لا سيما في الليالي القصار وقال القاضي : لا يستحب النقصان من ختمة في الشهر ليسمع الناس جميع القرآن ، ولا يزيد على ختمة كراهية المشقة على من خلفه ، قال الشيخ رحمه الله والتقدير بحال الناس أولى ، فانه لو اتفق جماعة يرضون بالتطويل ويختارونه كان أفضل كما جاء في حديث أبي ذر قال فقمنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح — يعني السحور . وعن السائب بن يزيد قال : كانوا يقومون على

ولنا ماروى جابر بن يزيد بن الاسود عن أبيه قال شهدت مع رسول الله ﷺ حجته فصليت معه صلاة الفجر في مسجد الخيف وأنا غلام شاب فلما قضى صلاته إذا هو برجلين في آخر القوم لم يصليا معه فقال « علي بهما » فأتي بهما ترعد فرائصهما فقال « مامنعكما أن تصليا معنا؟ » فقالا يارسول الله قد صلينا في رحالنا قال « لا تفعلا، إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكم نافلة » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح والاثرم. وروى مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن بسر بن محجن عن ابيه انه كان جالسا مع رسول الله ﷺ فأذن للصلاة فقام رسول الله ﷺ فصلى ثم رجع ومحجن في مجلسه فقال رسول الله ﷺ « ما منعك أن تصلي مع الناس ألست برجل مسلم ؟ » فقال بلى يارسول الله ولكني قد صليت في أهلي . فقال له رسول الله ﷺ « إذا جئت فصل مع الناس وإن كنت قد صليت » وعن أبي ذر قال : ان خليلي - يعني النبي ﷺ - أوصاني أن أصلي الصلاة لوقتها فاذا أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة [1] رواه مسلم . وفي رواية « فان أدركتها معهم فصل ولا تقل إني قد صليت فلا أصلي » رواه النسائي . وهذه الاحاديث بعمومها تدل على محل النزاع، وحديث يزيد بن الاسود صريح في إعادة الفجر والعصر مثلها ، والاحاديث باطلاقها تدل على الاعادة سواء كان مع إمام الحي أو غيره وسواء صلى وحده أو في جماعة . وقد روى أنس قال صلى بنا أبو موسى الغداة في المربد فانتهينا إلى المسجد الجامع فأقيمت الصلاة فصلينا مع المغيرة بن شعبة . وعن صلة عن حذيفة أنه أعاد الظهر والعصر والمغرب وكان قد صلاهن في جماعة ، رواهما الاثرم

عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في شهر رمضان بعشرين ركعة وكانوا يقومون بالمائتين ، وكانوا يتوكؤن على عصيهم في عهد عثمان رضي الله عنه من شدة القيام ، رواه البيهقي . وعن أبي عثمان النهدي قال : دعا عمر بن الخطاب بثلاثة قراء فاستقرأهم فأمر أسرعهم قراءة أن يقرأ الناس بثلاثين آية وأوسطهم أن يقرأ خمسا وعشرين آية ، وأمر أبطأهم أن يقرأ عشرين آية ، رواه البيهقي ، وكان السلف يستعجلون خدمهم بالطعام مخافة طلوع الفجر

(فصل) فان كان له تهجد جعل الوتر بعده لقول النبي ﷺ « واجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا »

﴿ مسئلة ﴾ (فان أحب متابعة الامام فأوتر معه قام إذا سلم الامام فشفعها بأخرى)

قال أبو داود : سمعت أحمد يقول : يعجبني أن يصلي مع الامام ويوتر معه لقول النبي ﷺ « إن الرجل إذا قام مع الامام حتى ينصرف كتب له بقية ليلته » قال وكان أحمد يقوم مع الناس ويوتر معهم

---

١) في الحديث حذف وتلفيق وابهام وروي في مسلم بالفاظ منها هذا اللفظ : ان خليلي أوصاني أن أسمع وأطيع وان كان عبداً مجدع الاطرف - وأن أصلي الصلاة لوقتها ، فان أدركت القوم وقد صلوا كنت قد أحرزت صلاتك وإلا كانت لك نافلة» وأصل الكلام في الامراء الذين يؤخرون الصلاة عن وقتها كما في الروايات الاخرى . والمعنى كما يؤخذ من سائرها: وقال لي «ص» فان أدركت القوم وقد صلوا الجماعة مع الامير منهم فذاك والا كانت صلاتك معهم ثانية نافلة . وقبل هذه الرواية في أول الباب « ياأبا ذر إنه سيكون بعدي أمراء يميتون الصلاة فصل الصلاة لوقتها فان صليت لوقتها كانت لك نافلة وإلا كنت قد أحرزت صلاتك» قال النووي : معناه إذا علمت من حالهم تأخيرها عن وقتها المختار فصلها لاول وقتها ثم إن صلوها هم لوقتها المختار فصلها أيضاً معهم وتكون صلاتك معهم نافلة وإلا كنت قد أحرزت صلاتك وصنتها بفعلك في أول الوقت اه . والمراد من مجموع الروايات ان الامراء نواب الامام الاعظم اذا قصروا في إقامة صلاة الجماعة لوقتها فالاحتياط للافراد أن يصلوها في وقتها ولو فرادى ومن حضر منهم المسجد صلى مع الجماعة وراء الامير لاقامة شعار الاسلام وتحسب الثانية له نافلة . وكتبه محمد رشيد

(فصل) اذا أعاد المغرب شفعها برابعة نص عليه أحمد وبه قال الاسود بن يزيد والزهري والشافعي وإسحاق ورواه قتادة عن سعيد بن المسيب . وروى صلة عن حذيفة أنه لما أعاد المغرب قال : ذهبت أقوم في الثالثة فأجلسني ، وهذا يحتمل أنه أمره بالاقتصار على ركعتين لتكون شفعا ويحتمل انه أمره بالصلاة مثل صلاة الامام

ولنا أن هذه الصلاة نافلة ولا يشرع التنفل بوتر غير الوتر فكان زيادة ركعة أولى من نقصانها لئلا يفارق امامه قبل اتمام صلاته

(فصل) ان أقيمت الصلاة وهوخارج من المسجدفان كان في وقت نهي لم يستحب له الدخول وان كان في غير وقت نهي استحب له الدخول في الصلاة معهم وان دخل وصلى معهم فلا بأس لما ذكرنا من خبر أبي موسى ولا يستحب لماروى مجاهد قال خرجت مع ابن عمر من دار عبدالله بن خالد بن أسيد حتى اذا نظر الى باب المسجد إذا الناس في الصلاة فلم يزل واقفاحتي صلى الناس وقال إني صليت في البيت ، رواه الامام احمد في المسند .

(فصل) إذا أعاد الصلاة فالاولى فرضه روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الثوري وابوحنيفة وإسحاق والشافعي في الجديد ،وعن سعيدبن المسيب وعطاء والشعبي التي صلى معهم المكتوبة لما روي في حديث يزيد بن الأسود أن النبي ﷺ قال « إذا جئت إلى الصلاةفوجدت الناس فصل معهم وإن كنت قد صليت تكن لك نافلة وهذه مكتوبة »

ولنا قوله في الحديث الصحيح « تكن لكما نافلة » وقوله في حديث أبي ذر «فانها لك نافلة» ولان الاولى قد وقعت فريضة وأسقطت الفرض بدليل أنها لا تجب ثانيا وإذا برئت الذمة بالاولى استحال كون الثانية فريضة وجعل الاولى نافلة . قال حماد قال ابراهيم إذا نوى الرجل صلاة وكتبتها الملائكة فمن يستطيع أن يحولها ؟ فماصلى بعدها فهو تطوع ، وحديثهم لاتصريح فيه فيجب أن يحمل معناه على مافي الاحاديث الباقية سواء فعلى هذا لاينوي الثانية فرضا لكن ينويها ظهراً معادة وان نواها نافلة صح

(فصل) ولا تجب الاعادة قال القاضي لاتجب رواية واحدة ، وقال بعض أصحابنا

وأخبرني الذي كان يؤمه في شهر رمضان انه كان يصلي معهم التراويح كلها والوتر قال : وينتظرني بعد ذلك حتى أقوم ثم يقوم كأنه يذهب إلى حديث أبي ذر . وإذا أوتر مع الامام شفعها بأخرى إذا سلم إمامه لقوله عليه السلام « لا وتران في ليلة » ويؤخر وتره إلى آخر الليل للحديث المذكور . قال ابو داود : وسئل أحمد عن قوم صلوا في رمضان خمس تراويح لم يتروحوا بينها قال : لا بأس . وسئل عمن أدرك من ترويحة ركعتين يصلي اليها ركعتين فلم ير ذلك ، وقيل لأحمد : يؤخر القيام يعني في التراويح إلى آخر الليل ؟ قال : لا . سنة المسلمين أحب إلي

(فصل) ويجعل ختم القرآن في التراويح ، نص عليه في رواية الفضل بن زياد قال : حتى يكون لنا دعاء بين اثنين قلت : كيف أصنع قال : إذا فرغت من آخر القرآن فارفع يديك قبل أن تركع

فيها رواية أخرى أنها تجب مع امام الحي لان النبي ﷺ أمر بها

ولنا أنها نافلة والنافلة لاتجب وقد قال النبي ﷺ « لاتصل صلاة في يوم مرتين » رواه أبوداود ومعناه واجبتان والله أعلم . والامر للاستحباب ، فعلى هذا إن قصد الاعادة فلم يدرك إلا ركعتين فقال الآمدي : يجوز أن يسلم معهم لانها نافلة ، ويستحب أن يتمها لانه قصدها أربعا ، ونص أحمد رحمه الله على انه يتمها أربعاً لقوله عليه السلام « وما فاتكم فأتموا »

﴿ مسئلة ﴾ قال (في كل وقت نهي عن الصلاة فيه وهو بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس)

اختلف أهل العلم في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها فذهب أحمد رحمه الله الى أنها من بعد الفجر حتى ترتفع الشمس قدر رمح وبعد العصر حتى تغرب الشمس وحال قيام الشمس حتى تزول وعدها أصحابه خمسة أوقات من الفجر الى طلوع الشمس وقت ، ومن طلوعها الى ارتفاعها وقت ، وحال قيامها وقت ، ومن العصر الى شروع الشمس في الغروب وقت ، والى تكامل الغروب وقت . والصحيح أن الوقت الخامس من حين تتضيف الشمس للغروب الى ان تغرب لان عقبة بن عامر قال: ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر فيهن موتانا : حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل ، وحين تتضيف الشمس للغروب حتى تغرب . فجعل هذه ثلاثة أوقات ، وقد ثبت لنا وقتان آخران بحديث عمر وأبي سعيد فيكون الجميع خمسة . ومن جعل الخامس وقت الغروب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم خصه بالنهي في حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا بدا حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تبرز وإذا غاب حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تغيب » وفي حديث «ولا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها » وعلى كل حال فهذه الاوقات المذكورة منهي عن الصلاة فيها وهو قول الشافعي

وادع بنا ونحن في الصلاة وأطل القيام . قلت بم أدعو ؟ قال : بما شئت ، قال حنبل : وسمعت أحمد يقول في ختم القرآن : اذا فرغت من قراءة قل أعوذ برب الناس فارفع يديك في الدعاء قبل الركوع قلت الى أي شيء تذهب في هذا ؟ قال : رأيت أهل مكة وسفيان بن عيينة يفعلونه ، قال العباس بن عبدالعظيم: أدركت الناس بالبصرة يفعلونه وبمكة، ويروي أهل المدينة في هذا شيئاً وذكر عن عثمان بن عفان

(فصل) واختلف اصحابنا في قيام ليلة الثلاثين من شعبان في الغيم ، فحكي عن القاضي قال : جرت هذه المسئلة في وقت شيخنا أبي عبد الله بن حامد فصلى وصلاها القاضي أبو يعلى لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان الله فرض عليكم صيامه ، وسننت لكم قيامه » فجعل القيام مع الصيام ، وذهب أبو حفص العكبري الى ترك القيام وقال: المعول في الصيام على حديث ابن عمر وفعل الصحابة والتابعين ولم ينقل عنهم قيام تلك الليلة ، واختاره الميموني لان الاصل بقاء شعبان وانما صرنا الى الصوم

وأصحاب الرأي ، وقال ابن المنذر : انما المنهي عنه الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بدليل تخصيصها بالنهي في حديثه وحديث ابن عمر وقوله « لاتصلوا بعد العصر إلا أن تصلوا والشمس مرتفعة » رواه أبو داود ، وقالت عائشة : وهم عمر ، انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها

ولنا ماذكرنا من الاحاديث في أول الباب وهي صحيحة صريحة والتخصيص في بعض الاحاديث لايعارض العموم الموافق له بل يدل على تأكد الحكم فيما خصه ، وقول عائشة في رد خبر عمر غير مقبول فانه مثبت لروايته عن النبي ﷺ وهي تقول برأيها ، وقول النبي ﷺ أصح من قولها ثم هي قد روت ذلك أيضا ، فروى ذكوان مولى عائشة أنها حدثته أن رسول الله ﷺ كان يصلي بعد العصر وينهى عنه ° رواه أبو داود . فكيف يقبل ردها لما قد أقرت بصحته ، وقد رواه أبو سعيد وعمر وابن عنبسة وأبو هريرة وابن عمر والصنابحي وأم سلمة كنحو رواية عمر فلا يترك هذا بمجرد رأي مختلف متناقض

(فصل) والنهي عن الصلاة بعد العصر متعلق بفعل الصلاة فمن لم يصل أبيح له التنفل وإن صلى غيره ومن صلى العصر فليس له التنفل وإن لم يصل أحد سواه لانعلم في هذا خلافا عند من يمنع الصلاة بعد العصر . فأما النهي بعد الفجر فيتعلق بطلوع الفجر ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والعلاء ابن زياد وحميد بن عبد الرحمن وأصحاب الرأي ، وقال النخعي كانوا يكرهون ذلك يعني التطوع بعد طلوع الفجر ، ورويت كراهيته عن عبدالله بن عمر وعبدالله بن عمرو ، وعن أحمد رواية أخرى أن النهي متعلق بفعل الصلاة أيضاً كالعصر ، وروي نحو ذلك عن الحسن والشافعي لما روى أبوسعيد أن النبي ﷺ قال « لا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس ، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس » رواه مسلم ، وروى أبو داود حديث عمر بهذا اللفظ ، وفي حديث عمرو بن عنبسة قال « صل صلاة الصبح ثم اقصر عن الصلاة » كذا رواه مسلم ، وفي رواية أبي داود قال : قلت يارسول الله

احتياطا للواجب والصلاة غير واجبة فتبقى على الاصل

(فصل) وسئل أبو عبد الله اذا قرأ (قل أعوذ برب الناس) يقرأ من البقرة شيئاً ؟ قال : لا ولم يستحب أن يصل ختمته بقراءة شيء ، ولعله لم يثبت فيه عنده أثر صحيح . وسئل عن الامام في شهر رمضان يدع الآيات من السورة ترى لمن خلفه أن يقرأها ؟ قال نعم قد كان بمكة يوكلون رجلا يكتب ماترك الامام من الحروف وغيرها ، فاذا كان ليلة الختمة أعاده ، وانما استحب ذلك لتكمل الختمة ويعظم الثواب .

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره التطوع بين التراويح ، وفي التعقيب روايتان وهو أن يتطوع بعد التراويح والوتر في جماعة) يكره التطوع بين التراويح نص عليه أحمد وقال : فيه عن ثلاثة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبادة وأبو الدرداء وعقبة بن عامر ، وذكر لأبي عبد الله رخصة فيه عن بعض

أي الليل أسمع ؟ قال « جوف الليل الآخر فصل ماشئت فان الصلاة مكتوبة مشهودة حتى تصلي الصبح ثم اقصر حتى تطلع الشمس فترتفع قدر رمح أو رمحين » ولان لفظ النبي ﷺ في العصر علق على الصلاة دون وقتها فكذلك الفجر ، ولانه وقت نهي بعد صلاة فيتعلق بفعلها كبعد العصر . والمشهور في المذهب الاول لما روى يسار مولى ابن عمر قال : رآني ابن عمر وأنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال يايسار إن رسول الله ﷺ خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة فقال « ليبلغ شاهدكم غائبكم لا تصلوا بعد الفجر الا سجدتين » رواه أبو داود ، وفي لفظ « لاصلاة بعد طلوع الفجر إلا سجدتان » رواه الدارقطني ، وفي لفظ الا ركعتي الفجر » وقال هو غريب . رواه قدامة بن موسى وقد روى عنه غير واحد من أهل العلم وقال هذا ماأجمع عليه أهل العلم ، وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا طلع الفجر فلا صلاة إلا ركعتا الفجر » وهذا يبين مراد النبي ﷺ من اللفظ المجمل ولا يعارضه تخصيص مابعد الصلاة بالنهي فان ذلك دليل خطاب وهذا منطوق فيكون أولى وحديث عمرو بن عنبسة قد اختلفت ألفاظ الرواة فيه وهو في سنن ابن ماجه حتى يطلع الفجر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يبتديء في هذه الاوقات صلاة يتطوع بها)

لاأعلم خلافا في المذهب أنه لايجوز أن يبتديء صلاة تطوع غير ذات سبب وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابن المنذر رخصت طائفة في الصلاة بعد العصر روينا ذلك عن علي والزبير وابنه وتميم الداري والنعمان بن بشير وأبي أيوب الانصاري وعائشة وفعله الاسود بن يزيد وعمر وابن ميمون ومسروق وشريح وعبدالله بن أبي الهذيل وأبو بردة وعبد الرحمن بن الاسود وابن البيلماني والاحنف بن قيس ، وحكي عن أحمد أنه قال : لانفعله ولا نعيب فاعله وذلك لقول عائشة رضي الله عنها ماترك رسول الله ﷺ ركعتين بعد العصر عندي قط ، وقولها وهم عمر انما نهى

الصحابة فقال : هذا باطل انما فيه عن الحسن وسعيد بن جبير ، وقال أحمد يتطوع بعد المكتوبة ولا يتطوع بين التراويح ، وروى الاثرم عن أبي الدرداء أنه أبصر قوما يصلون بين التراويح فقال : ماهذه الصلاة ؟ أتصلي وامامك بين يديك ليس منا من رغب عنا ، وقال من قلة فقه الرجل أنه يرى أنه في المسجد وليس في صلاة

(فصل) فأما التعقيب أو صلاة التراويح في جماعة أخرى فعنه الكراهة نقلها عنه محمد بن الحكم إلا انه قول قديم ، قال أبو بكر واذا أخر الصلاة إلى نصف الليل أو آخره لم يكره رواية واحدة وانما الخلاف فيما اذا رجعوا قبل الامام ، وعنه لا بأس به ، نقلها عنه الجماعة وهو الصحيح لقول أنس رضي الله عنه مايرجعون إلا لخير يرجونه ، أو لشر يحذرونه ، وكان لايرى به بأساً ، ولانه خير وطاعة فلم يكره كما لو أخره إلى آخر الليل

رسول الله ﷺ أن يتحرى طلوع الشمس أوغروبها رواهما مسلم .وقول علي عن النبي ﷺ «لا صلاة بعد العصر الا والشمس مرتفعة »

ولنا الاحاديث المذكورة في أول الباب وهي صحيحة صريحة ، وروى أبو بصرة قال صلى بنا رسول الله ﷺ صلاة العصر بالمخمص فقال « ان هذه الصلاة عرضت على من كان قبلكم فضيعوها فمن حافظ عليها كان له أجره مرتين ولا صلاة بعدها حتى يطلع الشاهد » رواه مسلم وهذا خاص في محل النزاع ، وأما حديث عائشة فقد روى عنها ذكوان مولاها أنها حدثته أن رسول الله ﷺ كان يصلي بعد العصر وينهى عنها . رواه أبو داود ، وروى أبو سلمة أنه سأل عائشة عن السجدتين اللتين كان رسول الله ﷺ يصليهما بعد العصر فقالت كان يصليهما قبل العصر ثم إنه شغل عنهما أو نسيهما فصلاهما بعد العصر ثم أثبتهما وكان اذا صلى صلاة أثبتها . وعن أم سلمة قالت : سمعت رسول الله ﷺ ينهى عنها ثم رأيته يصليها وقال « يابنت أبي أمية إنه أتاني ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر فهما هاتان » رواهما مسلم وهذا يدل على أن النبي ﷺ انما فعله لسبب وهو قضاء مافاته من السنة وانه نهى عن الصلاة بعد العصر كما رواه غيرهما وحديث عائشة يدل على اختصاص النبي ﷺ بذلك ونهيه غيره وهذا حجة على من خالف ذلك فان النزاع انما هو في غير النبي ﷺ وقد ثبت ذلك من غير معارض له

(فصل) فأما التطوع لسبب غير ماذكره الخرقي فالمنصوص عن أحمد رحمه الله في الوتر أنه يفعله قبل صلاة الفجر ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل أيوتر الرجل بعد مايطلع الفجر ؟ قال نعم وروي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وحذيفة وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وفضالة بن عبيد وعائشة وعبد الله بن عامر بن ربيعة وعمرو بن شرحبيل ، وقال أيوب السختياني وحميد الطويل ان أكثر وترنا لبعد طلوع الفجر ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وروي

(فصل) ويستحب أن يجمع أهله عند ختم القرآن وغيرهم لحضور الدعاء ، وكان أنس اذا ختم القرآن جمع أهله وولده ، وروي ذلك عن ابن مسعود وغيره ، ورواه ابن شاهين مرفوعا ، واستحسن أبو عبد الله التكبير عند آخر كل سورة من سورة الضحى إلى آخر القرآن ، لأنه يروى عن أبي بن كعب أنه قرأ على النبي ﷺ فأمره بذلك ، رواه القاضي باسناده في الجامع . ولا بأس بقراءة القرآن في الطريق ولا وهو مضطجع ، قال اسحاق بن ابراهيم خرجت مع أبي عبد الله إلى الجامع فسمعته يقرأ سورة الكهف ، وعن ابراهيم التيمي قال كنت أقرأ على أبي موسى وهو يمشي في الطريق فاذا قرأت السجدة قلت له أسجد في الطريق ؟ قال نعم ، وعن عائشة أنها قالت : اني لأقرأ القرآن وأنا مضطجعة على سريري ، رواه الفيرياني في فضائل القرآن

(فصل) ويستحب ختم القرآن في كل سبعة أيام ، قال عبد الله بن أحمد كان أبي يختم القرآن

عن علي رضي الله عنه أنه خرج بعد طلوع الفجر فقال : لنعم ساعة الوتر هذه وروي عن عاصم قال جاء ناس إلى أبي موسى فسألوه عن رجل لم يوتر حتى أذن المؤذن قال لا وتر له ، فأتوا عليا فسألوه فقال اغرق في النزع الوتر ما بينه وبين الصلاة ، وأنكر ذلك عطاء والنخعي وسعيد بن جبير وهو قول أبي موسى على ما حكينا واحتجوا بعموم النهي

ولنا ما روى أبو بصرة الغفاري قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء الى صلاة الصبح الوتر الوتر » رواه الاثرم ، واحتج به أحمد ولانه قول من سمينا من الصحابة وأحاديث النهي الصحيحة ليست صريحة في النهي قبل صلاة الفجر على ماقدمناه انما فيه حديث ابن عمر وهو غريب ، وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نام عن الوتر أو نسيه فليصله إذا أصبح أو ذكر » رواه ابن ماجه وهذا صريح في محل النزاع . إذا ثبت هذا فانه لا ينبغي لاحد أن يتعمد ترك الوتر حتى يصبح لهذا الخبر ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « فاذا خشي أحدكم الصبح فليصل ركعة توتر له ما قد صلى » متفق عليه وهكذا قال مالك وقال من فاتته صلاة الليل فله أن يصلي بعد الصبح قبل أن يصلي الصبح وحكاه ابن أبي موسى في الارشاد مذهبا لأحمد قياسا على الوتر ، ولان هذا الوقت لم يثبت النهي فيه صريحا فكان حكمه خفيفا .

(فصل) فأما قضاء سنة الفجر بعدها فجائز الا أن أحمد اختار أن يقضيهما من الضحى ، وقال ان صلاهما بعد الفجر أجزأ وأما أنا فاختار ذلك ، وقال عطاء وابن جريج والشافعي يقضيهما بعدها لما روي عن قيس بن فهد قال رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أصلي ركعتي الفجر بعد صلاة الفجر فقال « ما هاتان الركعتان ياقيس ؟ » قلت يارسول الله لم أكن صليت ركعتي الفجر فهما هاتان رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وسكوت النبي صلى الله عليه وسلم يدل على الجواز ولأن

في النهار في كل سبع يقرأ كل يوم سبعا لا يكاد يتركه نظراً وذلك لما روي أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمرو « اقرأ القرآن في كل سبع ولا تزيدن على ذلك » رواه أبو داود وعن أوس بن حذيفة قال : قلنا لرسول الله ﷺ لقد أبطأت عنا الليلة قال « إنه طرأ علي حزبي من القرآن فكرهت أن أجيء حتى اختمه » قال أوس: سألت أصحاب رسول الله ﷺ كيف تحزبون القرآن ؟ قالوا : ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة واحد عشر وثلاثة عشر وحزب المفصل وحده ، رواه أبو داود ، ورواه الامام أحمد وفيه حزب المفصل من ق حتى يختم ، رواه الطبراني فسألنا أصحاب رسول الله ﷺ كيف كان رسول الله ﷺ يحزب القرآن ؟ فقالوا: كان يحزبه ثلاثا وخمسا وذكره وان قرأه في ثلاث فحسن لانه روي عن عبدالله بن عمرو قال : قلت لرسول الله ﷺ ان لي قوة قال « اقرأه في ثلاث » رواه أبو داود فان قرأه في أقل من ثلاث فعنه يكره ذلك لما روى عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله

النبي ﷺ قضى سنة الظهر بعد العصر وهذه في معناها ولأنها صلاة ذات سبب فاشبهت ركعتي الطواف ، وقال أصحاب الرأي لايجوز لعموم النهي ولما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعد ما تطلع الشمس » رواه الترمذي ، وقال لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن عاصم . قال ابن الجوزي رحمه الله وهو ثقة أخرج عنه البخاري وكان ابن عمر يقضيهما من الضحى وحديث قيس مرسل قاله أحمد والترمذي لأنه يرويه محمد بن ابراهيم عن قيس ولم يسمع منه وروي من طريق يحيى بن سعيدعن جده وهو مرسل أيضا ورواه الترمذي قال :قلت يارسول الله اني لم اكن ركعت ركعتي الفجر قال «فلا إذاً» وهذا يحتمل النهي واذا كان الامرهكذا كان تأخيرها الى وقت الضحى أحسن لنخرج من الخلاف ولانخالف عموم الحديث وإن فعلها فهوجائز لان هذا الخبر لايقصر عن الدلالة على الجواز والله أعلم

(فصل) وأما قضاء السنن الراتبة بعد العصر فالصحيح جوازه لان النبي ﷺ فعله فانه قضى الركعتين اللتين بعد الظهر بعد العصر في حديث أم سلمة وقضى الركعتين اللتين قبل العصر بعدها في حديث عائشة والاقتداء بما فعله النبي ﷺ متعين ولان النهي بعد العصر خفيف لما روي في خلافه من الرخصة وما وقع من الخلاف فيه ، وقول عائشة إنه كان ينهي عنها معناه والله أعلم نهى عنها لغير هذا السبب أو أنه كان يفعلها على الدوام وينهى عن ذلك ، وهذا مذهب الشافعي ومنعه أصحاب الرأي لعموم النهي ، وما ذكرناه خاص فالاخذ به أولى الا أن الصحيح في الركعتين قبل العصر أنها لا تقضى لما روت عائشة أن النبي ﷺ صلاهما فقلت له أتقضيهما إذا فاتتا ؟ قال « لا » رواه ابن النجار في الجزء الخامس من حديثه

(فصل) فأما قضاء السنن في سائر أوقات النهي وفعل غيرها من الصلوات التي لها سبب كتحية المسجد وصلاة الكسوف وسجود التلاوة فالمشهو في المذهب أنه لا يجوز ذكره

ﷺ «لا يفقه من قرأه في أقل من ثلاث» رواه أبوداود وعنه أن ذلك غيرمقدر بل هو على حسب مايجد من النشاط والقوة لان عثمان كان يختمه في ليلة ،وروي ذلك عن جماعة من السلف .والافضل الترتيل لقول الله تعالى (ورتل القرآن ترتيلا) وعن عائشة أنها قالت : لا أعلم رسول الله ﷺ قرأ القرآن كله في ليلة رواه مسلم وعنها قالت : كان رسول الله ﷺ لا يختم القرآن في أقل من ثلاث ، رواه أبوعبيد في فضائل القرآن ، وقال ابن مسعود فيمن قرأ القرآن في أقل من ثلاث فهذ كهذ الشعر ونثر كنثر الدقل . ويكره أن يؤخر ختمه اكثر من أربعين يوما لان عبد الله بن عمرو سأل النبي ﷺ في كم يختم القرآن؟ قال«في أربعين يوما ـ ثم قال ـ في شهر ـ ثم قال ـ في عشرين ـ ثم قال ـ في خمس عشرة ـ ثم قال ـ في عشر ـ ثم قال ـ في سبع» لم ينزل من سبع أخرجه أبوداود وقال أحمد أكثر ماسمعت أن يختم القرآن في أربعين ولان تأخيره أكثر من هذا يفضي الى نسيانه والتهاون به وهذا إذا لم يكن عذر فأما مع العذر فذلك واسع

الخرقي في سجود التلاوة وصلاة الكسوف . وقال القاضي : في ذلك روايتان أصحهما أنه لايجوز وهو قول أصحاب الرأي لعموم النهي (والثانية) يجوز وهو قول الشافعي لان النبي ﷺ قال « إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه . وقال في الكسوف « فاذا رأيتموهما فصلوا » وهذا خاص في هذه الصلاة فيقدم على النهي العام في الصلاة كلها ولأنها صلاة ذات سبب فأشبهت ماثبت جوازه

ولنا أن النهي للتحريم والامر للندب وترك المحرم أولى من فعل المندوب ، وقولهم إن الامر خاص في الصلاة قلنا ولكنه عام في الوقت والنهي خاص فيه فيقدم ولا يصح القياس على القضاء بعد العصر لان حكم النهي فيه أخف لما ذكرنا ولا على قضاء الوتر بعد طلوع الفجر لذلك ولانه وقت له بدليل حديث أبي بصرة ولا على صلاة الجنازة لأنها فرض كفاية ويخاف على الميت ولا على ركعتي الطواف لأنهما تابعتان لما لايمنع منه النهي مع أننا قد ذكرنا أن الصحيح أنه لا يصلي على الجنازة في الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر وكذلك لا ينبغي أن يركع للطواف فيها ولا يعيد فيها جماعة وإذا منعت هذه الصلوات المتأكدة فيها فغيرها أولى بالمنع والله أعلم .

(فصل) ولا فرق بين مكة وغيرها في المنع من التطوع في أوقات النهي . وقال الشافعي : لا يمنع فيها لقول النبي ﷺ « لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار » وعن أبي ذر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يصلين أحد بعد الصبح إلى طلوع الشمس ولا بعد العصر إلى أن تغرب الشمس إلا بمكة » يقول : قال ذلك ثلاثا رواه الدارقطني

ولنا عموم النهي وانه معنى يمنع الصلاة فاستوت فيه مكة وغيرها كالحيض وحديثهم أراد به ركعتي الطواف فيختص بهما وحديث أبي ذر ضعيف يرويه عبدالله بن المؤمل وهو ضعيف قاله يحيى بن معين

(فصل) قال أبو داود : قلت لأحمد قال ابن المبارك : إذا كان الشتاء فاختم القرآن في أول الليل ، وإذا كان الصيف فاختمه في أول النهار فكأنه أعجبه لما روى طلحة بن مصرف قال : أدركت أهل الخير من صدر هذه الامة يستحبون الختم في أول الليل وأول النهار يقولون : إذا ختم في أول النهار صلت عليه الملائكة حتى يمسي ، وإذا ختم في أول الليل صلت عليه الملائكة حتى يصبح . وقال بعض العلماء : يستحب أن يجعل ختمة النهار في ركعتي الفجر أو بعدهما ، وختمة الليل في ركعتي المغرب أو بعدهما

(فصل) وكره احمد قراءة القرآن بالالحان وقال : هي بدعة لما روي أن النبي ﷺ ذكر في اشراط الساعة « أن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا أفضلهم الا ليغنيهم غناء » ولان معجزة القرآن في لفظه ونظمه والالحان تغيره . قال شيخنا : وكلام احمد في هذا محمول

(فصل) ولا فرق في وقت الزوال بين الجمعة وغيرها ولا بين الشتاء والصيف كان عمر بن الخطاب ينهى عنه . وقال ابن مسعود كنا ننهى عن ذلك يعني يوم الجمعة وقال سعيد المقبري أدركت الناس وهم يتقون ذلك . وعن عمرو بن سعيد بن العاص عن أبيه قال كنت أبقي أصحاب رسول الله ﷺ فاذا زالت الشمس قاموا فصلوا أربعاً ورخص فيه الحسن وطاوس والاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز والشافعي وإسحاق في يوم الجمعة لماروى ابو سعيد أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة . وعن أبي قتادة مثله رواه أبو داود ولان الناس ينتظرون الجمعة في هذا الوقت وليس عليهم قطع النوافل وقال مالك أكرهه إذا علمت انتصاف النهار وإذا كنت في موضع لا أعلمه ولا أستطيع أن أنظر فاني أراه واسعاً وأباحه فيها عطاء في الشتاء دون الصيف لأن شدة الحر من فيح جهنم وذلك الوقت حين تسجر جهنم

ولنا عموم الاحاديث في النهي وذكر لأحمد الرخصة في الصلاة نصف النهار يوم الجمعة قال في حديث النبي ﷺ من ثلاثة وجوه حديث عمرو بن عنبسة وحديث عقبة بن عامر وحديث الصنابحي رواه الاثرم عن عبدالله الصنابحي أن رسول الله ﷺ قال : « إن الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان فاذا ارتفعت فارقها ، ثم اذا استوت قارنها فاذا زالت فارقها ، فاذا دنت للغروب قارنها فاذا غربت فارقها » ونهى رسول الله ﷺ عن الصلاة في تلك الساعات ولانه وقت نهي فاستوى فيه يوم الجمعة وغيره كسائر الاوقات وحديثهم ضعيف في إسناده ليث وهو ضعيف وهو مرسل لان أبا الخليل يرويه عن أبي قتادة ولم يسمع منه وقولهم أنهم ينتظرون الجمعة قلنا اذا علم وقت النهي فليس له أن يصلي فان شك فله أن يصلي حتى يعلم لان الاصل الاباحة فلا تزول بالشك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وصلاة التطوع مثنى مثنى)

يعني يسلم من كل ركعتين ، والتطوع قسمان : تطوع ليل وتطوع نهار ، فأما تطوع الليل فلا

على الافراط في ذلك بحيث يجعل الحركات حروفاً ، ويمد في غير موضعه . أما تحسين القرآن والترجيع فلا يكره فان عبدالله بن المغفل قال : سمعت رسول الله ﷺ يوم فتح مكة يقرأ سورة الفتح قال : فقرأ ابن مغفل ورجع في قراءته . وفي لفظ قال : قرأ النبي ﷺ عام الفتح في مسير له سورة الفتح على راحلته فرجع في قراءته قال معاوية بن قرة : لولا اني أخاف أن يجتمع علي الناس لحكيت لكم قراءته . رواهما مسلم ، وفي لفظ آ آ آ ، وروى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ماأذن الله لشيء كاذنه لنبي يتغنى بالقرآن يجهر به » رواه مسلم ، وقال ﷺ « زينوا القرآن بأصواتكم » وقال « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » رواه البخاري ، قال ابو عبيد وجماعة : يتغنى بالقرآن يستغني به ، وقالت طائفة معناه يحسن قراءته ويترنم به ويرفع صوته به كما قال ابو موسى للنبي ﷺ لو علمت أنك تستمع قراءتي لحبرته لك تحبيراً ، وقال

يجوز إلا مثنى مثنى . هذا قول أكثر أهل العلم وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : ان شئت ركعتين ، وإن شئت أربعا ، وإن شئت ستا وان شئت ثمانيا . ولنا قول النبي ﷺ « صلاة الليل مثنى مثنى » متفق عليه . وعن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « مفتاح الصلاة الطهور ، وبين كل ركعتين تسليمة » رواه الاثرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تطوع بأربع في النهار فلا بأس)

الافضل في تطوع النهار أن يكون مثنى مثنى لما روى علي بن عبد الله البارقي عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « صلاة الليل مثنى مثنى » رواه أبو داود والأثرم ، ولأنه أبعد عن السهو وأشبه بصلاة الليل وتطوعات النبي ﷺ فان الصحيح في تطوعاته ركعتان ، وذهب الحسن وسعيد بن جبير ومالك والشافعي وحماد بن أبي سليمان إلى أن تطوع الليل والنهار مثنى مثنى لذلك ، والصحيح أنه إن تطوع في النهار بأربع فلا بأس فعل ذلك ابن عمر ، وكان إسحاق يقول صلاة النهار أختار أربعا وان صلى ركعتين جاز ويشبهه قول الاوزاعي وأصحاب الرأى لما روي عن أبي أيوب عن النبي ﷺ أنه قال « أربع قبل الظهر لا يسلم فيهن تفتح لهن أبواب السماء » رواه أبو داود ، ولان مفهوم قول النبي ﷺ « صلاة الليل مثنى مثنى » أن صلاة النهار رباعية

ولنا على أن الافضل مثنى ما تقدم ، وحديث أبي أيوب يرويه عبيد الله بن معتب وهو ضعيف ومفهوم الحديث المتفق عليه يدل على جواز الاربع لا على تفضيلها . وأما حديث البارقي فانه تفرد بزيادة لفظة النهار من بين سائر الرواة ، وقد رواه عن ابن عمر نحو من خمسة عشر نفسا لم يقل ذلك أحد سواه وكان ابن عمر يصلي أربعا فيدل ذلك على ضعف روايته أو على أن المراد بذلك الفضيلة مع جواز غيره والله أعلم

الشافعي يرفع صوته به . وقال أبو عبيد : يقرأ بحزن مثل صوت أبي موسى : وعلى كل حال فتحسين الصوت بالقرآن وتطريبه مستحب مالم يخرج بذلك الى تغيير لفظه أو زيادة حروف فيه لما ذكرنا من الاحاديث . وروي عن عائشة أنها قالت للنبي ﷺ : كنت أسمع قراءة رجل في المسجد لم تسمع قراءة أحسن من قراءته ، فقام النبي ﷺ فاستمع ثم قال « هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله الذي جعل في أمتي مثل هذا »

﴿ مسئلة ﴾ (وصلاة الليل أفضل من صلاة النهار)

قد ذكرنا النوافل المعينة ـ فأما النوافل المطلقة فتستحب في جميع الاوقات الا في أوقات النهي لما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى ؛ وتطوع الليل أفضل من تطوع النهار . قال أحمد: ليس بعد المكتوبة عندي أفضل من قيام الليل وقد أمر النبي ﷺ بذلك بقوله تعالى (ومن الليل فتهجد به نافلة لك) وكان

(فصل) قال بعض أصحابنا: ولا يزاد في الليل على اثنتين ولا في النهار على أربع ولا يصح التطوع بركعة ولا بثلاث وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي :لو صلى ستا في ليل أو نهار كره وصح،وقال أبو الخطاب في صحة التطوع بركعة روايتان (احداهما) يجوز لما روى سعيد قال حدثنا جرير عن قابوس عن أبيه قال دخل عمر المسجد فصلى ركعة ثم خرج فتبعه رجل فقال ياأمير المؤمنين انما صليت ركعة ،قال هو تطوع فمن شاء زاد ومن شاء نقص، ولنا أن هذا خلاف قول رسول الله ﷺ «صلاة الليل مثنى مثنى »ولانه لم يرد الشرع بمثله والاحكام انما تتلقى من الشارع اما من نصه أومعنى نصه وليس ههنا شيء من ذلك

(فصل) والتطوعات قسمان (أحدهما) ماتسن له الجماعة وهو صلاة الكسوف والاستسقاء والتراويح ونذكرها ان شاء الله في مواضعها (والثاني) مايفعل على الانفراد وهي قسمان سنة معينة ونافلة مطلقه فأما المعينه فتتنوع أنواعا(منها)السنن الرواتب مع الفرائض وهي عشر ركعات ـ ركعتان قبل الظهر وركعتان بعدها ،وركعتان بعد المغرب،وركعتان بعد العشاء،وركعتان قبل الفجر ،وقال أبو الخطاب وأربع قبل العصر لما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا » رواه أبو داود . وقال الشافعي قبل الظهر أربع لما روى عبد الله بن شقيق قال سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت: كان يصلي في بيته قبل الظهر أربعا ثم يخرج فيصلي بالناس ثم يدخل فيصلي ركعتين وكان يصلي بالناس المغرب ثم يدخل فيصلي ركعتين ثم يصلي بالناس العشاء ويدخل بيتي فيصلي ركعتين ، رواه مسلم ، ولنا ما روى ابن عمر قال حفظت عن رسول الله ﷺ عشر ركعات ركعتين قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب في بيته وركعتين بعد العشاء في بيته ، وركعتين قبل الصبح كانت ساعة لا يدخل على النبي ﷺ فيها ، حدثتني حفصة أنه كان إذا أذن المؤذن وطلع الفجر صلى ركعتين . متفق عليه ، ولمسلم بعد الجمعة سجدتين ، ولم يذكر ركعتين قبل

قيام الليل مفروضا بقوله تعالى (ياأيها المزمل قم الليل إلا قليلا) ثم نسخ بآخر السورة .وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أفضل الصلاة بعد الفريضة قيام الليل » رواه مسلم والترمذي وقال هذا حديث حسن . وأفضلها وسط الليل

(فصل) والنصف الاخير أفضل من الاول لما روي عمرو بن عنبسة قال قلت يارسول الله أي الليل أسمع ؟ قال « جوف الليل الآخر فصل ما شئت » رواه أبو داود . وقال النبي ﷺ « أفضل الصلاة صلاة داود كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه » وفي حديث ابن عباس في صفة تهجد رسول الله ﷺ أنه نام حتى انتصف الليل أو قبله بقليل أو بعده بقليل ثم استيقظ ـ فوصف تهجده قال ـ ثم أوتر ثم اضطجع حتى جاءه المؤذن . وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ ينام أول الليل ويحيي آخره ؛ ثم ان كان له حاجة الى أهله قضى

الصبح ، وروى الترمذي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك وقال : هو حديث صحيح وقوله « رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعاً » ترغيب فيها ولم يجعلها من السنن الرواتب بدليل أن ابن عمر راويه ولم يحفظها عن النبي صلى الله عليه وسلم وحديث عائشة قد اختلف فيه فروي عنها مثل رواية ابن عمر .

(فصل) وآكد هذه الركعات ركعتا الفجر ، قالت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن على شيء من النوافل أشد معاهدة منه على ركعتي الفجر . متفق عليه ، وفي لفظ ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء من النوافل أسرع منه الى الركعتين قبل الفجر أخرجه مسلم وقال « ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها - وفي لفظ - أحب إلي من الدنيا وما فيها » رواه مسلم . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلوهما ولو طردتكم الخيل » رواه أبو داود ، ويستحب تخفيفهما فان عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي ركعتي الفجر فيخفف حتى اني لأقول هل قرأ فيهما بأم الكتاب متفق عليه . ويستحب أن يقرأ فيهما (قل يا أيها الكافرون - و - قل هو الله أحد) لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في ركعتي الفجر (قل يا أيها الكافرون - و - قل هو الله أحد) رواه مسلم . وقال ابن عمر : رمقت النبي صلى الله عليه وسلم شهراً فكان يقرأ في الركعتين قبل الفجر (قل يا أيها الكافرون - و - قل هو الله أحد) قال الترمذي هذا حديث حسن . وعن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في ركعتي الفجر (قولوا آمنا بالله وما أنزل الينا) الآية التي في البقرة وفي الآخرة منهما (آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون) رواه مسلم

(فصل) ويستحب أن يضطجع بعد ركعتي الفجر على جنبه الايمن ، وكان أبو موسى ورافع ابن خديج وأنس بن مالك يفعلونه وأنكره ابن مسعود ، وكان القاسم وسالم ونافع لا يفعلونه واختلف فيه عن ابن عمر . وروي عن أحمد أنه ليس بسنة لان ابن مسعود أنكره

حاجته ثم ينام ، فاذا كان عند النداء الاول وثب فأفاض عليه الماء ، وإن لم يكن له حاجة توضأ . وقالت ما ألفى رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحر الاعلى في بيتي إلا نائماً ، متفق عليهن . ولان آخر الليل ينزل فيه الرب عز وجل الى السماء الدنيا ، فروى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ينزل ربنا تبارك وتعالى الى سماء الدنيا حين يبقى ثلث الليل الآخر فيقول من يدعوني فأستجيب له ؟ ومن يسألني فأعطيه ؟ ومن يستغفرني فأغفر له ؟ » قال أبو عبد الله : اذا أغفى يعني بعد التهجد فانه لا يبين عليه السهر ، فاذا لم يغف يبين عليه

(فصل) ويستحب أن يقول عند انتباهه ماروى عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من تعارَّ من الليل فقال لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، الحمد لله وسبحان الله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله ، ثم قال اللهم

ولنا ماروى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا صلى أحدكم ركعتي الفجر فليضطجع» قال الترمذي : هذا حديث حسن ، ورواه البزار في مسنده وقال : على شقه الايمن. وعن عائشة قالت : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى ركعتي الفجر اضطجع على شقه الايمن ، متفق عليه . وهذا لفظ رواية البخاري واتباع النبي صلى الله عليه وسلم في قوله وفعله أولى من اتباع من خالفه كائنا من كان .

(فصل) ويقرأ في الركعتين بعد المغرب (قل يا أيها الكافرون) و (قل هو الله أحد) لما روى ابن مسعود قال : ما أحصي ماسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في الركعتين بعد المغرب وفي الركعتين قبل الفجر (بقل ياأيها الكافرون) و (قل هو الله أحد) أخرجه الترمذي وابن ماجه

ويستحب فعل السنن في البيت لما ذكرنا من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي ركعتي الفجر والمغرب والعشاء في بيته ، وقال أبو داود : مارأيت أحمد ركعهما يعني ركعتي الفجر في المسجد قط انما كان يخرج فيقعد في المسجد حتى تقام الصلاة ، وقال الاثرم : سمعت أبا عبدالله سئل عن الركعتين بعد الظهر أين يصليان ؟ قال في المسجد ثم قال : أما الركعتان قبل الفجر ففي بيته وبعد المغرب في بيته ثم قال ليس ههنا شيء آكد من الركعتين بعد المغرب . وذكر حديث ابن اسحاق «صلوا هاتين الركعتين في بيوتكم» قيل لاحمد فان كان منزل الرجل بعيداً ؟ قال : لاأدري . وذلك لما روى سعد بن اسحاق عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ أتاهم في مسجد بني عبد الأشهل فصلى المغرب فرآهم يتطوعون بعدها فقال «هذه صلاة البيوت» رواه أبو داود وعن رافع بن خديج قال : أتانا النبي صلى الله عليه وسلم في بني عبد الأشهل فصلى بنا المغرب في مسجدنا ثم قال «اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم» رواه ابن ماجه والاثرم ولفظه قال «صلوا هاتين الركعتين في بيوتكم»

غفر لي ، أو دعا أستجيب له ، فان توضأ وصلى قبلت صلاته» رواه البخاري . وعن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام يتهجد من الليل قال «اللهم لك الحمد أنت نور السموات والارض ومن فيهن ولك الحمد ، أنت قيام السموات والارض ومن فيهن ولك الحمد ، أنت ملك السموات والارض ومن فيهن ولك الحمد ، أنت الحق ، ووعدك الحق ، وقولك الحق ، ولقاؤك حق والجنة حق ، والنار حق ، والساعة حق ، والنبيون حق ، ومحمد صلى الله عليه وسلم حق ، اللهم لك أسلمت ، وبك آمنت ، وعليك توكلت ، واليك أنبت ، وبك خاصمت ، واليك حاكمت ، فاغفر لي ماقدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت ، أنت المقدم وأنت المؤخر ، لاإله إلا أنت ، ولا حول ولا قوة إلا بالله» متفق عليه . وفي مسلم «أنت رب السموات والارض ومن فيهن — وفيه — أنت إلهي لاإله إلا أنت» وعن عائشة قالت : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قام من الليل افتتح صلاته قال «اللهم رب جبريل وميكائيل واسرافيل فاطر السموات والارض عالم الغيب والشهادة ،

(فصل) كل سنة قبل الصلاة فوقتها من دخول وقتها إلى فعل الصلاة وكل سنة بعدها فوقتها من فعل الصلاة إلى خروج وقتها ،فان فات شيء من وقت هذه السنن فقال أحمد لم يبلغنا أن النبي ﷺ قضى شيئا من التطوع إلا ركعتي الفجر والركعتين بعد العصر ، وقال ابن حامد تقضى جميع السنن الرواتب في جميع الاوقات الا أوقات النهي لان النبي ﷺ قضى بعضها وقسنا الباقي عليه ، وقال القاضي وبعض أصحابنا لايقضي إلا ركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى وركعتا الظهر فان أحمد قال ماأعرف وتراً بعد الفجر وركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى ، قال مالك تقضى ركعتا الفجر إلى وقت الزوال ولا تقضى بعد ذلك ، وقال النخعي وسعيد بن جبير والحسن اذا طلعت الشمس فلا وتر ، وقال بعضهم من صلى الغداة فلا وتر عليه والاول أصح لما ذكرنا ، وقال أحمد رحمه الله أحب أن يكون له شيء من النوافل يحافظ عليه اذا فات قضى (النوع الثاني) تطوعات مع السنن الرواتب يستحب أن يصلي قبل الظهر أربعا وأربعا بعدها لما روت أم حبيبة قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من حافظ على أربع ركعات قبل الظهر وأربع بعدها حرمه الله على النار » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح غريب ، وروى أبو أيوب عن النبي ﷺ قال « أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء » وقد ذكرناه . وعلى أربع قبل العصر لقول رسول الله ﷺ « رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا » رواه أبو داود ، وعن علي رضي الله عنه في صفة صلاة رسول الله ﷺ وأربعا قبل الظهر اذا زالت الشمس وركعتين بعدها وأربعا قبل العصر يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين رواه ابن ماجه ، وعلى أربع بعد سنة المغرب لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من صلى بعد المغرب ست ركعات لم يتكلم بينهن بسوء عدلن له بعبادة اثنتي عشرة سنة » رواه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث عمر بن أبي خثعم وضعفه البخاري جداً ، وعلى أربع بعد العشاء لما روي عن شريح بن

أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون ، اهدني لما اختلف فيه من الحق باذنك ، انك تهدي من تشاء إلى صراط مستقيم » رواه مسلم

(فصل) ويستحب أن يتسوك لما روى حذيفة قال : كان النبي ﷺ اذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك ، متفق عليه . وعن عائشة قالت : كنا نعد لرسول الله ﷺ سواكه وطهوره فيبعثه الله ماشاء أن يبعثه فيتسوك ويتوضأ ويصلي ، أخرجه مسلم . ويستحب أن يفتتح تهجده بركعتين خفيفتين لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « اذا قام أحدكم من الليل فليفتتح صلاته بركعتين خفيفتين » وعن زيد بن خالد أنه قال : لارمقن صلاة رسول الله ﷺ الليلة فصلى ركعتين خفيفتين ، ثم صلى ركعتين طويلتين طويلتين طويلتين ، ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ، ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ، ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ، ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ،

هاني، عن عائشة قال سألتها عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت : ماصلى رسول الله ﷺ العشاء قط إلا صلى أربع ركعات أو ست ركعات رواه أبو داود

(فصل) واختلف في أربع ركعات منها ركعتان قبل المغرب بعد الاذان فظاهر كلام أحمد أنهما جائزتان وليستا سنة ، قال الاثرم قلت لأبي عبدالله الركعتان قبل المغرب ؟ قال مافعلته قط إلا مرة حين سمعت الحديث وقال فيهما أحاديث جياد أو قال صحاح عن النبي ﷺ وأصحابه والتابعين الا أنه قال لمن شاء فمن شاء صلى وقال هذا شيء ينكره الناس ، وضحك كالمتعجب وقال هذا عندهم عظيم ، والدليل على جوازهما ماروى أنس قال : كنا نصلي على عهد رسول الله ﷺ ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب ، قال المختار بن فلفل فقلت له أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاهما ؟ قال كان يرانا نصليهما فلم يأمرنا ولم ينهنا متفق عليه . وقال أنس : كنا بالمدينة إذا أذن المؤذن لصلاة المغرب ابتدروا السواري فركعوا ركعتين حتى إن الرجل الغريب ليدخل المسجد فيحسب أن الصلاة صليت من كثرة من يصليهما . رواه مسلم ، وعن عبدالله بن المغفل قال : قال رسول الله ﷺ « بين كل أذانين صلاة — قالها ثلاثا ثم قال في الثالثة — لمن شاء » أخرجهما مسلم ، وقال عقبة كنا نفعله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعن عبدالله بن المزني قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلوا قبل المغرب ركعتين ـ قال ثم قال ـ صلوا قبل المغرب ركعتين ـ قال ثم قال ـ صلوا قبل المغرب ركعتين لمن شاء » خشية أن يتخذها الناس سنة متفق عليها (ومنها) الركعتان بعد الوتر فظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب فعلهما وإن فعلهما انسان جاز قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الركعتين بعد الوتر قيل له قد روي عن النبي ﷺ من وجوه فما ترى فيها ؟ فقال أرجو ان فعله انسان لا يضيق عليه ولكن يكون وهو جالس كما جاء الحديث قلت تفعله أنت ؟ قال لا ماأفعله . وعدهما أبو الحسن الآمدي من السنن الراتبة ، والصحيح أنهما

ثم أوتر فذلك ثلاث عشرة ركعة ، قال ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة . أخرجها مسلم ، وقد اختلف في عدد الركعات في تهجد النبي ﷺ ففي هذين الحديثين أنه ثلاث عشرة ركعة ، وقالت عائشة ماكان يزيد في رمضان ولا في غيره على إحدى عشرة ركعة يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي ثلاثا . وفي لفظ قالت : كانت صلاته في رمضان وغيره بالليل ثلاث عشرة ركعة منها الوتر وركعتا الفجر ، وفي لفظ كان يصلي مابين صلاة العشاء إلى الفجر إحدى عشرة ركعة ، يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة متفق عليه . فلعلها لم تعد الركعتين الخفيفتين اللتين ذكرهما غيرها ، ويحتمل أنه صلى في ليلة ثلاث عشرة وفي ليلة احدى عشرة

(فصل) ويستحب أن يقرأ حزبه من القرآن في تهجده فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله

ليستا بسنة لان أكثر من وصف تهجد النبي ﷺ لم يذكرهما. من ذلك حديث ابن عباس وزيد بن خالد وعائشة فيما رواه عنها عروة وعبد الله بن شقيق والقاسم واختلف فيه عن أبي سلمة وأكثر الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم على تركها ، ووجه الجواز ما روى سعد بن هشام عن عائشة أن النبي ﷺ كان يصلي من الليل تسع ركعات ثم يسلم تسليما يسمعنا ثم يصلي ركعتين بعد ما يسلم وهو قاعد فتلك احدى عشرة ركعة وقال أبو سلمة سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت : كان يصلي ثلاث عشرة ركعة يصلي ثماني ركعات ثم يوتر ثم يصلي ركعتين وهو جالس فاذا أراد أن يركع قام فركع ثم يصلي ركعتين بين النداء والاقامة من صلاة الصبح رواهما مسلم وروى ذلك أبو أمامة أيضا وأوصى بهما خالد بن معدان وكثير بن مرة الحضرمي وفعلهما الحسن فهذا وجه جوازهما (النوع الثالث) صلوات معينة سوى ذلك (منها) صلاة الضحى وهي مستحبة لما روى أبو هريرة قال أوصاني خليلي بثلاث صيام ثلاثة أيام من كل شهر وركعتي الضحى وان اوتر قبل ان ارقد . متفق عليه وعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال اوصاني حبيبي بثلاث لن ادعهن ما عشت بصيام ثلاثة ايام من كل شهر وصلاة الضحى وان لا انام حتى اوتر ، وروى ابو ذر عن النبي ﷺ انه قال « يصبح على كل سلامى من احدكم صدقة فكل تسبيحة صدقة ، وكل تحميدة صدقة ، وكل تهليلة صدقة ، وكل تكبيرة صدقة ، وامر بالمعروف صدقة ، ونهي عن المنكر صدقة ، ويجزيء من ذلك ركعتان يركعهما من الضحى » رواهما مسلم فأقلها ركعتان لهذا الخبر واكثرها ثمان في قول اصحابنا لما روت أم هانيء أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة وصلى ثماني ركعات فلم أر صلاة قط اخف منها غير انه يتم الركوع والسجود متفق عليه . ووقتها إذا علت الشمس واشتد حرها لقول النبي ﷺ « صلاة الاوابين حين ترمض الفصال » رواه مسلم ، قال بعض اصحابنا لا تستحب المداومة عليها لان النبي ﷺ لم يداوم عليها قالت

وهو مخير بين الجهر في القراءة والاسرار ، فان كان الجهر انشط له في القراءة او بحضرته من يستمع قراءته او ينتفع بها فالجهر افضل ، وان كان قريبا منه من يتهجد او من يستضر برفع صوته فالاسرار اولى لما روى ابو سعيد قال : اعتكف رسول الله ﷺ في المسجد فسمعهم يجهرون بالقراءة فكشف الستر فقال « الا ان كلكم مناج ربه فلا يؤذين بعضكم بعضا ولا يرفع بعضكم على بعض في القراءة ـ او قال ـ في الصلاة » رواه ابو داود ، والا فليفعل ما شاء . قال عبد الله بن ابي قيس : سألت عائشة كيف كانت قراءة رسول الله ﷺ ؟ فقالت ربما اسر وربما جهر . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال ابن عباس كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم على قدر ما يسمعه من في الحجرة وهو في البيت ، رواه ابو داود ، وعن ابي قتادة ان النبي ﷺ خرج فاذا هو بابي بكر يصلي يخفض من صوته ، ومر بعمر وهو يصلي رافعا صوته قال : فلما اجتمعا عند النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا ابا بكر مررت بك وانت تصلي تخفض صوتك » قال : اني اسمعت من

عائشة مارأيت النبي ﷺ يصلي الضحى قط متفق عليه وعن عبدالله بن شقيق قال قلت لعائشة أ كان رسول الله ﷺ يصلي الضحى ؟ قالت لا إلا أن يجيء من مغيبة . رواه مسلم وقال عبدالرحمن بن أبي ليلى ماحدثني أحد أنه رأى رسول الله ﷺ يصلي الضحى إلا ام هاني، فانها حدثت أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة فصلى ثماني ركعات مارأيته قط صلى صلاة أخف منها غير أنه كان يتم الركوع والسجود متفق عليه . ولأن في المداومة عليها تشبيها بالفرائض وقال ابو الخطاب تستحب المداومة عليها لان النبي ﷺ أوصى بها أصحابه وقال « من حافظ على شفعة الضحى غفرت ذنوبه وإن كانت مثل زبد البحر » قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث النهاس بن فهم ولان أحب العمل إلى الله ماداوم عليه صاحبه

(فصل) فأما صلاة التسبيح فان احمد قال ماتعجبني قيل له لم ؟ قال ليس فيها شيء يصح ونفض يده كالمنكر وقد روي عن ابن عباس ان رسول الله ﷺ قال للعباس بن عبدالمطلب « ياعماه ألا أعطيك ألا أمنحك ألا أحبوك ألا أفعل بك؟ عشر خصال إذا أنت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك أوله وآخره وقديمه وحديثه وخطأه وعمده وصغيره وكبيره وسره وعلانيته عشر خصال أن تصلي أربع ركعات تقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة، فاذا فرغت من القرآن قلت سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر خمس عشرة مرة، ثم تركع وتقولها وأنت راكع عشراً، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقولها عشراً ثم تهوي ساجداً فتقولها وأنت ساجد عشراً، ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشراً ثم تسجد فتقولها عشراً ثم ترفع رأسك فتقولها عشراً فذلك خمس وسبعون في كل ركعة تفعل ذلك في الاربع ركعات ان استطعت أن تصليها في كل يوم مرة فافعل فان لم تفعل ففي كل جمعة مرة فان لم تفعل ففي كل شهر مرة فان لم تفعل ففي كل سنة مرة

ناجيت يارسول الله قال « ارفع قليلا » وقال لعمر « مررت بك وأنت تصلي رافعاً صوتك » قال فقال يارسول الله أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان قال « اخفض من صوتك شيئا » رواه ابو داود

(فصل) ومن كان له تهجد ففاته استحب له قضاؤه بين صلاة الفجر والظهر لقول رسول الله ﷺ « من نام عن حزبه أو عن شيء منه فقرأه مابين صلاة الفجر وصلاة الظهر كتب له كأنما قرأه من الليل » وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ إذا عمل عملا أثبته وكان إذا نام من الليل أو مرض صلى من النهار ثني عشرة ركعة قالت : وما رأيت رسول الله ﷺ قام ليلة حتى الصباح ، وما صام شهراً متتابعا إلا رمضان ، أخرجها مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وصلاة الليل مثنى مثنى فان تطوع في النهار بأربع فلا بأس والافضل مثنى) قوله مثنى يعني يسلم من كل ركعتين - والتطوع قسمان : تطوع الليل، وتطوع النهار ، فلا يجوز تطوع الليل إلا مثنى مثنى ، وهذا قول كثير من أهل العلم منهم ابو يوسف ومحمد . وقال القاضي : لو صلى ستا في ليل أو نهار كره وصح . وقال أبو حنيفة: ان شئت ركعتين، وإن شئت أربعا، وإن شئت ستا وان شئت ثمانيا

فان لم تفعل ففي عمرك مرة » رواه أبو داود والترمذي ولم يثبت أحمد الحديث المروي فيها ولم يرها مستحبة ، وإن فعلها انسان فلا بأس فان النوافل والفضائل لا يشترط صحة الحديث فيها (١)

(فصل) في صلاة الاستخارة عن جابر بن عبد الله الانصاري قال كان رسول الله ﷺ يعلمنا الاستخارة في الامور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن يقول « إذا هم أحدكم بالامر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل اللهم اني أستخيرك بعلمك وأستقدرك بقدرتك وأسألك من فضلك العظيم فانك تقدر ولا أقدر وتعلم ولا أعلم وأنت علام الغيوب ، اللهم ان كنت تعلم أن هذا الامر خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري ـ أو قال في عاجل أمري وآجله ـ فاقدره لي ويسره لي ثم بارك لي فيه ، وإن كنت تعلم أن هذا الامر شر لي في ديني ومعيشتي وعاقبة أمري ـ أو قال في عاجل أمري وآجله ـ فاصرفه عني واصرفني عنه واقدر لي الخير حيث كان ثم رضني به ـ ويسمي حاجته » أخرجه البخاري

(فصل) في صلاة الحاجة عن عبد الله بن أبي أوفى قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له إلى الله حاجة أو إلى أحد من بني آدم فليتوضأ وليحسن الوضوء ثم ليصل ركعتين وليثن على الله تعالى ، وليصل على النبي ﷺ ثم ليقل لا إله إلا الله الحليم الكريم ، لا إله إلا الله العلي العظيم ، سبحان الله رب العرش العظيم ، الحمد لله رب العالمين ، أسألك موجبات رحمتك ، وعزائم مغفرتك ، والغنيمة من كل بر ، والسلامة من كل اثم ، لا تدع لي ذنبا إلا غفرته ، ولا هما إلا فرجته ، ولا حاجة هي لك رضا الا قضيتها يا أرحم الراحمين » رواه الترمذي وقال حديث غريب

(فصل) في صلاة التوبة عن علي رضي الله عنه قال حدثني أبو بكر وصدق أبو بكر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « ما من رجل يذنب ذنباً ثم يقوم فيتطهر ثم يصلي ركعتين ثم يستغفر الله تعالى إلا غفر له » ثم قرأ (والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله) إلى آخرها رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب

(١) ولكن اشترط المحققون له ٣ شروط ١) لا يكون شديد الضعف ٢) وان لا يعتقد عند العمل به ثبوته لئلا ينسب الى النبي (ص) مالم يقله (٣) أن يكون مندرجا تحت اصل عام فيخرج ما يخترع بحيث لا يكون له أصل. قال الحافظ ابن حجر والأول متفق عليه ونقل الثاني والثالث عن العز بن عبد السلام وابن دقيق العيد والضعيف عند احمد كالحسن عند غيره فلا يدخل فيه شديد الضعيف • وكتبه محمد رشيد

ولنا قول النبي ﷺ « صلاة الليل مثنى مثنى » متفق عليه

(فصل) فأما صلاة النهار فتجوز أربعا فعل ذلك ابن عمر . وقال اسحاق صلاة النهار أختار أربعاً وإن صلى ركعتين جاز لما روي عن أبي أيوب عن النبي ﷺ أنه قال « أربع قبل الظهر لا يسلم فيهن تفتح لهن أبواب السماء » رواه أبو داود . والافضل مثنى ، وقال إسحاق الافضل أربعا ويشبهه قول الاوزاعي وأصحاب الرأي وحديث أبي أيوب ، ولنا ماروى علي بن عبد الله البارقي عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « صلاة الليل والنهار مثنى مثنى » رواه أبو داود ، ولأنه أبعد للسهو وأشبه بصلاة الليل تطوعات النبي ﷺ في الصحيح ركعتان . وذهب الحسن وسعيد بن جبير ومالك إلى أن تطوع النهار مثنى مثنى لحديث علي بن عبد الله البارقي وقد ذكرنا حديث أبي أيوب ، وحديث البارقي تفرد بذكر النهار من بين سائر الرواة ونحمله على الفضيلة جمعا بين الحديثين

(فصل) ويسن لمن دخل المسجد أن لا يجلس حتى يصلي ركعتين قبل جلوسه لما روى أبو قتادة قال: قال رسول الله ﷺ « إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه ،فاذا جلس قبل الصلاة سُن له أن يقوم فيصلي لما روى جابر قال جاء سليك الغطفاني ورسول الله ﷺ يخطب فقال « ياسليك قم فاركع ركعتين وتجوز فيهما » رواه مسلم

ويستحب أن يتطوع بمثل تطوع النبي ﷺ فان عليا رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا صلى الفجر تمهل حتى إذا كانت الشمس من ههنا - يعني من قبل المشرق- مقدارها من صلاة الظهر من العصر من ههنا - يعني من قبل المغرب - قام فصلى ركعتين ثم تمهل حتى إذا كانت الشمس من ههنا - يعني من قبل المشرق - مقدارها من صلاة الظهر من ههنا قام فصلى أربعا وأربعا قبل الظهر إذا زالت الشمس وركعتين بعدها وأربعا قبل العصر يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين ، فتلك ست عشرة ركعة تطوع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهار وقل من يداوم عليها

(فصل) فأما النوافل المطلقة فتشرع في الليل كله وفي النهار فيما سوى أوقات النهي ، وتطوع الليل أفضل من تطوع النهار . قال أحمد ليس بعد المكتوبة عندي أفضل من قيام الليل والنبي ﷺ قد أمر بذلك قال الله تعالى (ومن الليل فتهجد به نافلة لك) وروى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أفضل الصلاة بعد الفريضة صلاة الليل » قال الترمذي هذا حديث حسن وكان قيام الليل مفروضا بدليل قوله تعالى (يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا نصفه) ثم نسخ بقوله (إن ربك يعلم أنك تقوم أدنى من ثلثي الليل) الآية

(فصل) وأفضل التهجد جوف الليل الآخر لما روى عمرو بن عنبسة قال قلت يا رسول الله

(فصل) قال بعض اصحابنا لا تجوز الزيادة في النهار على أربع وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي يجوز ويكره ، ولنا ان الاحكام انما تتلقى من الشارع ولم يرد شيء من ذلك والله اعلم

(فصل) ويستحب التنفل بين المغرب والعشاء لما روي عن انس بن مالك في هذه الآية (تتجافى جنوبهم عن المضاجع) الآية قال: كانوا يتنفلون بين المغرب والعشاء يصلون ، رواه أبو داود ، وعن عائشة عن النبي ﷺ قال « من صلى بعد المغرب عشرين ركعة بنى الله له بيتا في الجنة » قال الترمذي هذا حديث غريب

(فصل) وما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم تخفيفه او تطويله فالافضل اتباعه فيه فانه عليه السلام لا يفعل الا الافضل، وقد ذكرنا بعض ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يخففه ويطوله . وماعدا ذلك ففيه ثلاث روايات (احداها) الافضل كثرة الركوع والسجود لقول ابن مسعود : اني لأعلم النظائر التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن بينهن سورتين في كل ركعة عشرون سورة من

أي الليل أسمع ؟ قال « جوف الليل الآخر فصل ما شئت » رواه أبو داود ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أفضل الصلاة صلاة داود كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه » وفي حديث ابن عباس في صفة تهجد رسول الله ﷺ أنه نام حتى انتصف الليل أو قبله بقليل أو بعده بقليل ثم استيقظ فوصف تهجده حتى قال ثم أوتر ثم اضطجع حتى جاء المؤذن ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينام أول الليل ويحيي آخره ثم ان كانت له حاجة إلى أهله قضى حاجته ثم نام فاذا كان عند النداء الاول وثب فأفاض عليه الماء وان لم يكن له حاجة توضأ وقالت : ما ألفي عندي رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحر الاعلى في بيتي الا نائما[1] متفق عليهن وفي رواية أبي داود : فما يجيء السحر حتى يفرغ من وتره . ولان آخر الليل ينزل فيه الرب تبارك وتعالى الى السماء الدنيا لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ينزل ربنا تبارك وتعالى الى السماء الدنيا حين يبقى ثلث الليل الآخر فيقول من يدعوني فاستجيب له ؟ ومن يسألني فأعطيه؟ ومن يستغفرني فاغفر له؟ » متفق عليه ، قال أبو عبد الله : إذا أغفى يعني بعد التهجد فانه لا يبين عليه أثر السهر واذا لم يغف يبين عليه . وقال مسروق سألت عائشة أي حين كان يصلي رسول الله ﷺ قالت كان إذا سمع الصارخ قام فصلى . متفق عليه

(فصل) ويقول عند انتباهه ما رواه عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من تعارّ من الليل فقال لا إله الا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، الحمد لله وسبحان الله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله ، ثم قال اللهم اغفر لي أو دعا استجيب له فان توضأ وصلى قبلت صلاته » رواه البخاري ، وعن ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ اذا قام من الليل يتهجد قال « اللهم لك الحمد أنت نور السموات والارض ومن فيهن ، ولك الحمد، أنت قيوم السموات والارض ومن فيهن ولك الحمد ، أنت ملك السموات والارض ومن فيهن

المفصل . رواه مسلم ، ولقول النبي ﷺ « مامن عبد سجد سجدة الا كتب الله له بها حسنة ، ومحا عنه بها سيئة ، ورفع له بها درجة » (والثانية) التطويل أفضل لقول رسول الله ﷺ « أفضل الصلاة القنوت » رواه مسلم ولان النبي ﷺ كان أكثر صلاته التهجد وكان يطيله على ماقد ذكرنا (والثالثة) هما سواء لتعارض الاخبار في ذلك والله أعلم

(فصل) والتطوع في البيت أفضل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عليكم بالصلاة في بيوتكم فان خير صلاة المرء في بيته الا المكتوبة . وقال عليه السلام « اذا قضي أحدكم الصلاة في مسجده فليجعل لبيته نصيبا من صلاته ، فان الله جاعل في بيته من صلاته خيراً » رواهما مسلم . وعن زيد ابن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة» رواه أبو داود ، ولان الصلاة في البيت أقرب الى الاخلاص وأبعد من الرياء ، وهو من عمل السر ، والسر أفضل من العلانية

(١) لفظ مسلم عنها ماألفي رسول الله «ص» السحر الاعلى في بيتي اوعندي الا نائما ولفظ البخاري ماألفاه السحر عندي الا نائما تعني النبي (ص) وألفي بالفاء وجد اى ماوجده السحر عندي تريد ماجاء عليه السحر الا وهو نائم . وكتبه محمد رشيد

ولك الحمد أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق ولقاؤك حق والجنة حق والنار حق والساعة حق والنبيون حق ومحمد ﷺ حق، اللهم لك أسلمت وبك آمنت وعليك توكلت واليك أنبت وبك خاصمت واليك حاكمت فاغفر لي ما قدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت أنت المقدم وأنت المؤخر لا إله إلا أنت ولا حول ولا قوة الا بك» متفق عليه ، وفي مسلم «أنت رب السموات والأرض» وفيه «أنت إلهي لا اله الا أنت» وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا قام من الليل افتتح صلاته «اللهم رب جبريل وميكائيل واسرافيل فاطر السموات والارض عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون اهدني لما اختلف فيه من الحق باذنك انك تهدي من تشاء الى صراط مستقيم» أخرجه مسلم ، وعنها قالت : كان — تعني رسول الله ﷺ — اذا قام كبر عشراً وحمد عشراً وسبح عشراً وهلل عشراً واستغفر عشراً ، وقال «اللهم اغفرلي واهدني وارزقني وعافني» ويتعوذ من ضيق المقام يوم القيامة رواه أبو داود

(فصل) ويستحب أن يتسوك لما روى حذيفة قال : كان النبي ﷺ اذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك ، متفق عليه ، وعن ابن عباس أنه رقد عند رسول الله ﷺ فاستيقظ فسوك وتوضأ وعن عائشة (رض) قالت كنا نعدّ له — تعني رسول الله ﷺ — سواكه وطهوره فيبعثه الله ماشاء أن يبعثه فيتسوك ويتوضأ ويصلي تسع ركعات . أخرجهما مسلم

(فصل) ويستحب أن يفتتح تهجده بركعتين خفيفتين لما روى أبو هريرة (رض) عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا قام أحدكم من الليل فليفتتح صلاته بركعتين خفيفتين» وعن زيد بن خالد أنه قال : لارمقن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم الليلة فصلى ركعتين خفيفتين ثم ركعتين طويلتين طويلتين ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم صلى ركعتين وهما دون اللتين قبلهما ثم أوتر

(فصل) ويستحب أن يكون للانسان تطوعات يداوم عليها واذا فاتت يقضيها لقول عائشة سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الاعمال أفضل ؟ قال «أدومه وان قل» متفق عليه ، وقالت كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى صلاة أحب أن يداوم عليها ، وكان اذا عمل عملا أثبته . رواه مسلم ، وقال ابن عمر قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تكن مثل فلان كان يقوم الليل فترك القيام فنام الليل» متفق عليه ، ولانه اذا قضى ما ترك من تطوعه كان أبعد له من الترك

(فصل) ويجوز التطوع في جماعة وفرادى لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل الامرين كليهما وكان أكثر تطوعه منفرداً ، وصلى بحذيفة مرة ، وبابن عباس مرة ، وبانس وأمه واليتيم مرة ، وأم الصحابة في ليالي رمضان ثلاثا . وقد ذكرنا بعض ذلك فيما مضى وسنذكر الباقي ان شاء الله تعالى وهي كلها أحاديث صحاح

﴿ مسئلة ﴾ (وصلاة القاعد على النصف من صلاة القائم ويكون في حال القيام متربعا) يجوز

وذلك ثلاث عشرة ركعة ، وقال ابن عباس كان رسول الله ﷺ يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة أخرجهما مسلم . وقد اختلف في عدد ركعات تهجد النبي ﷺ في هذين الحديثين أنه ثلاث عشرة ركعة ، وقالت عائشة : ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة ركعة يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا . وفي لفظ قالت : كانت صلاته في شهر رمضان وغيره بالليل ثلاث عشرة ركعة منها ركعتا الفجر . وفي لفظ منها الوتر وركعتا الفجر. وفي لفظ كان يصلي ثلاث عشرة ركعة بركعتي الفجر، وفي لفظ كان يصلي فيا بين صلاة العشاء الى الفجر إحدى عشرة ركعة يسلم من كل ركعتين ويوتر بواحدة متفق عليهن، ولعلها لم تعدّ الركعتين الخفيفتين اللتين ذكرهما غيرها ويحتمل أنه صلى في ليلة ثلاث عشرة، وفي ليلة إحدى عشرة

(فصل) ويستحب أن يقرأ المتهجد جزءاً من القرآن في تهجده فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله ، وهو مخير بين الجهر بالقراءة والاسرار بها إلا أنه إن كان الجهر أنشط له في القراءة أو كان بحضرته من يستمع قراءته أو ينتفع بها فالجهر أفضل ، وإن كان قريبا منه من يتهجد أو من يستضر برفع صوته فالاسرار أولى، وإن لم يكن لا هذا ولا هذا فليفعل ماشاء . قال عبد الله بن أبي قيس : سألت عائشة كيف كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالت كل ذلك كان يفعل ربما أسر وربما جهر، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال أبو هريرة كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع طوراً ويخفض طوراً ، وقال ابن عباس : كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم على قدر مايسمعه من في الحجرة وهو في البيت ، رواهما أبو داود . وعن أبي قتادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج فاذا هو بأبي بكر يصلي يخفض من صوته ومرّ بعمر وهو يصلي رافعاً صوته قال فلما اجتمعنا عند النبي ﷺ قال « يا أبا بكر مررت بك وأنت تصلي تخفض صوتك » قال اني أسمعت من ناجيت يارسول الله ، قال « فارفع قليلا » وقال لعمر « مررت بك وأنت تصلي

التطوع جالساً مع القدرة على القيام بغير خلاف علمناه ، والصلاة قائما أفضل لقول رسول الله ﷺ « من صلى قائما فهو أفضل ، ومن صلى قاعداً فله نصف أجر القائم » متفق عليه . وفي لفظ مسلم « صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة » وقالت عائشة : ان النبي ﷺ لم يمت حتى كان يصلي كثيرا من صلاته وهو جالس ، رواه مسلم . ولان كثيراً من الناس يشق عليه طول القيام فلو وجب التطوع لترك أكثره فسامح الشارع في ترك القيام فيه ترغيبا في تكثيره كما سامح في فعله على الراحلة في السفر وسامح في نية صوم التطوع من النهار

(فصل) ويستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا ، روي ذلك عن ابن عمر وأنس وابن سيرين ومالك والثوري والشافعي واسحاق ، وعن أبي حنيفة كقولنا ، وعنه يجلس كيف شاء لان القيام سقط فسقطت هيئته ، وروي عن ابن المسيب وعروة وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز أنهم كانوا يحتبون في التطوع ، واختلف فيه عن عطاء والنخعي

رافعا صوتك» قال فقال يارسول الله أوقظ الوسنان ، وأطرد الشيطان، قال «اخفض من صوتك شيئا» رواه أبو داود ، وقال أبو سعيد اعتكف رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد فسمعهم يجهرون بالقراءة فكشف الستر وقال «ألا إن كلكم مناج ربه فلا يؤذين بعضكم بعضا ، ولا يرفع بعضكم على بعض في القراءة - أو قال - في الصلاة » أخرجه أبو داود

(فصل) ومن كان له تهجد ففاته استحب له قضاؤه بين صلاة الفجر والظهر لقول رسول الله ﷺ « من نام عن حزبه أو عن شيء منه فقرأه فيما بين صلاة الفجر وصلاة الظهر كتب له كأنما قرأه من الليل » وعن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ اذا عمل عملا أثبته وكان اذا نام من الليل أو مرض صلى من النهار ثنتي عشرة ركعة قالت وما رأيت رسول الله ﷺ قام ليلة حتى الصباح ، وما صام شهراً متتابعا إلا رمضان . أخرجهما مسلم

(فصل) ويستحب التنفل بين المغرب والعشاء لما روي عن أنس بن مالك في هذه الآية (تتجافى جنوبهم عن المضاجع) الآية ، قال كانوا يتنفلون ما بين المغرب والعشاء يصلون رواه أبو داود وعن عائشة (رض) عن رسول الله ﷺ قال « من صلى بعد المغرب عشرين ركعة بنى الله له بيتا في الجنة » قال ابو عيسى هذا حديث غريب

(فصل) وما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم تخفيفه أو تطويله فالأفضل اتباعه فيه فانه عليه السلام لايفعل إلا الافضل ، وقد ذكرنا بعض ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يخففه ويطوله وما عدا ذلك فاختلفت الرواية فيه ، فروي أن الافضل كثرة الركوع والسجود لقول ابن مسعود : اني لأعلم النظائر التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن بينهن سورتين في كل ركعة عشرون سورة من المفصل ، رواه مسلم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ما من عبد سجد سجدة إلا كتب

ولنا ماروي عن أنس أنه صلى متربعا ، ولان ذلك أبعد من السهو والاشتباه ، ولان القيام يخالف القعود فينبغي أن يخالف هيئته في بدله هيئة غيره كمخالفة القيام غيره ولا يلزم من سقوط القيام لمشقته سقوط مالا مشقة فيه كمن سقط عنه الركوع والسجود ولا يلزم سقوط الايماء بهما وهذا الذي ذكرنا من صفة الجلوس مستحب غير واجب إذ لم يرد بايجابه دليل

(فصل) ويثني رجليه في الركوع والسجود ، كذلك ذكره الخرقي لان ذلك يروى عن أنس وهو قول الثوري، وحكي عن أحمد واسحاق أنه لايثني رجليه إلا في السجود خاصة ويكون في الركوع على هيئة القيام ، وحكاه أبو الخطاب ، وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو أقيس لان هيئة الراكع في رجليه هيئة القائم فينبغي أن يكون على هيئته ، قال شيخنا : وهذا أصح في النظر إلا أن أحمد ذهب الى فعل أنس وأخذ به - وهو مخير في الركوع والسجود إن شاء من قيام، وإن شاء من قعود ، لان النبي ﷺ فعل الأمرين ، قالت عائشة : لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي صلاة الليل قاعداً قط حتى أسن فكان يقرأ قاعداً حتى اذا أراد أن يركع قام فقرأ نحواً من ثلاثين آية أو

الله له بها حسنة ، ومحا عنه بها سيئة ، ورفع له بها درجة » (والثانية) التطويل أفضل لقول رسول الله ﷺ « أفضل الصلاة طول القنوت » رواه مسلم . ولأن النبي ﷺ كان أكثر صلاته التهجد وكان يطيله على ماقد من ذكره ولا يداوم إلا على الافضل (والثالثة) هما سواء لتعارض الاخبار في ذلك والله أعلم .

(فصل) والتطوع في البيت أفضل لقول رسول الله ﷺ « عليكم بالصلاة في بيوتكم فان خير صلاة المرء في بيته إلا الصلاة المكتوبة » رواه مسلم ، وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ قال « صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا المكتوبة » رواه أبو داود وقال « إذا قضى أحدكم الصلاة في مسجده فليجعل لبيته نصيبا من صلاته فان الله جاعل في بيته من صلاته خيرا » رواه مسلم . ولان الصلاة في البيت أقرب إلى الاخلاص ، وأبعد من الرياء وهو من عمل السر يفعله في المسجد علانية والسر أفضل .

(فصل) ويستحب أن يكون للانسان تطوعات يداوم عليها فاذا فاتت يقضيها قال ابو داود سمعت احمد رحمه الله يقول : يعجبني أن يكون للرجل ركعات من الليل والنهار معلومة فاذا نشط طولها وإذا لم ينشط خففها وقالت عائشة سئل رسول الله ﷺ أي الاعمال أفضل ؟ قال « أدومه وإن قل » وفي لفظ قال « أحب الاعمال إلى الله الذي يداوم عليه صاحبه وان قل » متفق عليه . وقالت كان النبي ﷺ إذا صلى صلاة أحب أن يداوم عليها . وقالت كان عمله ديمة وكان إذا عمل عملا أثبته ، رواه مسلم . وقال عبدالله بن عمرو : قال لي رسول الله ﷺ « لاتكن مثل فلان كان يقوم الليل فترك قيام الليل » متفق عليه .

(فصل) يجوز التطوع جماعة وفرادى لان النبي ﷺ فعل الامرين كليهما وكان أكثر تطوعه منفرداً وصلى بحذيفة مرة وبابن عباس مرة وبأنس وأمه واليتيم مرة وأم أصحابه في بيت

أربعين آية ثم ركع متفق عليه . وعنها أن رسول الله ﷺ كان يصلي ليلا طويلا قائما وليلا طويلا قاعداً ، وكان اذا قرأ وهو قائم ركع وسجد وهو قائم ، وإذا قرأ وهو قاعد ركع وسجد وهو قاعد، رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وأدنى صلاة الضحى ركعتان وأكثرها ثمان ، ووقتها إذا علت الشمس) صلاة الضحى مستحبة . قال ابو هريرة : أوصاني خليلي بثلاث ، صيام ثلاثة أيام من كل شهر ، وركعتي الضحى وان أوتر قبل أن أنام ، وعن أبي الدرداء نحوه ، متفق عليه . وروى ابو ذر عن النبي ﷺ قال « يصبح على كل سلامى من أحدكم صدقة ، فكل تسبيحة صدقة ، وكل تحميدة صدقة ، وكل تهليلة صدقة ، وأمر بالمعروف صدقة ، ونهي عن المنكر صدقة ، ويجزيء من ذلك ركعتان يركعهما من الضحى » رواه مسلم ، وأقل صلاة الضحى ركعتان لهذا الحديث ، قال أصحابنا : وأكثرها ثماني ركعات لما روت أم هانيء ان النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة وصلى ثماني ركعات فلم أر صلاة قط أخف منها غير أنه يتم الركوع والسجود ، متفق عليه ، ويحتمل أن يكون أكثرها اثنتي عشرة

عتبان مرة وأمهم في ليالي رمضان ثلاثاً ، وسنذكر أكثر هذه الاخبار في مواضعها إن شاء الله تعالى وهي كلها صحاح جياد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويباح أن يتطوع جالسا)

لا نعلم خلافا في إباحة التطوع جالساً وأنه في القيام أفضل ، وقد قال النبي ﷺ « من صلى قائماً فهو أفضل ومن صلى قاعداً فله نصف أجر القائم » متفق عليه ، وفي لفظ مسلم « صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة » وقالت عائشة ان النبي ﷺ لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس ، وروي نحو ذلك عن حفصة وعبد الله بن عمرو وجابر بن سمرة أخرجهن مسلم . ولان كثيراً من الناس يشق عليه طول القيام فلو وجب في التطوع لترك أكثره فسامح الشارع في ترك القيام فيه ترغيباً في تكثيره كما سامح في فعله على الراحلة في السفر وسامح في نية صوم التطوع من النهار

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكون في حال القيام متربعا ويثني رجليه في الركوع والسجود)

وجملته أنه يستحب للمتطوع جالساً أن يكون في حال القيام متربعاً ، روي ذلك عن ابن عمر وأنس وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير ومالك والثوري والشافعي وإسحاق ، وعن أبي حنيفة كقولنا وعنه يجلس كيف شاء ، وروي عن ابن المسيب وعروة وابن عمر يجلس كيف شاء لان القيام سقط فسقطت هيئته وروي عن ابن المسيب وعروة وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وعطاء الخراساني أنهم كانوا يحتبون في التطوع ، واختلف فيه عن عطاء والنخعي

ولنا أن القيام يخالف القعود فينبغي أن تخالف هيئته في بدله هيئة غيره كمخالفة القيام غيره

ركعة لما روى أنس قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من صلى الضحى ثنتي عشرة ركعة بنى الله له قصراً في الجنة من ذهب » رواه ابن ماجه والترمذي وقال غريب ، وأفضل وقتها إذا علت الشمس واشتد حرها لقول رسول الله ﷺ « صلاة الاوابين حين ترمض الفصال » رواه مسلم ، ويمتد وقتها إلى زوال الشمس ، وأوله حين تبيض الشمس

(فصل) قال بعض أصحابنا : لا تستحب المداومة عليها لان النبي ﷺ لم يكن يداوم عليها قالت عائشة : ما رأيت النبي ﷺ يصلي الضحى قط ، متفق عليه ، وعن عبد الله بن شقيق قال : قلت لعائشة أكان رسول الله ﷺ يصلي الضحى ؟ قالت : لا إلا أن يجيء من مغيبه ، رواه مسلم ، وقال عبد الرحمن ابن أبي ليلى : ما حدثني أحد قط أنه رأى النبي ﷺ يصلي الضحى إلا ام هانيء فانها حدثت أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة فصلى ثماني ركعات ما رأيته قط صلى صلاة أخف منها غير أنه كان يتم الركوع والسجود متفق عليه ، ولان في المداومة عليها تشبيها بالفرائض ، وقال ابو الخطاب : تستحب المداومة عليها لان

وهو مع هذا أبعد من السهو والاشتباه وليس اذا سقط القيام لمشقته يلزم سقوط مالا مشقة فيه كمن سقط عنه الركوع والسجود لايلزم سقوط الايماء بهما وهذا الذي ذكرنا من صفة الجلوس مستحب غير واجب إذ لم يرد بايجابه دليل . فأما قوله ويثني رجليه في الركوع والسجود — فقد روي عن أنس قال أحمد يروى عن أنس أنه صلى متربعاً فلما ركع ثنى رجله وهذا قول الثوري ، وحكى ابن المنذر عن أحمد واسحاق أنه لايثني رجليه إلا في السجود خاصة ويكون في الركوع على هيئة القيام وذكره أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو أقيس لان هيئة الراكع في رجليه هيئة القائم فينبغي أن يكون على هيئته وهذا أصح في النظر إلا أن أحمد ذهب الى فعل أنس وأخذ به

(فصل) وهو مخير في الركوع والسجود ان شاء من قيام وإن شاء من قعود لان النبي ﷺ فعل الامرين ، قالت عائشة لم أر رسول الله ﷺ يصلي صلاة الليل قاعداً قط حتى أسن فكان يقرأ قاعداً حتى اذا أراد أن يركع قام فقرأ نحواً من ثلاثين آية أو أربعين آية ثم ركع . متفق عليه ، وعنها أن رسول الله ﷺ كان يصلي ليلا طويلا قائما ، وليلا طويلا قاعداً ، وكان اذا قرأ وهو قائم ركع وسجد وهو قائم ، واذا قرأ وهو قاعد ركع وسجد وهو قاعد . رواه مسلم ، قال الترمذي كلا الحديثين صحيح قال : وقال أحمد واسحاق والعمل على كلا الحديثين.

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمريض اذا كان القيام يزيد في مرضه صلى قاعداً)

أجمع أهل العلم على أن من لايطيق القيام له أن يصلي جالسا وقد قال النبي ﷺ لعمران بن حصين « صل قائما فان لم تستطع فقاعداً فان لم تستطع فعلى جنب » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وزاد « فان لم تستطع فمستلقيا » (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وروى أنس قال سقط رسول الله ﷺ

النبي ﷺ وصى بها أصحابه وقال « من حافظ على شفعة الضحى غفرت له ذنوبه وإن كانت مثل زبد البحر » رواه الترمذي وابن ماجه . وروت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي الضحى أربعا ويزيد ماشاء الله . رواه مسلم ، ولان أحب العمل إلى الله مادام عليه صاحبه على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وسجود التلاوة صلاة) يعني يشترط له مايشترط لصلاة النافلة من ستر العورة واستقبال القبلة والنية والطهارة من الحدث والنجس في قول عامة أهل العلم . وروي عن عثمان رضي الله عنه في الحائض تستمع السجدة تومىء برأسها ، وهو قول سعيد بن المسيب قال : وتقول اللهم لك سجدت وقال الشعبي فيمن سمع السجدة على غير وضوء يسجد حيث كان وجهه

ولنا قوله ﷺ « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » فيدخل في عمومه السجود ، ولأنه سجود فأشبه سجود السهو ، فعلى هذا ان سمع السجود وهو محدث لم يلزمه الوضوء ولا التيمم . وقال النخعي : يتيمم ويسجد ، وعنه يتوضأ ويسجد ، وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي

عن فرس فخدش أو جحش شقه الايمن فدخلنا عليه نعوده فحضرت الصلاة فصلى قاعداً وصلينا خلفه قعوداً . متفق عليه ، وإن أمكنه القيام إلا أنه يخشى زيادة مرضه به أو تباطؤ برئه أو يشق عليه مشقة شديدة فله أن يصلي قاعداً ، ونحو هذا قال مالك واسحاق وقال ميمون بن مهران : اذا لم يستطع أن يقوم لدنياه فليصل جالسا ، وحكي عن أحمد نحو ذلك

ولنا قول الله تعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج) وتكليف القيام في هذه الحال حرج ، ولان النبي ﷺ صلى جالسا لما جحش شقه الايمن والظاهر أنه لم يكن يعجز عن القيام بالكلية ، لكن لما شق عليه القيام سقط عنه فكذلك تسقط عن غيره ، واذا صلى قاعداً فانه يكون جلوسه على صفة جلوس المتطوع جالسا على ماذكرنا

(فصل) وإن قدر على القيام بأن يتكيء على عصى أو يستند الى حائط أو يعتمد على أحد جانبيه لزمه لانه قادر على القيام من غير ضرر فلزمه كما لو قدر بغير هذه الاشياء

(فصل) وإن قدر على القيام الا أنه يكون على هيئة الراكع كالاحدب أو من هو في بيت قصير السقف لا يمكنه الخروج منه أو في سفينة أو خائف لا يأمن أن يعلم به اذا رفع رأسه فانه إن كان ذلك لحدب أو كبر لزمه قيام مثله ، وان كان لغير ذلك احتمل أن يلزمه القيام قياسا على الاحدب ، واحتمل أن لا يلزمه فان أحمد رحمه الله قال في الذي في السفينة لا يقدر على أن يستتم قائما لقصر سماء السفينة يصلي قاعداً الا أن يكون شيئا يسيراً فيقاس عليه سائر مافي معناه لقول النبي ﷺ « صل قائما فان لم تستطع فقاعداً » وهذا لم يستطع القيام

(فصل) ومن قدر على القيام وعجز عن الركوع أو السجود لم يسقط عنه القيام ويصلي قائما فيومي، بالركوع ثم يجلس فيومي، بالسجود ، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يسقط القيام لانها صلاة لاركوع فيها ولا سجود فسقط فيها القيام كصلاة النافلة على الراحلة

ولنا أنها تتعلق بسبب فاذا فات لم يسجد كما لو قرأ سجدة في الصلاة فلم يسجد لم يسجد بعدها فعلى هذا ان توضأ لم يسجد لفوات سببها ، ولا يتيمم لها مع وجود الماء لان الله تعالى شرط لجواز التيمم المرض أو عدم الماء ولم يوجد واحد منهما ، فان كان عادما للماء فتيمم فله السجود أن لم يطل لانه لم يبعد سببها ولم يفت بخلاف الوضوء

﴿ مسئلة ﴾ (وهو سنة للقاريء والمستمع دون السامع) سجود التلاوة سنة مؤكدة ليس بواجب روي ذلك عن عمر وابنه وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه بوجوبه لقوله تعالى (فما لهم لا يؤمنون ، واذا قريء عليهم القرآن لا يسجدون) وهذا ذم ولا يذم الا على ترك الواجب ولانه سجود يفعل في الصلاة أشبه سجود صلبها

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر سورة النمل حتى اذا جاء السجدة

ولنا قول الله تعالى (وقوموا لله قانتين) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « صل قائما » ولان القيام ركن قدر عليه فلزمه الاتيان به كالقراءة . والعجز عن غيره لا يقتضي سقوطه كما لو عجز عن القراءة وقياسهم فاسد لوجوه (أحدها) أن الصلاة على الراحلة لا يسقط فيها الركوع (والثاني) أن النافلة لا يجب فيها القيام فما سقط على الراحلة لسقوط الركوع والسجود (والثالث) أنه منقوض بصلاة الجنازة

(فصل) وان قدر المريض على الصلاة وحده قائما ولا يقدر على ذلك مع الامام لتطويله يحتمل أن يلزمه القيام ويصلي وحده لان القيام آكد لكونه ركنا في الصلاة لا تتم الا به والجماعة تصح الصلاة بدونها ، واحتمل أنه مخير بين الامرين لاننا أبحنا له ترك القيام المقدور عليه مع امام الحي العاجز عن القيام مراعاة للجماعة فهنا أولى ولان العجز يتضاعف بالجماعة اكثر من تضاعفه بالقيام بدليل « ان صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم » و « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الرجل وحده سبعا وعشرين درجة » وهذا أحسن وهو مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يطق جالسا فنائما)

يعني مضطجعا سماه نائما لانه في هيئة النائم وقد جاء مثل هذه التسمية عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وصلاة النائم على النصف من صلاة القاعد » رواه البخاري هكذا . فمن عجز عن الصلاة قاعداً فانه يصلي على جنبه مستقبل القبلة بوجهه وهذا قول مالك والشافعي وابن المنذر وقال سعيد بن المسيب والحارث العكلي وأبو ثور وأصحاب الرأي يصلي مستلقيا ووجهه ورجلاه الى القبلة ليكون ايماؤه اليها فانه اذا صلى على جنبه كان وجهه في الايماء الى غير القبلة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فان لم يستطع فعلى جنب » ولم يقل فان لم يستطع فمستلقيا ، ولانه يستقبل القبلة اذا كان على جنبه ولا يستقبلها اذا كان على ظهره وانما يستقبل السماء ولذلك

نزل فسجد وسجد الناس ، حتى اذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها حتى اذا جاءت السجدة قال: يا أيها الناس انما نمر بالسجود فمن سجد فقد أصاب ، ومن لم يسجد فلا اثم عليه ، ولم يسجد عمر . وفي لفظ ان الله لم يفرض علينا السجود إلا أن نشاء ، رواه البخاري . وهذا كان يوم الجمعة بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر فيكون إجماعا ، وروى زيد بن ثابت قال قرأت على النبي صلى الله عليه وسلم سورة النجم فلم يسجد منا أحد متفق عليه . فأما الآية فانما ذم فيها تارك السجود غير معتقد فضله ولا مشروعيته وقياسهم ينتقض بسجود السهو فانه في الصلاة وهو غير واجب عندهم

(فصل) ويسن للتالي والمستمع وهو الذي يقصد الاستماع بغير خلاف علمناه سواء كان التالي في صلاة أو لم يكن ، فان كان المستمع في صلاة فهل يسجد بسجود التالي ؟ على روايتين وذلك لما روى ابن عمر قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ علينا القرآن فاذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا معه رواه أبو داود وروي أيضا قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ علينا السورة

يوضع الميت في قبره على جنبه قصد التوجيه إلى القبلة وقولهم ان وجهه في الايماء يكون إلى غير القبلة قلنا استقبال القبلة من الصحيح لا يكون في حال الركوع بوجهه ولا في حال السجود إنما يكون إلى الارض فلا يعتبر في المريض أن يستقبل القبلة فيهما أيضاً ، إذا ثبت هذا فالمستحب أن يصلي على جنبه الايمن فان صلى على الايسر جاز لان النبي ﷺ لم يعين جنباً بعينه ولانه يستقبل القبلة على أي الجنبين كان ، فان صلى على ظهره مع إمكان الصلاة على جنبه فظاهر كلام احمد انه يصح لانه نوع استقبال ولهذا يوجه الميت عند الموت كذلك ، والدليل يقتضي أن لا يصح لانه خالف أمر النبي ﷺ في قوله فعلى جنب ولانه نقله إلى الاستلقاء عند عجزه عن الصلاة على جنبه فيدل على أنه لا يجوز ذلك مع إمكان الصلاة على جنبه ولانه ترك الاستقبال مع إمكانه ، وإن عجز عن الصلاة على جنبه صلى مستلقياً للخبر ، ولانه عجز عن الصلاة على جنبه فسقط كالقيام والقعود

(فصل) إذا كان بعينه مرض فقال ثقات من العلماء بالطب : إن صليت مستلقياً أمكن مداواتك فقال القاضي : قياس المذهب جواز ذلك وهو قول جابر بن زيد والثوري وأبي حنيفة . وكرهه عبيدالله ابن عبدالله بن عتبة وابو وائل ، وقال مالك والاوزاعي : لا يجوز لما روي عن ابن عباس أنه لما كف بصره أتاه رجل فقال : لو صبرت على سبعة أيام لم تصل إلا مستلقياً داويت عينك ورجوت أن تبرأ فأرسل في ذلك الى عائشة وأبي هريرة وغيرهما من أصحاب رسول الله ﷺ فكل قال له : ان مت في هذه الأيام ما الذي تصنع بالصلاة ؟ فترك معالجة عينه

ولنا أن النبي ﷺ صلى جالساً لما جحش شقه ، والظاهر أنه لم يكن يعجز عن القيام لكن كانت عليه مشقة فيه أو خوف ضرر وأيهما قدر فهو حجة على الجواز ههنا ، ولانا أبحنا له ترك الوضوء اذا لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن المثل حفظا لجزء من ماله ، وترك الصوم لأجل المرض والرمد ودلت الأخبار على جواز ترك القيام لأجل الصلاة على الراحلة خوفاً من ضرر الطين في ثيابه وبدنه

في غير الصلاة فيسجد ونسجد معه حتى لا يجد أحدنا مكاناً لموضع جبهته» متفق عليه ، فأما السامع الذي لا يقصد الاستماع فلا يسن له روي ذلك عن عثمان وابن عباس وعمران بن حصين رضي الله عنهم وبه قال مالك . وقال أصحاب الرأي : عليه السجود وروي نحوه عن ابن عمر والنخعي واسحاق لانه سامع للسجدة أشبه المستمع ، وقال الشافعي : لا أؤكد عليه السجود وان سجد فحسن

ولنا ما روي عن عثمان أنه مر بقاص فقرأ القاص سجدة ليسجد عثمان معه فلم يسجد وقال : انما السجدة على من استمع . وقال ابن عباس وعمران : ما جلسنا لها ، ولم يعلم لهم مخالف في عصرهم . فأما ابن عمر فانما روي عنه أنه قال : انما السجدة على من سمعها ، فيحتمل أنه أراد من سمعها قاصداً وينبغي أن يحمل على ذلك جمعاً بين أقوالهم ، ولان السامع لا يشارك التالي في الاجر فلم يشاركه في السجود كغيره أما المستمع فقد قال عليه السلام « التالي والمستمع شريكان في الاجر » فلا يقاس غيره عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر أن يكون القاريء يصلح اماما له) يشترط لسجود التلاوة كون التالي يصلح

وجاز ترك الجمعة والجماعة صيانة لنفسه وثيابه من البلل والتلوث بالطين ، وجاز ترك القيام اتباعا لامام الحي اذا صلى جالساً ، والصلاة على جنبه ومستلقيا في حال الخوف من العدو ، ولا ينقص الضرر بفوات البصر عن الضرر في هذه الاحوال ، فأما خبر ابن عباس ان صح فيحتمل أن المخبر لم يخبر عن يقين وانما قال أرجو أو انه لم يقبل خبره لكونه واحداً أو مجهول الحال بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان عجز عن الركوع والسجود أومأ بهما كما يومىء بهما في حالة الخوف ويجعل السجود أخفض من الركوع ، وإن عجز عن السجود وحده ركع وأومأ بالسجود ، وإن لم يمكنه أن يحني ظهره حنى رقبته ، وإن تقوس ظهره فصار كأنه واقع فمتى أراد الركوع زاد في انحنائه قليلا ويقرب وجهه الى الارض في السجود أكثر ما يمكنه ، وان قدر على السجود على صدغه لم يفعل لأنه ليس من أعضاء السجود ، وإن وضع بين يديه وسادة أو شيئا عاليا أو سجد على ربوة أو حجر جاز اذا لم يمكنه تنكيس وجهه أكثر من ذلك ، وحكي ابن المنذر عن أحمد أنه قال اختار السجود على المرفقة وقال هو أحب إلي من الايماء ، وكذلك قال اسحاق وجوزه الشافعي وأصحاب الرأي ورخص فيه ابن عباس وسجدت أم سلمة على المرفقة وكره ابن مسعود السجود على عود وقال يومىء إيماء

ووجه الجواز أنه أتى بما يمكنه من الانحطاط فأجزأه كما لو أومأ ، فأما ان رفع الى وجهه شيئاً فسجد عليه فقال بعض أصحابنا لا يجزئه ، وروي عن ابن مسعود وابن عمر وجابر وأنس أنهم قالوا يومىء ولا يرفع الى وجهه شيئا وهو قول عطاء ومالك والثوري ، وروى الاثرم عن أحمد أنه قال أي ذلك فعل فلا بأس يومىء أو يرفع المرفقة فيسجد عليها قيل له المروحة ؟ قال لا أما المروحة فلا ، وعن أحمد أنه قال الايماء أحب إلي ، وان رفع الى وجهه شيئا فسجد عليه أجزأه وهو قول أبي ثور ولا بد من أن يكون بحيث لا يمكنه الانحطاط أكثر منه ووجه ذلك أنه أتى بما أمكنه من وضع رأسه فأجزأه كما لو أومأ ، ووجه الاول أنه سجد على ما هو حامل له فلم يجزه كما لو سجد على يديه

اماما له ، فان كان امرأة أو خنثى مشكلا لم يسجد الرجل باستماعه رواية واحدة ، وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وروي ذلك عن قتادة ، والاصل في ذلك ماروي أن رسول الله ﷺ أتى الى نفر من أصحابه فقرأ رجل منهم سجدة ثم نظر الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « انك كنت امامنا ولو سجدت سجدنا » رواه الشافعي في مسنده والجوزجاني في المترجم عن عطاء عن النبي ﷺ فان كان التالي أميا سجد القاري المستمع بسجوده لان القراءة ليست بركن في السجود ، وان كان صبياً ففي سجود الرجل بسجوده وجهان بناء على صحة امامته في النفل

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يسجد القاريء لم يسجد) يعني اذا لم يسجد التالي لم يسجد المستمع ، وقال الشافعي يسجد لوجود الاستماع وهو سبب السجود ، وقال القاضي اذا كان التالي في غير صلاة وهناك مستمع للقراءة فلم يسجد التالي لم يسجد المستمع في ظاهر كلامه فدل على أنه قد روي عنه السجود

(فصل) وان لم يقدر على الايماء برأسه أومأ بطرفه ونوى بقلبه ، ولا تسقط الصلاة عنه مادام عقله ثابتا ، وحكي عن أبي حنيفة أن الصلاة تسقط عنه ، وذكر القاضي أن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن يزيد لما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قيل له في مرضه الصلاة ، قال قد كفاني انما العمل في الصحة ، ولان الصلاة أفعال عجز عنها بالكلية فسقطت عنه لقول الله تعالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها)

ولنا ماذكرناه من حديث عمران وأنه مسلم بالغ عاقل فلزمته الصلاة كالقادر على الايماء برأسه ولأنه قادر على الايماء أشبه الاصل

(فصل) اذا صلى جالساً فسجد سجدة وأومأ بالثانية مع امكان السجود جاهلا بتحريم ذلك وفعل مثل ذلك في الثانية ثم علم قبل سلامه سجد سجدة تتم له الركعة الثانية وأتى بركعة كما لو ترك السجود نسيانا . وذكر القاضي أنه تتم له الركعة الاولى بسجدة الثانية وهذا مذهب الشافعي، وليس هذا مقتضى مذهبنا فانه متى شرع في قراءة الثانية قبل اتمام الاولى بطلت الاولى وصارت الثانية أولاه وقد مضى هذا في سجود السهو

(فصل) ومتى قدر المريض في أثناء الصلاة على ماكان عاجزاً عنه من قيام أو قعود أو ركوع أو سجود أو ايماء انتقل اليه وبنى على مامضي من صلاته وهكذا لو كان قادراً فعجز في أثناء الصلاة أتم صلاته على حسب حاله لان مامضى من الصلاة كان صحيحاً فيبني عليه كما لو لم يتغير حاله

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوتر ركعة)

نص على هذا أحمد رحمه الله وقال انا نذهب في الوتر الى ركعة وممن روي عنه ذلك عثمان ابن عفان وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وأبو موسى

ولنا مارويناه من الحديث ولانه تابع له فلم يسجد بدون سجوده كما لو كانا في الصلاة ، وان كان التالي في صلاة دون المستمع سجد معه ، وان كان المستمع في صلاة أخرى لم يسجد ولا ينبغي له الاستماع لقول النبي ﷺ « إن في الصلاة اشغلا » متفق عليه ، فعلى هذا لا يسجد اذا فرغ من الصلاة وقال أبو حنيفة يسجد لان سبب السجود وجد وامتنع المعارض فاذا زال المعارض سجد

ولنا أنه لو ترك السجود لتلاوته في الصلاة لم يسجد بعدها فلان لا يسجد ثم بحكم تلاوة غيره أولى وعن أحمد في المستمع أنه يسجد اذا كان في تطوع سواء كان التالي في صلاة أخرى أو لم يكن ، قال شيخنا والاول أصح لانه ليس بامام له فلا يسجد بتلاوته كما لو كان في فرض

(فصل) والركوع لايقوم مقام السجود ، وحكى صاحب المستوعب رواية عن أحمد أن ركوع الصلاة يقوم مقام السجود ، وقال أبو حنيفة يقوم مقامه لقوله تعالى (وخر راكعا وأناب)

ولنا أنه سجود مشروع فلم يقم الركوع مقامه كسجود الصلاة ، والآية أريد بها السجود وعبر

ومعاوية وعائشة رضي الله عنهم وفعل ذلك معاذ القاري، ومعه رجال من أصحاب رسول الله ﷺ لاينكر ذلك منهم أحد ، وقال ابن عمر: الوتر ركعة كان ذلك وتر رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر. وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور . وقال هؤلاء يصلي ركعتين ثم يسلم ثم يوتر بركعة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس أن النبي ﷺ قال « الوتر ركعة من آخر الليل » وقالت عائشة : كانت صلاة رسول الله ﷺ من الليل عشر ركعات ويوتر بسجدة . وفي لفظ كان يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة ، وقال النبي ﷺ « صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فاوتر بواحدة » أخرجهن مسلم

(فصل) قوله الوتر ركعة يحتمل أنه أراد جميع الوتر ركعة وما يصلى قبله ليس من الوتر كما قال الامام أحمد : انا نذهب في الوتر الى ركعة ولكن يكون قبلها صلاة عشر ركعات ثم يوتر ويسلم ، ويحتمل انه أراد أقل الوتر ركعة فان أحمد قال انا نذهب في الوتر الى ركعة وإن أوتر بثلاث أو أكثر فلا بأس ، وممن روي عنه انه أوتر بثلاث عمر وعلي وأبي وأنس وابن مسعود وابن عباس وأبو أمامة وعمر بن عبد العزيز وبه قال أصحاب الرأي ، قال أبو الخطاب : أقل الوتر ركعة وأكثره إحدى عشرة ركعة وأدنى الكمال ثلاث ركعات . وقال الثوري واسحاق: الوتر ثلاث وخمس وسبع وتسع وإحدى عشرة ، وقال أبو موسى ثلاث أحب إليّ من واحدة وخمس أحب إليّ من ثلاث وسبع أحب إلي من خمس وتسع أحب إلي من سبع ، وقال ابن عباس: انما هي واحدة أو خمس أو سبع أو أكثر من ذلك يوتر بما شاء ، وقد روى أبو أيوب قال : قال رسول الله ﷺ «الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » أخرجه أبو داود ، وروت عائشة أن النبي ﷺ كان يوتر بتسع وروت أنه كان يوتر بسبع وروت أنه كان يوتر بخمس رواهن مسلم ، وعن عبدالله بن قيس قال: قلت لعائشة بكم

عنه بالركوع بدليل أنه قال وخر ولا يقال للراكع خر وإنما روي عن داود عليه السلام السجود ولو قدر أن داود ركع حقيقة لم يكن فيه حجة لانه انما فعل ذلك توبة لا لسجود التلاوة . واذا قرأ السجدة في الصلاة في آخر السورة فان شاء ركع وان شاء سجد ثم قام فقرأ شيئا من القرآن ثم ركع ، وان شاء سجد ثم قام فركع من غير قراءة نص عليه أحمد ، وهذا قول ابن مسعود والربيع ابن خيثم واسحاق وأصحاب الرأي . وروي عن عمر أنه قرأ بالنجم فسجد فيها ثم قام فقرأ سورة أخرى

(فصل) واذا قرأ السجدة على الراحلة في السفر أومأ بالسجود حيث كان وجهه . وقال القاضي: إن أمكنه أن يستفتح بها القبلة فعله ، وان كان لا تطيق دابته احتمل أن لا يستفتح بها واحتمل أنه لابد من الاستفتاح ؟ وقد روي الايماء به على الراحلة عن علي وسعيد بن زيد وابن عمر وابن الزبير وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

كان رسول الله ﷺ يوتر؟ قالت : كان يوتر بأربع وثلاث ، وست وثلاث، وثمان وثلاث ،وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأقل من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة .رواه أبو داود

﴿مسئلة﴾ قال (يقنت فيها)

يعني ان القنوت مسنون في الوتر في الركعة الواحدة في جميع السنة . هذا المنصوص عند أصحابنا وهذا قول ابن مسعود وابراهيم وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن الحسن ،وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يقنت إلا في النصف الاخير من رمضان ، وروي ذلك عن علي وأبي وبه قال ابن سيرين وسعيد بن أبي الحسن والزهري ويحيى بن ثابت ومالك والشافعي واختاره أبو بكر الاثرم لما روي عن الحسن أن عمر جمع الناس على أبي بن كعب فكان يصلي لهم عشرين ليلة ولا يقنت إلا في النصف الثاني . رواه أبو داود وهذا كالاجماع ، وقال قتادة : يقنت في السنة كلها إلا في النصف الاول من رمضان لهذا الخبر ، وعن ابن عمر أنه لا يقنت الا في النصف الاخير من رمضان،وعنه لا يقنت في صلاة بحال ، والرواية الاولى هي المختارة عند أكثر الاصحاب ، وقد قال أحمد في رواية المروذي : كنت أذهب الى أنه في النصف من شهر رمضان ثم انى قنت هو دعاء وخير . ووجهه ماروي عن أبي أن رسول الله ﷺ كان يوتر فيقنت قبل الركوع . وعن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يقول في آخر وتره « اللهم اني أعوذ برضاك من سخطك ، وأعوذ بمعافاتك من عقوبتك ، وأعوذ بك منك لا احصي ثناء عليك انت كما اثنيت على نفسك » وكان للدوام ،وفعل ابي يدل على انه رآه ولا ينكر اختلاف الصحابة في هذا ، ولانه وتر فيشرع فيه القنوت كالنصف الآخر ، ولانه ذكر يشرع في الوتر فيشرع في جميع السنة كسائر الاذكار

قرأ عام الفتح سجدة فسجد الناس كلهم منهم الراكب والساجد بالارض حتى ان الراكب ليسجد على يده رواه ابو داود ، ولانه صلاة تطوع اشبه سائر التطوع ، وان كان ماشيا سجد بالارض وبه قال ابو العالية وأبو ثور وأصحاب الرأي لما ذكرنا ، وقال الاسود بن يزيد وعلقمة وعطاء ومجاهد يومىء وقد قال ابو الحسن الآمدي في صلاة الماشي يومىء وهذا مثله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو اربع عشرة سجدة)

اختلفوا في سجود القرآن فالمشهور من المذهب ان عزائم السجود اربع عشرة سجدة (منها) ثلاث في المفصل وليس منها سجدة ص،ومنها اثنتان في الحج وهذا أحد قولي ابي حنيفة والشافعي الا ان اباحنيفة جعل سجدة ص بدل من السجدة الثانية من الحج ،وروي عن احمد انها خمس عشرة منها سجدة ص،وروي ذلك عن عقبة بن عامر وهو قول اسحاق لما روي عن عمرو بن العاص ان رسول الله ﷺ اقرأه خمس عشرة سجدة منها ثلاث في المفصل وفي الحج اثنتان ، رواه أبو داود وابن ماجه . وقال مالك في رواية والشافعي في قول : عزائم السجود إحدى عشرة سجدة ويروى هذا القول عن ابن عمر وابن عباس منها سجدة

(فصل) ويقنت بعد الركوع نص عليه احمد وروي نحو ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وعلي وأبي قلابة وابي المتوكل وأيوب السختياني وبه قال الشافعي . وروي عن احمد أنه قال : أنا أذهب إلى أنه بعد الركوع فان قنت قبله فلا بأس ونحو هذا قال أيوب السختياني لما روى حميد قال سئل أنس عن القنوت في صلاة الصبح فقال : كنا نقنت قبل الركوع وبعده . رواه ابن ماجه ، وقال مالك وابو حنيفة يقنت قبل الركوع وروي ذلك عن أبي وابن مسعود وأبي موسى والبراء وابن عباس وأنس وعمر بن عبدالعزيز وعبيدة وعبدالرحمن بن أبي ليلى وحميد الطويل لان في حديث أبي ويقنت قبل الركوع . وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قنت بعد الركوع ، رواه مسلم قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن هذه المسألة فقال : اقنت بعد الركوع وذكر حديث الزهري عن سعيد وابي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وأنس عن النبي ﷺ وغير واحد قنت بعد الركوع . وحديث ابن مسعود يرويه أبان بن ابي عياش وهو متروك الحديث . وحديث أبي قد تكلم فيه أيضاً وقيل ذكر القنوت فيه غير صحيح والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول في قنوت الوتر ماروى الحسن بن علي رضي الله عنهما قال : علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في الوتر « اللهم اهدني فيمن هديت ، وعافني فيمن عافيت ، وتولني فيمن توليت ، وبارك لي فيما أعطيت ، وقني شر ماقضيت ، انك تقضي ولا يقضى عليك ، وانه لا يذل من واليت ، ولا يعز من عاديت ، تباركت ربنا وتعاليت » أخرجه ابو داود والترمذي وقال هذا حديث حسن ولا نعرف عن النبي ﷺ في القنوت شيئاً أحسن من هذا ، ويقول ماروى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يقول في وتره . وقد ذكرناه . وعن عمر رضي الله عنه انه قنت في صلاة الفجر

ص وأول الحج دون آخرها وليس فيها سجدات المفصل . وروي عن ابن عباس انه عدها عشراً وأسقط منها سجدة ص لما روى ابو الدرداء قال : سجدت مع النبي ﷺ احدى عشرة سجدة ليس فيها من المفصل شيء ، رواه ابن ماجة . وقال ابن عباس : ان النبي ﷺ لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة . رواه ابو داود

ولنا ماروى ابو رافع قال : صليت خلف أبي هريرة العتمة فقرأ (إذا السماء انشقت) فسجد فقلت ماهذه السجدة ؟ قال : سجدت بها خلف أبي القاسم ﷺ فلا أزال أسجد فيها حتى ألقاه ، متفق عليه . وعن ابي هريرة قال سجدنا مع رسول الله ﷺ في (اذا السماء انشقت ، واقرأ باسم ربك) أخرجه مسلم ، وعن عبدالله بن مسعود أن النبي ﷺ قرأ سورة النجم فسجد فيها وما بقي من القوم أحد إلا سجد ، متفق عليه ، وهذا مقدم على قول ابن عباس لأنه اثبات والاثبات مقدم على النفي وابو هريرة انما أسلم بعد الهجرة في السنة السابعة ويمكن الجمع بين الاحاديث بحمل السجود على الاستحباب ، وتركه السجود يدل على عدم الوجوب فلا تعارض اذا — وأما رواية كون السجود

فقال : بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهم انا نستعينك ونستهديك ونستغفرك ونؤمن بك ونتوكل عليك ونثني عليك الخير كله ولا نكفرك ، بسم الله الرحمن الرحيم اللهم اياك نعبد ، ولك نصلي ونسجد ، واليك نسعى ونحفد ، نرجو رحمتك ونخشى عذابك ، ان عذابك الجد بالكفار ملحق ، اللهم عذب كفرة أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك ، وهاتان سورتان في مصحف أبي بن كعب ، وروى ابو عبيد باسناده عن عروة أنه قال قرأت في مصحف أبي بن كعب هاتين السورتين « اللهم انا نستعينك — اللهم اياك نعبد » وقال ابن سيرين كتبهما أبي في مصحفه يعني إلى قوله بالكفار ملحق قال ابن قتيبة : نحفد نبادر وأصل الحفد مداركة الخطو والاسراع والجد بكسر الجيم أي الحق لا اللعب ملحق بكسر الحاء لاحق هكذا يروى هذا الحرف يقال لحقت القوم وألحقتهم بمعنى واحد ومن فتح الحاء أراد ان الله يلحقه اياه وهو معنى صحيح غير أن الرواية هي الاولى ، وقال الخلال سألت ثعلبا عن ملحق وملحق فقال العرب تقولها معاً

(فصل) اذا أخذ الامام في القنوت أمن من خلفه لا نعلم فيه خلافا وقاله إسحاق ، وقال القاضي وان دعوا معه فلا بأس وقيل لأحمد اذا لم أسمع قنوت الامام أدعو ؟ قال نعم ، فيرفع يديه في حال القنوت ، قال الاثرم كان ابوعبدالله يرفع يديه في القنوت الى صدره واحتج بأن ابن مسعود رفع يديه في القنوت الى صدره وروي ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال إسحاق وأصحاب الرأي وأنكره مالك والاوزاعي ويزيد بن ابي مريم

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعوت الله فادع ببطون كفيك ولا تدع بظهورها فاذا فرغت فامسح بهما وجهك » رواه ابو داود وابن ماجه ، ولأنه فعل من سمينا من الصحابة ، واذا فرغ من القنوت فهل يمسح وجهه بيده ؟ فيه روايتان (احداهما) لا يفعل لأنه روي عن احمد انه قال ، لم أسمع فيه بشيء ولأنه دعاء في الصلاة فلم يستحب مسح وجهه فيه كسائر دعائها (الثانية)

خمس عشرة فمبناه على ان منها سجدة ص وقد روي عن عمر وابنه وعثمان انهم سجدوا فيها وهو قول الحسن ومالك والثوري وأصحاب الرأي لما روى ابن عباس ان النبي ﷺ سجد فيها وظاهر المذهب أنها ليست من عزائم السجود روي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وعلقمة وهو قول الشافعي لما روى ابو سعيد قال قرأ رسول الله ﷺ على المنبر ص فنزل فسجد وسجد الناس معه فلما كان يوم آخر قرأها فلما بلغ السجدة تشزن الناس للسجود فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انما هي توبة نبي ولكني رأيتكم تشزنتم للسجود » فنزل فسجد وسجدوا . رواه ابو داود ، وعن ابن عباس ان النبي ﷺ سجد في ص وقال « سجدها داود توبة ، ونحن نسجدها شكراً » أخرجه النسائي ، وقال ابن عباس ليست ص من عزائم السجود والحديث الذي ذكرناه للرواية الاولى من أن النبي ﷺ سجد فيها يدل على انه انما سجد فيها شكراً كما بين في حديث ابن عباس ، فاذا قلنا ليست من عزائم السجود فسجدها في الصلاة احتمل أن لا تبطل صلاته لان سببها القراءة في الصلاة أشبهت عزائم السجود

يستحب للخبر الذي رويناه . وروى السائب بن يزيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا دعا رفع يديه ومسح وجهه بيديه ، ولأنه دعاء يرفع يديه فيه فيمسح بهما وجهه كما لو كان خارجا عن الصلاة وفارق سائر الدعاء فانه لايرفع يديه فيه

(فصل) ولا يسن القنوت في الصبح ولا غيرها من الصلوات سوى الوتر وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة . وروي عن ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبي الدرداء ، وقال مالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح والشافعي : يسن القنوت في صلاة الصبح في جميع الزمان لان أنساً قال : ما زال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا ، رواه الامام أحمد في المسند وكان عمر يقنت في الصبح بمحضر من الصحابة وغيرهم

ولنا ما روي أن النبي ﷺ قنت شهراً يدعو على حي من أحياء العرب ثم تركه . رواه مسلم ، وروى أبو هريرة وأبو مسعود عن النبي ﷺ مثل ذلك ، وعن أبي مالك قال قلت لأبي يا أبة انك قد صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي ههنا بالكوفة نحواً من خمس سنين أكانوا يقنتون ؟ قال أي بني محدث . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أكثر أهل العلم، وقال ابراهيم النخعي: أول من قنت في صلاة الغداة علي وذلك انه كان رجلا محاربا يدعو على أعدائه . وروى سعيد في سننه عن هشيم عن عروة الهمذاني عن الشعبي قال : لما قنت علي في صلاة الصبح أنكر ذلك الناس فقال علي إنما استنصرنا على عدونا . هذا وعن أبي هريرة (رض) أن رسول الله ﷺ كان لا يقنت في صلاة الفجر إلا إذا دعا لقوم أو دعا على قوم. رواه سعيد ، وحديث أنس يحتمل أنه أراد طول القيام فانه يسمى قنوتا. وقنوت عمر يحتمل انه كان في أوقات النوازل فان أكثر الروايات عنه أنه لم يكن يقنت ،روى ذلك عنه جماعة فدل على أن قنوته كان في وقت نازلة

واحتمل أن تبطل صلاته إذا فعل ذلك عمداً كسائر سجود الشكر والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (في الحج منها اثنتان)

وهذا قول الشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر وممن كان يسجد فيها سجدتين عمر وعلي وعبدالله بن عمر وأبو الدرداء وأبو موسى ، وقال ابن عباس : فضلت الحج بسجدتين . وقال الحسن وسعيد بن جبير والنخعي ومالك وأصحاب الرأي : ليست الثانية بسجدة لانه جمع فيها بين الركوع والسجود فلم تكن سجدة كقوله (يا مريم اقنتي لربك واسجدي واركعي مع الراكعين)

ولنا حديث عمرو بن العاص الذي ذكرناه ، وعن عقبة بن عامر قال قلت لرسول الله ﷺ في سورة الحج سجدتان ؟ قال « نعم ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما » رواه أبوداود . وقال أبو إسحاق أدركت الناس منذ سبعين سنة يسجدون في الحج سجدتين ، وقال ابن عمر لو كنت تاركا لاحداهما لتركت الاولى ، وذلك لان الاولى إخبار والثانية أمر واتباع الامر أولى

(فصل) فان نزل بالمسلمين نازلة فللامام أن يقنت في صلاة الصبح نص عليه أحمد ،قال الاثرم سمعت أبا عبد الله سئل عن القنوت في الفجر فقال : إذا نزل بالمسلمين نازلة قنت الامام وأمن من خلفه ثم قال مثل ما نزل بالمسلمين من هذا الكافر - يعني بابك - قال أبو داود سمعت أحمد يسئل عن القنوت في الفجر فقال : لو قنت اياما معلومة ثم يترك كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم أو قنت على الجرمية أوقنت على الدوام. والجرمية هم أصحاب بابك . وبهذا قال أبوحنيفة والثوري، وذلك لما ذكرنا من أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت شهراً يدعو على حي من احياء العرب ثم تركه وان عليا قنت وقال انما استنصرنا على عدونا هذا ، ولا يقنت آحاد الناس

ويقول في قنوته نحواً مما قال النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ،وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول في القنوت : اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات ،والمسلمين والمسلمات، وألف بين قلوبهم واصلح ذات بينهم وانصرهم على عدوك وعدوهم ، اللهم العن كفرة اهل الكتاب الذين يكذبون رسلك ويقاتلون اولياءك اللهم خالف بين كلمتهم وزلزل اقدامهم وانزل بهم بأسك الذي لا يرد عن القوم المجرمين ، بسم الله الرحمن الرحيم اللهم إنا نستعينك ، ولا يقنت في غير الصبح من الفرائض ، قال عبد الله عن ابيه كل شيء يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت إنما هو في الفجر ولا يقنت في الصلاة إلا في الوتر والغداة اذا كان مستنصراً يدعو للمسلمين. وقال ابو الخطاب يقنت في الفجر والمغرب لانهما صلاتا جهر في طرفي النهار. وقيل يقنت في صلاة الجهر كلها قياسا على الفجر ولا يصح هذا لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من اصحابه القنوت في غير الفجر والوتر

(فصل) وموضع السجدات آخر الاعراف والرعد (بالغدو والآصال) وفي النحل (ويفعلون مايؤمرون) وفي بني اسرائيل (ويزيدهم خشوعا) وفي مريم (خروا سجداً وبكيا) وفي الحج (يفعل مايشاء) وفي الثانية (لعلكم تفلحون) وفي الفرقان (وزادهم نفوراً) وفي النمل (رب العرش العظيم) وفي (الم تنزيل — وهم لا يستكبرون) وفي حم السجدة (وهم لا يسأمون) وآخر النجم وفي سورة الانشقاق (وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون) وآخر اقرأ باسم ربك (واقترب) وروي عن ابن عمر أن السجود في حم عند قوله (اياه تعبدون) وحكاه ابن أبي موسى وبه قال الحسن وابن سيرين وأصحاب عبد الله والليث ومالك لان الامر بالسجود فيها . ولنا تمام الكلام في الثانية فكان السجود بعدها كما في سجدة النحل عند قوله (ويفعلون مايؤمرون) وذكر السجدة في التي قبلها

﴿مسئلة﴾ قال (ويكبر اذا سجد واذا رفع)

متى سجد للتلاوة فعليه التكبير للسجود والرفع منه في الصلاة وغيرها وبه قال الحسن وابن سيرين والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي وبه قال مالك اذا سجد في الصلاة واختلف عنه في غير الصلاة ، وقال ابن أبي موسى :في التكبير اذا رفع رأسه من سجود التلاوة اختلاف في الصلاة وغيرها

﴿مسئلة﴾ قال (مفصولة مما قبلها)

الذي يختاره أبو عبد الله أن يفصل ركعة الوتر بما قبلها ، وقال ان أوتر بثلاث لم يسلم فيهن لم يضيق عليه عندي وقال يعجبني أن يسلم في الركعتين وممن كان يسلم بين الركعتين والركعة ابن عمر حتى يأمر ببعض حاجته وهو مذهب معاذ القاري، ومالك والشافعي واسحاق ،وقال أبو حنيفة لا يفصل بسلام .وقال الاوزاعي ان فصل فحسن وان لم يفصل فحسن ،وحجة من لم يفصل قول عائشة ان النبي ﷺ كان يوتر باربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث.وقولها كان يصلي أربعا فلاتسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا.فظاهر هذا أنه كان يصلي الثلاث بتسليم واحد ، وروت أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر بخمس لا يجلس الا في آخرهن . رواه مسلم

ولنا ما روت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي فيما بين أن يفرغ من صلاة العشاء الى الفجر إحدى عشرة ركعة يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة . رواه مسلم ، وقال النبي ﷺ «صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خفت الصبح فاوتر بواحدة » متفق عليه وقيل لابن عمر ما مثنى مثنى؟ قال يسلم في كل ركعتين وقال عليه السلام «الوتر ركعة من آخر الليل» رواهمسلم وعن ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن الوتر فقال رسول الله ﷺ « افصل بين الواحدة والثنتين بالتسليم » رواه الاثرم باسناده وهذا نص . فأما حديث عائشة الذي احتجوا به فليس فيه تصريح بانها بتسليم واحد وقد قالت في الحديث الآخر يسلم بين كل ركعتين فأما اذا أوتر بخمس فيأتي الكلام فيه . إذا ثبت هذا فانه إذا صلى خلف امام يصلي الثلاث بتسليم واحد تابعه

ولنا ماروى ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ يقرأ علينا القرآن فاذا مر بالسجود كبر وسجد وسجدنا معه .قال عبدالرازق : كان الثوري يعجبه هذا الحديث .قال أبوداود يعجبه لانه كبر رواه أبو داود ولانه سجود منفرد فيشرع التكبير في ابتدائه والرفع منه كسجود السهو بعد السلام .

(فصل) ولا يشرع في ابتداء السجود أكثر من تكبيرة ،وقال الشافعي:اذا سجد خارج الصلاة كبر تكبيرتين الافتتاح والسجود كما لو صلى ركعتين

ولنا حديث ابن عمر وظاهره أنه كبر واحدة ولان معرفة ذلك من الشرع ولم يرد به ولانه سجود منفرد فلم يشرع فيه تكبيران كسجود السهو وقياسهم يبطل بسجود السهو وقياس هذا على سجود السهو أولى من قياسه على الركعتين لشبهه به،ولان الاحرام بالركعتين يتخلل بينه وبين السجود أفعال كثيرة فلذلك لم يكتف بتكبيرة الاحرام عن تكبير السجود بخلاف هذا

﴿مسئلة﴾ (ويجلس ويسلم ولا يتشهد) المشهور عن أحمد أن التسليم واجب في سجود التلاوة وبه قال أبو قلابة وأبو عبد الرحمن لقول النبي ﷺ « تحريمها التكبير وتحليلها التسليم » ولانها صلاة ذات

لئلا يخالف امامه وبه قال مالك، وقدقال أحمد في رواية أبي داود فيمن يوتر فيسلم من الثنتين فيكرهونه يعني أهل المسجد قال: فلوصار الى ما يريدون - يعني أن ذلك سهل لا تضر موافقته إياهم فيه

(فصل) يجوز أن يوتر باحدى عشرة ركعة وبتسع وبسبع وبخمس وبثلاث وبواحدة لما ذكرنا من الاخبار فان أوتر باحدى عشرة سلم من كل ركعتين وان أوتر بثلاث سلم من الثنتين وأوتر بواحدة وان أوتر بخمس لم يجلس الا في آخرهن وان أوتر بسبع جلس عقيب السادسة فتشهد ولم يسلم ثم يجلس بعد السابعة فيتشهد ويسلم وان أوتر بتسع لم يجلس الا عقيب الثامنة فيتشهد ثم يقوم فيأتي بالتاسعة ويسلم ونحو هذا قال اسحاق، وقال القاضي في السبع لايجلس إلا في آخرهن أيضا كالخمس فأما الاحدى عشرة والثلاث فقد ذكرناهما، وأما الخمس فقد روي عن زيد بن ثابت أنه كان يوتر بخمس لا ينصرف إلا في آخرها، وروى عروة عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء منها إلا في آخرها متفق عليه، وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ثم أوتر بخمس لم يجلس بينهن» وفي لفظ «فتوضأ ثم صلى سبعا أو خمسا أوتر بهن لم يسلم الا في آخرهن» رواه أبو داود . وقال صالح مولى التوأمة : أدركت الناس قبل الحرة يقومون باحدى وأربعين ركعة ويوترون بخمس يسلمون بين كل اثنتين ويوترون بواحدة ويصلون الخمس جميعا . رواه الاثرم، وأما التسع والسبع فروى زرارة بن أوفى عن سعيد بن هشام قال: قلت يعني لعائشة يا أم المؤمنين أنبئيني عن وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : كنا نعد له سواكه وطهوره فيبعثه الله ما شاء أن يبعثه فيتسوك

احرام فوجب السلام فيها كسائر الصلوات، وفيه رواية أخرى لا تسليم، وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير، وروي ذلك عن أبي حنيفة، واختلف قول الشافعي فيه . قال أحمد : أما التسليم فلا أدري ما هو لأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فعلى قولنا بوجوب السلام يجزئه تسليمة نص عليه أحمد، وبه قال اسحاق قال : يقول السلام عليكم . وذكر القاضي في المجرد عن أبي بكر رواية لا يجزئه الا اثنتان، والصحيح الاول لأنها صلاة ذات إحرام لا ركوع فيها أشبهت صلاة الجنازة ولا تفتقر الى تشهد، نص عليه أحمد لانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه واختار أبو الخطاب أنه يفتقر الى التشهد قياسا على الصلاة

ولنا أنها صلاة لاركوع فيها فلم تفتقر الى تشهد كصلاة الجنازة ولا يسجد فيه للسهو كصلاة الجنازة

(فصل) ويقول في سجوده ما يقول في سجود صلب الصلاة، نص عليه أحمد . وان قال ما روي عن النبي ﷺ فحسن . قالت عائشة : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في سجود القرآن بالليل «سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وعن ابن عباس قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول

ويتوضأ ويصلي سبع ركعات لايجلس فيها إلا في الثامنة فيذكر الله ويحمده ويدعوه ثم ينهض ولا يسلم ثم يقوم فيصلي التاسعة ثم يقعد فيذكر الله ويدعوه ثم يسلم تسليما يسمعنا ثم يصلي ركعتين بعد مايسلم وهو قاعد فتلك إحدى عشرة ركعة يابني . فلما أسن رسول الله ﷺ وأخذه اللحم أوتر بسبع وصنع في الركعتين مثل صنعه في الاول ، قال فانطلقت الى ابن عباس فحدثته بحديثها فقال صدقت ، رواه مسلم وأبو داود ، وفي حديث أبي داود فقال ابن عباس هذا هو الحديث وفيه أوتر بسبع لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة، وفيه من طريق أخرى ويسلم بتسليمة شديدة يكاد يوقظ أهل البيت من شدة تسليمه وهذا صريح في أن السبع يجلس فيها عقيب السادسة ولعل القاضي يحتج بحديث ابن عباس صلى سبعا أو خمسا أوتر بهن لم يسلم الا في آخرهن ، وعن أم سلمة قالت : كان رسول الله ﷺ يوتر بسبع أو خمس لايفصل بينهن بتسليم ولا كلام ، رواه ابن ماجه وكلا الحديثين فيه شك في السبع وليس في واحد منهما أنه لايجلس عقيب السادسة وحديث عائشة فيه تصريح بذلك وهو ثابت فيتعين تقديمه

(فصل) الوتر غير واجب وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو بكر هو واجب وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال « اذا خفت الصبح فاوتر بواحدة » وأمر به في أحاديث كثيرة والامر يقتضي الوجوب ، وروى أبو أيوب قال : قال رسول الله ﷺ « الوتر حق فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » رواه أبو داود وابن ماجه . وعن بريدة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ،الوتر

الله إني رأيتني الليلة أصلي خلف شجرة فقرأت السجدة فسجدت ، فسجدت الشجرة لسجودي فسمعتها وهي تقول : اللهم اكتب لي بها عندك أجراً ، وضع عني بها وزراً ، واجعلها لي عندك ذخراً فتقبلها مني كما تقبلتها من عبدك داود . فقرأ النبي ﷺ سجدة ثم سجد ، فقال ابن عباس فسمعته يقول مثلما أخبره الرجل عن قول الشجرة ، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال غريب : ومعها قال من نحو ذلك لحسن

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سجد في الصلاة رفع يديه نصّ عليه ، وقال القاضي لايرفعهما) متى سجد للتلاوة خارج الصلاة رفع يديه في تكبيرة الابتداء لانها تكبيرة الاحرام ، وإن كان في الصلاة فكذلك نصّ عليه أحمد لما روى وائل بن حجر قال : قلت لأنظرن إلى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يكبر اذا خفض ورفع ويرفع يديه في التكبير ، قال أحمد هذا يدخل في هذا كله ، وفي رواية أخرى لايرفع يديه في الصلاة اختاره القاضي وهو قياس المذهب لقول ابن عمر وكان لايفعل ذلك في السجود متفق عليه ، ويتعين تقديمه على حديث وائل بن حجر لانه أخص منه ، ولذلك قدم عليه في سجود الصلاة كذلك ههنا

(فصل) ويكره اختصار السجود وهو أن ينزع الآيات التي فيها السجود فيقرؤها ويسجد فيها

حق فمن لم يوتر فليس منا ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا » رواه أحمد في المسند من غير تكرار ، وعن أبي هريرة (رض) عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله من المسند أيضا ، وعن خارجة بن حذافة قال : خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات غداة فقال « إن الله قد أمركم بصلاة فهي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر » رواه أحمد وأبو داود . وعن أبي بصرة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح الوتر الوتر » رواه الاثرم واحتج به أحمد

ولنا ماروى عبد الله بن محيريز أن رجلا من بني كنانة يدعى المخدجي سمع رجلا بالشام يدعى أبا محمد يقول ان الوتر واجب قال فرحت الي عبادة بن الصامت فأخبرته فقال عبادة كذب أبو محمد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد فمن جاء بهن لم يضيع منهن شيئا استخفافا بحقهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة ، ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد ان شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة » رواه أبو داود وأحمد ، وعن علي رضي الله عنه : إن الوتر ليس بحتم ولا كصلواتكم المكتوبة ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوتر ثم قال « يا أهل القرآن أوتروا فان الله وتر يحب الوتر » رواه أحمد في المسند وقد ثبت أن الاعرابي لما سأل النبي صلى الله عليه وسلم مافرض الله علي في اليوم والليلة ؟ قال « خمس صلوات » قال : هل علي غيرهن ؟ قال « لا ، الا أن تتطوع » فقال الاعرابي والذي بعثك بالحق لاأزيد عليهن ولا أنقص منهن فقال « أفلح الرجل إن صدق » ولانه يجوز فعله على الراحلة من غير ضرورة فلم يكن واجبا كالسنن ، وقد روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر على بعيره . متفق عليه ، وقال

وبه قال الشعبي والنخعي والحسن واسحاق ورخص فيه أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور، وقيل اختصار السجود أن يحذف في القراءة آيات السجود وكلاهما مكروه لأنه لم يرو عن السلف رحمهم الله، بل المنقول عنهم كراهته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب للامام السجود في صلاة لايجهر فيها) قال بعض أصحابنا يكره للامام قراءة السجدة في صلاة السر فان قرأ لم يسجد ، وبه قال أبو حنيفة لان فيها ابهاما على المأموم. وقال الشافعي لايكره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد في الظهر ثم قام فركع فرأى أصحابه أنه قرأ سورة السجدة ، رواه أبو داود . قال شيخنا واتباع سنة النبي صلى الله عليه وسلم أولى

﴿ مسئلة ﴾ (فان سجد فالمأموم مخير بين اتباعه وتركه) كذلك قال بعض أصحابنا لانه ليس بمسنون للامام ولم يوجد الاستماع المقتضي للسجود . قال شيخنا : والاولى السجود لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا سجد فاسجدوا » وما ذكروه يبطل بما اذا كان المأموم بعيداً أو أطروشا في صلاة الجهر فانه يسجد بسجود امامه وإن لم يسمع

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب سجود الشكر عند تجدد النعم ، واندفاع النقم) وبهذا قال الشافعي واسحاق

كان رسول الله ﷺ يسبح على الراحلة قبل أي وجه توجه ويوتر عليها غير أنه لا يصلي عليها المكتوبة. رواه مسلم وغيره وأحاديثهم قد تكلم فيها ثم ان المراد بها تأكيده وفضيلته وأنه سنة مؤكدة وذلك حق وزيادة الصلاة يجوز أن تكون سنة والتوعد على تركه للمبالغة في تأكيده كقوله « من أكل هاتين الشجرتين فلا يقربن مسجدنا »

(فصل) وهو سنة مؤكدة قال أحمد : من ترك الوتر عمداً فهو رجل سوء ولا ينبغي أن تقبل له شهادة ، وأراد المبالغة في تأكيده لما قد ورد فيه من الاحاديث في الامر به ، والحث عليه فخرج كلامه مخرج كلام النبي ﷺ وإلا فقد صرح في رواية حنبل فقال الوتر ليس بمنزلة الفرض فلو أن رجلا صلى الفريضة وحدها جاز له وهما سنة مؤكدة الركعتان قبل الفجر والوتر فان شاء قضى الوتر وإن شاء لم يقضه وليس هما بمنزلة المكتوبة ، واختلف أصحابنا في الوتر وركعتي الفجر فقال القاضي ركعتا الفجر آكد من الوتر لاختصاصهما بعدد لا يزيد ولا ينقص فاشبها المكتوبة ، وقال غيره الوتر آكد وهو أصح لأنه مختلف في وجوبه وفيه من الاخبار ما لم يأت مثله في ركعتي الفجر لكن ركعتا الفجر تليه في التأكيد والله أعلم

(فصل) ووقته ما بين العشاء وطلوع الفجر الثاني فلو أوتر قبل العشاء لم يصح وبه وقال الثوري وأبو حنيفة ان صلاه قبل العشاء ناسيا لم يعده وخالفه صاحباه فقالا يعيد وكذلك قال مالك والشافعي فان النبي ﷺ قال « الوتر جعله الله لكم ما بين صلاة العشاء إلى صلاة الفجر » وفيه حديث أبي بصرة « إن الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء الى صلاة الصبح » وفي المسند عن معاذ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « زادني ربي صلاة وهي الوتر ووقتها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر » ولانه صلاة قبل وقته فأشبه ما لو صلى نهاراً ، وان أخر الوتر حتى

وأبو ثور وابن المنذر . وقال النخعي ومالك وأبو حنيفة يكره لان النبي ﷺ كان في أيامه الفتوح واستسقى فسقي ولم ينقل أنه سجد ولو كان مستحبا لم يخل به

ولنا ما روى أبو بكرة أن النبي ﷺ كان إذا أتاه أمر يسر به خر ساجداً رواه ابن المنذر ، وسجد الصديق حين بشر بفتح اليمامة ، وعلي حين وجد ذا الثدية ، وروي عن غيرهما من الصحابة فثبت ظهوره وانتشاره ، وتركه تارة لا يدل على عدم استحبابه فان المستحب يفعل تارة ويترك أخرى وصفة سجود الشكر كصفة سجود التلاوة في أفعاله وأحكامه وشروطه على ما بينا

﴿مسألة﴾ (ولا يسجد له في الصلاة) لا يجوز أن يسجد الشكر في الصلاة لان سببه ليس منها فان فعل بطلت صلاته إن كان عمداً كما لو زاد فيها سجوداً غيره . وإن كان ناسياً أو جاهلا بتحريم ذلك لم تبطل صلاته كما لو زاد في الصلاة سجوداً ساهيا والله أعلم وقال ابن الزاغوني يجوز في الصلاة والاول أولى

(فصل في أوقات النهي) وهي خمسة ، بعد طلوع الفجر حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر ،

يطلع الصبح فات وقته وصلاه قضاء. وروي عن ابن مسعود أنه قال :الوتر ما بين الصلاتين وعن علي (رض) نحوه لحديث أبي بصرة ،والصحيح أن وقته إلى طلوع الفجر لحديث معاذ والحديث الآخر وقول النبي ﷺ «فاذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة فاوترت له ماقد صلى» وقال «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وتراً» متفق عليه ، وقال « أوتروا قبل أن تصبحوا» وقال «الوتر ركعة من آخر الليل» وقال « من خاف أن لايقوم من آخر الليل فليوتر من أوله » أخرجهن مسلم

(فصل) والافضل فعله في آخر الليل لقول النبي ﷺ «من خاف أن لايقوم من آخر الليل فليوتر من أوله ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل فان صلاة آخر الليل مشهودة» وذلك أفضل وهذا صريح وقال عليه السلام «الوتر ركعة من آخر الليل» وكان النبي ﷺ يوتر آخر الليل وقالت عائشة من كل الليل قد أوتر رسول الله ﷺ فانتهى وتره إلى السحر ومن كان له تهجد جعل الوتر بعد تهجده لان النبي ﷺ كان يفعل ذلك وقال «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» مع ماذكرنا من الاخبار فان خاف أن لايقوم من آخر الليل استحب أن يوتر أوله لان النبي ﷺ أوصى أبا هريرة وأبا ذر وأبا الدرداء بالوتر قبل النوم وقال «من خاف أن لايقوم آخر الليل فليوتر من أوله» وهذه الاحاديث كلها صحاح رواها مسلم وغيره ،وروى أبوداود أن النبي ﷺ قال لأبي بكر« متى توتر ؟ » قال أوتر من أول الليل وقال لعمر« متى توتر ؟» قال آخر الليل فقال لابي بكر «اخذ هذا بالحزم وأخذ هذا بالقوة» وأي وقت أوتر من الليل بعد العشاء أجزأه لانعلم فيه خلافا وقد دلت الاخبار عليه

(فصل) ومن أوتر من الليل ثم قام للتهجد فالمستحب أن يصلي مثنى مثنى ولا ينقض وتره

وعند طلوعها حتى ترتفع قيد رمح ، وعند قيامها حتى تزول ، وإذا تضيفت للغروب حتى تغرب) كذلك عدها أصحابنا خمسة أوقات كما ذكرنا . وقال بعضهم : الوقت الخامس من حين شروع الشمس في الغروب إلى تكامله لما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا بدا حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تبرز ، واذا غاب حاجب الشمس فاخروا الصلاة حتى تغيب » ووجه القول الاول حديث عقبة بن عامر الذي نذكره إن شاء الله تعالى ، قال شيخنا : والمنهي عنه من الاوقات عند أحمد : بعد الفجر حتى ترتفع الشمس ،و بعد العصر حتي تغرب وعند قيامها حتى تزول وهو في معنى قول الاصحاب ، وهذه الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي والاصل فيها ماروى ابن عباس قال : شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس ، وبعد العصر حتى تغرب الشمس وعن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « لا صلاة بعد الصبح حتى ترتفع الشمس ولا صلاة بعد العصر حتى تغيب الشمس » متفق عليهما . وعن عقبة بن عامر قال : ثلاث ساعات نهانا النبي ﷺ أن نصلي فيهن ، وأن نقبر فيهن موتانا ، حين تطلع الشمس بازغة

روي ذلك عن أبي بكر الصديق، وعمار وسعد بن أبي وقاص وعائذ بن عمرو وابن عباس وأبي هريرة وعائشة وكان علقمة لا يرى نقض الوتر وبه قال طاوس وابو مجلز وبه قال النخعي ومالك والاوزاعي وابو ثور وقيل لاحمد .ولا ترى نقض الوتر ؟ فقال لا ، ثم قال وان ذهب اليه رجل فارجو لأنه قد فعله جماعة ومروي عن علي واسامة وابي هريرة وعمر وعثمان وسعد وابن عمر وابن عباس وابن مسعود وهو قول اسحاق ومعناه انه اذا قام للتهجد يصلي ركعة تشفع الوتر الاول ثم يصلي مثنى مثنى ثم يوتر في آخر التهجد ولعلهم ذهبوا الى قول النبي ﷺ « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا »

ولنا ماروى قيس بن طلق قال زارنا طلق بن علي في يوم من رمضان فأمسى عندنا وأفطر ثم قام بنا تلك الليلة ثم انحدر الى المسجد فصلى بأصحابه حتى اذا بقي الوتر قدم رجلا فقال أوتر بأصحابك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا وتران في ليلة » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال اما أنا فاني أنام على فراشي فان استيقظت صليت شفعاً حتى الصباح رواه الاثرم وكان سعيد بن المسيب يفعله

(فصل) فان صلى مع الامام واحب متابعته في الوتر واحب أن يوتر آخر الليل فانه اذا سلم الامام لم يسلم معه وقام فصلى ركعة أخرى يشفع بها صلاته مع الامام نص عليه وقال ان شاء أقام على وتره وشفع اذا قام وان شاء صلى مثنى قال ويشفع مع الامام بركعة أحب إلي وسئل احمد عن أوتر يصلي بعدها مثنى مثنى قال نعم ولكن يكون الوتر بعد ضجعة

(فصل) ويستحب أن يقرأ في ركعات الوتر الثلاث في الاولى بسبح . وفي الثانية (قل يا أيها

حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل ، وحين تتضيف الشمس للغروب حتى تغرب ، وعن عمرو بن عنبسة قال : قلت يارسول الله أخبرني عن الصلاة ؟ قال « صل صلاة الصبح ثم اقصر عن الصلاة حين تطلع الشمس حتى ترتفع ، فانها تطلع حين تطلع بين قرني شيطان وحينئذ يسجد لها الكفار ثم صل فان الصلاة محضورة مشهودة حتى يستقل الظل بالرمح ، ثم اقصر عن الصلاة فانه حينئذ تسجر جهنم ، فاذا أقبل الفيء فصل فان الصلاة مشهودة محضورة حتى تصلي العصر ، ثم اقصر عن الصلاة حتى تغرب الشمس فانها تغرب بين قرني شيطان ، وحينئذ يسجد لها الكفار » رواهما مسلم ، وقال ابن المنذر انما المنهي عنه الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بدليل تخصيصها بالنهي في حديثه وقوله « لا تصلوا بعد العصر الا أن تصلوا والشمس مرتفعة » رواه ابو داود ، وقالت عائشة وهم عمر انما نهى رسول الله ﷺ أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها

ولنا ماذكرنا من الاحاديث فانها صريحة صحيحة والتخصيص في بعض الاحاديث لا يعارض العموم الموافق له ، بل يدل على تأكد الحكم فيما خصه ، وقول عائشة في رد خبر عمر غير مقبول فانه مثبت لروايته عن النبي ﷺ وهي تقول برأيها ، ثم هي قد روت ذلك أيضاً ، فروت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد العصر وينهى عنها ، رواه ابو داود . فكيف يقبل ردها لما قد

الكافرون) وفي الثالثة (قل هو الله أحد) وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وقال الشافعي يقرأ في الثالثة (قل هو الله أحد) والمعوذتين وهو قول مالك في الوتر وقال في الشفع لم يبلغني فيه شيء معلوم . وقد روي عن احمد أنه سئل يقرأ بالمعوذتين في الوتر ؟ قال ولم لا يقرأ ؟ وذلك لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الركعة الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية (قل يا أيها الكافرون) وفي الثالثة (قل هو الله أحد) والمعوذتين رواه ابن ماجه

ولنا ماروى أبي بن كعب قال كان رسول الله ﷺ يوتر (بسبح اسم ربك الاعلى) و (قل يا أيها الكافرون) و (قل هو الله أحد) رواه ابو داود وابن ماجه وعن ابن عباس مثله رواه ابن ماجه وحديث عائشة في هذا لايثبت فانه يرويه يحيى بن أيوب وهو ضعيف وقد أنكر احمد ويحيى بن معين زيادة المعوذتين

(فصل) قال احمد رحمه الله : الاحاديث التي جاءت ان النبي ﷺ أوتر بركعة كان قبلها صلاة متقدمة . قيل له أوتر في السفر بواحدة قال يصلي قبلها ركعتين قيل له يكون بين الركعة وبين المثنى ساعة قال يعجبني أن يكون بعده ومعه ثم احتج فقال « صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشي أحدكم الصبح فليوتر بركعة » فقيل له : رجل تنفل بعد العشاء الآخرة ثم تعشى ثم أراد أن يوتر قال نعم . وسئل عمن صلى من الليل ثم نام ولم يوتر قال يعجبني أن يركع ركعتين ثم يسلم ثم يوتر بواحدة وسئل عن رجل أصبح ولم يوتر قال لايوتر بركعة الا أن يخاف طلوع الشمس قيل يوتر بثلاث ؟ قال نعم يصلي الركعتين الا أن يخاف طلوع الشمس قيل له فاذا لحق مع الامام ركعة الوتر قال ان كان الامام يفصل بينهن بسلام أجزأته الركعة وان كان الامام لا يسلم في الثنتين تبعه ويقضي مثل

أقرت بصحته ؟ وقد رواه ابو سعيد وأبو هريرة وعمرو بن عنبسة وغيرهم كنحو رواية عمر فكيف يترك هذا بمجرد رأي مختلف ؟

(فصل) والنهي بعد العصر عن الصلاة متعلق بفعلها فمن لم يصل العصر أبيح له التنفل وان صلى غيره ، ومن صلى فليس له التنفل وان صلى وحده ، لانعلم في ذلك خلافا عند من منع الصلاة بعد العصر . فأما النهي بعد الفجر ففيه روايتان (احداهما) يتعلق بفعل الصلاة أيضاً يروى ذلك عن الحسن والشافعي لما روى أبو سعيد أن النبي ﷺ قال « لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس » وروى ابو داود حديث عمر بهذا اللفظ . وفي حديث عمرو بن عنبسة « صل صلاة الصبح ثم اقصر عن الصلاة » رواه مسلم . وفي رواية أبي داود قال : قلت يارسول الله أي الليل أسمع ؟ قال « جوف الليل الآخر فصل فيما شئت فان الصلاة مقبولة مشهودة حتى تصلي الصبح ثم اقصر حتى تطلع الشمس فترتفع قيد رمح أو رمحين » ولان النهي بعد العصر متعلق بفعل الصلاة فكذلك بعد الفجر . (والرواية الثانية) ان النهي متعلق بطلوع الفجر . وبه قال ابن المسيب وحميد بن عبدالرحمن وأصحاب الرأي . وقد رويت كراهته عن

ماصلى فاذا فرغ قام يقضي ولا يقنت ، وقيل لأبي عبدالله رجل ابتدأ يصلي تطوعا ثم بدا له فجعل تلك الركعة وتراً ؟ فقال لا كيف يكون هذا ؟ قد قلب نيته ، قيل له أيبتدىء الوتر ؟ قال نعم، وقال أبو عبد الله اذا قنت قبل الركوع كبر ثم أخذ في القنوت ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان اذا فرغ من القراءة كبر ثم قنت ثم كبر حين يركع ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود والبراء وهو قول الثوري ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) يستحب أن يقول بعد وتره سبحان الملك القدوس ثلاثا ويمد صوته بها في الثالثة لما روى أبي بن كعب قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم من الوتر قال « سبحان الملك القدوس » هكذا رواه أبو داود ، وروى عبد الرحمن بن أبزى قال : كان رسول الله ﷺ يوتر (بسبح اسم ربك الاعلى)و(قل ياأيها الكافرون)و(قل هو الله أحد) واذا أراد أن ينصرف من الوتر قال « سبحان الملك القدوس » ثلاث مرات ثم يرفع صوته بها في الثالثة ، أخرجه الامام أحمد في المسند

﴿ مسئلة ﴾ قال (وقيام شهر رمضان عشرون ركعة يعني صلاة التراويح)

وهي سنة مؤكدة وأول من سنها رسول الله ﷺ قال أبو هريرة كان رسول الله ﷺ يرغب في قيام رمضان من غير أن يأمرهم فيه بعزيمة فيقول « من قام رمضان إيمانا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه » وقالت عائشة : صلى النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ذات ليلة فصلى بصلاته ناس ثم صلى من القابلة وكثر الناس ، ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة فلم يخرج اليهم رسول الله صلى الله

ابن عمر وابن عمرو وهو المشهور في المذهب لما روى يسار مولى ابن عمر قال : رآني ابن عمر وأنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال : يايسار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة فقال « ليبلغ شاهدكم غائبكم لاتصلوا بعد الفجر الا سجدتين »[1] رواه أبو داود ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا طلع الفجر فلاصلاة الا ركعتا الفجر » وهذا يبين مراد النبي ﷺ من اللفظ المجمل ولا يعارضه تخصيص مابعد الصلاة من النهي فان دليل ذلك خطاب فالمنطوق أولى منه ، وحديث عمرو بن عنبسة قد اختلفت ألفاظ الرواة فيه وهو في سنن ابن ماجه « حتى يطلع الفجر »

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز قضاء الفرائض فيها) يجوز قضاء الفرائض الفائتة في جميع أوقات النهي وغيرها روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وغير واحد من الصحابة ، وبه قال أبو العالية والنخعي والشعبي والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وقال أصحاب الرأي لاتقضى الفوائت في الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر إلا عصر يومه يصليها قبل غروب الشمس لعموم النهي ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم لما نام عن صلاة الفجر حتى طلعت الشمس أخرها حتى

(١) يعني ركعتين وهما سنة الفجر

عليه وسلم فلما أصبح قال «قد رأيت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج اليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم» قال وذلك في رمضان رواهما مسلم . وعن أبي ذر قال : صمنا مع رسول الله ﷺ رمضان فلم يقم بنا شيئا من الشهر حتى بقي سبع فقام بنا حتى ذهب ثلث الليل فلما كانت السادسة لم يقم بنا فلما كانت الخامسة قام بنا حتى ذهب شطر الليل فقلت يارسول الله لو نفلتنا قيام هذه الليلة قال فقال «إن الرجل اذا صلى مع الامام حتى ينصرف حسب له قيام ليلة» قال فلما كانت الرابعة لم يقم فلما كانت الثالثة جمع أهله ونساءه والناس فقام بنا حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح قال قلت وما الفلاح؟ قال السحور ثم لم يقم بنا بقية الشهر . رواه أبو داود والاثرم وابن ماجه ، وعن أبي هريرة قال: خرج رسول الله ﷺ فاذا الناس في رمضان يصلون في ناحية المسجد فقال «ماهؤلاء؟» قيل هؤلاء ناس ليس معهم قرآن وأبيٌّ بن كعب يصلي بهم وهم يصلون بصلاته فقال النبي ﷺ «أصابوا ونعم ماصنعوا» رواه أبو داود وقال رواه مسلم بن خالد وهو ضعيف ونسبت التراويح إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأنه جمع الناس على أبيّ ابن كعب فكان يصليها بهم فروى عبد الرحمن بن عبد القاريّ قال : خرجت مع عمر بن الخطاب ليلة في رمضان فاذا الناس أوزاع متفرقون يصلي الرجل لنفسه ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرهط فقال عمر : اني أرى لو جمعت هؤلاء على قارىء واحد لكان أمثل . ثم عزم فجمعهم على أبي بن كعب قال ثم خرجت معه ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم فقال نعمت البدعة هذه والتي ينامون عنها أفضل من التي يقومون - يريد آخر الليل وكان الناس يقومون أوله . أخرجه البخاري

(فصل) والمختار عند أبي عبد الله رحمه الله فيها عشرون ركعة وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة

ابيضت الشمس ، متفق عليه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها» متفق عليه وفي حديث أبي قتادة «انما التفريط في اليقظة على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الاخرى فان فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها» متفق عليه [1] وخبر النهي مخصوص بالقضاء في الوقتين الآخرين فنقيس محل النزاع على المخصوص ، وقياسهم منقوض بذلك أيضاً ، وحديثهم يدل على جواز التأخير لا على تحريم الفعل

(فصل) ولو طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح أتمها . وقال أصحاب الرأي : تفسد لأنها صارت في وقت النهي

ولنا ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «اذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغيب الشمس فليتم صلاته ، واذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته» متفق عليه ، وهذا نص خاص على عموم ماذكروه

(فصل) ويجوز فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي سواء كان النذر مطلقا أو مؤقتا ، ويتخرج

[1] الحديث غير متفق عليه بل رواه مسلم من حديث طويل وأول المرفوع في المسألة «انه ليس في النوم تفريط...» ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه

والشافعي، وقال مالك: ستة وثلاثون وزعم انه الامر القديم وتعلق بفعل أهل المدينة فان صالحا مولى التوأمة قال: أدركت الناس يقومون باحدى وأربعين ركعة يوترون منها بخمس. ولنا أن عمر رضي الله عنه لما جمع الناس على أبي بن كعب كان يصلي لهم عشرين ركعة، وقد روى الحسن أن عمر جمع الناس على أبي بن كعب فكان يصلي لهم عشرين ليلة ولا يقنت بهم إلا في النصف الثاني فاذا كانت العشر الاواخر تخلف أبي فصلى في بيته فكانوا يقولون: أبق أبي، رواه أبو داود ورواه السائب بن يزيد. وروي عنه من طرق، وروى مالك عن يزيد بن رومان قال: كان الناس يقومون في زمن عمر في رمضان بثلاث وعشرين ركعة، وعن علي انه أمر رجلا يصلي بهم في رمضان عشرين ركعة وهذا كالاجماع، فأما ما رواه صالح فان صالحا ضعيف ثم لا ندري من الناس الذين أخبر عنهم فلعله قد أدرك جماعة من الناس يفعلون ذلك وليس ذلك بحجة، ثم لو ثبت أن أهل المدينة كلهم فعلوه لكان ما فعله عمر وأجمع عليه الصحابة في عصره أولى بالاتباع. قال بعض أهل العلم: إنما فعل هذا أهل المدينة لانهم أرادوا مساواة أهل مكة فان أهل مكة يطوفون سبعاً بين كل ترويحتين فجعل أهل المدينة مكان كل سبع أربع ركعات. وما كان عليه اصحاب رسول الله ﷺ اولى وأحق ان يتبع

(فصل) والمختار عند ابي عبد الله فعلها في الجماعة، قال في رواية يوسف بن موسى: الجماعة في التراويح افضل وان كان رجل يقتدى به فصلاها في بيته خفت أن يقتدي الناس به وقد جاء عن النبي ﷺ «اقتدوا بالخلفاء» وقد جاء عن عمر انه كان يصلي في الجماعة وبهذا قال المزني وابن عبد الحكم وجماعة من أصحاب أبي حنيفة، قال أحمد: كان جابر وعلي وعبد الله يصلونها في جماعة، قال الطحاوي: كل من اختار التفرد ينبغي أن يكون ذلك على أن لا يقطع معه القيام في المساجد، فأما التفرد الذي يقطع معه القيام في المساجد

انه لا يجوز بناء على صوم الواجب في أيام التشريق وهو قول أبي حنيفة لعموم النهي. ولنا أنها صلاة واجبة فأشبهت الفوائت من الفرائض وصلاة الجنازة فانه قد وافقنا بعد صلاة العصر والصبح

﴿مسئلة﴾ (وتجوز صلاة الجنازة وركعتا الطواف وإعادة الجماعة إذا أقيمت وهو في المسجد بعد الفجر والعصر، وهل يجوز في الثلاثة الباقية؟ على روايتين)

تجوز صلاة الجنازة بعد الصبح حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تميل الشمس للغروب بغير خلاف قال ابن المنذر: إجماع المسلمين في الصلاة على الجنازة بعد العصر والصبح، فأما الصلاة عليها في الاوقات الثلاثة التي في حديث عقبة فلا تجوز، ذكره القاضي وغيره، وحكاه الاثرم عن أحمد، وقد روي عن جابر وابن عمر نحو هذا القول، قال الخطابي: هذا قول أكثر أهل العلم، وفيه رواية أخرى أنه يجوز حكاها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي لانها صلاة تباح بعد الصبح والعصر فأبيحت في سائر الاوقات كالفرائض، ولنا قول عقبة بن عامر: ثلاث ساعات كان النبي ﷺ ينهانا عن الصلاة فيهن وأن نقبر فيهن موتانا، وذكره الصلاة مقرونا بالدفن يدل على إرادة صلاة الجنازة. ولانها صلاة من غير الصلوات الخمس أشبهت النوافل، وانما أبيحت بعد العصر والصبح لطول مدتها فالانتظار يخاف منه عليها بخلاف هذه الاوقات، وقياسهم على

فلا ، ويروى نحو هذا عن الليث بن سعد ، وقال مالك والشافعي :قيام رمضان لمن قوي في البيت أحب الينا لما روى زيد بن ثابت قال : احتجر رسول الله ﷺ حجيرة بخصفة أو حصير فخرج رسول الله ﷺ فيها فتتبع اليه رجال وجاؤا يصلون بصلاته ، قال : ثم جاؤا ليلة فحضروا وأبطأ رسول الله ﷺ عنهم فلم يخرج اليهم فرفعوا أصواتهم وحصبوا الباب فخرج اليهم رسول الله ﷺ مغضبا فقال « ما زال بكم صنيعكم حتى ظننت انه سيكتب عليكم ، فعليكم بالصلاة في بيوتكم فان خير صلاة المرء في بيته الا الصلاة المكتوبة » رواه مسلم

ولنا اجماع الصحابة على ذلك وجمع النبي ﷺ أصحابه وأهله في حديث أبي ذر وقوله « ان القوم إذا صلوا مع الامام حتى ينصرف كتب لهم قيام تلك الليلة » وهذا خاص في قيام رمضان فيقدم على عموم ما احتجوا به، وقول النبي ﷺ ذلك لهم معلل بخشية فرضه عليهم ولهذا ترك النبي ﷺ القيام بهم معللا بذلك أيضا أو خشية أن يتخذه الناس فرضا وقد أمن هذا أن يفعل بعده . فان قيل: فعلي لم يقم مع الصحابة ، قلنا قد روي عن أبي عبد الرحمن السلمي ان عليا رضي الله عنه قام بهم في رمضان ، وعن اسماعيل بن زياد قال : مر علي على المساجد وفيها القناديل في شهر رمضان فقال : نور الله على عمر قبره كما نور علينا مساجدنا . رواهما الاثرم

(فصل) قال أحمد رحمه الله يقرأ بالقوم في شهر رمضان ما يخف على الناس ولا يشق عليهم ولا سيما في الليالي القصار والامر على ما يحتمله الناس ، وقال القاضي لا يستحب النقصان عن ختمة في الشهر ليسمع الناس جميع القرآن ولا يزيد على ختمة كراهية المشقة على من خلفه . والتقدير بحال الناس أولى فانه لو اتفق جماعة يرضون بالتطويل ويختارونه كان أفضل كما روى أبوذر قال قمنا مع

الفرائض لا يصح لتأكدها ولا يصح قياس الاوقات الثلاثة على الوقتين الطويلين لما ذكرنا

(فصل) وتجوز ركعتا الطواف بعده في هذين الوقتين ، وممن طاف بعد الصبح والعصر وصلى ركعتين ابن عمر وابن الزبير وابن عباس والحسن والحسين ومجاهد والقاسم بن محمد ، وفعله عروة بعد الصبح وهو قول الشافعي وأبي ثور ، وقال أبو حنيفة ومالك لايجوز لعموم أحاديث النهي ، ولنا ماروى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ قال « يابني عبد مناف لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى فيه أية ساعة شاء من ليل أو نهار » ورواه الاثرم والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان ركعتي الطواف تابعة له فاذا أبيح المتبوع ابيح التبع وحديثهم مخصوص بالفوائت وحديثنا لا تخصيص فيه فيكون اولى ، وهل يجوز في الثلاثة الباقية ؟ فيه روايتان (احداهما) يجوز لما ذكرنا وهو مذهب الشافعي وأبي ثور (والثانية) لايجوز لحديث عقبة بن عامر ولتأكد النهي في هذه الاوقات الثلاثة وقصرها وكونها لا يشق تأخير الركوع للطواف فيها بخلاف غيرها

(فصل) ويجوز اعادة الجماعة اذا أقيمت وهو في المسجد أو دخل وهم يصلون بعد الفجر والعصر

النبي ﷺ حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح يعني السحور . وقدكان السلف يطيلون الصلاة حتى قال بعضهم كانوا إذا انصرفوا يستعجلون خدمهم بالطعام مخافة طلوع الفجر . وكان القاري، يقرأ بالمائتين

(فصل) قال أبو داود سمعت أحمد يقول يعجبني أن يصلي مع الامام ويوتر معه قال النبي ﷺ « ان الرجل اذا قام مع الامام حتى ينصرف كتب له بقية ليلته » قال وكان احمد يقوم مع الناس ويوتر معهم ، قال الاثرم وأخبرني الذي كان يؤمه في شهر رمضان أنه كان يصلي معهم التراويح كلها والوتر ، قال وينتظرني بعد ذلك حتى أقوم ثم يقوم كأنه يذهب الى حديث أبي ذر « إذا قام مع الامام حتى ينصرف كتب له بقية ليلته » قال ابو داود وسئل احمد عن قوم صلوا في رمضان خمس تراويح لم يتروحوا بينها قال لا بأس قال وسئل عمن أدرك من ترويحة ركعتين يصلي اليهما ركعتين؟ فلم ير ذلك وقال هي تطوع وقيل لأحمد نؤخر القيام؟ يعني في التراويح الى آخر الليل قال لا ، سنة المسلمين أحب إلي

(فصل) وكره ابو عبدالله التطوع بين التراويح وقال: فيه عن ثلاثة من أصحاب رسول الله ﷺ عبادة وأبو الدرداء وعقبة بن عامر. فذكر لأبي عبدالله فيه رخصة عن بعض الصحابة فقال هذا باطل انما فيه عن الحسن وسعيد بن جبير ،وقال أحمد يتطوع بعد المكتوبة ولا يتطوع بين التراويح، وروى الاثرم عن أبي الدرداء أنه أبصر قوما يصلون بين التراويح فقال ما هذه الصلاة أتصلي وامامك بين يديك ؟ ليس منا من رغب عنا ، وقال من قلة فقه الرجل أن يرى في المسجد وليس في صلاة

(فصل) فأما التعقيب وهو أن يصلي بعد التراويح نافلة أخرى جماعة أو يصلي التراويح في

وهذا قول الحسن والشافعي ، واشترط القاضي لجواز الاعادة هنا أن يكون مع إمام الحي ، ولم يفرق هنا بين إمام الحي وغيره ولا بين المصلي جماعة أو فرادى ، وهو ظاهر قول الخرقي ، وكلام احمد يدل على هذا أيضاً . قال الاثرم : سألت أبا عبدالله عمن صلى في جماعة ثم دخل المسجد وهم يصلون أيصلي معهم ؟ قال : نعم ، وقال أبو حنيفة : لا تعاد الفجر ولا العصر في وقت النهي لعموم النهي

ولنا ماروى جابر بن يزيد بن الاسود عن أبيه قال : شهدت مع رسول الله ﷺ حجة فصليت معه صلاة الفجر في مسجد الخيف وأنا غلام شاب ، فلما قضى صلاته اذا هو برجلين في آخر القوم لم يصليا معه فقال « علي بهما » فأتي بهما ترتعد فرائصهما فقال « مامنعكما أن تصليا معنا ؟ » فقالا : يارسول الله قد صلينا في رحالنا قال « لا تفعلا ، اذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكما نافلة » رواه ابو داود والاثرم والترمذي ، وهذا صريح في إعادة الفجر والعصر مثلها . والحديث باطلاقه يدل على الاعادة سواء كان مع إمام الحي أو غيره ، وسواء صلى وحده أو في جماعة ، وهل يجوز في الاوقات الباقية ؟ على روايتين (احداهما) يجوز لما روى أبو ذر قال : ان خليلي يعني النبي ﷺ أوصاني أن أصلي الصلاة لوقتها وقال « فاذا أدركتها معهم فصل

جماعة أخرى فعن احمد انه لا بأس به لأن أنس بن مالك قال مايرجعون إلا لخير يرجونه ، أو لشر يحذرونه ، وكان لايرى به بأساً ونقل محمد بن الحكم عنه الكراهة الا أنه قول قديم والعمل على مارواه الجماعة وقال أبو بكر الصلاة الى نصف الليل أو الى آخره لم تكره رواية واحدة وانما الخلاف فيما إذا رجعوا قبل النوم والصحيح أنه لا يكره لانه خير وطاعة فلم يكره كما لو أخره إلى آخر الليل

(فصل) في ختم القرآن قال الفضل بن زياد : سألت أبا عبدالله فقلت اختم القرآن اجعله في الوتر أو في التراويح ؟ قال اجعله في التراويح حتى يكون لنا دعاء بين اثنين قلت كيف أصنع ؟ قال اذا فرغت من آخر القرآن فارفع يديك قبل أن تركع وادع بنا ونحن في الصلاة وأطل القيام قلت بم أدعو ؟ قال بما شئت قال ففعلت بما أمرني وهو خلفي يدعو قائماً ويرفع يديه . قال حنبل سمعت احمد يقول في ختم القرآن اذا فرغت من قراءة (قل أعوذ برب الناس) فارفع يديك في الدعاء قبل الركوع قلت الى أي شيء تذهب في هذا ؟ قال رأيت أهل مكة يفعلونه وكان سفيان بن عيينة يفعله معهم بمكة قال العباس بن عبدالعظيم وكذلك أدركنا الناس بالبصرة وبمكة ويروي أهل المدينة في هذا شيئاً وذكر عن عثمان بن عفان

(فصل) واختلف أصحابنا في قيام ليلة الشك فحكي عن القاضي أنه قال جرت هذه المسئلة في وقت شيخنا أبي عبدالله فصلى وصلاها القاضي أبو يعلى أيضاً لأن النبي ﷺ قال « إن الله فرض عليكم صيامه ، وسننت لكم قيامه » فجعل القيام مع الصيام وذهب أبو حفص العكبري إلى ترك القيام وقال المعول في الصيام على حديث ابن عمر وفعل الصحابة والتابعين ولم ينقل عنهم قيام تلك الليلة واختاره التميميون لأن الأصل بقاء شعبان وانما صرنا الى الصوم احتياطا للواجب

معهم فانها لك نافلة » رواه مسلم ، وقياساً على الوقتين الآخرين (والثانية) لايجوز لحديث عقبة بن عامر ولما بينها وبين هذين الوقتين من الفرق

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز التطوع بغيرها في شيء من الاوقات الخمسة الا ماله سبب كتحية المسجد وسجود التلاوة ، وصلاة الكسوف ، وقضاء السنن الراتبة فانها على روايتين) أراد بغير ما ذكر من الصلوات وهي صلاة الجنازة ، وركعتا الطواف ، وإعادة الجماعة ، وليس في المذهب خلاف نعلمه في أنه لا يجوز أن يبتديء في هذه الاوقات تطوعا لاسبب له وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابن المنذر : رخصت طائفة في الصلاة بعد العصر يروى ذلك عن علي والزبير وابنه وتميم الداري والنعمان ابن بشير وأبي أيوب الانصاري وعائشة رضي الله عنهم وجماعة من أهل العلم سواهم. وروي عن أحمد أنه قال : لانفعله ولا نعيب فاعله لقول عائشة ماترك رسول الله ﷺ ركعتين بعد العصر عندي قط ، وقولها وهم عمر انما نهى رسول الله ﷺ أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها، رواه مسلم ، وقول علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ « لا صلاة بعد العصر إلا والشمس مرتفعة »

والصلاة غير واجبة فتبقى على الاصل

(فصل) قال أبو طالب سألت أحمد إذا قرأ (قل أعوذ برب الناس) يقرأ من البقرة شيئا؟ قال لا فلم يستحب أن يصل ختمته بقراءة شيء ولعله لم يثبت فيه عنده أثر صحيح يصير اليه قال أبو داود وذكرت لاحمد قول ابن المبارك اذا كان الشتاء فاختم القرآن في أول الليل وإذا كان الصيف فاختمه في أول النهار فكأنه أعجبه ذلك لما روي عن طلحة بن مصرف قال : أدركت أهل الخير من صدر هذه الامة يستحبون الختم في أول الليل وفي أول النهار يقولون إذا ختم في أول الليل صلت عليه الملائكة حتى يصبح ، وإذا ختم في أول النهار صلت عليه الملائكة حتى يمسي ، وقال بعض أهل العلم : يستحب أن يجعل ختمة النهار في ركعتي الفجر أو بعدهما وختمة الليل في ركعتي المغرب أو بعدهما يستقبل بختمه أول الليل وأول النهار

(فصل) ويستحب أن يجمع أهله عند ختم القرآن وغيرهم لحضور الدعاء قال أحمد : كان أنس إذا ختم القرآن جمع أهله وولده وروي ذلك عن ابن مسعود وغيره ورواه ابن شاهين مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحسن أبو بكر التكبير عند آخر كل سورة من الضحى إلى آخر القرآن لانه روي عن أبي بن كعب أنه قرأ على النبي ﷺ فامره بذلك رواه القاضي في الجامع باسناده

(فصل) وسئل أبو عبد الله عن الامام في شهر رمضان يدع الآيات من السورة ترى لمن خلفه أن يقرأها ؟ قال نعم ينبغي أن يفعل قد كان بمكة يوكلون رجلا يكتب ماترك الامام من الحروف وغيرها فاذا كان ليلة الختمة أعاده وانما استحب ذلك لتتم الختمة ويكمل الثواب

ولنا الاحاديث المذكورة وهي صحيحة صريحة ، وروى أبو بصرة قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر بالمخمص فقال « إن هذه الصلاة عرضت على من كان قبلكم فضيعوها فمن حافظ عليها كان له أجره مرتين ، ولا صلاة بعدها حتى يطلع الشاهد » رواه مسلم ، وهذا خاص في محل النزاع . وأما حديث عائشة فقد روى عنها ذكوان مولاها أنها حدثته أن رسول الله ﷺ كان يصلي بعد العصر وينهى عنها . رواه أبو داود ، وعن أم سلمة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عنهما ثم رأيته يصليهما وقال « يا بنت ابن أبي أمية إنه أتاني ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر فهما هاتان » رواهما مسلم ، وهذا يدل على أن النبي ﷺ انما فعله لسبب وهو قضاء ما فات من السنة ، وأنه نهى عن الصلاة بعد العصر كما رواه غيرها ، وحديث عائشة يدل على اختصاص النبي ﷺ بذلك ونهيه غيره وهو حجة على من خالف ذلك ، فان النزاع في غير النبي صلى الله عليه وسلم وقد ثبت ذلك من غير معارض له وقولها وهم عمر قد أجبنا عنه

(فصل) فاما ماله سبب فالمنصوص عن أحمد رضي الله عنه في الوتر أنه يفعل بعد طلوع الفجر

(فصل) ولا بأس بقراءة القرآن في الطريق والانسان مضطجع ، قال اسحاق بن ابراهيم خرجت مع أبي عبد الله إلى الجامع فسمعته يقرأ سورة الكهف ، وعن ابراهيم التيمي قال كنت أقرأ على أبي موسى وهو يمشي في الطريق فاذا قرأت السجدة قلت له أتسجد في الطريق ؟ قال نعم وعن عائشة أنها قالت اني لاقرأ القرآن وأنا مضطجعة على سريري ،رواه الفريابي في فضائل القرآن عن عائشة

(فصل) يستحب أن يقرأ القرآن في كل سبعة أيام ليكون له ختمة في كل أسبوع قال عبد الله ابن أحمد : كان أبي يختم القرآن في النهار في كل سبعة يقرأ في كل يوم سبعا لا يتركه نظراً ، وقال حنبل : كان أبو عبد الله يختم من الجمعة الى الجمعة ، وذلك لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمرو « اقرأ القرآن في سبع ولا تزيدن علي ذلك » رواه أبو داود ، وعن أوس بن حذيفة قال : قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد أبطأت عنا الليلة قال « إنه طرأ علي حزبي من القرآن فكرهت أن أخرج حتى أتمه» قال اوس : سألت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف تحزبون القرآن قالوا :ثلاث وخمس وسبع وتسع واحدى عشرة وثلاث عشرة وحزب المفصل وحده رواه أبو داود ، ويكره أن يؤخر ختمة القرآن أكثر من أربعين يوما لأن النبي صلى الله عليه وسلم سأله عبد الله بن عمرو في كم نختم القرآن ؟ قال : في أربعين يوما ثم قال في شهر ثم قال في عشرين

قبل الصلاة ، روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وحذيفة وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي .وروي عن علي رضي الله عنه أنه خرج بعد طلوع الفجر فقال: نعم هذه ساعة الوتر . وقد روي عن أبي موسى أنه سئل عن رجل لم يوتر حتى أذن المؤذن فقال : لاوتر له وأنكر ذلك عطاء والنخعي وسعيد بن جبير وهو قول أبي موسى لعموم النهي

ولنا ما روى أبو بصرة الغفاري قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء الى صلاة الصبح الوتر » رواه الاثرم ، واحتج به أحمد وأحاديث النهي ليست صريحة في النهي قبل صلاة الفجر كما حكينا متقدما وقد روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من نام عن الوتر فليصله إذا أصبح »رواه ابن ماجه . إذا ثبت هذا فانه لا ينبغي أن يتعمد ترك الوتر حتى يصبح لهذا الخبر ولان النبي ﷺ قال « فاذا خشي أحدكم الصبح فليصل ركعة توتر له ما قد صلى» متفق عليه ، وقال مالك ما فاتته صلاة الليل فله أن يصلي بعد الصبح قبل ان يصلي الصبح وحكاه ابن ابي موسى في الارشاد مذهبا لاحمد قياسا على الوتر ولان هذا الوقت لم يثبت النهي فيه صريحا فكان حكمه خفيفا

(فصل) فاما سجود التلاوة وصلاة الكسوف وتحية المسجد فالمشهور في المذهب انه لا يجوز فعلها في شيء من اوقات النهي وكذلك قضاء السنن الراتبة في الاوقات الثلاثة المذكورة في حديث

ثم قال في خمس عشرة ، ثم قال في عشر ، ثم قال في سبع ، لم ينزل من سبع ، أخرجه أبو داود ، وقال أحمد : أكثر ما سمعت أن يختم القرآن في أربعين ، ولان تأخيره أكثر من ذلك يفضي إلى نسيان القرآن والتهاون به فكان ماذكرنا أولى وهذا اذا لم يكن له عذر فأما مع العذر فواسع له

(فصل) وإن قرأه في ثلاث فحسن لما روي عن عبدالله بن عمرو قال : قلت لرسول الله ﷺ ان بي قوة قال « اقرأه في ثلاث » رواه أبو داود . فان قرأه في أقل من ثلاث فقد روي عن أبي عبد الله أنه قال : أكره أن يقرأه في أقل من ثلاث وذلك لما روى عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ « لا يفقه من قرأه في أقل من ثلاث » رواه أبو داود [1] وروي عن أحمد أن ذلك غير مقدر وهو على حسب مايجد من النشاط والقوة لان عثمان كان يختمه في ليلة ، وروي ذلك عن جماعة من السلف . والترتيل أفضل من قراءة الكثير مع العجلة لان الله تعالى قال (ورتل القرآن ترتيلا) وعن عائشة أنها قالت : ولا أعلم نبي الله قرأ القرآن كله في ليلة . رواه مسلم ، وعنها قالت : كان رسول الله ﷺ لايختم القرآن في أقل من ثلاث ، رواه أبو عبيد في فضائل القرآن وقال ابن مسعود من قرأ القرآن في أقل من ثلاث فهذه كهذ الشعر ونثر كنثر الدقل

(فصل) كره أبو عبدالله القراءة بالالحان وقال : هي بدعة وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه ذكر في أشراط الساعة أن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا أفضلهم إلا ليغنيهم

[1] وكذا غيره من أصحاب السنن وصححه الترمذي

عقبة بن عامر ذكره الخرقي في سجود التلاوة وصلاة الكسوف ، وقال القاضي في ذلك روايتان أصحهما أنه لايجوز وهو قول أصحاب الرأي (والثانية) يجوز وهو قول الشافعي لقول النبي ﷺ « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه ، وقال في الكسوف « فاذا رأيتموها فصلوا » وهذا خاص في هذه الصلاة فيقدم على النهي العام ولانها صلوات ذوات سبب أشبهت ماثبت جوازه

ولنا أن كل واحد خاص من وجه إلا أن النهي للتحريم والامر للندب وترك المحرم أولى من فعل المندوب

(فصل) فأما قضاء السنن الراتبة في الوقتين الآخرين فالصحيح أن ركعتي الفجر تقضى بعدها لان أحمد قال : أنا أختار أن يقضيهما مع الضحى وإن صلاهما بعد الفجر أجزأه لما روى قيس بن فهد قال : رآني رسول الله ﷺ وأنا أصلي ركعتي الفجر بعد صلاة الفجر فقال : « ماهاتان الركعتان ياقيس ؟ » قلت يارسول الله لم أكن صليت ركعتي الفجر فهما هاتان ، رواه الامام أحمد وأبو داود والترمذي وسكوت النبي ﷺ يدل على الجواز ، وفيه رواية أخرى لايجوز ذلك وهو قول أصحاب الرأي لعموم أحاديث النهي . ولما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعد ماتطلع الشمس » رواه الترمذي وحديث قيس مرسل قاله أحمد والترمذي واذا

غناء » ولان القرآن معجز في لفظه ونظمه والالحان تغيره . وكلام أحمد في هذا محمول على الافراط في ذلك بحيث يجعل الحركات حروفا ويمد في غير موضعه ، فأما تحسين القراءة والترجيع فغير مكروه فان عبدالله بن المغفل قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة يقرأ سورة الفتح ، قال فقرأ ابن المغفل ورجع في قراءته ، وفي لفظ قال : قرأ النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح في مسير له سورة الفتح على راحلته فرجع في قراءته ، قال معاوية بن قرة لولا أني أخاف أن تجتمع علي الناس لحكيت لكم قراءته ، رواهما مسلم وفي بعض الالفاظ فقال آآآ وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أذن الله لشيء كأذنه لنبي حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به » يعني استمع [١] وقال النبي صلى الله عليه وسلم « زينوا القرآن بأصواتكم » [٢] وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقد اختلف السلف في معنى قوله يتغنى بالقرآن ، فقال ابن عيينة وأبو عبيد وجماعة غيرهما معناه يستغني بالقرآن ، قال أبو عبيد وكيف يجوز أن يحمل على أن من لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ ؟ وقالت طائفة منهم معناه يحسن قراءته ويترنم به ويرفع صوته به كما قال أبو موسى للنبي ﷺ لو علمت أنك تسمع قراءتي لحبرته لك تحبيراً . وقال الشافعي يرفع صوته به ، وقال أبو عبدالله حزنه فيقرؤه بحزن مثل صوت أبي موسى

١) هذا تفسير لكلمة اذن وهي في الاصل مشتقة من الاذن وهي جارحة السمع والمراد به الرضا والقبول والحديث متفق عليه

٢) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي وابن حبان والحاكم عن البراء . زاد الحاكم فيه « فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا »

كان الامر هكذا كان تأخيرهما إلى وقت الضحى أحسن ليخرج من الخلاف ولا يخالف عموم الحديث وإن فعلهما جاز لان هذا الخبر لا يقصر عن الدلالة على الجواز ، والصحيح أن السنن الراتبة تقضى بعد العصر لان النبي ﷺ فعله فانه قضى الركعتين اللتين بعد الظهر بعد العصر في حديث أم سلمة الذي ذكرناه والاقتداء بما فعله النبي ﷺ متعين ، ولان النهي بعد العصر خفيف لما روي في خلافه من الرخصة . وقول عائشة إنه كان ينهى عنها معناه والله أعلم أنه ينهى عنها لغير هذا السبب أو كان يفعلها على الدوام وهذا مذهب الشافعي ، وفيه رواية أخرى لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لعموم النهي والاخذ بالحديث الخاص أولى

(فصل) ولا فرق بين مكة وغيرها في المنع من التطوع في أوقات النهي ، وقال الشافعي لا يمنع لما ذكرنا من حديث جبير بن مطعم ولما روى أبو ذر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يصلين أحد بعد الصبح إلى طلوع الشمس ولا بعد العصر إلى أن تغيب الشمس إلا بمكة قال ذلك ثلاثا » رواه الدارقطني ، ولنا عموم النهي ولانه معنى يمنع الصلاة فاستوت فيه مكة وغيرها كالحيض وحديث جبير أراد به ركعتي الطواف وحديث أبي ذر يرويه عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قال [٣] يحيى بن معين

٣) لعل الاصل: قاله

(فصل) ولا فرق في وقت الزوال بين يوم الجمعة وغيره ولا بين الشتاء والصيف كان عمر بن الخطاب ينهى عنه ، وقال ابن مسعود كنا ننهى عن ذلك يعني يوم الجمعة ورخص فيه الحسن وطاوس

وعلى كل حال فقد ثبت أن تحسين الصوت بالقرآن و تطريبه مستحب غير مكروه مالم يخرج ذلك إلى تغيير لفظه وزيادة حروفه ، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت النبي ﷺ أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع قراءة أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال «هذا سالم مولى أبي حذيفة ،الحمد لله الذي جعل في أمتي مثل هذا » وقال النبي ﷺ لأبي موسى « انني مررت بك البارحة وأنت تقرأ فقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود »

فقال أبو موسى لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً

مع ماذكرنا من الاخبار

والله أعلم

والاوزاعي والشافعي واسحاق في يوم الجمعة لما روى أبو سعيد أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة . رواه أبو داود ، ولان الناس ينتظرون الجمعة في هذا الوقت و ليس عليهم قطع النوافل وأباحه عطاء في الشتاء دون الصيف لان ذلك الوقت حين تسجر جهنم

ولنا عموم أحاديث النهي وهي عامة في يوم الجمعة وغيره وفي الصيف والشتاء ، ولانه وقت نهي فاستوى فيه يوم الجمعة وغيره كسائر الاوقات وحديثهم في اسناده ليث وهو ضعيف وهو مرسل أيضاً

وقولهم انهم ينتظرون الجمعة قلنا اذا علم وقت النهي

فليس له أن يصلي وإن شك فله أن يصلي

حتى يعلم لان الاصل الاباحة

فلا تزول بالشك ونحو

هذا قال مالك

والله أعلم

﴿ تم طبع الجزء الاول ﴾

من كتاب المغني وهو الذي في أعلى الصحائف وكتاب الشرح الكبير للمقنع

الطبعة الثانية في منتصف المحرم سنة ١٣٤٧ هـ ووقف على طبعه وتصحيحه

وعلق عليه بعض الحواشي طابعه على نفقته محمد رشيد رضا

صاحب المنار الاسلامي أثابه الله تعالى

ويليه الجزء الثاني

وأوله في الكتابين (باب صلاة الجماعة)

﴿ فهرس الجزء الاول من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ تنبيه ﴾ قد اجتهدنا في التوفيق بين أحكام الكتابين في الصفحات الاحيث يتعذر ذلك بما بينهما من الخلاف في الترتيب ، وهنالك تكرر ذكر المسائل في الفهرس ، نذكر رقم الشرح الكبير مع رقم المغني في السطور

﴿ ترجمة مؤلفي المغني والشرح الكبير ﴾

(مقدمة لصاحب المنار في مزايا كتاب المغني وتفضيله على غيره من كتب الخلاف في الفقه وفيه بحث جليل في خلاف الأئمة ، وكيف يكون رحمة للامة ، ومضار التفرق والاختلاف والتفصي منها)

صفحة

صفحة

﴿ تم فهرس الجزء ﴾

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين ﴿ أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ﴾
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ على مختصر ﴿ الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ﴾

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام ﴿ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ﴾ المتوفى سنة ٦٨٢هـ كلاهما على مذهب امام الائمة ﴿ ابي عبدالله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني ﴾ مع بيان خلاف سائر الائمة وأدلتهم رضي الله عنهم

(الجزء الثاني)

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في اعلى الصحائف والشرح الكبير فى ادناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الامامة

الجماعة واجبة للصلوات الخمس روي نحو ذلك عن ابن مسعود وأبي موسى وبه قال عطاء والاوزاعي وأبو ثور ولم يوجبها مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « تفضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة » متفق عليه ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على اللذين قالا صلينا في رحالنا ولو كانت واجبة لانكر عليهما ولانها لو كانت واجبة في الصلاة لكانت شرطا لها كالجمعة

ولنا قول الله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ولو لم تكن واجبة لرخص فيها حالة الخوف ولم يجز الاخلال بواجبات الصلاة من أجلها وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والذي نفسي بيده لقد هممت ان آمر بحطب ليحتطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم » متفق عليه[1]

(١) للحديث عدة ألفاظ في روايات الصحيحين وغيرها

بسم الله الرحمن الرحيم ، وبه نستعين

﴿ باب صلاة الجماعة ﴾

﴿ مسألة ﴾ (وهي واجبة للصلوات الخمس على الرجال لا شرطا) الجماعة واجبة على الرجال المكلفين لكل صلاة مكتوبة، روي نحو ذلك عن ابن مسعود وأبي موسى وبه قال عطاء والاوزاعي وأبو ثور ، وقال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي لا تجب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « تفضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة » متفق عليه ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على اللذين قالا قد صلينا في رحالنا ولو كانت واجبة لانكر عليهما ، ولانها لو كانت واجبة لكانت شرطا لها كالجمعة

ولنا قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ولو لم تكن واجبة لرخص فيها حالة الخوف ولم يجز الاخلال بواجبات الصلاة من أجلها وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب ليحطب[1] ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم » متفق عليه ، وفيه مايدل على أنه أراد الجماعة لأنه لو أراد الجمعة لما هم بالتخلف عنها ، وعن أبي هريرة قال أتى النبي صلى الله

«١» بدون تاء وفي المغني بالتاء وهما روايتان من عدة روايات للبخاري

وفيه مايدل على أنه أراد الجماعة لأنه لو أراد الجمعة لما هم بالتخلف عنها وعن أبي هريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يا رسول الله ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأله أن يرخص له أن يصلي في بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال « تسمع النداء بالصلاة ؟ قال نعم قال فاجب رواه مسلم واذا لم يرخص للاعمى الذي لم يجد قائداً فغيره أولى وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سمع المنادي فلم يمنعه من أتباعه عذر » قالوا وما العذر ؟ قال « خوف أو مرض — لم تقبل منه الصلاة التي صلى » أخرجه أبو داود

وروى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « مامن ثلاثة في قرية أو بلد لاتقام فيهم الصلاة الا استحوذ عليهم الشيطان فعليك بالجماعة فان الذئب يأكل القاصية » أخرجه أبو داود وحديثهم يدل على أن الجماعة غير مشترطة ولا نزاع بيننا فيه ولا يلزم من الوجوب الاشتراط كواجبات الحج والاحداد في العدة

(فصل) وليست الجماعة شرطا لصحة الصلاة نص عليه أحمد وخرج ابن عقيل وجها في اشتراطها قياساً على سائر واجبات الصلاة وهذا ليس بصحيح بدليل الحديثين اللذين احتجوا بهما والاجماع فاننا لانعلم قائلا بوجوب الاعادة على من صلى وحده إلا انه روي عن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود وأبو موسى أنهم قالوا من سمع النداء من غير عذر [1] فلا صلاة له

(فصل) وتنعقد الجماعة باثنين فصاعدا لا نعلم فيه خلافا وقد روى أبو موسى أن النبي صلى الله

«١» كذا والمراد فتخلف عن الجماعة من غير عذر

عليه وسلم رجل أعمى فقال يارسول الله ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأله أن يرخص له أن يصلي في بيته فرخص له فلما ولي دعاه فقال « أتسمع النداء بالصلاة ؟ »قال نعم قال « فأجب » رواه مسلم. واذا لم يرخص للاعمى الذي لا قائد له فغيره أولى

قال ابن المنذر وروينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابن أم مكتوم « لا أجد لك رخصة »يعني في التخلف عن الجماعة . وعن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من ثلاثة في قرية أو بلد لاتقام فيه الصلاة إلا استحوذ عليهم الشيطان فعليك بالجماعة فان الذئب يأكل القاصية » وفي حديث مالك ابن الحويرث « اذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما وليؤمكما أكبركما » ولمسلم « اذا كانوا ثلاثة فليؤمهم أحدهم »أمر وظاهر الأمر الوجوب

﴿ فصل ﴾ وليست شرطا لصحة الصلاة نص عليه أحمد وقال ابن عقيل تشترط في أحد الوجهين قال وهو الصحيح عندي لما ذكرنا من الأدلة . قال شيخنا وهذا ليس بصحيح للحديثين اللذين ذكرناهما في حجة الخصم ولا نعلم أحداً قال بوجوب الاعادة على من صلى وحده إلا أنه قد روي عن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود انهم قالوا: من سمع الندا من غير عذر فلا صلاة له

﴿ فصل ﴾ وتنعقد باثنين فصاعداً بغير خلاف علمناه لما روى ابو موسى ان النبي صلى الله عليه

عليه وسلم قال «الاثنان فما فوقهما جماعة» رواه ابن ماجه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وصاحبه «اذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما وليؤمكما أكبركما» وأم النبي صلى الله عليه وسلم حذيفة مرة وابن مسعود مرة وابن عباس مرة، ولو أم الرجل عبده أو زوجته أدرك فضيلة الجماعة وان أم صبيا جاز في التطوع لأن النبي صلى الله عليه وسلم أم فيه ابن عباس وهو صبي وان أمه في الفرض فقال أحمد لاتنعقد به الجماعة لانه لا يصلح أن يكون إماماً لنقص حاله فاشبه من لاتصح صلاته وقال أبو الحسن الآمدي فيه رواية أخرى أنه يصح أن يكون إماما لانه متنفل فجاز أن يكون مأموما بالمفترض كالبالغ ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل الذي فاتته الجماعة «من يتصدق على هذا فيصلي معه»

(فصل) ويجوز فعلها في البيت والصحراء وقيل فيه رواية أخرى أن حضور المسجد واجب اذا كان قريبا منه لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاصلاة لجار المسجد إلا في المسجد » (١)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي : جعلت لي الارض طيبة وطهوراً ومسجداً فأيما رجل أدركته الصلاة صلى حيث كان » متفق عليه وقالت عائشة صلى النبي صلى

(١) رواه الدار قطني عن جابر وأبي هريرة بسند ضعيف

وسلم قال « الاثنان فما فوقهما جماعة» رواه ابن ماجه ولحديث مالك بن الحويرث ، وقد أمّ النبي صلى الله عليه وسلم ابن عباس مرة وحذيفة مرة ولو أمّ الرجل عبده أو زوجته أدرك فضيلة الجماعة وإن أم صبياً جاز في التطوع لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمّ ابن عباس وهو صبي وإن أمه في الفرض فقال أحمد لاتنعقد به الجماعة لانه لايصلح أن يكون إماما فيها وعنه يصح ذكرها الآمدي كما لو أمّ بالغاً متنفلا

﴿ مسئلة ﴾ (وله فعلها في بيته في أصح الروايتين) . ويجوز فعل الجماعة في البيت والصحراء في الصحيح من المذهب وعنه أن حضور المسجد واجب على القريب منه لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « جعلت لي الارض مسجداً وطهورا فأيما رجل أدركته الصلاة فليصل »متفق عليه والحديث الذي ذكروه لانعرفه إلا من قول علي نفسه كذلك رواه سعيد والظاهر انه انما أراد الجماعة فعبر بالمسجد عنها لأنه محلها ويجوز أن يكون اراد الكمال والفضيلة فان الاخبار الصحيحة دالة على صحة الصلاة في غير المسجد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ويستحب لأهل الثغر الاجتماع في مسجد واحد لانه أعلى للكلمة وأوقع للهيبة فاذا جاءهم خبر عن عدوهم سمع جميعهم ، وكذلك اذا أرادوا التشاور في أمر ، وإن جاء عين للكفار أخبر بكثرتهم . قال الاوزاعي لو كان الأمر اليّ لسمرت أبواب المساجد التي للثغور ليجتمع الناس في مسجد واحد .

﴿ مسئلة ﴾ (والافضل لغيرهم الصلاة في المسجد الذي لاتقام فيه الجماعة إلا بحضوره) لانه يعمره

الله عليه وسلم في بيته وهو شاك(١) فصلي جالسا وصلى وراءه قوم قياما فأشار اليهم أن اجلسوا رواه البخاري . وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجلين « اذا صليتما في رحالكما ثم أدركتما الجماعة فصليا معهم تكن لكما نافلة » وقوله لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد لا نعرفه إلا من قول علي نفسه كذلك رواه سعيد في سننه والظاهر انه انما أراد الجماعة وعبر بالمسجد عن الجماعة لانه محلها ومعناه لا صلاة لجار المسجد إلا مع الجماعة وقيل أراد به الكمال والفضيلة ، فان الاخبار الصحيحة دالة على أن الصلاة في غير المسجد صحيحة جائزة

(فصل) وفعل الصلاة فيما كثر فيه الجمع من المساجد أفضل لقول النبي صلى الله عليه وسلم

«١» شاك بحذف الياء أي مريض

باقامة الجماعة فيه ويحصلها لمن يصلي فيه فيحصل له ثواب عمارة المسجد ويحصلها لمن لا يصلي فيه وذلك معدوم في غيره ، وكذلك إن كانت تقام فيه مع غيبته إلا ان في قصد غيره كسر قلب إمامه وجماعته فجبر قلوبهم أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ما كان أكثر جماعة ثم في المسجد العتيق) فان عدم ماذكرنا في المسئلة التي قبلها ففعلها فيما كان أكثر جماعة أفضل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده وصلاته مع الرجلين أزكى من صلاته مع الرجل وما كان أكثر فهو أحب الى الله تعالى » رواه الامام أحمد في المسند فان تساويا في الجماعة فالمسجد العتيق أفضل لأن الطاعة فيه أسبق والعبادة فيه أكثر . وذكر أبو الخطاب أن فعلها في المسجد العتيق أفضل وان قل الجمع فيه لذلك والاول أولى لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (وهل الأولى قصد الأبعد أو الأقرب) على روايتين . إحداهما قصد الأبعد أفضل لتكثر خطاه في طلب الثواب فتكثر حسناته ولما روى أبو موسى قال قال النبي صلى الله عليه وسلم « أعظم الناس أجراً في الصلاة أبعدهم فأبعدهم ممشى » رواه البخاري

والثانية قصد الأقرب لأن له جواراً فكان أحق بصلاته كما أن الجار أحق بهدية جاره ومعروفه لقوله عليه السلام « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يؤم في مسجد قبل إمامه الراتب إلا باذنه) لأن الامام الراتب بمنزلة صاحب البيت وهو أحق لقوله عليه السلام « لا يؤمن الرجل الرجل في بيته إلا باذنه »

وقد روي عن ابن عمر انه أتى أرضاً وعندها مسجد يصلي فيه مولى لابن عمر فصلى معهم فسألوه أن يصلي بهم فأبى وقال صاحب المسجد أحق، إلا أن يتأخر لعذر فيصلي غيره لأن أبا بكر صلى حين غاب النبي صلى الله عليه وسلم وفعل ذلك عبد الرحمن بن عوف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أحسنتم »

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يعلم عذره انتظر وروسل) إلا أن يخشى خروج الوقت فيقدم غيره لئلا يفوت الوقت

«صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده وصلاته مع الرجلين أزكى من صلاته مع الرجل وما كان أكثر فهو أحب الى الله تعالى »رواه أحمد في المسند فان تساويا في الجماعة ففعلها في المسجد العتيق أفضل لان العبادة فيه أكثر وان كان في جواره أو غير جواره مسجد لا تنعقد الجماعة فيه إلا بحضوره ففعلها فيه أولى لانه يعمره باقامة الجماعة فيه ، ويحصلها لمن يصلي فيه . وان كانت تقام فيه وكان في قصده غيره كسر قلب امامه او جماعته فجبر قلوبهم أولى وإن لم يكن كذلك فهل الأفضل قصد الابعد أو الاقرب ؟ فيه روايتان احداهما قصد الأبعد لتكثر خطاه في طلب الثواب فتكثر حسناته (والثانية) الأقرب لان له جوارا فكان أحق بصلاته كما أن الجار أحق بهدية جاره ومعروفه من البعيد وان كان

﴿ مسئلة ﴾ (فان صلى ثم أقيمت الصلاة وهو في المسجد استحب له اعادتها إلا المغرب فانه يعيدها ويشفعها برابعة) من صلى فريضة ثم أدرك تلك الصلاة في جماعة استحب له اعادتها أي صلاة كانت اذا كان في المسجد أو دخل المسجد وهم يصلون وهذا قول الحسن والشافعي سواء كان صلاها منفرداً أو في جماعة، وسواء كان مع امام الحي أو لا . هذا ظاهر كلام أحمد فيما حكاه عنه الاثرم والخرقي قال القاضي وإن كان مع امام الحي استحب له وإن كان مع غير إمام الحي استحب له اعادة ماسوى الفجر والعصر. وقال ابو الخطاب يستحب له الاعادة مع امام الحي . وقال مالك إن كان صلى وحده أعاد المغرب وإلا فلا لأن الحديث الدال على الاعادة قال فيه صلينا في رحالنا . وقال أبو حنيفة لا تعاد الفجر ولا العصر ولا المغرب لعموم أحاديث النهي ولأن التطوع لا يكون بوتر . وعن ابن عمر والنخعي تعاد الصلوات كلها إلا الصبح والمغرب . وقال أبو موسى والثوري والاوزاعي تعاد كلها إلا المغرب لما ذكرنا وقال الحكم إلا الصبح وحدها . ولنا حديث يزيد بن الأسود الذي ذكرناه وحديث أبي ذر وهي تدل على محل النزاع وحديث يزيد بن الاسود صريح في صلاة الفجر والعصر في معناها ويدل أيضاً على الاعادة سواء كان مع امام الحي أو غيره وعلى جميع الصلوات وقد روى أنس قال صلى بنا أبو موسى الغداة في المربد فانتهينا الى المسجد الجامع فأقيمت الصلاة فصلينا مع المغيرة بن شعبة . وعن حذيفة انه أعاد الظهر والعصر والمغرب وكان قد صلاهن في جماعة رواهما الأثرم

﴿ فصل ﴾ فأما المغرب ففي استحباب اعادتها روايتان . احداهما يستحب قياساً على سائر الصلوات لما ذكرنا من عموم الاحاديث . والثانية لا يستحب حكاها أبو الخطاب لأن التطوع لا يكون بوتر فان قلنا تستحب اعادتها شفعها برابعة نص عليه أحمد وبه قال الاسود بن يزيد والزهري والشافعي واسحق لما ذكرناه، وروى صلة[1] عن حذيفة انه قال لما أعاد المغرب قال ذهبت أقوم في الثانية فأجلسني وهذا يحتمل أن يكون أمره بالاقتصار على ركعتين ويحتمل انه أمره بالصلاة مثل صلاة الامام ووجه الاول ان النافلة لا تشرع بوتر والزيادة أولى من النقصان

«١» هو بكسر ففتح ابن زفر تابعي ثقة

البلد ثغراً فالأفضل اجتماع الناس في مسجد واحد ليكون أعلى للكلمة واوقع للهيبة واذا جاءهم خبر عن عدوهم سمعه جميعهم وان أرادوا التشاور في امر حضر جميعهم وان جاء عين الكفار رآهم فأخبر بكثرتهم . قال الاوزاعي لو كان الامر اليّ لسمرت أبواب المساجد التي في الثغر أو نحو هذا ليجتمع الناس في مسجد واحد

(فصل)ولا يكره اعادة الجماعة في المسجد ومعناه أنه اذا صلى إمام الحي وحضر جماعة أخرى استحب لهم أن يصلوا جماعة وهو قول ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقتادة واسحق وقال سالم

﴿ فصل ﴾ فان أقيمت الصلاة وهو خارج المسجد فان كان في وقت نهي لم يستحب له الدخول لما روى مجاهد قال خرجت مع ابن عمر من دار عبدالله بن خالد بن اسيد حتى اذا نظر الى باب المسجد اذا الناس في الصلاة فلم يزل واقفاً حتى صلى الناس وقال اني قد صليت في البيت فان دخل وصلى فلا بأس لما ذكرنا من خبر أبي موسى وان كان في غير وقت النهي استحب له الدخول والصلاة معهم لعموم الاحاديث الدالة على اعادة الجماعة

﴿ فصل ﴾ فاذا أعاد الصلاة فالاولى فرضه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري وأبي حنيفة واسحق والشافعي في الجديد وعن سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي التي صلى معهم المكتوبة لأنه روي في حديث يزيد بن الاسود « اذا جئت الى الصلاة فوجدت الناس فصل معهم وإن كنت قد صليت تكن لك نافلة وهذه مكتوبة »

ولنا أن في الحديث الصحيح « تكن لكما نافلة » وقوله في حديث أبي ذر « فانها لك نافلة » ولأنها قد وقعت فريضة وأسقطت الفرض بدليل انها لاتجب ثانياً واذا برئت الذمة بالاولى استحال كون الثانية فريضة . قال ابراهيم اذا نوى الرجل صلاة وكتبتها الملائكة فمن يستطيع أن يحولها فما صلى بعده فهو تطوع ، وحديثهم لاتصريح فيه فينبغي أن يحمل معناه على مافي الاحاديث الباقية ، فعلى هذا لاينوي الثانية فرضاً بل ينويها ظهراً معادة وان نواها نفلا صح

﴿ فصل ﴾ ولا تجب الاعادة رواية واحدة قاله القاضي قال وقد ذكر بعض أصحابنا فيه رواية انها تجب مع إمام الحي لظاهر الامر ، ولنا انها نافلة . والثانية لاتجب وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لاتصلى صلاة في يوم مرتين » رواه ابو داود ومعناه والله أعلم واجبتان . ونحمل الأمر على الاستحباب فعلى هذا اذا قصد الاعادة فلم يدرك إلا ركعتين فقال الآمدي يجوز أن يسلم معهم وأن يتمها أربعاً لأنها نافلة والمنصوص انه يتمها أربعاً لقوله عليه السلام « وما فاتكم فأتموا »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تكره اعادة الجماعة في غير المساجد الثلاثة) معنى اعادة الجماعة انه اذا صلى امام الحي وحضر جماعة أخرى استحب لهم أن يصلوا جماعة وهذا قول ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي واسحق . وقال مالك والثوري والليث وابو حنيفة والشافعي لاتعاد الجماعة في مسجد له

وأبو قلابة وأيوب وابن عون والليث والبتي والثوري ومالك وأبو حنيفة والاوزاعي والشافعي لاتعاد الجماعة في مسجد له امام راتب في غير ممر الناس

فمن فاتته الجماعة صلى منفرداً لئلا يفضي الى اختلاف القلوب والعداوة والتهاون في الصلاة مع الامام ولأنه مسجد له امام راتب فكره فيه اعادة الجماعة كمسجد النبي صلى الله عليه وسلم ولنا عموم قوله عليه السلام «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة — وفي رواية — بسبع وعشرين درجة» وروى أبو سعيد قال : جاء رجل وقد صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيكم يتجر على هذا ؟ فقام رجل فصلى معه » قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه الاثرم وأبو داود فقال «ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه » وروى الاثرم باسناده عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وزاد قال فلما صليا قال « وهذان جماعة » ولأنه قادر على الجماعة فاستحب له فعلها كما لو كان المسجد في ممر الناس

(فصل) فاما اعادة الجماعة في المسجد الحرام ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسجد

امام راتب في غير ممر الناس ومن فاتته الجماعة صلى منفرداً لئلا يفضي الى اختلاف القلوب والعداوة والتهاون في الصلاة مع الامام ، ولانه مسجد له امام راتب فكره فيه اعادة الجماعة كالمسجد الحرام ولنا عموم عليه السلام « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة» وروى أبو سعيد قال جاء رجل — وقد صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم — فقال « أيكم يتجر على هذا ؟ » فقام رجل فصلى معه قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه الأثرم وفيه فقال «ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه ؟» وروى باسناده عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وزاد فلما صليا قال« وهذان جماعة » ولانه قادر على الجماعة فاستحب له كالمسجد الذي في ممر الناس وما قاسوا عليه ممنوع

﴿ فصل ﴾ فأما اعادتها في المسجد الحرام ومسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمسجد الأقصى فقد روي عن أحمد كراهته وذكره أصحابنا لئلا يتوانى الناس في حضور الجماعة مع الامام الراتب فيها اذا أمكنتهم الصلاة مع الجماعة مع غيره ، وظاهر خبر أبي سعيد وأبي امامة انه لايكره لأن الظاهر أن ذلك كان في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ولأن المعنى يقتضيه لأن حصول فضيلة الجماعة فيها كحصولها في غيرها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة) متى أقيمت الصلاة المكتوبة لم يشتغل عنها بغيرها لقول النبي صلى الله عليه وسلم« اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» متفق عليه . وروي ذلك عن أبي هريرة وكان عمر يضرب على صلاة بعد الاقامة وكرهه سعيد بن جبير وابن سيرين وعروة والشافعي واسحق وأباح قوم ركعتي الفجر والامام يصلي، روي ذلك عن ابن مسعود وروي عن ابن عمر انه دخل المسجد والناس في الصلاة فدخل بيت حفصة فصلي ركعتين ثم خرج الى

الاقصى فقد روي عن أحمد كراهة أعادة الجماعة فيها وذكره أصحابنا لئلا يتوانى الناس في حضور

المسجد فصلى وهذا قول مسروق والحسن ، وقال مالك إن لم يخف أن تفوته الركعة فليركع . وقال الاوزاعي اركعهما ماتيقنت انك تدرك الركعة الاخيرة ونحوه قول أبي حنيفة والاول أولى لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقيمت وهو في نافلة أتمها خفيفة) لقول الله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) إلا أن يخاف فوات الجماعة فيقطعها لأن الفريضة أهم من النافلة وعنه يتمها للآية التي ذكرها

﴿ فصل ﴾ ومن كبر قبل سلام الامام فقد أدرك الجماعة . يعني انه يبني عليها ولا يجدد احراما لانه أدرك جزءاً من صلاة الامام أشبه مالو أدرك ركعة ولأنه اذا أدرك جزءاً من صلاة الامام فأحرم معه لزمه أن ينوي الصفة التي هو عليها وهو كونه مأموماً فينبغي أن يدرك فضل الجماعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أدرك الركوع فقد أدرك الركعة) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أدرك الركوع فقد أدرك الركعة» رواه ابو داود[1] ولأنه لم يفته من الاركان إلا القيام وهو يأتي به مع تكبيرة الاحرام ثم يدرك مع الامام بقية الركعة وانما تحصل له الركعة اذا اجتمع مع الامام في الركوع بحيث ينتهي الى قدر الاجزاء من الركوع قبل أن يزول الامام عن قدر الاجزاء منه فان أدرك الركوع ولم يدرك الطمأنينة فعلى وجهين ذكرهما ابن عقيل وعليه أن يأتي بالتكبير في حال قيامه فأما إن أتى به أو ببعضه بعد أن انتهى في الانحناء الى قدر الركوع لم يجزئه لانه أتى بها في غير محلها ولانه يفوته القيام وهو من أركان الصلاة إلا في النافلة لانه لا يشترط لها القيام

﴿ مسئلة ﴾ (وأجزأته تكبيرة واحدة والأفضل اثنتان) وجملة ذلك ان من أدرك الامام في الركوع أجزأته تكبيرة واحدة وهي تكبيرة الاحرام التي ذكرناها وهي ركن لا تسقط بحال وتسقط تكبيرة الركوع ها هنا نص عليه احمد في رواية أبي داود وصالح ، روي ذلك (عن) زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والثوري والشافعي ومالك وأصحاب الرأي ، وعن عمر بن عبد العزيز عليه تكبيرتان وهو قول حماد بن أبي سليمان

قال شيخنا ، والظاهر انهما أرادا الاولى له تكبيرتان فيكون موافقاً لقول الجماعة فان عمر ابن عبد العزيز قد نقل عنه انه كان ممن لا يتم التكبير ووجه القول الاول ان هذا قد روي عن زيد ابن ثابت وابن عمر ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة فيكون إجماعا ولانه اجتمع واجبان من جنس واحد في محل واحد أحدهما ركن فسقط به الآخر كما لو طاف (في) الحج طواف الزيارة عند خروجه من مكة فانه يجزيه عن طواف الوداع وقال القاضي إن نوى بها تكبيرة الاحرام وحدها أجزاه وإن نواهما لم يجزه في الظاهر من قول أحمد لانه شرك بين الواجب وغيره في النية أشبه مالو عطس عند رفع رأسه من الركوع فقال ربنا ولك الحمد ينويهما فان أحمد قد نص في هذا انه لا يجزيه وهذا القول يخالف منصوص احمد فانه قد قال في رواية ابنه صالح فيمن جاء والامام راكع كبر تكبيرة

(١) في هامش الاصل: ينظر في هذا الحديث فما أظن أبا داود رواه أقول بل روي من حديث لأبي هريرة « ومن أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة » وقد فسروا الركعة بالركوع وهو ضعيف في اسناده يحي المديني قال البخاري منكر الحديث . . . وفي الصحيحين عن أبي هريرة « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » وفي رواية لمسلم زيادة « مع الامام »

الجماعة مع الامام الراتب فيها اذا أمكنتهم الصلاة في الجماعة مع غيره وظاهر خبر أبي سعيدوأبي أمامة

واحدة قيل له ينوي بها الافتتاح قال نوى أو لم ينو أليس قد جاء وهو يريد الصلاة ولأن نية الركوع لاتنافي نية الافتتاح ولهذا حكمنا بدخوله في الصلاة بهذه النية ولم تؤثر نية الركوع في فسادها ، ولا يجوز ترك نص الامام لقياس نصه في موضع آخر كما لايترك نص الله تعالى وسنة رسوله بالقياس وهذا لايشبه ماقاس عليه القاضي فان التكبيرتين من جملة العبادة بخلاف حمد الله في العطاس فانه ليس من جملة الصلاة فقياسه على الطوافين أولى لكونهما من أجزاء العبادة والأفضل تكبيرتان نص عليه . قال ابو داود قلت لأحمد يكبر مرتين أحب اليك قال ان كبر تكبيرتين ليس فيه اختلاف وإن نوى تكبيرة الركوع خاصة لم يجزه لأن تكبيرة الاحرام ركن ولم يأت بها

﴿ فصل ﴾ فان أدرك الامام في ركن غير الركوع لم يكبر إلا تكبيرة الافتتاح وينحط بغير تكبير لانه لايعتد له به وقد فاته محل التكبير وإن أدركه في السجود أو في التشهد الاول كبر في حال قيامه مع الامام الى الثالثة لانه مأموم له فيتابعه في التكبير من أدرك الركعة معه من أولها . وان سلم الامام قام المأموم الى القضاء بتكبير وبه قال مالك والثوري واسحق وقال الشافعي يقوم بغير تكبير لانه قد كبر فى ابتداء الركعة ولا امام له يتابعه .

ولنا انه قام في الصلاة الى ركن معتد به فيكبر كالقائم من التشهد الاول وكما لو قام مع الامام ولا نسلم انه كبر في ابتداء الركعة فان ماكبر فيه لم يكن من الركعة إذ ليس في أول الركعة سجود ولا تشهد وانما ابتداء الركعة قيامه فينبغي أن يكبر فيه

﴿ فصل ﴾ ويستحب لمن أدرك الامام في حال متابعته فيه وإن لم يعتد له به لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا جئتم الى الصلاة ونحن سجود فاسجدوا ولا تعدوها شيئاً ومن أدرك الركوع فقد أدرك الركعة » رواه أبو داود وروى الترمذي عن معاذ قال قال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا جاء أحدكم والامام على حال فليصنع كما يصنع الامام »(١) قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم قالوا اذا جاء الرجل والامام ساجد فليسجد ولا تجزيه تلك الركعة قال بعضهم لعله أن لا يرفع رأسه من السجدة حتى يغفر له

(١) قال الحافظ في التلخيص فيه ضعف وانقطاع

﴿ مسئلة ﴾ (وما أدرك مع الامام فهو آخر صلاته وما يقضيه فهو أولها يستفتح له ويتعوذ ويقرأ السورة) هذا هو المشهور من المذهب ، ويروى ذلك عن ابن عمر ومجاهد وابن سيرين ومالك والثوري وحكي عن الشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وما فاتكم فاقضوا » متفق عليه والمقضي هو الفائت فينبغي أن يكون على صفته . فعلى هذا يستفتح له ويستعيذ ويقرأ السورة وعنه أن الذي يدرك أول صلاته والمقضي آخرها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز واسحق وهو قول الشافعي ورواية عن مالك واختاره ابن المنذر لقوله عليه السلام « وما فاتكم فأتموا »

ان ذلك لايكره لان الظاهر أن هذا كان في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمعنى يقتضيه أيضاً فان

فعلى هذه الرواية لايستفتح . وأما الاستعاذة فان قلنا تسن في كل ركعة استعاذ وإلا فلا . وأما السورة بعد الفاتحة فيقرأها على كل حال

قال شيخنا لا أعلم خلافا بين الأئمة الاربعة في قراءة الفاتحة وسورة وهذا مما يقوي الرواية الأولى فان لم يدرك إلا ركعة من المغرب أو الرباعية ففي موضع تشهده روايتان إحداهما يستفتح ويأتي بركعتين متواليتين ثم يتشهد فعل ذلك جندب لأن المقضي أول صلاته وهذه صفة أولها ولانهما ركعتان يقرأ فيهما السورة فكانا متواليتين كغير المسبوق . والثانية يأتي بركعة يقرأ فيها بالحمد وسورة ثم يجلس ثم يقوم فيأتي بأخرى يقرأ فيها بالحمد وحدها نقلها صالح وأبو داود والأثرم فعل ذلك مسروق وبه قال عبدالله بن مسعود وهو قول سعيد بن المسيب وأيما فعل من ذلك جاز ان شاء الله لانه يروى أن مسروقا وجندبا ذكرا عند عبد الله بن مسعود فصوب فعل مسروق ولم ينكر فعل جندب ولا أمره باعادة الصلاة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب القراءة على المأموم) هذا قول أكثر أهل العلم وممن كان لايرى القراءة خلف الامام علي وابن عباس وابن مسعود وأبو سعيدوزيد بن ثابت وعقبة بن عامر وجابر وابن عمر وحذيفة بن اليمان وبه يقول الثوري وابن عيينة وأصحاب الرأي ومالك والزهري والاسود وابراهيم وسعيد بن جبير . قال ابن سيرين لا أعلم من السنة القراءة خلف الامام وقال الشافعي وداود تجب القراءة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » متفق عليه وعن عبادة قال كنا خلف النبي صلى الله عليه وسلم فقرأ فثقلت عليه القراءة فلما فرغ قال « لعلكم تقرأون خلف امامكم؟ » قلنا نعم يارسول الله قال « لاتفعلوا إلا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » رواه أبو داود، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج غير تمام » قال الراوي فقلت يا أبا هريرة اني أكون أحيانا وراء الامام قال فغمزني في ذراعي وقال اقرأ بها في نفسك يافارسي رواه مسلم، ولانها ركن من أركان الصلاة فلم تسقط عن المأموم كسائر الاركان ،ولان من لزمه القيام لزمته القراءة اذا قدر عليها كالمنفرد . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة » رواه الحسن ابن صالح عن ليث بن سليم فان قيل: ليث بن سليم ضعيف قلنا قد رواه الامام أحمد :ثنا اسود بن عامر ثنا الحسن بن صالح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اسناد صحيح متصل رجاله كلهم ثقات ، الاسود بن عامر روى له البخاري والحسن بن صالح أدرك أبا الزبير ولد قبل وفاته بنيف وعشرين سنة وروى من طرق خمسة سوى هذا . وروي أيضاً عن ابن عباس وعمران ابن حصين وأبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجهن الدارقطني ورواه عبدالله بن شداد

فضيلة الجماعة تحصل فيها كحصولها في غيرها

عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه الامام أحمد وسعيد بن منصور وغيرهما ، وروي عن علي عليه السلام انه قال ليس على الفطرة من قرأ خلف الامام ، وقال ابن مسعود وددت ان من قرأ خلف الامام ملىء فوه ترابا ولأن القراءة لو وجبت على المأموم لما سقطت عن المسبوق كسائر الأركان . وأما أحاديثهم فالحديث الاول الصحيح محمول على غير المأموم وكذلك حديث أبي هريرة وقد جاء مصرحا به فروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج إلا وراء الامام » رواه الخلال ، وقول أبي هريرة اقرأ بها في نفسك من كلامه ورأيه قد خالفه غيره من الصحابة وحديث عبادة لم يروه غير ابن اسحق ونافع بن محمود بن الربيع وهو أدنى حالا من ابن اسحق وقياسهم على المنفرد لا يصح لأن المنفرد ليس له من يتحمل عنه القراءة بخلاف المأموم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقرأ في سكتات الامام وما لا يجهر فيه أو لا يسمعه لبعده فان لم يسمعه لطرش فعلى وجهين) وهو قول جماعة من أهل العلم روي نحوه عن عبدالله بن عمر وهو قول مجاهد والحسن والشعبي وسعيد بن المسيب وعروة وغيرهم قال أبو سلمة بن عبد الرحمن للامام سكتتان فاغتنم فيهما القراءة بفاتحة الكتاب اذا دخل في الصلاة واذا قال ولا الضالين ، وقال عروة أما أنا فأغتنم من الامام اثنتين اذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأقرأ عندها وحين يختم السورة فأقرءوا قبل أن يركع ، وهذا قول الشافعي ، وقالت طائفة لا يقرأ خلف الامام في سر ولا جهر يروى ذلك عن تسعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرناهم في المسئلة قبلها رواه سعيد في سننه . وقال ابراهيم النخعي انما أحدث الناس القراءة وراء الامام زمان المختار لأنه كان يصلي بهم صلاة النهار دون الليل فاتهموه فقرأوا خلفه ، وكره ابراهيم القراءة خلف الامام وقال يكفيك قراءة الامام وهذا قول ابن عيينة والثوري وأصحاب الرأي لما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة » ولأنه مأموم فلم يقرأ كحالة الجهر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا أسررت بقراءتي فاقرأوا » رواه الدارقطني ولقول الراوي في الحديث الصحيح فانتهى الناس أن يقرأوا فيما جهر فيه النبي صلى الله عليه وسلم كذلك رواه الامام احمد وسعيد بن منصور والقياس في حالة الجهر لا يصح لانه أمر فيها بالانصات لاستماع قراءة الامام بخلاف هذا . اذا ثبت هذا فانه يقرأ في حالة الجهر في سكتات الامام بالفاتحة وفي حال الاسرار يقرأ بالفاتحة وسورة كالامام والمنفرد

﴿ فصل ﴾ فان لم يسمع الامام في حال الجهر لبعده قرأ نص عليه قيل له أليس قد قال الله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) قال هذا الى أي شيء يستمع قيل له فالأطروش قال لا أدري قال شيخنا وهذا ينظر فيه فان كان بعيداً قرأ أيضاً وإن كان قريباً قرأ في نفسه بحيث لا يشتغل من

الى جانبه عن الاستماع لأنه في معنى البعيد ولا يقرأ (اذا) كان يخلط على من يقرب اليـه ويشغله عن الاستماع وفيه وجه آخر لا يقرأ اذا كان قريباً لئـلا يخلط على الامام ولأنه لو كان في موضعه من يسمع لم يقرأ أشبه السميع ، وإن سمع همهمة الامام ولم يفهم فقال في رواية الجماعة لا يقرأ وقال في رواية عبدالله يقرأ اذا سمع الحرف بعد الحرف

﴿ فصل ﴾ ولا يستحب للمأموم القراءة وهو يسمع قراءة الامام بالحمد ولا بغيرها وبه قال سعيد ابن المسيب وعروة وأبو سلمة بن عبد الرحمن والزهري وكثير من السلف والثوري وابن عيينـة وابن المبارك وأصحاب الرأي وهو أحـد قولي الشافعي والقول الآخر قال يقرأ ونحوه عن الليث وابن عون ومكحول لما ذكرنا من الاحاديث . والمعنى على وجوب القراءة على المأموم . ولنا قوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قال سعيد بن المسيب ومحمد بن كعب والزهري وابراهيم والحسن انها نزلت في شأن الصلاة ، قال أحمد في رواية أبي داود أجمع النـاس على أن هذه الآية في الصلاة ، وروى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « انما جعـل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا » رواه سعيد بن منصور ، وروى أبو موسى قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبنا فبين لنا سنتنا وعلمنا صلاتنا فقال « اذا صليتم فأقيموا صفوفكم وليؤمكم أحدكم فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا » رواه مسلم ، وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مالي أنازع القرآن » فانتهى الناس أن يقرأوا فيما جهر فيه النبي صلى الله عليه وسلم . رواه مالك بمعناه وقال الترمذي حديث حسن ولأنه إجماع ، قال أحمد ماسمعت أحداً من أهل الاسلام يقول إن الامام اذا جهر بالقراءة لاتجزي صلاة من خلفه اذا لم يقرأ ، وقال: هذا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعون وهذا مالك في أهل الحجاز وهذا الثوري في أهل العراق وهذا الاوزاعي في أهل الشام ، وأما الأحاديث فقد أجبنا عنها فيما مضى ولانها قراءة لاتجب على المسبوق فلا تجب على غيره كقراءة السورة

﴿ فصل ﴾ قال ابو داود قيل لأحمد اذا قرأ المأموم بفاتحة الكتاب ثم سمع قراءة الامام قال يقطع اذا سمع قراءة الامام وينصت للقراءة وذلك لما ذكرنا من الاية والأخبار

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يستفتح ويستعيذ فيما يجهر فيـه الامام ؟ على روايتين) أما في حال قراءة إمامه فلا يستفتح ولا يستعيذ لأنه اذا سقطت القراءة عنه كيـلا يشتغل عن استماع قراءة الامام فالاستفتاح أولى ولأن قوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) يتناول كل ما يشغل عن الانصات من الاستفتاح وغيره ولأن الاستعاذة انما شرعت من أجل القراءة فاذا سقطت القراءة سقط التبع ، وإن سكت الامام قدراً يتسع لذلك ففيه روايتان إحداهما يستفتح ولا يستعيذ اختاره القاضي لانه أمكن للاستفتاح من غير اشتغال عن الانصات وفيه رواية انه يستفتح ويستعيذ

لما ذكرنا . والثانية لايستفتح لانه يشغله عن القراءة وهي أهم منه ، وأما المأموم في صلاة الاسرار فانه يستفتح ويستعيذ نص عليه أحمد فقال اذا كان ممن يقرأ خلف الامام تعوذ قال الله تعالى (فاذا قرأت فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم)

﴿ مسئلة ﴾ (ومن ركع أو سجد قبل إمامه فعليه أن يرفع ليأتي به بعده فان لم يفعل عمداً بطلت صلاته عند أصحابنا إلا القاضي)

وجملة ذلك انه لايجوز أن يسبق امامه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتسبقوني بالركوع ولا بالسجود ولا بالقيام » رواه مسلم ، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار أو يجعل صورته صورة حمار» متفق عليه . فان فعل ذلك عامداً أثم وتبطل صلاته في ظاهر كلام أحمد فانه قال ليس لمن سبق الامام صلاة لو كان له صلاة لرجي له الثواب ولم يخش عليه العقاب. وذلك لما ذكرنا من الحديثين ، وروي عن ابن مسعود انه نظر الى من سبق الامام فقال : لا وحدك صليت ولا بامامك اقتديت . ولأنه لم يأتم بامامه في الركن أشبه ما اذا سبقه بتكبيرة الاحرام ، وإن كان جاهلا أو ناسياً لم تبطل صلاته لانه سبق يسير ، ولقوله عليه السلام « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » وقال ابن حامد في ذلك وجهان وقال عندي انه يصح لانه اجتمع معه في الركن أشبه ما لو ركع معه ابتداء صح وهذا اختيار ابن عقيل وعليه أن يرفع ليأتي به بعده ليكون مؤتماً بامامه فان لم يفعل عمداً بطلت صلاته عند أصحابنا لانه ترك الواجب عمداً . وقال القاضي لاتبطل لانه سبق يسير

﴿ مسئلة ﴾ (فان ركع ورفع قبل ركوع امامه عالما عمداً فهل تبطل صلاته؟ على وجهين) وكذلك ذكره ابو الخطاب أحدهما تبطل للنهي . والثاني لاتبطل لانه سبقه بركن واحد فهي كالتي قبلها . قال ابن عقيل اختلف أصحابنا فقال بعضهم تبطل الصلاة بالسبق بأي ركن من الاركان ركوعا كان أو سجودا أو قياما أو قعوداً ، وقال بعضهم السبق المبطل مختص بالركوع لانه الذي يحصل به ادراك الركعة وتفوت بفواته فجاز أن يختص بطلان الصلاة بالسبق به ، وإن كان جاهلا أو ناسياً لم تبطل صلاته لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » وهل تبطل الركعة ، فيه روايتان : إحداهما تبطل لانه لايقتدي بامامه في الركوع أشبه مالو لم يدركه والأخرى لاتبطل للخبر . فأما إن ركع قبل ركوع امامه فلما ركع الامام سجد قبل رفعه بطلت صلاته إن كان عمدا لانه لم يقتد بامامه في أكثر الركعة وإن فعله جاهلا أو ناسياً لم تبطل للحديث ولم يعتد بتلك الركعة لعدم اقتدائه بامامه فيها

﴿ فصل ﴾ فان سبق الامام المأموم بركن كامل مثل أن يركع ويرفع قبل ركوع المأموم لعذر من نعاس أو غفلة أو زحام أو عجلة الامام فانه يفعل ماسبق به ويدرك إمامه ولا شيء عليه نص عليه

احمد في رواية المروذي . قال شيخنا وهذا لا اعلم فيه خلافا . وحكي في المستوعب رواية انه لا يعتد بتلك الركعة وان سبقه بركعة كاملة أو اكثر فانه يتبع إمامه ويقضي ماسبقه به كالمسبوق . قال احمد في رجل نعس خلف الامام حتى صلى ركعتين قال كأنه ادرك ركعتين، فاذا سلم الامام صلى ركعتين وعنه يعيد الصلاة ، وإن سبقه بأكثر من ركن وأقل من ركعة ثم زال عذره فالمنصوص عن احمد انه يتبع امامه ولا يعتد بتلك الركعة . وظاهر هذا انه إن سبقه بركنين بطلت تلك الركعة وإن سبق بأقل من ذلك فعله وأدرك امامه ، وقد قال بعض أصحابنا فيمن زحم عن السجود يوم الجمعة ينتظر زوال الزحام ثم يسجد ويتبع الامام ما لم يخف فوات الركوع في الثانية مع الامام . فعلى هذا يفعل مافاته وإن كان اكثر من ركن وهو قول الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله بأصحابه حين صلى بهم بعسفان صلاة الخوف فأقامهم خلفه صفين فسجد معه الصف الاول والصف الثاني قيام حتى قام النبي صلى الله عليه وسلم الى الثانية فسجد الصف الثاني ثم تبعه وجاز ذلك للعذر فهذا مثله . وقال مالك إن أدركهم المسبوق في أول سجودهم سجد معهم واعتد بها ، وإن علم انه لا يقدر على الركوع وأدركهم في السجود حتى يستووا قياما اتبعهم فيما بقي من صلاتهم ثم يقضي ركعة ثم يسجد للسهو . وهذا قول الاوزاعي إلا انه لم يجعل عليه سجود سهو . قال شيخنا والأولى في هذا والله أعلم انه ما كان على قياس فعل النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف فان غير المنصوص عليه يرد الى الأقرب من المنصوص عليه وإن فعل ذلك لغير عذر بطلت صلاته لانه ترك الائتمام بامامه عمداً والله أعلم

(فصل) فان سبق المأموم الامام بالقراءة لم تبطل صلاته رواية واحدة

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب للامام تخفيف الصلاة مع اتمامها) لقول عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخف الناس صلاة في تمام ، وروي عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيها الناس إن منكم منفرين فأيكم صلى بالناس فليجوز فان فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة » متفق عليه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ « أفتان أنت؟ ثلاث مرار فلولا صليت بسبح اسم ربك الأعلى، والشمس وضحاها ، والليل إذا يغشى . فانه يصلي وراءك الضعيف والكبير وذو الحاجة » رواه البخاري وهذا لفظه ، ورواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تطويل الركعة الاولى أطول من الثانية) . يستحب تطويل الركعة الأولى من كل صلاة ليلحقه القاصد للصلاة . وقال الشافعي تكون الاوليان سواء . وقال أبو حنيفة يطول الاولى من صلاة الصبح خاصة ووافق قول الشافعي في غيرها وذلك لحديث أبي سعيد حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الركعتين الاوليين من الظهر قدر ثلثين آية، ولان الآخرتين متساويتان فكذلك الأوليان

ولنا ماروي أبو قتاده أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين الأوليين من صلاة

الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين يطول في الأولى ويقصر في الثانية ويسمع الآية أحيانا وكان يقرأ في العصر في الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورتين ويطول في الاولى ويقصر في الثانية وكان يطول في الاولى من صلاة الصبح متفق عليه

وروى عبد الله بن أبي أوفى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الركعة الاولى من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدم . فاما حديث أبي سعيد فرواه ابن ماجه وفيه وفي الركعة الاخرى قدر النصف من ذلك وهوأولى لموافقته للاحاديث الصحيحة ثم لو قدر التعارض وجب تقديم حديث ابي قتادة لصحته ولتضمنه الزيادة وهو التفريق بين الركعتين . وروى أبو سعيد أن الصلاة كانت تقام ثم يخرج أحدنا يقضي حاجته ويتوضأ ثم يدرك الركعة الاولى مع النبي صلى الله عليه وسلم قال أحمد في الامام يطول في الثانية يعني اكثر من الاولى يقال له في هذا يُعَلَّم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب انتظار داخل وهو في الركوع في إحدى الروايتين) . متى أحس بداخل في حال القيام أو الركوع يريد الصلاة معه وكانت الجماعة كثيرة في انتظاره لانه يبعد أن لا يكون فيهم من يشق عليهم وكذلك ان كانت الجماعة يسيرة والانتظار يشق عليهم لان الذين معه أعظم حرمة من الداخل فلا يشق عليهم لنفعه وإن لم يكن كذلك استحب انتظاره وهذا مذهب أبي مخلد والشعبي والنخعي واسحاق . وقال الاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي لا ينتظره وهو رواية أخرى لان انتظاره تشريك في العبادة فلا يشرع كالرياء

ولنا أنه انتظار ينفع ولا يشق فشرع كتطويل الركعة الاولى وتخفيف الصلاة . وقد قال عليه السلام « من أم الناس فليخفف فان فيهم الكبير والضعيف وذا الحاجة » وقد شرع الانتظار في صلاة الخوف لتدرك الطائفة الثانية وكان صلى الله عليه وسلم ينتظر الجماعة فقال جابر كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي العشاء أحيانا وأحيانا، إذا رآهم اجتمعوا عجل واذا رآهم بطؤا أخر، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يطيل الركعة الاولى حتى لا يسمع وقع قدم وأطال السجود حين ركب الحسن على ظهره وقال « إن ابني هذا ارتحلني فكرهت أن اعجله » وبهذا كله يبطل ماذكروه وقال القاضي الانتظار جائز غير مستحب فانما ينتظر من كان ذا حرمة كاهل العلم ونظرائهم من أهل الفضل

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا استأذنت المرأة إلى المسجد كره منعها وبيتها خير لها) لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا ماء الله مساجد الله وليخرجن تفلات » يعني غير متطيبات . رواه أبو داود ويخرجن غير متطيبات لهذا الحديث ويباح لهن حضور الجماعة مع الرجال لقول عائشة كان النساء يصلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينصرفن متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس متفق عليه وصلاتهن في بيوتهن أفضل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلاة المرأة في بيتها افضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها افضل من صلاتها في بيتها » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى)

لاخلاف في التقديم بالقراءة والفقه على غيرهما واختلف في أيهما يقدم على صاحبه فمذهب أحمد رحمه الله تقديم القاري، وبهذا قال ابن سيرين والثوري وأصحاب الرأي وقال عطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور يؤمهم أفقههم اذا كان يقرأ ما يكفي في الصلاة لأنه قد ينوبه في الصلاة ما لا يدري ما يفعل فيه الا بالفقه فيكون أولى كالامامة الكبرى والحكم

ولنا ماروى اوس بن ضمعج عن أبي مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فاقدمهم سناً » أو قال سلما [1] وروى أبو سعيد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اجتمع ثلاثة فليؤمهم أحدهم وأحقهم بالامامة أقرؤهم » رواهما مسلم وعن ابن عمر قال لما قدم المهاجرون الاولون العصبة — موضع بقباء — كان يؤمهم سالم مولى ابى حذيفة وكان أكثرهم قرآنا رواه البخاري وأبو داود وكان فيهم عمر بن الخطاب وأبو سلمة بن عبد الاسد وفي حديث عمر بن سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليؤمكم أكثركم قرآنا » ولان القراءة ركن في الصلاة فكان القادر عليها أولى كالقادر على القيام مع العاجز عنه فان قيل انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتقديم القارئ لأن أصحابه كان أقرؤهم أفقههم فانهم كانوا اذا تعلموا القرآن

(١) أي اسلاما

(فصل في الامامة) (السنة ان يؤم القيامة اقرؤهم) يعني ان القارئ مقدم على الفقيه وغيره ولا خلاف في التقديم بالقراءة والفقه واختلف في ايهما يقدم فذهب احمد رحمه الله إلى تقديم القارئ وهو قول ابن سيرين والثورى وابن المنذر واسحق واصحاب الراي . وقال عطاء ومالك والاوزاعي والشافعي يقدم الافقه اذا كان يقرا مايكفي في الصلاة لانه قد ينوبه في الصلاه مالا يدري ما يفعل فيه إلا بالفقه فيكون اولى كالامامة الكبرى والحكم

ولنا ماروى أبو مسعود البدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سنا ـ أو قال ـ سلما » وعن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اجتمع ثلاثة فليؤمهم أحدهم وأحقهم بالامامة أقرؤهم » رواهما مسلم ولما قدم المهاجرون الاولون كان يؤمهم سالم مولى أبي حذيفة وفيهم عمر بن الخطاب وفي حديث عمرو بن سلمة قال « ليؤمكم أكثركم قرآنا » فان قيل انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتقديم القارئ لان الصحابة كان أقرأهم أفقههم وانهم كانوا اذا قرأوا القران تعلموا معه أحكامه قال ابن مسعود كنا لانجاوز عشر آيات حتى نعرف أمرها ونهيها وأحكامها قلنا اللفظ عام فيجب الاخذ بعمومه على أن في الحديث ما يبطل هذا التأويل وهو قوله

تعلموا معه أحكامه قال ابن مسعود كنا لانجاوز عشر آيات حتى نعرف أمرها ونهيها وأحكامها قلنا اللفظ عام فيجب الاخذ بعمومه دون خصوص السبب ولا يخص ما لم يقم دليل على تخصيصه على أن في الحديث ما يبطل هذا التأويل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « فان استووا فاعلمهم بالسنة » ففاضل بينهم في العلم بالسنة مع تساويهم في القراءة ولو قدم القارىء لزيادة علم لما نقلهم عندالتساوي فيه الى الاعلم بالسنة[1] ولو كان العلم بالفقه على قدر القراءة للزم من التساوي في القراءة التساوي فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أقرؤكم أبي وأقضاكم علي وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل وأفرضكم زيد بن ثابت »[2] فقد فضل بالفقه من هو مفضول بالقراءة وفضل بالقراءة من هو مفضول بالقضاء والفرائض وعلم الحلال والحرام

قيل لأبي عبد الله حديث النبي صلى الله عليه وسلم مروا أبا بكر يصلي بالناس أهو خلاف حديث أبي مسعود؟ قال لا انما قوله لأبي بكر عندي يصلي بالناس للخلافة يعني أن الخليفة أحق بالامامة وان كان غيره اقرأ منه ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر بالصلاة يدل على أنه اراد استخلافه

(فصل) ويرجح أحد القارئين على الآخر بكثرة القرآن لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليؤمكم أكثركم قرآنا » وان تساويا في قدر مايحفظ كل واحد منهما وكان أحدهما أجود قراءة واعرابا فهو أولى لانه اقرأ فيدخل في عموم قوله « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله » وان كان أحدهما أكثر حفظا والآخر أقل لحناً وأجود قراءة فهو أولى لانه أعظم أجراً في قراءته لقوله عليه السلام « من قرأ القرآن فأعربه فله بكل حرف عشر حسنات ومن قرأه ولحن فيه فله بكل حرف حسنة » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح

وان استووا فأعلمهم بالسنة ففاضل بينهم في العلم بالسنة مع تساويهم في القراءة ولو كان كما قالوا للزم من التساوي في القراءة التساوي في الفقه وقد نقلهم مع التساوي في القراءة الى الاعلم بالسنة وقال صلى الله عليه وسلم « اقرؤكم أبيّ وأقضاكم علي وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل » ففضل بالفقه من هو مفضول بالقراءة قيل لأبي عبد الله حديث النبي صلى الله عليه وسلم مروا أبابكر يصلي بالناس أهو خلاف أبي مسعود؟ قال لا إنما قوله لأبي بكر عندي يصلي بالناس للخلافة يعني أن الخليفة أحق بالامامة

(فصل) ويرجح أحد القارئين على الآخر بكثرة القرآن لحديث عمر بن سلمة ، وان تساويا في قدر ما يحفظ كل واحد منهما وكان أحدهما أجود قراءة واعراباً فهو أولى لانه اقرأ وان كان أحدهما أكثر حفظاً والآخر اقل لحنا واجود قراءة قدم لانه اعظم أجراً في قراءته لقوله عليه السلام «من قرأ القرآن فأعربه فله بكل حرف عشر حسنات ومن قرأ ولحن فيه فله بكل حرف حسنة» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وقال أبو بكر وعمر رضي الله عنهما اعراب القرآن أحب اليّ من حفظ بعض حروفه. وان اجتمع قاريء لا يعرف أحكام الصلاة فكذلك للخبر وقال ابن عقيل يقدم الأفقه لانه يمتاز بما لا يستغنى عنه في الصلاة

« ١ » المتبادر خلاف ما فهمه لان العلم بالسنة يتلو العلم بالكتاب كما في حديث معاذ في الحكم

(٢) ان العلم بالقرآن أعم من هذه الفروع العملية وأعلاه العلم بالله وصفاته وأمور الآخرة المؤثرة في كمال الصلاة بالتدبر والخشوع والفقه في لغة الكتاب والسنة غير الفقه العرفي ، فالعلم باصول الدين هو الفقه الحقيقي

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿فان استووا فأفقههم﴾

وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة ولان الفقه يحتاج اليه في الصلاة للاتيان بواجباتها وسننها وجبرها ان عرض مايحوج اليه فيها فان اجتمع فقيهان قارئان وأحدهما اقرأ والآخر أفقه قدم الاقرأ نص عليه للخبر وقال ابن عقيل الافقه أولى لتميزه بما لا يستغني عنه في الصلاة وهذا يخالف عموم الخبر فلا يعول عليه وان اجتمع فقيهان أحدهما أعلم باحكام الصلاة والآخر أعرف بما سواها فالاعلم باحكام الصلاة أولى لان علمه يؤثر في تكميل الصلاة بخلاف الآخر

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فان استووا فأسنهم ﴾

يعني أكبرهم سنا يقدم عند استوائهم في القراءة والفقه وظاهر قول أحمد انه يقدم أقدمهما هجرة ثم أسنهما لانه ذهب الى حديث أبي مسعود وهو مرتب هكذا قال الخطابي وعلى هذا الترتيب توجد أكثر أقاويل العلماء ومعنى تقدم الهجرة ان يكون أحدهما أسبق هجرة من دار الحرب الى دار الاسلام لان الهجرة قربة وطاعة فيقدم السابق اليها لسبقه الى الطاعة[1] فاذا استويا فيها اما لهجرتهما معاً أو عدمها منهما فأسنهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وصاحبه « ليؤمكما أكبركما » متفق عليه ولأن الاسن أحق بالتوقير

(١) كان الاقدم في الهجرة أكثر علما وأقوى إيمانا وأكثر عبادة في الاغلب

﴿ مسئلة ﴾ ثم أفقههم ثم أسنهم ثم أقدمهم هجرة ثم أشرفهم ثم أتقاهم ثم من تقع له القرعة متى استووا في القراءة وكان أحدهما أفقه قدم لما ذكرنا من الحديث ولأن الفقه يحتاج اليه في الصلاة للاتيان بواجباتها وأركانها وشرطوها وسننها وجبرها ان احتاج اليه فان اجتمع فقيهان قارئان أحدهما اقرأ والآخر أفقه قدم الاقرأ للحديث نص عليه وقال ابن عقيل يقدم الافقه لتميزه بما لا يستغنى عنه في الصلاة وهذا يخالف الحديث المذكور فلا يعول عليه فان اجتمع فقيهان احدهما اعلم باحكام الصلاة والآخر اعلم بما سواها قدم الاعلم باحكام الصلاة لان علمه يؤثر في تكميل الصلاة بخلاف الآخر

(فصل) فان استووا في القراءة والفقه فقال شيخنا هاهنا يقدم أسنهم يعني أكبرهم سناً وهو اختيار الخرقي لقول النبي صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث « اذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما وليؤمكما أكبركما » متفق عليه ولأن الاسن أحق بالتوقير والتقديم وظاهر كلام أحمد أنه يقدم أقدمهما هجرة ثم أسنهما لحديث أبي مسعود فانه مرتب هكذا قال الخطابي وعلى هذا الترتيب أكثر أقاويل العلماء ومعنى تقديم الهجرة ان يكون أحدهما أسبق هجرة من دار الحرب الى دار الاسلام وانما يقدم بها لانها قربة وطاعة فان عدم ذلك اما لاستوائهما فيها أو عدمها قدم أسنهما لما ذكرنا وقال ابن حامد أحقهم بعد القراءة والفقه أشرفهم ثم أقدمهم هجرة ثم أسنهم والصحيح ما دل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم من تقديم السابق بالهجرة ثم الاسن ويرجح بتقديم الاسلام كتقدم الهجرة

والتقديم وكذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لعبدالرحمن بن سهل لما تكلم في أخيه « كبر كبر » اي دع الاكبر يتكلم وقال أبو عبد الله بن حامد أحقهم بعد القراءة والفقه أشرفهم ثم أقدمهم هجرة ثم أسنهم والصحيح الأخذ بما دل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم في تقديم السابق بالهجرة ثم الاسن لتصريحه بالدلالة ولا دلالة في حديث مالك بن الحويرث على تقديم الاسن لانه لم يثبت في حقهما هجرة ولا تفاضلهما في شرف ، ويرجح بتقديم الاسلام كالترجيح بتقديم الهجرة فان في بعض الفاظ حديث أبي مسعود « فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلما » ولان الاسلام أشرف من الهجرة فاذا قدم بتقدمها فتقدمه أولى فاذا استووا في هذا كله قدم أشرفهم أى أعلاهم نسباً وأفضلهم في نفسه وأعلاهم قدراً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « قدموا قريشاً ولا تقدموها »[1]

(فصل) فان استووا في هذه الخصال قدم أتقاهم وأورعهم لانه أشرف في الدين وأفضل وأقرب إلى الاجابة وقد جاء « اذا أم الرجل القوم وفيهم من هو خير منه لم يزالوا في سفال » ذكره الامام أحمد في رسالته و يحمل تقديم هذا على الاشرف لان شرف الدين خير من شرف الدنيا وقد قال الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) فاذا استووا في هذا كله أقرع بينهم نص عليه أحمد رحمه الله وذلك لان سعد بن أبي وقاص أقرع بينهم في الآذان فالامامة أولى ولانهم تساووا في الاستحقاق وتعذر الجمع فأقرع بينهم كسائر الحقوق وان كان أحدهما يقوم بعمارة المسجد وتعاهده فهو احق به وكذلك ان رضي الجيران أحدهما دون الآخر قدم بذلك ولا يقدم بحسن الوجه لانه لا مدخل له في الامامة ولا أثر له فيها وهذا كله تقديم استحباب لا تقديم اشتراط ولا ايجاب لا نعلم فيه خلافا فلو قدم المفضول كان ذلك جائزاً لان الامر بعدهذا أمر أدب واستحباب

[1] رواه الشافعي والبيهقي في المعرفة عن ابن شهاب بلاغا وابن عدي عن أبي هريرة والبزار عن علي والطبراني عن عبدالله بن السائب بأسانيد صحيحة كما في الجامع الصغير

لان في بعض الفاظ حديث أبي مسعود « فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلما » ولان الاسلام أقدم من الهجرة فاذا قدم بالهجرة فأولى أن يتقدم بالاسلام فاذا استووا في جميع ذلك قدم أشرفهم والشرف يكون بعلو النسب وبكونه أفضل في نفسه وأعلاهم قدراً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « قدموا قريشاً ولا تقدموها » فان استووا في هذه الخصال قدم اتقاهم لأنه أشرف في الدين وأفضل وأقرب الى الاجابة وقد جاء « اذا أم الرجل القوم وفيهم من هو خير منه لم يزالوا في سفال » ذكره الامام أحمد في رسالته ويحتمل تقديم الاتقى على الاشرف لان شرف الدين خير من شرف الدنيا وقد قال الله تعالى (إن اكرمكم عند الله أتقاكم) فان استووا في هذا كله اقرع بينهم نص عليه لان سعداً أقرع بين الناس في الآذان يوم القادسية فالامامة أولى ولانهم تساووا في الاستحقاق وتعذر الجمع فأقرع بينهم كسائر الحقوق وان كان أحدهما يقوم بعمارة المسجد وتعاهده فهو أحق به وكذلك ان رضي الجيران أحدهما دون الآخر قدم به ولا يقدم بحسن الوجه لانه لا مدخل له في الامامة ولا أثر له فيها وهذا كله تقديم استحباب لا تقديم اشتراط ولا ايجاب بغير خلاف علمناه

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن صلى خلف من يعلن ببدعة أو يسكر اعاد)

الاعلان الاظهار وهو ضد الاسرار وظاهر هذا أن من ائتم بمن يظهر بدعته ويتكلم بها ويدعو اليها أو يناظر عليها فعليه الاعادة ومن لم يظهر بدعته فلا إعادة على المؤتم به وإن كان معتقداً لها قال الاثرم قلت لأبي عبد الله :الرافضة الذين يتكلمون بما اعرف؟ فقال نعم آمره أن يعيد ، قيل لأبي عبد الله وهكذا أهل البدع كلهم قال لا ، إن منهم من يسكت ومنهم من يقف ولا يتكلم ، وقال لا تصل خلف أحد من أهل الاهواء اذا كان داعية الى هواه ، وقال لا تصل خلف المرجيء اذا كان داعية. وتخصيصه الداعية ومن يتكلم بالاعادة دون من يقف ولا يتكلم يدل على ماقلناه وقال القاضي: المعلن بالبدعة من يعتقدها بدليل وغير المعلن من يعتقدها تقليداً

ولنا أن حقيقة الاعلان هو الاظهار وهو ضد الاخفاء والاسرار قال الله تعالى (ويعلم ماتسرون وما تعلنون) وقال تعالى مخبراً عن إبراهيم (ربنا إنك تعلم مانخفي ومانعلن) ولأن المظهر لبدعته لاعذر للمصلي خلفه لظهور حاله والمخفي لها من يصلي خلفه معذور وهذا له أثر في صحة الصلاة ولهذا لم تجب الاعادة خلف المحدث والنجس اذا لم يعلم حالهما لخفاء ذلك منهما ووجبت على المصلي خلف

﴿ مسئلة ﴾ وصاحب البيت وامام المسجد أحق بالامامة الا أن يكون بعضهم ذا سلطان)

متى أقيمت الجماعة في بيت فصاحبه أولى بالامامة من غيره اذا كان ممن تصح امامته لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يؤمنّ الرجل الرجل في بيته ولا في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » رواه مسلم وعن مالك بن الحويرث عن النبي صلى الله عليه وسلم « من زار قوما فلا يؤمهم وليؤمهم رجل منهم» رواه أبو داود وهذا قول عطاء والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً فان كان في البيت ذو سلطان قدم على صاحب البيت لان ولايته على البيت وصاحبه وقدم النبي صلى الله عليه وسلم عتبان بن مالك وأنسا في بيوتهما اختاره الخرقي وقال ابن حامد صاحب البيت أحق بالامامة لعموم الحديث والاول أصح وكذلك امام المسجد الراتب أولى من غيره لانه في معنى صاحب البيت الا أن يكون بعضهم ذا سلطان ففيه وجهان وقد روي عن ابن عمر انه أتى أرضا له وعندها مسجد يصلي فيه مولى له فصلى ابن عمر معهم فسألوه ان يؤمهم فأبى وقال صاحب المسجد أحق

(فصل) واذا قدم المستحق من هؤلاء لرجل في الامامة جاز وصار بمنزلة من أذن له في استحقاق التقدم لقول النبي صلى الله عليه وسلم الا باذنه ولأنه حق له فجاز نقله الى من شاء قال أحمد قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يؤم الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته في بيته الا باذنه» أرجو أن يكون الاذن في الكل

(فصل) واذا دخل السلطان بلداً له فيه خليفة فهو أحق من خليفته لان ولايته على خليفته وغيره وكذلك لو اجتمع العبد وسيده في بيت العبد فالسيد أولى لانه يملك البيت والعبد على الحقيقة وولايته

الكافر والامي لظهور حالها غالباً وقد روي عن أحمد انه لايصلى خلف مبتدع بحال قال في رواية أبي الحارث لايصلى خلف مرجئ ولا رافضي ولا فاسق الا أن يخافهم فيصلي ثم يعيد . وقال أبو داود قال أحمد متى ماصليت خلف من يقول القرآن مخلوق فأعد قلت وتعرفه قال نعم وعن مالك انه لايصلى خلف أهل البدع فحصل من هذا أن من صلى خلف مبتدع معلن ببدعته فعليه الاعادة ومن لم يعلنها ففي الاعادة خلفه روايتان وأباح الحسن وأبو جعفر والشافعي الصلاة خلف أهل البدع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلوا خلف من قال لاإله إلا الله » رواه الدار قطني ولأنه رجل صلاته صحيحة فصح الائتمام به كغيره . وقال نافع كان ابن عمر يصلي مع الخشبية والخوارج زمن ابن الزبير وهم يقتتلون فقيل له أتصلي مع هؤلاء ومع هؤلاء وبعضهم يقتل بعضاً ؟ فقال من قال حي على الصلاة أجبته ، ومن قال حي على الفلاح أجبته ، ومن قال حي على قتل أخيك المسلم وأخذ ماله قلت لا ، رواه سعيد. وقال ابن المنذر وبعض الشافعية من نكفره ببدعته كالذي يكذب الله أو رسوله ببدعته لايصلى خلفه ومن لا نكفره تصح الصلاة خلفه

ولنا ماروى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على منبره يقول « لاتؤمن امرأة

على العبد فان لم يكن سيده معهم فالعبد أولى لما ذكرنا من الحديث وقد روي أنه اجتمع ابن مسعود وحذيفة و بو ذر في بيت أبي سعيد مولى أبي أسيد وهو عبد فتقدم أبو ذر ليصلي بهم فقالوا له وراءك فالتفت الى أصحابه فقال أكذلك فقالوا نعم فتأخر وقدموا أبا سعيد فصلى رواه صالح بن أحمد باسناده وان اجتمع المؤجر والمستأجر فالمستأجر أولى ولأنه أحق بالسكنى والمنفعة

﴿ مسئلة ﴾ والحر أولى من العبد والحاضر أولى من المسافر والبصير اولى من الاعمى في أحد الوجهين)

امامة العبد صحيحة لما روي عن عائشة ان غلاما لها كان يؤمها وصلى ابن مسعود وحذيفة وأبو ذر وراء أبي سعيد مولى أبي أسيد وهو عبد وهذا قول اكثر أهل العلم منهم الحسن والنخعي والشعبي والحكم والثوري والشافعي واسحق وأصحاب الرأي وكره ذلك أبو مجلز وقال مالك لايؤمهم الا أن يكون قارئا وهم أميون

ولنا عموم قوله عليه السلام « يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فكان اجماعا ولأنه من أهل الاذان للرجال يأتي بالصلاة على الكمال فجاز له امامتهم كالحر اذا ثبت ذلك فالحر أولى منه لانه أكمل منه وأشرف ويصلي الجمعة والعيد اماما بخلاف العبد ولان في تقديم الحر خروجا من الخلاف والمقيم أولى من المسافر لانه اذا كان اماما حصلت له الصلاة كلها جماعة فان أمه المسافر أتم الصلاة منفرداً وقال القاضي ان كان فيهم اماما فهو أحق بالامامة وان كان مسافراً لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بهم عام الفتح ويقول لاهل البلد « صلوا اربعا فإنا سفر » رواه أبو داود وان تقدم المسافر جاز ويتم المقيم الصلاة بعد سلام إمامه

رجلا ولا فاجر مؤمنا الا أن يقهره بسلطان أو يخاف سوطه أو سيفه » رواه ابن ماجه وهذا أخص من حديثهم فتعين تقديمه وحديثهم نقول به في الجمع والاعياد وتعاد وهو مطلق فالعمل به في موضع يحصل الوفاء بدلالتهم وقياسهم منقوض بالخنثى والأمي ويروى عن حبيب ابن عمر الأنصاري عن أبيه قال سألت واثلة ابن الاسقع قلت أصلي خلف القدري ؟ قال لاتصل خلفه . ثم قال أما أنا لو صليت خلفه لأعدت صلاتي رواه الأثرم وأما قول الخرقي أو يسكر فانه يعني من يشرب مايسكره من أي شراب كان فانه لايصلى خلفه لفسقه وإنما خصه بالذكر في مايرى من سائر الفساق لنص أحمد عليه قال أبو داود سألت أحمد وقيل له اذا كان الامام يسكر قال لا تصل خلفه البتة وسأله رجل قال صليت خلف رجل ثم علمت انه يسكر أعيد ؟ قال نعم أعد قال أيتهما صلاتي ؟ قال التي صليت وحدك ؟ وسأله رجل. قال رأيت رجلا سكران أصلي خلفه ؟ قال لا قال فأصلي وحدي ؟ قال أين أنت ؟ في البادية ؟ المساجد كثيرة قال أنا في حانوتي قال تخطاه الى غيره من المساجد . فأما من يشرب من النبيذ المختلف فيه مالا يسكره معتقداً حله فلا بأس بالصلاة خلفه نص عليه أحمد فقال يصلى خلف من يشرب المسكر على التأويل نحن نروي عنهم الحديث ولا نصلي خلف من يسكر وكلام الخرقي بمفهومه يدل على ذلك لتخصيصه من سكر بالاعادة خلفه . وفي معنى شارب مايسكر كل فاسق فلا

كالمسبوق وان أم المسافر الصلاة جازت صلاتهم

وحكي عنه رواية في صلاة المقيم انها لاتجوز لان الزيادة نفل أم بها مفترضين والصحيح الاول لان المسافر اذا نوى الاتمام لزمه فيصير الجميع فرضا

(فصل) وامامة الاعمى جائزة لا نعلم فيها خلافا الا ما حكي عن أنس أنه قال ما حاجتهم اليه وعن ابن عباس أنه قال كيف أؤمهم وهم يعدلونني الى القبلة والصحيح عن ابن عباس أنه كان يؤمهم وهو أعمى وعتبان بن مالك وقتادة وجابر وقال أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم أم الناس وهو أعمى[1] رواه أبو داود ولان الاعمى فقد حاسة لا تخل بشيء من أفعال الصلاة ولا شروطها أشبه فقد الشم والبصير أولى منه اختاره أبو الخطاب ولانه يستقبل القبلة بعلمه ويتوقى النجاسات ببصره ولان في امامته اختلافا وقال القاضي هما سواء لان الاعمى أخشع لا يشتغل في الصلاة بالنظر الى ما يلهيه فيكون ذلك مقابلا لما ذكرتم فتساويا

قال الشيخ والاول أولى لان البصير لو أغمض عينيه كره ذلك ولو كان فضيلة لكان مستحبا لانه يحصل بتغميضه ما يحصله الاعمى ولان البصير اذا أغمض بصره مع امكان النظر كان له الاجر فيه لانه يترك المكروه مع امكانه اختيارا والاعمى يتركه اضطرارا فكان أدنى حالا وأقل فضلا

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تصح امامة الفاسق والاقلف ؟ على روايتين)

والفاسق ينقسم على قسمين فاسق من جهة الاعتقاد وفاسق من جهة الافعال فاما الفاسق من جهة الاعتقاد

[1] لفظه في المنتقى ان النبي «ص» استخلف ابن أم مكتوم على المدينة مرتين يصلي بهم وهو أعمى . رواه أحمد وأبو داود

يصلى خلفه نص عليه أحمد فقال لاتصل خلف فاجر ولا فاسق وقال أبو داود سمعت أحمد رحمه الله سئل عن امام قال أصلي بكم رمضان بكذا وكذا درهما قال أسأل الله العافية من يصلي خلف هذا؟ وروي عنه انه قال لاتصلوا خلف من لا يؤدي الزكاة وقال لا تصل خلف من يشارط[1] ولا بأس أن يدفعوا اليه من غير شرط وهذه النصوص تدل على انه لايصلى خلف فاسق وعنه رواية أخرى أن الصلاة جائزة ذكرها أصحابنا وهذا مذهب الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «صلوا خلف من قال لا إله إلا الله» وكان ابن عمر يصلي خلف الحجاج، والحسين والحسن وغيرهما من الصحابة كانوا يصلون مع مروان والذين كانوا في ولاية زياد وابنه كانوا يصلون معهما وصلوا وراء الوليد بن عقبة وقد شرب الخمر وصلى الصبح أربعاً وقال ازيدكم فصار هذا إجماعا ، وروي عن أبي ذر قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « كيف أنت اذا كانت عليك امراء يؤخرون الصلاة عن وقتها» قال قلت فما تأمرني قال «صل

(١) أي على أجرة الامامة

فمتى كان يعلن بدعته ويتكلم بها ويدعو اليها ويناظر لم تصح امامته وعلى من صلى وراءه الاعادة قال أحمد لايصلى خلف أحد من أهل الاهواء اذا كان داعية الى هواه وقال لاتصلي خلف المرجيء اذا كان داعية وقال القاضي وكذلك ان كان مجتهدا يعتقدها بالدليل كالمعتزلة والقدرية وغيرة[غيرهم] الرافضة لانهم يكفرون ببدعتهم، وان لم يكن يظهر بدعته ففي وجوب الاعادة خلفه روايتان احداهما تجب الاعادة كالمعلن ببدعته ولان الكافر لاتصح الصلاة خلفه سواء أظهر كفره أو أخفاه كذلك المبتدع قال أحمد في رواية ابى الحارث لا نصلي خلف مرجي ولا رافضي ولا فاسق الا أن يخافهم فيصلي ثم يعيد وقال ابو داود متى صليت خلف من يقول القرآن مخلوق فأعد وعن مالك لا نصلي خلف أهل البدع والثانية تصح الصلاة خلفه قال الأثرم قلت لابي عبد الله الرافضة الذين يتكلمون بما تعرف؟ قال نعم آمره ان يعيد قيل له وهكذا أهل البدع قال لا لان منهم من يسكت ومنهم من يتكلم وقال لانصلي خلف المرجيء اذا كان داعية فدل على أنه لايعيد اذا لم يكن كذلك وقال الحسن والشافعي الصلاة خلف أهل البدع جائزة بكل حال لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا خلف من قال لا اله الا الله» ولانه رجل صلاته صحيحة فصح الائتمام به كغيره وقال نافع كان ابن عمر يصلي خلف الحسنية[1] والخوارج زمن ابن الزبير وهم يقتتلون فقيل له أتصلي مع هؤلاء وبعضهم يقتل بعضا ؟ فقال من قال حي على الصلاة أجبته ومن قال حي على الفلاح أجبته ومن قال حي على قتل أخيك المسلم وأخذ ماله قلت لا رواه سعيد. ووجه القول الاول ما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على منبره يقول « لا تؤمنّ امرأة رجلا ولا فاجر مؤمنا الا أن يقهره بسلطانه أو يخاف سوطه أو سيفه» رواه ابن ماجه وهذا أخص من حديثهم فيتعين تقديمه وحديثهم نقول به في الجمع والاعياد ونعيد وقياسهم منقوض بالأمي ويروى عن حبيب بن عمر الانصاري عن أبيه قال سألت واثلة بن الاسقع قلت أصلي خلف القدري؟ قال لا تصل خلفه ثم قال أما أنا لو صليت خلفه لاعدت صلاتي رواه الأثرم

(١) كذا وفي المغني : الخشبية

الصلاة لوقتها فان أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة » رواه مسلم وفي لفظ « فان صليت لوقتها كانت نافلة وإلا كنت قد أحرزت صلاتك » وفي لفظ « فان أدركت الصلاة معهم فصل ولا تقل اني قد صليت فلا أصلي » وفي لفظ « فانها زيادة خير » وهذا فعل يقتضي فسقهم وقد أمره بالصلاة معهم وقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة »(١) عام فيتناول محل النزاع ولانه رجل تصح صلاته لنفسه فصح الائتمام به كالعدل (ووجه الأولى) قوله عليه السلام « لا يؤمن فاجر مؤمنا إلا أن يقهره بسلطانه أو سيفه » ولأن الامامة تتضمن حمل القراءة ولا يؤمن تركه لها ولا يؤمن ترك بعض شرائطها كالطهارة وليس ثم أمارة ولا غلبة ظن يؤمنان ذلك والحديث أجبنا عنه وفعل الصحابة محمول على انهم خافوا الضرر بترك الصلاة معهم فقد روينا عن عطاء وسعيد ابن جبير انهما كانا في المسجد والحجاج يخطب فصليا بالايماء وانما فعلا ذلك لخوفهما على أنفسهما ان صليا على وجه يعلم بهما وروينا عن قسامة بن زهير قال لما كان من شأن فلان ما كان قال له أبو بكر تنح عن مصلانا فانا لا نصلي خلفك وحديث أبي ذر يدل على صحتها نافلة والنزاع في الفرض.

(فصل) فاما الجمع والاعياد فانها تصلى خلف كل بر وفاجر ، وقد كان أحمد يشهدها مع المعتزلة

(١) رواه أحمد والبخاري وابن ماجه بهذا اللفظ عن أبي سعيد ورواه مالك والجماعة الا أبا داود بلفظ « تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة »

(فصل) وأما الفاسق من جهة الاعمال كالزاني والذي يشرب ما يسكره فروي عنه أنه لا يصلى خلفه فانه قال لا تصل خلف فاجر ولا فاسق وقال أبو داود سمعت أحمد يسئل عن امام قال أصلي بكم رمضان بكذا وكذا درهما ، قال اسأل الله العافية ، من يصلي خلف هذا ؟ وروي لا يصلى خلف من لا يؤدي الزكاة ولا يصلى خلف من يشارط ولا بأس أن يدفع اليه من غير شرط وهذا اختيار ابن عقيل وعنه أن الصلاة خلفه جائزة وهو مذهب الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا خلف من قال لا إله الا الله وكان ابن عمر يصلي مع الحجاج ، والحسن والحسين وغيرهما من الصحابة كانوا يصلون مع مروان والذين كانوا في ولاية زياد وابنه كانوا يصلون معهما وصلوا وراء الوليد بن عقبة وقد شرب الخمر فصار هذا اجماعا وعن أبي ذر قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « كيف أنت اذا كان عليك امراء يؤخرون الصلاة عن وقتها ؟ قال قلت فما تأمرني قال « صل الصلاة لوقتها فان أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة » رواه مسلم وهذا فعل يقتضي فسقهم ولانه رجل تصح صلاته لنفسه فصح الائتمام به كالعدل ووجه الاولى ما ذكرنا من الحديث ولان الأمامة تتضمن حمل القراءة ولا يؤمن تركه لها ولا يؤمن ترك بعض شرائطها كالطهارة وليس ثم امارة ولا عليه ظن يؤمننا ذلك والحديث أجبنا عنه وفعل الصحابة محمول على أنهم خافوا الضرر بترك الصلاة معهم وروينا عن قسامة بن زهير أنه قال لما كان من شأن فلان ما كان قال له أبو بكر تنح عن مصلانا فانا لا نصلي خلفك وحديث أبي ذر يدل على صحتها نافلة والنزاع إنما هو في الفرض

(فصل) وأما الجمع والاعياد فتصلي خلف كل بر وفاجر وقد كان أحمد يشهدها مع المعتزلة وكذلك

وكذلك العلماء الذين في عصره ، وقد روينا أن رجلا جاء محمد بن النضر فقال له إن لي جيرانا من أهل الاهواء لايشهدون الجمعة ، قال حسبك ،ماتقول في من رد على أبي بكر وعمر؟ قال رجل سوء ،قال فان رد على النبي صلى الله عليه وسلم ؟قال يكفر ،قال فان رد على العلي الاعلى ؟ثم غشي عليه ثم أفاق فقال ردوا عليه والذي لاإله إلا هوفانه قال (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذ كر الله) وهو يعلم أن بني العباس سيلونها ولأن هذه الصلاة من شعائر الاسلام الظاهرة ، وتليها الائمة دون غيرهم فتركها خلفهم يفضي إلى تركها بالكلية اذا ثبت هذا فانها تعاد خلف من يعاد خلفه غيرها ، قال أحمد أما الجمعة فينبغي شهودها فان كان الذي يصلي منهم أعاد وروي عنه أنه قال من أعادها فهو مبتدع وهـذا يدل بعمومه على أنها لاتعاد خلف فاسق ولا مبتدع لانها صلاة أمر بها فلم تجب اعادتها كسائر الصلوات

(فصل) فان كان المباشر لها عدلا والمولي له غير مرضي الحال لبدعته أو فسقه لم يعدها نص عليه ، وقيل له إنهم يقولون إذا كان الذي وضعه يقول بقولهم فسدت الصلاة ، قال لست أقول بهذا ولأن صلاته انما ترتبط بصلاة امامه فلا يضر وجود معنى في غيره ، كالحدث أو كونه أميا وعنه تعاد والصحيح الأول .

(فصل) وان لم يعلم فسق امامه ولا بدعته حتى صلى معه فانه يعيد نص عليه . وقال ابن عقيل لااعادة عليه لأن ذلك مما يخفى فاشبه الحدث والنجس ، والصحيح ان هذا ينظر فيه فان كان ممن

من كان من العلماء في عصره وقد روي ان رجلا جاء محمد بن النضر فقال له ان لي جيرانا من أهل الاهواء لايشهدون الجمعة قال حسبك ،ماتقول فيمن رد على أبي بكر وعمر ؟قال ذلك رجل سوء. قال فان رد على النبي صلى الله عليه وسلم ؟قال يكفر .قال فان رد على العلي الاعلى؟ ثم غشي عليه ثم أفاق فقال ردوا عليه والذي لا إله إلا هو فانه قال (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذ كر الله) وهو يعلم ان بني العباس سيلونها ولان هذه الصلاة من شعائر الاسلام الظاهرة ويليهـا الأئمة دون غيرهم فتركها خلفهم يفضي الى تركها بالكلية . اذا ثبت ذلك فانها تعاد خلف من يعاد خلفه غيرها قياسا عليها هذا ظاهر المذهب وعنه أنه قال من أعادها فهو مبتدع وهذا يدل على أنهـا لاتعاد خلف فاسق ولا مبتدع لانها صلاة مأمور بها فلم تجب اعادتها كسائر الصلوات

(فصل) فان كان المباشر عدلا والذي ولاه غير مرضي الحال لبدعته أو لفسقه لم يعدها في المنصوص عنه لان صلاته انما ترتبط بصلاة امامه ولا يضر وجود معنى في غيره كالحدث وذكر القاضي في وجوب الاعادة روايتين والصحيح الاول

(فصل) فان لم يعلم فسق امامه ولا بدعته فقال ابن عقيل لا اعادة عليـه لأن ذلك مما يخفى فأشبه الحدث والنجس . قال شيخنا والصحيح أن هذا ينظر فيه ، فان كان ممن يخفى بدعته وفسوقه

يخفي بدعته وفسوقه صحت الصلاه خلفه لما ذكرنا في أول المسألة وان كان ممن يظهر ذلك وجبت الاعادة خلفه على الرواية التي تقول بوجوب اعادتها خلف المبتدع لانه معنى يمنع الائتمام فاستوى فيه العلم وعدمه كما لو كان أمياً والحدث والنجاسة يشترط خفاؤهما على الامام والمأموم معاً ولا يخفى على الفاسق فسق نفسه ، ولأن الاعادة انما تجب خلف من يعلن ببدعته وليس ذلك في مظنة الخفاء بخلاف الحدث والنجاسة .

(فصل) وان لم يعلم حاله ولم يظهر منه مايمنع الائتمام به فصلاة المأموم صحيحة نص عليه أحمد لأن الأصل في المسلمين السلامة ولو صلى خلف من يشك في إسلامه فصلاته صحيحة لأن الظاهر أنه لايتقدم للامامة إلا مسلم . (١)

(فصل) فاما المخالفون في الفروع كأصحاب أبي حنيفة ومالك والشافعي فالصلاة خلفهم صحيحة غير مكروهة نص عليه أحمد لأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم لم يزل بعضهم يأتم ببعض مع اختلافهم في الفروع فكان ذلك اجماعا ولأن المخالف اما أن يكون مصيباً في اجتهاده فله أجران أجر لاجتهاده وأجر لاصابته أو مخطئاً فله أجر على اجتهاده ولا اثم عليه في الخطأ لانه محطوط عنه فان علم أنه يترك ركنا أو شرطا يعتقده المأموم دون الامام فظاهر كلام أحمد صحة الائتمام به . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل صلى بقوم وعليه جلود الثعالب فقال ان كان يلبسه وهو يتأول « ايما اهاب دبغ فقدطهر » فيصلي خلفه قيل له أفتراه أنت جائزاً ؟ قال لا نحن لانراه جائزاً ولكن اذا كان هو يتأول فلا بأس أن يصلى خلفه ، ثم قال أبو عبدالله لو أن رجلا لم ير الوضوء من الدم لم يصل خلفه ؟ ثم قال

«١» ليتأمل هذا بعض المتنطعين الذين يمتنعون من الصلاة خلف من يسيئون الظن في دينه

صحت صلاته لأن من يصلي خلفه معذور ، وان كان ممن يظهر ذلك وجبت الاعادة على الرواية التي تقول بوجوب اعادتها خلف المبتدع لانه معنى يمنع الائتمام فاستوى فيه العلم وعدمه كما لو كان أمياً ، والحدث والنجاسة يشترط خفاؤهما على الامام والمأموم معاً والفاسق لايخفى عليه فسق نفسه فأما إن لم يعلم حاله ولم يظهر منه مايمنع الائتمام به فصلاته صحيحة نص عليه لأن الأصل في المسلمين السلامة

﴿ فصل ﴾ فأما المخالفون في الفروع كالمذاهب الأربع فالصلاة خلفهم جائزة صحيحة غير مكروهة نص عليه لأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم لم يزل بعضهم يصلي خلف بعض مع اختلافهم في الفروع فكان ذلك إجماعا ، وإن علم انه يترك ركنا يعتقده المأموم دون الامام فظاهر كلام أحمد صحة الائتمام به . قال الأثرم سمعت أحمد يسأل عن رجل صلى بقوم وعليه جلود الثعالب . فقال إن كان يلبسه وهو يتأول قوله عليه السلام « أيما إهاب دبغ فقد طهر » فصل خلفه فقيل له أتراه أنت جائزاً ؟ قال لا . ولكنه اذا كان يتأول فلا بأس أن يصلي خلفه ، ثم قال أبو عبد الله لو أن رجلا لم ير الوضوء من الدم لم يصل خلفه فلا نصلي خلف سعيد بن المسيب ومالك إي بلى ولأن كل مجتهد مصيب أو كالمصيب في حط المأثم عنه وحصول الثواب له ولأن صلاته تصح

نحن نرى الوضوء من الدم فلا نصلي خلف سعيد بن المسيب ومالك ومن سهل في الدم؟ أي بلى. ورأيت لبعض أصحاب الشافعي مسألة مفردة في الرد على من أنكر هذا واستدل بان الصحابة كان يصلي بعضهم خلف بعض مع الاختلاف ولان كل مجتهد مصيب أو كالمصيب في حط المأثم عنه وحصول الثواب وصحة الصلاة لنفسه فجائز الائتمام به كما لو لم يترك شيئاً وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصح ائتمامه به لأنه يرتكب مايعتقده المأموم مفسداً للصلاة فلم يصح ائتمامه به كما لو خالفه في القبلة حال الاجتهاد فيها

(فصل) وان فعل شيئاً من المختلف فيه يعتقد تحريمه فان كان يترك مايعتقده شرطا للصلاة أو واجباً فيها فصلاته فاسدة وصلاة من يأتم به ، وإن كان المأموم يخالفه في اعتقاد ذلك لانه ترك واجبا في الصلاة ففسدت صلاته وصلاة من ائتم به كالمجمع عليه وان كان يفعل مايعتقد تحريمه في غير الصلاة كالمتزوج بغير ولي ممن يري فساده وشارب يسير النبيذ ممن يعتقد تحريمه فهذا إن دام على ذلك فهو فاسق حكمه حكم سائر الفساق فان لم يدم عليه فلا بأس بالصلاة خلفه لانه من الصغائر ومتى كان الفاعل كذلك عامياً قلد من يعتقد جوازه فلا شيء عليه لأن فرض العامي سؤال العلماء وتقليدهم لقول الله تعالى (فاسألوا أهل الذكر أن كنتم لاتعلمون)

(فصل) ولا تصح الصلاة خلف مجنون لان صلاته لنفسه باطلة وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فصلى وراءه حال افاقته صحت صلاته ويكره الائتمام به لئلا يكون قد احتلم حال جنونه ولم يعلم ولئلا يعرض الصلاة للابطال في أثنائها لوجود الجنون فيها والصلاة صحيحة لأن الأصل السلامة فلا تفسد بالاحتمال .

لنفسه فجازت الصلاة خلفه ، كما لو لم يترك شيئا. وقال ابن عقيل في الفصول لا تصح الصلاة خلفه وذكر القاضي فيه روايتين احداهما لا تصح لانه يفعل مايعتقده المأموم مفسداً للصلاة فلم يصح ائتمامه به كما لو خالفه في القبلة حالة الاجتهاد ولأن أكثر مافيه انه ترك ركنا لا يأثم بتركه فبطلت الصلاة خلفه كما لو تركه ناسياً ، والثانية تصح لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ فان فعل شيئاً من المختلف فيه يعتقد تحريمه ، فان كان يترك مايعتقد شرطا للصلاة أو واجباً فيها فصلاته وصلاة من يأتم به فاسدة . وإن كان المأموم يخالف في اعتقاد ذلك لانه ترك واجبا في الصلاة فبطلت صلاته وصلاة من خلفه كالمجمع عليه وإن كان لا يتعلق ذلك بالصلاة كشرب يسير النبيذ والنكاح بغير ولي ممن يعتقد تحريمه ، فهذا إن دام على ذلك فهو فاسق ، حكمه حكم سائر الفساق . وإن لم يدم عليه لم يؤثر لأنه من الصغائر ، فان كان الفاعل لذلك عامياً قلد من يعتقد جوازه فلا شيء عليه فيه لأن فرض العامي سؤال العالم وتقليده قال الله تعالى (فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون) وإن اعتقد حله وفعله صحت الصلاة خلفه في الصحيح من المذهب . وذكر ابن أبي موسى في صحة الصلاة خلفه روايتين

(فصل) واذا أقيمت الصلاة والانسان في المسجد والامام ممن لايصلح للامامة فان شاء صلى خلفه وأعاد وان نوى الصلاة وحده ووافق الامام في الركوع والسجود والقيام والقعود فصلاته صحيحة لانه أتى بافعال الصلاة وشروطها على الكمال فلا تفسد بموافقته غيره في الافعال كما لو لم يقصد الموافقة وروي عن أحمد أنه يعيد ، قال الاثرم قلت لابي عبد الله الرجل يكون فى المسجد فتقام الصلاة ويكون الرجل الذي يصلي بهم لايرى الصلاة خلفه ويكره الخروج من المسجد بعد النداء لقول النبي عليه السلام ، كيف يصنع ؟ قال ان خرج كان فى ذلك شنعة ولكن يصلي معه ويعيد وإن شاء أن يصلي بصلاته ويكون يصلي لنفسه ثم يكبر لنفسه ويركع لنفسه ويسجد لنفسه ولا يبالي أن يكون سجوده مع سجوده وتكبيره مع تكبيره ، قلت فان فعل هذا لنفسه أيعيد قال نعم قلت فكيف يعيد وقد جاء أن الصلاة هي الاولى وحديث النبي صلى الله عليه وسلم « اجعلوا صلاتكم معهم سبحة » قال انما ذاك اذا صلي وحده فنوى الفرض ، أما إذا صلى معه وهو ينوي أن لا يعتد بها فليس هذا مثل هذا . فقد نص على الاعادة ولكن تعليله افسادها بكونه نوى أن لا يعتد بها يدل على صحتها واجزائها إذا نوى الاعتداد بها وهو الصحيح لما ذكرنا أولا ، وكذلك لو كان الذين لا يرضون الصلاة خلفه جماعة فامهم أحدهم ووافقوا الامام في الركوع والسجود كان جائزاً والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإمامة العبد والاعمى جائزة)

هذا قول أكثر أهل العلم وروي عن عائشة رضي الله عنها أن غلاما لها كان يؤمها ، وصلى ابن مسعود وحذيفة وأبو ذر وراء أبي سعيد مولى أبي أسيد وهو عبد وممن أجاز ذلك الحسن والشعبي والنخعي والحكم والثوري والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي وكره أبو مجلز إمامة العبد ، وقال مالك لا يؤمهم الا أن يكون قارئا وهم أميون

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى » وقال أبو ذر إن خليلي اوصاني ان اسمع وأطيع وإن كان عبداً مجدع الاطراف وأن اصلى الصلاة لوقتها فان أدركت القوم وقد صلوا كنت أحرزت صلاتك وإلا كانت لك نافلة رواه مسلم ولانه اجماع الصحابة فعلت عائشة ذلك وروي ان ابا سعيد مولى ابي اسيد قال تزوجت وأنا عبد فدعوت نفراً من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجابوني فكان فيهم ابو ذر وابن مسعود وحذيفة فحضرت الصلاة وهم فى بيتي فتقدم ابو ذر ليصلي بهم فقالوا له وراءك ؟ فالتفت الى ابن مسعود فقال أكذلك ياابا عبد الرحمن قال

(فصل) واذا أقيمت الصلاة والانسان في المسجد والامام لا يصلح للامامة فان شاء صلي خلفه وأعاد وإن نوى الانفراد ووافقه في أفعال الصلاة صحت صلاته لانه أتى بالصلاة على الكمال أشبه مالو لم يقصد موافقة الامام . وروي عن أحمد انه يعيد ، رواها عنه الاثرم . والصحيح الأول لما ذكرنا ، وكذلك لو كان الذين لا يرضون الصلاة خلفه جماعة فأمهم أحدهم ووافقوا الامام في الافعال كان ذلك جائزا

نعم فقدموني وانا عبد فصليت بهم رواه صالح في مسائله باسناده وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر ولا عرف مخالف لها فكان ذلك اجماعا ولان الرق حق ثبت عليه فلم يمنع صحة امامته كالدين ولأنه من أهل الاذان للرجال يأتي بالصلاة على الكمال فكان له ان يؤمهم كالحر ، واما الأعمى فلا نعلم في صحة امامته خلافا إلا ماحكي عن انس انه قال ماحاجتهم اليه وعن ابن عباس انه قال كيف أؤمهم وهم يعدلونني الى القبلة؟ والصحيح عن ابن عباس انه كان يؤم وهو اعمى وعتبان بن مالك وقتادة وجابر وقال انس ان النبي صلى الله عليه وسلم استخلف ابن ام مكتوم يؤم الناس وهو اعمى رواه ابو داود وعن الشعبي انه قال غزا النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث عشرة غزوة كل ذلك يقدم ابن ام مكتوم يصلي بالناس رواه أبو بكر ولأن العمى فقد حاسة لايخل بشيء من أفعال الصلاة ولا بشروطها فأشبه فقد الشم اذا ثبت هذا فالحر اولى من العبد لانه أكمل منه وأشرف ويصلي الجمعة والعيد إماما بخلاف العبد وقال أبو الخطاب : والبصير أولى من الأعمى لأنه يستقبل القبلة بعلمه ويتوقى النجاسات ببصره وقال القاضي هما سواء لان الاعمى أخشع لانه لا يشتغل في الصلاة بالنظر الى مايلهيه فيكون ذلك في مقابلة فضلة البصير عليه فيتساويان والاول أصح لان البصير لو أغمض عينه كان مكروها ولو كان ذلك فضيلة لكان مستحباً لانه يحصل بتغميضه مايحصله الاعمى ولان البصير اذا غض بصره مع إمكان النظر كان له الاجر فيه لانه يترك المكروه مع إمكانه اختياراً والاعمى يتركه اضطراراً فكان أدنى حالا وأقل فضلة

(فصل) ولا تصح امامة الاخرس بمثله ولا غيره لأنه يترك ركناً وهو القراءة تركا مأيوسا من زواله فلم تصح امامته كالعاجز عن الركوع والسجود

(فصل) وتصح امامة الاصم لأنه لايخل بشيء من أفعال الصلاة ولا شروطها فأشبه الاعمى فان كان أصم أعمى صحت امامته لذلك . وقال بعض أصحابنا : لاتصح امامته لانه اذا سها لايمكن تنبيهه بتسبيح ولا اشارة ، والاولى صحتها فانه لايمنع من صحة الصلاة احتمال عارض لا يتيقن وجوده كالمجنون حال افاقته

(فصل) فأما أقطع اليدين فقال احمد رحمه الله : لم أسمع فيه شيئاً ، وذكر الآمدي فيه روايتين احداهما تصح امامته ، اختارها القاضي لأنه عجز لايخل بركن في الصلاة فلم يمنع صحة امامته كأقطع أحد الرجلين والانف . والثانية لاتصح ، اختارها ابو بكر لانه يخل بالسجود على بعض أعضاء السجود

﴿ فصل ﴾ وأما الاقلف ففيه روايتان . إحداهما لاتصح إمامته لأن النجاسة في ذلك المحل لا يعفى عنها عندنا ، والثانية تصح لانه إن أمكنه كشف القلفة وغسل النجاسة غسلها ، وان كان مرتقاً لايقدر على كشفها عفي عن ازالتها لعدم الامكان وكل نجاسة معفو عنها لا تؤثر في بطلان الصلاة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وفي امامة اقطع اليدين وجهان) .

روي عن أحمد انه قال لم أسمع فيها شيئا ، وذكر الآمدي فيه روايتين . احداهما تكره وتصح

أشبه العاجز عن السجود على جبهته . وحكم أقطع اليد الواحدة كالحكم في قطعهما جميعاً ، واما اقطع الرجلين فلا يصح الائتمام به لانه مأيوس من قيامه فلم تصح امامته كالزمن وإن كان مقطوع احدى الرجلين ويمكنه القيام صحت امامته ويتخرج على قول ابي بكر أن لاتصح امامته لاخلاله بالسجود على عضو ، والاول أصح لانه يسجد على الباقي من رجله أو حائلها

(مسئلة) قال (وإن أمَّ أمي امياً وقارئاً أعاد القارىء وحده)

الأمي من لايحسن الفاتحة أو بعضها أو يخل بحرف منها وإن كان يحسن غيرها فلا يجوز لمن يحسنها أن يأتم به ، ويصح لمثله أن يأتم به ، ولذلك خصَّ الخرقي القارىء بالاعادة فيما اذا أم أمياً وقارئاً . وقال القاضي هذه المسألة محمولة على أن القارىء مع جماعة أميين حتى اذا فسدت صلاة القارىء بقي خلف الامام اثنان فصاعداً ، فان كان معه أمي واحد وكانا خلف الامام أعادا جميعاً لأن الأمي صار فذاً . والظاهر أن الخرقي انما قصد بيان من تفسد صلاته بالائتمام بالامي وهذا يخص القارىء دون الامي ، ويجوز أن تصح صلاة الامي لكونه عن يمين الامام أو كونهما جميعاً عن يمينه أو معهم أمي آخر ، وإن فسدت صلاته لكونه فذاً فما فسدت لائتمامه بمثله انما فسدت لمعنى آخر ، وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد : وقيل عنه يصح أن يأتم القارىء بالامي في صلاة الاسرار دون صلاة الجهر ، وقيل عنه يجوز أن يأتم به في الحالين لانه عجز عن ركن فجاز للقادر عليه الائتمام به كالقاعد بالقائم . وقال ابو حنيفة : تفسد صلاة الامام أيضاً لأنه لما أحرم معه القارىء لزمته القراءة عنه لكون الامام يحتمل القراءة عن المأموم فعجز عنها ففسدت صلاته

ولنا على الاول أنه ائتم بعاجز عن ركن سوى القيام يقدر عليه المأموم فلم تصح كالمؤتم بالعاجز عن الركوع والسجود ، ولأن الامام يتحمل القراءة عن المأموم وهذا عاجز عن التحمل للقراءة الواجبة على المأموم فلم يصح له الائتمام به لئلا يفضي إلى أن يصلي بغير قراءة وقياسهم يبطل بالاخرس والعاجز عن الركوع والسجود والقيام ، ولا مدخل للتحمل فيه بخلاف القراءة

ولنا على صحة صلاة الامام أنه أم من لايصح له الائتمام به فلم تبطل صلاته كما لو أمت امرأة رجلا ونساء ، وقولهم انه يلزم القراءة عن القارىء لايصح لأن الله تعالى قال (لايكلف الله نفساً إلا وسعها) ومن لاتجب عليه القراءة عن نفسه فعن غيره أولى وإن أم الأمي قارئاً واحداً لم تصح صلاة واحد منهما لأن الأمي نوى الامامة وقد صار فذاً (١)

(فصل) وإن صلى القارىء خلف من لايعلم حاله في صلاة الاسرار صحت صلاته لأن الظاهر

(١) القول ببطلان الصلاة بنية الإمامة غريب جداً وأبعد في القياس ما كان ينبغي لأحد الاثر

اختارها القاضي لانه عجز لايخل بركن في الصلاة فلم يمنع صحة الامامة كقطع إحدى الرجلين والانف، والثانية لا تصح اختارها أبو بكر لانه يخل بالسجود على بعض أعضاء السجود فأشبه العاجز عن السجود على جبهته ، وحكم قطع اليد الواحدة كقطعهما . فأما أقطع الرجلين فلا تصح امامته لانه عاجز عن القيام أشبه الزمن ، فان قطعت

أنه لايتقدم إلا من يحسن القراءة ولم يتخرم الظاهر فانه أسر في موضع الاسرار وإن كان يسر في صلاة الجهر ففيه وجهان : أحدهما لاتصح صلاة القارىء ذكره القاضي لأن الظاهر انه لو أحسن القراءة لجهر . والثاني تصح لأن الظاهر انه لايؤم الناس إلا من يحسن القراءة وإسراره يحتمل أن يكون نسياناً أو لجهله ، أو لأنه لايحسن أكثر من الفاتحة فلا تبطل الصلاة بالاحتمال ، فان قال قد قرأت فى الاسرار صحت الصلاة على الوجهين لأن الظاهر صدقه

ويستحب الاعادة احترازاً من أن يكون كاذبا ولو أسر فى صلاة الاسرار ثم قال : ما كنت قرأت الفاتحة لزمه ومن وراءه الاعادة ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه صلى بهم المغرب فلما سلم قال : أما سمعتموني قرأت ، قالوا : لا ، قال : فما قرأت فى نفسي فأعاد بهم الصلاة

(فصل) ومن ترك حرفا من حروف الفاتحة لعجزه عنه أو أبدله بغيره كالالثغ الذي يجعل الراء غيناً ، والارتّ الذي يدغم حرفا فى حرف ، أو يلحن لحناً يحيل المعنى كالذي يكسر الكاف من اياك ، أو يضم التاء من أنعمت ولا يقدر على اصلاحه فهو كالأمي لايصح أن يأتم به قاريء ويجوز لكل واحد منهم أن يؤم مثله لأنهما أميان فجاز لأحدهما الائتمام بالآخر كاللذين لايحسنان شيئاً وإن كان يقدر على اصلاح شيء من ذلك فلم يفعل لم تصح صلاته ولا صلاة من يأتم به

(فصل) اذا كان رجلان لايحسن واحد منهما الفاتحة وأحدهما يحسن سبع آيات من غيرها والآخر لايحسن شيئاً من ذلك فهما أميان لكل واحد منهما الائتمام بالآخر ، والمستحب أن لايؤم الذي يحسن الآيات لأنه اقرأ ، وعلى هذا كل من لايحسن الفاتحة يجوز أن يؤم من لايحسنها سواء استويا فى الجهل أو كانا متفاوتين فيه

(فصل) تكره امامة اللحان الذي لايحيل المعنى نص عليه احمد وتصح صلاته بمن لايلحن لأنه أتى بفرض القراءة ، فان أحال المعنى في غير الفاتحة لم يمنع صحة الصلاة ولا الائتمام به إلا أن يتعمده فتبطل صلاتهما

(فصل) ومن لايفصح ببعض الحروف كالضاد والقاف فقال القاضي تكره امامته وتصح أعجمياً كان أو عربياً ، وقيل فيمن قرأ ولا الضالين بالظاء لاتصح صلاته لأنه يحيل المعنى[1] يقال ظل يفعل كذا اذا فعله نهاراً فحكمه حكم الالثغ ، وتكره امامة التمتام وهو من يكرر التاء والفأفاء وهو من يكرر الفاء وتصح الصلاة خلفهما لأنهما يأتيان بالحروف على الكمال ويزيدان زيادة هما مغلوبان عليها فعفي عنها ويكره تقديمهما لهذه الزيادة

احداهما وأمكنه القيام صحت امامته ، ويتخرج أن لاتصح على قول أبي بكر لاخلاله بالسجود على عضو والاول أصح لانه يسجد على الباقي من رجله أو حاملها

(١) قال ابن كثير في تفسير (ولا الضالين) والصحيح من مذاهب العلماء أنه يغتفر الاخلال بتحرير ما بين الضاد والظاء لقرب مخرجيهما الخ « ص ٥٥ و ٥٦ ج ١ من طبعة المنار »

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان صلى خلف مشرك أو امرأة او خنثى مشكل أعاد الصلاة)

وجملته أن الكافر لا تصح الصلاة خلفه بحال سواء علم بكفره بعد فراغه من الصلاة أو قبل ذلك وعلى من صلى وراءه الاعادة . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور والمزني لا اعادة على من صلى خلفه وهو لا يعلم لأنه ائتم بمن لا يعلم حاله فأشبه ما لو ائتم بمحدث

ولنا انه ائتم بمن ليس من أهل الصلاة فلم تصح صلاته كما لو ائتم بمجنون ، وأما المحدث فيشترط أن لا يعلم حدث نفسه والكافر يعلم حال نفسه ، وأما المرأة فلا يصح أن يأتم بها الرجل بحال في فرض ولا نافلة في قول عامة الفقهاء ، وقال ابو ثور : لا اعادة على من صلى خلفها وهو قياس قول المزني ، وقال بعض أصحابنا : يجوز أن تؤم الرجال فى التراويح وتكون وراءهم لما روي عن أم ورقة بنت عبدالله بن الحارث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها . رواه ابو داود وهذا عام فى الرجال والنساء

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تؤمن امرأة رجلا » ولانها لا تؤذن للرجال فلم يجز أن تؤمهم كالمجنون . وحديث أم ورقة انما أذن لها أن تؤم نساء أهل دارها كذلك رواه الدارقطني وهذه زيادة يجب قبولها ولو لم يذكر ذلك لتعين حمل الخبر عليه لانه أذن لها أن تؤم فى الفرائض بدليل انه جعل لها مؤذناً والاذان انما يشرع فى الفرائض ولا خلاف فى أنها لا تؤمهم في الفرائض ولان تخصيص ذلك بالتراويح واشتراط تأخرها تحكم يخالف الاصول بغير دليل فلا يجوز المصير اليه ، ولو قدر ثبوت ذلك لأم ورقة لكان خاصاً بها بدليل انه لا يشرع لغيرها من النساء أذان ولا إقامة فتختص بالامامة لاختصاصها بالاذان والاقامة

وأما الخنثى فلا يجوز أن يؤم رجلا لانه يحتمل أن يكون امرأة ولا يؤم خنثى مثله لانه يجوز أن يكون الأمام امرأة والمأموم رجلا ولا يجوز أن تؤمه امرأة لاحتمال أن يكون رجلا قال القاضي رأيت لابي حفص البرمكي أن الخنثى لا تصح صلاته في جماعة لانه ان قام مع الرجال احتمل أن يكون امرأة وان قام مع النساء أو وحده أو ائتم بامرأة احتمل أن يكون رجلا وان أم الرجال احتمل أن يكون امرأة وان أم النساء فقام وسطهن احتمل أنه رجل وان قام بين أيديهن احتمل أنه امرأة ويحتمل أن تصح صلاته في هذه الصورة وفي صورة أخرى وهو أن يقوم في صف الرجال مأموما فان المرأة اذا قامت في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها

(فصل) يكره أن يؤم الرجل نساء أجانب لا رجل معهن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن

﴿ مسئلة ﴾ (لا تصح الصلاة خلف كافر بحال) ولا تصح الصلاة خلف كافر ولا أخرس سواء علم بكفره قبل فراغه من الصلاة أو بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي كمحدث وهو لا يعلم

يخلو الرجل بالمرأة الاجنبية ولا بأس ان يؤم ذوات محارمه وان يؤم النساء مع الرجال فان النساء كن يصلين مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد وقد أمّ النبي صلى الله عليه وسلم نساء وقد أمّ النبي صلى الله عليه وسلم أنساً وأمه في بيتهم

(فصل) اذا صلى خلف من شك في إسلامه أو كونه خنثى فصلاته صحيحة ما لم يبن كفره وكونه خنثى مشكلا لان الظاهر من المصلين الاسلام سيما اذا كان اماما والظاهر السلامة من كونه خنثى سيما من يؤم الرجال فان تبين بعد الصلاة انه كان كافراً أو خنثى مشكلا فعليه الاعادة على ما بينا وان كان الامام ممن يسلم تارة ويرتد أخرى لم يصل خلفه حتى يعلم على أي دين هو فان صلى خلفه وهو لم يعلم ما هو عليه نظرنا فان كان قد علم قبل الصلاة اسلامه وشك في ردته فهو مسلم وان علم ردته وشك في اسلامه لم تصح صلاته فان كان علم اسلامه فصلى خلفه فقال بعد الصلاة ما كنت أسلمت أو ارتددت لم تبطل الصلاة لان صلاته كانت صحيحة حكما فلا يقبل قول هذا في إبطالها لانه ممن لا يقبل قوله . وان صلى خلف من علم ردته فقال بعد الصلاة قد كنت أسلمت قبل قوله لانه ممن يقبل قوله

(فصل) قال أصحابنا يحكم باسلامه بالصلاة سواء كان في دار الحرب أو في دار الاسلام وسواء صلى جماعة أو فرادى فان أقام بعد ذلك على الاسلام فلا كلام وان لم يقم عليه فهو مرتد يجري عليه أحكام المرتدين وان مات قبل ظهور ما ينافي الاسلام فهو مسلم يرثه ورثته المسلمون دون الكافرين وقال أبو حنيفة ان صلى جماعة أو منفرداً في المسجد كقولنا وان صلى فرادى في غير المسجد لم يحكم باسلامه وقال بعض الشافعية لا يحكم باسلامه بحال لان الصلاة من فروع الاسلام فلم يصر مسلما بفعلها كالحج والصيام ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» وقال بعضهم ان صلى في دار الاسلام فليس بمسلم لانه قد يقصد الاستتار بالصلاة واخفاء دينه وان صلى في دار الحرب فهو مسلم لانه لا تهمة في حقه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم نهيت عن قتل المصلين وقال « بيننا وبينهم الصلاة» فجعل الصلاة حداً بين الاسلام والكفر فمن صلى فقد دخل في حد الاسلام وقال في المملوك «فاذا صلى فهو أخوك» ولانها عبادة تختص بالمسلمين فالاتيان بها إسلام كالشهادتين واما الحج فان الكفار كانوا يفعلونه والصيام إمساك عن المفطرات وقد يفعله من ليس بصائم

ولنا انه ائتم بمن ليس من أهل الصلاة أشبه مالو ائتم بمجنون . والمحدث يشترط أن لا يعلم حدث نفسه والكافر يعلم حال نفسه

﴿ فصل ﴾ اذا صلى خلف من يشك في اسلامه فصلاته صحيحة مالم يبن كفره ، ولان الظاهر من المصلين الاسلام ولا سيما اذا كان إماما ، فان كان ممن يسلم تارة ويرتد أخرى لم يصلّ خلفه حتى يعلم على أي دين هو ، فان صلى خلفه ولم يعلم ماهو عليه نظرنا ، فان كان قد علم اسلامه قبل الصلاة ثم شك في ردته فهو مسلم ، وإن علم ردته وشك في اسلامه لم تصح الصلاة خلفه ؛ وان كان

(فصل) فاما صلاته في نفسه فأمر بينه وبين الله تعالى فان علم أنه كان قد أسلم ثم توضأ وصلى بنية صحيحة فصلاته صحيحة وان لم يكن كذلك فعليه الاعادة لان الوضوء لايصح من كافر واذا لم يسلم قبل الصلاة كان حال شروعه فيها غير مسلم ولا متطهر فلم يصح منه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان صلت امرأة بالنساء قامت معهن في الصف وسطا ﴾

اختلفت الرواية هل يستحب أن تصلي المرأة بالنساء جماعة فروي أن ذلك مستحب وممن روي عنه أن المرأة تؤم النساء عائشة وأم سلمة وعطاء والثوري والاوزاعي والشافعي واسحق وابو ثور وروي عن احمد رحمه الله ان ذلك غير مستحب وكرهه اصحاب الرأي وان فعلت أجزأهن وقال الشعبي والنخعي وقتادة لهن ذلك في التطوع دون المكتوبة وقال الحسن وسليمان بن يسار لا تؤم في فريضة ولا نافلة وقال مالك لاينبغي للمرأة ان تؤم احداً لانه يكره لها الاذان وهو دعاء الى الجماعة فكره لها ما يراد الأذان له

ولنا حديث أم ورقة ولانهن من اهل الفرض فأشبهن الرجال وانما كره لهن الاذان لما فيه من رفع الصوت ولسن من أهله . اذا ثبت هذا فانها اذا صلت بهن قامت في وسطهن لا نعلم فيه خلافاً بين من رأى لها أن تؤمهن ولأن المرأة يستحب لها التستر ولذلك لايستحب لها التجافي وكونها في وسط الصف أستر لها لأنها تستتر بهن من جانبيها فاستحب لها ذلك كالعريان فان صلت بين أيديهن احتمل أن يصح لأنه موقف في الجملة ولهذا كان موقفاً للرجل واحتمل أن لا يصح لأنها خالفت موقفها أشبه ما لو خالف الرجل موقفه

(فصل) وتجهر في صلاة الجهر وان كان ثم رجال لا تجهر الا أن يكونوا من محارمها فلا بأس

(فصل) ويباح لهن حضور الجماعة مع الرجال لان النساء كن يصلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة كان النساء يصلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينصرفن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس متفق عليه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله وليخرجن تفلات » يعني غير متطيبات رواه أبو داود وصلاتها في بيتها خير لها وأفضل لما روى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن » رواه أبو داود

علم اسلامه فصلى خلفه فقال بعد الصلاة أسلمت أو ارتددت قبل الصلاه لم تبطل الصلاة لأنها كانت محكوما بصحتها فلم يقبل قوله في ابطالها لانه ممن لايقبل قوله

﴿ فصل ﴾ قال أصحابنا يحكم باسلامه سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام وسواء صلى في جماعة أو منفرداً ، فان رجع عن الاسلام بعد ذلك فهو مرتد ، وان مات قبل ظهور ماينافي الاسلام فهو مسلم يرثه ورثته المسلمون دون الكفار . وقال أبو حنيفة : إن صلى في المسجد حكم باسلامه وإن

وقال عليه الصلاة والسلام « صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها » رواه أبو داود

(فصل) اذا أمت المرأة امرأة واحدة قامت المرأة عن يمينها كالمأموم مع الرجال ، وان صلت خلف رجل قامت خلفه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أخروهن من حيث أخرهن الله » وان كان معهما رجل قام عن يمين الامام والمرأة خلفهما كما روى أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى به وبأمه أو خالته فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا رواه مسلم وان كان مع الامام رجل وصبي وامرأة وكانوا في تطوع قاما خلف الامام والمرأة خلفهما كما روى أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بهم قال فصففت أنا واليتيم وراءه والمرأة خلفنا فصلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف متفق عليه وان كانت فرضاً جعل الرجل عن يمينه والغلام عن يساره كما فعل عبد الله بن مسعود بعلقمة والاسود ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فعل ذلك رواه أبو داود وان وقفا جميعاً عن يمينه فلا بأس وان وقفا وراءه فروى الأثرم أن أحمد توقف في هذه المسئلة وقال ما أدري فذكر له حديث أنس فقال ذاك في التطوع . واختلف أصحابنا فيه فقال بعضهم لا يصح لان الصبي لا يصلح اماما للرجال في الفرض فلم يصافهم كالمرأة وقال ابن عقيل يصح لانه يصح ان يصاف الرجل في النفل فصح في الفرض كالمتنفل يقف مع المفترض ولا يشترط في صحة مصافته صحة امامته بدليل الفاسق والعبد والمسافر في الجمعة والمفترض مع المتنفل ويفارق المرأة لانه يصح أن يصاف الرجال في التطوع ويؤمهم فيه في رواية بخلاف المرأة وقال الحسن في ثلاثة أحدهم امرأة يقومون متواترين بعضهم خلف بعض

ولنا حديث أنس وهو قول أكثر أهل العلم لا نعلم أحدا خالف فيه الا الحسن ، واتباع السنة أولى وقول الحسن يفضي الى وقوف الرجل وحده فذاً ويرده حديث وابصة وعلي بن شيبان وان اجتمع رجال وصبيان وخناثى ونساء تقدم الرجال ثم الصبيان ثم الخناثى ثم النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فصف الرجال ثم صف خلفهم الغلمان رواه أبو داود

صلى في غير المسجد فرادى لم يحكم باسلامه ، وقال بعض الشافعية لا يحكم باسلامه بحال لان الصلاة من فروع الاسلام فلا يصير بفعلها مسلما كالحج والصوم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » وقال بعضهم إن صلى في دار الاسلام فليس بمسلم لأنه يقصد الاستتار بالصلاة واخفاء دينه ، وإن صلى في دار الحرب فهو مسلم لعدم التهمة في حقه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نهيت عن قتل المصلين » وقال « بيننا وبينهم الصلاة » فجعل الصلاة حداً بين الاسلام والكفر، فمن صلى فقد دخل في حد الاسلام . وقال «المملوك اذا صلى

(فصل) وان وقفت المرأة في صف الرجال كره ولم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر تبطل صلاة من يليها ومن خلفها دونها وهذا قول أبي حنيفة لأنه منهي عن الوقوف الى جانبها أشبه ما لو وقف بين يدي الامام

ولنا انها لو وقفت في غير صلاة لم تبطل صلاته فكذلك في الصلاة وقد ثبت ان عائشة كانت تعترض بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نائمة وهو يصلي وقولهم إنه منهي قلنا هي المنهية عن الوقوف مع الرجال ولم تفسد صلاتها فصلاة من يليها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وصاحب البيت أحق بالامامة الا ان يكون بعضهم ذا سلطان ﴾

وجملته ان الجماعة اذا أقيمت في بيت فصاحبه أولى بالامامة من غيره وان كان فيهم من هو اقرأ منه وأفقه اذا كان ممن يمكنه إمامتهم وتصح صلاتهم وراءه فعل ذلك ابن مسعود وأبو ذر وحذيفة وقد ذكرنا حديثهم وبه قال عطاء والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ولا يؤمن الرجل في بيته ولا في سلطانه ولا يجلس على تكرمته إلا باذنه» رواه مسلم وغيره وروي مالك بن الحويرث عن النبي صلى الله عليه وسلم « من زار قوماً فلا يؤمهم وليؤمهم رجل منهم » رواه أبو داود وان كان في البيت ذو سلطان فهو أحق من صاحب البيت لان ولايته على البيت وعلى صاحبه وغيره وقد أم النبي صلى الله عليه وسلم عتبان بن مالك وأنساً في بيوتهما

(فصل) وامام المسجد الراتب أولى من غيره لانه في معنى صاحب البيت والسلطان وقد روى عن ابن عمر انه أتى أرضاً له وعندها مسجد يصلي فيه مولى لابن عمر فصلى معهم فسألوه أن يصلي بهم فأبى وقال صاحب المسجد أحق ولانه داخل في قوله « من زار قوماً فلا يؤمهم »

(فصل) واذا أذن المستحق من هؤلاء لرجل في الامامة جاز وصار بمنزلة من أذن في استحقاق التقدم لقول النبي صلى الله عليه وسلم إلا باذنه ولان الامامة حق له فله نقلها الى من شاء قال أحمد قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤم الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته في بيته إلا باذنه » أرجو أن يكون الاذن في الكل ولم ير بأساً اذا اذن له أن يصلي

(فصل) وان دخل السلطان بلداً له فيه خليفة فهو أحق من خليفته لان ولايته على خليفته وغيره ولو اجتمع العبد وسيده في بيت العبد فالسيد اولى لانه المالك على الحقيقة وولايته على العبد

فهو أخوك » رواه الامام أحمد ولانها عبادة تختص المسلمين ، فاذا صلى حكم باسلامه كالشهادتين ، فأما الحج فان الكفار كانوا يفعلونه والصيام ترك المفطرات فقد يفعله من ليس بصائم ، فأما صلاته في نفسه فأمر بينه وبين الله سبحانه وتعالى فان علم انه كان قد أسلم ثم توضأ وصلى بنية صحيحة فهي صحيحة وإلا فعليه الاعادة ، لأن الوضوء لا يصح من الكفار . واذا لم يسلم قبل الصلاة كان حال شروعه فيها غير مسلم ولا متطهر فلا تصح منه والله أعلم

وان لم يكن سيده معهم فالعبد اولى لانه صاحب البيت ولذلك لما اجتمع ابن مسعود وحذيفة وابو ذر في بيت أبي سعيد مولي أبي أسيد وهو عبد تقدم أبو ذر ليصلي بهم فقالوا له وراءك فالتفت إلى اصحابه فقال أكذلك ؟ قالوا نعم ، فتأخر وقدموا ابا سعيد فصلى بهم وان اجتمع المؤجر والمستأجر في الدار المؤجرة فالمستأجر اولى لانه أحق بالسكنى والمنفعة

(فصل) والمقيم أولى من المسافر لانه اذا كان اماما حصلت له الصلاة كلها في جماعة وان أمه المسافر احتاج الي اتمام الصلاة منفرداً وان ائتم بالمسافر جاز ويتم الصلاة بعد سلام امامه فان اتم المسافر الصلاة جازت صلاتهم وحكي عن أحمد في صلاة المقيمين رواية أخرى أنها لاتجوز لان الزيادة نفل أمَّ بها مفترضين والصحيح الاول لان المسافر اذا نوى اتمام الصلاة أو لم ينو القصر لزمه الاتمام فيصير الجميع فرضاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويأتم بالامام من في أعلى المسجد وغير المسجد اذا اتصلت الصفوف)

وجملته أنه يجوز ان يكون المأموم مساوياً للامام وأعلى منه كالذي على سطح المسجد أو على دكة عالية أو رف فيه ، روي عن أبي هريرة انه صلى بصلاة الامام على سطح المسجد وفعله سالم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأى وقال مالك يعيد الجمعة اذا صلى فوق سطح المسجد بصلاة الامام

ولنا أنهما في المسجد ولم يعل الامام فصح أن يأتم به كالمتساويين ولا يعتبر اتصال الصفوف اذا كانا جميعاً في المسجد قال الآمدي لاخلاف في المذهب أنه اذا كان في أقصى المسجد وليس بينه وبين الامام مايمنع الاستطراق والمشاهدة أنه يصح اقتداؤه به وان لم تتصل الصفوف وهذا مذهب الشافعي وذلك لان المسجد بني للجماعة فكل من حصل فيه فقد حصل في محل الجماعة وان كان المأموم في غير المسجد او كانا جميعا في غير مسجد صح ان يأتم به سواء كان مساويا للامام أو اعلى منه، كثيراً كان العلو او قليلا بشرط كون الصفوف متصلة ويشاهد من وراء الامام وسواء كان المأموم في رحبة الجامع أو دار أو على سطح والامام على سطح آخر أو كانا في صحراء او في سفينتين وهذا مذهب الشافعي إلا انه يشترط ان لايكون بينهما مايمنع الاستطراق في احد القولين

ولنا ان هذا لاتأثير له في المنع من الاقتداء بالامام ولم يرد فيه نهي ولا هو في معنى ذلك فلم يمنع صحة الائتمام به كالفصل اليسير اذا ثبت هذا فان معنى اتصال الصفوف ان لا يكون بينهما بعد لم

﴿ فصل ﴾ ولا تصح إمامة الأخرس بغير أخرس لانه يترك ركنا وهو القراءة تركا مأيوسا من زواله فلم تصح امامته بقادر عليه كالعاجز عن الركوع والسجود . فأما امامته بمثله فقياس المذهب صحتها قياساً على الأمي والعاجز عن القيام يؤم مثله وهذا في معناهما والله أعلم . وقال القاضي وابن عقيل لاتصح لأن الأمي غير مأيوس من نطقه والأول أولى

﴿ فصل ﴾ فأما الأصم فتصح إمامته لانه لايخل بشيء من أفعال الصلاة ولا شروطها أشبه

تجر العادة به ولا يمنع امكان الاقتداء وحكي عن الشافعي انه حد الاتصال بما دون ثلاث مائة ذراع والتحديدات بابها التوقيف والمرجع فيها الى النصوص والاجماع ولا نعلم فى هذا نصا نرجع اليه ولا اجماعا نعتمد عليه فوجب الرجوع فيه الى العرف كالتفرق والاحراز والله علم

(فصل) فان كان بين الامام والمأموم حائل يمنع رؤية الامام او من وراءه فقال ابن حامد فيه روايتان (احداهما) لايصح الائتمام به اختاره القاضي لان عائشة قالت لنساء كن يصلين في حجرتها :لا تصلين بصلاة الامام فانكن دونه فى حجاب، ولانه لايمكنه الاقتداء به في الغالب (والثانية) يصح قال احمد فى رجل يصلي خارج المسجد يوم الجمعة وابواب المسجد مغلقة ارجو ان لايكون به بأس ، وسئل عن رجل يصلي يوم الجمعة وبينه وبين الامام سترة قال اذا لم يقدر على غير ذلك[1] وقال فى المنبر اذا قطع الصف لايضر ولانه امكنه الاقتداء بالامام فيصح اقتداؤه به من غير مشاهدة كالاعمى ولان المشاهدة تراد للعلم بحال الامام والعلم يحصل بسماع التكبير فجرى مجرى الرؤية ولا فرق بين ان يكون المأموم فى المسجد او فى غيره واختار القاضى انه يصح اذا كانا فى المسجد ولا يصح فى غيره لان المسجد محل الجماعة وفى مظنة القرب ولا يصح فى غيره لعدم هذا المعنى ولخبر عائشة . ولنا ان المعنى المجوز او المانع قد استويا فيه فوجب استواؤهما فى الحكم ولا بد لمن لايشاهد ان يسمع التكبير ليمكنه الاقتداء فان لم يسمع لم يصح امامته ائتمامه به بحال لانه لايمكنه الاقتداء به

(فصل) وكل موضع اعتبرنا المشاهدة فانه يكفيه مشاهدة من وراء الامام سواء شاهده من باب امامه أو عن يمينه أو عن يساره أو شاهده طرف الصف الذي وراءه فان ذلك يمكنه الاقتداء به وان كانت المشاهدة تحصل في بعض أحوال الصلاة فالظاهر صحة الصلاة لما روي عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل وجدار الحجرة قصير فرأى الناس شخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام أناس يصلون بصلاته وأصبحوا يتحدثون[2] بذلك فقام الليلة الثانية فقام معه أناس يصلون بصلاته رواه البخاري والظاهر انهم انما كانوا يرونه في حال قيامه

(فصل) واذا كان بينهما طريق أو نهر تجري فيه السفن أو كانا في سفينتين مفترقتين ففيه وجهان (أحدهما) لايصح أن يأتم به وهو اختيار أصحابنا ومذهب أبي حنيفة لان الطريق ليست محلا

الأعمى ، فان كان الأصم أعمى صحت إمامتـه كذلك . وقال بعض أصحابنا لاتصح امامته لانه اذا سها لا يمكن تنبيهه بتسبيح ولا اشارة . قال شيخنا والأولى صحتها لأنه لايمنع من صحة الصلاة احتمال عارض لايتيقن وجوده كالمجنون حال افاقته

﴿ مسـئلة ﴾ (ولا تصح امامة من به سلس البول ولا عاجز عن الركوع والسجود والقعود) وجملة ذلك انه لاتصح امامة من به سلس البول ومن في معناه ولا المستحاضة بصحيح لانهم يصلون مع خروج النجاسة التي يحصل بها الحدث من غير طهارة . فأما من عليه النجاسة فان كانت على بدنه

(١) أي تصح

(٢) فى نسخة فتحدثوا

للصلاة فاشبه ما يمنع الاتصال (والثاني) يصح وهو الصحيح عندي ومذهب مالك والشافعي لانه لانص في منع ذلك ولا اجماع ولا هو في معنى ذلك لانه لايمنع الاقتداء فان المؤثر في ذلك ما يمنع الرؤية أو سماع الصوت وليس هذا بواحد منهما وقولهم ان بينهما ماليس بمحل للصلاة فأشبه مايمنع وان سلمنا ذلك في الطريق فلا يصح في النهر فانه تصح الصلاة عليه في السفينة واذا كان جامداً ثم كونه ليس بمحل للصلاة انما يمنع الصلاة فيه اما المنع من الاقتداء بالامام فتحكم محض لايلزم المصيراليه ولا العمل به ولو كانت صلاة جنازة أو جمعة أو عيد لم يؤثر ذلك فيها لانها تصح في الطريق ، وقد صلى انس في موت حميد بن عبد الرحمن بصلاة الامام وبينهما طريق

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ولا يكون الامام أعلى من المأموم ﴾

المشهور في المذهب أنه يكره أن يكون الامام أعلى من المأمومين سواء أراد تعليمهم الصلاة أو لم يرد وهو قول مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي وروي عن أحمد مايدل على أنه لايكره فان علي ابن المديني قال سألني أحمد عن حديث سهل بن سعد وقال انما أردت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان أعلى من الناس فلا بأس أن يكون الامام أعلى من الناس بهذا الحديث ، وقال الشافعي أختار للامام الذي يعلم من خلفه أن يصلي على الشيء المرتفع فيراه من خلفه فيقتدون به لما روى سهل بن سعد قال لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام عليه — يعني المنبر — فكبر وكبر الناس وراءه ثم ركع وهو على المنبر ثم رفع فنزل القهقرى حتى سجد في أصل المنبر ثم عاد حتى فرغ من آخر صلاته ثم أقبل على الناس فقال « أيها الناس انما فعلت هذا لتأتموا بي ولتعلموا صلاتي » متفق عليه

ولنا ماروي أن عمار بن ياسر كان بالمدائن فأقيمت الصلاة فتقدم عمار فقام على دكان والناس أسفل منه فتقدم حذيفة فاخذ بيده فاتبعه عمار حتى أنزله حذيفة فلما فرغ من صلاته قال له حذيفة ألم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا أم الرجل القوم فلا يقومن في مكان أرفع من مقامهم » قال عمار فلذلك اتبعتك حين أخذت على يدي ، وعن همام أن حذيفة أم الناس بالمدائن على دكان فاخذ أبو مسعود بقميصه فجبذه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم أنهم كانوا ينهون عن ذلك قال بلى فذكرت حين مددتني رواهما أبو داود وعن ابن مسعود أن رجلا تقدم يؤم بقوم على مكان فقام على دكان فنهاه

فتيمم لها لعدم الماء جاز للطاهر الائتمام به كما يجوز للمتوضيء الائتمام بالمتيمم للحدث ، هذا اختيار القاضي وعلى قياس قول أبي الخطاب لايجوز الائتمام به لانه أوجب عليه الاعادة ، وان كانت على ثوبه لم يجز الائتمام به لتركه الشرط ولا يجوز إئتمام المتوضيء ولا المتيمم بعادم الماء والتراب ولا اللابس بالعاري ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه لانه ماترك لشرط يقدر عليه المأموم أشبه ائتمام المعافى بمن به سلس البول ويصح ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله لأن العراة يصلون جماعة وكذلك الأمي يجوز أن يؤم مثله كذلك هذا

ابن مسعود وقال للامام استو مع أصحابك ولانه يحتاج أن يقتدي بامامه فينظر ركوعه وسجوده فاذا كان أعلى منه احتاج أن يرفع بصره اليه ليشاهده وذلك منهي عنه في الصلاة ، فاما حديث سهل فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان على الدرجة السفلى لئلا يحتاج الى عمل كبير في الصعود والنزول فيكون ارتفاعاً يسيراً فلا بأس به جمعاً بين الاخبار ويحتمل أن يختص ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم لانه فعل شيئاً ونهى عنه فيكون فعله له ونهيه لغيره ولذلك لا يستحب مثله لغير النبي صلى الله عليه وسلم ولأن النبي لم يتم الصلاة على المنبر فان سجوده وجلوسه انما كان على الارض بخلاف ما اختلفنا فيه

(فصل) ولا بأس بالعلو اليسير لحديث سهل ولأن النهي معلل بما يفضي اليه من رفع البصر في الصلاة وهذا يخص الكثير فعلى هذا يكون اليسير مثل درجة المنبر ونحوها لما ذكرنا في حديث سهل والله أعلم .

(فصل) فان صلى الامام في مكان أعلى من المأمومين فقال ابن حامد لا تصح صلاتهم وهو قول الاوزاعي لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه . وقال القاضي لا تبطل وهو قول أصحاب الرأي لأن عماراً أتم صلاته ولو كانت فاسدة لاستأنفها ولأن النهي معلل بما يفضي اليه من رفع البصر في الصلاة وذلك لا يفسدها فسببه أولى .

(فصل) وإن كان مع الامام من هو مساو له أو أعلى منه ومن هو أسفل منه اختصت الكراهة بمن هو أسفل منه لأن المعنى وجد فيهم دون غيرهم ويحتمل أن يتناول النهي الامام لكونه منهياً عن القيام في مكان أعلى من مقامهم فعلى هذا الاحتمال تبطل صلاة الجميع عند من أبطل الصلاة بارتكاب النهي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن صلى خلف الصف وحده أو قام بجنب الامام عن يساره أعاد الصلاة)

وجملته أن من صلى وحده ركعة كاملة لم تصح صلاته وهذا قول النخعي والحكم والحسن ابن صالح وإسحق وابن المنذر واجازه الحسن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لان أبا بكرة ركع دون الصف فلم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاعادة ولانه موقف المرأة فكان موقفا للرجل كما لو كان مع جماعة

﴿ فصل ﴾ ويصح ائتمام المتوضىء بالمتيمم بغير خلاف نعلمه لان عمرو بن العاص صلى بأصحابه متيما وبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره ، وأمَّ ابن عباس أصحابه متيما وفيهم عمار بن ياسر في نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكروه ولان طهارته صحيحة أشبه المتوضىء

﴿ فصل ﴾ ولا تصح امامة العاجز عن شيء من أركان الأفعال كالعاجز عن الركوع والسجود بالقادر عليه سواء كان امام الحي أو لم يكن ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي يجوز لانه

ولنا ماروى وابصة بن معبد أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي خلف الصف وحده فأمره أن يعيد . رواه أبو داود وغيره وقال أحمد حديث وابصة حسن . وقال ابن المنذر ثبت الحديث أحمد وإسحق وفي لفظ سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن رجل صلى وراء الصفوف وحده قال « يعيد » رواه تمام في الفوائد وعن علي بن شبان أنه صلى بهم نبي الله صلى الله عليه وسلم فانصرف ورجل فرد خلف الصف فوقف نبي الله صلى الله عليه وسلم حتى انصرف الرجل فقال النبي صلى الله عليه وسلم « استقبل صلاتك ولا صلاة لفرد خلف الصف » . رواه الأثرم وقال قلت لابي عبد الله حديث ملازم ابن عمرو يعني هذا الحديث في هذا أيضاً حسن قال نعم ولانه خالف الموقف فلم تصح صلاته كما لو وقف أمام الامام . فاما حديث أبي بكرة فان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهاه فقال « لا تعد » والنهي يقتضي الفساد وعذره فيما فعله لجهله بتحريمه وللجهل تأثير في العفو ولا يلزم من كونه موقفاً للمرأة كونه موقفاً للرجل بدليل اختلافهما في كراهية الوقوف واستحبابه ، وأما إذا وقف عن يسار الامام فان كان عن يمين الامام أحد صحت صلاته لان ابن مسعود صلى بين علقمة والاسود فلما فرغوا قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل . رواه أبو داود ، ولان وسط الصف موقف للامام في حق النساء والعراة ، وإن لم يكن عن يمينه أحد فصلاة من وقف عن يساره فاسدة سواء كان واحداً او جماعة واكثر أهل العلم يرون للمأموم الواحد ان يقف عن يمين الامام وانه إن وقف عن يساره خالف السنة وحكي عن سعيد بن المسيب انه كان اذا لم يكن معه إلا مأموم واحد جعله عن يساره . وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ان وقف عن يسار الامام صحت صلاته لان ابن عباس لما أحرم عن يسار رسول صلى الله عليه وسلم أداره عن يمينه ولم تبطل تحريمته ولو لم يكن موقفا لاستأنف التحريمة كأمام الامام ولانه موقف فيما اذا كان عن الجانب الآخر آخر فكان موقفاً وان لم يكن آخر كاليمين ولانه أحد جانبي الامام فاشبه اليمين

ولنا أن ابن عباس قال قام النبي صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل فجئت فقمت فوقفت عن يساره فاخذ بذؤابتي فادارني عن يمينه متفق عليه وروى جابر قال قام النبي صلى الله عليه وسلم يصلي فجئت فوقفت عن يساره فادارني عن يمينه رواه ابو داود وقولهم انه لم يأمره بابتداء التحريمة، قلنا لان مافعله قبل الركوع لا يؤثر فان الامام يحرم قبل المأمومين ولا يضر انفراده بما قبل احرامهم وكذلك المأمومون يحرم أحدهم قبل الباقين

فعل اجازه المرض أشبه القاعد يؤم بالقيام ، ولنا انه أخل بركن لا يسقط في النافلة فلم يجز الائتمام به للقادر عليه كالقارىء بالامي . وأما القيام فهو أخف بدليل سقوطه في النافلة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المصلين خلف الجالس بالجلوس ، ولا خلاف ان المصلي خلف المضطجع لا يضطجع فأما إن أم مثله فقياس المذهب صحته لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بأصحابه في المطر بالايماء والعراة يصلون جماعة بالايماء ، وكذلك حال المسايفة ولأن الامي تصح امامته بمثله كذلك هذا

فلا يضر ولا يلزم من العفو عن ذلك العفو عن ركعة كاملة وقولهم انه موقف اذا كان عن يمين الامام آخر قلنا كونه موقفا في صورة لا يلزم منه كونه موقفا فى اخرى كما خلف الصف فانه موقف لاثنين ولا يكون موقفا لواحد فان منعوا هذا اثبتناه بالنص

(فصل) فان وقف عن يسار امامه وخلف الامام صف احتمل ان تصح صلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم جلس عن يسار ابي بكر وقد روي ان ابا بكر كان الامام ولان مع الامام من تنعقد صلاته به فصح الوقوف عن يساره كما لو كان معه عن يمينه آخر واحتمل أن لا تصح لانه ليس بموقف اذا لم يكن صف فلم يكن موقفاً مع الصف كامام الامام وفارق ما اذا كان عن يمينه آخر لانه معه فى الصف فكان صفاً واحداً كما لو كان وقف معه خلف الصف

(فصل) السنة أن يقف المأمومون خلف الامام فان وقفوا قدامه لم تصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك واسحق تصح لان ذلك لا يمنع الاقتداء به فاشبه من خلفه

ولنا قوله عليه السلام «إنما جعل الامام ليؤتم به» ولانه يحتاج في الاقتداء إلى الالتفات إلى ورائه ولان ذلك لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا هو في معنى المنقول فلم يصح كما لو صلى في بيته بصلاة الامام ويفارق من خلف الامام فانه لا يحتاج في الاقتداء الى الالتفات الى ورائه

(فصل) واذا كان المأموم واحداً ذكراً فالسنة ان يقف عن يمين الامام رجلا كان أو غلاما لحديث ابن عباس وأنس ، وروى جابر بن عبدالله قال : سرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فقام يصلي فتوضأت ، ثم جئت حتى قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه ، فجاء جبار بن صخر حتى قام عن يساره فاخذنا بيديه جميعاً حتى أقامنا خلفه . رواه مسلم وابو داود ، فان كانوا ثلاثة تقدم الامام ووقف المأمومان خلفه . وهذا قول عمر وعلي وجابر بن زيد والحسن وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وكان ابن مسعود يرى أن يقفوا جميعاً صفا

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج جباراً وجاراً فجعلهما خلفه ولما صلى بأنس واليتيم جعلهما خلفه وحديث ابن مسعود يدل على جواز ذلك، وحديث جابر وجبار يدل على الفضل لأنه أخرهما إلى خلفه ، ولا ينقلهما إلا إلى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح خلف عاجز عن القيام إلا امام الحي المرجو زوال علته) ولا تصح امامة العاجز عن القيام بالقادر عليه اذا لم يكن امام الحي رواية واحدة لأنه يخل بركن من أركان الصلاة أشبه العاجز عن الركوع ، وتجوز إمامته بمثله كما يؤم الامي مثله

﴿ فصل ﴾ فأما امام الحي اذا عجز عن القيام فيجوز أن يؤم القادر عليه بشرط أن يكون ذلك لمرض يرجى زواله ، لان اتخاذ الزمن ومن لا ترجى قدرته على القيام إماماً راتباً يفضي الى تركهم القيام على الدوام وإلى مخالفة قوله عليه السلام «فاذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون» ولا حاجة اليه ولأن

الاكمل فان كان أحد المأمومين صبياً وكانت الصلاة تطوعا جعلها خلفه لخبر أنس، وإن كانت فرضاً جعل الرجل عن يمينه والغلام عن يساره كما جاء في حديث ابن مسعود، وإن جعلهما جميعاً عن يمينه جاز وإن وقفهما خلفه فقال بعض أصحابنا لا تصح لأنه لا يؤمه فلم يصافه كالمرأة، ويحتمل أن تصح لانه بمنزلة المتنفل، والمتنفل يصح أن يصاف المفترض كذا هاهنا

(فصل) وإن أم امرأة وقفت خلفه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أخروهن من حيث أخرهن الله » ولأن أم أنس وقفت خلفهما وحدها، فان كان معهما رجل وقف عن يمينه ووقفت المرأة خلفهما، وإن كان معهم رجلان وقفا خلفه ووقفت المرأة خلفهما، وإن كان أحدهما غلاما في تطوع وقف الرجل والغلام وراءه والمرأة خلفهما لحديث أنس، وإن كانت فريضة فقد ذكرنا ذلك وتقف المرأة خلفهما، وإن وقفت معهم في الصف في هذه المواضع صح ولم تبطل صلاتها ولا صلاتهم على ماذكرنا فيما تقدم، وإن وقف الرجل الواحد والمرأة خلف الامام، فقال ابن حامد: لا تصح لانها لا تؤمه فلا تكون معه صفاً. وقال ابن عقيل: تصح على أصح الوجهين لانه وقف معه مفترض صلاته صحيحة فأشبه مالو وقف معه الرجل، وليس من الشرط أن يكون ممن تصح امامته بدليل القارىء مع الامي، والفاسق والمتنفل مع المفترض

(فصل) اذا كان المأموم واحداً فكبر عن يسار الامام أداره الامام عن يمينه ولم تبطل تحريمته كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بابن عباس وجابر، وإن كبر فذاً خلف الامام ثم تقدم عن يمينه أو جاء آخر فوقف معه، أو تقدم إلى صف بين يديه، أو كانا اثنين فكبر أحدهما وتوسوس الآخر ثم كبر قبل رفع الامام رأسه من الركوع، أو كبر واحد عن يمينه فأحس بآخر فتأخر معه قبل أن يحرم الثاني، ثم احرم معه او احرم عن يساره فجاء آخر فوقف عن يمينه قبل رفع الامام رأسه من الركوع صحت صلاتهم، وقد نصّ احمد في رواية الأثرم في الرجلين يقومان خلف الامام ليس خلفه غيرهما، فان كبر أحدهما قبل صاحبه خاف أن يدخل في الصلاة خلف الصف، فقال ليس هذا من ذاك، ذاك في الصلاة بكمالها أو صلى ركعة كاملة وما أشبه هذا، فأما هذا فأرجو أن لا يكون به بأس، ولو احرم رجل خلف الصف ثم خرج من الصف رجل فوقف معه صح لما ذكرنا

الاصل في هذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم وكان يرجى برؤه، فاذا وُجد فيه هذان الشرطان فالمستحب له أن يستخلف لان الناس مختلفون في صحة إمامته ففي استخلافه خروج من الخلاف ولأن صلاة القائم أكمل وكمال صلاة الامام مطلوب، فان قيل فقد صلى النبي صلى الله عليه وسلم بأصحابه ولم يستخلف قلنا فعل ذلك لتبيين الجواز واستخلف مرة أخرى ولأن صلاة النبي صلى الله عليه وسلم قاعداً أفضل من صلاة غيره قائما فان صلى بهم قاعداً جاز وصلوا وراءه جلوساً يروى ذلك عن أربعة من أصحاب

(فصل) وإن كبر المأموم عن يمين لامام ، ثم جاء آخر فكبر عن يساره أخرجهما الامام إلى ورائه كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بجابر وجبار ، ولا يتقدم الامام إلا أن يكون وراءه ضيق ، وإن تقدم جاز ، وإن كبر الثاني مع الاول عن اليمين وخرجا جاز ، وإن دخل الثالث وهما في التشهد كبر وجلس عن يمين صاحبه أو عن يساره ولا يتأخران في التشهد فان في ذلك مشقة

(فصل) فان احرم اثنان وراء الامام فخرج أحدهما لعذر أو لغير عذر دخل الآخر في الصف أو نبه رجلا فخرج معه او دخل فوقف عن يمين الامام ، فان لم يمكنه شيء من ذلك نوى الانفراد وأتمّ منفرداً لأنه عذر حدث له فأشبه مالو سبق أمامه الحدث

(فصل) اذا دخل المأموم فوجد في الصف فرجة دخل فيها ، فان لم يجد وقف عن يمين الامام ولا يستحب أن يجذب رجلا فيقوم معه ، فان لم يمكنه ذلك نبه رجلا فخرج فوقف معه ، وبهذا قال عطاء والنخعي قالا : يجذب رجلا فيقوم معه ، وكره ذلك مالك والاوزاعي ، واستقبحه احمد واسحاق قال ابن عقيل جوز أصحابنا جذب رجل يقوم معه صفاً ، واختار هو أن لا يفعل لما فيه من التصرف فيه بغير اذنه والصحيح جواز ذلك لأن الحالة داعية اليه فجاز كالسجود على ظهره أو قدمه حال الزحام وليس هذا تصرفا فيه أنما هو تنبيه له ليخرج معه ، فجرى مجرى مسألته أن يصلي معه ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لينوا في أيدي اخوانكم » يريد ذلك ، فان امتنع من الخروج معه لم يكرهه وصلى وحده

(فصل) قال احمد : يصلي الامام برجل قائم وقاعد ويتقدمهما وقال : اذا أم برجلين أحدهما غير طاهر ائتم[1] الطاهر معه ، وهذا يحتمل انه أراد اذا علم المحدث بحدثه فخرج ائتم[2] الآخر إن كان عن يمين الامام ، وإن لم يكن عن يمينه صار عن يمينه كما ذكرنا ، فاما إن كانا خلفه وعلم المحدث فأتما الصلاة لم تصح ، وإن لم يعلم المحدث بحدثه حتى تمت الصلاة صحت لأنه لو كان اماما صح الائتمام به فلأن تصح مصافته أولى

(١) في ن أمم
(٢) في ن أتم

(فصل) ومن وقف معه كافر أو من لاتصح صلاته غير من ذكرنا لم تصح مصافته لأن وجوده وعدمه واحد ، وإن وقف معه فاسق أو متنفل صارا صفا لانهما رجلان صلاتهما صحيحة ، وكذلك

النبي صلى الله عليه وسلم أسيد بن حضير ، وجابر ، وقيس بن فهد ، وأبو هريرة ، وهو قول الاوزاعي وحماد ابن زيد واسحق وابن المنذر ، وقال مالك في إحدى الروايتين : لا تصح صلاة القادر على القيام خلف القاعد وهو قول محمد بن الحسن ، قال الشعبي روي عن النبي صلى الله عليه انه قال « لا يؤمن أحد بعد جالسا » أخرجه الدارقطني . ولأن القيام ركن لا يصح ائتمام القادر عليه بالعاجز عنه كسائر الأركان ، وقال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي يصلون خلفه قياما ، لما روي عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استخلف أبا بكر ثم وجد في نفسه خفة فخرج بين رجلين فأجلساه إلى جنب أبي بكر

لو وقف قارىء مع أمي ، أو من به سلس البول مع صحيح ، أو متيمم مع متوضيء كانا صفا لما ذكرنا فان وقف معه خنثى مشكل لم يكن صفا معه إلا من أجاز وقوف المرأة مع الرجل لانه يحتمل أن يكون امرأة

(فصل) ولو كان مع الامام خنثى مشكل وحده فالصحيح أن يقفه عن يمينه لانه إن كان رجلا فقد وقف في موقفه ، وإن كان امرأة لم تبطل صلاتها بوقوفها مع الامام كما لا تبطل بوقوفها مع الرجال ولا يجوز أن يقف وحده لانه يحتمل أن يكون رجلا ، فان كان معهما رجل وقف الرجل عن يمين الامام والخنثى عن يساره أو عن يمين الرجل ، ولا يقف خلفه لانه يحتمل أن يكون امرأة الا عند من أجاز مصافة المرأة ، فان كان معهم رجل آخر وقف الثلاثة خلفه صفا لما ذكرنا ، فان كان مع الخنثى خنثى آخر فقال أصحابنا يقف الخنثيان صفاً خلف الرجلين لانه يحتمل أن يكونا امرأتين ، ويحتمل أن يقفا مع الرجلين لانه يحتمل أن يكون أحدهما وحده رجلا فلا تصح صلاته ، وإن كان معهم نساء وقفن خلف الخناثى . قال ابو الخطاب : اذا اجتمع رجال وصبيان وخناثى ونساء تقدم الرجال ، ثم الصبيان ، ثم الخناثى ، ثم النساء ، وروى ابو مالك الاشعري عن أبيه انه قال : ألا أحدثكم بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال : أقام الصلاة فصف الرجال ، وصف خلفهم الغلمان ثم صلى بهم ، ثم قال هكذا صلاته . قال عبد الاعلى : لا أحسبه الا قال صلاة أمتي . رواه ابو داود

(فصل) السنة أن يتقدم في الصف الاول أولوا الفضل والسن ويلي الامام أكملهم وأفضلهم قال احمد : يلي الامام الشيوخ وأهل القرآن وتؤخر الصبيان والغلمان ، ولا يلون الامام لما روى ابو مسعود الانصاري قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ليلني منكم أولوا الاحلام والنهى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم » رواه مسلم [1] وعن انس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحب أن يليه المهاجرون والانصار ليأخذوا عنه . وقال ابو سعيد إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى في أصحابه تأخراً فقال « تقدموا فائتموا بي ، وليأتم بكم من بعدكم ولا يزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله عز وجل » رواه مسلم وابو داود . وروى احمد في مسنده عن قيس بن عباد قال : اتيت المدينة للقاء اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فأقيمت الصلاة وخرج عمر مع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقمت في الصف الاول فجاء رجل فنظر في وجوه القوم فعرفهم غيري فنحاني وقام في مكاني فما

(١) سقطت من النسخ الاخرى

فجعل أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم والناس يصلون بصلاة أبي بكر والنبي صلى الله عليه وسلم قاعد . متفق عليه وهذا أخير الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه ركن قدر عليه فلم يجز له تركه كسائر الاركان

ولنا ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون » متفق عليه ، وعن عائشة قالت صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عقلت صلاتي ، فلما صلى قال : أي بني لايسؤك الله فاني لم آتك الذي اتيت بجهالة ، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لنا « كونوا في الصف الذي يليني » واني نظرت في وجوه القوم فعرفتهم غيرك ، وكان الرجل أبي بن كعب

﴿ فصل ﴾ وخير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها ، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها ، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها » رواه مسلم [١] وأبو داود . وعن أبي بن كعب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصف الاول على مثل صف الملائكة ولو تعلمون فضيلته لابتدرتموه » رواه احمد في المسند ، وعن انس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أتموا الصف المقدم ، فما كان من نقص فليكن في الصف المؤخر » وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله وملائكته يصلون على ميامن الصفوف » رواهما ابو داود

(فصل) ويستحب أن يقف الامام في مقابلة وسط الصف لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وسطوا الامام وسدوا الخلل » رواه أبو داود ، ويكره أن يدخل في طاق القبلة إلا أن يكون المسجد ضيقاً ، وكرهه ابن مسعود وعلقمة والحسن وابراهيم وفعله سعيد بن جبير وابو عبدالرحمن السلمي وقيس بن ابي حازم

ولنا انه يستتر به عن بعض المأمومين فكره كما لو جعل بينه وبينهم حجابا

(فصل) ولا يكره للامام أن يقف بين السواري ويكره للمأمومين لانها تقطع صفوفهم وكرهه ابن مسعود والنخعي ، وروي عن حذيفة وابن عباس ورخص فيه ابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر لانه لادليل على المنع منه

ولنا ماروي عن معاوية بن قرة عن أبيه قال : كنا ننهى أن نصف بين السواري على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونطرد عنها طرداً رواه ابن ماجه ، ولأنها تقطع الصف ، فان كان الصف صغيراً قدر مابين الساريتين لم يكره لانه لاينقطع بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صلى امام الحي جالسا صلى من وراءه جلوسا)

المستحب للامام اذا مرض وعجز عن القيام أن يستخلف لأن الناس اختلفوا في صحة امامته

في بيته وهو شاك فصلى جالسا وصلى وراءه قوم قياما فأشار اليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون » أخرجه البخاري قال ابن عبدالبر روي هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق متواترة من حديث أنس وجابر وأبي هريرة وابن عمر وعائشة كلها باسانيد صحيحة فاما حديث الشعبي فمرسل ويرويه جابر الجعفي وهو متروك وقد فعله أربعة من

(١) رواه الجماعة الا البخاري وسقط من نسخة دار الكتب ذكر مسلم

فيخرج من الخلاف ، ولأن صلاة القائم أكمل فيستحب أن يكون الامام كامل الصلاة ، فان قيل قد صلى النبي صلى الله عليه وسلم قاعداً بأصحابه ولم يستخلف قلنا صلى قاعداً ليبين الجواز واستخلف مرة أخرى ، ولأن صلاة النبي صلى الله عليه وسلم قاعداً أفضل من صلاة غيره قائما ، فان صلى بهم قاعداً جاز ويصلون من ورائه جلوساً فعل ذلك أربعة من الصحابة أسيد بن حضير وجابر وقيس ابن فهد وابو هريرة ، وبه قال الاوزاعي وحماد بن زيد واسحاق وابن المنذر . وقال مالك في احدى روايتيه : لا تصح صلاة القادر على القيام خلف القاعد وهو قول محمد بن الحسن لأن الشعبي روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يؤمن أحد بعدي جالساً » أخرجه الدارقطني . ولأن القيام ركن فلا يصح ائتمام القادر عليه بالعاجز عنه كسائر الاركان . وقال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي يصلون خلفه قياما لما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم استخلف أبا بكر ، ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم وجد في نفسه خفة فخرج بين رجلين فأجلساه إلى جنب ابي بكر فجعل أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم والناس يصلون بصلاة ابي بكر والنبي صلى الله عليه وسلم قاعد ،متفق عليه وهذا آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه ركن قدر عليه فلم يجز له تركه كسائر الاركان

ولنا ماروى ابو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ، واذا صلى جالساً فصلوا جلوساً اجمعون » متفق عليه ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته وهو شاك فصلى جالساً وصلى وراءه قوم قياما فأشار اليهم «أن اجلسوا» فلما انصرف قال « انما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا ، واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد ، واذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون » وروى انس نحوه أخرجهما البخاري ومسلم. وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . أخرجه مسلم ورواه أسيد بن حضير وعمل به ، قال ابن عبد البر : روي هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق متواترة من حديث انس وجابر وأبي هريرة وابن عمر وعائشة كلها بأسانيد صحاح ولأنها حالة قعود الامام فكان على المأمومين متابعته كحال التشهد . فاما حديث الشعبي فمرسل يرويه جابر الجعفي وهو متروك وقد فعله أربعة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بعده . فأما حديث الآخرين فقال احمد : ليس في هذا حجة لأن أبا بكر كان ابتدأ الصلاة ، فاذا ابتدأ الصلاة قائما صلوا قياما ، فأشار احمد إلى انه يمكن الجمع بين الحديثين بحمل الأول على من ابتدأ

أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بعده ، وأما حديث الآخرين فليس فيه حجة قاله أحمد لان أبا بكر كان ابتدأ الصلاة فلما أتمها قائما فأشار أحمد إلى امكان الجمع بين الحديثين بحمل حديثهم على من ابتدأ الصلاة قائما والثاني على من ابتدأ الصلاة جالساً ومتى أمكن الجمع بين الحديثين كان أولى من النسخ ثم

الصلاة جالساً ، والثاني على ماإذا ابتدأ الصلاة قائماً ، ثم اعتل فجلس ، ومتى أمكن الجمع بين الحديثين وجب ولم يحمل على النسخ ، ثم يحتمل أن ابا بكر كان الامام ، قال ابن المنذر في بعض الاخبار : أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالناس ، وفي بعضها أن أبا بكر كان الامام ، وقالت عائشة : صلى النبي صلى الله عليه وسلم خلف أبي بكر في مرضه الذي مات فيه قاعداً ، وقال انس :صلى النبي صلى الله عليه وسلم في مرضه خلف ابي بكر قاعداً في ثوب متوشحاً به . قال الترمذي : كلا الحديثين حسن صحيح ولا يعرف للنبي صلى الله عليه وسلم خلف ابي بكر صلاة إلا في هذا الحديث . وروى مالك عن ربيعة الحديث قال : وكان أبو بكر الامام ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة ابي بكر وقال « مامات نبي حتى يؤمه رجل من أمته » قال مالك : العمل عندنا على حديث ربيعة هذا وهو أحب إلي ، فان قيل لو كان أبو بكر الامام لكان عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا يحتمل أنه فعل ذلك لأن وراءه صفاً

(فصل) فان صلوا وراءه قياما ففيه وجهان : أحدهما لاتصح صلاتهم أومأ اليه احمد ، فانه قال إن صلى الامام جالساً والذين خلفه قياما لم يقتدوا بالامام ، انما اتباعهم له اذا صلى جالساً صلوا جلوساً ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالجلوس ونهاهم عن القيام ، فقال في حديث جابر « اذا صلى الامام قاعداً فصلوا قعوداً ، واذا صلى قائماً فصلوا قياما ، ولا تقوموا والامام جالس كما يفعل أهل فارس بعظمائها » فقعدنا والامر يقتضي الوجوب ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنه ترك اتباع امامه مع قدرته عليه أشبه تارك القيام في حال قيام امامه ، والثاني تصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى وراءه قوم قياما لم يأمرهم بالاعادة ، فعلى هذا يحمل الامر على الاستحباب ولأنه يتكلف القيام في موضع يجوز له القعود أشبه المريض اذا تكلف القيام ، ويحتمل أن تصح صلاة

يحتمل أن أبا بكر كان الامام قاله ابن المنذر في بعض الروايات وقالت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى خلف أبي بكر في مرضه الذي مات فيه وقال أنس صلى النبي صلى الله عليه وسلم في مرضه خلف أبي بكر قاعداً في ثوب متوشحاً به ، قال الترمذي كلا الحديثين حسن صحيح ولا يعرف للنبي صلى الله عليه وسلم خلف أبي بكر صلاة إلا في هذا الحديث . وروى مالك الحديث عن ربيعة وقال كان أبو بكر الامام قال مالك العمل عندنا على حديث ربيعة هذا ، فان قيل لو كان أبوبكر الامام لكان عن يسار النبي صلى الله عليه وسلم . قلنا يحتمل انه فعل ذلك لأن وراءه صفا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان صلوا قياما صحت صلاتهم في أحد الوجهين)

(احدهما) لا تصح أومأ اليه أحمد لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالجلوس ونهاهم عن القيام فقال في حديث جابر « اذا صلى الامام قاعداً فصلوا قعوداً واذا صلى قائما فصلوا قياما، ولا تقوموا والامام جالس كما يفعل أهل فارس بعظمائها» فقعدنا ، ولأنه ترك الاقتداء بإمامه مع القدرة عليه أشبه تارك القيام في حال

الجاهل بوجوب القعود دون العالم بذلك كقولنا في الذي ركع دون الصف ، فأما من وجب عليه القيام فقعد فان صلاته لا تصح لانه ترك ركناً يقدر على الاتيان به

(فصل) ولا يؤم القاعد من يقدر على القيام إلا بشرطين : أحدهما أن يكون امام الحي نص عليه احمد فقال · ذلك لامام الحي لانه لاحاجة بهم إلى تقديم عاجز عن القيام اذا لم يكن الامام الراتب فلا يتحمل اسقاط ركن في الصلاة لغير حاجة والنبي صلى الله عليه وسلم حيث فعل ذلك كان هو الامام الراتب . الثاني أن يكون مرضه يرجى زواله لأن اتخاذ الزمن ومن لا يرجى قدرته على القيام اماما راتباً يفضي إلى تركهم القيام على الدوام ولا حاجة اليه ، ولأن الاصل في هذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم والنبي صلى الله عليه وسلم كان يرجى برؤه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان ابتدأ بهم الصلاة قائما ثم اعتل فجلس ائتموا خلفه قياما)

انما كان كذلك لان أبا بكر حيث ابتدأ بهم الصلاة قائما ثم جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأتم الصلاة بهم جالساً أتموا قياما ولم يجلسوا ، ولان القيام هو الاصل فمن بدأ به في الصلاة لزمه في جميعها اذا قدر عليه كالتنازع في صلاة المقيم يلزمه اتمامها وإن حدث مبيح القصر في أثنائها

(فصل) فان استخلف بعض الائمة في زماننا ثم زال عذره فحضر فهل يجوز أن يفعل كفعل النبي صلى الله عليه وسلم مع أبي بكر ؟ فيه روايتان (احداهما) ليس له ذلك قال أحمد في رواية أبي داود ذلك خاص للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره لأن هذا أمر يخالف القياس فان انتقال الامام مأموما وانتقال المأمومين من إمام الى آخر لا يجوز الا لعذر يحوج اليه وليس في تقديم الامام الراتب ما يحوج الى هذا أما النبي صلى الله عليه وسلم فكانت له من الفضيلة على غيره وعظم التقدم عليه ما ليس لغيره ولهذا قال أبو بكر ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، (والثانية) يجوز ذلك لغيره ، قال أحمد في رواية أبي الحارث من فعل كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر ويقعد إلى جنب الامام يبتدىء القراءة من حيث بلغ الامام ويصلي للناس قياما وذلك لأن

قيام امامه (والثاني) يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى وراءه قوم قياما فلم يأمرهم بالاعادة ، فعلى هذا يحمل الامر على الاستحباب ولانه تكلف القيام في موضع يجوز له الجلوس أشبه المريض اذا تكلف القيام ، ويحتمل أن تصح صلاة الجاهل بوجوب القعود دون العالم كما قالوا في الذي ركع دون الصف

﴿ مسئلة ﴾ (فان ابتدأ بهم الصلاة قائما ثم اعتل فجلس أتموا خلفه قياما لان أبا بكر حين ابتدأ بهم الصلاة قائما ثم جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأتم الصلاة بهم جالساً أتموا قياما ولم يجلسوا ولأن القيام هو الأصل فمن بدأ به في الصلاة لزمه في جميعها اذا قدر عليه كالذي أحرم في الحضر ثم سافر

(فصل) فان استخلف بعض الأئمة في وقتنا هذا فزال عذره فحضر فهل يجوز أن يفعل كفعل النبي صلى الله عليه وسلم مع أبي بكر ؟ فيه ثلاث روايات (إحداها) ليس له ذلك قال أحمد في رواية أبي

الاصل أن مافعله النبي صلى الله عليه وسلم كان جائزا لأمته مالم يقم دليل على اختصاصه به . وفيه رواية ثالثة أن ذلك لايجوز الا للخليفة دون بقية الائمة ، قال في رواية المروذي ليس هذا لأحد الا للخليفة وذلك لأن رتبة الخلافة تفضل رتبه سائر الائمة فلا يلحق بها غيرها وكان ذلك للخليفة لأن خليفة النبي صلى الله عليه وسلم يقوم مقامه

(فصل) ويجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله لانه اذا أم القادرين على القيام فمثله أولى ولا يشترط في اقتدائهم به أن يكون اماما راتبا ولا مرجوا زوال مرضه لانه ليس في امامته لهم ترك ركن مقدور عليه بخلاف امامته للقادرين على القيام

(فصل) ولايجوز لتارك ركن من الافعال إمامة أحد كالمضطجع والعاجز عن الركوع والسجود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي يجوز لانه فعل أجازه المرض فلم يغير حكم الائتمام كالقاعد بالقيام ولنا أنه أخل بركن لا يسقط في النافلة فلم يجز للقادر عليه الائتمام به كالقاريء بالأمي وحكم القيام حق بدليل سقوطه في النافلة وعن المقتدين بالعاجز ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المصلين خلف الجالس بالجلوس ولا خلاف في أن المصلي خلف المضطجع لا يضطجع . فاما ان أم مثله فقياس المذهب صحته لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه في المطر بالايماء والعراة يصلون جماعة بالايماء وكذلك حال المسايفة .

(فصل) ويصح ائتمام المتوضيء بالمتيمم لاأعلم فيه خلافا لأن عمرو بن العاص صلى باصحابه متيمما وبلغ النبي صلى الله علية وسلم فلم ينكره وأم ابن عباس أصحابه متيمما وفيهم عمار بن ياسر في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكروه ولأنه متطهر طهارة صحيحة فاشبه المتوضيء ولا يصح إئتمام الصحيح بمن به سلس البول ولا غير المستحاضة بها لانهما يصليان مع خروج الحدث من غير طهارة له بخلاف المتيمم ، فاما من كانت عليه نجاسة فان كانت على بدنه فتيمم لها جاز للطاهر

داود وذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم لان هذا أمر يخالف القياس فان انتقال الامام مأموماً وانتقال المأمومين من امام الى آخر لا يجوز الا لعذر يحوج اليه وليس في تقدم الامام الراتب ما يحوج الى هذا أما النبي صلى الله عليه وسلم فله من الفضيلة وعظم المنزلة ما ليس لأحد ولذلك قال أبو بكر ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم (والثانية) يجوز نص عليه في رواية أبي الحارث فعلى هذا يكبر ويقعد الى جنب الامام ويبتديء القراءة من حيث بلغ الامام لان الاصل ان ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم يكون جائزاً لأمته ما لم يقم على اختصاصه به دليل (والرواية الثالثة)ان ذلك يجوز للخليفة دون بقية الأئمة فانه قال في رواية المروزي ليس هذا لاحد الا الخليفة وذلك لان رتبة الخلافة تفضل رتبة سائر الأئمة فلا يلحق بها غيرها وكان ذلك للخليفة وخليفة النبي صلى الله عليه وسلم يقوم مقامه

الائتمام به عند القاضي لانه كالمتيمم للحدث وعلى قياس قول أبي الخطاب لايجوز الائتمام به لانه أوجب عليه الاعادة وإن كانت على ثوبه لم يصح الائتمام به لانه تارك لشرط ولا يجوز ائتمام المتوضيء ولا المتيمم بعادم الماء والتراب ولا اللابس بالعاري ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه لانه تارك لشرط يقدر عليه المأموم فاشبه المعافى بمن به سلس البول ويصح ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله لان العراة يصلون جماعة وقد سبق هذا

(فصل) وفي صلاة المفترض خلف المتنفل روايتان أحداهما لاتصح نص عليها أحمد في رواية أبي الحارث وحنبل واختارها أكثر أصحابنا وهذا قول الزهري ومالك وأصحاب الرأي لقول النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه متفق عليه ولان صلاة المأموم لاتتأدى بنية الامام أشبه صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر والثانية يجوز، نقلها اسماعيل بن سعد ونقل أبو داود قال سمعت أحمد سئل عن رجل صلى العصر ثم جاء فنسي فتقدم يصلي بقوم تلك الصلاة ثم ذكر لما أن صلى ركعة فمضى في صلاته ، قال لا بأس وهذا قول عطاء وطاوس وأبي رجاء والاوزاعي والشافعي وسليمان بن حرب وأبي ثور وابن المنذر وأبي اسحق الجوزجاني وهي أصح لما روى جابر ابن عبد الله أن معاذا كان يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصلي بقومه تلك الصلاة متفق عليه .وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى بطائفة من أصحابه في الخوف ركعتين ثم سلم ثم صلى بالطائفة الاخرى ركعتين ثم سلم رواه أبو داود والأثرم ، والثانية منهما تقع نافلة وقد أم بها مفترضين

وروي عن أبي خلدة قال أتينا أبا رجاء لنصلي معه الاولى فوجدناه قد صلى فقلنا جئناك لنصلي معك فقال قد صلينا ولكن لاأخيبكم فقام فصلى وصلينا معه رواه الأثرم ولانهما صلاتان اتفقتا في الافعال فجاز ائتمام المصلي في احداهما بالمصلي في الاخرى كالمتنفل خلف المفترض فاما حديثهم فالمراد به لاتختلفوا عليه في الافعال بدليل قوله « فاذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا سجد فاسجدوا

﴿ مسئلة ﴾ ولا تصح أمامة المرأة والخنثى للرجال ولا للخناثى . لا يصح أن يأتم رجل بامرأة في فرض ولا نافلة في قول عامة الفقهاء، وقال أبو ثور لا اعادة على المصلي خلفها وقال بعض أصحابنا يجوز أن تؤم الرجال في التراويح وتكون وراءهم لما روي عن أم ورقة بنت الحارث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لها مؤذنا يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها رواه أبو داود وهذا عام

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لاتؤمن امرأة رجلا رواه ابن ماجه ولانها لا تؤذن رجال فلم يجز أن تؤمهم كالمجنون وحديث أم ورقة انما أذن لها أن تؤم بنساء اهل الدار كذلك رواه الدارقطني وهذه زيادة يجب قبولها ولو لم يذكر ذلك لتعين حمل الحديث عليه وذلك لانه أذن لها أن تؤم في الفرائض بدليل أنه جعل لها مؤذناً والأذان إنما يشرع في الفرائض ولا خلاف في المذهب أنها

وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون» ولهذا يصح ائتمام المتنفل بالمفترض مع اختلاف نيتهما وقياسهم ينتقض بالمسبوق في الجمعة يدرك أقل من ركعة ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة

(فصل) ولا يختلف المذهب في صحة صلاة المتنفل وراء المفترض ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم «الا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه» والاحاديث التي في اعادة الجماعة ولان صلاة المأموم تتأدى بنية الامام بدليل مالو نوى مكتوبة فبان قبل وقتها

(فصل) فان صلى الظهر خلف من يصلي العصر ففيه ايضاً روايتان نقل اسماعيل بن سعد جوازه ونقل غيره المنع منه. ونقل اسماعيل بن سعد[1] قال قلت لاحمد فما ترى ان صلى في رمضان خلف امام يصلي بهم التراويح قال ويجوز ذلك من المكتوبة وقال في رواية المروذي لا يعجبنا أن يصلى مع قوم التراويح ويأتم بها للعتمة وهذه فرع على ائتمام المفترض بالمتنفل وقد مضى الكلام فيها

(فصل) فان كانت إحدى الصلاتين تخالف الاخرى في الافعال كصلاة الكسوف أو الجمعة خلف من يصلي غيرهما وصلاة غيرهما وراء من يصليهما لم تصح رواية واحدة لانه يفضي الى مخالفة امامه في الافعال وهو منهي عنه

(فصل) ومن صلى الفجر ثم شك هل طلع الفجر أو لا أو شك في صلاة صلاها هل فعلها في وقتها أو قبله لزمته اعادتها وله أن يؤم في الاعادة من لم يصل وقال أصحابنا يخرج على الروايتين في أمامة المتنفل مفترضا

ولنا أن الاصل بقاء الصلاة في ذمته ووجوب فعلها فيصح أن يؤم فيها مفترضا كما لو شك هل صلى أم لا ولو فاتت المأموم ركعة فصلى الامام خمساً ساهيا فقال ابن عقيل لا يعتد للمأموم بالخامسة بانها سهو وغلط ، وقال القاضي هذه الركعة نافلة له وفرض للمأموم فيخرج فيها الروايتان ، وقد سئل أحمد عن هذه المسائل فتوقف فيها والأولى أن يحتسب له بها لانه لو لم يحتسب له بها للزمه أن يصلي خمسا مع علمه بذلك ، ولأن الخامسة واجبة على الامام عند من يوجب عليه البناء على اليقين وعند استواء

لا تؤمهم في الفرائض فالتخصيص بالتراويح تحكم بغير دليل ، ولو ثبت ذلك لام ورقة لـكان خاصا بها بدليل أنه لا يشرع لغيرها من النساء أذان ولا اقامة فتختص بالامامة كما اختص بالأذان والاقامة

(فصل) وأما الخنثى فلا يجوز ان يؤم رجلا لاحتمال ان يكون امرأة ولا يؤم خنثى لجواز أن يكون الامام امرأة والمأموم رجلا ولا أن تؤمه امرأة لجواز أن يكون رجلا ويجوز له أن يؤم المرأة لان أدنى أحواله أن يكون امرأة وقال القاضي رأيت لابي حفص البرمكي أن الخنثى لا تصح صلاته في جماعة لانه ان قام مع الرجال احتمل ان يكون امرأة وان قام مع النساء أو وحده أو ائتم بامرأة احتمل أن يكون رجل وان أم الرجال احتمل ان يكون امرأة وان أم النساء فقام وسطهن احتمل أن يكون رجل وان قام امامهن احتمل أنه امرأة، قال الشيخ ويحتمل أن تصح صلاته في هذه الصورة

(١) في بعض النسخ : سعيد

الامرين عنده ، ثم ان كانت نفلا فالصحيح صحة الائتمام به وقوله : انه غلط ،قلنا لايخرجه الغلط عن أن يكون نفلا مثابا فيه فلذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « كانت الركعة والسجدتان نافلة له » وان صلى بقوم الظهر يظنها العصر فقال أحمد يعيد ويعيدون وهذا على الرواية التي منع فيها ائتمام المفترض بالمتنفل فان ذكر الامام وهو في الصلاة فأتمها عصراً كانت له نافلة وإن قلب نيته إلي الظهر بطلت صلاته لما ذكرناه متقدما وقال ابن حامد يتمها والفرض باق في ذمته

﴿ فصل ﴾ ولا يصح ائتمام البالغ بالصبي في الفرض نص عليه أحمد وهو قول ابن مسعود وابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد والشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وأجازه الحسن والشافعي وإسحق وابن المنذر ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على إمامة المتنفل للمفترض ووجه ذلك عموم قوله « يؤمكم اقرؤكم لكتاب الله تعالى » وهذا داخل في عمومه وروى عمرو بن سلمة الجرمي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لقومه « يؤمكم أقرؤكم » قال فكنت أؤمهم وأنا ابن سبع سنين أو ثماني سنين رواه أبو داود وغيره ولأنه يؤذن للرجال فجاز أن يؤمهم كالبالغ

ولنا قول ابن مسعود وابن عباس ، ولان الامامة حال كمال والصبي ليس من أهل الكمال فلا يؤم الرجال كالمرأة ولأنه لا يؤمن من الصبي الاخلال بشرط من شرائط الصلاة أو القراءة حال الاسرار فأما حديث عمر بن سلمة الجرمي فقال الخطابي كان أحمد يضعف أمر عمرو بن سلمة وقال

وفي صورة أخرى وهو أن يقوم في صف الرجال مأموما فان المرأة اذا قامت في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا امامة الصبي لبالغ إلا في نفل على إحدي الروايتين) ولا يصح ائتمام البالغ بالصبي في الفرض نص عليه أحمد وهو قول ابن مسعود وابن عباس وبه قال عطاء والشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وأجازه الحسن والشافعي واسحق وابن المنذر وذكر أبو الخطاب رواية في صحة امامته في الفرض بناء على امامة المفترض بالمتنفل وقال ابن عقيل يخرج في صحة امامة ابن عشر سنين وجها بناء على القول بوجوب الصلاة عليه ووجه ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى » فيدخل في عموم ذلك وروي عن عمر بن سلمة الجرمي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لقومه « يؤمكم اقرؤكم » قال فكنت أؤمهم وانا ابن سبع سنين أو ثمان سنين رواه البخاري وأبو داود وغيرهم

ولنا قول ابن مسعود وابن عباس ولان الامامة حال كمال والصبي ليس من أهل الكمال فلا يؤم الرجال كالمرأة ولانه لا يؤمن من الصبي الاخلال بشرط من شرائط الصلاة أو القراءة حال الاسرار فاما حديث عمرو بن سلمة فقال الخطابي كان أحمد يضعف أمر عمرو بن سلمة وقال مرة دعه ليس بشيء قال أبو داود قيل لاحمد حديث عمرو بن سلمة قال لا أدري أي شيء هذا ولعله انما توقف

مرة دعه ليس بشيء بين وقال أبو داود قيل لأحمد : حديث عمرو بن سلمة قال لا أدري أي شيء هذا ؟ ولعله انما توقف عنه لأنه لم يتحقق بلوغ الامر الى النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان بالبادية في حي من العرب بعيد من المدينة وقوى هذا الاحتمال قوله في الحديث وكنت اذا سجدت خرجت استي ، وهذا غير سائغ

﴿ فصل ﴾ فأما امامته في النفل ففيها روايتان احداهما لاتصح لما ذكرنا في الفرض والثاني تصح

عنه لانه لم يتحقق بلوغ الامر الى النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان بالبادية في حي من العرب بعيد من المدينة وقوى هذا الاحتمال قوله في الحديث وكنت اذا سجدت خرجت استى وهذا غير سائغ

(فصل) فاما امامته في النفل ففيها روايتان (احداهما) لاتصح لذلك (والثانية) تصح لانه متنفل يؤم متنفلين ولان النافلة يدخلها التخفيف ولذلك تنعقد الجماعة به فيها اذا كان مأموما

﴿ مسئلة ﴾ ولا تصح امامة محدث ولا نجس يعلم ذلك فان جهل هو والمأموم حتى قضوا الصلاة صحت صلاة المأموم وحده ومتى أخلّ بشرط الصلاة مع القدرة عليه لم تصح صلاته لاخلاله بالشرط فان صلى محدثا وجهل الحدث هو والمأموم حتى قضوا الصلاة فصلاة المأمومين صحيحة وصلاة الامام باطلة وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال الحسن وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي والشافعي وعن علي أنهم يعيدون جميعا وبه قال ابن نصر والشعبي وأبو حنيفة وأصحابه لانه صلى بهم محدثا أشبه ما لو علم

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فروي أن عمر صلى بالناس الصبح ثم خرج الى الجرف فأهراق الماء فوجد في ثوبه احتلاما فأعاد ولم يعد الناس ، وعن عثمان أنه صلى بالناس صلاة الفجر فلما أصبح وارتفع النهار اذا هو بأثر الجنابة فقال كبرت والله كبرت والله . وأعاد الصلاة ولم يأمرهم أن يعيدوا ، وعن ابن عمر نحو ذلك . رواه كله الأثرم وعن البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا صلى الجنب بقوم أعاد صلاته وتمت للقوم صلاتهم » رواه أبو سليمان محمد بن الحسين الحراني ولأن الحدث مما يخفى ولا سبيل الى معرفته من الامام للمأموم فكان معذوراً في الاقتداء به ويفارق ما اذا علم الامام حدث نفسه لانه يكون مستهزئا بالصلاة فاعلا ما لا يحل واذا علمه المأموم لم يعذر في الاقتداء به وما نقل عن علي لايثبت بل قد نقل عنه كما ذكرنا عن غيره من الصحابة والحكم في النجاسة كالحكم في الحدث لانها فى معناها في خفائها على الامام والمأموم ، على أن فى النجاسة رواية أخرى أن الامام أيضاً لاتلزمه الاعادة وقد ذكرناه

﴿ فصل ﴾ فان علم حدث نفسه في الصلاة أو علم المأمومون لزمهم استئناف الصلاة . قال الأثرم سألت أبا عبدالله : رجل صلى بقوم على غير طهارة بعض الصلاة فذكر ؟ قال يعجبني أن يبتدئوا الصلاة قلت يقول لهم استأنفوا الصلاة ؟ قال لا ، ولكن ينصرف ويتكلم ويبتدئون الصلاة . وذكر ابن عقيل

لأنه متنفل يؤم متنفلين ولأن النافلة يدخلها التخفيف ولذلك تنعقد الجماعة بهفيها اذا كان مأموما

رواية اذا علم المأمومون انهم يبنون على صلاتهم ، وقال الشافعي يبنون على صلاتهم سواءعلم بذلك أو علم المأمومون لأن مامضى على صلاتهم صحيح فكان لهم البناء عليه كما لو أقام الى خامسة فسبحوا به فلم يرجع . ولنا انه ائتم بمن صلاته فاسدة مع العلم منهما أو من أحدهما أشبه مالو ائتم بامرأة ، وانما خولف هذا اذا استمر الجهل منهما للاجماع ولأن وجوب الاعادة على المأمومين في حالة استمرار الجهل يشق لتفرقهم بخلاف ما اذا علموا في الصلاة ، وإن علم بعض المأمومين دون بعض فالمنصوص أن صلاة الجميع تفسد والأولى يختص البطلان بمن علم دون من جهل لأنه معنى مبطل اختص به فاختص بالبطلان كحدث نفسه

﴿ فصل ﴾ قال أحمد في رجلين أم أحدهما الآخر فشم كل واحد منهما ريحاً أو سمع صوتا يعتقده من صاحبه يتوضآن ويعيدان الصلاة لأن كل واحد منهما يعتقد فساد صلاة صاحبه ، وهذا اذا قلنا تفسد صلاة كل واحد من الامام والمأموم بفساد صلاة الآخر بكونه صار فذاً ، وعلى الرواية المنصورة ينوي كل واحدمنهما الانفرادويتم صلاته، ويحتمل انهانما قضى بفسادصلاتهمااذا أتما الصلاة على ما كانا عليه من غير فسخ النية، فان المأموم يعتقد انه مؤتم بمحدث والامام يعتقد انه يؤم محدثا . وأما قوله يتوضآن فلعله أراد لتصح صلاتهما جماعة إذ ليس لأحدهما أن يأتم بالآخر مع اعتقاده حدثه واحتياطا : أما اذا صليا منفردين فلا يجب الوضوء على واحد منهما لانه متيقن للطهارة شاك في الحدث

﴿ فصل ﴾ فان اختل غير ذلك من الشروط في حق الامام كالستارة واستقبال القبلة لم يعف عنه في حق المأموم لأن ذلك لايخفى غالبًا بخلاف الحدث والنجاسة ، وكذا إن فسدت صلاته لترك ركن فسدت صلاتهم نص عليه أحمد فيمن ترك القراءة يعيد ويعيدون وكذلك لو ترك تكبيرة الاحرام

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح امامة الأمي وهو من لايحسن الفاتحة أو يدغم حرفا أو يلحن لحنا يحيل المعنى إلا بمثله)

والكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) ان الامي لاتصح امامته بمن يحسن قراءة الفاتحة ، وهذا قول مالك والشافعي في الجديد وقيل عنه يصح أن يأتم القارىء بالامي في صلاة الاسرار دون الجهر وعنه يصح أن يأتم به في الحالين

ولنا انه ائتم بعاجز عن ركن وهو قادر عليه فلا تصح كالعاجز عن الركوع والسجود وقياسهم يبطل بالأخرس والعاجز عن الركوع والسجود وأما القيام فهو ركن أخف من غيره بدليل انه يسقط في النافلة مع القدرة عليه بخلاف القراءة فان صلى بأمي وقاريء صحت صلاة الامي والامام . وقال أبو حنيفة تفسد صلاة الامام أيضاً لانه يتحمل القراءة عن المأموم وهو عاجز عنها ففسدت صلاته

ولنا انه أم من لايصح ائتمامه به فصحت صلاة الامام كما لو أمت امرأة رجلا ونساء ، وقولهم ان المأموم يتحمل عنه الامام القراءة قلنا انما يتحملها مع القدرة، فأما من يعجز عن القراءة عن نفسه فعن غيره أولى

﴿ فصل ﴾ يكره أن يؤم قوما أكثرهم له كارهون لما روى أبو أمامة قال قال رسول الله صلى

﴿ الفصل الثاني ﴾ انه تصح إمامته بمثله لانه يساويه فصحت امامته به كالعاجز عن القيام

﴿ فصل ﴾ قوله أو يبدل حرفا هو كالألثغ الذي يبدل الراء غيناً والذي يلحن لحنا يحيل المعنى كالذي يكسر كاف إياك أو تاء أنعمت أو يضمها اذا كان لايقدر على اصلاح ذلك يصح ائتمامه بمثله كاللذين لايحسنان شيئاً وان كان يقدر على اصلاح ذلك لم تصح صلاته ولا صلاة من يأتم به لانه ترك ركنا من أركان الصلاة مع القدرة عليه أشبه تارك الركوع

﴿ فصل ﴾ فان صلى القارىء خلف من لايعلم حاله فى صلاة الاسرار صحت صلاته لأن الظاهر انه إنما يتقدم من يحسن القراءة ، وان كان يسر في صلاة الجهر ففيه وجهان أحدهما لاتصح صلاة القاريء ، ذكره القاضي وابن عقيل لأن الظاهر انه لو أحسن القراءة لجهر ، والثاني تصح لأن الظاهر انه لايؤم الناس إلا من يحسن القراءة ، والاسرار يحتمل أن يكون لجهل أو نسيان ، فان قال قد قرأت صحت الصلاة على الوجهين لأن الظاهر صدقه ، وتستحب الاعادة احتياطا ، ولو أسر في صلاة الاسرار ثم قال ما كنت قرأت الفاتحة لزمه ومن وراءه الاعادة ، لانه روي عن عمر انه صلى بهم المغرب فلما سلم قال ماسمعتموني قرأت . قالوا لا قال فما قرأت في نفسي فأعاد بهم الصلاة

﴿ فصل ﴾ واذا كان رجلان لايحسنان الفاتحة أو أحدهما يحسن سبع آيات من غيرها والآخر لايحسن شيئا فلكل واحد منهما الائتمام بالآخر لانهما أميان والمستحب تقديم من يحسن السبع آيات لانه اقرأ ، وعلى هذا كل من لايحسن الفاتحة يجوز أن يؤم من لايحسنها سواء استويا في الجهل أو تفاوتا فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وتكره إمامة اللحان والفأفاء الذي يكرر الفاء والتمتام الذي يكرر القاف ومن لايفصح ببعض الحروف)

أما الذي يلحن لحناً يحيل المعنى فقد ذكرناه ، وتكره إمامة اللحان الذي لايحيل المعنى نص عليه وتصح صلاته بمن لايلحن لانه أتى بفرض القراءة فان أحال المعنى في غير الفاتحة لم يمنع صحة إمامته إلا أن يتعمده فيبطل صلاتهما ، ومن لايفصح ببعض الحروف كالقاف والضاد فقال القاضي تكره امامته وتصح أعجمياً كان أو عربيا . وقيل فمن قرأ ولا الضالين بالظاء لاتصح صلاته لانه يحيل المعنى يقال ظل يفعل كذا اذا فعله نهاراً فهو كالألثغ وتكره إمامة الفأفاء والتمتام ، وتصلح لأنهما يأتيان بالحروف على وجهها ويزيدان زيادة هما مغلوبان عليها فعفي عنهما ويكره تقديمهما لهذه الزيادة

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره أن يؤم نساء أجانب لا رجل معهن)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يخلو الرجل بالمرأة الاجنبية ولا بأس أن يؤم ذوات محارمه ، وأن يؤم النساء مع الرجل فقد كن النساء يشهدن مع النبي صلى الله عليه وسلم وقد أم انسا واليتيم وأمه

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره أن يؤم قوما أكثرهم له كارهون)

الله عليه وسلم « ثلاثة لاتجاوز صلاتهم آذانهم العبد الآبق حتى يرجع وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط وامام قوم وهم له كارهون » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لاتقبل منهم صلاة من تقدم قوما هم له كارهون ورجل يأتي الصلاة دباراً » والدبار أن يأتي بعد أن يفوته الوقت« ورجل اعتبد محررا رواه أبو داود وقال علي لرجل أم قوما وهم له كارهون انك لخروط[1] قال أحمد رحمه الله اذا كرهه واحد أو اثنان أو ثلاثة فلا بأس حتى يكرهه أكثر القوم وان كان ذا دين وسنة فكرهه القوم لذلك لم تكره أمامتهم قال منصور أما إنا سألنا أمر الامامة فقيل لنا أنما عني بهذا الظلمة فأما من اقام السنة فانما الاثم على من كرهه

﴿ فصل ﴾ ولا تكره إمامة الاعرابي اذا كان يصلح لها نص عليه وهذا قول عطاء والثوري

(١) في مجاز الاساس رجل خروط مشهور يركب رأسه ثم ذكر أثر علي هذا

لما روى أبو أمامة قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة لاتجاوز صلاتهم آذانهم العبد الآبق حتى يرجع ، وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط ، وإمام قوم وهم له كارهون» حديث حسن غريب . وعن عبدالله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لايقبل منهم صلاة من تقدم قوماً وهم له كارهون ، ورجل يأتي الصلاة دباراً — والدبار أن يأتي بعدأن يفوت الوقت — ورجل اعتبد محرراً » رواه أبو داود . وقال علي لرجل أم قوما وهم له كارهون انك لخروط قال أحمد اذا كرهه اثنان أو ثلاثة فلا بأس حتى يكرهه أكثرهم ، فان كان ذا دين وسنة فكرهه القوم لذلك لم تكره إمامته . قال منصور أما إنا سألنا عن ذلك فقيل لنا انما عنى بهذا الظلمة ؛ فأما من أقام السنة فانما الاثم على من كرهه ، قال القاضي والمستحب أن لا يؤمهم صيانة لنفسه وان استوى الفريقان فالأولى أن لا يؤمهم أراد بذلك الاختلاف والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بأس بامامة ولد الزنا والجندي اذا سلم دينهما)

لا بأس بامامة ولد الزنا وهو قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن والنخعي والزهري وعمرو ابن دينار واسحاق وقال اصحاب الرأي ولا تجزي الصلاة خلفه ، وكره مالك أن يتخذ إماما راتبا وقال الشافعي يكره مطلقا لأن الامامة منصب فضيلة فكره تقديمه فيها كالعبد

ولنا عموم قوله عليه السلام « يؤم القوم أقرؤهم » وقالت عائشة ليس عليه من وزر أبويه شيء قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقال سبحانه (إن أكرمكم عند الله أتقاكم » والعبد لانكره إمامته لكن الحر أولى منه ولو سلم ذلك فالعبد ناقص في أحكامه لايلي النكاح ولا المال بخلاف هذا ولا بأس بامامة الجندي والخصي اذا كانا مرضيين لانه عدل يصلح للامامة أشبه غيره

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بامامة الاعرابي إذا كان يصلح نص عليه وهو قول عطاء والثوري والشافعي واسحق واصحاب الرأي ، وقد روي عن أحمد انه قال لاتعجبني إمامة الاعرابي إلا أن يكون قد سمع وفقه لأن الغالب عليهم الجهل ، وكره ذلك أبو مجلز وقال مالك لايؤمهم لقول الله تعالى

والشافعي واسحق وأصحاب الرأي وكره أبو مجاز إمامته وقال مالك لا يؤمهم وإن كان اقرأهم لقول الله تعالى (الاعراب أشد كفراً ونفاقا وأجدر أن لا يعلموا حدود ما أنزل الله على رسوله)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى »ولانه مكلف من أهل الامامة أشبه المهاجر والمهاجر أولى منه لانه يقدم على المسبوق بالهجرة فمن لاهجرة له أولى قال أبو الخطاب :والحضري أولى من البدوي لانه مختلف في إمامته ولأن الغالب جفاؤهم وقلة معرفتهم بحدود الله

﴿ فصل ﴾ ولا تكره إمامة ولد الزنا اذا سلم دينه قال عطاء له أن يؤم اذا كان مرضياً وبه قال سليمان بن موسى والحسن والنخعي والزهري وعمرو بن دينار وإسحق وقال أصحاب الرأي لا تجزيء الصلاة خلفه وكره مالك أن يتخذ أماما راتبا وكره الشافعي امامته لان الامامة موضع فضيلة فكره تقديمه فيها كالعبد

ولنا قوله« يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله »وقالت عائشة ليس عليه من وزر أبويه شيء وقد قال تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى)وقال(إن أكرمكم عند الله أتقاكم) والعبد لا نكره امامته وانما الحر أولى منه ثم إن العبد ناقص في أحكامه لايلي النكاح ولا المال ولا تقبل شهادته في بعض الاشياء بخلاف هذا

﴿ فصل ﴾ ولا تكره امامة الجندي والخصي اذا سلم دينهما لما ذكرنا في العبد ولأنه عدل من أهل الامامة أشبه غيره

(الاعراب أشد كفراً) الآية . ولنا عموم قوله عليه السلام « يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله» ولانه مكلف عدل تصح صلاته لنفسه أشبه المهاجر

﴿ فصل ﴾ والمهاجر أولى منه لا يتقدم على المسبوق بالهجرة فمن لا هجرة له أولى . قال أبو الخطاب والحضري أولى من البدوي لانه مختلف في إمامته ولأن الغالب عليهم الجفاء وقلة المعرفة بحدود الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح ائتمام مؤدي الصلاة بمن يقضيها) مثل أن يكون عليه ظهر أمس فأراد قضاءها فائتم به رجل عليه ظهر اليوم ففيه روايتان . أصحهما انه يصح نص عليه ، وفي رواية ابن منصور وهذا اختيار الخلال وقال المذهب عندي في هذا رواية واحدة وغلط من نقل غيرها لأن القضاء يصح بنية الأداء فيما اذا صلى فبان بعد خروج الوقت ، وكذلك من يقضي الصلاة يصلي خلف من يؤديها لانه في معناه، والرواية الثانية لا يصح ، نقلها صالح لأن نيتهما مختلفة هذا ينوي قضاء وهذا أداء

﴿ فصل ﴾ ويصح ائتمام المفترض بالمتنفل أو من يصلي الظهر بمن يصلي العصر في احدى الروايتين وفي الأخرى لا تصح فيهما . اختلف عنه في صحة ائتمام المفترض بالمتنفل فنقل عنه حنبل وأبو الحارث لا يصح ،اختاره أكثر الاصحاب وهو قول الزهري ومالك وأصحاب الرأي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه » متفق عليه ، ولان صلاة المأموم لا تتأدى

﴿ فصل ﴾ من شرط صحة الجماعة أن ينوي الامام والمأموم حالهما فينوي الامام انه امام والمأموم انه مأموم فان صلى رجلان ينوي كل واحد منهما انه امام صاحبه أو مأموم له فصلاتهما فاسدة نص عليهما لانه ائتم بمن ليس بامام في الصورة الاولى وأم من لم يأتم به في الثانية ولو رأى رجلين يصليان فنوى الائتمام بالمأموم لم يصح لانه ائتم بمن لم ينو امامته وإن نوى الائتمام بأحدهما لا بعينه لم يصح حتى يعين الامام لان تعيينه شرط وان نوى الائتمام بهما معا لم يصح لانه نوى الائتمام بمن ليس بامام ولانه نوى الائتمام باثنين ولا يجوز الائتمام بأكثر من واحد ولو نوى الائتمام بامامين لم يجز لانه لايمكن اتباعهما معا

﴿ فصل ﴾ ولو أحرم منفرداً ثم جاء آخر فصلي معه فنوى امامته صح في النفل نص عليه أحمد واحتج بحديث ابن عباس وهو أن ابن عباس قال بت عند خالتي ميمونة فقام النبي صلى الله عليه وسلم متطوعا من الليل فقام الى القربة فتوضأ فقام فصلى فقمت لما رأيته صنع ذلك فتوضأت من القربة ثم قمت الى شقه الأيسر فأخذ بيدي من وراء ظهره يعدلني كذلك الى الشق الأيمن متفق عليه وهذا لفظ رواية مسلم فأما في الفريضة فان كان ينتظر أحداً كامام المسجد يحرم وحده وينتظر من يأتي فيصلي معه فيجوز ذلك أيضا نص عليه أحمد لان النبي صلى الله عليه وسلم أحرم وحده ثم جاء جابر وجبارة فأحرما معه فصلى بهما ولم ينكر فعلهما والظاهر أنها كانت

بنية الامام أشبه صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر . والثانية تصح نقلها عنه اسماعيل بن سعيد وأبو داود وهذا قول عطاء والاوزاعي والشافعي وابي ثور وابن المنذر . قال شيخنا وهي أصح لان معاذاً كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصلي بقومه تلك الصلاة متفق عليه وصلى النبي صلى الله عليه وسلم بطائفة من أصحابه في صلاة الخوف ركعتين ثم سلم ثم صلى بالطائفة الاخرى ركعتين ثم سلم رواه أبو داود والأثرم وهو في الثانية متنفل مفترضين ولانهما صلاتان اتفقتا في الافعال فجاز ائتمام المصلي في إحداهما بالمصلي في الأخرى كالمتنفل خلف المفترض . فأما حديثهم فالمراد به لاتختلفوا عليه في الافعال لأنه انما ذكر في الحديث الأفعال فقال فاذا سجد فاسجدوا ولهذا صح ائتمام المتنفل بالمفترض وقياسهم ينتقض بالمسبوق في الجمعة اذا أدرك أقل من ركعة فنوى الظهر خلف من يصلي الجمعة

﴿ فصل ﴾ فأما صلاة المتنفل خلف المفترض فلا نعلم في صحتها خلافا وقد دل عليه قوله عليه السلام « ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه »

﴿ فصل ﴾ فأما صلاة الظهر خلف من يصلي العصر ففيه روايتان وكذلك صلاة العشاء خلف من يصلي التراويح أحدهما يجوز نقلها عنه اسماعيل بن سعيد فانه قال له ما ترى إن صلى في رمضان خلف إمام يصلي بهم التراويح قال يجزيه ذلك من المكتوبة . والثانية لايجوز نقلها عنه المروذي لأن أحدهما لايتأدى بنية الاخرى كصلاة الجمعة والكسوف خلف من يصلي غيرهما أو صلاة غيرهما

صلاة مفروضة لأنهم كانوا مسافرين وان لم يكن كذلك فقد روي عن أحمد انه لايصح هذا قول الثوري[1] وأصحاب الرأي في الفرض والنفل جميعا لانه لم ينو الامامة في ابتداء الصلاة فلم يصح كما لو ائتم بمأموم وروي عن أحمد انه قال في النفس منها شيء مع أن حديث ابن عباس يقويه وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لانه قد ثبت في النفل بحديث ابن عباس وحديث عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل وجدار الحجرة قصير فرأى الناس شخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام ناس يصلون بصلاته وقد ذكرناه والاصل مساواة الفرض للنفل في النية وقوى ذلك حديث جابر وجبار في الفرض ولأن الحاجة تدعو الى نقل النية الى الامامة فصلى كحالة الاستخلاف وبيان الحاجة أن المنفرد اذا جاء قوم فاحرموا وراءه فان قطع الصلاة واخبر بحاله قبح وكان مرتكبا للنهي بقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) وان أتم الصلاة بهم ثم أخبرهم بفساد صلاتهم كان أقبح وأشق ولأن الانفراد أحد حالتي عدم الامامة في الصلاه فجاز الانتقال منها الى الامامة كما لو كان مأموما وقياسهم ينتقض بحالة الاستخلاف

(فصل) وإن أحرم منفرداً ثم نوى جعل نفسه مأموما بأن يحضر جماعة فينوى الدخول معهم في صلاتهم ففيه روايتان : احداهما هو جائز سواء كان في أول الصلاة أوقد صلى ركعة فاكثر لأنه نقل نفسه إلى الجماعة فجاز كما لو نوى الامامة ، والثانية لايجوز لأنه نقل نفسه إلى جعله مأموما من

[1] « ١ » في نسخة دار الكتب زيادة واسحاق

خلف من يصليهما لم تصح رواية واحدة لانه يفضي الى المخالفة في الافعال فيدخل في عموم قوله عليه السلام « فلا تختلفوا عليه »

﴿ فصل ﴾ ومن صلى الفجر ثم شك هل طلع الفجر أو لا لزمته الاعادة وله أن يؤم فيها من لم يصل ، وقال بعض أصحابنا تخرج على الروايتين في إمامة المتنفل بالمفترض والصحيح الاول لأن الاصل بقاء الصلاة في ذمته ووجوب أفعالها فأشبه مالو شك هل صلى أو لا ، ولو فاتت المأموم ركعة فصلى الامام خمساً ساهياً فقال ابن عقيل لايعتد للمأموم بالخامسة لأنها سهو وغلط ، وقال القاضي هذه الركعة نافلة للامام وفرض المأموم فيخرج فيها الروايتان . وقد سئل أحمد عن هذه المسائل فتوقف فيها . قال شيخنا والأولى انه يحتسب له بها لانه لولم يحتسب له بها لزمه أن يصلي خمساً مع علمه بذلك ولان الخامسة واجبة على الامام عند من يوجب عليه البناء على اليقين ، ثم إن كانت نفلا فقد ذكرنا ان الصحيح صحة الائتمام فيه ، وإن صلى بقوم الظهر يظنها العصر فقال أحمد يعيد ويعيدون وهذا على الرواية التي منع فيها ائتمام المفترض بالمتنفل ، فان ذكر الامام وهو في الصلاة فأتمها عصراً كانت له نفلا وان قلب بنية الى الظهر بطلت صلاته لما ذكرنا متقدما ، وقال ابن حامد يتمها والفرض باق في ذمته

﴿ فصل في الموقف ﴾ السنة أن يقف المأمومون خلف الامام اذا كان المأمومون جماعة ، فالسنة أن يقفوا خلف الامام رجالا كانوا أو نساء لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بأصحابه فيقومون

غير حاجة فلم يجز كالامام وفارق نقله إلى الامامة لأن الحاجة داعية اليه فعلى هذا يقطع صلاته ويستأنف الصلاة معهم . قال احمد : في رجل دخل المسجد فصلى ركعتين أو ثلاثا ينوي الظهر ثم جاء المؤذن فأقام الصلاة سلم من هذه وتصير له تطوعا ويدخل معهم ، قيل له فان دخل في الصلاة مع القوم واحتسب به قال لا يجزيه حتى ينوي بها الصلاة مع الامام في ابتداء الفرض

(فصل) وإن أحرم مأموما ثم نوى مفارقة الامام وأتمها منفرداً لعذر جاز لما روى جابر قال : كان معاذ يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء ثم يرجع إلى قومه فيؤمهم فأخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء فصلى معه ، ثم رجع إلى قومه فقرأ سورة البقرة فتأخر رجل فصلى وحده ، فقيل له : نافقت يافلان ، قال : مانافقت ، ولكن لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال « افتان أنت يامعاذ ؟ أفتان أنت يامعاذ ؟ مرتين — اقرأ سورة كذا وسورة كذا » قال « وسورة ذات البروج ، والليل اذا يغشى ، والسماء والطارق ، وهل أتاك حديث الغاشية » متفق عليه ، ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم الرجل بالاعادة ولا أنكر عليه فعله والاعذار التي يخرج لأجلها مثل المشقة بتطويل الامام ، أو المرض ، أو خشية غلبة النعاس أو شيء يفسد صلاته ، أو خوف فوات مال أو تلفه ، أو فوت رفقته ، أو من يخرج من الصف لا يجد من يقف معه وأشباه هذا ، وإن فعل ذلك لغير عذر ففيه روايتان : احداهما تفسد صلاته لانه ترك متابعة امامه لغير عذر أشبه مالو تركها من غير نية المفارقة ، والثانية تصح لأنه لو نوى المنفرد كونه

خلفه ولأن جابراً وجباراً لما وقفا عن يمينه وشماله ردهما الى خلفه وإن كانا اثنين ، فكذلك لما روى جابر قال سرت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فقام يصلي فتوضأت ثم جئته حتى قمت عن يساره فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه فجاء جبار بن صخر حتى قام عن يساره فأخذنا جميعاً بيديه فأقامنا خلفه رواه أبو داود وهذا قول عمر وعلي وجابر بن زيد والحسن ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وكان ابن مسعود يرى أن يقفا من جانبي الامام لانه يروى عنه انه صلى بين علقمة والأسود وقال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ، رواه أبو داود

ولنا الحديث الذي ذكرناه فانه أخرهما الى خلفه ولا ينقلهما إلا الى الأكمل وصلى النبي صلى الله عليه وسلم بأنس واليتيم فجعلهما خلفه . وحديث ابن مسعود يدل على الجواز فان كان أحدهما صبياً فكذلك في اصح الروايتين إن كانت الصلاة تطوعا لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل أنساً واليتيم وراءه ، وإن كان فرضاً جعل الرجل عن يمينه والغلام عن يساره كما في حديث ابن مسعود أو جعلهما عن يمينه ، وان جعلهما خلفه فقال بعض أصحابنا لا يصح لانه لا يصح أن يؤمه فيه كالمرأة ويحتمل أن يصح لانه بمنزلة المتنفل والمتنفل يصاف المفترض

﴿ مسئلة ﴾ (فان وقفوا قدامه لم يصح)

مأموماً لصح في رواية فنية الانفراد أولى فان المأموم قد يصير منفرداً بغير نية وهو المسبوق اذا سلم امامه وغيره لا يصير مأموماً بغير نية بحال

(فصل) وإن أحرم مأموماً ثم صار اماماً أو نقل نفسه إلى الائتمام بامام آخر جاز في موضع واحد وهو اذا سبق الامام الحدث فاستخلف من يتم بهم الصلاة ، وقد ذكرنا هذا ولا يصح في غيره إلا أن يدرك اثنان بعض الصلاة مع الامام ، فلما سلم ائتم أحدهما بصاحبه في بقية الصلاة ففيه وجهان وإن نوى كل واحد منهما أنه امام صاحبه أو مأموم له فسدت صلاتهما لما ذكرناه من قبل ، وإن نوى الامام الائتمام بغيره لم يصح إلا في موضع واحد وهو اذا استخلف الامام من يصلي ثم جاء في أثناء الصلاة فتقدم فصار اماماً وبنى على صلاة خليفته ففي ذلك ثلاث روايات قد ذكرناها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ادرك الامام راكعاً فركع دون الصف ثم مشى حتى دخل في الصف وهو لا يعلم بقول النبي صلى الله عليه وسلم لابي بكرة « زادك الله حرصاً ولا تعد » قيل له لا تعد وقد أجزأته صلاته ، فان عاد بعد النهي لم تجزئه صلاته ونص أحمد رحمه الله على هذا في رواية أبي طالب)

وجملة ذلك أن من ركع دون الصف ثم دخل فيه لا يخلو من ثلاثة أحوال اما أن يصلي ركعة كاملة فلا تصح صلاته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لفرد خلف الصف » والثاني أن يدب راكعاً حتى يدخل في الصف قبل رفع الامام رأسه من الركوع ، أو أن يأتي آخر فيقف معه قبل أن يرفع الامام رأسه من الركوع فان صلاته تصح

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقال مالك واسحاق يصح لان ذلك لا يمنع الاقتداء به فأشبه من خلفه . ولنا قوله عليه السلام « انما جعل الامام ليؤتم به » ولانه يحتاج في الاقتداء الى الالتفات الى ورائه ولان ذلك لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا هو في معنى المنقول فلم يصح كما لو صلى في بيته بصلاة الامام ، ويفارق من خلف الامام فانه لا يحتاج في الاقتداء الى الالتفات بخلاف هذا ، وقد قال بعض أصحابنا يجوز للمرأة أن تؤم الرجال في صلاة التراويح ويكونون بين يديها . وقد ذكرنا فساد ذلك فيما مضى ، وإن وقفوا عن يمينه أو عن جانبيه صح لما ذكرنا من حديث ابن مسعود ولأن وسط الصف موقف لامام العراة والمرأة اذا أمت النساء ، ويصح أن يقفوا عن يمينه لانه موقف للواحد على ما نذكره ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان واحد وقف عن يمينه رجلا كان أو غلاما)

لما روينا من حديث جابر وروى ابن عباس قال قام النبي صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل فقمت ووقفت عن يساره فأخذ بذؤابتي فأدارني عن يمينه متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وقف خلفه أو عن يساره لم تصح)

وجملة ذلك انه من صلى وحده خلف الامام ركعة كاملة لم تصح صلاته وهذا قول النخعي

لانه أدرك مع الامام في الصف مايدرك به الركعة ، وممن رخص في ركوع الرجل دون الصف زيد ابن ثابت وفعله ابن مسعود وزيد بن وهب وابو بكر بن عبد الرحمن وعروة وسعيد بن جبير وابن جريج وجوزه الزهري والاوزاعي ومالك والشافعي اذا كان قريباً من الصف . الحال الثالث اذا رفع رأسه من الركوع ثم دخل في الصف أو جاء آخر فوقف معه قبل اتمام الركعة فهذه الحال التي يحمل عليها قول الخرقي ونص الامام احمد . فمتى كان جاهلا بتحريم ذلك صحت صلاته وإن علم لم تصح وروى أبو داود عن احمد انه يصح ولم يفرق وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان أبا بكرة فعل ذلك وفعله من ذكرنا من الصحابة

ولنا ماروي أن أبا بكرة انتهى إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو راكع فركع قبل أن يصل إلى الصف فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال «زادك الله حرصاً ولا تعد » رواه البخاري ورواه ابو داود ، ولفظه أن أبا بكرة جاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم راكع فركع دون الصف ثم مشى إلى الصف فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة قال « أيكم الذي ركع دون الصف ثم مشى إلى الصف » فقال ابو بكرة : أنا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « زادك الله حرصاً ولا تعد » فلم يأمره باعادة الصلاة ونهاه عن العود والنهي يقتضي الفساد ، فان قيل انما نهاه عن التهاون والتخلف عن الصلاة قلنا انما يعود النهي إلى المذكور ، والمذكور الركوع دون الصف ولم ينسبه النبي صلى الله عليه

واسحق وابن المنذر وغيرهم ، وأجازه الحسن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لان أبا بكرة ركع دون الصف فلم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاعادة ولانه موقف للمرأة فكان موقفاً للرجال كما لو كان مع جماعة

ولنا ماروى وابصة بن معبد ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي خلف الصف وحده فأمره أن يعيد ، رواه أبو داود وغيره وقال ابن المنذر ثبت الحديث وفي لفظ سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل صلى وراء الصف وحده فقال يعيد رواه تمام في الفوائد ، وعن علي بن شيبان أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم فسلم فانصرف ورجل فرد خلف الصف فوقف نبي الله صلى الله عليه وسلم حتى انصرف الرجل فقال النبي صلى الله عليه وسلم « استقبل صلاتك فلا صلاة لفرد خلف الصف» رواه الأثرم وقال قلت لأبي عبدالله حديث ملازم ابن عمرو يعني هذا الحديث أيضاً حسن ؟ قال نعم. ولانه خالف الموقف فلم تصح صلاته كما لو وقف قدام الامام. فأما حديث أبي بكرة فان النبي صلى الله عليه وسلم نهاه فقال «لا تعد» والنهي يقتضي الفساد وعذره فيما فعله لجهله وللجهل تأثير في العفو ولا يلزم من كونه موقفا للمرأة أن يكون موقفا للرجل بدليل اختلافهما في كراهة الوقوف واستحبابه

﴿ فصل ﴾ وإن وقف عن يسار الامام وكان عن يمين الامام أحد صحت صلاته لما ذكرنا من حديث ابن مسعود ولأن وسط الصف موقف لامام العراة وان لم يكن عن يمينه أحد فصلاته فاسدة، وكذلك

وسلم إلى التهاون وانما نسبه إلى الحرص ودعا له بالزيادة فيه فكيف ينهاه عن التهاون وهو منسوب إلى ضده ؟ وروي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنها لاتصح صلاته عالما كان أو جاهلا لانه لم يدرك في الصف مايدرك به الركعة أشبه مالو صلى ركعة كاملة ، وعلى هذا يحمل حديث أبي بكرة على أنه دخل في الصف قبل رفع النبي صلى الله عليه وسلم رأسه ، وقد قال أبو هريرة : لايركع أحدكم حتى يأخذ مقامه من الصف . ولم يفرق القاضي في هذه المسئلة بين من رفع رأسه من الركوع ثم دخل وبين من دخل فيه راكعاً ، وكذلك كلام احمد والخرقي ولا تفريق فيه والدليل يقتضي التفريق فيحمل كلامهم عليه وقد ذكره أبو الخطاب نحواً مما ذكرنا

(فصل) وإن فعل هذا لغير عذر ولا خشي الفوات ففيه وجهان : أحدهما يجزيه لانه لو لم يجز مطلقاً لم يجز حال العذر كالركعة كلها ، والثاني لايجزيه لأن الاصل أن لايجوز لكونه يفوته في الصف ماتفوته الركعة بفواته ، وانما أبيح في المعذور لحديث أبي بكرة ففي غيره يبقى على الاصل

(فصل) إذا أحسّ بداخل وهو في الركوع يريد الصلاة معه وكانت الجماعة كثيرة كره انتظاره لانه يبعد أن يكون فيهم من لايشق عليه ، وان كانت الجماعة يسيرة وكان انتظاره يشق عليهم كره أيضاً لان الذين معه أعظم حرمة من الداخل فلا يشق عليهم لنفعه ، وان لم يشق لكونه يسيراً فقد قال احمد : ينتظره مالم يشق على من خلفه وهذا مذهب أبي مجلز والشعبي والنخعي وعبدالرحمن بن

إن كانوا جماعة وأكثر أهل العلم يرون ان الأولى للواحد أن يقف عن يمين الامام . روي عن سعيد ابن المسيب انه كان اذا لم يكن معه إلا واحد جعله عن يساره ، وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي تصح صلاة من وقف عن يسار الامام لان ابن عباس لما أحرم عن يسار النبي صلى الله عليه وسلم أداره عن يمينه ولم تبطل تحريمته ولو لم يكن موقفاً لزمه استئنافها كقدام الامام ولانه أحد الجانبين أشبه اليمين وكما لو كان عن يمينه أحد

ولنا حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم أداره عن يمينه ، وكذلك حديث جابر وقولهم لم يأمره بابتداء التحريمة لأن مافعله قبل الركوع لا يؤثر فان الامام يحرم قبل المأمومين وكذلك المأمومون يحرم بعضهم قبل بعض الباقين ، ولا يضر انفراده ولا يلزم من العفو عن ذلك العفو عن ركعة كاملة .وقولهم هو موقف اذا كان أحد عن يمينه قلنا لايلزم من كونه موقفا في صورة أن يكون موقفا في غيرها بدليل ماوراء الامام فانه موقف الاثنين وليس موقفاً للواحد ، وان منعوه فقد دل عليه الحديث المذكور والقياس انه يصح كما لو كان عن يمينه وكون النبي صلى الله عليه وسلم أدار ابن عباس وجابراً يدل على الفضيلة لا على عدم الصحة بدليل رد جابر وجبار الى وراءه مع صحة صلاتهما عن جانبه

﴿ فصل ﴾ فان كان خلف الامام صف فهل تصح صلاة من وقف عن يساره ؟ فيه احتمالان . أحدهما يصح لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى وأبو بكر عن يمينه ، وكان أبو بكر

أبي ليلى واسحاق وأبي ثور ، وقال الاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة : لاينتظره لان انتظاره تشريك في العبادة فلا يشرع كالرياء

ولنا أن انتظاره ينفع ولا يشق فشرع كتطويل الركعة وتخفيف الصلاة ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الاولى حتى لايسمع وقع قدم ، وأطال السجود حين ركب الحسن على ظهره وقال « ان ابني هذا ارتحلني فكرهت أن أعجله » وقال « اني لأسمع بكاء الصبي وأنا في الصلاة فأخففها كراهة أن أشق على أمه » وقال « من أمَّ الناس فليخفف فان فيهم الكبير والضعيف وذا الحاجة » وشرع الانتظار في صلاة الخوف لتدركه الطائفة الثانية ، ولان منتظر الصلاة في صلاة ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم ينتظر الجماعة ؛ فقال جابر : كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي العشاء أحيانا ، وأحيانا اذا رآهم قد اجتمعوا عجل ، واذا رآهم قد ابطؤا اخر ، وبهذا كله يبطل ماذكروه من التشريك . قال القاضي : والانتظار جائز غير مستحب ، وانما ينتظر من كان ذا حرمة كأهل العلم ونظرائهم من أهل الفضل

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ وسترة الامام سترة لمن خلفه ﴾

وجملته أنه يستحب للمصلي أن يصلي الى سترة فان كان في مسجد أو بيت صلى الى الحائط أو سارية وان كان في فضاء صلى الى شيء شاخص بين يديه أو نصب بين يديه حربة أو عصى أو عرض

الامام وكان مع الامام ولان مع الامام من تنعقد صلاته به فصح كما لو كان عن يمينه أحد ، والثاني لاتصح لانه ليس بموقف اذا لم يكن صف فلم يكن موقفا مع الصف كامام الامام وفارق اذا كان معه آخر لانه معه في الصف فكان صفا واحداً فهو كما لو وقف معه خلف الصف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أمَّ امرأة وقفت خلفه)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أخروهن من حيث أخرهن الله » وروى أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بأمه او خالته فأقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا رواه مسلم ، وان أمَّ رجلا وامرأة وقف الرجل عن يمينه ووقفت المرأة خلفهما لما ذكرنا ، وإن كانا رجلين وقفا خلفه والمرأة خلفهما كما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم فصففت أنا واليتيم وراءه والمرأة خلفنا فصلى لنا رسول الله ركعتين متفق عليه ، وكان الحسن يقول في ثلاثة أحدهم امرأة يقوم بعضهم وراء بعضهم وهذا قول لانعلم أحداً وافقه فيه ، واتباع السنة أولى

﴿ فصل ﴾ فان وقفت المرأة في صف الرجال كره لها ذلك ولم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر تبطل صلاة من يليها ومن خلفها دونها وهو قول أبي حنيفة لأنه منهي عن الوقوف الى جانبها أشبه الوقوف أمام الامام . ولنا أنها لو وقفت في غير صلاة لم تبطل صلاته كذلك في الصلاة ، وقد ثبت أن عائشة كانت تعترض بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم وهو يصلي

البعير فصلى اليه أو جعل رحله بين يديه وسئل أحمد يصلي الرجل الى سترة في الحضر والسفر قال نعم مثل اخرة الرحل ولا نعلم في استحباب ذلك خلافا والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان تركز له الحربة فيصلي اليها ويعرض البعير فيصلي اليه وروى أبو جحيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم ركزت له العنزة فتقدم وصلى الظهر ركعتين يمر بين يديه الحمار والكلب لا يمنع متفق عليه وعن طلحة ابن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل ولا يبال من مر وراء ذلك» أخرجه مسلم ، اذا ثبت هذا فان سترة الامام سترة لمن خلفه نص على هذا أحمد وهو قول اكثر أهل العلم كذلك قال ابن المنذر وقال الترمذي قال أهل العلم سترة الامام سترة لمن خلفه قال أبو الزناد كل من أدركت من فقهاء المدينة الذين ينتهى الى قولهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وسليمان بن يسار وغيرهم يقولون سترة الامام سترة لمن خلفه وروي ذلك عن ابن عمر وبه قال النخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وغيرهم وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الى سترة ولم يأمر أصحابه بنصب سترة أخرى وفي حديث عن ابن عباس قال أقبلت راكبا على حمار أتان والنبي صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس بمنى الى غير جدار فمررت بين يدي بعض أهل الصف فنزلت فأرسلت الاتان ترتع فدخلت في الصف فلم ينكر علي أحد متفق عليه ومعنى قولهم سترة الامام سترة

قولهم : وهو منهي عنه ، قلنا هي منهية عن الوقوف مع الرجال فاذا لم تبطل صلاتها فصلاتهم أولى وقال ابن عقيل الأشبه بالمذهب عندي بطلان صلاتها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أخروهن » وهو موقف منهي عنه أشبه موقف الفذ خلف الامام والصف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اجتمع رجال وصبيان وخناثى ونساء تقدم الرجال ثم الصبيان ثم الخناثى ثم النساء) لما روى أبو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فصف الرجال ثم صف خلفهم الغلمان. وتقدم الخناثى على النساء لجواز أن يكون رجلا (وكذلك يفعل في تقديمهم الى الامام اذا اجتمعت جنائزهم) وسنذكر ذلك فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ (ومن لم يقف معه إلا كافر أو امرأة أو محدث يعلم حدثه فهو فذ ، وكذلك الصبي إلا في النافلة) أما اذا وقف معه كافر ومحدث يعلم حدثه لم تصح صلاته لأن وجوده وعدمه واحد وكذلك اذا وقف معه سائر من لا تصح صلاته لما ذكرنا . وقد روي عن أحمد انه قال اذا أم رجلين أحدهما غير طاهر أتم الطاهر معه ، وهذا يحتمل انه أراد اذا علم المحدث حدث نفسه أتم الآخر إن كان عن يمين الامام وإن لم يكن عن يمينه تقدم فصار عن يمينه . فأما إن كانا خلفه وأتم الصلاة مع علم المحدث بحدثه لم تصح وإن لم يعلمه صح لانه لو كان إماماً صح الائتمام به فصحة مصافته أولى

﴿ فصل ﴾ فان لم يقم معه إلا امرأة فقال ابن حامد لا تصح صلاته لأنها لا تؤمه فلا تكون معه

لمن خلفه أنه متى لم يحل بين الامام وسترته شيء يقطع الصلاة فصلاة المأمومين صحيحة لايضرها مرور شيء بين أيديهم في بعض الصف ولا فيما بينهم وبين الامام وان مر مايقطع الصلاة بين الامام وسترته قطع صلاته وصلاتهم وقد دل على هذا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال هبطنا مع النبي صلى الله عليه وسلم من ثنية اذاخر فحضرت الصلاة يعني الى جدر فاتخذها قبلة ونحن خلفه فجاءت بهمة تمر بين يديه فما زال يدرؤها حتى لصق بطنه بالجدر فمرت من ورائه رواه أبوداود فلولا أن سترته سترة لهم لم يكن بين مرورها بين يديه وخلفه فرق

(فصل) وقدر السترة في طولها ذراع أو نحوه قال الأثرم سئل أبو عبد الله عن آخرة الرحل[1] كم مقدارها قال ذراع كذا قال عطاء ذراع وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انها قدر عظم الذراع وهذا قول مالك والشافعي والظاهر أن هذا على سبيل التقريب لا التحديد لان النبي صلى الله عليه وسلم قدرها بآخرة الرحل وآخرة الرحل تختلف في الطول والقصر فتارة تكون ذراعا وتارة تكون أقل منه فما قارب الذراع اجزأ الاستتار به والله أعلم

فأما قدرها في الغلظ والدقة فلا حد له نعلمه فانه يجوز ان تكون دقيقة كالسهم والحربة وغليظة كالحائط فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستتر بالعنزة وقال أبو سعيد كنا نستتر بالسهم والحجر في الصلاة وروي عن سبرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « استتروا في الصلاة ولو بسهم » رواه

(١) هي بالمد مؤخره الذي يتكيء عليه الراكب . والذراع ذراع آدمي وهي شبران

صفا ولانها من غير أهل الوقوف معه فوجودها كعدمها ، وقال ابن عقيل تصح على أصح الوجهين لانه وقف معه مفترض صلاته صحيحة أشبه مالو وقف معه رجل ، وليس من شرط المصافة أن يكون ممن تصح إمامته بدليل القاريء مع الامي والفاسق والمفترض مع المتنفل ، وإن وقف معه خنثى مشكل لم يكن معه صفا على قول ابن حامد لانه يحتمل أن يكون امرأة

﴿ فصل ﴾ وإن وقف معه فاسق أو متنفل صار صفاً لأن صلاتهم صحيحة ، وكذلك لو وقف قاريء مع أمي أو من به سلس البول مع صحيح أو قائم مع قاعد كانا صفاً لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ اذا وقف مع البالغ وخلفه صبي فان كان فى النافلة صح لما ذكرنا من حديث أنس وذكر أبو الخطاب رواية انه لايصح بناء على إمامته فى النفل ، وإن كان في الفرض فقد روى الأثرم عن أحمد انه توقف في هذه المسئلة وقال ما أدري فذكر له حديث أنس فقال ذلك في التطوع واختلف فيه أصحابنا فقال بعضهم لايصح لانه لايصلح إماما للرجال في الفرض كالمتنفل ، ولا يشترط لصحة مصافته صلاحيته للامامة بدليل الفاسق والعبد والمسافر في الجمعة والأصل المقيس عليه ممنوع

﴿ فصل ﴾ اذا أمّ الرجل خنثى مشكلا وحده فالصحيح انه يقف عن يمينه لأنه إن كان رجلا فهذا موقفه وان كان امرأة لم تبطل صلاتها بوقوفها مع الامام كما لو وقفت مع الرجال ، ولا يقف وحده لجواز أن يكون رجلا فان كان معهما رجل وقف الرجل عن يمين الامام والخنثى عن يساره

الأثرم وقال الاوزاعي يجزيه السهم والسوط قال أحمد وما كان أعرض فهو أعجب الي وذلك لأن قوله ولو بسهم يدل على ان غيره أولى منه

(فصل) ويستحب للمصلي أن يدنو من سترته لما روى سهل ابن أبي خيثمة يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا صلى أحدكم الى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان عليه صلاته » رواه أبو داود وعن أبي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا صلى أحدكم فليصل الى سترة وليدن منها » رواه الأثرم وعن سهل بن سعد قال كان بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين القبلة ممر الشاة رواه البخاري وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ارهقوا القبلة » رواه الاثرم وذكر الخطابي في معالم السنن ان مالك بن أنس كان يصلي يوما متنائياً عن السترة فمر به رجل لا يعرفه فقال يا أيها المصلي أدن من سترتك. فجعل مالك يتقدم وهو يقرأ (وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما) ولان قربه من السترة أصون لصلاته وأبعد من أن يمر بينه وبينها شيء يحول بينه وبينها . اذا ثبت هذا فانه يجعل بينه وبين سترته ثلاثة اذرع فما دون قال مهنا سألت أبا عبد الله عن الرجل يصلي كم ينبغي أن يكون بينه وبين القبلة قال يدنو من القبلة ما استطاع ثم قال بعد: إن ابن عمر قال صلى النبي صلى الله عليه وسلم في الكعبة فكان بينه وبين الحائط ثلاثة أذرع قال الميموني فقد رأيتك على نحو من أربعة قال بالسهو وكان عبد الله بن مغفل يجعل بينه وبين

أو عن يمين الرجل ولا يقفان خلفه لجواز أن يكون امرأة إلا عند من أجاز للرجل مصافة المرأة ، فان كان معهم رجل آخر وقف الثلاثة خلفه صفاً لما ذكرنا ، وإن كانا خنثيين مع الرجلين فقال أصحابنا يقف الخنثيان صفا خلف الرجلين لاحتمال أن يكونا امرأتين، ويحتمل أن يقفا مع الرجلين لانه يحتمل أن يكون أحدهما رجلا فلا تصح صلاته ، وان كان معهم نساء وقفن خلف الخناثى على ماذكرنا

﴿ فصل ﴾ واذا كان المأموم واحداً فكبر عن يسار الامام أداره الامام عن يمينه ولم تبطل تحريمته كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بابن عباس ، وإن كبر وحده خلف الامام ثم تقدم عن يمينه أو جاء آخر فوقف معه أو تقدم الى الصف بين يديه أو كانا اثنين فكبر أحدهما وتوسوس الآخر ثم كبر قبل رفع الامام رأسه من الركوع أو كبر واحد عن يمين الامام فأحس بآخر فتأخر معه قبل أن يحرم الثاني ثم أحرم أو أحرم عن يسار الامام فجاء آخر فوقف عن يمينه قبل رفع الامام رأسه من الركوع صحت صلاتهم وقد نص عليه أحمد فى رواية الأثرم في الرجلين يقومان خلف الامام ليس خلفه غيرهما خاف أن يدخل فى الصلاه خلف الصف فقال ليس هذا من ذاك ، ذاك في الصلاة بكمالها أو صلى ركعة كاملة وما أشبه هذا ، فأما هـذا فأرجو أن لا يكون به بأس ، ولو أحرم رجل خلف الصف ثم خرج من الصف رجل فوقف معه صح لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ وإن كبر رجل عن يمين الامام وجاء آخر فكبر عن يساره أخرجهما الامام الى

سترته ستة أذرع قال عطاء اقل ما يكفيك ثلاثة أذرع وبه قال الشافعي لخبر ابن عمر عن بلال أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في مقدم البيت وبينه وبين الجدار ثلاثة أذرع وكلما دنا فهو أفضل لما ذكرنا من الاخبار والمعنى

(فصل) ولا بأس ان يستتر ببعير أو حيوان وفعله ابن عمر وانس وحكي عن الشافعي أنه لا يستتر بدابة

ولنا ما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الى بعير رواه البخاري ومسلم [1] وفي لفظ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعرض راحلته ويصلي اليها قال قلت فاذا ذهب الركاب قال يعرض الرحل ويصلي الى آخرته فان استتر بانسان فلا بأس فانه يقوم مقام غيره من السترة وقد روي عن حميد بن هلال قال رأى عمر بن الخطاب رجلا يصلي والناس يمرون بين يديه فولاه ظهره وقال بثوبه هكذا وبسط يديه هكذا وقال صل ولا تعجل وعن نافع قال كان ابن عمر اذا لم يجد سبيلا الى سارية من سواري المسجد قال ولني ظهرك رواهما البخاري باسناده

(فصل) فان لم يجد سترة خط خطا وصلى اليه وقام ذلك مقام السترة نص عليه أحمد وبه قال سعيد بن جبير والاوزاعي وأنكر مالك الخط والليث بن سعد وأبو حنيفة وقال الشافعي بالخط بالعراق وقال بمصر لايخط المصلي خطاً الا أن يكون فيه سنة تتبع

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء

(١) سقطت لفظة مسلم من نسخة دار الكتب

ورائه كفعل النبي صلى الله عليه وسلم بجابر وجبار ، ولا يتقدم الامام إلا أن يكون وراءه ضيق وإن تقدم جاز وإن كبر الثاني مع الاول عن اليمين وخرجا جاز ، وان دخل الثاني وهما في التشهد كبر وجلس عن يسار الامام أو عن يمين الآخر ولا يتأخران في التشهد لأن فيه مشقة

﴿ فصل ﴾ وإن أحرم اثنان وراء الامام فخرج أحدهما لعذر أو لغيره دخل الآخر في الصف أو نبه رجلا فخرج معه أو دخل فوقف عن يمين الامام فان لم يمكنه شيء من ذلك نوى الانفراد وأتم منفردا لأنه عذر حدث له أشبه مالو سبق إمامه الحدث .

﴿ مسألة ﴾ ومن جاء فوجد فرجة وقف فيها فان لم يجد وقف عن يمين الامام ولم يجذب رجلا ليقوم معه فان لم يمكنه ذلك نبه رجلا ليقوم معه [1] فخرج فوقف معه وهذا قول عطاء والنخعي وكره ذلك مالك والاوزاعي واستقبحه أحمد وإسحق ، قال ابن عقيل جوز أصحابنا جذب رجل يقوم معه صفاً قال وعندي انه لايفعل لما فيه من التصرف بغير اذنه . قال شيخنا والصحيح جواز ذلك لأن الحاجة داعية اليه فجاز كالسجود على ظهر انسان أو قدمه حال الزحام وليس هذا تصرفا فيه بل هو تنبيه له فجرى مجرى مسألته أن يصلي معه ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لينوا في أيدي إخوانكم » يريد ذلك فان امتنع من الخروج وحده معه صلى وحده

(١) في المتن المطبوع فان لم يمكنه فله أن ينبه من يقوم معه اه ويتأمل قوله بعده : فخرج فوقف معه . على أن هذه المسألة كانت في الاصل مدغمة في الشرح

وجه شيئاً فان لم يجد فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ثم لا يضره من مر أمامه» رواه أبو داود وسنة النبي صلى الله عليه وسلم أولي أن تتبع

(فصل) وصفة الخط مثل الهلال قال أبو داود سمعت أحمد بن حنبل يقول غير مرة وسئل عن الخط فقال هكذا عرضاً مثل الهلال قال وسمعت مسدداً قال قال بن داود الخط بالطول وقال في رواية الأثرم قالوا طولا وقالوا عرضاً وقال أما أنا فاختار هذا ودور باصبعه مثل القنطرة وكيف ماخطه أجزأه فقد نقل حنبل انه قال ان شاء معترضا وان شاء طولا وذلك لان الحديث مطلق في الخط فكيف ما أتى به فقد أتى بالخط فيجزيه ذلك والله أعلم

(فصل) وان كان معه عصا فلم يمكنه نصبها فقال الأثرم قلت لاحمد الرجل يكون معه عصا لم يقدر على غرزها فألقاها بين يديه أيلقيها طولا أم عرضاً قال لا بل عرضا وكذلك قال سعيد ابن جبير والاوزاعي وكرهه النخعي

ولنا ان هذا في معنى الخط فيقوم مقامه وقد ثبت استحباب الخط بالحديث الذي رويناه

(فصل) واذا صلى الى عود أو عمود أو شيء في معناهما استحب له أن ينحرف عنه ولا يصمد له صمداً لما روى أبو داود عن المقداد بن الاسود قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الى عود او الى عمود ولا شجرة الا جعله على حاجبه الايمن او الايسر ولا يصمد له صمدا أي لا يستقبله فيجعله وسطا ومعنى الصمد القصد

﴿ مسئلة ﴾ (فان صلى فذاً ركعة لم تصح)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لفرد » رواه الأثرم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ركع فذاً ثم دخل فى الصف أو وقف معه آخر قبل رفع الامام صحت صلاته وإن رفع ولم يسجد صحت ، وقيل إن علم النهي لم تصح وإن فعله لغير عذر لم تصح)

من ركع دون الصف ثم دخل في الصف لم يخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يصلي ركعة ثم يدخل فلا تصح صلاته لما ذكرنا (الثاني)أن يمشي وهو راكع ثم يدخل فى الصف قبل رفع الامام رأسه من الركوع أو يأتي آخر فيقف معه قبل رفع الامام رأسه فتصح صلاته لأنه أدرك مع الامام فى الصف مايدرك به الركعة ، وممن رخص في ذلك زيد بن ثابت وفعله ابن مسعود وزيد بن وهب وعروة وسعيد بن جبير وجوزه الزهري والاوزاعي ومالك والشافعي اذا كان قريباً من الصف (والحال الثالث) أن لايدخل في الصف الا بعد رفع الامام رأسه من الركوع أو يقف معه آخر في هذه الحال ففيه ثلاث روايات إحداهن تصح صلاته وهذا مذهب مالك والشافعي لأن أبا بكرة فعل ذلك وفعله من ذكرنا من الصحابة ولانه لم يصل ركعة كاملة أشبه مالو أدرك الركوع ، والثانية تبطل صلاته بكل حال لانه لم يدرك في الصف مايدرك به الركعة

(فصل) تكره الصلاة الى المتحدثين لئلا يشتغل بحديثهم واختلف في الصلاة الى النائم فروي أنه يكره وروي ذلك عن ابن مسعود وسعيد بن جبير وعن أحمد مايدل على أنه يكره في الفريضة خاصة ولا يكره في التطوع لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل وعائشة معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة متفق عليه قال أحمد هذا في التطوع والفريضة أشد وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة الى النائم والمتحدث رواه أبو داود فخرج التطوع من عمومه لحديث عائشة بقي الفرض على مقتضى العموم وقيل لايكره فيهما لان حديث عائشة صحيح وحديث النهي ضعيف قال الخطابي وقد قال أحمد لا فرق بين الفريضة والنافلة الا في صلاة الراكب وتقديم قياس الخبر الصحيح أولى من الخبر الضعيف

(فصل) ويكره أن يصلي مستقبلا وجه انسان لان عمر أدب على ذلك وفي حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي حذاء وسط السرير وأنا مضطجعة بينه وبين القبلة تكون لي الحاجة فأكره ان أقوم فاستقبله فانسل انسلالا . متفق عليه . ولانه شبه السجود لذلك الشخص . ويكره أن يصلي الى نار قال أحمد اذا كان التنور في قبلته لايصلي اليه وكره ابن سيرين ذلك وقال أحمد في السراج والقنديل يكون في القبلة أكرهه واكره كل شيء حتى كانوا يكرهون أن يجعلوا شيئا في القبلة حتى المصحف وانما كره ذلك لان النار تعبد من دون الله فالصلاة اليها تشبه الصلاة لها[1] وقال أحمد لاتصل الى صورة منصوبة في وجهك وذلك لان الصورة تعبد من دون الله وقد روي عن عائشة قالت كان لنا ثوب فيه تصاوير فجعلته بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو

[1] أنكرت وأنا بمكة المكرمة وضع الشمع بباب الكعبة ليلا وفاتني أن أذكر للسلطان وجوب منعه وقد أنكر بعض العلماء وضع مجامر البخور في الكعبة وقال ان البرامكة حسنوه لهارون الرشيد تأنيسا للمسلمين بوضع النار في معابدهم . ولكن النار قلما تظهر في المجامر

أشبه مالو صلى ركعة كاملة ، والثالثة انه إن كان جاهلا بتحريم ذلك صحت صلاته وإلا لزمته الاعادة اختارها الخرقي لما روي ان أبا بكرة انتهى الى النبي صلى الله عليه وسلم وهو راكع فركع قبل أن يصل الى الصف فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « زادك الله حرصا ولا تعد » رواه البخاري فلم يأمره باعادة الصلاة ونهاه عن العود ، والنهي يقتضي الفساد ، ولم يفرق القاضي والخرقي في هذه المسألة بين من دخل قبل رفع رأسه من الركوع أو بعد الرفع ، وذلك منصوص أحمد والدليل يقتضي التفريق فيحمل كلامهم عليه وقد ذكره أبو الخطاب على نحو ماذكرنا

﴿ فصل ﴾ فان فعل ذلك لغير عذر ولا خشي الفوات لم تصح صلاته في أحد الوجهين لأنه فاته مانفوته الركعة بفواته وانما أبيح للمعذور لحديث أبي بكرة فيبقى فيما عداه على قضية الدليل، والثاني تصح لأن الموقف لايختلف بخيفة الفوات وعدمه كما لو فاتته الركعة كلها

﴿ فصل ﴾ السنة أن يتقدم في الصف الاول أولو الفضل والأسن وأن يلي الامام أكملهم وأفضلهم قال أحمد يلي الامام الشيوخ وأهل القرآن ويؤخر الصبيان والغلمان لما روى أبو سعيد الانصاري قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ليلني منكم أولو الأحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين

يصلى فنهاني أو قالت كره ذلك رواه عبد الرحمن بن أبي حاتم باسناده ولأن التصاوير تشغل المصلي بالنظر اليها وتذهله عن صلاته وقال أحمد يكره ان يكون في القبلة شيء معلق مصحف أو غيره ولا بأس أن يكون موضوعا بالارض وقد روى مجاهد قال لم يكن عبد الله ابن عمر يدع شيئا بينه وبين القبلة الا نزعه لا سيفا ولا مصحفًا رواه الخلال باسناده قال أحمد ولا يكتب في القبلة شيء وذلك لانه يشغل قلب المصلي وربما اشتغل بقراءته عن صلاته وكذلك يكره تزويقها وكل ما يشغل المصلي عن صلاته فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في خميصة لها أعلام فلما قضى صلاته قال « اذهبوا بهذه الى أبي جهم بن حذيفة فانها ألهتني آنفًا عن صلاتي وائتوني بانبجانيته » متفق عليه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة « اميطي عنا قرامك فانه لايزال تصاويره تعرض لي في صلاتي »[1] رواه البخاري واذا كان النبي صلى الله عليه وسلم مع ما أيده الله تعالى به من العصمة والخشوع شغله ذلك فغيره من الناس أولى

(فصل) ويكره ان يصلي وامامه امرأة تصلي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أخروهن من حيث أخرهن الله » فأما في غير الصلاة فلا يكره لخبر عائشة وروى أبو حفص باسناده عن أم سلمة قالت كان فراشي حيال مصلى النبي صلى الله عليه وسلم . وإن كانت عن يمينه أو يساره لم يكره وان كانت في صلاة وكره أحمد ان يصلي وبين يديه كافر وروي ذلك عن اسحق لان المشركين نجس

يلونهم »[2] وقال أبو سعيد ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى في أصحابه تأخراً فقال « تقدموا فائتموا بي وليأتم بكم من بعدكم ولا يزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله عز وجل » رواهما أبو داود . وعن قيس بن عبادة قال أتيت المدينة للقاء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقمت في الصف الاول فجاء رجل فنظر في وجوه القوم فعرفهم غيري فنحاني وقام في مكاني فما عقلت صلاتي ، فلما صلى قال يابني لايسؤك الله فاني لم آت الذي أتيت بجهالة ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لنا « كونوا في الصف الذي يليني » واني نظرت في وجوه القوم فعرفتهم غيرك . وكان الرجل أبي بن كعب رواه أحمد والنسائي

(فصل) والصف الاول أفضل للرجال، وللنساء بالعكس لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها ، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها » رواه أبو داود وعن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أتموا الصف الاول فما كان من نقص فليكن في الصف الآخر » رواه أبو داود ، وعن أبي بن كعب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصف الاول على مثل صف الملائكة ، ولو تعلمون فضيلته لابتدرتموه » رواه الامام أحمد ، وميامن الصفوف أفضل لقول عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله وملائكته يصلون على ميامن

« ١ » القرام ستر كانت علقته على باب بيتها وكان فيه تصاوير فامرها « ص » فهتكته واتخذت منه وسادة فكان النبي « ص » يتكيء عليها لان التصاوير فيها ممتهنة لا تشبه المعبودة

« ٢ » رواه بهذا اللفظ أحمد ومسلم وأبوداود والترمذي عن ابن مسعود بزيادة « واياكم وهيشات الاسواق أي جلبتها وخصوماتها » ورواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث أبي مسعود الانصاري بزيادة في أوله قال: كان رسول الله (ص) يمسح مناكبنا في الصلاة ويقول « استووا ولا تختلفوا فتختلف قلوبكم وليلني منكم » الخ فعزو المصنف له الى ابي سعيد غلط . وحديث أبي سعيد « هو الخدري » الذي بعده رواه أيضا مسلم والنسائي وابن ماجه فالمؤلف فقيه لا محدث

(فصل) ولا بأس أن يصلي بمكة الى غير سترة وروي ذلك عن ابن الزبير وعطاء ومجاهد قال الاثرم قيل لاحمد الرجل يصلى بمكة ولا يستتر بشيء فقال قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى ثم ليس بينه وبين الطواف سترة قال أحمد لان مكة ليست كغيرها كأن مكة مخصوصة وذلك لما روى كثير بن كثير بن المطلب عن أبيه عن جده المطلب قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي حيال الحجر والناس يمرون بين يديه رواه الخلال باسناده وروى الأثرم باسناده عن المطلب قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا فرغ من سبعه جاء حتى يحاذي الركن بينه وبين السقيفة فصلي ركعتيه في حاشية المطاف وليس بينه وبين الطواف احد وقال ابن أبي عمار رأيت ابن الزبير جاء يصلي والطواف بينه وبين القبلة تمر المرأة بين يديه فينظرها حتى تمر ثم يضع جبهته في موضع قدمها رواه حنبل في كتاب المناسك وقال المعتمر قلت لطاوس الرجل يصلي يعني بمكة فيمر بين يديه الرجل والمرأة فقال أولا يرى الناس بعضهم بعضاً واذا هو يرى ان لهذا البلد حالا ليس لغيره من البلدان وذلك لان الناس يكثرون بمكة لأجل قضاء نسكهم ويزدحمون فيها ولذلك سميت (بكة) لان الناس يتباكون فيها أي يزدحمون ويدفع بعضهم بعضاً فلو منع المصلي من يجتاز بين يديه لضاق على الناس وحكم الحرم كله حكم مكة في هذا بدليل ما روى ابن عباس قال أقبلت راكبا على حمار أتان والنبي صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس بمنى الى غير جدار متفق عليه ولان الحرم كله محل المشاعر والمناسك فجرى مجرى مكة في ما ذكرناه

الصفوف » رواه أبو داود ، ويستحب أن يقف الامام في مقابلة وسط الصف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « وسطوا الامام وسدوا الخلل » (١)

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان المأموم يرى من وراء الامام صحت صلاته اذا اتصلت الصفوف ، وان لم ير من وراءه لم تصح وعنه تصح اذا كان في المسجد)

وجملة ذلك انه اذا كان الامام والمأموم في المسجد يعتبر اتصال الصفوف . قال الآمدي لا خلاف في المذهب انه اذا كان في اقصى المسجد وليس بينه وبين الامام مايمنع الاستطراق والمشاهدة انه يصح اقتداؤه به وان لم تتصل الصفوف وهذا مذهب الشافعي ، وذلك لأن المسجد بني للجماعة فكل من حصل فيه فقد حصل في محل الجماعة ، فان كان المأموم خارج المسجد أو كانا جميعاً في غير المسجد صح أن يأتم به بشرط امكان المشاهدة واتصال الصفوف وسواء كان المأموم في درجة المسجد أو في دار أو على سطح والامام على سطح آخر ، أو كان في صحراء أو في سفينتين وهذا مذهب الشافعي إلا أنه يشترط أن لا يكون بينهما مايمنع الاستطراق في أحد القولين . ولنا ان هذا لا تأثير له في المنع مع الاقتداء بالامام ولم يرد فيه نهي ولا هو في معنى ذلك فلم يمنع صحة الائتمام به كالفصل اليسير اذا ثبت هذا فان معنى اتصال الصفوف أن لا يكون بينهما بعد لم تجر العادة به بحيث يمنع امكان

«١» رواه أبو داود عن أبي هريرة وفيه علتان ، وان سكت عنه هو والمنذري

(فصل) ولو صلي في غير مكة الى غير سترة لم يكن به بأس لما روى ابن عباس قال صلى النبي صلى الله عليه وسلم في فضاء ليس بين يديه شيء رواه البخاري وروي عن الفضل بن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاهم في باديتهم فصلى الى غير سترة ولان السترة ليست شرطا في الصلاة وانما هي مستحبة قال أحمد في الرجل يصلي في فضاء ليس بين يديه سترة ولا خط صلاته جائزة وقال أحب أن يفعل فان لم يفعل يجزيه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن مر بين يدي المصلي فليرده ﴾

وجملته أنه ليس لأحد أن يمر بين يدي المصلي اذا لم يكن بين يديه سترة فان كانت بين يديه سترة لم يمر أحد بينه وبينها لما روى أبو جهيم الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الاثم [1] لكان أن يقف أربعين خيراً له من أن يمر بين يديه » متفق عليه [2] ولمسلم لأن يقف أحدكم مائة عام خير له من أن يمر بين يدي أخيه وهو يصلي » وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم الذي يمر بين يدي المصلي شيطانا وأمر برده ومقاتلته وروي عن يزيد بن نمران انه قال رأيت رجلا بتبوك مقعداً فقال مررت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا على حمار وهو يصلي فقال «اللهم اقطع أثره» فما مشيت عليها بعد رواه أبو داود وفي لفظ قال «قطع صلاتنا قطع الله أثره »وان أراد أحد المرور بين يدي المصلي فله منعه في قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وسالم وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا والاصل فيه ما روى

«١» سقطت من نسخة دار الكتب
(٢) بل رواه الجماعة كلهم

الاقتداء ، وحكي عن الشافعي انه حد الاتصال بما دون ثلاثمائة ذراع والتحديدات بابها التوقيف ولا نعلم في هذا نصاً ولا اجماعا يعتمد عليه فوجب الرجوع فيه الى العرف كالتفرق والاحراز

﴿ فصل ﴾ فان كان بين المأموم والامام حائل يمنع رؤية الامام ومن وراءه فقال ابن حامد فيه روايتان إحداهما لايصح الائتمام به اختاره القاضي لأن عائشة قالت لنساء كن يصلين في حجرتها لا تصلين بصلاة الامام فانكن دونه في حجاب ولانه لايمكنه الاقتداء به في الغالب ، والثانية تصح قال أحمد في رجل يصلي خارج المسجد يوم الجمعة وأبواب المسجد مغلقة أرجو أن لايكون به بأس ، وذلك لانه يمكنه الاقتداء بالامام فصح من غير مشاهدة كالأعمى ولأن المشاهدة تراد للعلم بحال الامام والعلم استماع التكبير فجرى مجرى الرؤية ، وعنه انه يصح اذا كان في المسجد دون غيره لأن المسجد محل الجماعة وفي مظنة القرب ولأنه لايشترط فيه اتصال الصفوف ، لذلك فجاز أن لايشترط الرؤية واختار شيخنا التساوي فيهما لاستوائهما في المعنى المجوز أو المانع فوجب استواؤهما في الحكم وانما صح مع عدم المشاهدة لأنه يشترط أن يسمع التكبير فان لم يسمعه لم يصح ائتمامه بحال لانه لايمكنه الاقتداء

﴿ فصل ﴾ وكل موضع اعتبرنا المشاهدة فانه يكفي مشاهدة من وراء الامام من باب إمامه أو عن يمينه أو عن يساره ومشاهدة طرف الصف الذي وراءه لانه يمكنه الاقتداء بذلك ، وإن حصلت

أبو سعيد قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « اذا كان أحدكم يصلي الى شيء يستره من الناس فأراد أحد ان يجتاز بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان » متفق عليه ورواه أبو داود ولفظ روايته « اذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحداً يمر بين يديه وليدرأه ما استطاع فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان » ومعناه أي ليدفعه وهذا في أول الامر لايزيد على دفعه فان أبي ولجّ فليقاتله أي يعنفه في دفعه من المرور فانما هو شيطان أي فعله فعل الشيطان أو الشيطان يحمله على ذلك وقيل معناه أن معه شيطانا وأكثر الروايات عن أبي عبد الله أن المار بين يدي المصلي اذا لج في المرور وأبى الرجوع أن المصلي يشتد عليه في الدفع ويجتهد في رده ما لم يخرجه ذلك الى افساد صلاته بكثرة العمل فيها وروي عنه أنه قال يدرأ ما استطاع وأكره القتال في الصلاة وذلك لما يفضي اليه من الفتنة وفساد الصلاة والنبي صلى الله عليه وسلم انما أمر برده ودفعه حفظا للصلاة عما ينقصها فيعلم أنه لم يرد ما يفسدها ويقطعها بالكلية فيحمل لفظ المقاتلة على دفع أبلغ من الدفع الاول والله أعلم

وقد روت أم سلمة قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في حجرة أم سلمة فمر بين يديه عبد الله أو عمر بن أبي سلمة فقال بيده فرجع فمرت زينب بنت أم سلمة فقال بيده هكذا فمضت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هن أغلب » رواه ابن ماجه (١) وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجتهد في الدفع

(١) ورواه أحمد أيضا وفي اسناده قيس المدني وهو مجهول

(فصل) ويستحب أن يرد ما مر بين يديه من كبير وصغير وانسان وبهيمة لما روينا من رد

المشاهدة فى بعض أحوال الصلاة كفاه في الظاهر لما روت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل وجدار الحجرة قصير فرأى الناس شخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام أناس يصلون بصلاته والحديث رواه البخاري ، والظاهر انهم كانوا يرونه في حال قيامه

﴿ فصل ﴾ فان كان بينهما طريق أونهر تجري فيه السفن أو كانا في سفينتين مفترقتين ففيه وجهان أحدهما لا تصح اختاره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأن الطريق ليست محلا للصلاة أشبه ما يمنع الاتصال والثاني تصح اختاره شيخنا وهو مذهب مالك والشافعي لانه لا نص في منع ذلك ولا إجماع ولا هو في المعنى المنصوص لانه لا يمنع الاقتداء والمؤثر في المنع ما يمنع الرؤية أو سماع الصوت وليس هذا بواحد منهما قولهم إن بينهما ماليس محلا للصلاة ممنوع وإن سلم في الطريق فلا يصح في النهر بدليل صحة الصلاة عليه في السفينة وحال جموده ثم كونه ليس محلا للصلاة انما يؤثر فى منع الصلاة فيه ، أما فى صحة الاقتداء بالامام فتحكم محض لا يلزم المصير اليه ، فأما إن كانت صلاته جمعة أو عيداً أو جنازة لم يؤثر ذلك فيها لانها تصح في الطريق ، وقد صلى أنس في موت حميد بن عبد الرحمن بصلاة الامام وبينهما طريق والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكون الامام أعلى من المأموم ، فان فعل وكان كثيراً فهل تصح صلاته ؟ وجهين) :

النبي صلى الله عليه وسلم عمر وزينب وهما صغيران وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الى جدر فاتخذه قبلة ونحن خلفه فجاءت بهيمة تمر بين يديه فما زال يدرأ بها حتى لصق بطنه بالجدر فمرت من ورائه

(فصل) فان مر بين يديه انسان فعبر لم يستحب رده من حيث جاء وهذا قول الشعبي والثوري واسحاق وابن المنذر وروي عن ابن مسعود انه يرده من حيث جاء وفعله سالم لان النبي صلى الله عليه وسلم امر برده فتناول العابر

ولنا ان هذا مرور ثان فينبغي ان لا ينسب اليه كالاول ولان المار لو أراد أن يعود من حيث جاء لكان مأموراً بمنعه ولم يحل للعابر العود والحديث لم يتناول العابر انما في الخبر «فأراد احد أن يجتاز بين يديه فليدفعه » وبعد العبور فليس هذا مريداً للاجتياز

(فصل) والمرور بين يدي المصلي ينقص الصلاة ولا يقطعها قال أحمد يضع من صلاته ولكن لايقطعها وروي عن ابن مسعود ان ممر الرجل يضع نصف الصلاة وكان عبد الله اذا مر بين يديه رجل التزمه حتى يرده رواه البخاري باسناده ، قال القاضي ينبغي أن يحمل نقص الصلاة على من أمكنه الرد فلم يفعله أما اذا رد فلم يمكنه الرد فصلاته تامة لانه لم يوجد منه ما ينقص الصلاة فلا يؤثر فيها ذنب غيره

ويكره أن يكون الامام أعلى من المأموم في ظاهر المذهب سواء أراد تعليمهم أو لم يرد وهذا قول مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي ؛ وروي عن أحمد مايدل على انه لايكره واختاره الشافعي للامام الذي يعلم من خلفه أن يصلي على الشيء المرتفع ليراه من خلفه ليقتدوا به ، لماروى سهل بن سعد قال لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام عليه يعني المنبر فكبر وكبر الناس وراءه ثم ركع وهو على المنبر ثم رفع ونزل القهقرى حتى سجد في أصل المنبر ثم عاد حتى فرغ من آخر صلاته ثم أقبل على الناس فقال « أيها الناس انما فعلت هذا لتأتموا بي ولتعلموا صلاتي » متفق عليه

ولناماروى عمار بن ياسر أنه صلى بالمدائن فتقدم فقام على دكان والناس أسفل منه فتقدم حذيفة فأخذ بيده فاتبعه عمار حتى أنزله حذيفة فلما فرغ من صلاته قال له حذيفة ألم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا أمّ الرجل القوم فلا يقومن في مكان أرفع من مقامهم » قال عمار فلذلك اتبعتك حين أخذت على يدي ، رواه أبو داود ولأنه يحتاج أن يقتدي بامامه فينظر ركوعه وسجوده ، فاذا كان أعلى منه احتاج الى رفع بصره اليه وذلك منهي عنه في الصلاة . فأما حديث سهل فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان على الدرجة السفلى لئلا يحتاج الى عمل كثير في الصعود والنزول فيكون ارتفاعاً يسيراً لا بأس به جمعا بين الاخبار ، ويحتمل أن يختص ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم لأنه فعل شيئاً ونهى عنه فيكون فعله لنفسه ونهيه لغيره ، وكذلك لا يستحب لغيره عليه السلام ولأن النبي

(فصل) ولا بأس بالعمل اليسير في الصلاة للحاجة قال أحمد لا بأس أن يحمل الرجل ولده في الصلاة الفريضة لحديث أبي قتادة وحديث عائشة انها استفتحت الباب فمشى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة حتى فتح لها وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل الاسودين في الصلاة(١) فاذا رأى العقرب خطا اليها وأخذ النعل وقتلها ورد النعل الى موضعها لان ابن عمر نظر الى ريشة فحسبها عقربا فضربها بنعله وحديث النبي صلى الله عليه وسلم انه التحف بازاره وهو في الصلاة فلا بأس ان سقط رداء الرجل ان يرفعه فان انحل إزاره ان يشده . واذا عتقت الامة وهي تصلي اختمرت وبنت على صلاتها وقال من فعل كفعل أبي برزة حين مشى الى الدابة وقد أفلتت منه فصلاته جائزة وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم هو المشرع فما فعله أو أمر به فلا بأس به ومثل هذا ما روى سهل بن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على منبره فاذا أراد ان يسجد نزل عن المنبر فسجد بالارض ثم رجع الى المنبر كذلك حتى قضى صلاته وحديث جابر في صلاة الكسوف قال ثم تأخر وتأخرت الصفوف خلفه حتى انتهينا الى النساء ثم تقدم وتقدم الناس معه حتى قام في مقامه متفق عليه وعن أبي بكرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بنا فكان الحسن بن علي يجيء وهو صغير فكان كلما سجد النبي صلى الله عليه وسلم وثب على ظهره ويرفع النبي صلى الله عليه وسلم رأسه رفعا رفيقا حتى يضعه بالارض رواه الاثرم وحديث عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يداريء

(١) حديث عائشة رواه أحمد وأصحاب السنن ماعدا ابن ماجه ، وحسنه الترمذي ، وكانت الصلاة تطوعا . وحديث أمره (ص) بقتل الاسودين في الصلاة الحية والعقرب . رواه أحمد وأصحاب السنن الاربعة وصححه ابن حبان والحاكم

صلى الله عليه وسلم لم يتم الصلاة على المنبر فان سجوده وجلوسه انما كان على الارض بخلاف ما اختلفنا فيه

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بالعلو اليسير كدرجة المنبر ونحوها لما ذكرنا من حديث سهل ولأن النهي معلل بما يفضي اليه من رفع البصر في الصلاة وهذا يختص الكثير

﴿ فصل ﴾ فان كان العلو كثيراً أبطل الصلاة في قول ابن حامد وهو قول الاوزاعي لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه ، وقال القاضي لا تبطل وهو قول أصحاب الرأي لأن عماراً أتم صلاته ولو كانت فاسدة لاستأنفها ولأن النهي معلل بما يفضي اليه من رفع البصر وهو لا يبطل الصلاة فسببه أولى

﴿ فصل ﴾ فان كان مع الامام من هو مساو له ومن هو أسفل منه اختصت الكراهة بمن هو أسفل منه لوجود المعنى فيهم خاصة ، ويحتمل أن يتناول النهي الامام لكونه منهياً عن القيام في مكان أعلى من مقامهم ، فعلى هذا الاحتمال تبطل صلاة الجميع عند من أبطل الصلاة بارتكاب النهي

﴿ فصل ﴾ فان كان المأموم أعلى من الامام كالذى على سطح المسجد أو رف أو دكة عالية فلا بأس لانه روي عن أبي هريرة انه صلى بصلاة الامام على سطح المسجد وفعله سالم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك يعيد اذا صلى الجمعة فوق سطح المسجد بصلاة الامام . ولنا ماذكرنا من فعل أبي هريرة ولأنه يمكنه الاقتداء بامامه أشبه المتساويين ، ولأن علو الامام انما كره لحاجة المأمومين الى رفع البصر المنهي عنه وهذا بخلافه

البهيمة حتى لصق بالجدر وحديث أبي سعيد بالامر بدفع المار بين يدي المصلي ومقاتلته اذا أبى الرجوع فكل هذا وأشباهه لا بأس به في الصلاة ولا يبطلها ولو فعل هذا لغير حاجة كره ولا يبطلها أيضا ولا يتقدر الجائز من هذا بثلاث ولا بغيرها من العدد لان فعل النبي صلى الله عليه وسلم الظاهر منه زيادته على ثلاث كتأخره حتى تأخر الرجال فانتهوا الى النساء وفي حمله أمامة ووضعها في كل ركعة وهذا في الغالب يزيد على ثلاثة أفعال وكذلك مشي أبي برزة مع دابته ولان التقدير بابه التوقيف وهذا لا توقيف فيه ولكن يرجع في الكثير واليسير الى العرف فما يعد كثيراً أو يسيراً وكل ما شابه فعل النبي صلى الله عليه وسلم فهو معدود يسيراً ، وان فعل أفعالا متفرقة لو جمعت كانت كثيرة وكل واحد منها بمفرده يسير فهي في حد اليسير بدليل حمل النبي صلى الله عليه وسلم لأمامة في كل ركعة ووضعها وما كثر وزاد على فعل النبي صلى الله عليه وسلم ابطل الصلاة سواء كان لحاجة أو غيرها الا أن يكون لضرورة فيكون حكمه حكم الخائف فلا تبطل صلاته به وان احتاج الى الفعل الكثير في الصلاة لغير ضرورة قطع الصلاة وفعله قال احمد اذا رأى صبيين يقتتلان يتخوف ان يلقي أحدهما صاحبه في البئر فانه يذهب اليهما فيخاصمهما ويعود في صلاته وقال اذا لزم رجل رجلا فدخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فلما سجد الامام خرج الملزوم فان الذي كان يلزم يخرج في طلبه يعني ويبتدىء الصلاة وهكذا لو رأى حريقا يريد اطفاءه أو غريقا يريد انقاذه خرج اليه وابتدأ

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للامام أن يصلي في طاق القبلة)

يكره للامام أن يدخل في طاق القبلة ؛ كره ذلك ابن مسعود وعلقمة والأسود لأنه يستتر عن بعض المأمومين فكره كما لو كان بينه وبينهم حجاب، وفعله سعيد بن جبير وأبو عبدالرحمن السلمي فأما إن كان لحاجة ككون المسجد ضيقاً لم يكره للحاجة اليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للامام أن يتطوع في موضع المكتوبة)

نص عليه أحمد وقال : كذا قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : فأما المأموم فلا بأس أن يتطوع مكانه فعل ذلك ابن عمر وقال اسحق وروي عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يتطوع الامام في مكانه الذي يصلي فيه بالناس » رواه أبو داود إلا أن أحمد قال لا أعرف ذلك عن غير علي

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للمأمومين الوقوف بين السواري اذا قطعت صفوفهم)

وكره ذلك ابن مسعود والنخعي ورخص فيه ابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر ولنا ماروى معاوية بن قرة عن أبيه قال كنا ننهى أن نصف بين السواري على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونطرد عنها طرداً رواه ابن ماجه ، فان كان الصف صغيراً لا ينقطع بها لم يكره لعدم مايوجب الكراهة ولا يكره ذلك للامام

الصلاة ولو انتهى الحريق اليه أو السيل وهو فى الصلاة ففر منه بنى على صلاته وأتمها صلاة خائف لما ذكرنا من قبل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقطع الصلاة الا الكلب الاسود البهيم ﴾[1]

يعني اذا مر بين يديه هذا المشهور عن أحمد رحمه الله نقله الجماعة عنه قال الأثرم سئل أبو عبد الله مايقطع الصلاة قال ؟ لايقطعها عندي شيء إلا الكلب الأسود البهيم. وهذا قول عائشة وحكي عن طاوس وروي عن معاذ ومجاهد أنهما قالا الكلب الاسود البهيم شيطان وهو يقطع الصلاة ومعنى البهيم الذي ليس في لونه شيء سوى السواد وعن أحمد رواية أخرى أنه يقطعها الكلب الاسود والمرأة اذا مرت والحمار ، قال وحديث عائشة من الناس من قال ليس بحجة على هذا لان المار غير اللابث وهو في التطوع وهو أسهل، والفرض آكد وحديث ابن عباس مررت بين يدي بعض الصف ليس بحجة لأن سترة الامام سترة لمن خلفه. وروي هذا القول عن أنس وعكرمة والحسن وأبي الاحوص ووجه هذا القول ماروى أبوهريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب ويقي ذلك مثل مؤخرة الرحل » وعن أبي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قام أحدكم يصلي فانه يستره مثل آخرة الرحل فاذا لم يكن بين يديه مثل آخرة الرحل فانه يقطع صلاته الحمار والمرأة والكلب

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للامام اطالة القعود بعد الصلاة مستقبل القبلة)

لما روت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم لايقعد إلا مقدار ما يقول : « اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام » رواه ابن ماجه[1] ولأنه لا يستحب للمأمومين الانصراف قبل الامام ، فاذا أطال الجلوس شق عليهم ، فان لم يقم استحب أن ينحرف عن قبلته لما روي عن سمرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى صلاة أقبل علينا بوجهه أخرجه البخاري ، وعن علي رضي الله عنه انه صلى بقوم العصر ثم أسند ظهره الى القبلة فاستقبل القوم رواه الأثرم ، قال الأثرم رأيت أبا عبدالله اذا سلم يلتفت ويتربع ، قال أبو داود رأيته اذا كان إماماً فسلم انحرف عن يمينه ، وروى جابر بن سمرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر تربع فى مجلسه حتى تطلع الشمس حسنا ، وفي لفظ كان اذا صلى الفجر جلس في مصلاه حتى تطلع الشمس رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معه نساء لبث قليلا لنصرف النساء)

لما روت أم سلمة قالت إن النساء كن اذا سلمن من المكتوبة قمن وثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن صلى من الرجال ما شاء الله فاذا قام رسول الله صلى الله عليه وسلم قام الرجال قال الزهري فنرى ذلك والله أعلم ان ذلك لكي ينفذ من ينصرف من النساء ، رواه البخاري ، ويستحب للنساء أن لا يجلسن بعد الصلاة لذلك ولأن

« ١ » سقط : البهيم . من نسخة دار الكتب

(١) بل رواه احمد ومسلم والترمذي أيضا

الاسود » قال عبد الله بن الصامت يا أبا ذر ما بال الكلب الاسود من الكلب الأحمر من الكلب الاصفر قال يا ابن أخي سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني فقال الكلب الاسود شيطان رواهما مسلم وأبو داود وغيرهما (١) وقال النبي صلى الله عليه وسلم للذي مر بين يديه على حمار « قطع صلاتنا » وقد ذكرنا هذا الحديث وكان ابن عباس وعطاء يقولان يقطع الصلاة الكلب والمرأة الحائض ورواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود وابن ماجه قال أبو داود رفعه شعبة ووقفه سعيد وهشام وهمام على ابن عباس. وقال عروة والشعبي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لا يقطع الصلاة شيء لما روى أبو سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقطع الصلاة شيء » رواه أبو داود وعن الفضل بن عباس قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن في بادية فصلى في صحراء ليس بين يديه سترة وحمارة لنا وكلبة يعبثان بين يديه فما بالى ذلك رواه أبو داود وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي صلاته من الليل وأنا معترضة بينه وبين القبلة ، وحديث ابن عباس أقبلت راكبا على حمار أتان والنبي صلى الله عليه وسلم يصلي فمررت على بعض الصف ونزلت فأرسلت الاتان ترتع فدخلت في الصف فلم ينكر علي أحد متفق عليهما وحديث زينب بنت أم سلمة حين مرت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقطع صلاته

الاخلال به من أحد الفريقين يفضي الى اختلاط الرجال بالنساء ، ويستحب للمأمومين أن لا يقوموا قبل الامام لئلا يذكر سهواً فيسجد وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « عليكم إني امامكم فلا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود ولا بالقيام ولا بالانصراف » رواه مسلم إلا أن يخالف الامام السنة في اطالة الجلوس أو ينحرف فلا بأس بذلك

﴿ فصل ﴾ وينصرف الامام حيث شاء عن يمين وشمال لقول ابن مسعود : لا يجعل أحدكم للشيطان حظا من صلاته ، يرى أن حقا عليه أن لا ينصرف إلا عن يمينه ، لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر ما ينصرف عن شماله رواه مسلم (١) وعن لهب (٢) انه صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم فكان ينصرف عن شقيه رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (فان أمت امرأة بنساء قامت وسطهن في الصف)

اختلفت الرواية هل يستحب للمرأة أن تصلي بالنساء جماعة فعنه انه مستحب يروى ذلك عن عائشة وأم سلمة وعطاء والثوري والاوزاعي والشافعي وأبي ثور ، وعن احمد أنه غير مستحب وكرهه أصحاب الرأي . وقال الشعبي والنخعي وقتادة : لهن ذلك في التطوع خاصة . وقال الحسن واسحاق وسليمان بن يسار : لا تؤم مطلقا ونحوه قول مالك : لأنه يكره لها الاذان وهو دعاء إلى الجماعة فكره ما يراد له الاذان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لأم ورقة أن تؤم أهل دارها . رواه ابو داود ، ولأنهن

---

(١) حديث أبي هريرة عزاه صاحب المنتقي الى أحمد ومسلم واللفظ له وابن ماجه، وحديث أبي ذر قال : رواه الجماعة الا البخاري يعني أحمد ومسلما وأصحاب السنن كلهم

(١) بل رواه الجماعة كلهم إلا الترمذي

(٢) الصواب : قبيصة بن هلب ورواه الترمذي وابن ماجه أيضا باختلاف في اللفظ

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي فجاءت جاريتان من بني عبد المطلب حتى أخذتا بركبتيه ففرع بينهما فما بالى ذلك (١)

(١) أي لم يبال

ولنا حديث أبي هريرة وأبي ذر .وحديث أبي سعيد لايقطع الصلاة شيء يرويه مجالد بن سعيد وهو ضعيف فلايعارض به الحديث الصحيح ثم حديثنا أخص فيجب تقديمه لصحته وخصوصه وحديث الفضل بن عباس في إسناده مقاتل ثم يحتمل أن الكلب لم يكن أسود ولا بهيما ويجوز أن يكونا بعيدين ثم هذه الأحاديث كلها في المرأة والحمار يعارض حديث أبي هريرة وأبي ذر فيهما فيبقى الكلب الاسود خالياً عن معارض ، فيجب القول به لثبوته وخلوه عن معارض

(فصل) ولا يقطع الصلاة شيء سوى ماذكرنا لامن الكلاب ولا من غيرها لأن النبي صلى الله عليه وسلم خصها بالذكر وقيل له مابال الكلب الاسود من الكلب الأحمر من الكلب الأصفر قال الكلب الاسود شيطان . الكلب الاسود إذا لم يكن بهيما لم يقطع الصلاة لتخصيصه البهيم بالذكر ولقوله عليه السلام « لولا أن الكلاب أمة من الامم لأمرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهيم فانه شيطان » فبين أن الشيطان هو الاسود البهيم ، قال ثعلب البهيم كل لون لم يخالطه لون آخر فهو بهيم فمتى كان فيه لون آخر فليس ببهيم وإن كان بين عينيه نكتتان يخالفان لونه لم يخرج بهذا عن

من أهل الفرائض أشبهن الرجال ، وانما كره لهن الاذان لما فيه من رفع الصوت ولسن من أهله .اذا ثبت ذلك فانها تقوم وسطهن في الصف لانعلم في ذلك خلافا بين من رأى أن تؤمهن لان ذلك يروى عن عائشة وأم سلمة رواه سعيد بن منصور عن أم سلمة ، ولأن المرأة يستحب لها التستر ولذلك لا يستحب لها التجافي وكونها في وسط الصف أستر لها فاستحب لها كالعريان ،فان صلت بين أيديهن احتمل أن يصح لكونه موقفاً في الجملة للرجل ، واحتمل أن لايصح لانها خالفت موقفها أشبه مالو خالف الرجل موقفه ، فان أمت امرأة واحدة قامت عن يمينها كالمأموم من الرجال وإن وقفت خلفها جاز لان المرأة يجوز وقوفها وحدها بدليل حديث أنس

(فصل) وتجهر في صلاة الجهر قياساً على الرجل ، فان كان ثم رجل لم تجهر إلا أن يكونوا من محارمها فلا بأس به والله اعلم

(فصل) ويعذر في الجمعة والجماعة المريض . قال ابن المنذر : لاأعلم خلافا بين أهل العلم أن للمريض أن يتخلف عن الجماعات من أجل المرض ، وقد روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من سمع النداء فلم يمنعه من اتباعه عذر - قالوا : وما العذر يارسول الله ؟ قال:خوف المرض - لم تقبل منه الصلاة التي صلى » رواه أبو داود وقد كان بلال يؤذن بالصلاة ثم يأتي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مريض فيقول « مروا أبا بكر فليصل بالناس»

﴿ مسئلة ﴾ (ومن يدافع أحد الاخبثين أو بحضرة طعام وهو محتاج اليه)

كونه بهيما يتعلق به أحكام الاسود البهيم من قطع الصلاة وتحريم صيده وإباحة قتله فانه قد روي في حديث «عليكم بالاسود البهيم ذي الغرتين فانه شيطان»

(فصل) ولا فرق في بطلان الصلاة بين الفرض والتطوع لعموم الحديث في كل صلاة ولأن مبطلات الصلاة يتساوي فيها الفرض والتطوع في غير هذا فكذلك هذه وقد روي عن أحمد كلام يدل على التسهيل في التطوع فالصحيح التسوية وقد قال أحمد يحتجون في حديث عائشة فانه في التطوع وما أعلم بين المتطوع والفريضة فرقا إلا أن التطوع يصلى على الدابة

(فصل) فان كان الكلب الاسود البهيم واقفا بين يدي المصلي أو نائما ولم يمر بين يديه فعنه روايتان احداهما تبطل لانه بين يديه أشبه المار ، وقد قالت عائشة عدلتمونا بالكلاب والحمر وذكرت في معارضة ذلك أنها كانت تكون معترضة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي كاعتراض الجنازة فيدل ذلك على التسوية بينهما ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب ولم يذكر مروراً والثانية لا تبطل الصلاة به لان الوقوف والنوم مخالف لحكم المرور بدليل أن عائشة كانت تنام بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يكرهه ولا ينكره ، وقد قال في المار « لان يقف أربعين خير له من أن يمر بين يديه » وكان يصلي إلى البعير ولو مر بين يديه لم يدعه ولهذا منع البهيمة من المرور وكان ابن عمر يقول لنافع ولني ظهرك ليستتر به ممن يمر بين يديه وقعد عمر بين يدي المصلي يستره

لما روت عائشة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا صلاة بحضرة طعام ولا وهو يدافع الاخبثين » رواه مسلم . وسواء خاف فوات الجماعة أو لم يخف لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا حضر العشاء وأقيمت الصلاة فابدأوا بالعشاء » رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (والخائف من ضياع ماله ، أو فواته ، أو ضرر فيه على نفسه من ضرر أو سلطان أو ملازمة غريم ولا شيء معه)

الخوف يتنوع ثلاثة أنواع (أحدها) الخوف على نفسه بأن يخاف سلطانا يأخذه أو لصا أو سبعا أو سيلا أو نحو ذلك مما يؤذيه في نفسه ، أو يخاف غريما يحبسه ولا شيء معه يعطيه ، فان حبس المعسر ظلم ، وكذلك إن كان عليه دين مؤجل خشي أن يطالب به قبل محله ، وإن كان الدين حالا وهو قادر على أدائه فلا عذر له في التخلف لان مطل الغني ظلم ، وإن توجه عليه حد لله تعالى أو حد قذف فخاف أن يؤخذ به لم يكن ذلك عذراً لانه يجب عليه وفاؤه ، وكذلك أن توجه عليه قصاص . وقال القاضي : إن رجا الصلح عنه بمال فهو عذر حتى يصالح بخلاف الحدود لانها لا تدخلها المصالحة ، وحد القذف إن رجا العفو عنه فليس بعذر لانه يرجو اسقاطه بغير بدل (الثاني) الخوف على ماله من لص ، أو سلطان ، أو نحوه ، أو يخاف على بهيمة من سبع ، أو شرود إن ذهب وتركها ، أو على منزله ، أو متاعه ، أو زرعه ، أو يخاف إباق عبده ، أو يكون له خبز في التنور ، أو

من المرور فدل على أن الوقوف ليس في حكم المرور فلا يقاس عليه وقول النبي صلى الله عليه وسلم يقطع الصلاة لا بد فيه من اضمار المرور او غيره فيتعين حمله عليه

(فصل) ومن صلى الى سترة فمر من ورائها مايقطع الصلاة لم تنقطع وان مر من ورائها غير مايقطعها لم يكره لما مر من الاحاديث وان مر بينه وبينها قطعها ان كان مما يقطعها وان لم يكن بين يديه سترة فمر بين يديه قريبا منه ما يقطعها قطعها وان كانت مما لا يقطعها كره وان كان بعيداً لم يتعلق به حكم ولا أعلم أحداً من أهل العلم حد البعيد من ذلك ولا القريب الا أن عكرمة قال اذا كان بينك وبين الذي يقطع الصلاة قذفة بحجر لم يقطع الصلاة

وقد روى عبد بن حميد في مسنده وأبو داود في سننه عن عكرمة عن ابن عباس قال أحسبه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «اذا صلى أحدكم الى غير سترة فانه يقطع صلاته الكلب والحمار والخنزير والمجوسي واليهودي والمرأة[1] ويجزئ عنه اذا مروا بين يديه قذفة بحجر» هذا لفظ رواية أبي داود وفي مسند عبد بن حميد والنصراني والمرأة الحائض وهذا الحديث لو ثبت لتعين المصير اليه غير انه لم يجزم برفعه وفيه ماهو متروك بالاجماع وهو ماعدا الثلاثة المذكورة ولا يمكن تقييد ذلك بموضع السجود فان قوله عليه السلام اذا لم تكن بين يديه مثل آخرة الرحل قطع صلاته الكلب

(١) قال أبو داود ان زيادة الخنزير واليهودي والمجوسي في هذه الرواية فيها نكارة

طبيخ على نار يخاف تلفها بذهابه، أو يكون له مال ضائع، أو عبد آبق يرجو وجدانه في تلك الحال أو يخاف ضياعه ان اشتغل عنه، أو يكون له غريم ان ترك ملازمته ذهب، أو يكون ناطور بستان أونحوه يخاف إن ذهب سرق، أو مستأجراً لايمكنه ترك ماستؤجر على حفظه، فهذا واشباهه عذر في التخلف عن الجمعة والجماعة لعموم قوله عليه السلام أو خوف، ولأن في أمره عليه السلام بالصلاة في الرحال لاجل الطين والمطر مع أن ضررهما أيسر من ذلك تنبيها على جوازه (الثالث) الخوف على ولده وأهله أن يضيعوا، أو يخاف موت قريبه ولا يشهده، فهذا كله عذر في ترك الجمعة والجماعة. وبهذا قال عطاء والحسن والشافعي: ولا نعلم فيه خلافا، وقد استصرخ ابن عمر على سعيد بن زيد بعد ارتفاع الضحى وهو يتجمر للجمعة فأتاه بالعقيق وترك الجمعة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (أو فوات رفقة، أو غلبة النعاس، أو خشية التأذي بالمطر، والوحل، والريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة)

ويعذر في تركها من يريد سفراً يخاف فوات رفقته لان عليه في ذلك ضرراً، ومن يخاف غلبة النعاس حتى يفوتاه الجواز له أن يصلي وحده وينصرف لان الرجل الذي صلى مع معاذ انفرد عند تطويل معاذ، وخوف النعاس والمشقة فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم حين أخبره بذلك. ويعذر في ترك الجماعة من يخاف تطويل الامام كثيراً لذلك، فانه اذا جاز ترك الجماعة بعد دخوله فيها لأجل التطويل فترك الخروج اليها أولى، ويعذر في المطر الذي يبل الثياب، والوحل الذي يتأذى

الاسود يدل على ان ماهو ابعد من السترة تنقطع صلاته بمرور الكلب فيه والسترة تكون ابعد من موضع السجود والصحيح تحديد ذلك بما اذا مشى اليه ودفع المار بين يديه لاتبطل صلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بدفع المار بين يديه فتقيد لدلالة الاجماع بما يقرب منه بحيث اذا مشى اليه لم تبطل صلاته واللفظ في الحديثين واحد وقد تعذر حملهما على اطلاقهما وقد تقيد أحدهما بدلالة الاجماع بقيد فتقيد الآخر به والله اعلم .

(فصل) اذا صلى الى سترة مغصوبة فاجتاز وراءها كلب اسود فهل تنقطع صلاته فيه وجهان ذكرهما ابن حامد احدهما تبطل صلاته لانه ممنوع من نصبها والصلاة اليها فوجودها كعدمها والثاني لاتبطل لقول النبي صلى الله عليه وسلم يقي ذلك مثل آخرة الرحل وهذا قد وجد.وأصل الوجهين اذا صلى في ثوب مغصوب هل تصح صلاته ؟ على روايتين

باب صلاة المسافر

الاصل في قصر الصلاة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) قال يعلى بن أمية قلت لعمر بن الخطاب ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا

به في بدنه أو ثيابه لما روى عبدالله بن الحارث قال : قال عبدالله بن العباس لمؤذنه في يوم مطير :اذا قلت أشهد أن محمداً رسول الله فلا تقل حي على الصلاة وقل : صلوا في بيوتكم ، قال : فكأن الناس استنكروا ذلك . فقال ابن عباس : أتعجبون من ذلك وقد فعل ذلك من هو خير مني ، إن الجمعة عزيمة واني كرهت أن أخرجكم فتمشوا في الطين والدحض . متفق عليه ، وقد روى أبو المليح أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم زمن الفتح وأصابهم مطر لم تبتل أسفل نعالهم فأمرهم أن يصلوا في رحالهم . رواه أبو داود ، ويعذر في ترك الجماعة بالريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة لما روى ابن عمر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي مناديه في الليلة الباردة أو المطيرة في السفر «صلوا في رحالكم » متفق عليه ، ورواه ابن ماجه باسناد صحيح ولم يقل في السفر

﴿ باب صلاة أهل الاعذار ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ويصلي المريض كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمران بن حصين « صل قائما ، فان لم تستطع فقاعداً ، فان لم تستطع فعلى جنب » رواه البخاري

أجمع أهل العلم على أن من لايطيق القيام له أن يصلي جالساً لهذا الحديث ،ولما روى أنس قال :

وقد أمن الناس فقال عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته، أخرجه مسلم.

سقط رسول الله صلى الله عليه وسلم عن فرس فجحش أو خدش شقه الايمن فدخلنا عليه نعوده فحضرت الصلاة فصلى قاعداً وصلينا قعوداً. متفق عليه.

(فصل) فان أمكنه القيام الا أنه يخشى تباطؤ برئه أو زيادة مرضه، أو يشق عليه مشقة شديدة فله أن يصلي قاعداً ونحوه قال مالك واسحاق، وقال ميمون بن مهران: اذا لم يستطع أن يقوم لدنياه فليصل جالساً وحكي بجواز ذلك عن احمد

ولنا قول الله تعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج) وهذا حرج، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى جالساً لما جحش شقه، والظاهر أن من جحش شقه لايعجز عن القيام بالكلية ومتى صلى قاعداً فانه يكون على صفة صلاة المتطوع جالساً على ماذكرنا

(فصل) فان قدر على القيام بأن يتكيء على عصى، أو يستند على حائط،، أو يعتمد على أحد جانبيه لزمه لانه قادر على القيام من غير ضرر فلزمه كما لو قدر بغير هذه الاشياء، وإن قدر على القيام الا أنه يكون على هيئة الراكع كالاحدب والكبير لزمه ذلك لانه قيام مثله، وان كان لقصر سقف لايمكنه الخروج، أو سفينة، أو خائف لايعلم به الا اذا رفع رأسه ففيه احتمالان: أحدهما يلزمه القيام كالاحدب، والثاني لايلزمه. فان احمد قال: الذي في السفينة لايقدر أن يستتم قائما لقصر سماء السفينة يصلي قاعداً الا أن يكون شيئاً يسيراً فيقاس عليه مافي معناه لحديث عمران المذكور

(فصل) فان قدر المريض على الصلاة وحده قائما ولا يقدر مع الامام لتطويله احتمل أن يلزمه القيام ويصلي وحده لان القيام ركن لاتتم صلاته الا به، والجماعة تصح الصلاة بدونها واحتمل أنه مخير بين الأمرين لانا أبحنا له ترك القيام المقدور عليه مع امام الحي العاجز عنه مراعاة للجماعة فهاهنا أولى، ولان الأجر يتضاعف بالجماعة أكثر من تضاعفه بالقيام لأن صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم، فصلاة الجماعة تفضل على صلاته وحده سبعاً وعشرين درجة وهذا أحسن، وهو مذهب الشافعي

﴿فصل﴾ فان عجز عن القعود صلى على جنب لما ذكرنا من الحديث، ويستقبل القبلة بوجهه وهذا قول مالك والشافعي وابن المنذر، وقال سعيد بن المسيب وأبو ثور وأصحاب الرأي يصلي مستلقياً ورجلاه الى القبلة ليكون إيماؤه اليها فانه اذا صلى على جنبه كان وجهه في الايماء الى غير القبلة

ولنا قوله عليه السلام فان لم يستطع فعلى جنب ولأنه يستقبل القبلة اذا كان على جنبه. واذا كان على ظهره انما يستقبل السماء ولذلك يوضع الميت على جنبه ليكون مستقبلا للقبلة، قولهم إن وجهه في الايماء الى القبلة قلنا استقبال القبلة انما يكون في غير حال الركوع والسجود فان

وأما السنة فقد تواترت الاخبار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقصر في أسفاره حاجا ومعتمراً وغازيا وقال ابن عمر ، صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قبض ، يعني في السفر

وجه فيهما انما يكون الى الارض ، فكذلك المريض ينبغي أن لا يعتبر استقباله فيهما، والمستحب أن يصلي على جنبه الأيمن لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيمن في شأنه كله ، وإن صلى على الأيسر جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعين في الحديث جنباً ولان المقصود استقبال القبلة ، وهو حاصل على كلا الجنبين

﴿ مسئلة ﴾ (فان صلى على ظهره ورجلاه الى القبلة صحت صلاته)

في أحد الوجهين متى صلى على ظهره مستلقياً مع القدرة على الصلاة على جنبه ففيه وجهان : أحدهما يصح وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نوع استقبال ، ولهذا يوجه الميت كذلك عند الموت ، والثاني لا يصح وهو أظهر لأنه مخالف للحديث المذكور فانه قال عليه السلام « فان لم يستطع فعلى جنب » ولأن في حديث عمران ن رواية إلا وسعها ، وهذا صريح فان نقله الى الاستلقاء عند العجز عن الصلاة على جنب فدل على انه لا يجوز مع القدرة عليه ، فان عجز عن الصلاة على جنبه صلى مستلقياً وجهاً واحداً للحديث المذكور

﴿ مسئلة ﴾ (ويومي بالركوع والسجود ويجعل سجوده أخفض من ركوعه)

متى عجز عن الركوع والسجود أومأ بهما ، ويجعل سجوده أخفض من ركوعه اعتباراً بالأصل كما قلنا في حالة الخوف ، فان عجز عن السجود وحده ركع وأومأ بالسجود ، وان لم يمكنه أن يحني ظهره فصار كالراكع زاد في الانحناء قليلا اذا ركع ويقرب وجهه الى الارض في السجود حسب الامكان ، فان قدر على السجود على صدغه لم يفعل لانه ليس من اعضاء السجود ، وان وضع بين يديه وسادة أو شيئاً عالياً أو سجد على ربوة أو حجر جاز اذا لم يكن يمكنه تنكيس وجهه أكثر من ذلك . وحكي عن أحمد انه قال اختار السجود على المرفقة وقال هو أحب الي من الايماء ، واختاره إسحق وجوزه الشافعي واصحاب الرأي ورخص فيه ابن عباس وسجدت أم سلمة على مرفقة ، وكره ابن مسعود السجود على عود وقال الايماء أحب الي ، ووجه الجواز انه أتى بما يمكنه من الانحطاط أشبه الايماء . فاما إن رفع الى وجهه شيئاً فسجد عليه فقال بعض أصحابنا لا يجزيه ، وروي نحو ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وجابر وأنس وهو قول مالك والثوري لانه سجد على ماهو حامل له أشبه مالو سجد على يديه ، وروى الأثرم عن أحمد انه قال أي ذلك فعل فلا بأس يومي، أو يرفع المرفقة فيسجد عليها ، قيل له فالمروحة ؟ قال أما المروحة فلا . وروي عنه انه قال الايماء أحب الي وان رفع الى وجهه شيئاً أجزأه ، ولا بد أن يكون بحيث لا يمكنه الانحطاط أكثر منه ووجه ذلك انه أتى بما يمكنه من الانحطاط أشبه مالو أومأ

وكان لايزيد على ركعتين وأبا بكر حتى قبض وكان لايزيد على ركعتين وعمر وعثمان كذلك ، وقال ابن مسعود صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم ركعتين ومع أبي بكر ركعتين ومع عمر ركعتين ثم

﴿ مسئلة ﴾ (فان عجز عنه أومأ بطرفه ولا تسقط الصلاة)

متى عجز عن الايماء برأسه أومأ بطرفه ونوى بقلبه ولا تسقط عنه الصلاة متى دام عقله ثابتاً . وحكي عن أبي حنيفة ان الصلاة تسقط عنه ، وذكر القاضي انه ظاهر كلام أحمد رواه محمد بن يزيد لما روي عن أبي سعيد انه قيل له في مرضه الصلاة قال قد كفاني انما العمل في الصحة ولانه عجز عن أفعال الصلاة بالكلية فسقطت عنه . ولنا انه مسلم بالغ عاقل فلزمته الصلاة كالقادر على الايماء برأسه

﴿ مسئلة ﴾ (فان قدر على القيام أو القعود في أثنائها انتقل اليه وأتمها)

ومتى قدر المريض في اثناء الصلاة على ما كان عاجزاً عنه من قيام أو قعود أو ركوع أو سجود أو ايماء انتقل اليه وبنى على مامضى من صلاته ، وهكذا لو ابتدأها قادراً ثم عجز في أثناء الصلاة لحديث عمران ولأن مامضي من صلاته كان صحيحاً فبنى عليه كما لو لم تتغير حاله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قدر على القيام وعجز عن الركوع والسجود أومأ بالركوع قائما وبالسجود قاعدا)

وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة يسقط القيام لانها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود فسقط فيها القيام كالنافلة على الراحلة

ولنا قوله تعالى (وقوموا لله قانتين) وحديث عمران الذي ذكرناه ولأن القيام ركن قدر عليه فلم يسقط بالعجز عن غيره كالقراءة وقياسهم فاسد لوجوه : أحدها ان الصلاة على الراحلة لا يسقط فيها الركوع (الثاني) ان النافلة لايجب القيام فيها فما سقط فيها تبعاً لسقوط الركوع والسجود (الثالث) منقوض بصلاة الجنازة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال ثقات من العلماء بالطب للمريض إن صليت مستلقياً أمكن مداواتك فله ذلك)

وهذا قول جابر بن زيد والثوري وأبي حنيفة ، قال القاضي وهو قياس المذهب ، وكرهه عبيدالله بن عبدالله بن عتبة وأبو وائل . وقال مالك والاوزاعي لايجوز لما روي عن ابن عباس انه لما كف بصره أتاه رجل فقال لو صبرت على سبعة أيام لم تصل إلا مستلقياً داويت عينك ورجوت أن تبرأ فأرسل في ذلك الى عائشة وأبي هريرة وغيرهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلهم قال له إن مت في هذه الايام ما الذي تصنع بالصلاة فترك معالجة عينه

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى جالساً لما جحش شقه ، والظاهر انه لم يكن يعجز عن القيام لكن كان عليه فيه مشقة أو خوف ضرر وأيهما قدر فهو حجة على الجواز هاهنا ولأنا أبحنا له ترك الوضوء اذا لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن المثل صونا لجز من ماله ، وترك الصوم لأجل المرض والرمد ودلت الاخبار على جواز ترك القيام في صلاة الفرض على الراحلة خوفا من ضرر الطين في ثيابه وبدنه

تفرقت بكم الطرق ووددت أن لي من أربع ركعتين متقبلتين ، وقال أنس خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة فصلى ركعتين حتى رجع. وأقمنا بمكة عشراً نقصر الصلاة حتى رجع متفق

وجاز ترك القيام اتباعا لامام الحي والصلاة على جنبه ومستلقياً في حالة الخوف من العدو ، ولا ينقص الضرر بفوات البصر عن الضرر في هذه الاحوال . وحديث ابن عباس إن صح فيحتمل ان المخبر لم يخبر عن يقين وانما قال أرجو أو لأ نه لم يقبل خبره لكونه واحداً أو مجهول الحال بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الصلاة في السفينة قاعداً لقادر على القيام)

اختلف قوله في الصلاة في السفينة مع القدرة على الخروج ، على روايتين . احداهما لايجوز لانها ليست حال استقرار أشبه الصلاة على الراحلة ، والثانية يصح لانه يتمكن من القيام والقعود والركوع والسجود أشبه الصلاة على الارض وسواء في ذلك الجارية والواقفة والمسافر والحاضر وهي أصح ، ومتى قدر فيها على القيام لم يجز له تركه لحديث عمران بن حصين فان عجز عنه صحت للحديث

﴿ فصل ﴾ ويجوز صلاة الفرض على الراحلة خشية التأذي بالوحل اذا كان يسيراً متى تضرر بالسجود على الارض لأجل الوحل وخاف من تلويث بدنه وثيابه بالطين والبلل جاز له الايماء بالسجود ان كان راجلا والصلاة على دابته ، وقد روي عن أنس انه صلى على دابته في ماء وطين وفعله جابر بن زيد . قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم وبه يقول إسحق وقال أصحاب الشافعي لايجوز أن يصلي الفرض على الراحلة لأجل المطر . وحكى ابن أبي موسى رواية مثل ذلك لما روى أبو سعيد قال فأبصرت عيناي رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انصرف وعلى جبهته وأنفه أثر الماء والطين متفق عليه ولأن السجود والقيام من أركان الصلاة فلم تسقط بالمطر كبقية أركانها . ولنا ماروى يعلى بن أمية عن النبي صلى الله عليه وسلم انه انتهى الى مضيق ومعه أصحابه والسماء من فوقهم والبلة من أسفل منهم ، فصلى النبي صلى الله عليه وسلم على راحلته وأصحابه على ظهور دوابهم يومؤن إيماء يجعلون السجود أخفض من الركوع رواه الأثرم والترمذي وفعله أنس ذكره الامام أحمد ولم ينقل عن غيره خلافه ولأن المطر عذر يبيح الجمع فاثر في أفعال الصلاة كالسفر والمرض . وحديث أبي سعيد بالمدينة والنبي صلى الله عليه وسلم في مسجده ، والظاهر ان الطين كان يسيراً لم يؤثر في غير الجبهة والانف وانما يبيح ما كان كثيراً يلوث الثياب والبدن ويلحق المضرة بالسجود فيه

﴿ فصل ﴾ ومتى أمكن النزول والصلاة قائما من غير مضرة لزمه ولم يصل على دابته لانه قدر على القيام من غير ضرر فلزمه كغير حالة المطر ولا يسقط عنه الركوع لقدرته عليه ، ويومىء بالسجود لما فيه من الضرر ، وان تضرر بالنزول عن دابته وتلوث صلى عليها للخبر المذكور . ولا يجوز له ترك الاستقبال في المطر لانه قادر عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز ذلك لأجل المرض على روايتين)

عليهن، وأجمع أهل العلم على أن من سافر سفراً تقصر في مثله الصلاة في حج أو عمرة أو جهاد أن له أن يقصر الرباعية فيصليها ركعتين .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا كانت مسافة سفره ستة عشر فرسخاً أو ثمانية وأربعين ميلا بالهاشمي فله أن يقصر)

قال الأثرم قيل لأبي عبدالله في كم تقصر الصلاة قال في أربعة برد ، قيل له مسيرة يوم تام قال لا

وجملة ذلك ان الصلاة على الراحلة لأجل المرض لاتخلو من ثلاثة أحوال : أحدها أن يخاف الانقطاع عن الرفقة أو العجز عن الركوب أو زيادة المرض ونحوه فيجوز له ذلك كما ذكرنا في صلاة الخوف ، الثاني أن لايتضرر بالنزول ولا يشق عليه فيلزمه النزول كالصحيح ، الثالث أن يشق عليه النزول مشقة يمكن تحملها من غير خوف ولا زيادة مرض ففيه الروايتان احداهما لاتجوز له الصلاة على الراحلة لأن ابن عمر كان ينزل مرضاه احتج به أحمد ولأنه قادر على أفعال الصلاة من غير ضرر كثير فلزمه كغير الراكب ، والثانية يجوز اختارها أبو بكر لأن المشقة في النزول أكثر من المشقة عليه في المطر فكان إباحتها هاهنا أولى ، ومن نظر الرواية الأولى قال إن نزول المريض يؤثر في حصوله على الارض وهو أسكن له وأمكن للصلاة ، والممطور يتلوث بنزوله ويتضرر بحصوله على الارض فالمريض يتضرر بنفس النزول لا في الحصول على الارض والممطور يتضرر بحصوله على الارض دون نفس النزول فقد اختلفت جهة الضرر فلا يصح الالحاق

﴿ فصل ﴾ في قصر الصلاة ، قصر الصلاة في السفر جائز والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقال يعلي بن أمية الضمري قلت لعمر بن الخطاب (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد أمن الناس . فقال عجبت مما عجبت منه . فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته » أخرجه مسلم . وتواترت الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقصر في أسفاره حاجا ومعتمراً وغازيا ، قال أنس خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى مكة فصلى ركعتين حتى رجع وأقمنا بمكة عشراً نقصر الصلاة ، وقال ابن عمر صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قبض - يعني في السفر - فكان لايزيد على ركعتين ، وأبابكر حتى قبض فكان لايزيد على ركعتين ، وعمر وعثمان كذلك متفق عليه . وأجمعت الأمة على أن من سافر سفراً تقصر في مثله الصلاة في حج أو عمرة أو جهاد أن له قصر الصلاة الرباعية الى ركعتين

﴿مسئلة﴾ (ومن سافر سفراً مباحا يبلغ ستة عشر فرسخاً فله قصر الصلاة الرباعية خاصة الى ركعتين)

أربعة برد ستة عشر فرسخاً ومسيرة يومين فمذهب أبي عبدالله أن القصر لايجوز في أقل من ستة عشر فرسخاً والفرسخ ثلاثة أميال فيكون ثمانية وأربعين ميلا قال القاضي والميل إثنا عشر الف قدم وذلك مسيرة يومين قاصدين وقد قدره ابن عباس فقال من عسفان إلى مكة ومن الطائف إلى مكة ومن جدة إلى مكة وذكر صاحب المسالك أن من دمشق الى القطيفة أربعة وعشرين ميلا ومن دمشق إلى الكسوة اثنا عشر ميلا ومن الكسوة إلى حاسم أربعة وعشرين ميلا فعلى هذا تكون مسافة القصر يومين قاصدين ، وهذا قول ابن عباس وابن عمر واليه ذهب مالك والليث والشافعي واسحق

وروي عن ابن عمر أنه كان يقصر في مسيرة عشرة فراسخ ، قال ابن المنذر ثبت أن ابن عمر كان يقصر إلى أرض له وهي ثلاثون ميلا .

يشترط لجواز القصر للمسافر شروط أحدها أن يكون سفره مباحا لا حرج عليه فيه كسفر التجارة وهذا حكم سائر الرخص المختصة بالسفر كالجمع والمسح ثلثا والفطر والنافلة على الراحلة وهذا قول أكثر أهل العلم . روي نحوه عن علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الاوزاعي والشافعي واسحق وأهل المدينة واصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لاتقصر إلا في حج أو جهاد لأن الواجب لايترك الا لواجب ، وعن عطاء لاتقصر الا في سبيل من سبل الخير لأن النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر في سفر واجب أو مندوب

ولنا قوله تعالى (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) وقالت عائشة ان الصلاة أول مافرضت ركعتين فأقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر متفق عليه . وعن ابن عباس قال فرض الله الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربعاً وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة رواه مسلم . وفي حديث صفوان بن عسال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنا مسافرين سفراً أن لانزع خفنا قبل ثلاثة ايام ولياليهن رواه الترمذي ، وهذه نصوص تدل على اباحة الترخص في كل سفر ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يترخص في العود من السفر وهو مباح

﴿ فصل ﴾ فأما سفر المعصية فلا تباح فيه هذه الرخص كالاباق وقطع الطريق والتجارة في الخمر ونحوه نص عليه أحمد وهذا قول الشافعي ، وقال الثوري والاوزاعي له ذلك لما ذكرنا من النصوص ولأنه مسافر أشبه المطيع

ولنا قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) خص إباحة الاكل بغير الباغي والعادي فدل على أنه لايباح للباغي والعادي وهذا في معناه ولأن الترخص شرع للاعانة على المقصود المباح توصلا الى المصلحة فلو شرع هاهنا لشرع اعانته على المحرم تحصيلا للمفسدة والشرع منزه عن هذا والنصوص وردت في حق الصحابة وكانت أسفارهم مباحة فلا يثبت الحكم فيما خالفها ويتعين حمله على ذلك جمعاً بين النصوص وقياس سفر المعصية على الطاعة لايصح

وروي نحو ذلك عن ابن عباس فانه قال يقصر في اليوم ولا يقصر فيما دونه واليه ذهب الاوزاعي وقال عامة العلماء يقولون مسيرة يوم تام وبه نأخذ ويروى عن ابن مسعود أنه يقصر في مسيرة ثلاثة أيام وبه قال الثوري وأبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن وهذا يقتضي أن كل مسافر له ذلك ولأن الثلاثة متفق عليها وليس في أقل من ذلك توقيف ولا اتفاق

وروي عن جماعة من السلف رحمة الله عليهم مايدل على جواز القصر في أقل من يوم، فقال الاوزاعي كان أنس يقصر فيما بينه وبين خمسة فراسخ وكان قبيصة بن ذوئيب وهانيء بن كلثوم وابن محيريز يقصرون فيما بين الرملة وبيت المقدس.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه خرج من قصره بالكوفه حتى أتى النخيلة فصلى بها الظهر

(فصل) إذا غرب في الحد الى مسافة القصر جاز له القصر وسائر الرخص، وكذلك اذا نفي قاطع الطريق لأنه سفر لزمه بالشرع أشبه سفر الغزو، وقال ابن عقيل ويحتمل أن لا يقصر لانه سفر سببه المعصية أشبه سفر المعصية ولانه ليس بأحسن حالا من سفر النزهة وفيه روايتان فيخرج ها هنا مثله والأولى أولى ويمكن التفريق بين هذا وبين سفر المعصية لان ذلك تصح التوبة منه بخلاف هذا، وان هرب المدين من غرمائه وهو معسر قصر وان لم يكن معسراً والدين حال أو مؤجل يحل قبل مدة السفر احتمل وجهان ذكر هذا ابن عقيل أحدهما لا يقصر لانه سفر يمنع حقاً واجبا عليه والثاني يقصر لانه نوع حبس فلا يتوجه عليه قبل المطالبة

(فصل) فان عدم الماء في سفر المعصية لزمه التيمم لانه عزيمة وهل تلزمه الاعادة على وجهين (أحدهما) لا تلزمه لان التيمم عزيمة بدليل وجوبه والرخصة لا تجب (والثاني) عليه الاعادة لانه حكم يتعلق بالسفر أشبه بقية الرخص والاولى أولى لانه أتى بما أمر به فلم تلزمه الاعادة وفارق بقية الرخص لانه ممنوع منها وهذا مأمور به فلا يمكنه تعدية حكمها الى التيمم وقولهم إن ذلك مختص بالسفر ممنوع ويباح له المسح يوما وليلة لان ذلك يختص بالسفر أشبه الاستجمار وقيل لا يجوز لأنه رخصة فلم يبح كرخص السفر والاول أولى لما بينا

(فصل) وإذا كان السفر مباحا فغير نيته الى المعصية انقطع الترخص لزوال سببه ولو كان لمعصية فغير نيته الى المباح في السفر المباح، وتعتبر مسافة القصر من حين غير النية لأن وجود ما مضى من سفره لا يؤثر في الاباحة فهو كعدمه فأما ان كان السفر مباحا لكنه يعصي فيه أبيح له الترخص لأن السبب السفر وهو مباح وقد وجد فيثبت حكمه ولم تمنعه المعصية كما ان المعصية في الحضر لا تمنع الترخص فيه

(فصل) وفي سفر التنزه والتفرج روايتان (احداهما) يبيح الترخص وهو ظاهر كلام الخرقي لانه مباح فيدخل في عموم النصوص وقياس على سفر التجارة (والثانية) لا يترخص فيه لانه انما شرع إعانته على تحصيل المصلحة ولا مصلحة في هذا والأولى أولى

والعصر ركعتين ثم رجع من يومه فقال ، أردت أن أعلمكم سننكم ، وعن جبير بن نفير قال خرجت مع شرحبيل بن السمط إلى قرية على رأس سبعة عشر ميلا أو ثمانية عشر ميلا فصلى ركعتين فقلت له فقال رأيت عمر بن الخطاب يصلي بالحليفة ركعتين وقال إنما فعلت كما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعل رواه مسلم .

وروي أن دحية الكلبي خرج من قرية من دمشق مرة إلى قدر ثلاثة أميال في رمضان ثم إنه أفطر وأفطر معه أناس وكره آخرون أن يفطروا فلما رجع الى قريته قال ، والله لقد رأيت اليوم أمراً ماكنت أظن أني أراه ، إن قوما رغبوا عن هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك للذين

﴿ فصل ﴾ فان سافر لزيارة القبور والمشاهد فقال ابن عقيل لايباح له الترخص لانه منهي عن السفر اليها لقوله عليه السلام « لا تشد الرحال إلا الى ثلاثة مساجد » متفق عليه قال شيخنا والصحيح اباحته وجوز الترخص فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباء راكبا وماشياً ، وكان يزور القبور وقال « زوروها تذكركم الآخرة » والحديث المذكور محمول على نفي الفضيلة لا على التحريم ، وليست الفضيلة شرطا في إباحة القصر فلا يضر انتفاؤها

﴿ فصل ﴾ الشرط الثاني : أن تكون مسافة سفره ستة عشر فرسخاً فما زاد ، قال الأثرم قيل لأبي عبدالله في حكم القصر للصلاة؟ قال في أربعة برد . قيل له مسيرة يوم تام ؟ قال لا أربعة برد ستة عشر فرسخاً مسيرة يومين والفرسخ ثلاثة أميال ، قال القاضي والميل اثنا عشر الف قدم وذلك مسيرة يومين قاصدين ، وقد قدره ابن عباس من عسفان الى مكة ومن الطائف الى مكة ومن جدة الى مكة وذكر صاحب المسالك ان من دمشق الى القطيفة أربعة وعشرين ميلا ومن دمشق الى الكسوة اثنا عشر ميلا ومن الكسوة الى جاسم أربعة وعشرون ميلا فعلى هذا تكون مسافة القصر يومين قاصدين ، وهذا قول ابن عباس وابن عمر وهو مذهب مالك والليث والشافعي وإسحق . وروي عن ابن عمر انه يقصر في مسيرة عشرة فراسخ حكاه ابن المنذر ، وروي نحوه عن ابن عباس انه قال يقصر في يوم ولا يقصر فيما دونه واليه ذهب الاوزاعي ، قال ابن المنذر عامة العلماء يقولون مسيرة يوم تام وبه نأخذ . وروي عن ابن مسعود انه يقصر في مسيرة ثلاثة أيام وبه قال الثوري وأبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن » وهذا يقتضي أن كل مسافر له ذلك ولأن الثلاثة متفق عليها وليس في مادونها توقيف ولا اتفاق . وروي عن جماعة من السلف مايدل على جواز القصر في أقل من يوم . فقال الاوزاعي كان أنس يقصر فيما بينه وبين خمسة فراسخ وكان قبيصة بن ذؤيب وهانيء بن كلثوم وابن محيريز يقصرون فيما بين الرملة وبيت المقدس ، وروي عن علي رضي الله عنه انه خرج من قصره بالكوفة حتى أتى النخيلة فصلى بها الظهر والعصر ركعتين ثم رجع من يومه فقال أردت أن أعلمكم سننكم . وروي أن دحية الكلبي خرج

صاموا قبل رواه أبوداود . وروى سعيد ثنا هاشم عن أبي هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سافر فرسخا قصر الصلاة وقال أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ صلى ركعتين شعبة الشاك . رواه مسلم وأبوداود واحتج أصحابنا بقول ابن عباس وابن عمر قال ابن عباس : يا أهل مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من عسفان الى مكة ، قال الخطابي وهو أصح الروايتين عن ابن عمر ولأنها مسافة تجمع مشقة السفر من الحل والشد فجاز القصر فيها كمسافة الثلاث ولم يجز فيما دونها لانه لم يثبت دليل يوجب القصر فيه وقول أنس إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ صلى ركعتين يحتمل أنه أراد به اذا سافر سفراً طويلا قصر اذا بلغ ثلاثة أميال كما قال في لفظه الآخر إن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالمدينة أربعا وبذي الحليفة ركعتين قال المصنف : ولا أرى لما صار اليه الائمة حجة لأن أقوال الصحابة متعارضة مختلفة ولا حجة فيها مع الاختلاف

وقد روي عن ابن عباس وابن عمر خلاف ما احتج به أصحابنا ثم لو لم يوجد ذلك لم يكن في قولهم حجة مع قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله واذا لم تثبت أقوالهم امتنع المصير إلى التقدير الذي ذكروه لوجهين (أحدهما) أنه مخالف لسنة النبي صلى الله عليه وسلم التي رويناها ولظاهر القرآن لأن ظاهره أباحة القصر لمن ضرب في الأرض لقوله (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) وقد سقط شرط الخوف بالخبر المذكور عن يعلى بن أمية فبقي ظاهر الآية متناولا كل

من قرية من دمشق مرة الى قدر ثلاثة أميال في رمضان ثم انه أفطر وأفطر معه أناس كثير ، وكره آخرون أن يفطروا فلما رجع الى قريته قال والله لقد رأيت اليوم أمراً ما كنت أظن اني أراه ، إن قوما رغبوا عن هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك للذين صاموا ، رواه أبو داود . وعن أبي سعيد الخدري قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر فرسخاً قصر الصلاة رواه سعيد واحتج اصحابنا بقول ابن عباس وابن عمر يا أهل مكة لاتقصروا في أدنى من أربعة برد ما بين عسفان الى مكة قال الخطابي وهو أصح الروايتين عن ابن عمر ولانها مسافة تجمع مشقة السفر من الحل والعقد فجاز القصر فيها كالثلاث ولم يجز فيما دونها لانه لم يثبت دليل بوجوب القصر فيه ، وحديث أبي سعيد يحمل على انه عليه السلام كان اذا سافر سفراً طويلا قصر واذا بلغ فرسخاً قال شيخنا ولا أدري لما صار اليه الائمة حجة لأن أقوال الصحابة مختلفة متعارضة ولا حجة فيها مع الاختلاف ، ثم لو لم يوجد ذلك لم يكن قولهم حجة مع قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله ، واذا لم تثبت أقوالهم امتنع المصير الى التقدير الذي ذكروه لوجهين : أحدهما انه مخالف للسنة التي رويناها ولظاهر القرآن ، فان ظاهر القرآن إباحة القصر لمن ضرب في الارض . فأما قول النبي صلى الله عليه وسلم « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن » فانما جاء لبيان أكثر مدة المسح فلا يصح الاحتجاج به

ضرب في الارض وقول النبي صلى الله عليه وسلم « يمسح المسافر ثلاثة أيام » جاء لبيان أكثر مدة المسح -لا يصح الاحتجاج به هاهنا وعلى أنه يمكنه قطع المسافة القصيرة في ثلاثة أيام وقد سماه النبي صلى لله عليه وسلم سفراً فقال لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم الا مع ذى محرم (والثاني) أن التقدير بابه التوقيف فلا يجوز المصير اليه برأي مجرد سيما وليس له أصل يرد اليه ولا نظير يقاس عليه والحجة مع من أباح القصر لكل مسافر الا أن ينعقد الاجماع على خلافه

(فصل) واذا كان في سفينة في البحر فهو كالبر ان كانت مسافة سفره تبلغ مسافة القصر أبيح له والا فلا سواء قطعها في زمن طويل أو قصير اعتباراً بالمسافة وان شك هل السفر مبيح للقصر أولا لم يبح له لأن الاصل وجوب الاتمام فلا يزول بالشك وان قصر لم تصح صلاته وان تبين له بعدها أنه طويل لانه صلى شاكا في صحة صلاته فاشبه مالو صلى شاكا في دخول الوقت

(فصل) والاعتبار بالنية لا بالفعل فيعتبر أن ينوي مسافة تبيح القصر فلو خرج يقصد سفراً بعيداً فقصر الصلاة ثم بدا له فرجع كان ماصلاه ماضيا صحيحاً ولا يقصر في رجوعه الا أن تكون مسافة الرجوع مبيحة بنفسها نص أحمد على هذا ولو خرج طالبا لعبد آبق لا يعلم أين هو أو منتجعاً غيثا أو كلأ متى وجده أقام أو رجع أو سائحاً في الارض لا يقصد مكانا لم يبح له القصر وان سار أياما وقال ابن عقيل يباح له القصر اذا بلغ مسافة مبيحة له لانه مسافر سفراً طويلا .

ولنا انه لم يقصد مسافة القصر فلم يبح له كابتداء سفره ولانه لم يبح القصر في ابتدائه فلم يبحه في أثنائه اذا لم يغير نيته كالسفر القصير وسفر المعصية ومتى رجع هذا يقصد بلده او نوى مسافة

هاهنا ، على انه يمكنه قطع المسافة القصيرة في ثلاثه أيام وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم سفراً فقال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم إلا مع ذي محرم » والثاني أن التقدير بابه التوقيف فلا يجوز المصير اليه برأي مجرد لاسيما وليس له أصل يرد اليه ولا نظير يقاس عليه والحجة مع من أباح القصر لكل مسافر إلا أن ينعقد الاجماع على خلافه

﴿ فصل ﴾ وحكم سفر البر حكم سفر البحر إن بلغت مسافة القصر ، وان شك في كون السفر مبيحاً أولا لم يبح لأن الاصل عدمه ووجوب الاتمام ، فان قصر لم تصح صلاته وان تبين له بعدها انه طويل لانه صلى مع الشك فلم تصح صلاته كما لو صلى شاكا في دخول الوقت

﴿ فصل ﴾ والاعتبار بالنية لا بالفعل فيعتبر أن ينوي مسافة القصر فلو خرج يقصد سفراً بعيداً فقصر الصلاة ثم بدا له فرجع كان ماصلاه صحيحاً ولا يقصر في رجوعه إلا أن تكون مسافة الرجوع مبيحة بنفسها نص عليه أحمد ، على هذا ولو خرج طالباً عبداً آبقاً لا يعلم أين هو أو منتجعاً غيثاً أو كلأ متى وجده أقام أو سائحا في الارض لا يقصد مكانا لم يبح له القصر وان سار أياما ، وقال ابن عقيل يباح له القصر اذا بلغ مسافة القصر لانه سافر سفراً طويلا

القصر فله القصر لوجود نيته المبيحة ولو قصد بلداً بعيداً او في عزمه انه متى وجد طلبته دونه رجع أوأقام لم يبح له القصر لانه لم يجزم بسفر طويل وان كان لايرجع ولا يقيم بوجوده فله القصر

(فصل) ومتى كان لمقصده طريقان يباح القصر في أحدهما دون الآخر فسلك البعيد ليقصر الصلاة فيه أبيح له لأنه مسافر سفراً بعيداً مباحا فا بيح له القصر كما لو لم يجد سواه أو كان الآخر مخوفا أو شاقا.

(فصل) وان خرج الانسان الى السفر مكرها كالاسير فله القصر إذا كان سفره بعيداً نص عليه أحمد وقال الشافعي لايقصر لانه غير ناو للسفر ولا جازم به فان نيته أنه متى أفلت رجع

و لنا أنه مسافر سفراً بعيداً غير محرم فابيح له القصر كالمرأة مع زوجها والعبد مع سيده إذا كان عزمهما أنه لو مات أو زال ملكهما رجع وقياسهم منتقض بهذا إذا ثبت هذا فانه يتم إذا صار في حصونهم ، نص عليه أيضاً لانه قد انقضى سفره ويحتمل أنه لايلزمه الاتمام لأن في عزمه أنه متى أفلت رجع فاشبه المحبوس ظلما .

﴿ مسئلة ﴾ قال﴿ اذا جاوز بيوت قريته ﴾

وجملته أنه ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته ويجعلها وراء ظهره وبهذا قال مالك والشافعي والاوزاعي واسحق وأبو ثور ، وحكي ذلك عن جماعة من التابعين ، وحكي عن عطاء

و لنا انه لم يقصد مسافة القصر فلم يبح له كابتداء سفره ولأنه سفر لم يبح القصر في ابتدائه فلم يبح في أثنائه اذا لم يغير نيته كالسفر القصير وسفر المعصية ومتى رجع هذا يقصد بلداً أو نوى مسافة القصر فله القصر لوجود النية المبيحة ، ولو قصد بلداً بعيداً وفي عزمه انه متى وجد طلبته دونه رجع أو أقام لم يبح له القصر لانه لم يجزم بسفر طويل ، وان كان لايرجع ولا يقيم بوجوده فله القصر

﴿ فصل ﴾ ومن خرج الى سفر مكرهاً كالأسير فله القصر اذا كان سفره بعيداً نص عليه أحمد وقال الشافعي لا يقصر لانه غير ناو للسفر ولا جازم به ، فان نيته متى أفلت رجع

ولنا انه مسافر سفراً بعيداً غير محرم فأبيح له القصر كالمرأة مع زوجها والعبد مع سيده اذا كان عزمهما انه لو مات أو زال ملكهما رجعا، قياسهم منتقض بهذا اذا ثبت هذا فانه يتم اذا صار في حصونهم نص عليه أيضاً لانه قد انقضى سفره ، ويحتمل أن لايلزمه الاتمام لأن في عزمه انه متى أفلت رجع فهو كالمحبوس ظلما

(الشرط الثالث) ان القصر يختص الرباعية ، فأما المغرب والصبح فلا قصر فيهما . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن لايقصر في صلاة المغرب والصبح وان القصر انما هو في الرباعية ولأن الصبح ركعتان فلو قصرت صارت ركعة وليس في الصلاة ركعة إلا الوتر والمغرب وتر النهار فان قصر منها ركعة لم يبق وتراً ، وإن قصر ركعتان كان اجحافا بها واسقاطا لأكثرها

﴿ مسألة ﴾ (اذا جاوز بيوت قريته أو خيام قومه)

وجملة ذلك انه ليس لمن نوى السفر القصر حتى يشرع في السفر بخروجه من بيوت قريته وهذا

وسليمان بن موسى أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر ، وعن الحارث بن أبي ربيعة أنه أراد سفرا فصلى بهم في منزله ركعتين وفيهم الاسود بن يزيد وغير واحد من أصحاب عبد الله وروى عبيد بن جبير قال كنت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط في شهر رمضان فدفع ثم قرب غداؤه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ، ثم قال اقترب قلت الست ترى البيوت قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكل رواه أبوداود

ولنا قول الله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) ولا يكون ضاربا في الارض حتى يخرج وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يبتديء القصر إذا خرج من المدينة ، قال أنس صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم الظهر بالمدينة أربعاً وبذي الحليفة ركعتين متفق عليه ، فاما أبو بصرة فانه لم يأكل حتى دفع وقوله لم يجاوز البيوت معناه والله أعلم لم يبعد منها بدليل قول عبيد له :ألست ترى البيوت؟ إذا ثبت هذا فانه يجوز له القصر وان كان قريبا من البيوت ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للذي يريد السفر أن يقصر الصلاة إذا خرج من بيوت القرية التي يخرج منها . وروي عن مجاهد أنه قال اذا خرجت مسافراً فلا تقصر الصلاة يومك ذلك إلى الليل ، وإذا رجعت ليلا فلا تقصر ليلتك حتى تصبح

ولنا قول الله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) وأن

قول الشافعي والاوزاعي واسحق . وحكي ذلك عن جماعة من التابعين ، وحكي عن عطاء وسليمان بن موسى انهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر ، وعن الحرث بن أبي ربيعة انه أراد سفراً فصلى بهم في منزله ركعتين وفيهم الأسود بن يزيد وغيره من أصحاب عبد الله ، وروى عبيد بن جبير قال ركبت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط في شهر رمضان فدفع ثم قرب غداه فلم نجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال اقترب ، قلت ألست ترى البيوت ؟ قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل ، رواه أبو داود

ولنا قوله تعالى (واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) ولا يكون ضارباً حتى يخرج . وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه انما كان يبتديء القصر اذا خرج من المدينة ، فروى أنس قال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة أربعاً وبذي الحليفة ركعتين متفق عليه . فأما أبو بصرة فانه لم يأكل حتى دفع بدليل قول عبيد له ألست ترى البيوت وقوله لم يجاوز البيوت معناه لم يتعد منها اذا ثبت هذا فانه يجوز القصر ، وإن كان قريباً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للذي يريد السفر أن يقصر الصلاة اذا خرج من بيوت القرية التي يخرج منها . وروي عن مجاهد انه قال اذا خرجت مسافراً فلا تقصر الصلاة يومك

النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج من المدينة لم يزد على ركعتين حتى يرجع اليها ، وحديث أبي بصرة،وقال عبد الرحمن الهمداني خرجنا مع علي رضي الله عنه مخرجه إلى صفين فرأيته صلى ركعتين بين الجسر وقنطرة الكوفة ، وقال البخاري خرج علي فقصر وهو يرى البيوت فلما رجع قيل له هذه الكوفة قال لا حتى ندخلها ولأنه مسافر فابيح له القصر كما لو بعد

(فصل) وإن خرج من البلد وصار بين حيطان بساتينه فله القصر لانه قد ترك البيوت وراء ظهره وإن كان حول البلد خراب قد تهدم وصار فضاء أبيح له القصر فيه لذلك وإن كانت حيطانه قائمة فكذلك قاله الآمدي،وقال القاضي لا يباح وهو مذهب الشافعي لأن السكنى فيه ممكنة أشبه العامر ولنا أنها غير معدة للسكنى أشبهت حيطان البساتين ، وإن كان في وسط البلد نهر فاجتازه فليس له القصر لانه لم يخرج من البلد ولم يفارق البنيان فاشبه الرحبة والميدان في وسط البلد وان كان للبلد محال كل محلة منفردة عن الأخرى كبغداد فمتى خرج من محلته أبيح له القصر إذا فارق محلته وان كان بعضها متصلا ببعض لم يقصر حتى يفارق جميعها ولوكانت قريتان متدانيتين فاتصل بناء احداهما بالاخرى فهما كالواحدة وان لم يتصل فلكل قرية حكم نفسها

(فصل) واذا كان البدوي في حلة لم يقصر حتى يفارق حلته وان كانت حللا فلكل حلة حكم نفسها كالقرى وان كان بيته مفردا فحتى يفارق منزله ورحله ويجعله وراء ظهره كالحضري

ذلك الي الليل واذا رجعت فلا تقصر ليلتك حتى تصبح ، والآية تدل على خلاف قوله . وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج من المدينة لا يزيد على ركعتين حتى يرجع اليها وقد ذكرنا حديث أبي بصرة ، وقال البخاري خرج علي فقصر الصلاة وهو يرى البيوت فلما رجع قيل له هذه الكوفة . قال لا حتى ندخلها

﴿ فصل ﴾ فاذا خرج من البلد وصار بين حيطان بساتينه فله القصر لانه قد ترك البيوت وراء ظهره ، وان كان حول البلد خراب قد تهدم وصار فضاء أبيح القصر فيه كذلك وان كان حيطانه قائمة فكذلك قاله الآمدي ، وقال القاضي لا يباح وهو مذهب الشافعي لأن السكنى فيه ممكنة أشبه العامر ولنا انها غير معدة للسكنى أشبهت حيطان البساتين ، وان كان في وسط البلد نهر فاجتازه فليس له القصر لانه لم يخرج من البلد ولم يفارق البنيان فأشبه الرحبة والميدان في وسط البلد ، وإن كان للبلد محال كل محلة منفردة عن الأخرى كبغداد فمتى خرج من محلة أبيح له القصر اذا فارق محلته ، وان كان بعضها متصلا ببعض لم يقصر حتى يفارق جميعاً ، ولو كانت قريتان متدانيتين واتصل بناء إحداهما بالأخرى فهما كالواحدة ، وان لم يتصل فلكل قرية حكم نفسها

﴿ فصل ﴾ وحكم السفر من الخيام والحلل حكم السفر من القرى فيما ذكرنا متى فارق حلته قصر وان كانت حللا فلكل حلة حكم نفسها كالقرى ، وإن كان بيته منفرداً فحتى يفارق منزله ورحله

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿اذا كان سفره واجبا أو مباحا﴾

وجملته أن الرخص المختصة بالسفر من القصر والجمع والفطر والمسح ثلاثا والصلاة على الراحلة تطوعا يباح في السفر الواجب والمندوب والمباح كسفر التجارة ونحوه وهذا قول أ كثر أهل العلم وروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الاوزاعي والشافعي واسحق وأهل المدينة وأصحاب الرأي وعن ابن مسعود لايقصر إلا في حج أوجهاد لأن الواجب لايترك الا لواجب وعن عطاء كقول الجماعة وعنه لايقصر إلا في سبيل من سبيل الخير لأن النبي صلى الله عليه وسلم انما قصر في سفر واجب أو مندوب.

ولنا قول الله تعالى (وإذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) وقوله تعالى (وإن كنتم مرضى أو على سفر فعدة من ايام أخر) وقالت عائشة إن الصلاة أول مافرضت

ويجعله وراء ظهره كالحضري. وقال القاضي ان كان نازلا في واد وسافر في طوله فكذلك، وان سافر في عرضه فكذلك إن كان واسعاً ، وان كان ضيقاً لم يقصر حتى يقطع عرض الوادي ويفارقه وقال ابن عقيل متى كانت حلته في واد لم يقصر حتى يفارقه ، والأولى جواز القصر اذا فارق البنيان مطلقاً لما ذكرنا من الأدلة كما لو كان نازلا في الصحراء ولأن المعنى المجوز للترخص وجود المشقة وذلك موجود في الوادي كوجوده في غيره

﴿ مسألة ﴾ (وهو أفضل من الاتمام وإن أتم جاز ﴾

القصر أفضل من الاتمام في قول جمهور العلماء ولا نعلم أحداً خالف فيه إلا الشافعي في أحد قوليه قال الاتمام أفضل لانه أكثر عملا وعدداً وهو الأصل فكان أفضل كغسل الرجلين. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يداوم على القصر ، قال ابن عمر صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله متفق عليه . ولما بلغ ابن مسعود أن عثمان صلى أربعاً استرجع وقال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم ركعتين ومع أبي بكر ركعتين ومع عمر ركعتين ثم تفرقت بكم الطرق ولوددت أن حظي من أربع ركعتان متقبلتان . وقد كره طائفة من الصحابة الاتمام فقال ابن عباس للذي قال له كنت أتم الصلاة وصاحبي يقصر : أنت الذي كنت تقصر وصاحبك يتم . وروي أن رجلا سأل ابن عمر عن صلاة السفر فقال ركعتان فمن خالف السنة كفر ولأنه اذا قصر أدى الفرض بالاجماع بخلاف الاتمام ، وأما الغسل فلا نسلم انه أفضل من المسح

﴿ فصل ﴾ والاتمام جائز في المشهور عن أحمد وقد روي عنه انه توقف وقال أنا أحب العافية من هذه المسألة وقال مرة أخرى مايعجبني ، وممن روي عنه الاتمام في السفر عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وبه قال الاوزاعي والشافعي وهو المشهور عن مالك ، وقال حماد بن أبي سليمان ليس له

ركعتان فاقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر متفق عليه وعن ابن عباس (رض) قال فرض الله الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربعا وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة ، رواه مسلم وقال عمر رضي الله عنه صلاة السفر ركعتان والجمعة ركعتان والعيد ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ، وقد خاب من افترى ، رواه سعيد وابن ماجه .

وروي عن ابراهيم أنه قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله اني أريد البحرين في تجارة فكيف تأمرني في الصلاة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم صل ركعتين رواه سعيد عن أبي معاوية عن الاعمش عن ابراهيم ، وقال صفوان بن عسال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كنا مسافرين سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن ، وهذه النصوص تدل على إباحة الرخص في كل سفر وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يترخص في عوده من سفره وهو مباح

الاتمام في السفر وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، وأوجب حماد على من أتم الاعادة ، وقال أصحاب الرأي إن كان جلس بعد الركعتين قدر التشهد فصلاته صحيحة وإلا فلا ، وقال عمر بن عبد العزيز الصلاة في السفر ركعتان حتى لا يصلح غيرهما ، واحتجوا بأن صلاة السفر ركعتان بدليل قول عائشة إن الصلاة أول مافرضت ركعتين فأقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر متفق عليه . وقال عمر رضي الله عنه صلاة السفر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان وصلاة العيد ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم وقد خاب من افترى رواه ابن ماجه ، وسئل ابن عمر عن الصلاة في السفر فقال ركعتان فمن خالف السنة كفر ولأن الركعتين الآخرتين يجوز تركهما الى غير بدل فلم يجز زيادتهما على الركعتين المفروضتين كالزيادة على صلاة الفجر

ولنا قوله تعالى (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) وهذا يدل على أن القصر رخصة يتخير بين فعله وتركه كسائر الرخص وقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث يعلى بن أمية «صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته» يدل على انه رخصة وليس بعزيمة ، وقالت عائشة خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة في رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتممت فقلت يارسول الله بأبي أنت وأمي أفطرت وصمت وقصرت وأتممت قال « أحسنت » رواه أبو داود الطيالسي ولأنه لو ائتم بمقيم صلى أربعاً والصلاة لاتزيد بالائتمام ، وعن أنس قال كنا أصحاب رسول الله نسافر فيتم بعضنا ويقصر بعضنا ويصوم بعضنا ويفطر بعضنا فلا يعيب أحد على أحد وهذا إجماع منهم على جواز الامرين ، فأما قول عائشة فرضت الصلاة ركعتين فانما أرادت أن ابتداء فرضها كان ركعتين ثم أتمت بعد الهجرة فصارت أربعاً وكذلك كانت تتم الصلاة ولو اعتقدت ما أراده هؤلاء لم تتم . وقول عمر تمام غير قصر أراد تمام فضلها ولم يرد انها غير مقصورة الركعتان لانه خلاف ما دلت عليه الآية والاجماع إذ الخلاف انما هو في القصر والاتمام ، وقد ثبت برواية عن النبي صلى الله عليه

(فصل) ولا تباح هذه الرخص في سفر المعصية كالاباق وقطع الطريق والتجارة في الخمر والمحرمات نص عليه أحمد وهومفهوم كلام الخرقي لتخصيصه الواجب والمباح ،وهذا قول الشافعي وقال الثوري والاوزاعي وأبوحنيفة له ذلك احتجاجا بماذكرنا من النصوص ولانه مسافر فابيح له الترخص كالمطيع

ولنا قول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) أباح الاكل لمن لم يكن عاديا ولا باغيا فلا يباح لباغ ولا عاد قال ابن عباس غير باغ على المسلمين مفارق لجماعتهم يخيف السبيل ولا عاد عليهم ولان الترخص شرع للاعانة على تحصيل المقصد المباح توصلا الى المصلحة فلو شرع هاهنا لشرع اعانة على المحرم تحصيلا للمفسدة والشرع منزه عن هذا والنصوص وردت في حق الصحابة وكانت أسفارهم مباحة فلا يثبت الحكم في من سفره مخالف لسفرهم ويتعين حمله على ذلك جمعا بين النصين وقياس المعصية على الطاعة بعيد لتضادهما

وسلم في حديث يعلى بن أمية انها مقصورة ، ثم لو ثبت أن أصل الفرض ركعتان لم تمتنع الزيادة عليها كما لو ائتم بمقيم ويخالف زيادة ركعتين على صلاة الفجر فانه لا تجوز زيادتهما بحال

﴿ مسألة ﴾ (وإن أحرم في الحضر ثم سافر أوفى السفر ثم أقام أو ذكر صلاة حضر في سفر أو صلاة سفر في حضر أو ائتم بمقيم أو بمن يشك فيه أو أحرم بصلاة يلزمه اتمامها ففسدت وأعادها أو لم ينو القصر لزمه أن يتم ، وقال أبو بكر لا يحتاج الجمع والقصر الى نية)

اذا أحرم بالصلاة في سفينة في الحضر فخرجت به في أثناء الصلاة أو أحرم في السفر فدخلت في أثناء الصلاة البلد لم يقصر لانها عبادة تختلف بالسفر والحضر فاذا أوجد أحد طرفيها في الحضر غلب حكمه كالمسح

﴿ فصل ﴾ فأما إن سافر بعد دخول الوقت فقال أصحابنا يتم ، وذكر ابن عقيل فيه روايتين احداهما يتم لانها وجبت في الحضر فلزمه اتمامها كما لو سافر بعد خروج وقتها ، والثانية له قصرها وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكاه ابن المنذر اجماعا لانه سافر قبل خروج وقتها أشبه مالو سافر قبل وجوبها وكلابس الخف اذا أحدث ثم سافر قبل المسح

﴿ فصل ﴾ وإن نسي صلاة حضر فذكرها في السفر وجبت عليه أربعاً بالاجماع حكاه الامام أحمد وابن المنذر قال لأنه قد اختلف فيه عن الحسن فروي عنه انه قال يصليها ركعتين وروي عنه كقول الجماعة لأن الصلاة يتعين فعلها فلم يجز له النقصان من عددها كما لو لم يسافر ، وأما اذا نسي صلاة سفر فذكرها في الحضر فقال أحمد في رواية الأثرم عليه الاتمام احتياطا وبه قال الاوزاعي وداود والشافعي في أحد قوليه وقال مالك والثوري وأصحاب الرأي يصليها صلاة سفر لانه انما يقضي مافاته وهو ركعتان . ولنا أن القصر رخصة من رخص السفر فبطلت بزواله كالمسح ثلاثا ولأنها وجبت عليه في الحضر بدليل قوله عليه السلام « فليصلها اذا ذكرها » ولانها عبادة تختلف بالحضر والسفر

(فصل) فان عدم العاصي بسفره الماء فعليه أن يتيمم لأن الصلاة واجبة لا تسقط والطهارة لها واجبة أيضاً فيكون ذلك عزيمة وهل تلزمه الاعادة على وجهين أحدهما لا تلزمه ، لأن التيمم عزيمة بدليل وجوبه والرخص لا تجب والثاني عليه الاعادة لأنه حكم يتعلق بالسفر أشبه بقية الرخص والأول أولى لانه أتى بما أمر به من التيمم والصلاة فلم يلزمه اعادتها ويفارق بقية الرخص فانه يمنع منها وهذا يجب فعله ولأن حكم بقية الرخص المنع من فعلها ولا يمكن تعدية هذا الحكم الى التيمم ولا إلى الصلاة لوجوب فعلها ووجوب الاعادة ليس بحكم في بقية الرخص فكيف يمكن أخذه منها أو تعديته عنها ويباح له المسح يوما وليلة لأن ذلك لا يختص السفر فاشبه الاستجمار والتيمم وغيرهما من رخص الحضر وقيل لا يجوز لانه رخصة فلم تبح له كرخص السفر والأول أولى وهذا ينتقض بسائر رخص الحضر .

فاذا وجد أحد طرفيها في الحضر غلب حكمه كالسفينة اذا دخلت به البلد في أثناء الصلاة ، وقياسهم ينتقض بالجمعة اذا فاتت وبالمتيمم اذا فاتته الصلاة فقضاها عند وجود الماء

﴿ فصل ﴾ واذا ائتم المسافر بمقيم لزمه الائتمام سواء أدرك جميع الصلاة أو بعضها ، وقال ابن أبي موسى فيه رواية انه اذا أحرم في آخر صلاته لا يلزمه أن يتم ، قال الأثرم سألت أبا عبدالله عن المسافر يدخل في تشهد المقيمين قال يصلي أربعاً ، روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وجماعة من التابعين وبه قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال إسحق للمسافر القصر لأنها صلاة يجوز فعلها ركعتين فلم تزد بالائتمام كالفجر ، وقال طاوس والشعبي في المسافر يدرك من صلاة المقيمين ركعتين تجزيان ، وقال الحسن والنخعي والزهري وقتادة ومالك إن أدرك ركعة أتم وإن أدرك دونها قصر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة » ولأن من أدرك من الجمعة ركعة أتمها جمعة ومن أدرك أقل من ذلك لا يلزمه فرضها

ولنا ماروي أنه قيل لابن عباس مابال المسافر يصلي ركعتين في حال الانفراد وأربعا اذا ائتم بمقيم ؟ فقال تلك السنة رواه الامام أحمد وهذا ينصرف الى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه فعل من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولانها صلاة مردودة من أربع الى ركعتين فلا يصليها خلف من يصلي الأربع كالجمعة وما ذكروه لا يصح عندنا فانه لا تصح له صلاة الفجر خلف من يصلي رباعية ، وإدراك الجمعة يخالف مانحن فيه فانه لو أدرك ركعة من الجمعة رجع الى الركعتين وهذا بخلافه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه » ومفارقة إمامه مع امكان متابعته اختلاف عليه

﴿ فصل ﴾ واذا أحرم المسافرون خلف مسافر وأحدث واستخلف مسافراً فلهم القصر وإن استخلف مقيما لزمهم الائتمام لانهم ائتموا بمقيم ، وللامام المحدث القصر لانه لم يأتم بمقيم ولو صلى

(فصل) اذا كان السفر مباحا فغير نيته إلى المعصية انقطع الترخص لزوال سببه ولو سافر لمعصية فغير نيته إلى مباح صار سفراً مباحا وأبيح له مايباح في السفر المباح وتعتبر مسافة السفر من حين غير النية ولو كان سفره مباحا فنوى المعصية بسفره ثم رجع إلى نية المباح اعتبرت مسافة القصر من حين رجوعه إلى نية المباح لأن حكم سفره انقطع بنية المعصية فاشبه مالو نوى الاقامة ثم عاد فنوى السفر ، فأما إن كان السفر مباحا لكنه يعصي فيه لم يمنع ذلك الترخص لأن السبب هو السفر المباح وقد وجد فثبت حكمه ولم يمنعه وجود معصية ، كما أن معصيته في الحضر لاتمنع الترخص فيه

(فصل) وفي سفر التنزه والتفرج روايتان إحداهما تبيح الترخص وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه سفر مباح فدخل في عموم النصوص المذكورة وقياساً على سفر التجارة ، والثانية لايترخص فيه قال أحمد اذا خرج الرجل إلى بعض البلدان تنزها وتلذذاً وليس في طلب حديث ولاحج ولاعمرة ولا تجارة فانه لايقصر الصلاة لانه إنما شرع اعانة على تحصيل المصلحة ولا مصلحة في هذا والاول أولى

(فصل) فان سافر لزيارة القبور والمشاهد ، فقال ابن عقيل لايباح له الترخص لأنه منهي عن

المسافرون خلف مقيم فأحدث واستخلف مسافراً أو مقيما لزمهم الاتمام لانهم ائتموا بمقيم فان استخلف مسافراً لم يكن معهم في الصلاة فله أن يصلي صلاة السفر لانه لم يأتم بمقيم

(فصل) واذا أحرم المسافر خلف من يشك فيه أو من يغلب على ظنه انه مقيم لزمه الاتمام وإن قصر امامه لأن الأصل وجوب الاتمام فليس له نية قصرها مع الشك في وجوب اتمامها فلزمه الاتمام اعتباراً بالنية وهذا مذهب الشافعي ، وان غلب على ظنه ان الامام مسافر بامارة آثار السفر فله أن ينوي القصر فان قصر امامه قصر معه وان أتم تابعه فيه وان نوى الاتمام لزمه الاتمام سواء قصر امامه أو أتم اعتباراً بالنية، وان نوى القصر فأحدث امامه قبل علمه بحاله فله القصر لأن الظاهر ان امامه مسافر لوجود دليله وقد أتيحت له نية القصر بناء على هذا الظاهر ويحتمل أن يلزمه الاتمام احتياطا

(فصل) واذا صلى المسافر صلاة الخوف بمسافرين ففرقهم فرقتين فاحدث قبل مفارقة الطائفة الاولى واستخلف مقيما لزم الطائفتين الاتمام لانهم ائتموا بمقيم وإن كان ذلك بعد مفارقة الاولى اتمت الثانية وحدها لانها اختصت بموجبه ، وإن كان الامام مقيما فاستخلف مسافراً ممن كان معه في الصلاة فعلى الجميع الاتمام لأن المستخلف قد لزمه الاتمام باقتدائه بالمقيم فصار كالمقيم ، وإن لم يكن دخل معه في الصلاة وكان استخلافه قبل مفارقة الاولى فعليها الاتمام لائتمامها بمقيم وكفصر الامام والطائفة الثانية وإن استخلف بعد دخول الثانية فعلى الجميع الاتمام و للمستخلف القصر وحده لأنه لم يأتم بمقيم

(فصل) واذا صلى مقيم ومسافر خلف مسافر أتم المقيم اذا سلم امامه وذلك اجماع ، وقد روى عمران بن حصين قال : شهدت الفتح مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقام ثماني عشرة ليلة لا يصلي

السفر اليها ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تشد الرحال إلا الى ثلاثة مساجد » متفق عليه والصحيح إباحته وجواز القصر فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباء راكبا وماشيا وكان يزور القبور وقال « زوروها تذكركم الآخرة » وأما قوله عليه السلام « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد » فيحمل على نفي التفضيل لا على التحريم وليست الفضيلة شرطا في اباحة القصر فلا يضر انتفاؤها

(فصل) والملاح الذي يسير في سفينة وليس له بيت سوى سفينته فيها أهله وتنوره وحاجته لا يباح له الترخص ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الملاح أيقصر ويفطر في السفينة قال أما اذا كانت السفينة بيته فانه يتم ويصوم ، قيل له وكيف تكون بيته قال لا يكون له بيت غيرها معه فيها أهله وهو فيها مقيم وهذا قول عطاء، وقال الشافعي يقصر ويفطر لعموم النصوص وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة » رواه أبو داود ولأن كون أهله معه لا يمنع الترخص كالجمال

ولنا أنه غير ظاعن عن منزله فلم يبح له الترخص كالمقيم في المدن، فاما النصوص فان المراد بها الظاعن عن منزله وليس هذا كذلك ، وأما الجمال والمكاري فلهم الترخص وان سافروا باهلهم قال أبو داود سمعت أحمد يقول في المكاري الذي هو دهره في السفر لا بد من أن يقدم فيقيم اليوم

الا ركعتين ثم يقول لأهل البلد « صلوا أربعاً فانا سفر » رواه أبو داود ، ولأن الصلاة واجبة عليه أربعاً فلم يسقط شيء منها كما لو لم يأتم بالمسافر

ويستحب أن يقول الامام للمقيمين اتموا فانا سفر كما في الحديث ، ولئلا يلتبس على الجاهل عدد ركعات الصلاة ، وقد روى الأثرم عن الزهري أن عثمان انما أتم لأن الاعراب حجوا فأراد أن يعرفهم أن الصلاة أربع

(فصل) واذا أمّ المسافر المقيمين فأتم بهم الصلاة فصلاتهم تامة ، وبهذا قال الشافعي واسحاق وقال الثوري وأبو حنيفة : تفسد صلاة المقيمين وتصح صلاة الامام والمسافرين معه ، وعن احمد نحوه قال القاضي : لأن الركعتين الآخرتين نفل من الامام ولا يؤم بها مفترضين

ولنا أن المسافر يلزمه الاتمام بنيته فيكون الجميع واجباً ، ثم لو كانت نفلا فائتمام المفترض بالمتنفل صحيح على مامضى

(فصل) وإن أمّ مسافر مسافرين فنسي فصلاها تامة صحت صلاة الجميع ولا يلزمه سجود سهو لانها زيادة لا يبطل عمدها الصلاة فلا يجب السجود لسهوها كزيادات الاقوال ، وهل يشرع السجود يخرج على روايتين فيما اذا قرأ في الركوع والسجود ، وقال ابن عقيل لا يحتاج إلى سجود لانه أتى بالاصل

ولنا أن هذه زيادة نقضت الفضيلة وأخلت بالكمال أشبهت القراءة في غير محلها كقراءة السورة في الأخيرتين ، فاذا ذكر الامام بعد قيامه إلى الثالثة لم يلزمه الاتمام وله أن يجلس ، فان الموجب للاتمام نيته أو الائتمام بمقيم ولم يوجد واحد منهما ، وإن علم المأموم أن قيامه لسهو لم يلزمه متابعته

قيل فيقيم اليوم واليومين والثلاثة في تهيئه للسفر قال هذا يقصر وذكر القاضي وأبو الخطاب أنه ليس له القصر كالملاح وهذا غير صحيح لأنه مسافر مشقوق عليه فكان له القصر كغيره ولا يصح قياسه على الملاح فان الملاح في منزله سفراً وحضرا ومعه مصالحه وتنوره وأهله وهذا لا يوجد في غيره وان سافر هـذا بأهله كان أشق عليـه وأبلغ في استحقاق الترخص وقـد ذكرنا نص أحمد في الفرق بينهما والنصوص متناولة لهـذا بعمومها وليس هو في معنى المخصوص فوجب القول بثبوت حكم النص فيـه والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لم ينو القصر في وقت دخوله إلى الصلاة لم يقصر)

وجملته أن نية القصر شرط في جوازه ويعتبر وجودها عند أول الصلاة كنية الصلاة وهذا قول الخرقي واختاره القاضي وقال أبو بكر لا تشترط نيته لأن من خير في العبادة قبل الدخول فيها خير بعد الدخول فيها كالصوم ، ولان القصر هو الاصل بدليل خبر عائشة وعمر وابن عباس فلا يحتاج الى نية كالاتمام في الحضر ووجه الاول أن الاتمام هو الاصل على ماسنذكره في مسئلة (والمسافر أن يقصر وله أن يتم) واطلاق النية ينصرف الى الاصل ولا ينصرف عنه إلا بتعيين مايصرفه اليه كما لو نوى الصلاة مطلقاً ولم ينو اماما ولا مأموما فانه ينصرف الى الانفراد اذ هو الأصل ، والتفريع يقع على هـذا القول فلو شك في أثناء صلاته هل نوى القصر في ابتدائها أولا لزمه اتمامها احتياطا لأن الاصل عدمها فان ذكر بعد ذلك أنه كان قد نوى القصر لم يجز له القصر لانه قد لزمه الاتمام فلم يزل ولو نوى الاتمام

ويسبحون له لانه سهو فلا يجب اتباعه فيه ولهم مفارقته إن لم يرجع كما لو قام إلى ثالثة في الفجر وإن تابعوه لم تبطل صلاتهم لأنها زيادة لاتبطل صلاة الامام فلا تبطل صلاة المأموم بمتابعته فيها كزيادات الاقوال . وقال القاضي : تفسد صلاتهم لأنهم زادوا ركعتين عمداً ، وإن لم يعلموا هل قاموا سهواً او عمداً لزمهم متابعته لأن وجوب المتابعة ثابتة فلا تزول بالشك

(فصل) واذا أحرم بصلاة يلزمه اتمامها مثـل ان نوى الاتمام أو ائتم بمقيم فسدت الصلاة وأراد اعادتها لزمه الاتمام لانها وجبت عليه تامة بتلبسه بها خلف المقيم ونيـة الاتمام وهـذا قول الشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة اذا فسدت صلاة الامام عاد المسافر إلى القصر

ولنا أنها وجبت بالشروع فيها تامة فلم يجز له قصرها كما لو لم تفسد

(فصل) ومن لم ينو القصر لزمه الاتمام لان نية القصر شرط في جوازه ويعتبر وجودها عند أول الصلاة كنيتها كذلك ذكره الخرقي والقاضي ، وقال أبو بكر لايحتاج الجمع والقصر إلى نية لان من خير في العبادة قبل الدخول فيها خير بعد الدخول فيها كالصوم ، ولأن القصر هو الاصل بدليل خبر عائشة وعمر وابن عباس فلا يحتاج إلى نيـة كالاتمام في الحضر ، ووجه الاول أن الاتمام هو الاصل على ماذكرنا ، وقد أجبنا عن الاخبار المذكورة واطلاق النية ينصرف إلى الاصل ولا ينصرف

أو ائتم بمقيم ففسدت الصلاة وأراد اعادتها لزمه الاتمام أيضاً لانها وجبت عليه تامة بتلبسه بها خلف المقيم ونية الاتمام وهذا قول الشافعي وقال الثوري وأبوحنيفة اذا فسدت صلاة الامام عاد المسافر الى حاله

ولنا أنها وجبت بالشروع فيها تامة فلم يجز له قصرها كما لو لم تفسد

(فصل) ومن نوى القصر ثم نوى الاتمام أو نوى مايلزمه به الاتمام من الاقامة أو قلب نيته الى سفر معصية أونوى الرجوع عن سفره ومسافة رجوعه لايباح فيه القصر ونحو هذا لزمه الاتمام ولزم من خلفه متابعته وبهذا قال الشافعي وقال مالك لايجوز له الاتمام لأنه نوى عدداً فاذا زاد عليه حصلت الزيادة بغير نية .

ولنا أن نية صلاة الوقت قد وجدت وهي أربع وانما أبيح ترك ركعتين رخصة فاذا أسقط نية الترخص صحت الصلاة بنيتها ولزمه الاتمام ولأن الاتمام الأصل وانما أبيح تركه بشرط فاذا زال الشرط عاد الأصل الى حاله .

(فصل) واذا قصر المسافر معتقداً لتحريم القصر لم تصح صلاته لأنه فعل ما يعتقد تحريمه فلم تقع مجزئا كمن صلى يعتقد أنه محدث ولأن نية التقرب بالصلاة شرط وهذا يعتقد أنه عاص فلم تحصل نية التقرب

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ والصبح والمغرب لايقصران وهذا لاخلاف فيه ﴾

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن لا يقصر في صلاة المغرب والصبح وان القصر انما هو في

عنه إلا بتعيين مايصرف اليه كما لو نوى الصلاة مطلقاً ولم ينو اماما ولا مأموما فانه ينصرف إلى الانفراد اذ هو الاصل والتفريع على هذا القول ، فلو شك في أثناء صلاته هل نوى القصر في ابتدائها أولا ألزمه الاتمام ؟ احتياطا لان الاصل عدم النية ، فان ذكر بعد ذلك أنه قد نوى القصر لم يجز له القصر لانه قد لزمه الاتمام فلم يزل

(فصل) ومن نوى القصر ثم نوى الاتمام أو نوى مايلزمه به الاتمام من الاقامة وسفر المعصية أو نوى الرجوع ومسافة رجوعه لايباح فيها القصر ونحو هذا لزمه الاتمام ولزم من خلفه متابعته وبهذا قال الشافعي وقال مالك : لايجوز له الاتمام لانه نوى عدداً واذا زاد عليه حصلت الزيادة بغير نية

ولنا أن نية صلاة الوقت قد وجدت وهي أربع ، وانما أبيح ترك ركعتين رخصة ، فاذا أسقط نية الترخص صحت الصلاة بنيتها ولزمه الاتمام ولان الاتمام الاصل ، وانما أبيح تركه بشرط فاذا زال الشرط عاد الاصل إلى حاله

(فصل) واذا قصر المسافر معتقداً تحريم القصر لم تصح صلاته لانه فعل مايعتقد تحريمه فلم يقع مجزئا كمن صلى ويعتقد انه محدث ولان نية التقرب بالصلاة شرط وهذا يعتقد أنه عاص فلم تصح نية التقرب

﴿ مسئلة ﴾ (ومن له طريقان بعيد وقريب فسلك البعيد أوذكر صلاة سفر في آخر فله القصر)

اذا كان لسفره طريقان يباح القصر في أحدهما لبعده دون الآخر فسلك البعيد ليقصر الصلاة

الرباعية ولأن الصبح ركعتان فلو قصرت صارت ركعة وليس في الصلاة ركعة الا الوتر والمغرب وتر النهار فلو قصر منها ركعة لم تبق وتراً وان قصرت اثنتان صارت ركعة فيكون اجحافا بها واسقاطا لاكثرها ، وقد روى علي بن عاصم عن داود بن أبي هند عن عامر عن عائشة أم المؤمنين قالت افترض الله الصلاة على نبيكم صلى الله عليه وسلم بمكة ركعتين ركعتين الا صلاة المغرب فلما هاجر إلى المدينة فاقام بها واتخذها دار هجرة زاد الى كل ركعتين ركعتين الا صلاة الغداة لطول القراءة فيها والا صلاة الجمعة للخطبة والا صلاة المغرب فانها وتر النهار فافترضها الله على عباده الا هذه الصلاة فاذا سافر صلى الصلاة التي كان افترضها الله عليه .

﴿ مسألة ﴾ قال (وللمسافر ان يتم ويقصر كما له ان يصوم ويفطر)

المشهور عن أحمد أن المسافر ان شاء صلى ركعتين وان شاء أتم . وروي عنه أنه توقف وقال أنا أحب العافية من هذه المسألة وممن روي عنه الاتمام في السفر عثمان وسعد بن أبي وقاص وابن مسعود وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وبه قال الاوزاعي والشافعي وهو المشهور عن مالك وقال حماد بن أبي سليمان ليس له الاتمام في السفر وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأوجب حماد الاعادة على من أتم وقال أصحاب الرأي ان كان جلس بعد الركعتين قدر التشهد فصلاته صحيحة والا لم تصح وقال عمر بن عبد العزيز الصلاة في السفر ركعتان حتم لايصلح غيرهما ، وروي عن ابن عباس أنه

فيه أو لغير ذلك أبيح له القصر لانه مسافر سفراً بعيداً مباحا فأبيح له القصر كما لو لم يجد سواه وكما لو كان الآخر مخوفا أو شاقا . وقال ابن عقيل إن سلك الابعد لرفع أذية واختلاف نفع قصر قولا واحداً وإن كان لاالغرض صحيح خرج على الروايتين في سفر التنزه وقد ذكرنا توجيههما

(فصل) وإن نسي الصلاة في سفر وذكرها فيه قضاها مقصورة لانها وجبت في السفر وفعلت فيه أشبه مالو صلاها في وقتها ، وإن ذكرها في سفر آخر فكذلك لما ذكرنا وسواء ذكرها في الحضر أو لم يذكرها ويحتمل أنه اذا ذكرها في الحضر لزمته تامة لانه وجب عليه فعلها تامة بذكره إياها فبقيت في ذمته ويحتمل أن يلزمه اتمامها اذا ذكرها في سفر آخر سواء ذكرها في الحضر أولا لأن الوجوب كان ثابتاً في ذمته في الحضر ، والاولى أولى لأن وجوبها وفعلها في السفر فكانت صلاة سفر كما لو لم يذكرها في الحضر . وذكر بعض أصحابنا أن من شرط القصر كون الصلاة مؤداة لانها صلاة مقصورة فاشترط لها الوقت كالجمعة وهذا فاسد لأنه اشترط بالرأي والتحكم ولم يرد الشرع به والقياس على الجمعة لايصح فان الجمعة لاتقضي ويشترط لها الخطبتان والعدد والاستيطان فجاز أن يشترط لها الوقت بخلاف هذه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا نوى الاقامة ببلد أكثر من احدى وعشرين صلاة اتم وإلا قصر)

المشهور عن احمد رحمه الله أن المدة التي يلزم المسافر الاتمام اذا نوى الاقامة فيها ماكان أكثر

قال من صلى في السفر أربعاً فهو كمن صلى في الحضر ركعتين واحتجوا بأن صلاة السفر ركعتان بدليل قول عمر وعائشة وابن عباس على ماذكرناه ، وروي عن صفوان بن محرز انه سأل ابن عمر عن الصلاة في السفر فقال ركعتان فمن خالف السنة كفر ولأن الركعتين الاخريين يجوز تركهما الى غير بدل فلم تجز زيادتهما على الركعتين المفروضتين كما لو زادهما على صلاة الفجر

ولنا قول الله تعالى (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وهذا يدل على أن القصر رخصة مخير بين فعله وتركه كسائر الرخص وقال يعلى بن أمية قلت لعمر ابن الخطاب (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) فقال عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته » رواه مسلم وهذا يدل على أنه رخصة وليس بعزيمة وأنها مقصورة . وروى الأسود عن عائشة أنها قالت خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة رمضان فافطر وصمت وقصر وأتممت فقلت يارسول الله بأبي أنت وأمي أفطرت وصمت وقصرت وأتممت فقال « أحسنت » رواه أبوداود الطيالسي في مسنده وهذا صريح في الحكم ولأنه لو ائتم بمقيم صلى أربعاً وصحت الصلاة والصلاة لاتزيد بالائتمام قال ابن عبد البر وفي اجماع الجمهور من الفقهاء على أن المسافر إذا دخل في صلاة المقيمين فأدرك منها ركعة أن يلزمه أربع دليل واضح على أن القصر رخصة إذ لو كان فرضه

من احدى وعشرين صلاة رواه الأثرم وغيره وهو الذي ذكره الخرقي ، وعنه إن نوي الاقامة أكثر من أربعة أيام اتم حكى هذه الرواية أبو الخطاب وابن عقيل . وعنه اذا نوى اقامة أربعة أيام اتم وإلا قصر ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وروي عن عثمان رضي الله عنه وعن سعيد ابن المسيب أنه قال : اذا أقمت أربعاً فصل أربعاً لأن الثلاث حد القلة لقوله عليه السلام « يقيم المسافر بعد قضاء نسكه ثلاثا » فدل أن الثلاث في حكم السفر وما زاد في حكم الاقامة . وقال الثوري وأصحاب الرأي ان أقام خمسة عشر يوما مع اليوم الذي يخرج فيه اتم ، فان نوى دونه قصر ، ويروى ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير والليث بن سعد لما روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا : اذا قدمت وفي نفسك أن تقيم بها خمس عشرة ليلة فأكمل الصلاة ولا يعرف لهما مخالف ، وروي عن علي رضي الله عنه قال يتم الصلاة الذي يقيم عشراً ويقصر الذي يقول أخرج اليوم أخرج غداً شهرا ، وعن ابن عباس انه قال يقصر اذا أقام تسعة عشر يوما ويتم اذا زاد لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقام في بعض أسفاره تسعة عشر يصلي ركعتين ، قال ابن عباس فنحن اذا أقمنا تسعة عشر نصلي ركعتين وإن زدنا على ذلك أتممنا رواه البخاري ، وقال الحسن صل ركعتين ركعتين إلا أن تقدم مصراً فأتم الصلاة وصم ، وقالت عائشة اذا وضعت الزاد والمزاد فأتم الصلاة وكان طاوس اذا قدم مكة صلى أربعاً

ولنا ماروى أنس قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى مكة فصلى ركعتين حتى

ركعتين لم يلزمه أربع بحال ، وروى باسناده عن عطاء عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتم في السفر ويقصر وعن أنس قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نسافر فيتم بعضنا ويقصر بعضنا ويصوم بعضنا ويفطر بعضنا فلا يعيب أحد على أحد ، ولأن ذلك إجماع الصحابة رحمة الله عليهم بدليل أن فيهم من كان يتم الصلاة ولم ينكر الباقون عليه بدليل حديث أنس وكانت عائشة تتم الصلاة ، رواه مسلم والبخاري وأتمها عثمان وابن مسعود وسعد قال عطاء كانت عائشة وسعد يوفيان الصلاة في السفر ويصومان ، وروى الأثرم بأسناده عن سعد أنه أقام بعمان شهرين فكان يصلي ركعتين ويصلي أربعا ، وعن المسور بن مخرمة قال أقمنا مع سعد ببعض قرى الشام أربعين ليلة يقصرها سعد ويتمها وسأل ابن عباس رجل فقال ، كنت أتم الصلاة في السفر فلم يأمره بالاعادة ، فأما قول عائشة فرضت الصلاة ركعتين فانما أرادت أن ابتداء فرضها كان ركعتين ثم أتمت بعد الهجرة فصارت أربعاً وقد صرحت بذلك حين شرحت ولذلك كانت تتم الصلاة ولو اعتقدت ما أراد هؤلاء لم تتم وقول ابن عباس مثل قولها ولا يبعد أن يكون أخذه منها فانه لم يكن في زمن فرض الصلاة في سن من يعقل الاحكام ويعرف حقائقها ولعله لم يكن موجوداً أو كان فرضها في السنة التي ولد فيها فانها فرضت بمكة ليلة الاسراء قبل الهجرة بثلاث سنين وكان ابن عباس حين مات النبي صلى الله عليه وسلم ابن ثلاث عشرة سنة ، وفي حديثه ما اتفق على تركه وهو قوله والخوف ركعة والظاهر أنه أراد ما أرادت

رجع وأقام بمكة عشراً يقصر الصلاة متفق عليه . وذكر أحمد حديث جابر وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم مكة لصبح رابعة فأقام النبي صلى الله عليه وسلم اليوم الرابع والخامس والسادس والسابع يصلي الفجر بالأبطح يوم الثامن فكان يقصر الصلاة في هذه الايام وقد أجمع على اقامتها قال فاذا أجمع أن يقيم كما أقام النبي صلى الله عليه وسلم قصر واذا أجمع على أكثر من ذلك أتم ، قال الأثرم وسمعت أبا عبدالله يذكر حديث أنس في الاجماع على الاقامة للمسافر فقال هو كلام ليس يفقهه كل أحد ، فقوله أقام النبي صلى الله عليه وسلم عشراً يقصر الصلاة وقال قدم النبي صلى الله عليه وسلم لصبح رابعة وخامسة وسابعة ثم قال ثامنة يوم التروية وتاسعة وعاشرة فانما وجه حديث أنس انه حسب مقام النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ومنى وإلا فلا وجه له عندي غير هذا ، فهذه أربعة أيام وصلاة الصبح بها يوم التروية تمام إحدى وعشرين صلاة يقصر وهي تزيد على أربعة أيام وهو صريح في خلاف قول من حده بأربعة أيام ؛ وقول أصحاب الرأي: لا يعرف لهما مخالف في الصحابة لا يصح ، لأنا قد ذكرنا الخلاف فيه عنهم ، وحديث ابن عباس في إقامة النبي صلى الله عليه وسلم تسعة عشر ، وجهه أن النبي صلى الله عليه لم يجمع الاقامة . قال أحمد قام النبي صلى الله عليه وسلم بمكة زمن الفتح ثماني عشرة لأنه أراد حنينا ولم يكن ثم اجماع المقام ، وهذه إقامته التي رواها ابن عباس وهو دليل على خلاف قول عائشة والحسن والله أعلم

عائشة من ابتداء الفرض فلذلك لم يأمر من أتم بالاعادة وقول عمر تمام غير قصر أراد بها تمام في فضلها غير ناقصة الفضيلة ولم يرد أنها غير مقصورة الركعات لانه خلاف مادلت عليه الآية والاجماع اذ الخلاف انما هو في القصر والاتمام وقد ثبت بروايته عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث يعلي بن أمية أنها مقصورة ويشبه هذا مارواه مجاهد قال جاء رجل إلى ابن عباس فقال اني وصاحب لي دنا في سفر وكان صاحبي يقصر وأنا أتم فقال له ابن عباس أنت كنت تقصر وصاحبك يتم رواه الأثرم أراد أن فعله أفضل من فعلك ثم لو ثبت أن أصل الفرض ركعتان لم يمتنع جواز الزيادة عليها كما لو ائتم بمقيم ويخالف زيادة ركعتين على صلاة الفجر فانه لايجوز زيادتها بحال

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ والقصر والفطر أعجب الى أبي عبد الله رحمه الله ﴾

أما القصر فهو أفضل من الاتمام في قول جمهور العلماء وقد كره جماعة منهم الاتمام قال أحمد مايعجبني وقال ابن عباس للذي قال له كنت أتم الصلاة وصاحبي يقصر أنت الذي كنت تقصر وصاحبك يتم وشدد ابن عمر على من أتم الصلاة ، فروي أن رجلا سأله عن صلاة السفر فقال ركعتان فمن خالف السنة كفر وقال بشر بن حرب سألت ابن عمر كيف صلاة السفر ياأبا عبد الرحمن قال اما أنتم تتبعون سنة نبيكم صلى الله عليه وسلم أخبرتكم وأما لاتتبعون سنة نبيكم فلا أخبركم ؟ قلنا فخير ما اتبع سنة نبينا ياأبا عبد الرحمن قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا خرج من المدينة لم يزد على

﴿ فصل ﴾ ومن قصد بلداً بعينه فوصله غير عازم على إقامة به مدة تقطع حكم سفره فله القصر فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان في أسفاره يقصر حتى يرجع وحين قدم مكة كان يقصر فيها ، ولا فرق بين أن يقصد الرجوع الى بلده كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع على ما في حديث أنس وبين أن يريد بلداً آخر كما فعل عليه السلام في غزوة الفتح كما في حديث ابن عباس

﴿ فصل ﴾ واذا مر في طريقه على بلد له فيه أهل أو مال فقال أحمد في موضع يتم وقال في موضع لايتم إلا أن يكون ماراً وهذا قول ابن عباس ، وقال مالك يتم اذا أراد أن يقيم بها يوماً وليلة ، وقال الشافعي وابن المنذر يقصر مالم يجمع على اقامة أربع لأنه مسافر

ولنا ماروي عن عثمان انه صلى بمنى أربع ركعات فأنكر الناس عليه ، فقال يا أيها الناس إني تأهلت بمكة منذ قدمت وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من تأهل ببلد فليصل صلاة المقيم » رواه أحمد في المسند ، وقال ابن عباس اذا قدمت على أهل لك أو مال فصل صلاة المقيم ، ولأنه مقيم ببلد له فيه أهل ومال أشبه البلد الذي سافر منه

﴿ فصل ﴾ قال أحمد من كان مقيما بمكة ثم خرج الى الحج وهو يريد أن يرجع الى مكة فلا يقيم بها فهذا يصلي ركعتين بعرفة لانه حين خرج من مكة أنشأ السفر الى بلده ليس على أن عرفة سفره فهو في سفر من حين خرج من مكة ، ولو ان رجلا كان مقيما ببغداد فأراد الخروج الى الكوفة

ركعتين حتى يرجع اليها ، رواه سعيد قال ثنا . حماد بن زيد عن بشر وانا بلغ ابن مسعود أن عثمان صلى أربعا استرجع وقال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ومع أبي بكر ركعتين ومع عمر ركعتين ثم تفرقت بكم الطرق ووددت أن حظي من أربع ركعتان متقبلتان وهذا قول مالك ولا أعلم فيه مخالفا من الائمة الا الشافعي في أحد قوليه قال الاتمام أفضل لأنه أكثر عملا وعدداً وهو الاصل فكان أفضل كغسل الرجلين .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يداوم على القصر بدليل ماذكرنا من الأخبار وقال ابن عمر صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله تعالى متفق عليه ، وعن ابن مسعود وعمران بن حصين مثل ذلك وروى سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «خياركم من قصر في السفر وأفطر» رواه الأثرم مع ماذكرنا من أقوال الصحابة فيما مضى ولانه إذا قصر أدى الفرض بالاجماع وإذا أتم اختلف فيه ، وأما الغسل فلا نسلم له أنه أفضل من المسح والفطر نذكره في بابه

(فصل) واختلفت الرواية في الجمع فروي أنه أفضل من التفريق لانه أكثر تخفيفاً وسهولة فكان أفضل كالقصر وعنه التفريق أفضل لانه خروج من الخلاف فكان أفضل كالقصر ولانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم المداومة عليه ولو كان أفضل لاداومه كالقصر

فعرضت له حاجة بالنهروان ثم رجع فمر ببغداد ذاهباً الى الكوفة صلى ركعتين اذا كان يمر ببغداد مجتازاً لايريد الاقامة بها ، وإن كان الذي خرج الى عرفة في نيته الاقامة بمكة اذا رجع لم يقصر بعرفة وكذلك أهل مكة لايقصرون، وإن صلى خلف رجل مكي يقصر الصلاة بعرفة ثم قام بعد صلاة الامام فأضاف اليها ركعتين آخرتين صحت صلاته لأن المكي يقصر بتأويل فصحت صلاة من يأتم به

﴿ فصل ﴾ واذا خرج المسافر فذكر حاجة فرجع اليها فله القصر في رجوعه إلا أن يكون نوى أن يقيم اذا رجع مدة يقطع القصر ويكون في البلد أهله وماله لما ذكرنا وقول أحمد في الرواية الأخرى أتم إلا أن يكون ماراً يقتضي انه اذا قصد أخذ حاجته والرجوع من غير اقامة انه يقصر ، وقال الشافعي يقصر مالم ينو الاقامة أربعاً ، وقال الثوري ومالك يتم حتى يخرج فاصلا الثانية . ولنا انه ثبت له حكم السفر بخروجه ولم يوجد اقامة تقطع حكمه فأشبه مالو أتى قرية غير التي خرج منها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقام لقضاء حاجة أو حبس ولم ينو الاقامة قصر أبداً)

وجملة ذلك أن من لم يجمع على اقامة تقطع حكم السفر على ماذكرنا من الخلاف فله القصر ولو أقام سنين كمن يقيم لقضاء الحاجة يرجو انجاحها أو جهاد عدو أو حبسه سلطان أو مرض وسواء غلب على ظنه انقضاء حاجته في مدة يسيرة أو كثيرة وبعد أن يحتمل انقضاؤها في مدة لاينقطع حكم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإذا دخل وقت الظهر على مسافر وهو يريد أن يرتحل صلاها وارتحل فاذا دخل وقت العصر صلاها وكذلك المغرب والعشاء الاخرة وإن كان سائرا فأحب أن يؤخر الاولى إلى وقت الثانية فجائز ﴾

جملة ذلك أن الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احداهما جائز في قول أكثر أهل العلم ومن روي عنه ذلك سعيد بن زيد وسعد وأسامة ومعاذ بن جبل وأبوموسى وابن عباس وابن عمر وبه قال طاوس ومجاهد وعكرمة ومالك والثوري والشافعي واسحق وأبوثور وابن المنذر .

وروي عن سليمان بن أخي زريق بن حكيم قال ، قال مر بنا نائلة ربيعة وأبو الزناد ومحمد بن المنكدر وصفوان بن سليم وأشياخ من أهل المدينة فاتيناهم في منزلهم وقد أخذوا في الرحيل فصلوا الظهر والعصر جميعاً حين زالت الشمس ثم أتينا المسجد فاذا زريق بن حكيم يصلي للناس الظهر وقال الحسن وابن سيرين وأصحاب الرأي لايجوز الجمع إلا في يوم عرفة بعرفة وليلة مزدلفة بها وهذا رواية ابن القاسم عن مالك واختياره واحتجوا بان المواقيت تثبت بالتواتر فلا يجوز تركها بخبر واحد

السفر بها . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم ان للمسافر أن يقصر مالم يجمع على اقامة ولو أتى عليه سنون والأصل فيه ماروى ابن عباس قال أقام النبي صلى عليه وسلم في بعض أسفاره تسعة عشر يصلي ركعتين رواه البخاري ، وقال جابر أقام النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة رواه الامام أحمد في المسند ، وروى سعيد باسناده عن المسور بن مخرمة قال أقمنا مع سعد ببعض قرى الشام اربعين ليلة يقصرها سعد ونتمها ، وقال نافع أقام ابن عمر باذربيجان ستة أشهر يصلي ركعتين حبسه الثلج . وقال أنس أقام أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم برامهز سبعة أشهر يقصرون الصلاة ، وعن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة قال أقمت معه بكابل سنتين نقصر الصلاة ولا نجمع

﴿ فصل ﴾ وإن عزم على اقامة طويلة في رستاق ينتقل فيه من قرية الى قرية لايجمع على اقامة بواحدة منها مدة تبطل حكم السفر قصر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقام بمكة ومنى وعرفة عشراً فكان يقصر الأيام كلها . وروى الأثرم باسناده عن مورق قال سألت ابن عمر قلت إني رجل آتي الاهواز فأتنقل في قراها قرية قرية فأقيم الشهر أو أكثر . قال تنوي الاقامة ؟ قلت لا . قال ما أراك إلا مسافراً صل صلاة المسافرين ، ولانه لم ينوي الاقامة في مكان بعينه أشبه المتنقل في سفره من منزل الى منزل ، واذا دخل بلداً فقال إن لقيت فلانا أقمت وإلا لم أقم لم يبطل حكم سفره لانه لم يجزم بالاقامة ، ولأن المبطل للسفر هو العزم على الاقامة ولم يوجد ، وانما علقه على شرط لم يوجد وذلك ليس بجزم

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بالتطوع في السفر نازلا وسائراً على الراحلة لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسبح على ظهر راحلته حيث كان وجهه يومىء برأسه ، وروى نحو ذلك جابر

ولنا ماروي نافع عن ابن عمر أنه كان إذا جدبه السير جمع بين المغرب والعشاء ويقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا جد به السير جمع بينهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما وان زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب متفق عليهما ، ولمسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا عجل عليه السير يؤخر الظهر إلى وقت العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حتى يغيب الشفق وروى الجمع معاذ بن جبل وابن عباس وسنذكر أحاديثهما فيما بعد وقولهم لا نترك الاخبار المتواترة قلنا لانتركها وإنما نخصصها وتخصيص المتواتر بالخبر الصحيح جائز بالأجماع وقد جاز تخصيص الكتاب بخبر الواحد بالاجماع فتخصيص السنة بالسنة أولى وهذا ظاهر جدا فان قيل معنى الجمع في الاخبار أن يصلي الاولى في آخر وقتها والاخرى في أول وقتها قلنا هذا فاسد لوجهين أحدهما أنه قد جاء الخبر صريحاً في أنه كان يجمعهما في وقت أحداهما على ماسنذكره ولقول أنس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حتى يغيب الشفق فيبطل التأويل «الثاني أن الجمع رخصة فلو كان على ماذكروه لكان أشد ضيقاً وأعظم حرجا من الاتيان بكل

وأنس متفق عليه . وعن علي عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتطوع في السفر رواه سعيد . وفي حديث أم هانيء ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر على بعيره ولما فاتت النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح صلى ركعتي الفجر قبلها متفق عليه . فأما سائر التطوعات والسنن قبل الفرائض وبعدها فقال أحمد أرجو أن لايكون بالتطوع بالسفر بأس روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وجابر وابن عباس وأبي ذر وجماعة من التابعين وهو قول مالك والشافعي وإسحق وابن المنذر ، وكان ابن عمر لايتطوع مع الفريضة قبلها ولا بعدها إلا من جوف الليل . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين لما روي ان ابن عمر رأى قوماً يسبحون بعد الصلاة فقال لو كنت مسبحاً لأتممت فرضي يا ابن أخي ، صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت عمر وعثمان وقال لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة متفق عليه

ولنا ماروي عن ابن عباس قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الحضر فكنا نصلي قبلها وبعدها وكنا نصلي في السفر قبلها وبعدها رواه ابن ماجه ، وقال الحسن كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيتطوعون قبل المكتوبة وبعدها ، وعن البراء بن عازب قال صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية عشر سفراً فما رأيته ترك ركعتين اذا زاغت الشمس قبل الظهر رواه أبو داود فهذا يدل على انه لا بأس بفعلها ، وحديث ابن عمر يدل على انه لا بأس بتركه فيجمع بين الأحاديث والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (والملاح الذي معه أهله وليس له نية الاقامة ببلد ليس له الترخص)

صلاة في وقتها لأن الاتيان بكل صلاة في وقتها أوسع من مراعاة طرفي الوقتين بحيث لا يبقى من وقت الاولى إلا قدر فعلها ومن تدبر هذا وجده كما وصفنا ولو كان الجمع هكذا لجاز الجمع بين العصر والمغرب والعشاء والصبح ولا خلاف بين الأمة في تحريم ذلك والعمل بالخبر على الوجه السابق إلى الفهم منه أولى من هذا التكليف الذي يصان كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم من حمله عليه اذا ثبت هذا فمفهوم قول الخرقي أن الجمع انما يجوز إذا كان سائراً في وقت الاولى فيؤخر إلى وقت الثانية ثم يجمع بينهما ، ورواه الأثرم عن أحمد ، وروي نحو هذا القول عن سعد وابن عمر وعكرمة أخذ بالخبرين اللذين ذكرناهما ، وروى عن أحمد جواز تقديم الصلاة الثانية الى الاولى وهذا هو الصحيح وعليه أكثر الاصحاب قال القاضي الاول هو الفضيلة والاستحباب وان أحب أن يجمع بين الصلاتين في وقت الاولى منهما جاز نازلا كان أو سائراً أو مقيما في بلد اقامة لا تمنع القصر وهذا قول عطاء وجمهور علماء المدينة والشافعي وإسحق وابن المنذر لما روى معاذ بن جبل قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فكان اذا ارتحل قبل زيغ الشمس أخر الظهر حتى يجمعها الى العصر فيصليها جميعاً واذا ارتحل قبل زيغ الشمس صلى الظهر والعصر جميعاً ثم سار وإذا ارتحل قبل المغرب أخر

قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن الملاح أيقصر أو يفطر في السفينة ، قال أما اذا كانت السفينة بيته فانه يتم ويصوم ، قيل له وكيف تكون بيته . قال لا يكون له بيت غيرها معه فيها أهله وهو فيها مقيم وهذا قول عطاء . وقال الشافعي يقصر ويفطر لعموم النصوص ولأن كون أهله معه لا يمنع الترخص كالجمال .

ولنا انه غير ظاعن عن منزله فلم يبح له الترخص كالمقيم في المدن ، فأما في عام النصوص فالمراد بها الظاعن عن منزله وليس هذا كذلك . وأما الجمال والمكاري فلهم الترخص وإن سافروا بأهلهم قال أبو داود سمعت أحمد يقول في المكاري الذي هو دهره في السفر لا بد أن يقيم اذا قدم اليومين والثلاثة قال هذا يقصر ، وذكر القاضي وأبو الخطاب انه بمنزلة الملاح وليس بصحيح لانه مسافر مشقوق عليه فكان له القصر كغيره ، ولا يصح قياسهم على الملاح فان الملاح في منزله سفراً وحضرا معه مصالحه وتنوره وأهله لا يتكلف حمله وهذا لا يوجد في غيره ، وان سافر هذا بأهله كان أشق عليه وأبلغ في استحقاق الترخص فأبيح له لعموم النصوص وليس هو في معنى المخصوص فوجب القول بثبوت حكم النص فيه

﴿ فصـل في الجمع ﴾

﴿ مسئلة ﴾ يجوز الجمع بين الظهر والعصر والعشائين فى وقت احداهما لثلاثة أمور : السفر الطويل الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت احداهما جائز فى قول أكثر اهل العلم روي ذلك عن سعد وسعيد بن زيد واسامة ومعاذ بن جبل وأبي موسى وابن عباس وابن عمر وبه قال عكرمة والثوري

المغرب حتى يصليها مع العشاء ، وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه أبوداود والترمذي وقال هذا حديث حسن وروي ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الظهر والعصر مثل ذلك وقيل إنه متفق عليه وهذا صريح في محل النزاع وروى مالك في الموطأ عن أبي الزبير عن أبي الطفيل أن معاذاً أخبره أنهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً قال ابن عبدالبر هذا حديث صحيح ثابت الاسناد وقال أهل السير أن غزوة تبوك كانت فى سنة تسع وفى هـذا الحديث أوضح الدلائل وأقوى الحجج فى الرد على من قال لا يجمع بين الصلاتين الا اذا جد به السير لانه كان يجمع وهو نازل غير سائر ماكث فى خبائه يخرج فيصلي الصلاتين جميعاً ثم ينصرف الى خبائه وروي هذا الحديث مسلم فى صحيحه قال فكان يصلي الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً والاخذ بهذا الحديث متعين لثبوته وكونه صريحاً فى الحكم ولا معارض له ولأن الجمع رخصة من رخص السفر فلم يختص بحالة السير كالقصر والمسح ولكن الافضل التأخير لأنه أخذ بالاحتياط وخروج من خلاف القائلين بالجمع وعمل بالاحاديث كلها .

ومالك والشافعي وإسحق وابن المنذر وجماعة غيرهم ، وقال الحسن وابن سيرين وأصحاب الرأي لايجوز الجمع إلا فى يوم عرفة وليلة مزدلفة بها وهو رواية عن ابن القاسم عن مالك واختياره واحتجوا بأن المواقيت ثبتت بالتواتر فلا يجوز تركها بخبر الواحد

ولنا ماروي عن ابن عمر انه كان اذا جدّ به السير جمع بين المغرب والعشاء ويقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا جدّ به السير جمع بينهما ، وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما ، وان زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب متفق عليهما . ولمسلم كان اذا عجل عليه السير يؤخر الظهر الى وقت العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حين يغيب الشفق، وروى الجمع معاذ وابن عباس وقولهم لاتترك الاخبار المتواترة لأخبار الآحاد . قلنا لايتركها وانما يخصها وتخصيص المتواتر بالخبر الصحيح جائز بالاجماع وهذا ظاهر جداً ، فان قيل معنى الجمع في الاخبار أن يصلي الاولى في آخر وقتها والأخرى في أول وقتها . قلنا هذا فاسد لوجهين أحدهما انه قد جاء الخبر صريحا في انه كان يجمعهما في وقت الثانية على ماذكرنا في خبر أنس ، الثاني إن الجمع رخصة فلو كان على ماذكروه لكان أشد ضيقاً وأعظم حرجا من الاتيان بكل صلاة في وقتها لأن ذلك أوسع من مراعاة طرفي الوقتين بحيث لايبقى من وقت الاولى إلا قدر فعلها ، ومن تدبر هـذا وجده كما وصفنا ولو جاز الجمع هذا لجاز الجمع من العصر والمغرب والعشاء والصبح وهو محرم بالاجماع ، فاذاً

(فصل) ولا يجوز الجمع الا فى سفر يبيح القصر وقال مالك والشافعي فى أحد قوليه يجوز فى السفر القصير لأن أهل مكة يجمعون بعرفة ومزدلفة وهو سفر قصير

ولنا أنه رخصة تثبت لدفع المشقة فى السفر فاختصت بالطويل كالقصير والمسح ثلاثا ولأنه تأخير للعبادة عن وقتها فاشبه الفطر ولان دليل الجمع فعل النبي صلى الله عليه وسلم والفعل لا صيغة له وانما هو قضية فى عين فلا يثبت حكمها الا فى مثلها ولم ينقل أنه جمع الا فى سفر طويل

(فصل) ويجوز الجمع لاجل المطر بين المغرب والعشاء، ويروي ذلك عن ابن عمر وفعله أبان بن عثمان في أهل المدينة وهو قول الفقهاء السبعة ومالك والأوزاعي والشافعي واسحق وروي عن مروان وعمر بن عبد العزيز ولم يجوزه أصحاب الرأي

حمل خبر رسول الله صلى الله عليه وسلم على الأمر السابق الى الفهم منه كان أولى من هذا التكلف الذي يصان عنه كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وانما يجوز الجمع في السفر الذي يبيح القصر . وقال مالك والشافعي في أحد قوليه يجوز في السفر القصير لان أهل مكة يجمعون بعرفه ومزدلفة وهو سفر قصير

ولنا أنه رخصه ثبتت لدفع المشقة في السفر فاختصت بالطويل كالقصر والمسح ثلاثاً ولأن دليل الجمع فعل النبي صلى الله عليه وسلم والفعل لاصيغة له وانما هو قضية في عين فلا يثبت حكمها الا في مثلها ولم ينقل أنه جمع إلا في سفر طويل

﴿ مسئلة ﴾ (والمرض الذي يلحقه بترك الجمع فيه مشقة وضعف)

نصّ احمد على جواز الجمع للمريض وروي عنه التوقف فيه وقال : أهاب ذلك والصحيح الاول وهذا قول عطاء ومالك . وقال أصحاب الرأي والشافعي : لايجوز لأن اخبار التوقيف ثابتة فلا يترك بأمر محتمل

ولنا ماروى ابن عباس قال : جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر ، والمغرب والعشاء من غير خوف ولا مطر ، وفي رواية من غير خوف ولا سفر رواهما مسلم . وقد أجمعنا على أن الجمع لايجوز لغير عذر ثبت أنه كان لمرض ، وقد روي عن ابي عبدالله أنه قال في هذا الحديث هذا عندي رخصة للمريض والمرضع ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر سهلة بنت سهيل وحمنة بنت جحش لما كانتا مستحاضتين بتأخير الظهر وتعجيل العصر والجمع بينهما فأباح الجمع لأجل الاستحاضة واخبار المواقيت مخصوصة بالصور المجمع على جواز الجمع فيها فتخص محل النزاع بما ذكرنا

(فصل) والمرض المبيح للجمع هو مايلحقه بتركه مشقة وضعف . قال الأثرم : قيل لابي عبدالله المريض يجمع بين الصلاتين ، قال اني لارجو ذلك اذا ضعف وكذلك الجمع للمستحاضة ولمن به سلس البول ومن في معناها لما ذكرنا من الحديث

ولنا أن أبا سلمة بن عبد الرحمن قال إن من السنة اذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء رواه الاثرم وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال نافع إن عبدالله بن عمر كان يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء وقال هشام بن عروة رأيت أبان بن عثمان يجمع بين الصلاتين في الليلة المطيرة المغرب والعشاء فيصليهما معه عروة بن الزبير وأبوسلمة بن عبد الرحمن وأبوبكر بن عبد الرحمن لاينكرونه ولايعرف لهم في عصرهم مخالف فكان اجماعا رواه الاثرم

(فصل) فاما الجمع بين الظهر والعصر فغير جائز قال الاثرم قيل لابي عبدالله الجمع بين الظهر والعصر في المطر قال لاماسمعت وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد وقول مالك وقال أبوالحسن التميمي فيه قولان أحدهما أنه لابأس به وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي لما روى يحيي بن واضح عن موسى بن عقبه عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر ولانه معنى أباح الجمع فاباحه بين الظهر والعصر كالسفر

ولنا أن مستند الجمع ماذكرناه من قول أبي سلمة والاجماع ولم يرد إلا في المغرب والعشاء وحديثهم غير صحيح فانه غير مذكور في الصحاح والسنن وقول أحمد ما سمعت يدل على أنه ليس بشيء ولا

﴿ مسئلة ﴾ (والمطر الذي يبل الثياب)

إلا أن جمع المطر يختص بالعشائين في أصح الوجهين لجواز الجمع في المطر بين العشائين يروى عن ابن عمر وفعله أبان بن عثمان في أهل المدينة وهو قول الفقهاء السبعة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق ، ويروى عن مروان وعمر بن العزيز ولم يجوزه أصحاب الرأي والدليل على جوازه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن قال : ان من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء رواه الأثرم وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال نافع : إن عبدالله بن عمر كان يجمع اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء وفعله أبان بن عثمان في أهل المدينة وفيهم عروة بن الزبير وأبو سلمة وابو بكر بن عبد الرحمن ولا يعرف لهم مخالف فكان اجماعا رواه الأثرم

(فصل) فأما الجمع لأجل المطر بين الظهر والعصر فالصحيح أنه لايجوز . قال الاثرم : قيل لابي عبدالله الجمع بين الظهر والعصر في المطر قال : لا ماسمعته وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد وقول مالك . وقال أبو الحسن التميمي فيه قولان : أحدهما يجوز اختاره القاضي وأبو الخطاب وهو مذهب الشافعي لما روى يحيي بن واضح عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر ولأنه معنى أباح الجمع فأباحه بين الظهر والعصر كالسفر

ولنا أن مستند الجمع ماذكرنا من قول أبي سلمة والاجماع ولم يرد إلا في المغرب والعشاء وحديثهم لايصح فانه غير مذكور في الصحاح والسنن وقول احمد ماسمعت يدل على أنه ليس بشيء ولا يصح القياس على المغرب والعشاء لما بينهما من المشقة لأجل الظلمة ، ولا القياس على السفر لان مشقته لأجل

يصح القياس على المغرب والعشاء لما فيهما من المشقة لاجل الظلمة والمضرة ولا القياس على السفر لان مشقته لاجل السير وفوات الرفقة وهو غير موجود هاهنا

(فصل) والمطر المبيح للجمع هو مايبل الثياب وتلحق المشقة بالخروج فيه وأما الطل والمطر الخفيف الذي لا يبل الثياب فلا يبيح والثلج كالمطر في ذلك لانه في معناه وكذلك البرد

(فصل) فاما الوحل بمجرده فقال القاضي قال أصحابنا هو عذر لأن المشقة تلحق بذلك في النعال والثياب كما تلحق بالمطر وهو قول مالك وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثانياً أنه لا يبيح وهو مذهب الشافعي وأبي ثور لأن مشقته دون مشقة المطر فان المطر يبل النعال والثياب والوحل لا يبلها فلم يصح قياسه عليه، والاول أصح لأن الوحل يلوث الثياب والنعال ويتعرض الانسان للزلق فيتأذى نفسه وثيابه وذلك أعظم من البلل وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة فدل على تساويهما فى المشقة المرعية في الحكم.

(فصل) فاما الريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة ففيها وجهان أحدهما يبيح الجمع قال الآمدي وهو أصح وهو قول عمر بن عبد العزيز لأن ذلك عذر في الجمعة والجماعة بدليل ماروى محمد بن الصباح حدثنا سفيان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي مناديه في الليلة المطيرة أو الليلة الباردة ذات الريح صلوا في رحالكم رواه ابن ماجة عن محمد بن الصباح

السير وفوات الرفقة وهو غير موجود هاهنا كذا

(فصل) والمطر المبيح للجمع هو مايبل الثياب وتلحق المشقة بالخروج فيه فأما الطل والمطر الخفيف فلا يبيح لعدم المشقة والثلج والبرد في ذلك كالمطر لانه في معناه

﴿مسئلة﴾ (وهل يجوز ذلك لاجل الوحل والريح الشديدة الباردة أو لمن يصلي في بيته أو في مسجد طريقه تحت ساباط على وجهين)

اختلف أصحابنا في الوحل بمجرده، فقال القاضي: قال أصحابنا هو عذر يبيح الجمع لان المشقة تلحق بذلك في الثياب والنعال كما تلحق بالمطر وهو قول مالك، وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً ثانياً أنه لا يبيح وهو قول الشافعي لان المشقة دون مشقة المطر فلا يصح قياسه عليه. قال شيخنا: الاولى أصح لان الوحل يلوث الثياب والنعال ويعرض الانسان للزلق فيتأذى نفسه وثيابه وذلك أعظم ضرراً من البلل، وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة فدل على تساويهما في المشقة المرعية في الحكم

(فصل) فأما الريح الشديدة في الليلة الباردة ففيها وجهان: أحدهما يبيح الجمع قال الآمدي: وهو أصح يروى عن عمر بن عبد العزيز لان ذلك عذر في ترك الجمعة والجماعة بدليل ماروى محمد بن الصباح حدثنا سفيان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي مناديه

والثاني لايبيحه لان المشقة فيه دون المشقة في المطر فلا يصح قياسه عليه ولان مشقتها من غير جنس مشقة المطر ولاضابط لذلك يجتمعان فيه فلم يصح إلحاقه به

(فصل) هل يجوز الجمع لمنفرد أو من كان طريقه إلى المسجد فى ظلال يمنع وصول المطر اليه أو من كان مقامه فى المسجد على وجهين أحدهما الجواز لان العذر اذا وجد استوى فيه حال وجود المشقة وعدمها كالسفر ، ولان الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم فى حق من ليست له حاجة كالسلم وأباحة اقتناء الكلب للصيد والماشية فى حق من لايحتاج اليهما ولانه قد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع فى المطر وليس بين حجرته والمسجد شيء والثاني المنع لان الجمع لاجل المشقة فيختص بمن تلحقه المشقة دون من لاتلحقه كالرخصة فى التخلف عن الجمعة والجماعة يختص بمن تلحقه المشقة دون من لاتلحقه كمن فى الجامع والقريب منه

(فصل) ويجوز الجمع لاجل المرض وهو قول عطاء ومالك وقال أصحاب الرأي والشافعي لايجوز فان أخبار التوقيت ثابتة فلا تترك بأمر محتمل

في الليلة المطيرة والليلة الباردة ذات الريح صلوا في رحالكم رواه ابن ماجه . والثاني لايبيحه لأن مشقته دون مشقة المطر فلا يصح القياس ولان مشقتها من غير جنس مشقة المطر ولا ضابط لذلك يجتمعان فيه فلم يصح الالحاق

(فصل) وهل يجوز الجمع لمنفرد أو لمن طريقه تحت ساباط يمنع وصول المطر اليه ، أو من كان مقامه في المسجد ، أو لمن يصلي في بيته على وجهين : أحدهما الجواز . قال القاضي : وهو ظاهر كلام احمد لان الرخصة العامة يستوي فيها حال وجود المشقة وعدمها كالسفر وكاباحة السلم فى حق من ليس له اليه حاجة كاقتناء الكلب للصيد والماشية لمن لايحتاج اليها ، وقد روي أنه عليه السلام جمع فى مطر وليس بين حجرته ومسجده شيء ، والثاني المنع . اختاره ابن عقيل لان الجمع لاجل المشقة فاختص بمن تلحقه المشقة كالرخصة فى التخلف عن الجمعة ،والجماعة تختص بمن تلحقه المشقة دون من لاتلحقه كمن فى الجامع والقريب منه

﴿ مسئلة ﴾ (ويفعل الارفق به من تأخير الاولى إلى وقت الثانية أو تقديم الثانية اليها)

هذا هو الصحيح من المذهب وعليه أكثر الاصحاب وهو أن المسافر مخير فى الجمع بين التقديم والتأخير وظاهر كلام الخرقي أنه لايجوز الجمع إلا اذا كان سائراً في وقت الاولى فيؤخرها إلى وقت الثانية وهي رواية عن احمد ، ويروى ذلك عن سعد وابن عمر وعكرمة آخذاً بحديث ابن عمر وأنس الصحيحين . وقال القاضي . هذه الرواية هي الفضيلة والاستحباب وإن جمع بينهما في وقت الاولى جاز نازلا كان أو سائراً أو مقيما في بلد اقامة لايمنع القصر وهذا قول عطاء وأكثر علماء المدينة والشافعي واسحاق وابن المنذر لما روى معاذ قال ، خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في

ولنا ماروى ابن عباس قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء من غير خوف ولا مطر وفي رواية من غير خوف ولاسفر ، رواهما مسلم وقد أجمعنا على أن الجمع لايجوز لغير عذر ثبت أنه كان لمرض ، وقد روى عن أبي عبد الله أنه قال في حديث ابن عباس هذا عندي رخصة للمريض والمرضع وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر سهلة بنت سهيل وحمنة بنت جحش لما كانتا مستحاضتين بتأخير الظهر وتعجيل العصر والجمع بينهما بغسل واحد فاباح لهما الجمع لاجل الاستحاضة وأخبار المواقيت مخصوصة بالصور التي أجمعنا على جواز الجمع فيها فيخص منها محل النزاع بما ذكرنا .

(فصل) والمرض المبيح للجمع هو مايلحقه بتأدية كل صلاة في وقتها مشقة وضعف قال الأثرم قيل لابي عبد الله المريض يجمع بين الصلاتين فقال إني لارجو له ذلك اذا ضعف وكان لايقدر الا على ذلك وكذلك يجوز الجمع للمستحاضة ولمن به سلس البول ومن في معناهما لما روينا من الحديث والله أعلم

(فصل) والمريض مخير في التقديم والتأخير كالمسافر ، فان استوى عنده الامران فالتأخير أولى لما ذكرنا في المسافر ، فاما الجمع للمطر فانما يجمع في وقت الاولى لان السلف انما كانوا يجمعون في وقت الاولى ولان تأخير الاولى الى وقت الثانية يفضي إلى لزوم المشقة والخروج في الظلمة أوطول

غزوة تبوك فكان اذا ارتحل قبل زيغ الشمس أخر الظهر حتى يجمعها إلى العصر فيصليهما جميعاً ، واذا ارتحل بعد زيغ الشمس صلى الظهر والعصر جميعاً ثم سار ، واذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء ، واذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب ، رواه أبو داود والترمذي وقال هذا حديث حسن . وروى مالك في الموطأ عن أبي الزبير عن أبي الطفيل أن معاذاً أخبره أنهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر ، والمغرب والعشاء . قال : فأخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جمعاً ثم دخل ، ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جمعاً . قال ابن عبد البر : هذا حديث صحيح ثابت الاسناد ، وفي هذا الدليل أوضح الدليل في الرد على من قال : لايجمع بين الصلاتين إلا اذا جد به السير لانه كان يجمع وهو نازل غير سائر ماكث في خبائه يخرج فيصلي الصلاتين جمعاً فتعين الاخذ بهذا الحديث لثبوته وكونه صريحاً في الحكم من غير معارض له ، ولأن الجمع رخصة من رخص السفر فلم يختص بحالة السير كالقصر والمسح ثلاثاً لكن الافضل التأخير لانه أحوط وفيه خروج من الخلاف عند القائلين بالجمع وعملا بالاحاديث كلها

﴿ فصل ﴾ والمريض مخير في التقديم والتأخير كالمسافر فان استوى عنده الأمران فالتأخير أفضل لما ذكرنا في المسافر ، فأما الجمع للمطر فانما يفعل في وقت الأولى لأن السلف انما كانوا يجمعون في وقت الأولى ولأن تأخير الاولى الى وقت الثانية يفضي الى المشقة بالانتظار والخروج في الظلمة

الانتظار في المسجد الى دخول وقت العشاء ولان العادة اجتماع الناس للمغرب فاذا حبسهم في المسجد ليجمع بين الصلاتين كان أشق من أن يصلي كل صلاة في وقتها وربما يزول العذر قبل خروج وقت الأولى فيبطل الجمع ويمتنع وان اختاروا تأخير الجمع جاز والمستحب أن يؤخر الاولى عن أول وقتها شيئاً قال الأثرم سألت أبا عبدالله عن الجمع بين الصلاتين فى المطر قال نعم يجمع بينهما اذا اختلط الظلام قبل أن يغيب الشفق كذا صنع ابن عمر قال الأثرم وحدثنا أبو أسامة حدثنا عبيدالله عن نافع قال كان أمراؤنا اذا كانت الليلة المطيرة أبطؤا بالمغرب وعجلوا العشاء قبل أن يغيب الشفق فكان ابن عمر يصلي معهم ولا يرى بذلك بأسا قال عبيدالله ورأيت القاسم وسالما يصليان معهم في مثل تلك الليلة قيل لابي عبدالله فكان سنة الجمع بين الصلاتين في المطر عندك أن يجمع قبل أن يغيب الشفق وفي السفر يؤخر حتى يغيب الشفق قال نعم .

(فصل) ولا يجوز الجمع لغير من ذكرنا وقول ابن شبرمة يجوز اذا كانت حاجة أو شيء مالم يتخذه عادة لحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء من غير خوف ولامطر فقيل لابن عباس لم فعل ذلك قال أراد أن لايحرج أمته

ولنا عموم أخبار التوقيت وحديث ابن عباس حملناه على حالة المرض ويجوز أن يتناول من عليه مشقة كالمرضع والشيخ الضعيف وأشباههما ممن عليه مشقة في ترك الجمع ويحتمل أنه صلى الاولى في آخر وقتها والثانية في أول وقتها فان عمرو بن دينار روى هذا الحديث عن جابر بن زيد عن ابن عباس قال عمرو قلت لجابر أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء قال وأنا أظن ذلك .

(فصل) قال ومن شرط جواز الجمع نية الجمع في أحد الوجهين والآخر لايشترط ذلك وهو قول أبي بكر والتفريع على اشتراطه وموضع النية يختلف باختلاف الجمع فان جمع في وقت الاولى

ولأن العادة اجتماع الناس للمغرب ، فاذا حبسهم في المسجد ليجمع بين الصلاتين فى وقت الثانية كان أشق من أن يصلي كل صلاة في وقتها ، وان اختار تأخير الجمع جاز والمستحب أن يؤخر الأولى عن أول وقتها شيئا ، قال أحمد يجمع بينهما اذا اختلط الظلام قبل أن يغيب الشفق الذي فعل ابن عمر قيل لأبي عبدالله فكان سنة الجمع بين الصلاتين في المطر عندك أن تجمع قبل أن يغيب الشفق ، وفى الشفق تؤخر حتى يغيب الشفق قال نعم

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز الجمع لغير من ذكرنا ، وقال ابن شبرمة يجوز اذا كانت حاجة أو شيء مالم يتخذه عادة لحدث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء من غير خوف ولا مطر ، فقيل لابن عباس لم فعل ذلك ؟ قال أراد أن لايحرج أمته

ولنا عموم أخبار المواقيت ، وحديث ابن عباس محمول على حالة المرض ويجوز أن يكون صلى

فموضعه عند الاحرام بالاولى في أحد الوجهين لانها نية يفتقر اليها فاعتبرت عند الاحرام كنية القصر والثاني موضعها من أول الصلاة الاولى إلى سلامها أي ذلك نوى فيه أجزأه لأن موضع الجمع حين الفراغ من آخر الاولى إلى الشروع في الثانية فاذا لم تتأخر النية عنه أجزأه ذلك وأن جمع في وقت الثانية فموضع النية في وقت الاولى من أوله إلى أن يبقى منه قدر مايصليها لانه متى أخرها عن ذلك بغير نية صارت قضاء لاجمعا ويحتمل أن يكون وقت النية إلى أن يبقى منه قدر مايدر كها به وهو ركعة أو تكبيرة الاحرام على ماقدمنا والذي ذكره أصحابنا أولى فان تأخيرها من القدر الذي يضيق عن فعلها حرام .

(فصل) فان جمع في وقت الاولى اعتبرت المواصلة بينهما وهو أن لايفرق بينهما إلا تفريقاً يسيرا فان أطال الفصل بينهما بطل الجمع لان معنى الجمع المتابعة أو المقاربة ولم تكن المتابعة فلم يبق الا المقاربة فان فرق بينهما تفريقا كثيراً بطل الجمع سواء فرق بينهما لنوم أو سهو أو شغل أو قصد أو غير ذلك لان الشرط لايثبت المشروط بدونه وإن كان يسيراً لم يمنع لانه لايمكن التحرز منه والمرجع في اليسير والكثير إلى العرف والعادة لاحد له سوى ذلك وقدره بعض أصحابنا بقدر الاقامة والوضوء والصحيح أنه لاحد له لان مالم يرد الشرع بتقديره لاسبيل إلى تقديره والمرجع فيه إلى العرف كالاحراز والقبض ومتى احتاج إلى الوضوء والتيمم فعله اذا لم يطل الفصل وإن تكلم بكلام يسير لم يبطل الجمع وإن صلى بينهما السنة بطل الجمع لانه فرق بينهما بصلاة فبطل الجمع كما لو صلى بينهما

الأولى في آخر وقتها والثانية في أول وقتها فان عمرو بن دينار روى هذا الحديث عن جابر بن زيد عن ابن عباس ، قال عمرو قلت يا أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء ، قال وأنا أظن ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وللجمع في وقت الأولى ثلاثة شروط : نية الجمع عند إحرامها ويحتمل أن تجزئه النية قبل سلامها ، وأن لا يفرق بينهما إلا بقدر الاقامة والوضوء فان صلى السنة بينهما بطل الجمع في إحدى الروايتين ، وأن يكون العذر موجوداً عند افتتاح الصلاتين وسلام الأولى)

نية الجمع شرط لجوازه في المشهور من المذهب ، وقال أبو بكر لايشترط نية الجمع كقوله في القصر وقد ذكرناه . والتفريع على الأول وموضع النية اذا جمع في وقت الاولى عند الاحرام بها لانها نية تفتقر اليها الصلاة فاعتبرت عند الاحرام كنية القصر ، وفيه وجه ثان أن موضعها أول الصلاة من الأولى الى سلامها فمتى نوى قبل سلام الاولى أجزأه لأن موضع الجمع عند الفراغ من الأولى الى الشروع في الثانية ، فاذا لم تتأخر النية عنه أجزاه ذلك ويعتبر أن لايفرق بينهما إلا تفريقاً يسيراً ، والمرجع في اليسير الى العرف والعادة وقدره بعض أصحابنا بقدر الوضوء والاقامة ، والصحيح انه لا حد له لأن التقدير بابه التوقيف فما لم يرد فيه توقيف فيرجع فيه الى العادة كالقبض والاحراز ،

غيرها وعنه لا يبطل لانه تفريق يسير أشبه مالو توضأ وإن جمع في وقت الثانية جاز التفريق لانه متى صلى الاولى فالثانية في وقتها لاتخرج بتأخيرها عن كونها مؤداة وفيه وجه آخر أن المتابعة مشترطة لأن الجمع حقيقته ضم الشيء إلى الشيء ولا يحصل مع التفريق والاول أصح لأن الاولى بعدوقوعها صحيحة لاتبطل بشيء يوجد بعدها والثانية لاتقع إلا في وقتها .

(فصل) ومتى جمع في وقت الاولى اعتبر وجود العذر المبيح حال افتتاح الاولى والفراغ منها وافتتاح الثانية فمتى زال العذر في أحد هذه الثلاثة لم يبح الجمع وإن زال المطر في أثناء الاولى ثم عاد قبل الفراغ منها أو انقطع بعد الاحرام بالثانية جاز الجمع ولم يؤثر انقطاعه لان العذر وجد في وقت النية وهو عند الاحرام بالاولى وفي وقت الجمع وهو آخر الاولى وأول الثانية فلم يضر عدمه فى غير ذلك ، فأما المسافر اذا نوى الاقامة في أثناء الصلاة الاولى انقطع الجمع والقصر ولزمه الاتمام ولو عاد فنوى السفر لم يبح له الترخص حتى يفارق البلد الذي هو فيه وان نوى الاقامة بعد الاحرام بالثانية أو دخلت به السفينة بلده في أثنائها احتمل أن يتمها ويصح قياساً على انقطاع المطر قال بعض أصحاب الشافعي هذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ويحتمل أن ينقلب نفلا ويبطل الجمع لانه أحد رخص السفر فيبطل بذلك كالقصر والمسح ولانه زال شرطها في أثنائها أشبه بسائر شروطها ويفارق انقطاع المطر من وجهين أحدهما أنه لايتحقق انقطاعه لاحتمال عوده في أثناء الصلاة ، والثاني أن يخلفه عذر مبيح وهو الوحل بخلاف مسئلتنا وكذلك الحكم في المريض يبرأ و يزول عـذره في أثناء الصلاة

فان فرق بينهما تفريقاً كثيراً بطل الجمع سواء فعله عمداً أو لنوم أو شغل أو سهو أو غير ذاك لأن الشرط لايثبت المشروط بدونه والمرجع في الكثير الى العرف والعادة كما قلنا في اليسير ، ومتى احتاج الى الوضوء والتيمم فعله اذا لم يطل وان تكلم بكلام يسير لم يبطل الجمع وإن صلى بينهما السنة بطل الجمع في الظاهر لانه فرق بينهما بصلاة فبطل الجمع كما لو صلى بينهما غيرها وعنه لاتبطل لانه تفريق يسير أشبه الوضوء

﴿ فصل ﴾ ويعتبر للجمع في وقت الأولى وجود العذر حال افتتاح الصلاتين والفراغ من الاولى لأن افتتاح الأولى موضع النية وبافتتاح الثانية يحصل الجمع فاعتبر العذر فى هذين الوقتين فمتى زال العذر في أحد هذه الثلاثة لم يبح الجمع ، وإن زال المطر في أثنا الأولى ثم عاد قبل تمامها أو انقطع بعد الاحرام بالثانية جاز الجمع ولم يؤثر انقطاعه لأن العذر وجد في وقت اشتراطه فلم يضر عدمه في غيره . فأما المسافر اذا نوى الاقامة في أثناء الصلاة الأولى انقطع الجمع والقصر ولزمه الاتمام ، فلو عاد فنوى السفر لم يبح له الترخص حتى يفارق البلد الذي هو فيه ، وإن نوى الاقامة بعد الاحرام بالثانية أو دخلت به السفينة البلد في أثنائها احتمل أن يتمها ويصح قياساً على انقطاع المطر ، قال بعض أصحاب الشافعي هذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي واحتمل أن تنقلب نفلا ، ويبطل الجمع

الثانية ، فأما ان جمع بينهما في وقت الثانية اعتبر بقاء العذر الى حين دخول وقتها فان زال في وقت الاولى كالمريض يبرأ والمسافر يقدم والمطر ينقطع لم يبح الجمع لزوال سببه وان استمر الى حين دخول وقت الثانية جمع وان زال العذر لانهما صارتا واجبتين في ذمته ولا بد له من فعلهما .

(فصل) وان أتم الصلاتين في وقت الاولى ثم زال العذر بعد فراغه منهما قبل دخول وقت الثانية أجزاته ولم تلزمه الثانية في وقتها لأن الصلاة وقعت صحيحة مجزية عن مافي ذمته وبرئت ذمته منها فلم تشتغل الذمة بها بعد ذلك ولانه ادىّ فرضه حال العذر فلم يبطل بزواله بعد ذلك كالمتيمم اذا وجد الماء بعد فراغه من الصلاة .

لانه أحد رخص السفر فبطل بذلك كالقصر والمسح ولانه زال شرطها في أثنائها أشبه سائر شروطها ويفارق انقطاع المطر من وجهين أحدهما انه لايتحقق انقطاعه لاحتمال عوده في أثناء الصلاة ، والثاني انه يخلفه عـذر مبيح وهو الوحل بخلاف مسألتنا وهكذا الحكم في المريض يزول عـذره في أثناء الصلاة الثانية . فأما إن لم يزل العذر إلا بعد الفراغ من الثانية قبل دخول وقتها صح الجمع ولم يلزمه اعادة الثانية في وقتها لأن الصـلاة وقعت صحيحة مجزئة مبرئة للذمة فلم تشتغل الذمة بها بعد ذلك كالمتيمم اذا وجد الماء في الوقت بعد فراغه من الصلاة

﴿فصل﴾ واذا جمع في وقت الاولى فله أن يصلي سنة الثانية منهما ويوتر قبل دخول الثانية لأن سنتها تابعة لها فتتبعها في فعلها ووقتها ولأن الوتر وقته مابين صلاة العشاء والصبح وقد صلى العشاء فدخل وقته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جمع في وقت الثانية كفاه نية الجمع في وقت الاولى مالم يضق عن فعلها واستمرار العذر الى دخول وقت الثانية منهما)

ولا يشترط غير ذلك متى جمع في وقت الثانية فلا بد من نية الجمع في وقت الاولى ، فموضع النية في وقت الاولى من أوله الى أن يبقى منه قدر مايصليها هكذا ذكره أصحابنا لانه متى أخرها عن ذلك بغير نيـة صارت قضاء لا جمعاً ولأن تأخيرها عن القدر الذي يضيق عن فعلها حرام . قال شيخنا ويحتمل أن يكون وقت النية أن يبقى منـه قدر مايدركها به وهو ركعة أو تكبيرة على ماذكرنا متقدما ، ويعتبر بقاء العذر الى حين دخول وقت الثانية فان زال في وقت الاولى كالمريض يبرأ والمسافر يقدم والمطر ينقطع لم يبح الجمع لزوال سببه ، وان استمر الى وقت الثانية جمع وإن زال العذر لأنهما صارتا واجبتين في ذمته فلا بد له من فعلها

﴿ فصل ﴾ ولايشترط المواصلة بينهما اذا جمع في وقت الثانية لانه متى صلى الاولى فالثانية في وقتها لايخرج بتأخـيرها عن كونها مؤداة . وفيه وجه إن المواصلة مشترطة لأن حقيقة الجمع ضم الشيء إلى الشيء ولا يحصل مع التفريق ، والصحيح الاول لأن الاولى بعد وقوعها صحيحة لاتبطل بشيء يوجد بعدها ، والثانية لاتقع إلا في وقتها

(فصل) واذا جمع في وقت الاولى فله أن يصلي سنة الثانية منهما ويوتر قبل دخول وقت الثانية لان سنتها تابعة لها فيتبعها في فعلها ووقتها والوتر وقته مابين صلاة العشاء الى صلاة الصبح وقد صلى العشاء فدخل وقته :

(فصل) واذا صلى احدى صلاتي الجمع مع امام وصلى الثانية مع امام آخر وصلى معه مأموم في احدى الصلاتين وصلى معه فى الثانية مأموم ثان صح وقال ابن عقيل لا يصح لان كل واحد من الامام والمأموم أحد من يتم به الجمع فلم يجز اختلافه واذا اشترط دوامه كالعذر اشترط دوامه في الصلاتين

ولنا أن لكل صلاة حكم نفسها وهي منفردة بنيتها فلم يشترط اتحاد الامام ولا المأموم كغير المجموعتين وقوله أن الامام والمأموم أحد من يتم به الجمع لا يصح فانه يجوز للمريض والمسافر الجمع منفرداً وفي المطر في أحد الوجهين وان قلنا أن الجمع في المطر لا يصح الا في الجماعة فالذي يتم به الجمع الجماعة لا عين الامام والمأموم ولم تختل الجماعة وعلى ماذكرناه لو ائتم المأموم بامام لا ينوي الجمع فنواه المأموم فلما سلم الامام صلى المأموم الثانية جاز لاننا ابحنا له مفارقة امامه في الصلاة الواحدة لعذر ففي الصلاتين أولى ولان نيتهما لم تختلف في الصلاة الاولى وانما نوى أن يفعل فعلا في غيرها فاشبه مالو نوى المسافر في الصلاة الاولى اتمام الثانية وهكذا لو صلى المسافر بمقيمين فنوى الجمع فلما صلى بهم الاولى قام فصلى الثانية جاز على هذا وكذلك لو صلى أحد صلاتي الجمع منفرداً

﴿ فصل ﴾ اذا صلى إحدى صلاتي الجمع مع الامام والثانية مع امام آخر أو صلى معه مأموم في احدى الصلاتين وصلى معه في الثانية مأموم آخر صح ، وقال ابن عقيل لا يصح لأن كل واحد من الامام والمأموم أحد من يتم به الجمع فاشترط وجود دوامه كالعذر

ولنا أن لكل صلاة حكم نفسها وهي منفردة بنيتها فلم يشترط اتحاد الامام والمأموم كغير المجموعتين وقوله ان الامام والمأموم أحد من يتم به الجمع لا يصح في المسافر والمريض لجواز الجمع لكل واحد منهما منفردا . وفي المطر في أحد الوجهين ، وان قلنا ان الجمع في المطر لا يجوز المنفرد فالذي يتم به الجمع الجماعة لا عين الامام والمأموم ولم تختل الجماعة ، وعلى ماقلنا لو ائتم المأموم بالامام لا ينوي الجمع ونواه الامام فلما سلم الامام صلى المأموم الثانية جاز لأنا أبحنا له مفارقة الامام في الصلاة الواحدة للعذر ففي الصلاتين أولى وانما نوى أن يفعل في غيرها فلم يؤثر كما لو نوى المسافر في الاولى اتمام الثانية فلم تختلف نيتهما في الصلاة الأولى ، وهكذا لو صلى المسافر بمقيمين ونوى الجمع فلما صلى بهم الأولى قام فصلى الثانية جاز ، وهكذا لو صلى احدى صلاتي الجمع منفرداً ثم حضرت جماعة يصلون الثانية فأمهم فيها أو فصلى معهم مأموماً جاز ، وقول ابن عقيل يقتضي أن لا يجوز شيء من ذلك والله أعلم

﴿ قال المصنف رحمه الله ﴾

﴿ فصل في صلاة الخوف ﴾ وهي جائزة بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى (واذا كنت

ثم حضرت جماعة يصلون الثانية فأمهم فيها أو صلى معهم مأموماً جاز وقول ابن عقيل يقتضي أن لايجوز شيء من ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ قال واذا نسي صلاة حضر فذكرها في السفر أو صلاة سفر فذكرها في الحضر صلى في الحالتين صلاة حضر

نص أحمد رحمه الله على هاتين المسئلتين في رواية أبي داود والاثرم قال فى رواية الاثرم أما المقيم اذا ذكرها في السفر فذاك بالاجماع يصلي أربعاً واذا نسيها في السفر فذكرها في الحضر صلى أربعاً بالاحتياط فانما وجبت عليه الساعة فذهب أبوعبدالله الى ظاهر الحديث فليصلها اذا ذكرها اما اذا نسي صلاة الحضر فذكرها في السفر فعليه الاتمام اجماعا ذكره الامام أحمد وابن المنذر لان الصلاة تعين عليه فعلها أربعاً فلم يجز له النقصان من عددها كما لو سافر ولانه انما يقضي مافاته وقد فاته أربع واما أن نسي صلاة السفر فذكرها في الحضر فقال أحمد عليه الاتمام احتياطا وبه قال الاوزاعى وداود والشافعى فى احد قوليه وقال مالك والثوري واصحاب الرأي يصليها صلاة سفر لانه انما يقضي مافاته ولم يفته الا ركعتان .

فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية . وأما السنة فثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي صلاة الخوف وحكمها باق في قول جمهور أهل العلم ، وقال أبو يوسف انما كانت مختصة بالنبي صلى الله عليه وسلم بدلىل قوله سبحانه (واذا كنت فيهم) وما قاله غير صحيح لأن ماثبت في حق النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصه به دليل لأن الله تعالى أمرنا باتباعه ، ولما سئل صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم ؟ أجاب بأني أفعل ذلك . فقال السائل لست مثلنا ، فغضب وقال اني لأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما اتقى ، ولو اختص بفعله لما حصل جواب السائل بالاخبار بفعله ولا غضب من قول السائل لست مثلنا لأن قوله اذا كان صوابا ، وقد كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يحتجون بأفعاله ويرونها معارضة لقوله وناسخة له ، وذلك لما أخبرت عائشة وأم سلمة بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح جنباً من غير احتلام ثم يغتسل ويصوم ذلك اليوم تركوا به خبر أبي هريرة من أصبح جنباً فلا صوم له لما ذكروا ذلك لأبي هريرة قال هن أعلم ، انما حدثني به الفضل ابن عباس ورجع عن قوله . وأيضاً فان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على صلاة الخوف فصلاها على ليلة الهرير بصفين وصلاها أبو موسى الاشعري بأصحابه ، وروي ان سعد بن العاص كان أميراً على الجيش بطبرستان فقال أيكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف؟ فقال حذيفة أنا . فقدمه فصلى بهم ، فأما تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم بالخطاب فلا يوجب تخصيصه بالحكم لما ذكرنا ولأن الصحابة أنكروا على مانع الزكاة وقولهم ان الله تعالى خص نبيه بأخذ الزكاة بقوله

ولنا أن القصر رخصة من رخص السفر فيبطل بزواله كالمسح ثلاثا ولانها وجبت عليه في الحضر بدليل قوله عليه السلام فليصلها اذا ذكرها ولانها عبادة تختلف بالحضر والسفر فاذا وجد أحد طرفيها في الحضر غلب فيها حكمه كما لو دخلت به السفينة البلد في أثناء الصلاة وكالمسح وقياسهم ينتقض بالجمعة اذا فاتت وبالمتيمم اذا فاتته الصلاة فقضاها عند وجود الماء

(فصل) وان نسيها في سفر وذكرها فيه قضاها مقصورة لانها وجبت في السفر وفعلت فيه أشبه ما لو صلاها في وقتها وان ذكرها في سفر آخر فكذلك لما ذكرنا وسواء ذكرها في الحضر أو لم يذكرها ويحتمل أنه ذكرها في الحضر لزمته تامة لأنه وجب عليه فعلها تامة بذكره إياها فبقيت في ذمته والأول أولى لان وجوبها وفعلها في السفر فكانت صلاة سفر كما لو لم يذكرها في الحضر وذكر بعض أصحابنا أن من شرط القصر كون الصلاة مؤداة لانها صلاة مقصورة فاشترط لها الوقت كالجمعة، هذا فاسد فان هذا اشتراط بالرأي والتحكم لم يرد الشرع به والقياس على الجمعة غير صحيح فان الجمعة لاتقضي ويشترط لها الخطبتان والعدد والاستيطان فجاز اشتراط الوقت لها بخلاف صلاة السفر

(فصل) واذا سافر بعد دخول وقت الصلاة فقال ابن عقيل فيه روايتان احداهما قصرها قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن له قصرها وهذا قول مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لانه سافر قبل خروج وقتها أشبه ما لو سافر قبل وجوبها والثانية ليس له قصرها

(خذ من أموالهم صدقة (فان قيل فالنبي صلى الله عليه وسلم أخر الصلاة يوم الخندق ولم يصل . قلنا الاعتراض باطل في نفسه اذ لا خلاف في إن النبي صلى الله عليه وسلم كان له أن يصلي صلاة الخوف وقد أمره الله بها في كتابه فلا يجوز الاحتجاج بما يخالف الكتاب والاجماع وانما كان ذلك قبل نزول صلاة الخوف ، وانما يؤخذ بالآخر فالآخر من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم أخر الصلاة نسيانا فانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سألهم عن صلاتهم . قالوا ماصلينا . وروي ان عمر قال ماصليت العصر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « والله ماصليتها » أو كما جاء ، ومما يدل على ذلك انه لم يكن ثم قتال يمنعه من الصلاة اذا ثبت ذلك فانما تجوز صلاة الخوف اذا كان العدو مباح القتال ، ويشترط أن لايؤمن هجومه على المسلمين وتجوز على كل صفة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال الامام أبو عبدالله : صح عن النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف من خمسة أوجه أو ستة ، وقال ستة أو سبعة كل ذلك جائز لمن فعله)

قال الاثرم : قلت لأبي عبدالله تقول بالاحاديث كلها أو تختار واحداً منها ، قال : أنا أقول من ذهب اليها كلها فحسن ، وأما حديث سهل فأنا أختاره فنذكر الوجوه التي بلغتنا فأولها اذا كان العدو في جهة القبلة بحيث لايخفى بعضهم على المسلمين ولم يخافوا كمينا فيصلي بهم كما روى جابر قال :

لانها وجبت عليه في الحضر فلزمه اتمامها كما لو سافر بعد خروج وقتها أو بعد احرامه بها وفارق ما قبل الوقت لان الصلاة لم تجب عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا دخل مع مقيم وهو مسافر ائتم ﴾

وجملة ذلك أن المسافر متى ائتم بمقيم لزمه الاتمام سواء أدرك جميع الصلاة أو ركعة أو أقل قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن المسافر يدخل في تشهد المقيم قال يصلي أربعا وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وجماعة من التابعين وبه قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال اسحق للمسافر القصر لانها صلاة يجوز فعلها ركعتين فلم تزد بالائتمام كالفجر وقال طاوس والشعبي وتميم ابن حذلم في المسافر يدرك من صلاة المقيم ركعتين يجزيان وقال الحسن والنخعي والزهري وقتادة ومالك ان أدرك ركعة أتم وان أدرك دونها قصر لقول النبي صلى الله عليه وسلم من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة ولان من أدرك من الجمعة ركعة أتمها جمعة ومن أدرك أقل من ذلك لا يلزمه فرضها

ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قيل له ما بال المسافر يصلي ركعتين في حال الانفراد وأربعاً اذا ائتم بمقيم فقال تلك السنة رواه أحمد في المسند وقوله السنة ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه فعل من سمينا من الصحابة ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً قال نافع كان ابن عمر اذا

شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف فصففنا خلفه صفين والعدو بيننا وبين القبلة فكبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكبرنا جميعاً ، ثم ركع وركعنا ، ثم رفع رأسه من الركوع ورفعنا جميعاً ، ثم انحدر بالسجود والصف الذي يليه ، وقام الصف المؤخر في نحر العدو ، فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم السجود وقام الصف الذي يليه وانحدر الصف المؤخر بالسجود وقاموا ، ثم تقدم الصف المؤخر وتأخر الصف المقدم ، ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعنا جميعاً ، ورفع رأسه من الركوع ورفعنا جميعاً ، ثم انحدر بالسجود والصف الذي يليه الذي كان مؤخراً في الركعة الاولى وقام الصف المؤخر في نحر العدو ، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود وقام الصف الذي يليه انحدر الصف المؤخر بالسجود ، ثم سلم النبي صلى الله عليه وسلم وسلمنا جميعاً أخرجه مسلم . وروى أبو عياش الزرقي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بعسفان نحو هذه الصلاة وصلاها يوم بني سليم رواه أبو داود قلت وأخرجه مسلم عن جابر . قال البيهقي وهو صحيح وإن حرس الصف الاول في الاولى والثاني في الثانية أو لم يتقدم الثاني إلى مقام الاول ، أو حرس بعض الصف وسجد الباقون جاز لأن المقصود يحصل لكن الاولى أن تفعل مثل مافعل النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ والوجه الثاني ﴾ اذا كان العدو في غير جهة القبلة فيصلي بهم كما روى صالح بن خوات عن من صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت معه وطائفة وجاه

صلى مع الامام صلاها أربعا واذا صلى وحده صلاها ركعتين رواه مسلم ولأن هذه صلاة مردودة من أربع الى ركعتين فلا يصليها خلف من يصلي الاربع كالجمعة وبما ذكره اسحق لا يصح عندنا فانه لاتصح له صلاة الفجر خلف من يصلي الرباعية وادراك الجمعة يخالف ما نحن فيه فانه لو أدرك ركعة من الجمعة رجع الى ركعتين وهذا بخلافه ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال «انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه» ومفارقة إمامه اختلاف عليه فلم يجز مع إمكان متابعته واذا أحرم المسافرون خلف مسافر فأحدث واستخلف مسافراً آخر فلهم القصر لانهم لم يأتموا بمقيم وان استخلف مقيما لزمهم الاتمام لانهم ائتموا بمقيم وللامام الذي أحدث أن يصلي صلاة المسافر لانه لم يأتم بمقيم ولو صلى المسافرون خلف مقيم فأحدث واستخلف مسافراً أو مقيما لزمهم الاتمام لانهم ائتموا بمقيم فان استخلف مسافراً لم يكن معهم في الصلاة فله أن يصلي صلاة السفر لانه لم يأتم بمقيم

(فصل) واذا أحرم المسافر خلف مقيم أو من يغلب على ظنه أنه مقيم أو من يشك هل هو مقيم أو مسافر لزم الاتمام وان قصر إمامه لان الاصل وجوب الصلاة تامة فليس له نية قصرها مع الشك في وجوب اتمامها ويلزمه اتمامها اعتباراً بالنية وهذا مذهب الشافعي وان غلب على ظنه أن الامام مسافر لرؤية حلية المسافرين عليه وآثار السفر فله ان ينوي القصر فان قصر إمامه قصر معه وان أتم لزمه متابعته وان نوى الاتمام لزمه الاتمام سواء قصر امامه أو أتم اعتباراً بالنية وان نوى

العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائما وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم رواه مسلم . وروى سهل بن أبي حثمة نحو ذلك ، واشترط القاضي لهذه الصلاة كون العدو في غير جهة القبلة ، ونص احمد على خلاف ذلك في رواية الأثرم فانه قال : قلت له حديث سهل تستعمله مستقبلين القبلة كانوا ومستدبرين؟ قال نعم هو أنكى ولأن العدو قد يكون في جهة القبلة على وجه لا يمكن أن يصلي بهم صلاة عسفان لانتشارهم أو لخوف من كمين ، فالمنع من هذه الصلاة يفضي إلى تفويتها قال أبو الخطاب : ومن شرطها أن يكون المصلون يمكن تفريقهم طائفتين كل طائفة ثلاثة فأكثر . وقال القاضي : إن كانت كل فرقة أقل من ثلاثة كرهناه ، ووجه قولها أن الله سبحانه ذكر الطائفة بلفظ الجمع بقوله (فاذا سجدوا) وأقل الجمع ثلاثة ، ولأن احمد ذهب إلى ظاهر فعل النبي صلى الله عليه وسلم . قال شيخنا : والاولى أن لا يشترط هذا لان ما دون الثلاثة تصح به الجماعة فجاز أن يكونوا طائفة كالثلاثة ، فأما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه لا يشترط في صلاة الخوف أن يكون المصلون مثل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في العدد وجهاً واحداً

ويستحب أن يخفف بهم الصلاة لان موضوع صلاة الخوف على التخفيف وكذلك الطائفة التي تفارقه تخفف الصلاة ولا تفارقه حتى يستقل قائما لان النهوض يشتركون فيه جميعاً فلا حاجة إلى

القصر فأحدث امامه قبل علمه بحاله فله القصر لان الظاهر ان امامه مسافر لوجود دليله وقد أبيحت له نية القصر بناء على هذا الظاهر ويحتمل ان يلزمه الاتمام احتياطا(١)

(فصل) اذا صلى المسافر صلاة الخوف بمسافرين ففرقهم فرقتين فأحدث قبل مفارقة الطائفة الأولى واستخلف مقيما لزم الطائفتين الاتمام لوجود الائتمام بمقيم وان كان ذلك بعد مفارقة الاولى أتمت الثانية وحدها لاختصاصها بالائتمام بالمقيم وان كان الامام مقيما فاستخلف مسافرا ممن كان معه في الصلاة فعلى الجميع الاتمام لان المستخلف قد لزمه الاتمام باقتدائه بالمقيم فصار كالمقيم وان لم يكن دخل معه في الصلاة وكان استخلافه قبل مفارقة الاولى فعليها الاتمام لائتمامها بمقيم ويقصر الامام والطائفة الثانية وان استخلف بعد دخول الثانية معه فعلى الجميع الاتمام وللمستخلف القصر وحده لانه لم يأتم بمقيم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا صلى مسافر ومقيم خلف مسافر أتم المقيم اذا سلم إمامه ﴾

أجمع أهل العلم على ان المقيم اذا ائتم بالمسافر وسلم المسافر من ركعتين أن على المقيم اتمام الصلاة وقد روي عن عمران بن حصين قال شهدت الفتح مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقام بمكة ثماني عشرة ليلة لا يصلي الا ركعتين ثم يقول لاهل البلد « صلوا أربعا فانا سفر » رواه أبو داود ولان الصلاة واجبة عليه أربعا فلم يكن له ترك شيء من ركعاتها كما لو لم يأتم بمسافر

مفارقتهم اياه قبله لان المفارقة انما جازت للعذر ويقرأ في حال الانتظار ويطيل التشهد حتى يدركوه وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يقرأ في الانتظار ، بل يؤخر القراءة ليقرأ بالطائفة الثانية فتحصل التسوية بين الطائفتين

ولنا أن الصلاة ليس فيها حال سكوت والقيام محل للقراءة فينبغي أن يأتي بها فيه كما في التشهد اذا انتظرهم فانه لا يسكت والتسوية بينهم تحصل بانتظاره اياهم في موضعين والاولى في موضع واحد اذا ثبت هذا فقال القاضي : ان قرأ في انتظارهم فقرأ بعد مجيئهم بقدر فاتحة الكتاب وسورة خفيفة وإن لم يقرأ في انتظارهم قرأ اذا جاءوا بفاتحة الكتاب وسورة وهذا على سبيل الاستحباب ، فلو قرأ قبل مجيئهم ثم ركع عند مجيئهم أو قبله فأدركوه راكعا ركعوا معه وصحت لهم الركعة مع تركه للسنة ، واذا جلس للتشهد قاموا فصلوا ركعة أخرى وأطال التشهد والدعاء حتى يدركوه ويتشهدوا ثم يسلم بهم . وقال مالك : يتشهدون معه فاذا سلم الامام قاموا فقضوا مافاتهم كالمسبوق والاولى ماذكرناه لموافقته الحديث ولأن قوله تعالى (ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك) يدل على أن صلاتهم كلها معه ولان الاولى أدركت معه فضيلة الاحرام فينبغي أن يسلم بالثانية ليسوي بينهم، بهذا قال مالك والشافعي على ماذكرنا من الاختلاف ، واختار أبو حنيفة أن يصلي على ما في حديث ابن عمر وسوف نذكره إن شاء الله تعالى في الوجه الثالث ، والاولى والمختار عند احمد رحمه الله هذا الوجه

(١) كل ماذكره المصنف وغيره من الاحكام المرتبة على وجوب نية القصر مبنية على رأي الخرقي ومن وافقه به وأحمد لم يقل بوجوب نية القصر كما حققه شيخ الاسلام ابن تيمية

(فصل) ويستحب للامام اذا صلى بمقيمين أن يقول لهم عقيب تسليمه أتموا فانا سفر لماذكرنا من الحديث ولئلا يشتبه على الجاهل عدد ركعات الصلاة فيظن ان الرباعية ركعتان وقد روى الأثرم عن الزهري ان عثمان انما أتم الصلاة لان الاعراب حجوا فاراد أن يعرفهم ان الصلاة اربع

(فصل) واذا أم المسافر المقيمين فأتم بهم الصلاة فصلاتهم تامة صحيحة وبهذا قال الشافعي واسحق وقال أبو حنيفة والثورى تفسد صلاة المقيمين وتصح صلاة الامام والمسافرين معه وعن أحمد نحو ذلك قال القاضي لان الركعتين الأخريين نفل من الامام فلا يؤم بهامفترضين

ولنا ان المسافر يلزمه الاتمام بنيته فيكون الجمع واجباولو كانت نفلا فائتمام المفترض بالمتنفل جائز على ما مضى

(فصل) وان أم المسافر مسافرين فنسي فصلاها تامة صحت صلاته وصلاتهم ولا يلزم لذلك سجود سهو لأنها زيادة لا يبطل الصلاة عمدهافلا يجب السجود لسهوها كزيادات الاقوال مثل القراءة في السجود والقعودوهل يشرع السجود لها ؟يخرج على الروايتين في الزيادات المذكورة واختار ابن عقيل أنه لايحتاج الى سجود لانه أتى بالاصل فلم يحتج الى جبران ووجه مشروعيته أن هذه زيادة نقصت الفضيلة وأخلت بالكمال فاشبهت القراءة في غير محلها وقراءة السورة في الاخريين واذا ذكر الامام بعد قيامه الي الثالثة لم يلزمه الاتمام وله ان يجلس فان الموجب للاتمام نيته أو الائتمام بمقيم ولم

الثاني لانه أشبه بكتاب الله تعالى وأحوط للصلاة والحرب ، أما موافقة الكتاب فان قوله تعالى (ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك) يقتضي أن جميع صلاتها معه ، وعلى مااختاره أبو حنيفة لاتصلي معه إلا ركعة على مايأتي وعلى مااخترنا تصلي جميع صلاتها معه في احدى الركعتين موافقة فى أفعاله ، والثانية تأتي بها قبل سلامه ثم تسلم معه . وأما الاحتياط للصلاة فان كل طائفة تأتي بصلاتها متوالية بعضها موافق للامام فيها فعلا وبعضها يفارقه وتأتي به وحدها كالمسبوق ، وعلى مااختاره ينصرف إلى جهة العدو وهي فى الصلاة ماشية أو راكبة ويستدبر القبلة وهذا ينافي الصلاة وأما الاحتياط للحرب فانه يتمكن من الضرب والطعن والتحريض وإعلام غيره بما يراه مما يخفي عليه وتحذيره وإعلام الذين مع الامام بما يحدث ولا يمكن هذا على اختياره

(فصل) ولا تجب التسوية بين الطائفتين لانه لم يرد بذلك نص ولا قياس ، ويجب أن تكون الطائفة التي بازاء العدو ممن يحصل الثقة بكفايتها وحراستها ومتى خشي اختلال حالهم واحتيج إلى معونتهم بالطائفة الاخري فللامام أن ينهد اليهم من معه ويبينوا على مامضى من صلاتهم

(فصل) وإن صلوا الجمعة صلاة الخوف جاز اذا كانت كل طائفة أربعين ، فان قيل فالعدد شرط فى الجمعة كلها ومتى ذهبت الطائفة الاولى بقي الامام منفرداً فبطلت الجمعة كما لو نقص العدد فالجواب أن هذا جاز لاجل العذر ولانه يترقب مجيء الطائفة الاخرى بخلاف الانفضاض

يوجد واحد منهما وان علم المأموم ان قيامه لسهو لم يلزمه متابعته وسبحوا به لانه سهو فلا يجب اتباعه فيه ولهم مفارقته ان لم يرجع كما لو قام الي ثالثة في الفجر وان تابعوه لم تبطل صلاة الامام فلا تبطل صلاة المأموم بمتابعته فيها كزيادات الاقوال ولانهم لو فارقوا الامام وأتموا صحت صلاتهم فمع موافقته أولى وقال القاضي تفسد صلاتهم لانهم زادوا ركعتين عمدا وان لم يعلموا هل قام سهوا أو عمدا لزمهم متابعته ولم يكن لهم مفارقته لان حكم وجوب المتابعة ثابت فلا يزول بالشك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا نوى المسافر الاقامة في بلد أكثر من احدى وعشرين صلاة أتم ﴾

المشهور عن أحمد رحمه الله أن المدة التي تلزم المسافر الاتمام بنية الاقامة فيها هي ما كان أكثر من احدى وعشرين صلاة رواه الأثرم والمروذي وغيرهما وعنه أنه اذا نوى اقامة أربعة أيام اتم وان نوى دونها قصر وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور لأن الثلاث حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « يقيم المهاجر بعد قضاء منسكه ثلاثا » ولما أخلى عمر رضي الله عنه أهل الذمة ضرب لمن قدم منهم تاجراً ثلاثا فدل على أن الثلاث في حكم السفر وما زاد في حكم الاقامة ويروى هذا القول عن عثمان رضي الله عنه وقال الثوري وأصحاب الرأي ان أقام خمسة عشر يوما مع اليوم الذي يخرج فيه أتم وان نوى دون ذلك قصر وروي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير والليث بن سعد لما روي عن ابن عمر وابن عباس انهما قالا اذا قدمت وفي نفسك أن تقيم بها خمس عشرة ليلة فأكمل الصلاة

ولنا أيضاً فى الاصل منع ولا يجوز أن يخطب باحدى الطائفتين ويصلي بالاخرى حتى يصلي معه من حضر الخطبة وبهذا قال الشافعي

(فصل) والطائفة الاولى في حكم الائتمام قبل مفارقة الامام فان سها لحقهم حكم سهوه فيما قبل مفارقته ، وان سهوا لم يلزمهم حكم سهوهم لانهم مأمومون ، وأما بعد مفارقته فلا يلحقهم حكم سهوه ويلحقهم حكم سهوهم لانهم منفردون ، وأما الطائفة الثانية فيلحقها حكم سهو امامها في جميع صلاته ماأدركت منها وما فاتها كالمسبوق يلحقه حكم سهو امامه فيما لم يدركه ولا يلحقها حكم سهوها في شيء من صلاتها لانها ان فارقتها فعلا لقضاء مافاتها فهي في حكم المؤتم لانهم يسلمون بسلامه ، فاذا فرغت من قضاء مافاتها سجد وسجدت معه ، فان سجد قبل أتمامها تابعته لانها مؤتمة به ولا يقيد السجود بعد فراغها من التشهد لانها لم تنفرد عن الامام بخلاف المسبوق . وقال القاضي ينبني هذا على الروايتين في المسبوق اذا سجد مع امامه هل يسجد بعد القضاء أم لا وقد ذكر الفرق بينهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الصلاة مغرباً صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالثانية ركعة)

وبهذا قال مالك والاوزاعي وسفيان والشافعي فى أحد قوليه ، وقال في الآخر يصلي بالاولى ركعة وبالثانية ركعتين لانه روي عن عليّ رضي الله عنه أنه صلى ذلك ليلة الهرير ، ولان الاولى أدركت معه فضيلة الاحرام والتقدم فينبغي أن يزيد الثانية في الركعات ليجبر نقصهم به

ولا يعرف لهم مخالف[1] وروي عن سعيد بن المسيب مثل هذا القول وروى عنه قتادة قال اذا أقمت أربعا فصل أربعا وروي عن علي رضي الله عنه قال يتم الصلاة الذي يقيم عشراً ويقصر الصلاة الذي يقول اخرج اليوم أخرج غداً شهرا وهذا قول محمد بن علي وابنه والحسن بن صالح وعن ابن عباس قال اذا قدمت بلدة فلم تدر متى تخرج فأتم الصلاة وان قلت أخرج اليوم أخرج غداً فأقمت عشراً فأتم الصلاة وعنه انه قال إن النبي صلى الله عليه وسلم أقام في بعض أسفاره تسع عشرة يصلي ركعتين قال ابن عباس فنحن اذا قمنا تسع عشرة نصلي ركعتين واذا زدنا على ذلك أتممنا رواه البخاري وقال الحسن صل ركعتين ركعتين الى أن تقدم مصرا فأتم الصلاة وصم وقالت عائشة اذا وضعت الزاد والمزاد فأتم الصلاة وكان طاوس اذا قدم مكة صلى أربعا

ولنا ماروى أنس قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى مكة فصلى ركعتين حتى رجع وأقام بمكة عشراً يقصر الصلاة متفق عليه وذكر أحمد حديث جابر وابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم لصبح رابعة فأقام النبي صلى الله عليه وسلم اليوم الرابع والخامس والسادس والسابع وصلى الفجر بالابطح يوم الثامن فكان يقصر الصلاة في هذه الايام وقد أجمع على اقامتها قال فاذا أجمع أن يقيم كما أقام النبي صلى الله عليه وسلم قصر واذا اجمع على أكثر من ذلك أتم قال الاثرم وسمعت أبا عبد الله يذكر حديث أنس في الاجماع على الاقامة للمسافر فقال هو كلام

ولنا أنه اذا لم يكن بد من التفضيل فالاولى أحق به وما فات الثانية ينجبر بادراكها السلام مع الامام ولأنها تصلي جميع صلاتها في حكم الائتمام ، والاولى تفضل بعض صلاتها في حكم الانفراد وأيا مافعل فهو جائز ، واذا صلى بالثانيه الركعة الثانية وجلس للتشهد فان الطائفة تقوم ولا تتشهد معه ذكره القاضي لانه ليس بموضع لتشهدها بخلاف الرباعية ويحتمل أن تتشهد معه اذا قلنا إنها تقضي ركعتين متواليين لئلا يفضي الى أن يصلي ثلاث ركعات بتشهد واحد ولا نظير لهذا في الصلوات هذا حكم صلاة المغرب على حديث سهل

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت رباعية غير مقصورة صلى بكل طائفة ركعتين وأتمت الاولى بالحمد لله في كل ركعة والاخرى تتم بالحمد لله وسورة)

تجوز صلاة الخوف في الحضر عند الحاجة اليها وبه قال الاوزاعي والشافعي ، وحكي عن مالك لايجوز في الحضر لان الآية انما دلت على صلاة ركعتين وصلاة الحضر أربع ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعلها في الحضر

ولنا قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) وهذا عام وترك النبي صلى الله عليه وسلم لها في الحضر انما كان لغناه عنها فيه ، وقولهم انما دلت الآية على ركعتين ممنوع ؛ وان سلم فقدتكون صلاة الحضر ركعتين الصبح والجمعة والمغرب ثلاث ويجوز فعلها في الخوف في السفر فعلى هذا اذا

(١) سيأتي رد هذا القول ، وروى البيهقي بسند صحيح ان ابن عمر أقام باذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة

ليس يفقهه كل أحد وقوله أقام النبي صلى الله عليه وسلم عشرا يقصر الصلاة فقال قدم النبي صلى الله عليه وسلم لصبح رابعة وخامسة وسادسة وسابعة ثم قال وثامنة يوم التروية وتاسعة وعاشرة فانما وجه حديث أنس انه حسب مقام النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ومنى وإلا فلا وجه له عندي غير هذا فهذه أربعة أيام وصلاة الصبح بها يوم التروية تمام احدى وعشرين صلاة يقصر فهذا يدل على أن من أقام احدى وعشرين صلاة يقصر وهي تزيد على أربعة أيام وهذا صريح في خلاف من حده أربعة أيام وقول أصحاب الرأي لم نعرف لهم مخالفا في الصحابة غير صحيح فقد ذكرنا الخلاف فيه عنهم وذكرنا عن ابن عباس نفسه خلاف ماحكوه عنه رواه سعيد في سننه ولم أجد ماحكوه عنه فيه وحديث ابن عباس في إقامة تسع عشرة وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع الاقامة قال أحمد أقام النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ثماني عشرة زمن الفتح لانه أراد حنينا ولم يكن ثم اجماع المقام وهذه اقامته التي رواها ابن عباس والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ ومن قصد بلد بعيدة فوصله غير عازم على الاقامة به مدة ينقطع فيها حكم سفره فله القصر فيه قال أحمد في من دخل مكة لم يجمع على اقامة تزيد على إقامة النبي صلى الله عليه وسلم بها وهو أن يقدم رابع ذي الحجة فله القصر وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان في أسفاره يقصر حتى يرجع وحين قدم مكة وأقام بها ما أقام كان يقصر فيها وهذا خلاف قول عائشة والحسن ولا

صلى بهم الرباعية فرقهم فرقتين وصلى بكل طائفة ركعتين وتقرأ الاولى بعد مفارقة امامها بالحمد لله وحدها في كل ركعة لأنها آخر صلاتها ، وأما الطائفة الثانية فاذا جلس الامام للتشهد الاخير تشهدت معه التشهد الاول كالمسبوق ثم قامت وهو جالس فأتمت صلاتها وتقرأ في كل ركعة الحمد لله وسورة في ظاهر المذهب لانه أول صلاتها على ماذكرنا في المسبوق وتستفتح اذا قامت للقضاء كالمسبوق ولأنها لم تحصل لها مع الامام قراءة السورة ويطول الامام التشهد والدعاء حتى تصلي الركعتين ، ثم يتشهد ويسلم بهم ، واذا قلنا أن الذي يقضيه المسبوق آخر صلاته فيقتضي أن لايستفتح ولا يقرأ السورة هاهنا قياساً عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تفارقه الاولى في التشهد الاول وفي الثالثة ؟ على وجهين)

أحدهما حين قيامه إلى الثالثة وهو قول مالك والاوزاعي لأنه يحتاج الى التطويل من أجل الانتظار والتشهد يستحب تخفيفه ، ولهذا روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا جلس للتشهد كأنه على الرضف حتى يقوم لان ثواب القائم أكثر ولانه اذا انتظرهم جالساً وجاءت الطائفة فانه يقوم قبل احرامهم فلا يحصل اتباعهم اياه في القيام ، والثاني في التشهد ليدرك الطائفة الثانية جميع الركعة الثالثة ولأن الجلوس أخف على الامام ولانه متى انتظرهم فانما احتاج إلى قراءة السورة في الركعة الثالثة وهو خلاف السنة وكلا الامرين جائز

فرق بين أن يقصد الرجوع الى بلده كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع على مافي حديث أنس وبين أن يريد بلداً آخر كما فعل عليه السلام في غزوة الفتح على مافي حديث ابن عباس

﴿ فصل ﴾ وان مر في طريقه على بلد له فيه أهل أو مال فقال أحمد في موضع يتم وقال في موضع يتم الا أن يكون ماراً وهذا قول ابن عباس وقال الزهري اذا مر بمزرعة له أتم وقال مالك اذا مر بقرية فيها أهله أو ماله أتم اذا أراد أن يقيم بها يوما وليلة وقال الشافعي وابن المنذر يقصر مالم يجمع على اقامة أربع لانه مسافر لم يجمع على أربع .

ولنا ماروي عن عثمان أنه صلى بمنى أربع ركعات فانكر الناس عليه فقال ياأيها الناس أني تأهلت بمكة منذ قدمت وأني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم»(١) رواه الامام أحمد في المسند وقال ابن عباس اذا قدمت على أهل لك أو مال فصل صلاة المقيم ولانه مقيم ببلد فيه أهله فاشبه البلد الذي سافر منه .

﴿ مسألة ﴾ (وإن فرقهم أربعاً فصلى بكل طائفة ركعة صحت صلاة الاولين وبطلت صلاة الامام والاخريين ان علمنا بطلان صلاته)

وجملة ذلك أنه متى فرقهم الامام في صلاة الخوف أكثر من فرقتين مثل أن فرقهم أربع فرق فصلى بكل طائفة ركعة أو ثلاث فرق فصلى بالاولى ركعتين وبالباقيتين ركعة صحت صلاة الاولين لانهما انما ائتما بمن صلاته صحيحة ولم يوجد منهما مايبطل صلاتهما وتبطل صلاة الامام بانتظار الثالث لانه لم يرد الشرع به فأبطل الصلاة كما لو فعله من غير خوف ، وسواء فعل ذلك لحاجة أو غيرها لان الترخص انما يصار اليه فيما ورد به الشرع وتبطل صلاة الثالثة والرابعة لائتمامها بمن صلاته باطلة فأشبه مالو كانت باطلة في أولها ، فان لم يعلما ببطلان صلاة الامام فقال ابن حامد : لاتبطل صلاتهما لان ذلك مما يخفى فلم تبطل صلاة المأموم كما لو ائتم بمحدث لايعلم حدثه وينبغي على هذا أن يخفى على الامام والمأموم كما اعتبرنا ذلك في الحدث . قال شيخنا : ويحتمل أن لاتصح صلاتهما لان الامام والمأموم يعلمان وجود المبطل ، وانما خفي عليهم حكمه فلم يمنع ذلك البطلان كما لو علم حدث الامام ولم يعلم كونه مبطلا ، وقال بعض الشافعية كقول ابن حامد . وقال بعضهم : تصح صلاة الجميع لأن الحاجة تدعو اليه أشبه الفرقتين

ولنا أن الرخص انما تتلقى من الشرع وهذا لم يرد به الشرع فلم يجزئه كغير الخوف والله أعلم

(الوجه الثالث) يصلي كما روى ابن عمر قال : صلى النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف باحدى الطائفتين ركعة وسجدتين والطائفة الاخرى مواجهة العدو ، ثم انصرفوا وقاموا في مقام أصحابهم مقبلين على العدو وجاء أولئك ثم صلى لهم النبي صلى الله عليه وسلم ركعة ثم سلم ، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة متفق عليه

(١) قال الحافظ في الفتح هذا الحديث لا يصح لانه منقطع وفي رواته من لا يحتج به ، ومن المعلوم أن أساطين علماء الصحابة أنكروا على عثمان إتمامه وذكر العلماء له أربعة أعذار أقواها أن مذهبه ان القصر خاص بالمسافر الذي يحمل الزاد والمزاد أي وعاء الماء وبمن كان في حضرة العدو وهو رأي خالفه فيه الجمهور ، وأضعفها كونه نوى الاقامة بمكة فانها محرمة على المهاجرين

﴿ فصل ﴾ قال أحمد من كان مقيما بمكة ثم خرج الى الحج وهو يريد أن يرجع إلى مكة فلا يقيم بها حتى ينصرف فهذا يصلي بعرفة ركعتين لانه حين خرج من مكة انشأ السفر فهو في سفر من حين خرج من مكة ولو أن رجلا كان مقيما ببغداد فاراد الخروج إلى الكوفة فعرضت له حاجة بالنهروان ثم رجع فمر ببغداد ذاهبا إلى الكوفه صلى ركعتين اذا كان يمر ببغداد مجتازاً لا يريد الاقامة بها وإن كان الذي خرج إلى عرفة في نيته الاقامة بمكة إذا رجع فانه لا يقصر بعرفة ولذلك أهل مكة لا يقصرون[1] وان صلى رجل مكي يقصر الصلاة بعرفة ركعتين ثم أقام بعد صلاة الامام فاضاف اليها ركعتين أخريين صحت الصلاة لأن المكي يقصر بتأويل فصحت صلاة من يأتم به .

﴿ فصل ﴾ واذا خرج المسافر فذكر حاجة فرجع اليها فله القصر في رجوعه الا أن يكون نوى أن يقيم اذا رجع مدة تقطع القصر أو يكون أهله أو ماله في البلد الذي رجع اليه لما ذكرنا هكذا حكي عن

(الوجه الرابع) أن يصلي بكل طائفة صلاة ويسلم بها كما روى أبو بكرة قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في خوف الظهر فصف بعضهم خلفه وبعضهم بازاء العدو فصلى ركعتين ثم سلم فانطلق الذين صلوا فوقفوا موقف أصحابهم ثم جاء أولئك فصلوا خلفه فصلى بهم ركعتين ثم سلم فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ولأصحابه ركعتان رواه أبو داود والأثرم . وهذه صفة حسنة قليلة الكلفة لا يحتاج فيها إلى مفارقة امامه ولا الى تفريق كيفية الصلاة وهو مذهب الحسن وليس فيها أكثر من أن الامام في الثانية متنفل يؤم مفترضين

(الوجه الخامس) أن يصلي كما روى جابر قال : أقبلنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بذات الرقاع قال فنودي بالصلاة فصلى بطائفة ركعتين ، ثم تأخروا وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين قال : كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتين ركعتين متفق عليه وتأول القاضي هذا على أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم كصلاة الحضر ، وأن كل طائفة قضت ركعتين ، وأن التأويل فاسد لمخالفة صفة الرواية وقول احمد : أما مخالفة الرواية فانه ذكر أنه صلى بكل طائفة ركعتين ولم يذكر قضاء ، ثم قال في آخره للقوم ركعتين ركعتين . وأما مخالفة قول احمد فانه قال ستة أوجه أو سبعة يروى فيها كلها جائز ، وعلى هذا لا تكون ستة ولا خمسة ، ثم انه حمل الحديث على محمل بعيد لان الخوف يقتضي قصر الصلاة وتخفيفها ، وعلى هذا التأويل تجعل مكان الركعتين أربعاً ويتم الصلاة المقصورة ولم ينقل عنه عليه السلام اتمام صلاة السفر في غير الخوف فكيف يتمها في موضع يقتضي التخفيف

(فصل) وقد ذكر شيخنا رحمه الله

(الوجه السادس) أن يصلي بكل طائفة ركعة ركعة ولا تقضي شيئاً لما روى ابن عباس قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بذي قرد صلاة الخوف والمشركون بينه وبين القبلة فصف صفاً

[1] هذا مبني على مذهبه بتحديد مسافة سفر القصر ، والذي حققه شيخ الاسلام وغيره من فقهاء الحديث المستقلين انه لا يصح في تحديدها شيء وان ما بين مكة وعرفة سفر وان أهل مكة صلوا مع النبي (ص) بعرفة ومنى قصراً ولم يامرهم بالاتمام بعد سلامه كما أمرهم بذلك في مكة عام الفتح

أحمد وقوله في الرواية الاخرى أتم الا أن يكون ماراً يقتضي أنه اذا قصد أخذ حاجته والرجوع من غير اقامة أنه يقصر والشافعي يرى له القصر مالم ينو في رجوعه الاقامة في البلد أربعا قال ولو كان أتم أحب اليّ وقال مالك يتم حتى يخرج فاصلا للثانية ونحوه قول الثوري

ولنا أنه قد ثبت له حكم السفر بخروجه ولم يوجد اقامة تقطع حكمه فاشبه مالو أتى قرية غير مخرجه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان قال اليوم اخرج غدا اخرج قصر وان أقام شهرا ﴾

وجملة ذلك أن من لم يجمع الاقامة مدة تزيد على احدى وعشرين صلاة فله القصر ولو أقام سنين مثل أن يقيم لقضاء حاجة يرجو نجاحها أو لجهاد عدو أو حبس سلطان أو مرض وسواء غلب على ظنه انقضاء الحاجة في مدة يسيرة أو كثيرة بعد أن يحتمل انقضاؤها في المدة التي لاتقطع حكم السفر قال ابن المنذر أجمع أهل العلم أن للمسافر أن يقصر مالم يجمع اقامة وإن أتى عليه سنون وقد روى ابن عباس قال أقام النبي صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره تسع عشرة يصلي ركعتين رواه البخاري

خلفه وصفاً موازي العدو فصلى بهم ركعة ثم ذهب هؤلاء إلى مصاف هؤلاء ، ورجع هؤلاء إلى مصاف هؤلاء فصلى بهم ركعة ثم سلم عليهم فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتان وكانت لهم ركعة ركعة رواه الأثرم ، وعن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بهؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئاً رواه أبو داود وهذا قول ابن عباس وجابر . قال جابر : انما القصر ركعة عند القتال . وقال طاوس ومجاهد والحسن وقتادة والحكم يقولون ركعة في شدة الخوف يومىء ايماء ، وبه قال اسحاق يجزئك عند الشدة ركعة تومىء ايماء ، فان لم تقدر فسجدة واحدة ، فان لم تقدر فتكبيرة ، فهذه الصلاة يقتضي عموم كلام احمد جوازها لأنه ذكر ستة أوجه ولا نعلم وجهاً سادساً سواها . وقال القاضي : لاتأثير للخوف في عدد الركعات وهذا قول أصحابنا وأكثر أهل العلم منهم ابن عمر والنخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي وغيرهم من علماء الامصار لايجيزون ركعة والذي قال منهم وكعة انما جعلها عند شدة القتال ، والذين روينا عنهم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثرهم لم ينقصوا من ركعتين وابن عباس لم يكن ممن يحضر النبي صلى الله عليه وسلم في غزواته ولم يعلم ذلك إلا بالرواية فالأخذ برواية من حضر الصلاة وصلاها مع النبي صلى الله عليه وسلم أولى

(فصل) ومتى صلى بهم صلاة الخوف من غير خوف فصلاة الجميع فاسدة لأنها لاتخلو من مفارقة امامه لغير عذر أو تارك متابعة امامه في ثلاثة أركان ، أو قاصر الصلاة مع اتمام امام وكل ذلك يفسد الصلاة إلا مفارقة الامام في قول : واذا فسدت صلاة الامام لأنه صلى اماماً بمن صلاته فاسدة إلا أن يصلي بهم صلاتين كاملتين فتصح صلاته وصلاة الطائفة الاولى وصلاة الثانية تنبني على امامة المتنفل بالمفترض وقد ذكرناه

وقال جابر أقام النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك عشرين يومايقصر الصلاة ، رواه الامام أحمد في مسنده وفى حديث عمران ابن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام بمكة ثماني عشرة لايصلي إلا ركعتين ، رواه أبوداود ، وروي عن عبد الرحمن بن المسور عن أبيه قال أقمنا مع سعد بعمان أوسلمان فكان يصلي ركعتين ويصلي أربعاً فذكرنا ذلك له فقال نحن أعلم رواه الأثرم.

وروى سعيد باسناده عن المسور بن مخرمة قال أقمنا مع سعد ببعض قرى الشام أربعين ليلة يقصرها سعد ويتمها وقال نافع أقام ابن عمر باذربيجان ستة أشهر يصلي ركعتين وقد حال الثلج بينه وبين الدخول ، وعن حفص بن عبدالله أن أنس بن مالك أقام بالشام سنين يصلي صلاة المسافر وقال أنس أقام أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم برامهرمز سبعة أشهر يقصرون الصلاة وعن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة قال أقمت معه سنتين بكابل يقصر الصلاة ولا يجمع ، وقال ابراهيم كانوا

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يحمل معه في الصلاة من السلاح مايدفع به عن نفسه ولا يثقله كالسيف والسكين ويحتمل أن يجب ذلك)

حمل السلاح في صلاة الخوف مستحب لقوله تعالى (وليأخذوا أسلحتهم) ولأنهم لا يأمنون أن يفجأهم العدو كما قال الله تعالى (ود الذين كفروا لو تغفلون عن أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلة واحدة)

والمستحب من ذلك مايدفع به عن نفسه ولا يثقله كالسيف والسكين ،ولا يستحب حمل مايثقله كالجوشرة، ولا ما يمنع اكمال السجود كالمغفر ولا مايؤذي غيره كالرمح اذا كان متوسطاً ، ولا يجوز حمل نجس ولا مايخل ببعض أركان الصلاة الا عند الضرورة كمن يخاف وقوع الحجارة والسهام ، وليس ذلك بواجب ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وأكثر أهل العلم لأنه لو وجب لكان شرطاً كالسترة ولأن الامر به للرفق بهم والصيانة لهم فلم يكن للايجاب كما أن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الوصال لما كان للرفق لم يكن للتحريم ، ويحتمل أن يجب ذلك وهو قول داود وأحد قولي الشافعي وهذا أظهر لان ظاهر الامر الوجوب ، وقد اقترن به مايدل على الوجوب وهو قوله سبحانه (ولا جناح عليكم ان كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم) ونفي الحرج مشروطاً بالاذى دليل على لزومه عند عدمه ، فأما ان كان بهم أذى من مطر أو مرض فلا يجب بغير خلاف لصريح النص بنفي الحرج

﴿ فصل ﴾ فاذا اشتد الخوف صلوا رجالا وركبانا الى القبلة وغيرها يومئون ايماء على قدر الطاقة.

وجملة ذلك انه متى اشتد الخوف والتحم القتال فلهم الصلاة كيف ما أمكنهم رجالا أو ركبانا إن أمكنهم الى القبلة أو الى غيرها ان لم يمكنهم يومئون بالركوع والسجود ويجعلون سجودهم أخفض من ركوعهم على قدر الطاقة ، ولهم التقدم والتأخر والطعن والضرب والكر والفر ولا يؤخرون الصلاة عن وقتها

يقيمون بالري السنة واكثر من ذلك وبسجستان السنتين لا يجمعون ولا يصومون ، وقد ذكرنا عن علي رضي الله عنه أنه قال : ويقصر اذا قال اليوم أخرج غداً أخرج شهراً وهذا مثل قول الخرقي ولعل الخرقي رحمه الله انما قال ذلك اقتداء به ولم يرد أن نهاية القصر الى شهر وانما أراد أنه لانهاية للقصر والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ وان عزم على اقامة طويلة في رستاق يتنقل فيه من قرية الى قرية لا يجمع على الاقامة بواحدة منها مدة تبطل حكم السفر لم يبطل حكم سفره لان النبي صلى الله عليه وسلم أقام عشراً بمكة وعرفة ومنى فكان يقصر في تلك الايام كلها .

وروى الاثرم باسناده عن مورق قال سألت ابن عمر قلت إني رجل تاجر آتي الاهواز فانتقل في قراها من قرية الى قرية فاقيم الشهر وأكثر من ذلك قال تنوي الاقامة قلت لا قال لا أراك الا مسافراً صل صلاة المسافرين ، ولانه لم ينو الاقامة في بلد بعينه فاشبه المتنقل في سفره من منزل الى منزل

في قول أكثر أهل العلم . وحكى ابن أبي موسى انه يجوز تأخير الصلاة حال التحام القتال في رواية ، وقال أبو حنيفه وابن أبي ليلى لا يصلي مع المسايفة ولا مع المشي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل يوم الخندق وأخر الصلاة ، ولأن مايمنع الصلاة في غير شدة الخوف يمنعها معه كالحدث والصياح ، وقال الشافعي يصلي لكن إن تابع الطعن والضرب أو المشي أو فعل مايطول بطلت صلاته لأن ذلك من مبطلات الصلاة أشبه الحدث

ولنا قوله عز وجل (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) وقال ابن عمر فان كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياماً على أقدامهم وركبانا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها متفق عليه . وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه في غير شدة الخوف فأمرهم بالمشي الى وجاه العدو وهم في الصلاة ثم يعودون لقضاء مابقي من صلاتهم ، وهذا مشي كثير وعمل طويل واستدبار للقبلة فاذا جاز ذلك مع ان الخوف ليس بشديد فمع شدته أولى ، ومن العجب اختيار أبي حنيفة هذا الوجه دون سائر الوجوه التي لا تشتمل على العمل في أثناء الصلاة وتسويغه إياه مع الغناء عنه ثم منعه في حال الحاجة اليه بحيث لا يقدر على غيره فكان العكس أولى ولانه مكلف تصح طهارته فلم يجز له اخلاء وقت الصلاة عن فعلها كالمريض ، ويخص الشافعي بأنه عمل أبيح للخوف فلم يبطل الصلاة كاستدبار القبلة والركوب والايماء وبهذا ينتقض ماذكره . فأما تأخير الصلاة يوم الخندق فروى أبو سعيد انه كان قبل نزول صلاة الخوف ويحتمل انه شغله المشركون فنسي الصلاة ، فقد نقل مايدل على ذلك ويؤكد ماذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكونوا في مسايفة توجب قطع الصلاة ، وأما الصياح الحدث فلا حاجة بهم اليه ولا يلزم من كون الشيء مبطلا مع عدم العذر أن تبطل معه كخروج النجاسة من المستحاضة ومن في معناها

﴿ فصل ﴾ واذا دخل بلداً فقال ان لقيت فلان أقمت وان لم القه لم أقم لم يبطل حكم سفره لانه لم يجزم بالاقامة ولان المبطل لحكم السفر هو العزم على الاقامة ولم يوجد وانما علقه على شرط وليس ذلك بحرام .

﴿ فصل ﴾ ولا باس بالتطوع نازلا وسائراً على الراحلة لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسبح على ظهر راحلته حيث كان وجهه يومىء برأسه وكان ابن عمر يفعله . وروى نحو ذلك جابر وأنس متفق عليهن ، وروت أم هانيء بنت أبي طالب أن النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة اغتسل في بيتها فصلى ثماني ركعات متفق عليه ، وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتطوع في السفر ، رواه سعيد ويصلي ركعتي الفجر والوتر لان ابن عمر روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر على بعيره ولما نام النبي صلى الله عليه وسلم عن صلاة الفجر حتى طلعت الشمس صلى ركعتي الفجر قبلها متفق عليها .

﴿ فصل ﴾ فان أمكنهم افتتاح الصلاة الى القبلة فهل يلزمهم ذلك ، على روايتين : احداهما لاتجب اختاره أبو بكر لانه جزء من الصلاة فلم يجب الاستقبال فيه كبقية أجزائها ، والثانية يجب لانه أمكنه ابتداء الصلاة مستقبلا فلم يجز بدونه كما لو أمكنه ذلك في ركعة كاملة

﴿ مسئلة ﴾ (ومن هرب من عدو هربا مباحا أو سيل أو سبع أو نحوه فله الصلاة كذلك سواء خاف على نفسه أو ماله أو أهله)

وكذلك الاسير اذا خافهم على نفسه إن صلى والمختفي في موضع يصليان كيف ما أمكنهما نص عليه أحمد في الاسير ، فلو كان المختفي قاعداً لايمكنه القيام أو مضطجعاً لايمكنه القعود صلى على حسب حاله وهذا قول ابن الحسن وقال الشافعي يصلي ويعيد . ولنا انه خائف صلى على حسب ما أمكنه فلم يلزمه الاعادة كالهارب ، ولا فرق في هذا بين الحضر والسفر لأن المبيح خوف الهلاك وقد تساويا فيه فان أمكن التخلص بدون ذلك كالهارب من السيل يصعد الى ربوة والخائف من العدو يمكنه دخول حصن يأمن فيه صولة العدو فيصلي فيه ثم يخرج لم يكن له أن يصلي صلاة الخوف لانه لا حاجة اليها ولا ضرورة

﴿ فصل ﴾ فأما العاصي بهربه كالذي يهرب مما يجب عليه وقاطع الطريق واللص والسارق فليس لهم أن يصلوا صلاة الخوف لانها رخصة ثبتت للدفع عن نفسه في محل مباح فلا يثبت بالمعصية كرخص السفر

﴿ فصل ﴾ قال أصحابنا يجوز أن يصلوا في حال شدة الخوف جماعة . قال شيخنا ويحتمل أن لايجوز وهو قول أبي حنيفة لانهم يحتاجون الى التقدم والتأخر وربما تقدموا على الامام وتعذر عليهم الائتمام ، وحجة الاصحاب انها حالة تجوز فيها الصلاة على الانفراد فجاز فيها صلاة الجماعة كالركوب في السفينة ويعفى عن تقدم الامام للحاجة اليه كالعفو عن العمل الكثير ولمن نصر القول الاول أن

فأما سائر السنن والتطوعات قبل الفرائض وبعدها فقال أحمد أرجو أن لا يكون بالتطوع في السفر باس ، وروي عن الحسن قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيتطوعون قبل المكتوبة وبعدها .

وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وجابر وأنس وابن عباس وأبي ذر وجماعة من التابعين كثير وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر وكان ابن عمر لا يتطوع مع الفريضة قبلها ولا بعدها الا من جوف الليل ، ونقل ذلك عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين لما روي أن ابن عمر رأى قوما يسبحون بعد الصلاة فقال لو كنت مسبحاً لاتممت صلاتي يا ابن أخي صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد على ركعتين حتي قبضه الله وصحبت أبا بكر فلم يزد على

يفرق بينهما بأن العفو عن العمل الكثير لا يختص الامامة بل هو في حال الانفراد أيضاً فلم يؤثر الانفراد في نفسه بخلاف تقدم الامام

﴿ مسئلة ﴾ (وهل لطالب العدو الخائف فواته الصلاة كذلك) على روايتين :

احداهما له ذلك كالمطلوب سواء ، روي ذلك عن شرحبيل بن حسنة وهو قول الاوزاعي لما روى عبدالله بن أنيس قال بعثني رسول الله صلى الله عليه الى خالد بن سفين الهذلي فقال اذهب فاقتله . فرأيته وحضرت صلاة العصر ، فقلت اني لأخاف أن يكون بيني وبينه مايؤخر الصلاة فانطلقت أمشي وأنا أصلي أومأ ايماء نحوه . وذكر الحديث رواه أبو داود وظاهر حاله أنه أخبر بذلك النبي صلى الله عليه وسلم أو كان قد علم جواز ذلك فانه لا يظن به أن يفعل ذلك مخطئاً وهو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يخبره بذلك ولا يسأل عن حكمه . وقال شرحبيل بن حسنة لا تصلوا الصبح إلا على ظهر، فنزل الأشتر فصلى على الارض فمر به شرحبيل فقال مخالف خالف الله به . قال فخرج الاشتر في الفتنة ولانها احدى حالتي الحرب أشبهت حالة الهرب ولأن فوات الكفار ضرر عظيم فأبيحت صلاة الخوف عند فواته كالحالة الاخرى

والثانية ليس له أن يصلي الا صلاة آمن وهذا قول أكثر أهل العلم لان الله تعالى قال : (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) فشرط الخوف وهذا غير خائف ولانه آمن فلزمته صلاة الآمن كما لو لم يخش فواتهم ، وهذا الخلاف فيمن يأمن رجوعهم عليه ان تشاغل بالصلاة ويأمن على أصحابه. فأما الخائف من ذلك فحكمه حكم المطلوب على ما بينا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أمن في الصلاة أتم صلاة آمن، وان ابتدأها آمنا ثم خاف أتم صلاة خائف)

متى صلى بعض الصلاة في حال شدة الخوف مع الاخلال بشيء من واجباتها كالاستقبال وغيره فأمن في أثنائها أتمها آتياً بواجباتها ، فاذا كان راكبا الى غير القبلة نزل مستقبل القبلة ، وان كان ماشياً وقف واستقبل القبلة وبني على ما مضي لأن ما مضي من صلاته كان صحيحاً قبل الأمن فجاز

ركعتين حتى قبضه الله ،وذكر عمر وعثمان وقال (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) متفق عليه ، ووجه الاول ماروي عن ابن عباس قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الحضر فكنا نصلي قبلها وبعدها وكنا نصلي في السفر قبلها وبعدها رواه ابن ماجه وعن أبي بصرة الغفاري عن البراء بن عازب ، قال صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية عشر سفراً فما رأيته ترك ركعتين اذا زاغت الشمس قبل الظهر رواه أبوداود وحديث الحسن عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرناه فهذا يدل على أنه لا بأس بفعلها وحديث ابن عمر يدل على أنه لا بأس بتركها فيجمع بين الاحاديث والله أعلم .

كتاب صلاة الجمعة

الاصل في فرض الجمعة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع) فأمر بالسعي ويقتضي الامر الوجوب ولا يجب السعي الا الى الواجب ونهى عن البيع لئلا يشتغل به عنها فلو لم تكن واجبة لما نهى عن

البناء عليه كما لو لم يخل بشيء من الواجبات ، وكان المريض يبتديء الصلاة قاعداً اذا قدر على القيام في أثنائها فان ترك الاستقبال حال نزوله أو أخل بشيء من واجباتها بعد أمنه فسدت صلاته ، وإن ابتدأ الصلاة آمناً بشروطها وواجباتها ثم حدث له شدة خوف أتمها على حسب مايحتاج اليه مثل من يكون قائما على الارض مستقبلا فيحتاج أن يركب ويستدبر القبلة ويطعن ويضرب ونحو ذلك ، فانه يصير اليه ويبني على الماضي من صلاته . وحكي عن الشافعي انه اذا أمن نزل فبنى واذا خاف فركب ابتدأ ، ولا يصح لأن الركوب قد يكون يسيراً لا يبطل مثله في حق الآمن ففي حق الخائف أولى كالنزول ولانه عمل أبيح للحاجة فلم يمنع صحة الصلاة كالهرب ، ومن صلى صلاة الخوف لسواد ظنه عدواً فبان انه ليس بعدو وبينه وبينه مايمنعه منه فعليه الاعادة سواء صلى صلاة شدة الخوف أو غيرها ، وسواء كان ظنهم مستنداً الى خبر ثقة أو غيره ، أو رؤية سواد أو نحوه لانه ترك بعض واجبات الصلاة ظناً منه انه قد سقط فلزمته الاعادة كما لو ترك غسل رجليه ومسح على خفيه ظنا منه إن ذلك يجزي فبانا مخرقين ، وكما لو ظن المحدث انه متطهراً فصلى ، ويحتمل أن لا يلزم الاعادة اذا كان بينه وبين العدو مايمنع العبور لأن سبب الخوف متحقق وانما خفي المانع والله أعلم

﴿ باب صلاة الجمعة ﴾

والاصل فى فرض الجمعة الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) فأمر بالسعى ومقتضى الأمر الوجوب ، ولا يجب السعي إلا الى واجب . والمراد بالسعى هنا الذهاب اليها لا الاسراع ، فان

البيع من أجلها والمراد بالسعي هاهنا الذهاب اليها لا الاسراع فان السعي في كتاب الله لم يرد به العدو قال الله تعالى (وأما من جاءك يسعى) وقال (وسعى لها سعيها) وقال (سعى في الارض ليفسد فيها) وقال (ويسعون في الارض فسادا) وأشباه هذا لم يرد بشيء من العدو ، وقد روى عن عمر أنه كان يقرأها (فامضوا إلى ذكر الله)

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين » متفق عليه .

وعن أبي الجعد الضمري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال « من ترك ثلاث جمع تهاونا طبع الله على قلبه » وقال عليه السلام « الجمعة حق واجب على كل مسلم إلا أربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض » رواهما أبوداود وعن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « واعلموا أن الله تعالى قد افترض عليكم الجمعة في مقامي هذا في يومي هذا في شهري هذا من عامي هذا فمن تركها في حياتي أو بعد مماتي وله امام عادل أو جائر استخفافا بها وجحوداً لها فلا جمع الله له شمله ولا بارك له في أمره إلا ولا صلاة له إلا ولا زكاة له إلا ولا حج له إلا ولا صوم له ولا بر له حتى يتوب فان تاب تاب الله عليه » رواه ابن ماجه وأجمع المسلمون على وجوب الجمعة .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا زالت الشمس يوم الجمعة صعد الامام على المنبر ﴾

المستحب اقامة الجمعة بعد الزوال لان النبي صلى الله عليه و لم كان يفعل ذلك قال مسلمة ابن الاكوع كنا نجمع مع النبي صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس ثم نرجع نتتبع الفيء متفق عليه وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس أخرجه البخاري ولأن في ذلك خروجا من الخلاف فان علماء الامة اتفقوا على ان ما بعد الزوال وقت للجمعة وانما الخلاف فيما قبله ولا فرق في استحباب اقامتها عقيب الزوال بين شدة الحر وبين غيره فان الجمعة يجتمع لها الناس

السعي في كتاب الله لا يراد به العدو قال الله تعالى (وأما من جاءك يسعى) وقال (وسعى لها سعيها) وقال (ويسعون فى الارض فسادا) وقال (سعى في الارض ليفسد فيها) وأشباه هذا لم يرد بشيء منه العدو ، وقد روي عن عمر انه كان يقرأ (فامضوا الى ذكر الله)

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين » متفق عليه ، وعن أبي الجعد الضميري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ترك ثلاث جمع تهاونا بها طبع الله على قلبه » وقال عليه السلام « الجمعة حق واجب على كل مسلم إلا أربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض » رواهما أبو داود . وعن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « واعلموا ان الله تعالى قد افترض عليكم الجمعة في مقامي هذا في يومي هذا في شهري هذا من عامي هذا فمن تركها في حياتي أو بعد موتي وله امام عادل أو جائر استخفافا

فلو انتظروا الأبراد شق عليهم وكذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعلها اذا زالت الشمس في الشتاء والصيف على ميقات واحد فيستحب ان يصعد للخطبة على منبر ليسمع الناس وكان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب الناس على منبره وقال سهل بن سعد أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فلانة امرأة سماها سهل ان مُري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن اذا كلمت الناس متفق عليه وقالت أم هشام بنت حارثة ابن النعمان ماأخذت ق والقرآن المجيد الا عن لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرؤها كل جمعة على المنبر اذا خطب الناس وليس ذلك واجباً فلو خطب على الارض أو على ربوة أو وسادة أو على راحلته أو غير ذلك جاز فان النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قبل أن يصنع المنبر يقوم على الارض اه

(فصل) ويستحب أن يكون المنبر على يمين القبلة لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا صنع

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا استقبل الناس سلم عليهم وردوا عليه وجلس ﴾

يستحب للامام اذا خرج أن يسلم على الناس ثم اذا صعد المنبر فاستقبل الحاضرين سلم عليهم وجلس الى أن يفرغ المؤذنون من آذانهم كان ابن الزبير اذا علا على المنبر سلم وفعله عمر بن عبدالعزيز وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يسن السلام عقيب الاستقبال لأنه قد سلم حال خروجه

ولنا ما روى جابر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صعد المنبر سلم رواه ابن ماجه وعن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل المسجد يوم الجمعة سلم على من عند المنبر جالساً فاذا صعد المنبر توجه الناس سلم عليهم رواه أبو بكر باسناده عن الشعبي قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صعد المنبر يوم الجمعة استقبل الناس فقال السلام عليكم ورحمة الله ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويقرأ سورة ثم يجلس ثم يقوم فيخطب ، وكان أبو بكر وعمر يفعلانه رواه الأثرم

بها أو جحوداً بها فلا جمع الله له شمله ولا بارك الله أمره ، ألا ولا صلاة له ، ألا ولا زكاة له ، ألا ولا حج له ، ألا ولا صوم له ، ولا بر له حتى يتوب ، فان تاب تاب الله عليه » رواه ابن ماجة ، وأجمع المسلمون على وجوب الجمعة

﴿ مسئلة ﴾ (وهي واجبة على كل مسلم مكلف ذكر حر مستوطن ببناء ليس بينه وبين موضع الجمعة أكثر من فرسخ اذا لم يكن له عذر)

يشترط لوجوب الجمعة ثمانية شروط : الاسلام والعقل والذكورية فهذه الثلاثة لا خلاف في اشتراطها لوجوب الجمعة وانعقادها لأن الاسلام والعقل شرطان للتكليف وصحة العبادة المحضة ، والذكورية شرط لوجوب الجمعة وانعقادها لما ذكرنا من الحديث ولأن الجمعة يجتمع لها الرجال والمرأة ليست من أهل الحضور في مجامع الرجال ولكن الجمعة تصح منها فان النبي صلى الله عليه وسلم كان النساء يصلين معه في الجماعة

ومتى سلم رد عليه الناس لان رد السلام آكد من ابتدائه ثم يجلس حتى يفرغ المؤذنون ليستريح وقد روى ابن عمر قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب خطبتين يجلس اذا صعد المنبر حتى يفرغ المؤذنون - ثم يقوم فيخطب ثم يجلس فلا يتكلم ثم يقوم فيخطب رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وأخذ المؤذنون في الأذان وهذا الأذان الذي يمنع البيع ويلزم السعي إلا لمن منزله فى بعد فعليه أن يسعى في الوقت الذى يكون به مدركا للجمعة ﴾

أما مشروعية الاذان عقيب صعود الامام فلا خلاف فيه فقد كان يؤذن للنبي صلى الله عليه وسلم قال السائب بن يزيد كان النداء اذا صعد الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلما كان عثمان كثر الناس فزاد النداء الثالث على الزوراء رواه البخاري ، وأما قوله هذا الاذان الذي يمنع البيع ويلزم السعي فلأن الله تعالى أمر بالسعي ونهى عن البيع بعد النداء بقوله سبحانه (اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والنداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هو النداء عقيب جلوس الامام على المنبر فتعلق الحكم به دون غيره ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل الزوال أو بعده ، وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع يحرم بزوال الشمس وان لم يجلس الامام على المنبر ولا يصح هذا لأن الله تعالى علقه على النداء لا على الوقت ولان المقصود بهذا ادراك الجمعة وهو يحصل بما ذكرنا دون ما ذكره ولو كان تحريم البيع معلقاً بالوقت لما اختص بالزوال فان ما قبله وقت أيضا فاما من كان منزله بعيداً لا يدرك الجمعة بالسعي وقت النداء فعليه السعي في الوقت الذي يكون به مدركا للجمعة لان الجمعة واجبة والسعي قبل النداء من ضرورة ادراكها ومالا يتم الواجب إلا به واجب كاستقاء الماء من البئر للوضوء إذا لم يقدر على غيره وإمساك جزء من الليل مع النهار في الصوم ونحوهما

الرابع البلوغ وهو شرط لوجوب الجمعة وانعقادها في الصحيح من المذهب للحديث المذكور وهذا قول أكثر أهل العلم ولأن البلوغ من شرائط التكليف لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ » وذكر بعض أصحابنا في الصبي المميز رواية في وجوبها عليه بناء على تكليفه ولا معول عليه (والخامس) الحرية

(السادس) الاستيطان بقرية وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

(السابع) أن لا يكون بينه وبين موضع الجمعة أكثر من فرسخ ، وهذا الشرط في حق غير أهل المصر ، أما أهل المصر فيلزمهم كلهم الجمعة بعدوا أو قربوا ، نص عليه أحمد ، فقال أما أهل المصر فلابد لهم من شهودها سمعوا النداء أو لم يسمعوا ، وذلك لأن البلد الواحد بني للجمعة فلا فرق فيه

(فصل) وتحريم البيع ووجوب السعي يختص بالمخاطبين بالجمعة فاما غيرهم من النساء والصبيان والمسافرين فلا يثبت في حقه ذلك وذكر ابن أبي موسى في غير المخاطبين روايتين والصحيح ما ذكرنا فان الله تعالى انما نهى عن البيع من أمره بالسعي فغير المخاطب بالسعي لا يتناوله النهي ولان تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم فان كان المسافر في غير المصر أو كان انسانا مقيما بقرية لا جمعة على أهلها لم يحرم البيع قولا واحداً ولم يكره وان كان أحد المتبايعين مخاطباً والآخر غير مخاطب حرم في حق المخاطب وكره في حق غيره لما فيه من الاعانة على الاثم ويحتمل أن يحرم أيضا لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

(فصل) ولا يحرم غير البيع من العقود كالاجارة والصلح والنكاح وقيل يحرم لانه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا ان النهي مختص بالبيع وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي لقلة وجوده فلا يصح قياسه على البيع

(فصل) وللسعي الى الجمعة وقتان وقت وجوب ووقت فضيلة فاما وقت الوجوب فما ذكرناه وأما وقت الفضيلة فمن أول النهار فكلما كان أبكر كان أولى وأفضل وهذا مذهب الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال مالك لا يستحب التبكير قبل الزوال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من راح الى الجمعة» والرواح بعد الزوال والغد وقبله قال النبي صلى الله عليه وسلم «غدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا ومافيها» ويقال تروحت عند انتصاف النهار قال امرؤ القيس * تروح من الحي أم تبتكر *

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال« من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة

بين القريب والبعيد ، ولأن المصر لا يكاد يكون أكثر من فرسخ فهو في مظنة القرب فاعتبر ذلك وهو قول أصحاب الرأي ونحوه قول الشافعي . فأما غير أهل المصر فمن كان بينه وبين الجامع فرسخ فما دون فعليه الجمعة وإلا فلا جمعة عليه . وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وهو قول مالك والليث ، وروى عبدالله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الجمعة على من سمع النداء » رواه أبو داود والأشبه انه من كلام ابن عمرو ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأعمى الذي قال ليس لي قائد يقودني « أتسمع النداء ؟ »قال نعم . «قال فأجب » ولانه داخل في قوله تعالى(فاسعوا الى ذكر الله) وروي عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس والحسن ونافع وعكرمة وعطاء والاوزاعي انهم قالوا الجمعة على من أواه الليل الى أهله لما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الجمعة على من أواه الليل الى أهله » وقال أصحاب الرأي لا جمعة على من كان خارج المصر لأن عثمان رضي الله عنه صلى العيد في يوم جمعة ثم قال لاهل العوالي من أراد منكم أن ينصرف فلينصرف ومن أراد أن يقيم حتى يصلي الجمعة ولانهم خارج المصر فأشبهوا أهل الحلل

ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فاذا خرج الامام حضرت الملائكة يستمعون الذكر» متفق عليه وفي لفظ« اذا كان يوم الجمعة وقف على كل باب من أبواب المسجد ملائكة يكتبون الاول فالاول فاذا خرج الامام طووا الصحف وجاءوا يستمعون »متفق عليه وقال علقمة خرجت مع عبدالله الى الجمعة فوجدت ثلاثة قد سبقوه فقال رابع أربعة وما رابع أربعة ببعيد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول« ان الناس يجلسون من الله عز وجل يوم القيامة على قدر رواحهم الى الجمعة» رواه ابن ماجه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال« من غسل يوم الجمعة واغتسل وبكر وابتكر كان له بكل خطوة يخطوها أجر سنة صيامها وقيامها »أخرجه الترمذي وقال حديث حسن رواه ابن ماجه وزاد «ومشى ولم يركب ودنا من الامام فاستمع ولم يلغ»قوله« بكر »أي خرج في بكرة النهار وهي أوله «وابتكر»بالغ في التبكير أي جاء في أول البكرة على ما قال امرؤ القيس *تروح من الحي أم تبتكر*وقيل معناه ابتكر العبادة مع بكورة وقيل ابتكر للخطبة أي حضر الخطبة مأخوذ من باكورة الثمرة وهي أولها وغير هذا أجود لان من جاء في بكرة النهار لزم أن يحضر أول الخطبة وقوله «غسل واغتسل» أي جامع امرأته ثم اغتسل ولهذا قال في الحديث الآخر من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة قال أحمد تفسير قوله« من غسل واغتسل» مشددة يريد يغسل أهله وغير واحد من التابعين عبدالرحمن بن الاسود وهلال بن يساف يستحبون ان يغسل الرجل أهله يوم الجمعة وانما هو على ان يطأ وانما استحب ذلك ليكون أسكن لنفسه وأغض لطرفه في طريقه . وروى ذلك عن وكيع ايضاً وقيل المراد به غسل رأسه واغتسل في بدنه حكى هذا عن ابن المبارك وقوله غسل الجنابة على هذا التفسير أي كغسل الجنابة وأما قول مالك فمخالف للآثار لان الجمعة يستحب فعلها عند الزوال وكان النبي صلى الله عليه وسلم يبكر بها ومتى خرج الامام طويت الصحف فلم يكتب من أتى الجمعة بعد ذلك فأي فضيلة لهذا وان أخر بعد ذلك شيئا دخل في النهي والذم كما قال النبي صلى الله عليه وسلم للذي جاء يتخطى

ولنا قول الله تعالى (اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) وهذا يتناول أهل المصر اذا سمعوا النداء ، وحديث عبدالله بن عمرو ، ولانهم من أهل الجمعة يسمعون النداء فأشبهوا أهل المصر ، وترخيص عثمان لاهل العوالي انما كان لانه اذا اجتمع عيدان اجتزىء بالعيد وسقطت الجمعة عمن حضر العيد غير الامام ، وقياس أهل القرى على أهل الحلل لا يصح لان الحلل لا تعد للاستيطان ولا هم ساكنين بقرية ولا في موضع جعل للاستيطان . وقد ذكر القاضي أن الجمعة تجب عليهم اذا كانوا بموضع يسمعون النداء كأهل القرية ، وأما ما احتج به الآخرون من حديث أبي هريرة فهو غير صحيح يرويه عبد الله بن سعيد المقبري وهو ضعيف ، قال أحمد بن الحسن ذكرت هذا الحديث لاحمد بن حنبل فغضب وقال استغفر ربك استغفر ربك ، وانما فعل هذا لانه لم ير الحديث شيئاً بحال أسناده قاله الترمذي . وأما اعتبار حقيقة النداء فغير ممكن لانه قد يكون في الناس الأصم

الناس « رأيتك أنيت وآذيت » أي أخرت المجيء وقال عمر لعثمان حين جاء وهو يخطب أي ساعة هذه على سبيل الانكار عليه وان أخر أكثر من هذا فاتته الجمعة فكيف يكون لهؤلاء بدنة أو بقرة أو فضل وهم من أهل الذم وقوله راح الى الجمعة أي ذهب اليها لا يحتمل غير هذا

(فصل) والمستحب ان يمشي ولا يركب في طريقها لقوله « ومشي ولم يركب » وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يركب في عيد ولا جنازة والجمعة في معناهما وانما لم يذكرها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان باب حجرته شارعا في المسجد يخرج منه اليه فلا يحتمل الركوب ولان الثواب على الخطوات بدليل ما رويناه ويستحب أن يكون عليه السكينة والوقار في حال مشيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا سمعتم الاقامة فامشوا وعليكم السكينة والوقار ولا تسرعوا » ولأن الماشي الى الصلاة في صلاة ولا يشبك بين أصابعه ويقارب بين خطاه لتكثر حسناته ، وقد روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خرج مع زائد بن ثابت الى الصلاة فقارب بين خطاه ثم قال انما فعلت لتكثر خطانا في طلب الصلاة ، وروي عن عبد الله بن رواحة انه كان يبكر الى الجمعة ويخلع نعليه ويمشي حافياً ويقصر في مشيه رواه الأثرم ويكثر ذكر الله في طريقه ويغض بصره ويقول ماذكرناه في باب صفة الصلاة ويقول أيضا : اللهم اجعلني من أوجه من توجه اليك وأقرب من توسل اليك وأفضل من سألك ورغب اليك ، . وروينا عن بعض الصحابة انه مشى الى الجمعة حافياً فقيل له في ذلك فقال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمهما الله على النار »

(فصل) وتجب الجمعة والسعي اليها سواء كان من يقيمها سنيا أو مبتدعا أو عدلا أو فاسقا نص عليه أحمد وروي عن العباس ابن عبد العظيم انه سأل أبا عبد الله عن الصلاة خلفهم يعني المعتزلة يوم الجمعة قال أما الجمعة فينبغي شهودها فان كان الذي يصلي منهم أعاد وان كان لا يدري أنه منهم فلا يعيد قلت فان كان يقال أنه قد قال بقولهم قال حتى يستيقن ولا أعلم في هذا بين أهل العلم

وثقيل السمع ، وقد يكون النداء بين يدي المنبر فلا يسمعه إلا أهل المسجد ، وقد يكون المؤذن خفي الصوت ، أو في يوم ريح ، أو يكون المستمع نائما أو مشغولا بما يمنع السماع ويسمع من هو أبعد منه فيفضي الى وجوبها على البعيد دون القريب ، وما هذا سبيله ينبغي أن يقدر بمقدار لا يختلف والموضع الذي يسمع منه النداء في الغالب اذا كانت الاصوات هادئة والموانع منتفية والريح ساكنة والمؤذن صيت على موضع عال والمستمع غير ساه فرسخ أو ماقاربه فحد به والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأهل القرية لا يخلون من حالين : إما أن يكون بينهم وبين المصر أكثر من فرسخ لم يجب عليهم السعي الى الجمعة وحالهم معتبر بأنفسهم ، فان كانوا أربعين واجتمعت فيهم الشرائط فعليهم إقامة الجمعة ولهم السعي الى المصر ، والأفضل إقامتها في قريتهم لانه متى سعى بعضهم اختل على الباقين اقامة الجمعة ، واذا أقاموا حضروها جميعهم ولان في اقامتها في موضعهم تكثير جماعات

خلافا والاصل في هذا عموم قول الله تعالى (اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فمن تركها في حياتي أو بعدي وله إمام عادل أو جائر استخفافا بها أو جحوداً بها فلا جمع الله له شمله » واجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عبدالله بن عمر وغيره من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يشهدونها مع الحجاج ونظرائه ولم يسمع من أحد منهم التخلف عنها وقال عبد الله ابن أبي الهذيل تذاكرنا الجمعة أيام المختار فأجمع رأيهم على أن يأتوه فانما عليه كذبه ولأن الجمعة من أعلام الدين الظاهرة ويتولاها الأئمة ومن ولوه فتركها خاف من هذه صفته يؤدي الى سقوطها وجاء رجل الى محمد بن النضر الحارثي فقال ان لي جيرانا من أهل الاهواء فكنت أعيبهم وأتنقصهم فجاءوني فقالوا ما تخرج تذكرنا قال وأي شيء يقولون قال أول ما أقول لك انهم لايرون الجمعة قال حسبك ما قولك في من رد على أبي بكر وعمر رحمهما الله قال قلت رجل سوء قال فما قولك في من رد على النبي صلى الله عليه وسلم قال قلت كافر ثم مكث ساعة ثم قال ماقولك في من رد على العلي الاعلى ثم غشي عليه فمكث ساعة ثم قال ردوا عليه والله قال الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) قالها والله وهو يعلم أن بني العباس سالونها اذا ثبت هذا فانها لا تعاد خلف من يعاد خلفه بقية الصلوات وحكي عن أبي عبد الله رواية أخرى انها لا تعاد وقد ذكرنا ذلك فيما مضى والظاهر من حال الصحابة رحمة الله عليهم أنهم لم يكونوا يعيدونها فانه لم ينقل عنهم ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا فرغوا من الأذان خطبهم قائما ﴾

وجملة ذلك أن الخطبة شرط في الجمعة لاتصح بدونها كذلك قال عطاء والنخعي وقتادة والثوري والشافعي واسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا الا الحسن قال تجزئهم جميعهم خطب الامام أو لم يخطب لانها صلاة عيد فلم تشترط لها الخطبة كصلاة الاضحى

المسلمين ، وإن كانوا ممن لاتجب عليهم الجمعة بأنفسهم فهم مخيرون بين السعي الى المصر وبين الاقامة ويصلون ظهراً ، والسعي أفضل ليحصل لهم فضل الساعي الى الجمعة ويخرجوا من الخلاف

(الحال الثاني) أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون ، فان كانوا أقل من أربعين فعليهم السعي الي الجمعة لما بينا ، وإن كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم وكان موضع الجمعة القريب قرية أخرى لم يلزمهم السعي اليها وصلوا في مكانهم إذ ليس إحدى القريتين أولى من الاخرى ، ولهم السعي اليها واقامتها في مكانهم أفضل كما ذكرنا ، فان سعى بعضهم فنقص عدد الباقين لزمهم السعي لئلا يؤدي الى ترك الجمعة الواجبة وإن كان موضع الجمعة القريب مصراً فهم مخيرون أيضاً بين السعي اليه واقامتها في مكانهم كالتي قبلها ذكره ابن عقيل ، وعن أحمد ان السعي يلزمهم إلا أن يكون لهم عذر فيصلون جمعة والاول أصح ، لان أهل القرية لاينعقد بهم جمعة أهل المصر فكان لهم اقامة الجمعة في مكانهم

ولنا قول الله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) والذكر هو الخطبة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ما ترك الخطبة للجمعة في حال وقد قال« صلوا كما رأيتموني أصلي» وعن عمر رضي الله عنه أنه قال قصرت الصلاة لأجل الخطبة وقول عائشة نحو من هذا وقال سعيد بن جبير كانت الجمعة أربعاً فجعلت الخطبة مكان الركعتين وقوله خطبهم قائما يحتمل أنه أراد اشتراط القيام في الخطبة وأنه متى خطب قاعداً لغير عذر لم تصح ويحتمله كلام أحمد رحمه الله قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الخطبة قاعداً أو يقعد في احدى الخطبتين فلم يعجبه وقال قال الله تعالى (وتركوك قائما) وكان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب قائما فقال له الهيثم بن خارجة كان عمر بن عبد العزيز يجلس في خطبته فظهر منه انكار وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يجزيه الخطبة قاعداً وقد نص عليه أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لانه ذكر ليس من شرطه الاستقبال فلم يجب له القيام كالاذان ووجه الاول ماروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبتين وهو قائم يفصل بينهما بجلوس متفق عليه وقال جابر بن سمرة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما ثم يجلس ثم يقوم فيخطب قائما فمن نبأك أنه يخطب جالساً فقد كذب فقد والله صليت معه أكثر من الفي صلاة أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي فاما ان قعد لعذر من مرض أو عجز عن القيام فلا بأس فان الصلاة تصح من القاعد العاجز عن القيام ، فالخطبة أولى ويستحب أن يشرع في الخطبة عند فراغ المؤذن من أذانه لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك

(فصل) ويستحب أن يستقبل الناس الخطيب اذا خطب قال الأثرم قلت لابي عبد الله يكون الامام متباعداً فاذا أردت أن انحرف اليه حولت وجهي عن القبلة فقال نعم تنحرف اليه وممن

كالتي قبلها ولان أهل القرى يقيمون الجمع في بلاد الاسلام في مثل ذلك من غير نكير فكان اجماعا

(الشرط الثامن) من انتفاء الاعذار وقد ذكرناها في آخر صلاة الجماعة بما يغني عن اعادتها ، والمطر الذي يبل الثياب والوحل الذي يشق المشى فيه من جملة الاعذار . وحكى عن مالك انه كان لايجعل المطر عذراً في التخلف عنها . ولنا أن ابن عباس أمر مؤذنه في يوم جمعة فى يوم مطر فقال اذا قلت أشهد أن محمداً رسول الله فلا تقل حي على الصلاة قل صلوا في بيوتكم . قال فكان الناس استنكروا ذلك ، فقال أتعجبون من ذا فعل هذا من هو خير منى . إن الجمعة عزمة وإني كرهت أن أخرجكم اليها فتمشون في الطين والدحض أخرجه مسلم ولانه عذر في ترك الجماعة ، وقال أبوحنيفة لاتجب فكان عذراً فى ترك الجمعة كالمرض

﴿ فصل ﴾ والعمى ليس بعذر في ترك الجمعة ، وقال أبو حنيفة لاتجب على الاعمى . ولنا عموم الآية والاخبار وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للاعمى الذي استأذنه في ترك الخروج الى الصلاة « أتسمع النداء ؟ قال نعم . قال أجب » والله أعلم

كان يستقبل الامام ابن عمر وأنس وهو قول شريح وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي وسعيد ابن عبد العزيز وابن جابر ويزيد بن أبي مريم والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر هذا كالاجماع وروي عن الحسن انه استقبل القبلة ولم ينحرف الى الامام وعن سعيد بن المسيب انه كان لا يستقبل هشام بن اسماعيل اذا خطب فوكل به هشام شرطيا يعطفه اليه والاول أولى لما روى عدي ابن ثابت عن أبيه عن جده قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قام على المنبر استقبله أصحابه بوجوههم رواه ابن ماجه وعن مطيع بن يحيى المدني عن أبيه عن جده قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام على المنبر أقبلنا بوجوهنا اليه أخرجه الأثرم ولأن ذلك أبلغ في سماعهم فاستحب كاستقبال الامام إياهم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وجلس وقام فأتى ايضا بالحمد لله والثناء عليه والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقرأ ووعظ وان أراد ان يدعو لانسان دعا ﴾

وجملته أنه يشترط للجمعة خطبتان وهذا مذهب الشافعي وقال مالك والاوزاعي واسحق وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي يجزيه خطبة واحدة وقد روي عن أحمد ما يدل عليه فانه قال لا تكون الخطبة الا كما خطب النبي صلى الله عليه وسلم أو خطبة تامة ووجه الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبتين كما روينا في حديث بن عمر وجابر بن سمرة وقد قال «صلوا كما رأيتموني أصلي» ولان الخطبتين أقيمتا مقام الركعتين فكل خطبة مكان ركعة فالاخلال باحداهما كالاخلال باحدى الركعتين ويشترط لكل واحدة منهما حمدا لله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر» واذا وجب ذكر الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب على مسافر ولا عبد ولا امرأة ولا خنثى)

أما المرأة فلا خلاف في انها لا تجب عليها الجمعة حكاه ابن المنذر اجماعا ، وحكم الخنثى حكم المرأة لانه لا يعلم كونه رجلا ، وأما المسافر فلا جمعة عليه في قول أكثر أهل العلم منهم مالك في أهل المدينة والثوري في أهل العرق والشافعي وإسحق وأبو ثور . وحكي عن الزهري والنخعي انها تجب عليه لان الجماعة تجب عليه فالجمعة أولى

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر فلا يصلي الجمعة في سفره ، وكان في حجة الوداع يوم عرفة يوم جمعة فصلى الظهر والعصر جمعا بينهما ولم يصل جمعة ، والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يسافرون في الحج وغيره فلم يصل أحد منهم الجمعة في سفره ، وكذلك غيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم . قال ابراهيم كانوا يقيمون بالقرى السنة وأكثر من ذلك

تعالى وجب ذكر النبي صلى الله عليه وسلم لما روي في تفسير قوله تعالى (ألم نشرح لك صدرك ورفعنا لك ذكرك) قال لا أذكر الا ذكرت معي ولأنه موضع وجب فيه ذكر الله تعالى والثناء عليه فوجب فيه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كالاذان والتشهد ويحتمل أن لاتجب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر في خطبه ذلك فاما القراءة فقال القاضي يحتمل أن يشترط لكل واحدة من الخطبتين وهو ظاهر كلام الخرقي لان الخطبتين أقيمتا مقام ركعتين فكانت القراءة شرطا فيهما كالركعتين ويحتمل أن تشترط في احداهما لما روى الشعبي قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صعد المنبر يوم الجمعة استقبل الناس فقال السلام عليكم ويحمد الله ويثني عليه ويقرأ سورة ثم يجلس ثم يقوم فيخطب ثم ينزل وكان أبو بكر وعمر يفعلانه رواه الأثرم فظاهر هذا انه انما قرأ في الخطبة الأولى ووعظ في الخطبة الثانية وظاهر كلام الخرقي أن الموعظة انما تكون في الخطبة الثانية لهذا الخبر وقال القاضي تجب في الخطبتين لأنها بيان المقصود من الخطبة فلم يجز الاخلال بها وقال أبو حنيفة لو أتى بتسبيحة واحدة اجزأ لان الله تعالى قال (فاسعوا الى ذكر الله) ولم يعين ذكرا فأجزأ ما يقع عليه اسم الذكر ويقع اسم الخطبة على دون ما ذكرتموه بدليل أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال علمني عملا أدخل به الجنة فقال لان أقصرت في الخطبة لقد أعرضت في المسئلة وعن مالك روايتان كالمذهبين

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الذكر بفعله فيجب الرجوع الى تفسيره قال جابر بن سمرة كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قصداً وخطبته قصداً يقرأ آيات من القرآن ويذكر الناس وقال جابر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب الناس يحمد الله ويثني عليه بما هو أهله ثم يقول (من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له) وقال ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائما ثم يجلس ثم يقوم كما يفعلون اليوم فاما التسبيح والتهليل فلا يسمى خطبة والمراد

وبسجستان السنتين لايجمعون ولا يشرقون رواه سعيد ، وهذا اجماع مع السنة الثابتة لايسوغ مخالفته

﴿ فصل ﴾ واذا أجمع المسافر اقامة تمنع القصر ولم ينو الاستيطان كطالب العلم أو الرباط أو التاجر ونحوه ففيه وجهان : احدهما تلزمه الجمعة لعموم الآية والاخبار ، والثاني لا تجب عليه لانه غير مستوطن والاستيطان من شرائط الوجوب ولانه لم ينو الاقامة في هذا البلد على الدوام أشبه أهل القرية الذين يسكنونها صيفا ويظعنون عنها شتاء ، ولأنهم كانوا يقيمون السنة والسنتين لايجمعون ولا يشرقون أي لايصلون جمعة ولا عيداً ، فان قلنا تجب عليهم الجمعة فالظاهر انها لاتنعقد به لعدم الاستيطان الذي هو من شروط الانعقاد

﴿ فصل ﴾ فأما العبد فالمشهور في المذهب انها لاتجب عليه وهو من سمينا في حق المسافر وفيه رواية أخرى انها تجب عليه نقلها عنه المروذي وهي اختيار أبي بكر إلا انه لايذهب من غير اذن

بالذكر الخطبة وما رووه مجاز فان السؤال لا يسمى خطبة ولذلك لو القى مسئلة على الحاضرين لم يكف ذلك اتفاقا قال أصحابنا ولا يكفي في القراءة أقل من آية لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتصر على أقل من ذلك ولان الحكم لا يتعلق بما دونها بدليل منع الجنب من قراءتها دون ما هو أقل من ذلك وظاهر كلام أحمد أنه لا يشترط ذلك لانه قال القراءة في الخطبة على المنبر ليس فيها شيء مؤقت ما شاء قرأ وقال ان خطب بهم وهو جنب ثم اغتسل وصلى بهم فانه يجزيه والجنب ممنوع من قراءة آية والخرقي قال قرأ شيئاً من القرآن ولم يعين المقروء ويحتمل أن لا يجب شيء سوى حمد الله والموعظة لان ذلك يسمى خطبة ويحصل به المقصود فأجزأ وما عداه ليس على اشتراطه دليل ولا يجب أن يخطب على صفة خطبة النبي صلى الله عليه وسلم بالاتفاق لانه قد روي انه كان يقرأ آيات ولا يجب قراءة آيات ولكن يستحب ان يقرأ آيات كذلك ولما روت أم هشام بنت حارثة بن النعمان قالت ما أخذت (ق والقرآن المجيد) الا من في رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بها في كل جمعة وعن أخت لعمرة كانت أكبر منها مثل هذا رواهما مسلم وفي حديث الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ سورة

(فصل) يستحب أن يجلس بين الخطبتين جلسة خفيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك كما روينا في حديث ابن عمر وجابر بن سمرة وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي هي واجبة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجلسها

ولنا انها جلسة ليس فيها ذكر مشروع فلم تكن واجبة كالاولى وقد سرد الخطبة جماعة منهم المغيرة بن شعبة وأبي بن كعب قاله أحمد وروي عن أبي اسحق قال رأيت علياً يخطب على المنبر فلم يجلس حتى فرغ وجلوس النبي صلى الله عليه وسلم كان للاستراحة فلم تكن واجبة كالاولى ولكن

سيده وهو قول طائفة من أهل العلم واحتجوا بعموم الآية ولان الجماعة تجب عليه والجمعة آكد منها . وحكى عن الحسن وقتادة انها تجب على العبد الذي يؤدي الضريبة لان حق السيد عليه فلا تحول الي المال أشبه المدين

ولنا ماروى طارق بن شهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجمعة حق واجب على كل مسلم إلا أربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض » رواه أبو داود ، وقال طارق رأى النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه وهو من أصحابه ، وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة يوم الجمعة إلا مريضاً أو مسافراً أو امرأة أو صبياً أو مملوكا » رواه الدارقطني ، ولأن الجمعة يجب السعي اليها من مكان بعيد فلم تجب عليه الجمعة كالحج والجهاد ولانه محبوس على السيد أشبه المحبوس بالدين ، ولانها لو وجبت عليه لجاز له السعي اليها من غير إذن السيد كسائر الفرائض ، والآية مخصوصة بذوي الاعذار وهذا منهم

يستحب فان خطب جالسا لعذر فصل بين الخطبتين بسكتة وكذلك ان خطب قائما فلم يجلس قال ابن عبد البر ذهب مالك والعراقيون وسائر فقهاء الامصار الا الشافعي ان الجلوس بين الخطبتين لا شيء على من تركه

(فصل) والسنة ان يخطب متطهراً قال أبو الخطاب وعنه ان ذلك من شرائطها وللشافعي قولان كالروايتين وقدقال أحمدفي من خطب وهو جنب ثم اغتسل وصلى بهم يجزيه وهذا انما يكون اذاخطب في غير المسجد أوخطب في المسجد غير عالم بحال نفسه ثم علم بعدذلك والأشبه باصول المذهب اشتراط الطهارة من الجنابة فان أصحابنا قالوا يشترط قراءة آية فصاعداً وليس ذلك للجنب ولأن الخرقي اشترط للاذان الطهارة من الجنابة فالخطبة أولى فاما الطهارة الصغرى فلا يشترط لانه ذكر يتقدم الصلاة فلم تكن الطهارة فيه شرطا كالاذان لكن يستحب أن يكون متطهراً من الحدث والنجس لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي عقيب الخطبة لايفصل بينهما بطهارة فيدل على أنه كان متطهراً والاقتداء به ان لم يكن واجبا فهو سنة ولاننا استحببنا ذلك للاذان فالخطبة أولى ولأنه لو لم يكن متطهراً احتاج الى الطهارة بين الصلاة والخطبة فيفصل بينهما وربما طول على الحاضرين

(فصل) والسنة أن يتولى الصلاة من يتولى الخطبة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتولاهما بنفسه وكذلك خلفاؤه من بعده وان خطب رجل وصلى آخر لعذر جاز نص عليه أحمد ولو خطب أمير فعزل وولي غيره فصلى بهم فصلاتهم تامة نص عليه لأنه اذا جاز الاستخلاف في الصلاة الواحدة للعذر ففي الخطبة مع الصلاة أولى وان لم يكن عذر فقال أحمد رحمه الله لا يعجبني من غير عذر فيحتمل المنع لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتولاهما وقدقال « صلوا كما رأيتموني أصلي » ولان الخطبة أقيمت مقام ركعتين ويحتمل الجواز لان الخطبة منفصلة عن الصلاة فأشبهتا صلاتين وهل يشترط أن يكون المصلي ممن حضر الخطبة فيه روايتان إحداهما يشترط ذلك وهو قول الثوري وأصحاب الرأي

﴿ فصل ﴾ وحكم المكاتب والمدبر في ذلك حكم القن لبقاء الرق فيهما ، وكذلك من بعضه حر فان حق السيد متعلق به ، وكذلك لايجب عليه شيء مما ذكرنا عن العبيد

﴿مسئلة﴾ (ومن حضرها منهم أجزأته ولم تنعقد به ولم يجز له أن يؤم فيها وعنه في العبد انها تجب عليه)

من حضر الجمعة من هؤلاء أجزأته عن الظهر لا نعلم فيه خلافا لأن اسقاط الجمعة عنهم تخفيفا عنهم فاذا حضروها أجزأتهم كالمريض ، والأفضل للمسافر حضور الجمعة لانها أكمل وفيه خروج من الخلاف . فأما العبد فان أذن سيده في حضورها فهو أفضل لينال فضل الجمعة ويخرج من الخلاف ، وإن منعه سيده فليس له حضورها إلا أن نقول بوجوبها عليه . وأما المرأة فان كانت مسنة فلا بأس بحضورها ، وإن كانت شابة جاز لها ذلك وصلاتها في بيتها أفضل . قال أبو عمرو الشيباني رأيت ابن مسعود يخرج النساء من الجامع يوم الجمعة ويقول أخرجن الى بيوتكن خير لكن

وأبي ثور لانه امام في الجمعة فاشترط حضوره الخطبة كما لو لم يستخلف والثانية لا يشترط وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه ممن تنعقد به الجمعة فجاز أن يؤم فيها كما لو حضر الخطبة وقد روي عن أحمد رحمه الله أنه لا يجوز الاستخلاف لعذر ولا غيره قال في رواية حنبل في الامام اذا أحدث بعدما خطب فقدم رجلا يصلي بهم لم يصل بهم إلا أربعاً الا أن يعيد الخطبة ثم يصلي بهم ركعتين وذلك لأن هذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه والاول المذهب

(فصل) ومن سنن الخطبة أن يقصد الخطيب تلقاء وجهه لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ولانه أبلغ في سماع الناس وأعدل بينهم فانه لو التفت الى أحد جانبيه لأعرض عن الجانب الآخر ولو خالف هذا واستدبر الناس واستقبل القبلة صحت الخطبة لحصول المقصود بدونه فأشبه مالو أذن غير مستقبل القبلة ويستحب أن يرفع صوته ليسمع الناس ، قال جابر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خطب احمرت عيناه وعلا صوته واشتد غضبه حتى كأنه منذر جيش يقول صبحكم ومساكم ويقول «أما بعد فان خير الحديث كتاب الله تعالى وخير الهدى هدي محمد صلى الله عليه وسلم وشر الامور محدثاتها وكل بدعة ضلالة» ويستحب تقصير الخطبة لما روى عمار قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول« ان طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئنة من فقهه فأطيلوا الصلاة وأقصروا الخطبة » وقال جابر بن سمرة كنت أصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم وكانت صلاته قصداً وخطبته قصداً روى هذه الأحاديث كلها مسلم وعن جابر بن سمرة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يطيل الموعظة يوم الجمعة انما هي كلمات يسيرات رواه أبو داود ويستحب أن يعتمد على قوس أو سيف أو عصى لما روى الحكم بن حزن الكلفي قال وفدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقمنا أياما شهدنا فيها الجمعة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام متوكئا على عصى أو قوس فحمد الله وأثنى عليه كلمات طيبات حفيفات مباركات رواه

﴿ فصل ﴾ ولا تنعقد الجمعة بأحد من هؤلاء ولا يصح أن يكون إماماً فيها ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز أن يكون العبد والمسافر إماماً فيها ووافقهم مالك في المسافر . وحكى عن أبي حنيفة ان الجمعة تصح بالعبيد والمسافرين لأنهم رجال تصح منهم الجمعة

ولنا انهم من غير أهل فرض الجمعة فلم تنعقد بهم ولم يؤموا فيها كالنساء والصبيان ولأن الجمعة انما تصح منهم تبعاً لمن انعقدت به ، فلو انعقدت بهم أو كانوا أئمة صار التبع متبوعا ، وعليه يخرج الحر المقيم ولأن الجمعة لو انعقدت بهم لانعقدت بهم منفردين كالاحرار المقيمين وقياسهم ينتقض بالنساء والصبيان ، وفي العبد رواية أنها تجب عليه لعموم الآية وقد ذكرناه

﴿ فصل ﴾ وكلما كان شرطا لوجوب الجمعة فهو شرط لانعقادها فمتى صلوا جمعة مع اختلال بعض شروطها لم تصح ولزمهم أن يصلوا ظهراً ولا يعد في الأربعين الذين تنعقد بهم من لا تجب

أبو داود ولأن ذلك أعون له فان لم يفعل فيستحب ان يسكن أطرافه اما أن يضع يمينه على شماله أو يرسلها ساكنتين مع جنبيه ويستحب أن يبدأ بالحمد قبل الموعظة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ولأن كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر ثم يثني بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يعظ فان عكس ذلك صح لحصول المقصود منه ويستحب أن يكون في خطبته مترسلا مبيناً معرباً لا يعجل فيها ولا يمططها وان يكون متخشعاً متعظا بما يعظ الناس به لانه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال« عرض علي قوم تقرض شفاههم بمقاريض من نار فقيل لي هؤلاء خطباء من أمتك يقولون ما لا يفعلون»

﴿ فصل ﴾ سئل أحمد عن قراءة سورة الحج على المنبر أيجزئه قال لالم يزل الناس يخطبون بالثناء على الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وقال لاتكون الخطبة الا كما خطب النبي صلى الله عليه وسلم أو خطبة تامة ولان هذا لا يسمى خطبة ولا يجمع شروطها وإن قرأ آيات فيها حمد الله تعالى والموعظة وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم صح لاجتماع الشروط .

﴿ فصل ﴾ وإن قرأ السجدة في أثناء الخطبة فان شاء نزل فسجد وان أمكن السجود على المنبر سجد عليه وان ترك السجود فلا حرج فعله عمر وترك وبهذا قال الشافعي وترك عثمان وأبوموسى وعمار والنعمان بن بشير وعقبة بن عامر وبه قال أصحاب الرأي لان السجود عندهم واجب وقال مالك لا ينزل لأنه صلاة تطوع فلا يشتغل بها في أثناء الخطبة كصلاة ركعتين .

ولنا فعل عمر وتركه وفعل من سمينا من الصحابة رحمة الله عليهم ولانه سنة وجد سببها لا يطول الفصل بها فاستحب فعلها كحمد الله تعالى اذا عطس وتشميت العاطس ولا يجب ذلك لما قدمنا من أن سجود التلاوة غير واجب ويفارق صلاة ركعتين لان سببها لم يوجد ويطول الفصل بها .

عليه ولا يعتبر اجتماع الشروط للصحة بل تصح ممن لا تجب عليه تبعاً لمن وجبت عليه ، ولا يعتبر للوجوب كونه ممن تنعقد به فانها تجب على من يسمع النداء من غير أهل المصر ولا تنعقد به

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سقطت عنه لعذر اذا حضرها وجبت عليه وانعقدت به)

ويصح أن يكون إماماً فيها كالمريض ومن حبسه العذر والخوف لان سقوطها عنه انما كان لمشقة السعي، فاذا تكلفوا وحصلوا في الجامع زالت المشقة فصار حكمهم حكم أهل الاعذار

﴿ مسئلة ﴾ (ومن صلى الظهر ممن عليه حضور الجمعة قبل صلاة الامام لم تصح صلاته والافضل لمن لا تجب عليه أن لا يصلي الظهر حتى يصلي الامام)

يعني اذا صلى الظهر يوم الجمعة ممن تجب عليه الجمعة قبل صلاة الامام لم تصح صلاته ويلزمه السعي إلى الجمعة ان ظن أنه يدركها لأنها المفروضة عليه ، فان أدركها صلاها مع الامام وان فاتته فعليه صلاة الظهر ، وإن ظن أنه لا يدركها انتظر حتى يتيقن أن الامام قد صلى ثم يصلي الظهر وهذا قول مالك

﴿ فصل ﴾ والموالاة شرط في صحة الخطبة فان فصل بعضها من بعض بكلام طويل أوسكوت طويل أو شيء غير ذلك يقطع الموالاة استأنفها والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة وكذلك يشترط الموالاة بين الخطبة والصلاة وإن احتاج إلى الطهارة تطهر وبنى على خطبته مالم يطل الفصل

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يدعو للمؤمنين والمؤمنات ولنفسه والحاضرين وإن دعا لسلطان المسلمين بالصلاح فحسن ، وقد روى ضبة بن محصن أن أبا موسى كان اذا خطب فحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم يدعو لعمر وأبي بكر وأنكر عليه ضبة البداية بعمر قبل الدعاء لأبي بكر ورفع ذلك الى عمر فقال لضبة أنت أوثق منه وأرشد وقال القاضي لا يستحب ذلك لأن عطاء قال هو محدث وقد ذكرنا فعل الصحابة له وهو مقدم على قول عطاء ولأن سلطان المسلمين إذا صلح كان فيه صلاح لهم ففي الدعاء له دعاء لهم وذلك مستحب غير مكروه .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وينزل فيصلي بهم الجمعة ركعتين يقرأ في كل ركعة الحمد لله وسورة ﴾

وجملة ذلك أن صلاة الجمعة ركعتان عقيب الخطبة يقرأ في كل ركعة الحمد لله وسورة ويجهر بالقراءة فيهما لاخلاف في ذلك كله قال ابن المنذر أجمع المسلمون على أن صلاة الجمعة ركعتان وجاء الحديث عن عمر أنه قال صلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم رواه الامام أحمد وابن ماجه ويستحب أن يقرأ في الاولى بسورة الجمعة والثانية بسورة المنافقين وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ، لما روي عن عبيد الله بن أبي رافع قال صلى بنا أبوهريرة الجمعة فقرأ سورة الجمعة في الركعة الاولى وفي الركعة الآخرة اذا جاءك المنافقون فلما قضى أبوهريرة الصلاة أدركته فقلت يا أبا هريرة انك قرأت سورتين كان علي يقرأ بهما بالكوفة ، قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بهما في الجمعة أخرجه مسلم وان قرأ في الثانية بالغاشية فحسن فان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرؤه رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على إثر سورة الجمعة فقال

والثوري والشافعي في الجديد . وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم : يصح ظهره قبل صلاة الامام لأن الظهر فرض الوقت بدليل سائر الايام ، وانما الجمعة بدل عنها وقائمة مقامها ، وكذلك اذا تعذرت صلى ظهراً ، فمن صلى الظهر فقد أتى بالأصل فأجزأه كسائر الايام . قال أبو حنيفة : ويلزمه السعي إلى الجمعة ، فان سعى بطلت ظهره وإن لم يسع اجزأته

ولنا أنه صلى مالم يخاطب به وترك ماخوطب به فلم يصح كما لو صلى العصر مكان الظهر ولانزاع أنه مخاطب بالجمعة وقد دل عليه النص والاجماع ، ولا خلاف في أنه يأثم بتركها وترك السعي اليها ويلزم من ذلك أن لايخاطب بالسعي بالظهر لأنه لايخاطب بصلاتين في الوقت ، ولأنه يأثم بترك الجمعة وإن صلى الظهر ، ولا يأثم بترك الظهر وفعل الجمعة بالاجماع ، والواجب مايأثم بتركه دون مالم يأثم به ، وقولهم أن الظهر فرض الوقت لايصح لأنها لو كانت الاصل لوجب عليه فعلها وأثم

كان يقرأ « بهل أتاك حديث الغاشية » أخرجه مسلم وان قرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاشية فحسن فان النعمان بن بشير قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية ، فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما أيضاً في الصلاتين أخرجه مسلم .

وروى سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية معاً ، رواه أبوداود والنسائي وقال مالك أما الذي جاء به الحديث هل أتاك حديث الغاشية مع سورة الجمعة والذي أدركت عليه الناس بسبح اسم ربك الاعلى وحكى عن أبي بكر عبد العزيز أنه كان يستحب أن يقرأ في الثانية سبح ولعله صار الى ماحكاه مالك أنه أدرك الناس عليه واتباع رسول الله صلى الله عليه وسلم أحسن ومهما قرأ فهو جائز حسن الا أن الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم احسن ، ولان سورة الجمعة تليق بالجمعة لما فيها من ذكرها والامر بها والحث عليها .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن ادرك مع الامام منها ركعة بسجدتيها اضاف اليها اخرى وكانت له جمعة ﴾

أكثر أهل العلم يرون أن من أدرك ركعة من الجمعة مع الامام فهو مدرك لها يضيف اليها أخرى ويجزيه وهذا قول ابن مسعود وابن عمر وأنس وسعيد بن المسيب والحسن وعلقمة والاسود وعروة والزهري والنخعي ومالك والثوري والشافعي واسحق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال عطاء وطاوس ومجاهد ومكحول من لم يدرك الخطبة صلى أربعا لان الخطبة شرط للجمعة فلا تكون جمعة في حق من لم يوجد في حقه شرطها .

بتركها ولم يجزئه صلاة الجمعة مكانها لأن البدل انما يصار اليه عند تعذر المبدل بدليل سائر الابدال ولأن الظهر لو صحت لم تبطل بالسعي إلى غيرها كسائر الصلوات الصحيحة ولان الصلاة اذا فرغ منها لم تبطل بإبطالها فكيف تبطل بما ليس من مبطلاتها ولا ورد به الشرع . وأما اذا فاتته الجمعة فانه يصير إلى الظهر لتعذر قضاء الجمعة لكونها لاتصح إلا بشروطها ، ولا يوجد ذلك في قضائها فتعين المصير إلى الظهر عند عدمها وهذا حال البدل

(فصل) فان صلى الظهر ثم شك هل صلى قبل صلاة الامام أو بعدها لزمته الاعادة لأن الاصل بقاء الصلاة في ذمته ولأنه صلاها مع الشك في شرطها فلم تصح كما لو صلاها مع الشك في طهارتها ، وإن صلاها مع صلاة الإمام لم تصح لانه صلاها قبل فراغ الامام أشبه مالو صلاها قبله في وقت لايعلم أنه لايدركها

ولنا ماروى الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة » رواه الاثرم ورواه ابن ماجه ولفظه «فليصل اليها أخرى »وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» متفق عليه ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن أدرك معه أقل من ذلك بنى عليها ظهرا اذا كان قد دخل بنية الظهر ﴾

أما من أدرك أقل من ركعة فانه لايكون مدركا للجمعة ويصلي ظهراً أربعاً وهو قول جميع من ذكرنا في المسئلة قبل هذه وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة يكون مدركا للجمعة بأي قدر أدرك من الصلاة مع الامام لأن من لزمه أن يبنى على صلاة الامام اذا أدرك ركعة لزمه اذا أدرك أقل منها كالمسافر يدرك المقيم ولأنه أدرك جزأ من الصلاة فكان مدركا لها كالظهر

ولنا قوله عليه السلام «من أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الصلاة» فمفهومه انه اذا أدرك أقل من ذلك لم يكن مدركا لها ولانه قول من سمينا من الصحابة والتابعين ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا وقد روى بشر بن معاذ الزيات عن الزهري عن أبي سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من أدرك يوم الجمعة ركعة فليضف اليها أخرى ومن أدرك دونها صلاها أربعاً » ولأنه لم يدرك ركعة فلم تصح له الجمعة كالامام اذا انفضوا قبل أن يسجد وأما المسافر فادراكه إدراك إلزام وهذا إدراك اسقاط للعدد فافترقا وكذلك يتم المسافر خلف المقيم ولا يقصر المقيم خلف المسافر وأما الظهر فليس من شرطها الجماعة بخلاف مسئلتنا

﴿ فصل ﴾ فأما قوله بسجدتيها فيحتمل انه للتأكيد كقوله تعالى (ولا طائر يطير بجناحيه) ويحتمل انه للاحتراز من الذي أدرك الركوع ثم فاتته السجدتان أو إحداهما حتى سلم الامام لزحام

(فصل) فان اتفق أهل بلد أو قرية ممن تجب عليهم الجمعة على تركها وصلوا ظهراً لم تصح صلاتهم لما ذكرنا ، فاذا خرج وقت الجمعة لزمه اعادة الظهر لتعذر فعل الجمعة بعد الوقت

(فصل) فأما من لا تجب عليه الجمعة كالعبد والمرأة والمسافر والمريض وسائر المعذورين فله أن يصلي الظهر قبل صلاة الامام في قول عامة أهل العلم . وقال أبو بكر عبد العزيز : لاتصح صلاته قبل الامام لانه لايتيقن بقاء العذر فلم تصح صلاته كغير المعذور

ولنا أنه لم يخاطب بالجمعة فصحت منه الظهر كالبعيد من موضع الجمعة ، وقوله لايتيقن بقاء العذر ، قلنا أما المرأة فيتيقن بقاء عذرها ، وأما غيرها فالظاهر بقاء عذره والاصل استمراره فأشبه المتيمم اذا صلى في أول الوقت ، والمريض اذا صلى جالساً اذا ثبت هذا فانه اذا سعى إلى الجمعة بعد أن صلاها لم تبطل ظهره وكانت الجمعة نفلا في حقه وسواء زال عذره أو لم يزل . وقال أبو حنيفة : يبطل ظهره بالسعي اليها كالتي قبلها

أو نسيان أو نوم أو غفلة وقد اختلفت الرواية عن أحمد في من أحرم مع الامام ثم زحم فلم يقدر على الركوع والسجود حتى سلم الامام فروى الأثرم والميموني وغيرهما انه يكون مدركا للجمعة يصلي ركعتين اختارها الخلال وهذا قول الحسن والاوزاعي وأصحاب الرأي لأنه أحرم بالصلاة مع الامام في أول ركعة أشبه مالو ركع وسجد معه ونقل صالح وابن منصور وغيرهما انه يستقبل الصلاة أربعاً وهو ظاهر قول الخرقي وابن أبي موسى واختيار أبي بكر وقول قتادة وأيوب السختياني ويونس ابن عبيد والشافعي وأبي ثور وابن المنذر لأنه يدرك ركعة كاملة فلم يكن مدركا للجمعة كالتي قبلها

﴿ فصل ﴾ ومتى قدر المزحوم على السجود على ظهر إنسان أو قدمه لزمه ذلك وأجزاه قال أحمد في رواية أحمد بن هاشم يسجد على ظهر الرجل والقدم ويمكن الجبهة والانف في العيدين والجمعة وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وقال عطاء والزهري ومالك لا يفعل قال مالك وتبطل الصلاة أن فعل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ومكن جبهتك من الارض »

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا اشتد الزحام فليسجد على ظهر أخيه رواه سعيد في سننه وهذا قاله بمحضر من الصحابة وغيرهم في يوم جمعة ولم يظهر له مخالف فكان إجماعا ولأنه أتى بما يمكنه حال العجز فصح كالمريض يسجد على المرفقة والخبر لم يتناول العاجز لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ولا يأمر العاجز عن الشيء بفعله

﴿ فصل ﴾ واذا زحم في إحدى الركعتين لم يخل من أن يزحم في الاولى أو في الثانية فان زحم في الاولى ولم يتمكن من السجود على ظهر ولا قدم انتظر حتى يزول الزحام ثم يسجد ويتبع امامه مثل ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف بعسفان سجد معه صف وبقي صف لم يسجد معه فلما قام الى الثانية سجدوا وجاز ذلك للحاجة كذا ها هنا فاذا قضى ماعليه وأدرك الامام

ولنا ماروى أبو العالية قال : سألت عبدالله بن الصامت فقلت نصلي يوم الجمعة خلف أمراء فيؤخرون الصلاة فقال : سألت أبا ذر عن ذلك فقال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « صلوا الصلاة لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » وفي لفظ « فان أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة » ولانها صلاة صحيحة أسقطت فرضه وأبرأت ذمته أشبه مالو صلى الظهر منفرداً ، ثم سعى الى الجماعة والافضل لهم أن لا يصلوا حتى يصلي الامام لان فيه خروجا من الخلاف ولان غير المرأة يحتمل زوال أعذارهم فيدركون الجمعة

(فصل) ولا يكره لمن فاتته الجمعة أو لم يكن من أهل فرضها أن يصلي الظهر في جماعة اذا أمن أن ينسب الى مخالفة الامام والرغبة عن الصلاة معه أو أن يرى الاعادة اذا صلى معه فعل ذلك ابن مسعود وأبو ذر والحسن بن عبيدالله وأياس بن معاوية وهو قول الاعمش والشافعي وأسحق وكرهه

في القيام أو في الركوع اتبعه فيه وصحت له الركعة وكذا اذا تعذر عليه السجود مع إمامه لمرض أو نوم أو نسيان لانه معذور في ذلك فأشبه المزحوم فان خاف انه إن تشاغل بالسجود فاته الركوع مع الامام في الثانية لزمه متابعته وتصير الثانية أولاه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة يشتغل بقضاء السجود لأنه قد ركع مع الامام فيجب عليه السجود بعده كما لو زال الزحام والامام قائم وللشافعي كالمذهبين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا » فان قيل فقد قال « فاذا سجد فاسجدوا » قلنا قد سقط الامر بالمتابعة في السجود عن هذا لعذره وبقي الامر بالمتابعة في الركوع متوجها لامكانه ولانه خائف فوات الركوع فلزمه متابعة امامه فيه كالمسبوق فأما اذا كان الامام قائما فليس هذا اختلافا كثيرا وقد فعل النبي صلى الله عليه وسلم مثله بعسفان اذا تقرر هذا فانه ان اشتغل بالسجود معتقداً تحريمه لم تصح صلاته لأنه ترك واجبا عمداً وفعل ما لا يجوز له فعله وان اعتقد جواز ذلك فسجد لم يعتد بسجوده لانه سجد في موضع الركوع جهلا فأشبه الساهي ثم ان أدرك الامام في الركوع ركع معه وصحت له الثانية دون الاولى وتصير الثانية أولاه فان فاته الركوع سجد معه فان سجد السجدتين معه فقال القاضي يتم بهما الركعة الاولى وهذا مذهب الشافعي وقياس المذهب انه متى قام الى الثانية وشرع في ركوعها أو شيء من أفعالها المقصودة أن الركعة الاولى تبطل على ماذكر في سجود السهو ولكن ان لم يقم ولكن سجد السجدتين من غير قيام تمت ركعته وقال أبو الخطاب اذا سجد معتقداً جواز ذلك اعتد له به وتصح له الركعة كما لو سجد وإمامه قائم ثم إن أدرك الامام في ركوع الثانية صحت له الركعتان وإن أدرك بعد رفع رأسه من ركوعه فينبغي أن يركع ويتبعه لان هذا سبق يسير ويحتمل أن تفوته الثانية بفوات الركوع وان أدركه في التشهد تابعه وقضى ركعة بعد سلامه كالمسبوق وقال أبو الخطاب ويسجد للسهو ولا وجه

الحسن وأبو قلابة ومالك وأبو حنيفة لان زمن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخل من معذورين فلم ينقل أنهم صلوا جماعة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة » وروي عن ابن مسعود أنه فاتته الجمعة فصلى بعلقمة والاسود احتج به احمد وفعله من ذكرنا من قبل ومطرف وابراهيم . قال أبو عبدالله : ما أعجب الناس ينكرون هذا ، فأما زمن النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينقل الينا أنه اجتمع جماعة معذورون يحتاجون الى إقامة الجماعة ، اذا ثبت هذا فانه لا يستحب اعادتها جماعة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في مسجد تكره اعادة الجماعة فيه ولا في المسجد الذي أقيمت فيه الجمعة لانه يفضي الى أن ينسب الى الرغبة عن الجمعة ، وأنه لا يرى الصلاة خلف الامام أو يرى الاعادة معه وفيه افتيات على الامام وربما أفضى الى فتنة أو لحوق ضرر به ، وانما يصليها في منزله أو في موضع لا يحصل هذه المفسدة بالصلاة فيه

للسجود هاهنا لان المأموم لاسجود عليه لسهو ولان هذا فعله عمداً ولا يشرع السجود للعمد وان زحم عن سجدة واحدة أو عن الاعتدال بين السجدتين أو بين الركوع والسجود أو عن جميع ذلك فالحكم فيه كالحكم في الزحام عن السجود فأما ان زحم عن السجود في الثانية فزال الزحام قبل سلام الامام سجدوا تبعه وصحت الركعة وإن لم يزل حتى سلم فلا يخلو من ان يكون أدرك الركعة الاولى أو لم يدركها فان أدركها فقد أدرك الجمعة بادراكها ويسجد الثانية بعد سلام الامام ويتشهد ويسلم وقد تمت جمعته وإن لم يكن أدرك الاولى فانه يسجد بعد سلام امامه وتصح له الركعة وهل يكون مدركا للجمعة بذلك على روايتين

﴿ فصل ﴾ واذا ركع مع الامام ركعة فلما قام ليقضي الاخرى ذكر انه لم يسجد مع امامه إلا سجدة واحدة أو شك هل سجد واحدة أو اثنتين فانه إن لم يكن شرع في قراءة الثانية رجع فسجد للأولى فأتمها وقضى الثانية وتمت جمعته نص أحمد على هذا في رواية الاثرم وإن كان شرع في قراءة الثانية بطلت الاولى وصارت الثانية أولاه وعلى كلا الحالين يتمها جمعة على مانقله الاثرم وقياس الرواية الأخرى في المزحوم أنه يتمها هاهنا ظهراً لأنه لم يدرك ركعة كاملة ولو قضى الركعة الثانية ثم علم أنه ترك سجدة من احداهما لايدري من أي الركعتين تركها أو شك في تركها فالحكم واحد ويجعلها من الاولى ويأتي بركعة مكانها وفي كونه مدركا للجمعة وجهان بناء على الروايتين فأما إن شك في إدراك الركوع مع الامام ، مثل ان كبر والامام راكع فرفع أمامه رأسه فشك هل أدرك المجزي من الركوع مع الامام أولا لم يعتد بتلك الركعة ويصلي ظهراً قولا واحداً لأن الاصل أنه ما أتى بها معه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن تلزمه الجمعة السفر في يومها بعد الزوال)

وبه قال الشافعي واسحق وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة يجوز . وسئل الاوزاعي عن مسافر سمع أذان الجمعة وقد أسرج دابته فقال ليمض في سفره ولأن عمر رضي الله عنه قال: الجمعة لاتحبس عن سفر

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من سافر من دار اقامة الجمعة دعت عليه الملائكة أن لايصحب في سفره ولا يعان على حاجته » رواه الدارقطني في الافراد ولأن الجمعة قد وجبت عليه فلم يجز له الاشتغال بما يمنع منها كما لو تركها لتجارة وما روي عن عمر فقد روي عن ابنه وعائشة مايدل على كراهية السفر يوم الجمعة فتعارض قوله ويمكن حمله على السفر قبل الوقت

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز قبله وعنه لايجوز ، وعنه يجوز للجهاد خاصة السفر بعد الزوال فيجوز للجهاد خاصة وكذلك ذكره القاضي لما روى ابن عباس قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدالله بن رواحة في سرية فوافق ذلك يوم الجمعة فقدم أصحابه وقال : لعلي أصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم ألحقهم فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رآه فقال « مامنعك أن تغدوا مع أصحابك » فقال : أردت

﴿ فصل ﴾ وكل من أدرك مع الامام مالا يتم به جمعة فانه في قول الخرقي ينوي ظهراً فان نوى جمعة لم تصح في ظاهر كلامه لأنه اشترط للبناء على ماأدرك أن يكون قد دخل بنية الظهر فمفهومه أنه إذا دخل بنية الجمعة لم يبن عليها وكلام أحمد في رواية صالح وابن منصور يحتمل هذا لقوله في من أحرم ثم زحم عن الركوع والسجود حتى سلم إمامه قال تستقبل ظهراً أربعاً فيحتمل أنه أراد أنه يستأنف الصلاة ، وذلك لأن الظهر لاتتأدى بنية الجمعة ابتداء وكذلك دواما كالظهر مع العصر وقال أبو اسحق بن شاقلا ينوي جمعة لئلا يخالف نية إمامه ثم يبني عليها ظهراً وهذا ظاهر قول قتادة وأيوب ويونس والشافعي لانهم قالوا في الذي أحرم مع الأمام بالجمعة ثم زحم عن السجود حتى سلم الامام أتمها أربعاً فجوزوا له اتمامها ظهراً مع كونه إنما أحرم بالجمعة ، وقال الشافعي من أدرك ركعة فلما سلم الامام علم أن عليه منها سجدة قال ، يسجد سجدة ويأتي بثلاث ركعات لانه يجوز أن يأتم بمن يصلي الجمعة فجاز أن يبني صلاته على نيتها ، كصلاة المقيم مع المسافر وكما ينوي أنه مأموم ويتم بعد سلام إمامه منفرداً ولا يصح أن ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة في ابتدائها وكذلك في أثنائها .

﴿ فصل ﴾ واذا صلى الامام الجمعة قبل الزوال فأدرك المأموم معه دون الركعة لم يكن له الدخول معه لانها في حقه ظهر فلا يجوز قبل الزوال كعذر يوم الجمعة فان دخل معه كانت نفلا في حقه ولم تجزئه عن الظهر ولو أدرك منها ركعة ثم زحم عن سجودها وقلنا تصير ظهراً فانها تنقلب نفلا لئلا تكون ظهراً قبل وقتها .

﴿ فصل ﴾ ولو صلى مع الامام ركعة ثم زحم في الثانية وأخرج من الصف فصار فذاً فنوى الانفراد عن الامام ، فقياس المذهب أنه يتمها جمعة لأنه مدرك لركعة منها مع الامام فيبني عليها جمعة كما لو أدرك الركعة الثانية وإن لم ينو الانفراد وأتمها مع الامام ، ففيه روايتان احداهما لاتصح لانه فذ في ركعة كاملة أشبه مالو فعل ذلك عمداً ، والثانية تصح لأنه قد يعفى في البناء عن تكميل الشروط كما لو خرج الوقت وقد صلوا ركعة ، وكالمسبوق بركعة يقضي ركعة وحده .

أن أصلي معك ثم ألحقهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أنفقت مافي الارض ماأدركت فضل غدوتهم » رواه الامام احمد وفيه رواية ثانية أن ذلك لايجوز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفيه رواية ثالثة أنه يجوز مطلقاً اختاره شيخنا لحديث عمر وكما لو سافر من الليل ، فأما ان خاف المسافر فوات رفقته جاز له ترك الجمعة لانه من الاعذار المسقطة للجمعة والجماعة ، وسواء كان في بلده وأراد انشاء السفر أو في غيره

(فصل) ويشترط لصحة الجمعة أربعة شروط أحدها الوقت وأول وقتها أول وقت صلاة العيد . وقال الخرقي : يجوز فعلها في الساعة السادسة ، وفي بعض النسخ في الخامسة ، والصحيح في السادسة وآخره آخر وقت صلاة الظهر

لا تصح الجمعة قبل وقتها ولا بعده اجماعا ، ولا خلاف فيما علمنا أن آخر وقتها آخر وقت صلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومتى دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة أتموا بركعة اخري وأجزاتهم جمعة ﴾

ظاهر كلام الخرقي أنه لايدرك الجمعة إلا بادراك ركعة في وقتها ومتى دخل وقت العصر قبل ركعة لم تكن جمعة وقال القاضي ، متى دخل وقت العصر بعد إحرامه بها أتمها جمعة ونحو هذا قال أبو الخطاب لأنه أحرم بهـا في وقتها أشبه مالو أتمها فيه ، والمنصوص عن أحمد أنه إذا دخل وقت العصر بعد تشهده وقبل سلامه سلم وأجزأته، وهذا قول أبي يوسف ومحمد وظاهر هذا أنه متى دخل الوقت قبل ذلك بطلت أوانقلبت ظهراً ، وقال أبوحنيفة إذا خرج وقت الجمعة قبل فراغه منها بطلت ولايبني عليها ظهرا لأنهما صلاتان مختلفتان فلا يبني أحدهما على الأخرى كالظهر والعصر والظاهر أن مذهب أبي حنيفه في هذا كما ذكرنا عن أحمد ، لأن السلام عنده ليس من الصلاة وقال الشافعي لايتمها جمعة ويبنى عليها ظهراً لأنهما صلاتا وقت واحد فجاز بنـاء احداهما على الأخرى كصلاة الحضر والسفر واحتجوا على أنه لا يتمها جمعة بأن ما كان شرطا في بعضها كان شرطا في جميعها كالطهارة وسائر الشروط .

ولنا قوله عليه السلام « من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة » ولأنه أدرك ركعة من الجمعة فكان مدركا لها كالمسبوق بركعة ولأن الوقت شرط يختص الجمعة فاكتفى به في ركعة كالجماعة وماذكروه ينتقض بالجماعة فانه يكتفي بادراكها في ركعة فعلى هـذا إن دخل وقت العصر قبل ركعة فعلى قياس قول الخرقي تفسد ويستأنفها ظهرا كقول أبي حنيفة ، وعلى قول أبي اسحاق ابن شاقلا يتمها ظهراً كقول الشافعي وقد ذكرنا وجه القولين .

﴿ فصل ﴾ إذا أدرك من الوقت ما يمكنه أن يخطب ثم يصلي ركعة فقياس قول الخرقي أن له التلبس بها لانه أدرك من الوقت مايدركها فيه فان شك هل أدرك من الوقت مايدركها به أولا؟ صحت لأن الأصل بقاء الوقت وصحتها .

الظهر . فأما أوله فقد ذكرنا قول الخرقي انه لايجوز قبل الساعة السادسة أو الخامسة على مانقل عنه وقال القاضي وأصحابه أوله أول وقت صلاة العيد ، ورواه عبدالله بن أحمد عن أبيه قال نذهب الى انها كصلاة العيد . قال مجاهد ما كان للناس عيـد إلا في أول النهار ، وقال عطاء كل عيد حين يمتد الضحى الجمعة والأضحى والفطر لما روي ان ابن مسعود قال ماكان عيد إلا في أول النهار ، وروي عنه وعن معاوية انهما صليا الجمعة ضحى وقالا انما عجلنا خشية الحر عليكم . وعن ابن مسعود قال لقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بنا الجمعة في ظل الخيم رواه ابن البحتري في أماليه باسناده ، والدليل على انها عيد قول النبي صلى الله عليه وسلم حين اجتمع العيد والجمعة « قد اجتمع

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن دخل والامام يخطب لم يجلس حتى يركع ركعتين يوجز فيهما ﴾

وبهذا قال الحسن وابن عيينة ومكحول والشافعي واسحاق وأبوثور وابن المنذر وقال شريح وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري ومالك والليث وأبوحنيفة يجلس ويكره له أن يركع لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي جاء يتخطى رقاب الناس «اجلس» فقد آذيت وأنيت رواه ابن ماجه ولأن الركوع يشغله عن استماع الخطبة ، فكره كركوع غير الداخل .

ولنا ماروى جابر قال جاء رجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب الناس فقال « صليت يا فلان ؟ » قال لا قال « قم فاركع » وفي رواية « فصل ركعتين » متفق عليه .

ولمسلم قال ، ثم قال « إذا جاء أحدكم يوم الجمعة والامام يخطب فليركع ركعتين وليتجوز فيهما » وهذا نص ولأنه دخل المسجد في غير وقت النهي عن الصلاة فسن له الركوع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » متفق عليه .

وحديثهم قضية في عين يحتمل أن يكون الموضع يضيق عن الصلاة أويكون في آخر الخطبة بحيث لو تشاغل بالصلاة فاتته تكبيرة الاحرام والظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم انما أمره بالجلوس ليكف أذاه عن الناس لتخطيه اياهم ، فان كان دخوله في آخر الخطبة بحيث اذا تشاغل بالركوع فاته أول الصلاة لم يستحب له التشاغل بالركوع .

﴿ فصل ﴾ وينقطع التطوع بجلوس الامام على المنبر فلايصلي أحد غير الداخل يصلي تحية المسجد ويتجوز فيها لما روى ثعلبة بن أبي مالك أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يوم الجمعة يصلون حتى يخرج عمر فاذا خرج عمر وجلس على المنبر وأذن المؤذنون جلسوا يتحدثون حتى اذا سكت المؤذن وقام عمر سكتوا فلم يتكلم أحد وهذا يدل على شهرة الامر بينهم .

لكم في يومكم هذا عيدان » وقال أكثر أهل العلم وقتها وقت الظهر إلا أنه يستحب تعجيلها في أول وقتها لقول سلمة بن الاكوع كنا نجمع مع النبي صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس ثم نرجع نتتبع الفيء متفق عليه . قال أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الجمعة حين تميل الشمس رواه البخاري ولانهما صلاتا وقت فكان وقتهما واحدا كالمقصورة والتامة ولأن آخر وقتها واحد فكان أوله واحداً كصلاة الحضر والسفر

ولنا على جوازها في السادسة السنة والاجماع ، أما السنة فما روى جابر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي يعني الجمعة ثم نذهب الى جمالنا فنريحها حين تزول الشمس أخرجه مسلم . وعن سهل بن سعد قال ما كنا نقيل ولا نتغدى إلا بعد الجمعة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه ، قال ابن قتيبة لا يسمى غداء ولا قائلة بعد الزوال . وعن سلمة قال كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان فيء ، رواه أبو داود : وأما الاجماع فروي

(فصل) ويجب الانصات من حين يأخذ الامام في الخطبة فلا يجوز الكلام لأحد من الحاضرين ونهى عن ذلك عثمان وابن عمر وقال ابن مسعود اذا رأيته يتكلم والامام يخطب فاقرع رأسه بالعصى وكره ذلك عامة أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى لايحرم الكلام وكان سعيد بن جبير والنخعي والشعبي وابراهيم بن مهاجر وأبو بردة يتكلمون والحجاج يخطب وقال بعضهم إنا لم نؤمر أن ننصت لهذا وللشافعي، قولان كالروايتين واحتج من أجاز ذلك بما روى أنس قال بينما النبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة إذ قام رجل فقال يا رسول الله هلك الكراع وهلك الشاه فادع الله أن يسقينا ـ وذكر الحديث الى أن قال ـ ثم دخل رجل من ذلك الباب في الجمعة المقبلة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب فاستقبله قائما فقال يا رسول الله هلكت الاموال وانقطع النسل فادع الله يرفعها عنا متفق عليه وروي ان رجلا قام والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة فقال يارسول الله متى الساعة ؟ فأعرض النبي صلى الله عليه وسلم وأومأ الناس اليه بالسكوت فلم يقبل وأعاد الكلام فلما كان في الثالثة قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ويحك ماذا أعددت لها؟» قال حب الله ورسوله قال « انك مع من أحببت » ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم كلامهم ولو حرم عليهم لانكره عليهم

ولنا ما روى أبو هريرة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا قلت لصاحبك انصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت » متفق عليه وروي عن ابي بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ يوم الجمعة (تبارك) فذكرنا بأيام الله وأبو الدرداء أو أبوذر يغمزني فقال متى أنزلت هذه السورة فاني لم أسمعها الا الآن فأشار اليه ان اسكت فلما انصرفوا قال سألتك متى أنزلت هذه فلم تخبرني قال أبي ليس لك من صلاتك اليوم إلا ما لغوت فذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له وأخبره بما قال أبي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صدق أبي » رواه عبد الله بن أحمد في المسند

الامام أحمد عن وكيع عن جعفر بن برقان عن ثابت بن الحجاج عن عبد الله بن سيدان قال شهدت الخطبة مع أبي بكر فكانت صلاته وخطبته قبل نصف النهار ، وشهدتها مع عمر بن الخطاب فكانت صلاته وخطبته الى أن أقول قد انتصف النهار ، ثم صليتها مع عثمان بن عفان فكانت صلاته وخطبته الى أن أقول زال النهار فما رأيت أحداً عاب ذلك ولا أنكره . وروي عن ابن مسعود وجابر وسعيد ومعاوية انهم صلوا قبل الزوال وأحاديثهم تدل على ان النبي صلى الله عليه وسلم فعلها بعد الزوال في كثير من أوقاته ، ولا خلاف في جوازه وانه الأولى ، وأحاديثنا تدل على جواز فعلها قبل الزوال فلا تعارض بينهما . قال شيخنا وأما فعلها في أول النهار فالصحيح انه لايجوز لما ذكره أكثر العلماء ولأن التوقيت لايثبت إلا بدليل من نص أو مايقوم مقامه ، وما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلفائه انهم صلوها في أول النهار ولأن مقتضى الدليل كون وقتها وقت الظهر وانما جاز تقديمها

وابن ماجه وروى أبو بكر بن أبي شيبة باسناده عن أبي هريرة نحوه وعن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تكلم يوم الجمعة والامام يخطب فهو كمثل الحمار يحمل أسفاراً » رواه ابن أبي خيثمة وما احتجوا به فيحتمل أنه مختص بمن كلم الامام أو كلمه الامام لانه لا يشتغل بذلك عن سماع خطبته ولذلك سأل النبي صلى الله عليه وسلم هل صلى فأجابه وسأل عمر عثمان حين دخل وهو يخطب فأجابه فتعين حمل اخبارهم على هذا جمعاً بين الاخبار وتوفيقا بينها ولا يصح قياس غيره عليه لان كلام الامام لا يكون في حال الخطبة خلاف غيره وان قدر التعارض فالاخذ بحديثنا أولى لانه قول النبي صلى الله عليه وسلم ونصه وذلك سكوته والنص أقوى من السكوت

(فصل) ولا فرق بين القريب والبعيد لعموم ما ذكرناه وقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال من كان قريبا يسمع وينصت ومن كان بعيداً ينصت فان للمنصت الذي لا يسمع من الحظ ما للسامع وقد روى عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «يحضر الجمعة ثلاثة نفر رجل حضرها يلغو وهو حظه منها ورجل حضرها يدعو فهو رجل دعا الله فان شاء أعطاه وان شاء منعه ورجل حضرها بانصات وسكون ولم يتخط رقبة مسلم ولم يؤذ أحداً فهي كفارة الى الجمعة التي تليها وزيادة ثلاثة أيام وذلك أن الله تعالى يقول (من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها » رواه أبو داود

(فصل) وللبعيد أن يذكر الله تعالى ويقرأ القرآن ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ولا يرفع صوته قال أحمد لا بأس أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فيما بينه وبين نفسه رخص له في القراءة والذكر عطاء وسعيد بن جبير والنخعي والشافعي وليس له ان يرفع صوته ولا يذاكر في الفقه ولا يصلي ولا يجلس في حلقة وذكر ابن عقيل أن له المذاكرة في الفقه وصلاة النافلة

ولنا عموم ما رويناه وأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحِلَق يوم الجمعة قبل الصلاة رواه أبو داود ولانه اذا رفع صوته منع من هو أقرب منه من السماع فيكون مؤذيا له فيكون عليه إثم من آذى

عليه بما ذكرنا من الدليل وهو مختص بالساعة السادسة فلم يجز تقديمها عليها ولأنها لو صليت في وقت الضحى لفاتت أكثر المصلين اذا ثبت ذلك ، فالأولى فعلها بعد الزوال لأن فيه خروجاً من الخلاف ولانه الوقت الذي كان يفعلها فيه رسول الله صلى الله عليه في اكثر أوقاته . وتعجيلها في أول وقتها في الشتاء والصيف لانه صلى الله عليه وسلم كان يعجلها لما روينا من الاخبار ، ولأن الناس يجتمعون اليها في أول وقتها ويبكرون اليها قبل وقتها فلو ابرد لشق على الحاضرين ، وانما جعل الابراد بالظهر في شدة الحر دفعاً للمشقة والمشقة في الابراد بها في الجمعة أكثر

﴿ مسئلة ﴾ (فان خرج وقتها قبل فعلها صلوا ظهراً لفوات الشرط لا نعلم في ذلك خلافا)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خرج وقد صلوا ركعة أتموها جمعة ، وإن خرج قبل ركعة فهل يتمونها ظهراً أو يستأنفونها على وجهين)

المسلمين وصد عن ذكر الله تعالى واذا ذكر الله فيما بينه وبين نفسه من غير أن يسمع أحداً فلا بأس وهل ذلك أفضل أو الانصات يحتمل وجهين (أحدهما) الانصات أفضل لحديث عبدالله بن عمرو وقول عثمان (والثاني) الذكر أفضل لانه يحصل له ثوابه من غير ضرر فكان أفضل كما قبل الخطبة

(فصل) ولا يحرم الكلام على الخطيب ولا على من سأله الخطيب لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل سليكا الداخل وهو يخطب «أصليت» قال لا وعن ابن عمر أن عمر بينا هو يخطب يوم الجمعة اذ دخل رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فناداه عمر أية ساعة هذه قال اني شغلت اليوم فلم أنقلب الى أهلي حتى سمعت النداء فلم أزد على أن توضأت قال عمر: الوضوء أيضاً؟ وقد علمت أن رسول الله صلى الله علية وسلم كان يأمر بالغسل متفق عليه ولان تحريم الكلام علته الاشتغال به عن الانصات الواجب وسماع الخطبة ولا يحصل ها هنا وكذلك من كلم الامام لحاجة أو سأله عن مسألة بدليل الخبر الذي تقدم ذكره

(فصل) واذا سمع الانسان متكلما لم ينهه بالكلام لقول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا قلت لصاحبك أنصت والامام يخطب فقد لغوت» ولكن يشير اليه نص عليه أحمد فيضع أصبعه على فيه وممن رأى أن يشير ولا يتكلم زيد بن صوحان وعبد الرحمن بن أبي ليلى والثوري والاوزاعي وابن المنذر وكره الاشارة طاوس

ولنا أن الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم متى الساعة؟ أومأ الناس اليه بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسكوت ولان الاشارة تجوز في الصلاة التي يبطلها الكلام ففي الخطبة أولى

(فصل) فأما الكلام الواجب كتحذير الضرير من البئر أو من يخاف عليه ناراً أو حية أو حريقاً ونحو ذلك فله فعله لأن هذا يجوز في نفس الصلاة مع إفسادها فها هنا أولى فاما تشميت العاطس

متى خرج وقت الجمعة قبل تمامها فان كان بعد أن صلوا ركعة أتموها جمعة وهذا اختيار شيخنا وظاهر قول الخرقي، وقال القاضي متى أحرموا بها في الوقت قبل خروجه أتموها جمعة ونحوه، قال أبو الخطاب لانه أحرم بها في وقتها مالو أتمها فيه . والمنصوص عن أحمد انه إن دخل وقت العصر بعد تشهده وقبل سلامه سلم وأجزأته وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة متى خرج الوقت قبل الفراغ منها بطلت ولا يبنى عليها ظهراً لانهما صلاتان مختلفتان فلا تنبني إحداهما على الأخرى كالظهر والعصر . والظاهر أن مذهب أبي حنيفة في هذا كمذهب صاحبيه لأن السلام عنده ليس بواجب في الصلاة، وقال الشافعي لايتمها جمعة ويبنى عليها ظهراً لانهما صلاتا وقت فجاز بناء احداهما على الأخرى كصلاة السفر والحضر، واحتجوا على انه لايتمها جمعة بأن ما كان شرطا في بعضها كان شرطا في جميعها كالطهارة

ولنا قوله عليه السلام «من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة» ولانه أدرك ركعة من

ورد السلام ففيه روايتان قال الأثرم سمعت أبا عبد الله سئل يرد الرجل السلام يوم الجمعة؟ فقال نعم ويشمت العاطس؟ فقال نعم والامام يخطب، قال أبو عبد الله قد فعله غير واحد قال ذلك غير مرة وممن رخص في ذلك الحسن والشعبي والنخعي والحكم وقتادة والثوري واسحق وذلك لأن هذا واجب فوجب الاتيان به في الخطبة كتحذير الضرير، والرواية الثانية ان كان لايسمع رد السلام وتشميت العاطس وان كان يسمع لم يفعل قال أبو طالب قال أحمد اذا سمعت الخطبة فاستمع وانصت ولا تقرأ ولا تشمت واذا لم تسمع الخطبة فاقرأ وشمت ورد السلام وقال أبو داود قلت لاحمد يرد السلام والامام يخطب ويشمت العاطس؟ قال اذا كان ليس يسمع الخطبة فيرد واذا كان يسمع فلا. لقول الله تعالى (فاستمعوا له وأنصتوا) وقيل لأحمد الرجل يسمع نغمة الامام بالخطبة ولا يدري ما يقول يرد السلام؟ قال لا، اذا سمع شيئاً وروي نحو ذلك عن عطاء وذلك لان الانصات واجب فلم يجز الكلام المانع منه من غير ضرورة كالامر بالانصات بخلاف من لم يسمع وقال القاضي لايرد ولا يشمت وروي نحو ذلك عن ابن عمر وهو قول مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي واختلف قول الشافعي فيحتمل أن يكون هذا القول مختصا بمن يسمع دون من لم يسمع فيكون مثل الرواية الثانية ويحتمل أن يكون عاما في كل حاضر يسمع أو لم يسمع لان وجوب الانصات شامل لهم فيكون المنع من رد السلام وتشميت العاطس ثابتاً في حقهم كالسامعين

(فصل) لايكره الكلام قبل شروعه في الخطبة وبعد فراغه منها وبهذا قال عطاء وطاوس والزهري وبكر المزني والنخعي ومالك والشافعي واسحق ويعقوب ومحمد وروي ذلك عن ابن عمر وكرهه الحكم وقال أبو حنيفة اذا خرج الامام حرم الكلام قال ابن عبد البر إن عمر وابن عباس كانا يكرهان الكلام والصلاة بعد خروج الامام ولا مخالف لهما في الصحابة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا قلت لصاحبك والامام يخطب انصت فقد لغوت »

الجمعة فكان مدركا لها كالمسبوق ولأن الوقت شرط يختص الجمعة فاكتفى به في ركعة كالجماعة، وما ذكروه ينتقض بالجماعة

﴿ فصل ﴾ فان دخل وقت العصر قبل ركعة لم تحصل لهم جمعة لأن قوله عليه السلام « من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة » يدل بمفهومه على انه اذا أدرك أقل من ذلك لا يكون مدركا ويلزمه الظهر، وهل يبنى أو يستأنف، فعلى قياس قول الخرقي تفسد صلاته ويستأنفها ظهراً كمذهب أبي حنيفة، وعلى قياس قول أبي إسحق بن شاقلا يتمها ظهراً لقول الشافعي وقد ذكرنا وجه القولين

﴿ فصل ﴾ اذا أدرك من الوقت مايمكنه أن يخطب ثم يصلي ركعة فله التلبس بها على قياس قول الخرقي لانه أدرك من الوقت مايدركها فيه، فان شك هل أدرك من الوقت مايدركها أو لا صحت لأن الاصل بقاء الوقت وصحتها

لخصه بوقت الخطبة وقال ثعلبة ابن أبي مالك إنهم كانوا في زمن عمر اذا خرج عمر وجلس على المنبر وأذن المؤذنون جلسوا يتحدثون حتى اذا سكت المؤذنون وقام عمر سكتوا فلم يتكلم أحد وهذا يدل على شهرة الامر بينهم ولأن الكلام إنما حرم لأجل الانصات للخطبة فلا وجه لتحريمه مع عدمها وقولهم لا مخالف لهما في الصحابة قد ذكرنا عن عمومهم خلاف هذا القول

(فصل) فاما الكلام في الجلسة بين الخطبتين فيحتمل أن يكون جائزاً لأن الامام غير خاطب ولا متكلم فاشبه ما قبلها وبعدها وهذا قول الحسن ويحتمل أن يمنع منه وهو قول مالك والشافعي والاوزاعي واسحق لانه سكوت يسير في أثناء الخطبتين أشبه السكوت للتنفس

(فصل) اذا بلغ الخطيب الى الدعاء فهل يسوغ الكلام فيه وجهان (أحدهما) الجواز لأنه فرغ من الخطبة وشرع في غيرها فأشبه ما لو نزل ويحتمل أن لايجوز لانه تابع للخطبة فيثبت له ما ثبت لها كالتطويل في الموعظة ويحتمل أنه ان كان دعاء مشروعا كالدعاء للمؤمنين والمؤمنات وللامام العادل أنصت له وان كان لغيره لم يلزم الانصات لانه لا حرمة له

(فصل) ويكره العبث والامام يخطب لقول النبي صلى الله عليه وسلم (ومن مس الحصى فقد لغا) رواه مسلم قال الترمذي هذا حديث صحيح واللغو الاثم قال الله تعالى (والذين هم عن اللغو معرضون) ولأن العبث يمنع الخشوع والفهم ويكره أن يشرب والامام يخطب ان كان ممن يسمع وبه قال مالك والاوزاعي ورخص فيه مجاهد وطاوس والشافعي لانه لايشغل عن السماع

ولنا أنه فعل يشتغل به أشبه مس الحصى فاما ان كان لا يسمع فلا يكره نص عليه لانه لايستمع فلا يشتغل به

(فصل) قال أحمد لا يتصدق على السؤال والامام يخطب وذلك لأنهم فعلوا ما لا يجوز فلا يعينهم عليه قال أحمد وان حصبه كان أعجب الي لان ابن عمر رأى سائلا يسأل والامام يخطب يوم الجمعة فحصبه وقيل لأحمد فان تصدق عليه انسان فناوله والامام يخطب؟ قال لا يأخذ منه قيل فان

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني أن تكون بقرية يستوطنها أربعون من أهل وجوبها فلا تجوز اقامتها في غير ذلك)

الاستيطان شرط لصحة الجمعة في قول أكثر أهل العلم وهو الاقامة في قرية مبنية بما جرت به العادة بالبناء به من حجر أو طين أو لبن أو قصب أو شجر أو نحوه فلا يظعنون عنها صيفاً ولا شتاء لأن ذلك هو الاستيطان غالباً . فأما أهل الخيام والحركات وبيوت الشعر فلا تجب عليهم الجمعة ولا تصح منهم لأن ذلك لا ينصب للاستيطان غالباً ، وكذلك كانت قبائل العرب حول المدينة فلا يقيموا جمعة ولا أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم ، فانه لو كان ذلك لم يخف ولم يترك نقله مع كثرته وعموم البلوى به ، لكن إن كانوا مقيمين بموضع يسمعون النداء لزمهم السعي اليها كأهل القرية الصغيرة الى جانب المصر ذكره القاضي ، فان كان أهل القرية يظعنون عنها في بعض السنة لم تجب

سأل قبل خطبة الامام ثم جلس فأعطاني رجل صدقة أناولها إياه؟ قال نعم هذا لم يسأل والامام يخطب

(فصل) ولا بأس بالاحتباء والامام يخطب روي ذلك عن ابن عمر وجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وشريح وعكرمة بن خالد وسالم ونافع ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، قال أبو داود لم يبلغني أن أحداً كرهه الا عبادة ابن نسي لان سهل ابن معاذ روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحبوة يوم الجمعة والامام يخطب رواه أبو داود

ولنا ما روى يعلي ابن شداد بن أوس قال شهدت مع معاوية بيت المقدس فجمع بنا فنظرت فاذا جل من في المسجد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيتهم محتبين والامام يخطب وفعله ابن عمر وأنس ولم نعرف لهم مخالفا فكان اجماعا والحديث في اسناده مقال قاله ابن المنذر والاولى تركه لأجل الخبر وان كان ضعيفاً ولانه يكون متهيئاً للنوم والوقوع وانتقاض الوضوء فيكون تركه أولى والله أعلم ويحمل النهي في الحديث على الكراهة ويحمل أحوال الصحابة الذين فعلوا ذلك على انهم لم يبلغهم الخبر

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا لم يكن في القرية أربعون رجلا عقلاء لم تجب عليهم الجمعة ﴾

وجملته ان الجمعة إنما تجب بسبعة شرائط (احداها) أن تكون في قرية و (الثاني) ان يكونوا أربعين و (الثالث) الذكورية و (الرابع) البلوغ و (الخامس) العقل و (السادس) الاسلام و (السابع) الاستيطان وهذا قول أكثر أهل العلم ، فاما القرية فيعتبر ان تكون مبنية بما جرت العادة ببنائها به من حجر أو طين أو لبن أو قصب أو شجر ونحوه فأما أهل الخيام وبيوت الشعر والحركات فلا جمعة عليهم ولا تصح منهم لان ذلك لا ينصب للاستيطان غالباً وكذلك كانت قبائل العرب حول المدينة فلم يقيموا جمعة ولا أمرهم بها النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان ذلك لم يخف ولم يترك نقله مع كثرته وعموم البلوى به لكن إن كانوا مقيمين بموضع يسمعون النداء لزمهم السعي اليها ، كاهل القرية الصغيرة الى جانب المصر ذكره القاضي ، ويشترط في القرية أيضاً أن تكون مجتمعة البناء بما جرت العادة في القرية الواحدة فان كانت متفرقة المنازل تفرقا لم تجر العادة به لم تجب عليهم الجمعة الا أن يجتمع منها ما يسكنه أربعون فتجب الجمعة بهم ويتبعهم الباقون ولا يشترط اتصال البنيان بعضه ببعض ، وحكي عن الشافعي أنه شرط ولا يصح لأن القرية المتقاربة البنيان قرية مبنية على ما جرت به

عليهم الجمعة ، فان خربت القرية أو بعضها وأهلها مقيمون بها عازمون على اصلاحها فحكمها باق في اقامة الجمعة بها ، وإن عزموا على النقلة عنها لم تجب عليهم لعدم الاستيطان ، ومتى كانت القرية لا يجب على أهلها بأنفسهم وكانوا بحيث يسمعون النداء من المصر أو من قرية تقام فيها الجمعة لزمهم السعي اليها لعموم الآية ، وكذلك إن كان بناؤها متفرقا تفرقا لم تجر العادة به

عادة القرى فاشبهت المتصلة ومتى كانت القرية لاتجب الجمعة على أهلها بانفسهم وكانوا بحيث يسمعون النداء من المصر أو من قرية تقام فيها الجمعة لزمهم السعي اليها لعموم الآية

﴿ فصل ﴾ فاما الاسلام والعقل والذكورية فلا خلاف في اشتراطها لوجوب الجمعة وانعقادها لأن الاسلام والعقل شرطان للتكليف وصحة العبادة المحضة والذكورية شرط لوجوب الجمعة وانعقادها لان الجمعة يجتمع لها الرجال ، والمرأة ليست من أهل الحضور في مجامع الرجال ولكنها تصح منها لصحة الجماعة منها فان النساء كن يصلين مع النبي صلى الله عليه وسلم في الجماعة .

وأما البلوغ فهو شرط أيضاً لوجوب الجمعة وانعقادها في الصحيح من المذهب وقول أكثر أهل العلم لانه من شرائط التكليف بدليل قوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ» وذكر بعض أصحابنا في الصبي المميز رواية أخرى أنها واجبة عليه بناء على تكليفه ولامعول عليه

﴿ فصل ﴾ فاما الاربعون فالمشهور في المذهب أنه شرط لوجوب الجمعة وصحتها

وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وعبيدالله بن عبدالله بن عتبة وهو مذهب مالك والشافعي

وروي عن أحمد أنها لاتنعقد إلا بخمسين ، لما روى أبوبكر النجاد عن عبدالملك الرقاشي حدثنا رجاء بن سلمة حدثنا عباد بن عباد المهلبي عن جعفر بن الزبير عن القاسم عن أبي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجب الجمعة على خمسين رجلا ولا تجب على مادون ذلك » وباسناده عن الزهري عن أبي سلمة قال قلت لابي هريرة على كم تجب الجمعة من رجل؟ قال لما بلغ أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين جمع بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أحمد أنها تنعقد بثلاثة ،وهو قول الاوزاعي وأبي ثور لانه يتناوله اسم الجمع فانعقدت به الجماعة كالاربعين ولأن الله تعالى قال (إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) وهذه صيغة الجمع فيدخل فيه الثلاثة وقال أبوحنيفة تنعقد باربعة لانه عدد يزيد على أقل الجمع المطلق أشبه الاربعين وقال ربيعة تنعقد باثنى عشر رجلا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب إلى مصعب بن عمير بالمدينة فأمره أن يصلي الجمعة عند الزوال ركعتين وان يخطب فيهما فجمع مصعب بن عمير في بيت سعد بن خيثمة باثني عشر رجلا وعن جابر قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة فقدمت سويقة فخرج الناس اليها فلم يبق إلا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز اقامتها في الابنية المتفرقة اذا شملها اسم واحد)

وفيما قارب البنيان من الصحراء تجوز اقامة الجمعة المتفرقة البنيان اذا كان تفرقا جرت العادة به في القرية الواحدة ، فان كانت متفرقة في قرية تفرقا لم تجر به العادة لم تجب عليهم الجمعة إلا أن يجتمع منها مايسكنه اربعون فتجب بهم الجمعة ويتبعهم الباقون ، ولا يشترط اتصال البنيان بعضه ببعض . وحكى عن الشافعي اشتراطه

ولنا أن القرية المتقاربة البنيان قرية مبنيـة بما جرت به عادة القرى أشبهت المتصلة

اثنا عشر رجلا أنا فيهم فأنزل الله تعالى (واذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا اليها وتركوك قائما) الى آخر الآية رواه مسلم وما يشترط للابتداء يشترط للاستدامة .

ولنا ماروى كعب بن مالك قال أول من جمع بنا أسعد بن زرارة في هزم النبيت من حرة بني بياضة في نقيع يقال له نقيع الخضمات قلت له كم كنتم يومئذ قال أربعون رواه أبوداود والاثرم

وروى خصيف عن عطاء عن جابر بن عبدالله قال ، مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة رواه الدارقطني وضعفه ابن الجوزي وقول الصحابي مضت السنة ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاما من روى أنهم كانوا اثنى عشر رجلا فلا يصح فان مارويناه أصح منه رواه أصحاب السنن والخبر الآخر يحتمل أنهم عادوا فحضروا القدر الواجب ويحتمل أنهم عادوا قبل طول الفصل ، فأما الثلاثة والاربعة فتحكم بالرأي فيما لامدخل له فيه فان التقديرات بابها التوقيف فلا مدخل للرأي فيها ولا معنى لاشتراط كونه جمعاً ولا للزيادة على الجمع اذ لا نص في هذا ولا معنى نص ولو كان الجمع كافيا فيه لاكتفى بالاثنين فان الجماعة تنعقد بهما .

﴿ فصل ﴾ فاما الاستيطان فهو شرط في قول أكثر أهل العلم وهو الاقامة في قرية على الاوصاف المذكورة لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء ولاتجب على مسافر ولا على مقيم في قرية يظعن أهلها عنها في الشتاء دون الصيف أوفي بعض السنة فان خربت القرية أو بعضها وأهلها مقيمون بها عازمون على اصلاحها فحكمها باق في اقامة الجمعة بها وان عزموا على النقلة عنها لم تجب عليهم لعدم الاستيطان

﴿ فصل ﴾ واختلفت الرواية في شرطين آخرين أحدهما الحرية ونذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ، والثاني اذن الامام والصحيح أنه ليس بشرط وبه قال مالك والشافعي وأبوثور والثانية هو شرط روي ذلك عن الحسن والاوزاعي وحبيب بن أبي ثابت وأبي حنيفة لانه لا يقيمها الا الأئمة في كل عصر فصار ذلك اجماعا .

ولنا أن علياً صلى الجمعة بالناس وعثمان محصور فلم ينكره أحد وصوب ذلك عثمان وأمر بالصلاة معهم ، فروى حميد بن عبد الرحمن عن عبيدالله بن عدي بن الخيار أنه دخل على عثمان وهو محصور فقال إنه قد نزل بك ماترى وأنت امام العامة وهو يصلي بنا امام فتنة وأنا أتحرج من الصلاة معه فقال إن الصلاة من أحسن ما يعمل الناس فاذا أحسنوا فأحسن معهم واذا اساؤا فاجتنب اساءتهم أخرجه البخاري والأثرم وهذا لفظ رواية الاثرم وقال أحمد وقعت الفتنة بالشام تسع سنين فكانوا يجمعون

﴿ فصل ﴾ ولا يشترط لصحة الجمعة البنيان بل يجوز اقامتها فيما قاربه من الصحراء وبهذا قال الامام أبو حنيفة ، وقال الامام الشافعي لايجوز لانه موضع يجوز لاهل المصر قصر الصلاة فيه أشبه البعيد

ولنا ماروى كعب بن مالك انه قال أسعد بن ذرارة أول من جمع بنا في هزم النبيت من حرة بني بياضة في نقيع يقال له نقيع الخضمات رواه أبو داود . وقال ابن جريج قلت لعطاء يعني أ كان

وروي مالك في الموطأ عن أبي جعفر القاري، أنه رأى صاحب المقصورة في الفتنة حين حضرت الصلاة فخرج يتبع الناس يقول من يصلي بالناس حتى انتهى إلى عبدالله بن عمر فقال له عبدالله ابن عمر تقدم أنت فصل بين يدي الناس ولانها من فرائض الاعيان فلم يشترط لها اذن الامام كالظهر ولانها صلاة أشبهت سائر الصلوات وما ذكروه اجماعا لا يصح فان الناس يقيمون الجمعات في القرى من غير استئذان أحد ثم لو صح انه لم يقع الا ذلك لكان اجماعا على جواز ماوقع لا على تحريم غيره كالحج يتولاه الائمة وليس بشرط فيه .

فان قلنا هو شرط فلم يأذن الامام فيه لم يجز أن يصلوا جمعة وصلوا ظهرا وان اذن في اقامتها ثم مات بطل اذنه بموته فان صلوا ثم بان أنه قد مات قبل ذلك فهل تجزيهم صلاتهم على روايتين أصحهما انها تجزيهم لان المسلمين في الامصار النائية عن بلد الامام لا يعيدون ما صلوا من الجمعات بعد موته ولا نعلم أحداً أنكر ذلك عليهم فكان اجماعا ولان وجوب الاعادة يشق لعمومه في اكثر البلدان وان تعذر اذن الامام لفتنة، فقال القاضي ظاهر كلامه صحتها بغير اذن على كلتا الروايتين فعلى هذا يكون الاذن معتبراً مع إمكانه ويسقط اعتباره بتعذره

(فصل) ولا يشترط للجمعة المصر روي نحو ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبدالعزيز والاوزاعي والليث ومكحول وعكرمة والشافعي ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع ، وبه قال الحسن وابن سيرين وابراهيم وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، لأنه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع »

ولنا ماروى كعب بن مالك أنه قال أسعد ابن زرارة أول من جمع بنا في هزم النبيت من حرة بني بياضة في نقيع يقال له نقيع الخضمات . رواه أبو داود ، وقال ابن جريج : قلت لعطاء تعني اذا

بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم . والبقيع بطن من الارض يستنقع فيه الماء مدة ، فاذا نضب الماء نبت الكلأ . قال الخطابي حرة بني بياضة قرية على ميل من المدينة ولأنه موضع لصلاة العيد فجازت فيه الجمعة كالجامع ولأن الاصل عدم اشتراط ذلك ولا نص في اشتراطه ولا معنى نص

﴿ فصل ﴾ ولا يشترط لصحة الجمعة المصر . روي نحو ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز والاوزاعي والليث ومكحول وعكرمة والشافعي ، وروي عن علي رضي الله عنه انه لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع . وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الحسن وابن سيرين وابراهيم وأبو حنيفة .

ولنا ماذكرنا من حديث أسعد بن ذرارة رواه البخاري باسناده عن ابن عباس إن أول جمعة بعد جمعة بالمدينة لجمعة جمعت بجوارنا من البحرين من قرى عبد القيس ، وروى أبو هريرة انه كتب الى عمر يسأله عن الجمعة بالبحرين وكان عاملا عليها ، فكتب اليه عمر جمعوا حيث كنتم رواه الاثرم

كان ذلك بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم . قال الخطابي : حرة بني بياضة على ميل من المدينة . وعن ابن عباس قال : إن أول جمعة جمعت بعد جمعة المدينة لجمعة جمعت بجوا ثا من البحرين من قرى عبد القيس . رواه البخاري ، وروى ابو هريرة أنه كتب إلى عمر يسأله عن الجمعة بالبحرين وكان عامله عليها فكتب اليه عمر جمعوا حيث كنتم . رواه الاثرم ، قال احمد اسناده جيد، فأما خبرهم فلم يصح . قال احمد : ليس هذا بحديث ، ورواه الاعمش عن أبي سعيد المقبري ولم يلقه .قال احمد الاعمش لم يسمع من أبي سعيد انما هو عن علي وقول عمر يخالفه

(فصل) ولا يشترط لصحة الجمعة اقامتها في البنيان ويجوز اقامتها فيما قاربه من الصحراء ، وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي : لاتجوز في غير البنيان لأنه موضع يجوز لأهل المصر قصر الصلاة فيه فأشبه البعيد

ولنا أن مصعب ابن عمير جمع بالانصار في هزم النبيت في نقيع الخضمات والنقيع بطن من الارض يستنقع فيه الماء مدة ، فاذا نضب الماء نبت الكلأ ، ولأنه موضع لصلاة العيد فجازت فيه الجمعة كالجامع ، ولان الجمعة صلاة عيد فجازت في المصلي كصلاة الاضحى ، ولان الاصل عدم اشتراط ذلك ولا نص في اشتراطه ولا معنى نص فلا يشترط

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان صلوا أعادوها ظهراً)

وجملته أن ما كان شرطاً لوجوب الجمعة فهو شرط لانعقادها فمتى صلوا جمعة مع اختلال بعض

قال الامام أحمد رحمه الله تعالى اسناده جيد فأما خبرهم فلم يصح ، قال الامام أحمد ليس هذا بحديث انما هو عن علي وقد خالفه عمر

﴿ فصل ﴾ واذا كان أهل المصر دون الاربعين فجاءهم أهل قرية فأقاموا الجمعة في المصر لم تصح لأن أهل القرية غير مستوطنين في المصر وأهل المصر لاتنعقد بهم الجمعة لقلتهم ، وإن كان أهل القرية ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم لزم أهل المصر السعي اليهم اذا كان بينهما أقل من فرسخ فلزمهم السعي اليها كما يلزم أهل القرية السعي الى المصر اذا أقيمت به وكان أهل القرية دون الاربعين وإن كان في كل واحد دون الاربعين لم تجز اقامة الجمعة في واحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ الثالث (حضور أربعين من أهل القرية في ظاهر المذهب وعنه تنعقد بثلاثة)

حضور أربعين شرط لوجوب الجمعة وصحتها في ظاهر المذهب ، روي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز وعبيد الله بن عبدالله وهو قول مالك والشافعي ، وروي عن الامام أحمد انها لاتنعقد إلا بخمسين لما روى أبو بكر النجاد عن عبد الملك الرقاشي ثنا رجا بن سلمة ثنا عباد بن عباد المهبي عن جعفر ابن الزبير عن القاسم عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجب الجمعة على خمسين رجلا ولا تجب على من دون ذلك » وباسناده عن الزهري عن أبي سلمة قال قلت لابي هريرة على كم

شروطها لم يصح ولزمهم أن يصلوا ظهراً ولا يعد في الاربعين الذين تنعقد بهم الجمعة من لاتجب عليه ولا يعتبر اجتماع الشروط للصحة ، بل تصح ممن لاتجب عليه تبعاً لمن وجبت عليه ، ولا يعتبر في وجوبها كونه ممن تنعقد به فانها تجب على من يسمع النداء من غير أهل المصر ولا تنعقد به

(فصل) ويعتبر استدامة الشروط في القدر الواجب من الخطبتين . وقال أبو حنيفة في رواية عنه لايشترط العدد فيهما لأنه ذكر يتقدم الصلاة فلم يشترط له العدد كالاذان

ولنا أنه ذكر من شرائط الجمعة فكان من شرطه العدد كتكبيرة الاحرام ويفارق الاذان فانه ليس بشرط ، وانما مقصوده الاعلام والاعلام للغائبين ، والخطبة مقصودها التذكير والموعظة، وذلك انما يكون للحاضرين وهي مشتقة من الخطاب والخطاب انما يكون للحاضرين ، فعلى هذا إن انفضوا في أثناء الخطبة ثم عادوا فحضروا القدر الواجب أجزأهم والالم يجزئهم إلا أن يحضروا القدر الواجب ثم ينفضوا ويعودوا قبل شروعه في الصلاة من غير طول الفصل ، فان طال الفصل لزمه اعادة الخطبة إن كان الوقت متسعاً لانهم من أهل وجوب الجمعة والوقت متسع لها لتصح لهم الجمعة ، وإن ضاق الوقت صلوا ظهراً والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة

تجب الجمعة من رجل ؟ قال لما بلغ أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين جمع بهم رسول الله صلى الله عليه ، وعنه رواية ثالثة انها تنعقد بثلاثة وهو قول الاوزاعي لان اسم الجمع يتناوله فانعقدت به الجمعة كالاربعين ولأن الله تعالى قال (فاسعوا الى ذكر الله) بصيغة الجمع فيدخل فيه الثلاثة . وحكى أبو الحرث عن الامام احمد اذا كانوا ثلاثة من أهل القرى جمعوا فيحتمل أن يختص ذلك أهل القرى لقلتهم ، وقال أبو حنيفة تنعقد بأربعة لانه عدد زيد على أقل الجمع المطلق أشبه الاربعين وقال ربيعة تنعقد باثنى عشر لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الي مصعب بن عمير بالمدينة فأمره أن يصلي عند الزوال ركعتين وأن يخطب فيهما ، فجمع مصعب بن عمير في بيت سعد بن خيثمة باثنى عشر رجلا ، وعن جابر قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة فقدمت سويقة فخرج الناس اليها فلم يبق إلا اثنى عشر رجلا أنا فيهم فأنزل الله (واذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا اليها) الآية . رواه مسلم ، وما يشترط للابتداء يشترط للاستدامة

ولنا حديث كعب الذي رويناه وفي الحديث قلت له كم كنتم يومئذ ؟ قال أربعون . رواه الدارقطني ، وقول الصحابي مضت السنة تنصرف الى سنة النبي صلى الله عليه وسلم . فأما حديث مصعب بن عمير انهم كانوا اثنا عشر فلا يصح فان حديث كعب أصح منه ، رواه أصحاب السنن والخبر الآخر يحتمل انهم عادوا فحضروا القدر الواجب ، ويحتمل انهم عادوا قبل طول الفصل . وأما الثلاثة والاربعة فتحكم بالرأي فيما لا مدخل للرأي فيه لأن التقدير بابه التوقيف ولا معنى لاشتراط كونه جمعاً ولا للزيادة على الجمع إذ لا نص فيه ولا معنى نص ، ولو كان الجمع كافياً لا كتفى باثنين لان الجماعة تنعقد بهما .

(فصل) ويعتبر استدامة الشروط في جميع الصلاة ، فان نقص العدد قبل كمالها فظاهر كلام احمد أنه لا يتمها جمعة وهذا أحد قولي الشافعي لانه فقد بعض شرائط الصلاة فأشبه فقد الطهارة وقياس قول الخرقي أنهم ان انفضوا بعد ركعة أنه يتمها جمعة وهذا قول مالك ، وقال المزني : هو

﴿ مسئلة ﴾ (فان نقصوا قبل اتمامها استأنفوا ظهراً ويحتمل أنهم ان نقصوا بعد ركعة أتموها جمعة وإن نقصوا قبل ركعة أتموها ظهراً)

المشهور في المذهب أنه يشترط كمال العدد في جميع الصلاة وقال ابو بكر : لا أعلم خلافا عن الامام احمد ان لم يتم العدد في الصلاة والخطبة أنهم يعيدون الصلاة وهذا أحد قولي الامام الشافعي لأنه شرط للصلاة فاعتبر في جميعها كالطهارة ويحتمل أنهم ان نقصوا بعد ركعة أتموها جمعة وهذا قياس قول الخرقي ، وبه قال الامام مالك وقال المزني : هو أشبه عندي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك من الجمعة ركعة أضاف اليها أخرى » ولأنهم أدركوا ركعة فصحت لهم الجمعة كالمسبوق بركعة وهذا اختيار شيخنا . وقال أبو حنيفة : ان نقصوا بعد ماصلوا ركعة بسجدة واحدة أتموها جمعة لأنهم أدركوا معظم الركعة فأشبه مالو أدركوها بسجدتيها . وقال اسحاق : ان بقي معه اثنا عشر أتمها جمعة لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم انفضوا عنه فلم يبق معه إلا اثنا عشر رجلا فأتمها جمعة . وقال الامام الشافعي في أحد أقواله : ان بقي معه اثنان أتمها جمعة وهو قول الثوري لانه أقل الجمع وحكي عنه أبو ثور ان بقي معه واحد أتمها جمعة لأن الاثنين جماعة

ولنا أنهم لم يدركوا ركعة كاملة بشروط الجمعة فأشبه مالو نقص الجمع قبل ركوع الاولى . وقولهم أدرك معظم الركعة يبطل بمن لم يفته من الركعة الاولى إلا السجدتان فانه قد أدرك معظمها وقول الامام الشافعي : بقي معه من تنعقد به الجماعة لا يصح لان هذا لا يكتفى في الابتدا فلا يكتفى في الدوام اذا ثبت هذا فكل موضع قلنا لا يتمها جمعة فقياس قول الخرقي أنها تبطل ويستأنفها ظهراً إلا أن يمكنهم فعل الجمعة مرة أخرى فيعيدونها وحكاه أبو بكر عن الامام احمد ، وقياس قول أبي اسحاق بن شاقلا أنهم يتمونها ظهراً وهذا قول القاضي وقال : قد نصّ الامام احمد في الذي زحم عن أفعال الجمعة حتى سلم الامام يتمها ظهراً ووجه القولين قد تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أدرك مع الامام منها ركعة أتمها جمعة)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وأنس وسعيد بن المسيب والحسن وعلقمة والاسود والزهري ومالك ، والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال عطاء وطاوس ومجاهد من لم يدرك الخطبة صلى أربعاً لأن الخطبة شرط للجمعة فلا تكون جمعة في حق من لم يوجد في حقه شرطها

ولنا ماروى أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك من

الاشبه عندي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك من الجمعة ركعة أضاف اليها أخرى » ولانهم أدركوا ركعة فصحت لهم جمعة كالمسبوقين بركعة ، ولان العدد شرط يختص الجمعة فلم

الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة » رواه الأثرم ورواه ابن ماجه «فليصل اليها أخرى » وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » متفق عليه ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أدرك أقل من ركعة أتمها ظهراً اذا كان قد نوى الظهر في قول الخرقي . وقال أبو اسحق بن شاقلا : ينوي جمعة ويتمها ظهراً)

أما من أدرك أقل من ركعة فلا يكون مدركا للجمعة ويصلي الظهر أربعاً وهذا قول جميع من ذكرنا في المسئلة المتقدمة إلا أن الامام أبا حنيفة فانه قال : يكون مدركا للجمعة بأي قدر أدرك من الصلاة مع الامام وهو قول الحكم وحماد لان من لزمه أن يبني على صلاة الامام بادراك ركعة لزمه بادراك أقل منها كالمسافر يدرك المقيم ولأنه أدرك جزأ من الصلاة فكان مدركا لها كالظهر

ولنا قوله عليه السلام « من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة » فمفهومه أنه اذا أدرك أقل من ركعة لم يدركها ، ولانه قول من سمينا من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ، وقد روى بشر بن معاذ الزيات عن الزهري عن أبي سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أدرك يوم الجمعة ركعة فليضف اليها أخرى » ومن أدرك دونها صلى أربعاً ومن لم يدرك ركعة فلا تصح له جمعة كالامام اذا نقصوا قبل السجود وأما المسافر فادراكه ادراك الزام ، وهذا ادراكه ادراك اسقاط للعدد فافترقا وكذلك يتم المسافر خلف المقيم ، ولا يقصر المقيم خلف المسافر ، وأما الظهر فليس من شرطها الجماعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل من أدرك مع الامام مالا يتم له به جمعة ، فانه في قول الخرقي ينوي ظهراً ،فان نوى جمعة لم تصح في ظاهر كلامه وكلام احمد في رواية صالح وابن منصور يحتمل هذا القول فيمن أحرم ثم زحم عن الركوع والسجود حتى سلم امامه ، قال يستقبل ظهراً أربعاً وذلك لأن الظهر لا يتأدى بنية الجمعة ابتداء فكذلك استدامته كالظهر مع العصر . وقال أبو اسحق بن شاقلا ينوي جمعة لئلا يخالف نية امامه ثم يبني عليها ظهراً وهذا ظاهر قول قتادة وأيوب ويونس والشافعي لانه لا يجوز أن يأتم بمن يصلي جمعة فجاز أن يبني صلاته على نيتها كصلاة المقيم مع المسافر ، وكما ينوي أنه مأموم ويتم صلاته بعد مفارقة امامه منفرداً ولانه يصح أن ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة في ابتدائها فكذلك في انتهائها

(فصل) اذا صلى الامام الجمعة قبل الزوال فأدرك المأموم معه دون الركعة لم يكن له الدخول معه لأنها في حقه ظهر فلا تجوز قبل الزوال كغير يوم الجمعة فان دخل معه كانت نفلا في حقه ولم

يفت بفواته في ركعة كما لو دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة ، وقال أبو حنيفة : ان انفضوا بعد ماصلى ركعة بسجدة واحدة أتمها جمعه لانهم أدركوا معظم الركعة فأشبه مالو أدركوها بسجدتيها

تجزه عن الظهر ، ولو أدرك معه ركعة ثم زحم عن سجودها وقلنا تصير ظهراً ، فانها تنقلب نفلا لئلا تكون ظهراً قبل وقتها

(فصل) ومن أحرم مع الامام ثم زحم عن السجود سجد على ظهر انسان ورجله

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله فيمن أحرم مع الامام ثم زحم فلم يقدر على الركوع حتى سلم الامام فروي أنه يكون مدركا للجمعة اختارها الخلال وهو قول الحسن وأصحاب الرأي لأنه أحرم بالصلاة مع امامه في أولها فأشبه مالو ركع وسجد معه ونقل عنه أنه يستقبل الصلاة أربعاً اختاره أبو بكر وابن أبي موسى وهو قول الشافعي وابن المنذر لانه لم يدرك ركعة كاملة فلم يكن مدركا للجمعة كالمسبوق وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وجملة ذلك أن من زحم عن السجود في الجمعة سجد على ظهر انسان أو رجله اذا أمكنه ذلك وأجزأه . قال احمد في رواية احمد بن هشام : يسجد على ظهر الرجل والقدم ويمكن الجبهة والانف في العيدين والجمعة وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . وقال عطاء والزهري ومالك : لايفعل ، فان فعل ، فقال مالك : تبطل الصلاة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومكن جبهتك الارض »

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : اذا اشتد الزحام فليسجد على ظهر أخيه . رواه سعيد في سننه ، وهذا قاله بمحضر من الصحابة وغيرهم في يوم جمعة ولم يظهرله مخالف فكان اجماعا ولأنه أتى بما يمكنه حال العجز فصح كالمريض يسجد على المرفقة والخبر لم يتناول العاجز لأن الله تعالى قال (لايكلف الله نفساً إلا وسعها)

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يمكنه سجد اذا زال الزحام إلا أن يخاف فوات الثانية فيتابع الامام فيها وتصير أولاه ويتمها جمعة)

وجملة ذلك أن من زحم في احدى الركعتين فأما أن يزحم في الاولى أو الثانية ، فان كان في الاولى ولم يتمكن من السجود على ظهر ولا قدم انتظر حتى يزول الزحام ثم يسجد ويتبع امامه لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بذلك في صلاة الخوف بعسفان للعذر والعذرموجود، فاذا قضى ماعليه وأدرك امامه قبل رفع رأسه من الركوع اتبعه وصحت له الركعة ،وهكذا لوتعذرعليه السجود مع امامه لمرض أو نوم أو نسيان لان ذلك عذر أشبه المزحوم ، فان خاف أنه ان تشاغل بالسجود فاته الركوع مع الامام في الثانية لزمه متابعته وتصير الثانية أولاه وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة يشتغل بالسجود لانه قد ركع مع الامام فيجب عليه السجود بعده كما لو زال الزحام والامام قائم وللشافعي كالمذهبين

وقال اسحاق : إن بقي معه اثنا عشر رجلا أتمها جمعة لان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم انفضوا عنه فلم يبق معه إلا اثنا عشر رجلا فأتمها جمعة . وقال الشافعي في أحد أقواله : إن بقي معه اثنان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا ركع فاركعوا » فان قيل فقد قال « فأذا سجد فاسجدوا » قلنا قد سقط الامر بالمتابعة في السجود عن هذا للعذر وبقي الامر بالمتابعة في الركوع لامكانه ولأنه خائف فوات الركوع فلزمته متابعة امامه كالمسبوق ، أما اذا كان الامام قائماً فليس هذا اختلافا كثيراً اذا ثبت أنه يتابع الامام في الركوع ، فان أدركه راكعاً صحت له الثانية وتصير الثانية أولاه وتبطل الاولى في قياس المذهب لكونه ترك منها ركناً وشرع في الثانية فبطلت الاولى على ماذكرنا في سجود السهو ويتمها جمعة لأنه أدرك منها ركعة مع الامام فان لم يقم ولكن يسجد السجدتين من غير قيام تمت ركعته ، وإن فاته الركوع وسجد معه فان سجد السجدتين معه فقال القاضي يتم بها الركعة الاولى وهذا مذهب الامام الشافعي رحمه الله تعالى . وقال أبو الخطاب اذا سجد معتقداً جواز ذلك اعتد له به وتصح له الركعة كما لو سجد وامامه قائم ، ثم إن أدرك الامام في ركوع الثانية صحت له الركعتان وإن أدركه بعد رفع رأسه من ركوعها فينبغي أن يركع ويتبعه لأن هذا سبق يسير ويحتمل أن تفوته الثانية بفوات الركوع كالمسبوق

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يتابع الامام عالماً بتحريم ذلك بطلت صلاته ، وإن جهل تحريمه فسجد ثم أدرك الامام في التشهد أتى بركعة أخرى بعد سلام الامام وصحت جمعته وعنه يتمها ظهراً)

وجملته أن من زحم عن السجود في الركعة الأولى وخاف فوات الركعة الثانية مع الامام ان اشتغل بالسجود لزمه متابعته في ركوع الثانية لما ذكرنا ، فان ترك متابعة امامه عالما بتحريم ذلك بطلت صلاته لأنه ترك الواجب فيها عمداً وفعل مالا يجوز فعله ، وإن اعتقد جواز ذلك فسجد لم يعتد بسجوده لأنه سجد في موضع الركوع جهلا أشبه الساهي . وقال أبو الخطاب يعتد له به فان أدرك الامام في التشهد تابعه وقضى ركعة بعد سلامه كالمسبوق ويسجد للسهو . قال شيخنا ولا وجه للسجود هنا لأن الامام ليس عليه سجود سهو ، وإن زحم عن سجدة واحدة أو عن الاعتدال بين السجدتين أو بين الركوع والسجود فالحكم فيه كالحكم في ازدحام عن السجود

﴿ فصل ﴾ فأما إن زحم عن السجود في الثانية فزال الزحام قبل سلام الامام سجد وتبعه وصحت له الركعة ، وإن لم يزل حتى سلم فان كان أدرك الركعة الأولى فقد أدرك الجمعة ويسجد للثانية بعد سلام الامام ويتشهد ويسلم فقد تمت جمعته ، وإن لم يكن أدرك الاولى فانه يسجد بعد سلام امامه وتصح له ركعة وهل يكون مدركا للجمعة بذلك على روايتين

﴿ فصل ﴾ واذا أدرك مع الامام ركعة فلما قام ليقضي الأخرى ذكر انه لم يسجد مع أمامه إلا سجدة واحدة وشك في ذلك فان لم يكن شرع في قراءة الثانية رجع فسجد للأولى فأتمها وقضى

أتمها جمعة وهو قول الثوري لانه أقل الجمع ، وحكى عنه أبو ثور إن بقي معه واحد أتمها جمعة لان الاثنين جماعة

ولنا أنهم لم يدركوا ركعة كاملة بشروط الجمعة فأشبه مالو انفضّ الجميع قبل الركوع في الاولى

الثانية وأتم الجمعة نص عليه الامام أحمد في رواية الأثرم ، وإن كان شرع في قراءة الثانية بطلت الاولى وصارت الثانية أولاه ويتمها جمعة على مانقله الأثرم . وقياس الرواية الأخرى في المزحوم انه يتمها ها هنا ظهراً لانه لم يدرك ركعة كاملة ، ولو قضى الركعة الثانية ثم علم انه ترك سجدة من احداهما لايدري من أيهما تركها فالحكم واحد ويجعلها من الاولى ويأتي بركعة مكانها وفي كونه مدركا للجمعة وجهان : فأما إن شك في ادراك الركوع مع الامام مثل أن كبر والامام راكع فرفع امامه رأسه فشك هل أدرك الجزىء من الركوع مع الامام أو لا لم يعتد بتلك الركعة ويصلي ظهراً قولا واحداً لأن الاصل أنه ما أتى بها معه وفي كل موضع لايكون مدركا للجمعة فعلى قول الخرقي ينوي ظهراً ، فان نوى جمعة لزمه استئناف الظهر ، ويحتمله كلام الامام أحمد في رواية صالح وابن منصور وعلى قول إسحق بن شاقلا ينوي جمعة لئلا يخالف امامه ويتمها ظهراً وقد ذكرنا وجه القولين

﴿ فصل ﴾ ولو صلى مع الامام ركعة ثم زحم في الثانية فأخرج من الصف فصار فذاً فنوى الانفراد عن الامام قياس المذهب انه يتمها جمعة لانه أدرك منها ركعة مع الامام أشبه مالو أدرك الثانية ، وإن لم ينو الانفراد وأتمها مع الامام ففيه روايتان : احداهما لايصح لانه قد فذ في ركعة كاملة أشبه مالو فعل ذلك عمداً ، والثانية يصح لانه قد يعفى في البناء عن تكميل الشروط كما لو خرج الوقت وقد صلوا ركعة وكالمسبوق

﴿ مسئلة ﴾ الرابع (أن يتقدمها خطبتان من شرط صحتهما حمد الله والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وقراءة آية والوصية بتقوى الله تعالى)

وحضور العدد المشترط للخطبة ، وبه قال عطاء والنخعي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تجزيهم الجمعة من غير خطبة لانها صلاة عيد فلم يشترط لها الخطبة كصلاة الاضحى

ولنا قول الله سبحانه وتعالي (فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والذكر هو الخطبة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يترك الخطبة وقد قال « صلوا كما رأيتموني أصلي » وعن عمر رضي الله عنه انه قصر في الصلاة لأجل الخطبة ، وعن عائشة رضي الله عنها نحو هذا

﴿ فصل ﴾ ويشترط لها خطبتان وهذا مذهب الامام الشافعي . وقال مالك والاوزاعي وإسحق وابن المنذر وأصحاب الرأي تجزيه خطبة واحدة ، وعن الامام احمد مايدل عليه فانه قال لاتكون الخطبة الا كما خطب النبي صلى الله عليه وسلم أو خطبة تامة ووجه الاول ماروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبتين وهو قائم يفصل بينهما بجلوس متفق عليه وقد قال « صلوا كما

وقولهم أدرك معظم الركعة يبطـل بمن لم يفته من الركعة إلا السجدتان فانه أدرك معظمها . وقول الشافعي بقي معه من تنعقد به الجماعة لايصح لأن هـذا لا يكفي في الابتداء فلا يكفي في الدوام اذا ثبت هذا فكل موضع قلنا لا يتمها جمعة فقياس قول الخرقي أنها تبطل ويستأنف ظهراً إلا أن يمكنهم فعل

رأيتموني أصلي » ولان الخطبتين أقيمتا مقام الركعتين فكل خطبة مكان ركعة ، فالاخلال باحداهما اخلال باحدى الركعتين

﴿ فصل ﴾ ويشترط لكل واحدة منهما حمد الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل كلام ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر » وقال جابر رضي الله عنه كان رسول الله عليه وسلم يخطب الناس يحمد الله ويثني عليه بما هو أهله ثم يقول « من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له » واذا وجب ذكر الله وجب ذكر النبي صـلى الله عليه وسلم كالأذان ولأنه قد روي في تفسير قوله تعالى (ورفعنا لك ذكرك) قال لا أذكـر إلا ذكرت معي ، ويحتمل أن لا تجب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر ذلك في خطبته

﴿ فصل ﴾ والقراءة في كل واحدة من الخطبتين شرط وهو ظاهر كلام الخرقي لأن الخطبتين أقيمتا مقام الركعتين فكانت القراءة فيها شرطا كالركعتين ، ولأن ماوجب في احداهما وجب في الأخرى كسائر الفروض، ويحتمل أن يشترط القراءة في احداهما لما روى الشعبي قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صعد المنبر يوم الجمعة استقبل الناس وقال « السلام عليكم » ويحمد الله ويثني عليـه ويقرأ سورة ثم يجلس ثم يقوم فيخطب ثم ينزل ، وكان أبو بكر وعمر يفعلانه رواه الاثرم . والظاهر انه انما قرأ في الخطبة الاولى

﴿ فصل ﴾ وتجب الموعظة لانها المقصودة من الخطبة فلم يجز الاخلال بها ولان النبي صلى الله علية وسلم كان يعظ ، وفي حديث جابر بن سمرة انه كان يذكر الناس وتجب في الخطبتين جميعاً لان ماوجب في احداهما وجب في الاخرى كسائر الشروط وهذا قول القاضي. وظاهر كلام الخرقي أن الموعظة انما تكون في الخطبة الثانية لما ذكرنا من حديث الشعبي ، وقال أبو حنيفة لو أتى بتسبيحة أجزأ لان الله تعالى قال (فاسعوا الى ذكر الله) فأجزأ مايقع عليـه الذكر ، ولان اسم الخطبة يقع على دون ماذكرتم بدليل أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليـه وسلم وقال علمني عملا أدخل به الجنة ؟ فقال « أقصرت من الخطبة لقد أعرضت في المسألة » وعن مالك كالمذهبين

ولنا أن النبي صلى الله علية وسلم فسر الذكر بفعله . قال جابر بن سمرة كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قصداً وخطبته قصداً يقرأ آيات من القرآن ويذكر الناس رواه أبو داود والترمذي وقد ذكرنا حـديث جابر بن سمرة . وأما التسبيح فلا يسمى خطبة ، والمراد بالذكر الخطبة ، وما

الجمعة مرة أخرى فيعيدونها . قال أبو بكر : لا أعلم خلافا عن احمد إن لم يتم العدد في الصلاة والخطبة أنهم يعيدون الصلاة ، وقياس قول أبي اسحاق بن شاقلا أنهم يتمونها ظهراً وهـذا قول القاضي وقال قد نص عليها احمد في الذي زحم عن أفعال الجمعة حتى سلم الامام يتمها ظهراً ووجه القولين قد تقدم

رووه مجاز فان السؤال لا يسمى خطبة بدليل انه لو ألقى مسألة على الحاضرين لم يكف ذلك اتفاقا

﴿ فصل ﴾ ولا يكفي في القراءة أقل من آية هكذا ذكره الاصحاب لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتصر على أقل من ذلك ولان الحكم لا يتعين بدونها بدليل منع الجنب من قراءتها . فظاهر كلام أحمد انه لا يشترط ذلك فانه قال في القراءة في الخطبة ليس فيه شيء موقت ماشاء قرأ وهذا ظاهر كلام الخرقي . قال شيخنا ويحتمل أن لا يجب سوى حمد الله والموعظة لان ذلك يسمى خطبة ويحصل به المقصود وما عداهما ليس على اشتراطه دليل لانه لا يجب أن يخطب على صفة خطبة النبي صلى الله عليه وسلم بالاتفاق لانه روي انه كان يقرأ آيات ولا يجب قراءة آيات بالاتفاق ، لكن يستحب ذلك لما ذكرنا من حديث الشعبي . وقالت أم هشام بنت حارثة بن النعمان ما أخذت (قٓ والقرآن المجيد) إلا من في رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب بها كل جمعة رواه مسلم

﴿ فصل ﴾ ويشترط للخطبة حضور العدد المشترط في القدر الواجب من الخطبتين ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه لا يشترط لانه ذكر يتقدم الصلاة فلم يشترط له العدد كالأذان

ولنا انه ذكر من شرائط الجمعة فكان من شرطه العدد وكتكبيرة الاحرام ، وتفارق الأذان فانه ليس بشرط وانما مقصوده الاعلام والاعلام للغائبين والخطبة مقصودها الموعظة فهي للحاضرين . فعلى هذا إن انفضوا في أثناء الخطبة ثم عادوا فحضروا القدر الواجب أجزأهم وإلا لم يجزهم إلا أن يحضروا القدر الواجب ثم ينفضوا ويعودوا قبل شروعه في الصلاة من غير طول الفصل فان طال الفصل لزمه اعادة الخطبة إن كان الوقت متسعاً ، وان ضاق الوقت صلوا ظهراً ، والمرجع في طول الفصل وقصره الى العادة

﴿ فصل ﴾ ويشترط لها الوقت فلو خطب قبل الوقت لم تصح خطبته قياساً على الصلاة .

ويشترط لها الموالاة فان فرق بين الخطبتين أو بين آخر الخطبة الواحدة بكلام طويل أو سكوت طويل مما يقطع الموالاة استأنفها ، وكذلك يشترط الموالاة بين الخطبة والصلاة أيضاً فان فرق بينهما تفريقا كثيراً بطلت ولا تبطل باليسير لان الخطبتين مع الصلاة كالمجموعتين ، ويحتمل أن الموالاة لا تشترط لانه ذكر يتقدم الصلاة فلم تشترط الموالاة بينهما كالآذان والاقامة ، والمرجع في طول الفصل وقصره الى العرف وإن احتاج الى الطهارة تطهر ويبنى على خطبته ، وكذلك تعتبر سائر شروط الجمعة للقدر الواجب من الخطبتين

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يشترط لها الطهارة وأن يتولاهما من يتولى الصلاة على روايتين)

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان البلد كبيراً يحتاج إلى جوامع فصلاة الجمعة في جميعها جائزة)

وجملته أن البلد متى كان كبيراً يشق على أهله الاجتماع في مسجد واحد ويتعذر ذلك لتباعد

اختلفت الرواية في اشتراط الطهارة للخطبة وللشافعي قولان كالروايتين ، وقد قال أحمد فيمن خطب وهو جنب ثم اغتسل وصلى بهم تجزيه . قال شيخنا والاشبه بأصول المذهب اشتراط الطهارة الكبرى لكون قراءة آية شرطا للخطبة ، ولا يجوز ذلك للجنب . فأما الطهارة الصغرى فالصحيح انها لا تشترط لانه ذكر يتقدم الصلاة فلم تكن الطهارة فيه شرطا كالأذان ولانه لو اشترطت لها الطهارة لاشترط الاستقبال كالصلاة ، وعنه انها تشترط لها كتكبيرة الاحرام ولكن يستحب أن يكون متطهراً من الحدث والنجس لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي عقيب الخطبة لا يفصل بينهما بطهارة فيدل على انه كان متطهراً والاقتداء به إن لم يكن واجباً فهو سنة

﴿ فصل ﴾ ويشترط أن يتولاهما من يتولى الصلاة في إحدى الروايتين لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله وقد قال « صلوا كما رأيتموني أصلي » ولان الخطبة أقيمت مقام ركعتين لكن يجوز الاستخلاف للعذر ففي الخطبة والصلاة أولى ، وعنه يجوز الاستخلاف لغير عذر فانه قال في الامام يخطب يوم الجمعة ويصلي الأمير بالناس ، لا بأس اذا حضر الامير الخطبة لأن الخطبة منفصلة عن الصلاة فأشبها الصلاتين ، وهل يشترط أن يكون المصلي ممن حضر الخطبة فيه روايتان : احداهما يشترط وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لانه امام في الجمعة فاشترط حضور الخطبة كما لو لم يستخلف

والثانية لا يشترط وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه ممن تنعقد به الجمعة فجاز أن يؤم فيها كما لو حضر الخطبة . وقد روى الامام أحمد رحمه الله انه لا يجوز الاستخلاف مع العذر أيضاً فانه قال في الامام اذا أحدث بعد ما خطب يقدم رجلا يصلي بهم لم يصل إلا أربعاً إلا أن يعيد الخطبة ثم يصلي بهم ركعتين ، وذلك لأن هذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه والمذهب الاول وهل يجوز أن يتولى الخطبتين اثنان يخطب كل واحد خطبة . فيه احتمالان احداهما يجوز كالأذان والاقامة ، والثاني لا يجوز لما ذكرنا فيما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سننها أن يخطب على منبر أو موضع عال لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب الناس على منبر)

قال سهل بن سعد : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن اذا كلمت الناس . متفق عليه ، ولانه أبلغ في الاعلام وليس ذلك واجباً ، فلو خطب على الارض أو ربوة أو راحلة أو غير ذلك جاز ، فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقوم على الارض قبل أن يصنع له المنبر

ويستحب أن يكون المنبر عن يمين القبلة لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا صنع

أقطاره أو ضيق مسجده عن أهله كبغداد وأصبهان ونحوهما من الامصار الكبار جازت اقامة الجماعة فيما يحتاج اليه من جوامعها وهذا قول عطاء ، وأجازه أبو يوسف في بغداد دون غيرها لان الحدود تقام فيها في موضعين والجمعة حيث تقام الحدود ، ومقتضى قوله أنه لو وجد بلد آخر تقام فيه الحدود

﴿ مسئلة ﴾ (ويسلم على المأمومين اذا أقبل عليهم)

ويستحب للامام اذا خرج أن يسلم على الناس ، ثم اذا صعد المنبر فاستقبل الحاضرين سلم عليهم يروى ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال الاوزاعي والشافعي ؛ وقال مالك وأبو حنيفة لايسن السلام عقيب الاستقبال لانه سلم حال خروجه

ولنا ماروى جابر قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صعد المنبر سلم عليهم . رواه ابن ماجه وعن ابن عمر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل المسجد يوم الجمعة سلم على من عند المنبر جالساً ، فاذا صعد المنبر سلم عليهم . رواه أبو بكر باسناده ، ومتى سلم رد عليه الناس لان رد السلام آكد من ابتدائه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يجلس إلى فراغ الاذان ويجلس بين الخطبتين)

لما روى ابن عمر قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يجلس اذا صعد حتى يفرغ الاذان ثم يقوم فيخطب . رواه أبو داود ، وتكون الجلسة بين الخطبتين خفيفة وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم . وقال الشافعي : واجبة

ولنا أنها جلسة ليس فيها ذكر مشروع فلم تكن واجبة كالاولى ، وقد سرد الخطبة جماعة منهم المغيرة بن شعبة وأبي بن كعب قاله الامام احمد ، وروي عن أبي اسحق قال : رأيت علياً يخطب على المنبر فلم يجلس حتى فرغ ، فان خطب جالساً لعذر استحب أن يفصل بين الخطبتين بسكتة وكذلك إن خطب قائماً فلم يجلس

﴿ مسئلة ﴾ (ويخطب قائماً)

روي عن الامام احمد مايدل على أن القيام في الخطبة واجب وهو مذهب الامام الشافعي . فروى الأثرم قال : سمعت أبا عبدالله يسأل عن الخطبة قاعداً أو يقعد في احدى الخطبتين فلم يعجبه وقال . قال الله تعالى (وتركوك قائما) وكان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب قائما ، فقال له الهيثم ابن خارجة كان عمر بن عبد العزيز يجلس في خطبته فظهر منه انكار ، ووجه ذلك ماروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبته وهو قائم يفصل بينهما بجلوس . متفق عليه ، وروى جابر ابن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائماً ثم يجلس ، ثم يقوم فيخطب قائماً ، فمن نبأك أنه كان يخطب جالساً فقد كذب ، فوالله صليت معه أكثر من ألفي صلاة . رواه مسلم . وقال القاضي : تجزئه الخطبة قاعداً وقد نصّ عليه الامام احمد وهو مذهب أبي حنيفة لانه ذكر ليس من

في موضعين جازت اقامة الجمعة في موضعين منه لان الجمعة حيث تقام الحدود وهذا قول ابن المبارك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لاتجوز الجمعة في بلد واحد في أكثر من موضع واحد لان النبي

شرطه الاستقبال فلم يجب له القيام كالاذان ولان المقصود يحصل بدونه وهذا اختيار أكثر أصحابنا

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتمد على سيف ، أو قوس ، أو عصا)

لما روى الحكم بن حزن قال . وفدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهدنا معه الجمعة فقام متوكئاً على عصا أو قوس فحمد الله وأثنى عليه كلمات خفيفات طيبات مباركات . رواه أبو داود ، فان لم يفعل استحب أن يسكن أطرافه ، إما أن يضع يمينه على شماله أو يرسلهما ساكنتين إلى جنبيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويقصد تلقاء وجهه)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ولان المقصود في التفاته إلى أحد جانبيه الاعراض عن الجانب الآخر ، فان خالف فاستدبر الناس واستقبل القبلة صحت الخطبة لحصول المقصود به كما لو أذن غير مستقبل القبلة . قال ابن عقيل : ويحتمل أن لا يصح لأنه ترك الجهة المشروعة أشبه مالو استدبر القبلة في الصلاة ، ولأن مقصود الخطبة الموعظة وذلك لايتم باستدبار الناس

(فصل) ويستحب للناس أن يستقبلوا الخطيب اذا خطب . قال الأثرم : قلت لابي عبدالله يكون الامام عن يميني متباعداً ، فاذا أردت أن أنحرف اليه حولت وجهي عن القبلة ، فقال نعم تنحرف اليه ، وممن كان يستقبل الامام ابن عمر وأنس وهو قول أكثر العلماء منهم مالك والثوري والشافعي واسحق وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : هذا كالاجماع . وروي عن الحسن أنه استقبل القبلة ولم ينحرف إلى الامام ، وعن سعيد بن المسيب أنه كان لا يستقبل هشام بن اسماعيل اذا خطب فوكل به هشام شرطياً يعطفه اليه ، والاول أولى لما روى عدي بن ثابت عن أبيه عن جده قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قام على المنبر استقبله أصحابه بوجوههم . رواه ابن ماجه ، ولان ذلك أبلغ في اسماعهم فاستحب كاستقباله اياهم

(فصل) ويستحب أن يرفع صوته ليسمع الناس . قال جابر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خطب احمرت عيناه ، وعلا صوته ، واشتد غضبه حتى كأنه منذر جيش يقول « صبحكم مساكم » ويقول « أما بعد فان خير الحديث كتاب الله ، وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم ، وشر الامور محدثاتها ، وكل بدعة ضلالة » رواه مسلم

ويستحب ترتيب الخطبة وهو أن يبدأ بالحمد قبل الموعظة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، ثم يثني على النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم يعظ ، فان عكس ذلك صح لحصول المقصود قال ابن عقيل : ويحتمل أن لايجزئه لانهما فصلان من الذكر يتقدمان الصلاة فلم يصحا منكسين كالأذان والاقامة

صلى الله عليه وسلم لم يكن يجمع الا في مسجد واحد وكذلك الخلفاء بعده ولوجاز لم يعطلوا المساجد حتى قال ابن عمر : لاتقام الجمعة الا في المسجد الاكبر الذي يصلي فيه الامام

ولنا أنها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة فجازت فيما يحتاج اليه من المواضع كصلاة العيد ، وقد

ويستحب أن يكون في خطبته مترسلا مبيناً معربا لايعجل فيها ولا يقطعها ، وأن يكون متخشعاً متعظاً بما يعظ الناس به لانه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « عرض علي قوم تقرض شفاههم بمقاريض من نار فقيل لي هؤلاء خطباء من أمتك يقولون مالا يفعلون

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تقصير الخطبة)

لما روى عمار قال : اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئنة من فقهه فأطيلوا الصلاة وأقصروا الخطبة » رواه مسلم ، وعن جابر بن سمرة قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايطيل الموعظة يوم الجمعة انما هي كلمات يسيرات. رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ ويستحب أن يدعو لنفسه والمسلمين والمسلمات والحاضرين ، وإن دعا لسلطان المسلمين بالصلاح فحسن

وقد روى ضبة بن محصن أن أبا موسى كان اذا خطب فحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم يدعو لعمر . وقال القاضي لايستحب ذلك لان عطاء قال : هو محدث وفعل الصحابة أولى من قول عطاء لان سلطان المسلمين اذا صلح كان فيه صلاح لهم ، ففي الدعاء له دعاء لهم وذلك مستحب غير مكروه

﴿ فصل ﴾ وسئل الامام أحمد رحمه الله عمن قرأ سورة الحج على المنبر أيجزيه ؟ قال لا لم يزل الناس يخطبون بالثناء على الله والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم . فقال لاتكون الخطبة إلا كما خطب النبي صلى الله عليه وسلم أو خطبة تامة ، ولأن هذا لايسمى خطبة ولا يجمع الشروط ، فان قرأ آيات فيها حمد الله تعالى والموعظة وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم صح لاجتماع الشروط

﴿ فصل ﴾ وإن قرأ سجدة في أثناء الخطبة فان شاء نزل فسجد وإن أمكنه السجود على المنبر سجد عليه وان ترك السجود فلا حرج فعله عمر وترك ، بهذا قال الامام الشافعي ونزل عثمان وأبو موسى وعمار والنعمان وعقبة بن عامر وبه قال أصحاب الرأي ، وقال الامام مالك لاينزل لانه تطوع بصلاة فلم يشتغل به في أثناء الخطبة كصلاة ركعتين

ولنا فعل عمر وفعل من سمينا من الصحابة رضي الله عنهم ولأنه سنة وجد سببها في أثناء الخطبة لايطول الفصل بها فاستحب فعلها كحمد الله اذا عطس ، ولا يجب ذلك لما قدمنا من ان سجود التلاوة غير واجب ويفارق صلاة ركعتين لأن سببها لم يوجد في الخطبة ويطول بها الفصل

﴿ فصل ﴾ ويستحب الأذان اذا صعد الامام على المنبر بغير خلاف لانه قد كان يؤذن للنبي

ثبت أن علياً رضي الله عنه كان يخرج يوم العيد الى المصلى ويستخلف على ضعفة الناس أبا مسعود البدري فيصلي بهم ، فأما ترك النبي صلى الله عليه وسلم اقامة جمعتين فلغناهم عن احداهما ولان أصحابه

صلى الله عليه وسلم . قال السائب بن يزيد كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فلما كان زمن عثمان رضي الله عنه وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء رواه البخاري ، فهذا النداء الاوسط هو الذي يتعلق به وجوب السعي وتحريم البيع لقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وهذا النداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزول الآية فتعلقت الاحكام به ، والنداء الاول مستحب في أول الوقت ، سنه عثمان رضي الله عنه وعملت به الأمة بعده وهو للاعلام بالوقت ، والثاني للاعلام بالخطبة ، والثالث للاعلام بقيام الصلاة . وذكر ابن عقيل ان الآذان الذي يوجب السعي ويحرم البيع هو الآذان الاول على المنارة والصحيح الاول

﴿ فصل ﴾ فأما من يكون منزله بعيداً لايدرك الجمعة بالسعي وقت النداء فعليه السعي في الوقت الذي يكون مدركا للجمعة لكونه من ضرورة ادراكها وما لا يتم الواجب إلا به واجب كاستسقاء الماء من البئر للوضوء اذا احتاج اليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يشترط اذن الامام وعنه يشترط)

الصحيح أن اذن الامام الأعظم ليس بشرط في صحة الجمعة وبه قال الامام مالك رحمه الله تعالى والامام الشافعي ، والثانية هو شرط روي ذلك عن الحسن والاوزاعي وحبيب بن أبي ثابت والامام أبي حنيفة لانه لايقيمها إلا الأئمة في كل عصر فكان في ذلك إجماعا

ولنا أن علياً رضي الله عنه صلى الجمعة بالناس وعثمان محصور فلم ينكره أحد، وصوب ذلك عثمان رضي الله عنه ، فروى حميد بن عبد الرحمن عن عبيدالله بن عدي بن الخيار انه دخل على عثمان وهو محصور فقال انه قد نزل بك ماترى وأنت إمام العامة . فقال الصلاة من أحسن مايعمل الناس فاذا أحسنوا فاحسن معهم ! واذا أساؤا فاجتنب اساءتهم أخرجه البخاري والأثرم وهذا لفظه . وقال الامام أحمد رحمه الله تعالى وقعت الفتنة بالشام تسع سنين فكانوا يجمعون ولأنها من فرائض الاعيان فلم يشترط لها اذن الامام ، وما ذكروه إجماعا لايصح فان الناس يقيمون الجماعات في القرى من غير استئذان أحد ، ثم لو صح انه لم يقع إلا ذلك لكان اجماعاً على جواز ما وقع لا على تحريم غيره كالحج يتولاه الأئمة وليس شرطاً فيه ، فان قلنا هو شرط فلم يأذن الامام لم تجز اقامتها وصلوا ظهراً ، وإن أذن في اقامتها ثم عادت بطل اذنه ، فان صلوا ثم بان انه مات قبل صلاتهم فهل تجزيهم صلاتهم على روايتين : أصحهما انها تجزيهم لأن المسلمين في الامصار النائية عن بلد الامام لايعيدون ماصلوا من الجمعات بعد موته ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك عليهم فكان اجماعا ، ولأن وجوب الاعادة يشق لعمومه في

كانوا يرون سماع خطبته وشهود جمعته وان بعدت منازلهم لانه المبلغ عن الله تعالى وشارع الاحكام ولما دعت الحاجة الى ذلك في الامصار صليت في أماكن ولم ينكر فصار اجماعا . وقول ابن عمر يعني أنها لاتقام في المساجد الصغار ويترك الكبير ، وأما اعتبار ذلك باقامة الحدود فلا وجه له . قال

أكثر البلدان ، وإن تعذر اذن الامام لفتنة فقال القاضي ظاهر كلامه صحتها بغير اذن على كلتا الروايتين. فعلى هذا انما يكون الاذن معتبراً عند امكانه ويسقط بتعذره

﴿ فصل ﴾ قال (وصلاة الجمعة ركعتان يجهر فيهما بالقراءة بغير خلاف) . قال ابن المنذر أجمع المسلمون على ان صلاة الجمعة ركعتان ، وجاء الحديث عن عمر انه قال صلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم وقد خاب من افترى رواه الامام أحمد وابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقرأ في الاولى بسورة الجمعة وفي الثانية بالمنافقين)

يستحب أن يقرأ في الجمعة بعد الفاتحة بهاتين السورتين وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور لما روي عن عبد الله بن رافع قال صلى بنا أبو هريرة الجمعة فقرأ سورة الجمعة في الركعة الاولى وفي الركعة الأخرى اذا جاءك المنافقون . فلما قضى أبو هريرة الصلاة أدركته فقلت يا أبا هريرة قرأت سورتين كان علي يقرأ بهما في الكوفة . فقال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بهما في الجمعة رواه مسلم . وإن قرأ في الثانية بالغاشية فحسن ، فان الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا يقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة ؟ قال كان يقرأ (هل أتاك حديث الغاشية) أخرجه مسلم . وإن قرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاشية فحسن ، لأن النعمان بن بشير قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين وفي الجمعة (بسبح اسم ربك الأعلى. وهل أتاك حديث الغاشية) فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين أخرجه مسلم . وقال مالك أما الذي جاء به الحديث هل أتاك حديث الغاشية مع سورة الجمعة والذي أدركت عليه الناس سبح اسم ربك الاعلى وحكي عن أبي بكر عبد العزيز انه يستحب أن يقرأ في الثانية سبح ولعله صار الى ماحكاه مالك انه أدرك عليه الناس ! واتباع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، ومهما قرأ به فجائز حسن إلا أن الاقتداء به عليه الصلاة والسلام أحسن ، ولأن سورة الجمعة تليق بالجمعة لما فيها من ذكرها والأمر بها والحث عليها

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يقرأ في صلاة الصبح يوم الجمعة (آلم السجدة. وهل أتى على الانسان) نصَّ عليه لما روى ابن عباس وأبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر يوم الجمعة (آلم تنزيل وهل أتى على الانسان حين من الدهر) رواه مسلم . قال أحمد لا أحب المداومة عليها لئلا يظن الناس انها مفضلة بسجدة ، ويحتمل أن يستحب لان لفظ الخبر يدل عليه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا عمل عملا أثبته

أبو داود سمعت احمد يقول : أي حد كان يقام بالمدينة، قدمها مصعب بن عمير وهم مختبئون في دار فجمع بهم وهم أربعون

﴿ فصل ﴾ فأما مع عدم الحاجة فلا يجوز في أكثر من واحد وإن حصل الغنى باثنين لم تجز الثالثة وكذلك ما زاد لا نعلم في هذا مخالفاً الا أن عطاء قيل له إن أهل البصرة لا يسعهم المسجد الاكبر قال لكل قوم مسجد يجمعون فيه ويجزى ذلك من التجميع في المسجد الأكبر وما عليه الجمهور أولى ، إذ لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه انهم جمعوا أكثر من جمعة ، إذ لم تدع الحاجة الى ذلك ، ولا يجوز إثبات الاحكام بالتحكم بغير دليل ، فان صلوا جمعتين في مصر واحد

﴿ مسألة ﴾ (وتجوز اقامة الجمعة في موضعين من البلد للحاجة ولا يجوز مع عدمها)

وجملة ذلك أن البلد اذا كان كبيراً يشق على أهله الاجتماع في مسجد واحد ويتعذر ذلك لتباعد أقطاره أو ضيق مسجده على أهله كبغداد ونحوها جازت اقامة الجمعة في أكثر من موضع على قدر مايحتاجون اليه وهذا قول عطاء وأجازه أبو يوسف في بغداد دون غيرها ، قال لان الحدود تقام فيها في موضعين والجمعة حيث تقام الحدود ، ومقتضى قوله انه لو وجد بلد آخر تقام فيه الحدود في موضعين كان مثل بغداد لان الجمعة حيث تقام الحدود وهذا قول ابن المبارك . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا تجوز الجمعة في بلد واحد في أكثر من موضع واحد ، وروي أيضاً عن أحمد مثل ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يجمع إلا في مسجد واحد وكذلك الخلفاء بعده ، ولو جاز لم يعطلوا المساجد حتى قال ابن عمر لا تقام الجمعة إلا في المسجد الاكبر الذي يصلي فيه الامام

ولنا انها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة فجازت فيما يحتاج اليه من المواضع كصلاة العيد . وقد ثبت أن علياً رضي الله عنه كان يخرج يوم العيد الى المصلى ويستخلف على ضعفة الناس أبا مسعود البدري فيصلي بهم . فأما ترك النبي صلى الله عليه وسلم اقامة جمعتين فلغناهم عن احداهما ولأن الصحابة كانوا يؤثرون سماع خطبته وشهود جمعته وإن بعدت منازلهم لانه المبلغ عن الله تعالى وشارع الاحكام ولما دعت الحاجة الى ذلك في الأمصار صليت في أماكن ولم ينكر فصار اجماعا وقول ابن عمر معناه انها لا تترك في المساجد الكبار وتقام في الصغار ، وأما اعتبار ذلك باقامة الحدود فلا وجه له، قال أبو داود سمعت أحمد يقول أي حد كان يقام بالمدينة قدمها مصعب بن عمير وهم يختبئون في دار فجمع بهم وهم أربعون

﴿ فصل ﴾ فأما مع عدم الحاجة فلا يجوز أكثر من واحدة ، وان حصل الغنى باثنتين لم تجز الثالثة ، وكذلك مازاد لا نعلم في هذا مخالفا إلا أن عطاء قيل له إن أهل البصرة يسعهم المسجد الاكبر قال لكل قوم مسجد يجمعون فيه ويجزى ذلك من التجميع في المسجد الاكبر وما عليه الجمهور أولى اذ لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه انهم جمعوا أكثر من جمعة اذ لم تدع الحاجة الى ذلك ، ولا يجوز اثبات الاحكام بالتحكم بغير دليل

من غير حاجة واحداهما جمعة الامام فهي صحيحة تقدمت أو تأخرت والاخرى باطلة لان في الحكم ببطلان جمعة الامام افتياتا عليه وتفويتاله الجمعة ولمن يصلي معه ويفضي الى انه متى شاء أربعون أن يقصدوا صلاة أهل البلد أمكنهم ذلك بأن يجتمعوا في موضع ويسبقوا أهل البلد بصلاة الجمعة . وقيل السابقة هي الصحيحة لأنها لم يتقدمها مايفسدها ولا تفسد بعد صحتها بما بعدها والاولى أصح لماذكرنا وإن كانت إحداهما في المسجد الجامع والاخرى في مكان صغير لا يسع المصلين أو لا يمكنهم الصلاة فيه لاختصاص السلطان وجنده به أو غير ذلك أو كان أحدهما في قصبة البلد والآخر في أقصى المدينة كان من وجدت فيه هذه المعاني صلاتهم صحيحة دون الاخرى وهذا قول مالك فانه قال لا أرى الجمعة الا لأهل القصبة وذلك لان لهذه المعاني مزية تقتضي التقديم فقدم بها كجمعة الامام. ويحتمل أن تصح السابقة منهما دون الاخرى لأن اذن الامام آكد ولذلك اشترط في إحدى الروايتين وإن لم يكن لاحداهما مزية لكونهما جميعاً مأذونا فيهما أو غير مأذون في واحدة منهما وتساوى المكانان في إمكان اقامة الجمعة في كل واحد منهما فالسابقة هي الصحيحة لانها وقعت بشروطها ولم يزاحمها مايبطلها ولا سبقها مايغني عنها والثانية باطلة لكونها واقعة في مصر أقيمت فيه جمعة صحيحة تغني عما سواها ويعتبر السبق بالاحرام لأنه متى احرم باحداهما حرم الاحرام بغيرها للغنى عنها فان

﴿ مسئلة ﴾ (فان فعلوا فجمعة الامام هي الصحيحة)

متى صلوا جمعتين في بلد لغير حاجة واحداهما جمعة الامام فهى الصحيحة تقدمت أو تأخرت لأن في الحكم ببطلان جمعة الامام افتئاتا عليه وتفويتاً له الجمعة ولمن يصلي معه ويفضي الى انه متى شاء أربعون أن يفسدوا صلاة أهل البلد أمكنهم ذلك بأن يسبقوا أهل البلد بصلاة الجمعة ، وقيل السابقة هي الصحيحة لانها لم يتقدمها مايفسدها ولا تفسد بعد صحتها بما بعدها والاول أصح ، وكذلك إن كانت احداهما في المسجد الجامع والاخرى في مكان صغير لايسع المصلين أو لايمكنهم الصلاة فيه لاختصاص السلطان وجنده به أو غير ذلك أو كانت إحداهما فى قصبة والاخرى أقصى المدينة فما وجدت فيه هذه المعاني الصلاة فيه صحيحة دون الأخرى وهذا قول مالك فانه قال لا أرى الجمعة إلا لأهل القصبة وذلك لأن لهذه المعاني مزية تقتضي التقديم فيقدم بها كجمعة الامام ، ويحتمل أن تصح السابقة لأن إذن الامام شرط في احدى الروايتين فكانت آكد من غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (فان استويا فالثانية باطلة وإن لم يكن لاحداهما مزية على الأخرى لكونهما جميعاً مأذونا فيهما أو غير مأذون)

ولو تساوى المكانان فالسابقة هي الصحيحة لانها وقعت بشروطها ولم يزاحمها ما يبطلها ولا سبقها مايغني عنها ، والثانية باطلة لكونها واقعة في مصر أقيمت فيه جمعة صحيحة تغني عمن سواها ، ويعتبر السبق بالاحرام لانه متى أحرم باحداهما حرم الاحرام بالأخرى للغنى عنها

وقع الاحرام بهما معاً فهما باطلتان معا لانه لا يمكن صحتهما معاً وليست إحداهما بالفساد أولى من الاخرى فبطلتا كالمتزوج أختين أو اذا زوج الوليان رجلين وان لم تعلم الاولى منهما أو لم يعلم كيفية وقوعهما بطلتا أيضا لأن احداهما باطلة ولم تعلم بعينها وليست احداهما بالابطال أولى من الاخرى فبطلتا كالمسئلتين ثم إن علمنا فساد الجمعتين لوقوعهما معاً وجب اعادة الجمعة ان أمكن ذلك لبقاء الوقت لأنه مصر ماأقيمت فيه جمعة صحيحة والوقت متسع لاقامتها فلزمتهم كما لو لم يصلوا شيئاً وان تيقنا صحة احداهما لا بعينها فليس لهم أن يصلوا الا ظهراً لانه مصر تيقنا سقوط فرض الجمعة فيه بالاولى منهما فلم يجز اقامة الجمعة فيه كما لو علمناها. وقال القاضي يحتمل ان لهم اقامة جمعة أخرى لاننا حكمنا بفسادهما معا فكأن المصر ما صليت فيه جمعة صحيحة والصحيح الاول لان الصحيحة لم تفسد وانما لم يمكن اثبات حكم الصحة لها بعينها لجهلها فيصير هذا كما لو زوج الوليان أحدهما قبل الآخر وجهل السابق منهما فانه لا يثبت حكم الصحة بالنسبة الى واحد بعينه وثبت حكم النكاح في حق المرأة بحيث لا يحل لها أن تنكح زوجا آخر فأما ان جهلنا كيفية وقوعهما فالاولى ان لا يجوز اقامة الجمعة ايضا لان الظاهر صحة احداهما لأن وقوعهما معا بحيث لا يسبق احرام أحداهما الاخرى بعيد جداً وما كان في غاية الندرة فحكمه حكم المعدوم ولاننا شككنا في شرط اقامة الجمعة فلم يجز اقامتها مع الشك في شرطها ويحتمل أن لهم اقامتها لأننا لم نتيقن المانع من صحتها والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ (فان وقعتا معاً أو جهلت الأولى بطلتا معاً)

متى وقع الاحرام بهما معاً مع تساويهما فهما باطلتان لانه لم يمكن صحتهما معاً وليست احداهما أولى بالفساد من الاخرى كالمتزوج أختين ، وإن لم تعلم الاولى منهما أو لم يعلم كيفية وقوعهما بطلت أيضاً لأن احداهما باطلة ولم يعلم عينها ، وليست احداهما بالابطال أولى من الأخرى فهي كالتي قبلها ثم ننظر فان علمنا فساد الجمعتين لوقوعهما معاً وجبت اعادة الجمعة إن أمكن ذلك لانه مصر ما أقيمت فيه جمعة صحيحة والوقت متسع لاقامتها أشبه مالو لم يصلوا شيئاً ، وان علمنا صحة احداهما لا بعينها فليس لهم ان يصلوا إلا ظهراً لأن هذا مصر تيقنا سقوط الجمعة فيه بالأولى فلم تجز اقامة الجمعة فيه كما لو علمت ، وقال القاضي يحتمل أن لهم اقامة الجمعة لأنا حكمنا بفسادهما معاً فكأن المصر ما صليت فيه جمعة صحيحة ، والصحيح الاول لأن الاولى لم تفسد وانما لم يمكن اثبات حكم الصحة لها بعينها للجهل فيصير هذا كما لو زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه لا يثبت حكم الصحة بالنسبة الى واحد بعينه ، ويثبت حكم النكاح في حق المرأة بحيث لا يحل لها أن تنكح زوجا آخر ، فان جهلنا كيفية وقوعهما فالأولى أن لا يجوز اقامة الجمعة أيضاً لأن وقوعهما معاً بحيث لا تسبق احداهما الأخرى بعيد جداً وما كان في غاية الندور فحكمه حكم المعدوم ، ويحتمل ان لهم اقامتها لاننا لم نتيقن المانع من صحتها والاول أولى

﴿ فصل ﴾ وان أحرم بالجمعة فتبين في أثناء الصلاة أن الجمعة قد أقيمت في المصر بطلت الجمعة ولزمهم استئناف الظهر لاننا تبينا انه أحرم بها في وقت لايجوز الاحرام بالجمعة فلا تصح فأشبه مالو تبين انه أحرم بها بعد دخول وقت العصر .وقال القاضي يستحب أن يستأنف ظهراً وهذا من قوله يدل على أن له اتمامها ظهراً قياساً على المسبوق الذي أدرك دون الركعة وكما لو أحرم بالجمعة فانفض العدد قبل اتمامها والفرق ظاهر فان هذا احرم بها في وقت لاتصح الجمعة فيه ولا يجوز الاحرام بها والأصل الذي قاس عليه بخلاف هذا

﴿ فصل ﴾ واذا كانت قرية الى جانب مصر يسمعون النداء منه فأقاموا جمعة فيها لم تبطل جمعة أهل المصر لأنهم في غير المصر ولان لجمعة المصر مزية بكونها فيه.ولو كان مصران متقاربان يسمع أهل كل مصر نداء المصر الآخر كأهل مصر والقاهرة[1] لم تبطل جمعة احدهما بجمعة الآخر وكذلك القريتان المتقاربتان لان لكل قوم منهم حكم أنفسهم بدليل أن جمعة أحد الفريقين لا يتم عددها بالفريق الآخر ولا تلزمهم الجمعة بكمال العدة بالفريق الآخر وانما يلزمهم السعي اذا لم يكن لهم جمعة فهم كأهل المحلة القريبة من المصر

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا جمعة على مسافر ولا عبد ولا امرأة ﴾

وعن أبي عبد الله رحمه الله في العبد روايتان احداهما أن الجمعة عليه واجبة والرواية الاخرى ليست عليه بواجبة أما المرأة فلا خلاف في أنها لا جمعة عليها قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا جمعة على النساء ولأن المرأة ليست من أهل الحضور في مجامع الرجال ولذلك لاتجب عليها جماعة. وأما المسافر فأكثر أهل العلم يرون انه لا جمعة عليه كذلك قاله مالك في أهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وإسحق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي.وحكي عن الزهري والنخعي انها تجب عليه لان الجماعة تجب عليه فالجمعة أولى

(١) كان اسم مصر يطلق على الفسطاط وما صار يسمى مصر القديمة . وكانت القاهرة التي بناها الفاطميون منفصلة عنها ثم اتصلت فهما الآن مدينة واحدة

﴿ فصل ﴾ فان أحرم بالجمعة فتبين في أثناء الصلاة ان الجمعة قد أقيمت في المصر بطلت الجمعة ولزمهم استئناف الظهر لأ ننا تبينا انه أحرم بها في وقت لايجوز الاحرام بها ولا يصح أشبه مالو أحرم بها في وقت العصر . وقال القاضي يستحب أن يستأنف ظهراً وهذا من قوله يدل على أن له اتمامها ظهراً كالمسبوق بأكثر من ركعة وكما لو أحرم بالجمعة فنقص العدد قبل الركعة والفرق ظاهر فان هذا أحرم بها في وقت لاتصح فيه الجمعة ولا يجوز الاحرام بها بخلاف الأصل المقيس عليه

﴿ فصل ﴾ واذا كانت قرية الى جانب مصر يسمعون النداء منه أو كان مصران متقاربان يسمع كل منهم نداء المصر الآخر لم تبطل جمعة احدهما بجمعة الآخر ، وكذلك القريتان المتقاربتان لان لكل قوم منهم حكم أنفسهم بدليل ان جمعة أحد القريتين لا يتم عددها بالفريق الآخر ولا تلزمهم الجمعة بكمال العدد بهم وانما يلزمهم السعي اذا لم يكن لهم جمعة فهم كأهل المحلة القريبة من المصر

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وقع العيد يوم الجمعة فاجتزىء بالعيد عن الجمعة وصلوا ظهراً جاز إلا للامام)

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر فلا يصلي الجمعة في سفره وكان في حجة الوداع بعرفة يوم جمعة فصلى الظهر والعصر جمع بينهما ولم يصل جمعة ؛ والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يسافرون في الحج وغيره فلم يصل أحد منهم الجمعة في سفره ، وكذلك غيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وقد قال ابراهيم كانوا يقيمون بالري السنة وأكثر من ذلك وبسجستان السنين لايجمعون ولا يشرقون ، وعن الحسن عن عبدالرحمن بن سمرة قال أقمت معه سنين بكابل يقصر الصلاة ولا يجمع رواهما سعيد ، وأقام أنس بنيسابور سنة أو سنتين فكان لايجمع ذكره ابن المنذر وهذا إجماع مع السنة الثابتة فيه فلا يسوغ مخالفته

(فصل) فأما العبد ففيه روايتان إحداهما لاتجب عليه الجمعة وهو قول من سمينا في حق المسافر والثانية تجب عليه ولا يذهب من غير إذن سيده نقلها المروزي واختارها أبو بكر وبذلك قالت طائفة إلا أن له تركها اذا منعه السيد، واحتجوا بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) ولأن الجماعة تجب عليه والجمعة آكد منها فتكون أولى بالوجوب وحكي عن الحسن وقتادة انها تجب على العبد الذي يؤدي الضريبة لأن حقه عليه قد تحول الى المال فأشبه من عليه الدين

ولنا ماروى طارق بن شهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجمعة حق واجب على كل مسلم إلا أربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض » رواه أبوداود وقال: طارق رأى النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه وهو من أصحابه ، وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة يوم الجمعة إلا مريضاً أو مسافراً أو امرأة أو صبياً أو مملوكا » رواه الدارقطني . وعن تميم الداري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول « الجمعة واجبة إلا على خمسة امرأة أو صبي أو مريض أو مسافر أو عبد » رواه رجاء بن مرجاء الغفاري

وقد قيل في وجوبها على الامام روايتان وممن قال بسقوطها الشعبي والنخعي والاوزاعي وقد قيل انه مذهب عمر وعثمان وعلي وسعيد وابن عمر وابن عباس وابن الزبير ، وقال أكثر الفقهاء لاتسقط الجمعة لعموم الآية والاخبار الدالة على وجوبها ولانهما صلاتان واجبتان فلم تسقط احداهما بالأخرى كالظهر مع العيد

ولنا ماروي أن معاوية سأل زيد بن أرقم هل شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عيدين اجتمعا في يوم ؟ قال نعم . قال فكيف صنع ؟ قال صلى العيد ثم رخص في الجمعة فقال « من شاء أن يصلي فليصل » رواه أبو داود ، وفي لفظ للامام أحمد من شاء أن يجمع فليجمع . وعن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان فمن شاء أجزأه من الجمعة وإنا مجمعون » رواه ابن ماجه ولأن الجمعة انما زادت على الظهر بالخطبة وقد حصل سماعها في العيد

في سننه ولأن الجمعة يجب السعي اليها من مكان بعيد فلم تجب عليه كالحج والجهاد ولانه مملوك المنفعة محبوس على السيد أشبه المحبوس بالدين ولانها لو وجبت عليه لجاز له المضي اليها من غير إذن سيده ولم يكن لسيده منعه منها كسائر الفرائض والآية مخصوصة بذوى الاعذار وهذا منهم

(فصل) والمكاتب والمدبر حكمهما في ذلك حكم القن لبقاء الرق فيهما ، وكذلك من بعضه حر فان حق سيده متعلق به وكذلك لاتجب عليه شيء مما يسقط عن العبد

(فصل) اذا أجمع المسافر اقامة تمنع القصر ولم يرد استيطان البلد كطلب العلم أو الرباط أو التاجر الذي يقيم لبيع متاعه أو مشترى شيء لاينجز إلا في مدة طويلة ففيه وجهان : أحدهما تلزمه الجمعة لعموم الآية ودلالة الاخبار التي رويناها فان النبي صلى الله عليه وسلم أوجبها إلا على الخمسة الذين استثناهم وليس هذا منهم ، والثاني لاتجب عليه لانه ليس بمستوطن والاستيطان من شرط الوجوب ولانه لم ينو الاقامة في هذا البلد على الدوام فأشبه أهل القرية الذين يسكنونها صيفاً ويظعنون عنها شتاء ولانهم كانوا يقيمون السنة والسنتين لايجمعون ولا يشرقون أي لايصلون جمعة ولا عيداً فان قلنا تجب الجمعة عليه فالظاهر انها لاتنعقد به لعدم الاستيطان الذي هو من شرط الانعقاد

(فصل) ولا تجب الجمعة علي من في طريقه اليها مطر يبل الثياب أو وحل يشق المشي اليها فيه وحكي عن مالك انه كان لايجعل المطر عذراً في التخلف عنها

ولنا ماروي عن ابن عباس انه أمر مؤذنه في يوم جمعة في يوم مطير اذا قلت أشهد أن محمداً رسول الله فلا تقل حي على الصلاة قل صلوا في بيوتكم قال فكأن الناس استنكروا ذلك . فقال أتعجبون من ذا ؟ فعل ذا من هو خير مني ان الجمعة عزمة وإني كرهت أن أخرجكم اليها فتمشوا في الطين والدحض. أخرجه مسلم ولانه عذر في الجماعة فكان عذراً في الجمعة كالمرض ، وتسقط الجمعة بكل عذر يسقط الجماعة ، وقد ذكرنا الاعذار في آخر صفة الصلاة وانما ذكرنا المطر هاهنا لوقوع الخلاف فيه

فأجزأ عن سماعها ثانياً ونصوصهم مخصوصة بما رويناه وقياسهم منقوض بالظهر مع الجمعة . فأما الامام فلا تسقط عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإنا مجمعون » ولانه لو تركها لامتنع فعل الجمعة في حق من تجب عليه ومن يريدها ممن سقطت عنه ولا كذلك غير الامام

﴿ فصل ﴾ فان قدم الجمعة فصلاها في وقت العيد فقد روي عن أحمد قال تجزي الاولى منهما فعلى هذا تجزيه عن العيد والظهر ولا يلزمه شيء الا العصر عند من يجوز فعل الجمعة في وقت العيد لما روى ابو داود باسناده عن عطاء قال اجتمع يوم جمعة ويوم فطر على عهد ابن الزبير فقال : عيدان قد اجتمعا في يوم واحد فجمعها وصلاهما ركعتين بكرة . ولم يزد عليها حتى صلى العصر . فيروى أن فعله بلغ ابن عباس فقال أصاب السنة . قال الخطابي وهذا لايجوز أن يحمل إلا على قول من يذهب الى تقديم الجمعة قبل الزوال ، فعلى هذا يكون ابن الزبير قد صلى الجمعة فسقط

(فصل) تجب الجمعة على الأعمى وقال أبوحنيفة لاتجب عليه . ولنا عموم الآية والاخبار وقوله «الجمعة واجبة إلا على أربعة» وما ذكرنا في وجوب الجماعة عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان حضروها اجزأتهم يعني تجزيهم الجمعة عن الظهر ولا نعلم في هذا خلافا)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا جمعة على النساء وأجمعوا على أنهن اذا حضرن فصلين الجمعة أن ذلك يجزي عنهن لان اسقاط الجمعة للتخفيف عنهن فاذا تحملوا المشقة وصلوا أجزأهم[1] كالمريض

(فصل) والأفضل للمسافر حضور الجمعة لانها أكمل. فأما العبد فان أذن له سيده في حضورها فهو أفضل لينال فضل الجمعة وثوابها ويخرج من الخلاف ، وإن منعه سيده لم يكن له حضورها إلا أن تقول بوجوبها عليه ، وأما المرأة فان كانت مسنة فلا بأس بحضورها وإن كانت شابة جاز حضورها. وصلاتها في بيوتها خير لها كما روي في الخبر «وبيوتهن خير لهن » وقال أبو عمرو الشيباني رأيت ابن مسعود يخرج النساء من الجامع يوم الجمعة يقول: اخرجن الى بيوتكن خير لكن

(فصل) ولا تنعقد الجمعة بأحد من هؤلاء ولا يصح أن يكون إماماً فيها ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز أن يكون العبد والمسافر إماماً فيها ووافقهم مالك في المسافر. وحكي عن أبي حنيفة ان الجمعة تصح بالعبيد والمسافرين لانهم رجال تصح منهم الجمعة

ولنا انهم من غير أهل فرض الجمعة فلم تنعقد الجمعة بهم ولم يجز أن يؤموا فيها كالنساء والصبيان ولأن الجمعة انما تنعقد بهم تبعا لمن انعقدت به فلو انعقدت بهم أو كانوا أئمة فيها صار التبع متبوعا وعليه يخرج الحر المقيم[2] ولأن الجمعة لو انعقدت بهم لانعقدت بهم منفردين كالأحرار المقيمين وقياسهم منتقض بالنساء والصبيان

(١) كذا والصواب تحملن وصلين وأجزأهن فهو تحريف من النساخ غالبا

(٢) هذه الجملة ساقطة من النسخة الازهرية

العيد والظهر ولأن الجمعة اذا سقطت بالعيد مع تأكدها فالعيد أولى أن يسقط بها ، أما اذا قدم العيد فلا بد من صلاة الظهر في وقتها اذا لم يصل الجمعة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل السنة بعد الجمعة ركعتان وأكثرها ست ركعات)

روي عن أحمد انه قال ان شاء صلى ركعتين وان شاء صلى أربعا ، وفي رواية فان شاء صلى ستاً فأيما فعل من ذلك فهو حسن وكان ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي يرون أن يصلي بعدها أربعا لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم مصلياً بعد الجمعة فليصل بعدها أربعا » رواه مسلم ، وعن علي رضي الله عنه وأبي موسى وعطاء والثوري انه يصلي ستاً لما روي عن ابن عمر انه كان اذا كان بمكة فصلى الجمعة تقدم فصلى ركعتين ثم تقدم فصلى أربعا

(فصل) فأما المريض ومن حبسه العذر من المطر والخوف فاذا تكلف حضورها وجبت عليه وانعقدت به ، ويصح أن يكون إماما فيها لأن سقوطها عنهم انما كان لمشقة السعي فاذا تكلفوا وحصلوا في الجامع زالت المشقة فوجبت عليهم كغير أهل الاعذار

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن صلى الظهر يوم الجمعة ممن عليه حضور الجمعة قبل صلاة الامام اعادها بعد صلاته ظهرا)

يعني من وجبت عليه الجمعة اذا صلى الظهر قبل أن يصلي الامام الجمعة لم يصح ويلزمه السعي الى الجمعة إن ظن انه يدركها لانها المفروضة عليه فان أدركها معه صلاها وإن فاتته فعليه صلاة الظهر ، وإن ظن انه لايدركها انتظر حتى يتيقن ان الامام قد صلى ثم يصلي الظهر وهذا قول مالك والثوري والشافعي في الجديد ، وقال أبوحنيفة والشافعي في القديم تصح ظهره قبل صلاة الامام لأن الظهر فرض الوقت بدليل سائر الايام وانما الجمعة بدل عنها وقائمة مقامها ولهذا اذا تعذرت الجمعة صلى ظهراً ، فمن صلى الظهر فقد أتى بالأصل فأجزأه كسائر الايام ، وقال أبوحنيفة ويلزم السعي الى الجمعة فان سعى بطلت ظهره وإن لم يسع أجزأته

ولنا انه صلى مالم يخاطب به وترك ماخوطب به فلم تصح كما لو صلى العصر مكان الظهر . ولانزاع في انه مخاطب بالجمعة فسقطت عنه الظهر كما لو كان بعيداً وقد دل عليه النص والاجماع ، ولاخلاف في انه يأثم بتركها وترك السعي اليها ويلزم من ذلك أن لا يخاطب بالظهر لأنه لايخاطب في الوقت بصلاتين ولانه يأثم بترك الجمعة وإن صلى الظهر ولا يأثم بفعل الجمعة وترك الظهر بالاجماع ، والواجب مايأثم بتركه دون مالم يأثم به . وقولهم إن الظهر فرض الوقت لايصح لانها لو كانت الاصل لوجب عليه فعلها وأثم بتركها ولم تجزه صلاة الجمعة مع امكانها فان البدل لايصار اليه إلا عند تعذر المبدل بدليل سائر الابدال مع مبدلاتها

ووجه قولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك كله بما روينا من الاخبار ، وروي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الجمعة ركعتين متفق عليه، وفي لفظ وكان لايصلي في المسجد حتى ينصرف فيصلي ركعتين في بيته ، وهذا يدل على انه مهما فعل من ذلك كان حسنا. وقدقال أحمد فى رواية عبد الله ولو صلى مع الامام ثم لم يصل شيئا حتى صلى العصر كان جائزاً فقد فعله عمران بن حصين

﴿ فصل ﴾ فأما الصلاة قبل الجمعة فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يركع قبل الجمعة أربعا أخرجه ابن ماجه[1] وروي عن عمرو بن سعيد بن العاص عن أبيه قال كنت أبقي[2] أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا زالت الشمس قاموا فصلوا أربعا ، وعن عبدالله بن مسعود انه كان يصلي قبل الجمعة أربع ركعات رواه سعيد

«١» لكن قال في الزوائد ان حديثه هذا مسلسل بالضعفاء ، وذكر منهم بشر ابن عبيد وقال انه كذاب والآثار الواردة في ذلك صريحة في أنها قبل الزوال فلا تعد سنة قبلية للجمعة

«٢» أي أنتظر يقال فيه أبقي مثل أرمي ، وأبقى مثل أعطى ، لان ماضيه يستعمل ثلاثيا ورباعيا ، ذكره الجوهري اهـ . من هامش المغني المخطوط

ولان الظهر لو صحت لم تبطل بالسعي الى غيرها كسائر الصلوات الصحيحة ولأن الصلاة اذا صحت برئت الذمة منها وأسقطت الفرض عمن صلاها فلا يجوز اشتغالها بها بعد ذلك ، ولأن الصلاة اذا فرغ منها لم تبطل بشيء من مبطلاتها فكيف تبطل بما ليس من مبطلاتها ولا ورد الشرع به . فأما اذا فاتته الجمعة فانه يصير الى الظهر لأن الجمعة لايمكن قضاؤها لانها لاتصح إلا بشروطها ولا يوجد ذلك في قضائها فتعين المصير الى الظهر عند عدمها وهذا حال البدل

(فصل) فان صلى الظهر ثم شك هل صلى قبل صلاة الامام أو بعدها لزمه اعادتها لأن الاصل بقاء الصلاة في ذمته فلا يبرأ منها إلا بيقين ولانه صلاها مع الشك في شرطها فلم تصح كما لو صلاها مع الشك في طهارتها ، وان صلاها مع صلاة الامام لم تصح لانه صلاها قبل فراغ الامام منها أشبه مالو صلاها قبله في وقت يعلم انه لايدركها

(فصل) فأما من لاتجب عليه الجمعة كالمسافر والعبد والمرأة والمريض وسائر المعذورين فله أن يصلي الظهر قبل صلاة الامام في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو بكر عبد العزيز لاتصح صلاته قبل الامام لانه لايتيقن بقاء العذر فلم تصح صلاته كغير المعذور

ولنا انه لم يخاطب بالجمعة فصحت منه الظهر كما لو كان بعيداً من موضع الجمعة ، وقوله لايتيقن بقاء العذر قلنا أما المرأة فمعلوم بقاء عذرها وأما غيرها فالظاهر بقاء عذره ، والاصل استمراره فأشبه المتيمم اذا صلى في أول الوقت والمريض اذا صلى جالسا . اذا ثبت هذا فانه ان صلاها ثم سعى الى الجمعة لم تبطل ظهره وكانت الجمعة نفلا فى حقه سواء زال عذره أو لم يزل ، وقال أبوحنيفة تبطل ظهره بالسعي اليها كالتي قبلها

ولنا ماروى أبو العالية قال سألت عبد الله بن الصامت فقلت نصلي يوم الجمعة خلف أمراء فيؤخرون الصلاة فقال سألت أبا ذر عن ذلك فقال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال

﴿ فصل ﴾ ويستحب لمن أراد الركوع بعد الجمعة أن يفصل بينها و بينه بكلام أو انتقال من مكانه أو خروج لما روى السائب عن يزيد قال صليت مع معاوية الجمعة في المقصورة فلما سلم الامام قمت في مقامي فصليت فلما دخل أرسل الي فقال لاتعد لما فعلت اذا صليت الجمعة فلا تصلها بصلاة حتى تتكلم أو تخرج فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك أن لانوصل صلاة حتى نتكلم أو نخرج . أخرجه مسلم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويستحب أن يغتسل للجمعة في يومها والأفضل فعله عند مضيه اليها)

لاخلاف فى استحباب غسل الجمعة وفيه أحاديث صحيحة منها ماروى سلمان الفارسي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايغتسل رجل يوم الجمعة ويتطهر ما استطاع من طهر ويدهن من دهنه، أو يمس من طيب بيته ثم يخرج فلا يفرق بين اثنين ثم يصلي ما كتب له ثم ينصت اذا تكلم

« صلوا الصلاة لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » وفي لفظ « فاذا أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة » ولانها صلاة صحيحة أسقطت فرضه وأبرأت ذمته فأشبهت مالو صلى الظهر منفرداً ثم سعى الى الجماعة ، والأفضل أن لا يصلوا إلا بعد صلاة الامام ليخرجوا من الخلاف ولانه يحتمل زوال اعذارهم فيدركون الجمعة

(فصل) ولا يكره لمن فاتته الجمعة أو لم يكن من أهل فرضها أن يصلي الظهر في جماعة اذا أمن أن ينسب الى مخالفة الامام والرغبة عن الصلاة معه أو انه يرى الاعادة اذا صلى معه ، فعل ذلك ابن مسعود وأبوذر والحسن بن عبيدالله واياس بن معاوية وهو قول الاعمش والشافعي وإسحق وكرهه الحسن وأبو قلابة ومالك وأبو حنيفة لأن زمن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخل من معذورين فلم ينقل انهم صلوا جماعة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة » وروي عن ابن مسعود انه فاتته الجمعة فصلى بعلقمة والأسود. واحتج به أحمد وفعله من ذكرنا من قبل ومطرف وابراهيم ، قال أبو عبد الله ما أعجب الناس ينكرون هذا ، فأما زمن النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينقل الينا انه اجتمع جماعة معذورون يحتاجون الى اقامة الجماعة. اذا ثبت هذا فانه لا يستحب اعادتها جماعة في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ولا في مسجد تكره اعادة الجماعة فيه وتكره أيضاً في المسجد الذي أقيمت فيه الجمعة لانه يفضي الى النسبة الى الرغبة عن الجمعة أو انه لا يرى الصلاة خلف الامام أو يعيد الصلاة معه فيه ، وفيه افتيات على الامام وربما أفضى الى فتنة أو لحرق ضرر به وبغيره وانما يصليها في منزله أو موضع لا تحصل هذه المفسدة بصلاتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب لمن أتى الجمعة أن يغتسل ويلبس ثوبين نظيفين ويتطيب)

لا خلاف في استحباب ذلك وفيه آثار كثيرة صحيحة منها ماروى سلمان الفارسي قال : قال رسول الله صل الله عليه وسلم « لا يغتسل رجل يوم الجمعة ويتطهر ما استطاع من طهر ويدهن من

الامام إلا غفر له مابينه وبين الجمعة الأخرى » رواه البخاري. ومنها قوله عليه السلام « غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم » وقوله « من أتى منكم الجمعة فليغتسل » متفق عليهما ، وليس الغسل واجبا في قول أكثر أهل العلم . قال الترمذي العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وحكاه ابن عبدالبر إجماعا ، وعن أحمد انه واجب روي ذلك عن أبي هريرة وعمرو بن سليم. وقاول عمار بن ياسر رجلا فقال : أنا اذاً أشر ممن لا يغتسل يوم الجمعة ، ووجهه ماذكرنا من النصوص

ولنا ماروى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل » رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن ، وعن أبي هريرة قال

دهنه ، أو يمس من طيب بيتـه ثم يخرج فلا يفرق بين اثنين ثم يصلي ماكتب له ثم ينصت اذا تكلم الامام إلا غفر له مابينه وبين الجمعة الأخرى » رواه البخاري ، وليس ذلك بواجب في قول أكثر أهل العلم . قال الترمذي العمل على هـذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم، وهو قول الاوزاعي والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي : وقيل ان هذا اجماع ، قال ابن عبد البر أجمع علماء المسلمين قديما وحديثاً على ان غسل الجمعة ليس بفرض واجب وحكى عن أحمد رواية أخرى انه واجب ، وروي ذلك عن أبي هريرة وعمرو بن سليم وقاول عمار ابن ياسر رجلا فقال عمار أنا اذاً شر ممن لايغتسل يوم الجمعة ، ووجهه قول النبي صلى الله عليه وسلم « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » وقوله عليه السلام « من أتى منكم الجمعة فليغتسل » وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « حق على كل مسلم أن يغتسل في كل سبعة أيام يوما يغسل رأسه وجسده » متفق عليهن

ولنا ماروى سمرة بن جندب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ، ومن اغتسل فالغسل أفضل » رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن ، وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « من توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى الجمعة فاستمع وأنصت غفر له مابينه وبين الجمعة وزيادة ثلاثة أيام ومن مس الحصى فقد لغا » متفق عليه ، وأيضاً فانه اجماع حيث قال عمر لعثمان أية ساعة هذه ؟ فقال اني شغلت اليوم فلم أنقلب الى أهلي حتى سمعت النداء فلم أزد على الوضوء . فقال له عمر: والوضوء أيضاً وقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر بالغسل؟ ولو كان واجباً لرده ، ولم يخف على عثمان وعلى من حضر من الصحابة ، وحديثهم محمول على تأكيد الندب ولذلك ذكر في سياقه «وسواك وأن يمس طيبا» كذلك رواه مسلم ، والسواك ومس الطيب لايجب ولما ذكرنا من الأخبار ، وقالت عائشة : كان الناس مهنة أنفسهم وكانوا يروحون الى الجمعة بهيئتهم فتظهر لهم رائحة فقيل لهم « لو اغتسلتم » رواه مسلم بنحو هذا المعنى [1]

﴿ فصل ﴾ وقت الغسل بعد طلوع الفجر فمن اغتسل بعد ذلك أجزأه وإن اغتسل قبله لم يجزئه

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى الجمعة واستمع وأنصت غفر له مابينه وبين الجمعة وزيادة ثلاثة أيام ومن مس الحصى فقد لغا » متفق عليه وحديثهم محمول على تأكيد الندب ، وكذلك ذكر في سياقه «وسواك وأن يمس طيباً» كذلك رواه مسلم، والسواك ومس الطيب لايجب ، وقالت عائشة رضي الله عنها وعن أبيها: كان الناس مهنة أنفسهم وكانوا يروحون الى الجمعة بهيئتهم فتظهر لهم رائحة فقيل لهم «لو اغتسلتم» رواه مسلم بنحو هذا المعنى، والأفضل أن يفعله عند مضيه اليها لانه أبلغ في المقصود وفيه خروج من الخلاف

﴿ فصل ﴾ ومتى اغتسل بعد طلوع الفجر أجزأ وإن اغتسل قبله لم يجزئه وهذا قول مجاهد

« ١ » ماضره لو نقل العبارة بنصها وهي: كان الناس أهل عمل ولم يكن لهم كفاة فكانوا يكون لهم تفل فقيل لهم لو اغتسلتم يوم الجمعة

وهذا قول مجاهد والحسن والنخعي والثوري والشافعي وإسحق وحكي عن الاوزاعي انه يجزيه الغسل قبل الفجر . وعن مالك انه لايجزيه الغسل الا أن يتعقبه الرواح

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من اغتسل يوم الجمعة » واليوم من طلوع الفجر، وإن اغتسل ثم أحدث أجزأه الغسل وكفاه الوضوء وهذا قول مجاهد والحسن ومالك والاوزاعي والشافعي واستحب طاوس والزهري وقتادة ويحيي بن أبي كثير إعادة الغسل .

ولنا أنه اغتسل يوم الجمعة فدخل في عموم الخبر وأشبه من لم يحدث، والحدث انما يؤثر في الطهارة الصغرى ولا يؤثر في المقصود من الغسل وهو التنظيف وازالة الرائحة ولأنه غسل فلا يؤثر الحدث في ابطاله كغسل الجنابة .

﴿ فصل ﴾ ويفتقر الغسل إلى النية لانه عبادة محضة فافتقر الى النية كتجديد الوضوء فان اغتسل للجمعة والجنابة غسلا واحداً ونواهما أجزأه ولا نعلم فيه خلافا .

وروي ذلك عن ابن عمر ومجاهد ومكحول ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وقد ذكرنا أن معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم « من غسل واغتسل » أي جامع واغتسل ولانهما غسلان اجتمعا فاشبها غسل الحيض والجنابة وإن اغتسل للجنابة ولم ينو غسل الجمعة ففيه وجهان أحدهما لايجزيه

وروي عن بعض بني أبي قتادة أنه دخل عليه يوم جمعة مغتسلا فقال للجمعة اغتسلت؟ فقال لا ولكن للجنابة قال فأعد غسل الجمعة ووجه ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « وانما لامريء مانوى »

والحسن والنخعي والثوري والشافعي وإسحق . وحكي عن الاوزاعي انه يجزيه الغسل قبل الفجر ، وعن مالك لايجزيه الغسل إلا أن يتعقبه الرواح

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « من اغتسل يوم الجمعة » واليوم من طلوع الفجر وإن اغتسل ثم أحدث أجزأه الغسل وكفاه الوضوء وهذا قول الحسن ومالك والشافعي ، واستحب طاوس والزهري وقتادة ويحيى بن أبي كثير اعادة الغسل . ولنا انه اغتسل في يوم الجمعة أشبه من لم يحدث والحدث انما يؤثر في الطهارة الصغرى ولأن المقصود من الغسل التنظف وإزالة الرائحة وذلك لايؤثر فيه الحدث ولانه غسل فلم يؤثر فيه الحدث الاصغر كغسل الجنابة

﴿ فصل ﴾ ويفتقر الغسل الى النية لانه عبادة فافتقر الى النية كتجديد الوضوء ، وإن اغتسل للجمعة والجنابة غسلا واحداً ونواهما أجزأه بغير خلاف علمناه لانهما غسلان اجتمعا فأشبها غسل الحيض والجنابة ، وإن اغتسل للجنابة ولم ينو غسل الجمعة ففيه وجهان أحدهما لايجزيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وانما لامرىء مانوى » وروي عن ابن لأبي قتادة انه دخل عليه يوم الجمعة مغتسلا فقال للجمعة اغتسلت ؟ قال لا ولكن للجنابة . قال فأعد غسل الجمعة . والثاني يجزيه لانه مغتسل

والثاني يجزيه لأنه مغتسل فيدخل في عموم الحديث ، ولان المقصود التنظيف وهو حاصل بهذا الغسل وقد روي في بعض الحديث من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة .

﴿ فصل ﴾ ومن لايأتي الجمعة فلا غسل عليه قال أحمد : ليس على النساء غسل يوم الجمعة وعلى قياسهن الصبيان والمسافر والمريض وكان ابن عمر وعلقمة لايغتسلان في السفر وكان طلحة يغتسل

وروي عن مجاهد وطاوس ولعلهم أخذوا بعموم قوله (غسل الجمعة واجب على كل محتلم) وغيره من الاخبار العامة ،

ولنا قوله عليه السلام « من أتى الجمعة فليغتسل » ولان المقصود التنظيف وقطع الرائحة حتى لايتأذى غيره به وهذا مختص بمن أتى الجمعة والأخبار العامة يراد بها هذا ولهذا سماه غسل الجمعة ومن لايأتيها لايكون غسله غسل الجمعة ، وإن أتاها أحد ممن لاتجب عليه استحب له الغسل لعموم الخبر ووجود المعنى فيه :

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يلبس ثوبين نظيفين ، لما روى عبدالله بن سلام أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم الجمعة يقول « ماعلى أحدكم لو اشترى ثوبين ليوم جمعة سوى ثوبي مهنته » رواه مسلم وأبوداود وابن ماجه ، وجاء في حديث « من لبس أحسن ثيابه يوم الجمعة واغتسل » وذكر الحديث . وأفضلها البياض لقوله عليه السلام « خير ثيابكم البياض ألبسوها أحياءكم ، وكفنوا فيها موتاكم » ويستحب أن يعتم ويرتدي لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك والامام في هذا ونحوه آكد من غيره لانه المنظور اليه من بين الناس .

﴿ فصل ﴾ والتطيب مندوب اليه والسواك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « غسل الجمعة واجب على كل محتلم وسواك وان يمس طيبا »

فيدخل في عموم الحديث ولأن المقصود التنظيف وقد حصل ولانه قد روي في الحديث « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة »

﴿ فصل ﴾ ومن لايأتي الجمعة لا غسل عليه ، قال أحمد ليس على النساء غسل يوم الجمعة وعلى قياسهن الصبيان والمسافرون ، وكان ابن عمر لايغتسل في السفر وكان طلحة يغتسل . وروي عن مجاهد وطاوس استدلالا بعموم الاحاديث المذكورة

ولنا قوله عليه السلام « من أتى الجمعة فليغتسل » ولأن المقصود التنظيف وقطع الرائحة لئلا يتأذى غيره به وذلك مختص بحضور الجمعة والاخبار العامة تحمل على هذا ، ولذلك يسمى غسل الجمعة ، ومن لايأتيها فليس غسله غسل الجمعة ، فان أتاها من لاتجب عليه استحب له الغسل لعموم الخبر ووجود المعنى فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويتنظف ويتطيب ويلبس أحسن ثيابه)

وروى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن هذا يوم عيد جعله الله للمسلمين فمن جاء منكم الى الجمعة فليغتسل وان كان طيب فليمس منه وعليكم بالسواك » ويستحب أن يدهن ويتنظف باخذ الشعر وقطع الرائحة لقوله عليه السلام «لا يغتسل رجل يوم الجمعة ويتطهر ما استطاع من طهر ويدهن من دهنه أويمس من طيب بيته ، ثم يخرج فلا يفرق بين اثنين ثم يصلي ما كتب له ثم ينصت اذا تكلم الامام الا غفر له ما بينه وبين الجمعة الاخرى »

﴿ فصل ﴾ اذا أتى المسجد كره له أن يتخطى رقاب الناس لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فلا يفرق بين اثنين »وقوله ولم يتخط رقبة مسلم ولم يؤذ أحدا» وقوله في الذي جاء يتخطى رقاب الناس «اجلس فقدآذيت وأنيت»

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من تخطى رقاب الناس يوم الجمعة اتخذ جسراً الى جهنم » رواه أبو داود والترمذي وقال لا نعرفه الا من حديث رشدين بن سعد وقد ضعفه بعض أهل العلم من قبل حفظه ، فاما الامام اذا لم يجد طريقا فلا يكره له التخطي لانه موضع حاجة

التنظف والتطيب والسواك مندوب اليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم وسواك وأن يمس طيبا » ويستحب أن يدهن ويتنظف ما استطاع بأخذ الشعر وقطع الرائحة لحديث سلمان الذي ذكرناه ، ويستحب أن يلبس ثوبين نظيفين لما روى عبد الله بن سلام انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم في يوم الجمعة يقول « ما على أحدكم لو اشترى ثوبين ليوم جمعته سوى ثوبي مهنته » رواه مسلم . وعن أبي أيوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من اغتسل يوم الجمعة ومس من طيب إن كان له، ولبس من أحسن ثيابه ثم خرج وعليه السكينة حتى أتى المسجد فيركع إن بدا له ولم يؤذ أحداً، ثم أنصت اذا خرج امامه حتى يصلي كانت كفارة ما بينها وبين الجمعة الأخرى» رواه الامام أحمد. وأفضلها البياض لقوله عليه الصلاة والسلام «خير ثيابكم البياض ألبسوها أحياءكم، وكفنوا فيها موتاكم» والامام في هذا ونحوه آكد لانه المنظور اليه من بين الناس

﴿ مسئلة ﴾ (ويبكر اليها ماشياً ويدنوا من الامام)

للسعي الى الجمعة وقتان : وقت وجوب ووقت فضيلة وقد ذكرنا وقت الوجوب . وأما وقت الفضيلة فمن أول النهار فكلما كان أبكر كان أولى وأفضل. وهذا مذهب الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال مالك لا يستحب التبكير قبل الزوال لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من راح الى الجمعة » والرواح بعد الزوال والغدو قبله ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « غدوة في سبيل الله، أو روحة خير من الدنيا وما فيها » قال امرؤ القيس (تروح من الحي أم تبتكر)

ولنا ماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن

﴿ فصل ﴾ فان رأى فرجة لايصل اليها الا بالتخطي ففيه روايتان احداهما له التخطي قال أحمد يدخل الرجل مااستطاع ولا يدع بين يديه موضعاً فارغا فان جهل فترك بين يديه خاليا فليتخط الذي يأتي بعده ويتجاوزه الى الموضع الخالي فانه لاحرمة لمن ترك بين يديه خاليا وقعد في غيره، وقال الاوزاعي يتخطاهم الى السعة وقال قتادة يتخطاهم الى مصلاه وقال الحسن : تخطوا رقاب الذين يجلسون على أبواب المساجد فانه لاحرمة لهم ، وعن أحمد رواية أخرى ان كان يتخطى الواحد والاثنين فلا أس لانه يسير فعفي عنه وان كثر كرهناه وكذلك قال الشافعي الا أن لايجد السبيل الى مصلاه الا بأن يتخطى فيسعه التخطي ان شاء الله تعالى .

ولعل قول أحمد ومن وافقه في الرواية الاولى فيما اذا تركوا مكانا واسعاً مثل الذين يصفون في آخر المسجد ويتركون بين أيديهم صفوفا خالية فهؤلاء لاحرمة لهم كما قال الحسن لانهم خالفوا أمر النبي صلى الله عليه وسلم ورغبوا عن الفضيلة وخير الصفوف وجلسوا في شرها ، ولأن تخطيهم مما لا بد منه ، وقوله الثاني في حق من لم يفرطوا وانما جلسوا في مكانهم لامتلاء مابين أيديهم لكن فيه سعة يمكن الجلوس فيه لازدحامهم، ومتى كان لم يمكن الصلاة الا بالدخول وتخطيهم جاز لانه موضع حاجة

راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن ، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة ، فاذا خرج الامام حضرت الملائكة يسمعون الذكر » متفق عليه . وقال علقمة خرجت مع عبدالله الى الجمعة فوجد ثلاثة قد سبقوه فقال رابع أربعة وما رابع أربعة ببعيد ، إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الناس يجلسون من الله عز وجل يوم القيامة على قدر رواحهم الى الجمعة » رواه ابن ماجه . وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من غسل يوم الجمعة واغتسل وبكر وابتكر كان له بكل خطوة يخطوها أجر سنة صيامها وقيامها » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن ورواه ابن ماجه والنسائي وفيه « ومشى ولم يركب ، ودنا من الامام واستمع ولم يلغ » وقوله « بكر » أي خرج في بكرة النهار وهو أوله . وقوله و« ابتكر » أي بالغ في التبكير أي جاء في أول البكرة على ماقال امرؤ القيس (تروح من الحي أم تبتكر) وقيل معناه ابتكر العبادة مع بكوره وقيل « ابتكر الخطبة » أي حضر الخطبة مأخوذ من باكورة الثمرة وهي أولها وغير هذا أجود لأن من جاء في بكرة النهار لزم أن يحضر أول الخطبة وقوله « غسل » أي جامع ثم اغتسل يدل على هذا قوله في الحديث الآخر « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة » قال الامام أحمد قوله « غسل واغتسل » مشددة يريد يغسل أهله . وغير واحد من التابعين عبدالرحمن بن الاسود وهلال بن يساف يستحبون أن يغسل الرجل أهله يوم الجمعة يريدون أن يطأ لأن ذلك أمكن لنفسه وأغض لطرفه في طريقه . وقال الخطابي المراد به غسل رأسه واغتسل في بدنه . وحكي ذلك عن ابن المبارك فعلى هذا يكون معنى قوله « غسل الجنابة » أي كغسل الجنابة . فأما قول مالك فمخالف

(فصل) اذا جلس في مكان ثم بدت له حاجة أو احتاج الى الوضوء فله الخروج ، قال عقبة صليت وراء النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة العصر فسلم ثم قام مسرعا فتخطى رقاب الناس الى حجر بعض نسائه فقال « ذكرت شيئاً من تبر عندنا فكرهت أن يحبسني فأمرت بقسمته » رواه البخاري فاذا قام من مجلسه ثم رجع اليه فهو أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قام من مجلسه ثم رجع اليه فهو أحق به » وحكمه في التخطي الى موضعه حكم من رأى بين يديه فرجة.

(فصل) وليس له أن يقيم انساناً ويجلس في موضعه سواء كان المكان راتباً لشخص يجلس فيه أو موضع حلقة لمن يحدث فيها ، أو حلقة الفقهاء يتذاكرون فيها ، أو لم يكن لما روى ابن عمر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقيم الرجل يعني أخاه من مقعده ويجلس فيه . متفق عليه ، ولأن المسجد بيت الله والناس فيه سواء ، قال الله تعالى (سواء العاكف فيه والباد) فمن سبق إلى مكان فهو أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » رواه أبو داود وكمقاعد الاسواق ومشارع المياه والمعادن ، فان قدم صاحباً له فجلس في موضع حتى اذا جاء قام النائب وأجلسه جاز لأن النائب يقوم باختياره ، وقد روي أن محمد بن سيرين كان يرسل غلاما له يوم الجمعة فيجلس فيه ، فاذا جاء محمد قام الغلام وجلس محمد فيه ، فان لم يكن نائباً فقام ليجلس آخر في مكانه فله الجلوس فيه لأنه قام باختيار نفسه فأشبه النائب ، وأما القائم فان انتقل إلى مثل مكانه الذي آثر

للآثار لأن الجمعة مستحب فعلها عند الزوال وكان النبي صلى الله عليه وسلم يبكر بها ، ومتى خرج الامام طويت الصحف فلم يكتب من أتى الجمعة بعد ذلك ، فأي فضيلة لهذا؟ فان أخر بعد ذلك شيئا دخل في النهي والذم كما قال النبي صلى الله عليه وسلم للذي جاء يتخطى رقاب الناس « أرأيتك؟ أنيت وآذيت » أي أخرت المجيء ، وقال عمر لعثمان حين جاء والامام يخطب أية ساعة هذه ؟ على وجه الانكار فكيف يكون لهذا بدنة أو بقرة أو فضل ؟ فعلى هذا معنى قوله راح الى الجمعة أي ذهب اليها لا يحتمل غير هذا

(فصل) ويستحب أن يمشي ولا يركب في طريقها لقوله عليه الصلاة والسلام « ومشى ولم يركب » لأن الثواب على الخطوات بدليل ماذكرناه من الحديث ويكون عليه السكينة والوقار في مشيه ، ولا يسرع لأن الماشي الى الصلاة في صلاة ولا يشبك بين أصابعه ، ويقارب بين خطاه لتكثر حسناته . وقد روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه خرج مع زيد بن ثابت الى الصلاة فقارب بين خطاه ثم قال « انما فعلت ذلك لكثرة خطانا في طلب الصلاة » وروي عن عبدالرحمن بن رواحة انه كان يمشي الى الجمعة حافيا ويبكر ويقصر في مشيه رواهما الأثرم ، ويكثر ذكر الله ويغض طرفه ويقول ماذكرنا في أدب المشي الى الصلاة ويقول اللهم اجعلني من أوجه من توجه اليك ، وأقرب من توسل اليك وأفضل من سألك ورغب اليك ، وروينا عن بعض الصحابة انه مشى الى الجمعة حافيا

به في القرب وسماع الخطبة فلا بأس، وإن انتقل إلى مادونه كره له لانه يؤثر على نفسه في الدين. ويحتمل أن لا يكره لان تقديم أهل الفضل إلى ما يلي الامام مشروع ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « ليليني منكم أولوا الاحلام والنهى » ولو آثر شخصاً بمكانه لم يجز لغيره أن يسبقه اليه لان الحق للجالس آثر به غيره فقام مقامه في استحقاقه كما لو تحجر مواتا أو سبق اليه ثم آثر غيره به . وقال ابن عقيل نحو ذلك لان القائم أسقط حقه بالقيام فبقي على الاصل فكان السابق اليه أحق به كمن وسع لرجل في طريق فمر غيره وما قلنا أصح ، ويفارق التوسعة في الطريق لانها انما جعلت للمرور فيها ، فمن انتقل من مكان فيها لم يبق له فيها حق يؤثر به ، وليس كذلك المسجد فانه للاقامة فيه ولا يسقط حق المنتقل من مكانه اذا انتقل لحاجة ، وهذا انما انتقل مؤثراً لغيره فأشبه النائب الذي بعثه انسان ليجلس في موضع يحفظه له ، ولو كان الجالس مملوكا لم يكن لسيده أن يقيمه لعموم الخبر ولأن هذا ليس بمال وهو حق ديني فاستوى هو وسيده فيه كالحقوق الدينية كلها والله أعلم

﴿فصل﴾ وإن فرش مصلى له في مكان ففيه وجهان: أحدهما يجوز رفعه والجلوس في موضعه لانه لا حرمة له ، ولأن السبق بالاجسام لا بالاوطئة والمصليات ، ولأن تركه يفضي إلى أن صاحبه يتأخر ثم يتخطى رقاب المصلين ورفعه ينفي ذلك . والثاني لايجوز لان فيه افتياتاً على صاحبه ربما أفضى إلى الخصومة ولانه سبق اليه فكان كمحتجر الموات

فسئل عن ذلك . فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من اغبرت قدماه فى سبيل الله حرمها الله على النار »

﴿ فصل ﴾ ويجب السعي الى الجمعة سواء كان من يقيمها عدلا أو فاسقاً سنياً أو مبتدعا نص عليه الامام أحمد في رواية عباس بن عبد العظيم، وقد سئل عن الصلاة خلف المعتزلة فقال أما الجمعة فينبغي شهودها قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافا وذلك لعموم قوله تعالى (اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « فمن تركها في حياتي أو بعد مماتي وله امام جائر أو عادل استخفافا بها فلا جمع الله له شمله » ولانه اجماع الصحابة رضى الله عنهم . فان عبد الله بن عمر وغيره من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يشهدونها مع الحجاج ونظرائه ولم يسمع عن أحد منهم التخلف عنها ولأن الجمعة من أعلام الدين الظاهرة ويتولاها الائمة أو من ولوه ، فتركها خلف من هذه صفته يفضي الى سقوطها. اذا ثبت هذا فانها تعاد خلف من تعاد خلفه بقية الصلوات نص عليه الامام أحمد في رواية عباس بن عبد العظيم ، وعنه رواية أخرى انها لا تعاد لأن الظاهر من حال الصحابة رضي الله عنهم انهم لم يكونوا يعيدونها لانهم لم ينقل ذلك عنهم، وقد ذكرنا ذلك في باب الامامة

(فصل) ويستحب الدنو من الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من غسّل واغتسل ، وبكر وابتكر ، ومشى ولم يركب ، ودنا من الامام فاستمع ولم يلغ كان له بكل خطوة عمل سنة، أجر صيامها وقيامها » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وهذا لفظه

وعن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « احضروا الذكر وادنوا من الامام ، فان الرجل لايزال يتباعد حتى يؤخر في الجنة وإن دخلها » رواه أبو داود ولانه أمكن له من السماع

(فصل) وتكره الصلاة في المقصورة التي تحمى نصّ عليه احمد ، وروي عن ابن عمر أنه كان اذا حضرت الصلاة وهو في المقصورة خرج . وكرهه الاحنف وابن محيريز والشعبي واسحق ورخص فيها أنس والحسن والحسين والقاسم وسالم ونافع لانه مكان من الجامع فلم تكره الصلاة فيه كسائر المسجد ، ووجه الاول انه يمنع الناس من الصلاة فيه كالمغصوب فكره لذلك ، فأما إن كانت لاتحمى فيحتمل أن لاتكره الصلاة فيها لعدم شبه الغصب ، ويحتمل أن تكره لانها تقطع الصفوف فأشبهت مابين السواري ، واختلفت الرواية عن احمد في الصف الاول فقال في موضع هو الذي يلي المقصورة لان المقصورة تحمى ، قال ماأدري هل الصف الاول الذي يقطعه المنبر أو الذي يليه ، والصحيح أنه الذي يقطعه المنبر لانه هو الاول في الحقيقة ، ولو كان الاول مادونه أفضى الى خلو مايلي الامام ، ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كان يليه فضلاؤهم ولو كان الصف الاول وراء المنبر لوقفوا فيه

(فصل) ويستحب لمن نعس يوم الجمعة أن يتحول عن موضعه لما روى ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا نعس أحدكم يوم الجمعة في مجلسه فليتحول الى غيره » رواه أبو مسعود احمد ابن الفرات في سننه والامام احمد في مسنده ، ولان تحوله عن مجلسه يصرف عنه النوم

﴿ فصل ﴾ ويستحب الدنو من الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ودنا من الامام فاستمع ولم يلغ » وعن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «احضروا الذكر وادنوا من الامام فان الرجل لايزال يتباعد حتى يؤخر في الجنة » رواه أبو داود ولانه أمكن له من السماع

﴿ مسئلة ﴾ (ويشتغل بالصلاة والذكر ويقرأ سورة الكهف في يومها ويكثر الدعاء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم)

اذا حضر قبل الخطبة اشتغل بالصلاة وذكر الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم « واعلموا ان من خير أعمالكم الصلاة » ويقرأ سورة الكهف في يوم الجمعة لما روي عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قرأ سورة الكهف يوم الجمعة فهو معصوم الى ثمانية أيام من كل فتنة وإن خرج الدجال عصم منه » رواه زيد بن علي في كتابه باسناده ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قرأ سورة الكهف في يوم الجمعة سطع له نور من تحت قدمه

(فصل) ويستحب أن يكثر من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة لماروي عن أبي الدرداء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثروا الصلاة عليّ يوم الجمعة فانه مشهود تشهده الملائكة » رواه ابن ماجه ، وعن أوس بن أوس قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفضل أيامكم يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه قبض ، وفيه النفخة ، وفيه الصعقة فأكثروا عليّ من الصلاة فيه فان صلاتكم معروضة عليّ » قالوا يارسول الله ؟ وكيف تعرض صلاتنا عليك وقد أرمت (أي بليت) قال « ان الله عز وجل حرم على الارض أجساد الانبياء عليهم السلام » رواه أبوداود

(فصل) ويستحب قراءة الكهف يوم الجمعة لما روي عن عليّ رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قرأ الكهف يوم الجمعة فهو معصوم إلى ثمانية أيام من كل فتنة ، فان خرج الدجال عصم منه » رواه زيدون بن عليّ في كتابه باسناده ، وعن أبي سعيد الخدري أنه قال : من قرأ سورة الكهف يوم الجمعة أضاء له من النور ماينه وبين البيت العتيق . وقال خالد بن معدان : من قرأ سورة الكهف يوم الجمعة قبل أن يخرج الامام كانت له كفارة مابينه وبين الجمعة وبلغ نورها البيت العتيق »

﴿ فصل ﴾ يستحب الاكثار من الدعاء يوم الجمعة لعله يوافق ساعة الاجابة لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر يوم الجمعة فقال «فيه ساعة لايوافقها عبدمسلم وهو يصلي يسأل الله شيئاً إلا أعطاه إياه» وأشار بيده يقللها وفي لفظ وهو قائم يصلي متفق عليه واختلف في تلك الساعة فقال عبد الله

الى عنان السماء يضيء به الى يوم القيامة وغفر له مابين الجمعتين » ويستحب أن يكثر من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لما روي عن أبي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أكثروا الصلاة علي يوم الجمعة فانه مشهود تشهده الملائكة » رواه ابن ماجه . وعن أوس بن أوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل أيامكم يوم الجمعة فيه خلق آدم وفيه قبض وفيه النفخة وفيه الصعقة فاكثروا عليّ من الصلاة فيه فان صلاتكم معروضة علي» قالوا يارسول الله كيف تعرض صلاتنا عليك وقد أرمت؟(أي بليت) قال« ان الله عز وجل حرم على الارض أجساد الانبياء عليهم السلام » رواه ابو داود

﴿فصل﴾ ويستحب الاكثار من الدعاء يوم الجمعة لعله يوافق ساعة الاجابة لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر يوم الجمعة فقال « فيه ساعة لايوافقها عبد مسلم وهو يصلي يسأل الله شيئا إلا أعطاه إياه» وأشار بيده يقللها وفي لفظ« وهو قائم يصلي »متفق عليه . واختلف في تلك الساعة فقال عبد الله ابن سلام وطاوس هي آخر ساعة في يوم الجمعة وفسر عبد الله بن سلام الصلاة بانتظارها بقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن العبد المؤمن اذا صلى ثم جلس لايحبسه إلا الصلاة فهو في صلاة » رواه ابن ماجه ، وروي هذا القول مرفوعا ، فعلى هذا يكون القيام بمعنى الملازمة والاقامة كقوله تعالى

ابن سلام وطاوس هي آخر ساعة في يوم الجمعة وفسر ابن سلام الصلاة بانتظارها وروي مرفوعا عن النبي صلى الله عليه وسلم فروي عن عبد الله بن سلام قال قلت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس انا لنجد في كتاب الله. في يوم الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مؤمن يصلي يسأل الله فيها شيئاً الا قضى حاجته قال عبد الله بن سلام (١) فأشار الي النبي صلى الله عليه وسلم أو بعض ساعة فقلت صدقت أو بعض ساعة قلت أي ساعة هي؟ قال « هي آخر ساعة من ساعات النهار - قلت انها ليست ساعة صلاة قال بلى - ان العبد المؤمن اذا صلى ثم جلس لا يجلسه الا الصلاة فهو في صلاة » رواه ابن ماجه (١) ويكون القيام على هذا بمعنى الملازمة والاقامة كقول الله تعالى (ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده اليك إلا مادمت عليه قائماً) وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التمسوا الساعة التي ترجى في يوم الجمعة بعد العصر الى غيبوبة الشمس » أخرجه الترمذي (٢) وقيل هي مابين أن يجلس الامام الى أن يقضي الصلاة لما روى أبو موسى قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هي مابين أن يجلس الامام الى أن يقضي الصلاة » رواه مسلم (٢) وعن عمر وبن عوف المزني قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « في الجمعة ساعة من النهار لا يسأل العبد فيها شيئاً الا أعطي سؤله » قيل أي ساعة هي ؟ قال « حين تقام الصلاة الى الانصراف منها » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب (٣) فعلى هذا التفسير تكون الساعة مختلفة فتكون في حق كل قوم في وقت صلاتهم، وقيل هي مابين الفجر الى طلوع الشمس، ومن العصر الى غروبها، وقيل هي الساعة الثالثة من النهار، وقال كعب: لو قسم الانسان جمعه في جمع أتى على تلك الساعة، وقيل هي متنقلة في اليوم، وقال ابن عمر ان طلب حاجة في يوم ليسير، وقيل أخفى الله تعالى هذه الساعة ليجتهد عباده في دعائه في جميع اليوم طلباً لها كما أخفى ليلة القدر في ليالي رمضان وأولياءه في الخلق ليحسن الظن بالصالحين كلهم

إلا مادمت عليه قائما) وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « التمسوا الساعة التي ترجى في يوم الجمعة بعد العصر الى غيبوبة الشمس » أخرجه الترمذي، وقيل هي مابين أن يجلس الامام الى أن تنقضي الصلاة لما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « هي مابين أن يجلس الامام الى أن يقضي الامام الصلاة » رواه مسلم، وعن عمرو بن عوف المزني عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إن في الجمعة ساعة لا يسأل الله العبد فيها شيئاً إلا آتاه الله إياه » قالوا يارسول الله أية ساعة هي ؟ قال « حين تقام الصلاة الى الانصراف منها » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن غريب. فعلى هذا تكون الصلاة مختلفة فتكون في حق كل قوم في وقت صلاتهم وقيل هي مابين الفجر الى طلوع الشمس، ومن العصر الى غروبها وقيل هي الساعة الثالثة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قيل للنبي صلى الله عليه وسلم لأي شيء سمي يوم الجمعة؟ قال « لأن فيها طبعت طينة أبيك آدم، وفيها الصعقة والبعثة وفيها البطشة، وفي آخر ثلاث ساعات منها من دعا الله

(١) اعتمد في الزوائد من وثقوا رجاله ولكن فيهم محمد بن اسماعيل بن أبي فديك قال ابن سعد كان كثير الحديث وليس بحجة وشيخه الضحاك بن عثمان أبو النضر، قال أبو زرعة ليس بقوي وقال أبو حاتم يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال ابن عبد البر كان كثير الحديث ولا يحتج به . وقد رواه مالك وأصحاب السنن عنه من قوله أي غير مرفوع وهو من طريق محمد بن ابراهيم ابن الحارث وثقوه ولكن قال الامام أحمد: في حديثه شيء يروي أحاديث مناكير أو منكرة على انه روي عنه ترجيح هذا القول في الساعة

(٢) قد اعلوه بالانقطاع والاضطراب

(٣) في اسناده كثير ابن عبد الله بن عوف اتفقوا على ضعفه، وقال فيه الشافعي وأبو داود انه ركن من أركان الكذب. وعابوا الترمذي تحسين حديثه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان صلوا الجمعة قبل الزوال في الساعة السادسة اجزأتهم ﴾

وفي بعض النسخ في الساعة الخامسة والصحيح في الساعة السادسة ، فظاهر كلام الخرقي أنه لايجوز صلاتها فيما قبل السادسة . وروي عن ابن مسعود وجابر وسعيد ومعاوية أنهم صلوها قبل الزوال . وقال القاضي وأصحابه : يجوز فعلها في وقت صلاة العيد ، وروى ذلك عبدالله عن أبيه قال: نذهب الى أنها كصلاة العيد . وقال مجاهد : ماكان للناس عيد الا في أول النهار . وقال عطاء : كل عيد حين يمتد الضحى الجمعة والاضحى والفطر لما روي عن ابن مسعود أنه قال : ماكان عيد الا في أول النهار ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بنا الجمعة في ظل الحطيم . رواه ابن البختري في أماليه باسناده ، وروي عن ابن مسعود ومعاوية أنهما صليا الجمعة ضحى وقالا : انما عجلنا خشية الحر عليكم وروى الأثرم حديث ابن مسعود ، ولأنها عيد فجازت في وقت العيد كالفطر والاضحى ، والدليل على أنها عيد قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان هذا يوم جعله الله عيداً للمسلمين » وقوله « قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان » وقال أكثر أهل العلم : وقتها وقت الظهر الا أنه يستحب تعجيلها في أول وقتها لقول سلمة بن الاكوع كنا نجمع مع النبي صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس ثم نرجع نتبع الفيء . متفق عليه ، وقال أنس : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الجمعة حين تميل الشمس رواه البخاري ، ولانهما صلاتا وقت فكان وقتها واحداً كالمقصورة والتامة ولأن احداهما

فيها استجيب له » رواه الامام أحمد . وقال كعب لو قسم الانسان جمعه في جمع أتى على تلك الساعة وقيل هي متنقلة في اليوم ، وقال ابن عمر إن طلب حاجة في يوم ليسير ، وقيل أخفى الله تعالى هذه الساعة ليجتهد العباد في طلبها وفي الدعاء في جميع اليوم ، كما أخفى ليلة القدر في رمضان وأولياءه في الناس ليحسن الظن بجميع الصالحين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يتخطى رقاب الناس إلا أن يكون إماما أو يرى فرجة فيتخطى اليها وعنه يكره)

يكره تخطي رقاب الناس لغير الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فلا يفرق بين اثنين » وقوله صلى الله عليه وسلم « ولم يتخط رقبة مسلم ولم يؤذ أحداً » وقوله صلى الله عليه وسلم للذي جاء يتخطى رقاب الناس « اجلس فقد آنيت وآذيت » رواه ابن ماجه ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من تخطى رقاب الناس يوم الجمعة اتخذ جسراً الى جهنم » .رواه أبو داود والترمذي وقال لا نعرفه الا من حديث رشدين بن سعد وقد ضعفه بعض أهل العلم من قبل حفظه . فأما الامام فاذا لم يجد طريقا فلا يكره له التخطي لانه موضع حاجة

﴿ فصل ﴾ اذا رأى فرجة لايصل اليها الا بالتخطي ففيه روايتان: احداهما له التخطي قال أحمد يدخل الرجل ما استطاع ولا يدع بين يديه موضعاً فارغا ، وذلك لأن الذي جلس دون الفرجة ضيع حقه بتأخره عنها وأسقط حرمته فلا بأس بتخطيه وبه قال الاوزاعي ، وقال قتادة يتخطاهم الى مصلاه

بدل عن الاخرى وقائمة مقامها فأشبه الاصل المذكور ، ولان آخر وقتها واحد فكان أوله واحداً كصلاة الحضر والسفر

ولنا على جوازها في السادسة السنة والاجماع ، أما السنة فما روى جابر بن عبد الله قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي يعني الجمعة ثم نذهب إلى جمالنا فنريحها حتى تزول الشمس . أخرجه مسلم ، وعن سهل بن سعد قال : ما كنا نقيل ولا نتغدى الا بعد الجمعة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه قال ابن قيتبة لا يسمى غداء ولا قائلة بعد الزوال وعن سلمة قال : كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان فيء رواه ابو داود. وأما الاجماع فروى الامام احمد عن وكيع عن جعفر بن برقان عن ثابت بن الحجاج عن عبدالله بن سيدان [1] قال : شهدت الخطبة مع أبي بكر فكانت صلاته وخطبته قبل نصف النهار وشهدتها مع عمر بن الخطاب فكانت صلاته وخطبته إلى أن أقول قد ينتصف النهار ثم صليتها مع عثمان بن عفان فكانت صلاته وخطبته إلى أن أقول قد زال النهار فما رأيت أحدا عاب ذلك ولا أنكره قال وكذلك روي عن ابن سعود وجابر وسعيد ومعاوية أنهم صلوا قبل الزوال وأحاديثهم تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها بعد الزوال في كثير من أوقاته ولا خلاف في جوازه وأنه الافضل والاولى وأحاديثنا تدل على جواز فعلها قبل الزوال ولا تنافي بينهما [2] وأما في أول النهار فالصحيح أنها لا تجوز لما ذكره أكثر أهل العلم ولان

(١) هو تابعي كبير الا أنه غير معروف العدالة كما قال الحافظ ابن حجر قال البخاري لا يتابع على حديثه

(٢) هذا هو الحق

وقال الحسن يخطو رقاب الذين يجلسون على أبواب المسجد فانه لا حرمة لهم وعنه يكره لما ذكرنا من الاحاديث، وعنه ان كان يتخطى الواحد والاثنين فلا بأس فان كثر كرهناه وكذلك قال الشافعي الا أن لا يجد سبيلا الى مصلاه الا بالتخطي فيسعه التخطي ان شاء الله . قال شيخنا ولعل قول أحمد ومن وافقه في الرواية الأولى فيما إذا تركوا مكانا واسعا مثل الذين يصفون في آخر المسجد ويتركون بين أيديهم صفوفا خالية فهؤلاء لا حرمة لهم كما قال الحسن لانهم خالفوا أمر النبي صلى الله عليه وسلم ورغبوا عن الفضيلة وخير الصفوف وجلسوا في شرها فتخطيهم مما لابد منه . وقوله الثاني في حق من لم يفرط وانما جلسوا في مكانهم لامتلاء ما بين أيديهم ، فأما ان لم تمكن الصلاة الا بالتخطي جاز لانه موضع حاجة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقيم غيره فيجلس في مكانه الا من قدم صاحباً له فجلس في موضع يحفظه له)

ليس له أن يقيم انسانا ويجلس في موضعه سواء كان المكان لشخص يجلس فيه أو موضع حلقة لمن يحدث فيها أو حلقة يتذاكر فيها الفقهاء أو لم يكن لما روى ابن عمر قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يقيم الرجل (يعني أخاه) من مقعده ويجلس فيه متفق عليه ولأن المسجد بيت الله تعالى والناس فيه سواء العاكف فيه والبادي فمن سبق الى مكان منه فهو أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » فان قدم صاحبا له فجلس حتى اذا جاء قام صاحبه

التوقيت لا يثبت الا بدليل من نص أو ما يقوم مقامه وما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن خلفائه أنهم صلوها في أول النهار ولان مقتضى الدليل كون وقتها وقت الظهر وإنما جاز تقديمها عليه بما ذكرنا من الدليل وهو مختص بالساعة السادسة فلم يجز تقديمها عليها والله أعلم . ولانها لو صليت في أول النهار لفاتت أكثر المصلين فان العادة اجتماعهم لها عند الزوال وإنما يأتيها ضحى أحاد من الناس وعدد يسير كما روي عن ابن مسعود أنه أتى الجمعة فوجد أربعة قد سبقوه فقال رابع أربعة وما رابع أربعة ببعيد

إذا ثبت هذا فالاولى أن لا تصلى الا بعد الزوال ليخرج من الخلاف ويفعلها في الوقت الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعلها فيه في أكثر أوقاته ويعجلها في أول وقتها في الشتاء والصيف لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعجلها بدليل الاخبار التي رويناها، ولان الناس يجتمعون لها في أول وقتها ويبكرون اليها قبل وقتها فلو انتظر الابراد بها لشق على الحاضرين وإنما جعل الابراد بالظهر في شدة الحر دفعا للمشقة التي يحصل أعظم منها بالابراد بالجمعة

﴿ فصل ﴾ وان اتفق عيد في يوم جمعة سقط حضور الجمعة عمن صلى العيد الا الامام فانها لا تسقط عنه الا أن لا يجتمع له من يصلي به الجمعة وقيل في وجوبها على الامام روايتان وممن قال بسقوطها الشعبي والنخعي والاوزاعي ،وقيل هذا مذهب عمر وعثمان وعلي وسعيد وابن عمر وابن عباس وابن الزبير ،وقال أكثر الفقهاء تجب الجمعة لعموم الآية والأخبار الدالة على وجوبها ولأنهما صلاتان واجبتان فلم تسقط إحداهما بالأخرى كالظهر مع العيد

وأجلسه فلا بأس لأن النائب يقوم باختياره . وقد روي عن محمد بن سيرين انه كان يرسل غلاما له يوم الجمعة فيجلس في مكان فاذا جاء قام الغلام وجلس فيه محمد فان لم يكن نائبا فقام باختياره ليجلس آخر مكانه فلا بأس لانه قام باختيار نفسه أشبه النائب . وأما القائم فان انتقل الى مثل مكانه الذي آثر به في القرب وسماع الخطبة فلا بأس وإلا كره له ذلك لانه يؤثر على نفسه في الدين، ويحتمل أن لا يكره اذا كان الذي آثره من أهل الفضل لأن تقديمهم مشروع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليلني منكم أولو الاحلام والنهى » ولو آثر شخصا بمكانه فليس لغيره أن يسبقه اليه لانه قام مقام الجالس في استحقاق مكانه أشبه مالو تحجر مواتا ثم آثر به غيره ، وقال ابن عقيل يجوز لأن القائم أسقط حقه بالقيام فبقى على الأصل فكان السابق اليه أحق به كمن وسع لرجل في طريق فمر غيره والصحيح الاول ، ويفارق التوسعة في الطريق لانها جعلت للمرور فيها فمن انتقل من مكان فيها لم يبق له حق يؤثر به ، والمسجد جعل للاقامة فيه وكذلك لا يسقط حق المنتقل منه اذا انتقل منه لحاجة، وهذا إنما انتقل مؤثراً لغيره فأشبه النائب الذي يعينه إنسان ليجلس في موضع يحفظه له ،ولو كان الجالس مملوكا لم يكن لسيده أن يقيمه لعموم الخبر ولأن هذا ليس بمال وانما هو حق ديني فاستوى فيه العبد وسيده كالحقوق الدينية

ولنا ماروى اياس بن أبي رملة الشامي (١) قال شهدت معاوية يسأل زيد بن أرقم هل شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عيدين اجتمعا في يوم واحد ؟ قال نعم . قال فكيف صنع ؟ قال صلى العيد ثم رخص في الجمعة فقال « من شاء أن يصلي فليصل » رواه أبو داود والامام أحمد ولفظه « من شاء أن يجمع فليجمع » وعن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتمع في يومكم هذا عيدان فمن شاء أجزأه من الجمعة وإنا مجمعون » رواه ابن ماجه . وعن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو ذلك ، ولأن الجمعة انما زادت عن الظهر بالخطبة وقد حصل سماعها في العيد فأجزأه عن سماعها ثانياً ولأن وقتهما واحد بما بيناه فسقطت احداهما بالأخرى كالجمعة مع الظهر ، وما احتجوا به مخصوص بما رويناه وقياسهم منقوض بالظهر مع الجمعة. فأما الامام فلم تسقط عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإنا مجمعون » ولانه لو تركها لامتنع فعل الجمعة في حق من تجب عليه ومن يريدها ممن سقطت عنه بخلاف غيره من الناس

﴿ فصل ﴾ وإن قدم الجمعة فصلاها في وقت العيد فقد روى عن أحمد قال تجزي الأولى منهما فعلى هذا يجزيه عن العيد والظهر ولا يلزمه شيء الى العصر عند من جوز الجمعة في وقت العيد . وقد روى أبو داود باسناده عن عطاء قال اجتمع يوم جمعة ويوم فطر على عهد ابن الزبير فقال عيدان قد

(١) هو مجهول ولكن الحديث صححه علي ابن المديني

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد مصلى مفروشة فهل له رفعها؟ على روايتين)

احداهما ليس له ذلك لأن فيه افتئاتا على صاحبها وربما أفضى الى الخصومة ولانه سبق اليه أشبه السابق الى رحبة المسجد ومقاعد الاسواق . والثاني يجوز رفعه والجلوس موضعه لانه لا حرمة له ولأن السبق بالابدان هو الذي يحصل به الفضل لا بالأوطئة ، ولان تركها يفضي الى أن يتأخر صاحبها ثم يتخطى رقاب الناس ورفعها ينفي ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قام من موضعه لعارض لحقه ثم عاد اليه فهو أحق به)

اذا جلس في مكان ثم بدت له حاجة أو احتاج الى الوضوء فله الخروج لما روى عقبة قال صليت وراء النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة العصر فسلم ثم قام مسرعا فتخطى رقاب الناس الى حجر بعض نسائه فقال « ذكرت شيئا من تبر عندنا فكرهت أن يحبسني فأمرت بقسمته » رواه البخاري . واذا قام من مجلسه ثم رجع اليه فهو أحق به رواه مسلم، وحكمه في التخطي الى موضعه حكم من رأى بين يديه فرجة

﴿ فصل ﴾ ويستحب لمن نعس يوم الجمعة أن يتحول من موضعه لما روى ابن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا نعس أحدكم يوم الجمعة في مجلسه فليتحول الى غيره » رواه الامام أحمد ولأن ذلك يصرف عنه النوم

﴿ فصل ﴾ وتكره الصلاة في المقصورة التي تحمى نص عليه أحمد ، وروي عن ابن عمر انه كان اذا حضرت الصلاة في المقصورة خرج وكرهه الأحنف وابن محيريز والشعبي وإسحق ورخص فيه

اجتمعا في يوم واحد فجمعهما وصلاهما ركعتين بكرة فلم يزد عليهما حتى صلى العصر ، وروي عن ابن عباس انه بلغه فعل ابن الزبير فقال أصاب السنة [١]. قال الخطابي وهذا لايجوز أن يحمل إلا على قول من يذهب الى تقديم الجمعة قبل الزوال فعلى هذا يكون ابن الزبير قد صلى الجمعة فسقط العيد والظهر ، ولأن الجمعة اذا سقطت مع تأكدها فالعيد أولى أن يسقط بها . أما اذا قدم العيد فانه يحتاج الى أن يصلي الظهر في وقتها اذا لم يصل الجمعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجب الجمعة على من بينه وبين الجامع فرسخ)

هذا في حق غير أهل المصر ، أما أهل المصر فيلزمهم كلهم الجمعة بعدوا أو قربوا ، قال أحمد أما أهل المصر فلا بد لهم من شهودها سمعوا النداء أو لم يسمعوا وذلك لأن البلد الواحد بني للجمعة فلا فرق بين القريب والبعيد ، ولأن المصر لايكاد يكون أكثر من فرسخ فهو في مظنة القرب فاعتبر ذلك وهذا قول أصحاب الرأي ونحوه قول الشافعي . فأما غير أهل المصر فمن كان بينه وبين الجامع فرسخ فما دون فعليه الجمعة ، وإن كان أبعد فلا جمعة عليه ، وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وهو قول مالك والليث ، وروي عن عبدالله بن عمرو قال: الجمعة على من سمع النداء وهذا قول الشافعي وإسحق لما روى عبدالله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الجمعة على من سمع النداء » رواه أبو داود [٢] والأشبه انه من كلام عبدالله بن عمرو ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأعمى الذي قال

(١) رواه النسائي عن وهب بن كيسان وسنده صحيح كأثر عطاء

(٢) سنده ضعيف

أنس والحسن والحسين رضي الله عنهم والقاسم وسالم لانه من الجامع كسائر المسجد ، ووجه الاول انه يمنع الناس من الصلاة فيه فصار كالمغصوب فكره لذلك ، فان كانت لاتحمى احتمل أن لا تكره الصلاة فيها لعدم شبه الغصب واحتمل أن تكره لانها تقطع الصفوف فأشبه الصلاة بين السراري ، فعلى هذا انما تكره الصلاة فيها اذا قطعت الصفوف

﴿ فصل ﴾ واختلفت الرواية عن أحمد في الصف الاول فقال في موضع هو الذي يلي المقصورة لانها تحمى. وقال ما أدري هل الصف الاول الذي يقطعه المنبر أو الذي يليه؟ قال شيخنا والصحيح انه الذي يقطعه المنبر لانه الصف الاول حقيقة ، ولو كان الاول مادونه أفضى الى خلو مايلي الامام ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كان يليه فضلاؤهم ، ولو كان الصف الاول وراء المنبر اوقفوا فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن دخل والامام يخطب لم يجلس حتى يركع ركعتين يوجز فيهما)

وبه قال الحسن وابن عيينة والشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال شريح وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري ومالك والليث وأبو حنيفة يكره له أن يركع لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي جاء يتخطى رقاب الناس « اجلس فقد آذيت وآنيت » رواه ابن ماجه ، ولأن الركوع يشغله عن استماع الخطبة فكره كغير الداخل

وانا ماروي جابر قال جاء رجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب قال صليت يافلان؟ قال لا.

ليس لي قائد يقودني «أتسمع النداء ؟ قال نعم . قال فأجب » ولأن من سمع النداء داخل في عموم قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) وروي عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس والحسن ونافع وعكرمة والحكم وعطاء والأوزاعي انهم قالوا الجمعة على من آواه الليل الى أهله لما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الجمعة على من آواه الليل الى أهله » وقال أصحاب الرأي لا جمعة على من كان خارج المصر لأن عثمان رضي الله عنه صلى العيد في يوم جمعة ثم قال لأهل العوالي من أراد منكم أن ينصرف فلينصرف ، ومن أراد أن يقيم حتى يصلي الجمعة فليقم ، ولانهم خارج المصر فأشبه أهل الحلل

ولنا قول الله تعالى (اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله) وهذا يتناول غير أهل المصر اذا سمعوا النداء، وحديث عبد الله بن عمرو، ولأن غير أهل المصر يسمعون النداء وهم من أهل الجمعة فلزمهم السعي اليها كأهل المصر وحديث أبي هريرة غير صحيح يرويه عبدالله بن سعيد المقبري وهو ضعيف ، قال أحمد بن الحسن ذكرت هذا الحديث لأحمد بن حنبل فغضب وقال استغفر ربك استغفر ربك ، وانما فعل أحمد هذا لانه لم ير الحديث شيئاً لحال اسناده قال ذلك الترمذي . وأما ترخيص عثمان لأهل العوالي فلانه اذا اجتمع عيدان اجتزىء بالعيد وسقطت الجمعة عمن حضره على ماقررناه فيما مضى . وأما اعتبار أهل القرى بأهل الحلل فلا يصح لأن أهل الحلل غير مستوطنين

قال قم فصل ركعتين» متفق عليه . وفي لفظ لمسلم «اذا جاء أحدكم يوم الجمعة والامام يخطب فليركع ركعتين وليتجوز فيهما» فان جلس قبل أن يركع استحب له أن يقوم فيركع لما روى جابر أن سليكا الغطفاني جاء يوم الجمعة والنبي صلى الله عليه وسلم قاعد على المنبر فقعد سليك قبل أن يصلي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «اركعت ركعتين ؟ قال لا . قال قم فاركعهما » رواه مسلم ، وفي لفظ جاء سليك الغطفاني يوم الجمعة والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب فجلس فقال « ياسليك قم فاركع ركعتين وتجوز فيهما » وحديثهم قضية في عين يحتمل انه أمره بالجلوس لضيق المكان أو لكونه في آخر الخطبة بحيث لو تشاغل بالصلاة فاتته تكبيرة الاحرام . والظاهر انه صلى الله عليه وسلم انما أمره بالجلوس ليكف أذاه عن الناس فان خشي أن يفوته أول الصلاة اذا تشاغل بهما لم يستحب له التشاغل بهما لذلك

﴿ فصل ﴾ وينقطع التطوع بجلوس الامام على المنبر فلا يصلي أحد غير الداخل يصلي تحية المسجد روي عن ابن عباس وابن عمر لما روى ثعلبة بن مالك أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوم الجمعة يصلون حتى يخرج عمر ولانه يشتغل عن سماع الخطبة المندوب اليه

﴿ فصل ﴾ ويكره التحلق يوم الجمعة قبل الصلاة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحلق يوم الجمعة قبل الصلاة رواه الامام أحمد وأبو داود والنسائي

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الكلام والإمام يخطب إلا له أو لمن كلمه)

يجب الانصات من حين يأخذ الامام في الخطبة فلا يجوز الكلام لمن حضرها ، نهى عن ذلك

ولا هم ساكنون بقرية ولا في موضع جعـل للاستيطان ، وأما اعتبار حقيقة النداء فلا يمكن لانه قد يكون من الناس الأصم وثقيل السمع ، وقد يكون النداء بين يدي المنبر فلا يسمعه إلا من في الجامع وقد يكون المؤذن خفي الصوت أو في يوم ذي ريح ويكون المستمع نائما أو مشغولا بما يمنع السماع فلا يسمع ويسمع من هو أبعد منه فيفضي الى وجوبها على البعيد دون القريب . وما هـذا سبيله ينبغي أن يقدر بمقدار لايختلف والموضع الذي يسمع منه النداء في الغالب اذا كان المنادي صيتاً في موضع عال والريح ساكنة والاصوات هادئة والمستمع سميع غير ساه ولا لاه ـ فرسخ أو ماقاربه فحد به والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأهل القرية لايخلون من حالين إما أن يكون بينهم وبين المصر أكثر من فرسخ أو لا فان كان بينهم أكثر من فرسخ لم يجب عليهم السعي اليه وحالهم معتبر بأنفسهم ، فان كانوا أربعين اجتمعت فيهم شرائط الجمعة فعليهم اقامتها وهم مخيرون بين السعي الى المصر وبين اقامتها في قريتهم ، والأفضل اقامتها لانه متى سعى بعضهم اخل على الباقين الجمعة ، واذا أقاموا حضرها جميعهم وفي اقامتها بموضعهم تكثير جماعات المسلمين ، وإن كانوا ممن لاتجب عليهم الجمعة بأنفسهم فهم مخيرون بين السعي اليها وبين أن يصلوا ظهراً ، والافضل السعي اليها لينال فضل الساعي الى الجمعة ويخرج من الخلاف . والحال الثاني أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون فينظر فيهم فان كانوا أقل من أربعين فعليهم السعي الى الجمعة لما قدمنا ، وان كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم وكان موضع

عثمان وابن عمر وقال أبو مسعود : اذا رأيته يتكلم والامام يخطب فاقرع رأسه بالعصا ، وكره ذلك عامة أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والاوزاعي.وعن أحمد لايحرم الكلام ، وكان سعيد بن جبير والنخعي والشعبي وأبو بردة يتكلمون والحجاج يخطب ، وقال بعضهم إنا لم نؤمر أن ننصت لهذا ، وللشافعي قولان كالروايتين. واحتج من أجازه بما روى أنس قال بينما النبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة إذ قام رجل فقال يارسول الله هلك الكراع هلك الشاء فادع الله أن يسقينا.وذكر الحديث متفق عليه . وروي ان رجلا قام والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة فقال يارسول الله متى الساعة ؟ فأعرض النبي صلى الله عليه وسلم وأومأ الناس اليه بالسكوت، فلم يقبل وأعاد الكلام.فلما كان الثالثة قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ويحك ماذا أعددت لها ؟ قال حب الله ورسوله .قال انك مع من أحببت » فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم كلامه ولو حرم لانكره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت » متفق عليه ، وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تكلم يوم الجمعة والامام يخطب فهو كمثل الحمار يحمل أسفارا ، والذي يقول له أنصت ليس له جمعة » رواه الامام أحمد . وعن أبي بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ يوم الجمعة تبارك وهو قائم فذكرنا بأيام الله ـ وأبو الدرداء وأبو ذر يغمزني ـ فقال متى أنزلت هذه السورة اني لم أسمعها إلا الآن

الجمعة القريب منهم قرية أخرى لم يلزمهم السعي اليها وصلوا في مكانهم اذ ليست احدى القريتين بأولى من الأخرى ، وإن أحبوا السعي اليها جاز ، والافضل أن يصلوا في مكانهم كما ذكرنا من قبل فان سعى بعضهم فنقص عدد الباقين لزمهم السعي لئلا يؤدي الى ترك الجمعة ممن تجب عليه ، وإن كان موضع الجمعة القريب مصراً فهم مخيرون أيضاً بين السعي الى المصر وبين اقامة الجمعة في مكانهم كالتي قبلها ذكره ابن عقيل . وعن أحمد ان السعي يلزمهم إلا أن يكون لهم عذر فيصلون جمعة ، والاول أصح لان أهل القرية لا تنعقد بهم جمعة أهل المصر فكان لهم اقامة الجمعة في مكانهم كما لو سمعوا النداء من قرية أخرى ولان أهل القرى يقيمون الجمع في بلاد الاسلام وان كانوا قريباً من المصر من غير نكير

﴿ فصل ﴾ واذا كان أهل المصر دون الاربعين فجاءهم أهل القرية فأقاموا الجمعة في المصر لم يصح لان أهل القرية غير مستوطنين في المصر وأهل المصر لا تنعقد بهم الجمعة لقلتهم ، وان كان أهل القرية ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم لزم أهل المصر السعي اليهم لانهم ممن بينه وبين موضع الجمعة أقل من فرسخ فلزمهم السعي اليها كما يلزم أهل القرية السعي الى المصر اذا أقيمت به وكان أهل القرية دون الاربعين ، وان كان في كل واحد منهما دون الاربعين لم يجز اقامة الجمعة في واحد منهما

﴿ فصل ﴾ ومن تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها ، وبه قال الشافعي واسحق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة يجوز ، وسئل الاوزاعي عن مسافر يسمع أذان الجمعة وقد أسرج دابته فقال ليمض في سفره لان عمر رضي الله عنه قال: الجمعة لا تحبس عن سفر

فأشار اليه[1] أن اسكت فلما انصرفوا قال ـ سألتك متى أنزلت هذه السورة فلم تخبرني فقال أبي ليس لك من صلاتك اليوم إلا ما لغوت . فذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك وأخبره بالذي قال أبي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صدق أبي » رواه عبد الله بن أحمد وابن ماجه[2] وما احتجوا به فالظاهر انه مختص بمن كلم الامام أو كلمه الامام لانه لا يشتغل بذلك عن سماع خطبته وكذلك سأل النبي صلى الله عليه وسلم الذي دخل « هل صليت » فأجابه . وسأل عمر عثمان فأجابه فتعين حمله على ذلك جمعا بين الاخبار ، ولا يصح قياس غيره عليه لأن كلام الامام لا يكون في حال خطبته بخلاف غيره ، ولو قدر التعارض ترجحت أحاديثنا لانها قول النبي صلى الله عليه وسلم ونصه وذلك سكوته والنص أقوى

﴿ فصل ﴾ ولا فرق بين القريب والبعيد لعموم ما ذكرناه ، وقد روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال من كان قريباً يسمع وينصت ومن كان بعيداً ينصت فان للمنصت الذي لا يسمع من الحظ ما للسامع ، وقد روى عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يحضر الجمعة ثلاثة نفر

« ١ » أي أبي

« ٢ » وهو صحيح السند

ولنا ماروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من سافر من دار اقامة يوم الجمعة دعت عليه الملائكة لا يصحب في سفره ولا يعان على حاجته» رواه الدار قطني في الافراد ، وهذا وعيد لا يلحق بالمباح ، ولان الجمعة قد وجبت عليه فلم يجز له الاشتغال بما يمنع منها كاللهو والتجارة ، وما روي عن عمر فقد روى عن ابنه وعائشة أخبار تدل على كراهية السفر يوم الجمعة فتعارض قوله ثم نحمله على السفر قبل الوقت

﴿ فصل ﴾ وان سافر قبل الوقت فذكر أبو الخطاب فيه ثلاث روايات : احداها المنع لحديث ابن عمر ، والثانية الجواز وهو قول الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم لقول عمر ولأن الجمعة لم تجب فلم يحرم السفر كالليل . والثالثة يباح للجهاد دون غيره وهذا الذي ذكره القاضي لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم وجه زيد بن حارثة وجعفر بن أبي طالب وعبدالله بن رواحة في جيش مؤتة فتخلف عبدالله فرآه النبي صلى الله عليه وسلم فقال « ماخلفك ؟ »قال الجمعة فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لروحة في سبيل الله ــ أو قال غدوة ــ خير من الدنيا وما فيها » قال فراح منطلقا رواه الامام أحمد في المسند . والأولى الجواز مطلقا لان ذمته بريئة من الجمعة فلم يمنعه امكان وجوبها عليه كما قبل يومها . وذكر أبو الخطاب ان الوقت الذي يمنع السفر ويختلف فيما قبله زوال الشمس ، ولم يفرق القاضي بين ماقبل الزوال وما بعده ، ولعله بنى على ان وقتها وقت العيد ، ووجه

رجل حضرها بلغو فهو حظه منها ، وجل حضرها بدعاء فهو رجل دعا الله عز وجل إن شاء أعطاه وان شاء منعه ، ورجل حضرها بانصات وسكوت ولم يتخط رقبة مسلم ولم يؤذ أحداً فهو كفارة الى الجمعة التي تليها وزيادة ثلاثة أيام وذلك بأن الله عز وجل يقول (من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها) رواه الامام أحمد وأبو داود . وقال القاضي يجب الانصات على السامع ويستحب لمن لا يسمع لأن الانصات انما وجب لأجل الاستماع والأول أولى لعموم النصوص ، وللبعيد أن يذكر الله تعالى ويقرأ القرآن ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ولا يرفع صوته . قال أحمد لا بأس أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فيما بينه وبين نفسه ورخص له في القراءة والذكر عطاء وسعيد بن جبير والشافعي وليس له رفع صوته ولا المذاكرة في الفقه ولا الصلاة ولا أن يجلس في حلقة ، قال ابن عقيل له صلاة النافلة والمذاكرة في الفقه

ولنا عموم الاحاديث المذكورة وانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الحلق يوم الجمعة قبل الصلاة ولأنه اذا رفع صوته منع من هو أقرب منه من السماع وآذاه بذلك فيكون عليه اثم من يؤذي المسلمين وصد عن ذكر الله تعالى ، وهل ذكر الله سراً أفضل أو الانصات ؟ فيه وجهان : أحدهما الانصات أفضل لحديث عبد الله بن عمرو وقول عثمان . والثاني الذكر أفضل لانه لا يحصل ثواب الذكر من غير ضرر فكان أفضل كقبل الخطبة

قول أبي الخطاب على ان تقديمها رخصة على خلاف الاصل فلم يتعلق به حكم المنع كتقديم الآخرة من المجموعتين الى وقت الأولى

(فصل) وإن خاف المسافر فوات رفقته جاز له ترك الجمعة لان ذلك من الاعذار المسقطة للجمعة والجماعة وسواء كان في بلده فأراد انشاء السفر أو في غيره

(فصل) قال احمد : ان شاء صلى بعد الجمعة ركعتين وإن شاء صلى أربعاً ، وفي رواية إن شاء ستاً ، وكان ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي يرون أن يصلي بعدها أربعاً لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم مصلياً بعد الجمعة فليصل بعدها أربعاً » رواه مسلم وعن علي وأبي موسى وعطاء ومجاهد وحميد بن عبد الرحمن والثوري أنه يصلي ستاً لما روي عن ابن عمر أنه كان اذا كان بمكة فصلى الجمعة تقدم فصلى ركعتين ثم تقدم فصلى أربعاً ، واذا كان في المدينة صلى الجمعة ثم رجع إلى بيته فصلى ركعتين ولم يصل في المسجد فقيل له ، فقال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك . رواه أبو داود

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك كله بدليل ماروي من الاخبار ، وروي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الجمعة ركعتين متفق عليه ، وفي لفظ لمسلم

﴿ فصل ﴾ فأما الكلام على الخطيب أو من كامه فلا يحرم لأن النبي صلى الله عليه وسلم سأل سليكا الداخل وهو يخطب أصليت ؟ قال لا ، وسأل عمر عثمان حين دخل وهو يخطب فأجابه عثمان ولأن تحريم الكلام عليه لاشتغاله بالانصات الواجب وسماع الخطبة ولا يحصل هاهنا ، وسواء سأله الخطيب فأجابه أو كلم بعض الناس الخطيب لحاجة ابتداء لما ذكرنا من الحديثين قبل

﴿ فصل ﴾ واذا سمع متكلما لم ينهه بالكلام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت » ولكن يشير اليه ويضع أصبعه على فيه كما روينا عن أبي . وهذا قول زيد بن صوحان وعبد الرحمن بن أبي ليلى والثوري والاوزاعي وكره الاشارة طاوس . ولنا ان الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم متى الساعة أومأ اليه الناس بالسكوت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليهم ولأن الاشارة تجوز في الصلاة للحاجة التي يبطلها الكلام فجوازها في الخطبة أولى

﴿ فصل ﴾ فأما الكلام الواجب كتحذير الضرير من البئر ومن يخاف عليه ناراً أو حية ونحو ذلك فلا يحرم لأن هذا يجوز في نفس الصلاة مع فسادها به فهنا أولى . فأما تشميت العاطس ورد السلام ففيه روايتان : احداهما يجوز . قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل يرد الرجل السلام يوم الجمعة ويشمت العاطس؟ فقال نعم والامام يخطب . وقال أبو عبد الله قد فعله غير واحد ، قال ذلك غير مرة . وممن يرخص فيه الحسن والشعبي والنخعي وقتادة والثوري وإسحق لأن هذا واجب فوجب الاتيان به في الخطبة لحق الآدمي فهو كتحذير الضرير . والرواية الثانية إن كان لا يسمع رد

وكان لا يصلي في المسجد حتى ينصرف فيصلي ركعتين في بيته وهذا يدل على أنه مهما فعل من ذلك كان حسناً . قال احمد في رواية عبدالله : ولو صلى مع الامام ثم لم يصل شيئاً حتى صلى العصر كان جائزاً قد فعله عمران بن حصين . وقال في رواية ابي داود : يعجبني أن يصلي يعني بعد الجمعة

(فصل) فأما الصلاة قبل الجمعة فلا أعلم فيه إلا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يركع من قبل الجمعة أربعاً . أخرجه ابن ماجه ، وروى عمرو بن سعيد بن العاص عن أبيه قال : كنت أبقي [1] أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاذا زالت الشمس قاموا فصلوا أربعاً. قال أبو بكر : كنا نكون مع حبيب بن ابي ثابت في الجمعة فيقول : أزالت الشمس بعد ؟ ويلتفت وينظر فاذا زالت الشمس صلى الاربع التي قبل الجمعة ، وعن أبي عبيدة عن عبدالله بن مسعود أنه كان يصلي قبل الجمعة أربع ركعات وبعدها أربع ركعات رواه سعيد

(فصل) ويستحب لمن أراد الركوع يوم الجمعة أن يفصل بينها و بينه بكلام أو انتقال من مكانه أو خروج إلى منزله لما روى السائب بن يزيد ابن أخت النمر قال : صليت مع معاوية الجمعة في المقصورة فلما سلم الامام قمت في مقامي فصليت ، فلما دخل أرسل إليّ فقال : لاتعد لما فعلت اذا صليت الجمعة

[1] أى أنتظر يقال فيه أبقي مثل أرمي ، وانقى مثل أعطى لان ماضيه يستعمل ثلاثيا أو رباعيا ذكره الجوهري

السلام وشمت العاطس ، وإن كان يسمع فليس له ذلك نص عليه أحمد في رواية أبي داود . قلت لأحمد يرد السلام والامام يخطب ويشمت العاطس ؟ قال اذا كان لايسمع الخطبة فيرد واذا كان يسمع فلا . قال الله تعالى (فاستمعوا له وأنصتوا) قيل له الرجل يسمع نغمة الامام بالخطبة ولا يدري مايقول أيرد السلام ؟ قال لا . وروي نحو ذلك عن عطاء وذلك لأن الانصات واجب فلم يجز الكلام المانع منه من غير ضرورة كالأمر بالانصات بخلاف من لا يسمع ، وقال القاضي لايرد ولا يشمت ، وروي نحو ذلك عن ابن عمر وهو قول مالك والاوزاعي وأصحاب الرأي واختلف فيه عن الشافعي فيحتمل قول القاضي أن يكون مختصاً بمن يسمع فيكون مثل الرواية الثانية ، ويحتمل أن يكون عاماً في الجميع لأن وجوب الانصات شامل لهم فأشبهوا السامعين ، ويجوز أن يرد على المسلم بالاشارة ذكره القاضي في المجرد لأنه يجوز في الصلاة فها هنا أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز الكلام قبل الخطبة و بعدها وعنه يجوز فيها)

يجوز الكلام قبل الخطبة وبعد فراغه منها من غير كراهة وبهذا قال عطاء وطاوس والزهرى النخعي ومالك والشافعي وإسحق ويعقوب ومحمد وروي عن ابن عمر وكرهه الحكم ، وقال أبوحنيفة اذا خرج الامام حرم الكلام ، قال ابن عبد البر: ابن عمر وابن عباس كانا يكرهان الكلام والصلاة بعد خروج الامام ولا مخالف لهم في الصحابة

ولنا ماروى ثعلبة بن مالك انهم كانوا يتحدثون يوم الجمعة وعمر جالس على المنبر فاذا سكت المؤذن وقام عمر لم يتكلم أحد حتى يقضي الخطبة فاذا قامت الصلاة ونزل عمر تكلموا . وهذا يدل

فلا تصلها بصلاة حتى تتكلم أو تخرج ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك أن لانوصل صلاة حتى نتكلم أو نخرج . أخرجه مسلم، وعن نافع ان ابن عمر رأى رجلا يصلي يوم الجمعة ركعتين فدفعه وقال أتصلي الجمعة أربعاً ؟ وكان عبدالله يصلي يوم الجمعة ركعتين في بيته ويقول : هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) قال احمد : اذا كانوا يقرؤن الكتاب يوم الجمعة على الناس بعد الصلاة أعجب إلي أن يسمع اذا كان فتحاً من فتوح المسلمين ، أو كان فيه شيء من أمور المسلمين فليستمع ، وإن كان شيئا انما فيه ذكرهم فلا يستمع ، وقال في الذين يصلون في الطرقات اذا لم يكن بينهم باب مغلق فلا بأس وسئل عن رجل يصلي خارجا من المسجد يوم الجمعة وأبواب المسجد مغلقة ، قال : أرجوأن لا يكون به بأس ، وسئل عن الرجل يصلي يوم الجمعة وبينه وبين الامام سترة ، قال اذا لم يكن يقدر على غير ذلك وقال : اذا دخلوا يوم الجمعه في دار في الرحبة فأغلقوا عليهم الباب فلم يقدروا أن يخرجوا وكانوا يسمعون التكبير ، فان كان الباب مفتوحا يرون الناس كان جائزاً ، ويعيدون الصلاة اذا كان مغلقاً

على شهرة الأمر بينهم ولان قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت » يدل على تخصيصه بوقت الخطبة ولان الكلام انما حرم لاجل الانصات للخطبة ولا وجه لتحريمه مع عدمها ، وقولهم لا مخالف لهما في الصحابة قد ذكرنا عن عمومهم خلاف ذلك

﴿ فصل ﴾ فأما الكلام في الجلسة بين الخطبتين فيحتمل جوازه لما ذكرنا وهذا قول الحسن ويحتمل المنع وهو قول مالك والشافعي والاوزاعي وإسحق لانه سكوت يسير في أثناء الخطبتين أشبه السكوت للتنفس . واذا بلغ الخطيب الى الدعاء فهل يجوز الكلام؟ فيه وجهان : أحدهما الجواز لانه فرغ من الخطبة أشبه مالو نزل . والثاني لايجوز لانه تابع للخطبة فيثبت له ماثبت لها كالتطويل في الموعظة ويحتمل انه ان كان دعاء مشروعاً كالدعاء للمؤمنين والمؤمنات ، والامام العادل أنصت وإن كان لغيره لم يلزم الانصات لانه لا حرمة له

﴿ فصل ﴾ ويكره العبث والامام يخطب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ومن مس الحصى فقد لغا » قال الترمذي هذا حديث صحيح .واللغو الأثم قال الله تعالى (والذين هم عن اللغو معرضون) ولان العبث يمنع الخشوع ويكسب الأثم ويكره أن يشرب والامام يخطب اذا كان يسمع وبه قال مالك والاوزاعي ورخص فيه مجاهد وطاوس والشافعي لانه لايشغل عن السماع ، ووجه الاول انه فعل يشتغل به أشبه مس الحصى فان كان لا يسمع لم يكره نص عليه لانه لم يسمع فلا يشتغل به

﴿ فصل ﴾ قال الامام أحمد لا يتصدق على السؤال والامام يخطب لانهم فعلوا مالا يجوز فلا يعينهم عليه ، قال الامام أحمد وإن حصبه كان أعجب الي لان ابن عمر رأى سائلا يسأل والامام يخطب يوم الجمعة فحصبه قيل للامام أحمد فان تصدق عليه انسان فناولته والامام يخطب ؟ قال لا . قيل فان سأل

هؤلاء لم يكونوا مع صلاة الامام . وهـذا والله أعلم لأنهم اذا كانوا في دار ولم يروا الامام كانوا متحيزين عن الجماعة ، فاذا اتفق مع ذلك عدم الرؤية لم يصح ، وأما اذا كانوا في الرحبة أو الطريق فليس بينهم إلا باب المسجد ويسمعون حس الجماعة ولم يفت الا الرؤية فلم يمنع من الاقتداء

(فصل) ويستحب أن يقرأ في صلاة الصبح يوم الجمعة ألم السجدة وهل أتى على الانسان. نص عليه احمد لما روى ابن عباس وأبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الفجر يوم الجمعة ألم . تنزيل وهل أتى على الانسان حين من الدهر . رواهما مسلم ، قال احمد رحمه الله : ولا أحب أن يداوم عليها لئلا يظن الناس أنها مفضلة بسجدة ، ويحتمل أن يستحب المداومة عليها لأن لفظ الخبر يدل عليها وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا عمل عملا أثبته ودام عليه وكان عمله ديمة

قبل خطبة الامام ثم جلس فأعطاني رجل صدقة أناوله إياها قال نعم . هذا لم يسأل والامام يخطب

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بالاحتباء يوم الجمعة والامام يخطب روي ذلك عن ابن عمر وجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واليه ذهب عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو داود لم يبلغني ان أحداً كرهه إلا عبادة بن نسي لان سهل بن معاذ روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحبوة يوم الجمعة والامام يخطب رواه أبو داود

ولنا ماروى يعلي بن شداد بن أوس قال شهدت مع معاوية ببيت المقدس فجمع بنا فنظرت فاذا جل من في المسجد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيتهم محتبين والامام يخطب، وفعله ابن عمر وأنس ولا نعرف لهما مخالفاً فكان اجماعا والحديث في اسناده مقال قاله ابن المنذر والأولى تركه لاجل الحـديث وان كان ضعيفا لانه يصير به متهيئاً للنوم والسقوط واسقاط الوضوء ، ويحمل النهي في الخبر على الكراهة وأحوال الصحابة الذين فعلوه على انه لم يبلغهم الخبر

﴿ فصل ﴾ قال الامام أحمد اذا كان يقرؤن الكتاب يوم الجمعة على الناس بعد الصلاة أعجب الي أن يسمع اذا كان فتحاً من فتوح المسلمين أو كان فيه شيء من أمور المسلمين ، وان كان شيء انما فيه ذكرهم فلا يستمع ، وقال في الذين يصلون في الطرقات اذا لم يكن بينهم باب مغلق فلا بأس وسئل عمن صلى خارج المسجد يوم الجمعه والأبواب مغلقة قال أرجو أن لا يكون به بأس ، وسئل عن الرجل يصلي يوم الجمعة وبينه وبين الامام سترة قال اذا لم يقدر على غير ذلك يعني يجزيه

باب صلاة العيدين

الاصل في صلاة العيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فصل لربك وانحر) المشهور في التفسير أن المراد بذلك صلاة العيد .وأما السنة فثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتواتر انه كان يصلي صلاة العيدين :قال ابن عباس: شهدت صلاة الفطر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فكلهم يصليها قبل الخطبة: وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى العيد بغير أذان ولا اقامة متفق عليها. وأجمع المسلمون على صلاة العيدين وصلاة العيد فرض على الكفاية في ظاهر المذهب اذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين ،وإن اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الامام وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة هي واجبة على الأعيان وليست فرضاً لانها صلاة شرعت لها الخطبة فكانت واجبة على الأعيان وليست فرضا كالجمعة. وقال ابن أبي موسى وقيل انها سنة مؤكدة غير واجبة وبه قال مالك وأكثر اصحاب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للاعرابي

﴿ باب صلاة العيدين ﴾

وهي مشروعة والأصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله عز وجل (فصل لربك وانحر) المشهور في التفسير أن المراد بها صلاة العيد . وأما السنة فثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم بالتواتر انه كان يصلي العيدين . قال ابن عباس شهدت صلاة الفطر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فكلهم يصليها قبل الخطبة متفق عليه . وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بغير أذان ولا اقامة ، وأجمع المسلمون على صلاة العيدين

﴿ مسئلة ﴾ (وهي فرض على الكفاية إن اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الامام)

صلاة العيد فرض على الكفاية في ظاهر المذهب اذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة هي واجبة على الاعيان وليست فرضاً ، وقال ابن أبي موسى وقد قيل انها سنة مؤكدة وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للاعرابي حين ذكر خمس صلوات قال هل علي غيرهن قال « لا إلا أن تطوع » ولانها صلاة ذات ركوع وسجود لايشرع لها أذان فلم تكن واجبة كصلاة الاستسقاء ، ثم اختلفوا فقال بعضهم اذا امتنع جميع الناس من فعلها قاتلهم الامام عليها . وقال بعضهم لايقاتلهم

ولنا على انها لاتجب على الاعيان انها صلاة لايشرع لها الأذان فلم تجب على الاعيان كصلاة الجنازة ولأن الخبر الذي ذكره مالك ومن وافقه يقتضي نفي وجوب صلاة سوى الخمس ، وانما خوالف بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ومن صلى معه فيختص بمن كان مثلهم ولانها لو وجبت على الاعيان لوجبت خطبتها والاستماع لها كالجمعة

حين ذكر خمس صلوات قال هل علي غيرهن ؟ قال «لا إلا أن تطوع» وقوله عليه السلام «خمس صلوات كتبهن الله على العبد» الحديث. ولانها صلاة ذات ركوع وسجود لم يشرع لها أذان فلم تجب ابتداء بالشرع كصلاة الاستسقاء والكسوف. ثم اختلفوا فقال بعضهم اذا امتنع جميع الناس من فعلها قاتلهم الامام عليها وقال بعضهم لا يقاتلهم

ولنا على انها لا تجب على الاعيان انها لا يشرع لها الآذان فلم تجب على الأعيان كصلاة الجنازة ولان الخبر الذي ذكره مالك ومن وافقه يقتضي نفي وجوب صلاة سوى الخمس وانما خولف بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ومن صلى معه فيختص بمن كان مثلهم ولانها لو وجبت على الأعيان لوجبت خطبتها ووجب استماعها كالجمعة

ولنا على وجوبها في الجملة أمر الله تعالى بها بقوله (فصل لربك وانحر) والامر يقتضي الوجوب ومداومة النبي صلى الله عليه وسلم على فعلها وهذا دليل الوجوب ولأنها من أعلام الدين الظاهرة فكانت واجبة كالجمعة ولأنها لو لم تجب لم يجب قتال تاركيها كسائر السنن يحققه أن القتال عقوبة لا تتوجه الى تارك مندوب كالقتل والضرب فأما حديث الاعرابي فلا حجة لهم فيه لان الاعراب

ولنا على وجوبها في الجملة قوله تعالى (فصل لربك وانحر) والأمر يقتضي الوجوب ولأنها من أعلام الدين الظاهرة فكانت واجبة كالجمعة والجهاد ولانها لو لم تجب لم يجب قتال تاركيها لأن القتال عقوبة فلا يتوجه الى تارك مندوب كالقتل والضرب وقياساً على سائر السنن. فأما حديث الاعرابي الاعرابي فليس لهم فيه حجة لأن الاعراب لا تلزمهم الجمعة فالعيد أولى على انه مخصوص بالصلاة على الجنازة المنذورة فكذلك صلاة العيد، وقياسهم لا يصح لأن كونها ذات ركوع وسجود لا أثر له فيجب حذفه فينتقض بصلاة الجنازة وينتقض على كل حال بالصلاة المنذورة

(فصل) واذا اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الامام لانها من شعائر الاسلام الظاهرة فقوتلوا على تركها كالأذان ولانها من فروض الكفايات فقوتلوا على تركها كغسل الميت والصلاة عليه اذا اتفقوا على تركه

﴿ مسئلة ﴾ (وأول وقتها اذا ارتفعت الشمس وآخره اذا زالت)

أول وقت صلاة العيد اذا خرج وقت النهي وارتفعت الشمس قيد رمح من طلوع الشمس وذلك ما بين وقتي النهي عن صلاة النافلة. وقال أصحاب الشافعي أول وقتها اذا طلعت الشمس لما روى يزيد بن حمير قال خرج عبدالله بن بشر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم عيد فطر أو أضحى فأنكر ابطاء الامام وقال إنا كنا قد فرغنا ساعتنا هذه وذلك حين صلاة التسبيح. رواه أبو داود وابن ماجه

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ولانه وقت نهي عن الصلاة فيه فلم

لا تلزمهم الجمعة لعدم الاستيطان فالعيد أولى، والحديث الآخر مخصوص بما ذكرناه على انه انما صرح بوجوب الخمس وخصها بالذكر لتأكيدها ووجوبها على الاعيان ووجوبها على الدوام وتكررها في كل يوم وليلة وغيرها يجب نادراً ولعارض كصلاة الجنازة والمنذورة والصلاة المختلف فيها فلم يذكرها، وقياسهم لا يصح لان كونها ذات ركوع وسجود لا أثر له بدليل أن النوافل كلها فيها ركوع وسجود وهي غير واجبة فيجب حذف هذا الوصف لعدم أثره ثم ينقض قياسهم بصلاة الجنازة، وينتقض على كل حال بالمنذورة

﴿ مسئلة ﴾ ﴿ قال ويظهرون التكبير في ليالي العيدين وهو في الفطر آكد لقول الله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم ولعلكم تشكرون ﴾

وجملته انه يستحب للناس اظهار التكبير في ليلتي العيدين في مساجدهم ومنازلهم وطرقهم

يكن وقتاً للعيد كقبل طلوع الشمس ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده لم يصلوا حتى ارتفعت الشمس بدليل الاجماع أن فعلها في ذلك الوقت أفضل ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليفعل إلا الافضل، ولو كان لها وقت قبل ذلك لكان تقييده بطلوع الشمس تحكما بغير نص ولا معنى نص، ولا يجوز التوقيت بالتحكم . وأما حديث عبد الله بن بشر فيحتمل على انه أنكر ابطاء الامام عن وقتها المجمع عليه لانه لو حمل على غير هذا لم يكن ابطاء ، ولا يجوز أن يحمل ذلك على ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل الصلاة في وقت النهي لانه مكروه بالاتفاق والافضل خلافه ، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يداوم على المفضول ولا المكروه فتعين حمله على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يعلم بالعيد إلا بعد الزوال خرج من الغد فصلى بهم)

وهذا قول الاوزاعي والثوري وإسحق وابن المنذر . وحكي عن أبي حنيفة انها لا تقضى . وقال الشافعي إن علم بعد غروب الشمس كقولنا وإن علم بعد الزوال لم يصل لانها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة فلا تقضى بعد فوات وقتها كالجمعة وانما يصليها اذا علم بعد غروب الشمس لأن العيد هو الغد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فطركم يوم تفطرون واضحاكم يوم تضحون وعرفتكم يوم تعرفون »(١)

ولنا ماروى أبو عمير بن أنس عن عمومة له من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ركباً جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فشهدوا انهم رأوا الهلال بالامس فأمرهم أن يفطروا فاذا أصبحوا أن يغدوا الى مصلاهم رواه أبو داود . وقال الخطابي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى أن تتبع ، وحديث ابن عمير صحيح والمصير اليه واجب ولانها صلاة مؤقتة فلا تسقط بفوات الوقت كسائر الفروض : فأما الجمعة فانها معدول بها عن الظهر بشرائط منها الوقت فاذا فات واحد منها رجع الى الأصل

(١) رواه الشافعي والبيهقي عن عطاء مرسلا بسند ضعيف وروي أبو داود والبيهقي الجملتين في العيدين بسند صحيح عن أبي هريرة وله تتمة أخرى

مسافرين كانوا أو مقيمين لظاهر الآية المذكورة قال بعض أهل العلم في تفسيرها لتكملوا عدة رمضان ولتكبروا الله عند إكماله على ماهداكم ومعنى اظهار التكبير رفع الصوت به واستحب ذلك لما فيه من اظهار شعائر الاسلام وتذكير الغير وكان ابن عمر يكبر في فتية بمنى يسمعه أهل المسجد فيكبرون ويكبر أهل الاسواق حتى ترتج منى تكبيرا قال أحمد كان ابن عمر يكبر في العيدين جميعاً ويعجبنا ذلك واختص الفطر بمزيد تأكيد لورود النص فيه وليس التكبير واجباً وقال داود : هو واجب في الفطر لظاهر الآية

ولنا انه تكبير في عيد فأشبه تكبير الاضحى ولأن الاصل عدم الوجوب ولم يرد من الشرع إيجابه فيبقى على الاصل والآية ليس فيها أمر انما أخبر الله تعالى عن إرادته[1] فقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم)

(فصل) فأما الواحد اذا فاتته حتى تزول الشمس وأحب قضاءها قضاها متى أحب . وقال ابن عقيل لا يقضيها إلا من الغد كالمسئلة قبلها وهذا لا يصح لأن ما يفعله تطوع فمتى أحب أتى به وفارق اذا لم يعلم الناس لانهم تفرقوا على ان العيد في الغد فلا يجتمعون إلا الى الغد ، ولا كذلك هاهنا لانه يحتاج الى اجتماع الجماعة ولأن صلاة الامام هي الواجبة التي يعتبر لها شروط العيد ومكانه ، فاعتبر لها العيد بخلاف هذا

﴿ مسئلة ﴾ (ويسن تقديم الأضحى وتأخير الفطر والأكل في الفطر قبل الصلاة والامساك في الأضحى حتى يصلي)

يستحب تقديم الاضحى ليتسع وقت التضحية لأن التضحية لاتجوز إلا بعد الصلاة وتأخير الفطر ليتسع وقت اخراج صدقة الفطر لأن السنة اخراجها يوم العيد قبل الصلاة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا . وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى عمرو بن حزم « أن أخر صلاة الفطر وعجل الأضحى وذكر الناس » الحديث مرسل رواه الشافعي

(فصل) ويستحب الأكل في الفطر قبل الصلاة وأن لا يأكل في الاضحى حتى يصلي ، روي ذلك عن علي وابن عباس وهو قول مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات وقال مرجأ بن رجاء حدثني عبيد الله قال حدثني أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم ويأكلهن وترا رواه البخاري ، وعن بريدة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يخرج يوم الفطر حتى يطعم ولا يطعم يوم الاضحى حتى يصلي رواه الامام أحمد والترمذي وهذا لفظه ورواه الأثرم ولفظ روايته حتى يضحي . ويستحب أن يفطر على تمرات ويأكلهن وترا لما ذكرنا من الحديث ، وأما في الاضحى فان كان له أضحية استحب أن يفطر على شيء منها . قال أحمد والاضحى لا يأكل فيه حتى يرجع اذا كان له ذبح لان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) قد يقال انه عطف على اكمال العدة وهو واجب وعطف اكمال العدة على ارادة اليسر ضعيف متكلف والجمهور على ان التعليلين هما لما قبلهما من وجوب الصيام والرخصة فيه ، وارادة اليسر تشريعية وهي بيان لعلة إباحة الفطر للمريض والمسافر .

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يكبر في طريق العيد ويجهر بالتكبير قال ابن أبي موسى يكبر الناس في خروجهم من منازلهم لصلاتي العيدين جهراً حتى يأتي الامام المصلى ويكبر الناس بتكبير الامام في خطبته وينصتون فيما سوى ذلك . قال سعيد حدثنا عبد العزيز بن محمد ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا خرج من بيته الى العيد كبر حتى يأتي المصلى وروي ذلك عن سعيد ابن جبير وعبد الرحمن ابن أبي ليلى واختلف فيه عن ابراهيم

﴿ فصل ﴾ قال القاضي التكبير في الاضحى مطلق ومقيد فالمقيد عقيب الصلوات والمطلق في كل حال في الاسواق وفي كل زمان وأما الفطر فمسنونه مطلق غير مقيد على ظاهر كلام أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وقال أبو الخطاب يكبر من غروب الشمس من ليلة الفطر الى خروج الامام الى الصلاة في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ، وفي الاخرى الى فراغ الامام من الصلاة

أكل من ذبيحته ، وروى الدار قطني حديث بريدة وفيه وكان لا يأكل يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته واذا لم يكن له ذبح لم يبال أن يأكل

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب الغسل والتبكير اليها بعد الصبح ماشياً على أحسن هيئة إلا المعتكف يخرج في ثياب اعتكافه أو إماما يتأخر الى وقت الصلاة)

يستحب الغسل للعيد وكان ابن عمر يغتسل يوم الفطر رواه مالك في الموطأ ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال علقمة وعروة وعطاء والنخعي والشعبي ومالك والشافعي وابن المنذر لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل يوم الفطر ويوم الاضحى رواه ابن ماجه إلا أنه من رواية جنادة بن مغلس وهو ضعيف ، وروى أيضاً ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في جمعة من الجمع « إن هذا يوم جعله الله عيداً للمسلمين فاغتسلوا ، ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه ، وعليكم بالسواك » علل بكونه عيداً ولانه يوم يشرع فيه الاجتماع للصلاة فاستحب الغسل فيه كيوم الجمعة ، وان توضأ أجزأه لانه اذا أجزأ في الجمعة مع الامر بالغسل لها فهاهنا أولى ، ووقت الغسل بعد طلوع الفجر في ظاهر كلام الخرقي . قال الآمدي ان اغتسل قبل الفجر لم يصب سنة الاغتسال ، وقال ابن عقيل المنصوص عن أحمد انه قبل الفجر وبعده ولان زمن العيد أضيق من وقت الجمعة فلو وقف على طلوع الفجر ربما فات ولان المقصود منه التنظيف وذلك يحصل بالغسل في الليل القربه من الصلاة ، والاولى أن يكون بعد الفجر ليخرج من الخلاف ولانه أبلغ في النظافة لقربه من الصلاة والغسل لها غير واجب . قال ابن عقيل ويتخرج وجوبه بناء على غسل الجمعة لانها في معناها

(فصل) ويستحب التبكير الى العيد بعد صلاة الصبح والدنو من الامام ليحصل له أجر التبكير وانتظار الصلاة ويحصل له فضل الدنو من الامام من غير تخطي رقاب الناس ولا أذى أحد . قال عطاء بن السائب كان عبد الرحمن بن أبي ليلي وعبد الله بن مغفل يصليان الفجر يوم العيد وعليهما

﴿ مسئلة ﴾ ﴿ قال فاذا أصبحوا تطهروا ﴾

وجملته انه يستحب أن يتطهر بالغسل للعيد وكان ابن عمر يغتسل يوم الفطر وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال علقمة وعروة وعطاء والنخعي والشعبي وقتادة وأبو الزناد ومالك والشافعي وابن المنذر لما روى ابن عباس والفاكه بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يغتسل يوم الفطر والاضحى وروي أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في جمعة من الجمع «ان هذا يوم جعله الله عيداً للمسلمين فاغتسلوا ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه وعليكم بالسواك» رواه ابن ماجه فعلى هذه الاشياء تكون الجمعة عيداً ولانه يوم يجتمع الناس فيه للصلاة فاستحب الغسل فيه كيوم الجمعة وان اقتصر على الوضوء اجزأه لانه اذا لم يجب الغسل للجمعة مع الامر به فيها فغيرها أولى

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يتنظف ويلبس أحسن مايجد ويتطيب ويتسوك كما ذكرنا في الجمعة لما ذكرنا من الحديث، وقال عبدالله بن عمر وجد عمر حلة من استبرق في السوق فأخذها فاتى بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ابتع هذه تتجمل بها في العيدين والوفد فقال النبي صلى الله عليه وسلم «انما هذه لباس من لاخلاق لهم» متفق عليه

وهذا يدل على أن التجمل عندهم في هذه المواضع كان مشهورا وروى ابن الاحمر في العيدين والجمعة باسناده عن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبس في العيدين برد حبرة وباسناده عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ماعلى أحدكم أن يكون له ثوبان سوى ثوبي مهنته لجمعته وعيده» وقال مالك سمعت أهل العلم يستحبون الطيب والزينة في كل عيد والامام بذلك

ثيابهما ثم يتدافعان الى الجبانة أحدهما يكبر والآخر يهلل، فأما الامام فانه يتأخر الى وقت الصلاة لما روى أبو سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج يوم الفطر والاضحى الى المصلى فأول شيء يبدأ به الصلاة رواه مسلم، قال مالك مضت السنة أن يخرج الامام من منزله قدر مايبلغ المصلى وقد حلت الصلاة، وروي عن ابن عمر انه كان لايخرج حتى تطلع الشمس، ويستحب أن يخرج ماشياً وعليه السكينة والوقار كما ذكرنا في الجمعة وهذا قول عمر بن عبدالعزيز والنخعي والثوري والشافعي وغيرهم لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لايركب في عيد ولا جنازة، وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج الى العيد ماشيا ويرجع ماشيا رواه ابن ماجة، وإن كان بعيداً فلا بأس أن يركب نص عليه أحمد لما روي ان عمر بن عبد العزيز قال على المنبر يوم الجمعة ان الفطر غداً فامشوا الى مصلاكم فان ذلك كان يفعل، ومن كان من أهل القرى فليركب فاذا جاء الى المدينة فليمش الى الصلاة. رواه سعيد

(فصل) ويستحب أن يتطيب ويتسوك ويلبس أحسن ثيابه كما ذكرنا في الجمعة لما ذكرنا من الحديث، وروى ابن عبد البر باسناده عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتم ويلبس

أحق لانه المنظور اليه من بينهم إلا أن المعتكف يستحب له الخروج في ثياب اعتكافه ليبقى عليه أثر العبادة والنسك ، وقال أحمد في رواية المروذي: طاوس كان يأمر بزينة الثياب وعطاء قال هو يوم التخشع واستحسنهما جميعاً وذكر استحباب خروجه في ثياب اعتكافه في غير هذا الموضع

﴿ فصل ﴾ ووقت الغسل بعد طلوع الفجر في ظاهر كلام الخرقي لقوله فاذا اصبحوا تطهروا قال القاضي والآمدي ان اغتسل قبل الفجر لم يصب سنة الاغتسال لانه غسل الصلاة في اليوم فلم يجز قبل الفجر كغسل الجمعة وقال ابن عقيل المنصوص عن أحمد أنه قبل الفجر وبعده لأن زمن العيد أضيق من وقت الجمعة فلو وقف على الفجر ربما فات ولان المقصود منه التنظيف وذلك يحصل بالغسل في الليل لقربه من الصلاة والافضل أن يكون بعد الفجر ليخرج من الخلاف ويكون أبلغ في النظافة لقربه من الصلاة وقول الخرقي : تطهروا لم يخص به الغسل بل هو ظاهر في الوضوء وهو غير مختص بما بعد الفجر .

﴿ مسئله ﴾ قال ﴿ واكلوا ان كان فطراً ﴾

السنة أن يأكل في الفطر قبل الصلاة ولا يأكل في الاضحى حتى يصلي وهذا قول أكثر أهل العلم منهم علي وابن عباس ومالك والشافعي وغيرهم لانعلم فيه خلافا قال أنس كان النبي صلى الله عليه وسلم لايغدو يوم الفطر حتي يأكل تمرات رواه البخاري ، وفي رواية استشهد بها ويأكلهن وترا

وروي عن بريدة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم لايخرج يوم الفطر حتي يفطر ولا يطعم يوم الاضحى حتى يصلي رواه الأثرم والترمذي ولفظ رواية الأثرم حتى يضحي ولأن يوم الفطر يوم حرم فيه الصيام عقيب وجوبه فاستحب تعجيل الفطر لاظهار المبادرة الى طاعه الله تعالى ، وامتثال أمره في الفطر على خلاف العادة والاضحى بخلافه ولأن في الاضحى شرع الاضحية والاكل منها فاستحب أن يكون فطره على شيء منها قال أحمد والاضحى لايأكل فيه حتى يرجع اذا كان له ذبح لان النبي صلى الله عليه وسلم أكل من ذبيحته واذا لم يكن له ذبح لم يبال أن يأكل

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن يفطر على التمر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفطر عليه ويأكلهن وتراً لقول أنس ويأكلهن وتراً ولان الله تعالى وتر يحب الوتر ولان الصائم يستحب له الفطر كذلك

﴿ مسئله ﴾ قال ﴿ ثم غدوا الى المصلي مظهرين للتكبير ﴾

السنة أن يصلي العيد في المصلى أمر بذلك علي رضي الله عنه واستحسنه الاوزاعي وأصحاب

برده الاحمر في العيدين والجمعة . وعن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبس في العيدين برد حبرة وباسناده عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماعلى أحدكم أن يكون له ثوبان سوى ثوبي مهنته لجمعته وعيده » والامام بذلك أحق لانه المنظور اليه من بينهم إلا

الرأى وهو قول ابن المنذر وحكي عن الشافعي ان كان مسجد البلد واسعا فالصلاة فيه أولى لانه خير البقاع وأطهرها ولذلك يصلي أهل مكة في المسجد الحرام

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج إلى المصلى ويدع مسجده وكذلك الخلفاء بعده ولا يترك النبي صلى الله عليه وسلم الافضل مع قربه ويتكلف فعل الناقص مع بعده ولا يشرع لامته ترك الفضائل ولاننا قد أمرنا باتباع النبي صلى الله عليه وسلم والاقتداء به ولا يجوز أن يكون المأمور به هو الناقص والمنهى عنه هو الكامل ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى العيد بمسجده الا من عذر ولان هذا اجماع المسلمين فان الناس في كل عصر ومصر يخرجون الى المصلى فيصلون العيد في المصلى مع سعة المسجد وضيقه وكان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في المصلى مع شرف مسجده وصلاة النفل في البيت أفضل منها في المسجد مع شرفه ، وروينا عن علي رضى الله عنه أنه قيل له قد اجتمع في المسجد ضعفاء الناس وعميانهم فلوصليت بهم في المسجد فقال أخالف السنه اذاً ولكن نخرج إلى المصلى واستخلف من يصلي بهم في المسجد أربعا

﴿ فصل ﴾ ويستحب للامام اذا خرج أن يخلف من يصلي بضعفة الناس في المسجد كما فعل علي رضي الله عنه فروى هزيل بن شرحبيل قال قيل لعلى رضي الله عنه لو أمرت رجلا يصلي بضعفة الناس هو نافي المسجد الاكبر قال ان أمرت رجلا يصلي أمرته أن يصلي لهم أربعا رواه سعيد وروى أنه استخلف أبا مسعود فصلى بهم في المسجد

﴿ فصل ﴾ وإن كان عذر يمنع الخروج من مطر أو خوف او غيره صلوا في الجامع كما روى أبو هريرة أنه أصابهم مطر في يوم عيد فصلى بهم النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العيد في المسجد رواه أبوداود وابن ماجه

﴿ فصل ﴾ يستحب التبكير الى العيد بعد صلاة الصبح إلا الامام ، فانه يتأخر الى وقت الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل كذلك قال أبوسعيد كان النبي صلى الله عليه وسلم يخرج يوم الفطر والاضحى الى المصلى فاول شيء يبدأ به الصلاة رواه مسلم ، ولان الامام يُنتظر ولا يَنتظر ولو جاء الى المصلى وقعد في مكان مستتر عن الناس فلا بأس قال مالك مضت السنة أن يخرج الامام من منزله قدر مايبلغ مصلاه وقدحلت الصلاة فأما غيره فيستحب له التبكير والدنو من الامام ليحصل له أجر التبكير وانتظار الصلاة والدنو من الامام من غير تخطي رقاب الناس ولا أذى أحد قال عطاء ابن السائب كان عبدالرحمن بن أبي ليلي وعبدالله بن معقل يصليان الفجر يوم العيد وعليهما ثيابهما ثم يتدافعان الى الجبانة، أحدهما يكبر، والآخر يهلل، وروي عن ابن عمر انه كان لايخرج حتى تخرج الشمس

أن المعتكف يستحب له الخروج في ثياب اعتكافه ليبقى عليه أثر العبادة والنسك . قال أحمد في رواية المروذي: طاوس كان يأمر بزينة الثياب. وعطاء قال هو يوم تخشع واستحسنهما جميعاً

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يخرج الى العيد ماشياً وعليه السكينة والوقار كما ذكرنا في الجمعة وممن استحب المشي عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي وغيرهم لما روى أن النبي صلى الله علية وسلم لم يركب في عيد ولا جنازة وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج إلى العيد ماشيا ويرجع ماشيا، رواه ابن ماجه وقال علي رضى الله عنه من السنة أن يأتي العيد ماشيا رواه الترمذي وقال حديث حسن وان كان له عذر وكان مكانه بعيداً فركب فلا بأس قال أحمد رحمه الله نحن نمشي ومكاننا قريب وان بعد ذلك عليه فلا بأس أن يركب قال حدثنا سعيد حدثنا الوليد بن مسلم عن عبدالله بن العلاء بن زبير انه سمع عمر بن عبدالعزيز على المنبر يوم الجمعة يقول: إن الفطر غداً فامشوا إلى مصلاكم فان ذلك كان يفعل ومن كان من أهل القرى فليركب فاذا جاء المدينة فليمش الى المصلى

(فصل) ويكبر في طريق العيد ويرفع صوته بالتكبير وهو معنى قول الخرقي : مظهرين للتكبير قال احمد : يكبر جهراً اذا خرج من بيته حتى يأتي المصلى روي ذلك عن علي وابن عمر وأبي امامة وأبي رهم وناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان وأبي بكر بن محمد، وفعله النخعي وسعيد بن جبير وعبد الرحمن بن أبي ليلى وبه قال الحكم وحماد ومالك واسحاق وابو ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : يكبر يوم الاضحى ولا يكبر يوم الفطر لان ابن عباس سمع التكبير يوم الفطر فقال : ماشأن الناس ؟ فقيل يكبرون فقال : أمجانين الناس ؟ وقال ابراهيم : انما يفعل ذلك الحواكون[1]

ولنا أنه فعل من ذكرنا من الصحابة رضي الله عنهم وقولهم . قال نافع : كان ابن عمر يكبر يوم العيد في الاضحى والفطر ويكبر ويرفع صوته . وقال أبو جميلة : رأيت علياً رضي الله عنه خرج يوم العيد فلم يزل يكبر حتى انتهى إلى الجبانة ، فأما ابن عباس فكان يقول : يكبرون مع الامام ولا يكبرون وحدهم وهذا خلاف مذهبهم. واذا ثبت هذا فانه يكبر حتى يأتي المصلى لما ذكرناعن علي

(فصل) ويستحب أن يكون فى خروجه مظهراً للتكبير يرفع به صوته . قال أحمد يكبر جهراً اذا خرج من بيته حتى يأتي المصلى ، وروى ذلك عن علي وابن عمر وأبي أمامة وناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول عمر بن عبدالعزيز وفعله ابن أبي ليلي والنخعي وسعيد بن جبير وهو قول الحكم وحماد ومالك وإسحق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة يكبر يوم الاضحي ولا يكبر يوم الفطر لأن ابن عباس سمع التكبير يوم الفطر فقال ماشأن الناس؟ فقيل يكبرون . فقال أمجانين الناس؟

ولنا انه فعل من سمينا من الصحابة وقولهم ، فأما ابن عباس فكان يقول يكبرون مع الامام ولا يكبرون وحدهم وهذا خلاف مذهبهم ، اذا ثبت هذا فانه يكبر حتى يأتي المصلى لقول أبي جميلة رأيت علياً رضي الله عنه خرج يوم العيد فلم يزل يكبر حتى انتهى الى الجبانة . قال الاثرم قيل

[1] «١» قول ابن عباس وابراهيم النخعي محمول على سماع أصوات منكرة لشدة الصراخ كالذى أنكره النبي « ص » وقال لذويه «انكم لا تدعون أصم ولا غائبا » الحديث. ولا يصح ان يكون انكاراً لاصل التكبير مهما يكن رأيهما فيه فانهما لا يجهلان رأى الجمهور ، ولا يعبران عن انكار الذكر بهذا التعبير

رضي الله عنه وغيره . قال الأثرم : قيل لأبي عبـدالله في الجهر بالتكبير حتى يأتي المصلى ، أو حتى يخرج الامام ، قال حتى يأتي المصلى . وقال القاضي : فيه رواية أخرى حتى يخرج الامام

(فصل) ولا بأس بخروج النساء يوم العيد إلى المصلى . وقال ابن حامد : يستحب ذلك وقد روي عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا : حق على كل ذات نطاق أن تخرج إلى العيدين. وكان ابن عمر يخرج من استطاع من أهله في العيدين ، وروت أم عطية قالت : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرجهن في الفطر والاضحى : العواتق وذوات الخدور ، فأما الحيض فيعتزلن الصلاة ويشهدن الخير ودعوة المسلمين ، قلت يارسول الله : احدانا لايكون لها جلباب ؟ قال « لتلبسها أختها من جلبابها » متفق عليه ، وهذا لفظ رواية مسلم ، ولفظ رواية البخاري . قالت : كنا نؤمر أن نخرج يوم العيد حتى تخرج البكر من خدرها ، وحتى يخرج الحيض فيكن خلف الناس فيكبرن بتكبيرهم ويدعون بدعائهم يرجون بركة ذلك اليوم وطهرته . وعن أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع نساء الانصار في بيت فأرسل الينا عمر بن الخطاب فقام على الباب فسلم فرددنا عليه فقال : أنا رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم اليكن وأمرنا بالعيدين أن نخرج فيهما الحيض والعتق ولا جمعة علينا ونهانا عن اتباع الجنائز رواه أبو داود . وقال القاضي : ظاهر كلام احمـد أن ذلك جائز غير مستحب وكرهه النخعي ويحيي الانصاري وقالا : لانعرف خروج المرأة في العيـدين عندنا وكرهه سفيان وابن المبارك ورخص أهل الرأي للمرأة الكبيرة وكرهوه للشابة لما في خروجهن من الفتنة وقول عائشة رضي الله عنها : لو رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ماأحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني اسرائيل . وسنة رسول الله صلى الله عليـه وسلم أحق أن تتبع ، وقول عائشة مختص بمن أحدث دون غيرها ، ولا شك بأن تلك يكره لها الخروج ، وانما يستحب لهن الخروج غير متطيبات ولا

لأبي عبدالله في الجهر بالتكبير حتى يأتي المصلى أو حتى يخرج الامام ؟ قال حتى يأتي المصلى . وقال القاضي فيه رواية أخرى حتى يخرج الامام

(فصل) ولا بأس بخروج النساء يوم العيد الى المصلى . وقال ابن حامد يستحب ذلك ، وروي عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما انهما قالا حق على كل ذات نطاق أن تخرج الى العيدين ، وكان ابن عمر يخرج من استطاع من أهله الى العيدين ، وروت أم عطية قالت أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرجهن في الفطر والاضحى والعواتق ذوات الخدور فأما الحيض فيعتزلن الصلاة ويشهدن الخير ودعوة المسلمين . قلت يارسول الله إحدانا لايكون لها جلباب ؟ قال « لتلبسها أختها من جلبابها » متفق عليه وهـذا لفظ رواية مسلم . وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن ذلك جائز غـير مستحب ، وكرهه النخعي ويحيى الانصاري وقالا لايعرف خروج المرأة في العيدين عندنا ، وكرهه سفيان وابن المبارك ، ورخص أهل الرأي المرأة الكبيرة وكرهوه للشابة لما في خروجهن من الفتنة .

يلبسن ثوب شهرة ولا زينة ، ويخرجن في ثياب البذلة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « وليخرجن تفلات » ولا يخالطن الرجال بل يكن ناحية منهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا حلت الصلاة تقدم الامام فصلى بهم ركعتين)

لاخلاف بين أهل العلم في أن صلاة العيد مع الامام ركعتان ، وفيما تواتر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى العيد ركعتين وفعله الائمة بعده إلى عصرنا لم نعلم أحداً فعل غير ذلك ولا خالف فيه ، وقد قال عمر رضي الله عنه : صلاة العيد ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم وقد خاب من افترى ، وقوله حلت الصلاة يحتمل معنيين : احدهما أن معناه اذا دخل وقتها والصلاة هاهنا صلاة العيد ، وحلت من الحلول كقولهم حلّ الدين اذا جاء أجله ، والثاني معناه اذا أبيحت الصلاة يعني النافلة ومعناه اذا خرج وقت النهي وهو اذا ارتفعت الشمس قيد رمح وحلت من الحل وهو الاباحة كقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات) وهذا المعنى أحسن لأن فيه تفسيراً

وقول عائشة رضي الله عنها لو رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني اسرائيل

ولنا ماذكرنا من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وهي أحق أن تتبع ، وقول عائشة مختص بمن أحدثت دون غيرها ، ولا شك في ان تلك يكره لها الخروج وانما يستحب لهن الخروج غير متطيبات ولا يلبسن ثوب شهرة ولا زينة ويخرجن في ثياب البذلة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « وليخرجن تفلات» ولا يخالطن الرجال بل يكن ناحية منهم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا غدا من طريق رجع في أخرى)

الرجوع في غير الطريق التي غدا منها سنة وبه قال مالك والشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله . قال أبو هريرة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج يوم العيد في طريق رجع في غيره . قال الترمذي هذا حديث حسن ، قال بعض أهل العلم انما فعل هذا قصداً لسلوك الأبعد في الذهاب ليكثر ثوابه وخطواته الى الصلاة ويعود في الأقصر لانه أسهل ، وقيل كان يحب أن يشهد له الطريقان ، وقيل كان يحب المساواة بين أهل الطريقين في التبرك بمروره بهم وسرورهم برؤيته وينتفعون بمسئلته ، وقيل لتحصل الصدقة ممن صحبه على أهل الطريقين من الفقراء ، وقيل ليشترك الطريقان بوطئه عليهما . وفي الجملة الاقتداء به سنة لاحتمال بقاء المعنى الذي فعله لأجله ولانه قد يفعل الشيء لمعنى ويبقى في حق غيره سنة مع زوال المعنى كالرمل والاضطباع في طواف القدوم فعله هو وأصحابه لاظهار الجلد للكفار وهي سنة . قال عمر رضي الله عنه فيم الرملان الآن ولمن نبدي مناكبنا وقد نفى الله المشركين؟ ثم قال مع ذلك لاندع شيئاً فعلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

لوقتها، وتعريفاً له بالوقت الذي عرف في مكان آخر . وعلى القول الاول ليس فيه بيان لوقتها ، فعلى هذا يكون وقتها من حين ترتفع الشمس قيد رمح إلى أن يقوم قائم الظهيرة وذلك مابين وقتي النهي عن صلاة النافلة . وقال أصحاب الشافعي : أول وقتها اذا طلعت الشمس لما روى يزيد بن خُمير قال خرج عبدالله بن بسر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم عيد فطر أو أضحى فأنكر إبطاء الامام وقال: انا كنا قد فرغنا ساعتنا هذه وذلك حين صلاة التسبيح[1] رواه أبوداود وابن ماجه

ولنا ماروى عقبة بن عامر قال : ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر فيهن موتانا ـ حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، ولأنه وقت نهي عن الصلاة فيه فلم يكن وقتاً للعيد كقبل طلوع الشمس ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده لم يصلوا حتى ارتفعت الشمس بدليل الاجماع على أن الافضل فعلها في ذلك الوقت ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل إلا الافضل والاولى ولو كان لها وقت قبل ذلك لكان تقييده بطلوع الشمس تحكماً بغير نص ولا معنى نص ، ولا يجوز التوقيت بالتحكم

«١» الرواية : حين التسبيح، والمعنى وقت التسبيح

﴿ مسئلة ﴾ (وهل من شرطها الاستيطان وإذن الامام والعدد المشروط للجمعة؟ على روايتين)

يشترط لوجوب صلاة العيد مايشترط لوجوب صلاة الجمعة من الاستيطان لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصلها في سفره ولا خلفاؤه ، وكذلك العدد المشترط لصلاة الجمعة لانها صلاة عيد فأشبهت الجمعة ، وفي اشتراط اذن الامام روايتان أصحهما أنه لايشترط كما قلنا في الجمعة ، ولا يشترط شيء من ذلك لصحتها لان انسا كان اذا لم يشهد العيد مع الامام جمع أهله ومواليه ثم قام عبدالله بن أبي عتبة مولاه فصلى بهم ركعتين يكبر فيهما ولانها في حق من انتفت فيه شروط الوجوب تطوع فلم يشترط لها ذلك كسائر التطوع . وقد ذكر شيخنا هاهنا روايتين وكذلك ذكره أبوالخطاب . وقال القاضي كلام أحمد يقتضي أن في اشتراط ذلك روايتين : إحداهما لايقام العيد إلا حيث تقام الجمعة وهذا مذهب أبي حنيفة إلا انه لايرى ذلك إلا في المصر لقوله لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع . والثانية يصليها المنفرد والمسافر والعبد والنساء وهذا قول الحسن والشافعي لما ذكرنا إلا ان الامام اذا خطب مرة ثم أرادوا أن يصلوا لم يخطبوا ثانيا وصلوا بلا خطبة كيلا يؤدي الى تفريق الكلمة . وهذا التفصيل الذي ذكرناه أولى ماقيل به ان شاء الله تعالى

(فصل) قال ابن عقيل اذا قلنا من شرطها العدد وكانت قرية الى جانب قرية أو مصر يصلى فيه العيد لزمهم السعي الى العيد سواء كانوا بحيث يسمعون النداء أم لا لان الجمعة انما لم يلزم اتيانها مع عدم السماع لتكررها بخلاف العيد فانه لايتكرر فلا يشق اتيانه

﴿ مسئلة ﴾ (وتسن في الصحراء وتكره في الجامع إلا من عذر)

السنة أن يصلى العيد في المصلى أمر بذلك علي رضي الله عنه واستحسنه الاوزاعي وأصحاب

وأما حديث عبد الله بن بسر فانه أنكر ابطاء الامام عن وقتها المجمع عليه، فانه لو حمل على غير هذا لم يكن ذلك ابطاء ولا جاز انكاره، ولا يجوز أن يحمل ذلك على أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك في وقت النهي لأنه مكروه بالاتفاق على أن الافضل خلافه ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليداوم على المكروه ولا المفضول، ولو كان يداوم على الصلاة فيه لوجب أن يكون هو الافضل والاولى فتعين حمله على ما ذكرنا

(فصل) ويسن تقديم الاضحى ليتسع وقت التضحية، وتأخير الفطر ليتسع وقت اخراج صدقة الفطر وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى عمرو بن حزم «أن أخر صلاة الفطر وعجل صلاة الاضحى»(١) ولأن لكل عيد وظيفة فوظيفة الفطر اخراج الفطرة ووقتها قبل الصلاة، ووظيفة الاضحى التضحية ووقتها بعد الصلاة وفي تأخير الفطر وتقديم الاضحى توسيع لوظيفة كل منها

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ بلا اذان ولا اقامة ﴾

ولا نعلم في هذا خلافا ممن يعتد بخلافه إلا أنه روي عن ابن الزبير أنه أذن وأقام، وقيل أول

(١) رواه الشافعي من طريق شيخه ابراهيم ابن محمد وهو ضعيف

الرأي وهو قول ابن المنذر، وحكي عن الشافعي ان كان مسجد البلد واسعاً فالصلاة فيه أولى لانه خير البقاع وأطهرها ولذلك يصلي أهل مكة في المسجد الحرام

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج الى المصلى ويدع مسجده وكذلك الخلفاء الراشدون بعده ولا يترك النبي صلى الله عليه وسلم الافضل مع قربه، ويتكلف فعل المفضول مع بعده، ولا يشرع لامته ترك الفضائل ولأنا قد أمرنا باتباع النبي صلى الله عليه وسلم والاقتداء به، ولا يجوز أن يكون المأمور به هو الناقص ولان هذا اجماع فان الناس في كل عصر يخرجون الى المصلى فيصلون فيه العيدين مع سعة المسجد وضيقه ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى العيد بمسجده إلا من عذر مع شرف مسجده، وروينا عن علي رضي الله عنه انه قيل له قد اجتمع في المسجد ضعفاء الناس وعميانهم فلو صليت بهم في المسجد؟ فقال أخالف السنة اذاً، ولكن أخرج الى المصلى وأستخلف من يصلي بهم في المسجد أربعاً، وصلاة النفل في البيت أفضل منها مع شرفه، ويستحب للامام اذا خرج أن يستخلف في المسجد من يصلي بضعفة الناس في الجامع لأن علياً رضي الله عنه استخلف أبا مسعود البدري يصلي بضعفة الناس في المسجد رواه سعيد، وهل يصلي المستخلف ركعتين أم أربعاً على روايتين: إحداهما يصلي أربعاً لما ذكرنا من قول علي، والثانية يصلي ركعتين وروي انه صلى أربعاً فان كان عذر من مطر أو نحوه صلى فى المسجد لما روى أبو هريرة قال أصابنا مطر في يوم عيد فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد. رواه أبو داود

(فصل) ولا يشرع لها أذان ولا اقامة ولا نعلم في هذا خلافا إلا انه روي عن ابن الزبير انه

من أذن في العيد ابن زياد وهذا دليل على انعقاد الاجماع قبله على أنه لا يسن لها أذان ولا اقامة وبه يقول مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي العيد بلا أذان ولا اقامة ، فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى العيدين بغير أذان ولا اقامة ، وعن جابر مثله متفق عليهما . وقال جابر بن سمرة : صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العيد غير مرة ولا مرتين بلا أذان ولا اقامة . رواه مسلم ، وعن عطاء قال: أخبرني جابر أن لا أذان يوم الفطر حين يخرج الامام ولا بعد ما يخرج الامام ، ولا اقامة ، ولا نداء ، ولا شيء، لا نداء يومئذ ولا اقامة رواه مسلم . وقال بعض أصحابنا : ينادى لها الصلاة جامعة وهو قول الشافعي وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع (١)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقرأ في كل ركعة منها بالحمد لله وسورة ويجهر بالقراءة)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه يشرع قراءة الفاتحة وسورة في كل ركعة من صلاة العيد وأنه يسن الجهر إلا أنه روي عن علي رضي الله عنه أنه كان اذا قرأ في العيدين أسمع من يليه ولم يجهر ذلك الجهر . وقال ابن المنذر أكثر أهل العلم يرون الجهر بالقراءة ، وفي اخبار من أخبر بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم دليل على أنه كان يجهر ولأنها صلاة عيد فأشبهت الجمعة

ويستحب أن يقرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاشية نص عليه احمد لأن النعمان بن بشير قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية. وربما اجتمعا في يوم واحد فقرأ بهما ، رواه مسلم . وقال الشافعي : يقرأ بقاف واقتربت الساعة لما روي أن عمر سأل أبا واقد الليثي ماذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ به في الفطر والاضحى فقال : كان يقرأ بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة وانشق القمر ، رواه مسلم . وقال

(١) الشافعي لم يقله رأيا بل روي عن الزهري انه (ص) كان يأمر المؤذن في العيدين فيقول : «الصلاة جامعة» قال الحافظ بن حجر في شرح البخاري وهذا مرسل يعضده القياس على صلاة الكسوف ورواه البيهقي من طريق الشافعي

أذن وأقام ، وقيل أول من أذن في العيدين ابن زياد، وهذا يدل على انعقاد الاجماع قبله انه لا يسن ذلك وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقد روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى العيدين بغير أذان ولا اقامة وعن جابر مثله متفق عليهما ، وعن عطاء قال أخبرني جابر ان لا أذان للصلاة يوم الفطر حين يخرج الامام ولا بعد ما يخرج الامام ولا اقامة ولا نداء ولا شيء، لا نداء يومئذ ولا اقامة رواه مسلم ، وقال بعض أصحابنا ينادى لها الصلاة جامعة وهو قول الشافعي والسنة أحق أن تتبع

﴿ مسئلة ﴾ (ويبدأ بالصلاة فيصلي ركعتين)

وجملة ذلك انه يبدأ في العيد بالصلاة قبل الخطبة لا نعلم في ذلك خلافا إلا ماروي عن بني أمية وقيل انه يروى عن عثمان وابن الزبير انهما فعلا ذلك ولا يصح عنهما، وخلاف بني أمية مسبوق بالاجماع فلا يعتد به ولانه مخالف لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الصحيحة والخلفائه الراشدين فان ابن عمر قال ان النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم كانوا يصلون العيدين

أبو حنيفة : ليس فيه شيء يوقت ، وكان ابن مسعود يقرأ بالفاتحة وسورة من المفصل ومهما قرأ به أجزأه وكان حسناً إلا أن الاول أحسن لأن عمر رضي الله عنه عمل به وكان ذلك مذهبه ولأن في (سبح) الحث على الصلاة وزكاة الفطر على ماقاله سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز في تفسير قوله تعالى (قد أفلح من تزكى) فاختصت الفضيلة بها كاختصاص الجمعة بسورتها

(فصل) وتكون القراءة بعد التكبير في الركعتين نص عليه احمد ، وروي ذلك عن أبي هريرة وفقهاء المدينة السبعة وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي والليث ، وقد روي عن احمد أنه يوالي بين القراءتين ومعناه أن يكبر في الأولى قبل القراءة وفي الثانية بعدها ، اختارها أبو بكر وروي ذلك عن ابن مسعود وحذيفة وأبي موسى وأبي مسعود البدري والحسن وابن سيرين والثوري وهو قول أصحاب الرأي لما روي عن أبي موسى قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر تكبيره على الجنازة ويوالي بين القراءتين . رواه أبو داود ، وروى أبو عائشة جليس لأبي هريرة أن سعيد بن العاص سأل أبا موسى وحذيفة كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحى والفطر ، فقال أبو موسى : كان يكبر أربعا تكبيره على الجنازة . فقال حذيفة : صدق [1]

ولنا ماروى كثير بن عبدالله عن أبيه عن جده [2] أن النبي صلى الله عليه وسلم كبر في العيدين في الاولى سبعاً قبل القراءة ، وفي الثانية خمساً قبل القراءة . رواه الأثرم وابن ماجه والترمذي وقال هو حديث حسن وهو أحسن حديث في الباب ؛ وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر في العيدين سبعاً وخمساً قبل القراءة . رواه احمد في المسند ، وعن عبدالله بن عمرو قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « التكبير في الفطر سبع في الاولى ، وخمس في الأخيرة ، والقراءة بعدهما كليهما » رواه أبو داود والأثرم ، ورواه ابن ماجه عن سعد مؤذن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك وحديث أبي موسى

«١» قال البيهقي خولف راويه في رفعه وفي جواب أبي موسى والمشهور أنهم أسندوه

«٢» اسمه عمرو ابن عوف المزني

قبل الخطبة .متفق عليه ، وقد أنكر على بني أمية فعلهم وعد منكراً وبدعة فروي طارق بن شهاب قال قدم مروان الخطبة قبل الصلاة فقام رجل فقال خالفت السنة كانت الخطبة بعد الصلاة ، فقال ترك ذلك يا أبا فلان : فقام أبو سعيد فقال أما هذا المتكلم فقد قضى ماعليه قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فلينكره بلسانه فمن لم يستطع فلينكره بقلبه وذلك أضعف الايمان » رواه أبو داود الطيالسي عن شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق ، ورواه مسلم بمعناه . فعلى هذا من خطب قبل الصلاة فهو كمن لم يخطب لانه خطب في غير محل الخطبة أشبه مالو خطب في الجمعة بعد الصلاة

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم أن صلاة العيد ركعتان وذلك المتواتر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه فعل ذلك وفعله الأئمة بعده وقد قال عمر رضي الله عنه : صلاة العيد ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم وقد خاب من افترى

ضعيف . قاله الخطابي : وليس في رواية أبي داود أنه والى بين القرائتين ، ثم نحمله على أنه والى بين الفاتحة والسورة لأن قراءة الركعتين لا يمكن الموالاة بينهما لما بينهما من الركوع والسجود

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويكبر في الاولى سبع تكبيرات منها تكبيرة الافتتاح ﴾

قال أبو عبدالله : يكبر في الاولى سبعاً مع تكبيرة الاحرام ولا يعتد بتكبيرة الركوع لأن بينهما قراءة ، ويكبر في الركعة الثانية خمس تكبيرات ولا يعتد بتكبيرة النهوض ، ثم يقرأ في الثانيـة ثم يكبر ويركع وروي ذلك عن فقهاء المدينة السبعة وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والمزني ، وروي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري وابن عباس وابن عمر ويحيى الانصاري قالوا: يكبر في الاولى سبعاً وفي الثانية خمساً ، وبه قال الاوزاعي والشافعي واسحاق إلا أنهم قالوا : يكبر سبعاً في الاولى سوى تكبيرة الافتتاح لقول عائشة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في العيدين اثنتى عشرة تكبيرة سوى تكبيرة الافتتاح ، وروي عن ابن عباس وأنس والمغيرة بن شعبة وسعيد بن

﴿ مسئلة ﴾ (يكبر في الأولى بعد الاستفتاح وقبل التعوذ ستا وفي الثانية بعد القيام من السجود خمساً)

السنة أن يستفتح بعد تكبيرة الاحرام ثم يكبر تكبيرات العيد ثم يتعوذ ثم يقرأ . هذا المشهور في المذهب ومذهب الشافعي ، وعن الامام أحمـد ان الاستفتاح بعد التكبيرات اختارها الخلال وصاحبه وهو قول الاوزاعي لأن الاستفتاح يلي الاستعاذة . قال أبو يوسف يتعوذ قبل التكبير لئلا يفصل بين الاستفتاح والاستعاذة

ولنا ان الاستفتاح يشرع لافتتاح الصلاة فكان في أولها كسائر الصلوات والاستعاذة شرعت للقراءة فهي تابعة لها فتكون عند الابتداء بها لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وانما جمع بينهما في سائر الصلوات لان القراءة تلي الاستفتاح من غير فاصل فلزم أن يليه مايكون في أولها بخلاف مسئلتنا وأيما فعل كان جائزاً

(فصل) وعدد التكبيرات في الركعة الأولى ست تكبيرات غير تكبيرة الاحرام ، وفي الثانية خمس سوى تكبيرة القيام نص عليه أحمد فقال يكبر في الاولى سبعاً مع تكبيرة الاحرام ولا يعتـد بتكبيرة الركوع لأن بينهما قراءة ويكبر في الركعة الثانية خمس تكبيرات ولا يعتد بتكبيرة النهوض ثم يقرأ في الثانية ثم يكبر ويركع وروي ذلك عن فقهاء المدينة السبعة وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والمزني ، وروي عن أبي هريرة وأبي سـعيد وابن عباس وابن عمر ويحيى الانصاري قالوا يكبر في الاولى سبعاً وفي الثانية خمساً وبه قال الشافعي وإسحق إلا انهم قالوا يكبر سبعاً في الأولى سوى تكبيرة الاحرام لقول عائشة رضي الله عنها وعن أبيها كان رسول الله صلى الله عليـه وسلم يكبر في العيدين اثنتى عشرة تكبيرة سوى تكبيرة الافتتاح رواه الدارقطني ، وروي عن ابن عباس وأنس والمغيرة بن شعبة وسعيد بن المسيب والنخعي يكبر سبعاً . وقال أبو حنيفة والثوري في الأولى

المسيب والنخعي يكبر سبعاً سبعا . وقال أبو حنيفة والثوري في الاولى والثانية ثلاثا ثلاثا واحتجوا بحديثي أبي موسى اللذين ذكرناهما

ولنا أحاديث كثير وعبدالله بن عمرو وعائشة التي قدمناها . قال ابن عبد البر : قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق كثيرة حسان أنه كبر في العيد سبعاً في الاولى وخمساً في الثانية من حديث عبدالله بن عمرو وابن عمر وجابر وعائشة وأبي واقد وعمرو بن عوف المزني ولم يرو عنه من وجه قوي ولا ضعيف خلاف هذا وهو أولى ماعمل به ، وحديث عائشة المعروف عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في الفطر والاضحى سبعاً وخمساً سوى تكبيرتي الركوع . رواه أبو داود وابن ماجه ، وحديث أبي موسى ضعيف يرويه أبو عائشة جليس لأبي هريرة وهو غير معروف

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويرفع يديه مع كل تكبيرة ﴾

وجملته أنه يستحب أن يرفع يديه في حال تكبيره حسب رفعهما مع تكبيرة الاحرام ، وبه قال عطاء والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك والثوري : لا يرفعهما فيما عدا تكبيرة الاحرام لأنها تكبيرات في أثناء الصلاة فأشبهت تكبيرات السجود

والثانية ثلاث ثلاث لما روى أبو موسى قال كان رسول الله صلى الله علية وسلم يكبر تكبيره على الجنازة ويوالي بين القراءتين رواه أبو داود ، وروى أن سعيد بن العاص سأل أبا موسى وحذيفة كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الأضحى والفطر ؟ فقال أبو موسى كان يكبر أربعا تكبيره على الجنازة . فقال حذيفة صدق

ولنا ماروى كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم كبر في العيدين في الأولى سبعاً قبل القراءة وفي الثانية خمساً قبل القراءة رواه الاثرم وابن ماجه والترمذي وقال هو حديث حسن وهو أحسن حديث في الباب ، وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر في الفطر والأضحى في الاولى سبع تكبيرات، وفي الثانية خمساً سوى تكبيرتي الركوع رواه أبو داود . قال ابن عبد البر قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق كثيرة حسان انه كبر في العيد سبعاً في الاولى وخمساً في الثانية من حديث عبد الله بن عمرو وابن عمر وجابر وعائشة وأبي واقد وعمرو بن عوف ولم يرو عنه من وجه قوي ولا ضعيف خلاف هذا وهو أولى ماعمل به. وحديث عائشة المعروف عنها كما رويناه وحديثهم انما رواه الدارقطني من رواية ابن لهيعة ، وحديث أبي موسى ضعيف يرويه أبو عائشة جليس لأبي هريرة وهو غير معروف والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويرفع يديه مع كل تكبيرة)

يستحب أن يرفع يديه في حال تكبيره كرفعهما مع تكبيرة الاحرام وبه قال عطاء والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي . وقال مالك والثوري لا يرفعهما فيما عدا تكبيرة الاحرام لانها تكبيرات في أثناء الصلاة أشبهت تكبيرات الركوع

ولنا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه مع التكبير . قال احمد : أما أنا فأرى أن هذا الحديث يدخل فيه هـذا كله ، وروي عن عمر أنه كان يرفع يديه في كل تكبيرة في الجنازة وفي العيد . رواه الاثرم ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولا يشبه هذا تكبير السجود لأن هذه يقع طرفاها في حال القيام فهي بمنزلة تكبيرة الافتتاح

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويستفتح في أولها ويحمد الله ويثني عليه ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بين كل تكبيرتين وان أحب قال : الله أكبر كبيراً ، والحمد لله كثيراً ، وسبحان الله بكرة وأصيلا ، وصلى الله على محمد النبي الامي وعليـه السلام ، وان أحب قال غير ذلك ويكبر في الثانيـة خمس تكبيرات سوى التكبيرة التي يقوم بها من السجود ويرفع يديه مع كل تكبيرة ﴾

قوله يستفتح يعني يدعو بدعاء الاستفتاح عقيب التكبيرة الاولى ثم يكبر تكبيرات العيد ، ثم يتعوذ ، ثم يقرأ . وهذا مذهب الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الاستفتاح بعـد التكبيرات . اختارها الخلال وصاحبه وهو قول الاوزاعي لأن الاستفتاح تليه الاستعاذة وهي قبل القراءة . وقال أبو يوسف : يتعوذ قبل التكبير لئلا يفصل بين الاستفتاح والاستعاذة

ولنا أن الاستفتاح شرع ليستفتح به الصلاة فكان في أولها كسائر الصلوات ، والاستعاذة شرعت للقراءة فهي تابعة لها فتكون عند الابتداء بها لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقد روى أبوسعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ قبل القراءة وانما جمع بينهما في سائر الصلوات لان القراءة تلي الاستفتاح من غير فاصل فلزم أن يليه مايكون في أولها بخلاف

ولنا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه مع التكبير . قال أحمد أما أنا فأرى أن هذا الحديث يدخل فيه هذا كله . وروي عن ابن عمر انه كان يرفع يديه في كل تكبيرة في الجنازة وفي العيد رواه الاثرم ولم يعرف له مخالف في الصحابة . فأما تكبيرات الركوع قلنا فيها منع ، وإن سلم فلان هذه يقع طرفاها في حال القيام فهي بمنزلة تكبيرة الافتتاح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويقول الله أكبر كبيرا ، والحمد لله كثيراً ، وسبحان الله بكرة وأصيلا ، وصلى الله على محمد النبي وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا ، وإن أحب قال غير ذلك)

وجملة ذلك انه متى فرغ من الاستفتاح في صلاة العيد حمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم فعل ذلك بين كل تكبيرتين وإن قال ماذكر هاهنا فحسن لكونه يجمع ذلك كله ، وإن قال غيره نحو سبحان الله والحمـد لله ولا إله إلا الله والله أكبر أو ماشاء من الذكر فجائز وبهذا قال الشافعي . وقال أبوحنيفة ومالك والاوزاعي يكبر متواليًا لا ذكر بينه لأنه لو كان بينه ذكر مشروع

مسئلتنا وايا مافعل كان جائزاً. واذا فرغ من الاستفتاح حمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم فعل هذا بين كل تكبيرتين فان قال ماذكره الخرقي فحسن لانه يجمع ماذكرناه ،وان قال غيره نحو أن يقول : سبحان الله والحمد لله ولاإله الا الله والله اكبر ، أو ماشاء من الذكر فجائز وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة ومالك والأوزاعي يكبر متواليًا لاذكر بينه لانه لو كان بينه ذكر مشروع لنقل كمانقل التكبير ولانه ذكر من جنس مسنون فكان متواليًا كالتسبيح في الركوع والسجود

ولنا ماروى علقمة أن عبدالله بن مسعود وأباموسى وحذيفة خرج عليهم الوليد بن عقبة قبل العيد يوما فقال لهم إن هذا العيد قد دنا فكيف التكبير فيه فقال عبد الله تبدأ فتكبر تكبيرة تفتح بها الصلاة وتحمد ربك وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم،ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك،ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك،ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك،ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تقرأ ثم تكبر وتركع ثم تقوم فتقرأ وتحمد ربك وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تكبر وتفعل مثل ذلك ثم تكبر وتفعل مثل ذلك ، ثم تركع فقال حذيفة وأبوموسى

لنقل كما نقل التكبير ولانه ذكر من جنس مسنون فكان متواليا كالتسبيح في الركوع والسجود

ولنا ماروى علقمة ان عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبا موسى خرج عليهم الوليد بن عقبة قبل العيد يوما فقال لهم إن هذا العيد قد دنا فكيف التكبير فيه ؟ فقال عبد الله تبدأ فتكبر تكبيرة تفتتح بها الصلاة وتحمد ربك وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تقرأ ثم تكبر وتركع ثم تقوم فتقرأ وتحمد ربك وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ثم تكبر وتفعل مثل ذلك ثم تركع. فقال حذيفة وأبو موسى صدق أبو عبدالرحمن رواه الاثرم، ولانها تكبيرات حال القيام فاستحب أن يتخللها ذكر كتكبيرات الجنازة وتفارق التسبيح فانه ذكر يخفى ولا يظهر بخلاف التكبير ،وقياسهم ينتقض بتكبيرات الجنازة . قال القاضي يقف بين كل تكبيرتين بقدر آية متوسطة وهذا قول الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقرأ بعد الفاتحة في الأولى بسبح وفي الثانية بالغاشية ويجهر بالقراءة)

لا خلاف بين أهل العلم في انه يشرع أن يقرأ في كل ركعة من صلاة العيد بفاتحة الكتاب وسورة وانه يسن الجهر في القراءة فيما نعلم إلا انه روي عن علي انه كان اذا قرأ في العيدين أسمع من يليه ولم يجهر ذلك الجهر . وقال ابن المنذر أكثر أهل العلم يرون الجهر بالقراءة ، وفي أخبار من أخبر بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم فيها دليل على انه كان يجهر ولأنها صلاة عيد أشبهت الجمعة . ويستحب أن يقرأ في الأولى بسبح اسم ربك الأعلى وفي الثانية بالغاشية نص عليه أحمد لأن النعمان بن بشير قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى

صدق أبوعبدالرحمن رواه الأثرم في سننه ولأنها تكبيرات حال القيام فاستحب أن يتخللها ذكر كتكبيرات الجنازة وتفارق التسبيح لانه ذكر يخفى ولا يظهر بخلاف التكبير وقياسهم منتقض بتكبيرات الجنازة ، قال القاضي يقف بين كل تكبيرتين بقدر آية لاطويلة ولاقصيرة وهذا قول الشافعي

﴿ فصل ﴾ والتكبيرات والذكر بينها سنة وليس بواجب ولا تبطل الصلاة بتركه عمداً ولا سهواً ولا أعلم فيه خلافا فان نسي التكبير وشرع في القراءة لم يعد اليه قاله ابن عقيل وهو أحد قولي الشافعي لانه سنة فلم يعد اليه بعد الشروع في القراءة كالاستفتاح ، وقال القاضي فيها وجه آخر أنه يعود إلى التكبير وهو قول مالك وأبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه ذكره في محله فيأتي به كما قبل الشروع في القراءة وهذا لأن محله القيام وقد ذكره فيه ، فعلى هذا يقطع القراءة ويكبر ثم يستأنف القراءة لانه قطعها متعمداً بذكر طويل ، وان كان المنسي شيئا يسيرا احتمل أن يبني لأنه لم يطل الفصل أشبه مالو قطعها بقول آمين ، واحتمل أن يبتدىء لان محل التكبير قبل القراءة ومحل القراءة بعده فيستأنفها ليأتي بها بعده وان ذكر التكبير بعد القراءة فأتى به لم يعد القراءة وجها واحدا لانها وقعت

وهل أتاك حديث الغاشية وربما اجتمعا في يوم واحد فقرأ بهما رواه مسلم . وقال الشافعي يقرأ بقاف واقتربت وحكاه ابن أبي موسى عن أحمد لما روي أن عمر سأل أبا واقد الليثي ماذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ به في الفطر والاضحى ؟ فقال كان يقرأ بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة وانشق القمر رواه مسلم . قال أبو حنيفة ليس فيه شيء مؤقت وحكاه ابن عقيل رواية عن أحمد ، وكان ابن مسعود يقرأ بالفاتحة وسورة من المفصل ومهما قرأ به كان حسنا إلا أن ماذكرناه أحسن لأنه كان مذهبا لعمر رضي الله عنه وعمل به ولانه قد رواه مع النعمان ابن عباس وسمرة ولأن في (سبح) الحث على الصلاة وزكاة الفطر على ماقاله سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز في تفسير قوله تعالى (قد أفلح من تزكى) فاختصت الفضيلة به كاختصاص الجمعة بسورتها

﴿ مسئلة ﴾ (وتكون بعد التكبير في الركعتين وعنه يوالي بين القراءتين)

المشهور عن أحمد رحمه الله أن القراءة تكون بعد التكبير فى الركعتين روي ذلك عن أبي هريرة والفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي والليث ، وروى عن أحمد انه يوالي بين القراءتين ومعناه انه يكبر في الأولى قبل القراءة وفي الثانية بعدها اختارها أبو بكر وروي ذلك عن ابن مسعود وحذيفة وأبي موسى وأبي مسعود البدري والحسن وابن سيرين والثوري وهو قول أصحاب الرأي لما ذكرنا من حديث ابن مسعود ، وعن أبي موسى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر تكبيره على الجنازة ويوالي بين القراءتين رواه أبو داود

ولنا ماروت عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في العيدين سبعاً وخمسا قبل القراءة رواه أحمد في المسند . وعن عبدالله بن عمر قال قال نبي الله صلى الله عليه وسلم « التكبير في الفطر

موقعها وان لم يذكره حتى ركع سقط وجها واحداً لانه فات المحل وكذلك المسبوق اذا أدرك الركوع لم يكبر فيه، وقال أبوحنيفة يكبر فيه لانه بمنزلة القيام بدليل ادراك الركعة به

ولنا أنه ذكر مسنون حال القيام فلم يأت به في الركوع كالاستفتاح وقراءة السورة والقنوت عنده وانما أدرك الركعة بادراكه لانه أدرك معظمها ولم يفته الا القيام وقد حصل منه مايجزي في تكبيرة الاحرام ، فأما المسبوق اذا أدرك الامام بعد تكبيره فقال ابن عقيل يكبر لانه أدرك محله ويحتمل أن لايكبر لانه مأمور بالانصات الى قراءة الامام ويحتمل أنه ان كان يسمع قراءة الامام أنصت وان كان بعيداً كبر .

﴿ فصل ﴾ واذا شك في عدد التكبيرات بنى على اليقين فان كبر ثم شك هل نوى الاحرام اولا ابتدأ الصلاة هو ومن خلفه لأن الأصل عدم النية الا أن يكون وسواسا فلا يلتفت اليه وسائر المسئلة قد سبق شرحها ،

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا سلم خطب بهم خطبتين يجلس بينهما فان كان فطراً حضهم على الصدقة وبين لهم ما يخرجون، وان كان اضحى يرغبهم في الاضحية ويبين لهم مايضحى به ﴾

وجملته أن خطبتي العيدين بعد الصلاة لا نعلم فيه خلافا بين المسلمين الا عن بني أمية وروي عن عثمان وابن الزبير أنهما فعلاه ولم يصح ذلك عنهما ولا يعتد بخلاف بني أمية لانه مسبوق بالاجماع الذي كان قبلهم ومخالف لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الصحيحة وقد أنكر عليهم فعلهم وعد بدعة ومخالفاً للسنة فان ابن عمر قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يصلون العيدين قبل الخطبة متفق عليه

سبع في الاولى وخمس في الآخرة والقراءة بعدهما كلتيهما رواه أبو داود والاثرم ورواه ابن ماجه عن سعد مؤذن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وحديث أبي موسى ضعيف قاله الخطابي وليس في رواية أبي داود انه والى بين القراءتين

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا سلم خطب خطبتين يجلس بينهما يفتتح الأولى بتسع تكبيرات، والثانية بسبع يحثهم فى خطبة الفطر على الصدقة ويبين لهم مايخرجون ، ويرغبهم في الاضحية في الأضحى ويبين لهم حكم الأضحية)

الخطبتان مشروعتان بعد صلاة العيد ويستحب الجلوس بينهما لما روى جابر قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فطر أو أضحى فخطب قائما ثم قعد قعدة ثم قام رواه ابن ماجه ويكونان بعد الصلاة وقد ذكرنا ذلك وصفتها كصفة خطبتي الجمعة قياسا عليهما إلا أنه يستفتح الأولى بتسع تكبيرات متواليات ، والثانية بسبع متواليات . قال القاضي وإن جعل بينهما تهليلا أو ذكراً فحسن

وروى ابن عباس مثله رواه مسلم ، ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة ، وروى طارق ابن شهاب قال قدم مروان الخطبة قبل الصلاة فقام رجل فقال خالفت السنة كانت الخطبة بعد الصلاة فقال ترك ذاك يا أبا فلان فقام أبوسعيد فقال أما هذا المتكلم فقد قضى ماعليه قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فلينكره بيده فمن لم يستطع فلينكره بلسانه فمن لم يستطع فلينكره بقلبه وذلك أضعف الايمان » رواه أبوداود الطيالسي عن شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق ورواه مسلم في صحيحه و لفظه فليغيره فعلى هذا من خطب قبل الصلاة فهو كمن لم يخطب لانه خطب في غير محل الخطبة أشبه مالو خطب في الجمعة بعد الصلاة. اذا ثبت هذا فان صفة الخطبتين كصفة خطبتي الجمعة الا أنه يستفتح الاولى بتسع تكبيرات متواليات ، والثانية بسبع متواليات ، قال القاضي وان أدخل بينهما تهليلا أو ذكرا فحسن ، وقال سعيد حدثنا يعقوب بن عبدالرحمن عن أبيه عن عبيدالله بن عبدالله ابن عتبة قال يكبر الامام على المنبر يوم العيد قبل أن يخطب تسع تكبيرات ثم يخطب وفي الثانية سبع تكبيرات ويستحب أن يكثر التكبير في اضعاف خطبته

وروى سعد مؤذن النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر بين اضعاف الخطبة يكثر التكبير في خطبتي العيدين ، رواه ابن ماجه[1] فاذا كبر في أثناء الخطبة كبر الناس بتكبيره

(١) حديث ضعيف كما في الزوائد وكان لفظه محرفا فصححناه على سنن ابن ماجه

لما روى سعيد حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله قال يكبر الامام يوم العيد على المنبر قبل أن يخطب بتسع تكبيرات ثم يخطب وفي الثانية بسبع تكبيرات ، وروى عنه انه قال هو من السنة ذكره البغوي . ويستحب أن يكثر التكبير في اضعاف خطبته لما روى سعد مؤذن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى الله عليه وسلم كان يكثر التكبير فى خطبة العيدين بين اضعاف الخطبة رواه ابن ماجه [1] واذا كبر في أثناء الخطبة كبر الناس بتكبيره . وقد روي عن أبي موسى انه كان يكبر يوم العيد على المنبر ثلاثين أو أربعين تكبيرة ، ويستحب أن يجلس اذا صعد المنبر قبل الخطبة ليستريح كالجمعة وقيل لا يجلس لأن الجلوس في الجمعة للأذان ولا أذان هاهنا

(فصل) فان كان فطراً يحثهم على الصدقة ويبين لهم وجوب صدقة الفطر وثوابها وقدر المخرج وجنسه وعلى من تجب ووقتها ، وإن كان أضحى ذكر لهم الأضحية وفضلها وتأكد استحبابها وما يجزي منها ومالا يجزي ووقت الذبح وصفة تفريقها وما يقول عند ذبحها ليعملوا بذلك . وقد روى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر فيبدأ بالصلاة فاذا صلى صلاته وسلم قام فأقبل على الناس وهم جلوس في مصلاهم فان كان له حاجة يبعث ذكره للناس أو كانت له حاجة بغير ذلك أمرهم بها كان يقول « تصدقوا تصدقوا » وكان أكثر من يتصدق النساء متفق عليه واللفظ لمسلم . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ذبح قبل الصلاة فليذبح مكانها أخرى ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وقد أصاب سنة المسلمين »

(١) هو ضعيف ولفظه محرف وصوابه كما في المغني أعلاه

وقد روي عن أبي موسى أنه كان يكبر يوم العيد على المنبر اثنتين وأربعين تكبيرة ويجلس بين الخطبتين لما روى ابن ماجه باسناده عن جابر قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فطر أو أضحى فخطب قائما ثم قعد قعدة ثم قام . ويجلس عقيب صعوده المنبر وقيل لا يجلس عقيب صعوده لأن الجلوس في الجمعة للآذان ولا أذان هاهنا فان كان في الفطر أمرهم بصدقة الفطر وبين لهم وجوبها وثوابها وقدر المخرج وجنسه وعلى من تجب ، والوقت الذي يخرج فيه. وفي الاضحى يذكر الاضحية وفضلها وأنها سنة مؤكدة وما يجزي فيها ووقت ذبحها والعيوب التي تمنع منها و كيفية تفرقتها وما يقوله عند ذبحها لما روي عن أبي سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج يوم الفطر والاضحى إلى المصلى فاول ما يبدأ به الصلاة ثم ينصرف فيقوم مقابل الناس والناس جلوس على صفوفهم فيعظهم ويوصيهم ويأمرهم وان كان يريد أن يقطع بعثا قطعه او يأمر بشيء امر به ثم ينصرف. رواه البخاري وروى مسلم نحوه وعن جابر قال ، شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة يوم العيد فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بلا أذان ولا إقامة ثم قام متوكئا على بلال فامر بتقوى الله وحث على طاعته ووعظ الناس فذكرهم ثم مضى حتى أتى النساء فوعظهن وذكرهن . متفق عليه وعنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ذبح قبل أن يصلي فانما هو شاة لحم عجله لأهله ليس من النسك في شيء »

﴿ مسئلة ﴾ (والتكبيرات الزوائد والذكر بينهما والخطبتان سنة) لاتبطل بتركه الصلاة عمداً ولا سهواً بغير خلاف علمناه ، فان نسي التكبير حتى شرع في القراءة لم يعد اليه، ذكره ابن عقيل وهو أحد قولي الشافعي لانه سنة فلم يعد اليه بعد الشروع فى القراءة كالاستفتاح . وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يعود اليه وهو قول مالك وأبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه ذكره في محله فيأتي به كما قبل الشروع في القراءة لأن محله القيام وقد ذكره فيه . فعلى هذا يقطع القراءة ويكبر ثم يستأنفها لانه قطعها متعمداً بذكر طويل ، وإن كان المنسي يسيراً احتمل أن يبنى لانه يسير أشبه مالو قطعها بقول أمين ، واحتمل أن يبتديء لأن محل التكبير قبل القراءة ومحل القراءة بعد التكبير ، فان ذكر التكبير بعد القراءة فأتى به لم يعد القراءة لانها وقعت موقعها ، وإن لم يذكره حتى ركع سقط وجهاً واحداً لفوات محله ، وكذلك المسبوق اذا أدرك الركوع لم يكبر فيه . وقال أبو حنيفة يكبر فيه لأنه بمنزلة القيام بدليل ادراك الركعة به

ولنا انه ذكر مسنون حال القيام فلم يأت به في الركوع كالاستفتاح وقراءة السورة والقنوت عنده وانما أدرك الركعة بادراكه لأنه أدرك معظمها ولم يفته إلا القيام وقد حصل منه مايجزي في تكبيرة الاحرام . وأما المسبوق اذا أدرك الامام بعد تكبيره فقال ابن عقيل يكبر لانه أدرك محله ، ويحتمل ألا يكبر لانه مأمور بالانصات لقراءة الامام . فعلى هذا ان كان يسمع أنصت وإن كان بعيداً كبر

(فصل) وإذا شك في عدد الركعات بنى على اليقين فان كبر ثم شك هل نوى تكبيرة الاحرام

ومن ذبح قبل الصلاة فليذبح مكانها أخرى، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وقد أصاب سنة المسلمين»

﴿ فصل ﴾ والخطبتان سنة لا يجب حضورها ولا استماعها لما روى عبد الله بن السائب قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العيد فلما قضى الصلاة قال «إنا نخطب فمن أحب أن يجلس للخطبة فليجلس ومن أحب أن يذهب فليذهب رواه النسائي وابن ماجه ورواه أبو داود وقال هو مرسل وانما أخرت عن الصلاة والله أعلم لانها لما كانت غير واجبة جعلت في وقت يتمكن من أراد تركها من تركها بخلاف خطبة الجمعة، والاستماع لها أفضل وقد روي عن الحسن وابن سيرين أنهما كرها الكلام يوم العيد والامام يخطب وقال إبراهيم يخطب الامام يوم العيد قدر مايرجع النساء الى بيوتهن وهذا يدل على أنه لا يستحب لهن الجلوس لاستماع الخطبة لئلا يختلطن بالرجال وحديث النبي صلى الله عليه وسلم في موعظته النساء بعد فراغه من خطبته دليل على أنهن لم ينصرفن قبل فراغه وسنة النبي صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يخطب قائما لما روى جابر قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فطر أو أضحى فخطب قائما ثم قعد ثم قام رواه ابن ماجه ولأنها خطبة عيد فأشبهت خطبة الجمعة وإن خطب قاعداً فلا بأس لأنها غير واجبة فأشبهت صلاة النافلة، وإن خطب على راحلته فحسن

أو لا ابتدأ الصلاة هو والمأمومون لأن الاصل عدم النية إلا أن يكون وسواساً فلا يلتفت اليه

(فصل) والخطبتان سنة لا يجب حضورها ولا استماعها لما روى عبد الله بن السائب قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العيد فلما قضى الصلاة قال « إنا نخطب فمن أحب أن يجلس للخطبة فليجلس ومن أحب أن يذهب فليذهب» رواه أبو داود وقال هو مرسل ورواه ابن ماجه والنسائي . قال شيخنا وانما أخرت الخطبة عن الصلاة والله أعلم لانها لما لم تكن واجبة جعلت في وقت يتمكن من أراد تركها من تركها بخلاف خطبة الجمعة . وذكر ابن عقيل في وجوب الانصات لها روايتين : احداهما يجب كالجمعة والثاني لا يجب لأن الخطبة غير واجبة فلم يجب الانصات لها كسائر السنن والاذكار والاستماع لها أفضل وقد روي عن الحسن وابن سيرين انهما كرها الكلام يوم العيد والامام يخطب . وقال ابراهيم يخطب الامام يوم العيد قدر مايرجع النساء الى بيوتهن، وهذا يدل على أنه لا يستحب لهن الجلوس لاستماع الخطبة لئلا يختلطن بالرجال، وحديث النبي صلى الله عليه وسلم في موعظته النساء بعد فراغه من خطبته دليل على انهن لم ينصرفن ، وسنته صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع

(فصل) ويستحب أن يخطب قائما لما روى جابر قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فطر أو أضحى فخطب قائما ثم قعد ثم قام رواه ابن ماجه ، وإن خطب قاعداً فلا بأس لانها غير واجبة أشبهت صلاة النافلة ، وإن خطب على راحلته فحسن لما روى سلمة بن نبيط عن أبيه انه حج فقال

قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا حصين حدثنا أبو جميلة قال رأيت علياً صلى يوم عيد فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ثم خطب على دابته ، ورأيت عثمان بن عفان يخطب على راحلته ورأيت المغيرة بن شعبة يخطب على راحلته

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يتنفل قبل صلاة العيدين ولا بعدها ﴾

وجملته أنه يكره التنفل قبل صلاة العيد و بعدها للامام والمأموم في موضع الصلاة سواء كان في المصلى أو المسجد وهو مذهب ابن عباس وابن عمر وروي ذلك عن علي وابن مسعود وحذيفة وبريدة وسلمة بن الاكوع وجابر وابن أبي أوفى وقال به شريح وعبد الله بن مغفل والشعبي ومالك والضحاك والقاسم وسالم ومعمر وابن جريج ومسروق وقال الزهري لم أسمع أحداً من علمائنا يذكر أن أحداً من سلف هذه الأمة كان يصلي قبل تلك الصلاة ولا بعدها يعني صلاة العيد ، وقال ماصلى قبل العيد بدري . ونهى عنه أبو مسعود البدري . وروي أن علياً رضي الله عنه رأى قوما يصلون قبل العيد فقال ما كان هذا يفعل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أحمد أهل المدينة لايتطوعون قبلها ولا بعدها وأهل البصرة يتطوعون قبلها وبعدها وأهل الكوفة لايتطوعون قبلها ويتطوعون بعدها وهذا قول علقمة والأسود ومجاهد وابن أبي ليلى ، والنخعي ، والثورى ، والاوزاعي وأصحاب الرأي وقال مالك لايتطوع في المصلى قبلها ولا بعدها وله في المسجد روايتان احداهما يتطوع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » وقال

رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يخطب على بعيره رواه ابن ماجه . وعن أبي جميلة قال رأيت علياً عليه السلام صلى يوم العيد فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ثم خطب على دابته ، ورأيت عثمان بن عفان رضي الله عنه يخطب على راحلته رواه سعيد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يتنفل قبل صلاة العيد ولا بعدها في موضع الصلاة)

يكره التنفل قبل صلاة العيد وبعدها في موضع الصلاة للامام والمأموم سواء كان في المصلى أو المسجد وهو مذهب ابن عباس وابن عمر ، وروي عن علي وابن مسعود وحذيفة وبريدة وسلمة بن الأكوع وجابر وابن أبي أوفى وبه قال شريح وعبدالله بن مغفل ومسروق والضحاك والقاسم والشعبي قال الزهري لم أسمع أحداً من علمائنا يذكر ان أحداً من سلف هذه الأمة كان يصلي قبل تلك ولا بعدها يعني صلاة العيد . وقال ماصلى قبل العيد بدري ونهى عنه أبو مسعود البدري . وروي أن عليا رضي الله عنه رأى قوما يصلون قبل العيد فقال ما كان هذا يفعل على عهد رسول الله عليه وسلم . قال أحمد : أهل المدينة لايتطوعون قبلها ويتطوعون بعدها وهذا قول علقمة والاسود ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك كقولنا في المصلى وله في المسجد روايتان : احداهما يتطوع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » وقال

الشافعي يكره التطوع للامام دون المأموم لان الامام لا يستحب له التشاغل عن الصلاة ولم يكره للمأموم لأنه وقت لم ينه عن الصلاة فيه أشبه مابعد الزوال

ولنا ماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يوم الفطر فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما متفق عليه وروى ابن عمر نحوه ولأنه اجماع كما ذكرناه عن الزهري وغيره ونهى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه ورووا الحديث وعملوا به ولأنه وقت نهى الامام عن التنفل فيه فكره للمأموم كسائر أوقات النهي وكما قبل الصلاة عند أبي حنيفة وكما لو كان في المصلى عند مالك قال الأثرم قلت لأحمد قال سليمان بن حرب انما ترك النبي صلى الله عليه وسلم التطوع لانه كان إماما قال أحمد فالذين رووا هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوعوا ثم قال : ابن عمر وابن عباس هما راوياه وأخذا به يشير والله أعلم الى أن عمل راوي الحديث به تفسير له وتفسيره يقدم على تفسير غيره ولو كانت الكراهة للامام كيلا يشتغل عن الصلاة لاختصت بما قبل الصلاة إذ لم يبق بعدها مايشتغل به ولأنه تنفل في المصلى وقت صلاة العيد فكره كالذي سلموه وقياسهم منتقض بالامام وقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في صلاة العيد سبعاً وخمساً ويقول « لاصلاة قبلها ولا بعدها » حكى ابن عقيل ان الامام ابن بطة رواه باسناده

﴿ فصل ﴾ قيل لأحمد فان كان رجل يصلي صلاة في ذلك الوقت قال أخاف أن يقتدي به بعض من يراه يعني لا يصلي قال ابن عقيل وكره أحمد أن يتعمد لقضاء صلاة وقال أخاف أن يقتدوا به

الشافعي يكره ذلك للامام لانه لا يستحب له التشاغل عن الصلاة ولا يكره للمأموم لانه وقت لم ينه عن الصلاة فيه أشبه مابعد الزوال

ولنا ماروى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج يوم الفطر فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما متفق عليه ولانه اجماع كما حكاه الزهري وغيره ولانه وقت نهى الامام عن التنفل فيه فكره للمأموم كسائر أوقات النهى وكما قبل الصلاة عند أبي حنيفة وكما لو كان في المصلى عند مالك والحديث الذي ذكره مالك مخصوص بما ذكرنا من المغنى . وقال الاثرم قلت لأحمد قال سليمان بن حرب انما ترك النبي صلى الله عليه وسلم التطوع لانه كان إماما ، قال أحمد فالذين رووا هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوعوا ، ثم قال : ابن عمر وابن عباس هما روياه وأخذا به يشير والله أعلم الى أن عمل راوي الحديث به تفسير له وتفسيره يقدم على تفسير غيره ولو كانت الكراهة للامام كيلا يشتغل عن الصلاة لاختصت بما قبل الصلاة اذ لم يبق بعدها مايشتغل به ، وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في صلاة العيد سبعا وخمسا ويقول : « لا صلاة قبلها ولا بعدها » رواه ابن بطة باسناده

(فصل) قيل لأحمد فان كان لرجل صلاة في ذلك الوقت قال أخاف أن يقتدى به . قال ابن

﴿ فصل ﴾ وإنما يكره التنفل في موضع الصلاة فأما في غيره فلا بأس به وكذلك لو خرج منه ثم عاد اليه بعد الصلاة فلا بأس بالتطوع فيه قال عبد الله بن أحمد سمعت أبي يقول روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل قبلها ولا بعدها. ورأيته يصلي بعدها ركعات في البيت وربما صلاها في الطريق يدخل بعض المساجد وروي عن أبي سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلي قبل العيد شيئاً فاذا رجع الى منزله صلى ركعتين رواه ابن ماجه ولأنه انما ترك الصلاة في موضع الصلاة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ولاشتغاله بالصلاة وانتظارها وهذا معدوم في غير موضع الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا غدا من طريق رجع من غيره ﴾

وجملته ان الرجوع في غير الطريق التي غدا منها سنة وبهذا قال مالك والشافعي والاصل فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعله قال أبو هريرة كان رسول الله صلى عليه وسلم اذا خرج يوم العيد في طريق رجع في غيره قال الترمذي هذا حديث حسن وقال بعض أهل العلم انما فعل هذا قصداً لسلوك الأبعد في الذهاب ليكثر ثوابه وخطواته الى الصلاة ويعود في الاقرب لأنه أسهل وهو راجع الى منزله وقيل كان يحب أن يشهد له الطريقان وقيل كان يحب المساواة بين أهل الطريقين في التبرك بمروره بهم وسرورهم برؤيته وينتفعون بمسئلته وقيل لتحصل الصدقة ممن صحبه على أهل الطريقين من الفقراء وقيل لتبرك الطريقين بوطئه عليهما وفي الجملة الاقتداء به سنة لاحتمال بقاء المعنى الذي فعله من أجله ولأنه قد يفعل الشيء لمعنى ويبقى في حق غيره سنة مع زوال المعنى كالرمل والاضطباع في طواف

عقيل كره أحمد أن يتعمد لقضاء صلاة وقال أخاف أن يقتدوا به

(فصل) وانما يكره التنفل في موضع الصلاة فأما في غيره فلا بأس به ، وكذلك لو خرج منه ثم عاد اليه بعد الصلاة . قال عبدالله بن أحمد سمعت أبي يقول روي عن ابن عمر وابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل قبلها ولا بعدها ورأيته يصلي بعدها ركعات في البيت وربما صلاها في الطريق يدخل بعض المساجد . وروي عن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يصلي قبل العيد شيئا فاذا دخل الى منزله صلى ركعتين رواه ابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كبر قبل سلام الامام صلى مافاته على صفته)

لانه أدرك بعض الصلاة التي ليست مبدلة من أربع فقضاها على صفتها كسائر الصلوات ، وإن أدرك معه ركعة وقلنا مايقضيه المسبوق أول صلاته كبر في الذي يقضيه سبعاً ، وان قلنا أخر صلاته كبر خمسا على ماذكرنا من الاختلاف من قبل

(فصل) فان أدركه في الخطبة فان كان في المسجد فقال شيخنا يصلي تحية المسجد لانها اذا صليت في خطبة الجمعة مع وجوب الانصات لها ففي خطبة العيد أولى، ولا يكون حكمه في ترك التحية

القدوم فعله هو وأصحابه لاظهار الجلد للكفار وبقي سنة بعد زوالهم ولهذا روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال فيم الرملان الآن ولمن نبدي منا كبنا وقدنفى الله المشركين؟ ثم قال مع ذلك لاندع شيئاً فعلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن فاتته صلاة العيد صلى اربع ركعات كصلاة التطوع وان احب فصل بسلام بين كل ركعتين ﴾

وجملته ان من فاتته صلاةالعيد فلا قضاء عليه لأنها فرض كفاية وقام بها من حصلت الكفاية به فان أحب قضاءها فهو مخير ان شاء صلاها أربعاً اما بسلام واحد واما بسلامين روي هذا عن ابن مسعود وهوقول الثوري وذلك لما روي عبد الله بن مسعود انه قال من فاته العيد فليصل أربعاً ومن فاته الجمعة فليصل أربعاً وروي عن علي رضي الله عنه انه قال: ان امرت رجلا أن يصلي بضعفة الناس أمرته أن يصلي أربعاً رواهما سعيد قال أحمد رحمه الله يقوي ذلك حديث علي انه أمر رجلا يصلي بضعفة الناس أربعاً ولا يخطب ولأنه قضاء صلاة عيد فكان أربعاً كصلاة الجمعة وان شاء أن

حكم من أدرك العيد . وقال القاضي يجلس ويستمع الخطبة ولا يصلي لما ذكرنا من الأدلة قبل ولأن صلاة العيد تفارق صلاة الجمعة لأن التطوع قبلها وبعدها مكروه بخلاف صلاة الجمعة ، وان لم يكن في المسجدجلس فاستمع ولم يصل لئلايشتغل عن استماع الخطبة ثم انأحب قضاء صلاةالعيدقضاهاعلى ماذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن فاتته الصلاة استحب أن يقضيها على صفتها وعنه يقضيها أربعا وعنه انه مخير بين ركعتين وأربع)

وجملة ذلك انه لايجب قضاء صلاة العيد على من فاتته لانها فرض كفاية وقد قام بها من حصلت به الكفاية وان أحب قضاءها استحب له أن يقضيها على صفتها نقل ذلك عن أحمد اسماعيل بن سعيد واختاره الجوزجاني وهو قول النخعي ومالك والشافعي وأبي ثور لما روي عن أنس انه كان اذا لم يشهد العيد مع الامام بالبصرة جمع أهله ومواليه ثم قام عبدالله بن أبي عتبة مولاه فيصلي بهم ركعتين يكبر فيهما ولأنها قضاء صلاة فكانت على صفتها كسائر الصلوات وهو مخير إن شاء صلاها في جماعة كما ذكرنا عن أنس وان شاء صلاها وحده وعنه انه يقضيها أربعا اما بسلام واحد أو بسلامين وهو قول الثورى لما روي عن عبدالله بن مسعود انه قال من فاته العيد فليصل أربعا . وروي عن علي انه قال ان أمرت رجلا أن يصلي بضعفة الناس أمرته أن يصلي أربعاً رواهما سعيد ولانه قضاء صلاة عيد فكانت أربعا كقضاء الجمعة ، وعنه انه مخير بين ركعتين وأربع وهذا قول الاوزاعي لانها صلاة تطوع أشبهت صلاة الضحى

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب التكبير في ليلتي العيدين)

يصلي ركعتين كصلاة التطوع وهذا قول الأوزاعي لان ذلك تطوع وإن شاء صلاها على صفة صلاة العيد بتكبير نقل ذلك عن أحمد اسماعيل بن سعد واختاره الجوزجاني وهذا قول النخعي ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر لما روي عن أنس انه كان اذا لم يشهد العيد مع الامام بالبصرة جمع أهله ومواليه ثم قام عبد الله بن أبي عتبة مولاه فصلى بهم ركعتين يكبر فيهما ، ولأنه قضاء صلاة فكان على صفتها كسائر الصلوات وهو مخير ان شاء صلاها وحده وإن شاء في جماعة قيل لأبي عبد الله أين يصلي قال ان شاء مضى الى المصلى وإن شاء حيث شاء

(فصل) وإن أدرك الامام في التشهد جلس معه ، فاذا سلم الامام قام فصلى ركعتين يأتي فيهما بالتكبير لأنه أدرك بعض الصلاة التي ليست مبدلة من أربع فقضاها على صفتها كسائر الصلوات ، وإن أدركه في الخطبة فان كان في المسجد صلى تحية المسجد لأنها اذا صليت في خطبة الجمعة التي يجب الانصات لها ففي خطبة العيد أولى ، ولا يكون حكمه في ترك التحية حكم من أدرك العيد . وقال لقاضي : يجلس فيستمع الخطبة ولا يصلي لئلا يشتغل بالصلاة عن استماع الخطبة ، وهذا التعليل يبطل

يستحب اظهار التكبير في ليلتي العيدين في المساجد والطرق والاسواق والمسافر والمقيم فيه سواء لقوله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم) قال بعض أهل العلم لتكملوا عدة رمضان ولتكبروا الله عند كماله على ماهداكم ، ويستحب رفع الصوت به وانما استحب ذلك لما فيه من اظهار شعائر الاسلام وتذكير الغير ، وكان ابن عمر يكبر في قبته بمنى فيسمعه أهل المسجد فيكبرون ويكبر أهل الاسواق حتى ترتج منى تكبيرا . قال أحمد كان ابن عمر يكبر في العيدين جميعا. والتكبير في الفطر آكد لورود النص فيه وليس التكبير واجبا . وقال داود هو واجب في الفطر لظاهر الآية

ولنا انه يكبر في عيد فلم يكن واجبا كتكبير الاضحى ، والآية ليس فيها أمر انما أخبر الله تعالى عن ارادته فقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) الى قوله (ولتكبروا الله على ماهداكم) ويستحب أن يكبر في طريق العيد ويجهر بالتكبير . قال ابن أبي موسى يكبر الناس في خروجهم من منازلهم لصلاتي العيدين جهراً حتى يأتي الامام المصلى فيكبر الناس بتكبير الامام فى خطبته وينصتون فيما سوى ذلك . وقد روى سعيد باسناده عن ابن عمر انه كان اذا خرج من بيته الى العيد كبر حتى يأتي المصلى ، وروي عن سعيد بن جبير وابن أبي ليلى . قال القاضي التكبير في الفطر مطلق غير مقيد على ظاهر كلامه يعني لا يختص بادبار الصلوات وهو ظاهر كلام الخرقي لأن قوله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم) غير مختص بوقت . وقال أبو الخطاب يكبر من غروب الشمس من ليلة الفطر الى خروج الامام الى الصلاة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي ، وفي الأخرى الى فراغ الامام من الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الأضحى يكبر عقيب كل فريضة في جماعة وعنه يكبر ، وإن كان وحده من

بالداخل في خطبة الجمعة فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر الداخل بالركوع مع أن خطبة الجمعة آكد ، فاما ان لم يكن في المسجد فانه يجلس فيستمع ، ثم إن أحب قضى صلاة العيد على ماذكرناه

(فصل) اذا لم يعلم بيوم العيد إلا بعد زوال الشمس خرج من الغد فصلى بهم العيد وهذا قول الاوزاعي والثوري واسحاق وابن المنذر وصوبه الخطابي ، وحكي عن أبي حنيفة أنها لا تقضى. وقال الشافعي : إن علم بعد غروب الشمس كقولنا ، وإن علم بعد الزوال لم يصل لانها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة فلا تقضى بعد فوات وقتها كصلاة الجمعة ، وانما يصليها اذا علم بعد غروب الشمس لأن العيد هو الغد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فطركم يوم تفطرون ، وأضحاكم يوم تضحون ، وعرفتكم يوم تعرفون »

ولنا ماروى أبو عمير ابن أنس عن عمومة له من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ركبًا جاؤا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهدوا أنهم رأوا الهلال بالامس فأمرهم أن يفطروا ، فاذا أصبحوا أن يغدوا إلى مصلاهم ، رواه أبو داود . وقال الخطابي : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، وحديث أبي عمير صحيح فالمصير اليه واجب ، ولانها صلاة مؤقتة فلا تسقط بفوات الوقت كسائر الفرائض ، وقياسهم على الجمعة لا يصح لأنها معدول بها عن الظهر بشرائط منها الوقت ، فاذا فات واحد منها رجع إلى الاصل

صلاة الفجر يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق)

وجملة ذلك ان التكبير في الأضحى مطلق ومقيد فالمطلق التكبير في جميع الأوقات من أول العشر الى آخر أيام التشريق لقوله تعالى (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) وقال (واذكروا الله في أيام معدودات) فالأيام المعلومات أيام العشر والمعدودات أيام التشريق قاله ابن عباس . قال البخاري كان ابن عمر وأبو هريرة يخرجان الى السوق في أيام العشر يكبران ويكبر الناس بتكبيرهما وروي أن ابن عمر كان يكبر بمنى في تلك الايام خلف الصلوات وعلى فراشه وفي فسطاطه ومجلسه وممشاه تلك الايام جميعاً ويكبر في قبته حتى ترتج منى تكبيرا

(فصل) وأما المقيد فهو التكبير في ادبار الصلوات ولا خلاف بين العلماء في مشروعية التكبير في عيد النحر وانما اختلفوا في مدته فذهب أحمد رحمه الله الى انه من صلاة الفجر يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم واليه ذهب الثوري وابن عيينة وأبو يوسف ومحمد وهو قول للشافعي . وعن ابن مسعود انه كان يكبر من غداة عرفة الى العصر من يوم النحر واليه ذهب النخعي وعلقمة وأبو حنيفة لقوله تعالى(ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) وهي أيام العشر ، وأجمعنا على انه لايكبر قبل عرفة فلم يبق إلا يوم عرفة ويوم النحر . وعن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ان التكبير من صلاة الظهر يوم النحر الى الفجر من

(فصل) فأما الواحد اذا فاتته حتى تزول الشمس وأحب قضاءها قضاها متى أحب . وقال ابن عقيل : لا يقضيها إلا من الغد قياساً على المسئلة التي قبلها وهذا لا يصح لان ما يفعله تطوع فمتى أحب أتى به وفارق ما اذا لم يعلم الامام والناس لأن الناس تفرقوا يومئذ على أن العيد في الغد فلا يجتمعون إلا من الغد ، ولا كذلك هاهنا فانه لا يحتاج إلى اجتماع الجماعة ، ولأن صلاة الامام هي الصلاة الواجبة التي يعتبر لها شروط العيد ومكانه وصفة صلاته فاعتبر لها الوقت وهذا بخلافه

(فصل) ويشترط الاستيطان لوجوبها لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصلها في سفره ولا خلفاؤه وكذلك العدد المشترط للجمعة لانها صلاة عيد فأشبهت الجمعة ، وفي إذن الامام روايتان أصحهما ليس بشرط ، ولا يشترط شيء من ذلك لصحتها لانها تصح من الواحد في القضاء . وقال أبو الخطاب : في ذلك كله روايتان . وقال القاضي : كلام احمد يقتضي روايتين : احداهما لا يقام العيد إلا حيث تقام الجمعة وهذا مذهب أبي حنيفة إلا أنه لا يرى ذلك إلا في مصر لقوله : لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع . والثانية يصليها المنفرد والمسافر والعبد والنساء على كل حال . وهذا قول الحسن والشافعي لانه ليس من شرطها الاستيطان فلم يكن من شرطها الجماعة كالنوافل إلا أن الامام اذا خطب مرة ثم أرادوا أن يصلوا لم يخطبوا وصلوا بغير خطبة كيلا يؤدي إلى تفريق الكلمة والتفصيل الذي ذكرناه أولى ما قيل به إن شاء الله تعالى

آخر أيام التشريق وبه قال مالك والشافعي في المشهور عنه لأن الناس تبع للحاج يقطعون التلبية مع أول حصاة ويكبرون مع الرمي وانما يرمون يوم النحر ، وأول صلاة بعد ذلك الظهر وآخر صلاة بمنى الفجر من اليوم الثالث من أيام التشريق

ولنا ماروى جابر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى الصبح من غداة عرفة أقبل على أصحابه فيقول «على مكانكم » ويقول الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد » فيكبر من غداة عرفة الى العصر من آخر ايام التشريق . وعن علي وعمار ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر يوم عرفة صلاة الغداة ويقطعها صلاة العصر آخر أيام التشريق رواهما الدارقطني إلا انهما من رواية عمر بن شمر عن جابر الجعفي وقد ضعفا ولأنه قول عمر وعلي وابن عباس رواه سعيد عنهم . قيل لأحمد بأي حديث تذهب الى التكبير من صلاة الفجر يوم عرفة الى آخر أيام التشريق ؟ قال لاجماع عمر وعلي وابن عباس ولأن الله تعالى قال (واذكروا الله في أيام معدودات) وهي أيام التشريق فيتعين الذكر في جميعها ، وأما قوله تعالى (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) فمحمول على ذكر الله على الهدايا والأضاحي عند رؤيتها فانه مستحب في جميع العشر وهو أولى من تفسيرهم لانهم لم يعملوا به في كل العشر ولا في أكثره ، ولو صح تفسيرهم فقد أمر الله بالذكر في أيام معدودات وهي أيام التشريق فيعمل به أيضاً ، وأما المحرم فانما لم يكبر من صلاة الفجر يوم عرفة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويبتديء التكبير يوم عرفة من صلاة الفجر ﴾

لاخلاف بين العلماء رحمهم الله في أن التكبير مشروع في عيد النحر واختلفوا في مدته فذهب امامنا رضي الله عنه إلى أنه من صلاة الفجر يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم ، واليه ذهب الثوري وابن عيينة وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور والشافعي في بعض أقواله ، وعن ابن مسعود أنه كان يكبر من غداة عرفة إلى العصر من يوم النحر واليه ذهب علقمة والنخعي وأبو حنيفة لقوله (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) وهي العشر ، وأجمعنا على أنه لا يكبر قبل يوم عرفة ، فينبغي أن يكبر يوم عرفة ويوم النحر . وعن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز أن التكبير من صلاة الظهر يوم النحر إلى الصبح من آخر أيام التشريق ، وبه قال مالك والشافعي في المشهور عنه لان الناس تبع للحاج والحاج يقطعون التلبية مع أول حصاة ويكبرون مع الرمي ، وانما يرمون يوم النحر فأول صلاة بعد ذلك الظهر ، وآخر صلاة يصلون بمنى الفجر من اليوم الثالث من أيام التشريق

ولنا ماروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح يوم عرفة وأقبل علينا فقال « الله أكبر الله أكبر » ومدّ التكبير إلى العصر من آخر أيام التشريق أخرجه الدارقطني من طرق ، وفي بعضها « الله أكبر الله أكبر لاإله الا الله ، والله أكبر ولله الحمد » ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ،

لاشتغاله عنها بالتلبية كما ذكروا ، وغيره يبتديء من غداة يوم عرفة لعدم المنافع ، وقولهم ان الناس في هذا تبع للحاج مجرد دعوى بغير دليل وقولهم ان آخر صلاة يصلونها بمنى الفجر من آخر أيام التشريق ممنوع لأن الرمي انما يكون بعد الزوال

(فصل) والتكبير المقيد انما يكون عقيب الصلوات المكتوبات في الجماعات في المشهور عن أحمد . قال الاثرم قلت لأبي عبدالله اذهب الى فعل ابن عمر انه كان يكبر اذا صلى وحده ؟ قال نعم . وقال ابن مسعود انما التكبير على من صلى في جماعة وهذا مذهب الثوري وأبي حنيفة وعنه رواية أخرى انه يكبر عقيب الفرائض وإن كان وحده وهذا مذهب مالك لأنه ذكر مستحب للمسبوق فاستحب للمنفرد كالسلام . قال الشافعي يكبر عقيب كل صلاة فريضة كانت أو نافلة منفرداً أو في جماعة قياساً على الفرض في الجماعة . ولنا انه قول ابن مسعود وفعل ابن عمر ولا مخالف لهما في الصحابة فكان اجماعا

(فصل) فأما المحرم فانه يبتديء التكبير من صلاة الظهر يوم النحر لانه يكون مشغولا بالتلبية قبل ذلك وأول صلاة بعد قطع التلبية الظهر

(فصل) والمسافرون كالمقيمين فيما ذكرنا لعموم النص. وحكم النساء حكم الرجال في أنهن يكبرن في الجماعة وفي الانفراد روايتان . وقال البخاري كان النساء يكبرن خلف أبان بن عثمان

روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رواه سعيد عن عمر وعلي وابن عباس ، وروى باسناده عن محمد بن سعيد أن عبد الله كان يكبر من صلاة الغداة يوم عرفة إلى العصر من يوم النحر فأتانا علي بعده فكبر من غداة عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق : الله أكبر الله أكبر لا إلا الا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد . قيل لأحمد رحمه الله : بأي حديث تذهب إلى أن التكبير من صلاة الفجر يوم عرفة إلى آخر أيام التشريق ، قال: الاجماع عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم ، ولأن الله تعالى قال (واذكروا الله في أيام معدودات) وهي أيام التشريق فتعين الذكر في جميعها ، ولانها أيام يرمى فيها فكان التكبير فيها كيوم النحر وقوله تعالى (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) والمراد به ذكر الله تعالى على الهدايا والاضاحي

وعمر بن عبدالعزيز ليالي التشريق مع الرجال في المسجد ، وينبغي أن يخفضن أصواتهن حتى لا يسمعهن الرجال ، وعن أحمد انهن لا يكبرن لانه ذكر يشرع فيه رفع الصوت فلم يشرع في حقهن كالأذان

(فصل) والمسبوق ببعض الصلاة يكبر اذا فرغ من قضاء مافاته نص عليه أحمد وبه قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن يكبر ثم يقضي لانه ذكر شرع في آخر الصلاة فيأتي به المسبوق قبل القضاء كالتشهد . وعن مجاهد ومكحول يكبر ثم يقضي ثم يكبر لذلك

ولنا انه ذكر مشروع بعد الصلاة فلم يأت به في أثناء الصلاة كالتسليمة الثانية والدعاء بعدها وان كان على المصلي سجود سهو بعد السلام سجد ثم كبر وبه قال الثوري والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي لانه سجود مشروع للصلاة فكان التكبير بعده وبعد تشهده كسجود صلبها

(فصل) واذا فاتته صلاة من أيام التشريق أو من غيرها فقضاها فيها فحكمها حكم المؤداة في التكبير لانها مفروضة في أيام التشريق ، وان فاتته في أيام التشريق فقضاها في غيرها لم يكبر لأن التكبير مقيد بالوقت فلم يفعل في غيره كالتلبية ، ويكبر مستقبل القبلة . قال أبو بكر وعليه العمل وحكاه أحمد عن ابراهيم لأنه ذكر مختص بالصلاة أشبه الأذان والاقامة ، ويحتمل أن يكبر كيفما شاء لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أقبل عليهم فقال « الله أكبر الله أكبر »

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نسي التكبير قضاه مالم يحدث أو يخرج من المسجد لانه مختص بالصلاة) أشبه سجود السهو ، فعلى هذا إن ذكره في المسجد بعد أن قام عاد الى مكانه فجلس واستقبل القبلة فكبر وقال الشافعي يكبر ماشيا . قال شيخنا وهو أقيس لانه ذكر مشروع بعد الصلاة أشبه سائر الذكر، فان ذكره بعد خروجه من المسجد لم يكبر لما ذكرنا وهو قول أصحاب الرأي ، ويحتمل أن يكبر لانه ذكر بعد الصلاة فاستحب وإن خرج كالدعاء والذكر المشروع بعد الصلاة وإن نسيه حتى أحدث فقال أصحابنا لا يكبر سواء أحدث عامداً أو ساهيا لأن الحدث يقطع الصلاة عمده وسهوه ، وبالغ ابن عقيل فقال إن تركه حتى تكلم لم يكبر

ويستحب التكبير عند رؤية الانعام في جميع العشر وهذا أولى من قولهم وتفسيرهم لانهم لم يعملوا به في كل العشر ولا في أكثره ، وإن صح قولهم فقد أمر الله تعالى بالذكر في أيام معدودات وهي أيام التشريق فيعمل به أيضاً ، وأما المحرمون فانهم يكبرون من صلاة الظهر يوم النحر لماذكروه ولانهم كانوا مشغولين قبل ذلك بالتلبية ، وغيرهم يبتدىء من يوم عرفة لعدم المانع في حقهم مع وجود المقتضى وقولهم إن الناس تبع لهم في هذا دعوى مجردة لادليل عليها فلا تسمع

(فصل) وصفة التكبير الله أكبر الله أكبر لاإله الا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، وهذا قول عمر وعلي وابن مسعود ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة واسحاق وابن المبارك إلا أنه زاد على ماهدانا: لقوله (ولتكبروا الله على ماهداكم) وقال مالك والشافعي يقول : الله أكبر الله أكبر ثلاثاً لان جابراً صلى في أيام التشريق ، فلما فرغ من صلاته قال : الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر وهذا لايقوله الا توقيفاً ، ولأن التكبير شعار العيد فكان وتراً كتكبير الصلاة والخطبة

ولنا خبر جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو نص في كيفية التكبير وأنه قول الخليفتين الراشدين ، وقول ابن مسعود . وقول جابر لايسمع مع قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا يقدم على قول أحد ممن ذكرنا فكيف قدموه على قول جميعهم ، ولأنه تكبير خارج الصلاة فكان شفعاً كتكبير الاذان ، وقولهم إن جابراً لايفعله الا توقيفاً فاسد لوجوه أحدها أنه قد روى خلاف قوله فكيف يترك ماصرح به لاحتمال وجود ضده ، الثاني أنه ان كان قوله توقيفاً كان قول من خالفه توقيفاً فكيف قدموا الضعيف على ماهو أقوى منه مع امامة من خالفه وفضلهم في العلم عليه وكثرتهم، الثالث ان هذا ليس بمذهب لهم ، فان قول الصحابي لايحمل على التوقيف عندهم، الرابع أنه انما يحمل على التوقيف ماخالف الاصول وذكر الله تعالى لايخالف الاصل ولا سيما اذا كان وتراً

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ثم لا يزال يكبر دبر كل صلاة مكتوبة صلاها في جماعة وعن أبي عبدالله رحمه الله أنه يكبر لصلاة الفرض وان كان وحده حتى يكبر لصلاة العصر من آخر أيام التشريق ثم يقطع ﴾

المشروع عند امامنا رحمه الله التكبير عقيب الفرائض في الجماعات في المشهور عنه . قال الأثرم

قال الشيخ والأولى ان شاء الله أنه يكبر لأن ذلك ذكر منفرد بعد سلام الامام فلا يشترط له الطهارة كسائر الذكر ولأن اشتراط الطهارة إما بنص أو معناه ولم يوجد ، وإن نسيه الامام كبر المأموم وهذا قول الثوري لانه ذكر يتبع الصلاة أشبه سائر الذكر

﴿ مسئلة ﴾ (وفي التكبير عقيب العيد وجهان)

أحدهما يكبر اختاره أبو بكر . وقال القاضي : هو ظاهر كلام أحمد لانها صلاة مفروضة في جماعة

قلت لابي عبدالله اذهب الى فعل ابن عمر أنه كان لا يكبر اذا صلى وحده قال أحمد نعم . وقال ابن مسعود إنما التكبير على من صلى في جماعة وهذا مذهب الثوري وأبي حنيفة ، وقال مالك لا يكبر عقيب النوافل ، ويكبر عقيب الفرائض كلها وقال الشافعي يكبر عقيب كل صلاة فريضة كانت أو نافلة منفرداً صلاها أو في جماعة لانها صلاة مفعولة فيكبر عقيبها كالفرض في جماعة

ولنا قول ابن مسعود وفعل ابن عمر ولم يعرف لهما مخالف في الصحابة فكان اجماعا ولانه ذكر مختص بوقت العيد فاختص بالجماعة ولا يلزم من مشروعيته للفرائض مشروعيته للنوافل كالآذان والاقامة وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يكبر للفرض وإن كان منفرداً وهو مذهب مالك لانه ذكر مستحب للمسبوق فاستحب للمنفرد كالسلام

﴿ فصل ﴾ والمسافرون كالمقيمين فيما ذكرنا وكذلك النساء يكبرن في الجماعة ، وفي تكبيرهن في الانفراد روايتان كالرجال قال ابن منصور قلت لاحمد : قال سفيان لا يكبر النساء أيام التشريق إلا في جماعة قال أحسن ، وقال البخاري كان النساء يكبرن خلف أبان بن عثمان وعمر بن عبدالعزيز ليالي التشريق مع الرجال في المسجد وينبغي لهن أن يخفضن أصواتهن حتى لا يسمعهن الرجال ، وعن أحمد رواية أخرى أنهن لا يكبرن لأن التكبير ذكر يشرع فيه رفع الصوت فلم يشرع في حقهن كالأذان

﴿ فصل ﴾ والمسبوق ببعض الصلاة يكبر إذا فرغ من قضاء مافاته نص عليه أحمد وهذا قول اكثر أهل العلم ، وقال الحسن يكبر ثم يقضي لأنه ذكر مشروع في آخر الصلاة فيأتي به المسبوق قبل القضاء كالتشهد ، وعن مجاهد ومكحول يكبر ثم يقضي ثم يكبر لذلك

ولنا أنه ذكر شرع بعد السلام فلم يأت به في أثناء الصلاة كالتسليمة الثانية والدعاء بعدها وان كان على المصلي سجود سهو بعد السلام سجده ثم يكبر ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الراي ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لانه سجود مشروع للصلاة فكان التكبير بعده وبعد تشهده كسجود صلب الصلاة . وآخر مدة التكبير العصر من آخر أيام التشريق لما ذكرناه في المسئلة التي قبلها

فأشبهت الفجر . والثاني لا يسن قاله أبو الخطاب لانها ليست من الصلوات الخمس أشبهت النوافل والأول أولى لأن هذه الصلاة أخص بالعيد فكانت أحق بتكبيره

﴿ مسئلة ﴾ (وصفة التكبير شفعا الله أكبر الله أكبر لا إله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد)

وهذا قول عمر وعلي وابن مسعود وبه قال الثوري وأبو حنيفة وإسحق وابن المبارك إلا انه زاد : على ماهدانا لقوله تعالى (ولتكبروا الله على ماهداكم) وقال مالك والشافعي يقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر ثلاثا لأن جابراً صلى في أيام التشريق فلما فرغ من صلاته قال الله أكبر الله أكبر الله أكبر رواه ابن ماجه وهذا لا يقوله إلا توقيفا ولأن التكبير شعار العيد فكان وترا كتكبير الصلاة والخطبة

﴿ فصل ﴾ وإذا فاتته صلاة من أيام التشريق فقضاها فيها فحكمها حكم المؤداة في التكبير لانها صلاة في أيام التشريق، وكذلك إن فاتته من غير أيام التشريق فقضاها فيها كذلك وان فاتته من أيام التشريق فقضاها في غيرها لم يكبر لان التكبير مقيد بالوقت فلم يفعل في غيره كالتلبية

﴿ فصل ﴾ ويكبر مستقبل القبلة حكاه أحمد عن ابراهيم قال أبوبكر وعليه العمل وذلك لأنه ذكر مختص بالصلاة أشبه الأذان والاقامة ويحتمل أن يكبر كيفما شاء لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقبل عليهم فقال « الله اكبر الله اكبر » وان نسي التكبير حتى خرج من المسجد لم يكبر وهذا قول أصحاب الرأي لانه مختص بالصلاة من بعدها فاشبه سجود السهو ويحتمل أن يكبر لانه ذكر فاستحب وان خرج وبعد كالدعاء والذكر المشروع بعدها وان ذكره في المسجد عاد الى مكانه فجلس واستقبل القبلة فكبر وقال الشافعي يكبر ماشيا وهذا أقيس لان التكبير ذكر مشروع بعد الصلاة فأشبه سائر الذكر قال أصحابنا ، واذا أحدث قبل التكبير لم يكبر عامداً كان أو ساهيا لأن الحدث يقطع الصلاة عمده وسهوه ، وبالغ ابن عقيل فقال ان تركه حتى تكلم لم يكبر والأولى ان شاء الله أن يكبر لأن ذلك ذكر منفرد بعد سلام الامام فلا تشترط له الطهارة كسائر الذكر ولان اشتراط الطهارة اما بنص أو معناه ولم يوجد ذلك واذا نسى الامام التكبير كبر المأموم وهذا قول الثوري لانه ذكر يتبع الصلاة أشبه سائر الذكر

﴿ فصل ﴾ قال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يكبر عقيب صلاة العيد وهو قول أبي بكر لانها صلاة مفروضة في جماعة فأشبهت الفجر وقال أبو الخطاب لايسن لانها ليست من الصلوات الخمس أشبهت النوافل والأول أولى لأن هذه الصلاة أخص بالعيد فكانت أحق بتكبيره

﴿ فصل ﴾ ويشرع التكبير فى غير ادبار الصلوات وكان ابن عمر يكبر بمنى في تلك الايام خلف الصلوات وعلى فراشه وفي فسطاطه ومجلسه وممشاه تلك الأيام جميعا وكان يكبر في قبته بما يسمعه أهل المسجد فيكبرون ويكبر أهل الاسواق حتى ترتج مني تكبيراً وكذلك يستحب التكبير في أيام العشر كلها لقول الله تعالى (ويذكروا اسم الله في أيام معلومات) كما قال (واذكروا الله في أيام معدودات) والايام المعلومات أيام العشر والمعدودات أيام التشريق قال البخاري ، وكان ابن عمر وأبو هريرة يخرجان الى السوق في أيام العشر يكبران ويكبر الناس بتكبيرهما . ويستحب الاجتهاد في عمل الخير

ولنا خبر جابر المذكور وهو نص في كيفية التكبير وانه قول الخليفتين الراشدين وقول ابن مسعود وقول جابر لا يسمع مع قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقدم على قول أحد ممن ذكرنا فكيف قدموه على قول الجميع مع تقدمهم عليه في الفضل والعلم وكثرتهم ولانه تكبير خارج الصلاة فكان شفعا كتكبير الأذان وقولهم ان جابراً لايفعله إلا توقيفا لا يصح لوجوه أحدها انه قد روى خلاف قوله فكيف يترك ماصرح به لاحتمال وجود ضده ، والثاني انه إن كان قول توقيفا فقول من ذكرنا توقيف وهو مقدم

في أيام العشر من الذكر والصلاة والصيام والصدقة وسائر أعمال البر ، لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما العمل في أيام أفضل منها في هذه الايام قالوا ولا الجهاد في سبيل الله قال ولا الجهاد الارجل خرج يخاطر بنفسه وماله فلم يرجع بشيء» أخرجه البخاري

﴿ فصل ﴾ قال أحمد رحمه الله ولا بأس أن يقول الرجل للرجل يوم العيد : تقبل الله منا ومنك ، وقال حرب ، سئل أحمد عن قول الناس في العيدين: تقبل الله منا ومنكم قال لا بأس به يرويه أهل الشام عن أبي أمامة قيل وواثلة بن الاسقع قال نعم قيل فلا تكره أن يقال هذا يوم العيد قال لا وذكر ابن عقيل في تهنئة العيد أحاديث منها أن محمد بن زياد ، قال كنت مع أبي امامة الباهلي وغيره من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فكانوا اذا رجعوا من العيد يقول بعضهم لبعض تقبل الله منا ومنك وقال أحمد أسناد حديث أبي أمامة أسناد جيد وقال علي بن ثابت سألت مالك بن أنس منذ خمس وثلاثين سنة وقال لم يزل يعرف هـذا بالمدينة ، وروي عن أحمد أنه قال لا ابتدي به أحدا وان قاله أحد رددته عليه .

﴿ فصل ﴾ قال القاضي ولا بأس بالتعريف عشية عرفة بالامصار وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن التعريف في الامصار يجتمعون فى المساجد يوم عرفة قال أرجو أن لايكون به بأس قد فعله غير واحد ، وروى الاثرم عن الحسن قال أول من عرف بالبصرة ابن عباس رحمه الله وقال أحمد أول من فعله ابن عباس وعمرو بن حريث وقال الحسن وبكر وثابت ومحمد بن واسع كانوا يشهدون المسجد يوم عرفة قال أحمد لا بأس به انما هو دعاء وذكر لله فقيل له تفعله أنت قال أما أنا فلا وروي عن يحيى بن معين أنه حضر مع الناس عشية عرفة

﴿ كتاب صلاة الخوف ﴾

صلاة الخوف ثابتة بالكتاب والسنة أما الكتاب فقول الله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم

على قوله بما بينا ، والثالث أن هذا ليس مذهبا لهم ، الرابع ان قول الصحابي انما يحمل على التوقيف اذا خالف الأصول وذكر الله تعالى لايخالف الأصل لاسيما اذا كان وترا

(فصل) ولا بأس أن يقول للرجل في يوم العيد تقبل الله منا ومنك . قال حرب سألت أحمد عن قول الناس في العيدين تقبل الله منا ومنكم ؟ قال لا بأس به يرويه أهل الشام عن أبي أمامة قيل وواثلة بن الاسقع ؟ قال نعم . وذكر ابن عقيل في ذلك أحاديث منها ان محمد بن زياد قال كنت مع أبي أمامة الباهلي وغيره من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فكانوا اذا رجعوا من العيد يقول بعضهم لبعض تقبل الله منا ومنك ، وقال اسناد حديث أبي أمامة اسناد جيد . قال مالك لم نزل نعرف هذا بالمدينة ، وروي عن أحمد انه قال لا ابتديء به أحداً وان قاله أحد رددت عليه

(فصل) ولا بأس بالتعريف عشية عرفة بالامصار ذكره القاضي. وقال الاثرم سألت أبا عبدالله

الصلاة) الآية . واما السنة فثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي صلاة الخوف وجمهور العلماء متفقون على أن حكمها باق بعد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو يوسف انما كانت تختص بالنبي صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى (وإذا كنت فيهم) وليس بصحيح فان ماثبت فى حق النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حقنا مالم يقم دليل على اختصاصه به فان الله تعالى أمر باتباعه بقوله (فاتبعوه) وسئل عن القبلة للصائم فأجاب بأني أفعل ذلك فقال السائل لست مثلنا فغضب وقال «إني لأرجو أن أكون أخشاكم لله تعالى وأعلمكم بما أتقي » ولو اختص بفعله لما كان الاخبار بفعله جوابا ولاغضب من قول السائل لست مثلنا لأن قوله اذا يكون صوابا وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يحتجون بأفعال رسول الله صلى الله عليه وسلم ويرونها معارضة لقوله وناسخة له ولذلك لما أخبرت عائشة وأم سلمة بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح جنبًا من غير احتلام ثم يغتسل ويصوم ذلك اليوم تركوا به خبر أبي هريرة «من أصبح جنبًا فلا صوم له » ولما ذكروا ذلك لابي هريرة قال هن أعلم انما حدثني به الفضل ابن عباس ورجع عن قوله ولو لم يكن فعله حجة لغيره لم يكن معارضًا لقوله ، وأيضًا فان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على صلاة الخوف فروي أن عليًا رضي الله عنه صلى صلاة الخوف ليلة الهدير وصلى أبوموسى الاشعري صلاة الخوف بأصحابه

وروي أن سعيد بن العاص كان أميرًا على الجيش بطبرستان فقال : أيكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف ، فقال حذيفة : أنا ، فقدمه فصلى بهم . فأما تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم بالخطاب فلا يوجب تخصيصه بالحكم لما ذكرناه ، ولأن الصحابة رضي الله عنهم أنكروا على مانعي الزكاة قولهم إن الله تعالى خصّ نبيه بأخذ الزكاة بقوله (خذ من أموالهم صدقة) . وقد قال الله تعالى (ياأيها النبي لم تحرم ماأحل الله لك) وهذا لايختص به ، فان قيل فالنبي صلى الله عليه وسلم أخر الصلاة يوم الخندق ولم يصل ، قلنا هذا كان قبل نزول صلاة الخوف ، وانما يؤخذ بالآخر فالآخر من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكون ناسخا لما قبله ، ثم إن هذا الاعتراض باطل في نفسه إذ لاخلاف في أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له أن يصلي صلاة الخوف وقد أمره الله تعالى بذلك في كتابه فلا يجوز الاحتجاج بما يخالف الكتاب والاجماع ، ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر الصلاة نسيانًا ، فانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم سألهم عن صلاتها فقالوا ماصلينا ، وروي أن عمر قال ماصليت العصر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « والله ما صليتها » أو كما جاء ويدل على صحة هذا أنه لم يكن ثم قتال يمنعه من الصلاة فدل على ماذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وصلاة الخوف اذا كان بازاء العدو وهو في سفر صلى بطائفة ركعة وأتمت لانفسها أخرى بالحمد لله وسورة ثم ذهبت تحرس وجاءت الطائفة الاخرى

عن التعريف بالامصار يجتمعون في المساجد يوم عرفة ؟ قال أرجو ألا يكون به بأس قد فعله غير

التي بازاء العدو فصلت معه ركعة وأتمت لانفسها أخرى بالحمد لله وسورة ويطيل التشهد حتي يتموا التشهد ويسلم بهم)

وجملة ذلك أن الخوف لايؤثر في عدد الركعات في حق الامام والمأموم جميعاً ، فاذا كان في سفر يبيح القصر صلى بهم ركعتين بكل طائفة ركعة وتتم لأنفسها أخرى على الصفة المذكورة ، وانما يجوز ذلك بشرائط — منها أن يكون العدو مباح القتال وأن لا يؤمن هجومه . قال القاضي : ومن شرطها كون العدو في غير جهة القبلة ، ونصَّ احمد على خلاف ذلك في رواية الأثرم فانه قال : قلت له حديث سهل نستعمله مستقبلين القبلة كانوا أو مستدبرين ، قال نعم هو أنكى ولأن العدو قد يكون في جهة القبلة على وجه لايمكن أن يصلي بهم صلاة عسفان لانتشارهم ، أو استتارهم ، أو الخوف من كمين فالمنع من هذه الصلاة يفضي إلى تفويتها . قال أبو الخطاب : ومن شرطها أن يكون في المصلين كثرة يمكن تفريقهم طائفتين كل طائفة ثلاثة فأكثر . وقال القاضي : إن كانت كل فرقة أقل من ثلاثة كرهناه لأن احمد ذهب إلى ظاهر فعل النبي صلى الله عليه وسلم . ووجه قولهما أن الله تعالى ذكر الطائفة بلفظ الجمع بقوله تعالى (فاذا سجدوا فليكونوا من وراءكم) وأقل لفظ الجمع ثلاثة ، والاولى أن لا يشترط هذا لأن مادون الثلاثة عدد تصح به الجماعة فجاز أن يكونوا طائفة كالثلاثة ، وأما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه لايشترك في صلاة الخوف أن يكون المصلون مثل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في العدد وجهاً واحداً ولذلك اكتفينا بثلاثة ولم يكن كذلك أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم

ويستحب أن يخفف بهم الصلاة لأن موضوع صلاة الخوف على التخفيف وكذلك الطائفة التي تفارقه تصلي لنفسها تقرأ بسورة خفيفة ولا تفارقه حتى يستقل قائماً لأن النهوض يشتركون فيه جميعاً فلا حاجة إلى مفارقتهم اياه قبله ، والمفارقة انما جازت للعذر . ويقرأ ويتشهد ويطيل في حال الانتظار حتى يدركوه . وقال الشافعي في أحد قوليه : لايقرأ حال الانتظار ، بل يؤخر القراءة ليقرأ بالطائفة الثانية ليكون قد سوى بين الطائفتين

ولنا أن الصلاة ليس فيها حال سكوت والقيام محل للقراءة فينبغي أن يأتي بها فيه كما في التشهد اذا انتظرهم فانه يتشهد ولا يسكت كذا هاهنا والتسوية بينهم تحصل بانتظاره اياهم في موضعين ، والاولى في موضع واحد . اذا ثبت هذا فقال القاضي : إن قرأ في انتظارهم قرأ بعد ماجاؤا بقدر فاتحة الكتاب وسورة خفيفة ، وإن لم يقرأ في انتظارهم قرأ اذا جاؤا بالفاتحة وسورة خفيفة وهذا على سبيل الاستحباب ، ولو قرأ قبل مجيئهم ثم ركع عند مجيئهم أو قبله فأدركوه راكعاً ركعوا معه وصحت لهم الركعة مع ترك السنة ، واذا جلس للتشهد قاموا فصلوا ركعة أخرى وأطال التشهد بالدعاء والتوسل

واحد ، وروى الأثرم عن الحسن قال : أول من عرف بالبصرة ابن عباس رحمه الله . وقال أحمد أول

حتى يدركوه ويتشهدوا ثم يسلم بهم . وقال مالك : يتشهدون معه ، فاذا سلم الامام قاموا فقضوا مافاتهم كالمسبوق ، وما ذكرناه أولى لقول الله تعالى (ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك) وهذا يدل على أن صلاتهم كلها معه

وفي حديث سهل أن النبي صلى الله عليه وسلم قعد حتى صلى الذين خلفه ركعة ثم سلم . رواه أبو داود ، وروي أنه سلم بالطائفة الثانية ، ولأن الأولى أدركت معه فضيلة الاحرام فينبغي أن يسلم بالثانية ليسوي بينهم ، وبهذا قال مالك والشافعي : إلا فيما ذكرنا من الاختلاف . وقال أبو حنيفة : يصلي كما روى ابن عمر قال : صلى النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف باحدى الطائفتين ركعة وسجدتين والطائفة الاخرى مواجهة للعدو ، ثم انصرفوا وقاموا في مقام أصحابهم مقبلين على العدو وجاء أولئك ثم صلى لهم النبي صلى الله عليه وسلم ركعة ثم سلم ، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة . متفق عليه : وقال أبو حنيفة : يصلي باحدى الطائفتين ركعة والاخرى مواجهة للعدو ، ثم تنصرف التي صلت معه إلى وجه العدو وهي في صلاتها ، ثم تجيء الطائفة الاخرى فتصلي مع الامام الركعة الثانية ثم يسلم الامام وترجع الطائفة إلى وجه العدو وهي في الصلاة ، ثم تأتي الطائفة الاولى إلى موضع صلاتها فتصلي ركعة منفردة ولا تقرأ فيها لأنها في حكم الائتمام ثم تنصرف إلى وجه العدو ، ثم تأتي الطائفة الاخرى إلى موضع الصلاة فتصلي الركعة الثانية منفردة وتقرأ فيها لانها قد فارقت الامام بعد فراغه من الصلاة فحكمها حكم المسبوق اذا فارق امامه . قال : وهذا أولى لأنكم جوزتم للمأموم فراق امامه قبل فراغه من الصلاة وهي الطائفة الاولى ، وللثانية فراقه في الافعال فيكون جالساً وهم قيام يأتون بركعة وهم في امامته

ولنا ماروى صالح بن خوات عمن صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صلت معه ، وطائفة وجاه العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائما وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا وصفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم . رواه مسلم

وروى سهل بن ابي حثمة مثل ذلك والعمل بهذا أولى لأنه أشبه بكتاب الله تعالى وأحوط للصلاة والحرب ، أما موافقة الكتاب فان قول الله تعالى (ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك) يقتضي أن جميع صلاتها معه ، وعنده تصلي معه ركعة فقط ، وعندنا جميع صلاتها معه — احدى الركعتين توافقه في أفعاله وقيامه ، والثانية تأتي بها قبل سلامه ثم تسلم معه ، ومن مفهوم قوله (لم يصلوا) أن الطائفة الاولى قد صلت جميع صلاتها ، وعلى قولهم لم تصل إلا بعضها ،

من فعله ابن عباس وعمرو بن حريث ، وقال أحمد لا بأس به انما هو دعاء وذكر الله . وقال

وأما الاحتياط للصلاة فان كل طائفة تأتي بصلاتها متوالية بعضها توافق الامام فيها فعلا و بعضها تفارقه وتأتي به وحدها كالمسبوق . وعنده تنصرف في الصلاة فاما أن تمشي واما أن تركب وهذا عمل كثير وتستدبر القبلة وهذا ينافي الصلاة وتفرق بين الركعتين تفريقاً كثيراً بما ينافيها ، ثم جعلوا الطائفة الاولى مؤتمة بالامام بعد سلامه ، ولا يجوز أن يكون المأموم مأموما في ركعة يأتي بها بعد سلام امامه وأما الاحتياط للحرب فانه يتمكن من الضرب والطعن والتحريض ، وإعلام غيره بما يراه مما خفي عليه من أمر العدو وتحذيره وأعلام الذين مع الامام بما يحدث ولا يمكن هذا على قولهم ، ولأن مبني صلاة الخوف على التخفيف لانهم في موضع الحاجة اليه ، وعلى قولهم تطول الصلاة أضعاف ما كانت حال الامن لان كل طائفة تحتاج إلى مضي إلى مكان الصلاة ورجوع إلى وجاه العدو ، وانتظار لمضي الطائفة الاخرى ورجوعها فعلى تقدير أن يكون بين المكانين نصف ميل تحتاج كل طائفة إلى مشي ميل ، وانتظار للاخرى قدر مشي ميل وهي في الصلاة ، ثم تحتاج إلى تكليف الرجوع إلى موضع الصلاة لاتمام الصلاة من غير حاجة اليه ولا مصلحة تتعلق به ، فلو احتاج الآمن إلى مثل هذه الكلفة في الجماعة لسقطت عنه فكيف يكلف الخائف هذا وهو في مظنة التخفيف والحاجة إلى الرفق به ، وأما مفارقة الامام فجائزة للعذر ولا بدّ منها على القولين ، فانهم جوزوا للطائفة الاولى مفارقة الامام والذهاب إلى وجه العدو وهذا أعظم مما ذكرناه فانه لانظير له في الشرع ، ولا يوجد مثله في موضع آخر

(فصل) وإن صلى بهم كمذهب أبي حنيفة جاز نصّ عليه احمد ولكن يكون تاركا للاولى والاحسن ، وبهذا قال ابن جرير وبعض أصحاب الشافعي

(فصل) ولا تجب التسوية بين الطائفتين لانه لم يرد بذلك نص ولا قياس ، ويجب أن تكون الطائفة التي بازاء العدو ممن تحصل الثقة بكفايتها وحراستها ، ومتى خشي اختلال حالهم واحتيج إلى معونتهم بالطائفة الاخرى فللامام أن ينهد اليهم بمن معه ويبنوا على مامضى من صلاتهم

(فصل) فان صلوا الجمعة صلاة الخوف جاز اذا كانت كل طائفة أربعين ، فان قيل فالعدد شرط في الجمعة كلها ، ومتى ذهبت الطائفة الاولى بقي الامام منفرداً فتبطل كما لو نقص العدد فالجواب أن هذا جاز لأجل العذر ولانه يترقب مجيء الطائفة الاخرى بخلاف الانفضاض ، ولا يجوز أن يخطب باحدى الطائفتين ويصلي بالاخرى حتى يصلي معه من حضر الخطبة وبهذا قال الشافعي

(فصل) والطائفة الاولى في حكم الائتمام قبل مفارقة الامام ، فان سها لحقهم حكم سهوه فيما قبل مفارقته ، وإن سهوا لم يلزمهم حكم سهوهم لانهم مأمومون ، وأما بعد مفارقته فان سها لم

الحسن وبكر وثابت ومحمد بن واسع كانوا يشهدون المسجد يوم عرفة ، قيل له فتفعله أنت ؟ قال أما أنا فلا . وروي عن يحيى بن معين انه حضر مع الناس عشية عرفة

يلزمهم حكم سهوه ، فان سهوا لحقهم حكم سهوهم لانهم منفردون ، وأما الطائفة الثانية فيلحقها حكم سهو امامها في جميع صلاته ما أدركت منها وما فاتها كالمسبوق يلحقه حكم سهو امامه فيما لم يدركه ولا يلحقها حكم سهوها في شيء من صلاتها لانها إن فارقته فعلا لقضاء مافاتها فهي في حكم المؤتم به لانهم يسلمون بسلامه ، فاذا فرغت من قضاء مافاتها سجد وسجدت معه ، فان سجد الامام قبل اتمامها سجدت لانها مؤتمة به فيلزمها متابعته ولا تعيد السجود بعد فراغها من التشهد لانها لم تنفرد عن الامام فلا يلزمها من السجود أكثر مما يلزمه بخلاف المسبوق . وقال القاضي : ينبني هذا على الروايتين في المسبوق اذا سجد مع امامه ثم قضى ماعليه وقد ذكرنا الفرق بينهما

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن خاف وهو مقيم صلى بكل طائفة ركعتين وأتمت الطائفة الاولى بالحمد لله في كل ركعة والطائفة الاخرى تتم بالحمد لله وسورة ﴾

وجملة ذلك أن صلاة الخوف جائزة في الحضر اذا احتيج إلى ذلك بنزول العدو قريباً من البلد ، وبه قال الاوزاعي والشافعي ، وحكي عن مالك أنها لاتجوز في الحضر لأن الآية انما دلت على صلاة ركعتين وصلاة الحضر أربعاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعلها في الحضر وخالفه أصحابه فقالوا كقولنا

ولنا قول الله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ، وهذا عام في كل حال وترك النبي صلى الله عليه وسلم فعلها في الحضر انما كان لغناه عن فعلها في الحضر ، وقولهم انما دلت الآية على ركعتين قلنا وقد يكون في الحضر ركعتان الصبح والجمعة والمغرب ثلاث ، ويجوز فعلها في الخوف في السفر ، ولأنها حالة خوف فجازت فيها صلاة الخوف كالسفر ، فاذا صلى بهم الرباعية صلاة الخوف فرقهم فرقتين فصلى بكل طائفة ركعتين ، وهل تفارقه الطائفة الاولى في التشهد الاول أوحين يقوم إلى الثالثة على وجهين : أحدهما حين قيامه إلى الثالثة وهو قول مالك والاوزاعي لانه يحتاج إلى التطويل من أجل الانتظار ، والتشهد يستحب تخفيفه ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا جلس للتشهد كان كأنه على الرضف حتى يقوم ولان ثواب القائم أكثر ، ولانه اذا انتظرهم جالساً فجاءت الطائفة فانه يقوم قبل احرامهم فلا يحصل اتباعهم له في القيام

(والثاني) في التشهد لتدرك الطائفة الثانية جميع الركعة الثالثة ، ولأن الانتظار في الجلوس أخف على الامام ولأنه متى انتظرهم قائماً احتاج إلى قراءة السورة في الركعة الثالثة وهو خلاف السنة وأيا مافعل كان جائزاً ، واذا جلس الامام للتشهد الاخير جلست الطائفة معه فتشهدت التشهد الاول وقامت وهو جالس فأتمت صلاتها وتقرأ في كل ركعة بالحمد لله وسورة لأن ماتقضيه أول صلاتها

(فصل) ويستحب الاجتهاد في عمل الخير أيام العشر من الذكر والصيام والصدقة وسائر أعمال

ولأنها لم يحصل لها مع الامام قراءة السورة . ويطول الامام التشهد والدعاء حتى تصلي الركعتين ، ثم يتشهد ويسلم بهم ، فأما الطائفة الاولى فانما تقرأ في الركعتين بعد مفارقة امامها الفاتحة وحدها لأنها آخر صلاتها وقد قرأ امامها بها السورة في الركعتين الاولبين ، وظاهر المذهب أن ماتقضيه الطائفة الثانية أول صلاتها فعلى هذا تستفتح اذا فارقت امامها وتستعيذ وتقرأ الفاتحة وسورة ، وقدروي أنه أخر صلاتها ومقتضاه ألا تستفتح ولا تستعيذ ولا تقرأ السورة ، وعلى كل حال فينبغي لها أن تخفف ، وإن قرأت سورة فلتكن من أخف السور ، أو تقرأ آية أو اثنتين من سورة ، وينبغي للامام أن لايعجل بالسلام حتى يفرغ أكثرهم من التشهد ، فان سلم قبل فراغ بعضهم أتم تشهده وسلم

(فصل) واختلفت الرواية فيما يقضيه المسبوق فروي أنه أول صلاته وما يدركه مع الامام آخرها وهذا ظاهر المذهب كذلك قال ابن عمر ومجاهد وابن سيرين ومالك والثوري ، وحكي عن الشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف والحسن بن حي . وروي عن احمد أن مايقضيه آخر صلاته ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز ومكحول وعطاء والزهري والاوزاعي واسحق والمزني وأبو ثور وهو قول الشافعي ، ورواية عن مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وما فاتكم فأتموا » متفق عليه ، ولانه آخر صلاته حقيقة فكان آخرها حكماً كغير المسبوق ، ولانه يتشهد في آخر مايقضيه ويسلم ، ولو كان أول صلاته لما تشهد وكان يكفيه تشهده مع الامام ، وللرواية الاولى قوله « وما فاتكم فاقضوا » وهو صحيح ، ولانه يسمى قضاء والقضاء للفائت ، والفائت أول الصلاة ومعنى قوله « فأتموا » أي اقضوا لأن القضاء اتمام ولذلك سماه فائتاً والفائت أول الصلاة ، ولانه يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة فكان أول الصلاة كغير المسبوق . ولا أعلم خلافا بين الائمة الاربعة في قراءة الفاتحة وسورة . قال ابن عبد البر : كل هؤلاء القائلين بالقولين جميعاً يقولون يقضي مافاته بالحمد لله وسورة على حسب ماقرأ امامه إلا اسحق والمزني وداود قالوا : يقرأ بالحمد وحدها ، وعلى قول من قال : انه يقرأ في القضاء بالفاتحة وسورة لاتظهر فائدة الخلاف إلا أن يكون في الاستفتاح والاستعاذة حال مفارقة الامام وفي موضع الجلسة للتشهد الاول في حق من أدرك ركعة من المغرب والرباعية والله أعلم

(فصل) واختلفت الرواية في موضع الجلسة والتشهد الاول في حق من أدرك ركعة من المغرب أو الرباعية اذا قضى . فروي عن احمد أنه اذا قام استفتح فصلى ركعتين متواليتين يقرأ في كل واحدة بالحمد لله وسورة نص عليه في رواية حرب وفعل ذلك جندب وذلك لانهما أول صلاته فلم يتشهد بينهما كغير المسبوق ، ولان القضاء على صفة الاداء والاداء لاجلوس فيه ، ولانهما ركعتان يقرأ في كل واحدة منها بالحمد لله وسورة فلم يجلس بينهما كالمؤداتين . والرواية الثانية أنه يقوم فيأتي بركعة

البر لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما العمل في أيام أفضل منها في

يقرأ فيها بالحمد لله وسورة ثم يجلس ، ثم يقوم فيأتي بأخرى بالحمد للهوسورة في المغرب ،أو بركعتين متواليتين في الرباعية يقرأ في أولاها بالحمد لله وسورة ، وفي الثانية بالحمد وحدها . نقلها صالح وأبو داود والأثرم ، وفعل ذلك مسروق . وقال عبدالله ابن مسعود كما فعل مسروق يفعل وهو قول سعيد ابن المسيب فانه روي عنه أنه قال للزهري : ماصلاة يجلس في كل ركعة منها . قال سعيد : هي المغرب اذا أدركت منها ركعة ولان الثالثة آخر صلاته فعلا فيجب أن يجلس قبلها كغير المسبوق

وقد روى الأثرم باسناده عن ابراهيم قال : جاء جندب ومسروق إلى المسجد وقد صلوا ركعتين من المغرب فدخلا في الصف فقرأ جندب في الركعة التي أدرك مع الامام ولم يقرأ مسروق ، فلما سلم الامام قاما في الركعة الثانية فقرأ جندب وقرأ مسروق ، وجلس مسروق في الركعة الثانية وقام جندب ، وقرأ مسروق في الركعة الثالثة ولم يقرأ جندب ، فلما قضيا الصلاة أتيا عبدالله فسألاه عن ذلك وقصا عليه القصة فقال عبدالله : كما فعل مسروق يفعل . وقال عبدالله : اذا أدركت ركعة من المغرب فأجلس فيهن كلهن ، وأيا مافعل من ذلك جاز إن شاء الله تعالى ولذلك لم ينكر عبدالله على جندب فعله ولا أمره باعادة صلاته

﴿ فصل ﴾ اذا فرقهم في الرباعية فرقتين فصلى بالاولى ثلاث ركعات وبالثانية ركعة أو بالاولى ركعة والثانية ثلاثاً صحت الصلاة لأنه لم يزد على انتظارين ورد الشرع بمثلهما، وبهذا قال الشافعي الا انه قال يسجد للسهو ولا حاجة اليه لأن السجود للسهو ولا سهو هاهنا ولو قدر انه فعله ساهياً لم يحتج الى سجود لأنه مما لايبطل عمده الصلاة فلايسجد لسهوه كما لو رفع يديه في غير موضع الرفع وترك رفعهما في موضعه . فأما أن فرقهم أربع فرق فصلى بكل طائفة ركعة ، أو ثلاث فرق فصلى باحداهن ركعتين والباقين ركعة ركعة صحت صلاة الأولى والثانية لانهما ائتما بمن صلاته صحيحة ولم يوجد منهما مايبطل صلاتهما وتبطل صلاة الامام بالانتظار الثالث لأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فزاد انتظاراً لم يرد الشرع به فتبطل صلاته به كما لو فعله من غير خوف، ولا فرق بين ان تكون به حاجة الى ذلك أو لم يكن لان الرخص انما يصار فيها الى ماورد الشرع به ولا تصح صلاة الثالثة والرابعة لائتمامها بمن صلاته باطلة فأشبه مالو كانت صلاته باطلة من أولها فان لم يعلما ببطلان صلاة الامام فقال ابن حامد لاتبطل صلاتهما لأن ذلك مما يخفى فلم تبطل صلاة المأموم كما لوائتم بمحدث وينبغي على هذا أن يخفى على الامام والمأموم كما اعتبرنا في صحة صلاة من أتم بمحدث خفاءه على الامام والمأموم ويحتمل أن لاتصح صلاتهما لأن الامام والمأموم يعلمان وجود المبطل وانما خفي عليهم حكمه فلم يمنع ذلك البطلان كما لو علم الامام والمأموم حدث الامام ولم يعلما كونه مبطلا وقال بعض أصحاب الشافعي كقول ابن حامد وقال بعضهم تصح صلاة الامام والمأمومين جميعاً لأن

هذه » يعني أيام العشر . قالوا ولاالجهاد ؟ قال « ولا الجهاد إلا رجل خرج يخاطر بنفسه وماله فلم

الحاجة تدعو الى ذلك فأشبه مالو فرقهم فرقتين وقال بعضهم المنصوص أن صلاتهم تبطل بالانتظار الاول لأنه زاد على انتظار رسول الله صلى الله عليه وسلم زيادة لم يرد الشرع بها

ولنا على الاول أن الرخص انما تتلقى من الشرع ولم يرد الشرع بهذا ، وعلى الثاني أن طول الانتظار لاعبرة به كما لو أبطأت الثانية فيما اذا فرقهم فرقتين

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن كانت الصلاة مغربا صلى بالطائفة الاخرى ركعة وأتمت لانفسها ركعتين تقرأ فيهما بالحمد لله ويصلي بالطائفة الاخرى ركعة وأتمت لانفسها ركعتين تقرأ فيهما بالحمد لله وسورة ﴾

وبهذا قال مالك ، والاوزاعي ، وسفيان ، والشافعي في أحد قوليه وقال في آخر يصلي بالاولى ركعة والثانية ركعتين لأنه روي عن علي رضي الله عنه أنه صلى ليلة الهدير هكذا ولأن الاولى أدركت معه فضيلة الاحرام والتقدم فينبغي أن تزيد الثانية في الركعات ليجبر نقصهم وتساوى الاولى

ولنا انه اذا لم يكن بد من التفضيل فالاولى أحق به ولأنه يجبر ما فات الثانية بادرا كها السلام مع الامام ، ولأنها تصلي جميع صلاتها في حكم الائتمام والاولى تفعل بعض صلاتها في حكم الانفراد وأياما فعل فهو جائز على ماقدمنا. وهل تفارقه الطائفة الاولى في التشهد أو حين يقوم الى الثالثة؟ فعلى وجهين واذا صلى بالثانية الركعة الثالثة وجلس للتشهد فان الطائفة تقوم ولا تتشهد معه ذكره القاضي لانه ليس بموضع لتشهدها بخلاف الرباعية ويحتمل أن تتشهد معه لانها تقضي ركعتين متواليتين على إحدى الروايتين فيفضي الى أن تصلي ثلاث ركعات بتشهد واحد ولا نظير لهذا في الصلوات فعلى هذا الاحتمال تتشهد معه التشهد الاول ثم تقوم كالصلاة الرباعية سواء

﴿ فصل ﴾ ويستحب ان يحمل السلاح في صلاة الخوف لقول الله تعالى (وليأخذوا أسلحتهم ولانهم لايأمنون أن يفجأهم عدوهم فيميلون عليهم كما قال الله تعالى (ود الذين كفروا لو تغفلون من أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلة واحدة) والمستحب من ذلك مايدفع به عن نفسه كالسيف ، والسكين ولا يثقله كالجوشن، ولا يمنع من اكمال السجود كالمغفر ولا مايؤذى غيره كالرمح اذا كان متوسطاً فان كان في الحاشية لم يكره ولا يجوز حمل نجس ولا مايخل بركن من أركان الصلاة إلا عند الضرورة مثل أن يخاف وقوع الحجارة أو السهام به فيجوز له حمله للضرورة قال أصحابنا ولا يجب حمل السلاح وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أهل العلم وأحد قولي الشافعي لأنه لو وجب لكان شرطاً في الصلاة كالسترة ولأن الأمر به للرفق بهم والصيانة لهم فلم يكن للايجاب كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصال رفقاً بهم لم يكن للتحريم ويحتمل أن يكون واجباً وبه قال داود

يرجع بشيء » رواه البخاري . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من أيام

والشافعي في القول الآخر والحجة معهم لأن ظاهر الامر الوجوب وقد اقترن به مايدل على إرادة الايجاب به وهو قوله تعالى (ولاجناح عليكم إن كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم) ونفي الحرج مشروطا بالاذى دليل على لزومه عند عدمه فأما إن كان بهم أذى من مطر أو مرض فلا يجب بغير خلاف بتصريح النص بنفي الحرج فيه

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يصلي صلاة الخوف على كل صفة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أحمد كل حديث يروى في أبواب صلاة الخوف فالعمل به جائز وقال : ستة أوجه أو سبعة يروى فيها كلها جائز وقال الأثرم قلت لأبي عبد الله تقول بالاحاديث كلها كل حديث في موضعه أو تختار واحداً منهما قال أنا أقول من ذهب اليها كلها فحسن . وأما حديث سهل فأنا اختاره . اذا تقرر هذا فنذكر الوجوه التي بلغنا ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى عليها وقد ذكرنا منها وجهين احدهما ما ذكره الخرقي وهو حديث سهل ، والثاني حديث ابن عمر وهو الذي ذهب اليه ابو حنيفة والثالث صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بعسفان وهو ماروى أبو عياش الزرقي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد أصبنا غرة لو حملنا عليهم في الصلاة فنزلت آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون أمامه فصف خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف ، وصف خلف ذلك الصف صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما صلى بهؤلاء السجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفهم ثم تأخر الصف الذي يليه الى مقام الآخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الأول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ، ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الآخرون يحرسونهم ، فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذي يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم عليهم. فصلاها بعسفان وصلاها يوم بني سليم . رواه أبو داود ، وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذا المعنى . أخرجه مسلم

وروي عن حذيفة أنه أمر سعيد بن العاص بطبرستان حين سالهم أيكم شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف ، فقال حذيفة : أنا وأمره بنحو هذه الصلاة ، قال وتأمر أصحابك ان هاجهم هيج فقد حل لهم القتال والكلام . رواه الأثرم باسناده ، وإن حرس الصف الاول في الاولى والثاني في الثانية ، أو لم يتقدم الثاني إلى مقام الاول ، أو حرس بعض الصف وسجد الباقون جاز ذلك كله لان المقصود يحصل ، لكن الاولى فعل مثل مافعل النبي صلى الله عليه وسلم . ومن شرط هذه الصلاة أن يكون العدو في جهة القبلة لأنه لايمكن حراستهم في الصلاة إلا كذلك وأن يكونوا

أعظم عند الله تعالى ولا أحب اليه العمل فيهن من هذه الأيام العشر فاكثروا فيهن من التهليل

بحيث لايخفى بعضهم على بعض ولا يخاف كمين لهم

(فصل) الوجه الرابع أن يصلي بكل طائفة صلاة منفردة ويسلم بها كما روى أبو بكرة قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في خوف الظهر فصف بعضهم خلفه وبعضهم بإزاء العدو فصلى ركعتين ثم سلم فانطلق الذين صلوا فوقفوا موقف أصحابهم ، ثم جاء أولئك فصلوا خلفه فصلى بهم ركعتين ثم سلم فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ولأصحابه ركعتان . أخرجه أبو داود والأثرم وهذه صفة حسنة قليلة الكلفة لايحتاج فيها إلى مفارقة الامام ، ولا إلى تعريف كيفية الصلاة وهذا مذهب الحسن وليس فيها أكثر من أن الامام فى الثانية متنفل يؤم مفترضين

(فصل) الوجه الخامس أن يصلي بالطائفة الاولى ركعتين ولا يسلم ، ثم تسلم الطائفة وتنصرف ولا تقضي شيئاً وتأتي الطائفة الاخرى فيصلي بها ركعتين ويسلم بها ولا تقضي شيئاً وهذا مثل الوجه الذي قبله إلا أنه لايسلم فى الركعتين الاوليين لما روى جابر قال : أقبلنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بذات الرقاع فذكر الحديث قال : فنودي بالصلاة فصلى بطائفة ركعتين ثم تأخروا وصلى بالطائفة الاخرى ركعتين قال: وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتين ركعتين . متفق عليه ، وتأول القاضي هذا على أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم كصلاة الحضر وأن كل طائفة قضت ركعتين وهذا ظاهر الفساد جداً لأنه يخالف صفة الرواية وقول احمد ويحمله على محمل فاسد ، أما الرواية فانه ذكر أنه صلى بكل طائفة ركعتين ولم يذكر قضاء ، ثم قال فى آخرها وللقوم ركعتين ركعتين . وأما قول احمد فانه قال ستة أوجه أو سبعة يروى فيها كلها جائز ، وعلى هذا التأويل لاتكون ستة ولا خمسة ، ولأنه قال كل حديث يروى في أبواب صلاة الخوف فهو جائز وهذا مخالف لهذا التأويل ، وأما فساد المحمل فان الخوف يقتضي تخفيف الصلاة وقصرها كما قال الله تعالى (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وعلى هذا التأويل يجعل مكان الركعتين أربعاً ويتم الصلاة المقصورة ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتم صلاة السفر فكيف يحمل هاهنا على أنه أتمها في موضع وجد فيه مايقتضي التخفيف

(فصل) الوجه السادس أن يصلي بكل طائفة ركعة ولا تقضي شيئاً لما روى ابن عباس قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بذي قرد صلاة الخوف والمشركون بينه وبين القبلة فصف صفاً خلفه وصفاً موازي العدو فصلى بهم ركعة ثم ذهب هؤلاء إلى مصاف هؤلاء ، ورجع هؤلاء إلى مصاف هؤلاء فصلى بهم ركعة ثم سلم عليهم فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتان وكانت لهم ركعة ركعة . رواه الاثرم

وعن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم

والتكبير والتحميد » رواه الامام أحمد

يقضوا شيئاً . رواه أبو داود ، وروي مثله عن زيد بن ثابت وأبي هريرة . رواه الأثرم ، وكذلك قال أبو داود في السنن وهو مذهب ابن عباس وجابر قال : انما القصر ركعة عند القتال. وقال طاوس ومجاهد والحسن وقتادة والحكم كذا يقولون : ركعة في شدة الخوف يومئ ايماء . وقال اسحق : يجزئك عند الشدة ركعة تومىء ايماء ، فان لم يقدر فسجدة واحدة ، فان لم يقدر فتكبيرة لأنها ذكر لله تعالى وعن الضحاك أنه قال ركعة ، فان لم يقدر كبر تكبيرة حيث كان وجهه ، فهذه الصلاة يقتضي عموم كلام احمد جوازها لأنه ذكر ستة أوجه ولا أعلم وجهاً سادساً سواها وأصحابنا ينكرون ذلك . قال القاضي : لاتأثير للخوف في عدد الركعات وهـذا قول أكثر أهـل العلم منهم ابن عمر والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه . وسائر أهل العلم من علماء الامصار لايجيزون ركعة ، والذي قال منهم ركعة انما جعلها عند شدة القتال ، والذين روينا عنهم صلاة النبي صلى الله عليه وسلم أكثرهم لم ينقصوا عن ركعتين وابن عباس لم يكن ممن يحضر النبي صلى الله عليـه وسلم في غزواته ولا يعلم ذلك إلا بالرواية عن غيره ، فالأخذ برواية من حضر الصلاة وصلاها مع النبي صلى الله عليـه وسلم أولى

(فصل) ومتى صلى بهم صلاة الخوف من غير خوف فصلاته وصلاتهم فاسدة لانها لاتخلو من مفارق امامه لغير عذر وتارك متابعة امامه في ثلاثة أركان أو قاصر للصلاة مع اتمام امامه وكل ذلك يفسد الصلاة إلا مفارقة الامام لغير عذر على اختلاف فيه ، واذا فسدت صلاتهم فسدت صلاة الامام لأنه صلى اماما بمن صلاته فاسدة إلا أن يصلي بهم صلاتين كاملتين فانه تصح صلاته وصلاة الطائفة الاولى ، وصلاة الثانية تبنى على ائتمام المفترض بالمتنفل وقد نصرنا جوازه

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ واذا كان الخوف شديداً وهم في حال المسايفة صلوا رجالا وركباناً الى القبلة والى غيرها يومئون ايماء يبتدئون تكبيرة الاحرام إلى القبلة إن قدروا أو إلى غيرها ﴾

أما اذا اشتد الخوف والتحم القتال فلهم أن يصلوا كيفما أمكنهم رجالا وركباناً إلى القبلة إن أمكنهم ، وإلى غيرها إن لم يمكنهم يومئون بالركوع والسجود على قدر الطاقة، ويجعلون السجود أخفض من الركوع ويتقدمون ويتأخرون ، ويضربون ويطعنون ، ويكرون ويفرون ، ولا يؤخرون الصلاة عن وقتها وهذا قول أكثر أهـل العلم . وقال أبو حنيفة وابن ابي ليلى : لايصلي مع المسايفة ولا مع المشي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل يوم الخندق وأخر الصلاة ، ولأن مامنع الصلاة في غير شدة الخوف منعها معه كالحدث والصياح . وقال الشافعي : يصلي ولكن إن تابع الطعن ، أوالضرب أو المشي ، أو فعل مايطول بطلت صلاته لأن ذلك من مبطلات الصلاة أشبه الحدث

ولنا قول الله تعالى (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) قال ابن عمر : فان كان خوف أشدمن ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم وركبانا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها . متفق عليه ، وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بأصحابه في غير شدة الخوف فأمرهم بالمشي إلى وجاه العدو ، ثم يعودون لقضاء مابقي من صلاتهم وهذا مشي كثير ، وعمل طويل ، واستدبار للقبلة ، وأجاز ذلك من أجل الخوف الذي ليس بشديد ، فمع الخوف الشديد أولى ، ومن العجب أن أبا حنيفة اختار هذا الوجه دون سائر الوجوه التي لاتشتمل على العمل في أثناء الصلاة وسوغه مع الغنى عنه وامكان الصلاة بدونه ، ثم منعه في حال لايقدر إلا عليه وكان العكس أولى ، سيما مع نص الله تعالى على الرخصة في هذه الحال ، ولأنه مكلف تصح طهارته فلم يجز له اخلاء وقت الصلاة عن فعلها كالمريض ، ويخص الشافعي بأنه عمل أبيح من أجل الخوف فلم تبطل الصلاة به كاستدبار القبلة والركوب والايماء ، ولأنه لايخلو عند الحاجة إلى العمل الكثير من أجل ثلاثة أمور : اما تأخير الصلاة عن وقتها ولا خلاف بيننا في تحريمه أو ترك القتال وفيه هلاكه وقد قال الله تعالى (ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وأجمع المسلمون على أنه لايلزمه هذا أو متابعة العمل المتنازع فيه وهو جائز بالاجماع فتعين فعله وصحة الصلاة معه ، ثم ماذكره يبطل المشي الكثير والعدو في الهرب وغيره . وأما تأخير الصلاة يوم الخندق فروى أبو سعيد أنه كان قبل نزول صلاة الخوف ، ويحتمل أنه شغله المشركون فنسي الصلاة فقد نقل مايدل على ذلك وقد ذكرناه فيما مضى وأكده أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكونوا في مسايفة توجب قطع الصلاة ، وأما الصياح والحدث فلا حاجة بهم اليه ويمكنهم التيمم ولا يلزم من كون الشيء مبطلا مع عدم العذر أن يبطل معه كخروج النجاسة من المستحاضة ومن به سلس البول

وإن هرب من العدو هربا مباحا ، أو من سيل ، أو سبع أو حريق لايمكنه التخلص منه بدون الهرب فله أن يصلي صلاة شدة الخوف سواء خاف على نفسه ، أوماله ، أوأهله . والاسير اذا خافهم على نفسه إن صلى ، والمختفي في موضع يصليان كيفما أمكنهما نص عليه احمد في الاسير ، ولو كان المختفي قاعداً لايمكنه القيام أو مضطجعاً لايمكنه القعود ولا الحركة صلى على حسب حاله وهذا قول محمد ابن الحسن . وقال الشافعي : يصلي ويعيد وليس بصحيح لأنه خائف صلى على حسب مايمكنه فلم تلزمه الاعادة كالهارب ولا فرق بين الحضر والسفر في هذا لأن المبيح خوف الهلاك وقد تساويا فيه ومتى أمكن التخلص بدون ذلك كالهارب من السيل يصعد إلى ربوة ، والخائف من العدو يمكنه دخول حصن يأمن فيه صولة العدو ولحوق الضرر فيصلي فيه ثم يخرج لم يكن له أن يصلي صلاة شدة الخوف لأنها انما أبيحت للضرورة فاختصت بوجود الضرورة

(فصل) والعاصي بهربه كالذي يهرب من حق توجه عليه ، وقاطع الطريق واللص والسارق

ليس له أن يصلي صلاة الخوف لأنها رخصة ثبتت للدفع عن نفسه في محل مباح فلا تثبت بالمعصية كرخص السفر

(فصل) قال أصحابنا : يجوز أن يصلوا في حال شدة الخوف جماعة رجالا وركبانا ، ويحتمل أن لايجوز ذلك وهو قول أبي حنيفة لأنهم يحتاجون إلى التقدم والتأخر ، وربما تقدموا الامام وتعذر عليهم الائتمام ، واحتج أصحابنا بأنها حالة يجوز فيها الصلاة على الانفراد فجاز فيها صلاة الجماعة كركوب السفينة ، ويعفى عن تقدم الامام للحاجة اليه كالعفو عن العمل الكثير ولمن نصر الأول أن يقول العفو عن ذلك لايثبت الا بنص أو معنى نص ولم يوجد واحد منهما وليس هذا في معنى العمل الكثير لأن العمل الكثير لايختص الامامة ، بل هو في حال الانفراد كحال الائتمام فلا يؤثر الانفراد في نفيه بخلاف تقدم الامام

(فصل) واذا صلوا صلاة الخوف ظنا منهم ان ثم عدواً فبان أنه لاعدو أو بان عدو لكن بينهم وبينه مايمنع عبوره اليهم فعليهم الاعادة سواء صلوا صلاة شدة الخوف أو غيرها ، وسواء كان ظنهم مستنداً الى خبر ثقة أو غيره ، أو رؤية سواد ، أو نحوه لأنهم تركوا بعض واجبات الصلاة ظناً منهم سقوطها فلزمتهم الاعادة كما لو ترك المتوضىء غسل رجليه ومسح على خفيه ظنا منه أن ذلك يجزي عنه وصلى ثم تبين أن خفه كان مخرقا وكما لو ظن المحدث أنه متطهر فصلى ، ويحتمل أن لاتلزم الاعادة اذا كان عدوا بينهم وبينه مايمنع العبور لأن السبب للخوف متحقق وانما خفي المانع

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ومن أمن وهو في الصلاة أتمها صلاة آمن وكذلك إن كان آمنا فاشتد خوفه أتمها صلاة خائف ﴾

وجملته أنه اذا صلى بعض الصلاة حال شدة الخوف مع الاخلال بشيء من واجباتها كالاستقبال وغيره فأمن في أثناء الصلاة أتمها آتياً بواجباتها ، فاذا كان راكبا إلى غير القبلة نزل مستقبل القبلة وإن كان ماشياً وقف واستقبل القبلة وبنى على مامضى لأن مامضى كان صحيحا قبل الامن فجاز البناء عليه كما لو لم يخل بشيء من الواجبات ، وإن ترك الاستقبال حال نزوله أو أخل بشيء من واجباتها بعد أمنه فسدت صلاته ، وإن ابتدأ الصلاة آمنا بشروطها وواجباتها ثم حدث شدة خوف أتمها على حسب مايحتاج اليه مثل أن يكون قائما على الأرض مستقبلا فيحتاج أن يركب ويستدبر القبلة أتمها على حسب مايحتاج اليه ويطعن ويضرب ونحو ذلك فانه يصير اليه ويبني على مامضى من صلاته وحكي عن الشافعي أنه اذا أمن نزل فبنى ، واذا خاف فركب ابتدأ لأن الركوب عمل كثير ولا يصح لان الركوب قد يكون يسيراً فمثله في حق الآمن لا يبطل ففي حق الخائف أولى كالنزول ولأنه عمل أبيح للحاجة فلم يمنع صحة الصلاة كالهرب

كتاب صلاة الكسوف

الكسوف والخسوف شيء واحد وكلاهما قد وردت به الاخبار، وجاء القرآن بلفظ الخسوف

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم ﴿ واذا خسفت الشمس أو القمر فزع الناس الى الصلاة ان أحبوا جماعة وان أحبوا فرادى ﴾

صلاة الكسوف ثابتة بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماسنذكره ولا نعلم بين أهل العلم في مشروعيتها لكسوف الشمس خلافا ، وأكثر أهل العلم على أنها مشروعة لخسوف القمر : فعله ابن عباس ، وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشافعي واسحاق ، وقال مالك : ليس لكسوف القمر سنة وحكى ابن عبد البر عنه وعن أبي حنيفة أنهما قالا : يصلي الناس لخسوف القمر وحدانا ركعتين ركعتين ولا يصلون جماعة لأن في خروجهم اليها مشقة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لايخسفان لموت أحد ولا لحياته ، فاذا رأيتم ذلك فصلوا »[(1)] متفق عليه ، فأمر بالصلاة لهما أمراً واحداً . وعن ابن عباس أنه صلى بأهل البصرة في خسوف القمر ركعتين وقال : انما صليت لأني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ، ولأنه أحد الكسوفين فأشبه كسوف الشمس ويسن فعلها جماعة وفرادى ، وبهذا قال مالك والشافعي وحكي عن الثوري أنه قال : ان صلاها الامام صلوها معه وإلا فلاتصلوا

باب صلاة الكسوف

الكسوف والخسوف شيء واحد وكلاهما قد وردت به الأخبار وجاء القرآن بلفظ الخسوف

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كسفت الشمس أو القمر فزع الناس الى الصلاة جماعة وفرادى باذن الامام[(1)] وغير إذنه)

صلاة الكسوف سنة مؤكدة لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها وأمر بها ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في مشروعيتها لكسوف الشمس. فأما خسوف القمر فأكثر أهل العلم على انها مشروعة له فعلها ابن عباس وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشافعي وإسحق ، وقال مالك ليس لكسوف القمر سنة وحكى عنه ابن عبد البر . وعن أبي حنيفة انهما قالا يصلي الناس لخسوف القمر وحدانا ركعتين ركعتين ولا يصلون جماعة لأن في خروجهم اليها مشقة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لايخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم ذلك فصلوا » متفق عليه . فأمر بالصلاة لهما أمراً واحدا . وعن ابن عباس انه صلى بأهل البصرة في خسوف القمر ركعتين وقال انما صليت لأني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ، ولأنه أحد الكسوفين فأشبه كسوف الشمس ، ويسن فعلها جماعة وفرادى وبه قال مالك والشافعي . وحكي عن الثوري انه قال إن صلاها الامام فصلوها معه وإلا فلا .

(١) فيه عدة روايات في الصحيحين وغيرهما منها الامر بالدعاء وبالذكر وبالتكبير وبالصدقة أي مع الصلاة، والمراد أنهما من الآيات الدالة على قدرة الله تعالى وحكمته في جعل سيرها بحسبان . وحكمة الامر بالصلاة والدعاء والذكر ان المؤمن يحصل له في هذه الحال من الخشوع والمراقبة لله تعالى والخوف من عقابه ما لا يكون له مثله في غيرها لان غير المألوف أشد تأثيراً في النفس من المألوف

(١) يعني الامام الاعظم وهو السلطان

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « فاذا رأيتموها فصلوا » ولأنها نافلة فجازت في الانفراد كسائر النوافل واذا ثبت هذا فان فعلها في الجماعة أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها في جماعة ،والسنة أن يصليها في المسجد لان النبي صلى الله عليه وسلم فعلها فيه. قالت عائشة : خسفت الشمس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إلى المسجد فصف الناس وراءه . رواه البخاري ، ولان وقت الكسوف يضيق ، فلو خرج إلى المصلى احتمل التجلي قبل فعلها . وتشرع في الحضر والسفر باذن الامام وغير اذنه . وقال أبو بكر : هي كصلاة العيد فيها روايتان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا رأيتموها فصلوا » ولانها نافلة أشبهت سائر النوافل وتشرع في حق النساء لان عائشة وأسماء صلتا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . رواه البخاري .ويسن أن ينادى لها :الصلاةَ جامعة لما روي عن عبدالله بن عمرو قال : لما كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نودي بالصلاة جامعة . متفق عليه ، ولا يسن لها أذان ولا اقامة لان النبي صلى الله عليه وسلم صلاها بغير أذان ولا اقامة ، ولانها من غير الصلوات الخمس فأشبهت سائر النوافل

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ يقرا في الاولى بأم الكتاب وسورة طويلة يجهر بالقراءة ثم يركع فيطيل الركوع ثم يرفع فيقرأ ويطيل القيام وهو دون القيام الاول ثم يركع فيطيل الركوع

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « فاذا رأيتموها فصلوا » ولأنها نافلة فجازت في الانفراد كسائر النوافل، وفعلها في الجماعة أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها في جماعة . والسنة أن يصليها في المسجد لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها فيه لقول عائشة: خسفت الشمس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج الى المسجد فصف الناس وراءه رواه. البخاري، ولأن وقت الكسوف يضيق فلو خرج الى المصلى احتمل التجلي قبل فعلها ، ويشرع في الحضر والسفر باذن الامام وغير إذنه . وقال أبو بكر هي كصلاة العيد ، فيها روايتان

ولنا عموم قوله عليه السلام «فاذا رأيتموها فصلوا» ولانها نافلة أشبهت سائر النوافل . وتشرع في حق النساء لأن عائشة وأسماء صلتا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري ، ويسن أن ينادى لها الصلاة جامعة لما روى عبدالله بن عمرو قال لما كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله علية وسلم نودي بالصلاة جامعة متفق عليه . ولا يسن لها أذان ولا اقامة لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها بغير أذان ولا اقامة ولانها من غير الصلوات الخمس أشبهت سائر النوافل

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يصلي ركعتين يقرأ في الأولى بعد الفاتحة سورة طويلة ويجهر بالقراءة ثم يركع ركوعا طويلا ثم يرفع فيسمع ويحمد ويقرأ الفاتحة وسورة ويطيل وهو دون القيام الاول ثم يركع

وهو دون الركوع الاول ثم يسجد سجدتين طويلتين فاذا قام فعل مثل ذلك فيكون أربع ركعات وأربع سجدات ثم يتشهد ويسلم ﴾

وجملته أن المستحب في صلاة الكسوف أن يصلي ركعتين يحرم بالاولى ويستفتح ويستعيذ ويقرأ الفاتحة وسورة البقرة أو قدرها في الطول ، ثم يركع فيسبح الله تعالى قدر مائة ثم يرفع فيقول : سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، ثم يقرأ الفاتحة وآل عمران أو قدرها ثم يركع بقدر ثلثي ركوعه الاول ثم يرفع فيسمع ويحمد، ثم يسجد فيطيل السجود فيهما ، ثم يقوم إلى الركعة الثانية فيقرأ الفاتحة وسورة النساء ثم يركع فيسبح بقدر ثلثي تسبيحه في الثانية ثم يرفع فيقرأ الفاتحة والمائدة ثم يركع فيطيل دون الذي قبله ثم يرفع فيسمع ويحمد ، ثم يسجد فيطيل فيكون الجميع ركعتين في كل ركعة قيامان وقراءتان وركوعان وسجودان ويجهر بالقراءة ليلا كان أو نهاراً ، وليس هذا التقدير في القراءة منقولا عن احمد ، لكن قد نقل عنه أن الاولى أطول من الثانية ، وجاء التقدير في حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قام قياما طويلا نحواً من سورة البقرة . متفق عليه ، وفي حديث لعائشة حزرت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيت أنه قرأ في الركعة الاولى بسورة البقرة ، وفي الثانية سورة آل عمران . وبهذا قال مالك والشافعي إلا أنهما قالا لا يطيل السجود . حكاه عنهما ابن المنذر

ويطيل وهو دون الركوع الاول ثم يرفع ثم يسجد سجدتين طويلتين ثم يقوم الى الثانية فيفعل مثل ذلك ثم يتشهد ويسلم)

المستحب في صلاة الكسوف أن يصلي ركعتين يكبر تكبيرة الاحرام ثم يستفتح ويستعيذ ويقرأ الفاتحة وسورة البقرة أو قدرها ، ثم يركع فيسبح قدر مائة آية ثم يرفع فيقول سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، ثم يقرأ الفاتحة وآل عمران أو قدرها ثم يركع فيسبح نحواً من سبعين آية ثم يرفع فيسمع ويحمد ثم يسجد سجدتين فيطيل السجود نحواً من الركوع ثم يقوم الى الثانية فيقرأ الفاتحة وسورة النساء أو نحوها ثم يركع فيسبح نحواً من خمسين آية ثم يرفع ويسمع ويحمد ويقرأ الفاتحه وسورة المائدة ثم يركع فيطيل دون الذي قبله ثم يرفع ثم يسجد سجدتين طويلتين ثم يتشهد ويسلم ويجهر بالقراءة ليلا كان أو نهاراً ، وليس هذا التقدير في القراءة منقولا عن الامام أحمد رحمه الله تعالى ولكن قد نقل عنه ان الأولى أطول من الثانية

وجاء في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قام قياما طويلا نحواً من سورة البقرة متفق عليه . وفي حديث لعائشة حزرت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيت انه قرأ في الركعة الاولى سورة البقرة وفي الثانية سورة آل عمران وبهذا قال مالك والشافعي إلا انهما قالا لا يطيل السجود حكاه ابن المنذر عنهما لأن ذلك لم ينقل وقالا : لا يجهر في كسوف الشمس

لان ذلك لم ينقل وقالا : لايجهر في كسوف الشمس ويجهر في خسوف القمر ووافقهم أبو حنيفة لقول عائشة : حزرت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولو جهر بالقراءة لم تحتج إلى الظن والتخمين ، وكذلك قال ابن عباس : قام قياما طويلا نحواً من سورة البقرة ، وروى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في خسوف الشمس فلم أسمع له صوتاً . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، ولانها صلاة نهار فلم يجهر فيها كالظهر . وقال أبو حنيفة : يصلي ركعتين كصلاة التطوع لما روى النعمان بن بشير قال : انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج فكان يصلي ركعتين ويسلم ، ويصلي ركعتين ويسلم ، حتى انجلت الشمس . رواه احمد عن عبدالوهاب الثقفي عن أيوب عن أبي قلابة عن النعمان ، وروى قبيصة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «فاذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة »

ولنا أن عبدالله ابن عمرو قال في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف: ثم سجد فلم يكد يرفع . رواه أبو داود ، وفي حديث عائشة ثم رفع ثم سجد سجوداً طويلا ، ثم قام قياما طويلا وهو دون القيام الاول ، ثم ركع ركوعا طويلا وهو دون الركوع الاول ، ثم سجد سجوداً طويلا وهو دون السجود الاول . رواه البخاري وترك ذكره في حديث لايمنع مشروعيته اذا ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما الجهر فقد روي عن علي رضي الله عنه وفعله عبدالله بن يزيد وبحضرته البراء بن

ويجهر في كسوف القمر ووافقهم أبو حنيفة لقول عائشة حزرت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو جهر بالقراءة لم يحتج الي الحزر ، وكذلك قال ابن عباس قام قياما طويلا نحواً من سورة البقرة ولانها صلاة نهار فلم يجهر فيها كالظهر . وفي حديث سمرة قال فلم أسمع له صوتا . قال الترمذي هذا حديث صحيح . وقال أبو حنيفة يصلي ركعتين كصلاة التطوع لما روى النعمان بن بشير قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج فكان يصلي ركعتين حتى انجلت الشمس رواه أحمد ، وروى قبيصة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فاذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة »

ولنا على انه يطيل السجود أن في حديث عائشة ثم رفع ثم سجد سجوداً طويلا ثم قام قياما طويلا وهو دون القيام الاول ثم ركع ركوعا طويلا وهو دون الركوع الاول ثم سجد سجوداً طويلا وهو دون السجود الاول. رواه البخاري . وفي حديث عبدالله بن عمرو في صفة صلاة الكسوف ثم سجد فلم يكد يرفع رواه أبو دواود. وترك ذكره في حديث لايمنع مشروعيته اذا ثبت عن النبي صلى الله عليه : وأما الجهر فروي عن علي رضي الله عنه انه فعله وهو مذهب أبي يوسف وإسحق وابن المنذر لما روت عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاة الكسوف متفق عليه . وعنها أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف وجهر فيها . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ولانها

عازب وزيد بن أرقم ، وبه قال أبو يوسف واسحاق وابن المنذر ، وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف وجهر فيها بالقراءة . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، ولأنها نافلة شرعت لها الجماعة فكان من سنتها الجهر كصلاة الاستسقاء والعيد والتراويح ، فأما قول عائشة رضي الله عنها حزرت قراءته ، ففي اسناده مقال لأنه من رواية ابن اسحاق: ويحتمل أن تكون سمعت صوته ولم تفهم للبعد ، أو قرأ من غير أول القرآن بقدر البقرة ، ثم حديثنا صحيح صريح فكيف يعارض بمثل هذا وحديث سمرة يجوز أنه لم يسمع لبعده فان في حديثه دفعت إلى المسجد وهو بازر يعني مغتصاً بالزحام قاله الخطابي ، ومن هذا حاله لا يصل مكاناً يسمع منه ، ثم هذا نفي محتمل لأمور كثيرة فكيف يترك من أجله الحديث الصحيح الصريح ، وقياسهم منتقض بالجمعة والعيدين والاستسقاء وقياس هذه الصلاة على هذه الصلوات أولى من قياسها على الظهر لبعدها منها وشبهها بهذه

وأما الدليل على صفة الصلاة فروت عائشة قالت : خسفت الشمس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المسجد فقام وكبر وصف الناس وراءه فاقترأ رسول الله صلى الله عليه وسلم قراءة طويلة ثم كبر فركع ركوعا طويلا ، ثم رفع رأسه فقال « سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد » ثم قام فاقترأ قراءة طويلة هي أدنى من القراءة الاولى ، ثم كبر فركع ركوعا طويلا هو أدنى من الركوع الاول ثم قال « سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد » ثم سجد ثم فعل في الركعة الاولى مثل ذلك حتى استكمل أربع ركعات وأربع سجدات وانجلت الشمس قبل أن ينصرف

نافلة شرعت لها الجماعة فكان من سنتها الجهر كصلاة الاستسقاء . فأما قول عائشة حزرت قراءته ففي اسناده مقال لانه من رواية ابن إسحق ، ويحتمل أن تكون سمعت صوته ولم تفهم للبعد أو قرأ من غير أول القرآن بقدر البقرة ، ثم حديثنا صحيح صريح فكيف يعارض بمثل هذا ، وحديث سمرة محمول على انه لم يسمع لبعده فان في حديثه مايدل على هذا ، وهو انه قال دفعته الى المسجد وهو بازز يعني وهو مغتص بالزحام . ثم إن هذا نفي يحتمل أموراً كثيرة فكيف يترك لأجله الحديث الصحيح وقياسهم منتقض بما ذكرنا من القياس

والدليل على صفة الصلاة التي ذكرناها ماروت عائشة قالت: خسفت الشمس في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المسجد فقام وكبر وصف الناس وراءه فقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم قراءة طويلة ثم كبر فركع ركوعاً طويلا ثم رفع رأسه فقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، ثم قام فاقترأ قراءة طويلة وهي أدنى من القراءة الاولى ثم كبر فركع ركوعا طويلا وهو أدنى من الركوع الاول ثم قال سمع الله لمن حمده وربنا ولك الحمد ، ثم سجد ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك حتى استكمل أربع ركعات وأربع سجدات وانجلت الشمس قبل

وعن ابن عباس مثل ذلك وفيه انه قام في الاولى قياما طويلا نحواً من سورة البقرة . متفق عليهما ولأنها صلاة يشرع لها الاجتماع فخالفت سائر النوافل كصلاة العيدين والاستسقاء ، فأما أحاديثهم فمتروكة غير معمول بها باتفاقنا ، فانهم قالوا يصلي ركعتين ، وحديث النعمان فيه انه يصلي ركعتين ثم ركعتين حتى انجلت الشمس ، وحديث قبيصة فيه انه يصلي كأحدث صلاة صليتموها وأحد الحديثين يخالف الآخر ثم حديث قبيصة مرسل ثم يحتمل انه صلى ركعتين في كل ركعة ركوعين ، ولو قدر التعارض لكان الأخذ بأحاديثنا أولى لصحتها وشهرتها واتفاق الأئمة على صحتها والأخذ بها واشتمالها على الزيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة ثم هي ناقلة عن العادة ، وقد روي عن عروة انه قيل له ان أخاك صلى ركعتين فقال انه أخطأ السنة

﴿ فصل ﴾ ومهما قرأ به جاز سواء كانت القراءة طويلة أو قصيرة وقد روي عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في كسوف الشمس والقمر أربع ركعات وأربع سجدات وقرأ في الاولى بالعنكبوت والروم وفي الثانية بيس . أخرجه الدارقطني

﴿ فصل ﴾ ولم يبلغنا عن أحمد رحمه الله ان لها خطبة ، وأصحابنا على أنها لا خطبة لها وهذا مذهب مالك وأصحاب الرأي وقال الشافعي يخطب كخطبتي الجمعة لما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم انصرف وقد انجلت الشمس فخطب الناس وحمد الله وأثنى عليه ثم قال « ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته ، فاذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وصلوا وتصدقوا - ثم قال - يا أمة محمد والله ما أحد أغير من الله أن يزني عبده أو تزني أمته ، يا أمة محمد لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيراً » متفق عليه

أن ينصرف . وعن ابن عباس مثل ذلك وفيه انه قام في الأولى قياما طويلا نحواً من سورة البقرة متفق عليهما . فأما أحاديثهم فغير معمول بها باتفاقنا فانهم قالوا يصلي ركعتين ، وحديث النعمان فيه انه يصلي ركعتين ، وحديث قبيصة مرسل وحديث النعمان يحتمل انه صلى ركعتين في كل ركعة ركوعين لأن فيه جمعاً بين الاحاديث ولو قدر التعارض كانت أحاديثنا أولى لصحتها وشهرتها واشتمالها على الزيادة والزيادة من الثقة مقبولة

(فصل) ومهما قرأ به جاز سواء كانت القراءة طويلة أو قصيرة لما روت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في كسوف الشمس والقمر أربع ركعات في أربع سجدات وقرأ في الأولى بالعنكبوت والروم وفي الثانية بيس أخرجه الدارقطني

(فصل) وقال أصحابنا لا خطبة لصلاة الكسوف ولم يبلغنا عن أحمد رحمه الله في ذلك شيء . وهذا مذهب مالك وأصحاب الرأي ، وقال إسحق وابن المنذر يخطب الامام بعد الصلاة ، قال الشافعي يخطب كخطبتي الجمعة لأن في حديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم انصرف وقد

ولنا هذا الخبر فان النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالصلاة والدعاء والتكبير والصدقة ولم يأمرهم بخطبة ولو كانت سنة لامرهم بها ولانها صلاة يفعلها المنفرد في بيته فلم يشرع لها خطبة وانما خطب النبي صلى الله عليه وسلم بعد الصلاة ليعلمهم حكمها وهذا مختص به ، وليس في الخبر مايدل على انه خطب كخطبتي الجمعة

﴿ فصل ﴾ ويستحب ذكر الله تعالى والدعاء والتكبير والاستغفار والصدقة والعتق والتقرب الى الله تعالى بما استطاع لخبر عائشة هذا ، وفي خبر أبي موسى «فافزعوا إلى ذكر الله تعالى ودعائه واستغفاره» وروي عن أسماء أنها قالت: إن كنا لنؤمر بالعتق في الكسوف ولانه تخويف من الله تعالى فينبغي أن يبادر الى طاعة الله تعالى ليكشفه عن عباده

﴿ فصل ﴾ ومقتضى مذهب أحمد انه يجوز أن يصلي صلاة الكسوف على كل صفة رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم كقوله في صلاة الخوف الا أن اختياره من ذلك الصلاة على الصفة التي ذكرنا قال أحمد رحمه الله : روى ابن عباس وعائشة في صلاة الكسوف أربع ركعات وأربع سجدات ، وأما علي فيقول ست ركعات وأربع سجدات ، فذهب إلى قول ابن عباس وعائشة ، وروي عن ابن عباس انه صلى ست ركعات وأربع سجدات وكذلك حذيفة ، وهذا قول اسحق وابن المنذر . وبعض أهل العلم قالوا تجوز صلاة الكسوف على كل صفة صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها ، وقد روي عن عائشة وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ست ركعات وأربع سجدات . أخرجه مسلم وروي عنه انه صلى أربع ركعات وسجدتين في كل ركعة . رواه مسلم والدارقطني باسناده عن طاوس عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم . قال ابن المنذر وروينا عن علي وابن عباس انهما صليا هذه

انجلت الشمس فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال « ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله عز وجل لايخسفان لموت أحد ولا لحياته ، فاذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وصلوا وتصدقوا » ثم قال « يا أمة محمد لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيرا » متفق عليه

ولنا ان في هذا الخبر مايدل على ان الخطبة لاتشرع لها لانه صلى الله عليه وسلم أمرهم بالصلاة والدعاء والتكبير والصدقة ولم يأمرهم بخطبة ، ولو كانت سنة لأمرهم بها وانما خطب النبي صلى الله عليه وسلم بعد الصلاة ليعلمهم حكمها ، وهذا مختص به ليس في الخبر مايدل على انه خطب خطبتي الجمعة ، واستحب ذكر الله تعالى والدعاء والتكبير والاستغفار والصدقة والعتق والتقرب الى الله تعالى بما استطاع للخبر المذكور ، وفي خبر أبي موسى فافزعوا الى ذكر الله تعالى ودعائه واستغفاره وروي عن أسماء انها قالت إنا كنا لنؤمر بالعتق في الكسوف

﴿ مسئلة ﴾ (فان تجلى الكسوف فيها أتمها خفيفة ، وان تجلى قبلها أو غابت الشمس كاسفة أو طلعت والقمر خاسف لم تصل)

وقت صلاة الكسوف من حين الكسوف الي حين التجلي ، فان فاتت لم تقض لانه قد روي

الصلاة ، وحكي عن اسحق أنه قال : وجه الجمع بين هذه الاحاديث ان النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يزيد في الركوع اذا لم ير الشمس قد انجلت فاذا انجلت سجد فمن هاهنا صارت زيادة الركعات ولا يجاوز أربع ركعات في كل ركعة لانه لم يأتنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من ذلك

﴿ فصل ﴾ وصلاة الكسوف سنة مؤكدة لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها وأمر بها ، ووقتها من حين الكسوف الى حين التجلي فان فاتت لم تقض لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا رأيتم ذلك فافزعوا الى الصلاة حتى تنجلي » فجعل الانجلاء غاية للصلاة ولأن الصلاة انما سنت رغبة إلى الله في ردها فاذا حصل ذلك حصل مقصود الصلاة ، وان انجلت وهو في الصلاة أتمها وخففها وإن استترت الشمس والقمر بالسحاب وهما منكسفان صلى لان الاصل بقاء الكسوف ، وإن غابت الشمس كاسفة أو طلعت على القمر وهو خاسف[1] لم يصل لانه قد ذهب وقت الانتفاع بنورهما وان غاب القمر ليلا فقال القاضي يصلي لانه لم يذهب وقت الانتفاع بنوره وضوئه ويحتمل أن لا يصلي لان ما يصلى له قد غاب أشبه مالو غابت الشمس ، وان فرغ من الصلاة والكسوف قائم لم يزد واشتغل بالذكر والدعاء لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزد على ركعتين

﴿ فصل ﴾ واذا اجتمع صلاتان كالكسوف مع غيره من الجمعة أو العيد أو صلاة مكتوبة أو الوتر بدأ باخوفهما فوتا فان خيف فوتهما بدأ بالصلاة الواجبة وإن لم يكن فيهما واجبة كالكسوف والوتر أو

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا رأيتم ذلك فافزعوا الى الصلاة حتى تتجلى » فجعل الانجلاء غاية للصلاة ولأن الصلاة أنما سنت رغبة الى الله في ردها فاذا حصل ذلك حصل مقصود الصلاة وان تجلت وهو في الصلاة أتمها خفيفة لان المقصود التجلي وقد حصل ، وان استترت الشمس والقمر بالسحاب وهما منكسفان صلى لان الاصل بقاء الكسوف ، وان تجلى السحاب عن بعضها فرأوه صافياً صلوا ولأن الباقي لا يعلم حاله ، وان غابت الشمس كاسفة أو طلعت على القمر وهو خاسف لم يصل لانه قد ذهب وقت الانتفاع بنورهما ، وان غاب القمر ليلا فقال القاضي يصلي لانه لم يذهب وقت الانتفاع بنوره ، ويحتمل أن لا يصلي لان مايصلى له قد غاب أشبه مالو غابت الشمس ، فان لم يصل حتى طلع الفجر الثاني ولم يغب أو ابتدأ الخسف بعد طلوع الفجر وغاب قبل طلوع الشمس ففيه احتمالان ذكرهما القاضي : احدهما لا يصلي لان القمر آية الليل وقد ذهب الليل أشبه اذا طلعت الشمس ، والثاني يصلي لان الانتفاع بنوره باق أشبه ماقبل الفجر ، وان فرغ من الصلاة والكسوف قائم لم يصل صلاة أخرى واشتغل بالذكر والدعاء لان الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لم يزد على ركعتين

(فصل) واذا اجتمع مع الكسوف صلاة أخرى كالجمعة والعيد أو الوتر أو صلاة مكتوبة بدأ بأخوفهما فوتا ، فان خيف فوتهما بدأ بالواجبة ، فان لم يكن فيهما واجبة بدأ بالكسوف لتأكده ، ولهذا تسن

---

(١) طلوع الشمس على القمر وهو خاسف محال لان خسوفه انما يكون بحيلولة الارض بينها و بينه قطعا لاظنا وسواد خسوفه هو ظل الارض عليه قطعا فهي لا تطلع عليه إلا بعد أن تزول الحيلولة التي يحصل بها خسوفه

التراويح بدأ بآكدهما كالكسوف والوتر بدأ بالكسوف لأنه آكد ولهذا تسن له الجماعة ولان الوتر يقضى وصلاة الكسوف لاتقضى فان اجتمعت التراويح والكسوف فبأيهما يبدأ؟ فيه وجهان هذا قول أصحابنا والصحيح عندي أن الصلوات الواجبة التي تصلى في الجماعة مقدمة على الكسوف بكل حال لان تقديم الكسوف عليها يفضي إلى المشقة لالزام الحاضرين بفعلها مع كونها ليست واجبة عليهم وانتظارهم للصلاة الواجبة مع أن فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة.وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخفيف الصلاة الواجبة كيلا يشق على المأمومين فالحاق المشقة بهذه الصلاةالطويلة الشاقة مع أنها غير واجبة أولى وكذلك الحكم اذا اجتمعت مع التراويح قدمت التراويح لذلك وان اجتمعت مع الوتر في أول وقت الوتر قدمت لان الوتر لايفوت وان خيف فوات الوتر قدم لانه يسير يمكن فعله وادراك وقت الكسوف وان لم يبق الا قدر الوتر فلا حاجة بالتلبس بصلاة الكسوف لانها انما تقع في وقت النهي وإن اجتمع الكسوف وصلاة الجنازة قدمت الجنازة وجها واحداً لأن الميت يخاف عليه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ اذا أدرك المأموم الامام في الركوع الثاني احتمل أن تفوته الركعة ، قال القاضي لانه قد فاته من الركعة ركوع أشبه ما لوفاته الركوع من غير هـذه الصلاة ويحتمل أن صلاته تصح لانه يجوز أن يصلي هذه الصلاة بركوع واحد فاجتزىء به في حق المسبوق والله أعلم

له الجماعة ولأن الوتر يقضى وصلاة الكسوف لاتقضى : فان اجتمعت التراويح والكسوف ففيه وجهان عند أصحابنا . وقال شيخنا الصحيح أن الصلوات الواجبة التي تصلى في الجماعة تقدم على الكسوف بكل حال لأن تقديم الكسوف عليها يفضي الى المشقة لالزام الحاضرين بفعلها مع كونها ليست واجبة عليهم وانتظارهم الصلاة الواجبة مع ان فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة ، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخفيف الصلاة الواجبة لئلا يشق على المأمومين ، فتأخيرهذه الصلاة الطويلة الشاقة مع ان غيرها واجبة أولى ، وإن اجتمعت مع التراويح قدمت التراويح لذلك ، وإن اجتمعت مع الوتر في أول وقت الوتر قدمت لأن الوتر لايفوت ، وان خيف فوات الوتر قدم لانه يسير يمكن فعله وادراك وقت الكسوف، وان لم يبق إلا قدر الوتر فلا حاجة الى التلبس بصلاة الكسوف لانها تقع في وقت النهى ، فان اجتمعت مع صلاة الجنازة قدمت الجنازة وجهاً واحدا لأن الميت يخاف عليه والله أعلم

(فصل) اذا أدرك المأموم الامام في الركوع الثاني احتمل أن تفوته الركعة قاله القاضي لانه فاته من الركعة ركوع أشبه مالو فاته الركوع من غير هـذه الصلاة ، وأحتمل أن تصح له الركعة لانه يجوز أن يصلي هذه الصلاة بركوع واحد فاجتزىء به في حق المسبوق ، وهذا الخلاف على الرواية التي تقول يركع ركوعين . فأما على الرواية التي يركع أكثر من ركوعين فانه يكون مدركا للركعة اذا فاته ركوع واحد لادراكه معظم الركعة حكاه ابن عقيل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أتى في كل ركعة بثلاث ركوعات أو أربع فلا بأس)

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا كان الكسوف في غير وقت الصلاة جعل مكان الصلاة تسبيحا هذا ظاهر المذهب لان النافلة لا تفعل في أوقات النهي سواء كان لها سبب أو لم يكن ﴾

روي ذلك عن الحسن وعطاء وعكرمة بن خالد وابن أبي مليكة وعمر وبن شعيب وأبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم ومالك وأبي حنيفة خلافا للشافعي وقد مضى الكلام في هذا ونص عليه أحمد قال الأثرم سمعت أباعبدالله يسأل عن الكسوف يكون في غير وقت الصلاة كيف يصنعون قال يذكرون الله ولا يصلون إلا في وقت صلاة قيل له وكذلك بعد الفجر قال نعم لا يصلون

وروى عن قتادة قال: انكسفت الشمس بعد العصر ونحن بمكة فقاموا قياما يدعون فسألت عن ذلك عطاء قال هكذا يصنعون فسألت عن ذلك الزهري قال هكذا يصنعون

وروى أسماعيل بن سعيد عن أحمد أنهم يصلون الكسوف في أوقات النهي قال أبو بكر عبدالعزيز وبالاول أقول وهو أظهر القولين عندي وقد تقدم الكلام في ذلك في بابه

﴿ فصل ﴾ قال أصحابنا يصلي للزلزلة كصلاة الكسوف نص عليه وهو مذهب اسحق وأبي ثور قال القاضي ولا يصلي للرجفة والريح الشديدة والظلمة ونحوها

تجوز صلاة الكسوف على كل صفة رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم كما قلنا في صلاة الخوف والأولى عند أبي عبدالله الصلاة على الصفة التي ذكرنا فانه قال روي عن ابن عباس وعائشة في صلاة الكسوف أربع ركعات وأربع سجدات ، وأما علي فيقول ست ركعات وأربع سجدات نذهب إلى قول ابن عباس وعائشة . وروي عن ابن عباس انه صلى ست ركعات وأربع سجدات ، وعن حذيفة وهو قول إسحق وابن المنذر لانه قد روي عن عائشة وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ست ركعات وأربع سجدات أخرجه مسلم . وروي عنه انه صلى الله عليه وسلم صلى أربع ركعات وسجدتين في كل ركعة رواه مسلم . قال ابن المنذر روينا عن علي وابن عباس انهما صليا هذه الصلاة ، وحكى عن إسحق انه قال وجه الجمع بين هذه الاحاديث ان النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يزيد في الركوع اذا لم ير الشمس قد انجلت فاذا انجلت سجد . فمن هاهنا صارت زيادة الركعات . قال شيخنا ولا يجاوز أربع ركعات في كل ركعة لانه لم يأتنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من ذلك

قلت وقد روى أبي بن كعب قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بهم فقرأ سورة من الطوال وركع خمس ركعات وسجد سجدتين ثم جلس كما هو مستقبل القبلة يدعو حتى انجلى كسوفها رواه أبو داود . فعلى هذا لا بأس أن يأتي في كل ركعة بخمس ركوعات لهذا الحديث ولا يزيد عليها لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصلي لشيء من سائر الآيات إلا الزلزلة الدائمة)

وقال الامدي يصلي لذلك، ولرمي الكواكب والصواعق وكثرة المطر ، وحكاه عن ابن أبي موسى وقال أصحاب الرأي الصلاة لسائر الآيات حسنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل الكسوف بانه آية من آيات الله تعالى يخوف بها عباده وصلى ابن عباس للزلزلة بالبصرة ، رواه سعيد وقال مالك والشافعي لايصلي لشيء من الآيات سوى الكسوف لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل لغيره، وقد كان في عصره بعض هـذه الآيات وكذلك خلفاؤه . ووجه الصلاة للزلزلة فعل ابن عباس وغيرها لا يصلى له لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل لها ولا أحد من أصحابه والله أعلم

كتاب صلاة الاستسقاء

صلاة الاستسقاء سنة مؤكدة ثابتة بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه رضي الله عنهم

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله ﴿ واذا اجدبت الارض واحتبس القطر خرجوا مع الامام فكانوا في خروجهم كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا خرج للاستسقاء خرج متواضعا متبذلا متخشعا متذللا متضرعا ﴾

وجملة ذلك أن السنة الخروج لصلاة الاستسقاء على هذه الصفة المذكورة متواضعاً لله تعالى متبذلا أي في ثياب البذلة أي لايلبس ثياب الزينة ولا يتطيب لانه من كمال الزينة وهذا يوم تواضع واستكانة ويكون متخشعا في مشيه وجلوسه في خضوع متضرعا لله تعالى متذللا له راغبا اليه قال ابن عباس

قال أصحابنا يصلى للزلزلة كصلاة الكسوف نص عليه وهو مذهب إسحق وأبي ثور . قال القاضي ولا يصلى للرجفة والريح الشديدة والظلمة ونحوها، وقال الآمدي يصلى لذلك ولرمي الكواكب والصواعق وكثرة المطر وحكاه عن ابن أبي موسى . وقال أصحاب الرأي الصلاة لسائر الآيات حسنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل الكسوف بأنه من آيات الله يخوف بها عباده ، وصلى ابن عباس للزلزلة بالبصرة رواه سعيد . وقال مالك والشافعي لايصلى لشيء من الآيات سوى الكسوف لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل لغيره ولا خلفاؤه ، وقد كان في عصره بعض هذه الآيات، ووجه الصلاة للزلزلة فعل ابن عباس وغيرها لا يصلى له لما ذكرنا والله أعلم

باب صلاة الاستسقاء

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أجدبت الارض وقحط المطر فزع الناس الى الصلاة)

صلاة الاستسقاء عند الحاجة اليها سنة مؤكدة لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها وكذلك خلفاؤه ، فروى عبدالله بن زيد قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم يستسقي فتوجه الى القبلة يدعو

خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم للاستسقاء متبذلا متواضعاً متخشعاً متضرعاً حتى أتى المصلى فلم يخطب كخطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . ويستحب التنظف بالماء واستعمال السواك وما يقطع الرائحة ويستحب الخروج لكافة الناس وخروج من كان ذادين وستر وصلاح ، والشيوخ أشد استحبابا لانه أسرع للاجابة ، فاما النساء فلا بأس بخروج العجائز ومن لاهيئة لها فاما الشواب وذوات الهيئة فلا يستحب لهن الخروج لأن الضرر في خروجهن أكثر من النفع ، ولا يستحب اخراج البهائم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله. واذا عزم الامام على الخروج أستحب أن يعد الناس يوما يخرجون فيه ويأمرهم بالتوبة من المعاصي والخروج من المظالم والصيام والصدقة وترك التشاحن ليكون أقرب لاجابتهم فان المعاصي سبب الجدب والطاعة تكون سببا للبركات قال الله تعالى (ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والارض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون)

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فيصلي بهم ركعتين ﴾

لا نعلم بين القائلين بصلاة الاستسقاء خلافا في أنها ركعتان واختلفت الرواية في صفتها فروي أنه يكبر فيهما كتكبير العيد سبعاً في الاولى وخمسا في الثانية وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبدالعزيز وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وداود والشافعي وحكي عن ابن عباس وذلك لقول ابن عباس في حديثه وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد

وحول رداءه وصلى ركعتين جهر فيهما بالقراءة متفق عليه . وهذا قول سعيد بن المسيب وداود ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال أبو حنيفة لاتسن صلاة الاستسقاء ولا الخروج اليها لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى على المنبر يوم الجمعة ولم يخرج ولم يصل لها ، وليس هذا بشيء فانه قد ثبت بما رويناه من حديث عبدالله بن زيد ، وروى أبو هريرة أنه خرج وصلى وفعله صلى الله عليه وسلم ماذكروه لايمنع فعل ماذكرنا . قال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وهو قول عوام أهل العلم إلا أبا حنيفة وخالفه صاحباه واتبعا سائر العلماء ، والسنة يستغنى بها عن كل قول ، ولا ينبغي أن يعرج على ماخالفها

﴿ مسئلة ﴾ (وصفتها في موضعها وأحكامها صفة صلاة العيد)

وجملة ذلك انه يستحب فعلها في المصلى كصلاة العيد . قالت عائشة شكى الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحط المطر فأمر بمنبر فوضع له في المصلى رواه أبو داود . ولأن الناس يكثرون فكان المصلى أرفق بهم ، وهي ركعتان عند العاملين بها لا نعلم بينهم خلافا في ذلك . واختلفت الرواية في صفتها فروي أنه يكبر فيها سبعاً في الأولى وخمساً في الثانية كتكبير العيد وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وداود والشافعي ، وحكى عن ابن عباس في حديثه ثم صلى ركعتين كما

وروى جعفر بن محمد عن أبيهْ أن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر كانوا يصلون صلاة الاستسقاء يكبرون فيها سبعاً وخمسا ، والرواية الثانية أنه يصلي ركعتين كصلاة التطوع وهو مذهب مالك والاوزاعي وأبي ثور واسحق لان عبدالله بن زيد قال استسقى النبي صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين وقلب رداءه متفق عليه

وروى أبوهريرة نحوه ولم يذكر التكبير وظاهره أنه لم يكبر وهذا ظاهر كلام الخرقي وكيفما فعل كان جائزاً حسناً. وقال أبوحنيفة لاتسن الصلاة للاستسقاء ولا الخروج لها لان النبي صلى الله عليه وسلم استسقى على المنبر يوم الجمعة ولم يصل لها ، واستسقى عمر بالعباس ولم يصل ، وليس هذا بشيء فانه قد ثبت بما رواه عبدالله بن زيد وابن عباس وأبوهريرة أنه خرج وصلى وما ذكروه لايعارض مارووه لانه يجوز الدعاء بغير صلاة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم لما ذكروه لايمنع فعل ماذكرناه بل قد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الامرين قال ابن المنذر ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب وبه قال عوام أهل العلم إلا أباحنيفه وخالفه أبويوسف ومحمد بن الحسن فوافقا سائر العلماء والسنة يستغنى بها عن كل قول.ويسن أن يجهر بالقراءة لما روى عبد الله ابن زيد قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم يستسقي فتوجه الى القبلة يدعو وحول رداءه ثم صلى ركعتين جهر فيهما بالقراءة متفق عليه وان قرأ فيهما بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية فحسن لقول ابن عباس صلى ركعتين كما كان يصلي في العيد

وروى ابن قتيبة في غريب الحديث باسناده عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج للاستسقاء فتقدم فصلى بهم ركعتين يجهر فيهما بالقراءة وكان يقرأ في العيدين ، والاستسقاء في الركعة الاولى بفاتحة الكتاب وسبح اسم ربك الاعلى ، وفي الركعة الثانية بفاتحة الكتاب وهل أتاك حديث الغاشية

﴿ فصل ﴾ ولا يسن لها أذان ولا اقامة لانعلم فيه خلافا ، وقدروى أبوهريرة قال : خرج رسول

يصلي العيد رواه أبو داود . وروى الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين كبر في الأولى سبع تكبيرات وقرأ سبح اسم ربك الأعلى وقرأ في الثانية هل أتاك حديث الغاشية وكبر فيها خمس تكبيرات . وروى جعفر بن محمد عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر كانوا يصلون صلاة الاستسقاء يكبرون فيها سبعاً وخمساً رواه الشافعي،والثانية انه يصلي ركعتين كصلاة التطوع وهو مذهب مالك وأبي ثور والاوزاعي وإسحق لأن عبدالله بن زيد قال صلى ركعتين ولم يذكر انه كبر سبعاً وخمساً وروى ابو هريرة نحوه ، وظاهره انه لم يكبر وهذا ظاهر كلام الخرقي ويسن أن يجهر فيهما بالقراءة لما ذكرنا من حديث عبد الله بن زيد ، وأن يقرأ فيهما بسبح اسم ربك الأعلى ، وهل أتاك حديث الغاشية لحديثي ابن عباس

(فصل) ولا يسن لها أذان ولا اقامة لا نعلم بين أهل العلم خلافافيه وقد روى أبو هريرة قال:

الله صلى الله عليه وسلم يوما يستسقي فصلى بنا ركعتين بلا أذان ولا إقامة ثم خطبنا ودعا الله تعالى وحول وجهه نحو القبلة رافعا يديه وقلب رداءه فجعل الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن رواه الاثرم ولانها صلاة نافلة فلم يؤذن لها كسائر النوافل ، قال أصحابنا وينادى لها الصلاة جامعة كقولهم في صلاة العيد والكسوف

﴿ فصل ﴾ وليس لصلاة الاستسقاء وقت معين الا أنها لاتفعل في وقت النهي بغير خلاف لان وقتها متسع فلا حاجة الى فعلها في وقت النهي والاولى فعلها في وقت العيد لما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج حين بدا حاجب الشمس رواه أبوداود ولانها تشبهها في الموضع والصفة

خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما يستسقي فصلى بنا ركعتين بلا أذان ولا اقامة رواه الاثرم ولانها نافلة فلم يؤذن لها كسائر النوافل . قال أصحابنا وينادى لها الصلاة جامعة كالعيد وصلاة الكسوف ، وليس لها وقت معين إلا انها لاتفعل في وقت النهى بغير خلاف لأن وقتها متسع فلا يخاف فوتها والأولى فعلها في وقت صلاة العيد لما روت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج حين بدأ حاجب الشمس رواه أبو داود ولانها تشبهها في الموضع والصفة فكذلك في الوقت ، وقال ابن عبد البر الخروج اليها عند زوال الشمس عند جماعة العلماء إلا أبا بكر بن حزم وهذا على سبيل الاختيار لا انه يتعين فعلها فيه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أراد الامام الخروج اليها وعظ الناس وأمرهم بالتوبة من المعاصي والخروج من المظالم والصيام والصدقة وترك التشاحن ، لكون المعاصي سبب الجدب، والتقوى سبب البركات)

قال الله تعالى (ولو أن أهل القرى آمنوا وتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والارض ولكن كذبوا فأخذناهم بما كانوا يكسبون) وقال مجاهد في قوله تعالى (ويلعنهم اللاعنون) البهائم تلعن عصاة بني آدم اذا أمسك المطر ، وقال هذا من شؤم بني آدم

﴿ مسئلة ﴾ (ويعدهم يوما يخرجون فيه)

لما روت عائشة قالت شكى الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فأمر بمنبر فوضع له في المصلى ووعد الناس يوما يخرجون فيه رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (ويتنظف لها بالغسل والسواك وازالة الرائحة قياساً على صلاة العيد)

ولا يتطيب لانه يوم استكانة وخشوع

﴿ مسئلة ﴾ (ويخرج متواضعاً متخشعاً متذللا متضرعا)

السنة الخروج لصلاة الاستسقاء على الصفة المذكورة من التواضع والخشوع في ثياب بذلته ، ولا يلبس ثياب زينة لانه يوم تواضع ، ويكون متخشعاً في مشيه وجلوسه متضرعا الى الله تعالى متذللا راغباً اليه . قال ابن عباس خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم للاستسقاء متذللا متواضعاً متخشعا متضرعا

فكذلك في الوقت لان وقتها لايفوت بزوال الشمس لأنها ليس لها يوم معين فلا يكون لها وقت معين وقال ابن عبد البر الخروج اليها عند زوال الشمس عند جماعة العلماء الا أبابكر بن حزم وهذا على سبيل الاختيار لا أنه يتعين فعلها فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ثم يخطب ويستقبل القبلة ﴾

اختلفت الرواية في الخطبة للاستسقاء وفي وقتها ، والمشهور أن فيها خطبة بعد الصلاة قال أبو بكر اتفقوا عن أبي عبدالله أن فى صلاة الاستسقاء خطبة وصعوداً على المنبر والصحيح أنها بعد الصلاة

حتى أتى المصلى فلم يخطب كخطبتكم هـذه ولكن لم يزل في الدعاء والتكبير، وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (ويخرج معه أهل الدين والصلاح والشيوخ لانه أسرع للاجابة)

ويستحب الخروج لكافة الناس ، فأما النساء فلا بأس بخروج العجائز منهن ومن لا هيئة لها. وقال ابن حامد يستحب ، فأما الشواب وذوات الهيئـة فلا يستحب لهن لان الضرر فى خروجهن أكثر من النفع ، ولا يستحب اخراج البهائم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله وبه قال أصحاب الشافعي لانه روي ان سليمان عليه السلام خرج يستسقى فرأى نملة مستلقية وهي تقول: اللهم إنا خلق من خلقك ليس بنا غنى عن رزقك . فقال سليمان ارجعوا فقد سقيتم بدعوة غيركم . وقال ابن عقيل والقاضي لا بأس به لذلك ، والاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز خروج الصبيان كغيرهم من الناس)

وقال ابن حامد يستحب اختاره القاضي فقال خروج الشيوخ والصبيان أشد استحبابا من الشباب لأن الصبيان لا ذنوب عليهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خرج معهم أهل الذمة لم يمنعوا ولم يختلطوا بالمسلمين)

وجملة ذلك انه لا يستحب اخراج أهل الذمة لأنهم أعداء الله الذين بدلوا نعمة الله كفراً فهم بعيدون من الاجابة ، وإن أغيث المسلمون فربما قالوا هذا حصل بدعائنا واجابتنا ، وإن خرجوا لم يمنعوا لانهم يطلبون أرزاقهم من ربهم فلا يمنعون من ذلك . ولا يبعد أن يجيبهم الله تعالى لانه قد ضمن أرزاقهم في الدنيا كما ضمن أرزاق المؤمنين ، ويؤمرون بالانفراد عن المسلمين لانه لا يؤمن أن يصيبهم عذاب فيعم من حضرهم ، فان عادا استسقوا فأرسل الله عليهم ريحاً صرصراً فأهلكتهم ، فان قيل فينبغي أن يمنعوا الخروج يوم يخرج المسلمون لئلا يظنوا أن ماحصل من السقيا بدعائهم . قلنا ولا يؤمن أن يتفق نزول الغيث يوم يخرجون وحدهم فيكون أعظم لفتنتهم وربما فتن بهم غيرهم

﴿ مسئلة ﴾ (فيصلي بهم ثم يخطب خطبة واحدة يفتتحها بالتكبير كخطبة العيد)

قد ذكرنا الاختلاف في مشروعيـة صلاة الاستسقاء وصفتها ، واختلفت الرواية في خطبة

وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن : قال ابن عبدالبر : وعليه جماعة الفقهاء لقول أبي هريرة : صلى ركعتين ثم خطبنا ولقول ابن عباس صنع في الاستسقاء كما صنع في العيدين ولانها صلاة ذات تكبير فاشبهت صلاة العيد ، والرواية الثانية أنه يخطب قبل الصلاة ، روي ذلك عن عمر وابن الزبير وأبان ابن عثمان وهشام بن اسماعيل وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وذهب اليه الليث بن سعد وابن المنذر لما روى أنس وعائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب وصلى . وعن عبدالله بن زيد قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم خرج يستسقي فحول ظهره إلى الناس واستقبل القبلة يدعو ثم حول رداءه ثم صلى ركعتين جهر فيهما بالقراءة متفق عليه

وروى الأثرم باسناده عن أبي الاسود قال أدركت أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل وعمر بن عبدالعزيز وأبابكر بن محمد بن عمرو بن حزم كانوا اذا أرادوا أن يستسقوا خرجوا للبراز فكانوا يخطبون ثم يدعون الله ويحولون وجوههم الى القبلة حين يدعون ثم يحول أحدهم رداءه من الجانب الأيمن على الأيسر وماعلى الأيسر على الأيمن ، وينزل أحدهم فيقرأ في الركعتين يجهر بهم ، الرواية الثالثة هو مخير في في الخطبة قبل الصلاة وبعدها لورود الاخبار بكلا الامرين ودلالتها على كلتا الصفتين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل الأمرين ، والرابعة أنه لايخطب وإنما يدعو ويتضرع لقول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم هذه لكن لم يزل في الدعاء والتضرع وأيا مافعل من ذلك فهو جائز لأن الخطبة غير واجبة على الروايات كلها فان شاء فعلها وان شاء تركها ، والأولى أن يخطب بعد الصلاة خطبة واحدة لتكون كالعيد وليكونوا قد فرغوا من الصلاة ان أجيب دعاؤهم فاغيثوا فلا يحتاجون الى الصلاة في المطر : وقول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم نفي للصفة لا لأصل الخطبة ، أي لم يخطب كخطبتكم هذه انما كان جل خطبته الدعاء والتضرع والتكبير

الاستسقاء، وفي موضعها فروي انه لايخطب وانما يدعو ويتضرع لقول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم هذه لكن لم يزل في الدعاء والتضرع . والمشهور أن فيها خطبة بعد الصلاة ، قال ابو بكر اتفقوا عن أبي عبدالله ان في صلاة الاستسقاء خطبة وصعوداً على المنبر . والصحيح انها بعد الصلاة وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، قال ابن عبدالبر وعليه جماعة الفقهاء لقول أبي هريرة صلى ركعتين ثم خطبنا لانها صلاة ذات تكبير فأشبهت صلاة العيدين ، وفيها رواية ثانية انه يخطب قبل الصلاة . روي ذلك عن عمر وابن الزبير وابان بن عثمان وهشام بن اسماعيل وأبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم وبه قال الليث بن سعد وابن المنذر لما روى أنس وعائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب وصلى . وعن عبدالله بن زيد قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم خرج يستسقى فحوّل ظهره الى الناس واستقبل القبلة يدعو ثم حوّل رداءه ثم صلى ركعتين جهر فيهما بالقراءة متفق عليه. وفيها رواية ثالثة انه مخير في الخطبة قبل الصلاة وبعدها لورود الاخبار بكلا الأمرين ودلالتها على

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويستقبل القبلة ويحول رداءه فيجعل اليمين يساراً واليسار يمينا ويفعل الناس كذلك ﴾

وجملته أنه يستحب للخطيب استقبال القبلة في أثناء الخطبة لما روى عبدالله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يستسقي فتوجه الى القبلة يدعو ، رواه البخاري وفي لفظ فحول الى الناس ظهره واستقبل القبلة يدعو

ويستحب أن يدعو سراً حال استقباله فيقول: اللهم أمرتنا بدعائك ووعدتنا اجابتك فقد دعوناك كما أمرتنا فاستجب لنا كما وعدتنا اللهم فامنن علينا بمغفرة ذنوبنا وأجابتنا في سقيانا وسعة أرزاقنا ثم يدعو بما شاء من أمر دين ودنيا وانما يستحب الاسرار ليكون أقرب من الاخلاص وأبلغ في الخشوع والخضوع والتضرع وأسرع في الأجابة قال الله تعالى (ادعوا ربكم تضرعاً وخفيه) واستحب الجهر ببعضه ليسمع الناس فيؤمنون على دعائه

ويستحب أن يحول رداءه في حال استقبال القبلة لأن في حديث عبدالله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يستسقي فحول الى الناس ظهره واستقبل القبلة ثم حول رداءه متفق عليه وهذا لفظ رواه البخاري ، وفي لفظ رواه مسلم فحول رداءه حين استقبل القبلة ، وفي لفظ ، وقلب رداءه متفق عليه .

ويستحب تحويل الرداء للامام والمأموم في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبوحنيفة لا يسن لانه دعاء ، فلا يستحب تحويل الرداء فيه كسائر الأدعية وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع وحكي عن سعيد بن المسيب وعروة والثوري أن تحويل الرداء مختص بالامام دون المأموم وهو قول الليث وأبي يوسف ومحمد بن الحسن لانه نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم دون أصحابه

كلتا الصنفين ، فحمل على أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل الأمرين، وأياً ما فعل من ذلك فهو جائز لأن الخطبة غير واجبة على جميع الروايات والأولى أن يخطب بعد الصلاة كالعيد وليكونوا قد فرغوا من الصلاة فان أجيب دعاؤهم وأغيثوا لم يحتاجوا الى الصلاة في المطر ، وقول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم نفي لصفة الخطبة لا لأصلها بدليل قوله انما كان جل خطبته الدعاء والتضرع والتكبير ، ويستحب أن يفتتحها بالتكبير كخطبة العيد

(فصل) والمشروع خطبة واحدة وبهذا قال عبد الرحمن بن مهدي ، وقال مالك والشافعي يخطب كخطبتي العيدين لقول ابن عباس صنع النبي صلى الله عليه وسلم كما صنع في العيد ، ولأنها أشبهتها في صفة الصلاة فكذلك في صفة الخطبة

ولنا قول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتكبير وهذا يدل على

ولنا أن مافعله النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حق غيره مالم يقم على اختصاصه به دليل كيف وقد عقل المعنى في ذلك وهو التفاؤل بقلب الرداء ليقلب الله مابهم من الجدب الى الخصب وقد جاء ذلك في بعض الحديث. وصفة تقليب الرداء أن يجعل ماعلى اليمين على اليسار وماعلى اليسار على اليمين روي ذلك عن أبان بن عثمان وعمر بن عبدالعزيز وهشام بن اسماعيل وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ومالك وكان الشافعي يقول به، ثم رجع فقال، يجعل أعلاه أسفله لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى وعليه خميصة سوداء فاراد أن يجعل أسفلها أعلاها فلما ثقلت عليه جعل العطاف الذي على الايسر على عاتقه الايمن والذي على الايمن على عاتقه الايسر رواه أبو داود. ودليلنا ماروى أبوداود بأسناده عن عبدالله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم حول رداءه وجعل عطافه الايمن على عاتقه الايسر وجعل عطافه الايسر على عاتقه الايمن، وفي حديث أبي هريرة نحو ذلك والزيادة التي نقلوها إن ثبتت فهي ظن الراوي لايترك لها فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد نقل تحويل الرداء جماعة لم ينقل أحد منهم أنه جعل أعلاه أسفله ويبعد أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم ترك ذلك في جميع الأوقات لثقل الرداء.

﴿ فصل ﴾ ويستحب رفع الايدي في دعاء الاستسقاء لما روى البخاري عن أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم لايرفع يديه في شيء من دعائه الا الاستسقاء وأنه يرفع حتى يرى بياض أبطيه وفي حديث أيضاً لانس فرفع النبي صلى الله عليه وسلم ورفع الناس أيديهم

انه مافصل بين ذلك بسكوت ولا جلوس ولأن كل من نقل الخطبة لم ينقل خطبتين. والصحيح من حديث ابن عباس انه قال صلى ركعتين كما كان يصلي في العيد، ولو كان النقل كما ذكروه فهو محمول على الصلاة بدليل أول الحديث، واذا صعد المنبر للخطبة جلس وإن شاء لم يجلس لأنه لم ينقل ولا هاهنا أذان يجلس لفراغه

﴿ مسئلة ﴾ (ويكثر فيها الاستغفار وقراءة الآيات التي فيها الأمر به)

يستحب أن يكثر في خطبته الاستغفار والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقراءة الآيات التي فيها الامر بالاستغفار كقوله تعالى (وياقوم استغفروا ربكم ثم توبوا اليه، يرسل السماء عليكم مدراراً) وكقوله (استغفروا ربكم انه كان غفارا، يرسل السماء عليكم مدرارا) ولأن الاستغفار سبب لنزول الغيث بدليل ماذكرنا، والمعاصي سبب لانقطاع الغيث، والاستغفار والتوبة يمحوان المعاصي. وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه خرج يستسقي فلم يزد على الاستغفار وقال لقد استسقيت بمجاديح السماء

﴿ مسئلة ﴾ (ويرفع يديه فيدعو بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم)

يستحب رفع الأيدي في دعاء الاستسقاء لما روى البخاري عن أنس قال كان النبي صلى الله

﴿ مسئلة ﴾ ﴿ قال ويدعو ويدعون ويكثرون في دعائهم الاستغفار ﴾

وجملته أن الامام اذا صعد المنبر جلس وإن شاء لم يجلس لان الجلوس لم ينقل ولاها هنا أذان ليجلس في وقته ثم يخطب خطبة واحدة يفتتحها بالتكبير وبهذا قال عبدالرحمن بن مهدي وقال مالك والشافعي يخطب خطبتين كخطبتي العيدين لقول ابن عباس صنع النبي صلى الله عليه وسلم كما صنع في العيد ولانها أشبهتها في التكبير وفي صفة الصلاة فتشبهها في الخطبتين

ولنا قول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير . وهذا يدل على أنه مافصل بين ذلك بسكوت ولا جلوس ولأن كل من نقل الخطبة لم ينقل خطبتين ولأن المقصود انما هو دعاء الله تعالى ليغيثهم ولا أثر لكونها خطبتين في ذلك ، والصحيح من حديث ابن عباس أنه قال صلى ركعتين كما كان يصلي في العيد ولو كان النقل كما ذكروه فهو محمول على الصلاة بدليل أول الحديث .

ويستحب أن يستفتح الخطبة بالتكبير كخطبة العيد ويكثر من الاستغفار والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ويقرأ كثيراً (استغفروا ربكم انه كان غفارا) وسائر الآيات التي فيها الامر به فان الله تعالى وعدهم بارسال الغيث اذا استغفروه .

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خرج يستسقي فلم يزد على الاستغفار ، وقال لقد استسقيت بمجاديح السماء . وعن عمر بن عبدالعزيز أنه كتب إلى ميمون بن مهران يقول : قد كتبت إلى البلدان

عليه وسلم لايرفع يديه في شيء من دعائه إلا الاستسقاء فانه يرفع حتى يرى بياض أبطيه . وفي حديث أنس أيضاً فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه ورفع الناس أيديهم . ويستحب أن يدعو بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم فروى عبدالله بن عمر ان رسول الله عليه وسلم كان اذا استسقى قال « اللهم أسقنا غيثاً مغيثا ، هنيئاً مريعاً ، غدقا مجللا ، طبقاً سحا دائما . اللهم اسقنا الغيث ، ولا تجعلنا من القانطين ، اللهم إن بالعباد والبلاد من اللاواء والجهد والضنك مالا نشكوه إلا اليك ، اللهم أنبت لنا الزرع ، وادر لنا الضرع ، واسقنا من بركات السماء ، وانزل علينا من بركاتك . اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والعري ، وارفع عنا من البلاء مالا يكشفه غيرك . اللهم إنا نستغفرك ، انك كنت غفارا ، فأرسل السماء علينا مدرارا » وروى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: « اللهم اسقنا غيثاً مغيثا ، مريئاً مريعا ، نافعاً غير ضار ، عاجلا غير آجل » رواه أبو داود . قال الخطابي مربعاً يروى على وجهين بالياء والباء ، فمن رواه بالياء جعله من المراعة يقال أمرع المكان اذا أخصب ومن رواه بالباء مربعاً كان معناه منبتاً للربيع . وعن عائشة رضي الله عنها قالت شكى الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فأمر بمنبر فوضع له في المصلى ووعد الناس يوما يخرجون فيه وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بدأ حاجب الشمس فقعد على المنبر فكبر وحمد الله ثم قال

أن يخرجوا إلى الاستسقاء الى موضع كذا وكذا وأمرتهم بالصدقة والصلاة قال الله تعالى (قد أفلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى) وأمرتهم أن يقولوا كما قال أبوهم آدم (ربنا ظلمنا أنفسنا وإن لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين) ويقولوا كما قال نوح (وإلا تغفرلي وترحمني اكن من الخاسرين) ويقولوا كما قال يونس (فنادى في الظلمات أن لااله إلا أنت سبحانك إني كنت من الظالمين) ويقولوا كما قال موسى (رب اني ظلمت نفسي فاغفرلي فغفر له إنه هو الغفور الرحيم) ولأن المعاصي سبب انقطاع الغيث والاستغفار والتوبة تمحو المعاصي المانعة من الغيث فيأتي الله به . ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو بدعائه ، فروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً مريئاً مريعاً نافعاً غير ضار عاجلا غير آجل » رواه أبو داود قال الخطابي مريعاً يروي على وجهين بالياء والباء فمن رواه بالياء جعله من المراعه يقال امرع المكان اذا أخصب ، ومن رواه مربعاً كان معناه منبتا للربيع . وعن عائشة قالت شكا الناس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فامر بمنبر فوضع له في المصلى ووعد الناس يوما يخرجون فيه ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بدأ حاجب الشمس فقعد على المنبر فكبر وحمد الله ثم قال «إنكم شكوتم جدب دياركم واستئخار المطر عن ابان زمانه عنكم وقد أمركم الله أن تدعوه ووعدكم أن يستجيب لكم ثم قال (الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين) لاإله إلا هو يفعل مايريد اللهم انت الله لااله الا أنت الغني ونحن الفقراء ، أنزل علينا

« انكم شكوتم جدب دياركم ، واستئخار المطر إبان زمانه عنكم ، فقد أمركم الله أن تدعوه ، ووعدكم أن يستجيب لكم » ثم قال « الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، مالك يوم الدين ، لاإله إلا الله ، يفعل مايريد . اللهم أنت الله لاإله إلا أنت الغنى ، ونحن الفقراء ، أنزل علينا الغيث ، واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغا الى حين . ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى يُرى بياض أبطيه ، ثم حول إلى الناس ظهره وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه ، ثم أقبل على الناس فنزل فصلى ركعتين » رواه أبو داود . وروى ابن قتيبة باسناده في غريب الحديث عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج للاستسقاء فصلى بهم ركعتين يجهر فيهما بالقراءة ، وكان يقرأ في العيدين والاستسقاء في الركعة الاولى بفاتحة الكتاب وسبح اسم ربك الأعلى ، وفي الركعة الثانية فاتحة الكتاب وهل أتاك حديث الغاشية . فلما قضى صلاته استقبل القبلة بوجهه وقلب رداءه ورفع يديه وكبر تكبيره قبل أن يستسقى ثم قال « اللهم اسقنا غيثاً مغيثا ، وحيا ربيعا ، وجدا طبقا غدقا مغدقا مونقاً هنيا مريئاً مريعاً مربعاً مرتعا ، سابلا مسبلا ، مجللا دائما ، دروراً نافعاً غير ضار ، عاجلا غير آجل . اللهم تحيى به البلاد ، وتغيث به العباد ، وتجعله بلاغا للحاضر منا والباد . اللهم أنزل في أرضنا زينتها ، وأنزل علينا في أرضنا سكنها . اللهم أنزل علينا من السماء ماء طهوراً ، فأحي به بلدة ميتا ، واسقه مما خلقت أنعاما وأناسي كثيراً » قال ابن قتيبة المغيث المحيي باذن الله تعالى ، والحيا الذي تحيا به الارض

الغيث واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغا الى حين) ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى بدأ بياض أبطيه ثم حول الى الناس ظهره وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه ثم أقبل على الناس فنزل فصلى ركعتين وقال عبدالله بن عمرو كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استسقى قال « اللهم اسق عبادك وبهائمك وانشر رحمتك واحي بلدك الميت » رواهما أبوداود

وروى ابن قتيبة باسناده في غريب الحديث عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج للاستسقاء فصلى بهم ركعتين يجهر فيهما بالقراءة وكان يقرأ في العيدين والاستسقاء في الركعة الاولى بفاتحة الكتاب وسبح اسم ربك الأعلى ، وفي الركعة الثانية فاتحة الكتاب وهل أتاك حديث الغاشية فلما قضي صلاته استقبل القوم بوجهه وقلب رداءه ورفع يديه وكبر تكبيرة قبل أن يستسقي ثم قال « اللهم اسقنا وأغثنا اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً وحيا ربيعاً وجداً طبقاً غدقاً مغدقاً مونقاً هنيئاً مريئاً مريعاً مربعاً مرتعاً سائلا مسيلا مجللا ديماً دروراً نافعاً غير ضار، عاجلا غير رائث. اللهم تحيي به البلاد، وتغيث به العباد، وتجعله بلاغا للحاضر منا والباد. اللهم أنزل في أرضنا زينتها وانزل علينا في أرضنا سكنها اللهم أنزل علينا من السماء ماءاً طهوراً فاحي به بلدة ميتاً واسقه مما خلقت أنعاما وأناسي كثيرا » قال ابن قتيبة المغيث المحيي باذن الله تعالى والحيا الذي تحيا به الارض والمال والجدا المطر العام ومنه أخذ

والمال ، والجدا المطر العام ومنه أخذ جدا العطية ، والجدا مقصوراً ، والطبق الذي يطبق الارض، والغدق والمغدق الكثير القطر ، والمونق المعجب ، والمريع ذو المراعة والخصب ، والمربع من قولك ربعت بمكان كذا اذا أقمت فيه ، واربع على نفسك ارفق ، والمرتع من رتعت الابل اذا رعت ، والسابل من السبل وهو المطر يقال سبل السابل كما يقال مطر ماطر، والرائث البطيء ، والسكن القوة لأن الارض تسكن به

﴿ مسئلة ﴾ (ويستقبل القبلة في أثناء الخطبة ويحول رداءه ويجعل الايسر على الأيمن والايمن على الايسر ويفعل الناس كذلك ويتركونه حتى ينزعوه مع ثيابهم)

وجملة ذلك انه يستحب للخطيب استقبال القبلة في أثناء الخطبة لما روى عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يستسقى فتوجه الى القبلة يدعو رواه البخاري . وفي لفظ فحوّل الى الناس ظهره واستقبل القبلة يدعو . ويستحب أن يحول رداءه حال أستقبال القبلة لأن في حديث عبدالله بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج يستسقى فاستقبل القبلة يدعو وحول رداءه متفق عليه ، ولمسلم فحول رداءه حين استقبل القبلة . وقال أبو حنيفة لا يسن لانه دعاء فلا يستحب تحويل الرداء فيه كسائر الأدعية وسنة النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع . ويستحب التحويل للمأموم في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن سعيد بن المسيب وعروة والثوري ان التحويل مختص بالامام وهو قول الليث وأبي يوسف ومحمد لانه انما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم دون أصحابه

جدا العطية ، والجدوى مقصور والطبق الذي يطبق الارض والغدق والمغدق الكثير القطر والمونق المعجب،والمريع ذوالمراعة والخصب، والمربع من قولك ربعت مكان كذا اذا أقمت به وأربع على نفسك أرفق،والمرتع من رتعت الابل اذا ارعت والسابل من السبل وهو المطر يقال سبل سابل كما يقال مطر ماطر والرائث البطيء والسكن القوة لان الارض تسكن به

وروي عن عبدالله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا استسقى قال « اللهم اسقنا غيثا مغيثاً هنيئاً مريعاً غدقا مجللا طبقا سحا دائما اللهم اسقنا الغيث ولاتجعلنا من القانطين اللهم إن بالعباد والبلاد من اللأواء والضنك والجهد مالا نشكوه الا اليك ، اللهم أنبت لنا الزرع وأدر لنا الضرع واسقنا من بركات السماء وأنزل علينا من بركاتك ، اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والعري ، واكشف عنا من البلاء مالا يكشفه غيرك ، اللهم إنا نستغفرك إنك كنت غفارا فارسل السماء علينا مدرارا

﴿ فصل ﴾ وهل من شرط هذه الصلاة اذن الامام على روايتين احداهما لا يستحب الا بخروج الامام أو رجل من قبله قال أبوبكر فاذا خرجوا بغير اذن الامام دعوا وانصرفوا بلا صلاة ولا خطبة نص عليه أحمد وعنه أنهم يصلون لانفسهم ويخطب بهم أحدهم فعلى هذه الرواية يكون الاستسقاء

ولنا ان مافعله النبي صلى الله عليه وسلم يثبت في حق غيره مالم يقم على اختصاصه دليل ، كيف وقد عقل المعنى في ذلك وهو التفاؤل بقلب الرداء ليقلب الله ماهم من الجدب الى الخصب ، وقد جاء ذلك في بعض الحديث . وروى الامام أحمد حديث عبدالله بن زيد وفيه انه عليه الصلاة والسلام تحول الى القبلة وحول رداءه فقلبه ظهراً لبطن وتحول الناس معه ، اذا ثبت ذلك فصفة التقليب أن يجعل ماعلى اليمين على اليسار وما على اليسار على اليمين، روي ذلك عن أبان بن عثمان وعمر بن عبدالعزيز وهشام بن اسماعيل وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ومالك وكان الشافعي يقول به ثم رجع فقال يجعل أعلاه أسفله لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى وعليه خميصة سوداء فأراد أن يجعل اسفلها أعلاها فلما ثقلت جعل العطاف الذي على الأيسر على الأيمن رواه أبو داود

ولنا ماروى عبد الله بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم حول عطافه وجعل عطافه الأيمن على عاتقه الأيسر وجعل عطافه الأيسر على عاتقه الايمن رواه أبو داود . وفي حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قلب رداءه فجعل الايمن على الايسر والايسر على الايمن رواه الامام أحمد وابن ماجه ، والزيادة التي نقلوها إن ثبتت فهي ظن الراوي لايترك لها فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد نقل التحويل جماعة لم ينقل أحد منهم انه جعل أعلاه أسفله ، ويبعد أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم ترك ذلك في جميع الأوقات لثقل الرداء

﴿ مسئلة ﴾ (ويدعو سراً حال استقبال القبلة)

فيقول اللهم إنك أمرتنا بدعائك ، ووعدتنا إجابتك ، وقد دعوناك كما أمرتنا ، فاستجب لنا

مشروعاً في حق كل أحد مقيم ومسافر وأهل القرى والأعراب لانها صلاة نافلة فاشبهت صلاة الكسوف. ووجه الرواية الاولى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بها وانما فعلها على صفة فلا يتعدى تلك الصفة وهو أنه صلاها باصحابه وكذلك خلفاؤه ومن بعدهم فلا تشرع الا في مثل تلك الصفة

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يستسقي بمن ظهر صلاحه لانه أقرب الى اجابة الدعاء فان عمر رضي الله عنه استسقى بالعباس عم النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن عمر استسقى عمر عام الرمادة بالعباس فقال اللهم إن هذا عم نبيك صلى الله عليه وسلم نتوجه اليك به فاسقنا فما برحوا حتى سقاهم الله عز وجل وروي أن معاوية خرج يستسقي فلما جلس على المنبر قال اين يزيد بن الاسود الجرشي؟ فقام يزيد فدعاه معاوية فأجلسه عند رجليه ثم قال: اللهم إنا نستشفع اليك بخيرنا وأفضلنا يزيد بن الاسود يا يزيد ارفع يديك فرفع يديه ودعا الله تعالى فثارت في الغرب سحابة مثل الترس وهب لها ريح فسقوا حتى كادوا لا يبلغون منازلهم واستسقى به الضحاك مرة أخرى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان سقوا وإلا عادوا فى اليوم الثاني والثالث)

وبهذا قال مالك والشافعي . وقال إسحق لايخرجون إلا مرة واحدة لأن النبي صلى الله عليه

كما وعدتنا ، اللهم فامنن علينا بمغفرة ذنوبنا واجابتنا في سقيانا وسعة أرزاقنا . ثم يدعو بما شاء من أمر دين أو دنيا ، وانما استحب الاسرار ليكون أقرب الى الاخلاص وأبلغ في الخشوع والخضوع والتضرع وأسرع في الاجابة قال الله تعالى (ادعوا ربكم تضرعا وخفية) واستحب الجهر ببعضه ليسمع الناس فيؤمنون على دعائه

(فصل) ويستحب أن يستسقي بمن ظهر صلاحه لأنه أقرب الى اجابة الدعاء ، وقد استسقى عمر رضي الله عنه بالعباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى ابن عمر قال استسقى عمر عام الرمادة بالعباس فقال اللهم إن هذا عم نبيك صلى الله عليه وسلم نتوجه اليك به فاسقنا ، فما برحوا حتى سقاهم الله عز وجل ، وروي ان معاوية خرج يستسقي فلما جلس على المنبر قال أين يزيد بن الأسود ؟ فقام يزيد فدعاه معاوية فأجلسه عند رجليه ثم قال : اللهم إنا نتشفع اليك بخيرنا وأفضلنا يزيد بن الاسود . ارفع يديك . فرفع يديه ودعا الله ، فثارت في الغرب سحابة مثل الترس، وهبت لها ريح فسقوا حتى كادوا لا يبلغون منازلهم . واستسقى به الضحاك بن قيس مرة أخرى

﴿ مسئلة ﴾ (فان سقوا وإلا عادوا ثانياً وثالثاً ، وإن سقوا قبل خروجهم شكروا الله تعالى وسألوه المزيد من فضله)

وبهذا قال مالك والشافعي . وقال إسحق لايخرجون إلا مرة واحدة لأنه صلى الله عليه وسلم انما خرج مرة واحدة ، ولكن يجتمعون في مساجدهم فاذا فرغوا من الصلاة ذكروا الله تعالى ودعوا ويدعو الامام يوم الجمعة على المنبر ويؤمن الناس

وسلم لم يخرج إلا مرة واحدة ولكن يجتمعون في مساجدهم فاذا فرغوا من الصلاة ذكروا الله تعالى ودعوا، ويدعو الامام يوم الجمعة على المنبر ويؤمن الناس

ولنا أن هذا أبلغ في الدعاء والتضرع، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله يحب الملحين في الدعاء» وأما النبي صلى الله عليه وسلم فلم يخرج ثانيا لاستغنائه عن الخروج باجابته أول مرة، والخروج في المرة الأولى آكد مما بعدها لورود السنة به

﴿فصل﴾ وإن تأهبوا للخروج فسقوا قبل خروجهم لم يخرجوا وشكروا الله على نعمته وسألوه المزيد من فضله، وان خرجوا فسقوا قبل أن يصلوا صلوا شكراً لله تعالى وحمدوه ودعوه، ويستحب الدعاء عند نزول الغيث لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اطلبوا استجابة الدعاء عند ثلاث: عند التقاء الجيوش، واقامة الصلاة، ونزول الغيث» وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رأى المطر قال «صيباً نافعا» رواه البخارى

ولنا أن هذا أبلغ في الدعاء والتضرع. وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله يحب الملحين في الدعاء» وأما النبي صلى الله عليه وسلم فانما لم يخرج ثانياً لاستغنائه باجابته أول مرة، والخروج في المرة الأولى آكد مما بعدها لورود السنة بها

(فصل) فان تأهبوا فسقوا قبل خروجهم لم يخرجوا وشكروا الله وحمدوه على نعمته، وسألوه المزيد من فضله. وقال القاضي وابن عقيل يخرجون ويصلون شكراً لله تعالى، وان كانوا قد خرجوا فسقوا قبل أن يصلوا شكروا الله تعالى وحمدوه قال الله تعالى (لئن شكرتم لأزيدنكم) ويستحب الدعاء عند نزول الغيث لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اطلبوا استجابة الدعاء عند ثلاث: عند التقاء الجيوش، واقامة الصلاة، ونزول الغيث» وعن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رأى المطر قال «صيباً نافعاً» رواه البخاري

﴿مسئلة﴾ (وينادى لها الصلاة جامعة)

كذلك ذكره أصحابنا قياساً على صلاة الكسوف

﴿مسئلة﴾ (وهل من شرطها اذن الامام على روايتين)

احداهما لا يستحب إلا اذا خرج الامام أو رجل من قبله، فان خرجوا بغير اذن الامام فقال أبو بكر يدعون وينصرفون بلا صلاة ولا خطبة نص عليه أحمد

والثانية لا يشترط ويصلون لانفسهم ويخطب بهم أحدهم. فعلى هذه الرواية يشرع الاستسقاء في حق كل أحد مقيم ومسافر وأهل القرى والاعراب قياساً على صلاة الكسوف. ووجه الأولى ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بها وانما فعلها على صفة وهو انه صلاها بأصحابه فلم يتعدى تلك الصفة وكذلك فعل خلفاؤه ومن بعدهم بخلاف صلاة الكسوف فانه أمر بها

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يقف في أول المطر ويخرج رحله ليصيبه المطر لما روى أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينزل عن منبره حتى رأينا المطر يتحادر عن لحيته رواه البخاري . وعن ابن عباس انه كان اذا أمطرت السماء قال لغلامه « اخرج رحلي وفراشي يصبه المطر » ويستحب أن يتوضأ من ماء المطر اذا سال السيل ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا سال السيل يقول : « اخرجوا بنا الى هذا الذي جعله الله طهوراً فنتطهر »

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يستسقوا عقيب صلواتهم ، ويوم الجمعة يدعو الامام على المنبر ويؤمن الناس . قال القاضي الاستسقاء ثلاثة أضرب ، أكملها الخروج والصلاة على ماوصفنا ، ويليه استسقاء الامام يوم الجمعة على المنبر ، لما روي أن رجلا دخل المسجد يوم الجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فاستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم قائما ثم قال : يارسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل فادع الله يغثنا . فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال « اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا » قال أنس ولا والله مانرى في السماء من سحاب ولا قزعة ولا شيء ، ولا بيننا وبين سلع من بيت ولا دار فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس ، فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت ، فلا والله مارأينا

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقف في أول المطر ويخرج رحله وثيابه ليصيبها لما روى أنس ابن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل على منبره حتى رأينا المطر يتحادر عن لحيته رواه البخاري وعن ابن عباس انه كان اذا أمطرت السماء قال لغلامه « اخرج رحلي وفراشي يصيبه المطر » ويستحب أن يتوضأ من ماء المطر اذا سال السيل ، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا سال السيل قال « اخرجوا بنا الى هذا الذي جعله الله طهوراً فنتطهر »

(فصل) قال القاضي وابن عقيل اذا نقصت مياه العيون في البلد الذي يشرب منها أو غارت وتضرر النـاس بذلك استحب الاستسقاء كما يستحب لانقطاع المطر ، وقال أصحابنا لايستحب لانه لم ينقل والله أعلم

(فصل) والاستسقاء ثلاثة أضرب ذكرها القاضي : أحدها الخروج والصلاة كما وصفنا وهو أكملها ، والثاني استسقاء الامام يوم الجمعة على المنبر لما روى أنس ان رجلا دخل المسجد يوم الجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فاستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم قائما ثم قال يارسول الله هلكت الاموال وانقطعت السبل فادع الله يغثنا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال « اللهم أغثنا ، اللهم أغثنا » قال أنس : ولا والله مانرى في السماء من سحاب ، ولا قزعة ، ولا شيء بيننا وبين سلع من بيت ولا دار ، فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس ، فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت . فلا والله مارأينا الشمس سبتا ، ثم دخل من ذلك الباب رجل في الجمعة المقبلة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فاستقبله قائما وقال يارسول الله هلكت المواشي وانقطعت السبل فادع الله

الشمس ستا . ثم دخل من ذلك الباب رجل في الجمعة المقبلة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فاستقبله قائما وقال يارسول الله: هلكت المواشي وانقطعت السبل فادع الله أن يمسكها عنا . قال فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه وقال «اللهم حوالينا ولا علينا ، اللهم على الظراب والآكام وبطون الأودية ومنابت الشجر» قال فانقطعت وخرجنا نمشي في الشمس متفق عليه

(والثالث) أن يدعو الله تعالى عقيب صلواتهم وفي خلواتهم

﴿ فصل ﴾ واذا كثر المطر بحيث يضرهم أو مياه العيون دعوا الله تعالى أن يخففه ويصرف عنهم مضرته ، ويجعله في أماكن تنفع ولا تضر كدعاء النبي صلى الله عليه وسلم في الفصل الذي قبل هذا ، ولأن الضرر بزيادة المطر أحد الضررين فيستحب الدعاء لازالته كانقطاعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان خرج معهم أهل الذمة لم يمنعوا وأمروا أن يكونوا منفردين عن المسلمين)

وجملته انه لا يستحب أخراج أهل الذمة لانهم أعداء الله الذين كفروا به وبدلوا نعمته كفرا فهم بعيدون من الاجابة ، وان أغيث المسلمون فربما قالوا هذا حصل بدعائنا واجابتنا ، وان خرجوا لم يمنعوا. لانهم يطلبون أرزاقهم من ربهم فلا يمنعون من ذلك، ولا يبعد أن يجيبهم الله تعالى لانه قد ضمن أرزاقهم في الدنيا كما ضمن أرزاق المؤمنين ، ويؤمروا بالانفراد عن المسلمين لانه لا يؤمن أن يصيبهم عذاب فيعم من حضرهم. فان قوم عاد استسقوا فأرسل الله عليهم ريحا صرصراً فأهلكتهم ، فان قيل فينبغي أن يمنعوا الخروج يوم يخرج المسلمون لئلا يظنوا أن ماحصل من السقيا بدعائهم . قلنا ولا يؤمن أن يتفق نزول الغيث يوم يخرجون وحدهم فيكون أعظم لفتنتهم وربما افتتن غيرهم بهم

باب الحكم فيمن ترك الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك الصلاة وهو بالغ عاقل جاحداً لها أو غير جاحد دعي اليها في وقت كل صلاة ثلاثة أيام فان صلى والا قتل)

وجملة ذلك أن تارك الصلاة لا يخلو إما أن يكون جاحداً لوجوبها أو غير جاحد ، فان كان جاحداً لوجوبها نظر فيه ، فان كان جاهلا به وهو ممن يجهل ذلك كالحديث الاسلام والناشيء ببادية عُرّف وجوبها وعلم ذلك ولم يحكم بكفره لانه معذور ، فان لم يكن ممن يجهل ذلك كالناشيء من

أن يمسكها . قال فرفع النبي صلى الله عليه وسلم يديه وقال «اللهم حوالينا ولا علينا ، اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر » قال فانقطعت وخرجنا نمشي في الشمس متفق عليه . والثالث أن يدعوا الله تعالى عقيب صلواتهم في خلواتهم

﴿ مسئلة ﴾ واذا زادت المياه فخيف منها استحب له أن يقول اللهم حوالينا ولا علينا ، اللهم على

المسلمين في الأمصار والقرى ، لم يعذر، ولم يقبل منه ادعاء الجهل، وحكم بكفره . لأن أدلة الوجوب ظاهرة في الكتاب والسنة، والمسلمون يفعلونها على الدوام، فلا يخفى وجوبها على من هذا حاله ، ولا يجحدها الا تكذيبا لله تعالى ولرسوله واجماع الأمة . وهذا يصير مرتداً عن الاسلام ، حكمه حكم سائر المرتدين في الاستتابة والقتل ، ولا أعلم في هذا خلافا ، وان تركها لمرض أو عجز عن أركانها وشروطها قيل له : ان ذلك لا يسقط الصلاة ، وانه يجب عليه أن يصلي على حسب طاقته ، وان تركها تهاونا أو كسلا دعي الى فعلها ، وقيل له: ان صليت والا قتلناك ، فان صلى والا وجب قتله ، ولا يقتل حتى يحبس ثلاثا، ويضيق عليه فيها، ويدعى في وقت كل صلاة الى فعلها ، ويخوف بالقتل، فان صلى والا قتل بالسيف ، وبهذا قال مالك وحماد بن زيد ووكيع والشافعي . وقال الزهري: يضرب ويسجن وبه قال أبو حنيفة قال : ولا يقتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، أو زنا بعد احصان ، أو قتل نفس بغير حق » متفق عليه ، وهذا لم يصدر منه أحد الثلاثة فلا يحل دمه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » متفق عليه ، ولانه فرع من فروع الدين فلا يقتل بتركه كالحج ، ولأن القتل لو شرع لشرع زجراً عن ترك الصلاة ، ولا يجوز شرع زاجر تحقق المزجور عنه ، والقتل يمنع فعل الصلاة دائما فلا يشرع ، ولأن الاصل تحريم الدم فلا تثبت الاباحة إلا بنص أو معنى نص ، والاصل عدمه

ولنا قول الله تعالى (فاقتلوا المشركين) الى قوله (فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) فأباح قتلهم وشرط في تخلية سبيلهم التوبة وهي الاسلام ، واقام الصلاة وايتاء الزكاة ، فمتى ترك الصلاة متعمداً لم يأت بشرط تخليته فبقي على وجوب القتل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك الصلاة متعمداً فقد برئت منه الذمة » وهذا يدل على اباحة قتله ، وقال عليه السلام « بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة » رواه مسلم ، والكفر مبيح للقتل وقال عليه السلام « نهيت عن قتل المصلين » وعن أنس قال : قال أبو بكر . انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا شهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة » رواه الدار قطني ، فمفهومه ان غير المصلين يباح قتلهم، ولانها ركن من أركان الاسلام لا تدخله النيابة بنفس ولا مال فوجب أن يقتل تاركه كالشهادة ، وحديثهم حجة لنا لان الخبر الذي رويناه يدل على ان تركها كفر ، والحديث الآخر استثنى منه الا بحقها والصلاة من حقها ، ثم ان أحاديثنا خاصة فنخص بها عموم ماذكروه ولا يصح قياسها على الحج لان الحج مختلف في جواز تأخيره ، ولا يجب القتل بفعل مختلف فيه . وقولهم ان هذا يفضي الى ترك الصلاة بالكلية ، قلنا الظاهر ان من يعلم انه يقتل ان ترك الصلاة لا يتركها سيما بعد

الظراب والآكام وبطون الأودية ومنابت الشجر ، ربنا لا تحملنا مالا طاقة لنا به الآية لما ذكرنا

استتابته ثلاثة أيام ، فان تركها بعد هذا كان ميؤوساً من صلاته فلا فائدة في بقائه ولا يكون القتل هو المفوت له ، ثم لو فات به احتمال الصلاة لحصل به صلاة ألف انسان وتحصيل ذلك بتفويت احتمال صلاة واحد لايخالف الاصل ، اذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي انه يجب قتله بترك صلاة واحدة وهو احدى الروايتين عن أحمد لانه تارك للصلاة فلزم قتله كتارك ثلاث ولأن الاخبار تتناول تارك صلاة واحدة ، لكن لايثبت الوجوب حتى يضيق وقت التي بعدها لأن الاولى لايعلم تركها إلا بفوات وقتها فتصير فائتة لايجب القتل بفواتها ، فاذا ضاق وقتها علم انه يريد تركها فوجب قتله ، والثانية لايجب قتله حتى يترك ثلاث صلوات ويضيق وقت الرابعة عن فعلها لانه قد يترك الصلاة والصلاتين لشبهة ، فاذا تكرر ذلك ثلاثا تحقق انه تاركها رغبة عنها ويعتبر أن يضيق وقت الرابعة عن فعلها لما ذكرنا ، وحكى ابن حامد عن أبي اسحق ابن شاقلا انه ان ترك صلاة لاتجمع الى مابعدها كصلاة الفجر والعصر وجب قتله ، وان ترك الاولى من صلاتي الجمع لم يجب قتله لأن الوقتين كالوقت الواحد عند بعض العلماء وهذا قول حسن ، واختلفت الرواية هل يقتل لكفره أو حداً ، فروى أنه يقتل لكفره كالمرتد فلا يغسل ولا يكفن ولا يدفن بين المسلمين ولا يرثه أحد ولا يرث أحداً ، اختارها أبو إسحق بن شاقلا وابن حامد وهو مذهب الحسن والشعبي وأيوب السختياني والاوزاعي وابن المبارك وحماد بن زيد وإسحق ومحمد بن الحسن لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة » وفي لفظ عن جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان بين الرجل وبين الشرك ترك الصلاة » وعن بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « بيننا وبينهم ترك الصلاة ، فمن تركها فقد كفر » رواهن مسلم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أول ماتفقدون من دينكم الأمانة ، وآخر ماتفقدون الصلاة » قال أحمد كل شيء ذهب آخره لم يبق منه شيء . وقال عمر رضي الله عنه : لا حظ في الاسلام لمن ترك الصلاة . وقال علي رضي الله عنه : من لم يصل فهو كافر . وقال ابن مسعود : من لم يصل فلا دين له . وقال عبدالله ابن شقيق : لم يكن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون شيئاً من الاعمال تركه كفر غير الصلاة ولأنها عبادة يدخل بها في الاسلام فيخرج بتركها منه كالشهادة .

والرواية الثانية يقتل حداً مع الحكم باسلامه كالزاني المحصن وهذا اختيار أبي عبدالله بن بطة وأنكر قول من قال انه يكفر وذكر ان المذهب على هذا لم يجد في المذهب خلافا فيه وهذا قول أكثر الفقهاء وقول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وروي عن حذيفة انه قال يأتي على الناس زمان لايبقى معهم من الاسلام إلا قول لا إله إلا الله . فقيل له وماينفعهم ؟ قال تنجيهم من النار لا أبا لك . وعن والان قال : انتهيت الى داري فوجدت شاة مذبوحة فقلت من ذبحها ؟ قالوا غلامك . قلت والله ان غلامي لايصلي ، فقال النسوة نحن علمناه فسمى :

من الحديث . وكذلك ان زادت مياه العيون بحيث يضر استحب لهم أن يدعوا الله ليخففه عنهم

فرجعت الى ابن مسعود فسألته عن ذلك فأمرني بأكلها . والدليل على هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم على النار من قال لا إله إلا الله يبتغي بذلك وجه الله » وعن أبي ذر قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « ما من عبد قال لا إله إلا الله ثم مات على ذلك إلا دخل الجنة» وعن عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، وان عيسى عبد الله ورسوله وكلمته ألقاها الى مريم وروح منه ، وأن الجنة حق ، والنار حق ، أدخله الله الجنة على ما كان من عمل » وعن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يخرج من النار من قال لا إله إلا الله وكان في قلبه من الخير مايزن برة » متفق على هذه الاحاديث كلها ومثلها كثير . وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «خمس صلوات كتبهن الله على العبد في اليوم والليلة فمن جاء بهن لم يضيع منهن شيئا استخفافا بحقهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة ، ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد إن شاء عذبه وان شاء أدخله الجنة » ولو كان كافراً لم يدخله فى المشيئة وقال الخلال في جامعه : ثنا يحيى ثنا عبد الوهاب ثنا هشام ابن حسان عن عبد الله بن عبد الرحمن عن أبي شميلة ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى قباء فاستقبله رهط من الانصار يحملون جنازة على باب . فقال النبي صلى الله عليه وسلم ماهذا ؟ قالوا مملوك لآل فلان كان من أمره . قال « أكان يشهد أن لا إله الا الله »قالوا نعم. ولكنه كان وكان . فقال « أما كان يصلي » فقالوا قد كان يصلي ويدع . فقال لهم « ارجعوا به فغسلوه وكفنوه وصلوا عليه وادفنوه ، والذي نفسي بيده لقد كادت الملائكة تحول بيني وبينه » وروي باسناده عن عطاء عن عبدالله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله الا الله» ولأن ذلك إجماع المسلمين فاننا لا نعلم في عصر من الأعصار أحداً من تاركي الصلاة ترك تغسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين ولا منع ورثته ميراثه ولا منع هو ميراث مورثه ، ولا فرق بين زوجين لترك الصلاة مع أحدهما لكثرة تاركي الصلاة ، ولو كان كافراً لثبتت هذه الأحكام كلها ولا نعلم بين المسلمين خلافا في ان تارك الصلاة يجب عليه قضاؤها ، ولو كان مرتداً لم يجب عليه قضاء صلاة ولا صيام .

وأما الأحاديث المتقدمة فهي على سبيل التغليظ والتشبيه له بالكفار لا على الحقيقة كقوله عليه السلام « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » وقوله « كفر بالله تبرؤ من نسب وان دق » وقوله «من

ويصرفه الى أماكن ينفع ولا يضرر لأن الضرر بزيادة المطر أحد الضررين فاستحب الدعاء لازالته وانقطاعه كالآخر .

(فصل) واذا جاء المطر استحب أن يقول مطرنا بفضل الله ورحمته ولا يقول مطرنا بنوء كذا لأنه كما جاء في الحديث

قال لأخيه ياكافر فقد باء بها أحدهما » وقوله « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها فقد كفر بما أنزل على محمد » قال « ومن قال مطرنا بنوء الكواكب فهو كافر بالله مؤمن بالكواكب » وقوله « من حلف بغير الله فقد أشرك » وقوله « شارب الخمر كعابد وثن » وأشباه هذا مما أريد به التشديد في الوعيد وهو أصوب القولين والله أعلم

﴿ فصل ﴾ ومن ترك شرطا مجمعاً عليه أو ركنا كالطهارة والركوع والسجود فهو كتارك كها حكمه حكمه لأن الصلاة مع ذلك وجودها كعدمها ، وان ترك مختلفاً فيه كازالة النجاسة وقراءة الفاتحة[1] والطمأنينة والاعتدال بين الركوع والسجود أو بين السجدتين معتقداً جواز ذلك فلا شيء عليه ، وان تركه معتقداً تحريمه لزمته اعادة الصلاة ، ولا يقتل من أجل ذلك بحال لانه مختلف فيه فأشبه المنزوج بغير ولي، وسارق مال له فيه شبهة والله أعلم

كتاب الجنائز

يستحب للانسان ذكر الموت والاستعداد له ، فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « أكثروا من ذكر هاذم اللذات فما ذكر في كثير إلا قلله ولا في قليل إلا كثره »[2] روى البخاري أوله[3] واذا مرض استحب له أن يصبر ، ويكره الأنين لما روي عن طاوس انه كرهه، ولا يتمنى الموت لضر نزل به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل وليقل[4] اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي ، وتوفني اذا كانت الوفاة خيراً لي »[5] وقال الترمذي هذا حديث حسن

(١) قراءة الفاتحة مجمع على وجوبها وانما قال اهل الرأي ان هذا الوجوب لا يسمى فرضا لاصطلاح لهم في ذلك معروف

(٢) رواه البيهقي في سننه بلفظ «أجزله - بدل - كثره »

(٣) لا نعرف هذا في البخاري

(٤) هذا لفظ للترمذي ولفظ الصحيحين «فان كان لابد متمنيا فليقل الخ

(٥) لعله سقط من هنا :متفق عليه

كتاب الجنائز

يستحب ذكر الموت لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « أكثروا ذكر هاذم اللذات ، فما ذكر في كثير إلا قلله ، ولا في قليل الا كثره » روى البخاري أوله . قال ابن عقيل معناه متى ذكر في قليل من الرزق استكثره الانسان لاستقلال مابقي من عمره ، ومتى ذكره في كثير قلله لأن كثير الدنيا اذا علم انقطاعه بالموت قل عنده . ويستحب الاستعداد للموت قال الله تعالى (فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملا صالحا) واذا مرض الانسان استحب أن يصبر لما وعد الله الصابرين من الأجر قال الله تعالى (انما يوفى الصابرون أجرهم بغير حساب) ويكره الأنين لأنه روي عن طاوس كراهته ، ولا يتمنى الموت لضر نزل به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به ، ويقول اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي ، وتوفني اذا كانت الوفاة خيراً لي » متفق عليه وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، ويحسن ظنه بربه تعالى لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل موته بثلاثة أيام يقول «لايموتن أحدكم الا وهو يحسن الظن

صحيح ويحسن ظنه بربه تعالى . قال جابر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول قبل موته بثلاث « لايموتن أحدكم إلا وهو يحسن الظن بالله تعالى » رواه مسلم وأبو داود . وقال معتمر عن أبيه انه قال له عند موته حدثني بالرخص

﴿ فصل ﴾ يستحب عيادة المريض، قال البراء أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باتباع الجنائز وعيادة المريض رواه البخاري ومسلم ، وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما من رجل يعود مريضاً ممسياً الا خرج معه سبعون ألف ملك يستغفرون له حتى يصبح وكان له خريف في الجنة، ومن أتاه مصبحاً خرج معه سبعون ألف ملك يستغفرون له حتى يمسي وكان له خريف في الجنة » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب (١) واذا دخل على مريض دعا له ورقاه . قال ثابت لأنس يا أبا حمزة اشتكيتُ ، قال أنس أفلا أرقيك برقية رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال بلى : قال « اللهم رب الناس ، مذهب الباس ، اشف أنت الشافي شفاء لا يغادر سقما » وروى أبو سعيد قال « أتى جبريل النبي صلى الله عليه وسلم فقال يامحمد اشتكيت ؟ قال نعم . قال « بسم الله أرقيك من كل شيء يؤذيك ، من شر كل نفس وعين حاسدة ، الله يشفيك » وقال أبو زرعة كلا هذين الحديثين صحيح . وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل فانه

(١) ليس هذا لفظ رواية الترمذي بل لفظه «مامن مسلم يعود مسلما غدوة الا صلى عليه سبعون الف ملك حتى يمسي ، وان عاده عشية الا صلى عليه سبعون الف ملك حتى يصبح وكان له خريف في الجنة»

بالله عز وجل» رواه مسلم بمعناه وأبو داود . وقال معتمر عن أبيه انه قال عند موته : حدثني بالرخص

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب عيادة المريض وتذكيره التوبة والوصية)

عيادة المريض مستحبة لما روى البراء قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع ونهانا عن سبع . أمرنا بعيادة المريض واتباع الجنازة وذكر الحديث رواه البخاري ورواه مسلم بمعناه . وعن علي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « مامن مسلم يعود مسلما الا ابتعث الله له سبعون ألف ملك يصلون عليه أي ساعة من النهار كانت حتى يمسى ، وأي ساعة من الليل كانت حتى يصبح » رواه الامام أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي ، وزاد وكان له خريف في الجنة ، وقال حديث حسن غريب . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من عاد مريضا نادى مناد من السماء طبت وطاب ممشاك ، وتبوأت من الجنة منزلا » رواه الترمذي وابن ماجه وهذا لفظه ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله عز وجل يقول يوم القيامة يا ابن آدم مرضت فلم تعدني . قال يارب كيف أعودك وأنت رب العالمين ؟ قال أما علمت ان عبدي فلانا مرض فلم تعده ، أما علمت انك لو عدته لوجدتني عنده » وذكر الحديث رواه مسلم : واذا دخل على المريض سأل عن حاله ودعا له ورقاه . قال ثابت لأنس يا أبا حمزة اشتكيت . قال أنس أفلا أرقيك برقية رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال بلى ، قال « اللهم رب الناس ، مذهب الباس ، اشف أنت الشافي ، شفاء لا يغادر سقما » وروى أبو سعيد . قال « أتى جبريل النبي صلى الله عليه

لايرد من قضاء الله شيئا ، وإنه يطيب نفس المريض » رواه ابن ماجه ، ويرغبه في التوبة والوصية لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ماحق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يوصي فيه الا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليه

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يلي المريضَ أرفقُ أهله به وأعلمهم بسياسته وأتقاهم لربه تعالى ليذكره الله تعالى والتوبة من المعاصي والخروج من المظالم والوصية ، واذا رآه منزولا به تعهد بلّ حلقه بتقطير ماء أو شراب فيه ويندي شفتيه بقطنة ويستقبل به القبلة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «خير المجالس ما استقبل به القبلة » ويلقنه قول لااله الا الله لقول رسول الله صلى عليه وسلم « لقنوا موتاكم لااله الا الله » رواه مسلم . وقال الحسن سئل رسول الله صلى عليه وسلم أي الاعمال أفضل ؟ قال : « أن تموت يوم تموت ولسانك رطب من ذكر الله » رواه سعيد ، ويكون ذلك في لطف ومداراة ولا يكرر عليه ولا يضجره الا أن يتكلم بشيء فيعيد تلقينه لتكون لااله الا الله آخر كلامه نص على هذا أحمد . وروي عن عبدالله بن المبارك انه لما حضره الموت جعل رجل يلقنه لااله الا الله وأكثر عليه . فقال له عبدالله اذا قلت مرة فأنا على ذلك مالم أتكلم . قال الترمذي انما أراد عبدالله ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من كان آخر كلامه لااله الا الله دخل الجنة » رواه أبوداود

وسلم فقال يامحمد اشتكيت ؟ قال نعم . قال بسم الله أرقيك ، من كل شيء يؤذيك ، من شر كل نفس وعين حاسدة الله يشفيك » قال أبو زرعة كلا الحديثين صحيح . وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل ، فانه لايرد من قضاء الله شيئا ، وانه يطيب نفس المريض » رواه ابن ماجه

(فصل) ويستحب أن يرغبه في التوبة من المعاصي والخروج من المظالم وفي الوصية ، لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ماحق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا نزل به تعاهد بلّ حلقه بماء أو شراب ويندي شفتيه بقطنة)

يستحب أن يلي المريض أرفق أهله به وأعلمهم بسياسته وأتقاهم لله تعالى ، فاذا رآه منزولا به تعاهد بلّ حلقه بتقطير ماء أو شراب فيه ويندي شفتيه بقطنة لانه ربما ينشف حلقه من شدة مانزل به فيعجز عن الكلام

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يلقنه قول لا إله إلا الله مرة)

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لقنوا موتاكم لا إله إلا الله » رواه مسلم . وقال الحسن سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الاعمال أفضل ؟ فقال « أن تموت يوم تموت ولسانك رطب من ذكر الله » رواه سعيد بن منصور

باسناده ، وروى سعيد باسناده عن معاذ بن جبل انه لما حضرته الوفاة قال اجلسوني . فلما أجلسوه قال: كلمة سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت أخبؤها ولولا ماحضرني من الموت ما أخبرتكم بها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان آخر قوله عند الموت لااله الا الله وحده لا شريك له الا هدمت ما كان قبلها من الخطايا والذنوب فلقنوها موتاكم » فقيل يارسول الله فكيف هي للأحياء ؟ قال « هي أهدم وأهدم » قال أحمد ويقرءون عند الميت اذا حضر ليخفف عنه بالقراءة يقرأ (يس) وأمر بقراءة فاتحة الكتاب ، وروى سعيد ثنا فرج بن فضالة عن أسد بن وداعة لما حضر غضيف بن حارث الموت حضره اخوانه فقال هل فيكم من يقرأ سورة (يس) قال

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يزيد على ثلاث لئلا يضجره إلا أن يتكلم بعده بشيء فيعيد تلقينه بلطف ومداراة ليكون آخر كلامه لاإله إلا الله نص عليه أحمد)

وروي عن عبدالله بن المبارك انه لما حضره الموت جعل رجل يلقنه لا إله الا الله فأكثر عليه . فقال له عبدالله اذا قلت مرة فأنا على ذلك مالم أتكلم : قال الترمذي انما أراد ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من كان آخر كلامه لاإله الا الله دخل الجنة » رواه أبوداود . وروى باسناده عن معاذ بن جبل انه لما حضرته الوفاة قال : اجلسوني . فلما أجلسوه قال : كلمة سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت أخبؤها ولولا ماحضرني من الموت ما أخبرتكم بها ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان آخر قوله عند الموت أشهد أن لااله الا الله وحده لا شريك له إلا هدمت ما كان قبلها من الخطايا والذنوب فلقنوها موتاكم » فقيل يارسول الله فكيف هي للاحياء ؟ قال « هي أهدم وأهدم »

﴿ مسئلة ﴾ (ويقرأ عنده سورة يس)

لما روى معقل بن يسار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقرأوا (يس) على موتاكم » رواه أبو داود . وقال أحمد ويقرءون عند الميت اذا حضر ليخفف عنه بالقرآن يقرأ (يس) وأمر بقراءة فاتحة الكتاب . وروى الامام أحمد « (يس) قلب القرآن لايقرؤها رجل يريد الله والدار الآخرة إلا غفر له واقرأوها على مرضاكم »

﴿ مسئلة ﴾ (ويوجه الى القبلة)

التوجيه الى القبلة عند الموت مستحب . وهو قول عطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وإسحق وأنكره سعيد بن المسيب فانهم لما أرادوا أن يحولوه الى القبلة قال : ألم أكن على القبلة الى يومي هذا ؟ والأول أولى لأن حذيفة قال وجهوني . وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم « خير المجالس ما استقبل به القبلة » ولان فعلهم ذلك بسعيد دليل على انه كان مشهوراً بينهم يفعله المسلمون بموتاهم . وصفة توجيهه الى القبلة أن يوضع على جنبه الأيمن كما يوضع

رجل من القوم نعم . قال اقرأ ورتل وانصتوا ، فقرأ ورتل واسمع القوم ، فلما بلغ (فسبحان الذي بيده ملكوت كل شيء واليه ترجعون) خرجت نفسه . قال أسد بن وداعة فمن حضره منكم الموت فشدد عليه الموت فليقرأ عنده سورة (يس) فانه يخفف عنه الموت

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (واذا تيقن الموت وجه الى القبلة وغمضت عيناه وشد لحياه لئلا يسترخي فكه وجعل على بطنه مرآة أو غيرها لئلا يعلو بطنه)

قوله اذ تيقن الموت يحتمل انه أراد حضور الموت لأن التوجيه الى القبلة يستحب تقديمه على الموت ، واستحبه عطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام واسحق ، وأنكره سعيد بن المسيب فانهم لما أرادوا أن يحولوه الى القبلة قال مالكم ؟ قالوا نحولك الى القبلة . قال ألم أكن على القبلة الى يومي هذا ؟ والأول أولى لأن حذيفة قال وجهوني ولأن فعلهم ذلك بسعيد دليل على انه كان مشهوراً بينهم يفعله المسلمون كلهم بموتاهم ، ولأن خير المجالس ما استقبل به القبلة . ويحتمل ان الخرقي أراد تيقن وجود الموت لأن سائر ماذكر انما يفعل بعد الموت وهو تغميض الميت فانه يسن عقيب الموت لما روي عن أم سلمة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبي سلمة وقد شق بصره فأغمضه ثم قال « ان الروح اذا قبض تبعه البصر » فضج الناس من أهله فقال : « لاتدعوا على أنفسكم إلا بخير فان الملائكة يؤمنون على ماتقولون » ثم قال « اللهم اغفر لأبي سلمة وارفع درجته في المهديين المقربين ، واخلفه في عقبه في الغابرين ، واغفر لنا وله يارب العالمين ،

في اللحد إن كان المكان واسعاً وهذا مذهب الشافعي لأن هكذا استقبل المصلى على جنبه ، وإن كان المكان ضيقاً جعل على ظهره ويجعل رأسه على موضع مرتفع ليتوجه نحو القبلة ، هكذا ذكره القاضي ويحتمل أن يجعل على ظهره ، بكل حال ويحتمله كلام الخرقي لقوله وجعل على بطنه مرآة أو غيرها ، وانما يمكن ذلك اذا كان على ظهره . ويستحب تطهير ثياب الميت قبل موته ، لان أبا سعيد لما حضره الموت دعا بثياب جدد فلبسها ثم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الميت يبعث في ثيابه التي يموت فيها » [1] رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا مات أغمض عينيه وشد لحييه ولين مفاصله وخلع ثيابه وسجاه بثوب يستره وجعل على بطنه مرآة أو نحوها ووضعه على سرير غسله متوجهاً منحدراً نحو رجليه)

يستحب تغميض الميت عقيب الموت ، ويستحب لمن حضر الميت أن لايتكلم إلا بخير ، لما روت أم سلمة قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبي سلمة وقد شق بصره فأغمضه ثم قال : « ان الروح اذا قبض تبعه البصر » فضج ناس من أهله فقال « لاتدعوا على أنفسكم إلا بخير فان الملائكة يؤمنون على ماتقولون » ثم قال « اللهم اغفر لابي سلمة وارفع درجته في المقربين واخلفه

(١) الحديث معارض بما ثبت في الصحاح من ان الناس يبعثون حفاة عراة ، وتأول بعضهم الثياب بالعمل فيكون بمعنى « يبعث كل عبد على مامات عليه » كما ثبت في صحيح مسلم

وافسح له في قبره ونور له فيه » أخرجه مسلم . وروى شداد بن أوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا حضرتم موتاكم فاغمضوا البصر فان البصر يتبع الروح ، وقولوا خيراً فانه يؤمن على ماقال أهل الميت » رواه أحمد في المسند . وروى ان عمر رضي الله عنه قال لابنه حين حضرته الوفاة ادن مني فاذا رأيت روحي قد بلغت لهاتي فضع كفك اليمنى على جبهتي واليسرى تحت ذقني واغمضني. ويستحب شد لحييه بعصابة عريضة يربطها من فوق رأسه لأن الميت اذا كان مفتوح العينين والفم فلم يغمض حتى يبرد بقي مفتوحا فيقبح منظره ولا يؤمن دخول الهوام فيه والماء في وقت غسله . وقال بكر بن عبدالله المزني ويقول الذي يغمضه بسم الله وعلى وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ويجعل على بطنه شيء من الحديد كمرآة أو غيرها لئلا ينتفخ بطنه فان لم يكن شيء من الحديد فطين مبلول ويستحب أن يلي ذلك منه أرفق الناس به بأرفق مايقدر عليه . قال أحمد تغمض المرأة عينه اذا كانت ذات محرم له . وقال يكره للحائض والجنب تغميضه وأن تقرباه وكره ذلك علقمة. وروي نحوه عن الشافعي وكره الحسن وابن سيرين وعطاء أن يغسل الحائض والجنب الميت وبه قال مالك ، وقال إسحق وابن المنذر يغسله الجنب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمن ليس بنجس» ولا نعلم بينهم اختلافا في صحة تغسيلهما وتغميضهما له ، ولكن الأولى أن يكون المتولي لأموره في تغميضه وتغسيله طاهراً لأنه أكمل وأحسن

﴿ فصل ﴾ ويستحب المسارعة إلى تجهيزه اذا تيقن موته لأنه أصوب له وأحفظ من أن يتغير وتصعب معافاته ، قال أحمد كرامة الميت تعجيله وفيما روى أبوداود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

في عقبه في الغابرين ، واغفر لنا وله يارب العالمين ، وافسح له في قبره ونور له فيه » رواه مسلم . وروى شداد بن أوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا حضرتم موتاكم فاغمضوا البصر فان البصر يتبع الروح ، وقولوا خيراً فانه يؤمن على ماقال أهل الميت » رواه الامام أحمد في المسند . ويستحب شد ذقنه بعصابة عريضة يربطها من فوق رأسه، لأن الميت اذا كان مفتوح العينين والفم قبح منظره ،ولا يؤمن دخول الهوام فيه والماء في وقت غسله . قال بكر بن عبدالله المزني ويقول الذي يغمضه: بسم الله وعلى وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويجعل على بطنه شيء من الحديد كالمرآة ونحوها لئلا ينتفخ بطنه ويلين مفاصله وهو أن يردد ذراعيه الى عضديه وعضديه الى جنبيه ثم يردهما ويرد ساقيه الى فخذيه وفخذيه الى بطنه ثم يردهما ليكون ذلك أبقى للينه فيكون أمكن للغاسل في تمكينه وتمديده . قال أصحابنا ويستحب ذلك عقيب موته قبل قسوتها ببرودته ، فان شق عليه ذلك تركه ، ويخلع ثيابه لئلا يحمى فيسرع اليه الفساد والتغير ويسجيه بثوب يستره لما روت عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي سجي ببرد حبرة ،متفق عليه ، ويستحب أن يلي ذلك منه أرفق الناس به بأرفق مايقدر عليه . قال أحمد تغمض المرأة عينيه اذا كانت ذات محرم ، قال ويكره للحائض

« أني لارى طلحة قدحدث فيه الموت فآذنوني به وعجلوا فانه لاينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله » ولا بأس أن ينتظر بها مقدار مايجتمع لها جماعة لما يؤمل من الدعاء له إذا صلى عليه مالم يخف عليه أو يشق على الناس نص عليه أحمد ، وإن اشتبه أمر الميت اعتبر بظهور أمارات الموت من استرخاء رجليه وانفصال كفيه وميل أنفه وامتداد جلدة وجهه وانخساف صدغيه ، وإن مات فجأة كالمصعوق أو خائفا من حرب أوسبع أو تردى من جبل انتظر بهذه العلامات حتى يتيقن موته ، قال الحسن في المصعوق ينتظر به ثلاثا ، قال أحمد رحمه الله إنه ربما تغير في الصيف في اليوم والليلة قيل فكيف تقول قال يترك بقدر مايعلم أنه ميت قيل له من غدوة إلى الليل قال نعم

﴿ فصل ﴾ ويسارع في قضاء دينه لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « نفس المؤمن

والجنب تغميضه وأن يقرباه وكره ذلك علقمة ، وروي نحوه عن الشافعي ، وكره الحسن وابن سيرين وعطاء أن تغسل الحائض والجنب الميت ونحوه قال مالك ، وقال ابن المنذر يغسله الجنب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن المؤمن لاينجس » ولا نعلم بينهم خلافا في صحة تغسيلهما وتغميضهما له ، ولكن الأولى أن يكون المتولى لذلك طاهراً لأنه أكمل وأحسن ، ويوضع على سرير غسله أو لوح لانه أحفظ له ولا يدعه على الارض لئلا يسرع اليه التغير بسبب نداوة الارض ، ويكون متوجهاً منحدراً نحو رجليه لينصب عنه ماء الغسل وما يخرج منه ولا يستنقع تحته فيفسده

﴿ مسئلة ﴾ (ويسارع في قضاء دينه)

لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » رواه الامام احمد وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن . وعن سمرة قال : صلى نبي الله صلى الله عليه وسلم الصبح فقال « هاهنا أحد من بني فلان؟ » قالوا نعم . قال « فاز صاحبكم محتبس على باب الجنة في دين عليه » رواه الامام أحمد ، وإن تعذر ايفاء دينه في الحال استحب لوارثه أو غيره أن يتكفل به عنه كما فعل أبو قتادة لما أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجنازة ولم يصل عليها ، قال أبو قتادة : صل عليها يارسول الله وعليّ دينه رواه البخاري

﴿ مسئلة ﴾ (ويسارع في تفريق وصيته ليتعجل له ثوابها بجريانها على الموصى له)

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب المسارعة في تجهيزه اذا تيقن موته لأنه أصون له وأحفظ له من التغيير)

قال أحمد كرامة الميت تعجيله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إني لأرى طلحة قد حدث فيه الموت فآذنوني به وعجلوا فانه لاينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله » رواه أبو داود . ولا بأس أن ينتظر بها مقدار مايجتمع لها جماعة لما يؤمل من الدعاء له اذا صلى عليه مالم يخف عليه أو يشق على الناس نص عليه أحمد ، وإن شك في أمر الميت اعتبر بظهور أمارات الموت من انفصال كفيه واسترخاء رجليه وميل أنفه وانخساف صدغيه وامتداد جلدة وجهه ، فان مات فجأة كالمصعوق أو خائف

معلقة بدينه حتى يقضى عنه » قال الترمذي هذا حديث حسن وإن تعذر إيفاء دينه في الحال استحب

من حرب أو سبع أو تردى من جبل انتظر به هذه العلامات حتى يتيقن موته . قال الحسن في المصعوق ينتظر به ثلاثا . قال أحمد وربما تغير في الصيف في اليوم والليلة . قال فكيف تقول ؟ قال يترك بقدر مايعلم انه ميت . قيل له من غدوة الى الليل ؟ قال نعم

﴿ فصل في غسل الميت ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (غسل الميت ودفنه وتكفينه والصلاة عليه فرض كفاية)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي وقصته راحلته «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوب» متفق عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله إلا الله » ودفنه فرض كفاية لأن في تركه أذى للناس به وهتك حرمته ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (وأحق الناس به وصيه ثم أبوه ثم جده ثم الاقرب فالأقرب من عصباته ثم ذوا أرحامه إلا الصلاة عليه فان الأمير أحق بها بعد وصيه)

أحق الناس بغسل الميت وصيه في ذلك . وقال أصحاب الشافعي : أولى الناس بغسل الميت عصباته الاقرب فالاقرب ، فان كان له زوجة فهل تقدم على العصبات ؟ فيه وجهان

ولنا على تقديم الوصي أن أبا بكر رضي الله عنه أوصى أن تغسله امرأته أسماء بنت عميس ، وأوصى أنس أن يغسله محمد بن سيرين فقدما بذلك ، ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة ولأنه حق للميت فقدم فيه وصيه على غيره كتفريق ثلثه

(فصل) فان لم يكن له وصي فالعصبات أولى الناس به وأولاهم أبوه ثم جده وان علا ، ثم ابنه ثم ابن ابنه وان نزل ، ثم الاقرب فالاقرب من عصباته على ترتيب الميراث لأنهم أحق بالصلاة عليه

(فصل) وأحق الناس بالصلاة عليه وصيه ، وهذا قول سعيد بن زيد وأنس وأبي برزة وزيد ابن أرقم وأم سلمة . وقال الثوري ومالك والشافعي وأبو حنيفة تقدم العصبات لأنها ولاية تترتب بترتيب العصبات فالولي فيها أولى كولاية النكاح

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان أبا بكر أوصى أن يصلي عليه عمر قاله أحمد . قال وعمر أوصى أن يصلي عليه صهيب ، وأم سلمة أوصت أن يصلي عليها سعيد بن زيد ، وأبو بكرة أوصى أن يصلي عليه أبو برزة ، وقال غيره عائشة أوصت أن يصلي عليها أبو هريرة ، وابن مسعود أوصى أن يصلي عليه الزبير ، وأبو سريحة أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم ، فجاء عمرو بن حريث وهو أمير الكوفة ليتقدم فيصلي عليها . فقال ابنه أيها الأمير ان أبي أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم . فقدم زيداً . وهذه قضايا اشتهرت ولم يظهر لها مخالف فكانت إجماعا . ولأنه حق للميت فانها شفاعة له فقدم وصيه فيها كتفريق ثلثه ، وولاية النكاح يقدم عندنا فيها الوصي أيضاً على الصحيح ، وان سلمت

لوارثه أو غيره أن يتكفل به عنه كما فعل أبو قتادة لما أتي النبي صلى الله عليه وسلم بجنازة فلم يصل عليها

فليست حقاً له ، انما هي حق للمولى عليه، ولأن الغرض في الصلاة الدعاء والشفاعة الى الله عز وجل، فالميت يختار لذلك من هو أظهر صلاحا وأقرب اجابة بخلاف ولاية النكاح ، فان كان الوصي فاسقاً أو مبتدعا لم يقبل الوصية كما لو كان الوصي ذميا ، وان كان الاقرب اليه كذلك لم يقدم وصلى غيره كما يمنع من التقديم في الصلوات الخمس

﴿ مسئلة ﴾ (والأمير أحق بالصلاة عليه بعد الوصي)

وقال به أكثر أهل العلم . وقال الشافعي في أحد قوليه يقدم الولي قياساً على تقديمه في النكاح

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يُؤَمَّنَّ الرجل في سلطانه » وقال أبو حازم شهدت حسيناً حين مات الحسن يدفع في قفا سعيد بن العاص ويقول تقدم لولا السنة ماقدمتك . وسعيد أمير المدينة وهذا يقتضي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى أحمد باسناده عن عمار مولى بني هاشم قال شهدت جنازة أم كلثوم بنت علي وزيد بن عمرو فصلى عليهما سعيد بن العاص وكان أمير المدينة وخلفه يومئذ ثمانون من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وفيهم ابن عمر والحسن والحسين . وقال علي رضي الله عنه : الامام أحق من صلى على الجنازة ، وعن ابن مسعود نحو ذلك ، وهذا أشهر ولم ينكر فكان اجماعا ولانها صلاة شرعت فيها الجماعة فقدم فيها الأمير كسائر الصلوات ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه يصلون على الجنائز ، ولم ينقل الينا انهم استأذنوا أولياء الميت في التقديم والمراد بالامير ها هنا الامام ، فان لم يكن فالامير من جهته ، فان لم يكن فالنائب من قبله في الامامة فان لم يكن فالحاكم

(فصل) وأحق الناس بالصلاة بعد ذلك العصبات وأحقهم الأب ثم الجد أبو الأب وان علا ثم الابن ثم ابنه وان نزل ، ثم الأخ العصبة ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب ثم المولى المعتق ثم عصباته ، هذا الصحيح من المذهب . وقال أبو بكر ، في تقديم الأخ على الجد قولان ، وحكي عن مالك تقديم الابن على الأب لانه أقوى تعصيباً منه ، والأخ على الجد لانه يدلي بالابن والجد يدلي بالاب

ولنا انهما استويا في الادلاء ، والأب أرق وأشفق ، ودعاؤه لابنه أقرب الى الاجابة ، فكان أولى كالقريب مع البعيد ، ولأن المقصود بالصلاة الدعاء للميت والشفاعة له بخلاف الميراث

(فصل) وان اجتمع زوج المرأة وعصباتها فأكثر الروايات عن أحمد تقديم العصبات ، وهو ظاهر كلام الخرقي وقول سعيد بن المسيب والزهري ومذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة يقدم زوج المرأة على ابنها منه ، وروي عن أحمد تقديم العصبات ، قال ابن عقيل وهي أصح لأن أبا بكر صلى علي زوجته ولم يستأذن اخوتها ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول الشعبي وعطاء وعمر بن عبد العزيز وإسحق

قال أبوقتادة صل عليها يارسول الله وعلي دينه فصلى عليه ، رواه البخاري

ولنا انه يروى عن عمر انه قال لأهل امرأته: أنتم أحق بها ، ولان الزوج قد زالت زوجيته بالموت فصار أجنبياً والقرابة لم تزل ، فعلى هذه الرواية ان لم يكن لها عصبات فالزوج أولى لان له سبباً وشفقة فكان أولى من الاجنبي

(فصل) فان اجتمع أخ من أبوين ، وأخ من أب، ففي تقديم الاخ من الابوين أو التسوية وجهان بناء على الروايتين في ولاية النكاح والحكم في الاعمام وأولادهم وأولاد الاخوة كذلك فان انقرض العصبة فالمولى المنعم ، ثم عصباته ثم الرجال من ذوي أرحامه ثم الاقرب فالاقرب ثم الاجانب ، فان استوى وليان في الدرجة فأحقهما أولاهما بالامامة في المكتوبات، وقال القاضي يحتمل تقديم الأسن وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه أقرب الى اجابة الدعاء وأعظم عند الله قدراً ، والاول أولى لقوله صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله » وفضيلة السن معارضة بفضيلة العلم وقد رجحها الشارع في سائر الصلوات مع انه يقصد فيها اجابة الدعاء والحظ للمأمومين ، وقد روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال « أئمتكم شفعاؤكم » ولا يسلم ان المسن الجاهل أعظم قدراً عند الله من العالم والاقرب اجابة ، فان استووا وتشاحوا اقرع بينهم كما في سائر الصلوات

(فصل) ومن قدمه الولي فهو بمنزلته، لانها ولاية ثبتت له فكانت له الاستنابة فيها كولاية النكاح

(فصل) وان كان القريب عبداً فالحر البعيد أولى منه لأن العبد لا ولاية له في النكاح ولا المال ، كذلك هذا. فان اجتمع صبي ومملوك ونساء ، فالمملوك أولى لأنه تصح امامته بهما ، فان لم يكن الا نساء وصبيان فقياس المذهب انه لايصح أن يؤم أحد الجنسين الآخر ، ويصلي كل نوع لانفسهم وامامهم منهم ، ويصلي النساء جماعة وامامتهن في وسطهن. نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يصلين منفردات لا يسبق بعضهن بعضا ، وان صلين جماعة جاز

ولنا أنهن من أهل الجماعة فسن أن يصلين جماعة كالرجال ، وما ذكروه من كونهن منفردات لايسبق بعضهن بعضا تحكم لا يصار اليه الا بدليل ، وقد صلي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم على سعد ابن أبي وقاص رواه مسلم

(فصل) فان اجتمع جنائز فتشاح أولياؤهم فيمن يتقدم للصلاة عليهم قدم أولاهم بالامامة في الفرائض وقال القاضي يقدم من سبق ميته

ولنا انهم تساووا فأشبهوا الاولياء اذا تساووا في الدرجة مع قوله صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله » وان أراد ولي كل ميت افراد ميته بصلاة جاز

﴿ مسئلة ﴾ (وأحق الناس بغسل المرأة وصيها ثم الاقرب فالاقرب من نسائها أمها ثم بنتها ثم بناتها ثم أخواتها كما ذكرنا في حق الرجل)

ويستحب المسارعة إلى تفريق وصيته ليعجل له ثوابها بجريانها على الموصى له

وكل من لها رحم ومحرم بحيث لو كانت رجلا لم يحل له نكاحها أولى بها ممن لا رحم لها وبعدها التي لها رحم وليست بمحرم، كبنات العم والعمات وبنات الخال والخالة، فهن أولى من الاجانب، وبهذا قال الشافعي ان لم يكن لها زوج، فان كان لها زوج فهل يقدم على النساء؟ فيه وجهان: أحدهما يقدم لانه ينظر منها الى مالا ينظر النساء، والثاني يقدم النساء على الزوج لان الزوجية تزول بالموت والرحم لا يزول كما ذكرنا في حق الرجل

﴿ مسئلة ﴾ ولكل واحد من الزوجين غسل صاحبه في احدى الروايتين، كذلك السيد مع سريته)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى في غسل كل واحد من الزوجين الآخر، فروي عنه الجواز فيهما نقلها عنه حنبل، وروى عنه المنع مطلقا حكاها ابن المنذر، وروي عنه التفرقة وهو جواز غسل الزوج دون الزوجة، والقول بجواز غسل المرأة زوجها قول أهل العلم حكاه ابن المنذر اجماعاً، قالت عائشة: لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرنا ماغسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا نساؤه رواه أبو داود، وأوصى أبوبكر رضي الله عنه أن تغسله امرأته أسماء بنت عميس ففعلت، وغسل أبا موسى امرأته أم عبدالله، قال أحمد ليس فيه اختلاف بين الناس، وعنه لا يجوز، حكى عنه صالح مايدل على ذلك لانها فرقة بين الزوجين أشبهت الطلاق، ولانها أحد الزوجين أشبهت الآخر

(فصل) والمشهور عن أحمد جواز غسل الرجل زوجته، وهو قول علقمة وعبدالرحمن بن يزيد وجابر بن زيد وسليمان بن يسار وأبي سلمة وأبي قتادة وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحق، وعن أحمد رواية ثانية، ليس للزوج غسلها وهو قول أبي حنيفة والثوري لأن الموت فرقة تبيح أختها وأربعاً سواها فحرمت اللمس والنظر كالطلاق

ولنا ماروى ابن المنذر أن علياً رضي الله عنه غسل فاطمة عليها السلام واشتهر ذلك فلم ينكر فكان اجماعا، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة « لو مت قبلي لغسلتك و كفنتك » رواه ابن ماجه، والأصل في إضافة الفعل الى الشخص أن يكون للمباشرة فان حمله على الأمر يبطل فائدة التخصيص، ولأنه أحد الزوجين فأبيح له غسل صاحبه كالآخر. والمعنى في ذلك ان كل واحد من الزوجين يسهل عليه اطلاع الآخر على عورته لما كان بينهما في الحياة، ويأتي بالغسل على ما يمكنه لما كان بينهما من المودة والرحمة، وما قاسوا عليه لا يصح لانه يمنع الزوجة من النظر بخلاف هذا ولأنه لا فرق بين الزوجين إلا بقاء العدة. ولو وضعت حملها عقيب موته كان لها غسله وقد انقضت عدتها

﴿ فصل ﴾ فان طلق امرأته طلاقا بائنا ثم مات أحدهما في العدة لم يجز لواحد منهما غسل الآخر لأن اللمس والنظر محرم حال الحياة فبعد الموت أولى، وإن كان الطلاق رجعياً وقلنا الرجعية محرمة فكذلك، وان قلنا هي مباحة فحكمها حكم الزوجين لانها ترثه ويرثها ويباح له وطؤها والخلوة والنظر

﴿ فصل ﴾ ويستحب خلع ثياب الميت لئلا يخرج منه شيء يفسد به ويتلوث بها اذا نزعت عنه

الها أشبه سائر الزوجات

(فصل) وحكم أم الولد حكم الزوجة فيما ذكرنا ، واختار ابن عقيل انه لايجوز لها غسل سيدها لانها عتقت بموته ، ولم يبق علقة من ميراث ولاغيره ، وهو قول أبي حنيفة واحد الوجهين لاصحاب الشافعي ولنا انها في معنى الزوجة في اللمس والنظر والاستمتاع فكذلك في الغسل ، والميراث ليس من جملة المقتضي بدليل مالو كان أحد الزوجين رقيقا والاستبراء هاهنا كالعدة . فأما غيرها من الاماء فيجوز لسيدها غسلها في أصح الروايتين . ذكره أبو الخطاب لأنه يلزمه كفنها ودفنها ومؤنتها فهي أولى من الزوجة ، وهل يجوز لها غسل سيدها ؟ قال شيخنا : يحتمل أن لايجوز لأن الملك انتقل فيها الى غيره ، ويحتمل أن يجوز ذلك لسريته لانها محل استمتاعه ويلزمها الاستبراء بعد موته أشبهت أم الولد ، فان مات الزوج قبل الدخول بامرأته احتمل أن لايباح لها غسله لانه لم يكن بينهم استمتاع حال الحياة

(فصل) فان كانت الزوجة ذمية فليس لها غسل زوجها ، لأن الكافر لايغسل المسلم ، لأن النية واجبة في الغسل ولا تصح من الكافر . وقال الشافعي يكره لها غسله ، فان غسلته جاز لأن القصد التنظيف ، وليس لزوجها غسلها لأن المسلم لايغسل الكافر ، ولا يتولى دفنه على مايأتي ، ولانه لاميراث بينهما ولا موالاة ، وقد انقطعت الزوجية بالموت ، ويتخرج جواز ذلك بناء على غسل المسلم الكافر وهو مذهب الشافعي

(فصل) وليس لغير من ذكرنا من الرجال غسل أحد من النساء ، ولا لأحد من النساء غسل غير من ذكرنا من الرجال ، وإن كن ذات رحم محرم ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقد روي عن أحمد انه حكي له عن أبي قلابة غسل ابنته فاستعظم ذلك ولم يعجبه ، وذلك انها محرمة حال الحياة فلم يجب غسلها كالأجنبية وأخته من الرضاع ، فان لم يوجد من يغسلها من النساء فقال مهنا : سألت أحمد عن الرجل يغسل أخته اذا لم يجد نساء ؟ قال لا . قلت فكيف يصنع ؟ قال يغسلها وعليها ثيابها يصب الماء صبا . قلت لأحمد وكذلك كل ذات محرم تغسل وعليها ثيابها ؟ قال نعم . وذلك لانه لايحل مسها ، والأولى انها تيمم كالاجنبية . لأن الغسل من غير مس لايحصل به التنظيف ، ولا إزالة النجاسة . بل ربما كثرت أشبه مالو عدم الماء . وقال الحسن ومحمد ومالك والشافعي لابأس بغسل ذات محرمه عند الضرورة

﴿ مسألة ﴾ (وللرجل والمرأة غسل من له دون سبع سنين وفي ابن السبع وجهان)

أما غسل النساء للطفل الصغير فهو اجماع حكاه ابن المنذر ، واختلف أهل العلم في حده فقال أحمد لهن غسل من له دون سبع سنين . وقال الحسن اذا كان فطيما أو فوقه ، وقال الاوزاعي ابن أربع أو خمس ، وقال أصحاب الرأي الذي لم يتكلم

ويسجى بثوب يستر جميعه قالت عائشة سجي رسول اللهﷺ بثوب حبرة، متفق عليه ولا يترك الميت على الارض لانه أسرع لفساده ولكن على سرير أو لوح ليكون أحفظ له

ولنا أن من له دون سبع سنين لم يؤمر بالصلاة، ولم يخير بين أبويه، ولا عورة له أشبه مالو سلموه فأما من بلغ السبع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز اختاره أبو بكر لانه غير مكلف أشبه ماقبل السبع، (والثاني) لايجوز اختاره ابن حامد وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الاثرم، وقيل سئل عن غلام ابن سبع سنين تغسله المرأة ؟ فقال هو ابن سبع وهو يؤمر بالصلاة، ولو كان أقل من سبع كان أهون عندي، وحكى أبو الخطاب فيمن بلغ السبع روايتين، والصحيح ان من بلغ عشراً ليس للنساء غسله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « وفرقوا بينهم في المضاجع » وأمر بضربهم على الصلاة لعشر، فاما من بلغ السبع والعشر ففيه احتمالان ووجهما ماذكرنا، وأما الجارية اذا لم تبلغ سبعاً فقال القاضي وأبو الخطاب يجوز للرجال غسلها، وقال الخلال: القياس التسوية بينهما لكل واحد منهما على الآخر فعلى قولنا حكمها حكم الغلام، ولا يغسل الرجل من بلغت عشراً لما ذكرنا في الصبي ويحتمل أن يحد ذلك بتسع في حق الجارية لقول عائشة اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وفيما قبل ذلك الوجهان، ونقل عن أحمد رحمه الله كراهة ذلك وقال النساء أعجب الي، وذكر له أن الثوري قال: تغسل المرأة الصبي والرجل الصبية، فقال لا بأس أن تغسل المرأة الصبي، وأما الرجل يغسل الصبية فلا أجترىء عليه إلا أن يغسل الرجل ابنته الصغيرة، ويروى عن أبي قلابة انه غسل ابنة له صغيرة وهو قول الحسن، وكره غسل الرجل الصغيرة سعيد والزهرى، وقال شيخنا: وهذا أولى من قول الاصحاب، لان عورة الجارية أفحش من عورة الغلام، ولان العادة مباشرة المرأة للغلام الصغير، والنظر الى عورته في حال تربيته ومسها، ولم تجر العادة للرجل بمباشرة عورة الجارية حال الحياة فكذلك حالة الموت، وهذا اختيار شيخنا والله أعلم

(فصل) ويصح أن يغسل المحرم الحلال والحلال المحرم لان كل واحد منهما تصح طهارته وغسله

﴿ مسئلة ﴾ (واذا مات رجل بين نسوة أو امرأة بين رجال أو خنثى مشكل يمم في أصح الروايتين وفي الأخرى يصب عليه الماء من فوق قميص ولا يمس)

اذا مات رجل بين نسوة أجانب، أو امرأة بين رجال أجانب، أو مات خنثى مشكل، فانه ييمم في الصحيح من المذهب. وهذا قول سعيد بن المسيب والنخعي وحماد ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، والوجه الثاني يغسل في قميص ويجعل الغاسل على يده خرقة وفيه رواية أخرى انه يغسل من فوق القميص يصب عليه الماء صباً ولا يمس، وهو قول الحسن وإسحق

ولنا ماروى واثلة بن الاسقع قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا ماتت المرأة مع الرجال ليس بينها وبينهم محرم تيمم كما ييمم الرجال » ولان الغسل من غير مس لايحصل به التنظيف

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا أخذ في غسله ستر من سترته الى ركبتيه ﴾

وجملته أن المستحب تجريد الميت عند غسله ويستر عورته بمئزر ، هذا ظاهر قول الخرقي ورواه الأثرم عن أحمد فقال يغطى مابين سرته وركبتيه ، وهذا اختيار أبي الخطاب وهومذهب ابن سيرين ومالك وأبي حنيفة. وروى المروذي عن أحمد أنه قال يعجبني أن يغسل الميت وعليه ثوب يدخل يده من تحت الثوب قال وكان أبوقلابة اذا غسل ميتا جلله بثوب ، قال القاضي السنة أن يغسل في قميص رقيق ينزل الماء فيه ولايمنع أن يصل إلى بدنه ويدخل يده في كم القميص فيمرها على بدنه والماء يصب فان كان القميص ضيقا فتق رأس الدخاريص وأدخل يده منه ، وهذا مذهب الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم غسل فى قميصه وقال سعد ، اصنعوا بي كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال أحمد غسل النبي صلى الله عليه وسلم في قميصه وقد أرادوا خلعه فنودوا أن لاتخلعوه واستروا نبيكم

ولنا أن تجريده أمكن لتغسيله وأبلغ في تطهيره والحي يتجرد اذا اغتسل فكذا الميت ، ولانه إذا اغتسل في ثوبه تنجس الثوب بما يخرج وقد لايطهر بصب الماء عليه فيتنجس الميت به

ولا إزالة النجاسة بل ربما كثرت ، ولا يسلم من النظر ، فكان العدول الى التيمم أولى ، كما لو عدم الماء فأما ان ماتت الجارية بين محارمها الرجال فقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يغسل مسلم كافراً ولا يدفنه إلا أن لايجد من يواريه غيره)

اذا مات كافر مع مسلمين لم يغسلوه سواء كان قريباً لهم أو لا ، ولا يتولوا دفنه إلا أن لايجدوا من يواريه وهذا قول مالك ، وقال أبوحفص العكبري : يجوز له غسل قريبه الكافر ودفنه ، وحكاه قولا لاحمد وهو مذهب الشافعي لما روي عن علي رضي الله عنه قال : قلت للنبي صلى الله عليه وسلم ان عمك الشيخ الضال قد مات، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اذهب فواره» رواه أبوداود والنسائي

ولنا انه لايصلي عليه ولا يدعو له فلم يكن له غسله كالاجنبي ، والحديث يدل على مواراته وله ذلك اذا خاف من التغير به والضرر ببقائه ، قال أحمد في يهودي أو نصراني مات وله ولد مسلم : فليركب دابته ويسر أمام الجنازة ، واذا أراد أن يدفن رجع مثل قول عمر رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أخذ في غسله ستر عورته وجرده ، وقال القاضي يغسل في قميص واسع الكمين)

يجب ستر عورة الميت بغير خلاف علمناه وهو مابين سرته الى ركبته وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعلي « لاتنظر الى فخذ حي ولا ميت » رواه أبوداود ، قال ابن عبد البر : وروي « الناظر من الرجال الى فروج الرجال كالناظر منهم الى فروج النساء والمتكشف ملعون » قال أبو داود : قلت لأحمد الصبي يستر كما يستر الكبير (أعني) الصبي الميت في الغسل ؟ قال : أي شيء يستر منه ليست عورته بعورة ويغسله النساء

فاما النبي صلى الله عليه وسلم فذاك خاص له ألا ترى أنهم قالوا نجرده كما نجرد موتانا ، كذلك روت عائشة ، قال ابن عبدالبر روي ذلك عنها من وجه صحيح ، فالظاهر أن تجريد الميت فيما عدا العورة كان مشهوراً عندهم ولم يكن هذا ليخفي على النبي صلى الله عليه وسلم بل الظاهر أنه كان بأمره لانهم كانوا ينتهون إلى رأيه ، ويصدرون عن أمره فى الشرعيات واتباع أمره وفعله أولى من اتباع غيره ولان مايخشى من تنجيس قميصه بما يخرج منه كان مأموناً في حق النبي صلى الله عليه وسلم لانه طيب حياً وميتاً بخلاف غيره وانما قال سعد إلحدوا لي لحداً ، وانصبوا علي اللبن نصباً كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم ولو ثبت أنه أراد الغسل فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع

وأما ستر مابين السرة والركبة فلا نعلم فيه خلافا فان ذاك عورة ، وستر العورة مأمور به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعلي لاتنظر إلى فخذ حي ولاميت قال ابن عبدالبر وروي «الناظر من الرجال إلى فروج الرجال كالناظر منهم الى فروج النساء والمتكشف ملعون »

﴿ فصل ﴾ قال أبوداود قلت لأحمد: الصبي يستر كما يستر الكبير أعني الصبي الميت في الغسل قال أي شيء يستر منه وليست عورته بعورة ويغسله النساء

(فصل) ويستحب تجريد الميت عند غسله ماسوى عورته رواه الاثرم عن أحمد وهذا ظاهر كلام الخرقي، واختيار أبي الخطاب واليه ذهب ابن سيرين ومالك وأبو حنيفة ! وروى المروذي عن أحمد انه قال : يعجبني أن يغسل الميت وعليه ثوب يدخل يده من تحت الثوب قال : وكان ابوقلابة اذا غسل ميتاً جلله بثوب ، وقال القاضي :السنة أن يغسل في قميص رقيق ينزل الماء فيه ولا يمنع أن يصل الى يديه ، وويدخل يده في كم القميص فيمرها على بدنه والماء يصب ، فان كان القميص ضيقا فتق رأس الدخاريص وأدخل يده فيه ، وهذا مذهب الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم غسل في قميصه ، وقال سعد اصنعوا بي كما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال أحمد غسل النبي صلى الله عليه وسلم في قميصه وقد أرادوا خلعه فنودوا ألا تخلعوه واستروا نبيكم

ولنا ان تجريد الميت أمكن لتغسيله وتطهيره ، والحي يتجرد اذا اغتسل فكذلك الميت ولأنه اذا اغتسل في ثوبه ينجس الثوب بما يخرج وقد لايطهر بصب الماء عليه فينجس الميت به . فأما النبي صلى الله عليه وسلم فذلك خاص له ، ألا ترى انهم قالوا : نجرده كما نجرد موتانا كذلك روته عائشة ، قال ابن عبدالبر روي ذلك عنها من وجه صحيح ، فالظاهر ان تجريد الميت فيما عدا العورة كان مشهورا عندهم ولم يكن هذا ليخفى عن النبي صلى الله عليه وسلم بل الظاهر انه كان بأمره لانهم كانوا ينتهون الى رأيه ويصدرون عن أمره في الشرعيات ، واتباع أمره وفعله أولى من اتباع غيره ، ولان مايخشى من تنجيس قميصه بما يخرج منه كان مأمونا في حق النبي صلى الله عليه وسلم لانه طاهر حياً وميتاً بخلاف غيره، وانما قال سعد : إلحدوا لي لحدا ، وانصبوا علي اللبن نصبا كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولاستحباب أن لا يغسل تحت السماء ولا يحضره الا من يعين في أمره مادام يغسل ﴾

وجملة ذلك أن المستحب أن يغسل في بيت وكان ابن سيرين يستحب أن يكون البيت الذي يغسل فيه مظلما ذكره أحمد فان لم يكن جعل بينه وبين السماء ستراً قال ابن المنذر كان النخعي يحب أن يغسل وبينه وبين السماء سترة

وروى أبوداود باسناده قال أوصى الضحاك أخاه سالما قال إذا غسلتني فاجعل حولي ستراً واجعل بيني وبين السماء سترا ، وذكر القاضي أن عائشة قالت أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نغسل ابنته فجعلنا بينها وبين السقف ستراً ، قال وإنما استحب ذلك خشية أن يستقبل السماء بعورته وإنما كره أن يحضره من لايعين في أمره لانه يكره النظر إلى الميت إلا لحاجة ، ويستحب للحاضرين غض أبصارهم عنه إلا من حاجة وسبب ذلك أنه ربما كان بالميت عيب يكتمه، ويكره أن يطلع عليه بعد موته وربما حدث منه أمر يكره الحي أن يطلع منه على مثله وربما ظهر فيه شي هو في الظاهر منكر فيحدث به فيكون فضيحة له،وربما بدت عورته فشاهدها ولهذا أحببنا أن يكون الغاسل ثقة أمينا صالحا ليستر مايطلع عليه ، وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال« ليغسل موتاكم المأمونون » رواه ابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (ويستر الميت عن العيون ، ولا يحضره إلا من يعين في غسله)

يستحب ستر الميت وأن يغسل في بيت إن أمكن لانه أستر له ، فان لم يكن بيت جعل بينه وبين السماء سترا ، وكان ابن سيرين يستحب أن يكون البيت الذي يغسل فيه مظلما ذكره أحمد ، وروى أبو داود باسناد له قال : أوصى الضحاك أخاه سالما قال : اذا غسلتني فاجعل حولي سترا ، واجعل بيني وبين السماء سترا ، وذكر القاضي ان عائشة قالت : أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نغسل ابنته فجعلنا بينها وبين السقف سترا، وانما استحب ذلك لئلا يستقبل السماء بعورته ، وانما استحب ستر الميت، وأن لايحضره إلا من يعين في غسله لانه يكره النظر الى الميت إلا لحاجة لانه ربما كان بالميت عيب يكتمه ويكره أن يطلع عليه بعد موته وربما حدث منه أمر يكره الحي أن يطلع منه على مثله ، وربما ظهر فيه شيء هو في الظاهر منكر فيتحدث به فيكون فضيحة وربما بدت عورته فشاهدها ، ويستحب للحاضرين غض أبصارهم عنه إلا لحاجة كذلك، ولهذا أحببنا أن يكون الغاسل ثقة أمينًا ليستر مايطلع عليه . وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « ليغسل موتاكم المأمونون » رواه ابن ماجه ، وعن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليله أقربكم منه ان كان يعلم ، فان كان لا يعلم فمن ترون عنده حظا من ورع » رواه الامام أحمد . وقال القاضي : لو ليه

وروي عنه عليه السلام أنه قال «من غسل ميتا ثم لم يفش عليه خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » رواه ابن ماجه أيضاً . وفي المسند عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من غسل ميتا فأدى فيه الامانة ولم يفش عليه مايكون منه عند ذلك خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه» وقال« ليله أقربكم منه إن كان يعلم، فان كان لا يعلم فمن ترون أن عنده حظا من ورع وأمانة » وقال القاضي لوليه أن يدخله كيف شاء ، وكلام الخرقي عام في المنع والعلة تقتضي التعميم والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وينبغي للغاسل ولمن حضر إذا رأى من الميت شيئا مما ذكرناه مما يحب الميت ستره أن يستره ولا يحدث به لما رويناه ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة »وإن رأى حسنا مثل أمارات الخير من وضاءة الوجه والتبسم ونحو ذلك استحب اظهاره ليكثر الترحم عليه ويحصل الحث على مثل طريقته والتشبه بجميل سيرته ، قال ابن عقيل وان كان الميت مغموصاً عليه في الدين والسنة مشهوراً ببدعته فلا بأس باظهار الشر عليه لتحذر طريقته وعلى هذا ينبغي أن يكتم مايرى عليه من أمارات الخير لئلا يغتر مغتر بذلك فيقتدي به في بدعته

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتلين مفاصله إن سهلت عليه والا تركها ﴾

معنى تليين المفاصل هو أن يرد ذراعيه الى عضديه وعضديه إلى جنبيه ثم يردهما ويرد ساقيه الى فخذيه وفخذيه الى بطنه ثم يردهما ليكون ذلك أبقى للينه فيكون ذلك أمكن للغاسل من تكفينه وتمديده وخلع ثيابه وتغسيله قال أصحابنا ويستحب ذلك في موضعين عقيب موته قبل قسوتها ببرودته واذا أخذ في غسله وان شق ذلك لقسوة الميت أوغيرها تركه لانه لا يؤمن أن تنكسر أعضاؤه ويصير به ذلك الى المثلة

أن يدخل كيف شاء والأولى ماذكرنا ان شاء الله لأن العلة تقتضي التعميم

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرفع رأسه برفق الى قريب من الجلوس ويعصر بطنه عصراً رفيقا ويكثر صب الماء حينئذ)

يستحب للغاسل أن يبدأ فيحني الميت حنياً رفيقا لا يبلغ به الجلوس لأن في الجلوس أذية ، ثم يمر يده على بطنه يعصره عصراً ليخرج مامعه من نجاسة كيلا يخرج بعد ذلك ، ويكثر صب الماء حينئذ ليخفى مايخرج منه ويذهب به الماء . ويستحب أن يكون بقربه مجمر فيه بخور حتى لا يظهر منه ريح . وروي عن أحمد انه قال لا يعصر بطن الميت في المرة الأولى، ولكن في الثانية ، وقال في موضع آخر يعصر بطنه في الثالثة يمسح مسحاً رفيقا مرة واحدة ، وقال أيضاً :عصر بطن الميت في الثانية أمكن، لأن الميت لا يلين حتى يصيبه الماء

(فصل) فان كانت امرأة حاملا لم يعصر بطنها لئلا يؤذي أم الولد ، لما روت أم سليم قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا توفيت المرأة فأرادوا غسلها فليبدأ ببطنها فليمسح مسحا رفيقا إن لم تكن حبلى ، فان كانت حبلى فلا يحركنها » رواه الخلال

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويلف على يده خرقة فينقي مابه من نجاسة ويعصر بطنه عصراً رفيقا

وجملته أنه يستحب أن يغسل الميت على سرير يترك عليه متوجها الى القبلة منحدراً نحو رجليه لينحدر الماء بما يخرج منه ولا يرجع الى جهة رأسه ويبدأ الغاسل فيحني الميت حنيا رفيقاً لا يبلغ به قريبا من الجلوس لأن في الجلوس أذية له ثم يمر يده على بطنه يعصره عصراً رفيقاً ليخرج مامعه من نجاسة لئلا يخرج بعد ذلك ويصب عليه الماء حين يمر يده صباً كثيراً ليخفي مايخرج منه ويذهب به الماء ويستحب أن يكون بقربه مجمر فيه بخور حتى لا يظهر منه ريح ، وقال أحمد رحمه الله لا يعصر بطن الميت في المرة الاولى ولكن في الثانية ، وقال في موضع آخر يعصر بطنه في الثالثة يمسح مسحا رفيقا مرة واحدة ، وقال أيضا عصر بطن الميت في الثانية أمكن لأن الميت لا يلين حتى يصيبه الماء ويلف الغاسل على يده خرقة خشنة يمسحه بها لئلا يمس عورته لان النظر الى العورة حرام فاللمس أولى ويزيل ماعلى بدنه من نجاسة لأن الحي يبدأ بذلك في اغتساله من الجنابة

ويستحب أن لا يمس بقية بدنه الا بخرقة ، قال القاضي يعد الغاسل خرقتين يغسل باحداهما السبيلين والأخرى سائر بدنه فان كان الميت امرأة حاملا لم يعصر بطنها لئلا يؤذي الولد وقد جاء في حديث رواه الخلال باسناده عن أم سليم قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا توفيت المرأة

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يلف على يده خرقة فينجيه ولا يحل مس عورته ، ويستحب أن لا يمس سائر بدنه الا بخرقة)

يستحب للغاسل اذا عصر بطن الميت أن ينجيه فيلف على يده خرقة خشنة يمسحه بها لئلا يمس عورته لأن النظر الى عورة الميت حرام فمسها أولى ، ويزيل ماعلى بدنه من نجاسة لان الحي يبدأ بذلك في اغتساله من الجنابة ، ويستحب أن لا يمس سائر بدنه الا بخرقة لما روي ان علياً رضي الله عنه غسل النبي صلى الله عليه وسلم وبيده خرقة يمسح بها ماتحت القميص . قال القاضي : يعد الغاسل خرقتين يغسل باحداهما السبيلين وبالأخرى سائر بدنه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينوي غسلهما ويسمي)

النية في غسل الميت واجبة على الغاسل ، وفي وجوب التسمية روايتان كغسل الجنابة ، وانما أوجبناها على الغاسل لتعذرها من الميت ولأن الحي هو المخاطب بالغسل . وقال القاضي وابن عقيل ويحتمل أن لا تعتبر النية لان القصد التنظيف فأشبه غسل النجاسة ، والصحيح الأول لانه لو كان كذلك لما وجب غسل متنظف ولجاز غسله بماء الورد ، وكل مايحصل به التنظيف وانما هو غسل تعبد فأشبه غسل الجنابة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويدخل أصبعيه مبلولتين بالماء بين شفتيه فيمسح أسنانه وفي منخريه فينظفها ويوضيه ولا يدخل الماء في فيه ولا أنفه)

فارادوا غسلها فليبدأ ببطنها فليمسح مسحاً رفيقاً ان لم تكن حبلى فان كانت حبلى فلا يحركها »

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويوضئه وضوءه للصلاة ولا يدخل الماء في فيه ولا في أنفه فان كان فيهما أذى أزاله بخرقة ﴾

وجملة ذلك أنه اذا أنجاه وأزال عنه النجاسة بدأ بعد ذلك فوضأه وضوء الصلاة فيغسل كفيه ثم يأخذ خرقة خشنة فيبلها ويجعلها على أصبعه فيمسح أسنانه وأنفه حتى ينظفهما ويكون ذلك فى رفق ثم يغسل وجهه ويتمم وضوءه ، لأن الوضوء يبدأ به فى غسل الحي وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للنساء اللاتي غسلن ابنته « أبدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها » متفق عليه

وفي حديث أم سليم «فاذا فرغت من غسل سفلتها غسلا نقياً بماء وسدر فوضئيها وضوء الصلاة ثم اغسليها» ولا يدخل الماء فاه ولا منخريه في قول أكثر أهل العلم ، كذلك قال سعيد بن جبير والنخعي والثوري وأبو حنيفة وقال الشافعي يمضمضه وينشقه كما يفعل الحي

ولنا أن إدخال الماء فاه وأنفه لا يؤمن معه وصوله إلى جوفه فيفضي إلى المثلة به ولا يؤمن خروجه في أكفانه .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويصب عليه الماء فيبدأ بميامنه ويقلبه على جنبيه ليعم الماء سائر جسمه ﴾

وجملة ذلك أنه اذا وضأه بدأ بغسل رأسه ثم لحيته نص عليه أحمد ، فيضرب السدر فيغسلها برغوته ويغسل وجهه ويغسل اليد اليمنى من المنكب إلى الكفين وصفحة عنقه اليمنى وشق صدره وجنبيه وفخذه وساقه يغسل الظاهر من ذلك وهو مستلق ثم يصنع ذلك بالجانب الايسر ثم يرفعه من جانبه الأيمن ولا يكبه لوجهه فيغسل الظهر وماهناك من وركه وفخذه وساقه ثم يعود فيحرفه على جنبه الايمن ويغسل شقه الأيسر كذلك هكذا ذكره ابراهيم النخعي والقاضي وهو أقرب إلى موافقة قوله عليه السلام «ابدأن بميامنها» وهو أشبه بغسل الحي

وجملة ذلك انه اذا نجى الميت وأزال النجاسة بدأ بعد ذلك فوضاه وضوء الصلاة فيغسل كفيه ثم يأخذ خرقة خشنة فيبلها ويجعلها على أصبعيه فيمسح أسنانه وأنفه حتى ينظفهما ويكون ذلك في رفق ثم يغسل وجهه ويتمم وضوءه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للنساء اللاتي غسلن ابنته « ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها » متفق عليه ولأن الحي يبدأ بالوضوء في غسله ولا يدخل الماء في فيه ولا أنفه في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير والنخعي والثوري وأبو حنيفه ، وقال الشافعي يمضمضه وينشقه كما يفعل الحي

ولنا ان ذلك لا يؤمن معه وصوله الى جوفه فيفضي الى المثلة به ولا يؤمن من خروجه في اكفانه فيفسدها

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويكون في كل المياه شيء من السدر ، ويضرب السدر فيغسل برغوته رأسه ولحيته ﴾

هذا المنصوص عن أحمد قال صالح قال أبي : الميت يغسل بماء وسدر ثلاث غسلات قلت فينقى عليه ، فقال أي شيء يكون هو أنقى له وذكر عن عطاء أن ابن جريج قال له انه يبقى عليه السدر اذا غسل به كل مرة فقال عطاء هو طهور ، وفي رواية أبي داود عن أحمد قال ، قلت يعني لأحمد أفلا تصبون ماء قراحا ينظفه ؟ قال إن صبوا فلا بأس ، واحتج أحمد بحديث أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفيت ابنته قال « اغسلنها ثلاثا أو خمساً أو اكثر من ذلك ان رأيتن بماء وسدر واجعلن في الآخرة كافورا » متفق عليه ، وحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغسلوه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يضرب السدر فيغسل برغوته رأسه ولحيته وسائر بدنه ، ثم يغسل شقه الايمن ثم الأيسر يفعل ذلك ثلاثا)

يستحب أن يبدأ الغاسل بعد وضوء الميت بغسل رأس الميت فيغسله برغوة السدر ويغسل بدنه بالثفل يفعل ذلك ثلاثا ، والمنصوص عن أحمد رحمه الله انه يستحب أن يغسل ثلاثا بماء وسدر قال صالح: قال أبي: الميت يغسل بماء وسدر ثلاث غسلات . قلت فيبقى عليه ؟ قال أي شيء يكون هو أنقى له . وذكر عن عطاء ان ابن جريج قال له انه يبقى عليه السدر اذا غسل به كل مرة ، قال عطاء هو طهور ، واحتج أحمد بحديث أم عطية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفيت ابنته قال « اغسلنها ثلاثا أو أربعاً أو خمساً أو أكثر من ذلك ان رأيتن بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافورا » متفق عليه . وذهب كثير من أصحابنا المتأخرين الى انه لايترك في الماء سدر يغيره ثم اختلفوا فقال ابن حامد يطرح في كل المياه شيء يسير من السدر لايغيره ليجمع بين العمل بالحديث ويكون الماء باقياً على اطلاقه ، وقال القاضي وأبو الخطاب يغسل أول مرة بالسدر ثم يغسل بعد ذلك بالماء القراح فيكون الجميع غسلة واحدة ويكون الاعتداد بالآخر دون الاول ، لأن أحمد رحمه الله شبه غسله بغسل الجنابة ، ولأن السدر ان غير الماء سلبه الطهورية، وان لم يغيره فلا فائدة في ترك يسير لايؤثر ، والاول ظاهر كلام أحمد ويكون هذا من قوله دالا على ان تغيير الماء بالسدر لايخرجه عن طهوريته ، فان لم يجد السدر غسله بما يقوم مقامه ويقرب منه كالخطمي ونحوه لحصول المقصود به ، وان غسله بذلك مع وجود السدر جاز لأن الشرع ورد بهذا لمعنى معقول وهو التنظيف فيتعدى الى كل ماوجد فيه المعنى ، قال أبو الخطاب : ويستحب أن يخضب رأس المرأة ولحية الرجل بالحناء ويستحب أن يبدأ بشقه الايمن فيغسل وجهه ويده اليمنى من المنكب الى الكفين وصفحة عنقه اليمنى وشق صدره وجنبه وفخذه وساقه وهو مستلق ثم يصنع ذلك بالجانب الايسر ثم يرفعه من جانبه ولا

بماء وسدر » متفق عليه ، وفي حديث أم سليم « ثم اغسليها بعد ذلك ثلاث مرات بماء وسدر » وذهب كثير من أصحابنا المتأخرين الى أنه لايترك مع الماء سدراً يغيره ثم اختلفوا ، فقال ابن حامد يطرح في كل المياه شيء يسير من السدر لايغيره ليجمع بين العمل بالحديث ،ويكون الماء باقيا على طهوريته ، وقال القاضي وأبوالخطاب يغسل أول مرة بالسدر ثم يغسل بعد ذلك بالماء القراح فيكون الجميع غسلة واحدة ويكون الاعتداد بالآخر دون الاول لأن أحمد رحمه الله شبه غسله بغسل الجنابة ، ولأن السدر ان غير الماء سلبه وصف الطهورية وان لم يغيره فلا فائدة في ترك يسير لا يؤثر وظاهر كلام أحمد الاول ويكون هذا من قوله دالا على أن تغيير الماء بالسدر لا يخرجه عن طهوريته قال بعض أصحابنا يتخذ الغاسل ثلاثة أواني: آنية كبيرة يجمع فيها الماء الذي يغسل به الميت يكون بالبعدمنه

يكبه لوجهه فيغسل الظهر وما هناك من وركه وفخذه وساقه ثم يعود فيحرفه على جنبه الأيمن ويغسل شقه الايسر كذلك ، هكذا ذكره ابراهيم النخعي والقاضي وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم «ابدأن بميامنها » وهو أشبه بغسل الحي

(فصل) والواجب غسلة واحدة لانه غسل واجب من غير نجاسة أصابته فكان مرة واحدة كغسل الجنابة . قال عطاء: يجزيه غسلة واحدة ان نقوه ، وقد روي عن أحمد انه قال:لا يعجبني إن غسل واحدة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغسلنها ثلاثا أو خمسا » وهذا على سبيل الكراهة دون الاجزاء لما ذكرنا ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المحرم «اغسلوه بماء وسدر» ولم يذكر عددا

(فصل) والحائض والجنب اذا ماتا كغيرهما في الغسل ، قال ابن المنذر هذا قول من نحفظ عنه من علماء الامصار ، وقد قال الحسن وسعيد بن المسيب: ما مات ميت الا جنب ، وقيل عن الحسن انه يغسل الجنب للجنابة والحائض للحيض ثم يغسلان للموت ، والأول أولى لانهما خرجا من أحكام التكليف ولم يبق عليهما عبادة واجبة ،وانما الغسل للميت تعبد وليكون في حال خروجه من الدنيا على أكمل حال من النظافة وهذا يحصل بغسلة واحدة ولان الغسل الواحد يجزي من وجد في حقه شيئان كالحيض والجنابة كذا هذا

(فصل) وقال بعض أصحابنا: يتخذ الغاسل ثلاث أواني آنية كبيرة يجمع فيه الماء الذي يغسل به الميت تكون بالبعد منه، واناءين صغيرين يطرح من أحدهما على الميت والثالث يغرف به من الكبير في الصغير الذي يغسل به الميت ليكون الكبير مصونا ، فاذا فسد الماء الذي في الصغير وطار فيه من رشاش الماء كان ما بقي في الكبير كافيا ، ويستعمل في كل أموره الرفق به في تقليبه وعرك أعضائه وعصر بطنه وتليين مفاصله وفي سائر أموره احتراما له فانه مشبه بالحي في حرمته ولا يأمن ان عنف به أن ينفصل منه عضو فيكون مثلة به وقد قال صلى الله عليه وسلم « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » وقال « ان الله يحب الرفق في الامر كله »

وإناءين صغيرين يطرح من أحدهما على الميت والثالث يغرف به من الكبير في الصغير الذي يغسل به الميت ليكون الكبير مصونا. فاذا فسدالماء الذي في الصغير وطار فيه من رشاش الماء كان مابقي في الكبير كافيا ،ويضرب السدر فيغسل برغوته رأسه ولحيته ويبلغه سائر بدنه كما يفعل الحي اذا اغتسل

﴿ فصل ﴾ فان لم يجد السدرغسله بما يقوم مقامه ويقرب منه كالخطمي ونحوه لان المقصود يحصل منه وإن غسله بذلك مع وجود السدر جاز لأن الشرع ورد بهذا لمعنى معقول وهو التنظيف فيتعدى الى كل ماوجد فيه المعنى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويستعمل في كل أموره الرفق به ﴾

ويستحب الرفق بالميت في تقليبه وعرك أعضائه وعصر بطنه وتليين مفاصله وسائر أموره احتراما

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم ينق بالثلاث وخرج منه شيء غسله الى خمس فان زاد فالى سبع)

اذا فرغ الغاسل من الغسلة الثالثة لم يمر يده على بطن الميت لئلا يخرج منه شيء ، فان رأى الغاسل انه لم ينق بالثلاث غسله خمساً أو سبعا إن رأى ذلك ولا يقطع إلا على وتر . قال الامام أحمد ولا يزاد على سبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اغسلنها ثلاثا أو خمساً أو سبعا » لم يزد على ذلك وجعل ما أمر به وترا ، وقال أيضاً « اغسلنها وترا » فان لم ينق بالسبع فقال شيخنا : الأولى غسله حتى ينقى لقوله صلى الله عليه وسلم « اغسلنها ثلاثا أو خمساً أو سبعاً أو أكثر من ذلك إن رأيتن ذلك » ولأن الزيادة على الثلاث انما كانت للانقاء أو للحاجة اليها ، فكذلك مابعد السبع ، ولا يقطع إلا على وتر لما ذكرنا ، ولم يذكر أصحابنا انه يزيد على سبع

(فصل) فان خرج من الميت نجاسة بعد الثلاث وهو على مغتسله من قبله أو دبره غسله الى خمس فان خرج بعد الخمس غسله الى سبع ،ويوضيه في الغسلة التي تلي خروج النجاسة . قال صالح قال أبي يوضأ الميت مرة واحدة إلا أن يخرج منه شيء فيعاد عليه الوضوء وهذا قول ابن سيرين وإسحق، واختار أبو الخطاب انه يغسل موضع النجاسة ويوضأ ولا يجب اعادة غسله وهو قول الثوري ومالك وأبي حنيفة لأن خروج النجاسة من الحي بعد غسله لايبطله فكذلك الميت ، وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أن القصد من غسل الميت أن يكون خاتمة أمره الطهارة الكاملة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغسلنها ثلاثا أو خمساً أو سبعا إن رأيتن ذلك بماء وسدر » فان خرجت منه نجاسة من غير السبيلين فقال أحمد في رواية أبي داود : الدم أسهل من الحدث يعني الدم الذي يخرج من أنفه أسهل من الحدث في انه لايعاد له الغسل لأن الحدث ينقض الطهارة بالاتفاق ويسوى بين قليله وكثيره ، ويحتمل انه إن أراد الغسل لا يعاد من يسيره كما لاينقض الوضوء بخلاف الخارج من السبيلين

﴿ مسئلة ﴾ (ويجعل في الغسلة الأخيرة كافوراً)

يستحب أن يجعل في الغسلة الأخيرة كافوراً ليشده ويبرده ويطيبه لقول النبي صلى الله عليه

له فانه مشبه بالحي في حرمته ولا يأمن إن عنف به أن ينفصل منه عضو فيكون مثلة به وقد قال عليه الصلاة والسلام « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » وقال « إن الله يحب الرفق في الأمر كله »

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والماء الحار والاشنان والخلال يستعمل ان احتيج اليه ﴾

هذه الثلاثة تستعمل عند الحاجة اليها مثل أن يحتاج الى الماء الحار لشدة البرد أو لوسخ لا يزول إلا به وكذا الاشنان يستعمل اذا كان على الميت وسخ .

قال أحمد اذا طال ضنى المريض غسل بالاشنان يعني أنه يكثر وسخه فيحتاج الا الاشنان ليزيله والخلال يحتاج اليه لاخراج شيء ، والمستحب أن يكون من شجرة لينة كالصفصاف ونحوه مما ينقي ولا يجرح وإن لف على رأسه قطنا فحسن ويتتبع ماتحت أظفاره حتى ينقيه فان لم يحتج إلى شيء من ذلك لم يستحب استعماله وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة المسخن أولى بكل حال لانه ينقي مالا ينقي البارد

ولنا أن البارد يمسكه والمسخن يرخيه ولهذا يطرح الكافور في الماء ليشده ويبرده ، والانقاء يحصل بالسدر اذا لم يكثر وسخه فان كثر ولم يزل إلا بالحار صار مستحباً

وسلم للنساء اللاتي غسلن ابنته « اغسلنها بالسدر وترا ثلاثا أو خمساً أو أكثر من ذلك واجعلن في الغسلة الاخيرة كافورا » وفي حديث أم سليم « فاذا كان في آخر غسلة من الثالثة أو غيرها فاجعلن ماء فيه شيء من كافور وشيء من سدر ثم اجعلي ذلك في جرة جديدة ثم أفرغيه عليها وابدئي برأسها حتى يبلغ رجليها »

﴿ مسئلة ﴾ (والماء الحار والخلال والاشنان يستعمل إن احتيج اليه)

هذه الثلاثة تستعمل عند الحاجة اليها مثل أن يحتاج الى الماء الحار لشدة البرد ، أو الوسخ لا يزول إلا به ، وكذلك الاشنان يستعمل اذا كان على الميت وسخ . قال أحمد اذا طال ضنا المريض غسل بالاشنان يعني انه يكثر وسخه فيحتاج الى الاشنان ليزيله ، والخلال يحتاج اليه لاخراج شيء والأولى أن يكون من شجرة كالصفصاف ونحوه ومما ينقي ولا يجرح ، وإن جعل على رأسه قطنا فحسن ويتتبع ماتحت أظفاره فينقيه فان لم يحتج الى شيء من ذلك لم يستحب استعماله وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة والمسخن أولى لكن حال انه ينقي مالا ينقي البارد

ولنا ان البارد يمسكه والمسخن يرخيه ولهذا يطرح الكافور في الماء ليشده ويبرده والانقاء يحصل بالسدر اذا لم يكثر وسخه ، فان كثر ولم يزل إلا بالحار صار مستحبا

﴿ مسئلة ﴾ (ويقص شاربه ويقلم أظافره ولا يسرح شعره ولا لحيته)

متى كان شارب الميت طويلا استحب قصه وهذا قول الحسن وبكر بن عبدالله وسعيد بن جبير وإسحق ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يؤخذ من الميت شيء لانه قطع شيء منه فلم يستحب كالختان ، ولأصحاب الشافعي اختلاف كالقولين

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويغسل الثالثة بماء فيه كافور وسدر ولا يكون فيه سدر صحاح ﴾
الواجب في غسل الميت مرة واحدة لانه غسل واجب عن غير نجاسة اصابته فكان مرة واحدة كغسل الجنابة والحيض ، ويستحب أن يغسل ثلاثا كل غسلة بالماء والسدر على ماوصفنا ويجعل في الماء كافوراً في الغسلة الثالثة ليشده ويبرده ويطيبه لقول رسول الله صلى الله علية وسلم للنساء اللاتي غسلن ابنته « اغسلنها بالسدر وتراً ثلاثا أو خمساً أو أكثر من ذلك ان رأيتن واجعلن في الغسلة الأخيرة كافوراً »وفي حديث أم سليم « فاذا كان في آخر غسلة من الثالثة أو غيرها فاجعلي ماء فيه شيء من كافور وشيء من سدر ثم اجعلي ذلك في جرة جديدة ثم أفرغيه عليها وابدئي برأسها حتى يبلغ رجليها» ولا يجعل في الماء سدر صحيح لانه لا فائدة فيه لان السدر إنما أمر به للتنظيف والمعد للتنظيف إنما هو المطحون ، ولهذا لا يستعمله المغتسل به من الأحياء الا كذلك قال أبوداود قلت لاحمد إنهم يأتون بسبع ورقات من سدر فيلقونها في الماء في الغسلة الاخيرة فانكر ذلك ولم يعجبه .واذا فرغ من الغسلة الثالثة لم يمر يده على بطن الميت لئلا يخرج منه شيء ويقع في اكفانه ، قال أحمد ويوضأ الميت

ولنا قول أنس : اصنعوا بموتاكم ماتصنعون بعرائسكم .والعروس يحسن ويزال عنه مايستقبح من الشارب وغيره ولأن تركه يقبح منظره فشرع إزالته كفتح عينيه وفمه ، ولأنه فعل مسنون في الحياة لا مضرة فيه فشرع بعد الموت كالاغتسال ، وعلى هذا يخرج الختان لما فيه من المضرة ، واذا أخذ منه جعل مع الميت في أكفانه ، وكذلك كل ما أخذ منه من شعر أو ظفر أو غيرها فانه يغسل ويجعل معه في أكفانه لانه جزء من الميت فأشبه أعضاءه

(فصل) فأما قص الاظفار اذا طالت ففيها روايتان . إحداهما لا تقلم وينقى وسخها وهو ظاهر كلام الخرقي لأن الظفر لا يظهر كظهور الشارب فلا حاجة الى قصه ، والثانية يقص اذا كان فاحشاً نص عليه لانه من السنة ولا مضرة فيه فيشرع اخذه كالشارب ، ويمكن حمل الرواية الأولى على ما اذا لم يفحش . ويخرّج في نتف الأبط وجهان بناء على الروايتين في قص الاظفار لانه في معناه

(فصل) فأما العانة ففيها وجهان: أحدهما لا تؤخذ وهو ظاهر كلام الخرقي وهو قول ابن سيرين ومالك وأبي حنيفة . وروي عن أحمد أن أخذها مسنون وهو قول الحسن وبكر بن عبدالله وسعيد ابن جبير وإسحق لأن سعد بن أبي وقاص جزّ عانة ميت ولانه شعر يسن إزالته في الحياة أشبه قص الشارب ، والصحيح الأول لانه يحتاج في أخذها الى كشف العورة ولمسها وهتك الميت وذلك محرم لا يفعل لغير واجب ، ولأن العانة مستورة يستغنى بسترها عن إزالتها لانها لا تظهر بخلاف الشارب . فاذا قلنا بأخذها فقال أحمد تؤخذ بالموسى أو بالمقراض . وقال القاضي تزال بالنورة لانه أسهل ولا يمسها ، ووجه قول أحمد انه فعل سعد ، والنورة لا يؤمن أن تتلف جلد الميت ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

مرة واحدة في الغسلة الاولى وما سمعنا الا أنه يوضأ أول مرة وهذا والله أعلم مالم يخرج منه شيء ومتى خرج منه شيء أعاد وضوءه لأن ذلك ينقض الوضوء من الحي ويوجبه ، وان رأى الغاسل أن يزيد على ثلاث لكونه لم ينق بها أو غير ذلك غسله خمسا أو سبعا ولم يقطع الا على وتر . قال أحمد ولا يزاد على سبع والاصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اغسلنها ثلاثا او خمسا أو سبعا » لم يزد على ذلك وجعل جميع ما أمر به وتراً وقال أيضاً أغسلنها وترا وان لم ينق بسبع فالاولى غسله حتى ينقى ولا يقطع الا على وتر لقوله عليه السلام « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا أو أكثر من ذلك إن رأيتن » ولأن الزيادة على الثلاث انما كان للانقاء أو للحاجة اليها وكذلك فيما بعد السبع ولم يذكر أصحابنا أنه يزيد على سبع

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فان خرج منه شيء غسله الى خمس فان زاد فالى سبع ﴾

يعني إن خرجت نجاسة من قبله أو دبره وهو على مغتسله بعد الثلاث غسله الى خمس فان خرج بعد الخامسة غسله الى سبع ويوضيه في الغسلة التي تلي خروج النجاسة قال صالح قال أبي يوضأ الميت مرة واحدة الا أن يخرج منه شيء فيعاد عليه الوضوء ويغسله الى سبع وهو قول ابن سيرين

(فصل) فأما الختان فلا يشرع لانه إبانة جزء من أعضائه وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي عن بعض أهل العلم انه يختن حكاه الامام أحمد ، والاول أولى لما ذكرناه ، ولا يحلق رأس الميت وقال بعض أصحاب الشافعي يحلق اذا لم يكن له جمة للتنظيف ، والاول أولى لانه ليس من السنة في الحياة وانما يراد لزينة أو نسك ، ولا يطلب شيء من ذلك ها هنا

(فصل) وإن جبر عظمه بعظم فجبر ثم مات فان كان طاهراً لم ينزع وإن كان نجساً وأمكن إزالته من غير مثلة أزيل لانه نجاسة مقدور على إزالتها من غير ضرر ، وإن أفضى الى المثلة لم يقلع وإن كان في حكم الباطن كالحي ، وإن كان عليه جبيرة يفضي نزعها الى مثلة مسح عليها كحال الحياة وإلا نزعها وغسل ما تحتها . قال أحمد في الميت تكون أسنانه مربوطة بذهب إن قدر على نزعه من غير أن تسقط بعض أسنانه نزعه ، وإن خاف سقوط بعضها تركه

(فصل) ومن كان مشنجاً أو به حدب أو نحو ذلك فأمكن تمديده بالتليين والماء الحار فعل ذلك وإن لم يمكن إلا بعسف تركه بحاله ، فان كان على صفة لا يمكن تركه على النعش إلا على وجه يشهر بالمثلة ترك في تابوت أو تحت مكبة كما يصنع بالمرأة لانه أصون له وأستر

ويستحب أن يترك فوق سرير المرأة شيء من الخشب أو الجريد مثل القبة ويترك فوقه ثوب ليكون أستر لها . وقد روي ان فاطمة بنت رسول الله ﷺ رضي الله عنها أول من صنع لها ذلك بأمرها.

(فصل) فأما تسريح رأسه ولحيته فكرهه أحمد ، وقالت عائشة : علام تنصون ميتكم ؟ أي لا تسرحوا رأسه بالمشط ولأن ذلك يقطع شعره وينتفه وهذا مذهب أبي حنيفه . وقد روي عن

واسحق واختار أبو الخطاب أنه يغسل موضع النجاسة ويوضأ ولا يجب اعادة غسله وهو قول الثوري ومالك وأبي حنيفة لأن خروج النجاسة من الحي بعد غسله لا يبطله فكذلك الميت. وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أن القصد من غسل الميت أن يكون خاتمة أمره الطهارة الكاملة ألا ترى أن الموت جرى مجرى زوال العقل في حق الحي، وقد أوجب الغسل في حق الميت فكذلك هذا ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغسلنها ثلاثا أوخمسا أوسبعا إن رأيتن ذلك بماء وسدر »

﴿ فصل ﴾ وان خرجت منه نجاسة من غير السبيلين فقال أحمد فيما روى أبو داود الدم أسهل من الحدث ومعناه أن الدم الذي يخرج من أنفه أسهل من الحدث في أن لا يعاد له الغسل لأن الحدث ينقض الطهارة بالاتفاق ويسوى بين كثيره وقليله ويحتمل أنه أراد أن الغسل لا يعاد من يسيره كما لا ينقض الوضوء بخلاف الخارج من السبيلين

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فان زاد حشاه بالقطن فان لم يستمسك فبالطين الحر ﴾

وجملة ذلك أنه اذا خرجت منه نجاسة بعد السبع لم يعد الى الغسل قال أحمد من غسل ميتا لم يغسله اكثر من سبع لا يجاوزه خرج منه شيء أو لم يخرج قيل له فنوضيه اذا خرج منه شيء بعد السبع قال لا لأن النبي صلى الله عليه وسلم كذا أمر ثلاثا أوخمسا أوسبعا في حديث أم عطية، ولأن زيادة الغسل وتكريره عند كل خارج يرخيه ويفضي الى الحرج لكنه يغسل النجاسة ويحشو مخرجها بالقطن وقيل يلجم بالقطن كما تفعل المستحاضة ومن به سلس البول فان لم يمسكه ذلك حشي بالطين

أم عطية قالت : مشطناها ثلاثة قرون متفق عليه . قال أحمد انما ضفرن وأنكر المشط فكأنه تأول قولها مشطناها على انها أرادت ضفرناها لما ذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويضفر شعر المرأة ثلاثة قرون ويسدل من ورائها)

يستحب ضفر شعر المرأة ثلاثة قرون قرنيها وناصيتها ويلقى من خلفها، وبهذا قال الشافعي وإسحق وابن المنذر . وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي لا يضفر ولكن يرسل مع خديها من الجانبين ثم يرسل عليه الخمار لأن ضفره يحتاج الى تسريحه فيتقطع وينتشف

ولنا ماروت أم عطية قالت : ضفرنا شعرها ثلاثة قرون وألقيناه خلفها تعني بنت النبي ﷺ متفق عليه . ولمسلم فضفرنا شعرها ثلاثة قرون قرنيها وناصيتها، وفي حديث أم سليم عن النبي ﷺ واضفرن شعرها ثلاثة قرون قصة وقرنين ولا تشبهنها بالرجال

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينشفه بثوب)

وذلك مستحب لئلا تبتل أكفانه، وفي حديث ابن عباس في غسل النبي ﷺ قال: فجففوه بثوب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (فان خرج منه شيء بعد السبع حشاه بالقطن فان لم يستمسك فبالطين الحر)

الحر وهو الخالص الصلب الذي له قوة تمسك المحل وقد ذكر أحمد أنه لايوضأ ويحتمل أنه يوضأ وضوء الصلاة كالجنب اذا أحدث بعد غسله وهذا أحسن

﴿فصل﴾ والحائض والجنب اذا ماتا كغيرهما في الغسل ، قال ابن المنذر هذا قول من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقال الحسن وسعيد بن المسيب ما مات ميت الا جنب وقيل عن الحسن أنه يغسل الجنب للجنابة والحائض للحيض ثم يغسلان للموت والأول أولى لأنهما خرجا من أحكام التكليف ولم يبق عليهما عبادة واجبة وانما الغسل للميت تعبد وليكون في حال خروجه من الدنيا على أكمل حال من النظافة والنضارة وهذا يحصل بغسل واحد ولأن الغسل الواحد يجزي من وجد في حقه موجبان له كما لو اجتمع الحيض والجنابة

﴿فصل﴾ والواجب في غسل الميت النية والتسمية في احدى الروايتين وغسله مرة واحدة لانه غسل تعبد عن غير نجاسة أصابته شرط لصحة الصلاة فوجب ذلك فيه كغسل الجنابة وقد شبه أحمد غسله بغسل الجنابة ولما تعذرت النية والتسمية من الميت اعتبرت في الغاسل لأنه المخاطب بالغسل قال عطاء يجزيه غسلة واحدة أن انقوه وقال أحمد لايعجبني أن يغسل واحدة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغسلنها ثلاثا أو خمسا » وهذا على سبيل الكراهة دون الاجزاء لما ذكرناه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المحرم الذي وقصته ناقته « اغسلوه بماء وسدر » ولم يذكر عددا ، وقال ابن عقيل يحتمل أن لاتعتبر النية لأن القصد التنظيف فاشبه غسل النجاسة ولا يصح هذا لانه لو كان كذلك لما وجب غسل متنظف ولجاز غسله بماء الورد وسائر ما يحصل به التنظيف ، وانما هو غسل تعبد أشبه غسل الجنابة

﴿مسألة﴾ قال ﴿وينشفه بثوب ويجمر اكفانه﴾

وجملته انه اذا فرغ الغاسل من غسل الميت نشفه بثوب لئلا يبل أكفانه ، وفي حديث أم سليم فاذا فرغت منها فألق عليها ثوبا نظيفا ، وذكر القاضي في حديث ابن عباس في غسل النبي صلى الله عليه وسلم قال فجففوه بثوب، ومعنى تجمير أكفانه تبخيرها بالعود وهو أن يترك العود على النار في مجمر ثم يبخر به الكفن حتى تعبق رائحته ويطيب ويكون ذلك بعد أن يرش عليه ماء الورد لتعلق الرائحة به ، وقد روي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جمرتم الميت فجمروه ثلاثا » وأوصى أبو سعيد وابن عمر وابن عباس أن تجمر أكفانهم بالعود وقال أبو هريرة يجمر الميت ولأن هذا عادة الحي عند غسله وتجديد ثيابه أن يجمر بالطيب والعود فكذلك الميت

﴿مسألة﴾ قال ﴿ويكفن في ثلاثة أثواب بيض يدرج فيها ادراجا ويجعل الحنوط فيما بينها﴾ الافضل عند امامنا رحمه الله أن يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض ليس فيها قميص ولا عمامة

متى خرجت من الميت نجاسة بعد السبع لم يعد الى الغسل نص عليه أحمد لأن اعادة غسله

ولا يزيد عليها ولا ينقص منها ، قال الترمذي: والعمل عليه عند اكثر أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم وهو مذهب الشافعي ، ويستحب كون الكفن أبيض لان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألبسوا من ثيابكم البياض فانه أطهر وأطيب وكفنوا فيه موتاكم » رواه النسائي وحكي عن أبي حنيفة أن المستحب أن يكفن في ازار ورداء وقميص ، لما روى ابن المغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم كفن في قميصه ولان النبي ﷺ ألبس عبد الله بن أبيّ قميصه وكفنه به رواه النسائي

ولنا قول عائشة رضي الله عنها كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة. متفق عليه وهو أصح حديث روي في كفن رسول الله ﷺ وعائشة أقرب الى النبي ﷺ وأعرف باحواله ولهذا لما ذكر لها قول الناس إن النبي ﷺ كفن في برد ، قالت قد أتي بالبرد ولكنهم لم يكفنوه فيه فحفظت ماأغفله غيرها وقالت أيضا أدرج النبي ﷺ في حلة يمنية كانت لعبد الله بن أبي بكر ثم نزعت عنه فرفع عبدالله بن أبي بكر الحلة وقال أكفن فيها ثم قال لم يكفن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم واكفن فيها فتصدق بها رواه مسلم ، ولأن حال الأحرام اكمل أحوال الحي وهو لايلبس المخيط وكذلك حالة الموت أشبه بها .

وأما إلباس النبي ﷺ عبدالله بن أبي قميصه فانما فعل ذلك تكرمة لابنه عبدالله بن عبدالله بن أبي واجابة لسؤاله حين سأله ذلك ليتبرك به أبوه ويندفع عنه العذاب ببركة قميص رسول الله ﷺ وقيل إنما فعل ذلك جزاء لعبد الله بن أبي عن كسوته العباس قميصه يوم بدر والله أعلم

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن يؤخذ أحسن اللفائف وأوسعها فيبسط أولا ليكون الظاهر للناس حسنها فان هذا عادة الحي يجعل الظاهر أفخر ثيابه. ويجعل عليها حنوطا ثم يبسط الثانية التي تليها في الحسن والسعة عليها ويجعل فوقها حنوطا وكافورا ثم يبسط فوقهما الثالثة ويجعل فوقها حنوطا وكافورا ولايجعل على وجه العليا ولاعلى النعش شيء من الحنوط لأن الصديق رضي الله عنه قال: لاتجعلوا على أكفاني حنوطا ، ثم يحمل الميت مستورا بثوب فيوضع عليها مستلقيا لأنه أمكن لادراجه فيها ويجعل ماعند رأسه أكثر مما عند رجليه ويجعل من الطيب على وجهه ومواضع سجوده ومغابنه لأن الحي يتطيب هكذا ويجعل بقية الحنوط والكافور في قطن ويجعل منه بين أليتيه برفق ويكثر ذلك ليرد شيئا إن خرج منه حين تحريكه ويشد فوقه خرقة مشقوقة الطرف كالتبان ، وهو السراويل بلا أكام ويجعل الباقي على منافذ وجهه في فيه ومنخريه وعينيه لئلا يحدث منهن حادث، وكذلك الجراح النافذة ويترك على مواضع السجود منه لانها أعضاء شريفة ثم يثني طرف اللفافة العليا على شقه الايمن ثم يرد طرفها الآخر على شقه الأيسر ، وإنما استحب ذلك لئلا يسقط عنه الطرف الأيمن إذا وضع علي يمينه في

يفضي الى الحرج، ولأن النبي ﷺ أمر ثلاثا أو خمسا أو سبعا في حديث أم عطية ، لكن يحشوه

القبر ثم يفعل بالثانية والثالثة كذلك ثم يجمع مافضل عند رأسه ورجليه فيرد على وجهه ورجليه وإن خاف انتشارها عقدها وإذا وضع في القبر حلها ولم يخرق الكفن

﴿ فصل ﴾ وتكره الزيادة على ثلاثة أثواب في الكفن لما فيه من اضاعة المال وقد نهى عنه النبي ﷺ ويحرم ترك شيء مع الميت من ماله لغير حاجة لما ذكرنا إلا مثل ماروي عن النبي ﷺ أنه ترك تحته قطيفة في قبره فان ترك نحو ذلك فلا بأس .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان كفن في قميص ومئزر ولفافة جعل المئزر مما يلي جلده ولم يزر عليه القميص ﴾

التكفين في القميص والمئزر واللفافة غير مكروه وانما الافضل الاول وهذا جائز لا كراهة فيه فان النبي صلى الله عليه وسلم ألبس عبدالله بن أبي قميصه لما مات رواه البخاري فيؤزر بالمئزر ويلبس القميص ثم يلف باللفافة بعد ذلك ، وقال أحمد ان جعلوه قميصا فاحب إلي أن يكون مثل قميص الحي له كمان ودخاريص وازرار ولا يزر عليه القميص

﴿ فصل ﴾ قال أبوداود قلت لاحمد يتخذ الرجل كفنه يصلي فيه أياما أو قلت يحرم فيه ثم يغسله ويضعه لكفنه فرآه حسنا قال يعجبني أن يكون جديدا أو غسيلا وكره أن يلبسه حتى يدنسه

﴿ فصل ﴾ ويجوز التكفين في ثوبين لقول النبي ﷺ في المحرم الذي وقصته دابته « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين » رواه البخاري ، وكان سويد بن غفلة يقول يكفن في ثوبين وقال الاوزاعي يجزى ثوبان وأقل مايجزي ثوب واحد يستر جميعه ، قالت أم عطية لما فرغنا يعني من غسل بنت رسول الله ﷺ ألقى الينا حقوه فقال أشعرنها إياه ولم يزد على ذلك رواه البخاري وقال معنى أشعرنها إياه الففنها فيه ، قال ابن عقيل العورة المغلظة يسترها ثوب واحد فجسد الميت أولى وقال القاضي لايجزي أقل من ثلاثة أثواب لمن يقدر عليها ، وروى مثل ذلك عن عائشة واحتج بأنه لو جاز أقل منها لم يجز التكفين بها في حق من له أيتام احتياطا لهم ، والصحيح الأول وما ذكره القاضي لايصح فانه يجوز التكفين بالحسن مع حصول الاجزاء بما دونه .

﴿ فصل ﴾ قال أحمد يكفن الصبي في خرقة وإن كفن في ثلاثة فلا بأس وكذلك قال اسحق ونحوه قال سعيد بن المسيب والثوري وأصحاب الرأي وغيرهم لاخلاف بينهم في أن ثوبا يجزئه وان كفن في ثلاثة فلا بأس لانه ذكر فأشبه الرجل .

﴿ فصل ﴾ فان لم يجد الرجل ثوبا يستر جميعه ستر رأسه وجعل على رجليه حشيشا أو ورقا كما روي عن خباب أن مصعب بن عمير قتل يوم أحد فلم يوجد له شيء يكفن فيه الا نمرة فكنا اذا

بالقطن أو يلجم بالقطن كما تفعل المستحاضة ومن به سلس البول ، فان لم يمسكه ذلك حشي بالطين الخالص الصلب الذي له قوة يمسك المحل

وضعناها على رأسه خرجت رجلاه وإذا وضعناها على رجليه خرج رأسه فأمرنا النبي ﷺ أن نغطي رأسه ونجعل على رجليه من الاذخر رواه البخاري فان لم يجد إلا مايستر العورة سترها لانها أهم في الستر بدليل حالة الحياة فان كثر القتلى وقلت الاكفان كفن الرجلان والثلاثة في الثوب الواحد كما صنع بقتلى أحد، قال أنس كثرت قتلى أحد وقلت الثياب قال فكفن الرجل والرجلان والثلاثة في الثوب الواحد ثم يدفنون في قبر واحد قال الترمذي حديث أنس حديث حسن غريب

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتجعل الذريرة في مفاصله ويجعل الطيب في مواضع السجود والمغابن ويفعل به كما يفعل بالعروس ﴾

الذريرة هي الطيب المسحوق ويستحب أن يجعل في مفاصل الميت ومغابنه وهي المواضع التي تنثني من الانسان كطي الركبتين وتحت الابطين وأصول الفخذين لانها مواضع الوسخ ويتبع بازالة الوسخ والدرن منها من الحي ويتبع بالطيب من المسك والكافور مواضع السجود لانها أعضاء شريفة ويفعل به كما يفعل بالعروس لانه يروى عن النبي ﷺ « اصنعوا بموتاكم كما تصنعون بعرائسكم » وكان ابن عمر يتبع مغابن الميت ومرافقه بالمسك، قال أحمد يخلط الكافور بالذريرة وقيل له يذر المسك على الميت أو يطلى به قال لايبالى قد روي عن ابن عمر أنه ذر عليه

وروي عنه أنه مسحه بالمسك مسحا، وابن سيرين طلا انسانا بالمسك من قرنه إلى قدمه وقال ابراهيم النخعي يوضع الحنوط على أعظم السجود الجبهة والراحتين والركبتين وصدور القدمين

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يجعل في عينيه كافورا ﴾

انما كره هذا لانه يفسد العضو ويتلفه ولا يصنع مثله بالحي قال أحمد ما سمعنا إلا في المساجد وحكي له عن ابن عمر أنه كان يفعل فانكر أن يكون ابن عمر فعله وكره ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان خرج منه شيء يسير بعد وضعه في أكفانه لم يعد الى الغسل وحمل ﴾

لانعلم بين أهل العلم في هذا خلافا والوجه في ذلك أن اعادة الغسل فيها مشقة شديدة لانه يحتاج

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يغسل المحل ويوضأ)

وقد ذكر عن أحمد انه لا يوضأ وهو قول لاصحاب الشافعي والاولى ان شاء الله إنه يوضأ كالجنب اذا أحدث بعد الغسل لتكون طهارته كاملة

﴿ مسئلة ﴾ (فان خرج منه شيء بعد وضعه في أكفانه لم يعد الى الغسل)

قال شيخنا رحمه الله لا نعلم في ذلك خلافا اذا كان الخارج يسيراً لما في اعادة الغسل من المشقة الكثيرة لانه يحتاج الى اخراجه واعادة غسله وغسل أكفانه وتجفيفها أو ابدالها ثم لا يؤمن مثل هذا في المرة الثانية والثالثة فسقط ذلك، ولا يحتاج أيضاً الى اعادة وضوئه ولا غسل موضع النجاسة

الى اخراجه وإعادة غسله وغسل أكفانه وتجفيفها أو ابدالها ثم لا يؤمن مثل هذا في المرة الثانية والثالثة

دفعاً لهذه المشقة ويحمل بحاله ، وقد روي عن الشعبي ان ابنة له لما لفت في أكفانها بدا منها شيء . فقال الشعبي : ارفعوا. وان كان كثيراً . فالظاهر عنه انه يحمل أيضاً لما ذكرنا ، وعنه انه يعاد غسله ويطهر كفنه لانه يؤمن مثله في الثاني للتحفظ بالتلجم والشد

﴿ مسئلة ﴾ (ويغسل المحرم بماء وسدر ولا يلبس المخيط ولا يخمر رأسه ولا يقرب طيبا)

اذا مات المحرم لم يبطل حكم احرامه بموته ويجنب مايجنبه المحرم من الطيب وتغطية الرأس ولبس المخيط وقطع الشعر ، روي ذلك عن عثمان وعلي وابن عباس وبه قال عطاء والثوري والشافعي وإسحق ، وقال مالك والاوزاعى وأبو حنيفة يبطل احرامه بموته ويصنع به مايصنع بالحلال . وروي ذلك عن عائشة وابن عمر وطاوس لأنها عبادة شرعية فبطلت بالموت كالصلاة والصيام

ولنا ماروى ابن عباس أن رجلا وقصه بعيره ونحن مع النبي ﷺ فقال النبي ﷺ «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين ولا تمسوه طيباً ولا تخمروا رأسه ، فان الله يبعثه يوم القيامة ملبدا » وفي رواية « ملبيا » متفق عليه . فان قيل هذا خاص له لأنه يبعث يوم القيامة ملبيا قلنا حكم النبي ﷺ في واحد حكمه في مثله إلا ان يرد تخصيصه، ولهذا ثبت حكمه في شهداء أحد وفي سائر الشهداء قال أبو داود سمعت أحمد يقول: في هذا الحديث خمس سنن — كفنوه في ثوبيه أي يكفن في ثوبين ، وأن يكون في الغسلات كلها سدر ، ولا تخمروا رأسه ، ولا تقربوه طيبا ، وكون الكفن من جميع المال . قال أحمد في موضع يصب عليه الماء صبا ، ولا يغسل كما يغسل الحلال ، وانما كره عرك رأسه ومواضع الشعر كيلا ينقطع شعره

(فصل) واختلف عن أحمد في تغطية وجهه فعنه لا يغطى نقلها عنه اسماعيل بن سعيد لأن في بعض الحديث «ولا تخمروا رأسه ولا وجهه » وعنه لا بأس بتغطية وجهه . نقلها عنه سائر أصحابه لحديث ابن عباس المذكور فانه أصح ماروي فيه وليس فيه سوى المنع من تغطية الرأس ، ولا يلبس المخيط لانه يحرم عليه في حياته فكذلك بعد الموت، واختلف عن أحمد أيضاً في تغطية رجليه ، فروى حنبل عنه لا يغطى رجلاه كذلك ذكره الخرقى . وقال الخلال لا أعرف هذا في الاحاديث ولا رواه أحد عن أبي عبدالله غير حنبل وهو عندي وهم من حنبل ، والعمل على انه يغطى جميع المحرم إلا رأسه ولأن المحرم لا يمنع من تغطية رجليه في حياته فكذلك بعد موته ، فان كان الميت امرأة محرمة ألبست القميص وخمرت كما تفعل في حياتها ولم تقرب طيبا ولم يغط وجهها لانه يحرم عليها في حياتها فكذلك بعد موتها ، فان ماتت المتوفى عنها زوجها في عدتها احتمل أن لا تطيب لأنها ممنوعة حال حياتها ، واحتمل أن تطيب لأن التطيب انما حرم لكونه يدعو الى نكاحها وقد زال بالموت وهو أصح ، ولاصحاب الشافعي وجهان

فسقط لذلك، ولا يحتاج أيضاً إلى إعادة وضوء، ولا غسل موضع النجاسة دفعا لهذه المشقة، ويحمل بحاله ويروى عن الشعبي أن ابنة له لما لفت في أكفانها بدا منها شيء فقال الشعبي ارفعوا فاما إن كان

﴿ مسألة ﴾ (والشهيد لا يغسل إلا أن يكون جنبا)

اذا مات الشهيد في المعركة لم يغسل رواية واحدة اذا لم يكن جنباً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ولا نعلم خلافا إلا عن الحسن وسعيد بن المسيب فانهما قالا يغسل ما مات ميت إلا جنبا

ولنا ماروى جابر ان النبي ﷺ أمر بدفن شهداء أحد في دمائهم ولم يغسلهم ولم يصل عليهم متفق عليه . اذا ثبت هذا فيحتمل ان ترك الغسل لما يتضمنه من ازالة أثر العبادة المستطاب شرعاً فانه جاء عن النبي ﷺ انه قال « والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله إلا جاء يوم القيامة اللون لون دم والريح ريح مسك » رواه البخاري . وروى عبدالله بن ثعلبة ان النبي ﷺ قال « زملوهم بدمائهم فانه ليس كلم يكلم في الله إلا يأتي يوم القيامة يدمى لونه لون الدم وريحه ريح المسك » رواه النسائي ، ويحتمل ان الغسل لا يجب إلا من أجل الصلاة إلا ان الميت لا فعل له فأمرنا بغسله ليصلى عليه ، فمن لم تجب الصلاة عليه لم يجب غسله كالحي ، ويحتمل ان الشهداء في المعركة يكثرون فيشق غسلهم فعفي عنه لذلك

(فصل) فان كان الشهيد جنبا غسل وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك لا يغسل لعموم الخبر في الشهداء وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا ماروي ان حنظلة بن الراهب قتل يوم أحد فقال النبي ﷺ « ماشأن حنظلة فاني رأيت الملائكة تغسله » قالوا انه جامع ثم سمع الهيعة فخرج الى القتال رواه ابن إسحق في المغازي ولانه غسل واجب لغير الموت فلم يسقط بالموت كغسل النجاسة . وحديثهم ورد في شهداء أحد وحديثنا خاص في حنظلة وهو من شهداء أحد فيجب تقديمه ، وعلى هذا كل من وجب عليه الغسل بسبب سابق على الموت كالمرأة تطهر من حيض أو نفاس ثم تقتل فهي كالجنب لما ذكرنا من العلة ، ولو قتلت في حيضها أو نفاسها لم يجب الغسل لأن الطهر شرط في الغسل أو في السبب الموجب فلا يثبت الحكم بدونه ، فان أسلم ثم استشهد قبل الغسل فلا غسل عليه لانه روي ان اصيرم بني عبد الاشهل أسلم يوم أحد ثم قتل فلم يؤمر بغسل

﴿ مسألة ﴾ (وينزع عنه السلاح والجلود ويزمل في ثيابه وان أحب فيكفنه في غيرها)

أما دفنه في ثيابه فلا نعلم فيه خلافا وقد ثبت بقول النبي ﷺ « ادفنوهم في ثيابهم » وعن ابن عباس ان رسول الله ﷺ أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا في ثيابهم بدمائهم رواه أبو داود وابن ماجه ، وليس ذلك بواجب لكنه الأولى ، ويجوز للولي أن ينزع ثيابه ويكفنه بغيرها ، وقال أبو حنيفة لا ينزع ثيابه لظاهر الخبر

الخارج كثيراً فاحشا فمفهوم كلام الخرقي هاهنا أنه يعاد غسله ان كان قبل تمام السبعة لأن الكثير يتفاحش ويؤمن مثله في المرة الثانية لتحفظهم بالشد والتلجم ونحوه .

ولنا ماروي أن صفية أرسلت الى النبي ﷺ ثوبين ليكفن فيهما حمزة فكفنه في أحدهما وكفن في الآخر رجلا آخر رواه يعقوب بن شيبة وقال هو صالح الاسناد ، وحديثهم يحمل على الاباحة والاستحباب ، اذا ثبت هذا فانه ينزع عنه مالم يكن من عامة لباس الناس من الجلود والفراء والحديد .قال أحمد لا يترك عليه فرو ولا خف ولا جلد وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي، وقال مالك لا ينزع عنه فرو ولا خف ولا محشو لعموم الخبر وهو قوله «ادفنوهم في ثيابهم» وما رويناه أخص فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصلى عليه في أصح الروايتين)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحق ، وعن أحمد رواية أخرى انه يصلى عليه اختارها الخلال وهو قول الثوري وأبي حنيفة إلا ان كلام أحمد رحمه الله في هذه الرواية يشير الى ان الصلاة عليه مستحبة غير واجبة ، وقد صرح بذلك في رواية المروذي فقال:الصلاة عليه أجود وإن لم يصلوا عليه أجزأه ، وقال في موضع آخر يصلى عليه وأهل الحجاز لا يصلون عليه وما تضره الصلاة لا بأس به ، فكأن الروايتين في استحباب الصلاة لا في وجوبها ، إحداهما يستحب لما روى عقبة أن النبي ﷺ خرج يوما فصلى على أهل أحد صلاته على الميت ثم انصرف الى المنبر متفق عليه ، وعن ابن عباس ان النبي ﷺ صلى على قتلى أحد . ووجه الرواية الأولى ماروى جابر ان النبي ﷺ أمر بدفن شهداء أحد في دمائهم ولم يغسلهم ولم يصل عليهم متفق عليه ، وحديث عقبة مخصوص بشهداء أحد فانه صلى عليهم في القبور بعد سنين وهم لا يصلون على القبر أصلا ونحن لا نصلي عليه بعد شهر، وحديث ابن عباس يرويه الحسن بن عمارة وهو ضعيف، وقد أنكر عليه شعبة رواية هذا الحديث، اذا ثبت هذا فيحتمل أن يكون سقوط الصلاة عليهم لكونهم أحياء عند ربهم ، والصلاة انما شرعت في حق الموتى ، ويحتمل ان ذلك لغناهم عن الشفاعة لهم ، فان الشهيد يشفع في سبعين من أهله فلا يحتاج الى شفيع ، والصلاة انما شرعت للشفاعة

(فصل) والبالغ وغيره سواء في ترك غسله والصلاة عليه اذا كان شهيداً وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبوحنيفة لا يثبت حكم الشهادة لغير البالغ لانه ليس من أهل القتال ولنا انه مسلم قتل في معترك المشركين بقتالهم أشبه البالغ ولأنه يشبه البالغ في غسله والصلاة عليه اذا لم يكن شهيداً فيشبه في سقوط ذلك عنه بالشهادة ، وقد كان في شهداء أحد حارثة بن النعمان وهو صغير ، والحديث عام في الكل وما ذكروه يبطل بالنساء

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سقط من دابته ووجد ميتاً لا أثر به أو حمل فأكل أو طال بقاؤه غسل وصلي عليه)

اذا سقط من دابته فمات أو وجد ميتاً ولا أثر به فانه يغسل ويصلى عليه ، نص عليه أحمد ،

ورواه اسحق بن منصور عن أحمد قال الخلال وخالفه أصحاب أبي عبدالله كلهم رووا عنه : لا يعاد

وتأول الحديث : ادفنوهم بكلومهم فاذا كان به كلم [1] لم يغسل ، وهذا قول أبي حنيفة في الذي يوجد ميتاً لا أثر به . وقال الشافعي لا يغسل بحال لانه مات بسبب من أسباب القتال

ولنا أن الأصل وجوب الغسل فلا يسقط بالاحتمال ولأن سقوط الغسل في محل الوفاق مقرون بمن كلم فلا يجوز ترك اعتبار ذلك

(فصل) وكذلك ان حمل فأكل أو طال بقاؤه لأن النبي ﷺ غسل سعد بن معاذ وصلى عليه وكان شهيداً رماه ابن العرقة يوم الخندق بسهم فقطع أكحله فحمل الى المسجد فلبث فيه أياما ثم مات وظاهر كلام الخرقي انه متى طالت حياته بعد حمله غسل وصلي عليه ، وإن مات في المعركة أو عقب حمله لم يغسل ولم يصل عليه . وقال مالك إن أكل أو شرب أو بقي يومين أو ثلاثة غسل ، وقال أحمد في موضع : ان تكلم أو أكل أو شرب صلي عليه . وعن أحمد انه سئل عن المجروح اذا بقي في المعركة يوما الى الليل ثم مات فرأى أن يصلى عليه . وقال أصحاب الشافعي ان مات حال الحرب لم يغسل ولم يصل عليه وإلا غسل وصلى عليه . قال شيخنا : والصحيح التحديد بما ذكرنا من طول الفصل والأكل لأن الاكل لا يكون إلا من ذي حياة مستقرة وطول الفصل يدل على ذلك وقد ثبت اعتبارهما في كثير من المواضع . وأما الكلام والشرب وحالة الحرب فلا يصح التحديد بشيء منها لما روي ان النبي ﷺ قال يوم أحد « من ينظر مافعل سعد بن الربيع ؟ » فقال رجل أنا أنظر يارسول الله ، فنظر فوجده جريحاً به رمق . فقال له : ان رسول الله أمرني أن أنظر في الاحياء أنت أم في الاموات ؟ قال : فأنا في الاموات فأبلغ رسول الله ﷺ عني السلام . وذكر الحديث قال : ثم لم أبرح أن مات ، وروي ان اصيرم بني عبد الأشهل وجد صريعاً يوم أحد فقيل له : ماجاء بك؟ قال أسلمت ثم جئت ، وهما من شهداء أحد دخلا في عموم قول النبي ﷺ « ادفنوهم بدمائهم وثيابهم » ولم يغسلا ولم يصل عليهما وقد تكلما وماتا بعد انقضاء الحرب ، وفي حديث أهل اليمامة عن ابن عمر انه طاف في القتلى فوجد أبا عقيل الانفي قال فسقيته ماء وبه أربعة عشر جرحا كلها قد خلص الى مقتل ، فخرج الماء من جراحاته كلها فلم يغسل

(فصل) فان كان الشهيد قد عاد عليه سلاحه فقتله فهو كالمقتول بأيدي العدو . وقال القاضي يغسل ويصلى عليه لأنه مات بغير أيدي المشركين أشبه من أصابه ذلك في غير المعترك

ولنا ماروى ابو داود عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ قال : أغرنا على حي من جهينة فطلب رجل من المسلمين رجلا منهم فضربه فأخطأه فأصاب نفسه بالسيف . فقال رسول الله ﷺ «أخوكم يامعشر المسلمين» فابتدره الناس فوجدوه قد مات فلفه رسول الله ﷺ بثيابه ودمائه وصلى عليه . فقالوا يارسول الله أشهيد هو ؟ قال « نعم وأنا له شهيد » وعامر بن الاكوع بارز مرحباً

---

(١) الكلم الجرح وجمعه كلوم كقرح وقروح ، وجرح وجروح

إلى الغسل بحال قال : والعمل على ما اتفق عليه لما ذكرنا من المشقة فيه ، ويحتمل أن تحمل الروايتان على

يوم خيبر فذهب سيف له فرجع سيفه على نفسه فكانت فيها نفسه فلم يفرد عن الشهداء بحكم ولانه شهيد المعركة أشبه مالو قتله الكفار ، وبهذا فارق مالو كان في المعترك

(فصل) ومن قتل من أهل العدل في المعركة فحكمه في الغسل حكم من قتل في معركة المشركين وقال القاضي يخرج على روايتين كالمقتول ظلما

ولنا ان علياً رضي الله عنه لم يغسل من قتل معه وعمار أوصى أن لا يغسل وقال ادفنوني في ثيابي فأني مخاصم ولانه شهيد المعركة أشبه قتيل الكفار وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قوليه يغسلون لأن أسماء غسلت ابنها عبد الله بن الزبير والأول أولى لما ذكرنا ، فأما عبد الله بن الزبير فانه أخذ وصلب فصار كالمقتول ظلما ولانه ليس بشهيد المعركة ، وأما الباغي فيحتمل أن يغسل ويصلى عليه اختاره الخرقي والقاضي ، ويحتمل إلحاقه بأهل العدل لانه لم ينقل غسل أهل الجمل وصفين من الجانبين ولانهم يكثرون في المعترك فيشق عليهم غسلهم أشبهوا أهل العدل ، وهل يصلى على أهل العدل فيه احتمالان : أحدهما لا يصلى عليهم لانهم أشبهوا شهداء المشركين ، ويحتمل أن يصلى عليهم لأن علياً رضي الله عنه صلى عليهم ، والمرجوم يغسل ويصلى عليه ، وكذلك المقتول قصاصاً كسائر الموتى

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قتل مظلوما فهل يلحق بالشهيد على روايتين)

احداهما يغسل ويصلى عليه اختارها الخلال وهو قول الحسن ومذهب مالك والشافعي لأن رتبته دون رتبة الشهيد في المعترك أشبه المبطون ولأن هذا لا يكثر القتل فيه فلم يجز إلحاقه بشهيد المعترك ، والثانية حكمه حكم الشهيد وهو قول الشعبي والاوزاعي وإسحق في الغسل لانه شهيد أشبه شهيد المعترك . قال النبي ﷺ « من قتل دون ماله فهو شهيد »

(فصل) فأما الشهيد بغير قتل كالمطعون والمبطون والغرق وصاحب الهدم والنفساء فانهم يغسلون ويصلى عليهم لا نعلم فيه خلافا ، إلا انه روي عن الحسن لا يصلى على النفساء.

ولنا ان النبي ﷺ صلى على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها متفق عليه . وصلى المسلمون على عمر وعلي رضي الله عنهما وهما شهيدان ، وقال النبي ﷺ « الشهداء خمس: المطعون والمبطون والغرق وصاحب الهدم والشهيد في سبيل الله » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وكلهم غير الشهيد في سبيل الله يغسلون ويصلى عليهم ولأن النبي ﷺ ترك غسل شهيد المعركة لما يتضمنه من إزالة الدم المستطاب شرعاً أو لمشقة غسلهم لكثرتهم أو لما فيهم من الجراح ولا يوجد ذلك هاهنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ولد السقط لأكثر من أربعة أشهر غسل وصلي عليه)

السقط الولد الذي تضعه المرأة لغير تمام أو ميتاً ، فان خرج حياً واستهل غسل وصلي عليه

حالتين فالموضع الذي قال لايعاد غسله اذا كان يسيراً ، ويخفى على المشيعين ، والموضع الذي أمر باعادته اذا كان يظهر لهم ويفحش :

بغير خلاف حكاه ابن المنذر اجماعا ، وان خرج ميتاً فقال أحمد اذا أتى له أربعة أشهر غسل وصلي عليه. وهذا قول سعيد بن المسيب وابن سيرين واسحق ، وصلى ابن عمر على ابن لابيه ولد ميتاً ، وقال الحسن وابراهيم والحكم وحماد ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي لايصلى عليه حتى يستهل وللشافعي قولان كالمذهبين لما روي عن النبي ﷺ انه قال « الطفل لايصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل » رواه الترمذي، ولانه لم يثبت له حكم الحياة ولا يرث ولا يورث فلا يصلى عليه كمن دون أربعة أشهر

ولنا ماروى المغيرة ان النبي ﷺ قال « والسقط يصلى عليه » رواه أبو داود والترمذي . وفي رواية الترمذي « والطفل يصلى عليه » ، وقال هذا حديث حسن صحيح وذكره أحمد واحتج به ، ولحديث أبي بكر الصديق انه قال : ما أحد أحق أن يصلى عليه من الطفل ولانه نسمة نفخ فيها الروح فيصلى عليه كالمستهل فان النبي صلى الله عليه وسلم أخبر في حديث الصادق المصدوق انه ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر ، وحديثهم قال الترمذي : قد اضطرب الناس فيه فرواه بعضهم مرفوعا ، قال الترمذي : كان هذا أصح من المرفوع وانما لم يرث لانه لايعلم حياته حال موت مورثه وذلك من شرط الارث والصلاة من شرطها أن تصادف من كانت فيه حياة ، وقد علم ذلك بما ذكرنا من الحديث ولأن الصلاة دعاء له ولوالديه فلم يحتج فيها الى الاحتياط واليقين بخلاف الميراث . فأما من لم يبلغ أربعة أشهر فلا يغسل ولا يصلى عليه ويلف في خرقة ويدفن لعدم وجود الحياة لانعلم فيه خلافا إلا عن ابن سيرين فانه قال : يصلى عليه اذا علم انه نفخ فيه الروح . وحديث الصادق المصدوق يدل على انه لاينفخ فيه الروح إلا بعد الأربعة أشهر وقبل ذلك لايكون نسمة فلا يصلى عليه كسائر الجمادات ذكره شيخنا ، وحكى ابن أبي موسى انه يصلى على السقط اذا استبان فيه بعض خلق الانسان والأول أولى

(فصل) ويستحب أن يسمى السقط لانه يروى عن النبي ﷺ انه قال : « سموا أسقاطكم فانهم أسلافكم » رواه ابن السماك باسناده ، قيل انهم يسمون ليدعون يوم القيامة باسمائهم ، فاذا لم يعلم أذكر هو أم أنثى سمي اسما يصلح لهما جميعاً كسلمة وقتادة وهبة الله وما أشبهه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن تعذر غسله يمم)

من تعذر غسله لعدم الماء وللخوف عليه من التقطع بالغسل كالمجدور والغريق والمحترق يمم اذا أمكن كالحي العادم للماء أو الذي يؤذيه الماء ، وإن أمكن غسل بعضه غسل ويمم للباقي كالحي ، ويحتمل ألايمم ويصلى عليه على حسب حاله ، ذكره ابن عقيل لأن المقصود بغسل الميت التنظيف ولايحصل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان احب اهله ان يروه لم يمنعوا ﴾

وذلك لما روي عن جابر قال لما قتل أبي جعلت أكشف الثوب عن وجهه وأبكي والنبي ﷺ

بالتيمم ، والأول أصح ان أمكن غسله بأن يصب عليه الماء صباً ولا يمس غسل كذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى الغاسل ستر مارآه ان لم يكن حسنا)

ينبغي للغاسل ومن حضر اذا رأى من الميت شيئاً مما يحب الميت ستره أن يستره ولا يحدث به لما روي عن النبي ﷺ انه قال « من غسل ميتاً ثم لم يفش ماعليه خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » رواه ابن ماجه ، وقال «من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة » فان رأى حسناً مثل أمارات الخير من وضاءة الوجه والتبسم ونحو ذلك استحب اظهاره ليكثر الترحم عليه والتشبه بجميل سيرته ، قال ابن عقيل الا أن يكون مغموصاً عليه في الدين والسنة ، مشهوراً ببدعة فلا بأس باظهار السر عليه لتحذر طريقته ، وعلى هذا ينبغي أن يكتم مايرى عليه من أمارات الخير لئلا يغتر به فيقتدى به في بدعته

﴿ فصل في الكفن ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب كفن الميت في ماله مقدماً على الدين وغيره)

من الوصية والميراث لان النبي ﷺ أمر به ولأن سترته واجبة في الحياة فكذلك بعد الموت ويكون ذلك من رأس ماله لان حمزة ومصعب رضي الله عنهما لم يوجد لكل واحد منهما الا ثوب فكفن فيه ولان لباس المفلس مقدم على قضاء دينه فكذلك كفن الميت ، ولا ينتقل الى الورثة من مال الميت الا مافضل عن حاجته الاصلية وهذا قول أكثر أهل العلم وفيه قولان شاذان : أحدهما قول خلاس بن عمرو : ان الكفن من الثلث ، والآخر قال طاوس :ان كان المال قليلا فمن الثلث . والصحيح الاول لما ذكرنا ، وكذلك مؤونة دفنه وتجهيزه ومالا بد الميت منه قياساً على الكفن : فأما الحنوط والطيب فليس بواجب ذكره ابن حامد لانه لايجب في الحياة فكذلك بعد الموت : وقال القاضي يحتمل انه واجب لانه مما جرت العادة به ، وليس بصحيح لان العادة جرت بتحسين الكفن وليس بواجب ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته الا الزوج لايلزمه كفن امرأته)

اذا لم يكن الميت مال فكفنه على من تلزمه مؤونته في الحياة وكذلك دفنه ومالا بد الميت منه لان ذلك يلزمه حال الحياة فكذلك بعد الموت الا الزوج لايلزمه كفن امرأته وهذا قول الشعبي وأبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي: وقال بعضهم يجب على الزوج واختلف فيه عن مالك واحتجوا بأن كسوتها واجبة عليه في الحياة فوجب عليه كفنها كسيد العبد

ولنا ان النفقة والكسوة وجبت في النكاح للتمكين من الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز والبينونة وقد انقطع ذلك بالموت فأشبه مالو انقطع بالفرقة في الحياة ولأنها بانت منه في الموت فأشبهت الاجنبية

لاينهاني ، وقالت عائشة رأيت رسول الله ﷺ يقبل عثمان بن مظعون وهو ميت حتى رأيت الدموع

وفارقت المملوك فان نفقته تجب بحق الملك لا بالانتفاع ، ولهذا تجب نفقة الآبق وفطرته والولد تجب نفقته بالقرابة ، ولا تبطل بالموت بدليل ان السيد والوالد أحق بدفنه وتوليه . اذا تقرر هذا فان لم يكن لها مال فعلى من تلزمه نفقتها من الاقارب ، فان لم يكن ففي بيت المال كمن لا زوج لها

(فصل) ويستحب تحسين الكفن لما روى مسلم ان النبي ﷺ ذكر رجلا من أصحابه قبض فكفن في كفن غير طائل فقال « اذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه » فان تشاح الورثة جعل بحسب حال الحياة ان كان موسراً كان حسناً رفيعا على نحو ما كان يلبس في حال الحياة ، وان كان دون ذلك فعلى حسب حاله وليس لثمنه حد لان ذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ولان التحديد انما يكون بنص أو اجماع ولم يوجد واحد منهما . وقال الخرقي اذا تشاح الورثة في الكفن جعل بثلاثين ، وان كان موسراً فبخمسين وهذا محمول على وجه التقريب ، ولعل الجيد في زمنه والمتوسط كان يحصل بهذا القدر ، وقد روي عن ابن مسعود انه أوصى أن يكفن بنحو من ثلاثين درهما

(فصل) والمستحب أن يكفن في جديد الا أن يوصي الميت بغيره فتمتثل وصيته كما روي عن الصديق رضي الله عنه انه قال : كفنوني في ثوبي هذين فان الحي أحوج الى الجديد من الميت وانما هما للمهلة والتراب رواه البخاري بمعناه ، وذهب ابن عقيل الى ان التكفين في الخليع أولى لهذا الخبر والاول أولى لدلالة قول النبي ﷺ وفعل أصحابه به

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تكفين الرجل في ثلاث لفائف بيض يبسط بعضها فوق بعض بعد تجميرها)

الافضل عند امامنا رحمه الله أن يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض ليس فيها قميص ولا عمامة لايزيد عليها ولا ينقص منها قال الترمذي ، والعمل عليها عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم وهو مذهب الشافعي ، ويستحب كون الكفن أبيض لان النبي ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض ولقول رسول الله ﷺ « البسوا من ثيابكم البياض فانه أطهر وأطيب وكفنوا فيه موتاكم » رواه النسائي ، وحكي عن أبي حنيفة ان المستحب أن يكون في إزار ورداء وقميص لما روى عبدالله ابن المغفل ان النبي ﷺ كفن في قميصه ولان النبي ﷺ ألبس عبدالله بن أبي قميصه رواه النسائي

ولنا قول عائشة كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة متفق عليه ، وهو أصح حديث يروى في كفن رسول الله ﷺ وعائشة أقرب الى النبي ﷺ واعرف بأحواله ، ولهذا لما ذكر لها قول الناس ان النبي ﷺ كفن في برد ، قالت : قد أتي بالبرد ولكنهم لم يكفنوه فيه فحفظت ما أغفله غيرها ، وقالت أيضاً : أدرج رسول الله ﷺ في حلة يمنية كانت لعبدالله بن أبي بكر ثم نزعت عنه فرفع عبدالله بن أبي بكر الحلة وقال : أكفن فيها ؟ ثم قال : لم يكفن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكفن فيها فتصدق بها رواه مسلم ، ولان حال الاحرام

تسيل وقالت أقبل أبو بكر فتيمم النبي ﷺ وهو مسجى ببرد حبرة فكشف عن وجهه ثم أكب عليه

أكمل أحوال الحي ، وهو لا يلبس المخيط فكذلك حالة الموت . وأما إلباس النبي صلى الله عليه وسلم عبدالله بن أبي قميصه فانما فعل ذلك تكرمة لابنه عبدالله بن عبد الله بن أبي لانه كان سأله ذلك ليتبرك به أبوه ويندفع عنه العذاب ببركة قميص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقيل انما فعل ذلك جزاء لعبدالله بن أبي عن كسوته العباس قميصه يوم بدر

(فصل) ويستحب تجمير الاكفان وهو تجميرها بالعود فيجعل العود على النار في مجمر ثم يبخر به الكفن حتى تعبق رائحته ويكون ذلك بعد أن يرش عليه ماء الورد لتعلق به الرائحة ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا أجمرتم الميت فأجمروه ثلاثا » رواه الامام أحمد وأوصى أبو سعيد وابن عمر وابن عباس أن تجمر أكفانهم بالعود ، ولان هذا عادة الحي عند غسله وتجديد ثيابه أن تجمر بالطيب والعود فكذلك الميت

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يوضع عليها مستلقيا ويجعل الحنوط فيما بينها ويجعل منه في قطن يجعل بين إليتيه ويشد فوقه خرقة مشقوقة الطرف كالتبان يجمع إليتيه ومثانته ثم يجعل الباقي على منافذ وجهه ومواضع سجوده وإن طيبه كله كان حسنا)

وجملة ذلك ان المستحب أن يؤخذ أوسع اللفائف وأحسنها فتبسط أولا لتظهر للناس لان هذا عادة الحي يجعل الظاهر أفخر ثيابه ويجعل عليها حنوطا ثم تبسط الثانية التي تليها في الحسن والسعة عليها ويجعل فوقها حنوطا وكافوراً ثم تبسط فوقها الثالثة ويجعل فوقها حنوطا وكافوراً ولا يجعل على وجه العليا ولا على النعش شيئاً من الحنوط لان الصديق رضي الله عنه قال : لاتجعلوا على أكفاني حنوطا ثم يحمل الميت مستوراً بثوب فيوضع عليها مستلقياً لانه أمكن لادراجه فيها ، ويجعل من الحنوط والكافور في قطن ويجعل منه بين إليتيه برفق ويكثر ذلك ليرد شيئاً ان خرج منه حين تحريكه ، ويشد فوقه خرقة مشقوقة الطرف كالتبان وهو السراويل بلا أكمام ليجمع إليتيه ومثانته ويجعل باقي الطيب على منافذ وجهه في فيه ومنخره وعينيه لئلا يحدث منهن حادث وكذلك في الجراح النافذة ويترك منه على مواضع السجود تشريفا لهذه الاعضاء المختصة بالسجود ، ويطيب رأسه ولحيته لان الحي يتطيب هكذا ، وإن طيبه كله كان حسنا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرد طرف اللفافة العليا على شقه الأيمن ثم يرد طرفها الآخر على شقه الايسر)

وانما استحب ذلك لئلا يسقط عنه الطرف الايمن اذا وضع على يمينه في القبر ثم يفعل بالثانية والثالثة كذلك ويجعل ماعند رأسه أكثر مما عند رجليه لانه أحق بالستر من رجليه ، فالاحتياط لستره بتكثير ماعنده أولى ثم يجمع مافضل جمع طرف العمامة[1] فيرده عند رأسه ورجليه ، وإن خاف انتشارها عقدها فاذا وضعه في قبره حلها لأن عقد هذا انما كان للخوف من انتشارها وقد أمن بدفنه

(١) كذا بالاصل وفي المغنى (ثم يجمع ما فضل عند رأسه ورجليه فيرده على رأسه ورجليه)

فقبله ثم بكى فقال « بابي أنت يانبي الله لايجمع الله عليك موتتين » وهذه أحاديث صحاح

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والمرأة تكفن في خمسة أثواب قميص ومئزر ولفافة ومقنعة وخامسة تشد بها فخذاها ﴾

قال ابن المنذر اكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تكفن المرأة في خمسة أثواب وانما استحب ذلك لأن المرأة تزيد في حال حياتها على الرجل في الستر لزيادة عورتها على عورته فكذلك بعد الموت ولما كانت تلبس المخيط في احرامها وهو أكمل أحوال الحياة استحب الباسها اياه بعد موتها والرجل

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما أدخل نعيم بن مسعود الاشجعي القبر نزع الاخلة بفيه وعن ابن مسعود وسمرة نحوه ولا يخرق الكفن لانه افساد له

(فصل) وتكره الزيادة في الكفن على ثلاثة أثواب لما فيه من اضاعة المال وقد نهى عنه عليه السلام ، ويحرم ترك شيء مع الميت من ماله لغير حاجة لما ذكرنا إلا مثل ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ترك تحته قطيفة في قبره فان ترك نحوه فلا بأس

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كفن في قميص ومئزر ولفافة جاز)

التكفين في القميص واللفافة والمئزر جائز إلا ان الأول أفضل ، وهذا جائز لا كراهة فيه ، فان النبي صلى الله عليه وسلم ألبس عبدالله بن أبي قميصه لما مات رواه البخاري ، فيؤزر بالمئزر ويلبس القميص ثم يلف باللفافة بعد ذلك ، وقال أحمد إن جعلوه قميصاً فأحب إلي أن يكون مثل قميصه له كمان وتخاريصان وأزرار ولا يزر عليه القيص

(فصل) قال أبو داود قلت لأحمد يتخذ الرجل كفنه يصلي فيه أياما أو قلت يحرم فيه ثم يغسله ويضعه لكفنه فرآه حسنا ؟ قال : يعجبني أن يكون جديداً أو غسيلا وكره أن يلبسه حتى يدنسه

(فصل) ويجوز التكفين في ثوبين لقول النبي صلى الله عليه وسلم في المحرم الذي وقصته دابته « وكفنوه في ثوبين » رواه البخاري

(فصل) قال أحمد : يكفن الصبي في خرقة وان كفن في ثلاثة فلا بأس ، وكذلك قال إسحق ونحوه قال سعيد بن المسيب والثوري وأصحاب الرأي وغيرهم لا اختلاف بينهم في ان ثوبا يجزيه ، وان كفن في ثلاثة فلا بأس

﴿ مسئلة ﴾ (وتكفن المرأة في خمسة أثواب إزار وخمار وقميص ولفافتين)

قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تكفن المرأة في خمسة أثواب منهم الشعبي ومحمد بن سيرين والنخعي والاوزاعي والشافعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي وكان عطاء يقول تكفن في ثلاثة أثواب درع وثوب تحت الدرع تلف به وثوب فوقه تلف فيه . وقال موسى

بخلاف ذلك فافترقا في اللبس بعد الموت لافتراقهما فيه في الحياة واستويا في الغسل بعد الموت لاستوائهما فيه في الحياة ، وقد روى أبوداود باسناده عن ليلى بنت قانف الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ عند وفاتها فكان أول ما أعطانا رسول الله ﷺ الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد ذلك في الثوب الآخر قالت ورسول الله ﷺ عند الباب معه كفنها يناولناها ثوبا ثوبا إلا أن الخرقي انما ذكر لفافة واحدة فعلى هذا تشد الخرقة على فخذيها أولا ثم تؤزر بالمئزر ثم يلبس القميص ثم تخمر بالمقنعة ثم تلف بلفافة واحدة وقد أشار اليه أحمد فقال تخمر ويترك قدر ذراع يسدل على وجهها ويسدل على فخذيها الحقو وسئل عن الحقو فقال هو الازار قيل الخامسة قال خرقة تشد على فخذيها قيل له قميص المرأة قال يخيط قيل يكف ويزر قال يكف ولا يزر عليها والذي عليه أكثر أصحابنا وغيرهم أن الأثواب الخمسة إزار ودرع وخمار ولفافتان وهو الصحيح لحديث ليلى الذي ذكرناه ولما روت أم عطية أن النبي ﷺ ناولها ازاراً ودرعا وخماراً وثوبين .

﴿ فصل ﴾ قال المروذي سألت أبا عبدالله في كم تكفن الجارية اذا لم تبلغ ؟ قال في لفافتين وقميص لاخمار فيه وكفن ابن سيرين بنتا له قد اعصرت في قميص ولفافتين ، وروى في بقير ولفافتين قال أحمد البقير القميص الذي ليس له كمان ولأن غير البالغ لا يلزمها ستر رأسها في الصلاة واختلفت الرواية عن أحمد في الحد الذي تصير به في حكم المرأة في الكفن فروى عنه اذا بلغت وهو ظاهر كلامه في

ابن سليمان : درع وخمار ولفافة والصحيح الاول ، وانما استحب ذلك لأن المرأة تزيد في حال حياتها على الرجل في الستر لزيادة عورتها على عورته فكذلك بعد الموت ، ولما كانت تلبس المخيط في احرامها وهو أكمل أحوال الحي استحب إلباسها إياه بعد موتها بخلاف الرجل ، وقد روى أبو داود باسناده عن ليلى بنت قانف الثقفية قالت : كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم عند وفاتها فكان أول ما أعطانا الحقاء ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد ذلك في الثوب الآخر قالت : ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند الباب معه كفنها يناولناها ثوبا ثوبا ، وروت أم عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم ناولها إزاراً ودرعا وخماراً وثوبين

(فصل) قال المروذي: سألت أبا عبدالله في كم تكفن الجارية اذا لم تبلغ؟ قال في لفافتين وقميص لاخمار فيه ، وكفن ابن سيرين بنتاً له قد أعصرت أي قاربت الحيض في قميص ولفافتين ، وروي في بقير ولفافتين . قال أحمد النقير القميص الذي ليس له كمان . والحد الذي تصير به الجارية في حكم المرأة في الكفن هو البلوغ ، هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية المروذي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لايقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » مفهومه ان غيرها لاتحتاج الى خمار في صلاتها كذلك في كفنها وروى عن أحمد أكثر أصحابه: اذا كانت بنت تسع يصنع بها مايصنع بالمرأة واحتج بأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل بعائشة وهي بنت تسع ، وقالت عائشة اذا بلغت الجارية تسعاً فهي امرأة

رواية المروذي لقول النبي ﷺ لايقبل الله صلاة حائض الا بخمار ، مفهومه أن غيرها لاتحتاج إلى خمار في صلاتها فكذلك في كفنها ولان ابن سيرين كفن ابنته وقد أعصرت أي قاربت المحيض بغير خمار ، وروى عن أحمد أكثر أصحابه إذا كانت بنت تسع يصنع بها مايصنع بالمرأة واحتج بحديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل بها وهي بنت تسع سنين . وروى عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسعا فهي امرأة .

﴿ فصل ﴾ قال أحمد لايعجبني أن تكفن في شيء من الحرير وكره ذلك الحسن وابن المبارك

(فصل) قال أحمد لا يعجبني أن يكفن في شيء من الحرير ، وكره ذلك الحسن وابن المبارك وإسحق قال ابن المنذر : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وفي جواز تكفين المرأة بالحرير احتمالان : أحدهما الجواز وهو أقيس لانه من لبسها في حياتها ، والثاني المنع لانها انما تلبسه في حياتها لانها محل للزينة والشهوة وقد زال ذلك ، وعلى كل حال فهو مكروه ، وكذلك يكره تكفينها بالمعصفر ونحوه لما ذكرنا قال الاوزاعي: لاتكفنين في الثياب المصبغة إلا ما كان من العصب يعني ماصنع بالعصب وهو نبت باليمن

(فصل) وان أحب أهل الميت أن يروه لم يمنعوا لما روى جابر قال: لما قتل أبي جعلت أكشف الثوب عن وجهه وأبكي والنبي صلى الله عليه وسلم لاينهاني ، وقالت عائشة رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل عثمان بن مظعون وهو ميت حتى رأيت الدموع تسيل: والحديثان صحيحان

﴿مسئلة﴾ (والواجب من ذلك ثوب يستر جميعه لما روت أم عطية قالت: لما فرغنا يعني من غسل ابنة النبي صلى الله عليه وسلم ألقى الينا حقوه فقال « اشعرنها اياه » ولم يزد على ذلك رواه البخاري، وقال معنى اشعرنها الففنها فيه ولأن العورة المغلظة يجزي في سترها ثوب واحد فكفن الميت أولى، وهذا وجه لاصحاب الشافعي ، وظاهر مذهبهم ان الواجب مايستر العورة كالحي : وقال القاضي لايجزي للقادر أقل من ثلاثة أثواب ، وروي نحوه عن عائشة . قال : لأنه لو أجزأ أقل منها لم يجز التكفين بها في حق من له أيتام احتياطا لهم والصحيح الاول ، وما احتج به القاضي لايصح لانه يجوز التكفين بالحسن مع حصول الاجزاء بما دونه

(فصل) فان لم يجد ثوبا يستر جميعه ستر رأسه وجعل على رجليه حشيش أو ورق كما روي عن مصعب انه قتل يوم أحد فلم يوجد له شيء يكفن فيه إلا نمرة ، فكانت اذا وضعت على رأسه بدت رجلاه واذا وضعت على رجليه خرج رأسه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يغطى رأسه ويجعل على رجليه الأذخر رواه البخاري ، فان لم يجد الا مايستر العورة سترها كحال الحياة ، فان كثر القتلى وقلت الاكفان كفن الرجل والرجلان والثلاثة في الثوب الواحد ، قال أنس : كثر القتلى وقلت الثياب يعني يوم أحد قال : فكفن الرجل والرجلان والثلاثة في الثوب الواحد ثم يدفنون في قبر واحد رواه أبو داود والترمذي وهذا لفظه وقال حديث حسن غريب

واسحق قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وفي جواز تكفين المرأة بالحرير حتما لأن

﴿ فصل في الصلاة على الميت ﴾

والصلاة على الميت فرض كفاية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله الا الله »

﴿ مسئلة ﴾ (السنة أن يقوم الامام عند رأس الرجل ووسط المرأة)

المستحب أن يقوم الامام في صلاة الجنازة حذاء رأس الرجل ووسط المرأة ، وان وقف في غير هذا الموضع خالف السنة وصحت صلاته وبه قال اسحق والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال الخرقي: يقوم عند صدر الرجل وهو قريب من القول الاول لقرب أحدهما من الآخر ، فالواقف عند أحدهما واقف عند الآخر ، وقال أبو حنيفة يقوم عند صدر الرجل والمرأة لانهما سواء ، فاذا وقف عند صدر الرجل فكذلك المرأة ، وقال مالك يقف عند وسط الرجل لأن ذلك يروى عن ابن مسعود ويقف عند منكب المرأة لأن الوقوف عند أعاليها أمثل وأسلم ، وروى سعيد قال حدثني خالد بن يزيد بن أبي مالك الدمشقي قال حدثني أبي قال : رأيت واثلة بن الاسقع يصلي على الجنائز فاذا كانوا رجالا صفهم ثم قام أوسطهم ، واذا كانوا رجالا ونساء جعل رأس أول امرأة عند ركبة الرجل ثم يقوم وسط الرجال

ولنا ماروي ان أنساً صلى على رجل فقام عند رأسه ثم صلى على امرأة فقام حيال وسط السرير فقال له العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام على الجنازة مقامك منها ، ومن الرجل مقامك منه ، قال نعم . فلما فرغ قال احفظوا ، قال الترمذي: هذا حديث حسن . وعن سمرة قال : صليت وراء النبي صلى الله عليه وسلم على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها متفق عليه . والمرأة تخالف الرجل في موقف الصلاة فجاز أن تخالفه ها هنا، وقيام الامام عند وسطها أستر لها فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويقدم الى الامام أفضلهم ويجعل وسط المرأة حذاء رأس الرجل ، وقال القاضي يسوى بين رءوسهم)

اذا كانت الجنائز نوعاً واحداً قدم أفضلهم الى الامام لأن الافضل يلي الامام في صف المكتوبة فكذلك هاهنا ، وقد دل على الأصل قوله عليه السلام « ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى فان تساووا في الفضل قدم الأكبر فالأكبر » نص عليه أحمد في رواية الميموني، فان تساووا قدم السابق وقال القاضي يقدم السابق وان كان صبياً ولا تقدم المرأة وان كانت سابقة لموضع الذكورية ، فان تساووا قدم الامام من شاء ، فان تشاحوا أقرع بينهم

(فصل) فان كانوا أنواعاً كرجال وصبيان وخناثى ونساء قدم الرجال بغير خلاف في المذهب الا ماحكينا من قول القاضي اذا سبق الصبي وهذا قول أكثر أهل العلم ثم يقدم بعدهم الصبيان . هذا المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وقال الخرقي يقدم النساء

أقيسها الجواز لانه من لباسها في حياتها لكن كرهناه لها لأنها خرجت عن كونها محلا للزينة والشهوة

على الصبيان لأن المرأة شخص مكاف فهي أحوج الى الشفاعة . وروى عمار مولى الحارث بن نوفل انه شهد جنازة أم كلثوم وابنها فجعل الغلام مما يلي القبلة فأنكرتُ ذلك وفي القوم ابن عباس وأبو سعيد وأبو قتادة وأبو هريرة فقالوا هذه السنة

ولنا أنهم يقدمون عليهن في الصف في الصلاة المكتوبة اذا اجتمعوا فكذلك عند اجتماع الجنائز كالرجال . فأما حديث عمار فالصحيح فيه انه جعلها مما يلي القبلة وجعل ابنها مما يليه كذلك رواه سعيد وعمار مولى بني سلمة عن عمار مولى بني هاشم ، وأخرجه كذلك أبو داود والنسائي وغيرهما ولفظه قال : شهدت جنازة صبي وامرأة فقدم الصبي مما يلي القوم ووضعت المرأة وراءه وفي القوم أبو سعيد الخدري وابن عباس وأبو قتادة وأبو هريرة فقلنا لهم . فقالوا السنة.

أما الحديث الأول فغير صحيح فان زيد بن عمر هو ابن أم كلثوم الذي صلي عليه معها وكان رجلا له أولاد ، كذلك قال الزبير بن بكار ولأن زيداً ضرب في حرب كانت بين بني عدي في خلافة بعض بني أمية فصرع وحمل فمات ومثل هذا لايكون الا رجلا

(فصل) ولا نعلم خلافا في تقديم الخنثى على المرأة لانه يحتمل أن يكون رجلا، وأدنى أحواله مساواته لها ، ويقدم الحر على العبد لشرفه وتقديمه عليه في الامامة وذلك في تقديم الكبير على الصغير لذلك . وقد روى الخلال باسناده عن علي رضي الله عنه في جنازة حر وعبد ورجل وامرأة وصغير وكبير ، يجعل الرجل مما يلي الامام والمرأة أمام ذلك ، والكبير مما يلي الامام والصغير أمام ذلك ، والحر مما يلي الامام والمملوك أمام ذلك ، فان اجتمع حر صغير وعبد كبير فقال أحمد في رواية الحسن ابن محمد يقدم الحر وإن كان غلاما ، ونقل أبو الحارث يقدم الاكبر . قال شيخنا وهو أصح إن شاء الله تعالى لأنه يقدم في الصف في الصلاة ، وقول علي متعارض فانه قد قال : يقدم الكبير على الصغير كقوله يقدم الحر على العبد

(فصل) واذا اجتمع رجل وامرأة فصلى عليهما جميعاً جعل رأس الرجل حذاء وسط المرأة في إحدى الروايتين عن أحمد اختاره أبو الخطاب ليكون موقف الامام عند رأس الرجل ووسط المرأة ، والرواية الثانية يسوي بين رءوسهم اختارها القاضي وهو قول ابراهيم وأهل مكة وأبي حنيفة ويروى ذلك عن ابن عمر ، وروى سعيد باسناده عن الشعبي ان أم كلثوم بنت علي وابنها زيد بن عمر توفيا جميعاً فأخرجت جنازتاهما فصلى عليهما أمير المدينة فسوى بين رءوسهما وأرجلهما حين صلى عليهما

﴿مسئلة﴾ (ثم يكبر أربع تكبيرات يقرأ في الاولى الفاتحة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في الثانية)

وجملة ذلك ان التكبير على الجنازة أربع لايجوز النقص منها ولا تسن الزيادة عليها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كبر على النجاشي أربعاً متفق عليه . فيكبر الأولى ثم يستعيذ في الصحيح من

وكذلك يكره تكفينها بالمعصفر ونحوه لذلك قال الاوزاعي لا يكفن الميت في الثياب المصبغة الا ماكان من العصب يعني ماصبغ بالعصب وهو نبت ينبت باليمن .

المذهب . وقال القاضي يخرج على روايتين كالاستفتاح ويقرأ الحمد يبتدئها ببسم الله الرحمن الرحيم كسائر الصلوات ، ولا يسن الاستفتاح في المشهور عنه ، قال أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن الرجل يستفتح الصلاة على الجنازة بسبحانك اللهم وبحمدك ؟ قال ماسمعت . قال ابن المنذر : كان الثوري يستحب أن يستفتح في صلاة الجنازة ولم نجده في كتب سائر أهل العلم ، وقد روي عن أحمد مثل قول الثوري لأن الاستعاذة فيها مشروعة فسن فيها الاستفتاح كسائر الصلوات

ولنا ان صلاة الجنازة شرع فيها التخفيف ولهذا لا يقرأ فيها بعد الفاتحة بشيء وليس فيها ركوع ولا سجود . فأما التعوذ فهو سنة للقراءة مطلقا في الصلاة وغيرها لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) ولاصحاب الشافعي في الاستعاذة والاستفتاح وجهان

(فصل) وقراءة الفاتحة واجبة في صلاة الجنازة روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الشافعي وإسحق ، وقال الثوري والاوزاعي ومالك وأبو حنيفة لا يقرأ فيها بشيء لأن ابن مسعود قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوقت فيها قولا ولا قراءة ولأن مالا ركوع فيه لا قراءة فيه كسجود التلاوة

ولنا ماروت أم شريك قالت : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقرأ على الجنازة بفاتحة الكتاب رواه ابن ماجه . وعن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم كبر على الجنازة اربعاً وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الاولى رواه الشافعي في مسنده ، ثم هو داخل في عموم قوله عليه السلام «لا صلاة لمن لا يقرأ بأم القرآن » ولانها صلاة يجب فيها القيام فوجبت فيها القراءة كسائر الصلوات . وحديث ابن مسعود إن صح فانما قال : لم يوقت أي لم يقدر ، ولا يدل هذا على نفي أصل القراءة ، وقد روى عنه ابن المنذر انه قرأ على جنازة بفاتحة الكتاب ، ثم لا يعارض مارويناه لانه نفي مقدم عليه الاثبات وفارق سجود التلاوة فانه لاقيام فيه والقراءة محلها القيام ، ويستحب اسرار القراءة والدعاء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فيها لا نعلم فيه خلافا ولا يقرأ بعد الفاتحة شيئا . وقد روي عن ابن عباس انه جهر بفاتحة الكتاب في صلاة الجنازة ، قال أحمد : انما جهر ليعلمهم

(فصل) ويكبر الثانية ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، لما روي عن ابن عباس انه صلى على جنازة بمكة فكبر ثم قرأ وجهر وصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم دعا لصاحبه فأحسن ثم انصرف وقال : هكذا ينبغي أن تكون الصلاة على الجنازة ، وعن أبي أمامة بن سهل انه أخبره رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أن من السنة في الصلاة على الجنازة أن يكبر الامام ثم يقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الاولى يقرأ في نفسه ثم يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم، ويخلص الدعاء للجنازة في التكبيرات لا يقرأ في شيء منهن ثم يسلم سراً في نفسه. رواه الشافعي في مسنده .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويضفر شعرها ثلاثة قرون ويسدل من خلفها ﴾

وصفة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كصفة الصلاة عليه في التشهد نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سألوه كيف نصلي عليك ؟ علمهم ذلك ، وإن أتى بها على غير صفة التشهد فلا بأس لأن القصد مطلق الصلاة . وقال القاضي يقول : اللهم صل على ملائكتك المقربين ، وأنبيائك والمرسلين ، وأهل طاعتك أجمعين ، من أهل السموات وأهل الأرضين ، انك على كل شيء قدير . لان أحمد قال في رواية عبدالله يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويصلي على الملائكة المقربين

﴿ مسئلة ﴾ (ويدعو في التكبيرة الثالثة)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا صليتم على الميت فأخلصوا له الدعاء » رواه أبو داود . والدعاء ها هنا واجب لهذا الحديث ولأنه المقصود فلا يجوز الاخلال به ، ويكفي أدنى دعاء لهذا الحديث . قال أحمد : ليس على الميت دعاء مؤقت والأولى أن يدعو لنفسه ولوالديه وللميت وللمسلمين بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى أبو ابراهيم الاشهلي عن أبيه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى على الجنازة قال « اللهم اغفر لحينا وميتنا ، وشاهدنا وغائبنا، وصغيرنا وكبيرنا، وذكرنا وأنثانا » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو داود عن أبي هريرة مثل حديث أبي ابراهيم وزاد « اللهم من أحييته منا فأحيه على الايمان ، ومن توفيته منا فتوفه على الاسلام، اللهم لاتحرمنا أجره، ولا تفتنا بعده» وفي حديث آخر عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أنت ربها ، فأنت خلقتها ، وأنت هديتها للاسلام، وأنت قبضتها، وأنت أعلم بسرها وعلانيتها، جئنا شفعاء، فاغفر له» رواه أبو داود . وعن عوف بن مالك الاشجعي قال صلى النبي صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظت من دعائه وهو يقول « اللهم اغفر له وارحمه، وعافه واعف عنه ، واكرم نزله واوسع مدخله ، واغسله بالماء والثلج والبرد ، ونقه من الخطايا كما نقيت الثوب الابيض من الدنس، وابدله داراً خيراً من داره ، وأهلا خيراً من أهله ، وزوجا خيراً من زوجه ، وأعذه من عذاب القبر ومن عذاب النار » حتى تمنيت أن أكون ذلك الميت ، رواه مسلم . وذكر ابن أبي موسى انه يقول مع ذلك : الحمد لله الذي أمات وأحيا ، الحمد لله الذي يحيي الموتى، له العظمة والكبرياء والملك والقدرة والسناء ، وهو على كل شيء قدير . اللهم انه عبدك ابن عبدك ابن أمتك ، أنت خلقته ورزقته ، وأنت أمته وأنت تحييه ، وأنت تعلم سره ، جئناك شفعاء له ، فشفعنا فيه . اللهم إنا نستجير بحبل جوارك له ، انك ذو وفاء وذمة . اللهم وقه من فتنة القبر ، ومن عذاب جهنم . اللهم إن كان محسناً فجازه باحسانه ، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه . اللهم قد نزل بك ، وأنت خير منزول به ، فقيراً الى رحمتك ، وأنت غني عن عذابه . اللهم ثبت عند المسئلة منطقه ، ولا تبتله في قبره » وقال الخرقي

يقول في الدعاء: اللهم انه عبدك وابن أمتك، نزل بك وأنت خير منزول به، ولا نعلم إلا خيرا، وقوله لا نعلم إلا خيرا انما يقوله لمن لم يعلم منه شراً لئلا يكون كاذبا. وقد روى القاضي حديثا عن عبد الله بن الحارث عن أبيه ان النبي صلى الله عليه وسلم علمهم الصلاة على الميت «اللهم اغفر لاحيائنا وأمواتنا وصغيرنا وكبيرنا وشاهدنا وغائبنا. اللهم ان عبدك وابن عبدك نزل بفنائك، فاغفر له وارحمه، ولا نعلم إلا خيرا» فقلت وأنا أصغر الجماعة يارسول الله وإن لم أعلم خيرا؟ قال «لاتقل إلا ماتعلم» وانما شرع هذا للخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أثني عنده على جنازة بخير قال «وجبت» وأثني على جنازة أخرى بشر قال «وجبت» ثم قال «ان بعضكم على بعض شهداء» رواه أبو داود. وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «مامن عبد مسلم يموت فشهد له اثنان من جيرانه الأدنين بخير إلا قال الله تعالى قد قبلت شهادة عبادي على ماعلموا وغفرت له ما أعلم» رواه الامام أحمد في المسند، وفي لفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «مامن مسلم يموت فيقوم رجلان من جيرانه الأدنين فيقولان اللهم لانعلم إلا خيراً. إلا قال الله تعالى قد قبلت شهادتهما لعبدي وغفرت له مالا يعلمان» أخرجه اللالكائي

﴿مسئلة﴾ (وإن كان صبياً جعل مكان الاستغفار له اللهم اجعله ذخراً لوالديه وفرطا وأجرا وشفيعاً مجابا، اللهم ثقل به موازينهما وأعظم به أجورهما، واجعله في كفالة أبيه ابراهيم، وألحقه بصالح سلف المؤمنين، وقه برحمتك عذاب الجحيم، اللهم اغفر لأسلافنا وافراطنا ومن سبقنا بالايمان) وبأي شيء دعا مما ذكرنا أو نحوه أجزأ

﴿مسئلة﴾ (ثم يقف بعد الرابعة قليلا ويسلم تسليمة واحدة عن يمينه)

ظاهر كلام شيخنا رحمه الله انه لايدعو بعد الرابعة نقل ذلك عن أحمد جماعة من أصحابه انه قال: لا أعلم فيه شيئاً لانه لو كان فيه دعاء مشروع لنقل، وعن أحمد انه يدعو ثم يسلم لانه قيام في صلاة الجنازة فكان فيه ذكر مشروع كالذي قبل الرابعة. قال ابن أبي موسى وأبو الخطاب يقول: (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) وقيل يقول: اللهم لاتحرمنا أجره، ولا تفتنا بعده، واغفر لنا وله. والخلاف هاهنا في الاستحباب ولا خلاف في المذهب انه غير واجب. وقد روى الجوزجاني باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر أربعاً ثم يقول ما شاء الله ثم ينصرف. قال الجوزجاني: أحسب هذه الوقفة ليكبر آخر الصفوف، فان الامام اذا كبر ثم سلم خفت أن يكون تسليمه قبل أن يكبر آخر الصفوف، فان كان هكذا فالله عز وجل الموفق له، وإن كان غير ذلك فاني أبرأ الى الله عز وجل من أن أتأول على رسول الله صلى الله عليه وسلم أمراً لم يرده، أو أراد خلافه

وناصيتها ويلقى من خلفها وبهذا قال الشافعي واسحق وابن المنذر وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي

(فصل) والتسليم واجب فيها لقوله عليه السلام « وتحليلها التسليم » والسنة أن يسلم على الجنازة تسليمة واحدة . قال أحمد : التسليم على الجنازة تسليمة واحدة عن ستة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس فيها اختلاف إلا عن ابراهيم ، روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس وجابر وأبي هريرة وأنس وابن أبي أوفى وواثلة بن الاسقع وبه قال سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين وأبو إمامة بن سهل والقاسم بن محمد وابراهيم النخعي والثوري وابن عيينة وابن المبارك وعبد الرحمن ابن مهدي وإسحق . قال ابن المبارك : من سلم على الجنازة تسليمتين فهو جاهل جاهل ، واختار القاضي أن المستحب تسليمتان وواحدة تجزي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي قياساً على سائر الصلوات

ولنا ماروى عطاء بن السائب ان النبي صلى الله عليه وسلم سلم على الجنازة تسليمة واحدة رواه الجوزجاني ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا ، واختيار القاضي في هذه المسئلة مخالف لقول إمامه وأصحابه ولاجماع الصحابة والتابعين رحمة الله عليهم .

ويستحب أن يسلمها عن يمينه وإن سلم تلقاء وجهه فلا بأس. وسئل أحمد يسلم تلقاء وجهه ؟ قال كل هذا جائز . وأكثر ماروي فيه عن يمينه ، قيل خفية ؟ قال نعم . يعني إن الكل جائز . والتسليم عن يمينه أولى لانه أكثر ماروي وهو أشبه بسائر الصلوات . قال أحمد : يقول السلام عليكم ورحمة الله وروى عنه علي بن سعيد انه قال : اذا قال السلام عليكم أجزأه ، وروى الخلال باسناده عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه صلى على يزيد بن المكفف فسلم واحدة عن يمينه السلام عليكم

(فصل) وروي عن مجاهد انه قال : اذا صليت فلا تبرح مصلاك حتى ترفع . قال ورأيت عبد الله بن عمر لا يبرح مصلاه اذا صلى على جنازة حتى يراها على أيدي الرجال . قال الاوزاعي لاتنقص الصفوف حتى ترفع الجنازة

﴿ مسئلة ﴾ (ويرفع يديه مع كل تكبيرة)

أجمع أهل العلم على ان المصلي على الجنازة يرفع يديه في التكبيرة الأولى ، ويستحب أن يرفع يديه في كل تكبيرة ، يروى ذلك عن سالم وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وقيس بن أبي حازم والزهري وإسحق وابن المنذر والاوزاعي والشافعي ، وقال مالك والثوري وأبو حنيفة لا يرفع يديه إلا في الأولى لأن كل تكبيرة مقام ركعة ولا ترفع الأيدي في جميع الركعات

ولنا ماروى عن ابن عمر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه في كل تكبيرة رواه ابن أبي موسى . وعن ابن عمر وأنس انهما كانا يفعلان ذلك ولانها تكبيرة حال الاستقرار أشبهت الأولى وما قاسوا عليه ممنوع . اذا ثبت ذلك فانه يحط يديه اذا رفعهما عند انقضاء التكبيرة

لا يضفر ولكن يرسل مع خديها من بين يديها من الجانبين ثم يرسل عليه الخمار لان ضفره يحتاج الى تسريحها فينقطع شعرها وينتف .

ويضع يده اليمنى على اليسرى كما في بقية الصلوات ، وفيما روى ابن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فوضع يمينه على شماله

(فصل) والواجب من ذلك التكبيرات والقيام وقراءة الفاتحة والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وأدنى دعاء الميت والسلام لما ذكرنا من قبل .

ويشترط لها النية وسائر شروط المكتوبة قياساً عليها إلا الوقت ويسقط بعض واجباتها عن المسبوق على ماسيأتي ، ولا يجزي أن يصلي على الجنازة راكباً لانه يفوت القيام الواجب وهو قول أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) ويستحب أن يصف في الصلاة على الجنازة ثلاثة صفوف لما روى الخلال باسناده عن مالك بن هبيرة وكانت له صحبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى عليه ثلاثة صفوف فقد أوجب » قال فكان مالك بن هبيرة اذا استقل أهل الجنازة جزأهم ثلاثة أجزاء . قال الترمذي هذا حديث حسن . قال أحمد أحب اذا كان فيهم قلة أن يجعلهم ثلاثة صفوف . قيل له فان كان وراءه أربعة ؟ قال يجعلهم صفين في كل صف رجلين ، وكره أن يكون في صف رجل واحد وذكر ابن عقيل ان عطاء بن أبي رباح روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فكانوا سبعة فجعل الصف الأول ثلاثة والثاني اثنين والثالث واحدا . قال ابن عقيل ويعايابها فيقال أين تجدون فذاً انفراده أفضل ؟ قال شيخنا : ولا أحسب هذا الحديث صحيحاً فانني لم أره في غير كتاب ابن عقيل وقد صار أحمد الى خلافه ولو علم فيه حديثاً لم يعده الى غيره ، والصحيح في هذا أن يجعل كل اثنين صفا

(فصل) ويستحب تسوية الصف في صلاة الجنازة نص عليه أحمد . وقيل لعطاء حُدٌّ على الناس أن يصفوا على الجنازة كما يصفون في الصلاة ؟ قال لا قوم يدعون ويستغفرون. وكره أحمد قول عطاء هذا وقال يسوون صفوفهم فانها صلاة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج الى المصلى فصف بهم وكبر أربعاً متفق عليه . وعن أبي المليح انه صلى على جنازة فالتفت فقال استووا ولتحسن شفاعتكم

﴿مسئلة﴾ (وان كبر الامام خمساً كبر بتكبيره، وعنه لا يتابع في زيادة على أربع، وعنه يتابع الى سبع)

لا يختلف المذهب انه لا تجوز الزيادة على سبع تكبيرات ولا النقص من أربع ، والأولى أن لا يزاد على أربع فان كبر الامام خمسا تابعه المأموم في ظاهر المذهب، ولا يتابعه فيما زاد عليها كذلك رواه الاثرم وهو ظاهر كلام الخرقي ، وعنه لا يتابعه في زيادة على أربع ولكن لا يسلم الا مع الامام،

ولنا ماروت أم عطية قالت ضفرنا شعرها ثلاثة قرون والقيناه خلفها يعني بنت رسول الله ﷺ

نقلها عنه حرب اختارها ابن عقيل ، وهذا قول الثوري ومالك وأبي حنيفة والشافعي لانها زيادة غير مسنونة للامام فلا يتابعه المأموم فيهـا كالقنوت في الركعة الأولى والرواية الأولى هي الصحيحة . قال الخلال كل من روى عن أبي عبد الله يخالف حربا

ولنا ماروي عن زيد بن أرقم انه كبر على جنازة خمسا وقال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبرها أخرجه مسلم ورواه سعيد وفيه فسئل عن ذلك فقال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى سعيد باسناده عن مولى لحذيفة انه كبر على جنازة خمسا فقيل له ؟ فقال مولاي وولي نعمتي صلى على جنازة وكبر عليها خمسا ، وذكر حذيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ، وباسناده أن علياً صلى على سهل بن حنيف فكبر عليه خمسا ، وروى الخـلال باسناده قال : كل ذلك قد كان أربعاً وخمسا وأمر الناس بأربع . قال أحمد في اسناد حديث زيد بن أرقم اسناده جيد ، ومعلوم ان المصلين معه كانوا يتابعونه وهذا أولى مما ذكروه . فأما ان زاد على خمس ففيه أيضاً روايتان : احداهما لا يتابعه المأموم لأن المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه خلافها ، والثانية يتابعه الى سبع . قال الخلال ثبت القول عن أبي عبدالله انه يكبر مع الامام الى سبع ثم لايزاد عليه ، وهذا قول بكر بن عبدالله المزني لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كبر على حمزة سبعاً رواه ابن شاهين وكبر علي على ابن أبي قتادة سبعاً وعلى سهل بن حنيف ستاً وقال انه بدري . وروى أن عمر رضي الله عنه جمع الناس فاستشارهم فقال بعضهم كبر النبي صلى الله عليه وسلم سبعاً ، وقال بعضهم أربعا فجمع عمر الناس على أربع تكبيرات وقال : هو أطول الصـلاة . واذا قلنا لايتابعه لم يسلم حتى يسلم امامه . قال ابن عقيل لايختلف قول أحمد اذا كبر الامام زيادة على أربع انه لايسلم قبل امامه على الروايات الثلاث بل يقف ويسلم معه وهو مذهب الشافعي . وقال الثوري وأبو حنيفة ينصرف كما لو قام الامام الى خامسة . قال أبو عبدالله ما أعجب حال الكوفيين سفيان ينصرف اذا كبر الخامسة والنبي صلى الله عليه وسلم كبر خمسا وفعله زيد بن أرقم وحذيفة . وقال ابن مسعود كبر ما كبر امامك ولأن هذه زيادة مختلف فيها فلم يسلم قبل امامه اذا اشتغل به كما لو صلى خلف من يقنت في صلاة يخالفه المأموم في القنوت فيها ، وهذا يخالف ماقاسوا عليه من وجهين: أحدهما ان زيادة الركعة الخامسة لاخلاف فيه ، الثاني ان الركعة زيادة فعل وهذه زيادة قول ، وكل تكبيرة قلنا يتابع الامام فيها فله فعلها ومالا فلا

(فصل) فان زاد على سبع لم يتابعه نص عليه أحمد . وقال في رواية أبي داود : ان زاد على سبع فينبغي أن يسبح به ولا أعلم أحداً قال بالزيادة على سبع الا عبدالله بن مسعود . قال علقمة روي ان أصحاب عبدالله قالوا له ان أصحاب معاذ يكبرون على الجنائز خمسا فلو وقت لنا وقتا ؟ فقال اذا تقدمكم امام فكبروا مايكبر فانه لا وقت ولا عدد . رواه سعيد والاثرم ، والصحيح انه لايزاد عليها

متفق عليه ، ولمسلم فضفرنا شعرها ثلاثة قرون قرنيها وناصيتها وللبخاري جعلن رأس بنت رسول الله

لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه ، ولكن لايسلم حتى يسلم امامه لما ذكرنا

(فصل) والافضل أن لا يزيد على أربع لأن فيه خروجا من الخلاف وأكثر أهل العلم يرون التكبير أربعا منهم عمر وابنه وزيد بن ثابت وجابر وابن أبي أوفى والحسن بن علي والبراء بن عازب وابو هريرة وعقبة بن عامر وابن الحنفية وعطاء والاوزاعي وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم كبر على النجاشي أربعا متفق عليه ، وكبر على قبر بعد مادفن أربعا ، وجمع عمر الناس على أربع ولأن أكثر الفرائض لايزيد على أربع

(فصل) ولايجوز النقص من أربع وروي عن ابن عباس أنه كبر على الجنازة ثلاثا ولم يعجب ذلك أبا عبد الله وقال قد كبر أنس ثلاثا ناسيا فأعاد ولانه خلاف مانقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان الصلاة الرباعية اذا أنقص منها ركعة بطلت كذا هنا فعلى هذا ان نقص منها تكبيرة عامداً بطلت لانه ترك واجبا فيها عمداً وان تركها سهواً احتمل أن يعيدها كما فعل أنس واحتمل أن يكبرها مالم يطل الفصل كما لو نسي ركعة ولايشرع لها سجود سهو فى الموضعين

(فصل) قال أحمد يكبر الى سبع ثم يقطع لايزيد على ذلك حتى ترفع الاربع ، قال أصحابنا اذا كبر على جنازة ثم جيء بأخرى كبر الثانية عليها أو ينويها فان جيء بثالثة كبر الثالثة عليهن وتواهن فان جيء برابعة كبر الرابعة عليهن ونواهن ثم يكمل التكبير عليهن الى سبع ليحصل للرابعة أربع اذ لايجوز النقصان منهن ويحصل للأولى سبع وهو أكثر ماينتهي اليه التكبير فان جيء بخامسة لم ينوها بالتكبير لانه دائر بين أن يزيد على سبع أو ينقص فى تكبيرها عن أربع ، وكلاهما لايجوز وهكذا ان جيء بثانية بعد أن كبر الرابعة لم يجز أن يكبر عليها الخامسة لما بينا ، فان أراد أهل الجنازة الأولى دفعها قبل سلام الامام لم يجز لان السلام ركن لاتتم الصلاة الا به اذا تقرر هذا فانه يقرأ في التكبيرة الخامسة الفاتحة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في السادسة ويدعو للميت في السابعة ليكمل لجميع الجنائز القراءة والاذكار كما كمل لهن التكبيرات وذكر ابن عقيل وجها قال يحتمل أن يكبر مازاد على الأربع متتابعاً كما قلنا في القضاء المسبوق ، والصحيح الأول لأن مابعد الأول جنائز فاعتبر في الصلاة عليهن شروط الصلاة كالأولى

﴿ مسألة ﴾ (ومن فاته شيء من التكبير قضاه على صفته وقال الخرقي يقضيه متتابعاً)

يستحب للمسبوق في صلاة الجنازة قضاء مافاته منها وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والزهري وابن سيرين وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحق وأصحاب الرأى لقوله عليه السلام « فما أدركتم فصلوا » وفي لفظ « فأتموا » وقياساً على سائر الصلوات ويكون القضاء على صفة الأداء لما

ﷺ ثلاثة قرون نقضنه ثم غسلنه ثم جعلنه ثلاثة قرون وانما غسلنه بأمر رسول الله ﷺ وتعليمه

ذكرنا ، فعلى هذا اذا أدرك الامام في الدعاء تابعه فيه فاذا سلم الامام كبر وقرأ الفاتحة ثم كبر وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم كبر وسلم وقال الشافعي متى دخل المسبوق في الصلاة ابتدأ الفاتحة ثم أتى بالصلاة في الثانية ، ووجه الاولى أن المسبوق في سائر الصلوات يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة على صفة مافاته فينبغي أن يأتي هاهنا بالقراءة على صفة مافاته قياساً عليه. وقال الخرقي يقضيه متتابعاً وكذلك روي عن أحمد وحكاه عن ابراهيم قال يبادر بالتكبير متتابعاً ، لما روى نافع عن ابن عمر انه قال لا يقضي فان كبر متتابعاً فلابأس ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعا وكذا قال ابن المنذر يقضيه متوالياً وقال القاضي وأبو الخطاب :ان رفعت الجنازه قبل اتمام التكبير قضاه متوالياً وإن لم ترفع قضاه على صفته كما سبق .

﴿ مسئلة ﴾ (فان سلم ولم يقضه فعلى روايتين)

احداهما لاتصح وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي لما ذكرنا من الحديث والمعنى ، والثانية تصح اختارها الخرقي لما ذكرنا من حديث ابن عمر .وقد روي عن عائشة انها قالت: يارسول الله إني أصلي على الجنازة ويخفى عليّ بعض التكبير؟ قال «ماسمعت فكبري ، ومافاتك فلا قضاء عليك» وهذا صريح ،ولأنها تكبيرات متواليات حال القيام فلم يجبْ قضاء مافات منها كتكبيرات العيد . وحديثهم ورد في الصلوات الخمس بدليل قوله في صدر الحديث « فلا تأتوها وأنتم تسعون » وفي رواية سعى في جنازة سعد حتى سقط رداؤه عن منكبيه فعلم انه لم يرد بالحديث هذه الصلاة ، والقياس على سائر الصلوات لا يصح لانه لا يقضي في شيء من الصلوات التكبير المنفرد ويبطل بتكبيرات العيد

(فصل) اذا أدرك الامام بين تكبيرتين فعن أحمد انه ينتظر الامام حتى يكبر معه وهو قول أبي حنيفة والثوري وإسحق لأن التكبيرات كالركعات ثم لو فاتته ركعة لم يتشاغل بقضائها كذلك التكبيرة ، والثانية يكبر ولا ينتظر وهو قول الشافعي لانه في سائر الصلوات اذا أدرك الامام كبر معه ولم ينتظر ، وليس هذا اشتغالا بقضاء مافاته وانما يصلي معه ما أدركه فيجزيه ذلك كالذي يتأخر عن تكبير الامام قليلا وعن مالك كالروايتين . قال ابن المنذر : سهل أحمد في القولين جميعاً ومتى أدرك الامام في التكبيرة الأولى فكبر وشرع في القراءة ثم كبر الامام قبل أن يتمها فانه يكبر ويتابعه ويقطع القراءة كالمسبوق في بقية الصلوات اذا ركع الامام قبل اتمامه القراءة

﴿ مسئلة ﴾ (ومن فاتته الصلاة على الجنازة صلى على القبر الى شهر)

من فاتته الصلاة على الجنازة فله أن يصلي عليها مالم تدفن ، فان دفنت فله أن يصلي على القبر الى شهر ، هذا قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن أبي موسى وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وهو مذهب الاوزاعي والشافعي . وقال النخعي والثوري ومالك وأبوحنيفة لا تعاد الصلاة على الميت

وفي حديث أم سليم عن النبي صلى الله عليه وسلم « وأضفرن شعرها ثلاثة قرون قصة وقرنين

إلا للولي اذا كان غائباً ولا يصلى على القبر إلا كذلك ، ولو جاز ذلك لصلي على قبر النبي صلى الله عليه وسلم في جميع الاعصار

ولنا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر رجلا مات فقال « فدلوني على قبره » فأتى قبره فصلى عليه متفق عليه . وعن ابن عباس انه مر مع النبي صلى الله عليه وسلم بقبر منبوذ فأمهم وصلوا خلفه قال أحمد ومن يشك في الصلاة على القبر يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من ستة وجوه كلها حسان، ولأن غير الولي من أهل الصلاة فسنت له الصلاة كالولي وانما لم يصل على قبر النبي صلى الله عليه وسلم لأنه لا يصلى على القبر بعد شهر

(فصل) ولا يصلى على القبر بعد شهر ويصلى قبله وبهذا قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم يصلى عليه أبداً واختاره ابن عقيل لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أحد بعد ثماني سنين حديث صحيح . وقال بعضهم يصلى عليه مالم يبل جسده ، وقال أبوحنيفة يصلي عليه الولي خاصة الى ثلاث . وقال إسحق يصلي عليه الغائب الى شهر والحاضر الى ثلاث

ولنا ماروى سعيد بن المسيب ان أم سعد ماتت والنبي صلى الله عليه وسلم غائب فلما قدم صلى عليها وقد مضى لذلك شهر . قال أحمد : أكثر ماسمعت ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على أم سعد ابن عبادة بعد شهر ، ولانها مدة يغلب على الظن بقاء الميت فيها أشبهت الثلاثة أو كالغائب ، وتجويز الصلاة عليه مطلقا باطل بأن قبر النبي صلى الله عليه وسلم لا يصلى عليه الآن اجماعا، وكذلك التحديد ببلى الميت لكونه عليه السلام لا يبلى ، فان قيل فالخبر دل على الصلاة بعد شهر فكيف منعتموه . قلنا تحديده بالشهر يدل على ان صلاته عليه الصلاة والسلام كانت عند رأس الشهر ليكون مقاربا للحد وتجوز الصلاة بعد الشهر قريبا منه لدلالة الخبر عليه ، ولا يجوز بعد ذلك لعدم وروده فيه

(فصل) ومن صلى عليها مرة فلا تسن له اعادة الصلاة عليها ، واذا صلى على الجنازة لم توضع لأحد يصلي عليها ويبادر بدفنها . قال القاضي الا أن يرجى مجيء الولي فتؤخر الا أن يخاف تغيره، وقال ابن عقيل لاينتظر به أحداً لأن النبي صلى الله غليه وسلم قال في طلحة بن البراء « عجلوا به فانه لاينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله » وأما من أدرك الجنازة ممن لم يصل فله أن يصلي عليها فعله علي وأنس وسلمان بن ربيعة وأبو حمزة رضي الله عنهم

(فصل) ويصلى على القبر وتعاد عليه الصلاة جماعة وفرادى نص عليهما أحمد . وقال وما بأس بذلك قد فعله عدة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي حديث ابن عباس قال: انتهى النبي صلى الله عليه وسلم الى قبر رطب فصفوا خلفه فكبر أربعاً . متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ويصلي على الغائب بالنية فان كان في أحد جانبي البلد لم تصح عليه بالنية في أصح الوجهين)

ولا تشبهنها بالرجال . فاما التسريح فكرهه أحمد وقال قالت عائشة علام تنصون ميتكم؟ قال يعني

تجوز الصلاة على الغائب في بلد آخر بالنية بعيداً كان البلد أو قريباً ، فيستقبل القبلة ويصلي عليه كصلاته على الحاضر ، وسواء كان الميت في جهة القبلة أو لم يكن وبهذا قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة لايجوز ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية كقولهما ليس من شرط الصلاة على الجنازة حضورها بدليل مالو كان في البلد

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي صاحب الحبشة في اليوم الذي مات فيه وصلى بهم بالمصلى فكبر عليه أربعا متفق عليه . فان قيل فيحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم زويت له الارض فأري الجنازة قلنا لم ينقل ذلك ولو كان لأخبر به

ولنا الاقتداء بالنبي ﷺ مالم يثبت مايقتضي اختصاصه ولأن الميت مع البعد لاتجوز الصلاة عليه ، وان رئي ثم لو اختصت الرؤية بالنبي ﷺ لا اختصت الصلاة به وقد صف النبي ﷺ أصحابه فصلى بهم ، فان قيل لم يكن بالحبشة من يصلي عليه . قلنا ليس هذا مذهبكم فانكم لاتجيزون الصلاة على الغريق والأسير ، وإن كان لم يصل عليه ولأن هذا بعيد لأن النجاشي كان ملك الحبشة وقد أظهر اسلامه فيبعد انه لم يوافقه أحد يصلي عليه

(فصل) فان كان الميت في أحد جانبي البلد لم يصل عليه من في الجانب الآخر في أصح الوجهين اختاره أبو حفص البرمكي لانه يمكنه الحضور للصلاة عليه أو على قبره أشبه مالو كانا في جانب واحد

والثاني يجوز كما لو كان في بلد آخر . وقد روي عن ابن حامد انه صلى على ميت مات في أحد جانبي بغداد وهو في الآخر

﴿ فصل ﴾ وتتوقت الصلاة على الغائب بشهر كالصلاة على القبر لانه لايعلم بقاؤه من غير تلاش أكثر من ذلك ، فعلى هذا قال ابن عقيل في أكيل السبع والمحترق بالنار يحتمل أن لا يصلى عليه لذهابه ، ويصلى على الغريق اذا غرق قبل الغسل كالغائب البعيد لأن الغسل تعذر لمانع أشبه الحي اذا عجز عن الغسل والتيمم صلى على حسب حاله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصلي الامام على الغال ولا من قتل نفسه)

الغال هو الذي يكتم غنيمته أو بعضها ليأخذها لنفسه ويختص بها فهذا لا يصلي عليه الامام ولا على قاتل نفسه عمداً ويصلي عليهما سائر الناس نص على هذا أحمد : وقال عمر بن عبدالعزيز والاوزاعي لايصلى على قاتل نفسه بحال لأن من لايصلي عليه الامام لايصلي عليه غيره كشهيد المعركة ، وقال عطاء والنخعي والشافعي يصلي الامام وغيره على جميع المسلمين لقول النبي ﷺ « صلوا على من قال لااله إلا الله » رواه الخلال باسناده

ولنا ماروى جابر بن سمرة ان النبي ﷺ جاؤه برجل قد قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه

لاتسرحوا رأسه بالمشط ولأن ذلك يقطع شعره وينتفه ، وقد روي عن أم عطية قالت مشطناها

رواه مسلم . وروى أبوداود نحوه ، وعن زيد بن خالد الجهني قال : توفي رجل من جهينة يوم خيبر فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال « صلوا على صاحبكم » فتغيرت وجوه القوم ، فلما رأى مابهم قال « ان صاحبكم غل من الغنيمة » احتج به أحمد واختص الامتناع بالامام لأن النبي ﷺ لما امتنع من الصلاة على الغال قال « صلوا على صاحبكم » وروي انه أمر بالصلاة على قاتل نفسه، وكان ﷺ هو الامام فألحق به من ساواه في ذلك ، ولا يلزم من ترك صلاة النبي ﷺ ترك صلاة غيره فانه كان في بدء الاسلام لا يصلي على من عليه دين لا وفاء له ويأمرهم بالصلاة عليه ، فان قيل هذا خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم لأن صلاته سكن . قلنا ماثبت في حق النبي صلى الله عليه ثبت في حق غيره مالم يقم على اختصاصه به دليل . فان قيل فقد ترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين . قلنا ثم صلى عليه بعد ، فروى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيقول « هل ترك لدينه من وفاء » فان حدث انه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال للمسلمين «صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله الفتوح قام فقال « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين وترك ديناً عليّ قضاؤه ، ومن ترك مالا فلورثته » قال الترمذي : هذا حديث صحيح . ولولا النسخ كان كمسئلتنا ، وهذه الأحاديث خاصة فيجب تقديمها على قوله « صلوا على من قال لا إله إلا الله »

﴿ فصل ﴾ قال أحمد : لا أشهد الجهمية ولا الرافضة ويشهده من شاء ، قد ترك النبي ﷺ الصلاة على أقل من ذا : الدين والغلول وقاتل نفسه ، وقال: لا يصلى على الواقفي » وقال أبو بكر بن عياش: لا أصلي على رافضي ولا حروري . وقال الفريابي: من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصلى عليه . قيل له فكيف تصنع به وهو يقول لا إله إلا الله ؟ قال لا تمسوه بأيديكم ادفعوه بالخشب حتى تواروه . وقال أحمد : أهل البدع لا يعادون ان مرضوا ، ولا تشهد جنائزهم ان ماتوا ، وهو قول مالك . قال ابن عبد البر : وسائر العلماء يصلون على أهل البدع والخوارج وغيرهم لعموم قوله عليه السلام « صلوا على من قال لا إله إلا الله »

ولنا ان النبي ﷺ ترك الصلاة بأدون من هذا فأولى أن تترك الصلاة به ، وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان لكل أمة مجوساً وان مجوس أمتي الذين يقولون لا قدر ، فان مرضوا فلا تعودوهم ، وان ماتوا فلا تشهدوهم » رواه الامام أحمد

﴿ فصل ﴾ ولا يصلى على أطفال المشركين لان لهم حكم آبائهم الا من حكمنا باسلامه بان يسلم أحد أبويه أو يموت أو يسبى منفرداً من أبويه أو من أحدهما فانه يصلى عليه ، وقال أبو ثور فيمن سبي مع أحد أبويه لا يصلى عليه حتى يختار الاسلام ولنا أنه محكوم باسلامه أشبه من سبي منفردا منهما

ثلاثة قرون متفق عليه ، قال أحمد انما ضفرن وأنكر المشط فكأنه تأول قولها مشطناها على أنها أرادت

﴿ فصل ﴾ ويصلى على سائر المسلمين أهل الكبائر والمرجوم في الزنا وغيرهم قال أحمد من استقبل قبلتنا وصلى صلاتنا نصلي عليه وندفنه ونصلي على ولد الزنا والزانية والذي يقاد منه في القصاص أو يقتل في حد . وسئل عمن لا يعطي زكاة ماله قال نصلي عليه ما نعلم أن النبي ﷺ ترك الصلاة على أحد إلا على قاتل نفسه والغال وهذا قول عطاء والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة قال لا يصلى على البغاة ولا على المحاربين لانهم باينوا أهل الاسلام أشبهوا أهل دار الحرب وقال مالك لا يصلى على من قتل في حد لأن أبا برزة الاسلمي قال لم يصل النبي صلى الله عليه وسلم على ماعز بن مالك ولم ينه عن الصلاة عليه ، رواه أبو داود

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله إلا الله » رواه الخلال وروي عن أبي شميلة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى قباء فاستقبله رهط من الانصار يحملون جنازة على باب فقال النبي صلى الله عليه وسلم ماهذا ؟ قالوا مملوك لآل فلان قال «أكان يشهد أن لا إله الا الله» قالوا نعم ولكنه كان وكان فقال « أكان يصلي؟» قالوا قد كان يصلي ويدع فقال لهم « ارجعوا به فغسلوه وكفنوه وصلوا عليه وادفنوه والذي نفسي بيده لقد كادت الملائكة تحول بيني وبينه »

وأما أهل الحرب فلا يصلى عليهم لكفرهم لاتقبل فيهم شفاعة ولا يستجاب فيهم دعاء وقد نهينا عن الاستغفار لهم ، وأما ترك الصلاة على ماعز فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك الصلاة عليه لعذر بدليل أنه صلى على الغامدية فقال له عمر ترجمها وتصلي عليها فقال « لقد تابت توبة لو قسمت على أهل المدينة لوسعتهم » كذلك رواه الاوزاعي وروى معمر وهشام أنه أمرهم بالصلاة عليها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد بعض الميت غسل وصلي عليه وعنه لا يصلى على الجوارح)

وهذا المشهور في المذهب وهو مذهب الشافعي وعنه لا يصلى على الجوارح نقلها عنه ابن منصور قال الخلال ولعله قول قديم لابي عبدالله والأول الذي استقر عليه قوله . وقال أبو حنيفة ومالك ان وجد الأكثر صلي عليه والا فلا لانه بعض لا يزيد على النصف فلم يصل عليه كالذي بان في حياة صاحبه والشعر والظفر .

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم قال أحمد صلى أبو أيوب على رجل وصلى عمر على عظام بالشام وصلى أبو عبيدة على رءوس بالشام رواهما عبدالله بن أحمد باسناده وقال الشافعي القى طائر يداً بمكة من وقعة الجمل عرفت بالخاتم وكانت يد عبدالرحمن بن عتاب بن أسيد فصلى عليها أهل مكة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم نعرف من الصحابة مخالفا في ذلك ولانه بعض من جملة تجب الصلاة عليها فيصلي عليه كالاكثر وفارق ما بان في الحياة لانه من جملة لا يصلى عليها والشعر والظفر لاحياة فيه

ضفرناها لما ذكرناه والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ وان وجد الجزء بعد دفن الميت غسل وصلي عليه ودفن إلى جانب القبر أو نبش بعض القبر ودفن فيه ولا حاجة الى كشف الميت لأن ضرر نبش الميت وكشفه أعظم من الضرر بتفرقة أجزائه .

﴿ مسئله ﴾ (وإن اختلط من يصلى عليه بمن لا يصلى عليه صلي على الجميع ينوي من يصلى عليه)

قال أحمد ويجعلهم بينه وبين القبلة ثم يصلي عليهم ، وهذا قول مالك والشافعي ، وقال أبوحنيفة إن كان المسلمون أكثر صلي عليهم والا فلا لأن الاعتبار بالأكثر بدليل أن دار المسلمين الظاهر فيها الاسلام لكثرة المسلمين بها وعكسها دار الحرب لكثرة الكفار بها

ولنا أنه أمكن الصلاة على المسلمين من غير ضرر فوجب كما لو كانوا أكثر ولانه اذا جاز أن يقصد بصلاته ودعائه الاكثر جاز أن يقصد الأقل ويبطل ماقالوه بما اذا اختلطت أخته باجنبيات أوميتة بمذكيات فانه يثبت الحكم للأقل دون الاكثر

﴿ فصل ﴾ وإن وجدميت فلم يعلم أمسلم هو أم كافر ؟ نظر إلى العلامات من الختان والثياب والخضاب فان لم يكن عليه علامة وكان في دار الاسلام غسل وصلي عليه ، وإن كان في دار الكفر لم يغسل ولم يصل عليه ، نص عليه أحمد لأن الأصل أن من كان في دار فهو من أهلها يثبت له حكمهم مالم يقم على خلافه دليل .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بأس بالصلاة على الميت في المسجد اذا لم يخف تلويثه)

وبهذا قال الشافعي وإسحق وأبو ثور وداود وكره ذلك مالك وأبوحنيفة لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له » رواه أحمد في المسند

ولنا ماروى مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت ماصلى رسول الله ﷺ على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد ، وروى سعيد قال حدثنا عبدالعزيز بن محمد عن هشام بن عروة عن أبيه قال صلي على أبي بكر في المسجد وقال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر قال صلي على عمر بالمسجد وهذا كان بحضر من الصحابة رضي الله عنهم فلم ينكر فكان اجماعا ولانها صلاة فلم يمنع منها في المسجد كسائر الصلوات وحديثهم يرويه صالح مولى التؤمة وقد قال فيه ابن عبدالبر : من أهل العلم من لايحتج بحديثه أصلا لضعفه ، ومنهم من يقبل منه مارواه عن ابن أبي ذئب خاصة ثم يحمل على من خيف منه الانفجار وتلويث المسجد .

﴿ فصل ﴾ فاما الصلاة على الجنازة في المقبرة ففيها روايتان احداهما لا بأس بها لأن النبي صلى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمشي بالجنازة الاسراع)

لاخلاف بين الائمة رحمهم الله في استحباب الاسراع بالجنازة وبه ورد النص وهوقول النبي

صلى الله عليه وسلم صلى على قبر وهو في المقبرة ، وقال ابن المنذر ذكر نافع أنه صلي على عائشة وأم سلمة وسط قبور البقيم ، صلى على عائشة أبو هريرة وحضر ذلك ابن عمر وفعله عمر بن عبدالعزيز والرواية الثانية يكره ، روي ذلك عن علي وعبدالله بن عمرو بن العاص وابن عباس وبه قال عطاء والنخعي والشافعي واسحق وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الارض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام » ولانه ليس بموضع للصلاة غير صلاة الجنازة فكرهت فيه صلاة الجنازة كالحمام

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم يحضره إلا النساء صلين عليه)

لان عائشة رضي الله عنها أمرت أن يؤتى بسعد بن أبي وقاص لتصلي عليه ، ولأن الصلاة على الميت صلاة مشروعة فتشرع في حقهن كسائر الصلوات

﴿ فصل في حمل الميت ودفنه ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (يستحب التربيع في حمله)

ومعناه الاخذ بقوائم السرير الاربع وهو سنة لقول ابن مسعود رضي الله عنه : اذا اتبع أحدكم جنازة فيأخذ بجوانب السرير الاربع ثم ليتطوع بعد أو ليذر فانه من السنة رواه سعيد في سننه وهذا يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو أن يضع قائمة السرير اليسرى المقدمة على كتفه اليمنى ثم ينتقل إلى المؤخرة ثم يضع قائمته اليمنى المقدمة على كتفه اليسرى ثم ينتقل الى المؤخرة)

هذا صفة التربيع في المشهور في المذهب اختاره الخرقي واليه ذهب أبوحنيفة والشافعي وعن أحمد أنه يدور عليها فيأخذ بعد ياسرة المؤخرة يامنة المؤخرة ثم المقدمة وهو مذهب اسحق ، روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وسعيد بن جبير وأيوب ولأنه أخف ، ووجه الاول أنه أحد الجانبين فينبغي أن يبدأ فيه بمقدمه كالاول .

﴿ مسئلة ﴾ وإن حمل بين العمودين فحسن)

حكاه ابن المنذر عن عثمان وسعد بن مالك وابن عمر وأبي هريرة وابن الزبير وقال به الشافعي وأحمد وأبو ثور وابن المنذر وكرهه النخعي والحسن وأبوحنيفة واسحق والصحيح الاول لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوه وفيهم أسوة حسنة وقال مالك ليس في حمل الميت توقيت يحمل من حيث شاء ونحوه قال الاوزاعي واتباع الصحابة رضي الله عنهم فيما فعلوه وقالوه أحسن

﴿ مسئلة ﴾(ويستحب الاسراع بها)

ﷺ « اسرعوا بالجنازة فان تكن صالحة فخير تقدمونها اليه ، وان كانت غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم » متفق عليه ، وعن أبي هريرة قال كان رسول الله ﷺ «اذا تبع الجنازة قال انبسطوا بها ولا تدبوا دبيب اليهود بجنائزها » رواه أحمد في المسند واختلفوا في الاسراع المستحب فقال القاضي المستحب اسراع لا يخرج عن المشي المعتاد وهو قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يخب ويرمل لما روى أبوداود عن عيينة بن عبدالرحمن عن أبيه، قال كنا في جنازة عثمان بن أبى العاص فكنا نمشي مشياً خفيفا فلحقنا أبو بكر فرفع سوطه فقال لقد رأيتنا مع النبي ﷺ نرمل رملا

ولنا ماروى أبوسعيد عن النبي ﷺ أنه مر عليه بجنازة تمخض مخضا فقال عليه السلام « عليكم بالقصد في جنائزكم » من المسند . وعن ابن مسعود قال سألنا نبينا ﷺ عن المشي بالجنازة فقال « مادون الخبب » رواه أبوداود والترمذي وقال يرويه أبوماجد وهو مجهول وقول النبي ﷺ « انبسطوا بها ولا تدبوا دبيب اليهود » يدل على أن المراد اسراع يخرج به عن شبه مشي اليهود بجنائزهم لأن الأسراف في الأسراع يمخضها ويؤذي حامليها ومتبعيها ولا يؤمن على الميت وقد قال ابن عباس في جنازة ميمونة لاتزلزلوا وارفقوا فانها أمكم .

﴿ فصل ﴾ واتباع الجنائز سنة قال البراء أمرنا رسول الله ﷺ باتباع الجنائز وهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يصلي عليها ثم ينصرف ، قال زيد بن ثابت اذا صليت فقد قضيت الذي عليك وقال أبوداود رأيت أحمد مالا أحصي صلى على جنائز ولم يتبعها إلى القبر ولم يستأذن (الثاني) أن يتبعها إلى القبر ثم يقف حتى تدفن لقول رسول الله ﷺ « من شهد الجنازة حتى يصلي فله قيراط ومن شهدها

لا نعلم فيه خلافا بين الائمة رحمهم الله وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أسرعوا بالجنازة فان تكن صالحة فخير تقدمونها اليه ، وان كانت غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم » متفق عليه واختلفوا في الاسراع المستحب فقال القاضي هو اسراع لا يخرج عن المشي المعتاد وهو قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يخب ويرمل ، لما روى أبوداود عن عيينة بن عبدالرحمن عن أبيه قال كنا في جنازة عثمان بن أبي العاص وكنا نمشي مشياً خفيفا فلحقنا أبو بكر فرفع سوطه فقال لقد رأيتنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نرمل رملا :

ولنا ماروى أبوسعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر عليه بجنازة تمخض مخضاً فقال « عليكم بالقصد في جنائزكم » رواه الامام أحمد في المسند ولان الاسراف في الاسراع يمخضها ويؤذي حامليها ومتبعيها ولا يؤمن على الميت ، وقال ابن عباس في جنازة ميمونة لاتزلزلوا وارفقوا فانها أمكم

﴿ فصل ﴾ واتباع الجنائز سنة لقول البراء أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم باتباع الجنائز متفق عليه واتباع الجنائز على ثلاثة أضرب أحدها ، أن يصلي عليها ثم ينصرف قال زيد بن ثابت اذا صليت فقد قضيت الذي عليك ، وقال أبو داود رأيت أحمد مالا احصي صلى على جنائز ولم يتبعها الى القبر

حتى تدفن كان له قيراطان . قيل وما القيراطان؟ قال مثل الجبلين العظيمين » متفق عليه ، الثالث أن يقف بعد الدفن فيستغفر له ويسأل الله له التثبيت ويدعو له بالرحمة فانه روي عن النبي ﷺ أنه كان اذا دفن ميتا وقف وقال « استغفروا له واسألوا الله له التثبيت فانه الآن يسئل » رواه أبو داود ، وقد روي عن ابن عمر أنه كان يقرأ عنده بعد الدفن أول البقرة وخاتمتها

﴿ فصل ﴾ يستحب لمتبع الجنازة أن يكون متخشعاً متفكراً في مآله متعظا بالموت وبما يصير اليه الميت ولا يتحدث بأحاديث الدنيا ولا يضحك قال سعد بن معاذ : ماتبعت جنازة فحدثت نفسي بغير ماهو مفعول بها، ورأى بعض السلف رجلا يضحك في جنازة فقال أتضحك وأنت تتبع الجنازة؟ لا كلمتك أبدا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمشي أمامها أفضل)

أكثر أهل العلم يرون الفضيلة لماشي أن يكون أمام الجنازة روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن عمر وأبي هريرة والحسن بن علي وابن الزبير وأبي قتادة وأبي أسيد وعبيد بن عمير وشريح والقاسم بن محمد وسالم والزهري ومالك والشافعي . وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي: المشي خلفها أفضل لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «الجنازة متبوعة ولا تتبع ليس منها من تقدمها» وقال علي رضي الله عنه فضل الماشي خلف الجنازة على الماشي قدامها كفضل المكتوبة على التطوع سمعته من

ولم يستأذن ، الثاني أن يتبعها إلى القبر ثم يقف حتى تدفن لقول رسول الله ﷺ «من شهد الجنازة حتى يصلي فله قيراط ، ومن شهد حتى تدفن فله قيراطان — قيل وما القيراطان ؟ قال مثل الجبلين العظيمين» متفق عليه .

الثالث : أن يقف بعد الدفن فيستغفر له ويسأل الله له التثبيت ويدعو له بالرحمة فانه روى عن النبي ﷺ أنه كان اذا دفن ميتا وقف فقال«استغفروا الله(١) واسألوا الله التثبيت فانه الآن يسئل» رواه أبوداود ، وروي عن ابن عمر أنه كان يقرأ عنده عند الدفن أول البقرة وخاتمتها

ويستحب لمتبع الجنازة أن يكون متخشعا متفكراً في حاله متعظا بالموت وبما يصير اليه الميت ، لا يتحدث بأحاديث الدنيا ولا يضحك ، قال سعد بن معاذ ماتبعت جنازة فحدثت نفسي بغير ماهو مفعول بها ورأى بعض السلف رجلا يضحك في جنازة فقال تضحك وأنت تتبع الجنازة لا كلمتك أبدا

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يكون المشاة أمامها والركبان خلفها)

أكثر أهل العلم يرون الفضيلة للماشي أن يكون أمام الجنازة ، روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن عمر وأبي هريرة والحسن بن علي وابن الزبير وأبي قتادة وأبي أسيد وشريح والقاسم بن محمد وسالم والزهري ومالك والشافعي . وقال الاوزاعي وأصحاب الرأي المشي خلفها أفضل لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « الجنازة متبوعة ولا تتبع ليس منها من تقدمها » وقال علي رضي الله عنه : فضل الماشي خلف الجنازة على الماشي قدامها كفضل المكتوبة على التطوع سمعته من رسول

(١) كذا والرواية المشهورة « استغفروا لاخيكم » الخ

رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها متبوعة فيجب أن تقدم كالامام في الصلاة ، ولهذا قال في الحديث الصحيح « من تبع جنازة »

ولنا ماروى ابن عمر قال رأيت النبي ﷺ وأبا بكر وعمر يمشون أمام الجنازة . رواه أبوداود والترمذي وعن أنس نحوه ، رواه ابن ماجه قال ابن المنذر : ثبت أن النبي ﷺ وأبابكر وعمر كانوا يمشون أمام الجنازة ، وعن ابن عمر قال السنة في الجنازة أن يمشي أمامها وقال أبوصالح كان أصحاب رسول الله ﷺ يمشون أمام الجنازة ، ولانهم شفعاء له بدليل قوله عليه السلام « مامن ميت تصلي عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة كلهم يشفعون له الا شفعوا فيه » رواه مسلم وقال عليه السلام « مامن أربعين من مؤمن يشفعون لمؤمن إلا شفعهم الله عز وجل » رواه ابن ماجه ولهذا يقولون في الدعاء له : اللهم إنا جئناك شفعاء له فشفعنا فيه . والشفيع يتقدم المشفوع له ، وحديث ابن مسعود يرويه أبو ماجد وهو مجهول قيل ليحيى من أبوماجد هذا ؟ قال طائر طار قال الترمذي سمعت محمد بن اسماعيل يضعف هذا الحديث ، والحديث الآخر لم يذكره أصحاب السنن وقالوا هو ضعيف ثم نحمله على من تقدمها الى موضع الصلاة أو الدفن ولم يكن معها وقياسهم يبطل بسنة الصبح والظهر فانها تابعة لها وتتقدمها في الوجود

﴿ فصل ﴾ ويكره الركوب في اتباع الجنائز ، قال ثوبان خرجنا مع النبي ﷺ في جنازة فرأى ناسا ركبانا فقال « ألا تستحون ؟ أن ملائكة الله على أقدامهم وأنتم على ظهور الدواب » رواه الترمذي فان ركب في جنازة فالسنة أن يكون خلفها ، قال الخطابي في الراكب لا أعلمهم اختلفوا في أنه يكون

الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنها متبوعة فيجب أن تقدم كالأمام في الصلاة . ولهذا قال في الحديث الصحيح « من تبع جنازة »

ولنا ماروى ابن عمر قال رأيت النبي ﷺ وأبا بكر وعمر يمشون أمام الجنازه ، رواه أبوداود والترمذي وعن أنس نحوه رواه ابن ماجه قال ابن المنذر ثبت أن النبي ﷺ وأبابكر وعمر كانوا يمشون أمام الجنازه ، وقال أبوصالح كان أصحاب رسول الله ﷺ يمشون أمام الجنازة ولانهم شفعاء له بدليل قوله عليه السلام « مامن ميت يصلي عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة لهم يشفعون له الا شفعوا فيه » رواه مسلم ، والشفيع يتقدم المشفوع له ، وحديث ابن مسعود يرويه أبوماجد وهو مجهول ، قيل ليحيى من أبوماجد هذا ؟ قال طائر طار قال الترمذي سمعت محمد بن اسماعيل يضعف هذا الحديث والحديث الآخر لم يذكره أصحاب السنن وقالوا هو ضعيف ثم نحمله على من تقدمها إلى موضع الصلاة أو الدفن ولم يكن معها وقياسهم يبطل بسنة الصبح والظهر فانها تابعة لها وتتقدمها في الوجود

﴿ فصل ﴾ ويكره الركوب في اتباع الجنـائز لما روى ثوبان قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة فرأى ناساً ركبانا فقال « ألا تستحون أن ملائكة الله على أقدامهم وأنتم على ظهور الدواب » رواه الترمذي . فان ركب فالسنة أن يكون خلف الجنازة ، قال الخطابي : في الراكب لا أعلمهم اختلفوا

خلفها لقول النبي ﷺ « الراكب يسير خلف الجنازة والماشي يمشي خلفها وأمامها وعن يمينها وعن يسارها قريبا منها » رواه أبوداود ، وروى الترمذي نحوه ، ولفظه « الراكب خلف الجنازة والماشي حيث شاء منها والطفل يصلى عليه » وقال هذا حديث صحيح ولان سير الراكب أمامها يؤذي المشاة لانه موضع مشيهم على ماقدمناه ، فأما الركوب في الرجوع منها فلا بأس به قال جابر بن سمرة إن النبي صلى الله عليه وسلم ، اتبع جنازة ابن الدحداح ماشيا ورجع على فرس ، رواه مسلم قال الترمذي هذا حديث حسن .

﴿ فصل ﴾ ويكره رفع الصوت عند الجنازة لنهي النبي ﷺ أن تتبع الجنازة بصوت ، قال ابن المنذر روينا عن قيس بن عباد أنه قال ، كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون رفع الصوت عند ثلاث: عند الجنائز ، وعند الذكر ، وعند القتال ، وذكر الحسن عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنهم كانوا يستحبون خفض الصوت عند ثلاث فذكر نحوه . وكره سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والحسن والنخعي وإمامنا وإسحق قول القائل خلف الجنازة : استغفروا له ، وقال الاوزاعي بدعة وقال عطاء محدثة وقال سعيد بن المسيب في مرضه إياي وحاديهم هذا الذي يحدو لهم يقول استغفروا له غفر الله لكم ، وقال فضيل بن عمرو ، بينا ابن عمر في جنازة إذ سمع قائلا يقول استغفروا له غفر الله لكم ، فقال ابن عمر لا غفر الله لك ، رواهما سعيد قال أحمد: ولا يقول خلف الجنازة سلم رحمك الله فانه بدعة ولكن يقول بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويذكر الله اذا تناول السرير .

في أنه يكون خلفها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الراكب يمشي خلف الجنازة والماشي يمشي خلفها وأمامها وعن يمينها وعن يسارها قريباً منها » رواه أبو داد والترمذي ، ولفظه « الراكب خلف الجنازة والماشي حيث شاء منها والطفل يصلى عليه » وقال هذا حديث صحيح ولأن سير الراكب أمامها يؤذي المشاة ، فأما الركوب في الرجوع من الجنازة فلا بأس به . قال جابر بن سمرة : إن النبي صلى الله عليه وسلم اتبع جنازة ابن الدحداح ماشياً ورجع على فرس ، قال الترمذي هذا حديث صحيح

﴿فصل﴾ ويكره رفع الصوت عند الجنائز لنهي النبي ﷺ أن تتبع الجنائز بصوت ، قال ابن المنذر: روينا عن قيس بن عباد انه قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون رفع الصوت عند ثلاث : عند الجنائز ، وعند الذكر ، وعند القتال . وكره سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والحسن والنخعي وإمامنا وإسحق قول القائل خلف الجنازة استغفروا له . قال الاوزاعي بدعة . وقال سعيد بن المسيب في مرضه إياي وحاديهم هذا الذي يحدو لهم يقول استغفروا له غفر الله لكم . وقال فضيل بن عمرو بينا ابن عمر في جنازة إذ سمع قائلا يقول : استغفروا له غفر الله لكم . فقال ابن عمر لا غفر الله لك. رواهما سعيد . قال أحمد ولا يقول خلف الجنازة سلم رحمك الله فانه بدعة ،

﴿ فصل ﴾ ومس الجنازة بالايدي والاكام والمناديل محدث مكروه ولا يؤمن معه فساد الميت وقد منع العلماء مس القبر فمس الجسد مع خوف الاذى أولى بالمنع .

﴿ فصل ﴾ ويكره اتباع الميت بنار ، قال ابن المنذر يكره ذلك كل من يحفظ عنه ، روي عن ابن عمر وأبي هريرة وعبدالله بن مغفل ومعقل بن يسار وأبي سعيد وعائشة وسعيد بن المسيب أنهم وصوا ان لايتبعوا بنار ، وروى ابن ماجه ان اباموسى حين حضره الموت قال: لاتتبعوني بمجمر قالوا له أوسمعت فيه شيئا ؟ قال نعم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى ابوداود باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار » فان دفن ليلا فاحتاجوا الى ضوء فلا بأس به انما كره المجامر فيها البخور ، وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم دخل قبرا ليلا فأسرج له سراج ، قال الترمذي هذا حديث حسن

﴿ فصل ﴾ ويكره اتباع النساء الجنائز لما روي عن ام عطية قالت : نهينا عن اتباع الجنائز ولم يعزم علينا متفق عليه ، وكره ذلك ابن مسعود وابن عمر وابوامامة وعائشة ومسروق والحسن والنخعي والاوزاعي وإسحق ، وروي ان النبي صلي الله عليه وسلم خرج فاذا نسوة جلوس قال « ما يجلسكن ؟ قلن ننتظر الجنازة ، قال « هل تغسلن » قلن : لا ، قال « هل تحملن » قلن :لا ، قال «هل تدلين فيمن يدلي » قلن : لا ، قال « فارجعن مأزورات غير مأجورات » رواه ابن ماجه

ولكن يقول بسم الله وعلى ملة رسول الله ويذكر الله اذا تناول السرير . ومس الجنازة بالأيدي أوالأكام والمناديل محدث مكروه ولا يؤمن معه فساد الميت ، وقد منع العلماء مس القبر فمس الجسد مع احتمال الأذى أولى بالمنع

﴿ فصل ﴾ ويكره اتباع الميت بنار ، قال ابن المنذر : يكره ذلك كل من يحفظ عنه من أهل العلم روي عن ابن عمر وأبي هريرة وعبدالله بن مغفل ومعقل بن يسار وأبي سعيد وعائشة وسعيد بن المسيب انهم وصوا أن لايتبعوا بنار ، وروى ابن ماجه أن أبا موسى حين حضره الموت قال : لاتتبعوني بمجمر . قالوا له أو سمعت فيه شيئاً ؟ قال نعم . من رسول الله ﷺ وروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ قال « لاتتبع الجنازة بصوت ولا نار » فان دفن ليلا فاحتاجوا الى ضوء فلا بأس به انما كره المجامر فيها البخور . وفي حديث عن النبي ﷺ انه دخل قبراً ليلا فأسرج له سراج ، قال الترمذي هذا حديث حسن

﴿ فصل ﴾ ويكره اتباع النساء الجنائز لما روي عن أم عطية قالت : نهينا عن اتباع الجنائز ولم يعزم علينا متفق عليه . كره ذلك ابن مسعود وابن عمر وأبو امامة وعائشة ومسروق والحسن والنخعي والاوزاعي وإسحق . وروي ان النبي ﷺ خرج فاذا نسوة جلوس ، قال « مايجلسكن ؟ » قلن ننتظر الجنازة . قال « هل تغسلن » قلن لا . قال « هل تحملن » قلن لا . قال « هل تدلين فيمن

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لقي فاطمة فقال « ماأخرجك يافاطمة من بيتك ؟ » قالت يارسول الله : أتيت أهل هذا البيت فرحمت اليهم ميتهم أو عزيتهم به ، قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « فلعلك بلغت معهم الكدى » قالت : معاذ الله وقد سمعتك تذكر فيها ماتذكر قال « لو بلغت معهم الكدى » [1] فذكر تشديداً رواه أبو داود

(فصل) فان كان مع الجنازة منكر يراه أو يسمعه ، فان قدر على انكاره وازالته أزاله ، وإن لم يقدر على إزالته ففيه وجهان : أحدهما ينكره ويتبعها فيسقط فرضه بالانكار ولا يترك حقاً لباطل (والثاني) يرجع لأنه يؤدي إلى استماع محظور ورؤيته مع قدرته على ترك ذلك وأصل هذا في الغسل فان فيه روايتين فيخرج في اتباعها وجهان

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والتربيع أن يوضع على الكتف اليمنى إلى الرجل ، ثم الكتف اليسرى إلى الرجل ﴾

التربيع هو الاخذ بجوانب السرير الاربع وهو سنة في حمل الجنازة لقول ابن مسعود : اذ اتبع أحدكم جنازة فليأخذ بجوانب السرير الاربع ، ثم ليتطوع بعد أو ليذر فانه من السنة . رواه سعيد في سننه ، وهذا يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، وصفة التربيع المسنون أن يبدأ فيضع قائمة السرير اليسرى على كتفه اليمنى من عند رأس الميت ، ثم يضع القائمة اليسرى من عند الرجل على الكتف اليمنى ثم يعود أيضاً إلى القائمة اليمنى من عند رأس الميت فيضعها على كتفه اليسرى ، ثم ينتقل إلى اليمنى من عند رجليه ، وبهذا قال أبو حنيفه والشافعي . وعن احمد رحمه الله أنه يدور عليها فيأخذ بعد ياسرة المؤخرة يامنة المؤخرة ، ثم المقدمة وهو مذهب اسحاق وروي عن ابن مسعود وابن عمر وسعيد بن جبير وأيوب ولأنه أخف ، ووجه الاول أنه أحد الجانبين ، فينبغي أن يبدأ فيه بمقدمه كالاول . فأما الحمل بين العمودين فقال ابن المنذر : روينا عن عثمان وسعيد ابن مالك وابن عمر وأبي هريرة وابن الزبير أنهم حملوا بين عمودي السرير ، وقال به الشافعي واحمد وأبو ثور وابن المنذر ، وكرهه النخعي والحسن وأبو حنيفة واسحاق ، والصحيح الاول لأن الصحابة رحمة الله عليهم قد فعلوه وفيهم أسوة حسنة . وقال مالك : ليس في حمل الميت

(١) حذف ابو داود التشديد ادبا مع الزهراء عليها السلام وذكره غيره للعبرة به وترجيح تبليغ الشرع بنصه وفيه مبالغة في حظر خروج النساء الى الكدى وهي المقابر بجعل جزاءه كجزاء الكفر وهو يدل على التحريم لا كراهة التنزيه

يدلي » قالت لا . قال « فارجعن مأزورات غير مأجورات » رواه ابن ماجه . وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لقي فاطمة قال « ما أخرجك يافاطمة من بيتك ؟ » قالت يارسول الله أتيت أهل هذا البيت فرحمت اليهم ميتهم أو عزيتهم به . قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « فلعلك بلغت معهم الكدى » قالت معاذ الله وقد سمعتك تذكر فيها ماتذكر . قال « لو بلغت معهم الكدى » فذكر تشديدا رواه أبو داود

﴿ فصل ﴾ فان كان مع الجنازة منكر يراه أو يسمعه فان قدر على انكاره وإزالته ازاله ، وان لم

توقيت يحمل من حيث شاء، ونحوه قال الاوزاعي . واتباع الصحابة رضي الله عنهم فيما فعلوه وقالوه أحسن وأولى

(فصل) اذا مرت به جنازة لم يستحب له القيام لها لقول علي رضي الله عنه : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قعد . رواه مسلم ، وقال اسحق معنى قول علي يقول : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأى جنازة قام ثم ترك ذلك بعد . قال احمد : إن قام لم أعبه وإن قعد فلا بأس . وذكر ابن أبي موسى والقاضي أن القيام مستحب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا رأى أحدكم الجنازة فليقم حين يراها حتى تخلفه » رواه مسلم ، وقد ذكرنا أن آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك القيام لها والاخذ بالآخر من أمره أولى ، وقد روي في حديث أن يهوديا رآى النبي صلى الله عليه وسلم قام للجنازة ، فقال يامحمد : هكذا نصنع فترك النبي صلى الله عليه وسلم القيام لها

(فصل) ومن يتبع الجنازة استحب له أن لايجلس حتى توضع ، وممن رأى أن لايجلس حتى توضع عن أعناق الرجال الحسن بن علي وابن عمر وأبو هريرة وابن لزبير والنخعي والشعبي والاوزاعي واسحق ، ووجه ذلك ماروى مسلم باسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع » ورأى الشافعي أن هذا منسوخ بحديث علي ، ولا يصح لأن قول علي يحتمل ماذكره اسحق والسبب الذي ذكرناه فيه ، وليس في اللفظ عموم فيعم الامرين جميعاً فلم يجز النسخ بأمر محتمل ، ولأن قول علي قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قعد يدل على ابتداء فعل القيام وهاهنا انما وجدت منه الاستدامة ، اذا ثبت هذا فأظهر الروايتين عن احمد أنه أريد بالوضع وضعها عن أعناق الرجال وهو قول من ذكرنا من قبل

وقد روى الثوري الحديث « اذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع بالارض » ورواه أبو معاوية « حتى توضع في اللحد » وحديث سفيان أصح ، فأما من تقدم الجنازة فلا بأس أن يجلس قبل أن تنتهي اليه . قال الترمذي : روي عن بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يتقدمون الجنازة فيجلسون قبل أن تنتهي اليهم ، فاذا جاءت الجنازة لم يقوموا لها لما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وأحق الناس بالصلاة عليه من أوصى له أن يصلي عليه ﴾

هذا مذهب أنس وزيد بن أرقم وأبي برزة وسعيد بن زيد وأم سلمة وابن سيرين . وقال الثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي : الولي أحق لانها ولاية تترتب بترتب العصبات فالولي فيها أولى كولاية النكاح

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم روي أن أبا بكر أوصى أن يصلي عليه عمر قاله احمد قال وعمر

يقدر على ازالته ففيه وجهان : أحدهما ينكره ويتبعها فيسقط فرضه بالانكار ولا يترك حقاً لباطل ، والثاني يرجع لانه يؤدي الى استماع محظور ورؤيته مع قدرته على ترك ذلك

أوصى أن يصلي عليه صهيب ، وأم سلمة أوصت أن يصلي عليها سعيد بن زيد ، وأبو بكرة أوصى أن يصلي عليه أبو برزة ، وقال غيره عائشة أوصت أن يصلي عليها أبو هريرة ، وابن مسعود أوصى أن يصلي عليه الزبير ، ويونس ابن جبير أوصى أن يصلي عليه أنس بن مالك ، وأبو سريحة أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم ، فجاء عمرو بن حريث وهو أمير الكوفة ليتقدم فيصلي عليه ، فقال ابنه : أيها الامير إن أبي أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم فقدم زيداً . فهذه قضايا انتشرت فلم يظهر مخالف فكان اجماعا [1] ولأنه حق للميت فانها شفاعة له ، فتقدم وصيته فيها كتفريق ثلثه ، وولاية النكاح يقدم فيها الوصي أيضاً فهي كمسئلتنا وإن سلمت فليست حقاً له انما هي حق للمولى عليه ، ثم الفرق بينهما أن الامير يقدم في الصلاة بخلاف ولاية النكاح ، ولأن الغرض في الصلاة الدعاء والشفاعة إلى الله عز وجل فالميت يختار لذلك من هو أظهر صلاحا ، وأقرب اجابة في الظاهر بخلاف ولاية النكاح

(فصل) فان كان الوصي فاسقاً أو مبتدعا لم تقبل الوصية لأن الموصي جهل الشرع فرددنا وصيته كما لو كان الوصي ذمياً ، فان كان الاقرب اليه كذلك لم يقدم وصلى غيره كما يمنع من التقديم في الصلوات الخمس

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ثم الامير ﴾

أكثر أهل العلم يرون تقديم الامير على الأقارب في الصلاة على الميت . وقال الشافعي في أحد قوليه : يقدم الولي قياساً على تقديمه في النكاح بجامع اعتبار ترتيب العصبات وهو خلاف قول النبي ﷺ « لايؤم الرجل في سلطانه » وحكى أبو حازم قال : شهدت حسيناً حين مات الحسن وهو يدفع في قفا سعيد بن العاص ويقول : تقدم لولا السنة ماقدمتك وسعيد أمير المدينة ، وهذا يقتضي سنة النبي ﷺ وروى الامام احمد باسناده عن عمار مولى بني هاشم قال : شهدت جنازة أم كلثوم بنت علي وزيد بن عمر فصلى عليها سعيد بن العاص وكان أمير المدينة وخلفه يومئذ ثمانون من أصحاب محمد ﷺ فيهم ابن عمر والحسن والحسين وسمى في موضع اخر زيد بن ثابت وأبا هريرة . وقال علي رضي الله عنه : الامام أحق من صلى على الجنازة ، وعن ابن مسعود نحو ذلك وهذا اشتهر فلم ينكر فكان اجماعا ، ولأنها صلاة شرعت فيها الجماعة فكان الامام أحق بالامامة فيها كسائر الصلوات ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز مع حضور أقاربها والخلفاء بعده ، ولم ينقل الينا أنهم استأذنوا أولياء الميت في التقدم عليها

[1] أي اجماعا سكوتيا حمل الشافعية هذه الوقائع على اجازة أولياء الميت للوصية ولو لم يجيزوها لما صحت عندهم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجلس من تبعها حتى توضع)

وممن رأى ان لايجلس حتى توضع عن أعناق الرجال الحسن بن علي وابن عمر وأبو هريرة

(فصل) والامير هاهنا الامام ، فان لم يكن فالامير من قبله ، فان لم يكن فالنائب من قبله في الامامة ، فان الحسين قدم سعيد بن العاص وانما كان أميراً من قبل معاوية فان لم يكن فالحاكم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ثم الأب وإن علا ، ثم الابن وإن سفل ، ثم أقرب العصبة ﴾

الصحيح في المذهب ماذكره الخرقي في أن أولى الناس بعد الامير الاب ، ثم الجد أبو الاب وإن علا ، ثم الابن ثم ابنه وإن نزل ، ثم الاخ الذي هو عصبة ثم ابنه ، ثم الاقرب فالاقرب من العصبات ، وقال أبو بكر : اذا اجتمع جد وأخ ففيه قولان ، وحكي عن مالك أن الابن أحق من الاب لأنه أقوى تعصيباً منه بدليل الارث ، والاخ أولى من الجد لأنه يدلي بالبنوة والجد يدلي بالابوة

ولنا أنهما استويا في الادلاء لان كل واحد منهما يدلي بنفسه والاب أرأف وأشفق ودعاؤه لابنه أقرب إلى الاجابة فكان أولى كالقريب مع البعيد اذ كان المقصود الدعاء للميت والشفاعة له بخلاف الميراث

(فصل) وإن اجتمع زوج المرأة وعصباتها فظاهر كلام الخرقي تقديم العصبات وهو أكثر الروايات عن احمد ، وقول سعيد بن المسيب والزهري وبكير بن الاشج ومذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة يقدم زوج المرأة على ابنها منه ، وروي عن احمد تقديم الزوج على العصبات لأن أبا بكرة صلى على امرأته ولم يستأذن إخوتها ، وروي ذلك عن ابن عباس والشعبي وعطاء وعمر ابن عبد العزيز واسحق ولأنه أحق بالغسل فكان أحق بالصلاة كمحل الوفاق

ولنا أنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأهل امرأته : أنتم أحق بها . ولأن الزوج قد زالت زوجيته بالموت فصار أجنبياً والقرابة لم تزل ، فعلى هذه الرواية إن لم يكن لها عصبات فالزوج أولى لأن له سبباً وشفقة فكان أولى من الاجنبي

(فصل) فان اجتمع أخ من الابوين وأخ من أب ففي تقديم الاخ من الابوين أو التسوية وجهان أخذا من الروايتين في ولاية النكاح والحكم في أولادهما وفي الاعمام وأولادهم كالحكم فيهما سواء ، فان انقرض العصبة من النسب فالمولى المنعم ، ثم أقرب عصباته ، ثم الرجل من ذوي أرحامه الاقرب فالاقرب ثم الاجانب

(فصل) فان استوى وليان في درجة واحدة فأولاهما أحقهما بالامامة في المكتوبات لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله » قال القاضي : ويحتمل أن يقدم له الأسن لأنه أقرب إلى اجابة الدعاء ، وأعظم عند الله قدراً وهذا ظاهر مذهب الشافعي والاول أولى وفضيلة السن معارضة بفضيلة العلم وقد رجحها الشارع في سائر الصلوات مع أنه يقصد فيها اجابة الدعاء

وابن الزبير والنخعي والشعبي والاوزاعي واسحق ، ووجه ذلك ماروى مسلم باسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع » وقال الشافعي

والحظ للمأمومين ، وقد روي عنه عليه السلام أنه قال « أئمتكم شفعاؤكم » ولا نسلم أن الأسن الجاهل أعظم قدراً من العالم ولا أقرب اجابة ، فان استووا وتشاحوا أقرع بينهم كما في سائر الصلوات

(فصل) ومن قدمه الولي فهو بمنزلته لانها ولاية تثبت له فكانت له الاستنابة فيها ويقدم نائبه فيها على غيره كولاية النكاح

(فصل) والحر البعيد أولى من العبد القريب لأن العبد لاولاية له ولهذا لايلي في النكاح ولا المال ، فان اجتمع صبي ومملوك ونساء فالمملوك أولى لانه تصح امامته بهما ، فان لم يكن إلا نساء وصبيان فقياس المذهب أنه لا يصح أن يؤم أحد الجنسين الآخر ويصلي كل نوع لأنفسهم وامامهم منهم ، ويصلي النساء جماعة امامتهن في وسطهن نص عليه احمد ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي يصلين منفردات لايسبق بعضهن بعضاً ، وإن صلين جماعة جاز

ولنا أنهن من أهل الجماعة فيصلين جماعة كالرجال ، وما ذكروه من كونهن منفردات لا يسبق بعضهن بعضاً تحكم لا يصار اليه إلا بنص أو اجماع ، وقد صلى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم على سعد بن أبي وقاص . رواه مسلم

(فصل) فان اجتمع جنائز فتشاح أولياؤهم فيمن يتقدم للصلاة عليهم قدم أولاهم بالامامة في الفرائض . وقال القاضي : يقدم السابق يعني من سبق ميته

ولنا أنهم تساووا فأشبهوا الاولياء اذا تساووا في الدرجة مع قول النبي ﷺ «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله » وإن أراد ولي كل ميت أفراد ميته بصلاة جاز

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والصلاة عليه : يكبر ويقرأ الحمد ﴾

وجملة ذلك أن سنة التكبير على الجنازة أربع لاتسن الزيادة عليها ولا يجوز النقص منها فيكبر الاولى ثم يستعيذ ويقرأ الحمد يبدؤها ببسم الله الرحمن الرحيم ولا يسن الاستفتاح . قال أبو داود سمعت احمد يسأل عن الرجل يستفتح الصلاة على الجنازة بسبحانك اللهم وبحمدك ، قال ماسمعت . قال ابن المنذر : كان الثوري يستحب أن يستفتح في صلاة الجنازة ولم نجده في كتب سائر أهل العلم ، وقد روي عن احمد مثل قول الثوري لأن الاستعاذة فيها مشروعة فسن فيها الاستفتاح كسائر الصلوات

ولنا أن صلاة الجنازة شرع فيها التخفيف ولهذا لايقرأ فيها بعد الفاتحة بشيء وليس فيها ركوع ولا سجود ، والتعوذ سنة للقراءة مطلقاً في الصلاة وغيرها لقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) اذا ثبت هذا فان قراءة الفاتحة واجبة في صلاة الجنازة ،

هذا منسوخ بقول علي قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قعد رواه مسلم . قال إسحق معنى قول علي : كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأى الجنازة قام ثم ترك ذلك بعد . وعلى هذا التفسير لا يصح

وبهذا قال الشافعي واسحق وروي ذلك عن ابن عباس ، وقال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة : لايقرأ فيها بشيء من القرآن لان ابن مسعود قال : ان النبي ﷺ لم يوقت فيها قولا ولاقراءة ،ولان مالا ركوع فيه لاقراءة فيه كسجود التلاوة

ولنا أن ابن عباس صلى على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال انه من السنة أو من تمام السنة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى ابن ماجه باسناده عن أم شريك قالت : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقرأ على الجنازة بفاتحة الكتاب ،وروى الشافعي في مسنده باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم كبر على الجنازة أربعاً وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الاولى ثم هو داخل في عموم قوله عليه السلام « لاصلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن » ولأنها صلاة يجب فيها القيام فوجبت فيها القراءة كسائر الصلوات ، وإن صح مارووه عن ابن مسعود فانما قال لم يوقت أي لم يقدر ، ولا يدل هذا على نفي أصل القراءة ، وقد روى ابن المنذر عنه أنه قرأ على جنازة بفاتحة الكتاب ، ثم لايعارض مارويناه لانه نفي يقدم عليه الاثبات ويفارق سجود التلاوة فانه لاقيام فيه والقراءة انما محلها القيام

﴿ فصل ﴾ ويسر القراءة والدعاء في صلاة الجنازة لانعلم بين أهل العلم فيه خلافا ولا يقرأ بعد أم القرآن شيئاً ، وقد روي عن ابن عباس أنه جهر بفاتحة الكتاب قال أحمد انما جهر ليعلمهم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويكبر الثانية ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم كما يصلي عليه في التشهد ﴾

هكذا وصف أحمد الصلاة على الميت كما ذكر الخرقي وهو مذهب الشافعي وروي عن ابن عباس أنه صلى على جنازة بمكة فكبر ثم قرأ وجهر وصلى على النبي ﷺ ثم دعا لصاحبها. فاحسن ثم انصرف . وقال هكذا ينبغي أن تكون الصلاة على الجنازه . وروى الشافعي في مسنده عن أبي أمامة بن سهل أنه أخبره رجل من أصحاب النبي ﷺ أن السنة في الصلاة على الجنازة أن يكبر الامام ثم يقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الاولى يقرأ في نفسه ثم يصلي على النبي ﷺ ويخلص الدعاء للجنازة في التكبيرات لايقرأ في شيء منهن ثم يسلم سراً في نفسه وصفة الصلاة على النبي ﷺ كصفة الصلاة عليه في التشهد لأن النبي ﷺ لما سألوه كيف نصلي عليك علمهم ذلك وإن أتى بها على غير ماذكر في التشهد فلابأس لأن القصد مطلق الصلاة ، قال القاضي يقول : اللهم صل على ملائكتك

دعوى النسخ ، وليس في اللفظ عموم فيعم الأمرين جميعا فلم يجز النسخ بأمر محتمل ولأن قول علي قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قعد يدل على ابتداء فعل القيام ، وهاهنا انما وجدت منه الاستدامة

اذ ثبت هذا فأظهر الروايتين أنه أريد وضعها عن أعناق الرجال وهو قول من ذكرنا من قبل .

المقربين وأنبيائك المرسلين وأهل طاعتك أجمعين من أهل السموات وأهل الارضين ، إنك على كل شيء قدير . لأن أحمد قال في رواية عبد الله يصلي على النبي ﷺ ويصلي على الملائكة المقربين .

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ويكبر الثالثة ويدعو لنفسه ولوالديه وللمسلمين ويدعو للميت ﴾

وإن أحب أن يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا ، وشاهدنا وغائبنا ، وصغيرنا وكبيرنا ، وذكرنا وأنثانا أنك تعلم منقلبنا ومثوانا . إنك على كل شيء قدير . اللهم من أحييته منا فاحيه على الاسلام ، ومن توفيته فتوفه على الايمان . اللهم إنه عبدك ابن أمتك نزل بك وأنت خير منزول به ولا نعلم إلا خيرا . اللهم إن كان محسناً فجازه باحسانه ، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه . اللهم لاتحرمنا أجره ولا تفتنا بعده .

والواجب أدنى دعاء لأن النبي ﷺ قال « إذا صليتم على الميت فأخلصوا له الدعاء » رواه أبو داود وهذا يحصل بأدنى دعاء ، ولأن المقصود الشفاعة للميت والدعاء له فيجب أقل ذلك ، ويستحب أن يدعو لنفسه ولوالديه وللمسلمين قال أحمد وليس على الميت دعاء موقت ، والذي ذكره الخرقي حسن يجمع ذلك ، وقد روي اكثره في الحديث فمن ذلك ماروى أبو ابراهيم الاشهلي عن أبيه قال كان رسول الله ﷺ إذا صلى على الجنازة قال . اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وأنثانا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثل حديث أبي ابراهيم وزاد « اللهم من أحييته منا فأحيه على الايمان ، ومن توفيته منا فتوفه على الاسلام ، اللهم لاتحرمنا أجره ولاتضلنا بعده » وفي حديث آخر عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أنت ربها وأنت خلقتها وأنت هديتها للاسلام وأنت قبضتها وأنت أعلم بسرها وعلانيتها جئنا شفعاء فاغفر له » رواه أبو داود . وروى مسلم باسناده عن عوف بن مالك قال صلى رسول الله ﷺ على جنازة فحفظت من دعائه وهو يقول « اللهم اغفر له وارحمه وعافه واعف عنه ، وأكرم نزله وأوسع مدخله ، واغسله بالماء والثلج والبرد ، ونقه من الخطايا كما نقيت الثوب الابيض من الدنس ، وأبدله داراً خيراً من داره وأهلا خيراً من أهله وزوجا خيراً من زوجه ، وأعذه من عذاب القبر ومن عذاب النار » حتى تمنيت أن اكون ذلك الميت

(فصل) زاد أبو الخطاب على ماذكره الخرقي . اللهم جئناك شفعاء له فشفعنا فيه وقه فتنة القبر وعذاب النار واكرم مثواه وأبدله داراً خيراً من داره وجواراً خيراً من جواره وافعل بنا ذلك وبجميع المسلمين . وزاد ابن أبي موسى : الحمد لله الذي أمات وأحيا ، الحمد لله الذي يحيي الموتى له العظمة والكبرياء ، والملك والقدرة والثناء وهو على كل شيء قدير . اللهم إنه عبدك ابن عبدك ابن أمتك أنت خلقته ورزقته وأنت أمته وانت تحييه وأنت تعلم سره جئناك شفعاء له فشفعنا فيه . اللهم إنا

وقد روي الحديث « اذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع بالارض » ورواه أبو معاوية « حتى يوضع في اللحد » وحديث سفيان أصح .

نستجير بحبل جوارك له إنك ذو وفاء وذمة ، اللهم وقه من فتنة القبر ومن عذاب جهنم . اللهم ان كان محسناً فجازه باحسانه ،وان كان مسيئاً فتجاوز عنه . اللهم قد نزل بك وأنت خير منزول به فقيراً إلى رحمتك وأنت غني عن عذابه . اللهم ثبت عند المسئلة منطقه ولا تبتله في قبره . اللهم لا تحرمنا أجره ،ولا تفتنا بعده »

﴿ فصل ﴾ وقوله لا نعلم إلا خيراً انما يقوله لمن لم يعلم منه شرا لئلا يكون كاذباً ، وقد روى القاضي حديثاً عن عبدالله بن الحارث عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم علمهم الصلاة على الميت « اللهم اغفر لأحيائنا وأمواتنا وصغيرنا وكبيرنا وشاهدنا وغائبنا . اللهم ان عبدك وابن عبدك نزل بفنائك فاغفر له وارحمه ولا نعلم إلا خيرا » فقلت وأنا أصغر الجماعة يارسول الله وان لم أعلم خيرا قال «لا تقل الا ما تعلم » وانما شرع هذا للخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أثني عنده على جنازة بخير قال وجبت ،وأثني على أخرى بشر فقال وجبت ثم قال « إن بعضكم على بعض شهيد » رواه أبوداود متفق عليه . وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مامن عبد مسلم يموت يشهد له اثنان من جيرانه الادنين بخير الا قال الله تعالى قد قبلت شهادة عبادي على ماعلموا وغفرت له ما أعلم» رواه الامام أحمد في المسند .وفي لفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ما من مسلم يموت فيقوم رجلان من جيرانه الادنين فيقولان اللهم لا نعلم إلا خيرا ـ الا قال الله تعالى قد قبلت شهادتهما لعبدي وغفرت له مالا يعلمان » اخرجه اللالكائي

﴿ فصل ﴾ وإن كان الميت طفلا جعل مكان الاستغفار له : اللهم اجعله فرطا لوالديه وذخراً وسلفا وأجراً ، اللهم ثقل به موازينهما، وأعظم به أجورهما . اللهم اجعله في كفالة ابراهيم، وألحقه بصالح سلف المؤمنين ،وأجره برحمتك من عذاب الجحيم ،وابدله داراً خيراً من داره ،وأهلا خيراً من اهله ، اللهم اغفر لاسلافنا وافراطنا ومن سبقنا بالايمان. ونحو ذلك وبأي شيء دعا مما ذكرنا او نحوه اجزأه وليس فيه شيء موقت .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكبر الرابعة ويقف قليلا)

ظاهر كلام الخرقي انه لا يدعو بعد الرابعة شيئاً ونقله عن أحمد جماعة من أصحابه وقال لا أعلم فيه شيئاً لانه لو كان فيه دعاء مشروع لنقل ، وروي عن أحمد انه يدعو ثم يسلم لأنه قيام في صلاة فكان فيه ذكر مشروع كالذي قبل التكبيرة الرابعة . قال ابن أبي موسى وأبو الخطاب يقول : ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار . وقيل يقول : اللهم لا تحرمنا أجره ، ولا

وأما من تقدم الجنازة فلا بأس أن يجلس قبل أن تنتهي اليه . قال الترمذي : روي عن بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم انهم كانوا يتقدمون الجنازة فيجلسون قبل أن تنتهي اليهم ، واذا جاءت وهو جالس لم يقم لها لما يأتي بعد

تفتتنا بعده . وهذا الخلاف في استحبابه ، ولا خلاف في المذهب انه غير واجب . وان الوقوف بعد التكبير قليلا مشروع ، وقد روى الجوزجاني باسناده عن زيد بن أرقم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر أربعاً ثم يقول ماشاء الله ثم ينصرف . قال الجوزجاني وكنت أحسب ان هذه الوقفة ليكبر آخر الصفوف ، فان الامام اذا كبر ثم سلم خفت أن يكون تسليمه قبل أن يكبر آخر الصفوف ، فان كان هكذا فالله عز وجل الموفق له ، وإن غير ذلك فاني أبرأ الى الله عز وجل من أن أتأول على رسول الله ﷺ أمراً لم يرده أو أراد خلافه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويرفع يديه في كل تكبيرة)

أجمع أهل العلم على ان المصلي على الجنائز يرفع يديه في أول تكبيرة يكبرها ، وكان ابن عمر يرفع يديه في كل تكبيرة وبه قال سالم وعمر بن عبد العزيز وعطاء وقيس بن أبي حازم والزهري وإسحق وابن المنذر والأوزاعي والشافعي ، وقال مالك والثوري وأبو حنيفة لايرفع يديه إلا في الأولى لأن كل تكبيرة مقام ركعة ، ولا ترفع الأيدي في جميع الركعات

ولنا ماروي عن ابن عمر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه في كل تكبيرة رواه ابن أبي موسى . وعن ابن عمر وأنس انهما كانا يفعلان ذلك ولأنها تكبيرة حال الاستقرار أشبهت الأولى ، وما ذكروه غير مسلم ، فاذا رفع يديه فانه يحطهما عند انقضاء التكبير ويضع اليمنى على اليسرى كما في بقية الصلوات . وفيما روى ابن أبي موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فوضع يمينه على شماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويسلم تسليمة واحدة عن يمينه)

السنة أن يسلم على الجنازة تسليمة واحدة . قال رحمه الله : التسليم على الجنازة تسليمة واحدة عن ستة من أصحاب النبي ﷺ وليس فيه اختلاف إلا عن ابراهيم ، وروي تسليمة واحدة عن علي وابن عمر وابن عباس وجابر وأبي هريرة وأنس بن مالك وابن أبي أوفى وواثلة بن الأسقع وبه قال سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين وأبو أمامة بن سهل والقاسم بن محمد والحارث وابراهيم النخعي والثوري وابن عيينة وابن المبارك وعبد الرحمن بن مهدي وإسحق. وقال ابن المبارك : من سلم على الجنازة تسليمتين فهو جاهل جاهل. واختار القاضي ان المستحب تسليمتان وتسليمة واحدة تجزي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي قياسا على سائر الصلوات

ولنا ماروى عطاء بن السائب ان النبي صلى الله عليه وسلم سلم على الجنازة تسليمة .رواه الجوزجاني

﴿ مسئلة ﴾ (وان جاءت وهو جالس لم يقم لها لما ذكرنا من حديث علي وقد فسره اسحق بما حكينا) وقد روي عن أحمد انه قال: ان قام لم أعبه وان قعد فلا بأس . وذكر ابن أبي موسى والقاضي

باسناده وانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا . قال أحمد ليس فيه اختلاف إلا عن ابراهيم ، قال الجوزجاني : هذا عندنا لا اختلاف فيه لأن الاختلاف انما يكون بين الأقران والأشكال ، أما اذا أجمع الناس واتفقت الرواية عن الصحابة والتابعين فشذ عنهم رجل لم يقل لهذا اختلاف ، واختيار القاضي في هذه المسئلة مخالف لقول امامه وأصحابه وإجماع الصحابه والتابعين رضي الله عنهم . اذا ثبت هذا فان المستحب أن يسلم تسليمة واحدة عن يمينه ، وإن سلم تلقاء وجهه فلا بأس . قال أحمد يسلم تسليمة واحدة ، وسئل يسلم تلقاء وجهه ؟ قال كل هذا وأكثر ماروي فيه عن يمينه . قيل خفية ؟ قال نعم . يعني أن الكل جائز ، والتسليم عن يمينه أولى لأنه أكثر ماروي وهو أشبه بالتسليم في سائر الصلوات . قال أحمد يقول : السلام عليكم ورحمة الله وروى عنه علي بن سعيد انه قال : اذا قال السلام عليكم أجزأه ، وروى الخلال باسناده عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه انه صلى على يزيد بن المكفف فسلم واحدة عن يمينه: السلام عليكم

﴿ فصل ﴾ روي عن مجاهد انه قال : اذا صليت فلا تبرح مصلاك حتى ترفع ، قال ورأيت عبدالله بن عمر لايبرح مصلاه اذا صلى على جنازة حتي يراها على أيدي الرجال . قال الاوزاعي : لا تنقض الصفوف حتى ترفع الجنازة

﴿ فصل ﴾ والواجب في صلاة الجنازة النية والتكبيرات والقيام وقراءة الفاتحة والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وأدنى دعاء الميت وتسليمة واحدة ، ويشترط لها شرائط المكتوبة إلا الوقت ، وتسقط بعض واجباتها عن المسبوق على ماسنبين ، ولا يجوز أن يصلي على الجنائز وهو راكب لأنه يفوت القيام الواجب وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وأبي ثور ولا أعلم فيه خلافا

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يصف في الصلاة على الجنائز ثلاثة صفوف لما روي عن مالك بن هبيرة حمصي وكانت له صحبة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى عليه ثلاثة صفوف فقد أوجب » قال فكان مالك بن هبيرة اذا استقل أهل الجنازة جزأهم ثلاثة أجزاء رواه الخلال باسناده وقال الترمذي هذا حديث حسن . قال أحمد أحب اذا كان فيهم قلة أن يجعلهم ثلاثة صفوف . قالوا فان كان وراءه أربعة كيف يجعلهم ؟ قال يجعلهم صفين في كل صف رجلين . وكره أن يكونوا ثلاثة فيكون في صف رجل واحد . وذكر ابن عقيل ان عطاء بن أبي رباح روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فكانوا سبعة فجعل الصف الأول ثلاثة والثاني اثنين والثالث واحداً ، قال ابن عقيل ويعايابها فيقال أين تجدون فذاً انفراده أفضل ؟ ولا أحسب هذا الحديث صحيحا فانني

ان القيام مستحب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا رأى أحدكم الجنازة فليقم حين يراها حتى تخلفه » رواه مسلم . وقد ذكرنا ان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك القيام لها

لم أره في غير كتاب ابن عقيل ، وأحمد قد صار الى خلافه ، وكره أن يكون الواحد صفا ، ولو علم أحمد في هذا حديثا لم يعده الى غيره . والصحيح في هذا أن يجعل كل اثنين صفا

﴿ فصل ﴾ ويستحب تسوية الصف في الصلاة على الجنازة نص عليه أحمد ، وقيل لعطاء أخذ على الناس أن يصفوا على الجنازة كما يصفون في الصلاة ؟ قال لا، قوم يدعون ويستغفرون . ولم يعجب أحمد قول عطاء هذا وقال يسوون صفوفهم فانها صلاة، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج الى المصلى فصف بهم وكبر أربعاً متفق عليه . وروي عن أبي المليح أنه صلى على جنازة فالتفت فقال استووا لتحسن شفاعتكم

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بالصلاة على الميت في المسجد إذا لم يخف تلويثه وبهذا قال الشافعي واسحق وأبوثور وداود وكره ذلك مالك وأبوحنيفة لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له » من المسند

ولنا ماروى مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد ، وقال سعيد حدثنا مالك عن سالم أبي النضر قال لما مات سعد بن أبي وقاص قالت عائشة رضي الله عنها مروا به علي حتى ادعو له فانكر الناس ذلك فقالت ماأسرع مانسي الناس! ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد ، وقال حدثنا عبدالعزيز بن محمد عن هشام بن عروة عن أبيه قال صلى على أبي بكر في المسجد ، وقال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر قال صلي على عمر فى المسجد وهذا كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فلم ينكر فكان اجماعا ولأنها صلاة فلم يمنع منها كسائر الصلوات وحديثهم يرويه صالح مولى التوأمة قال ابن عبدالبر: من أهل العلم من لا يقبل من حديثه شيئا لضعفه لانه اختلط ومنهم من يقبل منه ماروادعن ابن أبي ذئب خاصة .ثم يحمل على من خيف عليه الانفجار وتلويث المسجد

﴿ فصل ﴾ فأما الصلاة على الجنازة في المقبرة فعن أحمد فيها روايتان إحداهما لا بأس بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر وهو في المقبرة ، قال ابن المنذر ذكر نافع أنه صلي على عائشة وأم سلمة وسط قبور البقيع صلى على عائشة أبوهريرة وحضر ذلك ابن عمر وفعل ذلك عمر بن عبدالعزيز والرواية الثانية : يكره ذلك روي ذلك عن علي وعبدالله بن عمر وابن العاص وابن عباس وبه قال عطاء والنخعي والشافعي وإسحق وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام » ولأنه ليس بموضع للصلاة غير صلاة الجنازة فكرهت فيه صلاه الجنازة كالحمام

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ومن فاته شيء من التكبير قضاه متتابعا فان سلم مع الامام ولم يقض فلا بأس ﴾

والاخذ من آخر أمره أولى . وقد روي في حديث ان يهوديا رأى النبي صلى الله عليه وسلم قام للجنازة

وجملة ذلك أن المسبوق بتكبير الصلاة في الجنازة يسن له قضاء مافاته منها ، وممن قال يقضي مافاته سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والزهري وابن سيرين وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحق وأصحاب الرأي فان سلم قبل القضاء فلا بأس هذا قول ابن عمر والحسن وأيوب السختياني والأوزاعي قالوا لايقض مافات من تكبير الجنازةقال أحمد اذا لم يقض لم يبال.العمري عن نافع عن ابن عمر أنه لايقضى وإن كبر متتابعاً فلا بأس كذا قال ابراهيم ، وقال أيضاً يبادر بالتكبير قبل أن يرفع وقال أبوالخطاب إن سلم قبل أن يقضيه فهل تصح صلاته ؟ على روايتين ، إحداهما لاتصح وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي لقوله عليه السلام « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » وفي لفظ « فاقضوا » وقياسا على سائر الصلوات .

ولنا قول ابن عمر ولم يعرف له في الصحابة مخالف ، وقد روي عن عائشة أنها قالت يارسول الله اني أصلي على الجنازة ويخفى عليّ بعض التكبير قال « ماسمعت فكبري ومافاتك فلا قضاء عليك » وهذا صريح،ولأنها تكبيرات متواليات حال القيام فلم يجب قضاء مافاته منها كتكبيرات العيد،وحديثهم ورد في الصلوات الخمس بدليل قوله في صدر الحديث « ولا تأتوها وأنتم تسعون » وروي أنه سعى في جنازة سعد حتى سقط رداؤه عن منكبيه فعلم أنه لم يرد بالحديث هذه الصلاة ثم الحديث الذي رويناه أخص منه فيجب تقديمه والقياس على سائر الصلوات لايصح لأنه لايقضي في شيء من الصلوات التكبير المنفرد، ثم يبطل بتكبيرات العيد ، اذا ثبت هذا فانه متى قضى أتى بالتكبير متوالياً لاذكر معه كذلك قال أحمد وحكاه عن ابراهيم قال يبادر بالتكبير متتابعا وان لم يرفع قضى مافاته ،واذا أدرك الامام في الدعاء على الميت تابعه فيه فاذا سلم الامام كبر وقرأ الفاتحة ثم كبر وصلى على النبي ﷺ وكبر وسلم ، وقال الشافعي متى دخل المسبوق في الصلاه ابتدأ الفاتحة ثم أتى بالصلاه في الثانية . ووجه الاول أن المسبوق في سائر الصلوات يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة على صفة مافاته فينبغي أن يأتي هاهنا بالقراءة على صفة مافاته والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ قال واذا أدرك الامام فيما بين تكبيرتين فعن أحمد أنه ينتظر الامام حتى يكبر معه وبه قال أبوحنيفة والثوري وإسحق لأن التكبيرات كالركعات ، ثم لوفاتته ركعة لم يتشاغل بقضائها كذلك اذا فاتته تكبيرة ، والثانية يكبر ولاينتظر وهو قول الشافعي لانه في سائر الصلوات متى أدرك الامام كبرمعه ولم ينتظر وليس هذا اشتغالا بقضاء مافاته وانما يصلي معه ماأدركه فيجزيه ذلك كالذي يكبر عقيب تكبير الامام أويتأخر عن ذلك قليلا .وعن مالك كالروايتين ، قال ابن المنذرسهل أحمد في القولين جميعا .ومتى أدرك الامام في التكبيرة الأولى فكبر وشرع في القراءه ثم كبر الامام قبل أن يتمها فانه يكبر ويتابعه ويقطع القراءة كالمسبوق في بقية الصلوات اذا ركع الامام قبل اتمام القراءة

فقال يامحمد: هكذا نصنع ؟ فترك النبي صلى الله عليه وسلم القيام لها

﴿ مسئله ﴾ قال ﴿ ويدخل قبره من عند رجليه ان كان اسهل عليهم ﴾

الضمير فى قوله رجليه يعود إلى القبر أي من عند موضع الرجلين وذلك أن المستحب أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر ثم يسل سلا الى القبر، روي ذلك عن ابن عمر وأنس وعبد الله بن يزيد الانصاري والنخعي والشعبي والشافعي، وقال أبو حنيفة توضع الجنازة على جانب القبر مما يلي القبلة ثم يدخل القبر معترضا لانه يروى عن علي رضي الله عنه، ولأن النخعي قال، حدثني من رأى أهل المدينة فى الزمن الاول يدخلون موتاهم من قبل القبلة وأن السل شيء أحدثه أهل المدينة

ولنا ماروى الامام أحمد باسناده عن عبدالله بن يزيد الانصاري أن الحارث أوصى أن يليه عند موته فصلى عليه ثم دخل القبر فأدخله من رجلي القبر وقال هذا السنة، وهذا يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وروى ابن عمر وابن عباس أن النبي ﷺ سُل من قبل رأسه سلا وما ذكر عن النخعي لايصح لأن مذهبه بخلافه ولأنه لايجوز على العدد الكثير أن يغيروا سنة ظاهرة فى الدفن إلا بسبب ظاهر أو سلطان قاهر، قال ولم ينقل من ذلك شيء، ولو ثبت فسنة النبي ﷺ مقدمة على فعل أهل المدينة وإن كان الاسهل عليهم أخذه من قبل القبلة أو من رأس القبر فلا حرج فيه لان استحباب أخذه من رجلي القبر إنما كان طلبا للسهولة عليهم والرفق بهم فان كان الاسهل غيره كان مستحبا قال أحمد رحمه الله كل لا بأس به

﴿ فصل ﴾ قال أحمد رحمه الله يعمق القبر الى الصدر الرجل والمرأة فى ذلك سواء. كان الحسن

﴿ مسئلة ﴾ (ويدخل قبره من عند رجل القبر ان كان أسهل عليهم)

المستحب أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر ثم يسل سلا الى القبر روي ذلك عن ابن عمر وأنس وعبدالله بن يزيد الانصاري والنخعي والشعبي والشافعي. وقال أبو حنيفة توضع الجنازة على جانب القبر مما يلي القبلة ثم يدخل القبر معترضا لأنه يروى عن علي رضي الله عنه، وقال النخعي حدثني من رأى أهل المدينة في الزمن الأول يدخلون موتاهم من قبل القبلة وان السل شيء أحدثه أهل المدينة

ولنا ان الحارث أوصى أن يليه عند موته عبدالله بن يزيد الأنصاري فصلى عليه ثم دخل القبر فأدخله من رجلي القبر وقال هذه السنة وهذا يقتضي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الامام أحمد. وروى ابن عمر وابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم سل من قبل رأسه سلا؛ وما ذكر عن النخعي لايصح لأن مذهبه بخلافه ولأنه لايجوز على العدد الكثير أن يغيروا سنة الا بسبب ظاهر أو سلطان قاهر ولم ينقل شيء من ذلك، ولو نقل فسنة النبي صلى الله عليه وسلم مقدمة على فعل أهل المدينة

فأما ان كان أخذه من قبل القبلة أو من رأس القبر أسهل عليهم فلا حرج فيه لأن استحباب أخذه من عند رجل القبر انما كان طلبا للأسهل. قال أحمد كل لابأس به

﴿ فصل ﴾ قال أحمد يعمق القبر الى الصدر الرجل والمرأة في ذلك سواء. كان الحسن

وابن سيرين يستحبان أن يعمق القبر الى الصدر ، وقال سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن عمرو بن مهاجر أن عمر بن عبدالعزيز لما مات ابنه أمرهم أن يحفروا قبره الى السرة ولا يعمقوا فان ماعلى ظهر الأرض أفضل مما سفل منها ، وذكر أبوالخطاب أنه يستحب أن يعمق قدر قامة وبسطة وهو قول الشافعي لأن النبي ﷺ قال « احفروا وأوسعوا وأعمقوا » رواه أبوداود، ولأن ابن عمر أوصى بذلك في قبره ،ولأنه أحرى أن لاتناله السباع وأبعد على من ينبشه والمنصوص عن أحمد أن المستحب تعميقه الى الصدر لأن التعميق قدر قامة وبسطة يشق ويخرج عن العادة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أعمقوا » ليس فيه بيان لقدر التعميق ولم يصح عن ابن عمر أنه أوصى بذلك في قبره ولو صح عند أبي عبدالله لم يعده الى غيره .اذا ثبت هذا فانه يستحب تحسينه وتعميقه وتوسيعه للخبر وقد روى زيد بن أسلم قال وقف رسول الله ﷺ على قبر فقال اصنعوا كذا اصنعوا كذا ثم قال « مابي أن يكون يغني عنه شيئا ولكن الله يحب اذا عمل العمل أن يحكم » قال معمر وبلغني أنه قال « ولكنه أطيب لأنفس أهله » رواه عبد الرزاق في كتاب الجنائز

وابن سيرين يستحبان ذلك ، وروى سعيد باسناده ان عمر بن عبدالعزيز لما مات ابنه أمرهم أن يحفروا قبره الى السرة ولا يعمقوا ، فان ماعلى ظهر الارض أفضل مما سفل منها . وذكر أبو الخطاب انه يستحب أن يعمق قدر قامة وبسطة وهو قول الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « احفروا وأوسعوا وأعمقوا » رواه أبو داود ولأن ابن عمر أوصى بذلك . والمنصوص عن أحمد ماذكرنا أولا لأن التعميق قدر قامة وبسطة يشق ويخرج عن العادة وقوله صلى الله عليه وسلم « اعمقوا » ليس فيه بيان قدر التعميق ولم يصح ماروره عن ابن عمر ، ولو صح عند أحمد لم يعده الى غيره . اذا ثبت هذا فانه يستحب تحسينه وتعميقه وتوسيعه للخبر . وقد روى زيد بن أسلم قال: وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال اصنعوا كذا اصنعوا كذا ثم قال: « مابي أن يكون يغني عنه شيئا ، ولكن الله يحب اذا عمل العمل أن يحكم » قال معمر وبلغني انه قال « ولكنه أطيب لأنفس أهله » رواه عبد الرزاق في كتاب الجنائز

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يسجى القبر الا أن يكون لامرأة)

قال الشيخ رحمه الله لا نعلم في استحباب تغطية قبر المرأة خلافا بين أهل العلم ، وقد روى ابن سيرين ان عمر قال يغطى قبر المرأة ، ومر علي رضي الله عنه بقوم قد دفنوا ميتا وبسطوا على قبره الثوب فجذبه وقال: انما يصنع هذا بالنساء ولأن المرأة عورة ولا يؤمن أن يبدو منها شيء فيراه الحاضرون

فأما قبر الرجل فيكره ستره لما ذكرنا وكرهه عبدالله بن يزيد ولم يكرهه أصحاب الرأي وأبو ثور والأول أولى لأن فعل علي يدل على كراهته ولأن كشفه أمكن وأبعد من التشبه بالنساء مع مافيه من اتباع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ فصل ﴾ والسنة أن يلحد قبر الميت كما صنع بقبر النبي صلى الله عليه وسلم . قال سعد بن أبي وقاص: ألحدوا لي لحداً وانصبوا عليّ اللبن نصبا كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم رواه مسلم . ومعنى اللحد انه اذا بلغ أرض القبر حفر فيه مما يلي القبلة مكانا يوضع الميت فيه ، فان كانت الارض رخوة جعل له من الحجارة شبه اللحد . قال أحمد : ولا أحب الشق لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللحد لنا والشق لغيرنا » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال هذا حديث غريب فان لم يمكن اللحد شق له في الارض ، ومعنى الشق أن يحفر في أرض القبر شقاً يضع الميت فيه ويسقفه عليه بشيء ، ويضع الميت في اللحد على جنبه الأيمن مستقبل القبلة بوجهه ، ويضع تحت رأسه لبنة أو حجراً أو شيئاً مرتفعاً كما يصنع الحي ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه قال: اذا جعلتموني في اللحد فأفضوا بخدي الى الارض ، ويدنى من الحائط لئلا ينكب على وجهه ، ويسند من ورائه بتراب لئلا ينقلب . قال أحمد رحمه الله : ما أحب أن يجعل في القبر مضربة ولا مخدة ، وقد جعل في قبر النبي صلى الله عليه وسلم قطيفة حمراء فان جعلوا قطيفة فلعلة ، فاذا فرغوا نصبوا عليه اللبن نصبا ويسد خلله بالطين لئلا يصل اليه التراب ، وإن جعل مكان اللبن قصباً فحسن لأن الشعبي قال : جعل على لحد النبي صلى الله عليه وسلم طن قصب[1] فاني رأيت المهاجرين يستحبون ذلك: قال الخلال: كان أبو عبدالله يميل الى اللبن ويختاره على القصب ثم ترك ذلك ومال الى استحباب القصب على اللبن . وأما الخشب فكرهه على كل حال ورخص فيه عند الضرورة اذا لم يوجد غيره . وأكثر الروايات عن أبي عبدالله استحباب اللبن وتقديمه على القصب لقول سعد : انصبوا عليّ اللبن نصبا كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقول سعد أولى من قول الشعبي فان الشعبي لم ير ولم يحضر ، وأيهما فعله كان حسنا . قال حنبل : قلت لأبي عبدالله فان لم يكن لبن ؟ قال ينصب عليه القصب والحشيش وما أمكن من ذلك ثم يهال عليه التراب

﴿ فصل ﴾ روي عن أحمد انه حضر جنازة فلما ألقي عليها التراب قام الى القبر فحثى عليه ثلاث حثيات ثم رجع الى مكانه وقال : قد جاء عن علي وصح انه حثى على قبر ابن مكفف ، وروي عنه انه

[1] الطن من القصب ونحوها الحزمة وجمعه أطنان

﴿ مسئلة ﴾ (ويلحد له لحداً وينصب عليه اللبن نصبا)

لقول سعد بن أبي وقاص : ألحدوا لي لحداً وانصبوا عليّ اللبن نصبا كما صنع برسول الله ﷺ رواه مسلم . ومعني اللحد انه اذا بلغ أرض القبر حفر فيه مما يلي القبلة مكانا يوضع فيه الميت ، فان كانت الارض رخوة جعل له شبه اللحد من الحجارة . قال أحمد ولا أحب الشق لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللحد لنا والشق لغيرنا » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال غريب ، فان عجز عن اللحد شق له في الارض ، ومعنى الشق أن يحفر في أرض القبر شقاً يضع الميت فيه ويسقفه عليه بشيء

قال : إن فعل فحسن وان لم يفعل فلا بأس . ووجه استحبابه ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة ثم أتى قبر الميت من قبل رأسه فحثى عليه ثلاثا أخرجه ابن ماجه . وعن عامر بن ربيعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على عثمان بن مظعون فكبر عليه أربعاً ثم أتى القبر فحثى عليه ثلاث حثيات وهو قائم عند رأسه رواه الدارقطني . وعن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حثى على الميت ثلاث حثيات بيديه جميعاً أخرجه الشافعي في مسنده وفعله علي رضي الله عنه وروي عن ابن عباس انه لما دفن زيد بن ثابت حثى في قبره ثلاثا وقال هكذا يذهب العلم

﴿ فصل ﴾ ويقول حين يضعه في قبره ماروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أدخل الميت القبر قال « بسم الله وعلى ملة رسول الله ﷺ وروي وعلى سنة رسول الله ﷺ قال الترمذي هذا حديث حسن غريب. وروى ابن ماجه عن سعيد بن المسيب قال حضرت ابن عمر في جنازة فلما وضعها في اللحد قال بسم الله، وفي سبيل الله، وعلى ملة رسول الله. فلما أخذ في تسوية اللبن على اللحد قال: اللهم أجرها من الشيطان ومن عذاب القبر ، اللهم جافي الارض عن جنبيها وصعد روحها ولقها منك رضوانا . قلت يابن عمر أشيء سمعته من رسول الله ﷺ أم قلته برأيك قال اني إذاً لقادر على القول ! بل سمعته عن رسول الله ﷺ وروي عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سوي على الميت قال اللهم أسلمه اليك الأهل والمال والعشيرة وذنبه عظيم فاغفر له. رواه ابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدخل القبر خشباً ولا شيئاً مسته النار)

قال ابراهيم كانوا يستحبون اللبن ويكرهون الخشب ، ولا يستحب الدفن في تابوت لانه خشب ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه ، وفيه تشبه بأهل الدنيا والارض أنشف لفضلاته ، ويكره الآجر وسائر مامسته النار تفاؤلا أن لا تمسه النار

﴿ مسئلة ﴾ (ويقول الذي يدخله بسم الله وعلى ملة رسول الله)

لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ كان اذا أدخل الميت القبر قال « بسم الله وعلى ملة رسول الله » وروي « في سبيل الله وعلى سنة رسول الله » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب . وروى ابن ماجه عن سعيد بن المسيب قال : حضرت ابن عمر في جنازة فلما وضعها في اللحد قال « بسم الله وعلى ملة رسول الله » فلما أخذ في تسوية اللبن على اللحد قال « اللهم أجرها من الشيطان ومن عذاب القبر ، اللهم جافي الارض عن جنبيها ، وصعد روحها ، ولقها منك رضوانا » قلت يا ابن عمر أشيء سمعته من رسول الله ﷺ أم قلته برأيك ؟ قال اني إذاً لقادر على القول ! بل سمعته من رسول الله ﷺ روي عن عمر انه كان اذا سوّى على الميت قال : اللهم أسلمه إليك الأهل والمال والعشيرة وذنبه عظيم وفاغفر له. رواه ابن المنذر

(فصل) اذا مات في سفينة في البحر فقال أحمد رحمه الله ينتظر به ان كانوا يرجون أن يجدوا له موضعاً يدفنونه فيه حبسوه يوما أو يومين ما لم يخافوا عليه الفساد فان لم يجدوا غسل وكفن وحنط ويصلى عليه ويثقل بشيء ويلقى في الماء وهذا قول عطاء والحسن قال الحسن يترك في زنبيل ويلقى في البحر . وقال الشافعي يربط بين لوحين ليحمله البحر الى الساحل فربما وقع الى قوم يدفنونه ، وان ألقوه في البحر لم يأثموا والاول أولى لانه يحصل به الستر المقصود من دفنه ، والقاؤه بين لوحين تعريض له للتغير والهتك وربما بقي على الساحل مهتوكا عريانا وربما وقع الى قوم من المشركين فكان ما ذكرناه أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والمرأة يخمر قبرها بثوب ﴾

لا نعلم في استحباب هذا بين أهل العلم خلافا وقد روى ابن سيرين ان عمر كان يغطي قبر المرأة وروي عن علي أنه مر بقوم قد دفنوا ميتاً و بسطوا على قبره الثوب فجذبه وقال انما يصنع هذا بالنساء . وشهد أنس بن مالك دفن أبي زيد الانصاري فخمر القبر بثوب فقال عبد الله بن انس ارفعوا الثوب انما يخمر النساء وأنس شاهد على شفير القبر لاينكر ولأن المرأة عورة ولا يؤمن أن يبدو منها شيء فيراه الحاضرون فان كان الميت رجلا كره ستر قبره لما ذكرنا وكرهه عبد الله بن يزيد ولم يكرهه أصحاب الرأي وأبو ثور والاول أولى لان فعل علي رضي الله عنه وانس يدل على كراهته ولأن كشفه أمكن وأبعد من التشبه بالنساء مع ما فيه من اتباع أصحاب رسول الله ﷺ

﴿ فصل ﴾ واذا مات في سفينة في البحر فقال أحمد ينتظر به إن كانوا يرجون أن يجدوا له موضعاً يدفنونه حبسوه يوما أو يومين مالم يخافوا عليه ، فان لم يجدوا غسل وكفن وحنط ويصلى عليه ويثقل بشيء ويلقى في الماء . وهذا قول عطاء . قال الحسن: يترك في زنبيل ويلقى في البحر . وقال الشافعي يربط بين لوحين ليحمله البحر الى الساحل فربما وقع الى قوم يدفنونه ، وإن ألقوه فى البحر لم يأثموا ، والأول أولى لأنه يحصل به الستر المقصود من دفنه ، وإلقاؤه بين لوحين يعرض له التغير والهتك وربما بقي على الساحل مهتوكا عريانا وربما وقع الى قوم من المشركين فكان ماذكرنا أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويضعه في لحده وعلى جنبه الأيمن مستقبل القبلة بوجهه) لقول النبي ﷺ «اذا نام أحدكم فليتوسد يمينه » ويستحب أن يضع تحت رأسه لبنة أو حجراً أو شيئاً مرتفعاً كما يصنع الحي وإن تركه فلا بأس لأن عمر رضي الله عنه قال : اذا جعلتموني في اللحد فافضوا بخدي الى الارض . ويدنى من الحائط لئلا ينكب على وجهه ، ويسند من ورائه بتراب لئلا ينقلب . قال أحمد ما أحب أن يجعل في القبر مضربة ولا مخدة وقد جعل في قبر النبي ﷺ قطيفة حمراء فان جعلوا قطيفة فلعلة ، فاذا فرغوا نصبوا عليه اللبن نصبا لما ذكرنا من حديث سعد ويسد عليه بالطين لئلا يصل اليه التراب وإن جعل مكان اللبن قصباً فحسن لأن الشعبي قال جعل على لحد النبي ﷺ طن قصب . قال الخلال

(١) المراد بالمشايخ كبار السن اذا كانوا يقدرون على الدفن

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويدخلها محرمها فان لم يكن فالنساء فان لم يكن فالمشايخ ﴾

لا خلاف بين أهل العلم في أن أولى الناس بادخال المرأة قبرها محرمها وهو من كان يحل له النظر اليها في حياتها ولها السفر معه وقد روى الخلال باسناده عن عمر رضي الله عنه أنه قام عند منبر رسول الله ﷺ حين توفيت زينب بنت جحش فقال الا اني أرسلت الى النسوة من يدخلها قبرها فأرسلن :من كان يحل له الدخول عليها في حياتها. فرأيت ان قد صدقن ولما توفيت امرأة عمر قال لأهلها أنتم أحق بها ولان محرمها أولى الناس بولايتها في الحياة فكذلك بعد الموت وظاهر كلام أحمد ان الاقارب يقدمون على الزوج قال الخلال استقامت الرواية عن أبي عبد الله أنه اذا حضر الأولياء والزوج فالاولياء أحب اليه فان لم يكن الاولياء فالزوج أحق من الغريب لما ذكرنا من خبر عمر ولأن الزوج قد زالت زوجيته بموتها والقرابة باقية. وقال القاضي الزوج أحق من الاولياء لان أبا بكر أدخل امرأته قبرها دون أقاربها ولأنه أحق بغسلها منهم فكان أولى بادخالها قبرها كمحل الوفاق وايهما قدم فالآخر بعده فان لم يكن واحد منهما فقد روي عن أحمد أنه قال أحب الي أن يدخلها النساء لانه مباح لهن النظر اليها وهن أحق بغسلها وعلى هذا يقدم الاقرب منهن فالأقرب كما في حق الرجل وروي عنه أن النساء لايستطعن أن يدخلن القبر ولا يدفن وهذا أصح وأحسن لان النبي ﷺ حين ماتت امرأته (ابنته) أمر أبا طلحة فنزل في قبرها وروي أن النبي ﷺ قال «أيكم لم يقارف الليلة» قال أبو طلحة أنا فأمره النبي ﷺ فنزل فأدخلها قبرها رواه البخاري ورأى النبي ﷺ النساء في جنازة فقال «هل تحملن؟ قلن لا ،قال« هل تدلين فيمن يدلي؟ قلن لا، قال« فارجعن مأزورات غير

كان أبو عبدالله يميل الى اللبن ويختاره على القصب ثم ترك ذلك ومال الى استحباب القصب على اللبن وأما الخشب فكرهه على كل حال ورخص فيه عند الضرورة

قال شيخنا : وأكثر الروايات عن أحمد استحباب اللبن وتقديمه على القصب لحديث سعد وقوله أولى من قول الشعبي لأن الشعبي لم ير ولم يحضر وكلاهما حسن . قال حنبل : قلت لأحمد فان لم يكن لبن قال ينصب عليه القصب والحشيش وما أمكن من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويحثو [١] التراب في القبر ثلاث حثيات ويهال عليه التراب)

(١) ورد حثا يحثوا حثوا وحثى يحثي حثيا وهو أن يأخذه بيده ويرميه في القبر

روي عن أبي عبدالله انه حضر جنازة فلما ألقي عليها التراب قام الى القبر فحثى عليه ثلاث حثيات ثم رجع الى مكانه وقال : قد جاء عن علي وصح انه حثى على قبر ابن المكفف وروي عنه انه قال : إن فعل فحسن وإن لم يفعل فلا بأس ، ووجه استحبابه ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة ثم أتى قبر الميت من قبل رأسه فحثى عليه ثلاثا أخرجه ابن ماجه . وعن جعفر بن محمد عن أبيه ان النبي ﷺ حثي على الميت ثلاث حثيات بيديه جميعا رواه الشافعي . وعن ابن عباس انه لما

مأجورات» رواه ابن ماجه وهذا استفهام انكار فدل على ان ذلك غير مشروع لهن بحال وكيف يشرع لهن وقد نهاهن رسول الله ﷺ عن اتباع الجنائز، ولان ذلك لو كان مشروعا لفعل في عصر النبي ﷺ أو خلفائه ولنقل عن بعض الأئمة ولان الجنازة يحضرها جموع الرجال وفي نزول النساء في القبر بين أيديهم هتك لهن مع عجزهن عن الدفن وضعفهن عن حمل الميتة وتقليبها فلا يشرع لكن ان عدم محرمها استحب ذلك للمشايخ لانهم أقل شهوة وأبعد من الفتنة، وكذلك من يليهم من فضلاء الناس وأهل الدين لان النبي صلى الله عليه وسلم امر ابا طلحة فنزل في قبر ابنته دون غيره

(فصل) فأما الرجل فأولى الناس بدفنه أولاهم بالصلاة عليه من أقاربه لان القصد طلب الحظ الميت والرفق به قال علي رضي الله عنه انما يلي الرجل أهله ولما توفي النبي ﷺ ألحده العباس وعلي واسامة رواه أبو داود ولا توقيت في عدد من يدخل القبر نص عليه أحمد فعلى هذا يكون عددهم على حسب حال الميت وحاجته وما هو أسهل في أمره قال القاضي يستحب أن يكون وتراً لان النبي ﷺ ألحده ثلاثة ولعل هذا كان اتفاقاً أو لحاجتهم اليه وقد روى أبو داود عن أبي مرحب ان عبدالرحمن ابن عوف نزل في قبر النبي ﷺ قال كأني أنظر اليهم أربعة واذا كان المتولي فقيها كان حسناً لانه محتاج الى معرفة ما يصنعه في القبر

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ولا يشق الكفن في القبر وتحل العقد﴾

أما شق الكفن فغير جائز لانه إتلاف مستغنى عنه ولم يرد الشرع به وقد قال النبي ﷺ «اذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه» رواه مسلم وتخريقه يتلفه ويذهب بحسنه وأما حل العقد من عند رأسه ورجليه فمستحب لأن عقدها كان للخوف من انتشارها وقد أمن ذلك بدفنه وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أدخل نعيم بن مسعود الاشجعي القبر نزع الاخلة بفيه وعن ابن مسعود وسمرة بن جندب نحو ذلك

دفن زيد بن ثابت حثى في قبره ثلاثا وقال هكذا يذهب العلم، فاذا فرغ من لحده أهال عليه التراب لأن دفنه واجب وذلك يحصل باهالة التراب عليه

﴿فصل﴾ ويرفع القبر عن الارض قدر شبر مسنما.

ويستحب رفع القبر عن الارض ليعرف انه قبر فيتوقى ويترحم على صاحبه. وقد روى الساجي عن جابر ان النبي ﷺ رفع قبره عن الارض قدر شبر، وروى القاسم بن محمد قال: قلت لعائشة يا أمه اكشفي لي عن قبر رسول الله ﷺ وصاحبيه فكشفت لي عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء رواه أبو داود. ولا يستحب رفعه أكثر من ذلك لما ذكرنا ولقول النبي ﷺ لعلي «لا تدع تمثالا إلا طمسته، ولا قبراً مشرفا إلا سويته» رواه مسلم وغيره، والمشرف مارفع كثيراً بدليل قول القاسم في صفة قبر النبي ﷺ وصاحبيه لا مشرفة ولا لاطئة. ولا يستحب

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يدخل القبر آجرا ولا خشبا ولا شيئا مسته النار ﴾

قد ذكرنا أن اللبن والقصب مستحب وكره أحمد الخشب وقال ابراهيم النخعي كانوا يستحبون اللبن ويكرهون الخشب ، ولا يستحب الدفن في تابوت لانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا أصحابه وفيه تشبه بأهل الدنيا والأرض انشف لفضلاته ، ويكره الآجر لانه من بناء المترفين وسائر مامسته النار تفاؤلا بان لا تمسه النار .

﴿ فصل ﴾ واذا فرغ من اللحد أهال عليه التراب ويرفع القبر عن الارض قدر شبر ليعلم أنه قبر فيوقى ويترحم على صاحبه ، وروى الساجي عن جابر أن النبي ﷺ رفع قبره عن الارض قدر شبر وروى القاسم بن محمد قال قلت لعائشة يا أمه اكشفي لي عن قبر رسول الله ﷺ وصاحبيه فكشفت لي عن ثلاثة قبور لامشرفة ولا لاطية مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء ، رواه أبوداود ولا يستحب رفعه بأكثر من ترابه نص عليه أحمد ، وروى باسناده عن عقبة بن عامر أنه قال لايجعل في القبر من التراب أكثر مما خرج منه حين حفر ، وروى الخلال باسناده عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن يزاد على القبر على حفرته ، ولا يستحب رفع القبر إلا شيئا يسيرا لقول النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه « لاتدع تمثالا إلا طمسته ، ولا قبرا مشرفا الا سويته » رواه مسلم وغيره والمشرف مارفع كثيراً بدليل قول القاسم في صفة قبر النبي ﷺ وصاحبيه لامشرفة ولا لاطئة ، ويستحب أن يرش على القبر ماء ليلتزق ترابه ، قال أبورافع سل رسول الله ﷺ سعداً ورش على قبره ماء رواه ابن ماجه وعن جابر أن رسول الله ﷺ رش على قبره ماء رواهما الخلال جميعا

رفع القبر بأكثر من ترابه نص عليه أحمد ورواه عن عقبة بن عامر . وروى الخلال باسناده عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن يزاد على القبر على حفرته

(فصل) وتسنيم القبر أفضل من تسطيحه وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري ، وقال الشافعي تسطيحه أفضل ، قال : وبلغنا ان النبي ﷺ سطح قبر ابنه ابراهيم . وعن القاسم قال: رأيت قبر النبي ﷺ وأبي بكر وعمر مسطح

ولنا ماروى سفيان التمار قال : رأيت قبر النبي ﷺ مسنما رواه البخاري ، وعن الحسن مثله ولأن التسطيح أشبه بأبنية أهل الدنيا وهو أشبه بشعار أهل البدع فكان مكروها وحديثنا أثبت من حديثهم وأصح فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويرش عليه الماء ليتلبد ترابه)

قال أبو رافع : سل رسول الله ﷺ سعداً ورش على قبره ماء رواه ابن ماجه ، وعن جابر: إن النبي ﷺ رش على قبره ماء رواه الخلال

﴿ فصل ﴾ ولا بأس بتعليم القبر بحجر أو خشبة قال أحمد لا بأس أن يعلم الرجل القبر علامة يعرفه بها ، قد علم النبي ﷺ قبر عثمان بن مظعون وروى أبو داود باسناده عن المطلب قال لما مات عثمان ابن مظعون أخرج بجنازته فدفن ، أمر النبي ﷺ رجلا أن يأتيه بحجر فلم يستطع حمله فقام رسول الله ﷺ فحسر عن ذراعيه ثم حملها فوضعها عند رأسه وقال « أعلم بها قبر أخي وأدفن اليه من مات من أهله » ورواه ابن ماجه عن النبي ﷺ من رواية أنس

﴿ فصل ﴾ وتسنيم القبر أفضل من تسطيحه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وقال الشافعي تسطيحه أفضل قال وبلغنا أن رسول الله ﷺ سطح قبر ابنه ابراهيم ، وعن القاسم قال رأيت قبر النبي ﷺ وأبي بكر وعمر مسطحة .

ولنا ماروى سفيان التمار أنه قال رأيت قبر النبي ﷺ مسنما رواه البخاري باسناده ، وعن الحسن مثله ، ولأن التسطيح يشبه أبنية أهل الدنيا وهو أشبه بشعار أهل البدع فكان مكروها وحديثنا أثبت من حديثهم وأصح فكان العمل به أولى .

﴿ فصل ﴾ وسئل أحمد عن الوقوف على القبر بعد ما يدفن يدعى للميت قال لا بأس به قد وقف علي والاحنف بن قيس ، وروى أبو داود باسناده عن عثمان قال كان النبي ﷺ اذا دفن الرجل وقف عليه وقال « استغفروا لأخيكم واسألوا له التثبيت فانه الآن يسئل » وروى الخلال باسناده ومسلم والبخاري عن (السري) قال لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة قال اجلسوا عند قبري قدر ما ينحر جزور ويقسم فاني استأنس بكم .

﴿ فصل ﴾ فاما التلقين بعد الدفن فلم أجد فيه عن أحمد شيئا ولا أعلم فيه للأئمة قولا سوى مارواه الاثرم قال قلت لأبي عبدالله فهذا الذي يصنعون إذا دفن الميت يقف الرجل ويقول يافلان ابن فلان

(فصل) ولا بأس بتعليم القبر بحجر أو خشبة يعرفه بها نص عليه أحمد لما روى أبو داود باسناده عن عبد المطلب قال : لما مات عثمان بن مظعون أخرج بجنازته فدفن أمر النبي ﷺ أن يأتيه بحجر فلم يستطع حمله ، فقام رسول الله ﷺ فحسر عن ذراعيه ثم حملها فوضعها عند رأسه وقال « أعلم بها قبر أخي وأدفن اليه من مات من أهله » ورواه ابن ماجه عنه عليه السلام من رواية أنس

(فصل) فأما التلقين بعد الدفن فقال شيخنا : فلم نسمع فيه عن أحمد شيئا ، ولا أعلم فيه للائمة قولا سوى مارواه الاثرم قال : قلت لأبي عبد الله فهذا الذي يصنعون اذا دفن الميت يقف الرجل فيقول يافلان ابن فلان اذكر مافارقت عليه : شهادةُ أن لا إله إلا الله ؟ فقال مارأيت أحداً فعل هذا إلا أهل الشام حين مات أبو المغيرة جاء انسان فقال ذلك . قال وكان أبو المغيرة يروي فيه عن أبي بكر بن أبي مريم عن أشياخهم انهم كانوا يفعلونه . وقال القاضي وأبو الخطاب يستحب ذلك ورويا فيه عن أبي امامة الباهلي ان رسول الله ﷺ قال « اذا مات أحدكم فسويتم عليه التراب فليقم أحدكم

اذكر مافارقت عليه شهادة أن لاإله الا الله ، فقال مارأيت أحداً فعل هذا الا أهل الشام حين مات أبوالمغيرة جاء انسان فقال ذاك ، قال وكان أبو المغيرة يروي فيه عن أبي بكر بن أبي مريم عن أشياخهم أنهم كانوا يفعلونه ، وكان ابن عياش يرويه . ثم قال فيه انما لاثبت عذاب القبر قال القاضي وابو الخطاب يستحب ذلك وروينا فيه عن أبي أمامة الباهلي أن النبي ﷺ قال « اذا مات أحدكم فسويتم عليه التراب فليقف أحدكم عند رأس قبره ثم ليقل يافلان ابن فلانة فانه يسمعه ولا يجيب ، ثم ليقل يا فلان ابن فلانة الثانية فيستوي قاعداً ثم ليقل يافلان ابن فلانة فانه يقول أرشدنا يرحمك الله ولكن لا تسمعون[١] فيقول اذكر ماخرجت عليه من الدنيا شهادة أن لااله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنك رضيت بالله رباً، وبالاسلام ديناً، وبمحمد ﷺ نبياً، وبالقرآن اماماً . فان منكراً ونكيراً يتأخر كل واحد منهما فيقول انطلق فما يقعدنا عند هذا وقد لقن حجته ، ويكون[٢] الله تعالى حجته دونهما » فقال رجل يارسول الله فان لم يعرف اسم أمه قال « فلينسبه الى حواء » رواه ابن شاهين في كتاب ذكر الموت باسناده[٣]

﴿ فصل ﴾ سئل أحمد عن تطيين القبور فقال أرجو أن لايكون به بأس ورخص في ذلك الحسن والشافعي وروى أحمد باسناده عن نافع عن ابن عمر أنه كان يتعاهد قبر عاصم بن عمر قال نافع وتوفي ابن له وهو غائب فقدم فسألنا عنه فدللناه عليه فكان يتعاهد القبر ويأمر باصلاحه . وروي عن الحسن عن عبدالله بن مسعود قال ، قال رسول الله ﷺ لايزال الميت يسمع الأذان مالم يطين قبره » أو قال مالم يطو قبره .

(١) وفي التلخيص وغيره : ولكن لا تشعرون

(٢) هذه الجملة لم يذكرها الحافظ في التلخيص ، ولا الشوكاني في نيل الاوطار

(٣) عزاه في التلخيص الى الطبراني وقال بعد ايراده: واسناده صالح وقد قواه الضياء في أحكامه ، وأخرجه عبدالعزيز في الشافي ، والراوي عن أبي امامة سعيد الازدي بيض له ابن أبي حاتم ولكن له شواهد

عند رأس قبره ثم ليقل يافلان بن فلانة! فانه يسمع ولا يجيب، ثم ليقل يافلان بن فلانة الثانية ،فيستوي قاعداً ، ثم ليقل يافلان بن فلانة ! فانه يقول : أرشدنا يرحمك الله ، ولكن لا تسمعون . فيقول اذكر ماخرجت عليه من الدنيا شهادة أن لاإله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، وانك رضيت بالله ربا ، وبالاسلام دينا ، وبمحمد نبياً ، وبالقرآن اماما . فان منكراً ونكيراً يتأخر كل واحد منهما فيقول : انطلق فما يقعدنا عند هذا وقد لقن حجته. ويكون الله تعالى حجته دونهما » فقال رجل يارسول الله فان لم يعرف اسم أمه ؟ قال « فلينسبه الى حواء » رواه ابن شاهين باسناده في كتاب ذكر الموت

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بأس بتطيينه)

وممن رخص في ذلك الحسن والشافعي ، وروى أحمد باسناده عن نافع قال : توفي ابن لعبدالله ابن عمر وهوغائب فقدم فسألنا عنه فدللناه عليه فكان يتعاهد القبر ويأمر باصلاحه . وقال ابن عقيل روي عن جعفر بن محمد عن أبيه ان النبي ﷺ رفع قبره من الارض شبراً ، وطين بطين أحمر من العرصة ،وجعل عليه من الحصباء. وان تركه كان حسنا لما روى الحسن عن عبدالله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « لايزال الميت يسمع الاذان مالم يطين قبره » أو قال « مالم يطو قبره »

﴿ فصل ﴾ ويكره البناء على القبر وتجصيصه والكتابة عليه لما روى مسلم في صحيحه قال نهى رسول الله ﷺ ان يجصص القبر وأن يبنى عليه وان يقعد عليه. زاد الترمذي وأن يكتب عليه وقال هذا حديث حسن صحيح ولأن ذلك من زينة الدنيا فلا حاجة بالميت اليه ، وفي هذا الحديث دليل على الرخصة في طين القبر لتخصيصه التجصيص بالنهي، ونهى عمر بن عبدالعزيز أن يبنى على القبر بآجر فأوصى بذلك، وأوصى الاسود بن يزيد ان لا تجعلوا علي قبري آجراً. وقال ابراهيم كانوا يكرهون الآجر في قبورهم وكره أحمد أن يضرب على القبر فسطاط واوصى ابوهريرة حين حضرته الوفاة ان لا يضربوا عليه فسطاطا .

﴿ فصل ﴾ ويكره الجلوس على القبر والاتكاء عليه والاستناد اليه والمشي عليه والتغوط بين القبور لما تقدم من حديث جابر ، وفي حديث ابي مرثد الغنوي « لا تجلسو على القبور ولا تصلوا اليها » صحيح وذكر لأحمد ان مالكا يتأول حديث النبي ﷺ انه نهى ان يجلس على القبور : اي للخلاء. فقال ليس هذا بشيء ولم يعجبه رأي مالك ، وروى الخلال باسناده عن عقبة بن عامر قال ، قال رسول الله ﷺ «لأن أطأ علي جمرة اوسيف احب الي من أن اطأ علي قبر مسلم ، ولا أبالي أوسط القبور قضيت حاجتي أو وسط السوق » رواه ابن ماجه

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز اتخاذ السرج على القبور لقول النبي ﷺ ، « لعن الله زوارات القبور المتخذات عليهن المساجد والسرج » رواه أبو داود والنسائي [1] ولفظه لعن رسول الله ﷺ ولو أبيح

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره تجصيصه والبناء عليه والجلوس والوطء عليه والاتكاء اليه والكتابة عليه) لما روى جابر قال : نهى رسول الله ﷺ أن تجصص القبر وأن نبنى عليه وأن نقعد عليه رواه مسلم والترمذي، وزاد وأن يكتب عليها وقال حديث حسن صحيح ، ولأن ذلك من زينة الدنيا فلا حاجة بالميت اليه ، وكره أحمد أن يضرب على القبر فسطاط لأن أبا هريرة أوصى حين حضره الموت أن لا تضربوا عليّ فسطاطا ، وروى أبو مرثد الغنوي ان النبي ﷺ قال « لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا اليها » رواه مسلم . وقال الخطابي ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن توطأ القبور . قال: وروي أن النبي ﷺ رأى رجلا قد اتكأ على قبر فقال « لا تؤذ صاحب القبر » وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص الى جلده خير له من أن يجلس على قبر مسلم » رواه مسلم . ويكره التغوط بين القبور لما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ « لأن أطأ على جمرة أو سيف أحب إليّ من أن أطأ على قبر مسلم ، ولا أبالي أوسط القبور قضيت حاجتي أو وسط السوق » رواه الخلال وابن ماجه

(فصل) ولا يجوز اتخاذ السرج على القبور لقول النبي ﷺ « لعن الله زوارات القبور والمتخذات عليها المساجد والسرج » رواه أبو داود والنسائي بمعناه ، ولو أبيح لم يلعن النبي ﷺ

(١) لفظه في الجامع الصغير « لعن الله زائرات القبور ، والمتخذين عليها السرج »

لم يلعن النبي ﷺ من فعله ولان فيه تضييعا للمال في غير فائدة، وافراطا في تعظيم القبور أشبه تعظيم الاصنام، ولا يجوز اتخاذ المساجد على القبور لهذا الخبر ولأن النبي ﷺ قال «لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد» يحذر مثل ماصنعوا متفق عليه، وقالت عائشة انما لم يبرز قبر رسول الله ﷺ لئلا يتخذ مسجداً، ولأن تخصيص القبور بالصلاة عندها يشبه تعظيم الاصنام بالسجود لها، والتقرب اليها وقد روينا أن ابتداء عبادة الاصنام تعظيم الاموات باتخاذ صورهم ومسحها والصلاة عندها(١)

﴿فصل﴾ والدفن في مقابر المسلمين أحب الى أبي عبدالله من الدفن في البيوت لانه أقل ضرراً على الأحياء من ورثته، وأشبه بمساكن الآخرة، وأكثر للدعاء له والترحم عليه، ولم يزل الصحابة والتابعون ومن بعدهم يقبرون في الصحاري فان قيل فالنبي ﷺ قبر في بيته وقبر صاحباه معه؟ قلنا قالت عائشة انما فعل ذلك لئلا يتخذ قبره مسجداً رواه البخاري ولأن النبي ﷺ كان يدفن أصحابه بالبقيع وفعله اولى من فعل غيره وانما اصحابه رأوا تخصيصه بذلك ولأنه روي: يدفن الأنبياء حيث يموتون وصيانة لهم عن كثرة الطراق، وتمييزاً له عن غيره

(١) يشير الى ماوراه البخاري عن ابن عباس (رض) من سبب اتخاذ قوم نوح للاصنام: ود وسواع ويغوث ويعوق ونسر - وحاصله ان هذه اسماء رجال صالحين اتخذ والناس لهم صورا بعد موتهم ليتذكروابها فيقتدى بهم فلما ذهب العلم زين لهم الشيطان عبادة صورهم وتماثيلهم بتعظيمها والتمسح بها والتقرب اليها كما قال المصنف، فقوله: ومسحها معناه امرار الايدي عليها تبركا وتوسلا بها، وكذلك فعل الناس بقبور الصالحين وسري ذلك من الوثنيين الى أهل الكتاب فالمسلمين، فالاصنام في ذلك سواء

من فعله، ولأن فيه تضييعاً للمال في غير فائدة، ولا يجوز اتخاذ المساجد على القبور لهذا الخبر ولأن النبي ﷺ عليه وسلم قال «لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد» يحذر مثل ماصنعوا متفق عليه ولأن تخصيص القبور بالصلاة عندها يشبه تعظيم الاصنام بالسجود لها. وقد روي ان ابتداء عبادة الاصنام تعظيم الأموات باتخاذ صورهم ومسحها والصلاة عندها

(فصل) ويستحب خلع النعال لمن دخل المقابر لما روى بشير بن الخصاصية قال: بينا أنا أماشي رسول الله ﷺ اذا رجل يمشي في القبور عليه نعلان فقال له «ياصاحب السبتيتين ألق سبتيتك» فنظر الرجل فلما عرف رسول الله ﷺ خلعهما فرمى بهما رواه أبو داود. قال أحمد اسناده جيد اذهب الأمر عليه!! وأكثر أهل العلم لايرون بذلك بأساً. قال جرير بن حازم: رأيت الحسن وابن سيرين يمشيان بين القبور بنعالهما. ومنهم من احتج بقول النبي ﷺ في الميت اذا دفن وتولى عنه أصحابه انه يسمع قرع نعالهم رواه البخاري. وقال الخطابي: يشبه أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما كره للرجل المشي في نعليه لما فيه من الخيلاء فان نعال السبت من لباس أهل التنعم، قال عنترة * يحذى نعال السبت ليس بتوأم *

وانما أمره عليه السلام في الحديث المتقدم، وأدنى أحوال الأمر الندب، ولأن خلع النعلين أقرب الى الخشوع وزي أهل التواضع واحترام أموات المسلمين. وإخبار النبي ﷺ أن الميت يسمع قرع نعالهم لاينفي الكراهة انما يدل على وقوع هذا منهم ولانزاع فيه. فأما إن كان للماشي عذر يمنعه من الخلع من شوك يخاف منه على قدميه، أو نجاسة تمسهما لم يكره المشي فيهما لأن العذر يمنع الوجوب في بعض الأحوال فالاستحباب أولى، ولا يدخل في الاستحباب نزع الخفاف لانه يشق

﴿ فصل ﴾ ويستحب الدفن في المقبرة التي يكثر فيها الصالحون والشهداء لتناله بركتهم وكذلك في البقاع الشريفة ، وقد روى البخاري ومسلم باسنادهما أن موسى عليه السلام لما حضره الموت سأل الله تعالى أن يدنيه إلى الأرض المقدسة رمية بحجر ، قال النبي ﷺ « لو كنت ثم لأريتكم قبره عند الكثيب الاحمر » .

﴿ فصل ﴾ وجمع الاقارب في الدفن حسن لقول النبي ﷺ لما دفن عثمان بن مظعون «أدفن اليه من مات من أهله » ولأن ذلك أسهل لزيارتهم وا كثر للترحم عليهم ، ويسن تقديم الأب ثم من يليه في السن والفضيلة اذا أمكن .

﴿ فصل ﴾ ويستحب دفن الشهيد حيث قتل ، قال أحمد أما القتلى فعلى حديث جابر أن النبي ﷺ قال « ادفنو القتلى في مصارعهم » وروى ابن ماجه أن رسول الله ﷺ أمر بقتلى أحد أن يردوا إلى مصارعهم فاما غيرهم فلا ينقل الميت من بلده إلى بلد آخر الالغرض صحيح ، وهذا مذهب

وقد روي عن أحمد انه كان اذا أراد أن يخرج الى الجنازة لبس خفيه مع أمره بخلع النعال ، فأما غير النعال مما يلبس كالتمشكات وغيرها ففيه وجهان : أحدهما يخلع قياساً على النعال ، والثاني ان الكراهة لاتتعدى النعال ذكره القاضي لأن النهي غير معلل فلا يتعدى محله

(فصل) والدفن في مقابر المسلمين أعجب الى أبي عبدالله من الدفن في البيوت لأنه أقل ضرراً على الاحياء من الورثة ، وأشبه بمساكن الآخرة ، وأكثر للدعاء له والترحم عليه ، ولم يزل الصحابة والتابعون ومن بعدهم يقبرون في الصحاري . فأما النبي ﷺ فانما قبر في بيته قالت عائشة : لئلا يتخذ قبره مسجداً رواه البخاري ولأنه ﷺ كان يدفن أصحابه بالبقيع وفعله أولى من فعل غيره وانما أصحابه رأوا تخصيصه بذلك ، ولأنه روي يدفن الانبياء حيث يموتون ، وصيانة له عن كثرة الطراق ، وتمييزاً له عن غيره ﷺ

(فصل) ويستحب الدفن في المقبرة التي يكثر فيها الصالحون لتناله بركتهم ، وكذلك في البقاع الشريفة فقد روي في البخاري ومسلم أن موسى عليه السلام لما حضره الموت سأل الله تعالى أن يدنيه الى الارض المقدسة رمية بحجر

(فصل) وجمع الأقارب في الدفن حسن لقول النبي ﷺ حين حضر عثمان بن مظعون «ادفن اليه من مات من أهله » ولأنه أسهل لزيارتهم وأكثر للترحم عليهم ، ويسن تقديم الأب ثم من يليه في السن والفضيلة اذا أمكن

(فصل) ويستحب دفن الشهيد حيث قتل . قال أحمد : أما القتلى فعلى حديث جابر أن النبي ﷺ قال « ادفنوا القتلى في مصارعهم » وروى ابن ماجه ان النبي ﷺ أمر بقتلى أحد أن يردوا الى مصارعهم ولا ينقل الميت من بلد الى آخر إلا لغرض صحيح وهذا قول الاوزاعي وابن المنذر .

الاوزاعي وابن المنذر قال عبدالله بن أبي مليكة توفي عبدالرحمن بن أبي بكر بالحبشة فحمل الى مكة فدفن فلما قدمت عائشة أتت قبره ثم قالت والله لو حضرتك مادفنت الا حيث مت، ولو شهدتك مازرتك ولان ذلك أخف لمؤنته وأسلم له من التغيير . فاما ان كان فيه غرض صحيح جاز قال أحمد . ما أعلم بنقل الرجل يموت في بلده الى بلد أخرى بأسا. وسئل الزهري عن ذلك فقال قد حمل سعد بن أبي وقاص وسعيد بن زيد من العقيق الى المدينة ، وقال ابن عيينة مات ابن عمر هنا فأوصى أن لا يدفن هاهنا وأن يدفن بسرف .(١)

(فصل) واذا تنازع اثنان من الورثة فقال أحدهما يدفن في المقبرة المسبلة ،وقال الآخر يدفن في ملكه دفن في المسبلة لانه لامنة فيه ،وهو أقل ضرراً على الوارث. فان تشاحا في الكفن قدم قول من قال نكفنه من ملكه لأن ضرره على الوارث بلحوق المنة وتكفينه من ماله قليل الضرر ، وسئل أحمد عن الرجل يوصي أن يدفن في داره قال يدفن في المقابر مع المسلمين فان دفن في داره أضر بالورثة .وقال لا بأس أن يشتري الرجل موضع قبره ويوصي أن يدفن فيه ، فعل ذلك عثمان بن عفان وعائشة وعمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهم .

(فصل) واذا تنازع اثنان في الدفن في المقبرة المسبلة قدم أسبقهما كما لو تنازعا في مقاعد الاسواق ورحاب المساجد فان تساويا أقرع بينهما .

(١) هذان موضعان قريبان والنقل الى مكان بعيد يتغير الميت في أثنائه غير جائز لما تقدم من تحريم تعريضه للتغيير ولذلك انكرت عائشة نقل أخيها من الحبشة

قال عبدالله بن أبي مليكة : توفي عبد الرحمن بن أبي بكر بالحبشة فحمل الى مكة فدفن ، فلما قدمت عائشة أتت قبره ثم قالت: والله لو حضرتك مادفنتً الا حيث مت ، ولو شهدتك مازرتك ، ولأن ذلك أخف لمؤنته وأسلم له من التغيير ، فأما ان كان فيه غرض صحيح جاز . قال أحمد : ما أعلم بنقل الرجل يموت في بلدة الى بلدة أخرى بأساً . وسئل الزهري عن ذلك فقال : قد حمل سعد ابن أبي وقاص وسعيد بن زيد من العقيق الى المدينة . وقال ابن عيينة : مات ابن عمر هاهنا فأوصى أن لا يدفن هاهنا وأن يدفن بسرف

(فصل) واذا تنازع اثنان من الورثة فقال أحدهما يدفن في المقبرة المسبلة وقال الآخر يدفن في ملكه دفن في المسبلة لأنه لامنة فيها وهو أقل ضرراً على الورثة ، فان تشاحا في الكفن قدم قول من قال نكفنه من ملكه لأن ضرره على الوارث بلحوق المنة وتكفينه من ماله قليل الضرر، وسئل أحمد عن الرجل يوصي أن يدفن في داره ؟ قال: يدفن في المقابر مع المسلمين وان دفن بداره أضر بالورثة ، وقال لا بأس أن يشتري الرجل موضع قبره ويوصي أن يدفن فيه ، فعل ذلك عثمان وعائشة وعمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهم ، واذا تشاح اثنان في الدفن في المقبرة المسبلة قدم أسبقهما كما لو تنازعا في مقاعد الاسواق ورحاب المساجد ، فان تساويا اقرع بينهما

(فصل) وإن تيقن أن الميت قد بلي وصار رميما جاز نبش قبره ودفن غيره فيه ، وان شك في ذلك رجع الى أهل الخبرة فان حفر فوجد فيها عظاما دفنها وحفر في مكان آخر نص عليه أحمد واستدل بأن كسر عظم الميت ككسر عظم الحي . وسئل أحمد عن الميت يخرج من قبره الى غيره فقال اذا كان شيء يؤذيه قد حول طلحة وحولت عائشة ، وسئل عن قوم دفنوا في بساتين ومواضع رديئة فقال : قد نبش معاذ امرأته وقد كانت كفنت في خلقان فكفنها ولم ير أبو عبدالله بأساً أن يحولوا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن فاتته الصلاة عليه صلى على القبر ﴾

وجملة ذلك أن من فاتته الصلاة على الجنازة فله أن يصلي عليها مالم تدفن ، فان دفنت فله أن يصلي على القبر الى شهر هذا قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم روي ذلك عن أبي موسى وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم ، واليه ذهب الاوزاعي والشافعي ، وقال النخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة لا تعاد الصلاة على الميت الا للولي اذا كان غائباً ولا يصلى على القبر الا كذلك ، ولو جاز ذلك لكان قبر النبي ﷺ يصلى عليه في جميع الاعصار .

ولنا ماروي أن النبي ﷺ ذكر رجلا مات فقال « فدلوني على قبره فأتى قبره فصلى عليه » متفق عليه ، وعن ابن عباس أنه مر مع النبي ﷺ على قبر منبوذ فامهم وصلوا خلفه قال أحمد رحمه الله : ومن شك في الصلاة على القبر يروى عن النبي ﷺ من ستة وجوه كلها حسان ولانه من أهل الصلاة فيسن له الصلاة على القبر كالولي[1] وقبر النبي ﷺ لا يصلى عليه لانه لا يصلى على القبر بعد شهر

(فصل) ومن صلى مرة فلا يسن له إعادة الصلاة عليها واذا صلى على الجنازة مرة لم توضع لاحد يصلي عليها قال القاضي : لايحسن بعد الصلاة عليه ويبادر بدفنه فان رجي مجيء الولي أخر الى أن يجيء إلا أن يخاف تغيره قال ابن عقيل لاينتظر به أحد لان النبي ﷺ قال في طلحة بن البراء « اعجلوا به فانه لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله » فأما من أدرك الجنازة ممن لم يصل فله أن يصلي عليها ، فعل ذلك علي وأنس وسلمان بن ربيعة وأبو حمزة ومعمر بن سمير

(فصل) ويصلى على القبر وتعاد الصلاة عليه قبل الدفن جماعة وفرادى نص عليهما أحمد وقال وما بأس بذلك قد فعله عدة من أصحاب رسول الله ﷺ ، وفي حديث ابن عباس قال انتهى النبي ﷺ الى قبر رطب فصفوا خلفه وكبر أربعاً متفق عليه .

(فصل) وتجوز الصلاة على الغائب في بلد آخر بالنية فيستقبل القبلة ويصلي عليه كصلاته على حاضر . وسواء كان الميت في جهة القبلة أو لم يكن ، وسواء كان بين البلدين مسافة القصر أو لم يكن وبهذا قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة لايجوز . وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى كقولهما لأن من شرط الصلاة على الجنازة حضورها بدليل ما لو كان في البلد لم تجز الصلاة عليها مع غيبتها عنه

[1] أي ولي الميت

(فصل) واذا تيقن ان الميت قد بلي وصار رميما جاز نبش قبره ودفن غيره فيه ، وان شك في

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه نعى النجاشي صاحب الحبشة اليوم الذي مات فيه وصلى بهم بالمصلى فكبر عليه أربعا متفق عليه ، فان قيل فيحتمل أن النبي ﷺ زويت له الارض فاري الجنازة قلنا هذا لم ينقل ولو كان لاخبر به

ولنا أن نقتدي بالنبي ﷺ مالم يثبت مايقتضي اختصاصه ، ولان الميت مع البعد لاتجوز الصلاة عليه وإن رئي ثم لورآه النبي ﷺ لاختصت الصلاة به . وقد صف النبي ﷺ فصلى بهم فان قيل لم يكن بالحبشة من يصلي عليه قلنا ليس هذا مذهبكم فانكم لاتجيزون الصلاة على الغريق والاسير ومن مات بالبوادي وان كان لم يصل عليه ، ولان هذا بعيد لان النجاشي ملك الحبشة وقد أسلم وأظهر إسلامه فيبعد أن يكون لم يوافقه أحد يصلي عليه

(فصل) فان كان الميت في أحد جانبي البلد لم يصل عليه من الجانب الآخر ، قال وهذا اختيار أبي حفص البرمكي لانه يمكنه الحضور للصلاة عليه أو على قبره ، وصلى أبوعبدالله بن حامد على ميت مات في أحد جانبي بغداد وهو في الجانب الآخر لانه غائب فجازت الصلاة عليه كالغائب في بلد آخر وهذا مختص بما اذا كان معه في هذا الجانب .

(فصل) وتتوقت الصلاة على الغائب بشهر كالصلاة على القبر لانه لايعلم بقاؤه من غير تلاش اكثر من ذلك وقال ابن عقيل في اكيل السبع والمحترق بالنار يحتمل أن لايصلى عليه لذهابه بخلاف الضائع والغريق فانه قد بقي منه ما يصلى عليه ، ويصلى عليه اذا عرف قبل الغسل كالغائب في بلد بعيد لان الغسل تعذر لمانع أشبه الحي اذا عجز عن الغسل والتيمم صلى على حسب حاله .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان كبر الامام خمسا كبر بتكبيره ﴾

لايختلف المذهب أنه لايجوز الزيادة على سبع تكبيرات ولا أنقص من أربع والأولى أربع لايزاد عليها واختلفت الرواية فيما بين ذلك ، فظاهر كلام الخرقي أن الامام اذا كبر خمساً تابعه المأموم ولا يتابعه في زيادة عليها ورواه الأثرم عن احمد ، وروى حرب عن احمد اذا كبر خمساً لايكبر معه ولا يسلم إلا مع الامام . قال الخلال : وكل من روى عن أبي عبد الله يخالفه ، وممن لم ير متابعة الامام في زيادة على أربع — الثوري ومالك وأبو حنيفة والشافعي واختارها ابن عقيل لأنها زيادة غير مسنونة للامام فلا يتابعه المأموم فيها كالقنوت في الركعة الاولى

ولنا ماروي عن زيد بن أرقم أنه كبر على جنازة خمساً وقال : كان النبي صلى الله عليه يكبرها أخرجه مسلم وسعيد ابن منصور وغيرهما ، وفي رواية سعيد فسئل عن ذلك فقال : سنة رسول الله ﷺ . وقال سعيد : ثنا خالد بن عبد الله عن يحيي الجابري عن عيسى مولى لحذيفة أنه كبر على جنازة خمساً فقيل له ، فقال مولاي وولي نعمتي صلى على جنازة وكبر عليها خمساً ، وذكر حذيفة أن

ذلك رجع الى قول أهل الخبرة ، فان حفر فوجد فيها عظاما دفنها وحفر في مكان آخر نص عليه :

النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ، وروى باسناده أن علياً صلى على سهل بن حنيف فكبر عليه خمساً ، وكان أصحاب معاذ يكبرون على الجنائز خمساً ، وروى الخلال باسناده عن عمر بن الخطاب قال : كل ذلك قد كان أربعاً وخمساً وأمر الناس بأربع . قال احمد في اسناد حديث زيد بن أرقم اسناد جيد رواه شعبة عن عمرو بن مرة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن زيد بن أرقم ومعلوم أن المصلين معه كانوا يتابعونه

وروى الأثرم عن علي رضي الله عنه أنه كان يكبر على أصحاب رسول الله ﷺ غير أهل بدر خمساً وعلى سائر الناس أربعاً وهذا أولى مما ذكروه ، فأما إن زاد الامام على خمس فعن احمد أنه يكبر مع الامام إلى سبع . قال الخلال : ثبت القول عن أبي عبدالله أنه يكبر مع الامام إلى سبع ثم لايزاد على سبع ولا يسلم الا مع الامام وهذا قول بكر بن عبدالله المزني . وقال عبدالله بن مسعود كبر ماكبر امامك فانه لاوقت ولا عدد

ووجه ذلك ماروي أن النبي ﷺ كبر على حمزة سبعاً رواه ابن شاهين . وكبر علي على جنازة أبي قتادة سبعاً وعلى سهل بن حنيف ستاً وقال إنه بدري ، وروي أن عمر رضي الله عنه جمع الناس فاستشارهم ، فقال بعضهم : كبر النبي ﷺ سبعاً ، وقال بعضهم خمساً ، وقال بعضهم أربعاً ، فجمع عمر الناس على أربع تكبيرات وقال هو أطول الصلاة ، وقال الحكم بن عتيبة إن علياً رضي الله عنه صلى على سهل بن حنيف فكبر عليه ستاً وكانوا يكبرون على أهل بدر خمساً وستاً وسبعاً ، فان زاد على سبع لم يتابعه نص عليه احمد . وقال في رواية ابي داود : إن زاد على سبع ينبغي أن يسبح به ولا أعلم أحداً قال بالزيادة على سبع إلا عبدالله بن مسعود ، فان علقمة روى أن أصحاب عبدالله قالوا له إن أصحاب معاذ يكبرون على الجنائز خمساً فلو وقت لنا وقتاً ، فقال اذا تقدمكم امامكم فكبروا مايكبر فانه لاوقت ولا عدد . رواه سعيد والأثرم ، والصحيح أنه لايزاد على سبع لأنه لم ينقل ذلك من فعل النبي ﷺ ولا أحد من الصحابة ، ولكن لايسلم حتى يسلم امامه . قال ابن عقيل : لايختلف قول احمد اذا كبر الامام زيادة على أربع أنه لايسلم قبل امامه على الروايات الثلاث ، بل يتبعه ويقف فيسلم معه . قال الخلال : العمل في نص قوله وما ثبت عنه أنه يكبر ما كبر الامام إلى سبع ، وإن زاد على سبع فلا ، ولا يسلم إلا مع الامام وهو مذهب الشافعي في أنه لايسلم قبل امامه . وقال الثوري وأبو حنيفة : ينصرف كما لو قام الامام إلى خامسة فارقه ولم ينتظر تسليمه . قال أبو عبدالله : ماأعجب حال الكوفيين سفيان ينصرف اذا كبر الرابعة ، والنبي ﷺ كبر خمساً وفعله زيد بن أرقم وحذيفة . وقال ابن مسعود : كبر ماكبر امامك ، ولأن هذه زيادة قول مختلف فيه فلا يسلم قبل امامه اذا اشتغل به كما لو صلى خلف من يقنت في صلاة يخالفه الامام في القنوت فيها ، ويخالف ماقاسوا عليه

واستدل بأن كسر عظم الميت ككسره وهو حي. وسئل أحمد عن الميت يخرج من قبره الى غيره؟ فقال:

من وجهين : أحدهما أن الركعة الخامسة لاخلاف فيها (والثاني) أنها فعل والتكبيرة الزائدة بخلافها وكل تكبيرة قلنا يتابع الامام فيها فله فعلها ومالا فلا

(فصل) والأفضل أن لايزيد على أربع لأن فيه خروجا من الخلاف، وأكثر أهل العلم يرون التكبير أربعاً منهم عمر وابنه وزيدبن ثابت وجابر وابن أبي أوفى والحسن بن علي والبراء بن عازب وابو هريرة وعقبة بن عامر وابن الحنفية وعطاء والاوزاعي وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والشافعي لأن النبي ﷺ كبر على النجاشي أربعاً . متفق عليه ، وكبر على قبر بعد مادفن أربعاً ، وجمع عمر الناس على أربع ، ولأن أكثر الفرائض لاتزيد على أربع. ولا يجوز النقصان منها

وروي عن ابن عباس أنه كبر على الجنازة ثلاثا ولم يعجب ذلك أبا عبدالله وقال : قد كبر أنس ثلاثا ناسياً فأعاد ، ولأنه خلاف مانقل عن النبي ﷺ ، ولأن الصلاة الرباعية اذا نقص منها ركعة بطلت كذلك هاهنا ، فان نقص منها تكبيرة عامداً بطلت كما لو ترك ركعة عمداً ، وإن تركها سهواً احتمل أن يعيدها كما فعل أنس ، ويحتمل أن يكبرها مالم يطل الفصل كما لو نسي ركعة ، ولا يشرع لها سجود سهو في الموضعين

(فصل) قال احمد رحمه الله : يكبر على الجنازة فيجيئون بأخرى يكبر إلى سبع ثم يقطع ولا يزيد على ذلك حتى ترفع الاربع . قال أصحابنا : اذا كبر على جنازة ثم جيء بأخرى كبر الثانية عليهما وينويهما ، فان جيء بثالثة كبر الثالثة عليهن ونواهن ، فان جيء برابعة كبر الرابعة عليهن ثم يكمل التكبير عليهن إلى سبع ليحصل للرابعة أربع تكبيرات ، إذ لايجوز النقصان منهن ، ويحصل للأولى سبع وهو أكثر ماينتهي اليه التكبير ، فان جيء بخامسة لم ينوها بالتكبير ، وان نواها لم يجز لأنه دائر بين أن يزيد على سبع أو ينقص في تكبيرها عن أربع وكلاهما لايجوز ، وهكذا لو جيء بثانية بعد تكبيرة الرابعة لم يجز أن يكبر عليها الخامسة لما بينا ، فان أراد أهل الجنازة الاولى رفعها قبل سلام الامام لم يجز لأن السلام ركن لا تتم الصلاة الا به . اذا تقرر هذا فانه يقرأ في التكبيرة الخامسة الفاتحة وفي السادسة يصلي على النبي ﷺ ويدعو في السابعة ليكمل لجميع الجنائز القراءة والاذكار كما كمل لهن التكبيرات . وذكر ابن عقيل وجها ثانيا قال : ويحتمل أن يكبر مازاد على الاربع متتابعا كما قلنا في القضاء للمسبوق ، ولأن النبي ﷺ كبر سبعا ، ومعلوم أنه لم يرو أنه قرأ قراءتين والاول أصح لأن الثانية وما بعدها جنائز فيعتبر في الصلاة عليهن شروط الصلاة وواجباتها كالاولى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والامام يقوم عند صدر الرجل ووسط المرأة ﴾

لايختلف المذهب في أن السنة أن يقوم الامام في صلاة الجنازة حذاء وسط المرأة وعند صدر الرجل أو عند منكبيه ، وإن وقف في غير هذا الموضع خالف سنة الموقف وأجزأه. وهذا قول اسحق

اذا كان شيء يؤذيه ،قد حول طلحة وحولت عائشة. وسئل عن قوم دفنوا في بساتين ومواضع رديئة ؟

ونحوه قول الشافعي إلا أن بعض أصحابه قال : يقوم عند رأس الرجل وهو مذهب أبي يوسف ومحمد لما روي عن أنس أنه صلى على رجل فقام عند رأسه ، ثم صلى على امرأة فقام حيال وسط السرير فقال له العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله ﷺ قام على الجنازة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه ؟ قال نعم ، فلما فرغ قال احفظوا . قال الترمذي هذا حديث حسن . وقال أبو حنيفة : يقوم عند صدر الرجل والمرأة لأنهما سواء ، فاذا وقف عند صدر الرجل فكذا المرأة . وقال مالك يقف من الرجل عند وسطه لأنه يروى هذا عن ابن مسعود ويقف من المرأة عند منكبها لأن الوقوف عند أعاليها أمثل وأسلم

ولنا ماروى سمرة قال : صليت وراء النبي ﷺ على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها متفق عليه ، وحديث أنس الذى ذكرناه. والمرأة تخالف الرجل في الموقف فجاز أن تخالفه هاهنا ، ولان قيامه عند وسط المرأة ستر لها من الناس فكان أولى . فأما قول من قال : يقف عند رأس الرجل فغير مخالف لقول من قال بالوقوف عند الصدر لانهما متقاربان ، فالواقف عند أحدهما واقف عند الآخر والله أعلم

(فصل) فان اجتمع جنائز رجال و نساء فعن احمد روايتان (احداهما) يسوي بين رءوسهم وهذا اختيار القاضي وقول ابراهيم وأهل مكة ومذهب أبي حنيفة لانه يروى عن ابن عمر أنه كان يسوي بين رءوسهم ، وروى سعيد باسناده عن الشعبي أن أم كلثوم بنت علي وابنها زيد بن عمر توفيا جميعاً فأخرجت جنازتاهما فصلى عليهما أمير المدينة فسوى بين رءوسهما وأرجلهما حين صلى عليهما

وباسناده عن حبيب بن أبي مالك قال : قدم سعيد بن جبير على أهل مكة وهم يسوون بين الرجل والمرأة اذا صلي عليهما فأرادهم على أن يجعلوا رأس المرأة عند وسط الرجل فأبوا عليه. والرواية الثانية أن يقف الرجال صفاً والنساء صفاً ، ويجعل وسط النساء عند صدور الرجال . وهذا اختيار أبي الخطاب ليكون موقف الامام عند صدر الرجل ووسط المرأة . وقال سعيد : حدثني خالد بن يزيد بن ابي مالك الدمشقي ، قال حدثني أبي قال : رأيت واثلة بن الاسقع يصلي على جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعت فيصف الرجال صفا ، ثم يصف النساء خلف الرجال رأس أول امرأة يضعها عند ركبة آخر الرجال ، ثم يصفهن ، ثم يقوم وسط الرجال ، واذا كانوا رجالا كلهم صفهم ثم قام وسطهم وهذا يشبه مذهب مالك وقول سعيد بن جبير ، وما ذكرناه أولى لانه مدلول عليه بفعل النبي ﷺ ولا حجة في قول أحد خالف فعله أو قوله والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يصلى على القبر بعد شهر ﴾

وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يصلي عليه أبداً ، واختاره ابن عقيل لان النبي ﷺ صلى على شهداء أحد بعد ثماني سنين . حديث صحيح متفق عليه ، وقال بعضهم : يصلى عليه مالم يبل

فقال : قد نبش معاذ امرأته وقد كانت كفنت في خلقان فكفنها ، ولم ير أبوعبدالله بأساً أن يحولوا

جسده ، وقال أبوحنيفة يصلي عليه الولي الى ثلاث ولا يصلي عليه غيره بحال . وقال إسحق : يصلي عليه الغائب إلى شهر والحاضر إلى ثلاث :

ولنا ماروى سعيد بن المسيب أن أم سعد ماتت والنبي ﷺ غائب فلما قدم صلى عليها وقد مضى لذلك شهر أخرجه الترمذي ، وقال أحمد اكثر ماسمعنا أن النبي ﷺ صلى على قبر أم سعد ابن عبادة بعد شهر ولأنها مدة يغلب على الظن بقاء الميت فيها فجازت الصلاة عليه فيها كما قبل الثلاث وكالغائب ، وتجويز الصلاة عليه مطلقا باطل بقبر النبي ﷺ فانه لا يصلى عليه الآن اتفاقا وكذلك التحديد ببلى الميت فان النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلى ولا يصلى على قبره فان قيل فالخبر دل على الجواز بعد شهر فكيف منعتموه ، قلنا تحديده بالشهر يدل على أن صلاة النبي ﷺ كانت عند رأسه ليكون مقاربا للحد وتجوز الصلاة بعد الشهر قريبا منه لدلالة الخبر عليه ولا يجوز بعد ذلك لعدم وروده

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا تشاح الورثة في الكفن جعل بثلاثين درهما فان كان موسرا فبخمسين ﴾

وجملة ذلك أنه يستحب تحسين كفن الميت بدليل ماروى مسلم أن النبي ﷺ ذكر رجلا من أصحابه قبض فكفن في كفن غير طائل فقال « اذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه » ويستحب تكفينه في البياض لقول رسول الله ﷺ « البسوا من ثيابكم البياض فانه أطهر وأطيب وكفنوا فيها موتاكم » رواه النسائي وكفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب سحولية ، وان تشاح الورثة في الكفن جعل كفنه بحسب حاله ان كان موسراً كان كفنه رفيعا حسنا ، ويجعل على حسب ما كان يلبس في حال الحياة ، وإن كان دون ذلك فعلى حسب حاله ، وقول الخرقي جعل بثلاثين درهما وإن كان موسراً فبخمسين ليس هو على سبيل التحديد إذ لم يرد به نص ولا فيه إجماع والتحديد إنما يكون باحدهما وإنما هو تقريب فلعله كان يحصل الجيد والمتوسط في وقته بالقدر الذي ذكره ، وقد روي عن ابن مسعود أنه أوصى أن يكفن بنحو من ثلاثين درهما ، والمستحب أن يكفن في جديد الا أن يوصي الميت بغير ذلك فتمتثل وصيته كما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال ، كفنوني في ثوبي هذين فان الحي أحوج إلى الجديد من الميت وإنما هما للمهنة والتراب ، وذهب ابن عقيل الى أن التكفين في الخليع أولى لهذا الخبر والأول أولى لدلالة قول النبي ﷺ وفعل أصحابه عليه

﴿ فصل ﴾ ويجب كفن الميت لأن النبي ﷺ أمر به ولأن سترته واجبة في الحياة فكذلك بعد الموت ويكون ذلك من رأس ماله مقدما على الدين والوصية والميراث لأن حمزة ومصعب بن

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدفن فيه اثنان إلا لضرورة ويقدم الأفضل الي القبلة ويجعل بين كل اثنين حاجز من التراب)

عمير رضي الله عنهما لم يوجد لكل واحد منهما الاثوب فكفن فيه ، ولأن لباس المفلس مقدم على قضاء دينه فكذلك كفن الميت ولا ينتقل إلى الوارث من مال الميت الا ما فضل عن حاجته الاصلية وكذلك مؤونة دفنه وتجهيزه وما لا بد للميت منه فأما الحنوط والطيب فليس بواجب ذكره أبوعبدالله ابن حامد لأنه لايجب في الحياة فكذلك بعد الموت ، وقال القاضي يحتمل أنه واجب لانه مما جرت العادة به وليس بصحيح فان العادة جرت بتحسين الكفن وليس بواجب

(فصل) وكفن المرأة ومؤونة دفنها من مالها إن كان لها مال وهذا قول الشعبي وأبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم يجب على الزوج واختلفوا عن مالك فيه واحتجوا بأن كسوتها ونفقتها واجبة عليه فوجب عليه كفنها كسيد العبد والوالد .

ولنا أن النفقة والكسوة تجب في النكاح للتمكن من الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز والبينونة وقد انقطع ذلك بالموت فاشبه مالو انقطع بالفرقة في الحياة ولانها بانت منه بالموت فأشبهت الاجنبية وفارقت المملوك فان نفقته تجب بحق الملك لا بالانقطاع ولهذا تجب نفقة الآبق وفطرته والوالد أحق بدفنه وتوليه . اذا تقرر هذا فانه ان لم يكن لها مال فعلى من تلزمه نفقتها من الاقارب فان لم يكن ففي بيت المال كمن لا زوج لها .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والسقط إذا ولد لاكثر من أربعة أشهر غسل وصلي عليه ﴾

السقط الولد تضعه المرأة ميتاً أو لغير تمام ، فاما إن خرج حيا واستهل فانه يغسل ويصلى عليه بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الطفل اذا عرفت حياته واستهل يصلى عليه وإن لم يستهل قال أحمد اذا اتى له أربعة أشهر غسل وصلي عليه وهذا قول سعيد بن المسيب وابن سيرين وإسحق وصلى ابن عمر على ابن لابنته ولد ميتا ، وقال الحسن وابراهيم والحكم وحماد ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي لايصلى عليه حتى يستهل. وللشافعي قولان كالمذهبين لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل » رواه الترمذي ولانه لم يثبت له حكم الحياة ولا يرث ولا يورث فلا يصلى عليه كمن دون أربعة أشهر .

ولنا ماروى المغيرة أن النبي ﷺ قال « والسقط يصلى عليه » رواه أبوداود والترمذي وفي لفظ رواية الترمذي «والطفل يصلى علية » وقال هذا حديث حسن صحيح وذكره أحمد واحتج به وبحديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال « ما أحد أحق أن يصلى عليه من الطفل » ولانه نسمة نفخ فيه الروح فيصلى عليه كالمستهل فان النبي ﷺ أخبر في حديثه الصادق المصدوق أنه ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر وحديثهم قال الترمذي قد اضطرب الناس فيه فرواه بعضهم موقوفا ، قال الترمذي كان هذا أصح من المرفوع ، وأما الارث فلأنه لا تعلم حياته حال موت موروثه وذلك من شروط الارث

لا يدفن في القبر أكثر من واحد إلا لضرورة . وسئل احمد عن الاثنين والثلاثة يدفنون في

والصلاة من شرطها أن تصادف من كانت فيه حياة وقد علم ذلك بما ذكرنا من الحديث، ولان الصلاة عليه دعاء له ولوالديه وخير فلا يحتاج فيها الى الاحتياط واليقين لوجود الحياة بخلاف الميراث ، وأما من لم يأت له أربعة أشهر فانه لايغسل ولا يصلى عليه ويلف في خرقة ويدفن ولا نعلم فيه خلافا الا عن ابن سيرين فانه قال يصلى عليه اذا علم أنه نفخ فيه الروح ، وحديث الصادق المصدوق يدل على أنه لاينفخ فيه الروح الا بعد أربعة أشهر وقبل ذلك فلا يكون نسمة فلايصلى عليه كالجمادات والدم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فان لم يتبين أذكر هو أم أنثى سمي اسما يصلح للذكر والانثى ﴾

هذا على سبيل الاستحباب لانه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «سموا أسقاطكم فانهم أسلافكم» رواه ابن السماك باسناده ، قيل انهم انما يسمون ليدعوا يوم القيامة باسمائهم فاذا لم يعلم هل السقط ذكر أو أنثى سمي اسما يصلح لهما جميعا كسلمة وقتادة وسعادة وهند وعتبة وهبة الله ونحو ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتغسل المرأة زوجها ﴾

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرأة تغسل زوجها اذا مات ، قالت عائشة لو استقبلنا من أمرنا مااستدبرنا ماغسل رسول الله ﷺ الا نساؤه ، رواه أبوداود وأوصى أبو بكر رضي الله عنه أن تغسله امرأته اسماء بنت عميس وكانت صائمة فعزم عليها أن تفطر فلما فرغت من غسله ذكرت يمينه فقالت لااتبعه اليوم حنثاً فدعت بماء فشربت ، وغسل أباموسى امرأته أم عبدالله ،وأوصى جابر ابن زيد ان تغسله امراته قال احمد ليس فيه اختلاف بين الناس .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان دعت الضرورة الى أن يغسل الرجل زوجته فلا بأس ﴾

المشهور عن احمد ان للزوج غسل امرأته ، وهو قول علقمة وعبدالرحمن بن يزيد بن الاسود وجابر بن زيد وسليمان بن يسار وأبي سلمة بن عبدالرحمن وقتادة وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحق. وعن أحمد رواية ثانية ليس للزوج غسلها وهو قول أبي حنيفة والثوري لأن الموت فرقة تبيح أختها وأربعا سواها فحرمت النظر واللمس كالطلاق .

ولنا ماروى ابن المنذر أن علياً رضي الله عنه غسل فاطمة رضي الله عنها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان اجماعا ولأن النبي ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها « لو مت قبلي لغسلتك وكفنتك » رواه ابن ماجه ، والاصل في اضافة الفعل الى الشخص أن يكون للمباشرة وحمله على الامر يبطل فائدة التخصيص ولانه أحد الزوجين فأبيح له غسل صاحبه كالآخر ، والمعنى فيه أن كل واحد من الزوجين يسهل عليه اطلاع الآخر على عورته دون غيره لما كان بينهما في الحياة ، ويأتي بالغسل على أكمل مايمكنه لما بينهما من المودة والرحمة ، وما قاسوا عليه لايصح لأنه يمنع الزوجة من النظر وهذا

قبر واحد ؟ قال أما في مصر فلا . ولكن في بلاد الروم تكثر القتلى وهذا قول الشافعي ولأن النبي

بخلافه ولانه لافرق بين الزوجين الا بقاء العدة ولا أثر لها بدليل مالو مات المطلق ثلاثا فانه لايجوز لها غسله مع العدة ولأن المرأة لو وضعت حملها عقب موته كان لها غسله ولاعدة عليها وقول الخرقي وإن دعت الضرورة الى أن يغسل الرجل زوجته فلا بأس يعني به أنه يكره له غسلها مع وجود من يغسلها سواه لما فيه من الخلاف والشبهة ولم يرد أنه محرم، فان غسلها لو كان محرما لم تبحه الضرورة كغسل ذوات محارمه والاجنبيات.

(فصل) فان طلق امرأته ثم مات أحدهما في العدة وكان الطلاق رجعيا فحكمها حكم الزوجين قبل الطلاق لانها زوجة تعتد للوفاة وترثه ويرثها، ويباح له وطؤها، وان كان بائنا لم يجز لأن اللمس والنظر محرم حال الحياة فبعد الموت أولى، وإن قلنا: إن الرجعية محرمة لم يبح لأحدهما غسل صاحبه لما ذكرناه.

(فصل) وحكم أم الولد حكم المرأة فيما ذكرنا وقال ابن عقيل يحتمل أن لايجوز لها غسل سيدها لان عتقها حصل بالموت ولم يبق علقة من ميراث ولاغيره وهذا قول أبي حنيفة

ولنا أنها في معنى الزوجة في اللمس والنظر والاستمتاع فكذلك في الغسل، والميراث ليس من المقتضى بدليل الزوجين اذا كان أحدهما رقيقا. والاستبراء هاهنا كالعدة، ولانها اذا ماتت يلزمه كفنها ودفنها ومؤنتها بخلاف الزوجة فاما غير أم الولد من الاماء فيحتمل أن لايجوز لها غسل سيدها لأن الملك انتقل فيها الى غيره ولم يكن بينهما من الاستمتاع ماتصير به في معنى الزوجات. ولو مات قبل الدخول بامرأته احتمل أن لايباح لها غسله لذلك والله أعلم.

(فصل) وان كانت الزوجة ذمية فليس لها غسل زوجها لأن الكافر لايغسل المسلم لأن النية واجبة في الغسل والكافر ليس من أهلها وليس لزوجها غسلها لأن المسلم لايغسل الكافر ولا يتولى دفنه ولانه لاميراث بينهما ولا موالاة وقد انقطعت الزوجية بالموت، ويتخرج جواز ذلك بناء على جواز غسل المسلم الكافر.

(فصل) وليس لغير من ذكرنا من الرجال غسل أحد من النساء، ولا أحد من النساء غسل غير من ذكرنا من الرجال وان كن ذوات رحم محرم وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن أبي قلابة أنه غسل ابنته واستعظم أحمد هذا ولم يعجبه وقال أليس قد قيل استأذن على أمك وذلك لانها محرمة حال الحياة فلم يجز غسلها كالأجنبية وأخته من الرضاع. فان دعت الضرورة الى ذلك بأن لا يوجد من يغسل المرأة من النساء فقال مهنا: سألت أحمد عن الرجل يغسل أخته اذا لم يجد نساء قال: لا. قلت فكيف يصنع قال يغسلها وعليها ثيابها يصب عليها الماء صبا، قلت لاحمد وكذلك كل ذات محرم تغسل وعليها ثيابها قال نعم، وقال الحسن ومحمد ومالك لا بأس بغسل ذات محرم عند الضرورة، فاما ان

صلى الله عليه وسلم كان يدفن كل ميت في قبر ولانه لايتعذر في الغالب أفراد كل واحد بقبر في المصر ويتعذر

مات رجل بين نسوة أجانب أو امرأة بين رجال أجانب أو مات خنثى مشكل فانه ييمم وهذا قول سعيد بن المسيب والنخعي وحماد ومالك واصحاب الرأي وابن المنذر وحكى أبو الخطاب رواية ثانية أنه يغسل من فوق القميص يصب عليه الماء من فوق القميص صباً ولا يمس وهو قول الحسن واسحق

ولنا ماروى تمام الرازي في فوائده باسناده عن مكحول عن واثلة قال ، قال رسول الله ﷺ « اذا ماتت المرأة مع الرجال ليس بينها وبينهم محرم تيمم كما ييمم الرجال » ولأن الغسل من غير مس لا يحصل به التنظيف ولا إزالة النجاسة بل ربما كثرت ولا يسلم من النظر فكان العدول الى التيمم أولى كما لو عدم الماء .

(فصل) وللنساء غسل الطفل بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة تغسل الصبي الصغير ، قال أحمد لهن غسل من له دون سبع سنين وقال الحسن اذا كان فطيما أو فوقه وقال الاوزاعي ابن أربع أو خمس وقال أصحاب الرأي الذي لم يتكلم .

ولنا أن من له دون السبع لم نؤمر بامره بالصلاة ولا عورة له فأشبه ماسلموه فأما من بلغ السبع ولم يبلغ فحكى أبو الخطاب فيه روايتين والصحيح أن من بلغ عشراً ليس للنساء غسله لأن النبي ﷺ قال « وفرقوا بينهم في المضاجع » وأمر بضربهم للصلاة لعشر يحتمل أن يلحق بمن دون السبع لانه في معناه ويحتمل أن لا يلحق به لانه يفارقه في أمره بالصلاة وقربه من المراهق ، فأما الطفلة الصغيرة فلم ير أبو عبدالله أن يغسلها الرجل ، وقال النساء أعجب الي وذكر له أن الثوري يقول تغسل المرأة الصبي والرجل الصبية قال لا بأس أن تغسل المرأة الصبي ، وأما الرجل يغسل الصبية فلا اجترىء عليه الا أن يغسل الرجل ابنته الصغيرة فانه يروى عن أبي قلابة أنه غسل بنتاً له صغيرة . والحسن قال لا بأس أن يغسل الرجل ابنته اذا كانت صغيرة . وكره غسل الرجل الصغيرة سعيد الزهري قال الخلال القياس التسوية بين الغلام والجارية لولا أن التابعين فرقوا بينهما فكرهه أحمد لذلك وسوى أبو الخطاب بينهما فجعل فيهما روايتين جريا على موجب القياس والصحيح ما عليه السلف من أن الرجل لا يغسل الجارية والتفرقة بين عورة الغلام والجارية لأن عورة الجارية أفحش ولان العادة معاناة المرأة للغلام الصغير ومباشرة عورته في حال تربيته ولم تجر العادة بمباشرة الرجل عورة الجارية في الحياة فكذلك حالة الموت والله أعلم .

فأما الصبي اذا غسل الميت فان كان عاقلا صح غسله صغيراً كان أو كبيرا لانه يصح طهارته فصح أن يطهر غيره كالكبير .

(فصل) ويصح أن يغسل المحرم الحلال والحلال المحرم لان كل واحد منهما تصح طهارته وغسله فكان له أن يغسل غيره ؛

ذلك غالباً في دار الحرب وفي موضع المعترك ، فان وجدت الضرورة جاز دفن الاثنين والثلاثة سواء

(فصل) ولا يصح غسل الكافر المسلم لانه عبادة وليس الكافر من أهلها. وقال مكحول في امرأة توفيت في سفر ومعها ذو محرم ونساء نصارى يغ لها النساء ، وقال سفيان في رجل مات مع نساء ليس معهن رجل ، قال ان وجدوا نصرانياً أو مجوسياً فلا بأس اذا توضأ أن يغسله ويصلي عليه النساء وغسلت امرأة علقمة امرأة نصرانية ولم يعجب هذا أباعبدالله وقال لا يغسله الا المسلم وييمم لان الكافر نجس فلا يطهر غسله المسلم[1] ولانه ليس من أهل العبادة فلا يصح غسله للمسلم كالمجنون ، وان مات كافر مع مسلمين لم يغسلوه سواء كان قريبا منهم أو لم يكن ولا يتولوا دفنه الا ان لا يجدوا من يواريه وهذا قول مالك ، وقال أبو حفص العكبري يجوز له غسل قريبه الكافر ودفنه وحكاه قولا لاحمد وهو مذهب الشافعي لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال قلت للنبي ﷺ ان عمك الشيخ الضال قد مات فقال النبي ﷺ « اذهب فواره »

ولنا انه لا يصلي عليه ولا يدعو له فلم يكن له غسله وتولي أمره كالاجنبي ، والحديث إن صح يدل على مواراته وله ذلك اذا خاف من التعيير به والضرر ببقائه قال أحمد رحمه الله في يهودي او نصراني مات، وله ولد مسلم فليركب دابة وليسر امام الجنازة ، وإذا اراد ان يدفن رجع مثل قول عمر رضي الله عنه .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والشهيد اذا مات في موضعه لم يغسل ولم يصل عليه ﴾

يعني اذا مات في المعترك فانه لا يغسل رواية واحدة ، وهو قول اكثر اهل العلم ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الحسن وسعيد بن المسيب قالا يغسل الشهيد ما مات ميت الا جنبا . والاقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم واصحابه في ترك غسلهم اولى .

فأما الصلاة عليه فالصحيح انه لا يصلى عليه ، وهو قول مالك والشافعي واسحق ، وعن احمد رواية اخرى انه يصلى عليه اختارها الخلال وهو قول الثوري وابي حنيفة الا ان كلام احمد في هذه الرواية يشير الى ان الصلاة عليه مستحبة غير واجبة ، قال في موضع ان صلي عليه فلا بأس به ، وفي موضع آخر قال يصلى واهل الحجاز لا يصلون عليه ، وما تضره الصلاة لا بأس به ، وصرح بذلك في رواية المروذي ، فقال الصلاة عليه اجود وان لم يصلوا عليه أجزأ فكأن الروايتين في استحباب الصلاة لا في وجوبها احداهما يستحب لما روى عقبة ان النبي ﷺ خرج يوما فصلى على اهل احد صلاته على الميت ثم انصرف الى المنبر متفق عليه ، وعن ابن عباس ان النبي ﷺ صلى على قتلى احد

ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ أمر بدفن شهداء أحد في دمائهم ولم يغسلهم ولم يصل عليهم متفق عليه ، ولأنه لا يغسل مع امكان غسله فلم يصل عليه كسائر من لم يغسل، وحديث عقبة مخصوص بشهداء أحد فانه صلى عليهم في القبور بعد ثماني سنين وهم لا يصلون على القبر أصلا، ونحن لا نصلي عليه

كان في مصر أو غيره للحاجة ، ومتى دفنوا في قبر واحد قدم الأفضل الى القبلة ثم الذي يليه على

(١) المراد بالنجاسة والطهر هنا المعنويان لا الحسيان كما تقول الشيعة. فالغسل طهارة تعبد ، وأما النجاسة الحسية اذا كانت على بدن الميت أو الحي فتطهر بغسل الكافر لها قطعا

بعد شهر. وحديث ابن عباس يرويه الحسن بن عمارة وهو ضعيف وقد أنكر عليه شعبة رواية هذا الحديث . وقال ان جرير بن حازم يكلمني في أن لاأتكلم في الحسن بن عمارة وكيف لاأتكلم فيه وهو يروي هذا الحديث، ثم نحمله على الدعاء . اذا ثبت هذا فيحتمل أن ترك غسل الشهيد لما تضمنه الغسل من ازالة أثر العبادة المستحسنة شرعا فانه جاء عن النبي ﷺ أنه قال « والذي نفسي بيده لايكلم[1] أحد في سبيل الله — والله أعلم بمن يكلم في سبيله — إلا جاء يوم القيامة واللون لون دم والريح ريح مسك » رواه البخاري، وقال النبي ﷺ « ليس شيء أحب إلى الله من قطرتين وأثرين : أما الأثران فأثر في سبيل الله وأثر في فريضة الله تعالى » رواه الترمذي وقال هو حديث حسن ؛ وقد جاء ذكر هذه العلة في الحديث ، فان عبدالله بن ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ « زملوهم بدمائهم فانه ليس كلم يكلم في الله إلا يأتي يوم القيامة يدمي لونه لون الدم وريحه ريح المسك » رواه النسائي . ويحتمل أن الغسل لايجب إلا من أجل الصلاة إلا أن الميت لافعل له فأمرنا بغسله لنصلي عليه ، فمن لم تجب الصلاة عليه لم يجب غسله كالحي ، ويحتمل أن الشهداء في المعركة يكثرون فيشق غسلهم وربما يكون فيهم الجراح فيتضررون فعفي عن غسلهم لذلك ، وأما سقوط الصلاة عليهم فيحتمل أن تكون علته كونهم أحياء عند ربهم ، والصلاة إنما شرعت في حق الموتى ، ويحتمل أن ذلك لغناهم عن الشفاعة لهم ، فان الشهيد يشفع في سبعين من أهله فلا يحتاج إلى شفيع والصلاة انما شرعت للشفاعة

(فصل) فان كان الشهيد جنباً غسل وحكمه في الصلاة عليه حكم غيره من الشهداء وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : لايغسل لعموم الخبر ، وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا ماروي أن حنظلة بن الراهب قتل يوم أحد فقال النبي ﷺ « ماشأن حنظلة فاني رأيت الملائكة تغسله » فقالوا انه جامع ثم سمع الهيعة فخرج إلى القتال . رواه ابن اسحق في المغازي ، ولأنه غسل واجب لغير الموت فسقط بالموت كغسل النجاسة وحديثهم لاعموم له فانه قضية في عين ورد في شهداء أحد وحديثنا خاص في حنظلة وهو من شهداء أحد فيجب تقديمه : اذا ثبت هذا فمن وجب الغسل عليه بسبب سابق على الموت كالمرأة تطهر من حيض أو نفاس ثم تقتل فهي كالجنب للعلة التي ذكرناها ، ولو قتلت في حيضها أو نفاسها لم يجب الغسل لأن الطهر من الحيض شرط في الغسل أو في السبب الموجب فلا يثبت الحكم بدونه ، فأما ان أسلم ثم استشهد فلا غسل عليه لأنه روي أن أصيرم بن عبد الاشهل أسلم يوم أحد ثم قتل فلم يؤمر بغسله

(فصل) والبالغ وغيره سواء ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لايثبت حكم الشهادة لغير البالغ لأنه ليس من أهل القتال

(١) أي لايجرح

حسب تقديمهم الى الامام في الصلاة عليهم على ماذكرنا لما روى هشام بن عامر قال : شكي الى

ولنا أنه مسلم قتل في معترك المشركين بقتالهم أشبه البالغ ، ولأنه أشبه البالغ في الصلاة عليه والغسل اذا لم يقتله المشركون فيشبهه في سقوط ذلك عنه بالشهادة ، وقد كان في شهداء أحد حارثة ابن النعمان ، وعمير بن أبي وقاص أخو سعد وهما صغيران والحديث عام في الكل وماذكره يبطل بالنساء

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ودفن في ثيابه وان كان عليه شيء من الجلود والسلاح نحي عنه﴾

أما دفنه بثيابه فلا نعلم فيه خلافا وهو ثابت بقول النبي ﷺ « ادفنوهم بثيابهم » وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا في ثيابهم بدمائهم ، وليس هذا بحتم لكنه الاولى والولي أن ينزع عنه ثيابه ويكفنه بغيرها وقال أبو حنيفة : لا ينزع عنه شيء لظاهر الخبر

ولنا ماروي أن صفية أرسلت إلى النبي ﷺ ثوبين ليكفن فيهما حمزة فكفنه في أحدهما، وكفن في الآخر رجلا آخر . رواه يعقوب بن شيبة وقال هو صالح الاسناد فدل على أن الخيار إلى الولي والحديث الآخر يحمل على الاباحة والاستحباب . اذا ثبت هذا فانه ينزع عنه من لباسه مالم يكن من عامة لباس الناس من الجلود والفراء والحديد . قال احمد : لا يترك عليه فرو ولا خف ولا جلد ، وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : لا ينزع عنه فرو ولا خف ولامحشو لقول النبي ﷺ « ادفنوهم بثيابهم » وهذا عام في الكل وما رويناه أخص فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن حمل وبه رمق غسل وصلي عليه ﴾

معنى قوله رمق أي حياة مستقرة فهذا يغسل ويصلى عليه وإن كان شهيداً لأن النبي صلى الله عليه وسلم غسل سعد بن معاذ وصلى عليه وكان شهيداً رماه ابن العرقة يوم الخندق بسهم فقطع أكحله فحمل إلى المسجد فلبث فيه أياماً حتى حكم في بني قريظة ثم انفتح جرحه فمات . وظاهر كلام الخرقي أنه متى طالت حياته بعد حمله غسل وصلي عليه ، وان مات في المعترك أو عقب حمله لم يغسل ولم يصل عليه ، ونحو هذا قول مالك قال : إن أكل أو شرب أو بقي يومين أو ثلاثة غسل . وقال احمد في موضع : ان تكلم أو أكل أو شرب صلي عليه وقول أصحاب أبي حنيفة نحو من هذا . وعن احمد أنه سئل عن المجروح اذا بقي في المعترك يوماً الى الليل ثم مات فرأى ان يصلى عليه . وقال أصحاب الشافعي : ان مات حال الحرب لم يغسل ولم يصل عليه والا فلا ، والصحيح التحديد بطول الفصل أو الأكل لأن الأكل لا يكون الا من ذي حياة مستقرة ، وطول الفصل يدل على ذلك ، وقد ثبت اعتباره في كثير من المواضع . وأما الكلام والشرب وحالة الحرب فلا يصح التحديد بشيء منها لأنه يروى أن

رسول الله ﷺ الجراحات يوم أحد فقال « احفروا واوسعوا واحسنوا وادفنوا الاثنين والثلاثة

النبي ﷺ قال يوم أحد « من ينظر مافعل سعد بن الربيع ؟ » فقال رجل أنا أنظر لك يارسول الله فنظر فوجده جريحاً به رمق فقال له : ان رسول الله ﷺ أمرني أن انظر في الاحياء أنت أم في الاموات قال: فأنا في الاموات فأبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عني السلام وذكر الحديث ، قال ثم لم أبرح أن مات . وروي أن أصيرم بن عبد الاشهل وجد صريعا يوم أحد فقيل له ماجاء بك ؟ قال أسلمت ثم جئت وهما من شهداء أحد دخلا في عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ادفنوهم بدمائهم وثيابهم » ولم يغسلهم ولم يصل عليهم ، وقد تكلما وماتا بعد انقضاء الحرب . وفي قصة أهل اليمامة عن ابن عمر أنه طاف في القتلى فوجد أبا عقيل الانفي قال فسقيته ماء وبه أربعة عشر جرحا كلها قد خلص الى مقتل فخرج الماء من جراحاته كلها فلم يغسل ، وفي فتوح الشام أن رجلا قال : أخذت ماء لعلي أسقي ابن عمي ان وجدت به حياة فوجدت الحارث بن هشام فأردت أن أسقيه فاذا رجل ينظر اليه فأومأ أن أسقيه فذهبت اليه لأسقيه فاذا آخر ينظر اليه فأومأ لي أن أسقيه فلم أصل اليه حتى ماتوا كلهم ولم يفرد أحد منهم بغسل ولا صلاة وقد ماتوا بعد انقضاء الحرب

(فصل) فان كان الشهيد عاد عليه سلاحه فقتله فهو كالمقتول بايدي العدو . وقال القاضي يغسل ويصلى عليه لأنه مات بغير أيدي المشركين أشبه ما لو أصابه ذلك في غير المعترك

ولنا ماروى أبو داود عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال : أغرنا على حي من جهينة فطلب رجل من المسلمين رجلا منهم فضربه فأخطاه فأصاب نفسه بالسيف ، فقال رسول الله ﷺ « أخوكم يامعشر المسلمين » فابتدره الناس فوجدوه قد مات فلفه رسول الله ﷺ بثيابه ودمائه وصلى عليه فقالوا يارسول الله أشهيد هو ؟ قال « نعم وأنا له شهيد » . وعامر بن الاكوع بارز مرحباً يوم خيبر فذهب يسفل له[1] فرجع سيفه على نفسه فكانت فيها نفسه فلم يفرد عن الشهداء بحكم ولأنه شهيد المعركة فأشبه مالو قتله الكفار وبهذا فارق مالو كان في غير المعترك ، فأما إن سقط من دابته أو وجد ميتاً ولا أثر به فانه يغسل نص عليه احمد وتأول الحديث « ادفنوهم بكلومهم » فاذا كان به كلم لم يغسل وهذا قول ابي حنيفة في الذي يوجد ميتاً لا أثر به . وقال الشافعي لايغسل بحال لاحتمال أنه مات بسبب من أسباب القتال

ولنا أن الاصل وجوب الغسل فلا يسقط بالاحتمال ، ولأن سقوط الغسل في محل الوفاق مقرون بمن كلم فلا يجوز حذف ذلك عن درجة الاعتبار

(فصل) ومن قتل من أهل العدل[2] في المعركة فحكمه في الغسل والصلاة حكم من قتل في معركة المشركين لأن علياً رضي الله عنه لم يغسل من قتل معه ، وعمار أوصى أن لايغسل وقال : ادفنوني

في قبر واحد وقدموا أكثرهم قرآنا » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وينبغي أن يجعل

(١) أي ليضربه من أسفل

(٢) أهل العدل هم جماعة الامام الحق أي من قتل منهم في قتال البغاة والخارجين على الامام فهم شهداء

في ثيابي فاني مخاصم . قال احمد : قد أوصى أصحاب الجمل انا مستشهدون غداً فلا تنزعوا عنا ثوبا ولا تغسلوا عنا دما ، ولأنه شهيد المعركة أشبه قتيل الكفار وهذا قول أبي حنيفة . وقال الشافعي في أحد قوليه : يغسلون لأن أسماء غسلت ابنها عبدالله بن الزبير والاول أولى لما ذكرناه ، و أما عبدالله بن الزبير فانه أخذ وصلب فهو كالمقتول ظلماً وليس بشهيد المعركة

وأما الباغي فقال الخرقي من قتل منهم غسل وكفن وصلي عليه ، ويحتمل إلحاقه بأهل العدل لأنه لم ينقل الينا غسل أهل الجمل وصفين من الجانبين ولأنهم يكثرون في المعترك فيشق غسلهم فأشبهوا أهل العدل ، فأما الصلاة على أهل العدل فيحتمل أن لايصلى عليهم لأننا شبهناهم بشهداء معركة المشركين في الغسل فكذلك في الصلاة ويحتمل أن يصلى عليهم لأن علياً رضي الله عنه صلى عليهم[(١)]

(فصل) فأما من قتل ظلماً أو قتل دون ماله أو دون نفسه وأهله ففيه روايتان (احداهما) يغسل اختارها الخلال وهو قول الحسن ومذهب الشافعي ومالك لأن رتبته دون رتبة الشهيد في المعترك فأشبه المبطون ، ولأن هذا لايكثر القتل فيه فلم يجز الحاقه بشهيد المعترك ، والثانية لايغسل ولا يصلى عليه وهو قول الشعبي والاوزاعي واسحق في الغسل لأنه قتل شهيداً أشبه شهيد المعترك قال النبي ﷺ « من قتل دون ماله فهو شهيد »

(فصل) فأما الشهيد بغير قتل كالمبطون والمطعون والغرق[(٢)] وصاحب الهدم والنفساء فانهم يغسلون ويصلى عليهم لا نعلم فيه خلافا إلا مايحكى عن الحسن: لايصلى على النفساء لأنها شهيدة

ولنا أن النبي ﷺ صلى على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها . متفق عليه ، وصلى على سعد ابن معاذ وهو شهيد ، وصلى المسلمون على عمر وعلي رضي الله عنهما وهما شهيدان . وقال النبي ﷺ « الشهداء خمسة المطعون ، والمبطون ، والغرق ، وصاحب الهدم ، والشهيد في سبيل الله » قال الترمذي هذا حديث صحيح متفق عليه

وعن النبي ﷺ أنه قال « الشهادة سبع سوى القتل » وزاد على ماذكر في هذا الخبر صاحب الحريق ، وصاحب ذات الجنب ، والمرأة تموت بجمع شهيدة ، وكل هؤلاء يغسلون ويصلى عليهم لأن النبي ﷺ ترك غسل الشهيد في المعركة لما يتضمنه من ازالة الدم المستطاب شرعا أو لمشقة غسلهم لكثرتهم أو لما فيهم من الجراح ولا يوجد ذلك هاهنا

(فصل) فان اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين فلم يميزوا صلي على جميعهم ينوي المسلمين قال احمد ويجعلهم بينه وبين القبلة ثم يصلي عليهم وهذا قول مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان المسلمون أكثر صلى عليهم والا فلا لأن الاعتبار بالاكثر بدليل أن دار المسلمين الظاهر فيها

بين كل اثنين حاجز من تراب لأن الكفن حائل غير حصين ، قال أحمد : ولو حفر لهم شبه النهر

---

(١) تقدم في أول الفصل ان عليا لم يغسلهم فهل صلى عليهم دون غسل ؟

(٢) الغرق : كتعب وفرح الغريق

الاسلام لكثرة المسلمين بها وعكسها دار الحرب لكثرة من بها من الكفار

ولنا أنه أمكن الصلاة على المسلمين من غير ضرر فوجب كما لو كانوا أكثر ، ولأنه اذا جاز أن يقصد بصلاته ودعائه الاكثر جاز قصد الاقل ، و يبطل ما قالوه بما اذا اختلطت أخته بأجنبيات أو ميتة بمذكيات ثبت الحكم للأقل دون الاكثر

(فصل) وإن وجد ميت فلم يعلم أمسلم هو أم كافر نظر إلى العلامات من الختان والثياب والخضاب ، فان لم يكن عليه علامة وكان في دار الاسلام غسل وصلي عليه ، وإن كان في دار الكفر لم يغسل ولم يصل عليه، نصّ عليه احمد لأن الاصل أن من كان في دار فهو من أهلها يثبت له حكمهم مالم يقم على خلافه دليل

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والمحرم يغسل بماء وسدر ولا يقرب طيبا ويكفن في ثوبيه ولا يغطى رأسه ولا رجلاه ﴾

انما كان كذلك لان المحرم لايبطل حكم احرامه بموته فلذلك جنب مايجنبه المحرم من الطيب وتغطية الرأس ولبس المخيط وقطع الشعر ، روي ذلك عن عثمان وعلي وابن عباس ، وبه قال عطاء والثوري والشافعي واسحق ، وقال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة : يبطل احرامه بالموت ويصنع به كما يصنع بالحلال ، وروي ذلك عن غائشة وابن عمر وطاوس لانها عبادة شرعية فبطلت بالموت كالصلاة والصيام

ولنا ماروى ابن عباس أن رجلا وقصه بعيره ونحن مع النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين ولا تمسوه طيباً ، ولا تخمروا رأسه فان الله يبعثه يوم القيامة ملبداً » وفي رواية ملبياً . متفق عليه ، فان قيل هذا خاص له لأنه يبعث يوم القيامة ملبياً قلنا حكم النبي ﷺ في واحد حكمه في مثله إلا أن يرد تخصيصه ، ولهذا ثبت حكمه في شهداء أحد في سائر الشهداء ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « حكمي على الواحد حكمي على الجماعة » قال أبو داود : سمعت احمد ابن حنبل يقول: في هذا الحديث خمس سنن كفنوه في ثوبيه أي يكفن في ثوبين ، وأن يكون في الغسلات كلها سدر ، ولا تخمروا رأسه ، ولا تقربوه طيباً ويكون الكفن من جميع المال . وقال احمد في موضع : يصب عليه الماء صباً ، ولا يغسل كما يغسل الحلال ، وانما كره عرك رأسه ومواضع الشعر كيلا ينقطع شعره ، واختلف عنه في تغطية رجليه ، فروى حنبل عنه لاتغطى رجلاه وهو الذي ذكره الخرقي . وقال الخلال : لاأعرف هذا في الاحاديث ولا رواه أحد عن أبي عبدالله غير حنبل وهو عندي وهم من حنبل والعمل على أنه يغطى جميع المحرم الا رأسه لان احرام الرجل في رأسه ولا يمنع من تغطية رجليه في حياته فكذلك في مماته ، واختلفوا عن احمد في تغطية وجهه فنقل عنه اسماعيل

وجعل رأس أحدهم عند رجل الآخر وجعل بينهما حاجزاً من تراب لم يكن به بأس

ابن سعيد لايغطى وجهه لان في بعض الحديث « ولا تخمروا رأسه ولا وجهه » ونقل عنه سائر أصحابه لا بأس بتغطية وجهه لحديث ابن عباس الذي رويناه وهو أصح ماروي فيه ، وليس فيه الا المنع من تغطية الرأس ، ولان احرام الرجل في رأسه ولا يمنع من تغطية وجهه في الحياة فبعد الموت أولى ، ولم ير أن يلبس المحرم المخيط بعد موته كما لا يلبسه في حياته ، وان كان الميت امرأة محرمة ألبست القميص وخمرت كما تفعل ذلك في حياتها ولم تقرب طيباً لانه يحرم عليها في حياتها فكذلك بعد موتها

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ وان سقط من الميت شيء غسل وجعل معه في أكفانه ﴾

وجملته أنه اذا بان من الميت شيء وهو موجود غسل وجعل معه في أكفانه قاله ابن سيرين ولا نعلم فيه خلافا ، وقد روي عن أسماء أنها غسلت ابنها فكانت تنزعه أعضاء كلما غسلت عضواً طيبته وجعلته في كفنه ، ولان في ذلك جمع أجزاء الميت في موضع واحد وهو أولى من تفريقها

(فصل) فان لم يوجد إلا بعض الميت فالمذهب انه يغسل ويصلى عليه وهو قول الشافعي . ونقل ابن منصور عن أحمد انه لايصلى على الجوارح . قال الخلال ولعله قول قديم لأبي عبد الله والذي استقر عليه قول أبي عبدالله انه يصلى على الأعضاء . وقال أبو حنيفة ومالك إن وجد الأكثر صلي عليه وإلا فلا لأنه بعض لايزيد على النصف فلم يصل عليه كالذي بان في حياة صاحبه والشعر والظفر

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال أحمد : صلى أبو أيوب على رجل وصلى عمر على عظام بالشام ، وصلى أبو عبيدة على رءوس بالشام رواهما عبد الله بن أحمد باسناده . وقال الشافعي ألقى طائر يداً بمكة من وقعة الجمل فعرفت بالخاتم وكانت يد عبد الرحمن بن عتاب بن أسيد فصلى عليها أهل مكة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم نعرف من الصحابة مخالفاً في ذلك ولأنه بعض من جملة تجب الصلاة عليها فيصلى عليه كالأكثر وفارق مابان في الحياة لانه من جملة لايصلى عليها والشعر والظفر لا حياة فيه

(فصل) وان وجد الجزء بعد دفن الميت غسل وصلى عليه ودفن الى جانب القبر أو نبش بعض القبر ودفن فيه ، ولاحاجة الى كشف الميت لأن ضرر نبش الميت وكشفه أعظم من الضرر بتفرقة أجزائه

(فصل) والمجدور والمحترق والغريق اذا أمكن غسله غسل ، وإن خيف تقطعه بالغسل صب عليه الماء صبا ولم يمس ، فان خيف تقطعه بالماء لم يغسل وييمم إن أمكن كالحي الذي يؤذيه الماء ، وإن تعذر غسل الميت لعدم الماء يمم ، وان تعذر غسل بعضه دون بعض غسل ما أمكن غسله ويمم الباقي كالحي سواء

(فصل) فان مات في بئر ذات نفس فأمكن معالجة البئر بالأكسية المبلولة تدار في البئر حتى تجتذب بخاره ثم ينزل من يطلعه أو أمكن اخراجه بكلاليب من غير مثلة لزم ذلك لأنه أمكن غسله من غير ضرر فلزم كما لو كان على ظهر الأرض، واذا شك في زوال بخاره أنزل اليه سراج أو نحوه فان انطفأ فالبخار باق وان لم ينطفىء فقد زال فانه يقال لاتبقى النار إلا فيما يعيش فيه الحيوان ،

(فصل) فان مات له أقارب بدأ بمن يخاف تغيره ، فان استووا في ذلك بدأ بأقربهم اليه على

وان لم يمكن اخراجه إلا بمثلة ولم يكن الى البئر حاجة طمت عليه فكانت قبره ، وان كان طمها يضر بالمارة أخرج بالكلاليب سواء أفضى الى المثلة أو لم يفض لأن فيه جمعاً بين حقوق كثيرة نفع المارة وغسل الميت ، وربما كانت المثلة في بقائه أعظم لانه يتقطع وينتن ، فان نزل على البئر قوم فاحتاجوا الى الماء وخافوا على أنفسهم فلهم اخراجه وجها واحداً وان حصلت مثلة ، لأن ذلك أسهل من تلف نفوس الاحياء ، ولهذا لو لم يجد من السترة الا كفن الميت واضطر الحي اليه قدم الحي ، ولأن حرمة الحي وحفظ نفسه أولى من حفظ الميت عن المثلة لأن زوال الدنيا أهون على الله من قتل مسلم ، ولان الميت لو بلع مال غيره شق بطنه لحفظ مال الحي وحفظ النفس أولى من حفظ المال والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كان شاربه طويلا أخذ وجعل معه)

وجملته ان شارب الميت ان كان طويلا استحب قصه وهذا قول الحسن وبكر بن عبد الله وسعيد بن جبير واسحق . وقال أبو حنيفة ومالك لا يؤخذ من الميت شيء فانه قطع شيء منه فلم يستحب كالختان ، واختلف أصحاب الشافعي كالقولين

ولنا قول النبي ﷺ « اصنعوا بموتاكم كما تصنعون بعرائسكم » والعروس يحسن ، ويزال عنه ما يستقبح من الشارب وغيره ولان تركه يقبح منظره فشرعت ازالته كفتح عينيه وفمه شرع ما يزيله ، ولانه فعل مسنون في الحياة لا مضرة فيه فشرع بعد الموت كالاغتسال ، ويخرج على هذا الختان لما فيه من المضرة ، فاذا أخذ الشعر جعل معه في أكفانه لانه من الميت فيستحب جعله في أكفانه كأعضائه ، وكذلك كل ما أخذ من الميت من شعر أو ظفر أو غيرهما فانه يغسل ويجعل معه في أكفانه كذلك

(فصل) فأما الاظفار اذا طالت ففيها روايتان : احداهما لا تقلم ، قال أحمد : لا تقلم أظفاره وينقى وسخها وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله : والخلال يستعمل ان احتيج اليه ، والخلال يزال به ما تحت الاظفار لأن الظفر لا يظهر كظهور الشارب فلا حاجة الى قصه . والثانية يقص اذا كان فاحشاً نص عليه لانه من السنة ولا مضرة فيه فيشرع أخذه كالشارب ، ويمكن أن تحمل الرواية الأولى على ما اذا لم تكن فاحشة . وأما العانة فظاهر كلام الخرقي انها لا تؤخذ لتركه ذكرها وهو قول ابن سيرين ومالك وأبي حنيفة لانه يحتاج في أخذها الى كشف العورة ولمسها وهتك الميت وذلك محرم لا يفعل لغير واجب ولان العورة مستورة يستغنى بسترها عن ازالتها . وروي عن أحمد أن أخذها مسنون وهو قول الحسن وبكر بن عبدالله وسعيد بن جبير واسحق لأن سعد بن أبي وقاص جز عانة ميت ولأنه شعر ازالته من السنة فأشبه الشارب والاول أولى ، ويفارق الشارب العانة لانه ظاهر يتفاحش لرؤيته ولا يحتاج في أخذه الى كشف العورة ولا مسها . فاذا قلنا بأخذها فان حنبلا روى ان أحمد سئل ترى أن تستعمل النورة ؟ قال الموسى أو مقراض يؤخذ به الشعر من عانته .

ترتيب النفقات ، فان استووا في القرب قدم أسنهم وأفضلهم

وقال القاضي تزال بالنورة لانه أسهل ولا يمسها . ووجه قول أحمد انه فعل سعد ، والنورة لا يؤمن أن تتلف جلد الميت .

(فصل) فأما الختان فلا يشرع لانه ابانة جزء من أعضائه وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي عن بعض الناس انه يختن حكاه الامام أحمد والأول أولى لما ذكرناه ، ولا يحلق رأس الميت لانه ليس من السنة في الحياة وانما يراد لزينة أو نسك ، ولا يطلب شيء من ذلك هاهنا

(فصل) وان جبر عظمه بعظم فجبر ثم مات لم ينزع ان كان طاهراً ، وان كان نجساً فأمكن ازالته من غير مثلة أزيل لانه نجاسة مقدور على ازالتها من غير مضرة ، وان أفضى الى المثلة لم يقلع وصار في حكم الباطن كما لو كان حياً ، وان كان على الميت جبيرة يفضي نزعها الى مثلة مسحت كمسح جبيرة الحي ، وان لم يفض الى مثلة نزعت فغسل ماتحتها . قال أحمد: في الميت تكون أسنانه مربوطة بذهب ان قدر على نزعه من غير أن يسقط بعض أسنانه نزعه ، وان خاف أن يسقط بعضها تركه

(فصل) ومن كان مشنجاً أو به حدب أو نحو ذلك فأمكن تمديده بالتليين والماء الحار فعل ذلك وإن لم يمكن إلا بعنف تركه بحاله ، فان كان على صفة لا يمكن تركه على النعش إلا على وجه يشتهر بالمثلة ترك في تابوت أو تحت مكبة مثل مايصنع بالمرأة لأنه أصون وأستر لحاله

(فصل) ويستحب أن يترك فوق سرير المرأة شيء من الخشب أو الجريد مثل القبة يترك فوقه ثوب ليكون أستر لها ، وقد روى ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي الله عنها أول من صنع لها ذلك بأمرها

﴿ مسألة ﴾ قال (ويستحب تعزية اهل الميت)

لا نعلم في هذه المسألة خلافا إلا أن الثوري قال لاتستحب التعزية بعد الدفن لأنه خاتمة أمره ولنا عموم قوله عليه السلام « من عزى مصابا فله مثل أجره » رواه الترمذي وقال هو حديث غريب . وروى ابن ماجه في سننه عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال « مامن مؤمن يعزي أخاه بمصيبة إلا كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة » وقال أبو برزة قال رسول الله ﷺ « من عزّى ثكلى كسي برداً في الجنة » قال الترمذي هذا ليس اسناده بالقوي . والمقصود بالتعزية تسلية أهل المصيبة ، وقضاء حقوقهم ، والتقرب اليهم ، والحاجة اليها بعد الدفن كالحاجة اليها قبله

(فصل) ويستحب تعزية جميع أهل المصيبة كبارهم وصغارهم ، ويخص خيارهم والمنظور اليه من بينهم ليستن به غيره ، وذا الضعف منهم عن تحمل المصيبة لحاجته اليها ، ولا يعزّي الرجل الاجنبي شواب النساء مخافة الفتنة

(فصل) ولا نعلم في التعزية شيئاً محدوداً إلا انه يروى ان النبي ﷺ عزّى رجلا فقال « رحمك

الله وآجرك » رواه الامام أحمد وعزّى أحمد أبا طالب فوقف على باب المسجد فقال: أعظم الله أجركم وأحسن عزاءكم . وقال بعض أصحابنا اذا عزّى مسلماً بمسلم قال: أعظم الله أجرك، وأحسن عزاءك، ورحم ميتك . واستحب بعض أهل العلم أن يقول ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده قال : لما توفي رسول الله ﷺ وجاءت التعزية سمعوا قائلا يقول : ان في الله عزاء من كل مصيبة ، وخلفاً من كل هالك ، ودركا من كل مافات ، فبالله فثقوا ، واياه فارجوا ، فان المصاب من حرم الثواب . رواه الشافعي في مسنده . وان عزى مسلما بكافر قال : أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك

(فصل) وتوقف أحمد رحمه الله عن تعزية أهل الذمة وهي تخرج على عيادتهم وفيها روايتان احداهما لا نعودهم فكذلك لا نعزيهم لقول النبي ﷺ « لا تبدؤوهم بالسلام » وهذا في معناه . والثانية نعودهم لأن النبي ﷺ أتى غلاما من اليهود كان مرض يعوده فقعد عند رأسه فقال له « اسلم » فنظر الى أبيه وهو عند رأسه فقال له أطع أبا القاسم ، فأسلم ، فقام النبي ﷺ وهو يقول « الحمد لله الذي أنقذه بي من النار » رواه البخاري فعلى هذا نعزيهم فنقول في تعزيتهم بمسلم ، أحسن الله عزاءك وغفر لميتك ، وعن كافر ، أخلف الله عليك ولا نقص عددك ، ويقصد زيادة عددهم لتكثر جزيتهم ، وقال أبو عبدالله بن بطة يقول، أعطاك الله على مصيبتك أفضل ماأعطى أحداً من أهل دينك. فاما الرد من المعزى فبلغنا عن أحمد بن الحسين قال ، سمعت أبا عبد الله وهو يعزى في عبثر ابن عمه ، وهو يقول استجاب الله دعاك، ورحمنا وإياك .

﴿ فصل ﴾ قال أبو الخطاب يكره الجلوس للتعزية ، وقال ابن عقيل يكره الاجتماع بعد خروج الروح لأن فيه تهييجاً للحزن ، وقال أحمد اكره التعزية عند القبر الا من لم يعز فيعزي اذا دفن الميت، أو قبل أن يدفن وقال إن شئت أخذت بيد الرجل في التعزية وإن شئت لم تأخذ ، وإذا رأى الرجل قد شق ثوبه على المصيبة عزاه ولم يترك حقاً لباطل، وان نهاه فحسن.

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ والبكاء غير مكروه اذا لم يكن معه ندب ولا نياحة ﴾

أما البكاء بمجرده فلا يكره في حال ، وقال الشافعي يباح إلى أن تخرج الروح ويكره بعد ذلك لما روى عبدالله بن عتيك قال جاء رسول الله ﷺ إلى عبدالله بن ثابت يعوده فوجده قد غلب فصاح به فلم يجبه فاسترجع وقال . « غلبنا عليك أبا الربيع » فصاح النسوة وبكين ، فجعل ابن عتيك يسكتهن فقال له النبي ﷺ « دعهن فاذا وجب فلا تبكين باكية » يعني اذا مات .

ولنا ماروى أنس قال . شهدنا بنت رسول الله ﷺ ورسول الله ﷺ جالس على القبر فرأيت عينيه تدمعان. وقبل النبي ﷺ عثمان بن مظعون وهو ميت ورفع رأسه وعيناه تهراقان . وقال أنس قال رسول الله ﷺ « أخذ الراية زيد فأصيب ثم أخذها جعفر فأصيب ثم أخذها عبدالله بن رواحة فأصيب وان عيني رسول الله ﷺ لتذرفان . وقالت عائشة دخل أبو بكر فكشف عن وجه

رسول الله ﷺ فقبله ثم بكى وكلها أحاديث صحاح ، وروى الأموي في المغازي عن عائشة أن سعد بن معاذ لما مات جعل أبو بكر وعمر ينتحبان حتى اختلطت عليّ أصواتهما . وروي ان النبي ﷺ دخل على سعد بن عبادة وهو في غاشيته فبكي وبكى أصحابه وقال « ألا تسمعون ؟ ان الله لا يعذب بدمع العين ولا بحزن القلب ولكن يعذب بهذا ــ وأشار الى لسانه ــ أو يرحم » وعنه عليه السلام انه دخل علي ابنه ابراهيم وهو يجود بنفسه فجعلت عينا رسول الله ﷺ تذرفان فقال له عبد الرحمن ابن عوف وأنت يارسول الله ؟ فقال « يا ابن عوف انها رحمة » ثم اتبعها بأخرى فقال « ان العين تدمع والقلب يحزن ولا نقول إلا ما يرضي ربنا ، وإنا بفراقك يا ابراهيم لمحزونون » متفق عليهما . وحديثهم محمول على رفع الصوت والندب وشبههما بدليل ماروى جابر ان النبي ﷺ أخذ ابنه فوضعه في حجره فبكى فقال له عبد الرحمن بن عوف أتبكي أو لم تكن نهيت عن البكاء ؟ قال « لا . ولكن نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين ، صوت عند مصيبة ، وخمش وجوه ، وشق جيوب ، ورنة شيطان » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وهذا يدل على انه لم ينه عن مطلق البكاء وانما نهى عنه موصوفا بهذه الصفات . وقال عمر رضي الله عنه : ماعلى نساء بني المغيرة أن يبكين على أبي سليمان مالم يكن نقع أو لقلقة. قال أبو عبد : اللقلقة رفع الصوت ، والنقع التراب يوضع على الرأس

(فصل) وأما الندب فهو تعداد محاسن الميت وما يلقون بفقده بلفظ النداء لانه يكون بالواو مكان الياء وربما زيدت فيه الألف والهاء مثل قولهم وارجلاه واجبلاه وانقطاع ظهراه وأشباه هذا والنياحة وخمش الوجوه وشق الجيوب وضرب الخدود والدعاء بالويل والثبور ، فقال بعض أصحابنا هو مكروه ، ونقل حرب عن أحمد كلاما فيه احتمال اباحة النوح والندب اختاره الخلال وصاحبه لأن واثلة بن الأسقع وأبا وائل كانا يستمعان النوح ويبكيان ، وقال أحمد : اذا ذكرت المرأة مثل ما حكي عن فاطمة في مثل الدعاء لايكون مثل النوح يعني لا بأس به ، وروي عن فاطمة رضي الله عنها أنها قالت : يا أبتاه، من ربه ما أدناه ، يا أبتاه الى جبريل أنعاه ، يا أبتاه أجاب ربا دعاه . وروي عن علي رضي الله عنه أن فاطمة رضي الله عنها أخذت قبضة من تراب قبر النبي صلى الله عليه وسلم فوضعتها على عينها ثم قالت :

ماذا على مشتم تربة أحمد　　أن لايشم مدى الزمان غواليا
صبت عليّ مصيبة لو أنها　　صبت على الأيام عدن لياليا

وظاهر الأخبار تدل على تحريم النوح وهذه الاشياء المذكورة لأن النبي ﷺ نهى عنها في حديث جابر لقول الله تعالى (ولا يعصينك في معروف) قال أحمد هو النوح . ولعن النبي ﷺ النائحة والمستمعة ، وقالت أم عطية : أخذ علينا رسول الله ﷺ عند البيعة أن لاننوح متفق عليهن وعن أبي موسى ان النبي ﷺ قال « ليس منا من ضرب الخدود ، وشق الجيوب ، ودعا بدعوى

الجاهلية » متفق عليه ، ولأن ذلك يشبه الظلم والاستغاثة والسخط بقضاء الله ، وفي بعض الآثار ان أهل البيت اذادعوا بالويل والثبور وقف ملك الموت في عتبة الباب وقال : إن كانت صيحتكم عليّ فاني مأمور، وإن كانت على ميتكم فانه مقبور، وان كان على ربكم فالويل لكم والثبور، وان لي فيكم عودات ثم عودات . وقال النبي ﷺ « اذا حضرتم الميت فقولوا خيراً فان الملائكة يؤمنون على ماتقولون»

(فصل) وقد صح عن النبي ﷺ انه قال « ان الميت يعذب في قبره بما يناح عليه » وفي لفظ « ان الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » وروي ذلك عن عمر وابنه والمغيرة ، وهي أحاديث متفق عليها . واختلف أهل العلم في معناها فحملها قوم على ظواهرها وقالوا يتصرف في خلقه بما شاء ، وأيدوا ذلك بما روى أبو موسى ان رسول الله ﷺ قال « مامن ميت يموت فيقوم باكيهم فيقول واجبلاه واسنداه ونحو ذلك إلا وكل الله به ملكين يلهزانه أهكذا كنت؟ » قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى النعمان بن بشير قال : أغمي على عبدالله بن رواحة فجعلت أخته تبكي وتقول: واجبلاه وا كذا وا كذا تعدد عليه . فقال حين أفاق : ماقلت لي شيئاً إلا قيل لي أنت كذلك ؟ فلما مات لم تبك عليه أخرجه البخاري . وأنكرت عائشة رضي الله عنها حملها على ظاهرها ووافقها ابن عباس ، قال ابن عباس : ذكرت ذلك لعائشة فقالت : يرحم الله عمر ماحدث رسول الله ﷺ «ان الله ليعذب المؤمن ببكاء أهله عليه » ولكن رسول الله ﷺ قال « إن الله ليزيد الكافر عذابا ببكاء أهله عليه » وقالت: حسبكم القرآن (ولا تزر وازرة وزر أخرى) قال ابن عباس عند ذلك والله أضحك وأبكى وذكر ذلك ابن عباس لابن عمر حين روى حديثه فماقال شيئا رواه مسلم ، وحمله قوم على من كان النوح بسببه ولم ينه أهله لقول الله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) وقول النبي ﷺ « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » وحمله آخرون على من أوصى بذلك في حياته كقول طرفة :

اذا مت فانعيني بما أنا أهله ... وشقي عليّ الجيب يا بنت معبد

وقال آخر :

من كان من أمهاتي باكياً أبداً ... فاليومَ اني أراني اليومَ مقبوضا

سمعتنيه فاني غير سامعه ... اذا جعلت على الأعناق معروضا

ولا بد من حمل البكاء في هذه الأحاديث على البكاء غير المشروع وهو الذي معه ندب ونياحة ونحو هذا بدليل ماقدمناه من الاحاديث في صدر المسئلة

(فصل) وينبغي للمصاب أن يستعين بالله تعالى ويتعزى بعزائه ويمتثل أمره في الاستعانة بالصبر والصلاة ويتنجز ماوعد الله به الصابرين حيث يقول سبحانه (وبشر الصابرين الذين اذا أصابتهم مصيبة قالوا إنا لله وإنا اليه راجعون * أولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة وأولئك هم المهتدون) وروى مسلم في صحيحه عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ما من عبد تصيبه مصيبة فيقول (إنا لله وإنا اليه راجعون) اللهم أجرني في مصيبتي واخلف لي خيراً منها

إلا آجره الله في مصيبته وأخلف له خيراً منها » قالت: فلما مات أبو سلمة قلت كما أمرني رسول الله ﷺ فأخلف لي خيراً منه رسول الله ﷺ وليحذر أن يتكلم بشيء يحبط أجره ويسخط ربه مما يشبه التظلم والاستغاثة فان الله عدل لا يجور ، وله ما أخذ وله ما أعطى وهو الفعال لما يريد ، فلا يدعو على نفسه فان النبي ﷺ قال لما مات أبو سلمة « لا تدعو على أنفسكم إلا بخير فان الملائكة يؤمنون على ما تقولون » ويحتسب ثواب الله ويحمده لما روى أبو موسى ان رسول الله صلى ﷺ قال « اذا مات ولد العبد قال الله تعالى لملائكته قبضتم ولد عبدي ؟ فيقولون نعم . فيقول قبضتم ثمرة فؤاده ؟ فيقولون نعم . فيقول ماذا قال عبدي ؟ فيقولون حمدك واسترجع . فيقول ابنوا لعبدي بيتاً في الجنة وسموه بيت الحمد » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا بأس أن يصلح لاهل الميت طعاما يبعث به اليهم ولا يصلحون هم طعاما يطعمون الناس)

وجملته انه يستحب اصلاح طعام لأهل الميت يبعث به اليهم اعانة لهم وجبراً لقلوبهم فانهم ربما اشتغلوا بمصيبتهم وبمن يأتي اليهم عن اصلاح طعام لأنفسهم وقد روى أبو داود في سننه باسناده عن عبدالله بن جعفر قال لما جاء نعي جعفر قال رسول الله ﷺ « اصنعوا لآل جعفر طعاماً فانه قد أتاهم أمر شغلهم » وروي عن عبد الله بن أبي بكر انه قال فما زالت السنة فينا حتى تركها من تركها . فأما صنع أهل الميت طعاماً للناس فمكروه لأن فيه زيادة على مصيبتهم ، وشغلا لهم الى شغلهم ، وتشبهاً بصنع أهل الجاهلية ، ويروى ان جريراً وفد على عمر فقال : هل يناح على ميتكم ؟ قال لا . قال : وهل يجتمعون عند أهل الميت ويجعلون الطعام ؟ قال نعم . قال ذاك النوح وان دعت الحاجة الى ذلك جاز فانه ربما جاءهم من يحضر ميتهم من القرى والأماكن البعيدة ويبيت عندهم ولا يمكنهم إلا أن يضيفوه

﴿ مسألة ﴾ قال (والمرأة اذا ماتت وفي بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها ويسطو عليه القوابل فيخرجنه)

معنى يسطو القوابل أن يدخلن أيديهن في فرجها فيخرجن الولد من مخرجه ، والمذهب انه لا يشق بطن الميتة لاخراج ولدها مسلمة كانت أو ذمية ، وتخرجه القوابل ان علمت حياته بحركة ، وان لم يوجد نساء لم يسط الرجال عليه وتترك أمه حتى يتيقن موته ثم تدفن ، ومذهب مالك واسحاق قريب من هذا ، ويحتمل أن يشق بطن الأم ان غلب على الظن ان الجنين يحيا وهو مذهب الشافعي (١) لانه اتلاف جزء من الميت لابقاء حي فجاز كما لو خرج بعضه حياً ولم يمكن خروج بقيته الا بشق ولانه يشق لاخراج المال منه فلابقاء الحي أولى

ولنا ان هذا الولد لا يعيش عادة ولا يتحقق انه يحيا ، فلا يجوز هتك حرمة متيقنة لامر موهوم وقد قال عليه السلام « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » رواه أبو داد ، وفيه مثلة وقد نهى

(١) مذهب الشافعي في المسألة اظهر والعمدة في ترجيح حياة الجنين وعدمها قول ثقات الاطباء بل ثبت ذلك بالفعل فليس أمرا موهوما كما قال المصنف بناء على تجربة ناقصة

النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة ، وفارق الاصل فان حياته متيقنة وبقاءه مظنون ، فعلى هذا إن خرج بعض الولد حياً ولم يمكن اخراجه إلا بشق شق المحل وأخرج لما ذكرنا ، وان مات على تلك الحال فأمكن اخراجه أخرج وغسل ، وان تعذر غسله ترك وغسلت الأم وماظهر من الولد . وما بقي ففي حكم الباطن لايحتاج الى التيمم من أجله لأن الجميع كان في حكم الباطن فظهر البعض فتعلق به الحكم وما بقي فهو على ما كان عليه، ذكر هذا ابن عقيل وقال هي حادثة سئلت عنها فأفتيت فيها

(فصل) وإن بلع الميت مالا لم يخل من أن يكون له أو لغيره ، فان كان له لم يشق بطنه لانه استهلكه في حياته ، ويحتمل انه إن كان يسيراً ترك وإن كثرت قيمته شق بطنه وأخرج لان فيه حفظ المال عن الضياع ونفع الورثة الذين تعلق حقهم بما له بمرضه ، وان كان المال لغيره وابتلعه بأذنه فهو كماله لأن صاحبه أذن في اتلافه ، وان بلعه غصبا ففيه وجهان : أحدهما لايشق بطنه ويغرم من تركته لانه اذا لم يشق من أجل الولد المرجو حياته فمن أجل المال أولى . والثاني يشق ان كان كثيراً لان فيه دفع الضرر عن المالك برد ماله اليه ، وعن الميت بابراء ذمته ، وعن الورثة بحفظ التركة لهم ، ويفارق الجنين من وجهين : أحدهما انه لايتحقق حياته ، والثاني انه ماحصل بجنايته [1]. فعلى هذا الوجه اذا بلي جسده وغلب على الظن ظهور المال وتخلصه من أعضاء الميت جاز نبشه واخراجه وقد روى أبو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان هذا قبر أبي رغال وآية ذلك انمعه غصناً من ذهب ان أنتم نبشتم عنه أصبتموه معه » فابتدره الناس فاستخرجوا الغصن ، ولو كان في أذن الميت حلق أو في أصبعه خاتم أخذ ، فان صعب أخذه برد وأخذ لان تركه تضييع للمال

(فصل) وان وقع في القبر ماله قيمة نبش وأخرج . قال أحمد اذا نسى الحفار مسحاته في القبر جاز أن ينبش عنها ، وقال في الشيء يسقط في القبر مثل الفأس والدراهم ينبش ، قال اذا كان له قيمة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وقع في القبر ماله قيمة نبش وأخذ)

قال أحمد اذا نسي الحفار مسحاته في القبر جاز أن ينبش عنها . قيل فان أعطاه أولياء الميت ؟ قال : إن أعطوه حقه أي شيء يريد ؟ وقد روي ان المغيرة بن شعبة طرح خاتمه في قبر رسول الله ﷺ ثم قال خاتمي . ففتح موضع منه فأخذ المغيرة خاتمه ، وكان يقول أنا أقربكم عهداً برسول الله ﷺ ولأنه أمكن رده الى صاحبه من غير ضرر فوجب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كفن بثوب غصب أو بلع مال غيره غرم ذلك من تركته ، وقيل ينبش ويؤخذ الكفن ويشق جوفه فيخرج)

اذا بلع الميت مالا لم يخل من أن يكون له أو لغيره ، فان كان له لم يشق بطنه لانه استهلكه في حياته ، ويحتمل انه إن كان كثير القيمة شق بطنه وأخرج لأن فيه حفظ المال عن الضياع ونفع الورثة الذين تعلق حقهم بماله في مرضه ، وإن كان المال لغيره وابتلعه بأذنه فهو كماله لأن صاحبه

[1] كل من الفارقين ممنوع أما الاول فبما ذكرناه في الحاشية السابقة . واما الثاني فلان إخراج المال يجب ولولم يكن جانيا بادخاله في جوفه كأن يدخله غيره فيه بعملية جراحية او يفعله في حال غيبته عن الادراك . وجملة القول حياة انسان اعظم من حفظ المال

يعني ينبش . قيل فان أعطاه أولياء الميت ؟ قال ان أعطوه حقه أي شيء يريد ، وقد روي ان المغيرة ابن شعبة طرح خاتمه في قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال خاتمي ففتح موضع منه فأخذ المغيرة خاتمه فكان يقول : أنا أقربكم عهداً برسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وان دفن من غير غسل أو الى غير القبلة نبش وغسل ووجه إلا أن يخاف عليه أن يتفسخ فيترك وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور . وقال ابو حنيفة لا ينبش لأن النبش مثلة وقد نهي عنها

ولنا ان الصلاة تجب ولا تسقط بذلك كاخراج ماله قيمة ، وقولهم ان النبش مثلة قلنا انما هو مثلة في حق من يقبر ولا ينبش

(فصل) وان دفن قبل الصلاة فعن أحمد انه ينبش ويصلى عليه ، وعنه انه ان صلي على القبر

أذن في اتلافه ، وإن ابتلعه غصبا ففيه وجهان : أحدهما لا يشق بطنه ويغرم من تركته لما في ذلك من المثلة ولأنه اذا لم يشق بطن الحامل من أجل الولد المرجو حياته فمن أجل المال أولى . والثاني يشق ان كثرت قيمته لأن فيه دفع الضرر عن المالك برد ماله اليه ، وعن الميت بابراء ذمته ، وعن الورثه بحفظ التركة لهم . ويفارق الجنين من وجهين: أحدهما انه لا يتحقق حياته ، والثاني انه ما حصل بجنايته ، فان لم يكن له تركة ولم يتبرع انسان بتخليص ذمته شق بطنه على كلا الوجهين . وعلى الوجه الاول اذا بلي جسده وغلب على الظن ظهور المال وتخليصه من أعضاء الميت جاز نبشه وإخراجه ، لما روى أبو داود أن النبي ﷺ قال « هذا قبر أبي رغال ، وآية ذلك أن معه غصناً من ذهب إن أنتم نبشتم عنه أصبتموه معه » فابتدره الناس فاستخرجوا الغصن . ولو كان في أذن الميت حلق أو في أصبعه خاتم أخذ ، فان صعب أخذه برد وأخذ لأن تركه تضييع للمال ، وإن كفن بثوب مغصوب غرم قيمته من تركته ولا ينبش ذكره القاضي لما فيه من هتك حرمته مع إمكان دفع الضرر بدونها ، ويحتمل أن ينبش إن كان الكفن باقيا بحاله ليرد الى مالكه عين ماله، وإن كان باليا فقيمته في تركته ، وان دفن في أرض غصب أو أرض مشتركة بينه وبين غيره بغير إذن الشريك نبش وأخرج لأن القبر في الأرض يدوم ضرره ويكثر بخلاف الكفن ، وإن أذن المالك في الدفن في أرضه ثم أراد إخراجه لم يملك ذلك لأن في ذلك ضرراً ، وإن بلي الميت وعاد ترابا فلصاحب الارض أخذها ، وكل موضع أجزنا نبشه لحرمة ملك الآدمي فالأفضل تركه

(فصل) وإن دفن من غير غسل أو الى غير القبلة نبش وغسل ووجه إلا أن يخاف عليه أن يتفسخ فيترك ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور . وقال أبو حنيفة لا ينبش لأن النبش مثلة وقد نهي عنها

ولنا ان هذا واجب فلا يسقط بذلك كاخراج ماله قيمة وقولهم ان النبش مثلة قلنا انما هو مثلة في حق من تغير وهو لا ينبش

(فصل) وإن دفن قبل الصلاة عليه ، فروي عن أحمد انه ينبش ويصلى عليه ، وعنه إن صلي على القبر

جاز ، واختار القاضي انه يصلى على القبر ولا ينبش وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر المسكينة ولم ينبشها ، ووجه الاول انه دفن قبل واجب فنبش كما لو دفن من غير غسل ، وانما يصلى على القبر عند الضرورة . وأما المسكينة فقد كانت صلي عليها ولم تبق الصلاة عليها واجبة فلم تنبش لذلك ، فأما ان تغير الميت لم ينبش بحال

(فصل) وإن دفن بغير كفن ففيه وجهان (أحدهما) يترك لان القصد بالكفن ستره وقد حصل ستره بالتراب (والثاني) ينبش ويكفن لأن التكفين واجب فأشبه الغسل، وإن كفن بثوب مغصوب فقال القاضي يغرم قيمته من تركته ولا ينبش لما فيه من هتك حرمته مع امكان دفع الضرر بدونها ويحتمل أن ينبش اذا كان الكفن باقياً بحاله ليرد إلى مالكه عن ماله وإن كان باليا فقيمته من تركته فان دفن في أرض غصب أو أرض مشتركة بينه وبين غيره بغير اذن شريكه نبش وأخرج لأن القبر في الارض يدوم ضرره ويكثر بخلاف الكفن ، فان أذن المالك في الدفن في أرضه ثم أراد اخراجه لم يملك ذلك لان في ذلك ضرراً ، وإن بلي الميت وعاد ترابا فلصاحب الارض أخذها وكل موضع أجزنا نبشه لحرمة ملك الآدمي فالمستحب تركه احتراما الميت

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا حضرت الجنازة وصلاة الفجر بدىء بالجنازة ، واذا حضرت صلاة المغرب بدىء بالمغرب ﴾

وجملته أنه متى حضرت الجنازة والمكتوبة بديء بالمكتوبة إلا الفجر والعصر لان ما بعدهما وقت نهي عن الصلاة فيه نص عليه احمد على نحو من هذا وهو قول ابن سيرين ، ويروى عن مجاهد والحسن وسعيد بن المسيب وقتادة أنهم قالوا : يبدأ بالمكتوبة لأنها أهم وأيسر، والجنازة يتطاول أمرها والاشتغال بها ، فان قدم جميع أمرها على المكتوبة أفضى إلى تفويتها ، وإن صلى عليها ثم انتظر فراغ المكتوبة لم يعد تقديمها شيئاً إلا في الفجر والعصر ، فان تقديم الصلاة عليها بعيد أن يقع في غير وقت النهي عن الصلاة فيكون أولا

(فصل) قال احمد تكره الصلاة يعني على الميت في ثلاثة أوقات عند طلوع الشمس ونصف

جاز . واختار القاضي انه يصلى على القبر ولا ينبش وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر المسكينة ولم ينبشها

ولنا انه دفن قبل واجب أشبه مالو دفن من غير غسل ، وانما يصلى على القبر عند الضرورة . وأما المسكينة فقد كان صلي عليها فلم تبق الصلاة عليها واجبة فلذلك لم تنبش، فان تغير الميت لم ينبش بحال

(فصل) وان دفن بغير كفن ففيه وجهان : أحدهما يترك لأن القصد بالكفن ستره وقد حصل بالتراب ، والثاني ينبش ويكفن لأن التكفين واجب فأشبه الغسل والله أعلم

(فصل) ولا يجوز الدفن في الساعات التي نهى النبي ﷺ عن الدفن فيها في حديث عقبة بن

النهار وعند غروب الشمس ، وذكر حديث عقبة بن عامر : ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلي فيهن ، أو نقبر فيهن موتانا : حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى يميل ، وحين تضيف الشمس للغروب حتى تغرب . رواه مسلم ، ومعنى تضيف أي تجنح وتميل للغروب من قولك تضيفت فلاناً اذا ملت اليه . قال ابن المبارك : معنى أن نقبر فيهن موتانا يعني الصلاة على الجنازة ، قيل لاحمد الشمس على الحيطان مصفرة قال : يصلى عليها مالم تدل للغروب فلا وتجوز الصلاة على الميت في غير هذه الاوقات ، روي ذلك عن ابن عمر وعطاء والنخعي والاوزاعي والثوري واسحق وأصحاب الرأي ، وحكي عن أحمد أن ذلك جائز وهو قول الشافعي قياساً على ما بعد الفجر والعصر والاول أصح لحديث عقبة بن عامر ، ولا يصح القياس على الوقتين الأخيرين لان مدتهما أطول فيخاف على الميت فيهما ويشق انتظار خروجهما بخلاف هذه ، وكره احمد أيضاً دفن الميت في هذه الاوقات لحديث عقبة ، فأما الصلاة على القبر والغائب فلا يجوز في شيء من أوقات النهي لان علة تجويزها على الميت معللة بالخوف عليه ، وقد أمن ذلك هاهنا فيبقى على أصل المنع والعمل بعموم النهي

(فصل) فأما الدفن ليلا فقال احمد وما بأس بذلك وقال : أبو بكر دفن ليلا ، وعلي دفن فاطمة ليلا ، وحديث عائشة : كنا سمعنا صوت المساحي من آخر الليل في دفن النبي ﷺ ، وممن دفن ليلا عثمان وعائشة وابن مسعود ، ورخص فيه عقبة بن عامر وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والشافعي واسحق ، وكرهه الحسن لما روى مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ خطب يوما فذكر رجلا من أصحابه قبض وكفن في كفن غير طائل ودفن ليلا فزجر النبي ﷺ أن يقبر الرجل بالليل إلا أن يضطر إنسان إلى ذلك ، وقد روي عن احمد أنه قال : اليه أذهب

ولنا ما روى ابن مسعود قال : والله لكأني أسمع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك وهو في قبر ذي البجادين وأبو بكر وعمر وهو يقول « أدنيا مني أخاكما حتى أسنده في لحده » ثم قال لما فرغ من دفنه وقام على قبره مستقبل القبلة « اللهم اني أمسيت عنه راضياً فارض عنه » وكان ذلك ليلا قال فوالله لقد رأيتني ولوددت اني مكانه ، ولقد أسلمت قبله بخمس عشرة سنة ، وأخذه من قبل القبلة . رواه الخلال في جامعه ، وروى ابن عباس أن النبي ﷺ دخل قبراً ليلا فأسرج له سراج فأخذ من قبل القبلة وقال « رحمك الله إن كنت لأواهاً تلاء للقرآن » قال الترمذي هذا حديث حسن

عامر وهو قوله : ثلاث ساعات كان النبي ﷺ ينهانا عن الصلاة فيهن وأن نقبر فيهن موتانا « حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة ، وحين تتضيف الشمس للغروب حتى تغرب » رواه مسلم ، ومعنى تتضيف أي تجنح وتميل للغروب ، من قولك تضيفت فلانا اذا ملت اليه . فأما في غير هذه الأوقات فيجوز الدفن ليلا ونهاراً . قال أحمد في الدفن بالليل وما بأس بذلك ، أبو بكر

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن رجل فقال « من هذا » قالوا : فلان دفن البارحة فصلى عليه . أخرجه البخاري فلم ينكر عليهم ، ولأنه أحد الآيتين فجاز الدفن فيه كالنهار وحديث الزجر محمول على الكراهة والتأديب ، فان الدفن نهاراً أولى لانه أسهل على متبعها وأكثر للمصلين عليها وأمكن لاتباع السنة في دفنه والحاده

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يصلي الامام على الغال ولا من قتل نفسه ﴾

الغال هو الذي يكتم غنيمته أو بعضها ليأخذه لنفسه ويختص به فهذا لايصلي عليه الامام ولا على من قتل نفسه متعمداً ويصلي عليه سائر الناس نصّ عليهما احمد . وقال عمر بن عبد العزيز والاوزاعي لايصلى على قاتل نفسه بحال لان من لايصلي عليه الامام لايصلي عليه غيره كشهيد المعركة . وقال عطاء والنخعي والشافعي : يصلي الامام وغيره على كل مسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لاإله إلا الله » رواه الخلال باسناده

ولنا ماروى جابر بن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم جاؤه برجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه . رواه مسلم ، وروى ابو داود أن رجلا انطلق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره عن رجل أنه قد مات ، قال « وما يدريك؟ » قال : رأيته ينحر نفسه ، قال « أنت رأيته ؟» قال نعم ، قال « اذاً لاأصلي عليه » وروى زيد بن خالد الجهني قال : توفي رجل من جهينة يوم خيبر فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال « صلوا على صاحبكم » فتغيرت وجوه القوم ، فلما رأى ما بهم قال « إن صاحبكم غل من الغنيمة » احتج به احمد ، واختص هذا الامتناع بالامام لان النبي صلى الله عليه وسلم لما امتنع من الصلاة على الغال قال « صلوا على صاحبكم » وروي أنه أمر بالصلاة على قاتل نفسه وكان النبي ﷺ هو الامام فألحق به من ساواه في ذلك ، ولا يلزم من ترك صلاة النبي ﷺ ترك صلاة غيره ، فان النبي ﷺ كان في بدء الاسلام لايصلي على من عليه دين لاوفاء له ويأمرهم بالصلاة عليه فان قيل هذا خاص للنبي ﷺ لان صلاته سكن قلنا ماثبت في حق النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حق غيره مالم يقم على اختصاصه دليل ، فان قيل فقد ترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين قلنا ثم صلى عليه بعد ، فروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل المتوفى

دفن ليلا ، وعلي دفن فاطمة ليلا . وحديث عائشة : كنا سمعنا صوت المساحي من آخر الليل في دفن النبي ﷺ ، ودفن عثمان وعائشة ليلا وهذا قول عقبه بن عامر وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والشافعي وإسحق ، وعنه انه يكره وهو قول الحسن لما روى مسلم ان النبي ﷺ ذكر رجلا من أصحابه قبض فكفن في كفن غير طائل ودفن ليلا فزجر النبي ﷺ أن يقبر الرجل بالليل الا أن يضطر انسان الى ذلك . ووجه الاول ماذكرنا من فعل الصحابة ، وروى ابن مسعود قال : والله لكأني أسمع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك وهو في قبر ذي البجادين وأبو بكر وعمر وهو يقول

عليه الدين فيقول « هل ترك لدينه من وفاء ؟ » فان حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال للمسلمين « صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله الفتوح قام فقال « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين وترك دينا عليّ قضاؤه ، ومن ترك مالا فللورثة » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولولا النسخ كان كمسئلتنا ، وهذه الاحاديث خاصة فيجب تقديمها على قوله « صلوا على من قال لاإله إلا الله » على أنه لا تعارض بين الخبرين ، فان النبي صلى الله عليه وسلم ترك الصلاة على هذين وأمر بالصلاة عليهما ، فلم يكن أمره بالصلاة عليهما منافياً لتركه الصلاة عليهما كذلك أمره بالصلاة على من قال لاإله إلا الله

(فصل) قال احمد : لاأشهد الجهمية ولا الرافضة ويشهده من شاء قد ترك النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على أقل من هذا : الدين والغلول وقاتل نفسه .وقال لايصلى على الرافضي وقال أبو بكر ابن عياش : لاأصلي على رافضي ولا حروري . وقال الفريابي : من شتم أبا بكر فهو كافر لاأصلي عليه ، قيل له فكيف تصنع به وهو يقول لاإله إلا الله ؟قال : لاتمسوه بأيديكم ارفعوه بالخشب حتي تواروه في حفرته . وقال احمد : أهل البدع لايعادون إن مرضوا ، ولا تشهدجنائزهم إن ماتوا وهذا قول مالك ، قال ابن عبد البر : وسائر العلماء يصلون على أهل البدع والخوارج وغيرهم لعموم قوله عليه السلام « صلوا على من قال لاإله الا الله محمد رسول الله »

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك الصلاة بأدون من هـذا فأولى أن نترك الصلاة به ، وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان لكل أمة مجوسا ، وان مجوس أمتي الذين يقولون لا قدر ، فان مرضوا فلا تعودوهم ، وان ماتوا فلا تشهدوهم » رواه الامام احمد

﴿ فصل ﴾ ولايصلى على أطفال المشركين لأن لهم حكم آبائهم الامن حكمنا باسلامه مثل أن يسلم أحد أبويه أويموت أويسبى منفرداً من أبويه أو من أحدهما فانه يصلى عليه ، قال أبوثور من سبي من أحد أبويه لايصلى عليه حتى يختار الاسلام .

ولنا أنه محكوم له بالاسلام أشبه مالو سبي منفرداً منهما .

﴿ فصل ﴾ ويصلى على سائر المسلمين من أهل الكبائر والمرجوم في الزنا وغيرهم ، قال أحمد من استقبل قبلتنا وصلى بصلاتنا نصلي عليه وندفنه ، ويصلى على ولد الزنا والزانية والذي يقاد منه بالقصاص

« ادنيا مني أخاكما حتى أسنده في لحده » ثم قال لما فرغ من دفنه وقام على قبره مستقبل القبلة « اللهم اني أمسيت عنه راضياً فارض عنه » وكان ذلك ليلا قال : فوالله لقد رأيتني ولوددت اني مكانه ، ولقد أسلمت قبله بخمس عشرة سنة ،وأخذه من قِبل القبلة ، رواه الخلال في جامعه . وعن ابن عباس ان النبي ﷺ دخل قبراً ليلا فأسرج له سراج فأخذ من قِبل القبلة وقال « رحمك الله ان كنت لأواهاً تلاّءً للقرآن » قال الترمذى حديث حسن ولأنه أحد الزمانين فجاز الدفن فيه كالنهار.

أو يقتل في حد ، وسئل عمن لا يعطي زكاة ماله ، فقال يصلى عليه، مايعلم أن رسول الله ﷺ ترك الصلاة على أحد الا على قاتل نفسه والغال ، وهذا قول عطاء والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أباحنيفة قال لا يصلى على البغاة ولا المحاربين لانهم باينوا أهل الاسلام أشبهوا أهل دار الحرب وقال مالك لا يصلى على من قتل في حد لأن أبا برزة الاسلمي قال : لم يصل رسول الله ﷺ على ماعز بن مالك ولم ينه عن الصلاة عليه رواه أبوداود . (١)

ولنا قول النبي ﷺ « صلوا على من قال لا إله إلا الله » رواه الخلال باسناده ، وروى الخلال باسناده عن أبي شميلة أن النبي ﷺ خرج الى قباء فاستقبله رهط من الانصار يحملون جنازة على باب فقال النبي ﷺ « ماهذا ؟ » قالوا مملوك لآل فلان قال « أكان يشهد أن لا إله إلا الله ؟ » قالوا نعم ولكنه كان وكان فقال « أكان يصلي ؟ » قالوا قد كان يصلي ويدع فقال لهم « ارجعوا به فغسلوه وكفنوه وصلوا عليه وادفنوه ، والذي نفسي بيده لقد كادت الملائكة تحول بيني وبينه »

وأما أهل الحرب فلا يصلى عليهم لانهم كفار ولا يقبل فيهم شفاعة ولا يستجاب فيهم دعاء وقد نهينا عن الاستغفار لهم ، وقال الله تعالى لنبيه (ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ولا تقم على قبره) وقال (إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم) وأما ترك الصلاة على ماعز فيحتمل أن النبي ﷺ أمر من يصلى عليه لعذر بدليل أنه رجم الغامدية وصلى عليها فقال له عمر ترجمها وتصلي عليها؟ فقال « لقد تابت توبة لو قسمت على أهل المدينة لو سعتهم » كذلك رواه الاوزاعي ، وروى معمر وهشام عن أبان أنه أمرهم بالصلاة عليها قال ابن عبدالبر وهو الصحيح .

(١) في اسناده مجاهيل وهو معارض برواية للبخاري : انه صلى عليه . لا يضرها انفراد واحد بها دون سائر رواة هذا الحديث

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا حضرت جنازة رجل وامرأة وصبي جعل الرجل مما يلي الامام والمرأة خلفه والصبي خلفهما

لاخلاف في المذهب أنه اذا اجتمع مع الرجال غيرهم أنه يجعل الرجال ممايلي الامام وهو مذهب اكثر أهل العلم ، فان كان معهم نساء وصبيان ، فنقل الخرقي هاهنا أن المرأة تقدم مما يلي الرجل ثم يجعل الصبي خلفها مما يلي القبلة لان المرأة شخص مكلف فهي أحوج الى الشفاعة ولأنه قد روي عن عمار مولى الحارث بن نوفل أنه شهد جنازة أم كلثوم وابنها فجعل الغلام مما يلي القبلة فانكرت ذلك

وحديثهم محمول على التأديب ، والدفن بالنهار أولى لأنه أسهل على متبعها وأكثر للمصلين عليها وأمكن لاتباع السنة في دفنه وإلحاده

﴿ مسئلة ﴾ (وان ماتت حامل لم يشق بطنها وتسطو عليه القوابل فيخرجنه)

اذا ماتت حامل وفي بطنها ولد يتحرك وترجي حياته لم يشق بطنها مسلمة كانت أو ذمية ، ويدخل القوابل أيديهن في فرجها فيخرجن الولد من مخرجه ، فان لم يوجد نساء لم يسطوا الرجال

وفي القوم ابن عباس وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة وأبو هريرة فقالوا هذه السنة ، والمنصوص عن أحمد في رواية جماعة من أصحابه أن الرجال مما يلي الامام والصبيان أمامهم والنساء يلين القبلة وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لانهم يقدمون عليهن في الصف في الصلاة المكتوبة فكذلك يقدمون عليهن مما يلي الامام عند اجتماع الجنائز كالرجال .

وأما حديث عمارة فالصحيح فيه أنه جعلها مما يلي القبلة وجعل ابنها مما يليه كذلك رواه سعيد وعمار مولى بني سليم عن عمار مولى بني هاشم وأخرجه كذلك أبو داود والنسائي وغيرهما ولفظه قال شهدت جنازة صبي وامرأة فقدم الصبي مما يلي القوم ووضعت المرأة وراءه وفي القوم أبو سعيد الخدري وابن عباس وأبو قتادة وأبو هريرة فقلنا لهم فقالوا السنة .

فأما الحديث الاول فلا يصح ، فان زيد بن عمر هو ابن ام كلثوم بنت علي الذي صلي عليه معها وكان رجلا له أولاد كذلك قال الزبير بن بكار ولا خلاف في تقديم الرجل على المرأة ولان زيداً ضرب في حرب كانت بين عدي في خلافة بعض بني أمية فصرع وحمل فمات والتفت صارختان عليه وعلى أمه ولا يكون إلا رجلا

﴿ فصل ﴾ ولا خلاف في تقديم الخنثى على المرأة لانه يحتمل أن يكون رجلا وأدنى أحواله أن يكون مساويا لها ، ولا في تقديم الحر على العبد لشرفه وتقديمه عليه في الامامة ولا في تقديم الكبير على الصغير كذلك وقد روى الخلال باسناده عن علي رضي الله عنه في جنازة رجل وامرأة وحر وعبد وصغير وكبير يجعل الرجل مما يلي الامام والمرأة أمام ذلك والكبير مما يلي الامام والصغير أمام ذلك والحر مما يلي الامام والمملوك أمام ذلك ، فان اجتمع حر صغير وعبد كبير ، قال أحمد في رواية الحسن ابن محمد في غلام حر وشيخ عبد : يقدم الحر الى الامام ، هذا اختيار الخلال وغلط من روى خلاف ذلك واحتج بقول علي :الحر مما يلي الامام والمملوك وراء ذلك ، ونقل أبو الحارث يقدم أكبرهما الى الامام وهو أصح إن شاء الله تعالى لانه يقدم في الصف في الصلاة ، وقول علي أراد به اذا تساويا في الكبر والصغر بدليل أنه قال والكبير مما يلي الامام والصغير أمام ذلك

﴿ فصل ﴾ فان كانوا نوعاً واحداً قدم إلى الامام أفضلهم لان النبي ﷺ كان يوم أحد يدفن الاثنين والثلاثة في القبر الواحد ويقدم أكثرهم أخذاً للقرآن ولان الافضل يقدم في صف المكتوبة فيقدم هاهنا

عليه لما فيه من هتك الميتة وتترك حتى يتيقن موته ، ومذهب مالك وإسحق نحو هذا ، ويحتمل أن يشق بطنها اذا غلب على الظن انه يحيا وهو مذهب الشافعي لأنه اتلاف جزء من الميت لابقاء حي فجاز كما لو خرج بعضه حيا ولم يمكن خروج باقيه الا بالشق ولأنه يشق لاخراج المال فابقاء الحي أولى

ولنا ان هذا الولد لا يعيش عادة ولا يتحقق انه يحيا فلا يجوز هتك حرمة متيقنة لأمر موهوم وقد قال عليه السلام « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » رواه أبو داود ، وفيه مثلة وقد نهى

كالرجل مع المرأة ، وقد دل علي الاصل قوله عليه السلام « ليلني منكم أولو الاحلام والنهى » وان تساووا في الفضل قدم الاكبر فالاكبر فان تساووا قدم السابق وقال القاضي : يقدم السابق وان كان صبياً فلا تقدم المرأة وان كانت سابقة لموضع الذكورية فان تساووا قدم الامام من شاء منهم ، فان تشاح الاولياء في ذلك أقرع بينهم

﴿ فصل ﴾ ولا خلاف بين أهل العلم في جواز الصلاة على الجنائز دفعة واحدة ، وان افرد كل جنازة بصلاة جاز ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه صلى على حمزة مع غيره وقال حنبل صليت مع أبي عبدالله على جنازة امرأة منفوسة فصلى أبوإسحاق على الام واستأمر أبا عبدالله وقال صل على ابنتها المولودة أيضا ، قال أبوعبدالله لو أنهما وضعا جميعا كانت صلاتهماواحدة،تصير اذا كانت أنثى عن يمين المرأة واذا كان ذكراً عن يسارها ، وقال بعض أصحابنا: افرادكل جنازة بصلاة أفضل مالم يريدوا المبادرة وظاهر كلام أحمد في هذه الرواية التي ذكرناها أنه أفضل في الافراد وهوظاهر حال السلف فانه لم ينقل عنهم ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان دفنوا في قبر يكون الرجل مما يلي القبلة والمرأة خلفه والصبي خلفهما ويجعل بين كل اثنين حاجزا من تراب

وجملته أنه إذا دفن الجماعة في القبر قدم الافضل منهم إلى القبلة ثم الذي يليه في الفضيلة على حسب تقديمهم إلى الامام في الصلاة سواء على ماذكرنا في المسئلة قبل هذه لما روى هشام بن عامر قال شكي الى رسول الله ﷺ الجراحات يوم أحد فقال «احفروا واوسعوا وأحسنوا وادفنوا الاثنين والثلاثة في قبر واحد وقدموا اكثرهم قرآنا » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، فاذا ثبت هذا فانه يجعل بين كل اثنين حاجزاً من التراب فيجعل كل واحد منهم في مثل القبر المنفرد لأن الكفن حائل غير حصين قال أحمد : ولو جعل لهم شبه النهر وجعل رأس أحدهم عند رجل الآخر وجعل بينهما شيء من التراب لم يكن به بأس أوكما قال .

﴿ فصل ﴾ ولايدفن اثنان في قبر واحد إلا لضرورة ، وسئل أحمد عن الاثنين والثلاثة يدفنون في قبر واحد قال : أما في مصر فلا ،وأما في بلاد الروم فتكثر القتلى فيحفر شبه النهر رأس هذا عند رجل هذا ويجعل بينهما حاجزاً لايلتزق واحد بالآخر ، وهذا قول الشافعي وذلك أنه لايتعذر في الغالب إفراد كل واحد بقبر في المصر ويتعذر ذلك غالباً في دار الحرب ، وفي موضع المعترك وان وجدت الضرورة جاز دفن الاثنين والثلاثة وأكثر في القبر الواحد ، حيثما كان من مصر أو غيره

النبي ﷺ عن المثلة ، وفارق الأصل فان حياته متيقنة وبقاؤه مظنون . فعلى هذا ان خرج بعض الولد حياً ولم يمكن اخراجه الا بالشق شق المحل وأخرج لما ذكرنا ، وان مات على حاله فأمكن اخراجه أخرج وغسل ، وان تعذر خروجه غسل ماظهر من الولد وما بقي ففي حكم الباطن لايحتاج

فان مات له اقارب بدأ بمن يخاف تغيره وان استووا في ذلك بدأ باقربهم اليه على ترتيب النفقات :فان استووا في القرب قدم أنسبهم وأفضلهم .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن ماتت نصرانية وهي حاملة من مسلم دفنت بين مقبرة المسلمين ومقبرة النصارى ﴾

اختار هذا أحمد لانها كافرة لاتدفن في مقبرة المسلمين فيتأذوا بعذابها ولا في مقبرة الكفار لان ولدها مسلم فيتأذى بعذابهم وتدفن منفردة مع أنه روي عن واثلة بن الاسقع مثل هذا القول ، وروي عن عمر أنها تدفن في مقابر المسلمين ، قال ابن المنذر لايثبت ذلك قال أصحابنا ويجعل ظهرها الى القبلة على جانبها الأيسر ليكون وجه الجنين الى القبلة على جانبه الايمن لان وجه الجنين الى ظهرها

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويخلع النعال اذا دخل المقابر ﴾

هذا مستحب لما روى بشير بن الخصاصية قال بينا أنا أماشي رسول الله ﷺ اذا رجل يمشي في القبور عليه نعلان ، فقال « ياصاحب السبتيتين القِ سبتيتيك » (١) فنظر الرجل فلما عرف رسول الله ﷺ خلعهما فرمى بهما رواه أبوداود ، وقال أحمد: اسناد حديث بشير بن الخصاصية جيد اذهب اليه الا من علة وأ كثر أهل العلم لايرون بذلك بأساً ، قال جرير بن حازم رأيت الحسن وابن سيرين يمشيان بين القبور في نعالهما ، ومنهم من احتج بقول النبي ﷺ إن العبد اذا وضع في قبره وتولى عنه أصحابه أنه يسمع قرع نعالهم رواه البخاري ، وقال أبو الخطاب يشبه أن يكون النبي ﷺ انما كره للرجل المشي في نعليه لما فيهما من الخيلاء ، فان نعال السبت من لباس أهل النعيم ، قال عنتر

* يحذى نعال السبت ليس بتوأم *

ولنا أمر النبي ﷺ في الخبر الذي تقدم ، وأقل أحواله الندب ولأن خلع النعلين أقرب الى الخشوع ، وزي أهل التواضع واحترام أموات المسلمين وأخبار النبي ﷺ بان الميت يسمع قرع نعالهم لاينفي الكراهة فانه يدل على وقوع هذا منهم، ولانزاع في وقوعه وفعلهم أياه مع كراهيته ،فاما ان كان للماشي عذر يمنعه من خلع نعليه ، مثل الشوك يخافه على قدميه أو نجاسة تمسهما لم يكره المشي في النعلين ، قال أحمد في الرجل يدخل المقابر وفيها شوك يخلع نعليه: هذا يضيق على الناس حتى يمشي الرجل في الشوك وان فعله فحسن هو أحوط ، وان لم يفعله رجل يعني لا بأس ، وذلك لا ن العذر يمنع الوجوب في بعض الأحوال والاستحباب أولى ولا يدخل في الاستحباب نزع الخفاف لأن نزعها يشق وقد روي عن أحمد أنه كان اذا أراد أن يخرج الى الجنازة لبس خفيه مع أمره بخلع النعال وذ كر

(١) نعال السبت والنعال السبتية بكسر السين هي التي لاشعر على جلدها لسقوطها بالدبغ كانه مسبوت اي محلوق

الى تيمم لأن الجميع كان في حكم الباطن وظهر البعض فتعلق الحكم به وما بقي فهو على ما كان عليه ، ذكره ابن عقيل وقال : هي حادثة سئلت عنها

(فصل) وان ماتت ذمية حامل من مسلم دفنت وحدها وتجعل ظهرها الى القبلة . وانما اختار أحمد ذلك لانها كافرة فلا تدفن في مقبرة المسلمين وولدها محكوم باسلامه فلا يدفن بين الكفار مع

القاضي أن الكراهة لاتتعدي النعال الى الشمشكات ولاغيرها لأن النهي غير معلل فلا يتعدى محله

﴿ فصل ﴾ ويكره المشي على القبور ، وقال الخطابي ثبت أن النبي ﷺ نهى أن توطأ القبور وروى ابن ماجة قال قال رسول الله ﷺ « لأن أمشي على جمرة أو سيف أو أخصف نعلى برجلي أحب الي من أن أمشي على قبر مسلم وماأبالي أوسط القبور - كذا قال - قضيت حاجتي أو وسط السوق »[1] لانه كره المشي بينها بالنعلين فالمشي عليها أولى .

﴿ فصل ﴾ ويكره الجلوس عليها والاتكاء عليها لما روى أبو يزيد قال قال رسول الله ﷺ « لأن يجلس أحدكم على جمرة تحرق ثيابه فتخلص الى جلده خير له من أن يجلس على قبر » رواه مسلم ، قال الخطابي وروي أن النبي ﷺ رأى رجلا قد اتكأ على قبر فقال « لا تؤذ صاحب القبر »

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ولا بأس ان يزور الرجال المقابر ﴾

لانعلم بين أهل العلم خلافا في اباحة زيارة الرجال القبور ، وقال علي بن سعيد سألت أحمد عن زيارة القبور تركها أفضل عندك أو زيارتها ؟ قال زيارتها ، وقد صح عن النبي ﷺ أنه قال « كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فانها تذكركم الموت » رواه مسلم[2] والترمذي بلفظ فانها تذكر الآخرة

﴿ فصل ﴾ واذا مر بالقبور أوزارها استحب أن يقول ماروى مسلم عن بريدة قال ، كان رسول الله ﷺ يعلمهم اذا خرجوا إلى المقابر فكان قائلهم يقول ، السلام عليكم أهل الديار من المؤمنين والمسلمين وإنا ان شاء الله بكم للاحقون ، نسأل الله لنا ولكم العافية ، وفي حديث عائشة « ويرحم الله المستقدمين منا والمستأخرين » وفي حديث آخر « اللهم لاتحرمنا أجرهم ولا تفتنا بعدهم » وان اراد قال اللهم اغفر لنا ولهم كان حسنا .

﴿ فصل ﴾ قال ولا بأس بالقراءة عند القبر ، وقد روي عن أحمد انه قال : اذا دخلتم المقابر اقرأوا آية الكرسي وثلاث مرار (قل هو الله احد) ثم قل اللهم ان فضله لأهل المقابر ، وروي عنه انه قال : القراءة عند القبر بدعة وروي ذلك عن هشيم قال ابو بكر : نقل ذلك عن احمد جماعة ثم رجع

ان ذلك روي عن واثلة بن الاسقع وعن عمر انها تدفن في مقابر المسلمين . قال ابن المنذر : لايثبت ذلك ، قال أصحابنا ويجعل ظهرها الى القبلة على جانبها الأيسر ليكون وجه الجنين الى القبلة على جانبه الايمن لان وجه الجنين الى ظهرها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تكره القراءة على القبر في أصح الروايتين)

هذا هو المشهور عن أحمد فانه روي عنه انه قال : اذا دخلتم المقابر اقرأ آية الكرسي وثلاث مرار قل هو الله أحد ثم قل اللهم ان فضله لاهل المقابر ، وروي عنه انه قال: القراءة عند القبر بدعة، وروي ذلك عن هشيم . قال أبو بكر نقل ذلك عن أحمد جماعة ثم رجع رجوعا أبان به عن نفسه . فروى جماعة ان أحمد نهى ضريراً يقرأ عند القبر وقال له : القراءة عند القبر بدعة . فقال له محمد

---

(١) حديث ضعيف

(٢) قوله رواه مسلم فيه ان مسلما رواه عن ابي بريدة بدون لفظ « فانها تذكركم الموت » وله تتمة اخرى . وروى هذا اللفظ من حديث ابي هريرة في زيارة النبي (ص) لقبر أمه فقد قال فيه « فزوروا القبور فانها تذكركم الموت » وقال النووي في شرحه : انه يوجد في روايات المغاربة لصحيح مسلم ولا ولا يوجد في روايات بلادنا وانه صحيح رواه اصحاب السنن الا الترمذي بأسانيد صحيحة . وأما حديث الترمذي فلفظه « قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور وقد اذن لمحمد في زيارة أمه فزوروها فانها تذكر الآخرة »

رجوعا ابان به عن نفسه ، فروى جماعة ان احمد نهى ضريراً ان يقرأ عند القبر وقال له إن القراءة عند القبر بدعة فقال له محمد بن قدامة الجوهري يا أبا عبدالله ما تقول في مبشر الحلبي ؟ قال ثقة قال فأخبرني مبشر [1] عن أبيه أنه أوصى اذا دفن يقرأ عنده بفاتحة البقرة وخاتمتها ، وقال سمعت ابن عمر يوصي بذلك ، قال أحمد بن حنبل فارجع فقل للرجل يقرأ [2] وقال الخلال حدثني أبو علي الحسن ابن الهيثم البزار شيخنا الثقة المأمون ، قال رأيت أحمد بن حنبل يصلي خلف ضرير يقرأ على القبور وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « من دخل المقابر فقرأ سورة يس خفف عنهم يومئذ و كان له بعدد من فيها حسنات » وروي عنه عليه السلام « من زار قبر والديه فقرأ عنده أوعندهما يس غفر له » [3]

﴿ فصل ﴾ وأي قربة فعلها وجعل ثوابها للميت المسلم نفعه ذلك ان شاء الله ، أما الدعاء

ابن قدامة الجوهري : يا أبا عبدالله ماتقول في مبشر الحلبي ؟ قال ثقة . قال فأخبرني مبشر عن أبيه انه أوصى اذا دفن أن يقرأ عنده بفاتحة البقرة وخاتمتها . وقال سمعت ابن عمر يوصي بذلك ؟ فقال أحمد بن حنبل : فارجع فقل للرجل يقرأ . وقال الخلال : حدثني أبو علي الحسن بن الهيثم البزار شيخنا الثقة المأمون قال: رأيت أحمد بن حنبل يصلي خلف ضريراً يقرأ على القبور ، وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « من زار قبر والديه أو أحدهما فقرأ عنده أو عندهما (يس) غفر له » وروي عنه عليه السلام انه قال « من دخل المقابر فقرأ سورة (يس) خفف عنهم يومئذ وكان له بعدد من فيها حسنات

﴿ مسئلة ﴾ (وأي قربة فعلها وجعل ثوابها للميت المسلم نفعه ذلك)

أما الدعاء والاستغفار والصدقة وقضاء الدين وأداء الواجبات فلا نعلم فيه خلافا اذا كانت الواجبات مما يدخله النيابة قال الله تعالى (والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان) وقال سبحانه (واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات) ودعاء النبي ﷺ لأبي سلمة حين مات وللميت الذي صلى عليه ولذي النجادين حين دفنه ، وشرع الله تعالى ذلك لكل من صلى على ميت . وسأل رجل رسول الله ﷺ فقال يارسول الله ان أمي ماتت أينفعها إن تصدقت عنها ؟ قال « نعم » رواه أبو داود . وجاءت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال « أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته » قالت نعم . قال « فدين الله أحق أن تقضي » وقال في الذي سأله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها ؟ قال « نعم » وكلها أحاديث صحاح وفيها دلالة على انتفاع الميت بسائر القرب لأن الصوم والحج والدعاء والاستغفار كلها عبادات بدنية وقد أوصل الله نفعها الى الميت فكذلك ماسواها مع ماذكرنا من الحديث في ثواب من قرأ (يس) وتخفيف الله عز وجل عن أهل المقابر بقراءته ،ولأنه عمل بر وطاعة فوصل نفعه وثوابه كالصدقة والصيام والحج الواجب . وقال الشافعي ماعدا الواجبات والصدقة والدعاء والاستغفار لا يفعل عن

(١) سقط هنا : عن عبد الرحمن بن العلاء بن اللجلاج قطعا . وقوله عن أبيه يعني أباعبدالرحمن وهو العلاء

(٢) هذا الحديث شاذ بل منكر ، رواه مبشر عن عبد الرحمن اللجلاج وهو ليس من رجال الصحاح ولا السنن الذين يعتد بهم في مثل هذه المعركة ولا يعرف له فيهما الا حديث واحد عند الترمذي وقد قالوا انه مقبول وانما وثقه ابن حبان وتساهله في التعديل معروف. على ان مبشراً نفسه قد ضعفه بعضهم ولكن لم يعتدوا به لانه لم يبين سببه . والحديث مع هذا ليس من موضوع الباب بل هو من قبيل التلقين عقب الدفن فهو لا يعارض قول الامام احمد ان القراءة عند القبر بدعة وهو ما كان استحدث في عصره من القراءة على القبور ولم ينقل عن أحد من الصحابة ولا التابعين

(٣) هذا الحديث أشار السيوطي في جامعه إلى ضعفه وما قبله أضعف منه بل صرحوا بانه لم يُرو في هذا الموضوع حديث صحيح ولا حسن

والاستغفار والصدقة وأداء الواجبات فلا أعلم فيه خلافا اذا كانت الواجبات مما يدخله النيابة وقد قال الله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان »وقال الله تعالى (واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات) ودعا النبي ﷺ لأبي سلمة حين مات، وللميت الذي صلى عليه في حديث عوف بن مالك ، ولكل ميت صلى عليه ، وسأل رجل النبي ﷺ فقال يارسول الله إن أمى ماتت فينفعها ان تصدقت عنها قال نعم ، رواه أبوداود وروي ذلك عن سعد بن عبادة ، وجاءت امرأة الى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخا

الميت ولا يصل ثوابه اليه لقول الله تعالى (وأن ليس للانسان الا ماسعى) وقول النبي ﷺ «اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » ولأن نفعه لايتعدى فاعله فلا يتعداه ثوابه . وقال بعضهم اذا قرئ القرآن عند الميت أو اهدي اليه ثوابه كان الثواب لقارئه ويكون الميت كأنه حاضرها فترجى له الرحمة

ولنا ماذكرناه وانه اجماع المسلمين فانهم في كل عصر ومصر يجتمعون ويقرأون القرآن ويهدون ثوابه الى موتاهم من غير نكير، ولان الحديث صح عن النبي ﷺ «ان الميت يعذب ببكاء أهله عليه» والله أكرم من أن يوصل عقوبة المعصية اليه ويحجب عنه المثوبة ، والآية مخصوصة بما سلموه فيقاس عليه ما اختلفنا فيه لكونه في معناه ولا حجة لهم في الخبر الذي احتجوا به لانه انما دل على انقطاع عمله ، وليس هذا من عمله فلا دلالة عليه فيه ، ولو دل عليه كان مخصوصاً بما سلموه فيتعدى الى مامنعوه ، وما ذكروه من المعنى غير صحيح ، فان تعدي الثواب ليس بفرع لتعدي النفع ثم هو باطل بالصوم والدعاء والحج وليس له أصل يعتبر به والله أعلم (١)

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يصلح لاهل الميت طعاما يبعث اليهم ولا يصلحون هم طعاماً للناس)

لما روى عبدالله بن جعفر قال : لما جاء نعي جعفر قال رسول الله ﷺ « اصنعوا لآل جعفر طعاما فقد جاءهم أمر شغلهم » رواه أبو داود . ويروى عن عبد الله بن أبي بكر انه قال : فما زالت السنة فينا حتى تركها من تركها، ولأن أهل الميت ربما اشتغلوا بمصيبتهم وبمن يأتي اليهم عن اصلاح طعام لهم ولأن فيه جبراً لقلوبهم . فأما اصلاح أهل الميت طعاما للناس فمكروه لأنه زيادة على مصيبتهم وشغلا لهم الى شغلهم، وتشبيهاً بصنيع أهل الجاهلية ، وقد روي ان جريراً وفد على عمر فقال : هل يناح على ميتكم قال لا . قال فهل يجتمعون عند أهل الميت ويجعلون الطعام ؟ قال نعم . قال ذلك النوح . وإن دعت الحالة الى ذلك جاز فانه ربما جاءهم من يحضر ميتهم من أهل القرى البعيدة ويبيت عندهم فلا يمكنهم إلا أن يطعموه

(فصل) (ويستحب للرجال زيارة القبور ، وهل يكره للنساء على روايتين)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في استحباب زياره الرجال القبور . قال علي بن سعيد قلت لأحمد

(١) نقل هذا عن المغني وسيأتي رده في حاشيته صفحة ٤٣٠ فراجعه

كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال « أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته » قالت نعم ، قال « فدين الله أحق أن يقضى » وقال للذي سأله ان امي ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها « قال نعم » وهذه أحاديث صحاح وفيها دلالة على انتفاع الميت بسائر القرب لان الصوم والحج والدعاء والاستغفار عبادات بدنية وقد أوصل الله نفعها الى الميت فكذلك ماسواها مع ماذكرنا من الحديث في ثواب من قرأ يس وتخفيف الله تعالى عن أهل المقابر بقراءته ، وروى

زيارة القبور أفضل أم تركها ؟ قال : زيارتها . وقد صح عن النبي ﷺ انه قال « كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فانها تذكر الموت » وللترمذي « فانها تذكر الآخرة »

فأما زيارة القبور للنساء ففيها روايتان (إحداهما) الكراهة لما روت أم عطية قالت : نهينا عن زيارة القبور ولم يعزم علينا . متفق عليه ، ولقول النبي ﷺ « لعن الله زائرات القبور » قال الترمذي حديث صحيح . وهذا خاص في النساء ، والنهي المنسوخ كان عاما للرجال والنساء ، ويحتمل انه كان خاصا للرجال . ويحتمل كون الخبر في لعن زوارات القبور بعد أمر الرجال بزيارتها فقد دار بين الحظر والاباحة فأقل أحواله الكراهة ، ولأن المرأة قليلة الصبر كثيرة الجزع وفي زيارتها للقبر تهييج للحزن وتجديد لذكر مصابها فلا يؤمن أن يفضي بها ذلك الى فعل ما لا يحل - بخلاف الرجل - ولهذا اختصصن بالنوح والتعديد وخصصن بالنهي عن الحلق والصلق ونحوهما .

(والرواية الثانية) لا يكره لعموم قوله عليه السلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها » وهو يدل على سبق النهي ونسخه فيدخل فيها الرجال والنساء ، وروى ابن أبي مليكة عن عائشة أنها زارت قبر أخيها فقال لها قد نهى رسول الله ﷺ عن زيارة القبور ، قالت نعم قد نهى ثم أمر بزيارتها ، وروى الترمذي ان عائشة زارت قبر أخيها ، وروي عنها أنها قالت لو شهدته مازرته

(مسئلة) ويقول إذا زارها أو مر بها ماروى مسلم عن بريدة قال كان رسول الله ﷺ يعلمهم إذا خرجوا الى المقابر فكان قائلهم يقول : السلام عليكم أهل الديار من المؤمنين والمسلمين ، وإنا ان شاء الله بكم لاحقون ، نسأل الله لنا ولكم العافية . وفي حديث عائشة : ويرحم الله المستقدمين منا والمستأخرين . وفي حديث آخر : اللهم لا تحرمنا أجرهم ، ولا تفتنا بعدهم - وان زاد - اللهم اغفر لنا ولهم — كان حسنا .

(مسئلة) (ويستحب تعزية أهل الميت) لا نعلم فيه خلافا ، وسواء في ذلك قبل الدفن وبعده الا أن الثوري قال : لا يستحب بعد الدفن لانه خاتمة أمره

ولنا قوله عليه السلام « من عزى مصابا فله مثل أجره » قال الترمذي حديث غريب

وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ انه قال « مامن مؤمن يعزي اخاه بمصيبة الا كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة ، والمقصود بالتعزية تسلية أهل المصيبة وقضاء حقوقهم وسواء في ذلك

عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لعمرو بن العاص «لو كان ابوك مسلما فأعتقتم عنه او تصدقتم عنه اوحججتم عنه بلغه ذلك » وهذا عام في حج التطوع وغيره ولانه عمل بر وطاعة فوصل نفعه وثوابه كالصدقه والصيام والحج الواجب ، وقال الشافعي ما عدا الواجب والصدقة والدعاء والاستغفار لا يفعل عن الميت ولا يصل ثوابه اليه لقول الله تعالى (وان ليس للانسان الا ماسعى) وقول النبي ﷺ « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له » ولأن نفعه لايتعدى فاعله فلا يتعدى ثوابه . وقال بعضهم اذا

قبل الدفن وبعده ، ويستحب تعزية كل أهل المصيبة كبارهم وصغارهم ويبدأ بخيارهم والمنظور إليه منهم ليستن به غيره ، وذا الضعف منهم عن تحمل المصيبة لحاجته اليها ، ولا يعزي الرجل الأجنبي شواب النساء مخافة الفتنة

(فصل) ويكره الجلوس لها ، وذكره ابو الخطاب لانه محدث ، وقال ابن عقيل : يكره الاجتماع بعد خروج الروح لان فيه تهييجا للحزن ، وقال احمد اكره التعزية عند القبر الا لمن لم يعز فيعزي اذا دفن الميت أو قبله ، وقال : ان شئت أخذت بيد الرجل في التعزية وان شئت فلا . واذا رأى الرجل قد شق ثوبه على المصيبة عزا ولم يترك حقاً لباطل وان نهاه فحسن

ويقول في تعزية المسلم بالمسلم : عظم الله أجرك ، وأحسن عزاءك ورحم ميتك. هكذا ذكره بعض أصحابنا ، قال شيخنا ولا أعلم في التعزية شيئاً محدوداً إلا انه يروى ان النبي ﷺ عزى رجلا فقال « رحمك الله وآجرك » رواه الامام أحمد ، وعزى أحمد أبا طالب فوقف على باب المسجد فقال : أعظم الله أجركم وأحسن عزاءكم . واستحب بعض أهل العلم أن يقول ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده قال لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت التعزية سمعوا قائلا يقول : ان في الله عزاء من كل مصيبة ، وخلفا من كل هالك ، ودركا من كل مافات فبالله فثقوا ، وإياه فارجو فان المصاب من حرم الثواب . رواه الشافعي في مسنده . وان عزى مسلما بكافر قال أعظم الله اجرك وأحسن عزاءك

(مسئلة) ويقول في تعزية الكافر بالمسلم أحسن الله عزاك وغفر لميتك ، وفي تعزيته عن كافر : أخلف الله عليك ولا نقص عددك . توقف أحمد عن تعزية أهل الذمة وهي تخرج على عيادتهم وفيها روايتان (احداهما) لانعودهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاتبدؤوهم بالسلام » وهذا في معناه (والثانية) نعودهم لان النبي صلى الله عليه وسلم أتى غلاما من اليهود كان مرض يعوده فقعد عند رأسه فقال له « اسلم » فنظر إلى أبيه وهو عند رأسه فقال أطع أبا القاسم فأسلم فقام النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقول « الحمد لله الذي انقذه بي من النار » رواه البخاري ، فعلى هذا يعزيهم ويقول ما ذكرنا ، ويقصد بقوله لا نقص عددك زيادة عددهم لتكثر جزيتهم ، وقال ابو عبد الله بن بطة : يقول أعطاك الله على مصيبتك أفضل ما أعطى احداً من اهل دينك

قري، القرآن عند الميت أو أهدي اليه ثوابه كان الثواب لقارئه ويكون الميت كأنه حاضرها وترجى له الرحمة.

ولنا ما ذكرناه وانه إجماع المسلمين فانهم في كل عصر ومصر يجتمعون ويقرءون القرآن ويهدون ثوابه الى موتاهم من غير نكير[1] ولأن الحديث صح عن النبي ﷺ « ان الميت يعذب ببكاء أهله عليه » والله أكرم من أن يوصل عقوبة المعصية اليه ويحجب عنه المثوبة[2] ولأن الموصل لثواب ماسلموه ، قادر على ايصال ثواب مامنعوه[3] والآية مخصوصة بما سلموه ، وما اختلفنا فيه في معناه فنقيسه عليه[4] ولا

(فصل) فأما الرد من المعزي فروي عن أحمد بن الحسن قال سمعت ابا عبد الله وهو يعزي في عبثر بن عمه وهو يقول استجاب الله دعاك ورحمنا وإياك

(مسئلة) ويجوز البكاء على الميت وان يجعل المصاب على رأسه ثوبا ليعرف به ليعزى ، البكاء بمجرده لا يكره في حال ، وقال الشافعي يباح قبل الموت ويكره بعده لما روى عبد الله بن عتيك قال : جاء رسول الله ﷺ الى عبدالله بن ثابت يعوده فوجده قد غلب فصاح به فلم يجبه فاسترجع وقال « غلبنا عليك يا أبا الربيع » فصاح النسوة وبكين فجعل ابن عتيك يسكتهن فقال النبي ﷺ « دعهن فاذا وجب فلا تبكين باكية » يعني اذا مات

ولنا ماروى انس قال شهدنا بنت رسول الله ﷺ ورسول الله ﷺ جالس على القبر فرأيت عينيه تدمعان ، وقبّل النبي ﷺ عثمان بن مظعون وهو ميت وعيناه تهراقان ، وقالت عائشة دخل أبو بكر فكشف عن وجه رسول الله ﷺ فقبله ثم بكى ، وكلها احاديث صحاح

وروي ان النبي ﷺ دخل على سعد بن عبادة وهو في غاشيته فبكى وبكى اصحابه وقال « ألا تسمعون ان الله لا يعذب بدمع العين ولا بحزن القلب ولكن يعذب بهذا - وأشار الى لسانه - او يرحم » متفق عليه ، وحديثهم محمول على رفع الصوت والندب وشبههما بدليل ما روى جابر أن النبي ﷺ اخذ ابنه فوضعه في حجره فبكى فقال له عبدالرحمن بن عوف أتبكي ؟ او لم تكن نهيت عن البكاء ؟ قال « لا ولكن نهيت عن صوتين احمقين فاجرين ، صوت عند مصيبة وخمش وجوه وشق جيوب ورنة شيطان » حديث حسن وهذا يدل على انه لم ينه عن مطلق البكاء انما نهى عنه موصوفا بهذه الصفات . وقال : عمر ما على نساء بني المغيرة أن يبكين على أبي سليمان مالم يكن نقع او لقلقه اللقلقة رفع الصوت والنقع التراب

«٣» انهم لم يمنعوا ذلك بان قدرة الله لا تتعلق به فيرد عليهم بهذا «٤» ان ماخصصوا به الآية منصوص يرجع إلى أصل لا يشاركه فيه ماقاسه عليه فمسألة الصدقة والحج وكذا الصيام من الاولاد عن الوالدين لا يعارض عموم قوله تعالى (وأن ليس للانسان الا ماسعى) لان الكتاب والسنة ألحقا ذرية المؤمن به فعدمن كسبه وسعيه له من سعيه كما في سورة الطور وحديث « اذا مات ابن آدم » الخ وحديث « ولده من كسبه » والمسألة من التعبديات واخبار عالم الغيب في الثواب والعقاب فلا يدخل فيها القياس مطلقا . وأما الدعاء فثوابه للداعي لا للمدعو له واذا استجيب فلا تكون استجابته من اعطائه ثواب عمل غيره بل هذا أصل من نصوص الشرع التعبدية لا يقاس عليه مطلقا . وقد فصلنا المسألة في آخر تفسير سورة الانعام

«١» سلك المصنف عفا الله عنه هنا مسلك أهل الجدل فادعاه الاجماع فيها باطلة قطعا لم يدعها بها أحد حتى ان المحقق ابن القيم الذي جاراه في أصل المسألة لم يدعها بل صرح بما هو نص في بطلانها وهو انه لم يصح عن السلف شيء فيها واعتذر عنه بانهم كانوا يخفون أعمال البر ، وانتقدنا ذلك في تفسيرنا بأنه لو كان معروفا لكان عن اعتقاد مشروعيته وحينئذ يبلغونه ولا يكتمونه بل لتوفرت الدواعي على نقله عنهم بالتواتر لانه من رغائب جميع الناس

(٢) هذا الحديث اتفق العلماء على انه لا يمكن أن يؤخذ على ظاهره لمخالفته لنصوص القرآن والاحاديث ولمنافاته سبق رحمة الله على غضبه ومن تأوله منهم المصنف كغيره فكيف يجعله مع هذا أصلا يرد اليه نص القرآن وغيره ويقاس عليه وهو على خلاف القياس ؟

حجة لهم في الخبر الذي احتجوا به فانما دل على انقطاع عمله فلا دلالة فيه عليه ، ثم لو دل عليه كان مخصوصاً بما سلموه وفي معناه مامنعوه فيتخصص به أيضاً بالقياس عليه ، وما ذكروه من المعنى غير صحيح ، فان تعدي الثواب ليس بفرع لتعدي النفع ثم هو باطل بالصوم والدعاء والحج وليس له أصل يعتبر به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتكره للنساء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في زيارة النساء القبور ، فروي عنه كراهتها ، لما روت أم عطية قالت: نهينا عن زيارة القبور ولم يعزم علينا رواه مسلم ، ولأن النبي ﷺ قال « لعن الله زوارات القبور » قال الترمذي هذا حديث صحيح ، وهذا خاص في النساء ، والنهي المنسوخ كان عاما للرجال والنساء

(مسئلة) ولا يجوز الندب ولا النياحة ولا شق الثياب ولطم الخدود وما أشبه ذلك

الندب هو تعداد محاسن الميت وما يلقون بعده بلفظ الندبة كقولهم وارجلاه واجبلاه وانقطاع ظهراه ، فهذا وأشباهه من النوح وشق الجيوب ولطم الخدود والدعاء بالويل والثبور ونحوه لايجوز ، وقال بعض أصحابنا هو مكروه ، ونقل حرب عن أحمد كلاماً يحتمل إباحة النوح والندب ، واختاره الخلال وصاحبه لأن واثلة بن الأسقع وأباوائل كانا يستمعان النوح ويبكيان ، وقال احمد : إذا ذكرت المرأة مثل ماحكي عن فاطمة في مثل الدعاء لا يكون مثل النوح ، يعني لا بأس به ، وروي عن فاطمة أنها قالت : يا أبتاه ، من ربه ما ادناه ، إلى جبريل انعاه ، ياأبتاه ، أجاب ربا دعاه ،

وروي عن علي عن فاطمة رضي الله عنها انها أخذت قبضة من تراب قبر النبي ﷺ فوضعتها على عينها ثم قالت

ماذا على مشتم تربة أحمد ... أن لا يشم مدى الزمان غواليا

صبت علي مصائب لو انها ... صبت على الأيام عدن لياليا

ووجه الاولى ان النبي ﷺ نهى عنها في حديث جابر الذي ذكرناه ، وقال الله تعالى (ولا يعصينك في معروف) قال احمد هو النوح ، ولعن رسول الله ﷺ النائحة والمستمعة ، وقالت ام عطية : اخذ علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم عند البيعة ان لاننوح . متفق عليه

وعن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم بريء من الحالقة والصالقة والشاقة . الصالقة التي ترفع صوتها ، وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس منا من لطم الخدود ، وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية » متفق عليهما . ولان ذلك يشبه التظلم والاستغاثة والتسخط بقضاء الله ، ولان شق الجيوب افساد المال بغير الحاجة

(فصل) وينبغي المصاب أن يستعين بالله ، ويتعزى بعزائه ، ويمتثل أمره في الاستعانة بالصبر والصلاة ، ويستنجز ماوعد الله الصابرين ، قال الله تعالى (وبشر الصابرين) الآيتين ويسترجع

ويحتمل أنه كان خاصاً للرجال ، ويحتمل أيضا كون الخبر في لعن زوارات القبور بعد أمر الرجال بزيارتها ، فقد دار بين الحظر والاباحة فأقل أحواله الكراهة ، ولأن المرأة قليلة الصبر كثيرة الجزع وفي زيارتها للقبر تهييج لحزنها وتجديد لذكر مصابها ، ولا يؤمن أن يفضي بها ذلك الى فعل مالا يجوز بخلاف الرجل ، ولهذا اختصصن بالنوح والتعديد وخصصن بالنهي عن الحلق والصلق ونحوهما . والرواية الثانية لا يكره لعموم قوله عليه السلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها » وهذا يدل على سبق النهي ونسخه فيدخل في عمومه الرجال والنساء . وروي عن ابن أبي مليكة انه قال لعائشة : يا أم المؤمنين أين أقبلت ؟ قالت : من قبر أخي عبد الرحمن . فقلت لها : قد نهى

ويقول اللهم أجرني في مصيبتي ، واخلف لي خيراً منها . لقول أم سلمة : سمعت رسول الله ﷺ يقول « مامن عبد تصيبه مصيبة فيقول إنا لله وإنا اليه راجعون، اللهم أجرني في مصيبتي، واخلف لي خيراً منها ، إلا آجره الله في مصيبته ، وأخلف له خيراً منها » قلت : فلما مات أبو سلمة قلت كما أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخلف الله لي خيراً منه رسول الله ﷺ رواه مسلم . وليحذر أن يتكلم بشيء يحبط أجره ، ويسخط ربه مما يشبه التظلم والاستغاثة فان الله عدل لا يجور، له ما أخذ وله ما أعطى ، ولا يدعو على نفسه فان النبي ﷺ قال لما مات أبو سلمة « لاتدعو على أنفسكم فان الملائكة يؤمنون على ماتقولون » ويحتسب ثواب الله تعالى ويحمده ، لما روى أبو موسى ان النبي ﷺ قال « اذا مات ولد العبد قال الله تعالى لملائكته قبضتم ولد عبدي ؟ فيقولون نعم . فيقول : قبضتم ثمرة فؤاده ؟ فيقولون نعم . فيقول . ماذا قال عبدي؟ فيقولون حمدك واسترجع . فيقول: ابنوا لعبدي بيتاً في الجنة وسموه بيت الحمد » حديث حسن غريب

(فصل) وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الميت يعذب في قبره بما يناح عليه » وفي لفظ « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » متفق عليهما . واختلف أهل العلم في معنى الحديث فحمله قوم على ظاهره وقالوا . يتصرف الله سبحانه في خلقه بما يشاء ، وأيدوا ذلك بما روى أبو موسى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مامن ميت يموت فيقوم باكيهم فيقول : واجبلاه ، واسيداه ، ونحو ذلك إلا وكل الله به ملكين يلهزانه أهكذا كنت ؟ » حديث حسن . وروى النعمان بن بشير قال : أغمي على عبد الله بن رواحة فجعلت أخته عمرة تبكي واجبلاه ، واكذا واكذا تعدد عليه . فقال حين أفاق ماقلت شيئاً إلا قيل أنت كذلك . فلما مات لم تبك عليه أخرجه البخاري . وأنكرت عائشة رضي الله عنها حمله على ظاهره ووافقها ابن عباس فقالت : يرحم الله عمر ، والله ماحدث رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله ليعذب المؤمن ببكاء أهله عليه » ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان الله ليزيد الكافر عذابا ببكاء أهله عليه » وقالت: حسبكم القرآن ولا تزر وازرة وزر أخرى . وذكر ذلك ابن عباس لابن عمر حين روى حديثه فما قال شيئاً رواه مسلم ، وحمله قوم

رسول الله ﷺ عن زيارة القبور ؟ قالت نعم . قد نهى ثم أمر بزيارتها . وروى الترمذي : أن عائشة زارت قبر أخيها ، وروي عنها انها قالت : لو شهدته مازرته

(فصل) ويكره النعي وهو أن يبعث مناديا ينادي في الناس إن فلانا قد مات ليشهدوا جنازته لما روى حذيفة قال: سمعت النبي ﷺ ينهى عن النعي، قال الترمذي هذا حديث حسن، واستحب جماعة من أهل العلم أن لا يعلم الناس بجنائزهم منهم عبدالله بن مسعود وأصحابه علقمة والربيع بن خيثم وعمرو بن شرحبيل . قال علقمة : لاتؤذنوا بي أحداً ، وقال عمرو بن شرحبيل : اذا أنا متّ فلا أنعى الى أحد . وقال كثير من أهل العلم : لا بأس أن يعلم بالرجل اخوانه ومعارفه وذوو الفضل من غير نداء . قال ابراهيم النخعي لا بأس اذا مات الرجل أن يؤذن صديقه وأصحابه ، وانما كانوا يكرهون أن يطاف في المجالس أنعي فلانا كفعل الجاهلية . وممن رخص في هذا أبو هريرة وابن عمرو وابن سيرين ، وروي عن ابن عمر انه نعى اليه رافع بن خديج ، قال : كيف تريدون أن تصنعوا به ؟ قال : نحبسه حتى نرسل الى قباء والى من قد بات حول المدينة ليشهدوا جنازته . قال نعم مارأيتم . وقال النبي ﷺ في الذي دفن ليلا « ألا آذنتموني » وقد صح عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ نعى للناس النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصف بهم وكبر أربع تكبيرات متفق عليه ، وفي لفظ «ان أخاكم النجاشي قد مات فقوموا فصلوا عليه » وروي عن النبي ﷺ انه

على من كان النوح سنته ولم ينه عنه أهله لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » وحمله آخرون على من أوصى بذلك في حياته كقول طرفة :

اذا متّ فانعيني بما أنا أهله وشقي عليّ الجيب يابنت معبد

وقال آخر : من كان من أمهاتي باكياً أبداً فاليوم إني أراني اليوم مقبوضا

ولا بد من حمل البكاء في هذا الحديث على البكاء الذي معه ندب ونياحة ونحو هذا بدليل ماقدمنا من الأحاديث

(فصل) ويكره النعي ، وهو أن يبعث منادياً ينادي في الناس إن فلانا مات لتشهد جنازته ، لما روى حذيفة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن النعي . قال الترمذي هذا حديث حسن ، واستحب جماعة من أهل العلم أن لا يعلم الناس بجنائزهم منهم ابن مسعود وعلقمة والربيع بن خيثم وعمرو بن شرحبيل قال : اذا أنا متّ فلا أنعى . وقال كثير من أهل العلم لا بأس من أن يعلم بالرجل اخوانه ومعارفه وذوو الفضل من غير نداء . قال ابراهيم النخعي لا بأس أن يعلم الرجل اخوانه وأصحابه انما كانوا يكرهون أن يطاف في المجالس: أنعي فلانا كفعل أهل الجاهلية ، وممن رخص في هذا أبو هريرة وابن عمر وابن سيرين ، فروي عن ابن عمر انه لما نعي له رافع بن خديج

قال « لا يموت فيكم أحد إلا آذنتموني به » أو كما قال ولأن في كثرة المصلين عليه أجراً لهم ونفعاً للميت فانه يحصل لكل مصل منهم قيراط من الأجر ، وجاء عن النبي ﷺ انه قال « مامن مسلم يموت فيصلي عليه ثلاثة صفوف من المسلمين إلا أوجب » وقد ذكرناهذا ، وروى الامام أحمد باسناده عن أبي المليح انه صلى على جنازة فالتفت فقال : استووا ولتحسن شفاعتكم ، ألا وانه حدثني عبدالله ابن سليط عن إحدى أمهات المؤمنين وهي ميمونة وكان أخاها من الرضاعة ان رسول الله ﷺ قال « مامن مسلم يصلي عليه أمة من الناس إلا شفعوا فيه » فسألت أبا المليح عن الأمة ؟ فقال أربعون

كتاب الزكاة

قال أبو محمد بن قتيبة : الزكاة من الزكاء والنماء والزيادة سميت بذلك لأنها تثمر المال وتنميه ، يقال زكا الزرع اذا كثر ريعه ، وزكت النفقة اذا بورك فيها ، وهي في الشريعة حق يجب في المال فعند اطلاق لفظها في موارد الشريعة ينصرف الى ذلك . والزكاة أحد أركان الاسلام الخمسة ، وهي واجبة بكتاب الله تعالى وسنة رسوله وإجماع أمته . أما الكتاب فقول الله تعالى (وآتوا الزكاة) وأما

قال : كيف تريدون أن تصنعوا به؟ قالوا : نحبسه حتى نرسل الى قباء والى من قد بات حول المدينة ليشهدوا جنازته . قال : نعم مارأيتم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الذي دفن ليلا « ألا آذنتموني » وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه متفق عليه ، ولأن في كثرة المصلين عليه أجراً لهم ونفعاً للميت ، فانه يحصل لكل مصل منهم قيراط من الأجر . وروى الامام أحمد باسناده عن أبي المليح انه صلى على جنازة فالتفت فقال : استووا ولتحسن شفاعتكم ، ألا وانه حدثني عبدالله بن سليط عن إحدى أمهات المؤمنين وهي ميمونة وكان أخاها من الرضاعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مامن مسلم يصلي عليه أمة من الناس إلا شفعوا فيه » فسألت أبا المليح عن الأمة ؟ فقال أربعون . آخر الصلاة والحمد لله رب العالمين

كتاب الزكاة

قال ابن قتيبة : الزكاة من الزكاء والنماء والزيادة سميت بذلك لأنها تثمر المال وتنميه ، يقال زكا الزرع اذا كثر ريعه ، وزكت النفقة اذا بورك فيها ، وهي في الشريعة : حق يجب في المال ، فعند اطلاق لفظها في الشرع تنصرف الى ذلك . والزكاة أحد أركان الاسلام وهي واجبة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (وآتوا الزكاة) وأما السنة فان النبي صلى الله عليه وسلم

السنة فان النبي ﷺ بعث معاذاً الى اليمن فقال « آعلمهم ان الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثيرة . وأجمع المسلمون في جميع الأعصار على وجوبها ، واتفق الصحابة رضي الله عنهم على قتال مانعيها ، فروى البخاري باسناده عن أبي هريرة قال : لما توفي النبي ﷺ وكان أبو بكر وكفر من كفر من العرب . فقال عمر : كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله ﷺ « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله » فقال : والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فان الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها الى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها . قال عمر : فوالله ماهو الا أن رأيت قد شرح الله صدر أبي بكر للقتال فعرفت انه الحق ، ورواه أبو داود وقال لو منعوني عقالا قال أبو عبيد : العقال صدقة العام . قال الشاعر :

سعى عقالا فلم يترك لنا سبداً فكيف لو قد سعى عمرو عقالين

بعث معاذاً الى اليمن فقال « اعلمهم ان الله قد افترض عليهم صدقه تؤخذ من أغنيائهم ، فترد في فقرائهم » متفق عليه . وأجمع المسلمون في جميع الأعصار على وجوبها ، واتفق الصحابة رضي الله عنهم على قتال مانعي الزكاة ، فروى البخاري باسناده عن أبي هريرة قال : لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وارتدت العرب وكفر من كفر من العرب فقال عمر لأبي بكر: كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلا الا الله ، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه الا بحقه ، وحسابه على الله » فقال أبو بكر : والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة فان الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعها . قال عمر : فوالله ماهو الا أني رأيت أن قد شرح الله صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق رواه أبو داود وقال : لو منعوني عقالا قال أبوعبيد : العقال صدقة العام قال الشاعر :

سعى عقالا فلم يترك لنا سبداً فكيف لو قد سعى عمرو عقالين

وقيل : كانوا اذا أخذوا الفريضة أخذوا معها عقالها ، ومن روى عناقا ففي روايته دليل على جواز أخذ الصغيرة من الصغار

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب الزكاة في أربعة أصناف من المال : السائمة من بهيمة الأنعام ، والخارج من الارض ، والأثمان ، وعروض التجارة . وسيأتي شرح ذلك في مواضعه ان شاء الله)

ولا تجب في غير ذلك لأن الأصل عدم الوجوب وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبوحنيفة في الخيل الزكاة اذا كانت ذكوراً وإناثا ، فان كانت ذكوراً أو إناثا مفردة ففيها روايتان. وزكاتها دينار عن كل فرس ، أو ربع عشر قيمتها ، والخيرة في ذلك الى صاحبها ، لما روى جابر ان النبي ﷺ قال في الخيل السائمة « في كل فرس دينار » وعن عمر انه كان يأخذ من الرأس عشرة ، ومن الفرس

وقيل : كانوا اذا أخذوا الفريضة أخذوا معها عقالها ، ومن رواه عناقا ففي روايته دليل على أخذ الصغيرة من الصغار

(فصل) فمن أنكر وجوبها جهلا به وكان ممن يجهل ذلك اما لحداثة عهده بالاسلام أو لأنه نشأ ببادية نائية عن الأمصار عرّف وجوبها ولا يحكم بكفره لانه معذور ، وان كان مسلما ناشئاً ببلاد الاسلام بين أهل العلم فهو مرتد تجري عليه أحكام المرتدين ويستتاب ثلاثا ، فان تاب والا قتل لأن أدلة وجوب الزكاة ظاهرة في الكتاب والسنة واجماع الأمة فلا تكاد تخفى على أحد ممن هذه حاله ، فاذا جحدها فلا يكون الا لتكذيبه الكتاب والسنة وكفره بهما

(فصل) وان منعها معتقداً وجوبها وقدر الامام على أخذها منه أخذها وعزره ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم ، وكذلك ان غل ماله وكتمه حتى لا يأخذ الامام زكاته فظهر عليه ، وقال اسحق بن راهويه وأبو بكر عبد العزيز يأخذها وشطر

عشرة ، ومن البرذون خمسة ، ولأنه حيوان يطلب نماؤه لجهة السوم أشبه النعم

ولنا قوله عليه السلام « ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة » متفق عليه . وقوله عليه السلام « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » حديث صحيح ، ولأن مالا تخرج زكاته من جنسه لاتجب فيه الزكاة كسائر الدواب ، وحديثهم يرويه غورك السعدي وهو ضعيف . وأما عمر فانما أخذ منهم شيئاً تبرعوا به وعوضهم عنه رزق عبيدهم . كذلك رواه أحمد ، والزكاة لا يؤخذ عنها عوض ولأن عمر حين عرضوا عليه ذلك شاور الصحابة فيه . فقال علي: هو حسن إن لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك ، فدل على أن أخذهم بذلك غير جائز ، وقياسها على النعم لا يصح لكمال نفعها بدرها ولحمها ويضحى بجنسها وتكون هديا ، وتجب الزكاة من عينها ويعتبر كمال نصابها ، والخيل بخلاف ذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وقال أصحابنا تجب فى المتولد بين الوحشي والأهلي)

وسواء كانت الوحشية الفحول أو الأمهات . وقال أبو حنيفة ومالك : إن كانت الامهات أهلية وجبت الزكاة فيها وإلا فلا ، لأن ولد البهيمة يتبع أمه . وقال الشافعي : لا زكاة فيها لأنها متولدة من وحشي أشبه المتولد من وحشيين ، وحجة أصحابنا أنها متولدة بين ما تجب فيه الزكاة وما لا تجب فوجب فيها الزكاة كالمتولد بين سائمة ومعلوفة، وزعم بعضهم ان غنم مكة متولدة بين الظباء والغنم وفيها الزكاة بالاتفاق . فعلى هذا القول تضم الى جنسها من الاهلي فى وجوب الزكاة وتكون كأحد أنواعه

قال شيخنا والقول بانتفاء الزكاة فيها أصح لأن الاصل انتفاء الوجوب وانما يثبت بنص أو اجماع أو قياس ولا نص فيها ولا إجماع ولا قياس ، لأن النص انما هو في بهيمة الانعام من الازواج الثمانية وليس هذا منها ولا داخلة في اسمها ولا حكمها ولا حقيقتها ، فان المتولد بين شيئين ينفرد باسمه وجنسه كالبغل والسمع المتولد بين الضبع والذئب ، فكذلك المتولد بين الظبي والمعز في كونه لا يجزي في

ماله ، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه كان يقول «في كل سائمة الابل في كل اربعين بنت لبون لاتفرق عن حسابها ، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن أباها فأني آخذها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا لايحل لآل محمد منها شيء » وذكر هذا الحديث لأحمد فقال : ما أدري ماوجهه ؟ وسئل عن اسناده ؟ فقال هو عندي صالح الاسناد . رواه أبو داود والنسائي في سننها ، ووجه الاول قول النبي ﷺ « ليس في المال حق سوى الزكاة » ولأن منع الزكاة كان في زمن أبي بكر رضى الله عنه بموت رسول الله ﷺ مع توفر الصحابة رضي الله عنهم فلم ينقل أحد عنهم زيادة ولا قولا بذلك ، واختلف أهل العلم في العذر عن هذا الخبر فقيل كان في بدء الاسلام حيث كانت العقوبات في المال ثم نسخ بالحديث الذي رويناه . وحكى الخطابي عن ابراهيم الحربي انه يؤخذ منه السن الواجبة عليه من خيار ماله من غير زيادة في سن ولا عدد ، لكن ينتقي من خير ماله ماتزيد به صدقته في القيمة بقدر شطر قيمة الواجب عليه فيكون المراد بماله هاهنا الواجب

هدي ولا أضحية ولا دية ، ولو وكل وكيلا في شراء شاة لم يدخل في الوكالة ولايحصل منه مايحصل من الشاة من الدر وكثرة النسل . بل الظاهر انه لانسل له كالبغل فامتنع القياس، فاذن ايجاب الزكاة فيه تحكم بغير دليل ، فان قيل تجب الزكاة فيه احتياطا وتغليبا للايجاب كما أثبتنا التحريم فيها فى الحرم والاحرام احتياطا لم يصح لأن الواجبات لاتثبت احتياطا بالشك ، ولهذا لاتجب الطهارة على من تيقنها وشك في الحدث . وأما السوم والعلف فالاعتبار فيه بما تجب فيه الزكاة لا بأصله الذي تولد منه ، بدليل انها تجب في أولاد المعلوفة اذا أسامها ، ولا تجب فى أولاد السائمة اذا علفها ، وقول من زعم ان غنم مكة متولدة من الظباء والغنم لايصح وإلا لحرمت فى الحرم والاحرام كسائر المتولد بين الوحشي والاهلي ولما كان لها نسل كالبغل والسمع

﴿ مسئلة ﴾ (وفي بقر الوحش روايتان)

إحداهما فيها الزكاة اختارها أبو بكر لأن اسم البقر يشملها فتدخل في مطلق الخبر. والثانية لا زكاة فيها وهي أصح وهو قول أكثر أهل العلم لأن اسم البقر عند الاطلاق لاينصرف اليها ، ولا تسمى بقراً إلا بالاضافة الى الوحش ولأنها حيوان لايجزي نوعه في الأضحية والهدي فلم تجب فيه الزكاة كالظباء ، وليست من بهيمة الانعام فلم تجب فيها الزكاة كسائر الوحش . يحقق ذلك أن الزكاة انما وجبت في بهيمة الانعام دون غيرها لكثرة النماء فيها من درها ونسلها وكثرة الانتفاع بها وخفة مؤنتها ، وهذا المعنى مختص بها فاختصت الزكاة بها ، ولا تجب الزكاة في الظباء لا نعلم فيه خلافا لعدم تناول اسم الغنم لها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب إلا بشروط خمسة : الاسلام والحرية فلاتجب على كافر ولا عبد ولا مكاتب)

لاتجب الزكاة على كافر لقول النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « انك تأتي قوما أهل كتاب

عليه من ماله فيزاد عليه في القيمة بقدر شطره والله أعلم . فأما ان كان مانع الزكاة خارجاً عن قبضة الامام قاتله لان الصحابة رضي الله عنهم قاتلوا مانعيها . وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لو منعوني عقالا كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه ، فان ظفر به وبماله اخذها من غير زيادة أيضاً، ولم تسب ذريته لان الجناية من غيرهم ولان المانع لا يسبي فذريته أولى ، وان ظفر به دون ماله دعاه الى أدائها واستتابه ثلاثا ، فان تاب وأدى والا قتل ولم يحكم بكفره ، وعن أحمد مايدل على انه يكفر بقتاله عليها ، فروى الميموني عنه : اذا منعوا الزكاة كما منعوا أبا بكر وقاتلوا عليها لم يورثوا ولم يصل عليهم، قال عبدالله بن مسعود : ماتارك الزكاة بمسلم ، ووجه ذلك ماروي ان أبابكر رضي الله عنه لما قاتلهم وعضتهم الحرب قالوا نؤديها . قال : لا أقبلها حتى تشهدوا ان قتلانا في الجنة وقتلاكم في النار .ولم ينقل انكار ذلك عن أحد من الصحابة فدل على كفرهم ، ووجه الأول ان عمر

فادعهم إلى أن يشهدوا أن لااله الا الله وأن محمداً رسول الله — إلى قوله — فان هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله تعالى قد افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، فترد في فقرائهم » متفق عليه . فجعل الاسلام شرطاً لوجوب الزكاة، ولأنها أحد أركان الاسلام فلم تجب على كافر كالصيام ، وذهب بعض العلماء إلى أنها تجب عليه في حال كفره بمعنى أنه يعاقب عليها اذا مات على كفره وهذا لا يتعلق به حكم فلا حاجة إلى ذكره . هذا حكم الكافر الاصلي ، فأما المرتد فلنا فيه وجه أنه يجب عليه قضاء الزكاة في حال ردته اذا أسلم . ولأصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على زوال ملكه بالردة ، فان قلنا يزول فلا زكاة عليه ، وإن قلنا لا يزول ملكه أو هو موقوف وجبت عليه لانه حق التزمه بالاسلام فلم يسقط بالردة كحقوق الآدميين والاول ظاهر المذهب. ولا تجب على عبد وهذا قول أكثر أهل العلم وروي عن عطاء وأبي ثور أنه يجب على العبد زكاة ماله

ولنا أن العبد ليس بتام الملك فلم يلزمه زكاة كالمكاتب ، ولان الزكاة انما وجبت على سبيل المواساة وملك العبد ناقص لا يحتمل المواساة بدليل أنه لا تجب عليه نفقة أقاربه لكونها وجبت مواساة ولا يعتقون عليه ، ولا تجب على مكاتب لأنه عبد لقوله عليه السلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» رواه ابو داود . ولان ملكه غير تام فهو كالعبد ولا نعلم أحداً قال بوجوب الزكاة على المكاتب الا أبا ثور ذكره عنه ابن المنذر ، واحتج أبو ثور بأن الحجر من السيد لا يمنع وجوب الزكاة كالحجر على الصبي والمجنون والمرهون ، وحكي عن أبي حنيفة أنه أوجب العشر في الخارج من أرضه بناء على أصله في أن العشر مؤونة الارض وليس بزكاة

ولنا ماروي أن النبي ﷺ قال « لازكاة في مال المكاتب » رواه الفقهاء في كتبهم، ولان الزكاة تجب على طريق المواساة فلم تجب في مال المكاتب كنفقة الاقارب وفارق المحجور عليه فانه منع التصرف لنقص تصرفه لا لنقص ملكه ، والمرهون منع من التصرف فيه بعقده فلم يسقط حق

وغيره من الصحابة امتنعوا من القتال في بدء الأمر ، ولو اعتقدوا كفرهم لما توقفوا عنه ، ثم اتفقوا على القتال وبقي الكفر على أصل النفي ، ولأن الزكاة فرع من فروع الدين فلم يكفر تاركه بمجرد تركه كالحج ، واذا لم يكفر بتركه لم يكفر بالقتال عليه كأهل البغي . وأما الذين قال لهم أبو بكر هذا القول فيحتمل انهم جحدوا وجوبها ، فانه نقل عنهم انهم قالوا انما كنا نؤدي الى رسول الله ﷺ لأن صلاته سكن لنا وليس صلاة أبي بكر سكنا لنا فلا نؤدى اليه ، وهذا يدل على انهم جحدوا وجوب الأداء الى أبي بكر رضي الله عنه ، ولان هذه قضية في عين فلا يتحقق من الذين قال لهم أبو بكر هذا القول فيحتمل انهم كانوا مرتدين ، ويحتمل انهم جحدوا وجوب الزكاة ويحتمل غير ذلك فلا يجوز الحكم به في محل النزاع ، ويحتمل ان أبا بكر قال ذلك لانهم ارتكبوا اكبائر وماتوا من غير توبة فحكم لهم بالنار ظاهراً كما حكم لقتلى المجاهدين بالجنة ظاهراً والامر الى الله تعالى في الجميع ولم يحكم عليهم بالتخليد ، ولا يلزم من الحكم بالنار الحكم بالتخليد بعد أن أخبر النبي ﷺ ان قوماً من أمته يدخلون النار ثم يخرجهم الله تعالى منها ويدخلهم الجنة

الله تعالى ، ومتى كان منع التصرف فيه لدين لا يمكنه وفاؤه من غيره فلا زكاة عليه وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى ، فان عجز المكاتب ورد في الرق صار مافي يده لسيده فاستقبل به حولا إن كان نصابا وإلا ضمه إلى مافي يده كالمستفاد ، وإن أدى المكاتب ماعليه وبقي في يده نصاب فقد صار حراً تام الملك فيستأنف الحول من حين عتقه ويزكي كسائر الاحرار

﴿ مسئلة ﴾ (فان ملك السيد عبده مالا وقلنا إنه يملكه فلا زكاة فيه ، وإن قلنا لا يملكه فزكاته على سيده)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في زكاة مال العبد الذي ملكه اياه سيده فروي عنه زكاته على سيده هذا مذهب سفيان وأصحاب الرأي واسحق وعنه لازكاة فيه على واحد منهما . قال ابن المنذر وهذا قول ابن عمر وجابر والزهري وقتادة ومالك ، وللشافعي قولان كالمذهبين . وقال أبو بكر المسئلة مبنية على الروايتين في ملك العبد بالتمليك (احداهما) لا يملك . قال أبو بكر : وهو اختياري وهو ظاهر كلام الخرقي لان العبد مال فلا يملك المال كالبهائم ، فعلى هذا تكون زكاته على السيد لانه ملك له في يد عبده فكانت زكاته عليه كالمال الذي في يد المضارب والوكيل (والثانية) يملك لانه آدمي يملك النكاح فملك المال كالحر ولان قوله عليه السلام « من باع عبداً وله مال » يدل على أنه يملك ، ولأنه بالآدمية يتمهد للملك من قبل أن الله تعالى خلق المال لبني آدم ليستعينوا به على القيام بوظائف العبادات ، واعباء التكاليف قال الله تعالى (خلق لكم مافي الارض جميعاً) فبالآدمية يتمهد للملك كما تمهد للتكليف فعلى هذا لازكاة على السيد في مال العبد لانه لا يملكه ، ولا على العبد لنقص ملكه والزكاة انما تجب على تام الملك

(فصل) ومن بعضه حر عليه زكاة ماله لانه يملك بجزئه الحر ويورث عنه فملكه كامل فهو كالحر في وجوب الزكاة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفيه لهم وجه آخر لا تجب لانه ناقص

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وليس فيما دون خمس من الابل سائمة صدقة ﴾

بدأ الخرقي رحمه الله بذكر صدقة الابل لأنها أهم فانها أعظم النعم قيمة وأجساما، وأكثر أموال العرب فالاهتمام بها أولى ، ووجوب زكاتها مما أجمع عليه علماء الاسلام ، وصحت فيه السنة عن النبي ﷺ ومن أحسن ما روي في ذلك مارواه البخاري في صحيحه قال : حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى الانصاري قال حدثني أبي قال حدثنا ثمامة بن عبدالله بن أنس أن أنسا حدثه أن أبابكر الصديق رضي الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين (بسم الله الرحمن الرحيم) هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين ، والتي أمر الله بها ورسوله ﷺ ، فمن سئلها على وجهها فليعطها ، ومن سئل فوقها فلا يعط : في أربع وعشرين فما دونها من الابل في كل خمس شاة، فاذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى ، فاذا بلغت ستاً وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت

أشبه القن والاول أولى ، فأما أم الولد والمدبر فحكمها حكم القن لانه لاحرية فيهما

﴿ مسألة ﴾ (الثالث ملك نصاب، فان نقص عنه فلا زكاة فيه إلا أن يكون نقصاً يسيراً كالحبة والحبتين)

ملك النصاب شرط لوجوب الزكاة لما يأتي في أبوابه مفصلا إن شاء الله ، فان نقص عن النصاب فلا زكاة فيه إن كان النقص كثيراً بالاتفاق ، وإن كان يسيراً فقد اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك فروي أنه قال في نصاب الذهب اذا نقص ثمناً لا زكاة فيه . اختاره أبو بكر وهو ظاهر قول الخرقي ومذهب الشافعي واسحق وابن المنذر لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » وقال « ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب صدقة » وروي عن احمد أن نصاب الذهب اذا نقص ثلث مثقال زكاه وهو قول عمر بن عبد العزيز وسفيان ، وإن نقص نصفاً لا زكاة فيه . وقال أصحابنا إن كان النقص يسيراً كالحبة والحبتين وجبت الزكاة لانه لاينضبط غالباً فهو كنقص الحول ساعة أو ساعتين ، وان كان نقصاً بيناً كالدانق والدانقين فلا زكاة فيه . وقال مالك : اذا نقص نقصاً يسيراً يجوز جواز الوازنة وجبت الزكاة لانها تقوم مقام الوازنة أشبهت الوازنة والاول ظاهر الاخبار فينبغي أن لا يعدل عنه

﴿ مسألة ﴾ (وتجب فيما زاد على النصاب بالحساب الا في السائمة)

فلا شيء في أوقاصها على ما يأتي بيانه . واتفقوا على زيادة الحب أن الزكاة تجب فيها بالحساب ، واختلفوا في زيادة الذهب والفضة فروي وجوب الزكاة فيهما عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والحسن والشعبي ومكحول والزهري وعمرو بن دينار وأبو حنيفة : لاشيء في زيادة الدراهم حتى تبلغ أربعين ، ولا في زيادة الذهب حتى تبلغ أربعة دنانير لقوله عليه السلام « من كل أربعين درهما درهما » وعن معاذ عن النبي ﷺ أنه قال « اذا

لبون أنثى ، فاذا بلغت ستا وأربعين إلى ستين ففيها حقة طروقة الجمل ، فاذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة ، فاذا بلغت ستا وسبعين إلى تسعين ففيها ابنتا لبون ، فاذا بلغت احدى وتسعين إلى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الفحل ، فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون ، وفي كل خمسين حقة . ومن لم يكن معه إلا أربع من الابل فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها ، فاذا بلغت خمسا من الابل ففيها شاة وذكر تمام الحديث نذكره « ان شاء الله تعالى في أبوابه » ورواه أبو داود في سننه وزاد ، واذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض إلى أن تبلغ خمسا وثلاثين فان لم يكن فيها ابنة مخاض ففيها ابنة لبون ذكر . وهذا كله مجمع عليه إلى أن يبلغ عشرين ومائة ذكره ابن المنذر قال : ولا يصح عن علي رضي الله عنه ماروي عنه في خمس وعشرين ، يعني ماحكي عنه في خمس وعشرين خمس شياه ، وقول الصديق رضي الله عنه : التي فرض رسول الله ﷺ يعني قدر والتقدير يسمى فرضا ، ومنه فرض الحاكم للمرأة فرضا . وقوله : ومن سئل فوقها فلا يعط يعني لا يعطي

بلغ الورق مائتين ففيه خمسة دراهم ، ثم لاشيء فيه حتى يبلغ الى أربعين درهما » ولان له عفوا في الابتداء فكان له عفو بعد النصاب كالسائمة

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهما درهما ، وليس عليكم شيء حتى يتم مائتين ، فاذا كانت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم فما زاد فبحساب ذلك » رواه الاثرم والدارقطني ، وروي ذلك عن علي وابن عمر موقوفا عليهما ولم نعرف لهما مخالفا في الصحابة فيكون اجماعا ، ولانه مال يتجزأ فلم يكن له عفو بعد النصاب كالحبوب ، وما احتجوا به من الخبر الاول فهو احتجاج بدليل الخطاب والمنطوق راجح عليه ، والخبر الثاني يرويه أبو العطوف الجراح بن منهال وقد قال الدارقطني هو متروك الحديث . وقال مالك هو دجال ، ويرويه عن عبادة بن نسي عن معاذ ولم يلق عبادة معاذا فيكون منقطعا والماشية يشق تشقيصها بخلاف الأثمان

﴿ مسئلة ﴾ (والشرط الرابع تمام الملك) فلا زكاة في دين المكاتب بغير خلاف علمناه لنقصان الملك فيه فان له أن يعجز نفسه ويمتنع من أدائه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب في السائمة الموقوفة ولا في حصة المضارب من الربح قبل القسمة على أحد الوجهين فيهما)

لا تجب الزكاة في السائمة الموقوفة لان الملك لا يثبت فيها في وجه وفي وجه يثبت ناقصا لا يتمكن من التصرف فيها بأنواع التصرفات ، وذكر شيخنا في هذا الكتاب المشروح وجها آخر أن الزكاة تجب فيها ، وذكره القاضي ونقل مهنا عن احمد مايدل على ذلك لعموم قوله عليه السلام « في أربعين شاة شاة » ولعموم غيره من النصوص ، ولان الملك ينتقل الى الموقوف عليه في الصحيح من المذهب أشبهت سائر املاكه وللشافعية وجهان كهذين فاذا قلنا بوجوب الزكاة فيه فينبغي أن يخرج من غيره لان الوقف لا يجوز نقل الملك فيه

فوق ، وأجمع المسلمون على أن مادون خمس من الابل لازكاة فيه . وقال النبي ﷺ في هذا الحديث « ومن لم يكن معه الا أربع من الابل فليس عليه فيها صدقة الا أن يشاء ربها » وقال « ليس فيما دون خمس ذود صدقة » متفق عليه . والسائمة الراعية ، وقد سامت تسوم سوما اذا رعت وأسمتها اذا رعيتها ، وسومتها اذا جعلتها سائمة ، ومنه قول الله تعالى (ومنه شجر فيه تسيمون) أي ترعون ، وفي ذكر السائمة احتراز من المعلوفة والعوامل فانه لازكاة فيها عند أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك في الابل النواضح والمعلوفة الزكاة لعموم قوله عليه السلام « في كل خمس شاة » قال احمد ليس في العوامل زكاة ، وأهل المدينة يرون فيها الزكاة وليس عندهم في هذا أصل

ولنا قول النبي ﷺ « في كل سائمة في كل أربعين بنت لبون » في حديث بهز بن حكيم فقيده بالسائمة فدل على أنه لازكاة في غيرها ، وحديثهم مطلق فيحمل على المقيد ، ولأن وصف النماء معتبر في الزكاة ، والمعلوفة يستغرق علفها نماءها إلا أن يعدها للتجارة فيكون فيها زكاة التجارة

(فصل) فأما حصة المضارب من الربح قبل القسمة فلا تجب فيها الزكاة نص عليه احمد في رواية صالح وابن منصور فقال : اذا احتسبا يزكي المضارب اذا حال الحول من حين احتسبا لانه علم ماله في المال ، ولانه اذا أبضع بعد ذلك كانت الوضيعة على صاحب المال يعني اذا اقتسما لان القسمة في الغالب تكون عند المحاسبة فقول احمد يدل على أنه أراد بالمحاسبة القسمة لقوله : إن الوضيعة تكون على رب المال وهذا انما يكون بعد القسمة وهذا اختيار شيخنا ، واختار أبو الخطاب وجوب الزكاة فيها من حين ظهور الربح اذا كملت نصابا الا اذا قلنا إن الشركة تؤثر في غير الماشية لان العامل يملك الربح بظهوره فاذا ملكه جرى في الحول الزكاة ، ولان من أصلنا أن الزكاة تجب في الضال والمغصوب وان كان رجوعه مظنونا كذلك هذا

ولنا أن المضارب لايملك الربح بالظهور على رواية وعلى رواية يملكه ملكا غير تام لانه وقاية لرأس المال فلو نقصت قيمة الاصل أو خسر فيه أو تلف بعضه لم يحصل للمضارب ، ولانه ممنوع من التصرف فيه فلم يكن فيه زكاة كمال المكاتب . ولان ملكه لو كان تاما لاختص بربحه كما لو اقتسما ثم خلطا المال والأمر بخلاف ذلك ، فان من دفع إلى رجل عشرة مضاربة فربح فيها عشرين ثم اتجر فربح ثلاثين ، فان الخمسين التي ربحها بينهما نصفان ، ولو تم ملكه بمجرد ظهور الربح لملك من العشرين الاولى عشرة واختص بربحها وهي عشرة من الثلاثين وكانت العشرون الباقية بينهما نصفين فيصير للمضارب ثلاثون وفارق المغصوب والضال ، فان الملك فيه تام وانما حيل بينه وبينه بخلاف مسئلتنا

ومن أوجب الزكاة على المضارب فانما يوجبها عليه إذا حال الحول من حين تبلغ حصته نصابا أو يضمها إلى ماعنده من جنس المال أو من الأثمان إلا إذا قلنا إن الشركة تؤثر في غير السائمة ، وليس عليه اخراجها قبل القسمة كالدين ، وإن أراد اخراجها من المال قبل القسمة لم يجز لأن الربح وقاية

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا ملك خمسا من الابل فاسامها اكثر السنة ففيها شاة وفي العشر شاتان وفي الخمس عشرة ثلاث شياه ، وفي العشرين أربع شياه)

وهذا كله مجمع عليه وثابت بسنة رسول الله ﷺ بما رويناه وغيره الا قوله : فأسامها أكثر السنة ، فان مذهب امامنا ومذهب أبي حنيفة أنها اذا كانت سائمة أكثر السنة ففيها الزكاة . وقال الشافعي : ان لم تكن سائمة في جميع الحول فلا زكاة فيها لأن السوم شرط في الزكاة فاعتبر في جميع الحول كالملك وكمال النصاب ، ولأن العلف يسقط والسوم يوجب ، واذا اجتمعا غلب الاسقاط كما لو ملك نصابا بعضه سائمة وبعضه معلوفة

ولنا عموم النصوص الدالة على وجوب الزكاة في نصب الماشية واسم السوم لايزول بالعلف اليسير فلا يمنع دخولها في الخبر ، ولأنه لايمنع حقه للمؤنة فأشبهت السائمة في جميع الحول ، ولأن

لرأس المال، ويحتمل أن يجوز لأنها دخلا على حكم الاسلام، ومن حكمه وجوب الزكاة واخراجها من المال :

(فصل) وإن دفع الى رجل ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفان فحال الحول وقد ربح ألفين فعلى رب المال زكاة ألفين ، وقال الشافعي في أحد قوليه: عليه زكاة الجميع لأن الأصل له والربح إنما نمى

ولنا أن حصة المضارب له دون رب المال لان للمضارب المطالبة بها ، ولو أراد رب المال دفع حصته اليه من غير هذا المال لم يلزمه قبوله ، ولا يجب على الانسان زكاة ملك غيره وقوله: إنما نمى ماله قلنا إلا أنه لغيره فلم تجب عليه زكاته كما لو وهب نتاج سائمته لغيره . اذا ثبت هذا فانه يخرج الزكاة من المال لأنها من مؤنته فكانت منه كمؤنة حمله ويحسب من الربح لأنه وقاية لرأس المال .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان له دين على ملي من صداق أو غيره زكاه اذا قبضه لما مضى)

الدين على ضربين أحدهما دين على معترف به باذل له فعلى صاحبه زكاته الا أنه لايلزمه اخراجها حتى يقبضه فيزكيه لما مضى. يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبهذا قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال عثمان بن عفان وابن عمر وجابر وطاوس والنخعي وجابر بن زيد والحسن والزهري وقتادة والشافعي وإسحق وأبو عبيد : عليه اخراج الزكاة في الحال وان لم يقبضه لأنه قادر على أخذه والتصرف فيه أشبه الوديعة ، وروي عن عائشة وابن عمر: ليس في الدين زكاة وهو قول عكرمة لانه غير تام فلم تجب زكاته كعرض القنية ، وروي عن سعيد بن المسيب وعطاء وأبي الزناد يزكيه إذا قبضه لسنة واحدة .

ولنا أن ملكه يقدر على قبضه والانتفاع به فلزمته زكاته لما مضى كسائر أمواله ، ولا يجب عليه زكاته قبل قبضه لأنه دين ثابت في الذمة فلم يلزمه الاخراج قبل قبضه كالدين على المعسر ولأن الزكاة تجب على سبيل المواساة وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لاينتفع به

وأما المستودع فهو كالذي في يده لأن المستودع نائب عنه فيده كيده .

العلف اليسير لايمكن التحرز منه فاعتباره في جميع الحول يسقط الزكاة بالكلية سيما عند من يسوغ له الفرار من الزكاة فانه اذا أراد اسقاط الزكاة علفها يوما فأسقطها ، ولأن هذا وصف معتبر في رفع الكلفة فاعتبر فيه الاكثر كالسقي بما لا كلفة فيه في الزرع والثمار . وقولهم السوم شرط يحتمل أن يمنع ، ونقول بل العلف اذا وجد في نصف الحول فما زاد مانع كما أن السقي بكلفة مانع من وجوب العشر ، ولا يكون مانعاً حتى يوجد في النصف فصاعداً كذا في مسئلتنا ، وأن سلمنا كونه شرطا فيجوز أن يكون الشرط وجوده في أكثر الحول كالسقي بما لاكلفة فيه شرط في وجوب العشر ويكتفي بوجوده في الاكثر ، ويفارق مااذا كان في بعض النصاب معلوف لان النصاب سبب الوجوب فلابد من وجود الشرط في جميعه ، وأما الحول فانه شرط الوجوب فجاز أن يعتبر الشرط في أكثره

(فصل) ولا يجزي في الغنم المخرجة في الزكاة الا الجذع من الضان والثني من المعز ، وكذلك شاة الجبران وأيهما أخرج أجزأه ولا يعتبر كونها من جنس غنمه ولا جنس غنم البلد لان الشاة مطلقة

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الدين على غير الملي والمؤجل والمجحود والمغصوب والضائع روايتان)

هذا الضرب الثاني وهو الدين على المماطل والمعسر والمجحود الذي لا بينة به والمغصوب والضال حكمه حكم الدين على المعسر وفي ذلك كله روايتان ، أحداهما لاتجب فيه الزكاة وهو قول قتادة واسحق وأبي ثور وأهل العراق لانه مال ممنوع منه غير قادر على الانتفاع به أشبه الدين على المكاتب

والرواية الثانية : يزكيه اذا قبضه لما مضى ، وهو قول الثوري وأبي عبيد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في الدين المظنون ان كان صادقا فليزكه اذا قبضه لما مضى ، وعن ابن عباس نحوه رواهما أبو عبيد ولأنه مال يجوز التصرف فيه أشبه الدين على المليء ولأن ملكه فيه تام أشبه مالو نسي عند من أودعه ؟ وللشافعي قولان كالروايتين وعن عمر بن عبدالعزيز والحسن والليث والأوزاعي ومالك يزكيه اذا قبضه لعام واحد لأنه كان في ابتداء الحول في يده ، ثم حصل بعد ذلك في يده فوجب أن لاتسقط الزكاة عن حول واحد .

ولنا أن هذا المال فى جميع الاحوال على حال واحد فوجب أن يتساوى في وجوب الزكاة أو سقوطها كسائر الاموال . قولهم إنه حصل في يده في كل الحول (قلنا) هذا لايؤثر لأن المانع اذا وجد في بعض الحول منع كنقص النصاب ولافرق بين كون الغريم يجحده في الظاهر دون الباطن أو فيهما

(فصل) وظاهر كلام أحمد أنه لافرق بين الحالّ والمؤجل لأن البراءة تصح منا المؤجل ولولا أنه مملوك لم تصح منه البراءة لكنه في حكم الدين على المعسر لتعذر قبضه في الحال .

(فصل) ولو أجر داره سنين باربعين ديناراً ملك الاجرة من حين العقد وعليه زكاة الجميع اذا حال الحول لأن ملكه عليها تام بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات ولو كانت جارية كان له وطؤها وكونها بعرض الرجوع لانفساخ العقد لايمنع وجوب الزكاة كالصداق قبل الدخول ثم ان

في الخبر الذي ثبت به وجوبها ، وليس غنمه ولا غنم البلد سبباً لوجوبها فلم يتقيد بذلك كالشاة الواجبة في الفدية ، وتكون انثى فان أخرج ذكراً لم يجزئه لان الغنم الواجبة في نصبها أناث ويحتمل أن يجزئه لان النبي ﷺ أطلق لفظ الشاة فدخل فيه الذكر والانثى ، ولان الشاة اذا تعلقت بالذمة دون العين أجزأ فيها الذكر كالاضحية ، فان لم يكن له غنم لزمه شراء شاة وقال ابو بكر : يخرج عشرة دراهم قياسا على شاة الجبران

ولنا أن النبي ﷺ نص على الشاة فيجب العمل بنصه ، ولان هذا إخراج قيمة فلم يجز كما لو كانت الشاة واجبة في نصابها ، وشاة الجبران مختصة بالبدل بعشرة دراهم بدليل أنها لاتجوز بدلا عن الشاة الواجبة في سائمة الغنم

(فصل فان أخرج عن الشاة بعيراً لم يجزئه سواء كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة أو لم يكن ، وحكي ذلك عن مالك وداود . وقال الشافعي وأصحاب الرأي : يجزئه البعير عن العشرين فما دونها

كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها ، وان كانت ديناً فهي كالدين معجلا أو مؤجلا ، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أنه يزكيه في الحال كالمعدن، والصحيح الاول لقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » وكما لو ملكه بهبة أو ميراث أو نحوه ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يزكيها حتى يقبضها ويحول عليها حول بناء على أن الاجرة انما تستحق بانقضاء مدة الاجارة وهذا يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى .

(فصل) ولو اشترى شيئاً بعشرين ديناراً أو أسلم نصابا في شيء فحال الحول قبل أن يقبض المشتري المبيع أو المسلم فيه والعقد باق فعلى البائع والمسلم اليه زكاة الثمن لان ملكه ثابت فيه فان انفسخ العقد لتلف المبيع أو تعذر المسلم فيه وجب رد الثمن وزكاته على البائع والمسلم اليه .

(فصل) والغنيمة يملك الغانمون أربعة أخماسها بانقضاء الحرب فان كانت جنساً واحداً تجب فيه الزكاة كالأثمان والسائمة ، ونصيب كل واحد منهم نصاب فعليه زكاته اذا انقضى الحول ولا يلزمه اخراج زكاته قبل قبضه كالدين على المليء ، وان كان دون النصاب فلا زكاة فيه الا أن يكون أربعة أخماسها يبلغ النصاب فتكون خلطة ولا تضم الى الخمس لانه لا زكاة فيه فان كانت أجناساً كإبل وبقر وغنم فلا زكاة على واحد منهم لان للامام أن يقسم بينهم قسمة تحكم فيعطي لكل واحد منهم من أي أصناف المال شاء فما تم ملكه على شيء معين بخلاف الميراث .

(فصل) وقد ذكرنا أن حكم المال المغصوب حكم الدين على المعسر على مافيه من الخلاف فان كان سائمة وكانت معلوفة عند صاحبها وغاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط ، وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة على الرواية في وجوب الزكاة في المغصوب ، وان كانت معلوفة عند المالك سائمة عند الغاصب ففيه وجهان أحدها لا زكاة فيها لأن صاحبها لم يرض باسامتها فلم تجب عليه الزكاة

ويخرج لنا مثل ذلك اذا كان المخرج مما يجزي عن خمس وعشرين لانه يجزىء عن خمس وعشرين والعشرون داخلة فيها ، ولان ما أجزأ عن الكثير أجزأ عما دونه كابنتي لبون عما دون ست وسبعين

ولنا أنه أخرج غير المنصوص عليه من غير جنسه فلم يجزه كما لو أخرج بعيراً عن أربعين شاة ولان النص ورد بالشاة فلم يجزىء البعير كالاصل أو كشاة الجبران ، ولانها فريضة وجبت فيها شاة فلم يجزىء عنها البعير كنصاب الغنم. ويفارق ابنتي لبون عن الجذعة لانها من الجنس

(فصل) وتكون الشاة المخرجة كحال الابل في الجودة والرداءة فيخرج عن الابل السمان سمينة وعن الهزال هزيلة ، وعن الكرائم كريمة ، وعن اللئام لئيمة . فان كانت مراضا أخرج شاة صحيحة على قدر المال ، فيقال له لو كانت الابل صحاحا كم كانت قيمتها وقيمة الشاة ؟ فيقال قيمة الابل مائة وقيمة الشاة خمسة فينقص من قيمتها قدر ما نقصت الابل ، فاذا نقصت الابل خمس قيمتها وجب شاة قيمتها أربعة ، وقيل تجزئه شاة تجزىء في الأضحية من غير نظر الى القيمة . وعلى القولين لا تجزئه مريضة ، لأن المخرج من غير جنسها وليس كله مراضاً فينزل منزلة إجماع الصحاح والمراض لاتجزئ فيه إلا الصحيحة

بفعل الغاصب كما لو رعت من غير أن يسيمها .

والثاني عليه الزكاة لان السوم يوجب الزكاة من المالك فاوجبها من الغاصب كما لو كانت سائمة عندهما وكما لو غصب بذرا فزرعه وجب العشر فيما خرج منه ، وان كانت سائمة عند المالك معلوفة عند الغاصب ، فلا زكاة فيها لفقدان الشرط ، وقال القاضي فيه وجه آخر ان الزكاة تجب فيها لا ن العلف محرم فلم يؤثر في الزكاة كما لو غصب اثمانا فصاغها حليا ، قال أبو الحسن الآمدي هذا هو الصحيح لأن العلف انما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة ولامؤنة عليه هاهنا .

ولنا أن السوم شرط لوجوب الزكاة وقد فقد فلم يجب كنقص النصاب .

(قوله) إن العلف محرم ممنوع انما المحرم الغصب والعلف تصرف في ماله باطعامها اياه ولا تحريم فيه ولهذا لو علفها عند مالكها لم يحرم عليه ، وما ذكره الآمدي من خفة المؤنة غير صحيح فان الخفة لاتعتبر بنفسها وانما تعتبر بمظنتها وهو السوم ثم يبطل ماذكراه بالمعلوفة عندهما جميعاً ، ويبطل ما ذكره القاضي بما اذا علفها مالكها علفاً محرما أو أتلف شاة من النصاب فانه محرم وتسقط به الزكاة

وأما اذا غصب ذهباً فصاغه حليا فلا يشبه ما اختلفنا فيه ، لان العلف فات به شرط الوجوب والصياغة لم يفت بها شيء وانما اختلف في كونها مسقطة بشرط كونها مباحة فاذا كانت محرمة لم يوجد شرط الاسقاط ، ولان المالك لو علفها علفاً محرما سقطت الزكاة ولو صاغها صياغة محرمة لم تسقط فافترقا . ولو غصب حليا مباحا فكسره أو ضربه نقداً وجبت فيه الزكاة لأن المسقط لها زال ويحتمل أن لايجب كما لو غصب معلوفة فأسامها . ولو غصب عروضا فاتجر فيها لم تجب فيها الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا صارت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض الى خمس وثلاثين ﴾

فان لم يكن فيها بنت مخاض وابن لبون ذكر، فاذا بلغت ستاً وثلاثين ففيها ابنة لبون الى خمس وأربعين ، فاذا بلغت ستاً وأربعين ففيها حقة طروقة الفحل الى ستين ، فاذا بلغت إحدى وستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين ، فاذا بلغت ستاً وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين ، فاذا بلغت إحدى وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة وهذا كله مجمع عليه . والخبر الذي رويناه متناول له ، وابنة المخاض التي لها سنة وقد دخلت في الثانية سميت بذلك لأن أمها قد حملت غيرها ، والماخض الحامل وليس كون أمها ماخضا شرطا فيها ، وانما ذكر تعريفا لها بغالب حالها كتعريفه الربيبة بالحجر ، وكذلك بنت لبون وبنت المخاض أدنى سن يوجد في الزكاة ، ولا تجب إلا في خمس وعشرين الى خمس وثلاثين خاصة ، وبنت لبون التي تمت لها سنتان ودخلت في الثالثة سميت بذلك لأن أمها قد وضعت حملها ولها لبن . والحقة التي لها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة لانها قد استحقت أن يطرقها الفحل، ولهذا قال طروقة الفحل، واستحقت أن يحمل عليها وتركب . والجذعة التي لها أربع سنين ودخلت في الخامسة ، وقيل لها ذلك لانها تجذع اذا سقطت سنها ، وهي أعلا سن تجب

لأن نية التجارة شرط ولم توجد من المالك ، وسواء كانت للتجارة عند مالكها أولا لأن بقاء النية شرط ولم ينو التجارة بها عند الغاصب ،ويحتمل أن تجب فيها الزكاة اذا كانت للتجارة عندمالكها واستدام النية لانها لم تخرج عن ملكه بغصبها وان نوى بها الغاصب القنية. وكل موضع أوجبنا الزكاة فعلى الغاصب ضمانها لأنه نقص حصل في يده فضمنه كتلافه

﴿ فصل ﴾ اذا ضلت واحدة من النصاب أو أكثر أو غصبت فنقص النصاب فالحكم فيه كما لو ضل جميعه أو غصب لأن كمل النصاب شرط لوجوب الزكاة لكن ان قلنا بوجوب الزكاة فعليه الاخراج عن الموجود عنده ،واذا رجع الضال والمغصوب أخرج عنه كما لو رجع جميعه

(فصل) وإن أسر المالك لم تسقط الزكاة عنه سواء حيل بينه وبين ماله أولم يحل لأن تصرفه في ماله نافذ يصح بيعه وهبته وتوكيله فيه. وقال بعض أصحاب الشافعي يخرج فيه وجه انه لاتجب فيه الزكاة اذا حيل بينه وبينه كالمغصوب

(فصل) وإن ارتد قبل مضي الحول ، وحال الحول وهو مرتد فلا زكاة عليه لان الاسلام شرط لوجوب الزكاة فعدمه في بعض الحول يسقط الزكاة كالملك، وإن رجع الى الاسلام قبل مضي الحول استأنف حولا لما ذكرنا نص عليه أحمد فأما إن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه الزكاة وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفه تسقط لأن من شرطها النية فسقطت بالردة كالصلاة

ولنا أنه حق مالي فلا يسقط بالردة كالدين. وأما الصلاة فلا تسقط أيضاً لكن لايطالب بفعلها لانها لاتصح منه ولا تدخلها النيابة فاذا عاد لزمه قضاؤها ، والزكاة تدخلها النيابة ويأخذها الامام

في الزكاة ، ولا تجب إلا في إحدى وستين الى خمس وسبعين ، وإن رضي رب المال أن يخرج مكانها ثنية جاز وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة سميت ثنية لانها قد ألقت ثنيتها .

وهذا الذي ذكرنا في الاسنان ذكره أبو عبيد وحكاه عن الاصمعي وأبي زيد الانصاري وأبي زياد الهلالي وغيرهم ، وقول الخرقي: فان لم يكن ابنة مخاض — أراد ان لم يكن في إبله ابنة مخاض أجزأه ابن لبون ولا يجزئه مع وجود ابنة مخاض لقوله عليه السلام « فان لم يكن فيها ابنة مخاض فابن لبون ذكر » في الحديث الذي رويناه شرط في اخراجه عدمها ، فان اشتراها وأخرجها جاز ، وإن أراد اخراج ابن لبون بعد شرائها لم تجز لانه صار في إبله بنت مخاض ، فان لم يكن في ابله ابن لبون وأراد الشراء لزمه شراء بنت مخاض وهذا قول مالك. وقال الشافعي يجزيه شراء ابن لبون لظاهر الخبر وعمومه

ولنا انهما استويا في العدم فلزمته ابنة مخاض كما لو استويا في الوجود ، والحديث محمول على وجوده لان ذلك للرفق به اغناء له عن الشراء ، ومع عدمه لا يستغنى عن الشراء فكان شراء الأصل أولى. على ان في بعض ألفاظ الحديث «فمن لم يكن عنده ابنة مخاض على وجهها وعنده ابن لبون فانه يقبل منه

من الممتنع فكذا هٰهنا يأخذ الامام منه ماله فان أسلم بعد أخذها لم يلزمه أداؤها لانها سقطت بأخذ الامام كسقوطها بالاخذ من المسلم الممتنع .ويحتمل أن لا تسقط لأنها عبادة فلا تصح بغير نية. وأصل هذا اذا أخذت من المسلم الممتنع قهراً . وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى. وان أخذها غير الامام أو نائبه لم تسقط عنه لانه لا ولاية له عليه فلا يقوم مقامه بخلاف نائب الامام وان أداها في حال ردته لم يجزه لانه كافر فلا تصح منه لكونها عبادة كالصلاة

(فصل) وحكم الصداق حكم الدين لأنه دين للمرأة في ذمة الرجل . فان كان على مليء وجبت فيه الزكاة فاذا قبضته أدت لما مضى، وإن كان على جاحد أو معسر فعلى الروايتين ، ولا فرق بين ماقبل الدخول وبعده لأنه دين في الذمة فهو كثمن مبيعها ، فان سقط نصفه بطلاقها قبل الدخول وقبضت النصف فعليها زكاة ماقبضته خاصة لأنه دين لم تتعوض عنه ، ولم تقبضه فأشبه ماتعذر قبضه لفلس أو جحد . وكذلك لو سقط الصداق كله قبل قبضه لانفساخ النكاح بسبب من جهتها ليس عليها زكاة لما ذكرنا ، ويحتمل أن تجب عليها زكاته لأن سقوطه بسبب من جهتها أشبه الموهوب.وكذلك كل دين سقط قبل قبضه من غير إسقاط صاحبه . أو أيس صاحبه من استيفائه . والمال الضال اذا أيس منه فانه لا زكاة على صاحبه لأن الزكاة مواساة فلا تلزمه المواساة الا مما حصل له ، وإن كان الصداق نصابا فحال عليه الحول ثم سقط نصفه وقبضت النصف فعليها زكاة النصف المقبوض لأن الزكاة وجبت فيه ثم سقطت من نصفه لمعنى اختص به فاختص السقوط به ، وان مضى عليه حول قبل قبضه ثم قبضته كله زكته لذلك الحول وان مضت عليه أحوال قبل قبضه ثم قبضته زكته لما مضى كله وقال أبو حنيفة لا تجب الزكاة عليها مالم تقبضه لأنه بدل عما ليس بمال فلم تجب الزكاة فيه قبل قبضه كدين الكتابة

وليس معه شيء» فشرط في قبوله وجوده وعدمها وهذا في حديث أبي بكر . وفي بعض الالفاظ : «ومن بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليس عنده إلا ابن لبون» وهذا يفسد بتعين حمل المطلق عليه وان لم يجد إلا ابنة مخاض معينة فله الانتقال الى ابن لبون لقوله في الخبر: فان لم يكن عنده بنت مخاض على وجهها ولأن وجودها كعدمها لكونها لا يجوز اخراجها فأشبه الذي لا يجد إلا مالا يجوز الوضوء به في انتقاله الى التيمم ، وإن وجد ابنة مخاض أعلا من صفة الواجب لم يجزه ابن لبون لوجود بنت مخاض على وجهها ويخير بين اخراجها وبين شراء بنت مخاض على صفة الواجب ، ولا يخير بعض الذكورية بزيادة سن في غير هذا الموضع ، ولا يجزيه أن يخرج عن ابن لبون حقاً ولا عن الحقة جذعاً لعدمهما ولا وجودهما . وقال القاضي وابن عقيل : يجوز ذلك مع عدمهما لأنهما أعلا وأفضل ، فيثبت الحكم فيهما بطريق التنبيه

ولنا انه لا نص فيهما ولا يصح قياسهما على ابن لبون مكان بنت مخاض لأن زيادة سن ابن لبون على بنت مخاض يمتنع بها من صغار السباع ويرعى الشجر بنفسه ويرد الماء ، ولا يوجد هذا في الحق مع بنت لبون لأنهما يشتركان في هذا ، فلم يبق إلا مجرد السن فلم يقابل الا بتوجيه . وقولهما انه يدل على ثبوت الحكم فيهما بطريق التنبيه ، قلنا بل يدل على انتفاء الحكم فيهما بدليل خطابه ، فان تخصيصه بالذكر دونهما دليل على اختصاصه بالحكم دونهما

ولنا انه دين يستحق قبضه ويجبر المدين على أدائه فوجبت فيه الزكاة كثمن المبيع بخلاف دين الكتابة يستحق قبضه وللمكاتب الامتناع من أدائه ولا يصح قياسهم عليه لأنه عوض عن مال

(فصل) وان قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع عليها بنصفه وكانت الزكاة من النصف الباقي لها. وقال الشافعي في قول يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته فكذلك اذا تلف البعض

ولنا قوله تعالى (فنصف مافرضتم) ولأنه يمكنه الرجوع في العين فلم يكن له الرجوع الى القيمة كما لو لم يتلف منه شيء ، ويخرج على هذا اذا تلف كله لعدم إمكان الرجوع في العين، وان طلقها بعد الدخول وقبل الاخراج لم يكن لها الاخراج من النصاب لان حق الزوج تعلق به على وجه الشركة والزكاة لا تتعلق به على وجه الشركة لكن يخرج الزكاة من غيره أو يقتسمانه ثم تخرج الزكاة من حصتها فان طلقها قبل الدخول ملك النصف مشاعاً وكان حكم ذلك كما لو باعت نصفه قبل الحول مشاعا وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) فان كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول ففيه روايتان احداهما عليها الزكاة لأنها تصرفت فيه أشبه مالو قبضته ، والثانية زكاته على الزوج لانه ملك ماملك عليه فكأنه لم يزل ملكه عنه. والاول أصح وماذكرناه لهذه الرواية لا يصح فان الزوج لم يملك شيئا وانما

(فصل) وإن أخرج عن الواجب سناً أعلا من جنسه مثل أن يخرج بنت لبون عن بنت مخاض وحقة عن بنت لبون أو بنت مخاض، أو أخرج عن الجذعة ابنتي لبون أو حقتين جاز لا نعلم فيه خلافا لانه زاد على الواجب من جنسه مايجزي عنه مع غيره فكان مجزيا عنه على انفراده كما لو كانت الزيادة في العدد . وقد روى الامام أحمد في مسنده وأبو داود في سننه باسنادهما عن أبي بن كعب قال : بعثني رسول الله ﷺ مصدقا فمررت برجل فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا بنت مخاض. فقلت له : أدّ بنت مخاض فانها صدقتك ؟ فقال : ذاك مالا لبن فيه ولا ظهر ، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخذها . فقلت ماأنا بآخذ مالم أؤمر به ، وهذا رسول الله ﷺ منك قريب ، فان أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ماعرضت عليّ فافعل . فان قبله منك قبلته ، وان ردّه عليك رددته . قال : فاني فاعل ، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض عليّ حتى قدمنا على رسول الله ﷺ فقال له يانبي الله أتاني رسولك ليأخذ مني صدقة مالي ، وايم الله ماقام في مالي رسول الله ولا رسوله قط قبله ، فجمعت له مالي فزعم أن ماعليّ فيه بنت مخاض وذاك مالا لبن فيه ولا ظهر ، وقد عرضت عليه ناقة فتية سمينة عظيمة ليأخذها فأبى وها هي ذه قد جئتك بها يارسول الله خذها . فقال رسول الله ﷺ « ذاك الذي وجب عليك ، فان تطوعت بخير أجزل الله فيه وقبلناه منك » فقال فها هي ذه يارسول الله قد جئتك بها. قال : فأمر رسول الله ﷺ بقبضها ودعا له في ماله بالبركة . وهكذا الحكم اذا أخرج أعلا من الواجب في الصفة مثل أن يخرج السمينة مكان الهزيلة ، والصحيحة مكان المريضة ، والكريمة مكان اللئيمة ، والحامل عن الحوابل ، فانها تقبل منه وتجزيه وله أجر الزيادة

سقط عنه ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة مامضى. ويحتمل أن لاتجب الزكاة على واحد فيهما لما ذكرنا في الزوج . وأما المرأة فلم تقبض الدين أشبه مالو سقط بغير إسقاطها . وهذا اذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة اذا قبضته ، وكل دين على انسان ابرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا .قال أحمد :اذا وهبت المرأة مهرها لزوجها وقد مضى له عشر سنين فان الزكاة على المرأة لان المال كان لها ،واذا وهب رجل لرجل مالا فحال الحول ثم ارتجعه الواهب فالزكاة على الذي كان عنده . وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره لم يعطه شيئا فلما كان بعد سنة قال ابس عندي دراهم فأقلني فأقاله قال عليه أن يزكي لانه قد ملكه حولا

﴿ مسئلة ﴾ (قال الخرقي : واللقطة اذا جاء ربها زكاها للحول الذي كان الملتقط ممنوعا منها)

قد ذكرنا في المال الضائع روايتين وهذا منه وعلى مقتضى قول الخرقي أن الملتقط لو لم يملكها كمن لم يعرفها فانه زكاة على ملتقطها .واذا جاء ربها زكاها للزمان كله واذا كانت ماشية فانما تجب عليه زكاتها اذا كانت سائمة عند الملتقط . فان علفها فلا زكاة على صاحبها على ماذكرنا في المغصوب

(فصل) ويخرج عن ماشيته من جنسها على صفتها ، فيخرج عن البخاتي بختية ، وعن العراب عربية ، وعن الكرام كريمة ، وعن السمان سمينة ، وعن اللئام والهزال لئيمة هزيلة . فان أخرج عن البخاتي عربية بقيمة البختية أو أخرج عن السمان هزيلة بقيمة السمينة جاز لأن القيمة مع اتحاد الجنس هي المقصود ، أجاز هذا أبو بكر وحكي عن القاضي وجه آخر انه لايجوز لان فيه تفويت صفة مقصودة فلم يجز كما لو أخرج من جنس آخر . والصحيح الاول لما ذكرنا وفارق خلاف الجنس فان الجنس مرعي في الزكاة ، ولهذا لو أخرج البعير عن الشاة لم يجز ومع الجنس يجوز اخراج الجيد عن الرديء بغير خلاف

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ﴾

ظاهر هذا أنها اذا زادت على العشرين والمائة واحدة ففيها ثلاث بنات لبون وهو احدى الروايتين عن أحمد ومذهب الاوزاعي والشافعي وإسحق، والرواية الثانية لايتعدى الفرض الى ثلاثين

(فصل) وزكاتها بعد الحول الاول على الملتقط في ظاهر المذهب لأن اللقطة تدخل في ملكه كالميراث فتصير كسائر ماله يستقبل بها حولا ، وعند أبي الخطاب انه لايملكها حتى يختار ذلك وهو مذهب الشافعي وسنذكر ذلك إن شاء الله في بابه . وحكى القاضي في موضع ان الملتقط اذا ملكها وجب عليه مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها ان لم تكن مثلية وهو مذهب الشافعي . ومقتضى هذا أن لاتجب عليه زكاتها لانه دين فمنع الزكاة كسائر الديون . وقال ابن عقيل يحتمل أن لاتجب الزكاة فيها لمعنى آخر وهو ان ملكه غير مستقر عليها، ولصاحبها أخذها منه متى وجدها . والمذهب الأول ، وماذكره القاضي يفضي الى ثبوت معاوضة في حق من لا ولاية عليه بغير فعله ولا اختياره ويقتضي ذلك أن يمنع الدين الذي عليه الميراث والوصية كسائر الديون ،والأمر بخلافه . وما ذكره بن عقيل يبطل بما وهبه الأب لولده ، وبنصف الصداق فان لهما استرجاعه ولا يمنع وجوب الزكاة

﴿مسئلة﴾ (ولا زكاة في مال من عليه دين ينقص النصاب إلا في المواشي والحبوب في احدى الروايتين)

وجملة ذلك ان الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة رواية واحدة ،وهي الأثمان وعروض التجارة وبه قال عطاء وسليمان بن يسار والحسن والنخعي والليث ومالك والثوري والاوزاعي واسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال ربيعة وحماد بن أبي سليمان والشافعي في الجديد لايمنع لانه حر مسلم ملك نصابا حولا فوجبت عليه الزكاة كمن لا دين عليه

ومائة فيكون فيها حقة وبنتا لبون وهذا مذهب محمد بن إسحق بن يسار وأبي عبيد، ولمالك روايتان لان الفرض لايتغير بزيادة الواحدة بدليل سائر الفروض

ولنا قول النبي ﷺ « فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون » والواحدة زيادة وقد جاء مصرحا به في حديث الصدقات الذي كتبه رسول الله ﷺ وكان عند آل عمر بن الخطاب رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن. وقال ابن عبدالبر : هو أحسن شيء روي في أحاديث الصدقات ، وفيه: «فاذا كانت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون» وفي لفظ: « الى عشرين ومائة فاذا زادت واحدة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة » أخرجه الدارقطني ، وأخرج حديث أنس من رواية اسحق بن راهويه عن النضر بن اسماعيل عن حماد بن سلمة قال : أخذنا هذا الكتاب من ثمامة يحدث به عن أنس وفيه : فاذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ولان سائر ماجعله النبي ﷺ غاية للفرض اذا زاد عليه واحدة تغير الفرض كذا هذا . وقولهم ان الفرض لايتغير بزيادة الواحدة قلنا وهذا ماتغير بالواحدة وحدها وانما تغير بها مع ماقبلها فأشبهت الواحدة الزائدة عن التسعين والستين وغيرهما . وقال ابن مسعود والنخعي والثوري وأبو حنيفة اذا زادت الابل على عشرين ومائة استؤنفت الفريضة

ولنا ماروى السائب بن يزيد قال : سمعت عثمان بن عفان يقول : هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤده حتى تخرجوا زكاة أموالكم . رواه أبو عبيد في الاموال ، وفي لفظ : من كان عليه دين فليقض دينه ، وليترك بقية ماله . قال ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فدل على اتفاقهم عليه وروى أصحاب مالك عن عمير بن عمران عن شجاع عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « اذا كان لرجل ألف درهم ، وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه » وهذا نص ، ولأن النبي ﷺ قال « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم ، فأردها في فقرائكم » فدل على أنها انما تجب على الاغنياء ولا تدفع الا الى الفقراء ، وهذا ممن يحل له أخذ الزكاة فيكون فقيراً فلا تجب عليه الزكاة لانها انما تجب على الاغنياء للخبر ، وكذلك قوله عليه السلام « لا صدقة الا عن ظهر غنى » فأما من لا دين عليه فهو غني بملك النصاب فهو بخلاف هذا يحقق هذا ان الزكاة انما وجبت مواساة للفقراء وشكراً لنعمة الغنى ، والمدين محتاج الى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد ، وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لدفع حاجة غيره وقد قال عليه الصلاة والسلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » اذا ثبت ذلك فظاهر كلام شيخنا انه لا فرق بين الحال والمؤجل لما ذكرنا من الأدلة . وقال ابن أبي موسى ان المؤجل لايمنع وجوب الزكاة لانه غير مطالب به في الحال

(فصل) فأما الاموال الظاهرة وهي المواشي والحبوب والثمار ففيها روايتان : احداهما أن الدين يمنع وجوب الزكاة فيها لما ذكرنا . قال أحمد في رواية إسحق بن ابراهيم : يبتديء بالدين

في كل خمس شاة الى خمس وأربعين ومائة فيكون فيها حقتان وبنت مخاض الى خمسين ومائة ففيها ثلاث حقاق وتستأنف الفريضة في كل خمس شاة لما روي ان النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا ذكر فيه الصدقات والديات وذكر فيه مثل هذا

ولنا ان في حديثي الصدقات الذي كتبه أبو بكر لانس والذي كان عند آل عمر بن الخطاب مثل مذهبنا وهما صحيحان، وقد رواه أبو بكر عن النبي ﷺ بقوله: هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين. وأما كتاب عمرو بن حزم فقد اختلف في صفته فرواه الأثرم في سننه مثل مذهبنا والاخذ بذلك أولى لموافقته الاحاديث الصحاح وموافقته القياس فان المال اذا وجب فيه من جنسه لم يجب من غير جنسه كسائر بهيمة الانعام ولانه مال احتمل المواساة من جنسه فلم يجب من غير جنسه كالبقر والغنم، وانما وجب في الابتداء من غير جنسه لانه ما احتمل المواساة من جنسه فلم يجب من غير جنسه فعدلنا الى غير الجنس ضرورة، وقد زال ذلك بزيادة المال وكثرته ولأنه عندهم ينقل من بنت مخاض الى حقة بزيادة خمس من الابل وهي زيادة يسيرة لا تقتضي الانتقال الى حقة فانا لم ننقل في محل الوفاق من بنت مخاض الى حقة إلا بزيادة إحدى وعشرين وإن زادت على مائة وعشرين جزءاً من بعير لم يتغير الفرض عند أحد من الناس لأن في بعض الروايات فاذا

فيقضيه ثم ينظر ما بقي عنده بعد اخراج النفقة فيزكيه، ولا يكون على أحد — دينه أكثر من ماله — صدقة في إبل أو بقر أو غنم أو زرع وهذا قول عطاء والحسن والنخعي وسليمان بن يسار والثوري والليث وإسحق. والرواية الثانية لا يمنع الزكاة فيها وهو قول مالك والأوزاعي والشافعي، وروي عن أحمد انه قال: قد اختلف ابن عمر وابن عباس فقال ابن عمر: يخرج ما استدان أو أنفق على ثمرته وأهله ويزكي ما بقي، وقال الآخر: يخرج ما استدان أو أنفق على ثمرته ويزكي ما بقي، واليه أذهب أن لا يزكي ما أنفق على ثمرته ويزكي ما بقي لأن المصدق اذا جاء فوجد إبلا أو بقراً أو غنما لم يسأل أي شيء على صاحبها من الدين؟ وليس المال هكذا، فظاهر ذلك أن هذه رواية ثالثة وهو أنه لا يمنع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة إلا في الزروع والثمار فيما استدانه للانفاق عليها خاصة. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقال أبو حنيفة: الدين الذي تتوجه به المطالبة يمنع في سائر الأموال إلا الزروع والثمار بناء منه على أن الواجب فيها ليس بصدقة.

والفرق بين الاموال الباطنة والظاهرة أن تعلق الزكاة بالظاهرة آكد لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها، ولهذا يشرع ارسال السعاة لأخذها من أربابها، وقد كان النبي ﷺ يبعث السعاة فيأخذون الصدقات من أربابها وكذلك الخلفاء بعده ولم يأت عنهم انهم طالبوا أحداً بصدقة الصامت ولا استكرهوه عليها إلا أن يأتي بها طوعا، ولأن السعاة يأخذون زكاة ما يجدون ولا يسألون عما على صاحبها من الدين، فدل على انه لا يمنع زكاتها، ولأن تعلق الاطماع من الفقراء بها أكثر، والحاجة الى حفظها أوفر، فتكون الزكاة فيها أوكد

زادت واحدة ، وهذا يقيد مطلق الزيادة في الرواية الاخرى ولأن سائر الفروض لا تتغير بزيادة جزء وعلى كلا الروايتين متى بلغت الابل مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون وفي مائة وأربعين حقتان وبنتا لبون ، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق ، وفي مائة وستين أربع بنات لبون ثم كلما زادت عشراً أبدلت مكان بنت لبون حقة ففي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون ، وفي مائة وثمانين حقتان وابنتا لبون ، وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون . فاذا بلغت مائتين اجتمع الفرضان لأن فيهما خمسين أربع مرات وأربعين خمس مرات فيجب عليه أربع حقاق أو خمس بنات لبون أي الفرضين شاء أخرج وإن كان الآخر أفضل منه وقد روي عن أحمد أن عليه أربع حقاق وهذا محمول على أن عليه أربع حقاق بصيغة التخيير اللهم إلا أن يكون المخرج ولياً ليتيم أو مجنون فليس له أن يخرج من ماله إلا أدنى الفرضين . وقال الشافعي الخيرة الى الساعي ومقتضى قوله أن رب المال اذا أخرج لزمه اخراج أعلا الفرضين واحتج بقول الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأنه وجد سبب الفرضين فكانت الخيرة الى مستحقه أو نائبه كقتل العمد الموجب للقصاص أو الدية

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب الصدقات الذي كتبه وكان عند آل عمر بن الخطاب فاذا كانت

(فصل) وانما يمنع الدين الزكاة اذا كان يستغرق النصاب أو ينقصه ولا يجد مايقضيه به سوى النصاب أو مالا يستغنى عنه مثل أن يكون له عشرون مثقالا وعليه مثقال أو أقل مما ينقص به النصاب اذا قضاه ولا يجد له قضاء من غير النصاب ، فان كان لا ينقص به النصاب أسقط مقدار الدين وأخرج زكاة الباقي ، فان كان له ثلاثون مثقالا وعليه عشرة فعليه زكاة العشرين ، وإن كان عليه أكثر من عشرة فلا زكاة عليه . وكذلك لو ان له مائة من الغنم وعليه مايقابل ستين فعليه زكاة الاربعين ، وإن قابل إحدى وستين فلا زكاة عليه لأنه ينقص النصاب ، وإن كان له مالان من جنسين وعليه دين جعلته في مقابلة مايقضي منه ، فلو كان عليه خمس من الابل وله خمس من الابل ومائتا درهم فان كانت عليه سلماً أو دية أو نحو ذلك مما يقضى بالابل جعلت الدين في مقابلتها ووجبت عليه زكاة الدراهم ، فان كان أتلفها جعلت قيمتها في مقابلة الدراهم لانها تقضى منها ، وان كانت قرضاً خرج على الوجهين فيما يقضي منه ، فان كانت اذا جعلناها في مقابلة أحد المالين فضلت منها فضلة تنقص النصاب الآخر ، واذا جعلناها في مقابلة الآخر لم يفضل منها شيء كرجل له مائتا درهم وخمس من الابل وعليه ست من الابل قيمتها مائتا درهم اذا جعلناها في مقابلة المائتين لم يبق من الدين شيء ينقص نصاب السائمة ، وان جعلناها في مقابلة الابل فضل منها بعير ينقص نصاب الدراهم أو كانت بالعكس مثل أن يكون عليه مائتان وخمسون درهماً وله من الابل خمس أو أكثر تساوي الدين أو تفضل عليه — جعلنا الدين في مقابلة الابل هاهنا وفي مقابلة الدراهم في الصورة الأولى لأن له من المال مايقضي به الدين سوى النصاب ، وكذلك ان كان عليه مائة درهم وله مائتا درهم

مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون أي البذين وجدت أخذت وهذا نص لايعرج معه على شيء يخالفه، وقوله عليه السلام لمعاذ «إياك وكرائم أموالهم» ولأنها زكاة ثبت فيها الخيارفكان ذلك لرب المال كالخيرة في الجبران بين مائتين أو عشرين درهما وبين النزول، والصعود، وتعيين المخرج ولاتتناول الآية مانحن فيه لانه انما يأخذ الفرض بصفة المال فيأخذ من الكرام كرائم ومن غيرها من وسطها فلا يكون خبيثاً لأن الادنى ليس بخبيث، وكذلك لو لم يوجد الا سبب وجوبه وجب اخراجه وقياسهم يبطل بشاة الجبران وقياسنا أولى منه لأن قياس الزكاة على الزكاة أولى من قياسها على الديات اذا ثبت هذا فكان أحد الفرضين في ماله دون الآخر فهو مخير بين إخراجه أو شراء الآخر ولايتعين عليه سوى اخراج الموجود لان الزكاة لاتجب في عين المال وقال القاضي يتعين عليه اخراج الموجود لان الزكاة لاتجب في عين المال ولعله أراد اذا لم يقدر على شراء الآخر

(فصل) فان أراد إخراج الفرض من النوعين نظرنا فان لم يحتج الى تشقيص كرجل عنده

وتسع من الابل فاذا جعلناها في مقابلة الابل لم ينقص نصابها لكون الأربع الزائدة عنه تساوي المائة أو أكثر منها، وان جعلناها في مقابلة الدراهم سقطت الزكاة منها جعلناها في مقابلة الابل لما ذكرنا ولأن ذلك أحظ للفقراء، ذكر القاضي نحو هذا فقال: اذا كان النصابان زكويين جعلت الدين في مقابلة ما الحظ للمساكين في جعله في مقابلته وان كان من غير جنس الدين، وان كان أحد المالين لا زكاة فيه والآخر فيه الزكاة كرجل عليه مائتا درهم وله مثلها وعروض للقنية تساوي مائتين فقال القاضي يجعل الدين في مقابلة العروض وهذا مذهب مالك وأبي عبيد، قال أصحاب الشافعي وهو مقتضى قوله لانه مالك لمائتين زائدة عن مبلغ دينه فوجبت عليه زكاتها كما لو كان جميع ماله جنساً واحداً وهذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه انه يجعل الدين في مقابلة مايقضى عنه، فانه قال في رجل عنده ألف وعليه ألف وله عروض بألف، إن كانت العروض للتجارة زكاها، وإن كانت لغير التجارة فليس عليه شيء وهذا مذهب أبي حنيفة. ويحكى عن الليث بن سعد لأن الدين يقضى من جنسه عند التشاح فجعل الدين في مقابلته أولى كما لو كان النصابان زكويين

قال شيخنا: ويحتمل أن يحمل كلام أحمد هاهنا على ما اذا كان العرض يتعلق به حاجته الأصلية ولا فضل فيه عن حاجته فلا يلزمه صرفه في وفاء الدين لان حاجته أهم، ولذلك لم تجب الزكاة في الحلي المعدّ للاستعمال ويكون قول القاضي محمولا على من كان العرض فاضلا عن حاجته، وهذا أحسن لانه في هذه الحال مالك لنصاب فاضل عن حاجته وقضاء دينه فلزمته زكاته كما لو لم يكن عليه دين. فأما إن كان عنده نصابان زكويان وعليه دين من غير جنسهما ولا يقضي من أحدهما فانك تجعله في مقابلة ما الحظ للمساكين في جعله في مقابلته

﴿مسئلة﴾ (والكفارة كالدين في أحد الوجهين)

أربعمائة يخرج منها أربع حقاق وخمس بنات لبون جاز ، وإن احتاج الى تشقيص كزكاة المائتين لم يجز لأنه لا يمكنه ذلك الا بالتشقيص وقيل يحتمل أن يجوز على قياس قول أصحابنا يجوز أن يعتق نصفي عبدين في الكفارة وهذا غير صحيح فان الشرع لم يرد بالتشقيص في زكاة السائمة إلا من حاجة ولذلك جعل لها أوقاصا دفعا للتشقيص عن الواجب فيها ، وعدل فيها دون خمس وعشرين من الابل عن ايجاب الابل الى ايجاب الغنم ولا يجوز القول بتجويزه مع امكان العدول عنه الى ايجاب فريضة كاملة . وان وجد أحد الفريضين كاملا والآخر ناقصا لا يمكنه اخراجه الا بجبران معه مثل أن يجد في المائتين خمس بنات لبون وثلاث حقاق تعين أخذ الفريضة الكاملة لان الجبران بدل يشترط له عدم المبدل وان كانت كل واحدة تحتاج الى جبران مثل أن يجد أربع بنات لبون وثلاث حقاق فهو مخير ايهما شاء أخرج مع الجبران ان شاء أخرج بنات اللبون وحقة وأخذ بالجبران ، وان شاء أخرج الحقاق وبنت اللبون مع جبرانها فان قال خذوا مني حقة وثلاث بنات لبون مع الجبران لم يجز لانه يعدل عن الفرض مع وجوده الى الجبران ، ويحتمل الجواز لأنه لا بد من الجبران وان لم يوجد إلا حقة وأربع بنات لبون اداها وأخذ الجبران ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون مع الجبران في أصح الوجهين وان كان الفرضان معدومين أو معيبين فله العدول عنهما مع الجبران فان شاء أخرج

دين الله تعالى كالنذر والكفارة فيه وجهان : أحدهما يمنع الزكاة لانه دين يجب قضاؤه فهو كدين الآدمي وقد قال عليه السلام « دين الله أحق أن يقضى » والآخر لا يمنع لان الزكاة آكد منه لتعلقها بالعين فهي كأرش الجناية ، ويفارق دين الآدمي لتأكده وتوجه المطالبة به فان نذر الصدقة بمعين فقال لله عليّ أن أتصدق بهذه المائتي درهم اذا حال الحول . فقال ابن عقيل : يخرجها ولا زكاة عليه لأن النذر آكد لتعلقه بالعين والزكاة مختلف فيها ، ويحتمل أن تلزمه زكاتها وتجزيه الصدقة بها إلا انه ينوي الزكاة بقدرها ويكون ذلك صدقة مجزية عن الزكاة والنذر لكون الزكاة صدقة وباقيها يكون صدقة لنذره وليس بزكاة ، وان نذر الصدقة ببعضها وكان ذلك البعض قدر الزكاة أو أكثر . فعلى هذا الاحتمال يخرج المنذور وينوي الزكاة بقدرها منه ، وعلى قول ابن عقيل يحتمل أن تجب الزكاة عليه لان النذر انما تعلق بالبعض بعد وجود سبب الزكاة وتمام شرطه فلا يمنع الوجوب لكون المحل متسعاً لهما جميعاً ، وإن كان المنذور أقل من قدر الزكاة وجب قدر الزكاة ودخل النذر فيه في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجب اخراجهما جميعاً

(فصل) واذا قلنا لا يمنع الدين وجوب الزكاة في الاموال الظاهرة فحجر الحاكم عليه بعد وجوب الزكاة لم يملك اخراجها لأنه قد انقطع تصرفه في ماله وإن أقربها بعد الحجر لم يقبل اقراره وتتعلق بذمته كدين الآدمي ، ويحتمل أن تسقط اذا حجر عليه قبل امكان ادائها كما لو تلف ماله ، فان أقر الغرماء بوجوب الزكاة عليه أو ثبت ببينة أو كان قد أقربها قبل الحجر عليه وجب اخراجها من المال

أربع جذعات وأخذ ثماني شياه أو ثمانين درهما ، وان شاء دفع خمس بنات مخاض ومعها عشر شياه أو مائة درهم وان أحب أن ينقل عن الحقاق الى بنات المخاض أو عن بنات اللبون الى الجذاع لم يجزلان الحقاق وبنات اللبون منصوص عليهن في هـذا المال فلا يصعد الى الحقاق بجبران ولا ينزل الى بنات اللبون بجبران :

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن وجبت عليه حقة وليست عنده ، وعنده ابنة لبون أُخذت منه ومعها شاتان أو عشرون درهما ، ومن وجبت عليه ابنة لبون وليست عنده وعنده حقة أخذت منه وأعطى الجبران شاتين أو عشرين درهما ﴾

المذهب في هذا انه متى وجبت عليه سن وليست عنده فله أن يخرج سنا أعلى منها ويأخذ شاتين أو عشرين درهما أو سنا أنزل منها ومعها شاتين أو عشرين درهما الا ابنة مخاض ليس له أن يخرج أنزل منها لانها أدنى سن تجب في الزكاة أو جذعة ولا يخرج أعلى منها الا أن يرضى رب المال

فان تركوها فعليهم اثمها ، فان حجر الحاكم على المفلس في أمواله الزكوية فهل ينقطع حولها — يخرج على الروايتين في المال المغصوب وقد ذكرناه

(فصل) واذا جنى العبد المعد للتجارة جناية تعلق ارشها برقبته ومنع وجوب الزكاة فيه إن كان ينقص النصاب لانه دين وإن لم ينقص النصاب منع الزكاة في قدر مايقابل الارش

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الخامس مضي الحول شرط إلا في الخارج من الارض)

مضي الحول شرط لوجوب الزكاة في السائمة والأثمان وعروض التجارة لا نعلم في ذلك خلافا إلا مانذكره في المستفاد . والأصل فيه ماروى ابن ماجه باسناده عن عائشة قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » رواه ابن عمر أيضاً وأخرجه الترمذي وهو لفظ عام . فأما مايكال ويدخر من الزروع والثمار والمعدن فلا يعتبر لها حول ، والفرق بين ما اعتبر له الحول ومالا يعتبر أن ما اعتبر له الحول مرصد للنماء ، فالماشية مرصدة للدر والنسل ، وعروض التجارة مرصدة للربح ، وكذا الأثمان فاعتبر له الحول لكونه مظنة النماء ليكون إخراج الزكاة من الربح فانه أسهل وأيسر ، ولأن الزكاة انما وجبت مواساة ولم يعتبر حقيقة النماء لكثرة اختلافه وعدم ضبطه ولأن ما اعتبرت مظنته لم يلتفت الى حقيقته كالحكم مع الاسباب ، ولان الزكاة تتكرر في هذه الاموال فلا بد لها من ضابط كيلا يفضي الى تعاقب الوجوب فى الزمن الواحد فينفد مال المالك . أما الزروع والثمار فهي نماء في نفسها تتكامل عند اخراج الزكاة منها فتؤخذ الزكاة منها حينئذ ثم تعود في النقص فلا تجب فيها زكاة ثانية لعدم ارصادها للنماء ، وكذلك الخارج من المعدن مستفاد خارج من الارض فنزلة الزروع والثمار إلا انه إن كان من جنس الأثمان وجبت فيه الزكاة عند كل حول لانه مظنة

باخراجها لاجبران معها فتقبل منه والاختيار في الصعود والنزول والشياه والدراهم الى رب المال وبهذا قال النخعي والشافعي وابن المنذر واختلف فيه عن اسحق وقال الثوري يخرج شاتين أو عشرة دراهم لأن الشاة في الشرع متقومة بخمسة دراهم بدليل أن نصابها أربعون ونصاب الدراهم مائتان ،وقال أصحاب الرأي يدفع قيمة ماوجب عليه أو دون السن الواجبة وفضل مابينهما دراهم

ولنا قوله عليه السلام في الحديث الذي رويناه من طريق البخاري «ومن بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده وعنده الجذعة فانها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين،ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الا بنت لبون فانها تقبل منه بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهما ،ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ، ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده ابنة مخاض فانها تقبل منه ابنة مخاض ويعطي معها عشرين درهما أو شاتين »وهذا نص ثابت صحيح لم يلتفت الى ماسواه . اذا ثبت هذا فانه لايجوز العدول الى هذا الجبران مع وجود الاصل لأنه مشروط في الخبر بعدم الاصل ، وان أراد أن يخرج في الجبران شاة وعشرة دراهم فقال

للماء من حيث ان الاثمان قيم الاموال ورءوس مال التجارات وبها تحصل المضاربة والشركة وهي مخلوقة لذلك فكانت بأصلها وخلقتها كمال التجارة المعد لها

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا استفاد مالا فلا زكاة حتى يتم عليه الحول الا نتاج السائمة وربح التجارة فان حوله حول مثله إن كان نصابا ، وإن لم يكن نصابا فحوله من حين كمل النصاب)

وجملة ذلك ان من استفاد مالا زكويا مما يعتبر له الحول ولم يكن له مال سواه وكان المستفاد نصابا أو كان له مال من جنسه لايبلغ نصابا فبلغ بالمستفاد نصابا انعقد عليه حول الزكاة من حينئذ، فاذا تم وجبت فيه الزكاة لعموم قوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » وهذا مذهب الشافعي واسحق وأبي ثور وأصحاب الرأي لانه لم يحل الحول على نصاب فلم تجب الزكاة فيها كما لو كملت بغير سخالها ، والحكم في فصلان الابل وعجول البقر كالحكم في السخال ، وعن أحمد فيمن ملك النصاب من الغنم فكمل بالسخال احتسب الحول من حين ملك الامهات وهو قول مالك والمذهب الاول لان النصاب هو السبب فاعتبر مضي الحول على جميعه. وان كان عنده نصاب لم يخل المستفاد من ثلاثة أقسام :

أحدها أن يكون من نمائه كربح مال التجارة ونتاج السائمة فهذا يجب ضمه الى ماعنده من أصله في الحول لانعلم في ذلك خلافا الا ماحكي عن الحسن والنخعي : لا زكاة في السخال حتى يحول عليها الحول للحديث المذكور ، والاول أولى لقول عمر رضي الله عنه لساعيه : اعتد عليهم بالسخلة

القاضي لايمنع هذا كما قلنا في الكفارة فله إخراجها من جنسين لأن الشاة مقام عشرة دراهم فاذا اختار اخراجها وعشرة جاز ويحتمل المنع لأن النبي ﷺ خير بين شاتين وعشرين درهما وهذا قسم ثالث فتجويزه يخالف الخبر والله أعلم بالصواب

(فصل) فان عدم السن الواجبة والتى تليها كمن وجبت عليه جذعة فعدمها وعدم الجذعة وابنة اللبون فقال القاضي يجوز أن ينتقل الى السن الثالث مع الجبران فيخرج ابنة اللبون في الصورة الاولى ويخرج معها أربع شياه وأربعين درهما ويخرج ابنة مخاض في الثانية ويخرج معها مثل ذلك وذكر أن أحمد أومأ اليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو الخطاب لاينتقل الى سن تلي الواجب فأما إن انتقل من حقة الى بنت مخاض أو من جذعة الى بنت لبون لم يجز لأن النص ورد بالعدول الى سن واحدة فيجب الاقتصار عليها كما اقتصرنا في أخذ الشياه عن الابل على الموضع الذي ورد به النص. هذا قول ابن المنذر ووجه الاول انه قد جوز الانتقال الى السن التي تليه مع الجبران وجوز العدول عن ذلك أيضا اذا عدم مع الجبران اذا كان هو الفرض وهاهنا لو كان موجوداً أجزأ فان عدم جاز العدول الى مايليه مع الجبران والنص اذا عقله عدي وعمل بمعناه ، وعلى مقتضى هذا القول

يروح بها الراعي على يديه . والحديث مخصوص بربح التجارة لانه تبع له من جنسه أشبه زيادة القيمة في العروض وثمن العبد والجارية

القسم الثاني : أن يكون المستفاد من غير جنس النصاب فهذا له حكم نفسه لايضم الى ماعنده في حول ولا نصاب ، بل ان كان نصابا استقبل به حولا وزكاه والا فلا شيء فيه وهذا قول جمهور العلماء . وروي عن ابن مسعود وابن عباس ومعاوية ان الزكاة تجب فيه حين استفاده . قال أحمد عن غير واحد : يزكيه حين يستفيده . وعن الاوزاعي فيمن باع عبده انه يزكي الثمن حين يقع في يده إلا أن يكون له شهر يعلم فيؤخره حتى يزكيه مع ماله ، وجمهور العلماء على القول الاول منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم . قال ابن عبد البر : والخلاف في ذلك شذوذ لم يعرج عليه أحد من العلماء ولا قال به أحد من أهل الفتوى لما ذكرنا من الحديث . وقد روي عن أحمد فيمن باع دار بعشرة آلاف الى سنة اذا قبض المال يزكيه ، وهذا محمول من قوله على انه يزكيه لكونه ديناً في ذمة المشتري فيجب على البائع زكاته كسائر الديون . وقد صرح بذلك في رواية بكر بن محمد عن أبيه فقال : اذا أكرى عبداً أو داراً في سنة بألف فحصلت له الدراهم وقبضها زكاها اذا حال عليها الحول من حين قبضها ، وان كانت على المكتري فمن يوم وجبت له فيها الزكاة بمنزلة الدين اذا وجب له على صاحبه زكاه من يوم وجب له

القسم الثالث : أن يستفيد مالا من جنس نصاب عنده قد انعقد عليه حول الزكاة بسبب مستقل كن عنده أربعون من الغنم مضى عليها بعض الحول فيشتري أو يرث أو يهب مائة فهذا لايجب فيه

يجوز العدول عن الجذعة الى بنت المخاض مع ست شياه أو ستين درهما ويعدل عن ابنة المخاض الى الجذعة ويأخذ ست شياه أو ستين درهما وان أراد أن يخرج عن الاربع شياه شاتين وعشرين درهما جاز لأنهما جبرانان فهما كالكفارتين وكذلك في الجبران الذي يخرجه عن فرض المائتين من الابل

الزكاة حتى يمضي عليه حول أيضاً وبهذا قال الشافعي ، ولا يبني الوارث حوله على حول الموروث وهو أحد القولين للشافعي لانه تجديد ملك ، والقول الثاني انه يبنى على حول موروثه لأن ملكه مبني على ملك الموروث بدليل انه لو اشترى شيئاً معيباً ثم مات قام الوارث مقامه في الرد بالعيب والأول أولى .

وقال أبو حنيفة يضمها الى ماعنده في الحول فيزكيهما جميعاً عند تمام حول المال الأول الذي كان عنده إلا أن يكون عوضاً من مال مزكى . والدليل على ذلك انه مال يضم الى جنسه في النصاب فضم اليه في الحول كالنتاج ولأنه اذا ضم في النصاب وهو سبب فضمه اليه في الحول الذي هو شرط أولى ، وبيان ذلك انه لو كان عنده مائتا درهم مضى عليها بعض الحول فوهب له مائة أخرى فان الزكاة تجب فيها اذا تم حولها بغير خلاف، ولولا المائتان ماوجب فيها شيء ، فاذا ضمت الى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته ، ولأن افراده بالحول يفضي الى تشقيص الواجب في السائمة واختلاف أوقات الواجب والحاجة الى ضبط أوقات التملك ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه ووجوب القدر اليسير الذي لايتمكن من إخراجه ويتكرر ذلك وهذا حرج منفي بقوله تعالى (وماجعل عليكم في الدين من حرج) وقد اعتبر الشارع ذلك بايجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الابل وضم الأرباح والنتاج الى حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة ، فدل على انه علة لذلك فيتعدى الحكم الى محل النزاع

وقال مالك كقول أبي حنيفة في السائمة دفعاً للتشقيص في الواجب وكقولنا في الأثمان لعدم ذلك فيها

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » رواه ابن ماجه . وروى الترمذي باسناده عن ابن عمر انه قال : من استفاد مالا فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول ، ورواه مرفوعا إلا انه قال الموقوف أصح . وانما رفعه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، ولأنه مملوك أصلا فيعتبر له الحول شرطا كالمستفاد من غير الجنس . وأما الارباح والنتاج فانما ضمت الى أصلها لانها تبع لها ومتولدة منها لا لما ذكرتم ، وإن سلمنا إن علة ضمها ماذكرتم من الحرج إلا ان الحرج في الارباح يكثر ويتكرر في الأيام والساعات ويعسر ضبطها ، وكذلك النتاج وقد يوجد ولا يشعر به فالمشقة فيه أتم لكثرة تكرره بخلاف هذه الاسباب المستقلة فان الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر غالباً فلا يشق ذلك فيه وإن شق فهو دون المشقة في الاولاد والارباح فيمتنع الالحاق، وقولهم : ذلك حرج. قلنا التيسير فيما ذكرنا أكثر لان المالك يتخير بين التعجيل والتأخير وهم يلزمونه بالتعجيل ، ولا يشك بأن التخيير بين شيئين أيسر من تعيين أحدهما ، لانه

اذا أخرج عن خمس بنات لبون خمس بنات مخاض أو مكان أربع حقاق أربع جذعات جاز أن يخرج بعض الجبران دراهم وبعضها شياها. ومتى وجد سناً تلي الواجب لا يجوز العدول الى سن لا تليه لأن الانتقال عن السن التي تليه الى السن الاخرى بدل ولا يجوز مع امكان الأصل فان عدم الحقة وابنة اللبون ووجد

حينئذ يختار أيسرهما عليه ، وأما ضمه اليه في النصاب فلأن النصاب معتبر لحصول الغنى وقد حصل الغنى بالنصاب الاول ، والحول معتبر لاستنماء المال ليحصل أداء الزكاة من الربح ، ولا يحصل ذلك بمرور الحول على أصله فوجب أن يعتبر له الحول

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ملك نصابا صغاراً انعقد عليه الحول من حين ملكه وعنه لا ينعقد حتى يبلغ سناً يجزي مثله في الزكاة) .

الرواية الاولى هي المشهورة في المذهب لعموم قوله عليه السلام « في خمس من الابل شاة » ولأن السخال تعد مع غيرها فتعد منفردة كالامهات .

والرواية الثانية : لا ينعقد عليه الحول حتى يبلغ سنا يجزي مثله في الزكاة وهو قول أبي حنيفة ، وحكي عن الشعبي لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في السخال زكاة » ولأن السن معنى يتغير به الفرض فكان لنقصانه تأثير في الزكاة كالعدد ، والأولى أولى ، والحديث يرويه جابر الجعفي وهو ضعيف عن الشعبي مرسلا ثم يمكن حمله على أنه لا يجب فيها قبل حولان الحول والعدد تزيد الزكاة بزيادته بخلاف السن ، فاذا قلنا بالرواية الثانية وماتت الامهات كلها إلا واحدة لم ينقطع الحول ، وان ماتت كلها انقطع ، وقال ابن عقيل اذا كانت السخال لا تأكل المرعى بل تشرب اللبن احتمل أن لا تجب فيها الزكاة لعدم تحقق السوم فيها واحتمل أن تجب لانها تبع للأمهات كما تتبعها في الحول

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى نقص النصاب في بعض الحول أو باعه أو أبدله بغير جنسه انقطع الحول)

وجود النصاب في جميع الحول شرط لوجوب الزكاة فان نقص الحول نقصا يسيراً ، فقال أبو بكر ثبت أن نقص الحول ساعة أو ساعتين معفو عنه ، وقال شيخنا في كتاب الكافي: ان نتجت واحدة ثم هلكت واحدة لم ينقطع الحول ، وإن خرج بعضها وهلكت الأخرى قبل خروج بقيتها انقطع الحول لانه لا يثبت لها حكم الوجود في الزكاة حتى يخرج جميعها وقال القاضي إن كان النتاج والموت حصلا في وقت واحد لم تسقط الزكاة لأن النصاب لم ينقص وإن تقدم الموت النتاج سقطت الزكاة وظاهر قولها أنه لا يعفى عن النقص في الحول وان كان يسيراً لعموم قوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ويحتمل ان يحمل كلام أبي بكر على أنه أراد النقص في طرف الحول فيكون كنقص النصاب حبة أو حبتين والله أعلم . وقال بعض أصحابنا: ان نقص الحول أقل من يوم لا يؤثر لانه يسير أشبه الحبة والحبتين ، وظاهر الحديث يقتضي التأثير وهو أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ومتى باع النصاب في أثناء الحول أو أبدله بغير جنسه انقطع حول الزكاة واستأنف له

الجذعة وابنة المخاض وكان الواجب الحقة لم يجز العدول الى بنت المخاض وان كان الواجب ابنة لبون لم يجز اخراج الجذعة والله أعلم

حولا لما ذكرنا من الحديث ولا نعلم في ذلك خلافا إلا أن يبدل ذهبا بفضة أوفضة بذهب فانه مبني على الروايتين في ضم أحدهما الى الآخر احداهما يضم لانهما كالجنس الواحد إذ هما أروش الجنايات وقيم المتلفات فهما كالمال الواحد فعلى هذا لاينقطع الحول :

والرواية الثانية لا يضم أحدهما الى الآخر لانهما جنسان في باب الربا فلم يضم أحدهما الى الآخر كالتمر والزبيب فعلى هذا ينقطع الحول ، ولايبني أحدهما على حول الآخر كالجنسين من الماشية

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يقصد بذلك الفرار من الزكاة عند قرب وجوبها فلا تسقط)

وكذا لو أتلف جزءاً من النصاب لينقص النصاب فتسقط عنه الزكاة لم تسقط وتؤخذ منه في آخر الحول ، وهذا قول مالك والاوزاعي وابن الماجشون وإسحق وأبي عبيد ، وقال أبوحنيفة والشافعي تسقط عنه الزكاة لانه نقص قبل تمام حوله فلم تجب فيه الزكاة كما لو أتلفه لحاجته .

ولنا قوله عز وجل (إنا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة ـ الى قوله ـ فأصبحت كالصريم) فعاقبهم الله تعالى بذلك لفرارهم من الصدقة ولأنه قصد اسقاط نصيب من انعقد سبب استحقاقه فلم يسقط كما لو طلق امرأته في مرض موته ولانه لما قصد قصداً فاسداً اقتضت الحكمة عقوبته بنقيض قصده كمن قتل موروثه لاستعجال ميراثه عاقبه الشرع بالحرمان . أما اذا أتلفه لحاجة فلم يقصد قصداً فاسداً وانما يؤثر ذلك اذا كان عند قرب الوجوب لانه حينئذ مظنة الفرار فان فعل ذلك في أول الحول لم تجب الزكاة لكونه ليس بمظنة للفرار وقيل تجب لما ذكرنا .

(فصل) وإذا قلنا لا تسقط الزكاة وحال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع دون الموجود لانه الذي وجبت الزكاة بسببه ولولاه لم يجب في هذه زكاة .

(فصل) واذا باع النصاب فانقطع الحول ثم وجد بالثاني عيبا فرده استأنف حولا لزوال ملكه بالبيع قل الزمان أو كثر وان حال الحول على النصاب المشترى وجبت فيه الزكاة فان وجد به عيبا قبل اخراج زكاته فله الرد سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة لان الزكاة لاتتعلق بالعين بمعنى استحقاق الفقراء جزءاً منه بل بمعنى تعلق حقهم به كتعلق الارش بالجاني فعلى هذا يرد النصاب وعليه إخراج زكاته من مال آخر فان أخرج الزكاة منه ثم أراد رده انبنى على المعيب اذا حدث به عيب آخر عند المشتري هل له رده؟ على روايتين ومتى رده فعليه عوض الشاة المخرجة تحتسب عليه بحصتها من الثمن والقول قول المشتري في قيمتها مع يمينه لانه غارم اذا لم يكن بينة ، وفيه وجه أن القول قول البائع لانه يغرم ثمن المبيع فرده والأول أصح لأن الغارم لثمن الشاة المدعاة هو المشتري فان أخرج الزكاة من غير النصاب فله الرد وجها واحدا .

(فصل) فان كان النصاب كله مراضا وفريضته معدومة فله أن يعدل إلى السن السفلى مع دفع الجبران وليس له أن يصعد مع أخذ الجبران لان الجبران أكثر من الفضل الذي بين الفرضين وقد يكون الجبران جبراً من الاصل فان قيمة الصحيحتين أكثر من قيمة المريضتين وكذلك قيمة ما بينهما فاذا كان كذلك لم يجز في الصعود وجاز في النزول لأنه متطوع بشيء من ماله ورب المال يقبل

(فصل) وان كان البيع بالخيار انقطع الحول في ظاهر المذهب سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أولهما لان ظاهر المذهب أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك عقيب العقد ولا يقف على انقضاء الخيار فعلى هذا اذا رد المبيع على البائع استقبل به حولا، وعن أحمد لا ينتقل الملك حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك ان كان الخيار للبائع وان كان المشتري خرج عن البائع ولم يدخل في ملك المشتري، وعن الشافعي ثلاثة أقوال قولان كالروايتين وقول ثالث أنه موقوف فان فسخاه تبينا أنه لم ينتقل والا تبينا أنه انتقل.

ولنا أنه بيع صحيح فانتقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار وهكذا الحكم لو فسخا البيع في المجلس بخيارهما لانه لا يمنع نقل الملك فهو كخيار الشرط. ولو مضى الحول في مدة الخيار ثم فسخا البيع كانت زكاته على المشتري لانه ملكه، وان قلنا بالرواية الاخرى لم ينقطع الحول ببيعه لأن ملك البائع لم يزل عنه ولو حال عليه الحول في مدة الخيار كانت زكاته على البائع، فان أخرجها من غيره فالبيع بحاله وان اخرجها منه بطل البيع في المخرج وهل يبطل في الباقي؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وان لم يخرجها حتى سلمت الي المشتري وانقضت مدة الخيار لزم البيع فيه وكان عليه الاخراج من غيره كما لو باع ما وجبت فيه الزكاة، ولو اشترى عبداً فهل هلال شوال ففطرته على المشتري وان كان في مدة الخيار على الصحيح، وعلى الرواية الاخرى يكون في مدة الخيار على البائع.

(فصل) فان كان البيع فاسداً لم ينقطع به الحول وبني على حوله الاول لانه لا ينقل الملك الا أن يقبضه المشتري ويتعذر رده فيصير كالمغصوب على ما مضى.

(فصل) ويجوز التصرف في النصاب الذي وجبت فيه الزكاة بالبيع وأنواع التصرفات وليس للساعي فسخ البيع، وقال أبو حنيفة يصح الا أنه اذا امتنع من أداء الزكاة نقض البيع في قدرها وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لاننا اذا قلنا إن الزكاة تتعلق بالعين فقد باع ما لا يملكه، وان قلنا تتعلق بالذمة فقدر الزكاة مرتهن بها وبيع الرهن لا يجوز.

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها متفق عليه، ومفهومه صحة بيعها اذا بدأ صلاحها وهو عام فيما تجب فيه الزكاة وغيره، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد والعنب حتى يسود وهما مما تجب الزكاة فيه، ولان الزكاة ان وجبت في الذمة لم تمنع صحة بيع النصاب كما لو باع ماله وعليه دين لآدمي وان تعلقت بالعين فهو تعلق لا يمنع التصرف في جزء من النصاب فلم يمنع بيع جميعه

منه الفضل ولا يجوز للساعي أن يعطي الفضل من المساكين فان كان المخرج ولي اليتيم لم يجز له أيضا النزول لانه لايجوز أن يعطي الفضل من مال اليتيم فيتعين شراء الفرض من غير المال اه

(فصل) ولا يدخل الجبران في غير الابل لأن النص فيها ورد وليس غيرها في معناها لانها أكثر قيمة ، ولأن الغنم لاتختلف فريضتها باختلاف سنها وما بين الفريضتين في البقر يخالف ما بين

كأرش الجناية وقولهم: باع مالايملكه لايصح فان الملك لم يثبت للفقراء في النصاب بدليل أن له أداء الزكاة من غيره بغير رضاهم وليس برهن فان أحكام الرهن غير ثابتة فيه فعلى هذا اذا تصرف في النصاب ثم أخرج الزكاة من غيره والا كلف اخراجها وتحصيلها ان لم تكن عنده فان عجز بقيت في ذمته كسائر الديون ، ويحتمل أن يفسخ البيع في قدر الزكاة ههنا وتؤخذ من النصاب ويرجع البائع عليه بقدرها لأن على الفقراء ضرراً في إتمام البيع وتفويتاً لحقوقهم فوجب فسخه لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » وهذا أصح .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أبدله بنصاب من جنسه بني على حوله)

ويتخرج أن ينقطع اذا باع نصابا للزكاة مما يعتبر له الحول بجنسه كالابل بالابل والذهب بالذهب لم ينقطع الحول ، ويبنى حول الثاني على حول الاول وبهذا قال مالك، ويتخرج أن ينقطع الحول ويستأنف الحول من حين الشراء وهذا مذهب الشافعي لقوله عليه السلام « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ولأنه أصل بنفسه فلم يبن على حول غيره كالو اختلف الجنسان ، ووافقنا أبوحنيفة في الأثمان ووافق الشافعي فيماسواها لأن الزكاة إنما وجبت في الأثمان لكونها ثمنا وهذا المعنى يشمله بخلاف غيرها

ولنا أنه نصاب يضم اليه نماؤه في الحول فبني حول بدله من جنسه على حوله كالعروض والحديث مخصوص بالنماء والعروض والنتاج فنقيس عليه محل النزاع والجنسان لايضم أحدهما إلى الآخر مع وجودهما فاولى أن لايبنى حول أحدهما على الآخر .

(فصل) قال أحمد بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يكون عنده غنم سائمة فيبيعها بضعفها من الغنم أعليه أن يزكيها كلها أم يعطي زكاة الاصل ؟ قال بل يزكيها كلها على حديث عمر في السخلة يروح بها الراعي لان نماها معها (قلت) فان كانت للتجارة ؟ قال يزكيها كلها على حديث حماس . فأما ان باع النصاب بدون النصاب انقطع الحول ، وان كان عنده مائتان فباعها بمائة فعليه زكاة مائة وحدها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا تم الحول وجبت الزكاة في عين المال وعنه تجب في الذمة)

الزكاة تجب في عين المال اذا تم الحول في احدى الروايتين عن أحمد واحد قولي الشافعي وهذه الرواية هي الظاهرة عند أكثر الأصحاب لقول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة - وقوله - فيما سقت السماء العشر » وغير ذلك من الالفاظ الواردة بحرف في وهي للظرفية، وإنما جاز الاخراج من غير النصاب رخصة .

الفريضتين في الابل فامتنع القياس ، فمن عدم فريضة البقر أو الغنم ووجد دونها لم يجز له اخراجها ، فان وجد أعلى منها فأحب أن يدفعها متطوعا بغير جبر ازقبلت منه، وإن لم يفعل كلف شراءها من غير ماله

(فصل) قال الأثرم قلت لابي عبد الله رحمه الله تفسير الاوقاص ما بين الفريضتين قلت له

والرواية الثانية : أنها تجب في الذمة وهو القول الثاني للشافعي واختيار الخرقي لان اخراجها من غير النصاب جائز فلم تكن واجبة فيه كزكاة الفطر ولانها لو وجبت فيه لامتنع المالك من التصرف فيه ولتمكن المستحقون من الزامه أداء الزكاة من عينه أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيه ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط كسقوط ارش الجناية بتلف الجاني ، وفائدة الخلاف فيما اذا كان له نصاب فحال عليه حولان لم يؤد زكاتها وسنذكره ان شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعتبر في وجوبها مكان الاداء)

الزكاة تجب بحولان الحول وان لم يتمكن من الاداء ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو شرط وهو قول مالك ، حتى لو أتلف الماشية بعد الحول قبل امكان الاداء فلا زكاة عليه اذا لم يقصد الفرار من الزكاة لانها عبادة، فاشترط لوجوبها مكان الأداء كسائر العبادات.

ولنا قول النبي ﷺ « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » فمفهومه وجوبها عليه اذا حال الحول ولانه لو لم يتمكن من الاداء حتى حال عليه حولان وجبت زكاة الحولين ، ولا يجوز وجوب فرضين في نصاب واحد في حال واحدة وقياسهم ينقلب عليهم فيقال عبادة فلا يشترط لوجوبها امكان الأداء كسائر العبادات فان الصوم يجب على الحائض والمريض والعاجز عن أدائه ، والصلاة تجب على المغمى عليه والنائم ومن أدرك من أول الوقت جزءاً ثم جن أو حاضت المرأة، ثم الفرق بينهما أن تلك العبادات بدنية يكلف فعلها ببدنه فاسقطها تعذر فعلها ؛ وهذه عبادة مالية يمكن ثبوت الشركة للمساكين في ماله والوجوب في ذمته مع عجزه عن الآداء كثبوت الديون في ذمة المفلس وتعلقها بماله بجنايته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تسقط بتلف المال وعنه أنها تسقط اذا لم يفرط)

المشهور عن أحمد أن الزكاة لاتسقط بتلف المال سواء فرط أو لم يفرط وحكى عنه الميموني أنه ان أتلف النصاب قبل التمكن من الأداء سقطت الزكاة وان تلف بعده لم تسقط ، وحكاه ابن المنذر مذهباً لاحمد وهو قول الشافعي والحسن بن صالح واسحق وأبي ثور وابن المنذر وبه قال مالك الا في الماشية فانه قال لاشيء فيها حتى يجيء المصدق فان هلكت قبل مجيئه فلا شيء عليه وقال أبو حنيفة تسقط الزكاة بتلف النصاب على كل حال الا أن يكون الامام قد طالبه بها فمنعه لانه تلف قبل محل الاستحقاق فسقطت الزكاة كما لو تلفت الثمرة قبل الجذاذ ولانه تعلق بالعين فسقط بتلفها كارش الجناية في العبد الجاني ، ومن اشترط التمكن قال هذه عبادة يتعلق وجوبها بالمال فيسقط فرضها بتلفه قبل إمكان آدائها كالحج ، ومن نصر الاول قال مال وجب في الذمة فلم يسقط بتلف النصاب كالدين

كانه مابين الثلاثين الى الاربعين في البقر وما أشبه هـذا؟ قال نعم والسبق مادون الفريضة قلت له كأنه مادون الثلاثين من البقر ومادون الفريضة فقال نعم وقال الشعبي السبق مابين الفريضتين أيضا قال أصحابنا الزكاة تتعلق بالنصاب دون الوقص ومعناه انه اذا كان عنده أكثر من الفريضة مثل

أو فلم يشترط في ضمانه امكان الاداء كثمن المبيع ، فأما الثمرة فلا تجب زكاتها في الذمة حتى تحرز لانها في حكم غير المقبوض ولهذا لو تلفت كانت من ضمان البائع على مادل عليه الخبر ، واذا قلنا بوجوب الزكاة في العين فليس هو بمعنى استحقاق جزء منه ولهذا لايمنع التصرف فيه والحج لايجب حتى يتمكن من الاداء فاذا وجب لم يسقط بتلف المال بخلاف الزكاة فان التمكن ليس بشرط لوجوبها على ماقدمنا قال شيخنا والصحيح ان شاء الله أن الزكاة تسقط بتلف المال اذا لم يفرط في الاداء لانها تجب على سبيل المواساة فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال وفقر من تجب عليه ولانه حق يتعلق بالعين فيسقط بتلفها من غير تفريط كالوديعة والتفريط ان يمكنه اخراجها فلا يخرجها فان لم يتمكن من اخراجها فليس بمفرط سواء كان لعدم المستحق أو لبعد المال أو لكون الفرض لايوجد في المال ولايجد مايشتري او كان في طلب الشراء ونحو ذلك، وإن قلنا بوجوبها بعد التلف فأمكنه أداؤها أداها وإلا أمهل إلى ميسرته وتمكنه من أدائها من غير مضرة عليه ، لانه إذا لزم انظاره بدين الادمي المعين فهذا أولى فان تلف الزائد عن النصاب في السائمة لم يسقط شيء من الزكاة لانها تتعلق بالنصاب دون العفو :

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا مضى حولان على نصاب لم يؤد زكاتها فعليه زكاة واحدة ان قلنا تجب فى العين وزكاتان ان قلنا تجب في الذمة الا ماكان زكاته الغنم من الابل فان فيه لكل حول زكاة)

إذا كان عنده أربعون شاة مضى عليها ثلاثة أحول لم يؤد زكاتها فعليه شاة واحدة ، ان قلنا تجب فى العين لان الزكاة تعلقت في الحول الاول من النصاب بقدرها فلم تجب فيه فيما بعده زكاة لنقصه عن النصاب وهذا هو المنصوص عن أحمد في رواية جماعة فانه قال في رواية محمد بن الحكم اذا كانت الغنم أربعين فلم يأته المصدق عامين فاذا أخذ المصدق شاة فليس عليه شيء فى الباقي وفيه خلاف وقال في رواية صالح إذا كان عند الرجل مائتا درهم فلم يزكها حتى حال عليها حول آخر يزكيها للعام الاول لان هذه تصير مائتين غير خمسة دراهم وقال فى رجل له الف درهم فلم يزكها سنين زكى فى أول سنة خمسة وعشرين ثم فى كل سنة بحساب مابقي وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد فان كان عنده أربعون من الغنم نتجت سخلة في كل حول وجب عليه فى كل سنة شاة لان النصاب كمل بالسخلة الحادثة فان كان نتاج السخلة بعد وجوب الزكاة عليه استؤنف الحول الثاني من حين نتجت لأنه حينئذ كمل وإن قلنا إن الزكاة تجب فى الذمة وجب عليه لكل حول زكاة ، مثل من له أربعون شاة مضى عليها ثلاثة أحوال لم يؤد زكاتها فعليه ثلاث شياه وكذلك من له مائة دينار مضى عليها ثلاثة أحوال لم يؤد زكاتها فعليه فيها سبعة دنانير ونصف لان الزكاة وجبت فى ذمته فلم تؤثر فى تنقيص

أن يكون عنده ثلاثون من الابل فالزكاة تتعلق بخمسة وعشرين دون الخمسة الزائدة عليها فعلى هذا لو وجبت الزكاة فيها وتلفت الخمس الزائدة قبل التمكن من أدائها وقلنا ان تلف النصاب قبل التمكن يسقط الزكاة لم يسقط هاهنا منها شيء لان التالف لم تتعلق الزكاة به ،وان تلف منها عشر سقط من

النصاب لكن إن لم يكن له مال آخر يؤدي الزكاة منه احتمل أن تسقط الزكاة في قدرها لان الدين يمنع وجوب الزكاة ، وقال ابن عقيل لاتسقط الزكاة بهذا الحال لأن الشيء لايسقط نفسه وقد يسقط غيره بدليل ان تغير الماء بالنجاسة في محلها لايمنع صحة طهارتها وازالتها به ويمنع إزالة نجاسة غيرها والاول أولى لان الزكاة الثانية غير الاولى .

(فصل) فأما ما كانت زكاته الغنم من الابل كما دون خمس وعشرين فان عليه لكل حول زكاة نص عليه أحمد فقال في رواية الأثرم المال غير الابل اذا أدي عن الابل لم تنقص ذلك لأن الفرض يجب من غيرها فلا يمكن تعلقه بالعين وقال الشافعي في أحد قوليه إن الزكاة تنقصه كسائر الاموال فاذا كان عنده خمس من الابل فمضى عليها أحوال فعلى قولنا يجب فيها لكل حول شاة وعلى قوله لايجب فيها الاشاة واحدة لانها نقصت بوجوب الزكاة فيها في الحول الأول عن خمسة كاملة فلم يجب فيها شيء كما لو ملك أربعا وجزءاً من بعير

ولنا أن الواجب من غير جنس النصاب فلم ينقص به النصاب كالو أداه وفارق غيره من المال ، فان الزكاة يتعلق وجوبها بعينه فتنقصه كما لو أداه من النصاب . فعلى هذا لو ملك خمساً وعشرين فحالت عليها أحوال فعليه للحول الاول بنت مخاض وعليه لكل حول بعده أربع شياه ؛ وإن بلغت قيم الشياه الواجبة أكثر من خمس من الابل

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان أكثر من نصاب فعليه زكاة جميعه لكل حول)

إن قلنا تجب في الذمة ، وإن قلنا تجب في العين نقص من زكاته لكل حول بقدر نقصه لها ، وقد ذكرنا شرح ذلك في المسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا مات من عليه الزكاة أخذت من تركته، فان كان عليه دين اقتسموا بالحصص)

اذا مات من عليه الزكاة أخذت من تركته ولم تسقط بموته ، هذا قول عطاء والحسن والزهري وقتادة ومالك والشافعي وإسحق وأبي ثور وابن المنذر . وقال الاوزاعي والليث : تؤخذ من الثلث مقدماً على الوصايا ولا يجاوز الثلث . وقال ابن سيرين والشعبي والنخعي وحماد بن أبي سليمان والبتي والثوري وأصحاب الرأي لايخرج إلا أن يوصي بها فتكون كسائر الوصايا تعتبر من الثلث ويزاحم بها أصحاب الوصايا لانها عبادة من شرطها النية فسقطت بموت من هي عليه كالصوم والصلاة

ولنا انه حق واجب تصح الوصية به فلم تسقط بالموت كدين الآدمي ، ويفارق الصوم والصلاة فانهما عبادتان بدنيتان لاتصح الوصية بهما . فعلى هذا اذا كان عليه دين وضاق ماله عن الدين

الزكاة خمسها لان الاعتبار بتلف جزء من النصاب وانما تلف منها من النصاب خمسة وأما من قال لا تأثير لتلف النصاب في اسقاط الزكاة فلا فائدة في الخلاف عنده في هذه المسئلة فيما أعلم والله تعالى أعلم

باب صدقة البقر

وهي واجبة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو ذر رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « مامن صاحب ابل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي زكاتها الا جاءت يوم القيامة أعظم ما كانت وأسمن تنطحه بقرونها وتطؤه باخفافها كلما نفدت أخراها عادت عليه أولاها حتي يقضى بين الناس» متفق عليه. وروى النسائي والترمذي عن مسروق ان النبي ﷺ بعث معاذاً الى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً ومن البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة. وروى الامام أحمد باسناده عن يحيى بن الحكم أن معاذا قال بعثني رسول الله ﷺ أصدق أهل اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا ومن كل أربعين مسنة قال فعرضوا علي أن آخذ ما بين الأربعين والخمسين وما بين الستين والسبعين وما بين الثمانين والتسعين فأبيت ذلك وقلت لهم حتى أسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقدمت فأخبرت النبي ﷺ فأمرني أن آخذ من كل ثلاثين تبيعا ومن كل أربعين مسنة ومن الستين تبيعين ومن السبعين مسنة وتبيعا ومن الثمانين مسنتين ومن التسعين ثلاثة اتباع ومن المائة مسنة وتبيعين، ومن العشرة ومائة مسنتين وتبيعا، ومن العشرين ومائة ثلاث مسنات أو أربعة أتباع ، وأمرني رسول الله ﷺ أن لا آخذ فيما بين ذلك شيئاً إلا إن بلغ مسنة أو جذعا يعني تبيعاً ، وزعم أن الاوقاص لافريضة فيها . وأما الاجماع فلا أعلم اختلافا في وجوب الزكاة في البقر . وقال أبو عبيد : لا أعلم الناس يختلفون فيه اليوم ، ولأنها أحد أصناف بهيمة الانعام فوجبت الزكاة في سائمتها كالابل والغنم

والزكاة اقتسموا ماله بالحصص كديون الآدميين اذا ضاق عنها المال ، ويحتمل أن تقدم الزكاة اذا قلنا انها تتعلق بالعين كما تقدم حق المرتهن على سائر الغرماء بثمن الرهن لتعلقه به

﴿ باب زكاة بهيمة الأنعام ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب إلا في السائمة منها)

والسائمة الراعية وقد سامت تسوم سوما اذا رعت ، وأسمتها اذا رعيتها ومنه قوله تعالى (فيه تسيمون) وذكر السائمة هاهنا احترازاً من المعلوفة والعوامل فانه لا زكاة فيها عند أكثر أهل العلم . وحكي عن مالك ان فيها الزكاة لعموم قوله عليه السلام « في كل خمس شاة » قال أحمد ليس في العوامل زكاة وأهل المدينة يرون فيها الصدقة وليس عندهم في هذا أصل

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وليس فيما دون ثلاثين من البقر سائمة صدقة ﴾

وجملة ذلك أنه لا زكاة فيما دون الثلاثين من البقر في قول جمهور العلماء . وحكي عن سعيد بن المسيب والزهري أنهما قالا : في كل خمس شاة ولأنها عدلت بالابل في الهدي والأضحية فكذلك في الزكاة

ولنا ماتقدم من الخبر ولأن نصب الزكاة انما ثبتت بالنص والتوقيف وليس فيما ذكراه نص ولا توقيف فلا يثبت ، وقياسهم فاسد فان خمساً وثلاثين من الغنم تعدل خمساً من الابل في الهدي ولا زكاة فيها ، اذا ثبت هذا فانه لا زكاة في غير السائمة من البقر في قول الجهور . وحكي عن مالك أن في العوامل والمعلوفة صدقة كقوله في الابل وقد تقدم الكلام معه ، وروي عن علي رضي الله عنه قال الراوي أحسبه عن النبي ﷺ في صدقة البقر قال : وليس في العوامل شيء . رواه أبو داود ، وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « ليس في البقر العوامل صدقة » وهذا مقيد يحمل عليه المطلق ، وروي عن علي ومعاذ وجابر أنهم قالوا : لا صدقة في البقر العوامل . ولأن صفة النماء معتبرة في الزكاة ولا يوجد إلا في السائمة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا ملك الثلاثين من البقر فأسامها أكثر السنة ففيها تبيع أو تبيعة الى تسع وثلاثين ، فاذا بلغت أربعين ففيها مسنة الى تسع وخمسين ، فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى تسع وستين ، فاذا بلغت سبعين ففيها تبيع ومسنة ، واذا زادت ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة ﴾

التبيع الذي له سنة ودخل في الثانية ، وقيل له ذلك لأنه يتبع أمه ، والمسنة التي لها سنتان وهي الثنية ولا فرض في البقر غيرهما ، وبما ذكر الخرقي هاهنا قال : أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والحسن ومالك والليث والثوري وابن الماجشون والشافعي واسحق وأبو عبيد وأبو يوسف

ولنا قوله ﷺ في حديث بهز بن حكيم « في كل سائمة في أربعين بنت لبون » قيده بالسائمة فدل على أنه لا زكاة في غيرها ، وحديثهم مطلق فيحمل على المقيد . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ « ليس في العوامل صدقة » رواه الدارقطني ، ولأن وصف النماء معتبر في الزكاة ، والمعلوفة يستغرق علفها نماءها ولأنها تعد للانتفاع دون النماء أشبهت ثياب البذلة إلا أن تكون للتجارة فيجب فيها زكاة التجارة على ما يأتي إن شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وهي التي ترعى في أكثر الحول)

متى كانت سائمة في أكثر الحول وجبت فيها الزكاة وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال الشافعي يعتبر السوم في جميع الحول لأنه شرط في الزكاة أشبه الملك وكمال النصاب ولأن العلف مسقط والسوم موجب ، فاذا اجتمعا غلب الاسقاط كما لو كان فيها سائمة ومعلوفة

ومحمد بن الحسن وأبو ثور . وقال أبو حنيفة في بعض الروايات عنه فيما زاد على الاربعين بحسابه في كل بقرة ربع عشر مسنة فراراً من جعل الوقص تسعة عشر وهو مخالف لجميع أوقاصها ، فان جميع أوقاصها عشرة عشرة

ولنا حديث يحيى بن الحكم الذي رويناه وهو صريح في محل النزاع وقول النبي ﷺ في الحديث الآخر « في كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة » يدل على أن الاعتبار بهذين العددين ولأن البقر أحد بهيمة الانعام ولا يجوز في زكاتها كسر كسائر الانواع ، ولا ينقل من فرض فيها إلى فرض بغير وقص كسائر الفروض ، ولأن هذه زيادة لا يتم بها أحد العددين فلا يجب فيها شيء كما بين الثلاثين والاربعين وما بين الستين والسبعين ومخالفة قولهم للاصول أشد من الوجوه التي ذكرناها وعلى أن أوقاص الابل والغنم مختلفة فجاز الاختلاف ههنا

(فصل) واذا رضي رب المال باعطاء المسنة عن التبيع والتبيعين عن المسنة أو أخرج أكثر منها سناً عنها جاز ولا مدخل للجبران فيها كما قدمناه في زكاة الابل

(فصل) ولا يخرج الذكر في الزكاة أصلا إلا في البقر ، فان ابن اللبون ليس بأصل انما هو بدل عن ابنة مخاض ولهذا لا يجزيء مع وجودها ، وانما يجزيء الذكر في البقر عن الثلاثين وما تكرر منها كالستين والسبعين وما تركب من الثلاثين وغيرها كالسبعين فيها تبيع ومسنة والمائة فيها مسنة وتبيعان وإن شاء أخرج مكان الذكور اناثاً لان النص ورد بهما جميعاً ، فأما الاربعون وما تكرر منها كالثمانين فلا يجزيء في فرضها إلا الأناث إلا أن يخرج عن المسنة تبيعين فيجوز ، واذا بلغت البقر مائة وعشرين اتفق الفرضان جميعاً فيخير رب المال بين اخراج ثلاث مسنات أو أربع أتبعة والواجب أحدهما أيهما شاء على ما نطق به الخبر المذكور والخيرة في الاخراج إلى رب المال كما ذكرنا في زكاة الابل ، وهذا التفصيل فيما اذا كان فيها اناث ، فان كانت كلها ذكوراً أجزأ الذكر فيها بكل حال لأن الزكاة مواساة فلا يكلف المواساة من غير ماله ، ويحتمل أنه لا يجزئه إلا اناث في الاربعينيات لأن النبي ﷺ

ولنا عموم النصوص الدالة على وجوب الزكاة في الماشية ، واسم السوم لا يزول بالعلف اليسير فلم يمنع دخولها في الاخبار ، ولانه لا يمنع خفة المؤونة أشبه السائمة في جميع الحول ، ولان العلف اليسير لا يمكن التحرز عنه ، فاعتباره في جميع الحول يفضي الى اسقاط الزكاة بالكلية لاسيما عند من يسوغ له الفرار من الزكاة فانه متى أراد إسقاط الزكاة علفها يوما فأسقطها ولأن هذا وصف معتبر في رفع الكلفة فاعتبر فيه الاكثر كالسقي بغير كلفة في الزروع والثمار . قولهم السوم شرط ممنوع بل العلف في نصف الحول فما زاد مانع ، كما ان السقي بكلفة كذلك مانع من وجوب العشر ، ولئن سلمنا انه شرط فيجوز أن يكون الشرط وجوده في أكثر الحول كالسقي بغير كلفة شرط في وجوب العشر . ويكتفي فيه بالوجود في الاكثر ، ويفارق ما اذا كان بعض النصاب معلوفا لأن النصاب سبب الوجوب

نص على المسنات فيجب اتباع مورده فيكلف شراءها ، فأذا لم تكن في ماشيته كما لو لم يجد إلا دونها في السن ، والاول أولى لاننا أخرنا الذكر في الغنم مع أنه لا مدخل له في زكاتها مع وجود الاناث ، فالبقر التي للذكر فيها مدخل أولى لأن للذكر فيها مدخلا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والجواميس كغيرها من البقر ﴾

لاخلاف في هذا نعلمه . وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على هذا، ولان الجواميس من أنواع البقر كما أن البخاتي من أنواع الابل ، فاذا اتفق في المال جواميس وصنف آخر من البقر ، أو بخاتي وعراب ، أو معز وضأن كمل نصاب أحدهما بالآخر وأخذ الفرض من أحدهما على قدر المالين على ماسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) واختلفت الرواية في بقر الوحش فروي أن فيها الزكاة اختاره أبو بكر لان اسم البقر يشملها فيدخل في مطلق الخبر ، وعنه لازكاة فيها وهي أصح وهذا قول أكثر أهل العلم لان اسم البقر عند الاطلاق لاينصرف اليها ولا يفهم منه اذ كانت لاتسمى بقراً بدون الاضافة فيقال بقر الوحش، ولان وجود نصاب منها موصوفا بصفة السوم حولا لاوجود له ولانها حيوان لايجزيء نوعه في الأضحية والهدي فلا تجب فيه الزكاة كالظباء ، ولأنها ليست من بهيمة الانعام فلا تجب فيها الزكاة كسائر الوحوش، وسر ذلك أن الزكاة انما وجبت في بهيمة الانعام دون غيرها لكثرة النماء فيها من درها ونسلها وكثرة الانتفاع بها لكثرتها وخفة مؤونتها ، وهذا المعنى يختص بها فاختصت الزكاة بها دون غيرها ، ولا تجب الزكاة في الظباء رواية واحدة لعدم تناول اسم الغنم لها

(فصل) قال أصحابنا تجب الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي سواء كانت الوحشية الفحول أو الامهات . وقال مالك وأبو حنيفة : إن كانت الامهات أهلية وجبت الزكاة فيها والا فلا لأن ولد البهيمة يتبع أمه . وقال الشافعي : لازكاة فيها لأنها متولدة من وحشي أشبه المتولد من وحشيين، واحتج أصحابنا بأنها متولدة بين ماتجب فيه الزكاة ومالا تجب فيه فوجبت فيها الزكاة كالمتولدة بين سائمة

فلا بد من وجود الشرط في جميعه ، والحول والسوم شرط الوجوب فجاز أن يعتبر الشرط في أكثره

﴿ مسئلة ﴾ وهي ثلاثة أنواع (أحدها الابل فلا زكاة فيها حتى تبلغ خمساً فتجب فيها شاة)

بدأ بذكر الابل لانها أهم لكونها أعظم النعم قيمة وأجساما وأكثر أموال العرب ، ووجوب الزكاة فيها مما أجمع عليه علماء الاسلام وصحت فيه السنة عن النبي ﷺ ، ومن أحسن ماروي فيها ماروى البخاري باسناده عن أنس بن مالك ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له كتابا لما وجهه الى البحرين : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ والتي أمر الله بها رسوله ﷺ فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها ، ومن سئل فوقها فلا يعط في أربع وعشرين فما دونها من الابل في كل خمس شاة ، فاذا بلغت خمساً وعشرين الى خمس وثلاثين

ومعلوفة ، وزعم بعضهم أن غنم مكة متولدة من الظباء والغنم وفيها الزكاة بالاتفاق ، فعلى هذا القول تضم إلى جنسها من الاهلي في وجوب الزكاة وتكمل بها نصابه وتكون كأحد أنواعه ، والقول بانتفاء الزكاة فيها أصح لأن الاصل انتفاء الوجوب، وانما ثبت بنص أو إجماع أو قياس ، ولا نصّ في هذه ولا إجماع انما هو في بهيمة الانعام من الازواج الثمانيه وليست هذه داخلة في أجناسها ولا حكمها ولا حقيقتها ولا معناها ، فان المتولد بين شيئين ينفرد باسمه وجنسه وحكمه عنهما كالبغل المتولد بين الفرس والحمار ، والسبع المتولد بين الذئب والضبع ، والعسار المتولد بين الضبعان والذئبة ، فكذلك المتولد بين الظباء والمعز ليس بمعز ولا ظبي ، ولا يتناوله نصوص الشارع ، ولا يمكن قياسه عليها لتباعد مابينهما واختلاف حكمها في كونه لايجزيء في هدي ولا أضحية ولا دية ، ولو أسلم في الغنم لم يتناوله العقد ، ولو وكل وكيلا في شراء شاة لم يدخل في الوكالة ولا يحصل منه مايحصل من الشاة من الدر وكثرة النسل ، بل الظاهر أنه لاينسل له أصلا ، فان المتولد بين ثنتين لانسل له كالبغال ، ومالا نسل له لادر فيه ، فامتنع القياس ولم يدخل في نص ولا اجماع فأيجاب الزكاة فيها تحكم بالرأي ، واذا قيل تجب الزكاة احتياطاً وتغليباً للايجاب كما أثبتنا التحريم فيها في الحرم والاحرام احتياطاً لم يصح لأن الواجبات لاتثبت احتياطاً بالشك ، ولهذا لاتجب الطهارة على من تيقنها وشك في الحدث ولا غيرها من الواجبات . وأما السوم والعلف فالاعتبار فيه بما تجب فيه الزكاة لا بأصله الذي تولد منه بدليل أنه لو علف المتولد من السائمة لم تجب زكاته ولو أسام أولاد المعلوفة لوجبت زكاتها، وقول من زعم أن غنم مكة متولدة من الغنم والظباء لايصح لأنها لو كانت كذلك لحرمت في الحرم والاحرام ووجب فيها الجزاء كسائر المتولد بين الوحشي والاهلي ، ولأنها لو كانت كذلك متولدة من جنسين لما كان لها نسل كالسبع والبغال

ففيها بنت مخاض أنثى ، فاذا بلغت ستاً وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى ، فاذا بلغت ستاً وأربعين الى ستين ففيها حقة طروقة الجمل ، فاذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة ، فاذا بلغت ستاً وسبعين الى تسعين ففيها بنتا لبون ، فاذا بلغت إحدى وتسعين الى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل ، فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة ، ومن لم يكن معه إلا أربع من الابل فليس عليه فيها صدقة إلا أن يشاء ربها ، فاذا بلغت خمساً من الابل ففيها شاة ، وتمام الحديث نذكره إن شاء الله في أبوابه . وقول الصديق التي فرض رسول الله ﷺ يعني قدر ، ومنه فرض الحاكم للمرأة بمعنى التقدير

وقول المصنف : ولا شيء فيها حتى تبلغ خمساً مجمع عليه ، وقد دل عليه قوله في هذا الحديث «ومن لم يكن معه إلا أربع من الابل فليس فيها صدقة» وقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس ذود صدقة ، فاذا بلغت خمساً ففيها شاة » وهذا مجمع عليه أيضاً ، وقد دل عليه الحديث المذكور أيضاً ،

باب صدقة الغنم

وهي واجبة بالسنة والاجماع ، أما السنة فما روى أنس في كتاب أبي بكر الذي ذكرنا أوله قال : وفي صدقة الغنم في سائمتها اذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة ، فاذا زادت على مائتين الى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه ، فأذا زادت على ثلاثمائة ففي كل مائة شاة ، واذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة إلا أن يشاري بها ، ولا يخرج في الصدقة هرمة ولا ذات عوار ، ولا تيساً إلا ماشاء المصدق ، واختار سوى هذا كثير وأجمع العلماء على وجوب الزكاة فيها

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم ﴿ وليس فيما دون أربعين من الغنم سائمة صدقة ﴾

فاذا ملك أربعين من الغنم فأسامها أكثر السنة ففيها شاة إلى عشرين ومائة ، فاذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين ، فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه وهذا كله مجمع عليه . قاله ابن المنذر إلا المعلوفة في أقل من نصف الحول على ماذكرنا من الخلاف فيه . وحكي عن معاذ رضي الله عنه أن الفرض لا يتغير بعد المائة واحدى وعشرين حتى تبلغ مائتين واثنين وأربعين ليكون مثلي مئة واحدى وعشرين ولا يثبت عنه ، وروى سعيد عن خالد بن مغيرة عن الشعبي عن معاذ قال : كان اذا بلغت الشياه مائتين لم يغيرها حتى تبلغ أربعين ومائتين فيأخذ منها ثلاث شياة ، فاذا بلغت ثلاثمائة لم يغيرها حتى تبلغ أربعين وثلاثمائة فيأخذ منها أربعاً ، ولفظ الحديث الذي ذكرناه دليل عليه والاجماع على خلاف هذاالقول دليل على فساده والشعبي لم يلق معاذاً

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ فاذا زادت ففي كل مائة شاة شاة ﴾

ظاهر هذا القول أن الفرض لا يتغير بعد المائتين وواحدة حتى يبلغ أربعمائة فيجب في كل مائة شاة ويكون الوقص ما بين المائتين وواحدة إلى أربعمائة وذلك مئة وتسعة وتسعون ، وهذا احدى الروايتين عن احمد وقول أكثر الفقهاء . وعن احمد رواية أخرى أنها اذا زادت على ثلاثمائة

وانما أوجب الشارع فيما دون خمس وعشرين من الابل الشاة لأنها لاتحتمل المواساة من جنسها لان واحدة منها كثير وايجاب شقص منها يضر بالمالك والفقير ، والاسقاط غير ممكن فعدل الى ايجاب الشاة جمعاً بين الحقوق فصارت أصلا في الوجوب لايجوز اخراج الابل مكانها

(فصل) ولا يجزي في الغنم المخرجة في الزكاة إلا الجذع من الضأن وهو ماله ستة أشهر فما زاد ، والثني من المعز وهو ماله سنة ، وكذلك شاة الجبران وأيهما أخرج أجزأه ، ولا يعتبر كونها من جنس غنمه ولا جنس غنم البلد لأن الشاة مطلقة في الخبر الذي ثبت به وجوبها ، وليس غنمه ولا غنم البلد سبباً لوجوبها فلم يتقيد بذلك كالشاة الواجبة في الفدية وتكون أنثى ولا يجزيء الذكر كالشاة الواجبة في نصاب الغنم ، ويحتمل أن تجزئه لأن النبي ﷺ أطلق الشاة ومطلق الشاة يتناول الذكر

وواحدة ففيها أربع شياه ، ثم لايتغير الفرض حتى تبلغ خمسمائة فيكون في كل مائة شاة ويكون الوقص الكبير بين ثلاثمائة وواحدة إلى خمسمائة وهو أيضاً مائة وتسعة وتسعون . وهذا اختيار أبي بكر ، وحكي عن النخعي والحسن بن صالح لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلاثمائة حداً الوقص وغاية له فيجب أن يتعقبه تغير النصاب كالمائتين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا زادت ففي كل مائة شاة » وهذا يقتضي أن لايجب في دون المائة شيء ، وفي كتاب الصدقات الذي كان عند آل عمر بن الخطاب : فاذا زادت على ثلاثمائة وواحدة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعمائة شاة ففيها أربع شياه ، وهذا نص لايجوز خلافه إلا بمثله أو أقوى منه ، وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة لا للغاية والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار ﴾

ذات العوار المعيبة وهذه الثلاث لاتؤخذ لدناءتها فان الله تعالى قال (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ولا يخرج في الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس إلا ماشاء المصدق » وقد قيل : لايؤخذ تيس الغنم وهو فحلها لفضيلته ، وكان أبو عبيد يروي الحديث إلا ماشاء المصدق ويفتح الدال يعني صاحب المال ، فعلى هذا يكون الاستثناء في الحديث راجعاً إلى التيس وحده، وذكر الخطابي ان جميع الرواة يخالفونه في هذا فيروونه المصدق بكسر الدال أي العامل وقال : التيس الذي لايؤخذ لنقصه وفساد لحمه وكونه ذكراً ، وعلى هذا لايأخذ المصدق وهو الساعي أحد هذه الثلاثة إلا أن يرى ذلك بان يكون جميع النصاب من جنسه فيكون له أن يأخذ من جنس المال فيأخذ هرمة وهي الكبيرة من الهرمات ، وذات عوار من أمثالها ، وتيساً من التيوس وقال مالك والشافعي : إن رأى المصدق أن أخذ هذه الثلاثة خير له وأنفع للفقراء فله أخذه لظاهر الاستثناء ، ولا يختلف المذهب أنه ليس له أخذ الذكر في شيء من الزكاة اذا كان في النصاب اناث في غير أتبعة البقر وابن اللبون بدلا عن بنت مخاض اذا عدمها . وقال أبوحنيفة : يجوز اخراج الذكر

والانثى وقياساً على الأضحية ، فان لم يكن له غنم لزمه شراء شاة . وقال أبو بكر يخرج عشرة دراهم قياساً على شاة الجبران

ولنا أن النبي ﷺ نص على الشاة فيجب العمل بنصه ولان هذا اخراج قيمة فلم يجز كالشاة الواجبة في نصبها ، وشاة الجبران مختصة بالبدل بالدراهم بدليل أنها لاتجوز بدلا عن الشاة الواجبة في سائمة الغنم، ولان شاة الجبران يجوز ابدالها بالدراهم مع وجودها بخلاف هذه

(فصل) وتكون الشاة المخرجة كحال الابل في الجودة والرداءة والتوسط فيخرج عن السمان سمينة وعن الهزال هزيلة ، وعن الكرام كريمة ، وعن اللئام لئيمة ، فان كانت مراضاً أخرج شاة صحيحة على قدر قيمة المال ، فيقال لو كانت الابل صحاحا كانت قيمتها مائة وقيمة الشاة خمسة

من الغنم الأناث لقوله عليه السلام « في أربعين شاة شاة » ولفظ الشاة يقع على الذكر والانثى، ولان الشاة اذا أمر بها مطلقاً اجزأ فيها الذكر كالاضحية والهدي

ولنا أنه حيوان تجب الزكاة في عينه فكانت الانوثة معتبرة في فرضه كالابل والمطلق يتقيد بالقياس على سائر النصب، والاضحية غير معتبرة بالمال بخلاف مسئلتنا، فان قيل فما فائدة تخصيص التيس بالنهي، اذاً قلنا لانه لايؤخذ عن الذكور أيضاً فلو ملك أربعين ذكراً وفيها تيس معد للضراب لم يجز أخذه، اما لفضيلته فانه لايعد للضراب إلا أفضل الغنم وأعظمها، واما لذاته لفساد لحمه، ويجوز أن يمنع من أخذه للمعنيين جميعاً، وإن كان النصاب كله ذكوراً جاز اخراج الذكر في الغنم وجهاً واحداً، وفي البقر في أصح الوجهين، وفي الابل وجهان، والفرق بين النصب الثلاثة أن النبي صلى الله عليه وسلم نص على الانثى فى فرائض الابل والبقر وأطلق الشاة الواجبة. وقال فى الأبل «من لم يجد بنت مخاض أخرج ابن لبون ذكراً» ومن حيث المعنى أن الابل يتغير فرضها بزيادة السن، فاذا جوزنا اخراج الذكر أفضى إلى التسوية بين الفريضتين لانه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين ويخرجه عن ستة وثلاثين وهذا المعنى يختص الابل، فان قيل فالبقر أيضاً يأخذ منها تبيعاً عن ثلاثين وتبيعاً عن أربعين اذا كانت أتبعة كلها، وقلنا تؤخذ الصغيرة عن الصغار، قلنا هذا لايلزم مثله في اخراج الانثى فلا فرق، ومن جوز اخراج الذكر فى الكل قال: يأخذ ابن لبون من خمس وعشرين قيمته دون قيمة ابن لبون يأخذه من ستة وثلاثين ويكون بينهما فى القيمة كما بينهما فى العدد ويكون الفرض بصفة المال، واذا اعتبرنا القيمة لم يؤد إلى التسوية كما قلنا فى الغنم

(فصل) ولا يجوز إخراج المعيبة عن الصحاح وإن كثرت قيمتها، للنهي عن أخذها ولما فيه من الاضرار بالفقراء ولهذا يستحق ردها في البيع وإن كثرت قيمتها، وإن كان في النصاب صحاح ومراض أخرج صحيحة على قدر قيمة المالين، فان كان النصاب كله مراضاً إلا مقدار الفرض فهو مخير بين إخراجه وبين شراء مريضة قليلة القيمة فيخرجها ولو كانت الصحيحة غير الفريضة بعدد

فينقص من قيمتها قدر مانقصت الابل، فان نقصت الابل خمس قيمتها وجب شاة قيمتها أربعة، وقيل تجزئه شاة تجزيء في الأضحية من غير نظر الى القيمة، وعلى القولين لايجزئه مريضة لأن المخرج من غير جنسها وليس كله مراضاً فتنزل منزلة الصحاح، والمراض لاتجزيء فيها إلا صحيحة

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخرج بعيراً لم يجزئه)

يعني اذا أخرج بعيراً عن الشاة الواجبة في الابل لم يجزه سواء كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة أولم يكن، حكي ذلك عن مالك وداود. وقال الشافعي وأصحاب الرأي: يجزيء البعير عن العشرين فما دونها ويتخرج لنا مثل ذلك اذا كان المخرج مما يجزي عن خمس وعشرين لانه يجزيء عن خمس وعشرين والعشرون داخلة فيها ولأن ما أجزأ عن الكثير أجزأ عما دونه كابنتي لبون عما دون ست وسبعين

الفريضة مثل من وجب عليه ابنتا لبون، وعنده حواران صحيحان كان عليه شراء صحيحتين فيخرجها ،وإن وجبت عليه حقتان وعنده ابنتا لبون صحيحتان خير بين إخراجهما مع الجبران و بين شراء حقتين صحيحتين على قدر قيمة المال، وإن كان عنده جذعتان صحيحتان فله اخراجها مع أخذ الجبران ، وإن كانت عليه حقتان و نصف ماله صحيح و نصفه مريض فقال ابن عقيل : له اخراج حقة صحيحة وحقة مريضة لأن النصف الذي يجب فيه احدى الحقتين مريض كله ، والصحيح في المذهب خلاف هـذا لأن في ماله صحيحاً ومريضاً فلم يملك اخراج مريضة كما لو كان نصابا واحداً ولم يتغير النصف الذي وجبت فيه الحقة في المراض ، وكذلك لو كان لشريكين لم يتعين حق أحدهما في المراض دون الآخر ، وإن كان النصاب مراضاً كله فالصحيح في المذهب جواز اخراج الفرض منه ويكون وسطاً في القيمة والاعتبار بقلة العيب وكثرته لان القيمة تأتي على ذلك وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد . وقال مالك : إن كانت كلها جرباً أخرج جرباء ، وإن كانت كلها هتماء كلف شراء صحيحة . وقال أبو بكر : لاتجزىء إلا صحيحة لأن احمد قال : لايؤخذ إلا مايجوز في الاضاحي ، وللنهي عن أخذ ذات العوار ، فعلى هذا يكلف شراء صحيحة بقدر قيمة المريضة

ولنا قوله النبي ﷺ « اياك وكرائم أموالهم » وقال « إن الله تعالى لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره » رواه أبو داود ، ولأن مبنى الزكاة على المواساة وتكليف الصحيحة عن المراض اخلال بالمواساة ، ولهذا يأخذ من الردىء من الحبوب والثمار من جنسه ويأخذ من اللئام والهزال من المواشي من جنسه كذا ههنا ، وقد ذكرنا أن الاستثناء في الحديث يدل على جواز اخراج المعيبة في بعض الاحوال أو نحمله على ماإذا كان فيه صحيح فان الغالب الصحة ، وإن كان جميع النصاب مريضاً إلا بعض الفريضة أخرج الصحيحة وتمم الفريضة من المراض على قدر المال ولا فرق في هذا بين الابل والبقر والغنم والحكم في الهرمة كالحكم في المعيبة سواء

ولنا انه أخرج غير المنصوص عليه من غير جنسه فلم يجزه كما لو أخرج البعير عن أربعين شاة، ولانها فريضة وجبت فيها شاة فلم يجز عنها البعير كنصاب الغنم، ويفارق ابنتي لبون عن الجذعة لانهما من الجنس

﴿ مسئلة ﴾ (وفي العشر شاتان ، وفي خمسة عشرة ثلاث شياه ، وفي العشرين أربع شياه)

وهذا كله مجمع عليه وثابت بسنة رسول الله ﷺ التي رويناها وغيرها

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي لها سنة)

متى بلغت الابل خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض لانعلم فيه خلافا إلا انه يحكى عن علي رضي الله عنه في خمس وعشرين خمس شياه . قال ابن المنذر: ولا يصح ذلك عنه وحكاه إجماعا ،وابنة المخاض التي لها سنة وقد دخلت في الثانية سميت بذلك لأن أمها قد حملت ، والماخض الحامل وليس كون أمها ماخضا شرطا وانما ذكر تعريفا لها بغالب حالها كتعريفه الربيبة بالحجر ، وكذلك بنت اللبون

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا الربا ولا الماخض ولا الاكولة ﴾

قال احمد : الربا التي وضعت وهي تربي ولدها يعني قريبة العهد بالولادة ، وتقول العرب في ربابها كما تقول في نفاسها . قال الشاعر :

* حنين أم البو في ربابها *

قال احمد : والماخض التي قد حان ولادها ، فان كان في بطنها ولد لم يحن ولادها فهي خلفة وهذه الثلاث لا تؤخذ لحق رب المال . قول عمر لساعيه : لاتأخذ الربا ولا الماخض ولا الاكولة ولا فحل الغنم ، وإن تطوع رب المال باخراجها جاز أخذها وله ثواب الفضل على ماذكرنا في حديث أبي ابن كعب واذا ثبت هذا، وأنه منع من أخذ الرديء من أجل الفقراء ، ومن أخذ كرائم الاموال من أجل أربابه — ثبت أن الحق في الوسط من المال . قال الزهري : اذا جاء المصدق قسم الشياه أثلاثاً : ثلث خيار ، وثلث أوساط ، وثلث شرار ، وأخذ المصدق من الوسط ، وروي نحو هذا عن عمر رضي الله عنه وقاله امامنا وذهب اليه ، والاحاديث تدل على هذا ، فروى أبو داود والنسائي باسنادهما عن سعد ابن دايم قال : كنت في غنم لي فجاءني رجلان على بعير فقالا : انا رسولا رسول الله ﷺ اليك لتؤدي الينا صدقة غنمك ، قلت : وما علي فيها ؟ قالا . شاة فاعمد إلى شاة قد عرفت مكانها ممتلئة مخضاً وشحماً فأخرجها اليهما فقالا : هذه شافع وقد نهانا رسول الله ﷺ أن نأخذ شاة شافعاً والشافع الحامل سميت بذلك لأن ولدها قد شفعها ، والمخض اللبن . وقال سويد بن غفلة : سرت أو أخبرني من سار مع مصدق رسول الله ﷺ ، فاذا في عهد رسول الله ﷺ أن لا نأخذ من راضع لبن قال فكان يأتي المياه حين ترد الغنم فيقول « أدوا صدقات أموالكم » ، قال فعمد رجل منهم إلى ناقة كوماء — وهي العظيمة السنام — فأبى أن يقبلها . رواه أبو داود والنسائي

وروى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « ثلاث من فعلهن فقد طعم طعم الايمان من

وبنت المخاض أدنى سن تؤخذ في الزكاة ، ولا تجب إلا في خمس وعشرين الى خمس وثلاثين خاصة لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (فان عدمها أجزاه ابن لبون وهو الذي له سنتان ، فان عدمه لزمه بنت مخاض)

اذا لم يكن في إبله بنت مخاض أجزاه ابن لبون ولا يجزئه مع وجودها لأن في حديث أنس « فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض الى أن تبلغ خمسا وثلاثين ، فان لم يكن فيها ابنة مخاض ففيها ابن لبون ذكر » رواه أبو داود ، وهذا مجمع عليه أيضا ، فان اشترى ابنة مخاض وأخرجها جاز لانها الأصل ، وان أراد اخراج ابن لبون بعد شرائها لم يجز لانه صار في ابله بنت مخاض ، وان لم يكن في ابله ابن لبون وأراد الشراء لزمه شراء بنت مخاض وهذا قول مالك . وقال الشافعي يجزئه شراء ابن لبون لظاهر الخبر

عبد الله وحده وأنه لا إله إلا هو ، وأعطى زكاة ماله طيبة بها نفسه رافدة عليه كل عام ، ولم يعط الهرمة ، ولا الدرنة ، ولا المريضة ، ولا الشرط اللئيمة ، ولكن من وسط أموالكم ، فان الله لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره » رافدة يعني معينة ، والدرنة الجرباء ، والشرط رذالة المال

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتعد عليهم السخلة ولا تؤخذ منهم ﴾

السخلة بفتح السين وكسرها الصغيرة من أولاد المعز

وجملته أنه متى كان عنده نصاب كامل فنتجت منه سخال في أثناء الحول وجبت الزكاة في الجميع عند تمام حول الامهات في قول أكثر أهل العلم . وحكي عن الحسن والنخعي: لا زكاة في السخال حتى يحول عليها الحول ، ولقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »

ولنا ماروي عن عمر أنه قال لساعيه : اعتد عليهم بالسخلة يروح بها الراعي على يديه ولا تأخذها منهم وهو مذهب علي ولا نعرف لهما في عصرهما مخالفا فكان اجماعا ، ولأنه نماء نصاب فيجب أن يضم اليه في الحول كأموال التجارة والخبر مخصوص بمال التجارة فنقيس عليه ، فأما إن لم يكمل النصاب إلا بالسخال احتسب الحول من حين كمل النصاب في الصحيح من المذهب وهو قول الشافعي واسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وعن احمد رواية أخرى أنه يعتبر حول الجميع من حين ملك الامهات وهو قول مالك لأن الاعتبار بحول الامهات دون السخال فيما اذا كانت نصابا وكذلك اذا لم تكن نصابا

ولنا أنه لم يحل الحول على نصاب فلم تجب الزكاة فيها كما لو كملت بغير سخالها ، أو كمال التجارة فانه لا تختلف الرواية فيه ، وإن نتجت السخال بعد الحول ضمت إلى أمهاتها في الحول الثاني وحده والحكم في فصلان الابل وعجول البقر كالحكم في السخال ، اذا ثبت هذا فان السخلة لا تؤخذ في الزكاة لما قدمنا من قول عمر ، ولما سنذكره في المسألة التي تلي هذه ولا نعلم فيه خلافا إلا أن يكون

ولنا انهما استويا في العدم فلزمته ابنة مخاض كما لو استويا في الوجود ، والحديث محمول على حال وجوده لأن ذلك للرفق به اغناء له عن الشراء ، ومع عدمه لا يستغني عن الشراء . على ان في بعض ألفاظ الحديث « فمن لم يكن عنده ابنة مخاض على وجهها وعنده ابن لبون فانه يقبل منه وليس معه شيء » فشرط في قبوله وجوده وعدمها وهذا في حديث أبي بكر ، وفي بعض الالفاظ أيضا « ومن بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليس عنده الا ابن لبون » وهذا تقييد يتعين حمل المطلق عليه . وان لم يجد الا ابنة مخاض معيبة فله الانتقال الى ابن لبون لقوله في الخبر « فمن لم يكن عنده ابنة مخاض على وجهها » ولأن وجودها كعدمها لكونها لا يجوز اخراجها فأشبه الذي لا يجد الا ماء لا يجوز الوضوء به في انتقاله الى البدل ، وان وجد ابنة مخاض أعلا من صفة الواجب لم يجزه ابن لبون

النصاب كله صغاراً فيجوز أخـذ الصغيرة في الصحيح من المذهب ، وانما يتصور ذلك بأن يبدل كباراً بصغار في أثناء الحول ، أو يكون عنـده نصاب من الكبار فتوالد نصاب من الصغار ثم تموت الامهات ويحول الحول على الصغار . وقال أبو بكر : لايؤخذ أيضاً إلا كبيرة تجزيء في الاضحيـة وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما حقنا في الجذعة أوالثنية » ولأن زيادة السن في المال لاتزيد به الواجب كذلك نقصانه لاينقص به

ولنا قول الصديق رضي الله عنه : والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونهـا إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها ، تدل على أنهم كانوا يؤدون العناق ، ولانه مال تجب فيه الزكاة من غير اعتبار قيمتـه فيجب أن يؤخذ من عينه كسائر الاموال ، والحديث محمول على مافيه كبار ، وأما زيادة السن فليست تمنع الرفق بالمالك في الموضعين كما أن مادون النصاب عفو وما فوقه عفو ، فظاهر قول أصحابنا أن الحكم في الفصلان والعجول كالحكم في السخال لما ذكرنا في الغنم ويكون التعديل بالقيمة ،مكان زيادة السن كما قلنا في اخراج الذكر من الذكور ، ويحتمل أن لايجوز اخراج الفصلان والعجول وهو قول الشافعي كيلا يفضي إلى التسوية بين الفروض ، فانه يفضي إلى اخراج ابنة المخاض عن خمس وعشرين وست وثلاثين وست وأربعين واحدى وستين ، ويخرج ابنتي اللبون عن ست وسبعين ، واحدى وتسعين ومائة وعشرين ، ويفضي الى الانتقال من ابنة اللبون الواحدة من احدى وستين إلى اثنتين في ست وسبعين مع تقارب الوقص بينهما، وبينهما في الاصل أربعون، والخبر ورد في السخال فيمتنع قياس الفصلان والعجول عليها لما بينهما من الفرق

(فصل) وإن ملك نصابا من الصغار انعقد عليه حول الزكاة من حين ملكه ، وعن احمد لا ينعقد عليه الحول حتى يبلغ سناً يجزيء مثله في الزكاة وهو قول أبي حنيفة ، وحكي ذلك عن الشعبي لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في السخال زكاة » وقال « لا تأخذ من راضع لبن » ولأن السن معنى يتغير به الفرض فكان لنقصانه تأثير في الزكاة كالعدد

لوجود بنت مخاض على وجهها ويخير بين اخراجهـا وبين شراء بنت مخاض على صفة الواجب . وقال أبو بكر : يجب عليه اخراجها بناء على قوله انه يخرج عن المراض صحيحة حكاه عنه ابن عقيل والاول أولى لان الزكاة وجبت على وجه المساواة وكانت من جنس المخرج عنه كزكاة الحبوب

(فصل) ولا يجبر نقص الذكورية بزيادة سن في غير هذا الموضع فلا يجزئه أن يخرج عن بنت لبون حقا ، ولا عن الحقة جذعا مع وجودها ولا عدمها . وقال القاضي وابن عقيل : يجوز ذلك عند العدم كابن لبون عن بنت مخاض

ولنا انه لا نص فيهما ولا يصح قياسهما على ابن لبون مكان بنت مخاض لان زيادة سن ابن لبون على بنت مخاض يمتنع بها من صغار السباع ويرعى الشجر بنفسه ويرد الماء ولا يوجد هذا في الحق

ولنا أن السخال تعد مع غيرها فتعد منفردة كالامهات والخبر يرويه جابر الجعفي وهو ضعيف عن الشعبي مرسلا ، ثم هو محمول على أنه لاتجب فيها قبل حول الحول ، والعدد تزيد الزكاة بزيادته بخلاف السن ، فاذا قلنا بهذه الرواية فاذا ماتت الامهات الا واحدة لم ينقطع الحول ، وإن ماتت كلها انقطع الحول

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويؤخذ من المعز الثني ومن الضان الجذع)

وجملته أنه لايجزي في صدقة الغنم إلا الجذع من الضأن وهو ماله ستة أشهر والثني من المعز وهو ماله سنة ، فان تطوع المالك بأفضل منها في السن جاز فان كان الفرض في النصاب أخذه وإن كان كله فوق الفرض خير المالك بين دفع واحدة منه وبين شراء الفرض فيخرجه وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة في احدى الروايتين عنه لايجزي الا الثنية منهما جميعا لانهما نوعا جنس، فكان الفرض منهما واحداً كأنواع الابل والبقر وقال مالك تجزي الجذعة منهما لذلك ولقول النبي النبي ﷺ « انما حقنا في الجذعة والثنية »

ولنا على جواز اخراج الجذعة من الضان مع هذا الخبر قول سعد بن دليم أتاني رجلان على بعير فقالا : انا رسولا رسول الله ﷺ اليك لتؤدي صدقة غنمك قلت ، وأي شيء تأخذان قالا : عناق جذعة أو ثنية . أخرجه أبو داود

ولنا ماروى مالك عن سويد بن غفلة قال: أتانا مصدق رسول الله ﷺ وقال أمرنا أن نأخذ الجذعة من الضان والثنية من المعز وهذا صريح وفيه بيان المطلق في الحديثين قبله ، ولأن جذعة الضان تجزىء في الاضحية بخلاف جذعة المعز بدليل قول النبي ﷺ لابي بردة بن دينار في جذعة المعز « تجزئك ولا تجزىء عن أحد بعدك » قال ابراهيم الحربي . انما أجزأ الجذع من الضأن لانه يلقح ، والمعز لايلقح الا اذا كان ثنيا

مع بنت لبون لانهما يشتركان في هذا فلم يبق الا مجرد زيادة السن فلم يقابل الانوثية ، ولان تخصيصه في الحديث بالذكر دون غيره يدل على اختصاصه بالحكم بدليل الخطاب

﴿ مسئلة ﴾ (وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وهي التي لها ثلاث سنين وفي احدى وستين جذعة وهي التي لها أربع سنين ، وفي ست وسبعين ابنتا لبون ، وفي احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين)

وهذا كله مجمع عليه ، والخبر الذي رويناه يدل عليه ، وبنت اللبون التي تمت لها سنتان ودخلت في الثالثة سميت بذلك لان أمها قد وضعت فهي ذات لبن ، والحقة التي لها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة سميت بذلك لأنها قد استحقت أن يطرقها الفحل واستحقت أن يحمل عليها وتركب ، والجذعة التي لها أربع سنين ودخلت في الخامسة وقيل لها ذلك لانها تجذع اذا سقطت سنها ، وهي أعلا سن

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ فان كانت عشرين ضأنا وعشرين معزاً أخذ من أحدهما مايكون قيمته نصف شاة ضأن ونصف معز ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في ضم أنواع الاجناس بعضها الى بعض في ايجاب الزكاة. وقال ابن المنذر : أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على ضم الضأن الى المعز ، اذا ثبت هذا فانه يخرج الزكاة من أي الانواع أحب سواء دعت الحاجة الى ذلك بأن يكون الواجب واحداً أو لا يكون أحد النوعين موجبا لواحد أولم يدع بأن يكون كل واحد من النوعين يجب فيه فريضة كاملة . وقال عكرمة ومالك واسحق : يخرج من أكثر العددين ، فان استويا أخرج من أيهما شاء . وقال الشافعي : القياس أن يؤخذ من كل نوع مايخصه . اختاره ابن المنذر لانها أنواع تجب فيها الزكاة فتجب زكاة كل نوع منه كأنواع الثمرة والحبوب

ولنا أنهما نوعا جنس من الماشية فجاز الاخراج من أيهما شاء كما لو استوى العددان وكالسمان والمهازيل ، وما ذكره الشافعي يفضي إلى تشقيص الفرض وقد عدل إلى غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من أجله فالعدول إلى النوع أولى ، فاذا ثبت هذا فانه يخرج من أحد النوعين ماقيمته كقيمة المخرج من النوعين ، فاذا كان النوعان سواء وقيمة المخرج من أحدهما اثنا عشر ، وقيمة المخرج من الآخر خمسة عشر ، أخرج من أحدهما ماقيمته ثلاثة عشر ونصف ، وإن كان الثلث معزاً والثلثان ضأنا أخرج ماقيمته أربعة عشر ، وإن كان الثلث ضأنا والثلثان معزاً أخرج ماقيمته ثلاثة ، وهكذا لو كان في ابله عشر بخاتي وعشر مهرية وعشر عرابية ، وقيمة ابنة المخاض البختية ثلاثون ، وقيمة المهرية أربعة وعشرون ، وقيمة العرابية اثنا عشر ، أخرج ابنة مخاض قيمتها ثلث قيمة ابنة مخاض بختية وهو عشرة ، وثلث قيمة مهرية ثمانية ، وثلث قيمة اعرابية أربعة فصار الجميع اثنين وعشرين

تجب في الزكاة ، وان رضي رب المال أن يخرج مكانها ثنية جاز وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة سميت بذلك لانها قد ألقت ثنيتها ، وهذا المذكور في الاسنان ذكره أبو عبيد حكاية عن الاصمعي وأبي زيد الانصاري وأبي زياد الكلابي وغيرهم

﴿ مسألة ﴾ (فاذا زادت على عشرين ومائة واحدة ففيها ثلاث بنات لبون ثم في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة)

اذا زادت الابل على عشرين ومائة واحدة ففيها ثلاث بنات لبون كما ذكر في أظهر الروايتين وهذا مذهب الاوزاعي والشافعي واسحق ، وفيه رواية ثانية لايتغير الفرض الى ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وبنتا لبون وهذا مذهب محمد بن اسحق وأبي عبيد واحدى الروايتين عن مالك لان الفرض لايتغير بزيادة الواحدة بدليل سائر الفروض

وهذا الحكم في أنواع البقر ، وكذلك الحكم في السمان مع المهازيل ، والكرام مع اللئام ، فأما الصحاح مع المراض ، والذكور مع الاناث ، والكبار مع الصغار ، فيتعين عليه صحيحة وكبيرة أنثى على قدر قيمة المالين إلا أن يتطوع رب المال بالفضل وقد ذكر هذا

(فصل) فان أخرج عن النصاب من غير نوعه مما ليس في ماله منه شيء ففيه وجهان (أحدهما) يجزيء لأنه أخرج عنه من جنسه فجاز كما لو كان المال نوعين فأخرج من أحدهما عنهما (والثاني) لايجزيء لأنه أخرج من غير نوع ماله أشبه مالو أخرج من غير الجنس ، وفارق ماإذا أخرج من أحد نوعي ماله لأنه جاز فراراً من تشقيص الفرض وقد جوز الشارع الاخراج من غير الجنس في قليل الابل وشاة الجبران لذلك بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وان اختلط جماعة في خمس من الابل أو ثلاثين من البقر أو أربعين من الغنم وكان مرعاهم ومسرحهم ومبيتهم ومحلبهم وفحلهم واحداً أخذت منهم الصدقة ﴾

وجملته أن الخلطة في السائمة تجعل مال الرجلين كمال الرجل الواحد في الزكاة سواء كانت خلطة أعيان وهي أن تكون الماشية مشتركة بينهما لكل واحد منهما نصيب مشاع مثل أن يرثا نصابا أو يشترياه أو يوهب لهما فيبقياه بحاله أو خلطة أوصاف ، وهي أن يكون مال كل واحد منهما مميزاً فخلطاه واشتركا في الاوصاف التي نذكرها وسواء تساويا في الشركة أو اختلفا مثل أن يكون لرجل شاة ، ولآخر تسعة وثلاثون ، أو يكون لأربعين رجلا أربعون شاة لكل واحد منهم شاة ، نص عليهما احمد وهذا قول عطاء والاوزاعي والشافعي والليث واسحق . وقال مالك : انما تؤثر الخلطة اذا كان لكل واحد من الشركاء نصاب ، وحكي ذلك عن الثوري وأبي ثور واختاره ابن المنذر . وقال أبو حنيفة . لاأثر لها بحال لأن ملك كل واحد دون النصاب فلم يجب عليه زكاة كما لو لم يختلط بغيره ، ولأبي حنيفة فيما اذا اختلطا في نصابين أن كل واحد منهما يملك أربعين من الغنم فوجبت عليه شاة لقوله عليه السلام « في أربعين شاة شاة »

ولنا قول النبي ﷺ « فاذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون » والواحدة زيادة وقد جاء مصرحا به في حديث الصدقات الذي كتبه رسول الله ﷺ وكان عند آل عمر بن الخطاب رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن . وقال ابن عبد البر : هو أحسن شيء روي في أحاديث الصدقات فان فيه « فاذا كانت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون » وهذا صريح لايجوز العدول عنه ولان سائر ماجعله النبي ﷺ غاية للفرض اذا زاد عليه واحدة تغير الفرض ، كذا هذا قولهم ان الفرض لايتغير بزيادة الواحدة ، قلنا هذا ماتغير بالواحدة وحدها بل تغير بها مع ماقبلها فهي كالواحدة الزائدة على التسعين والستين وغيرها . وقال ابن مسعود والنخعي

ولنا ماروى البخاري في حديث أنس الذي ذكرنا أوله « لا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » وما كان من خليطين ، فانهما يتراجعان بينهما بالسوية ، ولا يجيء التراجع إلا على قولنا في خلطة الاوصاف . وقوله : لايجمع بين متفرق ، انما يكون هذا اذا كان لجماعة ، فان الواحد يضم ماله بعضه الى بعض وإن كان في أماكن وهذا لايفرق بين مجتمع ، ولأن للخلطة تأثيراً في تخفيف المؤنة فجاز أن تؤثر في الزكاة كالسوم والسقي ، وقياسهم مع مخالفة النص غير مسموع

اذا ثبت هذا فان خلطة الاوصاف يعتبر فيها اشتراكهم في خمسة أوصاف، المسرح والمبيت والمحلب والمشرب والفحل . قال احمد : الخليطان أن يكون راعيهما واحداً ، ومراحهما واحداً ، وشربهما واحداً ، وقد ذكر احمد في كلامه شرطا سادسا وهو الراعي . قال الخرقي : وكان مرعاهم ومسرحهم واحداً ، فيحتمل أنه أراد بالمرعى الراعي ليكون موافقا لقول احمد ولكون المرعى هو المسرح : قال ابن حامد : المرعى والمسرح شرط واحد ، وانما ذكر احمد المسرح ليكون فيه راع واحد والاصل في هذا ماروى الدارقطني في سننه باسناده عن سعد بن ابي وقاص قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لايجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي » وروي الرعي ، وبنحو من هذا قال الشافعي وقال بعض أصحاب مالك : لا يعتبر في الخلطة الا شرطان : الراعي والمرعى لقوله عليه السلام « لايفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق » والاجتماع يحصل بذلك ويسمى خلطة فاكتفي به

ولنا قوله ﷺ « والخليطان مااجتمعا في الحوض والراعي والفحل » فان قيل فلم اعتبرتم زيادة على هذا ؟ قلنا هذا تنبيه على بقية الشرائط والغاء لما ذكروه ، ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف تأثيراً فاعتبر كالمرعى . اذا ثبت هذا فالمبيت معروف وهو المراح الذي تروح اليه الماشية ، قال الله تعالى (حين تريحون وحين تسرحون) والمسرح والمرعى واحد وهو الذي ترعى فيه الماشيـة يقال سرحت الغنم اذا مضت الى المرعى ، وسرحتها انا بالتخفيف والتثقيل ومنه قوله تعالى (وحين تسرحون)

والثوري وأبو حنيفة :اذا زادت الابل على عشرين ومائة استؤنفت الفريضة في كل خمس شاة الى خمس وأربعين ومائة فيكون فيها حقتـان وبنت مخاض الى خمسين ومائة ففيهـا ثلاث حقاق ، ويستأنف الفريضة فى كل خمس شاة لمـا روي ان النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا ذكر فيه الصدقات والديات وذكر فيه مثل هذا . ولنـا ان في حديثي الصدقات الذي كتبه أبو بكر لأنس والذي كان عند آل عمر بن الخطاب مثل مذهبنا وهما صحيحان

وأما كتاب عمرو بن حزم فقـد اختلف في صفته فرواه الأثرم في سننه مثل مذهبنا والأخذ بذلك أولى لموافقته الاحاديث الصحيحة مع موافقته القياس فان المال اذا وجب فيه من جنسه لم يجب من غير جنسه كسائر بهيمة الانعام ، وانما وجبت في الابتداء من غير جنسه لانه ما احتمل المواساة

والمحلب الموضع الذي تحلب فيه الماشية يشترط أن يكون واحداً ولا يفرد كل واحد منهما لحلب ماشيته موضعا ، وليس المراد منه خلط اللبن في اناء واحد لأن هذا ليس بمرفق ، بل مشقة لما فيه من الحاجة الى قسمة اللبن ، ومعنى كون الفحل واحداً أن لاتكون فحولة أحد المالين لاتطرق غيره ، وكذلك الراعي هو أن لايكون لكل مال راع ينفرد برعايته دون الآخر . ويشترط أن يكون المختلطان من أهل الزكاة فان كان أحدهما ذميا أو مكاتبا لم يعتد بخلطته ولا تشترط نية الخلطة وحكي عن القاضي أنه اشترطها

ولنا قوله عليه السلام « والخليطان مااجتمعا في الحوض والراعي والفحل » ولان النية لاتؤثر في الخلطة فلا تؤثر في حكمها ، ولان المقصود بالخلطة من الارتفاق يحصل بدونها فلم يتغير وجودها معه كما لاتتغير نية السوم في الاسامة ولا نية السقي في الزرع والثمار ولا نية مضي الحول فيما يشترط الحول فيه

(فصل) فان كان بعض مال الرجل مختلطاً وبعضه منفرداً أو مختلطاً مع مال لرجل آخر . فقال أصحابنا : يصير ماله كله كالمختلط بشرط أن يكون مال الخلطة نصابا ، فان كان دون النصاب لم يثبت حكمها ، فلو كان لرجل ستون شاة منها عشرون مختلطة مع عشرين لرجل آخر وجب عليهما شاة واحدة ربعها على صاحب العشرين وباقيها على صاحب الستين لأ ننا لما ضممنا ملك صاحب الستين صار صاحب العشرين كالمخالط لستين فيكون الجميع ثمانين عليها شاة بالحصص ، ولو كان لصاحب الستين ثلاثة خلطاء كل واحد منهم بعشرين بعشرين وجب على الجميع شاة نصفها على صاحب الستين ونصفها على الخلطاء على كل واحد منهم سدس شاة ، ولو كان رجلان لكل واحد منهما ستون فخالط كل واحد منهما صاحبه بعشرين فقط وجب عليهما شاة واحدة بينهما نصفين ، فان اختلطا في أقل من ذلك لم يثبت لهما حكم الخلطة ووجب على كل واحد منهما شاة كاملة ، وإن اختلطا في أربعين لواحد منهما عشرة وللآخر ثلاثون ثبت لهما حكم الخلطة لوجودها في نصاب كامل

من جنسه فعدلنا الى غير الجنس ضرورة وقد زال بكثرة المال وزيادته ولانه عندهم ينتقل من بنت مخاض الى حقة بزيادة خمس من الابل وهي زيادة يسيرة لاتقتضي الانتقال الى حقة ، فانا لم ننتقل في محل الوفاق من بنت مخاض الى حقة الا بزيادة إحدى وعشرين ، فان زادت على عشرين ومائة جزءاً من بعير لم يتغير الفرض اجماعا لأن في بعض الروايات فاذا زادت واحدة وهذا يقيد مطلق الزيادة في الرواية الأخرى ولان سائر الفروض لايتغير بزيادة جزء كذا هذا . وعلى كلتا الروايتين متى بلغت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ، وفي مائة وأربعين حقتان وبنت لبون ، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق ، وفي مائة وستين أربع بنات لبون ، ثم كلما زادت على ذلك عشراً أبدلت بنت لبون بحقة ، ففي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون ، وفي مائة وثمانين حقتان وابنتا لبون ، وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون

(فصل) ويعتبر اختلاطهم في جميع الحول، وإن ثبت لهم حكم الانفراد في بعضه زكوا زكاة المنفردين وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال مالك : لا يعتبر اختلاطهم في أول الحول لقول النبي ﷺ «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع » يعني في وقت أخذ الزكاة

ولنا أن هذا مال ثبت له حكم الانفراد فكانت زكاته زكاة المنفرد كما لو انفرد في آخر الحول والحديث محمول على المجتمع في جميع الحول . اذا تقرر هذا فمتى كان لرجلين ثمانون شاة بينهما نصفين وكانا منفردين فاختلطا في أثناء الحول فعلى كل واحد منهما عند تمام حوله شاة ، وفيما بعد ذلك من السنين يزكيان زكاة الخلطة ، وإن اتفق حولاهما أخرجا شاة عند تمام حول على كل واحد منهما نصفها وإن اختلف حولاهما فعلى الأول منهما عند تمام حوله نصف شاة ، فاذا تم حول الثاني فان كان الأول أخرجها من غير المال فعلى الثاني نصف شاة أيضاً ، وإن أخرجها من النصاب نظرت ، فان أخرج الشاة جميعها عن ملكه فعلى الثاني أربعون جزءاً من تسعة وسبعين جزءاً من شاة، وإن أخرج نصف شاة فعلى الثاني أربعون جزءاً من تسعة وسبعين ونصف جزء من شاة

(فصل) وإن ثبت لأحدهما حكم الانفراد دون صاحبه ويتصور ذلك بأن يملك رجلان نصابين فيخلطاهما ثم يبيع أحدهما نصيبه أجنبياً ، أو يكون لأحدهما نصاب منفرد فيشتري آخر نصابا ويخلطه به في الحال ، اذا قلنا اليسير معفو عنه فانه لابدّ أن تكون عقيب ملكها منفردة في جزء، وإن قل أو يكون لأحدهما نصاب وللآخر دون النصاب فاختلطا في أثناء الحول ، فاذا تم حول الاول فعليه شاة ، فاذا تم حول الثاني فعليه زكاة الخلطة على التفصيل الذي ذكرناه ، ويزكيان فيما بعد ذلك زكاة الخلطة كلما تم حول أحدهما فعليه من زكاة الجميع بقدر ماله منه ، فاذا كان المالان جميعاً ثمانين شاة فأخرج الاول منها شاة زكاة الاربعين التي يملكها فعلى الثاني أربعون جزءاً من تسعة وسبعين جزءاً ، فان أخرج الشاة كلها من ملكه وحال الحول الثاني فعلى الاول نصف شاة زكاة خلطة فان اخرجه وحده فعلى الثاني تسعة وثلاثون جزءاً من سبعة وسبعين جزءاً ونصف جزء من شاة وإن توالدت شيئا حسب معها

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا بلغت مائتين اتفق الفرضان ، فان شاء أخرج أربع حقاق، وان شاء خمس بنات لبون ، والمنصوص انه يخرج الحقاق)

اذا بلغت إبله مائتين اجتمع الفرضان لأن فيها أربع خمسينات وخمس أربعينات فيجب عليه أربع حقاق أو خمس بنات لبون أي الفرضين شاء أخرج لوجود المقتضي لكل واحد منهما ، وان كان أحدهما أفضل من الاخر ، ومنصوص أحمد رحمه الله أنه يخرج الحقاق وذلك محمول على أن عليه أربع حقاق بصفة التخيير اللهم إلا أن يكون المخرج ولي يتيم أو مجنون فليس له أن يخرج من ماله الا أدنى الفرضين ، وقال الشافعي الخيرة الى الساعي ، ومقتضى قوله إن رب المال إذا أخرج لزمه اخراج أعلا الفرضين ، واحتج بقول الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأنه وجد سبب الفرضين

(فصل) وإن كان بينهما ثمانون شاة مختلطة مضى عليها بعض الحول فتبايعاها باع كل واحد منهما غنمه صاحبه مختلطة وبعثاها على الخلطة لم يقطع حولهما ولم تزل خلطتهما وكذلك لو باع بعض غنمه من غير إفراد قبل المبيع أو كثر، فأما إن أفردها ثم تبايعاها ثم خلطاها وتطاول زمن الافراد بطل حكم الخلطة، وإن خلطاها عقيب البيع ففيه وجهان (أحدهما) لاينقطع لأن هذا زمن يسير يعفى (والثاني) ينقطع لأن الانفراد قد وجد في بعض الحول فيزكيان زكاة المنفردين، وان أفرد كل واحد منهما نصف نصاب وتبايعاه لم ينقطع حكم الخلطة لأن ملك الانسان يضم بعضه الى بعض فكأن الثمانين مختلطة بحالها، كذلك إن تبايعا أقل من النصف، وان تبايعا أكثر من النصف منفرداً بطل حكم الخلطة لأن من شرطها كونها في نصاب، فمتى بقيت فيما دون النصاب صارا منفردين. وقال القاضي تبطل الخلطة في جميع هذه المسائل في المبيع ويصير منفرداً، وهذا مذهب الشافعي لان عنده أن المبيع بجنسه ينقطع حكم الحول فيه فتنقطع الخلطة ضرورة انقطاع الحول. وسنبين ان شاء الله أن حكم الحول لاينقطع في وجوب الزكاة فلا تنقطع الخلطة لأن الزكاة انما تجب في المشترى ببنائه على حول المبيع فيجب أن يبنى عليه في الصفة التي كان عليها

فأما إن كان مال كل واحد منهما منفرداً فخلطاه ثم تبايعاه فعليهما في الحول زكاة الانفراد لأن الزكاة تجب فيه ببنائه على حول الاول وهو منفرد فيه، ولو كان لرجل نصاب منفرد فباعه بنصاب مختلط زكى كل واحد منهما زكاة الانفراد لأن الزكاة في الثاني تجب ببنائه على الاول فهما كالمال الواحد الذي حصل الانفراد في أحد طرفيه، فان كان لكل واحد منهما أربعون مختلطة مع مال آخر فتبايعاها وبعثاها مختلطة لم يبطل حكم الخلطة، وان اشترى أحدهما بالاربعين المختلطة أربعين منفردة وخلطها في الحال احتمل أن يزكي زكاة الخلطة لأنه يبني حولها على حول مختلطة، وزمن الانفراد يسير فعفي عنه، واحتمل أن يزكي زكاة المنفرد لوجود الانفراد في بعض الحول

(فصل) وان كان لرجل أربعون شاة ومضى عليها بعض الحول فباع بعضها مشاعا في بعض الحول

فكانت الخيرة الى المستحق أو نائبه كقتل العمد الموجب للقصاص أو الدية.

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب الصدقات الذي كان عند آل عمر بن الخطاب «فاذا كانت مائتان ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون أي الشيئين وجدت أخذت» وهذا نص لا يعرج معه على مايخالفه ولانها زكاة ثبت فيها الخيار فكان ذلك لرب المال، كالخيرة في الجبران بين الشياه والدراهم وبين النزول والصعود والآية لاتتناول مانحن فيه لانه انما يأخذ الفرض بصفة المال بدليل أنه يأخذ من الكرام كريمة ومن غيرها من الوسط فلايكون خبيثاً ولأن الادنى ليس بخبيث وكذلك لولم يكن يوجد إلا سبب وجوبه وجب إخراجه، وقياسنا أولى من قياسهم، لأن قياس الزكاة على مثلها أولى من قياسها على الديات، فان كان أحد الفرضين في ماله دون الآخر فهو مخير بين اخراجه

فقال أبو بكر : ينقطع الحول ويستأنفان حولا من حين البيع لأن النصف المشترى قد انقطع الحول فيه فكأنه لم يجز في حول الزكاة أصلا فلزم انقطاع الحول في الآخر . وقال ابن حامد : لاينقطع الحول فيما بقي للبائع لأن حدوث الخلطة لايمنع ابتداء الحول فلا يمنع استدامته ، ولانه لو خالط غيره في جميع الحول وجبت الزكاة ، فاذا خالط في بعضه نفسه وفي بعضه غيره كان أولى بالايجاب ، وانما بطل حول المبيعة لانتقال الملك فيها والا فهذه العشرون لم تزل مخالطة لمال جار في الزكاة ، وهكذا الحكم فيما اذا علم على بعضها وباعه مختلطا ، فأما ان أفرد بعضها وباعه فخالطه المشتري في الحال بغنم الاول . فقال ابن حامد : ينقطع الحول لثبوت حكم الانفراد في البعض . وقال القاضي : يحتمل أن يكون كما لو باعها مخالطة لأن هذا زمن يسير وهذا الحكم فيما اذا كانت الاربعون لرجلين فباع أحدهما نصيبه أجنبيا ، فعلى هذا اذا تم حول الاول فعليه نصف شاة ، ثم اذا تم حول الثاني نظرنا في البائع فان كان أخرج الزكاة من غير المال فلا شيء على المشتري لأن النصاب نقص في بعض الحول الا أن يكون الفقير مخالطا لهما بالنصف الذي صار له فلا ينقص النصاب اذاً ويخرج الثاني نصف شاة وان كان الاول أخرج الزكاة من غير المال وقلنا الزكاة تتعلق بالذمة وجب على المشتري نصف شاة وان قلنا تتعلق بالعين فقال القاضي : يجب نصف شاة أيضاً لان تعلق الزكاة بالعين لابمعنى أن الفقراء ملكوا جزءاً من النصاب ، بل بمعنى أنه تعلق حقهم به كتعلق ارش الجناية بالجاني فلم يمنع وجوب الزكاة . وقال أبو الخطاب لاشيء على المشتري لان تعلق الزكاة بالعين نقص النصاب وهذا الصحيح فان فائدة قولنا الزكاة تتعلق بالعين انما تظهر في منع الزكاة ، وقد ذكره القاضي في غير هذا الموضع ، وعلى قياس هذا لو كان لرجلين نصاب خلطة فباع أحدهما خليطه في بعض الحول فهي عكس المسألة الاولى في الصورة ومثلها في المعنى لانه كان في الاول خليط نفسه ثم صار خليط أجنبي وههنا كان خليط أجنبي ثم صار خليط نفسه ومثله لو كان رجلان متوارثان لهما نصاب خلطة فمات أحدهما في بعض الحول فورثه صاحبه على قياس قول أبي بكر لايجب عليه شيء حتى يتم الحول على المالين

وشراء الآخر ، ولايتعين عليه اخراج الموجود لان الزكاة لاتجب من عين المال ، وقال القاضي يتعين عليه اخراج الموجود وهو بعيد لما ذكرنا الا أن يكون أراد اذا عجز عن شراء الاخر .

(فصل) فان أراد إخراج الفرض من نوعين نظرنا فان لم نحتج الى تشقيص كزكاة الثلاثمائة يخرج عنها حقتين وخمس بنات لبون جاز ، وهذا مذهب الشافعي وان احتاج الى تشقيص كزكاة المائتين لم يجز لانه لايمكن من غير تشقيص ، وقيل يحتمل أن يجوز على قياس قول أصحابنا في جواز عتق نصف عبدين في الكفارة وهذا غير صحيح فان الشرع لم يرد بالتشقيص في زكاة السائمة الا من حاجة ولذلك جعل لها أوقاصاً دفعاً للتشقيص عن الواجب فيها وعدل فيما دون خمس وعشرين من الابل عن الجنس الي الغنم فلا يجوز القول بجوازه مع امكان العدول عنه الى فريضة كاملة وان وجد

من حين ملكه لهما الا أن يكون أحدهما بمفرده يبلغ نصابا ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب الزكاة في النصف الذي كان له خاصة

(فصل) اذا استأجر أجيراً يرعى له بشاة معينة من النصاب فحال الحول ولم يفردها فهما خليطان تجب عليهما زكاة الخلطة وان أفردها قبل الحول فلا شيء عليهما لنقصان النصاب ، وان استأجره بشاة موصوفة في الذمة صح أيضاً ، فاذا حال الحول وليس له مايقتضيه غير النصاب انبنى على الدين هل يمنع الزكاة في الاموال الظاهرة ؟ وسنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتراجعوا فيما بينهم بالحصص ﴾

قد ذكرنا أن الخلطاء تؤخذ الصدقة من أموالهم كما تؤخذ من مال الواحد فظاهر كلام احمد أن الساعي يأخذ الفرض من مال أي الخليطين شاء سواء دعت الحاجة الى ذلك بأن تكون الفريضة عيناً واحدة لايمكن أخذها من المالين جميعا أو لايجد فرضهما جميعا الا في أحد المالين مثل أن يكون مال أحدهما صحاحا كباراً ومال خليطه صغاراً أو مراضا فانه تجب صحيحة كبيرة ، أو لم تدع الحاجة الى ذلك بأن يجد فرض كل واحد من المالين فيه . قال أحمد : انما يجيء المصدق فيجد الماشية فيصدقها ليس يجيء فيقول : أي شيء لك ؟ وانما يصدق مايجده والخليط قد ينفع وقد يضر . قال الهيثم ابن خارجة لابي عبدالله : أنا رأيت مسكينا كان له في غنم شاتان فجاء المصدق فأخذ احداهما والوجه في ذلك قول النبي ﷺ « ماكان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية » وقوله « لايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » وهما خشيتان : خشية رب المال من زيادة الصدقة ، وخشية الساعي من نقصانها ، فليس لأرباب الاموال أن يجمعوا أموالهم المتفرقة التي كان الواجب في كل واحد منها شاة ليقل الواجب فيها ، ولا أن يفرقوا أموالهم المجتمعة التي كان فيها باجتماعها فرض ليسقط عنها بتفرقتها. وليس للساعي أن يفرق بين الخلطاء لتكثر الزكاة، ولا أن يجمعها اذا كانت متفرقة لتجب الزكاة ، ولأن المالين قد صارا كالمال الواحد في وجوب الزكاة فكذلك في اخراجها

أحد الفرضين كاملا والآخر ناقصا لايمكنه اخراجه الا بجبران معه مثل أن يجد في المائتين خمس بنات لبون وثلاث حقاق تعين أخذ الفريضة الكاملة لان الجبران بدل لايجوز مع المبدل وان كان كل واحد يحتاج الى جبران ، مثل أن يجد أربع بنات لبون وثلاث حقاق فهو مخير أيها شاء أخرج بنات اللبون وحقة وأخذ الجبران ، وان شاء أخرج الحقاق وبنت اللبون مع جبرانها ، فان قال خذوا مني حقة وثلاث بنات لبون مع الجبران لم يجز لانه لايعدل عن الفرض مع وجوده إلى الجبران ويحتمل الجواز لكونه لابد من الجبران ، وان لم يجد الاحقة وأربع بنات لبون أداها وأخذ الجبران ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون وحقة مع الجبران في أصح الوجهين ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين وان كان الفرضان معدومين أومعيبين فله العدول عنهما مع الجبران فان شاء أخرج أربع جذعات وأخذ

ومتى أخذ الساعي الفرض من مال أحدهما رجع على خليطه بقدر قيمة حصته من الفرض ، فاذا كان لأحدهما ثلث المال وللآخر ثلثاه فأخذ الفرض من مال صاحب الثلث رجع بثلثي قيمة المخرج على صاحبه وان أخذه من الآخر رجع على صاحب الثلث بثلث قيمة المخرج والقول قول المرجوع عليه مع يمينه اذا اختلفا وعدمت البينة لانه غارم فكان القول قوله كالغاصب اذا اختلفا في قيمة المغصوب بعد تلفه

(فصل) اذا أخذ الساعي أكثر من الفرض بغير تأويل مثل أن يأخذ شاتين مكان شاة أو يأخذ جذعة مكان حقة لم يكن للمأخوذ منه الرجوع إلا بقدر الواجب ، وإن كان بتأويل سائغ مثل أن يأخذ الصحيحة عن المراض والكبيرة عن الصغار فانه يرجع بالحصة منها لأن ذلك الى اجتهاد الامام فاذا أداه اجتهاده الى أخذه وجب دفعه اليه وصار بمنزلة الفرض الواجب ، وكذلك اذا أخذ القيمة رجع بما يخص شريكه منها لأنه بتأويل

(فصل) اذا ملك رجل أربعين شاة في المحرم وأربعين في صفر وأربعين في ربيع فعليه في الاول عند تمام حوله شاة فاذا تم حول الثاني فعلى وجهين أحدهما لازكاة فيه لأن الجميع ملك واحد فلم يزد فرضه على شاة واحدة كما لو اتفقت أحواله ، والثاني فيه الزكاة لأن الاول استقل بشاة فيجب الزكاة في الثاني وهي نصف شاة لاختلاطها بالاربعين الاولى من حين ملكها ، واذا تم حول الثالث فعلى وجهين أحدهما لازكاة فيه والثاني فيه الزكاة وهو ثلث شاة لانه ملكه مختلطاً بالثمانين المتقدمة وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثالثا وهو انه يجب في الثاني شاة كاملة ، وفي الثالث شاة كاملة لأنه نصاب كامل وجبت الزكاة فيه بنفسه فوجبت فيه شاة كاملة كما لو انفرد وهذا ضعيف لانه لو كان المالك للثاني والثالث أجنبيين ملكاهما مختلطين لم يكن عليهما الا زكاة خلطة فاذا كان لمالك الاول كان أولى فان ضم بعض ماله الى بعض أولى من ضم ملك الخليط الى خليط وان ملك في الشهر الثاني مايغير الفرض مثل أن ملك مائة شاة فعليه عند تمام حوله شاة ثانية على الوجه الاول وكذلك الثالث لاننا نجعل ملكه في الايجاب كملكه للكل في حال واحدة فتصير كأنه ملك

ثماني شياه أو ثمانين درهما وان شاء دفع خمس بنات مخاض ومعها عشر شياه أو مائة درهم ، وان أحب أن ينتقل عن الحقاق الى بنات المخاض أوعن بنات اللبون الى الجذع لم يجز لان الحقاق وبنات اللبون منصوص عليهن في هذا المال فلا يصعد الى الحقاق بجبران ولا ينزل الى بنات اللبون بجبران

﴿ مسئلة ﴾ (وليس فيما بين الفريضتين شيء)

مابين الفريضتين يسمى الاوقاص ولاشيء فيها لعفو الشارع عنها ، قال الأثرم قلت لابي عبدالله الاوقاص كمابين الثلاثين الى الاربعين في البقر وما أشبه هذا ؟ قال نعم. والشنق مادون الفريضة قلت له كأنه مادون الثلاثين من البقر ؟ قال نعم ، وقال الشعبي الشنق مابين الفريضتين أيضا ، قال أصحابنا والزكاة تتعلق بالنصاب دون الوقص ، ومعناه أنه اذا كان عنده ثلاثون من الابل فالزكاة تتعلق

مائتين وأربعين فيجب عليه ثلاث شياه عند تمام حول كل مال شاة وعلى الوجه الثاني يجب عليه في الشهر الثاني حصة من فرض المالين معا وهو شاة وثلاثة أسباع شاة لانه لو ملك المالين دفعة واحدة كان عليه فيهما شاتان حصة المائة منها خمسة أسباعهما وهو شاة وثلاثة أسباع شاة وعليه في الثالث شاة وربع لانه لو ملك الجميع دفعة واحدة وهو مائتان وأربعون شاة لكان عليه ثلاث شياه حصة الثالث منهن ربعهن وسدسهن وهو شاة وربع ولو كان المالك للاموال الثلاثة ثلاثة أشخاص وملك الثاني سائمته مختلطة بسائمة الاول ثم ملك الثالث سائمته مختلطة بغنمهما لكان الواجب في الثاني والثالث كالواجب على المالك في الوجه الثاني لاغير

(فصل) فان ملك عشرين من الابل في المحرم وخمسا في صفر فعليه في العشرين عند تمام حولها أربع شياه وفي الخمس عند تمام حولها خمس بنات مخاض على الوجهين الاولين وعلى الوجه الثالث عليه شاة . وان ملك في المحرم خمسا وعشرين وفي صفر خمسا فعليه في الاول عند تمام حوله بنت مخاض ولا شيء عليه في الخمس في الوجه الاول وعلى الثاني عليه سدس بنت مخاض وعلى الثالث عليه فيها شاة فان ملك مع ذلك في ربيع شيئا ففي الوجه الاول عليه فى الاول عند تمام حوله بنت مخاض ولا شيء عليه في الخمس حتى يتم حول الست فيجب فيها ربع بنت لبون ونصف تسعها وفى الوجه الثاني عليه فى الخمس سدس بنت مخاض اذا تم حولها وفي الست سدس بنت لبون عند تمام حولها وفي الوجه الثالث عليه في الخمس الثانية شاة عند تمام حولها وفي الست شاة عند تمام حولها

(فصل) فان كانت سائمة الرجل فى بلدان شتى وبينهما مسافة لاتقصر فيها الصلاة أو كانت مجتمعة ضم بعضها الى بعض وكانت زكاتها كزكاة المختلطة بغير خلاف نعلمه، وان كان بين البلدان مسافة القصر فعن أحمد فيه روايتان إحداهما أن لكل مال حكم نفسه يعتبر على حدته إن كان نصابا ففيه الزكاة والا فلا ولا يضم الى المال الذي فى البلد الاخر نص عليه قال ابن المنذر لاأعلم هذا القول عن غير أحمد واحتج بظاهر قوله عليه السلام «لايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية

بخمس وعشرين دون الخمسة الزائدة فعلى هذا لو وجبت الزكاة فيها وتلفت الخمسة قبل التمكن من أدائها ، وقلنا إن تلف المال قبل التمكن يسقط الزكاة لم يسقط ههنا منها شيء لان التالف لم تتعلق الزكاة به ، وان تلف منها عشر سقط من الزكاة خمسها لان الاعتبار بتلف جزء من النصاب وانما تلف من النصاب خمسة ، وأما من قال : لاتأثير لتلف النصاب في اسقاط الزكاة فلا فائدة في الخلاف عنده في هذه المسئلة فيما أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وجبت عليه سن فعدمها أخرج سنا أسفل منها ومعها شاتان أو عشرون درهما وإن شاء أخرج أعلى منها وأخذ مثل ذلك من الساعي)

هذا هو المذهب الا أنه لايجوز أن يخرج أدنى من ابنة مخاض لانها أدنى سن تجب في الزكاة

الصدقة » وهذا مفرق فلا يجمع ، ولانه لما أثر اجتماع مالين لرجلين في كونهما كالمال الواحد يجب أن يؤثر افتراق مال الرجل الواحد حتى يجعله كالمالين ، والرواية الثانية قال فيمن له مائة شاة في بلدان متفرقة لا يأخذ المصدق منها شيئا لانه لايجمع بين متفرق ، وصاحبها اذا ضبط ذلك وعرفه أخرج هو بنفسه يضعها في الفقراء ، روي هذا عن الميموني وحنبل ، وهذا يدل على أن زكاتها تجب مع اختلاف البلدان إلا أن الساعي لا يأخذها لكونه لايجد نصابا كاملا مجتمعا ولا يعلم حقيقة الحال فيها ، فاما المالك العالم بملكه نصابا كاملا فعليه أداء الزكاة ، وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب سائر الفقهاء. قال مالك أحسن ماسمعت فيمن كان له غنم على راعيين متفرقين ببلدان شتى أن ذلك يجمع على صاحبه فيؤدي صدقته وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله عليه السلام « في أربعين شاة شاة » ولانه ملك واحد أشبه مالو كان في بلدان متقاربة أو غير السائمة ونحمل كلام أحمد في الرواية الاولى على أن المصدق لايأخذها ، وأما رب المال فيخرج فعلى هذا يخرج الفرض في أحد البلدين لانه موضع حاجة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن اختلطوا في غير هذا أخذ من كل واحد منهم على انفراده إذا كان مايخصه تجب فيه الزكاة ﴾

ومعناه أنهم اذا اختلطوا في غير السائمة ، كالذهب والفضة وعروض التجارة والزروع والثمار لم تؤثر خلطتهم شيئا وكان حكمهم حكم المنفردين ، وهذا قول أكثر أهل العلم وعن أحمد رواية أخرى أن شركة الاعيان تؤثر في غير الماشية فاذا كان بينهم نصاب يشتركون فيه فعليهم الزكاة وهذا قول اسحق والاوزاعي في الحب والثمر والمذهب الاول ، قال أبو عبدالله : الاوزاعي يقول في الزرع اذا كانوا شركاء فخرج لهم خمسة أوسق يقول فيه الزكاة قاسه على الغنم ولا يعجبني قول الاوزاعي. وأما خلطة الاوصاف فلا مدخل لها في غير الماشية بحال ، لان الاختلاط لايحصل ؛ وخرج القاضي وجها آخر أنها تؤثر لان المؤونة تخف اذا كان الملقح واحداً والصعاد والناطور والجرين . وكذلك أموال

ولايخرج أعلى من الجذعة الا أن يرضى رب المال باخراجها بغير جبران فيقبل منه ، والاختيار في الصعود والنزول والشياه والدراهم إلى رب المال ، وبهذا قال النخعي والشافعي وابن المنذر واختلف فيه عن إسحق ، وقال الثوري يخرج شاتين أو عشرة دراهم لان الشاة مقومة في الشرع بخمسة دراهم بدليل أن نصابها أربعون ، ونصاب الدراهم مائتان ، وقال أصحاب الرأي يدفع قيمة ماوجب عليه أو دون السن الواجبة وفضل مابينهما دراهم .

ولنا أن في حديث الصدقات الذي كتبه أبوبكر لانس أنه قال : ومن بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهما ، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده وعنده الجذعة فانها تقبل منه الجذعة

التجارة والدكان واحد والمخزن والميزان والبائع فأشبه الماشية ، ومذهب الشافعي على نحو مما حكينا من مذهبنا والصحيح أن الخلطة لاتؤثر في غير الماشية لقول النبي ﷺ « والخليطان ما اشتركا في الحوض والفحل والراعي » فدل على أن مالم يوجد فيه ذلك لايكون خلطة مؤثرة وقول النبي ﷺ « لايجمع بين متفرق خشية الصدقة » إنما يكون في الماشية لان الزكاة تقل بجمعها تارة وتكثر أخرى وسائر الاموال تجب فيها فيما زاد على النصاب بحسابه فلا أثر لجمعها ، ولان الخلطة فى الماشية تؤثر في النفع تارة وفي الضرر أخرى ، ولو اعتبرناها في غير الماشية أثرت ضرراً محضاً برب المال فلا يجوز اعتبارها . اذا ثبت هذا فان كان لجماعة وقف أو حائط مشترك بينهم فيه ثمرة أو زرع فلا زكاة عليهم الا أن يحصل في يد بعضهم نصاب كامل فيجب عليه ، وقد ذكر الخرقي هذا في باب الوقف وعلى الرواية الاخرى إذا كان الخارج نصابا ففيه الزكاة ، وان كان الوقف نصابا من السائمة فيحتمل أن عليهم الزكاة لاشتراكهم في ملك نصاب تؤثر الخلطة فيه ، وينبغي أن تخرج الزكاة من غيره لان الوقف لايجوز نقل الملك فيه ، ويحتمل أن لاتجب الزكاة فيه لنقص الملك فيه وكماله معتبر في ايجاب الزكاة بدليل مال المكاتب .

(فصل) ولا زكاة في غير بهيمة الانعام من الماشية فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أبوحنيفة فى الخيل الزكاة اذا كانت ذكوراً واناثاً ، وان كانت ذكورا مفردة أو إناثامنفردة ففيها روايتان وزكاتها دينار عن كل فرس أو ربع عشر قيمتها والخيرة فى ذلك الى صاحبها أيهما شاء أخرج لما روى جابر أن النبي ﷺ قال « فى الخيل السائمة فى كل فرس دينار » وروي عن عمر أنه كان يأخذ من الرأس عشرة ومن الفرس عشرة ، ومن البرذرن خمسة ولانه حيوان يطلب نماؤه من جهة السوم أشبه النعم

ولنا أن النبي ﷺ قال « ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة » متفق عليه ، وفي لفظ « ليس على الرجل فى فرسه ولا في عبده صدقة » وعن علي أن النبي ﷺ قال « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » رواه الترمذي وهذا هو الصحيح ، وروى أبوعبيد في الغريب عن النبي ﷺ « ليس في

ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الا ابنة لبون فانها تقبل منه بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهما ، ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فانها تقبل منه بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهما أو شاتين ، وهذا نص ثابت صحيح فلا يلتفت الى ماسواه ، اذا ثبت هذا فانه لايجوز العدول إلى هذا الجبران مع وجود الاصل لانه مشروط في الخبر بعدم الاصل ، فان أراد أن يخرج في الجبران شاة وعشرة دراهم . فقال القاضي يجوز كما قلنا في الكفارة له اخراجها من جنسين ، ولأن الشاة مقام عشرة دراهم فاذ اختار اخراجها وعشرة جاز ، ويحتمل المنع لان النبي ﷺ « خير بين شاتين أو عشرين درهما » وهذا قسم ثالث فتجويزه يخالف الخبر والله أعلم .

الجبهة ولا فى النخة ولافي الكسعة صدقة » وفسر الجبهة بالخيل والنخة بالرقيق والكسعة بالحمير وقال الكسائى النخة بضم النون البقر العوامل ، ولأن مالا زكاة فى ذكوره المفردة وإناثه المفردة لازكاة فيهما اذا اجتمعا كالحمير ،ولان مالا يخرج زكاة من جنسه من السائمة لاتجب فيه كسائر الدواب،ولان الخيل دواب فلا تجب الزكاة فيها كسائر الدواب ولانها ليست من بهيمة الانعام فلم تجب زكاتها كالوحوش وحديثهم يرويه عورك السعدي وهو ضعيف .

وأما عمر فانما أخذ منهم شيئاً تبرعوا به وسألوه أخذه وعوضهم عنه برزق عبيدهم ، فروى الامام أحمد باسناده عن حارثة قال جاء ناس من أهل الشام الى عمر فقالوا إنا قد أصبنا مالا وخيلاورقيقا نحب أن يكون لنا فيها زكاة وطهور قال مافعله صاحباي قبلي فأفعله ، فاستشار أصحاب رسول الله ﷺ وفيهم علي فقال هو حسن ان لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك ، قال أحمد فكان عمر يأخذ منهم ثم يرزق عبيدهم ، فصار حديث عمر حجة عليهم من وجوه أحدها قوله : مافعله صاحباي ، يعني النبي ﷺ وأبا بكر ولوكان واجباً لما تركا فعله ، الثاني أن عمر امتنع من أخذها ولايجوز أن يمتنع من الواجب الثالث قول علي هو حسن ان لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك فسمى جزية ان أخذوا بها وجعل مشروطا بعدم أخذهم به فيدل على أن أخذهم بذلك غير جائز الرابع استشارة عمر أصحابه فى أخذه ولو كان واجبا لما احتاج الى الاستشارة ، الخامس أنه لم يشر عليه باخذه أحد سوى علي بهذا الشرط الذي ذكره ولو كان واجبا لاشاروا به ، السادس أن عمر عوضهم عنه رزق عبيدهم ، والزكاة لايؤخذ عنها عوض ولايصح قياسها على النعم لانها يكمل نماؤها وينتفع بدرها ولحمها ويضحى بجنسها وتكون هديا وفدية عن محظورات الاحرام وتجب الزكاة من عينها ويعتبر كمال نصابها ولايعتبر قيمتها والخيل بخلاف ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والصدقة لاتجب إلا على أحرار المسلمين ﴾

وفي بعض النسخ الا على الأحرار المسلمين ومعناهما واحد ، وهو أن الزكاة لاتجب إلا على حر

﴿ مسئلة ﴾ (فان عدم السن التي تليها انتقل الى الاخرى وجبرها باربع شياه أو أربعين درهما وقال أبو الخطاب لاينتقل إلا الى سن تلي الواجب)

وذلك كمن وجبت عليه جذعة فعدمها وعدم الحقة أو وجبت عليه حقة فعدمها وعدم الجذعة وبنت اللبون فيجوز أن ينتقل الى السن الثالث مع الجبران ، فيخرج في الصورة الاولى ابنة لبون ومعها أربع شياه أو أربعين درهما ويخرج ابنة مخاض في الثانية ويخرج معها مثل ذلك ذكره القاضي وذكر أن أحمد أومأ اليه وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب لاينتقل الا إلى سن تلي الواجب فأما ان انتقل من حقة الى بنت مخاض أو من جذعة الى بنت لبون ، لم يجز لأن النص انما ورد بالعدول الى سن واحدة فيجب الاقتصار عليه كما اقتصرنا في أخذ الشاة عن الابل على الموضع الذي

مسلم تام الملك ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه خلافا إلا عن عطاء وأبي ثور فانهما قالا على العبد زكاة ماله .

ولنا أن العبد ليس بتام الملك فلم تلزمه زكاة كالمكاتب ، فاما الكافر فلا خلاف في انه لا زكاة عليه، ومتى صار أحد هؤلاء من أهل الزكاة وهو مالك للنصاب استقبل به حولا ثم زكاه ، فاما الحر المسلم اذا ملك نصابا خاليا عن دين فعليه الزكاة عند تمام حوله سواء كان كبيراً أو صغيراً أو عاقلا أو مجنونا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما ﴾

وجملة ذلك أن الزكاة تجب في مال الصبي والمجنون لوجود الشرائط الثلاث فيهما روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة والحسن بن علي وجابر رضي الله عنهم وبه قال جابر بن زيد وابن سيرين وعطاء ومجاهد وربيعة ومالك والحسن بن صالح وابن أبي ليلى والشافعي والعنبري وابن عيينة وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور ، ويحكى عن ابن مسعود والثوري والأوزاعي أنهم قالوا تجب الزكاة ولا تخرج حتى يبلغ الصبي ،ويفيق المعتوه ، قال ابن مسعود :أحصى مايجب في مال اليتيم من الزكاة فاذا بلغ أعلمه فان شاء زكى وان شاء لم يزك ، وروي نحو هذا عن ابراهيم وقال الحسن وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وأبو وائل والنخعي وأبو حنيفة لا تجب الزكاة في أموالهما ، وقال أبو حنيفة يجب العشر في زروعهما وثمرتهما ، وتجب صدقة الفطر عليهما واحتج في نفي الزكاة بقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق » وبانها عبادة محضة فلا تجب عليهما كالصلاة والحج

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال . « من ولي يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » أخرجه الدار قطني، وفي رواية المثنى بن الصباح وفيه مقال وروي موقوفا على عمر « وانما تأكله الصدقة باخراجها » وانما يجوز اخراجها اذا كانت واجبة لانه ليس له أن يتبرع بمال اليتيم، ولان من وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في ورقه كالبالغ العاقل ويخالف الصلاة والصوم فانها مختصة بالبدن، وبنية الصبي ضعيفة عنها، والمجنون لا يتحقق منه نيتها ، والزكاة حق يتعلق بالمال فأشبه

ورد به النص وهذا قول ابن المنذر ، ووجه الاول أنه قد جوز الانتقال الى السن التي تليه مع الجبران وجوز العدول عنها أيضاً اذا عدم مع الجبران اذا كان هو الفرض وههنا لو كان موجودا أجزأ فاذا عدم جاز العدول الى مايليه مع الجبران، والنص اذا عقل عدي وعمل بمعناه، وعلى مقتضى هذا القول يجوز العدول عن الجذعة الى بنت مخاض مع ست شياه أو ستين درهما، ومن بنت مخاض الى الجذعة ويأخذ ست شيا، أو ستين درهما ، وان أراد أن يخرج عن الاربع شياه شاتين وعشرين درهما جاز لانهما جبرانان فهما كالكفارتين وكذلك فى الجبران الذي يخرجه عن فرض المائتين من الابل اذا أخرج عن خمس بنات لبون خمس بنات مخاض أومكان أربع حقاق أربع بنات لبون جاز أن يخرج بعض الجبران دراهم وبعضه شياها . ومتى وجد سنا تلي الواجب لم يجز العدول الى

نفقة الأقارب والزوجات وأروش الجنايات وقيم المتلفات ، والحديث أريد به رفع الاثم والعبادات البدنية بدليل وجوب العشر وصدقة الفطر والحقوق المالية ثم هو مخصوص بما ذكرناه ، والزكاة في المال في معناه فنقيسها عليه . اذا تقرر هذا فان الولي يخرجها عنهما من مالهما لانها زكاة واجبة فوجب اخراجها كزكاة البالغ العاقل والولي يقوم مقامه في أداء ما عليه ولانها حق واجب على الصبي والمجنون فكان على الولي أداؤه عنهما كنفقة أقاربه وتعتبر نية الولي في الاخراج كما تعتبر النية من رب المال

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ والسيد يزكي عما في يد عبده لانه مالكه ﴾

يعني أن السيد مالك لما في يد عبده وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في زكاة مال العبد الذي ملكه اياه فروي عنه زكاته على سيده ، هذا مذهب سفيان وإسحق وأصحاب الرأي ، وروي عنه لازكاة في ماله لا على العبد ولا على سيده ، قال ابن المنذر وهذا قول ابن عمر وجابر والزهري وقتادة ومالك وأبي عبيد ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، قال أبو بكر: المسئلة مبنية على الروايتين في ملك العبد اذا ملكه سيده أحداهما لا يملك قال أبو بكر وهو اختياري وهو ظاهر كلام الخرقي هاهنا لأنه جعل السيد مالكا لمال عبده ولو كان مملوكا للعبد لم يكن مملوكا لسيده لانه لا يتصور اجتماع ملكين كاملين في مال واحد . ووجهه أن العبد مال فلا يملك المال ، كالبهائم فعلى هذا تكون زكاته على سيد العبد لانه ملك له في يد عبده فكانت زكاته عليه كالمال الذي في يد المضارب والوكيل ، والثانية يملك لانه آدمي يملك النكاح فملك المال كالحر وذلك لانه بالآدمية يتمهد للملك من قبل ان الله تعالى خلق المال لبني آدم ليستعينوا به على القيام بوظائف العبادات وأعباء التكليف فان الله تعالى خلق لكم مافي الارض جميعا ، فبالآدمية يتمهد للملك ويصلح له كما يتمهد للتكليف والعبادة فعلى هذا لازكاة على السيد في مال العبد لانه لا يملكه ولا على العبد لان ملكه ناقص والزكاة انما تجب على تام الملك

(فصل) ومن بعضه حر عليه زكاة ماله لانه يملك بجزئه الحر ويورث عنه وملكه كامل فيه فكانت زكاته عليه كالحر الكامل . والمدبر وأم الولد كالقن لانه لاحرية فيهما

سن لاتليه لان الانتقال عن السن التي تليه الى السن الاخرى بدل لايجوز مع امكان الاصل فلو عدم الحقة وابنة اللبون ووجد الجذعة وابنة المخاض وكان الواجب الحقة لم يجز العدول الى بنت المخاض وان كان الواجب ابنة لبون لم يجز اخراج الجذعة .

(فصل) فان كان النصاب كله مراضا وفريضته معدومة فله أن يعدل إلى السن السفلى مع دفع الجبران ، وليس له أن يصعد مع أخذ الجبران لان الجبران أكثر من الفضل الذي بين الفرضين وقد يكون الجبران خيراً من الاصل فان قيمة الصحيحين أكثر من قيمة المريضين وكذلك قيمة ما بينهما واذا كان كذلك لم يجز في الصعود وجاز في النزول لانه متطوع بالزائد ، ورب المال يقبل منه الفضل ولا يجوز للساعي أن يعطي الفضل من المساكين لذلك فان كان المخرج وليا ليتيم لم يجز له النزول أيضا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا زكاة على مكاتب ﴾

فان عجز استقبل سيده بما في يده من المال حولا وزكاه إن كان نصابا ، وإن أدى وبقي في يده نصاب للزكاة استقبل به حولا لاأعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لازكاة على المكاتب ولا على سيده في ماله الاقول أبي ثور .ذكر ابن المنذر نحوهذا واحتج أبو ثور بان الحجر من السيد لايمنع وجوب الزكاة كالحجر على الصبي والمجنون والمرهون ، وحكي عن أبي حنيفة أنه أوجب العشر في الخارج من أرضه بناء على أصله في أن العشر مؤنة الارض وليس بزكاة .

ولنا ماروي أن النبي ﷺ قال « لازكاة في مال المكاتب » رواه الفقهاء في كتبهم ، ولأن الزكاة تجب على طريق المواساة فلم تجب في مال المكاتب كنفقة الاقارب ،وفارق المحجور عليه فانه منع التصرف لنقص تصرفه لا لنقص ملكه والمرهون منع من التصرف فيه بعقده فلم يسقط حق الله تعالى ،ومتى كان منع التصرف فيه لدين لايمكن وفاؤه من غيره فلا زكاة عليه، اذا ثبت هذا فمتى عجز ورد في الرق صار ما كان في يده ملكا لسيده فان كان نصابا أو يبلغ بضمه الى مافي يده نصابا استأنف له حولا من حين ملكه وزكاه كالمستفاد سواء ، ولاأعلم في هذا خلافا فان أدى المكاتب نجوم كتابته وبقي في يده نصاب فقد صار حراً كامل الملك ، فيستأنف الحول من حين عتقه ويزكيه اذا تم الحول والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ ﴿ قال ولا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ﴾

روى أبو عبدالله ابن ماجه في السنن باسناد عن عمر عن عائشة قالت . سمعت رسول الله ﷺ يقول « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول » وهذا اللفظ غير مبقي على عمومه فان الاموال الزكاتية خمسة السائمة من بهيمة الأنعام والأثمان وهي الذهب والفضة وقيم عروض التجارة ، وهذه الثلاثة

لأنه لايجوز أن يعطي الفضل من مال اليتيم فيتعين شراء الفرض من غير المال

﴿ مسئلة ﴾ ولا مدخل للجبران في غير الابل . وذلك لان النص انما ورد فيها وليس غيرها في معناها لانها أكثر قيمة ولان الغنم لا تختلف فريضتها باختلاف سنها وما بين الفريضتين فى البقر يخالف مابين الفريضتين فى الابل فامتنع القياس فمن عدم فريضة البقر أو الغنم ووجد دونها لم يجز له اخراجها وان وجد أعلى منها فأحب أن يدفعها متطوعا بغير جبران قبلت منه وان لم يفعل كلف شراءها من غير ماله .

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه : (النوع الثاني البقر : ولا شيء فيها حتى تبلغ ثلاثين فيجب فيها تبيع أو تبيعة وهى التي لها سنة ، وفي الاربعين مسنة وهى التي لها سنتان ، وفى الستين تبيعان ثم في كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة)

الحول شرط في وجوب زكاتها لا نعلم فيه خلافا سوى ماسنذكره في المستفاد ، والرابع مايكال ويدخر من الزروع والثمار ، والخامس المعدن وهذان لايعتبر لهما حول . والفرق بين ما اعتبر له الحول ومالم يعتبر له ان ما اعتبر له الحول مرصد للنماء فالماشية مرصدة للدر والنسل ، وعروض التجارة مرصدة للربح وكذا الأثمان فاعتبر له الحول لانه مظنة النماء ليكون اخراج الزكاة من الربح فانه أسهل وأيسر، ولان الزكاة انما وجبت مواساة ولم نعتبر حقيقة النماء لكثرة اختلافه وعدم ضبطه ولان ما اعتبرت مظنته لم يلتفت الى حقيقته كالحكم مع الأسباب، ولأن الزكاة تتكرر في هذه الأموال فلابد لها من ضابط كيلا يفضي إلى تعاقب الوجوب في الزمن الواحد مرات فينفد مال المالك ، أما الزروع والثمار فهي نماء في نفسها تتكامل عند اخراج الزكاة منها فتؤخذ الزكاة منها حينئذ ثم تعود في النقص لافي النماء فلا تجب فيها زكاة ثانية لعدم ارصادها للنماء ، والخارج من المعدن مستفاد خارج من الارض بمنزلة الزرع والثمر الا أنه ان كان من جنس الاثمان ففيه الزكاة عند كل حول لانه مظنة للنماء من حيث إن الاثمان قيم الاموال ورأس مال التجارات وبهذا تحصل المضاربة والشركة وهي مخلوقة لذلك فكانت باصلها وخلقتها كمال التجارة المعد لها :

(فصل) فان استفاد مالا مما يعتبر له الحول ولا مال له سواه وكان نصابا أو كان له مال من جنسه لايبلغ نصاباً فبلغ بالمستفاد نصابا انعقد عليه حول الزكاة من حينئذ فاذا تم حول وجبت الزكاة فيه ، وان كان عنده نصاب لم يخل المستفاد من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون المستفاد من نمائه كربح مال التجارة ونتاج السائمة فهذا يجب ضمه إلى ما عنده من أصله فيعتبر حوله بحوله لا نعلم فيه خلافا لانه تبع له من جنسه فأشبه النماء المتصل وهو زيادة قيمة عروض التجارة ويشمل العبد والجارية (الثاني) أن يكون المستفاد من غير جنس ما عنده فهذا له حكم نفسه لايضم الى ماعنده في حول ولا نصاب بل ان كان نصابا استقبل به حولا وزكاه وإلا فلا شيء فيه . وهذا قول جمهور العلماء

وروي عن ابن مسعود وابن عباس ومعاوية : ان الزكاة تجب فيه حين استفاده قال أحمد عن

صدقة البقر ثابتة بالسنة والاجماع ، أما السنة فروى أبو ذر رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « ما من صاحب إبل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي زكاتها إلا جاءت يوم القيامة أعظم ما كانت وأسمنه تنطحه بقرونها وتطؤه بأخفافها كلما نفدت أخراها عادت عليه أولاها حتى يقضى بين الناس » متفق عليه . وعن معاذ قال : بعثني النبي ﷺ إلى اليمن وأمرني أن آخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر . وأمرني أن آخذ من كل أربعين مسنة ومن كل ثلاثين بقرة تبيعاً حولياً . رواه الامام أحمد وهذا لفظه وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ولم يذكر الترمذي حولياً وقال حديث حسن

وعند النسائي قال : أمرني رسول الله ﷺ حين بعثني إلى اليمن أن لا آخذ من البقر شيئا حتى تبلغ ثلاثين فاذا بلغت ثلاثين ففيها عجل تابع جذع أو جذعة حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين

غير واحد يزكيه حين يستفيده . وروى باسناده عن ابن مسعود قال : كان عبد الله يعطينا ويزكيه وعن الاوزاعي فيمن باع عبده أو داره انه يزكي الثمن حين يقع في يده إلا أن يكون له شهر يعلم فيؤخره حتى يزكيه مع ماله . وجمهور العلماء على خلاف هذا القول منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم . قال ابن عبد البر : على هذا جمهور العلماء والخلاف في ذلك شذوذ ولم يعرج عليه أحد من العلماء ولا قال به أحد من أئمة الفتوى . وقد روي عن أحمد فيمن باع داره بعشرة آلاف درهم إلى سنة اذا قبض المال يزكيه ، وانما نرى أن أحمد قال ذلك لانه ملك الدراهم في أول الحول وصارت دينا له على المشتري فاذا قبضه زكاه للحول الذي مر عليه في ملكه كسائر الديون وقد صرح بهذا المعنى في رواية بكر بن محمد عن أبيه فقال : اذا كرى داراً أو عبداً في سنة بألف فحصلت له الدراهم وقبضها زكاها اذا حال عليها الحول من حين قبضها وان كانت على المكتري فمن يوم وجبت له فيها الزكاة بمنزلة الدين اذا وجب له على صاحبه زكاه من يوم وجب له (القسم الثالث) أن يستفيد مالا من جنس نصاب عنده قد انعقد عليه حول الزكاة بسبب مستقل مثل أن يكون عنده أربعون من الغنم مضى عليها بعض الحول فيشتري أو يتهب مائة فهذا لا تجب فيه الزكاة حتى يمضي عليه حول أيضا وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يضمه الى ماعنده في الحول فيزكيهما جميعا عند تمام حول المال الذي كان عنده الا أن يكون عوضا عن مال مزكى لانه يضم الى جنسه في النصاب فوجب ضمه اليه في الحول كالنتاج ، ولانه اذا ضم في النصاب وهو سبب فضمه اليه في الحول الذي هو شرط أولى ، وبيان ذلك انه لو كان عنده مائتا درهم مضى عليها نصف الحول فوهب له مائة أخرى فان الزكاة تجب فيها اذا تم حولها بغير خلاف ، ولولا المائتان ماوجب فيها شيء فاذا ضمت الى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته ، ولان افراده بالحول يفضي الى تشقيص الواجب في السائمة ، واختلاف أوقات الواجب والحاجة الى ضبط مواقيت التملك ، ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه ، ووجوب القدر اليسير الذي لا يتمكن من اخراجه ثم يتكرر ذلك في كل حول ووقت . وهذا حرج مدفوع بقوله تعالى (ماجعل

بقرة مسنة . وروى الامام أحمد باسناده عن يحيى بن الحكم ان معاذاً قال : بعثني رسول الله ﷺ أصدق أهل اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً ومن كل أربعين مسنة . قال : فعرضوا علي أن آخذ مما بين الاربعين والخمسين وبين الستين والسبعين وما بين الثمانين والتسعين فأبيت ذلك وقلت لهم حتى أسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقدمت فأخبرت النبي ﷺ فأمرني ان آخذ من كل ثلاثين تبيعا ومن أربعين مسنة ومن الستين تبيعين ومن السبعين مسنة وتبيعا ، ومن الثمانين مسنتين ومن التسعين ثلاثة أتباع ومن المائة مسنة وتبيعين ومن العشرة ومائة مسنتين وتبيعا ومن العشرين ومائة ثلاث مسنات أو أربعة أتباع . وأمرني رسول الله ﷺ ان لا آخذ فيما بين ذلك شيئا حتى تبلغ مسنة أو جذعا يعني تبيعا . وزعم ان الأوقاص لافريضة فيها ولا نعلم خلافا

عليكم فى الدين من حرج) وقد اعتبر الشرع ذلك بايجاب غير الجنس فيمادون خمس وعشرين من الابل وجعل الاوقاص فى السائمة وضم الارباح والنتاج الي حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة فيدل على انه علة لذلك فيجب تعدية الحكم الى محل النزاع . وقال مالك كقوله في السائمة دفعا للتشقيص الواجب وكقولنا فى الاثمان لعدم ذلك فيها .

ولنا حديث عائشه عن النبي ﷺ « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول »وروى الترمذي عن ابن عمر أنه قال : من استفاد مالا فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول ، وروي مرفوعا عن النبي ﷺ الا أن الترمذى قال : الموقوف أصح وانما رفعه عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم وهو ضعيف وقد روي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عمر وعائشة وعطاء وعمر بن عبدالعزيزوسالم والنخعي أنه لازكاة في المستفاد حتى يحول عليه الحول ، ولانه مملوك أصلا فيعتبر فيه الحول شرطا كالمستفاد من غير الجنس ولاتشبه هذه الاموال الزروع والثمار لانها تتكامل ثمارها دفعة واحدة ولهذا لا تتكرر الزكاة فيها ،وهذه نماؤها بنقلها فاحتاجت الى الحول .

وأما الارباح والنتاج فانما ضمت الى أصلها لانها تبع له ومتولدة منه ولايوجد ذلك في مسئلتنا وان سلمنا أن علة ضمها ماذكروه من الحرج فلا يوجد ذلك في مسئلتنا لان الارباح تكثر وتتكرر في الايام والساعات ، ويعسر ضبطها وكذلك النتاج وقد يوجد ولا يشعر به فالمشقه فيه اتم لكثرة تكرره بخلاف هذه الاسباب المستقلة فان الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر فلا يشق ذلك فيه ، فان شق فهو دون المشقة في الارباح والنتاج فيمتنع قياسه عليه ، واليسر فيما ذكرنا اكثر لأن الانسان يتخير بين التأخير والتعجيل وماذكروه يتعين عليه التعجيل ، ولاشك أن التخيير بين شيئين أيسر من تعيين أحدهما لانه مع التخيير فيختار أيسرهما عليه وأحبهما اليه ، ومع التعيين يفوته ذلك وأما ضمه اليه في النصاب فلأن النصاب معتبر لحصول الغنى ، وقدحصل الغنى بالنصاب الاول والحول معتبر لاستنماء المال ليحصل أداء الزكاة من الربح ولايحصل ذلك بمرور الحول على أصله فوجب أن يعتبر الحول له .

في وجوب الزكاة في البقر قال أبو عبيد : لا أعلم الناس يختلفون فيه اليوم ، ولا تجب في البقر زكاة حتى تبلغ ثلاثين في قول جمهور العلماء وحكي عن سعيد بن المسيب والزهري أنهما قالا في كل خمس شاة لانها عدلت بالابل في الهدي والاضحية كذلك في الزكاة

ولنا ما تقدم من الخبر ، ولان نصب الزكاة انما تثبت بالنص والتوقيف وليس فيما ذكراه نص ولا توقيف فلا يثبت وقياسهم منتقض بخمس وثلاثين من الغنم فانها تعدل بخمس من الابل في الهدي ولازكاة فيها وانما تجب الزكاة فيها اذا كانت سائمة وحكي عن مالك في العوامل والمعلوفة زكاة كقوله في الابل لعموم الخبر .

(فصل) ويعتبر وجود النصاب في جميع الحول فان نقص الحول نقصاً يسيراً ، فقال أبو بكر ثبت أن نقص الحول ساعة أوساعتين معفو عنه وظاهر كلام القاضي أن النقص اليسير في أثناء الحول يمنع لانه قال فيمن له أربعون شاة فماتت منها شاة ونتجت أخرى اذا كان النتاج والموت حصلا في وقت واحد لم تسقط الزكاة لان النصاب لم ينقص وكذلك إن تقدم النتاج الموت ،وإن تقدم الموت النتاج سقطت الزكاة لان حكم الحول سقط بنقصان النصاب ، ويحتمل أن كلام أبي بكر أراد به النقص في طرف الحول ، ويحتمل أن القاضي أراد بالوقت الواحد الزمن المتقارب فلايكون بين القولين اختلاف وحكي عن أبي حنيفة أن النصاب اذا كمل في طرفي الحول لم يضر نقصه في وسطه

ولنا أن قول النبي ﷺ « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » يقتضي مرور الحول على جميعه ولأن مااعتبر في طرفي الحول اعتبر في وسطه كالملك والاسلام .

(فصل) واذا ادعى رب المال أنه ماحال الحول على المال أولم يتم النصاب الامنذ شهر أو أنه كان في يدي وديعة وانما اشتريته من قريب ، أو قال بعته في الحول ثم اشتريته أو رد علي ونحو هذا مما ينفي وجوب الزكاة فالقول قوله من غير يمين ، قال أحمد في رواية صالح لايستحلف الناس على صدقاتهم فظاهر هذا أنه لايستحلف وجوباً ولا استحبابا . وذلك لأن الزكاة عبادة فالقول قول من تجب عليه بغير يمين كالصلاة والكفارات .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز تقدمة الزكاة)

وجملته أنه متى وجد سبب وجوب الزكاة وهو النصاب الكامل جاز تقديم الزكاة وبهذا قال الحسن وسعيد بن جبير والزهري والاوزاعي وأبوحنيفة والشافعي وإسحق وأبو عبيد وحكي عن الحسن أنه لايجوز وبه قال ربيعة ومالك وداود لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « لاتؤدى زكاة قبل حلول الحول » ولأن الحول أحد شرطي الزكاة فلم يجز تقديم الزكاة عليه كالنصاب ، ولأن للزكاة وقتا فلم يجز تقديمها عليه كالصلاة .

ولنا ماروى علي أن العباس سأل رسول الله ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك رواه أبو داود ، وقال يعقوب بن شيبة هو أثبتها أسناداً وروى الترمذي عن علي عن النبي

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « ليس في العوامل صدقة » رواه الدارقطني . وعن علي رضي الله عنه قال الراوي أحسبه عن النبي ﷺ في صدقة البقر قال : « وليس في العوامل شيء » رواه أبو داود . وهذا مقيد يحمل عليه المطلق ولأنه قول علي ومعاذ وجابر ولأن صفة النماء معتبرة في الزكاة وانما توجد في السائمة

﴿ فصل ﴾ والواجب فيها في كل ثلاثين تبيع أو تبيعة وهو الذي له سنة ودخل في الثانية وقيل له ذلك لأنه يتبع أمه، وفي كل أربعين مسنة وهي التي لها سنتان وهي الثنية، ولا فرض في البقر غيرهما

ﷺ أنه قال لعمر « إنا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعـام » وفي لفظ قال« إنا كنا تعجلنا صدقة العباس لعامنا هـذا عام أول » رواه سعيد عن عطاء وابن أبي مايكة والحسن بن مسلم عن النبي ﷺ مرسلا ولانه تعجيل لمال وجد سبب وجوبه قبل وجوبه فجاز كتعجيل قضاء الدين قبل حلول أجله وأداء كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث وكفارة القتل بعد الجرح قبل الزهوق. وقد سلم مالك تعجيل الـكفارة . وفارق تقديمها قبل النصاب ، لأنه تقديم لها على سببها فأشبه تقديم الكفارة على اليمين وكفارة القتل على الجرح ولانه قد قدمها على الشرطين وها هنا قدمها على أحدهما . وقولهم إن للزكاة وقتاً قلنا الوقت اذا دخل في الشيء رفقا بالانسان كان له أن يعجله ويترك الارفاق بنفسه كالدين المؤجل وكمن أدى زكاة مال غائب وان لم يكن على يقين من وجوبها ، ومن الجائز أن يكون المال تالفاً في ذلك الوقت . وأما الصلاة والصيام فتعبد محض والتوقيت فيهما غير معقول فيجب أن يقتصر عليه

(فصل) ولايجوز تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب بغير خلاف علمناه ولو ملك بعض نصاب فعجل زكاته أو زكاة نصاب لم يجز لانه تعجل الحكم قبـل سببه وان ملك نصابا فعجل زكاته وزكاة مايستفيده وما ينتج منـه أو يربحه فيه أجزأه عن النصاب دون الزيادة ، وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة يجزيه لأنه تابع لما هو مالكه

ولنا أنه عجل زكاة مال ليس في ملكه فلم يجز كالنصاب الاول ولأن الزائد من الزكاة على زكاة النصاب انما سببها الزائد في الملك فقد عجل الزكاة قبل وجود سببها فأشبه مالو عجل الزكاة قبل ملك النصاب وقوله إنه تابع قلنا إنما يتبع في الحول . فأما في الايجاب فان الوجوب ثبت بالزيادة لا بالاصل ولانه إنما يصير له حكم بعد الوجود ، فماقبل ظهوره فلا حكم له في الزكاة

(فصل) وإن عجل زكاة نصاب من الماشية فتوالدت نصابا ثم ماتت الامهات وحال الحول على النتاج أجزأ المعجل عنها لانها دخلت في حول الامهات وقامت مقامها فأجزأت زكاتها عنها فاذا كان عنده أربعون من الغنم فعجل عنها شاة ثم توالدت أربعين سخلة وماتت الامهات ، وحال الحول على

وفى الستين تبيعان كما ذكر فى أول المسئلة وهذا قول جمهور العلماء منهم الشعبي والنخعي والحسن ومالك والليث والثوري والشافعي واسحق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة في رواية عنه فيما زاد على الاربعين بحسابه فى كل بقرة ربع عشر مسنة فرارا من جعل الوقص تسعة عشر فانه مخالف لجميع أوقاصها فانها عشرة عشرة

ولنا حديث معاذ المذكور وهو صريح في محل النزاع ولأن البقر أحد بهيمة الانعام فلم يجب فى زكاتها كسر كسائر الأنواع ولا ينتقل من فرضها فيها بغير وقص كسائر الفروض وكما بين الثلاثين

السخال أجزأت المعجلة عنها لانها كانت مجزئة عنها وعن أمهاتها لو بقيت، فلان تجزي عن إحداهما أولى وإن كان عنده ثلاثون من البقر فعجل عنها تبيعاً ثم توالدت ثلاثين عجلة وماتت الامهات وحال الحول على العجول احتمل أن يجزي عنها لانها تابعة لها في الحول واحتمل أن لايجزي عنها لانه لو عجل عنها تبيعاً مع بقاء الامهات لم يجز عنها فالئلا يجزي عنها اذا كان التعجيل عن غيرها أولى وهكذا الحكم في مائة شاة اذا عجل عنها شاة فتوالدت مئة ثم ماتت الامهات وحال الحول على السخال وان توالد نصفها ومات نصف الامهات وحال الحول على الصغار ونصف الكبار، فان قلنا بالوجه الأول أجزأ المعجل عنهما جميعاً، وإن قلنا بالثاني فعليه في الخمسين سخلة شاة لانها نصاب لم تؤد زكاته وليس عليه في العجول إذا كانت خمسة عشر شيء لانها لم تبلغ نصابا وإنما وجبت الزكاة فيها بناء على أمهاتها التي عجلت زكاتها، وإن ملك ثلاثين من البقر فعجل مسنة زكاة لها ولنتاجها فنتجت عشراً أجزأته عن الثلاثين دون العشر ووجب عليه في العشر ربع مسنة، ويحتمل أن تجزئه المسنة المعجلة عن الجميع لان العشر تابعة للثلاثين في الوجوب والحول فانه لولا ملكه للثلاثين لما وجب عليه في العشر شيء فصارت الزيادة على النصاب منقسمة أربعة أقسام، أحدها مالا يتبع في وجوب ولا حول وهو المستفاد من غير الجنس ولا يجزيء تعجيل زكاته قبل وجوده وكمال نصابه بغير خلاف، والثاني مايتبع في الوجوب دون الحول وهو المستفاد من الجنس بسبب مستقل، فلا يجزيء تعجيل زكاته أيضاً قبل وجوده مع الخلاف في ذلك، الثالث مايتبع في الحول دون الوجوب كالنتاج والربح اذا بلغ نصابا فانه يتبع أصله في الحول فلا يجزيء التعجيل عنه قبل وجوده كالذي قبله، الرابع مايتبع في الوجوب والحول وهو الربح والنتاج اذا لم يبلغ نصابا، فهذا يحتمل وجهين أحدهما لايجزيء تعجيل زكاته قبل وجوده كالذي قبله والثاني يجزيء لانه تابع في الوجوب والحول فأشبه الموجود.

(فصل) اذا عجل الزكاة لاكثر من حول ففيه روايتان (احداهما) لايجوز لأن النصّ لم يرد بتعجيلها لأكثر من حول والثانية يجوز

وروي عن الحسن أنه كان لا يرى بأساً أن يخرج الرجل زكاة ماله قبل حلها لثلاث سنين لأنه تعجيل لها بعد وجود النصاب أشبه تقديمها على الحول الواحد، ومالم يرد به النص يقاس على المنصوص عليه اذا كان في معناه، ولا نعلم معنى سوى أنه تقديم للمال الذي وجد سبب وجوبه على شرط وجوبه

والأربعين، ومخالفة قولهم للاصول أشد من الوجوه التي ذكرناها وعلى ان أوقاص الابل والغنم مختلفة فجاز الاختلاف ههنا فان رضي رب المال باعطاء المسنة عن التبيع والتبيعين عن المسنة أو أكبر منها سنا عنها جاز والله أعلم.

﴿مسئلة﴾ ولا يجزيء الذكر في الزكاة في غير هذا الا ابن لبون مكان بنت مخاض إذا عدمها إلا أن يكون النصاب كله ذكوراً فيجزيء الذكر في الغنم وجها واحداً وفي البقر والابل في أحد

وهذا متحقق في التقديم في الحولين كتحققه في الحول الواحد ، فعلى هذا اذا كان عنده أكثر من النصاب فعجل زكاته لحولين جاز وإن كان قدر النصاب مثل من عنده أربعون شاة فعجل شاتين لحولين وكان المعجل من غيره جاز ، وإن أخرج شاة منه وشاة من غيره جاز عن الحول الاول ولم يجز عن الثاني لأن النصاب نقص ، فان كمل بعد ذلك وصار اخراج زكاته وتعجيله لما قبل كمال نصابها، وإن أخرج الشاتين جميعاً من النصاب لم تجز الزكاة في الحول الاول اذا قلنا ليس له ارتجاع ماعجله لأنه كالتالف فيكون النصاب ناقصاً ، فان كمل بعد ذلك استؤنف الحول من حين كمل النصاب وكان ماعجله سابقاً على كمال النصاب فلم يجز عنه

(فصل) وإن عجل زكاة ماله فحال الحول والنصاب ناقص مقدار ماعجله أجزأت عنه ويكون حكم ماعجله حكم الموجود في ملكه يتم النصاب به ، فلو زاد ماله حتى بلغ النصاب أو زاد عليه ، وحال الحول اجزأ المعجل عن زكاته لما ذكرنا ، فان نقص أكثر مما عجله فقد خرج بذلك عن كونه سبباً للزكاة مثل من له أربعون شاة فعجل شاة ثم تلفت أخرى فقد خرج عن كونه سبباً للزكاة ، فان زاد بعد ذلك اما بنتاج أو شراء مايتم به النصاب استؤنف الحول من حين كمل النصاب ،ولم يجز ماعجله عنه لما ذكرنا، وإن زاد بحيث يكون انضمامه إلى ماعجله يتغير به الفرض مثل من له مائة وعشرون فعجل زكاتها شاة ، ثم حال الحول وقد أنتجت سخلة فانه يلزمه اخراج شاة ثانية ، وبما ذكرناه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ماعجله في حكم التالف فقال في المسألة الاولى : لاتجب الزكاة ولا يكون المخرج زكاة . وقال في هذه المسألة : لايجب عليه زيادة لأن ماعجله زال ملكه عنه فلم يحسب من ماله كما لو تصدق به تطوعا

ولنا أن هذا نصاب تجب فيه الزكاة بحول الحول فجاز تعجيلها منه كما لو كان أكثر من أربعين ولأن ماعجله بمنزلة الموجود في اجزائه عن ماله فكان بمنزلة الموجود في تعلق الزكاة به ، ولأنها لو لم تعجل كان عليه شاتان فكذلك اذا عجلت لأن التعجيل انما كان رفقاً بالمساكين فلا يصير سبباً لنقص حقوقهم والتبرع يخرج ماتبرع به عن حكم الموجود في ماله وهذا في حكم الموجود في الاجزاء عن الزكاة

(فصل) وكل موضع قلنا لايجزئه ماعجله عن الزكاة ، فان كان دفعها إلى الفقراء مطلقاً فليس له الرجوع فيها ، وإن كان دفعها بشرط أنها زكاة معجلة فهل له الرجوع على وجهين يأتي توجيههما

الوجهين . الذكر لا يخرج في الزكاة أصلا إلا في البقر فأما ابن لبون مكان بنت مخاض فليس بأصل ولهذا لايجزيء مع وجودها وإنما يجزيء الذكر فى البقر عن الثلاثين وما تكرر منها كالستين والتسعين وما تركب من الثلاثين وغيرها كالسبعين فيها تبيع ومسنة ، وان شاء أخرج مكان الذكور اناثا لورود النص بهما فأما الاربعون وما تكرر منها كالثمانين فلا يجزيء فى فرضها إلا الأناث لنص الشارع عليها الا أن يخرج عن المسنة تبيعين فيجوز ، فاذا بلغت مائة وعشرين خير المالك بين إخراج

(فصل) فأما تعجيل العشر من الزرع والثمرة فظاهر كلام القاضي أنه لا يجوز لأنه قال: كل ما تتعلق الزكاة فيه بسببين: حول ونصاب، جاز تعجيل زكاته فمفهوم هذا أنه لا يجوز تعجيل زكاة غيره لان الزكاة معلقة بسبب واحد وهو ادراك الزرع والثمرة، فاذا قدمها قدمها قبل وجود سببها لكن ان أداها بعد الادراك وقبل يبس الثمرة وتصفية الحب جاز. وقال أبو الخطاب: يجوز اخراجها بعد وجود الطلع والحصرم، ونبات الزرع، ولا يجوز قبل ذلك لان وجود الزرع واطلاع النخيل بمنزلة النصاب، والادراك بمنزلة حلول الحول فجاز تقديمها عليه، وتعلق الزكاة بالادراك لا يمنع جواز التعجيل بدليل أن زكاة الفطر يتعلق وجوبها بهلال شوال وهو زمن الوجوب، فاذا ثبت هذا فانه لا يجوز تقديمها قبل ذلك لانه يكون قبل وجود سببها

(فصل) وإن عجل زكاة ماله ثم مات فأراد الوارث الاحتساب بها عن زكاة حوله لم يجز، وذكر القاضي وجهاً في جوازه بناء على مالو عجل زكاة عامين، ولا يصح لانه تعجيل للزكاة قبل وجود سببها أشبه مالو عجل زكاة نصاب لغيره ثم اشتراه، وذلك لان سبب الزكاة ملك النصاب وملك الوارث حادث ولا يبني الوارث على حول الموروث ولانه لم يخرج الزكاة، وانما أخرجها غيره عن نفسه، واخراج الغير عنه من غير ولاية ولا نيابة لا يجزيء، ولو نوى، فكيف اذا لم ينو، وقد قال أصحابنا لو أخرج زكاته وقال إن كان موروثي قد مات فهذه زكاة ماله وبان أنه قد مات لم يقع الموقع وهذا أبلغ، ولا يشبه هذا تعجيل زكاة العامين لانه عجل بعد وجود السبب وأخرجها بنفسه بخلاف هذا، فان قيل فانه لما مات الموروث قبل الحول كان للوارث ارتجاعها، فاذا لم يرتجعها احتسب بها كالدين قلنا فلو أراد أن يحسب الدين عن زكاته لم يصح، ولو كان له عند رجل شاة من غصب أو قرض فأراد أن يحسبها عن زكاته لم تجزه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قدم زكاة ماله فأعطاها لمستحقها فمات المعطي قبل الحول أو بلغ الحول وهو غني منها أو من غيرها اجزأت عنه)

وجملة ذلك أنه اذا دفع الزكاة المعجلة إلى مستحقها لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن لا يتغير الحال فان المدفوع يقع موقعه ويجزىء عن المزكي ولا يلزمه بدله، ولا له استرجاعه كما لو دفعها بعد وجوبها (الثاني) أن يتغير حال الآخذ لها بأن يموت قبل الحول، أو يستغني، أو يرتد قبل الحول فهذا في حكم القسم الذي قبله، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: لا يجزىء لان ما كان شرطاً للزكاة اذا عدم قبل الحول لم يجز كما لو تلف المال أو مات ربه

ثلاث مسنات أو أربعة أتباع أيهما شا أخرج على ما نطق به الخبر، هذا التفصيل فيما اذا كان في بقر اناث

﴿ فصل ﴾ واذا كان في ماشيته إناث لم يجز اخراج الذكر وجها واحداً الا في الموضعين المذكورين وقال أبو حنيفة: يجوز اخراج الذكر من الغنم الاناث لقول رسول الله ﷺ «في أربعين شاة شاة»

ولنا أنه اذا أدى الزكاة إلى مستحقها فلم يمنع الاجزاء تغير حاله كما لو استغنى بها ولأنه حق أداه إلى مستحقه فبرئ منه كالدين يتعجله قبل أجله، وما ذكروه منتقض بما اذا استغنى بها، والحكم في الاصل ممنوع ثم الفرق بينهما ظاهر، فان المال اذا تلف تبين عدم الوجوب فأشبه مالو أدى إلى غريمه دراهم يظنها عليه فتبين أنها ليست عليه، وكما لو أدى الضامن الدين فبان أن المضمون عنه قد قضاه وفي مسئلتنا الحق واجب وقد أخذه مستحقه (القسم الثالث) أن يتغير حال رب المال قبل الحول بموته أو ردته، أو تلف النصاب، أو نقصه، أو بيعه، فقال أبو بكر: لا يرجع بها على الفقير سواء أعلمه أنها زكاة معجلة أو لم يعلمه. وقال القاضي: وهو المذهب عندي لانها وصلت إلى الفقير فلم يكن له ارتجاعها كما لو لم يعلمه، ولانها زكاة دفعت إلى مستحقها فلم يجز استرجاعها كما لو تغير حال الفقير وحده. قال أبو عبدالله ابن حامد: إن كان الدافع لها الساعي استرجعها بكل حال، وإن كان الدافع رب المال وأعلمه أنها زكاة معجلة رجع بها، وإن أطلق لم يرجع بها، وهذا مذهب الشافعي لانه مال دفعه عما يستحقه القابض في الثاني، فاذا طرأ مايمنع الاستحقاق وجب رده كالاجرة اذا انهدمت الدار قبل السكنى، أما اذا لم يعلمه فيحتمل أن يكون تطوعا، ويحتمل أن يكون هبة فلم يقبل قوله في الرجوع، فعلى قول ابن حامد إن كانت العين باقية لم تتغير أخذها، وإن زادت زيادة متصلة أخذها بزيادتها لانها تتبع في الفسوخ، وإن كانت منفصلة أخذها دون زيادتها لانها حدثت في ملك الفقير، وإن كانت ناقصة رجع على الفقير بالنقص لان الفقير قد ملكها بالنقص فكان نقصها عليه كالمبيع اذا نقص في يد المشتري ثم علم عيبه، وإن كانت تالفة أخذ قيمتها يوم القبض لان مازاد بعد ذلك أو نقص فانما هو في ملك الفقير فلم يضمنه كالصداق يتلف في يد المرأة (القسم الرابع) أن يتغير حالها جميعاً فحكمه حكم القسم الذي قبله سواء

(فصل) اذا قال رب المال: قد أعلمته أنها زكاة معجلة فلي الرجوع فأنكر الاخذ فالقول قول الآخذ لأنه منكر والاصل عدم الاعلام وعليه اليمين، وإن مات الآخذ واختلف المخرج ووارث الآخذ فالقول قول الوارث، ويحلف أنه لايعلم أن موروثه أعلم بذلك، فأما من قال بعدم الاسترجاع فلا يمين ولا غيرها

(فصل) اذا تسلف الامام الزكاة فهلكت في يده فلا ضمان عليه وكانت من ضمان الفقراء

ولفظ الشاة يقع على الذكر والانثى ولأن الشاة اذا أمر بها مطلقا أجزأ فيها الذكر والانثى كالاضحية

ولنا أنه حيوان تجب الزكاة في عينه فكانت الأنوثية معتبرة في فرضه كالابل والمطلق يتقيد بالقياس على سائر النصب، والأضحية غير معتبرة بالمال بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كانت ماشيته كلها ذكوراً أجزأ الذكر في الغنم وجها واحدا ولأن الزكاة مواساة فلا يكلف المواساة من غير ماله، ويجوز إخراجه في البقر في أصح الوجهين لذلك، وفيه وجه آخر انه

ولا فرق بين إن يسأله ذلك رب المال أو الفقراء أو لم يسأله أحد لأن يده كيد الفقراء : وقال الشافعي ان تسلفها من غير سؤال ضمنها لأن الفقراء رشد لا يولى عليهم فاذا قبض بغير اذنهم ضمن كالاب اذا قبض لابنه الكبير وان كان بسؤالهم كان من ضمانهم لانه وكيلهم فاذا كان بسؤال أرباب الاموال لم يجزئهم الدفع وكان من ضمانهم لأنه وكيلهم وإن كان بسؤالهم ففيه وجهان أصحهما أنه من ضمان الفقراء

ولنا أن للامام ولاية على الفقراء بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير اذنهم سلفاً وغيره فاذا تلفت في يده من غير تفريط لم يضمن كولي اليتيم اذا قبض له وما ذكروه يبطل بما اذا قبض الصدقة بعد وجوبها وفارق الاب في حق ولده الكبير فانه لا يجوز له القبض له لعدم ولايته عليه ولهذا يضمن ماقبضه له من الحق بعد وجوبه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يجوز اخراج الزكاة إلا بنية ﴾

الا أن يأخذها الامام منه قهرا . مذهب عامة الفقهاء أن النية شرط في أداء الزكاة الا ماحكي عن الاوزاعي انه قال لاتجب لها النية لأنها دين فلا تجب لها النية كسائر الديون ولهذا يخرجها ولي اليتيم ويأخذها السلطان من الممتنع

ولنا قول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات » وأداؤها عمل ولأنها عبادة فتتنوع الى فرض ونفل فافتقرت الى النية كالصلاة وتفارق قضاء الدين فانه ليس بعبادة ولهذا يسقط باسقاط مستحقه وولي الصبي والسلطان ينوبان عند الحاجة فاذا ثبت هذا فان النية أن يعتقدانها زكاته أو زكاة من يخرج عنه كالصبي والمجنون ومحلها القلب لأن محل الاعتقادات كلها القلب

(فصل) ويجوز تقديم النية على الأداء بالزمن اليسير كسائر العبادات، ولأن هذه تجوز النيابة فيها فاعتبار مقارنة النية للاخراج يؤدي الى التغرير بماله فان دفع الزكاة الى وكيله ونوى هو دون الوكيل جاز اذا لم تتقدم نيته الدفع بزمن طويل وان تقدمت بزمن طويل لم يجز الا أن يكون قد نوى حال الدفع الى الوكيل ونوى الوكيل عند الدفع الى المستحق، ولو نوى الوكيل ولم ينو الموكل لم يجز لأن الفرض يتعلق

لايجوز لأن النبي ﷺ نص على المسنات في الاربعينات ، فيجب اتباع مورده فيكلف شراءها اذا عدمها كما لو لم يكن في ماشيته إلا معيباً . والصحيح الاول لانا قد جوزنا الذكر في الغنم مع أنه لامدخل له في زكاتها مع وجود الاناث ، فالبقر التي الذكر فيها مدخل أولى وفي الابل وجهان أوجهها ماذكرنا والفرق بين النصب الثلاثة أن النبي ﷺ نص على الانثى في فرائض الابل والبقر ، وأطلق الشاة الواجبة ، وقال في الابل من لم يجد بنت مخاض أخرج ابن لبون ذكراً ومن حيث المعنى أن الابل يتغير فرضها بزيادة السن فاذا جوزنا اخراج الذكر أفضى الى التسوية بين الفرضين لانه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين للخبر وعن ست وثلاثين ، وهذا المعنى يختص الابل فعلى هذا يخرج أنثى ناقصة بقدر قيمة الذكر فان قيل فالبقر أيضاً يأخذ منها تبيعاً عن ثلاثين وتبيعاً عن أربعين اذا كانت

به والاجزاء يقع عنه وإن دفعها الى الامام ناويا ولم ينو الامام حال دفعها الى الفقراء جاز، وإن طال لانه وكيل الفقراء. ولو تصدق الانسان بجميع ماله تطوعا ولم ينو به الزكاة لم يجزئه وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة يجزئه استحبابا ولا يصح لانه لم ينو به الفرض فلم يجزئه كما لو تصدق ببعضه وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بها

(فصل) ولو كان له مال غائب فشك في سلامته جاز له اخراج الزكاة عنه وكانت نية الاخراج صحيحة لان الاصل بقاؤه ، فان نوى ان كان مالي سالماً فهذه زكاته وان كان تالفاً فهي تطوع فبان سالماً أجزأت نيته لأنه أخلص النية للفرض ثم رتب عليها النفل ، وهذا حكمها كما لو لم يقله فاذا قاله لم يضر ، ولو قال هذا زكاة مالي الغائب أو الحاضر صح لأن التعيين ليس بشرط بدليل أن من له أربعون ديناراً اذا أخرج نصف دينار عنها صح، وان كان ذلك يقع عن عشرين غير معينة وان قال هـذا زكاة مالي الغائب أو تطوع لم يجزئه ذكره أبو بكر لأنه لم يخلص النية للفرض أشبه مالو قال أصلي فرضا أو تطوعا، وان قال هذا زكاة مالي الغائب ان كان سالما والا فهو زكاة مالي الحاضر أجزأه عن السالم منهما وإن كانا سالمين فعن أحدهما لان التعيين ليس بشرط وان قال زكاة مالي الغائب وأطلق فبان تالفا لم يكن له أن يصرفه الى زكاة غيره لانه عينه فأشبه مالو أعتق عبداً عن كفارة عينها فلم يقع عنها لم يكن له صرفه الى كفارة أخرى. هذا التفريع فيما اذا كانت العينة مما لا يمنع اخراج زكاته في بلد رب المال إما لقربه أو لكون البلد لا يوجد فيه أهل السهمان أو على الرواية التي تقول باخراجها في بلد بعيد من بلد المال وان كان له مورث غائب فقال ان كان مورثي قد مات فهذه زكاة ماله الذي ورثته منه فبان ميتاً لم يجزئه ماأخرج لأنه يبني على غير أصل فهو كما لو قال ليلة الشك ان كان غدا من رمضان فهو فرضي وان لم يكن فهو نفل

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ الا أن يأخذها الامام منه قهراً ﴾

مقتضى كلام الخرقي ان الانسان متى دفع زكاته طوعا لم تجزئه الا بنية سواء دفعها الى الامام أو غيره وإن أخذها الامام منه قهراً أجزأت من غير نية لأن تعذر النية في حقه أسقط وجوبها عنه

كلها أتبعة وقلنا بأخذ الصغيرة من الصغار قلنا هذا يلزم مثله في اخراج الانثى فلا فرق ، ومن جوز اخراج الذكر في الكل قال يأخذ ابن لبون من خمس وعشرين قيمته دون قيمة ابن لبون يأخذه من ستة وثلاثين ويكون بينهما في القيمة كما بينهما في العدد ويكون الفرض بصفة المال واذا اعتبرنا القيمة لم يرد الى التسوية كما قلنا في الغنم ، ويحتمل أن يخرج ابن مخاض عن خمسة وعشرين من الابل فيقوم الذكر مقام الانثى التي في سنه كسائر النصب .

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤخذ من الصغار صغيرة ومن المراض مريض ، وقال أبو بكر لا يؤخذ إلا كبيرة صحيحة على قدر المال) .

متى كان حال نصاب كله صغاراً جاز أخذ الصغيرة في الصحيح من المذهب وانما يتصور ذلك

كالصغير والمجنون وقال القاضي متى أخذها الامام أجزأت من غير نية سواء أخذها طوعا أو كرها وهذا قول للشافعي لأن أخذ الامام بمنزلة القسم بين الشركاء فلم يحتج الى نية ولأن الامام ولاية في أخذها ولذلك يأخذها من الممتنع اتفاقا ولو لم يجزئه لما أخذها أو لاخذها ثانياً وثالثاً حتى ينفد ماله لأن أخذها ان كان لاجزائها فلا يحصل الاجزاء بدون النية ، وان كان لوجوبها فالوجوب باق بعد أخذها واختار أبو الخطاب وابن عقيل أنها لاتجزيء فيما بينه وبين الله تعالى الا بنية رب المال لأن الامام إما وكيله وإما وكيل الفقراء أو وكيلهما معاً وأي ذلك كان فلا تجزيء نيته عن نية رب المال ولأن الزكاة عبادة تجب لها النية فلا تجزيء عمن وجبت عليه بغير نية ان كان من أهل النية كالصلاة وانما أخذت منه مع عدم الاجزاء حراسة للعلم الظاهر كالصلاة يجبر عليها ليأتي بصورتها ولو صلى بغير نية لم يجزئه عند الله تعالى قال ابن عقيل ومعنى قول الفقهاء يجزيء عنه أي في الظاهر بمعنى انه لايطالب بأدائها ثانياً كما قلنا في الاسلام فان المرتد يطالب بالشهادة فمتى أتى بها حكم باسلامه ظاهراً ومتى لم يكن معتقداً صحة مايلفظ به لم يصح اسلامه باطناً قال وقول أصحابنا لاتقبل توبة الزنديق معناه لايسقط عنه القتل الذي توجه عليه لعدم علمنا بحقيقة توبته لأن أكثر مافيه أنه أظهر ايمانه وقد كان دهره يظهر إيمانه ويستر كفره فأما عند الله عز وجل فانها تصح اذا علم منه حقيقة الانابة ، وصدق التوبة ، واعتقاد الحق . ومن نصر قول الخرقي قال ان الامام ولاية على الممتنع فقامت نيته مقام نيته كولي اليتيم والمجنون وفارق الصلاة فان النيابة فيها لاتصح فلابد من نية فاعلها . وقوله لايخلو من كونه وكيلاله أو وكيلا للفقراء أولهما — قلنا بل هو وال على المالك وأما الحاق الزكاة بالقسمة فغير صحيح فان القسمة ليست عبادة ولا يعتبر لها نية بخلاف الزكاة

(فصل) يستحب للانسان أن يلي تفرقة الزكاة بنفسه ليكون على يقين من وصولها الى مستحقها سواء كانت من الاموال الظاهرة أو الباطنة قال الامام أحمد أعجب الي أن يخرجها وان دفعها الى السلطان فهو جائز وقال الحسن ومكحول وسعيد بن جبير وميمون بن مهران يضعها رب المال

بان تبدل كبار بصغار في أثناء الحول أو يكون عنده نصاب من الكبار فتوالد نصابا من الصغار ثم تموت الامهات ، ويحول الحول على الصغار ، وقال أبو بكر لايؤخذ الا كبيرة تجزي في الاضحية وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « انما حقنا في الجذعة أو الثنية » ولأن زيادة السن في المال لا يزيد بها الواجب كذلك نقصانه لاينقص به .

ولنا قول الصديق رضي الله عنه والله لومنعوني عناقا كانوا يؤدونها الى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها ، فدل على أنهم كانوا يؤدون العناق ولانه مال تجب فيه الزكاة من غير اعتبار قيمته فيجزي الاخذ من عينه كسائر الاموال .

وأما زيادة السن فليس يمتنع الرفق بالمالك في الموضعين كما أن مادون النصاب عفو ومافوقه عفو والحديث

في موضعها وقال الثوري احلف لهم واكذبهم ولاتعطهم شيئاً اذا لم يضعوها مواضعها وقال لاتعطهم وقال عطاء أعطهم اذا وضعوها مواضعها فمفهومه انه لايعطيهم اذا لم يكونوا كذلك . وقال الشعبي وأبو جعفر اذا رأيت الولاة لايعدلون فضعها في أهل الحاجة من أهلها. وقال ابراهيم ضعوها في مواضعها فان أخذها السلطان أجزاك . وقال سعيد أنبأنا أبو عوانة عن مهاجر أبي الحسن قال أتيت أبا وائل وأبا بردة بالزكاة وهما على بيت المال فأخذاها ثم جئت مرة أخرى فرأيت أبا وائل وحده فقال لي ردها فضعها مواضعها وقد روي عن أحمد انه قال أما صدقة الارض فيعجبني دفعها الى السلطان واما زكاة الاموال كالمواشي فلا بأس أن يضعها في الفقراء والمساكين فظاهر هذا انه استحب دفع العشر خاصة الى الأئمة وذلك لأن العشر قد ذهب قوم الى انه مؤونة الارض فهو كالخراج يتولاه الأئمة بخلاف سائر الزكاة والذي رأيت في الجامع قال: أما صدقة الفطر فيعجبني دفعها الى السلطان ثم قال أبو عبد الله قيل لابن عمر إنهم يقلدون بها الكلاب ويشربون بها الخمور قال ادفعها اليهم . وقال ابن أبي موسى وأبو الخطاب دفع الزكاة الى الامام العادل أفضل وهو قول أصحاب الشافعي وممن قال يدفعها الى الامام الشعبي ومحمد بن علي وأبو رزين والاوزاعي لأن الامام أعلم بمصارفها ودفعها اليه يبرئه ظاهراً وباطناً ودفعها الى الفقير لايبرئه باطناً لاحتمال أن يكون غير مستحق لها ولأنه يخرج من الخلاف وتزول عنه التهمة وكان ابن عمر يدفع زكاته الى من جاءه من سعاة ابن الزبير أو نجدة الحروري وقد روي عن سهيل ابن أبي صالح قال أتيت سعد بن أبي وقاص فقلت عندي مال وأريد أن أخرج زكاته وهؤلاء القوم على ماترى فماتأمرني ؟ قال ادفعها اليهم فأتيت ابن عمر فقال مثل ذلك فأتيت أبا هريرة فقال مثل ذلك وأتيت أبا سعيد فقال مثل ذلك ويروى نحوه عن عائشة رضي الله عنها. وقال مالك وأبو حنيفة وأبو عبيد لا يفرق الاموال الظاهرة إلا الامام لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) ولأن أبا بكر طالبهم بالزكاة وقاتلهم عليها وقال لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونها الى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها ووافقه الصحابة على هذا ولان

محمول على مال فيه كبار وظاهر ماذكره شيخنا هاهنا وقول الاصحاب أن الحكم في الفصلان والعجول كالحكم في السخال لما ذكرنا في الغنم ويكون التعديل بالقيمة مكان زيادة السن كما قلنا في اخراج الذكر من الذكور ، قال شيخنا ويحتمل أن لايجوز اخراج الفصلان والعجول وهو قول الشافعي لئلا يفضي الى التسوية بين الفروض فيخرج ابنة مخاض عن خمس وعشرين وست وثلاثين وست وأربعين وإحدى وستين ، ويخرج ابنتي اللبون عن ست وسبعين واحدى وتسعين ومائة وعشرين ويفضي الانتقال من بنت اللبون الواحدة من إحدى وستين الى ابنتي لبون في ست وسبعين مع تقارب الوقص بينهما وبينها في الاصل أربعون ، والخبر ورد في السخال فيمتنع قياس الفصلان والعجول عليها لما ذكرنا من الفرق .

ما الامام قبضه بحكم الولاية لا يجوز دفعه الى المولى عليه كولي اليتيم وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا على جواز دفعها بنفسه انه دفع الحق الى مستحقه الجائز تصرفه فأجزأه كما لو دفع الدين الى غريمه وكزكاة الاموال الباطنة ولأنه أحد نوعي الزكاة فأشبه النوع الآخر والآية تدل على أن للامام أخذها ولا خلاف فيه ومطالبة أبي بكر لهم بها لكونهم لم يؤدوها الى أهلها ولو أدوها الى أهلها لم يقاتلهم عليها لان ذلك مختلف في إجزائه فلا تجوز المقاتلة من أجله وانما يطالب الامام بحكم الولاية والنيابة عن مستحقيها فاذا دفعها اليهم جاز لأنهم أهل رشد فجاز الدفع اليهم بخلاف اليتيم

واما وجه فضيلة دفعها بنفسه فلانه ايصال الحق الى مستحقه مع توفير أجر العمالة وصيانة حقهم عن خطر الخيانة ومباشرة تفريج كربة مستحقها وإغنائه بها مع أعطائها للاولى بها من محاويج أقاربه وذوي رحمه وصلة رحمه بها فكان أفضل كما لو لم يكن آخذها من أهل العدل فان قيل فالكلام في الامام العادل اذ الخيانة مأمونة في حقه قلنا الامام لا يتولى ذلك بنفسه وإنما يفوضه الى سعاته ولا تؤمن منهم الخيانة ثم ربما لا يصل الى المستحق الذي قد علمه المالك من أهله وجيرانه شيء منها وهم أحق الناس بصلته وصدقته ومواساته وقولهم ان أخذ الامام يبرئه ظاهراً وباطناً قلنا يبطل هذا بدفعها الى غير العادل فانه يبرئه أيضا وقد سلموا انه ليس بأفضل ثم إن البراءة الظاهرة تكفي وقولهم انه تزول به التهمة قلنا متى أظهرها زالت التهمة سواء أخرجها بنفسه ولا يختلف المذهب ان دفعها الى الامام سواء كان عادلا أو غير عادل وسواء كانت من الاموال الظاهرة أو الباطنة ويبرأ بدفعها سواء تلفت في يد الامام أو لم تتلف أو صرفها في مصارفها أو لم يصرفها لما ذكرنا عن الصحابة ولأن الامام نائب عنهم شرعا فبرئ بدفعها اليه كولي اليتيم اذا قبضها له ولا يختلف المذهب أيضا في أن صاحب المال يجوز أن يفرقها بنفسه

(فصل) اذا أخذ الخوارج والبغاة الزكاة أجزأت عن صاحبها وحكى ابن المنذر عن احمد والشافعي وأبي ثور في الخوارج أنه يجزي وكذلك كل من أخذها من السلاطين أجزأت عن صاحبها سواء عدل فيها أو جار وسواء أخذها قهراً أو دفعها اليه اختياراً قال أبو صالح سألت سعد بن أبي وقاص وابن عمر

(فصل) وكذلك اذا كان النصاب كله مراضا فالصحيح من المذهب جواز اخراج الفرض منه ويكون وسطا في القيمة ولا اعتبار بقلة العيب وكثرته لأن القيمة تأتي على ذلك وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال مالك ان كانت كلها جربا اخرج جرباء وان كانت هتما كلف شراء صحيحة وقال أبو بكر لا يجزيء الا صحيحة لان احمد قال لا يؤخذ الا ما يجوز في الاضاحي وللنهي عن أخذ ذات العوار فعلى هذا يكلف شراء صحيحة بقدر قيمة المريضة

ولنا قول النبي ﷺ « اياك وكرائم اموالهم » وقال « ان الله لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره » رواه أبو داود ، ولان مبنى الزكاة على المواساة وتكليف الصحيحة عن المراض اخلال بالمواساة ولهذا يأخذ من الرديء من الحيوان والثمار من جنسه ، ومن اللئام والهزال من المواشي من جنسه كذا هذا

وجابراً وأبا سعيد الخدري وأبا هريرة فقلت هذا السلطان يصنع ماترون أفأدفع اليهم زكاتي فقالوا كلهم نعم .وقال ابراهيم يجزىء عنك ماأخذ منك العشارون.وعن سلمة بن الاكوع انه دفع صدقته الى نجدة وعن ابن عمر انه سئل عن مصدق ابن الزبير ومصدق نجدة فقال الى أيهما دفعت أجزأ عنك وبهذا قال أصحاب الرأي فيما غلبوا عليه وقالوا اذا مرَّ على الخوارج فعشروه لايجزيء عن زكاته وقال أبو عبيد في الخوارج يأخذون الزكاة على من أخذوا منه الاعادة لأنهم ليسوا بأئمة فأشبهوا قطاع الطريق (١)

ولنا قول الصحابة من غير خلاف في عصرهم علمناه فيكون إجماعاً ولأنه دفعها الى أهل الولاية فأشبه دفعها إلى أهل البغي

(فصل) واذا دفع الزكاة استحب أن يقول : اللهم اجعلها مغنما ولا تجعلها مغرما ويحمد الله على التوفيق لأدائها فقد روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا أعطيتم الزكاة فلا تنسوا ثوابها أن تقولوا اللهم اجعلها مغنما ولا تجعلها مغرما » أخرجه ابن ماجه ويستحب الآخذ أن يدعو لصاحبها فيقول آجرك الله فيما أعطيت وبارك لك فيما أنفقت وجعله لك طهوراً . وإن كان الدفع الى الساعي أو الامام شكره ودعا له قال الله تعالى (خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) قال عبد الله بن أبي أوفى كان أبي من أصحاب الشجرة وكان النبي ﷺ اذا أتاه قوم بصدقتهم قال « اللهم صل على آل فلان فأتاه أبي بصدقته فقال اللهم صل على آل أبي أوفى » متفق عليه والصلاة هاهنا الدعاء والتبريك وليس هذا بواجب لأن النبي ﷺ حين بعث معاذاً الى اليمن قال « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » متفق عليه فلم يأمره بالدعاء ولأن ذلك لايجب على الفقير المدفوع اليه فالنائب أولى

(فصل) ويجوز دفع الزكاة الى الكبير والصغير سواء أكل الطعام أو لم يأكل قال أحمد يجوز إن يعطي زكاته في أجر رضاع لقيط غيره فهو فقير من الفقراء وعنه لايجوز دفعها الا الى من أكل

وأما الحديث فيحمل على ما اذا كان فيه صحيح فان الغالب الصحة وان كان في النصاب بعض الفريضة صحيحاً أخرج الصحيحة وتمم الفريضة من المراض على قدر المال ولا فرق في هذا بين الابل والبقر والغنم، والحكم في الهرمة والمعيبة كالحكم في المريضة سواء لأنها في معناها والله أعلم

(فصل) فان اجتمع كبار وصغار وصحاح ومراض وذكور وإناث لم يؤخذ إلا أنثى كبيرة صحيحة على قدر قيمة المالين

متى كانت عنده نصاب فنتجت منه سخال في أثناء الحول وجبت الزكاة في الجميع في قول أكثر أهل العلم وكأن حول السخال حول أصلها ، وحكي عن الحسن والنخعي لازكاة في السخال حتى يحول عليها الحول لقوله عليه السلام «لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول »

الطعام قال المروذي كان أبو عبد الله لايرى أن يعطي الصغير من الزكاة إلا أن يطعم الطعام والاول أصح لأنه فقير فجاز الدفع اليه كالذي طعم ولأنه يحتاج الى الزكاة لاجر رضاعه وكسوته وسائر حوائجه فيدخل في عموم النصوص ويدفع الزكاة الى وليه لأنه يقبض حقوقه وهذا من حقوقه فان لم يكن له ولي دفعها الى من يعني بأمره ويقوم به من أمه أو غيرها نص عليه أحمد وكذلك المجنون قال هارون الحمال قلت لأحمد وكيف يصنع بالصغار قل يعطي أولياءهم فقلت ليس لهم ولي قال فيعطي من يعنى بأمرهم من الكبار فرخص في ذلك وقال مهنا سألت أبا عبد الله : يعطى من الزكاة المجنون والذاهب عقله؟ قال نعم، قلت من يقبضها له؟ قال وليه، قلت ليس له ولي؟ قال الذي يقوم عليه. وأن دفعها الى الصبي العاقل فظاهر كلام أحمد انه يجزئه قال المروذي قلت لأحمد يعطي غلاما يتيما من الزكاة؟ قال نعم قلت فاني أخاف أن يضيعه، قال يدفعه الى من يقوم بأمره . وقد روى الدار قطني باسناده عن أبي جحيفة قال بعث رسول الله ﷺ ساعيا فأخذ الصدقة من اغنيائنا فردها في فقرائنا وكنت غلاما يتيما لامال لي فأعطاني قلوصا

(فصل) واذا دفع الزكاة الى من يظنه فقيراً لم يحتج الى إعلامه انها زكاة قال الحسن أتريد أن تقرعه لاتخبره وقال أحمد بن الحسين قلت لاحمد يدفع الرجل الزكاة الى الرجل فيقول هذا من الزكاة أو يسكت ؟ قال ولم يبكته بهذا القول ؟ يعطيه ويسكت ماحاجته الى أن يقرعه

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا يعطي من الصدقة المفروضة للوالدين وأن علوا ولا للولد وان سفل)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الزكاة لايجوز دفعها الى الوالدين في الحال التي يجبر الدافع اليهم على النفقة عليهم ولأن دفع زكاته اليهم تغنيهم عن نفقته وتسقطها عنه ويعود نفعها اليه فكانه دفعها الى نفسه فلم تجز كما لو قضى بها دينه وقول الخرقي الوالدين يعنى الاب والام وقوله وان

ولنا قول عمر رضي الله عنه لساعيه : اعتد عليهم بالسخلة يروح بها الراعي على يديه ولا تأخذها منهم . وهو مذهب علي رضي الله عنه ولا يعرف لهما مخالف فى الصحابة فكان اجماعا .

والخبر مخصوص بمال التجارة فانه يضم اليه نماؤه بالاتفاق فيقاس عليه والحكم فى فصلان الابل وعجاجيل البقر كالحكم فى السخال . اذا ثبت هذا فان السخلة لاتؤخذ فى الزكاة لما ذكرنا من قول عمر ولما ذكرنا فى المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في النصاب ذكور وأناث لم يؤخذ الا انثى وقد ذكرنا ذلك ، وان كان فيه صحاح ومراض أخرج صحيحة قيمتها على قدر قيمة المالين ولا يجوز اخراج المريضة لقوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولقوله عليه السلام « ولا يخرج فى الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس الا أن يشاء المصدق »

علوا يعني آباءهما وأمهاتهما وان ارتفعت درجتهم من الدافع كأبوى الاب وأبوي الأم وأبوي كل واحد منهم وان علت درجتهم من يرث منهم ومن لا يرث وقوله والولد وان سفل يعني وان نزلت درجته من أولاده البنين والبنات الوارث وغير الوارث نص عليه أحمد فقال لا يعطي الوالدين من الزكاة ولا الولد ولا ولد الولد ولا الجد ولا الجدة ولا ولد البنت قال النبي ﷺ « ان ابني هذا سيد » يعني الحسن فجعله ابنه ولأنه من عمودي نسبه فأشبه الوارث ولان بينهما قرابة جزئية وبعضية بخلاف غيرها

(فصل) فأما سائر الاقارب فمن لا يورث منهم يجوز دفع الزكاة اليه سواء كان انتفاء الارث لانتفاء سببه لكونه بعيد القرابة ممن لم يسم الله تعالى ولا رسوله ﷺ له ميراثا أو كان لمانع مثل أن يكون محجوبا عن الميراث كالاخ المحجوب بالابن أو الاب، والعم المحجوب بالأخ وابنه وإن نزل، فيجوز دفع الزكاة اليه لأنه لا قرابة جزئية بينهما ولا ميراث فأشبها الاجانب، وإن كان بينهما ميراث كالاخوين اللذين يرث كل واحد منهما الآخر ففيه روايتان (احداهما) يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته إلى الآخر وهي الظاهرة عنه. رواها عنه الجماعة، قال في رواية اسحق بن ابراهيم واسحق ابن منصور وقد سأله يعطي الاخ والاخت والخالة من الزكاة ؟ قال : يعطي كل القرابة إلا الابوين والولد، وهذا قول أكثر أهل العلم. قال أبو عبيد : هو القول عندي لقول النبي ﷺ «الصدقة على المسكين صدقة وهي لذي الرحم اثنتان صدقة وصلة » فلم يشترط نافلة ولا فريضة، ولم يفرق بين الوارث وغيره، ولأنه ليس من عمودي نسبه فأشبه الأجنبي (والرواية الثانية) لا يجوز دفعها إلى الموروث وهو ظاهر قول الخرقي لقوله، ولا لمن تلزمه مؤنته، وعلى الوارث مؤنة الموروث لانه يلزمه مؤنته فيغنيه بزكاته عن مؤنته ويعود نفع زكاته اليه فلم يجز كدفعها إلى والده أو قضاء دينه بها، والحديث يحتمل صدقة التطوع فيحمل عليها، فعلى هذا إن كان أحدهما يرث الآخر ولا يرثه الآخر كالعمة مع ابن أخيها، والعتيق مع معتقه، فعلى الوارث منهما نفقة مورثه وليس له دفع زكاته اليه، وليس على الموروث منهما نفقة وارثه، ولا يمنع من دفع زكاته اليه لانتفاء المقتضي للمنع، ولو كان

وان كان النصاب كله مراضا الا مقدار الفرض فهو مخير بين اخراجه وبين شراء فريضة قليلة القيمة فيخرجها، ولو كانت الصحيحة غير الفريضة بعدد الفريضة مثل من وجب عليه ابنتا لبون وعنده حواران صحيحان فان عليه شراء صحيحتين فيخرجهما وان وجبت عليه حقتان وعنده ابنتا لبون صحيحتان خير بين اخراجهما مع الجبران وبين شراء حقتين صحيحتين على قدر قيمة المال، وان كان عنده جزعتان صحيحتان فله اخراجهما مع أخذ الجبران، وان كان عليه حقتان ونصف ماله صحيح ونصفه مريض فقال ابن عقيل له اخراج حقة صحيحه وحقة مريضة لان النصف الذي يجب فيه احدى الحقتين مريض كله، والصحيح في المذهب خلاف ذلك لان في ماله صحيحاً ومريضاً فلم يملك اخراج مريضة كما لو كان نصابا واحداً ولم يتعين النصف الذي وجبت فيه الحقة في المراض

الاخوان لاحدهما ابن والآخر لاولد له ، فعلى أبي الابن نفقة أخيه وليس له دفع زكاته اليه، والذي لاولد له له دفع زكاته إلى أخيه ولا يلزمه نفقته لأنه محجوب عن ميراثه، ونحو هذا قول الثوري : فأما ذوو الارحام في الحال الذي يرثون فيها فيجوز دفعها اليهم في ظاهر المذهب لأن قرابتهم ضعيفة لايرث بها مع عصبة ولا ذي فرض غير أحد الزوجين فلم تمنع دفع الزكاة كقرابة سائر المسلمين فان ماله يصير اليهم اذا لم يكن له وارث

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا الزوج ولا الزوجة ﴾

أما الزوجة فلا يجوز دفع الزكاة اليها اجماعا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الرجل لايعطي زوجته من الزكاة ، وذلك لأن نفقتها واجبة عليه فتستغني بها عن أخذ الزكاة فلم يجز دفعها اليها كما لو دفعها اليها على سبيل الانفاق عليها ، وأما الزوج ففيه روايتان (احداهما) لايجوز دفعها اليه وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لأنه أحد الزوجين فلم يجز للآخر دفع زكاته اليه كالآخر ولانها تنتفع بدفعها اليه لانه إن كان عاجزاً عن الانفاق عليها تمكن بأخذ الزكاة من الانفاق فيلزمه، وإن لم يكن عاجزاً ولكنه أيسر بها لزمته نفقة الموسرين فتنتفع بها في الحالين فلم يجز لها ذلك كما لو دفعتها في أجرة دار أو نفقة رقيقها أو بهائمها ، فان قيل فيلزم على هذا الغريم فانه يجوز له دفع زكاته إلى غريمه ويلزم الآخذ بذلك وفاء دينه فينتفع الدافع بدفعها اليه قلنا الفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن حق الزوجة في النفقة آكد من حق الغريم بدليل أن نفقة المرأة مقدمة في مال المفلس على أداء دينه وأنها تملك أخذها من ماله بغير علمه اذا امتنع من ادائها (والثاني) أن المرأة تنبسط في مال زوجها بحكم العادة، ويعد مال كل واحد منهما مالا للآخر، ولهذا قال ابن مسعود في عبد سرق مرآة امرأة سيده : عبدكم سرق مالكم، ولم يقطعه، وروي ذلك عن عمر، وكذلك لاتقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه بخلاف الغريم مع غريمه (والرواية الثانية) يجوز لها دفع زكاتها إلى زوجها وهو مذهب الشافعي وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن زينب امرأة عبدالله بن مسعود قالت : يانبي الله انك أمرت

وكذلك لو كان لشريكين لم يتعين حق أحدهما في المراض دون الآخر ، وان كان النصاب كله صحيحا لم يجز اخراج المعيبة وان كثرت قيمتها للنهي عن أخذها ، ولما فيه من الاضرار بالفقراء ولهذا يستحق ردها في البيع وان كثرت قيمتها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان نوعين كالبخاتي والعراب والبقر والجواميس والضأن والمعز ، أو كان فيه كرام ولئام وسمان ومهازيل أخذت الفريضة من أحدهما على قدر قيمة المالين .

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في ضم أنواع الاجناس بعضها الى بعض في إيجاب الزكاة ، قال ابن المنذر أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على ضم الضأن الى المعز اذا ثبت هذا فانه يخرج الزكاة من أي الانواع أحب سواء دعت الحاجة الى ذلك ، بان يكون الواجب واحداً أو لايكون أحد النوعين

اليوم بالصدقة وكان عندي حلي لي فأردت أن أتصدق به ، فزعم ابن مسعود أنه هو وولده أحق من تصدقت عليهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم » رواه البخاري، وروي أن امرأة عبدالله سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن بني أخ لها أيتام في حجرها أفأعطيهم زكاتها ؟ قال « نعم »

وروى الجوزجاني باسناده عن عطاء قال : أتت النبي ﷺ امرأة فقالت يارسول الله :إن علي نذرا أن أتصدق بعشرين درهما ، وان لي زوجا فقيراً أفيجزىء عني أن أعطيه ؟ قال« نعم لك كفلان من الاجر » ولانه لاتجب نفقته فلا يمنع دفع الزكاة اليه كالاجنبي ويفارق الزوجة فان نفقتها واجبة عليه ، ولأن الاصل جواز الدفع لدخول الزوج في عموم الاصناف المسمين في الزكاة ، وليس في المنع نص ولا اجماع وقياسه على من ثبت المنع في حقه غير صحيح لوضوح الفرق بينهما فيبقى جواز الدفع ثابتاً والاستدلال بهذا أقوى من الاستدلال بالنصوص لضعف دلالتها

فان الحديث الاول في صدقة التطوع لقولها : أردت أن أتصدق بحلي لي ولاتجب الصدقة بالحلي وقول النبي ﷺ « زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم » والولد لاتدفع اليه الزكاة

والحديث الثاني ليس فيه ذكر الزوج ، وذكر الزكاة فيه غير محفوظ . قال احمد : من ذكر الزكاة فهو عندي غير محفوظ ، انما ذاك صدقة من غير الزكاة ، كذا قال الاعمش : فأما الحديث الآخر فهو مرسل وهو في النذر

(فصل) فان كان في عائلته من لايجب عليه الانفاق عليه كيتيم أجنبي فظاهر كلام احمد أنه لايجوز له دفع زكاته اليه لانه ينتفع بدفعها اليه لاغنائه بها عن مؤنته والصحيح إن شاء الله جواز دفعها اليه لانه داخل في أصناف المستحقين للزكاة ولم يرد في منعه نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فلا يجوز اخراجه من عموم النص بغير دليل ، وإن توهم أنه ينتفع بدفعها اليه قلنا قد لاينتفع به فانه يصرفها في مصالحه التي لايقوم بها الدافع، وإن قدر الانتفاع فانه نفع لايسقط به واجب عليه ، ولا يجتلب به

موجباً لواحد أو لم تدع بأن يكون كل واحد من النوعين فيه فريضة كاملة ، وقال عكرمة ومالك واسحق يخرج من أكثر العددين فان استويا أخرج من أيهما شاء ، وقال الشافعي القياس أن يؤخذ من كل نوع مايخصه اختاره ابن المنذر لانها أنواع تجب فيها الزكاة فتجب زكاة كل نوع منه كانواع الثمرة والحبوب

ولنا أنها نوعا جنس من الماشية فجاز الاخراج من أيهما شاء ، كما لو استوى العددان وكالسمان والمهازيل، وماذكره الشافعي يفضي الى تشقيص الفرض ، وقد عدل الى غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الابل من أجل ذلك فالعدول الى النوع أولى اذا ثبت ذلك فانه يخرج من أحد النوعين ماقيمته كقيمة المخرج من النوعين فاذا كان النوعان سواء وقيمة المخرج من أحدهما اثنى عشر وقيمة المخرج من الآخر خمسة عشر أخرج من أحدهما ماقيمته ثلاثة عشر وان كان الثلث معزاً والثلثان ضأنا

مال اليه ، فلم يمنع ذلك الدفع كما لو كان يصله تبرعا من غير أن يكون من عائلته

(فصل) وليس لمخرج الزكاة شراؤها ممن صارت اليه ، وروي ذلك عن الحسن وهو قول قتادة ومالك ، قال أصحاب مالك : فان اشتراها لم ينقض البيع . وقال الشافعي وغيره : يجوز لقول النبي ﷺ «لاتحل الصدقة لغني إلا لخمسة رجل ابتاعها بماله»[1] . وروى سعيد في سننه أن رجلا تصدق على أمه بصدقة ثم ماتت فسأل النبي ﷺ فقال « قدقبل الله صدقتك وردها اليك الميراث » وهذا في معنى شرائها ، ولأن ماصح أن يملك ارثاً صح أن يملك ابتياعا كسائر الاموال

ولنا ماروى عمر أنه قال : حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده وظننت أنه بائعه برخص فأردت أن أشتريه ، فسألت رسول الله ﷺ فقال «لاتبتعه ولا تعد في صدقتك ولو أعطاكه بدرهم، فان العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه ، فان قيل يحتمل أنها كانت حبساً في سبيل الله فمنعه لذلك، قلنا لو كانت حبساً لما باعها للذي هي في يده ولا هم عمر بشرائها، بل كان ينكر على البائع ويمنعه ، فانه لم يكن يقر على منكر فكيف يفعله ويعين عليه ، ولأن النبي ﷺ ما أنكر بيعها إنما أنكر على عمر الشراء معللا بكونه عائداً في الصدقة (الثاني) اننا نحتج بعموم اللفظ من غير نظر إلى خصوص السبب ، فان النبي ﷺ قال « لاتعد في صدقتك » أي بالشراء ، فان العائد في صدقته كالعائد في قيئه ، والاخذ بعموم اللفظ أولى من التمسك بخصوص السبب ،فان قيل فان اللفظ لايتناول الشراء ، فان العود في الصدقة استرجاعها بغير عوض وفسخ للعقد كالعود في الهبة والدليل على هذا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه» ولو وهب انساناً شيئاً ثم اشتراه منه جاز ، قلنا النبي ﷺ ذكر ذلك جوابا لعمر حين سأله عن شراء الفرس فلولم يكن اللفظ متناولا للشراء المسئول عنه لم يكن مجيباً له ولا يجوز إخراج خصوص السبب من عموم اللفظ لئلا يخلو السؤال عن الجواب،وقد روي عن جابر انه قال اذا جاء المصدق فادفع اليه صدقتك ولا تشترها فانهم

« ١ » أخرجه أبو داود وسيأتي بتمامه معزوا اليه في ص ٥١٨

أخرج ماقيمته أربعة عشر، وان كان بالعكس أخرج ماقيمته ثلاثة عشر،وان كان في أبله عشر بخاتي وعشر مهرية وعشر عرابية وقيمة ابنة المخاض البختية ثلاثون والمهرية أربعة وعشرون والعرابية اثني عشر أخرج ابنة مخاض قيمتها ثلث قيمة بنت مخاض بختية وهو عشرة وثلث قيمة مهرية ثمانية وثلث قيمة عرابية أربعة فصار الجميع اثنين وعشرين وكذلك الحكم في أنواع البقر وفي السمان مع المهازيل والكرائم مع اللئام .

(فصل) والاولى أن يخرج عن ماشيته من نوعها فيخرج عن البخاتي بختية وعن العراب عربية وعن الكرام كريمة فان أخرج عن الكرام هزيلة بقيمة السمينة جاز ذكره أبو بكر وحكي عن القاضي أنه لايجوز ، والصحيح الاول لأن القيمة مع اتحاد الجنس هي المقصودة فان أخرج عن النصاب من غير نوعه مما ليس في ماله منه شيء ففيه وجهان أحدهما يجزي لانه أخرج عنه من جنسه فجاز كما لو أخرج

كانوا يقولون ابتعها فأقول انما هي لله. وعن ابن عمر انه قال لاتشتر طهور مالك ولأن في شرائه لها وسيلة الى استرجاع شيء منها لأن الفقير يستحي منه فلا يماكسه في ثمنها وربما رخصها له طمعا في أن يدفع اليه صدقة أخرى وربما علم انه ان لم يبعه إياها استرجعها منه أو توهم ذلك وما هذا سبيله ينبغي أن يجتنب كما لو شرط عليه أن يبيعه إياها. وهو أيضاً ذريعة الى اخراج القيمة وهو ممنوع من ذلك ، أما حديثهم فنقول به، وانها ترجع اليه بالميراث وليس هذا محل النزاع. قال ابن عبد البر : كل العلماء يقولون اذا رجعت اليه بالميراث طابت له الا ابن عمر والحسن بن حي وليس البيع في معنى الميراث لان الملك ثبت بالميراث حكما بغير اختياره وليس بوسيلة الى شيء مما ذكرنا والحديث الاخر مرسل وهو عام وحديثنا خاص صحيح فالعمل به أولى من كل وجه

(فصل) فان دعت الحاجة الى شراء صدقته مثل أن يكون الفرض جزءاً من حيوان لا يمكن الفقير الانتفاع بعينه ولا يجد من يشتريه سوى المالك لباقيه ولو اشتراه غيره لتضرر المالك بسوء المشاركة أو اذا كان الواجب في ثمرة النخل والكرم عنبا ورطبا فاحتاج الساعي الى بيعها قبل الجذاذ فقد ذكر القاضي انه يجوز بيعها من رب المال في هذا الموضع وكذلك يجيء في الصورة الاولى وفي كل موضع دعت الحاجة الى شرائه لها لان المنع من الشراء في محل الوفاق انما كان لدفع الضرر عن الفقير ،والضرر عليه في منع البيع هاهنا أعظم فدفعه بجواز البيع أولى

(فصل) قال مهنا سألت أبا عبد الله عن رجل له على رجل دين برهن وليس عنده قضاؤه ولهذا الرجل زكاة مال يريد أن يفرقها على المساكين فيدفع اليه رهنه ويقول له الدين الذي لي عليك هو لك ويحسبه من زكاة ماله قال لا يجزيه ذلك فقلت له فيدفع اليه من زكاته فان رده اليه قضاء من ماله أخذه ؟ فقال نعم وقال في موضع آخر وقيل له فان أعطاه ثم رده اليه قال اذا كان بحيلة فلا يعجبني

من أحد النوعين عنهما اختاره أبو بكر ، والثاني لايجزي لانه أخرج من غير نوع ماله أشبه مالو أخرج من غير الجنس وفارق ما اذا أخرج من أحد نوعي ماله لأنه جاز فراراً من تشقيص الفرض بخلاف مسئلتنا والله أعلم .

(فصل) قال رضي الله عنه

﴿ النوع الثالث في الغنم ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ولا شيء فيها حتى تبلغ أربعين فتجب فيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه ثم في كل مائة شاة شاة)

الأصل في وجوب صدقة الغنم السنة والاجماع ، أما السنة فما روى أنس في كتاب الصدقات الذي كتبه له أبو بكر رضي الله عنه أنه قال في صدقة الغنم في سائمتها اذا كانت أربعين الى عشرين

قيل له فان استقرض الذي عليه الدين دراهم فقضاه اياها ثم ردها عليه وحسبها من الزكاة فقال اذا أراد بها احياء ماله فلا يجوز فحصل من كلامه أن دفع الزكاة الى الغريم جائز سواء دفعها ابتداء أو استوفى حقه ثم دفع مااستوفاه اليه الا انه متى قصد بالدفع احياء ماله أو استيفاء دينه لم يجز لان الزكاة لحق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى نفعه ولا يجوز أن يحتسب الدين الذي له من الزكاة قبل قبضه لانه مأمور بأدائها وإيتائها وهذا اسقاط والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا لكافر ولا لمملوك ﴾

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن زكاة الاموال لا تعطى لكافر ولا لمملوك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الذمي لا يعطى من زكاة الاموال شيئا ولان النبي ﷺ قال لمعاذ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، وترد في فقرائهم » فخصهم بصرفها الى فقرائهم كما خصهم بوجوبها على أغنيائهم

وأما المملوك فلا يملكها بدفعها اليه ، وما يعطاه فهو لسيده فكأنه دفعها الى سيده ، ولان العبد يجب على سيده نفقته فهو غني بغنائه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ الا أن يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ما عملوا ﴾

وجملته أنه يجوز للعامل أن يأخذ عمالته من الزكاة سواء كان حراً أو عبداً وظاهر كلام الخرقي انه يجوز أن يكون كافراً وهذه احدى الروايتين عن أحمد لان الله تعالى قال والعاملين عليها وهذا لفظ عام يدخل فيه كل عامل على أي صفة كان ، ولان ما يأخذ على العمالة أجرة عمله فلم يمنع من أخذه كسائر الاجارات، والرواية الاخرى لا يجوز أن يكون العامل كافرا لان من شرط العامل أن يكون أمينا والكفر ينافي الامانة ويجوز أن يكون غنيا وذا قرابة لرب المال وقوله : بحق ما عملوا يعني

ومائة شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتين فاذا زادت على مائتين الى ثلثمائة ففيها ثلاث شياه فاذا زادت على ثلثمائة ففي كل مائة شاة واذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة الا أن يشاء ربها ، ولا يخرج في الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس الا ما شاء المصدق واختار سوى هذا

وأجمع المسلمون على وجوب الزكاة فيها وهذا المذكور هاهنا مجمع عليه حكاه ابن المنذر الا أنه حكي عن معاذ رضي الله عنه أن الفرض لا يتغير بعد المائة واحدى وعشرين حتى تبلغ مائتين واثنين وأربعين ليكون مثل مائة واحدى وعشرين ، ورواه سعيد عن خالد عن مغيرة عن الشعبي عن معاذ أنه كان اذا بلغت الشياه مائتين لم يغيرها حتى تبلغ أربعين ومائتين فيأخذ منها ثلاث شياه ، فاذا بلغت ثلاثمائة لم يغيرها حتى تبلغ أربعين وثلاثمائة فيأخذ منها أربعا ولا يثبت عنه .

يعطيهم بقدر أجرتهم والامام مخير اذا بعث عاملا ان شاء استأجره اجارة صحيحة ويدفع اليه ماسمى له، وان شاء بعثه بغير اجارة ويدفع اليه أجر مثله، وهذا كان المعروف على عهد رسول الله ﷺ فانه لم يبلغنا انه قاطع أحداً من العمال على أجر وقد روى أبو داود باسناده عن ابن الساعدي قال استعملني عمر على الصدقة فلما فرغت منها وأديتها اليه أمر لي بعمالة فقلت انما عملت لله وأجري على الله قال خذ ماأعطيت فاني قد عملت على عهد رسول الله ﷺ فعملني فقلت مثل قولك فقال لي رسول الله ﷺ « اذا أعطيت شيئا من غير ان تسأله فكل وتصدق »

(فصل) ويعطى منها أجر الحاسب والكاتب والحاشد والخازن والحافظ والراعي ونحوهم فكلهم معدودون من العاملين عليها، ويدفع اليهم من حصة العاملين عليها فأما أجر الوزان والكيال ليقبض الساعي الزكاة فعلى رب المال لانه من مؤنه دفع الزكاة

(فصل) ولا يعطى الكافر من الزكاة الا لكونه مؤلفا على ماسنذكره ويجوز أن يعطى لانسان ذا قرابة من الزكاة لكونه غازيا أو مؤلفا أو غارما في اصلاح ذات البين أو عاملا ولا يعطى لغير ذلك وقد روى أبو داود باسناده عن عطاء بن يسار عن النبي ﷺ انه قال «لاتحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لغارم أو رجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين الى الغني » ورواه ايضا عن عطاء عن أبي سعيد عن النبي ﷺ

(فصل) وإن اجتمع في واحد أسباب تقتضي الاخذ بها جاز أن يعطى بها ، فالعامل الفقير له أن يأخذ عمالته ، فان لم تغنه فله أن يأخذ مايتم به غناه ، فان كان غازيا فله أخذ مايكفيه لغزوه، وإن كان غارما أخذ مايقضي به غرمه لأن كل واحد من هذه الاسباب يثبت حكمه بانفراده فوجود غيره لايمنع ثبوت حكمه كما لم يمنع وجوده ، وقد روي عن احمد أنه قال : اذا كان له مائتان وعليه مثلها لايعطى من الزكاة لأن المغني خمسون درهما وهذا يدل على أنه يعتبر في الدفع إلى الغارم أن يكون فقيراً ، فاذا أعطي لاجل الغرم وجب صرفه إلى قضاء الدين ، وإن أعطي للفقير جاز أن يقضي به دينه

والحديث الذي رويناه دليل على خلاف ماروي عنه، والاجماع على خلاف هذا القول دليل على فساده ، ومارواه سعيد منقطع فان الشعبي لم يلق معاذاً ، وظاهر المذهب أن فرض الغنم لايتغير بعد مائتين وواحدة حتى يبلغ أربعمائة فيجب في كل مائة شاة ويكون مابين مائتين وواحدة الى أربعمائة وقصا وذلك مائة وتسعة وتسعون ، وهذا قول أكثر العلماء وعن أحمد رواية أخرى أنها اذا زادت على ثلاثمائة واحدة ففيها أربع شياه ثم لايتغير الفرض حتى تبلغ خمسمائة فيكون في كل مائة شاة ويكون الوقص الكبير مابين ثلاثمائة وواحدة الى خمسمائة اختاره أبو بكر وهو قول النخعي والحسن بن صالح لأن النبي ﷺ جعل الثلاثمائة حداً للوقص وغاية فيجب أن يتعقبه تغير النصاب كالمائتين .

ولنا أن قول النبي ﷺ « فاذا زادت ففي كل مائة شاة » يقتضي ألا يجب فيما دون المائة شيء

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا لبني هاشم)

لا نعلم خلافا في أن بني هاشم لا تحل لهم الصدقة المفروضة ، وقد قال النبي ﷺ « ان الصدقة لا تنبغي لآل محمد انما هي أوساخ الناس » أخرجه مسلم. وعن أبي هريرة قال : أخذ الحسن تمرة من تمر الصدقة فقال النبي ﷺ « كخ كخ » ليطرحها وقال « أما شعرت انا لا نأكل الصدقة » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا لمواليهم)

يعني أن موالي بني هاشم وهم من أعتقهم هاشمي لا يعطون من الزكاة وقال أكثر العلماء يجوز لأنهم ليسوا بقرابة النبي ﷺ فلم يمنعوا الصدقة كسائر الناس ، ولانهم لم يعوضوا عنها بخمس الخمس فانهم لا يعطون منه فلم يجز أن يحرموها كسائر الناس

ولنا ماروى أبو رافع أن رسول الله ﷺ بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع أصحبني كيما تصيب منها فقال لا حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله ، فانطلق إلى النبي ﷺ فسأله فقال « انا لا تحل لنا الصدقة ، وإن موالي القوم منهم » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولأنهم ممن يرثهم بنو هاشم بالتعصيب فلم يجز دفع الصدقة اليهم كبني هاشم وقولهم انهم ليسوا بقرابة قلنا هم بمنزلة القرابة بدليل قول النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » وقوله « موالي القوم منهم » وثبت فيهم حكم القرابة من الارث والعقل والنفقة فلا يمتنع ثبوت حكم تحريم الصدقة فيهم

(فصل) فأما بنو المطلب فهل لهم الاخذ من الزكاة ؟ على روايتين (احداهما) ليس لهم ذلك نقلها عبدالله بن احمد وغيره لقول النبي ﷺ « انا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام انما نحن وهم شيء واحد » وفي لفظ رواه الشافعي في مسنده « انما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد » وشبك

وفي كتاب الصدقات الذي كان عند آل عمر بن الخطاب: فاذا زادت على ثلاثمائة واحدة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعمائة شاة ففيها أربع شياه وهذا صريح لا يجوز خلافه وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة لا للغاية .

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤخذ من المعز الثني ومن الضأن الجذع)

لايجزي في صدقة الغنم الا الجذع من الضأن وهو ماله ستة أشهر والثني من المعز وهو ماله سنة فان تطوع المالك باعلى منهما في السن جاز لما نذكره فان كان الفرض في النصاب أخذه الساعي وإن كان فوق الفرض خير المالك بين دفع واحدة منه وبين شراء الفرض فيخرجه وبه قال الشافعي. وقال ابو حنيفة في احدى الروايتين عنه لا يجزي الا الثنية منهما جميعا لانهما نوعا جنس فكان الفرض منهما واحدا

بين أصابعه ، ولأنهم يستحقون من خمس الخمس فلم يكن لهم الاخذ كبني هاشم ، وقد أكد ذلك ماروي أن النبي ﷺ علل منعهم الصدقة باستغنائهم عنها بخمس الخمس فقال « أليس في خمس الخمس مايغنيكم ؟» (والرواية الثانية) لهم الاخذ منها وهو قول أبي حنيفة لانهم دخلوا في عموم قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية ، لكن خرج بنو هاشم لقول النبي ﷺ « إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد » فيجب أن يختص المنع بهم ، ولا يصح قياس بني المطلب على بني هاشم لأن بني هاشم أقرب إلى النبي ﷺ وأشرف وهم آل النبي ﷺ ومشاركة بني المطلب لهم في خمس الخمس مااستحقوه بمجرد القرابة بدليل أن بني عبد شمس وبني نوفل يساوونهم في القرابة ولم يعطوا شيئاً ، وانما شاركوه بالنصرة أو بهما جميعاً والنصرة لاتقتضي منع الزكاة

(فصل) وروى الخلال باسناده عن ابن أبي مليكة أن خالد بن سعيد بن العاص بعث إلى عائشة سفرة من الصدقة فردتها وقالت : انا آل محمد ﷺ لاتحل لنا الصدقة ، وهذا يدل على تحريمها على أزواج النبي ﷺ

(فصل) وظاهر قول الخرقي ههنا أن ذوي القربى يمنعون الصدقة وإن كانوا عاملين ، وذكر في باب قسم الفيء والصدقة مايدل على اباحة الاخذ لهم عمالة وهو قول أكثر أصحابنا لأن مايأخذونه أجر فجاز لهم أخذه كالحمال وصاحب المخزن اذا أجرهم مخزنه

ولنا حديث أبي رافع وقد ذكرناه ، وما روى مسلم باسناده أنه اجتمع ربيعة بن الحارث والعباس ابن عبد المطلب فقالا والله لو بعثنا هذين الغلامين إلى رسول الله ﷺ فكلماه فأمرهما على هذه الصدقات فأديا مايؤدي الناس ، وأصابا مايصيب الناس ، فبينما هما في ذلك إذ جاء علي بن ابي طالب فوقف عليهما فذكرا له ذلك ، قال علي : لاتفعلا فوالله ماهو بفاعل ، فانتحاه ربيعة بن الحارث فقال : والله ماتصنع هذا إلا نفاسة منك علينا ، قال فألقى علي رداءه ثم اضطجع ثم قال : أنا أبو الحسن والله لا أريم مكاني حتى يرجع اليكما ابناكما بحبر ما بعثتما به إلى رسول الله ﷺ فذكر الحديث

كالابل والبقر وقال مالك تجزي الجذعة منهما لذلك ، ولقول النبي ﷺ « انما حقنا في الجذعة أو الثنية »

ولنا على أبي حنيفة هذا الخبر وقول سعد بن دليم أتاني رجلان على بعير فقالا إنا رسولا رسول الله اليك لتؤدي صدقة غنمك ؟ قلت فأي شيء تأخذان قالا عناق جذعة أو ثنية أخرجه أبو داود

ولنا على مالك ماروى سويد بن غفلة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وقال أمرنا أن ناخذ الجذعة من الضأن والثنية من المعز ، وهذا صريح وفيه بيان للمطلق في الحديثين قبله ، ولان جذعة الضأن تجزي في الاضحية بخلاف جذعة المعز بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بردة ابن دينار في جذعة المعز تجزي عنك ولا تجزي عن أحد بعدك .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار وهي المعيبة)

— إلى أن قال — فأتيا رسول ﷺ فقالا يارسول الله : أنت أبر الناس وأوصل الناس ،وقد بلغنا النكاح فجئنا لتؤمرنا على بعض هذه الصدقات فنؤدي اليك كما يؤدي الناس ، ونصيب كما يصيبون ، فسكت طويلا ثم قال « إن هذه الصدقة لاتنبغي لآل محمد ، انما هي أوساخ الناس » وفي لفظ أنه قال « ان الصدقة انما هي أوساخ الناس ، وانها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد »

(فصل) ويجوز لذوي القربى الاخذ من صدقة التطوع . قال احمد في رواية ابن القاسم : انما لا يعطون من الصدقة المفروضة فأما التطوع فلا . وعن احمد رواية أخرى أنهم يمنعون صدقة التطوع أيضاً لعموم قوله عليه السلام « انها لاتحل لنا الصدقة » والاول أظهر ، فان النبي ﷺ قال « المعروف كله صدقة » متفق عليه ، وقال الله تعالى (فمن تصدق به فهو كفارة له) وقال تعالى (فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون) ولا خلاف في اباحة المعروف إلى الهاشمي والعفو عنه وإنظاره .وقال اخوة يوسف :(وتصدق علينا)والخبر أريد به صدقة الفرض لان الطلب كان لها والالف واللام تعود إلى المعهود (١)

وروى جعفر بن محمد عن أبيه أنه كان يشرب من سقايات بين مكة والمدينة ، فقلت له أتشرب من الصدقة ، فقال : انما حرمت علينا الصدقة المفروضة ، ويجوز أن يأخذوا من الوصايا للفقراء ومن النذور ، لأنهما تطوع فأشبه مالو وصى لهم ، وفي الكفارة وجهان (أحدهما) يجوز لأنها ليست بزكاة ، ولا هي أوساخ الناس فأشبهت صدقة التطوع (والثاني) لايجوز لأنها واجبة أشبهت الزكاة

(فصل) وكل من حرم صدقة الفرض من الاغنياء وقرابة المتصدق والكافر وغيرهم يجوز دفع صدقة التطوع اليهم ولهم أخذها ، قال الله تعالى (ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيما وأسيراً) ولم يكن الاسير يومئذ الا كافراً (٢)

وعن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها قالت قدمت عليَّ أمي وهي مشركة فقلت يارسول الله:

«١» بقي أن تعليل التحريم بأنها أوساخ الناس أظهر في صدقة التطوع لان فيها من المنة ما ليس في الصدقة المفروضة لانها اختيارية والسقايات المسبلة في الطرق في معنى الاوقاف العامة وهي للغني والفقير ولا منة فيها والاستعلاء كاستعلاء المتصدق على الفقير بأن يده العليا ويد الآخذ السفلى

«٢» لكن الاغنياء لم يذكروا في الآية وما يعطي لهم لا يسمى صدقة لالغة ولا عرفا

هذه الثلاث لاتؤخذ لدناءتها ولقول الله تعالى (ولاتيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأن في حديث أنس « ولايخرج في الصدقة هرمة ولاذات عوار ولاتيسا الا أن يشاء المصدق» وقد قيل لايؤخذ تيس الغنم لفضيلته وكان أبوعبيد يروي هذا الحديث « الاماشاء المصدق» بفتح الدال يعني صاحب المال فعلى هذا يكون الاستثناء في الحديث راجعاً الى التيس وحده ، وذكر الخطابي أن جميع الرواة يخالفونه في هذا فيروونه المصدق بكسر الدال أي العامل وقال: التيس لايؤخذ لنقصه وفساد لحمه ، وعلى هذا لايأخذ المصدق وهو الساعي احدهذه الثلاثة الا أن يرى ذلك بان يكون جميع المال من جنسه فيكون له أن يأخذ من جنس المال فيأخذ هرمة من الهرمات ومعيبة من المعيبات وتيساً من التيوس ، وقال مالك والشافعي إن رأى الساعي أن أخذ هذه الثلاث خير له وأنفع للفقراء فله أخذها لظاهر الاستثناء

ان أمي قدمت عليّ وهي راغبة أفأصلها ، قال « نعم صلي أمك » وكسا عمر خاله حلة كان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه اياها .وعن أبي مسعود عن رسول الله ﷺ قال« اذا أنفق المسلم على أهله وهو يحتسبها فهي له صدقة » متفق عليه . وقال النبي ﷺ لسعد « أن نفقتك على أهلك صدقة ، وإن ماتأكل امرأتك صدقة » متفق عليه

(فصل) فأما النبي ﷺ فالظاهر أن الصدقة جميعها كانت محرمة عليه فرضها ونفلها لان اجتنابها كان من دلائل نبوته وعلاماتها فلم يكن ليخل بذلك ، وفي حديث اسلام سلمان الفارسي أن الذي أخبره عن النبي ﷺ ووصفه قال : انه يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة

وقال أبو هريرة : كان النبي ﷺ اذا أتي بطعام سأل عنه ، فان قيل صدقة قال لأصحابه كلوا ولم يأكل وان قيل له هدية ضرب بيده فأكل معهم . أخرجه البخاري . وقال النبي ﷺ في لحم تصدق به على بريرة « وهو عليها صدقة وهو لنا هدية » وقال عليه السلام « اني لانقلب الى أهلي فأجد التمرة ساقطة على فراشي في بيتي فأرفعها لآكلها ثم أخشى أن تكون صدقة فألقيها »رواه مسلم وقال« إنا لاتحل لنا الصدقة، ولان النبي ﷺ كان أشرف الخلق وكان له من المغانم خمس الخمس والصفي فحرم نوعي الصدقة فرضها ونفلها ،وآله دونه في الشرف، ولهم خمس الخمس وحده فحرموا أحد نوعيها وهو الفرض ، وقد روي عن احمد أن صدقة التطوع لم تكن محرمة عليه . قال الميموني سمعت احمد يقول : الصدقة لاتحل للنبي ﷺ وأهل بيته صدقة الفطر وزكاة الاموال ، والصدقة يصرفها الرجل على محتاج يريد بها وجه الله تعالى ، فأما غير ذلك فلا ، أليس يقال كل معروف صدقة وقد كان يهدى للنبي ﷺ ويستقرض فليس ذلك من جنس الصدقة على وجه الحاجة ، والصحيح أن هذا لايدل على اباحة الصدقة له ، انما أراد أن ماليس من صدقة الاموال على الحقيقة كالقرض والهدية وفعل المعروف غير محرم عليه ، لكن فيه دلالة على التسوية بينه وبين آله في تحريم صدقة التطوع عليهم لقوله بأن الصدقة على المحتاج يريد بها وجه الله محرمة عليهما وهذا هو صدقة التطوع فصارت الروايتان في تحريم صدقة التطوع على آله والله أعلم

ووجه الاول ماذكرنا. ولأن في أخذ المعيبة عن الصحاح اضراراً بالفقراء ولذلك يستحق ردها في البيع ولانها من شرار المال وقد قال عليه السلام « إن الله لم يسألكم خيره ولم يأمركم بشره »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا الرُّبىَّ وهي التي تربي ولدها ولا الماخض ولا كرائم المال الاأن يشاء ربه)

الربى قريبة العهد بالولادة تقول العرب في ربائها كما تقول في نفاسها قال الشاعر : حنين أمّ البو في ربائها .

قال أحمد : والماخض التي قد حان ولادها فان لم يقرب ولادها فهي خلفة ، وهذه الثلاثة لاتؤخذ لحق رب المال ولا تؤخذ أيضاً الأكولة لذلك قال عمر رضي الله عنه لساعيه لاتأخذ الربا ولا الماخض

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا لغني وهو الذي يملك خمسين درهما أو قيمتها من الذهب)

يعني لا يعطى من سهم الفقراء والمساكين غني ، ولا خلاف في هذا بين أهل العلم ، وذلك لان الله تعالى جعلها للفقراء والمساكين والغني غير داخل فيهم ، وقد قال النبي ﷺ لمعاذ « اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » وقال « لاحظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » وقال « لاتحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولأن أخذ الغني منها يمنع وصولها الى أهلها، ويخل بحكمة وجوبها وهو اغناء الفقراء بها ، واختلف العلماء في الغنى المانع من أخذها. ونقل عن احمد فيه روايتان: أظهرهما أنه ملك خمسين درهما أو قيمتها من الذهب أو وجود ما تحصل به الكفاية على الدوام من كسب ، أو تجارة ، أو عقار ، أو نحو ذلك ولو ملك من العروض ، أو الحبوب ، أو السائمة ، أو العقار مالا تحصل به الكفاية لم يكن غنيا ، وان ملك نصابا. هذا الظاهر من مذهبه وهو قول الثوري والنخعي وابن المبارك واسحق

وروي عن علي وعبدالله أنهما قالا : لاتحل الصدقة لمن له خمسون درهما أو عدلها أو قيمتها من الذهب وذلك لما روى عبدالله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من سأل وله مايغنيه جاءت مسألته يوم القيامة خموشا ، أو خدوشا ، أو كدوحا في وجهه » فقيل يارسول الله ماالغنى ؟ قال « خمسون درهما أو قيمتها من الذهب » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن . فان قيل هذا يرويه حكيم بن جبير وكان شعبة لايروي عنه وليس بقوي في الحديث ، قلنا قد قال عبدالله ابن عثمان لسفيان : حفظي أن شعبة لايروي عن حكيم بن جبير ، فقال سفيان : وحدثناه زبيد عن محمد بن عبد الرحمن ، وقد قال علي وعبدالله مثل ذلك (والرواية الثانية) أن الغنى ماتحصل به الكفاية فاذا لم يكن محتاجا حرمت عليه الصدقة وإن لم يملك شيئا ، وإن كان محتاجا حلت له الصدقة ، وإن ملك نصابا ، والأثمان وغيرها في هذا سواء ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، وابن شهاب العكبري وقول مالك والشافعي لأن النبي ﷺ قال لقبيصة ابن المخارق « لاتحل المسألة الا لاحد ثلاثة رجل أصابته

ولا الاكولة ، وقال النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه الى اليمن « إياك وكرائم أموالهم » متفق عليه ولا تحل الغنم ، فان تطوع رب المال باخراجها جاز أخذها وله ثواب الفضل لان الحق له فجاز برضاه كما لو دفع فرضين مكان فرض ، واذا تقرر أنه لايجوز أخذ الردي لأجل الفقراء ، ولا كرائم المال من أجل أربابه ، ثبت أن الحق في الوسط من المال. قال الزهري: اذا جاء المصدق قسم الشياه ثلاثا ثلث خيار وثلث أوساط وثلث شرار، وأخذ من الوسط، وروى نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه ، والاحاديث تدل على نحو هذا، فروى أبو داود والنسائي باسنادهما عن سعد بن دليم قال كنت في غنم لي فجاءني رجلان على بعير فقالا انا رسولا رسول الله ﷺ اليك لتؤدي الينا صدقة غنمك قلت وماعلي فيها ؟ قالا شاة فاعمد الي شاة قد عرفت

فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه قد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش أو سداداً من عيش » رواه مسلم فمد اباحة المسألة الى وجود اصابة القوام أو السداد ولأن الحاجة هي الفقر والغنى ضدها ، فمن كان محتاجا فهو فقير يدخـل في عموم النص ، ومن استغنى دخل في عموم النصوص المحرمة والحديث الاول فيه ضعف ، ثم يجوز أن تحرم المسألة ولا يحرم أخذ الصدقة اذا جاءته من غير مسألة ، فان المذكور فيه تحريم المسألة فنقتصر عليه . وقال الحسن وأبو عبيد : الغنى ملك أوقية وهي أربعون درهما لما روى أبو سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ « من سأل وله قيمة أوقية فقد ألحف » وكانت الاوقية على عهد رسول الله ﷺ أربعين درهما . رواه أبو داود ، وقال أصحاب الرأي : الغنى الموجب للزكاة هو المانع من أخذها وهو ملك نصاب تجب فيه الزكاة من الأثمان والعروض المعدة للتجارة أو السائمة أو غيرها لقول النبي ﷺ لمعاذ « اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الاغنياء من تجب عليهم الزكاة ، فيدل ذلك على أن من تجب عليه غني ، ومن لا تجب عليه ليس بغني فيكون فقيراً فتدفع الزكاة اليه لقوله « فترد في فقرائهم » ولان الموجب للزكاة غنى والاصل عدم الاشتراك ، ولأن من لا نصاب له لا تجب عليه الزكاة ولا يمنع منها كمن يملك دون الخمسين ولا له ما يكفيه فيحصل الخلاف بيننا وبينهم في أمور ثلاثة (أحدها) أن الغنى المانع من الزكاة غير الموجب لها عندنا ، ودليل ذلك حديث ابن مسعود وهو أخص من حديثهم فيجب تقديمه ، ولأن حديثهم دل على الغنى الموجب وحديثنا دل على الغنى المانع ولا تعارض بينهما فيجب الجمع بينهما . وقولهم الاصل عدم الاشتراك ، قلنا قد قام دليله بما ذكرناه فيجب الاخذ به (الثاني) أن من له ما يكفيه من مال غير زكائي ، أو من مكسبه ، أو أجرة عقارات أو غيره ، ليس له الاخذ من الزكاة ، وبهذا قال الشافعي واسحق وأبو عبيدة وابن المنذر . وقال أبو يوسف : ان دفع الزكاة اليه فهو قبيح وأرجو أن يجزئه . وقال أبو حنيفة وسائر أصحابه : يجوز دفع الزكاة اليه لانه ليس بغني لما ذكروه في حجتهم

مكانها ممتلئة محضاً وشحما فاخرجتها اليها قالا هذه شافع وقد نهى رسول الله ﷺ أن نأخذ شاة شافعا ، والشافع الحامل سميت بذلك لأن ولدها قد شفعها والمحض اللبن ، وروى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « ثلاث من فعلهن فقد طعم طعم الايمان من عبد الله وحده وأنه لا إله الا هو وأعطى زكاة ماله طيبة بها نفسه رافدة عليه كل عام ولم يعط الهرمة ولا الدرنة ولا المريضة ولا الشرط اللئيمة ولكن من أوسط أموالكم فان الله لم يسألكم خيره ولم يامركم بشره » . رافدة معينة[1] والدرنة الجرباء والشرط رذالة المال :

[1] من الاعانة أي تعينه على أدائها كما في النهاية

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز اخراج القيمة وعنه يجوز)

ظاهر المذهب أنه لا يجوز اخراج القيمة في شيء من الزكوات وبه قال مالك والشافعي . وقال الثوري

ولنا ما روى الامام احمد حدثنا يحيي بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله بن عدي بن الخيار عن رجلين من أصحاب النبي ﷺ أنهما أتيا رسول الله ﷺ فسألاه الصدقة فصعّد فيهما البصر فرآهما جلدين فقال « إن شئتما أعطيتكما ، ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » قال احمد : ما أجوده من حديث وقال هو أحسنها اسناداً وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سويّ » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح إلا أن احمد قال : لا أعلم فيه شيئاً يصح ، قيل لحديث سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة قال : سالم لم يسمع من أبي هريرة . ولأن له ما يغنيه عن الزكاة فلم يجز الدفع اليه كمالك النصاب

(الثالث) أن من ملك نصاباً زكائياً لا تتم به الكفاية من غير الأثمان فله الاخذ من الزكاة . قال الميموني : ذاكرت أبا عبد الله فقلت : قد تكون للرجل الابل والغنم تجب فيها الزكاة وهو فقير ويكون له أربعون شاة ، وتكون لهم الضيعة لا تكفيه فيعطى من الصدقة ؟ قال : نعم وذكر قول عمر : أعطوهم وإن راحت عليهم من الابل كذا وكذا ، قلت فهذا قدر من العدد أو الوقت ، قال لم أسمعه . وقال في رواية محمد بن الحكم : اذا كان له عقار يشغله أو ضيعة تساوي عشرة آلاف أو أقل أو أكثر لا تقيمه يأخذ من الزكاة وهذا قول الشافعي . وقال أصحاب الرأي : ليس له أن يأخذ منها اذا ملك نصاباً زكانياً لانه تجب عليه الزكاة فلم تجب له للخبر

ولنا أنه لا يملك ما يغنيه ، ولا يقدر على كسب ما يكفيه ، فجاز له الاخذ من الزكاة كما لو كان ما يملك لا تجب فيه الزكاة ، ولان الفقر عبارة عن الحاجة قال الله تعالى (يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله) أي المحتاجون اليه . وقال الشاعر :

فيارب اني مؤمن بك عابد مقر بزلاتي اليك فقير

وقال آخر : * واني إلى معروفها لفقير *

وهذا محتاج فيكون فقيراً غير غني ، ولأنه لو كان ما يملكه لا زكاة فيه لكان فقيراً ولا فرق في دفع الحاجة بين المالين ، وقد سمى الله تعالى الذين لهم سفينة في البحر مساكين فقال تعالى (أما

وأبو حنيفة يجوز ، وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن وعن أحمد مثل قولهم فيما عدا زكاة الفطر فاما زكاة الفطر فقد نص على أنه لا يجوز . قال أبو داود قيل لأحمد وأنا أعطي دراهم ، يعني في صدقة الفطر قال أخاف أن لا يجزئه ، خلاف سنة رسول الله ﷺ وقال أبو طالب قال أحمد لا يعطي قيمته قيل له قوم يقولون عمر بن عبد العزيز كان يأخذ بالقيمة قال يدعون قول رسول الله ﷺ ويقولون قال فلان ؟ قال ابن عمر فرض رسول الله ﷺ[1] وقال الله تعالى (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) ونقل عن أحمد في غير زكاة الفطر جواز اخراج القيمة ، قال أبو داود وسئل أحمد عن رجل باع ثمرة نخله قال عشره على الذي باعه قيل له فيخرج تمراً أو ثمنه قال إن شاء أخرج تمراً وان شاء أخرج من الثمن ، ووجه ذلك قول معاذ لاهل اليمن ائتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم فانه أيسر عليكم وأنفع

(١) سيأتي تتمة الحديث في الصفحة التالية ولا أدرى أترك هنا أم سقط من الناسخ

السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) وقد بينا بما ذكرناه من قبل أن الغنى يختلف مسماه فيقع على ما يوجب الزكاة وعلى ما يمنع منها فلا يلزم من وجود أحدهما وجود الآخر ، ولا من عدمه عدمه، فمن قال ان الغنى هو الكفاية سوى بين الأثمان وغيرها ، وجوز الاخذ لكل من لا كفاية له وإن ملك نصباً من جميع الاموال ، ومن قال بالرواية الاخرى فرق بين الأثمان وغيرها لخبر ابن مسعود ، ولأن الأثمان آلة الانفاق المعدة له دون غيرها فجوز الاخذ لمن لا يملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب ولا ما تحصل به الكفاية من مكسب ، أو أجرة ، أو عقار ، أو غيره، أو نماء سائمة ، أو غيرها وإن كان له مال معد للانفاق من غير الأثمان فينبغي أن تعتبر الكفاية به في حول كامل لأن الحول يتكرر وجوب الزكاة بتكرره فيأخذ منها كل حول ما يكفيه الى مثله ، ويعتبر وجود الكفاية له ولعائلته ومن يمونه لأن كل واحد منهم مقصود دفع حاجته فيعتبر له ما يعتبر للمنفرد ، وإن كان له خمسون درهماً جاز أن يأخذ لعائلته حتى يصير لكل واحد منهم خمسون . قال احمد في رواية أبي داود فيمن يعطي الزكاة وله عيال يعطي كل واحد من عياله خمسين خمسين وهذا لان الدفع انما هو إلى العيال وهذا نائب عنهم في الاخذ

(فصل) وإن كان للمرأة الفقيرة زوج موسر ينفق عليها لم يجز دفع الزكاة اليها لأن الكفاية حاصلة لها بما يصلها من نفقتها الواجبة فأشبهت من له عقار يستغني باجرته ، وإن لم ينفق عليها وتعذر ذلك جاز الدفع اليها كما لو تعطلت منفعة العقار وقد نص احمد على هذا

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ ولا يعطى الا في الثمانية الاصناف التي سمى الله تعالى ﴾

يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل) وقد ذكرهم الخرقي في موضع آخر فنؤخر شرحهم اليه

وقد روى زياد بن الحارث الصدائي قال : أتيت النبي ﷺ فبايعته ، قال فأتاه رجل فقال : اعطني من الصدقة ، فقال له رسول الله ﷺ « إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات

للمهاجرين بالمدينة ، وروى سعيد باسناده قال لما قدم معاذ الى اليمن قال ائتوني بعرض ثياب آخذه منكم مكان الذرة والشعير فانه أهون عليكم وخير للمهاجرين بالمدينة ، ولأن المقصود دفع حاجة الفقراء ولا يختلف ذلك باختلاف صور الاموال اذا حصلت القيمة .

ولنا قول ابن عمر فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من شعير ، فاذا عدل عن ذلك فقد ترك المفروض وقال النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة وفي مائتي درهم خمسة دراهم » وهو وارد بيانا لقوله تعالى (وآتوا الزكاة) فتكون الشاة المذكورة هي المأمور بها والأمر للوجوب ، وفي كتاب أبي بكر رضي الله عنه: هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله ﷺ وفسرها بالشاة والبعير، والفريضة واجبة والواجب لا يجوز تركه، وقوله عليه السلام « فان لم يكن بنت مخاض

حتى حكم فيها فجزأها ثمانيـة أجزاء ، فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » رواه أبو داود وأحكامهم كلها باقية ، وبهذا قال الحسن والزهري وأبو جعفر محمد بن علي ، وقال الشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي : انقطع سهم المؤلفة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أعز الله تعالى الاسلام وأغناه عن أن يتألف عليه رجال فلا يعطى مشرك تألفاً بحال، قالوا وقد روي هذا عن عمر

ولنا كتاب الله وسنة رسوله ، فان الله تعالى سمى المؤلفة في الاصناف الذين سمى الصدقة لهم والنبي ﷺ قال « إن الله تعالى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء » وكان يعطي المؤلفة كثيراً في أخبار مشهورة ، ولم يزل كذلك حتى مات ، ولا يجوز ترك كتاب الله وسنة رسوله إلا بنسخ والنسخ لا يثبت بالاحتمال ، ثم إن النسخ انما يكون في حياة النبي ﷺ لان النسخ انما يكون بنص ولا يكون النص بعد موت النبي ﷺ وانقراض زمن الوحي ، ثم إن القرآن لا ينسخ إلا بقرآن وليس في القرآن نسخ كذلك ولا في السنة فكيف يترك الكتاب والسنة بمجرد الآراء والتحكم، أو بقول صحابي أو غيره على أنهم لا يرون قول الصحابي حجة يترك بها قياس فكيف يتركون به الكتاب والسنة . قال الزهري: لا أعلم شيئاً نسخ حكم المؤلفة على أن ما ذكروه من المعنى لا خلاف بينه وبين الكتاب والسنة ، فان الغنى عنهم لا يوجب رفع حكمهم وانما يمنع عطيتهم حال الغنى عنهم ، فمتى دعت الحاجة إلى اعطائهم أعطوا ، فكذلك جميع الاصناف اذا عدم منهم صنف في بعض الزمان سقط حكمه في ذلك الزمن خاصة ، فاذا وجد عاد حكمه . كذا ههنا [1]

(فصل) ولا يجوز صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى من بناء المساجد والقناطر والسقايات واصلاح الطرقات ، وسد البثوق ، وتكفين الموتى ، والتوسعة على الاضياف ، وأشباه ذلك من القرب التي لم يذكرها الله تعالى . وقال أنس والحسن : ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضيـة والاول أصح لقوله سبحانه وتعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) وانما للحصر والاثبات تثبت المذكور وتنفي ماعداه ، والخبر المذكور قال أبو داود : سمعت احمد وسئل يكفن الميت من الزكاة؟ قال لا ، ولا يقضى من الزكاة دين الميت ، وانما لم يجز دفعها في قضاء دين الميت لأن الغارم هو الميت

(١) هذا هو الصواب على أن ما سقط في زمن الشافعي قد عاد بعده ولا سيا زماننا

فابن لبون ذكر » يمنع اخراج ابنة اللبون مع وجود ابنة المخاض ويدل على أنه أراد البعير دون المالية فان خمساً وعشرين من الابل لا تخلو من مالية بنت مخاض واخراج القيمة يخالف ذلك ويفضي إلى اخراج الفريضة مكان الاخرى من غير جبران وهو خلاف النص ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « خذ الحب من الحب والشاة من الغنم والبعير من الابل والبقر من البقر » رواه أبوداود وابن ماجه، ولان الزكاة وجبت لدفع حاجة الفقير من كل نوع ما تندفع به حاجته ويحصل شكر النعمة بالمواساة من جنس ما أنعم الله عليه ولانه عدل عن الجنس المنصوص عليه فهو كما لو عدل عنه الى منافع دار أو عبد أو ثوب، وحديث معاذ الذي رووه ـ في الجزية بدليل أن النبي ﷺ

ولا يمكن الدفع اليه ، وإن دفعها الى غريمه صار الدفع إلى الغريم لا إلى الغارم . وقال أيضاً : يقضى من الزكاة دين الحي ، ولا يقضى منها دين الميت لان الميت لايكون غارما ، قيل فانما يعطى أهله قال إن كانت على أهله فنعم

(فصل) واذا أعطى من يظنه فقيراً فبان غنياً فعن احمد فيه روايتان (احداهما) يجزئه اختارها أبو بكر وهذا قول الحسن وأبي عبيد وأبي حنيفة لأن النبي ﷺ أعطى الرجلين الجلدين وقال «إن شئتما أعطيتكما منها ولاحظ فيها الغني ولا لقوي مكتسب» ، وقال للرجل الذي سأله الصدقة «إن كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك» ولو اعتبر حقيقة الغنى لما اكتفى بقولهم . وروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال «قال رجل لأتصدقن بصدقة فخرج بصدقته فوضعها في يد غني فأصبحوا يتحدثون تصدق على غني فأتي فقيل له أما صدقتك فقد قبلت لعل الغني أن يعتبر فينفق مما أعطاه الله» متفق عليه (والرواية الثانية) لايجزئه لانه دفع الواجب إلى غير مستحقه فلم يخرج من عهدته كما لو دفعها الى كافر أو ذي قرابة كديون الآدميين وهذا قول الثوري والحسن بن صالح وأبي يوسف وابن المنذر ، وللشافعي قولان كالروايتين . فأما إن بان الآخذ عبداً ، أو كافراً ، أو هاشمياً ، أو قرابة للمعطي ممن لايجوز الدفع اليه لم يجزه رواية واحدة لانه ليس بمستحق ولا تخفى حاله غالباً فلم يجزه الدفع اليه كديون الآدميين ، وفارق من بان غنياً بأن الفقر والغنى مما يعسر الاطلاع عليه والمعرفة بحقيقته ، قال الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم) فاكتفى بظهور الفقر ودعواه بخلاف غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ إلا أن يتولى الرجل اخراجها بنفسه فيسقط العامل ﴾

وجملته أن الرجل اذا تولى اخراج زكاته بنفسه سقط حق العامل منها لأنه انما يأخذ أجراً لعمله فاذا لم يعمل فيها شيئاً فلا حق له فيسقط وتبقى سبعة أصناف إن وجد جميعهم أعطاهم ، وإن وجد بعضهم اكتفى بعطيته ، وإن أعطى البعض مع امكان عطية الجميع جاز أيضاً

أمره بتفريق الصدقة في فقرائهم ولم يأمره بحملها وفي حديثه هذا : فانه أنفع للمهاجرين بالمدينة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أخرج سنا أعلى من الفرض من جنسه جاز)

وذلك مثل أن يخرج بنت لبون عن بنت مخاض أو عن الجذعة ابنتي لبون أو حقتين فان ذلك جائز لا نعلم فيه خلافا لانه زاد على الواجب من جنسه مايجزي عنه مع غيره فكان مجزيا عنه على انفراده كما لو كانت الزيادة في العدد ، وقد روى الامام أحمد وأبوداود باسنادهما عن أبي بن كعب قال بعثني رسول الله ﷺ مصدقاً فمررت برجل فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه الا بنت مخاض فقلت أد بنت مخاض فانها صدقتك فقال ذاك مالا لبن فيه ولا ظهر ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخذوها فقلت ما أنا بآخذ مالم أومر به وهذا رسول الله ﷺ منك قريب فان أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ماعرضت علي فافعل فان قبله منك قبلته وان رده عليك رددته قال فاني فاعل فخرج معي وخرج بالناقة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن أعطاها كلها في صنف واحد أجزأه اذا لم يخرجه إلى الغنى ﴾

وجملته أنه يجوز أن يقتصر على صنف واحد من الاصناف الثمانية ويجوز أن يعطيها شخصاً واحداً وهو قول عمر وحذيفة وابن عباس، وبه قال سعيد بن جبير والحسن والنخعي وعطاء، واليه ذهب الثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن النخعي أنه قال: إن كان المال كثيراً يحتمل الاصناف قسمه عليهم، وإن كان قليلا جاز وضعه في صنف واحد. وقال مالك: يتحرى موضع الحاجة منهم ويقدم الاولى فالاولى، وقال عكرمة والشافعي: يجب أن يقسم زكاة كل صنف من ماله على الموجود من الاصناف الستة الذين سهامهم ثابتة قسمة على السواء، ثم حصة كل صنف منهم لاتصرف الى أقل من ثلاثة منهم وان وجد منهم ثلاثة أو أكثر، فان لم يجد الا واحداً صرف حصة ذلك الصنف اليه

وروى الاثرم عن احمد كذلك وهو اختيار أبي بكر لان الله تعالى جعل الصدقة لجميعهم وشرك بينهم فيها فلا يجوز الاقتصار على بعضهم كأهل الخمس

ولنا قول النبي ﷺ لمعاذ «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فاخبر أنه مأمور برد جملتها في الفقراء وهم صنف واحد ولم يذكر سواهم، ثم أتاه بعد ذلك مال فجعله في صنف ثان سوى الفقراء وهم المؤلفة الاقرع بن حابس وعيينة بن حصن وعلقمة بن علاثة وزيد الخيل قسم فيهم الذهيبة التي بعث بها اليه علي من اليمن، وانما يؤخذ من أهل اليمن الصدقة، ثم أتاه مال آخر فجعله في صنف آخر لقوله لقبيصة بن المخارق حين تحمل حمالة فأتى النبي ﷺ يسأله فقال «أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها» وفي حديث سلمة بن صخر البياضي أنه أمر له بصدقة قومه، ولو وجب صرفها إلى جميع الاصناف لم يجز دفعها إلى واحد، ولأنها لايجب صرفها إلى جميع الاصناف اذا أخذها الساعي، فلم يجب دفعها اليهم اذا فرقها المالك، كما لو لم يجد إلا صنفاً واحداً ولأنه لايجب عليه تعميم أهل كل صنف بها فجاز الاقتصار علي واحد كما لو وصى لجماعة لايمكن حصرهم ويخرج على هذين المعنيين الخمس، فانه يجب على الامام تفريقه على جميع مستحقيه واستيعاب جميعهم به بخلاف الزكاة والآية أريد بها بيان الاصناف الذين يجوز الدفع اليهم دون

التي عرض علي حتى قدمنا على رسول الله ﷺ فقال له: يانبي الله أتاني رسولك ليأخذ مني صدقة مالي وايم الله ما قام في مالي رسول الله ولا رسوله قط قبله فجمعت له مالي فزعم أن ما علي فيه بنت مخاض وذلك مالا لبن فيه ولاظهر وقد عرضت عليه ناقة فتية سمينة عظيمة ليأخذها فأبى وقال هاهي ذه قد جئتك بها يارسول الله خذها، فقال له رسول الله ﷺ «ذاك الذي وجب عليك فان تطوعت بخير آجرك الله فيه وقبلناه منك» قال فها هي ذه يارسول الله قد جئتك بها، قال فأمر رسول الله ﷺ بقبضها ودعا له في ماله بالبركة.

غيرهم . اذا ثبت هذا فان المستحب صرفها إلى جميع الاصناف أو الى من أمكن منهم لأنه يخرج بذلك عن الخلاف ويحصل الاجزاء يقيناً فكان أولى

(فصل) قول الخرقي اذا لم يخرجه الى الغنى يعني به الغنى المانع من أخذ الزكاة وقد ذكرناه وظاهر قول الخرقي أنه لايدفع اليه مايحصل به الغنى والمذهب أنه يجوز أن يدفع اليه مايغنيه من غير زيادة نص عليه احمد فى مواضع وذكره أصحابه فتعين حمل كلام الخرقي على أنه لايدفع اليه زيادة على ما يحصل به الغنى وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وأبي ثور . وقال أصحاب الرأي : يعطى ألفاً وأكثر اذا كان محتاجا اليها ويكره أن يزاد على المئتين

ولنا أن الغنى لو كان سابقاً منع فيمنع اذا قارن كالجمع بين الاختين في النكاح

(فصل) وكل صنف من الأصناف يدفع اليه ماتندفع به حاجته من غير زيادة فالغارم والمكاتب يعطى كل واحد منهما مايقضي به دينه وان كثر ، وابن السبيل يعطى مايبلغه إلى بلده والغازي يعطى مايكفيه لغزوه والعامل يعطى بقدر أجره . قال أبو داود سمعت أحمد قيل له يحمل في السبيل بألف من الزكاة ؟ قال ماأعطي فهو جائز ولا يعطى أحد من هؤلاء زيادة على ماتندفع به الحاجة لأن الدفع لها فلا يزاد على ماتقتضيه

(فصل) وأربعة أصناف يأخذون أخذاً مستقراً ولا يراعى حالهم بعد الدفع وهم الفقراء والمساكين والعاملون والمؤلفة فتى أخذوها ملكوها ملكا دائما مستقراً لايجب عليهم ردها بحال ، وأربعة منهم وهم الغارمون وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل فانهم يأخذون أخذاً مراعى فان صرفوه في الجهة التي استحقوا الأخذ لأجلها وإلا استرجع منهم ، والفرق بين هذه الاصناف والتي قبلها أن هؤلاء أخذوا لمعنى لم يحصل بأخذهم للزكاة والاولون حصل المقصود بأخذهم وهو غنى الفقراء والمساكين وتأليف المؤلفين وأداء أجر العاملين ، وان قضى هؤلاء حاجتهم بها وفضل معهم فضل ردوا الفضل إلا الغازي فان مافضل له بعد غزوه فهو له ، ذكره الخرقي في غير هذا الموضع .وظاهر قوله في المكاتب انه لايرد مافضل في يده لأنه قال : واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو

﴿ فصل في الخلطة ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اختلط نفسان أو أكثر من أهل الزكاة في نصاب من الماشية حولا لم يثبت لهما حكم الانفراد في بعضه فحكمهما في الزكاة حكم الواحد سواء كانت خلطة أعيان بان يكون مشاعا بينهما أو خلطة أوصاف بان يكون مال كل واحد منهما متميزاً فخلطاه واشتركا في المراح والمسرح والمشرب والراعي والفحل)

الخلطة في السائمة تجعل المالين كالمال الواحد اذا وجدت فيها الشروط المذكورة فتجب فيها الزكاة اذا بلغ المجموع نصابا ، فاذا كان لكل واحد منهما عشرون فعليهما شاة وإن زاد المالان على النصاب

لسيده . ونص عليه أحمد أيضاً في رواية المروذي والكوسج . ونقل عنه حنبل اذا عجز يرد ما في يديه في المكاتبين ، وقال أبو بكر عبد العزيز : ان كان باقياً بعينه استرجع منه لانه انما دفع اليه ليعتق به ولم يقع. وقال القاضي : كلام الخرقي محمول على ان الذي بقي في يده لم يكن عين الزكاة وانما تصرف فيها وحصل عوضها وفائدتها ولو تلف المال الذي في يد هؤلاء بغير تفريط لم يرجع عليهم بشيء

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يجوز نقل الصدقة من بلدها الى بلد تقصر في مثله الصلاة ﴾

المذهب على انه لا يجوز نقل الصدقة من بلدها إلى مسافة القصر . قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الزكاة يبعث بها من بلد إلى بلد ؟ قال لا . قيل وان كان قرابته بها ؟ قال لا . واستحب أكثر أهل العلم أن لا تنقل من بلدها . وقال سعيد حدثنا سفيان عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه قال في كتاب معاذ بن جبل : من أخرج من مخلاف الى مخلاف فان صدقته وعشره ترد إلى مخلافه . وروي عن عمر بن عبد العزيز انه رد زكاة أتي بها من خراسان إلى الشام الى خراسان ، وروي عن الحسن والنخعي أنهما كرها نقل الزكاة من بلد إلى بلد إلا لذي قرابة ، وكان أبو العالية يبعث بزكاته إلى المدينة

ولنا قول النبي ﷺ لمعاذ « أخبرهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » وهذا يختص بفقراء بلدهم ، ولما بعث معاذ الصدقة من اليمن الى عمر أنكر عليه ذلك عمر وقال لم أبعثك جابياً ولا آخذ جزية ولكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس فترد في فقرائهم فقال معاذ : انا ما بعثت اليك بشيء وأنا أجد أحداً يأخذه مني ، رواه أبو عبيد في الاموال ، وروي أيضاً عن ابراهيم بن عطاء مولى عمران بن حصين ان زياداً أو بعض الامراء بعث عمران على الصدقة فلما رجع قال : أين المال ؟ قال : أللمال بعثتني ؟ أخذناها من حيث كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ . ولأن المقصود اغناء الفقراء بها فاذا أبحنا نقلها أفضى الى بقاء فقراء ذلك البلد محتاجين .

(فصل) فان خالف ونقلها أجزأته في قول أكثر أهل العلم . قال القاضي : وظاهر كلام أحمد يقتضي ذلك ولم أجد عنه نصاً في هذه المسئلة ، وذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداهما) يجزيه ، واختارها لانه دفع الحق إلى مستحقه فبريء منه كالدين وكما لو فرقها في بلدها (والاخرى) لا تجزئه اختارها ابن حامد لانه دفع الزكاة إلى غير من أمر بدفعها اليه أشبه ما لو دفعها الى غير الاصناف

(فصل) فان استغنى عنها فقراء أهل بلدها جاز نقلها . نص عليه أحمد فقال : قد تحمل الصدقة

لم يتغير الفرض حتى يبلغا فريضة ثانية مثل أن يكون لكل واحد منهما ستون شاة فلا يجب عليهما إلا شاة وسواء كانت خلطة أعيان بان تكون الماشية مشتركة بينهما لكل واحد منهما نصيب مشاع مثل أن يرثا نصاباً أو يشتريا فيبقياه بحاله أو خلطة أوصاف وهي أن يكون مال كل واحد منهما متميزاً فخلطاه واشتركا في الاوصاف التي ذكرناها ، وسواء تساويا في الشركة أو اختلفا مثل أن يكون لرجل شاة ولآخر تسعة وثلاثون أو يكون لاربعين رجلا أربعون شاة لكل واحد منهم شاة نص عليهما أحمد

إلى الامام إذا لم يكن فقراء أو كان فيها فضل عن حاجتهم ، وقال أيضاً : لاتخرج صدقة قوم عنهم من بلد الى بلد الا أن يكون فيها فضل عنهم ، لان الذي كان يجيء الى النبي ﷺ وأبي بكر وعمر من الصدقة انما كان عن فضل عنهم يعطون ما يكفيهم ويخرج الفضل عنهم . وروى أبو عبيد في كتاب الاموال باسناده عن عمرو بن شعيب ان معاذ بن جبل لم يزل بالجند اذ بعثه رسول الله ﷺ حتى مات النبي ﷺ ثم قدم على عمر فرده على ماكان عليه فبعث اليه معاذ بثلث صدقة الناس فأنكر ذلك عمر وقال : لم أبعثك جابياً ولا آخذ جزية لكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس فترد على فقرائهم ، فقال معاذ : مابعثت اليك بشيء وأنا أجد أحداً يأخذه مني . فلما كان العام الثاني بعث اليه بشطر الصدقة فتراجعا بمثل ذلك فلما كان العام الثالث بعث اليه بها كلها فراجعه عمر بمثل ما راجعه فقال معاذ : ما وجدت أحداً يأخذ مني شيئاً ، وكذلك اذا كان ببادية ولم يجد من يدفعها اليه فرقها على فقراء أقرب البلاد اليه

(فصل) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم : اذا كان الرجل في بلد وماله في بلد فأحب الي أن تؤدى حيث كان المال ، فان كان بعضه حيث هو وبعضه في مصر يؤدي زكاة كل مال حيث هو فان كان غائبا عن مصره وأهله والمال معه فأسهل أن يعطي بعضه في هذا البلد وبعضه في البلد الآخر ، فاما إذا كان المال في البلد الذي هو فيه حتى يمكث فيه حولا تاما فلا يبعث بزكاته الى بلد آخر ، فان كان المال تجارة يسافر به فقال القاضي : يفرق زكاته حيث حال حوله في أي موضع كان ، ومفهوم كلام أحمد في اعتباره الحول التام انه يسهل في أن يفرقها في ذلك البلد وغيره من البلدان التي أقام بها في ذلك الحول ، وقال في الرجل يغيب عن أهله فتجب عليه الزكاة يزكيه في الموضع الذي كثر مقامه فيه فأما زكاة الفطر فانه يفرقها في البلد الذي وجبت عليه فيه سواء كان ماله فيه أو لم يكن لانه سبب وجوب الزكاة ففرقت في البلد الذي سببها فيه

(فصل) والمستحب تفرقة الصدقة في بلدها ثم الاقرب فالاقرب من القرى والبلدان . قال احمد في رواية صالح : لا بأس أن يعطي زكاته في القرى التي حوله مالم تقصر الصلاة في أثنائها ويبدأ بالاقرب فالاقرب ، وإن نقلها إلى البعيد لتحري قرابة أو من كان أشد حاجة فلا بأس مالم يجاوز مسافة القصر .

وهذا قول عطاء والاوزاعي والليث والشافعي وإسحق وقال مالك انما تؤثر الخلطة اذا كان لكل واحد من الشركاء نصاب ، وحكي ذلك عن الثوري وأبي ثور واختاره ابن المنذر وقال أبو حنيفة لاأثر لها بحال لأن ملك كل واحد دون النصاب فلم يجب عليه زكاة كما لو انفرد ، وعلى قول مالك أن كل واحد منهما يملك أربعين من الغنم فوجبت عليه شاة لقوله عليه الصلاة والسلام «في أربعين شاة شاة» .

ولنا ماروى البخاري في حديث أنس «ولايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية» ولايجيء التراجع الا على قولنا في خلطة الاوصاف

(فصل) واذا أخذ الساعي الصدقة فاحتاج الى بيعها لمصلحة من كلفة في نقلها أو مرضها أو نحوهما فله ذلك لما روى قيس بن أبي حازم أن النبي ﷺ رأى في ابل الصدقة ناقة كوماء فسأل عنها فقال المصدق : إني ارتجعتها بابل فسكت . رواه أبو عبيد في الاموال وقال الرجعة أن يبيعها ويشتري بثمنها مثلها أو غيرها ، فان لم يكن حاجة الى بيعها فقال القاضي لايجوز والبيع باطل وعليه الضمان ، ويحتمل الجواز لحديث قيس فان النبي ﷺ سكت حين أخبره المصدق بارتجاعها ولم يستفصل

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وإن باع ماشية قبل الحول بمثلها زكاها اذا تم حول من وقت ملكه الاول ﴾

وجملته أنه اذا باع نصابا للزكاة مما يعتبر فيه الحول بجنسه كالابل بالابل ، أو البقر بالبقر ، أو الغنم بالغنم ، أو الذهب بالذهب ، أو الفضة بالفضة ، لم ينقطع الحول و بني حول الثاني على حول الاول ، وبهذا قال مالك وقال الشافعي : لاينبني حول نصاب على حول غيره بحال لقوله : « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ولأنه أصل بنفسه فلم ينبن على حول غيره كما لو اختلف الجنسان ووافقنا أبو حنيفة في الأثمان ، ووافق الشافعي فيما سواها لان الزكاة انما وجبت في الأثمان لكونها ثمنا وهذا المعنى يشملها بخلاف غيرها

ولنا أنه نصاب يضم اليه نماؤه في الحول فبني حول بدله من جنسه على حوله كالعروض والحديث مخصوص بالنماء والربح والعروض فنقيس عليه محل النزاع والجنسان لايضم أحدهما الى الآخر مع وجودهما فأولى أن لايبنى حول أحدهما على الآخر

(فصل) قال احمد بن سعيد : سألت احمد عن الرجل يكون عنده غنم سائمة فيبيعها بضعفها من الغنم أيزكيها كلها أم يعطي زكاة الاصل ؟ قال : بل يزكيها كلها على حديث عمر في السخلة يروح بها الراعي لان نماءها معها ، قلت فان كانت للتجارة قال : يزكيها كلها على حديث حماس ، فأما ان باع النصاب بدون النصاب انقطع الحول ، وان كان عنده مئتان فباعها بمئة فعليه زكاة مائة وحدها

وقوله «لايجمع بين متفرق» إنما يكون هذا اذا كان لجماعة فان الواحد يضم بعض ماله الى بعض وإن كان في أماكن وهكذا قوله « لايفرق بين مجتمع » ولأن للخلطة تأثيراً في تخفيف المؤنة فجاز أن تؤثر في الزكاة كالسوم ، وقياسهم مع مخالفة النص غير مسموع .

(فصل) ويعتبر للخلطة شروط أربعة (أولها) أن يكون الخليطان من أهل الزكاة فان كان أحدهما ذميا أو مكاتبا لم يعتد بخلطته لانه لازكاة في ماله فلم يكمل النصاب (الثاني) أن يختلطا في نصاب اما في خمس من الابل أو ثلاثين من البقر أو أربعين من الغنم فان اختلطا فيما دون النصاب لم تؤثر الخلطة سواء كان لهما مال سواه أو لم يكن لأن المجتمع دون النصاب فلم تجب الزكاة فيه

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ وكذلك إن أبدل عشرين ديناراً بمائتي درهم او مئتي درهم بعشرين ديناراً لم تبطل الزكاة بانتقالها ﴾

وجملة ذلك أنه متى أبدل نصابا من غير جنسه انقطع حول الزكاة واستأنف حولا الا الذهب بالفضة أو عروض التجارة لكون الذهب والفضة كالمال الواحد اذ هما أروش الجنايات وقيم المتلفات ويضم أحدهما الى الآخر في الزكاة ، وكذلك اذا اشترى عرضا للتجارة بنصاب من الأثمان أو باع عرضا بنصاب لم ينقطع الحول لان الزكاة تجب في قيمة العروض لافي نفسها والقيمة هي الأثمان فكانا جنسا واحداً ، واذا قلنا إن الذهب والفضة لايضم أحدهما الى صاحبه لم يبن حول أحدهما على حول الآخر لأنهما مالان لايضم أحدهما الى الاخر فلم يبن حوله على حوله كالجنسين من الماشية ، وأما عروض التجارة فان حولها يبنى على حول الأثمان بكل حال

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ ومن كانت عنده ماشية فباعها قبل الحول بدراهم فراراً من الزكاة لم تسقط الزكاة عنه ﴾

قد ذكرنا أن ابدال النصاب بغير جنسه يقطع الحول ويستأنف حولا آخر ، فان فعل هذا فراراً من الزكاة لم تسقط عنه سواء كان المبدل ماشية أو غيرها من النصب ، وكذا لو أتلف جزءاً من النصاب قصداً للتنقيص لتسقط عنه الزكاة لم تسقط وتؤخذ الزكاة منه في آخر الحول اذا كان ابداله واتلافه عند قرب الوجوب ، ولو فعل ذلك في أول الحول لم تجب الزكاة لأن ذلك ليس بمظنة للفرار وبما ذكرناه قال مالك والاوزاعي وابن الماجشون واسحق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة والشافعي : تسقط عنه الزكاة لأنه نقص قبل تمام حوله فلم تجب فيه الزكاة كما لو أتلف لحاجته

ولنا قول الله تعالى (انا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا

(الثالث) أن يختلطا في جميع الحول فان اختلطوا في بعضه لم يؤثر اختلاطهم ، وبه قال الشافعي في القول الجديد ، وقال مالك لا يعتبر اختلاطهم في أول الحول لقول النبي ﷺ «لايجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع » يعني في وقت الزكاة .

ولنا أن هذا مال ثبت له حكم الانفراد في بعض الحول أشبه مالو انفرد في آخر الحول ولأن الخلطة معنى يتعلق به ايجاب الزكاة فاعتبرت في جميع الحول كالنصاب (الرابع) أن يكون اختلاطهم في السائمة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويعتبر لخلطة الاوصاف اشتراكهم في الاوصاف المذكورة وهي ستة (المراح) وهو الذي تروح اليه الماشية ، قال الله تعالى (حين تريحون وحين تسرحون) و(المسرح) وهو المرعى الذي

يستثنون * فطاف عليها طائف من ربك وهم نائمون * فأصبحت كالصريم) فعاقبهم الله تعالى بذلك لفرارهم من الصدقة ، ولأنه قصد اسقاط نصيب من انعقد سبب استحقاقه فلم يسقط كما لو طلق امرأته في مرض موته ، ولأنه لما قصد قصداً فاسداً اقتضت الحكمة معاقبته بنقيض قصده كمن قتل موروثه لاستعجال ميراثه عاقبه الشرع بالحرمان ، واذا أتلفه لحاجته لم يقصد قصداً فاسداً

(فصل) واذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع دون الموجود لأنه الذي وجبت الزكاة بسببه ولولاه لم تجب في هذا زكاة

(فصل) فان لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص الفرار انقطع الحول واستأنف بما استبدل به حولا إن كان محلا للزكاة ، فان وجد بالثاني عيباً فرده أو باعه بشرط الخيار ، ثم استرده استأنف أيضاً حولا لزوال ملكه بالبيع قل الزمان أو كثر ، وقد ذكر الخرقي هذا في موضع آخر فقال والماشية اذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت استقبل البائع بها حولا سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري لانه تجديد ملك ، وإن حال الحول على النصاب الذي اشتراه وجبت فيه الزكاة ، فان وجد به عيباً قبل اخراج زكاته فله الرد سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة لما بينا من أن الزكاة لاتجب في العين بمعنى استحقاق الفقراء جزءاً منه ، بل بمعنى تعلق حق به كتعلق الارش بالجاني فيرد النصاب وعليه اخراج زكاته من مال آخر ، فان أخرج الزكاة منه ثم أراد رده انبنى على المعيب اذا حدث به عيب آخر عند المشتري هل له رده ؟ على روايتين : وانبنى أيضاً على تفريق الصفقة ، فان قلنا يجوز جاز الرد ههنا وإلا لم يجز ، ومتى رده فعليه عوض الشاة المخرجة تحسب عليه بالحصة من الثمن والقول قوله في قيمتها مع يمينه اذا لم تكن بينة لانها تلفت في يده فهو أعرف بقيمتها ، ولأن القيمة مدعاة عليه فهو غارم والقول في الاصول قول الغارم ، وفيه وجه آخر أن القول قول البائع لانه يغرم

ترعى فيه الماشية ، و(المحلب) المكان الذي تحلب فيه الماشية ، وليس المراد منه خلط اللبن في إناء واحد لأن هذا ليس بموافق بل مشقة لما فيه من الحاجة إلى قسم اللبن (والفحل) وهو أن لا يكون فحولة احد المالين لانطرق غيره (والراعي) وهو أن لايكون لكل مال راع ينفرد برعايته دون الآخر والأصل في هذه الشروط ماروى سعد بن أبي وقاص قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لايجمع بين متفرق ولايفرق بين مجتمع خشية الصدقة » والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي رواه الدار قطني وروي المرعى ، وبنحو هذا قال الشافعي وقال بعض أصحاب مالك لايعتبر إلا شرطان الراعي والمرعى لقول رسول الله ﷺ « لايفرق بين مجتمع ولايجمع بين متفرق » والاجتماع يحصل بذلك ويسمى خلطة فاكتفي به .

ولنا قوله « والخليطان مااجتمعا في الحوض والراعي والفحل » وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أنه لايعتبر إلا الحوض والراعي والمراح وهو بعيد لانه ترك ذكر الفحل وهو مذكور في الحديث فان قيل

الثمن فيرده والاول أصح لان الغارم لثمن الشاة المدعاة هو المشتري ، فان أخرج الزكاة من غير النصاب فله الرد وجهاً واحداً

(فصل) فان كان البيع فاسداً لم ينقطع حول الزكاة في النصاب وبني على حوله الاول لان الملك ما انتقل فيه إلا أن يتعذر رده فيصير كالمغصوب على ما مضى

(فصل) ويجوز التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه بالبيع والهبة وأنواع التصرفات وليس للساعي فسخ البيع . وقال أبو حنيفة : تصح إلا أنه اذا امتنع من اداء الزكاة نقض البيع في قدرها . وقال الشافعي : في صحة البيع قولان (أحدهما) لا يصح لأ ننا إن قلنا إن الزكاة تتعلق بالعين فقد باع مالا يملكه ، وإن قلنا تتعلق بالذمة فقدر الزكاة مرتهن بها ، وبيع الرهن غير جائز

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . متفق عليه ، ومفهومه صحة بيعها اذا بدا صلاحها وهو عام فيما وجبت فيه الزكاة وغيره ، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وبيع العنب حتى يسود ، وهما مما تجب الزكاة فيه ، ولان الزكاة وجبت في الذمة والمال خال عنها فصح بيعه كما لو باع ماله وعليه دين آدمي أو زكاة فطر ، وإن تعلقت بالعين فهو تعلق لا يمنع التصرف في جزء من النصاب فلم يمنع بيع جميعه كارش الجناية ، وقولهم : باع مالا يملكه لا يصح فان الملك لم يثبت للفقراء في النصاب بدليل أن له اداء الزكاة من غيره ، ولا يتمكن الفقراء من الزامه أداء الزكاة منه وليس برهن ، فان أحكام الرهن غير ثابتة فيه ، فاذا تصرف في النصاب أخرج الزكاة من غيره وإلا كلف اخراجها وإن لم يكن له كلف تحصيلها ، فان عجز بقيت الزكاة في ذمته كسائر الديون ولا يؤخذ من النصاب ، ويحتمل أن يفسخ البيع في قدر الزكاة وتؤخذ منه ويرجع البائع عليه بقدرها لان على الفقراء ضرراً في اتمام البيع وتفويتاً لحقوقهم فوجب فسخه لقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أصح

فلم اعتبرتم زيادة على هذا ، قلنا هذا تنبيه على بقية الشرائط وإلغاء لما ذكروه ، ولان لكل واحد من هذه الاوصاف تأثيراً فاعتبر كالمرعى ، ولا تعتبر نية الخلطة وحكي عن القاضي أنه اشترطها .

ولنا قوله عليه السلام «والخليطان ما اجتمعا في الحوض والراعي والفحل» ولأن النية لا تؤثر في الخلطة فلا تؤثر في حكمها ، ولان المقصود من الخلطة من الارتفاق يحصل بدونها فلم يعتبر وجودها معه كما لا تعتبر نية السوم في السائمة ولا نية السقي في الزروع والثمار .

﴿ مسئلة ﴾ (فان اختل شرط منها أو ثبت لهما حكم الانفراد في بعض الحول زكيا زكاة المنفردين فيه)

متى اختل شرط من شروط الخلطة المذكورة بطل حكمها لفوات شرطها وصار وجودها كعدمها فيزكي كل واحد ماله ان بلغ نصابا وإلا فلا ، وكذلك ان ثبت لهما حكم الانفراد في بعض الحول كرجلين لهما ثمانون شاة بينهما نصفين وكانا منفردين فاختلطا في أثناء الحول فعلى كل واحد منهما عند

﴿مسألة﴾ قال ﴿ والزكاة تجب في الذمة بحلول الحول وان تلف المال فرط أو لم يفرط ﴾

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أن الزكاة تجب في الذمة وهو احدى الروايتين عن احمد ، وأحد قولي الشافعي لان اخراجها من غير النصاب جائز فلم تكن واجبة فيه كزكاة الفطر ولانها لو وجبت فيه لامتنع تصرف المالك فيه ولتمكن المستحقون من الزامه اداء الزكاة من عينه أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيها ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط كسقوط ارش الجناية بتلف الجاني (والثانية) أنها تجب في العين : وهذا القول الثاني للشافعي ، وهذه الرواية هي الظاهرة عند بعض أصحابنا لقول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » وقوله « فيما سقت السماء العشر وفيما سقي بدالية أو نضح نصف العشر » وغير ذلك من الالفاظ الواردة بحرف في وهي للظرفية ، وانما جاز الاخراج من غير النصاب رخصة ، وفائدة الخلاف أنها اذا كانت في الذمة فحال على ماله حولان لم يؤد زكاتهما وجب عليه اداؤها لما مضى ولا تنقص عنه الزكاة في الحول الثاني ، وكذلك إن كان أكثر من نصاب لم تنقص الزكاة وان مضى عليه أحوال ، فلو كان عنده أربعون شاة مضى عليها ثلاثة أحوال لم يؤد زكاتها وجب عليه ثلاث شياه ، وان كانت مائة دينار فعليه سبعة دنانير ونصف لان الزكاة وجبت في ذمته فلم يؤثر في تنقيص النصاب ، لكن ان لم يكن له مال آخر يؤدي الزكاة منه احتمل أن تسقط الزكاة في قدرها لان الدين يمنع وجوب الزكاة

وقال ابن عقيل : لا تسقط الزكاة بهذا بحال لان الشيء لا يسقط نفسه وقد يسقط غيره بدليل أن تغير الماء بالنجاسة في محلها لا يمنع صحة طهارتها وازالتها به ، ويمنع ازالة نجاسة غيرها والاول أولى لان الزكاة الثانية غير الاولى ، وان قلنا الزكاة تتعلق بالعين وكان النصاب مما تجب الزكاة في عينه فحالت عليه أحوال لم تؤد زكاتها تعلقت الزكاة في الحول الاول من النصاب بقدرها ، فان كان نصاباً لا زيادة عليه فلا زكاة فيه فيما بعد الحول الاول لان النصاب نقص فيه ، وان كان أكثر من نصاب

تمام حوله شاة ، وفيما بعد ذلك من السنين يزكيان زكاة الخلطة فان اتفق حولاهما أخرجا شاة عند تمام الحول على كل واحد نصفها ، وان اختلف فعلى الاول منهما عند تمام حوله نصف شاة ، فاذا تم حول الثاني فان كان الاول أخرجها من غير المال فعلى الثاني نصف شاة أيضاً وإن أخرجها من النصاب فعلى الثاني أربعون جزأ من تسعة وسبعين جزأ ونصف من شاة

﴿ مسألة ﴾ (وإن ثبت لاحدهما حكم الانفراد وحده فعليه زكاة المنفرد وعلى الثاني زكاة الخلطة ثم يزكيان فيما بعد ذلك الحول زكاة الخلطة كلما تم حول أحدهما فعليه بقدر ماله منها)

يتصور ثبوت حكم الانفراد لاحدهما بان يملك رجلان نصابين فيخلطانهما ثم يبيع أحدهما نصيبه أجنبياً أو يكون لاحدهما نصاب وللآخر دون النصاب فيختلطان في أثناء الحول فاذا تم حول الاول

عزل قدر فرض الحول الاول وعليه زكاة مابقي وهذا هو المنصوص عن احمد في رواية جماعة وقال فى رواية محمد بن الحكم اذا كانت الغنم أربعين فلم يأته المصدق عامين ، فاذا أخذ المصدق شاة فليس عليه شيء في الباقي وفيه خلاف . وقال في رواية صالح : اذا كان عند الرجل مائتا درهم فلم يزكها حتى حال عليها حول آخر يزكيها للعام الاول لأن هذه تصيرمائتين غير خمسة دراهم . وقال فى رجل له ألف درهم فلم يزكها سنين يزكي فى أول سنة خمسة وعشرين، ثم فى كل سنة بحساب مابقي ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد ، فان كان عنده أربعون من الغنم نتجت سخلة فى كل حول وجب عليه فى كل سنة شاة لان النصاب كمل بالسخلة الحادثة ، فان كان نتاج السخلة بعد وجوب الزكاة عليه بمدة استؤنف الحول الثاني من حين نتجت لأنه حينئذ كمل

(فصل) فان ملك خمساً من الابل فلم يؤد زكاتها أحوالا فعليه فى كل سنة شاة نص عليه في رواية الاثرم . قال في رواية الاثرم : المال غير الابل اذا أدي من الابل لم ينتقص والخمس بحالها ، وكذلك مادون خمس وعشرين من الابل لاتنقص زكاتها فيما بعد الحول الاول لان الفرض يجب من غيرها فلا يمكن تعلقه بالعين ، وللشافعي قولان (أحدهما) أن زكاتها تنقص كسائر الاموال ، فاذا كان عنده خمس من الابل فمضى عليها أحوال لم تجب عليه فيها الا شاة واحدة لانها نقصت بوجوب الزكاة فيها في الحول الاول عن خمس كاملة فلم يجب عليه فيها شيء كما لو ملك أربعاً وجزءاً من بعير

ولنا أن الواجب من غير النصاب فلم ينقص به النصاب كما لو أداه وفارق سائر الاموال ، فان الزكاة يتعلق وجوبها بعينه فينقصه كما لو أداه من النصاب ، فعلى هذا لو ملك خمساً وعشرين فحالت عليه أحوال فعليه في الحول الاول بنت مخاض وعليه لكل حول بعده أربع شياه ، وان بلغت قيمة الشاة الواجبة أكثر من خمس من الابل. فان قيل فاذا لم يكن فى خمس وعشرين بنت مخاض فالواجب

فعليه شاة ، فاذا تم حول الثاني فعليه زكاة الخلطة على التفصيل المذكور ويزكيان فيما بعد ذلك الحول زكاة الخلطة كلما تم حول أحدهما فعليه بقدر ماله منه ، فاذا كان المال جميعا ثمانين شاة وأخرج الاول منها شاة عن الاربعين فاذا تم حول الثاني فعليه أربعون جزأ من تسعة وسبعين جزأ فان أخرج الشاة كلها من ملكه وحال الحول الثاني فعلى الاول نصف شاة زكاة الخلطة فان أخرجه وحده فعلى الثاني تسعة وثلاثون جزأ من سبعة وسبعين جزأ ونصف جزء من شاة وإن توالدت شيئا حسب معها

(فصل) وإن كان بينهما ثمانون شاة مختلطة مضى عليها بعض الحول فتبايعاها بأن باع كل واحد منهما غنمه صاحبه مختلطة وبقيا على الخلطة لم ينقطع حولها ولم تزل خلطتهما ، وكذلك لو باع بعض غنمه ببعض غنمه من غير إفراد قل المبيع أو كثر فاما إن أفرداها ثم تبايعاها ثم خلطاها وتطاول زمن الانفراد بطل حكم الخلطة، وان خلطاها عقيب البيع ففيه وجهان أحدهما لاينقطع لان هذا زمن يسير فعفي عنه ، والثاني ينقطع لوجود الانفراد في بعض الحول ، وإن أفرد كل واحد منهما نصف نصاب

فيهامن غير عينها فيجب أن لا تنقص زكاتها أيضا في الاحوال كلها ، قلنا اذا أدى عن خمس وعشرين أكبر من بنت مخاض جاز فقد أمكن تعلق الزكاة بعينها لامكان الاداء منها بخلاف عشرين من الابل فانه لا يقبل منه واحدة منها فافترقا

(فصل) الحكم الثاني أن الزكاة تجب بحلول الحول سواء تمكن من الأداء أولم يتمكن وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر التمكن من الاداء شرط فيشترط للوجوب ثلاثة أشياء الحول والنصاب والتمكن من الاداء ، وهذا قول مالك حتى لو أتلف الماشية بعد الحول قبل إمكان الاداء لا زكاة عليه اذا لم يقصد الفرار من الزكاة لأنها عبادة فيشترط لوجوبها امكان أدائها كسائر العبادات

ولنا قول النبي ﷺ « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » فمفهومه وجوبها عليه اذا حال الحول ولأنه لو لم يتمكن من الاداء حتى حال عليه حولان وجبت عليه زكاة الحولين ولا يجوز وجوب فرضين في نصاب واحد في حال واحد ، وقياسهم ينقلب عليهم فاننا نقول هذه عبادة فلا يشترط لوجوبها امكان أدائها كسائر العبادات فان الصوم يجب على الحائض والمريض العاجز عن أدائه والصلاة تجب على المغمى عليه والنائم ومن أدرك من أول الوقت جزءاً ثم جن أو حاضت المرأة والحج يجب على من أيسر في وقت لا يتمكن من الحج فيه أو منعه من المضي مانع ثم الفرق بينهما أن تلك عبادات بدنية يكلف فعلها ببدنه فأسقطها تعذر فعلها ، وهذه عبادة مالية يمكن ثبوت الشركة للمساكين في ماله والوجوب في ذمته مع عجزه عن الاداء كثبوت الديون في ذمة المفلس وتعلقها بماله بجنايته

(فصل) الثالث أن الزكاة لا تسقط بتلف المال فرط أو لم يفرط هذا المشهور عن أحمد وحكى عنه الميموني انه ان تلف النصاب قبل التمكن من الاداء سقطت الزكاة عنه وان تلف بعده لم تسقط وحكاه ابن المنذر مذهباً لأحمد وهو قول الشافعي والحسن بن صالح وإسحق وأبي ثور وابن المنذر وبه قال مالك إلا في الماشية فانه قال لا شيء فيها حتى يجيء المصدق فان هلكت قبل مجيئه فلا شيء عليه

وتبايعاه لم ينقطع حكم الخلطة لان ملك الانسان يضم بعضه الى بعض فكأن الثمانين مختلطة بحالها وكذلك إن تبايعا أقل من النصف ، وان تبايعا أكثر من النصف منفرداً بطل حكم الخلطة لان من شرطها كونها في نصاب فمتى بقيت فيما دون النصاب صارا منفردين ، وقال القاضي تبطل الخلطة في جميع هذه المسائل في المبيع ويصير منفرداً وهذا مذهب الشافعي لان عنده أن المبيع بجنسه ينقطع حكم الحول فيه فتنقطع الخلطة بانقطاع الحول وقد بينا فيما مضى أن حكم الحول لا ينقطع اذا باع الماشية بجنسها فلا تنقطع الخلطة لان الزكاة انما تجب في المشترى ببنائه على حول المبيع فيجب أن يبنى عليه في الصفة التي كان عليها ، فأما ان كان مال كل واحد منهما منفردا فخلطاه ثم تبايعاه فعليهما في الحول الاول زكاة الانفراد لان الزكاة تجب فيه ببنائه على أول الحول وهو منفرد فيه ، ولو كان لرجل نصاب منفرداً فباعه بنصاب مختلط زكا كل واحد منهما زكاة الانفراد لان الزكاة في الثاني تجب ببنائه

وقال أبو حنيفة تسقط الزكاة بتلف النصاب على كل حال الا أن يكون الامام قد طالبه بها فمنعها لأنه تلف قبل محل الاستحقاق فسقطت الزكاة كما لو تلفت الثمرة قبل الجذاذ ولأنه حق يتعلق بالعين فسقط بتلفها كارش الجناية في العبد الجاني، ومن اشترط التمكن قال هذه عبادة يتعلق وجوبها بالمال فيسقط فرضها بتلفه قبل إمكان أدائها كالحج، ومن نصر الاول قال مال وجب في الذمة فلم يسقط بتلف النصاب كالدين أو لم يشترط في ضمانه امكان الاداء كثمن المبيع والثمرة لاتجب زكاتها في الذمة حتى تحرز لأنها في حكم غير المقبوض ولهذا لو تلفت بجائحة كانت في ضمان البائع على مادل عليه الخبر وإذا قلنا بوجوب الزكاة في العين فليس هو بمعنى استحقاق جزء منه ولهذا لايمنع التصرف فيه، والحج لايجب حتى يتمكن من الأداء فاذا وجب لم يسقط بتلف المال بخلاف الزكاة فان التمكن ليس بشرط لوجوبها على ماقدمناه والصحيح إن شاء الله أن الزكاة تسقط بتلف المال اذا لم يفرط في الاداء لانها تجب على سبيل المواساة فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال وفقر من تجب عليه ومعنى التفريط أن يتمكن من اخراجها، فلا يخرجها وان لم يتمكن من اخراجها فليس بمفرط سواء كان ذلك لعدم المستحق أو لبعد المال عنه أو لكون الفرض لايوجد في المال ويحتاج الى شرائه فلم يجد مايشتريه أو كان في طلب الشراء أو نحو ذلك وان قلنا بوجوبها بعد تلف المال فأمكن المالك أداؤها أداها وإلا أنظر بها الى ميسرته وتمكنه من أدائها من غير مضرة عليه لأنه اذا لزم انظاره بدين الآدمي المتعين فبالزكاة التي هي حق الله تعالى أولى

(فصل) ولاتسقط الزكاة بموت رب المال وتخرج من ماله وان لم يوص بها هذا قول عطاء والحسن والزهري وقتادة ومالك والشافعي وإسحق وأبي ثور وابن المنذر، وقال الاوزاعي والليث تؤخذ من الثلث مقدمة على الوصايا ولا يجاوز الثلث وقال ابن سيرين والشعبي والنخعي وحماد

على الاول فيهما كالمال الواحد الذي حصل الانفراد في أحد طرفيه، فان كان لكل واحد منهما أربعون مختلطة مع مال آخر فتبايعاها وبقيت مختلطة لم يبطل حكم الخلطة، وان اشترى أحدهما بالاربعين المختلطة أربعين منفردة وخلطها في الحال، احتمل أن يزكي زكاة الخلطة لانه يبني حولها على حول مختلطة وزمن الانفراد يسير فعفي عنه واحتمل أن يزكي زكاة المنفرد لوجود الانفراد في بعض الحول

﴿ مسئلة ﴾ (ولو ملك رجل نصابا شهراً ثم باع نصفه مشاعا أو أعلم على بعضه وباعه مختلطا فقال أبو بكر ينقطع الحول ويستأنفانه من حين البيع) لان النصف المشترى قد انقطع الحول فيه فكانه لم يجر في حول الزكاة أصلا فلزم انقطاع الحول في الآخر (وقال ابن حامد لاينقطع حول البائع وعليه عند تمام حوله زكاة حصته) لان حدوث الخلطة لايمنع ابتداء الحول فلا يمنع استدامته ولانه لو خالط غيره في جميع الحول وجبت الزكاة فاذا خالط في بعضه نفسه وفي بعضه غيره كان أولى بالايجاب وانما بطل حول المبيعة لانتقال الملك فيها والا فهذه العشرون لم تزل مخالطة لمال جار في حول الزكاة

ابن سليمان وداود بن أبي هند وحميد الطويل والمثنى والثوري لاتخرج الا أن يكون أوصى بها وكذلك قال أصحاب الرأي وجعلوها اذا أوصى بها وصية تخرج من الثلث ويزاحم بها أصحاب الوصايا واذا لم يوص بها سقطت لانها عبادة من شرطها النية فسقطت بموت من هي عليه كالصوم

ولنا أنها حق واجب تصح الوصية به فلم تسقط بالموت كدين الآدمي ولانها حق مالي واجب فلم يسقط بموت من هو عليه كالدين ويفارق الصوم والصلاة فانهما عبادتان بدنيتان لاتصح الوصية بهما ولا النيابة فيهما اه

(فصل) وتجب الزكاة على الفور فلا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه اذا لم يخش ضرراً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له التأخير مالم يطالب لأن الامر بأدائها مطلق فلا يتعين الزمن الاول لادائها دون غيره كما لا يتعين لذلك مكان دون مكان

ولنا أن الامر المطلق يقتضي الفور على مايذكر في موضعه ولذلك يستحق المؤخر للامتثال العقاب ولذلك أخرج الله تعالى إبليس وسخط عليه ووبخه بامتناعه عن السجود ولو أن رجلا أمر عبده أن يسقيه فأخر ذلك استحق العقوبة، ولان جواز التأخير ينافي الوجوب لكون الواجب مايعاقب على تركه ولو جاز التأخير لجاز الى غير غاية فتنتفي العقوبة بالترك ولو سلمنا أن مطلق الامر لا يقتضي الفور لاقتضاه في مسئلتنا اذ لو جاز التأخير ههنا لاخره بمقتضى طبعه ثقة منه بأنه لا يأثم بالتأخير فيسقط عنه بالموت أو بتلف ماله أو بعجزه عن الاداء فتضرر الفقراء ولان ههنا قرينة تقتضي الفور وهو أن الزكاة وجبت لحاجة الفقراء وهي ناجزة فيجب أن يكون الوجوب ناجزاً ولانها عبادة تتكرر فلم يجز تأخيرها الى وقت وجوب مثلها كالصلاة والصوم قال الاثرم سمعت أبا عبد الله سئل عن الرجل يحول الحول على ماله فيؤخر عن وقت الزكاة فقال لا ولم يؤخر اخراجها ؟ وشدد في ذلك قيل فابتدأ في اخراجها فجعل يخرج أولا فأولا ، فقال لا بل يخرجها كلها اذا حال الحول. فأما اذا كانت عليه مضرة

وهكذا الحكم فيما اذا كانت الاربعون لرجلين ، فباع أحدهما نصيبه أجنبيا فعلى هذا اذا تم حول الاول فعليه نصف شاة .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخرجها من المال انقطع حول المشتري لنقصان النصاب) في بعض الحول ألا أن يكون الفقير مخالطا لهما بالنصف الذي صار له فلا ينقص النصاب اذاً ويخرج الثاني نصف شاة أيضاً على قول ابن حامد .

﴿ مسئله ﴾ (وإن اخرجها من غيره وقلنا الزكاة في العين فكذلك ، وإن قلنا في الذمة فعليه عند تمام حوله زكاة حصته)

اذا أخرج البائع الزكاة من غير المال في هذه المسألة وقلنا الزكاة تتعلق بالعين ، فقال القاضي يجب نصف شاة أيضاً لان تعلق الزكاة بالعين لا بمعنى أن الفقراء يملكون جزأ من النصاب بل بمعنى

في تعجيل الاخراج مثل من يحول حوله قبل مجيء الساعي ويخشى إن أخرجها بنفسه أخذها الساعي منه مرة أخرى فله تأخيرها نص عليه أحمد وكذلك إن خشي في إخراجها ضرراً في نفسه أو مال له سواها فله تأخيرها لقول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولأنه اذا جاز تأخير قضاء دين الآدمي لذلك فتأخير الزكاة أولى

(فصل) فان أخرها ليدفعها الى من هو أحق بها من ذي قرابة أو ذي حاجة شديدة فان كان شيئاً يسيراً فلابأس وإن كان كثيراً لم يجز قال أحمد لايجري على أقاربه من الزكاة في كل شهر يعني لايؤخر إخراجها حتى يدفعها اليهم متفرقة في كل شهر شيئاً فأما إن عجلها فدفعها اليهم أو الى غيرهم متفرقة أو مجموعة جاز لأنه لم يؤخرها عن وقتها وكذلك ان كان عنده مالان أو أموال زكاتها واحدة وتختلف أحوالها مثل أن يكون عنده نصاب وقد استفاد في أثناء الحول من جنسه دون النصاب لم يجز تأخير الزكاة ليجمعها كلها لأنه يمكنه جمعها بتعجيلها في أول واجب منها

(فصل) فان أخر الزكاة فلم يدفعها الى الفقير حتى ضاعت لم تسقط عنه كذلك قال الزهري والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وبه قال الشافعي إلا أنه قال إن لم يكن فرط في إخراج الزكاة وفي حفظ ذلك المخرج رجع الى ماله فان كان فيما بقي زكاة أخرجها وإلا فلا وقال أصحاب الرأي يزكي

أن تعلق حقهم به ، كتعلق ارش الجناية بالجاني فلم يمنع وجوب الزكاة ، والصحيح أنه لاشيء على المشتري ، ذكره شيخنا وهو قول أبي الخطاب لان تعلق الزكاة بالعين نقص النصاب فمنع وجوب الزكاة على المشتري ، ولان فائدة قولنا الزكاة تتعلق بالعين انما تظهر فى منع الزكاة وقد ذكره القاضي في غير هذا الموضع ، وإن قلنا الزكاة تتعلق بالذمة لم يمنع وجوب الزكاة على المشتري ، لأن النصاب لم ينقص وعلى قياس هذا لوكان لرجلين نصاب خلطة فباع أحدهما خليطه في بعض الحول فهي عكس المسئلة الاولى في الصورة ومثلها في المعنى لأنه كان في الأول خليط نفسه ثم صار خليط أجنبي وهاهنا كان خليط أجنبي ثم صار خليط نفسه ، ومثله لوكان رجلان متوارثان لهما نصاب خلطة فمات أحدهما في بعض الحول فورثه صاحبه فعلى قياس قول أبي بكر لايجب عليه شيء حتى يتم الحول على المالين من حين ملكه لهما الا أن يكون أحدهما بمفرده يبلغ نصابا ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب الزكاة في النصف الذي كان له خاصة اذا تم حوله .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أفرد بعضه وباعه ثم اختلطا انقطع الحول)

ذكره ابن حامد لثبوت حكم الانفراد في البعض ، وقال القاضي : يحتمل أن يكون كما لو باعها مختلطة اذا كان زمنا يسيرا لان اليسير معفو عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ملك نصابين شهراً ثم باع أحدهما مشاعا فعلى قياس قول أبي بكر يثبت للبائع حكم الانفراد وعليه عند تمام حوله زكاة المنفرد (لثبوت حكم الانفراد له) وعلى قياس

مابقي الا أن ينقص عن النصاب فتسقط الزكاة فرط أو لم يفرط وقال مالك أراها تجزئه اذا أخرجها في محلها، وان أخرجها بعد ذلك ضمنها وقال مالك يزكي مابقي بقسطه وان بقي عشرة دراهم

ولنا أنه حق متعين على رب المال تلف قبل وصوله الى مستحقه لم يبرأ منه بذلك كدين الآدمي قال أحمد : ولو دفع الى أحد زكاته خمسة دراهم فقبل أن يقبضها منه قال اشتري لي بها ثوبا أو طعاما فذهبت الدراهم أو اشترى بهـا ماقال فضاع منه فعليه أن يعطي مكانهـا لأنه لم يقبضها منه ولو قبضها منه ثم ردها اليه وقال اشتر لي بها فضاعت أو ضاع مااشترى بها فلا ضمان عليه اذا لم يكن فرط وانما قال ذلك لان الزكاة لايملكها الفقير الا بقبضها فاذا وكله في الشراء بها كان التوكيل فاسداً لأنه وكله في الشراء بما ليس له وبقيت على ملك رب المال فاذا تلفت كانت في ضمانه

(فصل) ولو عزل قدر الزكاة فنوى انه زكاة فتلف فهو في ضمان رب المال ولا تسقط الزكاة عنه بذلك سواء قدر على أن يدفعها اليه أو لم يقدر والحكم فيه كالمسئلة التي قبلها اه

قول ابن حامد عليه زكاة خليط)لانه لم يزل مخالطا فى جميع الحول (فاذا تم حول المشتري فعليه زكاة خليط وجهاً واحداً) لكونه لم يثبت له حكم الانفراد أصلا

﴿ مسئلة ﴾ (ولو ملك رجل نصابا شهراً ثم ملك آخر لايتغير به الفرض) مثل أن يملك أربعين شاة في المحرم وأربعين في صفر فعليه زكاة الأول عند تمام حوله شاة لانه ملك نصابا حولا ، فاذا تم حول الثاني فعلى وجهين أحدهما لازكاة فيه لأن الجميع ملك واحد فلم يزد فرضه على شاة كما لو اتفقت أحواله ، والثاني فيه زكاة خليط لأن الاول استقل بشاة فتجب الزكاة في الثاني وهو نصف شاة لاختلاطها بالأربعين الأولى كالاجنبي في المسئلة التي قبلها

(فصل) فان كان ملك أربعين أخرى في ربيع ففيها وجهان : أحدهما لازكاة فيها والثاني فيها ثلث شاة لانه ملكها مختلطة بالثمانين المتقدمة . وذكر أبو الخطاب وجهاً ثالثاً أنه يجب فى الثاني شاة وكذلك في الثالث لانه نصاب كامل وجبت الزكاة فيه بنفسه أشبه مالو انفرد وهذا ضعيف لانه لو كان مالك الثاني والثالث أجنبيين ملكاهما مختلطين لم يجب عليهما إلا زكاة خلطة ، فاذا كانا لمالك الأول كان أولى لان ضم بعض ملكه إلى بعض أولى من ضم ملك الخليط الى خليطه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثاني يتغير به الفرض، مثل أن يملك مائة شاة فعليه زكاته اذا تم حوله وجهاً واحداً)

كما لو اتفقت أحواله والواجب فيه شاة علي الوجه الاول والثالث ، لانه لو ملكها دفعة واحدة لم يجب عليه أكثر من شاتين ، وعلى الوجه الثاني يجب عليه شاة وثلاثة أسباع شاة لانه لو ملك المائتين دفعة واحدة كان عليه فيها شاتان حصة المائة منها خمسة أسباعها وهو شاة وثلاثة أسباع ، فان كان ملك مائة أخرى في ربيع فعلى الوجه الأول والثالث عليه فيها شاة ، وعلى الوجه الثاني عليه شاة وربع لانه لو ملك المائتين وأربعين دفعة واحدة كان عليه فيها ثلاث شياه حصة المائة الثانية منهن

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن رهن ماشية فحال عليها الحول أدى منها اذا لم يكن له ما يؤدي عنها والباقي رهن ﴾

وجملة ذلك أنه اذا رهن ماشية فحال الحول وهي في يد المرتهن وجبت زكاتها على الراهن لأن ملكه فيها تام فان أمكنه أداؤها من غيرها وجبت لان الزكاة من مؤنة الرهن ومؤنة الرهن تلزم الراهن كنفقة النصاب ولا يخرجها من النصاب لان حق المرتهن متعلق به تعلقاً يمنع تصرف الراهن فيه والزكاة لا يتعين اخراجها منه فلم يملك اخراجها منه كزكاة مال سواه وان لم يكن له ما يؤدي منه سوى هذا الرهن فلا يخلو من أن يكون له مال يمكن قضاء الدين منه ويبقى بعد قضائه نصاب كامل مثل أن تكون الماشية زائدة على النصاب قدرا يمكن قضاء الدين منه ويبقى النصاب فانه يخرج الزكاة من الماشية ويقدم حق الزكاة على حق المرتهن لان المرتهن يرجع الى بدل وهو استيفاء الدين وحقوق الفقراء في الزكاة لا بدل لها وان لم يكن له مال يقضي به الدين ويبقى بعد قضائه نصاب ففيه روايتان احداهما تجب الزكاة أيضا ولا يمنع وجوب الدين الزكاة في الاموال الظاهرة وهي المواشي والحبوب قاله في رواية

ربعهن وسدسهن وذلك شاة وربع ، ولو كان المالك للاموال الثلاثة ثلاثة أشخاص وملك الثاني والثالث سائمتها مختلطة لكان الواجب على الثاني والثالث كالواجب على المالك في الوجه الثاني لا غير

(فصل) وإن ملك عشرين من الابل في المحرم وخمساً في صفر فعليه في العشرين اذا تم حولها أربع شياه وفي الخمس عند تمام حولها خمس بنات مخاض على الوجهين الاولين ، وعلى الوجه الثالث عليه شاة وإن ملك في المحرم خمسا وعشرين وخمسا في صفر ، فعليه في الاول عند تمام حوله بنت مخاض ولا شيء عليه في الخمس على الاول وعلى الثاني عليه سدس بنت مخاض ، وعلى الثالث عليه شاة فان ملك مع ذلك ستا في ربيع فعليه في الاول عند تمام حوله بنت مخاض ولا شيء عليه في الخمس على الوجه الاول حتى يتم حول الست فيجب فيها ربع بنت لبون ونصف تسعها ، وفي الوجه الثاني عليه في الخمس سدس بنت مخاض اذا تم حولها وفي الست سدس بنت لبون ، وفي الوجه الثالث عليه في الخمس والست عند تمام حول كل واحد منهما شاة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان الثاني يتغير به الفرض ولا يبلغ نصابا)

مثل أن يملك ثلاثين من البقر في المحرم وعشراً في صفر فعليه في الثلاثين اذا تم حولها تبيع وفي العشر اذا تم حولها ربع مسنة على الوجهين الاولين لان الفريضة الموجبة للمسنة قد كملت وقد أخرج زكاة الثلاثين فوجب في العشر بقسطها من المسنة وهو ربعها ، وعلى الوجه الثالث يقتضي أن لا يجب عليه في العشر شيء كما لو ملكها منفردة

﴿ مسئلة ﴾ (وان ملك مالا يغير الفرض كخمس فلا شيء فيها على الوجه الاول كما لو ملك الجميع

الأثرم قال لان المصدق لو جاء فوجد ابلا وغنما لم يسأل صاحبها أي شيء عليك من الدين ولكنه يزكيها والمال ليس كذلك وهذا ظاهر كلام الخرقي هاهنا لان كلامه عام في كل ماشية وذلك لان وجوب الزكاة في الاموال الظاهرة آكد لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها لرؤيتهم اياها ولان الحاجة الى حفظها أشد ولان الساعي يتولى أخذ الزكاة منها ولا يسأل عن دين صاحبها والرواية الثانية لاتجب الزكاة فيها ويمنع الدين وجوب الزكاة في الاموال كلها من الظاهرة والباطنة قال ابن أبي موسى الصحيح من مذهبه أن الدين يمنع وجوب الزكاة على كل حال وهو مذهب أبي حنيفة وروي ذلك عن ابن عباس ومكحول والثوري وحكى ذلك ابن المنذر عنهم في الزرع اذا استدان عليه صاحبه لانه أحد نوعي الزكاة فيمنع الدين وجوبها كالنوع الآخر ولان المدين محتاج والصدقة انما تجب على الاغنياء لقوله عليه السلام « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائهم فأردها في فقرائهم » وقوله عليه السلام « لاصدقة الا عن ظهر غنى » وروى أبو عبيد في كتاب الاموال عن السائب بن يزيد قال

دفعة واحدة وعلى الوجه الثاني عليه سبع تبيع اذا تم حولها ، كما لو كان المالك لها أجنبيا ولاشيء عليه فيها في الوجه الثالث) .

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان لرجل ستون شاة كل عشرين فيها مختلطة بعشرين لآخر فعلى الجميع شاة نصفها على صاحب الستين ونصفها على الخلطاء على كل واحد سدس شاة)

كما لو كانت لشخص واحد ولو كان رجلان لكل واحد منهما ستون لخالط كل واحد منهما صاحبه بعشرين فقط وجب عليهما شاة بينهما نصفين لذلك فان كان له ستون كل عشر منها مختلطة بعشر لآخر فعليه شاة ولاشيء على خلطائه لم يختلطوا (؟) في نصاب كذلك قال أصحابنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كانت ماشية الرجل متفرقة في بلدين لاتقصر بينهما الصلاة فهي كالمجتمعة يضم بعضها إلى بعض ويزكيها كالمختلطة)

لا نعلم في ذلك خلافا وإن كان بينهما مسافة القصر ، وكذلك في احدى الروايتين عن احمد . اختارها أبو الخطاب وهو قول سائر العلماء وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لقوله عليه السلام « في أربعين شاة شاة » ولأنه ملك واحد أشبه مالو كان في بلدان متقاربة وكغير السائمة فعلى هذا يخرج الفرض في أحد البلدين لانه موضع حاجة (والرواية الثانية) أن لكل مال حكم نفسه يعتبر على حدته إن كان نصابا ففيه الزكاة وإلا فلا ، نصّ عليه احمد . قال ابن المنذر : لاأعلم هذا القول عن غير احمد واحتج بظاهر قوله عليه السلام « لايجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » وهذا متفرق فلا يجمع ، ولأنه لاأثر لاجتماع مالين لرجلين في كونهما كالمال الواحد يجب أن يؤثر افتراق مال الرجل الواحد حتى يجعله كالمالين والحديث محمول على المجتمعة ، ولا يصح القياس على غير السائمة لأن الخلطة لاتؤثر فيها كذلك الافتراق والبلدان المتقاربة بمنزلة البلد الواحد ، والصحيح الاول على

سمعت عثمان بن عفان يقول هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤده حتى تخرجوا زكاة أموالكم ومن لم يكن عنده زكاة لم يطالب منه حتى يأتي تطوعا قال ابراهيم النخعي اراه يعني شهر رمضان

(فصل) ولو أسلم في دار الحرب وأقام بها سنين لم يؤد زكاة أو غلب الخوارج على بلده فأقام أهله سنين لايؤدون الزكاة ثم غلب عليهم الامام أدوا الماضي وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أصحاب الرأي لازكاة عليهم لما مضى في المسئلين

ولنا أن الزكاة من أركان الاسلام فلم تسقط عمن هو في غير قبضة الامام كالصلاة والصيام [1]

(فصل) اذا تولى الرجل اخراج زكاته فالمستحب أن يبدأ بأقاربه الذين يجوز دفع الزكاة اليهم فان زينب سألت النبي ﷺ أيجزي عني من الصدقة النفقة على زوجي؟ فقال النبي ﷺ لها أجران أجر الصدقة وأجر القرابة رواه البخاري وابن ماجه وفي لفظ يسعني أن أضع صدقتي في زوجي وبني أخي لي أيتام؟ فقال « نعم لها أجران أجر الصدقة وأجر القرابة » رواه النسائي ولما تصدق أبو طلحة بحائطه قال النبي ﷺ « اجعله في قرابتك » رواه أبو داود . ويستحب أن يبدأ بالاقرب

مابينا وكلام احمد محمول على أن الساعي لايأخذها ، فأما رب المال فيخرج اذا بلغ ماله نصابا فانه قد روي عنه فيمن له مائة شاة في بلدان متفرقة لايأخذ المتصدق منها شيئاً لأنه لايجمع بين متفرق وصاحبها اذا ضبط ذلك وعرفه أخرج هو بنفسه يضعها في الفقراء كذلك رواه الميموني وحنبل عنه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تؤثر الخلطة في غير السائمة وعنه أنها تؤثر)

لاتؤثر الخلطة في غير السائمة كالذهب والفضة والزروع والثمار وعروض التجارة ويكون حكمهم حكم المنفردين وهذا قول أكثر أهل العلم ، وعن أحمد أن شركة الاعيان تؤثر في غير الماشية ، فاذا كان بينهم نصاب يشتركون فيه فعليهم الزكاة وهذا قول اسحق والاوزاعي في الحب والتمر قياساً على خلطة الماشية ، والمذهب الاول قال احمد : الاوزاعي يقول في الزرع اذا كانوا شركاء يخرج لهم خمسة أوسق فيه الزكاة قاسه على الغنم ولا يعجبني قول الاوزاعي ، فأما خلطة الاوصاف فلا مدخل لها في غير الماشية بحال لان الاختلاط لايحصل ، وخرج القاضي وجهاً أنها تؤثر لان المؤنة تخف اذا كان الملقح واحداً والناطور والجرين وكذلك أموال التجارة الدكان والمخزن والميزان والبائع فأشبه الماشية ومذهب الشافعي على نحو مذهبنا والصحيح الاول لقول النبي ﷺ « والخليطان مااشتركا في الحوض والفحل والراعي » فدل على أن مالم يوجد فيه ذلك لايكون خلطة مؤثرة ، وقول النبي ﷺ « لايجمع بين متفرق خشية الصدقة » انما يكون في الماشية لان الزكاة يقل جمعها تارة ويكثر أخرى ، وسائر الاموال يجب فيما زاد على النصاب بحسابه فلا أثر لجمعها ، ولأن خلطة الماشية تؤثر في النفع تارة وفي الضرر أخرى ، وفي غير الماشية تؤثر ضرراً محضا برب المال فلا يصح القياس ، فعلى هذا اذا كان لجماعة وقف أو حائط مشترك بينهم فيه ثمرة أو زرع فلا زكاة عليهم إلا أن يحصل في يد بعضهم نصابا

(١) لكنهم يفرقون بين الزكاة وبينها بأنهما عبادتان شخصيتان قاصرتان والزكاة عبادة تتعلق بمرافق الامة الاجتماعية العامة التي يكفلها الامام الاعظم وينفق منها في المصالح العامة كالجهاد وتأليف القلوب والغرامات

فالاقرب إلا أن يكون منهم من هو أشد حاجة فيقدمه ولو كان غير القرابة أحوج أعطاه . قال احمد إن كانت القرابة محتاجة أعطاها ، وإن كان غيرهم أحوج أعطاهم ويعطي الجيران ، وقال إن كان قد عود قوما برا فيجعله في ماله ولا يجعله من الزكاة ، ولا يعطي الزكاة من يمون ولا من تجري عليه نفقته وإن أعطاهم لم يجز ، وهذا والله أعلم اذا عودهم براً من غير الزكاة ، واذا أعطى من تجري عليه نفقته شيئاً يصرفه في نفقته ، فأما إن عودهم دفع زكاته اليهم ، أو أعطى من تجري عليه نفقته تطوعا شيئاً من الزكاة يصرفه في غير النفقة وحوائجه فلا بأس . وقال أبو داود : قلت لأحمد يعطي أخاه وأخته من الزكاة قال نعم ، اذا لم يبق به ماله ، أو يدفع به مذمة . قيل لأحمد : فاذا استوى فقراء قراباتي والمساكين قال فهم كذلك أولى ، فأما إن كان غيرهم أحوج فانما يريد يغنيهم ويدع غيرهم فلا . قيل له فيعطى امرأة ابنه من الزكاة . قال إن كان لا يريد به كذا (شيئاً ذكره) فلا بأس به كأنه أراد منفعة ابنه . قال احمد : كان العلماء يقولون في الزكاة لا تدفع بها مذمة ، ولا يحابى بها قريب ، ولا يقي بها

فتجب عليه الزكاة ، وعلى الرواية الاخرى اذا كان الخارج نصابا ففيه الزكاة ، فان كان الوقف نصابا من السائمة وقلنا إن الزكاة تجب في السائمة الموقوفة فينبغي أن تجب عليهم الزكاة لاشتراكهم في ملك نصاب تؤثر الخلطة فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز للساعي أخذ الفرض من مال أي الخليطين شاء

هذا ظاهر كلام احمد وسواء دعت الحاجة الى ذلك بأن تكون الفريضة عينا واحدة لا يمكن أخذها من المالين ونحو ذلك ، أو لم تدع الحاجة الى ذلك بأن يجد فرض كل واحد من المالين فيه . قال احمد : انما يجيء المصدق فيجد الماشية فيصدقها ليس يجيء فيقول : أي شيء لك وأي شيء لك قال الهيثم بن خارجة لأبي عبد الله : أنا رأيت مسكيناً كانت له في غنم شاتان فجاء المصدق فأخذ احداهما . ووجه ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « ماكان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية » يعني اذا أخذ من مال أحدهما ، ولأن المالين قد صارا كالمال الواحد في وجوب الزكاة فكذلك في اخراجها

﴿ مسئلة ﴾ (ويرجع المأخوذ منه على خليطه بحصته من القيمة لما ذكرنا من النص والمعنى)

فاذا كان لاحدهما ثلث المال وللآخر ثلثاه فأخذ الفرض من مال صاحب الثلث رجع بثلثي قيمة المخرج على شريكه ، وان أخذه من الآخر رجع بالثلث على شريكه

﴿ مسئلة ﴾ (فان اختلفا في القيمة فالقول قول المرجوع عليه) اذا عدمت البينة لانه غارم فأشبه الغاصب اذا اختلفا في قيمة المغصوب بعد تلفه وعليه اليمين لانه منكر

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أخذ الساعي أكثر من الفرض ظلماً لم يرجع بالزيادة على خليطه)

اذا أخذ الساعي أكثر من الفرض بغير تأويل مثل أن يأخذ مكان الشاة شاتين ، أو جذعة

مالا . وسئل احمد عن رجل له قرابة يجري عليها من الزكاة . قال : إن كان عدها من عياله فلا يعطيها قيل له إنما يجري عليها شيئاً معلوما في كل شهر ، قال اذاً كفاها ذلك

وفي الجملة من لا يجب عليه الانفاق عليه، فله دفع الزكاة اليه ويقدم الاحوج فالاحوج ، فان شاؤا قدم من هو أقرب اليه ، ثم من كان أقرب في الجوار وأكثر ديناً وكيف فرقها بعدما يضعها في الاصناف الذين سماهم الله تعالى جاز والله أعلم

باب زكاة الزروع والثمار

والاصل فيها الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ماكسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض) والزكاة تسمى نفقة بدليل قوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله) وقال الله تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) قال ابن عباس حقه الزكاة المفروضة . وقال مرة : العشر ونصف العشر . ومن السنة قول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « فيما سقت السماء والعيون وكان عثريا [1] العشر ، وفيما سقي بالنضح نصف العشر » أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وعن جابر أنه سمع النبي ﷺ يقول « فيما سقت الانهار والغيم العشر ، وفيما سقي بالسانية نصف العشر » أخرجه مسلم وأبو داود . وأجمع أهل العلم على أن الصدقة واجبة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب . قاله ابن المنذر وابن عبد البر

(١) العثري بفتح العين المهملة والثاء المثلثة مايسقيه المطر أو السيح

مكان حقة لم يكن للمأخوذ منه الرجوع الا بقدر الواجب لان شريكه لم يظلمه فلم يكن له الرجوع فيه كغيره ، ولأنه ظلم اختص به الساعي فلم يرجع به على غيره كما لو غصبه على غير وجه الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أخذه بقول بعض العلماء رجع عليه)

وذلك مثل أن يأخذ الصحيحة عن المراض والكبيرة عن الصغار لان ذلك الى اجتهاد الامام فاذا أداه اجتهاده الى أخذه وجب دفعه وصار بمنزلة الفرض الواجب والساعي نائب الامام فعله كفعل الامام ، وكذلك اذا أخذ القيمة يرجع على شريكه بما يخصه منها لما ذكرنا والله أعلم

﴿ باب زكاة الخارج من الارض ﴾

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ماكسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض) والزكاة تسمى نفقة بدليل قوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله) وقال تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) قال ابن

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم ﴿ وكل ما أخرج الله عز وجل من الارض مما ييبس ويبقى مما يكال ويبلغ خمسة أوسق فصاعداً ففيه العشر إن كان سقيه من السماء والسوح، وإن كان يسقى بالدوالي والنواضح وما فيه الكلف فنصف العشر ﴾

هذه المسئلة تشتمل على أحكام: منها أن الزكاة تجب فيما جمع هذه الاوصاف الكيل والبقاء واليبس من الحبوب والثمار مما ينبته الآدميون اذا نبت في أرضه سواء كان قوتاً كالحنطة والشعير والسلت والارز والذرة والدخن، أو من القطنيات كالباقلى[1] والعدس والماش والحمص، أو من الابازير كالكسفرة والكمون والكراويا، أو البزور كبزر الكتان والقثاء والخيار، أو حب البقول كالرشاد، وحب الفجل والقرطم والترمس والسمسم وسائر الحبوب، وتجب أيضاً فيما جمع هذه الاوصاف من الثمار كالتمر والزبيب والمشمش واللوز والفستق والبندق. ولا زكاة في سائر الفواكه كالخوخ والاجاص والكمثرى والتفاح والمشمش والتين والجوز، ولا في الخضر كالقثاء والخيار والباذنجان واللفت والجزر، وبهذا قال عطاء في الحبوب كلها، ونحوه قول أبي يوسف ومحمد فانهما قالا: لاشيء فيما تخرجه الارض إلا ما كانت له ثمرة باقية يبلغ مكيلها خمسة أوسق

«١» بالمد والقصر الفول

وقال أبو عبدالله ابن حامد: لاشيء في الابازير ولا البزور، ولا حب البقول، ولعله لايوجب الزكاة إلا فيما كان قوتاً أو أدما لأن ما عداه لانص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على النفي الاصلي. وقال مالك والشافعي: لازكاة في ثمر إلا التمر والزبيب، ولا في حب إلا ما كان قوتاً

عباس حقه: الزكاة المفروضة. وقال مرة: العشر ونصف العشر، ومن السنة قول النبي ﷺ «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «فيما سقت السماء أو كان عثريا العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر» أخرجه البخاري وأبو داود وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول «فيما سقت الانهار والغيم العشر، وفيما سقي بالسانية نصف العشر» رواه مسلم وأبو داود، وأجمع أهل العلم على وجوب الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب حكاه ابن المنذر وابن عبدالبر

﴿ مسئلة ﴾ (تجب الزكاة في الحبوب كلها وفي كل ثمر يكال ويدخر كالتمر والزبيب واللوز والفستق والبندق ولا يجب في سائر الثمر ولا في الخضر والزهر والبقول)

وجملة ذلك أن الزكاة تجب فيما اجتمع فيه الكيل والادخار من الثمر والحبوب مما ينبته الآدميون سواء كان قوتاً كالحنطة والشعير والسلت والارز والذرة والدخن، أو من القطنيات كالباقلا والعدس والماش والحمص، أو من الابازير كالكسفرة والكمون والكراويا أو البزور كبزر الكتان والقثاء

في حالة الاختيار لذلك إلا في الزيتون على اختلاف ، وحكي عن احمد إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب وهذا قول ابن عمر وموسى بن طلحة والحسن وابن سيرين والشعبي والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وابن المبارك وأبي عبيد. والسلت نوع من الشعير ، ووافقهم ابراهيم وزادالذرة ، ووافقهم ابن عباس وزاد الزيتون ، لأنماعدا هذا لانصّ فيهولا اجماع ، ولاهوفي معنى المنصوص عليه ، ولا المجمع عليه فيبقى على الاصل

وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن عمرو أنه قال : انما سن رسول الله ﷺ الزكاة في الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب . وفي رواية عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال «والعشرفي التمر والزبيب والحنطة والشعير »وعن موسى بن طلحة عنعمر أنه قال : انما سنرسول الله ﷺ الزكاة في هذه الاربعة : الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب » . وعن أبي بردة عن أبي موسى ومعاذ أن رسول الله ﷺ بعثهما إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم فأمرهم أنلايأخذوا الصدقة إلا من هذه الاربعة : الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب . رواهن كلهن الدارقطني ، ولأن غير هذه الاربعة لا نص فيها ولا اجماع ، ولا هو في معناها في غلبة الاقتيات بها وكثرة نفعها ووجودها فلم يصح قياسه عليها ، ولا إلحاقه بها فيبقى على الاصل . وقال أبو حنيفة : تجب الزكاةفي كل مايقصد بزراعته نماء الارض الا الحطب والقصب والحشيش لقولهعليهالسلام « فيماسقت السماء العشر » وهذا عام ، ولأن هذا يقصد بزراعته نماء الارض فأشبه الحب ،

ووجه قول الخرقي أنعموم قوله عليه السلام« فيما سقت السماء العشر » وقوله عليه السلام لمعاذ

والخيار ، وحب البقول كالرشاد ، وحب الفجل والقرطم والترمس والسمسم وسائر الحبوب . ويجب أيضاً فيماجمع هذه الاوصاف من الثمار كالتمر والزبيب والقشمش واللوز والفستق والبندق. ولا زكاة في سائر الفواكه من الخوخ والرمان والاجاص والكمثرى والتفاح والمشمش والتين والجوز ونحوه، ولا في الخضر كالقثاء والخيار والباذنجان واللفت والجزر ، وبهذا قال عطاء في الحبوب كلها ونحوه قول أبي يوسف ومحمد . وقال أبو عبد الله ابن حامد : لاشي في الابازير ، ولا البزور، ولاحب البقول ولعله لايوجب الزكاة الا فيما كان قوتا ، أو أدما لان ماعداه لانصّ فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على النفي الاصلي ، وقال مالك والشافعي لازكاة في ثمر إلا التمر والزبيب ولافي حب الاما كان قوتا فيحالة الاختيار ـ لذلك إلا في الزيتون على اختلاف ، وحكيعنأحمد ، لازكاة الا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وهذا قول ابن عمر وموسى بن طلحة والحسن وابن سيرين والشعبي وابن أبي ليلى وابن المبارك . والسلت وهو نوع من الشعير ووافقهم ابراهيم وزاد الذرة ووافقهم ابنعباس وزاد الزيتون لان ماعدا هذا لانص فيه ولا اجماع ولاهو في معني المنصوص ولاالمجمع عليه فيبقى على الاصل وقد

« خذ الحب من الحب » يقتضي وجوب الزكاة في جميع ماتناوله خرج منه مالا يكال وما ليس بحب بمفهوم قوله عليه السلام « ليس في حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق » رواه مسلم والنسائي، فدل هذا الحديث على انتفاء الزكاة مما لاتوسيق فيه وهو مكيال ، ففيما هو مكيل يبقى على العموم[1] والدليل على انتفاء الزكاة مما سوى ذلك ماذكرنا من اعتبار التوسيق

وروي عن علي أن رسول الله ﷺ قال « ليس في الخضراوات صدقة » وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « ليس فيما أنبتت الارض من الخضر صدقة » وعن موسى بن طلحة عن أبيه ، وعن أنس عن رسول الله ﷺ مثله رواهن الدارقطني وروى الترمذي باسناده عن معاذ أنه كتب إلى النبي ﷺ يسأله عن الخضراوات وهي البقول فقال « ليس فيها شيء » وقال يرويه الحسن بن عمارة وهو ضعيف ، والصحيح أنه عن موسى بن طلحة عن النبي ﷺ مرسل : وقال موسى بن طلحة : جاء الاثر عن رسول الله ﷺ في خمسة أشياء : الشعير ، والحنطة ، والسلت ، والزبيب ، والتمر ، وماسوى ذلك مما أخرجت الارض فلا عشر فيه وقال : ان معاذاً لم يأخذ من الخضر صدقة

وروى الأثرم باسناده أن عامل عمر كتب اليه في كروم فيها من الفرسك والرمان ماهو أكثر غلة من الكروم أضعافا ، فكتب عمر إنه ليس عليها عشر هي من العضاة

(فصل) ولا شيء فيما ينبت من المباح الذي لايملك الا بأخذه كالبطم والعفص والزعبل وهو شعير الجبل ، وبزر قطونا ، وبزر البقلة ، وحب الثمام ، والقت وهو بزر الاشنان اذا أدرك وتناهى

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن عمرو أنه قال انما سن رسول الله ﷺ في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وعن أبي بردة عن أبي موسى ومعاذ أن رسول الله ﷺ بعثهما إلي اليمن يعلمان الناس أمر دينهم فأمرهم أن لايأخذوا الصدقة الا من هذه الاربعة الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، رواهن الدارقطني ولأن غير هذه الاربعة لايساويها في غلبة الاقتيات بها ، وكثرة نفعها ووجودها فلا يصح قياسه عليها ، وقال أبو حنيفة في كل ما يقصد بزراعته نماء الأرض إلا الحطب والقصب والحشيش ، لقوله عليه السلام « فيما سقت السماء العشر » وهو عام ولأن هذا يقصد بزراعته نماء الارض أشبه الحبوب .

ولنا [1] عموم قوله عليه السلام « فيما سقت السماء العشر » وقوله لمعاذ « خذ الحب من الحب » خرج منه مالايكال وماليس بحب بمفهوم قوله عليه السلام « ليس في حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق » رواه مسلم والنسائي وعن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « ليس في الخضراوات صدقة » وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « ليس فيما أنبتت الارض من الخضر صدقة » رواهما الدارقطني وقال موسى بن طلحة جاء الأثر عن رسول الله ﷺ في خمسة أشياء « الشعير والحنطة والسلت

(١) هذا العموم قد خصصه الشارع بالاحاديث الواردة بصيغة الحصر في الاقوات الاربعة في الروايات التي أوردها هنا أو الخمسة في حديث موسى بن طلحة فان صح أن يقاس عليها شيء فالارز ولاسيما عند من هو قوتهم الغالب على قوله « خذ الحب من الحب » لا يظهر فيه معنى ارادة العموم بل المتبادر منه الجنس

«١» ان استاذه الشيخ صاحب المغني لم يعبر عن دليلهم هذا بقوله (ولنا) كالعادة بل قال : وجه قول الخرقي الخ ولعل سبب هذا ضعف هذا الدليل فلله دره

نضجه حصلت فيه مرورة وملوحة ، وأشباه هذا ذكره ابن حامد لأنه انما يملك بحيازته ، وأخذ الزكاة انما تجب فيه اذا بدا صلاحه ، وفى تلك الحال لم يكن مملوكا له فلا يتعلق به الوجوب كالذي يلتقطه اللقاط من السنبل فانه لازكاة فيه نص عليه احمد ، وذكر القاضي فى المباح أن فيه الزكاة اذا نبت فى أرضه ولعله بنى هذا على أن مانبت فى أرضه من الكلأ يكون ملكا له والصحيح خلافه . فأما إن نبت فى أرضه مايزرعه الآدميون مثل أن سقط فى أرض انسان حب من الحنطة أو الشعير فنبت ففيه الزكاة لأنه يملكه ، ولو اشترى زرعا بعد بدوّ الصلاح فيه ، أو ثمرة قد بدا صلاحها ، أو ملكها بجهة من جهات الملك لم تجب فيه الزكاة لما ذكرنا

(فصل) ولا تجب فيما ليس بحب ولا ثمر سواء وجد فيه الكيل والادخار أو لم يوجد ، فلا تجب فى ورق مثل ورق السدر والخطمي والاشنان والصعتر والآس ونحوه لانه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص ، ومفهوم قوله عليه السلام « لازكاة في حب ولا ثمر حتى يبلغ خمسة أوسق » ان الزكاة لاتجب في غيرهما [1] . قال ابن عقيل في ثمر السدر : فورقه أولى ، ولان الزكاة لاتجب فى الحب المباح ففي الورق أولى ولا زكاة فى الازهار كالزعفران والعصفر والقطن لانه ليس بحب ولا ثمر ، ولا هو بمكيل فلم تجب فيه زكاة كالخضراوات . قال احمد : ليس فى القطن شيء ، وقال ليس فى الزعفران زكاة ، وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر

[1] المتبادر ان هذا بيان للنصاب فيهما لا لحصر الزكاة فيهما وانما الدليل ما تقدم من روايات الحصر في الاجناس الاربعة أو الخمسة . والاصل النفي والبراءة

والزبيب والتمر وما سوى ذلك مما أخرجت الارض فلا عشر فيه » وروى الأثرم باسناده أن عامل عمر كتب اليه في كروم فيها من الفرسك والرمان ماهو أكثر غلة من الكروم أضعافا فكتب اليه عمر ليس عليها عشر هي من العضاة

(فصل) ولايجب فيما ليس بحب ولاثمر سواء وجد فيه الكيل والادخار أولا فلا يجب في ورق مثل السدر والخطمي والاشنان والصعتر والآس ونحوه لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معناه ولأن قوله عليه السلام « ليس في حب ولاثمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق » يدل على أن الزكاة لاتجب في غيرهما ، قال ابن عقيل ولانه لازكاة في ثمر السدر فورقه أولى ، ولأن الزكاة لاتجب في الحب المباح ففي الورق أولى ، وقال أبوالخطاب تجب الزكاة في الصعتر والاشنان لانه مكيل مدخر والاول أولى لماذكرنا ولانه ليس بمنصوص ولا هو في معنى المنصوص ، ولا تجب في الزهر كالزعفران والعصفر والقطن لانه ليس بحب ولاثمر ولا مكيل فلم تجب فيه الزكاة وكالخضراوات قال أحمد ليس في القطن شيء وقال ليس في الزعفران زكاة وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر ، وروي عن علي رضي الله عنه ليس في الفاكهة والبقل والتوابل والزعفران زكاة ، وعنه انها تجب في الزيتون والقطن والزعفران اذا بلغا بالوزن نصابا ، وروي عن أحمد رواية أخرى أن في القطن والزعفران زكاة ، وخرج أبوالخطاب في العصفر والورس وجها قياسا على الزعفران ، وقال القاضي الورس عندي بمنزلة الزعفران يخرج

وروي عن علي في الفاكهة والبقل والتوابل والزعفران زكاة وعن عمر أنه قال : انما سن رسول الله ﷺ الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب، وكذلك عبدالله بن عمر . وحكي عن احمد أن في القطن والزعفران زكاة ، وخرج أبو الخطاب في العصفر والورس وجها قياسا على الزعفران . والاولى ماذكرناه وهذا مخالف لأصول احمد . قال : المروي عنه روايتان (إحداهما) أنه لا زكاة الا في الاربعة (والثانية) أنها انما تجب في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والسلت والارز والعدس وكل شيء يقوم مقام هذه حتى يدخر ويجرى فيه القفيز مثل اللوبيا والحمص والسماسم والقطنيات ففيه الزكاة . هذا لايجري فيه القفيز ولاهو في معنى ماسماه

(فصل) واختلفت الرواية في الزيتون فقال أحمد في رواية ابنه صالح فيه العشر اذا بلغ — يعني خمسة أوسق وان عصر قوم ثمنه لأن الزيت له بقاء وهذا قول الزهري والأوزاعي ومالك والليث والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس لقول الله تعالى (وأتوا حقه يوم حصاده) في سياق قوله (والزيتون والرمان) ولأنه يمكن ادخار غلته أشبه التمر والزبيب وعن أحمد لازكاة فيه وهو اختيار أبي بكر وظاهر كلام الخرقي وهذا قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأبي عبيدة واحد قولي الشافعي لانه لايدخر يابساً فهو كالخضروات والآية لم يرد بها الزكاة لأنها مكية والزكاة إنما فرضت بالمدينة ولهذا ذكر الرمان ولا عشر فيه . وقال مجاهد اذا حصد زرعه ألقى لهم من السنبل واذا جد نخله ألقى لهم من الشماريخ وقال النخعي وأبو جعفر هذه الاية منسوخة على انها محمولة على مايتأتى حصاده بدليل أن الرمان مذكور بعده ولازكاة فيه اه

(فصل) الحكم الثاني أن الزكاة لاتجب في شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق هذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وجابر وأبو إمامة بن سهل وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والحسن وعطاء ومكحول والحكم والنخعي ومالك وأهل المدينة والثوري والاوزاعي وابن أبي

على روايتين لاجتماع الكيل والادخار فيه أشبه الحبوب والاول أولى، وهذا مخالف لاصول أحمد فان المروي عنه روايتان احداهما أنه لازكاة إلا في الاربعة ، والثانية أنها تجب في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والسلت والارز والعدس وكل شيء يقوم مقام هذه حتى يدخر ويجري فيه القفيز مثل اللوبيا والحمص والسماسم والقطنيات ففيه الزكاه وهذا لايجري فيه القفيز ولا هو في معنى ماسماه واذا قلنا بوجوب الزكاة في القطن احتمل أن يجب في الكتان والقنب لانه في معنى القطن ولا تجب الزكاة في التبن وقشور الحب كما لاتجب في كرب النخل وخوصه

(فصل) واختلفت الرواية في الزيتون عن أحمد فقال في رواية ابنه صالح : فيه العشر اذا بلغ. يعني خمسة أوسق وان عصر قوم ثمنه لان الزيت له بقاء ، وهذا قول الزهري والاوزاعي ومالك والليث والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي واحد قولي الشافعي ، وروي عن ابن عباس لقول الله تعالى .

ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وسائر أهل العلم لانعلم أحداً خالفهم الا مجاهداً وأبا حنيفة ومن تابعه قالوا تجب الزكاة في قليل ذلك وكثيره لعموم قوله عليه السلام « فيما سقت السماء العشر » ولأنه لا يعتبر له حول فلا يعتبر له نصاب

ولنا قول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » متفق عليه وهذ خاص يجب تقديمه وتخصيص عموم ماروه به كما خصصنا قوله « في سائمة الابل الزكاة » بقوله « ليس فيما دون خمس ذود صدقة » وقوله « في الرقة ربع العشر » بقوله « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » ولأنه مال تجب فيه الصدقة فلم تجب في يسيره كسائر الأموال الزكاتية وإنما لم يعتبر الحول لأنه يكمل نماؤه باستحصاده لا ببقائه واعتبر الحول في غيره لأنه مظنة لكمال النماء في سائر الاموال والنصاب اعتبر ليبلغ حداً يحتمل المواساة منه فلهذا اعتبر فيه، يحققه أن الصدقة انما تجب على الاغنياء بما قد ذكرنا فيما تقدم ولا يحصل الغنى بدون النصاب كسائر الاموال الزكاتية اه

(فصل) وتعتبر خمسة الاوسق بعد التصفية في الحبوب والجفاف في الثمار فلو كان له عشرة أوسق عنبا لايجيء منه خمسة أوسق زبيبا لم يجب عليه شيء لأنه حال وجوب الاخراج منه فاعتبر

(وأتوا حقه يوم حصاده) في سياق قوله تعالى (والزيتون والرمان) ولانه يمكن ادخار غلته أشبه التمر ، وروي عنه لازكاة فيه نقلها عنه يعقوب بن بختان وهو اختيار أبي بكر وظاهر كلام الخرقي وهذا قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأبي عبيد وأحد قولي الشافعي لانه لايدخر يابسا فهو كالخضراوات ولانه لم يرد بها الزكاة لانها مكية ، والزكاة انما فرضت بالمدينة ولهذا ذكر الرمان ولا عشر فيه ، وقال النخعي وأبو جعفر هذه الآية منسوخة على أنها محمولة على مايتأتى حصاده بدليل أن الرمان مذكور بعده ولا زكاة فيه

(فصل) (ونصابه خمسة أوسق) نص عليه أحمد في رواية صالح . فاما نصاب الزعفران والقطن وما الحق بهما من الموزونات فهو الف وستمائة رطل بالعراقي لانه ليس بمكيل فيقوم وزنه مقام كيله ذكره القاضي في المجرد . وحكي عنه اذا بلغت قيمته نصابا من أدنى ماتخرجه الارض ممافيه الزكاة ففيه الزكاة وهذا قول أبي يوسف في الزعفران لأنه لايمكن اعتباره بنفسه فاعتبر بغيره كالعروض تقوم بادنى النصابين من الأثمان ، وقال أصحاب الشافعي في الزعفران تجب الزكاة في قليله وكثيره وحكاه القاضي في المجرد قولا في المذهب ، قال شيخنا رحمه الله ولا أعلم لهذين القولين دليلا ولا أصلا يعتمد عليه ويردهما قول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » ولان إيجاب الزكاة في قليله وكثيره مخالف لجميع أموال الزكاة واعتباره بغيره مخالف لجميع مايجب فيه العشر واعتباره باقل ماتجب الزكاة فيه قيمة لانظير له أصلا ، ولا يصح قياسه على العروض لانها لاتجب الزكاة في عينها وانما تجب في قيمتها فيؤدي من القيمة التي اعتبرت بها والقيمة

النصاب بحاله وروى الأثرم عنه أنه يعتبر نصاب النخل والكرم عنبا ورطبا ويؤخذ منه مثل عشر الرطب تمراً اختاره أبو بكر وهذا محمول على انه أراد يؤخذ عشر مايجيء به منه من التمر اذا بلغ

ترد اليها كل الاموال المتقومات فلا يلزم من الرد اليها الرد الى مالم يرد اليه شيء أصلا ولاتخرج الزكاة منه ولأن هذا مال تخرج الزكاة من جنسه فاعتبر بنفسه كالحبوب

﴿ مسئلة ﴾ (وقال ابن حامد لازكاة فى حب البقول كحب الرشاد والأبازير كالكسفرة والكمون وبزر القثاء والخيار ونحوه لما ذكرنا)

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر لوجوبها شرطان أحدهما أن يبلغ نصابا قدره بعد التصفية في الحبوب والجفاف فى الثمار خمسة أوسق)

لاتجب الزكاة فى شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وجابر وأبوأمامة بن سهل وعمر بن عبدالعزيز والحسن وعطاء ومكحول والنخعي ومالك وأهل المدينة والثوري والاوزاعي والشافعى وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم أحدا خالف فيه إلا مجاهداً وأباحنيفة ومن تابعه قالوا تجب الزكاة فى قليل ذلك وكثيره لعموم قوله عليه السلام « فيما سقت السماء العشر » ولانه لايعتبر له حول فلا يعتبر له نصاب كالركاز

ولنا قول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وهذا خاص يجب تقديمه على ماروره كما خصصنا قوله « فى سائمة الابل الزكاة » بقوله « ليس فيما دون خمس ذود صدقة » وقوله « فى الرقة ربع العشر » بقوله « ليس فيما دون خمس اواق صدقة » ولانه مال تجب فيه الزكاة فلم تجب فى يسيره كسائر الاموال الزكوية وانما لم يعتبر الحول لانه يكمل نماؤه باستحصاده لا ببقائه ، واعتبر الحول فى غيره لانه مظنة لكمال النماء فى سائر الاموال ، والنصاب اعتبر ليبلغ حداً يحتمل المواساة منه فلهذا اعتبر فيه ، يحققه أن الصدقة انما تجب على الاغنياء لما ذكرنا فيما تقدم ولا يحصل الغنى بدون النصاب فهو كسائر الاموال الزكوية :

(فصل) وتعتبر الخمسة الاوسق بعد التصفية في الحبوب، والجفاف في الثمار ، فلو كان له عشرة أوسق عنبا لايجيء منها خمسة أوسق زبيباً لم يجب عليه شيء لانه حال وجوب الاخراج منه فاعتبر النصاب بحاله حينئذ .

﴿ مسئلة ﴾ (والوسق ستون صاعا ، والصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي ، فيكون ذلك الفاً وستمائة رطل) .

الوسق ستون صاعا بغير خلاف حكاه ابن المنذر ، وروى الاثرم باسناده عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ قال « الوسق ستون صاعا » وروى أبوسعيد وجابر نحوه رواه ابن ماجه ، والصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي وفيه خلاف بين العلماء ، وقد ذكرنا في كتاب الطهارة ذلك وبيناه فيكون

زطبا خمسة أوسق لان إيجاب قدر عشر الرطب من التمر ايجاب لاكثر من العشر وذلك يخالف النص والاجماع فلا يجوز أن يحمل عليه كلام أحمد ولا قول امام اه

النصاب الفا وستمائة رطل بالعراقي كما ذكر ، والرطل العراقي مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، ووزنه بالمثاقيل تسعون ثم زيد في الرطل مثقال واحد وهو درهم وثلاثة أسباع ، فصار إحد وتسعين مثقالا كمل وزنه بالدراهم مائة وثلاثون درهما ، والاعتبار به قبل الزيادة فيكون الصاع بالرطل الدمشقي الذي وزنه ستمائة درهم رطلا وسبعا ، وتكون خمسة الاوسق ثلثمائة واثنين وأربعين رطلا وستة أسباع رطل ، والنصاب معتبر بالكيل لأن الأوساق مكيلة ، وإنما نقلت الى الوزن لتضبط وتحفظ وتنقل لعدم امكان ضبط الكيل، ولذلك تعلق وجوب الزكاة بالمكيلات دون الموزونات ، والمكيلات تختلف في الوزن فمنها الثقيل كالحنطة والعدس ومنها الخفيف كالشعير والذرة ومنها المتوسط ، وقد نص أحمد على أن الصاع خمسة أرطال وثلث من الحنطة ، رواه عنه جماعة وقال حنبل : قال أحمد أخذت الصاع من أبي النضر وقال أبو النضر أخذته من ابن أبي ذئب وقال هذا صاع النبي ﷺ الذي يعرف بالمدينة ، قال أبو عبدالله فاخذنا العدس فعبرنا به وهو أصلح ما يكال به لانه لايتجافى عن مواضعه فكلنا به ثم وزناه فاذا هو خمسة أرطال وثلث ، قال هذا أصلح ماوقفنا عليه ومابين لنا من صاع النبي ﷺ فمتى بلغ القمح الفا وستمائة رطل أو نحوه من العدس ففيه الزكاة لانهم قدروا الصاع بالثقيل ، فاما الخفيف فتجب الزكاة فيه اذا قارب هذا وإن لم يبلغه ، ومتى شك في وجوب الزكاة فيه ولم يجد مكيا لا يقدر به فالاحتياط الاخراج ، فان لم يخرج فلا حرج ، لأن الأصل عدم وجوب الزكاة فلا تجب بالشك :

(فصل) قال القاضي ، النصاب معتبر تحديداً فمتى نقص شيئاً لم تجب الزكاة لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » إلا أن يكون نقصاً يسيراً يدخل في المكاييل ، كالأوقية ونحوها فلا عبرة به لأن مثل ذلك يجوز أن يدخل في المكاييل ، فلا ينضبط فهو كنقص الحول ساعة أو ساعتين .

﴿ مسئلة ﴾ (قال إلا الأرز والعلس ــ نوع من الحنطة يدخر في قشره ــ ، فان نصاب كل واحد منهما مع قشره عشرة أوسق)

العلس نوع من الحنطة يدخر في قشره زعم أهله أنه يخرج على النصف ، وأنه اذا أخرج من قشره لايبقى بقاء غيره فاعتبر نصابه في قشره للضرر في اخراجه ، فاذا بلغ بقشره عشرة أوسق ففيه العشر لان فيه خمسة أوسق حبا ، وإن شككنا في بلوغه نصابا خير صاحبه بين إخراج عشره، وبين اخراجه من قشره كقولنا في مغشوش الذهب والفضة ولايجوز تقدير غيره من الحنطة في قشره ولا إخراجه قبل تصفيته لان العادة لم تجربه ، ولاتدع الحاجة اليه ولا نعلم قدر مايخرج منه

(فصل) والعلس نوع من الحنطة يدخر في قشره ويزعم أهله انه اذا أخرج من قشره لا يبقى بقاء غيره من الحنطة ويزعمون أنه يخرج على النصف فيعتبر نصابه في قشره للضرر في إخراجه فاذا بلغ بقشره عشرة أوسق ففيه العشر لأن فيه خمسة أوسق وان شككنا في بلوغه نصابا خير صاحبه بين اخراج عشره وبين اخراجه من قشره لتقدره بخمسة أوسق كقولنا في مغشوش الذهب والفضة اذا شككنا في بلوغ مافيها نصابا ولا يجوز تقدير غيره من الحنطة في قشره ولا اخراجه قبل تصفيته لان الحاجة لا تدعو الى بقائه في قشره ولا العادة جارية به ولا يعلم قدر ما يخرج منه

(فصل) وذكر أبو الخطاب أن نصاب الارز مع قشره عشرة أوسق لانه يدخر مع قشره فاذا أخرج من قشره لم يبق بقاء مافي القشر فهو كالعلس سواء فيما ذكرنا وقال غيره لا يعتبر نصابه بذلك الا أن يقول ثقات من أهل الخبرة انه يخرج على النصف فيكون كالعلس ومتى لم يوجد ثقات يخبرون بهذا أو شككنا في بلوغه نصابا خيرنا ربه بين اخراج عشره في قشره وبين تصفيته ليعلم قدره مصفى فان بلغ نصابا أخذ منه والا فلا لان اليقين لا يحصل الا بذلك فاعتبرناه كمغشوش الأثمان اه

(فصل) ونصاب الزيتون خمسة أوسق نص عليه أحمد في رواية صالح ونصاب الزعفران والقطن وما ألحق بهما من الموزونات ألف وستمائة رطل بالعراقي لانه ليس بمكيل فيقوم وزنه مقام كيله ذكره القاضي فى المجرد وحكي عنه اذا بلغت قيمته نصابا من أدنى ما تخرجه الارض مما فيه الزكاة ففيه الزكاة وهذا قول أبي يوسف فى الزعفران لانه لم يمكن اعتباره بنفسه فاعتبر بغيره كالعروض تقوم بأدنى النصابين من الأثمان . وقال أصحاب الشافعي في الزعفران تجب الزكاة في قليله وكثيره، ولا أعلم لهذه

(فصل) ونصاب الارز كنصاب العلس كذلك ذكره أبو الخطاب لانه يدخر مع قشره ، واذا خرج من قشره لا يبقى بقاء مافي القشر فهو كالعلس فيما ذكرنا سواء ، وقال بعض أصحابنا لا يعتبر نصابه بذلك الا أن يقول ثقات من أهل الخبرة إنه يخرج على النصف فيكون كالعلس فعلى هذا متى لم يوجد ثقات يخبرون بهذا ، أو شككنا في بلوغه نصابا خير ربه بين تصفيته وبين الاخراج ، ليعلم قدره كمغشوش الأثمان .

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه أنه يعتبر نصاب ثمرة النخل والكرم رطبا ويؤخذ عشره يابسا)

روى الأثرم عن أحمد أنه يعتبر نصاب النخل والكرم عنبا ورطبا ويؤخذ منه مثل عشر الرطب تمراً اختاره أبو بكر ، قال شيخنا وهذا محمول على أنه أراد يؤخذ عشر مايجيء منه من التمر اذا بلغ رطبها خمسة أوسق لان إيجاب قدر عشر الرطب من التمر ايجاب لأكثر من العشر وذلك يخالف النص والاجماع فلا يجوز حمل كلام الامام عليه ، وظاهر ماحكى عنه الأثرم أنه يؤخذ مقدار عشر الرطب يابسا فانه روي أنه قيل لاحمد خرص عليه مائة وسق رطبا يعطيه عشرة أوسق تمراً ؟ قال نعم علي ظاهر الحديث والصحيح الاول لما ذكرنا .

الاقوال دليلا ولا أصلا يعتمد عليه ويردها قول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وايجاب الزكاة في قليله وكثيره مخالف لجميع أموال الزكاة ، واعتباره بغيره مخالف لجميع ما يجب عشره واعتباره بأقل مافيه الزكاة قيمة لا نظير له أصلاً، وقياسه على العروض لا يصح لان العروض لا تجب الزكاة في عينها وانما تجب في قيمتها ويؤدي من القيمة التي اعتبرت بها والقيمة يرد اليها كل الاموال المتقومات فلا يلزم من الرد اليها الرد الى مالم يرد اليه شيء أصلا ، ولا تخرج الزكاة منه ولان هذا مال تخرج الزكاة من جنسه فاعتبر نصابه بنفسه كالحبوب ولانه خارج من الارض يجب فيه العشر أو نصفه فأشبه سائر ما يجب فيه ذلك ولانه مال تجب فيه الزكاة فلم يجب في قليله وكثيره كسائر الاموال ولانه لا نص فيما ذكروه ولا اجماع ولا هو في معناهما فوجب أن لا يقال به لعدم دليله اه

(فصل) الحكم الثالث أن العشر يجب فيما سقي بغير مؤنة كالذي يشرب من السماء والأنهار وما يشرب بعروقه وهو الذي يغرس في أرض ماؤها قريب من وجهها تصل اليه عروق الشجر فيستغني عن سقي ، وكذلك ما كانت عروقه تصل الى نهر أو ساقية . ونصف العشر فيما سقي بالمؤن كالدوالي النواضح لانعلم في هذا خلافا وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم والاصل فيه قول النبي ﷺ «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر ، وما سقي بالنضح نصف العشر » رواه البخاري قال أبو عبيد العثري ماتسقيه السماء وتسميه العامة العذي وقال القاضي هو الماء المستنقع في بركة أو نحوها يصب اليه ماء المطر في سواقي تشق له فاذا اجتمع سقي منه

﴿ مسئلة ﴾ (وتضم ثمرة العام الواحد بعضها إلى بعض في تكميل النصاب)

تضم ثمرة العام الواحد بعضها إلى بعض سواء اتفق وقت اطلاعها وإدراكها أو اختلف فلو أن الثمرة جدت ثم أطلعت أخرى وجدت ضم احداهما الى الاخرى ، وكذلك زرع العام الواحد يضم بعضه إلى بعض في تكميل النصاب كما قلنا في الثمرة سواء اتفق زرعه وادراكه أو اختلف، ويضم الصيفي الى الربيعي ولو حصدت الدخن والذرة ثم نبتت أصولها ضم أحدهما الى الآخر لأن الجميع زرع عام واحد فضم بعضه الى بعض كما لو تقارب زرعه وادراكه .

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان له نخل يحمل في السنة حملين ضم أحدهما الى الاخر . وقال القاضي لا يضم)

وهو قول الشافعي لانه حمل ينفصل عن الاول فكان حكمه حكم عام آخر كحمل العامين ، وان كان له نخل يحمل مرة ونخل يحمل حملين ضممنا الحمل الاول الى الحمل المنفرد ولم يجب في الثاني شيء الا أن يبلغ بمفرده نصابا ، والصحيح الاول اختاره أبو الخطاب وابن عقيل لأنها ثمرة عام واحد فضم بعضها إلى بعض كزرع العام الواحد وكالذرة التي تنبت مرتين ، ولان الحمل الثاني يضم الى الحمل المنفرد لو لم يكن حمل أول فكذلك اذا كان لأن وجود الحمل الاول لا يصلح أن يكون مانعا بدليل حمل الذرة الاول وبها يبطل ما ذكروه من الانفصال .

واشتقاقه من العاثور وهي الساقية التي يجري فيها الماء لأنها يعثر بها من يمر بها ، وفي رواية مسلم «وفيما يسقى بالسانية نصف العشر » والسواني هي النواضح وهي الابل يستقى بها لشرب الارض. وعن معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ الى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء أو سقي بعلا العشر وما سقي بدالية نصف العشر .قال أبو عبيد البعل ماشرب بعروقه من غير سقي. وفي الجملة كل ماسقي بكلفة ومؤنة من دالية أو سانية أو دولاب أو ناعورا أو غير ذلك ففيه نصف العشر وما سقي بغير مؤنة ففيه العشر لما روينا من الخبر ولأن للكلفة تأثيراً في اسقاط الزكاة جملة بدليل العلوفة فبأن يؤثر في تخفيفها أولى ولأن الزكاة انما تجب في المال النامي وللكلفة تأثير في تعليل النماء فأثرت في تقليل الواجب فيها ولا يؤثر حفر الأنهار والسواقي في نقصان الزكاة لان المؤنة تقل لأنها تكون من جملة إحياء الارض ولا تتكرر كل عام وكذلك لا يؤثر احتياجها الى ساق يسقيها، ويحول الماء في نواحيها لأن ذلك لا بد منه في كل سقي يكلفه فهو زيادة على المؤنة في التنقيص يجري مجرى حرث الارض وتحسينها وان كان الماء يجري من النهر في ساقية الى الارض ويستقر في مكان قريب من وجهها لا يصعد الا بغرف أو دولاب فهو من الكلفة المسقطة لنصف الزكاة على مامر لأن مقدار الكلفة وقرب الماء وبعده لا يعتبر والضابط لذلك هو أن يحتاج في ترقية الماء الى الارض بآلة من غرف أو نضح أو دالية ونحو ذلك وقد وجد اه

(فصل) فان سقي نصف السنة بكلفة ونصفها بغير كلفة ففيه ثلاثة أرباع العشر وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لأن كل واحد منهما لو وجد في جميع السنة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يضم جنس الى آخر في تكميل النصاب وعنه أن الحبوب يضم بعضها إلى بعض وعنه تضم الحنطة الى الشعير والقطنيات بعضها إلى بعض)

القطنيات بكسر القاف جمع قطنية ويجمع أيضاً قطاني ، قال أبو عبيد هي صنوف الحبوب من العدس والحمص والارز والجلبان والجلجلان وهو السمسم ، وزاد غيره الدخن واللوبيا والفول والماش وسميت قطنية فعلية من قطن يقطن في البيت أي يمكث فيه .

وجملة ذلك أنه لا خلاف بين أهل العلم في غير الحبوب والأثمان أنه لا يضم جنس الى جنس آخر في تكميل النصاب ، فالماشية ثلاثة أجناس الابل والبقر والغنم لا يضم جنس الى غيره وكذلك الثمار لا يضم جنس الى آخر فلا يضم التمر الى الزبيب ولا الى غيره من الثمار ولا تضم الاثمان الى السائمة ولا الى الحبوب والثمار ، ولا خلاف بينهم فيما ذكرنا من أن أنواع الأجناس يضم بعضها الى بعض في اكمال النصاب ولا نعلم بينهم خلافا في أن العروض والاثمان يضم كل واحد منهما الى الآخر إلا أن الشافعي لا يضمها الا إلى جنس مااشتريت به لان نصابها عنده معتبر بذلك .

فاما الحبوب فاختلفوا في ضم بعضها الى بعض ، وفي ضم أحد النقدين الى الآخر ، فروي عن أحمد في الحبوب ثلاث روايات احداهن لا يضم جنس منها الى غيره ، ويعتبر النصاب في كل جنس

لاوجب مقتضاه فاذا وجد في نصفها أوجب نصفه ، وإن سقي بأحدهما أكثر من الآخر اعتبر أكثرهما فوجب مقتضاه وسقط حكم الآخر نص عليه وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة واحد قولي الشافعي وقال ابن حامد يؤخذ بالقسط وهو القول الثاني للشافعي لأنهما لوكانا نصفين أخذ بالحصة فكذلك اذا كان أحدهما أكثر كما لو كانت الثمرة نوعين ووجه الاول أن اعتبار مقدار السقي وعدد مراته وقدر مايشرب في كل سقية يشق ويتعذر فكان الحكم للأغلب منهما كالسوم في الماشية وان جهل المقدار غلبنا إيجاب العشر احتياطا نص عليه أحمد في رواية عبد الله لأن الاصل وجوب العشر وإنما يسقط بوجود الكلفة فما لم يتحقق المسقط يبقى على الاصل ولأن الاصل عدم الكلفة في الاكثر فلا يثبت وجودها مع الشك فيه، وإن اختلف الساعي ورب المال في أيهما سقى به أكثر فالقول قول رب المال بغير يمين فان الناس لا يستحلفون على صدقاتهم اه

(فصل) واذا كان لرجل حائطان سقى أحدهما بمؤنة والآخر بغير مؤنة ضم غلة أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب أو أخرج من الذي سقي بغير مؤنة عشره ومن الآخر نصف عشره كما يضم أحد النوعين الى الاخر ويخرج من كل واحد منهما ماوجب فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والوسق ستون صاعا والصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي ﴾

أما كون الوسق ستين صاعا فلا خلاف فيه قال ابن المنذر هو قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم وقد روى الأثرم عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ قال « الوسق ستون صاعا » وروي أبو سعيد وجابر عن النبي ﷺ مثل ذلك رواه بن ماجه

منفرداً وهذا قول عطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والحسن بن صالح وشريك والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي لانها أجناس فاعتبر النصاب في كل واحد منفرداً كالنصاب والمواشي

والثانية : أن الحبوب كلها يضم بعضها إلى بعض في تكميل النصاب اختارها أبو بكر وهذا قول عكرمة وحكاه ابن المنذر عن طاوس لأن النبي ﷺ قال « لا زكاة في حب ولا ثمر حتى يبلغ خمسة أوسق » فمفهومه وجوب الزكاة فيه اذا بلغ خمسة أوسق ، ولانها تتفق في النصاب وقدر المخرج فوجب ضم بعضها إلى بعض كانواع الجنس وهذا الدليل منتقض بالثمار .

والثالثة : أن الحنطة تضم إلى الشعير وتضم القطنيات بعضها إلى بعض ، حكاها الخرقي ونقلها أبو الحرث عنه قال القاضي وهذا هو الصحيح وهو مذهب مالك والليث إلا أنه زاد فقال الذرة والدخن والارز والقمح والشعير صنف واحد لان هذا كله مقتات فضم بعضه الى بعض كانواع الحنطة ، وقال الحسن والزهرى تضم الحنطة الى الشعير لأنها تتفق في الاقتيات والمنبت والحصاد والمنافع فوجب ضمها كما يضم العلس إلى الحنطة والاولى أصح ان شاء الله لانها أجناس يجوز التفاضل فيها فلم يضم بعضها إلى بعض كالثمار ولا يصح القياس على العلس مع الحنطة لانه نوع منها ، واذا انقطع القياس لم يجز إيجاب الزكاة بالتحكم ولا بوصف غير معتبر ثم هو باطل بالثمر فانها تتفق فيما ذكروه ولا يضم

وأما كون الصاع خمسة ارطال وثلثا ففيه اختلاف ذكرناه في باب الطهارة وبينا انه خمسة أرطال وثلث بالعراقي فيكون مبلغ الخمسة الاوسق ثلاثمائة صاع وهو ألف وستمائة رطل بالعراقي والرطل العراقي مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ووزنه بالمثاقيل سبعون مثقالا ثم زيد في الرطل مثقال آخر وهو درهم وثلاثة أسباع فصار أحد وتسعين مثقالا وكملت زنته بالدراهم مائة وثلاثين درهما والاعتبار بالاول قبل الزيادة فيكون الصاع بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم رطلا وسبعا وذلك أوقية وخمسة أسباع أوقية ومبلغ الخمسة الاوسق بالرطل الدمشقي ثلاثمائة رطل واثنان وأربعون رطلا وعشر أواقي وسبع أوقية وذلك ستة أسباع رطل

(فصل) والنصاب معتبر بالكيل فان الاوساق مكيلة وانما نقلت الى الوزن لتضبط وتحفظ وتنقل ولذلك تعلق وجوب الزكاة بالمكيلات دون الموزونات. والمكيلات تختلف في الوزن فمنها الثقيل كالحنطة والعدس ومنها الخفيف كالشعير والذرة ومنها المتوسط وقد نص أحمد على أن الصاع خمسة أرطال وثلث من الحنطة وروى جماعة عنه انه قال الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثي رطل حنطة وقال حنبل قال أحمد أخذت الصاع من أبي النضر وقال أبو النضر أخذته من ابن أبي ذئب وقال هذا صاع النبي ﷺ الذي يعرف بالمدينة قال أبو عبد الله فأخذنا العدس فعيرنا به وهو أصلح مايكال به لأنه لا يتجافى عن مواضعه فكلنا به ووزناه فاذا هو خمسة أرطال وثلث وهذا أصح ماوقفنا عليه ومابين لنا من صاع النبي ﷺ وقال بعض أهل العلم أجمع أهل الحرمين على أن مد النبي ﷺ رطل وثلث قمحا من أوسط القمح فمتى بلغ القمح ألفا وستمائة رطل ففيه الزكاة وهذا يدل على انهم قدروا الصاع بالثقيل فأما الخفيف فتجب الزكاة فيه اذا قارب هذا وان لم يبلغه ومتى شك في وجوب الزكاة فيه ولم يوجد مكيال يقدر به فالاحتياط الاخراج وان لم يخرج فلا حرج لان الاصل عدم وجوب الزكاة فلا تجب بالشك

بعضها إلى بعض ولا خلاف فيما نعلمه في ضم الحنطة الى العلس لانه نوع منها وعلى قياسه السلت الى الشعير

(فصل) ولا تفريع على الروايتين الاوليين لوضوحهما. فاما الثالثة وهي ضم الحنطة الى الشعير والقطنيات بعضها الى بعض فان الذرة تضم الى الدخن لتقاربهما في المقصد فانهما يتخذان خبزاً وادما وقد ذكر من جملة القطنيات فيضمان اليها والبزور لا تضم الى القطنيات ولا الى الابازير وينبغي أن يضم بعضها إلى بعض وكل ما تقارب من الحبوب ضم بعضه الى بعض والا فلا، وماشككنا فيه لا يضم لأن الاصل عدم الوجوب فلا يجب بالشك

(فصل) ومتى قلنا بالضم فان الزكاة تؤخذ من كل جنس على قدر مايخصه ولا يؤخذ من جنس عن غيره، فاننا اذا قلنا في أنواع الجنس يؤخذ من كل نوع مايخصه ففي الاجناس مع تقارب مقاصدها أولى. الثاني أن يكون النصاب مملوكا له وقت وجوب الزكاة فلا زكاة فيما يكتسبه اللقاط ولا فيما يأخذه أجرة بحصاده نص عليه أحمد وقال هو بمنزلة المباحات ليس فيه صدقة فهو كما لو اتهبه وكذلك

(فصل) قال القاضي وهذا النصاب معتبر تحديدا فمتى نقص شيئا لم تجب الزكاة لقول رسول الله ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق » صدقة والناقص عنها لم يبلغها الا أن يكون نقصا يسيرا يدخل في المكاييل كالاوقية ونحوها فلا عبرة به لان مثل ذلك يجوز أن يدخل في المكاييل فلا ينضبط فهو كنقص الحول ساعة أو ساعتين

(فصل) ولا وقص في نصاب الحبوب والثمار بل مهما زاد على النصاب أخرج منه بالحساب فيخرج عشر جميع ماعنده فانه لاضرر في تبعيضه بخلاف الماشية فان فيها ضرراً على ماتقدم

(فصل) واذا وجب عليه عشر مرة لم يجب عليه عشر آخر وان حال عنده أحوالا لان هذه الاموال غير مرصدة للنماء في المستقبل بل هي الى النقص أقرب والزكاة انما تجب في الاشياء النامية ليخرج من النماء فيكون أسهل فان اشترى شيئا من ذلك للتجارة صار عرضا تجب فيه زكاة التجارة اذا حال عليه الحول والله أعلم

ماينبت من المباح الذي لايملك الا باخذه كالبطم والعفص والزعبل وهو شعير الجبل وبزر قطونا وحب الثمام وبزر البقلة وحب الاشنان اذا أدرك حصلت فيه مزوزة وملوحة وأشباه هذا ذكره ابن حامد لانه انما يملك بحيازته وأخذه ، والزكاة انما تجب فيه اذا بدا صلاحه وفي تلك الحال لم يكن مملوكا له فلا يتعلق به الوجوب كالذي يلتقطه اللقاط وكالموهب له وقال أبو الخطاب فيه الزكاة لاجتماع الكيل والادخار فيه ، والصحيح الأول لما ذكرنا ، وقال القاضي فيه الزكاة اذا نبت في أرضه يعني في المباح ولعله بنى هذا على أن ماينبت في أرضه من الكلأ يملكه ، والصحيح خلافه فاما ماينبت في أرضه مما يزرعه الآدميون كمن سقط في أرضه حب من الحنطة أو الشعير فنبتت ففيه الزكاة لانه يملكه ولو اشترى زرعا بعد بدو الصلاح فيه أو ثمرة قد بدا صلاحها أو ملكها بجهة من جهات الملك لم تجب فيه الزكاة وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) (ويجب العشر فيما سقي بغير مؤنة كالغيث والسيوح ومايشرب بعروقه. ونصف العشر فيما سقي بكلفة كالدوالي والنواضح) وهذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر » رواه البخاري ، قال أبو عبيد العثري ماتسقيه السماء وتسميه العامة العذي ، وقال القاضي هو الماء المستنقع في بركة أو نحوها يصب اليه ماء المطر في سواقي تشق له فاذا اجتمع سقي منه واشتقاقه من العاثور وهي الساقية التي يجري فيها الماء لانه يعثر بها من يمر بها، والنواضح الابل يستقى عليها لشرب الأرض وهي السواني أيضا وعن معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ فامرني أن آخذ مما سقت السماء أو سقي بعلا العشر وما سقي بدالية نصف العشر قال أبو عبيد البعل مايشرب بعروقه من غير سقي ، وفي الجملة كل ماسقي بكلفة أو

(فصل) ووقت وجوب الزكاة في الحب إذا اشتد، وفي الثمرة اذا بدا صلاحها. وقال ابن أبي موسى: تجب زكاة الحب يوم حصاده[1] لقول الله تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) وفائدة الخلاف انه لو تصرف في الثمرة أو الحب قبل الوجوب لا شيء عليه لانه تصرف فيه قبل الوجوب فأشبه مالو أكل السائمة أو باعها قبل الحول، وان تصرف فيها بعد الوجوب لم تسقط الزكاة عنه كما لو فعل ذلك في السائمة ولا يستقر الوجوب على كلا القولين

مؤنة من دالية أو سانية أو دولاب أو ناعورة أو نحو ذلك ففيه نصف العشر وماسقي بغير مؤنة ففيه العشر لما ذكرنا من النص ولأن للكلفة تأثيراً في اسقاط الزكاة بالكلية في المعلوفة ففي تخفيفها أولى ولا يؤثر حفر الانهار والسواقي في نقصان الزكاة لأن المؤنة تقل فيه لكونها من جملة إحياء الأرض ولا يتكرر كل عام وكذلك احتياجها الى من يسقيها ويحول الماء في نواحيها ولأن ذلك لابد منه في السقي بكلفة أيضاً فهو زيادة على المؤنة فجرى مجرى حرث الأرض وتسحيتها وان كان الماء يجري من النهر في سانية الى الارض ويستقر في مكان قريب من وجهها الا أنه لايصل اليها الا بغرف او دولاب فهو من الكلفة المسقطة لنصف العشر ولأن مقدار الكلفة وقرب الماء وبعده لايعتبر والضابط لذلك الاحتياج في ترقية الماء الى الارض الى آلة أو نضح أو دالية أونحو ذلك وقد وجد .

﴿ مسئلة ﴾ (فان سقى نصف السنة بهذا ونصفها بهذا ففيه ثلاثة أرباع العشر)

وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لأن كل واحد منهما لو وجد في جميع السنة لاوجب مقتضاه ، فاذا وجد في نصفها أوجب نصفه ، وان سقى باحدهما أكثر من الآخر اعتبر أكثرهما نص عليه أحمد وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن اعتبار مقدار السقي وعدد مراته وقدر مايشرب في كل سقية يشق فاعتبر الاكثر كالسوم في الماشية وقال ابن حامد تؤخذ بالقسط وهو القول الثاني للشافعي لأن ماوجب فيه بالقسط عند التماثل وجب عند التفاضل كفطرة العبد المشترك، وان جهل المقدار وجب العشر احتياطا نص عليه أحمد في رواية عبدالله لأن الأصل وجوب العشر وانما يسقط بوجود الكلفة فما لم يتحقق المسقط يبقى على الاصل ولان الاصل عدم الكلفة في الاكثر فلا يثبت وجودها مع الشك فيه ، وان اختلف رب المال والساعي في أيهما سقى به أكثر فالقول قول رب المال بغير يمين فان الناس لايستحلفون على صدقاتهم

(فصل) واذا كان لرجل حائطان يسقى أحدهما بمؤنة والآخر بغيرها ضم غلة أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب وأخرج من الذي سقي بغير مؤنة عشره ومن الآخر نصف عشره ، كما يضم أحد النوعين الى الآخر ويخرج من كل منهما ماوجب فيه .

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر وجبت الزكاة)

لانه حينئذ يقصد للأكل والاقتيات به فاشبه اليابس وقبله لايقصد لذلك فهو كالرطبة وقال ابن أبي موسى تجب زكاة الحب يوم حصاده لقوله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده) وفائدة الخلاف أنه

[1] فيه أن الآية مكية والزكاة فرضت في المدينة فهذا الحق في غيرها . والزكاة المفروضة يتعذر أداؤها يوم الحصاد والفقهاء لا يقولون بأدائها فيه

حتى تصير الثمرة في الجرين والزرع في البيدر ولو تلف قبل ذلك بغير اتلافه أو تفريط منه فيه فلا زكاة عليه ، قال أحمد : إذا خرص وترك في رءوس النخل فعليهم حفظه ، فان أصابته جائحة فذهبت الثمرة سقط عنهم الخرص ولم يؤخذوا به ولا نعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ان الخارص اذا خرص الثمرة ثم أصابته جائحة فلا شيء عليه اذا كان قبل الجداد ، ولأنه قبل الجداد في حكم ما لا تثبت اليد عليه بدليل انه لو اشترى ثمرة فتلفت بجائحة رجع بها على البائع وان تلف بعض الثمرة فقال القاضي : ان كان الباقي نصابا ففيه الزكاة وإلا فلا . وهذا القول يوافق قول من قال : لاتجب الزكاة فيه الا يوم حصاده لان وجوب النصاب شرط في الوجوب ، فمتي لم يوجد وقت الوجوب لم يجب ، وأما من قال ان الوجوب ثبت اذا بدا الصلاح واشتد الحب فقياس قوله ان تلف البعض ان كان قبل الوجوب فهو كما قال القاضي وان كان بعده وجب في الباقي بقدره سواء كان نصابا أو لم يكن نصابا لان المسقط اختص بالبعض فاختص السقوط به كما لو تلف بعض نصاب السائمة بعد وجوب الزكاة فيها ، وهذا فيما اذا تلف بغير تفريطه وعدوانه، فأما ان أتلفها أو تلفت بتفريطه أو عدوانه بعد الوجوب لم تسقط عنه الزكاة ، وان كان قبل الوجوب سقطت الا أن يقصد بذلك الفرار من الزكاة فيضمنها ولا تسقط عنه ، ومتى ادعى رب المال تلفها بغير تفريطه قبل قوله من غير يمين سواء كان ذلك قبل

لو تصرف في الثمرة أو الحب قبل الوجوب لاشيء عليه كما لو أكل السائمة أو باعها قبل الحول، وان تصرف فيها بعد الوجوب لم تسقط الزكاة كما لو فعل ذلك في السائمة ، فان قطعها قبل ذلك سقطت الا أن يقطعها فراراً من الزكاة فتلزمه لانه فوت الواجب بعد انعقاد سببه ، أشبه مالو طلق امرأته في مرض موته .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستقر الوجوب الا بجعلها في الجرين وبجعل الزرع في البيدر فان تلفت قبله بغير تعد منه سقطت الزكاة سواء كانت خرصت أو لم تخرص)

اذا خرص وترك في رؤس النخل فعليهم حفظه فان أصابته جائحة فلا شيء عليه اذا كان قبل الجداد نص عليه أحمد وحكاه ابن المنذر اجماعا ولانه قبل الجداد في حكم مالم تثبت عليه اليد بدليل أنه لو اشترى ثمرة فتلفت بجائحة رجع بها على البائع ، وإن تلف بعض الثمرة فقال القاضي إن كان الباقي نصابا ففيه الزكاة وإلا فلا وهذا القول يوافق قول من قال إنه لاتجب الزكاة فيه الا يوم حصاده لأن وجود النصاب شرط في الوجوب فمتى لم يوجد وقت الوجوب لم يجب ، وأما من قال إن الوجوب يثبت اذا بدا الصلاح واشتد الحب فقياس قوله إن تلف البعض ان كان قبل الوجوب فهو كما قال القاضي وان كان بعده وجب في الباقي بقدره سواء كان نصابا أو لم يكن لان المسقط اختص بالبعض فاختص السقوط به كما لو تلف بعض نصاب السائمة بعد وجوب الزكاة فيها وهذا فيما اذا تلفت بغير تفريطه ولاعدوانه ، فاما إن أتلفها أو تلفت بتفريطه بعد الوجوب لم تسقط عنه الزكاة ، وإن كان

الخرص أو بعده ، ويقبل قوله أيضاً في قدرها بغير يمين و كذلك في سائر الدعاوى . قال أحمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم . وذلك لانه حق لله تعالى فلا يستحلف فيه كا اصلاة والحد

(فصل) وان جذها وجعلها في الجرين أو جعل الزرع في البيدر استقر وجوب الزكاة عليه عند من لم يرى التمكن من الأداء شرطاً في استقرار الوجوب ،وان تلفت بعد ذلك لم تسقط الزكاة عنه وعليه ضمانها كما لو تلف نصاب السائمة أو الأثمان بعد الحول ، وعلى الرواية الاخرى في كون التمكن من الأداء معتبراً لا يستقر الوجوب فيها حتى تجف الثمرة ويصفى الحب ويتمكن من أداء حقه فلا يفعل وان تلف قبل ذلك فلا شيء عليه على ماذكرنا في غير هذا

(فصل) ويصح تصرف المالك في النصاب قبل الخرص وبعده بالبيع والهبة وغيرهما فان باعه أو وهبه بعد بدو صلاحه فصدقته على البائع والواهب ، وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والأوزاعي وبه قال الليث الأأن يشترطها على المبتاع وانما وجبت على البائع لانها كانت واجبة عليه قبل البيع فبقي على ما كان عليه وعليه اخراج الزكاة من جنس المبيع والموهوب وعن أحمد انه مخير بين أن يخرج ثمرا أو من الثمن قال القاضي الصحيح أن عليه عشر الثمرة فانه لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة على صحيح المذهب ولان عليه القيام بالثمرة حتى يؤدي الواجب منها ثمراً فلا يسقط ذلك عنه ببيعها ولا هبتها ويتخرج أن

قبل الوجوب سقطت الأأن يقصد بذلك الفرار من الزكاة فيضمنها ولا تسقط عنه لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى ادعى رب المال تلفها من غير تفريطه قبل قوله من غير يمين سواء كان ذلك قبل الخرص أو بعده ويقبل قوله أيضاً في قدرها و كذلك في سائر الدعاوى قال أحمد لا يستحلف الناس على صدقاتهم وذلك لانه حق لله تعالى فلا يستحلف فيه كالصلاة والحد)

(فصل) وان أحرز الثمرة في الجرين أو الحب في البيدر استقر وجوب الزكاة عليه عند من لم ير التمكن من الأداء شرطا في استقرار الوجوب فان تلف بعد ذلك لم تسقط الزكاة عنه وعليه ضمانها كما لو تلف نصاب الأثمان بعد الحول وعلى قولنا في الرواية الاخرى التمكن من الأداء معتبر لا يستقر الوجوب فيها حتى تجف الثمرة ويصفى الحب ويتمكن من الاداء فلا يؤدي وان تلف قبل ذلك فلا شيء عليه على ماذكرنا من قبل .

(فصل) ويصح تصرف المالك في النصاب قبل الخرص وبعده بالبيع والهبة وغيرهما فان باعه أو وهبه بعد بدو صلاحه فصدقته على البائع والواهب ، وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والاوزاعي وهو قول الليث الا أن يشترطها على المبتاع لانها كانت واجبة عليه قبل البيع فبقي الوجوب على ماكان عليه وعليه اخراج الزكاة من جنس المبيع ، وعنه أنه مخير بين ذلك وبين أن يخرج من الثمن بناء على جواز اخراج القيمة في الزكاة ، والصحيح الاول ولان عليه القيام بالثمرة حتى يؤدي الواجب فيها ثمراً فلا يسقط ذلك عنه ببيعها ويتخرج أن تجب الزكاة على المشتري عند من قال إن الزكاة إنما تجب

تجب الزكاة على المشتري على قول من قال إن الزكاة انما تجب يوم حصاده لأن الوجوب انما تعلق بها في ملك المشتري فكان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها في يد المشتري على وجه صحيح مثل أن يشتري نخلة مثمرة ويشترط ثمرتها أو وهبت له ثمرة قبل بدو صلاحها فبدا صلاحها في يد المشتري أو المتهب أو وصى له بثمرة فقبلها بعد موت الموصي ثم بدا صلاحها فالصدقة عليه لأن سبب الوجوب وجد في ملكه فكان عليه كما لو اشترى سائمة أو اتهبها فحال الحول عليها عنده اه

(فصل) واذا اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، فتركها حتى بدأ صلاحها فان لم يكن شرط القطع فالبيع باطل وهي باقية على ملك البائع زكاتها عليه وان شرط القطع فقد روي أن البيع باطل أيضاً ويكون الحكم فيها كما لو لم يشترط القطع وروي أن البيع صحيح ويشتركان في الزيادة فعلى هذا يكون على المشتري زكاة حصته منها إن بلغت نصابا فان لم يكن المشتري من أهل الزكاة كالمكاتب والذمي فلا زكاة فيها وإن عاد

يوم الحصاد لان الوجوب إنما تعلق بها في ملكه فكانت عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها في يده على وجه صحيح كمن اشترى شجرة مثمرة واشترط ثمرتها أو وهبت له ثمرة قبل بدو صلاحها فبدا صلاحها في يده أو وصي له بالثمرة فقبلها بعد موت الموصي ثم بدا صلاحها فالصدقة عليه في هذه الصور لأن سبب الوجوب وجد في ملكه فهو كما لو ملك عبداً أو ولد له ولد آخر يوم من رمضان وجبت عليه فطرته

﴿ فصل ﴾ واذا اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها من غير شرط القطع فالبيع باطل وزكاتها على البائع وإن شرط القطع بطل البيع أيضاً ويكون كما لو لم يشترط القطع وعنه أنه صحيح ويشتركان في الزيادة فعلى هذا يكون على المشتري زكاة حصته منها إن بلغت نصابا فان لم يكن المشترى من الزكاة فلا صدقة فيها فان عاد البائع فاشتراها بعد بدو الصلاح فلا زكاة فيها إلا أن يكون قصد ببيعها الفرار من الزكاة فلا تسقط

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب إخراج زكاة الحب مصفى والثمر يابساً)

لانه أوان الكمال وحال الادخار . والمؤنة التي تلزم الثمرة الى حين الاخراج على رب المال لان الثمرة كالماشية ومؤنة الماشية وحفظها ورعيها على ربها إلى حين الاخراج كذلك هذا فان أخذ الساعي الزكاة قبل التجفيف فقد أساء ويرده إن كان رطبا بحاله وان تلف رد مثله ، وان جففه وكان قدر الزكاة فقد استوفى الواجب وان كان دونه أخذ الباقي وان كان زائداً رد الفضل وإن كان المخرج رب المال لم يجزه ولزمه إخراج الفرض بعد التجفيف لانه أخرج غير الفرض فلم يجزه كما لو أخرج الصغيرة من الماشية عن الكبار .

﴿ مسئلة ﴾ (فان احتيج الى قطع الثمرة قبل كمالها وبعد بدو الصلاح للخوف من العطش أو

البائع فاشتراها بعد بدو الصلاح أو غيره فلا زكاة فيها إلا أن يكون قصد ببيعها الفرار من الزكاة فلا تسقط

(فصل) وان تلفت الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع قبل اشتداد الحب فلا زكاة فيه وكذلك ان أتلفه المالك الا أن يقصد الفرار من الزكاة وسواء قطعها للاكل أو للتخفيف عن النخيل لتحسين بقية الثمرة أو لحفظ الاصول اذا خاف عليها العطش أو ضعف الجمار فقطع الثمرة أو بعضها بحيث نقص النصاب أو قطعها لغير غرض فلا زكاة عليه لانها تلفت قبل وجوب الزكاة، وتعلق حق الفقراء بها فأشبه مالو هلكت السائمة قبل الحول وان قصد قطعها الفرار من الزكاة لم تسقط عنه لأنه قصد قطع حق من انعقد سبب استحقاقه فلم تسقط كما لو طلق امرأته في مرض موته

(فصل) وينبغي أن يبعث الامام ساعيه اذا بدا صلاح الثمار ليخرصها ويعرف قدر الزكاة

لضعف الاصل جاز قطعها لأن حق الفقراء انما يجب على طريق المواساة فلا يكاف الانسان ما يهلك أصل ماله).

ولان حفظ الاصل أحظ للفقراء من حفظ الثمرة لان حقهم يتكرر بحفظها في كل سنة فهم شركاء رب النخل ثم ان كان يكفي تخفيف الثمرة دون قطع جميعها خففها وان لم يكف الا قطع الجميع جاز وكذلك ان قطع بعض الثمرة لتحسين الباقي وكذلك ان كان عنباً لايجيء منه زبيب كالخري أو رطباً لايجيء منه تمر كالبرني والهلباث فانه يخرج منه عنبا ورطبا للحاجة ولان الزكاة مواساة فلم تجب عليه من غير ماعنده كرديء الجنس ، وقال القاضي يخير الساعي اذا أراد ذلك رب المال بين أن يقاسم رب المال قبل الجداد بالخرص ويأخذ نصيبهم نخلات منفردة يأخذ ثمرتها وبين أن يجدها ويقاسمه اياها بالكيل ويقسم الثمرة في الفقراء وبين بيعها من رب المال ومن غيره قبل الجداد وبعده ويقسم ثمنها ، والمنصوص أنه لايخرج الا يابساً وأنه لايجوز له شراء زكاته ، اختاره أبو بكر لان اليابس حال الكمال في تلك الحال والدليل على أنه لايجوز له شراء زكاته حديث عمر حين استأذن النبي ﷺ في شراء الفرس الذي حمل عليه فقال « لاتشتره ولا تعد في صدقتك وان باعكه بدرهم» فان قيل فهلا قلتم لازكاة في العنب والرطب الذي لايجيء منه زبيب لكونه لايدخر فهو كالخضراوات قلنا بل يدخر في الجملة وانما لم يدخر هاهنا لان أخذه رطبا أنفع فلم تسقط منه الزكاة بذلك ولا تجب فيه الزكاة حتى يبلغ حداً يكون منه خمسة أوسق تمراً أو زبيباً الا على الرواية الاخرى. فان أتلف رب المال هذه الثمرة ، فقال القاضي عليه قيمتها كما لو أتلفها غيره وعلى قول أبي بكر يجب عليه العشر تمراً أو زبيباً كما في غير هذه الثمرة ، قال فان لم يجد التمر ففيه وجهان : أحدهما تؤخذ منه قيمته والثاني يبقى في ذمته إلى أن يجده فيأتي به .

﴿ مسئلة ﴾ (وينبغي أن يبعث الامام ساعياً اذا بدا الصلاح في الثمر فيخرصه عليهم ليتصرفوا فيه فيعرف بذلك قدر الزكاة ويعرف المالك ذلك)

ويعرف المالك ذلك وممن كان يرى الخرص عمر بن الخطاب وسهل بن أبي حثمة ومروان والقاسم ابن محمد والحسن وعطاء والزهري وعمرو بن دينار وعبد الكريم بن أبي المخارق ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأكثر أهل العلم وحكي عن الشعبي أن الخرص بدعة وقال أهل الرأي الخرص ظن وتخمين لا يلزم به حكم وانما كان الخرص تخويفا للأكرة لئلا يخونوا فأما أن يلزم به حكم فلا

ولنا ما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد أن النبي ﷺ كان يبعث على الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي. وفي لفظ عن عتاب قال أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النخل وتؤخذ زكاته زبيباً كما تؤخذ زكاة النخل تمراً وقد عمل به النبي ﷺ فخرص على امرأة بوادي القرى حديقة لها رواه الامام أحمد في مسنده وعمل به أبو بكر بعده والخلفاء. وقالت عائشة وهي تذكر شأن خيبر كان النبي ﷺ يبعث عبد الله ابن رواحة الى يهود فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه متفق عليه رواه أبو داود. قولهم هو ظن قلنا بل هو اجتهاد في معرفة قدر الثمرة وإدراكه بالخرص الذي هو نوع من المقادير والمعايير فهو كتقويم المتلفات. ووقت الخرص حين يبدو صلاحه لقول عائشة رضي الله عنها: يبعث عبد الله ابن رواحة فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ولان فائدة الخرص معرفة الزكاة واطلاق أرباب الثمار في التصرف فيها والحاجة انما تدعو الى ذلك حين يبدو الصلاح وتجب الزكاة

(فصل) ويجزيء خارص واحد لأن النبي ﷺ كان يبعث ابن رواحة فيخرص ولم يذكر

وممن كان يرى الخرص عمر بن الخطاب وسهل بن أبي حثمة ومروان والقاسم بن محمد والحسن وعطاء والزهري ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وحكي عن الشعبي أن الخرص بدعة وقال أهل الرأي الخرص ظن وتخمين لا يلزم به حكم وإنما كان تخويفا للأكرة من الخيانة

ولنا ما روى عتاب بن أسيد أن النبي ﷺ كان يبعث على الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم رواه أبوداود وابن ماجه والترمذي، وفي لفظ قال أمر رسول الله ﷺ أن نخرص العنب كما نخرص النخل وتؤخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمراً، وقالت عائشة وهي تذكر شأن خيبر كان النبي ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة إلى يهود فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه رواه أبوداود وقولهم هو ظن قلنا بل هو اجتهاد في معرفة قدر الثمر بالخرص الذي هو نوع من المقادير فهو كتقويم المتلفات ووقت الخرص حين يبدو الصلاح لحديث عائشة، ولأن فائدة الخرص معرفة قدر الزكاة واطلاق أرباب الثمار في التصرف فيها وإنما تدعو الحاجة إلى ذلك حين يبدو الصلاح

(فصل) ويجزيء خارص واحد لأن النبي ﷺ كان يبعث ابن رواحة يخرص ولم يذكر معه غيره ولأن الخارص يفعل مايؤديه اليه اجتهاده فهو كالحكم والقائف ويعتبر فيه أن يكون أمينا كالحكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان أنواعا خرص كل نوع وحده) لأن الانواع تختلف فمنها مايكثر رطبه ويقل

معه غيره ولان الخارص يفعل مايؤديه اجتهاده اليه فهو كالحاكم والقائف ويعتبر في الخارص أن يكون أمينا غير متهم

(فصل) وصفة الخرص تختلف باختلاف الثمرة فان كان نوعا واحدا فانه يطيف بكل نخلة أو شجرة وينظركم في الجميع رطبا أو عنباً ثم يقدر مايجيء منها تمراً وان كان أنواعا خرص كل نوع على حدته لان الانواع تختلف فنها مايكثر رطبه ويقل تمره ومنها مايكون بالعكس وهكذا العنب، ولانه يحتاج الى معرفة قدر كل نوع حتى يخرج عشره فاذا خرص على المالك وعرفه قدر الزكاة خيره بين أن يضمن قدر الزكاة ويتصرف فيها بما شاء من أكل وغيره وبين حفظها الى وقت الجداد والجفاف فان اختار حفظها ثم أتلفها أو تلفت بتفريطه فعليه ضمان نصيب الفقراء بالخرص وان أتلفها أجنبي فعليه قيمة ماأتلف والفرق بينهما أن رب المال وجب عليه تجفيف هذا الرطب بخلاف الاجنبي ولهذا قلنا فيمن أتلف أضحيته المتعينة ، عليه أضحية مكانها وان أتلفها أجنبي فعليه قيمتها . وان تلفت بجائحة من السماء سقط عنهم الخرص نص عليه أحمد لانها تلفت قبل استقرار زكاتها وان ادعى تلفها بغير تفريطه فالقول قوله بغير يمين كما تقدم وان حفظها الى وقت الاخراج فعليه زكاة الموجود لاغير سواء اختار الضمان أو حفظها على سبيل الامانة وسواء كانت أكثر مما خرصه الخارص أو أقل وبهذا قال الشافعي وقال مالك يلزمه ماقال الخارص زاد أو نقص اذا كانت الزكاة متقاربة لان الحكم انتقل الى ماقال الساعي بدليل وجوب ماقال عند تلف المال

ولنا أن الزكاة أمانة فلا تصير مضمونة بالشرط كالوديعة ولا نسلم أن الحكم انتقل الى ماقاله الساعي وانما يعمل بقوله اذا تصرف في الثمرة ولم يعلم قدرها لان الظاهر إصابته قال أحمد اذا خرص على

تمره ومنها بالعكس وهكذا العنب ولانه يحتاج إلى معرفة قدر كل نوع حتى يخرج عشره

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان نوعاً واحداً فله خرص كل شجرة وحدها)

فيطيف بها وله خرص الجميع دفعة واحدة دفعاً للمشقة وينظر كم يجيء منه تمراً أو زبيباً ثم يعرف المالك قدر الزكاة ويخيره بين أن يضمن قدر الزكاة ويتصرف فيها بماشاء من أكل أو غيره وبين حفظها إلى وقت الجداد والجفاف فان حفظها وجفها فعليه زكاة الموجود لاغير سواء اختار الضمان أو الحفظ وسواء كانت أكثر مما خرصه الخارص أو أقل، وبهذا قال الشافعي وقال مالك يلزمه ماقال الخارص زاد أو نقص اذا كانت الزكاة متقاربة وعن أحمد نحو ذلك فانه قال اذا خرص الخارص فاذا فيه فضل كثير مثل الضعف تصدق بالفضل لانه يخرص بالسوية لأن الحكم انتقل إلى ماقال الساعي بدليل وجوب ماقال عند تلف المال

ولنا أن الزكاة أمانة فلا تصير مضمونة بالشرط كالوديعة، ولا نسلم أن الحكم انتقل إلى ماقال الساعي وإنما يعمل بقوله اذا تصرف في الثمرة ولم يعلم قدرها لان الظاهر أصابته قال أحمد اذا تجافى السلطان

الرجل فاذا فيه فضل كثير مثل الضعف تصدق بالفضل لانه يخرص بالسوية وهذه الرواية تدل على مثل قول مالك وقال اذا تجافى السلطان عن شيء من العشر يخرجه فيؤديه وقال اذا حط من الخرص عن الارض يتصدق بقدر ما نقصوه من الخرص وان أخذ منهم أكثر من الواجب عليهم فقال أحمد يحتسب لهم من الزكاة لسنة أخرى ونقل عنه أبو داود لا يحتسب بالزيادة لأن هذا غاصب وقال أبو بكر وبهذا أقول ويحتمل أن يجمع بين الروايتين فيحتسب به اذا نوى صاحبه به التعجيل ولا يحتسب به اذا لم ينو ذلك

(فصل) وان ادعى رب المال غلط الخارص وكان ما ادعاه محتملا قبل قوله بغير يمين وإن لم يكن محتملا مثل أن يدعي غلط النصف ونحوه لم يقبل منه لأنه لا يحتمل فيعلم كذبه وان قال لم يحصل في يدي غير هذا قبل منه بغير يمين لانه قد يتلف بعضها بآفة لا نعلمها(١)

(فصل) وعلى الخارص أن يترك في الخرص الثلث أو الربع توسعة على أرباب الاموال لأنهم يحتاجون إلى الأكل هم وأضيافهم ويطعمون جيرانهم وأهلهم وأصدقاءهم وسؤالهم ويكون في الثمرة السقاطة وينتابها الطير وتأكل منه المارة فلو استوفى الكل منهم أضر بهم ، وبهذا قال اسحاق ونحوه قال الليث وأبو عبيد ، والمرجع في تقدير المتروك إلى الساعي باجتهاده ، فان رأى الاكلة كثيراً ترك الثلث ، وإن كانوا قليلا ترك الربع لما روى سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ كان يقول «اذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث ، فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع » رواه أبو عبيد وأبو داود والنسائي والترمذي وروي أبو عبيد باسناده عن مكحول قال : كان رسول الله ﷺ اذا بعث الخراص قال « خففوا على الناس فان في المال العرية والواطئة والآكلة » قال أبو عبيد : الواطئة السابلة سموا بذلك لوطئهم بلاد الثمار مجتازين والآكلة

(١) هذا ما يليق بحال المؤمنين الصادقين وقد قل عددهم في أكثر الامصار فلو قبل السلطان قولهم لكذب أكثرهم . ولا حول ولا قوة إلا بالله

عن شيء من العشر يخرجه فيؤديه ، وقال اذا حط من الخرص عن الارض يتصدق بقدر ما نقصوه من الخرص ، وان أخذ منهم اكثر من الواجب عليهم فقال أحمد يحتسب لهم من الزكاة لسنة أخرى ونقل عنه أبو داود لا يحتسب بالزيادة لان هذا غصب اختاره أبو بكر ، قال شيخنا : ويحتمل الجمع بين الروايتين فيحتسب اذا نوى صاحبه به التعجيل ولا يحتسب اذا لم ينو

(فصل) واذا ادعى رب المال غلط الخارص وكان ما ادعاه محتملا قبل قوله بغير يمين ، وان لم يكن محتملا مثل أن ادعى غلط النصف ونحوه لم يقبل لأنه لا يحتمله فيعلم كذبه وان قال لم يحصل في يدي الا كذا قبل قوله لانه قد يتلف بعضه بآفة لا نعلمها

(فصل) فان أتلف رب المال الثمرة أو تلفت بتفريطه بعد خرصها فعليه ضمان نصيب الفقراء بالخرص وان أتلفها أجنبي فعليه قيمة ما أتلف والفرق بينهما أن رب المال وجب عليه تجفيف هذا الرطب بخلاف الاجنبي ولهذا قلنا فيمن أتلف ضحيته المعينة فعليه أضحية مكانها وان اتلفها أجنبي فعليه قيمتها ، وان تلفت بجائحة من السماء سقط عنهم الخرص نص عليه ، لانها تلفت قبل استقرار زكاتها وان ادعى تلفها قبل قوله بغير يمين وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب أن يترك في الخرص لرب المال الثلث أو الربع)

أرباب الثمار وأهلوهم ، ومن لصق بهم ، ومنه حديث سهل في مال سعد بن أبي سعد حين قال : لولا أني وجدت فيه أربعين عريشاً لخرصته تسعمائة وسق ، وكانت تلك العرش لهؤلاء الاكلة ، والعرية النخلة أو النخلات يهب انساناً ثمرتها فجاء عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في العرايا صدقة »

وروى ابن المنذر عن عمر رضي الله عنه أنه قال لسهل بن حثمة : اذا أتيت على نخل قد حضرها قوم فدع لهم مايأكلون . والحكم في العنب كالحكم في النخيل سواء ، فان لم يترك لهم الخارص شيئاً فلهم الاكل قدر ذلك ولا يحتسب عليهم به نص عليه لانه حق لهم فان لم يخرج الامام خارصاً فاحتاج رب المال إلى التصرف في الثمرة فأخرج خارصاً جاز أن يأخذ بقدر ذلك ذكره القاضي وان خرص هو وأخذ بقدر ذلك جاز ويحتاط في أن لا يأخذ أكثر مما له أخذه

(فصل) ويخرص النخل والكرم لما روينا من الاثر فيها ولم يسمع بالخرص في غيرهما فلا يخرص الزرع بسنبله ، وبهذا قال عطاء والزهري ومالك لأن الشرع لم يرد بالخرص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لأن ثمرة النخل والكرم تؤكل رطباً فيخرص على أهله للتوسعة عليهم ليخلي بينهم وبين أكل الثمرة والتصرف فيها ثم يؤدون الزكاة منها على ماخرص ، ولأن ثمرة الكرم والنخل ظاهرة مجتمعة فخرصها أسهل من خرص غيرها وما عداهما فلا يخرص ، وانما على أهله فيه الامانة اذا صار مصفى يابساً ولا بأس أن يأكلوا منه ماجرت العادة بأكله ولا يحتسب عليهم

وسئل احمد عما يأكل أرباب الزروع من الفريك قال : لا بأس به أن يأكل منه صاحبه مايحتاج اليه ، وذلك لان العادة جارية به فأشبه مايأكله أرباب الثمار من ثمارهم ، فاذا صفى الحب أخرج زكاة الموجود كله

توسعة على رب المال لانه يحتاج الى الاكل هو وأضيافه ويطعم جيرانه وأهله ويأكل منها المارة ويكون في الثمرة الساقطة وينتابها الطير فلو استوفى الكل منهم أضربهم وبهذا قال اسحق وأبوعبيد والمرجع في تقدير المتروك الى اجتهاد الساعي فان رأى الاكلة كثيرا ترك الثلث والا ترك الربع لما روى سهل ابن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ كان يقول « اذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع » رواه أبوداود والنسائي والترمذي ، وروي أبوعبيد باسناده عن مكحول قال كان رسول الله ﷺ اذا بعث الخراص قال « خففوا على الناس فان في المال العرية والواطئة والاكلة » قال أبوعبيد الواطئة السابلة سموا بذلك لوطئهم بلاد الثمار مجتازين والأكلة أرباب الثمار وأهلوهم ومن لصق بهم ومنه حديث سهل في مال سعد بن أبي سعد حين قال لولا أني وجدت فيه أربعين عريشاً لخرصته بسبعمائة وسق فكانت تلك العرش لهؤلاء الاكلة ، والعرية النخلة أو النخلات يهب انسانا ثمرتها فجاء عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في العرايا صدقة » والحكم في العنب كالحكم في الرطب سواء لانه في معناه

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يفعل فلرب المال الاكل بقدر ذلك)

ولا يحتسب عليه نص عليه أحمد لانه حق لهم فان لم يخرج الامام خارصا فاحتاج رب المال الى التصرف في الثمرة فأخرج خارصا جاز أن يأخذ بقدر ذلك ذكره القاضي فان خرص هو وأخذ بقدر

ولم يترك منه شيء لأنه انما ترك لهم في الثمرة شيء لكون النفوس تتوق إلى أكلها رطبة والعادة جارية به ، وفي الزرع انما يؤكل شيء يسير لاوقع له

(فصل) ولا يخرص الزيتون ولا غير النخل والكرم لأن حبه متفرق في شجره مستور بورقه ولا حاجة بأهله إلى أكله بخلاف النخل والكرم ، فان ثمرة النخل مجتمعة في عذوقه والعنب في عناقيده فيمكن أن يأتي الخرص عليه، والحاجة داعية إلى أكلهما في حال رطوبتها ، وبهذا قال مالك ، وقال الزهري والاوزاعي والليث : يخرص لانه ثمر تجب فيه الزكاة فيخرص كالرطب والعنب

ولنا أنه لا نص في خرصه ولا هو في معنى المنصوص فيبقى على الاصل

(فصل) ووقت الاخراج للزكاة بعد التصفية في الحبوب والجفاف في الثمار لأنه أوان الكمال وحال الادخار والمؤنة التي تلزم الثمرة إلى حين الاخراج على رب المال لأن الثمرة كالماشية ومؤنة الماشية وحفظها ورعيها ، والقيام عليها إلى حين الاخراج على ربها كذا ههنا ، فان أخذ الساعي الزكاة قبل التجفيف فقد أساء ويرده إن كان رطباً بحاله ، وإن تلف رد مثله وإن جففه وكان قدر الزكاة فقد استوفى الواجب وإن كان دونه أخذ الباقي ، وإن كان زائداً رد الفضل ، وإن كان المخرج لها رب المال لم يجزه ولزمه اخراج الفضل بعد التجفيف لأنه أخرج غير الفرض فلم يجزه كما لو أخرج الصغيرة من الماشية عن الكبار

(فصل) وإن احتيج إلى قطع الثمرة قبل كمالها خوفا من العطش أو لضعف الجمار جاز قطعها لان حق الفقراء انما يجب على طريق المواساة فلا يكلف الانسان من ذلك مايهلك أصل ماله ، ولان

ذلك جاز ويحتاط أن لا يأخذ اكثر مما له أخذه ثم إن بلغ الباقي نصابا زكاه والا فلا

(فصل) ويخرص النخل والكرم لما ذكرنا من الاثر فيها ولايخرص الزرع في سنبله وبهذا قال عطاء والزهري ومالك لان الشرع لم يرد بالخرص فيه ولاهو في معنى المنصوص عليه لان ثمرة النخل والكرم تؤكل رطبا فيخرص على أهله للتوسعة عليهم ليخلي بينهم وبين الأكلة والتصرف فيه ولأن ثمرة الكرم والنخل ظاهرة مجتمعة فخرصها أسهل من خرص غيرها وماعداهما لايخرص وانما على أهله فيه الامانة اذا صار مصفى يابسا ولا بأس أن يأكلوا منه ماجرت العادة بأكله ولا يحتسب عليهم وقد سئل أحمد عما يأكله أرباب الزروع من الفريك قال لا بأس به أن يأكل منه صاحبه مايحتاج اليه وذلك لأن العادة جارية به فأشبه مايأكله أرباب الثمار من ثمارهم واذا صفى الحب أخرج زكاة الموجود كله ولم يترك منه شيء لانه انما ترك لهم في الثمر شيء لكون النفوس تتوق الى أكلها رطبة والعادة جارية به وفي الزرع إنما يؤكل منه شيء يسير لا وقع له ولايخرص الزيتون ولاغير النخل والكرم لان حبه متفرق في شجره مستور بورقه ، ولا حاجة باهله إلى اكله بخلاف النخل والكرم ، وبهذا قال مالك وقال الزهري والاوزاعي والليث يخرص قياساً على الرطب والعنب .

حفظ الاصل أحظ للفقراء من حفظ الثمرة لأن حقهم يتكرر بحفظها في كل سنة فهم شركاء في النخل ثم إن كان يكفي في تجفيف الثمرة دون قطع جميعها جففها ، وإن لم يكف إلا قطع جميعها جاز ، وكذلك إن أراد قطع الثمرة لتحسين الباقي منها جاز ، واذا أراد ذلك فقال القاضي: يخير الساعي بين أن يقاسم رب المال الثمرة قبل الجداد بالخرص ويأخذ نصيبهم نخلة مفردة ويأخذ ثمرتها ، وبين أن يجدها ويقاسمه اياها بالكيل ويقسم الثمرة في الفقراء ، وبين أن يبيعها من رب المال أو من غيره قبل الجداد أو بعده ويقسم ثمنها في الفقراء . وقال أبو بكر: عليه الزكاة فيه يابساً ، وذكر أن احمد نص عليه وكذلك الحكم في العنب الذي لا يجيء منه زبيب كالخمري والرطب الذي لا يجيء منه تمر جيد كالبرنبا والهلياث، فان قيل فهلا قلتم لا زكاة فيه لأنه لا يدخر فهو كالخضراوات وطلع الفحال، قلنا لانه يدخر في الجملة ، وانما لم يدخرها هنا لان أخذه رطباً أنفع فلم تسقط منه الزكاة بذلك ولا تجب فيه الزكاة حتى يبلغ حداً يكون منه خمسة أوسق تمراً أو زبيباً إلا على الرواية الاخرى، واذا أتلف رب المال هذه الثمرة فقال القاضي عليه قيمتها كما لو أتلفها غير رب المال ، وعلى قول أبي بكر يجب في ذمته العشر تمراً أو زبيباً كما في غير هذه الثمرة قال فان لم يجد التمر ففيه قولان (أحدهما) يؤخذ منه قيمته (والثاني) يكون في ذمته وعليه أن يأتي به

(فصل) فأما كيفية الاخراج فان كان المال الذي فيه الزكاة نوعا واحداً أخذ منه جيداً كان أو رديئا لان حق الفقراء يجب على طريق المواساة فهم بمنزلة الشركاء ، لا نعلم في هذا خلافا ، وإن كان أنواعا أخذ من كل نوع ما يخصه ، هذا قول أكثر أهل العلم . وقال مالك والشافعي : يؤخذ من الوسط وكذلك قال أبو الخطاب : اذا شق عليه اخراج زكاة كل نوع منه . قال ابن المنذر وقال غيرهما : يؤخذ عشر ذلك من كل بقدره وهو أولى لان الفقراء بمنزلة الشركاء فينبغي أن يتساووا في كل نوع

ولنا ماذكرنا من المعنى ولانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص

﴿ مسئلة ﴾ (ويخرج العشر من كل نوع على حدته فان شق ذلك أخذ من الوسط)

وجملة ذلك أنه اذا كان المال الزكوي نوعا واحداً أخذ منه جيداً كان أو رديا لان حق الفقراء يجب على طريق المواساة فهم بمنزلة الشركاء ولا نعلم في هذا خلافا وان كان أنواعاً أخذ من كل نوع ما يخصه وهذا قول أكثر العلماء ، وقال مالك والشافعي يؤخذ من الوسط وكذلك ذكره شيخنا ههنا وأبو الخطاب اذا شق عليه إخراج زكاة كل نوع منه دفعا للحرج والمشقة وقياساً على السائمة والاول أولى لان الفقراء بمنزلة الشركاء فينبغي أن يتساووا في كل نوع ولا مشقة في ذلك بخلاف الماشية فان إخراج زكاة كل نوع منها يفضي إلى التشقيص وفيه مشقة بخلاف الثمار ، ولا يجوز اخراج الرديء لقوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) قال أبو امامة سهل بن حنيف في هذه الآية هو الجعرور ولون الحبيق فنهى رسول الله ﷺ أن يؤخذ في الصدقة . رواه النسائي وأبو عبيد قال وهما ضربان من

منه ولا في مشقة ذلك بخلاف الماشية اذا كانت أنواعا، فان اخراج حصة كل نوع منه يفضي إلى تشقيص الواجب وفيه مشقة بخلاف الثمار ، ولهذا وجب في الزائد بحسابه ، ولا يجوز اخراج الرديء لقوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) قال أبو امامة سهل بن حنيف في هذه الآية ، هو الجعرور ولون الحبيق[1] فهي رسول الله ﷺ أن يؤخذ في الصدقة . رواه النسائي وأبو عبيد قال وهما ضربان من التمر (أحدهما) انما يصير قشراً على نوى ، والآخر اذا أثمر صار حشفاً ، ولا يجوز أخذ الجيد عن الرديء لقول النبي ﷺ « اياك وكرائم أموالهم » فان تطوع رب المال بذلك جاز وله ثواب الفضل على ماذكرنا في فصل الماشية

(فصل) فأما الزيتون فان كان مما لازيت له فانه يخرج منه عشره حباً اذا بلغ نصابا لانه حال كاله وادخاره فانه يخرج منه كما يخرص الرطب في حال رطوبته ، وإن كان له زيت أخرج منه زيتاً

[1] الجعرور بضم الجيم والحبيق بضم المهملة نوعان من الدقل وهو بالتحريك التمر الرديء اليابس

التمر أحدهما إنما يصير قشراً على نوى والآخر اذا أثمر صار حشفاً. ولا يجوز أخذ الجيد عن الرديء لقول رسول الله ﷺ « إياك وكرائم أموالهم ». فاما إن تطوع رب المال باخراج الجيد عن الرديء جاز وله أجر ذلك على ماذكرنا في الماشية

(فصل) وأما الزيتون فان كان مما لازيت فيه فانه يخرج منه عشره حبا إذا بلغ نصابا لانه حال كاله وادخاره ، وإن كان له زيت أخرج منه زيتا اذا بلغ الحب نصابا ، وهذا قول الزهري والاوزاعي ومالك والليث قالوا يخرص الزيتون ويؤخذ منه زيتا صافيا وقال مالك اذا بلغ خمسة أوسق أخذ العشر من زيته بعد أن يعصر ، وقال الثوري وأبو حنيفة يخرج من حبه كسائر الثمار ولانه الحالة التي يعتبر فيها الاوساق فكان اخراجه فيها كسائر الثمار وهذا جائز ، واخراج الزيت أولى وأفضل لانه يكفي الفقراء مؤنته ولانه حال كاله وادخاره أشبه الرطب إذا يبس والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب العشر على المستأجر دون المالك)

وبهذا قال مالك والثوري وشريك وابن المبارك والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة هو على مالك الارض لانه من مؤنتها أشبه الخراج

ولنا أنه واجب في الزرع فكان على مالكه كزكاة القيمة فيما اذا أعده للتجارة وكعشر زرعه في ملكه ولا يصح قولهم إنه من مؤنة الارض لانه لو كان من مؤنتها لوجب فيها وان لم تزرع ولوجب على الذمي كالخراج ولتقدر بقدر الأرض لا بقدر الزرع ولوجب صرفه الى مصارف الفيء فان استعار أرضا فزرعها فالزكاة على صاحب الزرع لانه مالكه وان غصبها فزرعها وأخذ الزرع فالعشر عليه لانه نبت على مالكه وان أخذه مالكها قبل اشتداد حبه فالعشر عليه ، وان أخذه بعده احتمل أن يجب عليه أيضا لأن أخذه اياه استند الى أول زرعه فكأنه أخذه من تلك الحال ، ويحتمل أن تكون زكاته على الغاصب لانه كان ملكا له حين وجوب عشره وهو حين اشتداد الحب، وان زارع رجلا مزارعة فاسدة

اذا بلغ الحب خمسة أوسق وهذا قول الزهري والاوزاعي ومالك والليث قالوا يخرص الزيتون ويؤخذ زيتا صافيا وقال مالك اذا بلغ خمسة أوسق أخذ العشر من زيته بعد أن يعصر . وقال الثوري وأبو حنيفة : يخرج من حبه كسائر الثمار ، ولأنه الحالة التي تعتبر فيها الاوساق فكان اخراجه فيها كسائر الثمار وهذا

فالعشر على من يجب الزرع له وان كانت صحيحة فعلى كل واحد منهما عشر حصته ان بلغت نصابا أو كان له من الزرع ما يبلغ بضمه اليه نصابا والافلا ، وان بلغت حصة أحدهما نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته العشر دون صاحبه الا اذا قلنا الخلطة تؤثر في غير السائمة فيلزمهما العشر اذا بلغ زرعهما نصابا ويخرج كل واحد منهما عشر نصيبه الا أن يكون أحدهما ممن لا عشر عليه كالمكاتب فلا يلزم شريكه شيء الا أن تبلغ حصته نصابا وكذلك الحكم في المساقاة

﴿ مسألة ﴾ (ويجتمع العشر والخراج في كل أرض فتحت عنوة)

الأرض أرضان صلح وعنوة ، فاما الصلح فهو كل أرض صولح أهلها عليها لتكون ملكا لهم ويؤدون عليها خراجا فهذه الارض ملك لاربابها وهذا الخراج كالجزية متى أسلموا سقط عنهم ولهم بيعها وهبتها ورهنها وكذلك كل أرض أسلم عليها أهلها ، كأرض المدينة وشبهها ليس عليها خراج ولا شيء الا الزكاة فهي واجبة على كل مسلم ، ولا خلاف في وجوب العشر في الخارج من هذه الارض قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على كل أرض أسلم عليها أهلها قبل قهرهم عليها الزكاة فيما زرعوا فيها

وأما العنوة فالمراد بها ما فتح عنوة ووقف على المسلمين وضرب عليه خراج معلوم فانه يؤدى الخراج عن رقبة الارض وعليه العشر عن غلتها اذا كانت لمسلم وكذلك الحكم في كل أرض خراجية وهذا قول عمر بن عبد العزيز والزهري ويحيى الانصاري وربيعة والأوزاعي ومالك والثوري والشافعي وابن المبارك واسحق وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا عشر في الارض الخراجية لقوله عليه السلام « لا يجتمع العشر والخراج في أرض مسلم » ولأنهما حقان سببا هما متنافيان فلم يجتمعا ، كزكاة السوم والتجارة وكالعشر وزكاة القيمة ، وبيان تنافيهما أن الخراج وجب عقوبة لانه جزية للأرض والزكاة وجبت طهوراً وشكراً .

ولنا قوله تعالى (ومما أخرجنا لكم من الارض) وقول النبي ﷺ « فيما سقت السماء العشر » وغيره من عمومات الأخبار ، قال ابن المبارك يقول الله تعالى (ومما أخرجنا لكم من الأرض) ثم قال نترك القرآن لقول أبي حنيفة ولانهما حقان يجبان لمستحقين يجوز وجوب كل واحد منهما على المسلم فجاز اجتماعهما كالكفارة والقيمة في الصيد الحرمي المملوك وحديثهم يرويه يحيى بن عنبسة وهو ضعيف عن أبي حنيفة ثم نحمله على الخراج الذي هو جزية وقولهم إن سببيهما متنافيان غير صحيح فان الخراج أجرة الارض والعشر زكاة الزرع ولا يتنافيان كما لو استأجر أرضا فزرعها وقولهم الخراج عقوبة قلنا لو كان عقوبة لما وجب على مسلم كالجزية ، وان كانت الارض لكافر فليس عليه فيها سوى الخراج

جائز والاول أولى لأنه يكفي الفقراء مؤنته فيكون أفضل كتجفيف التمر ولانه حال كماله وادخاره فيخرج منه كما يخرص الرطب في حال رطوبته ويخرج منه اذا يبس

قال أحمد ليس في أرض اهل الذمة صدقة انما قال الله تعالى (تطهرهم وتزكيهم بها) فأي طهرة للمشركين؟

(فصل) فان كان في غلة الارض مالاعشر فيه كالثمار التي لازكاة فيها والخضراوات وفيها زرع فيه الزكاة جعل مالازكاة فيه في مقابلة الخراج وزكي مافيه الزكاة اذا كان مالازكاة فيه وافيا بالخراج وان لم يكن لها غلة الا ماتجب فيه الزكاة أدى الخراج من غلتها وزكى مابقي في أصح الروايات اختارها الخرقي، وهذا قول عمر بن عبدالعزيز قال أبو عبيد عن ابراهيم بن أبي عبلة كتب عمر بن عبدالعزيز الى عامله على فلسطين فيمن كانت في يده أرض بجزيتها من المسلمين أن يقبض منها جزيتها ثم تؤخذ منها زكاة مابقي بعد الجزية وذلك لأن الخراج من مؤنة الارض فيمنع وجوب الزكاة في قدره لقول ابن عباس يحسب ماأنفق على زرعه دون ماأنفق على أهله وفيه رواية ثانية ان الدين كله يمنع وجوب الزكاة في الاموال الظاهرة فعلى هذه الرواية يحسب كل دين عليه ثم يخرج العشر مما بقي ان بلغ نصابا يروى نحو ذلك عن ابن عمر لانه دين فمنع وجوب العشر كالخراج وما انفقه على زرعه وفيه رواية ثالثة ان الدين لايمنع وجوب الزكاة في الأموال الظاهرة مطلقا سواء استدانه لنفقة زرعه او لنفقة اهله فيحتمل على هذه ان يزكي الجميع وقد ذكرنا ذلك في باب الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز لأهل الذمة شراء الارض العشرية ولا عشر عليهم، وعنه عليهم عشران يسقط أحدهما بالاسلام)

وجملة ذلك أنه لم يكره للمسلم بيع أرضه من الذمي واجارتها منه لافضائه إلى اسقاط عشر الخارج منها. قال محمد بن موسى: سألت أبا عبدالله عن المسلم يؤاجر أرض الخراج من الذمي؟ قال: لا يؤاجر من الذمي انما عليه الجزية وهذا ضرر، وقال في موضع آخر لانهم لايؤدون الزكاة فان أجرها من الذمي أو باع أرضه التي لاخراج عليها الذمي صح البيع والاجارة وهو مذهب الثوري والشافعي وأبي عبيد وليس عليهم فيها عشر ولا خراج. قال حرب سألت احمد عن الذمي يشتري أرض العشر قال لا أعلم شيئاً وأهل المدينة يقولون في هذا قولا حسنا، يقولون لايترك الذمي يشتري أرض العشر، وأهل البصرة يقولون قولا عجباً يقولون يضاعف عليهم

وقد روي عن احمد أنهم يمنعون من شرائها اختارها الخلال وهو قول مالك وصاحبه، فان اشتروها ضوعف عليهم العشر فأخذ منهم الخمس كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم يؤخذ منهم نصف العشر وهذا قول أهل البصرة وأبي يوسف ويروى ذلك عن الحسن وعبيد الله بن الحسن العنبري. وقال محمد بن الحسن: العشر بحاله، وقال أبو حنيفة: تصير أرض خراج

ولنا أن هذه أرض لاخراج عليها فلا يلزم فيه الخراج ببيعها كما لو باعها مسلماً ولانها مال مسلم

(فصل) ومذهب احمد أن في العسل العشر . قال الاثرم : سئل أبو عبدالله أنت تذهب إلى أن في العسل زكاة ؟ قال نعم اذهب إلى أن في العسل زكاة العشر قد أخذ عمر منهم الزكاة ، قلت ذلك على أنهم تطوعوا به . قال لا : بل أخذه منهم ، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وسليمان ابن موسى والاوزاعي واسحاق. وقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر : لازكاة فيه لانه مائع خارج من حيوان أشبه اللبن . قال ابن المنذر : ليس في وجوب الصدقة في العسل خبر يثبت ولا اجماع فلا زكاة فيه . وقال أبو حنيفة : إن كان في أرض العشر ففيه الزكاة وإلا فلا زكاة فيه ،

ووجه الاول ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كان يؤخذ في زمانه من قرب العسل من كل قربة من أوسطها . رواه أبو عبيد والاثرم وابن ماجه وعن سليمان ابن موسى أن أباسيارة المتعي قال : قلت يارسول الله إن لي نحلا قال « أد عشرها » قال فاحم أذا جبلها فحماه له رواه أبو عبيد وابن ماجه وروى الاثرم عن ابن أبي ذبابة عن أبيه عن جده أن عمر رضي الله عنه أمر في العسل بالعشر أما اللبن فان الزكاة وجبت في أصله وهي السائمة بخلاف العسل ، وقول أبي حنيفة ينبني على أن العشر والخراج لا يجتمعان وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) ونصاب العسل عشرة أفراق وهذا قول الزهري . وقال أبو يوسف ومحمد خمسة أوساق

يجب الحق فيه للفقراء فلم يمنع من بيعه للذمي كالسائمة واذا ملكها الذمي فلا عشر عليه فيما يخرج منها لانه زكاة فلا تجب على الذمي كزكاة السائمة وما ذكروه ينتقض بزكاة السائمة وما ذكروه من تضعيف العشر تحكم لا نص فيه ولا قياس[1]

(فصل) وفي العسل العشر سواء أخذه من موات أو من ملكه ونصابه عشرة أفراق كل فرق ستون رطلا . قال الأثرم : سئل أبو عبدالله أنت تذهب الى أن في العسل زكاة ؟ قال نعم أذهب الى أن في العسل زكاة العشر قد أخذ عمر منهم الزكاة ، قلت ذلك على أنهم تطوعوا به ، قال لا بل أخذ منهم . ويروى ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ومكحول والزهري والاوزاعي واسحق. وقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر لازكاة فيه لانه مائع خارج من حيوان أشبه اللبن . قال ابن المنذر : ليس في وجوب الصدقة في العسل حديث يثبت ولا اجماع فلا زكاة فيه . وقال أبو حنيفة ان كان في أرض العشر ففيه الزكاة والا فلا زكاة فيه ، ووجه الاول ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كان يأخذ في زمانه من قرب العسل من كل عشر قرب قربة من أوسطها رواه أبو عبيد والأثرم وابن ماجه ، وعن سليمان بن موسى أن أبا سيارة المتعي قال : قلت يارسول الله ان لي نحلا، قال « أد العشر » قال فاحم اذا جبلها فحماه له رواه أبوعبيد وابن ماجه

وروى الأثرم عن ابن أبي ذبابة عن أبيه عن جده أن عمر رضي الله عنه أمره في العسل بالعشر

«١» قد يقال ان خراج الارض لم يثبت بنص تعبدي، وانما كان اجتهاداً مبني على المصلحة فللامام في كل عصر مراعاة مثله فيما يفرضه على الذميين في الارض التي يتمتعون بغلتها في ظل سلطانه

لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وقال أبو حنيفة : تجب في قليله وكثيره بناء على أصله في الحبوب والثمار ، ووجه الاول ماروي عن عمر رضي الله عنه أن ناساً سألوه فقالوا: إن رسول الله ﷺ قطع لنا واديا باليمن فيه خلايا من نحل وانا نجد ناساً يسرقونها ، فقال عمر رضي الله عنه : إن أديتم صدقتها من كل عشرة أفراق فرقا حميناها لكم . رواه الجوزجاني ، وهذا تقدير من عمر رضي الله عنه فيتعين المصير اليه . اذا ثبت هذا فان الفرق ستة عشر رطلا بالعراقي فيكون نصابه مائة وستون رطلا وقال أحمد في رواية أبي داود قال الزهري في عشرة أفراق فرق . والفرق ستة عشر رطلا قال ابن حامد : الفرق ستون رطلا فيكون النصاب ستمائة رطل ، فانه يروى أن الخليل بن احمد قال : الفرق باسكان الراء مكيال ضخم من مكاييل أهل العراق وقيل هو مائة وعشرون رطلا ويحتمل أن يكون نصابه ألف رطل لحديث عمرو بن شعيب أن كان يؤخذ في زمان رسول الله ﷺ من قرب العسل من كل عشر قرب قربة من أوسطها ، والقربة عند الاطلاق مائة رطل بدليل أن القلتين خمس قرب وهي خمسمائة رطل

وروى سعيد قال : حدثنا عبدالعزيز بن محمد أخبرني عبدالرحمن بن الحارث بن أبي ذباب عن أبيه عن جده أنه قال لقومه : إنه لاخير في مال لازكاة فيه . قال فأخذ من كل عشر قرب قربة فجئت بها إلى عمر بن الخطاب فأخذها فجعلها في صدقات المسلمين، ووجه الاول قول عمر : من كل عشرة أفراق فرقا » والفرق بتحريك الراء ستة عشر رطلا . قال أبو عبيد : لاخلاف بين الناس أعلمه في أن الفرق ثلاثة آصع . وقال النبي ﷺ لكعب بن عجرة « أطعم ستة مساكين فرقا من طعام » فقد بين أنه ثلاثة

أما اللبن فان الزكاة وجبت في أصله وهو السائمة بخلاف العسل وقول أبي حنيفة ينبني على أن العشر والخراج لايجتمعان وقد ذكرناه ونصابه عشرة أفراق وهذا قول الزهري ، وقال أبو يوسف ومحمد خمسة أوساق لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وقال أبو حنيفة تجب في قليله وكثيره بناء على أصله في الحبوب والثمار

(ووجه الاول) ماروي عن عمر رضي الله عنه أن ناساً سألوه فقالوا : ان رسول الله ﷺ قطع لنا واديا باليمن فيه خلايا من نحل وانا نجد ناساً يسرقونها ، فقال عمر : ان أديتم صدقتها من كل عشرة أفراق فرقا حميناها لكم . رواه الجوزجاني . وهذا تقدير من عمر رضي الله عنه فيجب المصير اليه ، اذا ثبت هذا فقد اختلف المذهب في قدر الفرق ، فروي عن احمد مايدل على أنه ستة عشر رطلا ، فانه قال في رواية أبي داود قال الزهري في عشرة أفراق فرق والفرق ستة عشر رطلا فيكون نصابه مائة وستون رطلا بالعراقي . وقال ابن حامد : الفرق ستون رطلا فيكون النصاب ستمائة رطل وكذلك ذكره القاضي في المجرد فانه يروى عن الخليل بن احمد قال : الفرق باسكان الراء مكيال ضخم من مكاييل أهل العراق ، وحكي عن القاضي أن الفرق ستة وثلاثون رطلا ، وقيل هو مائة وعشرون رطلا. قال

آصم . وقالت عائشة : كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من اناء هو الفرق هذا هو المشهور فينصرف الاطلاق اليه . والفرق هو مكيال ضخم لا يصح حمله عليه لوجوه (أحدها) أنه غير مشهور في كلامهم فلا يحمل عليه المطلق من كلامهم. قال ثعلب :قل فـَرَق ولا تقل فرْق . قال خداش بن زهير: يأخذون الارش في اخوتهم فرق السمن وشاة في الغنم (الثاني) أن عمر قال : من كل عشرة أفراق فرق ، والافراق جمع فرق بفتح الراء ، وجمع فرق باسكان الراء فروق ، وفي القلة أفرق لأن ما كان على وزن فعل ساكن العين غير معتل فجمعه في القلة أفعل ، وفي الكثرة فعال أو فعول (والثالث) أن الفرق الذي هو مكيال ضخم من مكاييل أهل العراق لا يحمل عليه كلام عمر رضي الله عنه ، وانما يحمل كلام عمر رضي الله عنه على مكاييل أهل الحجاز لأنه بها ومن أهلها ، ويؤكد ماذكرنا تفسير الزهري له في نصاب العسل بما قلناه ، والامام احمد ذكره في معرض الاحتجاج به فيدل على أنه ذهب اليه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والارض أرضان أرض صلح وعنوة ﴾

وجملته أن الارض قسمان : صلح وعنوة. فأما الصلح فهو كل أرض صالح أهلها عليها لتكون لهم ويؤدون خراجا معلوماً فهذه الارض ملك لأربابها ، وهذا الخراج في حكم الجزية متى أسلموا سقط عنهم ولهم بيعها وهبتها ورهنها لانها ملك لهم ، وكذلك إن صالحوا على أداء شيء غير موظف على الارض ، وكذلك كل أرض أسلم عليها أهلها كأرض المدينة وشبهها فهذه ملك لأربابها لاخراج عليها ولهم التصرف فيها كيف شاؤا ، وأما الثاني وهو ما فتح عنوة فهي ما أجلي عنها بالسيف ولم تقسم بين الغانمين

شيخنا : ويحتمل أن يكون نصابه ألف رطل لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أنه كان يأخذ من كل عشر قرب قربة من أوسطها ، والقربة مائة رطل بالعراقي بدليل قرب القلتين.ووجه الاول قول عمر : من كل عشرة أفراق فرقاً ـ والفرق بتحريك الراء ستة عشر رطلا . قال أبو عبيد : لاخلاف بين الناس أعلمه في أن الفرق ثلاثة آصع . وقال النبي ﷺ لكعب بن عجرة « أطعم ستة مساكين فرقا من طعام » فقد بين أنه ثلاثة آصع . وقالت عائشة : كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من اناء هو الفرق هذا المشهور فينصرف الاطلاق اليه والفرق الذي هو مكيال ضخم لا يصح حمله عليه لوجوه (أحدها) أنه غير مشهور في كلامهم فلا يحمل عليه المطلق من كلامهم . قال ثعلب . قل فرق ولا تقل فرق (الثـاني) أن عمر قال : من كل عشرة أفراق فرقا ـ والافراق جمع فرق بفتح الراء وجمع الفرق باسكان الراء فروق لان ما كان على وزن فعل ساكن العين غير معتل فجمعه في القلة أفعل وفي الكثرة فعال أو فعول (والثالث) أن الفرق الذي هو ضخم من مكاييل أهل العراق لا يحمل عليه كلام عمر ، وانما يحمل كلام عمر رضي الله عنه على مكاييل أهل الحجاز لانه بها ومن أهلها ويؤكد ذلك تفسير الزهري له في نصاب العسل بما قلنا والامام احمد ذكره في معرض الاحتجاج به فيدل على أنه ذهب اليه والله أعلم

فهذه تصير وقفاً للمسلمين يضرب عليها خراج معلوم يؤخذ منها في كل عام يكون أجرة لها وتقر في أيدي أربابها ماداموا يؤدون خراجها وسواء كانوا مسلمين أو من أهل الذمة ولا يسقط خراجها باسلام أربابها ولا بانتقالها الى مسلم لانه بمنزلة اجرتها ولم نعلم أن شيئا مما فتح عنوة قسم بين المسلمين إلا خيبر فان رسول الله ﷺ قسم نصفها فصار ذلك لاهله لاخراج عليه وسائر ما فتح عنوة مما فتحه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ومن بعده كأرض الشام والعراق ومصر وغيرها لم يقسم منه شيء ، فروى أبو عبيد في الاموال أن عمر رضي الله عنه قدم الجابية فأراد قسمة الارض بين المسلمين فقال له معاذ : والله إذاً ليكونن ما تكره إنك إن قسمتها اليوم صار الريع العظيم في أيدي القوم ، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد والمرأة ، ثم يأتي بعدهم قوم أخر يسدون من الاسلام مسداً وهم لايجدون شيئاً فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم ، فصار عمر إلى قول معاذ . وروى أيضاً قال: قال الماجشون : قال بلال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في القرى التي افتتحوها عنوة : اقسمها بيننا وخذ خمسها ، فقال عمر لا هذا عين المال ولكني أحبسه فيئاً يجري عليهم وعلى المسلمين ، فقال بلال وأصحابه لعمر أقسمها بيننا ، فقال عمر اللهم اكفني بلالا وذويه ، قال فما حال الحول ومنهم عين تطرف

وروى باسناده عن سفيان بن وهب الخولاني قال : لما افتتح عمرو بن العاص مصر قام ابن الزبير فقال : ياعمرو بن العاص اقسمها ، فقال عمرو: لا أقسمها، فقال ابن الزبير : لتقسمنها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر ، فقال عمرو : لاأقسمها حتى أكتب إلى أمير المؤمنين فكتب إلى عمر فكتب اليه عمر أن

﴿ فصل في المعدن ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ومن استخرج من معدن نصابا من الاثمان أو ماقيمته نصاب من الجواهر والقار والصفر والزئبق والكحل والزرنيخ وسائر مايسمى معدنا ففيه الزكاة في الحال ربع العشر من قيمته أو من عينها ان كانت أثمانا سواء استخرجه في دفعة أو دفعات لم يترك العمل بينها ترك اهمال)

الكلام في هذه المسالة في فصول أربعة (احدها) في صفة المعدن الذي تتعلق به الزكاة وهو كل ما خرج من الارض مما خلق فيها من غيرها مما له قيمة كالذي ذكر ههنا ونحوه من البلور والعقيق والحديد والسبج والزاج والمغرة والكبريت ونحو ذلك ، وقال الشافعي ومالك : لاتتعلق الزكاة الا بالذهب والفضة لقول النبي ﷺ « لازكاة في حجر » ولانه مال مقوم مستفاد من الارض أشبه الطين الاحمر وقال أبو حنيفة في احدى الروايتين: تتعلق الزكاة بكل ماينطبع كالرصاص والحديد والنحاس دون غيره

ولنا عموم قوله تعالى (ومما أخرجنا لكم من الارض) ولانه معدن فتعلقت الزكاة به كالاثمان ولانه مال لو غنمه خمسه فاذا أخرجه من معدن وجبت زكاته كالذهب فأما الطين فليس بمعدن لانه تراب والمعدن ماكان في الارض من غير جنسها

(الفصل الثاني) في قدر الواجب فيه وصفته ، وقدر الواجب فيه ربع العشر وهو زكاة وهذا

دعها حتى يعروا منها حبل الحبلة . قال القاضي : ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة أنه قسم أرضا عنوة إلا خيبر

(فصل) قال احمد : ومن يقوم على أرض الصلح وأرض العنوة ومن أين هي وإلى أين هي ؟ وقال أرض الشام عنوة إلا حمص وموضعاً آخر ، وقال مادون النهر صلح وما وراءه عنوة . وقال فتح المسلمون السواد عنوة إلا ماكان منه صلح وهي أرض الحيرة وأرض مانقيا . وقال أرض الثرى خلطوا في أمرها ، فأما مافتح عنوة من نهاوند إلى طبرستان خراج . وقال أبو عبيد : أرض الشام عنوة ماخلا مدنها فانها فتحت صلحا إلا قيسارية افتتحت عنوة وأرض السواد والجبل ونهاوند والاهواز ومصر والمغرب . قال موسى بن علي بن رباح عن أبيه : المغرب كله عنوة فأما أرض الصلح فأرض هجر والبحرين وأيلة ودومة الجندل وأذرح فهذه القرى التي أدت إلى رسول الله ﷺ الجزية ومدن الشام ماخلا أرضها إلا قيسارية وبلاد الجزيرة كلها ، وبلاد خراسان كلها أو أكثرها صلح وكل موضع فتح عنوة فانه وقف على المسلمين

(فصل) وما استأنف المسلمون فتحه ، فان فتح عنوة ففيه ثلاث روايات (احداهن) أن الامام مخير بين قسمتها على الغانمين ، وبين وقفيتها على جميع المسلمين ، لأن كلا الامرين قد ثبت فيه حجة عن

قول عمر بن عبد العزيز ومالك. وقال أبو حنيفة : الواجب فيه الخمس وهو فيء واختاره أبو عبيد . وقال الشافعي هو زكاة واختلف عنه في قدره كالمذهبين واحتج من أوجب الخمس بقوله عليه الصلاة والسلام « مالم يكن في طريق مأتي ولا في قرية عامرة ففيه وفي الركاز الخمس » رواه النسائي والجوزجاني ، وفي حديث عن النبي ﷺ أنه قال « وفي الركاز الخمس » قيل يارسول الله ما الركاز؟ قال « الذهب والفضة المخلوقان في الارض يوم خلق الله السموات والارض » وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ « الركاز هو الذهب الذي ينبت مع الارض » وفي حديث علي عليه السلام أنه قال « وفي السيوب الخمس » قال والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الارض

ولنا ماروى أبو عبيد باسناده أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية من ناحية الفرع قال فتلك المعادن لايؤخذ منها إلا الركاز إلى اليوم ، وقد أسنده كثير بن عبدالله ابن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده ، ورواه الدراوردي عن ربيعة عن الحارث بن بلال عن بلال بن الحارث أن النبي ﷺ أخذ منه زكاة المعادن القبلية ، قال أبو عبيد القبلية بلاد معروفة بالحجاز ولانها زكاة أثمان فكانت ربع العشر كسائر الأثمان ، أو تتعلق بالقيمة أشبهت زكاة التجارة ، وحديثهم الاول لا يتناول محل النزاع لان النبي ﷺ انما ذكر ذلك في جواب سؤاله عن اللقطة وهذا ليس بلقطة فلا يتناوله النص ، وحديث أبي هريرة يرويه عبدالله بن سعيد وهو ضعيف وسائر أحاديثهم لانعرف صحتها ولا هي مذكورة في المسانيد

النبي ﷺ ، فان النبي ﷺ قسم نصف خيبر ووقف نصفها لنوائبه ، ووقف عمر الشام والعراق ومصر وسائر ما افتتحه وأقره على ذلك علماء الصحابة وأشاروا عليه به ، وكذلك فعل من بعده من الخلفاء ولم يعلم أحد منهم قسم شيئاً من الارض التي افتتحوها

(والثانية) أنها تصير وقفاً بنفس الاستيلاء عليها لاتفاق الصحابة عليه ، وقسمة النبي ﷺ خيبر كان في بدء الاسلام وشدة الحاجة فكانت المصلحة فيه ، وقد تعينت المصلحة فيما بعد ذلك في وقف الارض فكان ذلك هو الواجب

(والثالثة) أن الواجب قسمتها وهو قول مالك وأبي ثور لأن النبي ﷺ فعل ذلك وفعله أولى من فعل غيره مع عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية يفهم منها أن أربعة أخماسها للغانمين . والرواية الاولى أولى لأن النبي ﷺ فعل الأمرين جميعاً في خيبر ، ولأن عمر قال : لولا آخر الناس لقسمت الارض كما قسم النبي ﷺ خيبر فقد وقف الارض مع علمه بفعل النبي ﷺ فدل على أن فعله ذلك لم يكن متعيناً كيف والنبي ﷺ قد وقف نصف خيبر ، ولو كانت للغانمين لم يكن له وقفها . قال أبو عبيد : تواترت الآثار في افتتاح الارضين عنوة بهذين الحكمين حكم رسول الله ﷺ في خيبر حين قسمها وبه أشار بلال وأصحابه على عمر في أرض الشام ؟ وأشار به الزبير في أرض مصر ، وحكم عمر في أرض السواد وغيره حين وقفه ، وبه أشار علي ومعاذ على عمر

(الفصل الثالث) في نصاب المعدن وهو عشرون مثقالا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة أو قيمة ذلك من غيرهما وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب الخمس في قليله وكثيره بناء على أنه ركاز لعموم الاحاديث التي احتجوا بها ، ولانه لايشترط له حول فلم يشترط له نصاب كالركاز

ولنا قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » وقوله عليه السلام « ليس في الذهب شيء حتى يبلغ عشرين مثقالا » ولانها زكاة تتعلق بالأثمان أو بالقيمة فاعتبر لها النصاب كالأثمان والعروض وقد بينا أن هذا ليس بركاز وأنه مفارق للركاز من حيث إن الركاز مال كافر مظهور عليه في الاسلام فهو كالغنيمة وهذا وجب مواساة وشكراً لنعمة الغنى فاعتبر له النصاب كسائر الزكوات ، وانما لم يعتبر له الحول لحصوله دفعة واحدة فأشبه الزروع والثمار ، ولان النماء يتكامل فيه بالوجود والاخذ فهو كالزرع ، اذا ثبت هذا فانه يشترط إخراج النصاب دفعة واحدة أو دفعات لايترك العمل بينهن ترك اهمال ، فان أخرج دون النصاب ثم ترك العمل مهملا له ثم أخرج دون النصاب فلا زكاة فيهما ، وإن بلغا بمجموعهما نصابا لفوات الشرط ، وإن بلغ أحدهما نصابا دون الآخر زكى النصاب وحده ، ويجب فيما زاد على النصاب بحسابه كالاثمان والخارج من الارض ، فأما ترك العمل ليلا وللاستراحة أو لعذر من مرض أو لاصلاح الاداة أو اباق عبد ونحوه فلا يقطع حكم العمل ، وحكمه حكم المتصل لان العادة كذلك ، وكذلك إن كان مشتغلا بالعمل فخرج بين المعدنين تراب لاشيء فيه

في أرض الشام ، وليس فعل النبي ﷺ راداً لفعل عمر لان كل واحد منهما اتبع آية محكمة ،قال الله تعالى (واعلموا أن ماغنمتم من شيء فان لله خمسه) وقال (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية . وكان كل واحد من الامرين جائزاً ، والنظر في ذلك إلى الامام فما رأى من ذلك فعله وهذا قول الثوري وأبي عبيد : اذا ثبت هذا فان الاختيار المفوض إلى الامام اختيار مصلحة لااختيار تشه. فيلزمه فعل مايري المصلحة فيه ، ولا يجوز له العدول عنه كالخيرة بين القتل والاسترقاق والفداء والمن في الاسرى ، ولا يحتاج إلى النطق بالوقف بل تركه له من غير قسمة هو وقفه لها كما أن قسمها بين الغانمين لايحتاج معه إلى لفظ ، وإن عمر وغيره لم ينقل عنهم في وقف الارض لفظ الوقف ، ولان معنى وقفها ههنا أنها باقية لجميع المسلمين يؤخذ خراجها ويصرف في مصالحهم ولا يخص أحد بملك شيء منها وهذا حاصل بتركها

(فصل) فأما ماجلي عنها أهلها خوفا من المسلمين فهذه تصير وقفاً بنفس الظهور عليها لأن ذلك متعين فيها إذ لم يكن لها غانم فكان حكمها حكم الفيء يكون للمسلمين كلهم وقد روي انها لاتصير وقفاً حتى يقفها الامام وحكمها حكم العنوة اذا وقفت وما صالح عليه الكفار من أرضهم على أن الارض لنا ونقرهم فيها بخراج معلوم فهو وقف أيضاً حكمه حكم ماذكرناه لأن النبي ﷺ فتح خيبر وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها ولهم نصف ثمرتها فكانت للمسلمين منهم ،وصالح بنى النضير على أن يجليهم

(فصل) وإن اشتمل المعدن على أجناس كمعدن فيه الذهب والفضة فذكر القاضي انه لايضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب لأنها أجناس فلا يضم أحدهما الى غيره كغير المعدن قال شيخنا والصواب، إن شاء الله انه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففي ضم أحدهما الى الآخر وجهان مبنيان على الروايتين في ضم أحدهما الى الآخر في غير المعدن وإن كان فيه أجناس من الذهب والفضة ضم بعضها الى بعض لأن الواجب في قيمتها فأشبهت عروض التجارة وإن كان فيها إحدى النقدين وجنس آخر ضم أحدهما الى الآخر كما تضم العروض الى الأثمان وان استخرج نصابا من معدنين وجبت الزكاة فيه كالزرع في مكانين

(الفصل الرابع) في وقت الوجوب وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه ولا يعتبر له حول وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال إسحق وابن المنذر يعتبر له الحول لعموم قوله عليه السلام «لازكاة فيمال حتى يحول عليه الحول»

ولنا أنه مستفاد من الارض فلا يعتبر في وجوب حقه حوله كالزرع والثمار والركاز ، ولأن الحول انما يعتبر في غير هذا ليكمل النماء وهذا يتكامل نماؤه دفعة واحدة فلم يعتبر له حول كالزرع والخبر مخصوص بالزرع والثمر فنقيس عليه محل النزاع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز اخراجها اذا كانت أثمانا إلا بعد السبك والتصفية كالحب والثمرة فان

من المدينة ولهم ما أقلت الابل من الامتعة والاموال إلا الحلقة يعني السلاح فكانت مما أفاء الله على رسوله فأما ما صولحوا عليه على أن الارض لهم ونقرهم فيها بخراج معلوم فهذا الخراج في حكم الجزية تسقط باسلامهم والارض لهم لاخراج عليها لان الخراج الذي ضرب عليهم إنما كان من أجل كفرهم بمنزلة الجزية المضروبة على رءوسهم فاذا أسلموا سقط كما تسقط الجزية وتبقى الارض ملكا لهم لاخراج عليها ولو انتقلت الارض الى مسلم لم يجب عليها خراج لذلك

(فصل) ولا يجوز شراء شيء من الارض الموقوفة ولا بيعه في قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وروي ذلك عن عبد الله بن مغفل وقبيصة ابن ذؤيب ومسلم بن مسلم وميمون بن مهران والاوزاعي ومالك وأبي إسحق الفزاري وقال الاوزاعي لم يزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماؤهم وقال الاوزاعي أجمع رأي عمر وأصحاب النبي ﷺ لما ظهروا على الشام على اقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم يعمرونها ويؤدون خراجها الى المسلمين ويرون انه لايصلح لاحد من المسلمين شراء ما في أيديهم من الارض طوعا ولا كرها وكرهوا ذلك مما كان من اتفاق عمر وأصحابه في الارضين المحبوسة على آخر هذه الامة من المسلمين لاتباع ولا تورث قوة على جهاد من لم نظهر عليه بعد من المشركين وقال الثوري اذا أقر الامام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها وروي نحو هذا

أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته وجب رده إن كان باقياً أو قيمته ان كان تالفاً) والقول في قدر المقبوض قول الآخذ لأنه غارم فان صفاه الآخذ فكان قدر الزكاة أجزأ وإن زاد رد الزيادة الا أن يسمح له المخرج وان نقص فعلى المخرج، وما أنفقه الآخذ على تصفيته فهو من ماله لايرجع به على المالك، ولا يحتسب المالك ما أنفقه على المعدن في استخراجه ولا تصفيته من المعدن لأن الواجب فيه زكاة فلا يحتسب بمؤنة استخراجه وتصفيته كالحبوب فان كان ذلك دينا عليه احتسب به على الصحيح من المذهب كما يحتسب بما انفق على الزرع وقال أبو حنيفة لاتلزمه المؤنة من حقه وشبهه بالغنيمة وبناه على أصله في أنه ركاز وقد مضى الكلام في ذلك

﴿مسئلة﴾ (ولا زكاة فيما يخرج من البحر واللؤلؤ والمرجان ونحوه في أحد الوجهين) وهو اختيار أبي بكر وظاهر قول الخرقي روي نحو ذلك عن ابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء ومالك والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح والشافعي وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور والرواية الاخرى فيه الزكاة لأنه خارج من معدن أشبه الخارج من معدن البر ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه أخذ من العنبر الخمس وهو قول الحسن والزهري وزاد الزهري في اللؤلؤ يخرج من البحر

ولنا أن ابن عباس قال ليس في العنبر شيء انما هو شيء ألقاه البحر وعن جابر نحوه رواهما أبو عبيد ولأنه قد كان يخرج على محمد رسول ﷺ وخلفائه فلم يأت فيه سنة عنه ولا عنهم من وجه يصح

عن ابن سيرين والقرظي لما روى عبد الرحمن بن يزيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضا على أن يكفيها جزيتها وروي عنه أنه قال نهى رسول الله ﷺ عن السفر في الاهل والمال ثم قال عبد الله وكيف بمال بزاذان وبكذا وبكذا وهذا يدل على أن له مالا بزاذان ولأنها أرض لهم فجاز بيعها وقد روي عن أحمد انه قال ان كان الشراء أسهل يشتري الرجل مايكفيه ويغنيه عن الناس هو رجل من المسلمين وكره البيع في أرض السواد وانما رخص في الشراء والله أعلم لان بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ولان الشراء استخلاص للارض فيقوم فيها مقام من كانت في يده والبيع أخذ عوض عما لايملكه ولا يستحقه فلا يجوز

ولنا اجماع الصحابة[1] رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لاتشتروا رقيق أهل الذمة ولا أرضهم وقال الشعبي اشترى عتبة بن فرقد أرضا على شاطىء الفرات ليتخذ فيها قصبا فذكر ذلك لعمر فقال ممن اشتريتها قال من أربابها فلما اجتمع المهاجرون والانصار قال هؤلاء أربابها فهل اشتريت منهم شيئاً قال لا قال فارددها على من اشتريتها منه وخذ مالك وهذا قول عمر في المهاجرين والانصار بمحضر سادة الصحابة وأئمتهم فلم ينكر فكان اجماعا ولا سبيل الى وجود اجماع أقوى من هذا وشبهه اذ لا سبيل الى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا الى نقل قول العشرة ولا يوجد الاجماع الا القول المنتشر فان قيل فقد خالفه ابن مسعود بما ذكرناه عنه قلنا لانسلم المخالفة وقولهم اشترى قلنا المراد به اكترى كذلك قال أبو عبيد والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشتريا لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم انه قال من أقر بالطسق فقد أقر بالصغار والذل

[1] فيه ان اجماع الصحابة ان قلنا بامكانه بعد انتشارهم في أقطار الارض فلا نقول بأنه دين يجب اتباعه في أمور المعاش والبيع والشراء وانما فعلوا ذلك لانهم رأوا فيه المصلحة في زمنهم وما دام الائمة يرون ذلك يلتزمونه فان رأوا المصلحة في غيره داروا معها على قاعدة الامام مالك رحمه الله تعالى

ولأن الاصل عدم الوجوب فيه ولا يصح قياسه على معدن البر لأن العنبر انما يلقيه البحر فيوجد على الارض فيؤخذ من غير تعب فهو كالمباحات المأخوذة من البر كالمن وغيره فأما السمك فلا شيء عليه بحال في قول أهل العلم كافة الا شيء روي عن عمر بن عبد العزيز رواه عنه أبو عبيد وقال ليس الناس على هذا ولا نعلم أحداً قال به وعن أحمد أن فيه الزكاة كالعنبر والصحيح أن هذا لاشيء فيه لأنه صيد فلم تجب فيه زكاة كصيد البر ولأنه لا نص فيه ولا اجماع ولا يصح قياسه على مافيه الزكاة فلا وجه لايجابها

(فصل) (وفي الركاز الخمس أي نوع كان من المال قل أو أكثر لأهل الفيء وعنه أنه زكاة وباقيه لواجده). الواجب في الركاز الخمس لما روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ انه قال «وفي الركاز الخمس» متفق عليه وقال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف هذا الحديث الا الحسن فانه فرق بين مايوجد في أرض الحرب وأرض العرب فقال فيما يوجد في أرض الحرب الخمس وفيما يوجد في أرض العرب الزكاة

(فصل) والركاز الذي فيه الخمس كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر والآنية وغير ذلك وهو قول اسحق وأبي عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي والشافعي في قول واحد الروايتين عن مالك وقال الشافعي في الآخر لايجب الا في الاثمان

وهذا يدل على أن الشراء هاهنا الاكتراء، وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء فمحمول على ذلك وقوله فكيف بمال بزاذان فليس فيه ذكر الشراء ولان المال أرض فيحتمل انه أراده الا من السائمة أو التجارة أو الزرع أو غيره ويحتمل انه أرض أكتراها ويحتمل انه أراد بذلك غيره وقد يعيب الانسان الفعل المعيب من غيره جواب ثان أنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض وأما المعنى فلأنها موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الاحباس والوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى

أما النقل فما نقل من الاخبار ان عمر لم يقسم الارض التي افتتحها وتركها لتكون مادة لاجناد المسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله الى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور تغني شهرته عن نقله وأما المعنى فلأنها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثتهم أو لمن انتقلت اليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ولأنها لو قسمت لم تخف بالكلية فان قيل فليس في هذا مايلزم منه الوقف لأنه يحتمل انه تركها للمسلمين عامة فيكون فيئا للمسلمين والامام نائبهم فيفعل مايرى فيه المصلحة من بيع أو غيره ويحتمل انه تركها لاربابها كفعل النبي ﷺ بمكة قلنا أما الاول فلا يصح لأن عمر انما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصلها وهذا معنى الوقف ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان الذين افتتحوها أحق بها فلا يجوز أن يمنعها أهلها لمفسدة ثم يخص بها

ولنا عموم قوله عليه السلام «وفي الركاز الخمس» ولأنه مال مظهور عليه من مال الكفار فوجب فيه الخمس على اختلاف أنواعه كالغنيمة . اذا ثبت هذا فان الخمس يجب في كثيره وقليله وهذا قول مالك وإسحق وأصحاب الرأي والشافعي في القديم وقال في الجديد يعتبر فيه النصاب لأنه مستخرج من الارض يجب فيه حق أشبه المعدن والزرع

ولنا الحديث المذكور ولأنه مال مخموس فلا يعتبر له النصاب كالغنيمة والمعدن والزرع يحتاج الى كلفة فاعتبر فيه النصاب تخفيفاً بخلاف الركاز

(فصل) وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مصرف خمس الركاز فروي عنه أنه لأهل الفيء نقلها عنه محمد بن الحكم وبه قال أبو حنيفة والمزني لما روي أبو عبيد باسناده عن الشعبي أن رجلا وجد ألف دينار خارجاً من المدينة فأتى بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأخذ منها الخمس مائتي دينار ودفع الى الرجل بقيتها وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين الى أن فضل منها فضلة فقال أين صاحب الدنانير فقام اليه فقال عمر خذها فهي لك ولو كان زكاة لخص به أهل الزكاة ولم يرده على واجده ولأنه يجب على الذمي والزكاة لاتجب عليه ولأنه مال مخموس زالت عنه يد الكفار أشبه خمس الغنيمة وهذه الرواية أقيس في المذهب وروي عنه أن مصرفه مصرف الصدقات نص عليه أحمد في رواية حنبل فقال يعطي الخمس من الركاز على مكانه وإن تصدق به على المساكين أجزأه واختاره الخرقي وهذا قول الشافعي لما روي الامام أحمد باسناده عن عبد الله بن بشر الخثعمي عن رجل من

غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فسادا من الاول[1] فانه اذا منعها المسلمين المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لاحق لهم ولا نصيب ؟

(فصل) واذا قلنا بصحة الشراء فانها تكون في يد المشتري على ما كانت في يد البائع يؤدي خراجها ويكون معنى الشراء ههنا نقل اليد من البائع الى المشتري بعوض وان شرط الخراج على البائع كما فعل ابن مسعود فيكون اكتراء لاشراء وينبغي أن يشترط بيان مدته كسائر الاجارات

(فصل) واذا بيعت هذه الارض فحكم بصحة البيع حاكم صح لانه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المجتهدات وان باع الامام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الارض ما يحتاج الى عمارة لا يعمرها الا من يشتريها صح أيضا لان فعل الامام كحكم الحاكم وقد ذكر بن عائذ في كتاب فتوح الشام قال قال غير واحد من مشيختنا إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان ان يأذنوا لهم في شراء الارض من أهل الذمة فأذنوا لهم على ادخال أثمانها في بيت المال، فلما ولي عمر بن عبد العزيز أعرض عن تلك الاشربة لاختلاط الامور فيها لما وقع فيها من المواريث ومهور النساء وقضاء الديون ولم يقدر على تخليصه ولا معرفة ذلك وكتب كتابا قرىء على الناس سنة المائة (أن من اشترى شيئا بعد سنة مائة فان بيعه مردود وسمي سنة مائة مائة سنة المدة)[2] فتناهى الناس عن شرائها ثم اشتروا أشرية كثيرة كانت بأيدي أهلها تؤدى العشر ولا جزية عليها، فلما أفضى الامر إلى المنصور وقعت تلك الاشربة اليه وأن ذلك أضر بالخراج، فأراد ردها إلى أهلها فقيل له قد وقعت في

قومه يقال له ابن حممة قال سقطت على جرة من دير قديم بالكوفة عند جبانة بشر فيها أربعة آلاف درهم فذهبت بها الى علي عليه السلام فقال اقسمها خمسة أخماس فقسمتها فأخذ منها علي خمسا وأعطاني أربعة أخماس فلما أدبرت دعاني فقال في جيرانك فقراء ومساكين؟ قلت نعم قال فخذها فاقسمها بينهم والمساكين مصرف الصدقات ولانه حق يجب في الخارج من الارض فأشبه صدقة المعدن

(فصل) ويجوز لواجد الركاز أن يتولى تفرقة الخمس بنفسه وبه قال أصحاب الرأي وابن المنذر لما ذكرنا من حديث علي ولأنه أدى الحق الى مستحقه فبريء منه كما لو فرق الزكاة ويتخرج أن لا يجوز لأنه فيء فلم يملك تفرقته بنفسه كخمس الغنيمة وبهذا قال أبو ثور وان فعل ضمنه الامام. قال القاضي ليس للامام رد خمس الركاز على واجده لأنه حق مال فلم يجز رده على من وجب عليه كالزكاة وخمس الغنيمة وقال ابن عقيل يجوز لأن عمر رضي الله عنه رد بعضه على واجده ولأنه فيء فجاز رده أورد بعضه على واجده كخراج الارض وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) ويجب الخمس على من وجد الركاز من مسلم وذمي وحر وعبد ومكاتب وكبير وصغير وعاقل ومجنون الا أن الواجد له اذا كان عبدا فهو لسيده لأنه كسب مال أشبه الاحتشاش والمكاتب يملكه وعليه خمسه لأنه بمنزلة كسبه، والصبي والمجنون يملكانه ويخرج عنهما وليهما وهذا قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على

[1] سبحان الله قد تغير حال الزمان الذي روعيت فيه تلك المصلحة من قبل زمن المؤلف فلم تعد تلك الاراضي الواسعة مادة لاجناد المسلمين بل صار أكثرها ملكا للمسلمين ثم تغير بعده تغيراً بعد آخر حتى صار أكثر المسلمين تحت سلطان الكفار أو المنافقين الذين لا يقيمون الشرع في تلك الارض ولا غيرها

[2] ما بين القوسين منقول عن نسخة دار الكتب، وفي العبارة ركاكة وابهام

المواريث والمهور واختلط أمرها فبعث المعدّلين منهم عبدالله بن يزيد إلى حمص، واسماعيل بن عياش إلى بلعبك، وهضاب بن طوق ومحمد بن زريق إلى الغوطة، وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والاشرية العظيمة القديمة خراجا ووضعوا الخراج على مابقي بأيدي الانباط، وعلى الاشرية المحدثة من بعد سنة مائة إلى السنة التي عدل فيها فينبغي أن يجري ماباعه امام أو بيع باذنه أو تعذر رد بيعه هذا المجرى في أن يضرب عليه خراج بقدر مايحتمل ويترك في يد مشتريه أو من انتقل اليه إلا مابيع قبل المائة السنة فانه لاخراج عليه كما نقل في هذا الخبر

(فصل) وحكم اقطاع هذه الارض حكم بيعها في أن ما كان من عمر أو مما كان قبل مائة سنة فهو لأهله وما كان بعدها ضرب عليه كما فعل المنصور[1] إلا أن يكون بغير اذن الامام فيكون باطلا، وذكر ابن عائذ في كتابه باسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبدالله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن سبب الارضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة، فقلت ياأمير المؤمنين: إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم وإثخانهم في عدو الله فعسكروا في مرج بردى بين المزة إلى مرج شعبان جنبتي بردى مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأقاموا بها حتى أوطأ الله بهم المشركين قهراً وذلا فأحيا كل قوم محلتهم وهيئوا بها بناء

[1] اذا لم يكن فعل عمر دينا يجب التزامه فهل يكون فعل المنصور دينا؟! الحق ان امام كل عصر ينفذ ما يرى أهل الشورى من أهل الحل والعقد مصلحة الامة فيه

الذمي في الركاز يجده الخمس قاله مالك وأهل المدينة والثوري والاوزاعي وأهل العراق من أصحاب الرأي وغيرهم وقال الشافعي لايجب الخمس الا على من تجب عليه الزكاة لانه زكاة وحكي عنه في الصبي والمرأة انهما لا يملكان الركاز وقال الثوري والاوزاعي وأبو عبيد اذا وجده عبد يرضخ له منه ولا يعطاه كله

ولنا عموم قوله عليه السلام «وفي الركاز الخمس» فانه يدل بعمومه على وجوب الخمس في كل ركاز وبمفهومه على أن باقيه لواجده كائنا من كان ولأنه مال كافر مظهور عليه فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده كالغنيمة ولأنه اكتساب مال فكان لواجده ان كان حراً ولسيده إن كان عبداً كالاحتشاش والاصطياد

ويتخرج لنا أن لايجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة بناء على انه زكاة والاول أصح

(فصل) وباقي الركاز لواجده لما ذكرنا ولان عمر وعليا رضي الله عنهما دفعا باقي الركاز بعد الخمس الى واجده ولانه مال كافر مظهور عليه فكان لواجده بعد الخمس كالغنيمة وقد ذكرنا الخلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (إن وجده في موات أو أرض لايعلم مالكها وإن علم مالكها أو كانت منتقلة اليه فهو له أيضاً وعنه انه لمالكها أو لمن انتقلت عنه إن اعترف به وإلا فهو لأول مالك وإن وجده في أرض حربي ملكه إلا أن لايقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين فيكون غنيمة)

وجملة ذلك أن موضع الركاز لايخلو من أربعة أقسام أحدها أن يجده في موات أو أرض لا يعلم لها

فبلغ ذلك عمر فأمضاه لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى أمير المؤمنين قال : وقد أمضيناه لهم. وعن الاحوص ابن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها بل عسكروا على نهر الاربد فأحيوه فأمضاه لهم عمر وعثمان ، وقد كان منهم ناس تعدوا اذ ذاك إلى جسر الاربد الذي على باب الرستن فعسكروا في مرجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين ، فلما بلغهم ماأمضاه عمر للمعسكرين على نهر الاربد سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع وكتبوا إلى عمر فيه ، فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الرستن ، فلم تزل تلك القطائع على شاطيء الاربد وعلى باب حمص وعلى باب الرستن ماضية لأهلها لاخراج عليها تؤدى العشر

(فصل) وهذا الذي ذكرناه في الارض المغلة ، فأما المساكن فلا بأس بحيازتها وبيعها وشرائها وسكناها . قال أبو عبيد : ماعلمنا أحداً كره ذلك ، وقد اقتسمت الكوفة خططا في زمن عمر رضي الله عنه باذنه والبصرة وسكنهما أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان فما عاب ذلك أحد ولا أنكره

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ فما كان من الصلح ففيه الصدقة ﴾

يعني ماصولحوا عليه على أن ملكه لأهله وانما عليهم خراج معلوم فهذا الخراج في حكم الجزية فتى أسلموا سقط عنهم ، وإن انتقلت إلى مسلم لم يكن عليها خراج ، وفي مثله جاء عن العلاء بن الحضرمي قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى البحرين وإلى هجر فكنت آتي الحائط تكون بين الاخوة يسلم أحدهم

مالكا كالارض التي يوجد فيها آثار الملك من الابنية القديمة والتلول وجدران الجاهلية وقبورهم فهذا فيه الخمس بغير خلاف فيه الا ماذكرنا ولو وجده في هذه الارض على وجهها أو في طريق غير مسلوك أو قرية خراب فهو كذلك في الحكم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال «ماكان في طريق مأتي أو في قرية عامرة ففيه وفي الركاز الخمس» رواه النسائي

(القسم الثاني) أن يجده في ملكه المنتقل اليه فهو له في إحدى الروايتين لأنه مال كافر مظهور عليه في الاسلام فكان لمن ظهر عليه كالغنائم ولان الركاز لا يملك بملك الارض لأنه مودع فيها وإنما يملك بالظهور عليه وهذا قد ظهر عليه فوجب أن يملكه والرواية الثانية هو للمالك قبله ان اعترف به وإن لم يعترف به فهو للذي قبله كذلك الى أول مالك وهذا مذهب الشافعي لانه كانت يده على الدار فكانت على مافيها وان انتقلت الدار بالميراث حكم بأنه ميراث فان اتفق الورثة على انه لم يكن لمورثهم فهو لاول مالك فان لم يعرف أول مالك فهو كالمال الضائع الذي لايعرف له مالك والاول أصح إن شاء الله لان الركاز لايملك بملك الدار لانه ليس من اجزائها وانما هو مودع فيها فهو كالمباحات من الحطب والحشيش والصيد يجده في أرض غيره فيأخذه لكن ان ادعى المالك الذي

فآخذ من المسلم العشر ، ومن المشرك الخراج . رواه ابن ماجه ، فهذا في أحد هذين البلدين لانهما فتحا صلحاً ، وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة فهي ملك لهم ليس عليهاخراج ولاشيء أما الزكاة فهي واجبة على كل مسلم ، ولا خلاف في وجوب العشر في الخارج من هذه الارض .قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن كل أرض أسلم أهلها عليها قبل قهرهم عليها أنها لهم وأن أحكامهم أحكام المسلمين وأن عليهم فيما زرعوا فيها الزكاة

﴿مسئلة﴾ قال ﴿وما كان عنوة أدي عنها الخراج وزكي ما بقي اذا كان خمسة أوسق وكان لمسلم﴾

يعني مافتح عنوة ووقف على المسلمين وضرب عليهم خراج معلوم فانه يؤدي الخراج من غلته وينظر في باقيها، فان كان نصابا ففيه الزكاة اذا كان لمسلم ، وإن لم يبلغ نصابا أو بلغ نصابا ولم يكن لمسلم فلا زكاة فيه ، فان الزكاة لاتجب على غير المسلمين وكذلك الحكم في كل أرض خراجية ، وهذا قول عمر ابن عبد العزيز والزهري ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي ومالك والثوري ومغيرة والليث والحسن ابن صالح وابن أبي ليلى وابن المبارك والشافعي واسحاق وأبي عبيد . وقال أصحاب الرأي: لا عشر في الارض الخراجية لقوله عليه السلام «لايجتمع العشر والخراج في أرض مسلم» ولانهما حقان سببهما متنافيان فلا يجتمعان كزكاة السوم والتجارة ، والعشر وزكاة القيمة. وبيان تنافيهما أن الخراج وجب عقوبة لأنه جزية الارض والزكاة وجبت طهرة وشكراً

انتقل عنه المالك انه له فالقول قوله لان يده كانت عليه بكونه على محله وان لم يدعه فهو لواجده وان اختلف الورثة فادعى بعضهم أنه لمورثهم وأنكر البعض فحكم من أنكر في نصيبه حكم المالك الذي لم يعترف به وحكم المدعين حكم المالك المعترف

(القسم الثالث) أن يجده في ملك آدمي معصوم مسلم أو ذمي فعن احمد مايدل على أنه لصاحب الدار فانه قال فيمن استأجر حفاراً ليحفر له في داره فأصاب كنزاً عاديا فهو لصاحب الدار وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، ونقل عن احمد مايدل على أنه لواجده لأنه قال في مسألة من استأجر أجيراً ليحفر له في داره فأصاب في الدار كنزاً فهو للاجير ، نقل عنه ذلك محمد بن يحيى الكحال . قال القاضي هو الصحيح ، وهذا يدل أن الركاز لواجده وهو قول الحسن بن صالح وأبي ثور واستحسنه أبو يوسف ، وذلك لان الكنز لايملك بملك الدار على ماذكرنا في القسم الذي قبله ، لكن إن ادعاه المالك فالقول قوله لأن يده عليه بكونها على محله وإن لم يدعه فهو لواجده . وقال الشافعي : هو لمالك الدار إن اعترف به وإلا فهو لأول مالك ، ويخرج لنا مثل ذلك على ذكرنا في القسم الثاني ، وإن استأجر حفاراً ليحفر له طلباً لكنز يجده فوجده فهو للمستأجر لأنه استأجره لذلك أشبه مالو استأجره ليحتش له أو ليصطاد ، فان الحاصل من ذلك للمستأجر دون الاجير، وإن استأجره لأمر غير طلب الركاز فالواجد له هو الاجير وهكذا قال الاوزاعي

ولنا قول الله تعالى (ومما أخرجنا لكم من الارض) وقول النبي ﷺ «فيما سقت السماء العشر» وغيره من عمومات الاخبار . قال ابن المبارك : يقول الله (ومما أخرجنا لكم من الارض) ثم قال نترك القرآن لقول أبي حنيفة ؟ ، ولأنهما حقان يجبان لمستحقين يجوز وجوب كل واحد منهما على المسلم فجاز اجتماعهما كالكفارة والقيمة في الصيد الحرمي المملوك وحديثهم يرويه يحيى بن عنبسة وهو ضعيف عن أبي حنيفة ثم نحمله على الخراج الذي هو جزية ، وقول الخرقي وكان لمسلم يعني أن الزكاة لا تجب على صاحب الارض اذا لم يكن مسلماً ، وليس عليه فى أرضه سوى الخراج . قال احمد رحمه الله : ليس فى أرض أهل الذمة صدقة ، انما قال الله تعالى (صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) فأي طهرة للمشركين ، وقولهم ان سببيهما يتنافيان غير صحيح ، فان الخراج أجرة الارض والعشر زكاة الزرع ، ولا يتنافيان كما لو استأجر أرضاً فزرعها ، ولو كان الخراج عقوبة لما وجب على مسلم كالجزية

(فصل) فان كان فى غلة الارض مالا عشر فيه كالثمار التي لا زكاة فيها والخضروات وفيها زرع فيه الزكاة جعل ما لا زكاة فيه فى مقابلة الخراج وزكى ما فيه الزكاة اذا كان ما لا زكاة فيه وافيا بالخراج وان لم يكن لها عليه الا ما تجب فيه الزكاة أدى الخراج من غلتها وزكى ما بقي ، وهذا قول عمر بن عبد العزيز اذا كان مالا زكاة فيه وافياً بخراج ، وإن لم يكن لها غلة إلا ما تجب فيه الزكاة أدى الخراج من غلتها

روى أبو عبيد عن ابراهيم بن أبي عبلة قال : كتب عمر بن عبد العزيز إلى عبدالله بن أبي عوف عامله على فلسطين فيمن كانت فى يده أرض يحرثها من المسلمين أن يقبض منها جزيتها ثم يأخذ منها زكاة مابقي بعد الجزية . قال ابن أبي عبلة : أنا ابتليت بذلك ، ومني أخذوا ذلك لان الخراج من مؤنة الارض فيمنع وجوب الزكاة في قدره كما قال احمد : من استدان ما أنفق على زرعه ، واستدان ما أنفق على أهله ، احتسب ما أنفق على زرعه دون ما أنفق على أهله لانه من مؤنة الزرع ، وبهذا قال ابن عباس وقال عبدالله بن عمر : يحتسب بالدينين جميعاً ثم يخرج مما بعدهما ، وحكي عن احمد أن الدين كله يمنع الزكاة في الاموال الظاهرة ، فعلى هذه الرواية يحسب كل دين عليه ثم يخرج العشر مما

(فصل) وإن اكترى داراً فوجد فيها ركازاً فهو لواجده في أحد الوجهين ، وفي الآخر هو المالك بناء على الروايتين فيمن وجد ركازاً في ملك انتقل اليه ، وإن اختلفا فقال كل واحد منهما هذا كان لي فعلى وجهين أيضاً (أحدهما) القول قول المالك لأن الدفن تابع للارض (والثاني) القول قول المكتري لان هذا مودع في الارض وليس منها فكان القول قول من يده عليها كالقماش

(القسم الرابع) أن يجده في أرض الحرب ، فان لم يقدر عليه إلا بجماعة المسلمين فهو غنيمة لهم وإن قدر عليه بنفسه فهو لواجده حكمه حكم مالو وجده في موات من أرض المسلمين . وقال أبو حنيفة والشافعي : إن عرف مالك الارض وكان حربياً فهو غنيمة أيضاً لانه في حرز مالك معين أشبه مالو أخذه من بيت أو خزانة

بقي إن بلغ نصابا وان لم يبلغ نصابا فلا عشر فيه ، وذلك لان الواجب زكاة فمنع الدين وجوبها كزكاة الاموال الباطنة ولأنه دين فمنع وجوب العشر كالخراج وما أنفقه على زرعه والفرق بينهما على الرواية الاولى أن ما كان من مؤنة الزرع فالحاصل فى مقابلته يجب صرفه الى غيره فكأنه لم يحصل

(فصل) ومن استأجر أرضاً فزرعها فالعشر عليه دون مالك الارض ، وبهذا قال مالك والثوري وشريك وابن المبارك والشافعي وابن المنذر. وقال أبو حنيفة : هو على مالك الارض لانه من مؤنتها أشبه الخراج

ولنا أنه واجب في الزرع فكان على مالكه كزكاة القيمة فيما اذا أعده للتجارة وكعشر زرعه في ملكه ، ولا يصح قولهم إنه من مؤنة الارض لانه لو كان من مؤنتها لوجب فيها وان لم تزرع كالخراج ولوجب على الذمي كالخراج ولتقدر بقدر الارض لا بقدر الزرع ، ولوجب صرفه إلى مصارف الفيء دون مصرف الزكاة ، ولو استعار أرضاً فزرعها فالزكاة على صاحب الزرع لانه مالكه وإن غصبها فزرعها وأخذ الزرع فالعشر عليه أيضاً لأنه ثبت على مالكه ، وإن أخذها مالكها قبل اشتداد حبه فالعشر عليه وإن أخذه بعد ذلك احتمل أن يجب عليه أيضاً لان أخذه اياه استند الى أول زرعه فكأنه أخذه من تلك الحال ، ويحتمل أن تكون زكاته على الغاصب لانه كان ملكا له حين وجوب عشره وهو حين اشتداد حبه ، وإن زارع رجلا مزارعة فاسدة فالعشر على من يجب الزرع له ، وإن كانت صحيحة فعلى كل واحد منهما عشر حصته إن بلغت خمسة أوسق أو كان له من الزرع ما يبلغ بضمه اليها خمسة أوسق وإلا فلا عشر عليه ، وإن بلغت حصة أحدهما دون صاحبه النصاب فعلى من بلغت حصته النصاب عشرها ولا شيء على الآخر لان الخلطة لا تؤثر في غير السائمة في الصحيح ونقل عن احمد أنها تؤثر فيلزمهما العشر اذا بلغ الزرع جميعه خمسة أوسق ويخرج كل واحد منهما عشر نصيبه إلا أن يكون أحدهما ممن لا عشر عليه كالمكاتب والذمي فلا يلزم شريكه عشراً إلا أن تبلغ حصته نصابا وكذلك الحكم في المساقاة

(فصل) ويكره لمسلم بيع أرضه من ذمي واجارتها منه لافضائه الى اسقاط عشر الخارج منها قال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن المسلم يؤجر أرض الخراج من الذمي قال لا يؤجر من الذمي انما عليه الجزية وهذا ضرر وقال في موضع آخر لأنهم لا يؤدون الزكاة فان آجرها منه ذمي أو باع أرضه التي لا خراج عليها ذمياً صح البيع والاجارة وهذا مذهب الثوري والشافعي وشريك وأبي عبيد

ولنا أنه ليس لموضعه مالك محترم أشبه ما لو لم يعرف مالكه ويخرج لنا مثل قولهم بناء على قولنا أن الركاز في دار الاسلام يكون لمالك الارض

﴿ مسألة ﴾ (والركاز ما وجد من دفن الجاهلية عليه علامتهم ، فان كان عليه علامة المسلمين أو لم تكن عليه علامة فهو لقطة)

الدفن بكسر الدال المدفون والركاز هو المدفون في الارض واشتقاقه من ركز يركز اذا أخفى

وليس عليهم فيها عشر ولا خراج قال حرب سألت أحمد عن الذمي يشتري أرض العشر قال لا أعلم عليه شيئاً إنما الصدقة كهيئة مال الرجل وهذا المشتري ليس عليه وأهل المدينة يقولون في هذا قولا حسنا يقولون لا نترك الذمي يشتري أرض العشر وأهل البصرة يقولون قولا عجيباً يقولون يضاعف عليهم وقد روي عن أحمد أنهم يمنعون من شرائها اختارها الخلال وصاحبه وهو قول مالك وصاحبه فان اشتروها ضوعف عليهم العشر وأخـذ منهم الخمس لأن في اسقاط العشر من غلة هـذه الارض أضراراً بالفقراء وتقليلا لحقهم فاذا تعرضوا لذلك ضوعف عليهم العشر كما لو اتجروا بأموالهم الى غير بلدهم ضوعفت عليهم الزكاة فأخذ منهم نصف العشر وهذا قول أهل البصرة وأبي يوسف ويروى ذلك عن الحسن ، وعبيـد الله بن الحسن العنبري ، وقال محمد بن الحسن : العشر بحاله ، وقال أبو حنيفة تصير أرض خراج

ولنا أن هذه أرض لا خراج عليها فلا يلزم فيها الخراج ببيعها كما لو باعها مسلما ولأنها مال مسلم يجب الحق فيه للفقراء عليه فلم يمنع من بيعه للذمي كالسائمة واذا ملكها الذمي فلا عشر عليه فيما يخرج منها لأنها زكاة فلا تجب على الذمي كزكاة السائمة وماذكره يبطل بالسائمة فان الذمي يصح أن يشتريها وتسقط الزكاة منها وماذكروه من تضعيف العشر فتحكم لا نص فيه ولا قياس

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وتضم الحنطة الى الشعير وتزكى اذا كانت خمسة أوسق وكذلك القطنيات ، وكذلك الذهب والفضة ﴾

وعن أبي عبدالله رواية أخرى انها لا تضم وتخرج من كل صنف إن كان منصباً للزكاة. القطنيات بكسر القاف جمع قطنية ويجمع أيضاً قطاني قال أبو عبيد هي صنوف الحبوب من العـدس ، والحمص والارز ، والجلبـان ، والجلجلان يعني السمسم، وزاد غيره الدخن واللوبيا والفول والماش وسميت قطنية فعلية من قطن يقطن في البيت أي يمكث فيه. ولا خلاف بين أهل العلم في غير الحبوب والثمار انه لا يضم جنس الى جنس آخر في تكميل النصاب فالماشية ثلاثة أجناس الابل والبقر والغنم لا يضم جنس منها الى آخر والثمار لا يضم جنس الى غيره فلا يضم التمر الى الزبيب، ولا الى اللوز، والفستق، والبندق، ولا يضم شيء من هذه الى غيره ولا تضم الأثمار الى شيء من السائمة ولا من الحبوب والثمار ولا خلاف بينهم في أن أنواع الاجناس يضم بعضها الى بعض في اكمال النصاب ولا خلاف بينهم أيضاً في أن العروض تضم

يقال ركز الرمح اذا غرز أسفله في الارض ومنه الركز وهو الصوت الخفي ، قال الله تعالى (أو تسمع لهم ركزاً) والركاز الذي يتعلق به وجوب الخمس ماكان من دفن الجاهلية ، هذا قول الحسن والشعبي ومالك والشافعي وأبي ثور ، ويعتبر ذلك بأن يرى عليـه علامتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصلبهم وصور أصنامهم ونحو ذلك لان الظاهر أنه لهم ، فان كان عليه علامة الاسلام أو اسم النبي ﷺ أو

الى الأثمان وتضم الأثمان اليها إلا أن الشافعي لا يضمها إلا الى جنس ما اشتريت به لان نصابها معتبر به

واختلفوا في ضم الحبوب بعضها الى بعض وفي ضم أحد النقدين الى الآخر فروي عن أحمد في في الحبوب ثلاث روايات إحداهن لا يضم جنس منها الى غيره ويعتبر النصاب في كل جنس منها منفرداً هذا قول عطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والحسن بن صالح وشريك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي لأنها أجناس فاعتبر النصاب في كل جنس منها منفرداً كالثمار أيضاً والمواشي

والرواية الثانية أن الحبوب كلها تضم بعضها الى بعض في تكميل النصاب اختارها أبو بكر وهذا قول عكرمة وحكاه ابن المنذر عن طاوس وقال أبو عبيد لا نعلم أحداً من الماضين جمع بينهما الا عكرمة وذلك لأن النبي ﷺ قال « لا زكاة في حب ولا تمر حتى يبلغ خمسة أوسق » ومفهومه وجوب الزكاة فيه اذا بلغ خمسة أوسق ولأنها تتفق في النصاب وقدر المخرج والمنبت والحصاد فوجب ضم بعضها الى بعض كأنواع الجنس وهذا الدليل منتقض بالثمار

والثالثة أن الحنطة تضم الى الشعير وتضم القطنيات بعضها الى بعض نقلها أبو الحارث عن أحمد وحكاها الخرقي قال القاضي وهذا هو الصحيح وهو مذهب مالك والليث إلا انه زاد فقال السلت والذرة والدخن والارز والقمح والشعير صنف واحد ولعله يحتج بأن هذا كله مقتات فيضم بعضه الى بعض كأنواع الحنطة وقال الحسن والزهري تضم الحنطة الى الشعير لأنها تتفق في الاقتيات والمنبت والحصاد والمنافع فوجب ضمها كما يضم العلس الى الحنطة وأنواع الجنس بعضها الى بعض، والرواية الاولى أولى إن شاء الله تعالى لانها أجناس يجوز التفاضل فيها فلم يضم بعضها الى بعض كالثمار ولا يصح القياس على العلس مع الحنطة لانه نوع منها ولا على أنواع الجنس لأن الانواع كلها جنس واحد يحرم التفاضل فيها وثبت حكم الجنس في جميعها بخلاف الاجناس واذا انقطع القياس لم يجز إيجاب الزكاة بالتحكم ولا بوصف غير معتبر ثم هو باطل بالثمار فانها تتفق فيما ذكروه ولا يضم بعضها الى بعض ولأن الاصل عدم الوجوب فما لم يرد بالايجاب نص أو إجماع أو معناهما لا يثبت إيجابه والله أعلم ولا خلاف فيما نعلمه في ضم الحنطة الى العلس لأنه نوع منها وعلى قياسه السلت يضم الى الشعير لأنه منه

(فصل) ولا تفريع على الروايتين الاوليين لوضوحهما

فأما الثالثة وهي ضم الحنطة الى الشعير والقطنيات بعضها الى بعض فان الذرة تضم الى الدخن

أحمد من خلفاء المسلمين أو ولاتهم أو آية من القرآن ونحو ذلك فهو لقطة لانه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه ، وإن كان على بعضه علامة الاسلام وعلى بعضه علامة الكفر فكذلك نص عليه احمد في رواية ابن منصور لان الظاهر أنه صار إلى مسلم ولم يعلم زواله عن ملكه فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين وكذلك إن لم يكن عليه علامة فهو لقطة تغليباً لحكم الاسلام إلا أن يجده في ملك انتقل اليه فيدعيه

لتقاربهما في المقصد فانهما يتخذان خبزاً وادما وقد ذكرا من جملة القطنيات أيضاً فيضمان اليها وأما البزور فلا تضم الى القطنيات ولكن الابازير يضم بعضها الى بعض لتقاربها في المقصد فأشبهت القطنيات وحبوب البقول لاتضم الى القطنيات ولا الى البزور فما تقارب منها ضم بعضه الى بعض ومالا فلا وما شككنا فيه لايضم لان الاصل عدم الوجوب فلا يجب بالشك والله أعلم

(فصل) وذكر الخرقي في ضم الذهب الى الفضة روايتين وقد ذكرناهما فيما مضى واختار أبو بكر أنه لايضم أحدهما إلى الآخر مع اختياره الضم في الحبوب لاختلاف نصابهما واتفاق نصاب الحبوب

(فصل) ومتى قلنا بالضم فان الزكاة تؤخذ من كل جنس على قدر مايخصه ، ولا يؤخذ من جنس عن غيره ، فاننا اذا قلنا في أنواع الجنس يؤخذ من كل نوع مايخصه فأولى أن يعتقد ذلك في الاجناس المختلفة مع تفاوت مقاصدها إلا الذهب والفضة ، فان في اخراج أحدهما عن الآخر روايتين

(فصل) ويضم زرع العام الواحد بعضه إلى بعض في تكميل النصاب سواء اتفق وقت زرعه وادراكه أو اختلف ، ولو كان منه صيفي وربيعي ضم الصيفي إلى الربيعي، ولو حصدت الذرة والدخن ثم نبتت أصولهما يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب لان الجميع زرع عام واحد فضم بعضه إلى بعض كما لو تقارب زرعه وادراكه .

(فصل) وتضم ثمرة العام الواحد بعضها الى بعض سواء اتفق وقت اطلاعها وادراكها أو اختلف فيقدم بعضها على بعض في ذلك، ولو أن الثمرة جدت ثم أطلعت الاخرى وجدت ضمت إحداهما الى الاخرى فان كان له نخل يحمل في السنة حملين ضم أحدهما إلى الآخر ، وقال القاضي لايضم وهو قول الشافعي لانه حمل ينفصل عن الاول فكان حكمه حكم حمل عام آخر ،وإن كان له نخل يحمل مرة ونخل يحمل مرتين ضممنا الحمل الاول الى الحمل المنفرد ولم يجب في الثاني شيء إلا أن يبلغ بمفرده نصابا والصحيح أن أحد الحملين يضم إلى الآخر ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأنهما ثمرة عام واحد فيضم بعضها إلى بعض كزرع العام الواحد وكالذرة التي تنبت مرتين ولان الحمل الثاني يضم الى الحمل المنفرد لو لم يكن حمل أول فكذا اذا كان ، فان وجود الحمل الاول لايصلح أن يكون مانعاً بدليل حمل الذرة الأول وماذكره من الانفصال يبطل بالذرة والله أعلم بالصواب

المالك قبله بلا بينة ولا صفة فهل يدفع اليه ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن تيمية في كتاب المحرر (احداهما) لايدفع اليه كاللقطة (والثانية) يدفع اليه لأنه تبع للملك ، فان كان على بعضه علامة الكفار وليس على بعضه علامة فينبغي أن يكون ركازاً لان الظاهر أنه ملك الكفار

باب زكاة الذهب والفضة

وهي واجبة بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم) الآية . ولا يتوعد بهذه العقوبة إلا على ترك واجب .

وأما السنة فما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « مامن صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي منها حقها الا اذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فاحمي عليها في نار جهنم فيكوى بها جنبه وجبهته وظهره كلما بردت أعيدت عليه في يوم كان مقداره خمسين الف سنة حتى يقضي الله بين العباد » أخرجه مسلم ، وروى البخاري وغيره في كتاب أنس « وفي الرقة ربع العشر فان لم يكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شيء الا أن يشاء ربها » والرقة هي الدراهم المضروبة ، وقال النبي ﷺ « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » متفق عليه وأجمع أهل العلم على أن في مائتي درهم خمسة دراهم وعلى أن الذهب اذا كان عشرين مثقالا وقيمته مائتا درهم أن الزكاة تجب فيه الا ما اختلف فيه عن الحسن

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ولا زكاة فيما دون المائتين الا أن يكون في ملكه ذهب أو عروض للتجارة فيتم به)

وجملة ذلك أن نصاب الفضة مائتا درهم لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام وقد بينته السنة التي رويناها بحمد الله ، والدراهم التي يعتبر بها النصاب هي الدراهم التي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل بمثقال الذهب وكل درهم نصف مثقال وخمسه ، وهي الدراهم الاسلامية التي تقدر بها نصب الزكاة ومقدار الجزية والديات ونصاب القطع في السرقة وغير ذلك وكانت الدراهم في صدر الاسلام صنفين

﴿ باب زكاة الأثمان ﴾

وهي الذهب والفضة ، والاصل في وجوبها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم) وأما السنة فما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « مامن صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي منها حقها إلا اذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فأحمي عليها في نار جهنم فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى بين العباد » أخرجه مسلم إلى غير ذلك من الاحاديث ، وأجمع المسلمون على أن في مائتي درهم خمسة دراهم ، وعلى أن الذهب اذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم أن الزكاة تجب فيه إلا مااختلف فيه عن الحسن

﴿ مسئلة ﴾ (ولا شيء في الذهب حتى يبلغ عشرين مثقالا فيجب فيه نصف مثقال)

سوداً وطبرية وكانت السود ثمانية دوانيق والطبرية أربعة دوانيق فجمعا في الاسلام وجعلا درهمين متساويين في كل درهم ستة دوانيق فعل ذلك بنو أمية فاجتمعت فيها ثلاثة أوجه أحدها أن كل عشرة وزن سبعة ، والثاني انه عدل بين الصغير والكبير ، والثالث أنه موافق لسنة رسول الله ﷺ ودرهمه الذي قدر به المقادير الشرعية، ولا فرق في ذلك بين التبر والمضروب ومتى نقص النصاب عن ذلك فلا زكاة فيه سواء كان كثيراً أو يسيراً هذا ظاهر كلام الخرقي ومذهب الشافعي واسحاق وابن المنذر لظاهر قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » والأوقية أربعون درهما بغير خلاف فيكون ذلك مائتي درهم وقال غير الخرقي من أصحابنا ان كان النقص يسيرا كالحبة والحبتين وجبت الزكاة لانه لا يضبط غالبا فهو كنقص الحول ساعة أوساعتين، وان كان نقصاً بيناً كالدانق والدانقين فلا زكاة فيه وعن أحمد أن نصاب الذهب اذا نقص ثلث مثقال زكاه ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسفيان وان نقص نصفا لازكاة فيه وقال أحمد في موضع آخر ان نقص ثمنا لازكاة فيه اختاره أبو بكر وقال مالك اذا نقصت نقصاً يسيراً يجوز جواز الوازنة وجبت الزكاة ، لانها تجوز جواز الوازنة أشبهت الوازنة ، والاول ظاهر الخبر فينبغي أن لا يعدل عنه فاما قوله : الا أن يكون في ملكه ذهب أو عروض للتجارة فيتم به فان عروض التجارة تضم الى كل واحد من الذهب والفضة ويكمل به نصابه لا نعلم فيه اختلافا قال الخطابي ولا أعلم عامتهم اختلفوا فيه وذلك لان الزكاة انما تجب في قيمتها فتقوم بكل واحد منهما فتضم الى كل واحد منهما ولو كان له ذهب وفضة وعروض وجب ضم الجميع بعضه الى بعض في تكميل النصاب لان العرض مضموم الى كل واحد منهما فيجب ضمهما اليه وجمع الثلاثة فاما ان كان له من كل واحد من الذهب والفضة مالا يبلغ نصابا بمفرده أو كان له نصاب من أحدهما وأقل من نصاب من الآخر فقد توقف أحمد عن ضم أحدهما الى الآخر في رواية الأثرم وجماعة وقطع في رواية حنبل انه لا زكاة عليه حتى يبلغ كل واحد منهما نصابا وذكر الخرقي فيه روايتين في الباب قبله احداهما لا يضم

لا يجب في الذهب زكاة إلا أن يبلغ عشرين مثقالا ، إلا أن يتم بعرض تجارة أو ورق على ما فيه من الخلاف . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الذهب اذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم ان الزكاة تجب فيها إلا ماحكي عن الحسن أنه قال . لاشيء فيها حتى تبلغ أربعين ، وأجمعوا على أنه اذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ قيمة مائتي درهم فلا زكاة فيه . وقال عامة الفقهاء : نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها ، وحكي عن عطاء وطاوس والزهري وسليمان بن حرب وأيوب السختياني أنهم قالوا . هو معتبر بالفضة فما كان قيمته مائتي درهم ففيه الزكاة وإلا فلا لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ تقدير في نصابه فثبت أنه حمله على الفضة

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب ، ولا في أقل من مائتي درهم صدقة » رواه أبو عبيد

وهو قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور واختاره أبو بكر عبدالعزيز لقوله عليه السلام «ليس فيما دون خمس اواق صدقة» ولانهما مالان يختلف نصابهما فلا يضم أحدهما الى الآخر كأجناس الماشية ، والثانية يضم أحدهما الى الاخر في تكميل النصاب وهو قول الحسن وقتادة ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي لان أحدهما يضم الى مايضم اليه الآخر فيضم الى الاخر كانواع الجنس ولان نفعهما واحد والاصول فيهما متحدة فانهما قيم المتلفات وأروش الجنايات وأثمان البياعات وحلي لمن يريدهما لذلك فاشبه النوعين والحديث مخصوص بعرض التجارة فنقيس عليه ، فاذا قلنا بالضم فان أحدهما يضم الى الآخر بالاجزاء يعني أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه فاذا كملت اجزاؤهما نصابا وجبت الزكاة مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما ونصف نصاب أو اكثر من الاخر أو ثلث من أحدهما وثلثان أو أكثر من الآخر فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير وجبت الزكاة فيهما وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما سئل احمد عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم فقال: انما قال من قال فيها الزكاة اذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد والاوزاعي لان كل واحد منهما لا تعتبر قيمته في وجوب الزكاة اذا كان منفرداً فلا تعتبر اذا كان عنده عشرة دنانير مضمومة كالحبوب والثمار وأنواع الاجناس كلها ، وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي أنها تضم بالأحوط من الاجزاء والقيمة ومعناه أنه يقوم الغالي منهما بقيمة الرخيص ، فاذا بلغت قيمتهما بالرخيص منهما نصابا وجبت الزكاة فيهما ، فلو ملك مائة درهم وسبعة دنانير قيمتها مائة درهم أو عشرة دنانير وسبعين درهما قيمتها عشرة دنانير وجبت الزكاة فيهما ، وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة لان كل نصاب وجب فيه ضم الذهب الى الفضة ضم بالقيمة كنصاب القطع في السرقة ولان أصل الضم لتحصيل حظ الفقراء فكذلك صفة الضم ، والاول أصح لأن الأثمان تجب الزكاة في أعيانها فلا تعتبر قيمتها كما لو انفردت ، ويخالف نصاب القطع فان نصاب القطع فيه الورق خاصة في احدى الروايتين ، وفي الاخرى أنه لا يجب في الذهب حتى يبلغ ربع دينار والله أعلم

وروى ابن ماجه عن عمر وعائشة أن رسول الله ﷺ كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار، ومن الاربعين دينار اً وروى سعيد والأثرم عن علي: على كل أربعين ديناراً دينار وفي كل عشرين ديناراً نصف دينار ورواه غيرهما مرفوعا ، ولانه مال تجب الزكاة في عينه فلم يعتبر بغيره كسائر الاموال الزكوية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا في الفضة حتى تبلغ مائتي درهم فيجب فيها خمسة دراهم)

لايجب فيما دون المائتي درهم من الفضة صدقة ، لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » متفق عليه . والاوقية أربعون درهما ، فاذا بلغت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم لاخلاف بين العلماء في ذلك ، والواجب فيه ربع العشر بغير خلاف ، وقد روى البخاري باسناده في كتاب أنس «وفي الرقة ربع العشر ، فان لم تكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شيء إلا أن

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وكذلك دون العشرين مثقالا ﴾

يعني أن مادون العشرين لازكاة فيه إلا أن يتم بورق أو عروض تجارة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الذهب اذا كان عشرين مثقالا قيمتها مئتا درهم أن الزكاة تجب فيها إلا ماحكي عن الحسن أنه قال : لازكاة فيها حتى تبلغ أربعين ، وأجمعوا على أنه اذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ مائتي درهم فلا زكاة فيه . وقال عامة الفقهاء : نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها إلا ماحكي عن عطاء وطاوس والزهري وسليمان بن حرب وأيوب السختياني أنهم قالوا : هو معتبر بالفضة فما كان قيمته مائتي درهم ففيه الزكاة وإلا فلا لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ تقدير في نصابه فثبت أنه حمله على الفضة . ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب ولا في أقل من مائتي درهم صدقة » رواه أبو عبيد وروى ابن ماجه عن عمر وعائشة أن النبي ﷺ كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ، ومن الاربعين ديناراً . وروى سعيد والاثرم عن علي على كل أربعين ديناراً دينار، وفي كل عشرين ديناراً نصف دينار، ورواه غيرهما مرفوعا إلى النبي ﷺ ، ولأنه مال تجب الزكاة في عينه فلم يعتبر بغيره كسائر الاموال الزكوية

(فصل) ومن ملك ذهباً أو فضة مغشوشة أو مختلطا بغيره فلا زكاة فيه حتى يبلغ قدر الذهب والفضة نصابا لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » فان لم يعلم قدر مافيه منهما وشك هل بلغ نصابا أو لا — خير بين سبكهما ليعلم قدر مافيه منهما وبين أن يستظهر ويخرج ليسقط الفرض بيقين فان أحب ان يخرج إستظهاراً فاراد إخراج الزكاة من المغشوشة نظرت فان كان الغش لايختلف مثل أن يكون الغش في كل دينار سدسه وعلم ذلك جاز ان يخرج منها

يشاء ربها » الرقة الدراهم المضروبة والدراهم التي يعتبر بها النصاب هي الدراهم التي كل عشرة منها سبعة مثاقيل بمثقال الذهب ، وكل درهم نصف مثقال وخمسه وهي الدراهم الاسلامية التي يقدر بها نصب الزكاة ومقدار الجزية والديات ونصاب القطع في السرقة وغير ذلك ، وكانت الدراهم في صدر الاسلام صنفين سوداً وطبرية ، وكانت السود ثمانية دوانيق، والطبرية أربعة دوانيق فجمعا في الاسلام وجعلا درهمين متساويين كل درهم ستة دوانيق فعل ذلك بنو أمية ولا فرق في ذلك بين التبر والمضروب ، ومتى نقص النصاب فلا زكاة فيه . هذا ظاهر كلام الخرقي لظاهر الحديث. قال أصحابنا إلا أن يكون نقصاً يسيراً وقد ذكرنا الخلاف فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا زكاة في مغشوشها حتى يبلغ قدر مافيه نصابا)

من ملك ذهباً أو فضة مغشوشاً أو مختلطاً بغيره فلا زكاة فيه حتى يبلغ قدر الذهب والفضة نصابا لما ذكرنا من الاحاديث

لانه يكون مخرجا لربع العشر ، وإن اختلف قدر مافيها أو لم يعلم لم يجزه الاخراج منها إلا أن يستظهره بحيث يتيقن أن ماأخرجه من الذهب محيط بقدر الزكاة ، وإن أخرج عنها ذهباً لاغش فيه فهو أفضل ، وإن أراد اسقاط الغش واخراج الزكاة عن قدر مافيه من الذهب كمن معه أربعة وعشرون ديناراً سدسها غش فأسقط السدس أربعة وأخرج نصف دينار عن عشرين جاز لأنه لوسبكها لم يلزمه إلا ذلك ، ولأن غشها لازكاة فيه إلا أن يكون فضة وله من الفضة مايتم به النصاب ، أو له نصاب سواه فيكون عليه زكاة الغش حينئذ ، وكذلك إن قلنا بضم أحد النقدين إلى الآخر، واذا ادعى رب المال أنه يعلم الغش أو أنه استظهره وأخرج الفرض قبل منه بغير يمين ، وإن زادت قيمة المغشوش بالغش فصارت قيمة العشرين تساوي اثنين وعشرين فعليه اخراج ربع عشرها مماقيمته كقيمتها لان عليه اخراج زكاة المال الجيد من جنسه بحيث لاينقص عن قيمته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ فاذا تمت ففيها ربع العشر ﴾

يعني اذا تمت الفضة مائتين والدنانير عشرين فالواجب فيها ربع عشرها ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن زكاة الذهب والفضة ربع عشرها فقد ثبت ذلك بقوله عليه السلام « في الرقة ربع العشر »

﴿ مسألة ﴾ (فان شك فيه خير بين سبكه وبين الاخراج)

اذا شك في بلوغ قدر مافي المغشوش من الذهب والفضة نصابا خير بين سبكهما ليعلم قدر مافيهما وبين أن يستظهر ويخرج ليسقط الفرض بيقين ، فان أحب أن يخرج استظهاراً فأراد اخراج الزكاة من المغشوشة وكان الغش لايختلف مثل أن يكون الغش في كل دينار سدسه ، وعلم ذلك جاز أن يخرج منها لانه يكون مخرجا لربع العشر ، وإن اختلف قدر مافيها أو لم يعلم لم يجزه الاخراج منها إلا أن يستظهر باخراج مايتيقن أن فيما أخرجه من العين قدر الزكاة ، فان أخرج عنها ذهباً أو فضة لاغش فيه فهو أفضل ، وإن أراد اسقاط الغش واخراج الزكاة عن قدر مافيه من الذهب والفضة كمن معه أربعة وعشرون ديناراً سدسها غش فأسقط السدس أربعة وأخرج نصف دينار عن عشرين جاز لأنه لو سبكها لم يلزمه إلا ذلك ، ولأن غشها لازكاة فيه إلا أن يكون غش الذهب فضة وعنده من الفضة مايتم به النصاب وله نصاب سواه فيكون عليه زكاة الغش حينئذ ، وكذلك إن قلنا بضم الذهب إلى الفضة ، وإن ادعى رب المال أنه علم الغش أو أنه استظهر وأخرج الفرض فيلزمه بغير يمين ، وإن زادت قيمة المغشوش بالغش فصارت قيمة العشرين تساوي اثنين وعشرين فعليه اخراج ربع عشرها مما قيمته كقيمتها لان عليه اخراج زكاة المال الجيد من جنسه بحيث لاينقص عن قيمته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (ويخرج عن الجيد الصحيح من جنسه)

ويخرج عن كل نوع من جنسه لان الفقراء شركاؤه وهذه وظيفة الشركة فان كان أنواعا متساوية القيم جاز إخراج الزكاة من أحدها كما يخرج من أحد نوعي الغنم ، وإن كانت مختلفة القيم أخذ من

وقال النبي ﷺ « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهما درهما وليس في تسعين ومائة شيء » قال الترمذي قال البخاري في هذا الحديث هو صحيح عندي ورواه سعيد ولفظه « فهاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهما درهما » وأجمع أهل العلم على أن في مائتي درهم خمسة دراهم ، وروى ابن عمر وعائشة أن النبي ﷺ كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ومن الاربعين دينارا دينارا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي زيادتها وان قلت)

روي هذا عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال سعيد ابن المسيب وعطاء وطاوس والحسن والشعبي ومكحول والزهري وعمرو بن دينار وأبو حنيفة :لاشيء في زيادة الدراهم حتى تبلغ أربعين ولا في زيادة الدنانير حتى تبلغ أربعة دنانير لقوله عليه السلام «من كل أربعين درهما درهماً » وعن معاذ عن النبي ﷺ أنه قال « اذا بلغ الورق مائتين ففيه خمسة دراهم ، ثم لاشيء فيه حتى يبلغ إلى أربعين درهماً » وهذا نص ، ولأن له عفوا في الابتداء فكان له عفو بعد النصاب كالماشية

ولنا ماروي عن علي عن النبي ﷺ أنه قال « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً درهماً وليس عليكم شيء حتى يتم مائتين ، فاذا كانت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم فما زاد بحساب

من كل نوع مايخصه وإن أخرج من أوسطها مايفي بقدر الواجب جاز وله ثواب الزيادة لانه زاد خيراً وإن أخرجه بالقيمة مثل أن يخرج عن نصف دينار رديء ثلث دينار جيد لم يجز لأن النبي ﷺ نص على نصف دينار فلم يجز النقص منه ، وان أخرج من الأدنى من غير زيادة لم يجزىء لقوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وإن زاد في المخرج مايفي بقيمة الواجب كمن أخرج عن دينار ديناراً ونصفاً يفي بقيمته جاز ، لان الربا لايجري بين العبد وسيده ، وقال أبو حنيفة يجوز إخراج الرديئة عن الجيدة من غير جبران لان الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لاقيمة لها

ولنا أن الجودة متقومة فى الاتلاف ولانه اذا لم يجبره بما يتم به قيمة الواجب دخل في قوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث) الآية ولانه أخرج رديئا عن جيد بقدره فلم يجزىء كالماشية .

وأما الربا فلا يجرى ها هنا لانه لاربا بين العبد وسيده فان قيل فلو أخرج فى الماشية عن الجيدة رديئين لم يجزيء أو اخرج عن القفيز الجيد قفيزين رديئين لم يجزىء فلم أجزتم هاهنا؟ قلنا الفرق بينهما أن القصد فى الأثمان القيمة لاغير فاذا تساوى الواجب والمخرج فى القيمة والوزن جاز وسائر الاموال يقصد الانتفاع بعينها فلايلزم من التساوي فى الامرين الجواز لفوات بعض المقصود

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخرج مكسراً أو بهرجا وزاد قدر مابينهما من الفضل جاز نص عليه)

إذا أخرج عن الصحاح مكسرة وزاد بقدر مابينهما من الفضل جاز لانه أدى الواجب عليه قيمة

ذلك » رواه الأثرم والدارقطني ، ورواه أبو داود باسناده عن عاصم بن ضمرة والحارث عن علي الا أنه قال أحسبه عن النبي ﷺ وروي ذلك عن علي وابن عمر موقوفا عليهم ولم نعرف لهما مخالفا من الصحابة فيكون اجماعا ، ولأنه مال متجر فلم يكن له عفو بعد النصاب كالحبوب وما احتجوا به من الخبر الاول فهو احتجاج بدليل الخطاب والمنطوق مقدم عليه والحديث الآخر يرويه أبو العطوف الجراح بن منهال وهو متروك الحديث . قال الدارقطني وقال مالك : هو دجال من الدجاجلة ، ويرويه عن عبادة بن نسي عن معاذ ولم يلق عبادة معاذاً فيكون مرسلا، والماشية يشق تشقيصها بخلاف الأثمان

(فصل) ويخرج الزكاة من جنس ماله فان كان أنواعا متساوية القيم جاز أن يخرج الزكاة من أحدها كما تخرج من أحد نوعي الغنم ، وإن كانت مختلفة القيم أخذ من كل نوع مايخصه ، وإن أخرج من أوسطها مايفي بقدر الواجب وقيمته جاز ، وإن أخرج الفرض من أجودها بقدر الواجب جاز وله ثواب الزيادة ، وإن أخرجه بالقيمة مثل أن يخرج عن نصف دينار ثلث دينار جيد لم يجز لأن النبي ﷺ نص على نصف دينار فلم يجز النقص منه ، وإن أخرج من الادنى وزاد في المخرج مايفي بقيمة الواجب مثل أن يخرج عن دينار ديناراً ونصفا بقيمته جاز ، وكذلك لو أخرج عن الصحاح

وقدراً وإن أخرج بهرجا عن الجيد وزاد بقدر مايساوي قيمة الجيد جاز لذلك وهكذا ذكر أبو الخطاب وقال القاضي يلزمه اخراج جيد ولا يرجع فيما أخرجه من المعيب لأنه أخرج معيبا في حق الله فاشبه مالو أخرج مريضة عن صحاح وبهذا قال الشافعي الا أن أصحابه قالوا له الرجوع فيما أخرج من المعيب في احد الوجهين .

﴿ مسألة ﴾ (وهل يضم الذهب إلى الفضة في تكميل النصاب أو يخرج أحدهما عن الآخر؟ على روايتين) اذا كان له من كل واحد من الذهب والفضة مالا يبلغ نصابا بمفرده فقد نقل عن أحمد أنه توقف في ضم أحدهما الى الآخر في رواية الاثرم وجماعة وقطع في رواية حنبل أنه لازكاة عليه حتى يبلغ كل واحد منهما نصابا وقد نقل الخرقي فيها روايتين ونقلهما غيره من الاصحاب احداهما لايضم وهو قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور واختيار أبي بكر عبدالعزيز لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس اواق صدقة » متفق عليه ولانهما مالان يختلف نصابهما فلم يضم أحدهما الى الآخر كاجناس الماشية ، والثانية يضم وهو قول الحسن وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لأن أحدهما يضم إلى مايضم اليه الآخر فيضم إلى الآخر كأنواع الجنس ولأنهما نفعهما واحد والمقصود منهما متحد فانهما قيم المتلفات وأروش الجنايات وثمن البياعات وحلي لمن يريدهما فاشبها النوعين والحديث مخصوص بعرض التجارة فنقيس عليه

(فصل) وهل يخرج أحدهما عن الآخر في الزكاة فيه روايتان نص عليهما أحمد أحدهما لايجوز اختاره أبو بكر لانهما جنسان فلم يجز إخراج أحدهما عن الآخر كسائر الاجناس ، ولان أنواع الجنس

مكسرة وزاد بقدر مابينهما من الفضل جاز لأنه أدى الواجب عليه قيمة وقدراً ، وإن أخرج عن كثير القيمة قليل القيمة فكذلك ، فان أخرج بهرجا عن الجيد وزاد بقدر مايساوي قيمة الجيد فقال أبو الخطاب يجوز ، وقال القاضي يلزمه اخراج جيد ولا يرجع فيما أخرجه من المعيب لأنه أخرج معيباً في حق الله تعالى فأشبه مالو أخرج مريضة عن صحاح ، وبهذا قال الشافعي إلا أن أصحابه قالوا : له الرجوع فيما أخرج من المعيب في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة : يجوز اخراج الرديئة عن الجيدة والمكسورة عن الصحيحة من غير جبران لان الجودة اذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لاقيمة لها

ولنا أن الجودة متقومة بدليل مالو أتلف جيداً لم يجزئه أن يدفع عنه رديئا، ولأنه اذا لم يجبره بما يتم به قيمة الواجب عليه دخل في عموم قوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأنه أخرج رديئا عن جيد بقدره فلم يجز كما في الماشية ، ولأن المستحق معلوم القدر والصفة فلم يجز النقص في الصفة كما لايجوز فى القدر ، وأما الربا فلا يجري ههنا لأن المخرج حق لله ولا ربا بين العبد وسيده ، ولان المساواة في المعيار الشرعي انما اعتبرت في المعاوضات والقصد من الزكاة المواساة واغناء الفقير وشكر نعمة الله تعالى فلا يدخل الربا فيها ، فان قيل فلو أخرج في الماشية رديئتين عن جيدة ، أو أخرج قفيزين رديئين عن قفيز جيد لم يجز فلم اجزتم أن يخرج عن الصحيح أكثر منه مكسراً ؟ قلنا يجوز ذلك اذا لم يكن في إخراجه عيب سوى نقص القيمة ، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن القصد من

اذا لم يخرج أحدهما عن الآخر اذا كان أقل في المقدار فمع اختلاف الجنس أولى ، والثانية يجوز لان المقصود من أحدهما يحصل باخراج الآخر فيجزي كأنواع الجنس وذلك لأن المقصود منهما جميعا التنمية والتوسل بهما إلى المقاصد وهما يشتركان فيه على السواء فاشبه اخراج المكسرة عن الصحاح بخلاف سائر الاجناس والانواع مما تجب فيه الزكاة فان لكل جنس مقصوداً مختصاً به لايحصل من الجنس الآخر ، وكذلك أنواعها فلا يحصل من اخراج غير الواجب من الحكمة مايحصل من إخراج الواجب وهاهنا المقصود حاصل فوجب إجزاؤه إذ لا فائدة في اختصاص الاجزاء بعين مساواة غيرها لها في الحكمة ولأن ذلك أوفق بالمعطي والآخذ وأرفق بهما فانه لو تعين اخراج زكاة الدنانير منها شق على من يملك أربعين ديناراً إخراج جزء من دينار ويحتاج إلى التشقيص ومشاركة الفقير له في دينار من ماله أو بيع أحدهما نصيبه ، ولانه اذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لايتعامل بها فيه أو قطعة في مكان لايتعاملون به فيه لايقدر على قضاء حاجته بها ، وان أراد بيعها احتاج الى كلفة البيع والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها فقد دار بين ضررين ، وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر دفع لهذا الضرر وتحصيل لحكمة الزكاة على الكمال فلا وجه لمنعه وان توهمت هنا منفعة تفوت بذلك فهي يسيرة مغمورة فيما يحصل من النفع الظاهر ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين فلا يعتبر وهذا اختيار شيخنا وعلى هذا لايجوز الابدال في موضع يلحق الفقير ضرر مثل أن يدفع اليه مالاينفق عوضا

الأثمان القيمة لاغير ، فاذا تساوى الواجب والمخرج في القيمة والقدر جاز وسائر الاموال يقصد الانتفاع بعينها فلا يلزم من التساوي في الامرين الاجزاء لجواز أن يفوت بعض المقصود

(فصل) وهل يجوز إخراج أحد النقدين عن الآخر ؟ فيه روايتان نص عليهما (احداهما) لايجوز وهو اختيار أبي بكر لان أنواع الجنس لايجوز اخراج أحدهما عن الآخر اذا كان أقل في المقدار فمع اختلاف الجنس أولى (والثانية) يجوز وهو أصح إن شاء الله لأن المقصود من أحدهما يحصل باخراج الآخر فيجزيء كأنواع الجنس وذلك لان المقصود منهما جميعاً الثمنية والتوسل بها إلى المقاصد وهما يشتركان فيه على السواء فأشبه إخراج المكسرة عن الصحاح بخلاف سائر الاجناس والأنواع مما تجب فيه الزكاة ، فان لكل جنس مقصوداً مختصا به لايحصل من الجنس الآخر وكذلك أنواعها فلا يحصل باخراج غير الواجب من الحكمة مايحصل باخراج الواجب وههنا المقصود حاصل فوجب إجزاؤه إذ لافائدة باختصاص الاجزاء بعين مع مساواة غيرها لها في الحكمة وكون ذلك أرفق بالمعطي والآخذ وأنفع لهما ويندفع به الضرر عنهما ، فانه لو تعين اخراج زكاة الدنانير منها شق على من يملك أقل من أربعين ديناراً اخراج جزء من دينار ، ويحتاج إلى التشقيص ومشاركة الفقير له في دينار من ماله أو بيع أحدهما نصيبه فيستضر المالك والفقير ، واذا جاز اخراج الدراهم عنها دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب فيسهل ذلك عليه وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة ، ولأنه اذا دفع إلى

عما ينفق لانه اذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر فمع غيره أولى ، وإن اختار المالك الدفع من الجنس واختار الفقير الاخذ من غيره لضرر يلحقه في أخذ الجنس لم يلزم المالك اجابته لانه أدى مافرض الله عليه فلم يكلف سواه والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ويكون الضم بالاجزاء وقيل بالقيمة فيما فيه الحظ للمساكين)

إذا قلنا يضم أحد النقدين الى الآخر في تكميل النصاب فانما يضم بالاجزاء فيحسب كل واحد منهما من نصابه فاذا كملت أجزاؤهما نصابا وجبت الزكاة مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما ونصف نصاب أو أكثر من الآخر أوثلث من أحدهما وثلثان من الاخر وهو أن يملك مائة درهم وعشرة دنانير أوخمسةعشر ديناراً وخمسين درهما أوبالعكس فيجب عليه فيه الزكاة فان نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيها ، سئل أحمد عن رجل يملك مائة درهم وثمانية دنانير فقال : انما قال من قال فيها الزكاة اذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد والاوزاعي لان كل واحد منهما لاتعتبر قيمته في إيجاب الزكاة اذا كان منفرداً فلايعتبر اذا كان مضموما كالحبوب وأنواع الاجناس كلها وقد قيل يضم بالقيمة اذا كان أحظ للمساكين ، قال أبوالخطاب ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي أنها تضم بالاحوط من الأجزاء والقيمة ، ومعناه أنه يقوم الغالي منها بقيمة الرخيص فاذا بلغت قيمتهما بالرخيص نصابا وجبت الزكاة فيهما ، كمن ملك مائة درهم وتسعة

الفقير قطعة من الذهب في موضع لايتعامل بها فيه أو قطعة من درهم في مكان لايتعامل بها فيه لم يقدر على قضاء حاجته بها وان أراد بيعها بحسب مايتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع ، وربما لايقدر عليه ولا يفيده شيئاً ، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع، والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها فقد دار بين ضررين ، وفي جواز اخراج أحدهما عن الآخر نفع محض ودفع لهذا الضرر ، وتحصيل لحكمة الزكاة على التمام والكمال فلا حاجة ولا وجه لمنعه ، وإن توهمت هنا منفعة تفوت بذلك فهي يسيرة مغمورة فيما يحصل من النفع الظاهر ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين فلا يعتبر والله أعلم

وعلى هذا لايجوز الابدال في موضع يلحق الفقير ضرر مثل أن يدفع اليه ما لاينفق عوضاً عما ينفق لأنه اذا لم يجز اخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر فمع غيره أولى ،وإن اختار الدفع من الجنس واختار الفقير الاخذ من غيره لضرر يلحقه في أخذ الجنس لم يلزم المالك اجابته لانه اذا أدى مافرض عليه لم يكلف سواه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه اوتعيره)

هذا ظاهر المذهب وروي ذلك عن ابن عمر وجابر وأنس وعائشة وأسماء رضي الله عنهم ، وبه قال القاسم والشعبي وقتادة ومحمد بن علي وعمرة ومالك والشافعي وأبو عبيد واسحاق وأبو ثور ، وذكر بن أبي موسى رواية أخرى أنه فيه الزكاة ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وعبدالله بن

دنانير قيمتها مائة درهم أوعشرة دنانير وتسعين درهما قيمتها عشرة دنانير فتجب عليه الزكاة وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب الى الفضة ضم بالقيمة كنصاب القطع في السرقة ، ولأن أصل الضم يحظ الفقراء. فكذلك صفته والأول أصح لأن الزكاة تجب في عين الأثمان فلم تعتبر قيمتها كما لو انفردت وتخالف نصاب القطع فان النصاب فيه الورق خاصة في احدى الروايتين وفي الاخرى أنه لايجب في الذهب حتي يبلغ ربع دينار

﴿ مسئلة ﴾ (وتضم قيمة العروض الى كل واحد منهما)

يعني اذا كان في ملكه ذهب أوفضة وعروض للتجارة فان قيمة العروض تضم الى كل واحد منهما ويكمل به نصابه ، قال شيخنا : لاأعلم فيه خلافا ، وقال الخطابي لاأعلم عامتهم اختلفوا فيه وذلك لان الزكاة انما تجب في قيمة العروض وهو يقوم بكل واحد منهما فيضم الى كل واحد منهما فلو كان ذهب وفضة وعروض وجب ضم الجميع بعضه الى بعض في تحميل النصاب لان العرض مضموم الى كل واحد منهما فيجب ضمهما اليه .

(فصل) قال (ولا زكاة في الحلي المباح المعد للاستعمال في ظاهر المذهب) روي ذلك عن ابن عمر وجابر وأنس وعائشة وأسماء أختها رضي الله عنهم ، وبه قال القاسم والشعبي وقتادة ومحمد بن علي ومالك والشافعي في أحد قوليه وأبوعبيد واسحق وأبوثور وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى

عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء ومجاهد وعبدالله بن شداد وجابر بن زيد وابن سيرين وميمون بن مهران والزهري والثوري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام « في الرقة ربع العشر ، وليس فيما دون خمس أواق صدقة » مفهومه أن فيها صدقة اذا بلغت خمس أواق

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : أتت امرأة من أهل اليمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها في يديها مسكتان من ذهب فقال « هل تعطين زكاة هذا ؟» قالت : لا، قال « أيسرك أن يسورك الله بسوارين من نار » رواه أبو داود ، ولأنه من جنس الأثمان أشبه التبر . وقال مالك يزكى عاما واحداً . وقال الحسن وعبد الله بن عتبة وقتادة : زكاته عاريته . قال احمد : خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : ليس في الحلي زكاة ويقولون زكاته عاريتـه . ووجه الاول ماروى عافيـة بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ انه قال « ليس في الحلي زكاة » ولأنه مرصد لاستعمال مباح فلم تجب فيه الزكاة كالعوامل وثياب القنية

وأما الاحاديث الصحيحة التي احتجوا بهـا فلا تتناول محل النزاع لأن الرقة هي الدراهم المضروبة . قال أبو عبيد : لانعلم هذا الاسم في الكلام المعقول عند العرب إلا على الدراهم المنقوشة ذات السكة السائرة في الناس ، وكذلك الاواقي ليس معناها إلا الدراهم كل أوقية أربعون درهماً . وأما حديث المسكتين فقال أبو عبيد : لا نعلمه إلا من وجه قد تكلم الناس فيه قديماً وحديثاً ، وقال

أن فيه الزكاة ، روي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وعبدالله بن عمر وسعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء ومجاهد والزهري والثوري وأصحاب الرأي وغيرهم لعموم قوله عليه السلام « في الرقة ربع العشر وليس فيما دون خمس اواق صدقه » مفهومه أن فيها صدقة اذا بلغت خمس اواق وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : أتت امرأة من أهل اليمن رسول الله ﷺ ومعها ابنة لها في يدها مسكتان من ذهب فقال « هل تعطين زكاة هذا ؟ » قالت : لا . قال « أيسرك أن يسورك الله بسوارين من نار » رواه أبوداود ولانه من جنس الأثمان أشبه التبر ، وقال الحسن وعبيدالله بن عتبة زكاته عاريته قال أحمد خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون ليس في الحلي زكاة ، زكاته عاريته

ووجه الاولى ماروى جابر عن النبي ﷺ أنه قال « ليس في الحلي زكاة » ولأنه مرصد لاستعمال مباح فلم تجب فيه الزكاة كالعوامل من البقر وثياب القنية ، والأحاديث الصحيحة التي احتجوا بها لاتتناول محل النزاع لان الرقة هي الدراهم المضروبة ، قال أبوعبيد لانعلم هذا الاسم في الكلام المعقول عند العرب الا على الدراهم المضروبة ذات السكة السائرة في الناس وكذلك الاواقي ليس معناها الا الدراهم كل أوقية أربعون درهما ، وأما حديث المسكتين فقال أبوعبيد لانعلمه الامن وجه قد تكلم الناس فيه قديماً وحديثاً وقال الترمذي ليس يصح في هذا الباب شيء ويحتمل أنه أراد بالزكاة العارية كما قد ذهب اليه جماعة من الصحابة وغيرهم ، والتبر غير معد للاستعمال بخلاف الحلي ولافرق بين الحلي

الترمذي : ليس يصح في هذا الباب شيء ، ويحتمل أنه أراد بالزكاة اعارته كما فسره به بعض العلماء وذهب اليه جماعة من الصحابة وغيرهم والتبر غير معد للاستعمال بخلاف الحلي ، وقول الخرقي اذا كان مما تلبسه أو تعيره يعني أنه انما تسقط عنه الزكاة اذا كان كذلك أو معداً له ، فأما المعد للكرى والنفقة اذا احتيج اليه ففيه الزكاة لانها انما تسقط عما أعدّ للاستعمال لصرفه عن جهة النماء ففيما عداه يبقى على الاصل ، وكذلك ما اتخذ حلية فراراً من الزكاة لا يسقط عنه ولا فرق بين كون الحلي المباح مملوكا لامرأة تلبسه أو تعيره او لرجل يحلي به أهله ويعيره أو يعده لذلك لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح أشبه حلي المرأة

(فصل) وقليل الحلي وكثيره سواء في الاباحة والزكاة . وقال ابن حامد يباح مالم يبلغ ألف مثقال فان بلغها حرم وفيه الزكاة لما روى أبو عبيد والاثرم عن عمرو بن دينار قال : سئل جابر عن الحلي هل فيه زكاة ؟ قال لا ، فقيل له ألف دينار ؟ فقال : إن ذلك لكثير . ولا نه يخرج إلى السرف والخيلاء ولا يحتاج اليه في الاستعمال والاول اصح لان الشرع أباح التحلي مطلقاً من غير تقييد فلا يجوز تقييده بالرأي والتحكم ، وحديث جابر ليس بصريح في نفي الوجوب وانما يدل على التوقف ، ثم قد روي عنه خلافه فروى الجوزجاني باسناده عن أبي الزبير قال : سألت جابر بن عبدالله عن الحلي فيه زكاة ؟قال : لا ، قلت إن الحلي يكون فيه ألف دينار . قال : وإن كان فيه يعار ويلبس ثم إن قول جابر قول صحابي خالفه غيره ممن أباحه مطلقاً بغير تقييد فلا يبقى قوله حجة ، والتقييد بالرأي المطلق والتحكم غير جائز

(فصل) واذا انكسر الحلي كسراً لايمنع الاستعمال واللبس فهو كالصحيح لازكاة فيه إلاأن ينوي كسره وسبكه ففيه الزكاة حينئذ لأنه نوى صرفه عن الاستعمال ، وإن كان الكسر يمنع الاستعمال فقال القاضي : عندي أن فيه الزكاة لأنه كان بمنزلة النقرة والتبر

المباح أن يكون مملوكا لامرأة تلبسه أو تعيره أو لرجل يحلي به أهله أو يعيره أو يعده لذلك لانه مصروف عن جهة النماء الي استعمال مباح أشبه حلي المرأة فان اتخذ حلياً فراراً من الزكاة لم تسقط عنه الزكاة لانها انما سقطت عن عما أعد للاستعمال لصرفه عن جهة النماء ففيما عداه يبقى على الاصل

(فصل) فان انكسر الحلي كسراً لايمنع اللبس فهو كالصحيح الا أن ينوي ترك لبسه ،وان كان كسراً يمنع الاستعمال ففيه الزكاة لانه صار كالبقرة وان نوى بحل اللبس التجارة والكري انعقد عليه حول الزكاة من حين نوى لان الوجوب الاصل فانصرف اليه بمجرد النية كما لو نوى بمال التجارة القنية

(فصل) وكذلك مايباح للرجال من الحلي كخاتم الفضة وقبيعة السيف وحلية المنطقة على الصحيح من المذهب والجوشن والخوذة ومافي معناه وأنف الذهب وكل ما أبيح للرجل حكمه حكم حلي المرأة في عدم وجوب الزكاة لانه مصروف عن جهة النماء أشبه حلي المرأة

(فصل) واذا كان الحلي للبس فنوت به المرأة التجارة انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت لأن الوجوب هو الاصل ، وانما انصرف عنه لعارض الاستعمال فعاد إلى الاصل بمجرد النيـة من غير استعمال فهو كما لو نوى بعرض التجارة القنية انصرف اليه من غير استعمال

(فصل) ويعتبر في النصاب في الحلي الذي تجب فيه الزكاة بالوزن فلو ملك حلياً قيمته مائتا درهم ووزنه دون المئتين لم يكن عليه زكاة ، وإن بلغ مائتين وزناً ففيه الزكاة ، وإن نقص في القيمة لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » اللهم إلا أن يكون الحلي للتجارة فيقوم فاذا بلغت قيمته بالذهب والفضة نصابا ففيه الزكاة لان الزكاة متعلقة بالقيمة ، ومالم يكن للتجارة فالزكاة في عينه فيعتبر أن يبلغ بقيمته ووزنه نصابا وهومخير بين اخراج ربع عشر حلية مشاعا أو دفع مايساوي ربع عشرها من جنسها ، وإن زاد في الوزن على ربع العشر لما بينا أن الربا لايجري ههنا ، ولو أراد كسرها ودفع ربع عشرها لم يكن منه لأنه ينقص قيمتها وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك : الاعتبار بالوزن ، واذا كان وزن الحلي عشرين وقيمته ثلاثون فعليه نصف مثقال لاتزيد قيمته شيئاً لانه نصاب من جنس الأثمان فتعلقت الزكاة بوزنه لا بصفته كالدراهم المضروبة

ولنا أن الصناعة صارت صفة للنصاب لها قيمة مقصودة فوجب اعتبارها كالجودة في سائر أموال الزكاة ودليلهم نقول به ، وأن الزكاة تتعلق بوزنه وصفته جميعاً كالجيد من الذهب والفضة والمواشي والحبوب والثمار ، فانه لايجزئه اخراج رديء عن جيد كذلك ههنا ، وإن أراد اخراج الفضـة عن حلي الذهب ، أو الذهب عن الفضة أخرج على الوجهين كما قدمنا في اخراج أحد النقدين عن الآخر . وذكر ابن عقيل أن الاعتبار في قدر النصاب أيضاً بالقيمة ، فلو ملك حلياً وزنه تسعة عشر وقيمته عشرون لأجل الصناعة ففيه الزكاة ، وظاهر كلام احمد اعتبار الوزن وهو ظاهر نصه عليه لقوله « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » ولأنه مال تجب الزكاة في عينه فلا تعتبر قيمة الدنانير المضروبة لان زيادة القيمة بالصناعة كزيادتها بنفاسة جوهره فكما لاتجب الزيادة فيما كان نفيس الجوهر كذلك الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (فاما الحلي المحرم والآنية وما أعد للكرى والنفقة ففيه الزكاة اذا بلغ نصابا)

كل ما أعد للكرى والنفقة اذا احتاج اليه ففيه الزكاة لانها إنما سقطت عما أعد للاستعمال لصرفه عن جهة النماء ففيما عداه يبقى على الاصل ، ولاصحاب الشافعي وجه فيما أعد للكرى لا زكاة فيه وكل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان ففيه الزكاة لأن الاصل وجوب الزكاة فيها لكونها مخلوقة للتجارة والتوسل بها الى غيرها ولم يوجد مايسقط الزكاة فيها فبقيت على الاصل ، قال أحمد ماكان على سرج أو لجام ففيه الزكاة ونص على حلية الثفر والركاب واللجام أنه محرم ، وقال في رواية الاثرم أكره رأس المكحلة فضة ثم قال هذا شيء تأولته وعلى قياس ماذكره حلية الدواة والمقلمة والسرج ونحوه مما على الدابة ولو موه سقفه بذهب أو فضة فهو محرم وفيه الزكاة ، وقال أصحاب الرأي يباح لانه تابع المباح فتبعه في الاباحة

(فصل) فان كان في الحلي جوهر ولآلئ مرصعة فالزكاة في الحلي من الذهب والفضة دون الجوهر لانها لا زكاة فيها عند أحد من أهل العلم، فان كان الحلي للتجارة قومه بما فيه من الجواهر لان الجواهر لو كانت مفردة وهي للتجارة لقومت وزكيت فكذلك اذا كانت في حلي التجارة

(فصل) وإذا اتخذت المرأة حليا ليس لها إتخاذه كما إذا اتخذت حلية الرجال كحلية السيف والمنطقة فهو محرم وعليها الزكاة كما لو اتخذ الرجل حلي المرأة

(فصل) ويباح للنساء من حلي الذهب والفضة والجواهر كل ماجرت عادتهن بلبسه مثل السوار والخلخال والقرط والخاتم وما يلبسنه على وجوههن وفي أعناقهن وأيديهن وأرجلهن وآذانهن وغيره، فأما مالم تجر عادتهن بلبسه كالمنطقة وشبهها من حلي الرجال فهو محرم وعليها زكاته كما لو اتخذ الرجل لنفسه حلي المرأة

﴿مسئلة﴾ قال ﴿ وليس في حلية سيف الرجل ومنطقته وخاتمه زكاة ﴾

وجملة ذلك أن ما كان مباحا من الحلي فلا زكاة فيه اذا كان معداً للاستعمال سواء كان لرجل أو امرأة لانه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح فأشبه ثياب البذلة وعوامل الماشية، ويباح للرجال من الفضة الخاتم لأن النبي ﷺ اتخذ خاتما من ورق. متفق عليه، وحلية السيف بأن تجعل قبيعته فضة أو تحليتها بفضة، فان أنسا قال: كانت قبيعة سيف رسول الله ﷺ فضة. وقال هشام بن عروة: كان سيف الزبير محلى بالفضة. رواهما الاثرم باسناده، والمنطقة تباح تحليتها بالفضة لانها حلية معتادة للرجل فهي كالخاتم، وقد نقل كراهة ذلك لما فيه من الفخر والخيلاء فهو كالطوق والاول أولى لان الطوق ليس معتاداً في حق الرجل بخلاف المنطقة وعلى قياس المنطقة الجوشن والخوذة والخف والران والحمائل، وتباح الضبة في الاناء وما أشبهها للحاجة ونعني بالحاجة أنه ينتفع بها في ذلك وإن قام غيرها مقامها

وفي صحيح البخاري عن أنس أن قدح النبي ﷺ انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة وقال القاضي: يباح اليسير وإن لم يكن لحاجة، وانما كره احمد الحلقة في الاناء لانها تستعمل، وأما الذهب فيباح منه مادعت الضرورة اليه كالانف في حق من قطع أنفه لما روي عن عبد الرحمن بن

ولنا أنه سرف ويفضي إلى الخيلاء وكسر قلوب الفقراء فحرم كاتخاذ الآنية وقد نهى النبي ﷺ عن التختم بخاتم الذهب للرجل فتمويه السقف أولى فان صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء لم تحرم استدامته لانه لا فائدة في إتلافه وإزالته ولا زكاة فيه لان ماليته ذهبت وان لم تذهب ماليته ولم يكن مستهلكا حرمت استدامته، وقد بلغنا أن عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنه لما ولي أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب فقيل له إنه لا يجتمع منه شيء فتركه، ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة لانها بمنزلة الآنية، وان وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح لانه ليس ببر ولا معروف ويكون ذلك بمنزلة الصدقة فتكسر وتصرف في مصلحة المسجد

طرفة أن جده عرفجة بن سعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه فأمره النبي ﷺ فاتخذ أنفاً من ذهب . رواه أبو داود وقال الامام أحمد ربط الاسنان بالذهب اذا خشي عليها أن تسقط قد فعله الناس فلا بأس به عند الضرورة

وروى الاثرم عن موسى بن طلحة وأبي جمرة الضبعي وأبي رافع وثابت البناني واسماعيل بن زيد بن ثابت والمغيرة بن عبدالله أنهم شدوا أسنانهم بالذهب ، وعن الحسن والزهري والنخعي أنهم رخصوا فيه ، وما عدا ذلك من الذهب فقد روي عن احمد الرخصة فيه في السيف . قال الاثرم قال احمد : روي أنه كان في سيف عثمان بن حنيف مسمار من ذهب ، قال أبو عبدالله : فذاك الآن في السيف وقال : انه كان لعمر سيف سبائكه من ذهب من حديث اسماعيل بن أمية عن نافع وروى الترمذي باسناده عن مزيدة العصري أن النبي ﷺ دخل مكة وعلى سيفه ذهب وفضة وروي عن احمد رواية أخرى تدل على تحريم ذلك . قال الاثرم : قلت لأبي عبدالله يخاف عليه أن يسقط يجعل فيه مسماراً من ذهب قال : انما رخص في الاسنان ، وذلك انما هو على الضرورة فأما المسمار ، فقد روي « من تحلى بخريصيصة كوي بها يوم القيامة » قلت أي شيء خريصيصة ؟ قال شيء صغير مثل الشعيرة وروى الاثرم أيضاً باسناده عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم قال : من حلي أو تحلى بخريصيصة كوي بها يوم القيامة مغفوراً له أو معذبا ، وحكي عن أبي بكر من أصحابنا أنه أباح يسير الذهب ولعله يحتج بما رويناه من الاخبار ويقاس الذهب على الفضة ، ولأنه أحد الثلاثة المحرمة على الذكور دون الاناث فلم يحرم يسيره كسائرها وكل ما أبيح من الحلي فلا زكاة فيه اذا كان معداً للاستعمال

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والمتخذ آنية الذهب والفضة عاص وفيها الزكاة ﴾

وجملته أن اتخاذ آنية الذهب والفضة حرام على النساء والرجال جميعاً وكذلك استعماله . وقال الشافعي في أحد قوليه : لايحرم اتخاذها لأن النص انما ورد في تحريم الاستعمال فيبقى اباحة الاتخاذ على مقتضى الاصل في الاباحة

وعمارته ، وكذلك ان حبس الرجل فرسا له لجام مفضض ، وقد قال أحمد في الرجل يقف فرسا في سبيل الله ومعه لجام مفضض فهو على ماوقفه وإن بيعت الفضة من السرج واللجام وجعلت في وقف مثله فهو أحب الي لان الفضة لاينتفع بها ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين قيل فتباع الفضة وتنفق على الفرس ؟ قال نعم وهذا يدل على اباحة حلية السرج واللجام بالفضة لولا ذلك لما قال هو على ماوقفه وهذا لأن العادة جارية به فاشبه حلية المنطقة ، واذا قلنا بتحريمه فصار بحيث لايجتمع منه شيء لم تحرم استدامته كقولنا في تمويه السقف ، وقال القاضي : تباح علاقة المصحف ذهبا

ولنا أن ماحرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي ويستوي في ذلك الرجال والنساء لأن المعنى المقتضي للتحريم يعمهما وهو الافضاء إلى السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء فيستويان في التحريم ، وانما أحل للنساء التحلي لحاجتهن اليه للتزين للازواج ، وليس هذا بموجود في الآنية فيبقى على التحريم . اذا ثبت هذا فان فيها الزكاة بغير خلاف بين أهل العلم ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصابا بالوزن أو يكون عنده مايبلغ نصابا بضمها اليه ، وإن زادت قيمته لصناعته فلا عبرة بها لانها محرمة فلا قيمة لها في الشرع وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ وإن أحب كسرها أخرج ربع عشرها مكسوراً ، وإن أخرج ربع عشرها مصوغا جاز لان الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور ، وذكر أبو الخطاب وجهاً في اعتبار قيمتها والاول أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) وكل ماكان اتخاذه محرماً من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه لان الاصل وجوب الزكاة فيها لكونها مخلوقة للتجارة والتوسل بها إلى غيرها ولم يوجد مايمنع ذلك فبقيت على أصلها . قال احمد : ماكان على سرج أو لجام ففيه الزكاة ، ونص على حلية الثفر والركاب واللجام أنه محرم وقال في رواية الاثرم أكره رأس المكحلة فضة ، ثم قال وهذا شيء تأولته ، وعلى قياس ماذكره حلية الدواة والمقلمة والسرج ونحوه مما على الدابة. ولو موه سقفه بذهب أو فضة فهو محرم وفيه الزكاة . وقال أصحاب الرأي : يباح لأنه تابع للمباح فيتبعه في الاباحة

ولنا أن هذا اسراف ويفضي فعله إلى الخيلاء وكسر قلوب الفقراء فحرم كاتخاذ الآنية ، وقد نهى النبي ﷺ عن التختم بخاتم الذهب للرجل فتمويه السقف أولى ، وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لايجتمع منه شيء لم تحرم استدامته لأنه لافائدة في اتلافه وإزالته ولا زكاة فيه لأن ماليته ذهبت ، وإن لم تذهب ماليته ولم يكن مستهلكا حرمت استدامته ، وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز لما ولي أراد جمع مافي مسجد دمشق مما موه به من الذهب فقيل له إنه لايجتمع منه شيء فتركه ، ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب ، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة لأنها بمنزلة الآنية

وفضة للنساء خاصة وليس بجيد لأن حلية المرأة مالبسته وتحلت به في بدنها أو ثيابها وماعداه فحكمه حكم الاواني يستوي فيه الرجال والنساء، ولو أبيح لها ذلك لابيح علاقة الأواني ونحوه ذكره ابن عقيل ، ويحرم على الرجل خاتم الذهب لنهي النبي ﷺ عنه وكذلك طوق الفضة لانه غير معتاد في حقه فهذا وكل مايحرم اتخاذه اذا بلغ نصابا ففيه الزكاة أو بلغ نصابا بضمه الى ماعنده لماذكرنا

(فصل) واتخاذ الاواني محرم على الرجال والنساء وكذلك استعمالها ، وقال الشافعي في أحد قوليه لايحرم اتخاذها وقد ذكرنا ذلك في باب الآنية ففيها الزكاة بغير خلاف نعلمه بين أهل العلم ، ولازكاة فيه حتى يبلغ نصابا أو يكون عنده مايبلغ بضمه اليه نصابا فان لم يبلغ نصابا فلا زكاة فيه لعموم الاخبار لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس اواق صدقه » وغير ذلك

وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح لأنه ليس ببر ولا معروف ويكون ذلك بمنزلة الصدقة فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارته ، وكذلك إن حبس الرجل فرسا له لجام مفضض ، وقد قال احمد في الرجل يقف فرساً في سبيل الله ومعه لجام مفضض فهو على ماوقفه ، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام جعلت في وقف مثله فهو أحب إليّ لان الفضة لاينتفع بها ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين قيل فتباع الفضة وينفق على الفرس ؟ قال نعم ، وهـذا يدل على اباحة حلية السرج واللجام بالفضة لولا ذلك لما قال هو على ماوقف ، وهذا لأن العادة جارية به فأشبه حلية المنطقة ، واذا قلنا بتحريمها فصار بحيث لايجتمع منـه شيء لم يحرم استدامته كقولنا في تمويه السقف ، وأباح القاضي علاقة المصحف ذهباً أو فضة للنساء خاصة ، وليس بجيد لأن حلية المرأة مالبسته وتحلت به في بدنها أو ثيابها وما عداه فحكمه حكم الاواني لايباح للنساء منه إلا ماأبيح للرجال ولو أبيح لها ذلك لأبيح علاقة الاواني والادراج ونحوهما ذكره ابن عقيل

(فصل) وكل مايحرم اتخاذه ففيه الزكاة اذا كان نصابا أو بلغ بضمه إلى ماعنده نصابا على ماذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما كان من الركاز وهو دفن الجاهلية قل أو كثر ففيـه الخمس لاهل الصدقات وباقيه له)

الدفن بكسر الدال المدفون والركاز المدفون في الارض واشتقاقه من ركز يركز مثل غرز يغرز اذا خفي يقال ركز الرمح اذا غرز أسفله في الارض ومنه الركز وهو الصوت الخفي ، قال الله تعالى (أو تسمع لهم ركزاً) والاصل في صـدقة الركاز ماروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « العجماء جبار وفي الركاز الخمس » متفق عليه ، وهو أيضاً مجمع عليه . قال ابن المنذر : لانعلم أحداً خالف هذا الحديث الا الحسن فانه فرق بين مايوجد في أرض الحرب وأرض العرب فقال فيما يوجد في أرض الحرب الخمس وفيما يوجد في أرض العرب الزكاة

﴿ مسئلة ﴾(والاعتبار بوزنه إلاما كان مباح الصناعة فان الاعتبار في النصاب بوزنه وفي الاخراج بقيمته) اعتبار النصاب في الذهب المحلى والآنية وغيره مما تجب فيه الزكاة بالوزن للخبر ، فان كانت قيمته أكثر من وزنه لصناعة محرمة فلا عبرة بها لانها لاقيمة لهـا في الشرع وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ وله كسرها واخراج ربع عشرها مكسوراً وان أخرج ربع عشرها مصوغا جاز لان الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور وذكر أبو الخطاب وجها في اعتبار قيمتها اذا كانت صناعتها مباحة كمن عنده حلي للكراء وزنه مائة وخمسون درهما وقيمته مائتان تجب فيه الزكاة والاول أصح لقول النبي ﷺ « ليس فيما دون خمس أواق صدقة »

(فصل) وما كان مباح الصناعة كحلي التجارة فالاعتبار في النصاب بوزنه لما ذكرنا وفي الاخراج

(فصل) وأوجب الخمس في الجميع الزهري والشافعي وأبوحنيفة وأصحابه وأبو ثور وابن المنذر وغيرهم . وهـذه المسئلة تشتمل على خمسة فصول ﴿ الاول ﴾ أن الركاز الذي يتعلق به وجوب الخمس ما كان من دفن الجاهلية هذا قول الحسن والشعبي ومالك والشافعي وأبي ثور ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصلبهم وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فان كان عليه علامة الاسلام أو اسم النبي ﷺ أو أحد من خلفاء المسلمين أو وال لهم أو آية من قرآن أو نحو ذلك فهو لقطة لانه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه وإن كان على بعضه علامة الاسلام وعلى بعضه علامة الكفر فكذلك نص عليه أحمد في رواية ابن منصور لأن الظاهر انه صار الى مسلم ولم يعلم زواله عن ملك المسلمين فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين

﴿ الفصل الثاني ﴾ في موضعه ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يجده في موات أو مالا يعلم له مالك مثل الارض التي يوجد فيها آثار الملك كالابنية القديمة والتلول وجدران الجاهلية وقبورهم فهذا فيه الخمس بغير خلاف سوى ماذكرناه ، ولو وجده في هذه الارض على وجهها أو في طريق غير مسلوك أو قرية خراب فهو كذلك في الحكم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال « ما كان في طريق مأتي أو في قرية عامرة فعرفها سنة ، فان جاء صاحبها وإلا فلك ، ومالم يكن في طريق مأتي ولا في قرية عامرة ففيه وفي الركاز الخمس » رواه النسائي

(القسم الثاني) أن يجده في ملكه المنتقل اليه فهو له في أحد الوجهين لانه مال كافر مظهور عليه في الاسلام فكان لمن ظهر عليه كالغنائم ولأن الركاز لايملك بملك الارض لأنه مودع فيها وانما يملك بالظهور عليه وهذا قد ظهر عليه فوجب أن يملكه . والرواية الثانية هو للمالك قبله إن اعترف به وان لم يعترف به فهو للذي قبله كذلك الى أول مالك وهذا مذهب الشافعي لانه كانت يده على الدار فكانت على مافيها ، وإن انتقلت الدار بالميراث حكم بأنه ميراث ، فان اتفق الورثة على انه لم يكن لموروثهم فهو لأول مالك ، فان لم يعرف أول مالك فهو كالمال الضائع الذي لا يعرف

بقيمته فاذا كان وزنه مائتين وقيمته ثلاثمائة فعليه قدر ربع عشره في زنته وقيمته لأن زيادة القيمة ههنا بغير محرم أشبه زيادة قيمته لنفاسة جوهره فان أخرج ربع عشره مشاعا جاز وان دفع قدر ربع عشره وزاد في الوزن بحيث يستويان في القيمة بان أخرج سبعة دراهم ونصف جاز وكذلك إن أخرج حلياً وزنه خمسة دراهم وقيمته سبعة ونصف لأن الربا لايجري ههنا وإن أراد كسره ودفع ربع عشره مكسوراً لم يجز لان كسره ينقص قيمته ، وحكي القاضي في المجرد اذا نوى بالحلي القنية أن الاعتبار في الاخراج بوزنه أيضاً فان كان للتجارة اعتبر بقيمته قال وعندي في الحلي المعد للقنية أنه تعتبر قيمته أيضاً ، فان كان فى الحلي جواهر ولآلىء وكان للتجارة قوم جميعه ، وان كان لغيرها فلا زكاة فيها لانها لازكاة فيها منفردة فكذلك مع غيرها .

له مالك والاول أصح ان شاء الله تعالى لأن الركاز لايملك بملك الدار لانه ليس من أجزائها وانما هو مودع فيهافينزل منزلة المباحات من الحشيش والحطب والصيد يجده في أرض غيره فيأخذه فيكون أحق به لكن إن ادعى المالك الذي انتقل الملك عنه انه له فالقول قوله لأن يده كانت عليه لكونها على محله وإن لم يدعه فهو لواجده ، وان اختلف الورثة فأنكر بعضهم أن يكون لموروثهم ولم ينكره الباقون فحكم من أنكر في نصيبه حكم المالك الذي لم يعترف به ، وحكم المعترفين حكم المالك المعترف

(القسم الثالث) أن يجده في ملك آدمي مسلم معصوم أو ذمي فعن أحمد مايدل على انه لصاحب الدار فانه قال فيمن استأجر حفاراً ليحفر في داره فأصاب في الدار كنزاً عاديا فهو لصاحب الدار وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، ونقل عن أحمد مايدل على انه لواجده لانه قال في مسئلة من استأجر أجيراً ليحفر له في داره فأصاب في الدار كنزاً فهو للأجير نقل ذلك عنه محمد بن يحيى الكحال قال القاضي هو الصحيح ، وهذا يدل على ان الركاز لواجده وهو قول الحسن ابن صالح وأبي ثور واستحسنه أبو يوسف وذلك لأن الكنز لايملك بملك الدار على ماذكرنا في القسم الذي قبله فيكون لمن وجده لكن إن ادعاه المالك فالقول قوله لان يده عليه بكونها على محله ، وان لم يدّعه فهو لواجده . وقال الشافعي هو لمالك الدار إن اعترف به وان لم يعترف به فهو لاول مالك لانه في يده ويخرج لنا مثل ذلك لما ذكرنا من الرواية في القسم الذي قبله ، وإن استأجر حفاراً ليحفر له طلباً لكنز يجده فوجده فلا شيء للاجير ويكون الواجد له هو المستأجر لانه استأجره لذلك فأشبه مالو استأجره ليحتش له أو يصطاد فان الحاصل من ذلك للمستأجر دون الاجير وان استأجره لامر غير طلب الركاز فالواجد له هو الاجير وهكذا ، قال الاوزاعي اذا استأجرت أجيراً ليحفر لي في داري فوجد كنزاً فهو له وان قلت استأجرتك لتحفر لي ههنا رجاء أن أجد كنزاً فسميت له فله أجره ولي ما يوجد

(فصل) وإن اكترى داراً فوجد فيها ركازاً فهو لواجده في أحد الوجهين والآخر هو للمالك بناء على الروايتين فيمن وجد ركازاً في ملك انتقل اليه ، وان اختلفا فقال كل واحد منهما هذا لي فعلى وجهين : أحدهما القول قول المالك لان الدفن تابع للارض . والثاني القول قول المكتري لان هذا مودع في الارض وليس منها فكان القول قول من يده عليها كالقماش

﴿ مسئلة ﴾ (ويباح للرجال من الفضة الخاتم وقبيعة السيف ، وفي حلية المنطقة روايتان وعلى قياسها الجوشن والخوذة والخف والران والحمائل)

يباح للرجال خاتم الفضة لأن النبي ﷺ اتخذ خاتما من ورق متفق عليه ، ويباح حلية السيف من القبيعة وتحليتها لان أنساً قال : كانت قبيعة سيف رسول الله ﷺ فضة ، وقال هشام بن عروة كان سيف الزبير محلى بالفضة رواهما الأثرم ، والمنطقة يباح تحليتها بالفضة في أظهر الروايتين لأنها حلية معتادة للرجل فهي كالخاتم وعنه كراهة ذلك لما فيه من الفخر والخيلاء أشبه الطوق والاول أولى

القسم الرابع: أن يجده في أرض الحرب فان لم يقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين فهو غنيمة له، وإن قدر عليه بنفسه فهو لواجده حكمه حكم مالو وجده في موات في أرض المسلمين. وقال أبو حنيفة والشافعي إن عرف مالك الارض وكان حربياً فهو غنيمة أيضاً لانه في حرز مالك معين فأشبه مالو أخذه من بيت أو خزانة وانا انه ليس لموضعه مالك محترم أشبه مالو لم يعرف مالكه، ويخرج لنا مثل قولهم بناء على قولنا إن الركاز في دابر الاسلام يكون لمالك الارض

﴿الفصل الثالث﴾ في صفة الركاز الذي فيه الخمس وهو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر والنحاس والآنية وغير ذلك وهو قول إسحق وأبي عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي وإحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي، والقول الآخر لاتجب إلا في الأثمان

ولنا عموم قوله عليه السلام «وفي الركاز الخمس» ولانه مال مظهور عليه من مال الكفار فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه كالغنيمة. اذا ثبت هذا فان الخمس يجب في قليله وكثيره في قول امامنا ومالك واسحق وأصحاب الرأي والشافعي في القديم. وقال في الجديد يعتبر النصاب فيه لانه حق مال يجب فيما استخرج من الارض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن والزرع

ولنا عموم الحديث ولانه مال مخموس فلا يعتبر له نصاب كالغنيمة ولانه مال كافر مظهور عليه في الاسلام فأشبه الغنيمة والمعدن والزرع يحتاج الى عمل ونوائب فاعتبر فيه النصاب تخفيفا بخلاف الركاز ولان الواجب فيهما مواساة فاعتبر النصاب ليبلغ حداً يحتمل المواساة منه بخلاف مسألتنا

﴿الفصل الرابع﴾ في قدر الواجب في الركاز ومصرفه أما قدره فهو الخمس لما قدمنا من الحديث والاجماع، وأما مصرفه فاختلفت الرواية عن أحمد فيه مع مافيه من اختلاف أهل العلم فقال الخرقي: هو لأهل الصدقات ونص عليه أحمد في رواية حنبل فقال: يعطي الخمس من الركاز على مكانه، وان تصدق به على المساكين أجزأه وهذا قول الشافعي لأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين حكاه الامام أحمد وقال: حدثنا سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن بشر الخثعمي عن رجل من قومه يقال له ابن حممة قال: سقطت على جرة من دير قديم بالكوفة

لان الطوق ليس بمعتاد في حق الرجل وعلى قياس المنطقة الجوشن والخوذة والخف والران والحمائل وكذلك الضبة في الاناء وماأشبهها للحاجة، وقد ذكرنا ذلك في باب الآنية، وقال القاضي يباح اليسير وان لم يكن لحاجة وإنما كره أحمد الحلقة لانها تستعمل

﴿مسئلة﴾ (ومن الذهب قبيعة السيف وما دعت اليه الضرورة كالأنف وما ربط به أسنانه وقال أبوبكر يباح يسير الذهب)

يباح من الذهب للرجل مادعت الضرورة اليه كالانف لمن قطع أنفه لما روي أن عرفجة بن أسعد

عند جبانة بشر فيها أربعة آلاف درهم فذهبت بها الى علي رضي الله عنه فقال: اقسمها خمسة أخماس فقسمتها فأخذ علي منها خمسا وأعطاني أربعة أخماس فلما أدبرت دعاني فقال: في جيرانك فقراء ومساكين ؟ قلت نعم . قال فخذها فاقسمها بينهم ، ولأنه مستفاد من الارض أشبه المعدن والزرع .

والرواية الثانية مصرفه مصرف الفيء نقله محمد بن الحكم عن أحمد وهذه الرواية أصح وأقيس على مذهبه وبه قال أبوحنيفة والمزني لما روى أبو عبيد عن هشيم عن مجالد عن الشعبي أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا من المدينة فأتى بها عمر بن الخطاب فأخذ منها الخمس مائتي دينار ودفع الى الرجل بقيتها وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين الى أن فضل منها فضلة فقال ابن صاحب الدنانير ؟ فقام اليه فقال عمر : خذ هذه الدنانير فهي لك . ولوكانت زكاة خص بها أهلها ولم يرده على واجده ولانه يجب على الذمي والزكاة لاتجب عليه ولانه مال مخموس زالت عنه يد الكافر أشبه خمس الغنيمة

﴿ الفصل الخامس ﴾ فيمن يجب عليه الخمس وهو كل من وجده من مسلم وذمي وحر وعبد ومكاتب وكبير وصغير وعاقل ومجنون إلا أن الواجد له اذا كان عبداً فهو لسيده لأنه كسب مالا فأشبه الاحتشاش والاصطياد ، وإن كان مكاتباً ملكه وعليه خمسه لانه بمنزلة كسبه ، وإن كان صبياً أو مجنونا فهو لهما ويخرج عنهما وليهما وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان على الذمي في الركاز يجده الخمس قاله مالك وأهل المدينة والثوري والاوزاعي وأهل العراق وأصحاب الرأي وغيرهم . وقال الشافعي لايجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة لانه زكاة . وحكي عنه في الصبي والمرأة انهما لايملكان الركاز . وقال الثوري والاوزاعي وأبو عبيد اذا كان الواجد له عبداً يرضخ له منه ولا يعطاه كله

ولنا عموم قوله عليه السلام « وفي الركاز الخمس » فانه يدل بعمومه على وجوب الخمس في كل ركاز يوجد وبمفهومه على ان باقيه لواجده من كان، ولانه مال كافر مظهور عليه فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده كالغنيمة ولانه اكتساب مال فكان لمكتسبه إن كان حراً أو لسيده إن كان عبداً كالاحتشاش والاصطياد ، ويتخرج لنا أن لايجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة بناء على قولنا انه زكاة والاول أصح

قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فانتن عليه فامره النبي ﷺ فاتخذ أنفاً من ذهب رواه أبوداود ، وقال الامام أحمد يجوز ربط الاسنان بالذهب أن خشي عليها أن تسقط قد فعله الناس ولا بأس به عند الضرورة وروى الاثرم عن أبي جمرة الضبعي وموسى بن طلحة وأبي رافع وثابت البناني واسماعيل بن زيد بن ثابت والمغيرة بن عبدالله أنهم شدوا أسنانهم بالذهب وماعدا ذلك من الذهب فقد روي عن أحمد الرخصة فيه في السيف ، قال أحمد قد روي أنه كان في سيف عثمان بن حنيف مسمار من ذهب وقال إنه كان لعمر سيف فيه سبائك من ذهب من حديث اسماعيل بن أمية عن نافع

(فصـل) ويجوز أن يتولى الانسان تفرقة الخمس بنفسه وبه قال أصحاب الرأي وابن المنذر لأن علياً أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين قاله الامام أحمـد ولأنه أدى الحق الى مستحقه فبرىء منه كما لو فرق الزكاة وأدى الدين الى ربه ، ويتخرج أن لايجوز ذلك لان الصحيح انه فيء فلم يملك تفرقته بنفسه كخمس الغنيمة وبهذا قال أبو ثور قال : وان فعل ضمنه الامام . قال القاضي وليس للامام رد خمس الركاز لانه حق مال فلم يجز رده على من وجب عليه كالزكاة وخمس الغنيمة وقال ابن عقيل يجوز لانه روي عن عمر انه رد بعضه على واجده ولانه فيء فجاز رده أو رد بعضه على واجده كخراج الارض وهذا قول أبي حنيفة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالا أو من الورق مائتي درهم أو قيمة ذلك من الزئبق والرصاص والصفر أو غير ذلك مما يستخرج من الارض فعليه الزكاة من وقته ﴾

اشتقاق المعدن من عدن في المكان يعدن اذا أقام به ومنه سميت جنة عدن لانها دار اقامة وخلود . قال أحمد : المعادن هي التي تستنبط ليس هو شيء دفن والكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة:

﴿أحدها﴾ في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة وهو كل ماخرج من الارض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة كالذي ذكره الخرقي ونحوه من الحديد والياقوت والزبرجد والبلور والعقيق والسبج والكحل والزاج والزرنيخ والمغرة وكذلك المعادن الجارية كالقار والنفط والكبريت ونحو ذلك . وقال مالك والشافعي لاتتعلق الزكاة إلا بالذهب والفضة لقول النبي ﷺ « لا زكاة في حجر » ولانه مال يقوم بالذهب والفضة مستفاد من الارض أشبه الطين الاحمر . وقال أبو حنيفة في احدى الروايتين عنه تتعلق الزكاة بكل ماينطبع كالرصاص والحديد والنحاس دون غيره

ولنا عموم قوله تعالى (ومما أخرجنا لكم من الارض) ولانه معدن فتعلقت الزكاة بالخارج منه كالأثمان ولانه مال لو غنمه وجب عليه خمسه ، فاذا أخرجه من معـدن وجبت الزكاة كالذهب . وأما الطين فليس بمعدن لانه تراب والمعدن ما كان في الارض من غير جنسها

وروى الترمذي باسناده عن مزيدة العصري أن النبي ﷺ دخل مكة وعلى سيفه ذهب وفضة وروي عن احمد رواية أخرى تدل على تحريم ذلك قال الأثرم قلت لابي عبد الله يخاف عليه أن يسقط يجعل فيه مسمارا من ذهب؟ قال انما رخص في الاسنان وذلك انما هو على وجه الضرورة . فأما المسمار فقد روي من تحلى بخريصيصة قلت أي شيء خريصيصة قال شيء صغير مثل الشعيرة ، وروى الأثرم باسناده عن عبد الرحمن بن غنم «من تحلى بخريصيصه كوي بها يوم القيامة مغفوراً له أو معذبا» وحكي عن أبي بكر من أصحابنا أنه أباح يسير الذهب ولعله يحتج بما روينا من الاخبار ولانه أحد الثلاثة المحرمة

(الفصل الثاني) في قدر الواجب وصفته وقدر الواجب فيه ربع العشر وصفته انه زكاة وهذا قول عمر بن عبدالعزيز ومالك. وقال أبو حنيفة: الواجب فيه الخمس وهو فيء واختاره أبو عبيد. وقال الشافعي هو زكاة واختلف قوله في قدره كالمذهبين، واحتج من أوجب الخمس بقول النبي ﷺ «مالم يكن في طريق مأتي ولا في قرية عامرة ففيه وفي الركاز الخمس» رواه النسائي والجوزجاني وغيرهما وفي رواية «ما كان في الخراب ففيها وفي الركاز الخمس» وروى سعيد والجوزجاني باسنادهما عن عبد الله بن سعيد المقبري عن أبيه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «الركاز هو الذهب الذي ينبت من الارض» وفي حديث عن النبي ﷺ انه قال «وفي الركاز الخمس» قيل يارسول الله وما الركاز؟ قال «هو الذهب والفضة المخلوقان في الارض يوم خلق الله السموات والارض» وهذا نص، وفي حديث عنه عليه السلام انه قال «وفي السيوب الخمس» قال والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الارض ولانه مال مظهور عليه في الاسلام أشبه الركاز

ولنا ماروى أبو عبيد باسناده عن ربيعة بن عبدالرحمن عن غير واحد من علمائهم أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية في ناحية الفرع قال: فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلا الزكاة الى اليوم وقد أسنده عبدالله بن كثير بن عوف الى النبي ﷺ عن أبيه عن جده ورواه الدراوردي عن ربيعة بن الحارث بن بلال بن الحارث المزني ان النبي ﷺ أخذ منه زكاة المعادن القبلية، قال أبو عبيد: القبلية بلاد معروفة بالحجاز ولانه حق يحرم على أغنياء ذوي القربى فكان زكاة كالواجب في الأثمان التي كانت مملوكة له وحديثهم الاول لا يتناول محل النزاع لأن النبي ﷺ انما ذكر ذلك في جواب سؤاله عن اللقطة وهذا ليس بلقطة ولا يتناوله اسمها فلا يكون متناولا لمحل النزاع، والحديث الثاني يرويه عبد الله بن سعد وهو ضعيف وسائر أحاديثهم لا يعرف صحتها ولا هي مذكورة في المسانيد والدواوين ثم هي متروكة الظاهر فان هذا ليس هو المسمى بالركاز، والسيوب هو الركاز لانه مشتق من السيب وهو العطاء الجزيل

(الفصل الثالث) في نصاب المعادن: وهو مايبلغ من الذهب عشرين مثقالا ومن الفضة مائتي

على الذكور دون الاناث فلم يحرم يسيره كسائرها وكل ما أبيح من الحلي فلا زكاة فيه اذا أعد للاستعمال

﴿مسئلة﴾ (ويباح للنساء من الذهب والفضة كل ما جرت عادتهن بلبسه قل أو كثر وقال ابن حامد إن بلغ الف مثقال حرم وفيه الزكاة)

ويباح للنساء من حلي الذهب والفضة والجواهر كل ماجرت عادتهن بلبسه كالسوار والخلخال والقرط والخاتم ومايلبسنه على وجوههن وفي أعناقهن وأيديهن وأرجلهن وآذانهن وغيره فأما مالم تجر عادتهن بلبسه كالمنطقة وشبهها من حلي الرجال فهو محرم وعليها زكاته، كما لو اتخذ الرجل لنفسه حلي المرأة، وقليل الحلي وكثيره سواء في الاباحة والزكاة وقال ابن حامد يباح مالم يبلغ الف مثقال فان

درهم أو قيمة ذلك من غيرهما وهذا مذهب الشافعي ، وأوجب أبوحنيفة الخمس في قليله وكثيره من غير اعتبار نصاب بناء على انه ركاز لعموم الاحاديث التي احتجوا بها عليه ولانه لايعتبر له حول فلم يعتبر له نصاب كالركاز

ولنا عموم قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » وقوله « ليس في تسعين ومائة شيء » وقوله عليه السلام « ليس عليكم في الذهب شيء حتى يبلغ عشرين مثقالا » وقد بينا ان هذ ليس بركاز وانه مفارق للركاز من حيث ان الركاز مال كافر أخذ في الاسلام فأشبه الغنيمة وهذا وجب مواساة وشكراً لنعمة الغني فاعتبر له النصاب كسائر الزكوات وانما لم يعتبر له الحول لحصوله دفعة واحدة فأشبه الزرع والثمار . اذا ثبت هذا فانه يعتبر إخراج النصاب دفعة واحدة أو دفعات لا يترك العمل بينهن ترك اهمال ، فان خرج دون النصاب ثم ترك العمل مهملا له ثم أخرج دون النصاب فلا زكاة فيها وإن بلغا بمجموعهما نصابا ، وإن بلغ أحدهما نصابا دون الآخر زكى النصاب ولا زكاة في الآخر ، وفيما زاد على النصاب بحسابه . فأما ترك العمل ليلا أو للاستراحة أو لعذر من مرض أو لاصلاح الأداة أو إباق عبيده ونحوه فلا يقطع حكم العمل ويضم ماخرج في العملين بعضه الى بعض في اكمال النصاب، وكذلك ان كان مشتغلا بالعمل فخرج بين المعدنين تراب لاشيء فيه وان اشتمل المعدن على أجناس كمعدن فيه الذهب والفضة فذكر القاضي انه لا يضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب وانه يعتبر النصاب في الجنس بانفراده لانه أجناس فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر كغير المعدن ، والصواب ان شاء الله انه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففي ضم أحدهما الى الآخر وجهان بناء على الروايتين في ضم أحدهما الى الآخر في غير المعدن ، وان كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة ضم بعضها الى بعض لأن الواجب في قيمتها والقيمة واحدة فأشبهت عروض التجارة ، وان كان فيها أحد النقدين وجنس آخر ضم أحدهما الى الآخر كما تضم العروض الى الأثمان ، فان استخرج نصابا من معدنين وجبت الزكاة فيه لانه مال رجل واحد فأشبه الزرع في مكانين

(الفصل الرابع) في وقت الوجوب وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه ولا يعتبر له حول وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال اسحاق وابن المنذر : لاشيء في المعدن حتى يحول عليه الحول لقول رسول ﷺ « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »

بلغها حرم وفيه الزكاة لما روى أبوعبيد والاثرم عن عمرو بن دينار قال : سئل جابر عن الحلي هل فيه زكاة ؟ قال لا ؟ فقيل الف دينار قال إن ذلك لكثير ولانه يخرج إلى السرف والخيلاء ولا يحتاج اليه في الاستعمال ، والاول أصح لأن الشرع أباح التحلي مطلقا من غير تقييد ، فلا يجوز تقييده بالرأي والتحكم ، وحديث جابر ليس بصريح في نفي الوجوب بل يدل على التوقف وقد روي عنه خلافه فروى الجوزجاني باسناده عن أبي الزبير قال : سألت جابر بن عبدالله عن الحلي فيه زكاة قال لا ؟

ولنا أنه مال مستفاد من الارض فلا يعتبر في وجوب حقه حول كالزرع والثمار والركاز ، ولان الحول انما يعتبر في غير هذا لتكميل النماء وهو يتكامل نماؤه دفعة واحدة فلا يعتبر له حول كالزروع والخبر مخصوص بالزرع والثمر فيخص محل النزاع بالقياس عليه . اذا ثبت هذا فلا يجوز اخراج زكاته إلا بعد سبكه وتصفيته كعشر الحب ، فان أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته وجب رده إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً والقول في قدر المقبوض قول الآخذ لأنه غارم ، فان صفاه الآخذ وكان قدر الزكاة أجزأ ، وإن زاد رد الزيادة إلا أن يسمح له المخرج ، وإن نقص فعلى المخرج ، وما أنفقه الآخذ على تصفيته فهو من ماله لايرجع به على المالك ، ولا يحتسب المالك ما أنفقه على المعدن في استخراجه من المعدن ولا في تصفيته . وقال أبو حنيفة : لاتلزمه المؤنة من حقه وشبهه بالغنيمة وبناه على أصله أن هذا ركاز فيه الخمس ، وقد مضى الكلام في ذلك وقد ذكرنا أن الواجب في هذا زكاة فلا يحتسب بمؤنة استخراجه وتصفيته كالحب ، وإن كان ذلك ديناً عليه احتسب به كما يحتسب بما أنفق على الزرع

(فصل) ولا زكاة في المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي بكر ، وروي نحو ذلك عن ابن عباس ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء ومالك والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح والشافعي وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور وأبو عبيد ، وعن احمد رواية أخرى أن فيه الزكاة لأنه خارج من معدن فأشبه الخارج من معدن البر ويحكى عن عمر بن العزيز أنه أخذ من العنبر الخمس وهو قول الحسن والزهري وزاد الزهري في اللؤلؤ يخرج من البحر

ولنا أن ابن عباس قال : ليس في العنبر شيء انما هو شيء ألقاه البحر ، وعن جابر نحوه . رواهما أبو عبيد ، ولانه قد كان يخرج على عهد رسول الله ﷺ وخلفائه فلم يأت فيه سنة عنه ولا عن أحد من خلفائه من وجه يصح ، ولأن الاصل عدم الوجوب فيه ، ولا يصح قياسه على معدن البر لان العنبر انما يلقيه البحر فيوجد ملقى في البر على الارض من غير تعب فأشبه المباحات المأخوذة من البر كالمن والزنجبيل وغيرهما ، وأما السمك فلا شيء فيه بحال في قول أهل العلم كافة إلا شيء يروى عن عمر بن عبد العزيز . رواه أبو عبيد عنه وقال : ليس الناس على هذا ولا نعلم أحداً يعمل به ، وقد روي ذلك عن احمد أيضاً

والصحيح أن هذا لاشيء فيه لانه صيد فلم يجب فيه زكاة كصيد البر ، ولانه لانص ولا اجماع على الوجوب فيه ، ولا يصح قياسه على مافيه الزكاة فلا وجه لايجابها فيه

(فصل) والمعادن الجامدة تملك بملك الارض التي هي فيها لأنها جزء من أجزاء الارض فهي كالتراب والاحجار النابتة بخلاف الركاز فانه ليس من أجزاء الارض ، وانما هو مودع فيها ، وقد

قلت إن الحلي يكون فيه الف دينار . قال وان كان فيه يعار ويلبس ، ثم إن قول جابر قول صحابي وقد

روى أبو عبيد باسناده عن عكرمة مولى بلال بن الحارث المزني قال : أقطع رسول الله ﷺ بلالا أرض كذا من مكان كذا إلى كذا وما كان فيها من جبل أو معدن قال : فباع بنو بلال من عمر بن عبد العزيز أرضاً فخرج فيها معدنان فقالا : انما بعناك أرض حرث ولم نبعك المعدن وجاؤا بكتاب القطيعة التى قطعها رسول الله ﷺ لأبيهم في جريدة ، قال فجعل عمر يمسحها على عينه وقال لقيّمه: انظر مااستخرجت منها ، وما أنفقت عليها فقاصهم بالنفقة ، ورد عليهم الفضل ، فعلى هـذا مايجده في ملك ، أو في موات فهو أحق به ، وإن سبق اثنان إلى معـدن في موات فالسابق أولى به مادام يعمل ، فاذا تركه جاز لغيره العمل فيه وما يجـده في مملوك يعرف مالـكه فهو لمالك المـكان ، فأما المعادن الجارية فهي مباحة على كل حال إلا أنه يكره له دخول ملك غيره إلا باذنه ، وقـد روي أنهـا تملك بملك الارض التي هي فيهـا لأنها من نمائهـا وتوابعهـا فكانت لمالك الارض كفروع الشجر المملوك وثمرته

(فصل) ويجوز بيع تراب المعدن والصاغة بغير جنسه ولا يجوز بجنسه إن كان مما يجري فيـه الربا لانه يؤدي إلى الربا والزكاة على البائع لانها وجبت في يده كما لو باع الثمرة بعد بدوّ صلاحها.وقد روى أبو عبيد في الاموال أن أبا الحارث المزني اشترى تراب معدن بمائة شاة متبع فاستخرج منه ثمن ألف شاة ، فقال له البائع رد علي البيع ، فقال لا أفعل ، فقال لآتين عليا فلآتين عليك بعني أسعى بك فأتى علي بن أبي طالب فقال : ان أبا الحارث أصاب معدنا فأتاه علي فقال : أين الركاز الذي أصبت فقال ماأصبت ركازاً ، انما أصابه هذا فاشتريته منه بمائة متبع فقال له علي ما أرى الخمس الا عليك قال فخمس المائة شاة . اذا ثبت هذا فالواجب عليه زكاة المعدن لازكاة الثمن لأن الزكاة انما تعلقت بعين المعدن أو بقيمته إن لم يكن من جنس الأثمان فأشبه مالو باع السائمة بعد حولها، أو الزرع والثمرة بعد بدوّ صلاحها

(فصل) ومن أجر داره فقبض كراها فلا زكاة عليه فيه حتى يحول عليه الحول ، وعن أحمد أنه يزكيه اذا استفاده والصحيح الاول لقول النبي ﷺ « لازكاة في مال حتى يحول عليـه الحول » ولانه مال مستفاد بعقد معاوضة فأشبه ثمن المبيع ، وكلام احمد في الرواية الاخرى محمول على من أجر داره سنة وقبض أجرتها في آخرها فأوجب عليه زكاتها لانه قد ملكها من أول الحول فصارت كسائر الديون اذا قبضها بعد حول زكاها حين يقبضها فانه قد صرح بذلك في بعض الروايات عنـه فيحمل مطلق كلامه على مقيده

خالفه غيره من الصحابة ممن يرى التحلي مطلقا فلايبقى قوله حجة والتقييد بمجرد الرأي والتحكم غير جائز والله أعلم .

باب زكاة التجارة

تجب الزكاة في قيمة عروض التجارة في قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان في العروض التي يراد بها التجارة الزكاة اذا حال عليها الحول ، روي ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال الفقهاء السبعة والحسن وجابر بن زيد وميمون بن مهران وطاوس والنخعي والثوري والاوزاعي والشافعي وأبوعبيد وإسحق وأصحاب الرأي . وحكي عن مالك وداود انه لا زكاة فيها لأن النبي ﷺ قال « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق »

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن سمرة بن جندب قال : كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع ، وروى الدارقطني عن ابي ذر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « في الابل صدقتها وفي الغنم صدقتها وفي البز صدقته » قاله بالزاي ولا خلاف انها لاتجب في عينه وثبت انها في قيمته ، وعن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال : امرني عمر فقال : أدّ زكاة مالك ؟ فقلت مالي مال إلا جعاب وأدم ، فقال قوّمها ثم أد زكاتها. رواه الامام أحمد وأبوعبيد ، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم تنكر فيكون إجماعا ، وخبرهم المراد به زكاة العين لا زكاة القيمة بدليل ماذكرنا ، على ان خبرهم عام وخبرنا خاص فيجب تقديمه

﴿ باب زكاة العروض ﴾

(تجب الزكاة في عروض التجارة اذا بلغت قيمتها نصابا)

العروض جمع عرض وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من الحيوان والعقار والثياب وسائر المال والزكاة واجبة فيها في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن في العروض التي يراد بها التجارة الزكاة اذا حال عليها الحول روي ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال الفقهاء السبعة والحسن وجابر بن زيد وميمون بن مهران والنخعي والثوري والاوزاعي والشافعي وأبوعبيد وأصحاب الرأي واسحق وحكي عن مالك وداود أنه لازكاة فيها ، لأن النبي ﷺ قال « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق »

ولنا ماروى أبوداود باسناده عن سمرة قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع ، وروى الدارقطني عن أبي ذر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « في الابل صدقتها وفي الغنم صدقتها وفي البز صدقته » قاله بالزاي ولا خلاف بين أهل العلم أن الزكاة لاتجب في عينها وثبت أنها تجب في قيمتها وعن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال : أمرني عمر فقال أد زكاة مالك فقلت مالي مال الا جعاب وأدم، فقال قومها ثم أد زكاتها رواه الامام أحمد وأبوعبيد وهذه قضية يشتهر مثلها

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والعروض اذا كانت لتجارة قومها اذا حال عليها الحول وزكاها ﴾

العروض جمع عرض وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات والحيوان والعقار وسائر المال ، فمن ملك عرضاً للتجارة فحال عليه حول وهو نصاب قومه في آخر الحول ، فما بلغ أخرج زكاته وهو ربع عشر قيمته ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اعتبار الحول، وقد دل عليه قول رسول الله ﷺ « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » اذا ثبت هذا فان الزكاة تجب فيه في كل حول . وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحق وأبو عبيد وأصحاب الرأي . وقال مالك لا يزكيه إلا لحول واحد إلا أن يكون مدبراً لأن الحول الثاني لم يكن المال عيناً في أحد طرفيه فلم تجب فيه الزكاة كالحول الاول اذا لم يكن في أوله عينا

ولنا أنه مال تجب الزكاة فيه في الحول الاول لم ينقص عن النصاب ولم تتبدل صفته فوجبت زكاته في الحول الثاني كما لو نض في أوله . ولا نسلم انه اذا لم يكن في أوله عينا لا تجب الزكاة فيه ، واذا اشترى عرضاً للتجارة تعرض للقنية جرى في حول الزكاة من حين اشتراه

(فصل) ويخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في آخر هو مخير بين الاخراج من قيمتها وبين الاخراج من عينها ، وهذا قول أبي حنيفة لانها مال تجب فيه الزكاة فجاز إخراجها من عينه كسائر الاموال

ولنا أن النصاب معتبر بالقيمة فكانت الزكاة منها كالعين في سائر الاموال ولا نسلم أن الزكاة تجب في المال وانما وجبت في قيمته

(فصل) ولا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين أحدهما أن يملكه بفعله كالبيع والنكاح والخلع وقبول الهبة والوصية والغنيمة واكتساب المباحات لأن مالا يثبت له حكم الزكاة بدخوله في ملكه

ولم تنكر فتكون إجماعا ولانه مال تام فوجبت فيه الزكاة كالسائمة وخبرهم المراد به زكاة العين لازكاة القيمة بدليل ماذكرنا على أن خبرهم عام وحديثنا خاص فيجب تقديمه

(فصل) ويعتبر أن تبلغ قيمته نصابا لانه مال تام يعتبر له الحول فاعتبر له النصاب كالماشية ويعتبر له الحول لقوله عليه السلام « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ولا نعلم فيه خلافا فعلى هذا من ملك عرضا للتجارة فحال عليه الحول وهو نصاب قوّمه في آخر الحول فما بلغ أخرج زكاته ولا تجب فيه الزكاة إلا إذا بلغت قيمته نصابا وحال عليه الحول وهو نصاب ، فلو ملك سلعة قيمتها دون النصاب فمضى نصف حول وهي كذلك ثم زادت قيمتها فبلغت نصابا أو باعها بنصاب أو ملك في أثناء الحول عرضاً أخراً وأثمانا تم بها النصاب ابتداء الحول من حينئذ ولا يحتسب عليه بما مضى وهذا قول الثوري وأهل العراق والشافعي وإسحق وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر ، ولو ملك للتجارة نصابا فنقص عن النصاب في أثناء الحول ثم زاد حتى بلغ نصابا استأنف الحول عليه لكونه انقطع بنقصه في أثناء الحول

لا يثبت بمجرد النية كالصوم ، ولا فرق بين أن يملكه بعوض أو بغير عوض ، ذكر ذلك أبو الخطاب وابن عقيل لانه ملكه بفعله أشبه الموروث . والثاني أن ينوي عند تملكه انه للتجارة ، فان لم ينو عند تملكه انه للتجارة لم يصر للتجارة وإن نواه بعد ذلك ، وإن ملكه بارث وقصد انه للتجارة لم يصر للتجارة لأن الاصل القنية والتجارة عارض فلم يصر اليها بمجرد النية ، كما لو نوى الحاضر السفر لم يثبت له حكم بدون الفعل . وعن أحمد رواية أخرى أن العرض يصير للتجارة بمجرد النية لقول سمرة امرنا رسول الله ﷺ أن نخرج الصدقة مما نعد للبيع . فعلى هذا لايعتبر أن يملكه بفعله ولا أن يكون في مقابلة عوض بل متى نوى به التجارة صار للتجارة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن كانت له سلعة للتجارة ولا يملك غيرها وقيمتها دون مائتي درهم فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول من يوم ساوت مائتي درهم)

وجملة ذلك انه يعتبر الحول في وجوب الزكاة في مال التجارة ولا ينعقد الحول حتى يبلغ نصابا فلو ملك سلعة قيمتها دون النصاب فمضى نصف الحول وهي كذلك ثم زادت قيمة النماء بها أو تغيرت الاسعار فبلغت نصابا أو باعها بنصاب أو ملك في أثناء الحول عرضاً آخر أو أثمانا تم بها النصاب ابتدأ الحول من حينئذ فلا يحتسب بما مضى ، هذا قول الثوري وأهل العراق والشافعي وإسحق وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر ، ولو ملك للتجارة نصابا فنقص عن النصاب في أثناء الحول ثم زاد حتى بلغ نصابا استأنف الحول عليه لكونه انقطع بنقصه في أثنائه . وقال مالك ينعقد الحول على مادون النصاب فاذا كان في آخره نصابا زكاه ، وقال أبو حنيفة يعتبر في طرفي الحول دون وسطه

وقال مالك ينعقد الحول على مادون النصاب فاذا كان في آخره نصابا زكاه وقال أبوحنيفة يعتبر كونه نصابا في طرفي الحول دون وسطه لان التقويم يشق في جميع الحول فعفي عنه إلا في آخره فصار الاعتبار به ولانه يحتاج الى تعرف قيمته في كل وقت ليعلم أن قيمته تبلغ نصابا وذلك يشق

ولنا أنه مال يعتبر له الحول والنصاب فيجب اعتبار كمال النصاب في جميع الحول كسائر الاموال التي يعتبر لها ذلك وقولهم يشق التقويم لايصح لأن غير المقارب للنصاب لايحتاج الى تقويم لظهور معرفته ، والمقارب للنصاب إن سهل عليه التقويم والا فله الاداء والأخذ بالاحتياط كالمستفاد في أثناء الحول إن سهل عليه ضبط حوله وإلافله تعجيل زكاته مع الاصل

(فصل) (والواجب فيه ربع عشر قيمته لانها زكاة تتعلق بالقيمة فاشبهت زكاة الأثمان ويجب فيما زاد بحسابه كالأثمان) اذا ثبت هذا فانه تجب فيه الزكاة في كل حول وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحق وأبوعبيد وأصحاب الرأي ، وقال مالك لايزكيه إلا لحول واحد إلا أن يكون مدبرا لان الحول الثاني لم يكن المال عيناً في أحد طرفيه فلم تجب فيه الزكاة كالحول الاول إذا لم يكن في أوله عينا

لأن التقويم يسبق في جميع الحول فعفي عنه إلا في آخره فصار الاعتبار به، ولانه يحتاج الى أن نعرف قيمته في كل وقت ليعلم ان قيمته فيه تبلغ نصابا وذلك يشق

ولنا انه مال يعتبر له الحول والنصاب فوجب اعتبار كمال النصاب في جميع الحول كسائر الاموال التي يعتبر لها ذلك وقولهم يشق التقويم لا يصح فان غير المقارب للنصاب لا يحتاج الى تقويم لظهور معرفته، والمقارب للنصاب إن سهل عليه التقويم وإلا فله الأداء والأخذ بالاحتياط كالمستفاد في ثناء الحول إن سهل عليه ضبط مواقيت التملك وإلا فله تعجيل زكاته مع الاصل

(فصل) واذا ملك نصبا للتجارة في أوقات متفرقة لم يضم بعضها الى بعض لما بينا من ان المستفاد

ولنا أنه مال تجب فيه الزكاة في الحول الاول لم ينقص عن النصاب ولم تتبدل صفته فوجبت زكاته في الحول الثاني كما لو نض[1] في أوله ولا نسلم أنه إذا لم يكن في أوله عيناً لا تجب الزكاة فيه، وإذا اشترى عرضا للتجارة بعرض للقنية جرى في حول الزكاة من حين الشراء

﴿مسألة﴾ (ويؤخذ منها لا من العروض)

تخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها لأن نصابها يعتبر بالقيمة لا بالعين فكانت الزكاة منها كالعين في سائر الاموال وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر هو مخير بين الاخراج من قيمتها ومن عينها وهو قول أبي حنيفة لانه مال تجب فيه الزكاة فجاز اخراجها منه كسائر الأموال

ولنا ماذكرنا من المعنى ولا نسلم أن الزكاة وجبت في المال انما وجبت في قيمته

(فصل) وإذا ملك نصباً للتجارة في أوقات متفرقة لم يضم بعضها الى بعض لما ذكرنا في المستفاد وإن كان العرض الأول ليس بنصاب فكمل بالثاني نصابا فحولها من حين ملك الثاني ونماؤهما تابع لهما ولا يضم الثالث اليهما بل ابتداء الحول فيه من حين ملكه، وتجب زكاته إذا حال عليه الحول وإن كان دون النصاب لان في ملكه نصابا قبله ونماؤه تابع له

﴿مسألة﴾ (ولا تصير للتجارة إلا أن يملكها بفعله بنية التجارة بها)

لا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين أحدهما أن يملكه بفعله كالبيع والنكاح والخلع وقبول الهبة والوصية والغنيمة واكتساب المباحات لان ما لا يثبت له حكم الزكاة بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد النية كالسوم، ولا فرق بين أن يملكه بعوض أو بغير عوض وهكذا ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لانه ملكه بفعله أشبه ما لو ملكه بعوض، وذكر القاضي أنه لا يصير للتجارة الا أن يملكه بعوض وهو قول الشافعي فان ملكه بغير عوض كالهبة والغنيمة ونحوهما لم يصر للتجارة لانه لم يملكه بعوض أشبه الموروث، الثاني أن ينوي عند تملكه أنه للتجارة، فان لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصر للتجارة لقوله في الحديث «مما نعده للبيع» ولانها مخلوقة في الاصل للاستعمال فلا تصير للتجارة الا بنيتها كما أن ما خلق للتجارة لا يصير للقنية إلا بنيتها

[1] في القاموس: نض الدرهم أو الدينار إذا تحول عينا بعد ان كان متاعا

لا يضم الى ماعنده في الحول ، وإن كان العرض الاول ليس بنصاب وكمل بالثاني نصابا فحولهما من حين ملك الثاني ونماؤهما تابع لهما ولا يضم الثالث اليهما بل ابتداء الحول من حين ملكه ، وتجب فيه الزكاة وإن كان دون النصاب لأن قبله نصابا ولهذا يخرج عنه بالحصة ونماؤه تابع له

﴿ مسئلة ﴾ (فان ملكها بارث أو ملكها بفعله بغير نية التجارة ثم نوى التجارة بها لم تصر للتجارة) اذا ملك العرض بالارث لم يصر للتجارة وإن نواها لانه ملكه بغير فعله فجرى مجرى الاستدامة فلم يبق الا مجرد النية ومجرد النية لا يصير بها العرض للتجارة لما ذكرنا وكذلك إن ملكها بفعله بغير نية التجارة ثم نواها بعد ذلك لم يصر للتجارة لأن الاصل في العروض القنية فاذا صارت للقنية لم تنتقل عنه بمجرد النية كما لو نوى الحاضر السفر وعكسه مالو نوى المسافر الاقامة يكفي فيه مجرد النية

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان عنده عرض للتجارة فنواه للقنية ثم نواه للتجارة لم يصر للتجارة ، وعنه أن العروض تصير للتجارة بمجرد النية)

ولا يختلف المذهب أنه اذا نوى بعرض التجارة القنية أنه يصير للقنية وتسقط الزكاة منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك في احدى الروايتين لا يسقط حكم التجارة بمجرد النية كما لو نوى بالسائمة العلف .

ولنا أن القنية الاصل والرد الى الاصل يكفي فيه مجرد النية كما لو نوى بالحلي التجارة أو نوى المسافر الاقامة ، ولأن نية التجارة شرط لوجوب الزكاة في العروض فاذا نوى القنية زالت نية التجارة ففات شرط الوجوب ، وفارق السائمة اذا نوى علفها لأن الشرط فيها الاسامة دون نيتها فلا ينتفي الوجوب الا بانتفاء السوم ، واذا صار العرض للقنية ثم نواه للتجارة لم يصر للتجارة لما ذكرنا. وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي والثوري وذهب أبو بكر وابن عقيل الى أنها تصير للتجارة بمجرد النية وحكوه رواية عن أحمد قال بعض أصحابنا هذا على أصح الروايتين لقول سمرة أمرنا رسول الله ﷺ أن نخرج الصدقة مما نعده للبيع وهذا داخل في عمومه ، ولان نية القنية كافية بمجردها فكذلك نية التجارة بل هذا أولى لان الايجاب يغلب على الاسقاط احتياطا ، ولانه نوى به التجارة أشبه مالو نوى حال الشراء ، ووجه الاولى أن كل مالا يثبت له الحكم بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد النية كما لو نوى بالمعلوفة السوم ، ولان القنية الاصل والتجارة فرع عليها فلا ينصرف الى الفرع بمجرد النية كالمقيم ينوي السفر ، ويعتبر وجود النية في جميع الحول لأنها شرط أمكن اعتباره في جميع الحول ، فاعتبر فيه كالنصاب .

(فصل) واذا كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول فنوى بها الاسامة وقطع نية التجارة انقطع حول التجارة واستأنف حولا كذلك قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لان حول التجارة انقطع بنية الاقتناء وحول السوم لا يبنى على حول التجارة. قال شيخنا والاشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتقوم السلع إذا حال الحول بالاحظ للمساكين من عين أو ورق ولا يعتبر ما اشتريت به)

يعني اذا حال الحول على العروض وقيمتها بالفضة نصاب ولا تبلغ نصابا بالذهب قومناها بالفضة ليحصل للفقراء منها حظ ، ولو كانت قيمتها بالفضة دون النصاب وبالذهب تبلغ نصابا قومناها بالذهب لتجب الزكاة فيها ، ولا فرق بين أن يكون اشتراؤها بذهب أو فضة أو عروض ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي تقوم بما اشتراه من ذهب أو فضة لأن نصاب العروض مبني على ما اشتراه به فيجب أن تجب الزكاة فيه ، وتعتبر به كما لو لم يشتر به شيئاً . ولنا أن قيمته بلغت نصابا فتجب الزكاة فيه كما لو اشتراه بعرض وفي البلد نقدان مستعملان تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصابا ، ولأن تقويمه لحظ المساكين فيعتبر ما لهم فيه الحظ كالأصل ، وأما اذا لم يشتر بالنقد شيئا فان الزكاة في عينه لا في قيمته بخلاف العرض إلا أن يكون النقد معداً للتجارة فينبغي أن تجب الزكاة فيه اذا بلغت قيمته بالنقد الآخر نصابا ، وإن لم تبلغ بعينه نصابا لأنه مال تجارة بلغت قيمته نصابا فوجبت زكاته كالعروض ، فأما اذا بلغت قيمة العروض نصابا بكل واحد من الثمنين قومه بما شاء منهما وأخرج ربع عشر قيمته من أي النقدين شاء ، لكن الاولى أن يخرج من النقد المستعمل في البلد لأنه أحظ للمساكين . وإن كانا مستعملين

من أول الحول وجبت الزكاة فيها عند تمامه ، يروى نحو هذا عن إسحق لان السوم سبب لوجوب الزكاة وجد فى جميع الحول خالياً عن معارض فوجبت به الزكاة ، كما لو لم ينو التجارة أو كما لو كانت السائمة لاتبلغ نصاب القيمة ·

﴿مسئلة﴾ (وتقوم العروض عند الحول بما هو أحظ للمساكين من عين أو ورق ولا يعتبر ما اشتريت به) اذا حال الحول على عروض التجارة وقيمتها بالفضة نصاب ولا تبلغ نصابا بالذهب قومناها بالفضة وان كانت قيمتها بالذهب تبلغ نصابا ولا تبلغ نصابا بالفضة قومناها بالذهب لتجب الزكاة فيها ويحصل الحظ للفقراء سواء اشتراها بذهب أو عروض وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي تقوم بما اشتراه من ذهب أو فضة ، لان نصاب العرض مبني على ما اشتراه به فوجبت الزكاة فيه واعتبرت به ، كما لو لم يشتر به شيئا .

ولنا أن قيمته بلغت نصابا فوجبت الزكاة فيه كما لو اشتراه بعرض وفي البلد نقدان مستعملان تبلغ قيمة العرض بأحدهما نصابا ولان تقويمه يحظ المساكين فيعتبر مالهم فيه الحظ كالاصل ، وأما اذا لم يشتر بالنقد شيئاً فان الزكاة في عينه لا في قيمته بخلاف العرض فان كان النقد معداً للتجارة فينبغي أن تجب الزكاة فيه اذا بلغت قيمته بالنقد الآخر نصابا وان لم يبلغ بعينه نصابا كالسائمة التي للتجارة فان بلغت قيمة العروض نصابا بكل واحد من النقدين قومه بما شاء منهما وأخرج ربع عشر قيمته

أخرج من الغالب في الاستعمال لذلك، فان تساويا أخرج من أيهما شاء، واذا باع العروض بنقد وحال الحول عليه قوم النقد دون العروض لأنه انما يقوم ماحال عليه الحول دون غيره

(فصل) واذا اشترى عرضاً للتجارة بنصاب من الأثمان أو بما قيمته نصاب من عروض التجارة بنى حول الثاني على الحول الاول لأن مال التجارة انما تتعلق الزكاة بقيمته وقيمته هي الأثمان نفسها، وكما اذا كانت ظاهرة فخفيت فأشبه مالو كان له نصاب فأقرضه لم ينقطع حوله بذلك، وهكذا الحكم اذا باع العرض بنصاب أو بعرض قيمته نصاب لأن القيمة كانت خفية فظهرت أو بقيت على خفائها فأشبه مالو كان له قرض فاستوفاه أو أقرضه انسانا آخر، ولأن النماء في الغالب في التجارة انما يحصل بالتقليب، ولو كان ذلك يقطع الحول لكان السبب الذي وجبت فيه الزكاة لأجله يمنعها لأن الزكاة لاتجب إلا في مال نام، وإن قصد بالاثمان غير التجارة لم ينقطع الحول أيضاً. وقال الشافعي ينقطع قولا واحداً لانه مال تجب الزكاة في عينه دون قيمته فانقطع الحول بالبيع به كالسائمة

ولنا انه من جنس القيمة التي تتعلق الزكاة بها فلم ينقطع الحول ببيعها به كما لو قصد به التجارة وفارق السائمة فانها من غير جنس القيمة. فأما إن أبدل عرض التجارة بما تجب الزكاة في عينه كالسائمة ولم ينو به التجارة لم يبن حول أحدهما على الآخر لانهما مختلفان، وإن أبدله بعرض للقنية بطل الحول، وان اشترى عرض التجارة بعرض القنية انعقد عليه الحول من حين ملكه إن كان نصابا لانه اشتراه بما لا زكاة فيه فلم يمكن بناء الحول عليه، وإن اشتراه بنصاب من السائمة لم يبن على حوله لانهما مختلفان، وان اشتراه بما دون النصاب من الأثمان أو من عروض التجارة انعقد عليه الحول من حين تصير قيمته نصابا

من أي النقدين شاء، لكن الاولى أن يخرج من النقد المستعمل في البلد لانه أحظ للمساكين فان كانا مستعملين أخرج من الغالب في الاستعمال لذلك فان تساويا أخرج من أيهما شاء، وان باع العروض بنقد وحال الحول عليه قوم النقد دون العروض لانه انما يقوّم ماحال عليه الحول دون غيره

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى عرضاً بنصاب من الأثمان أو من العروض بنى على حوله) لان مال التجارة انما تتعلق الزكاة بقيمته، وقيمته هي الأثمان، انما كانت ظاهرة فخفيت فأشبه ما لو كان له نصاب فأقرضه لم ينقطع حوله بذلك، وهكذا الحكم اذا باع العرض بنصاب أو بعرض قيمته نصاب لان القيمة كانت خفية فظهرت أو بقيت على خفائها فأشبه ما لو كان له قرض فاستوفاه أو أقرضه انسانا آخر، ولان النماء في الغالب في التجارة انما يحصل بالتقليب ولو كان ذلك يقطع الحول لكان السبب الذي وجبت فيه الزكاة لاجله يمنعها لان الزكاة لا تجب الا في زمان نام، وان قصد بالأثمان غير التجارة لم ينقطع الحول، وقال الشافعي: ينقطع لانه مال تجب الزكاة في عينه دون قيمته فانقطع الحول بالبيع كالسائمة

ولنا انه من جنس القيمة التي تتعلق الزكاة بها فلم ينقطع الحول ببيعها به كما لو قصد به التجارة وفارق السائمة فانها من غير جنس القيمة

لأن مضي الحول على نصاب كامل شرط لوجوب الزكاة

(فصل) واذا اشترى للتجارة نصابا من السائمة فحال الحول والسوم ونية التجارة موجود ان زكاه زكاة التجارة وبهذا قال أبو حنيفة والثوري، وقال مالك والشافعي في الجديد يزكيها زكاة السوم لانها أقوى لانعقاد الاجماع عليها واختصاصها بالعين فكانت أولى

ولنا ان زكاة التجارة أحظ للمساكين لانها تجب فيما زاد بالحساب، ولأن الزائد عن النصاب قد وجد سبب وجوب زكاته فيجب كما لو لم يبلغ بالسوم نصابا، وإن سبق وقت وجوب زكاة السوم وقت وجوب زكاة التجارة مثل أن يملك أربعين من الغنم قيمتها دون مائتي درهم ثم صارت قيمتها في نصف الحول مائتي درهم: فقال القاضي يتأخر وجوب الزكاة حتى يتم حول التجارة لانه أنفع للفقراء وإلا يفضي التأخير الى سقوطها لان الزكاة تجب فيها اذا تم حول التجارة، ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها لوجود مقتضيها من غير معارض فاذا تم حول التجارة وجبت زكاة الزائد عن النصاب لوجود مقتضيها لان هذا مال للتجارة وحال الحول عليه وهو نصاب ولا يمكن ايجاب الزكاتين بكمالها لانه يفضي الى ايجاب زكاتين في حول واحد بسبب واحد فلم يجز ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتراه بنصاب من السائمة لم يبن على حوله)

إذا أبدل عرض التجارة بنصاب من السائمة ولم ينو به التجارة أو اشترى بنصاب من السائمة عرضاً للتجارة لم يبن حول أحدهما على الاخر لأنهما مختلفان، وان أبدل عرض التجارة بعرض القنية بطل الحول، وان اشترى عرض التجارة بعرض القنية انعقد عليه الحول من حين ملكه ان كان نصابا لانه اشتراه بما لا زكاة فيه فلم يمكن بناء الحول عليه وان اشتراه بما دون النصاب من الأثمان أو من عروض التجارة انعقد عليه الحول من حين تصيير قيمته نصابا لان مضيّ الحول على نصاب كامل شرط لوجوب الزكاة وقد ذكرناه .

(مسئلة) (وان ملك نصاباً من السائمة للتجارة فعليه زكاة التجارة دون السوم فان لم تبلغ قيمته نصاب التجارة فعليه زكاة السوم)

اذا اشترى للتجارة نصاباً من السائمة فحال الحول والسوم ونية التجارة موجودان زكاه زكاة التجارة . وبهذا قال أبو حنيفة والثوري، وقال مالك والشافعي في الجديد : يزكيها زكاة السوم لانها أقوى لانعقاد الاجماع عليها واختصاصها بالعين فكانت أولى

ولنا ان زكاة التجارة أحظ للمساكين لانها تجب فيما زاد على النصاب بالحساب، ولأن الزائد عن النصاب قد وجد سبب وجوب زكاته فوجب كما لو لم يبلغ بالسوم نصابا، وان سبق وقت وجوب زكاة السوم وقت وجوب زكاة التجارة مثل أن يملك أربعين من الغنم قيمتها دون مائتي درهم، ثم صارت قيمتها في أثناء الحول مائتي درهم فقال القاضي : يتأخر وجوب الزكاة حتى يتم حول التجارة

لقول النبي ﷺ « لاثني في الصدقة » وفارق هـذا زكاة التجارة وزكاة الفطر فانهما يجتمعان لانهما بسببين ، فان زكاة الفطر تجب عن بدن الانسان المسلم طهرة له ، وزكاة التجارة تجب عن قيمته شكراً لنعمة الغنى ومواساة للفقراء . فأما إن وجد نصاب السوم دون نصاب التجارة مثل أن يملك ثلاثين من البقر قيمتها مائة وخمسون درهماً وحال الحول عليها كذلك فان زكاة العين تجب بغير خلاف لانه لم يوجد لها معارض فوجبت كما لو لم تكن للتجارة

(فصل) وإن اشترى نخلا أو أرضاً للتجارة فزرعت الارض وأثمرت النخل فاتفق حولاهما بأن يكون بدو الصلاح في الثمرة واشتداد الحب عند تمام الحول وكانت قيمة الارض والنخل بمفردها نصابا للتجارة فانه يزكي الثمرة والحب زكاة العشر ويزكي الاصل زكاة القيمة وهذا قول أبي حنيفة وأبي ثور . وقال القاضي وأصحابه : يزكي الجميع زكاة القيمة ، وذكر أن احمد أومأ اليه لانه مال تجارة فتجب فيه زكاة التجارة كالسائمة

ولنا أن زكاة العشر أحظ للفقراء فان العشر أحظ من ربع العشر فيجب تقديم مافيه الحظ ، ولأن الزيادة على ربع العشر قد وجد سبب وجوبها فتجب وفارق السائمة المعدة للتجارة فان زكاة السوم أقل من زكاة التجارة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا اشتراها للتجارة ثم نواها للاقتناء ثم نواها للتجارة فلا زكاة فيها حتى يبيعها ويستقبل بثمنها حولا ﴾

لانه أنفع للفقراء ولا يفضي إلى سقوطها لان الزكاة تجب فيها اذا تم حول التجارة ،ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها لوجود مقتضيها من غير معارض ، فاذا تم حول التجارة وجبت زكاة الزائد عن النصاب لوجود مقتضيها لانه مال للتجارة حال عليه الحول وهو نصاب،ولا يمكن ايجاب الزكاتين بكمالها لانه يفضي إلى إيجاب زكاتين في حول واحد بسبب واحد ، فلم يجز ذلك لقول النبي ﷺ « لاثني في الصدقة » وفارق هذا زكاة التجارة وزكاة الفطر في العبد الذي للتجارة لأنهما يجتمعان لكونهما بسببين فان زكاة الفطر تجب عن بدن المسلم طهرة له ، وزكاة التجارة تجب عن قيمته شكراً لنعمـة الغني مواساة للفقراء ، فأما ان وجد نصاب السوم دون التجارة كمن ملك نصابا من السائمة للتجارة لاتبلغ قيمتها مائتي درهم وحال الحول عليها كذلك فان زكاة العين لا تجب فيها بغير خلاف لانه لم يوجد لها معارض أشبه اذا لم تكن للتجارة ، وكذلك ان ملك أربعا من الابل قيمتها مائتادرهم تجب فيها زكاة التجارة بغير خلاف لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتري أرضاً أو نخلا للتجارة فأثمرت النخل أو زرعت الارض فعليه فيهما العشر ويزكي الاصل للتجارة)

لايختلف المذهب في أنه اذا نوى بعرض التجارة القنية أنه يصير للقنية وتسقط الزكاة منه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك في احدى الروايتين عنه : لا يسقط حكم التجارة بمجرد النية كما لو نوى بالسائمة العلف

ولنا أن القنية الاصل ويكفي في الرد إلى الاصل مجرد النية كما لو نوى بالحلي التجارة، أو نوى المسافر الاقامة ، ولأن نية التجارة شرط لوجوب الزكاة في العروض ، فاذا نوى القنية زالت نية التجارة ففات شرط الوجوب وفارق السائمة اذا نوى علفها لان الشرط فيها الاسامة دون نيتها فلا ينتفي الوجوب إلا بانتفاء السوم ، واذا صار العرض للقنية بنيتها فنوى به التجارة لم يصر للتجارة بمجرد النية على ما أسلفناه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والثوري ، وذهب ابن عقيل وأبو بكر إلى أنه يصير للتجارة بمجرد النية وحكوه رواية عن احمد لقوله فيمن أخرجت أرضه خمسة أوسق فمكثت عنده سنين لا يريد بها التجارة فليس عليه زكاة ، وإن كان يريد التجارة فأعجب إلي أن يزكيه . قال بعض أصحابنا: هذا على أصح الروايتين لأن نية القنية بمجردها كافية فكذلك نية التجارة بل أولى ، لان الايجاب يغلب على الاسقاط احتياطاً ولانه أحظ للمساكين فاعتبر كالتقويم ، ولان سمرة قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج الصدقة مما نعده للبيع وهذا داخل في عمومه ، ولانه نوى به التجارة فوجبت فيه الزكاة كما لو نوى حال البيع

ولنا أن كل مالا يثبت له الحكم بدخوله في ملكه لايثبت بمجرد النية كما لو نوى بالمعلوفة السوم ولان القنية الاصل والتجارة فرع عليها فلا ينصرف إلى الفرع بمجرد النية كالمقيم ينوي السفر وبالعكس من ذلك مالو نوى القنية فانه يردها إلى الاصل فانصرف اليه بمجرد النية كما لو نوى المسافر الاقامة ، فكذلك اذا نوى بمال التجارة القنية انقطع حوله ، ثم اذا نوى به التجارة فلا شيء فيه حتى يبيعه ويستقبل بثمنه حولا

زكاة التجارة فيها أنفع للفقراء . فأما ان سبق وجوب العشر حول التجارة وجب عليه العشر لوجود سببه من غير معارض وهو أحظ للفقراء كما بينا

اذا اشترى أرضاً أو نخلا للتجارة فأثمرت النخل، أو زرعت الارض واتفق حولاهما بأن يكون بدو الصلاح في الثمرة واشتداد الحب عند تمام الحول وكانت قيمة الاصل تبلغ نصابا للتجارة فانه يزكي الحب والثمرة زكاة العشر اذا بلغ نصاباً ،ويزكي الاصل زكاة القيمة . وهذا قول أبي حنيفة وأبي ثور وقال القاضي وأصحابه : يزكي الجميع زكاة القيمة ، وذكر ان أحمد أومأ اليه لانه مال تجارة فوجبت فيه زكاة التجارة كالسائمة

ولنا ان زكاة العشر أحظ للفقراء فان العشر أحظ من ربع العشر فيجب تقديم ما فيه الحظ ، ولأن الزيادة على ربع العشر قد وجد سبب وجوبها فتجب ، وفارق زكاة السوم المعدة للتجارة لان

(فصل) فان كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول فنوى بها الاسامة وقطع نية التجارة انقطع حول التجارة واستأنف حولا كذلك . قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي : لأن حول التجارة انقطع بنية الاقتناء وحول السوم لاينبني على حول التجارة والاشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أول الحول وجبت الزكاة فيها عند تمامه ، وهذا يروى نحوه عن اسحاق لان السوم سبب لوجوب الزكاة وجد في جميع الحول خالياً عن معارض فوجبت به الزكاة كما لو لم ينو التجارة ، أو كما لو كانت السائمة لاتبلغ نصابا بالقيمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا كان في ملكه نصاب للزكاة فاتجر فيه فنمى أدى زكاة الاصل مع النماء إذا حال الحول)

وجملته أن حول النماء مبني على حول الاصل لانه تابع له في الملك فتبعه في الحول كالسخال والنتاج ، وبهذا قال مالك واسحاق وأبو يوسف ، وأما أبو حنيفة فانه بنى حول كل مستفاد على حول جنسه نماء كان أو غيره . وقال الشافعي : إن نضّت الفائدة قبل الحول لم يبن حولها على حول النصاب واستأنف لها حولا لقوله عليه السلام « لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ولأنها فائدة تامة لم تتولد مما عنده فلم يبن على حوله كما لو استفاد من غير الربح ، وإن اشترى سلعة بنصاب فزادت قيمتها عند رأس الحول ، فانه يضم الفائدة ويزكي عن الجميع بخلاف ماإذا باع السلعة قبل الحول بأكثر من نصاب فانه يزكي عند رأس الحول عن النصاب ويستأنف للزيادة حولا

ولنا أنه نماء جار في الحول تابع لاصله في الملك فكان مضموما اليه في الحول كالنتاج وكما لو لم ينض ، ولأنه ثمن عرض تجب زكاة بعضه ويضم إلى ذلك البعض قبل البيع فيضم اليه بعده كبعض النصاب ولانه لو بقي عرضاً زكى جميع القيمة ، فاذا نضّ كان أولى لانه يصير متحققاً ، ولأن هذا الربح

(فصل) واذا حال الحول أدى زكاة الاصل والنماء لانه تابع له في الملك فتبعه في الحول كالسخال والنتاج ، وبهذا قال مالك واسحق وأبو يوسف ، وأما أبو حنيفة فانه يبني حول كل مستفاد على حول جنسه النماء وغيره . وقال الشافعي : ان نضّت الفائدة قبل الحول لم يبن حولها على حول النصاب ، ويستأنف لها حولها لقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » ولانها فائدة تامة لم تتولد مما عنده أشبه المستفاد من غير الربح . وان اشترى سلعة بنصاب فزادت قيمتها عند رأس الحول فانه يضم الفائدة ويزكي عن الجميع بخلاف ماإذا باع السلعة قبل الحول

ولنا أنه نماء جار في حول تابع لاصله في الملك فضم اليه في الحول كالنتاج وكما لو لم ينض ولانه ثمن عرض تجب زكاة بعضه يضم اليه الباقي قبل البيع فضم اليه بعده كبعض النصاب ولانه لو بقي عرضاً زكي جميع القيمة ، فاذا نض كان أولى لانه يصير متحققا والحديث فيه مقال وهو مخصوص

كان تابعاً للاصل في الحول كما لو لم ينض فبنضه لايتغير حوله ، والحديث فيه مقال وهو مخصوص بالنتاج وبما لم ينض فنقيس عليه

(فصل) وإن اشترى للتجارة ماليس بنصاب فنمى حتى صار نصابا انعقد عليه الحول من حين صار نصابا في قول أكثر أهل العلم . وقال مالك . اذا كانت له خمسة دنانير فاتجر فيها فحال عليها الحول وقد بلغت ماتجب فيه الزكاة زكيها

ولنا أنه لم يحل الحول على نصاب فلم تجب فيه الزكاه كما لو نقص في آخره

(فصل) واذا اشترى للتجارة شقصاً بألف فحال عليه الحول وهو يساوي ألفين فعليه زكاة ألفين ، فان جاء الشفيع أخذه بألف لان الشفيع انما يأخذ بالثمن لا بالقيمة والزكاة على المشتري لانها وجبت وهو في ملكه ، ولو لم يأخذه الشفيع لكن وجد به عيباً فرده فانه يأخذ من البائع ألفاً ، ولو انعكست المسألة فاشتراه بألفين وحال الحول وقيمته ألف فعليه زكاة ألف فيأخذه الشفيع إن أخذه ويرده بالعيب بألفين لأنهما الثمن الذي وقع البيع به

(فصل) وإن دفع إلى رجل ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفان فحال الحول وقد صار ثلاثة آلاف فعلى رب المال زكاة ألفين لان ربح التجارة حوله حول أصله . وقال الشافعي في أحد قوليه : عليه زكاة الجميع لان الاصل له والربح نماء ماله ولا يصح لان حصة المضارب له وليست ملكا لرب المال بدليل أن المضارب المطالبة بها ولو أراد رب المال دفع حصته اليه من غير هذا المال لم يلزمه قبوله ، ولا تجب على الانسان زكاة ملك غيره ، ولان رب المال يقول : حصتك أيها العامل مترددة بين أن تسلم فتكون لك أو تتلف فلا تكون لي ولا لك فكيف يكون علي زكاة ماليس لي بوجه ما ، وقوله : إنه نماء ماله قلنا لكنه لغيره فلم تجب عليه زكاة كما لو وهب نتاج سائمته لغيره . اذا ثبت هذا

بالنتاج وبما لم ينض فنقيس عليه .

(فصل) واذا اشترى للتجارة شقصاً مشفوعا بالف فحال الحول وهو يساوي الفين فعليه زكاة الفين فان جاء الشفيع أخذه بالف لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن لابالقيمة ، والزكاة على المشتري لانها وجبت في ملكه ولولم يأخذه الشفيع لكن وجد المشتري به عيبا فرده فانما يأخذ من البائع الفا ، ولو اشتراه بالفين وحال الحول وقيمته الف فعليه زكاة الف ويأخذه الشفيع ان أخذه ويرده بالعيب بالفين لانهما الثمن الذي وقع به البيع .

(فصل) وإذا دفع إلى رجل الفا مضاربة على أن الربح بينهما فحال الحول وهو ثلاثة آلاف فعلى رب المال زكاة الفين لان ربح التجارة حوله حول أصله على ما بينا ، وقال الشافعي في أحد قوليه عليه زكاة الجميع لان الاصل له والربح نماء ماله ولا يصح ذلك لان حصة المضارب له وليست ملكا لرب المال بدليل أن للمضارب المطالبة بها ولو أراد رب المال دفع حصته اليه من غير هذا المال لم يلزمه

فانه يخرج الزكاة من المال لانه من مؤنته فكان منه كمؤنة حمله ويحسب من الربح لانه وقاية لرأس المال

وأما العامل فليس عليه زكاة في حصته حتى يقتسما ويستأنف حولا من حينئذ . نص عليه احمد في رواية صالح وابن منصور فقال : فاذا احتسبا يزكي المضارب اذا حال الحول من حين احتسبا لانه علم ماله في المال ، ولأنه اذا اتضع بعد ذلك كانت الوضيعة على رب المال ، يعني اذا اقتسما لان القسمة في الغالب تكون عند المحاسبة ألا تراه يقول : ان اتضع بعد ذاك كانت الوضيعة على رب المال وانما يكون هذا بعد القسمة . وقال أبو الخطاب : يحتسب حوله من حين ظهور الربح ، يعني اذا كمل نصابا إلا على قول من قال : إن الشركة تؤثر في غير الماشية ، قال ولا يجب اخراج زكاته حتى يقبض المال لان العامل يملك الربح بظهوره ، فاذا ملكه جرى في حول الزكاة ، ولان من أصلنا أن في المال الضال والمغصوب والدين على مماطل الزكاة وإن كان رجوعه إلى ملك يده مظنونا كذا ههنا

ولنا أن ملك المضارب غير تام لانه بعرض أن تنقص قيمة الاصل أو يخسر فيه وهذا وقاية له ولهذا منع من الاختصاص به والتصرف فيه بحق نفسه فلم يكن فيه زكاة كمال المكاتب يؤكد هذا أنه لو كان ملكا تاما لاختص بربحه ، فلو كان رأس المال عشرة فاتجر فيه فربح عشرين ، ثم اتجر فربح ثلاثين لكانت الخمسين التي ربحها بينهما نصفين ، ولو تم ملكه بمجرد ظهور الربح لملك من العشرين الاولى عشرة واختص بربحها وهي عشرة من الثلاثين وكانت العشرون الباقية بينهما نصفين فيملك المضارب ثلاثين ولرب المال ثلاثون كما لو اقتسما العشرين ثم خلطاها، وفارق المغصوب والضال فان الملك فيه ثابت تام انما حيل بينه وبينه بخلاف مسألتنا ، ومن أوجب الزكاة على المضارب فانما يوجبها عليه اذا حال الحول من حين تبلغ حصته نصابا بمفردها أو بضمها إلى ماعنده من جنس المال أو من الأثمان إلا على الرواية التي تقول إن للشركة تأثيراً في غير السائمة وليس عليه اخراجها قبل القسمة كالدين لايجب الاخراج منه قبل قبضه ، وإن أراد اخراجها منه قبل القسمة لم يجز لان الربح وقاية لرأس المال ، ويحتمل أن يجوز لانهما دخلا على حكم الاسلام ومن حكمه وجوب الزكاة واخراجها من المال

قبوله ، ولايجب على الانسان زكاة ملك غيره ولان رب المال يقول حصتك أيها العامل مترددة بين أن تسلم فتكون لك أوتتلف فلا تكون لي ولالك فكيف يجب علي زكاة ماليس لي بوجه ما؟ وقوله إنها نماء ماله قلنا الا أنه لغيره فلم تجب عليه زكاته كما لو وهب نتاج سائمته لغيره

اذا ثبت هذا فانه يخرج الزكاة من المال لانه من مؤنته فكان منه كمؤنة حمله، ويحتسب من الربح لانه وقاية لرأس المال كذلك ذكره شيخنا في كتاب المغني ، وقال في كتاب الكافي تحتسب الزكاة من حصة رب المال لانها واجبة عليه فحسبت من نصيبه كدينه ، فاما حصة المضارب فمن أوجبها لم يجوز اخراجها من المال لان الربح وقاية لرأس المال ، ويحتمل أن يجوز لانهما دخلا على حكم الاسلام

(فصل) واذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في إخراج زكاته أو أذن رجلان غير شريكين كل واحد منهما للآخر في اخراج زكاته فأخرج كل واحد منهما زكاته وزكاة صاحبه معاً في حال واحدة ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه لان كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن الوكالة لاخراج من عليه الزكاة زكاته بنفسه ، ويحتمل أن لا يضمن إذا لم يعلم باخراج صاحبه إذا قلنا ان الوكيل لا ينعزل قبل الحكم بعزل الموكل أو بموته ويحتمل أن لا يضمن وإن قلنا انه ينعزل لانه غره بتسليطه على الاخراج وأمره به ولم يعلمه باخراجه فكان خطر التغرير عليه كما لو غره بحرية أمة وهذا أحسن ان شاء الله تعالى . وعلى هذا إن علم أحدهما دون الآخر فعلى العالم الضمان دون الآخر . فأما إن أخرجها أحدهما قبل الآخر فعلى هذا الوجه لا ضمان على واحد منهما اذا لم يعلم ، وعلى الاول على الثاني الضمان دون الاول

﴿ باب زكاة الدين والصدقة ﴾

الصدقة هي الصداق وجمعها صدقات قال الله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وهي من جملة الديون وحكمها حكمها ، وانما أفردها بالذكر لاشتهارها باسم خاص

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان معه مائتا درهم وعليه دين فلا زكاة عليه)

وجملة ذلك أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الاموال الباطنة رواية واحدة وهي الأثمان وعروض التجارة ، وبه قال عطاء وسليمان بن يسار وميمون بن مهران والحسن والنخعي والليث ومالك والثوري والاوزاعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال ربيعة وحماد بن أبي سليمان والشافعي في جديد قوليه لا يمنع الزكاة لانه حر مسلم ملك نصابا حولا فوجبت عليه الزكاة كمن لا دين عليه

ولنا ماروى أبو عبيد في الاموال : حدثنا ابراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال : سمعت عثمان بن عفان يقول : هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤده حتى تخرجوا زكاة أموالكم . وفي رواية فمن كان عليه دين فليقض دينه وليزك بقية ماله ، قال ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه فدل على اتفاقهم عليه ، وروى أصحاب مالك عن عمير بن عمران عن شجاع عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا كان لرجل ألف درهم وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه » وهذا نص ولأن النبي ﷺ قال « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم » فدل على انها إنما تجب على الاغنياء ولا تدفع إلا الى الفقراء وهذا ممن يحل له أخذ الزكاة فيكون فقيراً فلا

ومن حكمه وجوب الزكاة واخراجها من المال ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة نحو مما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في اخراج زكاته أو أذن رجلان غير

تجب عليه الزكاة لانها لاتجب إلا على الاغنياء للخبر ولقوله عليه السلام « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » ويخالف من لا دين له عليه فانه غني يملك نصابا ، يحقق هذا أن الزكاة انما وجبت مواساة للفقراء وشكراً لنعمة الغنى ، والمدين محتاج الى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره ولا حصل له من الغنى مايقتضي الشكر بالاخراج ، وقد قال النبي ﷺ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول »

(فصل) فأما الاموال الظاهرة وهي السائمة والحبوب والثمار فروي عن أحمد أن الدين يمنع الزكاة أيضاً فيها لما ذكرناه في الاموال الباطنة . قال أحمد في رواية إسحق بن ابراهيم يبتديء بالدين فيقضيه ثم ينظر مابقي عنده بعد إخراج النفقة فيزكي مابقي ولا يكون على أحد دينه أكثر من ماله صدقة في إبل أو بقر أو غنم أو زرع ولا زكاة وهذا قول عطاء والحسن وسليمان وميمون بن مهران والنخعي والثوري والليث وإسحق لعموم ماذكرنا وروي انه لايمنع الزكاة فيها وهو قول مالك والاوزاعي والشافعي ، وروي عن أحمد انه قال : قد اختلف ابن عمر وابن عباس فقال ابن عمر يخرج ما استدان أو أنفق على ثمرته وأهله ويزكي مابقي . وقال الآخر يخرج ما استدان على ثمرته ويزكي مابقي وإليه أذهب أن لا يزكي ما أنفق على ثمرته خاصة ويزكي مابقي ، لأن المصدق اذا جاء فوجد إبلا أو بقراً أو غنما لم يسأل أي شيء على صاحبها من الدين وليس المال هكذا . فعلى هذه الرواية لايمنع الدين الزكاة في الاموال الظاهرة إلا في الزرع والثمار فيما استدانه للانفاق عليها خاصة وهذا ظاهر قول الخرقي لانه قال في الخراج : يخرجه ثم يزكي مابقي جعله كالدين على الزرع . وقال في الماشية المرهونة يؤدي منها اذا لم يكن له مال يؤدي عنها فأوجب الزكاة فيها مع الدين . وقال أبوحنيفة: الدين الذي تتوجه فيه المطالبة يمنع في سائر الاموال إلا الزرع والثمار بناء منه على ان الواجب فيها ليس بصدقة والفرق بين الاموال الظاهرة والباطنة أن تعلق الزكاة بالظاهرة آكد لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها ولهذا يشرع ارسال من يأخذ صدقتها من أربابها ، وكان النبي ﷺ يبعث السعاة فيأخذون الصدقة من أربابها وكذلك الخلفاء بعده وعلى منعها قاتلهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه ولم يأت عنه انهم استكرهوا أحداً على صدقة الصامت ولا طالبوه بها إلا أن يأتي بها طوعا ولأن السعاة يأخذون زكاة مايجدون ولا يسألون عما على صاحبها من الدين فدل على انه لايمنع زكاتها ولأن تعلق اطماع الفقراء بها أكثر ، والحاجة الى حفظها أوفر ، فتكون الزكاة فيها أوكد

(فصل) وانما يمنع الدين الزكاة اذا كان يستغرق النصاب أو ينقصه ولا يجد مايقضيه به سوى النصاب أو مالا يستغني عنه مثل أن يكون له عشرون مثقالا وعليه مثقال أو أكثر أو أقل مما ينقص به النصاب اذا قضاه به ولا يجد له قضاء من غير النصاب ، فان كان له ثلاثون مثقالا وعليه عشرة فعليه زكاة العشرين ، وإن كان عليه أكثر من عشرة فلا زكاة عليه ، وان كان عليه خمسة فعليه

الشريكين كل واحد منهما للآخر في إخراج زكاته فأخرج كل واحد منهما زكاته وزكاة صاحبه

زكاة خمسة وعشرين، ولو ان له مائة من الغنم وعليه مايقابل ستين فعليه زكاة الاربعين فان كان عليه مايقابل احدى وستين فلا زكاة عليه لانه ينقص النصاب، وإن كان له مالان من جنسين وعليه دين جعله في مقابلة مايقضي منه، فلو كان له خمس من الابل ومائتا درهم فان كانت عليه سلماً أو دية ونحو ذلك مما يقضى بالابل جعلت الدين في مقابلتها ووجبت عليه زكاة الدراهم، وإن كان أتلفها أو غصبها جعلت قيمتها في مقابلة الدراهم لانها تقضى منها، وان كانت قرضاً خرج على الوجهين فيما يقضى منه فان كانت اذا جعلناها في مقابلة أحد المالين فضلت منها فضلة تنقص النصاب الآخر، واذا جعلناها في مقابلة الآخر لم يفضل منها شيء كرجل له خمس من الابل ومائتا درهم وعليه ست من الابل قيمتها مائتا درهم فاذا جعلناها في مقابلة المائتين لم يفضل من الدين شيء ينقص نصاب السائمة، واذا جعلناها في مقابلة الابل فضل منها بعير نقص نصاب الدراهم أو كانت بالعكس مثل أن يكون عليه مائتان وخمسون درهماً وله من الابل خمس أو أكثر تساوي الدين أو تفضل عليه جعلنا الدين في مقابلة الابل هاهنا وفي مقابلة الدراهم في الصورة الاولى لأن له من المال مايقضي به الدين سوى النصاب، وكذلك لو كان عليه مائة درهم وله مائتا درهم وتسع من الابل، فاذا جعلناها في مقابلة الابل لم ينقص نصابها لكون الأربع لزائدة عنه تساوي المائة وأ كثر منها، وان جعلناه في مقابلة الدراهم سقطت الزكاة منها فجعلناها في مقابلة الابل كما ذكرنا في التي قبلها ولأن ذلك أحظ للفقراء. وذكر القاضي نحو هذا فانه قال: اذا كان النصابان زكويين جعلت الدين في مقابلة ماالحظ للمساكين في جعله في مقابلته وان كان من غير جنس الدين. فان كان أحد المالين لا زكاة فيه والآخر فيه الزكاة كرجل عليه مائتا درهم وله مائتا درهم وعروض للقنية تساوي مائتين فقال القاضي يجعل الدين في مقابلة العروض وهذا مذهب مالك وأبي عبيد. قال أصحاب الشافعي وهو مقتضى قوله لانه مالك المائتين زائدة عن مبلغ دينه فوجبت عليه زكاتها كما لو كان جميع ماله جنساً واحداً، وظاهر كلام أحمد رحمه الله انه يجعل الدين في مقابلة ما يقضى منه فانه قال في رجل عنده ألف وعليه ألف وله عروض بألف إن كانت العروض للتجارة زكاها وإن كانت لغير التجارة فليس عليه شيء وهذا مذهب أبي حنيفة ويحكى عن الليث بن سعد. لأن الدين يقضى من جنسه عند التشاح فجعل الدين في مقابلته أولى كما لو كان النصابان زكويين، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد هاهنا على ما اذا كان العرض تتعلق به حاجته الاصلية ولم يكن فاضلا عن حاجته فلا يلزمه صرفه في وفاء الدين لأن الحاجة أهم ولذلك لم تجب الزكاة في الحلي المعد للاستعمال ويكون قول القاضي محمولا على من كان العرض فاضلا عن حاجته وهذا أحسن لأنه في هذه الحال مالك لنصاب فاضل عن حاجته وقضاء دينه فلزمته زكاته كما لو لم يكن عليه دين. فأما إن كان عنده نصابان زكويان وعليه دين من غير جنسهما ولا يقضى من أحدهما

معا في حال واحدة ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه لان كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم

فانك تجعله في مقابلة ما الحظ للمساكين في جعله في مقابلته

(فصل) فأما دين الله كالكفارة والنذر ففيه وجهان : أحدهما يمنع الزكاة كدين الآدمي لانه دين يجب قضاؤه فهو كدين الآدمي يدل عليه قول النبي ﷺ « دين الله أحق أن يقضى » والآخر لايمنع لأن الزكاة آكد منه لتعلقها بالعين فهو كارش الجناية ويفارق دين الآدمي لتأكده وتوجه المطالبة به ، فان نذر الصدقة بمعين فقال لله علي أن أتصدق بهذه المائتي درهم اذا حال الحول . فقال ابن عقيل يخرجها فى النذر ولا زكاة عليه لأن النذر آكد لتعلقه بالعين والزكاة مختلف فيها، ويحتمل أن تلزمه زكاتها وتجزئه الصدقة بها إلا أن ينوي الزكاة بقدرها ويكون ذلك صدقة تجزئه عن الزكاة لكون الزكاة صدقة وسائرها يكون صدقة لنذره وليس بزكاة ، وان نذر الصدقة ببعضها وكان ذلك البعض قدر الزكاة أو أكثر فعلى هذا الاحتمال يخرج المنذور وينوي الزكاة بقدرها منه . وعلى قول ابن عقيل يحتمل أن تجب الزكاة عليه لان النذر انما تعلق بالبعض بعد وجود سبب الزكاة وتمام شرطه فلا يمنع الوجوب لكون المحل متسعاً لهما جميعاً ، وإن كان المنذور أقل من قدر الزكاة وجب قدر الزكاة ودخل النذر فيه في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجب اخراجهما جميعا

(فصل) اذا قلنا لايمنع الدين وجوب الزكاة في الاموال الظاهرة فحجر الحاكم عليه بعدوجوب الزكاة لم يملك اخراجها لأنه قد انقطع تصرفه في ماله ، وإن أقربها بعد الحجر لم يقبل اقراره وكانت عليه في ذمته كدين الآدمي ، ويحتمل أن تسقط اذا حجر عليه قبل امكان أدائها كما لو تلف ماله ، فان أقر الغرماء بوجوب الزكاة عليه أو ثبت ببينة ، أو كان قد أقر بها قبل الحجر عليه وجب اخراجها من المال فان لم يخرجوها فعليهم إثمها

(فصل) واذا جنى العبد المعد للتجارة جناية تعلق ارشها برقبته منع وجوب الزكاة فيه إن كان ينقص النصاب لانه دين ، وإن لم ينقص النصاب منع الزكاة في قدر مايقابل الارش

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان له دين على مليء فليس عليه زكاة حتى يقبضه ويؤدي لما مضى)

وجملة ذلك أن الدين على ضربين (أحدهما) دين على معترف به باذل له فعلى صاحبه زكاته إلا أنه لايلزمه اخراجها حتى يقبضه فيؤدي لما مضى ، روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبهذا قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال عثمان وابن عمر رضي الله عنهما ، وجابر وطاوس والنخعي وجابر بن زيد والحسن وميمون بن مهران والزهري وقتادة وحماد بن أبي سليمان والشافعي واسحاق وأبو عبيد : عليه اخراج الزكاة في الحال وإن لم يقبضه لانه قادر على أخذه والتصرف فيه فلزمه اخراج زكاته كالوديعة . وقال عكرمة : ليس في الدين زكاة ، وروي ذلك عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما لانه غير نام فلم تجب زكاته كعروض القنية

عن الوكالة لاخراج الموكل زكاته بنفسه)

وروي عن سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وعطاء الخراساني وأبي الزناد يزكيه اذا قبضه لسنة واحدة

ولنا أنه دين ثابت في الذمة فلم يلزمه الاخراج قبل قبضه كما لو كان على معسر ، ولان الزكاة تجب على طريق المواساة وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لا ينتفع به ، وأما الوديعة فهي بمنزلة ما في يده لان المستودع نائب عنه في حفظه ويده كيده ، وانما يزكيه للماضي لانه مملوك له يقدر على الانتفاع به فلزمته زكاته كسائر أمواله

(الضرب الثاني) أن يكون على معسر ، أو جاحد ، أو مماطل به فهذا هل تجب فيه الزكاة؟ على روايتين (احداهما) لا تجب وهو قول قتادة واسحاق وأبي ثور وأهل العراق لانه غير مقدور على الانتفاع به أشبه مال المكاتب (والرواية الثانية) يزكيه اذا قبضه لما مضى وهو قول الثوري وأبي عبيد لما روي عن علي رضي الله عنه في الدين المظنون ، قال إن كان صادقا فليزكه اذا قبضه للماضي وروي نحوه عن ابن عباس . رواهما أبو عبيد ، ولأنه مملوك يجوز التصرف فيه فوجبت زكاته لما مضى كالدين على المليء ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وعن عمر بن عبد العزيز والحسن والليث والاوزاعي ومالك يزكيه اذا قبضه لعام واحد

ولنا أن هذا المال في جميع الاحوال على حال واحد فوجب أن يتساوى في وجوب الزكاة أو سقوطها كسائر الاموال ولا فرق بين كون الغريم يجحده في الظاهر دون الباطن أو فيهما

(فصل) وظاهر كلام احمد أنه لا فرق بين الحال والمؤجل لان البراءة تصح من المؤجل ولولا أنه مملوك لم تصح البراءة منه لكن يكون في حكم الدين على المعسر لانه يمكن قبضه في الحال

(فصل) ولو أجر داره سنتين بأربعين ديناراً ملك الاجرة من حين العقد وعليه زكاة جميعها اذا حال عليه الحول لان ملك المكرى عليه تام بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات ، ولو كانت جارية كان له وطؤها وكونها بعرض الرجوع لانفساخ العقد لا يمنع وجوب الزكاة كالصداق قبل الدخول ، ثم إن كان قد قبض الاجرة أخرج الزكاة منها ، وإن كانت ديناً فهي كالدين معجلا كان أو مؤجلا . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يزكيها حتى يقبضها ويحول عليه الحول بناء على أن الاجرة لا تستحق بالعقد ، وانما تستحق بانقضاء مدة الاجارة وهذا يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ، وعن احمد رحمه الله رواية أخرى فيمن قبض من أجر عقار نصابا يزكيه في الحال وقد ذكرناه في غير هذا الموضع وحملناه على أنه حال عليه الحول قبل قبضه

(فصل) ولو اشترى شيئاً بعشرين ديناراً ، أو أسلم نصابا في شيء فحال الحول قبل أن يقبض

ويحتمل أن لا يضمن اذا لم يعلم باخراج صاحبه اذا قلنا إن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بعزل الموكل

المشتري المبيع ، أو يقبض المسلم فيه والعقد باق فعلى البائع والمسلم اليه زكاة الثمن لان ملكه ثابت فيه فان انفسخ العقد لتلف المبيع أو تعذر المسلم فيه وجب رد الثمن وزكاته على البائع

(فصل) والغنيمة يملك الغانمون أربعة أخماسها بانقضاء الحرب ، فان كانت جنساً واحداً تجب فيه الزكاة كالأثمان والسائمة ونصيب كل واحد منهم منها نصاب فعليه زكاته اذا انقضى الحول ولا يلزمه اخراج زكاته قبل قبضه لما ذكرنا في الدين على المليء ، واذا كان دون النصاب فلا زكاة فيه إلا أن تكون سائمة أربعة أخماسها تبلغ النصاب فتكون خلطة ولا تضم إلى الخمس لانه لازكاة فيه ، فان كانت الغنيمة أجناساً كابل وبقر وغنم فلا زكاة على واحد منهم لان للامام أن يقسم بينهم قسمة بحكم فيعطي كل واحد منهم من أي أصناف المال شاء فما تم ملكه على شيء معين بخلاف الميراث

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا غصب مالا زكاه اذا قبضه لما مضى في احدى الروايتين عن أبي عبدالله والرواية الاخرى قال ليس هو كالدين الذي متى قبضه زكاه ، وأحب إلي أن يزكيه)

(قوله) اذا غصب مالا أي اذا غصب الرجل مالا فالمفعول الاول المرفوع مستتر في الفعل والمال هو المفعول الثاني فكذلك نصبه ، وفي بعض النسخ واذا غصب ماله وكلاهما صحيح والحكم في المغصوب والمسروق والمجحود والضال واحد ، وفي جميعه روايتان (احداهما) لا زكاة فيه نقلها الاثرم والميموني ومتى عاد صار كالمستفاد يستقبل به حولا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في قديم قوليه : لأنه مال خرج عن يده وتصرفه وصار ممنوعا منه فلم يلزمه زكاته كمال المكاتب (والثانية) عليه زكاته لان ملكه عليه تام فلزمته زكاته كما لو نسي عند من أودعه ، أو كما لو أسر ، أو حبس ، وحيل بينه وبين ماله ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه اخراج زكاته قبل قبضه . وقال مالك : اذا قبضه زكاه لحول واحد لانه كان في ابتداء الحول في يده ، ثم حصل بعد ذلك في يده فوجب أن لا تسقط الزكاة عن حول واحد ، وليس هذا بصحيح لان المانع من وجوب الزكاة اذا وجد في بعض الحول يمنع كنقص النصاب

(فصل) وإن كان المغصوب سائمة معلوفة عند صاحبها وغاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة على الرواية التي تقول بوجوبها في المغصوب : وإن كانت معلوفة عند صاحبها سائمة عند غاصبها ففيها وجهان (أحدهما) لازكاة عليه لان صاحبها لم يرض باسامتها فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب كما لو رعت من غير أن يسيمها (والثاني) عليه الزكاة لان السوم يوجب الزكاة من المالك فأوجبها من الغاصب كما لو كانت سائمة عندهما ، وكما لو غصب بذراً فزرعه وجب العشر فيما خرج منه ، وإن كانت سائمة عند مالكها معلوفة عند غاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط

أو بموته ويحتمل أن لا يضمن وإن قلنا إنه ينعزل لانه غره بتسليطه على الاخراج وأمره به ولم يعلمه

وقال القاضي : فيه وجه آخر أن الزكاة تجب فيها لان العلف محرم فلم يؤثر في الزكاة كما لو غصب أثمانا فصاغها حلياً لم تسقط الزكاة عنها بصياغته . قال أبو الحسن الآمدي : هذا هو الصحيح لان العلف انما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة وههنا لامؤنة عليه

ولنا أن السوم شرط لوجوب الزكاة ولم يوجد فلم تجب الزكاة كنقص النصاب والملك (وقوله) إن العلف محرم غير صحيح وانما المحرم الغصب، وانما العلف تصرف منه في ماله باطعامها اياه ولا تحريم فيه ولهذا لو علفها عند مالكها لم يحرم عليه وماذكره الآمدي من خفة المؤنة غير صحيح فان الخفة لاتعتبر بنفسها وانما تعتبر بمظنتها وهي السوم ، ثم يبطل ماذكراه بما اذا كانت معلوفة عندهما جميعا ويبطل ماذكره القاضي بما اذا علفها مالكها علفاً محرما أو أتلف شاة من النصاب فانه محرم وتسقط به الزكاة ، وأما اذا غصب ذهباً فصاغه حلياً فلا يشبه مااختلفنا فيه ، فان العلف فات به شرط الوجوب والصياغة لم يفت بها شيء ، وانما اختلف في كونها مسقطة بشرط كونها مباحة ، فاذا كانت محرمة لم يوجد شرط الاسقاط ولان المالك لو علفها علفا محرما اسقطت الزكاة ولو صاغها صياغة محرمة لم تسقط فافترقا ، ولو غصب حلياً مباحا فكسره ، أو ضربه دراهم ، أو دنانير وجبت فيه الزكاة ، لان المسقط للزكاة زال فوجبت الزكاة ويحتمل أن لاتجب كما لو غصب معلوفة فأسامها . ولو غصب عروضا فاتجر فيها لم تجب فيها الزكاة لان نية التجارة شرط ولم توجد من المالك، وسواء كانت للتجارة عند مالكها أو لم تكن لأن بقاء النية شرط ولم ينو التجارة بها عند الغاصب ، ويحتمل أن تجب الزكاة اذا كانت للتجارة عند مالكها واستدام النية لأنها لم تخرج عن ملكه بغصبها، وإن نوى بها الغاصب القنية.وكل موضع أوجبنا الزكاة ، فعلى الغاصب ضمانها لانه نقص حصل في يده فوجب عليه ضمانه كتلفه

(فصل) اذا ضلت واحدة من النصاب أو أكثر أو غصبت فنقص النصاب فالحكم فيه كما لو ضل جميعه أو غصب ، لكن إن قلنا بوجوب الزكاة فعليه الاخراج عن الموجود عنده ، واذا رجع الضال أو المغصوب أخرج عنه كما لو رجع جميعه

(فصل) وإن أسر المالك لم تسقط عنه الزكاة سواء حيل بينه وبين ماله ، أو لم يحل لان تصرفه في ماله نافذ يصح بيعه وهبته وتوكيله فيه

(فصل) وإن ارتد قبل مضي الحول وحال الحول وهو مرتد فلا زكاة عليه نص عليه لان الاسلام شرط لوجوب الزكاة فعدمه في بعض الحول يسقط الزكاة كالملك والنصاب، وإن رجع إلى الاسلام قبل مضي الحول استأنف حولا لما ذكرنا . قال احمد : اذا أسلم المرتد وقد حال على ماله الحول فان المال له ،ولا يزكيه حتى يستأنف به الحول لانه كان ممنوعا منه ، فأما إن ارتد بعد الحول لم تسقط الزكاة عنه ، وبهذا

باخراجه فكان خطر التغرير عليه كما لو غره بحرية أمة ، قال شيخنا وهذا أحسن ان شاء الله تعالى.وعلى

قال الشافعي وقال أبو حنيفة : تسقط لأن من شرطها النية فسقطت بالردة كالصلاة

ولنا أنه حق مال فلا يسقط بالردة كالدين ، وأما الصلاة فلا تسقط أيضاً ، لكن لا يطالب بفعلها لانها لا تصح منه ولا تدخلها النيابة فاذا عاد وجبت عليه، والزكاة تدخلها النيابة ولا تسقط بالردة كالدين ويأخذها الامام من الممتنع ، وكذا ههنا يأخذها الامام من ماله كما يأخذها من المسلم الممتنع ، فان أسلم بعد أخذها لم يلزمه اداؤها لانها سقطت عنه بأخذها كما تسقط بأخذها من المسلم الممتنع ، ويحتمل أن لا تسقط لأن الزكاة عبادة فلا تحصل من غير نية ، وأصل هذا مالو أخذها الامام من المسلم الممتنع وقد ذكر في غير هذا ، وان أخذها غير الامام أو نائبه لم تسقط عنه لأنه لا ولاية له عليه فلا يقوم مقامه بخلاف نائب الامام ، وإن أداها في حال ردته لم تجزه لأنه كافر فلا تصح منه كالصلاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللقطة اذا صارت بعد الحول كسائر مال الملتقط استقبل بها حولا ثم زكاها فان جاء ربها زكاها للحول الذي كان الملتقط ممنوعا منها)

ظاهر المذهب أن اللقطة تملك بمضي حول التعريف واختار أبو الخطاب أنه لا يملكها حتى يختار وهو مذهب الشافعي ويذكر في موضعه إن شاء الله تعالى ، ومتى ملكها استأنف حولا ، فاذا مضى وجبت عليه زكاتها ، وحكى القاضي في موضع أنه اذا ملكها وجب عليه مثلها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن لم تكن مثلية ، وهذا مذهب الشافعي ويذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ، ومقتضى هذا أن لا تجب عليه زكاتها لأنه دين فمنع الزكاة كسائر الديون . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب الزكاة فيها لمعنى آخر وهو أن ملكه غير مستقر عليها ولصاحبها أخذها منه متى وجدها والمذهب ماذكره الخرقي وما ذكره القاضي يفضي الى ثبوت معاوضة في حق من لا ولاية عليه بغير فعله ، ولا اختياره ويقتضي ذلك أن يمنع الدين الذي عليه الميراث والوصية كسائر الديون والامر بخلافه وما ذكره ابن عقيل يبطل بما وهبه الاب لولده وبنصف الصداق فان لهما استرجاعه ، ولا يمنع وجوب الزكاة فأما ربها اذا جاء فأخذها فذكر الخرقي أنه يزكيها للحول الذي كان الملتقط ممنوعا منها وهو حول التعريف وقد ذكرنا في الضال روايتين وهذا من جملته ، وعلى مقتضى قول الخرقي أن الملتقط لو لم يملكها مثل من لم يعرفها فانه لا زكاة على ملتقطها ، واذا جاء ربها زكاها للزمان كله ، وانما تجب عليه زكاتها اذا كانت ماشية بشرط كونها سائمة عند الملتقط ، فان علفها فلا زكاة عليه على ماذكرنا في المغصوب

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة اذا قبضت صداقها زكته لما مضى)

وجملة ذلك أن الصداق في الذمة دين للمرأة حكمه حكم الديون على مامضى ، إن كان على مليء به

هذا إن علم أحدهما دون الآخر فعلى العالم الضمان دون الآخر

فالزكاة واجبة فيه اذا قبضته أدت لما مضى ، وإن كان على معسر أو جاحد فعلى الروايتين ، واختار الخرقي وجوب الزكاة فيه ولا فرق بين ماقبل الدخول أو بعده لأنه دين في الذمة فهو كثمن مبيعها فان سقط نصفه بطلاقها قبل الدخول ، وأخذت النصف فعليها زكاة ماقبضته دون مالم تقبضه لانه دين لم تتعوض عنه ولم تقبضه فأشبه ماتعـذر قبضه لفلس أو جحد ، وكذلك لو سقط كل الصـداق قبل قبضه لانفساخ النكاح بأمر من جهتها فليس عليها زكاته لما ذكرنا ، وكذلك اقول في كل دين يسقط قبل قبضه من غير اسقاط صاحبه ، أو يئس صاحبه من استيفائه ، والمال الضال اذا يئس منه فلازكاة على صاحبه ، فان الزكاة مواسـاة فلا تلزم المواسـاة إلا مما حصل له ، وإن كان الصداق نصابا فحال عليه الحول ثم سقط نصفه وقبضت النصف فعليها زكاة النصف المقبوض لأن الزكاة وجبت فيه ثم سقطت من نصفه لمعنى اختص به فاختص السقوط به ، وإن مضى عليه حول قبل قبضه ثم قبضته كله زكته لذلك الحول ، وإن مضت عليه أحوال قبل قبضه ثم قبضته زكته لما مضى كله مالم ينقص عن النصاب . وقال أبو حنيفة : لاتجب عليها الزكاة ما لم تقبضه لأنه بدل عما ليس بمال فلاتجب الزكاة فيه قبل قبضه كدين الكتابة

ولنا أنه دين يستحق قبضه ويجبر المدين على ادائه فوجبت فيه الزكاة كثمن المبيع ويفارق دين الكتابة فانه لايستحق قبضه ، والمكاتب الامتناع من ادائه ، ولا يصح قياسهم عليه فانه عوض عن مال

(فصل) فان قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع فيها بنصفه وكانت الزكاة من النصف الباقي لها . وقال الشافعي في أحد أقواله : يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته فكذلك اذا تلف البعض

ولنا قول الله تعالى (فنصف مافرضتم) ولأنه يمكنه الرجوع في العين فلم يكن له الرجوع إلى القيمة كما لو لم يتلف منه شيء ويخرج على هذا مالو تلف كله فأنه ماأمكنه الرجوع في العين وإن طلقها بعد الحول قبل الاخراج لم يكن له الاخراج من النصاب لأن حق الزوج تعلق به على وجه الشركة والزكاة لم تتعلق به على وجه الشركة لكن تخرج الزكاة من غيره أو يقسمانه ثم تخرج الزكاة من حصتها ، فان طلقها قبل الحول ملك النصف مشاعا وكان حكم ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعا وقد بينا حكمه

(فصل) فان كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول ففيه روايتان (احداهما) عليها الزكاة لانها تصرفت فيه فأشبه مالو قبضته (والرواية الثانية) زكاته على الزوج لأنه ملك ماملك عليه فكأنه لم يزل ملكه عنه والاول أصح ، وما ذكرنا لهذه الرواية لايصح لأن الزوج لم يملك شيئا وانما سقط الدين عنه ، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة مامضى ، ويحتمل أن لاتجب الزكاة على واحد منهما لما ذكرنا في الزوج والمرأة لم تقبض الدين فلم تلزمها زكاته كما لو سقط بغير اسقاطها وهذا

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخرجها أحدهما قبل الآخر ضمن الثاني نصيب الاول علم أو لم يعلم) لما ذكر

اذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة اذا قبضه فاما ان كان مما لازكاة فيه فلا زكاة عليها بحال وكل دين على انسان أبرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا . قال احمد : اذا وهبت المرأة مهرها لزوجها وقد مضى له عشر سنين ، فان زكاته على المرأة لأن المال كان لها ، واذا وهب رجل لرجل مالا فحال الحول ثم ارتجعه الواهب فليس له أن يرتجعه ، فان ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده ، وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره فلم يعطه شيئاً ، فلما كان بعد سنة قال : ليس عندي دراهم فأقلني فأقاله قال : عليه أن يزكي لأنه قد ملكه حولا

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ والماشية اذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت استقبل بها البائع حولا سواء كان الخيار للبائع او للمشتري لانه تجديد ملك ﴾

ظاهر المذهب أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه ولا يقف على انقضاء الخيار سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وعن احمد أنه لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل إن كان للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن البائع ولم يدخل في ملك المشتري وعن الشافعي ثلاثة أقوال : قولان كالروايتين ، وقول ثالث أنه مراعى ، فان فسخا تبينا أنه لم ينتقل وإن أمضياه تبينا أنه انتقل

ولنا أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار ، فان كان المال زكائياً انقطع الحول ببيعه لزوال ملكه عنه ، فان استرده أو رد عليه استأنف حولا لانه ملك متجدد حدث بعد زواله فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقاً من غير خيار ، وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره لايمنع نقل الملك أيضاً فهو كخيار الشرط ، ولو مضى الحول في مدة الخيار ثم فسخا البيع كانت زكاته على المشتري لانه ملكه ، وإن قلنا بالرواية الاخرى لم ينقطع الحول ببيعه لأن ملك البائع لم يزل عنه ولو حال الحول عليه في مدة الخيار كانت زكاته على البائع ، فان أخرجها من غيره فالبيع بحاله ، وإن أخرجها منه بطل البيع في المخرج ، وهل يبطل في الباقي على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وإن لم يخرجها حتى سلمه إلى المشتري وانقضت مدة الخيار لزم البيع فيه ، وكان عليه الاخراج من غيره كما لو باع ما وجبت الزكاة فيه ، ولو اشترى عبداً فهل هلال شوال ففطرته على المشتري ، وإن كان في مدة الخيار لانه ملكه ، وعلى الرواية الاخرى هي على البائع إن كان في مدة الخيار لانه ملكه ولأنه في مدة الخيار

وهذا على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لاضمان عليه إذا لم يعلم لما ذكرنا والله أعلم

باب صدقة الفطر

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن صدقة الفطر فرض . وقال اسحاق هو كالاجماع من أهل العلم ، وزعم ابن عبد البر أن بعض المتأخرين من أصحاب مالك وداود يقولون هي سنة مؤكدة ، وسائر العلماء على أنها واجبة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من شعير على كل حر وعبد ذكر وأنثى من المسلمين . متفق عليه ، وللبخاري والصغير والكبير من المسلمين ، وعنه أن رسول الله ﷺ أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة . وعن أبي سعيد الخدري قال : كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من زبيب ، متفق عليهما . قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز في قوله تعالى (قد أفلح من تزكى) هو زكاة الفطر ، وأضيفت هذه الزكاة إلى الفطر لانها تجب بالفطر من رمضان . وقال ابن قتيبة : وقيل لها فطرة لأن الفطرة الخلقة ، قال الله تعالى (فطرة الله التي فطر الناس عليها) أي جبلته التي جبل الناس عليها ، وهذه يراد بها الصدقة عن البدن والنفس كما كانت الاولى صدقة عن المال وقال بعض أصحابنا : وهل تسمى فرضاً مع القول بوجوبها على روايتين ، والصحيح أنها فرض لقول ابن عمر : فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر ، ولاجماع العلماء على أنها فرض ، لأن الفرض إن كان الواجب فهي واجبة ، وإن كان الواجب المتأكد فهي متأكدة مجمع عليها

باب زكاة الفطر

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن صدقة الفطر فرض . قال إسحق هو كالاجماع من أهل العلم وحكى ابن عبد البر أن بعض المتأخرين من أصحاب مالك وداود يقولون هي سنة مؤكدة وسائر العلماء على أنها واجبة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر وعبد ذكر أو أنثى من المسلمين . متفق عليه ، وللبخاري والصغير والكبير من المسلمين وعنه أن رسول الله ﷺ أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة ، وعن أبي سعيد قال كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط أو صاعا من زبيب. متفق عليهما. وقال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز في قوله تعالى (قد أفلح من تزكى) هو زكاة الفطر وأضيفت هذه الزكاة إلى الفطر لانها تجب بالفطر من رمضان قال ابن قتيبة وقيل لها فطرة لان الفطرة الخلقة قال الله تعالى (فطرة الله التي فطر الناس عليها) وهذه يراد بها الصدقة عن البدن والنفس ، قال بعض أصحابنا وهل تسمى فرضاً مع القول بوجوبها على

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وزكاة الفطر على كل حر وعبد ذكر وأنثى من المسلمين ﴾

وجملته أن زكاة الفطر تجب على كل مسلم مع الصغير والكبير والذكورية والانوثية في قول أهل العلم عامة ، وتجب على اليتيم ويخرج عنه وليه من ماله ، لا نعلم أحداً خالف في هذا إلا محمد بن الحسن قال : ليس في مال الصغير من المسلمين صدقة . وقال الحسن والشعبي : صدقة الفطر على من صام من الاحرار وعلى الرقيق ، وعموم قوله فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على كل حر وعبد والذكر والانثى ، والصغير والكبير من المسلمين يقتضي وجوبها على اليتيم ، ولانه مسلم فوجبت فطرته كما لو كان له أب

(فصل) ولا تجب على كافر حراً كان أو عبداً ولا نعلم بينهم خلافا في الحر البالغ . وقال امامنا ومالك والشافعي وأبو ثور : لا تجب على العبد أيضاً ولا على الصغير ، ويروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي أن على السيد المسلم أن يخرج الفطرة عن عبده الذمي . وقال أبو حنيفة : يخرج عن ابنه الصغير اذا ارتد

روايتين والصحيح أنها فرض لقول ابن عمر : فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر ولان الفرض إن كان الواجب فهي واجبة وإن كان الواجب المتأكد فهي متأكدة مجمع عليها على ما حكاه ابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ (وهي واجبة على كل مسلم تلزمه مؤنة نفسه اذا فضل عنده عن قوته وقوت عياله يوم العيد وليلته صاع وان كان مكاتبا)

وجملة ذلك أن زكاة الفطر تجب على كل مسلم تلزمه مؤنة نفسه صغيراً كان أو كبيرا حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى لما ذكرنا من حديث ابن عمر وهذا قول عامة أهل العلم وتجب على اليتيم ويخرج عنه وليه من ماله لا نعلم أحداً خالف فيه إلا محمد بن الحسن قال ليس في مال الصغير صدقة ، وقال الحسن صدقة الفطر على من صام من الاحرار وعلى الرقيق ، وعموم حديث ابن عمر يقتضي وجوبها على اليتيم والصغير مطلقا ولانه مسلم فوجبت فطرته كما لو كان له أب

(فصل) وتجب صدقة الفطر على أهل البادية في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن الزبير ، وهو قول الحسن ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال عطاء والزهري وربيعة لا صدقة عليهم :

ولنا عموم الحديث ، ولانها زكاة فوجبت عليهم كزكاة المال ولانهم مسلمون أشبهوا أهل الامصار

(فصل) ولا تجب على كافر أصلي حراً كان أو عبداً ، أما المرتد ففي وجوبها عليه اختلاف ذكرناه فيما مضى ، قال شيخنا ولا نعلم خلافا بينهم في الحر البالغ الكافر أنها لا تجب عليه وقال امامنا ومالك والشافعي وأبو ثور لا تجب على العبد أيضا ولا على الصغير ويروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء

وروي أن النبي ﷺ قال « أدوا عن كل حر وعبد ، صغير أو كبير ، يهودى أو نصراني ، أو مجوسي نصف صاع من بر » ولأن كل زكاة وجبت بسبب عبده المسلم ، وجبت بسب عبده الكافر كزكاة التجارة .

ولنا قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر « من المسلمين » وروى أبو داود عن ابن عباس قال فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث ، وطعمه للمساكين من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات . اسناده حسن وحديثهم لانعرفه ، ولم يذكره أصحاب الدواوين وجامعوا السنن ، وهذا قول ابن عباس يخالفه وهو راوي حديثهم وزكاة التجارة تجب عن القيمة ولذلك تجب في سائر الحيوانات وسائر الاموال وهذه طهرة للبدن ، ولهذا اختص بها الآدميون بخلاف زكاة تجارة

(فصل) فان كان لكافر عبد مسلم وهل هلال شوال وهو في ملكه فحكي عن احمد أن على الكافر اخراج صدقة الفطر عنه ، واختاره القاضي . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لاتجب وهذا قول أكثرهم قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لاصدقة على الذمي في عبده المسلم لقوله عليه السلام « من المسلمين » ولأنه كافر فلاتجب عليه الفطرة كسائر الكفار لأن الفطرة زكاة فلا تجب على الكافر كزكاة المال . ولنا أن العبد من أهل الطهرة فوجب أن تؤدى عنه الفطرة كما لو كان سيده مسلما وقوله « من المسلمين » يحتمل أن يراد به المؤدى عنه بدليل أنه لو كان للمسلم عبد كافر لم يجب

ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي أن على السيد المسلم اخراج الفطرة عن عبده الذمي ، وقال أبو حنيفة يخرج عن ابنه صغير إذا ارتد ، ورووا أن النبي ﷺ قال « أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير يهودي أو نصراني أو مجوسي نصف صاع من بر » ولأن كل زكاة وجبت بسبب عبده المسلم وجبت بسبب عبده الكافر كزكاة التجارة

ولنا قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر من المسلمين ، وروى أبو داود عن ابن عباس قال فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من الرفث واللغو وطعمة للمساكين من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقه من الصدقات ، وحديثهم لم نعرفه ولم يذكره أصحاب السنن ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة ولذلك تجب في سائر الحيوانات وسائر الاموال وهذه طهرة للبدن ولهذا اختص بها الآدميون بخلاف زكاة التجارة

(فصل) فان كان لكافر عبد مسلم وهل هلال شوال وهو ملكه ، فحكي عن أحمد أن على الكافر إخراج صدقة الفطر عنه ، واختاره القاضي وقال ابن عقيل يحتمل أن لا يجب ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لاصدقة على الذمي في عبده المسلم لقوله عليه السلام « من المسلمين » ولانه كافر فلم تجب عليه الفطرة كسائر الكفار ، ولانها زكاة فلم تجب على الكفرة كزكاة المال ووجه

فطرته ، ولأنه ذكر في الحديث « كل عبد وصغير » وهذا يدل على أنه أراد المؤدى عنه لا المؤدي ، ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كالمذهبين

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ صاعا بصاع النبي ﷺ وهو خمسة ارطال وثلث ﴾

وجملته أن الواجب في صدقة الفطر صاع عن كل انسان لايجزي أقل من ذلك من جميع أجناس المخرج ، وبه قال مالك والشافعي واسحاق ، وروي ذلك عن أبي سعيد الخدري والحسن وأبي العالية وروي عن عثمان بن عفان وابن الزبير ومعاوية أنه يجزئ نصف صاع من البر خاصة وهومذهب سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس ومجاهد وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن جبير وأصحاب الرأي ، واختلفت الرواية عن علي وابن عباس والشعبي فروي صاع ، وروي نصف صاع . وعن أبي حنيفة في الزبيب روايتان إحداهما صاع والاخرى نصف صاع واحتجوا بما روى ثعلبة بن صعير عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال « صاع من قمح بين كل اثنين » رواه أبو داود

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ بعث مناديا في فجاج مكة ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى ، حر أو عبد ، صغير أو كبير مدان من قمح ، أو سواها صاعا من طعام . قال الترمذي هذا حديث صحيح حسن غريب . وقال سعيد : حدثنا هشيم عن عبد الخالق الشيباني قال سمعت سعيد بن المسيب يقول . كانت الصدقة تدفع على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر نصف صاع بر . وقال هشيم : أخبرني سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : خطب

الاولى أن العبد من أهل الطهرة فوجب أن تؤدي عنه الفطرة كما لو كان سيده مسلما وقوله من المسلمين يحتمل أنه أراد به المؤدى عنه بدليل أنه لو كان له مسلم عبد كافر لم تجب فطرته ولانه ذكر في الحديث كل عبد وصغير وهذا يدل على أنه أراد المؤدى عنه لا المؤدي ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كالمذهبين

(فصل) وهي واجبة على من قدر عليها ولا يعتبر في وجوبها النصاب ، وبهذا قال أبو هريرة وأبو العالية والشعبي وعطاء وابن سيرين والزهري ومالك وابن المبارك والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي ، لاتجب إلا على من يملك مائتي درهم أو ماقيمته نصاب فاضلا عن مسكنه لقوله عليه السلام « لاصدقة الا عن ظهر غنى » والفقير لاغنى له فلا تجب عليه ولانه تحل له الصدقة فلا تجب عليه كالعاجز عنها

ولنا ما روى ثعلبة بن ابي صعير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح » أو قال « بر عن كل إنسان صغير أو كبير حر أو مملوك غني أو فقير ذكر أو أنثى أما غنيكم فيزكيه الله وأما فقيركم فيرد الله عليه اكثر مما أعطى » وفي رواية أبي داود صاع من بر أو قمح عن كل اثنين ولانه حق مال لا يزيد بزيادة المال فلم يعتبر وجود النصاب له كالكفارة ولا يمتنع أن يؤخذ منه ويعطى كمن وجب عليه العشر والقياس على العاجز لايصح وحديثهم محمول على زكاة المال

رسول الله ﷺ ثم ذكر صدقة الفطر وحضّ عليها وقال « نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير عن كل حر وعبد، ذكر وأنثى »

ولنا ماروى أبو سعيد الخدري قال : كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله ﷺ صاعا من طعام أوصاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب أو صاعا من أقط، فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية المدينة فتكلم فكان مما كلم الناس اني لأرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر فأخذ الناس بذلك . قال أبو سعيد : فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه وروى ابن عمر أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعا من تمر، أو صاعا من شعير فعدل الناس إلى نصف صاع من بر . متفق عليهما، ولأنه جنس يخرج في صدقة الفطر فكان قدره صاعا كسائر الاجناس . وأحاديثهم لا تثبت عن النبي ﷺ . قاله ابن المنذر، وحديث ثعلبة تفرد به النعمان بن راشد . قال البخاري : هو يهم كثيراً وهو صدوق في الاصل وقال : مهنا ذكرت لأحمد حديث ثعلبة

(فصل) ومن له دار يحتاج اليها لسكناه أو إلى أجرها لنفقته أو ثياب بذلة له أو لمن تلزمه مؤنته أو رقيق يحتاج الى خدمتهم هو أو من يمونه أو بهائم يحتاجون إلى ركوبها والانتفاع بها في حوائجهم الاصلية أو سائمة يحتاج إلى نمائها لذلك أو بضاعة يختل ربحها الذي يحتاج اليه باخراج الفطرة منها فلا فطرة عليه لذلك لان هذا مما تعلق به حاجته الاصلية فلم يلزمه بيعه كمؤنة نفسه يوم العيد ومن له كتب يحتاج اليها للنظر فيها والحفظ منها لا يلزمه بيعها، والمرأة اذا كان لها حلي للبس أو الكرى المحتاج اليه لم يلزمها بيعه في الفطرة ومافضل من ذلك كله عن حوائجه الاصلية وأمكن بيعه أوصرفه في الفطرة وجبت الفطرة به لانه أمكنه أداؤها من غير ضرر أصلي أشبه مالو ملك من الطعام مايؤديه فاضلا عن حاجته .

(فصل) وليس على السيد في مكاتبه زكاة الفطر، وهذا قول أبي سلمة بن عبد لرحمن والثوري والشافعي في أشهر قوليه وأصحاب الرأي وقال عطاء ومالك وابن المنذر على السيد لانه عبد أشبه سائر العبيد

ولنا قوله عليه السلام « ممن تمونون » وهذا لا يمونه ولانه لا تلزمه مؤنته أشبه الاجنبي وبهذا فارق سائر عبيده . اذا ثبت هذا فان على المكاتب فطرة نفسه وفطرة من تلزمه نفقته كزوجته ورقيقه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجب عليه قياساً على الثمن ولأنها زكاة فلم تجب على المكاتب كزكاة المال

ولنا أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر على الحر والعبد والذكر والأنثى وهذا عبد لا يخلو من كونه ذكراً أو أنثى ولانه تلزمه مؤنة نفسه فلزمته الفطرة كالحر ويفارق زكاة المال لانه يعتبر لها الغنى والنصاب والحول ولا يحملها أحد عن غيره بخلاف الفطرة ولا يصح قياسه على القن لأن مؤنة القن على سيده بخلاف المكاتب ويجب على المكاتب فطرة من يمونه لعموم قوله عليه السلام « عمن تمونون »

﴿ مسئلة ﴾ (وإن فضل بعض صاع فهل يلزمه إخراجه ؟ على روايتين)

ابن أبي صعير في صدقة الفطر نصف صاع من بر فقال : ليس بصحيح انما هو مرسل يرويه معمر ابن جريج عن الزهري مرسلا قلت من قبل من هذا ؟ قال من قبل النعمان بن راشد ليس هو بقوي في الحديث وضعف حديث ابن أبي صعير ، وسألته عن ابن أبي صعير أمعروف هو ، قال من يعرف ابن أبي صعير ليس هو معروف، وذكر احمد وعلي بن المديني ابن أبي صعير فضعفا جميعاً. وقال ابن عبد البر: ليس دون الزهري من يقوم به حجة . ورواه أبو اسحاق الجوزجاني حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن النعمان عن الزهري عن ثعلبة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح - أو قال- بر عن كل انسان صغير أو كبير » وهذا حجة لنا واسناده حسن . قال الجوزجاني : والنصف صاع ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم وروايته ليس تثبت ، ولأن فيما ذكرناه احتياطاً للفرض ومعاضدة للقياس

(فصل) وقد دللنا على أن الصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي فيما مضى والاصل فيه الكيل

احداهما لا يلزمه اختارها ابن عقيل لأنها طهرة فلا تجب على من يعجز عن بعضها كالكفارة والثانية يلزمه إخراجه لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بامر فاتوا منه مااستطعتم » ولأنها طهرة فوجب منها ماقدر عليه كالطهارة بالماء، ولأن بعض الصاع يخرج عن العبد المشترك فجاز أن يخرج عن غيره كالصاع

﴿ مسئلة ﴾ (ويلزمه فطرة من يمونه من المسلمين) . اذا وجد ما يؤدي عنهم لحديث ابن عمر ان رسول الله ﷺ فرض صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر وعبد ممن تمونون

(فصل) والذين يلزم الانسان فطرتهم ثلاثة أصناف الزوجات والعبيد والاقارب

فاما الزوجات فتلزمه فطرتهن في قول مالك والليث والشافعي وإسحق ، وقال أبوحنيفة والثوري وابن المنذر لاتجب عليه وعلى المرأة فطرة نفسها لقول رسول الله ﷺ « صدقة الفطر على كل ذكر وأنثى » ولأنها زكاة فوجبت عليها كزكاة مالها

ولنا الخبر الذي رويناه ولأن النكاح سبب تجب به النفقة فوجبت به الفطرة كالملك والقرابة بخلاف زكاة المال فانها لاتتحمل بالملك والقرابة ، فان كان لامرأته من يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرته لان الواجب الاجر دون النفقة وإن كان لها نظرت ، فان كانت ممن لايجب لها خادم فليس عليه نفقة خادمها ولا فطرته وإن كانت ممن يخدم مثلها فعلى الزوج أن يخدمها ثم هو مخير بين أن يشتري لها خادما أو يكتري أو ينفق على خادمها فان اختار الانفاق على خادمها فعليه فطرته وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقته ولا فطرته سواء شرط عليه مؤنته أولم يشترط لان المؤنة اذا كانت أجرة فهي من مال المستأجر وإن كانت تبرعا فهو كما لو تبرع بالانفاق أجنبي وسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) الثاني العبيد وتجب فطرتهم على السيد اذا كانوا لغير التجارة اجماعا وإن كانوا للتجارة فكذلك وهو قول مالك والليث والاوزاعي والشافعي وإسحق وابن المنذر . وقال عطاء

وإنما قدره العلماء بالوزن ليحفظ وينقل . وقد روى جماعة عن احمد أنه قال: الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثاً حنطة . وقال حنبل قال احمد : أخذت الصاع من أبي النضر . وقال أبو النضر : أخذته عن ابن أبي ذؤيب وقال : هذ صاع النبي ﷺ الذي يعرف بالمدينة . قال أبو عبد الله : فأخذنا العدس فعيرنا به وهو أصلح ماوقفنا عليه يكال به لأنه لايتجافى عن موضعه فكلنا به، ثم وزناه فاذا هو خمسة أرطال وثلث . وقال هذا أصلح ماوقفنا عليه ، وما تبين لنا من صاع النبي ﷺ ، واذا كان الصاع خمسة أرطال وثلثاً من البر والعدس وهما من أثقل الحبوب فما عداهما من أجناس الفطرة أخف منهما ، فاذا أخرج منها خمسة أرطال وثلثاً فهي أكثر من صاع . وقال محمد بن الحسن : إن أخرج خمسة أرطال وثلثاً برا لم يجزه لان البر يختلف فيكون فيه الثقيل والخفيف . وقال الطحاوي : يخرج خمسة أرطال مما سواء كيله ووزنه وهو الزبيب والماش ، ومقتضى كلامه أنه اذا أخرج ثمانية

والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لاتلزمه فطرتهم لأنها زكاة ولاتجب في مال واحد زكاتان وقد وجب فيهم زكاة التجارة فيمتنع وجوب الزكاة الاخرى كالسائمة اذا كانت للتجارة

ولنا عموم الاحاديث وقول ابن عمر فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الحر والعبد وفي حديث عمرو بن شعيب « ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى حر أو عبد صغير أو كبير » ولأن نفقتهم واجبة اشبهوا عبيد القنية وزكاة الفطر تجب على البدن ولهذا تجب على الاحرار وزكاة التجارة تجب عن القيمة وهي المال بخلاف السوم والتجارة فأنهما يجبان بسبب مال واحد ومتى كان عبيد التجارة في يد المضارب وجبت فطرتهم من مال المضاربة لأن مؤنتهم منها وحكى ابن المنذر عن الشافعي انها على رب المال

ولنا أن الفطرة تابعة للنفقة وهي من المال فكذلك الفطرة

(فصل) وأما عبيد عبيده فان قلنا إن العبد لايملكهم بالتمليك ففطرتهم على السيد لانهم ملكه وهذا ظاهر كلام الخرقي وقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وإن قلنا يملك بالتمليك فقد قيل لاتجب فطرتهم على أحد لأن السيد لايملكهم وملك العبد ناقص والصحيح وجوب فطرتهم على العبد لأن نفقتهم واجبة عليه فكذلك فطرتهم وعدم تمام الملك لايمنع وجوب الفطرة بدليل وجوبها على المكاتب عن نفسه وعبيده مع نقص ملكه

(فصل) وأما زوجة العبد فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها إن كانت حرة وعلى سيدها ان كانت أمة قال شيخنا رحمه الله وقياس المذهب عندي وجوب فطرتها على سيد العبد لوجوب نفقتها عليه كما أنه يجب على الزوج نفقة خادم امرأته مع انه لايملكها لوجوب نفقتها ولأن النبي ﷺ قال « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » وهذه ممن يمون وهكذا لو زوج الابن أباه وكان ممن تجب عليه نفقته ونفقة امرأته فعليه فطرتهما

أرطال مما هو أثقل منها لم يجزئه حتى يزيد شيئاً يعلم أنه قد بلغ صاعا ، والاولى لمن أخرج من الثقيل بالوزن أن يحتاط فيزيد شيئاً يعلم به أنه لمن أخرج صاعا بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم مد وسبع ، والسبع أوقية وخمسة أسباع أوقية ، وقدر ذلك بالدراهم ستمائة درهم ويجزىء اخراج رطل بالدمشقي من جميع الاجناس لأنه أكبر من الصاع ، وقد رأيت مداً ذكر لنا أنه مدُّ النبي ﷺ فقدر المد الدمشقي به فكان المد الدمشقي قريباً من خمسة أمداد

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ من كل حبة وثمرة تقتات ﴾

يعني عند عدم الاجناس المنصوص عليها يجزئه كل مقتات من الحبوب والثمار . وظاهرهذا أنه لايجزئه المقتات من غيرها كاللحم واللبن . وقال أبو بكر : يعطي ماقام مقام الاجناس المنصوص عليها عند عدمها . وقال ابن حامد : يجزئه عند عدمها الاخراج مما يقتاته كالذرة والدخن ، ولحوم الحيتان والانعام ، ولا يردون إلى أقرب قوت الامصار

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يجد مايؤدي عن جميعهم بدأ بنفسه ثم بامرأته ثم برقيقه ثم بولده ثم بأمه ثم بأبيه ثم بالاقرب فالاقرب في الميراث)

اذا لم يفضل عنده الا صاع أخرجه عن نفسه لقوله عليه السلام « أبدا بنفسك ثم بمن تعول » ولأن الفطرة تبنى على النفقة فكما انه يبدأ بنفسه في النفقة فكذلك في الفطرة فان فضل صاع أخرجه عن امرأته لأن نفقتها آكد لأنها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والاعسار ونفقة الاقارب صلة إنما تجب مع اليسار فان فضل آخر أخرجه عن رقيقه لوجوب نفقتهم في الاعسار أيضاً قال ابن عقيل ويحتمل تقديمهم على الزوجة لأن فطرتهم متفق عليها وفطرتها مختلف فيها فان فضل آخر أخرجه عن ولده الصغير لأن نفقته منصوص عليها ومجمع عليها وفي الوالد والولد الكبير وجهان أحدهما يقدم الولد لانه كبعضه أشبه الصغير والثاني الوالد لأنه كبعض ولده ويقدم فطرة الام على فطرة الأب لأن الأم مقدمة في البر بدليل قول النبي ﷺ للأعرابي حين قال من أبر ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أباك » ولأنها ضعيفة عن الكسب ويحتمل تقديم فطرة الأب وحكاه ابن أبي موسى رواية عن أحمد لقوله عليه السلام « أنت ومالك لابيك » ثم بالجد ثم بالاقرب على ترتيب الميراث ويحتمل تقديم فطرة الولد على فطرة المرأة لما روى أبو هريرة قال أمر النبي ﷺ بالصدقة فقام رجل فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك » قال عندي آخر قال « تصدق به على ولدك » قال عندي آخر قال « تصدق به على زوجك » قال عندي آخر قال « تصدق به على خادمك » قال عندي آخر قال « أنت أبصر » فقدم الولد في الصدقة عليها فكذلك الصدقة عنه ولان الولد كبعضه فيقدم كتقديم نفسه ولأنه اذا ضيع ولده لم يجد من ينفق عليه والزوجة اذا لم ينفق عليها فرق بينهما وكان لها من يمونها من زوج أو ذي رحم ولأن نفقة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أعطى أهل البادية الاقط صاعا أجزأ اذا كان قوتهم)

أكثر أهل العلم يوجبون صدقة الفطر على أهـل البادية ، روي ذلك عن ابن الزبير ، وبه قال سعيـد بن المسيب والحسن ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال عطاء والزهري وربيعة : لاصدقة عليهم

ولنا عموم الحديث ، ولأنها زكاة فوجبت عليهم كزكاة المال ، ولأنهم مسلمون فيجب عليهم صدقة الفطر كغيرهم . اذا ثبت هذا فانه يجزيء أهل البادية إخراج الأقط اذا كان قوتهم ، وكذلك من لم يجد من الاصناف المنصوص عليها سواه ، فأما من وجد سواه فهل يجزيء؟ على روايتين (إحداهما) يجزئه أيضاً لحديث أبي سعيد الذي ذكرناه ، وفي بعض ألفاظه قال : فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير أوصاعا من تمر أوصاعا من أقط أخرجه النسائي (والثانية) لايجزئه لأنه جنس لاتجب الزكاة فيه فلا يجزيء اخراجه لمن يقدر على غيره من الاجناس المنصوص عليها كاللحم ، ويحمل

الزوجة على سبيل المعاوضة فكانت أضعف في استتباع الفطرة من النفقة الواجبة على سبيل الصلة لأن وجوب زيادة عليه يتصدق بها عنه ولذلك لم تجب فطرة الاجـير المشروط نفقته بخلاف القرابة فانها كما اقتضت صلته بالانفاق عليه اقتضت صلته بتطهيره باخراج الفطرة عنـه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب الاخراج عن الجنين ولا يجب) يستحب إخراج الفطرة عن الجنين لأن عثمان رضي الله عنه كان يخرجها عنه ولأنها صدقة عمن لاتجب عليه فكانت مستحبة كسائر صدقات التطوع وظاهر المذهب أن فطرة الجنين غـير واجبة وهو قول أكثر أهل العـلم قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من علماء الامصار لايوجب على الرجل زكاة الفطر عن الجنين في بطن أمه وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنها تجب عليه لأنه آدمي تصح الوصية له وبه ويرث فيدخل في عموم الاخبار ويقاس على المولود

ولنا أنه جنين فلم تتعلق به الزكاة كأجنة البهائم ولأنه لم تثبت له أحـكام الدنيا إلا في الارث والوصية بشرط خروجه حيا فحكمهذا كسائر الاحكام

﴿ مسئلة ﴾ (ومن تكفل بمؤنة شخص في شهر رمضان لم تلزمه فطرته عند أبي الخطاب والمنصوص انها تلزمه) وهذا قول أكثر الاصحاب وقد نص عليه أحمد في رواية أبي داود فيمن ضم الى نفسه يتيمة يؤدي عنها لعموم قوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون» وهذا ممن يمون ولأنه شخص ينفق عليه فلزمته فطرته كعبده واختار أبو الخطاب أنه لاتلزمه فطرته لأنه لاتلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كما لو لم يمنه وهذا قول أكثر أهل العلم وهو الصحيح إن شاء الله وكلام أحمد في هذا محمول على الاستحباب والحديث محمول على من تلزمه مؤنته لاعلى حقيقة المؤنة بدليل أنه تلزمه فطرة الآبق ولم يمنه ولو ملك عبداً عنـد غروب الشمس أو تزوج أو ولد له ولد لزمته فطرتهم لوجوب مؤنتهم

الحديث على من هو قوت له ، أو لم يقدر على غيره فان قدر على غيره مع كونه قوتا له فظاهر كلام الخرقي جواز إخراجه وإن قدر على غيره سواء كان من أهل البادية أو لم يكن لأن الحديث لم يفرق وقول أبي سعيد : كنا نخرج صاعا من أقط وهم من أهل الامصار ، وانما خص أهل البادية بالذكر لان الغالب أنه لايقتاته غيرهم . وقال أبو الخطاب : لايجزيء إخراج الأقط مع القدرة على ماسواه في احدى الروايتين ، وظاهر الحديث يدل على خلافه ، وذكر القاضي أنه اذا عدم الاقط وقلنا له اخراجه جاز اخراج اللبن لانه أكمل من الاقط لأنه يجيء منه الاقط وغيره ، وحكاه أبو ثور عن الشافعي . وقال الحسن : إن لم يكن بر ولا شعير أخرج صاعا من لبن ، وظاهر قول الخرقي يقتضي أنه لايجزيء اللبن بحال لقوله : من كل حبة أو ثمرة تقتات ، وقد حملنا ذلك على حالة العدم ، ولا يصح ماذكروه لأنه لو كان أكمل من الاقط لجاز اخراجه مع وجوده ، ولان الاقط أكمل من اللبن من وجه لانه بلغ حالة الادخار وهو جامد بخلاف اللبن ، لكن يكون حكم اللبن حكم اللحم يجزيء اخراجه عند عدم الاصناف المنصوص عليها على قول ابن حامد ومن وافقه وكذلك الجبن وما أشبهه

عليه وإن لم يمنهم ولو باع عبده أو طلق امرأته أوماتا أو مات ولده لم تلزمه فطرتهم وان مانهم ولأن قوله «عمن تمونون» فعل مضارع يقتضي الحال او الاستقبال دون الماضي ومن مانه في رمضان إنما وجدت منه المؤنة في رمضان وإنما وجدت منه المؤنة في الماضي فلا يدخل في الخبر ولو دخل فيه لاقتضى بعمومه وجوب الفطرة على من مانه ليلة واحدة لانه ليس في الخبر ما يقتضي تقييده بالشهر ولا بغيره فالتقييد بمؤنة الشهر تحكم ، فعلى هذا تكون فطرته على نفسه كما لو لم يمنه وعلى قول أصحابنا المعتبر الانفاق في جميع الشهر وقال ابن عقيل قياس مذهبنا انه اذا مانه آخر ليلة وجبت فطرته قياسا على من ملك عبداً عند غروب الشمس ، فان مانه جماعة في الشهر كله أومانه انسان في بعض الشهر فعلى تخريج ابن عقيل تكون فطرته على من مانه آخر ليلة وعلى قول غيره يحتمل أن لاتجب فطرته على أحد ممن مانه لأن سبب الوجوب المؤنة في جميع الشهر ولم توجد ويحتمل أن تجب على الجميع فطرة واحدة بالحصص لأنهم اشتركوا في سبب الوجوب أشبه مالو اشتركوا في ملك عبد

﴿مسئلة﴾ (واذا كان العبد بين شركاء فعليهم صاع وعنه على كل واحد صاع وكذلك الحكم فيمن بعضه حر)

فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه وبه قال مالك ومحمد بن سلمة وعبد الملك والشافعي ومحمد بن الحسن وأبو ثور وقال الحسن وعكرمة والثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف لا فطرة على واحد منهم لانه ليس عليه لأحد منهم ولاية تامة أشبه المكاتب

ولنا عموم الاحاديث ولأنه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة وهو من أهلها فلزمته كمملوك الواحد وفارق المكاتب فانه لايلزم سيده مؤنته ولأن المكاتب يخرج عن نفسه زكاة الفطر بخلاف القن والولاية غير معتبرة في وجوب الفطرة بدليل عبد الصبي ، ثم إن ولايته للجميع فتكون فطرته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واختيار أبي عبد الله إخراج التمر)

وبهذا قال مالك ، قال ابن المنذر: واستحب مالك اخراج العجوة منه، واختار الشافعي وأبو عبيد اخراج البر . وقال بعض أصحاب الشافعي يحتمل أن يكون الشافعي قال ذلك لأن البر كان أغلى في وقته ومكانه لان المستحب أن يخرج أغلاها ثمناً وأنفسها لقول النبي ﷺ وقد سئل عن أفضل الرقاب فقال «أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها» وإنما اختار أحمد إخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله ﷺ واتباعا له

وروى باسناده عن أبي مجلز قال : قلت لابن عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله قد أوسع والبر أفضل من التمر » قال إن أصحابي سلكوا طريقاً وأنا أحب أن أسلكه . وظاهر هذا أن جماعة الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم وسلوك طريقتهم ، وأحب احمد أيضاً الاقتداء بهم واتباعهم

وروى البخاري عن ابن عمر أنه قال : فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من تمر ، أو

عليهم واختلفت الرواية في قدر الواجب على كل واحد منهم ففي احداهما على كل واحد صاع لأنها طهرة فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء ككفارة القتل والثانية على الجميع صاع واحد على كل واحد بقدر ملكه فيه هذا الظاهر عن أحمد قال فوران رجع أحمد عن هذه المسئلة وقال يعطي كل واحد منهم نصف صاع يعني رجع عن إيجاب صاع كامل على كل واحد وهذا قول سائر من أوجب فطرته على سادته لأن النبي ﷺ أوجب صاعا عن كل واحد وهذا عام في المشترك وغيره ولأن نفقته تقسم عليهم فكذلك فطرته التابعة لها ولأنه شخص واحد فلم يجب عنه أكثر من صاع كسائر الناس ولأنها طهرة فوجبت على سادته بالحصص كماء الغسل من الجنابة اذا احتيج اليه وبهذا ينتقض ماذكرناه للرواية الاولى

(فصل) (ومن بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال مالك على الحر بحصته وليس على العبد شيء)

ولنا انه مسلم تلزم مؤنته شخصين من أهل الفطرة فكانت فطرته عليهما كالمشترك وهل يلزم كل واحد منهما صاع أو بالحصص ينبني على ما ذكرنا في العبد المشترك فان كان أحدهما معسراً فلاشيء عليه وعلى الاحرار القدر الواجب عليه فان كان بين السيد والعبد مهايأة أو كان المشتركون في العبد قد تهايؤوا عليه لم تدخل الفطرة في المهايأة لان المهايأة معاوضة كسب بكسب والفطرة حق لله تعالى فلم تدخل في ذلك كالصلاة) ولو ألحقت القافة ولداً برجلين أو أكثر فالحكم في فطرته كالحكم في العبد المشترك وكذلك المعسر القريب لاثنين أو لجماعة نفقته عليهم وفطرته عليهم حكمها حكم فطرة العبد المشترك على ما ذكر فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن عجز زوج المرأة عن فطرتها فعليها أو على سيدها إن كانت امة فطرتها ويحتمل أن لاتجب) اذا أعسر بفطرة زوجته فعليها فطرة نفسها أو على سيدها إن كانت مملوكة لأنها تتحمل اذا

صاعا من شعير ، فعدل الناس به صاعا من بر وكان ابن عمر يخرج التمر فأعوز أهل المدينة من التمر فأعطى شعيرا ولان التمر فيه قوة وحلاوة وهو أقرب تناولا وأقل كلفة فكان أولى

(فصل) والافضل بعد التمر البر . وقال بعض أصحابنا : الافضل بعده الزبيب لانه أقرب تناولا وأقل كلفة فأشبه التمر ولنا أن البر أنفع في الاقتيات وأبلغ في دفع حاجة الفقير ، وكذلك قال أبو مجلز لابن عمر : البر أفضل من التمر ، يعني أنفع وأكثر قيمة ولم ينكره ابن عمر ، وانما عدل عنه اتباعا لاصحابه وسلوكا لطريقتهم ولهذا عدل نصف صاع منه بصاع من غيره . وقال معاوية : اني لارى مدين من سمراء الشام يعدل صاعا من التمر فأخذ الناس به ، وتفضيل التمر انما كان لاتباع الصحابة ففيما عداه يبقى على مقتضى الدليل في تفضيل البر ، ويحتمل أن يكون الافضل بعد التمر ما كان أعلا قيمة وأكثر نفعا

كان ثم متحمل فاذا لم يكن عاد اليها كالنفقة ويحتمل أن لايجب عليها شيء لانها لم تجب على من وجد سبب الوجوب في حقه لعسرته فلم تجب على غيره كفطرة نفسه ويفارق النفقة فان وجوبها آكد لانها مما لا بد منه وتجب على المعسر والعاجز ويرجع عليه بها عند يساره والفطرة بخلافها

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان له غائب أو آبق فعليه فطرته الا أن يشك في حياته فتسقط) تجب فطرة العبد الحاضر والغائب الذي تعلم حياته والآبق والمرهون والمغصوب قال ابن المنذر اجمع عوام أهل العلم على أن على المرء زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر غير المكاتب والمغصوب والآبق والغائب تجب فطرته اذا علم أنه حي سواء رجا رجعته أو أيس منها ، وسواء كان مطلقا أومحبوسا كالاسير وغيره قال ابن المنذر : أكثر أهل العلم يرون أن تؤدى زكاة الفطر عن الرقيق غائبهم وحاضرهم لأنه مالك لهم فوجبت فطرتهم عليه كالحاضرين ، وممن أوجب فطرة الآبق الشافعي وأبو ثور وابن المنذر والزهري اذا علم مكانه ، والاوزاعي إن كان في دار الاسلام ، ومالك إن كانت غيبته قريبة ، ولم يوجبها عطاء والثوري وأصحاب الرأي لانه لايلزمه الانفاق عليه فلا تجب فطرته كالمرأة الناشز

ولنا أنه ماله فوجبت زكاته في حال غيبته كمال التجارة ، ويحتمل أن لايلزمه اخراج زكاته حتى يرجع كزكاة الدين والمغصوب ذكره ابن عقيل ، ووجه القول الاول أن زكاة الفطر تجب تابعة للنفقة والنفقة تجب مع الغيبة بدليل أن من رد الآبق رجع بنفقته ، فأما من شك في حياته وانقطعت أخباره لم تجب فطرته . نص عليه في رواية صالح لأنه لايعلم بقاء ملكه عليه ، ولأنه لوأعتقه عن كفارته لم يجزئه فلم تجب فطرته كالميت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علم حياته بعد ذلك أخرج لما مضى)

لانه بان له وجود سبب الوجوب في الزمن الماضي فوجب عليه الاخراج لما مضى كما لوسمع بهلاك

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن قدر على التمر ، أو الزبيب ، أو البر ، أو الشعير ، أو الاقط فأخرج غيره لم يجزه ﴾

ظاهر المذهب أنه لايجوز له العدول عن هذه الاصناف مع القدرة عليها سواء كان المعدول اليه قوت بلده أو لم يكن . وقال أبو بكر : يتوجه قول آخر أنه يعطي ماقام مقام الخمسة على ظاهر الحديث صاعا من طعام والطعام قد يكون البر والشعير وما دخل في الكيل ، قال وكلا القولين محتمل وأقيسهما أنه لايجوز غير الخمسة إلا أن يعدمها فيعطي ماقام مقامها . وقال مالك : يخرج من غالب قوت البلد . وقال الشافعي : أي قوت كان الاغلب على الرجل أدى الرجل زكاة الفطر منه ، واختلف أصحابه فمنهم من قال بقول مالك ، ومنهم من قال الاعتبار بغالب قوت المخرج ، ثم إن عدل عن الواجب إلى أعلا منه جاز ، وإن عدل إلى دونه ففيه قولان (أحدهما) يجوز لقوله عليه السلام « اغنوهم عن الطلب »

ماله الغائب ، ثم بان له أنه كان سليما والحكم في القريب الغائب كالحكم في العبيد لأنهم ممن تجب فطرتهم مع الحضور فكذلك مع الغيبة كالعبيد ، ويحتمل أن لاتجب فطرتهم مع الغيبة لانه لايلزمه بعث نفقتهم اليهم ولا يرجعون بالنفقة الماضية

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يلزم الزوج فطرة الناشز وقال أبو الخطاب تلزمه)

اذا نشزت المرأة في وقت وجوب الفطرة ففطرتها على نفسها دون زوجها لان نفقتها لاتلزمه ، واختار أبو الخطاب أن عليه فطرتها لان الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التي لاتحتاج إلى نفقة والاول أصح لان هذه ممن لاتلزمه مؤنته فلا تلزمه فطرته كالاجنبية ، وفارق المريضة لان عدم الانفاق عليها لعدم الحاجة لالخلل في المقتضي لها فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها بخلاف الناشز وكذلك كل امرأة لاتلزمه نفقتها كغير المدخول بها اذا لم تسلم اليه ، والصغيرة التي لايمكن الاستمتاع بها فانه لاتلزمه نفقتها ولا فطرتها لانها ليست ممن يمون

﴿ مسئلة ﴾ (ومن لزم غيره فطرته فأخرج عن نفسه بغير اذنه فهل يجزئه على وجهين)

من وجبت نفقته على غيره كالمرأة والنسيب الفقير اذا أخرج عن نفسه باذن من تجب عليه صح بغير خلاف نعلمه لانه نائب عنه ، وإن أخرج بغير اذنه ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه لانه أخرج فطرة نفسه فأجزأه كالتي وجبت عليه (والثاني) لايجزئه لانه أدى ماوجب على غيره بغير اذنه فلم يصح كالمؤدي عن غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يمنع الدين وجوب الفطرة إلا أن يكون مطالباً به)

انما لم يمنع الدين الفطرة لانها آكد بدليل وجوبها على الفقير وشمولها لكل مسلم قدر على اخراجها ووجوب تحملها عمن وجبت نفقته على غيره ولا تتعلق بقدر من المال فجرى مجرى النفقة ، ولان زكاة

والغنى يحصل بالقوت (والثاني) لا يجزئ لانه عدل عن الواجب إلى أدنى منه فلم يجزئه كما لو عدل عن الواجب في زكاة المال إلى أدنى منه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر أجناساً معدودة فلم يجز العدول عنها كما لو أخرج القيمة وذلك لان ذكر الاجناس بعد ذكره الفرض تفسير للمفروض فما أضيف إلى المفسر يتعلق بالتفسير فتكون هذه الاجناس مفروضة فيتعين الاخراج منها، ولأنه اذا أخرج غيرها عدل عن المنصوص عليه فلم يجز كاخراج القيمة، وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه، والاغناء يحصل بالاخراج من المنصوص عليه فلا منافاة بين الخبرين لكونهما جميعاً يدلان على وجوب الاغناء باداء أحد الاجناس المفروضة

(فصل) والسلت نوع من الشعير فيجوز إخراجه لدخوله في المنصوص عليه، وقد صرح بذكره في بعض ألفاظ حديث ابن عمر قال: كان الناس يخرجون صدقة الفطر في عهد رسول الله ﷺ صاعا

المال تجب بالملك والدين يؤثر في الملك فأثر فيها، وهذه تجب على البدن والدين لا يؤثر فيه. فأما عند المطالبة بالدين فتسقط الفطرة لوجوب ادائه عندها وتأكده بكونه حق آدمي معين لا يسقط بالاعسار وكونه أسبق سبباً وأقدم وجوبا يأثم بتأخيره

(فصل) وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل ادائها أخرجت من ماله، فان كان عليه دين وله مال يفي بهما قضيا جميعاً، وإن لم يف بهما قسم بين الدين والصدقة بالحصص نص عليه احمد في زكاة المال أن التركة تقسم بينهما فكذا ههنا، فان كان عليه زكاة مال وصدقة الفطر ودين فزكاة الفطر والمال كالشيء الواحد لاتحاد مصرفهما فيحاصان الدين، وأصل هذا أن حق الله تعالى وحق الآدمي اذا تعلقا بمحل واحد فكانا في الذمة أو كانا في العين تساويا في الاستيفاء

(فصل) واذا مات المفلس وله عبيد فهل شوال قبل قسمتهم بين الغرماء ففطرتهم على الورثة لان الدين لا يمنع نقل التركة، بل غايته أن يكون رهناً بالدين وفطرة الرهن على مالكه

(فصل) ولو مات عبيده أو من يمونه بعد وجوب الفطرة لم تسقط لأنها دين ثبت في ذمته بسبب عبده فلم يسقط بموته كما لو استدان العبد باذنه ديناً وجب في ذمته، ولان زكاة المال لا تسقط بفطرته فالفطرة أولى، فان زكاة المال تتعلق بالعين في احدى الروايتين وزكاة الفطر بخلافه

﴿مسألة﴾ (وتجب بغروب الشمس من ليلة الفطر، فمن أسلم بعد ذلك أو ملك عبداً أو زوجة أو ولد له ولد لم تلزمه فطرته، وإن وجد ذلك قبل الغروب وجبت)

ولو كان حين الوجوب معسراً ثم أيسر في ليلته تلك أو في يومه لم يجب عليه شيء، ولو كان وقت الوجوب موسراً ثم أعسر لم تسقط عنه اعتباراً بحالة الوجوب ومن مات ليلة الفطر بعد غروب الشمس فعليه صدقة الفطر نص عليه احمد، وبهذا قال الثوري وإسحق ومالك في احدى الروايتين

من شعير أو صاعا من أقط أو صاعا من سلت وعن أبي سعيد قال : لم نخرج على عهد رسول الله ﷺ إلا صاعا من تمر أو صاعا من شعير أو صاعا من زبيب أو صاعا من دقيق أو صاعا من أقط أو صاعا من سلت ، قال ثم شك فيه سفيان بعد فقال دقيق أو سلت . رواهما النسائي

(فصل) ويجوز اخراج الدقيق نص عليه احمد ، وكذلك السويق . قال احمد : وقد روي عن ابن سيرين سويق أو دقيق . وقال مالك والشافعي : لايجزي اخراجها لحديث ابن عمر ولأن منافعه نقصت فهو كالخبز

ولنا حديث أبي سعيد وقوله فيه : أو صاعا من دقيق ، ولان الدقيق والسويق أجزاء الحب يمكن كيله وادخاره فجاز اخراجه كما قبل الطحن وذلك لان الطحن انما فرق اجزاءه وكفى الفقير مؤنته فأشبه مالو نزع نوى التمر ثم أخرجه ، ويفارق الخبز والهريسة والكبولا لأن مع أجزاء الحب فيها من غيره ، وقد خرج عن حال الادخار والكيل والمأمور به صاع وهو مكيل وحديث ابن عمر لم يقتض ماذكروه ولم يعملوا به

عنه ، والشافعي في أحد قوليه . وقال الليث وأبو ثور وأصحاب الرأي : تجب بطلوع الفجر يوم العيد وهي رواية عن مالك لانها قربة تتعلق بالعيد فلم يتقدم وقتها يوم العيد كالأضحية

ولنا قول ابن عباس أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من الرفث واللغو ، ولانها تضاف إلى الفطر فكانت واجبة به كزكاة المال ، وذلك لان الاضافة دليل الاختصاص والسبب أخص بحكمه من غيره ، والاضحية لاتتعلق بطلوع الفجر ولا هي واجبة ، ولا تشبه مانحن فيه ، فعلى هذا اذا غربت والعبد المبيع في مدة الخيار ، أو وهب له عبد فقبله ولم يقبضه أو اشتراه ولم يقبضه فالفطرة على المشتري والمتهب لان الملك له والفطرة على المالك ، ولو أوصي له بعبد أو مات الموصي قبل غروب الشمس فلم يقبل الموصى له حتى غربت فالفطرة عليه في أحد الوجهين ، والآخر على ورثة الموصي بناء على الوجهين في الموصى به هل ينتقل بالموت أو من حين القبول ، ولو مات الموصى له قبل الرد والقبول فقبل ورثته وقلنا بصحة قبولهم فهل تكون فطرته على ورثة الموصي أو في تركة الموصى له؟ على وجهين . وقال القاضي فطرته في تركة الموصى له لانا حكمنا بانتقال الملك من حين موت الموصى له ، فان كان موته بعد هلال شوال ففطرة العبد في تركته لان الورثة انما قبلوه له ، وإن كان موته قبل هلال شوال ففطرته على الورثة ، ولو أوصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه فقبلا كانت الفطرة على مالك الرقبة لان الفطرة تجب بالرقبة لا بالمنفعة ، ولهذا تجب على من لانفع فيه ، ويحتمل أن تكون تبعاً لنفقته وفيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها على مالك نفعه (والثاني) أنها على مالك رقبته (والثالث) في كسبه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز اخراجها قبل العيد بيومين)

ولا يجوز قبل ذلك . قال ابن عمر : كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين . وقال بعض أصحابنا

(فصل) ولا يجوز إخراج الخبز لانه خرج عن الكيل والادخار[1] ولا الهريسة والكبولا وأشباههما لذلك، ولا الخل ولا الدبس لانهما ليسا قوتاً، ولا يجوز أن يخرج حباً معيباً كالمسوس والمبلول، ولا قديماً تغير طعمه لقول الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) فان كان القديم لم يتغير طعمه إلا أن الحديث أكثر قيمة منه جاز إخراجه لعدم العيب فيه والافضل إخراج الاجود. قال احمد: كان ابن سيرين يحب أن ينقي الطعام وهو أحب إلي ليكون على الكمال ويسلم مما يخالطه من غيره، فان كان المخالط له يأخذ حظاً من المكيال وكان كثيراً بحيث يعد عيباً فيه لم يجزئه، وإن لم يكثر جاز اخراجه اذا زاد على الصاع قدراً يزيد على ما فيه من غيره حتى يكون المخرج صاعا كاملا

(فصل) ومن أي الاصناف المنصوص عليها أخرج جاز وإن لم يكن قوتا له. وقال مالك: يخرج من غالب قوت البلد وذكرنا قول الشافعي

ولنا أن خبر الصدقة ورد بحرف التخيير بين هذه الاصناف فوجب التخيير فيه، ولأنه عدل

يجوز تعجيلها بعد نصف الشهر كما يجوز تعجيل أذان الفجر والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل. وقال أبو حنيفة: يجوز تعجيلها من أول الحول لانها زكاة أشبهت زكاة المال. وقال الشافعي: يجوز من أول شهر رمضان لان سبب الصدقة الصوم والفطر عنه، فاذا وجد أحد السببين جاز تعجيلها كزكاة المال بعد ملك النصاب

ولنا ماروى الجوزجاني ثنا يزيد بن هارون أنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ يأمر به فيقسم. قال يزيد: أظن قال يوم الفطر ويقول «أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم» والامر للوجوب، ومتى قدمها بالزمن الكثير لم يحصل اغناؤهم بها يوم العيد، وسبب وجوبها الفطر بدليل اضافتها اليه وزكاة المال سببها ملك النصاب، والمقصود اغناء الفقير بها في الحول كله فجاز اخراجها في جميعه، وهذه المقصود منها الاغناء في وقت مخصوص فلم يجز تقديمها قبل الوقت، فأما تقديمها بيوم أو يومين فجائز لما روى البخاري باسناده عن ابن عمر قال: فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان - وقال في آخره - وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين، وهذا اشارة إلى جميعهم فيكون اجماعا، ولان تعجيلها بهذا القدر لا يخل بالمقصود منها، فان الظاهر أنها تبقى أو بعضها إلى يوم العيد فيستغنى بها عن الطواف والطلب فيه، ولانها زكاة فجاز تعجيلها قبل وجوبها كزكاة المال

﴿ مسئلة ﴾ (والافضل اخراجها يوم العيد قبل الصلاة)

لان النبي ﷺ أمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة في حديث ابن عمر، وقال في حديث ابن عباس «من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات» فان أخرها عن الصلاة ترك الافضل لما ذكرنا من السنة، ولان المقصود منها الاغناء عن الطواف والطلب في هذا اليوم فمتى أخرها لم يحصل اغناؤهم في جميعه، ومال إلى هذا القول عطاء

---

(١) فيه أن الكيل والادخار يظهر اعتباره في زكاة الزرع دون الفطرة لان الفطرة لاغناء الفقراء عن الشحاذة يوم العيد والخبز والطبيخ أغنى لهم من الحبوب والانواع المنصوصة كانت معظم الاقوات المعروفة وان قل الزبيب في الحجاز والاقط في حضره

إلى منصوص عليه فجاز كما لو عدل الى الاعلا والغنى يحصل بدفع قوت من الاجناس ويدل على ما ذكرنا أنه خير بين التمر والزبيب والاقط، ولم يكن الزبيب والاقط قوتاً لأهل المدينة فدل على أنه لايعتبر أن يكون قوتاً المخرج

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن أعطى القيمة لم تجزئه ﴾

قال أبو داود : قيل لاحمد وأنا أسمع أعطى دراهم - يعني في صدقة الفطر - قال أخاف أن لايجزئه خلاف سنة رسول الله ﷺ . وقال أبو طالب قال لي احمد : لايعطي قيمته، قيل له قوم يقولون عمر ابن عبد العزيز كان يأخذ بالقيمة، قال يدعون قول رسول الله ﷺ ويقولون قال فلان؟ قال ابن عمر : فرض رسول الله ﷺ وقال الله تعالى (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) وقال قوم يردون السنن : قال فلان قال فلان، وظاهر مذهبه أنه لايجزئه اخراج القيمة في شيء من الزكوات، وبه قال مالك

ومالك وموسى بن وردان وأصحاب الرأي . وقال القاضي : اذا أخرجها في بقية اليوم لم يكره، وقد ذكرنا من الخبر والمعنى مايقتضي الكراهة

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز في سائر اليوم لحصول الاغناء في اليوم إلا أنه يكون قد ترك الافضل على ماذكرنا)

فان أخرها عنه أثم لتأخيره الحق الواجب عن وقته ولزمه القضاء لانه حق مال وجب فلا يسقط بفوات وقته كالدين، وحكي عن ابن سيرين والنخعي الرخصة في تأخيرها عن يوم العيد، وحكاه ابن المنذر عن احمد، وروى محمد بن يحيي الكحال قال : قلت لأبي عبد الله : فان أخرج الزكاة ولم يعطها ؟ قال نعم اذا أعدها لقوم واتباع سنة رسول الله ﷺ أولى

(فصل) قال الشيخ رحمه الله : والواجب في الفطرة صاع من البر والشعير ودقيقهما وسويقهما والتمر والزبيب ومن الاقط في احدى الروايتين

الكلام في هذه المسألة في أمور ثلاثة (أحدها) أن الواجب في صدقة الفطر صاع عن كل انسان من جميع أجناس المخرج، وبه قال مالك والشافعي وإسحق، وروي عن أبي سعيد الخدري والحسن وأبي العالية . وروي عن ابن الزبير ومعاوية أنه يجزيء نصف صاع من البر خاصة وهو مذهب سعيد ابن المسيب وعطاء وطاوس ومجاهد وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير وأبي سلمة وسعيد بن جبير وأصحاب الرأي، واختلفت الرواية عن علي وابن عباس والشعبي فروي صاع وروي نصف صاع، وعن أبي حنيفة في الزبيب روايتان : احداهما صاع والاخرى نصف صاع، واحتجوا بما روى ثعلبة ابن أبي صعير عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال « صاع من بر أو قمح على كل اثنين » رواه أبو داود وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ بعث مناديا في فجاج مكة ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى، حر أو عبد، صغير أو كبير، مدان من قمح أو سواه صاعا من طعام . قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة . يجوز ، وقد روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن ، وقد روي عن احمد مثل قولهم فيما عدا الفطرة . وقال أبو داود : سئل احمد عن رجل باع ثمرة نخله قال عشره على الذي باعه، قيل له فيخرج تمراً أو ثمنه ، قال إن شاء أخرج تمراً وإن شاء أخرج من الثمن ، وهذا دليل على جواز اخراج القيم ووجهه قول معاذ لأهل اليمن ائتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم فانه أيسر عليكم وأنفع للمهاجرين بالمدينة . وقال سعيد : حدثنا سفيان عن عمر وعن طاوس قال : لما قدم معاذ اليمن قال : ائتوني بعرض ثياب آخذه منكم مكان الذرة والشعير فانه أهون عليكم وخير للمهاجرين بالمدينة قال : وحدثنا جرير عن ليث عن عطاء قال : كان عمر بن الخطاب يأخذ العروض في الصدقة من الدراهم ، ولان المقصود دفع الحاجة ولا يختلف ذلك بعد اتحاد قدر المالية باختلاف صور الاموال

ولنا ماروى أبو سعيد الخدري قال : كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله ﷺ صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب أو صاعا من أقط ، فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية المدينة فتكلم فكان فيما كلم الناس : اني لأرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر . فأخذ الناس بذلك . قال أبو سعيد : فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعا من تمر أوصاعا من شعير، فعدل الناس إلى نصف صاع من بر . متفق عليهما . ولانه جنس يخرج في صدقة الفطر فكان صاعا كسائر الاجناس فأما أحاديثهم فلا تثبت عن النبي ﷺ . قاله ابن المنذر ، وحديث ثعلبة ينفرد به النعمان بن راشد قال البخاري وهو يهم كثيراً . وقال مهنا . ذكرت لاحمد حديث ثعلبة بن أبي صعير في صدقة الفطر نصف صاع من بر ، فقال ليس بصحيح انما هو مرسل يرويه معمر وابن جريج عن الزهري مرسلا قلت من قبل من هذا ؟ قال من قبل النعمان بن أبي راشد ليس هو بقوي في الحديث ، وسألته عن ابن أبي صعير أمعروف هو؟ قال من يعرف ابن أبي صعير؟ ليس هو معروف. وضعفه احمد وابن المديني جميعاً . وقال ابن عبد البر : ليس دون الزهري من تقوم به حجة ، وقد روى أبو اسحاق الجوزجاني حديث ثعلبة باسناده عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح - أو قال بر - عن كل انسان صغير أو كبير » وهذا حجة لنا واسناده حسن ، قال الجوزجاني والنصف صاع ذكره عن النبي ﷺ وروايته ليس تثبت ، ولان ماذكرناه أحوط مع موافقته القياس

(فصل) والصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي وقد دللنا عليه فيما مضى وذكرنا الاختلاف فيه والاصل فيه الكيل وانما قدره العلماء بالوزن ليحفظ وينقل وقد روى جماعة عن أحمد انه قال الصاع وزنته وقدرته فوجدته خمسة أرطال وثلثا حنطة ، وروي عنه تقديره بالعدس أيضاً واذا كان الصاع خمسة أرطال وثلثا من الحنطة والعدس وهما من إثقل الحبوب فمتي أخرج من غيرهما خمسة أرطال وثلثا

ولنا قول ابن عمر : فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من تمر وصاعا من شعير ، فاذا عدل عن ذلك فقد ترك المفروض . وقال النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة ، وفي مائتي درهم خمسة دراهم » وهو وارد بيانا لمجمل قوله تعالى (وآتوا الزكاة) فتكون الشاة المذكورة هي الزكاة المأمور بها ، والأمر يقتضي الوجوب ، ولأن النبي ﷺ فرض الصدقة على هذا الوجه وأمر بها أن تؤدى ، ففي كتاب أبي بكر الذي كتبه في الصدقات أنه قال : هذه الصدقة التي فرضها رسول الله ﷺ وأمر بها أن تؤدى . وكان فيه : في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض ، فان لم تكن بنت مخاض فابن لبون ذكر . وهذا يدل على أنه أراد عينها لتسميته اياها وقوله فان لم تكن بنت مخاض فابن لبون ذكر .

فهي أكثر من صاع وقال محمد بن الحسن ان أخرج خمسة أرطال وثلثا برا لم يجزئه لأن البر يختلف فيكون ثقيلا وخفيفاً وقال الطحاوي يخرج ثمانية أرطال مما يستوي كيله ووزنه وهو الزبيب والماش ومقتضى كلامه انه اذا أخرج ثمانية أرطال مما هو أثقل منهما لم يجزئه حتى يزيد شيئاً علم انه قد بلغ صاعا قال شيخنا والاولى لمن أخرج من التثميل بالوزن أن يحتاط ويزيد شيئاً يعلم به انه قد بلغ صاعا وقدر الصاع بالرطل الدمشقي رطل وسبع وقدره بالدراهم سمائة درهم وخمسة وثمانون درهما وخمسة أسباع درهم ويجزى إخراج مد بالدمشقي من سائر الاجناس لأنه أكثر من صاع يقينا والله أعلم .

(الامر الثاني) انه لايجوز العدول عن هذه الاجناس المذكورة مع القدرة عليها سواء كان المعدول اليه قوت بلده أو لم يكن وقال أبو بكر يتوجه قول آخر انه يعطي ماقام مقام الخمسة على ظاهر الحديث صاعا من طعام والطعام قد يكون البر والشعير وما دخل في الكيل قال وكلا القولين محتمل أقيسهما لايجوز غير الخمسة إلا أن يعدمها فيعطي ماقام مقامها وقال مالك يخرج من غالب قوت البلد وقال الشافعي أي قوت كان الأغلب على الرجل أدى زكاة الفطر منه واختلف أصحابه فمنهم من قال كقول مالك ومنهم من قال الاعتبار بغالب قوت المخرج ثم إن عدل عن الواجب الى أعلى منه جاز وان عدل الى دونه جاز في أحد القولين لقوله عليه السلام « اغنوهم عن الطلب » والغنى يحصل بالقوت والثاني لايجوز لأنه عدل عن الواجب الى أدنى منه فلم يجزئه كما لو عدل عن الواجب في زكاة المال الى أدنى منه

ولنا قول ابن عمر فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من شعير . متفق عليه . وروى أبو سعيد قال كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير أو صاعا من زبيب ، متفق عليه ، وفي لفظ لمسلم كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير أو كبير حر أو مملوك صاعا من طعام أو صاعا من أقط أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب . فقصروها على أجناس معدودة فلم يجز العدول عنها كما لو أخرج القيمة وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه والاغناء يحصل بالاخراج من المنصوص عليه فلا منافاة بين الخبرين

ولو أراد المالية أو القيمة لم يجز لأن خمساً وعشرين لاتخلو عن مالية بنت مخاض ، وكذلك قوله فابن لبون ذكر فانه لو أراد المالية للزمه مالية بنت مخاض دون مالية ابن لبون . وقد روى أبو داود وابن ماجه باسنادهما عن معاذ ان النبي ﷺ بعثه الى اليمن فقال « خذ الحب من الحب والشاة من الغنم والبعير من الابل والبقرة من البقر »ولان الزكاة وجبت لدفع حاجة الفقير وشكراً لنعمة المال ، والحاجات متنوعة فينبغي أن يتنوع الواجب ليصل الى الفقير من كل نوع ماتندفع به حاجته ، ويحصل شكر النعمة بالمواساة من جنس ما أنعم الله عليه به ، ولأن مخرج القيمة قد عدل عن المنصوص فلم يجزئه كما لو أخرج الردي، مكان الجيد وحديث معاذ الذي رووه في الجزية بدليل ان النبي ﷺ أمره بتفريق الصدقة في فقرائهم ولم يأمره بحملها الى المدينة ـ وفي حديثه هذا فانه أنفع للمهاجرين بالمدينة

لكونهما جميعاً يدلان على وجوب الاغناء بأحد الاجناس المفروضة . والسلت نوع من الشعير فيجوز اخراجه لدخوله في المنصوص عليه وقد صرح بذكره في بعض ألفاظ حديث ابن عمر قال كان الناس يخرجون صدقة الفطر على عهد رسول الله ﷺ صاعا من شعير أو تمر أوسلت أو زبيب رواه أبوداود

(الامر الثالث) انه يجوز اخراج أحد الاصناف المذكورة أيها شاء وإن لم يكن قوتا له وقال مالك يخرج من غالب قوت البلد وقال الشافعي أي قوت كان أغلب على الرجل أخرج منه

ولنا أن خبر الصدقة ورد بحرف «أو» وهي للتخيير بين هذه الاصناف فوجب التخيير فيه ولأنه عدل الى منصوص عليه فجاز كما لو عدل الى الأعلا ولأنه خير بين الزبيب والتمر والاقط ولم يكن الزبيب والاقط قوتا لأهل المدينة فدل على انه لايعتبر أن يكون قوتا للمخرج

(فصل) ويجوز إخراج الدقيق نص عليه أحمد وكذلك السويق قال أحمد قد روي عن ابن سيرين دقيق أو سويق وقال مالك والشافعي لايجوز اخراجهما لحديث ابن عمر ولأن منافعه نقصت فهو كالخبز

ولنا حديث أبي سعيد وفي بعض ألفاظه أوصاعاً من دقيق رواه النسائي ثم شك سفيان بعد فقال دقيق أوسلت ولأن الدقيق والسويق أجزاء الحب بحتا يمكن كيله وادخاره فجاز إخراجه كالحب وذلك لأن الطحن انما فرق أجزاءه و كفى الفقير مؤنته فأشبه مالو نزع نوى التمر ثم أخرجه ويفارق الخبز فانه قد خرج عن حال الادخار والكيل والمأمور به صاع وهو مكيل وحديث ابن عمر لم يقتض ماذكروه ولم يعملوا به

(فصل) وفي جواز إخراج الاقط اذا قدر على غيره من الاجناس المذكورة روايتان أحدهما يجزئه لحديث أبي سعيد المذكور والثانية لايجزئه لأنه جنس لاتجب الزكاة فيه فلم يجز اخراجه مع القدرة على غيره من الاصناف المنصوص عليها كاللحم ويحمل الحديث على من هو قوت له أو لم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويخرجها اذا خرج الى المصلى)

المستحب إخراج صدقة الفطر يوم الفطر قبل الصلاة لأن النبي ﷺ أمر بها أن تؤدي قبل خروج الناس الى الصلاة في حديث ابن عمر وفي حديث ابن عباس « من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات » فان أخرها عن الصلاة ترك الافضل لما ذكرنا من السنة ولأن المقصود منها الاغناء عن الطواف والطلب في هذا اليوم ، فمتى أخرها لم يحصل إغناؤهم في جميعه لاسيا في وقت الصلاة ، ومال الى هذا القول عطاء ومالك وموسى بن وردان وإسحق وأصحاب الرأي . وقال القاضي اذا أخرجها في بقية اليوم لم يكن فعل مكروهاً لحصول الغناء بها في اليوم . قال سعيد حدثنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نخرج

يقدر على غيره وقال الخرقي ان أخرج اهل البادية الاقط اجزأ اذا كان قوتهم فظاهر انه يجوز اخراجه وان قدر على غيره اذا كان من اهل البادية وكان قوتا له وعلى قوله ينبغي ان يجزيء غير اهل البادية اذا كان قوتهم ايضا لأن الحديث لم يفرق وحديث ابي سعيد يدل عليه وهم من غير اهل البادية ولعله انما ذكر اهل البادية لأن الغالب انه لايقتاته غيرهم وقال ابو الخطاب في اخراج الاقط لمن قدر عليه غيره مطلقاً روايتان وظاهر حديث ابي سعيد يدل على خلافه وذكر القاضي انا اذا قلنا بجواز اخراج الاقط وعدمه اخرج لبنا لانه اكمل من الاقط لكونه يجيء منه الاقط وغيره وحكاه ابو ثور عن الشافعي وقال الحسن ان لم يكن بر ولا شعير اخرج صاعا من لبن وما ذكره القاضي لايصح فانه لو كان اكمل من الاقط لجاز اخراجه مع وجوده ولان الاقط اكمل من اللبن من وجه لانه بلغ حالة الادخار وهو جامد بخلاف اللبن لكن يكون حكم اللبن حكم اللحم يجزيء اخراجه عند عدم الاصناف المنصوص عليها على قول ابن حامد ومن وافقه وكذلك الجبن وما أشبهه

﴿ مسئلة ﴾ ولا يجزيء غير ذلك إلا أن يعدمه فيخرج مما يقتات عند ابن حامد وعند ابن بكر يخرج ما يقوم مقام المنصوص لايجوز اخراج غير الاجناس المذكورة مع القدرة عليها لان في بعض ألفاظ حديث أبي سعيد فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط رواه النسائي ولما ذكرنا الا أن يعدمها فيخرج مما يقتات عند ابن حامد كالذرة والدخن واللحم واللبن وسائر مايقتات لان مبناها على المواساة وقال أبو بكر يخرج مايقوم مقام المنصوص عند عدمه من كل مقتات من الحب والتمر كالذرة والدخن والارز والتين اليابس وأشباهه لانه أشبه بالمنصوص عليه فكان أولى من غيره وهذا ظاهر كلام الخرقي .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يخرج حبا معيباً ولا خبزاً) لايجوز أن يخرج حبا معيباً كالمسوس والمبلول والقديم الذي تغير طعمه لقول الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) فان كان القديم لم يتغير طعمه إلا أن الحديث أكثر قيمة جاز اخراجه لعدم العيب فيه والافضل الأجود قال أحمد كان ابن

وذكر الحديث ، قال فكان يؤمر أن يخرج قبل أن يصلي فاذا انصرف رسول الله ﷺ قسمه بينهم وقال أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم . وقد ذكرنا من الخبر والمعنى مايقتضي الكراهة ، فان أخرها عن يوم العيد أثم ولزمه القضاء . وحكي عن ابن سيرين والنخعي الرخصة في تأخيرها عن يوم العيد وروى محمد بن يحيى الكحال قال : قلت لأبي عبد الله فان أخرج الزكاة ولم يعطها . قال نعم اذا أعدها لقوم ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، واتباع السنة أولى

(فصل) فأما وقت الوجوب فهو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان فانها تجب بغروب الشمس من آخر شهر رمضان فمن تزوج او ملك عبدا أو ولد له ولد او اسلم قبل غروب الشمس فعليه الفطرة ، وإن كان بعد الغروب لم تلزمه ، ولو كان حين الوجوب معسراً ثم أيسر في ليلته تلك أو في

سيرين يجب أن ينقى الطعام وهو أحب الي ليكون على الكمال ويسلم مما يخالطه من غيره فان كان المخالط له يأخذ حظا من المكيال وكان كثيراً بحيث يعد عيباً فيه لم يجزئه وإن لم يكثر جاز إخراجه اذا زاد على المخرج قدراً يزيد على مافيه من غيره ليكون المخرج صاعا كاملا . ولا يجوز اخراج الخبز ولا الهريسة ولا الكبولا وأشباهها لأنه خرج عن الكيل والادخار ولا الخل والدبس لأنهما ليسا قوتا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء اخراج صاع من أجناس)

اذا كان من الاجناس المنصوص عليها لأن كل واحد منهما يجزيء منفرداً فاجزأ بعض من هذا وبعض من الآخر كفطرة العبد المشترك اذا أخرج كل واحد من جنس

﴿ مسئلة ﴾ (وأفضل المخرج التمر ثم ماهو أنفع للفقراء بعده)

وهذا قول مالك قال ابن المنذر واستحب مالك اخراج العجوة منه واختار الشافعي وأبو عبيد اخراج البر وقال بعض أصحاب الشافعي يحتمل أن الشافعي قال ذلك لأن البر كان أغلا في زمنه لأن المستحب أن يخرج أغلاها ثمنا وأنفسها لأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال «أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها» وإنما اختار أحمد اخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله ﷺ وروي باسناده عن أبي مجلز قال قلت لابن عمر ان الله قد أوسع والبر أفضل من التمر قال إن أصحابي سلكوا طريقا وأحب أن أسلكه[1] وظاهر هذا أن جماعة الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم وسلوك طريقهم وأحب أحمد أيضاً الاقتداء بهم واتباعهم وروى البخاري عن ابن عمر قال فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعا من تمر أوصاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر فكان ابن عمر يخرج التمر فاعوز أهل المدينة من التمر فأعطى شعيراً ولان التمر فيه قوت وحلاوة وهو أقرب تناولا وأقل كلفة فكان أولى .

والافضل بعد التمر البر وقال بعض أصحابنا الزبيب لانه أقرب تناولا وأقل كلفة أشبه التمر ولنا أن البر أنفع في الاقتيات وأبلغ في دفع حاجة الفقير ولذلك قال أبو مجلز لابن عمر البر

(١) سبب ذلك الظاهر أنه كان غالب قوت أهل المدينة وفقراء مصر والشام اذا وجد عندهم التمر يوم العيد لا يغنيهم عن سؤال القوت لانه فى عرفهم حلوى وعقبة طعام لاقوت وكذلك الزبيب

يومه لم يجب عليه شيء ، ولو كان في وقت الوجوب موسراً ثم أعسر لم تسقط عنه اعتباراً بحالة الوجوب، ومن مات بعد غروب الشمس ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر نص عليه أحمد وبما ذكرنا في وقت الوجوب قال الثوري وإسحق ومالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد قوليه . وقال الليث وأبو ثور وأصحاب الرأي تجب بطلوع الفجر يوم العيد وهو رواية عن مالك لانها قربة تتعلق بالعيد فلم يتقدم وجوبها يوم العيد وهو رواية عن مالك كالاضحية

ولنا قول ابن عباس إن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث ولأنها تضاف الى الفطر فكانت واجبة به كزكاة المال ، وذلك لان الاضافة دليل الاختصاص والسبب أخص بحكمه من غيره والاضحية لاتعلق لها بطلوع الفجر ولا هي واجبة ولا تشبه مانحن فيه ، فعلى هذا اذا غربت الشمس والعبد المبيع في مدة الخيار أو وهب له عبد فقبله ولم يقبضه أو اشتراه ولم يقبضه

أفضل من التمر فلم ينكره بن عمر وانما عدل عنه اتباعا لاصحابه وسلوك طريقهم ولهذا عدل نصف صاع منه بصاع من غيره وتفضيل التمر انما كان لاتباع الصحابة فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ويحتمل أن يكون الافضل بعد التمر ما كان أعلا قيمة وأكثر نفعاً لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز أن يعطي الجماعة مايلزم الواحد والواحد مايلزم الجماعة)

أما إعطاء الجماعة مايلزم الواحد فلا نعلم فيه خلافا اذا أعطى من كل صنف ثلاثة لانه دفع الصدقة الى مستحقها وأما إعطاء الواحد مايلزم الجماعة فان الشافعي ومن وافقه أوجبوا تفريق الصدقة على ستة أصناف من كل صنف ثلاثة وقد روي مثل هذا عن أحمد وسنذكر ذلك فيما بعد هذا الباب إن شاء الله تعالى وظاهر المذهب الجواز وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لانها صدقة لغير معين فجاز صرفها الى واحد كالتطوع

(فصل) ومصرف صدقة الفطر مصرف سائر الزكوات لعموم قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء) الآية ولانها زكاة أشبهت زكاة المال فلا يجوز دفعها الى من لايجوز دفع زكاة المال اليه وبهذا قال مالك والليث والشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة يجوز وعن عمرو بن ميمون وعمرو بن شرحبيل ومرة الهمداني أنهم كانوا يعطون منها الرهبان

ولنا أنها زكاة فلم يجز دفعها الى غير المسلمين كزكاة المال ، وزكاة المال لايجوز دفعها الى غير المسلمين اجماعا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على انه لايجوز أن يعطي من زكاة المال احداً من أهل الذمة

(فصل) فان دفعها الى مستحقها فأخرجها آخذها الى دافعها أو جمعت الصدقة عند الامام ففرقها على أهل السهمان فعادت الى انسان صدقته فاختار القاضي جواز ذلك قال لان أحمد نص فيمن له نصاب من الماشية والزروع أن الصدقة تؤخذ منه وترد اليه اذا لم يكن له قدر كفايته وهو مذهب الشافعي لان قبض الامام أو المستحق ازال ملك المخرج وعادت اليه بسبب آخر أشبه مالو عادت

فالفطرة على المشتري والمتهب لان الملك له والفطرة على المالك، ولو أوصي له بعبد ومات الموصي قبل غروب الشمس فلم يقبل الموصى له حتى غبت فالفطرة عليه في أحد الوجهين والآخر على ورثة الموصي بناء على الوجهين في الموصى به هل ينتقل بالموت أو من حين القبول ؟ ولو مات ، فان كان موته بعد هلال شوال ففطرة العبد في تركته لان الورثة انما قبلوه له ، وان كان موته قبل هلال شوال ففطرته على الورثة ، ولو أوصي لرجل برقبة عبد ولآخر بمنفعته فقبلا كانت الفطرة على مالك الرقبة لان الفطرة تجب بالرقبة لا بالمنفعة ، ولهذا تجب على من لانفع فيه ، ويحتمل أن يكون حكمها حكم نفقته وفيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها على مالك نفعه (والثاني) على مالك رقبته (والثالث) في كسبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن قدمها قبل ذلك بيوم أو يومين أجزأه)

وجملته أنه يجوز تقديم الفطرة قبل العيد بيومين لايجوز أكثر من ذلك . وقال ابن عمر كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين . وقال بعض أصحابنا : يجوز تعجيلها من بعد نصف الشهر كما يجوز تعجيل أذان الفجر والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل . وقال أبو حنيفة ويجوز تعجيلها من أول

اليه بميراث وقال أبو بكر مذهب أحمد انه لايحل له اخذها لانها طهرة فلم يجز له أخذها كشرائها لان عمر رضي الله عنه اراد أن يشتري الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله فقال له النبي ﷺ «لاتشترها ولا تعد في صدقتك فان العائد في صدقته كالعائد في قيئه» فان عادت اليه بالشراء ففيه من الخلاف مثل ماذكرنا والمنصوص انه لايجوز فان عادت اليه بالميراث فله اخذها لانها رجعت اليه بغير فعل منه والله اعلم .

باب اخراج الزكاة

(لايجوز تأخيره عن وقت وجوبها مع إمكانه إلا لضرر مثل أن يخشى رجوع الساعي عليه أو نحو ذلك)

الزكاة واجبة على الفور ولا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه إذا لم يخش ضرراً ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة له التأخير مالم يطالب لأن الأمر بأدائها مطلق فلا يتعين الزمن للأداء دون غيره كما لا يتعين المكان

ولنا ان الأمر المطلق يقتضي الفور على مايذكر في موضعه ، ولذلك يستحق مؤخر الامتثال العقاب بدليل ان الله تعالى أخرج ابليس وسخط عليه بامتناعه من السجود . ولو أن رجلا أمر عبده ان يسقيه فأخر ذلك استحق العقوبة ، ولأن جواز التأخير ينافي الوجوب لكون الواجب مايعاقب على تركه ولو جاز التأخير لجاز إلي غير غاية فتنتفي العقوبة بالترك . ولو سلمنا ان مطلق الأمر لا يقتضي الفور لاقتضاه في مسئلتنا اذ لو جاز التأخير ههنا لأخره بمقتضى طبعه ثقة منه بأنه لا يأثم بالتأخير فيسقط عنه بالموت أو بتلف ماله أو بعجزه عن الأداء فيتضرر الفقراء ، ولأن ههنا قرينة تقتضي الفور وهو ان الزكاة وجبت لحاجة الفقراء وهي ناجزة فيجب أن يكون الوجوب ناجزا ، ولأنها

الحول لأنها زكاة فأشبهت زكاة المال . وقال الشافعي : يجوز من أول شهر رمضان لان سبب الصدقة الصوم والفطر عنه ، فاذا وجد أحد السببين جاز تعجيلها كزكاة المال بعد ملك النصاب

ولنا ماروى الجوزجاني ثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ يأمر به فيقسم ، قال يزيد أظن هذا يوم الفطر ويقول « أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم » والامر للوجوب، ومتى قدمها بالزمان الكثير لم يحصل اغناؤهم بها يوم العيد، وسبب وجوبها الفطر بدليل اضافتها اليه ، وزكاة المال سببها ملك النصاب والمقصود اغناء الفقير بها في الحول كله فجاز اخراجها في جميعه، وهذه المقصود منها الاغناء في وقت مخصوص فلم يجز تقديمها قبل الوقت فأما تقديمها بيوم أو يومين فجائز لما روى البخاري باسناده عن ابن عمر قال : فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان ـ وقال في آخره ـ وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين ،وهذا اشارة إلى جميعهم

عبادة تتكرر فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوب مثلها كالصلاة والصوم ، قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن الرجل يحول الحول على ماله فيؤخر عن وقت الزكاة فقال لا ، ولم يؤخر إخراجها؟ وشدد في ذلك ، قيل فابتدأ في إخراجها فجعل يخرج أولا فأولا فقال لا بل يخرجها كلها اذا حال الحول ، فأما ان كان يتضرر بتعجيل الاخراج مثل أن يخشى ان أخرجها بنفسه أخذها الساعي منه مرة أخرى فله تأخيرها ، نص عليه أحمد وكذلك ان خشي في اخراجها ضرراً في نفسه أو مال لهسواها فله تأخيرها لقول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولأنه اذا جاز تأخير دين الآدمي فتأخير الزكاة أولى

(فصل) فان أخرها ليدفعها الى من هو أحق بها من ذي قرابة أو حاجة شديدة فان كان شيئاً يسيراً فلا بأس وان كان كثيرا لم يجز . قال أحمد : لا يجزيء على أقرابه من الزكاة في كل شهر يعني لا يؤخر اخراجها حتى يدفعها اليهم مفرقة في كل شهر شيئاً ، فأما إن عجلها فدفعها اليهم والى غيرهم مفرقة أو مجموعة جاز لانه لم يؤخرها عن وقتها ، وكذلك ان كانت عنده أموال أحوالها مختلفة مثل أن يكون عنده نصاب وقد استفاد في أثناء الحول من جنسه لم يجز تأخير الزكاة ليجمعها كلها لانه يمكنه جمعها بتعجيلها في أول واجب منها

(فصل) فان أخرج الزكاة فضاعت قبل دفعها الى الفقير لم تسقط عنه ، وهذا قول الزهري وحماد والثوري وأبي عبيد والشافعي الا انه قال : ان لم يكن فرط في اخراج الزكاة وفي حفظ ذلك المخرج رجع الى ماله فان كان فيما بقي زكاة أخرج والا فلا . وقال أصحاب الرأي: يزكى ما بقي الا أن ينقص عن النصاب وان فرط . وقال مالك : أراها تجزئه اذا أخرجها في محلها ، وان أخرجها بعد ذلك ضمنها . وقال مالك : يزكي ما بقي بقسطه وان بقي عشرة دراهم

ولنا انه حق متعين على رب المال تلف قبل وصوله الى مستحقه فلم يبرأ منه بذلك كدين الآدمي . قال أحمد : ولو دفع الى رجل زكاته خمسة دراهم فقبل أن يقبضها منه قال اشتر لي ثوبا بها

فيكون اجماعا، ولان تعجيلها بهذا القدر لايخل بالمقصود منها، فان الظاهر أنها تبقى أو بعضها إلى يوم العيد فيستغنى بها عن الطواف والطلب فيه ، ولانها زكاة فجاز تعجيلها قبل وجوبها كزكاة المال والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويلزمه أن يخرج عن نفسه وعن عياله اذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته)

عيال الانسان من يعوله أي يمونه فتلزمه فطرتهم كما تلزمه مؤنتهم اذا وجد مايؤدي عنهم، لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ فرض صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ، حر وعبد ممن تمونون ، والذي يلزم الانسان نفقتهم وفطرتهم ثلاثة أصناف الزوجات والعبيد والاقارب ، فأما الزوجات فعليه فطرتهن ، وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة والثوري وابن المنذر : لاتجب

أو طعاما فذهبت الدراهم أو اشترى بها ماقال فضاع منه فعليه أن يعطي مكانها لانه لم يقبضها منه ولو قبضها ثم ردها اليه وقال : اشتر لي بها أو اشتر بها فضاعت أو ضاع ما اشتراه فلا ضمان عليه اذا لم يكن فرط ، وانما قال ذلك لان الفقير لا يملكها الا بقبضه فاذا وكله في الشراء بها لم يصح التوكيل وبقيت على ملك رب المال فاذا تلفت كانت من ضمانه ، ولو عزل قدر الزكاة ينوي انه زكاة فتلف فهو من ضمان رب المال ولا تسقط الزكاة عنه بذلك سواء قدر على دفعها أو لم يقدر وهي كالمسألة قبلها

﴿ مسألة) (فان جحد وجوبها جهلا به عرف ذلك فان أصر كفر وأخذت منه واستتيب ثلاثا فان لم يتب قتل) من جحد وجوب الزكاة جهلا به وكان ممن يجهل ذلك اما لحداثة عهده بالاسلام أو لانه نشأ ببادية بعيدة عرف وجوبها ولم يحكم بكفره لانه معذور ، وان كان مسلماً ناشئا ببلاد الاسلام بين أهل العلم فهو مرتد تجري عليه أحكام المرتدين ويستتاب ثلاثا فان تاب والا قتل لان أدلة وجوب الزكاة ظاهرة في الكتاب والسنة واجماع الامة فلا تكاد تخفى على من هذا حاله فاذا جحدها لايكون الا لتكذيبه الكتاب والسنة وكفره بهما

﴿ مسألة ﴾ (وان منعها بخلا بها أخذت منه وعزر ، فان غيب ماله أو كتمه أو قاتل دونها وأمكن أخذها أخذت من غير زيادة ، وقال أبو بكر : يأخذها وشطر ماله)

اذا منع الزكاة مع اعتقاد وجوبها وقدر الامام على أخذها منه أخذها وعزره قال ابن عقيل إلا أن يكون كتمها لفسق الامام لكونه يصرفها في غير مصرفها فلا يعزر لأن له عذراً في ذلك ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر اهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم ، وكذلك ان غل ماله فكتمه أو قاتل دونها فقدر عليه الامام ، وقال اسحاق بن راهويه وأبو بكر عبد العزيز يأخذها وشطر ماله لما روى أبو داود والنسائي والأثرم عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه كان يقول « في كل سائمة الابل في كل أربعين بنت لبون لا تفرق الابل عن حسابها من أعطاها مؤتجراً

عليه فطرة امرأته وعلى المرأة فطرة نفسها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «صدقة الفطر على كل ذكر وأنثى» ولانها زكاة فوجبت عليها كزكاة مالها

ولنا الخبر، ولان النكاح سبب تجب به النفقة فوجبت به الفطرة كالملك والقرابة بخلاف زكاة المال فانها لاتتحمل بالملك والقرابة، فان كان لامرأته من يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرته لان الواجب الاجر دون النفقة وإن كان لها نظرت، فان كانت ممن لايجب لها خادم فليس عليه نفقة خادمها ولا فطرته، وإن كانت ممن يخدم مثلها فعلى الزوج أن يخدمها، ثم هو مخير بين أن يشتري لها خادما أو يستأجر أو ينفق على خادمها، فان اشترى لها خادما أو اختار الانفاق على خادمها فعليه فطرته، وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقته ولا فطرته سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط لان المؤنة اذا كانت أجرة فهي من مال المستأجر وإن تبرع بالانفاق على من لاتلزمه نفقته فحكمه حكم من

فله أجرها، ومن أبى فانا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء» وسئل أحمد عن اسناده فقال هو عندي صالح الاسناد وقال ما أدري ماوجهه ووجه الاول قول النبي ﷺ «ليس في المال حق سوى الزكاة» ولان منع الزكاة كان عقيب موت النبي ﷺ مع توفر الصحابة فلم ينقل عنهم أخذ زيادة ولا قول بذلك، واختلف أهل العلم في العذر عن هذا الخبر فقيل كان في بدء الاسلام حيث كانت العقوبات في المال ثم نسخ بالحديث الذي رويناه ولذلك انعقد الاجماع على ترك العمل به في المانع غير الغال. وحكى الخطاب عن ابراهيم الحربي أنه يؤخذ منه السن الواجب عليه من خيار ماله من غير زيادة في سن ولا عدد لكن ينتقي من خيار ماله مايزيد به صدقته في القيمة بقدر شطر قيمة الواجب عليه فيكون المراد بماله ههنا الواجب عليه من ماله فيزاد في القيمة بقدر شطره والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يمكن أخذها استتيب ثلاثا فان تاب وإلا قتل وأخذت من تركته، وقال بعض أصحابنا ان قاتل عليها كفر)

متى كان مانع الزكاة خارجا عن قبضة الامام قاتله لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على قتال مانعي الزكاة وقال أبو بكر: والله لو منعوني عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه. فان ظفر به وبماله أخذها من غير زيادة لما ذكرنا ولم يسب ذريته لان الجناية من غيرهم ولان المانع لا يسبى فذريته أولى، وإن ظفر به دعاه إلى أدائها فان تاب وأدى وإلا قتل قياسا على تارك الصلاة ولم يحكم بكفره في ظاهر المذهب. وعن احمد انه قال: إذا منعوا الزكاة وقاتلوا عليها كما قاتلوا أبا بكر لم يورثوا ولم يصلّ عليهم. وهذا حكم منه بكفرهم واختاره بعض اصحابنا. قال عبدالله بن مسعود وما تارك الصلاة بمسلم، ووجه ذلك ماروي ان أبا بكر رضي الله عنه لما قاتلهم وعضتهم الحرب قالوا نؤديها قال لا أقبلها حتى تشهدوا أن قتلانا في الجنة وقتلاكم في النار. ولم ينقل انكار ذلك عن أحد من الصحابة فدل على كفرهم. ووجه الاول أن عمر وغيره امتنعوا من القتال في بدء الامر ولو اعتقدوا

تبرع بالانفاق على أجنبي وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإن نشزت المرأة في وقت الوجوب ففطرتها على نفسها دون زوجها لان نفقتها لاتلزمه ، واختار أبو الخطاب أن عليه فطرتها لان الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التي لاتحتاج إلى نفقة والاول أصح لان هذه ممن لاتلزمه مؤنته فلا تلزمه فطرته كالاجنبية وفارق المريضة لان عدم الانفاق عليها لعدم الحاجة لالخلل في المقتضي لها فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها بخلاف الناشز ، وكذلك كل امرأة لايلزمه نفقتها كغير المدخول بها اذا لم تسلم اليه ، والصغيرة التي لايمكن الاستمتاع بها فانه لاتلزمه نفقتها ولا فطرتها لانها ليست ممن يمون

(فصل) وأما العبيد فان كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم لانعلم فيه خلافا، وإن كانوا للتجارة فعليه أيضاً فطرتهم ، وبهذا قال مالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق وابن المنذر . وقال عطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لا تلزمه فطرتهم لانها زكاة ، ولا تجب في مال واحد زكاتان وقد وجبت فيهم زكاة التجارة فيمتنع وجوب الزكاة الاخرى كالسائمة اذا كانت للتجارة

كفرهم لما توقفوا عنه ثم اتفقوا على القتال وبقي الكفر على أصل النفي ولان الزكاة فرع من فروع الدين فلم يكفر بتركه كالحج ، وإذا لم يكفر بتركه لم يكفر بالقتال عليه كأهل البغي ، وأما الذين قال لهم أبو بكر هذا القول فيحتمل انهم جحدوا وجوبها فانه نقل عنهم انهم قالوا انما كنا نؤدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لان صلاته سكن لنا وليس صلاة أبي بكر سكناً لنا فلا نؤدي اليه . وهذا يدل على انهم جحدوا وجوب الاداء إلى أبي بكر رضي الله عنه ، ولان هذه قضية في عين ولم يتحقق من الذين قال لهم أبو بكر هذا القول فيحتمل انهم كانوا مرتدين ويحتمل انهم جحدوا وجوب الزكاة ويحتمل غير ذلك فلا يجوز الحكم به في محل النزاع

ويحتمل أن أبا بكر قال ذلك لانهم ارتكبوا كبائر وماتوا عليها من غير توبة فحكم لهم بالنار ظاهراً كما حكم لقتلى المجاهدين بالجنة ظاهراً والامر إلى الله تعالى في الجميع ، ولانه لم يحكم عليهم بالتخليد ولا يلزم من الحكم بالنار الحكم بالكفر فقد أخبر عليه السلام أن قوما من أمته يدخلون النار ثم يخرجهم الله تعالى منها ويدخلهم الجنة

﴿ مسألة ﴾ (وإن ادعى مايمنع وجوب الزكاة من نقصان الحول ، أو النصاب ، أو انتقاله عنه في بعض الحول قبل قوله بغير يمين)

نص عليه احمد لان الزكاة عبادة وحق لله فلم يستحلف عليه كالصلاة والحد

﴿ مسألة ﴾ (والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما)

تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون اذا كان حراً مسلماً تام الملك ، روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة والحسن بن علي وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد وعطاء ومجاهد وربيعة ومالك والحسن بن صالح وابن أبي ليلى والشافعي والعنبري واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وحكي عن

ولنا عموم الاحاديث وقول ابن عمر فرض رسول الله ﷺ « زكاة الفطر على الحر والعبد » وفي حديث عمرو بن شعيب « ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى ، حر أو عبد صغير أو كبير » ولان نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم كعبيد القنية أو نقول مسلم تجب مؤنته فوجبت فطرته كالاصل وزكاة الفطرة تجب على البدن ، ولهذا تجب على الاحرار وزكاة التجارة تجب عن القيمة وهي المال بخلاف السوم والتجارة فانهما يجبان بسبب مال واحد متى كان عبيد التجارة في يد المضارب وجبت فطرتهم من مال المضاربة لان مؤنتهم منها ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي أنها على رب المال

ولنا أن الفطرة تابعة للنفقة وهي من مال المضاربة فكذلك الفطرة

(فصل) وتجب فطرة العبد الحاضر والغائب الذي تعلم حياته والآبق والصغير والكبير والمرهون والمغصوب . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن على المرء زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر غير

ابن مسعود والثوري والاوزاعي أنهم قالوا : تجب الزكاة ولا يخرج حتى يبلغ الصبي ويفيق المعتوه وقال الحسن وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وأبو وائل والنخعي وأبو حنيفة : لا تجب الزكاة في أموالها . قال أبو حنيفة : إلا العشر وصدقة الفطر وذلك لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق » [1] ولأنها عبادة محضة فلا تجب عليهما كالصلاة والحج

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « من ولي يتيماله مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » أخرجه الدارقطني ، وفي رواته المثنى بن الصباح وفيه مقال [2] وروي موقوفا عن عمر رضي الله عنه وانما تأكله الصدقة باخراجها ، وانما يجوز اخراجها اذا كانت واجبة لانه ليس له أن يتبرع بمال اليتيم ولان من وجب العشر في زرعه وجب نصف العشر في ورقه كالبالغ العاقل وتخالف الصلاة والصوم فانها مختصة بالبدن ونية الصبي ضعيفة عنها ، والمجنون لا يتحقق منه نيتها والزكاة حق يتعلق بالمال أشبه نفقة الاقارب والزوجات وأروش الجنايات ، والحديث أريد به رفع الأثم والعبادات البدنية بدليل وجوب العشر وصدقة الفطر والحقوق المالية ، ثم هو مخصوص بما ذكرنا والزكاة في المال في معناه ومقيسة عليه . اذا تقرر هذا فان الولي يخرج عنها من مالها لانها زكاة واجبة فوجب اخراجها كزكاة البالغ العاقل والولي يقوم مقامه في اداء ماعليه ، ولانه حق واجب على الصبي والمجنون فكان على الولي اداؤه عنها كنفقة أقاربه ، وتعتبر نية الولي في الاخراج كما تعتبر النية من رب المال

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب للانسان تفرقة زكاته بنفسه ويجوز دفعها إلى الساعي ، وعنه يستحب أن يدفع اليه العشر ويتولى تفريق الباقي)

وانما استحب ذلك ليكون على يقين من وصولها إلى مستحقها ، وسواء كانت من الاموال الظاهرة والباطنة . قال احمد : أعجب إلي أن يخرجها ، وإن دفعها إلى السلطان فهو جائز . وقال الحسن ومكحول وسعيد بن جبير : يضعها رب المال في مواضعها . وقال الثوري احلف لهم واكذبهم ولا

«١» الظاهر انه ذكر منه ما يتعلق بغرضه بالمعنى . والمروي عند أحمد وأصحاب السنن الا الترمذي والحاكم عن عائشة مرفوعا « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلي حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يكبر » والاولان والاخير في واقعة مع علي وعمر « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم »

«٢» والحديث رواه الترمذي من طريقه أيضا وهو ضعيف لا يحتج به

المكاتب والمغصوب والآبق وعبيد التجارة ، فأما الغائب فعليه فطرته اذا علم أنه حي سواء رجي رجعته أو أيس منها ، وسواء كان مطلقاً أو محبوساً كالاسير وغيره . قال ابن المنذر : أكثر أهل العلم يرون أن تؤدي زكاة الفطر عن الرقيق غائبهم وحاضرهم لانه مالك لهم فوجبت فطرتهم عليه كالحاضرين، وممن أوجب فطرة الآبق الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وأوجبها الزهري اذا علم مكانه، والاوزاعي إن كان في دار الاسلام، ومالك إن كانت غيبته قريبة ، ولم يوجبها عطاء والثوري وأصحاب الرأي لأنه لايلزمه الانفاق عليه فلا تجب فطرته كالمرأة الناشز

ولنا أنه مال له فوجبت زكاته في حال غيبته كمال التجارة ، ويحتمل أن لايلزمه اخراج زكاته حتى يرجع إلى يده كزكاة الدين والمغصوب ذكره ابن عقيل ووجه القول الاول أن زكاة الفطر تجب تابعة للنفقة، والنفقة تجب مع الغيبة بدليل أن من رد الآبق رجع بنفقته ، وأما من شك في حياته منهم

تعطهم شيئاً اذا لم يضعوها مواضعها . وقال طاوس : لاتعطهم . وقال عطاء : أعطهم اذا وضعوها مواضعها . وقال الشعبي وأبو جعفر : اذا رأيت الولاة لا يعدلون فضعها في أهل الحاجة . وقال ابراهيم ضعوها في مواضعها ، فان أخذها السلطان أجزأك . وقال ثنا سعيد ثنا أبو عوانة عن مهاجر أبي الحسن قال : أتيت أبا وائل وأبا بردة بالزكاة وهما على بيت المال فأخذاها ، ثم جئت مرة أخرى فرأيت أبا وائل وحده فقال لي : ردها فضعها مواضعها ، وقد روي عن احمد أنه قال: أما صدقة الارض فيعجبني دفعها إلى السلطان ، وأما زكاة الاموال كالمواشي فلا بأس أن يضعها في الفقراء والمساكين ، فظاهر هذا أنه استحب دفع العشر خاصة إلى الائمة ، وذلك لان العشر قد ذهب قوم إلى أنه مؤنة الارض يتولاه الائمة كالخراج بخلاف سائر الزكاة . قال شيخنا : والذي رأيت في الجامع قال : أما صدقة الفطر فيعجبني دفعها إلى السلطان ، ثم قال أبو عبدالله قيل لابن عمر : إنهم يقلدون بها الكلاب ويشربون بها الخمور ، قال ادفعها اليهم

﴿ مسئلة ﴾ (وعند أبي الخطاب دفعها إلى الامام العادل أفضل)

اختاره ابن أبي موسى وهو قول أصحاب الشافعي ، وممن قال بدفعها إلى الامام الشعبي ومحمد بن علي والاوزاعي لان الامام أعلم بمصارفها ودفعها اليه يبرئه ظاهراً وباطناً ودفعها إلى الفقير لا يبرئه باطناً لاحتمال أن يكون غير مستحق لها ، ولانه يخرج من الخلاف وتزول عنه التهمة ، وكان ابن عمر يدفع زكاته إلى من جاءه من سعاة ابن الزبير أو نجدة الحروري ، وقد روي عن سهيل ابن أبي صالح قال أتيت سعد بن أبي وقاص فقلت : عندي مال وأريد أن أخرج زكاته وهؤلاء القوم على ماترى فما تأمرني ، قال ادفعها اليهم ، فأتيت ابن عمر فقال مثل ذلك ، فأتيت أبا هريرة فقال مثل ذلك، فأتيت أبا سعيد فقال مثل ذلك ، وروي نحوه عن عائشة رضي الله عنهم . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يفرق الاموال الظاهرة إلا الامام لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) ولان أبا بكر

وانقطعت أخباره لم تجب فطرته نص عليه في رواية صالح لانه لا يعلم بقاء ملكه عليه، ولو أعتقه في كفارته لم يجزئه فلم تجب فطرته كالميت، فان مضت عليه سنون ثم علم حياته لزمه الاخراج لما مضى لانه بان له وجود سبب الوجوب في الزمن الماضي فوجب عليه الاخراج لما مضى كما لو سمع بهلاك ماله الغائب ثم بان إنه كان سالماً، والحكم في القريب الغائب كالحكم في البعيد لانهم ممن تجب فطرتهم مع الحضور فكذلك مع الغيبة كالعبيد، ويحتمل أن لا تجب فطرتهم مع الغيبة لانه لا يلزمه بعث نفقتهم اليهم، ولا يرجعون بالنفقة الماضية

(فصل) فأما عبيد عبيده فان قلنا ان العبد لا يملكهم بالتمليك فالفطرة على السيد لانهم ملكه، وهذا ظاهر كلام الخرقي وقول أبي الزناد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وان قلنا يملك بالتمليك فقد قيل لا تجب فطرتهم على أحد لان السيد لا يملكهم وملك العبد ناقص والصحيح وجوب فطرتهم لان

رضي الله عنه طالبهم بالزكاة وقاتلهم عليها وقال: والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها. ووافقه الصحابة على هذا، ولان ما للامام قبضه بحكم الولاية لا يجوز دفعه إلى المولى عليه كولي اليتيم وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا على جواز دفعها بنفسه أنه دفع الحق إلى مستحقه الجائز تصرفه فأجزأه كما لو دفع الدين إلى غريمه وكزكاة الاموال الباطنة والآية تدل على أن للامام أخذها ولا خلاف فيه ومطالبة أبي بكر لهم بها لكونهم لم يؤدوها إلى أهلها ولو أدوها الى أهلها لم يقاتلهم عليها لان ذلك مختلف في إجزائه ولا يجوز المقاتلة من أجله وانما يطالب الامام بحكم الولاية والنيابة عن مستحقها، فاذا دفعها اليهم جاز لانهم أهل رشد بخلاف اليتيم

وأما وجه فضيلة دفعها بنفسه فلأنه إيصال للحق إلى مستحقه مع توفير أجر العمالة وصيانة حقهم عن خطر الجناية، ومباشرة تفريج كربة مستحقها واغنائه بها مع اعطائها للاولى بها من محاويج أقاربه وذوي رحمه وصلة رحمه بها فكان أفضل كما لو لم يكن اخذها من أهل العدل، فان قيل فالكلام في الامام العادل والخيانة مأمونة في حقه، قلنا الامام لا يتولى ذلك بنفسه وانما يفوضه إلى نوابه فلا تؤمن منهم الخيانة، ثم ربما لا يصل إلى المستحق الذي قد علمه المالك من أهله وجيرانه شيء منها وهم أحق الناس بصلته وصدقته ومؤاساته، وقولهم إن أخذ الامام يبرئه ظاهراً وباطناً، قلنا يبطل هذا بدفعها إلى غير العادل فانه يبرأ أيضاً وقد سلموا أنه ليس بأفضل، ثم إن البراءة الظاهرة تكفي وقولهم إنه تزول به التهمة، قلنا متى أظهرها زالت التهمة سواء أخرجها بنفسه أو دفعها إلى الامام، ولا يختلف المذهب أن دفعها إلى الامام جائز سواء كان عادلا أو غير عادل، وسواء كانت من الاموال الظاهرة أو الباطنة، ويبرأ بدفعها سواء تلفت في يد الامام أو لا، أو صرفها في مصارفها أو لم يصرفها، لما ذكرنا عن الصحابة رضي الله عنهم، ولان الامام نائب عنهم شرعا فبرىء بدفعها اليه كولي اليتيم اذا قبضها

فطرتهم تتبع النفقة ونفقتهم واجبة فكذلك فطرتهم ، ولا يعتبر في وجوبها كمال الملك بدليل وجوبها على المكاتب عن نفسه وعبيده مع نقص ملكه

(فصل) وأما زوجة العبد فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها ان كانت حرة ، وعلى سيدها ان كانت أمة ، وقياس المذهب عندي وجوب فطرتها على سيد العبد لوجوب نفقتها عليه ، ألا ترى انه تجب عليه فطرة خادم امرأته مع انه لا يملكها لوجوب نفقتها وقد قال النبي ﷺ « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » وهذه ممن يمونون ، وقد ذكر أصحابنا انه لو تبرع بمؤنة شخص لزمته فطرته فمن تجب عليه أولى ، وهكذا او زوج الابن أباه وكان ممن تجب عليه نفقته ونفقة امرأته فعليه فطرتها والله أعلم .

له ، ولا يختلف المذهب أيضاً في أن صاحب المال يجوز أن يفرقها بنفسه

(فصل) واذا أخذ الخوارج والبغاة الزكاة اجزأت عن صاحبها ، حكاه ابن المنذر عن احمد والشافعي وأبي ثور في الخوارج أنها تجزيء ، وكذلك كل من أخذها من السلاطين اجزأت عن صاحبها سواء عدل فيها أو جار ، وسواء أخذها قهراً أو دفعها اليه اختياراً لما ذكرنا من حديث أبي صالح . وقال ابراهيم : تجزيء عنك ماأخذ العشارون ، وعن سلمة بن الاكوع أنه دفع صدقته إلى نجدة ، وعن ابن عمر أنه سئل عن مصدق ابن الزبير ومصدق نجدة فقال : إلى أيهما دفعت اجزأ عنك ، وبهذا قال أصحاب الرأي فيما غلبوا عليه وقالوا : اذا مرّ على الخوارج فعشره لايجزيء عن زكاته . وقال أبو عبيد : على من أخذ الخوارج منه الزكاة الاعادة لانهم ليسوا بأئمة أشبهوا قطاع الطريق

ولنا قول الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف في عصرهم علمناه فيكون اجماعاً ، ولأنه دفعها إلى أهل الولاية فأشبه دفعها إلى أهل البغي.

« مسألة » (ولا يجزيء اخراجها إلا بنية إلا أن يأخذها الامام منه قهراً . وقال أبو الخطاب لاتجزئه أيضاً بغير نية)

مذهب عامة أهل العلم أن النية شرط في اخراج الزكاة ، وحكي عن الاوزاعي أنها لاتجب لها النية لانها دين فلا تجب لها النية كسائر الديون ، ولهذا يخرجها ولي اليتيم ويأخذها السلطان من الممتنع

ولنا قول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات » وأداؤها عمل ولأنها عبادة منها فرض ونفل فافتقرت الى النية كالصلاة وتفارق قضاء الدين فانه ليس بعبادة فانه يسقط باسقاط مستحقة وولي اليتيم والسلطان ينوبان عند الحاجة اذا ثبت ذلك فالنية أن يعتقد انها زكاته أو زكاة من يخرج عنه كالصبي والمجنون ومحلها القلب لانها محل الاعتقادات كلها

(فصل) ويجوز تقديم النية على الآداء بالزمن اليسير كسائر العبادات ولأنها يجوز التوكيل فيها فاعتبار مقارنة النية للاخراج يؤدي الى التغرير بماله ولو تصدق الانسان بجميع ماله ولم ينو به

(فصل) وان تبرع بمؤنة انسان في شهر رمضان فأكثر أصحابنا يختارون وجوب الفطرة عليه وقد نص عليه أحمد في رواية أبي داود فيمن ضم الى نفسه يتيمة يؤدي عنها وذلك لقوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » وهذا ممن يمونون ولأنه شخص ينفق عليه فلزمته فطرته كعبده ، واختار أبو الخطاب لاتلزمه فطرته لانه لاتلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كما لو يمنه وهذا قول أكثر أهل العلم وهو الصحيح ان شاء الله. وكلام أحمد في هذا محمول على الاستحباب لا على الايجاب . والحديث محمول على من تلزمه مؤنته لا على حقيقة المؤنة بدليل انه تلزمه فطرة الآبق ولم يمنه، ولو ملك عبداً عند غروب الشمس أو تزوج أو ولد له ولد لزمته فطرتهم لوجوب مؤنتهم عليه وان لم يمنهم، ولو باع عبده أو طلق امرأته أو ماتا أو مات ولده لم تلزمه فطرتهم وان مانهم ولان قوله «ممن يمونون» فعل

الزكاة لم يجزئه وهذا قول الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة يجزئه استحسانا

ولنا انه لم ينو الفرض فلم يجزئه كما لو تصدق ببعض ماله وكما لو صلى مائة ركعة لم ينو الفرض بها

(فصل) ومن له مال غائب يشك في سلامته يجوز اخراج الزكاة عنه وتصح منه نية الاخراج لان الاصل بقاؤه فان نوى أن هـذا زكاة مالي ان كان سالماً وإلا فهو تطوع فبان سالماً أجزأت لانه اخلص النية للفرض ثم رتب عليها النفل وهذا حكمها لو لم يقله فاذا قاله لم يضر ولو قال هـذا زكاة مالي الغائب والحاضر صح لان التعيين لايشترط بدليـل أن من له أربعون ديناراً اذا أخرج نصف دينار عنها صح وإن كان يقع عن عشرين غير معينة وان قال هذا زكاة مالي الغائب أو تطوع لم تجزئه ذكره أبو بكر لانه لم يخلص النية للفرض أشبه مالو قال أصلي فرضا أو تطوعا وان قال هذا زكاة مالي الغائب ان كان سالماً والا فهو زكاة لمالي الحاضر أجزأه عن السالم منهما، فان كانا سالمين فعن أحدهما لان التعيين ليس بشرط وان قال زكاة مالي الغائب وأطلق فبان تالفاً لم يكن له أن يصرفه الى زكاة غيره لانه عينه فأشبه مالو اعتق عبداً عن كفارة عينها فلم يقع عنها لم يكن له صرفه الى كفارة اخرى . هذا التفريع فيما اذا كانت الغيبة مما لاتمنع اخراج زكاته في بلد رب المال أما لقربه أو لـكون البلد لايوجد فيه أهـل السهمان أو على الرواية التي تقول باجزاء اخراجها في بلد بعيد من بلد المال وإن كان له موروث غائب فقال ان كان موروثي قد مات فهذه زكاة ماله الذي ورثته عنه فبان ميتا لم يجزئه لانه ينبني على غير أصل فهو كقوله ليلة الشك ان كان غداً من رمضان فهو فرضي وإلا فهو نفل

(فصل) فان اخذها الامام منه قهراً اجزأت بغير نية وهذا قول الخرقي ومفهوم هذا الـكلام انه متى دفعها طوعا لم يجزئه الا بنية سواء دفعها الى الامام وغيره أما في حال القهر فتسقط النية لان تعـذرها في حقه أسقطها كالصغير والمجنون وقال القاضي لاتشترط النية اذا أخذها الامام في حال الطوع والـكره وهو قول الشافعي لان أخذ الامام بمنزلة القسم بين الشركاء فلم يحتج الى نية ولان للامام ولاية في أخذها ولذلك يأخـذها من الممتنع اتفاقا ولو لم تجزئه لما أخذها ولا أخذها ثانيا

مضارع فيقتضي الحال أو الاستقبال دون الماضي ، ومن مانه في رمضان انما وجدت مؤنته في الماضي فلا يدخل في الخبر ولو دخل فيه لاقتضى وجوب الفطرة على من مانه ليلة واحدة وليس في الخبر مايقيده بالشهر ولا بغيره فالتقييد بمؤنة الشهر تحكم ، فعلى هـذا القول تكون فطرة هذا المختلف فيه على نفسه كما لو لم يمنه . وعلى قول أصحابنا المعتبر الانفاق في جميع الشهر ، وقال ابن عقيل : قياس مذهبنا انه إذا مانه آخر ليلة وجبت فطرته قياساً على من ملك عبداً عند غروب الشمس، وإذا مانه جماعة في الشهر كله أو مانه إنسان بعض الشهر ، فعلى قياس قول ابن عقيل هذا تكون فطرته على من مانه آخر ليلة ، وعلى قول غيره يحتمل أن لا تجب فطرته على أحـد ممن مانه لأن سبب الوجوب المؤنة في جميع الشهر ولم يوجد ، ويحتمل ان تجب على الجميع فطرة واحدة بالحصص لأنهم اشتركوا في سبب الوجوب فأشبه مالو اشتركوا في ملك عبد

وثالثاً حتى ينفد ماله لأن أخذها ان كان لاجزائها فهو لايحصل بدون النية وان كان لوجوبها فهو باق بحاله واختار أبو الخطاب وابن عقيل انها لاتجزئه أيضاً من غير نية فيما بينه وبين الله تعالى لأن الامام إما وكيله وإما وكيل الفقراء أو وكيلهما وأي ذلك كان فلا بد من نية رب المال ولأنها عبادة تجب لهـا النية فلا تجزىء عمن وجبت عليه اذا كان من أهل النية بغير نية كالصلاة وانما أخذت منه حراسة للعلم الظاهر كالممتنع من الصلاة يجبر عليها ليأتي بصورتها ولو صلى بغير نية لم تجزئه والمرتد يطالب بالشهادة فاذا أتى بها حكم باسلامه ظاهراً وإن لم يعتقد صحتها لم يصح اسلامه باطنا ومن نصر القول الاول قال ان للامام ولاية على الممتنع فقامت نيته مقام نيته كولي المجنون واليتيم وفارق الصلاة فان النيابة فيها لاتصح فلا بد من نية فاعلها وقوله لايخلو من كونه وكيلا له أو للفقراء أو لهما قلنا بل هو وكيل على المالك والحاق الزكاة بالقسمة غير صحيح لأنها ليست عبادة ولا يعتبر لها نية بخلاف الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (وان دفعها الى وكيله اعتبرت النية في الموكل دون الوكيل)

اذا وكل في دفع الزكاة فدفعها الوكيل الى مستحقها قبـل تطاول الزمن أجزأت نية الموكل ولم يفتقر الى نية الوكيل لان الموكل هو الذي عليـه الفرض فاكتفى بنيته ولان تأخر الأداء عن النية بالزمن اليسير جائز على ماذكرنا فان تطاول الزمن فقال أبو الخطاب يجزىء كما لو تقارب الدفع وهو ظاهر كلام شيخنا هاهنا والصحيح انه لابد من نية الموكل حال الدفع الى الوكيل ونية الوكيل عند الدفع الى المستحق لئلا يخلو الدفع الى المستحق عن نية مقارنة أو مقاربة ولو نوى الوكيل دون الموكل لم يجز تتعلق الفرض بالموكل ووقوع الاجزاء عنه وإن دفعها الى الامام ناويا ولم ينو الامام حال دفعها الى الفقراء جاز وان طال الزمن لانه وكيـل الفقراء

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقول عند الدفع اللهم اجعلها مغنما ولا تجعلها مغرما)

ويحمد الله على التوفيق لادائها لما روي أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « اذا أعطيتم الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته ﴾

وجملة ذلك ان صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ولا يعتبر في وجوبها نصاب ، وبهذا قال أبو هريرة وأبو العالية والشعبي وعطاء وابن سيرين والزهري ومالك وابن المبارك والشافعي وأبو ثور وقال أصحاب الرأي: لاتجب الا على من يملك مائتي درهم أو ما قيمته نصاب فاضل عن مسكنه لقول رسول الله ﷺ « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » والفقير لاغنى له فلا تجب عليه ولانه تحل له الصدقة فلا تجب عليه كمن لا يقدر عليها

ولنا ما روي ثعلبة بن أبي صعير عن ابيه ان رسول الله ﷺ قال « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح ـ أو قال بر ـ عن كل انسان صغير أو كبير حر أو مملوك غني أو فقير ذكر أو أنثى، أما غنيكم فيزكيه الله ، وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما أعطى » وفي رواية أبي داود « صاع من بر أو قمح

فلا تنسوا ثوابها أن تقولوا اللهم اجعلها مغنما ولا تجعلها مغرما » أخرجه ابن ماجه

﴿ مسئلة ﴾ (ويقول الآخذ آجرك الله فيما أعطيت وبارك لك فيما أبقيت وجعله لك طهورا)

(فصل) وان دفعها الى الساعي أو الامام شكره ودعا له لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم) وقال عبدالله بن أبي أوفى كان النبي ﷺ اذا أتاه قوم بصدقتهم قال « اللهم صل على آل فلان » فأتاه أبي بصدقته فقال« اللهم صل على آل أبي أوفى »متفق عليه والصلاة هاهنا الدعاء والتبرك وليس هذا بواجب لان النبي ﷺ حين بعث معاذا أو أمره يأخذ الزكاة منهم لم يأمره بالدعاء ولان ذلك لايجب على الفقير المدفوع اليه فالنائب أولى

﴿ مسئلة ﴾ ولا يجوز نقلها الى بلد تقصر اليه الصلاة فان فعل فهل تجزئه ؟ على روايتين قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الزكاة يبعث بها من بلد الى بلد ؟ قال لا ، قيل وان كان قرابته بها ؟ قال لا . واستحب أكثر أهل العلم أن لا تنقل من بلدها وروي عن الحسن والنخعي أنهما كرها نقل الزكاة من بلد الى بلد الا لذي قرابة وكان أبو العالية يبعث بزكاته الى المدينة

ولنا قول النبي ﷺ لمعاذ أخبرهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم وهذا يختص فقراء بلدهم وقال سعيد حدثنا سفيان عن معمر عن بن طاوس عن أبيه قال في كتاب معاذ ابن جبل من أخرج من مخلاف الى مخلاف فان صدقته وعشره ترد الى مخلافه وروي عن عمر بن عبد العزيز انه رد زكاة أتي بها من خراسان الى الشام الى خراسان ولما بعث معاذ الصدقة من اليمن الى عمر أنكر ذلك عمر وقال لم أبعثك جابيا ولا آخذ جزية ولكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس فترد في فقرائهم فقال معاذ مابعثت اليك بشيء وأنا اجد من يأخذه مني، رواه أبو عبيد في الاموال وروي أيضاً عن ابراهيم بن عطاء مولى عمران بن حصين أن زياداً أو بعض الامراء بعث عمران على الصدقة فلما رجع قال أين المال؟ قال أللمال بعثتني؟ أخذناها من حيث كنا نأخذها على عهد رسول الله

عن كل اثنين » ولانه حق مال لا يزيد بزيادة المال فلا يعتبر وجوب النصاب فيه كالكفارة ولا يمتنع أن يؤخذ منه ويعطى لمن وجب عليه العشر ، والذي قاسوا عليه عاجز ، فلا يصح القياس عليه ، وحديثهم محمول على زكاة المال

(فصل) وإذا لم يفضل إلا صاع أخرجه عن نفسه لقوله عليه السلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ولان الفطرة تنبني على النفقة فكما يبدأ بنفسه في النفقة فكذلك في الفطرة ، فان فضل آخر أخرجه عن امرأته لان نفقتها آكد فان نفقتها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والاعسار ونفقة الاقارب صلة تجب مع اليسار دون الاعسار فان فضل آخر أخرجه عن رقيقه لوجوب نفقتهم في الاعسار ، وقال ابن عقيل : يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة لان فطرته متفق عليها وفطرتها مختلف

ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ ولان المقصود اغناء الفقراء بها فاذا أبحنا نقلها أفضى الى بقاء فقراء أهل ذلك البلد محتاجين فان خالف ونقل ففيه روايتان احداهما تجزئه وهو قول أكثر اهل العلم واختارها ابو الخطاب لانه دفع الحق الى مستحقه فبرىء كالدين وكما لو فرقها في بلدها والاخرى لا تجزئه اختارها ابن حامد لانه دفع الزكاة الى غير من أمر بدفعها اليه أشبه مالو دفعها الى غير الاصناف

(فصل) فان استغنى عنها فقرا أهل بلدها جاز نقلها نص عليه أحمد فقال قد تحمل الصدقة الى الامام اذا لم يكن فقراء أو كان فيها فضل عن حاجتهم وقال أيضا لاتخرج صدقة قوم عنهم من بلد الى بلد الا أن يكون فيها فضل لكن الذي كان يجيء الى المدينة الى النبي ﷺ وأبي بكر وعمر من الصدقة انما كان عن فضل منهم يعطون مايكفيهم ويخرج الفضل عنهم

وروى أبو عبيد في كتاب الاموال باسناده عن عمرو بن شعيب أن معاذاً لم يزل بالجند إذ بعثه رسول الله ﷺ حتى مات النبي ﷺ ثم قدم على عمر فرده على ماكان عليه فبعث اليه معاذ بثلث صدقة الناس فأنكر ذلك عمر وقال: لم أبعثك جابياً ولا آخذ جزية، لكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس فتردها على فقرائهم . فقال معاذ : مابعثت اليك بشيء وأنا أجد من يأخذه مني ، فلما كان العام الثاني بعث اليه بشطر الصدقة فتراجعا بمثل ذلك ، فلما كان العام الثالث بعث اليه بها كلها فراجعه عمر بمثل ماراجعه فقال معاذ : ماوجدت أحداً يأخذ منى شيئاً ، وكذلك اذا كان ببادية ولم يجد من يدفعها اليه فرقها على فقراء أقرب البلاد اليه

(فصل) ويستحب أن يفرق الصدقة في بلدها ثم الاقرب فالاقرب من القرى والبلدان . قال أحمد في رواية صالح : لا بأس أن يعطي زكاته في القرى التي حوله مالم تقصر الصلاة في اتيانها ويبدأ بالاقرب فالاقرب ، فان نقلها إلى البعيد لتحري قرابة أو من كان أشد حاجة فلا بأس مالم يجاوز مسافة القصر

فيها ، وان فضـل آخر أخرجه عن ولده الصغير لان نفقته منصوص عليها ومجمع عليها ، وفي الوالد والولد الكبير وجهان (أحدهما) يقدم الولد لانه كبعضه (والثاني) الوالد لانه كبعض والده ، وتقدم فطرة الام على فطرة الاب لأنهـا مقدمة في البر بدليل قول النبي ﷺ للاعرابي لما سأله : من أبر ؟ قال «أمك» قال ثم من قال «أمك» قال ثم من قال « أمك » قال ثم من قال « ثم أباك » ولانها ضعيفة عن الكسب ، ويحتمل تقديم فطرة الاب لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » ثم بالجد ثم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات في الميراث ، ويحتمل تقـديم فطرة الولد على فطرة المرأة لما روى ابو هريرة قال : أمر رسول الله ﷺ بالصدقة فقام رجل فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك » قال عنـدي آخر قال « تصدق به على ولدك » قال عندي آخر قال « تصدق به على زوجتك » قال عندي آخر قال « تصدق به على خادمك » قال عنـدي آخر قال « أنت أبصر » فقدم الولد في الصدقة عليه فكذلك في الصدقة عنه ، ولان الولد كبعضه فيقدم كتقديم

« مسئلة » (فان كان في بلد وماله في آخر أخرج زكاة المال في بلده وفطرته في البلد الذي هو فيه)

قال احمد في رواية محمد بن الحكم : اذا كان الرجـل في بلد وماله في بلد فأحب إلي أن يؤدي حيث كان المال ، فان كان بعضه حيث هو وبعضه في مصر يؤدي زكاة كل مال حيث هو ، فان كان غائباً عن مصره وأهله والمال معه فأسهل أن يعطي بعضه في هذا البلد وبعضه في البلد الآخر ، فأما إن كان المال في البلد الذي هو فيه حتي يمكث فيه حولا تاما فلا يبعث بزكاته إلى بلد آخر ،فان كان المـال تجارة يسافر به فقال القاضي : يفرق زكاته حيث حال حوله في أي موضع كان ، ومفهوم كلام احمد في اعتباره الحول التام أنه يسهل في أن يفرقها في ذلك البلد وغيره من البلدان التي أقام بها في ذلك الحول . وقال في الرجل يغيب عن أهله فتجب عليه الزكاة يزكيـه في الموضع الذي أكثر مقامه فيه ، فأما زكاة الفطر فانه يفرقها في البلد الذي وجبت عليه فيه سواء كان ماله فيه أو لم يكن لأنه سبب وجوب الزكاة ففرقت في البلد الذي سببها فيه

(فصل) اذا أخذ الساعي الصدقة فاحتاج إلى بيعها لمصلحة من كلفة نقلها أو مرضها ونحوهما فله ذلك لما روى قيس بن أبي حازم أن النبي ﷺ رأى في ابل الصـدقة ناقة كوماء فسأل عنها فقال المصدق : اني ارتجعتها بابل فسكت عنه . رواه أبو عبيد في الاموال وقال : الرجعة أن يبيعها ويشتري بثمنها مثلها أو غيرها ، فان لم يكن حاجة إلى بيعها فقال القاضي : لايجوز والبيع باطل وعليه الضمان قال شيخنا : ويحتمل الجواز لحديث قيس فان النبي صلى الله عليـه وسلم سكت حين أخـبره المصدق بارتجاعها ولم يستفصل

« مسألة » (واذا حصل عند الامام ماشية استحب له وسم الابل في أفخاذها والغنم في آذانها فان كانت زكاة كتب لله أو زكاة ، وإن كانت جزية كتب صغاراً أو جزية)

نفسه، ولانه اذا ضيع ولده لم يجد من ينفق عليه فيضيع، والزوجة إذا لم ينفق عليها فرق بينهما وكان لها من يمونها من زوج أو ذي رحم ولان نفقة الزوجة على سبيل المعاوضة فكانت أضعف في استتباع الفطرة من النفقة الواجبة على سبيل الصلة لان وجوب العوض المقدر لا يقتضي وجوب زيادة عليه يتصدق بها عمن له العوض ولهذا لم تجب فطرة الاخير المشروط له مؤنته بخلاف القرابة فانها كما اقتضت صلته بالانفاق عليه اقتضت صلته بتطهيره باخراج الفطرة عنه.

(فصل) فان لم يفضل الا بعض صاع فهل يلزمه اخراجه ؟ على روايتين (إحداهما) لا يلزمه اختارها ابن عقيل لأنها طهرة فلا تجب على من لا يملك جميعها كالكفارة (والثانية) يلزمه إخراجه لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ولأنها طهرة فوجب منها ما قدر عليه كالطهارة بالماء، ولان الجزء من الصاع يخرج عن العبد المشترك فجاز أن يخرج عن غيره كالصاع

انما استحب ذلك لان النبي ﷺ كان يسميها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك لتميزها من غنم الجزية والضوال ولترد إلى مواضعها اذا شردت

ويسم الابل والبقر في أفخاذها لانه موضع صلب يقل ألم الوسم فيه وهو قليل الشعر فتظهر السمة ويسم الغنم في آذانها لانه مكان تظهر فيه السمة لا تضرر به الغنم

(فصل) قال ويجوز تعجيل الزكاة عن الحول اذا كمل النصاب ولا يجوز قبل ذلك

وجملة ذلك أنه متى وجد سبب وجوب الزكاة وهو النصاب الكامل جاز تقديم الزكاة، وبهذا قال الحسن وسعيد بن جبير والزهري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي واسحاق وأبو عبيد، وحكي عن الحسن أنه لا يجوز، وبه قال ربيعة ومالك وداود لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا تؤدى زكاة قبل حلول الحول » ولأن الحول أحد شرطي الزكاة فلم يجز تقديم الزكاة عليه كالنصاب، ولأن للزكاة وقتاً فلم يجز تقديمها عليه كالصلاة

ولنا ماروي علي أن العباس سأل رسول الله ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك، وفي لفظ في تعجيل الزكاة فرخص له في ذلك. رواه أبو داود، وقال يعقوب بن شيبة هو أثبتها اسناداً، وروى الترمذي عن علي عن النبي ﷺ أنه قال لعمر « انا قد أخذنا زكاة العباس عام أول للعام» وفي لفظ قال « إنا كنا تعجلنا صدقة العباس لعامنا هذا عام أول» رواه سعيد عن عطاء وابن أبي مليكة والحسن بن مسلم عن النبي ﷺ مرسلا، ولان تعجيل المال وجد سبب وجوبه فجاز كتعجيل قضاء الدين قبل حلول أجله، واداء كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث، وكفارة القتل بعد الجرح قبل الزهوق، وقد سلم مالك تعجيل الكفارة وفارق تقديمها قبل النصاب لانه تقديم لها على سببها فأشبه تقديم الكفارة على اليمين وكفارة القتل على الجرح، ولأنه قدمها على الشرطين وههنا قدمها على أحدهما، وقولهم إن للزكاة وقتاً قلنا الوقت اذا دخل في الشيء رفقاً بالانسان كان له

(فصــل) فان أعسر بفطرة زوجته فعليها فطرة نفسها أو على سيدها ان كانت مملوكة لأنها تتحمل إذا كان ثم متحمل ، فاذا لم يكن عاد اليها كالنفقة ، ويحتمل أن لا يجب عليها شيء لأنها لم تجب على من وجد سبب الوجوب في حقه لعسرته فلم تجب على غيره كفطرة نفسه ، وتفارق النفقة فان وجوبها آكد لانها مما لا بد منه وتجب على المعسر والعاجز ويرجع عليه بها عند يساره والفطرة بخلافها

(فصل) ومن وجبت فطرته على غيره كالمرأة والنسيب الفقـير إذا أخرج عن نفسه باذن من تجب عليه صح بغير خلاف نعلمه لانه نائب عنــه ، وان أخرج بغير اذنه ففيــه وجهان (أحدهما) يجزئه لانه أخرج فطرته فأجزأه كالتي وجبت عليه (والثاني) لا يجزئه لأنه أدى ماوجب على غيره بغير اذنه فلم يصح كما لو أدى عن غيره

أن يعجله ويترك الارفاق بنفسه كالدين المؤجل وكمن أدى زكاة مال غائب : وإن لم يكن على يقين من وجوبها ، ومن الجائز أن يكون المال تالفاً في ذلك الوقت ، وأما الصـلاة والصيام فتعبد محض والتوقيت فيها غير معقول فيجب أن يقتصر عليه

(فصل) فأما تعجيلهـا قبل ملك النصاب فلا يجوز بغير خلاف نعلمه ، فلو ملك بعض نصاب فعجل زكاته أو زكاة نصاب لم يجز لأنه تعجل الحكم قبل سببه

« مسألة » (وفي تعجيلها لأ كثر من حول روايتان)

(احداهما) لايجوز لان النص لم يرد بتعجيلها لاكثر من حول فاقتصر عليه (والثانيـة) يجوز لأنه قد روي في حديث عمر أن النبي ﷺ قال « وأما العباس فهي علي ومثلها » متفق عليه ورواه الامام احمد ، وروي أنه قال عليــه السلام في حديث العباس « انا استسلفنا زكاة عامين » ولأنه تعجيل لها بعد وجود النصاب أشبه تقديمها على الحول الواحد ومالم يرد به النص يقاس على المنصوص اذا كان في معناه ، ولا يعلم معنى سوى أنه تقديم المال الذي وجد سبب وجوبه على شرط وجوبه وهذا متحقق في التقديم في الحولين كتحققه في الحول الواحد ، فعلى هذا اذا كان عنـده أكثر من النصاب فعجل زكاته لحولين جاز ، وإن كان قدر النصاب مثل من عنده أربعون شاة فعجل شاتين لحولين وكان المعجل من غيره جاز ، وإن أخرج شاة منه وشاة من غيره أجزأ عن الحول الاول ولم يجز عن الثاني لان النصاب نقص ، فان تكمل بعد ذلك صار اخراج زكاته وتعجيلها قبل كمل نصابها وإن أخرج الشاتين جميعاً من النصاب لم تجب الزكاة في الحول الاول اذا قلنا ليس له ارتجاع ماعجله لأنه كالتالف فيكون النصاب ناقصاً ، فان كمل بعد ذلك استؤنف الحول من حين كمل النصاب وكان ماعجله سابقاً على كمال النصاب فلم يجز عنه

(فصل) فأما تعجيلها لما زاد على الحولين فقال ابن عقيل : لايجوز رواية واحدة لان التعجيل على خلاف الاصل وانما جاز في عامين للنص فيبقى فيما عداه على قضية الاصل

(فصل) ومن له دار يحتاج اليها لسكناها أو إلى أجرها لنفقته أو ثياب بذلة له أو لمن تلزمه مؤنته أو رقيق يحتاج الى خدمتهم هو أو من يمونه أو بهائم يحتاجون إلى ركوبها والانتفاع بها في حوائجهم الاصلية أو سائمة يحتاج إلى نمائها كذلك أو بضاعة يختل ربحها الذي يحتاج اليه باخراج الفطرة منها فلا فطرة عليه كذلك، لأن هذا مما تتعلق به حاجته الاصلية فلم يلزمه بيعه كمؤنة نفسه. ومن له كتب يحتاج اليها للنظر فيها والحفظ منها لا يلزمه بيعها، والمرأة اذا كان لها حلي للبس أو لكراء يحتاج اليه لم يلزمها بيعه في الفطرة. وما فضل من ذلك عن حوائجه الاصلية وأمكن بيعه وصرفه في الفطرة وجبت الفطرة به لأنه أمكن أداؤها من غير ضرر أصلي أشبه مالو ملك من الطعام مايؤديه فاضلا عن حاجته.

« مسألة » (وإن عجلها عن النصاب وما يستفيده اجزأ عن النصاب دون الزيادة)

اذا ملك نصابا فعجل زكاته وزكاة مايستفيده وماينتج منه أو يربحه فيه أجزأه عن النصاب دون الزيادة، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يجزئه لأنه تابع لما هو مالكه، وحكى ابن عقيل عن احمد رواية فيما اذا ملك مائتي درهم وعجل زكاة أربعمائة أنه يجزئه عنها لأنه قد وجد سبب وجوب الزكاة في الجملة بخلاف تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب، وكذلك لو كان عنده نصاب من الماشية فعجل زكاة نصابين

ولنا أنه عجل زكاة ماليس في ملكه فلم يجز كالنصاب الاول، ولأن الزائد من الزكاة على زكاة النصاب انما سببها الزائد في الملك فقد عجل الزكاة قبل وجود سببها فأشبه مالو عجل الزكاة قبل ملك النصاب، وقوله انه تابع قلنا انما يتبع في الحول، فأما في الايجاب فان الوجوب ثبت بالزيادة لا بالاصل ولأنه انما يصير له حكم بعد الوجود، فأما قبل ظهوره فلا حكم له في الزكاة

(فصل) وإن عجل زكاة نصاب من الماشية فتوالدت نصابا، ثم ماتت الامهات وحال الحول على النتاج اجزأ المعجل عنها لأنها دخلت في حول الامهات وقامت مقامها فأجزأت زكاتها عنها، فاذا كان عنده أربعون من الغنم فعجل عنها شاة ثم توالدت أربعين سخلة وماتت الامهات وحال الحول على السخال اجزأت المعجلة عنها لأنها كانت مجزئة عنها وعن أمهاتها لو بقيت فلأن تجزيء عن أحدهما أولى. وإن كان عنده ثلاثون من البقر فعجل عنها تبيعاً ثم توالدت ثلاثين عجلة وماتت الامهات وحال الحول على العجول احتمل أن يجزيء عنها لأنها تابعة لها في الحول واحتمل أن لايجزيء عنها لأنه لو عجل عنها تبيعاً مع بقاء الامهات لم يجزي عنها فلان لايجزيء عنها اذا كان التعجيل عن غيرها أولى وهكذا الحكم في مائة شاة اذا عجل عنها شاة فتوالدت مائة ثم ماتت الامهات وحال الحول على السخال وإن توالد نصفها ومات نصف الامهات وحال الحول على الصغار ونصف الكبار، فان قلنا بالوجه الاول اجزأ المعجل عنها جميعاً، وإن قلنا بالثاني فعليه في الخمسين سخلة شاة لأنها نصاب لم تؤد

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ وليس عليه في مكاتبه زكاة ﴾

وعلى المكاتب ان يخرج عن نفسه زكاة الفطر ، وممن قال لاتجب فطرة المكاتب على سيده أبو سلمة بن عبد الرحمن والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وأوجبها على السيد عطاء ومالك وابن المنذر لانه عبد فأشبه سائر عبيده

ولنا قوله عليه السلام « ممن تمونون » وهذا لايمونه ولانه لاتلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كالاجنبي وبهذا فارق سائر عبيده . اذا ثبت هذا فان على المكاتب فطرة نفسه وفطرة من تلزمه مؤنته كزوجته ورقيقه وقال أبو حنيفة والشافعي لاتجب عليه لانه ناقص الملك فلم تجب عليه الفطرة كالقن ولأنها زكاة فلم تجب عليه كزكاة المال

زكاته ، وليس عليه في العجول اذا كانت خمس عشر شيء لانها لم تبلغ نصابا ، وانما وجبت الزكاة فيها بناء على أمهاتها التي عجلت زكاتها ، وإن ملك ثلاثين من البقر فعجل مسنة زكاة لها ولنتاجها فنتجت عشراً اجزأته عن الثلاثين دون العشر ووجب عليه في العشر ربع مسنة ، ويحتمل أن تجزئه المسنة المعجلة عن الجميع لان العشر تابعة للثلاثين في الوجوب والحول فانه لولا ملكه للثلاثين لما وجب عليه في العشر شيء فصارت الزيادة على النصاب منقسمة أربعة أقسام

(الاول) مالا يتبع في وجوب ولا حول وهو المستفاد من غير الجنس فهذا لايجزيء تعجيل زكاته قبل وجوده وملك نصابه بغير خلاف

(الثاني) مايتبع في الوجوب دون الحول وهو المستفاد من الجنس بسبب مستقل فلا يجزيء تعجيل زكاته أيضاً قبل وجوده مع الخلاف في ذلك وحكى ابن عقيل رواية أنه يجزيء

(الثالث) مايتبع في الحول دون الوجوب كالنتاج والربح اذا بلغ نصابا فانه يتبع أصله في الحول فلا يجزيء التعجيل عنه قبل وجوده كالذي قبله

(الرابع) مايتبع في الحول والوجوب وهو الربح والنتاج اذا لم يبلغ نصابا فهذا يحتمل وجهين : (أحدهما) لايجزيء تعجيل زكاته قبل وجوده كالذي قبله (والثاني) يجزيء لأنه تابع في الوجوب والحول أشبه الموجود

﴿ مسئلة ﴾ (وإن عجل عشر الثمرة قبل طلوع الطلع والحصرم لم يجزه)

لأنه تقديم لها قبل وجود سببها فاما تعجيلها بعد وجود الطلع والحصرم وتعجيل عشر الزرع بعد نباته فظاهر كلام القاضي أنه لايجوز لأنه قال: كل ما تتعلق الزكاة فيه بشيئين حول ونصاب جاز تعجيل زكاته فمفهومه أنه لايجوز تعجيل زكاة غيره لان الزكاة معلقة بسبب واحد وهو ادراك الزرع والثمرة ، فاذا قدمها كان قبل وجود سببها ، لكن إن أداها بعد الادراك وقبل اليبس والتصفية جاز . وقال أبو الخطاب : يجوز بعد ظهور الطلع والحصرم ونبات الزرع ، ولا يجوز قبل ذلك لان وجود الزرع

ولنا أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر على الحر والعبد والذكر والأنثى وهذا عبد ولايخلو من كونه ذكراً أو أنثى ، ولأنه يلزمه نفقة نفسه فلزمته فطرتها كالحر الموسر ويفارق زكاة المال لأنها يعتبر لها الغنى والنصاب والحول ولا يحملها أحد عن غيره بخلاف الفطرة

(فصل) وتلزم المكاتب فطرة من يمونه كالحر لدخولهم في عموم قوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون »

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا ملك جماعة عبدا أخرج كل واحد منهم صاعا ، وعن أبي عبدالله رواية أخرى صاعا عن الجميع ﴾

وجملة ذلك ان فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه ، وبهذا قال مالك ومحمد بن سلمة وعبدالملك

واطلاع النخل بمنزلة ملك النصاب والادراك بمنزلة حولان الحول فجاز تقديمها عليه ، وتعلق الزكاة بالادراك لايمنع جواز التعجيل بدليل أن زكاة الفطر يتعلق وجوبها بهلال شوال وهو زمن الوجوب ويجوز تعجيلها قبله

﴿ مسألة ﴾ (وإن عجل زكاة النصاب فتم الحول وهو ناقص قدر ماعجله جاز)

لان حكم ماعجله حكم الموجود في ملكه يتم النصاب به ، فاذا زاد ماله حتى بلغ النصاب أو زاد عليه وحال الحول اجزأ المعجل عن زكاته لما ذكرنا ، فان نقص أكثر مما عجله فقد نقص بذلك عن كونه سبباً للزكاة مثل من له أربعون شاة فعجل شاة ، ثم تلفت أخرى فقد خرج عن كونه سبباً للزكاة فان زاد بعد ذلك إما بنتاج أو شراء مايتم به النصاب استؤنف الحول من حين كمل النصاب ولم يجز ماعجله كما ذكرنا من قبل

﴿ مسألة ﴾ (وإن عجل زكاة المائتين فنتجت عند الحول سخلة لزمته شاة ثالثة)

وبما ذكرنا قال الشافعي في المسألتين . وقال أبو حنيفة : ماعجله فى حكم التالف فقال فى المسألة الاولى لاتجب الزكاة ولا يكون المخرج زكاة . وقال فى هذه المسألة : لايجب عليه زيادة لان ماعجله زال ملكه عنه فلم يحسب من ماله كما لو تصدق به تطوعا

ولنا أن هذا نصاب تجب الزكاة فيه بحلول الحول فجاز تعجيلها منه كما لو كان أكثر من أربعين ولأن ماعجله بمنزلة الموجود فى إجزائه عن ماله فكان بمنزلة الموجود فى تعلق الزكاة به ، ولأنها لو لم تعجل كان عليه شاتان ، فكذلك اذا عجلت لأن التعجيل انما كان رفقاً بالمساكين فلا يصير سبباً لنقص حقوقهم والتبرع يخرج ماتبرع به عن حكم الموجود فى ماله ، وهذا فى حكم الموجود فى الاجزاء عن الزكاة

(فصل) وكل موضع قلنا لايجزئه ماعجله عن الزكاة فان كان دفعها إلى الفقراء مطلقاً فليس له

والشافعي ومحمد بن الحسن وأبو ثور ، وقال الحسن وعكرمة والثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف: لا فطرة على واحد منهم لانه ليس عليه لأحد منهم ولاية تامة أشبه المكاتب

ولنا عموم الاحاديث ولانه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة وهو من أهلها فلزمته لمملوك الواحد وفارق المكاتب فانه لا تلزم سيده مؤنته ، ولان المكاتب يخرج عن نفسه زكاة الفطر بخلاف القن ، والولاية غير معتبرة في وجوب الفطرة بدليل عبد الصبي ثم ان ولايته للجميع فتكون فطرته عليهم ، واختلفت الرواية في قدر الواجب على كل واحد منهم ففي إحداهما على كل واحد صاع لانها طهرة فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء ككفارة القتل (والثانية) على الجميع صاع واحد على كل واحد منهم بقدر ملكه فيه وهذا الظاهر عن أحمد قال فوران رجع احمد عن هذه المسئلة وقال يعطي كل

الرجوع فيها ، وإن كان دفعها بشرط أنها زكاة معجلة فهل له الرجوع ؟ على وجهين يأتي توجيههما إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن عجل زكاة ماله ثم مات فأراد الوارث الاحتساب بها عن زكاة حوله لم يجز ، وذكر القاضي وجهاً في جوازه بناء على مالو عجل زكاة عامين ولا يصح لأنه تعجيل للزكاة قبل وجود سببها أشبه مالو عجل زكاة نصاب لغيره ثم اشتراه وذلك لان سبب الزكاة ملك النصاب وملك الوارث حادث ولا يبني الوارث على حول الموروث ، ولأنه لم يخرج الزكاة وانما أخرجها غيره عن نفسه ، واخراج الغير عنه من غير ولاية ولا نيابة لا يجزيء ولو نوى فكيف اذا لم ينو ؟ وقد قال أصحابنا : لو أخرج زكاته وقال : إن كان موروثي قد مات فهذه زكاة ماله فبان أنه قد مات لم يقع الموقع وهذا أبلغ ولا يشبه هذا تعجيل الزكاة لعامين لأنه ثم عجل بعد وجود السبب وأخرجها بنفسه بخلاف هذا فان قيل فانه لو مات الموروث قبل الحول كان للوارث ارتجاعها فاذا لم يرتجعها احتسب بها كالدين قلنا فلو أراد أن يحسب الدين عن زكاته لم يصح ، ولو كان له عند رجل شاة من غصب أو قرض فأراد أن يحسبها عن زكاته لم يجزئه

« مسألة » (وإن عجلها فدفعها إلى مستحقها فمات أو ارتد أو استغنى اجزأت عنه)

اذا دفع الزكاة المعجلة إلى مستحقها لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن لا يتغير الحال ففي هذا القسم يقع المدفوع موقعه ويجزيء عن المزكي ولا يلزمه بدله ولا له استرجاعه كما لو دفعها بعد وجوبها (الثاني) أن يتغير حال الاخذ بأن يموت قبل الحول أو يستغنى أو يرتد فهذا فى حكم القسم الذي قبله وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجزيء لأن ما كان شرطاً للزكاة اذا عدم قبل الحول لم يجزه كما لو تلف المال أو مات ربه

ولنا أنه أدى الزكاة إلى مستحقها فلم يمنع الاجزاء تغير حاله كما لو استغني بها ، ولأنه حق أداه إلى مستحقه فبريء منه كالدين يعجله قبل أجله وما ذكروه منتقض بما اذا استغنى بها والحكم

واحد منهم نصف صاع يعني رجع عن إيجاب صاع كامل على كل واحد وهذا قول سائر من أوجب فطرته على سادته لأن النبي ﷺ أوجب صاعا على كل واحد وهذا عام في المشترك وغيره ولأن نفقته تقسم عليهم فكذلك فطرته التابعة لها ولأنه شخص واحد فلم تجب عنه صيعان كسائر الناس ولأنها طهرة فوجبت على سادته بالحصص كماء الغسل من الجنابة اذا احتيج اليه وبهذا ينتقض ماذكرناه للرواية الاولى

(فصل) ومن بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال مالك على الحر بحصته وليس على العبد شيء

ولنا انه عبد مسلم تلزم فطرته شخصين من أهل الفطرة فكانت فطرته عليهما كالمشترك ثم هل

في الاصل ممنوع ثم الفرق بينهما ظاهر ، فان المال اذا تلف تبين عدم الوجوب فأشبه مالو أدى إلى غريمه دراهم يظنها عليه فتبين أنها ليست عليه ، وكما لو أدى الضامن الدين فبان أن المضمون عنه قضاه وفي مسألتنا الحق واجب وقد أخذه مستحقه (القسم الثالث) أن يتغير حال رب المال وسيأتي ذكر ذلك إن شاء الله تعالى (القسم الرابع) أن يتغير حالها فهو كالقسم الثالث

« مسألة » (وإن دفعها إلى غني فافتقر عند الوجوب لم يجزه)

لأنه لم يدفعها إلى مستحقها أشبه مالو لم يفتقر

« مسألة » (وإن عجلها ثم تلف المال لم يرجع على الآخذ . وقال ابن حامد : إن كان الدافع الساعي أو أعلمه أنها زكاة معجلة رجع عليه)

وجملة ذلك أن من عجل زكاة ماله فدفعها إلى مستحقها ثم تلف المال أو بعضه فنقص عن النصاب قبل الحول أو تغير حال رب المال بموت أو ردة أو باع النصاب فقال أبو بكر : لا يرجع بها على الفقير سواء أعلمه أنها زكاة معجلة أو لم يعلمه . قال القاضي : وهو المذهب عندي لأنها وصلت إلى الفقير فلم يكن له ارتجاعها كما لو لم يعلمه ، ولأنها زكاة دفعت إلى مستحقها فلم يجز ارتجاعها كما لو تغير حال الآخذ وحده : وقال أبو عبدالله بن حامد : إن كان الدافع لها الساعي استرجعها بكل حال ، وإن كان رب المال وأعلمه أنها زكاة معجلة رجع بها ، وإن أطلق لم يرجع وهذا مذهب الشافعي لأنه مال دفعه عما يستحقه القابض في الثاني ، فاذا طرأ ما يمنع الاستحقاق وجب رده كالاجرة اذا انهدمت الدار قبل السكنى ، أما اذا لم يعلمه فيحتمل أن يكون تطوعا ويحتمل أن يكون هبة فلم يقبل قوله في الرجوع ، فعلى قول ابن حامد إن كانت العين لم تتغير أخذها وان زادت زيادة متصلة بزيادتها لأنها تتبع في الفسوخ ، وإن كانت منفصلة أخذها دون زيادتها لأنها حدثت في ملك الفقير ، وإن كانت ناقصة رجع على الفقير بالنقص لان الفقير قد ملكها بالقبض فكان نقصها عليه كالمبيع اذا نقص في يد المشتري ثم علم عيبه ، وإن كانت تالفة أخذ قيمتها يوم القبض لان ما زاد بعد ذلك أو نقص فانما هو في ملك الفقير فلم يضمنه كالصداق يتلف في يد المرأة فان تغير حالها فهو كما لو تغير حال رب المال سواء

يلزم كل واحد منهما صاع أو بالحصص ينبني على ماذكرنا في العبد المشترك فان كان أحدهما معسراً فلا شيء عليه وعلى الآخر بقدر الواجب عليه ولو كان بين العبد وبين السيد مهايأة أو كان المشتركون في العبد قد تهايؤا عليه لم تدخل الفطرة في المهايأة لان المهايأة معاوضة كسب بكسب ، والفطرة حق لله تعالى فلا تدخل في ذلك كالصلاة

(فصل) ولو ألحقت القافة ولداً برجلين أو أكثر فالحكم في فطرته كالحكم في العبد المشترك ولو أن شخصاً حراً له قريبان فأكثر عليهم نفقته بينهم كانت فطرته عليهم كالعبد المشترك على ماذكر فيه

(فصل) اذا قال رب المال قد أعلمته أنها زكاة معجلة فلي الرجوع وأنكر الاخذ فالقول قوله لأنه منكر والاصل عدم الاعلام وعليه اليمين ، وإن مات الآخذ واختلف وارثه والمخرج فالقول قول الوارث ويحلف أنه لايعلم أن موروثه أعلم بذلك

(فصل) اذا تسلف الامام الزكاة فهلكت في يده فلا ضمان عليه وكانت من ضمان الفقراء ولا فرق بين أن يسأله ذلك رب المال أو الفقراء أو لم يسأله أحد لأن يده كيد الفقراء . وقال الشافعي إن تسلفها من غير سؤال ضمنها لان الفقراء رشد لايولى عليهم ، فاذا قبض بغير اذنهم ضمن كالأب اذا قبض لابنه الكبير ، وإن كان بسؤالهم كان من ضمانهم لأنه وكيلهم ، وإن كان بسؤال أرباب الاموال لم يجزهم الدفع وكان من ضمانهم لانه وكيلهم ، وإن كان بسؤالهما ففيه وجهان أصحهما أنه في ضمان الفقراء

ولنا أن للامام ولاية على الفقراء بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير اذنهم سلفاً وغيره ، فاذا تلفت في يده من غير تفريط لم يضمن كولي اليتيم اذا قبض له ، وما ذكروه يبطل بالقبض بعد الوجوب وفارق الاب فانه لايجوز له القبض لولده الكبير لعدم ولايته عليه ولهذا يضمن ماقبضه له بعد وجوبه

﴿ باب ذكر أهل الزكاة ﴾

وهم ثمانية أصناف سماهم الله تعالى فقال (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله ، والله عليم حكيم) وروي أن رجلا قال : يارسول الله أعطني من هذه الصدقات ، فقال له رسول الله ﷺ « إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء ، فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أنه لايجوز دفع هذه الزكاة إلى غير هذه الاصناف إلا ماروي عن أنس والحسن أنهما قالا : ماأعطيت فى الجسور والطرق فهي صدقة قاضية . والصحيح الاول لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما للحصر تثبت المذكور وتنفي ماعداه لأنها مركبة من حرفي نفي واثبات وذلك كقوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله وكقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق »

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويعطي صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطى صدقة الاموال ﴾

انما كانت كذلك لان صدقة الفطر زكاة فكان مصرفها مصرف سائر الزكاوات ، ولأنها صدقة فتدخل في عموم قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية ولا يجوز دفعها الى من لا يجوز دفع زكاة المال اليه ، ولا يجوز دفعها الى ذمي وبهذا قال مالك والليث والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة يجوز ، وعن عمرو بن ميمون وعمرو بن شرحبيل ومرة الهمذاني انهم كانوا يعطون منها الرهبان ولنا انها زكاة فلم يجز دفعها إلى غير المسلمين كزكاة المال ، ولا خلاف في أن زكاة المال لا يجوز

﴿ مسئلة ﴾ (الفقراء وهم الذين لا يجدون ما يقع موقعاً من كفايتهم (الثاني) المساكين وهم الذين يجدون معظم كفايتهم)

الفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما ، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين لان الله تعالى بدأ به وانما يبدأ بالاهم فالاهم ، وبهذا قال الشافعي والاصمعي ، وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة ، وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكيناً ذا متربة) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشد

أما الفقير الذي كانت حلوبته   وفق العيال فلم يترك له سبد

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون فيها . ولان النبي ﷺ قال « اللهم أحيني مسكيناً ، وأمتني مسكيناً ، واحشرني فى زمرة المساكين »[1] وكان يستعيذ من الفقر ، ولا يجوز أن يسأل شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها ، ولان الفقير مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي نزعت فقره ظهره فانقطع صلبه قال الشاعر :

لما رأى لبد النسور تطايرت   رفع القوادم كالفقير الاعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا لان نعت الله سبحانه المسكين بكونه ذا متربة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير عن الفقير بالمسكين بقرينة وبغير قرينة والشعر أيضاً حجة لنا ، فانه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك له سبد فصار فقيراً لا شيء له

اذا تقرر ذلك فالفقير الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعاً من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعاً من كفايته ولا له خمسون درهماً ولا قيمتها من الذهب مثل الزمني والمكافيف

[1] رواه الحاكم من حديث أبي سعيد وصححه

دفعها إلى غير المسلمين ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن لا يجزيء أن يعطى من زكاة المال أحد من أهل الذمة

(فصل) ويجوز أن يعطي أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله ولا يعطي منها غنياً ولا ذا قربى ولا أحداً ممن منع أخذ زكاة المال ويجوز صرفها في الاصناف الثمانية لانها صدقة فأشبهت صدقة المال

(فصل) فان دفعها إلى مستحقها فاخرجها آخذها إلى دافعها أو جمعت الصدقة عند الامام ففرقها على أهل السهمان فعادت إلى إنسان صدقته فاختار القاضي جواز ذلك ، قال لان أحمد قد نص فيمن

وهم العميان لان هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب مايقع موقعاً من كفايتهم ، وربما لا يقدرون على شيء أصلا ، قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافا) فمعنى قوله يقع موقعاً من كفايته أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصفها مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مسكنه أو غيره خمسة فما زاد ، والذي لا يجد إلا ما لا يقع موقعاً من كفايته كالذي لا يحصل إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين ، فأما الذي يسأل فيحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ليغتني عن السؤال ، فان قيل فقد قال النبي ﷺ « ليس المسكين بالطواف الذي ترده اللقمة واللقمتان ، ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه »[1] قلنا هذا تجوز وانما نفي المسكنة عنه مع وجودها حقيقة فيه مبالغة في اثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بالصُّرعة ، وانما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب » وأشباه ذلك كقوله « ماتعدون الرقوب فيكم ؟ قالوا : الذي لا يعيش له ولد ، قال : لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئاً »

﴿ مسئلة ﴾ (ومن ملك من غير الأثمان ما لا يقوم بكفايته فليس بغني وإن كثرت قيمته)

وجملة ذلك أنه اذا ملك مالا تتم به كفايته من غير الأثمان : فان كان مما لا تجب فيه الزكاة كالعقار ونحوه لم يكن ذلك مانعاً من أخذها نص عليه احمد فقال في رواية محمد ابن الحكم : اذا كان له عقار يستغله أو ضيعة تساوي عشرة آلاف أو أقل أو أكثر لاتقيمه يأخذ من الزكاة ، وهذا قول الثوري والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافا لانه فقير محتاج فيدخل في عموم الآية ، فأما إن ملك نصابا زكويا لاتتم به الكفاية كالمواشي والحبوب فله الاخذ من الزكاة . قال الميموني ذاكرت احمد فقلت : قد يكون للرجل الابل والغنم تجب فيها الزكاة وهو فقير ويكون له أربعون شاة ويكون له الضيعة لاتكفيه يعطى من الصدقة ؟ قال نعم ، وذكر قول عمر : أعطوهم وإن راحت عليهم من الابل كذا وكذا ، قلت فلهذا قدر من العدد أو الوقت ؟ قال لم أسمعه . وهذا قول الشافعي . وقال أصحاب الرأي : ليس له أن يأخذ منها لأنه تجب عليه الزكاة فلم تجب له لقول النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ

« ١ » هذا الحديث وما بعده متفق عليهما من حديث أبي هريرة

له نصاب من الماشية والزرع ان الصدقة تؤخذ منه وترد عليه إذا لم يكن له قدر كفايته وهو مذهب الشافعي ، ولان قبض الامام أو المستحق أزال ملك المخرج وعادت اليه بسبب آخر فجاز كما لو عادت بميراث . وقال أبو بكر : مذهب أحمد أنه لايحل له أخذها لانها طهرة له فلم يجز له أخذها كشرائها ولأن عمر رضي الى عنه أراد أن يشتري الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله فقال له النبي ﷺ « لا تشترها ولا تعد في صدقتك فان العائد في صدقته كالعائد في قيئه » فأما ان اشتراها لم يجز له ذلك للخبر ، فان ورثها فله أخذها لانها رجعت اليه بغير فعل منه

« أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الاغنياء من تجب عليهم الزكاة واذا كان غنياً لم يكن له الاخذ من الزكاة للخبر

ولنا أنه لايملك مايغنيه ولا يقدر على كسب مايكفيه فجاز له الاخذ من الزكاة كما لو كان مايملكه لاتجب فيه الزكاة ، ولأنه فقير فجاز له الاخذ لأن الفقر عبارة عن الحاجة ، قال الله تعالى(ياأيها الناس أنتم الفقراء إلى الله) وقال الشاعر : * واني إلى معروفها لفقير * أي محتاج وهذا محتاج فيكون فقيراً غير غني ، ولأنه لو كان مايملكه لازكاة فيه لكان فقيراً ولا فرق في دفع الحاجة بين المالين، فأما الخبر فيجوز أن يكون الغنى الموجب للزكاة غير الغنى المانع منها لما ذكرنا من المعنى فيكون المانع منها وجود الكفاية والموجب لها ملك النصاب جمعاً بين الادلة

(فصل) فان ملك غير الأثمان ما يقوم بكفايته كمن له مكسب يكفيه أو أجرة عقار أو غيره فليس له الاخذ من الزكاة وهذا قول الشافعي واسحاق وأبي عبيد وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وأصحابه إن كان المال مما لاتجب فيه الزكاة جاز الدفع اليه إلا أن أبا يوسف قال : إن دفع اليه الزكاة فهو قبيح وأرجو أن يجزئه لأنه ليس بغني لما ذكرنا لهم في المسئلة قبلها

ولنا ماروى الامام احمد ثنا يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبدالله بن عدي بن الخيار عن رجلين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنهما أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألاه الصدقة فصعّد فيهما النظر فرآهما جلدين فقال « إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيهما لغني ولا لقوي مكتسب » قال احمد : ماأجوده من حديث . وقال هو أحسنها اسناداً ، ولأن له مايغنيه عن الزكاة فلم يجز الدفع اليه كمالك النصاب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان من الأثمان فكذلك في إحدى الروايتين والاخرى إن ملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب فهو غني)

لايجوز دفع الصدقة إلى غني لأجل الفقر والمسكنة بغير خلاف لأن الله تعالى جعلها للفقراء والمساكين والغني غير داخل فيهم ولقول النبي ﷺ « لاتحل الصدقة لغني ولا لقوي مكتسب »

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ويجوز أن يعطي الواحد مايلزم الجماعة والجماعة مايلزم الواحد ﴾

اعطاء الجماعة مايلزم الواحد لا نعلم فيه خلافا لانه صرف صدقته إلى مستحقها فبريء منها كما لو دفعها الى واحد وأما اعطاء الواحد صدقة الجماعة فان الشافعي ومن وافقه أوجبوا تفرقة الصدقة على ستة أصناف ودفع حصة كل صنف الى ثلاثة منهم على ماذكرناه قبل هذا وقد ذكرنا الدليل عليه ، ولانها صدقة لغير معين فجاز صرفها الى واحد كالتطوع . وبهذا قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي

واختلف العلماء في الغنى المانع من أخذ الزكاة فنقل عن احمد فيها روايتان (احداهما) أنه ملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب ، أو وجود ما تحصل به الكفاية على الدوام من مكسب أو تجارة أو أجر أو عقار أو نحو ذلك ، ولو ملك من الحبوب أو العروض أو العقار أو السائمة مالا تحصل به الكفاية لم يكن غنياً اختاره الخرقي وهذا قول الثوري والنخعي وابن المبارك واسحاق وروي عن علي وابن مسعود انهما قالا لاتحل الصدقة لمن له خمسون درهما أو قيمتها أو عدلها من الذهب لما روى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ «من سأل وله مايغنيه جاءت مسئلته يوم القيمة خموشا أو خدوشا أو كدوحا في وجهه) فقيل يارسول الله ما الغنى ؟ قال« خمسون درهما أو قيمتها من الذهب »رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فان قيل هذا يرويه حكيم ابن جبير وكان شعبة لايروي عنه وليس بقوي في الحديث قلنا قد قال عبد الله بن عثمان لسفيان حفظي أن شعبة لايروي عن حكيم بن جبير فقال سفيان حدثناه زبيد عن محمد بن عبد الرحمن وقد قال علي وعبد الله مثل ذلك

(الثانية) أن الغنى ماتحصل به الكفاية فاذا لم يكن محتاجا حرمت عليه الصدقة وإن لم يملك شيئا وإن كان محتاجا حلت له المسئلة وان ملك نصابا والأثمان وغيرهما في هذا سواء وهذا اختيار أبي الخطاب وابن شهاب العكبري وقول مالك والشافعي لأن النبي ﷺ قال لقبيصة بن المخارق « لاتحل المسئلة الا لأحد ثلاثة : رجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه قد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش أو سداداً من عيش » رواه مسلم فمد إباحة المسئلة الى وجود اصابة القوام أو السداد ولان الحاجة هي الفقر والغنى ضدها فمن كان محتاجا فهو فقير فيدخل في عموم النص ومن استغنى دخل في عموم النصوص المحرمة ، والحديث الاول فيه ضعف ثم يجوز أن تحرم المسئلة ولا يحرم أخذ الصدقة اذا جاءته من غير مسئلة فان المذكور فيه تحريم المسئلة فيقتصر عليه وقال الحسن وأبو عبيد الغنى ملك اوقية وهي أربعون درهما لما روى أبو سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ « من سأل وله قيمة اوقية فقد ألحف » وكانت الاوقية على عهد رسول الله ﷺ أربعين درهما رواه أبو داود . وقال أصحاب الرأي : الغنى المانع من أخذ الزكاة هو الموجب لها وهو ملك نصاب تجب فيه الزكاة من الأثمان أو العروض المعدة للتجارة أو السائمة أو غيرها لقول النبي

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن أخرج عن الجنين فحسن وكان عثمان بن عفان رضي الله عنه يخرج عن الجنين ﴾

المذهب أن الفطرة غير واجبة على الجنين وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : كل من

ﷺ لمعاذ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الاغنياء من تجب عليهم الزكاة فدل ذلك على أن من تجب عليه غني ومن لا تجب عليه ليس بغني فيكون فقيراً فتدفع الزكاة اليه لقوله « فترد في فقرائهم » ولان الموجب للزكاة غني والاصل عدم الاشتراك ، ولأن من لا نصاب له لا تجب عليه الزكاة فلا يمنع منها كمن له دون الخمسين

ووجه الرواية الاولى أنه يجوز أن يكون الغنى المانع من أخذ الزكاة غير الموجب لها بدليل حديث ابن مسعود وهو أخص من حديثهم فيجب تقديمه ، ولان فيما ذكرنا جمعاً بين الحديثين وهو أولى من التعارض ، ولأن حديث معاذ انما يدل على أن من تجب عليه الزكاة غني ، أما أنه يدل على أن من لا تجب عليه الزكاة فقير فلا ، وعلى هذا فلا يلزم من عدم الغنى وجود الفقر فلا يدل على جواز الدفع إلى غير الغني اذا لم يثبت فقره ، وقولهم الاصل عدم الاشتراك قلنا قد قام دليله بما ذكرنا فيجب الاخذ به والله أعلم

(فصل) فمن قال الغنى هو الكفاية سوى بين الأثمان وغيرها وجوز الاخذ لكل من لا كفاية له وإن ملك نصبا من جميع الاموال ، ومن قال بالرواية الاخرى فرق بين الأثمان وغيرها لحديث ابن مسعود ، ولان الأثمان آلة الانفاق المعدة له دون غيرها فجوز الاخذ لكل من لا يملك خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب ولا ما تحصل بها الكفاية من مكسب أو أجرة عقار أو غيره ، فان كان له مال معد للانفاق من غير الأثمان فينبغي أن تعتبر الكفاية في حول كامل لان الحول يتكرر وجوب الزكاة بتكرره فيأخذ منها كل حول مايكفيه إلى مثله والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث : العاملون عليها وهم الجباة لها والحافظون لها)

العاملون على الزكاة هم الصنف الثالث من اصناف الزكاة وهم السعادة الذين يبعثهم الامام لاخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها ، وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها يعطى أجرته منها لان ذلك من مؤنتها فهو كعلفها ، وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم فبعث عمر وأبا موسى وابن اللتبية وغيرهم وليس فيه اختلاف مع ماورد من نص الكتاب مايغني عن التطويل

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط أن يكون العامل مسلماً أميناً من غير ذوي القربى ولا يشترط حريته ولا فقره . وقال القاضي : لا يشترط اسلامه ولا كونه من غير ذوي القربى)

نحفظ عنه من علماء الأمصار لايوجبون على الرجل زكاة الفطر عن الجنين في بطن أمه ، وعن أحمد رواية أخرى انها تجب عليه لأنه آدمي تصح الوصية له وبه ويورث فيدخل في عموم الأخبار ويقاس على المولود

ولنا انه جنين فلم تتعلق الزكاة به كأجنة البهائم ، ولأنه لم تثبت له أحكام الدنيا الا في الارث والوصية بشرط أن يخرج حيا

وجملة ذلك أن من شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلا أميناً لان ذلك ضرب من الولاية والولاية يشترط ذلك فيها ، ولان الصبي والمجنون لاقبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه ويشترط اسلامه ، اختاره شيخنا وأبو الخطاب ، وذكر الخرقي والقاضي أنه لايشترط اسلامه لانه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج وقيل عن احمد في ذلك روايتان

ولنا أنه يشترط له الامانة فاشترط له الاسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فاشترط لها الاسلام كسائر الولايات ، ولأن الكافر ليس بأمين ، ولهذا قال عمر : لاتأمنوهم وقد خونهم الله. وأنكر على أبي موسى تولية الكتابة نصرانياً .فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن تدفع اليه أجرته من غير الزكاة . وقال أصحابنا : لايشترط لأنها أجرة على عمل تجوز للغني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا أن الفضل بن عباس والمطلب بن ربيعة بن الحارث سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « انما هذه الصدقة أوساخ الناس وانها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد » وهذا ظاهر في تحريم أخذهم لها عمالة فلا تجوز مخالفته ويفارق النقال والحمال فانه يأخذ أجرة لحمله لا لعمالته، ولا يشترط حريته لأن العبد يحصل منه المقصود فأشبه الحر ،ولا كونه فقيها اذا كتب له مايأخذه وحدله كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكذلك كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك ولا يشترط كونه فقيراً لأن الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناها فيه كما لايشترط معناه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « لاتحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لغارم أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له رجل مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين الى الغني » رواه أبو داود وذكر أصحاب الشافعي انه يشترط الحرية لانه ولاية فنافاها الرق كالقضاء ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ماذكرنا ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فانه يجوز أن يكون اماما في الصلاة ومفتيا وراويا للحديث وشاهدا وهذه منه الولايات الدينية وأما الفقه فانما يحتاج اليه في معرفة مايأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتابة له كما فعل النبي ﷺ وصاحبه رضي الله عنه

(فصل) ذكر أبو بكر في التنبيه في قدر مايعطى العامل روايتين احداهما يعطى الثمن مما يجبيه **والثانية يعطى بقدر عمله ، فعلى هذه الرواية يخير الامام بين أن يستأجر العامل اجارة صحيحة بأجر**

اذا ثبت هذا فانه يستحب اخراجها عنه لان عثمان كان يخرجها عنه ولأنها صدقة عمن لا تجب عليه فكانت مستحبة كسائر صدقات التطوع

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ومن كان في يده ما يخرجه عن صدقة الفطر وعليه دين مثله لزمه ان يخرج الا أن يكون مطالبا بالدين فعليه قضاء الدين ولا زكاة عليه ﴾

انما لم يمنع الدين الفطرة لانها آكد وجوبا بدليل وجوبها على الفقير وشمولها لكل مسلم قدر على اخراجها

معلوم اما على عمل معلوم أو مدة معلومة بين أن يجعل له جعلا معلوما على عمله فاذا فعله استحق الجعل وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان عمر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عملني فقلت أعطه من هو أحوج اليه مني وذكر الحديث

(فصل) ويعطى منها أجرة الحاسب والكاتب والحاشر والخازن والحافظ والراعي ونحوهم لانهم من العاملين ويدفع اليهم من حصة العاملين فأما الكيال والوزان ليقبض العامل الزكاة فعلى رب المال لانه من مؤنة دفع الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت الصدقة في يده من غير تفريط أعطي أجرته من بيت المال)

اذا تلفت الزكاة في يد الساعي من غير تفريط فلا ضمان عليه لانه أمين ويعطى أجرته من بيت المال لانه لمصالح المسلمين وهذا من مصالحهم وان لم تتلف أعطى أجر عمله منها وكان أكثر من ثمنها لان ذلك من مؤنتها فجرى مجرى علفها ومداواتها وان رأى الامام أعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقاً في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل وان تولى الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها وتفريقها وأن يوليه أحدهما فان النبي ﷺ ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي ﷺ فقال : هذا لكم وهذا أهدي لي. « وقال لقبيصة » أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم ويروى أن زياداً ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له أين المال ؟ قال أو للمال بعثتني . أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود . وعن أبي جحيفة قال : أتانا مصدق النبي ﷺ فأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيما فأعطاني منها قلوصا . أخرجه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع : المؤلفة قلوبهم وهم السادة المطاعون في عشائرهم ممن يرجى إسلامه أو يخشى شره أو يرجى بعطيته قوة ايمانه أو اسلام نظيره أو جباية الزكاة ممن لا يعطيها أو الدفع عن المسلمين وعنه ان حكمهم انقطع)

ووجوب تحملها عمن وجبت نفقته على غيره ولا تتعلق بقدر من المال فجرت مجرى النفقة ، ولان زكاة المال تجب بالملك والدين يؤثر في الملك فأثر فيها ، وهذه تجب على البدن والدين لا يؤثر فيه . وتسقط الفطرة عند المطالبة بالدين لوجوب ادائه عند المطالبة وتأكده بكونه حق آدمي معين لا يسقط بالاعسار وكونه أسبق سببا وأقدم وجوبا يأثم بتأخيره فانه يسقط غير الفطرة وان لم يطالب به لان تأثير المطالبة انما هو في إلزام الاداء وتحريم التأخير

المؤلفة قلوبهم قسمان : كفار ومسلمون ، وهم جميعا السادة المطاعون في عشائرهم كما ذكر .

فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى إسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وتميل نفسه إليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الأمان واستنصره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين ، فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قال صفوان : مالي ؟ فأومأ النبي ﷺ الى واد فيه إبل محملة فقال « هذا لك » فقال صفوان هذا عطاء من لا يخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره فيرجى بعطيته كف شره وكف شر غيره معه. فروى ابن عباس أن قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان أعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن، وإن منعهم ذموا وعابوا.

وقال أبو حنيفة : انقطع سهم هؤلاء ، وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال : من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ، ولأنه لم ينقل عن عثمان ولا علي أنهم أعطوهم شيئا من ذلك ، ولان الله تعالى أظهر الاسلام وقمع المشركين فلا حاجة بنا إلى التأليف عليه

ولنا قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي من آخر ما نزل من القرآن وقد ثبت أن النبي ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر رضي الله عنه عدي بن حاتم حين قدم عليه من الصدقة بثلثمائة حمل ثلاثين بعيراً ، ومخالفة كتاب الله تعالى وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لا يجوز ، ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان وعلي أعطاءهم ، ولعلهم لم يحتاجوا لهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة إلى اعطائهم لا لسقوط سهمهم ومثل هذا لا يثبت به النسخ والله أعلم

وأما المسلمون فأربعة أضرب : (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار، أو من المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام ، فاذا أعطوا رجي اسلام نظرائهم وحسن نياتهم فيجوز اعطاؤهم لأن أبا بكر رضي الله عنه أعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما واسلامهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قومهم يرجى بعطيتهم قوة ايمانهم ومناصحتهم في الجهاد فيعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والاقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار : « يامعشر الانصار على ما تأسون ؟ على لعاعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم ووكلتكم إلى إيمانكم » وروى البخاري عن عمرو بن تغلب أن النبي ﷺ أعطى ناساً وترك ناساً ، فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناساً لما في قلوبهم من الجزع

(فصل) وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل ادائها أخرجت من تركته، فان كان عليه دين وله مال يفي بهما قضيا جميعاً ، وإن لم يف بهما قسم بين الدين والصدقة بالحصص، نص عليه احمد في زكاة المال أن التركة تقسم بينهما وكذا ههنا ، فان كان عليه زكاة مال وصدقة فطر ودين فزكاة الفطر والمال كالشيء الواحد لاتحاد مصرفهما فيحاصان الدين ، وأصل هذا أن حق الله سبحانه وحق الآدمي اذا تعلقا بمحل واحد فكانا في الذمة أو كانا في العين تساويا في الاستيفاء

والهلع، وأكل ناساً إلى مافي قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب » وعن أنس قال : حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالا من قريش مائة من الابل ، فقال ناس من الانصار : يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشاً ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم ، فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجالا حديث عهد بكفر أتألفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين

(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا جبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف فكل هؤلاء يجوز الدفع اليهم من الزكاة لأنهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية ، وحكى حنبل عن احمد أنه قال : المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب الاول لما ذكرنا ، ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم أنه لا يحتاج اليهم في الغالب ، أو أن الائمة لا يعطونهم اليوم شيئاً لعدم الحاجة اليهم ، فانهم انما يجوز اعطاؤهم عند الحاجة اليهم والله سبحانه أعلم

(فصل) الخامس الرقاب وهم المكاتبون

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في ثبوت سهم الرقاب ، ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم وهو قول الجمهور . وقال مالك : انما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يعجبني أن يعان منها مكاتب ، وقوله مخالف لظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه . اذا ثبت ذلك فانه انما يدفع اليه اذا لم يكن معه مايقضي به كتابته ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتابة ، فان كان معه بعض الكتابة تمم له وفاء كتابته لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ، وإن لم يكن معه شيء أعطي جميع مايحتاج اليه لوفاء الكتابة لما ذكرنا ، ولا يعطى بحكم الفقر شيئاً لأنه عبد ويجوز اعطاؤه قبل حلول كتابته لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتنفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لأنه ليس من مصارف الزكاة

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز أن يشتري بها أسيراً مسلما نص عليه)

لأنه فك رقبة من الاسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ، ولان فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم ، ولأنه يدفعه إلى الاسير في فك رقبته أشبه مايدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز أن يشتري بها رقبة يعتقها ؟ على روايتين)

(فصل) واذا مات المفلس وله عبيد فهلّ شوال قبل قسمتهم بين الغرماء ففطرتهم على الورثة لان الدين لا يمنع نقل التركة ، بل غايته أن يكون رهناً بالدين وفطرة الرهن على مالكه

(فصل) ولو مات عبيده أو من يمونه بعد وجوب الفطرة لم تسقط لأنها دين ثبت في ذمته بسبب عبده فلم تسقط بموته كما لو استدان العبد باذنه ديناً وجب في ذمته ، ولان زكاة المال لا تسقط بتلفه فالفطرة أولى فان زكاة المال تتعلق بالعين في احدى الروايتين وزكاة الفطر بخلافه

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك وهو قول ابن عباس والحسن والزهري ومالك واسحق وأبي عبيد والعنبري وأبي ثور لعموم قوله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للقن ، بل هو ظاهر فيه فان الرقبة تنصرف اليه اذا أطلقت كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ، ولأنه اعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في الكتابة (والثانيـة) لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لأن الآية تقتضي صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع إلى المجاهدين كذلك ههنا ، والعبد القن لا يدفع اليه شيء . قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول : يعتق من زكاته ولكن أهابه اليوم لانه يجر الولاء ، وفي موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك ؟ قال يعين في ثمنها فهو أسلم ، وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة لكن يعطي منها في رقبة ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه : لأنه اذا أعتق من زكاته انتفع بالولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن احمد رجع عن القول بالاعتاق من الزكاة ، وهذا والله أعلم انما كان على سبيل الورع من احمد فلا يقتضي رجوعا لان العلة التي علل بها جر الولاء ، ومذهبه في احدى الروايتين عنه انما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع اذاً باعتاقه من الزكاة

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم ، فان فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة. وقال الحسن : لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لان دفع الزكاة لم يكن إلى أبيه ، وانما دفع الثمن إلى البائع

ولنا أن نفع زكاته عاد إلى أبيه فلم يجز كما لو دفعها اليه ، ولان عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجز أن يحسب له من الزكاة كنفقة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجزئه لان اداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ، وكذلك لو أعتق عبداً من عبيد التجارة لم يجز لان الزكاة تجب في قيمتهم لا في عينهم

﴿ مسئلة ﴾ (السادس الغارمون وهم المدينون وهم ضربان : (ضرب) غرم لاصلاح ذات البين ، (وضرب) غرم لاصلاح نفسه في مباح)

الغارمون ضربان (أحدهما) الغارمون لاصلاح نفوسهم ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم ، لكن من غرم في معصية مثل أن يشتري يصرفه في زنا ، أو قمار ، أو غناء ، أو نحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء لأنه اعانة له على

(فصول في صدقة التطوع)

وهي مستحبة في جميع الأوقات لقوله تعالى (من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسنا فيضاعفه له أضعافا كثيرة) وأمر بالصدقة في آيات كثيرة وحث عليها ورغب فيها ، وروى أبو صالح عن أبي هريرة

المعصية وسنذكر ذلك ، ولا يدفع إلى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ، ولذلك لم يدفع إلى فقيرهم ومكاتبهم . وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا : يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانته عن أكلها لكونها أوساخ الناس ، واذا أخذها للغرم صرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها . قال شيخنا : ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحل لهم ، ولأن دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ، ولا يدفع إلى غارم له ما يقضي به دينه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها

(الضرب الثاني) من غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين أو أهل القريتين عداوة وضغائن يتلف بها نفس أو مال ويتوقف صلحهم عمن يتحمل ذلك فيسعى انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والاموال فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك فكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسألة فيها وجعل لهم نصيباً من الصدقة ، فروى مسلم باسناده عن قبيصة ابن المخارق قال : تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ وسألته فيها فقال « أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » ثم قال « ياقبيصة إن الصدقة لا تحل إلا لثلاثة : رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش ، أو قواما من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواما من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يأكلها صاحبها سحتاً يوم القيامة » وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة » ذكر منهم الغارم

﴿ مسئلة ﴾ (السابع في سبيل الله وهم الغزاة الذين لا ديوان لهم)

هذا الصنف السابع من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ، ولا خلاف في أنهم الغزاة لأن سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو [1] وقال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدون

«١» هذا غير صحيح بل سبيل الله هو الطريق الموصل إلى مرضاته وجنته وهو الاسلام في جملته وآيات الانفاق في سبيل الله تشمل جميع أنواع النفقة المشروعة . وماذا يقول في آيات الصد والاضلال عن سبيل الله والهجرة في سبيل الله بل لا يصح أن يفسر سبيل الله في آيات القتال نفسها بالغزو لان القتال هو الغزو وانما يكون في سبيل الله اذا أريد به أن تكون كلمة الله هي العليا ودينه هو المتبع ، فسبيل الله في الآية يعم الغزو الشرعي وغيره من مصالح الاسلام بحسب لفظه العربي ويحتاج التخصيص الى دليل صحيح . وكتبه محمد رشيد رضا

قال : قال رسول الله ﷺ « من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ولا يصعد الى الله إلا الطيب فان الله تعالى يقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل » متفق عليه

وصدقة السر أفضل من صدقة العلانية لقول الله تعالى (ان تبـدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لـكم ، ويكفر عنكم من سيآتكم)

في سبيله)(١) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفاً) ذكر ذلك في غير موضع من كتابه العزيز

(فصل) وانما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لاديوان لهم وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا . قال احمد : يعطي ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لأن الواجب إيتاء الزكاة ، فان اشتراها بنفسه فما أعطى إلا فرساً ، وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة . وقال في موضع آخر إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلي ، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه . وقال أيضاً : يشتري الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل ، وذلك لأنه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لو دفعها إلى الغازي فاشترى بها وقال : ولا يشتري من الزكاة فرساً يصير حبيساً في سبيل الله ولا داراً ولا ضيعة يصيرها للرباط ولا يقفها على المجاهدين لأنه لم يؤت الزكاة لاحد وهو مأمور بايتائهـا . قال : ولا يغزو الرجـل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لأنه لايجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته كما لايجوز أن يقضي بهـا دينه ، ومتى أخذ الفرس الذي اشتريت بمـاله صار هو مصرفا لزكاته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعطى منها في الحج وعنه يعطي الفقير قدر مايحج به الفرض أو يستعين به فيه)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك ، فروي عنه أنه لايصرف منها في الحج ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وهي أصح لأن سبيل الله عند الاطلاق انما ينصرف إلى الجهاد ، فان كل مافي القرآن من ذكر سبيل الله انما أريد به الجهاد إلا اليسير فيجب أن يحمل مافي آية الزكاة على ذلك لان الظاهر ارادته به ، ولأن الزكاة انما تصرف إلى أحد رجلين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم ، أو من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين ، والحج للفقير لانفع للمسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضاً لان الفقير لافرض عليه فيسقطه ، ولا مصلحة له في إيجابه عليـه وتكليفه مشقة قد رفهـه الله منها وخفف عنه إيجابها ، وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف ، أو دفعه في مصالح المسلمين أولى

---

(١) هذا اللفظ لايوجد في القرآن وانما يوجد فيه (يجاهدون في سبيل الله) وهو في سورة المائدة الآية ٥٧ وفيها أيضا « وجاهدوا في سبيله » وهي الآية ٣٨

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال « سبعة يظلهم الله في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله — وذكر منهم رجلا — تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » متفق عليه

وروي عنه أن الفقير يعطى قدر مايحج به الفرض أو يستعين به فيه ، يروى اعطاء الزكاة في الحج عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج من سبيل الله وهو قول اسحاق لما روي ان رجلا جعل ناقة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبي ﷺ « اركبيها فان الحج من سبيل الله »[1] رواه أبو داود بمعناه والاول أولى ، وأما الخبر فلا يمتنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا

(فصل) فاذا قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين أحدهما أن يكون ممن ليس له مايحج به سواها لقول النبي ﷺ « لاتحل الصدقة لغني ولا لذي مِرَّة سوي » وقال « لاتحل الصدقة إلا لخمسة » ولم يذكر الحاج فيهم ولأنه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره . الثاني أن يأخذ لحجة الفرض وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وابراء ذمته ، أما التطوع فله عنه مندوحة . وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جوازه في الفرض والنفل معاً وهو ظاهر قول الخرقي لأن الكل من سبيل الله ولأن الفقير لا فرض عليه فالفرض منه كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع مايحج به حجة كاملة وما يعينه في حجه ، ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لايجوز أن يغزو بها

﴿ مسئلة ﴾ (الثامن ابن السبيل وهو المسافر المنقطع به دون المنشيء للسفر من بلده)

ابن السبيل هو الصنف الثامن من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء سهمه وهو المسافر الذي ليس له مايرجع به الى بلده وإن كان يسار في بلده فيعطى مايرجع به الى بلده ، وهذا قول قتادة ونحوه قول مالك وأصحاب الرأي . وقال الشافعي هو المجتاز ، ومن يريد انشاء السفر الى بلد أيضاً فيدفع اليهما مايحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز

ولنا ان السبيل هو الطريق وابن السبيل الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل للذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لايثبت له حكم السفر بعزمه عليه دون فعله ولانه لايفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله وإن انتهت به الحاجة منتهاها فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وانما يعطى وله اليسار في بلده لانه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره ، وكونه ابن سبيل لوجود الأمرين فيه ، ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لأن الدفع اليه للحاجة الى ذلك فيقدر بقدرها

(فصل) وان كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا يدفع اليه مايكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لأن فيه اعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح ، لكن

«١» الحج من سبيل الله قطعا ولكن المتبادر من جعل قسم من الزكاة في سبيل الله انه ما يكون في مصالح الاسلام العامة كتأمين طريق الحج وتسهيله مثلا وليس منه اعطاء الفقير مايحج به فان الفقير انما يعطى لفقره مايدفع به حاجته وحاجة من يمونه وهو لايدخل في عموم كلمة سبيل الله . وكتبه محمد رشيد رضا

وروي عن النبي ﷺ «ان صدقة السر تطفىء غضب الرب» ويستحب الاكثار منها في أوقات الحاجات لقول الله تعالى (أو اطعام في يوم ذي مسغبة) وفي شهر رمضان لان الحسنات تضاعف

يشترط كون السفر مباحا إما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحا كطلب المعاش وطلب التجارات ، وأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها فهو كفعلها فان وسيلة الشيء جارية مجراه ، وان كان السفر للنزهة ففيه وجهان : أحدهما يدفع اليه لانه غير معصية . والثاني لا يدفع اليه لانه لا حاجة به الى هذا السفر . قل شيخنا ويقوى عندي انه لايجوز الدفع للسفر الى غير بلده لانه لو جاز ذلك لجاز للمنشيء للسفر من بلده ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وان كان حجاً فغيره أهم منه ، واذا لم يجز الدفع في هذين ففي غيرهما أولى ، وانما ورد الشرع بالدفع اليه لرجوعه الى بلده لأنه أمر تدعو حاجته اليه ولا غناء به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به لانه ليس في معناه فلا يصح قياسه عليه ولانه لا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

﴿ مسئلة ﴾ (ويعطى الفقير والمسكين مايغنيهما)

لأن الدفع اليهما للحاجة فيقدر بقدرها فان قلنا ان الغنى هو ماتحصل به الكفاية أعطي مايكفيه في حول كامل لأن الحول يتكرر وجوب الزكاة بتكرره فينبغي أن يأخذ مايكفيه الى مثله ويعتبر وجود الكفاية له ولعائلته ومن يمونه لأن كل واحد منهم مقصود دفع حاجته فيعتبر له مايعتبر للمنفرد . وان قلنا ان الغنى يحصل بخمسين درهما جاز أن يأخذ له ولعائلته حتى يصير لكل واحد منهم خمسون قال أحمد في رواية أبي داود فيمن يعطى الزكاة وله عيال يعطي كل واحد من عياله خمسين خمسين

﴿ مسئلة ﴾ (ويعطى العامل قدر أجرته)

لأن الذي يأخذه بسبب العمل فوجب أن يكون بمقداره (والمؤلف مايحصل به التأليف لانه المقصود)

« مسئلة » (والغارم والمكاتب مايقضيان به دينهما) لأن حاجتهما انما تندفع بذلك

« مسئلة » (والغازي مايحتاج اليه لغزوه وإن كثر)

فيدفع اليه قدر كفايته وشراء السلاح والفرس ان كان فارساً وحمولته ودرعه وسائر مايحتاج اليه لغزوه وان كثر لأن الغزو انما يحصل بذلك ، ومتى ادعى انه يريد الغزو قبل قوله لانه لايمكن اقامة البينة على نيته ويدفع اليه دفعاً مراعى ، فان لم يغز رده لانه أخذه لذلك ، وان مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذي دفع اليه من أجله رد مافضل معه لان الذي أخذ لأجله لم يفعله كله

« مسئلة » (ولا يزاد أحد منهم على ذلك لما ذكرنا)

ولان الدفع لحاجة فوجب أن يتقيد بها ، وان اجتمع في واحد سببان كالغارم الفقير دفع اليه لهما لان كل واحد منهما سبب للاخذ فوجب أن يثبت حكمه حيث وجد

فيه ، ولأن فيه اعانة على أداء الصوم المفروض ، ومن فطر صائماً كان له مثل أجره
وتستحب الصدقة على ذي القرابة لقول الله تعالى (يتيما ذا مقربة) وقال النبي ﷺ « الصدقة

« مسئلة » (ومن كان ذا عيال أخذ مايكفيهم لما ذكرنا)

« مسئلة » (ولا يعطى أحد منهم مع الغنى إلا أربعة: العامل والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين والغازي)
يجوز للعامل الاخذ مع الغنى بغير خلاف علمناه لانه يأخذ أجر عمله ولان الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لايشترط وجود معناه فيهما ، وكذلك المؤلف يعطى مع الغنى لظاهر الآية ولانه يأخذ لحاجتنا اليه أشبه العامل ولانهم انما أعطوا لأجل التأليف وذلك يوجد مع الغنى .

والغارم لاصلاح ذات البين والغازي يجوز الدفع اليهم مع الغنى وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وصاحباه لايدفع إلا الى الفقير لعموم قوله عليه السلام « أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فظاهر هذا انها كلها ترد في الفقراء . ولنا قول النبي ﷺ « لا تحل الصدقة إلا لخمسة .. لغاز في سبيل الله أو لغارم » وذكر بقيتهم ، ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف لم يشترط فيهم الفقر فيجوز لهم الأخذ مع الغنى بظاهر الآية ولأن هذا يأخذ لحاجتنا اليه أشبه العامل والمؤلف ولان الغارم لاصلاح ذات البين انما يوثق بضمانه ويقبل اذا كان مليئاً ولاملاءة مع الفقر ، فان أدى الغرم من ماله لم يكن له الاخذ من الزكاة لانه لم يبق غارماً ، وإن استدان وأداها جاز له الاخذ لبقاء الغرم

(فصل) وخمسة لا يأخذون إلا مع الحاجة وهم الفقراء والمساكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل لانهم يأخذون لحاجتهم لا لحاجتنا اليهم إلا أن ابن السبيل انما تعتبر حاجته في مكانه وان كان له مال في بلده لانه الآن كالمعدوم ، واذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحته لايطيق قضاءه جاز أن يدفع اليه مايتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى ، فاذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يعطى خمسين ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناؤه ؛ قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهماً أو حسابها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه ، ومتى أمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغنى لم يعط شيئا ، وان قلنا ان الغنى لايحصل إلا بالكفاية وكان عليه دين اذا قضاه لم يبق له مايكفيه أعطي مايتم به قضاء دينه بحيث يبقى له قدر كفايته بعد قضاء الدين على ماذكرنا ، وان قدر على قضائه مع بقاء الكفاية لم يدفع اليه شيء . وقد روي عن أحمد انه قال اذا كان له مائتان وعليه مثلها لا يعطى من الزكاة لأن الغنى خمسون درهما وهذا يدل على انه اعتبر في الدفع الى الغارم كونه فقيراً ، واذا أعطي للغرم وجب صرفه الى قضاء الدين ، وان أعطي للفقر جاز أن يقضي به دينه

على المسكين صدقة ، وهي على ذي الرحم اثنتان صدقة وصلة » وهذا حديث حسن

وسألت زينب امرأة عبد الله بن مسعود رسول الله ﷺ هل ينفعها أن تضع صدقتها في زوجها وبني أخ لها يتامى ؟ قال « نعم لها أجران : أجر القرابة وأجر الصدقة » رواه النسائي

(فصل) واذا أراد الرجل دفع زكاته الى الغارم فله أن يسلمها اليه ليدفعها الى غريمه فان دفعها الى الغريم قضاء عن الدين ففيه عن أحمد روايتان : احداهما يجوز ذلك نص عليه أحمد في مانقل عنه أبو الحرث قال قلت لاحمد رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأساً لانه دفع الزكاة في قضاء دين المدين أشبه مالو دفعها اليه فقضى بها دينه . والثانية لايجوز ، قال أحمد أحب الي أن يدفعه اليه حتى يقضي هو عن نفسه ، قيل هو محتاج يخاف أن يدفعه اليه فيأكله ولا يقضي دينه قال فقل له يوكله حتى يقضيه. وظاهر هذا انه لايدفعها الى الغريم الا بوكالة الغارم لان الدين انما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه الا بتوكيله ، ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً ، وان كان دافع الزكاة الامام جاز أن يقضيها عنه من غير توكيله لان للامام ولاية عليه في ايفاء الدين ولهذا يجبره عليه اذا امتنع منه

« مسألة » (وان فضل مع المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل شيء بعد حاجتهم لزمهم رده والباقون يأخذون أخذاً مستقراً فلا يردون شيئا ، وظاهر كلام الخرقي ان المكاتب يأخذ أخذاً مستقرا)

أصناف الزكاة قسمان : قسم يأخذون أخذاً مستقراً فلا يراعى حالهم بعد الدفع وهم الفقراء والمساكين والعاملون والمؤلفة فمتى أخذوها ملكوها ملكا مستقراً لايجب عليهم ردها بحال . وقسم يأخذون أخذاً مراعى وهم أربعة المكاتبون والغارمون والغزاة وابن السبيل فان صرفوه في الجهة التي استحقوا الأخذ لاجلها والا استرجع منهم ، والفرق بين هذا القسم والذي قبله ان هؤلاء أخذوا لمعنى لم يحصل بأخذهم للزكاة ، والقسم الاول حصل المقصود بأخذهم وهو غنى الفقراء والمساكين وتأليف المؤلفين وأداء أجر العاملين ، وان قضى المذكورون في القسم الثاني حاجتهم وفضل معهم فضل ردوا الفضل لأنهم أخذوه للحاجة وقد زالت ، وذكر الخرقي في غير هذا الباب ان الغازي اذا فضل معه شيء بعد غزوه فهو له لاننا دفعنا اليه قدر الكفاية وانما ضيق على نفسه . وظاهر قول الخرقي في المكاتب انه يأخذ أخذاً مستقراً فلا يرد مافضل لانه قال واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده ونص عليه أحمد في رواية المروذي والكوسج ونقل عنه حنبل اذا عجز يرد مافي يديه في المكاتبين . وقال أبو بكر عبد العزيز إن كان باقياً بعينه استرجع منه لانه انما دفع اليه ليعتق به ولم يقع . وقال القاضي كلام الخرقي محمول على ان الذي بقي في يده لم يكن عين الزكاة وانما تصرف فيها وحصل عوضها وفائدتها ، ولو تلف المال الذي في يد هؤلاء بغير تفريط لم يرجع عليهم بشيء

وتستحب الصدقة على من اشتدت حاجته لقول الله تعالى (مسكينا ذا متربة)
(فصل) والأولى أن يتصدق من الفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام لقول النبي

﴿ مسألة ﴾ (وإن ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا ببينة)

لقول النبي ﷺ « أن المسألة لاتحل لأحد إلا لثلاثة : رجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ، أو سداداً من عيش » رواه مسلم ، ولان الاصل بقاء الغنى فلم يقبل قوله بمجرده فيما يخالف الاصل ، وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفي باثنين فيه وجهان (أحدهما) لا يكتفي إلا بثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل اثنين لان قولهما يقبل في الفقر بالنسبة في حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر انما ورد في حل المسألة فيقتصر عليه

﴿ مسألة ﴾ (وإن ادعى أنه مكاتب ، أو غارم ، أو ابن سبيل لم يقبل قوله إلا ببينة)

لان الاصل عدم مايدعيه وبراءة الذمة ، فان كان يدعي الغرم من جهة اصلاح ذات البين فالأمر فيه ظاهر لايكاد يخفى ويكفي اشتهار ذلك فان خفي لم يقبل إلا ببينة

﴿ مسألة ﴾ (فان صدق المكاتب سيده أو الغارم غريمه فعلى وجهين)

(أحدهما) يقبل لان الحق في العبد لسيده ، فاذا أقر بانتقال حقه عنه قبل ، ولأن الغريم اذا صدق الغارم ثبت عليه ماأقر به (والثاني) لايقبل لانه متهم في أن يواطئه ليأخذ المال به

﴿ مسألة ﴾ (وإن ادعى الفقر من لم يعرف بالغنى قبل قوله لان الاصل عدم الغنى)

فان رآه جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطاه من غير يمين بعد أن يخبره أنه لاحظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب . اذا كان الرجل صحيحاً جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطى من الزكاة وقبل قوله بغير يمين اذا لم يعلم كذبه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفي بعض رواياته أنه قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم فسألناه من الصدقة فصعد فينا النظر فرآنا جلدين فقال « إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » رواه أبو داود

(فصل) وإن رآه متجملا قبل قوله ايضاً . لأنه لايلزم من ذلك الغنى بدليل قوله سبحانه (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أنها زكاة لئلا يكون ممن لاتحل له ، وإن رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الاخذ ، ولا أن مايدفعه اليه زكاة . قال احمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال : يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتفى بظاهر حاله عن السؤال

﴿ مسألة ﴾ (وإن ادعى أن له عيالا قلد وأعطى)

ذكره القاضي وأبو الخطاب كما يقلد في دعوى حاجته ، ويحتمل أن لايقبل إلا ببينة اختاره ابن

ﷺ «خير الصدقة ماكان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول» متفق عليه ، وان تصدق بما ينقص عن كفاية من تلزمه مؤنته ولا كسب له أثم لقول النبي ﷺ «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يمون»[1] ولان نفقة

عقيل لان الاصل عدمهم ، ولا يتعذر اقامة البينة عليه وفارق ماإذا ادعى أنه لا كسب له لأنه يدعي مايوافق الاصل ، ولان الاصل عدم الكسب والمال ويتعذر اقامة البينة عليه

﴿ مسألة ﴾ (ومن سافر أو غرم في معصية لم يدفع اليه شيء فان تاب فعلى وجهين)

من غرم في معصية كالخمر والزنا والقمار والغناء ونحوه لم يدفع اليه شيء قبل التوبة لأنه اعانة على المعصية ، وكذلك اذا سافر في معصية فأراد الرجوع إلى بلده لايدفع اليه شيء قبل التوبة لما ذكرنا ، فان تاب من المعصية فقال القاضي وابن عقيل : يدفع اليه لان بقاء الدين في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريغها والاعانة على الواجب قربة لامعصية فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فانه يدفع اليه من سهم الفقراء (والوجه الثاني) لايدفع اليه لأنه استدانه للمعصية فلم يدفع اليه كما لو لم يتب ولأنه لايؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف في المعاصي فانه يعطى لفقره لا لمعصيته ، وكذلك من سافر إلى معصية ثم تاب أو أراد الرجوع إلى بلده يجوز الدفع اليه في أحد الوجهين لأن رجوعه ليس بمعصية أشبه غيره ، بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركا للمعصية واقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبويه (والوجه الثاني) لايدفع اليه لأن سبب ذلك المعصية أشبه الغارم في المعصية

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب صرفها في الاصناف كلها فان اقتصر على انسان واحد اجزأه ، وعنه لايجزئه إلا ثلاثة من كل صنف إلا العامل فانه يجوز أن يكون واحداً)

يستحب صرف الزكاة إلى جميع الاصناف ، أو إلى من أمكن منهم لأنه يخرج بذلك من الخلاف ويحصل الاجزاء يقيناً ، فان اقتصر على انسان واحد اجزأه وهذا قول عمر وحذيفة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن جبير والحسن وعطاء ، واليه ذهب الثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وروي عن النخعي إن كان المال كثيراً يحتمل الاصناف قسمه عليهم ، وإن كان قليلا جاز وضعه في صنف واحد وقال مالك : يتحرى موضع الحاجة منهم ويقدم الاولى فالاولى . وقال عكرمة والشافعي : يجب أن يقسم زكاة كل صنف من ماله على الموجودين من الاصناف الستة الذين سهمانهم ثابتة قسمة على السواء ثم حصة كل صنف منهم لاتصرف إلى أقل من ثلاثة أو أكثر ، فان لم يجد إلا واحداً صرف حصة ذلك الصنف اليه . وروى الاثرم ذلك عن احمد اختاره أبو بكر لأن الله تعالى جعل الصدقة لجميعهم وشرك بينهم فيها فلم يجز الاقتصار على بعضهم كأهل الخمس

ولنا قول الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعمّا هي ، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقول النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق

«١» رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقي في سننه بسند صحيح وفي رواية «يقوت» بدل «يمون»

من يمونه واجبة والتطوع نافلة ، وتقديم النفل على الفرض غير جائز ، فان كان الرجل وحده أو كان لمن يمون كفايتهم فأراد الصدقة بجميع ماله وكان ذا مكسب أو كان واثقا من نفسه بحسن التوكل

عليه ، فلم يذكر في الآية والخبر إلا صنفاً واحداً[1] ، وأمر بني زريق بدفع صدقتهم إلى سلمة بن صخر وقال لقبيصة « أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » ولو وجب صرفها إلى جميع الاصناف لم يجز صرفها إلى واحد ، ولأنه لايجب صرفها إلى جميع الاصناف اذا فرقها الساعي فكذلك المالك ولأنه لايجب عليهم تعميم أهل كل صنف بها فجاز الاقتصار على واحد كما لو وصى لجماعة لايمكن حصرهم ويخرج على هذين المعنيين الخمس فانه يجب على الامام تفريقه على جميع مستحقيه بخلاف الزكاة ، وهذا الذي اخترناه هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه ، إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه وتعالى من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال دفعه إلى ثمانية عشر نفساً ، أو أحد وعشرين نفساً ، أو أربعة وعشرين من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها ، الغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم ، فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطاؤهم وهو سبحانه القائل (وماجعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه انما يقوله بلسانه ولا يفعله ، ولا يقدر على فعله ، وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ، ولا أحد من خلفائه ، ولا من صحابته ولا غيرهم ، ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ولو فعلوه مع مشقته لنقل ولما أهمل ، إذ لايجوز على أهل التواتر اهمال نقل ماتدعو الحاجة إلى نقله لاسيما من كثرة من تجب عليهم الزكاة ووجود ذلك في كل زمان في كل عصر وبلد ، وهذا أمر ظاهر ان شاء الله تعالى ، والآية انما سيقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لايجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لايجب تعميم كل صنف بها ، فأما العامل فانه يجوز أن يكون واحداً لانه انما يأخذ أجر عمله فلم تجز الزيادة عليه مع الغناء عنه ، ولأن الرجل اذا تولى اخراجها بنفسه سقط سهم العامل لعدم الحاجة اليه ، فاذا جاز تركهم بالكلية جاز الاقتصار على بعضهم بطريق الاولى

(فصل) وقد ذكرنا أنه يستحب تفريقها على من أمكن من الاصناف وتعميمهم بها ، فان كان المتولي لتفريقها الساعي استحب احصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهي أسمائهم وانسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم ليكون تفريقه عقيب جمع الصدقة ، ويبدأ باعطاء العامل لانه يأخذ على وجه المعاوضة فكان استحقاقه أولى ، ولذلك اذا عجزت الصدقة عن أجره تمم من بيت المال ولان مايأخذه أجر ، وقد قال النبي ﷺ « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » ثم الاهم فالاهم ، وأهمهم أشدهم حاجة ، ويعطى كل صنف قدر كفايته على ماذكرنا ، فان فضلت عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد اليه وإن نقصت أعطى كل انسان منهم مايرى

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب صرفها إلى أقاربه الذين لاتلزمه مؤنتهم وتفريقها فيهم على قدر حاجتهم

[1] لم يقل أحد من المسلمين بجواز دفع جميع الزكاة الى الفقراء وحدهم مع وجود غيرهم من الاصناف معهم، ولا يتفق مع أصول أحد من أئمة الفقه ان يكون حديث معاذ ناسخا لآية (انما الصدقات) الخ وكذا مابعده من الاحاديث التي يجب حملها على أحوال أو وقائع لاتنافي الآية . ولم يقل عكرمة والشافعي ولا احمد في الرواية الاخرى عنه انه يجب على من عليه صاع من زكاة الفطر ان يتكلف البحث في البلد أو القطر ٢٤ حاصلة من ضرب ٣ في ٨ فيدفعه اليهم كما ذكره الشارح بعبارة كالتهكم أو التجهيل ، وانما يقولون بوجوب ما اعتمد هو انه مستحب عند امكانه

والصبر على الفقر والتعفف عن المسألة فحسن لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة فقال « جهد من مقل الى فقير في السر » وروي عن عمر رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق

اذا تولى الرجل تفريق زكاته استحب أن يبدأ بأقاربه الذين يجوز الدفع اليهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة » رواه الترمذي والنسائي ويخص ذوي الحاجة لأنهم أحق ، فان استووا في الحاجة فأولاهم أقربهم نسباً

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه والى غريمه)

يجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه في الصحيح من المذهب لأنه صار معه في باب المعاملة كالاجنبي يجري بينهما الربا فهو كالغريم يدفع زكاته الى غريمه ، ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء أشبه إيفاء الغريم دينه بها . قال ابن عقيل : ويجوز دفع الزكاة إلى سيد المكاتب وفاء عن دين الكتابة وهو الاولى لأنه أعجل لعتقه وأوصل إلى المقصود الذي كان الدفع من أجله لأنه اذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه ؛ ونقل حنبل عن احمد أنه قال : قال سفيان لا تعط مكاتباً لك من الزكاة . قال وسمعت أبا عبدالله يقول : وأنا أرى مثل ذلك . قال الاثرم : وسمعت أبا عبدالله يسئل: يعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال المكاتب بمنزلة العبد وكيف يعطى ، ومعناه والله أعلم لا يعطي مكاتبه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه إن عجز وإن عتق ، وله ولاؤه ، ولأنه لا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له فلم يعط من زكاته كولده ، وكذلك يجوز للرجل دفع زكاته إلى غريمه لأنه من جملة الغارمين فان رده اليه الغارم فله أخذه . نص عليه احمد في رواية مهنا لان الغريم قد ملكه بالاخذ أشبه مالو وفاه من مال آخر ، وإن سقط الدين عن الغريم وحسبه زكاة لم تسقط عنه الزكاة لانه مأمور بادائها وهذا اسقاط . قال مهنا : سألت أبا عبدالله عن رجل له على رجل دين برهن وليس عنده قضاؤه ولهذا الرجل زكاة مال يريد أن يفرقها على المساكين فيدفع اليه رهنه ويقول له : الدين الذي عليك هو لك : يحسبه من زكاة ماله ؟ قال لا يجزئه ذلك . فقلت له فيدفع اليه زكاته ، فان رده اليه قضاء من ماله له أخذه ؟ قال نعم . وقال في موضع آخر : وقيل له فان أعطاه ثم رده اليه ؟ قال اذا كان بحيلة فلا يعجبني ، قيل له فان استقرض الذي عليه الدين دراهم فقضاه اياها ثم ردها عليه وحسبها من الزكاة قال اذا أراد بهذا احياء ماله فلا يجوز . فحصل من كلامه أن دفع الزكاة إلى الغريم جائز سواء دفعها ابتداء أو استوفى حقه ثم دفع ما استوفاه اليه ، إلا أنه متى قصد بالدفع احياء ماله واستيفاء دينه لم يجز لان الزكاة لحق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى نفعه والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله : (ولا يجوز دفعها إلى كافر ولا عبد ، ولا فقيرة لها زوج غني)

قال الشيخ رحمه الله لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن زكاة المال لا تعطى لكافر ولا لمملوك . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الذمي لا يعطى من زكاة الاموال شيئا ، وقد قال

فوافق ذلك مالا عندي فقلت: اليوم أسبق أبابكر ان سبقته يوما، فجئته بنصف مالي فقال رسول الله ﷺ « ما أبقيت لأهلك؟ » قلت : أبقيت لهم مثله ، فأتاه أبو بكر بكل ماعنده فقال له « ما أبقيت

النبي ﷺ لمعاذ « اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فخصهم بصرفها إلى فقرائهم كما خصهم بوجوبها على أغنيائهم ، ولان المملوك لايملك مايدفع اليه ، وانما يملكه سيده فكأنه دفع إلى السيد ، ولأنه تجب نفقته على السيد فهو غني بغناه

(فصل) إلا أن يكون الكافر مؤلفاً قلبه فيجوز الدفع اليه ، وكذلك إن كان عاملا على احدى الروايتين وقد ذكرنا الخلاف فيه ، وكذلك العبد اذا كان عاملا يجوز أن يعطى من الزكاة أجر عمله وقد مضى ذكر ذلك

(فصل) والفقيرة اذا كان لها زوج غني ينفق عليها لم يجز دفع الزكاة اليها لان الكفاية حاصلة لها بما يصلها من النفقة الواجبة فأشبهت من له عقار يستغنى بأجرته ، وإن لم ينفق عليها وتعذر ذلك جاز الدفع اليها كما تعطلت منفعة العقار وقد نص احمد على هذا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا إلى الوالدين وإن علوا ، ولا إلى الولد وإن سفل)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الزكاة لايجوز دفعها إلى الوالدين في الحال التي يجبر الدافع اليهم على النفقة عليهم ، ولان دفع زكاته اليهم تغنيهم عن نفقته ويسقطها عنه فيعود نفعها اليه فكأنه دفعها إلى نفسه فلم يجز كما لو قضى بها دينه ، وأراد المصنف بالوالدين الاب والام ، وقوله وإن علوا يعني آباءهما وأمهاتهما وإن ارتفعت درجتهم من الدافع ، كأبوي الاب وأبوي الام من يرث منهم ومن لايرث ، وقوله ولا إلى الولد وإن سفل ، يعني وإن نزلت درجته من أولاد البنين وأولاد البنات الوارث وغيره . نص عليه احمد فقال : لايعطى الوالدين من الزكاة ، ولا الولد ، ولا ولد الولد ، ولا الجد ولا الجدة ، ولا ولد البنت ، قال النبي ﷺ « إن ابني هذا سيد » يعني الحسن فجعله ابنه لانه من عمودي نسبه فأشبه الوارث ، ولان بينهما قرابة جزئية وبعضية بخلاف غيرهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا إلى الزوجة)

وذلك اجماع . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الرجل لايعطي زوجته من الزكاة ، وذلك لأن نفقتها واجبة عليه فتستغنى بها عن أخذ الزكاة ، فلم يجز دفعها اليها كما لو دفعها اليها على سبيل الانفاق عليها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بني هاشم ولا مواليهم)

لانعلم خلافا في أن بني هاشم لاتحل لهم الصدقة المفروضة لقول النبي ﷺ « إن الصدقة لاتنبغي لآل محمد انما هي أوساخ الناس » أخرجه مسلم ، وعن أبي هريرة قال : أخذ الحسن تمرة من تمر الصدقة فقال النبي ﷺ « كخ كخ » ليطرحها وقال « أما شعرت انا لانأكل الصدقة » متفق عليه ، وسواء

لأهلك ؟ » قال الله ورسوله، فقلت لاأسابقك الى شيء بعده أبدا ، فهذا كان فضيلة في حق أبي بكر الصديق رضي الله عنه لقوة يقينه وكمال ايمانه وكان أيضاً تاجراً ذا مكسب فانه قال حين وُلي : قد علم

أعطوا من خمس الخمس أو لم يعطوا لعموم النصوص ، ولان منعهم من الزكاة لشرفهم وشرفهم باق فيبقى المنع ، فان أعطوا منها لغزو أو حمالة جاز ذلك ذكره شيخنا ، وإن كان الهاشمي عاملا ، أو غارما لم يجزئه الاخذ في أظهر الوجهين وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وحكم مواليهم حكمهم عند احمد رحمه الله . وقال أكثر أهـل العلم : يجوز الدفع اليهم لأنهم ليسوا بقرابة النبي ﷺ فلم يمنعوا الصدقة كسائر الناس

ولنا ماروى أبو رافع أن رسول الله ﷺ بعث رجلا من بني مخزوم على الصـدقة فقال لأبي رافع اصحبني كيما تصيب منها ، فقال لا حتى آتي رسول الله ﷺ فاسأله ، فانطلق إلى النبي ﷺ فسأله فقال « إنا لاتحل لنا الصدقة ، وإن موالي القوم منهم » أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولأنهم ممن يرثه بنو هاشم بالتعصيب فلم يجز دفع الصدقة اليهم كبني هاشم وقولهم انهم ليسوا بقرابة ، قلنا هم بمنزلة القرابة بدليل قول النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » ويثبت فيهم حكم القرابة من الارث والعقل والنفقة فلا يمتنع ثبوت حكم تحريم الصدقة فيهم

(فصل) وروى الخلال باسناده عن أبي مليكة أن خالد بن سعيد بن العاص بعث إلى عائشة سفرة من صدقة فردتها وقالت : انا آل محمد لاتحل لنا الصدقة . وهذا يدل على تحريمها على أزواج رسول الله صلى الله عليـه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز لبني هاشم الاخـذ من صدقة التطوع ، ووصايا الفقراء ، والنـذور وفي الكفارة وجهان)

قال احمد رحمه الله في رواية ابن القاسم انما لايعطون من الصدقة المفروضة فأما التطوع فلا ، وعن احمـد رواية أخرى أنهم يمنعون من صدقة التطوع أيضاً لعموم قوله عليه السلام « انا لاتحل لنا الصدقة » والاول أظهر ، فان النبي ﷺ قال « المعروف كله صدقة » متفق عليه ، وقال الله تعالى (فمن تصدق به فهو كفارة له) وقال تعالى (فنظرة إلي ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم) ولاخلاف في اباحة إيصال المعروف إلى الهاشمي والعفو عنه وانظاره . وقال أخوة يوسف (وتصدق علينا) والخبر أريد به صدقة الفرض لان الطلب كان لها والالف واللام تعود إلى المعهود ، وروى جعفر بن محمـد عن أبيه عن جـده أنه كان يشرب من سقايات بين مكة والمدينة ، فقلت له أتشرب من الصدقة ؟ فقال انما حرمت علينا الصدقة المفروضة (١) ، ويجوز أن يأخذوا من الوصايا للفقراء ومن النذور لأنهما تطوع فأشبه مالو وصى لهم ، وفي الكفارة وجهان (أحدهما) يجوز لانها ليست بزكاة ولاهي أوساخ الناس فأشبهت صدقة التطوع (والثاني) لايجوز لأنها واجبة لايجابه على نفسه أشبهت الزكاة

«١» بقي ان تعليل تحريم الصدقة عليهم بأنها من أوساخ أظهر فى صدقة التطوع لما فيها من المنة بكونها اختيارية . وزكاة مال حق فى النصـاب . وتسمية المعروف صدقة مجاز واخوة يوسف لم تكن الصدقة محرمة عليهم . وتقدم مثل هذا فى حواشي المغني

الناس أن كسبي لم يكن ليعجز عن مؤنة عيالي . أو كما قال رضي الله عنه : فان لم يوجد في المتصدق أحد هذين كره لما روى أبو داود عن جابر بن عبدالله قال : كنا عند رسول الله ﷺ اذ جاء رجل بمثل

ولو أهدى المسكين مما تصدق به عليه الى الهاشمي حل له لان النبي صلى الله عليه وسلم أكل مما تصدق به على أم عطية وقال « انها قد بلغت محلها » متفق عليه

(فصل) وكل من حرم صدقة الفرض من الاغنياء وقرابة المتصدق والكافر وغيرهم يجوز دفع صدقة التطوع اليهم ولهم أخذها ، قال الله تعالى (ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيما وأسيراً) ولم يكن الاسير يومئذ الا كافراً ، وعن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها قالت : قدمت علي أمي وهي مشركة فقلت يارسول الله : ان أمي قدمت علي وهي راغبة أفأصلها ؟ قال « نعم صلي أمك » وكسا عمر أخا له مشركا حلة كان النبي ﷺ أعطاه اياها ، وقال النبي ﷺ لسعد « ان نفقتك على أهلك صدقة ، وأن ما تأكل امرأتك صدقة » متفق عليه[1]

(فصل) فأما النبي ﷺ فالظاهر أن الصدقة جميعها كانت محرمة عليه فرضها ونفلها لأن اجتنابها كان من دلائل نبوته فلم يكن ليحل بذلك بدليل أن في حديث سلمان الفارسي أن الذي أخبره عن النبي ﷺ ووصفه له قال : انه يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة . وقال أبو هريرة : كان النبي ﷺ اذا أتي بطعام سأل عنه ، فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ، وان قيل هدية ضرب بيديه وأكل معهم أخرجه البخاري . وقال في لحم تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة وهو لنا هدية » ولأن النبي ﷺ كان أشرف الخلق وكان له من المغانم خمس الخمس والصفي فحرم نوعي الصدقة فرضها ونفلها ، وآله دونه في الشرف ولهم خمس الخمس وحده فحرموا أحد نوعيها وهو الفرض ، وقد روي عن احمد أن صدقة التطوع لم تكن محرمة عليه والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لما ذكرنا من الادلة والله تعالى أعلم

﴿مسئلة﴾ (وهل يجوز دفعها الى سائر من تلزمه مؤنته من أقاربه أو الى الزوج أو بني المطلب على روايتين)

الاقارب غير الوالدين قسمان : من لا يرث منهم يجوز دفع الزكاة اليه سواء كان انتفاء الارث لانتفاء سببه لكونه بعيد القرابة ليس من أهل الميراث في حال أو كان لمانع مثل أن يكون محجوبا عن الميراث كالأخ المحجوب بالابن والعم المحجوب بالاخ وابنه فيجوز دفع الزكاة اليه لأنه لا قرابة جزئية بينهما ولا ميراث فأشبها الأجانب . والثاني من يرث كالأخوين اللذين يرث كل واحد منهما الآخر ففيه روايتان : إحداهما يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته الى الآخر وهي الظاهرة عنه رواها عنه الجماعة قال في رواية إسحق بن ابراهيم واسحق بن منصور وقد سأله يعطي الاخ والاخت والخالة من الزكاة ؟ قال يعطى كل القرابة إلا الابوين والولد وهذا قول أكثر أهل العلم لقول النبي ﷺ « الصدقة على المسكين صدقة وهي لذي الرحم اثنتان صدقة وصلة » فلم يشترط نافلة ولا

---

[1] « ١ » وحديث أسماء متفق عليه أيضا وقال سفيان بن عيينة احد رواته عند البخاري : فأنزل الله فيها (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين)

بيضة من ذهب فقال يارسول الله أصبت هذه من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله ﷺ ثم أتاه من قبل ركنه الايمن فقال مثل ذلك فأعرض عنه ثم أتاه من قبل ركنه الأيسر

فريضة ولم يفرق بين الوارث وغيره ولانه ليس من عمودي نسبه فأشبه الاجنبي (والرواية الثانية) لايجوز دفعها الى الموروث وهو ظاهر قول الخرقي لأن على الوارث مؤنة الموروث فاذا دفع اليه الزكاة أغناه عن مؤنته فيعود نفع زكاته اليه فلم يجز كدفعها الى والده أو قضاء دينه بها ، والحديث يحتمل صدقة التطوع فيحمل عليها . فعلى هذا إن كان أحدهما يرث الآخر ولا يرثه الآخر كالعمة مع ابن أخيها والعتيق مع معتقه فعلى الوارث منهما نفقة موروثه وليس له دفع زكاته اليه على هـذه الرواية وليس على الموروث منهما نفقة وارثه ولا يمنع من دفع الزكاة اليـه لانتفاء المقتضي للمنع ، ولو كان أخوان لأحدهما ابن والآخر لا ولد له فعلى أبي الابن نفقة أخيه وليس له دفع زكاته اليه والذي لا ولد له دفع زكاته الى أخيه ولا تلزمه نفقته لانه محجوب عن ميراثه ، ونحو هـذا قول الثوري . فأما ذوو الارحام في الحال التي يرثون فيها فيجوز دفعها اليهم في ظاهر المذهب لأن قرابتهم ضعيفة لايرث بها مع عصبة ولا ذي فرض غير أحد الزوجين فلم يمنع دفع الزكاة كقرابة سائر المسلمين فان ماله يصير اليهم عنـد عدم الوارث

(فصل) فان كان في عائلته من لايجب عليه الانفاق عليه كيتيم أجنبي ، فظاهر كلام أحمد انه لايجوز دفع زكاته اليه لانه ينتفع بدفعها اليه لاغنائه بها عن مؤنته . والصحيح ان شاء الله جواز دفعها اليه لانه داخل في الاصناف المستحقين للزكاة ولم يرد في منعه نص ولا اجماع ولا قيـاس صحيح فلم يجز اخراجه عن عموم النص بغير دليل . وقد روى البخاري ان إمرأة عبدالله سألت النبي ﷺ عن بني أخ لها أيتام في حجرها فتعطيهم زكاتها ؟ قال « نعم » فان قيل فهو ينتفع بدفعها اليه قلنا قد لا ينتفع به لامكان صرفها في مصالحه التي لايقوم بها الدافع ، وان قدر الانتفاع به فانه نفع لايسقط به واجباً عليه ولا يجتلب به مالا اليه فلم يمنع ذلك الدفع كما لو لم يكن من عائلته

(فصل) ويجوز أن يعطي الانسان ذا قرابته من الزكاة لكونه غارما أو مؤلفاً أو عاملا أو غارما لاصلاح ذات البين ولا يعطى لغير ذلك

(فصل) وفي دفع الزكاة الى الزوج روايتان : احداهما لايجوز دفعها اليه اختارها أبو بكر وهو مذهب أبوحنيفة لانه أحد الزوجين فلم يجز دفع الزكاة اليـه كالآخر ولانها تنتفع بدفعها اليه لانه ان كان عاجزاً عن الانفاق عليهـا تمكن بأخـذ الزكاة من الانفاق فيـلزمه وان لم يكن عاجزاً لكنه أيسر بهـا فلزمته نفقة الموسرين فينتفع بها في الحالين فلم يجز لها ذلك كما لودفعتها في أجرة دار أو نفقة رقيقها أو بهائمها ، فان قيل فيلزم على هـذا الغريم فانه يجوز له دفع زكاته الى غريمه ويلزم

فقال مثل ذلك فأعرض عنه رسول ﷺ ثم أتاه من خلفه فأخذها رسول الله ﷺ فحذفه بها فلو أصابته لأوجعته أو لعقرته وقال رسول الله ﷺ « يأتي أحدكم بما يملك ويقول هذه صدقة ثم يقعد يستكف الناس »

الأخذ بذلك وفاء دينه ، قلنا الفرق بينهما من وجهين : أحدهما ان حق الزوجة في النفقة آكد من حق الغريم بدليل ان نفقة المرأة مقدمة في مال المفلس على وفاء دينه وانها تملك أخذها من ماله بغير علمه اذا امتنع من أدائها . والثاني ان المرأة تنبسط في مال زوجها بحكم العادة ويعد مال كل واحد منهما مالا للآخر . ولهذا قال ابن مسعود في عبد سرق مرآة امرأة سيده : عبدكم سرق مالكم ، ولم يقطعه وروي ذلك عن عمر . والرواية الثانية يجوز للمرأة دفع زكاتها الى زوجها وهو مذهب الشافعي وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن زينب امرأة عبد الله بن مسعود قالت يارسول الله انك أمرت اليوم بالصدقة وكان عندي حلي لي فأردت أن أتصدق به فزعم ابن مسعود انه هو وولده أحق من تصدقت عليهم . فقال النبي ﷺ «صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم » رواه البخاري ولانه لاتجب نفقته فلم يمنع دفع الزكاة اليه كالاجنبي، وبهذا فارق الزوجة فان نفقتها واجبة عليه ولأن الاصل جواز الدفع الى الزوج لدخوله في عموم الاصناف المسمين في الزكاة وليس في المنع نص ولا اجماع وقياسه على من يثبت المنع في حقه لايصح لوضوح الفرق بينهما فيبقى جواز الدفع ثابتا والاستدلال بهذا أقوى من الاستدلال بحديث ابن مسعود لانه في صدقة التطوع لقولها أردت أن أتصدق بحلي لي ولا تجب الصدقة بالحلي وقول النبي ﷺ « زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم » والولد لاتدفع اليه الزكاة

(فصل) وهل يجوز دفع الزكاة الى بني المطلب على روايتين : احداهما ليس لهم ذلك نقلها عنه عبدالله بن أحمد وغيره لقول النبي ﷺ « أنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام انما نحن وهم شيء واحد » وفي لفظ رواه الشافعي في مسنده « انما بنوهاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه ولانهم يستحقون من خمس الخمس فمنعوا من الزكاة كبني هاشم . وقد أكد ذلك ماروي أن النبي ﷺ علل منعهم من الصدقة باستغنائهم عنها بخمس الخمس فقال « أليس في خمس الخمس مايغنيكم» والرواية الثانية لهم الاخذ منها وهو قول أبي حنيفة لدخولهم في عموم الصدقات لكن خرج بنو هاشم لقول النبي ﷺ « ان الصدقة لاتنبغي لآل محمد » فوجب أن يختص المنع بهم ولا يصح قياسهم على بني هاشم لأن بني هاشم أقرب الى النبي ﷺ وأشرف وهم آل النبي ﷺ ومشاركة بني المطلب لهم في خمس الخمس ما استحقوه بمجرد القرابة بدليل ان بني عبد شمس وبني نوفل يساوونهم في القرابة ولم يعطوا شيئا وانما شاركوهم بالنصرة أو بهما جميعا والنصرة لا تقتضي منع الزكاة

خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » فقد نبه النبي ﷺ على المعنى الذي كره من أجله الصدقة بجميع ماله وهو أن يستكف الناس أي يتعرض لهم للصدقة ، أي يأخذها ببطن كفه يقال تكفف واستكف إذا فعل ذلك . وروى النسائي أن النبي ﷺ أعطى رجلا ثوبين من الصدقة ثم حث على الصدقة

﴿ مسئلة ﴾ (وان دفعها الى من لا يستحقها وهو لا يعلم ثم علم لم يجزه إلا الغني اذا ظنه فقيراً في احدي الروايتين)

اذا دفع الزكاة الى من لا يستحقها جاهلا بحاله كالعبد والكافر والهاشمي وقرابة المعطي ممن لا يجوز دفعها اليه لم يجزئه رواية واحدة لأنه ليس بمستحق ولا يخفى حاله غالباً فلم يجزئه الدفع اليه كديون الآدميين . فأما ان أعطى من يظنه فقيراً فبان غنيا ففيه روايتان : احداهما يجزئه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وأبي عبيد وأبي حنيفة لان النبي ﷺ اعطى الرجلين الجلدين وقال « إن شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » وقال للرجل الذي سأله من الصدقة « إن كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » ولو اعتبر حقيقة الغنى لما اكتفى بقولهم . وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « قال رجل لأتصدقن بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها في يد غني فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني ، فأتي فقيل له : أما صدقتك فقد تقبلت لعل الغني يعتبر فينفق مما أعطاه الله » رواه النسائي . والرواية الثانية لا يجزيه لأنه دفع الواجب الى غير مستحقه فلم يخرج من عهدته كما لو دفعها الى كافر أو ذي قرابة وكديون الآدميين . وهذا قول الثوري وأبي يوسف وابن المنذر ، وللشافعي قولان كالروايتين والاول أولى ان شاء الله تعالى لأن الفقر والغنى يعسر الاطلاع عليه والمعرفة بحقيقته قال الله تعالى : (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم) فاكتفى بظهور الفقر ودعواه بخلاف غيره والله أعلم .

(فصل) وصدقة التطوع مستحبة في جميع الاوقات لقول الله تعالى (من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسنا فيضاعفه له أضعافا كثيرة) وأمر بالصدقة في آيات كثيرة وحث عليها ورغب فيها ، وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ولا يصعد الى الله إلا طيب فان الله يقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل » متفق عليه . وصدقة السر أفضل من العلانية لقول الله تعالى (إن تبدو الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال « سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله « ذكر منهم رجلا » تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » متفق عليه. وروي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال « صدقة السر تطفيء غضب الرب » رواه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ (وأفضل ما تكون في شهر رمضان وأوقات الحاجات)

لقول الله تعالى (أو اطعام في يوم ذي مسغبة) ولأن الحسنات تضاعف فى شهر رمضان وفيها

فطرح الرجل أحد ثوبيه فقال النبي ﷺ « ألم تروا الى هذا دخل بهيئة بذة فأعطيته ثوبين ثم قلت تصدقوا فطرح أحد ثوبيه ، خذ ثوبك » وانتهره، ولان الانسان إذا أخرج جميع ماله لا يأمن فتنة الفقر

اعانة على أداء الصوم المفروض ، ومن فطر صائما كان له مثل أجره . وتستحب الصدقة على ذي القرابة لقوله سبحانه (يتيما ذامقربة) وقال النبي ﷺ « الصدقة على المسكين صدقة ، وعلى ذي الرحم اثنتان صدقة وصلة » وهو حديث حسن ، وسألت زينب امرأة ابن مسعود رسول الله ﷺ هل يسعها أن تضع صدقتها في زوجها وبني أخ لها يتامى قال « نعم لها أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة» رواه النسائي. ويستحب أن يخص بالصدقة من اشتدت حاجته لقول الله تعالى (أو مسكيناً ذامتربة)

﴿ مسئلة ﴾ (وتستحب الصدقة بالفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام)

لقول النبي ﷺ « خير الصدقة ما كان عن ظهر غني وابدأ بمن تعول » متفق عليه ،فان تصدق بما ينقص مؤنة من تلزمه مؤنته أثم لقول النبي ﷺ « كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت » وروى أبو هريرة قال : أمر النبي ﷺ بالصدقة فقام رجل فقال : يارسول الله عندي دينار، فقال« تصدق به على نفسك » فقال عندي آخر ، قال « تصدق به على ولدك » قال عندي آخر ، قال « تصدق به على زوجك » قال عندي آخر ، قال « تصدق به على خادمك » قال عندي آخر، قال « أنت أبصر » رواهما أبو داود ، فان وافقه عياله على الايثار فهو أفضل لقوله تعالى (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) وقال النبي ﷺ « أفضل الصدقة جهد من مقل إلى فقير في السر »

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أراد الصدقة بماله كله وهو يعلم من نفسه حسن التوكل والصبر عن المسألة فله ذلك وإن لم يثق من نفسه بذلك كره له)

من أراد الصدقة بجميع ماله وكان وحده أو كان لمن يمونه كفايتهم وكان مكتسباً أو واثقاً من نفسه بحسن التوكل والصبر على الفقر والتعفف عن المسئلة فله ذلك لما ذكرنا من الآية والخبر في المسألة قبلها ، ولما روى عمر رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق فوافق ذلك مالا عندي فقلت اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوما فجئت بنصف مالي ، فقال رسول الله ﷺ « ماأبقيت لأهلك » قلت أبقيت لهم مثله ، فأتى أبو بكر بكل ماعنده فقال له « ماأبقيت لأهلك » قال أبقيت لهم الله ورسوله ، فقلت لاأسابقك إلى شيء أبداً ، فكان هذا فضيلة في حق الصديق رضي الله عنه لقوة يقينه وكمال إيمانه وكان تاجراً ذامكسب ، فانه قال حين ولي : قد علم الناس أن مكسبي لم يكن ليعجز عن مؤنة عيالي ، وإن لم يوجد في المتصدق أحد هذين كره له لما روى أبو داود عن جابر بن عبدالله قال : كنا عند رسول الله ﷺ إذ جاء رجل بمثل بيضة من ذهب فقال يارسول الله :أصبت هذه من معدن خذها فهي صدقة ماأملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله ﷺ ثم أتاه من قبل ركنه الايمن فقال مثل ذلك فأعرض عنه ، ثم أتاه من قبل ركنه الايسر فأعرض عنه رسول الله ﷺ ، ثم

وشدة نزاع النفس إلى ماخرج منه فيندم فيذهب ماله ويبطل أجره ويصير كلا على الناس ، ويكره لمن لا صبر له على الاضافة أن ينقص نفسه من الكفاية التامة

والله أعلم

أتاه من خلفه فأخذها رسول الله ﷺ فحذفه بها فلو أصابته لعقرته أو لأوجعته ، وقال رسول الله ﷺ « يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يستكف الناس ، خير الصدقة ما كان عن ظهر غني » فقد نبه النبي ﷺ على المعنى الذي كره الصدقة بجميع ماله وهو « أن يستكف الناس » أي يتعرض للصدقة فيأخذها ببطن كفه ، يقال تكفف واستكف اذا فعل ذلك

وروى النسائي أن النبي ﷺ أعطى رجلا ثوبين من الصدقة ، ثم حث على الصدقة فطرح الرجل أحد ثوبيه فقال رسول الله ﷺ « ألم تروا إلى هذا دخل بهيئة بذة فأعطيته ثوبين ثم قلت تصدقوا فطرح أحد ثوبيه » خذ ثوبك وانتهره ، ولأن الانسان اذا أخرج جميع ماله لا يأمن فتنة الفقر وشدة نزاع النفس إلى ماخرج منه فيندم فيذهب ماله ويبطل أجره ويصير كلا على الناس

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره لمن لا صبر له على الضيق أن ينقص نفسه من الكفاية التامة)

والله أعلم

﴿ تم طبع الجزء الثاني ﴾

من كتاب المغني وهو الذي في أعلى الصحائف وكتاب الشرح الكبير للمقنع وهو الذي في أدناها وكان ذلك في أواخر شهر رجب من سنة ١٣٤٥ هـ

ويليه الجزء الثالث

وأوله في الكتابين (كتاب الصيام)

فهرس الجزء الثاني من كتابي

المغني والشرح الكبير

« أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبهما بيناه باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلفظ آخر »

(كتاب الزكاة)

صفحة

صفحة

تم والحمد لله

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة ﴿ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ﴾
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ على مختصر ﴿ الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ﴾

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام ﴿ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ﴾ المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة ﴿ أبي عبد الله أحمد بن محمد ابن حنبل الشيباني ﴾ مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثالث

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيام

الصيام في اللغة الامساك يقال صام النهار إذا وقف سير الشمس قال الله تعالى إخباراً عن مريم (إني نذرت للرحمن صوما) أي صمتا لانه إمساك عن الكلام وقال الشاعر :

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

يعني بالصائمة الممسكة عن الصهيل ، والصوم في الشرع عبارة عن الامساك عن أشياء مخصوصة في وقت مخصوص يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، وصوم رمضان واجب والاصل في وجوبه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم -الى قوله- فمن شهد منكم الشهر فليصمه) . وأما السنة فقول النبي ﷺ « بني الاسلام على خمس » ذكر منها صوم رمضان، وعن طلحة بن عبيد الله أن رجلاجاء الى النبي ﷺ ثائر الرأس فقال يارسول الله أخبرني ماذا فرض الله علي من الصيام ؟ قال « شهر رمضان » قال هل علي غيره ؟ قال لا

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الصيام

الصيام في اللغة عبارة عن الامساك يقال صام النهار اذا وقف سير الشمس، وقال سبحانه و تعالى حكاية عن مريم (إني نذرت للرحمن صوما) أي إمساكا عن الكلام وقال الشاعر

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

يعني بالصائمة الممسكة عن الصهيل ، وهو في الشرع عبارة عن الامساك عن أشياء مخصوصة في وقت مخصوص يأتي بيانه إن شاء الله . وصوم رمضان واجب والأصل في وجوبه الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام) الى قوله (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وأما السنة فقول النبي ﷺ « بني الاسلام على خمس » ذكر منها صوم رمضان ، وعن طلحة بن عبيدالله أن اعرابياً جاء الى رسول الله ﷺ ثائر الرأس فقال يارسول اخبرني ماذا فرض الله عليّ من الصيام ؟ فقال « شهر رمضان » فقال هل عليّ غيره ؟ قال « لا ، إلا أن تتطوع شيئا »

الا أن تطوع شيئاً » قال فاخبرني ماذا فرض الله علي من الزكاة ؟ فاخبره رسول الله ﷺ بشرائع الاسلام قال والذي أكرمك لا أتطوع شيئاً ولا أنقص مما فرض الله علي شيئاً فقال النبي ﷺ « أفلح ان صدق أودخل الجنة إن صدق » متفق عليهما وأجمع المسلمون على وجوب صيام شهر رمضان

(فصل) روي عن النبي ﷺ أنه قال «إذا جاء رمضان فتحت أبواب الجنة » متفق عليه وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « لا تقولوا جاء رمضان فان رمضان اسم من أسماء الله تعالى »(١) فيتعين حمل هذا على أنه لا يقال ذلك غير مقترن بما يدل على إرادة الشهر لئلا يخالف الأحاديث الصحيحة والمستحب مع ذلك أن يقول شهر رمضان كما قال الله تعالى (شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن) واختلف في المعنى الذي لاجله سمي رمضان فروى أنس عن النبي ﷺ أنه قال « إنما سمي رمضان لانه يحرق الذنب »(٢) فيحتمل أنه أراد أنه شرع صومه دون غيره ليوافق اسمه معناه، وقيل هو اسم موضوع لغير معنى كسائر الشهور وقيل غير ذلك

(فصل) والصوم المشروع هو الامساك عن المفطرات من طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس وروي معنى ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عطاء وعوام أهل العلم(٣) وروي عن علي رضي الله عنه أنه لما صلى الفجر قال الآن حين تبين الخيط الابيض من الخيط الاسود. وعن ابن مسعود نحوه وقال مسروق لم يكونوا يعدون الفجر فجركم انما كانوا يعدون الفجر الذي يملأ البيوت والطرق وهذا قول الاعمش

(١) اخرجه ابن عدي في الكامل وضعفه وهو مخالف لنص الحديث المتفق عليه المذكور قبله ولغيره من الصحاح كما بينه البخاري في صحيحه

(٢) وهذا لايصح حديثا وله وجه في اللغة لان الرمضاء شدة حر الشمس ورمضت الفصال احترقت اخفافها من الرمضاء

(٣) يعني جمهورهم

قال فاخبرني ماذا فرض علي من الزكاة ؟ فأخبره رسول الله ﷺ بشرائع الاسلام فقال والذي أكرمك لا أتطوع شيئاً ولا أنقص مما فرض الله علي شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ « أفلح ان صدق أو دخل الجنة إن صدق » متفق عليهما ، وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان

﴿ فصل ﴾ روي عن النبي ﷺ انه قال « اذا جاء رمضان فتحت أبواب الجنة » متفق عليه وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لاتقولوا جاء رمضان فان رمضان اسم من أسماء الله تعالى » فيتعين حمل هـذا على انه لايقال ذلك غير مقترن بما يدل على إرادة الشهر لئلا يخالف الاحاديث الصحيحة . والمستحب مع ذلك أن تقول شهر رمضان كما قال تعالى (شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن) واختلف في المعنى الذي سمي لأجله رمضان، فروى أنس عن النبي ﷺ انه قال « انما سمي رمضان لانه يحرق الذنوب » فيحتمل إنه أراد انه شرع صومه دون غيره ليوافق اسمه معناه ، وقيل هو اسم موضوع لغير معنى كسائر الشهور وقيل غير ذلك

﴿ فصل ﴾ والصوم المشروع هو الامساك عن المفطرات من طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس روي معنى ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عطاء وعوام أهل العلم، وروي عن علي رضي الله عنه انه لما صلى الفجر قال: الآن حين تبين الخيط الابيض من الخيط الاسود ، وعن ابن مسعود نحوه وقال مسروق لم يكونوا يعدون الفجر فجركم انما كانوا يعدون الفجر الذي يملأ البيوت والطرق وهذا قول الأعمش

ولنا قول الله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) يعني بياض النهار من سواد الليـل وهذا يحصـل بطلوع الفجر قال ابن عبد البر في قول النبي ﷺ « ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم) دليل على أن الخيط الابيض هو الصباح وأن السحور لا يكون الا قبل الفجر وهذا إجماع لم يخالف فيه الا الاعمش وحده فشذ ولم يعرج أحد على قوله ، والنهار الذي يجب صيامه من طلوع الفجر الى غروب الشمس ، قال هذا قول جماعة علماء المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا مضى من شـعبان تسعة وعشرون يوما طلبوا الهلال فان كانت السماء مصحية لم يصوموا ذلك اليوم)

وجملة ذلك أنه يستحب للناس تراثي الهلال ليلة الثلاثين من شعبان وتطلبه ليحتاطوا بذلك لصيامهم ويسلموا من الاختلاف ، وقد روى الترمذي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « احصوا هلال شعبان لرمضان » فاذا رأوه وجب عليهم الصيام اجماعا وان لم يروه وكانت السماء مصحية لم يكن لهم صيام ذلك اليوم الا أن يوافق صوماً كانوا يصومونه مثل من عادته صوم يوم وافطار يوم أو صوم يوم الخميس أو صوم آخر يوم من الشهر وشبه ذلك إذا وافق صومه أو من صام قبل ذلك بأيام فلا بأس بصومه لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا يتقدمنّ أحدكم رمضان بصيام يوم أو يومين الا أن يكون رجل كان يصوم صياما فليصمه » متفق عليه وقال عمار من صـام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم ﷺ قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وكره أهل العلم صوم يوم الشك واستقبال رمضان باليوم واليومين لنهي النبي ﷺ عنه وحكي عن القاسم بن محمد أنه سئل عن صيام آخر

ولنا قول الله تعالى (حتي يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) يعني بياض النهار من سواد الليل وهذا يحصل بطلوع الفجر. قال ابن عبدالبر : قول النبي ﷺ أن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم» دليل على ان الخيط الابيض هو الصباح وان السحور لا يكون إلا قبل الفجر وهذا إجماع لم يخالف فيه إلا الاعمش وحده فشذ ولم يعرج أحد على قوله ، والنهار الذي يجب صيامه من طلوع الفجر الى غروب الشمس قال هذا قول جماعة علماء المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجب صوم رمضان برؤية الهلال فان لم ير مع الصحو أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا ، فان حال دون منظره غيم أو قتر ليلة الثلاثين وجب صيامه بنيـة رمضان في ظاهر المذهب وعنه لا يجب وعنه الناس تبع للامام فان صام صاموا)

وجملة ذلك أن صوم شهر رمضان يجب بأحد ثلاثة أشياء (أحدها) رؤية هلال رمضان يجب به الصوم إجماعا لقول النبي ﷺ « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » متفق عليـه (الثاني) كمال شعبان ثلاثين يوما يجب به الصوم لانه يتيقن به دخول شهر رمضان ولا نعلم فيه خلافا ، ويستحب للنـاس

يوم من شعبان هل يكره ؟ قال لا الا أن يغمى الهلال واتباع قول رسول الله ﷺ أولى فأما استقبال الشهر بأكثر من يومين فغير مكروه فان مفهوم حديث أبي هريرة أنه غير مكروه لتخصيصه النهي باليوم واليومين وقد روى العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «إذا كان النصف من شعبان فامسكوا عن الصيام حتى يكون رمضان» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح الا أن أحمد قال ليس هو بمحفوظ قال وسألنا عنه عبد الرحمن بن مهدي فلم يصححه ولم يحدثني به وكان يتوقاه قال أحمد والعلاء ثقة لا ينكر من حديثه الا هذا لانه خلاف ما روي عن النبي ﷺ أنه كان يصل شعبان برمضان ويحمل هذا الحديث على نفي استحباب الصيام في حق من لم يصم قبل نصف الشهر وحديث عائشة في صلة شعبان برمضان في حق من صام الشهر كله فانه قد جاء ذلك في سياق الخبر فلا تعارض بين الخبرين اذا . وهذا أولى من حملهما على التعارض ورد أحدهما بصاحبه والله أعلم * وفي كلام الخرقي فيه اختصار وتقديره طلبوا الهلال فان رأوه صاموا وان لم يروه وكانت السماء مصحية لم يصوموا فحذف بعض الكلام للعلم به اختصارا

(فصل) ويستحب لمن رأى الهلال أن يقول ماروى ابن عمر قال كان رسول الله ﷺ اذا

ترائي الهلال ليلة الثلاثين من شعبان ليحتاطوا لصيامهم ويسلموا من الاختلاف . وقد روى الترمذي عن أبي هريرة ان النبي ﷺ قال « أحصوا هلال شعبان لرمضان »

﴿ فصل ﴾ ويستحب لمن رأى الهلال أن يقول ماروى ابن عمر قال كان رسول الله ﷺ اذا رأى الهلال قال « الله أكبر ، اللهم أهله علينا بالأمن والايمان والسلامة والاسلام والتوفيق لما تحب وترضى ، ربي وربك الله » رواه الأثرم (الثالث) أن يحول دون منظره ليلة الثلاثين من شعبان غيم أو قتر فيجب صيامه في ظاهر المذهب ويجزيه إن كان من شهر رمضان اختارها الخرقي وأكثر شيوخ اصحابنا وهو مذهب عمر وابنه وعمرو بن العاص وأبي هريرة وأنس ومعاوية وعائشة وأسماء ابنتي أبي بكر وبه قال بكر بن عبد الله المزني وأبو عثمان النهدي وابن أبي مريم ومطرف وميمون بن مهران وطاوس ومجاهد وعن أحمد رواية ثانية لايجب صومه ولا يجزيه عن رمضان إن صامه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وكثير من أهل العلم لما روى أبوهريرة قال قال رسول الله ﷺ «صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غمي عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما » رواه البخاري وعن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غمي عليكم فاقدروا له ثلاثين » رواه مسلم ، وقد صح ان النبي ﷺ نهى عن صوم يوم الشك وهذا يوم شك ولأن الاصل بقاء شعبان فلا ينتقل بالشك وعنه رواية ثالثة ان الناس تبع للامام فان صام صاموا وإن أفطر أفطروا وهو قول الحسن وابن سيرين لقول النبي ﷺ « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والاضحى يوم تضحون » قيل معناه ان الصوم والفطر مع الجماعة ومعظم الناس قال الترمذي حديث حسن غريب

ووجه الرواية الأولى ماروى نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ «انما الشهر تسع وعشرون

رأى الهلال قال « الله اكبر اللهم أهله علينا بالامن والايمان والسلامة والاسلام والتوفيق لما تحب وترضى ربي وربك الله » رواه الأثرم

فلا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فان غم عليكم فاقدروا له » قال نافع كان عبدالله ابن عمر اذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوما يبعث من ينظر له الهلال فان رؤي فذاك وإن لم ير ولم يحل دون منظره سحاب ولا قتر أصبح مفطرا ، وان حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائما ومعنى اقدروا له أي ضيقوا له من قوله تعالى (ومن قدر عليه رزقه) أي ضيق عليه وقوله (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) والتضييق له أن يجعل شعبان تسعة وعشرون يوما ، وقد فسره ابن عمر بفعله وهو راويه وأعلم بمعناه فيجب الرجوع الى تفسيره كما رجع اليه في تفسير التفرق في خيار المتبايعين ولانه شك في أحد طرفي الشهر لم يظهر فيه أنه من غير رمضان فوجب الصوم كالطرف الآخر ، قال علي وأبوهريرة وعائشة : لأن أصوم يوما من شعبان أحب إليّ من أن أفطر يوما من رمضان، ولان الصوم يحتاط له ولذلك وجب الصوم بخبر واحد ولم يفطروا إلا بشهادة اثنين . فأما خبر أبي هريرة الذي احتجوا به فانه يرويه محمد بن زياد وقد خالفه سعيد بن المسيب فرواه عن أبي هريرة « فان غم عليكم فصوموا ثلاثين » وروايته أولى لامامته واشتهار ثقته وعدالته وموافقته لرأي أبي هريرة ومذهبه ولخبر ابن عمر الذي رويناه ويمكن حمله على ما اذا غم في طرفي الشهر ورواية ابن عمر « فاقدروا له ثلاثين » مخالفة للرواية الصحيحة المتفق عليها ولمذهب ابن عمر ، ورواية النهي عن صوم يوم الشك محمول على حال الصحو جمعاً بينه وبين ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا رأى الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المقبلة)

المشهور عن أحمد ان الهلال اذا رؤي نهاراً قبل الزوال أو بعده وكان ذلك في آخر رمضان لم يفطروا برؤيته وهذا قول عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس والاوزاعي ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وإسحق ، وحكي عن أحمد انه إن رؤي قبل الزوال فهو للماضية وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه رواه عنه سعيد وبه قال الثوري وأبو يوسف لأن النبي ﷺ قال « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » وقد رأوه فيجب الصوم والفطر ولان ماقبل الزوال أقرب الى الماضية

ولنا ماروى أبو وائل قال جاءنا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة بعضها أقرب من بعض فاذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى تمسوا أو يشهد رجلان انهما رأياه بالامس عشية ولانه قول من سمينا من الصحابة ، وخبرهم محمول على ما اذا رؤي عشية بدليل مالو رؤي بعد الزوال ، ثم ان الخبر انما يقتضي الصوم والفطر من الغد بدليل مالو رآه عشية ، فأما ان كانت الرؤية في أول رمضان فالصحيح أيضاً أنها لليلة المقبلة وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى انه للماضية ، فعلى هذا يلزم قضاء ذلك اليوم وامساك بقيته احتياطا للعبادة لأن ماكان لليلة المقبلة في آخره فهو لها في أوله كما لو رؤي بعد العصر

(فصل) واذا رأى الهلال أهل بلد لزم جميع البلاد الصوم وهذا قول الليث وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم إن كان بين البلدين مسافة قريبة لاتختلف المطالع لاجلها كبغداد والبصرة لزم أهلهما الصوم برؤية الهلال في احداهما وان كان بينهما بعد كالعراق والحجاز والشام فلكل أهل بلد رؤيتهم وروي عن عكرمة أنه قال لكل أهل بلد رؤيتهم وهو مذهب القاسم وسالم واسحاق لما روى كريب قال قدمت الشام واستهل علي هلال رمضان وأنا بالشام فرأينا الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني ابن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال؟ قلت رأيناه ليلة الجمعة فقال أنت رأيته ليلة الجمعة؟ قلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية فقال لكن رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه ، فقلت ألا تكتفي برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا هكذا أمرنا رسول الله ﷺ قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب ورواه مسلم أيضاً

ولنا قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وقول النبي ﷺ للاعرابي لما قال له : آلله أمرك أن تصوم هذا الشهر من السنة ؟ قال « نعم » وقوله للآخر لما قال له ماذا فرض الله علي من الصوم ؟ قال « شهر رمضان » وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثقات فوجب صومه على جميع المسلمين ولان شهر رمضان ما بين الهلالين ، وقد ثبت أن هذا اليوم منه في سائر الاحكام من حلول الدين ووقوع الطلاق والعتاق ووجوب

﴿ مسئلة ﴾ (واذا رأى الهلال أهل بلد لزم الناس كلهم الصوم)

هذا قول الليث وبعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم ان كان بين البلدين مسافة قريبة لاتختلف المطالع لأجلها كبغداد والبصرة لزم أهلهما الصوم برؤية الهلال في أحدهما ، وان كان بينهما بعد كالحجاز والعراق والشام فلكل أهل بلد رؤيتهم ، وروي عن عكرمة انه قال لكل أهل بلد رؤيتهم وهو مذهب القاسم وسالم وإسحق لما روى كريب قال قدمت الشام واستهل علي هلال رمضان وأنا بالشام فرأينا الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني ابن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال ؟ فقلت رأيناه ليلة الجمعة ، فقال أنت رأيته ليلة الجمعة ؟ فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية . فقال لكن رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه . فقلت ألا تكتفي برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا ، هكذا أمرنا رسول الله ﷺ رواه مسلم

ولنا قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وقول النبي ﷺ للاعرابي لما قال له: آلله أمرك أن تصوم هذا الشهر من السنة ؟ قال نعم . وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان وقد ثبت ان هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثقاة فوجب صومه على جميع المسلمين ولان شهر رمضان ما بين الهلالين وقد ثبت ان هذا اليوم منه في سائر الاحكام من حلول الدين ووقوع الطلاق والعتاق ووجوب

النذور وغير ذلك من الاحكام فيجب صيامه بالنص والاجماع ولان البينة العادلة شهدت برؤية الهلال فيجب الصوم كما لو تقاربت البلدان فاما حديث كريب فانما دل على أنهم لا يفطرون بقول كريب وحده ونحن نقول به، وانما محل الخلاف وجوب قضاء اليوم الاول وليس هو في الحديث فان قيل فقد قلتم إن الناس إذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما ولم يروا الهلال أفطروا في أحد الوجهين قلنا الجواب عن هذا من وجهين (أحدهما) أننا إنما قلنا يفطرون اذا صاموا بشهادته فيكون فطرهم مبنياً على صومهم بشهادته وههنا لم يصوموا بقوله فلم يوجد مايجوز بناء الفطر عليه (الثاني) أن الحديث دل على صحة الوجه الآخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان حال دون منظره غيم أو قتر وجب صيامه وقد أجزأ اذا كان من شهر رمضان)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة فروي عنه مثل مانقل الخرقي اختارها أكثر شيوخ أصحابنا وهو مذهب عمر وابنه وعمرو بن العاص وأبي هريرة وأنس ومعاوية وعائشة وأسماء ابنتي أبي بكر وبه قال بكر بن عبد الله وأبو عثمان النهدي وابن أبي مريم ومطرف وميمون بن مهران وطاوس ومجاهد وروي عنه أن الناس تبع للامام فان صام صاموا وان أفطر أفطروا وهذا قول الحسن وابن سيرين لقول النبي ﷺ « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والاضحى يوم تضحون » قيل معناه أن الصوم والفطر مع الجماعة ومعظم الناس قال الترمذي هذا حديث حسن غريب وعن

النذر وغير ذلك من الاحكام فيجب صيامه بالنص والاجماع ولأن البينة العادلة شهدت برؤية الهلال فيجب الصوم كما لو تقاربت البلدان . فأما حديث كريب فانما دل على انهم لا يفطرون بقول كريب وحده ونحن نقول به وانما محل الخلاف وجوب قضاء اليوم الاول وليس هو في الحديث فان قيل فقد قلتم إن الناس اذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما أفطروا في أحد الوجهين قلنا الجواب عنه من وجهين: أحدهما أننا انما قلنا يفطرون اذا صاموا بشهادته فيكون فطرهم مبنياً على صومهم بشهادته وهاهنا لم يصوموا بقوله فلم يوجد مايجوز بناء الفطر عليه . الثاني ان الحديث دل على صحة الوجه الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (ويقبل في هلال رمضان قول عدل واحد ولا يقبل في سائر الشهور إلا عدلان)

المشهور عن أحمد انه يقبل في هلال رمضان قول عدل واحد ويلزم الناس الصوم بقوله وهو قول عمر وعلي وابن عمر وابن المبارك والشافعي في الصحيح عنه ، وروي عن أحمد انه قال اثنين أعجب إلي ، وقال أبو بكر إن رآه وحده ثم قدم المصر صام الناس بقوله على ماروي في الحديث ، وإن كان الواحد في جماعة الناس فذكر انه رآه دونهم لم يقبل إلا قول اثنين لانهم يعاينون ماعاين وروي عن عثمان رضي الله عنه لا يقبل إلا شهادة اثنين وهو قول مالك والليث والاوزاعي وإسحق

أحمد رواية ثالثة لايجب صومه ولايجزئه عن رمضان ان صامه وهو قول أكثر أهل العلم منهم أبوحنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « صوموا لرؤيته وافطروا

لما روى عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب انه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال إني جالست أصحاب رسول الله ﷺ وسألتهم وانهم حدثوني ان رسول الله ﷺ قال «صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وانسكوا لها، فان غم عليكم فأتموا ثلاثين ، وإن شهد شاهدان ذوا عدل فصوموا وافطروا » رواه النسائي ولأن هذه شهادة على رؤية الهلال أشبهت الشهادة على هلال شوال ، وقال أبو حنيفة في الغيم كقولنا وفي الصحو لايقبل إلا الاستفاضة لانه لايجوز أن ينظر الجماعة الى مطلع الهلال وأبصارهم والموانع منتفية فيراه واحد دون الباقين

ولنا ماروى ابن عباس قال : جاء أعرابي الى النبي ﷺ فقال رأيت الهلال قال « أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ؟ » قال نعم . قال « يابلال أذن في الناس فليصوموا غداً » رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، وروى ابن عمر قال : تراءى الناس الهلال فأخبرت رسول الله ﷺ اني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه رواه أبو داود ولانه خبر عن وقت الفريضة فيما طريقه المشاهدة فقبل فيه قول واحد كالخبر بدخول وقت الصلاة ولانه خبر ديني يشترك فيه المخبر والمخبر فقبل من عدل واحد كالرواية وخبرهم انما يدل بمفهومه وخبرنا يدل بمنطوقه وهو أشهر منه فيجب تقديمه ، ويفارق الخبر عن هلال شوال فانه خروج من العبادة وهذا دخول فيها ويتهم في هلال شوال بخلاف مسئلتنا وما ذكره أبو بكر وأبوحنيفة لا يصح لانه يجوز انفراد الواحد به مع لطافة المرئي وبعده[1] ويجوز أن يختلف معرفتهم بالمطلع ومواضع قصدهم وحدة نظرهم ولهذا لو حكم حاكم بشهادة واحد جاز ولو شهد شاهدان وجب قبول شهادتهما عند أبي بكر ولو كان ممتنعا على ماقالوه لم يصح فيه حكم حاكم ولاثبت بشهادة اثنين ، ومن منع ثبوته بشهادة اثنين رد عليه الخبر الاول وقياسه على سائر الحقوق وسائر الشهور ، ولو ان جماعة في محفل وشهد منهم اثنان على رجل انه طلق زوجته أو أعتق عبده قبلت شهادتهما ، ولو ان اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب انه قال على المنبر في الخطبة شيئا لم يشهد به غيرهما لقبلت شهادتهما ، وكذلك لو شهدا عليه بفعل وان غيرهما يشاركهما في سلامة السمع وصحة البصر كذا هاهنا

(١) لكن العبرة برؤية معتدل البصر لا بالحديد النادر

﴿ فصل ﴾ وان أخبره برؤية الهلال من يثق بقوله لزمه الصوم وان لم يثبت ذلك عند الحاكم لانه خبر بوقت العبادة يشترك فيه المخبر والمخبر أشبه الخبر عن رسول الله ﷺ ، والخبر عن دخول وقت الصلاة ذكره ابن عقيل ، ومقتضى هذا انه يلزمه قبول خبره وإن رده الحاكم لان رد الحاكم يجوز أن يكون لعدم علمه بحال المخبر ، ولا يتعين ذلك في عدم العدالة وقد يجهل الحاكم عدالة من يعلم غيره عدالته

لرؤيته فان غمي عليكم فاكملوا عدة شعبان ثلاثين »رواه البخاري، وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال «صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » رواه مسلم وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن

(فصل) فان كان المخبر امرأة فقياس المذهب قبول قولها وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه خبر ديني أشبه الرواية والخبر عن القبلة ودخول وقت الصلاة ويحتمل أن لا يقبل فيه قول امرأة كهلال شوال

(فصل) فأما هلال شوال وغيره من الشهور فلا يقبل فيه الا شهادة عدلين في قول الجميع إلا أبا ثور فانه قال يقبل في هلال شوال قول واحد لانه أحد طرفي شهر رمضان أشبه الاول ولانه خبر يستوي فيه المخبر والمخبر أشبه الرواية وأخبار الديانات .

ولنا خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وعن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه اجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال وكان لا يجيز على شهادة الافطار الا شهادة رجلين ولانها شهادة على هلال لايدخل بها في العبادة أشبه سائر الشهور وهذا يفارق الخبر لان الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه وفلان عن فلان وهذا لا يقبل فيه ذلك فافترقا

(فصل) ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة النساء المنفردات وان كثرن وكذلك سائر الشهور لانه مما يطلع عليه الرجال وليس بمال ولا يقصد به المال أشبه القصاص وكان القياس يقتضي مثل ذلك في رمضان لكن تركناه احتياطا للعبادة والله أعلم .

﴿مسألة﴾ (وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوماً فلم يروا الهلال أفطروا) وجها واحدا لان الشهر لايزيد على ثلاثين ولحديث عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب

﴿مسألة﴾ (وان صاموا بشهادة واحد فلم يروا الهلال فعلى وجهين)

(أحدهما) لايفطرون لقوله عليه السلام « وان شهد اثنان فصوموا وافطروا »ولانه فطر فلم يجز ان يستند الى شهادة واحد كالو شهد بهلال شوال (والثاني) يفطرون وهو منصوص الشافعي وحكى عن أبي حنيفة لان الصوم اذا وجب وجب الفطر لاستكمال العدة لابالشهادة وقد يثبت تبعامالا يثبت أصلا بدليل أن النسب لا يثبت بشهادة النساء وتثبت بها الولادة ويثبت النسب تبعا لها كذا هاهنا

﴿مسألة﴾ (فان صاموا لاجل الغيم لم يفطروا) وجها واحداً لان الصوم انما كان على وجه الاحتياط فلا يجوز الخروج منه للاحتياط أيضا

﴿مسألة﴾ (ومن رأى هلال رمضان وحده وردت شهادته لزمه الصوم)

هذا المشهور في المذهب وسواء كان عدلا أو فاسقا شهد عند الحاكم أو لم يشهد قبلت شهادته أو ردت ، وهذا قول مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال اسحاق وعطاء لايصوم وروى حنبل عن أحمد لايصوم الا في جماعة الناس ، وروي نحوه عن الحسن وابن سيرين

صوم يوم الشك متفق عليه وهذا يوم شك ولأن الاصل بقاء شعبان فلا ينتقل عنه بالشك
ولنا ماروى نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « انما الشهر تسع وعشرون [1] فلا تصوموا

(١) قيل ان المراد هنا شهر بعينه وقيل ان يكون ٢٩ كما في رواية أخرى لام سلمة وهو الموافق لحديث «الشهر هكذا وهكذا» وعقد ٢٩ و٣٠ وهو الموافق للواقع

لانه يوم محكوم به من شعبان فاشبه التاسع والعشرين

ولنا أنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه كما لو حكم به الحاكم وكونه محكوما به من شعبان ظاهر في حق غيره، وأما في الباطن فهو يعلم أنه من رمضان فلزمه صيامه كالعدل

﴿مسئلة﴾ (وان رأى هلال شوال وحده لم يفطر)

روي ذلك عن مالك والليث وقال الشافعي يحل له أن يأكل بحيث لا يراه أحد لانه تيقنه من شوال فجاز له الاكل كما لو قامت به بينة

ولنا ما روى أبو رجاء عن أبي قلابة أن رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال وقد أصبح الناس صياما فاتيا عمر فذكرا ذلك له فقال لاحدهما أصائم أنت ؟ قال بل مفطر قال ما حملك على هذا ؟ قال لم أكن لاصوم وقد رأيت الهلال وقال للآخر قال إني صائم قال ماحملك على هذا؟ قال لم أكن لافطر والناس صيام فقال للذي افطر لولا مكان هذا لاوجعت رأسك ثم نودي في الناس أن اخرجوا أخرجه سعيد عن ابن عيينه عن أيوب عن أبي رجاء وانما أراد ضربه لافطاره برؤيته وحده ودفع عنه الضرب لكمال الشهادة به وبصاحبه ولو جاز له الفطر لما أنكر عليه ولا توعده وقالت عائشة انما يفطر يوم الفطر الامام وجماعة المسلمين ولم يعرف لهما مخالف في عصرهما فكان اجماعا ولأنه محكوم به من رمضان أشبه اليوم الذي قبله وفارق ما إذا ثبت ببينة لانه محكوم به من شوال بخلاف هذا . قولهم إنه يتيقن أنه من شوال ممنوع فانه يحتمل أن يكون خيل اليه ذلك فرأى شيئا أو شعرة من حاجبه ظنها هلالا ولم تكن

(فصل) فان رآه اثنان فلم يشهدا عند الحاكم جاز لمن سمع شهادتهما الفطر اذا عرف عدالتهما ولكل واحد منهما أن يفطر بقولهما اذا عرف عدالة الآخر لقول النبي ﷺ «إذا شهد اثنان فصوموا وافطروا» وان شهدا عند الحاكم فرد شهادتهما لجهله بحالهما فلمن علم عدالتهما الفطر لان رد الحاكم ههنا ليس بحكم منه وانما هو توقف لعدم علمه فهو كالوقوف عن الحكم انتظاراً للبينة، ولهذا لو ثبتت عدالتهما بعد ذلك حكم بها وان لم يعرف أحدهما عدالة صاحبه لم يجز له الفطر الا أن يحكم بذلك الحاكم لانه يكون مفطراً برؤيته وحده

﴿مسئلة﴾ (وان اشتبهت الاشهر على الاسير تحرى وصام فان وافق الشهر أو ما بعده أجزأه وان وافق قبله لم يجزه)

إذا كان الاسير محبوسا أو مطمورا أو في بعض النواحي النائية عن الامصار لا يمكنه تعرف الاشهر بالخبر فاشتبهت عليه الاشهر فانه يتحري ويجتهد فاذا غلب على ظنه عن امارة تقوم في نفسه

حتى تروا الهلال ولاتفطروا حتى تروه فان غم عليكم فاقدروا له » قال نافع كان ابن عمر اذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوما بعث من ينظر له الهلال فان رأى فذاك وان لم ير ولم يحل دون منظره سحاب

دخول شهر رمضان صامه ولايخلو من أربعة أحوال (أحدها) أن لاينكشف له الحال فيصح صومه ويجزئه لانه أدى فرضه باجتهاده فاجزأه كما لو صلى في يوم الغيم بالاجتهاد

(الثاني) أن ينكشف أنه وافق الشهر أو ما بعده فيجزيه في قول عامة العلماء وحكي عن الحسن ابن صالح أنه لايجزئه في الحالتين لانه صامه على الشك فلم يجزئه كما لو صام يوم الشك فبان من رمضان والاول أولى لانه أدى فرضه بالاجتهاد في محله فاذا أصاب أو لم يعلم الحال أجزأه كالقبلة اذا اشتبهت أو الصلاة في يوم الغيم اذا اشتبه وقتها وفارق يوم الشك فانه ليس بمحل للاجتهاد فان الشرع أمر بصومه عند أمارة عينها فما لم توجد لم يجز الصوم

(الحال الثالث) وافق قبل الشهر فلا يجزئه في قول عامة الفقهاء ، وقال بعض الشافعية يجزئه في أحد القولين كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله، ولنا أنه أتى بالعبادة قبل وقتها فلم يجزئه كالصلاة في يوم الغيم ، وأما الحج فلا نسلمه الا فيما اذا أخطأ الناس كلهم لعظم المشقة وان وقع ذلك لبعضهم لم يجزهم ولان ذلك لايؤمن مثله في القضاء بخلاف الصوم .

(الحال الرابع) أن يوافق بعضه رمضان دون بعض فما وافق رمضان أو بعده اجزأه وما وافق قبله لم يجزئه

(فصل) وإذا وافق صومه بعد الشهر اعتبر أن يكون ماصامه بعدد أيام شهره الذي فاته سواء وافق ما بين الهلالين أو لم يوافق وسواء كان الشهران تامين أوناقصين ولايجزئه أقل من ذلك وقال القاضي ظاهر كلام الخرقي أنه إذا وافق شهراً بين هلالين أجزأه سواء كان الشهران تامين أو ناقصين أو أحدهما تاما والآخر ناقصا وليس بصحيح فان الله تعالى قال (فعدة من أيام أخر) ولانه فاته شهر رمضان فوجب أن يكون صيامه بعدد مافاته كالمريض والمسافر وليس في كلام الخرقي تعرض لهذا التفصيل فلا يجوز حمل كلامه على مايخالف الكتاب والصواب ،فان قيل اليس اذا نذر صوم شهر يجزئه مابين الهلالين ؟ قلنا الاطلاق يحمل على ماتناوله الاسم والاسم يتناول ما بين الهلالين وهنا يجب قضاء ما ترك فيجب أن يراعى فيه عدة المتروك كما أن من نذر صلاة أجزأه ركعتان ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدد ركعاتها كذلك هاهنا الواجب بعدد ما فاته من الايام سواء كان ماصامه بين هلالين أو بين شهرين فان دخل في صيامه يوم عيد لم يعتد به وان وافق أيام التشريق فهل يعتد بها ؟ على روايتين بناء على صحة صومها عن الفرض

(فصل) فان لم يغلب على ظن الاسير دخول رمضان فصام لم يجزه وان وافق الشهر لانه صامه

ولا قتر أصبح مفطراً وان حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائماً رواه أبو داود ومعنى اقدروا له أي ضيقوا له العدد من قوله تعالى (ومن قدر عليه رزقه) أي ضيق عليه وقوله (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) والتضييق له أن

على الشك فلم يجزئه كما لو نوى ليلة الشك ان كان غداً من رمضان فهو فرضي وان غلب على ظنه من غير أمارة فقال القاضي عليه الصيام ويقضي اذا عرف الشهر كالذي خفيت عليه دلائل القبلة فصلى على حسب حاله فانه يعيد وذكر أبو بكر فيمن خفيت عليه دلائل القبلة هل يعيد على وجهين كذلك يخرج على قوله هاهنا وظاهر كلام الخرقي أنه يتحرى فمتى غلب على ظنه دخول الشهر صح صومه وان لم يبن على دليل لانه ليس في وسعه معرفة الدليل (ولا يكلف الله نفساً الا وسعها)

(فصل) واذا صام تطوعا فوافق شهر رمضان لم يجزئه نص عليه أحمد وبه قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي يجزئه وهو مبني على وجوب تعيين النية لرمضان وسنذكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجب الصوم الا على المسلم البالغ العاقل القادر على الصوم ولا يجب على كافر ولا مجنون ولاصبي)

يجب الصوم على من وجدت فيه هذه الشروط بغير خلاف لما ذكرنا من الادلة ولا يجب على كافر أصليا كان أو مرتداً في الصحيح من المذهب لانه عبادة لاتصح منه في حال كفره ولا يجب عليه قضاؤها اذا أسلم لقوله تعالى (قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قدسلف) وفيه رواية أخرى ان القضاء يجب على المرتد اذا أسلم وهو مذهب الشافعي لانه قد اعتقد وجوبها عليه بخلاف الكافر الاصلي فعلى هذا يجب عليه في حال ردته لعموم الادلة وسنذكر ذلك في باب المرتد إن شاء الله تعالى ولا يجب على مجنون لقوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق» ولا يصح منه لانه غير عاقل أشبه الطفل

﴿ فصل ﴾ فأما الصبي العاقل الذي يطيق الصوم فيصح منه ولا يجب عليه حتى يبلغ وكذلك الجارية نص عليه أحمد وهذا قول أكثر أهل العلم، وذهب بعض أصحابه الى أنه يجب على الغلام الذي يطيقه اذا بلغ عشراً لما روى ابن جريج عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة قال قال رسول الله ﷺ «اذا أطاق الغلام صيام ثلاثة أيام وجب عليه صيام شهر رمضان» ولانها عبادة بدنية أشبهت الصلاة، والمذهب الاول قال القاضي المذهب عندي رواية واحدة ان الصلاة والصوم لاتجب حتى يبلغ، وما قاله أحمد فيمن ترك الصلاة يقضيها نحمله على الاستحباب لما ذكرنا من الحديث ولانها عبادة فلم تجب على الصبي كالحج، وحديثهم مرسل ويمكن حمله على الاستحباب وسماه واجبا تأكيداً كقوله عليه السلام «غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم» وفي ذلك جمع بين الحديثين فكان أولى، وما قاسوا عليه ممنوع

يجعل شعبان تسعة وعشرين يوما[١] وقد فسره ابن عمر بفعله وهو راويه وأعلم بمعناه فيجب الرجوع الى تفسيره كما رجع اليه في تفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وروي عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ

(١) الجمهور فسروا القدر له بالتقدير لا بالتضييق وفعل ابن عمر للاحتياط فهو اجتهاد مخالف لحديث اكمال العدة ثلاثين يوما

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤمر به اذا أطاقه ويضرب عليه ليعتاده)

يجب على الولي أمر الصبي بالصيام اذا أطاقه ويضرب عليه ليتمرن عليه ويعتاده لما ذكرنا في الصلاة ، وممن ذهب الي أنه يؤمر بالصيام اذا أطاقه عطاء والحسن وابن سيرين والزهري وقتادة والشافعي وقال الاوزاعي اذا أطاق صيام ثلاثة أيام تباعا لايخور فيهن ولا يضعف حمل صوم شهر رمضان ، وقال الخرقي اذا كان للغلام عشر سنين وأطاق الصيام أخذ به ، وقال إسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة أحب أن يكلف الصوم للعادة . قال شيخنا رحمه الله واعتباره بالعشر أولى لان النبي ﷺ أمر بالضرب على الصلاة عندها ، واعتبار الصوم بالصلاة أحسن لقرب احداهما من الأخرى في كونهما عبادتين بدنيتين من أركان الاسلام إلا أن الصوم أشق فاعتبرت له الطاقة لانه قد يطيق الصلاة من لا يطيق الصيام

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قامت البينة بالرؤية في أثناء النهار لزمهم الامساك والقضاء)

وهذا قول عامة أهل العلم ، وروي عن عطاء انه لايجب عليه الامساك . قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً قاله غير عطاء ، وذكر أبو الخطاب ذلك رواية عن أحمد قياسا على المسافر اذا قدم . قال شيخنا رحمه الله ولم نعلم أحدا ذكرها غيره وأظن هذا غلطا فان أحمد نص على ايجاب الكفارة على من وطيء ثم كفر ثم عاد فوطيء في يومه لان حرمة الصوم لم تذهب ، فاذا أوجب الكفارة على غير الصائم لحرمة اليوم فكيف يبيح الأكل ، ولا يصح قياس هذا على المسافر اذا قدم وهو مفطر وأشباهه لانه كان له الفطر ظاهراً وباطنا وهذا لم يكن له الفطر في الباطن مباحا أشبه من أكل يظن ان الفجر لم يطلع وكان قد طلع

﴿ فصل ﴾ وكل من أفطر والصوم يجب عليه كالمفطر لغير عذر ، ومن ظن ان الفجر لم يطلع وقد طلع ، أو ان الشمس قد غابت ولم تغب ، والناسي للنية ونحوهم ـ يلزمهم الامساك بغير خلاف بينهم إلا انه يخرج على قول عطاء في المعذور في الفطر اباحة فطر بقية يومه كالمسئلة قبلها ، وهو قول شاذ لم يعرج عليه العلماء

﴿ مسئلة ﴾ (وان بلغ صبي أو أسلم كافر أو أفاق مجنون فكذلك وعنه لايلزمهم شيء)

اذا بلغ الصبي في أثناء النهار وهو مفطر أو أفاق المجنون أو أسلم الكافر لزمهم الامساك في إحدى الروايتين . وهذا قول أبي حنيفة والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح والعنبري لانه معنى لو وجد قبل الفجر أوجب الصيام فاذا طرأ أوجب الامساك كقيام البينة بالرؤية . والثانية لايلزمهم الامساك واليه ذهب مالك والشافعي ، وروي عن ابن مسعود انه قال: من أكل أول النهار فليأكل آخره لانه

قال لرجل «هل صمت من سرر شعبان شيأ ؟ » قال لا وفي لفظ « أصمت من سرر هذا الشهر شيئاً ؟ » قال لا قال « فاذا أفطرت فصم يومين » متفق عليه وسرر الشهر آخره ليال يستسر الهلال فلا يظهر ولانه شك في

أبيح له الفطر أول النهار ظاهراً وباطنا فاذا أفطر كان له استدامة الفطر كما لو دام العذر ، وهل يجب عليهم القضاء؟ فيه روايتان: احداهما يجب لانهم أدركوا بعض وقت العبادة فلزمهم القضاء كما لو أدركوا بعض وقت الصلاة وهذا قول إسحاق في الكافر اذا أسلم . والثانية لايلزمهم وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر في الكافر اذا أسلم والاول ظاهر المذهب لانهم لم يدركوا وقتا يمكنهم التلبس بالعبادة فيه أشبه مالو زال عذرهم بعد خروج الوقت

﴿ فصل ﴾ ويجب على الكافر [1] صوم مايستقبل من الشهر بغير خلاف ولا يجب قضاء مامضى في قول عامة أهل العلم ، وقال عطاء عليه القضاء وعن الحسن كالمذهبين · ولنا انها عبادة انقضت في حال كفره فلم يجب قضاؤها كالرمضان الماضي

(١) يعني اذا اسلم كما يعلم من السياق

﴿ مسئلة ﴾ (وان بلغ الصبي صائما أتم ولا قضاء عليه عند القاضي وعند أبي الخطاب عليه القضاء)

اذا نوى الصبي الصوم من الليل فبلغ في أثناء النهار بالاحتلام أو السن أتم صومه ولا قضاء عليه قاله القاضي لانه نوى الصوم من الليل فأجزأته كالبالغ ، ولا يمتنع أن يكون أول الصوم نفلا وباقيه فرضا كما لو شرع في صوم تطوعا ثم نذر اتمامه ، واختار أبو الخطاب وجوب القضاء عليه لانها عبادة بدنية بلغ في أثنائها بعد مضي بعض أركانها فلزمته اعادتها كالصلاة والحج اذا بلغ بعد الوقوف يحقق ذلك انه ببلوغه يلزمه صوم جميعه والماضي قبل بلوغه نفل فلم يجز عن الفرض ، ولهذا لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم والناذر صائم لزمه القضاء

﴿ فصل ﴾ فأما مامضى من الشهر قبل بلوغه فلا يجب عليه قضاؤه سواء كان صامه أو لا في قول عامة أهل العلم ، وقال الاوزاعي يقضيه إن كان أفطره وهو مطيق لصيامه . ولنا انه زمن مضى في حال صباه فلم يلزمه قضاء الصوم فيه كما لو بلغ بعد انسلاخ رمضان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طهرت حائض أو نفساء أو قدم المسافر مفطراً فعليهم القضاء وفي الامساك روايتان)

أما وجوب القضاء عليهم فلا خلاف فيه لقول الله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) والتقدير فافطر ولقول عائشة كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فنؤمر بقضاء الصوم متفق عليه ، وكذلك الحكم في المريض اذا صح في أثناء النهار وكان مفطراً وفي وجوب الامساك عليهم روايتان ذكرنا وجهما ، والاختلاف في ذلك في مسئلة الصبي والكافر اذا أسلم والمجنون اذا أفاق فكذلك الحكم في هؤلاء

﴿ مسئلة ﴾ (ومن عجز عن الصوم لكبر أو مرض لايرجى برؤه أفطر وأطعم عن كل يوم مسكينا)

الشيخ الكبير والعجوز اذا كان الصوم يجهدهما ويشق عليهما مشقة شديدة فلهما أن يفطرا ويطعما

أحد طرفي الشهر لم يظهر فيه أنه من غير رمضان فوجب الصوم كالطرف الآخر قال علي وأبو هريرة وعائشة: لأن أصوم يوما من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوما من رمضان ولان الصوم يحتاط له ولذلك وجب الصوم

لكل يوم مسكينا وهذا قول علي وابن عباس وأبي هريرة وأنس رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن جبير وطاوس وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي ، وقال مالك لايجب عليه شيء لانه ترك الصوم لعجزه فلم يجب فدية كما لو تركه لمرض اتصل به الموت وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا الآية ، قال ابن عباس في تفسيرها نزلت رخصة للشيخ الكبير ولأن الأداء صوم واجب فجاز أن يسقط الى الكفارة كالقضاء ، وأما المريض فان كان لايرجى برؤه فهو كمسئلتنا ، وان كان يرجى برؤه فانما لم يجب عليه الاطعام لان ذلك يؤدي الى أن يجب على الميت ابتداءاً بخلاف مسئلتنا فان وجوب الاطعام يستند الى حال الحياة والشيخ الهمّ له ذمة صحيحة ، فان كان عاجزاً عن الاطعام فلا شيء عليه ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، والمريض الذي لايرجى برؤه حكمه حكم الشيخ فيما ذكرنا ، وذكر السامري أنها تبقى في ذمته ولا تسقط كسائر الديون ، وكذلك قال فيما يجب على الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفا على ولدهما انه لايسقط الاطعام عنهما بالعجز عنه لانه في معناه

﴿ فصل ﴾ قال أحمد رحمه الله فيمن به شهوة الجماع غالبة لايملك نفسه ويخاف أن تنشق أنثياه «يطعم» أباح له الفطر لانه يخاف على نفسه فهو كالمريض ، ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطش أو نحوه أوجب الاطعام بدلا من الصيام ، وهذا محمول من كلامه على من لايرجو إمكان القضاء ، فان رجي ذلك فلا فدية عليه ، والواجب انتظار القضاء وفعله اذا قدر عليه لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وانما يصار الى الفدية عند اليأس من القضاء ، فان أطعم مع إياسه ثم قدر على القضاء احتمل أن لايلزمه لان ذمته قد برئت بأداء الفدية الواجبة عليه فلم تعد الى الشغل كالمعضوب اذا اقام من يحج عنه ثم عوفي ، واحتمل أن يلزمه القضاء لأن الاطعام بدل إياس ، وقد بينا ذهاب الاياس فأشبه من اعتدت بالشهور عند اليأس من الحيض فيما اذا ارتفع حيضها لاتدري مارفعه ثم حاضت

﴿ مسئلة ﴾ (والمريض اذا خاف الضرر والمسافر استحب لهما الفطر ، فان صاما أجزأهما)

أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض في الجملة ، والاصل فيه قول الله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) والمرض المبيح للفطر هو الذي يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه . قيل لأحمد متى يفطر المريض ؟ قال اذا لم يستطع . قيل مثل الحمى ؟ قال وأي مرض أشد من الحمى . وحكي عن بعض السلف أنه أباح الفطر بكل مرض حتى من وجع الاصبع والضرس لعموم الآية ولان المسافر يباح له الفطر من غير حاجة اليه فكذلك المريض

ولنا انه شاهد للشهر لايؤذيه الصوم فلزمه كالصحيح ، والآية مخصوصة في المسافر والمريض

بخبر واحد ولم يفطر الا بشهادة اثنين فأما خبر أبي هريرة الذي احتجوا به فانه يرويه محمد بن زياد

جميعاً بدليل ان المسافر لايباح له الفطر في السفر القصير ، والفرق بين المسافر والمريض ان السفر اعتبرت فيه المظنة وهو السفر الطويل حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها ، فان قليل المشقة لايبيح وكثيرها لاضابط له في نفسه فاعتبرت بمظنتها وهو السفر الطويل فدار الحكم مع المظنة وجوداً وعدما والمرض لا ضابط له فان الامراض تختلف منها مايضر صاحبه الصوم ومنها مالا أثر للصوم فيه كوجع الضرس وجرح في الاصبع والدمل والجرب وأشباه ذلك فلم يصلح المرض ضابطا وأمكن اعتبار الحكمة وهو مايخاف منه الضرر فوجب اعتباره بذلك ، اذا ثبت هذا فان تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروها لما يتضمنه من الاضرار بنفسه وتركه تخفيف الله وقبول رخصته ، ويصح صومه ويجزئه لانه عزيمة أبيح تركها رخصة، فاذا تحمله أجزأه كالمريض الذي يباح له ترك الجمعة اذا حضرها

﴿ فصل ﴾ والصحيح الذي يخشى المرض بالصيام كالمريض الذي يخاف زيادة المرض في اباحة الفطر لان المريض انما أبيح له الفطر خوفا مما يتجدد بصيامه من زيادة المرض وتطاوله والخوف من تجدد المرض في معناه . قال أحمد فيمن به شهوة غالبة للجماع يخاف أن تنشق أنثياه فله الفطر ، وقال في الجارية تصوم اذا حاضت فان جهدها الصوم فلتفطر ولتقض يعني اذا حاضت وهي صغيرة . قال القاضي هذا اذا كانت تخاف المرض بالصيام يباح لها الفطر وإلا فلا

(فصل) ومن أبيح له الفطر لشدة شبقه إن أمكنه استدفاع الشهوة بغير الجماع كالاستمناء بيده أو يد امرأته أو جاريته لم يجز له الجماع لأنه أفطر للضرورة فلم يبح له الزيادة على ماتندفع به الضرورة كأكل الميتة عند الضرورة[1] فان جامع فعليه الكفارة ، وكذلك إن أمكنه دفعها بما لا يفسد صوم غيره كوطء زوجته ، أو أمته الصغيرة ، أو الكتابية ، أو المباشرة للكبيرة المسلمة دون الفرج أو الاستمناء بيدها أو بيده لم يبح له افساد صوم غيره لان الضرورة اذا اندفعت لم يبح ماوراءها كالشبع من الميتة اذا اندفعت الضرورة بسد الرمق ، وإن لم تندفع الضرورة إلا بافساد صوم غيره أبيح ذلك لأنه مما تدعو الضرورة اليه فابيح كفطره وكالحامل والمرضع يفطران خوفا على ولديهما ، فان كان له امرأتان حائض وطاهر صائمة ودعته الضرورة إلى وطء احداهما احتمل وجهين (أحدهما) وطء الصائمة أولى لان الله تعالى نص على النهي عن وطء الحائض في كتابه (والثاني) يتخير لان وطء الصائمة يفسد صيامها فتتعارض المفسدتان ويتساويان

(فصل) وحكم المسافر حكم المريض في اباحة الفطر وكراهية الصوم واجزائه اذا فعله ،وإباحة الفطر للمسافر ثابتة بالنص والاجماع وأكثر أهل العلم على أنه إن صام أجزأه ، وروي عن أبي هريرة أنه لايصح صوم المسافر ، قال احمد : عمر وأبو هريرة يأمرانه بالاعادة

وروى الزهري عن أبي سلمة عن أبيه عبد الرحمن بن عوف أنه قال : الصائم في السفر كالمفطر

«١» في هذا التعليل أن الاستمناء محظور وضار فكيف يرجح على الجماع المشروع – وأن عدم إباحة مازاد على رفع الضرورة مختلف فيه. نعم إن استمناءه بيد زوجته أهون من إفساده لصيامها ومن وطئها حائضاً

وقد خالفه سعيد بن المسيب فرواه عن أبي هريرة «فان غم عليكم فصوموا ثلاثين» وروايته أولى بالتقديم

في الحضر وهو قول بعض أهل الظاهر لقول النبي ﷺ « ليس من البر الصوم في السفر » متفق عليه ، ولأنه عليه السلام أفطر في السفر فلما بلغه أن قوما صاموا قال « أولئك العصاة » وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « الصائم في رمضان في السفر كالمفطر في الحضر » وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول . قال ابن عبد البر هذا قول يروى عن عبد الرحمن بن عوف هجره الفقهاء كلهم والسنة ترده ، وحجتهم ماروى حمزة بن عمرو الاسلمي أنه قال للنبي ﷺ : أصوم في السفر ؟ وكان كثير الصيام قال « إن شئت فصم وإن شئت فأفطر » متفق عليه ، وفي لفظ رواه النسائي أنه قال للنبي ﷺ أجد قوة على الصيام في السفر فهل علي جناح ؟ قال « هي رخصة فمن أخذ بها فحسن ، ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه » وقال أنس كنا نسافر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يعب الصائم على المفطر ، ولا المفطر على الصائم . متفق عليه ، وأحاديثهم محمولة على تفضيل الفطر على الصيام

(فصل) والفطر في السفر أفضل وهو مذهب ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والشعبي والاوزاعي ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي الصوم أفضل لمن قوي عليه ، يروى ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص لما روى سلمة بن المحبق أن النبي ﷺ قال « من كانت له حمولة تأوي إلى شبع فليصم رمضان حيث أدركه » رواه أبو داود ، ولان من خير بين الصوم والفطر كان الصوم أفضل كالتطوع ، وقال عمر بن عبد العزيز ومجاهد وقتادة أفضل الامرين أيسرهما لقول الله تعالى (يريد الله بكم اليسر) ولما روى أبو داود عن حمزة بن عمرو قال : قلت يارسول الله اني صاحب ظهر أعالجه وأسافر عليه وأكريه وإنه ربما صادفني هذا الشهر يعني رمضان وأنا أجد القوة وأنا شاب وأجدني أن أصوم يارسول الله أهون علي من أن أوخر فيكون ديناً علي أفأصوم يارسول الله أعظم لأجري أو أفطر ؟ قال « أي ذلك شئت ياحمزة »

ولنا ماتقدم من الاخبار في الفصل الذي قبله ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « خيركم الذي يفطر في السفر ويقصر » ولان فيه خروجا من الخلاف فكان أفضل كالقصر وقياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الايام المكروه صومها

(فصل) وانما يباح الفطر في السفر الطويل الذي يبيح القصر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى في الصلاة ثم لايخلو المسافر من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يدخل عليه شهر رمضان في السفر فلا خلاف في إباحة الفطر له فيما نعلم

(الثاني) أن يسافر في أثناء الشهر ليلا فله الفطر في صبيحة الليلة التي يخرج فيها وما بعدها في قول عامة أهل العلم . وقال عبيدة السلماني وأبو مجلز وسويد بن غفلة : لايفطر من سافر بعد دخول

لامامته واشتهار عدالته وثقته وموافقته لرأي أبي هريرة ومذهبه ولخبر ابن عمر الذي رويناه ورواية

الشهر لقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا شاهد

ولنا قوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وروى ابن عباس قال خرج رسول الله ﷺ عام الفتح في شهر رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس . متفق عليه ، ولأنه مسافر فابيح له الفطر كما لو سافر قبل الشهر والآية محمولة على من شهد الشهر كله وهذا لم يشهده كله[1]

(الثالث) أن يسافر في أثناء يوم من رمضان وسيأتي ذكر ذلك إن شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يصوما في رمضان عن غيره)

لايجوز للمريض ولا المسافر سفراً طويلا أن يصوم في رمضان عن نذر ولا قضاء ولا غيرهما لان الفطر أبيح رخصة وتخفيفاً ، فاذا لم يرد التخفيف عن نفسه لزمه أن يأتي بالاصل ، فان نوى صوما غير رمضان لم يصح صومه عن رمضان ولا عما نواه في الصحيح من المذهب وهو قول أكثر العلماء . وقال أبو حنيفة في المسافر : يقع مانواه اذا كان واجباً لانه زمن أبيح له فطره فكان له صومه عن واجب عليه كغير شهر رمضان

ولنا أنه أبيح له الفطر للعذر فلم يجز أن يصومه عن غير رمضان كالمريض وبهذا ينتقض ماذكروه وينتقض أيضا بصوم التطوع ، قال صالح قيل لأبي من صام شهر رمضان وهو ينوي به تطوعا يجزئه؟ فقال أو يفعل هذا مسلم ؟

(فصل) ومن نوى الصوم في سفره فله الفطر واختلف قول الشافعي فيه فقال مرة لايجوز له الفطر ، وقال مرة إن صح حديث الكديد لم ار به بأساً ، وقال مالك إن أفطر فعليه القضاء والكفارة

ولنا حديث ابن عباس وهو صحيح متفق عليه ، وروى جابر أن رسول الله ﷺ خرج عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس معه فقيل له إن الناس قد شق عليهم الصيام ، وإن الناس ينظرون فيما فعلت فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون فأفطر بعضهم وصام بعضهم فبلغه أن ناساً صاموا فقال « أولئك العصاة »[2] رواه مسلم وهذا نص صريح لايعرج على ماخالفه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نوى الحاضر صوم يوم ثم سافر في أثنائه فله الفطر وعنه لايباح)

اذا سافر في أثناء يوم من رمضان فهل له فطر ذلك اليوم فيه روايتان أصحهما جواز الفطر وهو قول عمرو بن شرحبيل والشعبي واسحاق وداود وابن المنذر (والثانية) لايباح له فطر ذلك اليوم وهو قول مكحول والزهري ويحيى الانصاري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لان الصوم عبادة تختلف بالحضر والسفر فاذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر كالصلاة

[1] « ١ » الصواب أنها عامة وأن المريض والمسافر مستثني من العموم

[2] « ٢ » قالها « ص » مرتين وفي لفظ المصنف مخالفة أخرى للرواية باللفظ دون المعنى وحمل العصيان على مخالفته « ص » لأن فعله كالأمر لهم بالقطر تشريعاً للرخصة

ابن عمر فاقدروا له ثلاثين مخالفة للرواية الصحيحة المتفق عليها ولمذهب ابن عمر ورأيه ،والنهي عن

ولنا ماروى عبيد بن جبير قال ركبت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط في شهر رمضان فدفع ثم قرب غداه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال : اقترب ، قلت ألست ترى البيوت ؟ قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله ﷺ ؟ رواه أبو داود ، ولأنه أحد الامرين المنصوص عليهما في إباحة الفطر فاذا وجد في أثناء النهار أباحه كالمرض، وقياسهم على الصلاة لا يصح فان الصوم يفارق الصلاة لان الصلاة يلزم اتمامها بنيتها بخلاف الصوم . اذا ثبت هذا فانه لا يباح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره ويخرج من بين بنيانها ، وقال الحسن يفطر في بيته إن شاء يوم يريد الخروج ، وروي نحوه عن عطاء قال ابن عبد البر قول الحسن قول شاذ ، وقد روي عنه خلافه ووجهه ماروى محمد بن كعب قال : أتيت أنس بن مالك في رمضان وهو يريد سفراً وقد رحلت له راحلته ولبس ثياب السفر فدعا بطعام فأكل فقلت له سنة ؟ فقال سنة ، ثم ركب . رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا شاهد ولا يوصف بكونه مسافراً حتى يخرج من البلد ومهما كان في البلد فله أحكام الحاضرين ولذلك لا يقصر الصلاة . فأما أنس فيحتمل أنه كان برز من البلد خارجا منه فأتاه محمد بن كعب في ذلك المنزل

﴿مسئلة﴾ (والحامل والمرضع اذا خافتا الضرر على أنفسهما افطرتا وقضتا وان خافتا على ولديهما افطرتا وقضتا وأطعمتا عن كل يوم مسكينا

وجملة ذلك أن الحامل والمرضع اذا خافتا على أنفسهما إذا صامتا فلهما الفطر وعليهما القضاء لاغير لا نعلم فيه خلافا لانهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه وان خافتا على ولديهما أفطرتا وعليهما القضاء واطعام مسكين لكل يوم ، روي ذلك عن ابن عمر وهو المشهور من مذهب الشافعي وقال الليث الكفارة على المرضع دون الحامل وهو إحدى الروايتين عن مالك لان المرضع يمكنها أن تسترضع لولدها بخلاف الحامل ولان الحمل متصل بالحامل والخوف عليه كالخوف علي بعض أعضائها وقال الحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والنخعي وأبو حنيفة لا كفارة عليهما لما روى أنس بن مالك رجل من بني كعب عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم أوالصيام » والله لقد قالهما رسول الله ﷺ أحدهما أو كليهما رواه النسائي والترمذي[1] وقال حديث حسن ولم يأمر بكفارة ولانه فطر أبيح لعذر فلم يجب به كفارة كالفطر للمرض

ولنا قول الله تعالى (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) وهما داخلتان في عموم الآية قال ابن عباس كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة وهما يطيقان الصيام أن يفطرا أو يطعما مكان كل يوم مسكينا، والحبلى والمرضع اذا خافتا على أولادهما أفطرتا واطعمتا رواه أبو داود ، وروي ذلك

«١» بل رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه أيضا . وأنس الكعبي أو القشيري كما صححه بعضهم ليس له غير هذا الحديث

صوم الشك محمول على حال الصحو بدليل ماذكرناه وفي الجملة لايجب الصوم الا برؤية الهلال أو كال

عن ابن عمر ولا مخالف لهما في الصحابة ولانه فطر بسبب نفس عاجزة من طريق الخلقة فوجبت به الكفارة كالشيخ الهم وخبرهم لم يتعرض للكفارة فكانت موقوفة على الدليل كالقضاء فان الحديث لم يتعرض له والمريض أخف حالا من هاتين لانه يفطر بسبب نفسه ، اذا ثبت هـذا فان الواجب في طعام المسكين مد بر أو نصف صاع شعير والخلاف فيه كالخلاف في اطعام المساكين في كفارة الجماع على مايذكر في موضعه

(فصل) ويجب عليهما القضاء مع الاطعام وقال ابن عمر وابن عباس لا قضاء عليهما لان الآية تناولتهما وليس فيها الا الاطعام ولان النبي ﷺ قال « ان الله وضع عن الحامل والمرضع الصوم »

ولنا أنهما يطيقان القضاء فلزمهما كالحائض والنفساء والآية أوجبت الاطعام ولم تتعرض للقضاء وأخذناه من دليل آخر والمراد بوضع الصوم وضعه في مدة عذرهما كما جاء في حديث عمرو بن أمية عن النبي ﷺ « ان الله وضع عن المسافر الصوم » ولا يشبهان الشيخ الهم لانه عاجز عن القضاء وهما يقدران عليه قال أحمد اذهب الى حديث أبي هريرة يعني ولا أقول بقول ابن عمر وابن عباس في منع القضاء

(فصل) فان عجزتا عن الاطعام سقط عنهما بالعجز ككفارة الوطء بل السقوط ههنا أولى لوجود العذر ذكره شيخنا في الكافي وقيل لايسقط وقد ذكرناه ، وقال صاحب المحرر يسقط ههنا ولا يسقط عن الكبير العاجز والمريض الذي لا يرجى برؤه لانها بدل عن نفس الصوم وتلك جبران لنقص الصوم والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن نوى قبل الفجر ثم جن او أغمي عليه جميع النهار لم يصح صومه وان أفاق جزءاً منه صح صومه)

متى نوى الصوم قبل الفجر ثم جن أو أغمي عليه جميع النهار لم يصح صومه وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة يصح لان النية قد صحت وزوال الاستشعار بعد ذلك لايمنع صحة الصوم كالنوم

ولنا أن الصوم هو الامساك مع النية قال النبي ﷺ « يقول تعالى كل عمل ابن آدم له الا الصيام فانه لي وأنا أجزي به يدع طعامه وشرابه من أجلي » فاضاف ترك الطعام والشراب اليه والمجنون والمغمى عليه لا يضاف الامساك اليه فلم يجزئه ولان النية أحد ركني الصوم فلم تجزئ وحدها كالامساك وحده أما النوم فانه عادة ولا يزيل الاحساس بالكلية ومتى نبه انتبه

(فصل) ومتى أفاق المغمى عليه في جزء من النهار صح صومه سواء كان في أوله أو في آخره وقال الشافعي في أحد قوليه تعتبر الافاقة في أول النهار ليحصل حكم النية في أوله

ولنا أن الافاقة حصلت جزأ من النهار فأجزأ كما لو وجدت في أوله وما ذكروه لايصح فان النية قد حصلت من الليل فيستغنى عن ذكرها في النهار كما لو نام أو غفل عن الصوم ولو كانت النية

شعبان ثلاثين يوماً أو يحول دون منظر الهلال غيم أو قتر على ما ذكرنا من الخلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجزئه صيام فرض حتى ينويه أي وقت كان من الليل)

وجملته أنه لا يصح صوم الا بنية اجماعا فرضاً كان أو تطوعا لانه عبادة محضة فافتقر الى النية كالصلاة ثم ان كان فرضاً كصيام رمضان في ادائه أو قضائه والنذر والكفارة اشترط أن ينويه من الليل عند امامنا ومالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجزىء صيام رمضان وكل صوم متعين بنية من النهار

انما تحصل بالافاقة في أول النهار لما صح منه صوم الفرض بالافاقة لانه لا يجزيء بنية من النهار وحكم المجنون حكم المغمى عليه في ذلك وقال الشافعي اذا وجد الجنون في جزء من النهار أفسد الصوم لانه معنى يمنع وجوب الصوم فأفسده وجوده في بعضه كالحيض

ولنا أنه زوال عقل في بعض النهار فلم يمنع صحة الصوم كالاغماء ويفارق الحيض فان الحيض لا يمنع الوجوب وانما يمنع الصحة ويحرم فعل الصوم ويتعلق به وجوب الغسل وتحريم الصلاة والقراءة واللبث في المسجد والوطء فلا يصح القياس عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نام جميع النهار صح صومه) لا نعلم فيه خلافا لانه عادة ولا يزيل الاحساس بالكلية

﴿ مسئلة ﴾ (ويلزم المغمى عليه القضاء دون المجنون)

لا نعلم خلافا في وجوب القضاء على المغمى عليه لان مدته لا تتطاول غالبا ولا تثبت الولاية على صاحبه فلم يلزم به التكليف كالنوم فأما المجنون فلا يلزمه قضاء مامضى وبه قال أبو ثور والشافعي في الجديد وقال مالك يقضي وان مضى عليه سنون وعن احمد مثله وهو قول الشافعي في القديم لانه معنى يزيل العقل فلم يمنع وجوب الصوم كالاغماء، وقال أبو حنيفة ان جن جميع الشهر فلا قضاء عليه وان أفاق في أثنائه قضى ما مضي لان الجنون لا ينافي الصوم بدليل أنه لوجن في أثناء الصوم لم يفسد فاذا وجد في بعض الشهر وجب القضاء كالاغماء ولانه أدرك جزءا من رمضان وهو عاقل فلزمه صيامه كما لو أفاق في جزء من اليوم

ولنا أنه معنى يزيل التكليف فلم يجب القضاء في زمانه كالصغر والكفر ونخص أبا حنيفة بانه معنى لو وجد في جميع الشهر أسقط القضاء فاذا وجد في بعضه أسقطه كالصبى والكفر فاما اذا أفاق في بعض اليوم فلنا فيه منع وإن سلمناه فلانه قد أدرك بعض وقت العبادة فلزمته كالصبي اذا بلغ والكافر إذا أسلم في بعض النهار وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة

(فصل) قال ولا يصح صوم واجب الا أن ينويه من الليل معيناً وعنه لا يجب تعيين النية لرمضان لا يصح صوم الا بنية بالاجماع فرضا كان أو تطوعا لانه عبادة محضة فافتقر الى النية كالصلاة فان كان فرضا كصيام رمضان في أدائه أو قضائه والنذر والكفارة اشترط أن ينويه من الليل وهذا مذهب مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجزىء صيام رمضان وكل صوم متعين بنيته من النهار لان النبي ﷺ

لأن النبي ﷺ أرسل غداة عاشوراء الى قرى الانصار التي حول المدينة «من كان أصبح صائما فليتم صومه ، ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقية يومه ، ومن لم يكن أكل فليصم» متفق عليه، وكان صوماً واجبا متعيناً ولأنه غير ثابت في الذمة فهو كالتطوع

ولنا ماروى ابن جريج وعبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الزهري عن سالم عن أبيه عن حفصة عن النبي ﷺ قال « من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له » وفي لفظ ابن حزم « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه النسائي وأبو داود والترمذي وروى الدار قطني باسناده عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ قال « من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له » وقال اسناده كلهم ثقات وقال في حديث حفصة رفعه عبد الله بن أبي بكر عن الزهري وهو من الثقات الرفعاء ولأنه صوم فرض فافتقر الى النية من الليل كالقضاء. فأما صوم عاشوراء فلم يثبت وجوبه فان معاوية قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « هذا يوم عاشوراء ولم يكتب الله عليكم صيامه وأنا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » متفق عليه فلو كان واجباً لم يبح فطره فانما سمي الامساك صياما تجوزاً بدليل قوله : ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقية يومه : ولم يفرق بين المفطر بالأكل وغيره وقد روى البخاري أن رسول الله ﷺ أمر رجلا ان أذن في الناس « ان من كان أكل فليصم بقية يومه » وامساك بقية اليوم بعد الأكل ليس بصيام شرعي وانما سماه صياماً تجوزاً ثم لو ثبت انه صام فالفرق بين ذلك وبين رمضان أن وجوب الصيام تجدد في أثناء النهار فاجزأته

أرسل غداة عاشوراء الى قرى الانصار التي حول المدينة «من كان أصبح صائما فليتم صومه ومن كان أصبح مفطرا فليتم بقية يومه ومن لم يكن أكل فليصم» متفق عليه وكان صوما واجبا متعينا ولأنه غير ثابت في الذمة فهو كالتطوع

ولنا ما روى ابن جريج وعبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الزهري عن سالم عن أبيه عن حفصة عن النبي ﷺ أنه قال « من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له » وفي لفظ ابن حزم من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له رواه أبو داود والترمذي والنسائي وروى الدارقطني باسناده عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ قال « من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له » وقال اسناده كلهم ثقات وقال حديث حفصة رفعه عبد الله بن أبي بكر عن الزهري وهو من الثقات ولأنه صوم فرض فافتقر الى النية من الليل كالقضاء فاما صوم عاشوراء فلم يثبت وجوبه فان معاوية قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « هذا يوم عاشوراء ولم يكتب الله عليكم صيامه وأنا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » متفق عليه ، وانما سمى الامساك صياما تجوزا كما روى البخاري أن رسول الله ﷺ أمر رجلا أن أذن في الناس أن من كان أكل فليصم بقية يومه وامساك بقية اليوم بعد الاكل ليس بصيام شرعي فسماه صياما تجوزاً ثم لو ثبت أنه صيام فالفرق

النية حين تجدد الوجوب كمن كان صائماً تطوعاً فنذر اتمام صوم بقية يومه فانه تجزئه نيته عند نذره بخلاف ما إذا كان النذر متقدما. والفرق بين التطوع والفرض من وجهين (أحدهما) أن التطوع يمكن الاتيان به في بعض النهار بشرط عدم المفطرات في أوله بدليل قوله عليه السلام في حديث عاشوراء فليصم بقية يومه فاذا نوى صوم التطوع من النهار كان صائماً بقية النهار دون أوله والفرض يكون واجباً في جميع النهار ولا يكون صائماً بغير النية (والثاني) أن التطوع سومح في نيته من الليل تكثيراً له فانه قد يبدو له الصوم في النهار فاشتراط النية في الليل يمنع ذلك فسامح الشرع فيها كمسامحته في ترك القيام في صلاة التطوع وترك الاستقبال فيه في السفر تكثيراً له بخلاف الفرض، اذا ثبت هذا في أي جزء من الليل نوى أجزأه وسواء فعل بعد النية ما ينافي الصوم من الاكل والشرب والجماع أم لم يفعل واشترط بعض أصحاب الشافعي أن لا يأتي بعد النية بمناف للصوم واشترط بعضهم وجود النية في النصف الأخير من الليل كما اختص أذان الصبح والدفع من مزدلفة به

ولنا مفهوم قوله عليه السلام «لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» من غير تفصيل ولانه نوى من الليل فصح صومه كما لو نوى في النصف الاخير ولم يفعل ما ينافي الصوم ولان تخصيص النية بالنصف الاخير يفضي الى تفويت الصوم لانه وقت النوم وكثير من الناس لاينتبه فيه ولا يذكر الصوم والشارع انما رخص في تقديم النية على ابتدائه لحرج اعتبارها عنده فلا يخصها بمحل لاتندفع

بين ذلك وبين رمضان أن وجوب الصيام تجدد في أثناء النهار فأجزأته النية حين تجدد الوجوب كمن كان صائما تطوعا فنذر في أثناء النهار صوم بقية يومه فانه تجزئه نيته عند نذره بخلاف ما اذا كان النذر متقدما والفرق بين التطوع والفرض من وجهين

(أحدهما) أن التطوع يمكن الاتيان به في بعض النهار بشرط عدم المفطرات في أوله بدليل قوله عليه السلام في حديث عاشوراء «فليصم بقية يومه» فاذا نوى صوم التطوع من النهار كان صائما بقية النهار دون أوله والفرض يجب في جميع النهار ولايكون صائما بغير نية

(والثاني) أن التطوع سومح في نيته من الليل تكثيراً له فانه قد يبدو له الصوم في النهار فاشتراط النية في الليل يمنع ذلك فسامح الشرع فيها كمسامحته في ترك القيام في صلاة التطوع بخلاف الفرض

اذا ثبت هذا في أي جزء من الليل نوى أجزأه وسواء فعل بعد النية ماينافي الصوم من الاكل والشرب والجماع أو لم يفعل واشترط بعض أصحاب الشافعي أن لا يأتي بعد النية بما ينافي الصوم واشترط بعضهم وجود النية في النصف الاخير من الليل كاذان الصبح والدفع من مزدلفة

ولنا مفهوم قوله عليه السلام «لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» من غير تفصيل ولانه نوى من الليل فصح صومه كما نوى في النصف الاخير وكما لو لم يفعل ما ينافي الصوم ولان تخصيص النية بالنصف الاخير يفضي الى تفويت الصوم لانه وقت النوم وكثير من الناس لاينتبه فيه ولا يذكر الصوم والشارع انما رخص في تقديم النية على ابتدائه لحرج اعتبارها عنده فلايخصها بمحل لاتندفع

المشقة بتخصيصها به ولان تخصيصها بالنصف الاخير تحكم من غير دليل ولا يصح اعتبار الصوم بالاذان والدفع من مزدلفة لانهما يجوزان بعد الفجر فلا يفضي منعهما في النصف الاول الى فواتهما بخلاف نية الصوم ولان اختصاصهما بالنصف الاخير بمعنى تجويزهما فيه واشتراط النية بمعنى الايجاب والتحتم وفوات الصوم بفواتها فيه وهـذا فيه مشقة ومضرة بخلاف التجويز ولأن منعهما في النصف الاول لايفضي الى اختصاصهما بالنصف الاخير لجوازهما بعد الفجر والنية بخلافه فأما ان فسخ النية مثل ان نوى الفطر بعد نية الصيام لم تجزئه تلك النية المفسوخة لانها زالت حكما وحقيقة

(فصل) وان نوى من النهار صوم الغد لم تجزئه تلك النية إلا أن يستصحبها الى جزء من الليل وقد روى ابن منصور عن أحمد من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار ولم ينو من الليل فلابأس إلا أن يكون فسخ النية بعد ذلك ، فظاهر هذا حصول الاجزاء بنيته من النهار الا أن القاضي قال هذا محمول على انه استصحب النية الى جزء من الليل، وهذا صحيح لظاهر قوله عليه السلام « لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولانه لم ينو عند ابتـداء العبادة ولا قريبا منها فلم يصح كما لو نوى من الليل صوم بعد غد

(فصل) وتعتبر النية لـكل يوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وعن أحمد انه تجزئه نية واحدة لجميع الشهر إذا نوى صوم جميعه وهذا مذهب مالك وإسحاق لانه نوى في زمن يصلح جنسه لنية الصوم فجاز كما لو نوى كل يوم في ليلته

المشقة بتخصيصها به ولان تخصيصها بالنصف الاخير تحكم من غير دليل واعتبار الصوم بالاذان والدفع من مزدلفة لا يصح لانها يجوزان بعد الفجر فلا يفضي منعها في النصف الاول الى فواتهما بخلاف نية الصوم ولان اختصاصها بالنصف الاخير بمعنى تجويزها فيه واشتراط النية بمعنى الايجاب والتحتم وفوات الصوم بفواتها فيه وهذا فيه مشقة ومضرة بخلاف التجويز فاما إن فسخ النية مثل إن نوى الفطر بعد نية الصيام لم تجزئه تلك النية المفسوخة لانها زالت حكما وحقيقة

(فصل) وإن نوى من النهار صوم الغد لم يجزئه الا أن يستصحب النية الى جزء من الليل وقد روى ابن منصور عن احمد من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار ولم ينو من الليل فلا بأس الا أن يكون فسخ النية بعد ذلك فظاهر هذا حصول الاجزاء بنية من النهار إلا أن القاضي قال هذا محمول على أنه استصحب النية الى الليل وهذا صحيح لظاهر قوله عليه السلام « لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولانه لم ينو عند ابتداء العبادة ولاقريبا منها فلايصح كما لو نوى من الليل صوم بعد الغد

(فصل) وتعتبر النية لـكل يوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وعن احمد أنه تجزئه نية واحدة لجميع الشهر اذا نوى صوم جميعه وهو مذهب مالك وإسحاق لانه نوى في زمن يصلح جنسه لنية الصوم فجاز كما لو نوى كل يوم في ليلته

ولنا انه صوم واجب فوجب أن ينوي كل يوم من ليلته كالقضاء ولان هذه الايام عبادات لايفسد بعضها بفساد بعض ويتخللها ماينافيها فاشبهت القضاء وبهذا فارقت اليوم الاول وعلى قياس رمضان اذا نذر صوم شهر بعينه فيخرج فيه مثل ماذكرناه في رمضان

(فصل) ومعنى النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد فمتى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان وانه صائم فيه فقد نوى وان شك في انه من رمضان ولم يكن له أصل يبنى عليه مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون مطلع الهلال غيم ولا قتر فعزم أن يصوم غداً من رمضان لم تصح النية ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النية قصد تتبع العلم ومالا يعلمه ولا دليل على وجوده ولا هو على ثقة من اعتقاده لايصح قصده وبهذا قال حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر وقال الثوري والاوزاعي يصح اذا نواه من الليل لانه نوى الصيام من الليل فصح كاليوم الثاني وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا انه لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم الا بعد خروجه وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وان كثرت اصابتهم لانه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه ولا العمل به فكان وجوده كعدمه قال النبي ﷺ « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » وفي رواية « لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه » فأما ليلة الثلاثين

ولنا أنه صوم واجب فوجب أن ينوي كل يوم من ليلته كالقضاء ولان هذه الايام عبادات لايفسد بعضها بفساد بعض ويتخللها ماينافيها أشبهت القضاء وبهذا فارقت اليوم الاول وعلى قياس رمضان اذا نذر صوم شهر بعينه خرج فيه مثل ماذكرنا في رمضان

﴿فصل﴾ ومعني النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل الشيء وعزمه عليه من غير تردد فمتى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان وانه صائم فيه نقد نوى وان شك في أنه من رمضان ولم يكن له أصل يبنى عليه مثل ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون مطالع الهلال غيم ولا قتر فعزم أن يصوم غداً من رمضان لم تصح النية ولم يجزئه صيام ذلك اليوم لان النية قصد يتبع العلم ومالا يعلمه ولا دليل على وجوده لايصح قصده وبهذا قال حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر وقال الثوري والاوزاعي يصح اذا نواه من الليل كاليوم الثاني وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أنه لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم الا بعد خروجه وكذلك إن بنى على قول المنجمين وأهل الحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وان كثرت اصابتهم لانه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه ولا العمل به فكان وجوده كعدمه قال النبي ﷺ « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » وفي رواية « لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه » فأما ليلة الثلاثين

من رمضان فتصح نيته وإن احتمل أن يكون من شوال لأن الاصل بقاء رمضان وقد أمر النبي ﷺ بصومه بقوله « ولا تفطروا حتى تروه » لـكن ان قال: ان كان غداً من رمضان فأنا صائم وان كان من شوال فأنا مفطر قال ابن عقيل لايصح صومه لانه لم يجزم بنية الصيام والنيـة اعتقاد جازم ويحتمل أن يصح لان هذا شرط واقع والاصل بقاء رمضان

(فصل) ويجب تعيـين النية في كل صوم واجب وهو أن يعتقد انه يصوم غداً من رمضان أو من قضائه أو من كفارته أو نذره نص عليه أحمد في رواية الاثرم فانه قال قلت لابي عبد الله أسير صام شهر رمضان في أرض الروم ولا يعلم انه رمضان ينوي التطوع؟ قال لايجزئه إلا بعزيمة انه من رمضان ولا يجزئه في يوم الشك اذا أصبح صائما وان كان من رمضان إلا بعزيمة من الليل انه من رمضان وبهذا قال مالك والشافعي، وعن أحمد رواية أخرى انه لايجب تعيين النية لرمضان فان المروذي روى عن أحمد انه قال يكون يوم الشك يوم غيم اذا أجمعنا على اننا نصبح صياماً يجزئنا من رمضان وان لم نعتقد أنه من رمضان ؟ قال نعم قلت فقول النبي ﷺ « إنما الاعمال بالنيات » أليس يريد أن ينوي انه من رمضان؟ قال لا إذا نوى من الليل انه صائم أجزأه، وحكى أبو حفص العكبري عن بعض أصحابنا انه قال ولو نوى نفلا وقع عنه رمضان وصح صومه وهذا قول أبي حنيفة وقال بعض أصحابنا ولو نوى أن يصوم تطوعا ليلة الثلاثين من رمضان فوافق رمضان أجزأه قال القاضي وجدت هذا الـكلام اختياراً لأبي القاسم ذكره في شرحه وقال أبو حفص لايجزئه إلا أن يعتقد من الليل

من رمضان فتصح نيته وان احتمل أن يكون من شوال لان الاصل بقاء رمضان ولما ذكرنا من الحديث فان قال إن كان غداً من رمضان فأنا صائم ، وان كان من شـوال فأنا مفطر ، فقال ابن عقيل لايصح صومه لانه لم يجزم بنية الصوم والنية اعتقاد جازم ، ويحتمل أن يصح لأن هذا شرط واقع والاصل بقاه رمضان

(فصل) **ويجب تعيـين النية في كل صوم واجب فيعتقد انه يصوم غدا من رمضان أو من قضائه أو من كفارته أو نذره** نص عليه في رواية الاثرم فانه قال ياأبا عبدالله أسير صام في أرض الروم شهر رمضان ولا يعلم انه رمضان فنوى التطوع قال لايجزئه إلا بعزيمة انه من رمضان ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى انه لايجب تعيين النية لرمضان ، قال المروذي روي عن أحمد انه قال يكون يوم الشك يوم غيم اذا أجمعنا على اننا نصبح صياما يجزينا من رمضان ، وان لم نعتقد انه من رمضان؟ قال نعم . فقلت قول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنية » أليس يريد أن ينوي انه من رمضان ؟ قال لا ، اذا نوى من الليل انه صائم أجزأه

وحكى أبو حفص العكبري عن بعض أصحابنا انه قال : ولو نوى أن يصوم تطوعا ليلة الثلاثين من رمضان فوافق رمضان أجزأه . قال القاضي وجدت هـذا الكلام اختياراً لأبي القاسم ذكره في

بلا شك ولا تلوم فعلى القول الثاني لو نوى في رمضان الصوم مطلقاً أو نوى نفلا وقع عن رمضان وصح صومه وهذا قول أبي حنيفة اذا كان مقيما لانه فرض مستحق في زمن بعينه فلا يجب تعيين النية له كطواف الزيارة

ولنا انه صوم واجب فوجب تعيين النية له كالقضاء وطواف الزيارة كمسألتنا في افتقاره الى التعيين فلو طاف ينوي به الوداع أو طاف بنية الطواف مطلقا لم يجزئه عن طواف الزيارة ثم الحج مخالف للصوم ولهذا ينعقد مطلقا وينصرف الى الفرض ولو حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه وقع عن نفسه ولو نوى الاحرام بمثل ما أحرم به فلان صح وينعقد فاسداً بخلاف الصوم

(فصل) ولو نوى ليلة الشك ان كان غداً من رمضان فانا صائم فرضا والا فهو نفل لم يجزئه على الرواية الاولى لانه لم يعين الصوم من رمضان جزما ويجزيه على الاخرى لانه قد نوى الصوم ولو كان عليه صوم من سنة خمس فنوى أنه يصوم عن سنة ست أو نوى الصوم عن يوم الاحد وكان الاثنين أو ظن أن غداً الاحد فنواه وكان الاثنين صح صومه لان نية الصوم لم تختل وانما اخطأ في الوقت

(فصل) واذا عين النية عن صوم رمضان أو قضائه كفارة أو نذر لم يحتج أن ينوي كونه فرضا وقال ابن حامد يجب ذلك وقد مر بيان ذلك في الصلاة

شرحه ، وقال أبو حفص لا يجزئه إلا أن يعتقد من الليل بلا شك ولا تلوم ، فعلى القول الثاني لو نوى في رمضان الصوم مطلقا أو نوى نفلا وقع عن رمضان وصح صومه ، وهذا قول أبي حنيفة اذا كان مقيما لانه فرض مستحق في زمن بعينه فلا يجب تعيين النية له كطواف الزيارة

ولنا انه صوم واجب فوجب تعيين النية له كالقضاء ، وطواف الزيارة عندنا كهذه المسئلة في افتقاره الى التعيين ، فلو نوى طواف الوداع أو طوافا مطلقا لم يجزه عن طواف الزيارة ، ثم الحج مخالف للصوم ولهذا ينعقد مطلقا وينصرف الى الفرض ، ولو حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه وقع عن نفسه ولو نوى الاحرام بمثل ما أحرم به فلان صح وينعقد فاسداً بخلاف الصوم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحتاج الى نية الفرضية ، وقال ابن حامد يجب ذلك)

اذا عين النية عن صوم رمضان أو قضائه أو نذره أو كفارة لم يحتج أن ينوي انه فرض لان التعيين يجزيء عن نية الفرضية ، وقال ابن حامد يجب ذلك ، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (ولو نوى إن كان غداً من رمضان فهو فرضي وإلا فهو نفل لم يجزئه على الرواية المشهورة لانه لم يعين الصوم من رمضان جزما وعنه يجزيه لانه قد نوى الصوم ولو كان عليه صوم من سنة خمس فنوى انه يصوم عن سنة ست أو نوى الصوم عن يوم الاحد وكان غيره أو ظن ان غداً الاحد فنواه وكان الاثنين صح صومه لان نية الصوم لم تختل انما أخطأ في الوقت

﴿ مسئلة ﴾ (ومن نوى الافطار أفطر)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نوى صيام التطوع من النهار ولم يكن طعم أجزأه)

اذا نوى الافطار في صوم الفرض أفطر وفسد صومه هذا ظاهر المذهب وقول الشافعي وأبي ثور وقال أصحاب الرأي إن عاد فنوى قبل أن ينتصف النهار أجزأه بناء على أصلهم ان الصوم المعين يجزىء بنية من النهار . وحكي عن ابن حامد ان الصوم لايفسد بذلك لانها عبادة يلزم المضي في فاسدها فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج

ولنا انها عبادة من شرطها النية ففسدت بنية الخروج منها كالصلاة ولان اعتبار النية في جميع أجزاء العبادة ، لكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها وهو أن لاينوي قطعها ، فاذا نواه زالت حقيقة وحكما ففسد الصوم لزوال شرطه، وما ذكره ابن حامد لايطرد في غير رمضان ولا يصح القياس على الحج فانه يصح بنية مطلقة ومبهمة وبالنية عن غيره اذا لم يكن حج عن نفسه فافترقا

﴿ فصل ﴾ فأما صوم النفل فان نوى الفطر ثم لم ينو الصوم بعد ذلك لم يصح صومه لان النية انقطعت ولم توجد نية غيرها أشبه من لم ينو أصلا ، وان عاد فنوى الصوم صح كما لو أصبح غير ناو للصوم لان نية الفطر انما أبطلت الفرض لقطعها النية المشترطة في جميع النهار حكما وخلو بعض أجزاء النهار عنها ، والنفل بخلاف ذلك فلم يمنع صحة الصوم نية الفطر في زمن لايشترط وجود نية الصوم فيه لان نية الفطر لاتزيد على عدم النية في ذلك الوقت وعدمها لايمنع صحة الصوم اذا نوى بعدذلك فكذلك اذا نوى الفطر ثم نوى الصوم بعده ، وقد روي عن أحمد انه قال: اذا أصبح صائما ثم عزم على الفطر فلم يفطر حتى بدا له ثم قال لا بل أتم صومي من الواجب لم يجزئه حتى يكون عازما على الصوم يومه كله . ولو كان تطوعا كان أسهل وظاهر هذا موافق لما ذكرناه . وقد دل على صحته ان النبي ﷺ كان يسأل أهله هل من غداء ؟ فان قالوا لا . قال « إني إذاً صائم »

﴿ فصل ﴾ فان نوى انه سيفطر ساعة أخرى فقال ابن عقيل هو كنية الفطر في وقته وإن تردد في الفطر فعلى وجهين كما ذكرنا في الصلاة ، وان نوى انني ان وجدت طعاما أفطرت وإلا أتممت صومي خرج فيه وجهان (أحدهما) يفطر لانه لم يبق جازما بنية الصوم ولذلك لايصح ابتداء النية بمثل هذا (والثاني) لايفطر لانه لم ينو الفطر نية صحيحة ، لان النية لايصح تعليقها على شرط ، ولذلك لاينعقد الصوم بمثل هذه النية

﴿ فصل ﴾ ومن ارتد عن الاسلام أفطر بغير خلاف نعلمه اذا ارتد في أثناء الصوم فعليه قضاء ذلك اليوم اذا عاد الى الاسلام سواء أسلم في أثناء اليوم أو بعد انقضائه ، وسواء كانت ردته باعتقاد مايكفر به أو شكه أو النطق بكلمة الكفر مستهزئا أو غير مستهزيء لانها عبادة من شرطها النية أشبهت الصلاة والحج .

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح صوم النفل بنية من النهار قبل الزوال وبعده ، وقال القاضي لايجزي بعد الزوال)

وجملة ذلك أن صوم التطوع يجوز بنية من النهار عند امامنا وأبي حنيفة والشافعي وروي ذلك عن أبي الدرداء وأبي طلحة وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والنخعي وأصحاب الرأي وقال مالك وداود لايجوز الا بنية من الليل لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» ولان الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها وكذلك الصوم

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي النبي ﷺ ذات يوم فقال « هل عندكم من شيء ؟ قلنا لا قال «فاني اذا صائم »أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي ويدل عليه أيضا حديث عاشوراء ولان الصلاة يخفف نفلها عن فرضها بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها ويجوز في السفر على الراحلة الى غير القبلة فكذا الصيام وحديثهم نخصه بحديثنا على أن حديثنا أصح من حديثهم فانا من رواية ابن لهيعة ويحيى بن أوب قال الميموني سألت أحمد عنه فقال أخبرك ما له عندى ذلك الاسناد الا أنه عن ابن عمر وحفصة اسنادان جيدان والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها لان اشتراط النية في أول الصلاة لايفضي الى تقليلها بخلاف الصوم فانه يعين له الصوم من النهار فعفي عنه كما لو جوزنا التنفل قاعدا وعلى الراحلة لهذه العلة

(فصل) وأى وقت من النهار نوى أجزأه سواء في ذلك ما قبل الزوال وبعده هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي وهو ظاهر قول ابن مسعود فانه قال أحدكم بأخير النظرين مالم يأكل أو يشرب وقال رجل لسعيد ابن المسيب اني لم آكل الى الظهر أو الى العصر أفأصوم بقية يومي ؟ قال نعم

يصح صوم التطوع بنية من النهار وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وروي ذلك عن أبي الدرداء وأبي طلحة وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والنخعي ، وقال مالك وداود لايجوز إلا بنية من الليل لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولان الصلاة يتفق نية نفلها وفرضها فكذلك الصوم

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : دخل على النبي ﷺ ذات يوم فقال «هل عندكم شيء ؟» قلنا لا . قال « فاني إذاً صائم » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي ويدل عليه أيضاً حديث عاشوراء ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها في سقوط القيام وجوازها في السفر على الراحلة الى غير القبلة فكذلك الصيام ، وحديثهم نخصه بحديثنا ولو تعارضا قدم حديثنا لانه أصح من حديثهم فانه من رواية ابن لهيعة ويحيى بن أيوب . قال الميموني سألت أحمد عنه فقال أخبرك ماله عندي ذلك الاسناد إلا انه عن ابن عمر وحفصة إسنادان جيدان ، والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها لان اشتراط النية في أول الصلاة لايفضي الى تقليلها بخلاف الصوم فانه يعين له الصوم من النهار فعفي عنه كما جوزنا التنفل قاعداً لهذه العلة اذا ثبت ذلك فأي وقت من النهار نوى أجزأه ، هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي وهو ظاهر قول ابن مسعود ويروى عن سعيد ابن المسيب ، واختار القاضي في المجرد انه

واختار القاضي في المحرر أنه لاتجزئه النية بعد الزوال وهذامذهب أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي لان معظم النهار مضى من غير نية بخلاف الناوى قبل الزوال فانه قد أدرك معظم العبادة ولهذا تأثير في الاصول بدليل أن من أدرك الامام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة لادراكه معظمها ولو ادركه بعد الرفع لم يكن مدركا لها ولو أدرك مع الامام من الجمعة ركعة كان مدركا لها لانها تزيد بالتشهد ولو أدرك أقل من ركعة لم يكن مدركا لها

ولنا أنه نوى في جزء من النهار فأشبه مالو نوى في أوله ولان جميع الليل وقت لنية الفرض فكذا جميع النهار وقت لنية النفل، إذا ثبت هذا فانه يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية في المنصوص عن أحمد فانه قال من نوى في التطوع من النهار كتب له بقية يومه واذ أجمع من الليل كان له يومه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب في الهداية يحكم له بذلك من أول النهار وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الصوم لايتبعض في اليوم بدليل ما لو أكل في بعضه لم يجز له صيام باقيه فاذا وجد في بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله ولا يمنع الحكم بالصوم من غير نية حقيقية كما لو نسي الصوم بعد نيته أو غفل عنه ولانه لو أدرك بعض الركعة أو بعض الجماعة كان مدركا لجميعها

ولنا أن ماقبل النية لم ينو صيامه فلا يكون صائما فيه لقوله عليه السلام « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امريء مانوى » ولان الصوم عبادة محضة فلا توجد بغير نية كسائر العبادات المحضة ودعوى

لاتجزئه النية بعد الزوال وهو مذهب أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي لأن معظم النهار مضى بغير نية بخلاف الناوي قبل الزوال فانه قد أدرك معظم العبادة ولهذا تأثير في الاصول بدليل أن من أدرك الامام في الركوع أدرك الركعة لادراكه معظمها ، ولو أدركه بعد الرفع لم يكن مدركا لها ، وكذلك من أدرك ركعة من الجمعة يكون مدركا لها لانها تزيد بالتشهد ولا يدركها بدون الركعة لذلك

ولنا انه نوى في جزء من النهار أشبه مالو نوى في أوله ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض فكذلك جميع النهار وقت لنية النفل ولأن صوم النفل انما جوزناه بنية من النهار طلباً لتكثيره وهذا أبلغ في التكثير

﴿ فصل ﴾ وانما يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية في المنصوص عن أحمد فانه قال : من نوى في التطوع من النهار كتب له بقية يومه، واذا أجمع من الليل كان له يومه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال أبو الخطاب في الهداية يحكم بذلك من أول النهار وهو قول بعض الشافعية لان الصوم لايتبعض في اليوم بدليل مالو أكل في بعضه لم يجزه صيام باقيه ، فاذا وجد في بعض اليوم دل على انه صائم من أوله ، ولا يمتنع الحكم بالصوم من غير نية حقيقية كما لو نسي الصوم بعد نيته أو غفل عنه ، ولانه لو أدرك بعض الركعة أو بعض الجماعة كان مدركا لجميعها

ولنا ان ماقبل النية لم ينو صيامه فلا يحصل له صيامه لقوله عليه السلام « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امريء مانوى » ولأن الصوم عبادة محضة فلايوجد بغير نية كسائر العبادات المحضة، ودعوى

أن الصوم لا يتبعض دعوى محل النزاع وانما يشترط لصوم البعض أن لا توجد المفطرات في شيء من اليوم ولهذا قال النبي ﷺ في حديث عاشوراء «فليصم بقية يومه» وأما اذا نسي النية بعد وجودها فانه يكون مستصحباً لحكمها بخلاف ماقبلها فانها لم توجد حكما ولا حقيقة ولهذا لو نوى الفرض من الليل ونسيه في النهار صح صومه ولو لم ينو من الليل لم يصح صومه ، وأما ادراك الركعة والجماعة فانما معناه أنه لايحتاج الى قضاء ركعة وينوي انه مأموم وليس هذا مستحيلا اما أن يكون ما صلى الامام قبله من الركعات محسوباًله بحيث يجزئه عن فعله فكلا ولان مدرك الركوع مدرك لجميع أركان الركعة لان القيام وجد حين كبر وفعل سائر الاركان مع الامام وأما الصوم فان النية شرط له أو ركن فيه فلا يتصور وجوده بدون شرطه وركنه إذا ثبت هذا فان من شرطه أن لايكون طعم قبل النية ولافعل مايفطره فان فعل شيئاً من ذلك لم يجزئه الصيام بغير خلاف نعلمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نوى من الليل فاغمي عليه قبل طلوع الفجر فلم يفق حتى غربت الشمس لم يجزه صيام ذلك اليوم)

وجملة ذلك أنه متى أغمي عليه جميع النهار فلم يفق في شيء منه لم يصح صومه في قول امامنا والشافعي. وقال أبو حنيفة: يصح لأن النية قد صحت وزوال الاستشعار بعد ذلك لايمنع صحة الصوم كالنوم

ولنا أن الصوم هو الامساك مع النية ، قال النبي ﷺ « يقول الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فانه لي وأنا أجزي به يدع طعامه وشرابه من أجلي » متفق عليه ، فأضاف ترك الطعام والشراب اليه ، فاذا كان مغمى عليه فلا يضاف الامساك اليه فلم يجزئه، ولأن النية أحد ركني الصوم فلا تجزيء وحدها كالامساك وحده ، أما النوم فانه عادة ولايزيل الاحساس بالكلية ومتى نبه انتبه ، والاغماء عارض يزيل العقل فأشبه الجنون ، اذا ثبت هذا فزوال العقل يحصل بثلاثة أشياء (أحدها) الاغماء وقد ذكرناه ومتى فسد الصوم به فعلى المغمى عليه القضاء بغير خلاف علمناه لان مدته لاتتطاول غالباً ، ولا تثبت الولاية على صاحبه فلم يزل التكليف به وقضاء العبادات كالنوم ، ومتى أفاق المغمى عليه في جزء من النهار صح صومه سواء كان في أوله أو في آخره . وقال الشافعي في أحد قوليه : تعتبر الافاقة في أول النهار ليحصل حكم النية في أوله

ان الصوم لايتبعض دعوى محل النزاع وانما يشترط لصوم البعض أن لاتوجد المفطرات في شيء من اليوم ، ولهذا قال النبي ﷺ في حديث عاشوراء « فليصم بقية يومه » وأما اذا نسي النية بعد وجودها فانه يكون مستصحباً لحكمها بخلاف ماقبلها فانها لم توجد حكما ولا حقيقة ، ولهذا لو نوى الفرض من الليل ونسيه في النهار صح صومه ، ولو لم ينو من الليل لم يصح صومه . وأما ادراك الركعة والجماعة فانما معناه انه لايحتاج الى قضاء ركعة وينوي انه مأموم وليس هذا مستحيلا ، أما أن يكون ماصلى

ولنا أن الافاقة حصلت في جزء من النهار فاجزأ كما لو وجدت في أوله وما ذكروه لا يصح فان النية قد حصلت من الليل فيستغني عن ذكرها في النهار كما لو نام أو غفل عن الصوم ، ولو كانت النية انما تحصل بالافاقة في النهار لما صح منه صوم الفرض بالافاقة لأنه لايجزيء بنية من النهار

(الثاني) النوم فلا يؤثر في الصوم سواء وجد في بعض النهار أو جميعه

(الثالث) الجنون فحكمه حكم الاغماء إلا أنه اذا وجد في جميع النهار لم يجب قضاؤه . وقال أبو حنيفة : متى أفاق المجنون في جزء من رمضان لزمه قضاء مامضى منه لأنه أدرك جزأ من رمضان وهو عاقل فلزمه صيامه كما لو أفاق في جزء من اليوم . وقال الشافعي : اذا وجد الجنون في جزء من النهار أفسد الصوم لأنه معنى يمنع وجوب الصوم فأفسده وجوده في بعضه كالحيض

ولنا أنه معنى يمنع الوجوب اذا وجد في جميع الشهر فمنعه اذا وجد في جميع النهار كالصبا والكفر وأما إن أفاق في بعض اليوم فلنا منع في وجوبه ، وإن سلمناه فانه قد أدرك بعض وقت العبادة فلزمه كالصبي اذا بلغ والكافر اذا أسلم في بعض النهار وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة

ولنا على الشافعي أنه زوال عقل في بعض النهار فلم يمنع صحة الصوم كالاغماء والنوم ، ويفارق الحيض فان الحيض لايمنع الوجوب ، وانما يجوز تأخير الصوم ويحرم فعله ويوجب الغسل ويحرم الصلاة والقراءة واللبث في المسجد والوطء فلا يصح قياس الجنون عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سافر مايقصر فيه الصلاة فلا يفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره)

وجملة ذلك أن للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره بدلالة الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما السنة فقول النبي ﷺ « إن الله وضع عن المسافر الصوم » رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن في أخبار كثيرة سواه ، وأجمع المسلمون على اباحة الفطر للمسافر في الجملة ، وانما يباح الفطر في السفر الطويل الذي يبيح القصر وقد ذكرنا قدره في الصلاة ، ثم لايخلو المسافر من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يدخل عليه شهر رمضان في السفر فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في اباحة الفطر له

(الثاني) أن يسافر في أثناء الشهر ليلا فله الفطر في صبيحة الليلة التي يخرج فيها وما بعدها في قول عامة أهل العلم . وقال عبيدة السلماني وأبو مجلز وسويد بن غفلة : لا يفطر من سافر بعد دخول الشهر لقول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا قد شهده

ولنا قول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وروى ابن عباس

الامام قبله من الركعات محسوبا له بحيث يجزئه عن فعله فكذا ولأن مدرك الركوع مدرك لجميع أركان الركعة لان القيام وجد حين كبر وفعل سائر الاركان مع الامام ، وأما الصوم فان النية شرط له

قال : خرج رسول الله ﷺ عام الفتح في شهر رمضان فصام حتى بلغ الكديد ، ثم أفطر وأفطر الناس متفق عليه ، ولأنه مسافر فأبيح له الفطر كما لو سافر قبل الشهر ، والآية تناولت الامر بالصوم لمن شهد الشهر كله وهذا لم يشهده كله (١)

«١» تقدم في حاشية لنا على الشرح ماهو الصواب في هذا المقام

(الثالث) أن يسافر في أثناء يوم من رمضان فحكمه في اليوم الثاني كمن سافر ليلا ، وفي اباحة فطر اليوم الذي سافر فيه عن أحمد روايتان (احداهما) له أن يفطر وهو قول عمرو بن شرحبيل والشعبي واسحاق وداود وابن المنذر لما روى عبيد بن جبير قال : ركبت مع أبي بصرة الغفاري سفينة من الفسطاط في شهر رمضان فدفع ثم قرب غداءه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال اقترب فقلت ألست ترى البيوت ؟ قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله ﷺ ؟ فأكل . رواه أبو داود ، ولان السفر معنى لو وجد ليلا واستمر في النهار لاباح الفطر فاذا وجد في أثنائه اباحه كالمرض ، ولأنه أحد الامرين المنصوص عليهما في اباحة الفطر بهما فاباحه في أثناء النهار كالآخر (والرواية الثانية) لا يباح له الفطر ذلك اليوم وهو قول مكحول والزهري ويحيى الانصاري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لان الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر فاذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر كالصلاة والاول أصح للخبر ، ولان الصوم يفارق الصلاة فان الصلاة يلزم اتمامها بنيته بخلاف الصوم

اذا ثبت هذا فانه لا يباح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره يعني أنه يجاوزها ويخرج من بين بنيانها وقال الحسن يفطر في بيته إن شاء يوم يريد أن يخرج ، وروي نحوه عن عطاء قال ابن عبد البر قول الحسن قول شاذ ، وليس الفطر لأحد في الحضر في نظر ولا أثر ، وقد روي عن الحسن خلافه وقد روى محمد بن كعب قال : أتيت أنس بن مالك في رمضان وهو يريد السفر وقد رحلت له راحلته ولبس ثياب السفر فدعا بطعام فأكل فقلت له سنة ؟ فقال سنة ثم ركب . قال الترمذي هذا حديث حسن

ولنا قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا شاهد ولا يوصف بكونه مسافراً حتى يخرج من البلد ، ومهما كان في البلد فله أحكام الحاضرين ولذلك لا يقصر الصلاة ، فأما أنس فيحتمل أنه قد كان برز من البلد خارجا منه فأتاه محمد بن كعب في منزله ذلك

(فصل) وإن نوى المسافر الصوم في سفره ثم بدا له أن يفطر فله ذلك ، واختلف قول الشافعي فيه فقال مرة لا يجوز له الفطر ، وقال مرة أخرى إن صح حديث الكديد لم أر به بأساً أن يفطر . وقال مالك : إن أفطر فعليه القضاء والكفارة لأنه أفطر في صوم رمضان فلزمه ذلك كما لو كان حاضراً

ولنا حديث ابن عباس وهو حديث صحيح متفق عليه ، وروى جابر أن رسول الله ﷺ خرج عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم فصام الناس معه ، فقيل له إن الناس قد شق عليهم الصيام وإن

أو ركن فيه فلا يتصور وجوده بدون شرطه وركنه

(فصل) وانما يصوم الصوم بنية من النهار بشرط أن لا يكون طعم قبل النية ولا فعل ما يفطره

الناس ينظرون ما فعلت فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون فأفطر بعضهم وصام بعضهم فبلغه أن ناساً صاموا فقال « أولئك العصاة » رواه مسلم ، وهذا نص صريح لايعرج على من خالفه ، اذا ثبت هذا فان له أن يفطر بما شاء من أكل وشرب و غيرهما إلا الجماع هل له أن يفطر به أم لا ؟ فان أفطر بالجماع ففي الكفارة روايتان : الصحيح منهما أنه لا كفارة عليه وهو مذهب الشافعي (والثانية) يلزمه كفارة لأنه أفطر بجماع فلزمته كفارة كالحاضر

ولنا أنه صوم لايجب المضي فيه فلم تجب الكفارة بالجماع فيه كالتطوع وفارق الحاضر الصحيح فانه يجب عليه المضي في الصوم ، وإن كان مريضاً يباح له الفطر فهو كالمسافر ، ولأنه يفطر بنية الفطر فيقع الجماع بعد حصول الفطر فأشبه مالو أكل ثم جامع ، ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ماينافي الصوم من الأكل والشرب والجماع وغيره لان حرمتها بالصوم فتزول بزواله كما لو زال بمجيء الليل

(فصل) وليس للمسافر أن يصوم في رمضان عن غيره كالنذر والقضاء لان الفطر أبيح رخصة وتخفيفاً عنه، فاذا لم يرد التخفيف عن نفسه لزمه أن يأتي بالاصل ، فان نوى صوما غير رمضان لم يصح صومه لاعن رمضان ولا عما نواه . هذا الصحيح في المذهب وهو قول أكثر العلماء . وقال أبوحنيفة : يقع مانواه اذا كان واجباً لأنه زمن أبيح له فطره فكان له صومه عن واجب عليه كغير شهر رمضان

ولنا انه أبيح له الفطر للعذر فلم يجز له أن يصومه عن غير رمضان كالمريض وبهذا ينتقض ماذكروه وينتقض أيضاً بصوم التطوع فانهم سلموه . قال صالح : قيل لأبي من صام شهر رمضان وهو ينوي به تطوعا يجزئه ؟ قال أو يفعل هذا مسلم ؟

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أكل أو شرب أو احتجم أو استعط أو أدخل الى جوفه شيئا من أي موضع كان أو قبّل فأمنى أو أمذى أو كرر النظر فأنزل أي ذلك فعل عامداً وهو ذاكر لصومه فعليه القضاء بلا كفارة اذا كان صوما واجباً)

في هذه المسئلة فصول (أحدها) انه يفطر بالاكل والشرب بالاجماع وبدلالة الكتاب والسنة

فان فعل شيئاً من ذلك لم يجزه الصيام بغير خلاف نعلمه والله عز وجل أعلم .

﴿ باب مايفسد الصوم ويوجب الكفارة ﴾

ومن أكل أو شرب أو استعط أو احتقن أو داوى الجائفة بما يصل الى جوفه أو كتحل بما يصل الى حلقه أو داوى المأمومة أو قطر في أذنه مايصل الى دماغه أو أدخل في جوفه شيئاً من أي موضع كان أو استقاء أو استمنى أو قبل أو لمس فأمنى أو أمذي أو كرر النظر فانزل أو حجم أواحتجم عامداً ذاكرا لصومه فسد صومه وان كان مكرها أو ناسياً لم يفسد .

أما الكتاب فقول الله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل) مد الاكل والشرب إلى تبين الفجر ثم أمر بالصيام عنهما . وأما السنة فقول النبي ﷺ « والذي نفسي بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك يترك طعامه وشرابه وشهوته من أجلي » وأجمع العلماء على الفطر بالاكل والشرب بما يتغذى به فأما ما لا يتغذى به فعامة أهل العلم على ان الفطر يحصل به . وقال الحسن بن صالح : لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب وحكي عن أبي طلحة الانصاري انه كان يأكل البرد في الصوم ويقول ليس بطعام ولا شراب ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الاكل والشرب فما عداهما يبقى على أصل الاباحة ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الاكل والشرب على العموم فيدخل فيه محل النزاع ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة فلا يعد خلافا

(الفصل الثاني) ان الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم وبه قال اسحاق وابن المنذر ومحمد بن اسحاق ابن خزيمة وهو قول عطاء وعبدالرحمن بن مهدي وكان الحسن ومسروق وابن سيرين لا يرون للصائم أن يحتجم وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا في الصوم منهم ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وأنس ورخص فيها أبو سعيد الخدري وابن مسعود وأم سلمة وحسين بن علي وعروة وسعيد بن جبير . وقال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي يجوز للصائم أن يحتجم ولا يفطر لما روى البخاري عن ابن عباس ان النبي ﷺ احتجم وهو صائم . ولأنه دم خارج من البدن أشبه الفصد

ولنا قول النبي ﷺ « أفطر الحاجم والمحجوم » رواه عن النبي ﷺ أحد عشر نفساً قال أحمد حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب وإسناد حديث رافع إسناد جيد وقال: حديث ثوبان وشداد صحيحان ، وعن علي بن المديني انه قال اصح شيء في هذا الباب حديث شداد وثوبان وحديثهم منسوخ بحديثنا بدليل ما روى ابن عباس انه قال : احتجم رسول الله ﷺ بالقاحة بقرن وناب وهو محرم صائم فوجد لذلك ضعفا شديداً فنهى رسول الله ﷺ ان يحتجم الصائم . رواه ابو اسحاق الجوزجاني في المترجم وعن الحكم قال : احتجم رسول الله ﷺ وهو صائم فضعف ثم كرهت الحجامة

أجمع أهل العلم على الافطار بالاكل والشرب لما يتغذى به ، وقد دل عليه قوله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل) مدة إباحة الاكل والشرب الى تبين الفجر ثم أمر بالصيام عنهما ، وفي الحديث «لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك يدع طعامه وشرابه وشهوته من أجلي» فأما أكل ما لا يتغذى به فيحصل به الفطر في قول عامة أهل العلم ، وقال الحسن بن صالح لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب وحكي عن أبي طلحة الانصارى أنه كان يأكل البرد في الصوم ويقول ليس بطعام ولا شراب ولعل من يذهب الى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة انما حرما الاكل والشرب المعتاد فما عداهما يبقى على أصل الاباحة .

للصائم وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم يعد الحجام والمحاجم فاذا غابت الشمس احتجم بالليل كذلك رواه الجوزجاني وهذا يدل على انه علم نسخ الحديث الذي رواه ويحتمل ان النبي ﷺ احتجم فأفطر كما روي عنه عليه السلام انه قاء فأفطر. فان قيل فقد روى أن النبي ﷺ رأى الحاجم والمحتجم يغتابان فقال ذلك قلنا لم تثبت صحة هذه الرواية مع ان اللفظ أعم من السبب فيجب العمل بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على أننا قد ذكرنا الحديث الذي فيه بيان علة النهي عن الحجامة وهي الخوف من الضعف فيبطل التعليل بما سواه أو يكون كل واحد منهما علة مستقلة على أن الغيبة لا تفطر الصائم إجماعا فلا يصح حمل الحديث على ما يخالف الاجماع. قال أحمد: لأن يكون الحديث كما جاء عن النبي ﷺ « أفطر الحاجم والمحجوم » أحب الينا من أن يكون من الغيبة لان من أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع وهذا أشد على الناس، من يسلم من الغيبة؟ فان قيل: فاذا كانت علة النهي ضعف الصائم بها فلا يقتضي ذلك الفطر وانما يقتضي الكراهة ومعنى قوله « أفطر الحاجم والمحجوم » أي قربا من الفطر. قلنا هذا تأويل يحتاج إلى دليل على انه لا يصح ذلك في حق الحاجم فانه لا ضعف فيه(1)

(الفصل الثالث) أنه يفطر بكل ما أدخله الى جوفه أو مجوف في جسده كدماغه وحلقه ونحو ذلك مما ينفذ الى معدته إذا وصل باختياره وكان مما يمكن التحرز منه سواء وصل من الفم على العادة أو غير العادة كالوجور واللدود أو من الانف كالسعوط أو ما يدخل من الاذن إلى الدماغ أو ما يدخل من العين الى الحلق كالكحل أو ما يدخل إلى الجوف من الدبر بالحقنة أو ما يصل من مداواة الجائفة إلى جوفه أو من دواء المأمومة إلى دماغه فهذا كله يفطره لانه واصل الى جوفه باختياره فأشبه الاكل وكذلك لو جرح نفسه أو جرحه غيره باختياره فوصل إلى جوفه سواء استقر في جوفه أو عاد فخرج منه وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يفطر بالسعوط الا أن ينزل الى حلقه ولا يفطر اذا داوى المأمومة والجائفة واختلف عنه في الحقنة واحتج له بانه لم يصل الى الحلق منه شيء أشبه ما لم يصل الى الدماغ ولا

(1) علل الجمهور قرب الحاجم من الفطر بأنه عرضة لدخول الدم إلى جوفه وسبب حمل الحديث على المجاز الجمع بينه وبين الاحاديث الدالة على عدم الفطر بالحجامة فقد صح أنه (ص) احتجم وهو صائم رواه أحمد والبخاري عن ابن عباس ولا ينافيه احتجام ابن عباس ليلا

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الاكل والشرب على العموم فيدخل فيه محل النزاع ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة فلا يعد خلافا

(فصل) ويفطر بكل ما أدخله الى جوفه أو مجوف في جسده كدماغه وحلقه ونحو ذلك مما ينفذ الى معدته اذا وصل باختياره وكان مما يمكن التحرز منه سواء وصل من الفم على العادة أو غيرها كالوجور واللدود أو من الانف كالسعوط أو ما يدخل من الاذان الى الدماغ أو ما يدخل من العين الى الحلق كالكحل أو ما يدخل الى الجوف من الدبر بالحقنة أو ما يصل من مداواة الجائفة أو من دواء المأمومة، وكذلك ان جرح نفسه أو جرحه غيره باذنه فوصل الى جوفه سواء استقر في جوفه أو عاد فخرج منه لانه واصل الى الجوف باختياره فاشبه الاكل وبهذا كله قال الشافعي الا في الكحل وقال مالك لا يفطر بالسعوط الا أن ينزل الى حلقه ولا يفطر اذا داوى المأمومة والجائفة واختلف عنه

الجوف ولنا أنه واصل الى جوف الصائم باختياره فيفطره [١] كالواصل الى الحلق ، والدماغ جوف والواصل اليه يغذيه فيفطره كجوف البدن

(فصل) فاما الكحل فماوجد طعمه في حلقه أو علم وصوله اليه فطره والا لم يفطره نص عليه احمد وقال ابن أبي موسى ماتجد طعمه كالذرور والصبر والقطور أفطر وان اكتحل باليسير من الاثمد غير المطيب كالميل ونحوه لم يفطر نص عليه احمد وقال ابن عقيل ان كان الكحل حاداً فطره والا فلا . ونحو ماذكرناه قال أصحاب مالك وعن ابن أبي ليلى وابن شبرمة أن الكحل يفطر الصائم وقال أبو حنيفة والشافعي لايفطره لما روي عن النبي ﷺ أنه اكتحل فى رمضان وهو صائم ولان العين ليست منفذاً فلم يفطر بالداخل منها كما لودهن رأسه

ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به كما لو أوصله من أنفه وما رووه لم يصح قال الترمذي لم يصح عن النبي ﷺ في باب الكحل للصائم شيء ثم نحمله على أنه اكتحل بما لا يصل وقولهم ليست العين منفذاً لايصح فانه يوجد طعمه في الحلق ويكتحل بالاثمد فيتنخعه قال أحمد حدثني انسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار ثم لايعتبر في الواصل أن يكون من منفذ بدليل مالوجرح نفسه جائفة فانه يفطر

في الحقنة واحتج بانه لم يصل الى الحلق منه شيء أشبه مالم يصل الى الدماغ ولا الجوف

ولنا أنه واصل الى جوف الصائم باختياره فيفطره كالواصل الى الحلق ولان الدماغ جوف والواصل اليه يغذيه فيفطر كجوف البدن

(فصل) فاما الكحل فان وجد طعمه في حلقه أو علم وصوله اليه فطره والا لم يفطره نص عليه أحمد وقال ابن أبي موسى ان اكتحل بما يجد طعمه كالذرور والصبر والقطور افطر وان اكتحل باليسير من الاثمد غير المطيب لم يفطر نص عليه أحمد وقال ابن عقيل ان كان الكحل حاداً فطره والا فلا ونحو ماذكرناه قال أصحاب مالك وعن ابن أبي ليلى وابن شبرمة أن الكحل يفطر الصائم ، وقال أبو حنيفة والشافعي لايفطر لما روي عن النبي ﷺ أنه اكتحل في رمضان وهو صائم ولأن العين ليست منفذاً فلم يفطر بالداخل منها كما لو دهن رأسه

ولنا أنه أوصل إلى حلقه ماهو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به كما لو أوصله من أنفه وما رووه لم يصح ، قال الترمذي لم يصح عن النبي ﷺ في باب الكحل للصائم شيء ثم نحمله أنه اكتحل بمالا يصل ، وقولهم ليست العين منفذاً لا يصح فانه يوجد طعمه في الحلق ويكتحل بالاثمد فيتنخعه . قال أحمد: حدثني انسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ بدليل مالو جرح نفسه جائفة فانه يفطر

﴿ مسئلة ﴾ (أو استقاء أو استمنى)

معنى استقاء استدعى القيء ويفطر به في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على

«١» قوله ولنا الخ هذا إنما يصح إذا سلمت القاعدة التي ذكرها في أول الفصل وهي من تدقيق الفقهاء التي لا يدل عليها كتاب ولا سنة ، ولا قياس وقوله والواصل اليه يغذيه ممنوع فان قاعدتهم تعم المغذي وغيره كالحصاة والسلاح الجارح والمسبار ونحوها مما لايعد طعاماً ولا شراباً ولا مافي معناهما فيقاس عليها

(فصل) وما لايمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره لان اتقاء ذلك يشق فأشبه غبار الطريق

ابطال صوم من استقاء عامداً ، وحكي عن ابن مسعود وابن عباس أن القيء لا يفطر ، وروي أن النبي ﷺ قال « ثلاث لا يفطرن الصائم الحجامة والقيء والاحتلام »

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « من استقاء عمداً فليقض » قال الترمذي هذا حديث حسن ، ورواه أبو داود وحديثهم غير محفوظ يرويه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف قاله الترمذي

(فصل) وقليل القيء وكثيره سواء في ظاهر المذهب وفيه رواية ثانية لا يفطر إلا بملء الفم لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال « ولكن دسعه تملأ الفم » ولان اليسير لا ينقض الوضوء فلا يفطر كالبلغم ، وفيه رواية ثالثة : أنه نصف الفم لانه ينقض الوضوء فأفطر به كالكثير . والاولى أولى لظاهر الحديث الذي رويناه ، ولان سائر المفطرات لافرق بين قليلها وكثيرها كذلك ، هذا وحديث الرواية الثانية لا نعرف له أصلا ولا فرق بين كون القيء طعاماً ، أو مراراً ، أو بلغما ، أو دما ، أو غيره لان الجميع داخل في الحديث

(فصل) ولو استمنى بيده فقد فعل محرما ولا يفسد صومه بمجرده ، فان أنزل فسد صومه لأنه في معنى القبلة في اثارة الشهوة ، وكذلك إن مذي به في قياس المذهب قياساً على القبلة ، فأما إن أنزل لغير شهوة كالذي يخرج منه المني أو المذي لمرض فلا شيء عليه لأنه خارج لغير شهوة أشبه البول ، ولأنه يخرج عن غير اختيار منه ولا بسبب أشبه الاحتلام ، ولو جامع بالليل فأنزل بعد ما أصبح لم يفطر لأنه لم يتسبب اليه في النهار فأشبه مالو أكل شيئاً في الليل فذرعه القيء في النهار

﴿ مسئلة ﴾ (قال أو قبل أو لمس فأمنى أو مذى)

اذا قبل أو لمس لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا ينزل ولا يمذي فلا يفسد صومه بذلك بغير خلاف علمناه لما روت عائشة أن النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم وكان أملككم لاربه . رواه البخاري وروي بتحريك الراء وسكونها ، قال الخطابي معنى ذلك حاجة النفس ووطرها وقيل بالتسكين العضو وبالتحريك الحاجة ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : هششت فقبلت وأنا صائم فقلت يارسول الله صنعت اليوم أمراً عظيما قبلت وأنا صائم ، قال « أرأيت لو تمضمضت من اناء وأنت صائم » قلت لا بأس به ، قال « فمه » رواه أبو داود ، شبه القبلة بالمضمضة من حيث إنهما من مقدمات الشهوة فان المضمضة اذا لم يكن معها نزول الماء لم تفطر وإن كان معها نزوله أفطر إلا أن أحمد ضعف هذا الحديث وقال : هذا ريح ليس من هذا شيء

(الحال الثاني) أن يمني فيفطر بغير خلاف نعلمه لما ذكرناه من إيماء الخبرين ولأنه انزال بمباشرة أشبه الانزال بجماع دون الفرج

(الحال الثالث) أن يمذي فيفطر وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يفطر وروي ذلك عن الحسن والشعبي والاوزاعي لأنه خارج لا يوجب الغسل أشبه البول

وغربلة الدقيق فان جمعه ثم ابتلعه قصداً لم يفطره لانه يصل إلى جوفه من معدنه أشبه اذا لم يجمعه

ولنا أنه خارج تخلله الشهوة خرج بالمباشرة أشبه المني وبهذا فارق البول

﴿ مسئلة ﴾ (أو كرر النظر فأنزل)

لتكرار النظر ثلاثة أحوال أيضا (أحدها) أن لا يقترن به انزال فلا يفسد الصوم بغير اختلاف (الثاني) أن ينزل المني به فيفسد الصوم ، وبه قال عطاء والحسن ومالك وقال جابر بن زيد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر لا يفسد لانه عن غير مباشرة أشبه الانزال بالفكر

ولنا أنه انزال بفعل يتلذذ به يمكن التحرز منه أشبه الانزال باللمس. والفكر لا يمكن التحرز منه [1] بخلاف تكرار النظر

(الثالث) مذى بذلك فظاهر كلام احمد أنه لا يفطر به لأنه لا نص في الفطر به ولا يصح قياسه على انزال المني لمخالفته إياه في الاحكام فيبقى على الاصل وفيه قول آخر أنه يفطر لانه خارج بسبب الشهوة أشبه المني ولان السبب الضعيف اذا تكرر تنزل بمنزلة السبب القوي فاز من أعاد الضرب بعصا صغيرة فقتل وجب عليه القصاص كالضرب بالعصا الكبيرة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فأما إن صرف نظره لم يفسد صومه أنزل أو لم ينزل ، وقال مالك يفسد صومه إن أنزل كما لو كرره

ولنا أن النظرة الاولى لا يمكن التحرز منها فلا يفسد الصوم ما أفضت اليه كالفكرة وعليه يخرج التكرار

﴿مسألة﴾ (قال أو حجم أو احتجم)

الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم وبه قال اسحاق وابن المنذر ومحمد بن اسحق وابن خزيمة وعطاء وعبد الرحمن بن مهدي وكان مسروق والحسن وابن سيرين لا يرون للصائم أن يحتجم وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا في الصوم منهم ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وأنس بن مالك ورخص فيها أبو سعيد الخدري وابن مسعود وأم سلمة والحسين بن علي وعروة وسعيد بن جبير وقال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي يجوز للصائم أن يحتجم ولا يفطر لما روي البخاري عن ابن عباس أن النبي ﷺ احتجم وهو صائم ولانه دم خارج من البدن أشبه الفصد

ولنا قول النبي ﷺ «أفطر الحاجم والمحجوم» رواه عن النبي ﷺ أحد عشر نفساً قال أحمد حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب واسناد حديث رافع اسناد جيد وقال حديث ثوبان وشداد صحيحان وقال علي بن المديني أصح شيء في هذا الباب حديث شداد وثوبان. وحديثهم منسوخ بحديثنا بدليل ماروى ابن عباس أنه قال احتجم رسول الله ﷺ بالقاحة بقرن وناب وهو محرم صائم فوجد لذلك ضعفا شديداً فنهى رسول الله ﷺ أن يحتجم الصائم رواه أبو اسحاق الجوزجاني في المترجم وعن الحكم قال احتجم رسول الله ﷺ فضعف ثم كرهت الحجامة

«١» لعل هذا يصح في بعض أحوال الهيج ، وفي الغالب يمكن صرف الفكر بعمل بدني أو عقلي آخر ، ولكن في المؤاخذة بالفكر حرج وهو ممنوع

وفيه وجه آخر أنه يفطره لانه أمكنه التحرز منه أشبه مالو قصد ابتلاع غبار الطريق والاول أصح

للصائم وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم يعد الحجام والمحاجم فاذا غابت الشمس احتجم كذلك رواه الجوزجاني وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذي رواه[1] ويحتمل أنه احتجم فافطر كما روي عنه عليه السلام أنه قاء فافطر فان قيل فقد روي أن النبي ﷺ رأي الحاجم والمحتجم يغتابان فقال ذلك قلنا لم تثبت صحة هذه الرواية مع أن اللفظ أعم من السبب فيجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب على اننا قد ذكرنا الحديث الذي فيه بيان علة النهي عن الحجامة وهي الخوف من الضعف فيبطل التعليل بما سواه أو تكون كل واحدة منهما علة مستقلة على أن الغيبة لاتفطر الصائم اجماعا فلا يصح حمل الحديث عليها قال أحمد لأن يكون الحديث على ما جاء عن النبي ﷺ « افطر الحاجم والمحجوم » أحب الينا من أن يكون من الغيبة لان من أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع وهذا أشد على الناس . من يسلم من الغيبة ؟ فان قيل اذا كانت علة النهي ضعف الصائم بها فلا يقتضي ذلك الفطر انما يقتضي الكراهة ومعنى قوله « افطر الحاجم والمحجوم » أي قربا من الفطر قلنا هذا تأويل يحتاج الى دليل مع أنه لا يصح في حق الحاجم لأنه لا يضعفه

(فصل) وانما يفطر بما ذكرنا اذا فعله عامدا ذاكراً لصومه وان فعل شيئاً من ذلك ناسيا لم يفسد صومه روي عن علي رضي الله عنه لاشيء على من أكل ناسياً وهو قول ابي هريرة وابن عمر وعطاء وطاوس وابن أبي ذئب والاوزاعي والثوري وأبي حنيفة واسحاق وقال ربيعة ومالك يفطر لان مالا يصح الصوم مع شيء من جنسه عمداً لايجوز مع سهوه كالجماع وترك النية

ولنا ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « اذا أكل أحدكم أو شرب ناسيا فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه » متفق عليه وفي لفظ « من أكل أو شرب ناسياً فانما هو رزق رزقه الله » ولانها عبادة ذات تحليل وتحريم فكان في محظوراتها مايختلف عمده وسهوه كالصلاة والحج فأما النية فليس تركها فعلا ولانها شرط والشروط لاتسقط بالسهو بخلاف المبطلات والجماع حكمه أغلظ ويمكن التحرز عنه

﴿مسئلة﴾ (فان فكر فأنزل لم يفسد صومه)

وحكي عن أبي حفص البرمكي أنه يفسد واختاره ابن عقيل لان الفكرة تستحضر فتدخل تحت الاختيار لان الله تعالى مدح الذين يتفكرون في خلق السموات والارض ونهى النبي ﷺ عن التفكر في ذات الله ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق بها ذلك كالاحتلام فأما أن خطر بقلبه صورة ذلك الفعل فأنزل لم يفسد صومه كالاحتلام

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « عفي لامتي عما حدثت به أنفسها مالم تتكلم أو تعمل به » ولانه لا نص في الفطر به ولا اجماع ، ولا يمكن قياسه على تكرار النظر لانه دونه في استدعاء الشهوة وافضائه

[1] «١» هذه الدلالة ممنوعة لا تصح ولم لا يكون ذلك لأن الحجامة تضعف البدن كما أقره هو وشيخه في المغني وتقدم

فان الريق لا يفطر اذا لم يجمعه وان قصد ابتلاعه فكذلك اذا جمعه بخلاف غبار الطريق فان خرج ريقه

إلى الانزال ويخالفه في التحريم اذا تعلق ، اذا ثبت ذلك في الاكل والشرب ثبت في سائر ماذكرنا قياسا عليه ، ولنا في الجماع منع

(فصل) وإن فعل شيئاً من ذلك وهو نائم لم يفسد صومه لانه لاقصد له ولا علم بالصوم فهو أعذر من الناسي فان فعله جاهلا بتحريمه فذكر أبو الخطاب أنه لايفطره كالناسي (قال شيخنا) ولم أره عن غيره ، وقول النبي ﷺ « أفطر الحاجم والمحجوم » في حق الرجلين اللذين رآهما يحجم أحدهما صاحبه من جهلهما بتحريمه يدل على أن الجهل لا يعذر به ، ولأنه نوع جهل فلم يمنع الفطر كالجهل بالوقت في حق من أكل يظن أن الفجر لم يطلع وتبين بخلافه

(فصل) فان فعله مكرهاً بالوعيد فقال ابن عقيل قال أصحابنا لا يفطر به لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قال ويحتمل عندي أن يفطر لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه أشبه المريض ومن شرب لدفع العطش ، فأما الملجأ فلا يفطر لانه خرج بذلك عن حيز الفعل ولذلك لايضاف اليه ، ولذلك افترقا فيما اذا أكره على قتل آدمي فقتله أو ألقي عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طار إلى حلقه ذباب ، أو غبار ، أو قطر في احليله ، أو فكر فأنزل ، أو احتلم ، أو ذرعه القيء ، أو أصبح وفي فيه طعام فلفظه ، أو اغتسل ، أو تمضمض ، أو استنشق فدخل الماء حلقه لم يفسد صومه ، وإن زاد على الثلاث أو بالغ فيهما فعلى وجهين)

اذا دخل حلقه غبار من غير قصد كغبار الطريق ونخل الدقيق ، أو الذبابة تدخل حلقه أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه أو حلقه ، أو يلقى في ماء فيصل إلى جوفه ، أو يدخل حلقه بغير اختياره ، أو يداوي جائفته أو مأمومته بغير اختياره ، أو يحجم كرهاً ، أو تقبله امرأة بغير اختياره فينزل وما أشبه ذلك لايفسد صومه ، لا نعلم فيه خلافا لانه لايمكن التحرز منه أشبه مالو دخل حلقه شيء وهو نائم ، وكذلك الاحتلام لانه عن غير اختيار منه فأشبه ماذكرنا ، وفي معنى ذلك اذا ذرعه القيء لانه بغير اختياره فهو كالاحتلام بأجنبية أو الكراهة إن كان في زوجة فبقي على الاصل

(فصل) فان قطر في احليله دهناً لم يفطر به سواء وصل إلى المثانة أم لا ، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يفطر لانه أوصل الدهن إلى جوف في جسده فأفطر كما لو داوى الجائفة ، ولان المني يخرج من الذكر فيفطره وما أفطر بالخارج منه جاز أن يفطر بالداخل منه كالفم

ولنا أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ ، وانما يخرج البول رشحاً فالذي يتركه فيه لا يصل إلى الجوف فلا يفطره كالذي يتركه في فيه ولا يبلعه

﴿ مسئلة ﴾ (قال أو أصبح وفي فيه طعام فلفظه)

اذا أصبح في فيه شيء من الطعام لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون يسيراً لايمكنه لفظه فيزدرده

الى ثوبه أو بين أصابعه أو بين شفتيه ثم عاد فابتلعه أو بلع ريق غيره أفطر لانه ابتلعه من غير فمه فأشبه مالو بلع غيره فان قيل فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها رواه أبو داود قلنا قد روي عن أبي داود أنه قال هذا اسناد ليس بصحيح ويجوز أن يكون يقبل في الصوم ويمص لسانها في غيره ويجوز أن يمصه ثم لايبتلعه ولانه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل الى فمه فأشبه ما لو ترك حصاة مبلولة في فيه أو لو تمضمض بماء ثم مجه ولو ترك في فمه حصاة أودرهما فأخرجه وعليه بلة من الريق ثم أعاده في فيه نظرت فان كان ماعليه من الريق كثيراً فابتلعه أفطر وان كان يسيراً لم يفطر بابتلاع ريقه وقال بعض أصحابنا يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم

ولنا أنه لايتحقق انفصال ذلك البلل ودخوله الى حلقه فلا يفطره كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها ولو أخرج لسانه وعليه بلة ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه لم يفطر

(فصل) وان ابتلع النخامة ففيها روايتان (احداهما) يفطر قال حنبل سمعت أباعبد الله يقول اذا تنخم ثم ازدرده فقد أفطر لان النخامة من الرأس تنزل والريق من الفم ولو تنخع من جوفه ثم ازدرده أفطر وهذ مذهب الشافعي لانه أمكن التحرز منها أشبه الدم ولانها من غير الفم أشبه القيء «والرواية (الثانية) لايفطر قال في رواية المروزى ليس عليك قضاء اذا ابتلعت النخاعة وأنت صائم لانه معتاد في الفم غير واصل من خارج أشبه الريق

(فصل) فان سال فمه دما أوخرج اليه قلس أو قي، فأزدرده أفطر وان كان يسيراً لان الفم في حكم الظاهر والاصل حصول الفطر بكل واصل منه لكن عفي عن الريق لعدم امكان التحرز منه فماعداه يبقى على الاصل وان ألقاه من فيه وبقي فمه نجساً أوتنجس فمه بشيء من خارج فابتلع ريقه فان كان معه جزء من المنجس أفطر بذلك الجزء والا فلا

فانه لايفطر به لانه لايمكن التحرز منه أشبه الريق . قال ابن المنذر أجمع على ذلك أهل العلم

(الثاني) أن يكون كثيراً يمكنه لفظه فان لفظه فلا شيء عليه وكذلك ان دخل حلقه بغير اختياره لمشقة الاحتراز منه وان ابتلعه عامداً فسد صومه وهو قول الاكثرين وقال أبوحنيفة لايفسد لانه لابد أن يبقى بين أسنانه شيء مما يأكله فلم يفطر بابتلاعه كالريق

ولنا أنه بلع طعاماً يمكنه لفظه باختياره ذاكراً لصومه فافطر به كما لو ابتلع ابتداء من خارج ويخالف مايجري به الريق فانه لايمكنه لفظه فان قيل يمكنه أن يبصق قلنا لايخرج جميع الريق ببصاقه وان منع من ابتلاع ريقه كله لم يمكنه

(فصل) ولا يفطر بالمضمضة بغير خلاف سواء كان في الطهارة أو غيرها وقد روي عن النبي ﷺ أن عمر سأله عن القبلة للصائم فقال النبي ﷺ «أرأيت لو تمضمضت من اناء وأنت صائم» قلت لا بأس قال «فمه» (١) ولان الفم في حكم الظاهر لا يبطل الصوم بالواصل اليه كالأنف والعين وان تمضمض أو استنشق في الطهارة فسبق الماء الى حلقه من غير قصد ولا اسراف فلا شيء عليه وبه قال الاوزاعي واسحاق والشافعي في أحد قوليه وروي ذلك عن ابن عباس وقال مالك وأبو حنيفة يفطر لأنه أوصل الماء الى جوفه ذاكرا لصومه فأفطر كما لو تعمد شربه

ولنا أنه وصل الى حلقه من غير اسراف ولا قصد فأشبه ما لو طارت ذبابة الى حلقه وبهذا فارق المتعمد، فاما ان أسرف فزاد على الثلاث أو بالغ في الاستنشاق فقد فعل مكروها لقول النبي ﷺ للقيط بن صبرة «وبالغ في الاستنشاق الا أن تكون صائما» حديث صحيح ولانه يتعرض بذلك لايصال الماء الى حلقه. فان وصل الى حلقه فقال احمد يعجبني أن يعيد الصوم وهل يفطر بذلك؟ على وجهين (أحدهما) يفطر لان النبي ﷺ نهى عن المبالغة حفظا للصوم فدل ذلك على أنه يفطر به ولانه وصل بفعل منهي عنه فأشبه التعمد (والثاني) لا يفطر به لانه وصل من غير قصد فأشبه غبار الدقيق اذا نخله فأما المضمضة لغير الطهارة فان كانت لحاجة كغسل فمه عند الحاجة اليه ونحوه

«١» قوله فمه أصله ما الاستفهامية زيد فيها هاء السكت والمعنى فما الفرق بينهما والحديث رواه أحمد وأبو داود وسكت عليه والنسائي وقال منكر ولكن صححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم

﴿مسئلة﴾ قال (أو اغتسل أو تمضمض أو استنشق فدخل الماء حلقه لم يفسد صومه)

المضمضة والاستنشاق لا يفطر بغير خلاف سواء كان في طهارة أو غيرها وقد روي عن النبي ﷺ ان عمر سأله عن القبلة للصائم فقال النبي ﷺ «أرأيت لو تمضمضت من اناء وأنت صائم» قلت لا بأس قال «فمه» ولان الفم في حكم الظاهر فلا يبطل الصوم بالواصل اليه كالانف والعين فان تمضمض أو استنشق في الطهارة فسبق الماء إلى حلقه من غير قصد ولا إسراف فلا شيء عليه، وهذا قول الاوزاعي وإسحاق والشافعي في أحد قوليه وروي ذلك عن ابن عباس وقال مالك وأبو حنيفة يفطر لانه أوصل الماء الى حلقه ذاكراً لصومه فأفطر كما لو تعمد شربه

ولنا انه وصل الى حلقه من غير قصد ولا إسراف أشبه ما لو طارت ذبابة الى حلقه وبهذا فارق المتعمد

(فصل) فأما إن زاد على الثلاث وبالغ في الاستنشاق والمضمضة فقد فعل مكروها لقول النبي ﷺ للقيط بن صبرة «وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما» فان دخل الماء حلقه فقال أحمد يعجبني أن يعيد الصوم وفيه وجهان أحدهما يفطر لانه فعل مكروها تعرض به إلى إيصال الماء الى حلقه أشبه من أنزل بالمباشرة ولان النبي ﷺ نهى عن المبالغة حفظا للصوم فدل على أنه يفطر به ولانه وصل بفعل منهي عنه أشبه العمد

والثاني لا يفطره لانه وصل من غير قصد أشبه غبار الدقيق اذا دخل حلقه وقت نخله فأما المضمضه لغير طهارة فان كانت لحاجة كغسل فمه عند الحاجة اليه ونحوه فحكمه حكم المضمضه للطهارة

فحكمه حكم المضمضة للطهارة وان كان عابثا أو تمضمض من أجل العطش كره وسئل احمد عن الصائم يعطش فيتمضمض ثم يمجه قال يرش على صدره أحب إلي فان فعل فوصل الماء الى حلقه أو ترك الماء في فيه عابثا أو للتبرد فالحكم فيه كالحكم في الزائد على الثلاث لانه مكروه ولا بأس أن يصب الماء على رأسه من الحر والعطش لما روي عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ أنه قال لقد رأيت رسول الله ﷺ بالعرج يصب الماء على رأسه وهو صائم من العطش أو من الحر رواه أبو داود (١)

« ١ » وكذا أحمد والنسائي ورجاله رجال الصحيح

(فصل) ولا بأس أن يغتسل الصائم فان عائشة وأم سلمة قالتا: نشهد على رسول الله ﷺ ان كان ليصبح جنبا من غير احتلام ثم يغتسل ثم يصوم. متفق عليه وروى أبو بكر باسناده أن ابن عباس دخل الحمام وهو صائم هو وأصحاب له في شهر رمضان، فاما الغوص في الماء فقال احمد في الصائم يغتمس في الماء اذا لم يخف أن يدخل في مسامعه وكره الحسن والشعبي أن ينغمس في الماء خوفا أن يدخل في مسامعه فان دخل في مسامعه فوصل الى دماغه من الغسل المشروع من غير اسراف ولا قصد فلا شيء عليه كما لودخل الى حلقه من المضمضة في الوضوء وإن غاص في الماء أو أسرف أو كان عابثا فحكمه حكم الداخل الى الحلق من المبالغة في المضمضة والاستنشاق والزائد على الثلاث والله أعلم

(فصل) قال اسحاق بن منصور قلت لاحمد الصائم يمضغ العلك قال لا ، قال أصحابنا العلك ضربان (أحدهما) مايتحلل منه أجزاء وهو الرديء الذي اذا مضغه يتحلل فلا يجوز مضغه الا أن

وان كان عبثا أو تمضمض من أجل العطش كره وسئل أحمد عن الصائم يعطش فيمضمض ثم يمجه قال يرش على صدره أحب إلي فان فعل فوصل الماء الى حلقه أو ترك الماء في فيه عابثا أو للتبرد فالحكم فيه كالحكم في الزائد على الثلاث لانه مكروه

(فصل) ولا بأس أن يصب الماء على رأسه من الحر والعطش لما روي عن بعض أصحاب النبي ﷺ قال « لقد رأيت رسول الله ﷺ بالعرج يصب على رأسه الماء وهو صائم من العطش أو من الحر » رواه أبو داود

(فصل) ولا بأس أن يغتسل الصائم فان عائشة وأم سلمة قالتا: نشهد على رسول الله ﷺ ان كان ليصبح جنبًا عن غير احتلام ثم يغتسل ثم يصوم متفق عليه وروى أبو بكر باسناده أن ابن عباس دخل الحمام وهو صائم هو واصحاب له في شهر رمضان

فاما الغوص في الماء فقال أحمد في الصائم يغتمس في الماء اذا لم يخف أن يدخل في مسامعه وكره الحسن والشعبي أن ينغمس في الماء خوفا أن يدخل في مسامعه فان دخل الى مسامعه في الغسل المشروع من غير قصد ولا اسراف لم يفطر كالمضمضة في الوضوء وان غاص في الماء أو اسرف أو كان عابثًا فحكمه حكم الداخل الي الحلق من المبالغة والزيادة على الثلاث على ماذكرنا من الخلاف

لا يبلع ريقه فان فعل فنزل الى حلقه منه شيء أفطر به كما لو تعمد أكله (والثاني) العلك القوي الذي كلما مضغه صلب وقوي فهذا يكره مضغه ولا يحرم وممن كرهه الشعبي والنخعي ومحمد بن علي وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانه يحلب الفم ويجمع الريق ويورث العطش ورخصت عائشة في مضغه وبه قال عطاء لانه لا يصل الى الجوف فهو كالحصاة يضعها في فيه ومتى مضغه ولم يجد طعمه في حلقه لم يفطر وان وجد طعمه في حلقه ففيه وجهان (أحدهما) يفطره كالكحل اذا وجد طعمه في حلقه (والثاني) لا يفطره لانه لم ينزل منه شيء ومجرد الطعم لا يفطر بدليل أنه قد قيل من لطخ باطن قدمه بالحنظل وجد طعمه ولا يفطر بخلاف الكحل فان أجزاءه تصل الى الحلق ويشاهد اذا تنخع قال احمد: من وضع في فيه درهما أو ديناراً وهو صائم ما لم يجد طعمه في حلقه فلا بأس به وما يجد طعمه فلا يعجبني. وقال عبدالله سألت أبي عن الصائم يفتل الخيوط قال يعجبني أن يبزق

(فصل) قال أحمد أحب إلي أن يجتنب ذوق الطعام فان فعل لم يضره ولا بأس به. قال ابن عباس: لا بأس أن يذوق الطعام الخل والشيء يريد شراءه، والحسن كان يمضغ الجوز لابن ابنه وهو صائم ورخص فيه ابراهيم، قال ابن عقيل يكره من غير حاجة ولا بأس به مع الحاجة فان فعل فوجد طعمه في حلقه أفطر وإلا لم يفطر

(فصل) قال احمد لا بأس بالسواك للصائم. قال عامر بن ربيعة: رأيت النبي ﷺ مالا أحصي يتسوك وهو صائم. قال الترمذي هذا حديث حسن، وقال زياد بن حدير ما رأيت أحداً كان أدوم لسواك رطب وهو صائم من عمر بن الخطاب ولكنه يكون عوداً ذاويا، ولم ير أهل العلم بالسواك أول النهار بأساً اذا كان العود يابساً، واستحب أحمد واسحق ترك السواك بالعشي. قال أحمد: قال رسول الله ﷺ «خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك الاذفر» لتلك الرائحة لا يعجبني للصائم أن يستاك بالعشي، واختلفت الرواية عنه في التسوك بالعود الرطب فرويت عنه الكراهة وهو قول قتادة والشعبي والحكم واسحق ومالك في رواية لأنه مغرر بصومه لاحتمال أن يتحلل منه أجزاء إلى حلقه فيفطره، وروي عنه لا يكره، وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة، وروي ذلك عن علي وابن عمر وعروة ومجاهد لما رويناه من حديث عمر وغيره من الصحابة

(فصل) ومن أصبح بين أسنانه طعام لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون يسيراً لا يمكنه

﴿مسئلة﴾ (وان أكل شاكا في طلوع الفجر فلا قضاء عليه)

اذا أكل وهو يشك في طلوع الفجر ولم يتبين له الحال فلا قضاء عليه وله الاكل حتى يتيقن طلوع الفجر نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس وعطاء والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنهم وقال مالك يجب القضاء كما لو أكل شاكا في غروب الشمس ولنا قول الله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر)

لفظه فازدرده فانه لايفطر به لأنه لايمكن التحرز منه فأشبه الريق . قال ابن المنذر : أجمع على ذلك أهل العلم (الثاني) أن يكون كثيراً يمكن لفظه فان لفظه فلا شيء عليه ، وإن ازدرده عامداً فسد صومه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لايفطر لأنه لابد أن يبقى بين أسنانه شيء مما يأكله فلا يمكن التحرز منه فأشبه مايجري به الريق

ولنا أنه بلع طعاما يمكنه لفظه باختياره ذاكراً لصومه فأفطر به كما لو ابتدأ الاكل ، ويخالف مايجري به الريق فانه لايمكنه لفظه ، فان قيل يمكنه أن يبصق قلنا لايخرج جميع الريق ببصاقه، وإن منع من ابتلاع ريقه كله لم يمكنه

(فصل) فان قطر في احليله دهناً لم يفطر به سواء وصل إلى المثانة أولم يصل ، وبهقال أبو حنيفة وقال الشافعي : يفطر لأنه أوصل الدهن إلى جوف في جسده فأفطر كما لو داوى الجائفة ، ولان المني يخرج من الذكر فيفطره وما أفطر بالخارج منه جاز أن يفطر بالداخل منه كالفم

ولنا أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ ، وانما يخرج البول رشحاً فالذي يتركه فيه لايصل إلى الجوف فلا يفطره كالذي يتركه في فيه ولم يبتلعه

(الفصل الرابع) اذا قبل فأمنى أو أمذى ولا يخلو المقبل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن لاينزل فلا يفسد صومه بذلك ، لانعلم فيه خلافا لما روت عائشة : ان النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم وكان أملككم لأربه . رواه البخاري ومسلم ، ويروى بتحريك الراء وسكونها ، قال الخطابي معناهما واحد وهو حاجة النفس ووطرها ، وقيل بالتسكين العضو وبالفتح الحاجة ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : هششت فقبلت وأنا صائم فقلت يارسول الله : صنعت اليوم أمراً عظيما قبلت وأنا صائم ، فقال « أرأيت لو تمضمضت من إناء وأنت صائم » قلت لا بأس به ، قال « فمه » رواه أبو داود ، شبه القبلة بالمضمضة من حيث أنها من مقدمات الشهوة ، وأن المضمضة اذا لم يكن معها نزول الماء لم يفطر وإن كان معها نزوله أفطر ، إلا أن أحمد ضعف هذا الحديث وقال هذا ريح ليس من هذا شيء

(الحال الثاني) أن يمني فيفطر بغير خلاف نعلمه لما ذكرناه من ايماء الخبرين ولانه انزال بمباشرة فأشبه الانزال بالجماع دون الفرج

مد الاكل الى غاية التبين وقد يكون شاكا قبل التبين فلو لزمه القضاء لحرم عليه الاكل ، وقال النبي ﷺ « فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » وكان رجلا أعمى لايؤذن حتى يقال له أصبحت أصبحت ولان الاصل بقاء الليل فيكون زمن الشك منه مالم يعلم يقين زواله بخلاف غروب الشمس فان الاصل بقاء النهار فبنى عليه

﴿مسئلة﴾ (وان أكل شاكا في غروب الشمس فعليه القضاء)

(الحال الثالث) أن يمذي فيفطر عند امامنا ومالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يفطر وروي ذلك عن الحسن والشعبي والاوزاعي لانه خارج لا يوجب الغسل أشبه البول

ولنا انه خارج تخلله الشهوة خرج بالمباشرة فأفسد الصوم كالمني وفارق البول بهذا واللمس لشهوة كالقبلة في هذا : اذا ثبت هذا فان المقبل اذ كان ذا شهوة مفرطة بحيث يغلب على ظنه انه اذا قبل أنزل لم تحل له القبلة لأنها مفسدة لصومه فحرمت كالأكل وإن كان ذا شهوة لكنه لا يغلب على ظنه ذلك كره له التقبيل لانه يعرض صومه للفطر ولا يأمن عليه الفساد وقد روي عن عمر انه قال رأيت رسول الله ﷺ في المنام فأعرض عني فقلت له مالي ؟ فقال « انك تقبل وأنت صائم » ولان العبادة اذا منعت الوطء منعت القبلة كالاحرام ولا تحرم القبلة في هذه الحال لما روي أن رجلا قبل وهو صائم فأرسل امرأته فسألت النبي ﷺ فأخبرها النبي ﷺ انه يقبل وهو صائم فقال الرجل ان رسول الله ﷺ ليس مثلنا قد غفر الله له ماتقدم من ذنبه وما تأخر فغضب النبي ﷺ وقال « اني لاخشاكم لله وأعلمكم بما اتقي » رواه مسلم بمعناه ولان افضاءه الى إفساد الصوم مشكوك فيه ولا يثبت التحريم بالشك فأما ان كان ممن لا تحرك القبلة شهوته كالشيخ الهم ففيه روايتان (احداهما) لا يكره له ذلك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم لما كان مالكا لاربه وغير ذي الشهوة في معناه

وقد روى أبو هريرة أن رجلا سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم فرخص له فأتاه آخر فسأله فنهاه فاذا الذي رخص له شيخ واذا الذي نهاه شاب أخرجه أبو داود ولانها مباشرة لغير شهوة فأشبهت لمس اليد لحاجة

والثانية يكره لانه لا يأمن حدوث الشهوة ولان الصوم عبادة تمنع الوطء فاستوى في القبلة فيها من تحرك شهوته وغيره كالاحرام ، فأما اللمس لغير شهوة كلمس يدها ليعرف مرضها فليس بمكروه بحال لان ذلك لا يكره في الاحرام فلا يكره في الصيام كلمس ثوبها

(فصل) ولو استمنى بيده فقد فعل محرما ولا يفسد صومه به إلا أن ينزل فان أنزل فسد صومه لانه في معنى القبلة في اثارة الشهوة فأما ان انزل لغير شهوة كالذي يخرج منه المني أو المذي لمرض فلا شيء عليه لانه خارج لغير شهوة أشبه البول ولانه يخرج عن غير اختيار منه ولا تسبب اليه

اذا لم يتبين لان الاصل بقاء النهار فان كان حين الاكل ظانا أن الشمس قد غربت ثم شك بعد الاكل ولم يتبين فلا قضاء عليه لانه لم يوجد يقين أزال ذلك الظن الذي بني عليه فأشبه ما لو صلى بالاجتهاد ثم شك في الاصابة بعد صلاته

﴿مسئلة﴾ (ومن أكل معتقداً أنه ليل فبان نهاراً فعليه القضاء)

وذلك أن يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أو ان الفجر لم يطلع وقد طلع فيجب عليه القضاء

فأشبه الاحتلام ولو احتلم لم يفسد صومه لانه عن غير اختيار منه فأشبه مالو دخل حلقه شيء وهو نائم ولو جامع في الليل فأنزل بعد ماأصبح لم يفطر لانه لم يتسبب اليه في النهار فأشبه مالو أكل شيئاً في الليل فذرعه القيء في النهار

(الفصل الخامس) اذا كرر النظر فأنزل، ولتكرار النظر أيضاً ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا يقترن به انزال فلا يفسد الصوم بغير اختلاف (الثاني) أن يقترن به انزال المني فيفسد الصوم في قول امامنا وعطاء والحسن البصري ومالك والحسن بن صالح وقال جابر بن زيد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر لايفسد لانه انزال عن غير مباشرة أشبه الانزال بالفكر. ولنا انه انزال بفعل يتلذذ به ويمكن التحرز منه فأفسد الصوم كالانزال باللمس، والفكر لايمكن التحرز منه بخلاف تكرار النظر (الثالث) مذى بتكرار النظر فظاهر كلام أحمد انه لايفطر به لانه لا نص في الفطر به ولا يمكن قياسه على انزال المني لمخالفته إياه في الاحكام فيبقى على الاصل فأما ان نظر فصرف بصره لم يفسد صومه سواء أنزل أو لم ينزل وقال مالك ان أنزل فسد صومه لانه انزل بالنظر أشبه مالو كرره.

ولنا أن النظرة الاولى لايمكن التحرز منها فلا يفسد الصوم ماأفضت اليه كالفكرة وعليه يخرج التكرار فاذا ثبت هذا فان تكرار النظر مكروه لمن يحرك شهوته غير مكروه لمن لايحرك شهوته كالقبلة ويحتمل أن لايكره بحال لان افضاءه الى الانزال المفطر بعيد جداً بخلاف القبلة فان حصول المذي بها ليس ببعيد.

(فصل) فان فكر فأنزل لم يفسد صومه وحكي عن أبي حفص البرمكي انه يفسد واختاره ابن عقيل لان الفكرة تستحضر فتدخل تحت الاختيار بدليل تأثيم صاحبها في مساكنها [1] في بدعة وكفر ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون في خلق السماوات والارض ونهى النبي ﷺ عن التفكر في ذات الله وأمر بالتفكر في الآية ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق ذلك بها كالاحتلام فاما ان خطر بقلبه صورة الفعل فانزل لم يفسد صومه لان الخاطر لايمكن دفعه

(١) كذا بالاصل

ولنا قول النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها مالم تعمل أو تتكلم» ولانه لا نص في الفطر به ولا إجماع ولا يمكن قياسه على المباشرة ولا تكرار النظر لانه دونهما في استدعاء

هذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن عروة ومجاهد والحسن واسحاق لاقضاء عليهم لما روى زيد بن وهب قال كنت جالساً في مسجد رسول الله ﷺ في رمضان في زمن عمر بن الخطاب فأتينا بعساس فيها شراب من بيت حفصة فشربنا ونحن نرى أنه من الليل ثم انكشف السحاب فاذا الشمس طالعة قال فجعل الناس يقولون نقضي يوما مكانه فقال عمر والله لا نقضيه ما تجانفنا لاثم ولانه لم يقصد الأكل في الصوم فلم يلزمه القضاء كالناسي

الشهوة وإفضائه إلى الانزال ويخالفها في التحريم إذا تعلق ذلك بأجنبية أو الكراهة إن كان في زوجة فيبقى على الاصل

(الفصل السادس) أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمد وقصد فأما ماحصل منه عن غير قصد كالغبار الذي يدخل حلقه من الطريق ونخل الدقيق والذبابة التي تدخل حلقه أو يُرش عليه الماء فيدخل مسامعه أو أنفه أو حلقه أو يُلقى في ماء فيصل إلى جوفه أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة أو يصب في حلقه أو أنفه شيء كرها أو تداوى مأمومته أو جائفته بغير اختياره أو يحجم كرها أو تقبّله امرأة بغير اختياره فينزل أو ماأشبه هذا فلا يفسد صومه لا نعلم فيه خلافا لانه لافعل له فلا يفطر كالاحتلام وأما إن اكره على شيء من ذلك بالوعيد ففعله فقال ابن عقيل: قال أصحابنا لا يفطر به أيضاً لقول النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» قال ويحتمل عندي أن يفطر لانه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه فأشبه المريض يفطر لدفع المرض ومن يشرب لدفع العطش ويفارق الملجأ لانه خرج بذلك عن حيز الفعل ولذلك لا يضاف اليه ولذلك افترقا فيما لو أكره على قتل آدمي والقي عليه

(الفصل السابع) انه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء. لا نعلم في ذلك خلافا لان الصوم كان ثابتا في الذمة فلا تبرأ منه إلا بأدائه ولم يؤده فبقي على ماكان عليه ولا كفارة في شيء مما ذكرناه في ظاهر المذهب وهو قول سعيد بن جبير والنخعي وابن سيرين وحماد والشافعي وعن أحمد ان الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر لانه إنزال عن مباشرة أشبه الانزال بالجماع وعنه في المحتجم ان كان عالما بالنهي فعليه الكفارة . وقال عطاء في المحتجم عليه الكفارة. وقال مالك تجب الكفارة بكل ما كان هتكا للصوم إلا الردة لانه إفطار في رمضان أشبه الجماع . وحكي عن عطاء والحسن والزهري والثوري والاوزاعي واسحاق ان الفطر بالاكل والشرب يوجب ما يوجبه الجماع وبه قال أبو حنيفة إلا انه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها فلا كفارة عليه واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما في الباب من جنسه فوجبت عليه الكفارة كالمجامع

ولنا انه أفطر بغير جماع فلم توجب الكفارة كبلع الحصاة أو التراب أو كالردة عند مالك ولانه لا نص في ايجاب الكفارة بهذا ولا إجماع ولا يصح قياسه على الجماع لان الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكم في التعدي به آكد ولهذا يجب به الحد إذا كان محرما ويختص بافساد الحج دون سائر محظوراته

ولنا أنه أكل مختاراً ذاكراً للصوم فأفطر كما لو أكل يوم الشك ولانه جهل وقت الصيام فلم يعذر به كالجهل بأول رمضان ولانه يمكن التحرز منه فأشبه أكل العامد وفارق الناسي فانه لا يمكن التحرز منه . وأما الخبر فرواه الأثرم أن عمر قال من أكل فليقض يوما مكانه رواه مالك في الموطأ أن عمر قال الخطب يسير يعني خفة القضاء وروى هشام بن عروة عن فاطمة امرأته عن أسماء قالت أفطرنا على عهد رسول الله ﷺ في يوم غيم ثم طلعت الشمس قيل لهشام أمروا بالقضاء قال لا بد من قضاء رواه البخاري

ووجوب البدنة ولانه في الغالب يفسد صوم اثنين بخلاف غيره

(فصل) والواجب في القضاء عن كل يوم يوم في قول عامة الفقهاء .وقال أحمد : قال ابراهيم ووكيع يصوم ثلاثة آلاف يوم : وعجب أحمد من قولهما . وقال سعيد بن المسيب: من أفطر يوما متعمداً يصوم شهراً . وحكي عن ربيعة انه قال : يجب مكان كل يوم اثنا عشر يوما لان رمضان يجزيء عن جميع السنة وهي اثنا عشر شهراً

ولنا قول الله تعالى (فعدة من أيام أخر) وقال النبي ﷺ في قصة المجامع « صم يوما مكانه » رواه أبو داود ولأن القضاء يكون على حسب الاداء بدليل سائر العبادات،ولان القضاء لا يختلف بالعذر وعدمه بدليل الصلاة والحج وما ذكروه تحكم لا دليل عليه والتقدير لا يصار اليه إلا بنص أو إجماع وليس معهم واحد منهما وقول ربيعة يبطل بالمعذور . وذُكر لأحمد حديث أبي هريرة « من أفطر يوما من رمضان متعمداً لم يقضه ولو صام الدهر » فقال ليس يصح هذا الحديث

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان فعل ذلك ناسياً فهو على صومه ولا قضاء عليه)

وجملته ان جميع ماذكره الخرقي في هذه المسئلة لايفطر الصائم بفعله ناسياً وروي عن علي رضي الله عنه لا شيء على من أكل ناسياً وهو قول أبي هريرة وابن عمر وعطاء وطاوس وابن أبي ذئب والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي حنيفة وإسحق . وقال ربيعة ومالك : يفطر لان مالا يصح الصوم مع شيء من جنسه عمداً لايجوز مع سهوه كالجماع وترك النية

ولنا ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إذا أكل أحدكم أو شرب ناسيا فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه » متفق عليه وفي لفظ « من أكل أو شرب ناسيا فلا يفطر فانما هو رزق رزقه الله » ولأنها عبادة ذات تحليل وتحريم فكان في محظوراتها مايختلف عمده وسهوه كالصلاة والحج وأما النية فليس تركها فعلا ولأنها شرط والشروط لا تسقط بالسهو بخلاف المبطلات والجماع حكمه أغلظ ويمكن التحرز عنه

(فصل) فان فعل شيئا من ذلك وهو نائم لم يفسد صومه لانه لاقصد له ولا علم بالصوم فهو أعذر من الناسي وذكر أبو الخطاب ان من فعل من هذا شيئا جاهلا بتحريمه لم يفطر ولم أره عن غيره .

وقول النبي ﷺ « أفطر الحاجم والمحجوم » في حق الرجلين اللذين رآهما يحجم أحدهما صاحبه

(فصل) ويجوز للجنب في الليل أن يؤخر الغسل حتى يصبح ويتم صومه وهو قول علي وابن مسعود وزيد وأبي الدرداء وأبي ذر وابن عمر وابن عباس وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم وهو قول مالك والشافعي في أهل الحجاز والثوري وأبي حنيفة في أهل العراق والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر واسحاق وأبي عبيد وأهل الظاهر وكان أبو هريرة يقول لا صوم له ويروي ذلك عن النبي ﷺ ثم رجع عنه قال سعيد بن المسيب رجع أبو هريرة عن فتياه وحكي عن الحسن

مع جهلها بتحريمه يدل على أن الجهل لا يعذر به ولانه نوع جهل فلم يمنع الفطر كالجهل بالوقت في حق من يأكل يظن ان الفجر لم يطلع وقد كن طلع

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن استقاء فعليه القضاء ومن ذرعه القيء فلا شيء عليه)

معنى استقاء تقيأ مستدعيا للقيء وذرعه خروج من غير اختيار منه فمن استقاء فعليه القضاء لان صومه يفسد به ومن ذرعه فلا شيء عليه وهذا قول عامة أهل العلم . قال الخطابي لاأعلم بين أهل العلم فيه اختلافا . وقال ابن المنذر :أجمع أهل العلم على إبطال صوم من استقاء عامداً. وحكي عن ابن مسعود وابن عباس ان القيء لا يفطر . و. وي ان النبي ﷺ قال « ثلاث لا يفطرن الصائم : الحجامة والقيء والاحتلام » ولان الفطر بما يدخل لا بما يخرج

ولنا ماروى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال « من ذرعه القيء فليس عليه قضاء ومن استقاء عامداً فليقض » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ورواه أبو داود[1] وحديثهم غير محفوظ يرويه عبدالرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف في الحديث قاله الترمذي، والمعنى الذي ذكرهم يبطل بالحيض والمني

(فصل) وقليل القيء وكثيره سواء في ظاهر قول الخرقي وهو احدى الروايات عن أحمد . والرواية الثانية لا يفطر إلا بملء الفم لانه روي عن النبي ﷺ انه قال « ولكن دسعة تملأ الفم » ولان اليسير لا ينقض الوضوء فلا يفطر كالبلغم (والثالثة) نصف الفم لأنه ينقض الوضوء فأفطر به كالكثير والاولى اولى لظاهر الحديث الذي رويناه ولان سائر المفطرات لا فرق بين قليلها وكثيرها وحديث الرواية الثانية لا نعرف له اصلا .ولا فرق بين كون القيء طعاما او مراراً او بلغما او دما او غيره لان الجميع داخل تحت عموم الحديث والمعنى والله تعالى اعلم بالصواب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ارتد عن الاسلام فقد أفطر)

لا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان من ارتد عن الاسلام في اثناء الصوم انه يفسد صومه وعليه قضاء ذلك اليوم إذا عاد إلى الاسلام سواء أسلم في أثناء اليوم أو بعد انقضائه وسواء كانت ردته باعتقاده مايكفر به أو شكه فيما يكفر بالشك فيه أو بالنطق بكلمة الكفر مستهزئا أو غير مستهزيء قال الله تعالى (ولئن سألتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب ،قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون*

«١» انكر احمد والبخاري وأبو داود هذا الحديث اي جزموا بانه غير محفوظ وقال النسائي وقفه عطاء على ابي هريرة ولكن صححه الحاكم على شرط الشيخين

وسالم بن عبد الله يتم صومه ويقضي وعن النخعي يقضي في الفرض دون التطوع وعن عروة وطاوس ان علم بجنابته في رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مفطر وان لم يعلم فهو صائم وحجتهم حديث أبي هريرة

ولنا ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال ذهبت أنا وأبي حتى دخلنا على عائشة فقالت أشهد على رسول الله ﷺ ان كان ليصبح جنبا من جماع من غير احتلام ثم يصومه ثم دخلنا على أم سلمة فقالت مثل ذلك ثم أتينا أبا هريرة فأخبرناه بذلك فقال هما أعلم بذلك انما

لا تعتذروا قد كفرتم بعد ايمانكم) وذلك لان الصوم عبادة من شرطها النية فأبطلتها الردة كالصلاة والحج ولانه عبادة محضة فنافاها الكفر كالصلاة

«١» مسألة بطلان الصيام بنية الافطار مبنية على رأيهم باشتراط استصحاب النية وفيه انه مؤاخذة على الهم بالسيئة وان لم يفعلها وهو مخالف للحديث الصحيح، فهذا أمثل ما يحتج به لقول ابن حامد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نوى الافطار فقد أفطر)[1]

هذا الظاهر من المذهب وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي إلا أن أصحاب الرأي قالوا ان عاد فنوى قبل أن ينتصف النهار أجزأه بناء على أصلهم ان الصوم يجزيء بنية من النهار . وحكي عن ابن حامد ان الصوم لا يفسد بذلك لانها عبادة يلزم المضي في فاسدها فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج

ولنا أنها عبادة من شرطها النية ففسدت بنية الخروج منها كالصلاة ولان الاصل اعتبار النية في جميع أجزاء العبادة ولكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها وهو أن لا ينوي قطعها فاذا نواه زالت حقيقة وحكما ففسد الصوم لزوال شرطه ، وما ذكره ابن حامد لا يطرد في غير رمضان ولا يصح القياس على الحج فانه يصح بالنية المطلقة والمبهمة وبالنية عن غيره إذا لم يكن حج عن نفسه فافترقا

(فصل) فأما صوم النافلة فان نوى الفطر ثم لم ينو الصوم بعد ذلك لم يصح صومه لان النية انقطعت ولم توجد نية غيرها فأشبه من لم ينو أصلا وإن عاد فنوى الصوم صح صومه كما لو أصبح غير ناو للصوم لان نية الفطر إنما أبطلت الفرض لما فيه من قطع النية المشترطة في جميع النهار حكما وخلو بعض أجزاء النهار عنها والنفل مخالف للفرض في ذلك فلم تمنع صحته نية الفطر في زمن لا يشترط وجود نية الصوم فيه ولان نية الفطر لا تزيد على عدم النية في ذلك الوقت وعدمها لا يمنع صحة الصوم إذا نوى بعد ذلك فكذلك إذا نوى الفطر ثم نوى الصوم بعده بخلاف الواجب فانه لا يصح بنية من النهار وقد روي عن أحمد أنه قال إذا أصبح صائما ثم عزم على الفطر فلم يفطر حتى بدا له ثم قال لا بل أتم صومي من الواجب لم يجزئه حتى يكون عازما على الصوم يومه كله ولو كان

حدثنيه الفضل بن العباس متفق عليه قال الخطابي أحسن ما سمعت في خبر أبي هريرة أنه منسوخ لان الجماع كان محرما على الصائم بعد النوم فلما أباح الله سبحانه الجماع إلى طلوع الفجر جاز للجنب اذا أصبح قبل أن يغتسل أن يصوم وروت عائشة أن رجلا قال للنبي ﷺ اني أصبح جنبا وأنا أريد الصيام فقال رسول الله ﷺ « وأنا أصبح جنبا وأنا أريد الصيام » فقال له الرجل يارسول الله انك لست مثلنا قد غفر الله لك ماتقدم من ذنبك وما تأخر فغضب رسول الله ﷺ وقال « اني لارجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما اتقي » رواه مسلم ومالك في الموطأ

(فصل) وحكم المرأة إذا انقطع حيضها من الليل وأخرت الغسل حتى أصبحت حكم الجنب يصح صومها اذا نوت من الليل بعد انقطاعه وقال الاوزاعي والحسن بن حي وعبدالملك بن الماجشون تقضي فرطت في الاغتسال أو لم تفرط لان حدث الحيض يمنع الصوم بخلاف الجنابة

تطوعاً كان أسهل وظاهر هذا موافق لما ذكرناه وقد دل على صحته أن النبي ﷺ كان يسأل أهله « هل من غداء ؟ » فان قالوا لا قال « إني إذاً صائم »

(فصل) وإن نوى أنه سيفطر ساعة أخرى فقال ابن عقيل هو كنية الفطر في وقته وان تردد في الفطر فعلى وجهين كما ذكرنا في الصلاة وإن نوى أنني ان وجدت طعاما أفطرت وإن لم أجد أتممت صومي خرج فيه وجهان (أحدهما) يفطر لانه لم يبق جازما بنية الصوم وكذلك لا يصح ابتداء النية بمثل هذا (والثاني) لا يفطر لانه لم ينو الفطر بنية صحيحة فان النية لا يصح تعليقها على شرط ولذلك لا ينعقد الصوم بمثل هذه النية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن جامع في الفرج فانزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل عامدا أوساهيا فعليه القضاء والكفارة اذا كان في شهر رمضان)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من جامع في الفرج فأنزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل انه يفسد صومه اذا كان عامداً وقد دلت الاخبار الصحيحة على ذلك. وهذه المسئلة فيها مسائل أربع (إحداها) ان من أفسد صوما واجبا بجماع فعليه القضاء سواء كان في رمضان أو غيره وهذا قول أكثر الفقهاء. وقال الشافعي في أحد قوليه: من لزمته الكفارة لا قضاء عليه لان النبي ﷺ لم يأمر الأعرابي بالقضاء وحكي عن الاوزاعي انه قال: ان كفّر بالصيام فلا قضاء عليه لانه صام شهرين متتابعين

ولنا ان النبي ﷺ قال للمجامع «وصم يوما مكانه» رواه أبو داود باسناده وابن ماجه والأثرم ولانه

ولنا أنه حدث يوجب الغسل فتأخير الغسل منه الى أن يصبح لا يمنع صحة الصوم كالجنابة وما ذكروه لا يصح فان من طهرت من الحيض غير حائض وانما عليها حدث موجب للغسل فهي كالجنب فان الجماع الموجب للغسل لو وجد في الصوم أفسده كالحيض وبقاء وجوب الغسل منه كبقاء وجوب الغسل من الحيض والله أعلم

(فصل) واذا جامع في نهار رمضان في الفرج قبلا كان أو دبراً فعليه القضاء والكفارة عامداً كان أوساهيا وعنه لا كفارة عليه مع الاكراه والنسيان هذه المسئلة تشتمل على خمسة أمور

(أحدها) أن من جامع في نهار رمضان في الفرج فأنزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل عامداً فسد صومه بغير خلاف علمناه وقد دلت الاخبار الصحيحة على ذلك

(الثاني) أنه يجب عليه القضا في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجب القضاء على من لزمته الكفارة لان النبي ﷺ لم يأمر الاعرابي بالقضاء وحكي عن الشافعي أنه قال ان كفر بالصيام فلا قضاء عليه لانه صام شهرين متتابعين

ولنا أن النبي ﷺ قال للمجامع « وصم يوما مكانه» رواه أبو داود باسناده وابن ماجه والأثرم ولانه

أفسد يوما من رمضان فلزمه قضاؤه كما لو أفسده بالاكل أو افسد صومه الواجب بالجماع فلزمه قضاؤه كغير رمضان

(المسئلة الثانية) ان الكفارة تلزم من جامع في الفرج في رمضان عامداً أنزل أو لم ينزل في قول عامة أهل العلم . وحكي عن الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير لا كفارة عليه لان الصوم عبادة لاتجب الكفارة بإفساد قضائها فلا تجب في أدائها كالصلاة

ولنا ما روى الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : بينا نحن جلوس عند النبي ﷺ إذ جاءه رجل فقال يا رسول الله هلكت . قال « مالك؟ » قال وقعت على امرأتي وأنا صائم . فقال رسول الله ﷺ « هل تجد رقبة تعتقها ؟ » قال لا قال « فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ » قال لا . قال « فهل تجد إطعام ستين مسكينا ؟ » قال: لا . قال فمكث النبي ﷺ فبينا نحن على ذلك أتي النبي ﷺ بعرق فيه تمر — والعرق المكتل — فقال « أين السائل؟ » فقال أنا . قال « خذ هذا فتصدق به » فقال الرجل : على أفقر مني يارسول الله ؟ فوالله مابين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال « اطعمه أهلك » متفق عليه . ولا يجوز اعتبار الاداء في ذلك بالقضاء لان الاداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به ، والقضاء محله الذمة ، والصلاة لايدخل في جبرانها المال بخلاف مسئلتنا

أفسد يوما من رمضان فلزمه قضاؤه كما لو أفسده بالأكل ولأنه صوم واجب أفسده بالجماع فوجب عليه القضاء كغير رمضان

(فصل) فان جامع في غير صوم رمضان عامداً أفسده ويجب عليه القضاء ان كان واجبا بغير خلاف علمناه وان كان نفلا ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(الثالث) ان من جامع في الفرج في رمضان عامدا تجب عليه الكفارة أنزل أو لم ينزل في قول عامة أهل العلم وعن الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير أنه لا كفارة عليه لأنها عبادة لاتجب الكفارة بإفساد قضائها فلم تجب في افساد أدائها كالصلاة

ولنا ماروى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال بينا نحن جلوس عند النبي ﷺ اذ جاءه رجل فقال يارسول الله هلكت قال« مالك؟ » قال وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله ﷺ « هل تجد رقبة تعتقها؟ » قال لا قال « فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ » قال لا قال « فهل تجد إطعام ستين مسكينا ؟ » قال لا قال فمكث النبي ﷺ فبينا نحن على ذلك أتي النبي ﷺ بعرق فيه تمر والعرق المكتل فقال« أين السائل ؟ » فقال أنا فقال «خذ هذا فتصدق به» فقال الرجل على أفقر مني يارسول الله فوالله مابين لابتيها أهل بيت أفقر من بيتي فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال «اطعمه أهلك» متفق عليه ولايجوز اعتبار الاداء في ذلك بالقضاء لان الاداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به والقضاء محله الذمة والصلاة لايدخل في جبرانها المال بخلاف مسئلتنا

(المسئلة الثالثة) ان الجماع دون الفرج اذا اقترن به الانزال فيه عن احمد روايتان (احداهما) عليه الكفارة وهذا قول مالك وعطاء والحسن وابن المبارك واسحق لانه فطر بجماع فأوجب الكفارة كالجماع في الفرج (والثانية) لا كفارة فيه وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة لانه فطر بغير جماع تام فأشبه القبلة ، ولان الاصل عدم وجوب الكفارة ولا نص في وجوبها ولا اجماع ولا قياس ولا يصح القياس على الجماع في الفرج لانه أبلغ بدليل انه يوجبها من غير انزال ويجب به الحد اذا كان محرما ويتعلق به اثناعشر حكما ولان العلة في الاصل الجماع بدون الانزال والجماع ههنا غير موجب فلم يصح اعتباره به

(المسئلة الرابعة) انه اذا جامع ناسيا فظاهر المذهب انه كالعامد نص عليه أحمد وهو قول عطاء وابن الماجشون . وروى أبو داود عن أحمد انه توقف عن الجواب وقال أجبن أن أقول فيه شيئا ، وان اقول ليس عليه شيء ، قال سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول . ونقل احمد بن القاسم عنه : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره . قال أبو الخطاب هذا يدل على اسقاط القضاء والكفارة مع الاكراه والنسيان وهو قول الحسن ومجاهد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانه معنى حرمه الصوم فاذا وجد منه مكرها أو ناسيا لم يفسده كالاكل . وكان مالك والاوزاعي والليث يوجبون القضاء دون الكفارة لان الكفارة لرفع الاثم وهو محطوط عن الناسي

ولنا ان النبي ﷺ أمر الذي قال وقعت على امرأتي بالكفارة ولم يسأله عن العمد ولو افترق الحال لسأل واستفصل[1] ولانه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل وهو الوقوع على المرأة في الصوم ولان السؤال كالمعاد في الجواب فكأن النبي ﷺ قال : من وقع على أهله في رمضان فليعتق رقبة . فان قيل في الحديث مايدل على العمد وهو قوله : هلكت . وروي احترقت .قلنا يجوز ان يخبر عن

(١) فيه ان الاصل في الافعال أن تكون عن عمد وان الناسي لابد ان يذكر النسيان اذا استفتى لانه عذر ولا يحتاج الا السؤال عنه

(الرابع) أن من جامع ناسيا فحكمه حكم العامد في ظاهر المذهب نص عليه أحمد وهو قول عطاء وابن الماجشون وروى أبو داود عن احمد أنه توقف عن الجواب وقال أجبن أن أقول فيه شيئا وفيه رواية ثانية أنه يجب عليه القضاء دون الكفارة وهذا قول مالك والاوزاعي والليث لان الكفارة لرفع الاثم وهو محطوط عن الناسي وفيه رواية ثالثة نقلها عنه ابن القاسم أنه قال كل أمر غلب عليه الصائم فليس عليه قضاء ولا غيره وهذا يدل على اسقاط القضاء والكفارة عن المكره والناسي وهو قول الحسن ومجاهد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانه معنى حرمه الصوم فاذا وجد منه مكرها أو ناسيا لم يفسده كالاكل

ولنا أن النبي ﷺ أمر الذي قال وقعت على امرأتي بالكفارة ولم يستفصله ولو افترق الحال لسأل واستفصل لانه لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولانه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل وهو الوقوع على المرأة في الصوم ولان السؤال كالمعاد في الجواب فكأن النبي ﷺ قال من وقع على أهله في نهار رمضان فليعتق رقبة . فان قيل في الحديث مايدل على العمد وهو قوله هلكت

هلكته لما يعتقده في الجماع مع النسيان من افساد الصوم وخوفه من غير ذلك ، ولان الصوم عبادة تحرم الوطء فاستوى فيها عمده وسهوه كالحج ولان افساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع لا تسقطها الشبهة فاستوى فيهما العمد والسهو كسائر أحكامه

(فصل) ولافرق بين كون الفرج قبلا او دبراً من ذكر أو انثى وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة في أشهر الروايتين عنه لاكفارة في الوطء في الدبر لانه لايحصل به الاحلال ولا الاحصان فلا يوجب الكفارة كالوطء دون الفرج

ولنا انه افسد صوم رمضان بجماع في الفرج فأوجب الكفارة كالوطء وأما الوطء دون الفرج فلنا فيه منع وان سلمنا فلأن الجماع دون الفرج لا يفسد الصوم بمجرده بخلاف الوطء في الدبر

(فصل) فأما الوطء في فرج البهيمة فذكر القاضي انه موجب للكفارة لانه وطء في فرج موجب للغسل مفسد للصوم فأشبه وطء الآدمية وفيه وجه آخر لاتجب به الكفارة وذكره أبو الخطاب لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه فانه مخالف لوطء الآدمية في ايجاب الحد على احدى الروايتين وفي كثير من أحكامه ، ولا فرق بين كون الموطوءة زوجة أو اجنبية او كبيرة او صغيرة لانه اذا وجب بوطء الزوجة فبوطء الاجنبية اولى

(فصل) ويفسد صوم المرأة بالجماع بغير خلاف نعلمه في المذهب لانه نوع من المفطرات فاستوى فيه الرجل والمرأة كالاكل . وهل يلزمها الكفارة ؟ على روايتين (إحداهما) يلزمها وهو اختيار ابي بكر

وروى احترقت قلنا يجوز أن يخبر عن هلكته لما يعتقده في الجماع مع النسيان وخوفه من غير ذلك ولان الصوم عبادة تحرم الوطء فاستوى فيها عمده وسهوه كالحج ولان افساد الصوم ووجود الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع لا تسقطهما الشبهة فاستوى فيهما العمد والسهو كسائر أحكامه

(الخامس) أنه لافرق بين كون الفرج قبلا أو دبرا من ذكر او أنثى وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في أشهر الروايتين لا كفارة بالوطء في الدبر لانه لايحصل به الاحلال ولا الاحصان فلا يوجب الكفارة كالوطء دون الفرج

ولنا أنه أفسد صوم رمضان بجماع في الفرج فأوجب الكفارة كالوطء في القبل وأما الوطء دون الفرج فلنا فيه منع وان سلمنا فلان الجماع دون الفرج لايفسد الصوم بمجرده بخلاف الوطء في الدبر

﴿ مسئلة ﴾ (ولايلزم المرأة كفارة مع العذر وهل يلزمها مع عدمه على روايتين)

حكم الوطء في رمضان في حق المرأة كحكمه في حق الرجل في افساد الصوم ووجوب القضاء بغير خلاف نعلمه في المذهب لانه نوع من المفطرات فاستوى فيه الرجل والمرأة كالاكل ولايجب على المرأة كفارة مع العذر لما نذكره وهل يجب عليها الكفارة مع عدم العذر فيه روايتان

احداهما تجب عليها اختاره أبو بكر وهو قول مالك وأبي حنيفة وأبي ثور وابن المنذر لأنها

وقول مالك وأبي حنيفة وأبي ثور وابن المنذر ولأنها هتكت صوم رمضان بالجماع فوجبت عليها الكفارة كالرجل (والثانية) لا كفارة عليها . قال أبو داود سئل أحمد من اتى اهله في رمضان أعليها كفارة؟ قال ماسمعنا ان على امرأة كفارة . وهذا قول الحسن وللشافعي قولان كالروايتين ، ووجه ذلك ان النبي ﷺ أمر الواطىء في رمضان ان يعتق رقبة ولم يأمر في المرأة بشيء مع علمه بوجود ذلك منها ولأنه حق مال يتعلق بالوطء من بين جنسه فكان على الرجل كالمهر

(فصل) وان أكرهت المرأة على الجماع فلا كفارة عليها رواية واحدة وعليها القضاء قال مهنا : سألت أحمد عن امرأة غصبها رجل نفسها فجامعها أعليها القضاء ؟ قال نعم قلت وعليها كفارة ؟ قال لا وهذا قول الحسن ونحو ذلك قول الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وعلى قياس ذلك إذا وطئها نائمة ، وقال مالك في النائمة عليها القضا. بلا كفارة والمكرهة عليها القضاء والكفارة . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : ان كان الاكراه بوعيد حتى فعلت كقولنا ،وان كان إلجاء لم تفطر وكذلك ان وطئها وهي نائمة . ويخرج من قول أحمد في رواية ابن القاسم : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولاغيره. انه لا قضاء عليها إذا كانت ملجأة أو نائمة لانها لم يوجد منها فعل فلم تفطر كما لو صب في حلقها ماء بغير اختيارها ، ووجه الاول انه جماع في الفرج فأفسد الصوم كما لو أكرهت بالوعيد

هتك صوم رمضان بالجماع فوجبت عليها الكفارة كالرجل

(والثانية) لا كفارة عليها قال أبو داود سئل احمد عمن آتى أهله في رمضان أعليها كفارة قال ماسمعنا أن على امرأة كفارة وهذا قول الحسن وللشافعي قولان كالروايتين ووجه ذلك أن النبي ﷺ أمر الواطيء في رمضان أن يعتق رقبة ولم يأمر في المرأة بشيء مع علمه بوجود ذلك منها ولانه حق مال يتعلق بالوطء من بين جنسه فكان على الرجل كالمهر

﴿ مسئلة ﴾ (قال وكل أمر غلب عليه الصائم فليس عليه قضاء ولا كفارة)

هذه الرواية نقلها عنه ابن القاسم وهي تدل على اسقاط القضاء والكفارة مع الاكراه والنسيان وكذلك قال أبو الخطاب وقد ذكرنا حكم الناسي فاما حكم الاكراه فان أكرهت المرأة على الجماع فلا كفارة عليها رواية واحدة وعليها القضاء في ظاهر المذهب قال مهنا سألت احمد عن امرأة غصبها رجل نفسها فجامعها أعليها القضاء ؟ قال نعم قلت وعليها الكفارة؟ قال لا وهذا قول الحسن والثوري وأصحاب الرأي وعلى قياس ذلك النائمة وقال مالك في النائمة عليها القضاء بلا كفارة والمكرهة عليها القضاء والكفارة وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إن كان الاكراه بوعيد حتى فعلت كقولنا وان كان الجاء أو كانت نائمة لم تفطر وهذا مقتضى قول احمد في هذه الرواية التي رواها ابن القاسم لانها لم يوجد منها فعل فلم تفطر كما لو صب في حلقها ماء بغير اختيارها ووجه الاول أنه جماع في الفرج

ولان الصوم عبادة يفسدها الوطء ففسدت به على كل حال كالصلاة والحج ويفارق الاكل فانه يعذر فيه بالنسيان بخلاف الجماع

(فصل) فان تساحقت امرأتان فلم ينزلا فلا شيء عليهما وان انزلتا فسد صومهما ، وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج اذا أنزل أو لا يلزمهما كفارة بحال ؟ فيه وجهان مبنيان على ان الجماع من المرأة هل يوجب الكفارة ؟ على روايتين وأصح الوجهين انهما لا كفارة عليهما لان ذلك ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاصل ،وان ساحق المجبوب فأنزل فحكمه حكم من جامع دون الفرج فأنزل

(فصل) وان جامعت المرأة ناسية للصوم فقال أبو الخطاب حكم النسيان حكم الاكراه لا كفارة عليها فيهما وعليها القضاء لان الجماع يحصل به الفطر في حق الرجل مع النسيان فكذلك في حق المرأة ويحتمل ان لا يلزمها القضاء لانه مفسد لا يوجب الكفارة فأشبه الاكل

فأفسد كما لو أكرهت بالوعيد ولانه عبادة يفسدها الوطء ففسدت به على كل حال كالصلاة والحج

﴿ فصل ﴾ فان جامعت المرأة ناسية فقال أبو الخطاب حكم النسيان حكم الاكراه يوجب القضاء دون الكفارة قياساً على الرجل في ان الجماع يفطره مع النسيان ، ويحتمل أن لا يلزمها القضاء لانه مفسد لا يوجب الكفارة أشبه الأكل

﴿ فصل ﴾ فان أكره الرجل فجامع فسد صومه على الصحيح لانه اذا أفسد صوم المرأة فالرجل أولى ، فأما الكفارة فقال القاضي تجب عليه لان الاكراه على الوطء لا يمكن لانه لا يطأ حتى ينتشر ولا ينتشر إلا عن شهوة فهو كغير المكره ، وقال أبو الخطاب فيه روايتان (احداهما) لا كفارة عليه وهو مذهب الشافعي لان الكفارة إما عقوبة أو ماحية للذنب ، والمكره غير آثم ولا مذنب، ولقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(والرواية الثانية) عليه الكفارة لما ذكرنا ، فاما إن كان نائما فانتشر فاستدخلته امرأته أو غلبته على نفسه في حال يقظته ، فقال ابن عقيل لا قضاء عليه ولا كفارة وهو ظاهر قول أحمد في رواية ابن القاسم ومذهب الشافعي لانه معنى حرمه الصوم حصل بغير اختياره فلم يفطر به كما لو طار الى حلقه ذبابة ، وظاهر كلام أحمد ان عليه القضاء، وقد ذكرناه لان الصوم عبادة يفسدها الجماع فاستوى فيه حالة الاختيار والاكراه كالحج ، ولا يصح قياس الجماع على غيره في عدم الافساد لتأكده بايجاب الكفارة وافساد الحج من بين سائر محظوراته والله أعلم

﴿ فصل ﴾ فان تساحقت امرأتان فسد صومهما إن أنزلتا ، فان أنزلت احداهما فسد صومها وحدها دون الأخرى، وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج اذا أنزل أو لا يلزمهما كفارة بحال فيه وجهان مبنيان على ان الجماع من المرأة هل يوجب الكفارة على روايتين، والصحيح انه لا كفارة

(فصل) وإن أكره الرجل على الجماع فسد صومه لانه اذا أفسد صوم المرأة فصوم الرجل أولى وأما الكفارة فقال القاضي عليه الكفارة لان الاكراه على الوطء لايمكن لانه لايطأ حتى ينتشر ولا ينتشر إلا عن شهوة فكان كغير المكره . وقال أبو الخطاب فيه روايتان (احداهما) لا كفارة عليه وهو مذهب الشافعي لان الكفارة إما ان تكون عقوبة أو ماحية للذنب ولا حاجة اليها مع الاكراه لعدم الاثم فيه وقول النبي ﷺ « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولان الشرع لم يرد بوجوب الكفارة فيه ولا يصح قياسه على ماورد الشرع فيه لاختلافهما في وجود العذر وعدمه ، فأما ان كان نائماً مثل ان كان عضوه منتشراً في حال نومه فاستدخلته امرأته فقال ابن عقيل لا قضاء عليه

عليهما لان ذلك ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاصل، فان أنزل المجبوب بالمساحقة فحكمه حكم المجامع دون الفرج اذا أنزل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان جامع فيما دون الفرج فأنزل أو وطيء بهيمة في الفرج أفطر وفي الكفارة وجهان)

اذا جامع فيما دون الفرج عامداً فأنزل فسد صومه بغير خلاف علمناه وهل تجب عليه الكفارة فيه عن أحمد روايتان (احداهما) تجب وبه قال مالك وعطاء والحسن وابن المبارك وإسحاق اختارها الخرقي والقاضي لانه أفطر بجماع فوجبت به الكفارة كالوطء في الفرج (والثانية) لا كفارة عليه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه فطر بغير جماع تام أشبه القبلة ولانه لا نص فيه ولا اجماع ولا هو في معنى المنصوص لان الجماع في الفرج أبلغ بدليل تعلق الكفارة به من غير انزال ، ويجب به الحد ويتعلق به اثنى عشر حكما فلا يصح القياس عليه ولان العلة في الاصل الجماع بدون الانزال؛ والجماع ههنا بدون إنزال غير موجب بالاجماع فلا يصح الاعتبار به وهذه أصح ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ فان قبل أو لمس فأنزل فسد صومه ، وفي الكفارة روايتان أصحهما انها لاتجب نقلها عنه الأثرم وأبو طالب واختارها الخرقي وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانه انزال بغير وطء أشبه الانزال بتكرار النظر ، ولا يصح قياسه على الوطء دون الفرج لان الاستمتاع بالوطء فيما دون الفرج أقوى وأبلغ من القبلة لكونه وطأ في الجملة (والثانية) عليه الكفارة نقلها حنبل لانه انزال عن مباشرة أشبه الانزال بالوطء دون الفرج ، ولا فرق بين كون الموطوءة زوجة أو أجنبية صغيرة أو كبيرة لانه اذا وجب بوطء الزوجة فبوطء الاجنبية أولى

﴿ فصل ﴾ فأما الوطء في فرج البهيمة فذكر القاضي انه موجب للكفارة ، وذكر أبو بكر ذلك عن أحمد نقلها عنه ابن منصور لانه وطء في فرج موجب للغسل مفسد للصوم أشبه وطء الآدمية وفيه وجه آخر انه لايوجب الكفارة ذكره أبو الخطاب لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص فانه مخالف لوطء الآدمية في ايجاب الحد على إحدى الروايتين وفي كثير من أحكامه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جامع في يوم رأى الهلال في ليلته وردت شهادته فعليه القضاء والكفارة وهو

ولا كفارة . وكذلك أن كان إلجاء مثل ان غلبته في حال يقظته على نفسه وهذا مذهب الشافعي لانه معنى حرمه الصوم حصل بغير اختياره فلم يفطر به كما لو أطارت الريح إلى حلقه ذبابة وظاهر كلام احمد ان عليه القضاء لانه قال في المرأة إذا غصبها رجل نفسها فجامعها عليها القضاء فالرجل أولى ، ولان الصوم عبادة يفسدها الجماع فاستوى في ذلك حالة الاختيار والاكراه كالحج ولا يصح قياس الجماع على غيره في عدم الافساد لتأكده بايجاب الكفارة وإفساده للحج من بين سائر محظوراته ، وايجاب الحد به إذا كان زنا

(فصل) ولا تجب الكفارة بالفطر في غير رمضان في قول أهل العلم وجمهور الفقهاء . وقال قتادة

قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تجب لانها عقوبة فلم تجب بفعل مختلف فيه كالحد)

ولنا انه أفطر يوما من رمضان بجماع فوجبت عليه الكفارة كما لو قبلت شهادته ، ولا نسلم ان الكفارة عقوبة ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة بالجماع في السفر القصير مع وقوع الخلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جامع في يومين ولم يكفر فهل يلزمه كفارة أو كفارتان على وجهين)

اذا جامع مرتين ولم يكفر عن الاول فان كان في يوم واحد أجزأته كفارة واحدة بغير خلاف وإن كان في يومين ففيه وجهان

(أحدهما) تجزئه كفارة واحدة وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر ، واليه ذهب الزهري والاوزاعي وأصحاب الرأي لأنها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل كالحد

(والثاني) يلزمه كفارتان اختاره القاضي وهو قول مالك والليث والشافعي وابن المنذر ، وروي عن عطاء ومكحول لان كل يوم عبادة مفردة ، فاذا وجبت الكفارة بافساده لم يتداخل كرمضانين وكالحجتين .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جامع ثم كفر ثم جامع في يومه فعليه كفارة ثانية نص عليه ، وكذلك كل من لزمه الامساك اذا جامع)

اذا كفر ثم جامع ثانية فان كان في يومين فعليه كفارة ثانية بغير خلاف نعلمه ، وإن كان في يوم واحد فكذلك نص عليه احمد ، وهكذا يخرج في كل من لزمه الامساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان ، وإن لم يكن صائماً كمن لم يعلم برؤية الهلال إلا بعد طلوع الفجر أو نسي النية أو أكل عامداً ثم جامع ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لاشيء عليه بذلك الجماع لأنه لم يصادف الصوم ولم يمنع صحته فلم يوجب شيئاً كالجماع في الليل

ولنا أنها عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها فتكررت بتكرر الوطء اذا كان بعد التكفير كالحج ، ولأنه وطء محرم لحرمة رمضان فأوجب الكفارة كالاول وفارق الوطء في الليل لأنه مباح ، فان قيل الوطء الاول تضمن هتك الصوم وهو مؤثر في الايجاب فلا يصح قياس غيره عليه قلنا هو ملغى بمن

تجب على من وطيء في قضاء رمضان لانه عبادة تجب الكفارة في أدائها فوجبت في قضائها كالحج

ولنا انه جامع في غير رمضان فلم تلزمه كفارة كما لو جامع في صيام الكفارة ويفارق القضاء الاداء لانه متعين بزمان محترم فالجماع فيه هتك له بخلاف القضاء

(فصل) وإذا جامع في أول النهار ثم مرض أو جن أو كانت امرأة فحاضت أو نفست في أثناء النهار لم تسقط الكفارة وبه قال مالك والليث وابن الماجشون وإسحاق ، وقال أصحاب الرأي لا كفارة عليهم وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مستحقا فلم يجب بالوطء فيه كفارة كصوم المسافر أو كما لو قامت البينة انه من شوال

ولنا انه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلم يسقطها كالسفر ولانه أفسد صوما واجبا في رمضان بجماع تام فاستقرت الكفارة عليه كما لو لم يطرأ عذر ، والوطء في صوم المسافر ممنوع وان سلم فالوطء

طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام فانه يلزمه الكفارة مع أنه لم يهتك الصوم

(فصل) واذا بلغ صبي أو أسلم كافر ، أو أفاق مجنون ، أو طهرت حائض ، أو نفساء ، أو قدم المسافر مفطراً في نهار رمضان فقد ذكرنا في وجوب الامساك عليهم روايتين ، فان قلنا بوجوب الامساك وجبت الكفارة على المجامع ، وإن قلنا لايجب فلا شيء عليهم لان الفطر مباح لهم أشبه المجامع بالليل ، فأما ان نوى الصوم في مرضه ، أو سفره ، أو صغره ثم زال عذره في أثناء النهار لم يجز له الفطر رواية واحدة وعليه الكفارة إن وطيء . وقال بعض الشافعية في المسافر خاصة وجهان (أحدهما) له الفطر لانه أبيح له الفطر ظاهراً وباطناً في أول النهار فكانت له استدامته كما لو قدم مفطراً ولا يصح ذلك لان سبب الرخصة زال قبل الترخص فلم يكن له ذلك كما لو قدمت به السفينة قبل قصر الصلاة وكالصبي يبلغ والمريض يبرأ وهذا ينقض ماذكروه وما قاسوا عليه ممنوع ، ولو علم الصبي أنه يبلغ في أثناء النهار بالسن ، أو علم المسافر أنه يقدم لم يلزمهما الصيام قبل زوال عذرهما لان سبب الرخصة موجود فثبت حكمها كما لو لم يعلما ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جامع وهو صحيح ثم مرض ، أو جن ، أو سافر لم تسقط عنه)

اذا جامع في أول النهار ثم مرض ، أو جن ، أو كانت امرأة فحاضت أو نفست في أثناء النهار لم تسقط الكفارة ، وبه قال مالك والليث وابن الماجشون وإسحاق ، وقال أصحاب الرأي لا كفارة عليهم ، وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مستحقاً فلم يجب بالوطء فيه كفارة كصوم المسافر أو كما لو تبين أنه من شوال

ولنا أنه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلم يسقطها كالسفر ، ولأنه أفسد صوما واجباً من رمضان بجماع تام فاستقرت الكفارة عليه كما لو لم يطرأ العذر والوطء في صوم المسافر ممنوع ، وإن سلم فالوطء

ثم لم يوجب أصلا لانه وطء مباح في سفر أبيح الفطر فيه بخلاف مسئلتنا ، وكذا إذا تبين انه من شوال فان الوطء غير موجب لانا تبينا ان الوطء لم يصادف رمضان والموجب انما هو الوطء المفسد لصوم رمضان

(فصل) اذا طلع الفجر وهو مجامع فاستدام الجماع فعليه القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجب القضاء دون الكفارة لان وطأه لم يصادف صوماً صحيحاً فلم يوجب الكفارة كما لو ترك النية وجامع . ولنا انه ترك صوم رمضان بجماع أثم به لحرمة الصوم فوجبت به الكفارة كما لو وطيء بعد طلوع الفجر وعكسه اذا لم ينو فانه يتركه لترك النية لا الجماع

ولنا فيه منع أيضا ، وأما إن نزع في الحال مع أول طلوع الفجر فقال ابن حامد والقاضي عليه الكفارة أيضاً لان النزع جماع يلتذ به فتعلق به مايتعلق بالاستدامة كالايلاج وقال أبو حفص لاقضاء عليه ولا كفارة وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ترك للجماع فلا يتعلق به مايتعلق بالجماع كما لو حلف لايدخل داراً وهو فيها فخرج منها كذلك ههنا وقال مالك يبطل صومه ولا كفارة عليه لانه لا يقدر على أكثر مما فعله في ترك الجماع فأشبه المكره وهذه المسألة تقرب من الاستحالة إذ لا يكاد يعلم أول طلوع الفجر على وجه يتعقبه النزع من غير أن يكون قبله شيء من الجماع فلا حاجة الى فرضها والكلام فيها :

(فصل) ومن جامع يظن أن الفجر لم يطلع فتبين انه كان قد طلع فعليه القضاء والكفارة وقال

ثم مباح لأنه في صوم أبيح الفطر فيه بخلاف مسئلتنا ، وكذا اذا تبين أنه من شوال لانه تبين أن الوطء لم يصادف رمضان ، والموجب انما هو الوطء المفسد لصوم رمضان ، فأما إن جامع في نهار رمضان ثم سافر في أثناء النهار لم تسقط الكفارة لانه يفضي إلى أن كل من جامع أمكنه اسقاط الكفارة عنه بالسفر في النهار وهو غير جائز

(فصل) اذا طلع الفجر وهو مجامع فاستدام الجماع فعليه القضاء والكفارة ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجب القضاء دون الكفارة لان وطأه لم يصادف صوما صحيحا فلم يوجب الكفارة كما لو ترك النية وجامع

ولنا أنه ترك صوم رمضان بجماع أثم به لحرمة الصوم فوجبت به الكفارة كما لو وطيء بعد طلوع الفجر وما قاسوا عليه ممنوع ، فأما إن نزع في الحال مع أول طلوع الفجر فقال ابن حامد والقاضي عليه الكفارة لان النزع جماع يلتذ به أشبه الايلاج ! وقال أبو حفص لاقضاء عليه ولا كفارة وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ترك الجماع فلا يتعلق به مايتعلق بالجماع كما لو حلف لايدخل داراً وهو فيها فخرج منها وقال مالك يبطل صومه ولا كفارة عليه لانه لايقدر على أكثر مما فعله من ترك الجماع أشبه المكره (قال شيخنا) وهذه المسئلة تقرب من الاستحالة إذ لا يكاد يعلم أول طلوع الفجر على وجه يتعقبه النزع من غير أن يكون قبله شيء من الجماع فلا حاجة إلى فرضها والكلام فيها

(فصل) ومن جامع يظن أن الفجر لم يطلع فتبين أنه كان طلع فعليه القضاء والكفارة ، وقال

أصحاب الشافعي لا كفارة عليه ولو علم في أثناء الوطء فاستدام فلا كفارة عليه أيضا لانه اذا لم يعلم لم يأثم فلا يجب به كفارة كوطء الناسي وان علم فاستدام فقد حصل الوطء الذي يأثم به في غير صوم ولنا حديث المجامع اذ أمره النبي ﷺ بالتكفير من غير تفريق ولا تفصيل ولانه أفسد

بعض الشافعية لا كفارة عليه، ولو علم في أثناء الوطء فاستدام ذلك فلا كفارة عليه أيضاً لانه اذا لم يعلم لم يأثم أشبه الناسي، وإن علم فاستدام فقد حصل الذي أثم به في غير صوم

ولنا حديث المجامع حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالكفارة ولم يستفصل، ولأنه أفسد صوم رمضان بجماع تام فوجبت عليه الكفارة كما لو علم، ووطء الناسي ممنوع ثم إنه لا يحصل به الفطر على الرواية الاخرى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نوى الصوم في سفره ثم جامع فلا كفارة عليه وعنه عليه الكفارة)

اذا نوى الصوم في سفره ثم أفطر بالجماع ففي الكفارة روايتان (احداهما) تجب اختارها القاضي لانه أفطر بجماع فلزمته الكفارة كالحاضر (والثانية) لا كفارة عليه اختارها شيخنا وهي الصحيحة وهو مذهب الشافعي لأنه صوم لا يجب المضي فيه فلم تجب الكفارة بالجماع فيه كالتطوع وفارق الحاضر الصحيح فانه يجب عليه المضي في الصوم، وإن كان مريضا يباح له الفطر فهو كالمسافر قياساً عليه، ولأنه يفطر بنية الفطر فيقع الجماع بعد حصول الفطر أشبه مالو أكل ثم جامع، ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ماينافي الصوم من الاكل والشرب والجماع وغيره لان حرمتها بالصوم فيزول بزواله كمجيء الليل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب الكفارة بغير الجماع في نهار رمضان)

اذا جامع في غير صوم رمضان لم تجب عليه الكفارة في قول جمهور العلماء وقال قتادة تجب على من وطيء في قضاء رمضان لانه عبادة تجب الكفارة في أدائها فوجبت في قضائها كالحج

ولنا انه جامع في غير رمضان فلم يلزمه كفارة كما لو جامع في صيام الكفارة والقضاء يفارق الآداء لانه متعين بزمان محترم فالجماع فيه هتك له بخلاف القضاء

(فصل) ولا تجب الكفارة بافساد الصوم بغير الجماع وعن أحمد في المحتجم ان كان عالما بالنهي فعليه الكفارة وقال عطاء في المحتجم عليه الكفارة وقال مالك تجب الكفارة بكل ماكان هتكا للصوم الا الردة قياسا على الافطار بالجماع وحكي عن عطاء والحسن والزهري والثوري والاوزاعي وإسحاق أن الفطر بالاكل والشرب يوجب مايوجب الجماع وبه قال أبوحنيفة الا انه اعتبر مايتغذى به أو يتداوى به فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها فلا كفارة عليه واحتج بأنه أفطر بأعلى مافي الباب من جنسه فوجبت عليه الكفارة كالمجامع

ولنا أنه أفطر بغير جماع فلم يوجب الكفارة كبلع الحصاة وكالردة عند مالك، ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا اجماع، ولا يصح قياسه على الجماع لان الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكمة

صوم رمضان بجماع تام فوجبت عليه الكفارة كما لو علم ووطء الناسي ممنوع ثم لايحصل به الفطر على الرواية الاخرى بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكفارة عتق رقبة فان لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا)

المشهور من مذهب أبي عبد الله ان كفارة الوطء في رمضان ككفارة الظهار في الترتيب يلزمه العتق ان أمكنه فان عجز عنه انتقل الى الصيام فان عجز انتقل الى اطعام ستين مسكينا وهذا قول جمهور العلماء. وبه يقول الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى انها على التخيير بين العتق والصيام والاطعام وبأيها كفر أجزأه وهو رواية عن مالك لما روى مالك وابن جريج عن الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن أبي هريرة أن رجلا أفطر في رمضان فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر بعتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكينا رواه مسلم و أو حرف تخيير ولأنها تجب بالمخالفة فكانت على التخيير ككفارة اليمين ، وروي عن مالك انه قال : الذي نأخذ به في الذي يصيب أهله في شهر رمضان اطعام ستين مسكينا أو صيام ذلك اليوم وليس التحرير والصيام من كفارة رمضان في شيء وهذا القول ليس بشيء لمخالفته الحديث الصحيح مع انه ليس له أصل يعتمد عليه ولا شيء يستند اليه وسنة رسوله ﷺ أحق أن تتبع ، وأما الدليل على وجوب الترتيب فالحديث الصحيح رواه معمر ويونس والاوزاعي والليث وموسى بن عقبة وعبيد الله بن

في التعدي به آكد ، ولهذا يجب به الحد اذا كان محرما ، ويختص بافساد الحج دون سائر محظوراته ويفسد صوم اثنين في الغالب دون غيره

﴿ مسئلة ﴾ (والكفارة عتق رقبة، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً)

ظاهر المذهب أن كفارة الوطء في رمضان مرتبة ككفارة الظهار يلزمه العتق ، فان عجز عنه انتقل إلى الصيام ، فان عجز انتقل إلى الاطعام المذكور وهذا قول أكثر العلماء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد رواية أخرى أنها على التخيير بين هذه الثلاثة فبأيها كفر أجزأه وهي رواية عن مالك لما روى مالك وابن جريج عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رجلا أفطر في رمضان فأمره النبي ﷺ أن يكفر بعتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً و أو حرف تخيير ، ولأنها تجب بالمخالفة فكانت على التخيير ككفارة اليمين وعن مالك رواية أخرى أنه قال : الذي نأخذ به في الذي يصيب أهله في شهر رمضان اطعام ستين مسكيناً وصيام ذلك اليوم ، وليس التحرير والصيام من كفارة رمضان في شيء ، وهذا القول مخالف للحديث الصحيح مع أنه ليس له أصل يعتمد عليه ولا شيء يستند اليه ، وسنة النبي ﷺ أحق أن تتبع ، ووجه الرواية الاولى الحديث الصحيح رواه معمر ويونس والاوزاعي والليث وموسى بن عقبة

عمر وعراك بن مالك وإسماعيل بن أمية ومحمد بن أبي عتيق وغيرهم عن الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال للواقع على أهله « هل تجد رقبة تعتقها ؟ » قال لا قال « فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟» قال لا قال « فهل تجد اطعام ستين مسكينا؟ » قال لا وذكر سائر الحديث وهذا لفظ الترتيب والاخذ بهذا أولى من رواية مالك لان أصحاب الزهري اتفقوا على روايته هكذا سوى مالك وابن جريج فيما علمنا واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتماله في سائر أصحابه ولان الترتيب زيادة والاخذ بالزيادة متعين ولان حديثنا لفظ النبي ﷺ وحديثهم لفظ الراوي، ويحتمل انه رواه بأو لاعتقاده أن معنى اللفظين سواء[1] ولانها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكانت على الترتيب ككفارة الظهار والقتل

(١) ويحتمل ايضا أنه اختصار من بعض الرواة أراد به أو بصيام شهرين متتابعين إن لم يجد رقبة يعتقها

(فصل) فاذا عدم الرقبة انتقل الى صيام شهرين متتابعين ولا نعلم خلافا في دخول الصيام في كفارة الوطء الا شذوذ لايعرج عليه لمخالفة السنة الثابتة ولا خلاف بين من أوجبه أنه شهران متتابعان للخبر أيضا فان لم يشرع في الصيام حتى وجد الرقبة لزمه العتق لان النبي ﷺ سأل المواقع عما يقدر عليه حين أخبره بالعتق ولم يسأله عن ما كان يقدر عليه حال المواقعة وهي حالة الوجوب ولانه وجد المبدل قبل التلبس بالبدل فلزمه كما لو كان واجداً له حال الوجوب، وان شرع في الصوم قبل القدرة على الاعتاق ثم قدر عليه لم يلزمه الخروج اليه الا أن يشاء العتق فيجزئه ويكون

وعبيدالله بن عمر وعراك بن مالك وغيرهم عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال للواقع على أهله « هل تجد رقبة تعتقها » قال لا، قال « فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ » قال لا، قال « فهل تجد اطعام ستين مسكيناً؟ » قال لا وذكر سائر الحديث وهذا لفظ الترتيب والاخذ به أولى من رواية مالك لان أصحاب الزهري اتفقوا على روايته هكذا سوى مالك وابن جريج فيما علمنا، واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتماله في سائر أصحابه ولان الترتيب زيادة والاخذ بالزيادة متعين، ولان حديثنا لفظ النبي ﷺ وحديثهم لفظ الراوي ويحتمل أنه رواه بأو لاعتقاده أن معنى اللفظين سواء ولانها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكانت مرتبة كالظهار والقتل

(فصل) فعلى هذه الرواية اذا عدم الرقبة انتقل إلى الصوم المذكور ولا نعلم خلافا في دخول الصوم في هذه الكفارة إلا قولا شاذاً يخالف السنة الثابتة وقد ذكرناه، ولا خلاف بين من أوجبه أنه شهران متتابعان للخبر، فان لم يشرع في الصيام حتى وجد الرقبة لزمه العتق لان النبي ﷺ سأل المواقع عما يقدر عليه حين أخبره بالعتق ولم يسأله عما كان يقدر عليه حالة المواقعة وهي حالة الوجوب ولانه وجد المبدل قبل التلبس بالبدل فلزمه كما لو وجده حال الوجوب، وإن شرع في الصوم قبل القدرة على الاعتاق ثم قدر عليه لم يلزمه الخروج اليه إلا أن يشاء أن يعتق فيجزئه ويكون قد فعل

قد فعل الاولى ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الخروج لانه قدر على الاصـل قبل آداء فرضه بالبدل فبطل حكم البدل كالمتيمم يرى الماء

ولنا أنه شرع في الكفارة الواجبة عليه فأجزأته كما لو استمر العجز الى فراغها وفارق العتق التيمم لوجهين (١)(أحدهما) أن التيمم لايرفع الحدث وانما يستره فاذا وجد الماء ظهر حكمه بخلاف الصوم فانه يرفع حكم الجماع بالكلية(الثاني) ان الصيام تطول مدته فيشق الزامه الجمع بينه وبين العتق بخلاف الوضوء والتيمم

﴿مسئلة﴾ قال(فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا لكل مسكين مدٌ من بر أو نصف صاع من تمر او شعير)

لانعلم بين أهل العلم خلافا في دخول الاطعام في كفارة الوطء في رمضان في الجلة وهو مذكور في الخبر والواجب فيه اطعام ستين مسكينا في قول عامتهم وهو في الخبر أيضاً ولانه اطعام في كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكان اطعام ستين مسكينا ككفارة الظهار واختلفوا في قدر ما يطعم كل مسكين فذهب أحمد الى أن لكل مسكين مدّ بر وذلك خمسة عشر صاعا أو نصف صاع من تمر أو شعير فيكون الجميع ثلاثين صاعا ، وقال أبو حنيفة من البر لكل مسكين نصف صاع ومن غيره صاع لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فأطعم وسقا من تمر » رواه أبو داود ، وقال أبو هريرة

الاولى ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يلزمه العتق لانه قدر على الاصل قبل اداء فرضه بالبدل فبطل حكم البدل كالمتيمم يرى الماء

ولنـا أنه شرع في الكفارة الواجبـة عليـه فاجزأته كما لو استمر العجز وفارق العتق التيمم لوجهين (أحدهما) أن التيمم لايرفع الحدث وانمـا يستره فاذا وجد الماء ظهر حكمه ، بخلاف الصوم فانه يرفع حكم الجماع بالـكليـة (الثاني) أن الصيام تطول مدته فيشق الزامه الجمع بينـه وبين العتق بخلاف الوضوء والتيمم

﴿ فصل ﴾ (فانلم يستطع فاطعام ستين مسكيناً)

قال شيخنا رحمه الله ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في دخول الاطعام في كفارة الوطء في رمضان في الجلة وهو مذكور في الخبر ، ولأنه اطعام في كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكان ستين مسكيناً كـكفارة الظهار ، وقدر المطعم خمسة عشر صاعا من البر لكل مسكين مد وهو ربع الصاع أوثلاثين صاعا من التمر أو الشعير لكل مسكين نصف صاع ، وقال أبو حنيفة من البر لكل مسكين نصف صاع ومن غيره صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقا من تمر » رواه أبو داود ، وقال أبو هريرة يطعم مداً من أي الانواع شاء ، وبهذا قال عطاء والاوزاعي

(١) الوجه الاول تحكم فان الحـدث أمر حكمي يرتفع بالوضوء وببدله بشرطه على السواء وليس شيئا موجودا يستر ويظهر ، والصواب في خصال الكفارة أن كلامنها أصل لابدل الا أنها مرتبة فاذا شرع في الثانى أوالثالث لعجزه عماقبله صار هوفرضه بالذات ولا يكلف إبطال ما شرع فيه والله يقول (ولا تبطلوا أعمالكم) والفرق الصحيح بين خصال الكفارة وبين الوضوء والتيمم ان الاولى يحصل لكل من خصالها تربية النفس وتطهيرها المعنوي من لوث ارتكاب الشهوة الكبرى واما التيمم فلا يحصل به ما يحصل بالوضوء من الطهارة الحسية المنصوصة في قوله تعالى (ولكن يريد ليطهركم) فهو بدل عن الوضوء من = الجهة التعبدية فيه فقط على ان بطلان صلاة المتيمم برؤية الماء فيها نظر . وكتبه محمدرشيد رضا

يطعم مداً من أي الانواع شاء وبهذا قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو هريرة في حديث المجامع أن النبي ﷺ أتي بمكتل من تمر قدره خمسة عشر صاعا فقال «خذ هذا فأطعمه عنك» رواه أبو داود

ولنا ماروى أحمد حدثنا اسماعيل حدثنا أيوب عن أبي زيد المدني قال جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال رسول الله ﷺ للمظاهر «أطعم هذا فان مدّي شعير مكان مد بر» ولان فدية الاذى نصف صاع من التمر والشعير بلا خلاف فكذا هذا والمد من البر يقوم مقام نصف صاع من غيره بدليل حديثنا ولان الاجزاء بمدّ منه قول ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وزيد ولا مخالف لهم في الصحابة ، وأما حديث سلمة بن صخر فقد اختلف فيه وحديث أصحاب الشافعي يجوز أن يكون الذي أتي به النبي ﷺ قاصراً عن الواجب فاجتزيء به لعجز المكفر عما سواه

(فصل) فان أخرج من الدقيق أو السويق أجزأ لما ذكرناه فيما تقدم وان غدّا المساكين أو عشاهم لم يجزئه في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقي لانه قدّر مايجزيء في الدفع بمدّ أو نصف صاع واذا اطعمهم لا يعلم ان كل واحد منهم استوفى الواجب له ، ووجه ذلك ان النبي ﷺ بين قدر مايطعمه كل مسكين بما ذكرنا من الاحاديث وهي مقيدة لمطلق الاطعام المذكور والمطلق يحمل على المقيد ولا يعلم ان كل مسكين استوفى مايجب له ولان الواجب تمليك المسكين طعامه والاطعام اباحة وليس بتمليك، فعلى هذه الرواية ان افرد لكل مسكين قدر الواجب له فأطعمه إياه نظرت فان قال له هذا لك تتصرف فيه كيف شئت اجزأه لانه قد ملكه إياه وان لم يقل له شيئا احتمل أن يجزئه لانه قد اطعمه مايجب له فأشبه مالو ملكه واحتمل ان لايجزئه لانه لم يملكه اياه والرواية الثانية يجزئه أن يجمع ستين مسكينا فيطعمهم قال أبو داود سمعت أحمد يسأل عن امرأة افطرت رمضانا ثم ادركها رمضان آخر ثم ماتت قال كم افطرت ؟ قال ثلاثين يوماً قال فاجمع ثلاثين مسكينا واطعمهم مرة واحدة واشبعهم وذلك لان النبي ﷺ قال للمجامع اطعم ستين مسكينا ، وهذا قد أطعمهم وقال الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وقال في كفارة اليمين (فاطعام عشرة مساكين من اوسط ماتطعمون أهليكم) وهذا قد أطعمهم، وروي عن أنس انه أفطر في رمضان فجمع المساكين ووضع جفانا فأطعمهم ولانه أطعم ستين مسكيناً فاجزأه كما لو ملكه إياه فعلى هذه الرواية ان أطعمهم قدر الواجب لهم اجزأه وان أطعمهم دون ذلك فأشبعهم فظاهر كلام أحمد انه يجزئه لانه قد أطعمهم ويحتمل أن لا يجزئه لانه لم يطعمهم ماوجب لهم (١)

(١) لعل الاول أرجح فان الاطعام بالفعل تحقيق للواجب ومقابله تقدير له . وكتبه محمد رشيد رضا

والشافعي لما روى أبو هريرة في حديث المجامع أن النبي ﷺ أتى بمكتل من تمر قدره خمسة عشر صاعا فقال «خذ هذا فاطعمه عنك» رواه أبو داود

ولنا ماروى احمد: حدثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي زيد المدني قال جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ «أطعم هذا فان مدّي شعير مكان مدّ بر» ولان فدية الاذي

(فصل) ويجزيء في الكفارة ما يجزيء في الفطرة من البر والشعير ودقيقهما والتمر والزبيب وفي الاقط وجهان وفي الخبز روايتان وكذلك يخرج في السويق فان كان قوته غير ذلك من الحبوب كالدخن والذرة والارز ففيه وجهان(أحدهما) لايجزيء ذكره القاضي لانه لايجزيء في الفطرة(والثاني) يجزىء اختاره أبو الخطاب لقوله الله تعالى (من أوسط ماتطعمون أهليكم) ولان النبي ﷺ أمر بالاطعام مطلقاً ولم يرد تقييده بشيء من الاجناس فوجب ابقاؤه على اطلاقه ولانه أطعم المسكين من طعامه فأجزأه كما لو كان طعامه بُراً فاطعمه منه وهذا أظهر

(فصل) وان عجز عن العتق والصيام والاطعام سقطت الكفارة عنه في احدى الروايتين بدليل أن الاعرابي لما دفع اليه النبي ﷺ التمر وأخبره بحاجته اليه قال أطعمه أهلك ولم يأمره بكفارة أخرى ، وهذا قول الاوزاعي وقال الزهري لا بد من التكفير وهذا خاص لذلك الاعرابي لايتعداه بدليل أنه اخبر النبي ﷺ باعساره قبل أن يدفع اليه العرق ولم يسقطها عنه ولأنها كفارة واجبة فلم تسقط بالعجزعنها كسائر الكفارات، وهذا رواية ثانية عن أحمد وهو قياس قول أبي حنيفة والثوري وأبي ثور وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا الحديث المذكور ودعوى التخصيص لاتسمع بغير دليل،وقولهم إنه أخبر النبي ﷺ بعجزه فلم يسقطها قلنا قد اسقطها عنه بعد ذلك وهذا آخر الامرين من رسول الله ﷺ ولا يصح القياس على سائر الكفارات لانه اطراح للنص بالقياس والنص أولى والاعتبار بالعجز في حالة الوجوب وهي حالة الوطء .

نصف صاع من التمر والشعير بلا خلاف فكذا هذا والمد من البر يقوم مقام نصف صاع من غيره بدليل هذا الحديث ولانه قول ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وزيد ولامخالف لهم في الصحابة وأما حديث سلمة بن صخر فقد اختلف فيه وحديث أصحاب الشافعي يجوز أن يكون الذي أتى به النبي ﷺ قاصرا عن الواجب فاجتزىء به لعجز المكفر عن ما سواه

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يجد سقطت عنه ، وعنه لا تسقط وعنه أن الكفارة على التخيير فبأيها كفر أجزأه)

ظاهر المذهب أن المجامع في رمضان إذا عجز عن العتق والصيام والاطعام أن الكفارة تسقط عنه وهذا قول الاوزاعي وقال الزهري لابد من التكفير بدليل أن الاعرابي أخبر النبي ﷺ باعساره قبل أن يدفع اليه العرق ولم يسقطها عنه ولانها كفارة واجبة فلم تسقط بالفجر عنها كسائر الكفارات وهذه الرواية الثانية عن احمد وهو قياس قول أبي حنيفة والثوري وأبي ثور وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أن الاعرابي لما دفع اليه النبي ﷺ التمر فأخبره بحاجته قال «اطعمه أهلك» ولم يأمره بكفارة أخرى قولهم إنه أخبر النبي ﷺ بعجزه فلم يسقطها ،قلنا قد أسقطها عنه بعد ذلك وهذا آخر الامرين من رسول الله ﷺ وأما القياس على سائر الكفارات فلا يصح لمخالفته النص والاعتبار بالعجز في حالة الوجوب وهو حالة الوطء

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان جامع فلم يكفر حتى جامع ثانية فكفارة واحدة)

وجملة ذلك انه اذا جامع ثانيا قبل التكفير عن الاول لم يخل من أن يكون في يوم واحد أو في يومين فان كان في يوم واحد فكفارة واحدة تجزئه بغير خلاف بين اهل العلم وان كان في يومين من رمضان ففيه وجهان (احدهما) تجزئه كفارة واحدة وهو ظاهر اطلاق الخرقي واختيار أبي بكر ومذهب الزهري والاوزاعي وأصحاب الرأي لانها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل كالحد (والثاني) لاتجزيء واحدة ويلزمه كفارتان اختاره القاضي وبعض اصحابنا وهو قول مالك والليث والشافعي وابن المنذر وروي ذلك عن عطاء ومكحول لان كل يوم عبادة منفردة فاذا وجبت الكفارة بافساده لم تتداخل كرمضانين وكالحجتين

﴿مسئلة﴾ قال (وان كفر ثم جامع ثانية فكفارة ثانية)

وجملته انه اذا كفر ثم جامع ثانية لم يخل من أن يكون في يوم واحد أو في يومين فان كان في يومين فعليه كفارة ثانية بغير خلاف نعلمه وان كان في يوم واحد فعليه كفارة ثانية نص عليه احمد وكذلك يخرج في كل من لزمه الامساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان وان لم يكن صائما مثل من لم يعلم برؤية الهلال الا بعد طلوع الفجر او نسي النية او اكل عامداً ثم جامع فانه يلزمه كفارة ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاشيء عليه بذلك الجماع لانه لم يصادف الصوم ولم يمنع صحته فلم يوجب شيئا كالجماع في الليل ولنا ان الصوم في رمضان عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها فتكررت بتكرر الوطء اذا كان بعد

باب مايكره وما يستحب وحكم القضاء

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره للصائم أن يجمع ريقه فيبلعه وأن يبتلع النخامة وهل يفطر بهما على وجهين)

لا يفطر ابتلاع الريق إذا لم يجمعه بغير خلاف نعلمه لانه لايمكن التحرز منه أشبه غبار الطريق ويكره للصائم جمع ريقه وابتلاعه لامكان التحرز منه فان جمعه ثم ابتلعه قصداً لم يفطره لانه يصل إلى جوفه من معدته أشبه إذا لم يجمعه وفيه وجه آخر أنه يفطره لانه أمكنه التحرز منه أشبه مالو قصد ابتلاع غبار الطريق والاول أصح فان الريق لايفطر اذا لم يجمعه وان قصد ابتلاعه فكذلك اذا جمعه بخلاف غبار الطريق فان خرج ريقه الى ثوبه أو بين أصابعه أو بين شفتيه ثم عاد فابتلعه أو بلع ريق غيره أفطر لانه ابتلعه من غير فمه أشبه غير الريق فان قيل فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها رواه أبو داود قلنا قد روى عن أبي داود أنه قال هذا إسناد ليس بصحيح ويجوز أن يكون يقبل في الصوم ويمص لسانها في غيره ويجوز أن يمصه ثم لايبتلعه ولانه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فمه فاشبه مالو ترك حصاة مبلولة في فيه أو لو تمضمض بماء ثم مجه. ولو ترك في فمه حصاة أو درهما فاخرجه وعليه بلة من الريق ثم أعاده في فيه نظرت فان كان ما عليه من الريق

التكفير كالحج ولانه وطء محرم لحرمة رمضان فأوجب الكفارة كالاول وفارق الوطء في الليل فانه غير محرم فان قيل الوطء الاول تضمن هتك الصوم وهو مؤثر في الايجاب فلا يصح الحاق غيره به قلنا : هو ملغى بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام فانه تلزمه الكفارة مع انه لم يهتك الصوم

(فصل) إذا أصبح مفطراً يعتقد أنه من شعبان فقامت البينة بالرؤية لزمه الامساك والقضاء في قول عامة الفقهاء الا ماروي عن عطاء انه قال يأ كل بقية يومه قال ابن عبد البر لا نعلم أحدا قاله غير عطاء وذكر أبو الخطاب ذلك رواية عن احمد ولا أعلم أحدا ذكرها غيره ، وأظن هذا غلطا فان احمد قد نص على إيجاب الكفارة على من وطيء ثم كفر ثم عاد فوطيء في يومه لان حرمة اليوم لم تذهب فاذا أوجب الكفارة على غير الصائم لحرمة اليوم فكيف يبيح الا كل؟ ولا يصح قياس هذا على المسافر إذا قدم وهو مفطر وأشباهه لان المسافر كان له الفطر ظاهرا وباطنا وهذا لم يكن له الفطر في الباطن مباحا فاشبه من أ كل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع ، فاذا تقرر هذا فان جامع فيه فعليه القضاء والكفارة كالذي أصبح لاينوي الصيام أو أ كل ثم جامع وإن كان جماعه قبل قيام البينة فحكمه حكم من جامع يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع على ما مضى فيه

(فصل) وكل من أفطر والصوم لازم له كالمفطر بغير عذر والمفطر يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أو الناسي لنية الصوم ونحوهم يلزمهم الامساك لا نعلم

كثيراً فابتلعه أفطر وان كان يسيراً لم يفطر بابتلاع ريقه وقال بعض أصحابنا يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم

ولنا أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل ودخوله الى حلقه كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها ولو أخرج لسانه وعليه بلة ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه لم يفطر

(فصل) وان ابتلع النخامة فقد روى حنبل قال سمعت ابا عبد الله يقول اذا تنخم ثم ازدرده فقد أفطر لان النخامة تنزل من الرأس والريق من الفم ولو تنخع من جوفه ثم ازدرده افطر وهذا مذهب الشافعي لانه امكن التحرز منها اشبه الدم ولانها من غير الفم اشبه القيء وفيه رواية اخرى لا يفطر فانه قال في رواية المروذي ليس عليك قضاء اذا ابتلعت النخاعة وانت صائم لانه معتاد في الفم اشبه الريق

(فصل) فان سال فمه دماً او خرج اليه قلس أو قيء فازدرده افطر وان كان يسيراً لان الفم في حكم الظاهر والاصل حصول الفطر بكل واصل منه لكن عفي عن الريق لعدم امكان التحرز منه فيبقى فيما عداه على الاصل وان القاه من فيه وبقي فمه نجساً او تنجس فمه بشيء من خارج فابتلع ريقه فان كان معه جزء من المنجس افطر بذلك الجزء والا فلا

﴿مسئلة﴾ (ويكره ذوق الطعام وان وجد طعمه في حلقه افطر)

بينهم فيه اختلافا الا أنه يخرج على قول عطاء في المعذور في الفطر اباحة فطر بقية يومه قياسا على قوله فيما إذا قامت البينة بالرؤية وهو قول شاذ لم يعرج عليه أهل العلم

(فصل) فأما من يباح له الفطر في أول النهار ظاهراً وباطنا كالحائض والنفساء والمسافر والصبي والمجنون والكافر والمريض إذا زالت أعذارهم في أثناء النهار فطهرت الحائض والنفساء وأقام المسافر وبلغ الصبي وأفاق المجنون وأسلم الكافر وصح المريض المفطر ففيهم روايتان

(إحداهما) يلزمهم الامساك في بقية اليوم وهو قول أبي حنيفة والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح والعنبري لانه معنى لو وجد قبل الفجر أوجب الصيام فاذا طرأ بعد الفجر أوجب الامساك كقيام البينة بالرؤية

(والثانية) لايلزمهم الامساك وهو قول مالك والشافعي وروي ذلك عن جابر بن زيد وروي عن ابن مسعود أنه قال من أكل أول النهار فليأكل آخره ولانه أبيح له فطر أول النهار ظاهراً وباطنا فاذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار كما لو دام العذر فاذا جامع أحد هؤلاء بعد زوال عذره انبنى على الروايتين في وجوب الامساك فان قلنا يلزمه الامساك فحكمه حكم من قامت البينة بالرؤية في حقه اذا جامع وان قلنا لايلزمه الامساك فلا شيء عليه فان كان أحد الزوجين من أحد هؤلاء والآخر لاعذر له فلكل واحد حكم نفسه على مامضى وان كانا جميعاً معذورين فحكمهما ماذكرناه سواء اتفق عذرهما مثل أن يقدما من سفر أو يصحا من مرض أو اختلف مثل أن يقدم الزوج من سفر وتطهر المرأة من الحيض فيصيبها، وقد روي عن جابر بن يزيد أنه قدم من سفر فوجد امرأته

قال احمد احب إلي أن يجتنب ذوق الطعام فان فعل لم يضره ، وقال ابن عقيل يكره من غير حاجة لانه ربما دخل حلقه فأفطر ولا بأس به مع الحاجة لقول ابن عباس لا بأس ان يذوق الطعام الخل والشيء يريد شراءه والحسن كان يمضغ الجوز لابن ابنه وهو صائم ورخص فيه ابراهيم فان فعل فوجد طعمه في حلقه افطر والا لم يفطر

(فصل) ولا بأس بالسواك للصائم قبل الزوال قال احمد لا بأس به لما روى عامر بن ربيعة قال رأيت رسول الله ﷺ مالا احصي يتسوك وهو صائم حديث حسن ولكنه يكون عوداً ذاوي وهل يكره السواك للصائم بعد الزوال على روايتين ذكرناهما في باب الوضوء ويكره للصائم السواك بالعود الرطب في إحدى الروايتين وهو قول قتادة والشعبي واسحاق ومالك في رواية لأنه مغرر بصومه لكونه ربما يتحلل منه اجزاء تصل الي حلقه فيفطره وعنه لايكره ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة لانه يروى عن علي وابن عمر وعروة ومجاهد ولما روينا من الحديث والله اعلم

﴿مسئلة﴾ (ويكره مضغ العلك الذي لايتحلل منه اجزاء ولا يجوز مضغ مايتحلل منه اجزاء الا ان لايبلع ريقه وان وجد طعمه في حلقه افطر)

قد طهرت من حيض فاصابها فأما ان نوى الصوم في سفره او مرضه أو صغره ثم زال عذره في أثناء النهار لم يجز له الفطر رواية واحدة وعليه الكفارة إن وطيء وقال بعض أصحاب الشافعي في المسافر خاصة وجهان

(أحدهما) له الفطر لانه أبيح له الفطر أول النهار ظاهراً و باطنا فكانت له استدامته كما لو قدم مفطراً وليس بصحيح فان سبب الرخصة زال قبل الترخص فلم يكن له ذلك[1] كما لو قدمت به السفينة قبل قصر الصلاة وكالمريض يبرأ والصبي يبلغ وهذا ينقض ماذكروه ولو علم الصبي أنه يبلغ في أثناء النهار بالسن أو علم المسافر أنه يقدم لم يلزمهما الصيام قبل زوال عذرهما لان سبب الرخصة موجود فيثبت حكمها كما لو لم يعلما ذلك

(فصل) ويلزم المسافر والحائض والمريض القضاء إذا أفطروا بغير خلاف لقول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) والتقدير فافطر وقالت عائشة كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فنؤمر بقضاء الصوم ، وإن أفاق المجنون أو بلغ الصبي أو أسلم الكافر في أثناء النهار والصبي مفطر ففي وجوب القضاء روايتان

(احداهما) لايلزمهم ذلك لانهم لم يدركوا وقتا يمكنهم التلبس بالعبادة فيه فأشبه مالو زال عذرهم بعد خروج الوقت (والثانية) يلزمهم القضاء لانهم أدركوا بعض وقت العبادة فلزمهم القضاء كما لو أدركوا بعض وقت الصلاة

[1] « ١ » هذا هو الوجه الثاني لهم وكان يجب التصريح به في مقابلة الاول

المنقول عن احمد رحمه الله كراهة مضغ العلك قال اسحاق بن منصور قلت لاحمد الصائم يمضغ العلك ؟ قال لا وقال اصحابنا العلك ضربان

(احدهما) مايتحلل منه اجزاء وهو الرديء الذي يتحلل بالمضغ فلايجوز مضغه الاان لايبلع ريقه فان فعل فنزل الى حلقه منه شيء افطر به كما لو تعمد اكله

(والثاني) القوي الذي يصلب بالمضغ فهذا يكره مضغه ولا يحرم ، وممن كرهه الشعبي والنخعي ومحمد بن علي والشافعي وأصحاب الرأي ، وذلك لانه يحلب الفم ويجمع الريق ويورث العطش ، ورخصت عائشة في مضغه ، وبه قال عطاء لانه لايصل إلى الجوف منه شيء فهو كوضع الحصاة في فيه ومتى مضغه ولم يجد طعمه في حلقه لم يفطر ، وإن وجد طعمه في حلقه ففيه وجهان

(أحدهما) يفطره كالكحل اذا وجد طعمه في حلقه

(والثاني) لايفطره لانه لايترك منه شيء ، ومجرد الطعم لايفطر بدليل أنه قد قيل إن من لطخ باطن قدمه بالحنظل وجد طعمه ولا يفطر بخلاف الكحل فان أجزاءه تصل إلى الحلق ويشاهد اذا تنخع . قال احمد : من وضع في فيه درهماً أو ديناراً وهو صائم فلا بأس به مالم يجد طعمه في حلقه وما يجد طعمه فلا يعجبني ، وقال عبد الله سألت أبي عن الصائم يفتل الخيوط قال يعجبني أن يبزق

﴿ مسئلة ﴾ (قال وان أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب فعليه القضاء)

هذا قول أكثر أهل العلم من الفقهاء وغيرهم وحكى عن عروة ومجاهد والحسن واسحاق لاقضاء عليهم لما روى زيد بن وهب . قال كنت جالسا في مسجد رسول الله ﷺ في رمضان في زمن عمر بن الخطاب فأتينا بعساس فيها شراب من بيت حفصة فشربنا ونحن نرى أنه من الليل ثم انكشف السحاب فاذا الشمس طالعة قال فجعل الناس يقولون نقضي يوما مكانه فقال عمر والله لانقضيه ماتجانفنا لاثم ولانه لم يقصد الاكل في الصوم فلم يلزمه القضاء كالناسي

ولنا انه أكل مختاراً ذاكراً للصوم فافطر كما لو أكل يوم الشك ولانه جهل بوقت الصيام فلم يعذر به كالجهل بأول رمضان ولانه يمكن التحرز منه فاشبه أكل العامد وفارق الناسي فانه لايمكن التحرز منه وأما الخبر فرواه الاثرم ان عمر قال من أكل فليقض يوما مكانه ورواه مالك في الموطأ ان عمر قال الخطب يسير يعني خفة القضاء وروى هشام بن عروة عن فاطمة امرأته عن أسماء قالت: أفطرنا على عهد رسول الله ﷺ في يوم غيم ثم طلعت الشمس. قيل لهشام امروا بالقضاء قال لا بد من قضاء أخرجه البخاري

(فصل) وان أكل شاكا في طلوع الفجر ولم يتبين الامر فليس عليه قضاء وله الاكل حتى يتيقن طلوع الفجر نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس وعطاء والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ (وتكره القبلة إلا أن يكون ممن لاتحرك شهوته في احدى الروايتين)

وجملته أن المقبل لايخلو من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون ذا شهوة مفرطة يغلب على ظنه أنه اذا قبل أنزل أو مذى فهذا تحرم عليه القبلة لانها مفسدة لصومه [1] أشبهت الاكل

(الثاني) أن يكون ذا شهوة لكنه لايغلب على ظنه ذلك فيكره له التقبيل لانه يعرض صومه للفطر ولا يأمن عليه الفساد لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : رأيت رسول الله ﷺ في المنام فأعرض عني فقلت له مابالي ؟ فقال « انك تقبل وأنت صائم » ولان العبادة اذا منعت الوطء منعت دواعيه كالاحرام ، ولا تحرم القبلة في هذه الحال لما روي أن رجلا قبل وهو صائم فأرسل امرأته فسألت النبي ﷺ فأخبرها النبي ﷺ أنه يقبل وهو صائم ، فقال الرجل إن رسول الله ﷺ ليس مثلنا قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، فغضب رسول الله ﷺ وقال « اني لاخشاكم لله وأعلمكم بما أتقي » رواه مسلم بمعناه

وروي عن عمر أنه قال : هششت فقبلت وأنا صائم فقلت يارسول الله صنعت اليوم أمراً عظيما

« ١ » الصواب انها مظنة لافساده لا مفسدة له ومتى كانت المظنة قوية كان غير مبال بفساد صيامه بالانزال وبهذا فارق القسم الذي بعده

وروي معنى ذلك عن أبي بكر الصديق وابن عمر رضي الله عنهم وقال مالك يجب القضاء لان الاصل بقاء الصوم في ذمته فلا يسقط بالشك ولانه أكل شاكا في النهار والليل فلزمه القضاء كما لو أكل شاكا في غروب الشمس .

ولنا قول الله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) مد الأكل الى غاية التبين وقد يكون شاكا قبل التبين فلو لزمه القضاء لحرم عليه الأكل وقال النبي ﷺ « فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » وكان رجلا أعمى لا يؤذن حتى يقال له أصبحت أصبحت . ولان الاصل بقاء الليل فيكون زمان الشك منه مالم يعلم يقين زواله بخلاف غروب الشمس فان الاصل بقاء النهار فبني عليه

(فصل) وإن أكل شاكا في غروب الشمس ولم يتبين فعليه القضاء لان الاصل بقاء النهار وإن كان حين الأكل ظانا أن الشمس قد غربت أو أن الفجر لم يطلع ثم شك بعد الأكل ولم يتبين فلا قضاء عليه لانه لم يوجد يقين أزال ذلك الظن الذي بني عليه فأشبه ما لو صلى بالاجتهاد ثم شك في الاصابة بعد صلاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومباح لمن جامع بالليل أن لا يغتسل حتى يطلع الفجر وهو على صومه)

وجملته أن الجنب له أن يؤخر الغسل حتى يصبح ثم يغتسل ويتم صومه في قول عامة أهل العلم منهم علي وابن مسعود وزيد وأبو الدرداء وأبو ذر وابن عمر وابن عباس وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم وبه قال مالك والشافعي في أهل الحجاز وأبو حنيفة والثوري في أهل العراق والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر واسحاق وأبو عبيد في أهل الحديث وداود في أهل الظاهر وكان أبو هريرة

قبلت وأنا صائم قال « أرأيت لو تمضمضت من اناء وأنت صائم » قلت لا بأس به ، قال «فمه» رواه أبو داود ، ولان افضاءه إلى افساد الصوم مشكوك فيه ولا يثبت التحريم بالشك

(الثالث) أن يكون ممن لا تحرك القبلة شهوته كالشيخ الكبير ففيه روايتان

(احداهما) لا تكره له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم لما كان مالكا لاربه وغير ذي الشهوة في معناه ، وقد روى أبو هريرة أن رجلا سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم فرخص له ، فأتاه آخر فنهاه فاذا الذي رخص له شيخ والذي نهاه شاب . أخرجه أبو داود ، ولانها مباشرة لغير شهوة أشبهت لمس اليد لحاجة

(والثانية) يكره لانه لا يأمن حدوث الشهوة ، ولان الصوم عبادة تمنع الوطء فاستوى في القبلة فيها من تحرك شهوته ومن لا تحرك كالاحرام ، فأما اللمس لغير شهوة كلمس اليد ليعرف مرضها ونحوه فليس بمكروه بحال لان ذلك لا يكره في الاحرام أشبه لمس ثوبها

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب عليه اجتناب الكذب والغيبة والشتم فان شتم استحب أن يقول اني صائم)

يجب على الصائم أن ينزه صومه عن هذه الاشياء ، قال احمد ينبغي للصائم أن يتعاهد صومه من

يقول لا صوم له ويروي ذلك عن النبي ﷺ ثم رجع عنه ، قال سعيد ابن المسيب : رجع أبو هريرة عن فتياه ، وحكي عن الحسن وسالم بن عبدالله قالا يتم صومه ويقضي وعن النخعي في رواية يقضي في الفرض دون التطوع ، وعن عروة وطاوس ان علم بجنابته في رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مفطر وان لم يعلم فهو صائم وحجتهم حديث ابي هريرة الذي رجع عنه

ولنا ماروى أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام قال ذهبت أنا وأبي حتى دخلنا على عائشة فقالت : اشهد على رسول الله ﷺ ان كان ليصبح جنباً من جماع من غير احتلام ثم يصومه. ثم دخلنا على أم سلمة فقالت مثل ذلك ثم أتينا أبا هريرة فأخبرناه بذلك فقال هما أعلم بذلك انما حدثنيه الفضل بن عباس ، متفق عليه . قال الخطابي احسن ماسمعت في خبر أبي هريرة انه منسوخ لان الجماع كان محرما على الصائم بعد النوم فلما أباح الله الجماع الى طلوع الفجر جاز للجنب اذا أصبح قبل أن يغتسل أن يصوم ، وروت عائشة ان رجلا قال لرسول الله ﷺ اني أصبح جنبا وأنا أريد الصيام ، فقال رسول الله ﷺ « وأنا اصبح جنبا وأنا أريد الصيام » فقال له الرجل يارسول الله انك لست مثلنا قد غفر الله لك ماتقدم من ذنبك وما تأخر ، فغضب رسول الله ﷺ وقال « اني لارجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما أتقي » رواه مالك في موطأه ومسلم في صحيحه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك المرأة اذا انقطع حيضها من الليل فهي صائمة اذا نوت الصوم قبل طلوع الفجر وتغتسل اذا أصبحت)

وجملة ذلك ان الحكم في المرأة اذا انقطع حيضها من الليل كالحكم في الجنب سواء ويشترط ان

لسانه، ولا يماري ويصرن صومه كانوا اذا صاموا قعدوا في المساجد فقالوا نحفظ صومنا ولا نغتاب أحداً ، ولا يعمل عملا يخرج به صومه ، وقال رسول الله ﷺ « من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه »[١] وقال أبو هريرة : قال رسول الله ﷺ « قال الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فانه لي وأنا أجزي به ، الصيام جنة فاذا كان يوم صوم أحدكم فلا يرفث ولا يصخب ، فان سابه أحد أو قاتله فليقل اني امرؤ صائم ، والذي نفس محمد بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ، للصائم فرحتان يفرحهما ، اذا أفطر فرح ، واذا لقي ربه فرح بصومه » متفق عليهما[٢]

« ١ » رواه أحمد والبخاري وأصحاب السنن إلا النسائي

« ٢ » فيه ان حديث من لم يدع قول الزور لم يخرجه مسلم

فصل

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تعجيل الافطار وتأخير السحور ، وأن يفطر على التمر وإن لم يجد فعلى الماء ، وأن يقول عند فطره اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت ، سبحانك وبحمدك اللهم تقبل مني انك أنت السميع العليم)

ينقطع حيضها قبل طلوع الفجر لانه ان وجد جزء منه في النهار أفسد الصوم ، ويشترط ان تنوي الصوم ايضا من الليل بعد انقطاعه لانه لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل، وقال الاوزاعي والحسن بن حي وعبد الملك ابن الماجشون والعنبري تقضي فرطت في الاغتسال أو لم تفرط لان حدث الحيض يمنع الصوم بخلاف الجنابة

ولنا انه حدث يوجب الغسل فتأخير الغسل منه الى أن يصبح لايمنع صحة الصوم كالجنابة ، وما ذكروه لا يصح فان من طهرت من الحيض ليست حائضا وانما عليها حدث موجب للغسل فهي كالجنب فان الجماع الموجب للغسل لو وجد في الصوم أفسده كالحيض وبقاء وجوب الغسل منه كبقاء وجوب الغسل من الحيض ، وقد استدل بعض أهل العلم بقول الله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) فلما أباح المباشرة الى تبين الفجر علم ان الغسل انما يكون بعده

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحامل اذا خافت على جنينها والمرضع على ولدها أفطرتا وقضتا وأطعمتا عن كل يوم مسكيناً)

وجملة ذلك ان الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما فلهما الفطر وعليهما القضاء فحسب لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافاً لانهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه ، وان خافتا على ولديهما أفطرتا وعليهما القضاء وإطعام مسكين عن كل يوم وهذا يروى عن ابن عمر وهو المشهور من مذهب الشافعي ، وقال الليث الكفارة على المرضع دون الحامل وهو إحدى الروايتين عن مالك لان المرضع يمكنها أن تسترضع

يستحب تعجيل الافطار وهو قول أكثر أهل العلم لما روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال « لايزال الناس بخير ماعجلوا الفطر » متفق عليه ، وعن أبي عطية قال : دخلت أنا ومسروق على عائشة فقال مسروق رجلان من أصحاب رسول الله ﷺ أحدهما يعجل الافطار ويعجل المغرب والآخر يؤخر الافطار ويؤخر المغرب ، قالت من الذي يعجل الافطار ويعجل المغرب ، قال عبد الله قالت هكذا كان رسول الله ﷺ رواه مسلم ، وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ يقول الله تعالى « أحب عبادي إليّ أسرعهم فطراً » قال الترمذي هذا حديث حسن

ويستحب أن يفطر قبل الصلاة لما روى أنس قال : مارأيت رسول الله ﷺ يصلي حتى يفطر ولو على شربه من ماء . رواه ابن عبد البر

﴿مسئلة ﴾ (ويستحب تأخير السحور) الكلام في السحور في امور ثلاثة

(أحدها في استحبابه) ولا نعلم بين العلماء خلافا في استحبابه لما روى أنس أن النبي ﷺ قال تسحروا فان في السحور بركة) متفق عليه وعن عمرو بن العاص قال قال رسول الله ﷺ « فضل

لولدها بخلاف الحامل ، ولان الحمل يتصل بالحامل فالخوف عليه كالخوف على بعض أعضائها ، وقال عطاء والزهري والحسن وسعيد بن جبير والنخعي وأبو حنيفة لا كفارة عليهما لما روى أنس بن مالك رجل من بني كعب عن النبي ﷺ انه قال « ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم - أو الصيام - » والله لقد قالها رسول الله ﷺ أحدهما أو كليهما . رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث حسن ، ولم يأمره بكفارة ، ولانه فطر أبيح لعذر فلم يجب به كفارة كالفطر للمرض

ولنا قول الله تعالى (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) وهما داخلتان في عموم الآية . قال ابن عباس : كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة وهما يطيقان الصيام ان يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا ، والحبلى والمرضع إذا خافتا على أولادهما أفطرتا وأطعمتا . رواه أبو داود ، وروي ذلك عن ابن عمر ولا مخالف لهما في الصحابة ، ولانه فطر بسبب نفس عاجزة من طريق الخلقة فوجبت به الكفارة كالشيخ الهم ، وخبرهم لم يتعرض للكفارة فكانت موقوفة على الدليل كالقضاء فان الحديث لم يتعرض له والمريض أخف حالا من هاتين لانه يفطر بسبب نفسه ، اذا ثبت هذا فان الواجب في اطعام المسكين مد بر أو نصف صاع من تمر أو شعير والخلاف فيه كالخلاف في اطعام المساكين في كفارة الجماع ، اذا ثبت هذا فان القضاء لازم لهما ، وقال ابن عمر وابن عباس لا قضاء عليهما لان الآية تناولتهما وليس فيها الا الاطعام، ولان النبي ﷺ قال « ان الله وضع عن الحامل والمرضع الصوم »

ولنا انهما يطيقان القضاء فلزمهما كالحائض والنفساء والآية أوجبت الاطعام ولم تتعرض للقضاء فأخذناه من دليل آخر والمراد بوضع الصوم وضعه في مدة عذرهما كما جاء في حديث عمر بن أمية عن

ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر » رواه مسلم وعن أبي سعيد قال قال رسول الله ﷺ « السحور بركة فلا تدعوه ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء فان الله وملائكته يصلون على المتسحرين » رواه الامام احمد .

(الثاني في وقته) قال احمد يعجبني تأخير السحور لما روى زيد بن ثابت قال تسحرنا مع رسول الله ﷺ ثم قمنا الى الصلاة قلت كم كان قدر ذلك؟ قال خمسين آية متفق عليه وروى العرباض بن سارية قال دعاني رسول الله ﷺ الى السحور فقال « هلم الى الغداء المبارك » رواه ابو داود سماه غداء لقرب وقته منه ولان المقصود بالسحور التقوى على الصوم وما كان اقرب الى الفجر كان أعون على الصوم قال أبو داود قال أبو عبدالله اذا شك في الفجر يأكل حتى يستيقن طلوعه وهذا قول ابن عباس وعطاء والاوزاعي قال احمد يقول الله تعالى (فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) وقال النبي ﷺ « لا يمنعكم من سحوركم اذان بلال ولا الفجر المستطيل ولكن المستطير في الافق » حديث حسن وروى ابو قلابة قال قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه وهو يتسحر ياغلام اخف لا يفجأنا الصبح ، وقال رجل لابن عباس اني أتسحر فاذا شككت امسكت فقال ابن عباس كل ماشككت حتى لا تشك

النبي ﷺ « ان الله وضع عن المسافر الصوم »[1] ولا يشبهان الشيخ الهم لانه عاجز عن القضاء وهما يقدران عليه ، قال احمد أذهب الى حديث أبي هريرة يعني ولا أقول بقول ابن عباس وابن عمر في منع القضاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عجز عن الصوم لكبر أفطر وأطعم لكل يوم مسكينا)

وجملة ذلك ان الشيخ الكبير والعجوز اذا كان يجهدهما الصوم ويشق عليهما مشقة شديدة فلهما ان يفطرا ويطعما لكل يوم مسكينا وهذا قول علي وابن عباس وأبي هريرة وأنس وسعيد بن جبير وطاوس وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي ، وقال مالك لا يجب عليه شيء لانه ترك الصوم لعجزه فلم تجب فدية كما لو تركه لمرض اتصل به الموت ، وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا الآية وقول ابن عباس في تفسيرها نزلت رخصة للشيخ الكبير ولان الاداء صوم واجب فجاز أن يسقط الى الكفارة كالقضاء ، وأما المريض اذا مات فلا يجب الاطعام لان ذلك يؤدي الى ان يجب على الميت ابتداء بخلاف ما اذا أمكنه الصوم فلم يفعل حتى مات لان وجوب الاطعام يستند الى حال الحياة ، والشيخ الهم له ذمة صحيحة فان كان عاجزاً عن الاطعام أيضا فلا شيء عليه و (لا يكلف الله نفسا الا وسعها)

(فصل) والمريض الذي لا يرجى برؤه يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا لانه في معنى الشيخ ،

فأما الجماع فلا يستحب تأخيره لانه ليس مما يتقوى به وفيه خطر وجوب الكفارة والفطر به

(الثالث فيما يتسحر به) كل ما حصل من أكل ، أو شرب حصل به فضيلة السحور لقوله عليه السلام « ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء » وروى أبو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « نعم سحور المؤمن التمر

(فصل) فيما يستحب أن يفطر عليه . يستحب أن يفطر على رطبات فان لم يكن فعلى تمرات ، فان لم يكن فعلى الماء ، لما روى أنس قال : كان رسول الله ﷺ يفطر على رطبات قبل أن يصلي ، فان لم يكن فعلى تمرات ، فان لم يكن تمرات حسا حسوات من ماء . رواه أبو داود والترمذي وقال حسن غريب ، وعن سليمان بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا أفطر أحدكم فليفطر على تمرات فان لم يجد فليفطر على الماء فانه طهور » أخرجه أبو داود والترمذي

(فصل) روى ابن عباس قال : كان النبي ﷺ اذا أفطر قال « اللهم لك صمنا ، وعلى رزقك أفطرنا ، فتقبل منا انك أنت السميع العليم » وعن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ اذا أفطر قال « ذهب الظمأ وابتلت العروق ، ووجب الاجر إن شاء الله » واسناده حسن ذكرهما الدارقطني

(فصل) ويستحب تفطير الصائم لما روي زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ أنه قال « من فطر صائما فله مثل اجره من غير أن ينقص من اجر الصائم شيء » قال الترمذي حديث حسن صحيح

﴿مسئلة﴾ (يستحب التتابع في قضاء رمضان ولا يجب)

«١» ترك من الحديث محل الشاهد وأخطأ في راويه وقد تقدم في الشرح الكبير ص ٢٠ فراجعه

قال أحمد رحمه الله فيمن به شهوة الجماع غالبة لا يملك نفسه ويخاف ان تنشق أنثياه أطعم. أباح له الفطر لانه يخاف على نفسه فهو كالمريض ، ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطش أو نحوه وأوجب الاطعام بدلا عن الصيام وهذا محمول على من لا يرجو إمكان القضاء ، فان رجا ذلك فلا فدية عليه والواجب انتظار القضاء وفعله إذا قدر عليه لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وانما يصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء ، فان أطعم مع يأسه ثم قدر على الصيام احتمل أن لا يلزمه لان ذمته قد برئت بأداء الفدية التي كانت هي الواجبة عليه فلم يعد الى الشغل بما برئت منه ، ولهذا قال الخرقي : فمن كان مريضا لا يرجى برؤه أو شيخا لا يستمسك على الراحلة أقام من يحج عنه ويعتمر وقد اجزأ عنه وان عوفي . واحتمل أن يلزمه القضاء لان الاطعام بدل يأس وقد تبينا ذهاب اليأس فأشبه من اعتدت بالشهور عند اليأس من الحيض ثم حاضت

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت فان صامت لم يجزئها)

أجمع أهل العلم على أن الحائض والنفساء لا يحل لهما الصوم وانهما يفطران رمضان ويقضيان وانهما إذا صامتا لم يجزئهما الصوم وقد قالت عائشة : كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة . متفق عليه . والامر إنما هو للنبي ﷺ ، وقال أبو سعيد : قال النبي ﷺ « أليس احداكن اذا حاضت لم تصل ولم تصم فذلك من نقصان دينها » رواه البخاري ، والحائض والنفساء سواء لان دم النفاس هو دم الحيض وحكمه حكمه ، ومتى وجد الحيض

لا نعلم خلافا في استحباب التتابع في قضاء رمضان لانه أشبه بالاداء وفيه خروج من الخلاف ولا يجب ، هذا قول ابن عباس وأنس بن مالك وأبي هريرة وأبي قلابة ومجاهد وأهل المدينة ومالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وغيرهما وحكي وجوب التتابع عن علي وابن عمر والنخعي والشعبي وقال داود يجب ولا يشترط لما روى ابن المنذر باسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «من كان عليه صوم رمضان فليسرده ولا يقطعه» ولقوله تعالى (فعدة من أيام أخر) غير مقيد بالتتابع فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت نزلت (فعدة من أيام أخر متتابعات)فسقطت متتابعات قلنا هذا لم تثبت عندنا صحته ولو صح فقد سقطت اللفظة المحتج بها وأيضا قول الصحابة قال ابن عمر ان سافر انشاء فرق وان شاء تابع وروي مرفوعا وقال أبو عبيدة في قضاء رمضان الله لم يرخص لكم في فطره وهو يريد ان يشق عليكم في قضائه وعن محمد بن المنكدر أنه قال بلغني ان رسول الله ﷺ سئل عن تقطيع قضاء رمضان فقال رسول الله ﷺ لو كان على احدكم دين فقضاه من الدرهم أو الدرهمين حتى يقضي ماعليه من الدين هل كان ذلك قاضياً دينه ؟ قالوا نعم يارسول الله قال فالله احق بالعفو والتجاوز منكم »رواه الاثرم ولانه صوم لا يتعلق بزمان بعينه فلم يجب فيه التتابع

في جزء من النهار فسد صوم ذلك اليوم سواء وجد في أوله أو في آخره ، ومتى نوت الحائض الصوم وأمسكت مع علمها بتحريم ذلك أثمت ولم يجزئها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان أمكنها القضاء فلم تقض حتى ماتت أطعم عنها لكل يوم مسكين)

وجملة ذلك ان من مات وعليه صيام من رمضان لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل امكان الصيام اما لضيق الوقت أو لعذر من مرض أو سفر أو عجز عن الصوم فهذا لاشيء عليه في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن طاوس وقتادة انهما قالا : يجب الاطعام عنه لانه صوم واجب سقط بالعجز عنه فوجب الاطعام عنه كالشيخ الهم إذا ترك الصيام لعجزه عنه

كالنذر المطلق وخبرهم لم تثبت صحته ولم يذكره أصحاب السنن ولو صح حملناه على الاستحباب جمعا بينه وبين ماذكرناه والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (ولايجوز تأخير قضاء رمضان الى رمضان آخر من غير عذر)

وجملته ان من عليه صوم من رمضان فله تأخيره ما لم يدخل رمضان آخر لما روت عائشة قالت كان يكون علي الصيام من شهر رمضان فلا أقضيه حتى يجيء شعبان متفق عليه ولا يجوز تأخيره الى رمضان آخر من غير عذر لان عائشة رضي الله عنها لم تؤخره الى ذلك ولو أمكنها لأخرته ولأن الصوم عبادة متكررة فلم يجز تأخيره عن الثانية كالصلاة المفروضة

﴿ مسئلة ﴾ (فان فعل فعليه القضاء واطعام مسكين لكل يوم)

اذا أخر قضاء رمضان حتى أدركه رمضان آخر لعذر فليس عليه إلا القضاء لعموم الآية ، وإن كان لغير عذر فعليه مع القضاء اطعام مسكين لكل يوم ، يروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وقال الحسن والنخعي وأبو حنيفة لافدية عليه لانه صوم واجب فلم يجب عليه في تأخيره كفارة كالاداء والنذر

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يرو عن غيرهم خلافهم وروي مسنداً من طريق ضعيف ولان تاخير صوم رمضان عن وقته اذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الكبير

(فصل) فان أخره لعذر حتى أدركه رمضانان أو أكثر لم يكن عليه أكثر من فدية مع القضاء لان كثرة التأخير لايزداد بها الواجب كما لو أخر الحج الواجب سنين لم يكن عليه أكثر من فعله

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أخره لعذر فلا شيء عليه وإن مات)

من مات وعليه صيام من رمضان قبل امكان الصيام إما لضيق الوقت أو لعذر من مرض أو سفر أو عجز عن الصوم فلا شيء عليه في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن طاوس وقتادة أنهما قالا يجب الاطعام عنه لانه صوم واجب سقط بالعجز عنه فوجب الاطعام عنه كالشيخ الهم اذا ترك الصيام لعجزه عنه

ولنا أنه حق لله تعالى وجب بالشرع مات من يجب عليه قبل امكان فعله فسقط الى غير بدل كالحج ويفارق الشيخ الهرم فانه يجوز ابتداء الوجوب عليه بخلاف الميت

(الحال الثاني) أن يموت بعد امكان القضاء فالواجب أن يطعم عنه لكل يوم مسكين ، وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عائشة وابن عباس وبه قال مالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي والخزرجي وابن علية وأبو عبيد في الصحيح عنهم ، وقال أبو ثور يصام عنه وهو قول الشافعي لما روت عائشة ان النبي ﷺ قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » متفق عليه وروي عن ابن عباس نحوه

ولنا ماروى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكينا » قال الترمذي الصحيح عن ابن عمر موقوف وعن عائشة أيضاً قالت يطعم عنه في قضاء رمضان ولا يصام عنه، وعن ابن عباس أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهراً وعليه صوم رمضان قال أما رمضان فليطعم عنه وأما النذر فيصام عنه رواه الأثرم في السنن ولان الصوم لاتدخله النيابة حال الحياة فكذلك بعد الوفاة كالصلاة فاما حديثهم فهو في النذر لانه قد جاء مصرحا به في بعض الفاظه كذلك رواه البخاري عن ابن عباس قال قالت امرأة يارسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذراً فأقضيه عنها؟ قال « أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه أ كان يؤدي

ولنا أنه حق لله تعالى وجب بالشرع مات من يجب عليه قبل امكان فعله فسقط إلى غير بدل كالحج ويفارق الشيخ الهم فانه يجوز ابتداء الوجوب عليه بخلاف الميت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أخره لغير عذر فمات قبل أن أدركه رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين ومن مات بعد أن أدركه رمضان آخر فهل يطعم عنه لكل يوم مسكين أو اثنان على وجهين)

اذا أخر قضاء رمضان مع امكان القضاء فمات أطعم عنه لكل يوم مسكين وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عائشة وابن عباس ، وبه قال مالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي وابن علية وأبو عبيد في الصحيح عنهم ، وقال أبو ثور يصيام عنه وهو قول الشافعي لما روت عائشة أن النبي ﷺ قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » متفق عليه ، وروى ابن عباس نحوه

ولنا ماروى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكيناً » رواه الترمذي وقال الصحيح عن ابن عمر موقوف ، وعن عائشة أيضاقالت يطعم عنه في قضاء رمضان ولا يصام ، وعن ابن عباس أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهراً وعليه صوم رمضان ؟ قال أما رمضان فيطعم عنه ، وأما النذر فيصام عنه . رواه الأثرم في السنن ، ولان الصوم لاتدخله النيابة حال الحياة فكذلك بعد الوفاة كالصلاة ، فأما حديثهم فهو في النذر لانه قد جاء مصرحا به في بعض الالفاظ كذلك رواه البخاري عن ابن عباس قال : قالت امرأة يارسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأقضيه عنها ؟ قال « أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه أكان

ذلك عنها ؟ » قالت نعم قال « فصومي عن أمك » وقالت عائشة وابن عباس كقولنا وهما راويا حديثهم فدل على ماذ كرناه

(فصل) فاما صوم النذر فيفعله الولي عنه وهذا قول ابن عباس والليث وأبي عبيد وأبي ثور وقال سائر من ذ كرنا من الفقهاء يطعم عنه لما ذ كرنا في صوم رمضان

ولنا الاحاديث الصحيحة التي رويناها قبل هذا وسنة رسول الله ﷺ أحق بالاتباع وفيها غنية عن كل قول ، والفرق بين النذر وغيره أن النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها والنذر أخف حكما لكونه لم يجب باصل الشرع وإنما أوجبه الناذر على نفسه . إذا ثبت هذا فان الصوم ليس بواجب على الولي لأن النبي ﷺ شبهه بالدين ولا يجب على الولي قضاء دين الميت وانما يتعلق بتركته إن كانت له تركة فان لم يكن له تركة فلا شيء على وارثه لكن يستحب أن يقضي عنه لتفريغ ذمته وفك رهانه كذلك ههنا ولا يختص ذلك بالولي بل كل من صام عنه قضى ذلك عنه وأجزأ لانه تبرع فاشبه قضاء الدين عنه

﴿ مسئلة ﴾ (قال فان لم تمت المفرطة حتى أظلها شهر رمضان آخر صامته ثم قضت ما كان عليها ثم أطعمت لكل يوم مسكينا وكذلك حكم المريض والمسافر في الموت والحياة اذا فرطا في القضاء)

وجملة ذلك أن من عليه صوم من رمضان فله تأخيره ما لم يدخل رمضان آخر لما روت عائشة قالت كان يكون علي الصيام من شهر رمضان فما أقضيه حتى يجيء شعبان متفق عليه ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر لان عائشة رضي الله عنها لم تؤخره إلى ذلك ولو أمكنها لأخرته ولان الصوم عبادة متكررة فلم يجز تأخير الاولى عن الثانية كالصلوات المفروضة فان أخره عن رمضان آخر نظرنا فان كان لعذر فليس عليه إلا القضاء وإن كان لغير عذر فعليه مع القضاء اطعام مسكين لكل يوم وبهذا قال ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وقال الحسن والنخعي وأبو حنيفة لافدية عليه لانه صوم واجب فلم يجب عليه في تأخيره كفارة كما لو أخر الاداء والنذر

ولنا ماروي عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة أنهم قالوا أطعم عن كل يوم مسكيناً ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافهم وروي مسنداً من طريق ضعيف ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الهرم

يؤدي ذلك عنها » قالت نعم ، قال « فصومي عن أمك » وقالت عائشة وابن عباس كقولنا وهما راويا حديثهم فدل على ماذكرنا

(فصل) فان أخره لغير عذر حتى أدركه رمضانان أو أكثر لم يكن عليه أكثر من فدية مع القضاء لان كثرة التأخير لايزداد بها الواجب كما لو أخر الحج الواجب سنين لم يكن عليه أكثر من فعله

(فصل) فان مات المفرط بعد ان أدركه رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين واحد نص عليه احمد فيما روى عنه أبو داود أن رجلا سأله عن امرأة أفطرت رمضان ثم أدركها رمضان آخر ثم ماتت قال يطعم عنها قال له السائل كم أطعم ؟ قال كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوما قال اجمع ثلاثين مسكينا واطعمهم مرة واحدة واشبعهم . قال ما أطعمهم ؟ قال خبزاً ولحما ان قدرت من أوسط طعامكم ، وذلك لانه باخراج كفارة واحدة أزال تفريطه بالتأخير فصار كما لو مات من غير تفريط وقال أبو الخطاب يطعم عنه لكل يوم فقيران لان الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخر يوجب كفارة والتأخير بدون الموت يوجب كفارة فاذا اجتمعا وجبت كفارتان كما لو فرط في يومين

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في جواز التطوع بالصوم ممن عليه صوم فرض فنقل عنه حنبل أنه قال لايجوز له أن يتطوع بالصوم وعليه صوم من الفرض حتى يقضيه يبدأ بالفرض وان كان عليه نذر صامه يعني بعد الفرض وروى حنبل عن أحمد باسناده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من صام تطوعا وعليه من رمضان شيء لم يقضه فانه لايتقبل منه حتى يصومه ولانه عبادة يدخل في جبرانها المال فلم يصح التطوع بها قبل أداء فرضها كالحج وروي عن احمد أنه يجوز له التطوع

(فصل) فان مات المفرط بعد أن أدركه رمضان آخر لم يجب عليه أكثر من اطعام مسكين لكل يوم نصّ عليه احمد فيما رواه عنه أبو داود أن رجلا سأله عن امرأة أفطرت رمضان ثم أدركها رمضان آخر ثم ماتت قال يطعم عنها قال له السائل كم أطعم ؟ قال كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوما ، قال اجمع ثلاثين مسكينا واطعمهم مرة واحدة واشبعهم ، قال ماأطعمهم ؟ قال خبزاً ولحما إن قدرت من أوسط طعامكم . وذلك لانه باخراج كفارة واحدة زال تفريطه بالتأخير فصار كما لو مات من غير تفريط وقال أبو الخطاب يطعم عنه لكل يوم مسكينان لان الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخر يوجب كفارة ، والتأخير بدون الموت يوجب كفارة ، فاذا اجتمعا وجب كفارتان كما لو فرط في يومين

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في جواز التطوع بالصوم ممن عليه صوم فرض فنقل عنه حنبل أنه لايجوز بل يبدأ بالفرض حتى يقضيه إن كان عليه نذر صامه يعني بعد الفرض ، وروى حنبل باسناده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من صام تطوعا وعليه من رمضان شيء لم يقضه فانه لايتقبل منه حتى يصومه » ولانه عبادة يدخل في جبرانها المال فلم يصح التطوع قبل اداء فرضها كالحج ، وروي عنه أنه يجوز له التطوع لانها عبادة تتعلق بوقت موسع فجاز التطوع في وقتها قبل فعلها

لأنها عبادة تتعلق بوقت موسع فجاز التطوع في وقتها قبل فعلها كالصلاة يتطوع في أول وقتها وعليه يخرج الحج ولان التطوع بالحج يمنع فعل واجبه المعين فأشبه صوم التطوع في رمضان بخلاف مسئلتنا والحديث يرويه ابن لهيعة وفيه ضعف وفي سياقه ماهو متروك فانه قال في آخره ومن أدركه رمضان وعليه من رمضان شيء لم يتقبل منه ويخرج في التطوع بالصلاة في حق من عليه القضاء مثل ما ذكرنا في الصوم

(فصل) واختلفت الرواية في كراهة القضاء في عشر ذي الحجة فروي أنه لايكره وهو قول سعيد بن المسيب والشافعي واسحاق لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يستحب قضاء رمضان في العشر ولانه أيام عبادة فلم يكره القضاء فيه كعشر المحرم

والثانية يكره القضاء فيه روي ذلك عن الحسن والزهري لانه يروى عن علي رضي الله عنه أنه كرهه ولان النبي ﷺ قال « مامن أيام العمل الصالح فيها أحب الى الله عزوجل من هذه الايام » يعني أيام العشر قالوا يارسول الله ولا الجهاد في سبيل قال « ولا الجهاد في سبيل الله إلا رجل خرج بنفسه وماله فلم يرجع بشيء » فاستحب إخلاؤها للتطوع لينال فضيلتها ويجعل القضاء في غيرها وقال بعض أصحابنا هاتان الروايتان مبنيتان على الروايتين في إباحة التطوع قبل صوم الفرض وتحريمه فمن أباحه كره القضاء فيها ليوفرها على التطوع لينال فضيلته فيها مع فعل القضاء ومن حرمه

كالصلاة يتطوع في وقتها قبل فعلها وعليه يخرج الحج ، ولان التطوع بالحج يمنع فعل واجبه المتعين فأشبه صوم التطوع في رمضان على أن لنا في الحج منعا ، والحديث يرويه ابن لهيعة وهو ضعيف وفي سياقه ماهو متروك فانه قال في آخره « ومن أدركه رمضان وعليه من رمضان شيء لم يتقبل منه » ويخرج في التطوع بالصلاة في حق من عليه القضاء مثل ماذكرنا في الصوم ، بل عدم الصحة في الصلاة أولى لانها تجب على الفور بخلاف الصوم

(فصل) واختلفت الرواية في كراهية القضاء في عشر ذي الحجة فروي أنه لا يكره وهو قول سعيد بن المسيب والشافعي واسحاق لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يستحب قضاء رمضان في العشر ولانه ايام عبادة فلم يكره القضاء فيه كعشر المحرم (والثانية) يكره روي ذلك عن الحسن والزهري لانه يروى عن علي رضي الله عنه أنه كرهه ولان النبي ﷺ قال « ما من ايام العمل الصالح فيها أحب الى الله سبحانه من هذه الايام » يعني أيام العشر قالوا يارسول الله ولا الجهاد في سبيل الله ؟ قال «ولا الجهاد في سبيل الله الا رجلا خرج بنفسه وماله فلم يرجع بشيء » فاستحب اخلاؤها للتطوع لينال فضيلتها ويجعل القضاء في غيرها وقال بعض اصحابنا هاتان الروايتان مبنيتان على الروايتين في إباحة التطوع قبل صوم الفرض وتحريمه فمن اباحه كره القضاء فيها لتوفيرها على التطوع لينال فضله فيها مع فضل القضاء ومن حرمه لم يكرهه بل استحب فعله فيها لئلا تخلو من

لم يكرهه فيها بل استحب فعله فيها لئلا يخلو من العبادة بالكلية ويقوى عندي أن هاتين الروايتين فرع على إباحة التطوع قبل الفرض أما على رواية التحريم فيكون صومها تطوعاً قبل الفرض محرما (١) وذلك أبلغ من الكراهة والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وللمريض أن يفطر اذا كان الصوم يزيد في مرضه فان تحمل وصام كره له ذلك وأجزأه)

أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض في الجملة والاصل فيه قوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) المرض المبيح للفطر هو الشديد الذي يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه قيل لاحمد متى يفطر المريض؟ قال اذا لم يستطع، قيل مثل الحمى؟ قال وأي مرض أشد من الحمى؟ وحكي عن بعض السلف أنه أباح الفطر بكل مرض حتى من وجع الاصبع والضرس لعموم الآية فيه ولان المسافر يباح له الفطر وإن لم يحتج اليه فكذلك المريض

ولنا انه شاهد للشهر لايؤذيه الصوم فلزمه كالصحيح والآية مخصوصة في المسافر والمريض جميعا بدليل أن المسافر لايباح له الفطر في السفر القصير (٢) والفرق بين المسافر والمريض ان السفر اعتبرت فيه المظنة وهو السفر الطويل حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها فان قليل المشقة لايبيح وكثيرها لاضابط له في نفسه فاعتبرت بمظنتها وهو السفر الطويل فدار الحكم مع المظنة وجوداً وعدما والمرض لاضابط له فان الامراض تختلف منها مايضر صاحبه الصوم ومنها مالا أثر للصوم فيه كوجع الضرس وجرح في الاصبع والدمل والقرحة اليسيرة والجرب وأشباه ذلك (٣) فلم يصلح المرض ضابطاً وأمكن اعتبار الحكمة وهو مايخاف منه الضرر فوجب اعتباره . فاذا ثبت هذا فان تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروها لما يتضمنه من الاضرار بنفسه وتركه تخفيف الله تعالى وقبول رخصته ويصح صومه ويجزئه لانه عزيمة أبيح تركها رخصة فاذا تحمله أجزأه كالمريض الذي يباح له ترك الجمعة اذا حضرها والذي يباح له ترك القيام في الصلاة اذا قام فيها

(فصل) والصحيح أن الذي يخشى المرض بالصيام كالمريض الذي يخاف زيادته في إباحة الفطر لان المريض انما أبيح له الفطر خوفا مما يتجدد بصيامه من زيادة المرض وتطاوله فالخوف من تجدد المرض في معناه قال أحمد فيمن به شهوة غالبة للجماع يخاف أن تنشق أنثياه فله الفطر وقال في الجارية تصوم اذا حاضت فان جهدها الصوم فلتفطر ولتقض - يعني اذا حاضت وهي صغيرة لم تبلغ خمس عشرة سنة قال القاضي هذا اذا كانت تخاف المرض بالصيام أبيح لها الفطر وإلا فلا

(١) أي فيكون صومها بقصد التطوع حراما

(٢) فيه أن تخصيص المرض بالطويل لا يدل عليه نص ولا إجماع وإنما هو رأي لبعض الفقهاء كما حققه شيخ الاسلام ابن تيمية في رسالة له طويلة

(٣) ومنها ما يكون الصوم علاجا لها أو مفيداً فيها كالتخمة والاسهال

العبادة بالكلية قال شيخنا ويقوى عندي ان هاتين الروايتين فرع على إباحة التطوع قبل القضاء أما على رواية التحريم فيكون صومها تطوعا قبل الفرض محرما وذلك أبلغ من الكراهة والله أعلم

(فصل) ومن أبيح له الفطر لشدة شبقه ان أمكنه استدفاع الشهوة بغير جماع كالاستمناء بيده أو يد امرأته أو جاريته لم يجز له الجماع لانه فطر للضرورة فلم تبح له الزيادة على ماتندفع به الضرورة كأكل الميتة عند الضرورة وإن جامع فعليه الكفارة وكذلك إن أمكنه دفعها بما لا يفسد صوم غيره كوطء زوجته أو أمته الصغيرة او الكتابية أو مباشرة الكبيرة المسلمة دون الفرج أو الاستمناء بيدها أو بيده لم يبح له افساد صوم غيره لان الضرورة اذا اندفعت لم يبح له ماوراءها كالشبع من الميتة اذا اندفعت الضرورة بسد الرمق وان لم تندفع الضرورة الا بافساد صوم غيره أبيح ذلك لانه مما تدعو الضرورة اليه فأبيح كفطره وكالحامل والمرضع يفطران خوفاً على ولديهما فان كان له امرأتان حائض وطاهر صائمة ودعته الضرورة الى وطء احداهما احتمل وجهين (أحدهما) وطء الصائمة أولى لان الله تعالى نص على النهي عن وطء الحائض في كتابه ولان وطأها فيه اذى لا يزول بالحاجة الى الوطء

والثاني يتخير لان وطء الصائمة يفسد صيامها فتتعارض المفسدتان فيتساويان

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك المسافر)

يعني ان المسافر يباح له الفطر فان صام كره له ذلك وأجزأه ، وجواز الفطر للمسافر ثابت بالنص والاجماع وأكثر أهل العلم على انه ان صام أجزأه ؛ ويروى عن أبي هريرة انه لا يصح صوم المسافر ، قال أحمد كان عمر وأبو هريرة يأمرانه بالاعادة ، وروى الزهري عن أبي سلمة عن أبيه عبد الرحمن ابن عوف انه قال : الصائم في السفر كالمفطر في الحضر . وقال بهذا قوم من أهل الظاهر لقول النبي ﷺ « ليس من البر الصوم في السفر » متفق عليه ، ولانه عليه السلام أفطر في السفر فلما بلغه ان قوما صاموا قال « أولئك هم العصاة » وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ انه قال « الصائم في رمضان في السفر كالمفطر في الحضر » وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، قال ابن عبد البر هذا قول يروى عن عبد الرحمن بن عوف هجره الفقهاء كلهم والسنة ترده وحجتهم ماروي عن حمزة بن عمرو الاسلمي انه قال للنبي ﷺ : أصوم في السفر ؟ - وكان كثير الصيام - قال « ان شئت فصم وان شئت فافطر » وفي لفظ رواه النسائي انه قال لرسول الله ﷺ أجد قوة على الصيام في السفر فهل علي جناح ؟ قال « هي رخصة الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه » وقال أنس : كنا نسافر مع النبي ﷺ فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ، متفق عليه . وكذلك روى أبو سعيد وأحاديثهم محمولة على تفضيل الفطر على الصيام

﴿مسئلة﴾ (ومن مات وعليه صوم منذور أو حج أو اعتكاف فعله عنه وليه وان كانت صلاة منذورة فعلى روايتين .

وجملة ذلك ان من مات وعليه صوم نذر ففعله عنه وليه اجزأ عنه وهذا قول ابن عباس والليث وأبي عبيد وأبي ثور وقال مالك والليث والاوزاعي والثوري وابن علية يطعم عنه لما ذكرنا في صوم رمضان

(فصل) والافضل عند امامنا رحمه الله الفطر في السفر وهو مذهب ابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب والشعبي والأوزاعي واسحاق، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: الصوم أفضل لمن قوي عليه، ويروى ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص واحتجوا بما روي عن مسلمة بن المحبق ان النبي ﷺ قال «من كانت له حمولة يأوي الى شبع فليصم رمضان حيث أدركه» رواه أبو داود، ولان من خير بين الصوم والفطر كان الصوم أفضل كالتطوع، وقال عمر بن عبد العزيز ومجاهد وقتادة أفضل الامرين أيسرهما لقول الله تعالى (يريد الله بكم اليسر) ولما روى أبو داود عن حمزة بن عمرو قال: قلت يارسول الله اني صاحب ظهر أعالجه وأسافر عليه وأكريه وانه ربما صادفني هذا الشهر - يعني رمضان - وأنا أجد القوة وأنا شاب وأجدني ان أصوم يارسول الله اهون علي من ان اؤخر فيكون ديناً علي افأصوم يارسول الله اعظم لأجري ام افطر؟ قال «اي ذلك شئت ياحمزة»

ولنا ماتقدم من الاخبار في الفصل الذي قبله، وروي عن النبي ﷺ انه قال «خيركم الذي يفطر في السفر ويقصر» ولان في الفطر خروجا من الخلاف فكان افضل كالقصر وقياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الايام المكروه صومها

﴿مسئلة﴾ قال (وقضاء شهر رمضان متفرقا يجزيء والمتتابع أحسن)

هذا قول ابن عباس وأنس بن مالك وأبي هريرة وابن محيريز وأبي قلابة ومجاهد وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة واليه ذهب مالك وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وحكي وجوب التتابع عن علي وابن عمر والنخعي والشعبي، وقال داود: يجب ولا يشترط لما روى ابن المنذر باسناده عن أبي هريرة ان النبي ﷺ قال «من كان عليه صوم رمضان فليسرده ولا يقطعه»

ولنا اطلاق قول الله تعالى (فعدة من أيام أخر) غير مقيد بالتتابع، فان قيل فقد روي عن عائشة انها قالت نزلت (فعدة من أيام أخر متتابعات) فسقطت متتابعات، قلنا هذا لم يثبت عندنا صحته ولو صح فقد سقطت اللفظة المحتج بها وأيضاً قول الصحابة، قال ابن عمر: ان سافر فان شاء فرق وان شاء تابع وروي مرفوعا الى النبي ﷺ، وقال أبو عبيدة بن الجراح في قضاء رمضان: ان الله لم يرخص لكم في فطره وهو يريد أن يشق عليكم في قضائه، وروى الأثرم باسناده عن محمد بن المنكدر انه قال بلغني ان رسول الله ﷺ سئل عن تقطيع قضاء رمضان فقال رسول الله ﷺ «لو كان على أحدكم دين

ولنا الاحاديث الصحيحة التي رويناها من قبل هذا وسنة رسول الله ﷺ احق بالاتباع وفيها غنى عن كل قول والفرق بين النذر وغيره ان النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها والنذر أخف حكما لكونه لم يجب بأصل الشرع وانما أوجبه الناذر على نفسه

فقضاه من الدرهم والدرهمين حتى يقضي ما عليه من الدين هل كان ذلك قاضياً دينه ؟ » قالوا نعم يارسول الله قال « فالله أحق بالعفو والتجاوز منكم » ولأنه صوم لا يتعلق بزمان بعينه فلم يجب فيه التتابع كالنذر المطلق، وخبرهم لم يثبت صحته فان أهل السنن لم يذكروه ولوصح حملناه على الاستحباب فان المتتابع أحسن لما فيه من موافقة الخبر والخروج من الخلاف وشبهه بالاداء والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال ومن دخل في صيام تطوع فخرج منه فلا قضاء عليه فان قضاه فحسن)

وجملة ذلك أن من دخل في صيام تطوع استحب له اتمامه ولم يجب فان خرج منه فلا قضاء عليه روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما أصبحا صائمين ثم أفطرا وقال ابن عمر لا بأس به ما لم يكن نذراً أو قضاء رمضان وقال ابن عباس إذا صام الرجل تطوعا ثم شاء أن يقطعه قطعه واذا دخل في صلاة تطوعا ثم شاء أن يقطعها قطعها وقال ابن مسعود متى أصبحت تريد الصوم فأنت على آخر النظرين ان شئت صمت وان شئت أفطرت فهذا مذهب احمد والثوري والشافعي واسحاق وقد روى حنبل عن احمد اذا أجمع على الصيام فأوجبه على نفسه فأفطر من غير عذر أعاد يوما مكان ذلك اليوم وهذا محمول على أنه استحب ذلك أو نذره ليكون موافقا لسائر الروايات عنه وقال النخعي وأبو حنيفة ومالك يلزم في الشروع فيه ولا يخرج منه الا بعذر فان خرج قضى وعن مالك لا قضاء عليه واحتج من أوجب القضاء بما روي عن عائشة أنها قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فاهدي لنا حيس فأفطرنا ثم سألنا رسول الله ﷺ فقال اقضيا يوما مكانه ولأنها عبادة تلزم بالنذر فلزمت بالشروع فيها كالحج والعمرة

ولنا ماروى مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة قالت دخل عليَّ رسول الله ﷺ يوما فقال « هل عندكم شيء » فقلت لا قال « فاني صائم » ثم مر بعد ذلك اليوم وقد أهدي إلي حيس فخبأت له منه وكان يحب الحيس قلت يارسول الله انه أهدي لنا حيس فخبأت لك منه قال « أدنيه أما اني قد أصبحت وأنا صائم » فأكل منه ثم قال لنا « انما مثل صوم التطوع مثل الرجل يخرج من ماله الصدقة فان شاء أمضاها وإن شاء حبسها » هذا لفظ رواية النسائي وهو اتم من غيره وروت أم هاني قالت دخلت على رسول الله ﷺ فأتي بشراب فناولنيه فشربت منه ثم قلت يارسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة فقال لها « أكنت تقضين شيئا » قالت لا قال « فلا يضرك إن كان تطوعا » رواه

(فصل) ولا يجب على الولي فعله لان النبي ﷺ شبهه بالدين ولا يجب على الولي قضاء دين الميت اذا لم يخلف تركة كذلك هذا لكن يستحب له أن يصوم عنه لتفريغ ذمته وكذلك يستحب له قضاء الدين عنه ولايختص ذلك بالولي بل كل من قضاه عنه وصام عنه أجزأ لانه تبرع فأما الاعتكاف

سعيد وأبو داود والاثرم وفي لفظ قالت قلت إني صائمة فقال رسول الله ﷺ « ان المتطوع أمير نفسه فان شئت فصومي وإن شئت فافطري » ولان كل صوم لو أتمه كان تطوعا إذا خرج منه لم يجب قضاؤه كما لو اعتقد أنه من رمضان فبان من شعبان أو من شوال فاما خبرهم فقال أبو داود لا يثبت وقال الترمذي فيه مقال وضعفه الجوزجاني وغيره ثم هو محمول على الاستحباب. اذا ثبت هذا فانه يستحب له اتمامه وان خرج منه استحب قضاؤه للخروج من الخلاف وعملا بالخبر الذي رووه

(فصل) وسائر النوافل من الاعمال حكمها حكم الصيام في أنها لا تلزم بالشروع ولا يجب قضاؤها اذا خرج منها إلا الحج والعمرة فانهما يخالفان سائر العبادات في هذا لتأكد احرامها ولا يخرج منهما بافسادهما ولو اعتقد أنهما واجبان ولم يكونا واجبين لم يكن له الخروج منهما وقد روي عن احمد في الصلاة مايدل على أنها تلزم بالشروع فان الأثرم قال قلت لابي عبد الله الرجل يصبح صائما متطوعا أيكون بالخيار والرجل يدخل في الصلاة له أن يقطعها؟ فقال الصلاة أشد أما الصلاة فلا يقطعها قيل له فان قطعها قضاها؟ قال إن قضاها فليس فيه اختلاف. ومال أبو اسحاق الجوزجاني الى هذا القول وقال الصلاة ذات احرام واحلال فلزمت بالشروع فيها كالحج وأكثر أصحابنا على أنها لا تلزم أيضا وهو قول ابن عباس لان ماجاز ترك جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة والحج والعمرة يخالفان غيرهما

(فصل) ومن دخل في واجب كقضاء رمضان أو نذر معين أو مطلق أو صيام كفارة لم يجز له الخروج منه لان المتعين وجب عليه الدخول فيه وغير المتعين تعين بدخوله فيه فصار بمنزلة الفرض المتعين وليس في هذا خلاف بحمد الله

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا كان للغلام عشر سنين وأطاق الصيام أخذ به)

يعني أنه يلزم الصيام يؤمر به ويضرب على تركه ليتمرن عليه ويتعوده كما يلزم الصلاة ويؤمر بها وممن ذهب إلى أنه يؤمر بالصيام إذا أطاقه عطاء والحسن وابن سيرين والزهري وقتادة والشافعي وقال الاوزاعي اذا أطاق صوم ثلاثة أيام تباعا لايخور فيهن ولا يضعف حمل صوم شهر رمضان وقال اسحاق اذا بلغ ثنتي عشرة أحب أن يكلف الصوم للعادة واعتباره بالعشر أولى لان النبي ﷺ أمر بالضرب على الصلاة عندها واعتبار الصوم بالصلاة أحسن لقرب إحداهما من الاخرى واجتماعهما في أنهما عبادتان بدنيتان من أركان الاسلام إلا أن الصوم أشق فاعتبرت له الطاقة لانه قد يطيق الصلاة من لا يطيقه

(فصل) ولايجب عليه الصوم حتى يبلغ قال احمد في غلام احتلم صام ولم يترك والجارية اذا حاضت وهذا قول أكثر أهل العلم وذهب بعض أصحابنا إلى إيجابه على الغلام المطيق له اذا بلغ

فلا يجب الا بالنذر فمن مات وعليه اعتكاف واجب فقضاه وليه اجزأ قياسا على الصوم ولان الكفارة تجب بتركه في الجملة أشبه الصوم وأما الحج فتجوز النيابة فيه عند العجز عنه وان يفعله عنه غيره في

عشراً لما روى ابن جريج عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ « اذا أطاق الغلام صيام ثلاثة أيام وجب عليه صيام شهر رمضان » ولانه عبادة بدنية أشبه الصلاة وقد أمر النبي ﷺ بان يضرب على الصلاة من بلغ عشرا والمذهب الاول . قال القاضي المذهب عندي رواية واحدة أن الصلاة والصوم لاتجب حتى يبلغ وماقاله احمد فيمن ترك الصلاة يقضيها نحمله على الاستحباب وذلك لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه عبادة بدنية فلم تجب على الصبي كالحج وحديثهم مرسل ثم نحمله على الاستحباب وسماه واجبا تأكيداً لاستحبابه كقوله عليه السلام « غسل الجمعة واجب على كل محتلم »

(فصل) اذا نوى الصبي الصوم من الليل فبلغ في أثناء النهار بالاحتلام أو السن فقال القاضي يتم صومه ولا قضاء عليه لان نية صوم رمضان حصلت ليلا فيجزئه كالبالغ ولايمتنع أن يكون أول الصوم نفلا وباقيه فرضا كما لوشرع في صوم يوم تطوعا ثم نذر اتمامه واختار أبو الخطاب انه يلزمه القضاء لانه عبادة بدنية بلغ في أثنائها بعد مضي بعض أركانها فلزمته اعادتها كالصلاة والحج اذا بلغ بعد الوقوف وهذا لانه ببلوغه يلزمه صوم جميعه والماضي قبل بلوغه نفل فلم يجز عن الفرض ولهذا لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم والناذر صائم لزمه القضاء فأما مامضى من الشهر قبل بلوغه فلا قضاء عليه وسواء كان قد صامه أو افطره هذا قول عامة أهل العلم وقال الاوزاعي يقضيه ان كان افطره وهو مطيق لصيامه

ولنا أنه زمن مضى في حال صباه فلم يلزمه قضاء الصوم فيه كما لو بلغ بعد انسلاخ رمضان وان بلغ الصبي وهو مفطر فهل يلزمه امساك ذلك اليوم وقضاؤه ؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أسلم الكافر في شهر رمضان صام مايستقبل من بقية شهره)

أما صوم ما يستقبله من بقية شهره فلا خلاف فيه وأما قضاء ما مضى من الشهر قبل اسلامه فلا يجب وبهذا قال الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وقال عطاء عليه قضاؤه وعن الحسن كالمذهبين

ولنا ان ما مضى عبادة خرجت في حال كفره فلم يلزمه قضاؤه كالرمضان الماضي

(فصل) فاما اليوم الذي أسلم فيه فانه يلزمه امساكه ويقضيه هذا المنصوص عن احمد وبه قال الماجشون واسحاق وقال مالك وابو ثور وابن المنذر لا قضاء عليه لأنه لم يدرك من زمن العبادة ما يمكنه التلبس بها فيه فاشبه ما لو أسلم بعد خروج اليوم وقد روي ذلك عن احمد

حال الحياة فبعد الموت أولى ولافرق في الحج بين النذر وحجة الاسلام لحديث الخثعمية الذي يذكر في الحج ان شاء الله تعالى وغيره من الاحاديث

(فصل) وفي الصلاة المنذورة روايتان (احداهما) حكمها حكم الصوم فيما ذكرنا قياسا عليه

ولنا أنه ادرك جزءا من وقت العبادة فلزمته كما لو أدرك جزءاً من وقت الصلاة

(فصل) فاما المجنون اذا افاق في اثناء الشهر فعليه صوم ما بقي من الايام بغير خلاف وفي قضاء اليوم الذي افاق فيه وامساكه روايتان ولا يلزمه قضا ما مضى وبهذا قال ابو ثور والشافعي في الجديد وقال مالك يقضي وان مضى عليه سنون وعن احمد مثله وهو قول الشافعي القديم لانه معنى يزيل العقل فلم يمنع وجوب الصوم كالاغماء وقال أبو حنيفة ان جن جميع الشهر فلا قضاء عليه وان أفاق في أثنائه قضى ما مضى لان الجنون لا ينافي الصوم بدليل ما لو جن في اثناء الصوم لم يفسد فاذا وجد في بعض الشهر وجب القضاء كالاغماء

ولنا أنه معنى يزيل التكليف فلم يجب القضاء في زمانه كالصغر والكفر ويخص أبا حنيفة بانه معنى لو وجد في جميع الشهر اسقط القضاء فاذا وجد في بعضه اسقطه كالصغر والكفر ويفارق الاغماء في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا رأى هلال شهر رمضان وحده صام)

المشهور في المذهب أنه متى رأى الهلال واحد لزمه الصيام عدلا كان أو غير عدل شهد عند الحاكم أو لم يشهد قبلت شهادته او ردت وهذا قول مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عطاء واسحاق لا يصوم وقد روى حنبل عن احمد لا يصوم الا في جماعة الناس وروي نحوه عن الحسن وابن سيرين لانه يوم محكوم به من شعبان فأشبه التاسع والعشرين

ولنا أنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه كما لو حكم به الحاكم وكونه محكوما به من شعبان ظاهر في حق غيره واما في الباطن فهو يعلم أنه من رمضان فلزمه صيامه كالعدل

(فصل) فان أفطر ذلك اليوم بجماع فعليه الكفارة وقال أبو حنيفة لا تجب لأنها عقوبة فلا تجب بفعل مختلف فيه كالحد

ولنا أنه أفطر يوما من رمضان بجماع فوجبت به عليه الكفارة كما لو قبلت شهادته ولا نسلم أن الكفارة عقوبة ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة في السفر القصير مع وقوع الخلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان عدلا صوم الناس بقوله)

المشهور عن احمد أنه يقبل في هلال رمضان قول واحد عدل ويلزم الناس الصيام بقوله وهو قول عمر وعلي وابن عمر وابن المبارك والشافعي في الصحيح عنه وروي عن احمد أنه قال اثنين

(والثانية) لايجزيء عنه فعل الولي لانها عبادة بدنية محضة لايدخل المال في جبرانها بحال فلا يصح قياسها على الصوم فعلى هذا يكفر عنه كفارة يمين لتركه النذر والله تعالى أعلم
وسوف نذكره في النذر بابسط من هذا ان شاء الله تعالى

اعجب الي قال ابو بكر ان رآه وحده ثم قدم المصر صام الناس بقوله على ما روي في الحديث وان كان الواحد في جماعة الناس فذكر أنه رآه دونهم لم يقبل الا قول اثنين لأنهم يعاينون ما عاين وقال عثمان ابن عفان رضي الله عنه لا يقبل الا شهادة اثنين وهو قول مالك والليث والاوزاعي واسحاق لما روى عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست أصحاب رسول الله ﷺ وسألتهم وانهم حدثوني أن رسول الله ﷺ قال « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وانسكوا فان غم عليكم فأتموا ثلاثين وان شهد شاهدان ذوا عدل فصوموا وافطروا » رواه النسائي ولان هذه شهادة على رؤية الهلال فأشبهت الشهادة على هلال شوال وقال ابو حنيفة في الغيم كقولنا وفي الصحو لا يقبل الا الاستفاضة لانه لا يجوز أن تنظر الجماعة الى مطلع الهلال وأبصارهم صحيحة والموانع مرتفعة فيراه واحد دون الباقين ولنا ما روى ابن عباس قال جاء اعرابي الى النبي ﷺ فقال رأيت الهلال قال « اتشهد ان لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ؟» قال نعم قال « يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وروى ابن عمر قال تراءى الناس الهلال فاخبرت رسول الله ﷺ اني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه رواه ابو داود(١) ولانه خبر عن وقت الفريضة فيما طريقه المشاهدة فقبل من واحد كالخبر بدخول وقت الصلاة ولانه خبر ديني يشترك فيه المخبر والمخبر فقبل من واحد عدل كالرواية وخبرهم انما يدل بمفهومه وخبرنا اشهر منه وهو يدل بمنطوقه فيجب تقديمه ويفارق الخبر عن هلال شوال فانه خروج من العبادة وهذا دخول فيها وحديثهم في هلال شوال يخالف مسئلتنا وما ذكره ابو بكر وابوحنيفة لا يصح لانه يجوز انفراد الواحد به مع لطافة المرئي وبعده ويجوز أن تختلف معرفتهم بالمطلع ومواضع قصدهم وحدة نظرهم ولهذا لو حكم برؤيته حاكم بشهادة واحد جاز ولو شهد شاهدان وجب قبول شهادتهما ولو كان ممتنعا على ماقالوه لم يصح فيه حكم حاكم ولا يثبت بشهادة اثنين ومن منع ثبوته بشهادة اثنين ردعليه الخبر الاول وقياسه على سائر الحقوق وسائر الشهور ولو أن جماعة في محفل فشهد اثنان منهم على رجل منهم أنه طلق زوجته او أعتق عبده قبلت شهادتهما دون من أنكر ولو أن اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب أنه قال على المنبر في الخطبة شيئا لم يشهد به غيرهما لقبلت شهادتهما وكذلك لو شهدا عليه بفعل وان كان غيرهما يشاركهما في سلامة السمع وصحة البصر كذا ههنا

(فصل) وإن أخبره مخبر برؤية الهلال يثق بقوله لزمه الصوم، وإن لم يثبت ذلك عند الحاكم

﴿ باب صوم التطوع ﴾

﴿مسئلة﴾ (وافضله صيام داود عليه السلام كان يصوم يوما ويفطر يوما)

لما روى عبدالله بن عمرو ان النبي ﷺ قال « له صم يوما وافطر يوما فذلك صيام داود وهو

«١» ليس في الخبرين أن الناس رأوا الهلال فلم يره إلا واحد فهما في غير محل النزاع ولا سيما مع أبي حنيفة وبهذا يبطل كل ما بني عليهما. ولا يرد عليه العمل بشهادة الاثنين أيضا إذ لان عنده من الاستفاضة في هذه الحال. ولا عبرة برؤية حديد البصر لأنه نادر الوجود فلا يناط برؤيته ما يتعلق بجمهور الامة. وأما حكم الحاكم فيرفع كل خلاف تفاديا من الشقاق وتفرق الكلمة

لأنه خبر بوقت العبادة يشترك فيه المخبر والمخبر أشبه الخبر عن رسول الله ﷺ ، والخبر عن دخول وقت الصلاة ذكر ذلك ابن عقيل ، ومقتضى هـذا أنه يلزمه قبول الخبر ، وإن رده الحاكم لان رد الحاكم يجوز أن يكون لعدم علمه بحال المخـبر ولا يتعين ذلك في عدم العـدالة ، وقد يجهل الحاكم عدالة من يعلم غيره عدالته

(فصل) فان كان المخبر امرأة فقياس المذهب قبول قولها وهو قول أبي حنيفة واحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه خبر ديني فأشبه الرواية ، والخبر عن القبلة ودخول وقت الصلاة ، ويحتمل أن لاتقبل لانه شهادة برؤية الهلال فلم يقبل فيه قول امرأة كهلال شوال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يفطر إلا بشهادة اثنين)

وجملة ذلك أنه لايقبل في هلال شوال إلا شهادة اثنين عدلين في قول الفقهاء جميعهم إلا أباثور فانه قال يقبل قول واحد لانه أحد طرفي شهر رمضان أشبه الاول ، ولأنه خبر يستوي فيه المخبر والمخبر أشبه الرواية واخبار الديانات

ولنا خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ، وعن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه أجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال ، وكان لايجيز على شهادة الافطار إلا شهادة رجلين ، ولانها شهادة على هلال لايدخل بها في العبادة فلم تقبل فيه إلا شهادة اثنين كسائر الشهور وهذا يفارق الخبر لان الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه وفلان عن فلان ، وهذا لايقبل فيه ذلك فافترقا

(فصل) ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة النساء المنفردات وإن كثرن، وكذلك سائر الشهور لانه مما يطلع عليه الرجال وليس بمال ولا يقصـد به المال فأشبه القصاص وكان القياس يقتضي مثل ذلك في رمضان ولكن تركناه احتياطا للعبادة

(فصل) واذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوما ولم يروا هلال شوال أفطروا وجهاً واحداً ، وإن صاموا بشهادة واحد فلم يروا الهلال ففيه وجهان

(أحدهما) لايفطرون لقوله عليه السلام « وإن شهد اثنان فصوموا وأفطروا » ولانه فطر فلم يجز أن يستند إلى شهادة واحد كما لو شهد بهلال شوال

(والثاني) يفطرون وهو منصوص الشافعي ويحكى عن أبي حنيفة ، لان الصوم اذا وجب وجب الفطر لاستكمال العدة لابالشهادة ، وقد يثبت تبعا مالا يثبت أصلا بدليل أن النسب لايثبت بشهادة النساء وتثبت بهـا الولادة ، فاذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة كذا ههنا ، وإن

افضل الصيام » فقلت أني اطيق افضل من ذلك فقال النبي ﷺ « لا افضل من ذلك » متفق عليه

﴿مسئلة﴾ (ويستحب صيام ايام البيض من كل شهر وصوم الاثنين والخميس)

صيام ثلاثة أيام من كل شهر مستحب لانعلم فيه خلافا بدليل ما روى أبو هريرة قال وصاني

صاموا لاجل الغيم لم يفطروا وجهاً واحداً لان الصوم انما كان على وجه الاحتياط فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يفطر اذا رآه وحده)

روي هذا عن مالك والليث وقال الشافعي يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد لانه يتيقنه من شوال فجاز له الاكل كما لو قامت به بينة

ولنا ماروى أبو رجاء عن أبي قلابة أن رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال، وقد أصبح الناس صياما فأتيا عمر فذكرا ذلك له فقال لاحدهما أصائم أنت؟ قال بل مفطر، قال ماحملك على هذا؟ قال لم أكن لاصوم وقد رأيت الهلال، وقال للآخر قال أنا صائم، قال ماحملك على هذا؟ قال لم أكن لافطر والناس صيام، فقال للذي أفطر لولا مكان هذا لاوجعت رأسك ثم نودي في الناس أن اخرجوا أخرجه سعيد عن ابن علية عن أيوب عن أبي رجاء، وانما أراد ضربه لافطاره برؤيته ودفع عنه الضرب لكمال الشهادة به وبصاحبه، ولو جاز له الفطر لما أنكر عليه ولا تواعده، وقالت عائشة انما يفطر يوم الفطر الامام وجماعة المسلمين ولم يعرف لهما مخالف في عصرهما فكان اجماعا، ولأنه يوم محكوم به من رمضان فلم يجز الفطر فيه كاليوم الذي قبله، وفارق ماذا قامت البينة فانه محكوم به من شوال بخلاف مسألتنا، وقولهم إنه يتيقن أنه من شوال قلنا لا يثبت اليقين لانه يحتمل أن يكون الرائي خيل اليه كما روي أن رجلا في زمن عمر قال: لقد رأيت الهلال، فقال له امسح عينك فمسحها ثم قال له تراه؟ قال لا، قال لعل شعرة من حاجبك تقوست على عينك فظننتها هلالا أو ماهذا معناه[1]

(فصل) فان رآه اثنان ولم يشهدا عند الحاكم جاز لمن سمع شهادتهما الفطر اذا عرف عدالتهما ولكل واحد منهما الفطر بقولهما لقول النبي ﷺ « واذا شهد اثنان فصوموا وأفطروا » وإن شهدا عند الحاكم فرد شهادتهما لجهله بحالهما فلمن علم عدالتهما الفطر بقولهما لان رد الحاكم ههنا ليس بحكم منه وانما هو توقف لعدم علمه فهو كالوقوف عن الحكم انتظاراً للبينة، ولهذا لو ثبتت عدالتهما بعد ذلك حكم بها، وإن لم يعرف أحدهما عدالة صاحبه لم يجز له الفطر إلا أن يحكم بذلك الحاكم لئلا يفطر برؤيته وحده

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشتبهت الاشهر على الاسير فان صام شهراً يريد به شهر رمضان فوافقه أو ما بعده أجزأه وإن وافق ماقبله لم يجزه)

وجملته أن من كان محبوساً أو مطموراً، أو في بعض النواحي النائية عن الامصار لا يمكنه تعرف

«١» هذا الاحتمال قد تكرر وقوع مثله وهو دليل على عدم الثقة بشهادة الواحد دون الناس يوم الصحو

خليلي بثلاث صيام ثلاثة أيام من كل شهر، وركعتي الضحى، وان أوتر قبل ان أنام. وعن عبدالله بن عمرو أن النبي ﷺ قال له «صم ثلاثة أيام فان الحسنة بعشر أمثالها وذلك مثل صيام الدهر» متفق عليهما

الاشهر بالخبر فاشتبهت عليه الاشهر فانه يتحرى ويجتهد ، فاذا غلب على ظنه عن أمارة تقوم في نفسه دخول شهر رمضان صامه ولا يخلو من أربعة أحوال

(أحدها) أن لا ينكشف له الحال فان صومه صحيح ويجزئه لأنه أدى فرضه باجتهاده فأجزأه كما لو صلى في يوم الغيم بالاجتهاد

(الثاني) أن ينكشف له أنه وافق الشهر أو مابعده فانه يجزئه في قول عامة الفقهاء ، وحكي عن الحسن بن صالح انه لا يجزئه في هاتين الحالتين لانه صامه على الشك فلم يجزئه كما لو صام يوم الشك فبان من رمضان وليس بصحيح لانه أدى فرضه بالاجتهاد في محله ، فاذا أصاب أو لم يعلم الحال اجزأه كالقبلة اذا اشتبهت ، أو الصلاة في يوم الغيم اذا اشتبه وقتها وفارق يوم الشك فانه ليس بمحل الاجتهاد ، فان الشرع أمر بالصوم عند أمارة عينها فما لم توجد لم يجز الصوم

(الحال الثالث) وافق قبل الشهر فلا يجزئه في قول عامة الفقهاء ، وقال بعض الشافعية يجزئه في أحد الوجهين كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله

ولنا أنه أتى بالعبادة قبل وقتها فلم يجزئه كالصلاة في يوم الغيم ، وأما الحج فلا نسلمه إلا فيما اذا اخطأ الناس كلهم لعظم المشقة عليهم ، وإن وقع ذلك لنفر منهم لم يجزئهم ، ولان ذلك لا يؤمن مثله في القضاء بخلاف الصوم

(الحال الرابع) أن يوافق بعضه رمضان دون بعض فما وافق رمضان أو بعده اجزأه وما وافق قبله لم يجزئه

(فصل) واذا وافق صومه بعد الشهر اعتبر أن يكون ماصامه بعدة أيام شهره الذي فاته سواء وافق مابين هلالين أو لم يوافق ، وسواء كان الشهران تامين أو ناقصين ولا يجزئه أقل من ذلك ، وقال القاضي ظاهر كلام الخرقي أنه اذا وافق شهراً بين هلالين اجزأه سواء كان الشهران تامين أو ناقصين أو أحدهما تاما والآخر ناقصاً ، وليس بصحيح فان الله تعالى قال (فعدة من أيام أخر) ولأنه فاته شهر رمضان فوجب أن يكون صيامه بعدة مافاته كالمريض والمسافر ، وليس في كلام الخرقي تعرض لهذا التفصيل فلا يجوز حمل كلامه على مايخالف الكتاب والصواب ، فان قيل أليس اذا نذر صوم شهر يجزئه مابين هلالين قلنا الاطلاق يحمل على ماتناوله الاسم والاسم يتناول مابين الهلالين وههنا يجب قضاء ماترك فيجب أن يراعي فيه عدة المتروك كما أن من نذر صلاة اجزأه ركعتان ، ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدة ركعاتها كذلك ههنا الواجب بعدة مافاته من الايام سواء كان ماصامه بين هلالين أو من شهرين فان دخل في صيامه يوم عيد لم يعتد به ، وإن وافق أيام التشريق فهل يعتد بها ؟ على روايتين بناء على صحة صومها عن الفرض

ويستحب أن يجعل هذه الثلاثة أيام والبيض هي ثلاث عشرة واربع عشرة وخمس عشرة لما روى أبو ذر قال قال رسول الله ﷺ « يا أبا ذر اذا صمت من الشهر ثلاثة فصم ثلاث عشرة واربع

(فصل) وان لم يغلب على ظن الاسير دخول رمضان فصام لم يجزئه وان وافق الشهر لانه صامه على الشك فلم يجزئه كما لو نوى ليلة الشك ان كان غداً من رمضان فهو فرضي ، وان غلب على ظنه من غير امارة فقال القاضي عليه الصيام ويقضي إذا عرف الشهر كالذي خفيت عليه دلائل القبلة ويصلي على حسب حاله ويعيد ، وذكر أبو بكر فيمن خفيت عليه دلائل القبلة هل يعيد ؟ على وجهين كذلك يخرج على قوله ههنا ، وظاهر كلام الخرقي انه يتحرى فمتى غلب على ظنه دخول الشهر صح صومه وان لم يبن على دليل لانه ليس في وسعه معرفة الدليل ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وقد ذكرنا مثل هذا في القبلة

(فصل) واذا صام تطوعا فوافق شهر رمضان لم يجزئه نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يجزئه وهذا ينبني على تعيين النية لرمضان وقد مضى القول فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يصام يوما العيدين ولا أيام التشريق لا عن فرض ولا عن تطوع فان قصد لصيامها كان عاصيا ولم يجزئه عن الفرض)

أجمع أهل العلم على ان صوم يومي العيدين منهي عنه محرم في التطوع والنذر المطلق والقضاء والكفارة ، وذلك لما روى أبو عبيد مولى ابن أزهر قال : شهدت العيد مع عمر بن الخطاب فجاء فصلى ثم انصرف فخطب الناس فقال : ان هذين يومين نهى رسول الله ﷺ عن صيامهما ، يوم فطركم من صيامكم والآخر يوم تأكلون فيه من نسككم . وعن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ نهى عن صيام يومين يوم فطر ويوم أضحى . وعن أبي سعيد مثله . متفق عليهما ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه وتحريمه . وأما صومهما عن النذر المعين ففيه خلاف نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (وفي أيام التشريق عن أبي عبد الله رحمه الله رواية اخرى انه يصومها عن الفرض)

وجملة ذلك ان أيام التشريق منهي عن صيامها أيضاً لما روى نبيشة الهذلي قال : قال رسول الله ﷺ « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل » متفق عليه ، وروي عن عبد الله بن حذافة قال : بعثني رسول الله ﷺ أيام منى أنادي « أيها الناس انها أيام أكل وشرب وبعال » إلا أنه من رواية الواقدي وهو ضعيف ، وعن عمرو بن العاص انه قال : هذه الأيام التي كان رسول الله ﷺ يأمر بافطارها وينهى عن صيامها ، قال مالك وهي أيام التشريق ، رواه أبو داود ، ولا يحل صيامها تطوعا في قول أكثر أهل العلم ، وعن ابن الزبير انه كان يصومها ، وروي نحو ذلك عن ابن عمر

عشرة وخمس عشرة » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى النسائي أن النبي ﷺ قال لاعرابي كل قال اني صائم قال « صوم ماذا ؟ » قال صوم ثلاثة أيام من الشهر قال « ان كنت صائما فعليك بالغر البيض

والاسود بن يزيد ، وعن أبي طلحة انه كان لا يفطر إلا يومي العيدين . والظاهر ان هؤلاء لم يبلغهم نهي رسول الله ﷺ عن صيامها ولو بلغهم لم يعدوه إلى غيره، وقد روى أبو مرة مولى أم هانيء انه دخل مع عبدالله بن عمرو على أبيه عمرو بن العاص فقرب اليهما طعاما فقال كل ،فقال اني صائم،فقال: عمرو :كل فهذه الايام التي كان رسول الله يأمر بافطارها وينهى عن صيامها ، والظاهر أن عبد الله بن عمرو أفطر لما بلغه نهي رسول الله ﷺ . وأما صومها للفرض ففيه روايتان (احداهما) لا يجوز لانه منهي عن صومها فأشبهت يومي العيدين (والثانية) يصح صومها للفرض لما روي عن ابن عمرو وعائشة انهما قالا لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن الا لمن لم يجد الهدي اي المتمتع اذا عدم الهدي وهو حديث صحيح رواه البخاري ويقاس عليه كل مفروض [١]

(فصل) ويكره افراد يوم الجمعة بالصوم الا ان يوافق ذلك صوماً كان يصومه مثل من يصوم يوما ويفطر يوما فيوافق صومه يوم الجمعة ، ومن عادته صوم أول يوم من الشهر او آخره او يوم نصفه ونحو ذلك نص عليه احمد في رواية الاثرم ، قال قيل لابي عبد الله صيام يوم الجمعة . فذكر حديث النهي ان يفرد ثم قال الا ان يكون في صيام كان يصومه وأما ان يفرد فلا ، قال قلت رجل كان يصوم يوما ويفطر يوما فوقع فطره يوم الخميس وصومه يوم الجمعة وفطره يوم السبت فصام الجمعة مفرداً ، فقال هذا الآن لم يتعمد صومه خاصة إنما كره ان يتعمد الجمعة ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يكره افراد الجمعة لانه يوم فاشبه سائر الايام

ولنا ماروى ابو هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يصومن احدكم يوم الجمعة الا يوما قبله او بعده » وقال محمد بن عباد سألت جابراً أنهى رسول الله ﷺ عن صوم يوم الجمعة؟ قال نعم ، متفق عليهما ، وعن جويرية بنت الحارث ان النبي ﷺ دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال «اصمت امس؟» قالت لا قال «اتريدين ان تصومي غداً؟» قالت لا قال « فافطري » رواه البخاري وفيه احاديث سوى هذه وسنة رسول الله ﷺ احق ان تتبع وهذا الحديث يدل على ان المكروه افراده لان نهيه معلل بكونها لم تصم امس ولا غداً

(فصل) قال اصحابنا يكره افراد يوم السبت بالصوم لما روى عبد الله بن بسر عن النبي ﷺ « لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض عليكم » أخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن. وروي أيضا عن عبد الله بن بسر عن أخته الصماء ان رسول الله (ص) قال « لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض عليكم فان لم يجد أحدكم إلا لحاء عنب او عود شجرة فليمضغه » اخرجه ابوداود وقال اسم اخت عبدالله بن بسر هجيمة اوجهيمة ، قال الاثرم قال ابوعبد الله اما صيام يوم السبت يفترد به فقد

ثلاث عشرة واربع عشرة وخمس عشرة» وعن ملحان القيسي قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نصوم البيض ثلاث عشرة واربع عشرة وخمس عشرة وقال هو كهيئة الدهر رواه أبو داود وسميت

«١» القياس هنا مصادم لنص الحديث القطعي بصيغة الحصر بالاثبات بعد النفي

جاء فيه حديث الصماء وكان يحيى بن سعيد يتقيه أي ان يحدثني به وسمعته من ابي عاصم ، والمكروه أفراده فان صام معه غيره لم يكره لحديث أبي هريرة وجويرية ، وان وافق صوما لانسان لم يكره لما قدمناه وقال أصحابنا ويكره افراد يوم النيروز ويوم المهرجان بالصوم لانهما يومان يعظمهما الكفار فيكون تخصيصهما بالصيام دون غيرهما موافقة لهم في تعظيمهما فكره كيوم السبت وعلى قياس هذا كل عيد للكفار او يوم يفردونه بالتعظيم [١]

«١» انما يظهر فيما اذا كانوا يصومونه واما اذا عظموه بغير الصيام فلا يكون من صامه متشبها .ﻫ

(فصل) ويكره افراد رجب بالصوم قال أحمد وان صامه رجل أفطر فيه يوماً أو أياما بقدر ما لا يصومه كله ووجه ذلك ماروي أحمد باسناده عن خرشة بن الحر قال رأيت عمر يضرب أكف المترجبين حتى يضعوها في الطعام ويقول كلوا فانما هو شهر كانت تعظمه الجاهلية وباسناده عن ابن عمر أنه كان اذا رأى الناس وما يعدون لرجب كرهه وقال صوموا منه وأفطروا وعن ابن عباس نحوه وباسناده عن أبي بكرة أنه دخل على أهله وعندهم سلال جدد وكيزان فقال ما هذا فقالوا رجب نصومه قال أجعلتم رجب رمضان فأكفأ السلال وكسر الكيزان قال أحمد من كان يصوم السنة صامه والا فلا يصومه متواليا يفطر فيه ولا يشبهه برمضان

(فصل) وروى أبو قتادة قال قيل يا رسول الله فكيف بمن صام الدهر ؟ قال «لا صام ولا أفطر، أو لم يصم ولم يفطر» قال الترمذي هذا حديث حسن وعن أبي موسى عن النبي ﷺ قال « من صام الدهر ضيقت عليه جهنم » قال الاثرم قيل لابي عبد الله فسر مسدد قول أبي موسى من صام الدهر ضيقت عليه جهنم فلا يدخلها فضحك وقال من قال هذا ؟ فأين حديث عبد الله ابن عمرو أن النبي ﷺ كره ذلك وما فيه من الاحاديث ؟ قال أبو الخطاب انما يكره اذا أدخل فيه يومي العيدين وأيام التشريق لان أحمد قال اذا أفطر يومي العيدين وأيام التشريق رجوت أن لا يكون بذلك بأس وروي نحو هذا عن مالك وهو قول الشافعي لان جماعة من الصحابة كانوا يسردون الصوم منهم أبو طلحة قيل انه صام بعد موت النبي ﷺ أربعين سنة والذي يقوى عندي أن صوم الدهر مكروه وان لم يصم هذه الايام فان صامها فقد فعل محرما وانما كره صوم الدهر لما فيه من المشقة والضعف وشبه التبتل المنهي عنه بدليل أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمرو «انك لتصوم الدهر وتقوم الليل» فقلت نعم قال « انك اذا فعلت ذلك هجمت له عينك ونفهت له النفس، لا صام من صام الدهر ، صوم ثلاثة أيام صوم الدهر كله» قلت فاني أطيق أكثر من ذلك قال « فصم صوم داود كان يصوم يوما ويفطر يوما ولا يفر اذا لاقى » وفي رواية وهو أفضل الصيام فقلت اني أطيق أفضل من ذلك قال « لا أفضل من ذلك » رواه البخاري

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا رؤي الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المقبلة)

وجملة ذلك ان المشهور عن أحمد ان الهلال اذا رؤي نهاراً قبل الزوال أو بعده وكان ذلك في

أيام البيض لابيضاض ليلها والتقدير ايام الليالي البيض وذكر أبو الحسن التميمي أن الله سبحانه تاب

آخر رمضان لم يفطروا برؤيته وهذا قول عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس والاوزاعي ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبي حنيفة وقال الثوري وأبو يوسف ان رؤي قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان كان بعده فهو لليلة المقبلة وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه رواه سعيد لان النبي ﷺ قال «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته» وقد رأوه فيجب الصوم والفطر ولان ما قبل الزوال أقرب الى الماضية وحكي هذا رواية عن أحمد

ولنا ما روى أبو وائل قال جاءنا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الأهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى تمسوا الا أن يشهد رجلان انهما رأياه بالامس عشية ولانه قول ابن مسعود وابن عباس ومن سمينا من الصحابة وخبرهم محمول على ما اذا رؤي عشية بدليل ما لو رؤي بعد الزوال ثم ان الخبر انما يقتضي الصوم والفطر من الغد بدليل ما لو رآه عشية فاما ان كانت الرؤية في أول رمضان فالصحيح أيضا أنه لليلة المقبلة وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى انه للماضية فيلزم قضاء ذلك اليوم وامساك بقيته احتياطا للعبادة والاول أصح لان ما كان لليلة المقبلة في آخره فهو لها في أوله كما لو رؤي بعد العصر

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاختيار تأخير السحور وتعجيل الفطر)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما في السحور) والكلام فيه في ثلاثة أشياء (أحدها) في استحبابه ولا نعلم فيه بين العلماء خلافا وقد روى أنس ان النبي ﷺ قال «تسحروا فان في السحور بركة» متفق عليه وعن عمرو بن العاص قال قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر» أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الامام أحمد باسناده عن أبي سعيد قال قال رسول الله ﷺ «السحور بركة فلا تدعوه ولو ان يجرع أحدكم جرعة من ماء فان الله وملائكته يصلون على المتسحرين» (الثاني في وقته) قال أحمد يعجبني تأخير السحور لما روى زيد بن ثابت قال تسحرنا مع رسول الله ﷺ ثم قمنا الى الصلاة قلت كم كان قدر ذلك ؟ قال خمسين آية متفق عليه وروى العرباض بن سارية قال دعاني رسول الله ﷺ الى السحور فقال «هلم الى الغداء المبارك» رواه أبو داود والنسائي . سماه غداء لقرب وقته منه ولان المقصود بالسحور التقوي على الصوم وما كان أقرب الي الفجر كان اعون على الصوم قال ابو داود قال ابو عبد الله اذا شك في الفجر يأكل حتى يستيقن طلوعه وهذا قول ابن عباس وعطاء والاوزاعي قال احمد يقول الله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) وقال النبي ﷺ «لا يمنعنكم من سحوركم أذان

على آدم فيها وبيض صحيفته وروى أسامة بن زيد أن نبي الله ﷺ كان يصوم يوم الاثنين والخميس

بلال ولا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير في الافق » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى أبو قلابة قال قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه وهو يتسحر ياغلام اخف الباب لا يفجأنا الصبح وقال رجل لابن عباس اني أتسحر فاذا شككت امسكت فقال ابن عباس كل ماشككت حتى لاتشك فأما الجماع فلا يستحب تأخيره لانه ليس مما يتقوى به وفيه خطر وجوب الكفارة وحصول الفطر به

(الثالث) فيما يتسحر به وكل ما حصل من اكل او شرب حصل به فضيلة السحور لقوله عليه السلام « ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء » وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « نعم سحور المؤمن التمر » رواه أبو داود

(الفصل الثاني) في تعجيل الفطر وفيه أمور ثلاثة (احدها) في استحبابه وهو قول اكثر اهل العلم لما روى سهل بن سعد الساعدي ان النبي ﷺ قال « لا تزال أمتي بخير ماعجلوا الفطر » متفق عليه وعن ابي عطية قال دخلت انا ومسروق على عائشة فقال مسروق رجلان من اصحاب رسول الله ﷺ احدهما يعجل الافطار ويعجل المغرب والآخر يؤخر الافطار ويؤخر المغرب قالت: من الذي يعجل الافطار ويعجل المغرب ؟ قال عبد الله قالت : هكذا كان رسول الله ﷺ يصنع . رواه مسلم وعن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « يقول الله تعالى احب عبادي إلي أسرعهم فطراً » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب وقال انس ما رأيت رسول الله ﷺ يصلي حتى يفطر ولو على شربة من ماء رواه ابن عبد البر

(الثاني فيما يفطر عليه) يستحب أن يفطر على رطبات فان لم يكن فعلى تمرات فان لم يكن فعلى الماء لما روى أنس قال كان رسول الله ﷺ يفطر على رطبات قبل أن يصلي فان لم يكن فعلى تمرات فان لم يكن تمرات حسا حسوات من ماء رواه أبو داود والأثرم والترمذي وقال حديث حسن غريب وعن سليمان بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « اذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر فان لم يجد فليفطر على الماء فانه طهور » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح

(الثالث في الوصال) وهو أن لايفطر بين اليومين بأكل ولا شرب وهو مكروه في قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن الزبير أنه كان يواصل اقتداء برسول الله ﷺ

ولنا ماروى ابن عمر قال واصل رسول الله ﷺ في رمضان فواصل الناس فنهى رسول الله ﷺ عن الوصال فقالوا إنك تواصل قال « اني لست مثلكم اني أطعم وأسقى » متفق عليه وهذا يقتضي اختصاصه بذلك ومنع إلحاق غيره به وقوله « اني أطعم وأسقى » يحتمل أنه يريد أنه يعان على الصيام ويغنيه الله تعالى عن الشراب والطعام بمنزلة من طعم وشرب ويحتمل أنه أراد إني أطعم حقيقة وأسقى حقيقة حملا للفظ على حقيقته والاول أظهر لوجهين

فسئل عن ذلك فقال « ان اعمال الناس تعرض يوم الاثنين والخميس » رواه أبو داود وفي لفظ فاحب

(أحدهما) أنه لو طعم وشرب حقيقة لم يكن مواصلا وقد أقرهم على قولهم انك تواصل (والثاني) أنه قد روي أنه قال « اني أظل يطعمني ربي ويسقيني » وهذا يقتضي أنه في النهار ولا يجوز الاكل في النهار له ولا لغيره اذا ثبت هذا فان الوصال غير محرم وظاهر قول الشافعي أنه محرم تقريراً لظاهر النهي في التحريم

ولنا أنه ترك الاكل والشرب المباح فلم يكن محرما كما لو تركه في حال الفطر فان قيل فصوم يوم العيد محرم مع كونه تركا للاكل والشرب المباح قلنا ماحرم ترك الأكل والشرب بنفسه وانما حرم بنية الصوم ولهذا لو تركه من غير نية الصوم لم يكن محرماً وأما النهي فانما أتى به رحمة لهم ورفقا بهم لما فيه من المشقة عليهم كما نهى عبد الله بن عمرو عن صيام النهار وقيام الليل وعن قراءة القرآن في أقل من ثلاث قالت عائشة نهى رسول الله ﷺ عن الوصال رحمة لهم وهذا لا يقتضي التحريم ولهذا لم يفهم منه أصحاب النبي ﷺ التحريم بدليل أنهم واصلوا بعده ولو فهموا منه التحريم لما استجازوا فعله قال أبو هريرة « نهى رسول الله ﷺ عن الوصال فلما أبوا أن ينتهوا واصل بهم يوما ويوما ثم رأوا الهلال فقال «لو تأخر لزدتكم» كالمنكل لهم حين أبوا أن ينتهوا . متفق عليه فان واصل من سحر الى سحر جاز لما روى أبو سعيد أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « لا تواصلوا فأيكم أراد أن يواصل فليواصل حتى السحر » أخرجه البخاري وتعجيل الفطر أفضل لما قدمناه

(فصل) ويستحب تفطير الصائم لما روى زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ أنه قال « من فطر صائماً كان له مثل أجره من غير أن ينقص من أجر الصائم شيء » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

(فصل) روى ابن عباس قال كان النبي ﷺ اذا أفطر قال « اللهم لك صمنا وعلى رزقك أفطرنا فتقبل منا انك أنت السميع العليم » وعن ابن عمر قال كان رسول الله ﷺ اذا أفطر يقول « ذهب الظمأ وابتلت العروق وثبت الاجر إن شاء الله » واسناده حسن ذكرهما الدارقطني

﴿مسئلة﴾ (قال ومن صام شهر رمضان وأتبعه بست من شوال وان فرقها فكأنما صام الدهر)

وجملة ذلك أن صوم ستة أيام من شوال مستحب عند كثير من أهل العلم روي ذلك عن كعب الاحبار والشعبي وميمون بن مهران وبه قال الشافعي وكرهه مالك وقال ما رأيت أحداً من أهل الفقه يصومها

أن يعرض عملي وانا صائم

﴿مسئلة﴾ (ومن صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر)

صوم ستة أيام من شوال مستحب عند كثير من أهل العلم، روي عن كعب الاحبار والشعبي وميمون بن مهران والشافعي وكرهه مالك وقال : ما رأيت أحداً من أهل الفقه يصومها ولم يبلغني ذلك

ولم يبلغني ذلك عن أحد من السلف وان أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته وان يلحق برمضان ما ليس منه

ولنا ماروى أبو أيوب قال قال رسول الله ﷺ « من صام رمضان وأتبعه ستا من شوال فكانما صام الدهر » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن [1] وقال احمد هو من ثلاثة أوجه عن النبي ﷺ وروى سعيد باسناده عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « من صام رمضان شهر بعشرة أشهر وصام ستة أيام بعد الفطر وذلك تمام سنة » يعني أن الحسنة بعشر أمثالها فالشهر بعشرة والستة بستين يوما فذلك اثنا عشر شهراً وهو سنة كاملة ولا يجري هذا مجرى التقديم لرمضان لان يوم الفطر فاصل فان قيل فلا دليل في هذا الحديث على فضيلتها لان النبي ﷺ شبه صيامها بصيام الدهر وهو مكروه قلنا انما كره صوم الدهر لما فيه من الضعف والتشبيه بالتبتل لولا ذلك لكان ذلك فضلا عظيما لاستغراقه الزمان بالعبادة والطاعة والمراد بالخبر التشبيه به في حصول العبادة به على وجه عري عن المشقة كما قال عليه السلام « من صام ثلاثة أيام من كل شهر كان كمن صام الدهر » ذكر ذلك حثا على صيامها وبيان فضلها ولا خلاف في استحبابها ونهى عبد الله بن عمرو عن قراءة القرآن في أقل من ثلاث وقال « من قرأ (قل هو الله أحد) فكانما قرأ ثلث القرآن » أراد التشبيه بثلث القرآن في الفضل لا في كراهة الزيادة عليه اذا ثبت هذا فلا فرق بين كونها متتابعة أو مفرقة في أول الشهر أو في آخره لان الحديث ورد بها مطلقا من غير تقييد ولان فضيلتها لكونها تصير مع الشهر ستة وثلاثين يوما والحسنة بعشر أمثالها فيكون ذلك كثلاثمائة وستين يوما وهو السنة كلها فاذا وجد

[1] ورواه أحمد ومسلم في الصحيح فمن العجب ترك المصنف لهذا واكتفاؤه بتحسين الترمذي

عن أحد من السلف ، وان أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته وأن يلحق برمضان ما ليس منه

ولنا ماروى أبو أيوب قال : قال رسول الله ﷺ « من صام رمضان واتبعه ستا من شوال فكأنما صام الدهر » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال أحمد هو من ثلاثة أوجه عن نبي ﷺ ولا يجري مجرى التقديم لرمضان لان يوم العيد فاصل. وروى سعيد باسناده عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « من صام رمضان شهر بعشرة اشهر وصام ستة ايام بعد الفطر وذلك تمام سنة » يعني أن الحسنة بعشر امثالها فالشهر بعشرة والستة بستين يوماً فذلك سنة كاملة فان قيل فالحديث لا يدل على فضيلتها لانه شبه صيامها بصيام الدهر وهو مكروه قلنا : انما كره صوم الدهر لما فيه من الضعف والتشبه بالتبتل لولا ذلك لكان فضلا عظيماً لاستغراقه الزمان بالعبادة والطاعة والمراد بالخبر التشبيه به في حصول العبادة به على وجه لامشقة فيه كما قال عليه السلام « من صام ثلاثة أيام من كل شهر كان كمن صام الدهر » مع ان ذلك لايكره بل يستحب بغير خلاف وكذلك نهى عبد الله بن عمرو عن قراءة القرآن في أقل من ثلاث وقال « من قرأ (قل هو الله أحد) فكأنما قرأ ثلث القرآن » أراد التشبيه بثلث القرآن في الفضل لا في كراهة الزيادة عليه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين كونها متتابعة أو متفرقة في اول الشهر أو في آخره لان الحديث ورد مطلقاً من غير تقييد ولان فضيلتها لكونها تصير مع الشهر عشر السنة والحسنة بعشر أمثالها فيكون كانه صام السنة كلها فاذا وجد ذلك في كل سنة صار

ذلك في كل سنة صار كصيام الدهر كله وهذا المعنى يحصل مع التفريق والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال وصيام عاشوراء كفارة سنة ويوم عرفة كفارة سنتين)

وجملته أن صيام هذين اليومين مستحب لما روى أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال « صيام عرفة اني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله والسنة التي بعده » وقال في صيام عاشوراء « اني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله » أخرجه مسلم اذا ثبت هذا فان عاشوراء هو اليوم العاشر من المحرم وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن لما روى ابن عباس قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصوم يوم عاشوراء العاشر من المحرم رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروي عن ابن عباس أنه قال التاسع وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم التاسع أخرجه مسلم بمعناه وروى عنه عطاء أنه قال صوموا التاسع والعاشر ولا تشبهوا باليهود . اذا ثبت هذا فانه يستحب صوم التاسع والعاشر لذلك نص عليه احمد وهو قول اسحاق قال احمد فان اشتبه عليه أول الشهر صام ثلاثة أيام وانما يفعل ذلك ليتيقن صوم التاسع والعاشر

(فصل) واختلف في صوم عاشوراء هل كان واجبا فذهب القاضي الى أنه لم يكن واجبا وقال هذا قياس المذهب واستدل بشيئين

(أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر من لم يأكل بالصوم والنية في الليل شرط في الواجب

كصيام الدهر كله وهذا المعنى يحصل مع التفريق والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ وصيام يوم عاشوراء كفارة سنة ويوم عرفة كفارة سنتين ولا يستحب لمن كان بعرفة

صيام هذين اليومين مستحب لما روي أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال في صيام عرفة « اني احتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله والسنة التي بعده » وقال في صيام عاشوراء « أني احتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله » أخرجه مسلم

(فصل) يوم عاشوراء هو اليوم العاشر من المحرم هذا قول سعيد بن المسيب والحسن لما روي ابن عباس قال أمر رسول الله ﷺ بصوم يوم عاشوراء العاشر من المحرم أخرجه الترمذي وقال حسن صحيح وروى عن ابن عباس أنه التاسع وروي أن النبي ﷺ كان يصوم التاسع أخرجه مسلم بمعناه وروي عنه عطاء أنه قال صوموا التاسع والعاشر ولا تشبهوا باليهود فعلى هذا يستحب صوم التاسع والعاشر نص عليه احمد وهو قول اسحاق قال احمد فان اشتبه عليه أول الشهر صام ثلاثة أيام وانما يفعل ذلك ليحصل له التاسع والعاشر يقيناً

(فصل) واختلف في صوم عاشوراء هل كان واجبا فذهب القاضي الى أنه لم يكن واجبا وقال هذا قياس المذهب واستدل بأمرين

(أحدهما) أن النبي ﷺ أمر من لم يأكل بالصوم والنية في الليل شرط في الواجب

(والثاني) أنه لم يأمر من أكل بالقضاء ويشهد لهذا ماروى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان هذا يوم عاشوراء لم يكتب الله عليكم صيامه فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » وهو حديث صحيح وروي عن احمد أنه كان مفروضاً لما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه فلما افترض رمضان كان هو الفريضة وترك عاشوراء فمن شاء صامه ومن شاء تركه وهو حديث صحيح وحديث معاوية محمول على أنه أراد ليس هو مكتوبا عليكم الآن وأما تصحيحه بنية من النهار وترك الامر بقضائه فيحتمل أن نقول من لم يدرك اليوم بكماله لم يلزمه قضاؤه كما قلنا فيمن أسلم وبلغ في أثناء يوم من رمضان على أنه قد روى أبو داود ان أسلم أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال « صمتم يومكم هذا؟ » قالوا لا قال « فأتموا بقية يومكم واقضوه »

(فصل) فاما يوم عرفة فهو اليوم التاسع من ذي الحجة سمي بذلك لان الوقوف بعرفة فيه وقيل سمي يوم عرفة لان ابراهيم عليه السلام أري في المنام ليلة التروية أنه يؤمر بذبح ابنه فأصبح يومه يتروى هل هذا من الله أو حلم فسمي يوم التروية فلما كانت الليلة الثانية رآه أيضا فاصبح يوم عرفة فعرف أنه من الله فسمي يوم عرفة وهو يوم شريف عظيم وعيد كريم وفضله كبير وقد صح عن النبي ﷺ أن صيامه يكفر سنتين

(فصل) وأيام عشر ذي الحجة كلها شريفة مفضلة يضاعف العمل فيها ويستحب الاجتهاد في العبادة فيها لما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ما من أيام العمل الصالح فيهن احب الى الله من هذه الايام العشر » قالوا يارسول الله ولا الجهاد في سبيل الله فقال رسول الله ﷺ «ولا

(والثاني) أنه لم يأمر من أكل بالقضاء ويشهد لهذا ماروى معاوية قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان هذا يوم عاشوراء لم يكتب الله عليكم صيامه فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » وهو حديث صحيح وروي عن أحمد أنه كان مفروضا لما روت عائشة أن النبي ﷺ صامه وأمر بصيامه فلما افترض رمضان كان هو الفريضة وترك عاشوراء فمن شاء صامه ومن شاء تركه حديث صحيح وحديث معاوية محمول على أنه أراد ليس هو مكتوبا عليكم الآن . وأما تصحيحه بنيـة من النهار وترك الامر بقضائه فيحتمل أن يقول من لم يدرك اليوم بكماله لم يلزمه قضاؤه كما قلنا فيمن أسلم وبلغ في أثناء يوم من رمضان على أنه قد روى أبو داود ان أسلم أتت النبي ﷺ فقال « صمتم يومكم هذا ؟ » قالوا لا قال « فأتموا بقية يومكم واقضوه »

(فصل) فأما يوم عرفة فهو اليوم التاسع من ذي الحجة لا نعلم فيه خلافا سمي بذلك لان الوقوف بعرفة فيه وقيل سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام أري في المنام ليلة التروية أنه يؤمر بذبح ابنه فأصبح يومه يتروى هل هذا من الله أو حلم فسمي يوم التروية فلما كانت الليلة الثانية رآه أيضا فأصبح فعرف أنه من الله فسمي يوم عرفة وهو يوم شريف عظيم وفضله كبير

الجهاد في سبيل الله الا رجلا خرج بنفسه وماله فلم يرجع من ذلك بشيء» وهو حديث حسن صحيح وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «ما من أيام أحب الى الله عز وجل أن يتعبد له فيها من عشر ذي الحجة يعدل صيام كل يوم منها بصيام سنة وقيام كل ليلة منها بقيام ليلة القدر وهذا حديث غريب اخرجه الترمذي وروى ابو داود باسناده عن بعض أزواج النبي ﷺ قالت كان رسول الله ﷺ يصوم تسع ذي الحجة ويوم عاشوراء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يستحب لمن كان بعرفة أن يصوم ليتقوى على الدعاء)

ا كثر أهل العلم يستحبون الفطر يوم عرفة بعرفة وكانت عائشة وابن الزبير يصومانه وقال قتادة لا بأس به اذا لم يضعف عن الدعاء وقال عطاء اصوم في الشتاء ولا أصوم في الصيف لان كراهة صومه انما هي معللة بالضعف عن الدعاء فاذا قوي عليه أو كان في الشتاء لم يضعف فتزول الكراهة

ولنا ما روي عن ام الفضل بنت الحارث ان ناساً تماروا بين يديها يوم عرفة في رسول الله ﷺ فقال بعضهم صائم وقال بعضهم ليس بصائم فارسلت اليه بقدح من لبن وهو واقف على بعيره بعرفات فشربه النبي ﷺ متفق عليه وقال ابن عمر حججت مع النبي ﷺ فلم يصمه يعني يوم عرفة ومع أبي بكر فلم يصمه ومع عمر فلم يصمه ومع عثمان فلم يصمه وأنا لا أصومه ولا آمر به ولا انهى عنه اخرجه الترمذي وقال حديث حسن وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة ولان الصوم يضعفه ويمنعه الدعاء في هذا اليوم المعظم الذي يستجاب فيه الدعاء في ذلك الموقف الشريف الذي يقصد من كل فج عميق رجاء فضل الله فيه واجابة دعائه به فكان تركه أفضل

(فصل) ولا يستحب لمن كان بعرفة أن يصومه ليتقوى على الدعاء عند ا كثر أهل العلم وكانت عائشة وابن الزبير يصومانه ، وقال قتادة لا بأس به اذا لم يضعف عن الدعاء ، وقال عطاء أصوم في الشتاء ولا أصوم في الصيف لان كراهة صومه انما هي معللة بالضعف عن الدعاء فاذا قوي عليه أو كان في الشتاء لم يضعف فتزول الكراهة

ولنا ماروي عن أم الفضل بنت الحارث أن ناسا تماروا بين يديها يوم عرفة في رسول الله ﷺ فقال بعضهم صائم وقال بعضهم ليس بصائم فأرسلت اليه بقدح من لبن وهو واقف على بعيره، بعرفات فشربه النبي ﷺ متفق عليه، وقال ابن عمر حججت مع النبي ﷺ فلم يصمه يعني يوم عرفة ومع أبي بكر فلم يصمه ومع عمر فلم يصمه ومع عثمان فلم يصمه وأنا لا أصومه ولا آمر به ولا أنهى عنه . قال الترمذي حديث حسن وعن أبي هريرة ان النبي ﷺ نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة رواه أبوداود لان الصوم يضعفه ويمنعه من الدعاء في هذا اليوم المعظم الذي يستجاب فيه الدعاء في ذلك الموقف الشريف الذي يقصد من كل فج عميق رجاء فضل الله فيه واجابة دعائه فكان تركه أفضل

(فصل) روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن

(فصل) وأفضل الصيام أن تصوم يوما وتفطر يوما لما روى عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ قال له صم يوما وافطر يوما فذلك صيام داود وهو أفضل الصيام فقلت اني أطيق أفضل من ذلك فقال النبي ﷺ لا أفضل من ذلك» متفق عليه

﴿مسألة﴾ (ويستحب صيام عشر ذي الحجة)

أيام عشر ذي الحجة كلها شريفة مفضلة يضاعف العمل الصالح فيها ويستحب صومها والاجتهاد في العبادة فيها لما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ ما من أيام العمل الصالح فيهن أحب الى الله من هذه الايام يعني أيام العشر قالوا يارسول الله ولا الجهاد في سبيل الله قال « ولا الجهاد في سبيل الله إلا رجلا خرج بنفسه وماله فلم يرجع من ذلك بشيء» حديث حسن صحيح ، وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «ما من أيام احب الى الله بأن يتعبد له فيها من عشر ذي الحجة يعدل صيام كل يوم منها بصيام سنة وقيام كل ليلة منها بقيام ليلة القدر» اخرجه الترمذي وقال غريب، وروى أبو داود عن بعض أزواج النبي ﷺ قالت كان رسول الله ﷺ يصوم تسع ذي الحجة ويوم عاشوراء

﴿ مسئلة ﴾ (وافضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم) وذلك لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن .

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره افراد رجب بالصوم)

قال احمد ان صام رجل افطر فيه يوما أو اياما بقدر مالا يصومه كله وذلك لما روى احمد باسناده عن خرشة ابن الحر قال رأيت عمر يضرب اكف المترجبين حتى يضعوها في الطعام ويقول كلوا فانما هو شهر كانت تعظمه الجاهلية، وباسناده عن ابن عمر أنه كان اذا رأى الناس وما يعدونه لرجب كرهه وقال صوموا منه وافطروا وعن ابن عباس نحوه ، وباسناده عن أبي بكرة انه دخل على أهله وعندهم سلال جدد وكيزان فقال ما هذا ؟ فقالوا رجب نصومه فقال أجعلتم رجب رمضان فاكفأ السلال وكسر الكيزان قال احمد من كان يصوم السنة صامه والا فلا يصومه متواليا بل يفطر فيه ولا يشبهه برمضان

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره افراد يوم الجمعة ويوم السبت ويوم الشك ويوم النيروز والمهرجان الا أن يوافق عادة)

وجملته انه يكره إفراد يوم الجمعة بالصوم الا أن يوافق عادة مثل من يصوم يوما ويفطر يوما فيوافق صومه يوم الجمعة أو من عادته صومه أول يوم الشهر أو آخره أو يوم لضعفه ونحو ذلك نص

(فصل) وروى أبو داود باسناده عن اسامة بن زيد أن نبي الله ﷺ كان يصوم يوم الاثنين والخميس فسئل عن ذلك فقال إن أعمال الناس تعرض يوم الاثنين والخميس

﴿ مسئلة ﴾ قال (وايام البيض التي حض رسول الله ﷺ على صيامها هي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر

عليه احمد في رواية الأثرم قال قيل لابي عبد الله صيام يوم الجمعة فذكر حديث النهي ان يفرد. ثم قال الا ان يكون في صيام كان يصومه . أما ان يفرد فلا قال قلت رجل كان يصوم يوما ويفطر يومافوقع فطره يوم الخميس وصومه يوم الجمعة وفطره يوم السبت فصام الجمعة مفردا فقال هذا الآن لم يتعمد صومه خاصة انما كره ان يتعمد الجمعة ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يكره افراد الجمعة لانه يوم فأشبه سائر الايام .

ولنا ما روى ابو هريرة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يصومن احدكم يوم الجمعة الا ان يصوم يوما قبله او يوما بعده » وقال محمد بن عباد سألت جابراً :انهى رسول الله ﷺ عن صوم يوم الجمعة ؟ قال نعم متفق عليهما وعن جويرية بنت الحرث ان النبي ﷺ دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال « صمت امس ؟ » قالت لا قال « اتريدين ان تصومي غدا ؟ » قالت لا قال « فافطري » رواه البخاري وسنة رسول الله ﷺ احق ان تتبع وهذا الحديث يدل على ان المكروه افراده لان نهيه معلل بكونها لم تصم أمس ولا غدا

(فصل) ويكره إفراد يوم السبت بالصوم ذكره أصحابنا لما روى عبد الله بن بسر عن النبي ﷺ انه قال « لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم » قال الترمذي هذا حديث حسن، وروي أيضا عن عبد الله بن بسر عن أخته الصماء أن النبي ﷺ قال « لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم ، فان لم يجد أحدكم إلا لحاء من عنب أو عود شجرة فليمضغه » رواه ابو داود قال اسم أخت عبد الله بن بسر هجيمة أو جهيمة ، قال الأثرم قال أبو عبد الله : أما صيام يوم السبت ينفرد به ، فقد جاء فيه حديث الصماء والمكروه افراده فان صام معه غيره لم يكره لحديث أبي هريرة وجويرية ، وإن وافق صوما لانسان لم يكره لما قدمناه

(فصل) ويكره صيام يوم الشك وهو يوم الثلاثين من شعبان اذا كانت السماء مصحية ولم يروا الهلال الأن يوافق صوما كان يصومه كمن عادته صوم يوم ، وفطر يوم أو صوم يوم الخميس ، أو صوم آخر يوم من الشهر وشبه ذلك ، أو من صام قبل ذلك بأيام فلا بأس بصومه لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا يتقدمن أحدكم رمضان بصيام يوم أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صياما فليصمه » متفق عليه ، ويحتمل أن يحرم لقول عمار : من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم ﷺ . حديث حسن صحيح

وجملة ذلك أن صيام ثلاثة أيام من كل شهر مستحب لا نعلم فيه خلافا وقد روى ابو هريرة قال اوصاني خليلي بثلاث صيام ثلاثة أيام من كل شهر وركعتي الضحى وان اوتر قبل أن أنام وعن عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ قال له « صم من الشهر ثلاثة أيام فان الحسنة بعشر أمثالها وذلك مثل صيام الدهر » متفق عليهما ويستحب ان يجعل هذه الثلاثة أيام البيض لما روى ابو ذر قال قال

(فصل) ويكره افراد يوم النيروز والمهرجان بالصوم ذكره أصحابنا لانهما يومان يعظمها الكفار فيكون تخصيصهما بالصيام دون غيرهما موافقة لهم في تعظيمهما فكره كيوم السبت ، وعلى قياس هذا كل عيد للكفار ، أو يوم يفردونه بالتعظيم يكره افراده بالصوم لما ذكرنا إلا أن يوافق عادة فلا يكره لما ذكرنا في الفصول المتقدمة

(فصل) في الوصال وهو ان لا يفطر بين اليومين أو الايام بأكل وشرب وهو مكروه في قول اكثر أهل العلم وروي عن ابن الزبير انه كان يواصل اقتداء برسول الله ﷺ

ولنا ماروى ابن عمر قال واصل رسول الله ﷺ في رمضان فواصل الناس فنهى رسول الله ﷺ عن الوصال فقالوا انك تواصل فقال « إني لست مثلكم اني اطعم واسقى » متفق عليه وهذا يقتضي اختصاصه بذلك ومنع الحاق غيره به وقوله (اني أطعم وأسقى) يحتمل أنه أراد أني اعان على الصيام ويغنيه الله تعالى عن الشراب والطعام بمنزلة من طعم وشرب ويحتمل أنه اراد إني اطعم حقيقة واسقى حقيقة حملا للفظ على حقيقته والاول اظهر لوجهين

(أحدهما) أنه لو طعم وشرب حقيقة لم يكن مواصلا وقد أقرهم على قولهم انك تواصل

(والثاني) أنه قد روي أنه قال « اني اظل يطعمني ربي ويسقيني » وهذا يقتضي أنه في النهار ولا يجوز الأكل في النهار له ولا لغيره . اذا ثبت هـذا فان الوصال غير محرم وظاهر قول الشافعي أنه حرام لظاهر النهي .

ولنا(١) أنه ترك الاكل والشرب المباح فلم يكن محرما كما لو تركه في حال الفطر فان قيل فصوم يوم العيد محرم مع كونه تركا للأكل والشرب المباح قلنا ماحرم ترك الأكل والشرب بنفسه وانما حرم نية الصوم ولهذا لو تركه من غير نية الصوم لم يكن محرما وأما النهي فانما أتى به رحمة لهم ورفقا بهم لما فيه من المشقة عليهم كما نهى عبد الله بن عمرو عن صيام النهار وقيام الليل وعن قراءة القرآن في أقل من ثلاث وقالت عائشة نهى رسول الله ﷺ عن الوصال رحمة لهم وهذه قرينة صارفة عن التحريم ولهذا لم يفهم منه اصحاب رسول الله ﷺ التحريم بدليل أنهم واصلوا بعده ولو فهموا منه التحريم لما فعلوه قال أبو هريرة نهى رسول الله ﷺ عن الوصال فلما أبوا أن ينتهوا واصل بهم يوما ويوما ثم رأوا الهلال فقال « لو تأخر لزدتكم » كالمنكل لهم حين أبوا أن ينتهوا متفق عليه فان واصل الى السحر جاز لما روى أبو سعيد انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تواصلوا فأيكم اراد أن يواصل فليواصل الى السحر » أخرجه البخاري وتعجيل الفطر أفضل لما قدمناه

(١) كل ما أورده لنهي الشارع في الوصال كالعيد والصيام لا يتحقق الا بالنية ولو نوى ولم يصم بأن فسخ نيته لم يكن مخالفا للنهي وحكمة النهي لا تنافي حظر المنهي عنه ووصال بعض الصحابة ليس حجة على انه لم ينقله الا عن الزبير فعزوه الى جماعة الصحابة ايهام غير لائق

رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا أبا ذر اذا صمت من الشهر فصم ثلاث عشرة واربع عشرة وخمس عشرة » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن ، وروى النسائي أن النبي ﷺ قال لاعرابي «كل» قال اني صائم قال «صوم ماذا؟» قال صوم ثلاثة أيام من الشهر قال «ان كنت صائما فعليك بالغر البيض ثلاث عشرة واربع عشرة وخمس عشرة » وعن ملحان القيسي قال كان رسول الله

(فصل) في صوم الدهر روى أبو قتادة قال قيل يارسول الله فكيف بمن صام الدهر؟ قال «لا صام ولا افطر أولم يصم ولم يفطر» قال الترمذي هذا حديث حسن وعن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من صام الدهر ضيقت عليه جهنم» قال الاثرم قيل لابي عبد الله وفسر مسدد حديث أبي موسى من صام الدهر ضيقت عليه جهنم فلا يدخلها فضحك وقل من قال هذا؟ وأين حديث عبدالله ابن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم كره ذلك ومافيه من الاحاديث؟ قال أبو الخطاب انما يكره اذا أدخل فيه يومي العيدين وأيام التشريق لان احمد قال إذا افطر يومي العيدين وأيام التشريق رجوت ان لا يكون بذلك بأس. وروي نحو هذا عن مالك وهو قول الشافعي لان جماعة من الصحابة كانوا يسردون الصوم منهم أبو طلحة قيل إنه صام بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم اربعين سنة

قال شيخنا ويقوى عندي أن صوم الدهر مكروه وان لم يصم هذه الايام فان صامها فقد فعل محرما وانما كره صوم الدهر لما فيه من المشقة والضعف وشبه التبتل المنهي عنه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبدالله بن عمرو «انك لتصوم الدهر وتقوم الليل ؟» قلت نعم قال «انك اذا فعلت ذلك هجمت له عينك[1] ونفهت له النفس، لا صام من صام الدهر، صوم ثلاثة أيام صوم الدهر كله» وذكر الحديث رواه البخاري.

(فصل) ويكره استقبال رمضان باليوم واليومين لقول النبي صلي الله عليه وسلم «لايتقدمن أحدكم رمضان بصوم يوم ولا يومين الا ان يكون رجل كان يصوم صياما فليصمه » متفق عليه وما وافق من هذا كله عادة فلا بأس لهذا الحديث ، وقد دل هذا الحديث بمفهومه على جواز التقدم باكثر من يومين ، وروي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «اذا كان النصف من شعبان فامسكوا عن الصيام حتى يكون رمضان » وهذا حديث حسن فيحمل الأول على الجواز ، وهذا على نفي الفضيلة جمعاً بينهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ولايجوز صوم العيدين عن فرض ولا تطوع وان قصد صيامها كان عاصيا ولم يجزه عن الفرض)

اتفق اهل العلم على ان صوم يومي العيدين محرم في التطوع والنذر المطلق والقضاء والكفارة وذلك لما روى أبو عبيد مولى ابن أزهر قال شهدت العيد مع عمر بن الخطاب فجاء فصلى ثم انصرف فخطب الناس فقال ان هذين يومين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامها يوم فطركم من

(١) الصواب في هذه الرواية «العين» وهي ما اخرجه البخاري في كتاب الصوم ، وفي باب التهجد « هجمت عينك ونفهت نفسك» بدون كلمة له وهجمت العين غارت اوضعفت ونفهت النفس بكسر الفاء ملت وتعبت

صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نصوم البيض ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة وقال هو كهيئة الدهر اخرجه أبو داود وسميت أيام البيض لابيضاض ليلها كله بالقمر والتقدير أيام الليالى البيض وقيل إن الله تاب على آدم فيها وبيض صحيفته ذكره أبو الحسن التميمي

(فصل) ويجب على الصائم أن ينزه صومه عن الكذب والغيبة والشتم قال احمد ينبغي للصائم أن

صيامكم والآخر يوم تأكلون فيه من نسككم وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يومين يوم فطر ويوم اضحى متفق عليهما والنهي يقتضي فساد المنهي عنه وتحريمه اما صومهما عن النذر المعين ففيه خلاف نذكره في باب النذر ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز صيام أيام التشريق تطوعا وفي صيامها عن الفرض روايتان)

وجملة ذلك أن أيام التشريق منهي عن صيامها لما روى نبيشة الهذلي قال : قال رسول الله ﷺ « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » رواه مسلم ، وعن عمرو بن العاص أنه قال : هذه الايام التي كان رسول الله ﷺ يأمرنا بافطارها وينهى عن صيامها ، قال مالك وهي أيام التشريق رواه أبو داود ، ولا يحل صيامها تطوعا في قول أكثر أهل العلم ، وعن ابن الزبير أنه كان يصومها ، وروي نحو ذلك عن ابن عمر والاسود بن يزيد وعن أبي طلحة أنه كان لايفطر إلا يومي العيدين ، والظاهر أن هؤلاء لم يبلغهم نهي رسول الله ﷺ عن صيامها ، ولو بلغهم لم يعدوه إلى غيره ، وأما صومها عن الفرض ففيه روايتان

(احداهما) لايجوز لانه منهي عن صيامها فأشبهت يومي العيدين

(والثانية) يجوز لما روي عن ابن عمر وعائشة أنهما قالا : لم يرخص في أيام التشريق إلا لمن لم يجد الهدي أن يصوم وهو حديث صحيح ويقاس عليه سائر المفروض

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شرع في صوم أو صلاة تطوعا استحب له اتمامه ولا يلزمه ، فان أفسده فلا قضاء عليه)

لما روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما أصبحا صائمين ثم أفطرا ، وقال ابن عمر لابأس به ما لم يكن نذراً أو قضاء رمضان ، وقال ابن عباس اذا صام الرجل تطوعا ثم شاء أن يقطعه قطعه ، واذا دخل في صلاة تطوعا ثم شاء أن يقطعها قطعها ، وقال ابن مسعود متى أصبحت تريد الصوم فأنت على خير النظرين إن شئت صمت وإن شئت أفطرت . هذا قول أحمد والثوري والشافعي واسحاق ، وقد روى حنبل عن أحمد اذا أجمع على الصيام فأوجبه على نفسه فأفطر من غير عذر أعاد ذلك اليوم وهذا محمول على أنه استحب ذلك أو نذره ليكون موافقاً لسائر الروايات عنه ، وقال النخعي وأبو حنيفة ومالك : يلزم بالشروع فيه ولا يخرج منه إلا بعذر فان خرج قضاه ، وعن مالك لاقضاء عليه ، واحتج من أوجب القضاء بما روي عن عائشة أنها قالت . أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين

يتعاهد صومه من لسانه ولايماري ويصون صومه كانوا اذا صاموا قعدوا في المساجد وقالوا نحفظ صومنا ولا يغتاب أحدا ولا يعمل عملا يجرح به صومه وقال رسول الله ﷺ «من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه» وقال أبو هريرة قال رسول الله ﷺ «قال الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فانه لي وأنا أجزي به الصيام جنة فاذا كان يوم صوم أحدكم فلا

فأهدي لنا حيس فأفطرنا ثم سألنا رسول الله ﷺ فقال « اقضيا يوما مكانه » ولانها عبادة تلزم بالنذر فلزمت بالشروع فيها كالحج والعمرة

ولنا ماروى مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة قالت : دخل عليّ رسول الله ﷺ يوما فقال « هل عندكم شيء » فقلت لا ، قال « فاني صائم » ثم مرَّ بي بعد ذلك اليوم وقد أهدي لنا حيس فخبأت له منه وكان يحب الحيس قلت يارسول الله : انه أهدي لنا حيس فخبأت لك منه قال « ادنيه أما اني قد أصبحت وأنا صائم » فأكل منه ثم قال « انما مثل صوم التطوع مثل الرجل يخرج من ماله الصدقة فان شاء أمضاها ، وإن شاء حبسها » هذا لفظ رواية النسائي وهو أتم من غيره

وروت أم هانيء قالت : دخلت على رسول الله ﷺ فأتى بشراب فناولنيه فشربت منه ثم قلت يارسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة ، فقال لها « أكنت تقضين شيئا؟ » قالت لا ، قال « فلا يضرك إن كان تطوعا » رواه سعيد وأبو داود والأثرم ، وفي لفظ قالت قلت اني صائمة ، فقال رسول الله ﷺ « إن المتطوع أمير نفسه ، فان شئت فصومي ، وإن شئت فافطري » ولان كل صوم لو أتمه كان تطوعا اذا خرج منه لم يجب قضاؤه كما لو اعتقد أنه من رمضان فبان من شعبان ؛ فأما خبرهم فقال أبو داود لايثبت ، وقال الترمذي فيه مقال وضعفه الجوزجاني وغيره ، ثم هو محمول على الاستحباب . اذا ثبت هذا فانه يستحب له اتمامه ، وإن خرج منه استحب قضاؤه للخروج من الخلاف وعملا بالخبر الذي رووه

(فصل) وسائر النوافل من الاعمال حكمها حكم الصيام في أنها لاتلزم بالشروع ولايجب قضاؤها اذا أفسدها إلا الحج والعمرة فانهما يخالفان سائر العبادات في هذا لتأكد احرامهما ولا يخرج منهما بافسادهما ولو اعتقد أنهما واجبان ولم يكونا واجبين لم يكن له الخروج منهما ، وقد روي عن أحمد في الصلاة مايدل على أنها تلزم بالشروع . قال الأثرم قلت لابي عبد الله الرجل يصبح صائما متطوعا أيكون بالخيار ؟ والرجل يدخل في الصلاة له أن يقطعها ، قال الصلاة أشد أما الصلاة فلا يقطعها ، قيل له فان قطعها قضاها ؟ قال إن قضاها فليس فيه اختلاف ومال أبو اسحاق الجوزجاني إلى هذا القول ، وقال الصلاة ذات احرام واحلال فلزمت بالشروع فيها كالحج ، وأكثر أصحابنا على أنها لاتلزم أيضا وهو قول ابن عباس لان ماجاز ترك جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة . والحج والعمرة يخالفان غيرهما بما ذكرنا

يرفث ولا يصخب فان سابه أحد أو قاتله فليقل اني امرؤ صائم والذي نفس محمد بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك، للصائم فرحتان يفرحهما، اذا أفطر فرح، وإذا لقي ربه فرح بصومه » متفق عليهما

(فصل) في ليلة القدر وهي ليلة شريفة مباركة معظمة مفضلة قال الله تعالى (ليلة القدر خير من الف شهر) قيل معناه العمل فيها خير من العمل في الف شهر ليس فيها ليلة القدر وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من قام ليلة القدر إيمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » متفق عليه وقيل انما سميت ليلة القدر لانه يقدر فيها ما يكون في تلك السنة من خير ومصيبة ورزق وبركة يروى ذلك عن ابن عباس قال الله تعالى (فيها يفرق كل أمر حكيم) وسماها مباركة فقال تعالى (إنا أنزلناه في ليلة مباركة إنا كنا منذرين) وهي ليلة القدر بدليل قوله سبحانه (إنا أنزلناه في ليلة القدر) وقال تعالى (شهر رمضان الذي انزل فيه القرآن) يروى أن جبريل نزل به من بيت العزة إلى السماء الدنيا في ليلة القدر ثم نزل به على النبي صلى الله عليه وسلم نجوما في ثلاث وعشرين سنة. وهي باقية لم ترفع لما روى أبو ذر قال قلت يا رسول الله ليلة القدر رفعت مع الانبياء أو هي باقية إلى يوم القيامة، قال «باقية إلى يوم القيمة» قلت في رمضان أو في غيره؟ قال «في رمضان» فقلت في العشر الاول أو الثاني أو الآخر؟ فقال « في العشر الآخر » واكثر أهل العلم على أنها في رمضان وكان ابن مسعود

(فصل) فان دخل في صوم واجب كقضاء رمضان أو نذر معين ، أو مطلق ، أو صيام كفارة لم يجز له الخروج منه لان المتعين وجب الدخول فيه وغير المتعين تعين بدخوله فيه فصار بمنزلة المتعين وهذا لا خلاف فيه بحمد الله

﴿ مسئلة ﴾ (وتطلب ليلة القدر في العشر الاواخر من رمضان وليالي الوتر آكدها)

ليلة القدر ليلة شريفة مباركة معظمة مفضلة قال الله تعالى (ليلة القدر خير من ألف شهر) قيل معناه العمل فيها خير من العمل في ألف شهر ليس فيها ليلة القدر، وقال النبي ﷺ « من قام ليلة القدر إيمانًا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه » متفق عليه ، قيل انما سميت ليلة القدر لأنه يقدر فيها مايكون في تلك السنة من خير ومصيبة ، ورزق وبركة ، يروى ذلك عن ابن عباس قال الله تعالى (يفرق فيها كل أمر حكيم) وسماها مباركة فقال تعالى (انا أنزلناه في ليلة مباركة) وهي ليلة القدر بدليل قوله سبحانه (انا أنزلناه في ليلة القدر) وقال تعالى (شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن) يروى أن جبريل نزل به من بيت العزة الى سماء الدنيا في ليلة القدر ثم نزل به على النبي صلى الله عليه وسلم نجوما في ثلاث وعشرين سنة وهي باقية لم ترفع لما روى أبو ذر قال قلت يارسول الله ليلة القدر رفعت مع الانبياء أو هي باقية الى يوم القيامة ؟ فقال « باقية الى يوم القيامة » قلت في رمضان أو في غيره ؟ قال «في رمضان» فقلت في العشر الاول أو الثاني أو الآخر ؟ فقال «في العشر الآخر»

واكثر أهل العلم على أنها في رمضان وكان ابن مسعود يقول من يقم الحول يصيبها يشير الى

يقول من يقم الحول يصبها يشير إلى أنها في السنة كلها وفي كتاب الله تعالى ما يبين أنها في رمضان لان الله أخبر أنه أنزل القرآن في ليلة القدر وانه أنزله في رمضان فيجب أن تكون ليلة القدر في رمضان لئلا يتناقض الخبران ولأن النبي ﷺ ذكر أنها في رمضان في حديث ابي ذر وقال «التمسوها في العشر الاواخر في كل وتر » متفق عليه وقال أبي بن كعب : والله لقد علم ابن مسعود أنها في رمضان ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا ، إذا ثبت هذا فانه يستحب طلبها في جميع ليالى رمضان وفي العشر الاواخر آكد وفي ليالى الوتر منه آكد وقال احمد هي في العشر الاواخر في وتر من الليالى لا يخطيء إن شاء الله كذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اطلبوها في العشر الاواخر في ثلاث بقين أو سبع بقين أو تسع بقين » وروى سالم عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ « أرى رؤيا كم قد تواطأت على أنها في العشر الاواخر فالتمسوها في العشر الاواخر في الوتر منها » متفق عليه وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ اذا دخل العشر الاواخر من رمضان أحيا الليل وأيقظ أهله وشد المئزر . متفق عليه قالت : وكان يجتهد في العشر الاواخر ما لا يجتهد في غيرها . وقال علي رضي الله عنه . إن النبي ﷺ كان يوقظ أهله في العشر الاواخر : وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ يجاور في العشر الاواخر من رمضان . وفي لفظ للبخاري « تحروا ليلة القدر في الوتر في العشر الاواخر من رمضان وكل هذه الاحاديث صحيحة

(فصل) واختلف أهل العلم في ارجىء هذه الليالى فقال ابي بن كعب وعبد الله بن عباس هي

أنها في السنة كلها ، وفي كتاب الله تعالى مايبين أنها في رمضان لان الله تعالى أخبر أنه انزل القرآن في ليلة القدر وأنه انزله في رمضان فيجب ان يكون في رمضان لئلا يتناقض الخبران ولان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أنها في رمضان في حديث ابي ذر وقال التمسوها في العشر الاواخر في كل وتر متفق عليه وقال أبي بن كعب والله لقد علم ابن مسعود انها في رمضان ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا ، اذا ثبت هذا فانه يستحب طلبها في جميع ليالي رمضان وفي العشر الاواخر آكد وفي ليالي الوتر آكد قال احمد في العشر الاواخر في الوتر من الليالي لاتخطيء انشاء الله كذا روي عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اطلبوها في العشر الاواخر في ثلاث بقين أو سبع بقين أو تسع بقين » وروى سالم عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أرى رؤياكم قد تواطأت على أنها في العشر الأواخر فالتمسوها في العشر الاواخر في الوتر منها » متفق عليه وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يجاور في العشر الاواخر من رمضان ، وفي لفظ البخاري تحروا ليلة القدر في الوتر في العشر الأواخر من رمضان والاحاديث في ذلك كثيرة صحيحة

﴿مسألة﴾ (وأرجاها ليلة سبع وعشرين)

اختلف أهل العلم في أرجى هذه الليالي فقال أبي بن كعب وعبد الله بن عباس هي ليلة سبع

ليلة سبع وعشرين قال زر بن حبيش قلت لابي بن كعب أماعلمت أبا المنذر أنها ليلة سبع وعشرين؟ قال بلى أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها ليلة صبيحتها تطلع الشمس ليس لها شعاع فعددنا وحفظنا والله لقد علم ابن مسعود أنها في رمضان وانها ليلة سبع وعشرين ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى أبو ذر في حديث فيه طول ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم في رمضان حتى بقي سبع فقام بهم حتى مضى نحو من ثلث الليل ثم قام بهم في ليلة خمس وعشرين حتى مضى نحو من شطر الليل حتى كانت ليلة سبع وعشرين فجمع نساءه وأهله واجتمع الناس قال فقام بهم حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح يعني السحور متفق عليه ، وحكي عن ابن عباس أنه قال سورة القدر ثلاثون كلمة السابعة والعشرون منها «هي»[1] وروى أبوداود باسناده عن معاوية عن النبي ﷺ في ليلة القدر قال ليلة سبع وعشرين، وقيل آكدها ليلة ثلاث وعشرين لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن عبد الله بن أنيس سأله فقال يا رسول الله اني أكون ببادية يقال لها الوطاة واني بحمد الله أصلي بهم فمرني بليلة من هذا الشهر انزلها في المسجد فأصليها فيه فقال «انزل ليلة ثلاث وعشرين فصلها فيه وان أحببت أن تستتم آخر هذا الشهر فافعل وان احببت فكف» فكان اذا صلى العصر دخل المسجد فلم يخرج الا في حاجة حتى يصلي الصبح فاذا صلى الصبح كانت دابته بباب المسجد ، رواه ابو داود مختصراً ، وقيل آكدها ليلة أربع وعشرين لانه روي عن

«١» اي كلمة هي يعني ان ضمير ليلة القدر « هي » اشارة الى انها ليلة ٢٧ لانها الكلمة ٢٧ وهذا النوع من الاستدلال غير لغوي ولا عقلي ولا يعرف عن احد من الصحابة وانما يعرف مثله عن اليهود وقال الحافظ ابن حجر وزعم ابن قدامة ان ابن عباس استنبط ذلك من عدد كلمات السورة الخ يعني أنه لم يثبت عنه برواية للمحدثين . وذكر ان ابن حزم نقله عن بعض المالكية وبالغ في انكاره وقال ابن عطية انه من ملح التفاسير وليس من متين العلم

وعشرين قال زر بن حبيش قلت لابي بن كعب أماعلمت أبا المنذر أنها ليلة سبع وعشرين؟ قال اخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها ليلة صبيحتها تطلع الشمس ليس لها شعاع فعددنا وحفظنا والله لقد علم ابن مسعود أنها في رمضان وانها ليلة سبع وعشرين ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى أبو ذر في حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم بهم في رمضان حتى بقي سبع فقام بهم حتى مضى نحو من ثلث الليل ثم قام بهم في ليلة خمس وعشرين حتى مضى نحو من شطر الليل حتى كانت ليلة سبع وعشرين فجمع نساءه وأهله واجتمع الناس قال فقام بهم حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح يعنى السحور متفق عليه

وحكي عن ابن عباس انه قال : سورة القدر ثلاثون كلمة السابعة والعشرون منها (هي) وروى أبو داود باسناده عن معاوية عن النبي ﷺ في ليلة القدر قال « ليلة سبع وعشرين » وقيل آكدها ليلة ثلاث وعشرين لانه روي عن النبي (ص) ان عبدالله بن أنيس سأله فقال يارسول الله اني أكون ببادية يقال لها الوطاة واني بحمد الله أصلي بهم فمرني بليلة من هذا الشهر أنزلها في المسجد فأصليها فيه فقال «انزل ليلة ثلاث وعشرين فصلها فيه وإن احببت أن تستتم آخر هذا الشهر فافعل وإن أحببت فكف» فكان إذا صلى العصر دخل المسجد فلم يخرج إلا في حاجة حتى يصلي الصبح فاذا صلى الصبح كانت دابته بباب المسجد . رواه أبو داود مختصراً ، وقيل آكدها ليلة أربع وعشرين لانه روي عن النبي

النبي ﷺ أنه قال « ليلة القدر أول ليلة من السبع الاواخر » وروي عن بعض الصحابة انه قال لم نكن نعد عددكم هذا وانما كنا نعد من آخر الشهر يعنى أن السابعة والعشرين هي أول ليلة من السبع الاواخر وروى أبو ذر قال : صمنا مع رسول الله ﷺ شهر رمضان فلم يقم بنا حتى كانت ليلة سبع بقيت فقام بنا نحوا من ثلث الليل ثم لم يقم ليلة ست فلما كانت ليلة خمس قام بنا النبي ﷺ نحوا من نصف الليل فقلنا يا رسول الله لو نفلتنا قيام هذه الليلة فقال « إن الرجل إذا صلى مع الامام حتى ينصرف كتب له قيام ليلة » فلما كانت ليلة ثلاث قام بنا حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح فقلت وما الفلاح ؟ قال السحور وأيقظ في تلك الليلة أهله ونساءه وبناته . رواه سعيد ، وقيل آكدها ليلة احدى وعشرين لما روى أبو سعيد عن النبي ﷺ أنه قال « أريت ليلة القدر ثم انسيتها فالتمسوها في العشر الاواخر في الوتر واني رأيت اني أسجد في صبيحتها في ماء وطين » قال فجاءت سحابة فمطرت حتى سال سقف المسجد وكان من جريد النخل فاقيمت الصلاة فرأيت رسول الله ﷺ يسجد في الماء والطين حتى رأيت أثر الماء والطين في جبهته ، وفي حديث في صبيحة احدى وعشرين متفق عليه ، قال الترمذي : قد روي أنها ليلة احدى وعشرين وليلة ثلاث وعشرين وليلة خمس وعشرين وليلة سبع وعشرين وليلة تسع وعشرين وآخر ليلة ، وقال أبو قلابة انها تنتقل في ليالي العشر قال الشافعي كان هذا عندي والله أعلم أن النبي ﷺ كان يجيب على نحو ما يسأل فعلى هذا كانت في السنة التي رأى أبو سعيد النبي ﷺ يسجد في الماء والطين ليلة احدى وعشرين وفي السنة التي أمر عبد الله ابن أنيس ليلة ثلاث وعشرين وفي السنة التي رأى ابي بن كعب علامتها ليلة سبع وعشرين وقدترى

(ص) انه قال ليلة القدر أول ليلة من السبع الاواخر . وروي عن بعض الصحابة انه قال : لم نكن نعد عددكم هذا وانما نعد من آخر الشهر يعني ان السابعة والعشرين هي أول ليلة من السبع الاواخر ، وقيل آكدها ليلة احدى وعشرين لما روى أبو سعيد عن النبي (ص) انه قال « أريت ليلة القدر ثم أنسيتها فالتمسوها في العشر الاواخر في الوتر واني رأيت اني أسجد في صبيحتها في ماء وطين » قال فجاءت سحابة فمطرت حتى سال سقف المسجد وكان من جريد النخل فأقيمت الصلاة فرأيت رسول الله (ص) يسجد في الماء والطين حتى رأيت أثر الماء والطين في جبهته ، وفي حديث « في صبيحة احدى وعشرين » متفق عليه قال الترمذي قد روي انها ليلة احدى وعشرين وليلة ثلاث وعشرين وليلة خمس وعشرين وليلة سبع وعشرين وليلة تسع وعشرين وآخر ليلة ، وقال أبو قلابة انها تنتقل في ليالي العشر قال الشافعي كان هذا عندي والله أعلم ان النبي (ص) كان يجيب على نحو ما يسأل ، فعلى هذا كانت في السنة التي رأى أبو سعيد ان النبي (ص) يسجد في الماء والطين ليلة احدى وعشرين وفي السنة التي أمر عبد الله بن أنيس ليلة ثلاث وعشرين وفي السنة التي رأى أبي بن كعب علامتها ليلة سبع وعشرين

علامتها في غير هذه الليالي قال بعض اهل العلم ابهم الله تعالى هذه الليلة على الامة ليجتهدوا في طلبها[1] ويجدوا في العبادة في الشهر كله طمعا في ادراكها كما أخفى ساعة الاجابة في يوم الجمعة ليكثروا من الدعاء في اليوم كله واخفى اسمه الاعظم في الاسماء ورضاه في الطاعات ليجتهدوا في جميعها وأخفى الاجل وقيام الساعة ليجدّ الناس في العمل حذراً منهما

(فصل) فاما علامتها فالمشهور فيها ما ذكره أبي بن كعب عن النبي ﷺ أن الشمس تطلع من صبيحتها بيضاء لا شعاع لها وفي بعض الاحاديث بيضاء مثل الطست وروي عن النبي ﷺ أنه قال « بلجة سمحة لا حارة ولا باردة تطلع الشمس صبيحتها لا شعاع لها »

(فصل) ويستحب أن يجتهد فيها في الدعاء ويدعو فيها بما روي عن عائشة انها قالت يا رسول الله ان وافقتها بم أدعو قال « قولي اللهم انك عفو تحب العفو فاعف عني »

كتاب الاعتكاف

الاعتكاف في اللغة لزوم الشيء وحبس النفس عليه براً كان أو غيره ومنه قوله تعالى (ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون) وقال (يعكفون على أصنام لهم) قال الخليل :عكف يعكف ويعكف وهو في الشرع الاقامة في المسجد على صفة نذكرها وهو قربة وطاعة قال الله تعالى (وطهر بيتي للطائفين

وقد ترى علامتها في غير هذه الليالي قال بعض أهل العلم أبهم الله هذه الليلة على الامة ليجتهدوا في طلبها ويجدوا في العبادة في الشهر كله طمعا في ادراكها كما أخفى ساعة الاجابة في يوم الجمعة ليكثروا من الدعاء في اليوم كله واخفى اسمه الاعظم في الاسماء ورضاه في الطاعات ليجتهدوا في جميعها واخفى الاجل وقيام الساعة ليجد الناس في العمل حذراً منها

(فصل) والمشهور من علامتها ماذكره أبي بن كعب عن النبي (ص) أن الشمس تطلع من صبيحتها بيضاء لاشعاع لها وفي بعض الاحاديث بيضاء مثل الطست وروي عن النبي (ص) أنها « ليلة بلجة سمحة لاحارة ولا باردة تطلع الشمس من صبيحتها لاشعاع لها »

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن يجتهد فيها في الدعاء ويدعو فيها بما روي عن عائشة أنها قالت يارسول الله ان وافقتها بم أدعو قال « قولي اللهم انك عفو تحب العفو فاعف عني »

كتاب الاعتكاف

(وهو لزوم المسجد لطاعة الله)

الاعتكاف في اللغة لزوم الشيء وحبس النفس عليه برا كان أو غيره ومنه قوله تعالى (يعكفون على أصنام لهم) قال الخليل عكف يعكف ويعكف وهو في الشرع الاقامة في المسجد لطاعة الله تعالى على صفة نذكرها. وهو قربة وطاعة قال الله تعالى (وطهر بيتي للطائفين والعاكفين) وقالت عائشة كان

«١» التحقيق ان ليلة القدر هي الليلة التى نزل فيها القرآن وانها في رمضان بنص القرآن ، وفي الاحاديث الصحاح انها في العشر الاخير منه وانها في ليلة من من ليالى الوتر لا تنتقل وارجاها ليلة ٢٧ وما ورد من علاماتها كالمطر في صبيحتها خاص لا عام فدع الاختلافات التي بلغت ٤٠ قولا او اكثر كما في فتح البارى للحافظ

والعاكفين) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقالت عائشة كان النبي (ص) يعتكف العشر الاواخر . متفق عليه ، وروى ابن ماجه في سننه عن ابن عباس عن النبي (ص) انه قال في المعتكف «هو يعكف الذنوب ويجري له من الحسنات كعامل الحسنات كلها» وهذا الحديث ضعيف وفي اسناده فرقد السنجي ،قال أبو داود قلت لأحمد رحمه الله تعرف في فضل الاعتكاف شيئاً ؟ قال لا الاشيئاً ضعيفا ولا نعلم بين العلماء خلافا في انه مسنون

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والاعتكاف سنة الا أن يكون نذرا فيلزم الوفاء به)

لاخلاف في هذه الجملة بحمد الله ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان الاعتكاف سنة لا يجب على الناس فرضا الا أن يوجب المرء على نفسه الاعتكاف نذراً فيجب عليه ،ومما يدل على انه سنة فعل النبي (ص) ومداومته عليه تقربا إلى الله تعالى وطلبا لثوابه واعتكاف أزواجه معه و بعده ، ويدل على انه غير واجب ان أصحابه لم يعتكفوا[1] ولا أمرهم النبي (ص) به الا من أراده ،وقال عليه السلام «من أراد أن يعتكف فليعتكف العشر الأواخر . ولو كان واجبا لما علقه بالارادة ، وأما إذا نذره فيلزمه لقول النبي (ص) «من نذر ان يطيع الله فليطعه» رواه البخاري ، وعن عمر إنه قال يارسول الله اني نذرت ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال النبي (ص) « أوف بنذرك » رواه البخاري ومسلم

(فصل) وان نوى اعتكاف مدة لم تلزمه فان شرع فيها فله اتمامها وله الخروج منها متى شاء ،

«١» لعل مراده أنهم لم يلتزموا الاعتكاف كلهم والا فقد صح الاعتكاف عن بعضهم

النبي (ص) يعتكف العشر الاواخر متفق عليه وروى ابن ماجه في سننه عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال في المعتكف « هو يعكف الذنوب ويجري له من الحسنات كعامل الحسنات كلها» الأن الحديث ضعيف فيه فرقد السنجي قال أبو داود قلت لاحمد رحمه الله تعرف في فضل الاعتكاف شيئا ؟ قال لا إلا شيئا ضعيفا

﴿مسئلة﴾ (وهو سنة الا أن ينذره فيجب.)

لا نعلم خلافا في استحبابه وانه اذا نذره وجب عليه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان الاعتكاف لا يجب على النـاس فرضا الا ان يوجب المرء على نفسه الاعتكاف نذرا فيجب عليه ويدل على أنه سنة أن النبي (ص) فعله وداوم عليه تقربا الى الله وطلبا لثوابه واعتكف أزواجه بعده ومعه ويدل على أنه غير واجب أن اصحابه لم يعتكفوا ولا أمرهم النبي (ص) به إلا من أراده وقال عليه السلام « من أراد ان يعتكف فليعتكف العشر الأواخر » ولو كان واجباً لم يعلقه بالارادة ، وأما اذا نذره فيجب لقول النبي (ص) «من نذران يطع الله فليطعه» وعن عمر أنه قال يارسول الله إني نذرت ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال النبي (ص) «أوف بنذرك » رواهما البخاري

(فصل) فان نوى الاعتكاف مدة لم يلزمه فان شرع فيها فله اتمامها والخروج منها متى شاء ،

وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك تلزمه بالنية مع الدخول فيه فان قطعه لزمه قضاؤه ، وقال ابن عبدالبر لايختلف في ذلك الفقهاء ويلزمه القضاء عند جميع العلماء ، قال وان لم يدخل فيه فالقضاء مستحب ومن العلماء من أوجبه وان لم يدخل فيه ، واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ كان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فاستأذنته عائشة فأذن لها فأمرت ببنائها فضرب ، وسألت حفصة أن يستأذن لها رسول الله ﷺ ففعلت فأمرت ببنائها فضرب فلما رأت ذلك زينب بنت جحش أمرت ببنائها فضرب قالت وكان رسول الله ﷺ إذا صلى الصبح دخل معتكفه فلما صلى الصبح انصرف فبصر بالأبنية فقال «ماهذا؟» فقالوا بناء عائشة وحفصة وزينب فقال رسول الله ﷺ «البر أردن؟ ما أنا بمعتكف » فرجع فلما أفطر اعتكف عشراً من شوال . متفق على معناه ، ولانها عبادة تتعلق بالمسجد فلزمت بالدخول فيها كالحج ولم يصنع ابن عبد البر شيئا ، وهذا ليس باجماع ولانعرف هذا القول عن أحد سواه ، وقد قال الشافعي : كل عمل لك ان لاتدخل فيه فاذا دخلت فيه فخرجت منه فليس عليك أن تقضي إلا الحج والعمرة ، ولم يقع الاجماع على لزوم نافلة بالشروع فيها سوى الحج والعمرة وإذا كانت العبادات التي لها أصل في الوجوب لاتلزم بالشروع فما ليس له أصل في الوجوب أولى ، وقد انعقد الاجماع على ان الانسان لو نوى الصدقة بمال مقدر وشرع في الصدقة به فأخرج بعضه لم تلزمه الصدقة بباقيه وهو نظير الاعتكاف لانه غير مقدر بالشرع فأشبه الصدقة ، وماذكره

وبهذا قال الشافعي وقال مالك : يلزمه بالنية مع الدخول فيه ، فان قطعه فعليه قضاؤه . قال ابن عبدالبر لايختلف في ذلك الفقهاء ويلزمه القضاء عند جميع العلماء ، قال وإن لم يدخل فيه فالقضاء مستحب ومن العلماء من أوجبه وإن لم يدخل فيه ، واحتج بما روي عن عائشة أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فاستأذنته عائشة فأذن لها فامرت ببنائها فضرب وسألت حفصة أن يستأذن لها رسول الله ﷺ ففعلت فأمرت ببنائها فضرب ، فلما رأت ذلك زينب بنت جحش أمرت ببنائها فضرب قال فكان رسول الله ﷺ اذا صلى الصبح دخل معتكفه ، فلما صلى الصبح انصرف فبصر بالابنية فقال « ماهذا ؟ » فقالوا بناء عائشة وحفصة وزينب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البرّ أردنّ ماأنا بمعتكف » فرجع فلما أفطر اعتكف عشراً من شوال . متفق على معناه ، ولانها عبادة تتعلق بالمسجد فلزمت بالدخول فيها كالحج وما ذكره ابن عبد البر فليس بشيء ، فان هذا ليس باجماع ولا يعرف هذا القول عن أحد سواه ، وقال الشافعي : كل عمل لك أن لاتدخل فيه ، فاذا دخلت فيه فخرجت منه فليس عليك أن تقضي إلا الحج والعمرة . ولم يقع الاجماع على لزوم نافلة بالشروع فيها سوى الحج والعمرة ، واذا كانت العبادات التي لها أصل في الوجوب لاتلزم بالشروع فما ليس له أصل في الوجوب أولى ، وقد انعقد الاجماع على أن الانسان لو نوى الصدقة بمال مقدر وشرع في الصدقة به فأخرج بعضه لم تلزمه الصدقة بباقيه وهو نظير للاعتكاف لانه غير مقدر بالشرع

حجة عليه فان النبي ﷺ ترك اعتكافه ولو كان واجبا لما تركه وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيته وضرب أبنيتهن له ولم يوجد عذر يمنع فعل الواجب ولا أمرن بالقضاء ، وقضاء النبي ﷺ له لم يكن واجبا عليه وإنما فعله تطوعا لانه كان اذا عمل عملا أثبته وكان فعله لقضائه كفعله لادائه على سبيل التطوع به لا على سبيل الايجاب كما قضى السنة التي فاتته بعد الظهر وقبل الفجر فتركه له دليل على عدم الوجوب لتحريم ترك الواجب ، وفعله للقضاء لا يدل على الوجوب لان قضاء السنن مشروع فان قيل انما جاز تركه ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه لتركهن اياه قبل الشروع قلنا فقد سقط الاحتجاج لاتفاقنا على انه لايلزم قبل شروعه فيه فلم يكن القضاء دليلا على الوجوب مع الاتفاق على انتفائه ولا يصح قياسه على الحج والعمرة لان الوصول اليهما لايحصل في الغالب إلا بعد كلفة عظمى ومشقة شديدة وإنفاق مال كثير ففي إبطالهما تضييع لماله وإبطال لاعماله الكثيرة ، وقد نهينا عن إضاعة المال وإبطال الاعمال وليس في ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع ولا عمل يبطل فان مامضى من اعتكافه لايبطل بترك اعتكاف المستقبل ، ولأن النسك يتعلق بالمسجد الحرام على الخصوص والاعتكاف بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز بلا صوم الا ان يقول في نذره بصوم)

المشهور في المذهب ان الاعتكاف يصح بغير صوم روي ذلك عن علي وابن مسعود وسعيد بن

فأشبه الصدقة ، وما ذكره من الحديث حجة عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم ترك اعتكافه ولو كان واجباً ماتركه ، وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيته وضرب الابنية له ولم يوجد عذر يمنع فعل الواجب ولا أمرن بالقضاء وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن لوجوبه عليه وانما فعله تطوعا لأنه كان اذا عمل عملا أثبته فكان فعله لقضائه على سبيل التطوع كما قضى السنة التي فاتته بعد الظهر وقبل الفجر فتركه دليل على عدم وجوبه وقضاؤه لايدل على الوجوب لان قضاء السنن مشروع ، فان قيل انما جاز تركه ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه لتركهن إياه قبل الشروع قلنا فقد سقط الاحتجاج لاتفاقنا على أنه لايلزم قبل شروعه فيه فلم يكن القضاء دليلا على الوجوب مع الاتفاق على انتفائه ولا يصح قياسه على الحج والعمرة لان الوصول اليهما لايحصل في الغالب إلا بعد كلفة عظيمة ، ومشقة شديدة ، وانفاق مال كثير ، ففي ابطالهما تضييع لماله وابطال لاعماله الكثيرة ، وقد نهينا عن اضاعة المال وابطال الاعمال ، وليس في ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع ولا عمل يبطل ، فان مامضى من اعتكافه لايبطل بترك اعتكاف المستقبل ، ولان النسك يتعلق بالمسجد الحرام على الخصوص والاعتكاف بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح بغير صوم وعنه لايصح فعلى هذا لايصح في ليلة مفردة ولا بعض يوم)

ظاهر المذهب أن الاعتكاف يصح بغير صوم يروى ذلك عن علي وابن مسعود وسعيد بن المسيب

المسيب وعمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء وطاوس والشافعي وإسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى ان الصوم شرط في الاعتكاف ، قال إذا اعتكف يجب عليه الصوم وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وبه قال الزهري ومالك وأبو حنيفة والليث والثوري والحسن بن حي لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال « لا اعتكاف إلا بصوم » رواه الدارقطني ، وعن ابن عمر ان عمر جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية فسأل النبي (ص) فقال « اعتكف وصم » رواه أبو داود ولأنه لبث في مكان مخصوص فلم يكن بمجرده قربة كالوقوف[1]

ولنا ماروى ابن عمر عن عمر أنه قال يارسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوف بنذرك » رواه البخاري ، ولو كان الصوم شرطا لما صح اعتكاف الليل لانه لاصيام فيه ولأنه عبادة تصح في الليل فلم يشترط له الصيام كالصلاة ولأنه عبادة تصح في الليل فاشبه سائر العبادات ولان إيجاب الصوم حكم لايثبت إلا بالشرع ولم يصح فيه نص ولا اجماع قال سعيد حدثنا عبد العزيز بن محمد عن أبي سهل قال كان على امرأة من أهلي اعتكاف فسألت عمر بن عبد العزيز فقال ليس عليها صيام إلا أن تجعله على نفسها فقال الزهري لا اعتكاف الا بصوم فقال له عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال لا قال فعن أبي بكر؟ قال لا قال فعن عمر؟ قال لا قال وأظنه قال فعن عثمان؟ قال لا. فخرجت من عنده فلقيت عطاء وطاوسا فسألتهما فقال طاوس كان فلان لايرى عليها صياما إلا أن تجعله على نفسها وأحاديثهم لاتصح أما حديثهم عن عمر فتفرد به ابن بديل وهو ضعيف قال أبو بكر النيسابوري هذا حديث منكر والصحيح مارويناه

[1] « ١ » هذا تعليل من خلابة الالفاظ يرد بأنه لبث في المسجد للعبادة والانقطاع عن أعمال الدنيا كالوقوف بعرفة

وعمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء وطاوس والشافعي واسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى أن الصوم شرط فيه ، قال اذا اعتكف يجب عليه الصوم ، يروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة ، وبه قال الزهري وأبو حنيفة ومالك والثوري والليث والحسن بن حي لما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا اعتكاف إلا بصوم » وعن ابن عمر أن عمر جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال « اعتكف وصم » رواه أبو داود ، ولأنه لبث في مكان مخصوص فلم يكن بمجرده قربة كالوقوف

ولنا ما روي عن عمر أنه قال يارسول الله إني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه البخاري ولو كان الصوم شرطا لما صح اعتكاف الليل لانه لاصيام فيه ولأنه عبادة تصح في الليل فلم يشترط له الصيام كالصلاة وكسائر العبادات ولأن إيجاب الصوم حكم لايثبت الا بالشرع ولم يصح فيه نص ولا إجماع فان أحاديثهم لاتصح. أما حديث عمر فتفرد به ابن بديل وهو ضعيف قال أبو بكر النيسابوري هذا حديث منكر والصحيح ما رويناه

أخرجه البخاري والنسائي وغيرهما وحديث عائشة موقوف عليها ومن رفعه فقدوهم ولو صح فالمراد به الاستحباب فان الصوم فيه أفضل وقياسهم ينقلب عليهم فانه لبث في مكان مخصوص فلم يشترط له الصوم كالوقوف ثم نقول بموجبه فانه لايكون قربة بمجرده بل بالنية ، إذا ثبت هذا فانه يستحب أن يصوم لان النبي ﷺ كان يعتكف وهو صائم ولان المعتكف يستحب له التشاغل بالعبادات والقرب والصوم من أفضلها ويتفرغ به مما يشغله عن العبادات ويخرج به من الخلاف

(فصل) إذا قلنا إن الصوم شرط لم يصح اعتكاف ليلة مفردة ولا بعض يوم ولا ليلة وبعض يوم لان الصوم المشترط لا يصح في أقل من يوم ويحتمل أن يصح في بعض اليوم إذا صام اليوم كله

أخرجه البخاري والنسائي وغيرهما وحديث عائشة موقوف عليها ومن رفعه فقدوهم ، ثم لو صح فالمراد به الاستحباب فان الصوم فيه أفضل وقياسهم ينقلب عليهم فانه لبث في مكان مخصوص فلم يشترط له الصوم كالوقوف ثم نقول بموجبه فانه لايكون قربة بمجرده بل بالنية اذا ثبت هذا فانه يستحب أن يصوم لان النبي ﷺ كان يعتكف وهو صائم ولان المعتكف يستحب له التشاغل بالعبادات والقرب والصوم من أفضلها ويتفرغ به مما يشغله عن العبادات ويخرج به من الخلاف

(فصل) واذا قلنا باشتراط الصوم لم يصح اعتكاف ليلة مفردة ولا بعض يوم ولا ليلة وبعض يوم لان الصوم المشترط لايصح في أقل من يوم ويحتمل أن يصح في بعض اليوم إذا صام اليوم كله لان الصوم المشروط وجد في زمان الاعتكاف ولا يعتبر وجود المشروط في زمن الشرط كله

﴿مسئلة﴾ (وليس للمرأة الاعتكاف إلا باذن زوجها ولا للعبد الا باذن سيده)

وذلك لان منافعهما مملوكة لغيرهما والاعتكاف يفوتها ويمنع استيفائها وليس بواجب عليهما بالشرع فكان لهما المنع منه وأم الولد والمدبر كالقن في هذا لأن الملك باق فيهما لهما

﴿مسئلة﴾ (فان شرعافيه بغير اذن فلهما تحليلهما وان كان باذن فلهما تحليلهما إن كان تطوعا والافلا)

إذا اعتكفت الزوجة بغير اذن زوجها أو العبد بغير اذن السيد فلهما منعهما منه وان كان فرضا لانه يتضمن تفويت حق غيرهما بغير اذنه فكان لصاحب الحق المنع منه كالغصب وإذا أذن السيد أو الزوج في الاعتكاف ثم ارادا اخراجهما منه بعد شروعهما فيه فلهما ذلك في التطوع وبه قال الشافعي وأبو حنيفة في العبد وقال في الزوجة ليس لزوجها إخراجها لانها تملك بالتمليك فبالاذن اسقط حقه من منافعها واذن لها في استيفائها فلم يكن له الرجوع فيها كما لو أذن لها في الحج فأحرمت به بخلاف العبد فانه لايملك بالتمليك وقال مالك ليس له تحليلهما لانهما عقدا على أنفسهما تمليك منافع كانا يملكانها بحق الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كما لو احرما بالحج باذنهما

ولنا أن لهما المنع منه ابتداء فكان لهما المنع منه دواما كالعارية ويخالف الحج فانه يلزم بالشروع فيه ويجب المضي في فاسده بخلاف الاعتكاف على ما مضى من الاختلاف.

لان الصوم المشروط وجد في زمن الاعتكاف ولا يعتبر وجود المشروط في زمن الشرط كله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز الاعتكاف إلا في مسجد يجمع فيه)

يعني تقام الجماعة فيه وإنما اشترط ذلك لان الجماعة واجبة واعتكاف الرجل في مسجد لا تقام فيه الجماعة يفضي إلى أحد أمرين إما ترك الجماعة الواجبة وإما خروجه اليها فيتكرر ذلك منه كثيرا مع إمكان التحرز منه وذلك مناف للاعتكاف إذ هو لزوم المعتكف والاقامة على طاعة الله فيه ولا يصح الاعتكاف في غير مسجد إذا كان المعتكف رجلا لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا والاصل في ذلك قول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) فخصها بذلك فلو صح الاعتكاف في غيرها لم يختص تحريم المباشرة فيها فان المباشرة محرمة في الاعتكاف مطلقاً وفي حديث

(فصل) وان كان ما أذنا فيه منذورا لم يكن لهما تحليلهما منه لانه يتعين بالشروع فيه ويجب إتمامه فيصير كالحج إذا أحرما به فأما ان نذرا الاعتكاف فاراد السيد والزوج منعهما الدخول فيه فان كان النذر باذنهما وكان معينا لم يملكا منعهما منه لانه وجب باذنهما وان كان النذر المأذون فيه غير معين فشرعا فيه باذنهما لم يملكا منعهما منه لانه يتعين بالدخول فيه فهو كالمعين بالنذر ، وإن كان النذر باذن وكان غير معين والشروع بغير إذن لم يجز تحليلهما كما لو أذن في الشروع خاصة ويحتمل ان لهما تحليلهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وللمكاتب أن يحج ويعتكف بغير إذن سيده)

سواء كان فرضا أو تطوعا لان السيد لا يستحق منافعه ولا يملك اجباره على الكسب وانما له دين في ذمته فهو كالحر المدين .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن بعضه حر إن كان بينهما مهايأة فله أن يعتكف في نوبته بغير اذن سيده)

لان منافعه غير مملوكة لسيده في ذلك الزمن وحكمه في نوبة سيده حكم القن ، فان لم يكن بينهما مهايأة فلسيده منعه لان له ملكا في منافعه في جميع الاوقات

(فصل) ولا يصح بغير نية لانه عبادة محضة أشبه الصوم ، وإن كان فرضاً لزمه نية الفرضية ليتميز عن التطوع ، فان نوى الخروج منه ففيه وجهان (أحدهما) يبطل كما لو قطع نية الصوم (والثاني) لا يبطل لانها قربة تتعلق بمكان فلا يخرج منها بنية الخروج كالحج

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الاعتكاف إلا في مسجد يجمع فيه إلا المرأة لها الاعتكاف في كل مسجد إلا مسجد بيتها)

لا يجوز للرجل الاعتكاف في غير مسجد لا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم لقول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) فخصها بذلك ، ولو صح الاعتكاف في غيرها لم يختص بتحريم

عائشة قالت: إن كان رسول الله ﷺ ليدخل علي رأسه وهو في المسجد فارجله وكان لايدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفاً. وروى الدارقطني باسناده عن الزهري عن عروة وسعيد بن المسيب عن عائشة في حديث وان السنة للمعتكف أن لايخرج إلا لحاجة الانسان ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة فذهب أبو عبد الله الى أن كل مسجد تقام فيه الجماعة يجوز الاعتكاف فيه ولايجوز في غيره وروي عن حذيفة وعائشة والزهري ما يدل على هذا واعتكف أبو قلابة وسعيد بن جبير في مسجد حيهما وروي عن عائشة والزهري أنه لايصح الا في مساجد الجماعات وهو قول الشافعي اذا كان اعتكافه يتخلله جمعة لئلا يلتزم الخروج من معتكفه لما يمكنه التحرز من الخروج اليه وروي عن حذيفة وسعيد بن المسيب لايجوز الاعتكاف الا في مسجد نبي [1] وحكي عن حذيفة ان الاعتكاف لا يصح الا في أحد المساجد الثلاثة قال سعيد حدثنا مغيرة عن ابراهيم قال دخل حذيفة مسجد الكوفة فاذا هو بأبنية مضروبة فسأل عنها فقيل قوم معتكفون فانطلق الى ابن مسعود فقال ألا تعجب من قوم يزعمون أنهم معتكفون بين دارك ودار الاشعري؟ فقال عبد الله فلعلهم أصابوا وأخطأت وحفظوا ونسيت، فقال حذيفة لقد علمت ما الاعتكاف الا في ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الاقصى ومسجد رسول الله ﷺ وقال مالك يصح الاعتكاف في كل مسجد لعموم قوله تعالى (وأنتم

المباشرة فيها، فان المباشرة محرمة في الاعتكاف مطلقاً، وفي حديث عائشة قالت: إن كان رسول الله ﷺ ليدخل إلي رأسه وهو في المسجد فأرجله، وكان لايدخل البيت إلا لحاجة اذا كان معتكفا. وقوله إلا في مسجد يجمع فيه أي تقام فيه الجماعة، وانما اشترط ذلك لان الجماعة واجبة فاعتكاف الرجل في مسجد لاتقام فيه يفضي إلى أحد أمرين، إما ترك الجماعة الواجبة وإما خروجه اليها فيتكرر ذلك منه كثيراً مع امكان التحرز منه وذلك مناف للاعتكاف إذ هو لزوم الاقامة في المسجد على طاعة الله فعلى هذا يجوز الاعتكاف في كل مسجد تقام فيه الجماعة، وروي عن حذيفة وعائشة والزهري مايدل على هذا، واعتكف أبو قلابة وسعيد بن جبير في مسجد حيهما، وروي عن عائشة والزهري أنه لايصح إلا في مساجد الجماعات وهو قول الشافعي اذا كانت الجمعة تتخلل اعتكافه لئلا يلتزم الخروج من معتكفه لما يمكنه التحرز من الخروج اليه، وروي عن حذيفة وسعيد بن المسيب لايجوز الاعتكاف إلا في مسجد نبي، وحكي عن حذيفة أن الاعتكاف لايصح إلا في أحد المساجد الثلاثة. قال سعيد ثنا مغيرة عن ابراهيم قال: دخل حذيفة مسجد الكوفة فاذا هو بأبنية مضروبة فسأل عنها فقيل قوم معتكفون فانطلق إلى ابن مسعود فقال ألا تعجب من قوم يزعمون أنهم معتكفون بين دارك ودار الاشعري؟ فقال عبد الله لعلهم أصابوا واخطأت، وحفظوا ونسيت، فقال حذيفة لقد علمت ما الاعتكاف إلا في ثلاثة مساجد: المسجد الحرام والمسجد الأقصى ومسجد الرسول ﷺ. وقال مالك يصح الاعتكاف في كل مسجد لعموم قوله (وأنتم عاكفون

«١» أي مسجد أسسه وبناه نبي فلا تدخل فيه المساجد المنسوبة الى الانبياء لاقامة مشاهد لهم فيها فهذه المشاهد بدع مزورة والظاهر ان مرادهما المساجد الثلاثة كما صرح بحكايته عن حذيفة اذ لاتصح نسبة غيرها الى الانبياء عليهم السلام على انه رأى ضعيف

عا كفون في المساجد) وهو قول الشافعي إذا لم يكن اعتكافه يتخلله جمعة

ولنا قول عائشة : من السنة المعتكف أن لايخرج إلا لحاجة الانسان ولا اعتكاف الا في مسجد جماعة . وقد قيل إن هذا من قول الزهري وهو ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ كيفما كان وروى سعيد حدثنا هشيم أنبأنا جرير عن الضحاك عن حذيفة قال قال رسول الله ﷺ «كل مسجد له امام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصلح» ولان قوله تعالى (وأنتم عا كفون في المساجد) يقتضي إباحة الاعتكاف في كل مسجد الا أنه يقيد بما تقام فيه الجماعة بالاخبار والمعنى الذي ذكرناه ففيما عداه يبقى على العموم وقول الشافعي في اشتراطه موضعاً تقام فيه الجمعة لايصح للاخبار ولان الجمعة لاتتكرر فلا يضر وجوب الخروج اليها كما لو اعتكفت المرأة مدة يتخللها أيام حيضها ولو كان الجامع تقام فيه الجمعة وحدها ولا يصلى فيه غيرها لم يجز الاعتكاف فيه ويصح عند مالك والشافعي ومبنى الخلاف على أن الجماعة واجبة عندنا فيلتزم الخروج من معتكفه اليها فيفسد اعتكافه وعندهم ليست واجبة

(فصل) وان كان اعتكافه مدة غير وقت الصلاة كليلة أو بعض يوم جاز في كل مسجد لعدم المانع وان كانت تقام فيه في بعض الزمان جاز الاعتكاف فيه في ذلك الزمان دون غيره وان كان المعتكف ممن لاتلزمه الجماعة كالمريض والمعذور ومن هو في قرية لا يصلي فيها سواه جاز اعتكافه في كل مسجد

في المساجد) وهو قول الشافعي اذا لم تتخلل اعتكافه جمعة

ولنا ماروى الدارقطني باسناده عن الزهري عن عروة وسعيد بن المسيب عن عائشة أن السنة للمعتكف أن لايخرج إلا لحاجة الانسان ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة وهو ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ، وروى سعيد ثنا هشيم أنا جرير عن الضحاك عن حذيفة قال : قال رسول الله ﷺ « كل مسجد له امام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصلح » ولان قوله (وأنتم عاكفون في المساجد) يقتضي اباحة الاعتكاف في كل مسجد إلا أنه يقيد بما تقام فيه الجماعة بالاخبار ، والمعنى الذي ذكرناه فيبقى على العموم فيما عداه ، واشترط الشافعي أن يكون المسجد مما تقام فيه الجمعة وهذا مخالف للاخبار المذكورة والجمعة لاتتكرر فلا يصح قياسها على الجماعة ، ولا يضر الخروج اليها كاعتكاف المرأة مدة يتخللها أيام حيضها ، ولو كان الجامع تقام فيه الجمعة وحدها لم يجز اعتكاف الرجل فيه عندنا ، ويصح عند مالك والشافعي ، ومبنى ذلك على أن الجماعة واجبة عندنا فيلزم الخروج اليها وليست واجبة عندهم

(فصل) فان كان اعتكافه في مدة غير وقت الصلاة كليلة أو بعض يوم جاز في كل مسجد لعدم المانع ، وإن كان تقام فيه في بعض الزمان جاز الاعتكاف فيه في ذلك الزمن دون غيره ، وإن كان المعتكف ممن لاتلزمه الجماعة كالمريض والمعذور ومن هو في قرية لا يصلي فيها غيره جاز اعتكافه في

لانه لاتلزمه الجماعة فاشبه المرأة وان اعتكف اثنان في مسجد لاتقام فيه جماعة فاقاما الجماعة فيه صح اعتكافهما لأنهما اقاما الجماعة فأشبه مالو أقامها فيه غيرهما

(فصل) وللمرأة أن تعتكف في كل مسجد ولا يشترط اقامة الجماعة فيه لأنها غير واجبة عليها وبهذا قال الشافعي وليس لها الاعتكاف في بيتها وقال أبو حنيفة والثوري لها الاعتكاف في مسجد بيتها وهو المكان الذي جعلته للصلاة منه واعتكافها فيه أفضل لان صلاتها فيه أفضل وحكي عن أبي حنيفة أنها لايصح اعتكافها في مسجد الجماعة لان النبي ﷺ ترك الاعتكاف في المسجد لما رأى أبنية أزواجه فيه وقال « البر تردن؟ » ولان مسجد بيتها موضع فضيلة صلاتها فكان موضع اعتكافها كالمسجد في حق الرجل

ولنا قوله تعالى (وأنتم عاكفون في المساجد) والمراد به المواضع التي بنيت للصلاة فيها وموضع صلاتها في بيتها ليس بمسجد لانه لم يبن للصلاة فيه وان سمي مسجداً كان مجازاً فلا يثبت له أحكام المساجد الحقيقية كقول النبي ﷺ «جعلت لي الارض مسجداً » ولان أزواج النبي ﷺ استأذنه في الاعتكاف في المسجد فأذن لهن ولو لم يكن موضعاً لاعتكافهن لما أذن فيه ولو كان الاعتكاف في غيره أفضل لدلهن عليه ونبههن عليه ولان الاعتكاف قربة يشترط لها المسجد في حق الرجل

كل مسجد لان الجماعة ساقطة عنه أشبه المرأة ، ويحتمل أن لايجوز ذلك للمريض والمعذور لانه من أهل الجماعة فأشبه من تجب عليه ، ولأنه اذا التزم الاعتكاف وكلفه نفسه فينبغي أن يجعله في مكان تصلى فيه الجماعة ، ولان من التزم مالا يلزمه لايصح بدون شرطه كالمتطوع بالصلاة والاول أولى لان من لاتجب عليه الجماعة لايجب عليه الخروج اليها فلا يفوت شرط الاعتكاف ، ولو اعتكف اثنان أو أكثر في مسجد لاتقام فيه الجماعة فأقاما الجماعة صح اعتكافهم لانهما أقاما الجماعة أشبه مالو أقامها غيرهما

(فصل) فأما المرأة فيجوز اعتكافها في كل مسجد لان الجماعة لاتجب عليها ، وبهذا قال الشافعي وليس لها الاعتكاف في بيتها ، وقال أبو حنيفة والثوري لها الاعتكاف في مسجد بيتها وهو المكان الذي جعلته للصلاة منه واعتكافها فيه أفضل كصلاتها فيه ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لايصح اعتكافها في مسجد الجماعة لان النبي ﷺ ترك الاعتكاف في المسجد لما رأى أبنية أزواجه فيه وقال « البر أردن؟ » ولان مسجد بيتها موضع فضيلة صلاتها فكان موضع اعتكافها كالمسجد في حق الرجل

ولنا قوله تعالى (وأنتم عاكفون في المساجد) والمراد بها المواضع التي بنيت للصلاة فيها وموضع صلاتها في بيتها ليس بمسجد لانه لم يبن للصلاة فيه وتسميته مسجدا مجاز فلا يثبت له أحكام المساجد الحقيقية بدليل جواز لبث الجنب فيه وصار كقوله عليه السلام «جعلت لي الارض مسجدا» ولان النبي ﷺ حين استأذنه أزواجه في الاعتكاف في المسجد أذن لهنَّ ولو لم يكن موضعا لاعتكافهن لما أذن فيه ولو كان الاعتكاف في غيره أفضل لنبههن عليه ولان الاعتكاف قربة يشترط لها المسجد في

فيشترط في حق المرأة كالطواف وحديث عائشة حجة لنا لما ذكرنا وانما كره اعتكافهن في تلك الحال حيث كثرت ابنيتهن لما رأى من منافستهن فكرهه منهن خشية عليهن من فساد نيتهن وسوء المقصد به ولذلك قال «البر تردن؟» منكراً لذلك أي لم تفعلن ذلك تبرراً ولذلك ترك الاعتكاف لظنه أنه تتنافس في السكون معه ولو كان للمعنى الذي ذكروه لأمرهن بالاعتكاف في بيوتهن ولم يأذن لهن في المسجد وأما الصلاة فلا يصح اعتبار الاعتكاف بها فان صلاة الرجل في بيته أفضل ولا يصح اعتكافه فيه

(فصل) ومن سقطت عنه الجماعة من الرجال كالمريض اذا أحب أن يعتكف في مسجد لا تقام فيه الجماعة ينبغي أن يجوز له ذلك لأن الجماعة ساقطة عنه فأشبه المرأة ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لانه من أهل الجماعة فأشبه من تجب عليه ولانه اذا التزم الاعتكاف وكلفه نفسه فينبغي أن يجعله في مكان تصلى فيه الجماعة ولأن من التزم مالا يلزمه لا يصح بدون شروطه كالمتطوع بالصوم والصلاة

(فصل) واذا اعتكفت المرأة في المسجد استحب لها أن تستتر بشيء لأن أزواج النبي ﷺ

حق الرجل فيشترط في حق المرأة كالطواف وحديث عائشة قد بينا أنه حجة لنا وإنما كره اعتكافهن في تلك الحال حيث كثرت ابنيتهن لما رأى من منافستهن فكرهه لهن خشية عليهن من فساد نيتهن ولذلك قال «البر أردتن؟» منكراً لذلك أي لم تفعلن ذلك تبررا ولو كان المعنى الذي ذكروه لأمرهن بالاعتكاف في بيوتهن ولم يأذن لهن في المسجد ، وأما الصلاة فلا يصح اعتبار الاعتكاف بها فان صلاة النافلة للرجل في بيته أفضل ولا يصح اعتكافه فيه بالاتفاق

(فصل) واذا اعتكفت المرأة في المسجد استحب لها أن تستتر بشيء لان أزواج النبي ﷺ لما أردن الاعتكاف أمرن بأبنيتهن فضربت في المسجد ولان المسجد يحضره الرجال وخير لهم وللنساء أن لا يرى بعضهم بعضا واذا ضربت بناء جعلته في مكان لا يصلي فيه الرجال لئلا تقطع صفوفهم ويضيق عليهم ولا بأس أن يستتر الرجل أيضا فان النبي ﷺ أمر ببنائه فضرب ولانه أستر له وأخفى لعمله وروى ابن ماجه عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ اعتكف في قبة تركية على سدتها قطعة حصير قال فأخذ الحصير بيده فنحاها في ناحية القبة ثم أطلع رأسه فكلم الناس

﴿مسئلة﴾ (والافضل الاعتكاف في الجامع إذا كانت الجمعة تتخلله)

إذا كانت الجمعة تتخلل الاعتكاف فالافضل ان يكون في المسجد الذي تقام فيه الجمعة لئلا يحتاج الى الخروج اليها فيترك الاعتكاف مع إمكان التحرز من ذلك ولان فيه خروجا من الخلاف على ما ذكرناه ولان ثواب الجماعة فيه أكثر

﴿ مسئلة ﴾ (واذا نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد فله فعله في غيره ، ولا كفارة عليه إلا المساجد الثلاثة)

وجملة ذلك أنه لا يتعين شيء من المساجد بنذره الاعتكاف أو الصلاة فيه إلا المساجد الثلاثة

لما أردن الاعتكاف أمرن بأبنيتهن فضربن في المسجد ولان المسجد يحضره الرجال وخير لهم وللنساء

وهي المسجد الحرام، ومسجد النبي ﷺ، والمسجد الاقصى لقول رسول الله ﷺ «لا تشد الرحال الا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الاقصى ومسجدي هذا» متفق عليه ولو تعين غيرها بتعيينه لزمه المضي اليه واحتاج لشد الرحل لقضاء نذره فيه ولان الله تعالى لم يعين لعبادته مكانا فلم يتعين بتعيين غيره وانما تعينت هذه المساجد للخبر الوارد فيها ولان العبادة فيها أفضل فاذا عين مافيه فضيلة لزمته كانواع العبادة ولهذا قال الشافعي في صحيح قوليه وقال في الآخر لا يتعين المسجد الأقصى لان النبي ﷺ قال «صلاة في مسجدي هذا أفضل من الف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام» رواه مسلم، وهذا يدل على التسوية فيما عدا هذين المسجدين لان المسجد الاقصى لو فضلت الصلاة فيه على غيره يلزم احد امرين اماخروجه من عموم هـذا الحديث واما كون فضيلته بألف مختصا بالمسجد الاقصى.

ولنا أنه من المساجد التي تشد الرحال اليها فتعين بالتعيين في النذر كالآخرين وما ذكره لا يلزم فانه إذا فضل الفاضل بألف فقد فضل المفضول بها أيضاً

﴿مسئلة﴾ (وافضلها المسجد الحرام ثم مسجد المدينة ثم المسجد الاقصى)

وقال قوم مسجد النبي ﷺ أفضل من المسجد الحرام لان النبي ﷺ انما دفن في خير البقاع وقد نقله الله تعالى من مكة الى المدينة فدل على أنها أفضل

ولنا قوله عليه السلام (صلاة في مسجدي هذا أفضل من الف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام» وروى ابن ماجه باسناده عن النبي (ص) أنه قال (صلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة الف صلاة فيما سواه فيدخل في عمومه مسجد النبي (ص)

﴿مسئلة﴾ فان نذره في الافضل لم يكن له فعله في غيره وان نذره في غيره فله فعله فيه)

اذا نذر الاعتكاف في المسجد الحرام لزمه ولم يكن له الاعتكاف فيما سواه لان عمر نذر أن يعتكف ليلة في المسجد الحرام فسأل النبي (ص) فقال (أوف بنذرك) متفق عليه وان نذر أن يعتكف في مسجد النبي (ص) جاز أن يعتكف في المسجد الحرام لانه أفضل ولم يجز له أن يعتكف في المسجد الاقصى لان مسجد النبي (ص) أفضل منه فلم يجز له تفويت فضيلته وان نذر الاعتكاف في المسجد الاقصى جاز له أن يعتكف في المسجدين الاخرين لانهما أفضل منه

وروى الامام احمد في مسنده عن رجال من الانصار من أصحاب النبي ﷺ أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ يوم الفتح والنبي ﷺ في مجلس قريباً من المقام فسلم على النبي ﷺ ثم قال يانبيّ الله: اني نذرت إن فتح الله للنبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين مكة لاصلين في بيت المقدس وإني وجدت رجلا من أهل الشام ههنا في قريش مقبلا معي ومدبراً، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «ههنافصلّ»

أن لا يرونهن ولا يرينهم وإذا ضربت بناء جعلته في مكان لايصلي فيه الرجال لئلا تقطع صفوفهم

فقال الرجل قوله هذا ثلاث مرات كل ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ههنا فصل » ثم قال الرابعة مقالته هذه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذهب فصل فيه ، فوالذي بعث محمداً بالحق لو صليت ههنا لقضى عنك ذلك كل صلاة في بيت المقدس »

(فصل) وإن نذر الاعتكاف في غير هذه المساجد فدخل فيه ثم انهدم معتكفه ولم يمكن المقام فيه لزم اتمام الاعتكاف في غيره ولم يبطل اعتكافه

﴿ مسئلة ﴾ وإن نذر اعتكاف شهر بعينه لزمه الشروع فيه قبل دخول ليلته إلى انقضائه)

اذا عين بنذره زمناً تعين لان الله تعالى عين للعبادة زمناً فتعين بتعيين العبد ويلزمه الشروع فيه قبل دخول ليلته إلى انقضائه وهذا قول مالك والشافعي ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنه يدخل في معتكفه قبل طلوع الفجر من أوله وهو قول الليث وزفر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يعتكف صلى الصبح ثم دخل معتكفه . متفق عليه ، ولان الله تعالى قال (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولا يلزم الصوم إلا من قبل طلوع الفجر ، ولان الصوم شرط في الاعتكاف فلم يجب ابتداؤه قبل شرطه

ولنا أنه نذر الشهر وأوله غروب الشمس بدليل حل الديون المعلقة به ووقوع الطلاق والعتاق المعلقين به فوجب أن يدخل قبل الغروب ليستوفي جميع الشهر فانه لايمكن إلا بذلك ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب كامساك جزء من الليل في الصوم ، وأما الصوم فمحله النهار فلا يدخل فيه شيء من الليل في أثنائه ولا ابتدائه إلا ماحصل ضرورة بخلاف الاعتكاف

وأما الحديث فقال ابن عبد البر لاأعلم أحداً من الفقهاء قال به على أن الخبر انما هو في التطوع فمتى شاء دخل ، وفي مسألتنا نذر شهراً فيلزمه اعتكاف شهر كامل ، ولا يحصل إلا أن يدخل فيه قبل غروب الشمس من أوله ويخرج بعد غروبها من آخره فأشبه مالو نذر اعتكاف يوم فانه يلزمه الدخول فيه قبل طلوع فجره ويخرج بعد غروب شمسه وقوله : إن الاعتكاف لايصح بغير صوم قد أجبنا عنه فيما مضى

(فصل) وان أحب اعتكاف العشر الأواخر تطوعا ففيه روايتان

(إحداهما) يدخل قبل غروب الشمس من ليلة إحدى وعشرين لما روي عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ كان يعتكف العشر الاوسط من رمضان حتى اذا كان ليلة إحدى وعشرين وهي الليلة التي يخرج من صبيحتها من اعتكافه قال «من كان معي فليعتكف العشر الأواخر» متفق عليه ولان العشر بغير هاء عدد الليالي فانها عدد المؤنث قال الله تعالى (وليال عشر) وأول الليالي العشر ليلة احدى وعشرين

ويضيق عليهم ، ولا بأس أن يستتر الرجل أيضاً فان النبي ﷺ أمر ببنائه فضرب ولأنه أستر له

(والرواية الثانية) يدخل بعد صلاة الصبح قال حنبل قال احمد أحب الي أن يدخل قبل الليل ولكن حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يصلي الفجر ثم يدخل معتكفه وبهذا قال الاوزاعي واسحاق ووجهه ماروت عمرة عن عائشة أن النبي ﷺ كان اذا صلى الصبح دخل معتكفه متفق عليه وان نذر اعتكاف العشر ففي وقت دخوله الروايتان

(فصل) ومن اعتكف العشر الاواخر من رمضان استحب أن يبيت ليلة العيد في معتكفه نص عليه احمد وروي عن النخعي وأبي مجلز وأبي بكر بن عبد الرحمن والمطلب بن حنطب وأبي قلابة أنهم كانوا يستحبون ذلك وروى الاثرم باسناده عن أيوب عن أبي قلابة أنه كان يبيت في المسجد ليلة الفطر ثم يغدو كما هو الى العيد وكان يعني في اعتكافه لا يلقى له حصير ولا مصلى يجلس عليه كان يجلس كأنه بعض القوم قال فأتيته في يوم الفطر فاذا في حجره جويرية مزينة ما ظننتها الا بعض بناته فاذا هي أمة له فأعتقها وغدا كما هو الى العيد وقال ابراهيم كانوا يحبون لمن اعتكف العشر الاواخر من رمضان أن يبيت ليلة الفطر في المسجد ثم يغدو الى المصلى من المسجد

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر شهرا مطلقا لزمه شهر متتابع)

اذا نذر اعتكاف شهر مطلق فهل يلزمه التتابع فيه وجهان بناء على الروايتين في نذر الصوم (أحدهما) لا يلزمه وهو مذهب الشافعي لانه معنى يصح فيه التفريق فلا يجب فيه التتابع بمطلق النذر كالصيام (والثاني) يلزمه التتابع وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال القاضي يلزمه التتابع وجها واحداً لانه معنى يحصل في الليل والنهار فاذا أطلقه اقتضى التتابع كما لو حلف لا يكلم زيداً شهراً وكمدة الايلاء والعدة وبهذا فارق الصيام فان أتى بشهر بين هلالين أجزأه ذلك وان كان ناقصاً وان اعتكف ثلاثين يوما من شهرين جاز فتدخل فيه الليالي لان الشهر عبارة عنهما ولا يجزئه أقل من ذلك وان قال لله تعالى ان اعتكف أيام هذا الشهر أو ليالي هذا الشهر لزمه ما نذر ولم يدخل فيه غيره وكذلك ان قال شهراً في النهار أو في الليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر أياما معدودة فله تفريقها الا عند القاضي)

اذا قال لله علي أن اعتكف ثلاثين يوما يلزمه التتابع كما لو نذر شهراً مطلقاً وقال أبو الخطاب لا يلزمه لان اللفظ يقتضي تناوله والايام المطلقة توجد بدون التتابع فلا يلزمه كما لو نذر صوم ثلاثين يوما فعلى قول القاضي تدخل فيه الليالي الداخلة في الايام المنذورة كما لو نذر شهرا ومن لم يوجب التتابع لا يدخل الليل فيه الا أن ينويه فان نوى التتابع أو شرطه وجب

﴿ مسئلة) وان نذر أياما أو ليالي متتابعة لزمه مايتخللها من ليل أو نهار)

وأخفى لعمله . وروى ابن ماجه عن أبي سعيد ان رسول الله ﷺ اعتكف في قبة تركية على سدتها

متى شرط التتابع في نذره أو نواه دخل الليالي فيه ويلزمه مابين الايام من الليالي وان نذر الليالي لزمه مابينها من الايام حسب وبه قال مالك والشافعي وقال ابوحنيفة يلزمه من الليالي بعدد الايام إذا كان على وجه الجمع أو التثنية يدخل فيه مثله من الليالي والليالي تدخل معها الايام بدليل قوله تعالى (آيتك أن لاتكلم الناس ثلاث ليال سويا) وقال في موضع آخر (ثلاثة أيام الا رمزاً)

ولنا ان اليوم اسم لبياض النهار والليلة اسم لسواد الليل والتثنية والجمع تكرار الواحد وانما تدخل الليالي تبعاً لوجوب التتابع ضمنا وهذا يحصل مابين الايام خاصة فاكتفى به وأما الآية فان الله تعالى نص على الليل في موضع والنهار في موضع فصار منصوصا عليهما فعلى هذا إن نذر اعتكاف يومين متتابعين لزمه يومان وليلة بينهما وان نذر اعتكاف يومين مطلقا فكذلك عند القاضي وكذلك لو نذر اعتكاف ليلتين لزمه اليوم الذي بينهما عند القاضي وعند أبي الخطاب لايلزمه ما بينهما الا بلفظ أو بنية ويتخرج أنه اذا نذر اعتكاف يومين متتابعين أن لا تلزمه الليلة التي بينهما كالليلة التي قبلهما وكذلك إذا نذر اعتكاف ليلتين لايلزمه اليوم الذي بينهما كاليوم الذي قبلهما اختاره الشيخ أبو حكيم

(فصل) وإن نذر اعتكاف يوم لزمه أن يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر ويخرج منه بعد غروب الشمس ، وقال مالك يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر ويخرج منه بعد غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم كقولنا في الشهر لأن الليل يتبع النهار بدليل ما لو كان متتابعاً

ولنا أن الليلة ليست من اليوم وهي من الشهر قال الخليل اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس وانما دخل الليل في المتتابع ضمنا ولهذا خصصناه بما بين الايام وان نذر اعتكاف ليلة لزمه دخول معتكفه قبل غروب الشمس ويخرج منه بعد طلوع الفجر وليس له تفريق الاعتكاف وظاهر كلام الشافعي جواز التفريق قياساً على الشهر

ولنا أن اطلاق اليوم يفهم منه التتابع فلزمه كما لو قال متتابعا وفارق الشهر فانه اسم لما بين هلالين واسم لثلاثين يوما واليوم لايقع في الظاهر الاعلي ماذكرنا وان قال في وسط النهار لله علي أن اعتكف يوما من وقتي هذا ، لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت الى مثله ويدخل فيه الليل لانه في خلل نذره فصار كما لو نذر يومين متتابعين وانما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره فعلمنا أنه أراد ذلك ولم يرد يوما صحيحاً

(فصل) وان نذر اعتكافا مطلقا لزمه مايسمى به معتكفا ولو ساعة من ليل أو نهار الا على قولنا بوجوب الصوم في الاعتكاف فيلزمه يوم كامل . فأما اللحظة ومالا يسمى به معتكفا فلا يجزئه على الروايتين جميعا

(فصل) اذا نذر اعتكاف يوم يقدم فلان صح نذره فان ذلك ممكن فان قدم في بعض النهار

قطعة حصير ، قال فأخذ الحصير بيده فنحاها في ناحية القبة ثم أطلع رأسه فكلم الناس والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يخرج منه إلا لحاجة الانسان أو صلاة الجمعة)

وجملة ذلك ان المعتكف ليس له الخروج من معتكفه إلا لما لا بد له منه ، قالت عائشة رضي الله عنها : السنة للمعتكف أن لايخرج إلا لما لا بد له منه رواه أبو داود ، وقالت أيضا كان رسول الله ﷺ اذا اعتكف يدني إلي رأسه فأرجله ، وكان لايدخل البيت إلا لحاجة الانسان متفق عليه ، ولا خلاف في ان له الخروج لما لا بد له منه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان المعتكف أن يخرج من معتكفه للغائط والبول ولأن هـذا مما لا بد منه ولا يمكن فعله في المسجد ، فلو بطل الاعتكاف بخروجه اليه لم يصح لأحد الاعتكاف ولان النبي ﷺ كان يعتكف ، وقد علمنـا انه كان يخرج لقضاء حاجته ، والمراد بحاجة الانسان البول والغائط كنى بذلك عنهما لان كل انسان يحتاج الى

لزمه اعتكاف الباقي منه ولم يلزمه قضاء مافات لانه فات قبل شرط الوجوب فلم يجب كما لو نذر اعتكاف زمن ماض لكن ان قلنا شرط صحة الاعتكاف الصوم لزمه قضاء يوم كامل لانه لايمـكنه أن يأتي بالاعتكاف في الصوم فيما بقي من النهار ولا قضاؤه مميزاً مما قبله فلزمه يوم كامل ضرورة كما لو نذر صوم يوم يقدم فلان ويحتمل أن يجزئه اعتكاف مابقي منه اذا كان صائما لانه قد وجد اعتكاف مع الصوم وان قدم ليلا لم يلزمه شيء لان ما التزمه بالنذر لم يوجد فان كان للناذر عذر يمنعه الاعتـكاف عند قدوم فلان من حبس أو مرض قضى أو كفر لفوات النذر في وقته ويقضي بقية اليوم فقط لأ نه الذي كان يلزم في الاداء على الرواية المنصـورة وفي الأخرى يقضي يوما كاملا بناء على اشتراط الصوم في الاعتكاف .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ولايجوز للمعتكف الخروج الا لما لا بد له منه كحاجة الانسـان والطهارة والجمعة والنفير المتعين والشهادة الواجبـة والخوف من فتنة أو مرض والحيض والنفاس وعدة الوفاة ونحوه .

وجملته أنه ليس للمعتكف الخروج من معتكفه الا لمـا لابد منه قالت عائشـة رضي الله عنها وعن أبيها : السنة للمعتكف أن لايخرج إلا لمـا لابد منه . رواه أبو داود وقالت أيضا : كان رسول الله ﷺ اذا اعتكف يدني الي رأسه فأرجله وكان لايدخل البيت الا لحاجة الانسان . متفق عليه ولا خلاف في ان له الخروج لما لا بد منه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للمعتكف أن يخرج من معتكفه للغائط والبول ولان هذا لايمكن فعله في المسجد ولو بطل الاعتكاف بالخروج اليه لم يصـح لاحد اعتكاف ولان النبي ﷺ كان يعتكف وقد علمنا أنه كان يخرج لقضاء حاجته والمراد بحاجة الانسان البول والغائط كني بذلك عنهما لان كل انسان يحتاج الى فعلهما وفي معناه الحاجة الى المأكول

فعلهما ، وفي معناه الحاجة الى المأكول والمشروب اذا لم يكن له من يأتيه به فله الخروج اليه اذا احتاج اليه ، وإن بغته القيء فله أن يخرج ليتقيأ خارج المسجد وكل مالا بد له منه، ولا يمكن فعله في المسجد فله الخروج اليه ولا يفسد اعتكافه وهو عليه مالم يطل، وكذلك له الخروج الى ماأوجبه الله تعالى عليه مثل من يعتكف في مسجد لا جمعة فيه فيحتاج الى خروجه ليصلي الجمعة ، ويلزمه السعي اليها فله الخروج اليها ولا يبطل اعتكافه وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يعتكف في غير الجامع اذا كان اعتكافه يتخلله جمعة ، فان نذر اعتكافا متتابعا فخرج منه لصلاة الجمعة بطل اعتكافه وعليه الاستئناف لانه أمكنه فرضه بحيث لايخرج منه فبطل بالخروج كالمكفر اذا ابتدأ صوم الشهرين المتتابعين في شعبان أو ذي الحجة

ولنا انه خرج لواجب فلم يبطل اعتكافه كالمعتدة تخرج لقضاء العدة ، وكالخارج لانقاذ غريق أو اطفاء حريق أوأداء شهادة تعينت عليه ، ولانه اذا نذر أياما فيها جمعة فكأنه استثنى الجمعة بلفظه ثم تبطل بما اذا نذرت المرأة أياما فيها عادةحيضها فانه يصح مع إمكان فرضها في غيرها والاصل غير مسلم

إذا ثبت هذا فانه إذا خرج لواجب فهو على اعتكافه مالم يطل لانه خروج لما لابد له منه أشبه الخروج لحاجة الانسان ، فان كان خروجه لصلاة الجمعة فله أن يتعجل ، قال أحمد أرجو أن له ذلك لانه خروج جائز فجاز تعجيله كالخروج لحاجة الانسان ، وإذا صلى الجمعة فان أحب أن يعتكف في الجامع فله ذلك لانه محل للاعتكاف والمكان لا يتعين للاعتكاف بنذره وتعيينه فمع عدم ذلك أولى،

والمشروب اذا لم يكن له من يأتيه به فله الخروج اليه عند الحاجة اليه وان بغته القيء فله أن يخرج ليتقيأ خارج المسجد وكل مالا بد له منه ولايمكن فعله في المسجد فله الخروج اليه ولا يفسد اعتكافه وهو عليه مالم يطل وكذلك له الخروج الى ما أوجبه الله تعالى عليه مثل من يعتكف في مسجد لاجمعة فيه فيحتاج الي الخروج لصلاة الجمعة ولا يبطل اعتكافه به ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي فيمن نذر اعتكافا متتابعاً فخرج منه لصلاة الجمعة بطل اعتكافه وعليه الاستئناف لانه امكنه فرضه بحيث لايخرج منه فبطل بالخروج كالمكفر اذا ابتدأ صوم الشهرين المتتابعين في شعبان أو ذي الحجة

ولنا أنه خرج لواجب فلم يبطل اعتكافه كالمعتدة تخرج لقضاء العدة ، وكالخارج لانقاذ غريق واطفاء حريق واداء شهادة تعينت عليه ، ولأنه اذا نذر أياما فيها جمعة فكأنه استثنى الجمعة بلفظه ثم يبطل بما اذا نذرت المرأة أياما فيها عادة حيضها فانه يصح مع امكان فرضها في غيرها والاصل ممنوع . اذا ثبت هذا فانه اذا خرج لواجب فهو على اعتكافه مالم يطل لانه خروج لابدّ منه أشبه الخروج لحاجة الانسان ، فان كان خروجه لصلاة الجمعة فله أن يتعجل . قال الامام احمد : أرجو أن يكون له لانه خروج جائز فجاز تعجيله كالخروج لحاجة الانسان، فاذا صلى الجمعة فأحب أن يعتكف في الجامع فله ذلك لانه محل للاعتكاف والمكان لايتعين للاعتكاف بتعيينه فمع عدم ذلك أولى ، وإن

وكذلك ان دخل في طريقه مسجداً فأتم اعتكافه فيه جاز لذلك ، وان أحب الرجوع إلى معتكفه فله ذلك لانه خرج من معتكفه فكان له الرجوع اليه كالوخرج إلى غير الجمعة ، قال بعض أصحابنا : يستحب له الاسراع إلى معتكفه ، وقال أبو داود : قلت لأحمد يركع أعني المعتكف يوم الجمعة بعد الصلاة في المسجد ؟ قال نعم بقدر ما كان يركع ، ويحتمل أن يكون الخيرة اليه في تعجيل الرجوع وتأخيره لانه في مكان يصلح للاعتكاف فأشبه ما لو نوى الاعتكاف فيه ، فأما ان خرج ابتداء إلى مسجد آخر أو إلى الجامع من غير حاجة أو كان المسجد أبعد من موضع حاجته فمضى اليه لم يجز له ذلك لأنه خروج لغير حاجة أشبه ما لو خرج إلى غير المسجد ، فان كان المسجدان متلاصقين يخرج من أحدهما فيصير في الآخر فله الانتقال من أحدهما إلى الآخر لانهما كمسجد واحد ينتقل من إحدى زاويتيه الى الاخرى، وان كان يمشي بينهما في غيرهما لم يجز له الخروج وان قرب لانه خروج من المسجد لغير حاجة واجبة

(فصل) وإذا خرج لما لا بد منه فليس عليه أن يستعجل في مشيه بل يمشي على عادته لان عليه مشقة في الزامه غير ذلك ، وليس له الاقامة بعد قضاء حاجته لأكل ولا لغيره ، وقال أبو عبدالله بن حامد يجوز أن يأكل اليسير في بيته كاللقمة واللقمتين فأما جميع أكله فلا ، وقال القاضي يتوجه ان له الاكل في بيته والخروج اليه ابتداء لان الاكل في المسجد دناءة وترك للمروءة وقد يخفي جنس قوته عن الناس وقد يكون في المسجد غيره فيستحي ان يأكل دونه وان أطعمه معه لم يكفهما

أحب الرجوع إلى معتكفه فله ذلك كما لو خرج إلى غير الجمعة . قال بعض أصحابنا : يستحب له الاسراع إلى معتكفه ، وقال أبو داود قلت لاحمد يركع يعني المعتكف يوم الجمعة بعد الصلاة في المسجد؟ قال نعم بقدر ما كان يركع (قال شيخنا) رحمه الله ويحتمل أن تكون الخيرة اليه في تعجيل الرجوع وتأخيره لانه في مكان يصلح للاعتكاف فأشبه مالو نوى الاعتكاف فيه ، فأما إن خرج ابتداء إلى مسجد آخر أو إلى الجامع من غير حاجة ، أو كان المسجد أبعد من موضع حاجته فمضى اليه لم يجز له ذلك لانه خروج لغير حاجة أشبه مالو خرج لغير المسجد ، فان كان المسجدان متلاصقين يخرج من أحدهما فيصير في الآخر فله الانتقال من أحدهما إلى الآخر لانهما كمسجد واحد ينتقل من احدى زاويتيه إلى الاخرى ، وإن كان يمشي بينهما في غيرهما لم يجز له الخروج : وإن قرب لانه خروج من المسجد لغير حاجة

(فصل) واذا خرج لما لا بد منه فليس عليه أن يتعجل في مشيه لكن يمشي على حسب عادته لان عليه مشقة في الزامه غير ذلك فليس له الاقامة بعد قضاء حاجته لأكل ولا لغيره ، وقال ابن حامد يجوز أن يأكل اليسير في بيته كاللقمة والثنتين ولا يأكل جميع أكله . وقال القاضي : يتوجه أن له الاكل في بيته والخروج اليه ابتداء لان الاكل في المسجد دناءة وقد يخفي جنس قوته عن الناس ، وقد يكون في المسجد غيره فيستحي منه أن يأكل دونه وإن أطعمه لم يكفهما

ولنا ان النبي ﷺ كان لايدخل البيت الالحاجة الانسان وهذا كناية عن الحدث ولانه خروج لما له منه بد أو لبث في غير معتكفه لما له منه بد فأبطل الاعتكاف كمحادثة أهله ، وما ذكره القاضي ليس بعذر يبيح الاقامة ولا الخروج ولو ساغ ذلك لساغ الخروج للنوم وأشباهه

(فصل) وان خرج لحاجة الانسان و بقرب المسجد سقاية أقرب من منزله لا يحتشم من دخولها ويمكنه التنظف فيها لم يكن له المضي إلى منزله لان له من ذلك بد وان كان يحتشم من دخولها أو فيه نقيصة عليه أو مخالفة لعادته أو لا يمكنه التنظف فيها فله أن يمضي إلى منزله لما عليه من المشقة في ترك المروءة وكذلك ان كان له منزلان احدهما أقرب من الآخر يمكنه الوضوء في الاقرب بلا ضرر فليس له المضي الى الا بعد وان بذل له صديقه أو غيره الوضوء في منزله القريب لم يلزمه لما عليه من المشقة بترك المروءة والاحتشام من صاحبه قال المروذي سألت أبا عبدالله عن الاعتكاف في المسجد الكبير اعجب اليك أو مسجد الحي ؟ قال المسجد الكبير وأرخص لي أن أعتكف في غيره قلت فأين ترى أن أعتكف في هذا الجانب أو في ذاك الجانب ؟ قال في ذاك الجانب هو أصلح من أجل السقاية، قلت فمن اعتكف في هذا الجانب ترى أن يخرج الى الشط يتهيأ ؟ قال إذا كان له حاجة لا بد له من ذلك، قلت يتوضأ الرجل في المسجد ؟ قال لا يعجبني أن يتوضأ في المسجد

(فصل) اذا خرج لما له منه بد بطل اعتكافه وان قل وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال

ولنا أن النبي ﷺ كان لايدخل البيت إلا لحاجة الانسان وهذا كناية عن الحدث ، ولانه خروج لما له منه بد ، ولبث في غير معتكفه لما له منه بد فأبطل الاعتكاف كمحادثة أهله وما ذكره القاضي ليس بعذر يبيح الخروج ولا الاقامة ، ولو ساغ ذلك لساغ الخروج للنوم وأشباهه

(فصل) وإن خرج لحاجة الانسان وبقرب المسجد سقاية أقرب من منزله لايحتشم من دخولها ويمكنه التنظف فيها لم يكن له المضي إلى منزله لان له من ذلك بداً ، وإن كان يحتشم من دخولها أو فيه نقيصة عليه أو مخالفة لعادته أو لايمكنه التنظف فيها فله المضي إلى منزله لما عليه من المشقة في ترك المروءة ، وكذلك إن كان له منزلان أحدهما أقرب من الآخر يمكنه الوضوء في الاقرب بلاضرر فليس له قصد الابعد ، وإن بذل له صديقه أو غيره الوضوء في منزله القريب لم يلزمه لما عليه من المشقة بترك المروءة والاحتشام من صاحبه . قال المروذي سألت أبا عبدالله عن الاعتكاف في المسجد الكبير أعجب اليك أو مسجد الحي؟ قال : المسجد الكبير وأرخص لي أن أعتكف في غيره ، قلت فأين ترى أن أعتكف في هذا الجانب ، أو في ذلك الجانب ؟ قال في ذلك الجانب هو أصلح من أجل السقاية ، قلت فمن اعتكف في هذا الجانب ترى أن يخرج إلى الشط يتهيأ ؟ قال اذا كان له حاجة لابدّ له من ذلك قلت يتوضأ الرجل في المسجد ؟ قال لايعجبني أن يتوضأ في المسجد

(فصل) واذا احتيج اليه في النفير اذا عم أو حضر عدو يخافون كلبه واحتيج إلى خروج

أبو يوسف ومحمد بن الحسن لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم لان اليسير معفو عنه بدليل أن صفية أتت النبي ﷺ تزوره في معتكفه فلما قامت لتنقلب خرج معها ليقلبها ولان اليسير معفو عنه بدليل ما لو تأنى في مشيه

ولنا أنه خروج من معتكفه لغير حاجة فابطله كما لو أقام اكثر من نصف يوم أما خروج النبي ﷺ فيحتمل أنه لم يكن له بد لانه كان ليلا فلم يأمن عليها ويحتمل أنه فعل ذلك لكون اعتكافه

المعتكف لزمه الخروج لانه واجب متعين فكان عليه الخروج اليه كالخروج إلى الجمعة ، وكذلك الشهادة الواجبة عليه لما ذكرنا ، وإن وقعت فتنة خاف منها على نفسه اذا قام في المسجد أو على ماله ، أو خاف نهباً أو حريقاً فله ترك الاعتكاف والخروج لان هذا مما أباح الله تعالى لاجله ترك الواجب بأصل الشرع وهو الجمعة فأولى أن يباح لاجله ترك ماأوجبه على نفسه ، وكذلك إن تعذر عليه المقام في المسجد لمرض لايمكنه المقام معه كالقيام المتدارك أو سلس البول ، أو الاغماء ، أو لايمكنه المقام إلا بمشقة شديدة مثل أن يحتاج إلى خدمة وفراش فله الخروج ، وإن كان المرض خفيفاً كالصداع ووجع الضرس ونحوه فليس له الخروج ، فان خرج بطل اعتكافه لانه خروج لما له منه بد

(فصل) وإن حاضت المعتكفة أو نفست وجب عليها الخروج من المسجد بغير خلاف لانه حدث يمنع اللبث في المسجد ، وعن عائشة رضي الله عن النبي ﷺ « لاأحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه أبو داود ، والنفاس في معنى الحيض فثبت فيه حكمه ، قال الخرقي تخرج من المسجد وتضرب خباء في الرحبة هذا إن كان للمسجد رحبة فان لم يكن رجعت إلى بيتها ، فاذا طهرت عادت فأتمت اعتكافها وقضت مافاتها ولا كفارة عليها لانه خروج معتاد أشبه الخروج للجمعة ، وإن كان للمسجد رحبة خارجة من المسجد يمكن ضرب خبائها فيه ضربت خباءها فيه مدة حيضها وهو قول أبي قلابة ، وقال النخعي تضرب فسطاطها في دارها ، فاذا طهرت قضت تلك الايام ، وإن دخلت بيتاً أو سقفاً استأنفت ، وقال الزهري وعمرو بن دينار وربيعة ومالك ترجع إلى منزلها لانه وجب عليها الخروج من المسجد فلم تلزمها الاقامة في رحبته كالخارجة لعدة أو خوف فتنة ووجه قول الخرقي ماروى المقدام بن شريح عن عائشة رضي الله عنها قالت : كن معتكفات اذا حضن أمر رسول الله ﷺ باخراجهن من المسجد وأن يضربن الاخبية في رحبة المسجد . رواه أبو حفص باسناده وفارق المعتدة فان خروجها لتعتد في بيتها وتقيم فيه ولا يحصل ذلك مع الكون في الرحبة ، وكذلك الخائفة من الفتنة خروجها لتسلم منها فلا تقيم في موضع لاتحصل السلامة بالاقامة فيه ، قال والظاهر أن اقامتها في الرحبة مستحبة وليس بواجب ، وإن لم تقم في الرحبة رجعت إلى منزلها أو غيره ولا شيء عليها إلا القضاء لأيام حيضها لا نعلم فيه خلافا إلا قول ابراهيم وهو تحكم لا دليل عليه

(فصل) فأما الاستحاضة فلا تمنع الاعتكاف لكونها لاتمنع الصلاة ، وقد قالت عائشة رضي

تطوعا له ترك جميعه فكان له ترك بعضه ولذلك تركه لما أراد نساؤه الاعتكاف معه وأما المشي فتختلف فيه طباع الناس وعليه في تغيير مشيه مشقة ولا كذلك هاهنا فانه لا حاجة به الى الخروج

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يعود مريضا ولا يشهد جنازة الا أن يشترط ذلك)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (احدهما) في الخروج لعيادة المريض وشهود الجنازة مع عدم الاشتراط واختلفت الرواية عن احمد في ذلك فروي عنه ليس له فعله وهو قول عطاء وعروة ومجاهد والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وروى عنه الاثرم ومحمد بن الحكم أن له أن يعود المريض ويشهد الجنازة ويعود الى معتكفه وهو قول علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن جبير والنخعي والحسن لما روى عاصم بن ضمرة عن علي قال اذا اعتكف الرجل فليشهد الجمعة وليعد المريض وليحضر الجنازة وليأت أهله وليأمرهم بالحاجة وهو قائم رواه الامام احمد والاثرم وقال احمد : عاصم بن ضمرة عندي حجة قال احمد يشهد الجنازة ويعود المريض ولا يجلس ويقضي الحاجة ويعود إلى معتكفه ، وجه الاول ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ اذا

الله عنها اعتكفت مع رسول الله ﷺ امرأة من أزواجه مستحاضة فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعت الطست تحتها وهي تصلي . أخرجه البخاري ، ويجب عليها أن تتحفظ وتتلجم لئلا تلوث المسجد فان لم يمكن صيانته منها خرجت من المسجد لانه عذر وخروج لحفظ المسجد من نجاستها أشبه الخروج لقضاء الحاجة

(فصل) والمتوفى عنها يجب عليها أن تخرج لقضاء العدة ، وبهذا قال الشافعي وقال ربيعة ومالك وابن المنذر تمضي في اعتكافها حتى تفرغ منه ثم ترجع إلى بيت زوجها فتعتد فيه لان الاعتكاف المنذور واجب والاعتداد في البيت واجب فقد تعارض واجبان فيقدم أسبقهما

ولنا أن الاعتداد في بيت زوجها واجب فلزمها الخروج اليه كالجمعة في حق الرجل ودليلهم ينتقض بالخروج إلى الجمعة وسائر الواجبات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعود مريضا ولا يشهد جنازة إلا أن يشترطه فيجوز وعنه له ذلك من غير شرط)

اختلفت الرواية عن الامام أحمد في الخروج لعيادة المريض وشهود الجنازة مع عدم الشرط فروي عنه ليس له فعله ذكره الخرقي وهو قول عطاء وعروة ومجاهد والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وعنه أن له عيادة المريض وشهود الجنازة ثم يعود إلى معتكفه ، نقلها عنه الأثرم ومحمد ابن الحكم وهو قول علي ، وبه قال سعيد بن جبير والنخعي والحسن لما روى عاصم بن ضمرة عن علي قال : اذا اعتكف الرجل فليشهد الجمعة ، وليعد المريض ، وليحضر الجنازة ، وليأت أهله وليأمرهم بالحاجة وهو قائم . رواه الامام أحمد والأثرم ، قال أحمد عاصم بن ضمرة عندي حجة ووجه الاولى ماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ اذا اعتكف لا يدخل البيت إلا لحاجة

اعتكف لا يدخل البيت إلا لحاجة الانسان متفق عليه وعنها رضي الله عنها أنها قالت : السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج لحاجة إلا لما لا بد منه. وعنها قالت: كان النبي ﷺ يمر بالمريض وهو معتكف فيمر كما هو فلا يعرج يسأل عنه. رواهما أبو داود ولان هذا ليس بواجب فلا يجوز ترك الاعتكاف الواجب من أجله كالمشي مع أخيه في حاجة ليقضيها له . وإن تعينت عليه صلاة الجنازة وأمكنه فعلها في المسجد لم يجز الخروج اليها فان لم يمكنه ذلك فله الخروج اليها وان تعين عليه دفن الميت أو تغسيله جاز أن يخرج له لان هذا واجب متعين فيقدم على الاعتكاف كصلاة الجمعة فأما إن كان الاعتكاف تطوعاً وأحب الخروج منه لعيادة مريض أو شهود جنازة جاز لان كل واحد منهما تطوع فلا يتحتم واحد منهما لكن الافضل المقام على اعتكافه لان النبي ﷺ لم يكن يعرج على المريض ولم يكن واجباً عليه فاما ان خرج لما لا بد منه فسأل عن المريض في طريقه ولم يعرج جاز لان النبي ﷺ فعل ذلك

(الفصل الثاني) إذا اشترط فعل ذلك في اعتكافه فله فعله واجبا كان الاعتكاف أو غير واجب وكذلك ما كان قربة كزيارة أهله أو رجل صالح أو عالم أو شهود جنازة وكذلك ما كان مباحا مما يحتاج اليه كالعشاء في منزله والمبيت فيه فله فعله قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن المعتكف يشترط أن يأكل في أهله فقال إذا اشترط فنعم قيل له وتجيز الشرط في الاعتكاف؟ قال نعم قلت له فيبيت في أهله؟ قال إذا كان تطوعا جاز. وممن أجاز أن يشترط العشاء في أهله الحسن والعلاء

الانسان. متفق عليه ؛ وعنها أنها قالت : السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا ؛ ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ولا يباشرها ، ولا يخرج لحاجة إلا لما لا بدّ منه ، وعنها قالت : كان النبي ﷺ يمر بالمريض وهو معتكف فيمر كما هو ولا يعرج يسأل عنه . رواهما أبو داود ، ولان هذا ليس بواجب فلا يجوز ترك الاعتكاف الواجب له كالمشي في حاجة أخيه ليقضيها فان تعينت عليه صلاة الجنازة فأمكنه فعلها في المسجد لم يجز الخروج اليها ، وإن لم يمكنه ذلك فله الخروج اليها ، وإن تعين عليه دفن الميت أو تغسيله فله الخروج لان هذا واجب متعين فيقدم على الاعتكاف كصلاة الجمعة

(فصل) فاما ان كان تطوعا فاحب الخروج منه لعيادة مريض أو شهود جنازة جاز لان كل واحد منهما تطوع فلا يتحتم واحد منهما لكن الافضل المقام على اعتكافه لان النبي ﷺ لم يكن يعرج على المريض ولم يكن الاعتكاف واجبا عليه

(فصل) فان شرط فعل ذلك في الاعتكاف فله فعله واجباً كان الاعتكاف أو تطوعا وكذلك ما كان قربة كزيارة أهله أو رجل صالح أو عالم وكذلك ما كان مباحا مما يحتاج اليه كالعشاء في منزله والمبيت فيه فله فعله قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن المعتكف يشترط ان يأكل في أهله قال فان اشترط فنعم قلت له فيبيت في اهله ؟ قال اذا كان تطوعا جاز وممن أجاز أن يشترط العشاء في أهله الحسن والعلاء

ابن زياد والنخعي وقتادة ومنع منه أبو مجلز ومالك والاوزاعي قال مالك لا يكون في الاعتكاف شرط

ولنا أنه يجب بعقده فكان الشرط اليه فيه كالوقف ولان الاعتكاف لا يختص بقدر فاذا شرط الخروج فكأنه نذر القدر الذي أقامه وان قال متى مرضت أو عرض لي عارض خرجت جاز شرطه

(فصل) وان شرط الوطء في اعتكافه أو الفرجة أو النزهة أو البيع للتجارة أو التكسب بالصناعة في المسجد لم يجز لان الله تعالى قال (ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد) فاشتراط ذلك اشتراط لمعصية الله تعالى والصناعة في المسجد منهي عنها في غير الاعتكاف ففي الاعتكاف اولى وسائر ما ذكرناه يشبه ذلك ولا حاجة اليه فان احتاج اليه فلا يعتكف لان ترك الاعتكاف اولى من فعل المنهي عنه قال أبو طالب سألت احمد عن المعتكف يعمل عمله من الخياط وغيره قال ما يعجبني أن يعمل قلت ان كان يحتاج قال ان كان يحتاج لا يعتكف

(فصل) اذا خرج لما له منه بد عامداً بطل اعتكافه الا أن يكون اشترط وان خرج ناسيا فقال القاضي لا يفسد اعتكافه لانه فعل المنهي عنه ناسيا فلم تفسد العبادة كالاكل في الصوم وقال ابن عقيل يفسد لانه ترك للاعتكاف وهو لزوم المسجد وترك الشيء عمده وسهوه سواء كترك النية في الصوم فان أخرج بعض جسده لم يفسد اعتكافه عمدا كان أو سهوا لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه من المسجد وهو معتكف إلى عائشة فتغسله وهي حائض متفق عليه

(فصل) ويجوز للمعتكف صعود سطح المسجد لانه من جملته ولهذا يمنع الجنب من اللبث

ابن زياد والنخعي وقتادة ومنع منه أبو مجلز ومالك والاوزاعي قال مالك لا يكون في الاعتكاف شرط

ولنا أنه يجب بعقده فكان الشرط اليه فيه كالوقف ولان الاعتكاف لا يختص بقدر واذا شرط الخروج فكأنه نذر القدر الذي أقامه وان قال متى مرضت أو عرض لي عارض خرجت جاز شرطه .

(فصل) وان شرط الوطء في اعتكافه أو الفرجة أو النزهة أو البيع للتجارة أو التكسب بالصناعة في المسجد لم يجز لان هذا ينافي الاعتكاف أشبه اذا شرط ترك الاقامة في المسجد ولان الله تعالى قال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) فاشتراط ذلك كاشتراط المعصية والصناعة في المسجد منهي عنها في غير الاعتكاف ففي الاعتكاف أولى وسائر ما ذكرنا يشبه ذلك ولا حاجة اليه وإن احتاج اليه فلا يعتكف لان ترك الاعتكاف أولى من فعل المنهي عنه قال أبو طالب سألت أحمد عن المعتكف يعمل عمله من الخياط وغيره قال ما يعجبني أن يعمل قلت ان كان يحتاج قال إن كان يحتاج لا يعتكف

(فصل) وللمعتكف صعود سطح المسجد لانه من جملته ولهذا يمنع الجنب من اللبث فيه وهذا قول

فيه وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ويجوز أن يبيت فيه وظاهر كلام الخرقي أن رحبة المسجد ليست منه وليس للمعتكف الخروج اليها لقوله في الحائض يضرب لها خباء في الرحبة والحائض ممنوعة من المسجد وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا وروى عنه المروذي أن المعتكف يخرج الى رحبة المسجد هي من المسجد ، قال القاضي إن كان عليها حائط وباب فهي كالمسجد لانها معه وتابعة له وان لم تكن محوطة لم يثبت لها حكم المسجد فكأنه جمع بين

أبي حنيفة ومالك والشافعي لا نعلم فيه مخالفا ويجوز أن يبيت فيه

(فصل) ورحبة المسجد ليست منه في ظاهر كلام الخرقي فعلى هذا ليس للمعتكف الخروج اليها وعن أحمد مايدل على هذا وروى المروذي أن المعتكف يخرج الى رحبة المسجد هي من المسجد وجمع القاضي بين الروايتين فقال ان كان عليها حائط وباب فهي كالمسجد لانها معه وتابعة له وان لم تكن محوطة لم يثبت لها حكم المسجد فان خرج الى منارة خارج المسجد فسد اعتكافه قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يبطل لان منارة المسجد كالمتصلة به

﴿مسئلة﴾ (وله السؤال عن المريض في طريقه مالم يعرج لان النبي ﷺ كان يفعله)

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : ان كنت لادخل البيت للحاجة والمريض فيه فما أسأل عنه الا وأنا مارة . متفق عليه وليس له الوقوف لان فيه ترك الاعتكاف وله الدخول الى مسجد يتم اعتكافه فيه لانه محل للاعتكاف والمكان لا يتعين للاعتكاف بنذره وتعيينه فمع عدم ذلك أولى وقد ذكرنا تفصيل ذلك

﴿مسئلة﴾ (فان خرج لما لا بد منه خروجا معتاداً لحاجة الانسان فلا شيء عليه لانه لا بد له منه)

فلو بطل اعتكافه بخروجه اليه لم يصح لاحد الاعتكاف وقد كان النبي ﷺ يخرج لحاجته وهو معتكف وكذلك خروج المرأة لحيضها لانها خرجت باذن الشرع ولا يجب عليها كفارة لانه خروج لعذر معتاد أشبه الخروج لقضاء الحاجة وحكم النفاس حكم الحيض لانه في معناه

﴿مسئلة﴾ (وان خرج لغير المعتاد في المتتابع وتطاول خير بين استئنافه واتمامه مع كفارة يمين وان فعله في معين قضى وفي الكفارة وجهان)

اذا خرج المعتكف لغير المعتاد كالخروج الى النفير المتعين والشهادة الواجبة والخوف من الفتنة والمرض وعدة الوفاة ونحو ذلك ولم يتطاول فهو على اعتكافه لانه خروج يسير مباح أو واجب فلم يبطل به الاعتكاف كحاجة الانسان وان تطاول ثم زال عذره وكان الاعتكاف تطوعاً فهو مخير ان شاء رجع الى معتكفه وان شاء لم يرجع لانه لا يلزم بالشروع وان كان واجباً رجع الى معتكفه فبنى على ما مضى من اعتكافه ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون نذر اعتكافا في أيام غير متتابعة ولا معينة فهذا يلزمه أن يتم ما بقي عليه لكن يبتدىء اليوم الذي خرج فيه من أوله ليكون متتابعاً

الروايتين وحملها على اختلاف الحالين فان خرج الى منارة خارج المسجد للاذان بطل اعتكافه

ولا كفارة عليه لانه أتى بالمنذور على وجهه فلم تلزمه كفارة كما لولم يخرج (الثاني) أن يكون معيناً كشهر رمضان فعليه قضاء ما ترك وكفارة يمين لتركه النذر في وقته وفيه وجه آخر لا كفارة عليه وقد روي ذلك عن احمد (الثالث) نذر أياما متتابعة فهو مخير بين البناء والقضاء مع التكفير وبين الاستئناف ولا كفارة عليه لانه أتى بالمنذور على وجهه فلم تلزمه كفارة كما لو أتى به من غير أن يسبقه الاعتكاف الذي خرج منه وذكر الخرقي مثل هذا قال من نذر أن يصوم شهرا متتابعاً فلم يسمه فمرض في بعضه فاذا عوفي بنى على ما مضى من صيامه وقضى ما تركه وكفر كفارة يمين وان أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه. وقال أبو الخطاب فيمن ترك الصيام المنذور لعذر فعن احمد فيه رواية أخرى لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد لان المنذور كالمشروع ابتداء ولو أفطر في رمضان لعذر لم يلزمه شيء فكذلك المنذور وقال القاضي ان خرج لواجب كجهاد تعين أو شهادة واجبة أو عدة الوفاة فلا كفارة عليه لانه خروج واجب لحق الله تعالى فلم يجب فيه شيء كالمرأة تخرج لحيضها ونفاسها فيقتضي قوله ان الخروج إذا لم يكن واجباً بل كان مباحا كخروج من خوف الفتنة ونحوه يوجب الكفارة لانه خرج لحاجة نفسه خروجا غير معتاد وظاهر كلام الخرقي وجوب الكفارة لان النذر كاليمين ومن حلف على فعل شيء فحنث لزمته الكفارة سواء كان لعذر أو لغيره وسواء كانت المخالفة واجبة أو لم تكن وفارق صوم رمضان من حيث إن الفطر لا يوجب كفارة سواء كان لعذر أو لغيره وفارق الحيض فانه يتكرر ويظن وجوده في زمن النذر فيصير كالخروج لحاجة الانسان

﴿ مسئلة ﴾ (وان خرج لما له منه بد في المتتابع لزمه استئنافه وان فعله في معين فعليه الكفارة وفي الاستئناف وجهان)

اذا خرج لما له منه بد عامداً بطل اعتكافه الا أن يشترطه على ما ذكرناه. وان خرج ناسيا فقال القاضي لا يفسد اعتكافه لانه فعل المنهي عنه ناسيا فلم تفسد به العبادة كالاكل في الصوم وقال ابن عقيل يفسد لانه ترك الاعتكاف وهو لزوم المسجد والترك يستوي عمده وسهوه كترك النية في الصوم فان أخرج بعض جسده لم يفسد اعتكافه وان كان عمدا لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه من المسجد وهو معتكف إلى عائشة فتغسله وهي حائض متفق عليه

(فصل) ويبطل اعتكافه بالخروج وان قل وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل حتى يكون أكثر من نصف يوم لان اليسير معفو عنه لان صفية أتت النبي ﷺ تزوره في معتكفه فلما خرجت لتنقلب خرج معها ليقلبها[1] ولان اليسير معفو عنه بدليل مالو تأنى في مشيه ولنا أنه خروج من معتكفه لغير حاجة فأبطله كما لو أقام أكثر من نصف يوم وأما خروج النبي ﷺ فيحتمل أنه لم يكن له منه بد لانه كان ليلا فلم يأمن عليها ويحتمل أنه فعل ذلك لكون

[1] أي ليردها الى منزلها ومطاوعه انقلب أي عاد ورجع

قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يبطل لان منارة المسجد كالمتصلة به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وطيء فقد أفسد اعتكافه ولا قضاء عليه إلا أن يكون واجبا)

وجملة ذلك أن الوطء في الاعتكاف محرم بالاجماع والاصل فيه قول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها) فان وطيء في الفرج متعمداً أفسد اعتكافه باجماع أهل العلم حكاه ابن المنذر عنهم ولان الوطء إذا حرم في العبادة أفسدها كالحج والصوم وإن كان ناسياً فكذلك عند إمامنا وأبي حنيفة ومالك ، وقال الشافعي: لا يفسد اعتكافه لأنها مباشرة

اعتكافه تطوعاً له ترك جميعه فكان له ترك بعضه ولذلك تركه لما أراد نساؤه الاعتكاف معه وأما المشي فيختلف فيه طباع الناس وعليه في تغيير مشيه مشقة ولا كذلك هاهنا فانه لاحاجة به الى الخروج إذا ثبت ذلك فانه ان فعله في متتابع لزمه الاستئناف لانه امكنه الاتيان بالمنذور على صفته أشبه حالة الابتداء وان فعله في معين لزمه الكفارة لتركه النذر لغير عذر وفي الاستئناف وجهان

(أحدهما) يلزمه كالمتتابع ولانه كان يلزمه التتابع مع التعيين فان تعذر التعيين لزمه التتابع لامكانه ومن ضرورته الاستئناف .

(والوجه الثاني) لايلزمه الاستئناف لان ما مضى منه قد أدى العبادة فيه أداء صحيحا فلم تبطل بتركها في غيره كما لو أفطر في أثناء شهر رمضان ولان التتابع هاهنا حصل ضرورة التعيين مصرح به فاذا لم يكن بد من الاخلال باحدهما ففيما حصل ضرورة أولى ولان وجوب التتابع من حيث الوقت لامن حيث النذر فالخروج في بعضه لايبطل مامضى منه كصوم رمضان إذا أفطر لغير عذر فعلى هذا يقضي ما أفسد فيه حسب ويكفر على كلا الوجهين لاصل الوجهين فيمن نذر صوما معينا فأفطر في بعضه فان فيه روايتين كالوجهين اللذين ذكرناهما وكذلك الحكم في كل من أفسد اعتكافه بجماع أو غيره فان كان الاعتكاف تطوعا فلا قضاء عليه لان التطوع لا يلزم بالشروع فيه في غير الحج والعمرة وقد ذكرنا ذلك

(فصل) فان نذر اعتكاف أيام متتابعة بصوم فأفطر يوما افسد تتابعه ووجب الاستئناف لاخلاله بالاتيان بما نذره على صفته والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ (وان وطيء المعتكف في الفرج فسد اعتكافه ولا كفارة عليه الا لترك نذره وقال أبو بكر عليه كفارة يمين وقال القاضي عليه كفارة الظهار)

الوطء في الاعتكاف محرم بالاجماع والاصل فيه قول الله تعالي (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها) فان وطيء في الفرج متعمداً أفسد اعتكافه باجماع أهل العلم حكاه ابن المنذر ولان الوطء اذا حرم في العبادة أفسدها كالحج والصوم وان كان ناسيا أفسده أيضا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي لايفسد لانها مباشرة لاتفسد الصوم فلا تفسد الاعتكاف

لا تفسد الصوم فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة فيما دون الفرج

ولنا أن ما حرم في الاعتكاف استوى عمده وسهوه في إفساده كالخروج من المسجد ولا يسلم أنها لا تفسد الصوم ولان المباشرة دون الفرج لا تفسد الاعتكاف الا اذا اقترن بها الانزال، إذ ثبت هذا فلا كفارة بالوطء في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقول عطاء والنخعي وأهل المدينة ومالك وأهل العراق والثوري وأهل الشام والاوزاعي ونقل حنبل عن أحمد أن عليه كفارة وهو قول الحسن والزهري واختيار القاضي لانه عبادة يفسدها الوطء لعينه فوجبت الكفارة بالوطء فيها كالحج وصوم رمضان

ولنا أنها عبادة لا تجب باصل الشرع فلم تجب بافسادها كفارة كالنوافل ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها فلم تجب الكفارة بافسادها كالصلاة ولان وجوب الكفارة انما يثبت بالشرع ولم يرد الشرع بايجابها فتبقى على الاصل وما ذكروه ينتقض بالصلاة وصوم غير رمضان. والقياس على الحج لا يصح لانه مباين لسائر العبادات ولهذا يمضي في فاسده ويلزم بالشروع فيه ويجب بالوطء فيه بدنة بخلاف غيره ولانه لو وجبت الكفارة ههنا بالقياس عليه للزم أن يكون بدنة لان الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الاصل اذ كان القياس إنما هو توسعة مجرى الحكم فيصير النص الوارد في الاصل وارداً في الفرع فيثبت فيه الحكم الثابت في الاصل بعينه وأما القياس على الصوم

كالمباشرة فيما دون الفرج

ولنا أن ماحرم في الاعتكاف استوى عمده وسهوه في إفساده كالخروج من المسجد ولا نسلم أنها لاتفسد الصوم ولان المباشرة دون الفرج لاتفسد الاعتكاف الا اذا اقترن بها الانزال اذا ثبت هذا فلا تجب الكفارة بالوطء في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقول عطاء والنخعي وأهل المدينة ومالك وأهل العراق والثوري وأهل الشام والاوزاعي ونقل حنبل عن الامام أحمد أن عليه كفارة وهو قول الحسن والزهري واختيار القاضي لانها عبادة يفسدها الوطء بعينه فوجبت الكفارة بالوطء فيها كالحج وصوم رمضان .

ولنا أنها عبادة لاتجب بأصل الشرع فلم تجب بافسادها كفارة كالنوافل ، ولانها عبادة لايدخل المال في جبرانها فلم تجب الكفارة بافسادها كالصلاة ، ولان وجوب الكفارة انما يثبت بالشرع ولم يرد الشرع بايجابها فيبقى على الاصل ، وما ذكروه ينتقض بالصلاة وبالصوم في غير رمضان والقياس على الحج لايصح لانه مباين لسائر العبادات ، ولهذا يمضي في فاسده ويلزم بالشروع فيه ، ويجب بالوطء فيه بدنة بخلاف غيره ، ولانه لو وجبت الكفارة ههنا بالقياس عليه لزم أن تكون بدنة لان الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الاصل اذ كان القياس انما هو توسعة مجرى الحكم فيصير النص الوارد في الاصل وارداً في الفرع فيثبت فيه الحكم الثابت في الاصل بعينه ، وأما القياس على الصوم فهو دال على

فهو دال على نفي الكفارة لان الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان والاعتكاف أشبه بغير رمضان لأنه نافلة لا يجب الا بالنذر ثم لا يصح قياسه على رمضان أيضا لان الوطء فيه إنما أوجب الكفارة لحرمة الزمان ولذلك يجب على كل من لزمه الامساك وإن لم يفسد به صوما

واختلف موجبو الكفارة فيها فقال القاضي : يجب كفارة الظهار وهو قول الحسن والزهري ، وظاهر كلام احمد في رواية حنبل فانه روى عن الزهري أنه قال : من أصاب في اعتكافه فهو كهيئة المظاهر ثم قال عبد الله إذا كان نهاراً وجبت عليه الكفارة ، ويحتمل ان أبا عبد الله انما أوجب عليه الكفارة إذا فعل ذلك في رمضان لأنه اعتبر ذلك في النهار لأجل الصوم ولو كان لمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار كما لم يختص الفساد به وحكي عن أبي بكر أن عليه كفارة يمين ولم أر هذا عن أبي بكر في كتاب الشافي ولعل أبا بكر انما أوجب عليه كفارة في موضع تضمن الافساد الاخلال بالنذر فوجبت لمخالفة نذره وهي كفارة يمين فاما في غير ذلك فلا لان الكفارة إنما تجب بنص أو اجماع أو قياس وليس هاهنا نص ولا اجماع ولا قياس فان نظير الاعتكاف الصوم ولا يجب بافساده كفارة إذا كان تطوعا ولا منذوراً ما لم يتضمن الاخلال بنذره فيجب به كفارة يمين كذلك هذا

(فصل) فأما المباشرة دون الفرج فان كانت لغير شهوة فلا بأس بها مثل أن تغسل رأسه أو

نفي الكفارة لان الصوم كله لايجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان ، والاعتكاف أشبه بغير رمضان لانه نافلة لايجب إلا بالنذر ثم لايصح قياسه على رمضان أيضاً لان الوطء فيه انما أوجب الكفارة لحرمة رمضان ، ولذلك تجب على كل من لزمه الامساك وإن لم يفسد بهصوما واختلف موجبو الكفارة فيها ، فقال القاضي تجب كفارة الظهار وهو قول الحسن والزهري ، وظاهر كلام أحمد فيرواية حنبل قال أبو عبـد الله اذا كان نهاراً وجبت عليه الكفارة . قال الشيخ رحمه الله : ويحتمل أن أبا عبدالله انما أوجب عليه الكفارة اذا فعل ذلك في رمضان لانه اعتبر ذلك في النهار لاجل الصوم ، ولو كان بمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار كما لم يختص الفساد به

وحكي عن أبي بكر أن عليه كفارة يمين (قال شيخنا) ولم أر هذا عن أبي بكر في كتاب الشافي ولعل أبا بكر انما أوجب عليه الكفارة في موضع تضمن لافساد الاخلال بالنذر فوجب لتركه نذره وهي كفارة يمين ، وأما في غـير ذلك فلا لان الكفارة انما تجب بنص أو اجماع أو قياس ، وليس ههنا نص ولا اجماع ولا قيـاس فان نظير الاعتكاف الصوم ، ولا تجب بافساده كفارة اذا كان تطوعا ولا منذوراً مالم يتضمن الاخلال بنذره فتجب به كفارة يمين كذلك ههنا ، فأما إن كان منذوراً وأفسده بالوطء فالحكم فيـه كالحكم فيما اذا أفسده بالخروج لما له منه بد لانه في معناه ، وقد ذكرنا مافيه من التفصيل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن باشر فيما دون الفرج فأنزل فسد اعتكافه وإلا فلا)

اذا كانت المباشرة دون الفرج لغير شهوة فلا بأس بها مثل أن تغسل رأسه أو تفليه لما ذكرنا

تقليه أو تناوله شيئا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يدني رأسه الى عائشة وهو معتكف فترجله ، وان كانت عن شهوة فهي محرمة لقول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) ولقول عائشة : السنّة للمعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها . رواه أبوداود ، ولانه لايأمن افضاءها الى افساد الاعتكاف ، وما أفضى الى الحرام كان حراما ، فان فعل فأنزل فسد اعتكافه ، وان لم ينزل لم يفسد وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر يفسد في الحالين وهو قول مالك لانها مباشرة محرمة فأفسدت الاعتكاف كما لو أنزل

ولنا انها مباشرة لاتفسد صوما ولا حجا فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة لغير شهوة ، وفارق التي أنزل بها لأنها تفسد الصوم ولا كفارة عليه الا على رواية حنبل

(فصل) وان ارتد فسد اعتكافه لقوله تعالى (لئن أشركت ليحبطن عملك) ولانه خرج بالردة عن كونه من أهل الاعتكاف ، وان شرب ما أسكره فسد اعتكافه لخروجه عن كونه من أهل المسجد

(فصل) وكل موضع فسد اعتكافه فان كان تطوعا فلا قضاء عليه لان التطوع لا يلزم بالشروع فيه في غير الحج والعمرة ، وان كان نذراً نظرنا فان كان نذر أياما متتابعة فسد مامضى من اعتكافه واستأنف لان التتابع وصف في الاعتكاف وقد أمكنه الوفاء به فلزمه ، وان كان نذر أياما معينة كالعشر الاواخر من شهر رمضان ففيه وجهان (أحدهما) يبطل ما مضى ويستأنفه لانه نذر اعتكافا متتابعاً فبطل بالخروج منه كما لو قيده بالتتابع بلفظه (والثاني) لا يبطل لان مامضى منه قد أدى العبادة فيه أداءاً صحيحاً فلم يبطل بتركها في غيره كما لو أفطر في أثناء شهر رمضان والتتابع ههنا حصل ضرورة التعيين ، والتعيين مصرح به ، وإذا لم يكن بد من الاخلال بأحدهما ففيما حصل ضرورة أولى ، ولان وجوب التتابع من حيث الوقت لا من حيث النذر فالخروج في بعضه لا يبطل ما مضى منه كصوم رمضان إذا أفطر فيه ، فعلى هذا يقضي ما أفسد فيه فحسب ، وعليه الكفارة على الوجهين جميعا لانه

من حديث عائشة ، وإن كانت لشهوة فهي محرمة لقوله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) ولقول عائشة رضي الله عنها : السنة للمعتكف أن لايعود مريضاً ، ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ولا يباشرها ، رواه أبو داود . ولانه لايأمن افضاءها إلى افساد الاعتكاف وما أفضى إلى الحرام حرام ، فان فعل فأنزل فسد اعتكافه وإن لم ينزل لم يفسد ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر يفسد في الحالين وهو قول مالك لأنها مباشرة محرمة فأفسدت الاعتكاف كما لو أنزل

ولنا أنها مباشرة لاتفسد صوما ولا حجاً فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة لغير شهوة وفارق التي أنزل بها لانها تفسد الصوم ولا كفارة عليه إلا على رواية حنبل

(فصل) وإن ارتد فسد اعتكافه لقول الله تعالى (لئن أشركت ليحبطن عملك) ولانه خرج

تارك لبعض ماندره ، وأصل الوجهين فيمن نذر صوما معينا فأفطر في بعضه فان فيه روايتين كالمذهبين اللذين ذكرناهما

(فصل) إذا نذر اعتكاف أيام متتابعة بصوم فأفطر يوما أفسد تتابعه ووجب استئناف الاعتكاف لاخلاله بالاتيان بما نذره على صفته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وقعت فتنة خاف منها ترك اعتكافه فاذا أمن بنى على مامضى اذا كان نذر أياما معلومة وقضى ما ترك و كفر كفارة يمين و كذلك في النفير اذا احتيج اليه

وجملته أنه اذا وقعت فتنة خاف منها على نفسه ان قعد في المسجد أو على ماله نهبا أو حريقاً فله ترك الاعتكاف والخروج لان هذا مما أباح الله تعالى لاجله ترك الواجب باصل الشرع وهو الجمعة والجماعة فأولى أن يباح لأجله ترك ما أوجبه على نفسه وكذلك إن تعذر عليه المقام في المسجد لمرض لايمكنه المقام معه فيه كالقيام المتدارك او سلس البول او الاغماء أولا يمكنه المقام الا بمشقة شديدة مثل أن يحتاج الى خدمة وفراش فله الخروج وان كان المرض خفيفاً كالصداع ووجع الضرس[1] ونحوه فليس له الخروج فان خرج بطل اعتكافه وله الخروج الى مايتعين عليه من الواجب مثل الخروج في النفير اذا عم أو حضر عدو يخافون كلبه واحتيج الى خروج المعتكف لزمه الخروج لانه واجب متعين فلزم الخروج اليه كالخروج الى الجمعة واذا خرج ثم زال عذره نظرنا فان كان تطوعا فهو مخير ان شاء رجع الى معتكفه وان شاء لم يرجع وان كان واجبا رجع الي معتكفه فبنى على مامضى من اعتكافه ثم لايخلو النذر من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يكون نذر اعتكافاً في أيام غير متتابعة ولا معينة فهذا لايلزمه قضاء بل يتم مابقي عليه لكنه يبتديء اليوم الذي خرج فيه من أوله ليكون متتابعاً ولا كفارة عليه لانه أتى بما نذر على وجهه فلا يلزمه كفارة كما لو لم يخرج

(الثاني) نذر أياما معينة كشهر رمضان فعليه قضاء ماترك وكفارة يمين بمنزلة تركه المنذور في وقته ويحتمل أن لايلزمه كفارة على ماسنذكره إن شاء الله

(الثالث) نذر أياما متتابعة فهو مخير بين البناء والقضاء والتكفير وبين الابتداء ولا كفارة عليه لانه يأتي بالمنذور على وجهه فلم يلزمه كفارة كما لو أتى به من غير أن يسبقه الاعتكاف الذي قطعه وذكر الخرقي مثل هذا في الصيام فقال ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ولم يسمه فمرض في بعضه فاذا عوفي بنى على مامضى من صيامه وقضى ما ترك وكفر كفارة يمين وان أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه وقال أبو الخطاب فيمن ترك الصيام المنذور لعذر فعن احمد فيه رواية أخرى أنه

[1] «١» فيه ان من الصداع ووجع الضرس مالا يطاق أحماله ولا يمكن المقام معه

بالردة عن كونه من أهل الاعتكاف ، وإن شرب ماأسكره فسد اعتكافه بخروجه عن كونه من أهل

لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد لان المنذور كالمشروع ابتداء ولو أفطر في رمضان لعذر لم يلزمه شيء فكذلك المنذور وقال القاضي ان خرج لواجب كجهاد تعين أو اداء شهادة واجبة فلا كفارة عليه لانه خروج واجب لحق الله تعالى فلم يجب به شيء كالمرأة تخرج لحيضها أو نفاسها وحمل كلام الخرقي على أنه يبني على مامضى دون إيجاب الكفارة وظاهر كلام الخرقي أن عليه الكفارة لان النذر كاليمين ومن حلف على فعل شيء فحنث لزمته الكفارة سواء كان لعذر أو غيره وسواء كانت المخالفة واجبة أو لم تكن ويفارق صوم رمضان فان الاخلال به والفطر فيه لغير عذر لايوجب الكفارة ويفارق الحيض فانه يتكرر ويظن وجوده في زمن النذر فيصير كالخروج لحاجة الانسان وكالمستثنى بلفظه

﴿ مسئلة ﴾ (قال والمعتكف لا يتجر ولا يتكسب بالصنعة)

وجملته أن المعتكف لايجوز لهأن يبيع ولا يشتري الا مالا بد له منه قال حنبل سمعت أباعبد الله يقول المعتكف لايبيع ولا يشتري الا مالا بد له منه طعام أو نحو ذلك فاما التجارة والاخذ والعطاء فلايجوز شيء من ذلك وقال الشافعي لا بأس أن يبيع ويشتري ويخيط ويتحدث مالم يكن مأثما

المسجد ، ومتى أفسد اعتكافه فلا كفارة عليه إلا أن يكون واجبا وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ويستحب للمعتكف التشاغل بفعل القربة واجتناب مالا يعنيه)

يستحب المعتكف التشاغل بالصلاة وقراءة القرآن وذكر الله تعالى ونحو ذلك من الطاعات المحضة ويجتنب مالا يعنيه من الاقوال والافعال لان من كثر كلامه كثر سقطه ، وفي الحديث «من حسن اسلام المرء تركه مالا يعنيه» ويجتنب الجدال والمراء والسباب والفحش فان ذلك مكروه في غير الاعتكاف ففيه أولى ولا يبطل الاعتكاف بشيء من ذلك لانه لما لم يبطل بمباح الكلام لم يبطل بمحظوراته وعكسه الوطء ولا بأس بالكلام بمحادثته ومحادثة غيره فان صفية زوج النبي ﷺ قالت كان رسول الله ﷺ معتكفا فأتيته لازوره ليلا فحدثته ثم قمت فانقلبت فقام معي ليقلبني (١) وكان مسكنها في دار أسامة بن زيد فمر رجلان من الانصار فلما رأيا النبي ﷺ أسرعا فقال النبي ﷺ « على رسلكما انها صفية بنت حيي » فقالا سبحان الله يارسول الله قال « ان الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم واني خشيت أن يقذف في قلوبكما شرا » أو قال «شيئا» متفق عليه وقال علي رضي الله عنه أيما رجل معتكف فلا يساب ولا يرفث في الحديث ويأمر أهله بالحاجة أي وهو يمشي ولا يجالس عندهم رواه الامام أحمد

(فصل) ويجتنب المعتكف البيع والشراء الا مالا بد له منه قال حنبل سمعت أبا عبد الله يقول المعتكف لايبيع ولا يشتري الا مالا بد له منه طعام أو نحو ذلك فأما التجارة والاخذ والعطاء فلايجوز وقال الشافعي لا بأس أن يبيع ويشتري ويخيط ويتحدث مالم يكن مأثما

(١) اي يرجعني الى المنزل كما تقدم

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن البيع والشراء في المسجد رواه الترمذي وقال حديث حسن ورأى عمران القصير رجلا يبيع في المسجد فقال ياهذا ان هذا سوق الآخرة فان أردت البيع فاخرج إلى سوق الدنيا . واذا منع من البيع والشراء في غير حال الاعتكاف ففيه أولى فاما الصنعة فظاهر كلام الخرقي انه لايجوز منها ما يكتسب به لانه بمنزلة التجارة بالبيع والشراء ويجوز مايعمله لنفسه كخياطة قميصه ونحوه وقد روى المروزي قال سألت أبا عبدالله عن المعتكف: ترى له أن يخيط؟ قال لا ينبغي له أن يعتكف اذا كان يريد أن يفعل وقال القاضي لاتجوز الخياطة في المسجد سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن قل أو كثر لان ذلك معيشة أو تشغل عن الاعتكاف فأشبه البيع والشراء فيه والاولى أن يباح له ما يحتاج اليه من ذلك اذا كان يسيراً مثل أن ينشق قميصه فيخيطه أو ينحل شيء يحتاج إلى ربط فيربطه لان هذا يسير تدعو الحاجة اليه فجرى مجرى لبس قميصه وعمامته وخلعها

(فصل) يستحب للمعتكف التشاغل بالصلاة وتلاوة القرآن وذكر الله تعالى ونحو ذلك من الطاعات المحضة ويجتنب مالا يعنيه من الاقوال والافعال ولايكثر الكلام لان من كثر كلامه كثر سقطه وفي الحديث «من حسن اسلام المرء تركه مالا يعنيه» ويجتنب الجدال والمراء والسباب والفحش فان ذلك مكروه في غير الاعتكاف ففيه أولى ولا يبطل الاعتكاف بشيء من ذلك لانه لما لم يبطل بمباح الكلام لم يبطل بمحظوره وعكسه الوطء ولا بأس بالكلام لحاجته ومحادثة غيره فان صفية زوج النبي ﷺ قالت كان رسول الله ﷺ معتكفا فأتيته أزوره ليلا فحدثته ثم قمت فانقلبت فقام معي ليقلبني وكان مسكنها في دار أسامة بن زيد فمر رجلان من الانصار فلما رأيا النبي ﷺ أسرعا فقال النبي ﷺ « على رسلكما انها صفية بنت حيي» فقالا سبحان الله يارسول الله فقال «ان الشيطان

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن البيع والشراء في المسجد رواه الترمذي وقال حديث حسن ورأى عمر ان القصير رجلا يبيع في المسجد فقال ياهذا ان هذا سوق الآخرة فان أردت البيع فاخرج الى سوق الدنيا واذا منع من البيع والشراء في غير حال الاعتكاف ففيه أولي فأما الصنعة فظاهر كلام الخرقي أنه لايجوز منها مايتكسب به ولأنه بمنزلة البيع والشراء ويجوز مايعمله لنفسه كخياطة قميصه ونحوه وقد روى المروذي قال سألت ابا عبد الله عن المعتكف ترى له أن يخيط قال لاينبغي له أن يعتكف اذا كان يريد أن يفعل ، وقال القاضي لاتجوز الخياطة في المسجد سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن لان ذلك معيشة وتشغل عن الاعتكاف فأشبه البيع والشراء فيه قال شيخنا : والأولى أن يباح له مايحتاج اليه من ذلك اذا كان يسيراً مثل ان ينشق قميصه فيخيطه أو ينحل شيء يحتاج الى ربطه فيربطه لان هذا يسير تدعو الحاجة اليه فجرى مجرى لبس قميصه وعمامته

يجري من الانسان مجرى الدم ، واني خشيت أن يقذف في قلوبكما شرا » أو قال « شيئا » متفق عليه وقال علي رضي الله عنه أيما رجل اعتكف فلا يساب ولا يرفث في الحديث ويأمر أهله بالحاجة أي وهو يمشي ولا يجلس عندهم رواه الامام احمد

(فصل) فأما إقراء القرآن وتدريس العلم ودرسه ومناظرة الفقهاء ومجالستهم وكتابة الحديث ونحو ذلك مما يتعدى نفعه فأكثر أصحابنا على انه لا يستحب وهو ظاهر كلام أحمد ، وقال أبو الحسن الآمدي في استحباب ذلك روايتان ، واختار أبو الخطاب انه مستحب إذا قصد به طاعة الله تعالى لا المباهاة وهذا مذهب الشافعي لان ذلك أفضل العبادات ونفعه يتعدى فكان أولى من تركه كالصلاة واحتج أصحابنا بأن النبي ﷺ كان يعتكف فلم ينقل عنه الاشتغال بغير العبادات المختصة به ، ولان الاعتكاف عبادة من شرطها المسجد فلم يستحب فيها ذلك كالطواف وما ذكروه يبطل بعيادة المرضى وشهود الجنازة فعلى هذا القول فعله لهذه الافعال أفضل من الاعتكاف ، قال المروذي : قلت لأبي عبد الله ان رجلا يقرىء في المسجد وهو يريد أن يعتكف ولعله أن يختم في كل يوم فقال اذا فعل هذا كان لنفسه وإذا قعد في المسجد كان له ولغيره يقرىء أحب الي ، وسئل أيما أحب اليك : الاعتكاف أو الخروج الى عبادان؟ قال ليس يعدل الجهاد عندي شيء ، يعني ان الخروج الى عبادان أفضل من الاعتكاف[1]

(فصل) وليس من شريعة الاسلام الصمت عن الكلام وظاهر الاخبار تحريمه ، قال قيس بن مسلم دخل أبو بكر الصديق رضي الله عنه على امرأة من أحمس يقال لها زينب فرآها لا تتكلم فقال مالها لا تتكلم ؟ قالوا حجت مصمتة ، فقال لها تكلمي فان هذا لا يحل ، هذا من أعمال الجاهلية فتكلمت رواه البخاري . وروى أبو داود باسناده عن علي رضي الله عنه قال حفظت عن رسول الله ﷺ انه قال « لاصمات يوم إلى الليل » وروي عن النبي ﷺ انه نهى عن صوم الصمت فان نذر ذلك في اعتكافه أو غيره لم يلزمه الوفاء به وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى وابن المنذر ولا نعلم فيه مخالفاً لما روى ابن عباس قال : بينا النبي ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو اسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبي ﷺ « مره فليتكلم وليستظل

[1] « ١ » عبادان بلد معروف والظاهر انه كان في زمنهم محل مرابطة

(فصل) وليس الصمت من شريعة الاسلام وظاهر الاخبار تحريمه . قال قيس بن مسلم دخل أبو بكر رضي الله عنه على امرأة من أحمس يقال لها زينب فرآها لا تتكلم فقال مالها لا تتكلم ؟ قالوا حجت مصمتة ، فقال لها تكلمي هذا لا يحل هذا من عمل الجاهلية فتكلمت . رواه البخاري ، وروى أبو داود باسناده عن علي رضي الله عنه قال : حفظت عن رسول الله ﷺ أنه قال « لاصمات يوم إلى الليل » وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن صوم الصمت ، فان نذر ذلك لم يلزمه الوفاء به ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ولا نعلم فيه مخالفاً لما روى ابن عباس قال : بينا النبي ﷺ يخطب إذ هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو اسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ، ولا يقعد ، ولا

وليقعد وليتم صومه » رواه البخاري . ولانه نذر فعل منهي عنه فلم يلزمه كنذر المباشرة في المسجد وان أراد فعله لم يكن له ذلك سواء نذره أو لم ينذره ، وقال أبو ثور وابن المنذر له فعله اذا كان أسلم

ولنا النهي عنه وظاهره التحريم والامر بالكلام ومقتضاه الوجوب ، وقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان هذا لا يحل هذا من عمل الجاهلية وهذا صريح ولم يخالفه أحد من الصحابة فيما علمناه ، واتباع ذلك أولى

(فصل) ولا يجوز أن يجعل القرآن بدلا من الكلام لانه استعمال له في غير ما هو له فأشبه استعمال المصحف في التوسد ونحوه ، وقد جاء « لا تناظروا بكتاب الله » قيل معناه لا تتكلم به عند الشيء تراه كأن ترى رجلا قد جاء في وقته فتقول (وجئت على قدر ياموسى) أو نحوه ذكر أبو عبيد نحو هذا المعنى

يستظل ، ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبي ﷺ « مره فليتكلم ، وليستظل وليقعد وليتم صومه » رواه البخاري ، ولانه نذر فعل منهي عنه فلم يلزمه كنذر المباشرة في المسجد ، وإن أراد فعله لم يكن له ذلك سواء نذره أو لم ينذره ، وقال أبو ثور وابن المنذر له فعله اذا كان أسلم

ولنا النهي عنه وظاهره التحريم والامر بالكلام ومقتضاه الوجوب ، وقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه إن هذا لا يحل ، هذا من عمل الجاهلية ، وهذا صريح ولم يخالفه أحد من الصحابة فيما علمناه واتباع ذلك أولى

(فصل) ولا يجوز أن يجعل القرآن بدلا من الكلام لانه استعمال له في غير ما هو له أشبه استعمال المصحف في التوسد ونحوه وقد جاء « لا تناظروا بكتاب الله » قيل معناه لا تتكلم به عند الشيء تراه كأن ترى رجلا قد جاء في وقته فيقول (وجئت على قدر ياموسى) ونحوه ذكر أبو عبيد نحو هذا المعنى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب له اقراء القرآن والعلم والمناظرة فيه إلا عند الخطاب اذا قصد به الطاعة)

أكثر أصحابنا لا يستحبون للمعتكف اقراء القرآن وتدريس العلم ومناظرة الفقهاء ومجالستهم وكتابة الحديث ونحو ذلك مما يتعدى نفعه وهو ظاهر كلام أحمد . وقال أبو الحسن الآمدي في استحباب ذلك روايتان ، واختار أبو الخطاب أنه مستحب اذا قصد به طاعة الله تعالى لا المباهاة وهذا مذهب الشافعي لان ذلك أفضل العبادات ونفعه يتعدي فكان أولى من تركه كالصلاة واحتج أصحابنا بأن النبي ﷺ كان يعتكف فلم ينقل عنه الاشتغال بغير العبادات المختصة به ، ولان الاعتكاف عبادة من شرطها المسجد فلم يستحب فيها ذلك كالطواف وما ذكروه يبطل بعيادة المرضى وشهود الجنازة فعلى هذا القول فعله لهذه الافعال أفضل من الاعتكاف قال المروذي قلت لابي عبد الله ان رجلا يقرىء في المسجد وهو يريد أن يعتكف ولعله أن يختم في كل يوم فقال اذا فعل هذا كان لنفسه واذا قعد في المسجد كان له ولغيره يقرىء أحب الي وسئل أيما أحب اليك الاعتكاف أو الخروج الى عبادان فقال ليس يعدل الجهاد عندي شيء يعني أن الخروج الى عبادان أفضل من الاعتكاف

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا بأس أن يتزوج في المسجد ويشهد النكاح)

وانما كان كذلك لان الاعتكاف عبادة لا تحرم الطيب فلم تحرم النكاح كالصوم ولان النكاح طاعة وحضوره قربة ومدته لا تتطاول فيتشاغل به عن الاعتكاف فلم يكره فيه كتشميت العاطس ورد السلام

(فصل) ولا بأس أن يتنظف بأنواع التنظف لان النبي ﷺ كان يرجل رأسه وهو معتكف وله أن يتطيب ويلبس الرفيع من الثياب وليس ذلك بمستحب ، قال أحمد لا يعجبني أن يتطيب وذلك لان الاعتكاف عبادة تختص مكانا فكان ترك الطيب فيها مشروعا كالحج، وليس ذلك بمحرم لانه لا يحرم اللباس ولا النكاح فأشبه الصوم

(فصل) ولا بأس أن يأكل المعتكف في المسجد ويضع سفرة يسقط عليها مايقع منه كيلا يلوث المسجد ويغسل يده في الطست ليفرغ خارج المسجد ولا يجوز أن يخرج لغسل يده لان من ذلك بدا وهل يكره تجديد الطهارة في المسجد ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يكره لان أبا العالية قال حدثني من كان يخدم النبي ﷺ قال أما ماحفظت لكم منه انه كان يتوضأ في المسجد ، وعن ابن عمر انه قال: كان يتوضأ في المسجد الحرام على عهد رسول الله ﷺ الرجال والنساء ، وعن ابن سيرين قال : كان أبو بكر وعمر والخلفاء يتوضئون في المسجد ، وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وابن جريج (والاخرى) يكره لانه لا يسلم من أن يبصق في المسجد أو يتمخط والبصاق في المسجد خطيئة ويبل

(فصل) ولا بأس أن يتزوج المعتكف ويشهد النكاح في المسجد لانه عبادة لاتحرم الطيب فلا تحرم النكاح كالصوم ولأن النكاح طاعة وحضوره قربة ومدته لا تتطاول فلم يكره كتشميت العاطس ورد السلام

(فصل) ولا بأس أن يتنظف بأنواع التنظف لان النبي ﷺ كان يرجل رأسه وهو معتكف وله أن يتطيب ويلبس الرفيع من الثياب وليس ذلك بمستحب قال الامام احمد لا يعجبني أن يتطيب وذلك لان الاعتكاف عبادة تختص مكانا فكان ترك الطيب فيها مشروعا كالحج وليس ذلك بمحرم لانه لايحرم اللباس ولا النكاح أشبه الصوم

(فصل) ولا بأس أن يأكل المعتكف في المسجد ويضع سفرة يسقط عليها مايقع منه كيلا يتلوث المسجد ويغسل يده في الطست ليفرغ خارج المسجد ولايجوز أن يخرج ليغسل يده لان من ذلك بدا وهل يكره تجديد الطهارة في المسجد ؟ فيه روايتان

(إحداهما) لايكره لان أبا العالية قال حدثني من كان يخدم النبي ﷺ قال اما ما حفظت لكم منه أنه كان يتوضأ في المسجد وعن ابن عمر أنه كان يتوضأ في المسجد الحرام على عهد رسول الله ﷺ الرجال والنساء وعن ابن سيرين قال كان أبو بكر وعمر والخلفاء رضي الله عنهم يتوضؤن في المسجد وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وابن جريج

(والثانية) يكره لانه لايسلم من أن يبصق في المسجد أو يتمخط والبصاق في المسجد خطيئة ولانه

من المسجد مكانا يمنع المصلين من الصلاة فيه ، وان خرج من المسجد للوضوء وكان تجديداً بطل لانه خروج لما له منه بد وإن كان وضوأ من حدث لم يبطل لان الحاجة داعية اليه سواء كان في وقت الصلاة أو قبلها لانه لابد من الوضوء للمحدث وانما يتقدم عن وقت الحاجة اليه لمصلحة وهو كونه على وضوء وربما يحتاج إلى صلاة النافلة به

(فصل) اذا أراد أن يبول في المسجد في طست لم يبح له ذلك لان المساجد لم تبن لهذا وهو مما يقبح ويفحش ويستخفى به فوجب صيانة المسجد عنه كما لو أراد أن يبول في أرضه ثم يغسله ، وان أراد الفصد أو الحجامة فيه فكذلك ذكره القاضي لانه اراقة نجاسة في المسجد فأشبه البول فيه ، وان دعت اليه حاجة كبيرة خرج من المسجد ففعله وان استغنى عنه لم يكن له الخروج اليه كالمرض الذي يمكن احتماله ، وقال ابن عقيل يحتمل أن يجوز الفصد في المسجد في طست بدليل ان المستحاضة يجوز لها الاعتكاف ويكون تحتها شيء يقع فيه الدم ، قالت عائشة اعتكفت مع رسول الله ﷺ امرأة من أزواجه مستحاضة فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعت الطست تحتها وهي تصلي رواه البخاري . والفرق بينهما ان المستحاضة لايمكنها التحرز من ذلك إلا بترك الاعتكاف بخلاف الفصد

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمتوفى عنها زوجها وهي معتكفة تخرج لقضاء العدة وتفعل كما فعل الذي خرج لفتنة)

وجملته ان المعتكفة إذا توفى زوجها لزمها الخروج لقضاء العدة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ربيعة ومالك وابن المنذر تمضي في اعتكافها حتى تفرغ منه ثم ترجع إلى بيت زوجها فتعتد فيه لان الاعتكاف المنذور واجب والاعتداد في البيت واجب فقد تعارض واجبان فيقدم أسبقهما

ولنا ان الاعتداد في بيت زوجها واجب فلزمها الخروج اليه كالجمعة في حق الرجل ودليلهم ينتقض بالخروج الى الجمعة وسائر الواجبات وظاهر كلام الخرقي انها كالذي خرج لفتنة وأنها تبني وتقضي وتكفر ، وقال القاضي لا كفارة عليها لان خروجها واجب وقد مضى القول فيه

(فصل) وليس للزوجة أن تعتكف الا باذن زوجها ولا للمملوك أن يعتكف الا باذن سيده لان منافعهما مملوكة لغيرهما والاعتكاف يفوتها ويمنع استيفاءها وليس بواجب عليهما بالشرع فكان

يبل من المسجد مكانا يمنع المصلين من الصلاة فيه وان خرج من المسجد للوضوء وكان تجديداً بطل لانه خروج لما له منه بد وان كان وضوأ عن حدث لم يبطل لان الحاجة داعية اليه سواء كان في وقت الصلاة أو قبلها لانه لابد من الوضوء للحدث وانما يتقدم عن وقت الحاجة اليه لمصلحة وهو كونه على وضوء ربما يحتاج الى صلاة النافلة

(فصل) اذا أراد أن يبول فى المسجد في طست لم يبح له ذلك لان المساجد لم تبن لهذا وهو

لهما المنع منه ، وأم الولد والمدبر كالقن في هذا لان الملك باق فيهما فان أذن السيد والزوج لهما ثم أراد إخراجهما منه بعدشروعهما فيهفلهما ذلك في التطوع وبهقال الشافعي ، وقال أبو حنيفة في العبد كقولنا وفي الزوجة ليس لزوجها إخراجها لانها تملك بالتمليك فالاذن أسقط حقه من منافعها وأذن لها في استيفائها فلم يكن له الرجوع فيها كما لو أذن لها في الحج فأحرمت به بخلاف العبد فانه لا يملك بالتمليك وقال مالك ليس له تحليلهما لانهما عقدا على أنفسهما تمليك منافع كانا يملكانها لحق الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كما لو أحرما بالحج باذنهما

ولنا انلهما المنعمنه ابتداء فكان لهما المنع منهدواما كالعارية ويخالف الحجلانهيلزم بالشروع فيه بخلاف الاعتكاف على مامضى من الخلاف فيه فانكان ما أذنا فيه منذوراً لم يكن لهما تحليلهما منه لانه يتعين بالشروع فيهويجب اتمامه فيصير كالحج اذا أحرما به .فأما ان نذرا الاعتكاف فأراد السيد والزوج منعهما الدخول فيه نظرت فان كان النذر باذنهما وكان معينا لم يملكا منعهما منه لانه وجب باذنهما ، وان كان بغير إذنهما فلهما منعهما منه لان نذرهما تضمن تفويت حق غيرهما بغير اذنه فكان لصاحب الحق المنع منه ، وان كان النذر المأذون فيه غير معين فهل لهما منعهما؟ على وجهين (أحدهما) لهما ذلك منعهما لان حقهما ثابت في كل زمن فكان تعيين زمن سقوطه اليهما كالدين (والثاني) ليس لهما ذلك لانه وجب التزمه باذنهما فأشبه المعين ، وأما المعتق بعضه فان كان بينه وبين سيده مهايأة فله أن يعتكف في يومه بغير اذن سيده لان منافعه غير مملوكة لسيده في هذا اليوم، وحكمه في يوم سيده حكم القن ، فان لم يكن بينهما مهايأة فلسيده منعه لان له ملكا في منافعه في كل وقت

(فصل) وأما المكاتب فليس لسيده منعه من واجب ولا تطوع لانه لا يستحق منافعه وليس له اجباره على الكسب وانما له دين في ذمته فهو كالحر المدين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حاضت المرأة خرجت من المسجد وضربت خباء في الرحبة)

أما خروجها من المسجد فلا خلاف فيه لان الحيض حدث يمنع اللبث في المسجد فهو كالجنابة وآكد منه وقد قال النبي ﷺ « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه أبو داود وإذا ثبت هذا فان المسجد إن لم يكن له رحبة رجعت إلى بيتها فاذا طهرت رجعت فأتمت اعتكافها وقضت ما فاتها ولا كفارة عليها نص عليه أحمد لانهخروج معتاد واجب أشبه الخروج للجمعة أو لما لا بد منه وإن كانت له رحبة خارجة من المسجد يمكن أن تضرب فيها خباءها فقال الخرقي تضرب خباءها فيها مدة حيضها وهو قول أبي قلابة وقال النخعي تضرب فسطاطها في دارها فاذا طهرت قضت تلك الايام وان دخلت بيتا أو سقفا استأنفت وقال الزهري وعمرو بن دينار وربيعة ومالك والشافعي

مما يقبح ويفحش ويستخف به فوجب صيانة المسجد عنه كما لو أراد أن يبول فى أرضه ثم يغسله،وإن

ترجع إلى منزلها فاذا طهرت فلترجع لانه وجب عليها الخروج من المسجد فلم يلزمها الاقامة في رحبته كالخارجة لعدة أو خوف فتنة

ووجه قول الخرقي ما روى المقدام بن شريح عن عائشة قالت: كن معتكفات إذا حضن أمر رسول الله ﷺ باخراجهن من المسجد وأن يضربن الاخبية في رحبة المسجد حتى يطهرن. رواه أبو حفص باسناده وفارق المعتدة فان خروجها لتقيم في بيتها وتعتد فيه ولا يحصل ذلك مع السكون في الرحبة وكذلك الخائفة من الفتنة خروجها لتسلم من الفتنة فلا تقيم في موضع لا تحصل السلامة بالاقامة فيه والظاهر ان اقامتها في الرحبة مستحب وليس بواجب وان لم تقم في الرحبة ورجعت الى منزلها أو غيره فلا شيء عليها لانها خرجت باذن الشرع ومتى طهرت رجعت الى المسجد فقضت وبنت ولا كفارة عليها لا نعلم فيه خلافا لانه خروج لعذر معتاد أشبه الخروج لقضاء الحاجة وقول ابراهيم تحكم لا دليل عليه

(فصل) فأما الاستحاضة فلا تمنع الاعتكاف لانها لا تمنع الصلاة ولا الطواف وقد قالت عائشة: اعتكفت مع رسول الله ﷺ امرأة من أزواجه مستحاضة فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعنا الطست تحتها وهي تصلي أخرجه البخاري. اذا ثبت هذا فانها تتحفظ وتتلجم لئلا تلوث المسجد فان لم يمكن صيانته منها خرجت من المسجد لانه عذر وخروج لحفظ المسجد من نجاستها فاشبه الخروج لقضاء حاجة الانسان

(فصل) الخروج المباح في الاعتكاف الواجب ينقسم أربعة أقسام (احدها) مالا يوجب قضاء ولا كفارة وهو الخروج لحاجة الانسان وشبهه مما لا بد منه (والثاني) ما يوجب قضاء بلا كفارة وهو الخروج للحيض (الثالث) ما يوجب قضاء وكفارة وهو الخروج لفتنة وشبهه مما يخرج لحاجة نفسه (الرابع) مايوجب قضاء وفي الكفارة وجهان وهو الخروج الواجب كالخروج في النفير أو العدة ففي قول القاضي لا كفارة عليه لانه واجب لحق الله تعالى أشبه الخروج للحيض وظاهر كلام الخرقي وجوبها لانه خروج غير معتاد فأوجب الكفارة كالخروج لفتنة

﴿مسئلة﴾ (قال ومن نذر أن يعتكف شهرا بعينه دخل المسجد قبل غروب الشمس)

وهذا قول مالك والشافعي وحكى ابن أبي موسى عن احمد رواية أخرى أنه يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر من أوله وهو قول الليث وزفر لان النبي ﷺ كان إذا أراد أن يعتكف صلى الصبح ثم دخل معتكفه متفق عليه ولان الله تعالى قال (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولا يلزم الصوم إلا من قبل طلوع الفجر ولان الصوم شرط في الاعتكاف فلم يجز ابتداؤه قبل شرطه

أراد الفصد والحجامة فيه فكذلك ذكره القاضي لانه اراقة نجاسة فى المسجد فأشبه البول فيه ، وإن

ولنا أنه نذر الشهر وأوله غروب الشمس ولهذا تحل الديون المعلقة به ويقع الطلاق والعتاق المعلقان به ووجب أن يدخل قبل الغروب ليستوفي جميع الشهر فانه لا يمكن الا بذلك ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب كامساك جزء من الليل مع النهار في الصوم[1] وأما الصوم فان محله النهار فلا يدخل فيه شيء من الليل في أثنائه ولا ابتدائه الا ما حصل ضرورة بخلاف الاعتكاف وأما الحديث فقال ابن عبد البر لا أعلم أحداً من الفقهاء قال به على أن الخبر انما هو في التطوع فمتى شاء دخل وفي مسئلتنا نذر شهراً فيلزمه اعتكاف شهر كامل ولا يحصل إلا أن يدخل فيه قبل غروب الشمس من أوله ويخرج بعد غروبها من آخره فأشبه ما لو نذر اعتكاف يوم فانه يلزمه الدخول فيه قبل طلوع فجره ويخرج بعد غروب شمسه

(فصل) وان أحب اعتكاف العشر الاواخر من رمضان تطوعا ففيه روايتان

(احداهما) يدخل قبل غرب الشمس من ليلة احدى وعشرين لما روي عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ كان يعتكف العشر الاواسط من رمضان حتى اذا كان ليلة إحدى وعشرين وهي الليلة التي يخرج في صبيحتها من اعتكافه قال «من كان اعتكف معي فليعتكف العشر الاواخر» متفق عليه ولان العشر بغير هاء عدد الليالي فانها عدد المؤنث قال الله تعالى (وليال عشر) وأول الليالي العشر ليلة احدى وعشرين

(والرواية الثانية) يدخل بعد صلاة الصبح قال حنبل قال احمد أحب إلي أن يدخل قبل الليل ولكن حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يصلي الفجر ثم يدخل معتكفه وبهذا قال الاوزاعي واسحاق ووجهه ماروت عمرة عن عائشة أن النبي ﷺ كان إذا صلى الصبح دخل معتكفه متفق عليه وإن نذر اعتكاف العشر ففي وقت دخوله الروايتان جميعاً

(فصل) ومن اعتكف العشر الاواخر من رمضان استحب أن يبيت ليلة العيد في معتكفه نص عليه احمد وروي عن النخعي وابي مجلز وأبي بكر بن عبد الرحمن والمطلب بن حنطب وأبي قلابة أنهم كانوا يستحبون ذلك وروى الأثرم باسناده عن أيوب عن أبي قلابة أنه كان يبيت في المسجد ليلة الفطر ثم يغدو كما هو إلى العيد وكان يعني في اعتكافه لا يلقى له حصير ولا مصلى يجلس عليه كان يجلس كأنه بعض القوم قال فأتيته في يوم الفطر فاذا في حجره جويرية مزينة ماظننتها الا بعض بناته فاذا هي أمة له فأعتقها وغدا كما هو إلى العيد . وقال ابراهيم كانوا يحبون لمن اعتكف العشر الاواخر من رمضان أن يبيت ليلة الفطر في المسجد ثم يغدو إلى المصلى من المسجد

(فصل) واذا نذر اعتكاف شهر لزمه شهر بالاهلة أو ثلاثون يوماً وهل يلزمه التتابع على وجهين بناء على الروايتين في نذر الصوم

«١» فيه ان هذا ممنوع لا يثبت بنص ولا إجماع فلا يقاس عليه الا من التزمه فهو حجة الزامية لا حقيقية

دعت اليه حاجة كبيرة خرج من المسجد ففعله ، وإن استغنى له الخروج اليه كالمرض الذي يمكن احتماله وقال

(أحدهما) لا يلزمه وهو مذهب الشافعي لانه معنى يصح فيه التفريق فلا يجب فيه التتابع بمطلق النذر كالصيام

(والثاني) يلزمه التتابع وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال القاضي يلزمه التتابع قولا واحداً لانه معنى يحصل في الليل والنهار فاذا أطلقه اقتضى التتابع كما لوحلف لايكلم زيدا شهراً وكمدة الايلاء والعنة والعدة وبهذا فارق الصيام فان أتى بشهر بين هلالين أجزأه ذلك وإن كان ناقصاً وان اعتكف ثلاثين يوما من شهرين جاز وتدخل فيه الليالي لان الشهر عبارة عنهما ولا يجزئه أقل من ذلك وإن قال لله علي أن أعتكف أيام هذا الشهر أو ليالي هذا الشهر لزمه مانذر ولم يدخل فيه غيره وكذلك إن قال شهراً في النهار أو في الليل

(فصل) وان قال لله علي أن أعتكف ثلاثين يوما فعلى قول القاضي يلزمه التتابع وقال أبو الخطاب لايلزمه لان اللفظ يقتضي ماتناوله والايام المطلقة توجد بدون التتابع فلا يلزمه كما لو قال لله علي أن أصوم ثلاثين يوما فعلى قول القاضي يدخل فيه الليالي الداخلة في الايام المنذورة كما لو نذر شهرا . ومن لم يوجب التتابع لايقتضي أن تدخل الليالي فيه الا أن ينويه فان نوى التتابع أو شرطه لزمه ودخل الليل فيه ويلزمه مابين الايام من الليالي وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه من الليالي بعدد الايام اذا كان على وجه الجمع والتثنية يدخل فيه مثله من الليالي والليالي تدخل معها الايام بدليل قوله تعالى (آيتك أن لاتكلم الناس ثلاث ليال سويا) وقال في موضع آخر (ثلاثة أيام إلا رمزا)

ولنا أن اليوم اسم لبياض النهار والتثنية والجمع تكرارا للواحد وانما تدخل الليالي تبعاً لوجوب التتابع ضمنا وهذا يحصل بما بين الايام خاصة فاكتفى به وأما الآية فان الله تعالى نص على الليل في موضع والنهار في موضع فصارا منصوصا عليهما فان نذر اعتكاف يومين متتابعين لزمه يومان وليلة بينهما وان نذر اعتكاف يومين مطلقاً فعلى قول القاضي هو كما لو نذرهما متتابعين وكذلك لو نذر ليلتين لزمه اليوم الذي بينهما وعلى قول أبي الخطاب لايلزمه التتابع ولا مابينهما الا بلفظه أو نيته

(فصل) وان نذر اعتكاف يوم لم يجز تفريقه ويلزمه ان يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر ويخرج منه بعد غروب الشمس وقال مالك يدخل معتكفه قبل غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم كقولنا في الشهر لان الليل يتبع النهار بدليل مالو كان متتابعا

ولنا أن الليلة ليست من اليوم وهي من الشهر قال الخليل اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس وانما دخل الليل في المتتابع ضمنا ولهذا خصصناه بما بين الايام وان نذر اعتكاف ليلة لزمه دخول معتكفه قبل غروب الشمس ويخرج منه بعد طلوع الفجر وليس له تفريق الاعتكاف وقال الشافعي له تفريقه هذا ظاهر كلامه قياسا على تعريف الشهر

إبن عقيل يحتمل أن يجوز الفصد في المسجد في طست بدليل أن المستحاضة يجوز لها الاعتكاف ويكون

ولنا أن اطلاق اليوم يفهم منه التتابع فيلزمه كما لو قال متتابعاً وفارق الشهر فانه أسم لما بين الهلالين واسم لثلاثين يوما واسم لغير ذلك واليوم لا يقع في الظاهر الاعلى ماذكرنا وان قال في وسط النهار لله علي أن أعتكف يوما من وقتي هذا لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت الى مثله ويدخل فيه الليل لانه في خلال نذره فصار كما لو نذر يومين متتابعين وانما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره فعلمنا أنه أراد ذلك ولم يرد يوما صحيحاً

(فصل) وان نذر اعتكافا مطلقا لزمه ما يسمى به معتكفا ولو ساعة من ليل أو نهار [1] الاعلى قولنا بوجوب الصوم في الاعتكاف فيلزمه يوم كامل. فاما اللحظة وما لا يسمى به معتكفا فلا يجزئه على الروايتين جميعاً

(فصل) ولا يتعين شيء من المساجد بنذره الاعتكاف فيه إلا المساجد الثلاثة وهي المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ والمسجد الاقصى لقول رسول الله ﷺ « لا تشد الرحال الا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الاقصى ومسجدي هذا » متفق عليه ، ولو تعين غيرها بتعيينه لزمه المضي اليه واحتاج إلى شد الرحال لقضاء نذره فيه ولان الله تعالى لم يعين لعبادته مكانا فلم يتعين بتعيين غيره وانما تعينت هذه المساجد الثلاثة للخبر الوارد فيها ولان العبادة فيها أفضل . فاذا عين مافيه فضيلة لزمته كأنواع العبادة وبهذا قال الشافعي في صحيح قوليه وقال في الآخر: لا يتعين المسجد الاقصى لان النبي ﷺ قال « صلاة في مسجدي هذا أفضل من الف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام » رواه مسلم وهذا يدل على التسوية فيما عدا هذين المسجدين لان المسجد الأقصى لو فضلت الصلاة فيه على غيره للزم أحد أمرين اما خروجه من عموم هذا الحديث واما كون فضيلته بالف مختصا بالمسجد الاقصى

ولنا أنه من المساجد التي تشد الرحال اليها فتعين بالتعيين في النذر كمسجد النبي ﷺ وما ذكروه لا يلزم فانه اذا فضل الفاضل بالف فقد فضل المفضول بها أيضا

(فصل) وان نذر الاعتكاف في المسجد الحرام لم يكن له الاعتكاف فيما سواه لانه أفضلها ولان عمر نذر أن يعتكف ليلة في المسجد الحرام في الجاهلية فسأل النبي ﷺ فقال « أوف بنذرك » متفق عليه وان نذر أن يعتكف في مسجد النبي ﷺ جاز له أن يعتكف في المسجد الحرام لانه أفضل منه ولم يجز أن يعتكف في المسجد الاقصى لان مسجد النبي ﷺ أفضل منه وقال قوم مسجد النبي ﷺ أفضل من المسجد الحرام لان النبي ﷺ انما دفن في خير البقاع وقد نقله الله تعالى من مكة الى المدينة فدل على أنها أفضل

ولنا قول رسول الله ﷺ « صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد

---

[1] « ١ » اى اذا فرضنا انه يسمى بها معتكفا في عرف قومه ومن المعلوم انه لا يسمى بالساعة معتكفا لا لغه ولا شرعا كما علم مما مر في تفسير اللفظ

تحتها شيء يقع فيه الدم ، قالت عائشة رضي الله عنها : اعتكفت مع رسول الله ﷺ امرأة من أزواجه

الحرام » وروي في خبر عن النبي ﷺ أنه قال « صلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فيما سواه» رواه ابن ماجه فيدخل في عمومه مسجد النبي ﷺ فتكون الصلاة فيه أفضل من مائة ألف صلاة فيما سوى مسجد النبي ﷺ فاما ان نذر الاعتكاف في المسجد الاقصى جاز له أن يعتكف في المسجدين الآخرين لانهما أفضل منه ، وقد روى الامام احمد في مسنده عن رجال من الانصار من أصحاب النبي ﷺ أن رجلا جاء الى النبي ﷺ يوم الفتح والنبي ﷺ في مجلس قريبا من المقام فسلم على النبي ﷺ وقال يانبي الله إني نذرت لئن فتح الله للنبي ﷺ والمؤمنين مكة لاصلين في بيت المقدس واني وجدت رجلا من أهل الشام ههنا في قريش مقبلا معي ومدبراً فقال رسول الله ﷺ «ههنا فصل» فقال الرجل قوله هذا ثلاث مرات كل ذلك يقول النبي ﷺ «ههنا فصل» ثم قال الرابعة مقالته هذه فقال النبي ﷺ « اذهب فصل فيه فوالذي بعث محمداً بالحق لو صليت هاهنا لقضى عنك ذلك كل صلاة في بيت المقدس» و نى نذر الاعتكاف في غير هذه المساجد فانهدم معتكفه ولم يمكن المقام فيه لزمه اتمام الاعتكاف في غيره ولم يبطل اعتكافه

(فصل) اذا نذر اعتكاف يوم يقدم فلان صح نذره فان ذلك ممكن فان قدم في بعض النهار لزمه اعتكاف الباقي منه ولم يلزمه قضاء ما فات لانه فات قبل شرط الوجوب فلم يجب كما لو نذر اعتكاف زمن ماض لكن اذا قلنا شرط صحة الاعتكاف الصوم لزمه قضاء يوم كامل لانه لا يمكنه أن يأتي بالاعتكاف في الصوم فيما بقي من النهار ولا قضاؤه متميزاً مما قبله فلزمه يوم كامل ضرورة كما لو نذر صوم يوم يقدم فلان ويحتمل أن يجزئه اعتكف ما بقي منه اذا كان صائما لانه قد وجد اعتكاف مع الصوم وان قدم ليلا لم يلزمه شيء لان ما التزمه بالنذر لم يوجد فان كان للناذر عذر يمنعه الاعتكاف عند قدوم فلان من حبس أو مرض قضى وكفر لفوات النذر في وقته ويقضي بقية اليوم فقط على حسب ما كان يلزم في الاداء في الرواية المنصورة وفي الاخرى يقضي يوما كاملا بناء على اشتراط الصوم في الاعتكاف

مستحاضة فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعنا الطست تحتها وهي تصلي. رواه البخاري والاول أولى والفرق بينهما أن المستحاضة لا يمكنها التحرز من ذلك إلا بترك الاعتكاف بخلاف القصد والله أعلم

كتاب الحج

الحج في اللغة القصد وعن الخليل : قال الحج كثرة القصد الى من تعظمه . قال الشاعر :

واشهد من عوف حئولا كثيرة * يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أي يقصدون والسب العمامة وفي الحج لغتان الحج والحج بفتح الحاء وكسرها والحج في الشرع اسم لافعال مخصوصة يأتي ذكرها ان شاء الله وهو أحد الاركان الخمسة التي بني عليها الاسلام والاصل في وجوبه الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العالمين) روي عن ابن عباس ومن كفر باعتقاده انه غير واجب وقال الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) . وأما السنة فقول النبي ﷺ « بني الاسلام على خمس » وذكر فيها الحج ، وروى مسلم باسناده عن أبي هريرة قال : خطبنا رسول الله ﷺ فقال « يا أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا » فقال رجل أكل عام يارسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثا فقال رسول الله ﷺ « لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم » ثم قال « ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فاذا أمرتكم بشيء فأتوا منه

﴿ كتاب المناسك ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (يجب الحج والعمرة في العمر مرة واحدة بخمسة شروط »

الحج في اللغة القصد وعن الخليل قال : الحج كثرة القصد الى من تعظمه . قال الشاعر :

واشهد من عوف حئولا كثيرة يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أي يقصدون ، والسب العمامة ، وفي الحج لغتان الحج والحج بفتح الحاء وكسرها ، والحج في الشرع اسم لافعال مخصوصة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى وهو أحد أركان الاسلام الخمسة والدليل على وجوبه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا * ومن كفر فان الله غني عن العالمين) روي عن ابن عباس ومن كفر باعتقاده أنه غير واجب ، وقال الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وأما السنة فقول النبي ﷺ « بني الاسلام على خمس شهادة أن لا إله الا الله » وذكر فيها الحج

(فصل) وانما يجب مرة واحدة في العمر لما روى مسلم باسناده عن أبي هريرة قال : خطبنا رسول الله ﷺ فقال « يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا » فقال رجل أكل عام يارسول الله ؟ فسكت رسول الله ﷺ حتى قالها ثلاثا ، فقال رسول الله ﷺ « لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم » ثم قال « ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم اذا أمرتكم

ماالستطعتم واذا نهيتكم عن شيء فدعوه » فى أخبار كثيرة سوى هذين وأجمعت الامة على وجوب

فأتوا منه ماالستطعتم، واذا نهيتكم عن شيء فدعوه» فى أخبار سوى هذين كثيرة وأجمعت الامة على وجوب الحج على المستطيع فى العمر مرة واحدة

(فصل) وتجب العمرة على من يجب عليه الحج فى احدى الروايتين ، يروى ذلك عن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وابن عمر وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والثوري والشافعي في أحد قوليه ، والرواية الثانية ليست واجبة روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى جابر أن النبي ﷺ سئل عن العمرة أواجبة هي ؟ قال «لا وان تعتمروا فهو أفضل» أخرجه الترمذي قال حديث حسن صحيح وعن طلحة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول «الحج جهاد والعمرة تطوع» رواه ابن ماجه ولأنه نسك غير مؤقت فلم يكن واجباً كالطواف المجرد ووجه الاولى قول الله تعالى «وأتموا الحج والعمرة لله» ومقتضى الامر الوجوب ثم إنه عطفها على الحج والاصل التساوي بين المعطوف والمعطوف عليه قال ابن عباس إنها لقرينة الحج في كتاب الله وعن الضبي بن معبد قال أتيت عمر فقلت يا أمير المؤمنين إني أسلمت وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبين علي فأهللت بهما فقال عمر هديت لسنة نبيك ﷺ رواه أبو داود والنسائي وعن ابن رزين أنه أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله ان أبي شيخ كبير ولا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن فقال « حج عن أبيك واعتمر » رواه أبوداود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح وذكره أحمد ثم قال وحديث يرويه سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال أوصني قال «تقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتحج وتعتمر» وروى الاثرم باسناده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن وكان في الكتاب «أن العمرة هي الحج الاصغر» ولانه قول من سمينا من الصحابة لم نعلم لهم مخالفا الا ابن مسعود وقد اختلف عنه ، وأما حديث جابر فقال الترمذي قال الشافعي هو ضعيف لاتقوم به الحجة وليس في العمرة شيء ثابت بانها تطوع

وقال ابن عبد البر روى ذلك باسانيد لاتصح ولا تقوم بمثلها الحجة ثم نحمله على المعهود وهو العمرة التي قضوها حين احصروا في الحديبية أو على العمرة التي اعتمروها مع حجتهم مع النبي ﷺ فانها لم تكن واجبة على من اعتمر أو على مازاد على العمرة الواحدة وتفارق العمرة الطواف لان من شرطها الاحرام بخلاف الطواف

وليس على أهل مكة عمرة نص عليه أحمد وقال : كان ابن عباس يرى العمرة واجبة ويقول : ياأهل مكة ليس عليكم عمرة وانما عمرتكم طوافكم بالبيت ، وبهذا قال عطاء وطاوس ، قال عطاء ليس أحد من خلق الله إلا عليه حج وعمرة واجبان لابد منهما لمن استطاع اليهما سبيلا إلا أهل مكة

الحج على المستطيع في العمر مرة واحدة

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ومن ملك زادا وراحلة وهو بالغ عاقل لزمه الحج والعمرة)

وجملة ذلك ان الحج انما يجب بخمس شرائط - الاسلام والعقل والبلوغ والحرية والاستطاعة لا نعلم في هذا كله اختلافا فأما الصبي والمجنون فليسا بمكلفين وقد روى علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ انه قال « رفع القلم عن ثلاثة - عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل » رواه أبوداود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن ، وأما العبد فلا يجب عليه لانه عبادة تطول مدتها وتتعلق بقطع مسافة وتشترط لها الاستطاعة بالزاد والراحلة ويضيع حقوق سيده المتعلقة به فلم يجب عليه كالجهاد ، وأما الكافر فغير مخاطب بفروع الدين خطابا يلزمه أداء ولا يوجب قضاء ، وغير المستطيع لا يجب عليه لان الله تعالى خص المستطيع بالايجاب عليه فيختص بالوجوب وقال الله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)

(فصل) وهذه الشروط الخمسة تنقسم أقساما ثلاثة منها ما هو شرط للوجوب والصحة وهو الاسلام والعقل فلم يجب على كافر ولا مجنون ولا تصح منهما لأنهما ليسا من أهل العبادات ، ومنها ماهو شرط للوجوب والاجزاء وهو البلوغ والحرية وليس بشرط للصحة فلو حج الصبي والعبد صح

فان عليهم حجة وليس عليهم عمرة من أجل طوافهم بالبيت ووجه ذلك أن ركن العمرة ومعظمها الطواف بالبيت وهم يفعلونه فاجزأ عنهم ، وحمل القاضي كلام الامام أحمد على أنه لا عمرة عليهم مع الحجة لانه يتقدم منهم فعلها في غير وقت الحج ، قال الشيخ رحمه الله والامر على ماقلناه

﴿ مسئلة ﴾ (وانما يجب الحج والعمرة بخمسة شروط : الاسلام والعقل والبلوغ والحرية والاستطاعة)

لا نعلم في هذا كله خلافا ، أما الصبي والمجنون فلانهما غير مكلفين لما روى علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وأما العبد فلا تجب عليه لانها عبادة تطول مدتها وتتعلق بقطع مسافة ويشترط لها الاستطاعة بالزاد والراحلة وتضيع حقوق السيد المتعلقة به فلم تجب عليه كالجهاد ، وغير المستطيع لايجب عليه لان الله تعالى خص المستطيع بالايجاب عليه ، وقال الله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) وأما الكافر فلأنه ليس من أهل العبادات

(فصل) وهذه الشروط تنقسم ثلاثة أقسام (منها) ماهو شرط للوجوب والصحة وهما الاسلام والعقل فلا يجب على كافر ولا مجنون، ولا يصح منهما لكونهما ليسا من أهل العبادات ، (ومنها) ماهو شرط للوجوب والاجزاء وهو البلوغ والحرية وليس شرطا للصحة فلو حج الصبي والعبد صح حجهما

حجهما ولم يجزئهما عن حجة الاسلام ، ومنها ماهو شرط الوجوب فقط وهو الاستطاعة فلو تجشم غير المستطيع المشقة وسار بغير زاد وراحلة فحج كان حجه صحيحاً مجزئاً كما لو تكلف القيام في الصلاة والصيام من يسقط عنه اجزأه

ولم يجزئهما عن حجة الاسلام إن بلغ الصبي أو عتق العبد . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم إلا من شذ عنهم ممن لا يعتد بخلافه على أن الصبي اذا حج في حال صغره والعبد اذا حج في حال رقه ثم بلغ الصبي وعتق العبد ان عليهما حجة الاسلام اذا وجدا اليها سبيلا ، كذلك قال ابن عباس وعطاء والحسن والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . قال الترمذي وقد أجمع أهل العلم عليه . وقال الامام أحمد رحمه الله عن محمد بن كعب القرظي قال رسول الله ﷺ « إني أريد أن أجدد في صدور المؤمنين عهداً أيما صبي حج به أهله فمات أجزأت عنه ، فان أدرك فعليه الحج » رواه سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن ابن عباس من قوله ، ولان الحج عبادة بدنية فعلها قبل وقت وجوبها فلم يمنع ذلك وجوبها عليه في وقتها كما لو صلى قبل الوقت ، أو كما لو صلى ثم بلغ في الوقت (ومنها) ماهو شرط للوجوب وذلك الاستطاعة

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن يبلغ ويعتق في الحج قبل الخروج من عرفة وفي طوافها فيجزئهما)

اذا بلغ الصبي أو عتق العبد بعرفة أو قبلها غير محرمين فاحرما ووقفا بعرفة فأتما المناسك أجزأهما عن حجة الاسلام بغير خلاف علمناه لانهما لم يفتهما شيء من أركان الحج ولا فعلا منها شيئاً قبل وجوبه ، وإن كان البلوغ والعتق وهما محرمان أجزأهما أيضاً عن حجة الاسلام ، كذلك قال ابن عباس وهو مذهب الشافعي واسحاق وهو قول الحسن في العبد ، وقال مالك لايجزئهما اختاره ابن المنذر . وقال أصحاب الرأي لايجزيء العبد ، فأما الصبي فان جدد احراما بعد أن احتلم قبل الوقوف أجزأه وإلا فلا لان احرامهما لم ينعقد واجباً فلا يجزي عن الواجب كما لو بقيا على حالهما

ولنا أنه أدرك الوقوف حراً بالغاً فاجزأه كما لو أحرم تلك الساعة . قال أحمد وطاوس عن ابن عباس اذا أعتق العبد بعرفة اجزأت عنه حجته ، فان أعتق بجمع لم تجز عنه ، وهؤلاء يقولون لاتجزيء ومالك يقوله أيضاً ، وكيف لايجزئه وهو لو أحرم تلك الساعة كان حجه تاما وما أعلم أحداً قال لايجزئه إلا هؤلاء

(فصل) والحكم فيما اذا أعتق العبد وبلغ الصبي بعد خروجهما من عرفة فعادا اليها قبل طلوع الفجر ليلة النحر كالحكم فيما اذا كانا فيها لأنهما قد أدركا من الوقت مايجزيء ولو كان لحظة ، وإن لم يعودا أو كان ذلك بعد طلوع الفجر من يوم النحر لم يجزئهما عن حجة الاسلام ويتمان حجهما تطوعا لفوات الوقوف المفروض ولا دم عليهما لانهما حجا تطوعا باحرام صحيح من الميقات فأشبها البالغ الذي يحج تطوعا ، فان قيل فلم لا قلتم إن الوقوف فعلاه يصير فرضاً كما قلتم في الاحرام الذي أحرم به قبل

(فصل) واختلفت الرواية في شرطين وهما تخلية الطريق وهو أن لا يكون في الطريق مانع من عدو ونحوه وإمكان المسير وهو أن تكمل فيه هذه الشرائط والوقت متسع يمكنه الخروج اليه فروي انهما من شرائط الوجوب فلا يجب الحج بدونهما لان الله تعالى انما فرض الحج على المستطيع وهذا غير

البلوغ إنه يصير بعد بلوغه فرضا؟ قلنا انما اعتددنا له باحرامه الموجود بعد بلوغه وماقبله تطوع لم ينقلب فرضا ولا اعتد له به فالوقوف مثله ، فنظير أن يبلغ وهو واقف بعرفة فانه يعتد له بما أدرك من الوقوف ويصير فرضا دون مامضى

(فصل) اذا بلغ الصبي أو عتق العبد قبل الوقوف أو في وقته وأمكنهما الاتيان بالحج لزمهما ذلك لان الحج واجب على الفور فلا يجوز تأخيره مع امكانه كالبالغ الحر وان فاتهما الحج لزمتهما العمرة عند من أوجبها لانها واجبة أمكن فعلها فاشبهت الحج ومتى أمكنهما ذلك فلم يفعلا استقر الوجوب عليهما سواء كانا وسرين أو معسرين لان ذلك وجب عليهما بامكانه في موضعه فلم يسقط بفوات القدرة بعده .

(فصل) والحكم في الكافر يسلم والمجنون يفيق حكم الصبي يبلغ في جميع ما ذكرنا الا أن هذين لايصح منهما احرام ولو أحرما لم ينعقد احرامهما لانهما من غير أهل العبادات وحكمهما حكم من لم يحرم

﴿مسئلة﴾ (ويحرم الصبي المميز باذن وليه وغير المميز يحرم عنه وليه ويفعل مايعجز عنه من عمله

حج الصبي صحيح فان كان مميزاً أحرم باذن وليه وان لم يكن مميزاً أحرم عنه وليه فيصير محرما بذلك وبه قال مالك والشافعي وروي عن عطاء والنخعي وقال أبوحنيفة لاينعقد احرام الصبي ولايصير محرما باحرام وليه لان الاحرام سبب يلزم به حكم فلم يصح من الصبي كالنذر

ولنا ماروى ابن عباس قال رفعت امرأة صبيا فقالت يارسول الله ألهذا حج ؟ قال « نعم ولك أجر» رواه مسلم وغيره من الائمة وروى البخاري عن السائب بن يزيد قال حج بي مع النبي ﷺ وأنا ابن سبع سنين ، ولان أباحنيفة قال يجتنب ما يجتنبه المحرم ومن اجتنب مايجتنبه المحرم كان إحرامه صحيحا والنذر لايجب به شيء بخلاف مسئلتنا والكلام في حج الصبي في فصول أربعة في الاحرام عنه أو منه وفيما يفعله بنفسه أو بغيره وفي حكم جناياته على احرامه وفيما يلزمه من القضاء والكفارة

(الفصل الاول في احرامه) فان كان مميزاً أحرم باذن وليه ولا يصح بغير اذنه لانه عقد يؤدي إلى لزوم مال فلم ينعقد من الصبي بنفسه كالبيع ، وان كان غير مميز فأحرم عنه من له ولاية على ماله كالاب والوصي وأمين الحاكم صح ، ومعنى إحرامه عنه أنه يعقد له الاحرام فيصح للصبي دون الولي كما يعقد له النكاح فعلى هذا يصح عقد الاحرام عنه سواء كان الولي محرما أو حلالا ممن عليه حجة الاسلام أو غيره ، فان أحرمت ءمه صح لقول النبي ﷺ « ولك أجر » ولا يضاف الاجر اليها إلا لكونه تبعا لها في الاحرام ، قال الامام أحمد في رواية حنبل :يحرم عنه أبوه أو وليه واختاره

مستطيع ولان هذا يتعذر معه فعل الحج فكان شرطا كالزاد والراحلة وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وروي انهما ليسا من شرائط الوجوب وانما يشترطان للزوم السعي فلو كملت هذه الشروط الخمسة ثم مات قبل وجود هذين الشرطين حج عنه بعد موته وان أعسر قبل وجودهما بقي في ذمته وهذا ظاهر

ابن عقيل وقال المال الذي يلزم بالاحرام لا يلزم الصبي وانما يلزم من أدخله في الاحرام في أحد الوجهين ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد انه لا يحرم عنه إلا وليه لانه لاولاية للأم على ماله والاحرام يتعلق به إلزام مال فلا يصح من غير ذي ولاية كشراء شيء له ، فأما غير الام والولي من الاقارب كالاخ والعم وابنه فيخرج فيهم وجهان بناء على القول في الام، أما الاجانب فلا يصح إحرامهم عنه وجها واحدا

(الفصل الثاني) ان كل ما أمكنه فعله بنفسه لزمه فعله ولا ينوب عنه غيره فيه كالوقوف والمبيت بمزدلفة ونحوهما وما عجز عنه عمله الولي عنه . قال جابر خرجنا مع رسول الله ﷺ حجاجا ومعنا النساء والصبيان فأحرمنا عن الصبيان ، رواه سعيد في سننه ورواه ابن ماجه وفيه فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم ، ورواه الترمذي قال فكنا نلبي عن النساء ، ونرمي عن الصبيان ، قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الرمي عن الصبي الذي لا يقدر على الرمي كان ابن عمر يفعل ذلك ، وبه قال عطاء والزهري ومالك والشافعي واسحاق، وعن ابن عمر انه كان يحج صبيانه وهم صغار فمن استطاع منهم أن يرمي رمى ومن لم يستطع أن يرمي رمى عنه، وعن أبي اسحاق ان أبا بكر رضي الله عنه طاف بابنه في خرقة ، رواهما الأثرم ، قال الامام أحمد يرمي عن الصبي أبوه أو وليه ، قال القاضي ان أمكنه أن يناول النائب الحصى ناوله وان لم يمكنه استحب أن يوضع الحصى في يده ثم يؤخذ منه فيرمى عنه وان وضعها في يد الصغير ورمى بها فجعل يده كالآلة فحسن، ولا يجوز أن يرمي الا من قد رمى عن نفسه لانه لا يجوز أن ينوب عن الغير وعليه فرض نفسه كالحج ، وأما الطواف فانه ان أمكنه المشي مشى والا طيف به محمولا أو راكبا لما ذكرنا من فعل أبي بكر ، ولان الطواف بالكبير محمولا لعذر يجوز فالصغير أولى ، ولا فرق بين أن يكون الحامل له حلالا أو حراما ممن أسقط الفرض عن نفسه أو لم يسقطه لان الطواف للمحمول لا للحامل ولذلك صح أن يطوف راكبا على بعير وان طيف به محمولا أو راكبا وهو يقدر على الطواف بنفسه ففيه روايتان نذكرهما فيما بعد ان شاء الله تعالى

ومتى طاف بالصبي اعتبرت النية من الطائف فان لم ينو الطواف عن الصبي لم يجزئه لانه لما لم يعتبر النية من الصبي اعتبرت من غيره كما في الاحرام ؛ فان نوى الطواف عنه وعن الصبي احتمل وقوعه عن نفسه كالحج اذا نوى عنه وعن غيره ، واحتمل أن يقع عن الصبي كما لو طاف بكبير ونوى كل واحد عن نفسه لكون المحمول أولى ، واحتمل أن يلغو لعدم التعيين لكون الطواف لا يقع عن غير معين

وأما الاحرام فان الصبي يجرد كما يجرد الكبير ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تجرد الصبيان اذا دنوا من الحرم قال عطاء يفعل بالصغير كما يفعل الكبير ويشهد به المناسك كلها الا أنه لا يصلى عنه

كلام الخرقي فانه لم يذكرهما وذلك لان النبي ﷺ لما سئل ما يوجب الحج قال « الزاد والراحلة » قال الترمذي هذا حديث حسن وهذا له زاد وراحلة ولان هذا عذر يمنع نفس الاداء فلم يمنع الوجوب كالعضب ، ولان امكان الاداء ليس بشرط في وجوب العبادات بدليل مالو طهرت الحائض أو بلغ

(الفصل الثالث في محظورات الاحرام) وهي قسمان ما يختلف عمده وسهوه كاللباس والطيب وما لا يختلف كالصيد وحلق الشعر (فالاول) لا فدية على الصبي فيه لان عمده خطأ (والثاني) عليه فيه الفدية وان وطيء أفسد حجه ويمضي في فاسده وفي وجوب القضاء عليه وجهان (احدهما) لا يجب لئلا تجب عبادة بدنية على غير مكلف (والثاني) يجب لانه افساد موجب للبدنة فاوجب القضاء كوطء البالغ فان قضى بعد البلوغ بدأ بحجة الاسلام فان أحرم بالقضاء قبلها انصرف إلى حجة الاسلام وهل تجزئه عن القضاء ؟ ينظر فان كانت الفاسدة قد أدرك فيها شيئا من الوقوف بعد بلوغه أجزأ عنهما جميعاً وإلا لم يجزئه وكذلك حكم العبد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ونفقة الحج وكفاراته في مال وليه وعنه في مال الصبي)

أما نفقة الحج فقال القاضي ما زاد على نفقة الحضر فهو في مال الولي لانه كلفه ذلك عن غير حاجة بالصبي اليه اختاره أبو الخطاب وحكي عن القاضي أنه ذكر في الخلاف أن جميع النفقة على الصبي لان الحج له فنفقته عليه كالبالغ ولان له فيه مصلحة بتحصيل الثواب له ويتمرن عليه فصار كاجر المعلم والطبيب والصحيح الاول لان هذا لا يجب في العمر الا مرة فلا حاجة إلى التمرن عليه ولانه قد لا يجب فلا يجوز تكليفه بذل ماله من غير حاجة اليه

(فصل) فان اغمي على البالغ فاحرم عنه رفيقه لم يصح وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يصير محرما باحرام رفيقه عنه استحسانا

ولنا أنه بالغ فلم يصر محرما باحرام رفيقه كالنائم ولانه لو أذن في ذلك وأجازه لم يصح فمع عدمه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للعبد الاحرام إلا باذن سيده ولا للمرأة الاحرام نفلا الا باذن زوجها فان شرعا فيه بغير اذن فلهما تحليلهما ويكونان كالمحصر وان كان باذن لم يجز تحليلهما)

وجملته أنه ليس للعبد الاحرام بدون اذن سيده لانه تفوت به حقوق سيده الواجبة عليه بالتزام ما ليس بواجب فان فعل انعقد احرامه صحيحا لانها عبادة بدنية فاشبهت الصلاة والصوم ولسيده تحليله في أظهر الروايتين اختارها ابن حامد لان في بقائه عليه تفويتا لحقه بغير اذنه فلم يلزم ذلك لسيده كالصوم المضر ببدنه (والثانية) ليس له تحليله اختارها أبو بكر لانه لا يمكن التحلل من تطوع نفسه فلم يملك تحليل عبده والاول اصح وانما لم يملك تحليل نفسه لانه التزم التطوع باختياره فنظيره أن يحرم عبده باذنه . وفي مسئلتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره فاما ان احرم باذن سيده لم يكن له تحليله وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك لانه ملكه منافع نفسه فكان له

الصبي أو أفاق المجنون ولم يبق من وقت الصلاة ما يمكن اداؤها فيه والاستطاعة مفسرة بالزاد والراحلة فيجب المصير إلى تفسيره ، والفرق بينهما وبين الزاد والراحلة انه يتعذر مع فقدهما الاداء دون القضاء وفقد الزاد والراحلة يتعذر معه الجميع فافترقا

الرجوع فيها كالمعير يرجع في العارية

ولنا أنه عقد لازم باذن سيده فلم يكن لسيده فسخه كالنكاح ولا يلزم عليه العارية لانها ليست لازمة ولو أعاره شيئا ليرهنه فرهنه لم يكن له الرجوع فيه فان باعه سيده بعد ما احرم فحكم مشتريه في تحليله حكم بائعه لانه اشتراه مسلوب المنفعة اشبه الامة المزوجة والمستأجرة فان علم المشتري بذلك فلا خيار له كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه وان لم يعلم فله الفسخ لانه يتضرر بمضي العبد في حجه لفوات منافعه إلا أن يكون احرامه بغير اذن سيده وتقول له تحليله فلا فسخ له لانه يمكنه دفع الضرر عنه ولو أذن له سيده في الاحرام وعلم العبد برجوعه قبل احرامه فهو كمن لم يؤذن له وان لم يعلم ففيه وجهان بناء على الوكيل هل ينعزل بالعزل قبل العلم على روايتين

(فصل) اذا نذر العبد الحج صح نذره لانه مكلف فصح نذره كالحر ولسيده منعه من المضي فيه لانه يفوت حق سيده الواجب فمنع منه كما لو لم ينذر ذكره القاضي وابن حامد وروي عن أحمد أنه قال لا يعجبني منعه من الوفاء به وذلك لما فيه من اداء الواجب فيحتمل أن ذلك على الكراهة لا على التحريم لما ذكرنا ، ويحتمل التحريم لانه واجب فلا يملك منعه منه كسائر الواجبات والأول أولى فان اعتق لزمه الوفاء به بعد حجة الاسلام فان أحرم به أو لا انصرف الى حجة الاسلام في الصحيح من المذهب كالحر اذا نذر حجاً

(فصل) في جناياته وما جنى على إحرامه لزمه حكمه وحكمه فيما يلزمه حكم الحر المعسر فرضه الصيام وإن تحلل بحصر عدو أو حلله سيده فعليه الصيام لا يتحلل قبل فعله كالحر وليس لسيده أن يحول بينه وبين الصوم نص عليه لانه صوم واجب أشبه صوم رمضان فان ملكه السيد هديا واذن له في اهدائه وقلنا انه يملكه فهو كالواجب للهدى لا يتحلل الا به وان قلنا لا يملكه ففرضه الصيام وان أذن له سيده في تمتع أو قران فعليه الصيام بدلا عن الهدي الواجب بهما وذكر القاضي ان على سيده تحمل ذلك عنه لانه باذنه فكان على من أذن فيه كما لو فعله النائب باذن المستنيب . قال شيخنا وليس بجيد لان الحج للعبد وهذا من موجباته فيكون عليه كالمرأة اذا حجت باذن زوجها ويفارق من يحج عن غيره فان الحج للمستنيب فموجبه عليه وان تمتع أو قارن بغير اذن سيده فالصيام عليه بغير خلاف وان أفسد حجه فعليه أن يصوم لذلك لانه لا مال له فهو كالمعسر الحر

(فصل) وان وطيء قبل التحلل الاول فسد نسكه ويلزمه المضي في فاسده كالحر لكن أن كان الاحرام مأذونا فيه فليس لسيده اخراجه منه لانه ليس له منعه من صحيحه فلم يملك منعه من

(فصل) وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة فلو أمكنه المسير بأن يحمل على نفسه ويسير سيراً يجاوز العادة أو يعجز عن تحصيل آلة السفر لم يلزمه السعي ، وتخلية الطريق هو أن تكون مسلوكة لا مانع فيها بعيدة كانت أو قريبة براً كان أو بحراً اذا كان الغالب السلامة ، فان لم يكن

فاسده وان كان بغير اذنه فله تحليله منه لان له تحليله من صحيحه فالفاسد أولى وعلية القضاء سواء كان الاحرام مأذونا فيه أو غير مأذون ويصح القضاء في حال رقه لانه وجب فيه فصح كالصلاة والصيام ثم ان كان الاحرام الذي أفسده مأذونا فيه فليس له منعه من قضائه لان اذنه في الحج الاول اذن في موجبه ومقتضاه ومن موجبه القضاء لما أفسده فان كان الاول غير مأذون فيه احتمل أن لا يملك منعه من قضائه لانه واجب وليس للسيد منعه من الواجبات واحتمل ان له منعه منه لانه يملك منعه من الحج الذي شرع فيه بغير اذنه فكذلك هذا فان اعتق قبل القضاء فليس له فعله قبل حجة الاسلام لانها آكد فان أحرم بالقضاء انصرف الى حجة الاسلام في الصحيح من المذهب وبقي القضاء في ذمته وان عتق في أثناء الحجة الفاسدة فأدرك من الوقوف ما يجزئه أجزأه القضاء عن حجة الاسلام لان المقضي لو كان صحيحا اجزأه فكذلك قضاؤه فان أعتق بعد ذلك لم يجزئه لان المقضي لم يجزئه فكذلك القضاء والمدبر والمعلق عتقه بصفة وام الولد والمعتق بعضه حكمه حكم القن فيما ذكرناه

(فصل) وان أحرمت المرأة بحج أوعمرة تطوعا فلزوجها تحليلها ومنعها منه في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي ليس له تحليلها لان الحج يلزم بالشروع فيه فلم يملك تحليلها منه كالمنذور قال وحكي عن أحمد في امرأة تحلف بالصوم أو بالحج لها أن تصوم بغير اذن زوجها قد ابتليت وابتلي زوجها .

ولنا أنه تطوع يفوت حق غيرها منه أحرمت بغير اذنه فملك تحليلها كالامة اذا أحرمت بغير اذن سيدها والمدينة تحرم بغير اذن غريمها على وجه يمنعه ايفاء دينه الحال عليها ولان العدة تمنع المضي في الاحرام لحق الله عز وجل لحق الآدمي أولى لان حقه أضيق لشحه وحاجته وكرم الله وغناه وكلام احمد لايتناول محل النزاع بل قد خالفه من وجهين

(أحدهما) أنه في الصوم وتأثير الصوم في منع حق الزوج يسير لكونه في النهار دون الليل

(الثاني) أن الصوم اذا وجب صار كالمنذور والشروع ههنا على وجه غيرمشروع فلم يكن له حرمة بالنسبة الى صاحب الحق .

(فصل) فان كانت حجة الاسلام لكن لم تكمل شروطها لعدم الاستطاعة فله منعها من الخروج اليها والتلبس بها لانها غير واجبة عليها فان احرمت بها بغير اذن لم يملك تحليلها لان ما أحرمت به يقع عن حجة الاسلام الواجبة بأصل الشرع كالمريض اذا تكلف حضور الجمعة ويحتمل

الغالب السلامة لم يلزمه سلوكه ، فان كان في الطريق عدو يطلب خفارة فقال القاضي لا يلزمه السعي وان كانت يسيرة لانها رشوة فلا يلزم بذلها في العبادة كالكبيرة ، وقال ابن حامد ان كان ذلك مما

أن له تحليلها لفقدان شرطها فأشبهت الأمة والصغيرة فانه لما فقدت الحرية والبلوغ ملك منعها ولأنها ليست واجبة عليها اشبهت سائر التطوع فأما الخروج الى حج التطوع والاحرام به فله منعها منه .

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للرجل منع امرأته من حج الفرض ولا تحليلها ان أحرمت به بغير خلاف حكاه ابن المنذر فإن أذن لها فله الرجوع مالم تتلبس بالاحرام ومتى قلنا له تحليلها فحللها فحكمها حكم المحصر يلزمها الهدى أو الصوم ان لم تجده كسائر المحصرين)

ليس للزوج منع امرأته من المضي الى الحج الواجب عليها إذا كملت شروطه وكان لها محرم يخرج معها لانه واجب وليس له منعها من الواجبات كالصوم والصلاة وهذا قول النخعي واسحاق واصحاب الرأى وهو الصحيح من قولي الشافعي وله قول آخر أن له منعها بناء على أن الحج على التراخي ووجه ذلك ماتقدم ويستحب لها استئذانه نص عليه فان اذن لها والا خرجت بغير إذنه

(فصل) ولا تخرج الى الحج في عدة الوفاة نص عليه ولها الخروج اذا كانت مبتوتة لان المبيت ولزوم منزلها واجب في عدة الوفاة دون المبتوتة فانه لا يجب عليها ذلك وقدم على الحج لانه يفوت وأما الرجعية فحكمها حكم الزوجة فان خرجت للحج فتوفى زوجها في الطريق فسنذكر ذلك في العدد إن شاء الله تعالى والله أعلم

وان تكمل شروطه فله منعها من المضي اليه والشروع فيه لانه يفوت حقه بما ليس بواجب عليها فملك منعها منه كصوم التطوع

(فصل) فان أحرمت بالحج الواجب عليها لم يكن له منعها ، وكذلك إن أحرمت بالعمرة الواجبة ولا تحليلها اذا أحرمت في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وبه قال الشافعي في أصح قوليه ، وقال في الآخر له منعها لان الحج عنده على التراخي فلا يتعين في هذا العام والصحيح الاول لان الحج الواجب يتعين بالشروع فيه فصار كالصلاة اذا أحرمت بها في أول وقتها وقضاء رمضان اذا شرعت فيه ، ولان حق لزوج مستمر على الدوام فلو ملك منعها في هذا العام ملكه في كل عام فيفضي إلى اسقاط أحد أركان الاسلام

(فصل) فان أحرمت بواجب فحلف عليها زوجها بالطلاق الثلاث أن لا تحج العام فليس لها أن تحل لان الطلاق مباح وليس لها ترك الفضيلة لاجله ، ونقل مهنا عن أحمد أنه سئل عن هذه المسئلة فقال قال عطاء الطلاق هلاك وهي بمنزلة المحصر فاحتج بقول عطاء فلعله ذهب اليه لان ضرر الطلاق عظيم لما فيه من خروجها من بيتها ومفارقة زوجها وولدها ، وقد يكون ذلك أعظم من ذهاب مالها ، ولذلك سماه عطاء هلاكا ، ولأنه لو منعها عدو من الحج إلا أن تدفع اليه مالها كان ذلك حصراً فهذا أولى

لا يجحف بماله لزمه الحج لانها غرامة يقف إمكان الحج على بذلها فلم يمنع الوجوب مع امكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم

(فصل) والاستطاعة المشترطة ملك الزاد والراحلة[1] وبه قال الحسن ومجاهد وسعيد بن جبير والشافعي وإسحاق، قال الترمذي والعمل عليه عند أهل العلم ، وقال عكرمة هي الصحة وقال الضحاك ان كان شابا فليؤاجر نفسه بأكله وعقبه حتي يقضي نسكه ، وعن مالك ان كان يمكنه المشي وعادته سؤال الناس[2] لزمه الحج لان هذه الاستطاعة في حقه فهو كواجد الزاد والراحلة

ولنا ان النبي ﷺ فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فوجب الرجوع الى تفسيره فروى الدارقطني باسناده عن جابر وعبدالله بن عمر وعبدالله بن عمرو بن العاص وأنس وعائشة رضي الله عنهم ان النبي ﷺ سئل ما السبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » وروى ابن عمر قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال يارسول الله مايوجب الحج ؟ قال «الزادوالراحلة» رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروى الامام

(١) في معني الراحلة ماحدث من المراكب البرية والبحرية والهوائية

«٢» فيه از السؤال محرم الا لضرورة الحياة فكيف يجعل واجبا لغير ضرورة بل الاسلام لايكلف المسلم قبول منة الهبة والضيافة فضلا عن ذل السؤال

(فصل) وليس للوالد منع ولده من حج الفرض والنذر ولا تحليله من احرامه وليس للولد طاعته في تركه لان النبي ﷺ قال « لاطاعة لمخلوق في معصية الله تعالى » فأما التطوع فله منعه من الخروج لان له منعه من الغزو وهو من فروض الكفايات فالتطوع أولى ، فان أحرم بغير اذنه لم يملك تحليله لانه وجب بالدخول فيه فصار كالواجب ابتداء أو كالنذر

(فصل) فان أحرمت المرأة بحجة النذر بغير اذن فهل لزوجها منعها؟ على روايتين حكاهما القاضي وأبو الحسين

(احداهما) ليس له منعها كحجة الاسلام

(والثانية) له منعها لانه وجب عليها بايجابها أشبه حج التطوع اذا أحرمت به

(فصل) الشرط الخامس الاستطاعة وهي أن يملك زادا وراحلة صالحة لمثله بآلتها الصالحة لمثله، أو ما يقدر به على تحصيل ذلك فاضلا عما يحتاج اليه من مسكن وخادم وقضاء دينه ومؤنته ومؤنة عياله على الدوام

الاستطاعة المشترطة لوجوب الحج والعمرة ملك الزاد والراحلة ، وبه قال الحسن ومجاهد وسعيد ابن جبير والشافعي وإسحاق ، قال الترمذي والعمل عليه عند أهل العلم ، وقال عكرمة هي الصحة ، وقال الضحاك إن كان شابا فليؤاجر نفسه بأكله وعقبه حتى يقضي نسكه ، وعن مالك ان كان يمكنه المشي وعادته سؤال الناس لزمه الحج لان هذه الاستطاعة في حقه فهو كواجد الزاد والراحلة

ولنا أن النبي ﷺ فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فوجب الرجوع الى تفسيره فروى الدارقطني باسناده عن جابر وعبد الله بن عمر وعبدالله بن عمرو وأنس وعائشة رضي الله عنهم أن النبي ﷺ سئل ماالسبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » وروى ابن عمر قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال يارسول الله مايوجب الحج ؟ قال « الزاد والراحلة » رواه الترمذي وقال حديث حسن

أحمد ثنا هشيم عن يونس عن الحسن قال لما نزلت هذه الآية (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) قال رجل يارسول الله ما السبيل؟ قال « الزاد والراحلة » ولانها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فاشترط لوجوبها الزاد والراحلة كالجهاد ، وما ذكروه ليس باستطاعة فانه شاق وان كان عادة والاعتبار بعموم الاحوال دون خصوصها كما ان رخص السفر تعم من يشق عليه ومن لايشق عليه

(فصل) ولا يلزمه الحج ببذل غيره له ولا يصير مستطيعاً بذلك سواء كان الباذل قريباً أو أجنبياً وسواء بذل له الركوب والزاد أو بذل له مالا وعن الشافعي انه اذا بذل له ولده ما يتمكن به من الحج لزمه لانه أمكنه الحج من غير منة تلزمه ولا ضرر يلحقه فلزمه الحج كما لو ملك الزاد والراحلة

ولنا أن قول النبي ﷺ يوجب الحج الزاد والراحلة يتعين فيه تقدير ملك ذلك أو ملك مايحصل به بدليل ما لوكان الباذل أجنبيا ، ولانه ليس بمالك للزاد والراحلة ولا ثمنهما فلم يلزمه الحج كما لو بذل له والده ولا نسلم انه لايلزمه منة ، ولو سلمنا فيبطل ببذل الوالد وبذل من للمبذول له عليه أيادي كثيرة ونعم(١)

(فصل) ومن تكلف الحج ممن لا يلزمه فان أمكنه ذلك من غير ضرر يلحق بغيره مثل أن يمشي ويكتسب بصناعة كالخرز أو معاونة من ينفق عليه أو يكتري لزاده ولا يسأل الناس استحب له الحج لقول الله تعالى (يأتوك رجالا وعلى كل ضامر) فقدم ذكر الرجال ولان في ذلك مبالغة في طاعة الله عز وجل وخروجا من الخلاف ، وان كان يسال الناس كره له الحج لانه يضيق على الناس ويحصل كلا عليهم في التزام ما لا يلزمه ، وسئل أحمد عمن يدخل البادية بلا زاد ولا راحلة فقال لاأحب له ذلك هذا يتوكل على أزواد الناس

(فصل) ويختص اشتراط الراحلة بالبعيد الذي بينه وبين البيت مسافة القصر ، فأما القريب الذي يمكنه المشي فلا يعتبر وجود الراحلة في حقه لانها مسافة قريبة يمكنه المشي اليها فلزمه كالسعي

(١) ان لم يكن في بذل هذا منة ففيه مكافأة ثقيلة كالمنة وقد فرق الشرع والعرف بين الولد والوالد فجعل ولد المرء من كسبه وقال (ص) لولد « انت ومالك لابيك »

وروى الامام أحمد قال : أنا هشيم عن يونس عن الحسن قال : لما نزلت هذه الآية (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) قال رجل يارسول الله ماالسبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » ولانها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فاشترط لوجوبها الزاد والراحلة كالجهاد وما ذكروه ليس باستطاعة فانه شاق وإن كان عادة ، والاعتبار بعموم الاحوال دون خصوصها كما أن رخص السفر تعم من يشق عليه ومن لايشق عليه ، وكذلك من كان له مايقدر به على تحصيل الزاد والراحلة بالشروط المذكورة لأنه في معنى ملك الزاد والراحلة ، ولان القدرة على ماتحصل به الرقبة في الكفارة كملك الرقبة فكذلك ههنا

(فصل) ويختص اشتراط الراحلة بالبعيد الذي بينه وبين البيت مسافة القصر ، فأما القريب الذي يمكنه المشي فلا يعتبر وجود الراحلة في حقه لانها مسافة قريبة يمكنه السعي اليها فلزمه كالسعي

الى الجمعة ، وان كان ممن لا يمكنه المشي اعتبر وجود الحولة في حقه لانه عاجز عن المشي فهو كالبعيد وأما الزاد فلابد منه فان لم يجد زاداً ولا قدر على كسبه لم يلزمه الحج

(فصل) والزاد الذي تشترط القدرة عليه هو مايحتاج اليه في ذهابه ورجوعه من مأكول ومشروب وكسوة فان كان يملكه أو وجده يباع بثمن المثل في الغلاء والرخص أو بزيادة يسيرة لا تجحف بماله لزمه شراؤه ، وان كانت تجحف بماله لم يلزمه كما قلنا في شراء الماء للوضوء ، واذا كان يجد الزاد في كل منزلة لم يلزمه حمله وان لم يجده كذلك لزمه حمله ، وأما الماء وعلف البهائم فان كان يوجد في المنازل التي ينزلها على حسب العادة وإلا لم يلزمه حمله من بلده ولا من أقرب البلدان إلى مكة كأطراف الشام ونحوها لان هذا يشق ولم تجر العادة به ، ولا يتمكن من حمل الماء لبهائمه في جميع الطريق ، والطعام بخلاف ذلك ، ويعتبر أيضا قدرته على الآلات التي يحتاج اليها كالغرائر ونحوها وأوعية الماء وما أشبهها لانه مما لا يستغنى عنه فهو كعلاف البهائم

(فصل) وأما الراحلة فيشترط أن يجد راحلة تصلح لمثله أما بشراء أو بكراء لذهابه ورجوعه ويجد ما يحتاج اليه من آلتها التي تصلح لمثله فان كان ممن يكفيه الرحل والقتب ولا يخشى السقوط أجزأ وجود ذلك وان كان ممن لم تجر عادته بذلك ويخشى السقوط عنهما اعتبر وجود محمل وما أشبهه مما لا مشقة في ركوبه ولا يخشى السقوط عنه لان اعتبار الراحلة في حق القادر على المشي انما كان لدفع المشقة فيجب أن يعتبر ههنا ماتندفع به المشقة وان كان ممن لايقدر على خدمة نفسه والقيام بأمره اعتبرت القدرة على من يخدمه لانه من سبيله

إلى الجمعة ، وإن كان ممن لايمكنه المشي كالشيخ الكبير اعتبر وجود الحمولة في حقه لانه عاجز عن المشي أشبه البعيد ، وأما الزاد فلا بد منه فان لم يجد زاداً ولا قدر على كسبه لم يلزمه الحج

(فصل) والزاد الذي تشترط القدرة عليه هو ما يحتاج اليه في ذهابه ورجوعه من مأكول ومشروب وكسوة فان كان يملكه أو وجده يباع بثمن المثل في الغلاء والرخص أو بزيادة يسيرة لا تجحف بماله لزمه شراؤه وإن كانت تجحف بماله لم يلزمه كما قلنا في شراء الماء للوضوء واذا كان يجد الزاد في كل منزل لم يلزمه حمله وان لم يجده كذلك لزمه حمله وأما الماء وعلف البهائم فسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ويشترط أن يجد راحلة تصلح لمثله اما بشراء او كراء لذهابه ورجوعه ويجد مايحتاج اليه من آلتها التي تصلح لمثله فان كان ممن يكفيه الرحل والقتب ولا يخشى السقوط اكتفى بذلك وان كان ممن لم تجر عادته بذلك أو يخشى السقوط عنهما اعتبر وجود محمل وما أشبهه ممن لا يخشى سقوطه عنه ولا مشقة فيه لان اعتبار الراحلة في حق القادر على المشي انما كان لدفع المشقة فيجب أن يعتبر ههنا ماتندفع به المشقه وان كان ممن لايقدر على خدمة نفسه والقيام بأمره اعتبرت القدرة على من يخدمه لأنه من سبيله

(فصل) ويعتبر أن يكون هذا فاضلا عن ما يحتاج اليه لنفقة عياله الذين تلزمه مؤونتهم في مضيه ورجوعه لان النفقة متعلقة بحقوق الآدميين وهم أحوج وحقهم آكد وقد روى عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال « كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت » رواه أبو داود وان يكون فاضلا عما يحتاج هو وأهله اليه من مسكن وخادم وما لا بد منه وأن يكون فاضلا عن قضاء دينه لان قضاء الدين من حوائجه الاصلية ويتعلق به حقوق الآدميين فهو آكد ولذلك منع الزكاة مع تعلق حقوق الفقراء بها وحاجتهم اليها فالحج الذي هو خالص حق الله تعالى أولى وسواء كان الدين لآدمي معين أو من حقوق الله تعالى كزكاة في ذمته أو كفارات ونحوها ، وان احتاج الى النكاح وخاف على نفسه العنت قدم التزويج لانه واجب عليه ولا غنى به عنه فهو كنفقته وان لم يخف قدم الحج لان النكاح تطوع فلا يقدم على الحج الواجب وان حج من تلزمه هذه الحقوق وضيعها صح حجه لانها متعلقة بذمته فلا تمنع صحة فعله

(فصل) ومن له عقار يحتاج اليه لسكناه أو سكنى عياله أو يحتاج الى أجرته لنفقة نفسه أو عياله أو بضاعة متى نقصها اختل ربحها فلم يكفهم أو سائمة يحتاجون اليها لم يلزمه الحج وان كان له من ذلك شيء فاضل عن حاجته لزمه بيعه في الحج فان كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته وأمكنه بيعه وشراء ما يكفيه ويفضل قدر ما يحج به لزمه وان كانت له كتب يحتاج اليها لم يلزمه بيعها في الحج

(فصل) ويعتبر أن يكون هذا فاضلا عما يحتاج اليه لنفقة عياله الذين تلزمه مونتهم في مضيه ورجوعه لان النفقة تتعلق بها حقوق الآدميين وهم أحوج وحقهم آكد وقد روى عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت» رواه أبو داود وأن يكون فاضلا عما يحتاج هو وأهله اليه من مسكن وخادم وما لا بد منه وأن يكون فاضلا عن قضاء دينه لان قضاء الدين من حوائجه الاصلية ويتعلق به حقوق الآدميين فهو آكد وكذلك منع الزكاة مع تعلق حقوق الفقراء بها وحاجتهم اليها فالحج الذي هو لخالص حق الله تعالى أولى وسواء كان الدين لآدمي معين أو من حقوق الله تعالى كزكاة في ذمته أو كفارات ونحوها وان احتاج الى النكاح وخاف على نفسه العنت قدم التزويج لانه واجب عليه ولا غناء به عنه فهو كنفقته وان لم يخف قدم الحج لان النكاح تطوع فلا يقدم على الحج الواجب وان حج من تلزمه هذه الحقوق وضيعها صح حجه لانها متعلقة بذمته فلا تمنع صحة حجه .

(فصل) ومن له دار يسكنها أو يسكنها عياله أو يحتاج الى أجرتها لنفقة نفسه أو عياله أو بضاعة متى نقصها اختل ربحها فلم تكفهم أو سائمة يحتاجون اليها لم يلزمه الحج لما ذكرنا وان كان له من ذلك شيء فاضل عن حاجته لزمه بيعه في الحج فان كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته وأمكنه بيعه وشراء ما يكفيه ويفضل قدر مايحتاج به لزمه وان كانت له كتب يحتاج اليها لم يلزمه بيعها في الحج

وان كانت مما لايحتاج اليها أوكان له بكتاب نسختان يستغني بأحدهما باع مالا يحتاج اليه فان كان له دين على ملي باذل له يكفيه للحج لزمه لانه قادر وان كان على معسر أو تعذر استيفاؤه عليه لم يلزمه

(فصل) وتجب العمرة على من يجب عليه الحج في احدى الروايتين، روي ذلك عن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وابن عمر وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي وبه قال الثوري واسحاق والشافعي في احد قوليه (والرواية الثانية) ليست واجبة وروي ذلك عن ابن مسعود وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى جابر أن النبي ﷺ سئل عن العمرة أواجبة هي؟ قال «لا وان تعتمروا فهو افضل» أخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح وعن طلحة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول «الحج جهاد والعمرة تطوع» رواه ابن ماجه ولانه نسك غير موقت فلم يكن واجبا كالطواف المجرد

ولنا قول الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) ومقتضى الامر الوجوب (١) ثم عطفها على الحج والاصل التساوي بين المعطوف والمعطوف عليه قال ابن عباس انها لقرينة الحج في كتاب الله وعن الضبي بن معبد قال أتيت عمر فقلت يا أمير المؤمنين اني أسلمت واني وجدت الحج والعمرة مكتوبين علي فاهللت بهما فقال عمر هديت لسنة نبيك ﷺ رواه أبو داود والنسائي وعن أبي رزين أنه أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ان أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن قال «حج عن أبيك واعتمر» رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح وذكره احمد ثم قال وحديث يرويه سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال أوصني قال «تقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتحج وتعتمر» وروى الاثرم باسناده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن وكان في الكتاب إن العمرة هي الحج الاصغر ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم

(١) لكنه أمر بالاتمام لمن شرع فيها ولا خلاف فيه والآثار بعدها ليس فيها نص بالوجوب

والا لزمه وان كان له بكتاب نسختان يستغني باحدهما باع الاخرى وان كان له دين على ملي باذل له يكفيه في الحج لزمه لانه قادر وان كان على معسر أو تعذر استيفاؤه لم يلزمه

(فصل) فان تكلف الحج من لا يلزمه وأمكنه ذلك من غير ضرر يلحق بغيره مثل من يكتسب بصناعة كالخرز أو معاونة من ينفق عليه أو يكتري لزاده ولا يسأل الناس استحب له الحج لقول الله تعالى (يأتوك رجالا وعلى كل ضامر) فقدم ذكر الرجال ولان فيه مبالغة في طاعة الله وخروجا من الخلاف وان كان يسأل الناس كره الحج له لانه يضيق على الناس ويحصل كلا عليهم في التزام مالا يلزمه وسئل الامام احمد عمن يدخل البادية بلا زاد ولا راحلة فقال لا أحب له ذلك هذا يتوكل على أزواد الناس،

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصير مستطيعا ببذل غيره بحال)

لا يلزمه الحج ببذل غيره له ولا يصير مستطيعا بذلك سواء كان الباذل قريبا أو أجنبيا، وسواء

نعلمه الا ابن مسعود على اختلاف عنه وأما حديث جابر فقال الترمذي قال الشافعي هو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة وليس فى العمرة شىء ثابت بأنها تطوع وقال ابن عبد البر : روي ذلك باسانيد لا تصح ولا تقوم بمثلها الحجة ثم نحمله على المعهود وهي العمرة التي قضوها حين أحصروا في الحديبية أو على العمرة التي اعتمروها مع حجتهم مع النبي ﷺ فانها لم تكن واجبة على من اعتمر أو نحمله على ما زاد على العمرة الواحدة وتفارق العمرة الطواف لان من شرطها الاحرام والطواف بخلافه

(فصل) وليس على أهل مكة عمرة نص عليه أحمد وقال كان ابن عباس يرى العمرة واجبة ويقول : يا أهل مكة ليس عليكم عمرة انما عمرتكم طوافكم بالبيت وبهذا قال عطاء وطاوس قال عطاء ليس أحد من خلق الله إلا عليه حج وعمرة واجبان لا بد منهما لمن استطاع اليهما سبيلا إلا أهل مكة فان عليهم حجة وليس عليهم عمرة من أجل طوافهم بالبيت ووجه ذلك ان ركن العمرة ومعظمها الطواف بالبيت وهم يفعلونه فاجزأ عنهم وحمل القاضي كلام احمد على أنه لا عمرة عليهم مع الحجة لانه يتقدم منهم فعلها في غير وقت الحج والأمر على ما قلناه

(فصل) وتجزيء عمرة المتمتع وعمرة القارن والعمرة من أدنى الحل عن العمرة الواجبة ولا نعلم في إجزاء عمرة التمتع خلافا كذلك قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وروي عن احمد أن عمرة القارن لا تجزيء وهو اختيار ابي بكر وعن احمد ان العمرة من أدنى الحل لا تجزيء عن العمرة الواجبة وقال إنما هي من أربعة أميال واحتج على أن عمرة القارن لا تجزيء أن عائشة حين حاضت أعمرها من التنعيم فلو كانت عمرتها في قرانها اجزأتها لما اعمرها بعدها

ولنا قول الضبي بن معبد اني وجدت الحج والعمرة مكتوبين علي فاهللت بهما فقال عمر هديت لسنة نبيك وهذا يدل على أنه أحرم بهما يعتقد اداء ما كتبه الله عليه منهما والخروج عن عهدتها

بذل له الركوب والزاد أو بذل له مالا وهو قول الاكثرين ، وعن الشافعي أنه إذا بذل له ولده ما يتمكن به من الحج لزمه لانه أمكنه الحج من غير منة تلزمه ولا ضرر يلحقه فلزمه الحج كالو ملك الزاد والراحلة

ولنا ان قول النبي ﷺ « يوجب الحج الزاد والراحلة » يتعين فيه تقدير ملك ذلك أو ملك ما يحصل به بدليل مالو كان الباذل أجنبيا ، ولانه ليس بمالك للزاد والراحلة ولا ثمنهما فلم يلزمه الحج كما لو بذل له والده ، ولا نسلم انه لا يلزمه منة ، ولو سلمناه فيبطل ببذل الوالد وبذل من للمبذول عليه أياد كثيرة ونعم

﴿ مسئلة ﴾ (فمن كملت له هذه الشروط وجب عليه الحج على الفور)

من كملت فيه هذه الشروط وجب عليه الحج لما ذكرنا من الادلة ويجب عليه على الفور إذا أمكنه فعله ولم يجز له تأخيره وبه قال مالك ، وقال الشافعي يجب الحج وجوبا موسعا وله تأخيره ، وحكى ابن أبي موسى وجها مثل قوله ، وحكاه ابن حامد عن الامام أحمد لان النبي ﷺ أمر أبا بكر

فصوبه عمر وقال هديت لسنة نبيك وحديث عائشة حين قرنت الحج والعمرة فقال لها النبي ﷺ حين حلت منهما « قد حللت من حجتك وعمرتك » وإنما أعمرها النبي ﷺ من التنعيم قصداً لتطييب قلبها وإجابة مسئلتها لا لأنها كانت واجبة عليها ثم إن لم تكن أجزأتها عمرة القران فقد أجزأتها العمرة من أدنى الحل وهو أحد ماقصدنا الدلالة عليه ولان الواجب عمرة واحدة وقد أتى بها صحيحة فتجزئه كعمرة المتمتع ولأن عمرة القارن أحد نسكي القران فأجزأت كالحج والحج من مكة يجزيء في حق المتمتع فالعمرة من أدنى الحل في حق المفرد أولى وإذا كان الطواف المجرد يجزيء عن العمرة في حق المكي فلأن تجزيء العمرة المشتملة على الطواف وغيره أولى

(فصل) ولا بأس أن يعتمر في السنة مراراً روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس وأنس وعائشة وعطاء وطاوس وعكرمة والشافعي ، وكره العمرة في السنة مرتين الحسن وابن سيرين ومالك وقال النخعي ما كانوا يعتمرون في السنة إلا مرة ولان النبي ﷺ لم يفعله

ولنا أن عائشة اعتمرت في شهر مرتين بأمر النبي ﷺ عمرة مع قرانها وعمرة بعد حجها ولان النبي ﷺ قال العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما متفق عليه وقال علي رضي الله عنه في كل شهر مرة وكان أنس اذا حمم رأسه خرج فاعتمر رواهما الشافعي في مسنده وقال عكرمة يعتمر اذا أمكن الموسى من شعره وقال عطاء إن شاء اعتمر في كل شهر مرتين فاما الاكثار من الاعتمار والموالاة بينهما فلا يستحب في ظاهر قول السلف الذي حكيناه وكذلك قال احمد اذا اعتمر فلا بد من أن يحلق أو يقصر وفي عشرة أيام يمكن حلق الرأس فظاهر هذا أنه لا يستحب أن يعتمر في أقل من عشرة أيام وقال في رواية الاثرم ان شاء اعتمر في كل شهر وقال بعض أصحابنا يستحب الاكثار من الاعتمار وأقوال السلف وأحوالهم تدل على ماقلناه ولأن النبي ﷺ وأصحابه لم ينقل عنهم الموالاة بينهما وانما

رضي الله عنه على الحج وتخلف بالمدينة غير محارب ولا مشغول بشيء وتخلف أكثر المسلمين قادرين على الحج ، ولانه إذا أخره ثم فعله في السنة الاخرى لم يكن قاضيا دل على ان وجوبه على التراخي

ولنا قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) وقوله (وأتموا الحج والعمرة لله) والامر على الفور ، وروي عن النبي ﷺ انه قال « من أراد الحج فليعجل » رواه الامام أحمد وأبو داود وابن ماجه وفي رواية أحمد وابن ماجه « فانه قد يمرض المريض وتضل الضالة وتعرض الحاجة » قال أحمد ورواه الثوري ووكيع عن أبي إسرائيل عن فضيل بن عمرو عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس عن أخيه الفضل عن النبي ﷺ ، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا » قال الترمذي لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفي إسناده مقال ، وروى سعيد بن منصور باسناده عن عبدالرحمن بن سابط قال : قال رسول الله ﷺ « من مات ولم يحج حجة الاسلام لم يمنعه مرض

نقل عنهم انكار ذلك والحق في اتباعهم قال طاوس الذين يعتمرون من التنعيم ماأدري يؤجرون عليها أو يعذبون قيل له فلم يعذبون قال لأنه يدع الطواف بالبيت ويخرج الى أربعة أميال ويجيء والى أن يجيء من أربعة أميال قد طاف مائتي طواف وكلما طاف بالبيت كان أفضل من أن يمشي في غير شيء

وقد اعتمر النبي ﷺ أربع عمر في أربع سفرات لم يزد في كل سفرة على عمرة واحدة ولا أحد ممن معه ولم يبلغنا أن أحداً منهم جمع بين عمرتين في سفر واحد معه الا عائشة حين حاضت فاعمرها من التنعيم لانها اعتقدت أن عمرة قرانها بطلت ولهذا قالت يا رسول الله يرجع الناس بحج وعمرة وأرجع أنا بحجة فأعمرها لذلك ولو كان في هذا فضل لما اتفقوا على تركه

(فصل) وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « عمرة في رمضان تعدل حجة » متفق عليه قال احمد من أدرك يوما من رمضان فقد أدرك عمرة رمضان وقال اسحاق يعني هذا الحديث مثل ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « من قرأ قل هو الله أحد فقد قرأ ثلث القرآن » وقال أنس: حج النبي ﷺ حجة واحدة واعتمر أربع عمر واحدة في ذي القعدة وعمرة الحديبية وعمرة مع حجته وعمرة الجعرانة اذ قسم غنيمة حنين . وهذا حديث حسن صحيح متفق عليه . وقال أحمد حج النبي ﷺ حجة الوداع قال وروي عن مجاهد أنه قال حج قبل ذلك حجة أخرى وما هو يثبت عندي وروي عن جابر قال حج النبي ﷺ ثلاث حجج حجتين قبل أن يهاجر وحجة بعد ما هاجر وهذا حديث غريب

(فصل) وروي عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « تابعوا بين الحج والعمرة فانهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديد والذهب والفضة وليس للحج المبرور ثواب إلا الجنة » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله

حابس أو سلطان جائر أو حاجة ظاهرة فليمت على أي حال شاء يهوديا أو نصرانيا » وعن عمر نحوه من قوله ، وكذلك عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ؛ ولانه أحد أركان الاسلام فكان واجبا على الفور كالصيام ، ولان وجوبه بصفة التوسع يخرجه عن رتبة الواجبات لانه يؤخر إلى غير غاية ولا يأثم بالموت قبل فعله لكونه فعل ما يجوز له فعله وليس على الموت أمارة يقدر بعدها على فعله ، فأما النبي ﷺ فانما فتح مكة سنة ثمان وإنما أخره سنة تسع فيحتمل انه كان له عذر من عدم الاستطاعة أو كره رؤية المشركين عراة حول البيت فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادي أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ويحتمل أنه اخره بامر الله تعالى لتكون حجته حجة الوداع في السنة التي استدار فيها الزمان كهيئته يوم خلق الله السموات والارض ويصادف وقفة الجمعة ويكمل الله دينه ويقال انه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين ولم يجتمع قبله ولا بعده فاما تسمية فعل الحج قضاء فانه يسمى بذلك قال الله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم) وعلى أنه لا يلزم من الوجوب على الفور

صلى الله عليه وسلم « من أتى هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه وهو في الموطأ

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان مريضا لا يرجى برؤه أو شيخا لا يستمسك على الراحلة اقام من يحج عنه ويعتمر وقد أجزأ عنه وإن عوفي)

وجملة ذلك أن من وجدت فيه شرائط وجوب الحج وكان عاجزاً عنه لمانع مأيوس من زواله كزمانة أو مرض لا يرجى زواله أو كان نضو الخلق لا يقدر على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة والشيخ الفاني ومن كان مثله متى وجد من ينوب عنه في الحج ومالا يستنيبه به لزمه ذلك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا حج عليه إلا أن يستطيع بنفسه ولا أرى له ذلك لأن الله تعالى قال (من استطاع اليه سبيلا) وهذا غير مستطيع ولأن هذه عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة فلا تدخلها مع العجز كالصوم والصلاة

ولنا حديث أبي رزين وروى ابن عباس أن امرأة من خثعم قالت : يارسول الله إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخا كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال « نعم » وذلك في حجة الوداع متفق عليه وفي لفظ لمسلم قالت : يارسول الله إن أبي شيخ كبير عليه فريضة الله في الحج

تسمية الفعل اذا أخره قضاء بدليل الزكاة فانها تجب على الفور ولو أخرها لا تسمى قضاء والقضاء الواجب على الفور اذا أخره لا يقال قضاء القضاء، ولو غلب على ظنه في الحج أنه لا يعيش إلى سنة أخرى لم يجز له تأخيره واذا أخره لا يسمى قضاء

﴿ مسئلة ﴾ (فان عجز عنه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه لزمه أن يقيم من يحج عنه ويعتمر من بلده وقد أجزأ عنه وان عوفي)

وجملة ذلك أن من وجدت فيه شرائط وجوب الحج وكان عاجزا عنه لمانع مأيوس من زواله كزمانة أو مرض لا يرجى زواله أو كان نضو الخلق لا يقدر على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة والشيخ الفاني ونحوهم متى وجد من ينوب عنه في الحج وما يستنيبه به لزمه ذلك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا حج عليه الا أن يستطيع بنفسه ولا أرى له ذلك لان الله تعالى قال (من استطاع اليه سبيلا) وهو غير مستطيع ولأنها عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة فلا تدخلها مع العجز كالصوم والصلاة

ولنا حديث أبي رزين حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يحج عن أبيه ويعتمر وروى ابن عباس أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله ان فريضة الله على عباده في الحج ادركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال « نعم » وذلك في حجة الوداع متفق عليه وفي لفظ لمسلم قالت : يا رسول الله ان أبي شيخ عليه فريضة الله في الحج وهو لا يستطيع أن يستوي على ظهر

وهو لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره . فقال النبي ﷺ « فحجي عنه » وسئل علي رضي الله عنه عن شيخ لا يجد الاستطاعة قال يجهز عنه ولان هذه عبادة تجب بافسادها الكفارة فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله كالصوم إذا عجز عنه افتدى بخلاف الصلاة

(فصل) وإن لم يجد مالا يستنيب به فلا حج عليه بغير خلاف لان الصحيح لو لم يجد مايحج به لم يجب عليه فالمريض أولى وإن وجد مالا ولم يجد من ينوب عنه فقياس المذهب أنه ينبني على الروايتين في إمكان المسير هل هو من شرائط الوجوب أو من شرائط لزوم السعي فان قلنا من شرائط لزوم السعي ثبت الحج في ذمته هذا يحج عنه بعد موته وإن قلنا من شرائط الوجوب لم يجب عليه شيء

(فصل) ومتى أحج هذا عن نفسه ثم عوفي لم يجب عليه حج آخر وهذا قول اسحاق وقال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر يلزمه لان هذا بدل اياس فاذا برأ[1] تبينا انه لم يكن مأيوسا منه فلزمه الاصل كالآيسة إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لاتجزئها تلك العدة

ولنا أنه أتى بما أمر به فخرج عن العهدة كما لو لم يبرأ أو نقول أدى حجة الاسلام بأمر الشارع فلم يلزمه حج ثان كما لو حج بنفسه ولأن هذا يفضي إلى إيجاب حجتين عليه ولم يوجب الله عليه إلا حجة واحدة وقولهم لم يكن مأيوسا من برئه قلنا لو لم يكن مأيوسا منه لما أبيح له أن يستنيب فانه شرط

[1] « ١ » يقال برأ من المرض (كفتح) وبرىء « كتعب »

بعيره فقال النبي ﷺ « فحجي عنه » وسئل عليّ رضي الله عنه عن شيخ يجد الاستطاعة قال يجهز عنه ولان هذه عبادة تجب بافسادها الكفارة فجاز أن يقوم غير فعله فيهامقام فعله كالصوم اذا عجز عنه افتدى بخلاف الصلاة ويلزمه أن يستنيب على الفور اذا امكنه كما يلزمه ذلك بنفسه

(فصل) ويستناب عنه من يحج عنه من حيث وجب عليه اما من بلده أو من الموضع الذي يسر فيه كالاستنابة عن الميت وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) فان لم يجد ما لا يستنيب به فلا حج عليه بغير خلاف لان الصحيح العادم ما يحج به لا يلزمه الحج فالمريض أولى وان وجد مالا ولم يجد نائبا فقياس المذهب ان ينبني على الروايتين في امكان السير هل هو من شرائط الوجوب أو من شرائط وجوب السعي فان قلنا من شرائط لزوم السعي ثبت الحج في ذمته يحج عنه بعد موته وان قلنا من شرائط الوجوب لم يجب شيء

(فصل) واذا استناب من حج عنه ثم عوفي لم يجب عليه حج آخر وهذا قول اسحاق وقال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر يلزمه لان هذا بدل اياس فاذا برأ تبينا أنه لم يكن مأيوسا منه فلزمه الاصل كالآيسة تعتد بالشهور ثم تحيض يلزمها العدة بالحيض

ولنا أنه أتى بما أمر به فخرج عن العهدة كما لو يبرأ أو نقول أدى حجة الاسلام بامر الشرع فلم يلزمه حج ثان كما لو حج عن نفسه ولان هذا يفضي إلى إيجاب حجتين عليه ولم يوجب الله عليه الا حجة واحدة وقولهم لم يكن مأيوسا من برئه قلنا لو لم يكن مأيوسا من برئه لما أبيح له أن

لجواز الاستنابة أما الآيسة إذا اعتدت بالشهور فلا يتصور عود حيضها فان رأت دما فليس بحيض ولا يبطل به اعتدادها ولكن من ارتفع حيضها لاتدري مارفعهُ إذا اعتدت سنة ثم عاد حيضها لم يبطل اعتدادها فاما ان عوفي قبل فراغ النائب من الحج فينبغي أن لايجزئه الحج لانه قدر على الاصل قبل تمام البدل فلزمه كالصغيرة ومن ارتفع حيضها اذا حاضتا قبل اتمام عدتهما بالشهور وكالمتيمم اذا رأى الماء في صلاته ويحتمل أن يجزئه كالمتمتع اذا شرع في الصيام ثم قدر على الهدي، والمكفر اذا قدر على الاصل بعد الشروع في البدل. وان برأ قبل احرام النائب لم يجزئه بحال

(فصل) ومن يرجى زوال مرضه والمحبوس ونحوه ليس له أن يستنيب فان فعل لم يجزئه وان لم يبرأ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك ويكون ذلك مراعى فان قدر على الحج بنفسه لزمه والا أجزأه ذلك لانه عاجز عن الحج بنفسه أشبه المأيوس من برئه

ولنا أنه يرجو القدرة على الحج بنفسه فلم يكن له الاستنابة ولا تجزئه ان فعل كالفقير وفارق المأيوس من برئه لانه عاجز على الاطلاق آيس من القدرة على الاصل فأشبه الميت ولان النص انما ورد في الحج عن الشيخ الكبير وهو ممن لايرجى منه الحج بنفسه فلا يقاس عليه الا من كان مثله فعلى هذا اذا استناب من يرجو القدرة على الحج بنفسه ثم صار مأيوسا من برئه فعليه أن يحج عن نفسه مرة أخرى لانه استناب في حال لاتجوز له الاستنابة فيها فأشبه الصحيح

يستنيب فانه شرط لجواز الاستنابة فاما الآيسة إذا اعتدت بالشهور فلا يتصور عود حيضها فان رأت دما فليس بحيض ولا يبطل به اعتدادها لكن من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اذا اعتدت سنة ثم عاد حيضها لم يبطل اعتدادها

(فصل) فان عوفي قبل فراغ النائب من الحج فينبغي أن لا يجزئه الحج لانه قدر على الاصل قبل تمام البدل فلزمه كالصغيرة ومن ارتفع حيضها قبل اتمام عدتها بالشهور وكالمتيمم اذا رأى الماء في صلاته ويحتمل أن يجزئه كالمتمتع اذا شرع في الصوم ثم قدر على الهدي والمكفر اذا قدر على الاصل بعد الشروع في البدل وان برأ قبل احرام النائب لم يجزئه بحال

(فصل) فاما من يرجى زوال مرضه والمحبوس ونحوه فليس له ان يستنيب فان فعل لم يجزئه وان لم يبرأ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له الاستنابة ويكون ذلك مراعى فان قدر على الحج بنفسه لزمه والا اجزأه ذلك كالمأيوس من برئه

ولنا أنه يرجو القدرة على الحج بنفسه فلم يكن له الاستنابة ولا تجزئه ان فعل كالفقير وفارق المأيوس من برئه لانه عاجز على الاطلاق آيس من القدرة على الاصل فأشبه الميت ولان النص انما ورد في الحج عن الشيخ الكبير وهو ممن لا يرجى منه الحج بنفسه فلا يصح قياس غيره عليه إلا اذا كان مثله

(فصل) ولا يجوز أن يستنيب في الحج الواجب من يقدر على الحج بنفسه اجماعا قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الاسلام وهو قادر على أن يحج لايجزيء عنه أن يحج غيره عنه والحج المنذور كحجة الاسلام فى اباحة الاستنابة عند العجز والمنع منها مع القدرة لأنها حجة واجبة فأما حج التطوع فينقسم أقساما ثلاثة

(أحدها) أن يكون ممن لم يؤد حجة الاسلام فلا يجوز أن يستنيب في حجة التطوع لانه لا يصح أن يفعل بنفسه فبنائبه أولى

(الثاني) أن يكون ممن قد أدى حجة الاسلام وهو عاجز عن الحج بنفسه فيصح أن يستنيب في التطوع فان ماجازت الاستنابة في فرضه جازت في نفله كالصدقة

(الثالث) أن يكون قد أدى حجة الاسلام وهو قادر على الحج بنفسه فهل له أن يستنيب في حج التطوع ؟ فيه روايتان

(احداهما) يجوز وهو قول أبي حنيفة لانها حجة لاتلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب (والثانية) لايجوز وهو مذهب الشافعي لانه قادر على الحج بنفسه فلم يجز أن يستنيب فيه كالفرض

(فصل) فان كان عاجزا عنه عجزا مرجو الزوال كالمريض مرضا يرجى برؤه والمحبوس جاز له أن يستنيب فيه لانه حج لايلزمه عجز عن فعله بنفسه فجاز له أن يستنيب فيه كالشيخ الكبير، والفرق بينه وبين الفرض أن الفرض عبادة العمر فلا يفوت بتأخيره عن هذا العام والتطوع مشروع في كل عام فيفوت حج هذا العام بتأخيره ولان حج الفرض إذا مات قبل فعله فعل بعد موته وحج التطوع لا يفعل فيفوت

(فصل) وفي الاستئجار على الحج والاذان وتعليم القرآن والفقه ونحوه مما يتعدى نفعه ويختص فاعل أن يكون من أهل القربة روايتان

(إحداهما) لايجوز وهو مذهب أبي حنيفة واسحاق والاخرى يجوز وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر لان النبي ﷺ قال « أحق ما أخذتم عليه اجراً كتاب الله » رواه البخاري

(فصل) فاما القادر على الحج بنفسه فلا يجوز أن يستنيب في الحج الواجب اجماعا قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الاسلام وهو قادر على الحج لا يجزيء عنه أن يحج غيره عنه والحج المنذور كحجة الاسلام في اباحة الاستنابة عند العجز والمنع منها مع القدرة لانها حجة واجبة فهي كحجة الاسلام

(فصل) وهل يصح الاستئجار على الحج فيه روايتان (اشهرهما) لا يجوز وهو مذهب أبي حنيفة واسحاق (والثانية) يجوز وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر لانه يجوز أخذ النفقة عليه

وأخذ أصحاب النبي ﷺ الجعل على الرقية بكتاب الله واخبروا بذلك النبي ﷺ فصوبهم فيه ولانه يجوز أخذ النفقة عليه فجاز الاستئجار عليه كبناء المساجد والقناطر ووجه الرواية الاولى أن عبادة ابن الصامت كان يعلم رجلا القرآن فأهدى له قوسا فسأل النبي ﷺ عن ذلك فقال له « ان سرك أن تتقلد قوسا من نار فتقلدها » وقال النبي ﷺ لعثمان بن أبي العاص « واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً » ولانها عبادة يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فلم يجز أخذ الاجرة عليها كالصلاة والصوم وأما الاحاديث التي في أخذ الجعل والاجرة فانما كانت في الرقية وهي قضية في عين فتختص بها وأما بناء المساجد فلا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ويجوز أن يقع قربة وغير قربة فاذا وقع باجرة لم يكن قربة ولا عبادة ولا يصح ههنا أن يكون غير عبادة ولا يجوز الاشتراك في العبادة فمتى فعله من أجل الاجرة خرج عن كونه عبادة فلم يصح ولا يلزم من جواز أخذ النفقة جواز أخذ الاجرة بدليل القضاء والشهادة والامامة يؤخذ عليها الرزق من بيت المال وهو نفقة في المعنى ولا يجوز أخذ الاجرة عليها وفائدة الخلاف أنه متى لم يجز أخذ الاجرة عليها فلا يكون إلا نائبا محضا وما يدفع اليه من المال يكون نفقة لطريقه فلو مات أو أحصر أو مرض أو ضل الطريق لم يلزمه الضمان لما أنفق نص عليه احمد لانه انفاق باذن صاحب المال فاشبه مالو أذن له في سد بثق فانبثق ولم ينسد واذا ناب عنه آخر فانه يحج من حيث بلغ النائب الاول من الطريق لانه حصل قطع هذه المسافة بمال المنوب عنه فلم يكن عليه الانفاق دفعة أخرى كما لو خرج بنفسه فمات في بعض الطريق فانه يحج عنه من حيث انتهى وما فضل معه من المال رده إلا أن يؤذن له في أخذه وينفق على نفسه بقدر الحاجة من غير

فجاز الاستئجار عليه كبناء المساجد والقناطر

ولانها عبادة يختص فاعلها أن يكون مسلما فلم يجز أخذ الاجرة عليها كالصلاة ، فأما بناء المساجد فيجوز أن يقع قربة وغير قربة فاذا وقع باجرة لم يكن عبادة ولا قربة وهذا لا يصح أن يقع الا عبادة ولا يجوز الاشتراك في العبادة فمتى فعله من أجل الاجرة خرج عن كونه عبادة فلم يصح ولا يلزم من جواز أخذ النفقة جواز أخذ الاجرة بدليل الامامة والقضاء يجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال وهو نفقة في المعنى بخلاف الاجرة وفائدة الخلاف أنه متى لم يجز أخذ الاجرة عليها ولا يكون الا نائباً محضاً وما يدفع اليه من المال يكون نفقة لطريقه فلو مات واحصر أو مرض أو ضل عن الطريق لم يلزمه الضمان لما أنفق نص عليه أحمد لانه انفاق باذن صاحب المال فاشبه ما لو أذن له في سد بثق فانبثق ولم ينسد فاذا ناب عنه آخر فانه يحج عنه من حيث بلغ النائب الاول من الطريق لحصول قطع هذه المسافة بمال المنوب عنه فلم يحتج الى الانفاق دفعة اخرى كما لو حج بنفسه فمات في الطريق فانه يحج عنه من حيث انتهى وما فضل معه من المال رده إلا أن يؤذن له في أخذه وينفق عليه بقدر الحاجة من غير إسراف ولا تقتير وليس له التبرع بشيء منه الا أن

اسراف ولا تقتير وليس له التبرع بشيء منه إلا أن يؤذن له في ذلك قال احمد في الذي يأخذ دراهم للحج لا يمشي ولا يقتر في النفقة ولا يسرف، وقال في رجل أخذ حجة عن ميت ففضلت معه فضلة يردها ولا يناهد أحداً إلا بقدر ما لا يكون سرفا ولا يدعو إلى طعامه ولا يتفضل ثم قال أما إذا أعطي ألف درهم أو كذا وكذا فقيل له حج بهذه فله أن يتوسع فيها وإن فضل شيء فهو له وإذا قال الميت حجوا عني حجة بالف درهم فدفعوها إلى رجل فله أن يتوسع فيها وما فضل فهو له وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج جاز أن يقع الدفع الى النائب من غير استئجار فيكون الحكم فيه على ما مضى وإن استأجره ليحج عنه أو عن ميت اعتبر فيه شروط الاجارة من معرفة الاجرة وعقد الاجارة وما يأخذه أجرة له يملكه ويباح له التصرف فيه والتوسع به في النفقة وغيرها وما فضل فهو له وان أحصر أو ضل الطريق أو ضاعت النفقة منه فهو في ضمانه والحج عليه وان مات انفسخت الاجارة لان المعقود عليه تلف فانفسخ العقد كما لو ماتت البهيمة المستأجرة ويكون الحج أيضاً من موضع بلغ اليه النائب وما لزمه من الدماء فعليه لان الحج عليه

(فصل) فاما النائب غير المستأجر فما لزمه من الدماء بفعل محظور فعليه في ماله لانه لم يؤذن له في الجناية فكان موجبها عليه كما لو لم يكن نائبا ودم المتعة والقران إن أذن له في ذلك على المستنيب لانه أذن في سببها وان لم يؤذن له فعليه لانه كجنايته ودم الاحصار على المستنيب لانه للتخلص من مشقة السفر فهو كنفقة الرجوع وان أفسد حجه فالقضاء عليه ويرد ما أخذ لان الحجة لم تجزىء

يؤذن له في ذلك قال احمد في الذي يأخذ دراهم للحج لا يمشي ولا يقتر في النفقة ولا يسرف وقال في رجل أخذ حجة عن ميت ففضلت معه فضلة يردها ولا يناهد أحدا إلا بقدر ما لا يكون سرفا ولا يدعو الى طعامه ولا يتفضل ثم قال أما اذا اعطي الف درهم أو كذا وكذا فقيل له حج بهذه فله أن يتوسع فيها وان فضل شيء فهو له واذا قال الميت حجوا عني حجة بالف فدفعوها الى رجل فله أن يتوسع فيها وما فضل فهو له وان قلنا بجواز الاستئجار على الحج جاز أن يستنيب من غير استئجار فيكون الحكم على ما ذكرنا وان يستأجر فان استأجر من يحج عنه أو عن ميت اعتبر فيه شروط الاجارة وما يأخذه أجره يملكه ويباح له التصرف فيه والتوسع في النفقة وغيرها وما فضل فهو له وان أحصر أو ضل عن الطريق أو ضاعت النفقة منه فهو من ضمانه وعليه الحج وان مات انفسخت الاجارة لتلف المعقود عليه كما لو ماتت البهيمة المستأجرة ويكون الحج أيضا من الموضع الذي بلغ اليه وما لزمه من الدماء فعليه لان الحج عليه

(فصل) والنائب غير المستأجر فما لزمه من الدماء بفعل محظور فعليه في ماله لانه لم يؤذن له في الجناية فكان موجبها عليه كما لو لم يكن نائباً ودم المتعة والقران إن لم يؤذن له فيهما عليه لأنه كجنايته وإن أذن له فيهما فالدم على المستنيب لانه أذن في سببهما ودم الاحصار على المستنيب لانه للتخلص من مشقة السفر فهو كنفقة الرجوع فان أفسد حجه فالقضاء عليه ويرد ما أخذ لان الحجة لم تجز عن

عن المستنيب لتفريطه وجنايته وكذلك ان فاته الحج بتفريطه وان فات بغير تفريط احتسب له بالنفقة لانه لم يفت بفعله فلم يكن مخالفاً كما لومات وان قلنا بوجوب القضاء فهو عليه في نفسه كما لو دخل في حج ظن أنه عليه ولم يكن ففاته

(فصل) واذا سلك النائب طريقا يمكنه سلوك أقرب منه ففاضل النفقة في ماله وان تعجل عجلة يمكنه تركها فكذلك وان أقام بمكة أكثر من مدة القصر بعد امكان السفر للرجوع أنفق من مال نفسه لانه غير مأذون له فيه فاما من لا يمكنه الخروج قبل ذلك فله النفقة لانه مأذون له فيه وله نفقة الرجوع وإن أقام بمكة سنين مالم يتخذها داراً فان اتخذها داراً ولو ساعة لم يكن له نفقة رجوعه لانه صار بنية الاقامة مكيا فسقطت نفقته فلم تعد وان مرض في الطريق فعاد فله نفقة رجوعه لانه لا بد له منه حصل بغير تفريطه فأشبه مالو قطع عليه الطريق أو أحصر وان قال خفت أن أمرض فرجعت فعليه الضمان لانه متوهم وعن احمد فيمن مرض في الكوفة فرجع يرد ما أخذ وفي جميع ذلك إذا أذن له في النفقة فله ذلك لان المال للمستنيب فجاز ما أذن فيه وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبة عليه على غيره لم يصح الشرط لان ذلك من موجبات فعله أو الحج الواجب عليه فلم يجز شرطه على غيره كما لو شرطه على أجنبي

(فصل) يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة، والمرأة عن الرجل ، والمرأة، في الحج في قول

المستنيب لتفريطه وجنايته ، وكذلك إن فاته الحج بتفريطه وإن فات بغير تفريط احتسب له بالنفقة لأنه لم يفت بفعله فلم يكن مخالفاً كما لو مات ، وإن قلنا بوجوب القضاء فهو عليه في ماله كما لو دخل في حج ظن أنه عليه فلم يكن عليه وفاته

(فصل) واذا سلك النائب طريقاً يمكنه سلوك أقرب منه بغير ضرر ففاضل النفقة في ماله،وإن تعجل عجلة يمكنه تركها فكذلك ، وإن أقام بمكة أكثر من مدة القصر بعدامكان السفر للرجوع أنفق من ماله لأنه غير مأذون له فيه فان لم يمكنه الخروج قبل ذلك فله النفقة لانه مأذون فيه وله نفقة الرجوع وإن طالت إقامته بمكة مالم يتخذها داراً فان اتخذها داراً ولو ساعة لم يكن له نفقة لرجوعه لانه صار بنية الاقامة مكياً فسقطت نفقته فلم تعد ، وإن مرض في الطريق فعاد فله نفقة رجوعه لأنه لابد له منه وقد حصل بغير تفريطه فأشبه مالو قطع عليه الطريق أو أحصر ، وإن قال خفت المرض فرجعت فعليه الضمان لانه متوهم ، وعن الامام أحمد رحمه الله فيمن مرض في الكوفة فرجع : يرد جميع ماأخذ ، وفي جميع ذلك اذا أذن له في النفقة فله ذلك لان المال للمستنيب فجاز ماأذن فيه ، وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبة عليه على غيره لم يصح الشرط لان ذلك من موجبات فعله أو الحج الواجب عليه فلم يصح شرطه على غيره كما لو شرط على أجنبي

(فصل) يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة،والمرأة عن المرأة والرجل في الحج في قول عوام

عامة أهل العلم لا نعلم فيه مخالفاً إلا الحسن بن صالح فانه كره حج المرأة عن الرجل ، قال ابن المنذر هذه غفلة عن ظاهر السنة فان النبي ﷺ أمر المرأة أن تحج عن أبيها وعليه يعتمد من أجاز حج المرء عن غيره وفي الباب حديث أبي رزين وأحاديث سواه

(فصل) ولا يجوز الحج والعمرة عن حي إلا باذنه فرضاً كان أو تطوعا لأنها عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن البالغ العاقل إلا باذنه كالزكاة ، فأما الميت فتجوز عنه بغير اذن واجباً كان أو تطوعا لان النبي ﷺ أمر بالحج عن الميت وقدعلم انه لا اذن له وما جاز فرضه جاز نفله كالصدقة فعلى هذا كل ما يفعله النائب عن المستنيب مما لم يؤمر به مثل أن يؤمر بحج فيعتمر أو بعمرة فيحج يقع عن الميت لانه يصح عنه من غير اذنه ولا يقع عن الحي لعدم اذنه فيه ويقع عمن فعله لانه لما تعذر وقوعه عن المنوي عنه وقع عن نفسه كما لو استنابه رجلان فأحرم عنهما جميعا ، وعليه رد النفقة لانه لم يفعل ما أمر به فأشبه ما لو لم يفعل شيئا

﴿ فصول في مخالفة النائب ﴾

أذا أمره بحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات ثم حج نظرت فان خرج إلى الميقات فأحرم منه بالحج جاز ولا شيء عليه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وان أحرم بالحج من مكة فعليه دم

أهل العلم لا نعلم فيه مخالفاً إلا الحسن بن صالح فانه كره حج المرأة عن الرجل . قال ابن المنذر : هذه غفلة عن ظاهر السنة فان النبي ﷺ أمر المرأة الخثعمية أن تحج عن أبيها ، وعليه يعتمد من أجاز حج المرء عن غيره وفي الباب حديث أبي رزين وأحاديث سواه

(فصل) ولا يجوز الحج والعمرة عن حي إلا باذنه فرضاً كان أو تطوعا لانها عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن البالغ العاقل بغير اذنه كالزكاة ، فأما الميت فيجوز عنه بغير اذن واجباً كان أو تطوعا لأن النبي ﷺ أمر بالحج عن الميت وقد علم أنه لا اذن له ، وما جاز فرضه جاز نفله كالصدقة فعلى هذا كلما يفعله النائب عن المستنيب مما لم يؤمر به مثل أن يؤمر بحج فيعتمر ، أو بعمرة فيحج يقع عن الميت لانه يصح عنه من غير اذنه ، ولا يقع عن الحي لعدم اذنه فيه ، ويقع عمن فعله لأنه لما تعذر وقوعه عن المنوي عنه وقع عن نفسه كما لو استنابه رجلان فأحرم عنهما جميعاً وعليه رد النفقة لأنه لم يفعل ما أمر به فأشبه ما لو لم يفعل شيئاً

(فصول في مخالفة النائب)

اذا أمره بحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات ثم حج نظرت فان خرج الى الميقات فاحرم منه بالحج جاز ولا شيء عليه نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي وان أحرم من مكة فعليه دم لترك

لترك ميقاته، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من احرام الحج فيما بين الميقات ومكة، وقال القاضي: لايقع فعله عن الآمر ويرد جميع النفقة لانه أتى بغير ماأمر به وهو مذهب أبي حنيفة

ولنا انه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحج صحيحا من ميقاته وان أحرم به من مكة فما أخل إلا بما يجبره الدم فلم تسقط نفقته كما لو تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه، وان أمره بالافراد فقرن لم يضمن شيئا وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة يضمن لانه مخالف

ولنا انه أتى بما أمر به وزيادة فصح ولم يضمن كما لو أمره بشراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي إحداهما دينارا، ثم ان كان أمره بالعمرة بعد الحج ففعلها فلاشيء عليه وإن لم يفعل رد من النفقة بقدرها

(فصل) وان أمره بالتمتع فقرن وقع عن الآمر لانه أمر بهما وانما خالف في انه أمره بالاحرام بالحج من مكة فأحرم به من الميقات وظاهر كلام أحمد انه لا يرد شيئا من النفقة وهو مذهب الشافعي وقال القاضي يرد نصف النفقة لان غرضه في عمرة مفردة وتحصيل فضيلة التمتع وقد خالفه في ذلك وفوته عليه، وان أفرد وقع عن المستنيب أيضا ويرد نصف النفقة لانه أخل بالاحرام بالعمرة من الميقات وقد أمره به وإحرامه بالحج من الميقات زيادة لايستحق به شيئا

(فصل) فان أمره بالقران فأفرد أو تمتع صح ووقع النسكان عن الآمر ويرد من النفقة بقدر

ميقاته ويرد من النفقة بقدر ماترك من احرام الحج فيما بين الميقات ومكة وقال القاضي لايقع فعله عن الآمر ويرد جميع النفقة لانه أتى بغير ما أمر به وهو مذهب أبي حنيفة

ولنا أنه احرم بالحج من الميقات فقد أتى بالحج صحيحا من ميقاته اشبه مالو لم يحرم بالعمرة وان أحرم به من مكة فما أخل الا بما يجبره الدم فلم تسقط نفقته كما لو تجاوز الميقات غير محرم فاحرم دونه فان أمره بالافراد فقرن لم يضمن شيئا وهو قول الشافعي وقال أبوحنيفة يضمن لانه مخالف

ولنا أنه أتى بما أمر به وزيادة فصح كما لو امره بشراء شاة بدينار فاشترى به شاتين تساوي إحداهما دينارا ثم ان كان أمره بالعمرة بعد الحج ففعلها فلا شيء عليه وان لم يفعل رد من النفقة بقدرها.

(فصل) فان أمره بالتمتع فقرن وقع عن الآمر لانه أمر بهما وانما خالف في أنه امره بالاحرام بالحج من مكة فأحرم به من الميقات وظاهر كلام احمد أنه لا يرد شيئا من النفقة وهو مذهب الشافعي وقال القاضي يرد نصف النفقة لان غرضه في عمرة مفردة وتحصيل فضيلة التمتع وقد خالفه في ذلك وفوته عليه فان افرد وقع عن المستنيب أيضا ويرد نصف النفقة لانه أخل بالاحرام بالعمرة من الميقات وقد أمر به واحرامه بالحج من الميقات زيادة لا يستحق به شيئا

(فصل) فان أمره بالقران فأفرد أو تمتع صح ووقع النسكان عن الآمر ويرد من النفقة بقدر ما

ماترك من احرام النسك الذي تركه من الميقات وفي جميع ذلك إذا أمره بالنسكين ففعل أحدهما دون الآخر رد من النفقة بقدرماترك ووقع المفعول عن الآمروللنائب من النفقة بقدره

(فصل) وان استنابه رجل في الحج وآخر في العمرة وأذنا له في القران ففعل جاز لانه نسك مشروع ، وان قرن من غير اذنهما صح ووقع عنهما ويرد من نفقة كل واحد منهما نصفها لانه جعل السفر عنهما بغير إذنهما ،وان أذن أحدهما دون الآخر رد على غير الآمر نصف نفقته وحده ، وقال القاضي إذا لم يأذنا له ضمن الجميع لانه أمر بنسك مفرد ولم يأت به فكان مخالفا كما لو أمر بحج فاعتمر

ولنا انه أتى بما أمر به وانما خالف في صفته لا في أصله فأشبه من أمر بالتمتع فقرن ، ولو أمر بأحد النسكين فقرن بينه وبين النسك الآخر لنفسه فالحكم فيه كذلك ودم القران على النائب إذا لم يؤذن له فيه لعدم الاذن في سببه وعليهما ان أذنا لوجود الاذن في سببه ، ولو أذن أحدهما دون الآخر فعلى الآذن نصف الدم ونصفه على النائب

(فصل) وان أمر بالحج فحج ثم اعتمر لنفسه أو أمره بعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه صح ولم يرد شيئا من النفقة لانه أتى بما أمر به على وجهه ، وان أمره بالاحرام من ميقات فأحرم من غيره جاز لأنهما سواء في الاجزاء ، وان أمره بالاحرام من بلده فأحرم من الميقات جاز لانه الافضل ، وان أمره بالاحرام من الميقات فأحرم من بلده جاز لانه زيادة لاتضر ، وان أمره بالحج في سنة أو بالاعتمار في شهر ففعله في غيره جاز لانه مأذون فيه في الجملة

ترك من احرام النسك الذي تركه من الميقات وفي جميع ذلك اذا أمره بالنسكين ففعل أحدهما دون الآخر ردمن النفقة بقدر ماترك ووقع المفعول عن الآمر وللنائب من النفقة بقدره

(فصل) وان استنابه رجل في الحج وآخر في العمرةواذنا له في القران ففعل جاز لانه نسك مشروع وان قرن من غير اذنهما صح ووقع عنهما ويرد من نفقة كل واحد منهما نصفها لانه جعل السفر عنهما بغير اذنهما وان أذن احدهما دون الآخر رد على غير الآمر نصف نفقته وحده ، وقال القاضي اذا لم يأذنا له ضمن الجميع لانه أمر بنسك مفرد ولم يأت به فكان مخالفا كما لو أمر بحج فاعتمر

ولنا أنه أتى بما أمر به وانما خالف في صفته لافي أصله أشبه من أمر بالتمتع ولو أمر بأحد النسكين فقرن بينه وبين النسك الآخر لنفسه فالحكم فيه كذلك ودم القران على النائب اذا لم يؤذن له فيه لعدم الاذن في سببه وان أذن أحدهما دون الآخر فعلى الآذن نصف الدم ونصفه على النائب

(فصل) وان أمر بالحج فحج ثم اعتمر لنفسه أو أمر بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه صح ولم يرد شيئا من النفقة لانه أتى بما أمر به على وجهه وان امره بالاحرام من ميقات فأحرم من غيره جاز لانهما سواء في الاجزاء وان أمره بالاحرام من الميقات جاز لانه الافضل وان أمره بالاحرام من بلده فأحرم من الميقات جاز لانه الأفضل، وان أمره بالاحرام من الميقات فأحرم من بلده جاز لانه زيادة لاتضر ، وان أمره بالحج في سنة أو الاعتمار في شهر ففعله في غيره جاز لانه مأذون فيه في الجملة

(فصل) فان استنابه اثنان في نسك فأحرم به عنهما وقع عن نفسه دونهما لانه لايمكن وقوعه عنهما وليس أحدهما بأولى من صاحبه ، وان أحرم عن نفسه وغيره وقع عن نفسه لانه إذا وقع عن

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قدر على السعي لزمه ذلك اذا كان في وقت المسير ووجد طريقا آمنا لاخفارة فيه يوجد فيه الماء والعلف على المعتاد ، وعنه أن امكان المسير وتخلية الطريق من شرائط الوجوب . وقال ابن حامد إن كانت الخفارة لاتجحف بماله لزمه بذلها)

متى كملت الشروط المذكورة وجب عليه الحج على الفور لما ذكرناه ولزمه السعي اليه لان مالايتم الواجب إلا به واجب ، ولأ نه سعي إلى فريضة فكان واجباً كالسعي إلى الجمعة ، وانما يجب عليه السعي اذا كان في وقت المسير وهو كون الوقت متسعا يمكنه الخروج فيه اليه وأمكنه المسير اليه بما جرت به العادة فلو أمكنه بأن يسير سيراً يجاوز العادة لم يلزمه السعي،ويشترط أن يجد طريقامسلوكة لامانع فيها بعيدة كانت أو قريبة ، براً كان أو بحراً اذا كان الغالب فيها السلامة ، فان لم يكن الغالب منه السلامة لم يلزمه سلوكه ، فان كان في الطريق عدو يطلب خفارة لم يلزمه سلوكه ويسقط عنه السعي يسيرة كانت أو كثيرة . ذكره القاضي لانها رشوة فلم يلزمه بذلها في العبادة كالكثيرة

وقال ابن حامد : إن كان ذلك مما لايجحف بماله لزمه الحج لانها غرامة يقف امكان الحج على بذلها فلم يمنع الوجوب مع امكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم ، ويشترط أن يكون الطريق آمنا ، فان كان مخوفا لم يلزمه سلوكه لان فيه تغريراً بنفسه وماله ، ويشترط أن يوجد فيه الماء والعلف كما جرت به العادة بحيث يوجد الماء وعلف البهائم في المنازل التي ينزلها على حسب العادة ولا يلزمه حمله من بلده ولا من أقرب البلدان إلى مكة كاطراف الشام ونحوها لان هذا يشق ولم تجر العادة به ، ولا يتمكن من حمل الماء والعلف لبهائمه في جميع الطريق بخلاف زاد نفسه فانه يمكنه حمله

(فصل) واختلفت الرواية في امكان المسير وتخلية الطريق فروي أنهما من شرائط الوجوب لايجب الحج بدونهما لان الله سبحانه وتعالى انما فرض الحج على المستطيع وهذا غيرمستطيع ،ولان هذا يتعذر معه فعل الحج فكان شرطا كالزاد والراحلة وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، وروي أنهما من شرائط لزوم الاداء فلو كملت الشروط الخمسة ثم مات قبل وجود هذين الشرطين حج عنه بعد موته ، وإن اعسر بعد وجودهما بقي في ذمته وهو ظاهر كلام الخرقي ، وذلك لان النبي ﷺ لما سئل ما يوجب الحج ؟ قال « الزاد والراحلة » حديث حسن ، ولأنه عذر يمنع نفس الاداء فلم يمنع الوجوب كالعضب ، ولأن امكان الاداء ليس بشرط في وجوب العبادات بدليل مالو طهرت الحائض أو بلغ الصبي أو أفاق المجنون ولم يبق من وقت الصلاة مايمكن اداؤها فيه ، والاستطاعة مفسرة بالزاد والراحلة في الحديث فيجب المصير اليه ، والفرق بين هذين وبين الزاد والراحلة أنه يتعذرمع فقدهما الاداء دون القضاء ، وفقد الزاد والراحلة يتعذر مع الجميع

نفسه ولم ينوها فمع نيته أولى ، وان أحرم عن أحدهما غير معين احتمل أن يقع عن نفسه أيضا لان أحدهما ليس أولى من الاخر فأشبه ما لو أحرم عنهما واحتمل أن يصح لان الاحرام يصح

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وجب عليه الحج فتوفى قبله أخرج عنه من جميع ماله حجة وعمرة)

وجملة ذلك أن من وجب عليه الحج ولم يحج وجب أن يخرج عنه من جميع ماله ما يحج به عنه ويعتمر سواء فاته بتفريطه أو بغير تفريطه وبهذا قال الحسن وطاوس والشافعي وقال أبوحنيفة ومالك يسقط بالموت فان وصى بها فهي من الثلث لانه عبادة بدنية فسقط بالموت كالصلاة

ولنا ماروى ابن عباس ان امرأة سألت النبي ﷺ عن أبيها مات ولم يحج قال «حجي عن ابيك» وعنه أن امرأة نذرت أن تحج فماتت فأتى أخوها النبي ﷺ فسأله عن ذلك فقال « أرأيت لو كان على اختك دين أكنت قاضيه ؟» قال نعم قال «فاقضوا الله فهو أحق بالقضاء» رواهما النسائي ولانه حق استقر عليه تدخله النيابة فلم يسقط بالموت كالدين وبهذا فارق الصلاة فانها لا تدخلها النيابة والعمرة كالحج فيما ذكرنا اذا قلنا بوجوبها ويكون مايحج به ويعتمر من جميع ماله لانه دين مستقر فكان من جميع المال كدين الآدمي

(فصل) ويستناب من يحج عنه من حيث وجب عليه اما من بلده أو من الموضع الذي أيسر فيه وبهذا قال الحسن ومالك واسحاق في النذر وقال عطاء في الناذر ان لم يكن نوى مكانا فمن ميقاته واختاره ابن المنذر وقال الشافعي فيمن عليه حجة الاسلام يستأجر من يحج عنه من الميقات لأن الاحرام لايجب من دونه

ولنا أن الحج وجب عليه من بلده فوجب أن ينوب عنه منه لان القضاء يكون على صفة الاداء كقضاء الصلاة والصوم كذلك الحكم في حج النذر والقضاء قياسا عليه فان كان له وطنان استنيب من أقربهما فان وجب عليه الحج بخراسان فمات ببغداد وبالعكس فقال احمد يحج عنه من حيث وجب عليه لا من حيث موته ويحتمل أن يحج عنه من أقرب المكانين لانه لو كان حيا في أقرب المكانين لم يجب عليه الحج من أبعد منه فكذلك نائبه فان حج عنه من دون ذلك فقال القاضي ان كان دون مسافة القصر اجزأه لانه في حكم القريب والا لم يجزئه لأنه لم يؤد الواجب بكماله ويحتمل أن يجزئه ويكون مسيئا كمن وجب عليه الاحرام من الميقات فاحرم من دونه والله أعلم

(فصل) فان خرج للحج فمات في الطريق حج عنه من حيث مات لانه اسقط بعض ماوجب عليه فلم يجب ثانيا وكذلك ان مات نائبه فاستنيب من حيث مات كذلك ولو أحرم بالحج ثم مات صحت النيابة عنه فيما بقي من النسك سواء كان احرامه لنفسه أو غيره نص عليه لأنها عبادة تدخلها النيابة فاذا مات بعد فعل بعضها قضى عنه باقيها كالزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (فان ضاق ماله عن ذلك أو كان عليه دين أخذ للحج بحصته وحج به من حيث يبلغ)

بالمجهول فصح عن المجهول والا صرفه إلى من شاء منهما اختاره ابو الخطاب ، فانلم يفعل حتى طاف شوطا وقع عن نفسه ولم يكن إلا صرفه إلى أحدهما لان الطواف لايقع عن غير معين

اذا لم يخلف الميت مايكفي للحج من بلده حج عنه من حيث يبلغ ، وإن كان عليه دين لآدمي تحاصا ويؤخذ للحج بحصته فيحج بها من حيث يبلغ)

قال الامام أحمد في رجل أوصى أن يحج عنه ولا يبلغ النفقة ، قال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته وذلك لقول النبي ﷺ « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه مااستطعتم » ولانه قدر على اداء بعض الواجب فلزمه كالزكاة ، وعن أحمد مايدل على أن الحج يسقط لأنه قال في رجل أوصى بحجة واجبة ولم يخلف مايتم به حجة هل يحج عنه من المدينة أو من حيث تتم الحجة فقال : مايكون الحج عندي إلا من حيث وجب عليه وهذا تنبيه على سقوطه عمن عليه دين لانفى تركته به وبالحج فانه اذا أسقطه مع عدم المعارض فمع المعارضة بحق الآدمي المؤكد أولى ، ويحتمل أن يسقط عمن عليه دين وجها واحداً لان حق الآدمي المعين أولى بالتقديم لتأكده وخفة حق الله تعالى مع عدم امكانه على الوجه الواجب

﴿ مسئلة ﴾ (فان وصى بحج تطوع ولم يف ثلثه بالحج من بلده حج به من حيث يبلغ ، أو يعان به في الحج نص عليه)

وقال التطوع مايبالي من حيث كان ويستناب عن الميت ثقة بأقل مايوجد إلا أن يرضى الورثة بزيادة أو يكون قد أوصى بشيء فيجوز ماأوصى به مالم يزد على الثلث

(فصل) ويستحب أن يحج الانسان عن أبويه اذا كانا ميتين أو عاجزين لان النبي ﷺ أمر أبا رزين فقال « حج عن أبيك واعتمر » وسألت امرأة رسول الله ﷺ عن أبيها مات ولم يحج قال « حجي عن أبيك » ويستحب البداءة بالحج عن الام إن كان تطوعا أو واجبا عليهما. نص عليه أحمد في التطوع لان الام مقدمة في البر لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أمك » قال ثم من ؟ قال « أبوك » متفق عليه وإن كان الحج واجبا على الاب دونها بدأ به لانه واجب فكان أولى من التطوع ، وقد روى زيد بن أرقم قال : قال رسول الله ﷺ « اذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما ، واستبشرت أرواحهما في السماء ، وكتب عند الله براً » وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الابرار » وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج عن أبيه أو أمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج » رواهن الدارقطني

﴿ مسئلة ﴾ قال (وحكم المرأة إذا كان لها محرم كحكم الرجل)

ظاهر هذا ان الحج لايجب على المرأة التي لا محرم لها لانه جعلها بالمحرم كالرجل في وجوب الحج فمن لا محرم لها لا تكون كالرجل فلا يجب عليها الحج وقد نص عليه أحمد فقال أبو داود : قلت لاحمد امرأة موسرة لم يكن لها محرم هل يجب عليها الحج ؟ قال لا ، وقال أيضا المحرم من السبيل ، وهذا قول الحسن والنخعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وعن أحمد ان المحرم من شرائط لزوم السعي دون الوجوب فمتى فاتها الحج بعد كمال الشرائط الخمس بموت أو مرض لا يرجى برؤه أخرج عنها حجة لان شروط الحج المختصة به قد كملت وانما المحرم لحفظها فهو كتخلية الطريق وإمكان المسير ، وعنه رواية ثالثة ان المحرم ليس بشرط في الحج الواجب ، قال الأثرم سمعت أحمد يسأل هل يكون الرجل محرما لأم امرأته يخرجها إلى الحج ؟ فقال أما في حجة الفريضة فأرجو لأنها تخرج اليها مع النساء ومع كل من أمنته ، وأما في غيرها فلا . والمذهب الاول وعليه العمل . وقال ابن سيرين ومالك والاوزاعي والشافعي ليس المحرم شرطا في حجها بحال ، قال ابن سيرين تخرج مع رجل من المسلمين لا بأس به . وقال مالك تخرج مع جماعة النساء. وقال الشافعي تخرج مع حرة مسلمة ثقة . وقال الاوزاعي تخرج مع قوم عدول تتخذ سلما تصعد عليه وتنزل ولا يقربها رجل إلا انه يأخذ رأس البعير

(فصل) قال الشيخ رحمه الله : ويشترط لوجوب الحج على المرأة وجود محرمها وهو زوجها أو من تحرم عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح اذا كان بالغا عاقلا ، وعنه أن المحرم من شرائط لزوم الاداء

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في وجود المحرم في حق المرأة فروي عنه أن الحج لايجب على المرأة اذا لم تجد محرما وهذا ظاهر كلام الخرقي وقال أبو داود قلت لاحمد امرأة موسرة لم يكن لها محرم هل وجب عليها الحج ؟ قال لا وقال المحرم من السبيل . وهذا قول الحسن والنخعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر وروي عنه أنه من شرائط لزوم السعي دون الوجوب فعلى هذه الرواية متى كملت لها الشرائط الخمس وفاتها الحج بموت أو مرض لا يرجى برؤه اخرج عنها حجة لان شروط الحج المختصة بها قد كملت وانما المحرم لحفظها فهو كتخلية الطريق وامكان المسير وعنه رواية ثالثة ان المحرم ليس بشرط في الحج الواجب قال الاثرم سمعت احمد يسئل هل يكون الرجل محرما لام امرأته يخرجها الى الحج فقال أما في حجة الفريضة فارجو لانها تخرج اليها مع النساء ومع كل من أمنته وأما في غيرها فلا ، والمذهب الاول وقال ابن سيرين ومالك والاوزاعي والشافعي ليس المحرم شرطا في حجها بحال قال ابن سيرين تخرج مع رجل من المسلمين لا بأس به ، وقال مالك تخرج مع جماعة النساء ، وقال الشافعي تخرج مع حرة مسلمة ثقة ، وقال الاوزاعي تخرج مع قوم عدول تتخذ سلما تصعد عليه وتنزل ولا يقربها رجل الا أن يأخذ برأس البعير وتضع رجله على ذراعه قال ابن

وتضع رجله على ذراعه . قال ابن المنذر تركوا القول بظاهر الحديث واشترط كل واحد منهم شرطا لاحجة معه عليه واحتجوا بأن النبي ﷺ فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة . وقال لعدي بن حاتم يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤم البيت لاجوار معها لا تخاف إلا الله . ولانه سفر واجب فلم يشترط له المحرم كالمسلمة إذا تخلصت من أيدي الكفار

ولنا ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم إلا ومعها ذو محرم » وعن ابن عباس قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لايخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم » فقام رجل فقال يا رسول الله اني كنت في غزوة كذا وانطلقت امرأتي حاجة فقال النبي ﷺ « انطلق فاحجج مع امرأتك » متفق عليهما . وروى ابن عمر وأبو سعيد نحوا من حديث أبي هريرة . قال أبو عبدالله أما أبو هريرة فيقول يوما وليلة . ويروى عن أبي هريرة لا تسافر سفراً أيضاً . وأما حديث أبي سعيد يقول ثلاثة أيام ، قلت ما تقول أنت ؟ قال لا تسافر سفراً قليلا ولا كثيراً الا مع ذي محرم . وروى الدارقطني باسناده عن ابن عباس ان النبي ﷺ قال «لاتحجن امرأة الا ومعها ذو محرم » وهذا صريح في الحكم ولانها أنشأت سفراً في دار الاسلام فلم يجز بغير محرم كحج التطوع . وحديثهم محمول على الرجل بدليل انهم اشترطوا خروج غيرها معها فجعل ذلك الغير المحرم الذي بينه النبي ﷺ في أحاديثنا أولى مما اشترطوه بالتحكم من غير دليل . ويحتمل انه أراد ان الزاد والراحلة يوجب الحج مع كمال

المنذر تركوا القول بظاهر الحديث واشترط كل واحد منهم شرطا لاحجة معه عليه واحتجوا بأن النبي ﷺ فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة ، وقال لعدي بن حاتم يوشك أن تخرج الظعينة تؤم البيت لاجوار معها لاتخاف الا الله ولانه سفر واجب فلم يشترط له المحرم كالمسلمة اذا تخلصت من أيدي الكفار .

ولنا ماروى أبوهريرة قال قال رسول الله ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم الا ومعها ذو محرم» وعن ابن عباس قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لايخلون رجل بامرأة الا ومعها ذو محرم» فقام رجل فقال يارسول الله إني كنت في غزوة كذا وانطلقت امرأتي حاجة فقال رسول الله ﷺ « انطلق فاحجج مع امرأتك » متفق عليهما وروى ابن عمر وأبو سعيد رضي الله عنه نحوا من حديث أبي هريرة قال أبو عبدالله أما أبو هريرة فيقول يوم وليلة ويروى عن أبي هريرة لاتسافر سفراً ايضاً، وأما حديث أبي سعيد فيقول ثلاثة أيام قلت ما تقول أنت ؟ قال لاتسافر سفراً قليلا ولا كثيراً الا مع ذي محرم . وروى الدار قطني باسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «لاتحجن امرأة الا ومعها ذو محرم » وهذا نص صريح في الحكم ولانها أنشأت سفراً في دار الاسلام فلم يجز بغير محرم كحج التطوع وحديثهم محمول على الرجل بدليل أنهم شرطوا خروج غيرها معها فجعل ذلك الغير المحرم الذي بينه النبي ﷺ في أحاديثنا أولى مما اشترطوه بالتحكم من غير دليل ويحتمل

بقية الشروط ولذلك اشترطوا تخلية الطريق وامكان المسير وقضاء الدين ونفقة العيال واشترط مالك امكان الثبوت على الراحلة وهي غير مذكورة في الحديث واشترط كل واحد منهم في محل النزاع شرطا من عند نفسه لا من كتاب ولا من سنة فما ذكره النبي ﷺ أولى بالاشتراط ولو قدر التعارض فحديثنا أخص وأصح وأولى بالتقديم وحديث عدي يدل على وجود السفر لا على جوازه ولذلك لم يجز في غير الحج المفروض ولم يذكر فيه خروج غيرها معها وقد اشترطوا ههنا خروج غيرها معها. وأما الاسيرة اذا تخلصت من أيدي الكفار فان سفرها سفر ضرورة لا يقاس عليه حالة الاختيار ولذلك تخرج فيه وحدها ولانها تدفع ضررا متيقنا بتحمل الضرر المتوهم فلا يلزم تحمل ذلك من غير ضرر أصلا

(فصل) والمحرم زوجها أو من تحرم عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح كأبيها وابنها وأخيها من نسب أو رضاع لما روى أبو سعيد قال قال رسول الله ﷺ « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً الا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو ذو محرم منها » رواه مسلم قال احمد ويكون زوج أم المرأة محرما لها يحج بها، ويسافر الرجل مع أم ولد جده فاذا كان أخوها من الرضاعة خرجت معه وقال في أم امرأته يكون محرما لها في حج الفرض دون غيره قال الاثرم كانه ذهب إلى أنها لم تذكر في قوله (ولا يبدين زينتهن) الآية فاما من تحل له في حال كعبدها

انه أراد ان الزاد والراحلة توجب الحج مع كمال بقية الشروط ولذلك اشترطوا تخلية الطريق وامكان المسير وقضاء الدين ونفقة العيال واشترط مالك امكان الثبوت على الراحلة وهي غير مذكورة في الحديث واشترط كل واحد منهم شرطا في محل النزاع من عند نفسه لامن كتاب ولا سنة فما ذكره النبي ﷺ أولى بالاشتراط ولو قدر التعارض لحديثنا أصح وأخص واولى بالتقديم وحديث عدي يدل على وجود السفر لا على جوازه ولذلك لم يجزه في غير الحج المفروض ولم يذكر فيه خروج غيرها معها، وأما الأسيرة اذا تخلصت من أيدي الكفار فان سفرها سفر ضرورة لا يقاس عليه حالة الاختيار ولذلك تخرج فيه وحدها ولانها تدفع ضرراً متيقنا بتحمل الضرر المتوهم فلا يلزم تحمل ذلك من غير ضرر أصلا .

(فصل) والمحرم زوجها أو من تحرم عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح كابنها وأبيها وأخيها من نسب أو رضاع وربيبها ورابها لما روى أبو سعيد قال قال رسول الله ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعدا الا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو ذو محرم منها» رواه مسلم وكذلك من تحرم عليه بالمصاهرة بسبب مباح لانها محرمة عليه على التأبيد أشبه التحريم بالنسب قال احمد ويكون زوج أم المراة محرما لها يحج بها ويسافر الرجل مع أم ولد جده واذا كان أخوها من الرضاعة خرجت معه وقال في أم امرأته يكون محرما لها في الفرض دون غيره . قال الاثرم كأنه ذهب الى أنها لم تذكر في قوله تعالى (ولا يبدين زينتهم) الآية فأما من تحل

وزوج أختها فليسا بمحرم لها نص عليه احمد لانهما غير مأمونين عليها ولا تحرم عليهما على التأبيد فهما كالاجنبي وقد روي عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » أخرجه سعيد وقال الشافعي عبدها محرم لها لانه يباح له النظر اليها فكان محرما لها كذي رحمها والاول أولى ويفارق ذا الرحم لانه مأمون عليها وتحرم عليه على التأبيد وينتقض ما ذكروه بالقواعد من النساء وغير أولي الاربة من الرجال وأما أم الموطوءة بشبهة أو المزني بها أو ابنتهما فليس بمحرم لهما لان تحريمهما بسبب غير مباح فلم يثبت به حكم المحرمية كالتحريم الثابت باللعان وليس له الخلوة بهما ولا النظر اليهما لذلك والكافر ليس بمحرم للمسلمة وإن كانت ابنته قال احمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته لا يزوجها ولا يسافر معها ليس هو لها بمحرم وقال أبوحنيفة والشافعي هو محرم لها لانها محرمة عليه على التأبيد

ولنا أن اثبات المحرمية يقتضي الخلوة بها فيجب أن لا تثبت لكافر على مسلمة كالحضانة للطفل ولانه لا يؤمن عليها أن يفتنها عن دينها كالطفل وماذكروه يبطل بام المزني بها وابنتها والمحرمة باللعان وبالمجوسي مع ابنته ولاينبغي أن يكون في المجوسي خلاف فانه لايؤمن عليها ويعتقد حلها نص عليه

له في حال كزوج أختها فليس بمحرم لها نص عليه لانه ليس بحرام عليها على التأبيد ولا يباح له النظر اليها وليس العبد محرما لسيدته نص عليه احمد ، وقال الشافعي هو محرم لها وحكاه بعض أصحابنا عن أحمد لانه يباح له النظر اليها فكان محرما لها كذي رحمها

ولنا ما روى سعيد في سننه باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » ولانه غير مأمون عليها ولا تحرم عليه على التأبيد أشبه الاجنبي وقياسه على ذي الرحم لا يصح لانه مأمون عليها بخلاف العبد ولا يلزم من اباحة النظر اليها أن يكون محرما فانه يجوز النظر الى القواعد من النساء ويجوز لغير أولى الاربة النظر الى الاجنبية وليس محرما لها .

(فصل) وأما الموطوءة بشبهة والمزني بها وابنتها فليس بمحرم لهما وعنه أنه محرم والاول أولى لأن تحريمها بسبب غير مباح فلم يثبت به حكم المحرمية كالتحريم الثابت باللعان وليس له الخلوة بهما والنظر اليهما لذلك ، والكافر ليس بمحرم للمسلمة وإن كانت ابنته . قال الامام أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته لايزوجها ولا يسافر بها ليس هو لها بمحرم ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو محرم لها لأنها محرمة عليه على التأبيد

ولنا أن اثبات المحرمية يقتضي الخلوة بها فوجب أن لايثبت لكافر على مسلمة كالحضانة للطفل ولانه لايؤمن عليها أن يفتنها عن دينها كالطفل وما ذكروه يبطل بالمحرمة باللعان وبالمجوسي مع ابنته ، ولا ينبغي أن يكون في المجوسي خلاف لانه لايؤمن عليها ويعتقد حلها ، نصّ عليه أحمد في المحرم ،

احمد في مواضع ويشترط في المحرم أن يكون بالغا عاقلا قيل لاحمد فيكون الصبي محرما قال لا حتى يحتلم لانه لايقوم بنفسه فكيف يخرج مع امرأة وذلك لان المقصود بالمحرم حفظ المرأة ولايحصل إلا من البالغ العاقل فاعتبر ذلك

(فصل) ونفقة المحرم في الحج عليها نص عليه احمد لانه من سبيلها فكان عليها نفقته كالراحلة فعلى هذا يعتبر في استطاعتها أن تملك زادا وراحلة لها ولمحرمها فان امتنع محرمها من الحج معها مع بذلها له نفقته فهي كمن لامحرم لها لأنها لايمكنها الحج بغير محرم وهل يلزمه اجابتها إلى ذلك؟ على روايتين نص عليها والصحيح أنه لايلزمه الحج معها لان في الحج مشقة شديدة وكلفة عظيمة فلا تلزم أحداً لاجل غيره كما لم يلزمه أن يحج عنها إذا كانت مريضة

(فصل) وإذا مات محرم المرأة في الطريق فقال احمد اذا تباعدت مضت فقضت الحج قيل له قدمت من خراسان فمات وليها ببغداد فقال تمضي إلى الحج وإذا كان الفرض خاصة فهو آكد ثم قال لا بدلها من أن ترجع وهذا لأنها لابد لها من السفر بغير محرم فمضيها إلى قضاء حجها أولى لكن إن كان حجها تطوعا وأمكنها الاقامة في بلد فهو أولى من سفرها بغير محرم

(فصل) وليس للرجل منع امرأته من حجة الاسلام وبهذا قال النخعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو الصحيح من قولي الشافعي وله قول آخر له منعها منه بناء على أن الحج على التراخي ولنا أنه فرض فلم يكن له منعها منه كصوم رمضان والصلوات الخمس ويستحب أن تستأذنه في ذلك نص عليه احمد فان أذن وإلا خرجت بغير اذنه فأما حج التطوع فله منعها منه قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن له منعها من الخروج إلى الحج التطوع وذلك لان حق الزوج واجب فليس لها تفويته بما ليس بواجب كالسيد مع عبده وليس له منعها من الحج المنذور لانه واجب عليها أشبه حجة الاسلام

ويشترط في المحرم أن يكون بالغاً عاقلا قيل لاحمد فيكون الصبي محرما؟ قال لاحتى يحتلم لانه لايقوم بنفسه فكيف تخرج معه امرأة وذلك لان المقصود بالمحرم حفظ المرأة ولا يحصل ذلك من غير البالغ لأنه يحتاج إلى حفظ فلا يقدر على حفظ غيره

(فصل) ونفقة المحرم في الحج عليها نص عليه أحمد لانه من سبيلها فكان عليها نفقته كالراحلة فعلى هذا يعتبر في استطاعتها أن تملك زادا وراحلة لها ولمحرمها ، فان امتنع محرمها من الحج معها مع بذلها له نفقته فهي كمن لامحرم لها ، وهل يلزمه اجابتها إلى ذلك على روايتين ، والصحيح أنه لايلزمه لان في الحج مشقة شديدة وكلفة عظيمة فلا يلزم أحداً لاجل غيره كما لم يلزمه أن يحج عنها اذا كانت مريضة

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات المحرم في الطريق مضت في حجها ولم تصر محصرة)

(فصل) ولا تخرج إلى الحج في عدة الوفاة نص عليه احمد قال ولها أن تخرج اليه في عدة الطلاق المبتوت وذلك لان لزوم المنزل والمبيت فيه واجب في عدة الوفاة وقدم على الحج لانه يفوت والطلاق المبتوت لايجب فيه ذلك وأما عدة الرجعية فالمرأة فيه بمنزلتها في طلب النكاح لأنها زوجة وإذا خرجت للحج فتوفي زوجها وهي قريبة رجعت لتعتد في منزلها وإن تباعدت مضت في سفرها ذكره الخرقي في موضع آخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمن فرط فيه حتى توفي أخرج عنه من جميع ماله حجة وعمرة)

وجملة ذلك أن من وجب عليه الحج وأمكنه فعله وجب عليه على الفور ولم يجز له تأخيره وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي يجب الحج وجوبا موسعا وله تأخيره لان النبي ﷺ أمر أبا بكر على الحج وتخلف بالمدينة لا محاربا ولا مشغولا بشيء وتخلف أكثر الناس قادرين على الحج ولانه إذا أخره ثم فعله في السنة الاخرى لم يكن قاضيا له دل على أن وجوبه على التراخي

ولنا قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) وقوله (وأتموا الحج والعمرة لله) والامر على الفور[1] وروي عن النبي ﷺ انه قال « من أراد الحج فليعجل » رواه الامام أحمد وأبو داود وابن ماجه وفي رواية أحمد وابن ماجه « فانه قد يمرض المريض وتضل الضالة وتعرض الحاجة » قال أحمد ورواه الثوري ووكيع عن أبي إسرائيل عن فضيل بن عمرو عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس عن أخيه الفضل عن النبي ﷺ، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا » قال الترمذي لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفي إسناده مقال، وروى سعيد بن منصور باسناده عن عبدالرحمن بن سابط قال : قال رسول الله ﷺ « من مات ولم يحج حجة الاسلام لم يمنعه مرض حابس أو سلطان جائر أوحاجة ظاهرة فليمت على أي حال شاء يهوديا أو نصرانيا » وعن عمر نحوه من قوله، وكذلك عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم، ولانه أحد أركان الاسلام فكان واجبا على الفور كالصيام، ولان وجوبه بصفة التوسع يخرجه عن رتبة الواجبات لانه يؤخر إلى غير غاية ولا يأثم بالموت قبل فعله لكونه فعل ما يجوز له فعله وليس على الموت أمارة يقدر بعدها على فعله، فأما النبي ﷺ فانما فتح مكة سنة ثمان وإنما أخره سنة تسع فيحتمل انه كان له عذر من عدم الاستطاعة أو كره رؤية المشركين عراة حول البيت فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادي أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ويحتمل أنه اخره بامر الله تعالى لتكون حجته حجة الوداع في السنة التي استدار فيها الزمان كهيئته يوم خلق الله السموات والارض ويصادف وقفة الجمعة ويكمل الله دينه ويقال انه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين ولم يجتمع قبله ولا بعده فاما تسمية فعل الحج

اذا مات محرم المرأة في الطريق فقال الامام أحمد رحمه الله اذا تباعدت مضت فقضت الحج

[1] لكنه امر باتمامها لمن شرع فيها ولا خلاف فيه وقد وجد الصارف عن الفور من السنة وهو تراخيه (ص) مع كثير من المؤمنين الى سنة عشر والحج فرض سنة ست او خمس عند نزول سورة آل عمران ومن قال انه فرض سنة عشر فقد أخطأ لان السورة نزلت قبلها قطعاً، والاحاديث المذكورة كلها ضعيفة بل قال ابن الجوزي بوضع بعضها وتعجيله ضروري للاحتياط

قضاء فانه يسمى بذلك قال الله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم) وعلى أنه لا يلزم من الوجوب على الفور تسمية القضاء فان الزكاة تجب على الفور ولو أخرها لاتسمى قضاء والقضاء الواجب على الفور اذا أخره لايسمى قضاء القضاء ولو غلب على ظنه في الحج انه لايعيش الى سنة اخرى لم يجز له تأخيره فلو أخره لايسمى قضاء

إذا ثبت هذا عدنا إلى شرح مسئلة الكتاب فنقول متى توفي من وجب عليه الحج ولم يحج وجب أن يخرج عنه من جميع ماله مايحج به عنه ويعتمر سواء فاته بتفريط أو بغير تفريط وبهذا قال الحسن وطاوس والشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يسقط بالموت فان وصى بها فهي من الثلث وبهذا قال الشعبي والنخعي لانه عبادة بدنية فتسقط بالموت كالصلاة

ولنا ما روى ابن عباس أن امرأة سألت النبي ﷺ عن أبيها مات ولم يحج قال « حجي عن أبيك » وعنه أن امرأة نذرت أن تحج فماتت فأتى أخوها النبي ﷺ فسأله عن ذلك فقال «أرأيت لو كان على أختك دين أما كنت قاضيه » قال نعم قال « فاقضوا دين الله فهو أحق بالقضاء» رواهما النسائي وروى هذا أبو داود الطيالسي عن شعبة عن أبي بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ ولانه حق استقر عليه تدخله النيابة فلم يسقط بالموت كالدين ويخرج عليه الصلاة فانها لا تدخلها النيابة والعمرة كالحج في القضاء فانها واجبة وقد أمر النبي ﷺ أبا رزين أن يحج عن أبيه ويعتمر ويكون مايحج به ويعتمر من جميع ماله لانه دين مستقر فكان من جميع المال كدين الآدمي

(فصل) ويستناب من يحج عنه من حيث وجب عليه اما من بلده أو من الموضع الذي أيسر فيه وبهذا قال الحسن واسحاق ومالك في النذر وقال عطاء في الناذر ان لم يكن نوى مكانا فمن ميقاته واختاره ابن المنذر وقال الشافعي فيمن عليه حجة الاسلام يستأجر من يحج عنه من الميقات لان الاحرام لا يجب من دونه

ولنا أن الحج واجب على الميت من بلده فوجب أن ينوب عنه منه لان القضاء يكون على وفق الاداء كقضاء الصلاة والصيام وكذلك الحكم في حج النذر والقضاء فان كان له وطنان استنيب من أقربهما فان وجب عليه الحج بخراسان ومات ببغداد أو وجب عليه ببغداد فمات بخراسان فقال احمد يحج عنه من حيث وجب عليه لا من حيث موته ويحتمل ان يحج عنه من أقرب المكانين لانه لو كان حيا في أقرب المكانين لم يجب عليه الحج من أبعد منه فكذلك نائبه فان أحج عنه من دون ذلك فقال القاضي ان كان دون مسافة القصر أجزأه لانه في حكم القريب وان كان أبعد لم يجزئه لانه لم يؤد الواجب بكماله ويحتمل ان يجزئه فيكون مسيئا كمن وجب عليه الاحرام من الميقات فأحرم من دونه

(فصل) فان خرج للحج فمات في الطريق حج عنه من حيث مات لانه أسقط بعض ماوجب

خاصة فهو آكد ثم قال بدلها من أن ترجم وهذا لا بد لها من السفر بغير محرم فمضيها إلى قضاء حجتها

عليه فلم يجب ثانيا وكذلك ان مات نائبه استنيب من حيث مات لذلك ولو أحرم بالحج ثم مات صحت النيابة عنه فيما بقي من النسك سواء كان احرامه لنفسه او لغيره نص عليه لانها عبادة تدخلها النيابة فاذا مات بعد فعل بعضها قضى عنه باقيها كالزكاة

(فصل) فان لم يخلف تركة تفي بالحج من بلده حج عنه من حيث تبلغ وان كان عليه دين لآدمي تحاصا ويؤخذ للحج حصته فيحج بها من حيث تبلغ وقال احمد في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة قال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته وهذا لقول النبي ﷺ «اذا أمرتكم بامر فأتوا منه مااستطعتم» ولانه قدر على اداء بعض الواجب فلزمه كالزكاة وعن احمد ما يدل على أن الحج يسقط لانه قال في رجل أوصى بحجة واجبة ولم يخلف مايتم به حجه هل يحج عنه من المدينة أو من حيث تتم الحجة فقال ما يكون الحج عندي الا من حيث وجب عليه وهذا تنبيه على سقوطه عمن عليه دين لا تفي تركته به وبالحج فانه اذا أسقطه مع عدم المعارض فمع المعارض بحق الآدمي المؤكد أولى وأحرى ويحتمل أن يسقط عمن عليه دين وجها واحدا لان حق الآدمي المعين أولى بالتقديم لتأكده وحقه حق الله تعالى مع أنه لا يمكن اداؤه على الوجه الواجب

(فصل) وان أوصى بحج تطوع فلم يف ثلثه بالحج من بلده حج به من حيث بلغ أو يعان به في الحج نص عليه وقال التطوع ما يبالي من أين كان، ويستناب عن الميت ثقة باقل ما يوجد الا ان يرضى الورثة بزيادة أو يكون قد أوصى بشيء فيجوز ما أوصى به ما لم يزد على الثلث

(فصل) يستحب أن يحج الانسان عن أبويه اذا كانا ميتين أو عاجزين لان النبي ﷺ أمر أبا رزين فقال «حج عن أبيك واعتمر» وسألت امرأة رسول الله ﷺ عن أبيها مات ولم يحج قال «حجي عن أبيك» ويستحب البداية بالحج عن الام إن كان تطوعا أو واجبا عليهما نص عليه احمد في التطوع لان الام مقدمة في البر، قال أبو هريرة جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال «أمك» قال ثم من؟ قال «أمك» قال ثم من؟ قال «أمك» قال ثم من؟ قال «أبوك» رواه مسلم والبخاري وان كان الحج واجبا على الاب دونها بدأ به لانه واجب فكان أولى من التطوع وروى زيد بن ارقم قال قال رسول الله ﷺ «اذا حج الرجل عن والديه يقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما في السماء وكتب عند الله برا وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيمة مع الابرار» وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ «من حج عن أبيه أو أمه فقد قضي عنه حجته وكان له فضل عشر حجج» روى ذلك كله الدار قطني

أولى، لكن إن كان حجها تطوعا وأمكنها الاقامة ببلد فهو أولى من السفر بغير محرم، وإن مات وهي قريبة رجعت لتقضي العدة في منزلها لانها في حكم المقيم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه رد ما أخذ وكانت الحجة عن نفسه)

وجملة ذلك أنه ليس لمن لم يحج حجة الاسلام أن يحج عن غيره فان فعل وقع احرامه عن حجة الاسلام وبهذا قال الاوزاعي والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يقع الحج باطلا ولا يصح ذلك عنه ولا عن غيره وروي ذلك عن ابن عباس لانه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية فمتى نواه لغيره ولم ينو لنفسه لم يقع عن نفسه وقال الحسن وابراهيم وأيوب السختياني وجعفر بن محمد ومالك وأبو حنيفة يجوز ان يحج عن غيره من لم يحج عن نفسه وحكي عن احمد مثل ذلك وقال الثوري ان كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه وان لم يقدر على الحج عن نفسه حج عن غيره، واحتجوا بأن الحج مما تدخله النيابة فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يسقط فرضه عن نفسه كالزكاة

ولنا ما روى ابن عباس ان رسول الله ﷺ سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال رسول الله ﷺ « من شبرمة؟ » قال قريب لي قال « هل حججت قط ؟» قال لا قال « فاجعل هذه عن نفسك ثم احجج عن شبرمة » رواه الامام احمد وأبو داود وابن ماجه وهذا لفظه ولانه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه فلم يقع عن الغير كما لو كان صبيا ويفارق الزكاة فانه يجوز أن ينوب عن الغير وقد بقي عليه بعضها وههنا لا يجوز أن يحج عن الغير من شرع في الحج قبل اتمامه ولا يطوف عن

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن لم يحج عن نفسه أن يحج عن غيره ولا نذره ولا نافلة فان فعل انصرف إلى حجة الاسلام ، وعنه يقع مانواه)

وجملة ذلك أنه ليس لمن لم يحج حجة الاسلام أن يحج عن غيره ، فان فعل وقع احرامه عن حجة الاسلام ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي واسحاق ، وقال أبو بكر عبدالعزيز يقع الحج باطلا ولا يصح عنه ولا عن غيره وروي ذلك عن ابن عباس ، لأنه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية فمتى نواه لغيره لم يقع لنفسه ، ولهذا لو طاف حاملا لغيره ولم ينوه لنفسه لم يقع عن نفسه ، وقال الحسن وابراهيم وأيوب السختياني وجعفر بن محمد ومالك وأبو حنيفة يجوز أن يحج عن غيره من لم يحج عن نفسه ، وعن أحمد مثل ذلك ، وقال الثوري إن كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه ، وإن لم يقدر حج عن غيره ، واحتجوا بأن الحج مما تدخله النيابة فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يؤد فرضه عن نفسه كالزكاة

ولنا ماروى ابن عباس أن النبي ﷺ سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة ، فقال رسول الله ﷺ « من شبرمة ؟ » قال قريب لي ، قال « هل حججت قط ؟» قال لا ، قال « فاجعل هذه عن نفسك ثم احجج عن شبرمة » رواه الامام أحمد وأبو داود وابن ماجه وهذا لفظه ، ولانه حج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه فلم يقع عن الغير كما لو كان صبيا، ويفارق الزكاة فانه يجوز أن ينوب عن الغير وقد بقي عليه بعضها وههنا لايجوز أن ينوب عن الغير من شرع في الحج قبل اتمامه ولا يطوف عن نفسه

غيره من لم يطف عن نفسه ، اذا ثبت هذا فان عليه رد ما أخذ من النفقة لانه لم يقع الحج عنه فأشبه ما لو لم يحج

(فصل) وان احرم بتطوع او نذر من لم يحج حجة الاسلام وقع عن حجة الاسلام وبهذا قال ابن عمر وأنس والشافعي وقال مالك والثوري وأبو حنيفة واسحاق وابن المنذر يقع ما نواه وهو رواية أخرى عن أحمد وقول أبي بكر لما تقدم

ولنا أنه أحرم بالحج وعليه فرضه فوقع عن فرضه كالمطلق ولو احرم بتطوع وعليه منذورة وقعت عن المنذورة لأنها واجبة فهي كحجة الاسلام والعمرة كالحج فيما ذكرنا لأنها احد النسكين فأشبهت الآخر والنائب كالمنوب عنه في هذا فمتى أحرم النائب بتطوع أو نذر عمن لم يحج حجة الاسلام وقعت عن حجة الاسلام لان النائب يجري مجرى المنوب عنه وان استناب رجلين في حجة الاسلام ومنذور او تطوع فأيهما سبق بالاحرام وقعت حجته عن حجة الاسلام وتقع الاخرى تطوعا أو عن النذر لانه لا يقع الاحرام عن غير حجة الاسلام ممن هي عليه فكذلك من نائبه

(فصل) اذا كان الرجل قد أسقط فرض أحد النسكين عنه دون الآخر جاز أن ينوب عن غيره فيما أدى فرضه دون الآخر وليس للصبي والعبد أن ينوبا في الحج عن غيرهما لانهما لم يسقطا فرض الحج عن انفسهما فهما كالحر البالغ في ذلك وأولى منه ويحتمل أن لهما النيابة في حج التطوع دون الفرض لانهما من أهل التطوع دون الفرض ولا يمكن أن تقع الحجة التي نابا فيها عن فرضهما لكونهما ليسا من أهله فبقيت لمن فعلت عنه وعلى هذا لا يلزمهما رد ما اخذا لذلك كالبالغ الحر الذي قد حج عن نفسه

(فصل) اذا احرم بالمنذورة من عليه حجة الاسلام فوقعت عن حجة الاسلام فالمنصوص عن احمد ان المنذورة لاتسقط عنه وهو قول ابن عمر وأنس وعطاء لانها حجة واحدة فلا تجزيء عن حجتين كما لو نذر حجتين فحج واحدة ويحتمل أن تجزيء لانه قد أتى بالحجة ناويا بها نذره فاجزأته كما لو كان ممن أسقط فرض الحج عن نفسه وقد نقل أبو طالب عن احمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فاحرم عن النذر وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر وهذا مثل مالو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم من رمضان فنواه عن فرضه ونذره على رواية وهذا قول ابن عباس

(فصل) فان أحرم بالمنذورة من عليه حجة الاسلام وقع عن حجة الاسلام لانها آكد وعنه يقع عن المنذورة لقوله ﷺ « وانما لكل امريء مانوى » فاذا قلنا يقع عن حجة الاسلام بقيت المنذورة في ذمته ولم تسقط عنه نص عليه أحمد وهذا قول ابن عمر وأنس وعطاء لانها حجة واحدة فلم تجزيء عن حجتين كما لو نذر حجتين فحج واحدة ، وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر وقعت عن المفروضة ولا يجب عليه شيء آخر وصار كمن نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم من رمضان فنواه عن فرضه ونذره فانه يجزئه في رواية ذكره الخرقي

وعكرمة وروى سعيد باسناده عن ابن عباس وعكرمة انهما قالا في رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة قال يجزيء لهما جميعاً ، وسئل عكرمة عن ذلك فقال يقضي حجة عن نذره وعن حجة الاسلام أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلي اربع ركعات فصلى العصر أليس ذلك يجزئه من العصر ومن النذر قال وذكرت قولي لابن عباس فقال أصبت أو أحسنت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن حج وهو غير بالغ فبلغ أو عبد فعتق فعليه الحج)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم إلا من شذ عنهم ممن لا يعد بقوله خلافا على أن الصبي اذا حج في حال صغره والعبد اذا حج في حال رقه ثم بلغ الصبي وعتق العبد ان عليهما حجة الاسلام اذا وجدا اليها سبيلا ، كذلك قال ابن عباس وعطاء والحسن والنخعي والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . قال الترمذي وقد أجمع أهل العلم عليه . وقال الامام أحمد عن محمد بن كعب القرظي قال قال رسول الله ﷺ «إني أريد أن أجدد في صدور المؤمنين عهداً : أيما صبي حج به أهله فمات أجزأت عنه، فان أدرك فعليه الحج ، وأيما مملوك حج به أهله فمات أجزأت عنه، فان أعتق فعليه الحج » رواه سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن ابن عباس من قوله ، ولان الحج عبادة بدنية فعلها قبل وقت وجوبها فلم يمنع ذلك وجوبها عليه في وقتها كما لو صلى قبل الوقت، وكما لو صلى ثم بلغ في الوقت

(فصل) فان بلغ الصبي أو عتق العبد بعرفة أو قبلها غير محرمين فاحرما ووقفا بعرفة وأتما المناسك أجزأهما عن حجة الاسلام لا نعلم فيه خلافا لانه لم يفتهما شيء من أركان الحج ولا فعلا شيئاً منها قبل وجوبه ، وإن كان البلوغ والعتق وهما محرمان أجزأهما أيضاً عن حجة الاسلام ، كذلك قال ابن عباس وهو مذهب الشافعي واسحاق وقاله الحسن في العبد ، وقال مالك لا يجزئهما اختاره ابن المنذر . وقال أصحاب الرأي لا يجزيء العبد ، فأما الصبي فان جدد احراما بعد أن احتلم قبل الوقوف أجزأه وإلا فلا لان احرامهما لم ينعقد واجباً فلا يجزي عن الواجب كما لو بقيا على حالهما

ولنا أنه أدرك الوقوف حراً بالغاً فاجزأه كما لو أحرم تلك الساعة . قال أحمد قال طاوس عن ابن عباس اذا أعتق العبد بعرفة اجزأت عنه حجته ، فان أعتق بجمع لم تجزيء عنه ، وهؤلاء يقولون لا تجزيء ، ومالك يقوله أيضاً ، وكيف لا يجزئه وهو لو أحرم تلك الساعة كان حجه تاما وما أعلم أحداً

وهذا قول ابن عباس وعكرمة رواه سعيد بن منصور عنهما ، وروي أن عكرمة سئل عن ذلك فقال: تقضي حجته عن نذره وعن حجة الاسلام أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلي أربع ركعات فصلى العصر أليس ذلك يجزئه منهما؟ قال وذكرت ذلك لابن عباس فقال أصبت أو أحسنت

(فصل) فان أحرم بتطوع ، أو نذر من عليه حجة الاسلام وقع عن حجة الاسلام ، وبه قال ابن عمر وأنس والشافعي ، وقال مالك والثوري وأبو حنيفة واسحاق وابن المنذر يقع مانواه وهي رواية عن أحمد وقول أبي بكر لما تقدم

قال لايجزئه إلا هؤلاء. والحكم فيما اذا أعتق العبد وبلغ الصبي بعد خروجهما من عرفة فعادا اليها قبل طلوع الفجر ليلة النحر كالحكم فيما اذا كان ذلك فيها لأنهما قد أدركا من الوقت مايجزي، ولو كان لحظة، وإن لم يعودا أو كان ذلك بعد طلوع الفجر من يوم النحر لم يجزئهما عن حجة الاسلام ويتمان حجهما تطوعاً لفوات الوقوف المفروض ولا دم عليهما لانهما حجا تطوعا باحرام صحيح من الميقات فأشبها البالغ الذي يحج تطوعا، فان قيل فلم لا قلتم إن الوقوف فعلاه يصير فرضاً كما قلتم في الاحرام الذي أحرم به قبل البلوغ يصير بعد بلوغه فرضا؟ قلنا انما اعتددنا له باحرامه الموجود بعد بلوغه وماقبل بلوغه تطوع لم ينقلب فرضا ولا اعتد له به فالوقوف مثله، فنظيره أن يبلغ وهو واقف بعرفة فانه يعتد له بما أدرك من الوقوف ويصير فرضا دون ما مضى

(فصل) واذا بلغ الصبي أو عتق العبد قبل الوقوف أو في وقته وأمكنهما الاتيان بالحج لزمهما ذلك لان الحج واجب على الفور فلا يجوز تأخيره مع امكانه كالبالغ الحر وان فاتهما الحج لزمتهما العمرة لانها واجبة أمكن فعلها فاشبهت الحج ومتى أمكنهما ذلك فلم يفعلا استقر الوجوب عليهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ذلك وجب عليهما بامكانه في موضعه فلم يسقط بفوات القدرة بعده.

(فصــل) والحكم في الكافر يسلم والمجنون يفيق حكم الصبي في جميع مافصلناه الا أن هذين لايصح منهما احرام ولو أحرما لم ينعقد احرامهما لانهما من غير أهل العبادات ويكون حكمهما حكم من لم يحرم

(فصل) وقد بقي من أحكام حج العبد أربعة فصول (أحدها) في حكم إحرامه (الثاني) في حكم نذره للحج (الثالث) في حكم ما يلزمه من الجنايات على احرامه (الرابع) حكم افساده وفواته

(الفصل الاول في احرامه) وليس للعبد ان يحرم بغير اذن سيده لانه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه بالتزام ما ليس بواجب فان فعل انعقد احرامه صحيحا لانها عبادة بدنية فصح من العبد الدخول فيها بغير اذن سيده كالصلاة والصوم ولسيده تحليله في احدى الروايتين لان في بقائه عليه تفويتا لحقه من منافعه بغير اذنه فلم يلزم ذلك سيده كالصوم المضر ببدنه وهذا اختيار ابن حامد واذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر (والثانية) ليس له تحليله وهو اختيار أبي بكر لانه لا يمكنه التحلل من تطوعه فلم يملك تحليل عبده والاول اصح لانه التزم التطوع باختيار نفسه فنظيره أن يحرم عبده

ولنا أنه أحرم بالحج وعليه فريضة فوقع عن فرضه كالمطلق، ولو أحرم بتطوع وعليه منذورة وقعت عن المنذورة لانها واجبة أشبهت حجة الاسلام والعمرة كالحج فيما ذكرنا لانها أحد النسكين أشبهت الآخر والنائب كالمنوب عنه في هـذا، فمتى أحرم النائب بتطوع أو نذر عمن لم يحج حجة الاسلام وقع عن حجة الاسلام سواء حج عن ميت أو حي لان النائب يجري مجرى المنوب عنه، وإن استناب رجلين في حجة الاسلام ومنذور أو تطوع فأيهما سبق بالاحرام وقعت حجته عن حجة الاسلام ممن هي فكذلك من نائبه

باذنه . وفي مسئلتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره فاما ان احرم باذن سيده فليس له تحليله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك لانه ملكه منافع نفسه فكان له الرجوع فيها كالمعير يرجع في العارية

ولنا انه عقد لازم عقده باذن سيده فلم يكن لسيده منعه منه كالنكاح ولا يشبه العارية لانها ليست لازمة ولو أعاره شيئا ليرهنه فرهنه لم يكن له الرجوع فيه ولو باعه سيده بعد ما احرم فحكم مشتريه في تحليله حكم بائعه سواء لانه اشتراه مسلوب المنفعة اشبه الامة المزوجة والمستأجرة فان علم المشتري بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة[1] فأشبه مالو اشترى معيبا يعلم عيبه وان لم يعلم فله الفسخ لانه يتضرر بمضي العبد في حجه لفوات منافعه إلا أن يكون احرامه بغير اذن سيده ونقول له تحليله فلا يملك الفسخ لانه يمكنه دفع الضرر عنه ولو أذن له سيده في الاحرام ثم رجع قبل أن يحرم وعلم العبد برجوعه قبل الاحرام فهو كمن لم يؤذن له وان لم يعلم حتى احرم فهل يكون حكمه حكم من احرم باذن سيده ؟ على وجهين بناء على الوكيل هل ينعزل بالعزل قبل العلم ؟ على روايتين

(الفصل الثاني) اذا نذر العبد الحج صح نذره لانه مكلف فانعقد نذره كالحر ولسيده منعه من المضي فيه لان فيه تفويت حق سيده الواجب فمنع منه كما لو لم ينذر ذكره القاضي وابن حامد وروي عن أحمد أنه قال لا يعجبني منعه من الوفاء به وذلك لما فيه من اداء الواجب فيحتمل أن ذلك على الكراهة لا على التحريم لما ذكرنا ، ويحتمل التحريم لانه واجب فلم يملك منعه منه كسائر الواجبات والأول أولى فان اعتق لزمه الوفاء به بعد حجة الاسلام فان أحرم به أو لا انصرف الى حجة الاسلام كالحر اذا نذر حجاً

(الفصل الثالث) في جناياته وما جنى على إحرامه لزمه حكمه وحكمه فيما يلزمه حكم الحر المعسر فرضه الصيام وإن تحلل بحصر عدو أو حلله سيده فعليه الصيام لا يتحلل قبل فعله كالحر وليس لسيده أن يحول بينه وبين الصوم نص عليه لانه صوم واجب أشبه صوم رمضان فان ملكه السيد هديا واذن له في اهدائه وقلنا انه يملكه فهو كالهدي الواجب لا يتحلل الا به وان قلنا لا يملكه ففرضه الصيام وان أذن له سيده في تمتع أو قران فعليه الصيام بدلا عن الهدي الواجب بهما وذكر القاضي ان على سيده تحمل ذلك عنه لانه باذنه فكان على من أذن فيه كما لو فعله النائب باذن المستنيب .

[1] قد يقال ان من البصيرة اعتقاده انه يملك تحليله

(فصل) واذا كان الرجل قد أسقط فرض أحد النسكين عنه جاز أن ينوب عن غيره فيه دون الآخر ، وليس للصبي والعبد أن ينوبا في الحج عن غيرهما لانهما لم يسقطا عن أنفسهما فهما كالحر البالغ في ذلك ، ويحتمل أن لهما النيابة في حج التطوع دون الفرض لانهما من أهل التطوع دون الفرض ولا يمكن أن تقع الحجة التي نابا فيها عن فرضهما لكونهما ليسا من أهله فبقيت لمن فعلت عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز لمن يقدر على الحج بنفسه أن يستنيب في حج التطوع على روايتين)
الاستنابة في حج التطوع تنقسم إلى ثلاثة أقسام

وليس بجيد لان الحج للعبد وهذا من موجباته فيكون عليه كالمرأة اذا حجت باذن زوجها ويفارق من حج عن غيره فان الحج للمستنيب فموجبه عليه وان تمتع أو قارن بغير اذن سيده فالصيام عليه بغير خلاف وان أفسد حجه فعليه أن يصوم لذلك لانه لا مال له فهو كالمعسر من الاحرار

(الفصل الرابع) اذا وطيء العبد قبل التحلل الاول فسد ويلزمه المضي في فاسده كالحر لكن أن كان الاحرام مأذوناً فيه فليس لسيده اخراجه منه لانه ليس له منعه من صحيحه فلم يكن له منعه من فاسده وان كان الاحرام بغير اذنه فله تحليله منه لانه يملك تحليله من صحيحه فالفاسد أولى وعليه القضاء سواء كان الاحرام مأذونا فيه أو غير مأذون ويصح القضاء في حال رقه لانه وجب فيه فصح منه كالصلاة والصيام ثم ان كان الاحرام الذي أفسده مأذونا فيه فليس له منعه من قضائه لان اذنه في الحج الاول اذن في موجبه ومقتضاه ومن موجبه القضاء لما أفسده فان كان الاول غير مأذون فيه احتمل أن لا يملك منعه من قضائه لانه واجب وليس للسيد منعه من الواجبات واحتمل ان له منعه منه لانه يملك منعه من الحج الذي شرع فيه بغير اذنه فكذلك هذا فان اعتق قبل القضاء فليس له فعله قبل حجة الاسلام لانها آكد فان أحرم بالقضاء انصرف الى حجة الاسلام وبقي القضاء في ذمته وان عتق في أثناء الحجة الفاسدة وأدرك من الوقوف ما يجزئه أجزأه القضاء عن حجة الاسلام لان المقضي لو كان صحيحا اجزأه فكذلك قضاؤه وان أعتق بعد ذلك لم يجزئه القضاء عن حجة الاسلام لان المقضي لا يجزئه فكذلك قضاؤه والمدبر والمعلق عتقه بصفة وام الولد والمعتق بعضه حكمه حكم القن فيما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا حج بالصغير جنب ما يتجنبه الكبير وما عجز عنه من عمل الحج عمل عنه)

وجملة ذلك أن الصبي يصح حجه فان كان مميزاً أحرم باذن وليه وان كان غير مميز أحرم عنه وليه فيصير محرما بذلك وبه قال مالك والشافعي وروي عن عطاء والنخعي وقال أبو حنيفة لا ينعقد احرام الصبي ولا يصير محرما باحرام وليه لان الاحرام سبب يلزم به حكم فلم يصح من الصبي كالنذر

ولنا ماروى ابن عباس قال رفعت امرأة صبيا فقالت يارسول الله ألهذا حج ؟ قال « نعم ولك أجر » رواه مسلم وغيره من الائمة وروى البخاري عن السائب بن يزيد قال حج بي مع النبي ﷺ وأنا ابن سبع سنين ، ولان أبا حنيفة قال يجتنب ما يجتنبه المحرم ومن اجتنب مايجتنبه المحرم كان إحرامه صحيحا والنذر لايجب به شيء بخلاف مسئلتنا

(أحدها) أن يكون ممن لم يؤد حجة الاسلام فلا يصح أن يستنيب في حج التطوع لأنه لا يصح أن يفعله بنفسه فبنائبه أولى

(الثاني) أن يكون ممن قد أدى حجة الاسلام وهو عاجز عن الحج بنفسه فيجوز أن يستنيب في التطوع ، فان ماجازت الاستنابة في فرضه جازت في نفله كالصدقة

والكلام في حج الصبي في فصول أربعة، في الاحرام عنه أو منه، وفيما يفعله بنفسه أو بغيره، وفي حكم جناياته على احرامه، وفيما يلزمه من القضاء والكفارة

(الفصل الاول في الاحرام) ان كان مميزاً أحرم باذن وليه وان أحرم بدون اذنه لم يصح لان هذا عقد يؤدي إلى لزوم مال فلم ينعقد من الصبي بنفسه كالبيع، وان كان غير مميز فأحرم عنه من له ولاية على ماله كالاب والوصي وأمين الحاكم صح، ومعنى إحرامه عنه انه يعقد له الاحرام فيصح للصبي دون الولي كما يعقد النكاح له فعلى هذا يصح أن يعقد الاحرام عنه سواء كان محرما أو حلالا ممن عليه حجة الاسلام أو كان قد حج عن نفسه، فان أحرمت أمه عنه صح لقول النبي ﷺ «ولك أجر» ولا يضاف الأجر اليها إلا لكونه تبعا لها في الاحرام، قال الامام أحمد في رواية حنبل: يحرم عنه أبوه أو وليه واختاره ابن عقيل وقال المال الذي يلزم بالاحرام لا يلزم الصبي وانما يلزم من أدخله في الاحرام في أحد الوجهين، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد انه لا يحرم عنه إلا وليه لانه لا ولاية للأم على ماله والاحرام يتعلق به إلزام مال فلا يصح من غير ذي ولاية كشراء شيء له، فأما غير الام والولي من الاقارب كالاخ والعم وابنه فيخرج فيهم وجهان بناء على القول في الام، أما الاجانب فلا يصح إحرامهم عنه وجها واحدا

(الفصل الثاني) ان كل ما أمكنه فعله بنفسه لزمه فعله ولا ينوب غيره عنه فيه كالوقوف والمبيت بمزدلفة ونحوهما وما عجز عنه عمله الولي عنه. قال جابر خرجنا مع رسول الله ﷺ حجاجا ومعنا النساء والصبيان فأحرمنا عن الصبيان، رواه سعيد في سننه ورواه ابن ماجه في سننه فقال فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم، ورواه الترمذي قال فكنا نلبي عن النساء، ونرمي عن الصبيان، قال ابن المنذر كل من حفظت عنه من أهل العلم يرى الرمي عن الصبي الذي لا يقدر على الرمي كان ابن عمر يفعل ذلك، وبه قال عطاء والزهري ومالك والشافعي واسحاق، وعن ابن عمر انه كان يحج صبيانه وهم صغار فمن استطاع منهم أن يرمي رمى ومن لم يستطع أن يرمي رمى عنه، وعن أبي اسحاق ان أبا بكر رضي الله عنه طاف بابن الزبير في خرقة، رواهما الأثرم، قال الامام أحمد يرمي عن الصبي أبواه أو وليه، قال القاضي ان أمكنه أن يناول النائب الحصى ناوله وان لم يمكنه استحب أن يوضع الحصى في يده فيرمى عنه وان وضعها في يد الصغير ورمى بها فجعل يده كالآلة فحسن، ولا يجوز أن يرمي عنه الا من قد رمى عن نفسه لانه لا يجوز أن ينوب عن الغير وعليه فرض نفسه، وأما الطواف فانه ان أمكنه المشي مشى والا طيف به محمولا أو راكبا فان ابا بكر طاف بابن الزبير في خرقة، ولان الطواف بالكبير محمولا لعذر يجوز فالصغير أولى، ولا فرق بين أن يكون الحامل له حلالا أو حراما ممن أسقط الفرض عن نفسه أو لم يسقطه

(الثالث) أن يكون قادراً على الحج وقد أسقط فرضه ففيه روايتان

(احداهما) يجوز وهو قول أبي حنيفة لانها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب

(والثانية) لا يجوز وهو مذهب الشافعي لانه قادر على الحج بنفسه فلم يجز أن يستنيب فيه كالفرض

لان الطواف للمحمول لا للحامل ولذلك صح أن يطوف راكبا على بعير وتعتبر النية في الطائف به فان لم ينو الطواف عن الصبي لم يجزئه لانه لما لم تعتبر النية من الصبي اعتبرت من غيره كما في الاحرام ، فان نوى الطواف عن نفسه وعن الصبي احتمل وقوعه عن نفسه كالحج اذا نوى به عن نفسه وغيره واحتمل أن يقع عن الصبي كما لو طاف بكبير و نوى كل واحد منهما عن نفسه لكون المحمول أولى ، واحتمل أن يلغو لعدم التعيين لكون الطواف لا يقع عن غير معين

وأما الاحرام فان الصبي يجرد كما يجرد الكبير ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تجرد الصبيان اذا دنوا من الحرم قال عطاء يفعل بالصغير كما يفعل الكبير ويشهد به المناسك كلها . لأنه لا يصلى عنه

(الفصل الثالث في محظورات الاحرام) وهي قسمان ما يختلف عمده وسهوه كاللباس والطيب وما لا يختلف كالصيد وحلق الشعر وتقليم الاظفار (فالاول) لا فدية على الصبي فيه لان عمده خطأ (والثاني) عليه فيه الفدية وان وطيء أفسد حجه ويمضي في فاسده وفي القضاء عليه وجهان (احدهما) لايجب لئلا تجب عبادة بدنية على من ليس من أهل التكليف (والثاني) يجب لانه افساد موجب للفدية فاوجب القضاء كوطء البالغ فان قضى بعد البلوغ بدأ بحجة الاسلام فان أحرم بالقضاء قبلها انصرف إلى حجة الاسلام وهل تجزئه عن القضاء ؟ ينظر فان كانت الفاسدة قد أدرك فيها شيئا من الوقوف بعد بلوغه أجزأ عنهما جميعاً وإلا لم يجزئه كما قلنا في العبد على مامضى

(الفصل الرابع فيما يلزمه من الفدية) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن جنايات الصبيان لازمة لهم في اموالهم وذكر اصحابنا في الفدية التي تجب بفعل الصبي وجهين احدهما هي في ماله لانها وجبت بجنايته اشبهت الجناية على الآدمي والثاني على الولي وهو قول مالك لانه حصل بعقده او اذنه فكان عليه كنفقة حجه فاما النفقة فقال القاضي ما زاد على نفقة الحضر ففي مال الولي لانه كلفه ذلك ولا حاجة به اليه وهذا اختيار ابي الخطاب وحكي عن القاضي أنه ذكر في الخلاف أن النفقة كلها على الصبي لان الحج له فنفقته عليه كالبالغ ولان فيه مصلحة له بتحصيل الثواب له ويتمرن عليه فصار كاجر المعلم والطبيب والاول أولى فان الحج لا يجب في العمر الا مرة ويحتمل أن لايجب فلا يجوز تكليفه بذل ماله من غير حاجة اليه للتمرن عليه والله أعلم

(فصل) اذا اغمي على بالغ لم يصح أن يحرم عنه رفيقه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يصح ويصير محرما باحرام رفيقه عنه استحسانا لان ذلك معلوم من قصده ويلحقه مشقة في تركه فاجزأ عنه احرام غيره

ولنا أنه بالغ فلم يصر محرما باحرام غيره كالنائم ولو أنه أذن في ذلك وأجازه لم يصح فمع عدم هذا أولى أن لايصح

(فصل) فان عجز عنه عجزاً مرجو الزوال كالمريض الذي يرجى برؤه والمحبوس جاز أن يستنيب فيه لانه حج لا يلزمه عجز عن فعله بنفسه فجاز أن يستنيب فيه كالشيخ الكبير والفرق بينه وبين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن طيف، به محمولا كان الطواف له دون حامله)

اما اذا طيف به محمولا لعذر فلا يخلو اما ان يقصدا جميعاً عن المحمول فيصح عنه دون الحامل بغير خلاف نعلمه أو يقصدا جميعاً عن الحامل فيقع عنه أيضا ولا شيء للمحمول أو يقصد كل واحد منهما الطواف عن نفسه فانه يقع للمحمول دون الحامل وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر يقع للحامل لانه الفاعل وقال أبو حنيفة يقع لهما لان كل واحد منهما طائف بنية صحيحة فاجزأ الطواف عنه كما لو لم ينو صاحبه شيئا ولانه لو حمله بعرفات لكان الوقوف عنهما كذا ههنا وهذا القول حسن ووجه الاول، انه طواف اجزأه عن المحمول فلم يقع عن الحامل كما او نويا جميعا المحمول ولانه طواف واحد فلا يقع عن شخصين والراكب لا يقع طوافه الا عن واحد . واما اذا حمله في عرفة فما حصل الوقوف بالحمل فان المقصود الكون في عرفات وهما كائنان بها والمقصود ههنا الفعل وهو واحد فلا يقع عن شخصين ووقوعه عن المحمول أولى لانه لم ينو بطوافه الا لنفسه والحامل لم يخلص قصده بالطواف لنفسه فانه او لم يقصد الطواف بالمحمول لما حمله فان تمكنه من الطواف لا يقف على حمله فصار المحمول مقصوداً لهما ولم يخلص قصد الحامل لنفسه فلم يقع عنه لعدم التعيين وقال أبو حفص العكبري في شرحه لا يجزيء الطواف عن واحد منهما لان فعلا واحداً لا يقع عن اثنين ، وليس أحدهما أولى به من الآخر ، وقد ذكرنا أن المحمول به أولى لخلوص نيته لنفسه وقصد الحامل له ولا يقع عن الحامل لعدم التعيين فان نوى أحدهما نفسه دون الآخر صح الطواف لهوان عدمت النية منهما أو نوى كل واحد منهما الآخر لم يصح لواحد منهما

باب ذكر المواقيت

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وميقات أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام ومصر والمغرب من الجحفة ، وأهل اليمن من يلملم ، وأهل الطائف ونجد من قرن، وأهل المشرق من ذات عرق)

الفرض أن الفرض عبادة العمرفلا يفوت بتأخيره عن هذا العام والتطوع مشروع في كل عام فيفوت حج هذا العام بتأخيره ، ولان حج الفرض اذا مات قبل فعله فعل عنه بعد موته بخلاف التطوع

﴿ باب المواقيت ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ميقات أهل المدينة من ذي الحليفة وأهل الشام ومصر والمغرب الجحفة وأهل اليمن يلملم وأهل نجد قرن وأهل المشرق ذات عرق)

وجملة ذلك ان المواقيت المنصوص عليها الخمسة[1] التي ذكرها الخرقي رحمه الله وقد أجمع أهل العلم على أربعة منها وهي : ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلملم ، واتفق أئمة النقل على صحة الحديث عن رسول الله ﷺ فيها فمن ذلك ماروى ابن عباس قال : وقت رسول الله ﷺ لأهل المدينة ذا الحليفة ، ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجد قرن ، ولاهل اليمن يلملم . قال « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد الحج والعمرة فمن كان دونهن مهله من أهله وكذلك أهل مكة يهلون منها » وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « يهل أهل المدينة من ذي الحليفة ، وأهل الشام من الجحفة ، وأهل نجد من قرن » قال ابن عمر وذكر لي ولم أسمعه انه قال وأهل اليمن من يلملم متفق عليهما

فأما ذات عرق فميقات أهل المشرق في قول أكثر أهل العلم وهو مذهب مالك وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال ابن عبدالبر أجمع أهل العلم على ان إحرام العراقي من ذات عرق احرام من الميقات ، وروي عن أنس انه كان يحرم من العقيق ، واستحسنه الشافعي وابن المنذر وابن عبد البر وكان الحسن بن صالح يحرم من الربذة وروي ذلك عن خصيف والقاسم بن عبد الرحمن. وقد روى ابن عباس ان النبي ﷺ وقت لأهل المشرق العقيق ، قال الترمذي وهو حديث حسن . قال ابن عبد البر: العقيق أولى وأحوط من ذات عرق وذات عرق ميقاتهم باجماع ، واختلف أهل العلم فيمن وقت ذات عرق فروى أبو داود والنسائي وغيرهما باسنادهم عن القاسم عن عائشة ان رسول الله

للحج ميقاتان ميقات زمان وميقات مكان فأما مواقيت المكان فهي الخمسة المذكورة ، وقد أجمع أهل العلم على أربعة منها وهي ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلملم واتفق أئمة النقل على صحة الحديث عن النبي ﷺ فيها ، فروى ابن عباس رضي الله عنه قال : وقت رسول الله ﷺ لاهل المدينة ذا الحليفة ، ولاهل الشام الحجفة ، ولاهل نجد قرن ، ولاهل اليمن يلملم قال « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد الحج والعمرة » فمن كان دونهن مهله من أهله وكذلك أهل مكة يهلون منها ، وعن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « يهل أهل المدينة من ذي الحليفة ، وأهل الشام من الجحفة ، وأهل نجد من قرن » قال ابن عمر وذكر لي ولم أسمعه أنه قال وأهل اليمن من يلملم . متفق عليهما ، وذات عرق ميقات أهل المشرق في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي . قال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن احرام العراقي من ذات عرق احرام من الميقات ، وقد روي عن أنس رضي الله عنه أنه كان يحرم من العقيق واستحسنه الشافعي وابن المنذر وابن عبدالبر ، وكان الحسن بن صالح يحرم من الربذة ، وروي ذلك عن حصين والقاسم بن عبدالرحمن وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ وقت لاهل المشرق العقيق . قال الترمذي هو حديث حسن . قال ابن عبد البر : هو أولى وأحوط من ذات عرق وذات عرق ميقاتهم باجماع ، واختلف أهل العلم فيمن وقت ذات عرق ، فروى أبو داود والنسائي وغيرهما باسنادهم عن عائشة

« ١ » الخمسة بالرفع خبر أن

«١» بتشديد اللام أي موضع الاهلال بالاحرام

«٢» أي انحراف وميل عنه

ﷺ وقت لاهل العراق ذات عرق ، وعن أبي الزبير انه سمع جابراً سئل عن المهل[1] قال سمعته وأحسبه رفع الى النبي ﷺ يقول « مهل أهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الآخر من الجحفة ومهل أهل العراق من ذات عرق ، ومهل أهل نجد من قرن » رواه مسلم في صحيحه ، وقال قوم آخرون انما وقتها عمر رضي الله عنه فروى البخاري باسناده عن ابن عمر قال : لما فتح هذان المصران أتوا عمر فقالوا يا أمير المؤمنين ان رسول الله ﷺ حدَّ لأهل نجد قرنا وهو جور[2] عن طريقنا وإنا إن أردنا قرنا شق علينا قال فانظروا حذوها من طريقكم فحد لهم ذات عرق . ويجوز أن يكون عمر ومن سأله لم يعلموا توقيت النبي ﷺ ذات عرق فقال ذلك برأيه فأصاب ووافق قول النبي ﷺ فقد كان كثير الاصابة رضي الله عنه ، واذا ثبت توقيتها عن النبي ﷺ وعن عمر فالاحرام منه أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) واذا كان الميقات قرية فانتقلت الى مكان آخر فموضع الاحرام من الاولى وإن انتقل الاسم الى الثانية لأن الحكم تعلق بذلك الموضع فلا يزول بخرابه ، وقد رأى سعيد بن جبير رجلا

رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ وقت لاهل العراق ذات عرق وعن أبي الزبير أنه سمع جابرا سئل عن المهل فقال سمعته احسبه رفع الى النبي ﷺ يقول « مهل أهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الاخرى من الجحفة ومهل أهل العراق من ذات عرق ومهل أهل نجد من قرن » رواه مسلم وقال قوم آخرون انما وقتها عمر رضي الله عنه فروى البخاري باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال لما فتح هذان المصران أتوا عمر رضي الله عنه فقالوا يا أمير المؤمنين إن رسول الله ﷺ حد لاهل نجد قرنا وهو جور عن طريقنا وانا ان أردنا قرنا شق علينا قال انظروا حذوها من طريقكم، فحد لهم ذات عرق. ويجوز أن يكون عمر ومن سأله لم يعلموا توقيت النبي ﷺ ذات عرق فقال ذلك برأيه فاصاب ما وقته النبي ﷺ فقد كان موفقا للصواب رضي الله عنه واذا ثبت توقيتها عن النبي ﷺ وعن عمر فالاحرام منه أولى .

(فصل) واذا كان الميقات قرية فانتقلت الى مكان آخر فموضع الاحرام من الاولى وان انتقل الاسم الى الثانية لان الحكم تعلق بذلك الموضع فلا يزول بخرابه ، وقد رأى سعيد بن جبير رجلا يريد أن يحرم من ذات عرق فاخذه حتى خرج من البيوت وقطع الوادي فأتى به المقابر فقال هذه ذات عرق الاولى ـ فهذه المواقيت لاهلها ولمن مر عليها من غيرهم

وجملة ذلك أن من سلك طريقا فيها ميقات فهو ميقاته ان أراد الحج أو العمرة فاذا حج الشامي من المدينة فمر بذي الحليفة فهي ميقاته وان حج من اليمن فميقاته يلملم وان حج من العراق فميقاته ذات عرق ، وهكذا كل من مر على ميقات غير ميقات بلده صار ميقاتا له،سئل الامام أحمد رحمه الله تعالى عن الشامي يمر بالمدينة يريد الحج من أين يهل قال من ذي الحليفة قيل فان بعض الناس يقولون يهل

يريد أن يحرم من ذات عرق فأخذ بيده حتى خرج به من البيوت وقطع الوادي فأتى به المقابر فقال: هذه ذات عرق الأولى

من ميقاته من الجحفة فقال سبحان الله اليس يروي ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال «هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن»؟ وهذا قول الشافعي واسحاق وقال أبو ثور في الشامي يحرم بالمدينة له أن يحرم من الجحفة وهو قول اصحاب الرأي وكانت عائشة رضي الله عنها اذا أرادت الحج أحرمت من ذي الحليفة واذا أرادت العمرة أحرمت من الجحفة ولعلهم يحتجون بان النبي ﷺ وقت لاهل الشام الجحفة

ولنا قول النبي ﷺ « هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن » ولانه ميقات فلم يجز تجاوزه بغير احرام لمن يريد النسك كسائر المواقيت وخبرهم أريد به من لم يمر على ميقات آخر بدليل ما لو مر بميقات غير ذى الحليفة لم يجز تجاوزه بغير احرام بغير خلاف، وقد روى سعيد عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ وقت لمن ساحل من أهل الشام الجحفة والحج والعمرة سواء في هذا لقول النبي ﷺ «فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجاً أو عمرة»

(فصل) فان مر من غير طريق ذي الحليفة فميقاته الجحفة سواء كان شامياً أو مدنياً لما روى أبو الزبير أنه سمع جابراً يسأل عن المهل فقال سمعته أحسبه رفع الى النبي ﷺ يقول « مهل أهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الآخر من الجحفة » رواه مسلم، ولأنه مر على أحد المواقيت دون غيره فلم يلزمه الاحرام قبله كسائر المواقيت ولعل أبا قتادة حين أحرم أصحابه دونه في قصة صيد الحمار الوحشي انما ترك الاحرام لانه لم يمر على ذي الحليفة فأخر احرامه إلى الجحفة ويمكن حمل حديث عائشة في تأخيرها احرام العمرة الى الجحفة على هذا، وأنها لاتمر في طريقها على ذي الحليفة لئلا يكون فعلها مخالفاً لقول رسول الله ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ (ومن منزله دون الميقات فميقاته من موضعه يعني اذا كان مسكنه أقرب إلى مكة من الميقات كان ميقاته مسكنه)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وعن مجاهد قال يهل من مكة والصحيح الاول، فان النبي ﷺ قال في حديث ابن عباس « فمن كان دونهن مهله من أهله » وهذا صريح فالعمل به أولى

(فصل) اذا كان مسكنه قرية فالافضل أن يحرم من أبعد جانبيها، وإن أحرم من أقرب جانبيها جاز، وهكذا القول في المواقيت التي وقتها رسول الله ﷺ اذا كانت قرية والحلة كالقرية فيما ذكرنا وإن كان مسكنه منفرداً فميقاته مسكنه أو حذوه وكل ميقات فحذوه بمنزلته، ثم إن كان مسكنه في الحل فاحرامه منه للحج والعمرة معا، وإن كان في الحرم فاحرامه للعمرة من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم كالمكي، وأما الحج فينبغي أن يجوز له الاحرام من أي الحرم شاء كالمكي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأهل مكة إذا أرادوا العمرة فمن الحل وإذا أرادوا الحج فمن مكة)

أهل مكة ومن كان بها سواء كان مقيما بها أو غير مقيم لأن كل من أتى على ميقات كان ميقاتا له وكذلك كل من كان بمكة فهي ميقاته للحج ، وإن أراد العمرة فمن الحل لا نعلم في هذا خلافا ، ولذلك أمر النبي ﷺ عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم متفق عليه ، وكانت بمكة يومئذ . والأصل في هذا قول النبي ﷺ « حتى أهل مكة يهلون منها » يعني للحج ، وقال أيضاً « ومن كان أهله دون الميقات فمن حيث ينشيء حتى يأتي ذلك على أهل مكة » وهذا في الحج فأما في العمرة فميقاتها في حقهم الحل من أي جوانب الحرم شاء لأن النبي ﷺ أمر باعمار عائشة من التنعيم وهو أدنى الحل الى مكة ، وقال ابن سيرين بلغني ان النبي ﷺ وقت لأهل مكة التنعيم ، وقال ابن عباس: يا أهل مكة من أتى منكم العمرة فليجعل بينه وبينها بطن محسر يعني اذا أحرم بها من ناحية المزدلفة ، وانما لزم الاحرام من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم ، فانه لو أحرم من الحرم لما جمع بينهما فيه لأن أفعال العمرة كلها في الحرم بخلاف الحج فانه يفتقر الى الخروج الى عرفة فيجتمع له الحل والحرم والعمرة بخلاف ذلك ومن أي الحل أحرم جاز ، وانما أعمر النبي ﷺ عائشة من التنعيم لانها أقرب الحل الى مكة ، وقد روي عن أحمد في المكي كلما تباعد في

﴿ مسئلة ﴾ (وأهل مكة اذا أرادوا العمرة فمن الحل ، وإن أرادوا الحج فمن مكة)

أهل مكة من كان بها سواء كان مقيما بها أو غير مقيم لان كل من أتى على ميقات كان ميقاتاً له لما ذكرنا فكذلك كل من كان بمكة فهي ميقاته للحج ، وإن أراد العمرة فمن الحل لا نعلم في هذا خلافا ولذلك أمر النبي ﷺ عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمر عائشة رضي الله عنها من التنعيم وكانت بمكة يومئذ وهذا لقول النبي ﷺ « حتى أهل مكة يهلون منها » يعني للحج ، وقال أيضاً « ومن كان أهله دون الميقات فمن حيث ينشئ حتى يأتي ذلك على أهل مكة » وهذا في الحج فأما في العمرة فميقاتها في حقهم الحل من أي جوانب الحرم شاء لحديث عائشة رضي الله عنها حين أعمرها من التنعيم وهو أدنى الحل . قال ابن سيرين : بلغني أن رسول الله ﷺ وقت لأهل مكة التنعيم ، وقال ابن عباس : يا أهل مكة من أتى منكم العمرة فليجعل بينه وبينها بطن محسر ، يعني اذا أحرم بها من ناحية المزدلفة ، وانما لزم الاحرام من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم فانه لو أحرم من الحرم لما جمع بينهما فيه لان أفعال العمرة كلها في الحرم بخلاف الحج فانه يفتقر إلى الخروج إلى عرفة ليجمع له الحل والحرم ومن أي الحل أحرم جاز ، وانما أعمر النبي ﷺ عائشة رضي الله عنها من التنعيم لانه أقرب الحل إلى مكة وقد روي عن الامام أحمد رحمه الله تعالى في المكي كلما تباعد في العمرة فهو أعظم للأجر على قدر تعبها ، وأما اذا أراد المكي الاحرام بالحج فمن مكة للخبر المذكور ،

العمرة فهو أعظم للاجر هي على قدر تعبها ، وأما إن أراد المكي الاحرام بالحج فمن مكة للخبر الذي ذكرنا ولأن أصحاب النبي ﷺ لما فسخوا الحج أمرهم فأحرموا من مكة . قال جابر أمرنا النبي ﷺ لما حللنا أن نحرم اذا توجهنا من الابطح رواه مسلم وهذا يدل على انه لا فرق بين قاطني مكة وبين غيرهم ممن هو بها كالمتمتع اذا حل ومن فسخ حجه بها ، ونقل عن أحمد فيمن اعتمر في أشهر الحج من أهل مكة انه يهل بالحج من الميقات فان لم يفعل فعليه دم ، والصحيح خلاف هذا لما دلت عليه الاحاديث الصحيحة ويحتمل ان أحمد انما أراد أن المتمتع يسقط عنه الدم اذا خرج الى الميقات ولا يسقط اذا أحرم من مكة وهذا في غير المكي، أما المكي فلا يجب عليه دم متعة بحال لقول الله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وذكر القاضي فيمن دخل مكة يحج عن غيره ثم أراد أن يعتمر بعده لنفسه أو دخل يحج لنفسه ثم أراد أن يعتمر لغيره أو دخل بعمرة لنفسه ثم أراد ان يحج أو يعتمر لغيره أو دخل بعمرة لغيره ثم أراد أن يحج أو يعتمر لنفسه انه في جميع ذلك يخرج الى الميقات فيحرم منه فان لم يفعل فعليه دم ، قال وقد قال أحمد في رواية عبدالله اذا اعتمر عن غيره ثم أراد الحج لنفسه يخرج الى الميقات أو اعتمر عن نفسه يخرج الى الميقات وان دخل مكة بغير إحرام ثم أراد الحج يخرج الى الميقات واحتج له القاضي بأنه جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم لنفسه فلزمه دم اذا أحرم دونه كمن جاوز الميقات غير محرم ، وعلى هذا لو

ولان أصحاب رسول الله ﷺ لما فسخوا الحج أمرهم فأحرموا من مكة، قال جابر رضي الله عنه أمرنا النبي ﷺ أن نحرم اذا توجهنا من الابطح . رواه مسلم ، وهذا يدل على أنه لافرق بين قاطني مكة وغيرهم ممن هو بها كالمتمتع اذا حل ومن فسخ حجه بها

ونقل عن الامام أحمد رحمه الله تعالى فيمن اعتمر في أشهر الحج من أهل مكة أنه يهل بالحج من الميقات ، فان لم يفعل فعليه دم والصحيح ماذكرنا أولا ، وقد دلت عليه الاحاديث الصحيحة ، ويحتمل أن أحمد انما أراد أن الدم يسقط عنه اذا خرج إلى الميقات فأحرم ولا يسقط اذا أحرم من مكة وهذا في غير المكي ، أما المكي فلا يجب عليه دم متعة بحال لقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وذكر القاضي فيمن دخل مكة يحج عن غيره ثم أراد أن يعتمر بعده لنفسه أو بالعكس ، أو دخل بعمرة لنفسه ثم أراد أن يحج أو يعتمر لغيره ، أو دخل بعمرة لغيره ثم أراد أن يحج أو يعتمر لنفسه، أنه في جميع ذلك يخرج إلى الميقات فيحرم منه، فان لم يفعل فعليه دم قال: وقد قال الامام أحمد في رواية عبد الله : اذا اعتمر عن غيره ثم أراد الحج لنفسه يخرج إلى الميقات أو اعتمر عن نفسه يخرج الى الميقات ، فان دخل مكة بغير احرام ثم أراد الحج يخرج الى الميقات ، واحتج له القاضي بأنه جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم لنفسه فلزمه دم اذا أحرم دونه كمن جاوز

حج عن شخص واعتمر عن آخر أو اعتمر عن انسان ثم حج أو اعتمر عن آخر فكذلك وظاهر كلام الخرقي انه لايلزمه الخروج الى الميقات في هذا كله لما ذكرنا من أن كل من كان بمكة كالقاطن بها وهذا حاصل بمكة على وجه مباح فأشبه المكي وما ذكره القاضي تحكم لايدل عليه خبر ولا يشهد له أثر، وما ذكره من المعنى فاسد لوجوه (أحدها) انه لايلزم أن يكون مريداً للنسك عن نفسه حال مجاوزة الميقات فانه قد يبدو له بعد ذلك (والثاني) ان هذا لايتناول من احرم عن غيره (الثالث) انه لو وجب بهذا الخروج الى الميقات للزم المتمتع والمفرد لانهما تجاوزا الميقات مريدين لغير النسك الذي احرما به (الرابع) ان المعنى في الذي يجاوز الميقات غير محرم انه فعل ما لايحل له فعله وترك الاحرام الواجب عليه في موضعه فأحرم من دونه

(فصل) ومن أي الحرم أحرم بالحج جاز لان المقصود من الاحرام به الجمع في النسك بين الحل والحرم وهذا يحصل بالاحرام من أي موضع كان لجاز كما يجوز أن يحرم بالعمرة من أي موضع كان من الحل ولذلك قال النبي ﷺ لاصحابه في حجة الوداع «إذا أردتم أن تنطلقوا إلى منى فأهلوا من البطحاء» ولان ما اعتبر فيه الحرم استوت فيه البلدة وغيرها كالنحر

الميقات غير محرم، وعلى هذا لو حج عن شخص واعتمر عن آخر أو اعتمر عن انسان ثم حج أو اعتمر عن آخر فكذلك والذي ذكره شيخنا رحمه الله تعالى أنه لايلزمه الخروج الى الميقات في هذا كله وهو ظاهر كلام الخرقي رحمه الله تعالى لما ذكرنا لان كل من كان بمكة كالقاطن بها وهذا قد حصل بمكة حلالا على وجه مباح فأشبه المكي وما ذكره القاضي تحكم بغير دليل، والمعنى الذي ذكره لايصح لوجوه

(أحدها) أنه لايلزم أن يكون مريداً للنسك لنفسه حال مجاوزته الميقات لانه قد يبدو له بعد ذلك

(الثاني) أن هذا لايتناول من أحرم عن غيره

(الثالث) لو وجب بهذا الخروج إلى الميقات لزم المتمتع والمفرد لانهما جاوزا الميقات غير مريدين للنسك الذي أحرما به

(الرابع) ان المعنى في الذي تجاوز الميقات غير محرم أنه فعل مالا يحل له فعله وترك الاحرام الواجب عليه في موضعه فأحرم من دونه

(فصل) ومن أي الحرم أحرم بالحج جاز لأن المقصود من الاحرام به الجمع في النسك بين الحل والحرم وهو حاصل بالاحرام من أي موضع كان من الحرم فجاز كما يجوز الاحرام بالعمرة من أي موضع كان من الحل، وكذلك قال النبي ﷺ لاصحابه في حجة الوداع «اذا أردتم أن تنطلقوا إلى مني فأهلوا من البطحاء»، ولان ما اعتبر فيه الحرم استوت البلدة وغيرها فيه كالنحر

(فصل) فان أحرم من الحل نظرت فان أحرم من الحل الذي يلي الموقف فعليه دم لانه أحرم من دون الميقات ، وان أحرم من الجانب الآخر ثم سلك الحرم فلا شيء عليه نص عليه أحمد في رجل أحرم للحج من التنعيم فقال ليس عليه شيء. وذلك لانه أحرم قبل ميقاته فكان كالمحرم قبل بقية المواقيت ولو أحرم من الحل ولم يسلك الحرم فعليه دم لانه لم يجمع بين الحل والحرم

(فصل) وان أحرم بالعمرة من الحرم انعقد إحرامه بها وعليه دم لتركه الاحرام من الميقات ثم ان خرج إلى الحل قبل الطواف ثم عاد أجزأه لانه قد جمع بين الحل والحرم وان لم يخرج حتى قضى عمرته صح أيضا لانه قد أتى بأركانها وانما اخل بالاحرام من ميقاتها وقد جبره فأشبه من احرم من دون الميقات بالحج وهذا قول ابي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي . والقول الثاني لا تصح عمرته لانه نسك فكان من شرطه الجمع بين الحل والحرم كالحج فعلى هذا وجود هذا الطواف كعدمه وهو باق على احرامه حتى يخرج الى الحل ثم يطوف بعد ذلك ويسعى وان حلق قبل ذلك فعليه دم . وكذلك كل مافعله من محظورات احرامه فعليه فديته . وان وطيء أفسد عمرته ويمضي في فاسدها وعليه دم لافسادها ويقضيها بعمرة من الحل ، ثم ان كانت العمرة التي أفسدها عمرة الاسلام أجزأه قضاؤها عن عمرة الاسلام والا فلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان منزله دون الميقات فميقاته من موضعه)

يعني اذا كان مسكنه أقرب الى مكة من الميقات كان ميقاته مسكنه هذا قول أكثر اهل العلم وبه يقول مالك وطاوس والشافعي وأبو ثور وأصحاب الراي وعن مجاهد قال يهل من مكة ولا يصح فان النبي ﷺ قال في حديث ابن عباس « فمن كان دونهن مهله من أهله » وهذا صريح والعمل به أولى

(فصل) إذا كان مسكنه قرية فالافضل أن يحرم من أبعد جانبيها وان أحرم من أقرب جانبيها جاز وهكذا القول في المواقيت التي وقتها رسول الله ﷺ اذا كانت قرية والحلة كالقرية فيما ذكرنا وان كان مسكنه منفرداً فميقاته مسكنه أو حذوه وكل ميقات فحذوه بمنزلته ، ثم ان كان مسكنه في الحل فاحرامه منه للحج والعمرة معاً ، وان كان في الحرم فاحرامه للعمرة من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم كالمكي وأما الحج فينبغي أن يجوز له الاحرام من أي الحرم شاء كالمكي

(فصل) وان أحرم بالحج من الحل الذي يلي الموقف فعليه دم لانه أحرم من دون الميقات وان أحرم من الجانب الآخر ثم سلك الحرم فلا شيء عليه نص عليه احمد فيمن أحرم بالحج من التنعيم فقال ليس عليه شيء لانه أحرم قبل ميقاته فكان كالمحرم قبل بقية المواقيت وان لم يسلك الحرم فعليه دم لكونه لم يجمع في النسك بين الحل والحرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لم يكن طريقه على ميقات فاذا حاذى أقرب المواقيت اليه أحرم)

وجملة ذلك ان من سلك طريقا بين ميقاتين فانه يجتهد حتى يكون إحرامه بحذو الميقات الذي هو الى طريقه أقرب لماروينا ان أهل العراق قالوا لعمر ان قرنا جور عن طريقنا فقال انظروا حذوها من طريقكم فوقت لهم ذات عرق ولان هذا مما يعرف بالاجتهاد والتقدير فاذا اشتبه دخله الاجتهاد كالقبلة

(فصل) فان لم يعرف حذو الميقات المقارب لطريقه احتاط فأحرم من بعد بحيث يتيقن أنه لم يجاوز الميقات إلا محرما لان الاحرام قبل الميقات جائز وتأخيره عنه لايجوز فالاحتياط فعل مالاشك فيه ولا يلزمه الاحرام حتى يعلم أنه قد حاذاه لان الاصل عدم وجوبه فلا يجب بالشك فان أحرم ثم علم بعد أنه قد جاوز ما يحاذيه من المواقيت غير محرم فعليه دم وإن شك في أقرب الميقاتين اليه فالحكم في ذلك على ماذكرنا في المسئلة قبلها وإن كانتا متساويتين في القرب اليه أحرم من حذو أبعدهما

﴿ مسئلة ﴾ (قال وهذه المواقيت لاهلها ولمن مر عليها من غير أهلها ممن أراد حجا أوعمرة)

وجملة ذلك أن من سلك طريقا فيها ميقات فهو ميقاته فاذا حج الشامي من المدينة فمر بذي الحليفة فهي ميقاته وإن حج من اليمن فميقاته يلملم وإن حج من العراق فميقاته ذات عرق وهكذا كل من مر على ميقات غير ميقات بلده صار ميقاتا له سئل احمد عن الشامي يمر بالمدينة يريد الحج من أين يهل قال من ذي الحليفة قيل فان بعض الناس يقول يهل من ميقاته من الجحفة فقال سبحان الله أليس يروي ابن عباس عن النبي ﷺ « هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن » وهذا قول الشافعي واسحاق وقال أبو ثور في الشامي يمر بالمدينة له أن يحرم من الجحفة وهو قول أصحاب الرأي وكانت عائشة إذا أرادت الحج أحرمت من ذى الحليفة وإذا أرادت العمرة أحرمت من الجحفة ولعلهم يحتجون بان النبي ﷺ وقت لاهل الشام الجحفة

ولنا قول النبي ﷺ « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن » ولانه ميقات فلم يجز تجاوزه بغير إحرام لمن يريد النسك كسائر المواقيت وخبرهم أريد به من لم يمر على ميقات آخر بدليل مالو

﴿ مسئلة ﴾ (ومن لم يكن طريقه على ميقات فاذا حاذى أقرب المواقيت اليه أحرم)

ومن سلك طريقا بين ميقاتين اجتهد حتى يكون احرامه بحذو الميقات الذي هو أقرب الى طريقه لان أهل العراق حين قالوا لعمر رضي الله عنه إن قرنا جور عن طريقنا قال انظروا حذوها من طريقكم ، فوقت لهم ذات عرق ولان هذا مما يعرف بالاجتهاد والتقدير فان اشتبه دخله الاجتهاد كالقبلة وإن لم يعرف حذو الميقات المقارب لطريقه احتاط فاحرم من بعد بحيث يتيقن انه لم يجاوز الميقات الا محرما لان الاحرام قبل الميقات جائز وتأخيره عنه غير جائز فالاحتياط فعل ماذكرنا ولا يلزمه

مر بميقات غير ذي الحليفة لم يجز له تجاوزه بغير إحرام بغير خلاف وقد روى سعيد عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ وقت لمن ساحل من أهل الشام الجحفة ولا فرق بين الحج والعمرة في هذا لقول النبي ﷺ « فهن لهن ولمن أتي عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجا أو عمرة »

(فصل) فان مر من غير طريق ذي الحليفة فميقاته الجحفة سواء كان شاميا أومدنيا لما روى أبو الزبير أنه سمع جابراً يسأل عن المهل فقال سمعته أحسبه رفع الى النبي ﷺ يقول « مهل أهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الآخر من الجحفة » رواه مسلم ولانه مر على أحد المواقيت دون غيره فلم يلزمه الاحرام قبله كسائر المواقيت ويحتمل أن أبا قتادة حين أحرم أصحابه دونه في قصة صيده للحمار الوحشي إنما ترك الاحرام لكونه لم يمر على ذي الحليفة فأخر إحرامه إلى الجحفة إذ لو مر عليها لم يجز له تجاوزها من غير إحرام ويمكن حمل حديث عائشة في تأخيرها إحرام العمرة إلى الجحفة على هذا وانها لا تمر في طريقها على ذي الحليفة لئلا يكون فعلها مخالفا لقول رسول الله ﷺ ولسائر أهل العلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال والاختيار أن لا يحرم قبل ميقاته فان فعل فهو محرم)

لاخلاف في أن من أحرم قبل الميقات يصير محرما تثبت في حقه أحكام الاحرام قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من أحرم قبل الميقات أنه محرم ولكن الافضل الاحرام من الميقات ويكره قبله روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وبه قال الحسن وعطاء ومالك واسحاق وقال أبو حنيفة الافضل الاحرام من بلده وعن الشافعي كالمذهبين وكان علقمة والاسود وعبد الرحمن وأبو اسحاق يحرمون من بيوتهم واحتجوا بما روت أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أهل بحجة أو عمرة من المسجد الاقصى إلى المسجد الحرام غفر له ماتقدم من ذنبه وما تأخر - أو - وجبت له الجنة » شك عبد الله أيهما قال رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه « من أهل بعمرة من بيت المقدس غفر له » وأحرم ابن عمر من إيليا وروى النسائي وأبو داود باسناديهما عن الضبي بن معبد قال أهللت بالحج والعمرة فلما أتيت العذيب لقيني سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهل بهما فقال (أحدهما) ماهذا بافقه من بعيره فأتيت عمر فذكرت له ذلك فقال هديت لسنة نبيك ﷺ وهذا احرام به قبل الميقات وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما في قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) إتما مهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك

ولنا أن النبي ﷺ وأصحابه أحرموا من الميقات ولا يفعلون إلا الافضل فان قيل إنما فعل هذا لتبيين

الاحرام حتى يعلم أنه قد حاذاه لان الاصل عدم وجوبه فلا يجب بالنسك فان أحرم ثم علم بعد أنه

الجواز قلنا قد حصل بيان الجواز بقوله كما في سائر المواقيت ثم لوكان كذلك لكان أصحاب النبي ﷺ وخلفاؤه يحرمون من بيوتهم ولما تواطؤا على ترك الافضل واختيار الادنى وهم أهل التقوى والفضل وأفضل الخلق ولهم من الحرص على الفضائل والدرجات .الهم وقدروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن أبي أيوب قال قال رسول الله ﷺ « يستمتع أحدكم بحله ما استطاع فانه لايدري ما يعرض له في احرامه » وروى الحسن أن عمران بن حصين أحرم من مصره فبلغ ذلك عمر فغضب وقال يتسامع الناس أن رجلا من اصحاب رسول الله ﷺ أحرم من مصره: وقال ان عبدالله بن عامر أحرم من خراسان فلما قدم على عثمان لامه فيما صنع وكرهه له رواهما سعيد والأثرم قال البخاري كره عثمان أن يحرم من خراسان أو كرمان ولانه أحرم قبل الميقات فكره كالاحرام بالحج قبل أشهره ولانه تغرير بالاحرام وتعرض لفعل محظوراته وفيه مشقة على النفس فكره كالوصال في الصوم قال عطاء انظروا هذه المواقيت التي وقتت لكم فخذوا برخصة الله فيها فانه عسى أن يصيب أحدكم ذنبا في احرامه فيكون أعظم لوزره فان الذنب في الاحرام أعظم من ذلك فاما حديث الاحرام من بيت المقدس ففيه ضعف يرويه ابن أبي فديك ومحمد بن اسحاق وفيهما مقال ويحتمل اختصاص هذا ببيت المقدس دون غيرها ليجمع بين الصلاة في المسجدين في احرام واحد ولذلك أحرم ابن عمر منه ولم يكن يحرم من غيره الا من الميقات وقول عمر للضبي هديت لسنة نبيك يعني في القران فالجمع بين الحج والعمرة لا في الاحرام من قبل الميقات فان سنة النبي ﷺ الاحرام من الميقات بين ذلك بفعله وقوله وقد بين أنه لم يرد ذلك انكاره على عمران بن حصين احرامه من مصره وأما قول عمر وعلي فانهما قالا اتمام العمرة أن تنشئها من بلدك ومعناه أن تنشيء لها سفراً من بلدك تقصد له ليس أن تحرم بها من أهلك قال أحمد كان سفيان يفسره بهذا وكذلك فسره به احمد ولا يصح أن يفسر بنفس الاحرام فان النبي ﷺ وأصحابه ما أحرموا بها من بيوتهم وقد أمرهم الله باتمام العمرة فلو حمل قولهم على ذلك لكان النبي ﷺ وأصحابه تاركين لامر الله ثم إن عمر وعليا ما كانا يحرمان الا من الميقات أفتراهما يريان أن ذلك ليس باتمام لها ويفعلانه؟ هذا لا ينبغي أن يتوهمه أحد ولذلك أنكر عمر على عمران احرامه من مصره واشتد عليه وكره أن يتسامع الناس مخافة أن يؤخذ به افتراه كره اتمام العمرة واشتد عليه أن يأخذ الناس بالافضل؟ هذا لا يجوز فيتعين حمل قولهما في ذلك على ما حمله عليه الأئمة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد الاحرام فجاوز الميقات غير محرم رجع فاحرم من الميقات فان أحرم من مكانه فعليه دم وان رجع محرما الى الميقات)

وجملة ذلك أن من جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم فعليه أن يرجع اليه ليحرم منه ان أمكنه سواء تجاوزه عالمًا به أو جاهلا علم تحريم ذلك أو جهله فان رجع اليه فاحرم منه فلا شيء عليه

قد جاوز ما يحاذي الميقات غير محرم فعليه دم وان شك في أقرب الميقاتين اليه فالحكم فيه كالحكم

لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول جابر بن يزيد والحسن وسعيد بن جبير والثوري والشافعي وغيرهم لانه احرم من الميقات الذي أمر بالاحرام منه فلم يلزمه شيء كما لو لم يتجاوزه وان أحرم من دون الميقات فعليه دم سواء رجع الى الميقات او لم يرجع وبهذا قال مالك وابن المبارك وظاهر مذهب الشافعي انه ان رجع الى الميقات فلا شيء عليه الى ان يكون قد تلبس بشيء من أفعال الحج كالوقوف وطواف القدوم فيستقر الدم عليه لانه حصل محرما في الميقات قبل التلبس بافعال الحج فلم يلزمه دم كما لو أحرم منه وعن أبي حنيفة إن رجع الى الميقات فلبى سقط عنه الدم وان لم يلب لم يسقط وعن عطاء والحسن والنخعي لا شيء على من ترك الميقات وعن سعيد بن جبير لا حج لمن ترك الميقات

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « من ترك نسكا فعليه دم » روي موقوفا ومرفوعا ولأنه أحرم دون ميقاته فاستقر عليه الدم كما لو لم يرجع أو كما لو طاف عند الشافعي أو كما لو لم يلب عند أبي حنيفة ولانه ترك الاحرام من ميقاته فلزمه الدم كما ذكرنا ولان الدم وجب لتركه الاحرام من الميقات ولا يزول هذا برجوعه ولا بتلبيته وفارق ما اذا رجع قبل احرامه فاحرم منه فانه لم يترك الاحرام منه ولم يهتكه

(فصل) ولو أفسد المحرم من دون الميقات حجه لم يسقط عنه الدم وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الثوري وأصحاب الرأي يسقط لان القضاء واجب

ولنا أنه واجب عليه بموجب هذا الاحرام فلم يسقط بوجوب القضاء كبقية المناسك وكجزاء الصيد

(فصل) فاما المجاوز للميقات ممن لا يريد النسك فعلى قسمين (احدهما) لا يريد دخول الحرم بل يريد حاجة فيما سواه فهذا لا يلزمه الاحرام بغير خلاف ولا شيء عليه في ترك الاحرام وقد أتى النبي ﷺ واصحابه بدرا مرتين وكانوا يسافرون للجهاد وغيره فيمرون بذي الحليفة فلا يحرمون ولا يرون بذلك بأساً ثم متى بدا لهذا الاحرام وتجدد له العزم عليه أحرم من موضعه ولا شيء عليه هذا ظاهر كلام الخرقي وبه يقول مالك والثوري والشافعي وصاحبا أبي حنيفة وحكى

في المسئلة قبلها فان كانا متساويين في القرب اليه أحرم من حذو أبعدهما

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن أراد دخول مكة تجاوز الميقات بغير احرام الا لقتال مباح أو حاجة متكررة كالحطاب ونحوه ثم إن بدا له النسك أحرم من موضعه)

من تجاوز الميقات ممن لا يريد النسك ينقسم قسمين

(أحدهما) من لا يريد دخول الحرم فهذا لا يلزمه الاحرام بغير خلاف ولا شيء عليه في تركه فان النبي ﷺ وأصحابه أتوا بدراً مرتين وكانوا يسافرون للجهاد وغيره فيمرون بذي الحليفة غير محرمين ولا يرون بذلك بأسا فان بدا لهذا الاحرام أحرم من موضعه ولا شيء عليه ، وهذا ظاهر

ابن المنذر عن احمد في الرجل يخرج لحاجة وهو لا يريد الحج فجاوز ذا الحليفة ثم أراد الحج يرجع الى ذي الحليفة فيحرم وبه قال اسحاق ولانه أحرم من دون الميقات فلزمه الدم كالذي يريد دخول الحرم والاول أصح ، وكلام أحمد يحمل على من يجاوز الميقات ممن يجب عليه الاحرام لقول النبي ﷺ « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجا أو عمرة » ولانه حصل دون الميقات على وجه مباح فكان له الاحرام منه كاهل ذلك المكان ولان هذا القول يفضي إلى أن من كان منزله دون الميقات اذا خرج الى الميقات ثم عاد الى منزله واراد الاحرام لزمه الخروج الى الميقات ولا قائل به وهو مخالف لقول رسول الله ﷺ « ومن كان منزله دون الميقات فمهله من أهله »

(القسم الثاني) من يريد دخول الحرم اما الى مكة أو غيرها فهم على ثلاثة اضرب (احدها) من يدخلها لقتال مباح أو من خوف او لحاجة متكررة كالحشاش والحطاب وناقل الميرة والفيج ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه اليها فهؤلاء لا احرام عليهم لان النبي ﷺ دخل يوم الفتح مكة حلالا وعلى رأسه المغفر وكذلك أصحابه ولم نعلم أحدا منهم احرم يومئذ ولو أوجبنا الاحرام على كل من يتكرر دخوله افضي الى أن يكون جميع زمانه محرما فسقط للحرج وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لاحد دخول الحرم بغير احرام إلا من كان دون الميقات لانه يجاوز الميقات مريداً للحرم فلم يجز بغير احرام كغيره

كلام الخرقي وبه يقول مالك والثوري والشافعي وصاحبا أبي حنيفة وحكى ابن المنذر عن الامام أحمد رحمه الله تعالى في الرجل يخرج لحاجة وهو لايريد الحج فجاوز ذا الحليفة ثم أراد الحج يرجع الى ذي الحليفة فيحرم وبه قال اسحاق لانه احرم من دون الميقات فلزمه الدم كالذي يريد دخول الحرم والاول أصح وكلام احمد يحمل على من يجاوز الميقات ممن يجب عليه الاحرام لقول النبي ﷺ «فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد الحج أو العمرة » ولانه حصل دون الميقات على وجه مباح فكان له الاحرام منه كاهل ذلك المكان ولان هذا القول يفضي الى من كان منزله دون الميقات اذا خرج الى الميقات ثم عاد الى منزله وأراد الاحرام لزمه الخروج الى الميقات ولا قائل به ولانه مخالف لقول رسول الله ﷺ « ومن كان منزله دون الميقات فمهله من أهله »

(القسم الثاني) من يريد دخول الحرم الى مكة أو غيرها وهم على ثلاثة أضرب

(أحدها) من يدخلها لقتال مباح أو من خوف أو لحاجة كالحطاب والحشاش وناقل الميرة والفيج ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه اليها فلا احرام عليهم لان النبي ﷺ دخل يوم فتح مكة حلالا وعلى رأسه المغفر وكذلك أصحابه ولم يعلم أن احداً منهم أحرم ولأ نا لو اوجبنا الاحرام على من يتكرر دخوله أفضى الى ان يكون في جميع زمنه محرما فسقط للحرج ، وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لاحد دخول الحرم بغير احرام الا من كان دون الميقات لانه يجاوز الميقات مريدا للحرم فلم يجز بغير احرام

ولنا ما ذكرناه وقد روى الترمذي أن النبي ﷺ دخل يوم الفتح مكة وعلى رأسه عمامة سوداء وقال هذا حديث حسن صحيح ومتي أراد هذا النسك بعد مجاوزة الميقات احرم من موضعه كالقسم الذي قبله وفيه من الخلاف ما فيه

(النوع الثاني) من لا يكلف الحج كالعبد والصبي والكافر اذا أسلم بعد مجاوزة الميقات أو عتق العبد وبلغ الصبي وأرادوا الاحرام فانهم يحرمون من موضعهم ولا دم عليهم وبهذا قال عطاء ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وهو قول أصحاب الرأي في الكافر يسلم والصبي يبلغ وقالوا في العبد عليه دم وقال الشافعي في جميعهم على كل واحد منهم دم وعن أحمد في الكافر يسلم كقوله ويتخرج في الصبي والعبد كذلك قياسا على الكافر يسلم لانهم تجاوزوا الميقات بغير احرام وأحرموا دونه فلزمهم الدم كالمسلم البالغ العاقل

ولنا أنهم أحرموا من الموضع الذي وجب عليهم الاحرام منه فاشبهوا المكي ومن قريته دون الميقات اذا أحرم منها وفارق من يجب عليه الاحرام اذا تركه لانه ترك الواجب عليه

(النوع الثالث) المكلف الذي يدخل لغير قتال ولا حاجة متكررة فلا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم وبه قال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا يجب الاحرام عليه وعن احمد ما يدل على ذلك وقد روي عن ابن عمر أنه دخلها بغير احرام ولانه أحد الحرمين فلم يلزم الاحرام

ولنا ما ذكرنا من النص والمعنى ، وقد روى الترمذي باسناده أن النبي ﷺ دخل يوم فتح مكة وعلى رأسه عمامة سوداء ، وقال حديث حسن صحيح ومتى أراد هذا النسك بعد مجاوزة الميقات أحرم من موضعه كالقسم الذي قبله وفيه من الخلاف مافيه

(الضرب الثاني) من لا يجب عليه الحج كالعبد والصبي والكافر اذا أسلم بعد تجاوز الميقات أو عتق العبد أو بلغ الصبي وأرادوا الاحرام فانهم يحرمون من موضعهم ولا دم عليهم وبه قال عطاء ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وبه قال أصحاب الرأي في الكافر يسلم والصبي يبلغ وقالوا في العبد عليه دم وقال الشافعي في جميعهم على كل واحد منهم دم وعن احمد في الكافر يسلم كقوله واختارها أبو بكر ، وقال القاضي وهي أصح ويتخرج في الصبي والعبد كذلك قياساً على الكافر يسلم لأنهم تجاوزوا الميقات بغير احرام واحرموا دونه فوجب الدم كالمسلم البالغ العاقل

ولنا أنهم احرموا من الموضع الذي وجب عليهم الاحرام منه فاشبهوا المكي ومن قريته دون الميقات اذا أحرم منها وفارق من يجب عليه الاحرام اذا تركه لانه ترك الواجب عليه

(الضرب الثالث) المكلف الذي يدخل لغير قتال ولا حاجة متكررة فلا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم ، وبه قال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لايجب الاحرام عليه ، وعن أحمد مايدل على ذلك لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه دخلها بغير احرام ، ولانه أحد الحرمين

لدخوله كحرم المدينة ولان الوجوب من الشرع ولم يرد من الشارع ايجاب ذلك على كل داخل فبقي على الاصل ووجه الاولى أنه لو نذر دخولها لزمه الاحرام ولو لم يكن واجبا لم يجب بنذر الدخول كسائر البلدان اذا ثبت هذا فمتى أراد هذا الاحرام بعد تجاوز الميقات رجع فاحرم منه فان أحرم من دونه فعليه دم كالمريد للنسك

(فصل) ومن دخل الحرم بغير احرام ممن يجب عليه الاحرام فلا قضاء عليه وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يأتي بحجة أو عمرة فان أتى بحجة الاسلام في سنته أو منذورة أو عمرة أجزأته عن عمرة الدخول استحسانا لان مروره على الميقات مريداً للحرم يوجب الاحرام فاذا لم يأت به وجب قضاؤه كالمنذور

ولنا أنه مشروع لتحية البقعة فاذا لم يأت به سقط كتحية المسجد فان قيل تحية المسجد غير واجبة قلنا إلا أن النوافل المرتبات تقضى وإنما سقط القضاء لما ذكرنا فأما إن تجاوز الميقات ورجع ولم يدخل الحرم فلا قضاء عليه بغير خلاف نعلمه سواء أراد النسك أو لم يرده

(فصل) ومن كان منزله دون الميقات خارجا من الحرم فحكمه في مجاوزة قريته إلى ما يلي الحرم حكم المجاوز للميقات في هذه الاحوال الثلاث لان موضعه ميقاته فهو في حقه كالمواقيت الخمسة في حق الآفاقي

شبه حرم المدينة ، ولان الوجوب من الشارع ولم يرد به إيجاب ذلك على كل داخل فيبقى على الاصل

ولنا أنه لو نذر دخولها لزمه الاحرام ، ولو لم يكن واجباً لم يجب بنذر الدخول كسائر البلدان اذا ثبت ذلك فمتى أراد الاحرام بعد تجاوز الميقات فالحكم فيه كمن تجاوزه مريد النسك

(فصل) ومن دخل الحرم بغير احرام ممن يريد الاحرام فلا قضاء عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يأتي بحج أو عمرة ، فان أتى بحجة الاسلام في سنته أو منذورة أو عمره اجزأه عن عمرة الدخول استحساناً لان مروره على الميقات مريداً للحرم يوجب الاحرام ، فاذا لم يأت به وجب قضاؤه كالنذر ولنا انه مشروع لتحية البقعة فاذا لم يأت به سقط كتحية المسجد فان قيل تحية المسجد غير واجبة قلنا الا ان النوافل المرتبات تقضي وانما سقط القضاء لما ذكرنا فاما أن تجاوز الميقات ورجع قبل دخول الحرم فلا قضاء عليه بغير خلاف سواء أراد النسك أولا

(فصل) ومن كان منزله دون الميقات خارجا من الحرم فحكمه في مجاوزة قريته الى ما يلي الحرم حكم المجاوز الميقات في الاحوال الثلاث لان موضعه ميقاته فهو في حقه كالمواقيت لاهل الآفاق

﴿ مسئلة ﴾ (ومن جاوزه مريداً للنسك غير محرم رجع من الميقات فأحرم منه ، فان أحرم من موضعه فعليه دم وإن رجع إلى الميقات)

وجملته أن من جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم يجب عليه أن يرجع إلى الميقات ليحرم منه اذا أمكنه لانه واجب أمكنه فعله فلزمه كسائر الواجبات ، وسواء تجاوزه عالماً به أو جاهلا علم تحريم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن جاوز الميقات غير محرم فخشي إن رجع الى الميقات فاته الحج أحرم من مكانه وعليه دم)

ذلك أو جهله ، فان رجع اليه فأحرم منه فلا شيء عليه لا نعلم في ذلك خلافا ، وبه قال جابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير والثوري والشافعي لأنه أحرم من الميقات الذي أمر بالاحرام منه فلم يلزمه شيء كما لو لم يتجاوزه ، وإن أحرم من دون الميقات فعليه دم سواء رجع إلى الميقات أو لم يرجع ، وبه قال مالك وابن المبارك وظاهر مذهب الشافعي أنه إن رجع إلى الميقات فلا دم عليه إلا أن يكون قد تلبس بشيء من أفعال الحج كالوقوف وطواف القدوم فيستقر الدم عليه ، قالوا لانه حصل محرما في الميقات قبل التلبس بأفعال الحج فلم يلزمه دم كما لو أحرم عنه ، وعن أبي حنيفة إن رجع إلى الميقات فلبي سقط عنه الدم ، وإن لم يلب لم يسقط عنه ، وعن عطاء والحسن والنخعي لاشيء على من ترك الميقات

ولنا ماروى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال « من ترك نسكا فعليه دم » روي موقوفا ومرفوعا ، ولأنه أحرم دون ميقاته واستقر عليه الدم كما لو لم يرجع أو كما لو طاف عند الشافعي ، وكما لو لم يلب عند ابي حنيفة ، ولان الدم وجب بتركه الاحرام من الميقات ولا يزول هذا برجوعه ولا بتلبيته لان الاصل بقاء ماوجب وفارق ماإذا رجع قبل احرامه فأحرم منه ، فانه لم يترك الاحرام منه ولم يهتكه

(فصل) ولو أفسد المحرم من دون الميقات حجه لم يسقط عنه الدم ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يسقط لان القضاء واجب

ولنا أنه وجب عليه بموجب هذا الاحرام فلم يسقط بوجوب القضاء كبقية المناسك وكجزاء الصيد

(فصل) وإن جاوز الميقات غير محرم وخشي إن رجع إلى الميقات فوات الحج جاز أن يحرم من موضعه بغير خلاف نعلمه ويجزئه الحج إلا أنه روي عن سعيد بن جبير . من ترك الميقات فلا حج له : والاول مذهب الجمهور لأنه لو كان من أركان الحج لم يختلف باختلاف الناس والاماكن كالوقوف والطواف ، واذا أحرم من دون الميقات عند خوف الفوات فعليه دم لا نعلم فيه خلافا عند من أوجب الاحرام من الميقات لحديث ابن عباس ، وانما أبحنا له الاحرام من موضعه مراعاة لادراك الحج فان مراعاة ذلك أولى من مراعاة واجب فيه مع فواته ، ومن لم يمكنه الرجوع لعدم الرفقة أو الخوف من عدو ، أو لص ، أو مرض ، أو لا يعرف الطريق ونحو هذا مما يمنع الرجوع فهو كالخائف الفوات في أنه يحرم من موضعه وعليه دم

﴿ مسئلة ﴾ (والاختيار أن لا يحرم قبل ميقاته ولا يحرم بالحج قبل أشهره فان فعل فهو محرم)

لا خلاف في أن من خشي فوات الحج برجوعه إلى الميقات أنه يحرم من موضعه فيما نعلمه إلا أنه روي عن سعيد بن جبير من ترك الميقات فلا حج له وما عليه الجمهور أولى فانه لو كان من أركان الحج لم يختلف باختلاف الناس والاماكن كالوقوف والطواف واذا أحرم من دون الميقات عند خوف

الافضل الاحرام من الميقات ويكره قبله روي نحو ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وعطاء ومالك واسحاق ، وقال أبو حنيفة : الافضل الاحرام من بلده ، وعن الشافعي كالمذهبين ، وكان علقمة والاسود وعبد الرحمن يحرمون من بيوتهم ، واحتجوا بما روي عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أهل بحجة أو عمرة من المسجد الاقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر - أو - وجبت له الجنة » شك عبدالله أيتهما قال رواه أبو داود ، وأحرم ابن عمر من ايلياء ، وروى النسائي وأبو داود باسنادهما عن الضبي بن معبد قال : أهللت بالحج والعمرة فلما أتيت العذيب لقيني سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهل بهما فقال أحدهما : ماهذا بأفقه من بعيره فأتيت عمر فذكرت ذلك له فقال لي : هديت لسنة نبيك ﷺ وهذا احرام به قبل الميقات ، وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما في قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) انما هو أن تحرم بهما من دويرة أهلك

ولنا أن النبي ﷺ وأصحابه أحرموا من الميقات ولا يفعلون إلا الافضل[1] فان قيل انما فعل ليبين الجواز قلنا قد حصل بيان الجواز بقوله كما في سائر المواقيت ، ثم لو كان كذلك لكان أصحاب النبي ﷺ وخلفاؤه يحرمون من بيوتهم ولما تواطؤا على ترك الافضل واختيار الادنى وهم أفضل الخلق ولهم من الحرص على الفضائل والدرجات مالهم ، وروى أبو يعلى الموصلي باسناده عن ابي أيوب رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « يستمتع أحدكم بحله ما استطاع فانه لايدري مايعرض له في احرامه » وروى الحسن أن عمران بن حصين أحرم من مصره فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فغضب وقال : يتسامع الناس أن رجلا من أصحاب رسول الله ﷺ أحرم من مصره ، وقال إن عبدالله بن عامر أحرم من خراسان فلما قدم على عثمان رضي الله عنه لامه فيما صنع وكرهه له . رواهما سعيد والأثرم ، وقال البخاري كره عثمان أن يحرم من خراسان أو كرمان ، ولأنه أحرم قبل الميقات فكره كالاحرام بالحج قبل أشهره ، ولانه تغرير بالاحرام وتعريض لفعل محظوراته وفيه مشقة على النفس فكره كالوصال في الصوم ، قال عطاء انظروا هذه المواقيت التي وقت لكم فخذوا برخص الله فيها ، فانه عسى أن يصيب أحدكم ذنباً في احرامه فيكون أعظم لوزره فان الذنب في الاحرام أعظم من ذلك فأما حديث الاحرام من بيت المقدس ففيه ضعف يرويه ابن أبي فديك ومحمد بن اسحاق وفيهما مقال ويحتمل اختصاص هذا ببيت المقدس دون غيره ليجمع بين الصلاة في المسجدين في احرام واحد ، ولذلك أحرم ابن عمر منه ولم يكن يحرم من غيره إلا من الميقات ، وقول عمر رضي الله عنه للضبي :

«١» ذكر الشاطبي في الاعتصام ماملخصه : ان رجلا ذكر للامام مالك انه يريد الاحرام من مسجد النبي «ص» فقال له بل من ذي الحليفة فعاد إلى قوله فقال له لا تفعل فاني أخاف عليك الفتنة — قال وأي فتنة في هذا وإنما هي أميال أزيدها؟ قال : وهل طاف النبي « ص » إلا من ذي الحليفة ؟ أفتزعم انك تأتي بأفضل مما جاء به ؟ وقرأ (فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم)

الفوات فعليه دم لا نعلم فيه خلافا عند من أوجب الاحرام من الميقات لقول النبي ﷺ « من ترك نسكا فعليه دم » وانما أبحنا له الاحرام من موضعه مراعاة لادراك الحج فان مراعاة ذلك أولى من

هديت لسنة نبيك - يعني في الجمع بين الحج والعمرة لافي الاحرام من قبل الميقات ، فان سنة النبي ﷺ الاحرام من الميقات بين ذلك بفعله وقوله ، وقد تبين أنه لم يرد ذلك بانكاره على عمران بن حصين حين أحرم من مصره ، وأما قول عمر وعلي رضي الله عنهما فانما قالا اتمام العمرة أن تنشئها من بلدك ، يعني أن تنشيء لها سفراً من بلدك تقصد له ليس أن تحرم بها من أهلك، قال احمد كان سفيان يفسره بهذا ، وكذلك فسره به أحمد ولا يصح أن يفسر بنفس الاحرام لأن النبي ﷺ وأصحابه ماأحرموا بها من بيوتهم ، وقد أمرهم سبحانه باتمام العمرة ، فلو حمل قولهم على ذلك لكان النبي ﷺ وأصحابه تاركين الامر ، ثم إن عمر وعلياً ماكانا يحرمان إلا من الميقات افتراهما يريان أن ذلك ليس باتمام لها ويفعلانه ؟ هذا لاينبغي أن يتوهمه أحد ، ولذلك أنكر عمر على عمران احرامه من مصره واشتد عليه وكره أن يتسامع الناس مخافة أن يؤخذ به افتراه كره اتمام العمرة واشتد عليه أن يأخذ الناس بالافضل ؟ هذا لايجوز فتعين حمل قولها على ماحملناه عليه الائمة

(فصل) ويكره الاحرام بالحج قبل أشهره بغير خلاف علمناه لكونه احراما به قبل وقته فأشبه الاحرام به قبل ميقاته بل الكراهة هنا أشد لان في صحته اختلافا فان أحرم بالحج قبل ميقات المكان صح احرامه بغير خلاف علمناه الا أنه يكره ذلك وقد ذكرناه وان أحرم به قبل أشهره صح أيضاً اذا بقي على احرامه الى وقت الحج نص عليه احمد في رواية جماعة ، وهو قول النخعي والثوري وأبي حنيفة ومالك واسحاق ، وقال عطاء وطاوس ومجاهد والشافعي يجعله عمرة وذكر القاضي في الشرح رواية مثل ذلك واختارها ابن حامد لقول الله تعالى (الحج أشهر معلومات) تقديره وقت الحج أو أشهر الحج من قبيل حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه واذا ثبت أنه وقته لم يصح تقديمه عليه كأوقات الصلوات

ولنا قوله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) يدل على أن جميع الاشهر ميقات [1] ولأنه أحد النسكين فجاز الاحرام به في جميع السنة كالعمرة وأحد الميقاتين فصح الاحرام قبله كميقات المكان والآية محمولة على أن الاحرام به انما يستحب فيها

﴿مسئلة﴾ (وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وهو ميقات الزمان للحج)

هذا قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وعطاء ومجاهد والحسن والشعبي والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي وروى عن عمر وابنه وابن عباس أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة ، وهو قول مالك لان أقل الجمع ثلاثة ، وقال الشافعي آخر أشهر الحج ليلة النحر وليس

«١» هذا ضعيف جدا ولو صح لجاز صيام رمضان في شهر آخر فان قوله تعالى (الحج أشهر معلومات) لا يختلف عن تعيين شهر رمضان باسمه فان قوله معلومات كتسميتها سواء

مراعاة واجب فيه مع فواته ومن لم يمكنه الرجوع لعدم الرفقة أو الخوف من عدو أو لص أو مرض أو لا يعرف الطريق ونحوهذا مما يمنع الرجوع فهو كخائف الفوات في أنه يحرم من موضعه وعليه دم

باب ذكر الاحرام

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ومن أراد الحج وقد دخل أشهر الحج فاذا بلغ الميقات فالاختيار له أن يغتسل)

قوله وقد دخل أشهر الحج يدل على أنه لا ينبغي أن يحرم بالحج قبل أشهره وهذا هو الاولى فان الاحرام بالحج قبل أشهره مكروه لكونه إحراما به قبل وقته فأشبه الاحرام به قبل ميقاته ولان في صحته اختلافا فان أحرم به قبل أشهره صح واذا بقي على إحرامه إلى وقت الحج جاز نص عليه أحمد وهو قول النخعي ومالك والثوري وأبي حنيفة واسحاق وقال عطاء وطاوس ومجاهد والشافعي يجعله عمرة لقول الله تعالى (الحج أشهر معلومات) تقديره وقت الحج اشهر او اشهر الحج أشهر معلومات فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه ومتى ثبت أنه وقته لم يجز تقديم إحرامه عليه كاوقات الصلوات

يوم النحر منها لقوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) ولا يمكن فرضه بعد ليلة النحر

ولنا قول النبي ﷺ « يوم الحج الاكبر يوم النحر » رواه أبو داود فكيف يجوز أن يكون يوم الحج الاكبر ليس من أشهره ؟ ولانه قول من سمينا من الصحابة ولان يوم النحر فيه ركن الحج وهو طواف الزيارة وفيه رمي جمرة العقبة والحلق والنحر والسعي والرجوع الى منى وما بعده ليس من أشهره لانه ليس بوقت لاحرامه ولا لاركانه [1] فهو كالمحرم ولا يمنع التعبير بلفظ الجمع عن شيئين وبعض الثالث فقد قال الله تعالى (يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) والقروء الطهر عند مالك ولو طلقها في طهر احتسبت بنفسه ويقول العرب ثلاث خلون من ذي الحجة وهم في الثالثة وقوله تعالى (فرض فيهن الحج) أي في أكثرهن والله تعالى أعلم.

(فصل) فأما العمرة فكل الزمان ميقات لها ولا يكره الاحرام بها في يوم النحر وعرفة وأيام التشريق في أشهر الروايتين وعنه يكره وبه قال أبو حنيفة

ولنا أنه زمان لاحرام الحج فلم يكره فيه إحرام العمرة كغيره

﴿ باب الاحرام ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (يستحب لمن أراد الاحرام أن يغتسل ويتنظف ويتطيب ويلبس ثوبين أبيضين نظيفين ازارا أو رداء ويتجرد عن المخيط)

«١» فيه ان أيام التشريق مثل يوم النحر في جواز فعل طواف الركن فيها وأن رمي بقية الجمار من أعمال الحج كرمي جمرة العقبة

ولنا قول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فدل على أن جميع الاشهر ميقات [1] ولانه أحد نسكي القران فجاز الاحرام به في جميع السنة كالعمرة أو أحد الميقاتين فصح الاحرام قبله كميقات المكان والآية محمولة على ان الاحرام به انما يستحب فيها

وعلى كل حال فمن أراد الاحرام استحب له أن يغتسل قبله في قول أكثر أهل العلم منهم طاوس والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه أنه رأى النبي ﷺ تجرد لاهلاله واغتسل رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وثبت أن النبي ﷺ أمر أسماء بنت عميس وهي نفساء أن تغتسل عند الاحرام وأمر عائشة أن تغتسل عند الاهلال بالحج وهي حائض ولان هذه العبادة يجتمع لها الناس فسن لها الاغتسال كالجمعة وليس ذلك واجبا في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن الاحرام جائز بغير اغتسال وانه غير واجب وحكي عن الحسن أنه قال : إذا نسي الغسل يغتسل اذا ذكر وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله قيل له عن بعض أهل المدينة من ترك الغسل عند الاحرام فعليه دم لقول النبي ﷺ لاسماء وهي نفساء اغتسلي فكيف الطاهر ؟ فاظهر التعجب من هذا القول، وكان ابن عمر يغتسل أحيانا ويتوضأ أحيانا وأي ذلك فعل أجزأه ولا يجب الاغتسال ولا نقل الامر به الا لحائض أو نفساء ولو كان واجبا لأمر به غيرهما ولانه لأمر مستقبل فأشبه غسل الجمعة

(فصل) فان لم يجد ماء لم يسن له التيمم وقال القاضي يتيمم لانه غسل مشروع فناب عنه التيمم كالواجب ولنا أنه غسل مسنون فلم يستحب التيمم عند عدمه كغسل الجمعة وما ذكره منتقض بغسل

يستحب لمن أراد الاحرام أن يغتسل قبله وهو قول طاوس والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لما روى زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه رأى النبي ﷺ تجرد لاهلاله واغتسل . رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وثبت أن النبي ﷺ أمر أسماء بنت عميس وهي نفساء أن تغتسل عند الاحرام ، ولان هذه العبادة يجتمع لها الناس فسن لها الاغتسال كالجمعة ، وليس ذلك واجباً في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الاحرام جائز بغير اغتسال وأنه غير واجب

وحكي عن الحسن أنه قال : اذا نسي الغسل يغتسل اذا ذكر ، قال الأثرم سمعت أباعبدالله قيل له عن بعض أهل المدينة من ترك الاغتسال عند الاحرام فعليه دم لقول النبي ﷺ لاسماء «اغتسلي فكيف الطاهر ؟ فأظهر التعجب من هـذا القول ، وكان ابن عمر يغتسل أحياناً ويتوضأ أحيانا وأي ذلك فعل اجزأه ولا أوجب [1] الاغتسال ولا أمر به إلا لحائض أو نفساء ، ولو كان واجبا لأمر به غيرهما ، ولأ نه لامر مستقبل فأشبه غسل الجمعة ، فان لم يجد ماء ، فقال القاضي يتيمم لأنه غسل مشروع فناب التيمم عنـه كالواجب ، والصحيح أنه غير مسنون لانه غسل غير واجب فلم يستحب التيمم عند عدمه كغسل الجمعة وما ذكره منتقض بغسل الجمعة ، والفرق بين الواجب والمسنون أن

«١» راجع حاشية صفحة ٢٢٣

«١» عبارة المغني: ولا يجب الخ وهي أظهر

الجمعة ونحوه من الاغسال المسنونة والفرق بين الواجب والمسنون ان الواجب يراد لاباحة الصلاة والتيمم يقوم مقامه في ذلك والمسنون يراد للتنظيف وقطع الرائحة والتيمم لا يحصل هذا بل يزيد شعثا وتغبيرا ولذلك افترقا في الطهارة الصغرى فلم يشرع تجديد التيمم ولا تكرار المسح به

(فصل) ويستحب التنظف بازالة الشعث وقطع الرائحة ونتف الابط وقص الشارب وقلم الاظفار وحلق العانة لانه أمر يسن له الاغتسال والطيب فسن له هذا كالجمعة ، ولان الاحرام يمنع قطع الشعر وقلم الاظفار فاستحب فعله قبله لئلا يحتاج اليه في احرامه فلا يتمكن منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويلبس ثوبين نظيفين)

يعني إزارا ورداء فان رسول الله ﷺ قال « وليحرم احدكم في إزار ورداء ونعلين » قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ .وثبت أيضاً ان رسول الله ﷺ قال« إذا لم يجد ازارا فليلبس السراويل وإذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين » ولان المحرم ممنوع من لبس المخيط في شيء من بدنه يعني بذلك مايخاط على قدر الملبوس عليه كالقميص والسراويل ، ولو لبس إزاراً موصلا أو اتشح بثوب مخيط جاز . ويستحب أن يكونا نظيفين إما جديدين وإما غسيلين لاننا أحببنا له التنظف في بدنه فكذلك في ثيابه كشاهد الجمعة والاولى أن يكونا أبيضين لقول النبي ﷺ « خير ثيابكم البياض فألبسوها أحياءكم وكفنوا فيها موتاكم » «١»

﴿مسئلة﴾ قال (ويتطيب)

وجملة ذلك انه يستحب لمن أراد الاحرام أن يتطيب في بدنه خاصة ولا فرق بين مايبقى عينه

«١» عزاه في الجامع الصغير إلى الدارقطني في أفراده عن أنس وحسنه . وعزا نحوه إلى ابن ماجه والطبراني والحاكم عن ابن عباس مع زيادة في كحل الاثمد وصححه

الواجب شرع لاباحة الصلاة والتيمم يقوم مقامه في ذلك ، والمسنون يراد للتنظيف وقطع الرائحة والتيمم لايحصل هذا بل يحصل شعثاً وتغبيراً ، ولذلك افترقا في الطهارة الصغرى فلم يشرع تجديد التيمم ولا تكرار المسح

(فصل) ويستحب للمرأة الغسل كالرجل وإن كانت حائضا أو نفساء لان النبي ﷺ أمر أسماء بنت عميس وهي نفساء أن تغتسل رواه مسلم ، وأمر عائشة أن تغتسل لاهلال الحج وهي حائض . فان رجت الحائض او النفساء الطهر قبل الخروج من الميقات استحب لهما تأخير الاغتسال حتى يطهرا ليكون أكمل لهما وإلا اغتسلتا لما ذكرناه

(فصل) ويستحب التنظيف بازالة الشعر وقطع الرائحة ونتف الابط وقص الشارب وتقليم الاظفار وحلق العانة لانه أمر يسن له الاغتسال والطيب فسن له هذا كالجمعة ، ولان الاحرام يمنع قطع الشعر وتقليم الاظفار فاستحب له فعله قبله لئلا يحتاج اليه في احرامه فلا يتمكن منه

(فصل) ويستحب لمن أراد الاحرام أن يتطيب في بدنه خاصة ولافرق بين ماتبقى عينه كالمسك

كالمسك والغالية او أثره كالعود والبخور وماء الورد هذا قول ابن عباس وابن الزبير وسعد بن ابي وقاص وعائشة وأم حبيبة ومعاوية وروي عن محمد بن الحنفية وأبي سعيد الخدري وعروة والقاسم والشعبي وابن جريج وكان عطاء يكره ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم واحتج مالك بماروى يعلى بن أمية أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة وهو متضمخ بطيب ؟ فسكت النبي ﷺ يعني ساعة ثم قال « اغسل الطيب الذي بك ـ ثلاث مرات ـ وانزع عنك الجبة واصنع في عمرتك ما تصنع في حجتك » متفق عليه ولانه يمنع من ابتدائه فمنع استدامته كاللبس

ولنا قول عائشة كنت أطيب رسول الله ﷺ لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت قالت وكأني أنظر إلى وبيص الطيب في مفارق رسول الله ﷺ وهو محرم . متفق عليه وفي لفظ لمسلم طيبته بأطيب الطيب وقالت بطيب فيه مسك وفي لفظ للنسائي كأني أنظر إلى وبيص طيب المسك في مفرق رسول الله ﷺ وحديثهم في بعض ألفاظه عليه جبة بها أثر خلوق رواه مسلم وفي بعضها وهو متضمخ بالخلوق وفي بعضها عليه ردع من زعفران وهذه الالفاظ تدل على أن طيب الرجل كان من الزعفران وهو منهي عنه للرجال في غير الاحرام .ففيه أولى وقد روى البخاري أن أن النبي ﷺ نهى أن يتزعفر الرجل ولان حديثهم في سنة ثمان وحديثنا في سنة عشر قال ابن

أو أثره كالعود والبخور وماء الورد هذا قول ابن عباس وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص وعائشة وأم حبيبة ومعاوية رضي الله عنهم وروي عن ابن الحنفية وأبي سعيد وعروة والقاسم والشعبي وابن جريج .وكان عطاء يكره ذلك ، وهو قول مالك وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم واحتج مالك بما روى يعلى بن أمية ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة وهو متضمخ بطيب ؟ فسكت النبي ﷺ يعني ساعة ثم قال « اغسل الطيب الذي بك ثلاث مرات وانزع عنك الجبة واصنع في عمرتك ماتصنع في حجك » متفق عليه ولانه يمنع من ابتدائه فمنع من استدامته كاللبس

ولنا قول عائشة رضي الله عنها كنت أطيب رسول الله ﷺ لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت . وقالت كاني انظر الى وبيص الطيب في مفارق رسول الله ﷺ وهو محرم. متفق عليه وفي لفظ لمسلم طيبته بأطيب الطيب وقالت بطيب فيه مسك وحديثهم في بعض الفاظه عليه جبة بها أثر الخلوق رواه مسلم وفي بعضها وهو متضمخ بالخلوق وفي بعضها عليه ردع من زعفران وهذا يدل على أن طيب الرجل كان من الزعفران وهو منهي عنه للرجال في غير الاحرام ففيه أولى وقد روى البخاري أن النبي ﷺ نهى أن يتزعفر الرجل ولان حديثهم في سنة ثمان وحديثنا في سنة عشر قال ابن

جريج كان شأن صاحب الجبة قبل حجة الوداع قال ابن عبد البر لا خلاف بين جماعة أهل العلم بالسير والآثار أن قصة صاحب الجبة كانت عام حنين بالجعرانة سنة ثمان وحديث عائشة في حجة الوداع سنة عشر فعند ذلك ان قدر التعارض فحديثنا ناسخ لحديثهم فان قيل فقد روى محمد بن المنتشر قال سمعت ابن عمر ينهى عن الطيب عند الاحرام فقال لان أطلي بالقطران أحب إلي من ذلك قلنا تمام الحديث قال فذكرت ذلك لعائشة فقالت يرحم الله أبا عبد الرحمن قد كنت أطيب رسول الله ﷺ فيطوف في نسائه ثم يصبح ينضح طيبا فاذاً صار الخبر حجة على من احتج به فان فعل النبي ﷺ حجة على ابن عمر وغيره وقياسهم يبطل بالنكاح فانه يمنع ابتداءه دون استدامته

(فصل) وان طيب ثوبه فله استدامة لبسه مالم ينزعه فان نزعه لم يكن له أن يلبسه فان لبسه افتدى لان الاحرام يمنع ابتداء الطيب ولبس المطيب دون الاستدامة وكذلك إن نقل الطيب من موضع من بدنه إلى موضع آخر افتدى لانه تطيب في احرامه وكذا ان تعمد مسه بيده أو نحاه من موضعه ثم رده اليه فاما إن عرق الطيب أو ذاب بالشمس فسال من موضعه الى موضع آخر فلا شيء عليه لانه ليس من فعله فجرى مجرى الناسي قالت عائشة كنا نخرج مع النبي ﷺ الى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الاحرام فاذا عرقت احدانا سال على وجهها فيراها النبي ﷺ فلا ينهاها رواه أبو داود

جريج كان شأن صاحب الجبة قبل حجة الوداع قال ابن عبد البر لا خلاف بين جماعة أهل العلم بالسير والآثار أن قصة صاحب الجبة كانت عام خيبر بالجعرانة سنة ثمان وحديث عائشة في حجة الوداع سنة عشر فعند ذلك إن قدر التعارض فحديثنا ناسخ لحديثهم فان قيل فقد روى محمد بن المنتشر قال سألت ابن عمر عن الطيب عند الاحرام فقال لأن أطلي بالقطران أحب الي من ذلك قلنا تمام الحديث قال فذكرت ذلك لعائشة فقالت يرحم الله أبا عبد الرحمن قد كنت أطيب رسول الله ﷺ فيطوف في نسائه ثم يصبح ينضح طيبا. فاذا صار الخبر حجة على من احتج به فان فعل النبي ﷺ حجة على ابن عمر وغيره وقياسهم يبطل بالنكاح فان الاحرام يمنع ابتداءه دون استدامته

(فصل) فان طيب ثوبه فله استدامة لبسه مالم ينزعه فان نزعه فليس له لبسه فان لبسه افتدى لان الاحرام يمنع ابتداء الطيب ولبس المطيب دون الاستدامة وكذا إن نقل الطيب من موضع من بدنه الي موضع يفتدي لانه ابتدأ الطيب وكذا إن تعمد مسه بيده أو نحاه عن موضعه ثم رده اليه فاما ان عرق الطيب أو ذاب بالشمس فسأل الى موضع آخر فلا شيء عليه لانه ليس من فعله قالت عائشة رضي الله عنها كنا نخرج مع النبي ﷺ الى مكة فنضمد جباهنا بالمسك عند الاحرام فاذا عرقت احدانا سال على وجهها فيرانا النبي ﷺ فلا ينهانا رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان حضر وقت صلاة مكتوبة والا صلى ركعتين)

المستحب أن يحرم عقيب الصلاة فان حضرت صلاة مكتوبة أحرم عقيبها والا صلى ركعتين تطوعا وأحرم عقيبهما استحب ذلك عطاء وطاوس ومالك والشافعي والثوري وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وقد روي عن احمد أن الاحرام عقيب الصلاة واذا استوت به راحلته واذا بدأ بالسير سواء لان الجميع قد روي عن النبي ﷺ من طرق صحيحة قال الأثرم سألت أبا عبدالله أيما أحب اليك الاحرام في دبر الصلاة أو اذا استوت به راحلته ؟ فقال كل ذلك قد جاء :في دبر الصلاة وإذا علا البيداء وإذا استوت به ناقته ، فوسع في ذلك كله قال ابن عباس ركب النبي ﷺ راحلته حتى استوت على البيداء أهل هو وأصحابه وقال أنس لما ركب راحلته واستوت به أهل وقال ابن عمر أهل النبي ﷺ حين استوت به راحلته قائمة رواهن البخاري

(فصل) ويستحب أن يلبس ثوبين أبيضين نظيفين ازارا ورداء لان النبي ﷺ قال « وليحرم أحدكم في ازار ورداء ونعلين »

ويستحب أن يكونا نظيفين إما جديدين أو مغسولين لانا أحببنا له التنظيف في بدنه فكذلك في ثيابه كشاهد الجمعة ، والاولى أن يكونا أبيضين لقول رسول الله ﷺ « خير ثيابكم البياض فالبسوها أحياكم وكفنوا فيها موتاكم » رواه النسائي بمعناه

(فصل) ويتجرد عن المخيط إن كان رجلا ، فأما المرأة فلها لبس المخيط في الاحرام لان المحرم ممنوع من لبسه في شيء من بدنه وهو كل مايخاط على قدر الملبوس عليه كالقميص والسراويل والبرنس ، ولو لبس ازاراً موصلا ، أو اتشح بثوب مخيط كان جائزاً وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ويصلي ركعتين ويحرم عقيبهما)

المستحب أن يحرم عقيب الصلاة فان حضرت صلاة مكتوبة أحرم عقيبها وإلا صلى ركعتين تطوعا واحرم عقيبهما وهذا قول عطاء وطاوس ومالك والشافعي والثوري وأبي حنيفة واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وروي عن ابن عمر وابن عباس ، وقد روي عن أحمد أن الاحرام عقيب الصلاة واذا استوت به راحلته واذا بدأ بالسير سواء لان الجميع مروي عن النبي ﷺ من طرق صحيحة . قال الأثرم سألت أبا عبدالله أيما أحب اليك الاحرام في دبر الصلاة أو اذا استوت به راحته ؟ قال كل ذلك قد جاء ، في دبر الصلاة واذا علا البيداء واذا استوت به راحلته فوسع في ذلك كله . قال ابن عمر رضي الله عنهما : أهل النبي صلى الله عليه وسلم حين استوت به راحلته قائمة وروى ابن عباس وأنس رضي الله عنهما نحوه . رواهن البخاري والاولى الاحرام عقيب الصلاة

والاولى الاحرام عقيب الصلاة لماروى سعيد بن جبير قال ذكرت لابن عباس اهلال رسول الله ﷺ فقال أوجب رسول الله ﷺ الاحرام حين فرغ من صلاته ثم خرج فلما ركب رسول الله ﷺ راحلته واستوت به قائمة أهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين استوت به الراحلة وذلك أنهم لم يدركوا الا ذلك ثم سار حتى علا البيداء فأهل فادرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين علا البيداء رواه أبو داود والأثرم وهذا لفظ الأثرم وهذا فيه بيان وزيادة علم فيتعين حمل الامر عليه ولو لم يقله

لما روى سعيد بن جبير قال : ذكرت لابن عباس اهلال رسول الله ﷺ فقال : أوجب رسول الله ﷺ الاحرام حين فرغ من صلاته ، ثم خرج فلما ركب رسول الله ﷺ راحلته واستوت به قائمة أهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا : أهل حين استوت به راحلته وذلك أنهم لم يدركوا إلا ذلك ثم سار حتى علا البيداء فأهل فأدرك ذلك منه ناس فقالوا : أهل حين علا البيداء . رواه أبو داود والأثرم وهذا لفظه ، وهذا فيه بيان وزيادة علم فتعين حمل الامر عليه ، ولو لم يقله ابن عباس لتعين حمل الامر عليه جمعاً بين الاخبار المختلفة وعلى سبيل الاستحباب ، وكيفما أحرم جاز . لانعلم أحداً خالف في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وينوي الاحرام بنسك معين ولا ينعقد إلا بالنية)

يستحب أن يعين مايحرم به من الانساك ، وبه قال مالك وقال الشافعي في أحد قوليه الاطلاق أولى لما روى طاوس قال : خرج رسول الله ﷺ من المدينة لايسمي حجا ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة فأمر أصحابه من كان منهم أهل ولم يكن معه هدي أن يجعلوها عمرة ولأن ذلك أحوط لانه لايأمن الاحصار أو تعذر فعل الحج فيجعلها عمرة

ولنا أن النبي ﷺ أمر أصحابه بالاحرام بنسك معين فقال « من شاء منكم أن يهل بحج أو عمرة فليهل ، ومن أراد أن يهل بحج فليهل ، ومن أراد أن يهل بعمرة فليهل » والنبي ﷺ وأصحابه انما أحرموا بمعين لما نذكره إن شاء الله تعالى في الاحاديث الصحيحة ، ولان أصحاب النبي ﷺ الذين كانوا معه في صحبته يطلعون على أحواله ويقتدون به أعلم به من طاوس ، ثم إن حديثه مرسل والشافعي لايحتج بالمراسيل فكيف صار اليه مع مخالفة الروايات الصحيحة المسندة والاحتياط ممكن بأن يجعلها عمرة ، فان شاء كان متمتعا ، وإن شاء أدخل عليها الحج فصار قارنا

(فصل) وينوي الاحرام بقلبه ولاينعقد الا بالنية لقول النبي ﷺ (انما الاعمال بالنيات) ولانها عبادة محضة فافتقرت الى النية كالصلاة فان لبى من غير نية لم يصر محرما لما ذكرنا وان اقتصر على النية كفاه ذلك وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة لا ينعقد بمجرد النية حتى يضاف اليها التلبية أو سوق الهدي لما روى خلاد بن السائب الانصاري عن أبيه عن النبي ﷺ قال جاءني جبريل فقال يامحمد مر أصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية قال الترمذي هذا حديث حسن ولانها

ابن عباس لتعين حمل الامر عليه جمعا بين الاخبار المختلفة وهذا على سبيل الاستحباب وكيف ما أحرم جاز لا نعلم أحداً خالف في ذلك

عبادة ذات تحريم وتحليل فكان لها نطق واجب كالصلاة ولان الهدي والاضحية لايجبان بمجرد النية كذلك النسك .

ولنا أنها عبادة ليس في آخرها نطق واجب فلم يكن في أولها كالصيام والخبر المراد به الاستحباب فان منطوقه رفع الصوت ولا خلاف في عدم وجوبه فما هو من ضرورته أولى ولو وجب النطق لم يلزم كونه شرطا فان كثيراً من واجبات الحج غير مشترطة فيه والصلاة في آخرها نطق واجب بخلاف الحج والعمرة وأما الهدي والاضحية فايجاب مال فهو يشبه النذر بخلاف الحج لأنه عبادة بدنية فعلى هذا لو نطق بغير ما نواه نحو أن ينوي العمرة فيسبق لسانه الى الحج أو بالعكس انعقد ما نواه دون ما لفظ به . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وذلك لان الواجب النية وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر كما لا يؤثر اختلاف النية فيما يعتبر له اللفظ دون النية فان لبى أوساق الهدي من غير نية لم ينعقد احرامه لأن ما اعتبرت له النية لا ينعقد بدونها كالصوم والصلاة

﴿مسألة﴾ ويشترط فيقول اللهم إني أريد النسك الفلاني فيسره لي وتقبله مني وان حبسني حابس فمحلي حيث حبستني)

فان أراد التمتع قال اللهم إني أريد العمرة فيسرها لي وتقبلها مني وان حبسني حابس فمحلي حيث حبستني وان أراد الافراد قال اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني ويشترط . وان أراد القران قال اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني ويشترط . وهذا الاشتراط مستحب ويفيد هذا الشرط شيئين .

(أحدهما) أنه اذا عاقه عدو أو مرض أو ذهاب نفقة ونحوه أن له التحلل

(والثاني) أنه متى حل بذلك فلا شيء عليه وممن رأى الاشتراط في الاحرام عمر وعلي وابن مسعود وعمار رضي الله عنهم وبه قال عبيدة السلماني وعلقمة والاسود وشريح وسعيد بن المسيب وعطاء وعكرمة والشافعي بالعراق وأنكره ابن عمر وطاوس وسعيد بن جبير والزهري ومالك وأبو حنيفة وعن أبي حنيفة أن الاشتراط يفيد سقوط الدم فاما التحلل فهو ثابت عنده بكل احصار واحتجوا بان ابن عمر كان ينكر الاشتراط ويقول حسبكم سنة نبيكم ﷺ ولانها عبادة تجب باصل الشرع فلم يفد الاشتراط فيها كالصوم والصلاة .

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت دخل النبي ﷺ على ضباعة بنت الزبير فقالت يارسول الله إني أريد الحج وأنا شاكية فقال النبي (ص) « حجي واشترطي ان محلي حيث حبستني » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال فان أراد التمتع وهو اختيار أبي عبد الله فيقول اللهم اني أريد العمرة)

وجملة ذلك أن الاحرام يقع بالنسك من وجوه ثلاثة تمتع وافراد وقران فالتمتع أن يهل بعمرة مفردة من الميقات في أشهر الحج فاذا فرغ منها أحرم بالحج من عامه والافراد أن يهل بالحج مفرداً والقران أن يجمع بينهما في الاحرام بهما أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج قبل الطواف فأي ذلك أحرم به جاز قالت عائشة خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحج وعمرة ومنا من أهل بحج متفق عليه فهذا هو التمتع والافراد والقران وأجمع أهل العلم على جواز الاحرام بأي الانساك الثلاثة شاء، واختلفوا في أفضلها فاختار امامنا التمتع ثم الافراد ثم القران وممن روي عنه اختيار التمتع ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة والحسن وعطاء وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد والقاسم وسالم وعكرمة وهو أحد قولي الشافعي وروى المروذي عن احمد إن ساق الهدي فالقران

وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان ضباعة أتت النبي (ص) فقالت يارسول الله إني أريد الحج فكيف أقول ؟ قال قولي (لبيك اللهم لبيك ومحلي من الارض حيث تحبسني . فان لك على ربك ما استثنيت) رواه مسلم ولا قول لاحد مع قول النبي (ص) فكيف يعارض بقول ابن عمر ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخليفتين الراشدين مع من قد ذكرنا قوله من فقهاء الصحابة أولى من قول ابن عمر

اذا ثبت هذا فان غير هذا اللفظ مما يؤدي معناه يقوم مقامه لان المقصود المعنى واللفظ انما أريد لتأدية المعنى. قال ابراهيم خرجنا مع علقمة وهو يريد العمرة فقال اللهم إني أريد العمرة ان تيسرت والا فلا حرج علي . وكان شريح يقول اللهم قد عرفت نيتي وما أريد فان كان أمراً تتمه فهو أحب الي والا فلا حرج علي . وقالت عائشة رضي الله عنها لعروة قل اللهم اني أريد الحج وإياه نويت فان تيسر والا فعمرة . فان نوى الاشتراط ولم يتلفظ به احتمل أن يصح لانه تابع لعقد الاحرام والاحرام ينعقد بالنية فكذلك تابعه واحتمل أنه لا بد من القول لانه اشتراط فاعتبر فيه القول كالاشتراط في النذر والاعتكاف والوقوف ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عباس « قولي محلي من الارض حيث تحبسني »

﴿ مسئلة ﴾ (وهو مخير بين التمتع والافراد والقران)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز الاحرام بأي الانساك الثلاثة شاء ، وقد دل على ذلك قول عائشة رضي الله عنها خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنا من أهلّ بعمرة ومنا من أهلّ بحج وعمرة ومنا من أهلّ بحج متفق عليه فذكرت التمتع والقران والافراد

﴿ مسئلة ﴾ (وأفضلها التمتع ثم الافراد ثم القران ، وعنه إن ساق الهدي فالقران أفضل ثم التمتع)

أفضل الانساك التمتع ثم الافراد ثم القران ، وممن روي عنه اختيار التمتع ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة والحسن وعطاء وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد وسالم والقاسم وعكرمة وأحد قولي الشافعي ، وروى المروذي عن أحمد ان ساق الهدي فالقران أفضل وإن لم يسقه فالتمتع أفضل

أفضل وان لم يسقه فالتمتع أفضل لان النبي ﷺ قرن حين ساق الهدي ومنع كل من ساق الهدي من الحل حتى ينحر هديه و ذهب الثوري وأصحاب الرأي الى اختيار القران لما روى أنس قال سمعت رسول الله ﷺ أهل بهما جميعا لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا متفق عليه وحديث الضبي بن معبد حين لبابهما ثم أتى عمر فسأله فقال هديت لسنة نبيك ﷺ وروي عن مروان بن الحكم قال كنت جالسا عند عثمان بن عفان فسمع عليا يلبي بعمرة وحج فأرسل اليه فقال ألم نكن نهينا عن هذا قال بلى ولكن سمعت رسول الله ﷺ يلبي بهما جميعا فلم أكن ادع قول رسول الله ﷺ لقولك رواه سعيد ولان القران مبادرة إلى فعل العبادة واحرام بالنسكين من الميقات وفيه زيادة نسك هو الدم فكان اولى وذهب مالك وابو ثور إلى اختيار الافراد وهو ظاهر مذهب الشافعي وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وجابر وعائشة لماروت عائشة وجابر أن النبي ﷺ أفرد الحج متفق عليهما وعن ابن عمر وابن عباس مثل ذلك متفق عليهما ولانه يأتي بالحج تاما من غير احتياج الى جبر فكان أولى قال عثمان: ألا ان الحج التام من أهليكم والعمرة التامة من أهليكم . وقال ابراهيم ان ابا بكر وعمر وابن مسعود وعائشة كانوا يجردون الحج

ولنا ماروى ابن عباس وجابر وأبو موسى وعائشة أن النبي ﷺ أمر أصحابه لما طافوا بالبيت ان يحلوا ويجعلوها عمرة فنقلهم من الافراد والقران إلى المتعة ولا ينقلهم إلا إلى الافضل وهذه

لأن النبي ﷺ قرن حين ساق الهدي ومنع كل من ساق الهدي من الحل حتى ينحر هديه وذهب الثوري وأصحاب الرأي الى اختيار القران لما روى أنس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ أهلّ بهما جميعاً « لبيك عمرة وحجا » متفق عليه . وحديث الضبي بن معبد حين أحرم بهما فأتى عمر فسأله فقال هديت لسنة نبيك ﷺ ، وروي عن مروان بن الحكم قال كنت جالسا عند عثمان ابن عفان فسمع علياً يلبي بعمرة وحج فأرسل اليه فقال ألم نكن نهينا عن هذا ؟ قال بلى . ولكن سمعت رسول الله ﷺ يلبي بهما جميعا فلم أكن أدع قول رسول الله ﷺ لقولك رواه سعيد ولأن القران مبادرة الى فعل العبادة واحرام بالنسكين من الميقات وفيه زيادة نسك هو الدم فكان أولى ، وذهب مالك وأبو ثور الى اختيار الافراد وهو ظاهر مذهب الشافعي وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وجابر وعائشة رضي الله عنهم لما روت عائشة وجابر أن رسول الله ﷺ أفرد الحج متفق عليهما وعن ابن عمر وابن عباس مثل ذلك متفق عليه ولانه يأتي بالحج تاما من غير احتياج الى جبر فكان أولى قال عثمان : ألا إن الحج التام من أهليكم والعمرة التامة من أهليكم وقال ابراهيم إن أبا بكر وعمر وابن مسعود وعائشة كانوا يجردون الحج

ولنا ماروى ابن عباس وجابر وأبو موسى وعائشة رضي الله عنهم أن النبي ﷺ أمر أصحابه

الاحاديث متفق عليها ولم يختلف عن النبي ﷺ أنه لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحلوا الامن ساق هديا وثبت على إحرامه وقال « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدي ولجعلتها عمرة » قال جابر حججنا مع النبي ﷺ يوم ساق البدن معه وقد أهلوا بالحج مفردا فقال لهم « حلوا من احرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ثم أقيموا حلالا حتى إذا كان يوم التروية فاهلوا بالحج واجعلوا التي قدمتم بها متعة » فقالوا كيف نجعلها متعة وقد سمينا الحج ؟ فقال « افعلوا ما أمرتكم به فلولا اني سقت الهدي لفعلت مثل الذي أمرتكم به » وفي لفظ فقام رسول الله ﷺ فقال « قد علمتم اني أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديي لحللت كما تحلون ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما اهديت » فحللنا وسمعنا واطعنا متفق عليها فنقلهم إلى التمتع وتأسف إذ لم يمكنه ذلك فدل على فضله ولان التمتع منصوص عليه في كتاب الله تعالى بقوله (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) دون سائر الانساك ولان المتمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج مع كمالها وكمال أفعالها على وجه اليسر والسهولة مع زيادة نسك فكان ذلك أولى فاما القران فانما يؤتى فيه بافعال الحج وتدخل أفعال العمرة فيه والمفرد فانما يأتي بالحج وحده وان اعتمر بعده من التنعيم فقد اختلف في إجزائها عن عمرة الاسلام وكذلك اختلف في إجزاء عمرة القران ولا خلاف في إجزاء التمتع عن الحج والعمرة جميعا فكان أولى فاما حجتهم فانما احتجوا بفعل النبي ﷺ والجواب عنها من أوجه (الاول) انا نمنع أن يكون النبي

لما طافوا بالبيت أن يحلوا ويجعلوها عمرة فنقلهم من الافراد والقران الى المتعة متفق عليهما ولا ينقلهم إلا إلى الافضل ولم يختلف عن النبي ﷺ أنه لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحلوا الامن ساق هديا وثبت على احرامه وقال « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ماسقت الهدي ولجعلتها عمرة » قال جابر حججنا مع النبي ﷺ يوم ساق البدن معه وقد أهلوا بالحج مفرداً فقال لهم « حلوا من إحرامكم واجعلوا التي قدمتم بها متعة » فقالوا كيف نجعلها عمرة وقد سمينا الحج ؟ فقال « افعلوا ما أمرتكم به فلولا اني سقت الهدي لفعلت مثل الذي أمرتكم به » وفي لفظ فقام رسول الله ﷺ فقال « قد علمتم اني أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديي لحللت كما تحلون ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما اهديت » فحللنا وسمعنا وأطعنا متفق عليهما فنقلهم إلى التمتع وتأسف اذ لم يمكنه ذلك فدل على فضله ، ولان التمتع منصوص عليه في كتاب الله تعالى بقوله (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) دون سائر الانساك ولان التمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج مع كمالها وكمال أفعالها على وجه اليسر والسهولة مع زيادة نسك فكان أولى فاما القران فانما يؤتى فيه بافعال الحج وتدخل افعال العمرة فيه والمفرد انما يأتي بالحج وحده وان اعتمر بعده من أدنى الحل فقد اختلف في إجزائها عن عمرة الاسلام وكذلك اختلف في إجزاء عمرة القارن ولا خلاف في إجزاء عمرة المتمتع فكان أولى فاما حجتهم بفعل النبي ﷺ ففيها أجوبة (أحدها) منع أن يكون النبي ﷺ محرما بغير التمتع لامور أولها أن رواة أحاديثهم قد رووا

ﷺ محرما بغير التمتع ولا يصح الاحتجاج باحاديثهم لامور (احدها) أن رواة احاديثهم قد رووا أن النبي ﷺ تمتع بالعمرة إلى الحج روى ذلك ابن عمر وجابر وعائشة من طرق صحاح فسقط الاحتجاج بها (الثاني) ان روايتهم اختلفت فرووا مرة أنه أفرد ومرة أنه تمتع ومرة انه قرن والقضية واحدة ولا يمكن الجمع بينها فيجب اطراحها كلها واحاديث القران اصحها حديث انس وقد انكره ابن عمر فقال : يرحم الله انسا ذهل انس متفق عليه وفي رواية كان أنس يتولج على النساء يعني أنه كان صغيراً وحديث علي رواه حفص بن أبي داود وهو ضعيف عن ابن أبي ليلى وهو كثير الوهم قاله الدارقطني (الثالث) ان ا كثر الروايات ان النبي ﷺ كان متمتعا روى ذلك عمر وعلي وعثمان وسعد بن ابي وقاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وأبو موسى وجابر وعائشة وحفصة باحاديث صحيحة وانما منعه من الحل الهدي الذي كان معه ففي حديث عمر انه قال : إني لا أنهاكم عن المتعة وانها لفي كتاب الله ولقد صنعها رسول الله ﷺ. يعني العمرة في الحج وفي حديث علي انه اختلف هو وعثمان في المتعة بعسفان فقال علي ما تريد الى امر فعله رسول الله ﷺ تنهى عنه متفق عليه وللنسائي وقال علي لعثمان الم تسمع رسول الله ﷺ تمتع ؟قال بلى وعن ابن عمر قال تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وعنه ان حفصة قالت لرسول الله ﷺ ما شأن الناس حلوا ولم تحلل انت من عمرتك ؟ فقال « إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا احل حتى انحر

أن النبي ﷺ تمتع بالعمرة الى الحج رواه ابن عمر وعائشة وجابر رضي الله عنهم من طرق صحاح فسقط الاحتجاج بها

(وثانيها) أن روايتهم اختلفت فرووا مرة أنه أفرد ومرة أنه تمتع ومرة أنه قرن والقضية واحدة ولا يمكن الجمع بينها فوجب اطراح الكل وأحاديثهم في القران أصحها حديث أنس وقد أنكره ابن عمر فقال رحم الله انسا ذهل أنس متفق عليه وفي رواية كان أنس يتولج على النساء أي كان صغيراً وحديث علي رواه حفص بن أبي داود وهو ضعيف عن ابن أبي ليلى وهو كثير الوهم قاله الدارقطني

(وثالثها) أن أكثر الروايات أن النبي ﷺ كان متمتعا روى ذلك عمر وعلي وعثمان وسعد ابن أبي وقاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وأبو موسى وجابر وعائشة وحفصة باحاديث صحاح وانما منعه من الحل الهدي الذي كان معه ففي حديث عمر أنه قال إني لا أنهاكم عن المتعة وانها لفي كتاب الله ولقد صنعها رسول الله ﷺ يعني العمرة في الحج وفي حديث علي أنه اختلف هو وعثمان في المتعة بعسفان فقال علي ماتريد الى أمر فعله رسول الله ﷺ تنهى عنه متفق عليه وللنسائي قال علي لعثمان ألم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم تمتع ؟ قال بلى وعن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بالعمرة الى الحج وعنه أن حفصة قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ماشأن الناس حلوا من عمرتهم ولم تحلل أنت من عمرتك؟ قال « إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا

متفق عليها وقال سعد صنعها رسول الله ﷺ وصنعناها معه وهذه الاحاديث راجحة لان رواتها اكثر واعلم بالنبي ﷺ ولان النبي ﷺ اخبر بالمتعة عن نفسه في حديث حفصة فلا تعارض بظن غيره ولان عائشة كانت متمتعة بغير خلاف وهي مع النبي ﷺ ولا تحرم إلا بأمره ولم يكن ليأمرها بأمر ثم يخالف إلى غيره ولانه يمكن الجمع بين الاحاديث بان يكون النبي ﷺ احرم بالعمرة ثم لم يحل منها لاجل هديه حتى احرم بالحج فصار قارنا وسماه من سماه مفرداً لانه اشتغل بافعال الحج وحدها بعد فراغه من افعال العمرة فان الجمع بين الاحاديث مهما امكن اولى من حملها على التعارض

(الوجه الثاني) في الجواب أن النبي ﷺ قد أمر أصحابه بالانتقال إلى المتعة عن الافراد والقران ولا يأمرهم إلا بالانتقال إلى الافضل فانه من المحال ان ينقلهم من الافضل الى الادنى وهو الداعي إلى الخير الهادي الى الفضل ثم أكد ذلك بتأسفه على فوات ذلك في حقه وانه لا يقدر على انتقاله وحله لسوقه الهدي وهذا ظاهر الدلالة

(الثالث) ان ما ذكرناه قول النبي ﷺ وهم يحتجون بفعله وعند التعارض يجب تقديم القول لاحتمال اختصاصه بفعله دون غيره كنهيه عن الوصال مع فعله له ونكاحه بغير ولي ولا شهود مع قوله «لا نكاح إلا بولي» فان قيل فقد قال ابو ذر كانت متعة الحج لاصحاب محمد ﷺ خاصة رواه مسلم قلنا هذا قول صحابي يخالف الكتاب والسنة والاجماع وقول من هو خير منه واعلم اما الكتاب

أحل حتى أنحر متفق عليها وقال سعد صنعها رسول الله ﷺ وصنعناها معه وهذه الاحاديث راجحة لان رواتها أكثر وأعلم ولان النبي ﷺ أخبر بالمتعة عن نفسه في حديث حفصة فلا يعارض خبره غيره ولانه يمكن الجمع بين الاحاديث بان يكون النبي ﷺ أحرم بالمتعة ثم لم يحل منها لاجل هديه حتى أحرم بالحج فصار قارنا وسماه من سماه مفرداً لانه اشتغل بافعال الحج وحدها بعد فراغه من أفعال العمرة فان الجمع بين الاحاديث مهما أمكن أولى من حملها على التعارض

(الوجه الثاني) من الجواب أن النبي ﷺ قد أمر أصحابه بالانتقال الى المتعة عن الافراد والقران ولا يأمرهم الا بالانتقال الى الافضل فانه من المحال أن ينقلهم من الافضل الى الادنى وهو الداعي الى الخير الهادي الى الفضل ثم أكد ذلك بتأسفه على فوات ذلك في حقه ولانه لم يقدر على انتقاله وحله لسوقه الهدي وهذا ظاهر الدلالة

(الثالث) أن ماذكرناه قول النبي صلى الله عليه وسلم وهم يحتجون بفعله وعند التعارض يجب تقديم القول لاحتمال اختصاصه بفعله دون غيره كنهيه عن الوصال مع فعله له ونكاحه بغير ولي مع قوله « لا نكاح إلا بولي » فان قيل فقد قال أبوذر كانت متعة الحج لاصحاب محمد صلى الله عليه خاصة رواه مسلم قلنا هذا قول صحابي يخالف الكتاب والسنة والاجماع وقول من هو خير وأعلم اما الكتاب

فقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) وهـذا عام واجمع المسلمون على إباحة التمتع في جميع الاعصار وإنما اختلفوا في فضله واما السنة فروى سعيد حدثنا هشيم انبأناحجاج عن عطاء عن جابر ان سراقة بن مالك سأل النبي ﷺ المتعة لنا خاصة او هي للابد ؟ فقال « بل هي للابد » وفي لفظ قال ألعامنـا او للابد ؟ قل « لا بل لابد الابد دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيمة » وفي حديث جابر الذي رواه مسلم في صفة حج النبي ﷺ نحو هذا ومعناه والله اعلم ان اهل الجاهلية كانوا لا يجيزون التمتع ويرون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور ، فبين النبي ﷺ أن الله تعالى قد شرع العمرة في أشهر الحج وجوز المتعة إلى يوم القيامة ، وقال طاوس : كان أهل الجاهلية يرون العمرة في أشهر الحج أفجر الفجور ، ويقولون : إذا انفسخ صفر ، وبرأ الدبر، وعفا الأثر ، حلت العمرة لمن اعتمر .فلما كان الاسلام أمر الناس أن يعتمروا في أشهر الحج فدخلت العمرة في أشهر الحج إلى يوم القيامة . رواه سعيد ، وقد خالف أبا ذر علي وسعد وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين وسائر الصحابة وسائر المسلمين ، قال عمران : تمتعنا مع رسول الله ﷺ ونزل فيه القرآن ولم ينهنا عنه رسول الله ﷺ ولم ينسخها شيء فقال فيها رجل برأيه ما شاء متفق عليه ، وقال سعد بن أبي وقاص فعلناها مع رسول الله ﷺ يعني المتعة وهذا يومئذ كافر بالعرش يعني الذي نهى عنها والعرش بيوت مكة ، وقال أحمد حين ذكر له حديث أبي ذر : افيقول بهذا أحد ؟ المتعة في كتاب الله وقد أجمع المسلمون على جوازها. فان قيل فقد روى أبو داود باسناده عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أصحاب رسول الله ﷺ أتى عمر فشهد عنده أنه سمع رسول الله ﷺ ينهى عن العمرة قبل الحج

فقوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج) وهذا عام واجمع المسلمون على اباحة التمتع. واما السنة فروى سعيد باسناده أن سراقة بن مالك سأل النبي صلى الله عليه وسلم المتعة لنا خاصة أم هي للابد؟قال« بل هي للأبد» وفي لفظ قال هي لعامنا أو للابد ؟ قال « بل لأبد الأبد دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة »وفي حديث جابر الذي رواه مسلم في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذا ومعناه والله أعلم أن الجاهلية كانوا لا يجيزون التمتع ويرون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور فبين النبي ﷺ أن الله تعالى قد شرع العمرة في أشهر الحج وجوز المتعة إلى يوم القيامة وقد خالف أبا ذر علي وسعد وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين وسائر المسلمين قال عمران تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل فيه القرآن ولم ينهنا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسخها شيء فقال فيها رجل برأيه ماشاء. متفق عليه وقال سعد بن أبي وقاص فعلناها مع رسول الله ﷺ يعني المتعة وهذا يومئذ كافر بالعرش يعني الناهي عنها والعرش بيوت مكة قال احمد حين ذكر له حديث أبي ذرأفيقول بهذا أحد؟ المتعة في كتاب الله تعالى وقد أجمع المسلمون على جوازها. فان قيل فقد روى أبو داود باسناده أن رجلا من أصحاب النبي ﷺ أتى عمر فشهد عنده أنه سمع رسول الله ﷺ

قلنا هذا حاله في مخالفة الكتاب والسنة والاجماع كحال حديث أبي ذر بل هو أدنى حالا فان في إسناده مقالا. فان قيل فقد نهى عنها عمر وعثمان ومعاوية قلنا فقد أنكر عليهم علماء الصحابة نهيهم عنها وخالفوهم في فعلها والحق مع المنكرين عليهم دونهم، وقد ذكرنا إنكار علي على عثمان واعتراف عثمان له وقول عمران بن حصين منكرا لنهي من نهى وقول سعد عائبا على معاوية نهيه عنها وردهم عليهم بحجج لم يكن لهم جواب عنها بل قد ذكر بعض من نهى عنها في كلامه ما يرد نهيه فقال عمر : والله إني لأنهاكم عنها وانها لفي كتاب الله وقد صنعها رسول الله ﷺ ولا خلاف في أن من خالف كتاب الله وسنة رسوله ونهى عما فيهما حقيق بان لا يقبل نهيه ولا يحتج به مع انه قد سئل سالم بن عبد الله ابن عمر أنهى عمر عن المتعة ؟ قال لا والله ما نهى عنها عمر ولكن قد نهى عثمان وسئل ابن عمر عن متعة الحج فامر بها فقيل إنك تخالف أباك قال ان عمر لم يقل الذي يقولون. ولما نهى معاوية عن المتعة أمرت عائشة حشمها ومواليها أن يهلوا بها فقال معاوية من هؤلاء ؟ فقيل حشم أو موالي عائشة فارسل اليها ما حملك على ذلك ؟ قالت أحببت أن يعلم أن الذي قلت ليس كما قلت وقيل لابن عباس ان فلانا ينهى عن المتعة قال انظروا في كتاب الله فان وجدتموها فيه فقد كذب على الله وعلى رسوله وان لم تجدوها فقد صدق فاي الفريقين أحق بالاتباع وأولى بالصواب الذين معهم كتاب الله وسنة رسوله ام الذين خالفوهما ؟ ثم قد ثبت عن النبي ﷺ الذي قوله حجة على الخلق اجمعين فكيف

ينهى عن العمرة قبل الحج قلنا هذا حاله في مخالفة الكتاب والسنة والاجماع كحال حديث أبي ذر بل هو أدنى حالا فان في اسناده مقالا فان قيل فقد نهى عنها عمر وعثمان ومعاوية قلنا فقد أنكر عليهم علماء الصحابة نهيهم عنها وخالفوهم في فعلها وقد ذكرنا إنكار علي على عثمان واعتراف عثمان له وقول عمران بن حصين منكراً لنهي من نهى وقول سعد عائبا على معاوية نهيه عنها وردهم عليهم بحجج لم يكن لهم عنها جواب بل ذكر بعض من نهى في كلامه الحجة عليه فقال عمر رضي الله عنه والله إني لأنهاكم عن المتعة وإنها لفي كتاب الله وقد صنعها رسول الله ﷺ ولا خلاف في أن من خالف كتاب الله وسنة رسوله حقيق بان لا يقبل نهيه ولا يحتج به مع أنه قد سئل سالم بن عبد الله بن عمر أنهى عمر عن المتعة؟ قال لا والله مانهى عنها عمر ولكن قد نهى عنها عثمان ولما نهى معاوية عن المتعة أمرت عائشة حشمها ومواليها أن يهلوا بها فقال معاوية من هؤلاء فقيل حشم أو موالي عائشة فارسل اليها ماحملك على ذلك؟ فقالت أحببت أن يعلم أن الذي قلت ليس كما قلت وقيل لابن عباس ان فلانا نهى عن المتعة قال انظروا في كتاب الله فان وجدتموها فيه فقد كذب على الله وعلى رسوله وإن لم تجدوها فقد صدق فأي الفريقين أحق بالاتباع وأولى بالصواب؟ الذين معهم كتاب الله وسنة رسوله أم الذين يخالفونهما؟ ثم قد ثبت عن النبي ﷺ الذي قوله حجة على الخلق أجمعين فكيف

يعارض بقول غيره ؟ قال سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : تمتع النبي ﷺ فقال عروة نهى أبو بكر وعمر عن المتعة فقال ابن عباس : أراهم سيهلكون اقول قال النبي ﷺ ويقولون نهى عنها ابو بكر وعمر وسئل ابن عمر عن متعة الحج فامر بها فقال أنك تخالف أباك فقال. عمر لم يقل الذي يقولون : فلما ا كثروا عليه قال أفكتاب الله أحق أن تتبعوا أم عمر ؟ » روى الأثرم هذا كله

(فصل) فمن أراد الاحرام بعمرة فالمستحب أن يقول اللهم اني أريد العمرة فيسرها لي وتقبلها مني ومحلي حيث تحبسني فانه يستحب للانسان النطق بما أحرم به ليزول الالتباس فان لم ينطق بشيء

يعارض بقول غيره قال سعيد بن جبير عن ابن عباس قال تمتع رسول الله ﷺ فقال « عروة نهى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما عن المتعة فقال ابن عباس أراهم سيهلكون أقول قال النبي ﷺ ويقولون نهى عنها أبو بكر وعمر وسئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقال انك تخالف أباك فقال :عمر لم يقل الذي تقولون فاذا أ كثروا عليه قال فكتاب الله أحق أن تتبعوا أم عمر؟ روى الأثرم هذا كله

﴿ مسألة ﴾ (وصفة التمتع أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ويفرغ منها ويحرم بالحج من مكة أو من قريب منها في عامه، والافراد أن يحرم بالحج مفرداً والقران أن يحرم بهما جميعاً أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج ولو أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة لم يصح إحرامه بها)

إذا أدخل الحج على العمرة قبل طوافها من غير خوف الفوات جاز وكان قارنا بغير خلاف وقد فعل ذلك ابن عمر ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم فاما بعد الطواف فليس له ذلك ولا يصير قارنا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وروي عن عطاء. وقال مالك يصير قارنا وحكي ذلك عن أبي حنيفة لانه أدخل الحج على إحرام العمرة فصح كما قبل الطواف ولنا أنه قد شرع في التحلل من العمرة فلم يجز ادخال الحج عليها كما بعد السعي

(فصل) إلا أن يكون معه هدي فله ذلك لانه لا يجوز له التحلل حتى ينحر هديه لقوله سبحانه (ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله) فلا يتحلل بطوافه ويتعين عليه ادخال الحج على العمرة لئلا يفوته الحج ويصير قارنا بخلاف غيره

(فصل) فاما ادخال العمرة على الحج فلا يجوز وان فعل لم يصح ولم يصر قارنا روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة يصح ويصير قارنا لانه أحد النسكين فجاز ادخاله على الآخر كالآخر

ولنا أنه قول علي رضي الله عنه رواه عنه الأثرم ولان ادخال العمرة على الحج لا يفيد الا ما أفاده العقد الاول فلم يصح كما لو استأجره على عمل ثم استأجره عليه ثانيا وعكسه اذا أدخل الحج على العمرة

﴿ مسألة ﴾ (ويجب على المتمتع والقارن دم نسك اذا لم يكونا من حاضري المسجد الحرام وهم أهل مكة ومن كان منها دون مسافة القصر)

واقتصر على مجرد النية كفاه في قول امامنا ومالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة لا ينعقد بمجرد النية حتى تنضاف اليها التلبية أو سوق الهدي لما روى خلاد بن السائب الانصاري عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال « جاءني جبريل فقال يا محمد مر أصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية » رواه النسائي وقال الترمذي هو حديث حسن صحيح ولانها عبادة ذات تحريم وتحليل فكان لهـا نطق واجب كالصلاة ، ولان الهدي والاضحية لا يجبان بمجرد النية كذلك النسك

يجب الدم على المتمتع في الجملة بالاجماع قال ابن المنـذر أجمع أهل العلم على أن من أهل بعمرة في أشهر الحج من أهل الآفاق من الميقات وقدم مكة ففرغ منها وأقام بهـا فحج من عامه أنه متمتع وعليه الهدي ان وجد والا فالصيام وقد نص الله سبحانه عليه بقوله (فمن تمتع بالعمرة الى الحج) الآية وقال ابن عمر تمتع الناس مع النبي ﷺ بالعمرة الى الحج فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للناس « من لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر ثم ليهل بالحج ويهدي فمن لم يجد فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله » متفق عليه وعن أبي حمزة قال سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها وسألته عن الهدي فقال فيها جزور أو بقرة أوشرك في دم متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (والدم الواجب شاة أو سبع بدنة أو بدنة فان نحر بدنه أو ذبح بقرة فقد زاد خيراً) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك لايجزيء الا بدنة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما تمتع ساق بدنة والذي ذكره ترك لظاهر القرآن لانه سبحانه قال (فما استيسر من الهدي) واطراح الآثار الثابتة وما احتجوا به فلا حجة فيه فان اهداء النبي صلى الله عليه وسلم للبدنة لايمنع اجزاء مادونها فان النبي صلى الله عليه وسلم قد ساق مائة بدنة ولاخلاف في أن ذلك ليس بواجب فلا يجب أن تكون البدنة الذي يذبحها على صفة بدن النبي صلى الله عليه وسلم ثم انهم يقولون إن النبي صلى الله عليه وسلم كان مفرداً في حجته ولذلك ذهبوا الى تفضيل الافراد فكيف يكون سوقه للبدنة دليلا لهم في التمتع ولم يكن متمتعا

(فصل) وانما يجب الدم بشروط خمسة (أولها) أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ، فان أحرم بها في غير أشهره لم يكن متمتعا ولا يلزمه دم سواء وقعت أفعالها في أشهر الحج أو في غيره . نصّ عليه قال الأثرم سمعت أبا عبدالله سئل من أهل بعمرة في غير أشهر الحج ثم قدم في شوال أيحل في عمرته من شوال أو يكون متمتعا ؟ قال لايكون متمتعا واحتج بحديث جابر وذكر اسناده عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يسأل عن امرأة تجعل على نفسها عمرة في شهر مسمى ثم يخلو إلا ليلة واحدة ثم تحيض ، قال لتخرج ثم لتهل بعمرة ، ثم لتنتظر حتى تطهر ، ثم لتطف بالبيت ، قال أبو عبد الله فجعل عمرتها في الشهر الذي حلت فيه ولا نعلم بين أهل العلم خلافا أن من اعتمر في غير أشهر الحج وفرغ من عمرته قبل أشهر الحج انه لايكون متمتعا إلا قولين شاذين

ولنا أنها عبادة ليس في آخرها نطق واجب فلم يكن في أولها كالصيام، والخبر المراد به الاستحباب فان منطوقه رفع الصوت ولا خلاف في أنه غير واجب فما هو من ضرورته أولى ولو وجب النطق لم يلزم كونه شرطا فان كثيراً من واجبات الحج غير مشترطة فيه والصلاة في آخرها نطق واجب بخلاف الحج والعمرة .وأما الهدي والاضحية فايجاب مال فاشبه النذر بخلاف الحج فانه عبادة بدنية فعلى هذا لو نطق بغير ما نواه نحو ان ينوي العمرة فيسبق لسانه إلى الحج أو بالعكس انعقد ما نواه دون ما لفظ به قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وذلك لان الواجب النية

(أحدهما) عن طاوس أنه قال : اذا اعتمرت في غير أشهر الحج ثم أقمت حتى الحج فأنت متمتع

(والآخر) عن الحسن أنه قال : من اعتمر بعد النحر فهي متعة ، قال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال بواحد من هذين القولين ، فأما إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج ثم حل منها في أشهر الحج فانه لا يكون متمتعا على ماذكرناه عن أحمد ، ونقل معنى ذلك عن جابر وأبي عياض وهو قول اسحق وأحد قولي الشافعي ، وقال طاوس عمرته في الشهر الذي يدخل فيه الحرم ، وقال الحسن والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي في أحد قوليه عمرته في الشهر الذي يطوف فيه ، وقال عطاء عمرته في الشهر الذي يحل فيه وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة إن طاف للعمرة أربعة أشواط في غير أشهر الحج فليس بمتمتع ، وإن طاف الاربعة في أشهر الحج فهو متمتع لان العمرة صحت في أشهر الحج بدليل أنه لو وطيء أفسدها أشبه اذا أحرم بها في أشهر الحج

ولنا ماذكرناه عن جابر ولأنه أتى بنسك لا تتم العمرة إلا به في غير أشهر الحج فلم يكن متمتعا كما لو طاف ويخرج عليه ماقاسوا عليه

(الثاني) أن يحج من عامه فان اعتمر في أشهر الحج فلم يحج ذلك العام بل حج من العام القابل فليس بمتمتع لا نعلم فيه خلافا إلا قولا شاذاً عن الحسن فيمن اعتمر في أشهر الحج فهو متمتع حج أو لم يحج ، والجمهور على خلاف هذا لان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) وهذا يقتضي الموالاة بينهما ، ولأنهم اذا أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج ثم حج من عامه فليس بمتمتع فهذا أولى لان التباعد بينهما أكثر

(الثالث) أن لا يسافر بين العمرة والحج سفراً بعيداً تقصر في مثله الصلاة . نص عليه ، وروي ذلك عن عطاء والمغيرة والمديني واسحق ، وقال الشافعي إن رجع إلى الميقات فلا دم عليه ، وقال أصحاب الرأي إن رجع من مصره بطلت متعته وإلا فلا ، وقال مالك إن رجع إلى مصره أو إلى غيره أبعد من مصره بطلت متعته وإلا فلا ، وقال الحسن هو متمتع وإن رجع إلى بلده ، واختاره ابن المنذر لعموم قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) الآية

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال اذا اعتمر في أشهر الحج ثم أقام فهو متمتع فان خرج

وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر كما لا يؤثر اختلاف النية فيما يعتبر له اللفظ دون النية

(فصل) فان لبى أو ساق الهدي من غير نية لم ينعقد إحرامه لان ما اعتبرت له النية لم ينعقد بدونها كالصوم والصلاة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويشترط فيقول ان حبسني حابس فمحلي حيث حبستني فان حبس حل من الموضع الذي حبس) ولا شيء عليه.

ورجع فليس بمتمتع وعن ابن عمر نحو ذلك ولانه اذا رجع الى الميقات أو ما دونه لزمه الاحرام منه فاذا كان بعيداً فقد أنشأ سفراً بعيداً لحجه فلم يترفه بترك أحد السفرين فلم يلزمه دم كموضع الوفاق والآية تناولت المتمتع وهذا ليس بمتمتع بدليل قول عمر رضي الله عنه

(الرابع) أن يحل من احرام العمرة قبل إحرامه بالحج فان أدخل الحج على العمرة قبل حله منها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه يصير قارناً ولا يلزمه دم المتعة قالت عائشة رضي الله عنها خرجنا مع النبي (ص) عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « انقضي رأسك وأمتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة » قالت ففعلت فلما قضينا الحج ارسلني رسول الله (ص) مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه فقال هذه عمرة مكان عمرتك: قال عروة فقضى الله حجتها وعمرتها ولم يكن في شيء من ذلك هدي ولا صوم ولا صدقة متفق عليه ولكن عليه دم للقران لانه صار قارنا وترفه بسقوط أحد السفرين . فأما قول عروة لم يكن في ذلك هدي يحتمل أنه أراد لم يكن فيه هدي للمتعة إذ قد ثبت أن رسول الله (ص) ذبح عن نسائه بقرة بينهن

(الخامس) أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ولا خلاف بين أهل العلم في أن دم المتعة لا يجب على حاضري المسجد الحرام لقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) والمعنى في ذلك ان حاضر المسجد الحرام ميقاته مكة ولا يحصل له الترفه بترك أحد السفرين ولانه احرم من ميقاته اشبه المفرد .

(فصل) وحاضرو المسجد الحرام أهل الحرم ومن بينه وبين مكة دون مسافة القصر نص عليه احمد وروي ذلك عن عطاء وبه قال الشافعي وقال مالك : هم أهل مكة وقال مجاهد : هم أهل الحرم وروي ذلك عن طاوس وروي عن مكحول وأصحاب الرأي من دون المواقيت لانه موضع شرع فيه النسك فاشبه الحرم

ولنا أن حاضر الشيء من دنا منه ومن دون مسافة القصر قريب من حكم الحاضر بدليل انه اذا قصده لا يترخص رخص المسافر من الفطر والقصر فيكون من حاضريه ،وتحديده بالميقات

يستحب لمن أحرم بنسك أن يشترط عند إحرامه فيقول: إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني ويفيد هذا الشرط شيئين

(أحدهما) أنه إذا عاقه عائق من عدو أو مرض أو ذهاب نفقة ونحوه أن له التحلل

(والثاني) أنه متى حل بذلك فلا دم عليه ولا صوم وممن روي عنه أنه رأى الاشتراط عند الاحرام عمر وعلي وابن مسعود وعمار وذهب اليه عبيدة السلماني وعلقمة والاسود وشريح وسعيد ابن المسيب وعطاء بن أبي رباح وعطاء بن يسار وعكرمة والشافعي إذ هو بالعراق وأنكره ابن عمر

لا يصح لانه قد يكون بعيدا يثبت له حكم السفر البعيد اذا قصده ولان ذلك يفضي الى جعل البعيد من حاضريه، والقريب من غير حاضريه لتفاوت المواقيت في القرب والبعد واعتباره بما ذكرنا أولى لان الشارع حد الحاضر دون مسافة القصر بنفي أحكام المسافرين عنه فكان الاعتبار به أولى من الاعتبار بالنسك لوجود لفظ الحضور في الآية

(فصل) اذا كان للمتمتع قريتان قريبة وبعيدة فهو من حاضري المسجد الحرام لانه اذا كان بعض أهله قريبا لم يوجد فيه الشرط وهو أن لا يكون أهله من حاضري المسجد الحرام ، ولان له ان يحرم من القريبة فلم يكن بالتمتع مترفها بترك أحد السفرين ، وقال القاضي : له حكم القرية التي يقيم بها اكثر فان استويا فمن التي ماله بها أكثر ؟ فان استويا فمن التي ينوي الاقامة بها أكثر ؟ فان استويا فله حكم القرية التي أحرم منها وقد ذكرنا دليل ما قلناه

(فصل) فان دخل الآفاقي مكة متمتعا ناويا الاقامة بها بعد تمتعه فعليه دم المتعة قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ولو كان الرجل منشأه بمكة فخرج عنها منتقلا مقيما بغيرها ثم عاد اليها متمتعا ناويا للاقامة بها او غير ناو فعليه دم متعة لانه خرج بالانتقال عنها عن أن يكون من أهلها وبه قال مالك والشافعي واسحاق وذلك لان حضور المسجد الحرام انما حصل بنية الاقامة وفعلها وهذا انما نوى الاقامة اذا فرغ من أفعال الحج لانه اذا فرغ من عمرته فهو ناو للخروج الى الحج فكانه انما نوى أن يقيم بعد وجوب الدم عليه فاما ان سافر المكي غير منتقل ثم عاد فاعتمر من الميقات وحج من عامه فلا دم عليه لانه لم يخرج بذلك عن كون أهله من حاضري المسجد الحرام

(فصل) وهذا الشرط الخامس شرط لوجوب الدم عليه وليس بشرط لكونه متمتعا فان متعة المكي صحيحة لان التمتع أحد الأنساك الثلاثة فصح من المكي كالنسكين الآخرين ولان حقيقة التمتع أن يعتمر في أشهر الحج ثم يحج من عامه وهذا موجود في المكي وقد نقل عن احمد ليس على أهل مكة متعة ومعناه ليس عليهم دم متعة لان المتعة له لا عليه فتعين حمله على ما ذكرناه

(فصل) اذا ترك الافاقي الاحرام من الميقات وأحرم من دونه بعمرة ثم حل منها وأحرم بالحج من مكة من عامه فهو متمتع وعليه دمان دم المتعة ودم لاحرامه من دون الميقات. قال ابن المنذر

وطاوس وسعيد بن جبير والزهري ومالك وأبو حنيفة . وعن أبي حنيفة أن الاشتراط يفيد سقوط الدم فاما التحلل فهو ثابت عنده بكل احصار. واحتجوا بان ابن عمر كان ينكر الاشتراط ويقول حسبكم سنة نبيكم ﷺ ولأنها عبادة تجب باصل الشرع فلم يفد الاشتراط فيها كالصوم والصلاة

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت دخل النبي ﷺ على ضباعة بنت الزبير فقالت يارسول الله إني أريد الحج وأنا شاكية فقال النبي ﷺ « حجي واشترطي أن محلي حيث حبستني » متفق عليه وعن ابن عباس أن ضباعة أتت النبي ﷺ فقالت يارسول الله إني أريد الحج فكيف

وابن عبدالبر أجمع العلماء على أن من أحرم في أشهر الحج بعمرة وحل منها ولم يكن من حاضري المسجد ثم أقام بمكة حلالا ثم حج من عامه انه متمتع عليه دم .وقال القاضي اذا تجاوز الميقات حتى صار بينه وبين مكة أقل من مسافة القصر فاحرم منه فلا دم عليه للمتعة لانه من حاضري المسجد الحرام وليس بجيد فان حضور المسجد الحرام إنما يحصل بالاقامة به ونية ذلك ، وهذا لم تحصل منه الاقامة ولا نيتها ولأن الله تعالى قال (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وهذا يقتضي أن يكون المانع من الدم السكنى به وهذا ليس بساكن ، وإن أحرم الآفاقي بعمرة في غير أشهر الحج ثم أقام بمكة واعتمر من التنعيم في أشهر الحج وحج من عامه فهو متمتع نص عليه أحمد وعليه دم وفي تنصيصه على هذه الصورة تنبيه على إيجاب الدم في الصورة الاولى بطريق الاولى ، وذكر القاضي شرطا سادسا لوجوب الدم وهو أن ينوي في ابتداء العمرة وفي أثنائها أنه متمتع وظاهر النص يدل على أن هذا غير مشترط فانه لم يذكره ، وكذلك الاجماع الذي ذكرناه مخالف لهذا القول لانه قد حصل له الترفه بترك أحد السفرين فلزمه الدم كمن نوى

(فصل في وقت وجوب الهدي وذبحه) أما وقت وجوبه فعن أحمد انه يجب اذا أحرم بالحج وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي) وهذا قد فعل ذلك ولأن ما جعل غاية فوجود أوله كاف كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) وعنه أنه يجب الدم إذا وقف بعرفة اختاره القاضي ، وهو قول مالك لان التمتع بالعمرة إلى الحج إنما يحصل بعد وجود الحج منه ولا يحصل ذلك إلا بالوقوف لقول النبي ﷺ « الحج عرفة » ولانه قبل ذلك يعرض الفوات فلا يحصل التمتع ولانه لو أحرم بالحج ثم أحصر أو فاته الحج لم يلزمه دم المتعة ولا كان متمتعا ولو وجب الدم لما سقط وقال عطاء : يجب إذا رمى الجمرة . ونحوه قول أبي الخطاب قال : يجب اذا طلع الفجر يوم النحر لانه وقت ذبحه فكان وقت وجوبه ، وأما وقت ذبحه فيوم النحر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة لان ما قبل يوم النحر لا يجوز ذبح الاضحية فيه فلا يجوز ذبح الهدي الذي للمتمتع كما قبل التحلل من العمرة ، وقال أبو الخطاب : سمعت أحمد قال في الرجل يدخل مكة في شوال ومعه هدي قال ينحر بمكة وإن قدم قبل العشر نحره لا يضيع أو يموت أو

أقول؟ فقال قولي « لبيك اللهم لبيك، ومحلي من الارض حيث تحبسني: فان لك على ربك مااستثنيت » رواه مسلم . ولاقول لاحد مع قول رسول الله ﷺ فكيف يعارض بقول ابن عمر ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخليفتين الراشدين مع من قد ذكرنا قوله من فقهاء الصحابة أولى من قول ابن عمر وغير هذا اللفظ مما يؤدي معناه يقوم مقامه لان المقصود المعنى ، والعبارة انما تعتبر لتأدية المعنى

قال ابراهيم خرجنا مع علقمة وهو يريد العمرة فقال اللهم إني أريد العمرة ان تيسرت وإلا فلاحرج علي وكان شريح يشترط : اللهم قد عرفت نيتي وما أريد فان كان أمرا تتمه فهو أحب إلي وإلا فلا

يسرق، وكذا قال عطاء : وان قدم في العشر لم ينحره حتى ينحره بمنى لان النبي ﷺ وأصحابه قدموا في العشر فلم ينحروا حتى نحروا بمنى. ومن جاء قبل ذلك نحره عن عمرته وأقام على احرامه وكان قارناء وقال الشافعي: يجوز نحره بعد الاحرام بالحج قولا واحداً وفيما قبل ذلك بعد حله من العمرة احتمالان

ووجه جوازه انه دم يتعلق بالاحرام وينوب عنه الصيام فجاز قبل يوم النحر كدم الطيب ولانه يجوز إذا بدله قبل يوم النحر فجاز اداؤه قبله كسائر الفديات

(فصل) ويجب الدم على القارن في قول عامة أهل العلم ولا نعلم فيه خلافا الا عن داود لأنه قال لا دم عليه وروي عن طاوس وحكى ابن المنذر أن ابن داود لما دخل مكة سئل عن القارن هل يجب عليه دم ؟ فقال لا فجروا برحله وهذا يدل على شهرة الامر بينهم

ولنا قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي) وهذا متمتع بالعمرة الى الحج بدليل أن عليا لما سمع عثمان ينهى عن المتعة أهل بالعمرة والحج ليعلم الناس أنه ليس بمنهي عنه وقال ابن عمر رضي الله عنهما انما القران لاهل الآفاق وتلا قوله (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قرن بين حجته فليهريق دما » ولانه ترفه بسقوط أحد السفرين فأشبه المتمتع فان عدم الدم فعليه صيام كصيام المتمتع سواء ومن شرط وجوب الدم عليه أن لايكون من حاضري المسجد الحرام في قول جمهور العلماء . وقال ابن الماجشون : عليه دم لان الله تعالى انما أسقط الدم عن المتمتع وليس هذا متمتعا والصحيح الاول فاننا قد ذكرنا أنه متمتع وان لم يكن متمتعا فهو فرع عليه ووجوب الدم على القارن انما كان بمعنى النص على المتمتع ولايجوز أن يخالف الفرع عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان مفرداً أو قارنا أحببنا له أن يفسخ اذا طاف وسعى ويجعلها عمرة لأمر رسول الله ﷺ أصحابه بذلك الا أن يكون معه هدي فيكون على احرامه)

إذا كان مع المفرد والقارن هدي فليس له أن يحل من إحرامه ويجعله عمرة بغير خلاف علمناه لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة قال للناس « من كان منكم أهدى فانه لايحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ، ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة

حرج علي. ونحوه عن الاسود. وقالت عائشة لعروة قل: اللهم إني أريد الحج واياه نويت فان تيسر والا فعمرة، ونحوه عن عميرة بن زياد

(فصل) فان نوى الاشتراط ولم يتلفظ به احتمل أن يصح لانه تابع لعقد الاحرام والاحرام ينعقد بالنية فكذلك تابعه واحتمل أن يعتبر فيه القول لانه اشتراط فاعتبر فيه القول كالاشتراط في النذر والوقف والاعتكاف ،ويدل عليه ظاهر قول النبي ﷺ في حديث ابن عباس« قولي محلي من الارض حيث تحبسني»

وليقصر وليحلل ثم ليهل بالحج وليهد ومن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله »متفق عليه. فاما من لا هدي معه فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج وينوي عمرة مفردة فيقصر ويحل من إحرامه ليصير متمتعا إن لم يكن وقف بعرفة . وكان ابن عباس رضي الله عنهما يرى أن من طاف بالبيت وسعى فقد حل وإن لم ينو ذلك وبهذا الذي ذكرناه قال مجاهد والحسن وداود وذهب أكثر أهل العلم إلى أنه لايجوز له ذلك لان الحج أحد النسكين فلم يجز فسخه كالعمرة. وروى ابن ماجه عن بلال بن الحارث المزني عن أبيه أنه قال يارسول الله فسخ الحج لنا خاصة أو لمن يأتي قال« لنا خاصة »وروى أيضا عن المرقع الاسدي عن أبي ذر رضي الله عنه قال كان ما أذن لنا رسول الله ﷺ حين دخلنا مكة أن نجعلها عمرة ونحل من كل شيء إن تلك كانت لنا خاصة رخصة من رسول الله ﷺ دون جميع الناس

ولنا أنه قد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه أمر اصحابه في حجة الوداع الذين أفردوا الحج وقرنوا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة الا من كان معه الهدي في أحاديث كثيرة متفق عليها بحيث يقرب من المتواتر ولم يختلف في صحة ذلك وثبوته عن النبي ﷺ أحد من أهل العلم علمناه. وذكر أبو حفص في شرحه باسناده عن ابراهيم الحرقي وقد سئل عن فسخ الى العمرة فقال قال سلمة بن شبيب لاحمد ابن حنبل ياأبا عبد الله: كل شيء منك حسن جميل الا خلة واحدة فقال وما هي ؟ قال تقول نفسخ الحج قال احمد قد كنت أرى ان لك عقلا ، عندي ثمانية عشر حديثا صحاحا جيادا كلها في فسخ الحج أتركها لقولك ، وقد روى فسخ الحج الى العمرة ابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم واحاديثهم متفق عليها ورواه غيرهم من وجوه صحاح . قال جابر :أهللنا أصحاب رسول الله ﷺ بالحج خالصا وحده وليس معه غيره فقدم النبي ﷺ صبح رابعة مضت من ذي الحجة فلما قدمنا أمرنا النبي ﷺ أن نحل قال أحلوا وأصيبوا من النساء قال فبلغه عنا انا نقول لم يكن بيننا وبين عرفة لا خمس ليال أمرنا أن نحل إلى نسائنا فنأتي عرفة تقطر مذاكيرنا بالمني قال فقام رسول الله ﷺ فقال « قد علمتم أني أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ، ولولا هديي لحللت كما تحلون فحلوا ، ولو استقبلت من أمري مااستدبرت ماأهديت » قال فحللنا وسمعنا وأطعنا ، قال فقال سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أراد الافراد قال اللهم إني أريد الحج ويشترط)

الافراد هو الاحرام بالحج مفرداً من الميقات وهو أحد الانساك الثلاثة والحكم في إحرامه كالحكم في إحرام العمرة سواء فيما يجب ويستحب وحكم الاشتراط

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أراد القران قال اللهم اني أريد العمرة والحج ويشترط)

معنى القران الاحرام بالعمرة والحج معا أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج وهو أحد الأنساك المشروعة الثابتة بالنص والاجماع وقد روي أن معاوية قال لاصحاب النبي ﷺ هل

متعتنا هذه يارسول الله لعامنا هذا أم للابد ؟ فظنه محمد بن أبي بكر أنه قال : للابد متفق عليه ، وأما حديثهم فقال أحمد روى هذا الحديث الحرث بن بلال ، فمن الحارث بن بلال ؟ يعني أنه مجهول ولم يروه إلا الداروردي ، وحديث أبي ذر رواه مرقع الاسدي ، فمن مرقع الاسدي ؟ شاعر من أهل الكوفة لم يلق أبا ذر ، فقيل له أفليس قد روى الاعمش عن ابراهيم التيمي عن أبيه عن أبي ذر قال كانت لنا متعة الحج خاصة أصحاب رسول الله ﷺ قال أفيقول هذا أحد؟ المتعة في كتاب الله ،وقد أجمع الناس على أنها جائزة ، قال الجوزجاني مرقع الاسدي ليس بالمشهور ، ومثل هذه الأحاديث في ضعفها وجهالة رواتها لاتقبل اذا انفردت فكيف تقبل في رد حكم ثابت بالتواتر مع أن قول أبي ذر من رأيه ، وقد خالفه من هو أعلم منه، وقد شذ به عن الصحابة رضي الله عنهم فلا يكون حجة ،وأما قياسهم فلا يقبل في مقابلة النص الصحيح على أن قياس الحج على العمرة فيهذا لايصح فانه يجوز قلب الحج إلى العمرة في حق من فاته الحج ومن حصر عن عرفة والعمرة لاتصير حجاً بحال ، ولان فسخ الحج إلى العمرة يصير به متمتعاً لحصل الفضيلة وفسخ العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة ، ولا يلزم من مشروعية مايحصل الفضيلة مشروعية مايفوتها

(فصل) واذا فسخ الحج إلى العمرة صار متمتعاً حكمه حكم المتمتعين في وجوب الدم وغيره ، وقال القاضي لايجب الدم لان من شرط وجوبه أن ينوي في ابتداء العمرة أو في انتهائها أنه متمتع ، وهذه دعوى لادليل عليها تخالف عموم الكتاب وصريح السنة الثابتة فان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي) وفي حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال « ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة ، وليقصر وليحلل ، ثم ليهل بالحج وليهدى ، ومن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع إلى أهله » متفق عليه ، ولان وجوب دم المتعة للترفه بسقوط أحد السفرين ، وهذا المعنى لايختلف بالنية وعدمها فوجب أن لايختلف في الوجوب على أنه لو ثبت أن النية شرط فقد وجدت فانه ماحل حتى نوى أنه يحل ثم يحرم بالحج

﴿مسئلة﴾ ولو ساق المتمتع الهدي لم يكن له أن يحل لقول الله تعالى (ولا تحلقوا رؤوسكم حتى

تعلمون أن رسول الله ﷺ نهى أن يقرن بين الحج والعمرة؟ قالوا أما هذا فلا. قال أنها معهن يعنى مع المنهيات ولكنكم نسيتم. وهذا مما لم يوافق الصحابة معاوية عليه مع ماينضمنه من مخالفة الاحاديث الصحيحة والاجماع قال الخطابي : ويشبه أن يكون ذهب إلى تأويل قوله عليه السلام حين أمر أصحابه في حجته بالاحلال وقال «لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي» وكان قارنا فحمله معاوية على النهي والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يعين ما أحرم به وبه قال مالك وقال الشافعي في أحد قوليه : الاطلاق

يبلغ الهدي محله) ولما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال تمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة الى الحج فلما قدم رسول الله ﷺ مكة قال للناس من كان معه هدي فانه لايحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجته متفق عليه وهذا مذهب أبي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول: له التحلل وينحر هديه عند المروة ويحتمله كلام الخرقي

ولنا ماذكرنامن الآية وحديث ابن عمر وروت حفصة رضي الله عنها أنها قالت يارسول الله ماشأن الناس حلوا من العمرة ولم تحل أنت من عمرتك ؟ قال« اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر »متفق عليه والاحاديث في ذلك كثيرة وعن احمد فيمن قدم متمتعا في أشهر الحج وساق الهدي قال: ان دخلها فى العشر لم ينحر الهدي حتى ينحره يوم النحر وإن قدم قبل العشر نحر الهدي ، وهذا يدل على أن المتمتع اذا قدم قبل العشر حل وان كان معه هدي وهذاقول عطاء رواه حنبل في المناسك وقال من لبد أو ضفر فهو بمنزلة من ساق الهدي لحديث حفصة والرواية الاولى أولى لما ذكرنا من الحديث الصحيح وهو أولى بالاتباع

(فصل) فاما المعتمر غير المتمتع فانه يحل بكل حال في أشهر الحج وغيرها كان معه هدي أو لم يكن لان النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر سوى عمرته التي مع حجته بعضهن في ذي القعدة فكان يحل فان كان معه هدي نحره عند المروة وحيث نحره من الحرم جاز لان النبي ﷺ قال« كل فجاج مكة طريق ومنحر »رواه أبو داود وابن ماجه

﴿مسئلة﴾ (والمرأة اذا دخلت متمعة فحاضت فخشيت فوات الحج أحرمت بالحج وصارت قارنة)

إذا حاضت المتمتعة قبل طواف العمرة لم يكن لها أن تطوف بالبيت لانه صلاة ولأنها ممنوعة من دخول المسجد ولايمكنها ان تحل من عمرتها قبل الطواف فاذا خشيت فوات الحج أحرمت بالحج من عمرتها وصارت قارنة ، هذا قول مالك والاوزاعي والشافعي وكثير من أهل العلم ، وقال أبو حنيفة قد رفضت العمرة وصار حجا وما قال هذا أحد غير أبي حنيفة وحجته ما روى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت أهللت بعمرة فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله (ص) فقال « انقضي رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي

أولى لما روى طاوس قال : خرج النبي (ص) من المدينة لا يسمي حجا ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة فأمر أصحابه من كان منهم أهلّ ولم يكن معه هدي أن يجعلوها عمرة ولان ذلك احوط ،لانه لا يأمن الاحصار أو تعذر فعل الحج عليه فيجعلها عمرة

ولنا أن النبي (ص) أمر اصحابه بالاحرام بنسك معين فقال «من شاء منكم ان يهل بحج وعمرة فليهل ، ومن أراد ان يهل بحج فليهل ،ومن اراد ان يهل بعمرة فليهل » والنبي (ص) واصحابه إنما احرموا بمعين على ماذكرنا في الاحاديث الصحيحة واصحاب النبي (ص) الذين كانوا معه في حجته

العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله (ص) مع عبدالرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه فقال هذه عمرة مكان عمرتك متفق عليه ففيه دليل على أنها رفضت عمرتها واحرمت بحج من وجوه .

(أحدها) قوله (دعي عمرتك) و (الثاني) قوله (وامتشطي) و (الثالث) قوله (هذه عمرة مكان عمرتك)

ولنا ماروى جابر قال : أقبلت عائشة بعمرة حتى اذا كانت بسرف عركت ثم دخل رسول الله ﷺ على عائشة فوجدها تبكي فقال « ماشأنك؟ » قالت شأني أني قد حضت وقد حل الناس ولم أحل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون إلى الحج الآن فقال « إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلي ثم أهلي بالحج » ففعلت ووقفت المواقف حتى اذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة ثم قال « قد حللت من حجتك وعمرتك » قالت يارسول الله اني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال « فاذهب بها ياعبد الرحمن فاعمرها من التنعيم »

وروى طاوس عن عائشة أنها قالت أهللت بعمرة فقدمت ولم أطف حتى حضت فنسكت المناسك كلها ، وقد أهللت بالحج فقال لها رسول الله ﷺ « يوم النفر يسعك طوافك لحجك وعمرتك » فأبت فبعث معها عبد الرحمن بن أبي بكر فأعمرها من التنعيم . رواهما مسلم وهما يدلان على جميع ماذكرنا ، ولان ادخال الحج على العمرة جائز بالاجماع من غير خشية الفوات فمع خشيته أولى ،وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لمن أهل بعمرة أن يدخل عليها الحج مالم يفتتح الطواف بالبيت ، وقد أمر النبي ﷺ من كان معه هدي في حجة الوداع أن يهل بالحج مع العمرة ومع امكان الحج مع بقاء العمرة لايجوز رفضها كغير الحائض ، فأما حديث عروة فان قوله « انقضي رأسك وامتشطي ودعي العمرة » انفرد به عروة وخالف به كل من روى عن عائشة حين حاضت وقد روى ذلك طاوس والقاسم والاسود وغيره عن عائشة فلم يذكروا ذلك ، وحديث جابر وطاوس مخالفان لهذه الزيادة

مطلعون على احواله ، ويقتدون بافعاله ، ويقفون على ظاهر امره وباطنه اعلم به من طاوس وحديثه مرسل والشافعي لا يحتج بالمراسيل المفردة فكيف يصير إلى هذا مع مخالفته للروايات المستفيضة المتفق عليها، والاحتياط ممكن بأن يجعلها عمرة فان شاء كان متمتعا ،وان شاء ادخل الحج عليها،وكان قارنا

(فصل) فان اطلق الاحرام فنوى الاحرام بنسك ولم يعين حجا ولا عمرة صح وصار محرما لان الاحرام يصح مع الابهام فصح مع الاطلاق فاذا أحرم مطلقا فله صرفه إلى اي الأنساك شاء لان له ان يبتدي، الاحرام بما شاء منها فكان له صرف المطلق إلى ذلك ، والاولى صرفه إلى العمرة لانه إن كان في غير أشهر الحج فالاحرام بالحج مكروه او ممتنع ، وإن كان في اشهر الحج فالعمرة اولى لان التمتع افضل . وقد قال أحمد رحمه الله : يجعله عمرة لان النبي (ص) أمر أبا موسى حين احرم بما أهل به رسول الله (ص) ان يجعله عمرة كذا ههنا

وقد روى حماد بن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة حديث حيضها فقال فيه حدثني غير واحد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها « دعي عمرتك ، وانقضي رأسك وامتشطي » وذكر تمام الحديث ، وهذا يدل على أنه لم يسمع من عائشة هذه الزيادة وهو مع ماذكرنا من مخالفة بقية الرواة يدل على الوهم مع مخالفتها للكتاب والاصول إذ ليس لنا موضع آخر يجوز فيه رفض العمرة مع امكان اتمامها ، ويحتمل أن قوله « دعي العمرة » أي دعيها بحالها وأهلي بالحج معها أو دعي أفعال العمرة فانها تدخل في أفعال الحج ، فأما العمرة من التنعيم فلم يأمرها بها النبي صلى الله عليه وسلم ، وانما قالت للنبي صلى الله عليه وسلم اني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال « فاذهب بها ياعبد الرحمن فاعمرها من التنعيم »

وروى الأثرم باسناده عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها قال : قلت اعتمرت بعد الحج ؟ قالت والله ما كانت عمرة ماكانت إلا زيارة ورب البيت انما هي مثل نفقتها . قال أحمد : انما أعمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة حين ألحت عليه فقالت يرجع الناس بنسكين وأرجع بنسك فقال « ياعبد الرحمن أعمرها » فنظر إلى أدنى الحل فأعمرها منه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أحرم مطلقاً صح وله صرفه إلى ماشاء)

يصح الاحرام بالنسك المطلق وهو أن لايعين حجاً ولا عمرة لانه اذا صح الاحرام مع الابهام صح مع الاطلاق قياساً عليه ، فاذا أحرم مطلقا فله صرفه إلى ماشاء من الانساك لان له أن يبتديء الاحرام بأيها شاء فكان له صرف المطلق إلى ذلك . والاولى صرفه إلى العمرة لانه إن كان في غير أشهر الحج فالاحرام بالحج مكروه أو ممتنع ، وإن كان في أشهر الحج فالعمرة أولى لان التمتع أفضل وقد قال أحمد يجعله عمرة لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا موسى حين أحرم بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعلها عمرة كذا هذا

(فصل) ويصح إبهام الاحرام وهو ان يحرم بما احرم به فلان لما روى أبو موسى قال قدمت على رسول الله (ص) وهو منيخ بالبطحاء فقال لي «بما أهللت؟» قلت : لبيك باهلال كاهلال رسول الله (ص) قال « احسنت » فأمرني فطفت بالبيت و بالصفا والمروة ثم قال « حل » متفق عليه ، وروى جابر وأنس ان عليا قدم من اليمن على رسول الله ص) فقال له النبي(ص) « بم أهللت؟ » قال : أهللت بما أهل به رسول الله (ص) . قال جابر في حديثه قال« فاهد وامكث حراما » وقال أنس قال رسول الله (ص) « لولا أن معي هديا لحللت » متفق عليهما. ثم لا يخلو من ابهم إحرامه من أحوال أربعة (احدها) ان يعلم ما أحرم به فلان فينعقد إحرامه بمثله فان عليا قال له النبي (ص) « ماذا قلت حين فرضت الحج ؟ » قال : قلت اللهم إني أهل بما أهل به رسول الله (ص) قال« فان معي الهدي فلا تحل » (الثاني) ان لا يعلم ما أحرم به فلان فيكون حكمه حكم الناسي على ما سنبينه (الثالث) ان لا يكون فلان احرم فيكون إحرامه مطلقا حكمه حكم الفصل الذي قبله (الرابع) ان لا يعلم هـل أحرم فلان أولا فحكمه حكم من لم يحرم لان الاصل عدم إحرامه فيكون إحرامه ههنـا مطلقا يصرفه إلى ما شاء فان صرفه قبل الطواف فحسن ، وان طاف قبل صرفه لم يعتـد بطوافه لانه طاف لا في حج ولا عمرة

﴿مسئلة﴾ (وان أحرم بمثل ما أحرم به فلان انعقد احرامه بمثله)

يصح ابهام الاحرام وهو أن يحرم بما أحرم به فلان لما روى أبو موسى رضي الله عنه قال قدمت على رسول الله (ص) وهو منيخ بالبطحاء فقال لي بما أهللت ؟ فقلت لبيت باهلال كاهلال رسول الله ﷺ فقال« أحسنت »فأمرني فطفت بالبيت وبالصفاو المروة ثم قال«حل»متفق عليه.وروى جابر وأنس أن عليا قدم من اليمن على رسول الله (ص) فقال له النبي (ص) بما أهللت ؟ فقال أهللت بما أهل به رسول الله (ص) قال جابر في حديثه قال« فاهد وأمكث احراما» وقال أنس قال رسول الله (ص) «لولا أن معي هديا لحللت » متفق عليهما ولا يخلو من أبهم احرامه من أربعة أحوال

(أحدها) أن يعلم ماأحرم به فلان فينعقد حرامه بمثله فان عليا رضي الله عنه قال له رسول الله (ص) «ماذا قلت حين فرضت الحج ؟ »قال قلت اللهم اني أهل بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فان معي الهدي فلا تحل »

(الثاني) أن لا يعلم ما أحرم به فلان فيكون حكمه حكم الناسي على ماسنذكره ان شاء الله تعالى

(الثالث) أن يكون فلان قد أحرم مطلقا فيكون حكمه حكم الفصل الذي قبله

(الرابع) أن لا يعلم هل أحرم فلان أولا فحكمه حكم من لم يحرم لان الاصل عدم احرامه فيكون احرامه ههنا مطلقا يصرفه الى ماشاء فان صرفه قبل الطواف وقع طوافه عما صرف اليه ، وان طاف قبل صرفه لم يعتد بطوافه لانه طاف لا في حج ولا عمرة

(فصل) إذا احرم بنسك ثم نسيه قبل الطواف فله صرفه إلى أي الانساك شاء فانه ان صرفه الى عمرة وكان المنسي عمرة فقد أصاب ،وان كان حجا مفرداً او قرانا فله فسخهما الى العمرة على ما سنذكره ، وإن صرفه إلى القران وكان المنسي قرانا فقد أصاب ، وان كان عمرة فادخال الحج على العمرة جائز قبل الطواف فيصير قارنا ،وان كان مفرداً لغا إحرامه بالعمرة وصح بالحج وسقط فرضه ، وان صرفه إلى الافراد وكان مفرداً فقد أصاب، وان كان متمتعا فقد أدخل الحج على العمرة فصارقارنا في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى وهو يظن انه مفرد ، وان كان قارنا فكذلك والمنصوص عن احمد انه يجعله عمرة . قال القاضي هذا على سبيل الاستحباب لانه إذا استحب ذلك في حال العلم فمع عدمه أولى ، وقال ابو حنيفة يصرفه إلى القران وهو قول الشافعي في الجديد ، وقال في القديم يتحرى فيبني على غالب ظنه لانه من شرائط العبادة فيدخله التحري كالقبلة. ومنشأ الخلاف على فسخ الحج إلى العمرة فانه جائز عندنا وغير جائز عندهم فعلى هذا إن صرفه إلى المتعة فهو متمتع عليه دم المتعة ويجزئه عن الحج والعمرة جميعا ، وإن صرفه إلى افراد أو قران لم يجزئه عن العمرة إذ من

﴿مسئلة﴾(وان أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد احرامه باحداهما)

إذا أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد باحداهما ولغت الاخرى ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ينعقد بهما وعليه قضاء احداهما لانه احرم بهما ولم يتمها

ولنا أنهما عبادتان لايلزمه المضي فيهما فلم يصح الاحرام بهما كالصلاتين ، وعلى هذا لو أفسد حجه وعمرته لم يلزمه إلا قضاؤها وعند أبي حنيفة يلزمه قضاؤهما معا بناء على صحة احرامه بهما

﴿مسئلة﴾(وان احرم بنسك ونسيه جعله عمرة وقال القاضي يصرفه الى ماشاء)

أما اذا أحرم بنسك ونسيه قبل الطواف فله صرفه إلى أي الانساك شاء فانه ان صرفه الى عمرة وكان المنسي عمرة فقد اصاب وان كان حجا مفرداً او قارنا فله فسخها الى العمرة على ما ذكرناه وان صرفه الى القران وكان المنسي قرانا فقد اصاب وان كان عمرة فادخال الحج على العمرة جائز قبل الطواف فيصير قارنا، وان كان مفرداً لغا احرامه بالعمرة ، وصح حجه، وسقط فرضه وان صرفه الى الافراد وكان مفرداً فقد اصاب وان كان متمتعاً فقد ادخل الحج على العمرة وصار قارنا في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى وهو يظن انه مفرد وان كان قارنا فكذلك والمنصوص عن احمد انه يجعله عمرة قال القاضي هذا على سبيل الاستحباب لانه اذا استحب ذلك مع العلم فمع عدمه اولى وقال ابو حنيفة يصرفه الى القران، وهو قول الشافعي الجديد، وقال في القديم يتحري فيبني على غالب ظنه لانه من شرائط العبادة فيدخله التحري كالقبلة ومبني الخلاف على فسخ الحج الى العمرة فانه جائز عندنا ولايجوز عندهم فعلى هذا ان صرفه الى المتعة فهو متمتع عليه دم المتعة ويجزئه عن الحج والعمرة جميعا وان صرفه الى افراد او قران لم يجزه عن العمرة إذ من المحتمل ان يكون المنسي حجاً مفرداً؟

المحتمل أن يكون المنسي حجا مفردا وليس له ادخال العمرة على الحج فتكون صحة العمرة مشكوكا فيها فلا تسقط من ذمته بالشك ولا دم عليه لذلك فانه لم يثبت حكم القران يقينا ، ولا يجب الدم مع الشك في سببه . ويحتمل أن يجب فاما ان شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة لان إدخال الحج على العمرة بعد الطواف غير جائز فان صرفه إلى حج أو قران فانه يتحلل بفعل الحج ولا يجزئه عن واحد من النسكين لانه يحتمل أن يكون المنسي عمرة فلم يصح إدخال الحج عليها بعد طوافها ، ويحتمل أن يكون حجا و ادخال العمرة عليه غير جائز فلم يجزئه واحد منهما مع الشك ولا دم عليه للشك فيما يوجب الدم ولا قضاء عليه للشك فيما يوجبه ، وان شك وهو في الوقوف بعد ان طاف وسعى جعله عمرة فقصر ثم أحرم بالحج فانه ان كان المنسي عمرة فقد أصاب وكان متمتعا ، وان كان افراداً او قرانا لم ينفسخ بتقصيره وعليه دم بكل حال ، فانه لا يخلو من أن يكون متمتعا عليه دم المتعة أو غير متمتع فيلزمه دم لتقصيره ، وان شك ولم يكن طاف وسعى جعله قرانا لانه ان كان قارنا فقد اصاب وان كان معتمراً فقد أدخل الحج على العمرة وصار قارنا ، وان كان مفرداً لغا احرامه بالعمرة وصح احرامه بالحج . وان صرفه الى الحج جاز أيضا ولا يجزئه عن العمرة في هذه المواضع لاحتمال أن يكون مفرداً ، وادخال العمرة على الحج غير جائز ولا دم عليه للشك في وجود سببه

وليس له إدخال العمرة على الحج فتكون صحة العمرة مشكوكا فيها فلا تسقط بالشك ولا دم عليه لذلك فانه لم يثبت حكم القران يقينا فلا يجب الدم مع الشك في سببه ، ويحتمل ان يجب

وأما إن شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة لان ادخال الحج على العمرة بعد الطواف غير جائز إلا أن يكون معه هدي فان صرفه إلى حج أو قران فانه يتحلل بفعل الحج ولا يجزئه واحد من النسكين لانه يحتمل أن يكون حجا وادخال العمرة عليه غير جائز فلم يجزه عن واحد منهما مع الشك ولا دم عليه للشك فيما يوجب الدم ولا قضاء عليه للنسك فيما يوجبه ، وإن شك وهو في الوقوف بعد الطواف والسعي جعله عمرة فقصر، ثم أحرم بالحج فانه إن كان المنسي عمرة فقد أصاب وكان متمتعا ، وإن كان أفراداً أو قرانا لم ينفسخ بتقصيره وعليه دم بكل حال لانه لايخلو إما أن يكون متمتعا عليه دم المتعة أو غير متمتع فلزمه دم لتقصيره ، وإن شك ولم يكن طاف وسعى جعله قرانا لانه إن كان قرانا فقد أصاب ، وإن كان معتمراً فقد أدخل الحج على العمرة وصار قارنا ، وإن كان مفرداً لغا احرامه بالعمرة وصح احرامه بالحج ، وإن صرفه الى الحج جاز أيضا ، ولا يجزئه عن العمرة في هذه المواضع لاحتمال أن يكون مفرداً وادخال العمرة على الحج غير جائز ولا دم عليه للشك في وجود سببه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحرم عن رجلين وقع عن نفسه)

اذا استنابه اثنان في النسك فاحرم عنهما به وقع عن نفسه دونهما لانه لا يمكن وقوعه عنهما ،

(فصل) وان احرم بحجتين او عمرتين انعقد باحداهما ولغت الاخرى ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ينعقد بهما وعليه قضاء احداهما لانه احرم بها ولم يتمها

ولنا انهما عبادتان لا يلزمه المضي فيهما فلم يصح الاحرام بهما كالصلاتين، وعلى هذا لو أفسد حجه أو عمرته لم يلزمه الا قضاؤها ؟ وعند أبي حنيفة يلزمه قضاؤهما معا بناء على صحة احرامه بهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا استوى على راحلته لبى)

التلبية في الاحرام مسنونة لان النبي ﷺ فعلها وأمر برفع الصوت بها، وأقل احوال ذلك الاستحباب ، وسئل النبي ﷺ اي الحج أفضل ؟ قال « العج والثج » وهذا حديث غريب ومعنى العج رفع الصوت بالتلبية، والثج اسالة الدماء بالذبح والنحر ،وروى سهل بن سعد قال قال رسول الله ﷺ « ما من مسلم يلبي الا لبى ما عن يمينه من حجر أو شجر أو مدر حتى تنقطع الارض من ههنا وههنا » رواه ابن ماجه وليست واجبة وبهذا قال الحسن بن حي والشافعي وعن أصحاب مالك انها واجبة يجب بتركها دم وعن الثوري وابي حنيفة انها من شرط الاحرام لا يصح الا بها كالتكبير للصلاة لان ابن عباس قال في قوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) قال ابن عباس: الاهلال. وعن عطاء وطاوس وعكرمة هو التلبية، ولان النسك عبادة ذات احرام واحلال فكان فيها ذكر واجب كالصلاة

ولنا أنها ذكر فلم تجب في الحج كسائر الاذكار ،وفارق الصلاة فان النطق يجب في آخرها فوجب في اولها والحج بخلافه ويستحب البداية بها إذا استوى على راحلته لما روى أنس وابن عمر أن

وليس أحدهما أولى به من الآخر ، وان أحرم عن نفسه وغيره وقع عن نفسه لانه اذا وقع عن نفسه ولم ينوها فمع نيته أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحرم عن أحدهما لا بعينه وقع عن نفسه، وقال أبو الخطاب له صرفه الى ايهما شاء)

اما اذا أحرم عن أحدهما غير معين فانه يقع عن نفسه أيضا لان أحدهما ليس أولى من الآخر أشبه المسألة قبلها. ويحتمل أن يصح وله صرفه الى ايهما شاء اختاره أبو الخطاب لان الاحرام يصح بالمجهول فصح عن المجهول كما لو أحرم مطلقا فان لم يفعل حتى طاف شوطا وقع عن نفسه ولم يكن له صرفه الى احدهما لان الطواف لا يقع عن غير معين

﴿ مسئلة ﴾ (واذا استوى على راحلته لبى تلبية رسول الله ﷺ « لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك »

تستحب التلبية اذا استوى على راحلته لان النبي ﷺ فعلها وأمر بها وأدنى أحوال الامر الاستحباب. وروى سهل بن سعد رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ما من مسلم يلبي الا لبى ما عن يمينه من حجر أو شجر أو مدر حتى تنقطع الارض من ههنا وههنا » وتستحب البداية بها اذا استوى علي راحلته لما روي أنس وابن عمر أن رسول الله ﷺ لما ركب راحلته واستوت

النبي ﷺ لما ركب راحلته واستوت به اهل" رواهما البخاري ،وقال ابن عباس أوجب رسول الله ﷺ الاحرام حين فرغ من صلاته فلما ركب راحلته واستوت به قائمة أهل" يعني لبى ومعنى الاهلال رفع الصوت بالتلبية من قولهم استهل الصبي اذا صاح والاصل فيه أنهم كانوا اذا رؤي الهلال صاحوا فيقال استهل الهلال . ثم قيل لكل صائح مستهل وانما يرفع الصوت بالتلبية

(فصل) ويرفع صوته بالتلبية لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « أتاني جبريل فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعو أصواتهم بالاهلال والتلبية » رواه النسائي وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، قال أنس سمعتهم يصرخون بهما صراخا ، وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله ﷺ لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم من التلبية وقال سالم : كان ابن عمر يرفع صوته بالتلبية فلا يأتي الروحاء حتى يصحل صوته ولا يجهد نفسه في رفع الصوت زيادة على الطاقة لئلا ينقطع صوته وتلبيته

﴿ مسئلة ﴾ قال (فيقول لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك، ان الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك)

هذه تلبية رسول الله ﷺ جاء في الصحيحين عن ابن عمر أن تلبية رسول الله ﷺ « لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك، لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » رواه البخاري عن عائشة ومسلم عن جابر ، والتلبية مأخوذة من لب بالمكان اذا لزمه فكأنه قال انا مقيم على طاعتك وأمرك غير خارج عن ذلك ، ولا شارد عليك هذا أو ما أشبهه .وثنوها وكرروها لانهم أرادوا اقامة بعد اقامة كما قالوا حنانيك أي رحمة بعد رحمة ،او رحمة مع رحمة أو ما أشبهه .وقال جماعة من أهل العلم معنى التلبية اجابة نداء ابراهيم عليه السلام حين نادى بالحج وروي عن ابن عباس قال لما فرغ ابراهيم عليه السلام من بناء البيت قيل له أذن في الناس بالحج فقال : رب وما يبلغ صوتي قال اذن

به أهل رواه البخاري. وقال ابن عباس رضي الله عنهما أوجب رسول الله ﷺ الاحرام حين فرغ من صلاته فلما ركب راحلته واستوت به قائمة أهل" يعني لبى ومعنى الاهلال رفع الصوت من قولهم استهل الصبي اذا صاح والاصل فيه انهم كانوا اذا رأوا الهلال صاحوا فقيل لكل صائح مستهل وانما يرفع بالتلبية وهذه تلبية رسول الله ﷺ وكم روى ابن عمر في المتفق عليه ان تلبية رسول الله ﷺ « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » رواه مسلم عن جابر . والتلبية مأخوذة من لب بالمكان إذا لزمه فكأنه قال أنا أقيم على طاعتك وأمرك غير خارج عن ذلك ، ولا شارد عليك هذا ونحوه . وثنوها وكرروها لانهم أرادوا اقامة بعد إقامة كما لو قالوا حنانيك أي رحمة بعد رحمة أو رحمة مع رحمة أو ما أشبهه . وقال جماعة من العلماء معنى التلبية اجابة نداء ابراهيم عليه السلام حين نادى بالحج . وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال . لما فرغ ابراهيم عليه السلام من بناء البيت قيل له أذن في الناس بالحج قال : رب وما يبلغ صوتي قال أذن

وعلي البلاغ فنادى ابراهيم :أيها الناس كتب عليكم الحج قال فسمعه ما بين السماء والارض أفلا ترى الناس يجيئون من اقطار الارض يلبون ويقولون: لبيك إن الحمد(بكسر الالف) نص عليه احمد والفتح جائز الا ان الكسر أجود قال ثعلب: من قال أن بفتحها فقد خص ومن قال بكسر الالف نقد عم يعني أن من كسر جعل الحمد لله على كل حال ومن فتح فمعناه لبيك لان الحمد لك أي لهذا السبب

(فصل) ولا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ ولا تكره ونحو ذلك قال الشافعي وابن المنذر وذلك لقول جابر :فأهل رسول الله ﷺ بالتوحيد « لبيك اللهم لبيك لبيك لاشريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك» وأهل الناس بهذا الذي يهلون ، ولزم رسول الله ﷺ تلبيته وكان ابن عمر يلبي بتلبية رسول الله ﷺ ويزيد مع هذا لبيك لبيك، لبيك وسعديك والخير بيديك. والرغباء اليك والعمل ،متفق عليه وزاد عمر : لبيك ذا النعماء والفضل لبيك لبيك مرهوبا ومرغوبا اليك لبيك .هذا معناه رواه الاثرم ويروى أن أنسا كان يزيد لبيك حقا حقا ، تعبداً ورقا وهذا يدل على انه لا بأس بالزيادة ولا تستحب لان النبي ﷺ لزم تلبيته فكررها ولم يزد عليها وقد روي أن سعدا سمع بعض بني أخيه وهو يلبي :ياذا المعارج نقال انه لذو المعارج وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله ﷺ

وعلي البلاغ فنادى ابراهيم أيها الناس كتب عليكم الحج فسمعه مابين السماء والارض أفلا ترى الناس يجيئون من أقطار الارض يلبون ويقولون لبيك إن الحمد(بكسر الهمزة)نص عليه أحمد والفتح جائز والكسر أجود قال ثعلب : من قال أن بالفتح فقد خص ومن قال بكسر الالف فقد عم يعني أي إن من كسر نقد جعل الحمد لله على كل حال ومن فتح فمعناه لبيك لان الحمد لك أي لهذا السبب

(فصل) ولا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ ولا تكره ونحوه .وقال الشافعي وابن المنذر لقول جابر فاهلّ رسول الله ﷺ بالتوحيد « لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » وأهل النـاس بهذا الذي يهلون ولزم رسـول الله ﷺ تلبيته وكان ابن عمر يلبي بتلبية رسول الله ﷺ ويزيد مع هذا لبيك لبيك، لبيك وسعديك والخير بيديك، والرغباء اليك والعمل .متفق عليه وزاد عمر رضي الله عنه لبيك ذا النعماء والفضل لبيك لبيك مرهوبا ومرغوبا اليك لبيك.هذا معناه رواه الاثرم ويروى أن انساً كان يزيد: لبيك حقا حقا، تعبداً ورقا. ففي هذا دليل على أنه لا بأس بالزيادة ولا تستحب لان النبي ﷺ لزم تلبيته فكررها ولم يزد عليها ، وقد روي أن سعداً سمع بعض بني أخيـه وهو يلبي ياذا المعارج فقال انه لذو المعارج وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ (والتلبية سنة ويستحب رفع الصوت بها والا كثار منها والدعاء بعدها)

التلبية سنة كما ذكرنا وليست واجبة ، وبه قال الشافعي وعن أصحاب مالك انها واجبة يجب

(فصل) ويستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته قال أحمد: ان شئت لبيت بالحج، وان شئت لبيت بالحج والعمرة، وإن شئت بعمرة. وان لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة فقلت لبيك بعمرة وحجة وقال أبو الخطاب لا يستحب ذلك وهو اختيار ابن عمر وقول الشافعي لان جابراً قال ماسمى النبي ﷺ في تلبيته حجاً ولا عمرة وسمع ابن عمر رجلا يقول لبيك بعمرة فضرب صدره وقال تعلمه ما في نفسك.

ولنا ماروى أنس قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لبيك عمرة وحجا» وقال جابر قدمنا مع النبي ﷺ ونحن نقول لبيك بالحج. وقال ابن عباس قدم رسول الله ﷺ وأصحابه وهم يلبون بالحج وقال ابن عمر بدأ رسول الله ﷺ فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج متفق على هذه الاحاديث وقال أنس سمعتهم يصرخون بهما صراخا رواه البخاري، وقال أبو سعيد خرجنا مع النبي ﷺ نصرخ بالحج فحللنا فلما كان يوم التروية لبينا بالحج وانطلقنا الى منى. وهذه الاحاديث أصح وأكثر من حديثهم وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه فان النسائي روى باسناده عن الضبي بن معبد أنه أول ماحج لبى بالحج والعمرة جميعا ثم ذكر ذلك لعمر فقال هديت لسنة نبيك وان لم يذكر ذلك في تلبيته فلا بأس فان النية محلها القلب والله عالم بها

الدم تبركا، وعن الثوري وأبي حنيفة انها من شرط الاحرام لا يصح الا بها كالتكبير للصلاة لان ابن عباس قال في قوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) قال الاهلال، وعن عطاء وطاوس وعكرمة هي التلبية ولان النسك عبادة ذات إحلال واحرام فكان في أولها ذكر واجب كالصلاة

ولنا أنها ذكر فلم تجب في الحج كسائر الاذكار، وفارق الصلاة فان النطق في آخرها يجب فوجب في أولها بخلاف الحج، ويستحب رفع الصوت بها لان النبي ﷺ سئل أي الحج أفضل؟ قال «العج والثج» حديث غريب: العج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة الدماء بالذبح والنحر وروى الترمذي باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «أتاني جبريل يأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية» وهو حديث حسن صحيح، وقال أنس: سمعتهم يصرخون بها صراخا وقال أبو حازم: كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم من التلبية. وقال سالم: كان ابن عمر يرفع صوته بالتلبية فلا يأتي الروحاء حتى يصحل صوته، ولا يجهد نفسه في رفع الصوت زيادة على الطاقة لئلا ينقطع صوته وتلبيته

(فصل) ويستحب الاكثار منها على كل حال لما روى ابن ماجه عن عبد الله بن عامر بن ربيعة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما من مسلم يضحى[1] لله يلبي حتى تغيب الشمس إلا غابت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه» رواه ابن ماجه

(فصل) ولا يستحب رفع الصوت بها في مساجد الامصار ولا في الامصار إلا في مكة والمسجد

«١» هو بوزن يرضى بمعنى يبرز للشمس

(فصل) وان حج عن غيره كفاه مجرد النية عنه قال أحمد لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه وان ذكره في التلبية فحسن قال احمد اذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي : عن فلان ، ثم لا يبالي أن لا يقول بعد وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم للذي سمعه يلبي عن شبرمة « لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة » ومتى أتى بهما جميعا بدأ بذكر العمرة نص عليه أحمد في مواضع وذلك لقول أنس إن النبي ﷺ قال « لبيك بعمرة وحج »

﴿مسئلة﴾ (قال ثم لا يزال يلبي اذا علا نشزا ، أو هبط واديا ، واذا التقت الرفاق ، واذا غطى رأسه ناسيا ، وفي دبر الصلوات المكتوبة)

يستحب استدامة التلبية والاكثار منها على كل حال لما روى ابن ماجه عن عبد الله بن عامر ابن ربيعة قال قال رسول الله ﷺ « ما من مسلم يضحى لله يلبي حتى تغيب الشمس إلا غابت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه » وهي أشد استحبابا في المواضع التي سمى الخرقي لما روى جابر قال كان رسول الله ﷺ يلبي في حجته اذا لقي راكبا أو علا أكمة أو هبط واديا ، وفي ادبار الصلوات المكتوبة ، ومن آخر الليل ، وقال ابراهيم النخعي كانوا يستحبون التلبية دبر الصلاة المكتوبة ، واذا هبط واديا واذا علا

الحرام لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سمع رجلا يلبي بالمدينة فقال : ان هذا لمجنون إنما التلبية اذا برزت وهذا قول مالك . وقال الشافعي يلبي في المساجد كلها ويرفع صوته لعموم الحديث

ولنا قول ابن عباس ولان المساجد انما بنيت للصلاة وجاءت الكراهة لرفع الصوت عامة الا الامام خاصة فوجب ابقاؤها على عمومها فاما مكة فتستحب التلبية فيها لأنها محل النسك وكذلك المسجد الحرام وسائر مساجد الحرم كمسجد منى وفي عرفات أيضا

(فصل) ويستحب الدعاء بعدها فيسأل الله الجنة ويستعيذ به من النار ويدعو بما أحب لما روى الدارقطني باسناده عن خزيمة بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان اذا فرغ من تلبيته سأل الله مغفرته ورضوانه ، واستعاذه برحمته من النار . وقال القاسم بن محمد : يستحب للرجل اذا فرغ من تلبيته أن يصلي على النبي ﷺ لانه موضع شرع فيه ذكر الله تعالى فشرع فيه الدعاء ، ولان الدعاء مشروع مطلقاً فتأكدت مشروعيته بعد ذكر الله تعالى . ويستحب أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بعدها لانه موضع شرع فيه ذكر الله تعالى فشرعت فيه الصلاة على رسوله كالصلاة ، أو فشرع فيه ذكر رسوله كالاذان

(فصل) ويستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته . قال احمد : ان شئت لبيت بالحج وان شئت لبيت بعمرة وإن شئت لبيت بحج وعمرة فقلت لبيك بحجة وعمرة . وقال أبو الخطاب : لا يستحب ويروى عن ابن عمر وهو قول الشافعي لان جابراً قال : ماسمى النبي صلى الله عليه وسلم في تلبيته

نشزاً واذا لقي راكبا واذا استوت به راحلته ، وبهـذا قال الشافعي ، وقد كان قبل يقول مثل قول مالك لايلبي عند اصطدام الرفاق ، وقول النخعي يدل على أن السـلف رحمهم الله كانوا يستحبون ذلك والحديث يدل عليه أيضا

(فصل) ويجزيء من التلبية في دبر الصلاة مرة واحدة قال الأثرم قلت لابي عبدالله ما شيء يفعله العامة يلبون في دبر الصلاة ثلاث مرات؟ فتبسم وقال ما أدري من أين جاؤا به ؟ قلت أليس يجزئه مرة واحدة؟ قال بلى،وهذا لان المروي التلبية مطلقا من غير تقييد وذلك يحصل بمرة واحدة وهكذا التكبير في ادبار الصلوات في أيام الاضحى وأيام التشريق . ولا بأس بالزيادة على مرة لان ذلك زيادة ذكر وخير وتكراره ثلاثا حسن فان الله وتر يحب الوتر

(فصل) ولا يستحب رفع الصوت بالتلبية في الامصار ولا في مساجدها الا في مـكة والمسجد الحرام لما روي عن ابن عباس أنه سمع رجلا يلبي بالمدينة فقال ان هذا المجنون انما التلبية إذا برزت وهذا قول مالك وقال الشافعي :يلبي في المساجد كلها ويرفع صوته اخذاً من عموم الحديث

ولنا قول ابن عباس : ولان المساجد إنما بنيت للصلاة وجاءت الـكراهة لرفع الصوت فيها عاما الا الامام خاصة فوجب ابقاؤها على عمومها فاما مكة فتستحب التلبية فيها لانها محل النسك وكذلك المسجد الحرام وسائر مساجد الحرم كمسجد منى وفي عرفات ايضاً

حجا ولا عمرة ، وسمع ابن عمر رجلا يقول لبيك بعمرة فضرب صدره وقال تعلمه ما في نفسك

ولنا ما روى أنس رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليـه يقول « لبيك عمرة وحجاً » وقال جابر : قدمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نقول لبيك بالحج. وقال ابن عباس قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه وهم يلبون بالحج ، وقال ابن عمر : بدأ رسول الله صلى الله عليه وسـلم فاهلّ بالعمرة ثم أهلّ بالحج .متفق على هـذه الاحاديث . وقال أنس : سـمعتهم يصرخون بهما صراخا رواه البخاري ، وهذه الاحاديث أصح من حديثهم وا كثر ، وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه فان النسائي روى باسناده عن الضبي بن معبد انه أول ما حج لبى بالحج والعمرة جميعا ثم ذكر ذلك لعمر فقال: هديت لسنة نبيك ﷺ وان لم يذكر ذلك في تلبيته فلا بأس فان النية محلها القلب والله سبحانه عالم بها

(فصل) ولا يلبي بغير العربية الا أن يعجز عنها لانه ذكر مشروع فلا يشرع بغير العربية كالاذان والاذكار المشروعة في الصلاة

(فصل) وإن حج عن غيره كفاه مجرد النية عنه قال أحمد لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه وان ذكره في التلبية فحسن قال أحمد اذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي:عن فلان، ثم لا يبالى أن لا يقول بعد ذلك لقول النبي ﷺ للذي سمعه يلبي عن شبرمة «لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة »

(فصل) ولا يلبي بغير العربية الا أن يعجز عنها لانه ذكرمشروع فلايشرع بغير العربية كالاذان والاذكار المشروعة في الصلاة .

(فصل) ولابأس بالتلبية في طواف القدوم وبه يقول ابن عباس وعطاء بن السائب وربيعة بن عبد الرحمن وابن أبي ليلى وداود والشافعي وروي عن سالم بن عبد الله أنه قال لايلبي حول البيت وقال ابن عيينه مارأينا أحدا يقتدى به يلبي حول البيت الا عطاء بن السائب وذكر أبو الخطاب أنه لايلبي. وهو قول للشافعي لانه مشتغل بذكر يخصه فكان أولى

ولنا أنه زمن التلبية فلم يكره له كما لو لم يكن حول البيت ويمكن الجمع بين التلبية والذكر المشروع في الطواف ويكره له رفع الصوت بالتلبية لئلا يشغل الطائفين عن طوافهم وإذكارهم واذا فرغ من التلبية صلى على النبي ﷺ ودعا بما أحب من خير الدنيا والآخرة لما روى الدارقطني باسناده عن خزيمة بن ثابت أن رسول الله ﷺ كان اذا فرغ من تلبيته سأل الله مغفرته ورضوانه واستعاذه برحمته من النار. وقال القاسم بن محمد يستحب للرجل إذا فرغ من تلبيته أن يصلي على محمد ﷺ وجاء في التفسير في تأويل قوله تعالى (ورفعنا لك ذكرك) لا أذكر إلا ذكرت معي[1] ولأن أكثر المواضع التى شرع فيها ذكر الله تعالى شرع فيها ذكر نبيه عليه السلام كالاذان والصلاة

ومتى لبى بالحج والعمرة بدأ بذكر العمرة نص عليه أحمد وذلك لقول أنس إن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لبيك عمرة وحجا »

﴿ مسئلة ﴾ (ويلبي إذا علا نشزاً أو هبط واديا وفي دبر الصلوات المكتوبات . واقبال الليل والنهار وإذا التقت الرفاق)

التلبية مستحبة في جميع الاوقات ويتأكد استحبابها في ثمانية مواضع منهـا الستة المذكورة ، والسابع إذا فعل محظوراً ناسيا ، الثامن[1] إذا سمع ملبيـا لما روى جابر قال : كان النبي ﷺ يلبي في حجته إذا لقي راكبا أو علا أكمة أو هبط واديا وفي دبر الصلوات المكتوبة ومن آخر الليل: وقال ابراهيم النخعي كانوا يستحبون التلبية دبر الصلاة المكتوبة، واذا هبط واديا، واذا علا نشزاً، وإذا لقي راكبا واذا استوت به راحلته ، وبهذا قال الشافعي وقد كان قبل يقول مثل قول مالك لا يلبي عنـد اصطدام الرفاق والحديث يدل عليه وكذلك قول النخعي

(فصل) ويجزيء من التلبية دبر الصلاة مرة واحدة قال الأثرم قلت لابي عبد الله ما شيء يفعله العامة يلبون في دبر الصلاة ثلاثا ؟ فتبسم وقال ماأدري من أين جاؤا به قلت أليس يجزئه مرة واحدة ؟ قال بلى وذلك لان المروي التلبية مطلقا من غير تقييد وذلك يحصل بمرة واحدة وهكذا التكبير في أدبار الصلوات في أيام الاضحى وأيام التشريق . وان زاد فلا بأس لان ذلك زيادة ذكر وخير وتكراره ثلاثا حسن فان الله وتر يحب الوتر

« ١ » هذا الحصر لا يصح رواية ولا دراية بل ولا الأكثرية التي ادعاها المصنف فالاذكار الخاصة بالله تعالى هي الاكثر والمسألة مسألة توقيف والقياس فيها ضعيف

« ١ » كان المناسب ان يقول « والثامن » لانه ذكر السابع معطوفا ، ودع ماقيل في واو الثمانية

(فصل) ولا بأس أن يلبي الحلال وبه قال الحسن والنخعي وعطاء بن السائب والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وكرهه مالك.

ولنا أنه ذكر يستحب للمحرم فلم يكره لغيره كسائر الاذكار

﴿مسئلة﴾ قال والمرأة يستحب لها أن تغتسل عند الاحرام وأن كانت حائضا أو نفساء لان النبي ﷺ أمر أسماء بنت عميس وهى نفساء أن تغتسل

وجملة ذلك أن الاغتسال مشروع للنساء عند الاحرام كما يشرع للرجال لانه نسك وهو في حق الحائض والنفساء آكد لورود الخبر فيها قال جابر حتى أتينا ذا الحليفة فولدت اسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر فارسلت الى رسول الله (ص) كيف أصنع؟ قال «اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي» رواه مسلم وعن ابن عباس عن النبي (ص) قال «النفساء والحائض اذا أتيا على الوقت يغتسلان ويحرمان ويقضيان المناسك كلها غير الطواف بالبيت» رواه أبو داود وأمر النبي (ص) عائشة أن تغتسل لاهلال الحج وهي حائض، وان رجت الحائض الطهر قبل الخروج من الميقات أو النفساء استحب لها تأخير الاغتسال حتى تطهر ليكون أكمل لها فان خشيت الرحيل قبله اغتسلت وأحرمت

(فصل) ولا بأس بالتلبية في طواف القدوم ، وبه قال ابن عباس وعطاء بن السائب وربيعة ابن عبدالرحمن وابن أبي ليلى وداود والشافعي ، وروي عن سالم بن عبد الله انه قال : لا يلبي حول البيت ، وقال ابن عيينة : ما رأينا أحداً يقتدى به يلبي حول البيت إلا عطاء بن السائب . وقال أبو الخطاب : لا يلبي وهو قول للشافعي لانه مشتغل بذكر يخصه فكان أولى

ولنا أنه زمن التلبية فلم يكره له كما لو لم يكن حول البيت ويمكن الجمع بين التلبية والذكر المشروع في الطواف ، ويكره له رفع الصوت بالتلبية حول البيت لئلا يشغل الطائفين عن طوافهم واذكارهم

(فصل) ولا بأس أن يلبي الحلال ، وبه قال الحسن والنخعي وعطاء بن السائب والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وكره هذا مالك

ولنا أنه ذكر مستحب للمحرم فلم يكره لغيره كسائر الاذكار

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ترفع المرأة صوتها بالتلبية إلا بقدر ما تسمع نفسها) قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن السنة في المرأة أن لا ترفع صوتها وإنما عليها أن تسمع نفسها ، وبهذا قال عطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن سليمان بن يسار انه قال : السنة عندهم أن المرأة لا ترفع صوتها بالاهلال وإنما كره لها رفع الصوت مخافة الفتنة بها ولهذا لا يسن لها اذان ولا اقامة ، والمسنون لها في التنبيه في الصلاة التصفيق دون التسبيح

﴿ مسئله ﴾ قال ﴿ ومن أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن الشعبي والنخعي وأبي قلابة وأبي صالح ذكوان أنه يشق ثيابه لئلا يتغطى رأسه حين ينزع القميص منه

ولنا ما روى يعلى بن أمية أن رجلا أتى النبي (ص) فقال يارسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ماتضمخ بطيب ؟ فنظر اليه النبي (ص) ساعة ثم سكت فجاءه الوحي فقال له النبي (ص) « أما الطيب الذي بك فاغسله، واما الجبة فانزعها ثم اصنع في عمرتك ما تصنع في حجك » متفق عليه وهذا لفظ مسلم قال عطاء كنا قبل أن نسمع هذا الحديث نقول فيمن أحرم وعليه قميص أو جبة فليخرقها عنه فلما بلغنا هذا الحديث أخذنا به وتركنا ما كنا نفتي به قبل ذلك، ولان في شق الثوب إضاعة ماليته وقد نهى النبي (ص) عن إضاعة المال .

(فصل) واذا نزع في الحال فلا فدية عليه لان النبي ﷺ لم يأمر الرجل بفدية ، وإن استدام اللبس بعد امكان نزعه فعليه الفدية لان استدامة اللبس محرم كابتدائه بدليل أن النبي ﷺ أمر الرجل بنزع جبته ، وإنما لم يأمره بفدية لما مضى فيما نرى لانه كان جاهلا بالتحريم فجرى مجرى الناسي

باب محظورات الاحرام وهي تسعة

﴿ مسئلة ﴾ (حلق الشعر)

أجمع أهل العلم على أنه لا يجوز للمحرم أخذ شيء من شعره إلا من عذر لقول الله تعالى (ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله) وروى كعب بن عجرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لعلك يؤذيك هوام رأسك » قال نعم يارسول الله . فقال رسول الله ﷺ « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك شاة » متفق عليه ففيه دليل على أن الحلق كان محرما قبل ذلك

(فصل) فان كان له عذر من مرض أو قمل أو غيره مما يتضرر بابقاء الشعر فله ازالته لقوله سبحانه (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وللحديث المذكور قال ابن عباس رضي الله عنه: فمن كان منكم مريضا أي برأسه قروح أو به أذى من رأسه أي قمل

﴿ مسئلة ﴾ (وتقليم الاظفار)

أجمع العلماء على أن المحرم ممنوع من تقليم أظفاره إلا من عذر لانه ازالة جزء من بدنه يترفه به أشبه الشعر فان انكسر فله ازالته قال ابن المنذر :أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن للمحرم أن يزيل ظفره بنفسه اذا انكسر لان بقاءه يؤلمه أشبه الشعر النابت في عينه.

﴿ مسئلة ﴾ (فمن حلق أو قلم ثلاثة فعليه دم وعنه لايجب الا في أربع فصاعداً)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة)

هذا قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وعطاء ومجاهد والحسن والشعبي والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي ، وروي عن عمر وابنه وابن عباس أشهر الحج شوال وذوالقعدة وذو الحجة وهو قول مالك لان أقل الجمع ثلاثة ، وقال الشافعي آخر أشهر الحج ليلة النحر وليس يوم النحر منها لقوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) ولا يمكن فرضه بعد ليلة النحر

ولنا قول النبي ﷺ « يوم الحج الاكبر يوم النحر » رواه أبو داود فكيف يجوز أن يكون يوم الحج الاكبر ليس من أشهره ، وأيضاً فانه قول من سمينا من الصحابة ، ولأن يوم النحر فيه ركن الحج وهو طواف الزيارة، وفيه كثير من أفعال الحج منها رمي جمرة العقبة والنحر والحلق والطواف والسعي والرجوع الى منى .وما بعده ليس من أشهره لانه ليس بوقت لاحرامه ولا لأركانه فهو كالمحرم ولا يمتنع التعبير بلفظ الجمع عن شيئين وبعض الثالث ، فقد قال بعض أهل العربية عشرون جمع عشر وانما هي عشران وبعض الثالث ، وقال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء الطهر عنده ولو طلقها في طهر احتسبت ببقيته ، وتقول العرب ثلاث خلون من ذي الحجة وهم في الثالثة ، وقوله (فرض فيهن الحج) أي في أكثرهن والله أعلم

(أحدهما) في وجوب الفدية بحلق شعر رأسه ولا خلاف في ذلك اذا كان لغير عذر ، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم لغير علة والاصل في وجوبها ماذكرنا من الآية والخبر ، وظاهر كلام شيخنا ههنا يدل على أنه لافرق بين أن يقطع شعره لعذر أو غيره أو كان عامداً أو مخطئا أنه يجب به الفدية وقد دل عليه ظاهر الآية والخبر وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعي ونحوه عن الثوري وفيه وجه آخر أنه لافدية على الناسي وهو قول اسحاق وابن المنذر لقوله عليه السلام « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان »

ولنا أنه اتلاف فاستوى عمده وسهوه كاتلاف مال الآدمي ، ولان الآية قد دلت على وجوب الفدية على من حلق رأسه للأذى وهو معذور فكان تنبيها على وجوبها على غير المعذور وفيها دليل على وجوبها على المعذور بغير الاذى مثل المحتجم الذي يحلق موضع محاجمه ، أو شعراً عن شجته وفي معنى الناسي والنائم الذي يقلع شعره أو يصوب رأسه الى نار فيحرق لهبها شعره ونحو ذلك

(الفصل الثاني) في القدر الذي تجب به الفدية وذلك ثلاث شعرات فما زاد قال القاضي : هذا المذهب ، وهو قول الحسن وعطاء وابن عيينة والشافعي وأبي ثور لانه شعر آدمي يقع عليه الجمع المطلق أشبه ربع الرأس[1] وفيه رواية أخرى ذكرها الخرقي أنه لايجب الا في أربع فصاعدا لان الاربع كثير أشبهت ربع الرأس . أما الثلاث فهي آخر القلة وآخر الشيء منه فأشبهت ما كان دونها وذكر ابن أبي موسي رواية أنه لا يجب فيا دون الخمس ولا نعلم وجها لذلك ، وقال أبو حنيفة لا يجب الدم

«١» فيه ان الممنوع حلق الرأس ، ومن أخذ ٥ شعرات لا يقال فيه أنه قد حلق رأسه لا لغة ولا عرفا وسيأتي مثله قريباً عن مالك

باب مايتوقى المحرم وما أبيح له

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ويتوقى في احرامه مانهاه الله عنه من الرفث وهو الجماع والفسوق وهو السباب والجدال وهو المراء)

يعني بقوله مانهاه الله عنه قوله سبحانه (الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وهذا صيغته صيغة النفي أريد به النهي كقوله سبحانه (لا تضار والدة بولدها) والرفث هو الجماع روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء بن أبي رباح وعطاء بن يسار ومجاهد والحسن والنخعي والزهري وقتادة ، وروي عن ابن عباس أنه قال : الرفث غشيان النساء والتقبيل والغمز ، وأن يعرض لها بالفحش من الكلام ، وقال أبو عبيدة : الرفث لغا الكلام وأنشد قول العجاج

* عن اللغا ورفث التكلم *

وقيل الرفث هو ما يكنى عنه من ذكر الجماع ، وروي عن ابن عباس أنه أنشد بيتاً فيه التصريح بما يكنى عنه من الجماع وهو محرم فقيل له في ذلك ، فقال انما الرفث ماروجع به النساء ، وفي لفظ

بدون ربع الرأس لانه يقوم مقام الكل ولهذا إذا رأى رجلا يقول رأيت فلانا وانما أري احدى جهاته ، وقال مالك إذا حلق من رأسه ما أماط به الاذى وجب الدم ، وقد ذكرنا ما يدل على ما ذهبنا اليه ، وقول أبي حنيفة إن الربع يقع عليه اسم الكل ممنوع وما ذكره من المثال غير مقيد بالربع بل هو مجاز يتناول القليل والكثير .وهل يجب الدم بقص ثلاثة أظفار أو لا يجب الا في أربع يخرج على الروايتين في الشعر لانه في معناه وعلى ماحكاه ابن أبي موسى لا يجب الا في خمسة أظفار قياسا على الشعر والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ (وفيما دون ذلك في كل واحد مدّ من طعام وعنه قبضة وعنه درهم)

يعني اذا حلق أقل من ثلاث شعرات أو أقل من أربع على الرواية الاخرى فعليه مدّ من طعام في ظاهر المذهب ، وهو الذي ذكره الخرقي ، وهو قول الحسن وابن عيينة والشافعي وعن احمد في الشعرة درهم وفي الشعرتين درهمان وعنه في كل شعرة قبضة من طعام روي ذلك عن عطاء ونحوه عن مالك وأصحاب الرأي قال أصحاب الرأي يتصدق بشيء قليل ، وقال مالك فيما قل من الشعر اطعام طعام .ووجهه أنه لاتقدير فيه فيجب فيه أقل ما يقع عليه اسم الصدقة. وعن مالك فيمن أزال شعراً يسيراً لا ضمان عليه لأن النص إنما أوجب الفدية في حلق جميع الرأس والحقنا به مايقع عليه اسم الرأس

ولنا أن ماضمنت جملته ضمنت أبعاضه كالصيد والاولى وجوب الاطعام لان الشارع إنما عدل

ماقيل من ذلك عند النساء ، وكل مافسر به الرفث ينبغي للمحرم أن يجتنبه إلا أنه في الجماع أظهر لما ذكرنا من تفسير الائمة له بذلك ، ولانه قد جاء في الكتاب في موضع آخر وأريد به الجماع قال الله تعالى (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم)فأ ما الفسوق فهو السباب لقول النبي ﷺ « سباب المسلم فسوق » متفق عليه ، وقيل الفسوق المعاصي ، روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء وابراهيم وقالوا أيضاً الجدال المراء ، وقال ابن عباس هو أن تماري صاحبك حتى تغضبه والمحرم ممنوع من ذلك كله .قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه ، وقال مجاهد في قوله تعالى (ولا جدال في الحج) أي لامجادلة ولا شك في الحج أنه في ذي الحجة وقول الجمهور أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب له قلة الكلام إلا فيما ينفع ، وقد روي عن شريح أنه كان اذا احرم كأنه حية صماء)

وجملة ذلك أن قلة الكلام فيما لاينفع مستحبة في كل حال صيانة لنفسه عن اللغو والوقوع في الكذب وما لايحل ، فان من كثر كلامه كثر سقطه ، وفي الحديث عن أبي هريرة عن رسول الله

عن الحيوان الى الاطعام في جزاء الصيد وههنا أوجب الاطعام مع الحيوان على وجه التخيير فيجب أن يرجع اليه فيما لايجب فيه الدم والاولى مد لانه أقل ما وجب بالشرع فدية فكان واجبا في أقل الشعر والطعام الذي يجزئ اخراجه في الفطرة من البر والشعير والتمر والزبيب كالذي يجزي في الاربع من الشعر

(فصل) وحكم الاظفار حكم الشعر فيما ذكرنا ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ أظفاره وعليه الفدية بأخذها في قول أكثرهم منهم حماد ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وفيه رواية أخرى لافدية عليه لان الشرع لم يرد فيه بفدية

ولنا أنه أزال مامنع ازالته لاجل الترفه فوجبت عليه الفدية كحلق الشعر، وعدم النص لايمنع قياسه على المنصوص كشعر البدن مع شعر الرأس والحكم في فدية الاظفار، وفيما يجب فيما دون الثلاث منها أو الاربع على الرواية الاخرى ، وفيما يجب في الاربع والثلاث كالحكم في الشعر على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف فيه وهذا قول الشافعي وأبي ثور ، وقال أبو حنيفة لايجب الدم إلا بتقليم أظفار يد كاملة ، فلو قلم من كل يد أربعة لم يجب عليه دم عنده لانه لم يستكمل منفعة اليد أشبه مادون الثلاث

ولنا أنه قلم مايقع عليه اسم الجمع أشبه مالو قلم خمساً من يد واحدة ، وقولهم يبطل بما اذا حلق ربع رأسه فانه لم يستوف منفعة العضو ويجب به الدم ، وقولهم يفضي إلى وجوب الدم في القليل دون الكثير

(فصل) وفي قص بعض الظفر مافي جميعه وكذلك في قطع بعض الشعرة مافي قطع جميعها لان

ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح متفق عليه ، وعنه قال : قال رسول الله ﷺ « من حسن اسلام المرء تركه مالا يعنيه » رواه ابن عيينة عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وروي في المسند عن الحسين بن علي عن النبي ﷺ ، وقال أبو داود أصول السنن أربعة أحاديث هذا أحدها ، وهذا في حال الاحرام أشد استحبابا لانه حال عبادة واستشعار بطاعة الله عز وجل فيشبه الاعتكاف ، وقد احتج أحمد على ذلك بأن شريحاً رحمه الله كان اذا أحرم كأنه حية صماء فيستحب للمحرم أن يشتغل بالتلبية وذكر الله تعالى أو قراءة القرآن ، أو أمر بمعروف ، أو نهي عن منكر ، أو تعليم لجاهل ، أو يأمر بحاجته أو يسكت وإن تكلم بما لا مأثم فيه ، أو أنشد شعراً لا يقبح فهو مباح ولا يكثر فقد روي عن عمر (رض) أنه كان على ناقة له وهو محرم فجعل يقول

كأن راكبها غصن بمروحة اذا تدلت به أو شارب ثمل

الله أكبر الله أكبر وهذا يدل على الاباحة. والفضيلة الاول

الفدية تجب في الشعر والظفر سواء طال أو قصر وليس يقدر بمساحة فيتقدر الضمان عليه ، بل هو كالموضحة يجب في الصغيرة منها مايجب في الكبيرة ، وخرج ابن عقيل وجهاً أنه يجب بحساب المتلف كالاصبع يجب في أنملتها ثلث ديتها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن حلق رأسه باذنه فالفدية عليه ، وإن كان مكرها أو نائما فالفدية على الحالق)

اذا حلق محرم رأس محرم باذنه أو حلقه حلال باذنه فالفدية على المحلوق رأسه لان الله تعالى قال (ولا تحلقوا رؤوسكم) الآية ، وقد علم أن غيره هو الذي يحلقه فأضاف الفعل اليه وجعل الفدية عليه ويحتمل أن يجب الضمان على الحالق لأنه شعر محترم أشبه شعر الصيد . ذكره ابن عقيل في الفصول وإن حلق رأسه وهو ساكت لم ينهه ففيه وجهان

(أحدهما) يجب على الحالق كما لو أتلف ماله وهو ساكت

(والثاني) على المحرم لانه أمانة عنده فهو كما لو أتلف انسان الوديعة فلم ينهه وإن حلقه مكرها أو نائما فلا فدية على المحلوق رأسه ، وبه قال اسحاق وأبو ثور وابن القاسم وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة عليه الفدية وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أنه لم يحلق رأسه ولم يحلق باذنه فأشبه مالو انقطع الشعر بنفسه ، اذا ثبت ذلك فان الفدية تجب على الحالق محرما كان أو حلالا ، وقال أصحاب الرأي على الحلال صدقة ، وقال عطاء عليهما الفدية

ولنا أنه أزال مامنع من إزالته لأجل الاحرام فكانت الفدية عليه كالمحرم يحلق رأس نفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن حلق محرم رأس حلال فلا فدية عليه)

وكذلك إن قلم أظفاره ، وبه قال عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي واسحاق وأبو ثور

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يتفلى المحرم ولا يقتل القمل ويحك رأسه وجسده حكا رفيقاً)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في اباحة قتل القمل فعنه اباحته لأنه من أكثر الهوام أذى فأبيح قتله كالبراغيث وسائر مايؤذي وقول النبي صلى الله عليه وسلم « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم » يدل بمعناه على اباحة قتل كل مايؤذي بني آدم في أنفسهم وأموالهم ، وعنه أن قتله محرم وهو ظاهر كلام الخرقي لانه يترفه بازالته عنه فحرم كقطع الشعر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم رأى كعب ابن عجرة والقمل يتناثر على وجهه فقال له « احلق رأسك » فلو كان قتل القمل أو إزالته مباحا لم يكن كعب ليتركه حتى يصير كذلك أو لكان النبي صلى الله عليه وسلم أمره بازالته خاصة والصئبان كالقمل في ذلك ، ولا فرق بين قتل القمل أو إزالته بالقائه على الارض أو قتله بالزئبق ، فان قتله لم يحرم لحرمته لكن لما فيه من الترفه فعم المنع إزالته كيفما كانت ، ولا يتفلى فان التفلي عبارة عن إزالة القمل وهو ممنوع منه ويجوز له حك رأسه ويرفق في الحك كيلا يقطع شعراً أو يقتل قملة ،

وقال سعيد بن جبير في محرم قص شارب حلال يتصدق بدرهم ، وقال أبو حنيفة يلزمه صدقة لانه محرم أتلف شعراً أشبه شعر المحرم

ولنا أنه شعر مباح الاتلاف فلم يجب باتلافه شيء كشعر بهيمة الانعام

﴿ مسئلة ﴾ (وقطع الشعر ونتفه كحلقه وشعر الرأس والبدن واحد وعنه لكل واحد حكم مفرد)

لافرق بين حلق الشعر وإزالته بالنورة ، أو قصه ، أو غير ذلك لا نعلم فيه خلافا وكذلك القول في الاظفار ، وشعر الرأس والبدن واحد سواء في وجوب الفدية في ظاهر المذهب وهو قول الاكثرين خلافا لداود لانه شعر يحصل به الترفه والتنظيف أشبه الرأس ، فان حلق شعر رأسه وبدنه ففي الجميع فدية واحدة ، وإن حلق من رأسه شعرتين ومن بدنه كذلك فعليه دم هذا اختيار أبي الخطاب وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب أكثر الفقهاء ، وفيه رواية أخرى أنه اذا قلم من رأسه وبدنه مايجب الدم بكل واحد منهما منفرداً فعليه دمان ، وهذا الذي ذكره القاضي وابن عقيل ، وعلى هذه الرواية لو قطع من رأسه شعرتين ومن بدنه كذلك لم يجب عليه دم لان الرأس يخالف البدن بحصول التحلل بحلقه دون شعر البدن

ولنا أن الشعر كله جنس واحد في البدن فلم تتعدد الفدية بتعدده فيه بخلاف مواضعه كسائر البدن وكما لو لبس قميصا وسراويل

﴿مسئلة﴾ (وان خرج في عينيه شعر فقلعه أو نزل شعره فغطى عينيه فقصه أو انكسر ظفره فقصه أو قلع جلداً عليه شعر فلا فدية عليه)

إذا خرج في عينيه شعر أو استرسل شعر حاجبيه على عينيه فغطاهما فله إزالته وكذلك ان انكسر

فان حك فرأى في يده شعراً أحببنا أن يفديه احتياطا ولا يجب عليه حتى يستيقن أنه قلعه . قال بعض أصحابنا : انما اختلفت الرواية في القمل الذي في شعره ، فأما ماألقاه منظاهر بدنه فلا فدية فيه

(فصل) فان خالف وتفلى أو قتل قملا فلا فدية فيه فان كعب بن عجرة حين حلق رأسه قد أذهب قملا كثيراً ولم يجب عليه لذلك شيء وانما وجبت الفدية بحلق الشعر ، ولان القمل لاقيمة له أشبه البعوض والبراغيث ، ولأنه ليس بصيد ولا هو مأكول ، حكي عن ابن عمر قال : هي أهون مقتول ، وسئل ابن عباس عن محرم ألقى قملة ثم طلبها فلم يجدها فقال تلك ضالة لاتبتغى وهذا قول طاوس وسعيد بن جبير وعطاء وأبي ثور وابن المنذر ،وعن أحمد فيمن قتل قملة قال يطعم شيئاً ،فعلى هذا أي شيء تصدق به اجزأه سواء قتل كثيراً أو قليلا وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال اسحاق تمرة فما فوقها ، وقال مالك حفنة من طعام وروي ذلك عن ابن عمر ، وقال عطاء قبضة من طعام . وهذه الاقوال كلها نرجع إلى ماقلناه فانهم لم يريدوا بذلك التقدير وانما هو على التقريب لاقل مايتصدق به

ظفره فله قص ما انكسر منه ولاشيء عليه لانه إزالة لاذاه فلم يكن عليه فدية كقتل الصيد الصائل وكذلك ان قطع جلدة عليها شعر لم يكن عليه فدية لانه زال تبعا لغيره والتابع لايضمن كما لوقلع أشعار عيني انسان فانه لايضمن أهدابهما فاما ان كان الاذى من غير الشعر كالقمل والقروح والصداع وشدة الحر عليه لكثرة الشعر فله إزالته وعليه الفدية كما لو احتاج الى اكل الصيد في حال المخمصة وكذلك ان احتاج الى مداواة قرحة لا يمكنه مداواتها إلا بقص ظفره فله قصه وعليه الفدية لما ذكرنا وقال ابن القاسم صاحب مالك لا فدية عليه

ولنا أنه أزال ما منع إزالته لضرر في غيره أشبه حلق رأسه دفعا لضرر القمل وان وقع في اظفاره مرض فازالها لذلك المرض فلا شيء عليه لأنه أزالها لازالة مرضها أشبه قص الظفر لكسره والله تعالى أعلم ، وان انكسر ظفره فأزال أكثر مما انكسر فعليه الفدية لأنه لا حاجة الى إزالته .

(فصل) وان خلل شعره فسقطت شعرة فان كانت ميتة فلا شيء عليه وان كانت من الشعر النابت ففيها الفدية لانه أزالها بفعله فان شك فيها فلا فدية لان الاصل نفي الضمان وبراءة الذمة فلا يجب بالشك وان قطع أصبعا عليها ظفر فلا شيء عليه لانه تبع والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الثالث) تغطية رأسه فمتى غطاه بعمامة أو خرقة أو قرطاس فيه دواء أو غيره أو عصبه أو طينه بطين أو حناء أو غيره فعليه الفدية

أجمع اهل العلم على أن المحرم ممنوع من تغطية رأسه حكاه ابن المنذر ، وقد دل عليه نهي النبي ﷺ المحرم عن لبس العمائم والبرانس وقوله عليه السلام في المحرم الذي وقصته راحلته « لا تخمروا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا » فعلل منع تخمير رأسه ببقائه على احرامه فعلم ان المحرم ممنوع منه وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول احرام الرجل في رأسه ، وذكر القاضي أن النبي ﷺ

(فصل) ولا بأس أن يغسل المحرم رأسه وبدنه برفق فعل ذلك عمر وابنه ، ورخص فيه علي وجابر وسعيد بن جبير والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكره مالك للمحرم أن يغطس في الماء ويغيب فيه رأسه ، ولعله ذهب إلى أن ذلك ستر له والصحيح أنه لا بأس بذلك وليس ذلك بستر ولهذا لا يقوم مقام السترة في الصلاة ، وقد روي عن ابن عباس قال : ربما قال لي عمر ونحن محرمون بالجحفة تعال أباقيك أينا أطول نفسا في الماء وقال ربما قامست عمر بن الخطاب بالجحفة ونحن محرمون . رواهما سعيد ، ولانه ليس بستر معتاد أشبه صب الماء عليه أو وضع يديه عليه ؛ وقد روى عبد الله بن جبير قال : أرسلني ابن عباس إلى أبي أيوب الانصاري فأتيته وهو يغتسل فسلمت عليه فقال من هذا ؟ فقلت أنا عبدالله بن جبير أرسلني اليك عبد الله بن عباس يسألك كيف كان رسول

قال « إحرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها » وانه عليه السلام نهى أن يشد المحرم باليسير.

(فصل) والاذنان من الرأس تحرم تغطيتهما كسائر الرأس وأباح ذلك الشافعي

ولنا قوله ﷺ «الاذنان من الرأس» وقد ذكرناه في الطهارة اذا ثبت ذلك فانه يمنع من تغطية بعض رأسه كما يمنع تغطية جميعه لان المنهي عنه يحرم بعضه كما يحرم جميعه ولذلك لما قال الله تعالى (ولا تحلقوا رؤوسكم حرم حلق بعضه) وسواء غطاه بالملبوس المعتاد أو بغيره مثل ان عصبه بعصابة أو شده بسير أو جعل عليه قرطاسا فيه دواء أو لا دواء فيه أو خضبه بحناء أو طلاه بطين أو نورة او جعل عليه دواء فان جميع ذلك ستر له وتغطية وهو ممنوع منه وسواء كان ذلك لعذر أو غيره تجب به الفدية لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا او به اذى من رأسه ففدية) الآية ولحديث كعب ابن عجرة وبهذا كله قال الشافعي وكان عطاء يرخص في العصابة من المصرورة ، والصحيح الاول كما لو لبس قلنسوة للبرد .

﴿مسئلة﴾ (وان استظل بالمحمل ففيه روايتان)

كره أحمد رحمه الله للمحرم الاستظلال بالمحمل وما كان في معناه كالهودج والعمارية ونحو ذلك على البعير رواية واحدة ويروى كراهته عن ابن عمر ومالك وعبد الرحمن بن مهدي واهل المدينة وكان سفيان بن عيينة يقول لا يستظل البتة ورخص فيه ربيعة والثوري والشافعي ، وروي ذلك عن عثمان وعطاء لما روت أم الحصين قالت حججت مع رسول الله ﷺ حجة الوداع فرأيت أسامة وبلالا واحدهما آخذ بخطام ناقة النبي ﷺ والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة رواه مسلم ولانه يباح له التظلل في البيت والخباء فجاز في حال الركوب كالحلال واحتج احمد بان عطاء روى أن ابن عمر رضي الله عنه رأى على رحل عمر بن عبدالله بن أبي ربيعة عوداً يستره من الشمس فنهاه وعن نافع عن ابن عمر أنه رأى رجلا محرما على رحل وقد رفع عليه ثوبا على عود يستره من الشمس فقال أضح لمن أحرمت له أي ابرز للشمس . رواهما الأثرم ، ولأنه يستره بما يقصد به الترفه

الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطاطاه حتى بدا لي رأسه ثم قال لانسان يصب عليه الماء صب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل . متفق عليه ، وأجمع أهل العلم على أن المحرم يغتسل من الجنابة

(فصل) ويكره له غسل رأسه بالسدر والخطمي ونحوهما لما فيه من إزالة الشعث والتعرض لقلع الشعر وكرهه جابر بن عبدالله ومالك والشافعي وأصحاب الرأي فان فعل فلا فدية عليه ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وعن احمد عليه الفدية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال صاحباه عليه

أشبه مالو غطاه ، والحديث الذي استدلوا به قد ذهب اليه احمد ولم يكره الاستتار بالثوب ، فان ذلك لايقصد الاستدامة والهودج بخلافه والخيمة والبيت يرادان لجمع الرحل وحفظه لا للترفه . اذا ثبت ذلك فان احمد رحمه الله انما كره ذلك كراهة تنزيه في الظاهر عنه لوقوع الخلاف فيه وقول ابن عمر ، ولم ير ذلك حراما ولا موجبا للفدية . قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن المحرم يستظل على محمل قال لا وذكر حديث ابن عمر ، قيل له فان فعل يهريق دما ؟ قال أما الدم فلا وعنه أنه تجب عليه الفدية اختاره الخرقي وهو قول أهل المدينة لانه ستر رأسه بما يستدام ويلازمه غالبا أشبه مالو ستره بشيء يلاقيه ، ويروى عن الرياشي قال : رأيت احمد بن المعذل في الموقف في يوم شديد الحر وقد ضحي للشمس ، فقلت له ياأبا الفضل هذا أمر قد اختلف فيه فلو أخذت بالتوسعة فأنشأ يقول :

ضحيت له كي أستظل بظله ... اذا الظل أضحى في القيامة قالصا

فوا أسفا إن كان سعيك باطلا ... وواحسرتا إن كان حجك ناقصا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن حمل على رأسه شيئا ، أو نصب حياله ثوبا ، أو استظل بخيمة ، أو شجرة ، أو بيت فلا شيء عليه)

اذا حمل على رأسه طبقا ، أو مكيلا أو نحوه فلا فدية عليه ، وبه قال عطاء ومالك وقال الشافعي عليه الفدية لأنه ستره

ولنا أن هذا لايقصد به الستر غالبا فلم تجب به الفدية كما لو وضع يديه على رأسه وسواء قصد به الستر أو لم يقصد لان ماتجب به الفدية لايختلف بالقصد وعدمه فكذلك مالا يجب به ، واختار ابن عقيل وجوب الفدية اذا قصد به الستر لأن الحيل لاتحيل الحقوق ، ولأنه لو جلس عند العطار لقصد شم الطيب وجبت عليه الفدية ، وإن لم يقصد لم تجب كذلك هذا ، وإن ستر رأسه بيدنه فلا شيء عليه لما ذكرنا ، ولان الستر ببعض بدنه لايثبت له حكم الستر ، وكذلك لو وضع يده على فرجه لم تجزه في الستر ، ولان المحرم مأمور بمسح رأسه وذلك يكون بوضع يده عليه ، وإن طلا رأسه بعسل أو صمغ ليجتمع الشعر ويتلبد فلا يدخله الغبار ولا يصيبه الشعث ، ولا يقع فيه الدبيب جاز ، وهذا

صدقة لان الخطمي تستلذ رائحته وتزيل الشعث وتقتل الهوام فوجبت به الفدية كالورس

ولنا أن النبي ﷺ قال في المحرم الذي وقصه بعيره «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه ولا تحنطوه ولا تخمروا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا» متفق عليه فأمر بغسله بالسدر مع اثبات حكم الاحرام في حقه والخطمي كالسدر ولانه ليس بطيب فلم تجب الفدية باستعماله كالتراب وقولهم تستلذ رائحته ممنوع ثم يبطل بالفاكهة وبعض التراب، وإزالة الشعث تحصل بذلك أيضا وقتل الهوام لا يعلم حصوله ولا يصح قياسه على الورس لأنه طيب ولذلك لو استعمله في غير الغسل أو في ثوب منع منه بخلاف مسألتنا .

التلبيد الذي جاء في حديث ابن عمر رأيت رسول الله ﷺ يهل ملبداً . متفق عليه . وإن كان في رأسه طيب مما جعله فيه قبل الاحرام فلا بأس لان ابن عباس رضي الله عنه قال : كأني أنظر إلى وبيص المسك في مفرق رسول الله ﷺ وهو محرم

(فصل) ولا بأس أن يستظل بالسقف والحائط والشجرة والخباء وان نزل تحت شجرة وطرح عليها شيئا يستظل به فلا بأس به عند جميع أهل العلم وقد صح به النقل قال جابر رضي الله عنه في حديث حجة النبي ﷺ وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فنزل بها حتى اذا زاغت الشمس رواه مسلم ولا بأس أن ينصب حيا له ثوبا يقيه الحر والبرد . إما ان يمسكه انسان أو يرفعه على عود على نحو ماروي في حديث أم الحصين أن بلالا وأسامة كان رافعا ثوبه يستتر به النبي ﷺ ولان ذلك لا يقصد به الاستدامة فلم يكن به بأس كالاستظلال بحائط

﴿مسألة﴾ (وفي تغطية الوجه روايتان)

(إحداهما) يباح روي ذلك عن عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف وزيد بن ثابت وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص وجابر والقسم وطاوس والثوري والشافعي

(والثانية) لا يباح وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لما روي عن ابن عباس أن رجلا وقع عن راحلته فأقعصته فقال رسول الله ﷺ «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه ولا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا» ولانه محرم على المرأة فحرم على الرجل كالطيب

ولنا قول من ذكرنا من الصحابة ولا نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان اجماعا ، ولما روي عنه عليه السلام أنه قال « احرام الرجل في رأسه ، واحرام المرأة في وجهها » وحديث ابن عباس المشهور فيه « ولا تخمروا رأسه » هذا المتفق عليه ، وقوله « ولا تخمروا وجهه » فقال شعبة حدثنيه أبو بشر ثم سألته عنه بعد عشر سنين فجاء بالحديث كما كان يحدث إلا أنه قال « ولا تخمروا وجهه ورأسه » ففي قوله دليل على أنه ضعف هذه الزيادة ، وقد روي في بعض ألفاظه « خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه » فتعارض الروايتان وما ذكروه يبطل بلبس القفازين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يلبس القمص ولا السراويل ولا البرنس)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من لبس القمص والعمائم والسراويلات والخفاف والبرانس .

والاصل في هذا ماروى ابن عمر أن رجلا سأل رسول الله ﷺ مايلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول الله ﷺ « لا يلبس القمص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف إلا أحداً لايجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا يلبس من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه نص النبي ﷺ على هذه الاشياء والحق بها أهل العلم مافي معناها مثل الجبة والدراعة والثياب وأشباه ذلك فليس للمحرم ستر بدنه بما عمل على قدره ولا ستر عضو من أعضائه بما عمل على قدره كالقميص للبدن والسراويل لبعض البدن والقفازين لليدين والخفين للرجلين ونحو ذلك وليس في هذا كله اختلاف قال ابن عبد البر لايجوز لباس شيء من المخيط عند جميع أهل العلم وأجمعوا على أن المراد بهذا الذكور دون النساء

﴿ مسئلة ﴾ (قال فان لم يجد ازارا لبس السراويل وان لم يجد نعلين لبس الخفين ولا يقطعهما ولا فداء عليه)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن للمحرم أن يلبس السراويل اذا لم يجد الازار والخفين إذا لم يجد نعلين وبهذا قال عطاء وعكرمة والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع لبس المخيط والخفين)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان المحرم ممنوع من لبس القميص والعمائم والسراويلات والبرانس والخفاف والاصل في هذا ماروى ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا سأل رسول الله ﷺ ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول الله ﷺ « لايلبس القمص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحداً لايجد النعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ، ولا يلبس من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه . نص النبي ﷺ على هذه الاشياء وألحق بها أهل العلم مافي معناه مثل الجبة والدراعة والتبان وأشباه ذلك ، فلا يجوز المحرم ستر بدنه بما عمل على قدره ولا ستر عضو من أعضائه بما عمل على قدره كالقميص للبدن والسراويل لبعض البدن والقفازين لليدين والخفين للرجلين ونحو ذلك ، وليس في هذا اختلاف . قال ابن عبد البر: لايجوز لبس شيء من المخيط عند جميع أهل العلم ، وأجمعوا على أن المراد بهذا الذكور دون الاناث

﴿مسئلة﴾ (إلا أن لايجد ازارا فيلبس سراويل أو لا يجد نعلين فيلبس خفين ولا يقطعهما ولا فدية عليه)

إذا لم يجد المحرم إزاراً فله أن يلبس سراويل وإذا لم يجد النعلين فله لبس الخفين لا نعلم فيه خلافا

والاصل فيه ماروى ابن عباس قال سمعت النبي ﷺ يخطب بعرفات « يقول من لم يجد نعلين فليلبس الخفين ومن لم يجد إزاراً فليلبس سراويل المحرم » متفق عليه وروى جابر عن النبي ﷺ مثل ذلك أخرجه مسلم ولافدية عليه في لبسهما عند ذلك في قول من سمينا إلا مالكا وأبا حنيفة قالا على من لبس السراويل الفدية لحديث ابن عمر الذي قدمناه ولان ماوجبت الفدية بلبسه مع وجود الازار وجبت مع عدمه كالقميص

ولنا خبر ابن عباس وهو صريح في الاباحة ظاهر في اسقاط الفدية لانه أمر بلبسه ولم يذكر فدية ولانه يختص لبسه بحالة عدم غيره فلم تجب بهفدية كالخفين المقطوعين وحديث ابن عمر مخصوص بحديث ابن عباس وجابر وأما القميص فيمكنه أن يتزر به من غير لبس ويستتر بخلاف السراويل

(فصل) وإذا لبس الخفين لعدم النعلين لم يلزمه قطعهما في المشهور عن احمد ويروى ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وبه قال عطاء وعكرمة وسعيد بن سالم القداح، وعن احمد أنه يقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين فان لبسهما من غير قطع افتدى وهذا قول عروة بن الزبير ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « فمن لم يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين » متفق عليه وهو متضمن لزيادة على حديث ابن عباس وجابر والزيادة من الثقة مقبولة قال الخطابي: العجب من احمد

والاصل فيه ما روى ابن عباس قال: سمعت النبي ﷺ يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس الخفين، ومن لم يجد إزاراً فليلبس سراويل للمحرم » متفق عليه. ولا فدية عليه في لبسهما عند ذلك في قول عطاء وعكرمة والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي إلا مالكا وأبا حنيفة قالا على من لبس السراويل الفدية لحديث ابن عمر الذي قدمناه ولان ماوجبت الفدية بلبسه مع وجود الازار وجبت مع عدمه كالقميص

ولنا ماذكرنا من حديث ابن عباس وهو صريح في الاباحة ظاهر في إسقاط الفدية لانه أمر بلبسه ولم يذكر فدية ولانه يختص لبسه بحالة عدم غيره فلم تجب به فدية كالخفين المقطوعين وحديث ابن عمر مخصوص بحديث ابن عباس. وأما القميص فيمكنه أن يأتزر به من غير لبس ويحصل به الستر بخلاف السراويل

(فصل) واذا لبس الخفين مع عدم النعلين لم يلزمه قطعهما في أشهر الروايتين عن أحمد يروى ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وبه قال عطاء وعكرمة (والرواية الاخرى) انه يقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين فعلى هذه الرواية ان لبسهما من غير قطع افتدى، وبه قال عروة بن الزبير ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ انه قال « فمن لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين » متفق عليه وهو متضمن لزيادة على حديث ابن عباس وجابر والزيادة من الثقة مقبولة. قال الخطابي: العجب من أحمد

في هذا فانه لا يكاد يخالف سنة تبلغه وقلت سنة لم تبلغه . واحتج احمد بحديث ابن عباس وجابر « من لم يجد نعلين فليلبس خفين » مع قول علي رضي الله عنه قطع الخفين فساد يلبسهما كما هما مع موافقة القياس فانه ملبوس أبيح لعدم غيره فأشبه السراويل وقطعه لا يخرجه عن حالة الحظر فان لبس المقطوع محرم مع القدرة على النعلين كلبس الصحيح وفيه اتلاف ماله وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته فأما حديث ابن عمر فقد قيل إن قوله وليقطعهما من كلام نافع كذلك رويناه في أمالي ابي القاسم بن بشران باسناد صحيح أن نافعا قال بعد روايته للحديث : وليقطع الخفين أسفل من الكعبين. وروى ابن أبي موسى عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمحرم أن يلبس الخفين ولا يقطعهما وكان ابن عمر يفتي بقطعهما قالت صفية فلما أخبرته بهذا رجع ، وروى أبو حفص في شرحه باسناده عن عبد الرحمن بن عوف أنه طاف وعليه خفان فقال له عمر والخفان مع القباء. فقال قد لبستهما مع من هو خير منك يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون الامر بقطعهما منسوخا فان عمرو بن دينار روى الحديثين جميعا وقال انظروا أيهما كان قبل ، قال الدارقطني قال أبو بكر النيسابوري حديث ابن عمر قبل لانه قد جاء في بعض رواياته قال نادى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد يعني بالمدينة فكأنه كان قبل الاحرام وفي حديث ابن عباس يقول سمعت رسول الله ﷺ يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس خفين »

في هذا فانه لا يكاد يخالف سنة تبلغه وقلت سنة لم تبلغه . ووجه الاولى حديث ابن عباس وجابر « ومن لم يجد النعلين فليلبس الخفين » مع قول علي رضي الله عنه وقطع الخفين فساد يلبسهما كما هما مع موافقة القياس فانه ملبوس أبيح مع عدم غيره أشبه السراويل ولان قطعه لا يخرجه عن حالة الحظر فان لبس المقطوع محرم مع القدرة على النعلين كلبس الصحيح وفيه اتلاف ماله وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته فأما حديث ابن عمر فقد قيل ان قوله فليقطعهما من كلام نافع كذلك روي في امالي أبي القاسم بن بشران باسناد صحيح ان نافعا قال بعد روايته للحديث وليقطع الخفين أسفل من الكعبين وروى ابن أبي موسى عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ رخص للمحرم أن يلبس الخفين ولا يقطعهما، وكان ابن عمر يفتي بقطعهما قالت صفية فلما أخبرته بهذا رجع، وروى أبو حفص باسناده في شرحه عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طاف وعليه خفان فقال له عمر رضي الله عنه والخفان مع القباء فقال قد لبستهما مع من هو خير منك يعني رسول الله ﷺ ويحتمل أن يكون الامر بقطعهما منسوخا فان عمرو بن دينار روى الحديثين جميعا وقال انظروا أيهما كان قبل، قال الدارقطني قال أبو بكر النيسابوري حديث ابن عمر قبل لانه قد جاء في بعض رواياته قال نادى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد يعني بالمدينة فكأنه كان قبل الاحرام وفي حديث ابن عباس يقول سمعت رسول الله ﷺ يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس خفين »

فيدل على تأخره عن حديث ابن عمر فيكون ناسخا له لانه لو كان القطع واجبا لبينه للناس إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه والمفهوم من اطلاق لبسهما لبسهما على حالهما من غير قطع والاولى قطعهما عملا بالحديث الصحيح وخروجا من الخلاف وأخذاً بالاحتياط

(فصل) فان لبس المقطوع مع وجود النعل فعليه الفدية وليس له لبسه نص عليه احمد وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة لا فدية عليه لأنه لو كان لبسه محرما وفيه فدية لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعهما لعدم الفائدة فيه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط في إباحة لبسهما عدم النعلين فدل على أنه لا يجوز مع وجودهما ولانه مخيط لعضو على قدره فوجبت على المحرم الفدية بلبسه كالقفازين

(فصل) فاما اللالكة والجمجم ونحوهما فقياس قول احمد أنه لا يلبس ذلك فانه قال لا يلبس النعل التي لها قيد وهذا أشد من النعل التي لها قيد وقد قال في رأس الخف الصغير لا يلبسه وذلك لانه يستر القدم وقد عمل لها على قدرها فأشبه الخف فان عدم النعلين كان له لبس ذلك ولا فدية عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم أباح لبس الخف عند ذلك فما دون الخف أولى

(فصل) فاما النعل فيباح لبسها كيفما كانت ولا يجب قطع شيء منها لان إباحتها وردت مطلقا وروي عن احمد في القيد في النعل يفتدي لاننا لا نعرف النعال هكذا وقال اذا أحرمت فاقطع المحمل الذي على النعال والعقب الذي يجعل للنعل فقد كان عطاء يقول فيه دم وقال ابن أبي موسى في

فيدل على تأخره عن حديث ابن عمر فيكون ناسخا له لانه لو كان القطع واجبا لبينه للناس فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه والمفهوم من إطلاق لبسهما لبسهما على حالهما من غير قطع قال شيخنا والأولى قطعهما عملا بالحديث الصحيح وخروجا من الخلاف وأخذا بالاحتياط والذي قاله صحيح

(فصل) فان وجد المقطوع مع وجود النعل لم يجز له وعليه الفدية نص عليه، وبه قال مالك وقال أبو حنيفة لا فدية عليه لانه لو كان لبسه محرما وفيه فدية لما أمر بقطعه لعدم الفائدة فيه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أن النبي ﷺ شرط لاباحة لبسهما عدم النعلين فدل على أنه لا يجوز مع وجودهما ولانه مخيط لعضو على قدره فوجب على المحرم الفدية بلبسه كالقفازين

(فصل) وقياس قول أحمد في اللالكة والجمجم ونحوهما أنه لا يلبسهما فانه قال لا يلبس النعل التي لها قيد وهذا أشد منها وقد قال في رأس الخف الصغير لا يلبسه وذلك لانه يستر القدم وقد عمل لها على قدرها فأشبه الخف فان عدم النعلين فله لبس ذلك ولا فدية عليه لان النبي ﷺ أباح لبس الخف عند ذلك فما دون الخف أولى

(فصل) فأما النعل فيباح لبسها كيفما كانت ولا يجب قطع شيء منها لان إباحتها وردت مطلقا وروي عن أحمد في القيد في النعل يفتدي لاننا لا نعرف النعال هكذا وقال إذا أحرمت فاقطع المحمل الذي على النعال والعقب الذي يجعل للنعل فقد كان عطاء يقول فيه دم وقال ابن أبي موسى في

الارشاد في القيد والعقب الفدية والقيد هو السير المعترض على الزمام وقال القاضي إنما كرههما إذا كانا عريضين وهذا هو الصحيح فانه إذا لم يجب قطع الخفين الساترين للقدمين والساقين فقطع سير النعل أولى أن لا يجب ولان ذلك معتاد في النعل فلم تجب إزالته كسائر سيورها ولان قطع القيد والعقب ربما تعذر معه المشي في النعلين لسقوطهما بزوال ذلك فلم يجب كقطع القبال

(فصل) وان وجد نعلا لم يمكنه لبسها فله لبس الخف ولا فدية عليه لان مالايمكن استعماله كالمعدوم كما لو كانت النعل لغيره أو صغيرة وكالماء في التيمم والرقبة التي لايمكنه عتقها ولأن العجز عن لبسها قام مقام العدم في إباحة لبس الخف فكذلك في اسقاط الفدية والمنصوص أن عليه الفدية لقوله « من لم يجد نعلين فليلبس الخفين » وهذا واجد

(فصل) وليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء ولا غيره إلا الازار والهميان وليس له أن يجعل لذلك زراً وعروة ولا يخلله بشوكة ولا ابرة ولاخيط لانه في حكم المخيط ، روى الأثرم عن مسلم بن جندب عن ابن عمر قال جاء رجل يسأله وأنا معه أخالف بين طرفي ثوبي من ورائي ثم أعقده وهو محرم فقال ابن عمر لاتعقد عليه شيئا وعن أبي معبد مولى ابن عباس أن ابن عباس قال له ياأبا معبد زر علي طيلساني وهو محرم فقال له كنت تكره هذا قال إني أريد أن أفتدي ولا بأس أن يتشح بالقميص

الارشاد فى القيد والعقب الفدية والقيد هو السير المعترض على الزمام قال القاضي : إنما كرههما إذا كانا عريضين وهذا هو الصحيح فانه لم يجب قطع الخفين الساترين للقدمين والساقين فقطع سير النعل أولى أن لا يجب، ولان ذلك معتاد في النعل فلم يجب ازالته كسائر سيورها ولان قطع القيد والعقب ربما تعذر معه المشي في النعلين لسقوطهما بزوال ذلك فلم يجب كقطع القبال

(فصل) فان وجد نعلا لم يمكنه لبسها فله لبس الخف ولا فدية عليه لان ما لا يمكن استعماله كالمعدوم فاشبه ما لو كانت النعل لغيره وكالماء في التيمم والرقبة التي لا يمكنه عتقها ولان العجز عن لبسها قام مقام العدم في إباحة لبس الخف فكذلك في اسقاط الفدية ونص أحمد على وجوب الفدية لقوله عليه السلام « من لم يجد نعلين فيلبس الخفين » وهذا واجد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعقد عليه منطقة ولا رداء ولا غيره الا ازاره وهميانه الذي فيه نفقته اذا لم يثبت إلا بالعقد)

ليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء ولا غيره الا الازار والهميان وليس له أن يجعل لذلك زرا وعروة ولا يخلله بشوكة ولا ابرة ولا خيط ولا يغرزه في ازاره لانه في حكم المخيط وروى الاثرم عن ابن عمر رضي الله عنه أن رجلا سأله أخالف بين طرفي ثوبي من ورائي ثم أعقده ؟ وهو محرم فقال ابن عمر : لا تعقد عليك شيئا . وعن أبي معبد مولى ابن عباس أن ابن عباس قال له يا أبا معبد زر علي طيلساني وهو محرم فقال له كنت تكره هذا فقال إني أريد أن أفتدي ولا بأس أن يتشح بالقميص

ويرتدي به ويرتدي برداء موصل ولا يعقده لان المنهي عنه المخيط على قدر العضو

(فصل) ويجوز أن يعقد ازاره عليه لانه يحتاج اليه لستر العورة فيباح كاللباس للمرأة وان شد وسطه بالمنديل أو بحبل أو سراويل جاز اذا لم يعقده قال احمد في محرم حزم عمامة على وسطه لا تعقدها ويدخل بعضها في بعض قال طاوس رأيت ابن عمر يطوف بالبيت وعليه عمامة قد شدها على وسطه فادخلها هكذا ولا يجوز أن يشق أسفل ازاره نصفين ويعقد كل نصف على ساق لانه يشبه السراويل ولا يلبس الران لانه في معناه ولانه معمول على قدر العضو الملبوس فيه فأشبه الخف

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويلبس الهميان ويدخل السيور بعضها في بعض ولا يعقدها)

وجملة ذلك أن لبس الهميان مباح للمحرم في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد وطاوس والقاسم والنخعي والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر أجاز ذلك جماعة فقهاء الامصار متقدموهم ومتأخروهم ومتى أمكنه أن يدخل السيور بعضها في بعض ويثبت بذلك لم يعقده لانه لاحاجة الى عقده ، وان لم يثبت الا بعقده عقده نص عليه احمد وهو قول اسحاق وقال ابراهيم كانوا يرخصون في عقد الهميان للمحرم ولا يرخصون في عقد غيره وقالت عائشة أوثق عليك نفقتك وذكر القاضي في الشرح أن ابن عباس قال رخص رسول الله ﷺ للمحرم في الهميان أن يربطه اذا كانت فيه نفقته وقال ابن عباس اوثقوا

ويرتدي به وبرداء موصل ولا يعقده لان المنهي عنه المخيط على قدر العضو

(فصل) فأما الازار فيجوز عقده لانه يحتاج اليه لستر العورة فابيح كاللباس وان شد وسطه بالمنديل أو نحوه كالحبل جاز اذا لم يعقده قال أحمد في محرم حزم عمامة على وسطه: لا يعقدها ويدخل بعضها في بعض . قال طاوس رأيت ابن عمر يطوف بالبيت وعليه عمامة قد شدها على وسطه فادخلها هكذا. ولا يجوز أن يشق أسفل ازاره نصفين ويعقد كل نصف على ساق لانه يشبه السراويل ولا يلبس الران لانه في معنى الخف

(فصل) فأما الهميان فهو مباح المحرم في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عباس وابن عمر وسعيد ابن المسيب وعطاء ومجاهد وطاوس والقاسم والنخعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر أجاز ذلك جماعة فقهاء الامصار متقدموهم ومتأخروهم ومتى ثبت بغير العقد مثل أن يدخل السيور بعضها في بعض لم يعقده لانه لاحاجة اليه فان لم يثبت الا بالعقد جاز نص عليه أحمد وهو قول اسحاق . قال ابراهيم كانوا يرخصون في عقد الهميان للمحرم ولا يرخصون في عقد غيره وقالت عائشة : أوثق عليك نفقتك . وقال ابن عباس : أوثقوا عليكم نفقاتكم . وذكر القاضي في الشرح أن ابن عباس قال رخص رسول الله ﷺ المحرم في الهميان ان يربطه اذا كانت فيه نفقته

عليكم نفقاتكم ورخص في الخاتم والهميان المحرم وقال مجاهد عن ابن عمر أنه سئل عن المحرم يشد الهميان عليه فقال لا بأس به اذا كانت فيه نفقته يستوثق من نفقته ولانه مما تدعو الحاجة إلى شده فجاز كعقد الازار فان لم يكن في الهميان نفقة لم يجز عقده لعدم الحاجة اليه و كذلك المنطقة وقد روي عن ابن عمر أنه كره الهميان والمنطقة للمحرم وكرهه نافع مولاه وهو محمول على ما ليس فيه نفقة لما تقدم من الرخصة فيما فيه النفقة و سئل احمد عن المحرم يلبس المنطقة من وجع الظهر أو حاجة اليها قال يفتدي فقيل له أفلا تكون مثل الهميان؟ قال لا وعن ابن عمر أنه كره المنطقة للمحرم وأنه أباح شد الهميان اذا كانت فيه النفقة والفرق بينهما أن الهميان تكون فيه النفقة والمنطقة لا نفقة فيها فأبيح شد مافيه النفقة للحاجة الى حفظها ولم يبح شد ماسوى ذلك فان كانت فيهما نفقة أو لم يكن فيهما نفقة فهما سواء وقد قالت عائشة في المنطقة المحرم أوثق عليك نفقتك فرخصت فيها اذا كانت فيها النفقه ولم يبح احمد شد المنطقة لوجع الظهر الا أن يفتدي لأن المنطقة ليست معدة لذلك ولانه فعل المحظور في الاحرام لدفع الضرر عن نفسه أشبه من لبس المخيط لدفع البرد أو حلق رأسه لازالة أذى القمل أو تطيب لأجل المرض

﴿ مسئلة ﴾ (قال وله أن يحتجم ولا يقطع شعراً)

أما الحجامة اذا لم يقطع شعراً فمباحة من غير فدية في قول الجمهور لانه تداو باخراج دم فأشبه الفصد وبط الجرح وقال مالك لايحتجم الا من ضرورة وكان الحسن يرى في الحجامة دما

ولنا أن ابن عباس روى أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم متفق عليه ولم يذكر فدية ولانه لا

وقال مجاهد سئل ابن عمر عن المحرم يشد الهميان عليه فقال لا بأس به إذا كانت فيه نفقته يستوثق من نفقته ولانه مما تدعو الحاجة اليه فجاز كعقد الازار

(فصل) فان لم يكن في الهميان نفقة لم يجز عقده لعدم الحاجة اليه و كذلك المنطقة وقد روى ابن عمر أنه كره المنطقة والهميان للمحرم وهو محمول على ما ليس فيه نفقة على ما تقدم من الرخصة فيما فيه النفقة . وسئل أحمد عن المحرم يلبس المنطقة من وجع الظهر أو لحاجة اليها . فقال يفتدي . فقيل له أفلا يكون مثل الهميان؟ قال لا : وعن ابن عمر أنه كره المنطقة المحرم وأباح شد الهميان اذا كانت فيه نفقة والفرق بينهما أن الهميان يكون فيه النفقة والمنطقة لا نفقة فيها فابيح شد ما فيه النفقة للحاجة إلى حفظها ولم يبح شد غيرها فان كان في المنطقة نفقة أو لم يكن في الهميان نفقة فهما سواء. وقد ذكرنا أن احمد لم يبح شد المنطقة لوجع الظهر الا أن يفتدي لان المنطقة ليست معدة لذلك ولانه فعل المحظور في الاحرام لدفع الضرر عن نفسه أشبه من لبس المخيط لدفع البرد أو تطيب للمرض فإن فعل مالا يباح له فعله من عقد غير الهميان والازار ونحوه فعليه الفدية لانه فعل محظورا في الاحرام

يترفه بذلك فأشبه شرب الأدوية، وكذلك الحكم في قطع العضو عند الحاجة والختان كل ذلك مباح من غير فدية فان احتاج في الحجامة الى قطع شعر فله قطعه لماروى عبد الله بن بحينة أن رسول الله ﷺ احتجم بلحي جمل في طريق مكة وهو محرم وسط رأسه متفق عليه، ومن ضرورة ذلك قطع الشعر، ولانه يباح حلق الشعر لازالة أذى القمل فكذلك ههنا وعليه الفدية. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر وقال صاحبا أبي حنيفة يتصدق بشيء

ولنا قوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية) الآية ولانه حلق شعر لازالة ضرر غيره فلزمته الفدية كما لو حلقه لازالة قمله فاما ان قطع عضوا عليه شعر أو جلدة عليها شعر فلا فدية عليه لانه زال تبعا لما لافدية فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان طرح على كتفيه قباء فعليه الفدية وقال الخرقي لا فدية عليه الا أن يدخل يديه في كميه)

اذا طرح على كتفيه قباء أو نحوه وأدخل كتفيه فيه فعليه الفدية وإن لم تدخل يداه في الكمين هذا مذهب مالك والشافعي لانه مخيط لبسه المحرم على العادة في لبسه فأشبه القميص وقد روى ابن المنذر أن النبي ﷺ نهى عن لبس الاقبية وقال الخرقي لا فدية عليه اذا لم يدخل يديه في كميه وهو قول الحسن وعطاء وابراهيم وأبي حنيفة لما ذكرنا من حديث عبد الرحمن بن عوف في مسئلة الخفين اذا لم يجد نعلين ولان القباء لا يحيط بالبدن فلم تلزمه الفدية بوضعه على كتفيه إذا لم يدخل يديه في كميه كالقميص يتشح به وقياسهم منقوض بالرداء الموصل والخبر محمول على لبسه مع إدخال يديه في الكمين

﴿ مسئلة ﴾ (ويتقلد بالسيف عند الضرورة)

اذا احتاج المحرم إلى أن يتقلد بالسيف فله ذلك وبه قال عطاء والشافعي ومالك وكرهه الحسن

ولنا ما روى أبو داود باسناده عن البراء قال: لما صالح رسول الله ﷺ أهل الحديبية صالحهم على أن لا يدخلوها إلا بجلبان السلاح (القراب بما فيه) وهذا ظاهر في إباحة حمله عند الحاجة لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد فاشترطوا حمل السلاح في قرابه فامامن غير خوف فقد قال أحمد لا الامن ضرورة وإنما منع منه لان ابن عمر قال لا يحمل المحرم السلاح في الحرم. قال شيخنا والقياس إباحته لان ذلك ليس هو في معنى الملبوس المنصوص على تحريمه ولذلك لو حمل قربة في عنقه لم يحرم ذلك ولم تجب به الفدية. وقد سئل أحمد عن المحرم يلقي جرابه فى عنقه كهيئة القربة فقال أرجو أن لا يكون به بأس

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الخامس الطيب فيحرم عليه تطيب بدنه وثيابه وشم الادهان المطيبة والادهان بها)

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من الطيب وقد دل عليه قول النبي ﷺ في المحرم الذي وقصته راحلته «لاتمسوه بطيب» رواه مسلم، وفي لفظ ولاتخيطوه: متفق عليه فلما منع الميت من الطيب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتقلد بالسيف عند الضرورة)

وجملة ذلك أن المحرم اذا احتاج الى تقلد السيف فله ذلك وبهذا قال مالك وأباح عطاء والشافعي وابن المنذر تقلده وكرهه الحسن والاول أولى لماروى أبو داود باسناده عن البراء قال لماصالح رسول الله ﷺ أهل الحديبية صالحهم على أن لايدخلوها الا بجلبان السلاح (القراب بما فيه) وهذا ظاهر في إباحة حمله عند الحاجة لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد ويخفروا الذمة واشترطوا حمل السلاح في قرابه. فأما من غير خوف فان احمد قال لا الا من ضرورة . وانما منع منه لان ابن عمر قال لايحمل المحرم السلاح في الحرم والقياس إباحته لان ذلك ليس هو في معنى الملبوس المنصوص على تحريمه ولذلك لو حمل قربة في عنقه لايحرم عليه ذلك ولافدية عليه فيه. وسئل أحمد عن المحرم يلقي جرابه في رقبته كهيئة القربة قال ارجو أن لايكون به بأس

لاحرامه فالحي أولى ومتى تطيب فعليه الفدية لانه فعل ما حرمه الاحرام فلزمته الفدية كاللباس فيحرم عليه تطيب بدنه لما ذكرنا من الحديث وتطييب ثيابه فلا يجوز له لبس ثوب مطيب وهذا قول جابر وابن عمر ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « لا يلبس من الثياب شيء مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه فكلما صبغ بزعفران أو ورس أو غمس في ماء ورد أو بخر بعود فليس للمحرم لبسه ولا الجلوس عليه ولا النوم عليه نص عليه أحمد لانه استعمال له فاشبه لبسه ومتى لبسه أو استعمله فعليه الفدية ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان رطبا يلي بدنه أو يابسا ينفض فعليه الفدية وإلا فلا لانه ليس بمطيب

ولنا أنه منهي عنه لاجل الاحرام فلزمته الفدية به كاستعمال الطيب في بدنه وقياسا على الثوب المطيب فان غسله حتى ذهب ما فيه من ذلك فلا بأس به عند جميع العلماء وان فرش فوق المطيب ثوبا صفيقا يمنع الرائحة والمباشرة فلا فدية بالنوم عليه لانه لم يستعمل الطيب ولم يباشره

(فصل) وليس له شم الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والخيري والزنبق ونحوها ولا الادهان بها وليس في تحريم ذلك خلاف في المذهب وكره مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي الادهان بدهن البنفسج وقال الشافعي ليس بطيب

ولنا أنه يقصد رائحته ويتخذ للطيب أشبه ماء الورد

﴿ مسئلة ﴾ (وشم المسك والكافور والعنبر والزعفران والورس والمبخر بالعود وكل ما فيه الطيب يظهر طعمه أو ريحه يحرم عليه شم كل ما تطيب رائحته ويتخذ للشم كالمسك والعنبر والكافور والغالية والزعفران والورس وماء الورد لانه استعمال للطيب وكذلك التبخر بالعود لانه طيب

(فصل) ومتى جعل شيء من الطيب في مأكول أو مشروب كالمسك والزعفران فلم تذهب رائحته لم يبح للمحرم تناوله نيا كان أو قد مسته النار وبهذا قال الشافعي وكان مالك وأصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان طرح على كتفيه القباء والدواج فلا يدخل يديه في الكمين)

ظاهر هذا اللفظ اباحة لبس القباء مالم يدخل يديه في كميه وهو قول الحسن وعطاء وابراهيم وبه قال أبو حنيفة. وقال القاضي وأبو الخطاب اذا أدخل كتفيه في القباء فعليه الفدية وان لم يدخل يديه في كميه وهو مذهب مالك والشافعي لانه مخيط لبسه المحرم على العادة في لبسه فلزمته الفدية اذا كان عامداً كالقميص وروى ابن المنذر أن النبي ﷺ نهى عن لبس الاقبية . ووجه قول الخرقي ماتقدم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مسئلة : ان لم يجد ازاراً لبس السراويل، وان لم يجد نعلين لبس الخفين. ولان القباء لايحيط بالبدن فلم تلزمه الفدية بوضعه على كتفيه اذا لم يدخل يديه

لا يرون بما مست النار من الطعام بأسا وان بقيت رائحته وطعمه ولونه لانه بالطبخ استحال عن كونه طيبا وروي عن ابن عمر وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير أنهم لم يكونوا يرون با كل الخشكنانج الاصفر بأسا و كرهه القاسم بن محمد

ولنا أن الاستمتاع والترفه به حاصل أشبه النيء ولان المقصود من الطيب رائحته وهي باقية وقول من أباح الخشكنانج الاصفر محمول على ما ذهبت رائحته فان ماذهبت رائحته. وطعمه ولم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار لا بأس باكله لا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن القاسم وجعفر بن محمد أنهما كرها الخشكنانج الاصفر ويمكن حمله على ما بقيت رائحته ليزول الخلاف فان لم تمسه النار لكن ذهبت رائحته وطعمه فلا بأس به وهو قول الشافعي وكره مالك والحميدي واسحاق وأصحاب الرأي الملح الاصفر وفرقوا بين ما مسته النار وما لم تمسه ولنا أن المقصود الرائحة دون اللون فان الطيب إنما كان طيبا لرائحته لا للونه فوجب دوران الحكم معها دونه

(فصل) فان ذهبت رائحته وبقي طعمه فظاهر كلام احمد في رواية صالح تحريمه وهو مذهب الشافعي لان الطعم لا يكاد ينفك عن الرائحة فمتى وجد الطعم دل على وجود بقاء الرائحة وظاهر كلام الخرقي إباحته لان المقصود الرائحة فيزول المنع بزوالها

(فصل) ولا يجوز أن يأكل طيبا ولا يكتحل به ولا يستعط به ولا يحتقن به لانه استعمال للطيب اشبه شمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان مس من الطيب ما لا يعلق بيده فلا فدية عليه)

اذا مس من الطيب ما لا يعلق بيده كالمسك غير المسحوق وقطع الكافور والعنبر فلا فدية فيه لانه غير مستعمل للطيب فان شمه فعليه الفدية لانه هكذا يستعمل وان شم العود فلا فدية عليه لانه لا يتطيب به هكذا وان كان الطيب يعلق بيده كالغالية وماء الورد والمسك المسحوق الذي يعلق باصابعه فعليه الفدية لانه مستعمل للطيب

في كيه كالقميص يتشح به. وقياسهم منقوض بالرداء الموصل، والخبر محمول على لبسه مع ادخال يديه في كميه

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا يظلل على رأسه في المحمل فان فعل فعليه دم)

كره احمد الاستظلال في المحمل خاصة، وما كان في معناه كالهودج والعمارية والكبيسة ونحو ذلك على البعير وكره ذلك ابن عمر ومالك وعبد الرحمن بن مهدي وأهل المدينة وكان سفيان بن عيينة يقول لا يستظل البته ورخص فيه ربيعة والثوري والشافعي وروي ذلك عن عثمان وعطاء لما روت أم الحصين قالت حججت مع رسول الله ﷺ حجة الوداع فرأيت أسامة و بلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة النبي ﷺ والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة رواه مسلم وغيره، ولانه يباح له التظلل في البيت والخباء فجاز في حال الركوب كالحلال، ولان ماحل للحلال حل للمحرم إلا ماقام

﴿ مسئلة ﴾ (وله شم العود والفواكه والشيح والخزامى)

للمحرم شم العود ولا فدية عليه لانه لا يتطيب به هكذا إنما يقصد منه التبخير وكذلك الفواكه كلها من الاترج والتفاح والسفرجل وغيرها وكذلك نبات الصحراء كالشيح والقيصوم والخزامي الذي تستطاب رائحته وما يشمه الآدميون لغير قصد الطيب كالحناء والعصفر فمباح شمه ولافدية في شيء من ذلك لا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن ابن عمر أنه كان يكره للمحرم أن يشم شيئا من نبت الارض من الشيح والقيصوم وغيرهما ولا نعلم أحداً أوجب في ذلك شيئا لانه لا يقصد للطيب ولا يتخذ منه الطيب اشبه سائر نبت الارض وقد روي أن أزواج النبي ﷺ كن يحرمن في المعصفرات

﴿ مسئلة ﴾ (وفي شم الريحان والنرجس والورد والبنفسج والبرم ونحوها والادهان بدهن غير مطيب في رأسه روايتان)

المذكور في هذه المسئلة ينقسم قسمين (أحدهما) ما ينبته الآدميون للطيب ولا يتخذ منه طيب كالريحان الفارسي والمرشوش والنرجس والبرم ففيه روايتان (احداهما) يباح بغير فدية وهو قول عثمان وابن عباس والحسن ومجاهد واسحاق لانه إذا يبس ذهبت رائحته أشبه نبت البرية ولانه لا يتخذ منه طيب أشبه العصفر (والثانية) يحرم شمه فان فعل فعليه الفدية وهو قول جابر وابن عمر والشافعي وأبي ثور لانه يتخذ للطيب أشبه الورد وكرهه مالك وأصحاب الرأي ولم يوجبوا فيه شيئا وكلام أحمد محتمل لهذا فانه قال في الريحان ليس من آلة المحرم ولم يذكر فيه فدية (الثاني) ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب كالورد والبنفسج والياسمين والخيري فهذا إذا استعمله وشمه ففيه الفدية لان الفدية تجب فيما يتخذ منه كماء الورد فكذلك اصله ، وعن أحمد رواية أخرى في الورد لا شيء في شمه لانه زهر أشبه سائر الشجر ، وقد ذكر شيخنا فيه ههنا روايتين وكذلك ذكر أبو الخطاب والاولى تحريمه ووجوب الفدية فيه لانه ينبت للطيب ويتخذ منه أشبه الزعفران والعنبر . قال القاضي : يقال ان العنبر ثمر شجرة وكذلك الكافور

على تحريمه دليل واحتج احمد بقول ابن عمر روى عطاء قال رأى ابن عمر على رحل عمر بن عبدالله ابن أبي ربيعة عوداً يستره من الشمس فنهاه، وعن نافع عن ابن عمر أنه رأى رجلا محرما على رحل قد رفع ثوبا على عود يستتر به من الشمس فقال اضحَ لمن أحرمت له (أي ابرز للشمس) رواهما الاثرم ولانه ستر بما يقصد به الترفه أشبه مالو غطاه والحديث ذهب اليه احمد فلم يكره أن يستتر بثوب ونحوه فان ذلك لايقصد للاستدامة ، والهودج بخلافه ، والخيمة والبيت يرادان لجمع الرحل وحفظه لاللترفه وظاهر كلام أحمد أنه انما كره ذلك كراهة تنزيه لوقوع الخلاف فيه وقول ابن عمر ، ولم ير ذلك حراما ولا موجبا لفدية . قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن المحرم يستظل على المحمل ؟ قال لا وذكر حديث ابن عمر: اضح لمن أحرمت له ، قيل له فان فعل يهريق دما ؟ قال أما الدم فلا ، قيل فان أهل المدينة يقولون عليه دم، قال نعم أهل المدينة يغلطون فيه وقد روي ذلك عن أحمد وهو اختيار

(فصل) فأما الادّهان بدهن لا طيب فيه كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان الساذج فنقل الأثرم قال سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يدهن بالزيت والشيرج فقال نعم يدهن به إذا احتاج اليه ويتداوى المحرم بما يأكل قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن بدنه بالشحم والزيت والسمن ونقل جواز ذلك عن ابن عباس وأبي ذر والاسود بن يزيد وعطاء والضحاك نقله الاثرم ونقل أبو داود عن أحمد أنه قال الزيت الذي يؤكل لا يدهن المحرم به رأسه فظاهر هذا أنه لا يدهن رأسه بشيء من الادهان وهو قول عطاء ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لانه يزيل الشعث ويسكن الشعر

(فصل) فاما دهن سائر البدن فلا نعلم عن أحمد فيه منعا وقد أجمع أهل العلم على إباحته في اليدين وإنما الكراهة في الرأس خاصة فانه محل الشعر وقال القاضي في إباحته في جميع البدن روايتان فان فعله فلا فدية فيه في ظاهر كلام أحمد سواء دهن رأسه وغيره الا أن يكون مطيبا وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه صدع وهو محرم . فقالوا ألا ندهنك بالسمن ؟ قال لا . قالوا اليس تأكله ؟ قال ليس أكله كالادهان به . وعن مجاهد أنه إن تداوى به فعليه الكفارة وقال من منع من دهن الرأس فيه الفدية لانه مزيل للشعث أشبه ما لو كان مطيبا

ولنا أن وجوب الفدية يحتاج الى دليل ولا دليل فيه من نص ولا اجماع ، ولا يصح قياسه على الطيب فان الطيب يوجب الفدية وان لم يزل شعثا ويستوي فيه الرأس وغيره والدهن بخلافه ولانه مائع لا تجب الفدية باستعماله في البدن فلم تجب باستعماله في الرأس كالماء

﴿ مسئلة ﴾ (وان جلس عند العطار أو في موضع ليشم الطيب فشمه فعليه الفدية والا فلا)

متى قصد شم الطيب من غيره بفعل منه نحو أن يجلس عند العطارين لذلك أو يدخل الكعبة حال تجميرها ليشم طيبها أو يحمل معه عقدة فيها مسك ليجد ريحها قال أحمد : سبحان الله كيف

الخرقي لانه ستر رأسه بما يستدام ويلازمه غالبا فأشبه مالو ستره بشيء يلاقيه ، ويروى عن الرياشي قال : رأيت احمد بن المعذل في الموقف في يوم حر شديد وقد ضحي للشمس فقلت له يا أبا الفضل هذا أمر قد اختلف فيه فلو أخذت بالتوسعة فأنشأ يقول :

ضحيت له كي أستظل بظله إذا الظل أضحى في القيامة قالصا
فوا أسفا إن كان سعيك باطلا ويا حسرتا ان كان حجك ناقصا

يجوز هذا ؟ وأباح الشافعي ذلك إلا العقدة تكون معه يشمها فان أصحابه اختلفوا فيها قال : لانه شم الطيب من غيره أشبه ما لو لم يقصده

ولنا أنه قصد شم الطيب مبتدئا به وهو محرم فحرم كما لو باشره يحقق ذلك ان القصد شم الطيب لا مباشرته بدليل أنه لو مس اليابس الذي لا يعلق بيده لم يكن عليه شيء ولو رفعه بخرقة وشمه وجبت عليه الفدية وان لم يباشره فاما ان لم يقصد شمه كالجالس عند العطار لحاجته وداخل السوق أو داخل الكعبة للتبرك بها ومن يشتري طيبا لنفسه أو للتجارة ولا يمسه فغير ممنوع منه لانه لا يمكن التحرز منه فعفي عنه فان حمل الطيب فقال ابن عقيل : ان كان ريحه ظاهراً لم يجز وإن لم يكن ظاهراً جاز

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (السادس) قتل صيد البر واصطياده وهو ما كان وحشيا مأكولا أو متولداً منه ومن غيره

لا خلاف بين أهل العلم في تحريم قتل صيد البر واصطياده على المحرم ، والاصل فيه قول الله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقوله تعالى (حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) والصيد المحرم على المحرم ما جمع ثلاثة أشيا. (أحدها) أن يكون وحشيا وما ليس بوحشي لا يحرم على المحرم أكله ولا ذبحه كبهيمة الانعام والخيل والدجاج ونحوها لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا والاعتبار في ذلك بالاصل لا بالحال فلو استأنس الوحشي وجب فيه الجزاء كالحمام يجب الجزاء في أهليه ووحشيه اعتباراً بالاصل ولو توحش الاهلي لم يجب فيه شيء قال أحمد في بقرة صارت وحشية لا شيء فيها لان الاصل فيها الانسية فان تولد بين الوحشي والاهلي ولد ففيه الجزاء تغليبا للتحريم ، واختلفت الرواية في الدجاج السندي هل فيه جزاء على روايتين وروى مهنا عن أحمد في البط يذبحه المحرم اذا لم يكن صيدا والصحيح أنه يحرم عليه ذبحه وفيه الجزاء لان الاصل فيه الوحشي فهو كالحمام (الثاني) أن يكون مأكولا فاما ماليس بمأكول كسباع البهائم والمستخبث من الحشرات والطير وسائر المحرمات فلا جزاء فيه قال أحمد رحمه الله انما جعلت الكفارة في الصيد المحلل أكله وهذا قول أكثر أهل العلم الا أنهم أوجبوا الجزاء في المتولد بين المأكول وغيره كالسمع المتولد بين الضبع والذئب تغليباً للتحريم قبله كما غلبوا التحريم في أكله . وقال بعض أصحابنا في ام حبين جدي وهي دابة منتفخة البطن وهذا خلاف القياس فان أم حبين مستخبثة عند العرب لا تؤكل ، وقد حكي

(فصل) ولا بأس أن يستظل بالسقف والحائط والشجرة والخباء ، وإن نزل تحت شجرة فلا بأس أن يطرح عليها ثوبا يستظل به عند جميع أهل العلم وقد صح به النقل فان جابراً قال في حديث حجة النبي ﷺ وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فأتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى اذا زاغت الشمس . رواه مسلم وابن ماجه وغيرهما ، ولا بأس أيضا أن ينصب حياله ثوبا يقيه الشمس والبرد ، إما أن يمسكه انسان أو يرفعه على عود على نحو ماروي في حديث أم الحصين أن بلالا أو أسامة كان رافعا ثوبا يستر به النبي ﷺ من الحر ، ولان ذلك لا يقصد به الاستدامة فلم يكن به بأس كالاستظلال بحائط

أن رجلا من البدو سئل: ما تأكلون؟ فقال ما دب ودرج الا أم حبين . فقال السائل : ليهن أم حبين العافية وانما تبعوا فيها قضية عثمان فانه قضى فيها بحملان وهو الجدي والصحيح أنه لا شيء فيها ، واختلفت الرواية في الثعلب فعنه فيه الجزاء وهو المشهور ، وبه قال طاوس وقتادة ومالك والشافعي وعن أحمد لا شيء فيه وهو قول الزهري وعمرو بن دينار وابن المنذر لانه سبع ، وقد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع ، واختلفت الرواية في السنور الوحشي والاهلي والصحيح أنه لا جزاء في الاهلي لانه ليس وحشيا ولا مأكولا وأما الوحشي فاختار القاضي أنه لا شيء فيه لانه سبع . وقال الثوري واسحاق في الوحشي حكومة والاختلاف فيه مبني على الاختلاف في إباحته ، واختلفت الرواية في الهدهد والصرد لاختلاف الروايتين في إباحتها وكلما اختلف في إباحته اختلف في جزائه فاما ما يحرم فالصحيح أنه لا جزاء فيه لعدم النص فيه وهو مخالف للقياس الثالث أن يكون من صيد البر فاما صيد البحر فلا يحرم على المحرم بغير خلاف لقوله سبحانه (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) قال ابن عباس رضي الله عنهما طعامه ما لفظه

﴿ مسئلة ﴾ (فمن أتلفه أو تلف في يده أو أتلف جزأ منه فعليه جزاؤه)

من أتلف صيدا وهو محرم فعليه جزاؤه باجماع أهل العلم ، وقد دل عليه قوله سبحانه (ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم) قال شيخنا رضي الله عنه ولا نعلم أحداً خالف في قتل الصيد متعمدا أن فيه الجزاء الا الحسن ومجاهدا قالا يجب في الخطأ والنسيان ولا يجب في العمد ، وهذا خلاف النص فلا يلتفت اليه وقتل الصيد نوعان مباح ومحرم ، فالمحرم أن يقتله ابتداء من غير سبب يبيح قتله ففيه الجزاء لما ذكرناه والمباح ثلاثة أنواع (أحدها) أن يضطر اليه (والثاني) أن يصول عليه الصيد (والثالث) اذا أراد تخليصه من سبع أو شبكة أو نحوه وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) ويضمن ما تلف في يده وان صاده لم يملكه لان ما حرم لحق غيره لا يملك بالاخذ من غير اذنه كمال غيره وعليه ارساله في موضع يمتنع فيه فان لم يفعل فتلف ضمنه كمال الآدمي اذا أخذه بغير حق فتلف في يده ، وان كان مملوكا لآدمي فعليه رده اليه لكونه غصبه منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقتل الصيد ولا يصيده ولا يشير إليه ولا يدل عليه حلالا ولا حراما)

لاخلاف بين أهل العلم في تحريم قتل الصيد واصطياده على المحرم وقد نصّ الله تعالى عليه في كتابه فقال سبحانه (ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال تعالى (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) وتحرم عليه الاشارة إلى الصيد والدلالة عليه فان في حديث أبي قتادة لما صاد الحمار الوحشي وأصحابه محرمون قال النبي ﷺ لأصحابه «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها؟» وفي لفظ متفق عليه « فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نعلي فلم يؤذنوني وأحبوا لو أني أبصرته » وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الدلالة عليه وسؤال النبي ﷺ لهم « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها ؟» يدل على تعلق التحريم بذلك لو وجد منهم ، ولانه تسبب إلى محرم عليه فحرم كنصبه الأحبولة

(فصل) ولا تحل له الاعانة على الصيد بشيء فان في حديث أبي قتادة المتفق عليه : ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم ناولوني السوط والرمح قالوا والله لا نعينك عليه ، وفي رواية فاستعنتهم فأبوا أن يعينوني . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الاعانة والنبي ﷺ أقرهم على ذلك ولأنه اعانة على محرم فحرم كالاعانة على قتل الآدمي

(فصل) ويضمن الصيد بالدلالة فاذا دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه فالجزاء كله على المحرم . روي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء ومجاهد وبكر المزني واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك

(فصل) وان أتلف جزءا من الصيد فعليه ضمانه لان جملته مضمونة فكان بعضه مضمونا كالآدمي والاموال

﴿ مسئلة ﴾ (ويضمن ما دل عليه أو أشار اليه أو أعان على ذبحه أو كان له أثر في ذبحه مثل أن يعيره سكينا الا أن يكون القاتل محرما فيكون جزاؤه بينهما)

يحرم على المحرم الدلالة على الصيد والاشارة اليه فان في حديث أبي قتادة لما صاد الحمار الوحشي وأصحابه محرمون قال النبي ﷺ « هل منكم أحد امره أن يحمل عليها أو اشار اليها؟ » وفي لفظ فابصروا حمارا وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلي فلم يؤذنوني وأحبوا لو أني أبصرته وهذا يدل على تعليق التحريم بذلك لو وجد منهم ولانه سبب إلى إتلاف صيد محرم عليه فحرم كنصب الشرك

(فصل) وليس له الاعانة على الصيد بشيء فان في حديث أبي قتادة المتفق عليه ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم ناولوني السوط والرمح قالوا والله لا نعينك عليه ، وفي رواية فاستعنتهم فأبوا أن يعينوني . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الاعانة والنبي ﷺ أقرهم على ذلك ولانه اعانة على محرم فحرم كالاعانة على قتل الآدمي ، ويضمنه بالدلالة عليه فاذا دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه فالجزاء على المحرم روي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء ومجاهد وبكر المزني واسحاق

والشافعي لاشيء على الدال لانه يضمن بالجناية فلا يضمن بالدلالة كالآدمي

ولنا قول النبي ﷺ لاصحاب أبي قتادة « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها؟ » ولانه سبب يتوصل به إلى اتلاف الصيد فتعلق به الضمان كما لو نصب أحبولة ، ولانه قول علي وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة

(فصل) فان دل محرما على الصيد فقتله فالجزاء بينهما ، وبه قال عطاء وحماد بن أبي سليمان ، وقال الشعبي وسعيد بن جبير والحارث العكلي وأصحاب الرأي على كل واحد جزاء لان كل واحد من الفعلين يستقل بجزاء كامل اذا كان منفرداً ، فكذلك اذا انضم اليه غيره ، وقال مالك والشافعي لاضمان على الدال

ولنا أن الواجب جزاء المتلف وهو واحد فيكون الجزاء واحداً ، وعلى مالك والشافعي ماسبق ولا فرق في جميع ذلك بين كون المدلول ظاهراً أو خفيا لايراه إلا بالدلالة عليه ، ولو دل محرم محرما على صيد ثم دل الآخر آخر ، ثم كذلك إلى عشرة فقتله العاشر كان الجزاء على جميعهم ، وإن قتله الاول لم يضمن غيره لانه لم يدله عليه أحد فلا يشاركه في ضمانه أحد ، ولو كان المدلول رأى الصيد قبل الدلالة والاشارة فلا شيء على الدال والمشير لان ذلك لم يكن سببا في تلفه ، ولان هذه ليست دلالة على الحقيقة ، وكذلك إن وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد من ضحك أو استشراف

وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي لا شيء على الدال لانه يضمن بالجناية فلا يضمن بالدلالة كالآدمي

ولنا حديث أبي قتادة ولانه سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد فتعلق به الضمان كما لو نصب أحبولة ولانه قول علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا مخالف لهما في الصحابة ، وان أشار اليه فهو كما لو دل عليه لانه في معناه

(فصل) فان دل محرما على الصيد فقتله فالجزاء بينهما ، وبه قال عطاء وحماد بن أبي سليمان ، وقال الشعبي وسعيد بن جبير وأصحاب الرأي على كل واحد جزاء لان كل واحد من الفعلين يستقل بالجزاء إذا انفرد فكذلك اذا لم يضمنه غيره ، وقال مالك والشافعي لا شيء على الدال

ولنا أن الواجب جزاء المتلف وهو واحد فيكون الجزاء واحدا وعلى مالك والشافعي ما سبق ولا فرق في جميع الصورتين كون المدلول عليه ظاهرا او خفيا لا يراه الا بالدلالة عليه ولو دل محرم محرما على صيد ثم دل الآخر آخر ثم كذلك إلى عشرة فقتله العاشر كان الجزاء على جميعهم ، وان قتله الاول فلا شيء على غيره لانه لم يدله عليه أحد فلا يشاركه في ضمانه أحد ولو كان المدلول رأى الصيد قبل الدلالة والاشارة فلا شيء على الدال والمشير لان ذلك لم يكن سببا في تلفه ولان هذه ليست دلالة على الحقيقة وكذلك ان وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد من ضحك أو استشراف

إلى الصيد ففطن له غيره فصاده فلا شيء على المحرم بدليل ماجاء في حديث أبي قتادة قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بالقاحة ومنا المحرم ومنا غير المحرم إذ بصرت بأصحابي يتراءون شيئا فنظرت فاذا حمار وحش، وفي لفظ فبينا أنا مع أصحابي يضحك بعضهم إذ نظرت فاذا أنا بحمار وحش، وفي لفظ: فلما كنا بالصفاح فاذا هم يتراءون، فقلت أي شيء تنظرون ؟ فلم يخبروني . متفق عليه

(فصل) فان أعار قاتل الصيد سلاحا فقتله به فهو كما لو دله عليه سواء كان المستعار مما لا يتم قتله إلا به، أو أعاره شيئا هو مستغن عنه مثل أن يعيره رمحا ومعه رمح، وكذلك لو أعانه عليه بمناولته سوطه أو رمحه، أو أمره باصطياده لما ذكرنا من حديث أبي قتادة وقول أصحابه: والله لا نعينك عليه بشيء، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها؟ » وكذلك إن أعاره سكينا فذبحه بها، فان أعاره آلة ليستعملها في غير الصيد فاستعملها في الصيد لم يضمن لان ذلك غير محرم عليه فأشبه مالو ضحك عند رؤية الصيد ففطن له انسان فصاده

(فصل) وإن دل الحلال محرما على الصيد فقتله فلا شيء على الحلال لانه لا يضمن الصيد بالاتلاف فبالدلالة أولى إلا أن يكون ذلك في الحرم فيشاركه في الجزاء لان صيد الحرم حرام على الحلال والحرام نص عليه أحمد

ففطن له غيره فصاده فلا شيء على المحرم، فان في حديث أبي قتادة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى إذا كنا بالقاحة ومنا المحرم ومنا غير المحرم اذ بصرت بأصحابي يتراءون شيئا فنظرت فاذا حمار وحش، وفي لفظ فبينا أنا مع اصحابي فضحك بعضهم اذ نظرت اذا أنا بحمار وحش، وفي لفظ فلما كنا بالصفاح اذا هم يتراءون فقلت أي شيء تنظرون ؟ فلم يخبروني متفق عليه

(فصل) فان أعار قاتل الصيد سلاحا فقتله به فهو كما لو دله عليه سواء كان المستعار مما لا يتم قتله الا به أو أعاره شيئا هو مستغن عنه مثل أن يعيره رمحا ومعه رمح وكذلك لو أعانه عليه بمناولته سلاحه أو سوطه أو أمره باصطياده لما ذكرنا من حديث أبي قتادة وقول اصحابه والله لا نعينك عليه بشيء . وقول النبي ﷺ « هل منكم أحد امره أن يحمل عليها أو أشار اليها؟» وكذلك ان أعاره سكينا فذبحه بها فاما ان أعاره آلة ليستعملها في غير الصيد فاستعملها في الصيد لم يضمن لان ذلك غير محرم عليه أشبه ما لو ضحك عند رؤية الصيد ففطن له انسان فصاده

(فصل) فان دل الحلال محرما على صيد فقتله فلا شيء على الحلال لانه لا يضمن الصيد بالاتلاف فبالدلالة أولى الا أن يكون ذلك في الحرم فيشتركان في الجزاء كالمحرمين لان صيد الحرم حرام على الحلال والمحرم فان اشترك في قتل الصيد حلال ومحرم في الحل فعلى المحرم الجزاء جميعه على ظاهر قول أحمد رحمه الله وقال أصحاب الشافعي عليه نصف الجزاء كما لو كانا محرمين

(فصل) وإن صاد المحرم صيداً لم يملكه فان تلف في يده فعليه جزاؤه ، وإن أمسكه حتى حل لزمه إرساله وليس له ذبحه ، فان فعل أو تلف الصيد ضمنه وحرم أكله لانه صيد ضمنه بحرمة الاحرام فلم يبح أكله كما لو ذبحه حال احرامه ، ولانها ذكاة منع منها بسبب الاحرام فأشبهت مالو كان الاحرام باقيا ، واختار أبو الخطاب أن له أكله وعليه ضمانه لانه ذبحه وهو من أهل ذبح الصيد فأشبه مالو صاده بعد الحل والفرق ظاهر لان هذا يلزمه ضمانه والذي صاده بعد الحل لاضمان عليه فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يأكله اذا صاده الحلال لاجله)

لاخلاف في تحريم الصيد على المحرم اذا صاده أو ذبحه وقد قال الله تعالى (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) وان صاده حلال وذبحه وكان من المحرم اعانة فيه أو دلالة عليه أو اشارة اليه لم يبح أيضا ، وان صيد من أجله لم يبح له أيضا أكله ، روي ذلك عن عثمان بن عفان ، وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة له اكله لقول النبي ﷺ في حديث أبي قتادة «هل منكم أحد أمره أو أشار اليه بشيء ؟ » قالوا لا قال« فكلوا ما بقي من لحمها» متفق عليه . فدل على ان التحريم انما يتعلق بالاشارة والامر والاعانة ، ولانه صيد مذكى لم يحصل فيه ولا في سببه صنع منه فلم يحرم عليه أكله كما لو لم يصدله

ولنا أنه اشترك في قتله من يجب عليه الضمان ومن لا يجب فاختص الجزاء بمن يجب عليه كما لو دل الحلال محرما على صيد فعليه ولانه اجتمع موجب ومسقط فغلب الايجاب كما لو قتل صيدا بعضه في الحرم وبعضه في الحل ذكر هذه المسئلة القاضي أبو الحسين

(فصل) وكذلك ان كان شريكه سبعا ثم ان كان جرح أحدهما قبل صاحبه والسابق الحلال أو السبع فعلى المحرم جزاؤه مجروحا وان كان السابق المحرم فعليه أرش جرحه على ما ذكرنا وان كان جرحهما في حال واحدة او جرحاه ومات منهما فالجزاء كله على المحرم ، وفيه وجه لنا كقول أصحاب الشافعي ان على المحرم نصفه كالمحرمين

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم عليه الاكل من ذلك كله واكل ماصيد لاجله ولا يحرم عليه الاكل من غير ذلك)

لا خلاف في تحريم الصيد على المحرم اذا صاده أو ذبحه لقوله تعالى (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) وان صاده حلال أو ذبحه وكان من المحرم إعانة فيه أو دلالة أو اشارة اليه لم يبح أيضا لانه أعان عليه أشبه ما لو ذبحه ، وان صيد من أجله حرم عليه اكله يروى ذلك عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة له أكل ما صيد لاجله لقول النبي ﷺ في حديث أبي قتادة « هل منكم أحد امره أو أشار اليه بشيء ؟ » قالوا لا . قال « كلوا ما بقي من لحمها » متفق عليه فدل على أن التحريم انما يتعلق بالاشارة والامر والاعانة ولانه صيد مذكي لم يحصل فيه ولا في سببه منع منه فلم يحرم عليه أكله كما لو لم يصد له

وحكي عن علي وابن عمر وعائشة وابن عباس أن لحم الصيد يحرم على المحرم بكل حال ، وبه قال طاوس وكرهه الثوري واسحاق لعموم قوله (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) وروي عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة الليثي أنه أهدى الى النبي ﷺ حماراً وحشيا وهو بالابواء أو بودان فرده عليه رسول الله ﷺ فلما رآى رسول الله ﷺ ما في وجهه قال « انا لم نرده عليك الا انا حرم » متفق عليه ، وفي لفظ أهدى الصعب بن جثامة الى النبي ﷺ رجل حمار وفي رواية : عجز حمار وفي رواية شق حمار روى ذلك كله مسلم وروى أبو داود باسناده عن عبد الله بن الحارث عن أبيه قال كان الحارث خليفة عثمان على الطائف فصنع له طعاما وصنع فيه الحجل واليعاقيب ولحم الوحش فبعث الى علي بن أبي طالب فجاءه فقال اطعموه قوما حلالا فانا حرم ثم قال علي انشد الله من كان ههنا من أشجع أتعلمون أن رسول الله ﷺ أهدى اليه رجل حمار وحش فأبي أن يأكله ؟ قالوا نعم ولانه لحم صيد فحرم على المحرم كما لو دل عليه

ولنا ماروى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « صيد البر لكم حلال مالم تصيدوه أو يصد لكم » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال هو أحسن حديث في الباب ، وهذا صريح في الحكم وفيه جمع بين الاحاديث وبيان المختلف منها فان ترك النبي ﷺ للاكل مما أهدي اليه

ولنا ماروى ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة الليثي أهدى إلى النبي ﷺ حماراً وحشياً وهو بالابواء أو بودان فرده عليه رسول الله ﷺ فلما رأى ما في وجهه قال : « انا لم نرده عليك الا أنا حرم » متفق عليه ، وروى جابر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال هو أحسن حديث في الباب وهذا فيه تحريم ما صيد للمحرم وفيه اباحة مالم يصده ولم يصد له

(فصل) ولا يحرم عليه الاكل من غير ذلك ، وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ، ويروى ذلك عن طلحة بن عبيد الله وحكي عن عطاء وابن عمر وعائشة وابن عباس رضي الله عنهم ان لحم الصيد يحرم على المحرم بكل حال ، وبه قال طاوس وكرهه الثوري واسحاق لعموم قوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) ولما ذكرنا من حديث الصعب بن جثامة ، وروى أبو داود باسناده عن عبد الله بن الحارث عن أبيه قال : كان الحارث خليفة عثمان على الطائف فصنع له طعاما وصنع فيه الحجل واليعاقيب ولحم الوحش فبعث إلى علي بن أبي طالب فجاءه فقال أطعموه قوما حلالا انا حرم ثم قال علي أنشد الله من كان ههنا من أشجع أتعلمون أن رسول الله ﷺ أهدى اليه رجل حمار وحش فابى أن يأكله؟ قالوا نعم، ولانه لحم صيد فحرم على المحرم كما لو دل عليه

ولنا ماذكرنا من حديث أبي قتادة وجابر فانهما صريحان في الحكم وفي ذلك جمع بين الاحاديث وبيان المختلف منها بان يحمل ترك النبي ﷺ الاكل في حديث الصعب بن جثامة لعلمه أو ظنه أنه

يحتمل أن يكون لعلمه أنه صيد من أجله أو ظنه ، ويتعين حمله على ذلك لما قدمت من حديث أبي قتادة وأمر النبي ﷺ أصحابه بأكل الحمار الذي صاده ، وعن طلحة أنه اهدي له طير وهو راقد فاكل بعض أصحابه وهم محرمون وتورع بعض فلما استيقظ طلحة وافق من أكله وقال أكلناه مع رسول الله ﷺ رواه مسلم وفي الموطأ أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم حتى إذا كان بالروحاء اذا حمار وحشي عقير فجاء البهزي وهو صاحبه فقال يارسول الله شأنكم بهذا الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبابكر فقسمه بين الرفاق وهو حديث صحيح وأحاديثهم ان لم يكن فيها ذكر أنه صيد من أجلهم فتعين ضم هذا القيد اليها لحديثنا وجمعا بين الاحاديث، ودفعا للتناقض عنها، ولانه صيد للمحرم فحرم كما لو أمر أو أعان

(فصل) وما حرم على المحرم لكونه صيد من أجله أو دل عليه أو أعان عليه لم يحرم على الحلال أكله لقول علي اطعموه حلالا ، وقد بينا حمله على أنه صيد من أجلهم ، وحديث الصعب بن جثامة حين رد النبي ﷺ الصيد عليه ولم ينهه عن أكله ولانه صيد حلال فابيح للحلال أكله كما لو صيد لهم وهل يباح أكله لمحرم آخر ظاهر الحديث اباحته له لقوله «صيد البر لكم حلال مالم تصيدوه أو يصد لكم» وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه لانه روي أنه اهدي اليه صيد وهو محرم فقال لاصحابه كلوا ولم يأكل هو وقال انما صيد من أجلي ولانه لم يصد من أجله فحل له كما لو صاده الحلال لنفسه ويحتمل أن يحرم عليه وهو ظاهر قول علي رضي الله عنه لقوله : أطعموه حلالا فانا حرم ولقول النبي ﷺ في حديث أبي قتادة «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو اشار اليها ؟» قالوا لا ، قال «فكلوه» فمفهومه ان اشارة واحد منهم تحرمه عليهم

صيد من أجله ويتعين حمله على ذلك لما ذكرنا من الحديثين فان الجمع بين الاحاديث أولى من التعارض والتناقض ، وروى مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم حتى اذا كان بالروحاء اذا حمار وحشي عقير فجاء البهزي وهو صاحبه فقال يارسول الله شأنكم بهذا الحمار فامر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق

(فصل) وما حرم على المحرم لكونه دل عليه أو أعان عليه أو صيد من أجله لايحرم على الحلال اكله لقول علي رضي الله عنه أطعموه حلالا وقد بينا حمله على أنه صيد من أجلهم وحديث الصعب ابن جثامة حين رد النبي ﷺ الصيد عليه لم ينهه عن أكله ولانه صيد حلال فابيح للحلال أكله كما لو صيد لهم وهل يباح أكله لمحرم آخر فيه احتمالان (أحدهما) يباح فان ظاهر حديث جابر اباحته وهو قول عثمان رضي الله عنه لانه يروى أنه أهدي له صيد فقال لاصحابه كلوا ولم يأكل وقال إنما صيد من أجلي ولانه لم يصد من أجله فحل له كما لو صاده الحلال لنفسه ويحتمل أن يحرم وهو قول علي رضي الله عنه لقول النبي ﷺ في حديث أبى قتادة «هل منكم أحد امره أن يحمل عليها أو أشار اليها؟» قالوا لا ، قال «فكلوه» فمفهومه ان إشارة واحد منهم تحرمه عليهم والاول أولى

(فصل) اذا قتل المحرم الصيد ثم أكله ضمنه للقتل دون الاكل . وبه قال مالك والشافعي ، وقال عطاء وأبو حنيفة يضمنه للاكل أيضا لانه أكل من صيد محرم عليه فيضمنه كما لو أكل مما صيد لاجله

ولنا أنه صيد مضمون بالجزاء فلم يضمن ثانيا كما لو اتلفه بغير الاكل وكصيد الحرم اذا قتله الحلال وأكله ، وكذلك ان قتله محرم آخر ثم أكل هذا منه لم يجب عليه الجزاء لما ذكرنا ، ولان تحريمه لكونه ميتة والميتة لا تضمن بالجزاء ، وكذلك ان حرم عليه أكله للدلالة عليه والاعانة عليه فاكل منه لم يضمن لانه صيد مضمون بالجزاء مرة فلا يجب به جزاء ثانٍ كما لو أتلفه ، وان اكل مما صيد لاجله ضمنه ، وهو قول مالك وقاله الشافعي في القديم وقال في الجديد لاجزاء عليه لانه أكل للصيد فلم يجب به الجزاء كما لو قتله ثم أكله

ولنا أنه إتلاف ممنوع منه لحرمة الاحرام فتعلق به الضمان كالقتل . أما اذا قتله ثم اكله لا يحرم للاتلاف انما حرم لكونه ميتة . اذا ثبت هذا فانه يضمنه بمثله من اللحم لان اصله مضمون بمثله من النعم فكذلك أبعاضه تضمن بمثلها بخلاف حيوان الآدمي فانه يضمن بقيمته فكذلك ابعاضه

(فصل) واذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة يحرم أكله على جميع الناس ، وهذا قول الحسن والقاسم وسالم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ، وقال الحكم والثوري وأبو ثور لا بأس بأكله . قال ابن المنذر هو بمنزلة ذبيحة السارق وقال عمرو بن دينار وأيوب السختياني

(فصل) وإذا قتل المحرم الصيد ثم أكله ضمنه للقتل دون الاكل ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال عطاء وأبو حنيفة يضمنه للاكل أيضاً لانه أكل من صيد محرم عليه فضمنه كما لو صيد لاجله

ولنا أنه صيد مضمون بالجزاء فلم يضمن ثانيا كما لو أتلفه بغير الاكل وكصيد المحرم اذا قتله الحلال وأكله وكذلك ان قتله محرم آخر ثم أكل هذا منه لم يجب عليه الجزاء لما ذكرنا ولان تحريمه لكونه ميتة والميتة لا تضمن بالجزاء ، وكذلك ان حرم عليه أكله بالدلالة عليه والاعانة عليه فاكل منه لم يضمن لانه صيد مضمون بالجزاء مرة فلم يجب به جزاء ثان كما لو أتلفه فان أكل مما صيد لاجله ضمنه وهو قول مالك والشافعي في القديم وقال في الجديد لا جزاء عليه لانه أكل للصيد فلم يجب به الجزاء كما لو قتله ثم أكله

ولنا أنه إتلاف ممنوع منه لحرمة الاحرام فتعلق به الضمان كالقتل . أما إذا قتله ثم أكله لا يحرم للاتلاف إنما حرم لكونه ميتة ، اذا ثبت هذا فانه يضمنه بمثله من اللحم لان أصله مضمون بمثله من النعم فكذلك أبعاضه تضمن بمثلها بخلاف حيوان الآدمي فانه يضمن جميعه بالقيمة فكذلك ابعاضه

(فصل) واذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة يحرم أكله على جميع الناس ، وهذا قول الحسن والقاسم وسالم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الحكم والثوري وأبو ثور لا بأس باكله . قال ابن المنذر هو بمنزلة ذبيحة السارق وقال عمرو بن دينار وأيوب السختياني

يأكله الحلال ، وحكي عن الشافعي قول قديم أنه يحل لغيره الا كل منه لان من أباحت ذكاته غير الصيد أباحت الصيد كالحلال

ولنا انه حيوان حرم عليه ذبحه لحق الله تعالى فلم يحل بذبحه كالمجوسي ، وبهذا فارق سائر الحيوانات، وفارق غير الصيد فانه لايحرم ذبحه وكذلك الحكم في صيد الحرم اذا ذبحه الحلال

(فصل) واذا اضطر المحرم فوجد صيداً وميتة أكل الميتة ، وبهذا قال الحسن والثوري ومالك وقال الشافعي واسحاق وابن المنذر يأكل الصيد وهذه المسألة مبنية على أنه اذا ذبح الصيد كان ميتة فيساوي الميتة في التحريم[1] ويمتاز بايجاب الجزاء وما يتعلق به من هتك حرمة الاحرام فلذلك كان أكل الميتة أولى الا أن لاتطيب نفسه باكلها فيأكل الصيد كما لو لم يجد غيره

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتطيب المحرم)

اجمع اهل العلم على ان المحرم ممنوع من الطيب وقد قال النبي ﷺ في المحرم الذي وقصته راحلته « لاتمسوه بطيب » رواه مسلم ، وفي لفظ « لاتحنطوه » متفق عليه فلما منع الميت من الطيب لاحرامه فالحي أولى ، ومتى تطيب فعليه الفدية لانه استعمل ما حرمه الاحرام فوجبت عليه الفدية كاللباس ومعنى الطيب ماتطيب رائحته ويتخذ للشم كالمسك والعنبر والكافور والغالية والزعفران وماء الورد والادهان المطيبة ، كدهن البنفسج ونحوه .

(فصل) والنبات الذي تستطاب رائحته على ثلاثة أضرب

(أحدها) مالا ينبت للطيب ولا يتخذ منه كنبات الصحراء من الشيح والقيصوم والخزامى والفواكه كلها من الاترج والتفاح والسفرجل وغيره ، ومانبته الآدميون لغير قصد الطيب كالحناء

[1] فيه أن الميتة محرمة لذاتها والصيد محرم لسبب عارض وقوله ان تذكية المحرم له تجعله كالميتة ليس نصاً من الشارع وانما هي كلمة فقيه ، لاتصح إلا من باب التشبيه، ثم ان أكل الميتة ضار في الغالب والتعرض للضرر حرام في نفسه

يأكله الحلال ، وحكي عن الشافعي قول قديم أنه يحل لغيره الا كل منه لان من أباحت زكاته غير الصيد أباحت الصيد كالحلال

ولنا أنه حيوان حرم عليه ذبحه لحق الله تعالى فلم يحل بذبحه كالمجوسي ، وبهذا فارق سائر الحيوانات وفارق غير الصيد فانه لايحرم ذبحه وكذلك الحكم في صيد المحرم اذا ذبحه محرم أو حلال وبعض الحنفية يقول هو مباح ، ولنا ما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتلف بيض صيد أو نقله إلى موضع آخر ففسد فعليه ضمانه بقيمته)

اذا أتلف بيض صيد ضمنه بقيمته أي صيد كان قال ابن عباس في بيض النعام قيمته ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال النخعي والزهري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه روي عن النبي ﷺ قال « في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه » رواه ابن ماجه ، واذا وجب في بيض النعام قيمته مع أنه من ذوات الامثال فغيره أولى ، ولان البيض لا مثل له فيجب فيه قيمته كصغار الطير فان لم يكن له قيمة لكونه مذرا أولان فرخه ميت فلا شيء فيه . قال أصحابنا

والعصفر فمباح شمه ولا فدية فيه ولا نعلم فيه خلافا الا ماروي عن ابن عمر أنه كان يكره للمحرم أن يشم شيئا من نبات الارض من الشيح والقيصوم وغيرهما ولا نعلم أحدا أوجب في ذلك شيئا فانه لايقصد للطيب ولا يتخذ منه طيب أشبه سائر نبات الارض ، وقدروي أن ازواج رسول الله ﷺ كن يحرمن في المعصفرات .

(الثاني) ماينبته الآدميون للطيب ولا يتخذ منه طيب كالريحان الفارسي والمرزجوش والنرجس والبرم ففيه وجهان (احدهما) يباح بغير فدية قاله عثمان بن عفان وابن عباس والحسن ومجاهد واسحاق (والآخر) يحرم شمه فان فعل فعليه الفدية ، وهو قول جابر وابن عمر والشافعي وأبي ثور لانه يتخذ للطيب فأشبه الورد ، وكرهه مالك واصحاب الرأي ولم يوجبوا فيه شيئا وكلام احمد فيه محتمل لهذا فانه قال في الريحان ليس من آلة المحرم. ولم يذكر فديته وذلك لانه لايتخذ منه طيب فأشبه العصفر

(الثالث) ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب كالورد والبنفسج والياسمين والخيري [1] فهذا اذا استعمله وشمه ففيه الفدية لان الفدية تجب فيما يتخذ منه فكذلك في أصله وعن احمد رواية اخرى في الورد لافدية عليه في شمه لانه زهر شمه على جهته اشبه زهر سائر الشجر ، وذكر ابو الخطاب في هذا والذي قبله روايتين والاولى تحريمه لانه ينبت للطيب ويتخذ منه اشبه الزعفران والعنبر قال القاضي يقال ان العنبر ثمر شجر وكذلك الكافور

١) هي الخزامي

(فصل) وان مس من الطيب ما يعلق بيده كالغالية وماء الورد والمسك المسحوق الذي يعلق بأصابعه فعليه الفدية لانه مستعمل للطيب ، وان مس مالا يعلق بيده كالمسك غير المسحوق وقطع

الا بيض النعام فان لقشره قيمة والصحيح أنه لا شيء فيه لانه إذا لم يكن فيه حيوان ولا ما له الى أن يصير فيه حيوان صار كالاحجار والخشب وسائر ماله قيمة من غير الصيد الا ترى أنه لو نقب بيضة فأخرج ما فيها لزمه جزاء جميعها ثم لو كسرها هو أو غيره لم يلزمه لذلك شيء ، ومن كسر بيضة فخرج منها فرخ حي فعاش فلا شيء فيه ، وقال ابن عقيل يحتمل أن يضمنه إلا أن يحفظه من الجارح الى أن ينهض فيطير لانه صار في يده مضمونا وتخليته غير ممتنع ليس برد تام ، ويحتمل أن لا يضمنه لانه لم يجعله غير ممتنع بعد أن كان ممتنعا بل تركه على صفته فهو كما لو أمسك طائرا أعرج ثم تركه

وان مات ففيه ما في صغار أولاد المتلف بيضه ففي فرخ الحمام صغير أولاد الغنم ، وفي فرخ النعامة حوار وفيما عداهما قيمة الا ما كان أكبر من الحمام ففيه مانذكره من الخلاف في أمهاته ان شاء الله تعالى ، ولا يحل لمحرم أكل بيض الصيد اذا كسره هو أو محرم سواه ، وان كسره حلال فهو كلحم الصيد ان كان أخذه لاجل المحرم لم يبح أكله والا ابيح ، وان كسر المحرم بيض صيد لم يحرم على الحلال لان حله له لايقف على كسره ولا يعتبر له أهليته بل لو كسره مجوسي أو وثني أو بغير تسمية لم يحرم فاشبه قطع اللحم وطبخه ، وقال القاضي : يحرم على الحلال أكله كالصيد لان

الكافور والعنبر فلا فدية لانه غير مستعمل للطيب فان شمه فعليه الفدية لانه يستعمل هكذا وان شم العود فلا فدية عليه لانه لا يتطيب به هكذا

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا يلبس ثوبا مسه ورس ولا زعفران ولا طيب)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذا وهو قول جابر وابن عمر ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر لا خلاف في هذا بين العلماء وقد قال النبي ﷺ « لا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه فـكل ماصبغ بزعفران أو ورس أو غمس في ماء ورد أو بخر بعود فليس للمحرم لبسه ولا الجلوس عليه ولا النوم عليه نص احمد عليه ،وذلك لانه استعمال له فأشبه لبسه ومتى لبسه أو استعمله فعليه الفدية وبذلك قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان رطبا يلي بدنه أو يابسا ينفض فعليه الفدية وإلا فلا لانه ليس بمتطيب

ولنا أنه منهي عنه لأجل الاحرام فلزمته الفدية به كاستعمال الطيب في بدنه ، ولأنه محرم استعمل ثوبا مطيبا فلزمته الفدية به كالرطب فان غسله حتى ذهب مافيه من ذلك فلا بأس به عند جميع العلماء

(فصل) وإن انقطعت رائحة الثوب لطول الزمن عليه أو لـكونه صبغ بغيره فغلب عليه بحيث لا يفوح له رائحة اذا رش فيه الماء فلا بأس باستعماله لزوال الطيب منه ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن عطاء وطاوس وكره ذلك مالك إلا أن يغسل ويذهب لونه لان عين الزعفران ونحوه فيه

ولنا أنه إنما نهي عنه من أجل رائحته ، وقد ذهبت بالـكلية فاما إن لم يكن له رائحة في الحال لـكن كان بحيث إذا رش فيه ماء فاح ريحه ففيه الفدية لانه متطيب بطيب بدليل أن رائحته تظهر عند رش الماء فيه، والماء لا رائحة له وإنما هي من الصبغ الذي فيه فاما إن فرش فوق الثوب ثوبا صفيقا يمنع الرائحة والمباشرة فلا فدية عليه بالجلوس والنوم عليه ،وإن كان الحائل بينهما ثياب بدنه ففيه الفدية لانه يمنع من استعمال الطيب في الثوب الذي عليه كمنعه من استعماله في بدنه

كسره جرى مجرى الذبح بدليل حله للمحرم بكسر الحلال له وتحريمه عليه بكسر المحرم

(فصل) وان نقل بيض صيد فجعله تحت آخر أو ترك مع بيض الصيد بيضا آخر أو شيئا فنفر عن بيضه حتى فسد فعليه ضمانه لانه تلف بسببه ، وان صح وفرخ فلا ضمان عليه ، وان باض الصيد على فراشه فنقله برفق ففسد ففيه وجهان بنـاء على الجراد اذا انفرش في طريقه وحكم بيض الجراد حكم الجراد وكذلك بيض كل حيوان حكمه حكمه لانه جزء منه أشبه الاصل ، وان احتلب لبن صيد ففيه قيمته كما لو حلب لبن حيوان مغصوب

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يملك الصيد بغير الارث وقيل لا يملكه به ايضا)

لا يملك المحرم الصيد ابتداء بالبيع ولا بالهبة ونحوهما من الاسباب فان الصعب بن جثامة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا بأس بما صبغ بالعصفر)

وجملة ذلك أن العصفر ليس بطيب ولا بأس باستعماله وشمه ولا بما صبغ به وهذا قول جابر وابن عمر وعبد الله بن جعفر وعقيل بن أبي طالب وهو مذهب الشافعي ، وعن عائشة وأسماء وأزواج النبي ﷺ أنهن كن يحرمن في المعصفرات وكرهه مالك اذا كان ينتفض في بدنه ولم يوجب فيه فدية ومنع منه الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وشبهوه بالورس والزعفر لانه صبغ طيب الرائحة فاشبه ذلك

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن ابن عمر أنه سمع رسول الله ﷺ نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مس الورس والزعفران من الثياب ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أوخز أو حلي أو سراويل أو قميص أو خف . وروى الامام احمد في المناسك باسناده عن عائشة بنت سعد قالت كنا أزواج النبي ﷺ نحرم في المعصفرات ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا ، ولانه ليس بطيب فلم يكره ماصبغ به كالسواد والمصبوغ بالمغرة وأما الورس والزعفران فانه طيب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا بأس بالممشق وهو المصبوغ بالمغرة لانه مصبوغ بطين لا بطيب وكذلك المصبوغ بسائر الاصباغ سوى ما ذكرنا لان الاصل الاباحة إلا ماورد الشرع بتحريمه ، وما كان في معناه وليس هذا كذلك وأما المصبوغ بالرياحين فهو مبني على الرياحين في نفسها فما منع المحرم من استعماله منع لبس المصبوغ به إذا ظهرت رائحته وإلا فلا

أهدى إلى النبي ﷺ حماراً وحشيا فرده عليه وقال « انا لم نرده عليك الا أنا حرم » فان أخذه باحد هذه الاسباب ثم تلف فعليه جزاؤه ، وان كان مبيعا فعليه القيمة لمالكه مع الجزاء لان ملكه لم يزل عنه ، وان اخذه رهنا فلا شيء عليه سوى الجزاء لانه أمانة فان لم يتلف فعليه رده الى مالكه فان ارسله فعليه ضمانه لمالكه وليس عليه جزاء وعليه رد المبيع ايضا ، ويحتمل أن يلزمه ارساله كما لو كان مملوكا ، ولانه لا يجوز له اثبات يده المشاهدة على الصيد ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يسترد المحرم الصيد الذي باعه وهو حلال بخيار ولا عيب في ثمنه ولا غير ذلك لانه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه ، وان رده المشتري عليه بعيب أو خيار فله ذلك لان سبب الرد محقق ثم لا يدخل في ملك المحرم ويلزمه ارساله

(فصل) وان ورثه المحرم ورثه لان الملك بالارث ليس بفعل من جهته ، وانما يدخل في ملكه حكما اختار ذلك أو كرهه ، ولهذا يدخل في ملك الصبي والمجنون ويدخل به المسلم في ملك الكافر فجرى مجرى الاستدامة وقيل لا يملك به أيضا لانه جهة من جهات التمليك أشبه البيع وغيره فعلى هذا يكون أحق به من غير ثبوت ملكه عليه فاذا حل ملكه

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يقطع شعرا من رأسه ولا جسده)

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ شعره إلا من عذر والاصل فيه قول الله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) وروى كعب بن عجرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لعلك يؤذيك هوام رأسك » قال نعم يارسول الله فقال رسول الله ﷺ « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك شاة » متفق عليه وهذا يدل على أن الحلق كان قبل ذلك محرما ، وشعر الرأس والجسد في ذلك سواء

(فصل) فان كان له عذر من مرض أو وقع في رأسه قمل أو غير ذلك مما يتضرر بابقاء الشعر فله إزالته للآية والخبر قال ابن عباس (فمن كان منكم مريضاً)أي برأسه قروح (أو به أذى من رأسه) أي قمل ثم ينظر فان كان الضرر اللاحق به من نفس الشعر مثل أن ينبت في عينه أو طال حاجباه فغطيا عينيه فله قلع ما في العين وقطع ما استرسل على عينيه ولافدية عليه لأن الشعر أذاه فكان له دفع أذيته بغير فدية كالصيد إذا صال عليه ، وان كان الاذى من غير الشعر لكن لا يتمكن من إزالة الأذى إلا بازالة الشعر كالقمل والقروح برأسه أو صداع برأسه أو شدة الحر عليه لكثرة شعره فعليه الفدية لانه قطع الشعر لازالة ضرر غيره فأشبه أكل الصيد للمخمصة فان قيل فالقمل من ضرر الشعر والحر سببه كثرة الشعر ، قلنا ليس القمل من الشعر وانما لايتمكن من المقام في الرأس إلا به فهو محل له لاسبب فيه وكذلك الحر من الزمان بدليل أن الشعر يوجد في زمن البرد فلا يتأذى به والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وان أمسك صيدا حتى تحلل ثم تلف أو ذبحه ضمنه وكان ميتة وقال أبو الخطاب له أكله)

إذا صاد المحرم صيدا لم يملكه ، فان أمسكه حتى حل لزمه ارساله وليس له ذبحه فان تلف فعليه ضمانه لانه لا يحل له امساكه أشبه الغاصب ، وان ذبحه ضمنه لذلك وحرم أكله لانه صيد ضمنه بحرمة الاحرام فلم يبح أكله كما لو ذبحه حال إحرامه ، ولانها زكاة منع منها بسبب الاحرام فأشبه ما لو كان الاحرام باقيا ، واختار أبو الخطاب أن له أكله وعليه ضمانه لانه ذبحه وهو من أهل ذبح الصيد فأشبه ما لو صاده الحل والفرق ظاهر لان هذا يلزمه ضمانه بخلاف الذي صاده بعد الحل روى ابن أبي موسى عن أحمد اذا استأجر بيتا في الحرم فوجد فيه صيدا ميتا فداه احتياطا والقياس انه لا يجب عليه فداؤه ولان الاصل براءة الذمة

﴿ مسألة ﴾ (وان أحرم وفي يده صيد أو دخل الحرم بصيد لزمه ازالة يده المشاهدة دون الحكمية عنه فان لم يفعل فتلف ضمنه وان أرسله انسان من يده قهراً فلا ضمان على المرسل)

اذا أحرم وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه ولا يده الحكمية مثل أن يكون في بلده أو في يد ثابت له في غير مكانه ولا شيء عليه ان مات وله التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما وان غصبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقطع ظفراً إلا أن ينكسر)

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من قلم أظفاره الا من عذر لأن قطع الاظفار إزالة جزء يترفه به فحرم كإزالة الشعر فان أنكسر فله إزالته من غير فدية تلزمه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمحرم أن يزيل ظفره بنفسه إذا انكسر ولأن ما انكسر يؤذيه ويؤلمه فأشبه الشعر النابت في عينه ، والصيد الصائل عليه فان قص أكثر مما أنكسر فعليه الفدية لذلك الزائد كما لو قطع من الشعر أكثر مما يحتاج اليه وإن احتاج إلى مدواة قرحة فلم يمكنه الا بقص أظفاره فعليه الفدية لذلك وقال ابن القاسم صاحب مالك لافدية عليه

ولنا أنه أزال مامنع إزالته لضرر في غيره فأشبه حلق رأسه دفعا لضرر قمله وان وقع في أظفاره مرض فازالها لذلك المرض فلا فدية عليه لانه أزالها لازالة مرضها فأشبه قصها لكسرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينظر في المرآة لاصلاح شيء)

يعني لاينظر فيها لازالة شعث أو تسوية شعر أو شيء من الزينة قال احمد ولا بأس أن ينظر في المرآة ولا يصلح شعثا ولا ينفض عنه غباراً وقال أيضاً اذا كان يريد به زينة فلا قيل فكيف يريد زينة؟ قال يرى شعرة فيسويها وروي نحو ذلك عن عطاء والوجه في ذلك أنه قد روي في حديث « إن المحرم الاشعث الاغبر » وفي آخر « إن الله يباهي بأهل عرفة ملائكته فيقول ياملائكتي انظروا إلى عبادي قد أتوني شعثا غبراً ضاحين » أو كما جاء لفظ الحديث فان نظر فيها لحاجة كمداواة جرح أو ازالة شعر

غاصب لزمه رده ويلزمه ازالة يده المشاهدة عنه، ومعناه اذا كان في قبضته أو خيمته أو رحله أوقفص معه أو مربوط بحبل معه لزمه ارساله ، وبه قال مالك وأصحاب الرأي وقال الثوري هو ضامن لما في بيته أيضا ، وحكي نحو ذلك عن الشافعي ، وقال أبو ثور ليس عليه إرسال ما في يده وهو أحد قولي الشافعي لانه في يده ولم يجب ارساله كما لو كان في يده الحكمية ولانه لا يلزم من منع ابتداء الصيد المنع من استدامته بدليل الصيد في الحرم

ولنا على أنه لا يلزمه ازالة يده الحكمية أنه لم يفعل في الصيد فعلا فلم يلزمه شيء كما لو كان في ملك غيره وعكس هذا اذا كان في يده المشاهدة لانه فعل الامساك في الصيد فكان ممنوعا منه وكحالة الابتداء فان استدامة الامساك امساك بدليل انه لو حلف لا يملك شيئا فاستدام امساكه حنث ، والاصل المقيس عليه ممنوع والحكم فيه ما ذكرنا قياسا عليه . اذا ثبت هذا فانه متى أرسله لم يزل ملكه عنه ، ومن أخذه رده عليه اذا حل ومن قتله ضمنه له لان ملكه كان عليه ، وازالة يده لاتزيل الملك بدليل الغصب والعارية فان تلف في يده قبل ارساله مع امكانه ضمنه لانه تلف تحت اليد العادية فلزمه ضمانه كمال الآدمي ولا يلزمه ضمانه قبل إمكان الارسال لعدم التفريط والتعدي فان

ينبت في عينه ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعله فلا بأس ولا فدية عليه بالنظر في المرآة على كل حال وانما ذلك أدب لاشيء على تاركه لا نعلم أحداً أوجب في ذلك شيئا وقد روي عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز أنهما كانا ينظران في المرآة وهما محرمان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يأكل من الزعفران مايجد ريحه)

وجملة ذلك أن الزعفران وغيره من الطيب اذا جعل في مأكول أو مشروب فلم تذهب رائحته لم يبح للمحرم تناوله نيأ كان أو قد مسته النار وبهذا قال الشافعي وكان مالك وأصحاب الرأي لا يرون بما مست النار من الطعام بأسا سواء ذهب لونه وريحه وطعمه أو بقي ذلك كله لانه بالطبخ عن استحال كونه طيبا وروي عن ابن عمر وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وطاوس أنهم لم يكونوا يرون بأكل الخشكنانج الاصفر بأسا وكرهه القاسم بن محمد وجعفر بن محمد

ولنا أن الاستمتاع به والترفه به حاصل من حيث المباشرة فأشبه مالو كان نيأ ولان المقصود من الطيب رائحته وهي باقية وقول من أباح الخشكنانج الاصفر محمول على مالم يبق فيه رائحة فان ماذهبت رائحته وطعمه ولم يبق فيه الا اللون مما مسته النار لا بأس بأكله لا نعلم فيه خلافا سوى ان القاسم وجعفر بن محمد كرها الخشكنانج الاصفر ويمكن حمله على مابقيت رائحته ليزول الخلاف فان لم تمسه النار لكن ذهبت رائحته وطعمه فلا بأس به وهو قول الشافعي وكره مالك والحميدي واسحاق وأصحاب الرأي الملح الاصفر وفرقوا بين مامسته النار ومالم تمسه

أرسله إنسان من يده قهرا فلا ضمان عليه لانه فعل ماله فعله ولان اليد قد زال حكمها وحرمتها فان أمسكه حتى حل فملكه باق عليه لان ملكه لم يزل بالاحرام انما زال حكم المشاهدة فصار كالعصير يتخمر ثم يتخلل قبل اراقته

(فصل) ومن ملك صيدا في الحل فادخله الحرم لزمه رفع يده وارساله فان تلف في يده أو أتلفه فعليه ضمانه كصيد الحل في حق المحرم . قال عطاء : ان ذبحه فعليه الجزاء . وروي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وممن كره ادخال الصيد الحرم ابن عمر وابن عباس وعائشة وعطاء وطاوس وأصحاب الرأي ، ورخص فيه جابر بن عبدالله ورويت عنه الكراهة قال هشام بن عروة : كان ابن الزبير تسع سنين يراها في الاقفاص، وأصحاب النبي ﷺ لا يرون به بأسا ورخص فيه سعيد بن جبير ومجاهد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لأنه ملكه خارجا وحل له التصرف فيه فجاز له ذلك في الحرم كصيد المدينة

ولنا أن الحرم سبب محرم للصيد يوجب ضمانه فحرم استدامة امساكه كالاحرام ولانه صيد ذبحه في الحرم فلزمه جزاؤه كما لو صاده منه ، وصيد المدينة لا جزاء فيه بخلاف صيد الحرم

ولنا أن المقصود الرائحة فان الطيب انما كان طيبا لرائحته لا للونه فوجب دوران الحكم معها دونه

(فصل) فان ذهبت رائحته وبقي لونه وطعمه فظاهر كلام الخرقي اباحتـه لما ذكرنا من أنها المقصود فيزول المنع بزوالها وظاهر كلام احمد في رواية صالح تحريمه وهو مذهب الشافعي قال القاضي محال أن تنفك الرائحة عن الطعم فمتى بقي الطعم دل على بقائها فلذلك وجبت الفدية باستعماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يدهن بما فيه طيب ومالا طيب فيه)

أما المطيب من الادهان كدهن الورد والبنفسج والزنبق والخيري واللينوفر فليس في تحريم الادهان به خلاف في المذهب وهو قول الاوزاعي وكره مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي الادهان بدهن البنفسج وقال الشافعي ليس بطيب

ولنا أنه يتخذ للطيب وتقصد رائحته فكان طيبا كماء الورد فأما مالا طيب فيه كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان الساذج فنقـل الاثرم قال سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يدهن بالزيت والشيرج فقال نعم يدهن به إذا احتاج اليه ويتداوى المحرم بما يأكل قال ابن المنـذر أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن بدنه بالشحم والزيت والسمن ونقل الاثرم جواز ذلك عن ابن عباس وأبي ذر والاسود بن يزيد وعطاء والضحاك وغيرهم ونقل أبو داود عن أحمد أنه قال الزيت الذي يؤكل لايدهن المحرم به رأسه فظاهر هذا أنه لايدهن رأسه بشيء من الادهان وهو قول عطاء ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لانه يزيل الشعث ويسكن الشعر فاما دهن سائر البـدن

(فصل) فان أمسك صيدا في الحرم فاخرجه لزمه ارساله من يده كالمحرم اذا أمسك الصيد حتى حل فان تركه فتلف فعليه ضمانه كالمحرم اذا أمسكه حتى تحلل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل صيداً صائلا عليه دفعا عن نفسه أو بتخليصه من سبع أو شبكة ليطلقه فتلف لم يضمنه وقيل يضمنه فيهما)

اذا صال عليه صيد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عليه الجزاء وهو قول أبي حنيفة لانه قتله لحاجة نفسه أشبه قتله لحاجته إلى أكله

ولنا أنه حيوان قتـله لدفع شره فلم يضمنه كالآدمي الصائل ولانه التحق بالمؤذيات طبعاً فصار كالكلب العقور ولا فرق بين أن يخشى منه التلف أو مضرة لجرحه أو اتلاف ماله أو بعض حيواناته

(فصل) فان خلص صيداً من سبع أو شبكة أو أخـذه ليخلص من رجله خيطا ونحوه فتلف بذلك فلا ضمان عليه، وبه قال عطاء وقيل عليه الضمان وهو قول قتادة لعموم الآية ، ولان غاية مافيه أنه عدم القصد إلى قتله فأشبه قتل الخطأ

ولنا أنه فعل أبيح لحاجة الحيوان فلم يضمن ماتلف به كما لو داوى ولي الصبي الصبي فمات بذلك وهذا ليس بمتعمد ولا تناوله الآية

فلا نعلم عن احمد فيه منعاً وقد ذكرنا اجماع أهل العلم على إباحته في اليدين وإنما الكراهة في الرأس خاصة لانه محل الشعر وقال القاضي في إباحته في جميع البدن روايتان فان فعله فلا فدية فيه في ظاهر كلام احمد سواء دهن رأسه أو غيره إلا أن يكون مطيبا وقد روي عن ابن عمر أنه صدع وهو محرم فقالوا الا ندهنك بالسمن ؟ فقال لا ، قالوا أليس تأكله ؟ قال ليس أكله كالادهان به وعن مجاهد قال إن تداوى به فعليه الكفارة وقال الذين منعوا من دهن الرأس فيه الفدية لانه مزيل للشعث أشبه ما لو كان مطيبا

ولنا أن وجوب الفدية يحتاج إلى دليل ولا دليل فيه من نص ولا اجماع ولا يصح قياسه على الطيب فان الطيب يوجب الفدية وان لم يزل شعثا ويستوي فيه الرأس وغيره والدهن بخلافه ولانه مائع لاتجب الفدية باستعماله في اليدين فلم تجب باستعماله في الرأس كالماء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يتعمد لشم الطيب)

أي لا يقصد شمه من غيره بفعل منه نحو أن يجلس عند العطارين لذلك أو يدخل الكعبة حال تجميرها ليشم طيبها أو يحمل معه عقدة فيها مسك ليجد ريحها . قال أحمد سبحان الله كيف يجوز هذا؟ وأباح الشافعي ذلك إلا العقدة تكون معه يشمها فان أصحابه اختلفوا فيها لانه يشم الطيب من غيره أشبه مالو لم يقصده

ولنا أنه شم الطيب قاصداً مبتدئا به في الاحرام فحرم كما لو باشره يحققه أن القصد شمه لا مباشرته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تأثير للحرم ولا للاحرام في تحريم حيوان انسي ولا محرم الاكل إلا القمل على المحرم في رواية وأي شيء تصدق به كان خيراً منه)

لا تأثير للحرم ولا للاحرام في تحريم شيء من الحيوان الاهلي كبهيمة الانعام والخيل والدجاج ونحوها لانه ليس بصيد ، وانما حرم الله سبحانه الصيد ، وقد كان النبي ﷺ يذبح البدن في احرامه في الحرم يتقرب إلى الله سبحانه بذلك ، وقال عليه السلام « أفضل الحج العج والثج » يعني اسالة الدماء بالذبح والنحر وهذا لا خلاف فيه ، فان كان متولداً بين وحشي وأهلي غلب جانب التحريم

(فصل) فأما المحرم أكله فهو ثلاثة أقسام

(أحدها) الخمس الفواسق التي أباح الشارع قتلها في الحل والحرم وهي الحدأة والغراب والفارة والعقرب والكلب العقور ، وفي بعض ألفاظ الحديث الحية مكان العقرب فيباح قتلهن في الاحرام والحرم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق ، وحكي عن النخعي أنه منع قتل الفارة والحديث صريح في حل قتلها فلا تعويل على ما خالفه ، والمراد بالغراب الابقع وغراب البين ، وقال قوم لا يباح قتل غراب البين لانه روي « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الحية

بدليل مالو مس اليابس الذي لا يعلق بيده لم يكن عليه شيء ، ولو رفعه بخرقة وشمه لوجبت عليه الفدية ولم يباشره ، فأما شمه من غير قصد كالجالس عند العطار لحاجته وداخل السوق أو داخل الكعبة للتبرك بها ومن يشتري طيبا لنفسه و للتجارة ولا يمسه فغير ممنوع منه لانه لا يمكن التحرز من هذا فعفي عنه بخلاف الاول

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يغطي شيئا من رأسه والاذنان من الرأس)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من تخمير رأسه والاصل في ذلك نهي النبي ﷺ عن لبس العمائم والبرانس ، وقوله في المحرم الذي وقصته راحلته « لا تخمروا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا » علل منع تخمير رأسه ببقائه على احرامه » فعلم أن المحرم ممنوع من ذلك وكان ابن عمر يقول : إحرام الرجل في رأسه ، وذكر القاضي في الشرح أن النبي ﷺ قال « احرام الرجل في رأسه ، واحرام المرأة في وجهها » وأنه عليه السلام نهى أن يشد المحرم رأسه بالسير ، وقول الخرقي والاذنان من الرأس فائدته تحريم تغطيتها ، وأباح ذلك الشافعي

وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الاذنان من الرأس » وقد ذكرناه في الطهارة ، واذا ثبت هذا فانه يمنع من تغطية بعض رأسه كما يمنع تغطية جميعه لان النبي ﷺ قال « لا تخمروا رأسه » والمنهي عنه يحرم فعل بعضه ، ولذلك لما قال (ولا تحلقوا رءوسكم) حرم حلق بعضه ، وسواء غطاه بالملبوس المعتاد أو بغيره مثل إن عصبه بعصابة ، أو شده بسير ، أو جعل عليه قرطاسا فيه دواء

والغراب الابقع والفأرة والكلب العقور والحديا » رواه مسلم وهذا يقيد مطلق ذكر الغراب في الحديث الآخر ولا يمكن حمله على العموم بدليل أن المباح من الغربان لا يحل قتله

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : أمر رسول الله ﷺ بقتل خمس فواسق في الحرم الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال « خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلهن » وذكر مثل حديث عائشة متفق عليهما وهذا عام في الغراب وهو أصح من الحديث الآخر ، ولان غراب البين محرم الاكل يعدوا على أموال الناس ولا وجه لاخراجه من العموم وفارق ما أبيح أكله فانه ليس في معنى ما أبيح قتله فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ما ليس في معناه

(القسم الثاني) من المحرم أكله ماكان طبعه الاذى وان لم يوجد منه أذى كالاسد والنمر والفهد والذئب ومافي معناه فيباح قتله أيضا ولا جزاء فيه قال مالك: الكلب العقور ماعقر الناس وعدا عليهم مثل الاسد والذئب والنمر والفهد . فعلى هذا يباح قتل كل مافيه أذى للناس في أنفسهم وأموالهم مثل سباع البهائم كلها المحرم أكلها وجوارح الطير كالبازي والصقر والشاهين والعقاب ونحوها والحشرات

أو لادواء فيه ، أو خضبه بحناء أو طلاه بطين أو نورة أو جعل عليه دواء فان جميع ذلك ستر له وهو ممنوع منه ، وسواء كان ذلك لعذر أو غيره فان العذر لا يسقط الفدية بدليل قوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية) وقصة كعب بن عجرة ، وبهذا كله قال الشافعي : وكان عطاء يرخص في العصابة من الضرورة ، والصحيح أنه لاتسقط الفدية عنه بالعذر كما لو لبس قلنسوة من أجل البرد

(فصل) فان حمل على رأسه مكتلا أو طبقا أو نحوه فلا فدية عليه ، وبهذا قال عطاء ومالك ، وقال الشافعي عليه الفدية لانه ستره

ولنا أن هذا لايقصد به الستر غالباً فلم تجب به الفدية كما لو وضع يده عليه ، وسواء قصد به الستر أو لم يقصد لان ماتجب به الفدية لايختلف بالقصد وعدمه فكذلك مالا تجب به الفدية ، واختار ابن عقيل وجوب الفدية عليه اذا قصد به الستر لان الحيل لاتحيل الحقوق ، وإن ستر رأسه بيديه فلا شيء عليه لما ذكرنا ، ولان الستر بما هو متصل به لا يثبت له حكم الستر ، ولذلك لو وضع يديه على فرجه لم تجزئه في الستر ، ولان المحرم مأمور بمسح رأسه وذلك يكون بوضع يديه أو احداهما عليه ، وإن طلا رأسه بعسل أو صمغ ليجتمع الشعر ويتلبد فلا يتخلله الغبار ولا يصيبه الشعث ولا يقع فيه الدبيب جاز وهو التلبيد الذي جاء في حديث ابن عمر رأيت رسول الله ﷺ يهل ملبداً . رواه البخاري وعن حفصة أنها قالت لرسول الله ﷺ ماشأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك ؟ قال « إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر » متفق عليهما ، وإن كان في رأسه طيب مما جعله فيه

المؤذية والزنبور والبق والبعوض والبراغيث والذباب وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : يقتل ماجاء في الحديث والذئب قياسا عليه

ولنا أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه تنبيها على ماهو أعلى منها ، ودلالة على ماكان في معناها فنصه على الغراب والحدأة تنبيه على البازي ونحوه وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات وعلى العقرب تنبيه على الحية وقد ذكرت في بعض الاحاديث ، وعلى الكلب العقور تنبيه على السباع التي هي أعلا منه ولان مالا يضمن بقيمته ولا مثله لايضمن بشيء كالحشرات

(القسم الثالث) من المحرم الاكل مالا يؤذي بطبعه كالرخم والديدان فلا أثر للحرم ولا للاحرام فيه ولا جزاء فيه ان قتله ، وبه قال الشافعي وقال مالك يحرم قتلها فان قتلها فداها وكذلك كل سبع لا يعدو على الناس فاذا وطيء الذباب أو النمل أو الذر أو قتل الزنبور تصدق بشيء من الطعام ، وقال ابن عقيل في النملة لقمة ، أو تمرة اذا لم تؤذه ، ويتخرج في النحلة مثل ذلك لأن النبي ﷺ نهى عن قتل النملة والنحلة . وحكي ابن أبي موسى في الضفدع حكومة

قبل الاحرام فلا بأس لما روي عن عائشة قالت كأني أنظر إلى وبيص الطيب في رأس رسول الله ﷺ وكان على رأس ابن عباس مثل الرب من الغالية وهو محرم

(فصل) وفي تغطية المحرم وجهه روايتان

(احداهما) يباح روي ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص وجابر والقاسم وطاوس والثوري والشافعي

(والثانية) لايباح وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لما روي عن ابن عباس أن رجلا وقع عن راحلته فأقعصته فقال رسول الله ﷺ « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه ولا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة يلبي » ولانه محرم على المرأة فحرم على الرجل كالطيب

ولنا ماذكرنا من قول الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فيكون اجماعا ولقوله عليه السلام « احرام الرجل في رأسه ، واحرام المرأة في وجهها » وحديث ابن عباس المشهور فيه « ولا تخمروا رأسه » هذا المتفق عليه ، وقوله « ولا تخمروا وجهه » فقال شعبة حدثنيه أبو بشر ثم سألته عنه بعد عشر سنين فجاء بالحديث كما كان يحدث إلا أنه قال « ولا تخمروا وجهه ورأسه » ، وهذا يدل على أنه ضعف هـذه الزيادة ، وقد روي في بعض ألفاظه « خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه » فتتعارض الروايتان وماذكروه يبطل بلبس القفازين

ولنا ان الله سبحانه انما أوجب الجزاء في الصيد وليس هذا بصيد . قال بعض أهل العلم الصيد ماجمع ثلاثة أشياء أن يكون مباحا ممتنعا، ولانه لامثل له ولا قيمة والضمان إنما يكون بأحد هذين الشيئين

(فصل) ولا بأس أن يقرد المحرم بعيره روى ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قرد بعيره باسقيا أي نزع القراد عنه فرماه وهذا قول ابن عباس وجابر بن زيد وعطاء. وقال مالك لايجوز وكرهه عكرمة

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولانه مؤذ فابيح قتله كالحية والعقرب

(فصل) فأما القمل ففيه روايتان

(إحداهما) اباحة قتله لانه من أكثر الهوام أذى فأبيح قتله كالبراغيث وسائر ما يؤذي

(والثانية) أن قتله محرم وهو ظاهر كلام الخرقي لانه يترفه بازالته فحرم كقطع الشعر ولان النبي ﷺ رآى كعب بن عجرة والقمل يتناثر على وجهه فقال له احلق رأسك فلو كان قتل القمل وازالته مباح لم يكن كعب ليتركه حتى يصير كذلك ولكان النبي ﷺ أمره بازالته خاصة والصئبان كالقمل لانه بيضه ولافرق بين قتل القمل ورميه أو قتله بالزئبق لحصول الترفه به قال القاضي إنما الروايتان فيما أزاله من شعره أما ما القاه من ظاهر بدنه وثوبه فلا شيء فيه رواية واحدة وظاهر كلام شيخنا ههنا يقتضي العموم ويجوز له حك رأسه برفق كيلا يقطع شعراً أو يقتل قملا فان حك فرآى في يده شعراً استحب له أن يعيده احتياطا ولا يجب حتى يستيقن

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة احرامها في وجهها فان احتاجت سدلت على وجهها)

وجملة ذلك أن المرأة يحرم عليها تغطية وجهها في احرامها كما يحرم على الرجل تغطية رأسه لا نعلم في هذا خلافا إلا ماروي عن أسماء أنها كانت تغطي وجهها وهي محرمة ، ويحتمل أنها كانت تغطيه بالسدل عند الحاجة فلا يكون اختلافا . قال ابن المنذر : وكراهية البرقع ثابتة عن سعد وابن عمر وابن عباس وعائشة ولا نعلم أحداً خالف فيه ، وقد روى البخاري وغيره أن النبي ﷺ قال « ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين » فأما اذا احتاجت إلى ستر وجهها لمرور الرجال قريباً منها فانها تسدل الثوب من فوق رأسها على وجهها ، روي ذلك عن عثمان وعائشة وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن ولا نعلم فيه خلافا ، وذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله ﷺ فاذا حاذونا سدلت احدانا جلبابها من رأسها على وجهها فاذا جاوزونا كشفناه . رواه أبو داود والأثرم ، ولان بالمرأة حاجة إلى ستر وجهها فلم يحرم عليها ستره على الاطلاق كالعورة .وذكر القاضي أن الثوب يكون متجافياً عن وجهها بحيث لا يصيب البشرة ،فان أصابها ثم زال أو أزالته بسرعة فلا شيء عليها كما لو أطارت الريح الثوب عن عورة المصلي ثم عاد بسرعة لا تبطل الصلاة، فان لم ترفعه مع القدرة افتدت لانها استدامت الستر ولم أر هذا الشرط عن أحمد ولا هو في الخبر مع أن الظاهر خلافه، فان الثوب المسدول لا يكاد يسلم من اصابة البشرة ،

(فصل) فان تفلى المحرم أو قتل قملا فلا فدية فيه فان كعب بن عجرة حين حلق رأسه قد أذهب قملا كثيراً ولم يجب عليه لذلك شيء إنما أوجب الفدية بحلق الشعر ولان القمل لا قيمة له فاشبه البعوض والبراغيث ولانه ليس بصيد ولا هو مأكول حكي عن ابن عمر قال هي أهون مقتول وسئل ابن عباس في محرم القى قملة ثم طلبها فلم يجدها قال مالك ضالة لا تبتغى ، وهذا قول طاوس وسعيد بن جبير وعطاء وأبي ثور وابن المنذر وعن أحمد فيمن قتل قملة قال يُطعم شيئا. فعلى هذا أي شيء تصدق به أجزأه سواء قتل قليلا أو كثيراً وهذا قول أصحاب الرأي وقال اسحاق تمرة فما فوقها ، وقال مالك حفنة من طعام وروي ذلك عن ابن عمر وهذه الاقوال كلها قريب من قولنا فانهم لم يريدوا بذلك التقدير وإنما هو على التقريب لاقل ما يتصدق به

(فصل) والخلاف إنما هو في قتله للمحرم أما في الحرم فيباح قتل القمل بغير خلاف لانه إنما حرم في حق المحرم لما فيه من الترفه فهو كقطع الشعر ومن كان في الحرم غير محرم فمباح له قطع الشعر وتقليم الاظفار والطيب وسائر ما يترفه به

(فصل) ولا بأس بغسل المحرم رأسه وبدنه برفق. فعل ذلك عمر وابنه وارخص فيه علي وجابر

فلو كان هذا شرطا لبين ، وانما منعت المرأة من البرقع والنقاب ونحوهما مما يعد لستر الوجه . قال أحمد : انما لها أن تسدل على وجهها من فوق وليس لها أن ترفع الثوب من أسفل ، كأنه يقول ان النقاب من أسفل على وجهها

(فصل) ويجتمع في حق المحرمة وجوب تغطية الرأس وتحريم تغطية الوجه ولا يمكن تغطية جميع الرأس إلا بجزء من الوجه ولا كشف جميع الوجه إلا بكشف جزء من الرأس فعند ذلك ستر الرأس كله أولى لانه آكد إذ هو عورة لا يختص تحريمه حالة الاحرام وكشف الوجه بخلافه وقد أبحنا ستر جملته للحاجة العارضة فستر جزء منه لستر العورة أولى

(فصل) ولا بأس أن تطوف المرأة منتقبة اذا كانت غير محرمة وطافت عائشة وهي منتقبة وكره ذلك عطاء ثم رجع عنه ، وذكر أبو عبدالله حديث ابن جريج أن عطاء كان يكره لغير المحرمة أن تطوف منتقبة حتى حدثته عن الحسن بن مسلم عن صفية بنت شيبة أن عائشة طافت وهي منتقبة فأخذ به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تكتحل بكحل أسود)

الكحل بالاثمد في الاحرام مكروه للمرأة والرجل وانما خص المرأة بالذكر لانها محل الزينة وهو في حقها أكثر من الرجل ، ويروى هذا عن عطاء والحسن ومجاهد ، قال مجاهد هو زينة ، وروي عن ابن عمر أنه قال : يكتحل المحرم بكل كحل ليس فيه طيب . قال مالك لا بأس أن يكتحل المحرم من حر يجده في عينيه بالاثمد وغيره ، وروي عن أحمد أنه قال : يكتحل المحرم مالم يرد به الزينة .

وسعيد بن جبير والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكره مالك للمحرم أن يغطس في الماء ويغيب فيه رأسه ولعله ذهب الى ان ذلك ستر له ، والصحيح أنه لا بأس بذلك لان ذلك ليس بستر ولهذا لا يقوم مقام السترة في الصلاة ، وقد روي عن ابن عباس قال ربما قال لي عمر ونحن محرمون بالجحفة تعال أباقيك اينا أطول نفسا في الماء ؟ رواه سعيد ولانه ليس بستر معتاد وأشبه صب الماء عليه ووضع يده عليه ، وقد روى عبد الله بن جبير قال أرسلني ابن عباس الى أبي ايوب الانصاري فاتيته وهو يغتسل فسلمت عليه فقال من هذا ؟ فقلت أنا عبد الله بن جبير أرسلني اليك عبد الله بن عباس يسألك كيف كان رسول الله ﷺ يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأطأه حتى بدالي رأسه ثم قال لانسان يصب عليه الماء : صب ، فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه فاقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل متفق عليه

(فصل) ويكره له غسل رأسه بالسدر والخطمي ونحوهما لما فيه من إزالة الشعث والتعرض لقطع الشعر وكرهه جابر بن عبدالله ومالك والشافعي وأصحاب الرأي فان فعل فلا فدية عليه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رحمه الله عليه الفدية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال صاحباه عليه

قيل له الرجال والنساء ؟ قال نعم والدليل على كراهته ماروي عن جابر أن علياً قدم من اليمن فوجد فاطمة ممن حل فلبست ثياباً صبغاً واكتحلت فأنكر ذلك عليها فقالت : أبي أمرني بهذا . فقال النبي ﷺ « صدقت صدقت » رواه مسلم وغيره ، وهذا يدل على أنها كانت ممنوعة من ذلك ، وروي عن عائشة أنها قالت لامرأة : اكتحلي بأي كحل شئت غير الاثمد أو الاسود . اذا ثبت هذا فان الكحل بالاثمد مكروه لافدية فيه لاأعلم فيه خلافا ، وروت شميسة عن عائشة قالت : اشتكيت عيني وأنا محرمة فسألت عائشة فقالت اكتحلي بأي كحل شئت غير الاثمد ، أما إنه ليس بحرام ولكنه زينة فنحن نكرهه قال الشافعي إن فعلا فلا أعلم عليهما فيه فدية بشيء

(فصل) فاما الكحل بغير الاثمد فلا كراهة فيه مالم يكن فيه طيب لما ذكرنا من حديث عائشة وقول ابن عمر ، وقد روى مسلم عن نبيه بن وهب قال خرجنا مع أبان بن عثمان حتى اذا كنا بملل اشتكى عمر بن عبيد الله عينيه فارسل الى أبان بن عثمان ليسأله فأرسل اليه أن اضمدها بالصبر فان عثمان حدث عن رسول الله ﷺ في الرجل اذا اشتكى عينيه وهو محرم ضمدها بالصبر ففي هذا دليل على اباحة ما في معناه مما ليس فيه زينة ولا طيب وكان ابراهيم لا يرى بالذرور الاحمر بأساً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجتنب كل ما يجتنبه الرجل الا في اللباس وتظليل المحمل)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان المرأة ممنوعة مما منع منه الرجال الا بعض اللباس وأجمع أهل العلم على أن للمحرمة لبس القمص والدروع والسراويلات والخمر والخفاف

صدقة لان الخطمي يستلذ برائحته ويزيل الشعث ويقتل الهوام فوجبت به الفدية كالورس

ولنا أن النبي ﷺ قال في المحرم الذي وقصه بعيره « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه ولا تحنطوه ولا تخمروا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبياً » متفق عليه فأمر بغسله بالسدر مع اثبات حكم الاحرام في حقه والخطمي كالسدر ، ولأنه ليس بطيب فلم تجب الفدية باستعماله كالتراب، وقولهم يستلذ رائحته ممنوع ثم يبطل بالفاكهة وبعض التراب وإزالة الشعث يحصل بذلك أيضاً ، وقتل الهوام لايعلم حصوله ولا يصح قياسه على الورس لانه طيب ، ولذلك لو استعمله في غير الغسل أو في ثوبه منع منه بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحرم صيد البحر على المحرم وفي إباحته في الحرم روايتان)

لايحرم صيد البحر على المحرم بغير خلاف لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة) قال ابن عباس وابن عمر طعامه ماألقاه ، وعن ابن عباس طعامه ملحه ولاخلاف بين أهل العلم في جواز أكله وبيعه وشرائه ، ولا فرق بين حيوان البحر الملح وبين مافي الانهار والعيون فان اسم البحر يتناول الكل قال الله سبحانه (وما يستوي البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا

وإنما كان كذلك لان أمر رسول الله ﷺ المحرم بأمر وحكمه عليه يدخل فيه الرجال والنساء، وإنما استثني منه اللباس للحاجة الى ستر المرأة لكونها عورة الا وجهها فتجردها يفضي الى انكشافها فابيح لها اللباس الستر كما ابيح للرجل عقد الازار كيلا يسقط فتنكشف العورة ولم يبح عقد الرداء ، وقد روى ابن عمر أنه سمع رسول الله ﷺ نهى النساء في احرامهن عن القفازين والنقاب وما مس الورس والزعفران من الثياب ولتلبس بعد ذلك ما احبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلي أو سراويل أو قميص أو خف وهذا صريح والمراد باللباس ههنا المخيط من القمص والدروع والسراويلات والخفاف ومايستر الرأس ونحوه

(فصل) ويستحب للمرأة مايستحب للرجل من الغسل عند الاحرام والتطيب والتنظف لماذكرنا من حديث عائشة أنها قالت : كنا نخرج مع رسول الله ﷺ فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الاحرام فاذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراها النبي ﷺ فلا ينكره عليها . والشابة والكبيرة في هذا سواء فان عائشة كانت تفعله في عهد النبي ﷺ وهي شابة. فان قيل اليس قد كره ذلك في الجمعة قلنا لانها في الجمعة تقرب من الرجال فيخاف الافتتان بها بخلاف مسألتنا ولهذا يلزم الحج النساء ولا تلزمهن الجمعة وكذلك يستحب لها قلة الكلام فيما لا ينفع والاكثار من التلبية وذكر الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تلبس القفازين ولا الخلخال وما اشبهه)

القفازان شيء يعمل لليدين تدخلهما فيهما من خرق تسترهما من الحر مثل ما يعمل للبرد فيحرم على المرأة لبسه في يديها في حال احرامها ، وهذا قول ابن عمر وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والنخعي

ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا) ولان الله تعالى قابله بصيد البر بقوله (وحرم عليكم صيد البر) فدل على أن ماليس من صيد البر فهو من صيد البحر ، وحيوان البحر ماكان يعيش في الماء ويفرخ فيه ويبيض فيه ، فان كان مما لايعيش إلا في الماء كالسمك ونحوه فهذا لاخلاف فيه ، وإن كان مما يعيش في البر كالسلحفاة والسرطان فهو كالسمك لاجزاء فيه ، وقال عطاء فيه الجزاء وفي الضفدع وكل مايعيش في البر

ولنا أنه يفرخ في الماء ويبيض فيه فكان من حيوانه كالسمك فأما طير الماء ففيه الجزاء في قول عامة أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا غير ماحكي عن عطاء أنه قال : حيثما يكون أكثر فهو من صيده

ولنا أنه انما يفرخ في البر ويبيض فيه وانما يدخل الماء ليتعيش فيه ويكتسب منه فهو كصياد الآدميين ، فان كان جنس من الحيوان نوع منه في البر ونوع منه في البحر كالسلحفاة فلكل نوع حكم نفسه كالبقر منها الوحشي محرم والاهلي مباح

ومالك واسحاق وكان سعد بن أبي وقاص يلبس بناته القفازين وهن محرمات ورخص فيه علي وعائشة وعطاء ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة والشافعي كالمذهبين واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « إحرام المرأة في وجهها » وأنه عضو يجوز ستره بغير المخيط فجاز ستره به كالرجلين

ولنا ما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «لا تنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين» رواه البخاري وروي أيضا أن النبي ﷺ نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والخلخال ولان الرجل لما وجب عليه كشف رأسه تعلق حكم إحرامه بغيره فمنع من لبس المخيط في سائر بدنه كذلك المرأة لما لزمها كشف وجهها ينبغي أن يتعلق حكم الاحرام بغير ذلك البعض وهو اليدان وحديثهم المراد به الكشف فأما الستر بغير المخيط فيجوز للرجل ولا يجوز بالمخيط فأما الخلخال وما أشبهه من الحلي مثل السوار والدملوج فظاهر كلام الخرقي أنه لايجوز لبسه وقد قال احمد المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة ولهما ما سوى ذلك ، وروي عن عطاء أنه كان يكره للمحرمة الحرير والحلي وكرهه الثوري وابو ثور وروى عن قتادة أنه كان لايرى بأسا أن تلبس المرأة الخاتم والقرط وهي محرمة وكره السوارين والدملجين والخلخالين وظاهر مذهب احمد الرخصة فيه وهو قول ابن عمر وعائشة واصحاب الرأي قال احمد في رواية حنبل تلبس المحرمة الحلي والمعصفر وقال عن نافع كان نساء ابن عمر وبناته يلبسن الحلي والمعصفر وهن محرمات لاينكر ذلك عبد الله وروى احمد في المناسك عن عائشة أنها قالت تلبس المحرمة ماتلبس وهي حلال من خزها وقزها وحليها، وقد ذكرنا

(فصل) وهل يباح صيد البحر في الحرم فيه روايتان أصحهما أنه لا يباح فلا يحل الصيد من آبار الحرم وعيونه كرهه جابر بن عبد الله رضي الله عنه لقوله عليه السلام « لا ينفر صيدها »ولان الحرمة ثبتت للصيد بحرمة المكان وهو شامل لكل صيد

(والثانية) أنه مباح لان الاحرام لايحرمه فلم يحرمه الحرم كالسباع والحيوان الاهلي

﴿ مسئلة ﴾ (ويضمن الجراد بقيمته فان انفرش في طريقه فقتله بالمشي عليه ففي الجزاء وجهان وعنه لاضمان في الجراد)

اختلفت الرواية في الجراد فعنه هو صيد البحر لاجزاء فيه وهو مذهب أبي سعيد ، قال ابن المنذر قال ابن عباس وكعب هو من صيد البحر ، قال عروة هو من نثرة حوت ، وروي عن أبي هريرة قال أصابنا ضرب من جراد فكان الرجل منا يضرب بسوطه وهو محرم فقيل له إن هذا لايصلح فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه فقال « إن هذا من صيد البحر » وعنه عن النبي ﷺ أنه قال « الجراد من صيد البحر » رواهما أبو داود

(والرواية الثانية) أنه من صيد البر وفيه الجزاء وهو قول الاكثرين لما روي أن عمر رضي الله عنه قال لكعب في جرادتين :ماجعلت في نفسك ؟قال درهمان ، قال بخ درهمان خير من مائة جرادة . رواه

حديث ابن عمر أنه سمع النبي ﷺ قال « ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلي » قال ابن المنذر لايجوز المنع منه بغير حجة ويحمل كلام احمد والخرقي في المنع على الكراهة لما فيه من الزينة وشبهه بالكحل بالاثمد ولافدية فيه كما لافدية في الكحل وأما لبس القفازين ففيه الفدية لانها لبست مانهيت عن لبسه في الاحرام فلزمتها الفدية كالنقاب

(فصل) قال القاضي يحرم عليها شد يديها بخرقة لانه ستر لبدنها بما يختص بها أشبه القفازين وكما لو شد الرجل على جسده شيئا وان لفت يديها من غير شد فلا فدية لان المحرم هو اللبس لا تغطيتهما كبدن الرجل .

﴿مسئلة﴾ قال (ولا ترفع المرأة صوتها بالتلبية الا بمقدار ماتسمع رفيقتها)

قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن السنة في المرأة أن لاترفع صوتها وانما عليها أن تسمع نفسها وبهذا قال عطاء ومالك والاوزاعي والشافعي واصحاب الرأي وروي عن سليمان بن يسار قال السنة عندهم أن المرأة لاترفع صوتها بالاهلال وانما كره لها رفع الصوت مخافة الفتنة بها ولهذا لا يسن لها اذان ولا إقامة والمسنون لها في التنبيه في الصلاة التصفيق دون التسبيح

(فصل) ويستحب للمرأة أن تختضب بالحناء عند الاحرام لما روي عن ابن عمر أنه قال من السنة أن تدلك المرأة يديها في حناء ولان هذا من زينة النساء فاستحب عند الاحرام كالطيب ولا بأس بالخضاب في حال احرامها ، وقال القاضي يكره لكونه من الزينة فأشبه الكحل بالاثمد فان فعلته ولم تشد يديها بالخرق فلا فدية ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وكان مالك ومحمد بن الحسن يكرهان الخضاب للمحرمة وألزماها الفدية

الشافعي في مسنده ، ولأنه طير يشاهد طيرانه في البر ويهلكه الماء اذا وقع فيه أشبه العصافير ، فأما الحديثان اللذان ذكرناهما للرواية الاولى فوهم قاله أبو داود ، فعلى هذا يضمنه بقيمته لانه لامثل له وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد يتصدق بتمرة عن الجرادة وهذا يروى عن عمر وعبدالله بن عمر ، وقال ابن عباس قبضة من طعام ، قال القاضي كلام أحمد وغيره محمول على أنه أوجب ذلك على طريق القيمة ، والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقدير وانما أرادوا فيه أقل شيء

(فصل) فان افترش الجراد في طريقه فقتله بالمشي عليه بحيث لايمكنه التحرز منه ففيه وجهان

(أحدهما) يجب جزاؤه لانه أتلفه لنفع نفسه فضمنه كالمضطر يقتل صيداً يأكله

(والثاني) لايضمنه لانه اضطره إلى إتلافه أشبه الصائل عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن اضطر إلى أكل الصيد واحتاج إلى شيء من هذه المحظورات فله فعله وعليه الفداء)

اذا اضطر إلى أكل الصيد أبيح له ذلك بغير خلاف علمناه لقوله سبحانه (ولا تلقوا بأيديكم إلى

ولنا ماروى عكرمة أنه قال كانت عائشة وأزواج النبي ﷺ يختضبن بالحناء وهن حرم ولان الاصل الاباحة وليس ههنا دليل يمنع من نص ولا اجماع ولا هي في معنى المنصوص

(فصل) اذا أحرم الخنثى المشكل لم يلزمه اجتناب المخيط لاننا لا نتيقن الذكورية الموجبة لذلك وقال ابن المبارك يغطي رأسه ويكفر والصحيح أن الكفارة لاتلزمه لان الاصل عدمها فلا نوجبها بالشك وان غطى وجهه وحده لم يلزمه فدية لذلك وان جمع بين تغطية وجهه بنقاب أو برقع وبين تغطية رأسه أو لبس المخيط على بدنه لزمته الفدية لانه لايخلو ان يكون رجلا أو امرأة

(فصل) ويستحب للمرأة الطواف ليلا لانه أستر لها وأقل للزحام فيمكنها أن تدنو من البيت وتستلم الحجر ، وقد روى حنبل في المناسك باسناده عن أبي الزبير أن عائشة كانت تطوف بعد العشاء اسبوعاً أو اسبوعين وترسل الى أهل المجالس في المسجد ارتفعوا الى أهليكم فان لهم عليكم حقاً، وعن محمد بن السائب بن بركة عن أمه عن عائشة أنها أرسلت الى أصحاب المصابيح أن يطفئوها فاطفؤوها فطفت معها في ستر أو حجاب فكانت كلما فرغت من اسبوع استلمت الركن الاسود وتعوذت بين الركن والباب حتي إذا فرغت من ثلاثة أسابيع ذهبت الى دبر سقاية زمزم مما يلي الناس فصلت ست ركعات كلما ركعت ركعتين انحرفت الى النساء فكلمتهن تفصل بذلك صلاتها حتى فرغت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يتزوج المحرم ولا يزوج فان فعل فالنكاح باطل)

قوله لايتزوج أي لايقبل النكاح لنفسه ، ولا يزوج أي لايكون ولياً في النكاح ولا وكيلا فيه ، ولا يجوز تزويج المحرمة أيضاً روي ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن

التهلكة) وترك الاكل مع القدرة عند الضرورة القاء بيده إلى التهلكة ومتى قتله لزمه ضمانه سواء وجد غيره أو لم يجد ، وقال الاوزاعي لا يضمنه لانه مباح أشبه صيد البحر

ولنا عموم الآية ولانه قتله من غير معنى حدث من الصيد يقتضي قتله فضمنه كغيره ولانه أتلفه لدفع الاذى عن نفسه لا لمعنى منه أشبه حلق الشعر لاذى برأسه وكذلك ان احتاج الى حلق شعره للمرض أو القمل وقطع شعره لمداواة جرح أو نحوه أو تغطية رأسه أو لبس المخيط أو شيء من المحظورات فله فعله كما جاز حلق رأسه للحاجة فان فعله فعليه الفدية لان الفدية تثبت في حلق الرأس للعذر للآية وحديث كعب بن عجرة وقسنا عليه سائر المحظورات

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (السابع) عقد النكاح لا يصح منه ، وفي الرجعة روايتان ولا فدية عليه في شيء منها .

لايجوز للمحرم أن يتزوج لنفسه ولا يكون وليا في النكاح ولا وكيلا فيه ولايجوز تزويج المحرمة روي ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار

المسيب وسليمان بن يسار والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي ، وأجاز ذلك ابن عباس وهو قول أبي حنيفة لما روى ابن عباس ان النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم . متفق عليه . ولانه عقد يملك به الاستمتاع فلا يحرمه الاحرام كشراء الاماء

ولنا ماروى أبان بن عثمان عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لاينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم ، ولان الاحرام يحرم الطيب فيحرم النكاح كالعدة ، فأما حديث ابن عباس فقد روى يزيد بن الاصم عن ميمونة ان النبي ﷺ تزوجها حلالا وبنى بها حلالا وماتت بسرف في الظلة التي بنى بها فيها . رواه أبو داود والاثرم ، وعن أبي رافع قال تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبنى بهـا وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما . قال الترمذي هـذا حديث حسن . وميمونة أعلم بنفسها وأبو رافع صاحب القصة وهو السفير فيها فهما أعلم بذلك من ابن عباس وأولى بالتقديم لو كان ابن عباس كبيراً فكيف وقد كان صغيراً لا يعرف حقائق الامور ولا يقف عليها ، وقد أنكر عليه هذا القول. وقال سعيد بن المسيب وَهِم ابن عباس ماتزوجها النبي ﷺ الا حلالا . فكيف يعمل بحديث هذا حاله ؟ ويمكن حمل قوله وهو محرم أي في الشهر الحرام أو في البلد الحرام كما قيل

* قتلوا ابن عفان الخليفة محرما *

وقيل تزوجها حلالا وأظهر أمر تزويجها وهو محرم . ثم لو صح الحديثان كان تقديم حديثنا أولى لانه

والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وأجازه ابن عباس وهو قول أبي حنيفة لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم متفق عليـه ولأنه عقد يملك به الاستمتاع فلم يحرمه الاحرام كشراء الاماء .

ولنا ماروى عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا ينكح المحرم ولاينكح ولايخطب » رواه مسلم ولان الاحرام يحرم الطيب فيحرم النكاح كالعدة فاما حديث ابن عباس فقد روى يزيد بن الاصم عن ميمونة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها حلالا وبنى بها حلالا وماتت بسرف في الظلة التي بنى بها فيها رواه أبو داود والاثرم وعن أبي رافع قال تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما قال الترمذي هذا حديث حسن وميمونة أعلم بحال نفسها وأبو رافع صاحب القصة وهو السفير فيها فهما أعلم بذلك من ابن عباس وأولى بالتقديم لوكان ابن عباس كبيرا فكيف وقد كان صغيراً لايعرف حقائق الامور وقد أنكرعليه هذا القول فقال سعيد بن المسيب وهم ابن عباس ماتزوجها رسول الله ﷺ الا حلالا فكيف يعمل بحديث هذا حاله ويمكن حمل قوله وهو محرم أي في الشهر الحرام أو في البلد الحرام كما قيل

* قتلوا ابن عفان الخليفة محرما *

وقيل تزوجها حلالا واظهر أمر تزويجها وهو محرم ثم لو تعارض الحديثان كان تقديم حديثنا أولى لانه

قول النبي ﷺ وذلك فعله والقول آكد لانه يحتمل أن يكون مختصاً بما فعله ، وعقد النكاح يخالف شراء الامة فانه يحرم بالعدة والردة واختلاف الدين وكون المنكوحة أختاً له من الرضاع ويعتبر له شروط غير متعبرة في الشراء

(فصل) ومتى تزوج المحرم أو زوج أوزوجت محرمة فالنكاح باطل سواء كان الكل محرمين أو بعضهم لانه منهي عنه فلم يصح كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها . وعن أحمد إن زوج المحرم لم أفسخ النكاح . قال بعض أصحابنا هذا يدل على انه إذا كان الولي بمفرده أو الوكيل محرما لم يفسد النكاح والمذهب الاول . وكلام أحمد يحمل على انه لا يفسخه لكونه مختلفا فيه . قال القاضي ويفرق بينهما بطلقة وهكذا كل نكاح مختلف فيه . قال أحمد في رواية أبي طالب : اذا تزوجت بغير ولي لم يكن للولي أن يزوجها من غيره حتى يطلق ولان تزويجها من غير طلاق يفضي الى أن يجتمع للمرأة زوجان كل واحد منهما يعتقد حلها

قول النبي ﷺ وذلك فعله والقول آكد لانه يحتمل أن يكون مختصا بما فعله وعقد النكاح يخالف شراء الامة لانه يحرم بالعدة والردة واختلاف الدين وكون المنكوحة اختاله من الرضاع ولان النكاح إنما يراد للوطيء غالبا بخلاف الشراء فانه يراد للخدمة والتجارة وغير ذلك فافترقا .

(فصل) واذا وكل المحرم حلالا في النكاح فعقد له النكاح بعد تحلل الموكل صح العقد لان الاعتبار بحالة العقد وان وكله وهو حلال فلم يعقد له العقد حتى أحرم لم يصح لما ذكرنا فان أحرم الامام الاعظم منع من التزويج لنفسه وتزويج أقاربه وهل يمنع من أن يزوج بالولاية العامة فيه احتمالان

(أحدهما) يمنع كما لو باشر العقد (والثاني) لا يمنع لان فيه حرجا على الناس وتضييقا عليهم في سائر البلاد لان من يزوج من الحكام إنما يزوجه باذنه وولايته ذكر ذلك ابن عقيل واختار الجواز لانه حال ولايته كان حلالا والاستدامة أقوى من الابتداء لان الامامة العظمى من شرطها العدالة ولا تبطل بالفسق الطاريء

(فصل) واذا وكل الحلال محلا في النكاح فعقد النكاح وأحرم الموكل فقالت الزوجة وقع العقد بعد الاحرام فلم يصح وقال الزوج بل قبله فالقول قوله وان كان الاختلاف بالعكس فالقول قوله أيضا لانه يملك فسخ العقد فملك الاقرار به لكن يجب عليه نصف الصداق

(فصل) فان تزوج أو زوج أو زوجت المحرمة لم يصح النكاح سواء كان الكل محرمين أو بعضهم لانه منهي عنه فلم يصح كنكاح المرأة على عمتها وخالتها ، وقال ابن أبي موسى اذا زوج المحرم غيره صح في احدى الروايتين ، وروي عن أحمد رحمه الله أنه قال : إن زوج المحرم لم ينفسخ النكاح قال بعض أصحابنا هذا يدل على أنه اذا كان الولي بمفرده أو الوكيل محرما لم يفسد النكاح لانه سبب يبيح محظوراً للحلال فلم يمنع منه الاحرام كما لو حلق المحرم رأس حلال والمذهب الاول للحديث ،

(فصل) وتكره الخطبة للمحرم وخطبة المحرمة ويكره للمحرم أن يخطب للمحلين لانه قد جاء في بعض الفاظ حديث عثمان « لاينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم ولانه تسبب إلى الحرام فأشبه الاشارة إلى الصيد ،والاحرام الفاسد كالصحيح في منع النكاح وسائر المحظورات لان حكمه باق في وجوب مايجب في الاحرام فكذلك مايحرم به

(فصل) ويكره أن يشهد في النكاح لانه معاونة على النكاح فأشبه الخطبة وان شهد أو خطب لم يفسد النكاح . وقال بعض أصحاب الشافعي لا ينعقد النكاح بشهادة المحرمين لان في بعض الروايات « ولا يشهد »

ولنا انه لا مدخل للشاهد في العقد فأشبه الخطبة وهذه اللفظة غير معروفة فلم يثبت بها حكم ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زُوجت محرمة لم يجب بذلك فدية لانه عقد فسد لاجل الاحرام فلم تجب به فدية كشراء الصيد

وكلام أحمد يحمل على أنه لم يفسخه لكونه مختلفا فيه ، قال القاضي ويفرق بينهما بطلقه وكذلك كل نكاح مختلف فيه كالنكاح بلا ولي ليباح تزويجها بيقين وفي الرجعة روايتان (احداهما) لا تصح لانه عقد وضع لاباحة البضع أشبه النكاح (والثانية) يصح ويباح وهو قول أكثر أهل العلم واختيار الخرقي لانها امساك المزوجة لقوله تعالى.(فأمسكوهن بمعروف) ولانها تجوز بلا ولي ولا شهود ولا اذنها فلم تحرم كالامساك بترك الطلاق ، ولان الصحيح من المذهب أن الرجعية مباحة قبل الرجعة فلا يحصل بها احلال ولو قلنا أنها محرمة لم يكن ذلك مانعا من رجعتها كالتكفير للظاهر ، وهذه الرواية هي الصحيحة إن شاء الله تعالى ويباح شراء الاماء للتسري وغيره ولا نعلم في ذلك خلافا والله أعلم

(فصل) ويكره للمحرم الخطبة ،وخطبة المحرمة ، ويكره المحرم أن يخطب للمحلين لقوله عليه السلام في حديث عثمان « ولا يخطب » ولانه تسبب إلى الحرام أشبه الاشارة إلى الصيد والاحرام الفاسد كالصحيح في منع النكاح وسائر المحظورات لان حكمه باق في وجوب مايجب بالاحرام فكذلك مايحرم به

(فصل) ويكره أن يشهد في النكاح لانه معونة على النكاح أشبه الخطبة ، وإن شهد أو خطب لم يفسد النكاح ،وقال بعض أصحاب الشافعي لا ينعقد النكاح بشهادة محرمين لان في بعض الروايات لا يشهد

ولنا أنه لا مدخل للشاهد في العقد فأشبه الخطيب وهذه الزيادة غير معروفة فلا يثبت بها حكم ومتى تزوج المحرم أو المحرمة أو زوج لم يجب عليه فدية لانه فسد لاجل الاحرام فلم يجب به فدية كشراء الصيد ولا فرق بين الاحرام الفاسد والصحيح فيما ذكرنا لانه يمنع مايمنعه في الصحيح كحلق الشعر وتقليم الاظفار وغير ذلك كذلك التزويج

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان وطيء المحرم في الفرج فأنزل أو لم ينزل فقد فسد حجهما وعليه بدنة ان كان استكرهها وان كانت طاوعته فعلى كل واحد منهما بدنة)

أما فساد الحج بالجماع في الفرج فليس فيه اختلاف قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد باتيان شيء في حال الاحرام إلا الجماع. والاصل في ذلك ماروي عن ابن عمر ان رجلا سأله فقال اني وقعت بامرأتي ونحن محرمان فقال : أفسدت حجك انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا مايقضون وحل إذا حلوا فاذا كان في العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا فان لم تجدا فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم .وكذلك قال ابن عباس وعبد الله بن عمر ولم نعلم لهم في عصرهم مخالفا . روى حديثهم الأثرم في سننه ، وفي حديث ابن عباس ويتفرقان من حيث يحرمان حتى يقضيا حجهما . قال ابن المنذر قول ابن عباس أعلى شيء روي فيمن وطيء في حجه .وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال ابن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي .ولا فرق بين ماقبل الوقوف وبعده وقال أبو حنيفة ان جامع قبل الوقوف فسد حجه وان جامع بعده لم يفسد لقول النبي ﷺ « الحج عرفة » ولانه معنى يأمن به الفوات فأمن به الفساد كالتحلل

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الثامن الجماع في الفرج قبلا كان أو دبراً من آدمي أو غيره فمتى فعل ذلك قبل التحلل فسد نسكه عامداً كان أو ساهيا)

يفسد الحج بالوطء في الجملة بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد باتيان شيء في حال الاحرام إلا بالجماع والاصل فيه ماروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن رجلا سأله فقال : اني وقعت بامرأتي ونحن محرمان ، فقال أفسدت حجك انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا مايقضون ، وحل اذا حلوا ، فاذا كان العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا ، فان لم تجدا فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعتم ، وكذلك قال ابن عباس و ابن عمر ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان اجماعا رواه الاثرم في سننه وفي حديث ابن عباس « ويتفرقان من حيث يحرمان حتى يقضيا حجهما » قال ابن المنذر قول ابن عباس أعلى شيء روي فيمن وطيء في حجه ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

(فصل) ومتى كان قبل التحلل الاول فسد الحج سواء كان قبل الوقوف أو بعده في قول الاكثرين ، وقال أبو حنيفة وأصحاب الرأي : إن جامع قبل الوقوف فسد حجه ، وإن جامع بعده لم يفسد لقول النبي ﷺ « الحج عرفة » ولانه معنى يأمن به الفوات فأمن به الافساد كالتحلل

ولنا ان قول الصحابة الذين روينا قولهم مطلق فيمن واقع محرما ولانه جماع صادف إحراما تاما فأفسده كما قبل الوقوف وقوله عليه السلام « الحج عرفة » يعني معظمه أو انه ركن متأكد فيه ولا يلزم من امن الفوات امن الفساد بدليل العمرة . إذا ثبت هذا فانه يجب على المجامع بدنة . روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وأبي ثور . وقال الثوري وإسحاق عليه بدنة فان لم يجد فشاة . وقال اصحاب الرأي ان جامع قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة وان كان بعده فعليه بدنة وحجه صحيح لانه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء فلم يجب به بدنة كالفوات

ولنا انه جماع صادف إحراما تاما فوجبت به البدنة كبعد الوقوف ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعده ، وأما الفوات فهو مفارق للجماع بالاجماع ولذلك لا يوجبون فيه الشاة بخلاف الجماع وإذا كانت المرأة مكرهة على الجماع فلا هدي عليها ولا على الرجل أن يهدي عنها نص عليه أحمد لانه جماع يوجب الكفارة فلم تجب به حال الاكراه أكثر من كفارة واحدة كما في الصيام وهذا قول اسحاق وأبي ثور وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى ان عليه ان يهدي عنها وهو قول عطاء ومالك لان افساد الحج وجد منه في حقهما فكان عليه لافساده حجها هدي قياسا على حجه وعنه ما يدل على ان الهدي عليها لان فساد الحج ثبت بالنسبة اليها فكان الهدي عليها كما لو طاوعت . ويحتمل انه أراد ان الهدي عليها يتحمله الزوج عنها فلا يكون رواية ثالثة . فأما حال المطاوعة فعلى كل واحد منهما بدنة هذا قول ابن عباس وسعيد ابن المسيب والنخعي والضحاك ومالك والحكم وحماد لان ابن عباس قال اهد ناقة ولتهد ناقة لانها أحد المتجامعين من غير اكراه فلزمتها بدنة كالرجل وعن أحمد انه قال أرجو أن يجزئهما هدي واحد وروي ذلك عن عطاء وهو مذهب الشافعي لانه جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة كحالة الاكراه ، والنائمة كالمكرهة في هذا ، وأما فساد الحج فلا فرق فيه بين حال الاكراه والمطاوعة لا نعلم فيه خلافا

(فصل) ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر من آدمي أو بهيمة وبه قال الشافعي وأبو ثور ويتخرج في وطء البهيمة أن الحج لا يفسد به وهو قول مالك وأبي حنيفة لانه لا يوجب الحد فأشبه الوطء دون الفرج وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة أن اللواط والوطء في الدبر لا يفسد الحج لانه لا يثبت

ولنا قول من سمينا من الصحابة فان قولهم مطلق جامع وهو محرم ، ولانه جماع صادف احراما تاما فأفسده كما قبل الوقوف ، وقوله عليه السلام « الحج عرفة » يعني معظمه ، أو أنه ركن متأكد فيه ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد بدليل العمرة

(فصل) ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر من آدمي أو بهيمة ، وبه قال الشافعي وأبو ثور ويتخرج من وطء البهيمة أنه لا يفسد الحج اذا قلنا لا يجب به الحد وهو قول مالك وأبي حنيفة لانه لا يوجب الحد أشبه الوطء دون الفرج . وحكي أبو ثور عن أبي حنيفة أن اللواط والوطء في دبر

به الاحصان فلم يفسد الحج كالوطء دون الفرج

ولنا أنه وطء في فرج يوجب الاغتسال فأفسد الحج كوطء الآدمية في القبل ويفارق الوطء دون الفرج فانه ليس من الكبائر في الاجنبية ولا يوجب مهراً ولا عدة ولا حداً ولاغسلا الا أن ينزل فيكون كمسئلتنا في رواية

المرأة لا يفسد الحج لانه لا يثبت به الاحصان أشبه الوطء دون الفرج

ولنا أنه وطء في فرج يوجب الغسل فأفسد الحج كالوطء في قبل الآدمية ويفارق الوطء دون الفرج فانه ليس من الكبائر في الاجنبية ولا يوجب مهرا ولا عدة ولا حداً ولا غسلا وان أنزل به فهو كمسئلتنا في رواية

(فصل) والعمد والنسيان فيما ذكرنا سواء نص عليه احمد فقال : اذا جامع أهله بطل حجه لانه شيء لا يقدر على رده والشعر اذا حلقه فقد ذهب لا يقدر على رده والصيد اذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده فهذه الثلاثة العمد والنسيان فيها سواء،والجاهل بالتحريم والمكره في حكم الناسي لانه معذور وممن قال ان عمد الوطء ونسيانه سواء أبو حنيفة ومالك والشافعي في القديم وقال في الجديد لا يفسد الحج ولا يجب عليه مع النسيان شيء . وحكى ابن عقيل في الفصول رواية لا يفسد لقوله عليه السلام « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان » والجهل في معناه لانها عبادة تجب بافسادها الكفارة فافترق فيها وطء العامد والساهي كالصوم

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم لم يستفصلوا السائل عن العمد والنسيان حين سألهم عن حكم الوطء ولانه سبب يتعلق به وجوب القضاء في الحج فاستوى عمده وسهوه كالفوات والصوم ممنوع

(فصل) ويجب به بدنة روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وقال الثوري واسحاق عليه بدنة فان لم يجد فشاة ، وقال أصحاب الرأي ان كان قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة وان كان بعده فحجه صحيح لانه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء فلم يجب به بدنة كالفوات

ولنا أنه جماع صادف احراما تاما فوجبت به البدنة كبعد الوقوف ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يفرقوا بين ما قبل الوقوف وبعده . أما الفوات فهو مفارق للجماع وأما فساد الحج فلا فرق فيه بين حال الاكراه والمطاوعة لا نعلم فيه خلافا لانهم لا يوجبون فيه الشاة بخلاف الجماع

(فصل) وحكم المرأة حكم الرجل في فساد الحج لان الجماع وجد منهمافاستويا فيه وحكم المكرهة والنائمة حكم المطاوعة ولا فرق فيما بعد يوم النحر وقبله لانه وطء قبل التحلل الاول أشبه قبل يوم النحر

﴿ مسئلة ﴾ (وعليهما المضي في فاسده والقضاء على الفور من حيث أحرما أولا ونفقة المرأة في القضاء عليها ان طاوعت وان أكرهت فعلى الزوج)

لا يفسد الحج بغير الجماع فاذا فسد فعليه اتمامه وليس له الخروج منه روي ذلك عن عمر وعلي وأبي

(فصل) اذا تكرر الجماع فان كفر عن الاول فعليه للثاني كفارة ثانية كالاول وان لم يكن كفر عن الاول فكفارة واحدة وعنه أن لكل وطء كفارة لانه سبب للكفارة فأوجبها كالاول والمذهب الاول لانه جماع موجب للكفارة فاذا تكرر قبل التكفير عن الاول لم يوجب كفارة ثانية كما في

هريرة وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال الحسن ومالك يجعل الحجة عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة ، وقال داود يخرج بالافساد من الحج والعمرة لقول النبي ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »

ولنا عموم قوله تعالى « وأتموا الحج والعمرة لله » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا ولانه معنى يجب به القضاء فلم يخرج منه كالفوات والخبر لا يلزمنا لان المضي فيه بامر الله وانما وجب القضاء لانه لم يأت به على الوجه الذي يلزمه بالاحرام. ونخص مالكا بانها حجة لا يمكنه الخروج منها بالاحرام فلا يخرج منها الى عمرة كالصحيحة. اذا ثبت هذا فانه يجب عليه أن يفعل بعد الافساد كما يفعل قبله من الوقوف والمبيت بمزدلفة والرمي ويجتنب بعد الفساد ما يجتنبه قبله من الوطء ثانيا وقتل الصيد والطيب واللباس ونحوه وعليه الفدية بالجناية على الاحرام الفاسد كالاحرام الصحيح ويلزمه القضاء من قابل بكل حال لانه قول ابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو رضي الله عنهم فان كانت الحجة التي أفسدها واجبة باصل الشرع أو بالنذر أو قضاء كانت الحجة من قابل مجزئة لان الفاسد اذا انضم اليه القضاء اجزأ عما يجزيء عنه الاول لو لم يفسده وان كانت تطوعا وجب قضاؤها أيضا لانه بالدخول في الاحرام صار الاحرام عليه واجبا فاذا أفسده وجب قضاؤه كالمنذور ويكون القضاء على الفور ولا نعلم فيه مخالفا لان الحج الاصل يجب على الفور فهذا أولى لانه قد تعين بالدخول فيه والواجب باصل الشرع لم يتعين بذلك

(فصل) ويحرم بالقضاء من أبعد الموضعين الميقات أو موضع إحرامه الاول لانه ان كان الميقات أبعد فلا يجوز تجاوز الميقات بغير احرام وان كان موضع إحرامه أبعد فعليه الاحرام بالقضاء منه نص عليه احمد رحمه الله ليكون القضاء على صفة الاداء ، ولانه قول ابن عباس ، وبه يقول سعيد بن المسيب والشافعي واسحاق وابن المنذر وقال النخعي يحرم من موضع الجماع لانه موضع الافساد

ولنا أنها عبادة فكان قضاؤها على حسب ادائها كالصلاة

(فصل) ونفقة المرأة في القضاء عليها ان طاوعت لانها أفسدت حجتها متعمدة فكانت نفقة القضاء عليها كالرجل، وان كانت مكرهة فعلى الزوج لانه الذي أفسد حجتها فكانت النفقة عليه كنفقة حجته

﴿ مسئلة ﴾ (ويتفرقان في القضاء من الموضع الذي أصابها فيه الى أن يحلا وهو واجب أو مستحب على وجهين)

اذا قضيا يفرقان من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما روي هذا عن عمر وابن عباس رضي

الصيام وقال أبوحنيفة عليه للوطء الثاني شاة سواء كفر عن الاول أو لم يكفر الا أن يتكرر الوطء في مجلس واحد على وجه الرفض للاحرام لانه وطء صادف احراما ناقص الحرمة فأوجب شاة كالوطء بعد

الله عنهما فروى سعيد والاثرم باسنادهما أن عمر سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان فقال : أتما حجكما فاذا كان عام قابل فحجا واهديا حتى اذا بلغتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا حتى تحلا . وروي عن ابن عباس مثل ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن احمد رضي الله عنه أنهما يتفرقان من حيث يحرمان الى أن يحلا رواه مالك في الموطأ عن علي رضي الله عنه وروي عن ابن عباس وهو قول مالك لان التفريق بينهما خوفا من معاودة المحظور وهو يوجد في جميع احرامها، ووجه الاول ان ما قبل موضع الافساد كان احرامهما فيه صحيحا فلم يجب التفريق فيه كالذي لم يفسد وانما اختص التفريق بموضع الجماع لانه ربما يذكره برؤية مكانه فيدعوه ذلك الى فعله

ومعنى التفريق أن لا يركب معها في محمل ولا ينزل معها في فسطاط ونحوه قال احمد : يتفرقان في النزول وفي المحمل والبساط ولكن يكون بقربها . وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجب وهو قول أبي حنيفة لانه لا يجب التفريق في قضاء رمضان اذا أفسده كذلك الحج (والثاني) يجب لانه قول من سمينا من الصحابة وقد أمروا به ولان الاجتماع في ذلك الموضع يذكر الجماع فيكون من دواعيه والاول أولى لان حكمة التفريق للصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه وهذا وهم بعيد لا يقتضي الايجاب

والعمرة فيما ذكرناه كالحج لانها أحد النسكين فأشبه الآخر فان كان المعتمر مكيا قد أحرم بها من الحل أحرم للقضاء من الحل ، وان كان أحرم بها من الحرم أحرم للقضاء من الحل لانه ميقاتها ولا فرق بين المكي ومن حصل بها من المجاورين، وان أفسد المتمتع عمرته ومضى في فاسدها فأتمها فقال احمد : يخرج الى الميقات فيحرم منه للحج فان خشي الفوات أحرم من مكة وعليه دم فاذا فرغ من حجه خرج الى الميقات فاحرم منه بعمرة مكان التي أفسدها وعليه هدي يذبحه اذا قدم مكة لما أفسد من عمرته ، ولو أفسد المفرد حجته وأتم فله الاحرام بالعمرة من أدنى الحل كالمكيين

(فصل) واذا أفسد القارن نسكه فعليه فداء واحد وبه قال عطاء وابن جريج ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور ، وقال الحكم عليه هديان ويتخرج لنا أن يلزمه بدنة للحج وشاة للعمرة اذا قلنا يلزمه طوافان وسعيان وقال أصحاب الرأي ان وطيء قبل الوقوف فسد نسكه وعليه شاتان للحج والعمرة

ولنا أن الصحابة الذين سئلوا عمن أفسد نسكه لم يأمروه الا بفداء واحد ولم يفرقوا ولانه احد الانساك الثلاثة فلم يجب في افساده أكثر من فدية واحدة كالآخرين وسائر محظورات الاحرام واللبس والطيب وغيرهما لا يجب في كل واحد منها أكثر من فدية واحدة كما لو كان مفرداً

التحلل الاول وقال مالك لايجب بالثاني شيء وروي ذلك عن عطاء لانه لايفسد الحج فلا يجب به شيء كما لو كان قبل التكفير وقال الشافعي كقولنا وقريبا من قول أبي حنيفة

(فصل)وحكم العمرةحكم الحج فيفسادهابالوطء قبل الفراغ من السعي ووجوب المضي في فاسدها ووجوب القضاء قياسا على الحج الا أنه لايجب بافسادها الا شاة ،وقال الشافعي عليه القضاء و بدنة كالحج ، وقال أبو حنيفة انوطيء قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولناوان وطيء بعد ذلك لم تفسدعمرته وعليه شاة

ولنا على الشافعي أنها عبادة لا وقوف فيها فلم تجب فيها بدنة كما لو قرنها بالحج ولان العمرة دون الحج فيجب أن يكون حكمها دون حكمه

ولنا على أبي حنيفة أن الجماع من محظورات الاحرام فاستوى فيه ما قبل الطواف وبعده كسائر المحظورات ولانه وطء صادف احراما تاما فافسده كما قبل الطواف

(فصل) اذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما لم يسقط الدم عنهما ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يسقط . وعن أحمد رحمه الله مثله لانه لم يحصل الترفه بسقوط أحد السفرين . وقال القاضي في القارن إذا قلنا إن عليه للافساد دمين فسد دم القران

ولنا أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد كالافعال ولانه دم وجب عليه فلم يسقط بالافساد كالدم الواجب لترك الميقات

فان أفسد القارن نسكه ثم قضى مفرداً لم يلزمه في القضاء دم ، وقال الشافعي يلزمه لانه يجب في القضاء ما يجب في الاداء

ولنا أن الافراد أفضل من القران مع الدم فاذا أتى به فقد أتى بما هو أولى فلم يلزمه شيء كمن لزمته الصلاة بتيمم فقضاه بوضوء

﴿ مسئلة ﴾ (وان جامع بعد التحلل الاول لم يفسد نسكه ويمضي الى التنعيم فيحرم ليطوف وهو محرم وهل يلزمه بدنة أو شاة على روايتين)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) أن الوطء بعد التحلل الاول لا يفسد الحج وهو قول ابن عباس وعكرمة وعطاء والشعبي وربيعة ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال النخعي والزهري وحماد عليه حج من قابل لان الوطء صادف احراما تاما بالحج فافسده كالوطء قبل الرمي

ولنا قول النبي ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » ولان ابن عباس قال في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر : ينحران جزوراً بينهما وليس عليه الحج من قابل ولا نعرف له في الصحابة مخالفا ، ولانها عبادة لها تحللان فوجود المفسد بعد تحللها الاول لايفسدها كما بعد التسليمة الاولى في الصلاة وبهذا فارق ماقبل التحلل الاول

(الفصل الثاني) أن يفسد الاحرام بالوطء بعد جمرة العقبة فيلزمه أن يحرم من الحل وبذلك قال

ولنا على وجوب البدنة اذا كفر أنه وطيء في احرام ولم يتحلل منه ولا أمكن تداخل كفارته في غيره فأشبه الوطء الاول ولأن الاحرام الفاسد كالصحيح في سائر الكفارات فكذلك في الوطء ولانه اذا لم يكفر عن الاول فتتداخل كفاراته كما يتداخل حكم المهر والحد، والتحديد بعدم التكفير أولى من التحديد بالمجلس الواحد لما ذكرنا من المهر والحد والتكفير في اليمين والظهار وغيرهما

عكرمة وربيعة واسحاق. وقال ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي حجه صحيح ولا يلزمه إحرام لانه إحرام لم يفسد جميعه فلم يفسد بعضه كما بعد التحلل الثاني

ولنا انه وطء صادف إحراما فأفسده كالاحرام التام، وإذا فسد احرامه فعليه أن يحرم ليأتي بالطواف في إحرام صحيح لان الطواف ركن فيجب أن يأتي به في إحرام صحيح كالوقوف. ويلزمه الاحرام من الحل لان الاحرام ينبغي أن يجمع فيه بين الحل والحرم فلو أبحنا له الاحرام من الحرم لم يجمع بينهما لان أفعاله كلها تقع في الحرم أشبه المعتمر. وإذا أحرم طاف للزيارة وسعى ان لم يكن سعى وتحلل لان الذي بقي عليه بقية أفعال الحج وانما وجب عليه الاحرام ليأتي بها في احرام صحيح هذا ظاهر كلام الخرقي. والمنصوص عن أحمد رحمه الله ومن وافقه من الائمة أنه يعتمر فيحتمل انهم أرادوا هذا أيضا وسموه عمرة لان هذه أفعال العمرة. ويحتمل انهم أرادوا عمرة حقيقة فيلزمه سعي وتقصير، والاول أصح. وقوله يحرم من التنعيم لم يذكره لوجوب الاحرام منه بل لانه حل فمن أتى الحل وأحرم جاز كالمعتمر

(فصل) ومتى وطيء بعد رمي الجمرة لم يفسد حجه حلق أو لم يحلق، هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي ومن سمينا من الائمة لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمي من غير اعتبار أمر زائد

(فصل) فان طاف للزيارة ولم يرم ثم وطيء لم يفسد حجه بحال لان الحج قد تمت أركانه كلها ولا يلزمه إحرام من الحل فان الرمي ليس بركن ولا يلزمه دم لما ذكرنا ويحتمل أن يلزمه لانه وطيء قبل وجود ما يتم به التحلل أشبه من وطيء بعد الرمي قبل الطواف

(فصل) والقارن كالمفرد في أنه إذا وطيء بعد الرمي لم يفسد حجه ولا عمرته لان الحكم للحج الا ترى أنه لا يحل من عمرته قبل الطواف ويفعل ذلك إذا كان قارنا ولان الترتيب للحج دونها والحج لا يفسد قبل الطواف كذلك العمرة وقال احمد فيمن وطيء بعد الطواف يوم النحر قبل أن يركع: ما عليه شيء. قال أبو طالب: سألت أحمد عن الرجل يقبل بعد رمي جمرة العقبة قبل أن يزور البيت قال ليس عليه شيء قد قضى المناسك. فعلى هذا ليس في غير الوطء في الفرج شيء

(الفصل الثالث فيما يجب عليه فدية للوطء وهو شاة) نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي، وهو قول عكرمة وربيعة ومالك واسحاق وفيه رواية أخرى أن عليه بدنة وهو قول ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي وأصحاب الرأي لانه وطء في الحج فوجبت به بدنة كما قبل رمي جمرة العقبة. ووجه الاولى أنه وطء لم يفسد الحج فلم يوجب بدنة كالوطء دون الفرج اذا لم ينزل ولان حكم الاحرام

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان وطيء دون الفرج فلم ينزل فعليه دم وان أنزل فعليه بدنه وقد فسد حجه)

أما اذا لم ينزل فان حجه لا يفسد بذلك لا نعلم أحدا قال بفساد حجه لأنها مباشرة دون الفرج عريت عن الانزال فلم يفسد بها الحج كاللمس أو مباشرة لا توجب الاغتسال أشبهت اللمس وعليه شاة وقال الحسن فيمن ضرب بيده على فرج جاريته عليه بدنه وعن سعيد بن جبير اذا نال منها ما دون الجماع ذبح بقرة

ولنا أنها ملامسة من غير انزال فأشبهت لمس غير الفرج فاما ان أنزل فعليه بدنه وبذلك قال الحسن وسعيد بن جبير والثوري وأبو ثور وقال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر عليه شاة لانها مباشرة دون الفرج فأشبهما لو لم ينزل

ولنا أنه جماع أوجب الغسل فاوجب بدنة كالوطء في الفرج وفي فساد حجه بذلك روايتان (احداهما) يفسد اختارها الخرقي وأبو بكر وهو قول عطاء والحسن والقاسم بن محمد ومالك واسحاق لأنها عبادة يفسدها الوطء فافسدها الانزال عن مباشرة كالصيام

(والثانية) لا يفسد الحج وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وهي الصحيحة ان شاء

خف بالتحلل الاول فينبغي أن ينقص موجبه عن الاحرام التام

(فصل) واذا أفسد القضاء لم يجب عليه قضاؤه وانما يقضي عن الحج الاول كما لو أفسد قضاء الصلاة والصيام وجب القضاء للاصل دون القضاء كذا ههنا. وذلك لان الواجب لا يزداد بفواته وانما يبقى ما كان واجبا في الذمة على ما كان عليه فيعود به القضاء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ﴿ التاسع ﴾ (المباشرة في ما دون الفرج لشهوة فان فعل فانزل فعليه بدنة وهل يفسد نسكه ؟ على روايتين وان لم ينزل لم يفسد)

إذا وطيء فيما دون الفرج أو قبل أو لمس بشهوة فانزل فعليه بدنة ، وبذلك قال الحسن وسعيد ابن جبير وأبو ثور ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر عليه شاة لانه مباشرة دون الفرج أشبه ما لو لم ينزل .

ولنا أنها مباشرة أوجبت الغسل فاوجبت بدنة كالوطء في الفرج

(فصل) وفي فساد النسك به روايتان (احداهما) يفسد اختارها أبو بكر والخرقي فيما اذا وطيء دون الفرج فانزل وهو قول الحسن وعطاء والقاسم بن محمد ومالك واسحاق لانها عبادة يفسدها الوطء فافسدها الانزال عن مباشرة كالصيام (والثانية) لا يفسد وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لانه استمتاع لا يجب بنوعه الحد فلم يفسد الحج

الله لانه استمتاع لايجب بنوعه الحد فلم يفسد الحج كما لو لم ينزل ولانه لانص فيه ولا اجماع ولا هو في معنى المنصوص عليه لان الوطء في الفرج يجب بنوعه الحد ويتعلق به اثنا عشر حكما ولا يفترق فيه الحال بين الانزال وعدمه ، والصيام يخالف الحج في المفسدات ولذلك يفسد بتكرار النظر مع الانزال والمذي وسائر محظوراته والحج لا يفسد بشيء من محظوراته غير الجماع فافترقا والمرأة كالرجل في هذا اذا كانت ذات شهوة والا فلا شيء عليها كالرجل اذا لم يكن له شهوة

كما لو لم ينزل ولانه لا نص فيه ولا اجماع ولا يصح قياسه على المنصوص عليه لان الوطء في الفرج يجب بنوعه الحد ولا يفترق الحال فيه بين الانزال وعدمه بخلاف المباشرة ، والصيام بخلاف الحج في المفسدات ولذلك يفسد اذا انزل بتكرار النظر وسائر محظوراته والحج لا يفسد بشيء من محظوراته غير الجماع فافترقا والمرأة كالرجل في هذا اذا كانت ذات شهوة والا فلا شيء عليها كالرجل إذا لم يكن له شهوة

وان لم ينزل لم يفسد حجه بذلك لا نعلم فيه خلافا لانها مباشرة دون الفرج عريت عن الانزال فلم يفسد بها الحج قياسا عليه ، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لرجل قبل زوجته أفسدت حجك ، وروي ذلك عن سعيد بن جبير وهو محمول على ما اذا أنزل

(فصل) فان كرر النظر فانزل أو لم ينزل لم يفسد حجه روي ذلك عن ابن عباس ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وروي عن الحسن وعطاء ومالك فيمن ردد النظر حتى أمنى عليه حج قابل لانه أنزل بفعل محظور أشبه الانزال بالمباشرة

ولنا انه انزال من غير مباشرة أشبه الانزال بالفكر والاحتلام والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ثم ان المباشرة أبلغ في اللذة وآكد في استدعاء الشهوة فلا يصح القياس عليها ، وان لم ينزل لم يفسد حجه لا نعلم أحداً قال بخلاف ذلك لانه لا يمكن التحرز منه أشبه الفكر والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (والمرأة احرامها في وجهها ويحرم عليها ما يحرم على الرجل إلا في اللباس وتظليل المحمل)

يحرم على المرأة تغطية وجهها في إحرامها لا نعلم في هذا خلافا الا ما روي عن أسماء رضي الله عنها أنها كانت تغطي وجهها فيحتمل انها كانت تغطيه بالسدل عند الحاجة ولا يكون اختلافا قال ابن المنذر كراهية البرقع ثابتة عن سعد وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ولا نعلم أحدا خالف فيه والاصل فيه ما روى البخاري وغيره أن النبي ﷺ قال « ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين » وروي عن النبي ﷺ أنه قال « احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها »

(فصل) فان احتاجت الى ستر وجهها لمرور الرجال قريبا منها فانها تسدل الثوب فوق رأسها على وجهها روي ذلك عن عثمان وعائشة رضي الله عنها ، وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قبل فلم ينزل فعليه دم وان أنزل فعليه بدنة وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى إن أنزل فسد حجه)

وجملة ذلك أن حكم القبلة حكم المباشرة دون الفرج سواء الا أن الخرقي ذكر في هذه المسئلة

واسحاق ومحمد بن الحسن ولا نعلم فيه خلافا لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله ﷺ فاذا حاذونا سدلت احدانا جلبابها على وجهها فاذا جاوزونا كشفناه . رواه أبو داود والأثرم ولان بالمرأة حاجة الى ستر وجهها فلم يحرم عليها ستره على الاطلاق كالعورة . وذكر القاضي أن الثوب يكون متجافيا عن وجهها بحيث لا يصيب البشرة فان أصابها ثم زال أو ازالته بسرعة فلا شيء عليها كما لو أطارت الريح الثوب عن عورة المصلي ثم عاد بسرعة لا تبطل الصلاة ، وان لم ترفعه مع القدرة فدت لأنها استدامت الستر قال شيخنا ولم أر هذا الشرط عن احمد ولا هو في الخبر مع أن الظاهر خلافه فان الثوب المسدول لا يكاد يسلم من اصابة البشرة فلو كان هذا شرطا لبين ، وإنما منعت المرأة من البرقع والنقاب ونحوه مما يعد لستر الوجه قال أحمد انما لها أن تسدل على وجهها من فوق وليس لها أن ترفع الثوب من أسفل كانه يقول إن النقاب من أسفل على وجهها

(فصل) ويجتمع في حق المحرمة وجوب تغطية الرأس وتحريم تغطية الوجه ولا يمكن تغطية جميع الرأس الا بجزء من الوجه ولا كشف جميع الوجه الا بكشف جزء من الرأس فعند ذلك ستر الرأس كله أولى لانه آكد اذ هو عورة ولا يختص بحالة الاحرام وكشف الوجه بخلافه وقد أبحنا ستر جملته للحاجة العارضة فستر جزء منه لستر العورة أولى

(فصل) ولا بأس للمرأة ان تطوف منتقبة ان لم تكن محرمة فعلته عائشة رضي الله عنها وكره ذلك عطاء ثم رجع عنه وذكر أبو عبد الله حديث ابن جريج ان عطاء كان يكره لغير المحرمة أن تطوف منتقبة حتى حدثته عن الحسن بن مسلم عن صفية بنت شيبة أن عائشة طافت وهي منتقبة فاخذ به

(فصل) ويحرم عليها ما يحرم على الرجل من قطع الشعر وتقليم الاظفار والطيب وقتل الصيد وسائر المحظورات الا لبس المخيط وتظليل المحمل قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة ممنوعة مما منع منه الرجال الا بعض اللباس، وأجمع أهل العلم على أن للمحرمة لبس القمص والدروع والسراويلات والخمر والخفاف وإنما كان كذلك لان أمر النبي ﷺ المحرم بامر وحكمه عليه يدخل فيه الرجال والنساء إنما استثنى منه اللباس للحاجة الى ستر المرأة لكونها عورة الا وجهها فتجردها يفضي الى انكشافها فابيح لها اللباس للستر كما أبيح للرجل عقد الازار كيلا يسقط فتنكشف عورته ولم يبح عقد الرداء ، وقد روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ نهى النساء في

روايتين في افساد الحج عند الانزال ولم يذكر في افساد الحج في الوطء دون الفرج الا رواية واحدة وقد ذكرنا أن فيها أيضا روايتين وذكرنا الخلاف فيه لكن نشير الى الفرق توجيها لقول الخرقي فنقول : انزال بغير وطء فلم يفسد به الحج كالنظر ولان اللذة بالوطء فوق اللذة بالقبلة فكانت فوقها في الواجب لان مراتب أحكام الاستمتاع على وفق مايحصل به من اللذة ، فالوطء في الفرج أبلغ

احرامهن عن القفازين والنقاب وما مس الورس والزعفران من الثياب ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلي أوسراويل أوقميص أو خف وهذا صريح .والمراد باللباس ههنا المخيط من القمص والدروع والسراويلات والخفاف وما يستر الرأس ونحوه

(فصل) ويستحب المرأة عند الاحرام ما يستحب للرجل من الغسل والطيب قالت عائشة رضي الله عنها كنا نخرج مع رسول الله ﷺ فنضمد جباهنا بالمسك والطيب عند الاحرام فاذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراها النبي ﷺ فلاينكر عليها والشابة والكبيرة سواء في هذا فان عائشة كانت شابة فان قيل اليس قد كره ذلك في الجمعة قلنا لانها في الجمعة تقرب من الرجال فيخاف الافتتان بها بخلاف مسألتنا ولهذا يلزم الحج النساء ولا يلزمهن الجمعة ، وكذلك يستحب لها قلة الكلام الا فيما ينفع والاشتغال بالتلبية وذكر الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا تلبس القفازين ولا الخلخال ولا تكتحل بالأثمد)

القفازان شيء يعمل لليدين يدخلهما فيهما من خرق يسترهما من الحر مثل ما يعمل للبزاة يحرم على المرأة لبسه في حال إحرامها ، هذا قول ابن عمر وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والنخعي ومالك واسحاق وكان سعد بن أبي وقاص يلبس بناته القفازين وهن محرمات ورخص فيه علي وعائشة وعطاء ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة والشافعي كالمذهبين واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال «إحرام المرأة في وجهها » ولانه عضو يجوز ستره بغير المخيط فجاز ستره به كالرجلين

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لاتنتقب المرأة ولا تلبس القفازين» رواه البخاري وحديثهم المراد به الكشف فأما الستر بغير المخيط فيجوز للرجل ولا يجوز بالمخيط

(فصل) فأما الخلخال وما أشبهه من الحلي كالسوار فظاهر كلام شيخنا ههنا أنه لا يجوز لبسه وهو ظاهر كلام الخرقي وقد قال أحمد المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة ولهما ماسوى ذلك ، وروي عن عطاء أنه كان يكره للمحرمة الحرير والحلي وكرهه الثوري وروي عن قتادة أنه كان لا يرى بأسا أن تلبس المرأة الخاتم والقرط وهي محرمة وكره السوارين والخلخالين والدملجين وظاهر المذهب الرخصة فيه وهو قول ابن عمر وعائشة وأصحاب الرأي وهو الصحيح . قال أحمد في رواية حنبل تلبس المحرمة الحلي والمعصفر وقال عن نافع كان نساء ابن عمر وبناته يلبسن الحلي والمعصفر وهن محرمات لاينكر عبد الله ذلك ، وقد ذكرنا حديث ابن عمر وفيه ولتلبس بعد ذلك ما أحبت

الاستمتاع فأفسد الحج مع الانزال وعدمه ، والوطء دون الفرج دونه فأوجب البدنة وأفسد الحج عند الانزال والدم عند عدمه والقبلة دونهما فتكون دونهما فيما يجب بها فيجب بها بدنة عند الانزال من غير افساد ، وتكرار النظر دون الجميع فيجب به الدم عند الانزال ولا يجب عند عدمه شيء . ومن جمع بين الوطء دون الفرج والقبلة قال كلاهما مباشرة فاستوى حكمهما في الواجب بهما . وقد روي عن ابن

من ألوان الثياب من معصفر أوخز أوحلي قال ابن المنذر لايجوز المنع منه بغير حجة ويحمل كلام احمد في المنع على الكراهة لما فيه من الزينة .وشبهه بالكحل بالاثمد ولا فدية فيه كما لا فدية في الكحل فاما لبس القفازين ففيه الفدية لانهـا لبست مانهيت عن لبسه في الاحرام فلزمتها الفدية بالنقاب ، وقال القاضي يحرم عليها شد يديها بخرقة لانه ستر ليديها بما يختص بها أشبه القفازين،وكما لو شد الرجل على جسده شيئا وإن لفت يديها من غير شد فلا فدية لان المحرم هواللبس لاتغطيتهما كبدن الرجل

(فصل) والكحل بالاثمد في الاحرام مكروه للمرأة والرجل ، وانما خصت المرأة بالذكر لانها محل الزينة والكراهة في حقها أكثر من الرجل يروى هذا عن عطاء والحسن ومجاهد ، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : يكتحل المحرم بكل كحل ليس فيه طيب ورخص فيه مالك في الحر يجده المحرم ، وروي عن أحمد أنه قال : يكتحل المحرم بما لم يرد به الزينة ، قيل له الرجال والنساء ؟ قال نعم ووجه كراهته ماروي عن جابر أن عليا رضي الله عنه قدم من اليمن فوجد فاطمة ممن حل فلبست ثيابا صبيغا واكتحلت فأنكر ذلك عليها فقالت : أبي أمرني بهذا فقال النبي ﷺ « صدقت صدقت » رواه مسلم وغيره ، وهذا يدل على أنها كانت ممنوعة من ذلك ، وروي عن عائشة أنها قالت لامرأة اكتحلي بأي كحل شئت غير الاثمد أو الاسود ، اذا ثبت هذا فان الكحل بالاثمد مكروه ولا فدية فيه لانعلم فيه خلافا ، وروت شميسة عن عائشة قالت : اشتكيت عيني وأنا محرمة فسألت عائشة فقالت اكتحلي بأي كحل شئت غير الاثمد ، اما إنه ليس بحرام ولكنه زينة فيجب تركه ، قال الشافعي إن فعلا فلا أعلم عليهما فيه فدية بشيء

(فصل) فأما الكحل بغير الاثمد والاسود فلا كراهة فيه اذا لم يكن مطيبا لما ذكرنا من حديث عائشة وقول ابن عمر ، وقد روى مسلم عن نبيه بن وهب قال : خرجنا مع أبان بن عثمان حتى اذا كنا بملل اشتكى عمر بن عبيدالله عينيه فأرسل إلى أبان بن عثمان ليسأله فقال اضمدهما بالصبر فان عثمان حدث عن رسول الله ﷺ في الرجل اذا اشتكى عينيه وهو محرم يضمدهما بالصبر ففيه دليل على إباحة ماأشبهه مما ليس فيه زينة ولا طيب وكان ابراهيم لايرى بالذرور الاحمر بأسا

(فصل) واذا أحرم الخنثى المشكل لم يلزمه اجتناب المخيط لانا لانتيقن كونه رجلا ، وقال ابن المبارك يغطي رأسه ويكفر (قال شيخنا) والصحيح أنه لا شيء عليه لان الاصل عدم الوجوب فلا يجب بالشك ، فان غطى وجهه وجسده لم يلزمه فدية لذلك ، وإن جمع بين تغطية وجهه بنقاب أوبرقع

عباس أنه قال لرجل قبل زوجته أفسدت حجتك وروي ذلك عن سعيد بن جبير . وقال سعيد بن المسيب وعطا وابن سيرين والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي عليه دم وروي ذلك عن الشعبي وسعيد بن جبير وروى الأثرم باسناده عن عبدالرحمن بن الحارث أن عمر بن عبد الله قبل عائشة بنت طلحة محرما فسأل فأجمع له على أن يهريق دما . والظاهر أنه لم يكن أنزل

وغطى رأسه أو لبس المخيط لزمته الفدية لأنه لايخلو أن يكون رجلا أو امرأة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز لبس المعصفر والكحلي والخضاب بالحناء والنظر في المرآة لهما جميعا)

لا بأس بما صبغ بالعصفر لانه ليس بطيب ولا بأس باستعماله وشمه هذا قول جابر وابن عمر وعبد الله بن جعفر وعقيل بن أبي طالب رضي الله عنهم وهو مذهب الشافعي، وكرهه مالك اذا كان ينتفض في جسده ولم يوجب فيه فدية ومنع منه الثوري وأبو حنيفة ومحمد وشبهوه بالمورس والمزعفر لانه صبغ طيب الرائحة

ولنا أن في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال في المحرمة « والتلبس بعد ذلك ماأحبت من ألوان الثياب من معصفر ، أو خز ، أو حلي » رواه أبو داود ، وعن عائشة وأسماء وأزواج النبي ﷺ أنهن كن يحرمن في المعصفرات ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا ، ولانه ليس بطيب فلم يكره المصبوغ به كالسواد ، وأما الورس والزعفران فانه طيب ولا بأس بالممشق وهو المصبوغ بالمغرة لأنه مصبوغ بطين وكذلك سائر الاصباغ سوى ماذكرنا لان الاصل الاباحة إلا ماورد الشرع بتحريمه أو ماكان في معناه ، وليس هذا كذلك فأما المصبوغ بالرياحين فهو مبني على الرياحين في نفسها فما منع المحرم من استعماله منع لبس المصبوغ به اذا ظهرت رائحته وإلا فلا إلا أنه يكره للرجل لبس المعصفر في غير الاحرام فكذلك فيه وقد ذكرنا ذلك في الصلاة

(فصل) ويستحب للمرأة أن تختضب بالحناء عند الاحرام لما روي عن ابن عمر أنه قال : من السنة أن تدلك المرأة يديها في حناء ، ولأنه من الزينة فاستحب عند الاحرام كالطيب ولا بأس بالخضاب في حال احرامها ، وقال القاضي يكره لكونه من الزينة فأشبه الكحل بالاثمد ، فان فعلت ولم تشد يديها بالخرق فلا فدية عليها ، وبه قال الشافعي وابن المنذر . وكان مالك ومحمد بن الحسن يكرهان الخضاب للمحرمة وألزماها الفدية

ولنا ماروى عكرمة أنه قال : كانت عائشة وأزواج النبي ﷺ يختضبن بالحنا وهن حرم ولا بأس بذلك للرجل فيما لاتشبه فيه بالنساء لان الاصل الاباحة ، وليس ههنا دليل يمنع من نص ولا اجماع ولا هو في معنى المنصوص

(فصل) ولا بأس بالنظر في المرآة للحاجة كمداواة جرح أو ازالة شعرة نبتت في عينه ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعله ، وقد روي عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز أنهما كانا ينظران في

لانه لم يذكر ، وسواء أمذى أو لم يمذ وقال سعيد بن جبير ان قبل فمذى أو لم يمذ فعليه دم وسائر اللمس لشهوة كالقبلة فيما ذكرنا لانه استمتاع يلتذ به فهو كالقبلة قال احمد فيمن قبض على فرج امرأته وهو محرم فانه يهريق دم شاة . وقال عطاء اذا قبل المحرم أو لمس فليهرق دما

المرآة وهما محرمان ويكره أن ينظر فيها لازالة شعث أو تسوية شعر أوشيء من الزينة ذكره الخرقي قال أحمد رحمه الله : لا بأس أن ينظر في المرآة ولا يصلح شعراً ، ولا ينفض عنه غباراً ، وقال أيضاً اذا كان يريد زينة فلا ، قيل فكيف يريد زينة ؟ قال يرى شعرة فيسويها ، روي نحو ذلك عن عطاء لانه قد روي في حديث « إن المحرم الاشعث الاغبر » وفي الآخر « إن الله يباهي بأهل عرفة ملائكته فيقول ياملائكتي انظروا إلى عبادي قد أتوني شعثاً غبراً ضاحين » أو كما جاء ولا فدية بالنظر في المرآة بحال وانما ذلك أدب لاشيء على فاعله لانعلم أحداً أوجب في ذلك شيئاً

(فصل) وللمحرم أن يحتجم ولا فدية عليه اذا لم يقطع شعراً في قول الجمهور لانه تداو باخراج دم أشبه الفصد وبط الجرح ، وقال مالك لايحتجم إلا من ضرورة وكان الحسن يرى في الحجامة دما ولنا أن ابن عباس روى أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم : متفق عليه ولم يذكر فدية ، ولانه لايترفه بذلك أشبه شرب الأدوية ، وكذلك الحكم في قطع العضو عند الحاجة والختان كل ذلك مباح من غير فدية ، فان احتاج في الحجامة إلى قطع شعر فله قطعه لما روى عبيد الله بحينة أن النبي ﷺ احتجم بلحي جمل في طريق مكة وهو محرم وسط رأسه . متفق عليه ، ومن ضرورة ذلك قطع الشعر ، ولانه يباح حلق الشعر لازالة أذى القمل فكذلك هذا وعليه الفدية ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو يوسف ومحمد يتصدق بشيء

ولنا قوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة) الآية ولأنه حلق شعراً لازالة ضرر غيره فلزمته الفدية كما لو حلقه لازالة قمله

(فصل) ويجتنب المحرم مانهاه الله تعالى عنه بقوله (الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وهذا صيغته صيغة النفي والمراد به النهي كقوله تعالى (لا تضار والدة بولدها) والرفث الجماع روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وروي عن ابن عباس أنه قال الرفث غشيان النساء والتقبيل والغمز وان يعرض لها بالفحش من الكلام ، وقال أبو عبيدة الرفث لغا الكلام وأنشد قول العجاج : * عن اللغا ورفث التكلم * وقيل الرفث هو ما يكنى عنه من ذكر الجماع ، وروي عن ابن عباس أنه أنشد بيتا فيه التصريح بما يكنى عنه من الجماع وهو محرم فقيل له في ذلك فقال إنما الرفث ما روجع به النساء ، وفي لفظ ما قيل من ذلك عند النساء ، وفي الجملة كل ما فسر به الرفث ينبغي للمحرم أن يجتنبه الا أنه في الجماع

﴿مسئلة﴾ قال (وان نظر فصرف بصره فأمنى فعليه دم وان كرر النظر حتى أمنى فعليه بدنة)

وجملة ذلك أن الحج لا يفسد بتكرار النظر أنزل أو لم ينزل روي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة والشافعي وروي عن الحسن وعطاء ومالك فيمن ردد النظر حتى أمنى عليه حج قابل لانه أنزل بفعل محظور أشبه الانزال بالمباشرة

أظهر لما ذكرنا من تفسير الائمة ولانه قد جاء في موضع آخر وأريد به الجماع وهو قوله تعالى (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) (١)

أما الفسوق فهو السباب لقول النبي ﷺ « سباب المسلم فسوق » متفق عليه (٢) وقيل الفسوق المعاصي روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء وابراهيم وقالوا أيضاً الجدال المراء قال ابن عباس رضي الله عنه هو أن تماري صاحبك حتى تغضبه والمحرم ممنوع من ذلك كله قال النبي ﷺ «من حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه» متفق عليه وقال مجاهد في قوله (ولا جدال في الحج) أي لا مجادلة وقول الجمهور أولى .

(فصل) ويستحب له قلة الكلام الا فيما ينفع صيانة لنفسه عن اللغو والوقوع في الكذب وما لا يحل فان من كثر كلامه كثر سقطه، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت » متفق عليه وعنه قال قال رسول الله ﷺ «من حسن اسلام المرء تركه مالا يعنيه» قال ابو داود أصول السنن أربعة أحاديث هذا أحدها وهذا في حال الاحرام أشد استحبابا لانه حال عبادة واستشعار بطاعة فهو يشبه الاعتكاف، وقد احتج أحمد رحمه الله على ذلك بأن شريحا رحمه الله كان اذا أحرم كأنه حية صماء فيستحب للمحرم أن يشتغل بالتلبية وذكر الله تعالى وقراءة القرآن وأمر بمعروف أو نهي عن منكر أو تعليم جاهل أو يأمر بحاجته أو يسكت فان تكلم بما لا اثم فيه أو أنشد شعرا لا يقبح فهو مباح ولا يكثر فقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان على ناقة وهو محرم فجعل يقول :

كأن راكبها غصن بمروحة ... اذا تدلت به أو شارب ثمل

الله أكبر الله أكبر. وهذا يدل على الاباحة، والفضيلة ما ذكرناه أولا والله أعلم

(فصل) ويجوز للمحرم أن يتجر ويصنع الصنائع بغير خلاف علمناه . قال ابن عباس رضي الله عنهما: كان ذو المجاز وعكاظ متجر الناس في الجاهلية فلما جاء الاسلام كأنهم كرهوا ذلك حتى نزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج

«١» تقدم تحقيق معناه في حاشية المغني

«٢» انما يدل الحديث على أن السباب من الفسوق لا انه كل الفسوق فالقول الثاني هو الصحيح

ولنا أنه انزال عن غير مباشرة فاشبه الانزال بالفكر والاحتلام والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ثم إن المباشرة أبلغ في اللذة وآكد في استدعاء الشهوة فلا يصح القياس عليه فاما ان نظر ولم يكرر فامنى فعليه شاة وإن كرره فانزل ففيه روايتان (إحداهما) عليه بدنة روي ذلك عن ابن عباس (والثانية) عليه شاة وهو قول سعيد بن جبير واسحاق ورواية ثانية عن ابن عباس وقال أبو ثور لاشيء عليه وحكي

باب الفدية

(وهي على ثلاثة اضرب (أحدها) ما هو على التخيير وهو نوعان (أحدهما) يخير فيه بين صيام ثلاثة أيام أو اطعام ستة مساكين مدّ بر أو نصف صاع تمر أو شعير أو ذبح شاة وهي فدية حلق الرأس وتقليم الاظفار وتغطية الرأس واللبس والطيب ، وعنه يجب الدم الا أن يفعله لعذر فيجب)

الكلام في هذه المسئلة في فصول

(أحدها) في أن فدية هذه المحظورات على التخيير ايها شاء فعل والاصل في ذلك قوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) ذكره بلفظ أو وهي للتخيير وقال النبي ﷺ لكعب بن عجرة « لعلك اذاك هوامك » قال : نعم يارسول الله . فقال رسول الله ﷺ « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو انسك شاة » متفق عليه وفي لفظ «أو اطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمر »فدلت الآية والخبر على وجوب الفدية على صفة التخيير بين الذبح والاطعام والصيام في حلق الشعر وقسنا عليه تقليم الاظفار واللبس والطيب لانه حرم في الاحرام لاجل الترفه فاشبه حلق الشعر ولا فرق في الحلق بين المعذور وغيره في ظاهر المذهب والعامد والمخطيء ، وهو مذهب مالك والشافعي ، وعن احمد أنه اذا حلق من غير عذر فعليه دم من غير تخيير اختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة لان الله تعالى خير بشرط العذر فاذا عدم العذر زال التخيير

ولنا أن الحكم ثبت في غير المعذور بطريق التنبيه تبعا له والتبع لا يخالف أصله ،ولان كل كفارة ثبت التخيير فيها مع العذر ثبت مع عدمه كجزاء الصيد، لا فرق بين قتله للضرورة الى أكله أو لغير ذلك وإنما الشرط لجواز الحلق لا للتخيير

(الفصل الثاني) أنه مخير بين الثلاثة المذكورة في الحديث وهي صيام ثلاثة أيام أو اطعام ستة مساكين لكل مسكين مدّ بر او نصف صاع تمر أو شعير أو ذبح شاة وقد دل الحديث المذكور على ذلك . وفي لفظ أو اطعم فرقا بين ستة مساكين . وفي لفظ فصم ثلاثة أيام وإن شئت فتصدق بثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين رواه أبو داود ، وبهذا قال مجاهد والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وعكرمة ونافع الصيام عشرة أيام والصدقة على عشرة مساكين

ذلك عن أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمباشرة أشبه الفكر

ولنا أنه انزال بفعل محظور فاوجب الفدية كاللمس وقد روى الأثرم عن ابن عباس أنه قال له رجل فعل الله بهذه وفعل إنها تطيبت لي فكلمتني وحدثتني حتى سبقتني الشهوة فقال ابن عباس

ويروى عن الثوري وأصحاب الرأي قالوا يجزيء من البر نصف صاع ومن التمر والشعير صاع صاع واتباع السنة الصحيحة أولى

(فصل) والحديث إنما ذكر فيه التمر ويقاس عليه البر والشعير والزبيب لان كل موضع أجزأ فيه التمر أجزأ ذلك فيه كالفطرة وكفارة اليمين، وقد روى أبو داود في حديث كعب بن عجرة قال فدعاني رسول الله ﷺ فقال لي «احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين فرقا من زبيب أو انسك شاة» ولا يجزيء من هذه الاصناف أقل من ثلاثة آصع الا البر ففيه روايتان

(احداهما) يجزيء مد بر لكل مسكين مكان نصف صاع من غيره كما في كفارة اليمين

(والثانية) لا يجزيء إلا نصف صاع لان الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو القياس والفرع يماثل أصله ولا يخالفه، وبهذا قال مالك والشافعي

(فصل) ومن أبيح له حلق رأسه جاز له تقديم الكفارة على الحلق فعله علي رضي الله عنه ولانها كفارة فجاز تقديمها على وجوبها ككفارة اليمين

(الفصل الثالث) أنه لا فرق بين فعلها لعذر أو غيره وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (النوع الثاني جزاء الصيد يتخير فيه بين المثل وتقويمه بدراهم يشتري بها طعاما فيطعم لكل مسكين مداً أو يصوم عن كل مد يوما وان كان مما لا مثل له خير بين الاطعام والصيام وعنه أن جزاء الصيد على الترتيب فيجب المثل فان لم يجد لزمه الاطعام فان لم يجد صام)

الكلام في هذه المسئلة في فصول

(أحدها) في وجوب الجزاء على المحرم في قتل الصيد وأجمع أهل العلم على وجوبه في الجملة، وقد نص الله تعالى عليه بقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم) نص على وجوب الجزاء على المتعمد وقد ذكرناه

(الفصل الثاني) أنه على التخيير بين الاشياء المذكورة بايها شاء كفر موسراً كان أو معسرا وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وعن احمد رواية ثانية انها على الترتيب فيجب المثل أولا فان لم يجد أطعم فان لم يجد صام روي هذا عن ابن عباس والثوري ولان هدي المتعة على الترتيب وهذا آكد منه لانه بفعل محظور وعنه رواية ثالثة أنه لا إطعام في كفارة الصيد، وانما ذكره في الآية ليعدل به الصيام لان من قدر على الاطعام قدر على الذبح كهذا قال ابن عباس وهذا قول الشافعي

ولنا قوله سبحانه (فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو

أتمم حجك وأهرق دما وروى حنبل في المناسك عن مجاهد أن محرما نظر إلى امرأته حتى أمذى فجعل يشتمها فقال ابن عباس أهرق دما ولا تشتمها

(فصل) فان كرر النظر حتى أمذى فقال أبو الخطاب عليه دم وقال القاضي ذ كره الخرقي . قال القاضي لانه جزء من المني ولانه حصل به التذاذ فهو كاللمس وان لم يقترن بالنظر مني أو مذي فلا

كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) و«أو» في الامر للتخيير روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : كل شيء «أو،أو» فهو مخير وأما ما كان (فان لم يجد)فهو الاول فالاول ولانه عطف هذه الخصال بعضها على بعض بأو فكان مخيرا في جميعها كفدية الاذى وقد سمى الله تعالى الطعام كفارة ولا يكون كفارة ما لم يجب اخراجه وجعله طعاما للمساكين وما لا يجوز صرفه اليهم لا يكون طعاما لهم ولانها كفارة ذكر فيها الطعام فكان من خصالها كسائر الكفارات وقولهم إنها وجبت بفعل محظور يبطل بفدية الاذى على أن لفظ النص صريح في التخيير فليس ترك مدلوله قياسا على هدي المتعة باولى من العكس فكما لا يجوز ثم لا يجوز هنا

(فصل) واذا اختار المثل ذبحه وتصدق به على فقراء الحرم ولا يجزئه أن يتصدق به حيا على المساكين لان الله سبحانه سماه هديا والهدي يجب ذبحه وله ذبحه أي وقت شاء ، ولا يختص ذلك بايام النحر لان الامر به مطلق

(الفصل الثالث) أنه متى اختار الاطعام فانه يقوم المثل بدراهم والدراهم بطعام ويتصدق به على المساكين ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يقوم الصيد لا المثل وحكى ابن أبي موسى رواية مثل ذلك وحكى رواية أخرى أنه ان شاء اشترى بالدراهم طعاما فتصدق به وان شاء تصدق بالدراهم وجه قول مالك أن التقويم اذا وجب لاجل الاتلاف قوم المتلف كالذي لا مثل له

ولنا على مالك ان كل متلف وجب فيه المثل اذا قوم وجبت قيمة مثله كالمثلي من مال الآدمي وعلى أنه لاتجوز الصدقة بالدراهم ان الله سبحانه انما ذكر في الآية التخيير بين ثلاثة أشياء وهذا ليس منها . والطعام المخرج هو الذي يخرج في الفطرة وفدية الاذى من التمر والزبيب والبر والشعير قياسا عليه ويحتمل أن يجزيء كل ما يسمى طعاما لدخوله في اطلاق اللفظ

(الفصل الرابع) أنه يطعم كل مسكين من البر مدا كما يدفع اليه في كفارة اليمين ومن سائر الاصناف نصف صاع نص عليه احمد رحمه الله تعالى في اطعام المساكين في الفدية والجزاء وكفارة اليمين ان اطعم برا فمد لكل مسكين وان اطعم تمرا فنصف صاع لكل مسكين ، ولفظ شيخنا ههنا مطلق في انه يطعم لكل مسكين مدا ولم يفرق بين الاصناف وكذلك ذكره الخرقي مطلقا ،والاولى أنه لايجزيء من غير البر باقل من نصف صاع لانه لم يرد الشرع في موضع باقل من ذلك في طعمة المساكين وهذا لا توقيف فيه فيرد الى نظائره ولا يجزيء اخراج الطعام الا على مساكين الحرم

شيء عليه سواء كرر النظر أو لم يكرره وقد روي عن احمد فيمن جرد امرأته ولم يكن منه غير التجريد أن عليه شاة وهذا محمول على أنه لمس فان التجريد لا يعرى عن اللمس ظاهراً أو على أنه أمنى أو أمذى أما مجرد النظر فلا شيء فيه فقد كان النبي ﷺ ينظر إلى نسائه وهو محرم وكذلك أصحابه

(فصل) فان فكر فأنزل فلا شيء عليه فان الفكر يعرض للانسان من غير ارادة ولا اختيار فلم

لانه قائم مقام الهدي الواجب لهم فيكون أيضا لهم كقيمة المثلي من مال الآدمي

(الفصل الخامس) أنه يصوم عن كل مد يوما وهو قول عطاء ومالك والشافعي لأنها كفارة دخلها الصيام والاطعام فكان اليوم في مقابلة المد ككفارة الظهار وعن احمد رحمه الله أنه يصوم عن كل نصف صاع يوما وهو قول ابن عباس والحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر قال القاضي المسئلة رواية واحدة واليوم عن مدّ بر أو نصف صاع من غيره وكلام احمد في الروايتين محمول على اختلاف الحالين لان صوم اليوم مقابل اطعام المسكين واطعام المسكين مدّ بر أو نصف صاع من غيره ، ولان الله تعالى جعل اليوم في كفارة الظهار في مقابلة اطعام المسكين فكذا ههنا وروى أبو ثور أن كفارة الصيد من الاطعام والصيام مثل كفارة الآدمي وروي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما

ولنا أنه جزاء عن متلف فاختلف باختلافه كبدل مال الآدمي ، ولان الصحابة رضي الله عنهم حين قضوا في الصيد قضوا فيه مختلفا

(فصل) فان بقي من الطعام ما لا يعدل يوما كدون المد صام عنه يوما كاملا كذلك قال عطاء والنخعي وحماد والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم لان الصوم لا يتبعض فيجب تكميله ولا يجب التتابع في الصيام ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان الله سبحانه أمر به مطلقاً فلا يتقيد بالتتابع من غير دليل

ولا يجوز أن يصوم عن بعض الجزاء ويطعم عن بعض نص عليه احمد ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وجوزه محمد بن الحسن اذا عجز عن بعض الاطعام ولا يصح لأنها كفارة واحدة فلم يجز فيها ذلك كسائر الكفارات

(فصل) وان كان مما لا مثل له من الصيد خير قاتله بين أن يشتري بقيمته طعاما فيطعمه للمساكين وبين أن يصوم لتعذر المثل وهل يجوز اخراج القيمة ؟ فيه احتمالان (احدهما) لا يجوز وهو ظاهر كلام احمد في رواية حنبل فانه قال اذا أصاب المحرم صيدا ولم يصب له عدل حكم عليه قوم طعاما ان قدر على طعام والا صام لكل نصف صاع يوما هكذا يروى عن ابن عباس ولانه جزاء صيد فلم يجز اخراج القيمة فيه كالذي له مثل ولان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليس منها القيمة فاذا عدم أحد الثلاثة يبقى التخيير بين الشيئين الباقيين فاما إيجاب شيء غير المنصوص عليه فلا (والثاني) يجوز اخراج القيمة لان عمر رضي الله عنه قال لكعب ما جعلت على نفسك ؟ قال درهمين . قال

يتعلق به حكم كما في الصيام وقد قال النبي ﷺ « إن الله تجاوز عن أمتي ماحدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تكلم به » متفق عليه

(فصل) والعمد والنسيان في الوطء سواء نص عليه احمد فقال اذا جامع أهله بطل حجه لانه شيء لايقدر على رده والشعر إذاحلقه فقدذهب لايقدر على رده والصيد إذاقتله فقدذهب لايقدرعلى رده

اجعل ما جعلت على نفسك . وقال عطاء في العصفور نصف درهم وظاهره اخراج الدراهم الواجبة ، وعنه أن جزاء الصيد على الترتيب وقد ذكرناه

(فصل) قال رضي الله عنه (الضرب الثاني على الترتيب وهو ثلاثة أنواع (أحدها) دم المتعة والقران فيجب الهدي فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج والافضل أن يكون آخرها يوم عرفة وسبعة اذا رجع الى أهله وان صامها قبل ذلك أجزأه)

لا نعلم خلافا في وجوب الدم على المتمتع والقارن وقد ذكرناه فيا مضى وذكرنا شروط وجوب الدم فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع إلى أهله لقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم) وتعتبر القدرة على الهدي في موضعه فمتى عدمه في موضعه جاز له الانتقال الى الصيام وان كان قادراً عليه في بلده لان وجوبه موقت فاعتبرت له القدرة عليه في موضعه كالماء في الطهارة إذا عدمه في مكانه انتقل الى التراب

(فصل) ولكل واحد من صوم الثلاثة والسبعة وقتان وقت استحباب ووقت جواز . فاما الثلاثة فالافضل أن يكون آخرها يوم عرفة يروى ذلك عن عطاء وطاوس والشعبي ومجاهد والحسن والنخعي وسعيد بن جبير وعلقمة وأصحاب الرأي وروي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما أنه يصومهن ما بين اهلاله بالحج ويوم عرفة وظاهر هذا أنه يجعل آخرها يوم التروية لان صوم يوم عرفة بعرفة غير مستحب . وذكر القاضي في المجرد ذلك مذهب أحمد والمنصوص عن احمد ماذكرناه أولا وانما أوجبنا له صوم يوم عرفة ههنا لموضع الحاجة وعلى هذا القول يستحب له تقديم الاحرام بالحج قبل يوم التروية ليصومها في الحج فان صام منها شيئا قبل إحرامه بالحج جاز نص عليه فاما وقت جواز صيامها فاذا أحرم بالعمرة . وهذا قول أبي حنيفة ، وعن احمد اذا حل من العمرة وقال مالك والشافعي لا يجوز الا بعد الاحرام بالحج ويروى ذلك عن ابن عمر وهو قول اسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولانه صيام واجب فلم يجز تقديمه على وقت وجوبه كسائر الصيام الواجب ولان ما قبله وقت لا يجوز فيه المبدل فلم يجز فيه البدل كقبل الاحرام بالعمرة وقال الثوري والاوزاعي يصومهن من أول العشر الى يوم عرفة

ولنا ان احرام العمرة أحد احرامي التمتع فجاز الصوم بعده كاحرام الحج. وأما قوله (فصيام ثلاثة

فهذه الثلاثة العمد والنسيان فيها سواء. ولم يذكر الخرقي النسيان ههنا لكن ذكره في الصيام ، وبين أن الوطء في الفرج أو دون الفرج مع الانزال يستوي عمده وسهوه ، وما عداه من القبلة واللمس والمذي بتكرار النظر يختلف حكم عمده وسهوه فههنا ينبغي أن يكون مثله لأن الوطء لا يكاد يتطرق النسيان اليه دون غيره ، ولأن الجماع مفسد للصوم دون غيره فاستوى عمده وسهوه كالفوات بخلاف مادونه ، والجاهل

أيام في الحج) فقيل معناه في أشهر الحج فانه لا بد فيه من اضمار اذا كان الحج افعالا لا يصام فيها انما يصام في وقتها أو في أشهرها فهو كقوله سبحانه (الحج أشهر معلومات) وأما تقديمه على وقت الوجوب فيجوز اذا وجد السبب كتقديم التكفير على الحنث وزهوق النفس وأما كونه بدلا فلا يقدم على المبدل فقد ذكرنا رواية في جواز تقديم الهدي على الاحرام بالحج فكذلك الصوم

(فصل) فاما تقديم الصوم على احرام العمرة فلا يجوز لا نعلم قائلا بجوازه الا رواية عن احمد حكاها بعض الاصحاب وليس بشيء لانه تقديم الصوم على سببه ووجوبه ومخالف لقول أهل العلم واحمد رحمه الله ينزه عن هذا . وأما السبعة فلها وقتان وقت اختيار ووقت جواز أما وقت الاختيار فاذا رجع الى أهله لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال « فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله » متفق عليه وأما وقت الجواز فاذا مضت أيام التشريق قال الاثرم سئل احمد هل يصوم بالطريق أو بمكة ؟ . قال : كيف شاء ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وعن عطاء ومجاهد يصومها في الطريق وهو قول اسحاق وقال ابن المنذر يصومها اذا رجع الى أهله للخبر ويروى ذلك عن ابن عمر وهو قول الشافعي وله قول كقولنا وكقول اسحاق

ولنا أن كل صوم لزمه وجاز في وطنه جاز قبل ذلك كسائر الفروض وأما الآية فان الله سبحانه جوز له تأخير الصيام الواجب تخفيفا عنه فلا يمنع ذلك الاجزاء قبله كتأخير صوم رمضان في السفر والمرض بقوله سبحانه (فعدة من أيام أخر) لان الصوم وجد من أهله بعد وجود سببه فأجزأ كصوم المسافر والمريض

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يصم قبل يوم النحر صام أيام منى وعنه لا يصومها ويصوم بعد ذلك عشرة أيام وعليه دم)

اذا لم يصم المتمتع الثلاثة الايام في الحج فانه يصومها بعد ذلك ، وبهذا قال علي وعائشة وابن عمر وعروة بن الزبير وعبيد بن عمير والحسن وعطاء والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وطاوس ومجاهد اذا فاته الصوم في العشر لم يصم بعده واستقر الهدي في ذمته لان الله تعالى قال (فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولانه بدل موقت فيسقط بخروج وقته كالجمعة

ولنا أنه صوم واجب فلم يسقط بخروج وقته كصوم رمضان والآية تدل على وجوبه في الحج لا على سقوطه والقياس منتقض بصوم الظهار اذا قدم المسيس عليه والجمعة ليست بدلا انما هي الاصل وإنما سقطت لان الوقت جعل شرطا لها كالجماعة . اذا ثبت هذا فانه يصوم أيام منى وهذا قول ابن عمر

بالتحريم والمكره في حكم الناسي لانه معذور . وممن قال ان عمد الوطء ونسيانه سواء أبو حنيفة ومالك والشافعي في قديم قوليه وقال في الجديد لا يفسد الحج ولايجب عليه شيء مع النسيان والجهل لانها عبادة يجب بافسادها الكفارة فافترق فيها وطء العامد والناسي كالصوم

ولنا أنه سبب يتعلق به وجوب القضاء في الحج فاستوى عمده وسهوه كالفوات والصوم ممنوع

وعائشة وعروة وعبيد بن عمير والزهري ومالك والاوزاعي واسحاق والشافعي في القديم لما روى ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما قالا لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن الا لمن لم يجد الهدي رواه البخاري وهذا ينصرف الى ترخيص رسول الله ﷺ ولان الله تعالى أمر بصيام هذه الايام الثلاثة في الحج ولم يبق من الحج الا هذه الايام فيتعين الصوم فيها فاذا صام هذه الايام فحكمه حكم من صام قبل يوم النحر ، وعن احمد رواية أخرى انه لا يصوم أيام منى روي ذلك عن علي والحسن وعطاء وهو قول ابن المنذر لان النبي ﷺ نهى عن صوم ستة أيام ذكر منها أيام التشريق ولانها لا يجوز فيها صوم النفل فلا يصومها عن الفرض كيوم النحر فعلى هذه الرواية يصوم بعد ذلك عشرة أيام وكذلك الحكم اذا قلنا بصوم أيام منى فلم يصمها واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في وجوب الدم عليه فعنه عليه دم لانه أخر الواجب من مناسك الحج عن وقته فلزمه دم كرمي الجمار ولا فرق بين المؤخر لعذر أو لغيره لما ذكرنا وقال القاضي انما يجب الدم اذا أخره لغير عذر فليس عليه الا قضاؤه لان الدم الذي هو المبدل لو أخره لعذر لم يكن عليه دم لتأخيره فالبدل أولى وروي ذلك عن أحمد

﴿ مسئلة ﴾ وقال أبو الخطاب (ان أخر الصوم أو الهدي لعذر لم يلزمه الا قضاؤه وان أخر الهدي لغير عذر فهل يلزمه دم آخر ؟ على روايتين)

قال وعندي أنه لا يلزمه من الصوم دم بحال ولا يجب التتابع في الصيام اذا أخر الهدي الواجب لعذر مثل ان ضاعت نفقته فليس عليه الا قضاؤه كسائر الهدايا الواجبة ، وان أخره لغير عذر ففيه روايتان (احداهما) ليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا (والثانية) عليه هدي آخر لانه نسك موقت فلزمه الدم بتأخيره عن وقته كرمي الجمار قال احمد من تمتع فلم يهد الى قابل يهدي هديين كذلك قال ابن عباس رضي الله عنه وأما اذا أخر الصوم فقد ذكرنا أنه يجب عليه الدم اذا كان تأخيره لغير عذر اختاره القاضي وان كان لعذر ففيه روايتان ، وعن أحمد رواية ثالثة انه لا يلزمه مع الصوم دم بحال وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب الشافعي لانه صوم واجب يجب القضاء بفواته فلم يجب بفواته دم كصوم رمضان

(فصل) ولا يجب التتابع في صيام التمتع لا في الثلاثة ولا في السبعة ولا في التفريق نص عليه احمد رحمه الله لان الامر ورد بها مطلقا وذلك لا يقتضي جمعا ولا تفريقا وهذا قول الثوري واسحاق وغيرهما وقال بعض الشافعية اذا أخر الثلاثة وصام السبعة فعليه التفريق لانه وجب من

ثم أن الصوم لاتجب الكفارة فيه بالافساد بدليل أن افساده بكل ماعدا الجماع لايوجب كفارة وإنما تجب بخصوص الجماع فافترقا

﴿مسئلة﴾ قال (والمحرم أن يتجر ويصنع الصنائع ويرتجع زوجته)

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى في الارتجاع أن لا يفعل أما التجارة والصناعة فلا نعلم في

حيث الفعل وماوجب التفريق فيه من حيث الفعل لا يسقط بفوات وقته كافعال الصلاة من الركوع والسجود

ولنا أنه صوم واجب فعله في زمن يصح الصوم فيه فلم يجب تفريقه كسائر الصوم ولا نسلم وجوب التفريق في الاداء، فانه اذا صام أيام منى واتبعها السبعة فما حصل التفريق وان سلمنا وجوب التفريق في الاداء فانما كان من حيث الوقت فاذا فات الوقت سقط كالتفريق بين الصلاتين

(فصل) ووقت وجوب الصوم وقت وجوب الهدي لانه بدل عنه فأشبه سائر الابدال فان قيل فكيف جوزتم الانتقال الى الصوم قبل زوال وجوب المبدل فلم يتحقق العجز عن المبدل لانه انما يتحقق العجز المجوز للانتقال الى المبدل زمن الوجوب فكيف جوزتم الصوم قبل وجوبه ؟ قلنا انما جوزنا له الانتقال الى المبدل بناء على العجز الظاهر فان الظاهر من المعسر استمرار اعساره وعجزه كما جوزنا التكفير قبل وجوب المبدل وأما تجويز الصوم قبل وجوبه فقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى وجب عليه الصوم فشرع فيه ثم قدر على الهدي لم يلزمه الانتقال اليه الا أن يشاء)

هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي وقال ابن أبي نجيح وحماد والثوري إن أيسر قبل أن يكمل الثلاثة فعليه الهدي فان كمل الثلاثة صام السبعة وقيل متى قدر على الهدي قبل يوم النحر انتقل اليه صام أو لم يصم وان وجده بعد أن مضت أيام النحر أجزأه الصيام قدر على الهدي أو لم يقدر لانه قدر على المبدل في زمن وجوبه فلم يجزه البدل كما لو لم يصم

ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدي فاذا وجد الهدي لم يلزمه الخروج اليه كصوم السبعة وعلى هذا يخرج الأصل الذي قاسوا عليه فانه ما شرع في الصيام فأما ان اختار الانتقال الى الهدي جاز لانه أكمل .

﴿مسئلة﴾ وان وجب ولم يشرع فهل يلزمه الانتقال ؟ على روايتين

(أحداهما) لايلزمه الانتقال اليه قال في رواية المروذي إذا لم يصم في الحج فليصم إذا رجع ولا يرجع الى الدم قد انتقل فرضه الى الصيام وذلك لان الصيام استقر في ذمته لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه وهو عدم الهدي .

(والثانية) يلزمه الانتقال اليه قال يعقوب سألت أحمد عن المتمتع إذا لم يصم قبل يوم النحر قال عليه هديان يبعث بهما الى مكة أوجب عليه الهدي الاصلي وهديا لتأخير الصوم عن وقته لانه قدر على المبدل قبل شروعه في البدل فلزمه الانتقال اليه كالمتيمم اذا وجد الماء

إباحتها اختلافا وقد روى ابن عباس قال كان ذو المجاز وعكاظ متجر الناس في الجاهلية فلما جاء الاسلام كأنهم كرهوا ذلك حتى نزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) في مواسم الحج فاما الرجعة فالمشهور إباحتها وهو قول أكثر أهل العلم وفيه رواية ثانية أنها لاتباح لأنها استباحة فرج مقصود بعقد فلا تباح للمحرم كالنكاح وجه الرواية الصحيحة أن الرجعية زوجة والرجعة امساك

(فصل) ومن لزمه صوم المتعة فمات قبل أن يأتي به لعذر منعه الصوم فلا شيء عليه وإن كان لغير عذر أطعم عنه كما يطعم عن صوم رمضان لانه صوم وجب باصل الشرع أشبه صوم رمضان

﴿مسئلة﴾ (النوع الثاني المحصر يلزمه الهدي فان لم يجد صام عشرة أيام ثم حل)

لاخلاف في وجوب الهدي على المحصر وقد دل عليه قوله تعالى (فان احصرتم فما استيسر من الهدي) فان لم يجد الهدي صام عشرة أيام ثم حل قياسا على هدي المتمتع وليس له التحلل قبل ذلك وفيه اختلاف نذكره في باب الاحصار ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (النوع الثالث فدية الوطء)

تجب به بدنة فان لم يجد صام عشرة أيام ثلاثة في الحج وسبعة إذا رجع كدم المتعة لقضاء الصحابة رضي الله عنهم به ، وقد ذكرناه في الباب الذي قبله قاله عبد الله ابن عمر وعبدالله بن عمرو وعبد الله ابن عباس رواه عنهم الاثرم ولم يظهر لهم في الصحابة مخالف فيكون اجماعا فيكون بدله مقيسا على بدل دم المتعة ، هذا هو الصحيح من المذهب لانا انما أوجبنا البدنة بقول الصحابة رضي الله عنهم فكذلك في بدلها ، وقال القاضي يخرج بدنة فان لم يجد أخرج بقرة فان لم يجد فسبعا من الغنم فان لم يجد أخرج بقيمتها طعاما فبأيها كفر أجزأه . وجه قول القاضي يجب بالوطء بدنة لما ذكرنا من قول الصحابة رضي الله عنهم فان لم يجد البدنة أخرج بقرة لانها تساويها في الهدي والاضاحي ، وقد روى أبو الزبير رضي الله عنه قال كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له والبقرة ؟ قال وهل هي الا من البدن فان لم يجد اخرج سبعا من الغنم لانها تقوم مقام البدنة في الهدي والاضاحي ولما روى ابن عباس قال أتى النبي ﷺ رجل فقال إني علي بدنة وأنا موسر لها ولا أجدها فأشتريها فأمره النبي ﷺ أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن رواه ابن ماجه وان لم يجد اخرج بقيمتها طعاما فان لم يجد صام عن كل مد يوما كقولنا في جزاء الصيد على إحدى الروايتين في أنه لا ينتقل الى الاطعام مع وجود المثل ولا الى الصيام مع القدرة على الاطعام قال شيخنا وظاهر كلام الخرقي أنه مخير في هذه الخمسة فبايها كفر أجزأه والخرقي انما صرح باجزاء سبع من الغنم مع وجود البدنة هكذا ذكر في كتابه ولعل ذلك نقله بعض الاصحاب عنه في غير كتابه المختصر ووجه قوله إنها كفارة تجب بفعل محظور فيخير فيها بين الدم والاطعام والصيام كفدية الاذى

﴿مسئلة﴾ (ويجب بالوطء في الفرج بدنة ان كان في الحج وشاة ان كان في العمرة)

قد ذكرنا ذلك في باب محظورات الاحرام مفصلا فيم إذا كان الوطء قبل التحلل الاول وبعده وذكرنا

بدليل قوله تعالى (فامسكوهن بمعروف) فأبيح ذلك كالامساك قبل الطلاق ولا نسلم أن الرجعة استباحة فان الرجعية مباحة وان سلمنا أنها استباحة فتبطل بشرى الامة للشراء ولان مايتعلق به اباحة الزوجة مباح في النكاح كالتكفير في الظهار وأما شراء الاماء فمباح سواء قصد به الشراء أو لم يقصد لا نعلم فيه خلافا فانه ليس بموضوع الاستباحة في البضع فأشبه شراء العبيد والبهائم ولذلك أبيح شراء من لايحل وطؤها فلذلك لم يحرم في حالة يحرم فيها الوطء

الخلاف فيه بما يغني عن إعادته .

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب على المرأة مثل ذلك إن كانت مطاوعة وإن كانت مكرهة فلا فدية عليها)

وقيل عليها كفارة يتحملها الزوج عنها اذا جامع امرأته في الحج وهي مطاوعة فحكمها حكمه على كل واحد منهما بدنة ان كان قبل التحلل الاول وممن أوجب عليها بدنة ابن عباس وسعيد بن المسيب ومالك والحكم وحماد ولان ابن عباس رضي الله عنه قال : أهد ناقة ، ولانها احدى المتجامعين من غير اكراه فاشبهت الرجل وعنه أنه قال أرجو ان يجزيهما هدي واحد يروى ذلك عن عطاء وهو مذهب الشافعي لانه جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة كحالة الاكراه ، فاما المكرهة على الجماع فلا فدية عليها ولا على الواطيء أن يفدي عنها نص عليه احمد لانه جماع يوجب الكفارة فلم يوجب حال الاكراه أكثر من كفارة واحدة كما في الصيام ، وهذا قول اسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى ان عليه أن يهدي عنها وهو قول عطاء ومالك لان افساد الحج وجد منه في حقهما فكان عليه لافساد حجها هدي كافساد حجه وعنه مايدل على أن الهدي عليها وهو قول أصحاب الرأي لان فساد الحج ثبت بالنسبة اليه فكان الهدي عليها كما لو طاوعته ويحتمل أنه أراد ان الهدي عليه يتحمله الزوج عنها فلا يكون رواية ثالثة .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثالث الدماء الواجبة للفوات أو لترك واجب أو للمباشرة في غير الفرج فما أوجب منها بدنة فحكمها حكم البدنة الواجبة بالوطء بالفرج وما عداه فقال القاضي ماوجب لترك واجب ملحق بدم المتعة وما وجب لمباشرة ملحق بفدية الاذى)

اذا فاته الحج وجب عليه دم في أصح الروايتين وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وكذلك إذا ترك شيئا من واجبات الحج كالاحرام من الميقات والوقوف بعرفة الى الليل والمبيت بمزدلفة وسائر الواجبات المتفق على وجوبها والهدي الواجب بغير النذر ينقسم قسمين منصوص عليه ومقيس على المنصوص عليه فالمنصوص عليه فدية الاذى وجزاء الصيد ودم الاحصار ودم المتعة والبدنة الواجبة بالوطء في الفرج لقضاء الصحابة رضي الله عنهم بها وما سوى ذلك مقيس عليه فالبدنة الواجبة بالمباشرة فيما دون الفرج مقيسة على الواجبة بالوطء بالفرج لانه دم وجب بسبب المباشرة أشبه الواجب بالوطء في الفرج وهكذا القران يقاس على هدي التمتع لانه وجب للترفه بترك أحد السفرين أشبه دم المتعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله أن يقتل الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور وكل ماعدا عليه أو آذاه ولا فداء عليه)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وحكى عن النخعي

ويقاس عليه أيضا دم الفوات فيجب عليه مثل دم المتعة وبدله مثل بدله وهو صيام عشرة أيام إلا أنه لايمكن أن يكون منها ثلاثة قبل يوم النحر لان الفوات إنما يكون بفوات ليلة النحر لانه ترك بعض ما اقتضاه إحرامه فصار كالتارك لاحد السفرين ، فان قيل فهلا ألحقتموه بهدي الاحصار فانه أشبه به إذ هو إحلال من إحرامه قبل اتمامه ؟ قلنا أما الهدي فقد استويا فيه وأما البدل فان الاحصار ليس بمنصوص على البدل فيه وإنما ثبت قياسا وقياسه على الاصل المنصوص عليه أولى من قياسه على فرعه على ان الصيام ههنا مثل الصيام عن دم الاحصار في العدد إلا ان صيام الاحصار يجب قبل الحل وهذا يجوز قبل الحل وبعده وأما الخرقي فانه جعل الصوم عن دم الفوات كالصوم عن جزاء الصيد عن كل مد يوما والمروي عن عمر وابنه رضي الله عنهما مثل ماذكرنا ويقاس عليه أيضا كل دم وجب لترك واجب كترك الاحرام من الميقات والوقوف بعرفة الى غروب الشمس والمبيت بمزدلفة وطواف الوداع فالواجب فيه ما استيسر من الهدي فان لم يجد فصيام عشرة أيام لان المتمتع ترك الاحرام من الميقات بالحج وكان يقتضي أن يكون واجبا فوجب عليه الهدي لذلك فقسنا عليه ترك الواجب ويقاس على فدية الاذى ماوجب بفعل محظور يترفه به كتقليم الاظفار واللبس والطيب وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء في العمرة وبعد التحلل الاول في الحج والمباشرة من غير إنزال فانه في معنى فدية الاذى من الوجه الذي ذكرناه فيقاس عليه ويلحق به ، وقد قال ابن عباس فيمن وقع على امرأته في العمرة قبل التقصير عليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك ، رواه الاثرم

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى أنزل بالمباشرة دون الفرج فعليه بدنة وان لم ينزل فعليه شاة وعنه بدنة)

أما إذا أنزل بالمباشرة فان عليه بدنة لانه استمتاع أوجب الغسل فأوجب بدنة كالوطء في الفرج وان لم ينزل فعليه شاة في الصحيح كذلك ذكره الخرقي وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وابن سيرين والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانها ملامسة لا تفسد الحج عريت عن الانزال فلم توجب بدنة كاللمس لغير شهوة وعنه يجب عليه بدنة . وقال الحسن فيمن ضرب بيده على فرج جاريته عليه بدنة ، وعن سعيد بن جبير إذا نال منها مادون الجماع ذبح بقرة لانها مباشرة محظورة بالاحرام أشبهت ما اقترن به الانزال

ولنا انها ملامسة من غير إنزال فأشبهت لمس غير الفرج ويجب به شاة لما روى الاثرم ان عمر ابن عبدالله قبل عائشة بنت طلحة محرما فسأل فأجمع له على أن يهريق دما والظاهر انه لم يكن أنزل لانه

أنه منع قتل الفأرة والحديث صريح في حل قتلها فلا يعول على ماخالفه والمراد بالغراب الابقع وغراب البين وقال قوم لايباح من الغربان الا الابقع خاصة لانه قد روي « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الحية والغراب الابقع والفأرة والكلب العقور والحديا » رواه مسلم وهذا يقيد المطلق

لم يذكر . وسواء مذى أو لم يمذ قال سعيد بن جبير ان قبل فمذى أو لم يمذ فعليه دم وسائر اللمس لشهوة كالقبلة فيما ذكرنا لانه استمتاع يلتذ به كالقبلة . وقال أحمد رحمه الله فيمن قبض على فرج امرأته وهو محرم فانه يهريق دما وبه قال عطاء لانه استمتاع محظور في الاحرام أشبه الوطء فيما دون الفرج

﴿ مسئلة ﴾ (وان كرر النظر فأنزل أو استمنى فعليه دم هل هو شاة أو بدنة ؟ على روايتين وان مذى بذلك فعليه شاة)

إذا كرر النظر فأنزل ففيه روايتان (إحداهما) عليه بدنة روي ذلك عن ابن عباس (والثانية) عليه شاة وهو قول سعيد بن جبير وروي أيضا عن ابن عباس وقال أبو ثور لاشيء عليه وحكي عن أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمباشرة أشبه الفكر

ولنا انه إنزال بفعل محظور فأوجب الفدية كاللمس وقد روى الاثرم عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال له رجل فعل الله بهذه وفعل انها تطيبت لي فكلمتني وحدثتني حتى سبقتني الشهوة فقال ابن عباس تم حجك واهرق دما . والاستمناء في معنى تكرار النظر فيقاس عليه فان كرر النظر فمذى فعليه شاة وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه جزء من المني لكونه خارجا بسبب الشهوة ولانه حصل به التذاذ فهو كاللمس فان لم يقترن به مني ولا مذي فلا شيء عليه كرر النظر أو لم يكرره . وقد روي عن أحمد فيمن جرد امرأته ولم يكن منه غير التجريد ان عليه شاة وهو محمول على انه لمس فان التجريد لايخلو عن اللمس ظاهراً أو على انه أمنى أو أمذى أما مجرد النظر فلا شيء فيه فقد كان النبي ﷺ ينظر إلى نسائه وهو محرم وكذلك أصحابه

(فصل) فان نظر ولم يكرر النظر فامنى فعليه شاة لانه فعل يحصل به اللذة أوجب الانزال أشبه اللمس وإلا فلا شيء عليه لانه لا يمكن التحرز عنه أشبه الفكر والاحتلام

﴿ مسئلة ﴾ (فان فكر فانزل فلا شيء عليه وحكى أبو حفص البرمكي وابن عقيل ان حكمه حكم تكرار النظر اذا اقترن به الانزال في افساد الصوم)

فيحتمل أن يجب به ههنا دم قياسا عليه

ولنا قول النبي ﷺ « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم » متفق عليه ولانه لا نص فيه ولا اجماع ولا يصح قياسه على تكرار النظر لانه دونه في استدعاء الشهوة وافضائه الى الانزال ويخالفه في التحريم اذا تعلق باجنبية أو الكراهة ان كان في زوجته فيبقى على الاصل

في الحديث الآخر ولا يمكن حمله على العموم بدليل أن المباح من الغربان لا يحل قتله

ولنا ماروت عائشة قالت أمر رسول الله ﷺ بقتل خمس فواسق في الحرم الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « خمس من الدواب ليس

(فصل) والعمد والنسيان في الوطء سواء نص عليه احمد وقد ذكرناه فاما القبلة واللمس وتكرار النظر فلم يذكر شيخنا حكم النسيان فيه في الحج لكن ذكره في مفسدات الصوم وفرق بين العمد والسهو فينبغي أن يكون ههنا مثله وكذلك ذكره الخرقي والفرق بينهما ان الوطء لا يكاد يتطرق النسيان اليه بخلاف ما دونه ولان الجماع يفسد الصوم بمجرده دون غيره والجاهل في التحريم والمكره في حكم الناسي لانه معذور

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن كرر محظورا من جنس مثل ان حلق ثم حلق أو وطيء ثم وطيء قبل التكفير عن الاول فكفارة واحدة وان كفر عن الاول فعليه للثاني كفارة)

اذا حلق ثم حلق فالواجب فدية واحدة ما لم يكفر عن الاول قبل فعل الثاني فان كفر عن الاول ثم حلق ثانيا فعليه بالثاني كفارة أيضا وكذلك الحكم فيما إذا وطيء ثم وطيء أو لبس ثم لبس أو تطيب ثم تطيب وكذلك سائر محظورات الاحرام اذا كررها ما خلا قتل الصيد وسواء فعله متتابعا أو متفرقا فان فعلها مجتمعة كفعلها متفرقة في وجوب الفدية ما لم يكفر عن الاول قبل فعل الثاني وعنه ان لكل وطء كفارة وان لم يكفر عن الاول لانه سبب للكفارة فاوجبها كالاول وعنه أنه ان كرره لاسباب مثل أن لبس للبرد ثم لبس للحر ثم لبس للمرض فكفارات وان كان لسبب واحد فكفارة واحدة وروى عنه الاثرم فيمن لبس قميصا وجبة وعمامة وغير ذلك لعلة واحدة فكفارة فان اعتل فلبس جبة ثم برأ ثم اعتل فلبس جبة فقال لا هذا عليه كفارتان . وقال ابن أبي موسى في الارشاد اذا لبس وغطى رأسه متفرقا وجب عليه دمان وان كان في وقت واحد فعلى روايتين وعن الشافعي كقولنا وعنه لا يتداخل وقال مالك تتداخل كفارة الوطء دون غيره وقال أبو حنيفة ان كرره في مجلس واحد فكفارة واحدة وان كان في مجالس فكفارات وقال في تكرار الوطء عليه للثاني شاة الا أن يفعله في مجلس واحد على وجه الرفض للاحرام

ولنا انما يتداخل اذا كان متتابعا يتداخل وان تفرق كالحدود وكفارات الايمان ولان الله تعالى أوجب في حلق الرأس فدية واحدة ولم يفرق بين ما وقع في دفعة أو في دفعات والقول بانه لا يتداخل لا يصح فانه اذا حلق لا يمكن الا شيئا بعد شيء

ولنا على أنه لا يتداخل اذا كفر عن الاول انه سبب للكفارة فاذا كفر عن الاول وجب عليه للثاني كفارة كالايمان أو نقول سبب يوجب عقوبة فيكرر بتكرره بعد التطهير كالحدود

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتل صيدا بعد صيد فعليه جزاؤهما وعنه عليه جزاء واحد)

اذا قتل صيدين فعليه جزاؤهما سواء قتلهما دفعة واحدة أو واحدة بعد واحدة ، وعن أحمد أنه

على المحرم جناح في قتلهن» وذكر مثل حديث عائشة متفق عليهما وفي لفظ لمسلم في حديث ابن عمر «خمس لا جناح على من قتلهن في الحرم والاحرام» وهذا عام في الغراب وهو أصح من الحديث الآخر ولأن غراب البين محرم الأكل يعدو على أموال الناس فلا وجه لاخراجه من العموم وفارق ما أبيح

يتداخل اذا كان متفرقا فيجب عليه جزاء واحد كالمحظورات غير قتل الصيد والصحيح الاول لان الله تعالى قال (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ومثل الصيدين لا يكون مثل أحدهما ولانه لو قتل صيدين دفعة واحدة وجب جزاؤهما فاذا تفرقا كان الوجوب أولى لان حالة التفريق لا تنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات

﴿مسئلة﴾ (وان فعل محظوراً من أجناس فعليه لكل واحد فداء وعنه عليه فدية واحدة)

اذا فعل محظورا من أجناس كحلق ولبس وتطيب ووطء فعليه لكل واحد فدية سواء فعله مجتمعا أو متفرقا، وهذا مذهب الشافعي . وعن احمد أن في الطيب واللبس والحلق فدية واحدة اذا كانا في وقت واحد وان فعل ذلك واحدا بعد واحد فعليه لكل واحد دم وهو قول اسحاق وقال عطاء وعمرو بن دينار اذا حلق ثم احتاج الى الطيب أو الى قلنسوة أو اليهما ففعل ذلك فليس عليه الا فدية واحدة وقال الحسن ان لبس القميص وتعمم وتطيب فعل ذلك جميعا فليس عليه الا فدية واحدة

ولنا أنها محظورات مختلفة الاجناس فلم يتداخل جزاؤها كالحدود المختلفة والايمان المختلفة وعكسه اذا كانت من جنس واحد

﴿مسئلة﴾ (وان حلق أو قلم أو وطيء أو قتل صيداً عامداً أو مخطئا فعليه الكفارة وعنه في الصيد لا كفارة عليه الا في العمد ويتخرج في الحلق مثله)

أما الوطء فقد ذكرناه وجملته أنه لا فرق بين العمد والخطأ في الحلق والتقليم ومن له عذر ومن لا عذر له في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي ونحوه عن الثوري وفيه وجه آخر لا فدية على الناسي وهو قول أبي اسحاق وابن المنذر لقوله عليه السلام «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان»

ولنا أنه اتلاف فاستوى عمده وسهوه كاتلاف مال الآدمي ولان الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لاذى به وهو معذور فكان تنبيها على وجوبها على غير المعذور ودليلا على وجوبها على المعذور بنوع آخر كالمحتجم يحلق موضع محاجمه أو شعر شجته وفي معنى الناسي النائم الذي يقلع شعره أو يصوب رأسه إلى تنور فيحرق اللهب شعره ونحو ذلك

(فصل) وقتل الصيد يستوي عمده وسهوه أيضا هذا ظاهر المذهب، وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال الزهري على المتعمد بالكتاب وعلى المخطيء بالسنة وعنه لا كفارة على المخطيء وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس وابن المنذر وداود لان الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمداً) فيدل بمفهومه على أنه لا جزاء على الخاطيء ولان الاصل

أكله فانه مباح ليس هو في معنى ما أبيح قتله فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ماليس في معناه وقول الخرقي وكل ماعدا عليه وآذاه يحتمل أنه أراد مايبدأ المحرم فيعدو عليه في نفسه أو ماله فهذا لاجناح على قاتله سواء كان من جنس طبعه الاذى أو لم يكن قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل

براءة ذمته فلا تشغلها إلا بدليل ولانه محظور بالاحرام لا يفسد به ففرق بين عمده وخطأه كاللبس

ووجه الاول قول جابر رضي الله عنه جعل رسول الله ﷺ في الضبع يصيده المحرم كبشا وقال عليه السلام في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه ولم يفرق بين العمد والخطأ رواهما ابن ماجه ولانه ضمان اتلاف فاستوى عمده وخطاؤه كمال الآدمي

﴿ مسئلة ﴾ (وان لبس أو تطيب أو غطى رأسه ناسيا فلا كفارة فيه وعنه عليه الكفارة)

أما اذا لبس أو تطيب أو غطى رأسه عامداً فان عليه الفدية بغير خلاف علمناه لانه ترفه محظور في احرامه عامدا فاشبه حلق الشعر ويستوي في ذلك قليل الطيب وكثيره وقليل اللبس وكثيره ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب الدم الا بتطييب عضو كامل وفي اللباس بلباس يوم وليلة ولا شيء فيما دون ذلك لانه لم يلبس لبساً معتادا أشبه ما لو اتزر بالقميص

ولنا أنه معنى حصل به الاستمتاع بالمحظور فاعتبر بمجرد الفعل كالوطء أو محظورا فلا يتقدر فديته بالزمن كسائر المحظورات وما ذكروه ممنوع فان الناس يختلفون في اللبس في العادة وما ذكروه تقدير والتقديرات بابها التوقيف وتقديرهم بعضو ويوم وليلة تحكم محض وأما اذا اتزر بقميص فليس ذلك بلبس مخيط ولذلك لا يحرم عليه وان طال والمختلف فيه محرم لبسه

(فصل) ويلزمه غسل الطيب وخلع اللباس لانه فعل محظور فلزمته ازالته وقطع استدامته كسائر المحظورات والمستحب أن يستعين في غسل الطيب بحلال لئلا يباشر المحرم الطيب بنفسه وان وليه بنفسه فلا بأس لان النبي ﷺ قال للذي عليه طيب « اغسل عنك الطيب » ولانه تارك له فان لم يجد ما يغسله به مسحه بخرقة أو حكه بتراب أو غيره لان الذي عليه أن يزيله حسب الامكان وقد فعله

(فصل) فان كان معه ماء وهو محتاج الى الوضوء والماء لا يكفيها غسل به الطيب وتيمم للحدث لانه لا رخصة في ابقاء الطيب وترك الوضوء الى التيمم رخصة فان قدر على قطع رائحة الطيب بغير الماء فعل وتوضأ لان المقصود من ازالة الطيب قطع رائحته فلا يتعين الماء والوضوء بخلافه فان لبس قميصا وسراويل وعمامة وخفين كفاه فدية واحدة لان الجميع لبس فاشبه الطيب في رأسه وبدنه وفيه خلاف ذكرناه فيما مضى

(فصل) فاما ان فعل ذلك ناسيا فلا فدية عليه هذا ظاهر المذهب والجاهل في معنى الناسي وهذا قول عطاء والثوري واسحاق وابن المنذر قال احمد قال سفيان ثلاثة في الحج العمد والنسيان سواء اذا أتى أهله وإذا أصاب صيداً وإذا حلق رأسه قال احمد : إذا جامع أهله بطل حجه لانه شيء

العلم على أن السبع اذا بدأ المحرم فقتله لاشيء عليه ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الاذى والعدوان وان لم يوجد منه أذى في الحال قال مالك الـكلب العقور ماعقر الناس وعدا عليهم مثل الاسد والنمر والفهد والذئب فعلى هذا يباح كل مافيه أذى للناس في أنفسهم أو في أموالهم مثل سباع البهائم كلها المحرم

لا يقدر على رده والصيد اذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده والشعر اذا حلقه فقد ذهب فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيه سواء وكل شيء من النسيان بعد الثلاثة فهو يقدر على رده مثل اذا غطى المحرم رأسه ثم ذكر ألقاه عن رأسه وليس عليه شيء أو لبس خفا نزعه وليس عليه شيء وعنه رواية أخرى أن عليه الفدية في كل حال وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة لانه هتك حرمة الاحرام فاستوى عمده وسهوه كالحلق والتقليم

ولنا عموم قوله عليه السلام « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وروى يعلى ابن أمية ان رجلا أتى النبي ﷺ وهو بالجعرانة وعليه جبة وعليه أثر خلوق أو أثر صفرة فقال يارسول الله كيف تأمرني أن أصنع في عمرتي قال « اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك أثر الخلوق - أو قال - أثر الصفرة واصنع في عمرتك كما تصنع في حجك » متفق عليه وفي لفظ قال يارسول الله أحرمت بالعمرة وعلي هذه الجبة فلم يأمره بالفدية مع مسألته عما يصنع وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز دل على انه عذره لجهله[1] والناسي في معناه. ولان الحج عبادة يجب بافسادها الكفارة فكان في محظوراته مايفرق فيه بين عمده وسهوه كالصوم. وأما الحلق وقتل الصيد فهو اتلاف ولايمكن تلافيه، إذا ثبت ذلك فانه متى ذكر فعليه خلع اللباس وغسل الطيب في الحال. فان أخر ذلك عن زمن الامكان فعليه الفدية لانه تطيب ولبس من غير عذر فأشبه المبتدىء. وان مس طيبا يظنه يابسا فبان رطبا ففيه وجهان (أحدهما) عليه الفدية لأنه قصد مس الطيب (والثاني) لافدية عليه لانه جهل تحريمه فأشبه من جهل تحريم الطيب. وان طيب باذنه فعليه الفدية لانه منسوب اليه، فان قيل: فلم لا يجوز له استدامة الطيب ههنا كالذي تطيب قبل إحرامه؟ قلنا ذلك فعل مندوب اليه فكان له استدامته وههنا هو محرم وانما سقط حكمه بالنسيان والجهل فاذا زالا ظهر حكمه وان تعذر عليه ازالته لاكراه أو علة ولم يجد من يزيله فلا فدية عليه وجرى مجرى المكره على ابتداء الطيب وحكم الجاهل إذا علم حكم الناسي اذا ذكر وحكم المكره حكم الناسي لانه مقرون به في الحديث الدال على العفو. ويستحب له أن يلبي اذا فعل ذلك استذكاراً للحج واستشعاراً باقامته عليه ورجوعه اليه، ويروى هذا القول عن ابراهيم النخعي وقد ذكره الخرقي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن رفض احرامه ثم فعل محظوراً فعليه فداؤه)

وجملة ذلك ان التحلل من الحج لا يحصل إلا بأحد ثلاثة أشياء كمال أفعاله أو التحلل عند الحصر أو بالعذر إذا شرط وما عدا هذا فليس له أن يتحلل به ولو نوى التحلل لم يحل ولا يفسد الاحرام برفضه لأنها عبادة لا يخرج منها بالفساد فلم يخرج برفضها بخلاف سائر العبادات، ويكون الاحرام

[1] لكنهم فرقوا في الجهل بين الناشيء في الاسلام وقريب العهد به كذلك الرجل

أكلها وجوارح الطير كالبـازي والعقاب والصقر والشـاهين ونحوها والحشرات المؤذية والزنبور والبق والبعوض والبراغيث والذباب وبهـذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي يقتـل ماجاء في الخبر والذئب قياسا عليه

باقياً في حقه يلزمه أحكامه ويلزمه جزاء كل جناية جناها ، وإن وطيء أفسد حجه، وعليه لذلك بدنة مع ماوجب عليه من الدماء سواء كان ألوطء قبل الجنايات أو بعدها فان الجناية على الاحرام الفاسد كالجناية على الاحرام الصحيح وليس عليه لرفض الاحرام شيء لانه مجرد نية لم تؤثر شيئا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن تطيب قبل إحرامه في بدنه فله استدامة ذلك في إحرامه وليس له لبس ثوب مطيب)

يستحب لمن أراد الاحرام أن يتطيب في بدنه خاصة وقد ذكرناه في باب الاحرام وله استدامة الطيب في إحرامه قالت عائشة رضي الله عنها كنت أطيب رسول الله ﷺ لاحرامه قبل أن يحرم وقالت كأني أنظر إلى وبيص الطيب في مفارق رسول الله ﷺ وهو محرم . متفق عليه وفي لفظ للنسائي : كأني أنظر إلى وبيص طيب المسك في مفرق رسول الله ﷺ . قالت عائشة رضي الله عنها كنا نخرج مع النبي ﷺ الى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الاحرام فاذا عرقت احدانا سال على وجهها فيراها النبي ﷺ فلا ينهاها. رواه أبو داود

(فصل) وليس له لبس مطيب بعد إحرامه بغير خلاف لقول رسول الله ﷺ « لا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه فان لبس ثوبا مطيبا ثم أحرم فله استدامة لبسه ما لم ينزعه فان نزعه لم يكن له أن يلبسه فان فعل فعليه الفدية لان الاحرام يمنع ابتداء الطيب ولبس المطيب دون استدامته وقد ذكرناه والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه فان استدام لبسه فعليه الفدية)

اذا أحرم وعليه قميص أو سراويل أو جبة خلعه ولم يشقه ولا فدية عليه ، وبه قال أكثر أهل العلم وقال بعضهم انه يشق ثيابه لئلا يتغطى رأسه حين ينزع القميص منه

ولنا ما ذكرناه من حديث يعلى بن أمية أن رجلا أتى النبي ﷺ وهو بالجعرانة فقال يا رسول الله أحرمت بالعمرة وعلي هذه الجبة فامره النبي ﷺ بخلعها ولو وجب شقها أو وجبت عليه فدية لامره بها لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فان استدام لبسه فعليه الفدية لان خلعه واجب لامر النبي ﷺ به ولانه محظور من محظورات الاحرام فوجب عليه دم لفعله كما لو حلق رأسه

﴿ مسئلة ﴾ (وان لبس ثوباً مطيبا فانقطع ريح الطيب منه وكان بحيث اذا رش فيـه الماء فاح ريحه فعليه الفدية) لانه مطيب بدليل أن رائحته تظهر عند رش الماء والماء لا رائحة له وانما هو من الطيب الذي فيه فلزمته الفدية كما لو ظهرت بنفسها

(فصل) قال رحمه الله (وكل هدي أو اطعام فهو لمساكين الحرم اذا قدر علي إيصاله اليهم الا

ولنا أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه تنبيها على ما هو أعلى منها ودلالة على ما كان في معناها فنصه على الحدأة والغراب تنبيه على البازي ونحوه وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات وعلى العقرب تنبيه على الحية وعلى الكلب العقور تنبيه على السباع التي هي أعلى منه ولان مالا يضمن بمثله ولا بقيمته لا يضمن كالحشرات

فدية الاذى واللبس ونحوها اذا وجد سببها في الحل فيفرقها حيث وجد سببها ودم الاحصار يخرجه حيث أحصر)

الهدايا والضحايا مختصة بمساكين الحرم لقوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) وكذلك جزاء المحظورات اذا فعلها في الحرم نص عليه أحمد رحمه الله فقال أما اذا كان بمكة أو كان من الصيد فكله بمكة لان الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) وذكر القاضي في قتل الصيد رواية أخرى أنه يفدي حيث قتله كحلق الرأس وهذا يخالف نص الكتاب ومنصوص أحمد فلا يعول عليه وما وجب لترك نسك أو فوات فهو لمساكين الحرم دون غيرهم لانه هدي وجب لترك نسك أشبه دم القران وقال ابن عقيل فيمن فعل المحظور لغير سبب يبيحه أنه يختص ذبحه وتفرقة لحمه بفقراء الحرم كسائر الهدي

(فصل) وما وجب نحره بالحرم وجب تفرقة لحمه به ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا ذبحها في الحرم جاز تفرقة لحمها في الحل

ولنا أنه أحد مقصودي النسك فاختص بالحرم كالذبح ولان المقصود من ذبحه بالحرم التوسعة على مساكينه ولا يحصل باعطائه غيرهم والطعام كالهدي في اختصاصه بفقراء الحرم فيما يختص الهدي به ، وقال عطاء والنخعي الهدي بمكة وما كان من طعام أو صيام فحيث شاء ويقتضيه مذهب مالك وأبي حنيفة

ولنا قول ابن عباس رضي الله عنهما الهدي والاطعام بمكة والصوم حيث شاء ولانه نسك يتعدى نفعه إلى المساكين فاختص بالحرم كالهدي

(فصل) ومساكين الحرم من كان فيه من أهله ومن ورد اليه من الحاج وغيرهم وهم الذين تدفع اليهم الزكاة لحاجتهم فان دفع الى فقير في ظنه فبان غنيا خرج فيه وجهان كالزكاة وللشافعي فيه قولان وما جاز تفرقته بغير الحرم لم يجز دفعه إلى فقراء أهل الذمة ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وجوزه أصحاب الرأي ولنا أنه كافر فلم يجز الدفع اليه كالحربي

(فصل) فان عجز عن ايصاله الى فقراء الحرم جاز ذبحه وتفريقه في غيره لقوله سبحانه (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) فان منع الناذر الوصول بنفسه وأمكنه تنفيذه لزمه وقال ابن عقيل يخرج في الهدي المنذور إذا عجز عن إيصاله روايتان كدماء الحج والصحيح الجواز

(فصل) فأما فدية الاذى إذا وجد سببها في الحل فيجوز في الموضع الذي حلق فيه نص عليه احمد ، وقال الشافعي : لا يجوز الا في الحرم لقوله تعالى (هديا بالغ الكعبة)

ولنا أن النبي ﷺ أمر كعب بن عجرة بالفدية بالحديبية وهي من الحل ولم يأمره ببعثه الى الحرم ، وروى الأثرم والجوزجاني في كتابيهما عن أبي أسماء مولى عبد الله بن جعفر رضي الله

(فصل) ومالا يؤذي بطبعه ولا يؤ كل كالرخم والديدان فلا أثر للحرم ولا للاحرام فيه ولا جزاء فيه ان قتله وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحرم قتلها وإن قتلها فداها وكذلك كل سبع لا يعدو

عنهما قال : كنت مع عثمان وعلي وحسين بن علي رضي الله عنهم حجاجا فاشتكى حسين بن علي بالسقيا فأومأ بيده إلى رأسه فحلقه علي ونحر عنه جزورا بالسقيا وهذا لفظ رواية الأثرم ولم يعرف لهم مخالف والآية وردت في الهدي وحكم اللبس والطيب حكم الحلق اذا وجد في الحل ذكره القاضي قياسا عليه وقال فيه وفي الحلق روايتان (احداهما) يفدي حيث وجد سببه والثانية محل الجميع الحرم حكاهما ابن أبي موسى في الارشاد

(فصل) فأما دم الاحصار فيخرجه حيث أحصر من حل أو حرم نص عليه احمد وهو قول مالك والشافعي فان كان قادراً على اطراف الحرم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه نحره فيه لان الحرم كله منحر وقد قدر عليه (والثاني) ينحره في موضعه لان النبي ﷺ نحر هديه في موضعه وعن احمد رحمه الله ليس للمحصر نحر هديه الا في الحرم فيبعثه الى الحرم ويواطيء رجلا على نحره في وقت يتحلل وهذا يروى عن ابن مسعود رضي الله عنه فيمن لدغ في الطريق وروى ذلك عن الحسن والشعبي وعطاء لانه أمكنه النحر في الحرم أشبه ما لو حصر فيه قال شيخنا وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصا أما الحصر العام فلا ينبغي أن يقوله أحد لان ذلك يفضى الى تعذر الحل لتعذر وصول الهدي الى محله ولان النبي ﷺ وأصحابه نحروا هداياهم بالحديبية وهي من الحل قال البخاري ومالك إن النبي ﷺ وأصحابه حلقوا وحلوا من كل شيء قبل الطواف وقبل أن يصل الهدي إلى البيت ولم يذكر أن النبي ﷺ أمر أحداً أن يقضي شيئا ولا أن يعود له ويروى أن النبي ﷺ نحر هديه عند الشجرة التي كانت تحتها بيعة الرضوان وهي من الحل باتفاق أهل السير والنقل وقد دل عليه قوله سبحانه (والهدي معكوفا ان يبلغ محله) ولانه موضع حله فكان موضع نحره كالحرم فان قيل فقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله) وقال (ثم محلها الى البيت العتيق) ولانه ذبح يتعلق بالاحرام فلم يجز في غير الحرم كجزاء الصيد قلنا الآية في حق غير المحصر ولا يمكن قياس المحصر عليه لان تحلل المحصر في الحل وتحلل غيره في الحرم وكل منهما ينحر في موضع تحلله وقد قيل في قوله تعالى (حتى يبلغ الهدي محله) أي حتى يذبح وذبحه في حق المحصر في موضع حله اقتداء بالنبي ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ (وأما الصيام فيجزئه بكل مكان) لا نعلم فيه خلافا كذلك قال ابن عباس وعطاء والنخعي وغيرهم وذلك لان الصيام لا يتعدى نفعه إلى أحد فلا معنى لتخصيصه بمكان بخلاف الهدي والاطعام فان نفعه يتعدى إلى المعطي والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وكل دم ذكرنا يجزيء فيه شاة أو سبع بدنة ومن وجبت عليه بدنة اجزأته بقرة)

على الناس واذا وطيء الذباب والنمل أو الذر أوقتل الزنبور تصدق بشيء من الطعام

ولنا أن الله تعالى انما أوجب الجزاء في الصيد وليس هذا بصيد قال بعض أهل اللغة الصيد

كل من وجب عليه دم أجزأه ذبح شاة أو سُبع بدنة أو بقرة لقوله سبحانه في المتمتع (فما استيسر من الهدي) قال ابن عباس رضي الله عنهما شاة أو شرك في دم[1] وقال تعالى في فدية الاذى (ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وفسره النبي ﷺ في حديث كعب بن عجرة بذبح شاة وما سوى هذين مقيس عليهما فان اختار ذبح بدنة فهو أفضل لأنها أوفر لحما وأنفع للفقراء وهل تكون كلها واجبة ؟ فيه وجهان (أحدهما) تكون واجبة اختاره ابن عقيل لأنه اختار الا على لاداء فرضه فكان كله واجبا كما لو اختار الا على من خصال الكفارة (والثاني) يكون سبعها واجبا والباقي تطوع له أ كله وهديته لان الزائد على السبع يجوز تركه من غير شرط ولا بدل أشبه ما لو ذبح سبع شياه

(فصل) ولا يجزئه إلا الجذع من الضأن والثني من غيره والجذع ماله ستة أشهر والثني من المعز ماله سنة ومن البقر ماله سنتان ومن الابل ماله خمس سنين وبه قال مالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر والزهري لا يجزيء الا الثني من كل شيء . وقال عطاء والاوزاعي يجزيء الجذع من الكل الا المعز

ولنا على الزهري ماروي عن أم هلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال « يجوز الجذع من الضأن أضحية » وعن عاصم بن كليب عن أبيه قال كنا مع رجل من أصحاب رسول الله ﷺ يقال له مجاشع بن سليم فعزب الغنم فأمر مناديا فنادى ان رسول الله ﷺ كان يقول « ان الجذع يوفى مما توفي منه الثنية » رواهما ابن ماجه وعن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لاتذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعا من الضأن » رواه مسلم وهذا حجة على عطاء والاوزاعي، وحديث أبي بردة بن نيار قال يارسول الله ان عندي عناقا جذعا هي خير من شاتي لحم قال « تجزئك ولا تجزيء أحدا بعدك » رواه أبو داود والنسائي . ولا يجزيء فيها المعيب الذي يمنع من الاجزاء في الهدي والاضاحي قياسا عليها

(فصل) ومن وجبت عليه بدنة أجزأته بقرة) إذا كان في غير النذر وجزاء الصيد لما روى أبو الزبير عن جابر قال كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له والبقرة؟ قال وهل هي الا من البدن؟ رواه مسلم فأما في النذر فقال ابن عقيل يلزمه مانواه فان أطلق ففيه روايتان (احداهما) هو مخير لما ذكرنا من الخبر (والاخرى) لاتجزئه إلا مع عدم البدنة وهو قول الشافعي لأنها بدل فاشترط عدم المبدل لها

قال شيخنا والاولى أولى للخبر ولان ما أجزأ عن سبعة في الهدايا ودم المتعة أجزأ في النذر بلفظ البدنة كالجزور ، وان كان في جزاء الصيد أجزأت أيضا لحديث جابر اختاره شيخنا . ويحتمل أن لاتجزيء لان البقرة لاتشبه النعامة . ومن وجبت عليه بدنة أجزأه سبع من الغنم ذكره الخرقي سواء

[1] « ١ » يعني اشتراك مع غيره في دم بدنة أو بقرة وكل منهما تجزيء عن سبع شياه

ماجمع ثلاثة أشياء فيكون مباحا وحشيا ممتنعا ولانه لامثل له ولاقيمة والضمان انما يكون بأحد هذين الشيئين وروي عن عمر أنه قرد بعيره بالسقيا وهو محرم ومعناه أنه نزع القراد عنه ورماه وهذا

كانت من جزاء الصيد أو منذورة أو فدية الوطء . وقال ابن عقيل إنما تجزيء عنها عند عدمها في ظاهر كلام أحمد رحمه الله لانه بدل فلا يصار اليه مع وجودها كسائر الابدال ، فأما عند عدمها فيجوز لما روى ابن عباس رضي الله عنه قال أتى النبي ﷺ رجل فقال ان علي بدنة وأنا موسر لها ولا أجدها فأشتريها فأمره النبي ﷺ أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن رواه ابن ماجه . وعنه لا يجزئه أقل من عشر شياه لأنهم كانوا يعدلونها في الغنيمة بعشر كذلك . هذا والاول أولى للخبر

ولنا ان الشاة معدولة بسبع بدنة وهي أطيب لحما فاذا عدل الى الأعلى أجزأه كما لو ذبح عن الشاة بدنة

(فصل) ومن وجبت عليه سبع من الغنم أجزأته بدنة أو بقرة إن كان في كفارة محظور لان الواجب فيه ما استيسر من الهدي وهو شاة أو سبع بدنة وقد كان أصحاب رسول الله ﷺ يتمتعون فيذبحون البقرة عن سبعة . قال جابر أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الابل والبقر كل سبع منا في بدنة . رواه مسلم . فأما ان وجب عليه سبع من الغنم في جزاء الصيد فقال شيخنا لاتجزئه البدنة في الظاهر لان الغنم أطيب لحما فلا يعدل عن الاعلى إلى الادنى

(فصل) ومن وجبت عليه بقرة أجزأته بدنة لانها أكثر لحما وأوفر . ويجزئه سبع من الغنم إذا قلنا يجزيء عن البدنة بطريق الاولى وان كانت البقرة منذورة احتمل على ماحكاه ابن عقيل ان لاتجزئه سبع من الغنم مع وجودها كما لو كان المنذور بدنة والله تعالى أعلم

باب جزاء الصيد

(وهو ضربان (أحدهما) له مثل من النعم فيجب مثله وهو نوعان ﴿ أحدهما ﴾ قضت فيه الصحابة ففيه ماقضت). يجب على المحرم الجزاء بقتل صيد البر بمثله من النعم ان كان له مثل هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي . وقال أبو حنيفة الواجب القيمة ويجوز صرفها الى المثل لان الصيد ليس بمثلي

ولنا قوله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وجعل النبي ﷺ في الضبع كبشا وأجمع الصحابة رضي الله عنهم على إيجاب المثل فقال عمر وعلي وعثمان وزيد وابن عباس ومعاوية في النعامة بدنة ، وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة وحكم عمر في حمار الوحش ببقرة حكموا بذلك في الازمنة المختلفة والبلدان المتفرقة فدل على ان ذلك ليس على وجه القيمة لانه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف القيمة فيه إما برؤية أو اخبار ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم ولأنهم حكموا في الحمام بشاة والحمامة لا تبلغ قيمة الشاة غالبا . إذا ثبت هذا فليس المراد حقيقة المماثلة فانها لا تتحقق بين الانعام والصيد لكن أريد المماثلة من حيث الصورة ، والمثلي من الصيد قسمان (أحدهما) قضت فيه

قول جابر بن زيد وعطاء وروي أن ابن عباس قال لعكرمة وهو محرم قرد البعير فكره ذلك فقال قم فانحره فنحره فقال له ابن عباس لا أم لك كم قتلت فيها من قراد وحلمة وحمنانة؟ يعني كبار القراد رواه كله سعيد

الصحابة فيجب فيه ماقضت وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق . وقال مالك يستأنف الحكم فيه لان الله تعالى قال (يحكم به ذوا عدل منكم)

ولنا قول النبي ﷺ « أصحابي كالنجوم فبأيهم اقتديتم اهتديتم »[1] وقال « اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر »[2] ولانهم أقرب إلى الصواب وأبصر بالعلم فكان حكمهم حجة على غيرهم كالعالم مع العامي فالذي بلغنا قضاؤهم فيه النعامة حكم فيها عمر وعلي وعثمان وزيد وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم ببدنة . وبه قال عطاء ومالك والشافعي وأكثر العلماء ، وحكي عن النخعي ان فيها قيمتها وبه قال أبو حنيفة وخالفه في ذلك صاحباه واتباع النص والآثار أولى ، ولان النعامة تشبه البعير في خلقه فكان مثلا لها فيدخل في عموم النص وفي حمار الوحش بقرة روي ذلك عن عمر وبه قال عروة ومجاهد والشافعي وعن أحمد فيه بدنة روي ذلك عن أبي عبيدة وابن عباس وبه قال عطاء والنخعي وفي بقرة الوحش بقرة روي ذلك عن ابن مسعود وعطاء وعروة وقتادة والشافعي ، والايل فيه بقرة قاله ابن عباس ، قال أصحابنا في الثيتل والوعل بقرة كالايل ، والاروي فيه بقرة قاله ابن عمر وقال القاضي فيها عضب وهو من أولاد البقر مابلغ أن يعتص على قرن ولم يبلغ أن يكون ثوراً ، وفي الضبع كبش لما روى أبو داود عن جابر أن النبي ﷺ جعل في الضبع يصيدها المحرم كبشا ، قال أحمد حكم رسول الله ﷺ في الضبع بكبش وقضى به عمر وابن عباس وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الاوزاعي كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها وهو القياس إلا أن اتباع السنة والآثار أولى ، وفي الغزال شاة ثبت ذلك عن عمر وروي عن علي وبه قال عطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ولا يحفظ عن غيرهم خلافهم وقد روى جابر عن النبي ﷺ انه قال « في الظبي شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة » قال ابن الزبير والجفرة التي قد فطمت ورعت ، رواه الدارقطني ، وفي الثعلب شاة أيضا لانه يشبه الغزال وممن قال فيه الجزاء قتادة وطاوس ومالك والشافعي وعن أحمد لاشيء فيه لانه سبع ، وأما الوبر فقال القاضي فيه جفرة لانه ليس بأكبر منها وهو قول الشافعي وقيل فيه شاة روي ذلك عن مجاهد وعطاء ، وفي الضب جدي قضى به عمر وزيد وبه قال الشافعي وعن أحمد فيه شاة لان جابر بن عبد الله وعطاء قالا فيه ذلك ، وقال مجاهد حفنة من طعام والاولى أولى لان قضاء عمر أولى من قضاء غيره والجدي أقرب اليه من الشاة ، وفي اليربوع جفرة لما ذكرنا من حديث جابر وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور وقال النخعي ثمنه وقال مالك قيمته من الطعام وقال عمرو بن دينار ماسمعنا ان الضب واليربوع يوديان

« ١ » هذا الحديث ضعيف جداً

« ٢ » رواه احمد والترمذي وابن ماجة عن حذيفة بسند صحيح

(فصل) ولا تأثير للاحرام ولا للحرم في تحريم شيء من الحيوان الاهلي كبهيمة الانعام ونحوها لانه ليس بصيد وإنما حرم الله تعالى الصيد وقد كان النبي ﷺ يذبح البدن في إحرامه في الحرم يتقرب الى الله

واتباع الآثار أولى والجفرة يكون لها أربعة أشهر من المعز وقال أبو الزبير هي التي فطمت ورعت وقيل هي الطفلة التي يروح بها الراعي على يديه ،وفي الارنب عناق لما ذكرنا من حديث جابر وقضى به عمر أيضا وبه قال الشافعي وقال ابن عباس فيه حمل وقال عطاء فيه شاة وقضاء عمر أولى والعناق الانثى من أولاد المعز أصغر من الجفرة ، والذكر جدي وفي الحمام وهو كل ماعب وهدر شاة حكم به عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن عبد الحارث في حمام الحرم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعروة وقتادة والشافعي واسحاق وقال أبو حنيفة ومالك فيه قيمته الا أن مالكا وافق في حمام الحرم دون الاحرام لان القياس يقتضي القيمة في كل الطير تركناه في حمام الحرم بحكم الصحابة ففيما عداه يبقى على الاصل قلنا قد روي عن ابن عباس في الحمام في حال الاحرام كقولنا ولانها حمامة مضمونة لحق الله تعالى فضمنت بشاة كحمامة الحرم ولانها متى كانت الشاة مثلا لها في الحرم فكذلك في الحل فيجب ضمانها بها لقول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وقياس الحمام على جنسه أولى من قياسه على غيره ، والحمام كل ماعب الماء أي وضع منقاره فيه فيكرع كما تكرع الشاة ولا يأخذ قطرة قطرة كالدجاج والعصافير وإنما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرع الماء ولا يشرب كشرب بقية الطيور قال أحمد في رواية ابن القاسم وسندي كل طير يعب الماء يشرب مثل الحمام ففيه شاة فيدخل فيه الفواخت والدواشين والسفاهين والقمري والدبسي والقطا . ولان كل واحد منها تسميه العرب حماما ، وقال الكسائي كل مطوق حمام وعلى هذا القول الحجل حمام لانه مطوق

﴿ مسئلة ﴾ (النوع الثاني) ما لم تقض فيه الصحابة فيرجع فيه إلى قول عدلين من أهل الخبرة ويجوز أن يكون القاتل أحدهما)

وذلك لقول الله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) فيحكمان فيه بأشبه الاشياء به من النعم من حيث الخلقة لا من حيث القيمة بدليل ان قضاء الصحابة لم يكن بالمثل في القيمة وليس من شرط الحكم أن يكون فقيها لان ذلك زيادة على أمر الله تعالى به وقد أمر عمر أربد أن يحكم في الضب ولم يسأل أفقيه أم لا لكن تعتبر العدالة لانها منصوص عليها ، وتعتبر الخبرة لانه لا يتمكن من الحكم بالمثل الا من له خبرة ولان الخبرة بما يحكم به شرط في سائر الحكام ، ويجوز أن يكون القاتل أحد العدلين وبه قال الشافعي واسحاق وابن المنذر ، وقال مالك والنخعي ليس له ذلك لان الانسان لا يحكم لنفسه وكذلك يجوز أن يكون الحاكمان القاتلين وبه قال الشافعي وقال مالك لا يجوز حكاه أبو الحسين

ولنا عموم قوله سبحانه (يحكم به ذوا عدل منكم) والقاتل مع غيره ذوا عدل منا وقد روى الشافعي في مسنده عن طارق بن شهاب قال: خرجنا حجاجاً فأوطأ رجل منا يقال له أربد ضباً ففقر ظهره فقدمنا

سبحانه بذلك وقال أفضل الحج العج والثج يعني إسالة الدماء بالذبح والنحر وليس في هذا اختلاف

(فصل) ويحل للمحرم صيد البحر لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم

على عمر رضي الله عنه فسأله أربد فقال احكم يا أربد فيه قال أنت خير مني يا أمير المؤمنين قال انما أمرتك أن تحكم ولم آمرك أن تزكيني فقال أربد أرى فيه جديا قد جمع الماء والشجر فقال عمر فذلك فيه ،فأمره عمر أن يحكم وهو القاتل وأمر أيضا كعب الاحبار أن يحكم على نفسه في الجرادتين اللتين صادهما وهو محرم ولانه مال يخرج في حق الله تعالى فجاز أن يكون من وجب عليه أمينا فيه كالزكاة ، قال ابن عقيل انما يحكم القاتل اذا قتل خطأ لأن القتل عمداً ينافي العدالة فيخرج عن أن يكون قد قتله جاهلا بالتحريم فلا يمتنع أن يحكم لانه لا يفسق بذلك والله أعلم . وعلى قياس ذلك اذا قتله عند الحاجة الى أكله لان قتله مباح لكن يجب فيه الجزاء

﴿مسئلة﴾ (ويجب في كل واحد من الصغير والكبير والصحيح والمعيب مثله الا الماخض تفدى بقيمة مثلها وقال أبو الخطاب يجب فيها مثلها)

يجب في كبير الصيد كبير مثله وفي الصغير صغير وفي الصحيح صحيح وفي المعيب معيب وفي الذكر ذكر وفي الانثى أنثى ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يجزيء الا كبير صحيح لان الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) ولا يجزيء في الهدي صغير ولا معيب ولانها كفارة متعلقة بقتل حيوان فلم تختلف بصغره وكبره كقتل الآدمي

ولنا قوله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) ومثل الصغير صغير ومثل المعيب معيب ولان ما ضمن باليد والجناية اختلف ضمانه بالصغر والكبر كالبهيمة ، والهدي في الآية مقيد بالمثل ، وقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على ايجاب مالا يصلح هديا كالجفرة والعناق والجدي . وكفارة الآدمي ليست بدلا عنه ولا تجري مجرى الضمان بدليل أنها لا تتبعض في أبعاضه فان فدى المعيب بصحيح فهو افضل فاما الماخض وهي الحامل فقال القاضي يضمنها بقيمة مثلها ، وهو مذهب الشافعي لأن قيمتها أكثر من قيمة لحمها وقال أبو الخطاب يضمنها بما خض مثلها للآية ولان إيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه فان فداها بغير ما خض احتمل الجواز لان هذه الصفة لا تزيد في لحمها بل ربما نقصتها فلا يشترط وجودها في المثل كاللون وان جنى على ماخض فأتلف جنينها وخرج ميتا ففيه ما نقصت أمه كما لوجرحها وان خرج حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات ضمنه بمثله وان كان لوقت لا يعيش لمثله فهو كالميت كجنين الآدمية

﴿مسئلة﴾ (ويجوز فداء أعور من عين بأعور من أخرى وفداء الذكر بالانثى وفي فدائها به وجهان)

إذا فدى المعيب بمثله جاز لما ذكرنا وان اختلف العيب مثل فداء الاعور بأعرج والاعرج بأعور لم يجز لعدم المماثلة وان فدى أعور من احدى العينين بأعور من أخرى أو اعرج بقائمة بأعرج من أخرى

والسيارة) قال ابن عباس وابن عمر طعامه ما ألقاه ، وعن ابن عباس طعامه ملحه وعن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير طعامه الملح وصيده ما اصطدنا وأجمع أهل العلم على أن صيد البحر

جاز لان هذا اختلاف يسير ونوع العيب واحد وانما اختلف محله وان فدى الذكر بالانثى جاز لأن لحمها أطيب وأرطب وان فداها به ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز لان لحمه أوفر فتساويا والآخر لايجوز لان زيادته عليها ليست من جنس زيادتها فاشبه فداء المعيب من نوع بالمعيب من نوع آخر ولانه لايجزيء عنها في الزكاة كذلك ههنا

﴿مسألة﴾ (الضرب الثاني) مالا مثل له وهو سائر الطير فيجب فيه قيمته الا ما كان أكبر من الحمام فهل يجب فيه قيمته أو شاة ؟ على وجهين)

يجب فداء مالا مثل له بقيمته في موضعه الذي أتلفه فيه كاتلاف فصال الآدمي ولاخلاف بين أهل العلم في وجوب ضمان الصيد من الطير إلا ماحكي عن داود ماكان أصغر من الحمام لا يضمن لان الله تعالى قال (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وهذا لامثل له

ولنا عموم قوله تعالى (لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقد قيل في قوله تعالى (ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم) يعني الفرخ والبيض ومالا يقدر أن يفر من صغار الصيد (ورماحكم) يعني الكبار ، وقد روي عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما أنهما حكما في الجراد الجزاء ودلالة الآية على وجوب جزاء غيره لايمنع من وجوب الجزاء في هذا بدليل آخر ويفدى بقيمته لأن الاصل أن يضمن بقيمته كما لو أتلفه الآدمي لكن تركنا هذا الاصل لدليل ففيما عداه تجب القيمة بقضية الأصل .

(فصل) فأما ما كان أكبر من الحمام كالاوز والحبارى والكركي والحجل والكبير من طير الماء ففيه وجهان

(أحدهما) يجب فيه شاة لانه يروى عن ابن عباس وعطاء وجابر أنهم قالوا في الحجلة والقطاة والحبارى شاة وزاد عطاء في الكركي والكروان وابن الماء ودجاجة الحبش والماء والخرب شاة شاة والخرب هو فرخ الحبارى ولان إيجاب الشاة في الحمام تنبيه على إيجابها فيما هو أكبر منه

(والوجه الثاني) فيه قيمته وهو مذهب الشافعي لان القياس يقتضي وجوبها في جميع الطير تركناه في الحمام لاجماع الصحابة ففي غيره يبقي على أصل القياس

﴿مسألة ﴾ (ومن أتلف جزءا من صيد فعليه ما نقص من قيمته أو قيمة مثله ان كان مثليا)

أما مالا مثل له فاذا أتلف جزءا منه ضمنه بقيمته لان جملته تضمن بقيمته فكذلك اجزاؤه كما لو كان لآدمي وان كان له مثل ففيه وجهان

(احدهما) يضمن بمثله من مثله لان ماوجب ضمان جملته بالمثل وجب في بعضه مثله كالمكيلات والآخر تجب قيمة مقداره من مثله لان الجزء يشق اخراجه فيمنع إيجابه ولهذا عدل الشارع عن

مباح للمحرم اصطياده وأكله وبيعه وشراؤه وصيد البحر الحيوان الذي يعيش في الماء ويبيض

إيجاب جزء من بعير في خمس من الابل الى إيجاب شاة والاول أولى لان المشقة ههنا غير ثابتة لوجود الخيرة له في العدول عن المثل الى عدله من الطعام اوالصيام فينتفي المانع فيثبت مقتضى الاصل هذا إذا اندمل الصيد ممتنعا .

﴿مسئلة﴾ وان نفر صيداً فتلف بشيء ضمنه)

إذا نفر صيداً فتلف في حال نفوره ضمنه وكذلك إن جرح صيدا فتحامل ان وقع في شيء تلف به لانه تلف بسببه فان نفره فسكن في مكان وأمن من نفوره ثم تلف لم يضمنه وفيه وجه آخر أنه يضمنه اذا تلف في المكان الذي انتقل اليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه دخل دار الندوة فالقى رداءه على واقف في البيت فوقع عليه طير من هذا الحمام فاطاره فوقع على واقف آخر فانتهزته حية فقتلته فقال لعثمان ونافع بن عبد الحارث إني وجدت في نفسي اني أطرته من منزل كان فيه آمنا الى موقع كان فيه حية فقال نافع لعثمان كيف ترى في عنز ثنية عفراء يحكم بها على أمير المؤمنين ؟ فقال عثمان أرى ذلك فامر بها عمر رضي الله عنه رواه الشافعي في مسنده

﴿مسئلة﴾ (وان جرحه فغاب ولم يعلم خبره فعليه ما نقصه وكذلك ان وجده ميتا ولم يعلم موته بجنايته وان اندمل غير ممتنع فعليه جزاء جميعه)

اذا جرح صيداً فغاب غير مندمل والجراحة موجبة لاتبقى الحياة معها غالبا فعليه جزاء جميعه كما لوقتله وان كانت غير موجبة فعليه ضمان مانقص لانا لا نعلم حصول التلف بفعله الا أنه يقومه صحيحا وجريحا جراحة غير مندملة فيعتبر مابينهما لانا لا نعلم هل يندمل أم لا وكذلك إن وجده ميتا ولم يعلم أمات من الجناية أم من غيرها لما ذكرنا ويحتمل أن يلزمه ضمان جميعه ههنا لانه وجد سبب إتلافه منه ولم نعلم له سببا آخر فوجب إحالته على السبب المعلوم كما لو وقع في الماء نجاسة فوجده متغيرا تغيرا يصلح أن يكون منها فانا نحكم بنجاسته وكذلك لورمى صيداً فغاب عن عينه ثم وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل أكله وهذا أقيس .

(فصل) وان اندمل الصيد غير ممتنع ضمنه جميعه لانه عطاه فصار كالتالف ولانه يفضي الى تلفه فصار كما لو جرحه جرحا يتيقن موته به ، وهذا مذهب أبي حنيفة ويتخرج أن يضمنه بما نقص لانه لا يضمن إلا ما أتلف ولم يتلف جميعه بدليل مالو قتله محرم لزمه الجزاء والصحيح ان على المشتركين جزاء واحداً وضمانه بجزاء كامل يفضي الى ايجاب جزاءين وان صيرته الجناية غير ممتنع فلم يعلم أصار ممتنعا أم لا فعليه ضمانه لان الأصل عدم الامتناع

(فصل) وكل مايضمن به الآدمي يضمن به الصيد من مباشرة أو سبب وكذلك ماجنت دابته بيدها أو فمها فأتلفت صيداً فالضمان على راكبها أو قائدها أو سائقها وما جنت برجلها فلا ضمان فيه

فيه ويفرخ فيه كالسمك والسلحفاة والسرطان ونحو ذلك وحكي عن عطاء فيما يعيش في البر مثل السلحفاة والسرطان فأشبه طير الماء

وقال القاضي يضمن السائق جميع جنايتها لان يده عليها ويشاهد رجلها ، وقال ابن عقيل لاضمان في الرجل لقول النبي ﷺ «الرجل جبار» وان انفلتت فاتلفت صيدا لم يضمنه لانه لا يدله عليها ، وقد قال النبي ﷺ «العجماء جبار» ولذلك لو اتلفت آدميا لم يضمنه ولو نصب شبكة أو حفر بئراً فوقع فيها صيد ضمنه لانه بسببه كما يضمن الآدمي الا أن يكون حفر البئر بحق كحفره في داره أو في طريق واسع ينتفع بها المسلمون فينبغي أن لا يضمن كالآدمي وان نصب شبكة قبل احرامه فوقع فيها صيد بعد احرامه لم يضمنه لانه لم يوجد منه بعد احرامه تسبب الى اتلافه أشبه ما لو صاده قبل احرامه وتركه في منزله فتلف بعد احرامه

﴿مسئلة﴾ (وان نتف ريشه فعاد فلا شيء عليه وقيل عليه قيمة الريش)

اذا نتف ريش طائر ثم حفظه فاطعمه وسقاه حتى عاد ريشه فلا ضمان عليه لان النقص زال وقيل عليه قيمة الريش لأن الثاني غير الأول فان صار غير ممتنع بنتف ريشه فهو كالجرح وقد ذكرناه وان غاب ففيه مانقص ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأوجب مالك وأبو حنيفة فيه الجزاء جميعه

ولنا أنه نقص يمكن زواله فلا يضمنه بكماله كما لو جرحه ولم يعلم حاله

﴿مسئلة﴾ (وكلما قتل صيداً حكم عليه)

يعني يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني كما يجب اذا قتله ابتداء هذا ظاهر المذهب قال أبو بكر وهذا أولى القولين بابي عبدالله ، وبه قال عطاء والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر وفيه رواية ثانية أنه لا يجب الا في المرة الاولى وروي ذلك عن ابن عباس . وبه قال شريح والحسن وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وقتادة لان الله تعالى قال (ومن عاد فينتقم الله منه) ولم يوجب جزاء وفيه رواية ثالثة ان كفر عن الاول فعليه للثاني كفارة والا فلا وقد ذكرناها

ولنا أنها كفارة عن قتل فاستوى فيها المبتدي والعائد كقتل الآدمي ، ولانها بدل متلف يجب به المثل أو القيمة فأشبه بدل مال الآدمي . قال أحمد روي عن عمر وغيره أنهم حكموا في الخطأ وفيمن قتل ولم يسألوه هل كان قبل هذا قتل أو لا والآية اقتضت الجزاء على العائد بعمومها ، وذكر العقوبة في الثاني لا يمنع الوجوب كما قال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ماسلف وأمره إلى الله

(فصل) ويجوز اخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته . نصّ عليه أحمد رحمه الله لانها كفارة قتل فجاز تقديمها على الموت ككفارة قتل الآدمي ، ولانها كفارة أشبهت كفارة الظهار واليمين

ولنا أنه يبيض في الماء ويفرخ فيه فأشبه السمك فاما طير الماء كالبط ونحوه فهو من صيد البر في قول عامة أهل العلم وفيه الجزاء وحكي عن عطاء أنه قال حيث يكون أكثر فهو صيده وقول عامة أهل العلم أولى لانه يبيض في البر ويفرخ فيه فكان من صيد البر كسائر طيره وانما إقامته في البحر لطلب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد ، وعنه على كل واحد جزاء ، وعنه إن كفروا بالمال فكفارة واحدة ، وإن كفروا بالصيام فعلى كل واحد كفارة)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة ثلاث روايات

(احداهن) أن الواجب جزاء واحد وهو الصحيح . يروى هذا عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والزهري والنخعي والشعبي والشافعي واسحاق

(والثانية) على كل واحد جزاء ذكرها ابن أبي موسى اختارها أبو بكر ، وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة ، ويروى عن الحسن لانها كفارة قتل يدخلها الصوم أشبهت كفارة قتل الآدمي

(والثالثة) إن كان صوما فعلى كل واحد منهم صوم تام ، وإن كان غيره فجزاء واحد ، وإن أهدى أحدهما أو أطعم وصام الآخر فعلى المهدي بحصته ، وعلى الآخر صيام تام لان الجزاء ليس بكفارة ، وانما هو بدل بدليل أن الله تعالى عطف عليه الكفارة فقال (فجزاء مثل ماقتل من النعم . . . أو كفارة) والصيام كفارة فيكمل ككفارة قتل الآدمي

ولنا قوله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) والجماعة انما قتلوا صيداً فلزمهم مثله ، والزائد خارج عن المثل فلا يجب ، ومتى ثبت اتحاد الجزاء في الهدي وجب اتحاده في الصيام لان الله تعالى قال (أو عدل ذلك صياما) والاتفاق حاصل على أنه معدول بالقيمة إما قيمة المتلف أو قيمة مثله فايجاب الزائد على عدل القيمة خلاف النص ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً ولانه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه فكان واحداً كالدية ، وكفارة الآدمي لنا فيها منع فلا تتبعض في ابعاضه ولا تختلف باختلافه ، فلم يتبعض على الجماعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان شريك المحرم حلالا أو سبعاً فالجزاء كله على المحرم في أحد الوجهين . وفيه وجه آخر أن على المحرم بحصته كالمحرمين وقد ذكرناه

(فصل) وإن اشترك حلال ومحرم في قتل صيد حرمي فالجزاء بينهما نصفين لان الاتلاف ينسب إلى كل واحد منهما نصفه ولا يزداد الواجب على المحرم باجتماع حرمة الاحرام والحرم ، وهذا الاشتراك الذي هذا حكمه هو الذي يقع الفعل منهما معاً أو يجرحه أحدهما قبل الآخر ويموت منهما فان جرحه أحدهما وقتله الآخر فعلى الجارح مانقصه على ما مضى ، وعلى القاتل جزاؤه مجروحا

(فصل) وان قتل صيداً مملوكا ضمنه بالقيمة لمالكه والجزاء لله تعالى لأنه حيوان مضمون بالكفارة فجاز أن يجتمع التقويم في التكفير في ضمانه كالعبد

الرزق والمعيشة منه كالصياد فان كان جنس من الحيوان نوع منه في البحر ونوع في البر كالسلحفاة فلكل نوع حكم نفسه كالبقر منها الوحشي محرم والاهلي مباح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وصيد الحرم حرام على الحلال والمحرم)

الاصل في تحريم صيد الحرم النص والاجماع أما النص فما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والارض فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة وانه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي الا ساعة من نهار فهو حرام بحرمة الله الى يوم القيامة لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها ولا تلتقط لقطتها الا من عرفها » فقال العباس يارسول الله الا الاذخر فانه لقينهم وبيوتهم فقال رسول الله ﷺ « الا الاذخر » متفق عليه وأجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم على الحلال والمحرم

(فصل) وفيه الجزاء على من يقتله ويجزى بمثل مايجزى به الصيد في الاحرام وحكي عن داود أنه لاجزاء فيه لان الاصل براءة الذمة ولم يرد فيه نص فيبقى بحاله

(فصل) واذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد نص عليه أحمد فقال : اذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد وهؤلاء يقولون جزاآن فيلزمهم أن يقولوا في صيد الحرم ثلاثة لانهم يقولون في الحل اثنين ففي الحرم ينبغي أن يكون ثلاثة وهذا قول مالك والشافعي ، وقال أصحاب الرأي جزاآن، وكذلك اذا تطيب أو لبس ، قال القاضي واذا قلنا على القارن طوافان لزمه جزاآن

ولنا قوله تعالى (ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم) ومن أوجب جزائين فقد أوجب مثلين ، ولأنه صيد واحد فلم يجب فيه جزآن كما لو قتل المحرم في الحرم صيداً

﴿ باب صيد الحرم ونباته ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (وهو حرام على الحلال والمحرم فمن أتلف من صيده شيئاً فعليه ماعلى المحرم في مثله)

الاصل في تحريمه النص والاجماع ، أما النص فما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والارض فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة ، وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي الا ساعة من نهار ، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شوكها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها الا من عرفها» فقال العباس يارسول الله : الا الإذخر فانه لقينهم وبيوتهم ، فقال رسول الله ﷺ « الا الاذخر » متفق عليه . وأجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم على الحلال والمحرم

(فصل) وفيه الجزاء على من يقتله بمثل مايجزى به الصيد في الاحرام ، وحكي عن داود أنه لاجزاء فيه لان الاصل براءة الذمة ولم يرد فيه نص فيبقى بحاله

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم قضوا في حمام الحرم بشاة شاة روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ولم ينقل عن غيرهم خلافهم فيكون اجماعا ولانه صيد ممنوع منه لحق الله تعالى أشبه الصيد في حق المحرم

(فصل) ومايحرم ويضمن في الاحرام يحرم ويضمن في الحرم ومالا فلا الا شيئين

(أحدهما) القمل مختلف في قتله في الاحرام وهو مباح في الحرم بلا اختلاف لانه حرم في الاحرام للترفه بقتله وازالته لالحرمته ولايحرم الترفه في الحل فأشبه ذلك قص الشعر وتقليم الظفر

(الثاني) صيد البحر مباح في الاحرام بغير خلاف ولايحل صيده من آبار الحرم وعيونه وكرهه جابر بن عبد الله لعموم قوله عليه السلام « لاينفر صيدها » ولان الحرمة تثبت للصيد كحرمة المكان وهو شامل لكل صيد ولانه صيد غير مؤذ فأشبه الظباء وعن احمد رواية أخرى أنه مباح لان الاحرام لايحرمه فأشبه السباع والحيوان الاهلي

(فصل) ويضمن صيد الحرم في حق المسلم والكافر والكبير والصغير والحر والعبد لان الحرمة تعلقت بمحله بالنسبة الى الجميع فوجب ضمانه كالآدمي

(فصل) ومن ملك صيداً في الحل فادخله الحرم لزمه رفع يده عنه وإرساله فان تلف في يده أو أتلفه فعليه ضمانه كصيد الحل في حق المحرم وقال عطاء إن ذبحه فعليه الجزاء وروي ذلك عن ابن عمر وممن كره إدخال الصيد الحرم ابن عمر وابن عباس وعائشة وعطاء وطاوس وإسحاق وأصحاب الرأي

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم قضوا في حمام الحرم بشاة شاة ، روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ولم ينقل عن غيرهم خلافهم فيكون اجماعا ، ولانه صيد ممنوع منه لحق الله تعالى أشبه الصيد في حق المحرم

(فصل) للصوم مدخل في ضمان صيد الحرم عند الاكثرين خلافا لابي حنيفة

ولنا أنه يضمن بالاطعام فيضمن بالصيام كالصيد في الاحرام

(فصل) ويجب في حمام الحرم شاة ، وقال أبو حنيفة فيه في الحرم شاة ، وفي حمام الحل في الحرم حكومة ، وفي حمام الحرم في الحل روايتان (احداهما) حكومة (والثانية) شاة

ولنا ماذكرنا من قضاء الصحابة ولم يفرقوا . ذكر هذين الفصلين القاضي أبو الحسن

(فصل) وكل مايضمن في الاحرام يضمن في الحرم الا القمل فانه يباح في الحرم بغير خلاف لانه حرم في حق المحرم لاجل الترفه وهو مباح في الحرم كاباحة الطيب واللبس

(فصل) ويضمن صيد الحرم في حق المسلم والكافر ، والكبير والصغير ، والحر والعبد ، وقال أبو حنيفة لايضمنه الصغير ولا الكافر

ولنا أن الحرمة تعلقت بمحله بالنسبة إلى الجميع فوجب ضمانه كالآدمي

ورخص فيه جابر بن عبد الله ورويت عنه الـكراهة له أخرجه سعيد وقال هشام بن عروة كان ابن الزبير تسع سنين يراها في الاقفاص وأصحاب النبي ﷺ لايرون به بأسا ورخص فيـه سعيد بن جبير ومجاهد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لانه ملـكه خارجا وحل له التصرف فيه فجاز له ذلك في الحرم كصيد المدينة إذا أدخله حرمها.

ولنا أن الحرم سبب محرم للصيد ويوجب ضمانه فحرم استدامة إمساكه كالاحرام ولانه صيد ذبحه في الحرم فلزمه جزاؤه كما لو صاده منه وصيد المدينة لاجزاء فيه بخلاف صيد الحرم

(فصل) ويضمن صيد الحرم بالدلالة والاشارة كصيد الاحرام والواجب عليهما جزاء واحد نص عليه أحمد وظاهر كلامه أنه لافرق بين كون الدال في الحل أو الحرم وقال القاضي لاجزاء على الدال إذا كان في الحل والجزاء على المدلول وحده كالحلال إذا دل محرما على صيده

ولنا أن قتل الصيد الحرمي حرام على الدال فيضمنه بالدلالة كما لو كان في الحرم يحققه أن صيد الحرم محرم على كل أحد لقوله عليه السلام «لاينفر صيدها» وفي لفظ « لايصاد صيدها» وهذا عام في حق كل واحد ولأن صيد الحرم معصوم بمحله فحرم قتله عليهما كالملتجيء إلى الحرم واذا ثبت تحريمه عليهما فيضمن بالدلالة ممن يحرم عليه قتله كما يضمن بدلالة المحرم عليه

(فصل) واذا رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم فقتله أو أرسل كلبه عليه فقتله أو قتـل صيداً على فرع في الحرم أصله في الحل ضمنه وبهـذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

(فصل) ويضمن صيد الحرم بالدلالة والاشارة كصيد الاحرام والواجب عليهما جزاء واحد نص عليه أحمد، وظاهر كلامه أنه لافرق بين كون الدلالة في الحل والحرم، وقال القاضي لاجزاء على الدال اذا كان في الحل، والجزاء على المدلول وحده كالحلال اذا دل محرما

ولنا أن قتل الصيد الحرمي حرام على الدال فيضمن بالدلالة كما لو كان في الحرم يحققه أن صيد الحرم محرم على كل أحد لقوله عليه السلام « لاينفر صيدها » وفي لفظ « لايصاد صيدها » وهـذا عام في كل أحد، ولان صيد الحرم معصوم بمحله فحرم قتله عليهما كالمتجيء إلى الحرم، واذا ثبت تحريمه عليهما فيضمن بالدلالة ممن يحرم عليه قتله كما يضمن بدلالة المحرم عليـه، وكل ما يضمن به في الاحرام يضمن به في الحرم ومالا فلا لانه صيد ممنوع منه لحق الله تعالى فيضمن بكل مابه في الاحرام وكان حكمه حكمه في وجوب الضمان وعدمه قياسا عليه

﴿ مسئلة﴾ (وإن رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم، أو أرسل كلبه علية، أو قتل صيداً على غصن في الحرم أصله في الحل، أو أمسك طائراً في الحل فهلك فراخه في الحرم ضمن في أصح الروايتين)

اذا رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم، أو أرسل جارحا عليه فقتله، أو قتل صيداً على غصن في الحرم أصله في الحل ضمنه، وبه قال الشافعي والثوري وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وعن

وأصحاب الرأي وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية أخرى لاجزاء عليه في جميع ذلك لان القاتل حلال في الحل وهذا لايصح فان النبي ﷺ قال « لاينفر صيدها » ولم يفرق بين من هو في الحل والحرم وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم وهذا من صيده ولان صيد الحرم معصوم بمحله بحرمة الحرم فلا يختص تحريمه بمن في الحرم وكذلك الحكم ان أمسك طائرا في الحل فهلك فراخه في الحرم ضمن الفراخ لما ذكرنا ولا يضمن الام لأنها من صيد الحل وهو حلال وان انعكست الحال فرمى من الحرم صيداً في الحل أو أرسل كلبه عليه أوقتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أو أمسك حمامة في الحرم فهلك فراخها في الحل فلا ضمان عليه كما في الحل قال احمد فيمن أرسل كلبه في الحرم فصاد في الحل فلا شيء عليه وحكي عنه رواية أخرى في جميع الصور يضمن وعن الشافعي مايدل عليه وذهب الثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر فيمن قتل طائراً على غصن في الحل أصله في الحرم لاجزاء عليه وهو ظاهر قول أصحاب الرأي وقال ابن الماجشون واسحاق عليه الجزاء لان الغصن تابع للاصل وهو في الحرم

ولنا أن الاصل حل الصيد فحرم صيد الحرم بقوله عليه السلام « لاينفر صيدها » وبالاجماع فبقي ماعداه على الاصل ولانه صيد حل صاده حلال فلم يحرم كما لو كانا في الحل ولان الجزاء انما يجب في صيد الحرم أو صيد المحرم وليس هذا بواحد منهما

أحمد رواية أخرى لاجزاء عليه لان القاتل حلال في الحل

ولنا قول النبي ﷺ « لاينفر صيدها » ولم يفرق بين من هو في الحل والحرم وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم وهذا من صيده ، ولان صيد الحرم معصوم بمحله لحرمة الحرم فلا يختص تحريمه بمن في الحرم كالملتجيء ، وكذلك الحكم لو أمسك طائراً في الحل فهلك فراخه في الحرم فانه يضمن الفراخ لما ذكرنا دون الام لانها من صيد الحل وهي حلال

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل من الحرم صيداً في الحل بسهمه أو كلبه ، أو صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم ، أو أمسك حمامة في الحرم فهلك فراخها في الحل لم يضمن في أصح الروايتين)

هذه المسائل عكس التي قبلها والصحيح أنه لاضمان في ذلك لانه ليس من صيد الحرم ، قال أحمد فيمن أرسل كلبه في الحرم فصاد فى الحل فلا شيء عليه ، وعنه رواية أخرى عليه الضمان فى جميع الصور وعن الشافعي مايدل عليه ، وذهب الثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر فيمن قتل طائراً على غصن فى الحل أصله فى الحرم لاجزاء عليه وهو ظاهر قول أصحاب الرأي ، وقال اسحاق وابن الماجشون عليه الجزاء لان الغصن تابع للاصل وهو فى الحرم

ولنا أن الاصل حل الصيد حرم صيد الحرم بالنص والاجماع فبقي ماعداه على الاصل ولانه صيد حل اصابه حلال فلم يحرم كما لو كانا فى الحل، ولان الجزاء انما يجب فى صيد الحرم، أو صيد المحرم وليس هذا واحداً منهما

(فصل) فان كان الصيد والصائد في الحل فرمى الصيد بسهمه أو أرسل عليه كلبه فدخل الحرم ثم خرج فقتل الصيد في الحل فلا جزاء فيه وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور وابن المنذر وحكى أبو ثور عن الشافعي أن عليه الجزاء

ولنا ما ذكرناه قال القاضي لايزيد سهمه على نفسه ولو عدا بنفسه فسلك الحرم في طريقه ثم قتل صيداً في الحل لم يكن عليه شيء فسهمه أولى

(فصل) وان رمى من الحل صيداً في الحل فقتل صيداً في الحرم فعليه جزاؤه وبهذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لاجزاء عليه وليس بصحيح لانه قتل صيداً حرميا فلزمه جزاؤه كما لو رمى حجراً في الحرم فقتل صيداً ، يحققه أن الخطأ كالعمد في وجوب الجزاء وهذا لا يخرج عن كونه واحداً منهما ،فاما ان أرسل كلبه على صيد في الحل فدخل الكلب الحرم فقتل صيداً آخر لم يضمنه وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر لانه لم يرسل الكلب على ذلك الصيد وانما دخل باختيار نفسه فهو كما لو استرسل بنفسه من غير ارسال وان أرسله على صيد فدخل الصيد الحرم ودخل الكلب خلفه فقتله في الحرم فكذلك نص عليه احمد وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال عطاء وأبو حنيفة وصاحباه عليه الجزاء لانه قتل صيداً حرميا بارسال كلبه عليه فضمنه كما لو قتله بسهمه واختاره أبو بكر عبد العزيز وحكى صالح عن احمد أنه قال

(فصل) وإن كان الصيد والصائد فى الحل فرماه بسهمه ، أو أرسل كلبه عليه فدخل الحرم ثم خرج فقتل الصيد فى الحل فلا جزاء فيه ، وبه قال أصحاب الرأي وأبو ثور وابن المنذر ، وحكي عن الشافعي أن عليه الجزاء

ولنا ماذكرنا قال القاضي لايزيد سهمه على نفسه ، ولو عدا بنفسه فسلك الحرم فى طريقه ثم قتل صيداً فى الحل لم يكن عليه شيء فسهمه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أرسل كلبه من الحل على صيد فى الحل فقتل صيداً في الحرم فعلى وجهين ، وان فعل ذلك بسهمه ضمنه)

أما اذا رمى من الحل صيداً فيه فقتل صيداً في الحرم فعليه الجزاء ، وبهذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لاجزاء عليه

ولنا أنه قتل صيداً حرمياً فلزمه جزاؤه كما لو رمى حجراً في الحرم فقتل صيداً . يحققه أن الخطأ كالعمد في وجوب الجزاء وهذا لايخرج عن أحدهما ، فأما ان أرسل كلبه على صيد في الحل فقتله فى الحرم فنص أحمد على أنه لا يضمنه وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه لم يرسل الكلب على صيد فى الحرم ، وانما دخل باختيار نفسه أشبه مالو استرسل بنفسه ، وقال عطاء وأبو حنيفة وصاحباه عليه الجزاء لانه قتل صيداً حرمياً بارسال كلبه عليه فضمنه كما لو قتله بسهمه وهذا اختيار أبي بكر عبد العزيز

ان كان الصيد قريبا من الحرم ضمنه لانه فرط بارساله في موضع يظهر أنه يدخل الحرم وان كان بعيداً لم يضمن لعدم التفريط وهذا قول مالك

ولنا أنه أرسل الكلب على صيد مباح فلم يضمن كما لو قتل صيداً سواه وفارق السهم لان الكلب له قصد واختيار ولهذا يسترسل بنفسه ويرسله الى جهة فيمضي الى غيرها والسهم بخلافه اذا ثبت هذا فانه لا يأكل الصيد في هذه المواضع كلها ضمنه أو لم يضمنه لانه صيد حرمي قتل في الحرم فحرم كما لو ضمنه ولاننا اذا قطعنا فعل الآدمي صار كأن الكلب استرسل بنفسه فقتله ولكن لو رمى الحلال من الحل صيداً في الحل فجرحه وتحامل الصيد فدخل الحرم فمات فيه حل أكله ولا جزاء فيه لان الزكاة حصلت في الحل فأشبه ما لو جرح صيداً ثم أحرم فمات الصيد بعد احرامه ويكره أكله لموته في الحرم

(فصل) وان وقف صيد بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم فقتله قاتل ضمنه تغليبا للحرم وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي وان نفر صيداً من الحرم فأصابه شيء في حال نفوره ضمنه لانه تسبب الى اتلافه فأشبه مالو تلف بشركه أو شبكته وان سكن من نفوره ثم أصابه شيء فلا شيء على من نفره نص عليه احمد وهو قول الثوري لانه لم يكن سببا لاتلافه وقد روي عن عمر أنه وقعت على ردائه حمامة فاطارها فوقعت على واقف فانتهزتها حية فاستشار في ذلك عثمان ونافع بن

وحكى صالح عن أحمد أنه ان كان الصيد قريباً من الحرم ضمنه لانه فرط بارساله والا لم يضمنه وهذا قول مالك فان قتل صيداً غيره لم يضمنه، وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر لانه لم يرسل الكلب على ذلك الصيد فأشبه مالو استرسل بنفسه، وفيه رواية أخرى أنه يضمن ان كان الصيد قريباً من الحرم لانه مفرط فأشبه المسئلة التي قبلها . اذا ثبت هذا فانه لا يأكل الصيد في هذه المواضع كلها ضمنه أولا لانه صيد حرمي قتل في الحرم كما لو ضمنه، ولأ ننا اذا ألغينا فعل الآدمي صار الكلب كأنه استرسل بنفسه فقتله

(فصل) فان رمى الحلال من الحل صيداً فيه فجرحه فتحامل الصيد فدخل الحرم فمات فيه حل أكله ولا جزاء فيه لان الذكاة حصلت في الحل فأشبه مالو جرح صيداً ثم أحرم فمات الصيد بعد إحرامه ويكره أكله لموته في الحرم

(فصل) وان وقف صيد بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم فقتله قاتل ضمنه تغليبا للحرم وبه قال أصحاب الرأي وأبو ثور وإن نفر صيداً من الحرم فأصابه شيء في حال نفوره ضمنه لانه تسبب الى اتلافه فأشبه مالو تلف بشركه أو شبكته وان سكن من نفوره ثم أصابه شيء لم يضمنه نص عليه وهو قول الثوري لانه لم يكن سببا لاتلافه وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وقع على ردائه حمامة فاطارها فوقعت على واقف فانتهزتها حية فاستشار عثمان ونافع بن عبدالحارث فحكما عليه

عبد الحارث فحكما عليه بشاة وهذا يدل على أنهم رأوا عليه الضمان بعد سكوته لـكن لو انتقل عن المـكان الثاني فأصابه شيء فلا ضمان عليـه لانه خرج عن المـكان الذي طرد اليه وقول الثوري واحمد انما يدل على هذا لان سفيان قال اذا طردت في الحرم شيئا فأصاب شيئا قبل أن يقع أو حين وقع ضمنت وان وقع من ذلك المكان الى مكان آخر فليس عليك شيء فقال احمد جيد

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك شجره ونباته الا الاذخر وما زرعه الانسان)

اجمع أهل العلم على تحريم قطع شجر الحرم وإباحة أخذ الاذخر وما أنبته الآدمي من البقول والزروع والرياحين حكى ذلك ابن المنذر والاصل فيه ماروينا من حديث ابن عباس، وروى أبو شريح وأبو هريرة نحواً من حديث ابن عباس وكلها متفق عليها ، وفي حديث أبي هريرة « الا وإنها ساعتي هذه حرام لايختلى شوكها ولا يعضد شجرها » وفي حديث أبي شريح أنه سمع رسول الله ﷺ يوم الفتح قال « ان مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس فلا يحل لاحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ولا يعضد بها شجرة » وروى الأثرم حديث أبي هريرة في سننه وفيه « لا يعضد شجرها ولا يحتش حشيشها ولا يصاد صيدها» فاما ماأنبته الآدمي من الشجر فقال أبو الخطاب وابن عقيل له قلعه من غير ضمان كالزرع وقال القاضي ما نبت في الحل ثم غرس في الحرم فلاجزاء فيه ومانبت أصله في الحرم ففيه الجزاء بكل حال ، وقال الشافعي في شجر الحرم الجزاء بكل حال أنبته الآدميون أو

بشاة وهذا يدل على أنهم رأوا عليه الضمان بعد سكونه فان انتقل عن المـكان الثاني فأصابه شيء فلا ضمان عليه لانه خرج عن المكان الذي طرد اليه وقول الثوري وأحمد يدل على هذا قال سفيان اذا طردت في الحرم شيئا فاصاب شيئا قبل أن يقع أو حين وقع ضمنت وان وقع من ذلك المكان الى مكان آخر فليس عليك شيء فقال أحمد رحمه الله جيد

(فصل) قال المصنف رحمه الله (ويحرم قلع شجر الحرم وحشيشه إلا اليابس والاذخر ومازرعه الآدمي وفي جواز الرعي وجهان) أجمع أهل العـلم على تحريم قطع شجر الحرم البري الذي لم ينبته الآدمي وعلى اباحة أخذ الاذخر وما أنبته الآدمي من البقول والزروع والرياحين حكى ذلك ابن المنذر والاصل ما روينا من حديث ابن عباس وروى أبو شريح وأبو هريرة بنحوه والكل متفق عليها وفي حديث أبي هريرة «الا وانها ساعتي هذه حرام لا يختلى شوكها ولا يعضد شجرها » وروى الاثرم حديث أبي هريرة وفيه « لا يعضد شجرها ولا يحتش حشيشها ولا يصاد صيدها » فاما ما أنبته الآدمي من الشجر فقال أبو الخطاب وابن عقيـل له قلعه من غير ضمان كالزرع ، وقال القاضي : ما نبت في الحل ثم غرس في الحرم فلا جزاء فيه وما نبت أصله في الحرم ففيه الجزاء بكل حال ، وقال الشافعي في شجر الحرم الجزاء بكل حال أنبته الآدميون أو نبت بنفسه ، وحكى ابن البنا في الخصال

نبت بنفسه لعموم قوله عليه السلام «لا يعضد شجرها» ولانها شجرة نابتة في الحرم أشبه مالم ينبته الآدميون ، وقال أبو حنيفة لاجزاء فيما ينبت الآدميون جنسه كالجوز واللوز والنخل ونحوه ولايجب فيما ينبته الآدمي من غيره كالدوح والسلم والعضاه لان الحرم يختص تحريمه ما كان وحشيا من الصيد كذلك الشجر وقول الخرقي ومازرعه الانسان يحتمل اختصاصه بالزرع دون الشجر فيكون كقول الشافعي ويحتمل أن يعم جميع ما يزرع فيدخل فيه الشجر ويحتمل أن يريد ما ينبت الآدميون جنسه والاولى الاخذ بعموم الحديث في تحريم الشجر كله بقوله عليه السلام « لا يعضد شجرها » إلا ما أنبته الآدمي من جنس شجرهم بالقياس على ما أنبتوه من الزرع والاهلي من الحيوان فاننا إنما أخرجنا من الصيد ما كان أصله انسيا دون ماتأنس من الوحشي كذا ههنا

(فصل) ويحرم قطع الشوك والعوسج وقال القاضي وأبو الخطاب لايحرم وروي ذلك عن عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي لانه يؤذي بطبعه فأشبه السباع من الحيوان

ولنا قول النبي ﷺ « لا يعضد شجرها » وفي حديث أبي هريرة لايختلى شوكها وهذا صريح ولأن الغالب في شجر الحرم الشوك فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم قطع شجرها والشوك غالبه كان ظاهراً في تحريمه

(فصل) ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش لانه بمنزلة الميت ولا بقطع ما انكسر ولم يبن لانه قد تلف فهو بمنزلة الظفر المنكسر ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الاغصان وانقلع من الشجر

مثل ذلك لعموم قوله عليه السلام «ولا يعضد شجرها» وقال أبو حنيفة : لا جزاء فيما أنبت الآدميون جنسه كالجوز واللوز والنخل ونحوه ولا فيما أنبته الآدمي من غيره كالدوح والسلم ونحوه لان الحرم يختص تحريمه ما كان وحشيا من الصيد كذلك الشجر ، وقول شيخنا وما زرعه الآدمي يحتمل اختصاصه بالزرع دون الشجر فيكون كما حكاه ابن البنا وهو قول الشافعي ويحتمل أن يعم جميع ما يزرع كقول أبي الخطاب ويحتمل أن يريد ما أنبت الآدميون حشيشه ، قال شيخنا والاولى الاخذ بعموم الحديث في تحريم الشجر كله الا ما أنبته الآدميون من جنس شجرهم بالقياس على ما أنبتوه من الزرع والاهلي من الحيوان فاننا انما أخرجنا من الصيد ما كان أصله انسيا دون ما تأنس من الوحشي كذا ههنا

(فصل) ويحرم قطع الشوك والعوسج وقال القاضي و أبو الخطاب وابن عقيل لا يحرم وروي عن عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي لانه يؤذي بطبعه أشبه السباع من الحيوان

ولنا قوله ﷺ « لا يعضد شوكها » وفي حديث أبي هريرة « لايختلى شوكها » وهذا صريح وهو راجح على القياس

(فصل) ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش لانه بمنزلة الميت ولا بقطع ما انكسر ولم يبن لانه قد تلف فهو بمنزلة الظفر المنكسر ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الاغصان وانقلع من

بغير فعل آدمي ولاماسقط من الورق نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا لان الخبر إنما ورد في القطع وهـذا لم يقطع فاما ان قطعه آدمي فقال احمد لم أسمع إذا قطع ينتفع به وقال في الدوحة تقلع من شبهه بالصيد لم ينتفع بحطبها وذلك لانه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم فاذا قطعه من يحرم عليه قطعه لم ينتفع به كالصيد يذبحه المحرم ويحتمل أن يباح لغير القاطع الانتفاع به لانه انقطع بغير فعـله فابيح له الانتفاع به كما لو قطعه حيوان بهيمي ويفارق الصيد الذي ذبحـه لان الذكاة تعتبر لهـا الاهلية ولهذا لايحصل بفعل بهيمة بخلاف هذا

(فصل) وليس له أخذ ورق الشجر وقال الشافعي له أخذه لانه لايضر به وكان عطاء يرخص في أخذ ورق السنا يستمشي به ولا ينزع من أصله ورخص فيه عمرو بن دينار

ولنا أن النبي ﷺ قال « لايخبط شوكها ولا يعضد شجرها » رواه مسلم ولان ماحرم أخذه حرم كل شيء منه كريش الطائر وقولهم لايضر به لايصح فانه يضعفها وربما آل إلى تلفها

(فصل) ويحرم قطع حشيش الحرم الا مااستثناه الشرع من الاذخر وماأنبته الآدميون واليابس لقوله عليه السلام « لايختلى خلاها » وفي لفظ « لايحتش حشيشها » وفي استثناء النبي ﷺ الاذخر دليل على تحريم ماعداه وفي جواز رعيه وجهان

(أحدهما) لايجوز وهو مذهب أبي حنيفة لان ماحرم إتلافه لم يجز أن يرسل عليه مايتلفه كالصيد

الشجر بغير فعل آدمي ولا فيما سقط من الورق نص عليه ولا نعلم فيه خلافا لان الخبر إنما ورد في القطع وهذا لم يقطع فاما اذا قطعه آدمي فقال احمد لم أسمع اذا قطع ينتفع به وقال في الدوحة تقطع من شبهه بالصيد لم ينتفع بحطبها لانه ممنوع من اتلافه لحرمة الحرم فاذا قطعه من يحرم عليه قطعه لم ينتفع به كالصيد يذبحه المحرم ويحتمل أن يباح لغير القطع الانتفاع به لانه انقطع بغير فعله فابيح له الانتفاع به كما لواقلعته الريح ويفارق الصيد الذي ذبحه لان الذكاة يعتبر لها الاهلية ولهذا لا يحصل بفعل البهيمة بخلاف هذا

(فصل) وليس له أخذ ورق الشجر وقال الشافعي له اخذه لانه لا يضربه وكان عطاء يرخص في أخذ ورق السنا يستمشي به ولا ينزع من أصله ورخص فيه عمرو بن دينار

ولنا قول النبي ﷺ « لا يخبط شوكها ولا يعضد شجرها » رواه مسلم ولان ما حرم أخذه حرم كل شيء منه كريش الطير وقولهم لا يضر به ممنوع فانه يضعفه وربما آل الى تلفه

(فصل) ويحرم قطع حشيش الحرم الا ما استثناه الشرع من الاذخر وما أنبتـه الآدميون واليابس لقوله عليه السلام « لا يحتش حشيشها » وفي استثنائه الاذخر دليل على تحريم ما عداه وفي جواز رعيه وجهان (احدهما) لا يجوز وهو مذهب أبي حنيفة لان ما حرم اتلافه لم يجز أن يرسل

(والثاني) يجوز وهو مذهب عطاء والشافعي لأن الهديا كانت تدخل الحرم فتكثر فيه فلم ينقل أنه كانت تسد أفواهها ولان بهم حاجة إلى ذلك أشبه قطع الاذخر

(فصل) ويباح أخذ الكمأة من الحرم وكذلك الفقع لانه لا أصل له فأشبه الثمرة وروى حنبل قال يؤكل من شجر الحرم الضغابيس والعشرق وماسقط من الشجر وما أنبت الناس

(فصل) ويجب في إتلاف الشجر والحشيش الضمان وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ابن عباس وعطاء وقال مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر لا يضمن لان المحرم لا يضمنه في الحل فلا يضمن في الحرم كالزرع وقال ابن المنذر لاأجد دليلا أوجب به في شجر الحرم فرضا من كتاب ولاسنة ولا اجماع وأقول كما قال مالك نستغفر الله تعالى

ولنا ما روى أبو هشيمة قال رأيت عمر بن الخطاب أمر بشجر كان في المسجد يضر باهل الطواف فقطع وفدا قال وذكر البقرة رواه حنبل في المناسك وعن ابن عباس أنه قال في الدوحة بقرة وفي الجزلة شاة والدوحة الشجرة العظيمة والجزلة الصغيرة وعن عطاء نحوه ولانه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم فكان مضمونا كالصيد ويخالف المحرم فانه لايمنع من قطع شجر الحل ولا زرع الحرم إذا ثبت هذا فانه يضمن الشجرة الكبيرة ببقرة والصغيرة بشاة والحشيش بقيمته والغصن بما نقص

عليه ما يتلفه كالصيد (والثاني) يجوز وهو مذهب عطاء والشافعي لان الهدايا كانت تدخل الحرم فتكثر فيه فلم ينقل انها كانت تسد أفواهها ولان الحاجة تدعو اليها أشبه قطع الاذخر ويباح أخذ الكمأة من الحرم وكذلك الفقع لانه لا أصل له فأشبه الثمرة وروى حنبل قال يؤكل من شجر الحرم الضغابيس والعشرق وما سقط من الشجر وما أنبت الناس

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قطعه ضمن الشجرة الكبيرة ببقرة والصغيرة بشاة والحشيش بقيمته والغصن بما نقصه فان استخلف سقط الضمان في أحد الوجهين)

يجب الضمان في اتلاف شجر الحرم وحشيشه ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك وأبو داود وابن المنذر لا يضمن لان المحرم لا يضمنه في الحل فلا يضمن في الحرم كالزرع قال ابن المنذر لا اجد دلالة أوجب بها في شجر الحرم فرضا من كتاب ولا سنة ولا اجماع وأقول كما قال مالك نستغفر الله تعالى

ولنا ما روى أبو هشيمة قال رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بشجر كان في المسجد يضر باهل الطواف فقطع وفدا قال وذكر البقرة رواه حنبل في المناسك وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في الدوحة بقرة وفي الجزلة شاة قال والدوحة الشجرة العظيمة والجزلة الصغيرة ونحوه عن عطاء ولانه ممنوع منه لحرمة الحرم فضمن كالصيد ويخالف المحرم فانه لا يمنع من قطع شجر الحل ولا زرع الحرم اذا ثبت هذا فانه يضمن الشجرة الكبيرة ببقرة والصغيرة بشاة والحشيش بقيمته والغصن بما

وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي يضمن الكل بقيمته لانه لا مقدر فيه فأشبه الحشيش

ولنا قول ابن عباس وعطاء ولانه أحد نوعي مايحرم إتلافه فكان فيه ما يضمن بمقدر كالصيد فان قطع غصنا أو حشيشا فاستخلف احتمل سقوط ضمانه كما إذا جرح صيداً فاندمل أو قطع شعر آدمي فنبت واحتمل أن يضمنه لان الثاني غير الاول

(فصل) ومن قلع شجرة من الحرم فغرسها في مكان آخر فيبست ضمنها لأنه أتلفها وإن غرسها في مكان من الحرم فنبتت لم يضمنها لانه لم يتلفها ولم يزل حرمتها وإن غرسها في الحل فنبتت فعليه ردها اليه لانه أزال حرمتها فان تعذر ردها أوردها فيبست ضمنها وإن قلعها غيره من الحل فقال القاضي الضمان على الثاني لانه المتلف لها فان قيل فلم لايجب على المخرج كالصيد اذا نفره من الحرم فقتله إنسان في الحل فان الضمان على المنفر

قلنا الشجر لاينتقل بنفسه ولا تزول حرمته باخراجه ولهذا وجب على قالعه رده والصيد يكون في الحرم تارة وفي الحل أخرى فمن نفره فقد فوت حرمته فلزمه جزاؤه وهذا لم يفوت حرمته بالاخراج فكان الجزاء على متلفه لانه أتلف شجراً حرميا محرما إتلافه

(فصل) وإذا كانت شجرة في الحرم وغصنها في الحل فعلى قاطعه الضمان لانه تابع لاصله وإن كانت في الحل وغصنها في الحرم فقطعه ففيه وجهان

نقص كاعضاء الحيوان ، وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي يضمن الكل بقيمته ، وعن احمد مثل ذلك وعنه في الغصن الكبير شاة

ولنا قول ابن عباس وعطاء ولانه أحد نوعي ما يحرم اتلافه فكان فيه ما يضمن بمقدر كالصيد فان قطع غصنا أو حشيشا فاستخلف سقط ضمانه كما لو قطع شعر آدمي فنبت وفيه وجه آخر أنه لا يسقط لان الثاني غير الاول فهو كما لو حلق المحرم شعراً فعاد

(فصل) ومن قلع شجرة من الحرم فغرسها في مكان آخر فيبست ضمنها ،لانه أتلفها وان غرسها في الحرم فنبتت لم يضمنها لانه لم يتلفها ولم تزل حرمتها وان نقصت ضمن نقصها وان غرسها في الحل فنبتت فعليه ردها اليه لانه أزال حرمتها فان تعذر ردها أو ردها فيبست ضمنها وان قلعها غيره من الحل فقال القاضي الضمان على الثاني لانه أتلفها فان قيل فلم لا يجب على المخرج كالصيد اذا نفره انسان من الحرم فقتله انسان في الحل فان الضمان على المنفر قلنا الشجر لا ينتقل بنفسه ولا تزول حرمته باخراجه ولهذا وجب على مخرجه رده والصيد يكون تارة في الحرم وتارة في الحل فمن نفره فقد فوت حرمته فلزمه جزاؤه وهذا لم يفوت حرمتها بالاخراج فكان الجزاء على المتلف لانه أتلف شجراً حرميا محرما اتلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع غصنا في الحل أصله في الحرم ضمنه وان قطع غصنا في الحرم أصله في الحل لم يضمنه في أحد الوجهين)

اذا كانت الشجرة في الحرم غصنها في الحل فعلى قاطعه الضمان لانه تابع لاصله وان كانت في

(أحدهما) لاضمان فيه وهو قول القاضي أبي يعلى لانه تابع لأصله كالتي قبلها

(والثاني) يضمنه اختاره ابن أبي موسى لانه في الحرم فان كان بعض الاصل في الحل وبعضه في الحرم ضمن الغصن بكل حال سواء كان في الحل أو في الحرم تغليبا لحرمة الحرم كما لو وقف صيد بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم

(فصل) ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايحرم لانه لوكان محرما لبينه النبي ﷺ بيانا عاما ولوجب فيه الجزاء كصيد الحرم

ولنا ما روى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «المدينة حرم مابين ثور الى عير» متفق عليه وروى تحريم المدينة أبو هريرة ورافع وعبد الله بن زيد متفق على أحاديثهم ورواه مسلم عن سعد وجابر وأنس، وهذا يدل على تعميم البيان وليس هو في الدرجة دون اخبار تحريم الحرم، وقد قبلوه وأثبتوا أحكامه على أنه ليس بممتنع أن يبينه بيانا خاصا أو يبينه بيانا عاما فينقل نقلا خاصا كصفة الأذان والوتر والاقامة

(فصل) وحرم المدينة مابين لابتيها لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ما بين لابتيها حرام» وكان أبو هريرة يقول لو رأيت الظباء ترتع بالمدينة ماذعرتها متفق عليه واللابة الحرة وهي أرض

الحل وغصنها في الحرم لم يضمنه في أحد الوجهين اختاره القاضي لانه تابع لاصله فهي كالتي قبلها وفي الآخر يضمنه اختاره ابن أبي موسى لانه في الحرم فان كان بعض الاصل في الحرم وبعضه في الحل ضمن الغصن سواء كان في الحل أو في الحرم تغليبا لحرمة الحرم كالصيد الواقف بعضه في الحل وبعضه في الحرم

(فصل) يكره اخراج تراب الحرم وحصاه لان ابن عباس وابن عمر كرهاه ولا يكره اخراج ماء زمزم لانه يستخلف فهو كالثمرة

(فصل) قال رحمه الله ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها الا ما تدعو الحاجة اليه من شجرها للرحل والعارضة القائمة ونحوها ومن حشيشها للعلف ومن أدخل اليها صيداً فله امساكه وذبحه

صيد المدينة وشجرها وحشيشها حرام، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يحرم لانه لو كان محرما لبينه النبي ﷺ بيانا عاما ولوجب فيه الجزاء كصيد الحرم

ولنا ما روى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «المدينة حرم ما بين ثور الى عير» متفق عليه وروى تحريم المدينة أبو هريرة ورافع وعبد الله بن زيد في المتفق عليه ورواه مسلم عن سعد وجابر وأنس رضي الله عنهم وهذا يدل على تعميم البيان وليس هو في الدرجة دون أخبار تحريم الحرم وقد قبلوه وأثبتوا أحكامه على أنه ليس بممتنع أن يبينه بيانا خاصا أو بينه بيانا عاما فينقل خاصا كصفة الاذان والوتر والاقامة

فيها حجارة سود قال أحمد ما بين لابتيها حرام بريد في بريد كذا فسره مالك بن أنس وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ جعل حول المدينة اثني عشر ميلا حمى رواه مسلم فاما قوله ما بين ثور الى عير فقال أهل العلم بالمدينة لا نعرف بها ثورا ولا عيرا وانما هما جبلان بمكة فيحتمل أن النبي ﷺ أراد قدر ما بين ثور وعير ويحتمل أنه أراد جبلين بالمدينة وسماهما ثورا وعيرا تجوزا

(فصل) فمن فعل مما حرم عليه شيئا ففيه روايتان

(إحداهما) لا جزاء فيه وهذا قول أكثر أهل العلم، وهو قول مالك والشافعي في الجديد لانه موضع يجوز دخوله بغير إحرام فلم يجب فيه جزاء كصيد وجّ

(والثانية) يجب فيه الجزاء روي ذلك عن ابن أبي ذئب وهو قول الشافعي في القديم وابن المنذر لأن رسول الله ﷺ قال «إني أحرم المدينة مثل ما حرم ابراهيم مكة» ونهى أن يعضد شجرها ويؤخذ طيرها فوجب في هذا الحرم الجزاء كما وجب في ذلك اذ لم يظهر بينهما فرق وجزاؤه اباحة سلب القاتل لمن أخذه لما روى مسلم باسناده عن عامر بن سعد ان سعدا ركب الى قصره بالعقيق فوجد عبدا يقطع شجرا أو يخبطه فسلبه فلما رجع سعد جاء أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم أو عليهم فقال معاذ الله أن أرد شيئا نفلنيه رسول الله ﷺ فابى أن يرد عليهم. وعن سعد أن رسول الله ﷺ قال «من أخذ أحدا يصيد فيه فليسلبه» رواه أبو داود فعلى هذا يباح لمن وجد آخذ الصيد أو قاتله أو قاطع الشجر سلبه وهو أخذ ثيابه حتى سراويله فان كان على دابة لم يملك أخذها لان الدابة ليست من السلب وانما أخذها قاتل الكافر في الجهاد لانه يستعان بها على الحرب بخلاف مسألتنا وان لم يسلبه أحد فلا شيء عليه سوى الاستغفار والتوبة

(فصل) ويفارق حرم المدينة حرم مكة في شيئين

(أحدهما) أنه يجوز أن يؤخذ من شجر حرم المدينة ما تدعو الحاجة اليه للمساند والوسائد والرحل ومن حشيشها ما تدعو الحاجة اليه للعلف لما روى الامام أحمد عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ لما حرم المدينة قالوا يارسول الله: انا أصحاب عمل وأصحاب نضح وانا لا نستطيع أرضا غير أرضنا فرخص لنا. فقال «القائمتان والوسادة والعارضة والمسند فاما غير ذلك فلا يعضد ولا يخبط منها شيء» قال اسماعيل ابن أبي

(فصل) ويفارق حرم المدينة حرم مكة في شيئين (احدهما) انه يجوز أن يؤخذ من شجر حرم المدينة ما تدعو الحاجة اليه للمساند والوسائد والرحل ومن حشيشها ما يحتاج إليه للعلف لما روى الامام احمد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ان النبي ﷺ لما حرم المدينة قالوا يارسول الله انا أصحاب عمل وأصحاب نضح وانا لا نستطيع أرضا غير أرضنا فرخص لنا فقال «القائمتان والوسادة والعارضة والمسند فاما غير ذلك فلا يعضد ولا يخبط منها شيء» قيل المسند مرود البكرة

أويس قال خارجة المسند مرود البكرة فاستثني ذلك وجعله مباحا كاستثناء الاذخر بمكة وعن علي عن النبي ﷺ قال « المدينة حرام ما بين عائر الى ثور لا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ولا يصلح أن يقطع منها شجرة الا أن يعاف رجل بعيره » وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لا يخبط ولا يعضد حمى رسول الله ﷺ ولكن يهش هشاً رفيقا » رواهما أبو داود ولان المدينة يقرب منها شجر وزرع فلو منعنا من احتشاشها مع الحاجة أفضى الى الضرر بخلاف مكة

(الثاني) أن من صاد صيداً خارج المدينة ثم أدخله اليها لم يلزمه إرساله نص عليه أحمد لان النبي ﷺ كان يقول « يا أبا عمير مافعل النغير » وهو طائر صغير فظاهر هذا أنه أباح امساكه بالمدينة إذ لم ينكر ذلك وحرمة مكة أعظم من حرمة المدينة بدليل أنه لا يدخلها الا محرم

(فصل) صيد وجّ وشجره مباح وهو واد بالطائف وقال أصحاب الشافعي هو محرم لان النبي ﷺ قال « صيد وج وعضاهها محرم » رواه أحمد في المسند

ولنا أن الاصل الاباحة والحديث ضعيف ضعفه احمد ذكره أبو بكر الخلال في كتاب العلل

﴿مسئلة﴾ قال (وان حصر بعدو نحر ما معه من الهدي وحل)

أجمع أهل العلم على أن المحرم إذا حصره عدو من المشركين أو غيرهم فمنعوه الوصول الى البيت ولم يجد طريقا آمنا فله التحلل وقد نص الله تعالى عليه بقوله (فان احصرتم فما استيسر من الهدي) وثبت أن النبي ﷺ أمر أصحابه يوم حصروا في الحديبية أن ينحروا ويحلقوا ويحلوا وسواء كان الاحرام بحج أو بعمرة أو بهما في قول إمامنا وأبي حنيفة والشافعي وحكي عن مالك أن المعتمر لا يتحلل لانه لا يخاف الفوات وليس بصحيح لان الآية إنما نزلت في حصر الحديبية وكان النبي ﷺ وأصحابه محرمين بعمرة فحلوا جميعا وعلى من تحلل بالاحصار الهدي في قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك ليس عليه هدي لانه تحلل أبيح له من غير تفريط أشبه من أتم حجه وليس بصحيح لان الله تعالى قال (فان احصرتم فما استيسر من الهدي) قال الشافعي لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية ولانه أبيح له التحلل قبل إتمام نسكه فكان عليه الهدي كالذي فاته الحج وبهذا فارق من أتم حجه .

(فصل) ولا فرق بين الحصر العام في حق الحاج كله وبين الخاص في حق شخص واحد مثل

فاستثنى ذلك وجعله مباحا كاستثناء الاذخر بمكة وعن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « المدينة حرام ما بين عائر الى ثور لا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ولا يصلح أن يقطع منها شجرة الا أن يعلف رجل بعيره » رواه أبو داود ولان المدينة يقرب منها شجر وزرع فلو منعنا من احتشاشها أفضى الى الضرر بخلاف مكة (الثاني) أن من صاد من خارج المدينه صيدا ثم أدخله اليها لم يلزمه

أن يحبس بغير حق أو أخذته اللصوص وحده لعموم النص ووجود المعنى في الكل فأما من حبس بحق عليه يمكنه الخروج منه لم يكن له التحلل لانه لاعذر له في الحبس وان كان معسرا به عاجزاً عن أدائه فحبسه بغير حق فله التحلل كمن ذكرنا وان كان عليه دين مؤجل يحل قبل قدوم الحاج فمنعه صاحبه من الحج فله التحلل أيضا لانه معذور ولو أحرم العبد بغير اذن سيده أو المرأة للتطوع بغير إذن زوجها فلهما منعهما وحكمهما حكم المحصر

(فصل) فان أمكن المحصر الوصول من طريق أخرى لم يبح له التحلل ولزمه سلوكها بعدت أو قربت خشي الفوات أو لم يخشه فان كان محرما بعمرة لم يفت وان كان بحج ففاته تحلل بعمرة وكذا لو لم يتحلل المحصر حتى خلي عنه لزمه السعي وإن كان بعد فوات الحج ليتحلل بعمرة ثم هل يلزمه القضاء ان فاته الحج ؟ فيه روايتان

(إحداهما) يلزمه كمن فاته بخطأ الطريق

(والثانية) لاتجب لان سبب الفوات الحصر أشبه من لم يجد طريقا أخرى بخلاف المخطيء

(فصل) فاما من لم يجد طريقا أخرى فتحلل فلا قضاء عليه الا ان يكون واجبا يفعله بالوجوب السابق في الصحيح من المذهب ، وبه قال مالك والشافعي وعن أحمد ان عليه القضاء روي ذلك عن مجاهد وعكرمة والشعبي ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ لما تحلل زمن الحديبية قضى من قابل وسميت عمرة القضية ولانه حل من احرامه قبل إتمامه فلزمه القضاء كما لو فاته الحج

ووجه الاولى أنه تطوع جاز التحلل منه مع صلاح الوقت له فلم يجب قضاؤه كما لو دخل في الصوم يعتقد أنه واجب فلم يكن فأما الخبر فان الذين صدوا كانوا الفا واربعمائة والذين اعتمروا مع النبي ﷺ كانوا نفراً يسيراً ولم ينقل الينا ان النبي ﷺ أمر احدا بالقضاء وأما تسميتها عمرة القضية فانما يعني بها القضية التي اصطلحوا عليها واتفقوا عليها ولو أرادوا غير ذلك لقالوا عمرة القضاء ويفارق الفوات فانه مفرط بخلاف مسألتنا .

(فصل) واذا قدر المحصر على الهدي فليس له الحل قبل ذبحه فان كان معه هدي قد ساقه اجزأه وان لم يكن معه لزمه شراؤه ان أمكنه ويجزئه أدنى الهدي وهو شاة أو سبع بدنة لقوله تعالى (فما استيسر من الهدي) وله نحره في موضع حصره من حل أو حرم نص عليه احمد وهو قول مالك والشافعي الا أن يكون قادراً على أطراف الحرم ففيه وجهان

(احدهما) يلزمه نحره فيه لان الحرم كله منحر وقد قدر عليه

إرساله نص عليه احمد لان النبي ﷺ كان يقول «يا أبا عمير ما فعل النغير ؟ » وهو طائر صغير فظاهر هذا أنه أباح امساكه بالمدينة ولم ينكر ذلك وحرمة مكة أعظم من حرمة المدينة بدليل أنه لا يدخلها الا محرم واذا جاز امساك الصيد فيها جاز ذبحه فيها كغيرها

(والثاني) ينحره في موضعه لان النبي ﷺ نحر هديه في موضعه وعن احمد ليس للمحصر نحر هديه الا في الحرم فيبعثه ويواطيء رجلا على نحره في وقت يتحلل فيه ، وهذا يروى عن ابن مسعود فيمن لدغ في الطريق وروي نحو ذلك عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء ، وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصا وأما الحصر العام فلا ينبغي أن يقوله أحد لان ذلك يفضي الي تعذر الحل لتعذر وصول الهدي الى محله ولان النبي ﷺ وأصحابه نحروا هداياهم في الحديبية وهي من الحل قال البخاري قال مالك وغيره ان النبي ﷺ وأصحابه حلقوا وحلوا من كل شيء قبل الطواف وقبل أن يصل الهدي الى البيت ولم يذكر أن النبي ﷺ أمر أحدا أن يقضي شيئا ولا أن يعودوا له وروي أن النبي ﷺ نحر هديه عند الشجرة التي كانت تحتها بيعة الرضوان وهي من الحل باتفاق أهل السيرة والنقل قال الله تعالى (والهدي معكوفا أن يبلغ محله) ولانه موضع حله فكان موضع نحره كالحرم . وسائر الهدايا يجوز للمحصر نحرها في موضع تحلله فان قيل فقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) وقال (ثم محلها الى البيت العتيق) ولانه ذبح يتعلق بالاحرام فلم يجز في غير الحرم كدم الطيب واللباس (قلنا) الآية في حق غير المحصر ولا يمكن قياس المحصر عليه لان تحلل المحصر في الحل وتحلل غيره في الحرم فكل منهما ينحر في موضع تحلله وقيل في قوله (حتى يبلغ الهدي محله) أي حتى يذبح وذبحه في حق المحصر في موضع حله اقتداء بالنبي ﷺ

(فصل) ومتى كان المحصر محرما بعمرة فله التحلل ونحر هديه وقت حصره لان النبي ﷺ وأصحابه زمن الحديبية حلوا ونحروا هداياهم بها قبل يوم النحر ، وان كان مفرداً أو قارناً فكذلك فى احدى الروايتين لان الحج أحد النسكين فجاز الحل منه ونحر هديه وقت حصره كالعمرة، ولان العمرة لا تفوت وجميع الزمان وقت لها ، فاذا جاز الحل منها ونحر هديها من غير خشية فواتها فالحج الذي يخشى فواته أولى

(والرواية الثانية) لا يحل ولا ينحر هديه الى يوم النحر . نص عليه في رواية الأثرم وحنبل لان للهدي محل زمان ومحل مكان ، فاذا عجز عن محل المكان فسقط بقي محل الزمان واجباً لامكانه، واذا لم يجز له نحر الهدي قبل يوم النحر لم يجز التحلل لقوله سبحانه (ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله) واذا قلنا بجواز التحلل قبل يوم النحر فالمستحب له مع ذلك الاقامة مع احرامه رجاء زوال الحصر ، فمتى زال قبل تحلله فعليه المضي لاتمام نسكه بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا جزاء فى صيد المدينة وعنه جزاؤه سلب القاتل لمن أخذه)

ليس في صيد المدينة وشجرها جزاء في احدى الروايتين وهو قول أكثر أهل العلم لانه موضع يجوز دخوله بغير احرام فلم يجب فيه جزاء كصيد وج (والثانية) فيه الجزاء روي ذلك عن ابن أبي ذئب وهو قول الشافعي القديم وابن المنذر لان رسول الله ﷺ قال « اني احرم المدينة مثل ماحرم

قال كل من أحفظ عنه من أهل العلم إن من يئس أن يصل الى البيت فجاز له أن يحل فلم يفعل حتى خلي سبيله أن عليه أن يقضي مناسكه ، وان زال الحصر بعد فوات الحج تحلل بعمل عمرة ، فان فات الحج قبل زوال الحصر تحلل بهدي ، وقيل عليه ههنا هديان : هدي للفوات وهدي للاحصار ، ولم يذكر أحمد فى رواية الأثرم هديا ثانياً في حق من لايتحلل الا يوم النحر

(فصل) فان أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة فله التحلل لان الحصر يفيده التحلل من جميعه فأفاد التحلل من بعضه ، وان كان ماحصر عنه ليس من أركان الحج كالرمي وطواف الوداع والمبيت بمزدلفة أو بمنى فى لياليها فليس له التحلل لان صحة الحج لاتقف على ذلك ويكون عليه دم لتركه ذلك وحجه صحيح كما لو تركه من غير حصر ، وان أحصر عن طواف الافاضة بعد رمي الجمرة فليس له أن يتحلل أيضاً لان احرامه انما هوعن النساء والشرع انما ورد بالتحلل من الاحرام التام الذي يحرم جميع محظوراته فلا يثبت بما ليس مثله ، ومتى زال الحصر أتى بالطواف وقد تم حجه

(فصل) فأما من يتمكن من البيت ويصد عن عرفة فله أن يفسخ نية الحج ويجعله عمرة ولا هدي عليه لاننا أبحنا له ذلك من غير حصر فمع الحصر أولى ، فان كان قد طاف وسعى للقدوم ثم أحصر ، أو مرض حتى فاته الحج تحلل بطواف وسعي آخر لان الاول لم يقصد به طواف العمرة ولا سعيها وليس عليه أن يجدد احراما ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال الزهري لابد أن يقف بعرفة وقال محمد بن الحسن لايكون محصراً بمكة وروي ذلك عن أحمد ، فان فاته الحج فحكمه حكم من فاته بغير حصر ، وقال مالك يخرج الى الحل ويفعل مايفعل المعتمر ، فان أحب أن يستنيب من يتمم عنه أفعال الحج جاز في التطوع لانه جاز أن يستنيب فى جملته فجاز فى بعضه ، ولا يجوز فى حج الفرض الا ان يئس من القدرة عليه في جميع العمر كما فى الحج كله

(فصل) واذا تحلل المحصر من الحج فزال الحصر وأمكنه الحج لزمه ذلك إن كانت حجة الاسلام أو قلنا بوجوب القضاء ، أو كانت الحجة واجبة في الجملة لان الحج يجب على الفور وإن لم تكن الحجة واجبة ولا قلنا بوجوب القضاء فلا شيء عليه كمن لم يحرم

(فصل) وإن أحصر في حج فاسد فله التحلل لانه اذا أبيح له التحلل في الحج الصحيح فالفاسد أولى ، فان حل ثم زال الحصر وفي الوقت سعة فله أن يقضي في ذلك العام وليس يتصور القضاء في العام الذي أفسد الحج فيه في غير هذه المسئلة

ابراهيم مكة » ونهى أن يعضد شجرها ويؤخذ طيرها فوجب في هذا الحرم الجزاء كما وجب في ذلك إذا لم يظهر بينهما فرق وجزاؤه إباحة سلب القاتل لما أخذه لماروى مسلم باسناده عن عامر بن سعد أن سعدا رضي الله عنه ركب إلى قصره بالعقيق فوجد عبداً يقطع شجراً ويخبطه فسلبه فلما جاء سعد جاءه أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم أو عليهم فقال معاذ الله أن أرد شيئا نفلنيه رسول

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يكن معه هدي ولا يقدر عليه صام عشرة أيام ثم حل)

وجملة ذلك أن المحصر اذا عجز عن الهدي انتقل إلى صوم عشرة أيام ثم حل، وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه ، وقال مالك وأبو حنيفة ليس له بدل لانه لم يذكر في القرآن

ولنا أنه دم وأجب للاحرام فكان له بدل كدم التمتع والطيب واللباس وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره في ذلك ويتعين الانتقال إلي صيام عشرة أيام كبدل هدي التمتع ، وليس له أن يتحلل إلا بعد الصيام كما لا يتحلل واجد الهدي إلا بنحره ، وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدي أو الصيام ؟ ظاهر كلام الخرقي أنه لا يلزمه لانه لم يذكره وهو احدى الروايتين عن أحمد لان الله تعالى ذكر الهدي وحده ولم يشرط سواه

(والثانية) عليه الحلق أو التقصير لان النبي ﷺ حلق يوم الحديبية وفعله في النسك دالّ على الوجوب ولعل هذا ينبني على أن الحلاق نسك أو اطلاق من محظور على مايذكر في موضعه ان شاء الله

(فصل) ولا يتحلل الا بالنية مع ماذكرنا فيحصل الحل بشيئين النحر أو الصوم والنية ان قلنا الحلاق ليس بنسك ، وان قلنا هو نسك حصل بثلاثة أشياء الحلاق مع ماذكرنا ، فان قيل فلم اعتبرتم النية ههنا وهي في غير المحصر غير معتبرة ؟ قلنا لان من أتى بأفعال النسك فقد أتى بما عليه فيحل منها باكمالها فلم يحتج الى نية بخلاف المحصور فانه يريد الخروج من العبادة قبل اكمالها فافتقر الى قصده ، ولان الذبح قد يكون لغير الحل فلم يتخصص الا بقصده بخلاف الرمي فانه لايكون الا للنسك فلم يحتج الى قصده

(فصل) فان نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام لم يتحلل وكان على احرامه حتى ينحر الهدي أو يصوم لانهما أقيما مقام أفعال الحج فلم يحل قبلهما كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها ، وليس عليه في نية الحل فدية لانها لم تؤثر في العبادة ، فان فعل شيئاً من محظورات الاحرام قبل ذلك فعليه فديته كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج

(فصل) واذا كان العدو الذي حصر الحاج مسلمين فأمكن الانصراف كان أولى من قتالهم لان في قتالهم مخاطرة بالنفس والمال وقتل مسلم فكان تركه أولى ، ويجوز قتالهم لانهم تعدوا على المسلمين بمنعهم طريقهم فأشبهوا سائر قطاع الطريق ، وإن كانوا مشركين لم يجب قتالهم لانه انما يجب بأحد أمرين [1] اذا بدأوا بالقتال أو وقع النفير فاحتيج الى مدد وليس ههنا واحد منهما ، لكن ان غلب على

«١» من أين جاء هذا الحصر؟

الله ﷺ وأبى أن يرد عليهم ، وعن سعد أن رسول الله ﷺ قال « من وجد أحداً يصيد فيه فليسلبه » رواه أبو داود فعلى هذا يباح لمن وجد آخذ الصيد أو قاتله أو قاطع الشجر سلبه وهو أخذ جميع ثيابه حتى السراويل فان كان على دابة لم يملك أخذها لان الدابة ليست من السلب وإنما أخذها

ظن المسلمين الظفر بهم استحب قتالهم لما فيه من الجهاد وحصول النصر وإتمام النسك ، وان غلب على ظنهم ظفر الكفار فالاولى الانصراف لئلا يغرروا بالمسلمين ، ومتى احتاجوا في القتال الى لبس ما تجب فيه الفدية كالدرع والمغفر فعلوا وعليهم الفدية لان لبسهم لاجل أنفسهم فأشبه مالو لبسوا للاستدفاء من دفع برد

(فصل) فان أذن لهم العدو في العبور فلم يثقوا بهم فلهم الانصراف لانهم خائفون على أنفسهم فكأنهم لم يأمنوهم ، وان وثقوا بأمانهم وكانوا معروفين بالوفاء لزمهم المضي على احرامهم لانه قد زال حصرهم ، وان طلب العدو خفارة على تخلية الطريق وكان ممن لايوثق بأمانه لم يلزمهم بذله لان الخوف باق مع البذل ، وان كان موثوقاً بأمانه والخفارة كثيرة لم يجب بذله ، بل يكره ان كان العدو كافراً لان فيه صغاراً وتقوية للكفار ، وان كانت يسيرة فقياس المذهب وجوب بذله كالزيادة في ثمن الماء للوضوء . وقال بعض أصحابنا : لايجب بذل خفارة بحال وله التحلل كما أنه في ابتداء الحج لايلزمه اذا لم يجد طريقا آمنا من غير خفارة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن منع من الوصول إلى البيت بمرض أو ذهاب نفقة بعث بهدي إن كان معه ليذبحه بمكة وكان على احرامه حتى يقدر على البيت)

المشهور في المذهب أن من يتعذر عليه الوصول الى البيت بغير حصر العدو من مرض أو عرج أو ذهاب نفقة ونحوه أنه لايجوز له التحلل بذلك . روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس ومروان وبه قال مالك والشافعي واسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى له التحلل بذلك . روي نحوه عن ابن مسعود وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وأبي ثور لان النبي ﷺ قال «من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى » رواه النسائي ، ولانه محصر يدخل في عموم قوله تعالى (فان أحصرتم فما استيسر من الهدي) يحققه أن لفظ الاحصار انما هو للمرض ونحوه يقال أحصره المرض احصاراً فهو محصر وحصره العدو حصراً فهو محصور فيكون اللفظ صريحاً في محل النزاع وحصر العدو مقيس عليه ، ولانه مصدود عن البيت أشبه من صده عدو ، ووجه الاولى أنه لايستفيد بالاحلال الانتقال من حاله ولا التخلص من الاذى الذي به بخلاف حصر العدو ، ولان النبي ﷺ دخل على ضباعة بنت الزبير فقالت اني أريد الحج وأنا شاكية فقال « حجي واشترطي ان محلي حيث

قاتل الكافر في الجهاد لانها يستعان بها في الحرب بخلاف مسئلتنا فان لم يسلبه أحد فلا شيء عليه سوى التوبة

﴿ مسئلة ﴾ (وحد حرمها بين ثور الي عير وجعل النبي ﷺ حول المدينة اثني عشر ميلا حمى)

حد حرم المدينة ما بين لابيتها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ما

حبستني » فلو كان المرض يبيح الحل مااحتاجت الى شرط وحديثهم متروك الظاهر ، فان مجرد الكسر والعرج لا يصير به حلالا ، فان حملوه على أنه يبيح التحلل حملناه على ماإذا اشترط الحل بذلك على أن في حديثهم كلاما فانه يرويه ابن عباس ومذهبه خلافه ، فان قلنا يتحلل فحكمه حكم من أحصر بعدو على مامضى ، وان قلنا لايتحلل فانه يقيم على احرامه ويبعث مامعه من الهدي ليذبح بمكة وليس له نحره في مكانه لانه لم يتحلل ، فان فاته الحج تحلل بعمرة كغير المريض

(فصل) وإن شرط في ابتداء إحرامه ان يحل متى مرض أو ضاعت نفقته أو نفدت أو نحوه أو قال ان حبسني حابس فمحلي حيث حبسني فله الحل متى وجد ذلك ولا شيء عليه لا هدي ولا قضاء ولا غيره فان للشرط تأثيراً في العبادات بدليل انه لو قال ان شفى الله مريضي صمت شهراً متتابعاً أو متفرقا كان على ماشرطه وانما لم يلزمه الهدي والقضاء لانه إذا شرط شرطاً كان إحرامه الذي فعله إلى حين وجود الشرط فصار بمنزلة من أكمل أفعال الحج ، ثم ينظر في صيغة الشرط فان قال ان مرضت فلي أن أحل وان حبسني حابس فمحلي حيث حبسني فاذا حبس كان بالخيار بين الحل وبين البقاء على الاحرام وان قال ان مرضت فأنا حلال فمتى وجد الشرط حل بوجوده لانه شرط صحيح فكان على ماشرط

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قال أنا أرفض إحرامي وأحل فلبس الثياب وذبح الصيد وعمل ما يعمله الحلال كان عليه في كل فعل فعله دم، وان كان وطيء فعليه للوطء بدنة مع مايجب عليه من الدماء)

وجملة ذلك ان التحلل من الحج لايحصل إلا بأحد ثلاثة أشياء : كمال أفعاله أو التحلل عند الحصر أو بالعذر إذا شرط وما عدا هذا فليس له أن يتحلل به فان نوى التحلل لم يحل ولا يفسد الاحرام برفضه لانه عبادة لايخرج منها بالفساد فلا يخرج منها برفضها بخلاف سائر العبادات ويكون الاحرام باقياً في حقه تلزمه أحكامه ويلزمه جزاء كل جناية جناها عليه ، وان وطيء أفسد حجه وعليه لذلك بدنة مع ماوجب عليه من الدماء سواء كان الوطء قبل الجنايات أو بعدها فان الجناية على الاحرام الفاسد توجب الجزاء كالجناية على الصحيح وليس عليه لرفضه الاحرام شيء لانه مجرد نية لم تؤثر شيئاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويمضي في الحج الفاسد ويحج من قابل)

وجملة ذلك ان الحج لا يفسد إلا بالجماع فاذا فسد فعليه اتمامه وليس له الخروج منه روي ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال أبوحنيفة والشافعي وقال الحسن ومالك

بين لابيتها حرام » متفق عليه واللابة الحرة وهي أرض بها حجارة سود قال احمد رحمه الله : ما بين لابيتها حرام بريد في بريد كذا فسره مالك بن أنس والبريد أربعة فراسخ وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ جعل حول المدينة اثنى عشر ميلا حمى رواه مسلم وقد روى علي رضي الله عنه أن النبي

يجعل الحجة عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة وقال داود يخرج بالافساد من الحج والعمرة لقول النبي ﷺ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »

ولنا عموم قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا ولأنه معنى يجب به القضاء فلم يخرج به منه كالفوات والخبر لا يلزمنا لان المضي فيه بأمر الله وانما وجب القضاء لانه لم يأت به على الوجه الذي يلزمه بالاحرام ، ونخص مالكا بأنها حجة لا يمكنه الخروج منها بالاخراج فلا يخرج منها إلى عمرة كالصحيحة ، اذا ثبت هذا فانه لايحل من الفاسد بل يجب عليه أن يفعل بعد الافساد كل ما يفعله قبله ولا يسقط عنه توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة والرمي ، ويجتنب بعد الفساد كل ما يجتنبه قبله من الوطء ثانيا وقتل الصيد والطيب واللباس ونحوه وعليه الفدية في الجناية على الاحرام الفاسد كالفدية في الجناية على الاحرام الصحيح ، فأما الحج من قابل فيلزمه بكل حال لكن ان كانت الحجة التي أفسدها واجبة بأصل الشرع أو بالنذر أو قضاء كانت الحجة من قابل مجزئة لان الفاسد اذا انضم اليه القضاء أجزأ عما يجزيء عنه الاول لو لم يفسده ، وان كانت الفاسدة تطوعا وجب قضاؤها لانه بالدخول في الاحرام صار الحج عليه واجباً فاذا أفسده وجب قضاؤه كالمنذور ويكون القضاء على الفور ولا نعلم فيه مخالفا لان الحج الاصلي واجب على الفور فهذا أولى لانه قد تعين بالدخول فيه والواجب بأصل الشرع لم يتعين بذلك

(فصل) ويحرم بالقضاء من أبعد الموضعين الميقات أو موضع احرامه الاول لانه ان كان الميقات أبعد فلا يجوز له تجاوز الميقات بغير احرام، وان كان موضع احرامه أبعد فعليه الاحرام بالقضاء منه نص عليه أحمد وروي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب والشافعي واسحاق واختاره ابن المنذر ، وقال النخعي يحرم من موضع الجماع لانه موضع الافساد

ولنا انها عبادة فكان قضاؤها على حسب أدائها كالصلاة

(فصل) واذا قضيا تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما روي هذا عن عمر وابن عباس وروى سعيد والاثرم باسناديهما عن عمر انه سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان فقال : أتما حجكما فاذا كان عام قابل فحجا واهديا حتى اذا بلغتما المكان الذي اصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا حتى تحلا . وروينا عن ابن عباس مثل ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انهما يتفرقان من حيث يحرمان حتى يحلا ، ورواه مالك في الموطأ عن علي رضي الله عنه وروي عن ابن عباس وهو قول مالك لان التفريق بينهما خوفا من معاودة المحظور وهو يوجد في جميع

ﷺ قال « حرم المدينة ما بين ثور الى عير » متفق عليه قال أهل العلم بالمدينة لا نعرف بها ثوراً ولا عيراً وإنما هما جبلان بمكة فيحتمل أن النبي ﷺ أراد قدر ما بين ثور وعير ويحتمل أنه أراد جبلين بالمدينة وسماهما ثورا وعيرا تجوزا والله تعالى أعلم

احرامهما ، ووجه الاول ان ماقبل موضع الافساد كان إحرامهما فيه صحيحاً فلم يجب التفرق فيه كالذي لم يفسد ، وانما اختص التفريق بموضع الجماع لانه ربما يذكره برؤية مكانه فيدعوه ذلك إلى فعله ، ومعنى التفرق أن لا يركب معها في محمل ولا ينزل معها في فسطاط ونحوه قال أحمد يتفرقان في النزول وفي المحمل والفسطاط ولكن يكون بقربها .وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب وهو قول أبي حنيفة لانه لا يجب التفرق في قضاء رمضان إذا أفسداه كذلك الحج (والثاني) يجب لانه روي عمن سمينا من الصحابة الامر به ولم نعرف لهم مخالفا ، ولان الاجتماع في ذلك الموضع يذكر الجماع فيكون من دواعيه والاول أولى لان حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه وهذا وهم بعيد لا يقتضي الايجاب

(فصل) والعمرة فيما ذكرناه كالحج فان كان المعتمر مكيا - أحرم بها من الحل - أحرم للقضاء من الحل ، وان كان أحرم بها من الحرم أحرم للقضاء من الحل ولا فرق بين المكي ومن حصل بها من المجاورين وان أفسد المتمتع عمرته ومضى في فاسدها فأتمها فقال أحمد يخرج الى الميقات فيحرم منه للحج فان خشي الفوات أحرم من مكة وعليه دم . فاذا فرغ من حجه خرج الى الميقات فأحرم منه بعمرة مكان التي أفسدها ، وعليه هدي يذبحه اذا قدم مكة لما أفسد من عمرته ، ولو افسد الحاج حجته وأتمها فله الاحرام بالعمرة من أدنى الحل كالمكيين

(فصل) واذا أفسد القضاء لم يجب عليه قضاؤه وانما يقضي عن الحج الاول كما لو أفسد قضاء الصلاة والصيام وجب القضاء للاصل دون القضاء كذا ههنا وذلك لان الواجب لا يزداد بفواته وانما يبقى ما كان واجباً في الذمة على ما كان عليه فيؤديه القضاء

باب ذكر الحج ودخول مكة

يستحب الاغتسال لدخول مكة لان عبد الله بن عمر كان يغتسل ثم يدخل مكة نهارا ويذكر أن النبي ﷺ كان يفعله متفق عليه ، وللبخاري ان ابن عمر كان اذا دخل أدنى الحرم أمسك عن التلبية

(فصل) ولا يحرم صيد وجّ ولا شجره وهو واد بالطائف ، وقال أصحاب الشافعي يحرم لان النبي ﷺ قال « صيد وج وعضاهها محرم » رواه الامام احمد

ولنا أن الاصل الاباحة والحديث ضعفه احمد ذكره أبو بكر الخلال في كتاب العلل

﴿ باب ذكر دخول مكة ﴾

يستحب الاغتسال لدخول مكة لان عبد الله بن عمر كان اذا دخل ادنى الحرم أمسك عن التلبية ثم يبيت بذي طوى ثم يصلي به الصبح ويغتسل ويحدث أن النبي ﷺ كان يفعل ذلك رواه

ثم يبيت بذي طوى ثم يصلي الصبح ويغتسل ويحدث ان النبي ﷺ كان يفعل ذلك، ولان مكة مجمع أهل النسك فاذا قصدها استحب له الاغتسال كالخارج إلى الجمعة، والمرأة كالرجل وان كانت حائضاً أو نفساء لقول رسول الله ﷺ لعائشة وقد حاضت « افعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت » ولان الغسل يراد للتنظيف وهذا يحصل مع الحيض فاستحب لها ذلك وهذا مذهب الشافعي وفعله عروة والاسود بن يزيد وعمرو بن ميمون والحارث بن سويد

(فصل) ويستحب أن يدخل مكة من أعلاها لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ دخل مكة من الثنية العليا التي بالبطحاء وخرج من الثنية السفلى، وروت عائشة أن النبي ﷺ لما جاء مكة دخل من أعلاها وخرج من أسفلها، متفق عليهما ولا بأس أن يدخلها ليلا أو نهاراً لان النبي ﷺ دخل مكة ليلا ونهاراً رواهما النسائي

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (فاذا دخل المسجد فالاستحباب له أن يدخل من باب بني شيبة فاذا رأى البيت رفع يديه وكبر)

إنما استحب دخول المسجد من باب بني شيبة لأن النبي ﷺ دخل منه، وفي حديث جابر الذي رواه مسلم وغيره أن النبي ﷺ دخل مكة ارتفاع الضحى وأناخ راحلته عند باب بني شيبة ودخل المسجد

البخاري ولان مكة مجمع أهل النسك فاذا قصدها استحب له الاغتسال كالخارج الى الجمعة والمرأة كالرجل وان كانت حائضا لقول النبي ﷺ لعائشة وقد حاضت « افعلي ما يفعل الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت » ولان الغسل يراد للتنظيف وهو يحصل مع الحيض وهذا مذهب الشافعي وفعله عروة والاسود بن يزيد وعمرو بن ميمون والحرث بن سويد

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يدخل مكة من أعلاها من ثنية كداء ثم يدخل المسجد من باب بني شيبة لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ دخل مكة من الثنية العليا التي بالبطحاء وخرج من السفلى[1] وروت عائشة أن النبي ﷺ لما جاء مكة دخل من أعلاها وخرج من أسفلها متفق عليهما ولا بأس بدخولها ليلا ونهاراً لان النبي ﷺ دخل مكة ليلا ونهاراً رواهما النسائي

(فصل) ويستحب أن يدخل المسجد من باب بني شيبة لما روى جابر في حديثه أن النبي ﷺ دخل مكة ارتفاع الضحى واناخ راحلته عند باب بني شيبة ودخل المسجد رواه مسلم وغيره

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا رأى البيت رفع يديه وكبر وقال اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام، اللهم زد هذا البيت تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبرا، وزد من عظمه وشرفه ممن حجه واعتمره تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبراً، الحمد لله رب العالمين كثيرا كما هو أهله وكما ينبغي لكرم وجهه وعز جلاله وعظيم شأنه، الحمد لله الذي بلغني بيته ورآني لذلك أهلا، والحمد لله على كل حال، اللهم

(١) الثنية العليا هي كداء بفتح ومد، والسفلى تسمى كدى بالضم والقصر

ويستحب رفع اليدين عند رؤية البيت[1] روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وبه قال الثوري وابن المبارك والشافعي واسحاق وكان مالك لايرى رفع اليدين لما روي عن المهاجر المكي قال سئل جابر بن عبد الله عن الرجل يرى البيت أيرفع يديه ؟ قال ماكنت أظن أحداً يفعل هذا الا اليهود حججنا مع رسول الله ﷺ فلم يكن يفعله رواه النسائي

ولنا ماروى أبو بكر ابن المنذر عن النبي ﷺ أنه قال « لاترفع الايدي الا في سبع مواطن افتتاح الصلاة واستقبال البيت وعلى الصفا والمروة وعلى الموقفين والجمرتين » وهذا من قول النبي ﷺ وذاك من قول جابر وخبره عن ظنه وفعله وقد خالفه ابن عمر وابن عباس، ولان الدعاء مستحب عند رؤية البيت وقد أمر برفع اليدين عند الدعاء

(فصل) ويستحب أن يدعو عند رؤية البيت فيقول : اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام ، اللهم زد هذا البيت تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبراً ، وزد من عظمه وشرفه ممن حجه واعتمره تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وبراً ، الحمد لله رب العالمين كثيراً كما هو أهله ، وكما ينبغي لكرم وجهه وعز جلاله ، الحمد لله الذي بلغني بيته ورآني لذلك أهلا ، والحمد لله على كل حال. اللهم انك دعوت الى حج بيتك الحرام وقد جئتك لذلك اللهم تقبل مني واعف عني واصلح لي شأني كله لا اله الا أنت

قال الشافعي في مسنده أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج[2] أن رسول الله ﷺ كان اذا رأى البيت رفع يديه وقال « اللهم زد هذا البيت تشريفا وتكريما وتعظيما ومهابة وبراً وزد من شرفه ممن حجه

[1] الروايات في رفع اليدين هنا والثناء ضعيفة لايحتج بشيء منها

[2] الحديث منقطع معضل ولذلك قال الشافعي راويه ليس في رفع اليدين عند رؤية البيت شيء فلا أكرهه ولا أستحبه قال البيهقي وكأنه لم يعتمد على الحديث لانقطاعه

انك دعوت الي حج بيتك الحرام وقد جئتك لذلك اللهم تقبل مني واعف عني واصلح لي شأني كله لا اله الا أنت يرفع بذلك صوته)

يستحب رفع اليدين عند رؤية البيت يروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ، وبه قال الثوري وابن المبارك والشافعي واسحاق وكان مالك لا يرى رفع اليدين لما روي عن المهاجر المكي قال سئل جابر بن عبد الله عن الرجل يرى البيت أيرفع يديه ؟ فقال ما كنت أظن أحدا يفعل هذا الا اليهود حججنا مع رسول الله ﷺ فلم نكن نفعله رواه النسائي

ولنا ما روى ابن المنذر عن النبي ﷺ أنه قال « لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن افتتاح الصلاة واستقبال البيت وعلى الصفا والمروة وعلى الموقفين والجمرتين » وهذا قول النبي ﷺ وذلك قول جابر وخبره عن ظنه وفعله وقد خالفه ابن عمر وابن عباس ولان الدعاء مستحب عند رؤية البيت وقد أمر برفع اليدين عند الدعاء

(فصل) ويستحب أن يدعو عند رؤية البيت بالدعاء الذي ذكرناه لما روى ابن جريج أن رسول الله ﷺ كان اذا رأى البيت رفع يديه وقال « اللهم زد هذا البيت تشريفا وتكريما وتعظيما ومهابة وبرا

واعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا » وروى باسناده عن سعيد بن المسيب أنه كان حين نظر الى البيت يقول « اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام » قال بعض أصحابنا يرفع صوته بذلك

(فصل) واذا دخل المسجد فذكر فريضة أو فائتة أو أقيمت الصلاة المكتوبة قدمها على الطواف

وزد من شرفه ممن حجه واعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا » وعن سعيد بن المسيب انه كان حين ينظر إلى البيت يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام رواهما الشافعي باسناده وباقي الدعاء ذكره الاثرم وابراهيم الحربي قال بعض أصحابنا ويرفع بذلك صوته وما زاد في الدعاء فحسن

(فصل) اذا دخل المسجد فذكر صلاة مفروضة أو فائتة أو أقيمت الصلاة المكتوبة قدمها على الطواف لان ذلك فرض والطواف تحية ولانه لو أقيمت الصلاة وهو في طوافه قطعه لاجلها فلأن يبدأ بها أولى وان خاف فوات ركعتي الفجر أو الوتر أو حضرت جنازة قدمها لأنها تفوت بخلاف الطواف

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يبتديء بطواف العمرة ان كان معتمرا وبطواف القدوم إن كان مفردا أو قارنا)

يستحب لمن دخل المسجد أن يبدأ بالطواف بالبيت اقتداء برسول الله ﷺ فان جابرا قال في حديثه حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى أربعا وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ حين قدم مكة توضأ ثم طاف بالبيت متفق عليه وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعبدالله ابن عمر وغيرهم ولان الطواف تحية المسجد الحرام فاستحب البداية به كما استحب لداخل غيره من المساجد البداية بتحية المسجد بصلاة ركعتين فان كان معتمرا بدأ بطواف العمرة ولم يحتج الا أن يطوف لها طواف قدوم لان المقصود به تحية المسجد ومن دخل المسجد وقد قامت الصلاة اشتغل بها وأجزأت عن تحية المسجد كذلك ههنا وان كان مفردا أو قارنا بدأ بطواف القدوم وهي سنة بغير خلاف

﴿ مسئلة ﴾ (ويضطبع بردائه فيجعل وسطه تحت عاتقه الايمن وطرفيه على عاتقه الايسر)

صفة الاضطباع ما ذكره ههنا وهو مأخوذ من الضبع وهو عضد الانسان افتعال منه وكان أصله اضتبع فقلبوا التاء طاء لان التاء متى وقعت بعد صاد أو ضاد أو طاء ساكنة قلبت طاء وهو مستحب في طواف القدوم وطواف العمرة للمتمتع ومن في معناه لما روى أبو داود وابن ماجه عن يعلى بن أمية أن النبي ﷺ طاف مضطبعا ورويا عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ وأصحابه اعتمروا من الجعرانة فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى ، وبه قال الشافعي وكثير من أهل العلم وقال مالك ليس الاضطباع بسنة وقال لم أسمع أحدا من بلدنا يذكر أن الاضطباع سنة وقد ثبت بما روينا أن النبي ﷺ وأصحابه فعلوه وقد أمر الله تعالى باتباعه

وقد روى مسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه اضطبع ورمل وقال ففيم الرمل ؟ ولم نبدي منا كبنا وقد نفى الله المشركين ؟ بل لن ندع شيئا فعلناه على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود

(فصل) فاذا فرغ من الطواف سوى رداءه لان الاضطباع غير مستحب في الصلاة وقال الاثرم

لان ذلك فرض والطواف تحية، ولانه لو أقيمت الصلاة في أثناء طوافه قطعه لاجلها فلأن يبدأ بها أولى وان خاف فوت ركعتي الفجر أو الوتر أو حضرت جنازة قدمها لأنها سنة يخاف فوتها والطواف لا يفوت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أتى الحجر الاسود ان كان فاستلمه ان استطاع وقبله)

معنى استلمه أي مسحه بيده أي مأخوذ من السلام وهي الحجارة فاذا مسح الحجر قيل استلم أي مس السلام قاله ابن قتيبة والمستحب لمن دخل المسجد أن لا يعرج على شيء قبل الطواف بالبيت اقتداء برسول الله ﷺ فانه كان يفعل ذلك قال جابر في حديثه الصحيح حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى أربعاً وعن عروة بن الزبير عن عائشة أن النبي ﷺ حين قدم مكة توضأ ثم طاف بالبيت متفق عليه وروى ذلك عروة عن أبي بكر وعمر وعثمان وعبد الله بن عمر ومعاوية وابن الزبير والمهاجرين وعائشة وأسماء ابنتي أبي بكر ولان الطواف تحية المسجد الحرام فاستحب البداية به كما استحب لداخل غيره من المساجد أن يصلي ركعتين ويبتديء الطواف بالحجر الاسود، فيستلمه وهو أن يمسحه بيده ويقبله قال أسلم رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل الحجر وقال: اني لاعلم أنك حجر لاتضر ولاتنفع ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ قبلك ماقبلتك. متفق عليه

يزيل الاضطباع اذا فرغ من الرمل والاول أولى لان قوله طاف النبي ﷺ مضطبعا ينصرف الى جميعه ولا يضطبع في السعي وقال الشافعي يضطبع لانه أحد الطوافين فاشبه الطواف بالبيت

ولنا أن النبي ﷺ لم يضطبع فيه والسنة في الاقتداء به قال أحمد رحمه الله ما سمعنا فيه شيئا ولا يصح القياس الا فيما عقل معناه وهذا تعبد محض

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يبتديء من الحجر الاسود فيحاذيه بجميع بدنه ثم يستلمه ويقبله وان شاء استلمه وقبل يده وان شاء أشار اليه ثم يقول الله أكبر ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد ﷺ كلما استلمه يبتديء الطواف من الحجر الاسود فيحاذيه بجميع بدنه فان حاذاه ببعضه احتمل أن يجزئه لانه حكم يتعلق بالبدن فاجزأ فيه بعضه كالحد ويحتمل أن لا يجزئه لان النبي ﷺ استقبل الحجر واستلمه وظاهر هذا أنه استقبله بجميع بدنه ولان ما لزمه استقباله لزمه بجميع بدنه كالقبلة فاذا قلنا بوجوب ذلك فلم يفعله أو بدأ بالطواف من دون الركن كالباب ونحوه لم يحتسب له بذلك الشوط ويحتسب بالشوط الثاني وما بعده ويصير الثاني أوله لانه قد حاذى فيه الحجر بجميع بدنه وأتى على جميعه فمتى أكمل سبعة أشواط غير الاول صح طوافه وأجزأه والا فلا

(فصل) ثم يستلمه ويقبله ومعنى الاستلام المسح باليد مأخوذ من السلام وهي الحجارة فاذا مسح الحجر قيل استلم أي مس السلام قاله ابن قتيبة وذلك لما روى أسلم قال رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل الحجر وقال: اني لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رأيت رسول

وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال استقبل رسول الله ﷺ الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكي طويلا ثم التفت فاذا هو بعمر بن الخطاب رضي الله عنه يبكي فقال « ياعمر ههنا تسكب العبرات » وقول الخرقي إن كان يعني إن كان الحجر في موضعه لم يذهب به كما ذهب به القرامطة مرة حين ظهروا على مكة فاذا كان ذلك والعياذ بالله فانه يقف مقابلا لمكانه ويستلم الركن وإن كان الحجر موجوداً في موضعه استلمه وقبله فان لم يمكنه استلامه وتقبيله قام حياله أي بحذائه واستقبله بوجهه فكبر وهلل وهكذا ان كان راكبا فقد روى البخاري عن ابن عباس قال: طاف النبي ﷺ على بعير كلما أتى الحجر أشار اليه بشيء في يده وكبر. وروي عن النبي ﷺ أنه قال لعمر « إنك لرجل شديد تؤذي الضعيف[1] إذا طفت بالبيت فاذا رأيت خلوة من الحجر فادن منه والا فكبر ثم امض» فان أمكنه استلام الحجر بشيء في يده كالعصا ونحوها فعل فقد روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ طاف في حجة الوداع يستلم الركن بمحجن وهذا كله مستحب. ويقول عند استلام الحجر باسم الله والله أكبر ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم رواه عبدالله بن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) ويحاذي الحجر بجميع بدنه فان حاذاه ببعضه احتمل أن يجزئه لانه حكم يتعلق بالبدن فأجزأ فيه بعضه كالحد ويحتمل أن لايجزئه لأن النبي ﷺ استقبل الحجر واستلمه وظاهر هذا أنه استقبله بجميع بدنه ولان مالزمه استقباله لزمه بجميع بدنه كالقبلة فاذا قلنا بوجوب ذلك فلم يفعله أو بدأ بالطواف من دون الركن كالباب ونحوه لم يحتسب له بذلك الشوط ويحتسب بالشوط الثاني

(١) إيذاء الناس محرم واستلام الحجر مستحب فمن الجهل الفاضح مايجري دائما في وقت الزحام من إيذاء الاقوياء للضعفاء وضغطهم للنساء لاجل استلام الحجر فالرجل يرتكب عدة معاص لاجل مستحب واحد

الله ﷺ يقبلك ماقبلتك. متفق عليه وروى ابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنه قال استقبل رسول الله ﷺ الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكي طويلا ثم التفت فاذا هو بعمر بن الخطاب رضي الله عنه يبكي فقال « ياعمر ههنا تسكب العبرات » فان لم يكن الحجر موجودا والعياذ بالله فانه يقف مقابلا مكانه ويستلم الركن فان شق استلامه وتقبيله استلمه وقبل يده روي ذلك عن ابن عمر وجابر وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس والثوري والشافعي واسحاق وقال مالك يضع يده على فيه من غير تقبيل

ولنا ماروى ابن عباس أن النبي ﷺ استلمه وقبل يده رواه مسلم فان شق عليه استلمه بشيء في يده وقبله رواه ابن عباس مرفوعا أخرجه مسلم والا قام بحذائه واستقبله بوجهه وأشار اليه وكبر وهلل وكذا ان طاف راكبا لما روى البخاري عن ابن عباس قال : طاف النبي ﷺ على بعير كلما أتى الحجر أشار اليه بشيء في يده وكبر. فان أمكنه استلامه بشيء في يده كالعصا ونحوه فعل، فقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ طاف في حجة الوداع يستلم الركن بمحجن. وهذا كله مستحب ويستحب أن يقول عنده ما روى عبد الله بن السائب أن النبي ﷺ قال عند استلامه « بسم الله والله أكبر إيمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد ﷺ » يقول ذلك كلما استلمه

وما بعده ويصير الثاني أوله لانه قد حاذى فيه الحجر بجميع بدنه وأتى على جميعه فاذا أكمل سبعة أشواط غير الاول صح طوافه وإلا لم يصح

(فصل) والمرأة كالرجل إلا أنها إذا قدمت مكة نهاراً فأمنت الحيض والنفاس استحب لها تأخير الطواف الى الليل ليكون أستر لها ولا يستحب لها مزاحمة الرجال لاستلام الحجر لكن تشير بيدها اليه كالذي لايمكنه الوصول اليه كما روى عطاء قال كانت عائشة تطوف حجزة من الرجال لاتخالطهم فقالت امرأة انطلقي نستلم يا أم المؤمنين قالت انطلقي عنك وأبت[1] وان خافت حيضاً أو نفاسا استحب لها تعجيل الطواف كي لايفوتها

«١» هكذا في الاصل ولعله انطلقي أنت (*)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويضطبع بردائه)

معنى الاضطباع أن يجعل وسط الرداء تحت كتفه اليمنى ويرد طرفيه على كتفه اليسرى ويبقي كتفه اليمنى مكشوفة وهو مأخوذ من الضبع وهو عضد الانسان افتعال منه وكان أصله اضتبع فقلبوا التاء طاء لان التاء متى وضعت بعد ضاد أو صاد أو طاء ساكنة قلبت طاء ويستحب الاضطباع في

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يأخذ على يمينه ويجعل البيت على يساره)

لان النبي ﷺ طاف كذلك وقد قال « لتأخذوا عني مناسككم » ولان الله تعالى أمر بالطواف مجملا وبينه النبي ﷺ بفعله

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أتى على الركن اليماني استلمه وقبل يده)

الركن اليماني قبلة أهل اليمن وهو آخر مايمر عليه من الاركان في طوافه لانه يبدأ بالركن الذي فيه الحجر الاسود وهو قبلة أهل خراسان ثم يأخذ على يمين نفسه فينتهي الى الركن الثاني وهو العراقي ثم يمر بالثالث وهو الشامي وهذان الركنان يليان الحجر ثم يأتي على الرابع وهو الركن اليماني واستلامه مستحب ولا يستحب تقبيله، وقال الخرقي يقبله والصحيح عن احمد الاول وهو قول أكثر أهل العلم وحكي عن أبي حنيفة انه لا يستلم الركن اليماني قال ابن عبد البر جائز عند أهل العلم أن يستلم الركن اليماني والركن الاسود لايختلفون في شيء من ذلك وانما الذي فرقوا به بينهما التقبيل فرأوا تقبيل الاسود ولم يروا تقبيل اليماني وأما استلامهما فأمر مجتمع عليه قال وقد روى مجاهد عن ابن عباس قال رأيت رسول الله ﷺ اذا استلم الركن اليماني قبله ووضع خده الايمن عليه قال وهذا لا يصح انما يعرف التقبيل في الحجر الاسود وحده وقد روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ كان لا يستلم الا الحجر والركن اليماني ، وقال ابن عمر ما تركت استلامهما منذ رأيت رسول الله ﷺ يستلمهما في شدة ولا رخاء رواهما مسلم ولان الركن اليماني مبني على قواعد ابراهيم عليه السلام فسن استلامه كالركن الاسود فاما تقبيله فلم يصح عن النبي ﷺ فلا يسن

طواف القدوم لما روى أبو داود وابن ماجه عن يعلى بن أمية أن النبي ﷺ طاف مضطبعا ورويا أيضا عن ابن عباس أن النبي ﷺ وأصحابه اعتمروا من الجعرانة فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى وبهذا قال الشافعي وكثير من أهل العلم وقال مالك ليس الاضطباع بسنة وقال لم أسمع أحداً من أهل العلم ببلدنا يذكر أن الاضطباع سنة وقد ثبت بما روينا أن النبي ﷺ وأصحابه فعلوه وقد أمر الله تعالى باتباعه وقال (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) وقد روى أسلم عن عمر بن الخطاب أنه اضطبع ورمل وقال: ففيم الرمل ولم نبدي منا كبنا وقد نفى الله المشركين؟ بلى لن ندع شيئا فعلناه على عهد رسول الله ﷺ. رواه أبو داود وإذا فرغ من الطواف سوى رداءه لان الاضطباع غير مستحب في الصلاة وقال الأثرم إذا فرغ من الاشواط التي يرمل فيها سوى رداءه والاول أولى لان قوله طاف النبي ﷺ مضطبعا ينصرف الى جميعه ولا يضطبع في غير هذا الطواف ولا يضطبع في السعي وقال الشافعي يضطبع فيه لأنه أحد الطوافين فأشبه الطواف بالبيت

ولنا أن النبي ﷺ لم يضطبع فيه والسنة في الاقتداء به قال احمد ماسمعنا فيه شيئا والقياس لايصح الا فيما عقل معناه وهذا تعبد محض

﴿ مسئلة ﴾ قال (ورمل ثلاثة أشواط ومشى أربعة كل ذلك من الحجر الاسود الى الحجر الاسود)

معنى الرمل اسراع المشي مع مقاربة الخطو من غير وثب وهو سنة في الاشواط الثلاثة الاول

(فصل) وأما العراقي والشامي وهما الركنان اللذان يليان الحجر فلا يسن استلامهما في قول الاكثرين وروي عن أنس ومعاوية وجابر وابن الزبير والحسن والحسين رضي الله عنهم استلامهما قال معاوية ليس شيء من البيت مهجور

ولنا قول ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان لا يستلم الا الحجر والركن اليماني وقال ما أراه يعني النبي ﷺ لم يستلم الركنين اللذين يليان الحجر الا لأن البيت لم يتم على قواعد ابراهيم ولا طاف الناس من وراء الحجر الا لذلك وروى ابن عباس أن معاوية طاف فجعل يستلم الاركان كلها وقال له ابن عباس لم تستلم هذين الركنين ولم يكن النبي ﷺ يستلمهما؟ فقال معاوية ليس شيء من هذا البيت مهجورا. فقال ابن عباس: (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة). فقال معاوية: صدقت ولأنهما لم يبنيا على قواعد ابراهيم عليه السلام فلم يسن استلامهما كالحائط الذي يلي الحجر

﴿ مسئلة ﴾ (ويطوف سبعا يرمل في الثلاثة الاول منها وهو إسراع المشي مع تقارب الخطى ولا يثب وثبا ويمشي أربعا)

يجب الطواف سبعا لان النبي ﷺ طاف سبعا ويرمل في الثلاثة الاول منها من الحجر الى الحجر ومعنى الرمل اسراع المشي مع مقاربة الخطو من غير وثب وهو سنة في الاشواط الثلاثة من

من طواف القدوم ولانعلم فيه بين أهل العلم خلافا وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رمل ثلاثا ومشى أربعا رواه جابر وابن عباس وابن عمر وأحاديثهم متفق عليها فان قيل إنما رمل النبي ﷺ وأصحابه لاظهار الجلد للمشركين ولم يبق ذلك المعنى إذ قد نفى الله المشركين فلم قلتم إن الحكم يبقى بعد زوال علته قلنا قد رمل النبي ﷺ وأصحابه واضطبع في حجة الوداع بعد الفتح فثبت أنها سنة ثابتة وقال ابن عباس رمل النبي ﷺ في عمره كلها وفي حجه وأبو بكر وعمر وعثمان والخلفاء من بعده رواه احمد في المسند وقد ذكرنا حديث عمر، إذا ثبت هذا فان الرمل سنة في الاشواط الثلاثة بكمالها يرمل من الحجر إلى أن يعود اليه لايمشي في شيء منها روي ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال عروة والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال طاوس وعطاء والحسن وسعيد بن جبير والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله يمشي مابين الركنين لماروى ابن عباس قال: قدم رسول الله ﷺ وأصحابه مكة وقدوهنتهم الحمى فقال المشركون انه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب ولقوا منها شرا فاطلع الله نبيه ﷺ على ماقالوا فلما قدموا قعد المشركون مما يلي الحجر فأمر النبي ﷺ أصحابه أن يرملوا الاشواط الثلاثة ويمشوا مابين الركنين ليرى المشركون جلدهم فلما رأوهم رملوا قال المشركون هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قدوهنتهم هؤلاء أجلد منا قال ابن عباس ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الاشواط كلها إلا الابقاء عليهم متفق عليه

طواف القدوم وطواف العمرة للمتمتع لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا ويمشي أربعة أشواط لان النبي ﷺ رمل ثلاثة أشواط ومشى أربعا رواه جابر وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وأحاديثهم متفق عليها فان قيل انما رمل النبي ﷺ وأصحابه لاظهار الجلد المشركين ولم يبق ذلك المعنى اذ قد نفى الله المشركين فلم قلتم أن الحكم يبقى بعد زوال علته؟ قلنا قد رمل النبي ﷺ وأصحابه واضطبع في حجة الوداع بعد الفتح فثبت أنها سنة ثابتة وقال ابن عباس رمل النبي ﷺ في عمره كلها وفي حجه وأبو بكر وعمر وعثمان والخلفاء من بعده رواه الامام احمد في المسند وقد ذكرنا حديث عمر

اذا ثبت أن الرمل سنة في الاشواط الثلاثة فانه يرمل من الحجر الى الحجر لا يمشي في شيء منها روي ذلك عن عمر وابنه وابن مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال طاوس وعطاء والحسن وسعيد بن جبير والقاسم وسالم بن عبد الله يمشي ما بين الركنين لما روى ابن عباس قال قدم رسول الله ﷺ وأصحابه مكة وقد وهنتهم الحمى فقال المشركون انه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب ولقوا منها شرا فأطلع الله نبيه ﷺ على ما قالوا فلما قدموا قعد المشركون مما يلي الحجر فأمر النبي ﷺ أصحابه أن يرملوا الاشواط الثلاثة ويمشوا ما بين الركنين ليرى المشركين جلدهم فلما رأوهم رملوا قال المشركون هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم هؤلاء أجلد منا قال ابن عباس ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الاشواط كلها الا الابقاء عليهم متفق عليه

ولنا ماروى ابن عمر أن النبي ﷺ رمل من الحجر الى الحجر وفي مسلم عن جابر قال رأيت رسول الله ﷺ رمل من الحجر حتى انتهى اليه وهذا يقدم على حديث ابن عباس لوجوه (منها) أن هذا اثبات ومنها أن رواية ابن عباس إخبار عن عمرة القضية وهذا اخبار عن فعل في حجة الوداع فيكون متأخراً فيجب العمل به و تقديمه (الثالث) أن ابن عباس كان في تلك الحال صغيراً لا يضبط مثل وجابر وابن عمر كانا رجلين يتبعان أفعال النبي ﷺ ويحرصان على حفظها فهما أعلم ولان جلة الصحابة عملوا بما ذكرنا ولو علموا من النبي ﷺ ما قال ابن عباس ماعدلوا عنه الى غيره ويحتمل أن يكون ماروا ابن عباس اختص بالذين كانوا في عمرة القضية لضعفهم والابقاء عليهم وماورويناه سنة في سائر الناس

(فصل) يستحب الدنو من البيت لانه هو المقصود فان كان قرب البيت زحام فظن أنه إذا وقف لم يؤذ أحدا وتمكن من الرمل وقف ليجمع بين الرمل والدنو من البيت وان لم يظن ذلك وظن أنه إذا كان في حاشية الناس تمكن من الرمل فعل وكان أولى من الدنو وإن كان لا يتمكن من الرمل أيضا أو يختلط بالنساء فالدنو أولى ويطوف كيف ما أمكنه واذا وجد فرجة رمل فيها وان تباعد من البيت في الطواف أجزأه مالم يخرج من المسجد سواء حال بينه وبين البيت حائل من قبة أو غيره أو لم يحل لان الحائل في المسجد لايضر كما لو صلى في المسجد مؤتما بالامام من وراء حائل وقد روت أم سلمة قالت شكوت الى رسول الله ﷺ أني أشتكي فقال « طوفي من وراء الناس وأنت راكبة » قالت فطفت ورسول الله ﷺ حينئذ يصلي الي جنب البيت متفق عليه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يرمل في جميع طوافه الا هذا)

وجملة ذلك أن الرمل لا يسن في غير الاشواط الثلاثة الاول من طواف القدوم أو طواف العمرة فان ترك الرمل فيها لم يقضه في الاربعة الباقية لانها هيئة فات موضعها فسقطت كالجهر في الركعتين الاولتين ولان المشي هيئة في الاربعة كما أن الرمل هيأة في الثلاثة فاذا رمل في الاربعة الاخيرة كان

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ رمل من الحجر الى الحجر ومن رواية مسلم عن جابر قال رأيت رسول الله ﷺ رمل من الحجر حتى انتهى اليه وهذا يقدم على حديث ابن عباس لوجوه منها ان هذا اثبات ومنها أن رواية ابن عباس أخبار عن عمرة القضية وهذا إخبار عن فعله في حجة الوداع فيكون متأخرا فيجب تقديمه ومنها أن ابن عباس كان صغيرا في تلك الحال وجابر وابن عمر كانا رجلين يتبعان أفعال النبي ﷺ ويحرصان على حفظها فهما اعلم ويحتمل أن يكون ماقاله ابن عباس اختص بالذين كانوا في عمرة القضية لضعفهم والابقاء عليهم وما رويناه سنة في سائر الناس

(فصل) ولا يسن الرمل في غير الاشواط الثلاثة الاول من طواف القدوم وطواف العمرة فان ترك الرمل والاضطباع فيها لم يقضه في الاربعة الباقية لأنها هيئة فات موضعها فسقطت كالجهر في الركعتين الاولتين ولان المشي هيئة في الاربعة كما ان الرمل هيئة في الثلاثة فاذا رمل في الاربعة

تاركا للهيأة في جميع طوافه كتارك الجهر في الركعتين الاولتين من العشاء إذا جهر في الآخرتين ولا يسن الرمل والاضطباع فى طواف سوى ما ذكرنا لان النبي ﷺ وأصحابه انما رملوا واضطبعوا في ذلك وذكر القاضى أن من ترك الرمل والاضطباع في طواف القدوم أتى بهما في طواف الزيارة لانهما سنة أمكن قضاؤها فتقضى كسنن الصلاة وهذا لا يصح لما ذكرنا فيمن تركه فى الثلاثة الاول لا يقضيه في الاربعة وكذلك من ترك الجهر في صلاة الجهر لا يقضيه في صلاة الظهر ولا يقتضي القياس أن تقضى هيأة عبادة في عبادة أخرى

قال القاضي ولو طاف فرمل واضطبع ولم يسع بين الصفا والمروة فاذا طاف بعد ذلك للزيارة رمل في طوافه لانه يرمل في السعي بعده وهو تبع للطواف فلو قلنا لا يرمل في الطواف أفضى الى أن يكون التبع أكمل من المتبوع ، وهذا قول مجاهد والشافعي وهذا لا يثبت بمثل هـذا الرأي الضعيف فان المتبوع لا تتغير هيأته تبعا لتبعه ولو كانا متلازمين لـكان ترك الرمل فى السعي تبعا لعدمه في الطواف أولى من الرمل في الطواف تبعا للسعي

(فصل) فان ترك الرمل في شوط من الثلاثة الاول أتى به فى الاثنين الباقيين وان تركه في اثنين أتى به في الثالث كذلك قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وان تركه في الثلاثة سقط لان تركه للهيأة فى بعض محلها لا يسقطها فى بقية محلها كتارك الجهر في احدى الركعتين الأولتين لا يسقطه في الثانية .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس على أهل مكة رمل)

وهذا قول ابن عباس وابن عمر رحمة الله عليهما وكان ابن عمر إذا احرم من مكة لم يرمل وهذا لان الرمل انما شرع في الاصل لاظهار الجلد والقوة لاهل البلد وهـذا المعنى معدوم فى أهل البلد والحكم فيمن أحرم من مكة حكم أهل مكة لما ذكرنا عن ابن عمر ولانه أحرم من مكة أشبه أهل البلد ، والمتمتع إذا أحرم بالحج من مكة ثم عاد وقلنا يشرع في حقه طواف القدوم لم يرمل فيه قال أحمد ليس على أهل مكة رمل عند البيت ولا بين الصفا والمروة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نسي الرمل فلا اعادة عليه)

انما كان كذلك لان الرمل هيأة فلا يجب بتركه اعادة ولا شيء كهيآت الصلاة وكالاضطباع في

الاخيرة كان تاركا للهيئة في جميع طوافه كمن ترك الجهر في الاولتين من العشاء وجهر في الآخرتين

فان ترك الرمل في شوط من الثلاثة الاول أتى به في الاثنين الباقيين وان تركه في اثنين أتى به في الثالث كذلك قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان تركه للهيئة في بعض محلها لا يسقطها في بقية محلها كتارك الجهر في احدى الركعتين الاولتين لا يسقطه في الثانية

(فصل) وان نسي الرمل فليس عليه إعادة لان الرمل هيئـة فلم تجب الاعادة بتركه كهيئات

الطواف ولو تركه عمدا لم يلزمه شيء أيضا وهذا قول عامة الفقهاء الا ما حكي عن الحسن والثوري وعبد الملك الماجشون أن عليه دما لانه نسك وقد جاء في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم »

ولنا أنه هيئة غير واجبة فلم يجب بتركها شيء كالاضطباع والخبر انما يصح عن ابن عباس وقد قال ابن عباس من ترك الرمل فلاشيء عليه ثم هو مخصوص بما ذكرنا ولان طواف القدوم لايجب بتركه شيء فترك صفة فيه أولى أن لايجب بها لان ذلك لايزيد على تركه

﴿مسئلة﴾ قال (ويكون طاهرا في ثياب طاهرة)

يعني في الطواف وذلك لان الطهارة من الحدث والنجاسة والستارة شرائط لصحة الطواف في المشهور عن أحمد وهو قول مالك والشافعي وعن أحمد أن الطهارة ليست شرطا فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان بمكة فان خرج الى بلده جبره بدم وكذلك يخرج في الطهارة من النجس والستارة وعنه فيمن طاف للزيارة وهو ناس للطهارة لاشيء عليه ، وقال ابو حنيفة ليس شيء من ذلك شرطا واختلف أصحابه فقال بعضهم هو واجب وقال بعضهم هو سنة لان الطواف ركن للحج فلم يشترط له الطهارة كالوقوف .

ولنا ماروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الطواف بالبيت صلاة الا أنكم تتكلمون فيه » رواه الترمذي والاثرم وعن أبي هريرة ان أبا بكر الصديق بعثه في الحجة التي أمره عليها رسول الله ﷺ قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ولانها عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطا كالصلاة وعكس ذلك الوقوف

الصلاة وكالاضطباع في الطواف ولو تركه عمدا لم يلزمه شيء ، وبه قال عامة العلماء ، وحكي عن الحسن والثوري وابن الماجشون ان عليه دما لانه نسك وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ « من ترك نسكا فعليه دم » ولنا أنها هيئة فلم يجب بتركها شيء كالاضطباع والحديث انما يصح عن ابن عباس وقد قال: من ترك الرمل فلا شيء عليه . ثم قد خص بالاضطباع

(فصل) ويستحب الدنو من البيت في الطواف لانه المقصود فان كان قربه زحام فظن أنه اذا وقف لم يؤذ أحدا وتمكن من الرمل وقف ليجمع بين الرمل والدنو من البيت وان لم يظن ذلك وظن أنه اذا كان حاشية الناس تمكن من الرمل فعل وكان أولى من الدنو وان كان لا يتمكن من الرمل أيضا أو يختلط بالنساء فالدنو أولى ويطوف كيفما أمكنه فاذا وجد فرجة رمل فيها ، وان تباعد من البيت أجزأه ما لم يخرج من المسجد سواء حال بينه وبين البيت حائل من قبة أو غيره أو لم يحل لان الحائل لايضر في المسجد كما لو صلى مؤتما بالامام من وراء حائل فقد روت أم سلمة رضي الله عنها

(فصل) ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف وبذلك قال عطاء ومجاهد والثوري وابن المبارك والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وعن أحمد أنه يكره وروي ذلك عن عروة والحسن ومالك

قالت: شكوت الى رسول الله ﷺ اني اشتكي فقال «طوفي من وراء الناس» قالت فطفت ورسول الله ﷺ حينئذ يصلي الى جنب البيت متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وكلما حاذى الحجر والركن اليماني استلمهما أو أشار اليهما ويقول كلما حاذى الحجر لا اله الا الله والله أكبر)

يستحب استلام الحجر والركن اليماني في طوافه لان ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ لا يدع أن يستلم الركن اليماني والحجر في كل طوفة قال نافع وكان ابن عمر يفعله رواه أبو داود فان شق عليه استلامهما أشار اليهما لما روى البخاري باسناده عن ابن عباس قال طاف رسول الله ﷺ على بعير كلما أتى الركن أشار بيده وكبر

(فصل) ويكبر كلما حاذى الحجر الاسود لما رويناه ويقول لا اله الا الله والله أكبر قالت عائشة رضي الله عنها قال رسول الله ﷺ « انما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمي الجمار لاقامة ذكر الله عز وجل رواه الاثرم وابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ (ويقول بين الركنين (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) لما روى احمد في المناسك عن عبد الله بن السائب أنه سمع النبي ﷺ يقول فيما بين ركن بني جمح والركن الاسود « ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « وكل الله به - يعني الركن اليماني - سبعين الف ملك فمن قال اللهم اني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة » قالوا آمين

﴿ مسئلة ﴾ (ويقول في سائر طوافه اللهم اجعله حجا مبروراً وسعيا مشكورا وذنباً مغفورا رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم وأنت الاعز الاكرم)

وكان عبد الرحمن بن عوف يقول رب قني شح نفسي وعن عروة قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون لا اله الا الله أنت ، وأنت تحيي بعد ما أمت ، ويدعو بما أحب ، ويكثر من ذكر الله تعالى ، ويكثر الدعاء لان ذلك مستحب في جميع الاحوال ففي حال تلبسه بهذه العبادة أولى ، ويصلي على النبي ﷺ ، ويدع الحديث إلا ذكر الله تعالى أو قراءة القرآن أو أمراً بمعروف أو نهياً عن منكر أو ما لا بد له منه لقول النبي ﷺ «الطواف بالبيت صلاة فمن تكلم فلا يتكلم الا بخير»

(فصل) ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف ، وبه قال مجاهد وعطاء والثوري وابن المبارك والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن احمد كراهته وروي ذلك عن الحسن وعروة ومالك

ولنا أن عائشة روت أن النبي ﷺ كان يقول في طوافه (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) وكان عمر وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك في الطواف وهو قرآن ولان الطواف صلاة ولا تكره القراءة في الصلاة قال ابن المبارك ليس شيء أفضل من قراءة القرآن ويستحب الدعاء في الطواف والاكثار من ذكر الله تعالى لان ذلك مستحب في جميع الاحوال ففي حال تلبسه بهذه العبادة أولى، ويستحب ان يدع الحديث الا ذكر الله تعالى أو قراءة القرآن أو امرا بمعروف أو نهيا عن منكر أو مالا بد منه لقول النبي ﷺ « الطواف بالبيت صلاة فمن تكلم فلا يتكلم الا بخير » ولا بأس بالشرب في الطواف لان النبي ﷺ شرب في الطواف رواه ابن المنذر وقال لا أعلم أحدا منع منه

(فصل) اذا شك في الطهارة وهو في الطواف لم يصح طوافه ذلك لانه شك في شرط العبادة قبل الفراغ منها فاشبه ما لو شك في الطهارة في الصلاة وهو فيها وان شك بعد الفراغ منه لم يلزمه شيء لان الشك في شرط العبادة بعد فراغها لا يؤثر فيها ان شك في عدد الطواف بنى على اليقين قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ذلك ولانها عبادة فمتى شك فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصلاة وان أخبره ثقة عن عدد طوافه رجع اليه اذا كان عدلا وان شك في ذلك بعد فراغه من الطواف لم يلتفت اليه كما لو شك في عدد الركعات بعد فراغ الصلاة قال احمد اذا كان

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يقول في طوافه (ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار) وكان عمر وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك في الطواف وهو قرآن، ولان الطواف صلاة ولا تكره القراءة في الصلاة قال ابن المبارك: ليس شيء أفضل من القرآن

(فصل) والمرأة كالرجل في البداية بالطواف وفيما ذكرنا الا انها اذا قدمت مكة نهارا ولم تخش مجيء الحيض استحب لها تأخير الطواف الى الليل لانه أستر، ولا يستحب لها مزاحمة الرجال لتستلم الحجر لكن تشير اليه بيدها كالذي لا يمكنه الوصول اليه: قال عطاء كانت عائشة تطوف حجزة من الرجال لا تخالطهم فقالت امرأة انطلقي نستلم يا أم المؤمنين فقالت انطلقي عنك وأبت[1] فان خشيت الحيض أو النفاس استحب لها تعجيل الطواف كي لا يفوتها

« ١ » هكذا في الاصل ولعله انت

﴿ مسئلة ﴾ (وليس على النساء ولا أهل مكة رمل ولا اضطباع وليس في غير هذا الطواف رمل ولا اضطباع)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أنه لا رمل على النساء حول البيت ولا بين الصفا والمروة وليس عليهن اضطباع وذلك لان الاصل فيها اظهار الجلد، ولا يقصد ذلك من النساء انما يقصد فيهن الستر وفي الرمل والاضطباع تعرض للانكشاف

(فصل) وليس على أهل مكة رمل وهذا قول ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما وكان ابن

رجلان يطوفان فاختلفا في الطواف بنيا على اليقين وهذا محمول على أنهما شكا فاما ان كان أحدهما تيقن حال نفسه لم يلتفت الى قول غيره

(فصل) واذا فرغ المتمتع ثم علم أنه كان على غير طهارة في احد الطوافين لا بعينه بني الامر على الأشد وهو انه كان محدثاً في طواف العمرة فلم يصح ولم يحل منها فيلزمه دم للحلق ويكون قد أدخل الحج على العمرة فيصير قارنا ويجزئه الطواف للحج عن النسكين ولو قدرناه من الحج لزمه اعادة الطواف ويلزمه اعادة السعي على التقديرين لانه وجد بعد طواف غير معتد به، وان كان وطيء بعد حله من العمرة حكمنا بأنه أدخل حجا على عمرة فاسدة ولا تصح ويلغو مافعله من أفعال الحج ويتحلل بالطواف الذي قصده للحج من عمرته الفاسدة وعليه دم للحلق ودم للوطء في عمرته ولا يحصل له حج ولا عمرة ،ولو قدرناه من الحج لم يلزمه أكثر من اعادة الطواف والسعي ويحصل له الحج والعمرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يستلم ولا يقبل من الاركان إلا الأسود واليماني)

الركن اليماني قبلة أهل اليمن ويلي الركن الذي فيه الحجر الاسود وهو آخر مايمر عليه من الاركان في طوافه ، وذلك أنه يبدأ بالركن الذي فيه الحجر الاسود وهو قبلة أهل خراسان فيستلمه ويقبله ، ثم يأخذ على يمين نفسه ويجعل البيت على يساره ، فاذا انتهى إلى الركن الثاني وهو العراقي لم يستلمه،

عمر اذا أحرم من مكة لم يرمل لان الرمل انما شرع في الاصل لاظهار الجلد والقوة لاهل البلد، وهذا المعنى معدوم في أهل البلد . والحكم فيمن أحرم من مكة حكم أهل مكة لما ذكرنا عن ابن عمر ،ولانه أحرم من مكة أشبه أهل البلد . وليس عليهم اضطباع لان من لا يشرع له الرمل لا يشرع له الاضطباع كالنساء والمتمتع اذا أحرم بالحج من مكة ثم عاد وقلنا يشرع له طواف القدوم لم يرمل فيه. قال احمد رحمه الله: ليس على أهل مكة رمل البيت ولا بين الصفا والمروة

(فصل) وليس في غير هذا الطواف رمل ولا اضطباع لان النبي ﷺ وأصحابه انما رملوا واضطبعوا في ذلك وذكر القاضي أن من ترك الرمل والاضطباع في طواف القدوم أتى بهما في طواف الزيارة لأنهما سنة أمكن قضاؤها فتقضى كسنن الصلاة وليس بصحيح لما ذكرنا من أن من تركه في الثلاثة الاول لا يقضيه في الأربعة. وكذلك من ترك الجهر في صلاة الفجر لا يقضيه في صلاة الظهر ، ولا يقتضي القياس أن يقضي هيئة عبادة في عبادة أخرى. قال القاضي ولو طاف فرمل واضطبع ولم يسع بين الصفا والمروة فاذا طاف بعد ذلك رمل في طوافه لانه يرمل في السعي بعده وهو تبع في الطواف فلو قلنا لا يرمل في الطواف أفضى الى كون التبع أكمل من المتبوع ، وهذا قول مجاهد والشافعي قال شيخنا : وهذا لا يثبت بمثل هذا الرأي الضعيف فان المتبوع لا تتغير هيئاته تبعا كتبعه ولو كانا متلازمين كان ترك الرمل في السعي تبعا لعدمه في الطواف أولى من الرمل في الطواف تبعا للسعي

فاذا مرّ بالثالث وهو الشامي لم يستلمه أيضاً، وهذان الركنان يليان الحجر فاذا وصل إلى الرابع وهو الركن اليماني استلمه، قال الخرقي ويقبله والصحيح عن أحمد أنه لا يقبله وهو قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يستلمه ، قال ابن عبد البر جائز عند أهل العلم أن يستلم الركن اليماني ، والركن الاسود لا يختلفون في شيء من ذلك، وانما الذي فرقوا به بينهما التقبيل فرأوا تقبيل الاسود ، ولم يروا تقبيل اليماني، وأما استلامهما فأمر مجمع عليه ، وقد روى مجاهد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ اذا استلم الركن قبله ووضع خده الايمن عليه قال وهذا لا يصح ، وانما يعرف التقبيل في الحجر الاسود وحده ، وقد روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني، وقال ابن عمر ماتركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر منذ رأيت رسول الله ﷺ يستلمهما في شدة ولا رخاء رواهما مسلم . ولان الركن اليماني مبني على قواعد ابراهيم عليه السلام فسن استلامه كالذي فيه الحجر ، وأما تقبيله فلم يصح عن النبي ﷺ فلا يسن ، وأما الركنان اللذان يليان الحجر فلا يسن استلامهما في قول أكثر أهل العلم ، وروي عن معاوية وجابر وابن الزبير والحسن والحسين وأنس وعروة استلامهما ، وقال معاوية ليس شيء من البيت مهجوراً

ولنا قول ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني وقال :ماأراه - يعني النبي ﷺ - لم يستلم الركنين اللذين يليان الحجر إلا أن البيت لم يتم على قواعد ابراهيم ولا طاف

﴿ مسألة ﴾ (ومن طاف راكبا أو محمولا أجزأه وعنه لا يجزئه الا لعذر ولا يجزيء عن الحامل)

يصح طواف الراكب للعذر بغير خلاف علمناه لان ابن عباس روى عن النبي ﷺ أنه طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن . وعن أم سلمة رضي الله عنها قالت شكوت الى النبي ﷺ اني أشتكي فقال « طوفي من وراء الناس وأنت راكبة » متفق عليهما وقال جابر رضي الله عنه طاف النبي ﷺ على راحلته بالبيت وبالصفا والمروة ليراه الناس وليشرف عليهم يسألوه فان الناس غشوه ، والمحمول كالراكب فيما ذكرنا قياسا عليه

(فصل) فان فعل ذلك لغير عذر فعن احمد فيه ثلاث روايات (احداهن) لا يجزيء وهو ظاهر كلام الخرقي لان النبي ﷺ قال « الطواف بالبيت صلاة ولانها عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكبا لغير عذر كالصلاة » (والثانية) يجزئه ويجبره بدم وهو قول أبي حنيفة الا أنه قال يعيد ما كان بمكة فان رجع جبره بدم لانه ترك صفة واجبة في ركن الحج أشبه ما لو دفع من عرفة قبل الغروب (والثالثة) يجزيء ولا شيء عليه اختارها أبو بكر وهو مذهب الشافعي وابن المنذر ، ولان النبي ﷺ طاف راكبا قال ابن المنذر لا قول لاحد مع فعل النبي ﷺ ولان الله تعالى أمر بالطواف مطلقا فكيفما أتى به أجزأه ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل

(فصل) والطواف راجلا أفضل بغير خلاف لان النبي ﷺ في غير حجة الوداع طاف ماشيا

الناس من وراء الحجر إلا لذلك، وروي عن ابن عباس أن معاوية طاف فجعل يستلم الاركان كلها، فقال له ابن عباس لم تستلم هذين الركنين ولم يكن النبي ﷺ يستلمهما؟ فقال معاوية ليس شيء من البيت مهجوراً، فقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) فقال معاوية صدقت! ولانهما لم يتما على قواعد ابراهيم فلم يسن استلامهما كالحائط الذي يلي الحجر

(فصل) ويستلم الركنين الاسود واليماني في كل طوافه لان ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ لايدع أن يستلم الركن اليماني والحجر في كل طوافه. قال نافع وكان ابن عمر يفعله. رواه أبو داود وإن لم يتمكن من تقبيل الحجر استلمه وقبل يده وممن رأى تقبيل اليد عند استلامه ابن عمر وجابر وأبوهريرة وأبو سعيد وابن عباس وسعيد بن جبير وعطاء وعروة وأيوب والثوري والشافعي واسحاق وقال مالك يضع يده على فيه من غير تقبيل، وروي أيضاً عن القاسم بن محمد

ولنا أن النبي ﷺ استلمه وقبل يده. أخرجه مسلم وفعله أصحاب النبي ﷺ وتبعهم أهل العلم على ذلك فلا يعتد بمن خالفهم، وإن كان في يده شيء يمكن أن يستلم الحجر به استلمه وقبله لما روي عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ يطوف بالبيت ويستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن رواه مسلم، فان لم يمكنه استلامه أشار اليه وكبر لما روى البخاري باسناده عن ابن عباس قال: طاف النبي ﷺ على بعير كلما أتى الركن أشار اليه وكبر

وأصحابه طافوا مشاة وفي قول أم سلمة شكوت الى النبي ﷺ اني أشتكي فقال «طوفي من وراء الناس وأنت راكبة» دليل على أن الطواف انما يكون مشيا وانما طاف النبي صلى الله عليه وسلم راكبا لعذر فان ابن عباس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثر عليه الناس يقولون هذا محمد هذا محمد حتى خرج العواتق من البيوت وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يضرب الناس بين يديه فلما كثروا عليه ركب رواه مسلم. وكذلك في حديث جابر: فان الناس غشوه[1] ورواه عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم. طاف راكبا لشكاة به وبهذا يعتذر من منع الطواف راكبا عن طواف النبي صلى الله عليه وسلم والحديث الاول أثبت فعلى هذا يكون كثرة الناس وشدة الزحام عذرا، ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قصد تعليم الناس فلا يتمكن الا بالركوب

(فصل) واذا طاف راكبا أو محمولا فلا رمل فيه وقال القاضي يخب به بعيره والصحيح الاول لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ولا أمر به ولا يتحقق فيه معنى الرمل

(فصل) فأما السعي محمولا وراكبا فيجزئه لعذر ولغير عذر لان المعنى الذي منع الطواف راكبا غير موجود فيه

(فصل) ومن طيف به محمولا لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينويا جميعا عن المحمول أو ينوي المحمول عن نفسه ولا ينوي الحامل شيئا فيقع عنه دون الحامل بغير خلاف (الثاني) أن يقصدا

«١» هو من الغشيان وهو التغطية والمراد حجبوه بكثرتهم واحاطتهم به ص

(فصل) ويكبر كلما أتى الحجر أو حاذاه لما رويناه ويقول بين الركنين (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) لما روى الامام أحمد في المناسك عن عبد الله بن السائب أنه سمع النبي ﷺ يقول بين ركن بني جمح والركن الاسود (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار)

وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «وكل به - يعني الركن اليماني - سبعون ألف ملك فمن قال اللهم اني اسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) قالوا آمين» وعن ابن عباس أنه كان اذا جاء الركن اليماني قال: اللهم قنعني بما رزقتني، واخلف لي على كل غائبة بخير

ويستحب أن يقول اللهم اجعله حجاً مبروراً، وسعياً مشكوراً، وذنباً مغفوراً. رب اغفر وارحم واعف عما تعلم، وأنت الاعز الاكرم. وكان عبد الرحمن بن عوف يقول: رب قني شح نفسي، وعن عروة قال كان أصحاب النبي ﷺ يقولون لا إله الا أنتا * وأنت تحيي بعد ما أمتا * ومهما آتى

عن الحامل فيقع عنه ولا شيء للمحمول وكذلك ان نوى الحامل عن نفسه ولم ينو المحمول (الثالث) أن يقصد كل واحد عن نفسه فيقع للمحمول دون الحامل وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر يقع للحامل لانه الفاعل. وقال أبو حنيفة يقع لهما لان كل واحد منهما طائف بنية صحيحة فأجزأ الطواف عنه كما لو لم ينو صاحبه شيئا ولانه لو حمله بعرفات لكان الوقوف عنهما كذا هذا. قال (شيخنا) وهو قول حسن. ووجه الاول انه طواف أجزأ عن المحمول فلم يقع عن الحامل كما لو نويا جميعا ولانه طواف واحد فلم يقع عن شخصين كالراكب أما اذا حمله بعرفة فما حصل الوقوف بالحمل فان المقصود الكون في عرفات وهما كائنان بها والمقصود ههنا الفعل وهو واحد فلا يقع عن شخصين ووقوعه عن المحمول أولى لانه لم ينو بطوافه الا لنفسه، والحامل لم يخلص قصده بالطواف لنفسه فانه لو لم يقصد الطواف بالمحمول لما حمله فان تمكنه من الطواف لا يقف على حمله فصار المحمول مقصوداً لهما ولم يخلص قصد الحامل لنفسه فلم يقع لعدم التعيين. وقال أبو حفص العكبري لا يجزيء الطواف عن واحد منهما لان فعلا واحدا لا يقع عن اثنين وليس أحدهما أولى به من الآخر، وقد ذكرنا أن المحمول أولى بخلوص نيته لنفسه وقصد الحامل له فان عدمت النية منهما أو نوى كل واحد منهما عن الآخر لم تصح لواحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان طاف منكسا أو على جدار الحجر أو شاذروان الكعبة، أو ترك شيئا من طوافه وان قل أو لم ينوه لم يجزه)

إذا نكس الطواف فجعل البيت على يمينه لم يجزه، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعيد ما كان بمكة فان رجع جبره بدم لانه ترك هيئة فلم تمنع الاجزاء كترك الرمل والاضطباع

ولنا أن النبي ﷺ جعل البيت في الطواف على يساره وقال عليه الصلاة والسلام «لتأخذوا

به من الدعاء والذكر فحسن ، قالت عائشة : قال رسول الله ﷺ « إنما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمي الجمار لاقامة ذكر الله » رواه الأثرم وابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكون الحِجر[1] داخلا في طوافه لان الحجر من البيت)

انما كان كذلك لان الله تعالى أمر بالطواف بالبيت جميعه بقوله (وليطوّفوا بالبيت العتيق) والحجر منه فمن لم يطف به لم يعتد بطوافه وبهذا قال عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أصحاب الرأي إن كان بمكة قضى مابقي ، وإن رجع إلى الكوفة فعليه دم ونحوه قال الحسن

ولنا أنه من البيت بدليل ماروت عائشة قالت : سألت رسول الله ﷺ عن الحجر فقال « هو من البيت » وعنها قالت : قال رسول الله ﷺ « إن قومك استقصروا من بنيان البيت ، ولولا حداثة عهدهم بالشرك أعدت ماتركوا منها ، فان بدا لقومك من بعدي أن يبنوا فهلمي لأريك ماتركوا منها » فأراها قريباً من سبعة أذرع رواهما مسلم ، وعنها رضي الله عنها قالت : قلت يارسول الله إني نذرت أن أصلي في البيت ، قال « صلي في الحجر فان الحجر من البيت » وفي لفظ قالت كنت أحب أن أدخل البيت فأصلي فيه فأخذ رسول الله ﷺ بيدي فأدخلني الحجر وقال « صلي في الحجر إن أردت دخول البيت فانما هو قطعة من البيت » قال الترمذي هو حديث حسن صحيح ، فمن ترك الطواف بالحجر لم يطف بجميع البيت فلم يصح كما لو ترك الطواف ببعض البناء ، ولان النبي ﷺ طاف من وراء الحجر ، وقد قال عليه السلام « لتأخذوا عني مناسككم »

[1] الحجر بالكسر هو ماحيط بالبناء المقوس من جهة شمال الكعبة بين الركنين العراقي والشامي ويسمى الحطيم

عني مناسككم » ولانها عبادة متعلقة بالبيت فكان الترتيب شرطا لصحتها كالصلاة ، وما قاسوا عليه مخالف لما ذكرنا كما اختلف حكم هيئات الصلاة وترتيبها

(فصل) ويطوف من وراء الحجر لان الله تعالى قال (وليطوّفوا بالبيت العتيق) والحجر منه فمن لم يطف به لم يعتد بطوافه ، وبهذا قال عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . وقال أصحاب الرأي إن كان بمكة قضى ما بقي ، وإن رجع إلى الكوفة فعليه دم ونحوه قول الحسن

ولنا أنه من البيت لما روت عائشة رضى الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحجر فقال « هو من البيت » وعنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن قومك استقصروا من بنيان البيت ولولا حداثة عهدهم بالشرك أعدت ماتركوا منها فان بدا لقومك من بعدي أن يبنوا فهلمي لاريك ماتركوا منها » فأراها قريبا من سبعة أذرع رواهما مسلم ، وعنها قالت قلت يا رسول الله إني نذرت أن أصلي في البيت . قال « صلي في الحجر فان الحجر من البيت » رواه الترمذي وقال حسن صحيح فمن ترك الطواف بالحجر لم يطف بالبيت جميعه فلم يصح كما لو ترك الطواف ببعض البناء ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم طاف من وراء الحجر وقال « لتأخذوا عني مناسككم »

(فصل) ولو طاف على جدار الحجر وشاذروان الكعبة وهو مافضل من حائطها لم يجز لان ذلك من البيت فاذا لم يطف به فلم يطف بكل البيت ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم طاف من وراء ذلك

(فصل) ولو طاف على جدار الحجر أو شاذروان الكعبة وهو مافضل من جدارها لم يجز لان ذلك من البيت فاذا لم يطف به لم يطف بكل البيت ، وكذلك إن ترك شيئاً من طوافه وإن قل لم يجزه لانه لم يطف بجميع البيت ، وقد طاف النبي صلى الله عليه وسلم من وراء ذلك وطاف بجميع البيت من الحجر إلى الحجر (١)

«١» أي الحجر الاسود حيث يبتدأ الطواف وينتهي

(فصل) والنية شرط في الطواف إن تركها لم يصح لانها عبادة تتعلق بالبيت فاشترطت لها النية كالصلاة ، ولان النبي ﷺ قال « الطواف بالبيت صلاة » والصلاة لاتصح بدون النية

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طاف محدثاً أو نجساً أو عرياناً لم يجزه وعنه يجزئه ويجبره بدم)

الطهارة من الحدث والنجاسة والستارة شرائط لصحة الطواف في ظاهر المذهب وهو قول مالك والشافعي ، وعن أحمد أن الطهارة ليست شرطاً فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان بمكة فان خرج إلى بلده جبره بدم ، وكذلك يخرج في الطهارة من النجس والستارة ، وعنه فيمن طاف الزيارة وهو ناس للطهارة لاشيء عليه ، وقال أبو حنيفة ليس شيء من ذلك شرطاً ، واختلف أصحابه فقال بعضهم هو واجب ، وقال بعضهم هو سنة لان الطواف ركن للحج فلم تشترط له الطهارة كالوقوف

ولنا ماروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه » رواه الترمذي والأثرم ، وعن أبي هريرة أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بعثه في الحجة التي أمّره عليها رسول الله ﷺ قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن «لايحج بعد العام مشرك ، ولا يطوف بالبيت عريان » متفق عليه ، ولانها عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطا كالصلاة وعكسه الوقوف ، ولان النبي ﷺ قال لعائشة حين حاضت « افعلي مايفعل الحاج غير أن لاتطوفي بالبيت »

(فصل) واذا شك في الطهارة وهو في الطواف لم يصح طوافه لانه شك في شرط العبادة قبل الفراغ منها أشبه مالو شك في الطهارة وهو في الصلاة ، وإن شك بعد الفراغ منه لم يلزمه شيء لان الشك في شرط العبادة بعد فراغها لا يؤثر فيها ، وإن شك في عدد الطواف بنى على اليقين . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك لانها عبادة فمتى شك فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصلاة ، فان أخبره ثقة عن عدد طوافه قبل قوله إن كان عدلا ، وإن شك في عدده بعد الفراغ منه لم يلتفت اليه كمن شك في عدد الركعات بعد فراغ الصلاة . قال أحمد اذا كان رجلان

(فصل) ولو نكس الطواف فجعل البيت على يمينه لم يجزئه ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعيد ما كان بمكة ، فان رجع جبره بدم لأنه ترك هيئة فلم تمنع الاجزاء كما لو ترك الرمل والاضطباع ولنا أن النبي ﷺ جعل البيت في الطواف على يساره ، وقال عليه السلام « لتأخذوا عني

يطوفان فاختلفا في الطواف بنيا على اليقين ، قال شيخنا وهو محمول على أنهما شكا ، فان كان أحدهما يتيقن حال نفسه لم يلتفت إلى قول غيره

(فصل) اذا فرغ المتمتع ثم علم أنه كان على غير طهارة في أحد الطوافين لا بعينه بنى الامر على الاشد وهو أنه كان محدثاً في طواف العمرة فلم تصح ولم يحل منها فيلزمه دم للحلق ويكون قد أدخل الحج على العمرة فيصير قارنا ويجزئه الطواف للحج عن النسكين ، ولو قدرناه من الحج لزمه اعادة الطواف ويلزمه اعادة السعي على التقديرين لانه وجد بعد طواف غير معتد به ، وإن كان وطيء بعد حله من العمرة حكمنا بأنه أدخل حجا على عمرة فاسدة فلا يصح ويلغو ما فعله من أفعال الحج ويتحلل بالطواف الذي قصده للحج من عمرته الفاسدة وعليه دم للحلق ودم للمضي في عمرته ولا يحصل له حج ولا عمرة ، ولو قدرناه من الحج لم يلزمه أكثر من اعادة الطواف والسعي ويحصل له الحج والعمرة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أحدث في بعض طوافه أو قطعه بفصل طويل ابتدأه)

اذا أحدث في الطواف عمداً ابتدأ الطواف لان الطهارة شرط له ، فاذا أحدث عمداً أبطله كالصلاة وإن سبقه الحدث ففيه روايتان

(احداهما) يبتديء أيضا وهو قول مالك والحسن قياسا على الصلاة

(والثانية) يتوضأ ويبني وبها قال الشافعي واسحاق ، وقال حنبل عن أحمد فيمن طاف ثلاثة أشواط أو أكثر يتوضأ فان شاء بنى وإن شاء استأنف ، قال أبو عبد الله يبني اذا لم يحدث حدثا إلا الوضوء ، فان عمل عملا غير ذلك استقبل الطواف وذلك لان الموالاة تسقط عند العذر على احدى الروايتين وهذا عذر ، فأما إن اشتغل بغير الوضوء لزمه الابتداء لأنه ترك الموالاة لغير عذر وهذا اذا كان الطواف فرضا ، فأما النفل فلا تجب اعادته كالصلاة المسنونة اذا بطلت

(فصل) والموالاة شرط في الطواف فمتى قطعه بفصل طويل ابتدأه سواء كان عمداً أو سهواً مثل أن يترك شوطا من الطواف يظن أنه قد أتمه ، وقال أصحاب الرأي فيمن طاف ثلاثة أشواط من طواف الزيارة ثم رجع إلى بلده عليه أن يعود فيطوف ما بقي

ولنا أن النبي ﷺ والى بين طوافه وقال « خذوا عني مناسككم » ولأنه صلاة فاشترطت له الموالاة كسائر الصلوات ، أو نقول : عبادة متعلقة بالبيت فاشترطت لها الموالاة كالصلاة والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى اذا كان له عذر يشغله بنى ، وإن قطعه لغير عذر أو لحاجة استقبل الطواف ، وقال اذا أعيا في الطواف لا بأس أن

مناسككم » ولانها عبادة متعلقة بالبيت فكان الترتيب فيها واجباً كالصلاة وما قاسوا عليه مخالف لما ذكرنا كما اختلف حكم هيأة الصلاة وترتيبها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويصلي ركعتين خلف المقام)

وجملة ذلك أنه يسن للطائف أن يصلي بعد فراغه ركعتين ويستحب أن يركعها خلف المقام لقوله تعالى (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) ويستحب أن يقرأ فيها (قل ياأيها الكافرون) في الاولى و (قل هو الله أحد) في الثانية ، فان جابراً روى في صفة حجة النبي ﷺ قال حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً ثم نفذ إلى مقام ابراهيم فقرأ (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) فجعل المقام بينه وبين البيت . قال محمد بن علي ولا أعلمه إلا ذكره عن النبي صلى الله

يستريح ، وقال الحسن غشي عليه فحمل إلى أهله ، فلما أفاق أتمه لانه قطعه لعذر فجاز البناء عليه كما لو قطعه للصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (ولو كان يسيراً أو أقيمت الصلاة أو حضرت جنازة صلى وبنى)

ويتخرج أن الموالاة سنة ، أما اذا لم يطل الفصل فانه يبني على طوافه لأنه يسير فعفي عنه ، وكذلك إن أقيمت الصلاة المكتوبة فانه يقطع الطواف ويصلي جماعة في قول كثير من أهل العلم ، وقال مالك يمضي في طوافه ولا يقطعه إلا أن يخاف أن يضر بوقت الصلاة لانه صلاة فلا يقطعه لصلاة أخرى

ولنا قوله ﷺ « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » والطواف صلاة فيدخل في عموم النص ، واذا صلى بنى على طوافه ، قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً خالف في ذلك إلا الحسن فانه قال: يستأنف ، وقول الجمهور أولى لان هذا فعل مشروع في أثناء الطواف فلم يقطعه كاليسير ، وكذلك الحكم في الجنازة اذا حضرت يصلي عليها ثم يبنى على طوافه لانها تفوت بالتشاغل عنها ، قال أحمد ويكون ابتداؤه من الحجر أنه يبتديء بالحجر الشوط الذي قطعه من الحجر حين يشرع في البناء ، وحكم السعي حكم الطواف فيما ذكرنا لانه اذا ثبت ذلك في الطواف مع تأكده ففي السعي بطريق الاولى ، ولان ذلك يروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ولا يعرف له في الصحابة مخالف وهذا قول عطاء والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، ويتخرج أن الموالاة في الطواف سنة وهو قول أصحاب الرأي قياساً على الصفا والمروة والصحيح الاول لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يصلي ركعتين)

والافضل أن يكون خلف المقام يقرأ فيهما (قل ياأيها الكافرون) في الاولى و (قل هو الله أحد) في الثانية فان جابراً رضي الله عنه روى في صفة حج النبي ﷺ قال : حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً ثم تقدم إلى مقام ابراهيم فقرأ (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) فجعل المقام بينه وبين البيت ، قال محمد بن علي ولا أعلمه إلا ذكره عن النبي ﷺ كان يقرأ في

عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين (قل هو الله أحد — وقل يا أيها الكافرون) وحيث ركعهما ومهما قرأ فيهما جاز، فان عمر ركعهما بذي طوى، وروي أن رسول الله ﷺ قال لام سلمة «اذا أقيمت صلاة الصبح فطوفي على بعيرك والناس يصلون» ففعلت ذلك فلم تصل حتى خرجت، ولا بأس أن يصليهما إلى غير سترة ويمر بين يديه الطائفون من الرجال والنساء فان النبي ﷺ صلاهما والطواف بين يديه ليس بينهما شيء، وكان ابن الزبير يصلي والطواف بين يديه فتمر المرأة بين يديه فينتظرها حتى ترفع رجلها ثم يسجد وكذلك سائر الصلوات في مكة لا يعتبر لها سترة وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وركعتا الطواف سنة مؤكدة غير واجبة، وبه قال مالك وللشافعي قولان (أحدهما) أنهما واجبتان لانهما تابعتان للطواف فكانا واجبتين كالسعي

ولنا قوله عليه السلام «خمس صلوات كتبهن الله على العبد من حافظ عليهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة» وهذه ليست منها ولما سأل الاعرابي النبي ﷺ عن الفرائض ذكر الصلوات الخمس قال فهل علي غيرها؟ قال «لا الا أن تطوّع» ولانها صلاة لم تشرع لها جماعة فلم تكن واجبة كسائر النوافل والسعي ماوجب لكونه تابعاً ولا هو مشروع مع كل طواف، ولو طاف الحاج طوافا كثيراً لم يجب عليه إلا سعي واحد، فاذا أتى به مع طواف القدوم لم يأت به بعد ذلك بخلاف الركعتين فانهما يشرعان عقيب كل طواف

(فصل) واذا صلى المكتوبة بعد طوافه أجزأته عن ركعتي الطواف، روي نحو ذلك عن ابن

الركعتين (قل هو الله أحد، وقل يا أيها الكافرون) وحيث ركعهما ومهما قرأ فيهما جاز فان عمر رضي الله عنه ركعهما بذي طوى، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة «اذا أقيمت صلاة الصبح فطوفي على بعيرك والناس يصلون» ففعلت ذلك فلم تصل حتى خرجت، ولا بأس أن يصليهما إلى غير سترة ويمر بين يديه الطائفون من الرجال والنساء فان النبى صلى الله عليه وسلم صلاهما والطواف بين يديه ليس بينهما شيء، وكان ابن الزبير يصلي والطواف بين يديه فتمر المرأة بين يديه ينتظرها حتى ترفع رجلها ثم يسجد وكذلك سائر الصلوات بمكة لا يعتبر لها سترة وقد ذكرنا ذلك

(فصل) والركعتان فيه سنة مؤكدة غير واجبة، وبه قال مالك وللشافعي قولان (أحدهما) أنهما واجبتان لانهما تابعتان للطواف فكانا واجبتين كالسعي

ولنا قوله عليه السلام للاعرابي حين سأله عن الفرائض فذكر الصلوات الخمس، فقال هل عليّ غيرها؟ قال «لا إلا أن تطوع» ولانها صلاة لم يشرع لها جماعة فلم تكن واجبة كسائر النوافل وأما السعي فلم يجب لكونه تابعاً ولا هو مشروع مع كل طواف بخلاف الركعتين فانهما يشرعان عقيب كل طواف

(فصل) فان صلى المكتوبة بعد طوافه اجزأته عن ركعتي الطواف، روي نحوه عن ابن عباس

عباس وعطاء وجابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير واسحاق، وعن أحمد أنه يصلي ركعتي الطواف بعد المكتوبة، قال أبو بكر عبدالعزيز هو أقيس، وبه قال الزهري ومالك وأصحاب الرأي لانه سنة فلم تجز عنها المكتوبة كركعتي الفجر.

ولنا أنهما ركعتان شرعتا للنسك فأجزأت عنها المكتوبة كركعتي الاحرام

(فصل) ولا بأس أن يجمع بين الاسابيع فاذا فرغ منها ركع لكل أسبوع ركعتين فعل ذلك عائشة والمسور بن مخرمة، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وإسحاق وكرهه ابن عمر والحسن والزهري ومالك وأبوحنيفة لان النبي ﷺ لم يفعله ولان تأخير الركعتين عن طوافهما يخل بالموالاة بينهما

ولنا ان الطواف يجري مجرى الصلاة يجوز جمعها ويؤخر ما بينها فيصليها بعدها كذلك ههنا، وكون النبي ﷺ لم يفعله لا يوجب كراهة فان النبي ﷺ لم يطف أسبوعين ولا ثلاثة وذلك غير مكروه بالاتفاق، والموالاة غير معتبرة بين الطواف والركعتين بدليل ان عمر صلاهما بذي طوى وأخرت أم سلمة ركعتي طوافها حين طافت راكبة بأمر رسول الله ﷺ، وأخر عمر بن عبد العزيز ركوع الطواف حتى طلعت الشمس، وان ركع لكل أسبوع عقيبه كان أولى وفيه اقتداء بالنبي ﷺ وخروج من الخلاف

وعطاء وجابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير واسحاق، وعنه أنه يصلي ركعتي الطواف بعد المكتوبة، قال أبو بكر عبد العزيز هو أقيس، وبه قال الزهري ومالك وأصحاب الرأي لأنه سنة فلم يجز عنها المكتوبة كركعتي الفجر

ولنا أنهما ركعتان شرعتا للنسك فاجزأت عنها المكتوبة كركعتي الاحرام

(فصل)ولا بأس أن يجمع بين الاسابيع فاذا فرغ منها ركع لكل أسبوع ركعتين فعلته عائشة والمسور ابن مخرمة، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وكرهه ابن عمر والحسن والزهري ومالك وأبوحنيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله، ولان تأخير الركعتين عن طوافهما يخل بالموالاة بينهما

ولنا أن الطواف يجري مجرى الصلاة يجوز جمعها ويؤخر مابينها فيصليها بعدها كذلك ههنا، وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله لايوجب كراهته فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يطف أسبوعين ولا ثلاثة وذلك غير مكروه بالاتفاق والموالاة غير معتبرة بين الطواف والركعتين بدليل أن عمر صلاهما بذي طوى وأخرت أم سلمة ركعتي الطواف حين طافت راكبة بأمر رسول الله (ص) وإن ركع لكل أسبوع عقيبه كان أولى وفيه اقتداء بالنبي (ص) وخروج من الخلاف

(فصل) والمشترط لصحة الطواف تسعة أشياء : الطهارة من الحدث والنجاسة، وستر العورة، والنية، والطواف بجميع البيت، وأن يكمل سبعة أشواط، ومحاذاة الحجر بجميع بدنه، والترتيب، وهو أن يطوف على يمينه، والموالاة، وسننه استلام الركن وتقبيله أو ماقام مقامه من الاشارة،

(فصل) وإذا فرغ من الركوع وأراد الخروج إلى الصفا استحب أن يعود فيستلم الحجر نص عليه أحمد لان النبي ﷺ فعل ذلك ذكره جابر في صفة حج النبي ﷺ وكان ابن عمر يفعله وبه قال النخعي ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويخرج إلى الصفا من بابه فيقف عليه فيكبر الله عز وجل ويهلله ويحمده ويصلي على النبي ﷺ)

وجملة ذلك انه إذا فرغ من طوافه وصلى ركعتين واستلم الحجر فيستحب أن يخرج إلى الصفا من بابه فيأتي الصفا فيرقى عليه حتى يرى الكعبة ثم يستقبلها فيكبر الله عز وجل ويهلله ويدعو بدعاء النبي ﷺ وما أحب من خير الدنيا والآخرة ، قال جابر في صفة حج النبي ﷺ بعد ركعتي الطواف ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا فلما دنا من الصفا قرأ (ان الصفا والمروة من شعائر الله) « نبدأ بما بدأ الله به » فبدأ بالصفا فرقي عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبر وقال « لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، لا إله إلا

واستلام الركن اليماني والاضطباع والرمل ، والمشي في موضعه ، والدعاء والذكر ، وركعتا الطواف ، والطواف ماشيا ، والدنو من البيت ، وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يعود إلى الركن فيستلمه)

اذا فرغ من ركعتي الطواف وأراد الخروج إلى الصفا استحب أن يعود فيستلم الحجر نص عليه أحمد لان النبي ﷺ فعل ذلك ذكره جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم وكان ابن عمر يفعله وبه قال النخعي ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخرج إلى الصفا من بابه ويسعى سبعا يبدأ بالصفا فيرقى عليه حتى يرى البيت فيستقبله ويكبر ثلاثا ويقول الحمد لله على ماهدانا لا اله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لايموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير ، لاإله إلا الله وحده لاشريك له ، صدق وعده ، ونصر عبده ، وهزم الاحزاب وحده ، لا إله إلا الله لانعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يلبي ويدعو بما أحب)

وجملة ذلك أنه اذا فرغ من طوافه واستلم الركن فالمستحب أن يخرج إلى الصفا من بابه فيأتي الصفا فيرقى عليه حتى يرى الكعبة فيستقبلها فيكبر الله عز وجل ويهلله ويدعو بدعا النبى (ص) وما أحب من خير الدنيا والآخرة قال جابر رضي الله عنه في صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا فلما دنا من الصفا قرأ (إن الصفا والمروة من شعائر الله) نبدأ بما بدأ الله به» فبدأ بالصفا فرقي عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال لاإله إلا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، لاإله إلا الله وحده، أنجز

الله وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده ، وهزم الاحزاب وحده » ثم دعا بين ذلك وقال مثل هذا ثلاث مرات قال أحمد ويدعو بدعاء ابن عمر ورواه عن اسماعيل حدثنا أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان يخرج الى الصفا من الباب الاعظم فيقوم عليه فيكبر سبع مرار ثلاثا ثلاثا يكبر ثم يقول : لا اله الا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير . لااله الا الله لا نعبد الا اياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يدعو فيقول : اللهم اعصمني بدينك وطواعيتك وطواعية رسولك ،اللهم جنبني حدودك، اللهم اجعلني ممن يحبك ويحب ملائكتك وأنبيائك ورسلك وعبادك الصالحين ، اللهم حببني اليك والى ملائكتك والى رسلك والى عبادك الصالحين ، اللهم يسرني لليسرى، وجنبني العسرى، واغفرلي في الآخرة والاولى، واجعلني من أئمة المتقين، واجعلني من ورثة جنة النعيم، واغفر لي خطيئتي يوم الدين، اللهم قلت قولك الحق (ادعوني أستجب لكم)وانك لاتخلف الميعاد اللهم إذ هديتني للاسلام فلاتنزعني منه ولا تنزعه مني حتى توفاني على الاسلام . اللهم لا تقدمني الى العذاب ولا تؤخرني لسوء الفتن . قال ويدعو دعاء كثيراً حتى انه ليملنا وانا لشباب وكان اذا أتى على المسعى سعى وكبر وكل مادعا به فهو جائز

(فصل) فان لم يرق على الصفا فلا شيء عليه ، قال القاضي لكن يجب عليه أن يستوعب ما بين الصفا والمروة فيلصق عقبيه بأسفل الصفا ثم يسعى الى المروة فان لم يصعد عليها ألصق أصابع رجليه

وعده ، ونصر عبده ، وهزم الاحزاب وحده ، ثم دعا بين ذلك وقال مثل هذا ثلاث مرات . قال أحمد رحمه الله ويدعو بدعاء ابن عمر رضي الله عنهما ، ورواه اسماعيل عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان يخرج من الصفا من الباب الاعظم فيقوم عليه فيكبر سبع مرار ثلاثا ثلاثا يكبر ثم يقول لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، ثم يدعو فيقول : اللهم اعصمني بدينك وطواعيتك وطواعية رسولك ، اللهم جنبني حدودك ، اللهم اجعلني ممن يحبك ويحب ملائكتك وأنبيائك ورسلك وعبادك الصالحين ، اللهم حببني اليك وإلى ملائكتك وإلى رسلك وإلى عبادك الصالحين ، اللهم يسرني لليسرى وجنبني للعسرى ، واغفر لي في الآخرة والاولى ، واجعلني من أئمة المتقين ، واجعلني من ورثة جنة النعيم ، واغفر لي خطيئتي يوم الدين ، اللهم قلت وقولك الحق (ادعوني أستجب لكم)وإنك لاتخلف الميعاد ، اللهم إذ هديتني للاسلام فلا تنزعني منه ولا تنزعه مني حتى توفاني على الاسلام ، اللهم لاتقدمني إلى العذاب ، ولا تؤخرني لسوء الفتن . قال ويدعو دعاء كثيراً حتى انه ليملنا وانا لشباب وكان اذا أتى على المسعى سعى وكبر ، وكل مادعا به فحسن

(فصل) فان لم يرق على الصفا فلا شيء عليه ، قال القاضي لكن يجب عليه أن يستوعب ما بين الصفا والمروة فيلصق عقبيه بأسفل الصفا ثم يسعى إلى المروة فان لم يصعد عليها ألصق أصابع رجليه

بأسفل المروة والصعود عليها هو الاولى اقتداء بفعل النبي ﷺ ، فان ترك مما بينهما شيئا ولو ذراعا لم يجزئه حتى يأتي به ، والمرأة لا يسن لها ان ترقى لئلا تزاحم الرجال، وترك ذلك أستر لها ولا ترمل في طواف ، ولا سعي والحكم في وجوب استيعابها مابينهما بالمشي كحكم الرجل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم ينحدر من الصفا فيمشي حتى يأتي العلم الذي في بطن الوادي فيرمل من العلم إلى العلم ثم يمشي حتى يأتي المروة فيقف عليها ويقول كما قال على الصفا وما دعا به أجزأه ثم ينزل ماشيا الى العلم ثم يرمل حتى يأتي العلم يفعل ذلك سبع مرات يحتسب بالذهاب سعية وبالرجوع سعية يفتتح بالصفا ويختم بالمروة)

هذا وصف السعي وهو أن ينزل من الصفا فيمشي حتى يأتي العلم ومعناه يحاذي العلم وهو الميل الاخضر المعلق في ركن المسجد فاذا كان منه نحواً من ستة أذرع سعى سعياً شديدا حتى يحاذي العلم الآخر وهو الميلان الاخضران اللذان بفناء المسجد وحذاء دار العباس ثم يترك السعي ويمشي حتى يأتي المروة فيستقبل القبلة ويدعو بمثل دعائه على الصفا ومادعا به فجائز وليس في الدعاء شيء مؤقت ، ثم ينزل فيمشي في موضع مشيه ويسعى في موضع سعيه ويكثر من الدعاء والذكر فيما بين ذلك ، قال أبوعبدالله كان ابن مسعود إذا سعى بين الصفا والمروة قال: رب اغفر وارحم، واعف عما تعلم، وأنت

بأسفل المروة والصعود عليهما أولى اقتداء بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، فان ترك مما بينهما شيئا ولو ذراعا لم يجزه حتى يأتي به ، وحكم المرأة في ذلك حكم الرجل إلا أنها لا ترقى لئلا تزاحم الرجال ولانه استر لها

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينزل فيمشي حتى يأتي العلم فيسعى سعيا شديداً إلى العلم الآخر ، ثم يمشي حتى يأتي المروة فيفعل عليها كما فعل على الصفا ، ثم ينزل فيمشي في موضع مشيه ، ويسعى في موضع سعيه يفعل ذلك سبعا)

يحتسب بالذهاب سعية ، وبالرجوع سعية يفتتح بالصفا ويختم بالمروة ، فان افتتح بالمروة لم يحتسب بذلك الشوط ، هذا وصف السعي وهو أن ينزل من الصفا فيمشي حتى يأتي العلم أي يحاذيه وهو الميل الاخضر في ركن المسجد ، فاذا كان منه نحواً من ستة أذرع سعى سعيا شديداً حتى يحاذي العلم الآخر وهما الميلان الاخضران بفناء المسجد وحذاء دار العباس ، ثم يترك السعي فيمشي حتى يأتي المروة فيرقى عليها ويستقبل القبلة ويدعو بمثل دعائه على الصفا ومهما دعا به فلا بأس وليس في الدعاء شيء موقت ثم ينزل فيمشي في موضع مشيه ويسعى في موضع سعيه ويكثر من الدعاء والذكر فيما بين ذلك . قال أبو عبدالله كان ابن مسعود اذا سعى بين الصفا والمروة قال : رب اغفر وارحم ، وتجاوز عما تعلم ،

الاعز الاكرم . وقال النبي ﷺ « إنما جعل رمي الجمار والسعي بين الصفا والمروة لاقامة ذكر الله تعالى » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . حتى يكمل سبعة أشواط يحتسب بالذهاب سعية وبالرجوع سعية . وحكي عن ابن جرير وبعض أصحاب الشافعي أنهم قالوا ذهابه ورجوعه سعية وهذا غلط لان جابرا قال في صفة حج النبي ﷺ : ثم نزل إلى المروة حتى إذا انصبت قدماه رمل في بطن الوادي حتى إذا صعدنا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا فلما كان آخر طوافه على المروة قال « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم اسق الهدي وجعلتها عمرة » وهذا يقتضي انه آخر طوافه ولو كان على ماذكروه كان آخر طوافه عند الصفا في الموضع الذي بدأ منه ولانه في كل مرة طائف بهما فينبغي أن يحتسب بذلك مرة كما أنه إذا طاف بجميع البيت احتسب به مرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويفتتح بالصفا ويختم بالمروة)

وجملة ذلك ان الترتيب شرط في السعي وهو أن يبدأ بالصفا فان بدأ بالمروة لم يعتد بذلك الشوط فاذا صار إلى الصفا اعتد بما يأتي به بعد ذلك لان النبي ﷺ بدأ بالصفا وقال « نبدأ بما بدأ الله به » وهذا قول الحسن ومالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي . وعن ابن عباس قال : قال الله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) فبدأ بالصفا وقال اتبعوا القرآن فما بدأ الله به فابدؤا به

وأنت الاعز الاكرم . وقال النبي ﷺ « انما جعل رمي الجمار والسعي بين الصفا والمروة لاقامة ذكر الله عز وجل » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ولا يزال حتى تكمل سبعة أشواط يحتسب بالذهاب سعية وبالرجوع سعية

وحكي عن ابن جرير وبعض الشافعية أنهم قالوا ذهابه ورجوعه سعية وهذا غلط لان جابراً قال في صفة حج النبي ﷺ ثم نزل إلى المروة حتى اذا انفضت قدماه رمل في بطن الوادي حتى اذا صعدنا مشى حتى اذا أتى المروة فعل على المروة كما فعل على الصفا فلما كان آخر طوافه على المروة قال « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي ولجعلتها عمرة » وهذا يقتضي أنه آخر طوافه ، ولو كان على ماذكروه كان آخره عند الصفا في الموضع الذي بدأ منه ، ولأنه في كل مرة طائف بهما فاحتسب بذلك مرة كما اذا طاف بجميع البيت احتسب به مرة

(فصل) ويفتتح بالصفا ويختم بالروة لان الترتيب شرط في السعي كذلك ، فان بدأ بالمروة لم يحتسب بذلك الشوط ، فاذا صار إلى الصفا اعتد بما يأتي به بعد ذلك لان النبي ﷺ بدأ بالصفا وقال « نبدأ بما بدأ الله به » وهذا قول الحسن ومالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي ، وعن ابن عباس أنه قال : قال الله تعالى (إن الصفا والمروة من شعائر الله) فبدأ بالصفا وقال اتبعوا القرآن فما بدأ الله به فابدؤا به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نسي الرمل في بعض سعيه فلا شيء عليه)

وجملة ذلك ان الرمل في بطن الوادي سنة مستحبة لان النبي ﷺ سعى وسعى أصحابه فروت صفية بنت شيبة عن أم ولد شيبة قالت: رأيت رسول الله ﷺ يسعى بين الصفا والمروة ويقول « لايقطع الابطح الا شداً » وليس ذلك بواجب ولاشيء على تاركه فان ابن عمر قال ان أسع بين الصفا والمروة فقد رأيت رسول الله (ص) يسعى، وإن أمش فقد رأيت رسول الله ﷺ يمشي وأنا شيخ كبير .رواهما ابن ماجه. وروى هذا أبو داود ولان ترك الرمل في الطواف بالبيت لاشيء فيه فبين الصفا والمروة أولى

(فصل) واختلفت الرواية في السعي فروي عن أحمد انه ركن لايتم الحج إلا به وهو قول عائشة وعروة ومالك والشافعي لما روي عن عائشة قالت طاف رسول الله ﷺ وطاف المسلمون يعني بين الصفا والمروة فكانت سنة ولعمري ما أتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمروة . رواه مسلم .وعن حبيبة بنت أبي تجراة احدى نساء بني عبد الدار قالت دخلت مع نسوة من قريش دار آل أبي حسين ننظر الى رسول الله ﷺ وهو يسعى بين الصفا والمروة وان مئزره ليدور في وسطه من شدة سعيه حتى اني لأقول اني لأرى ركبتيه وسمعته يقول « اسعوا فان الله كتب عليكم السعي » رواه ابن ماجه ولانه نسك في الحج والعمرة فكان ركنا فيهما كالطواف بالبيت وروي عن أحمد انه سنة لايجب بتركه

(فصل) والرمل في السعي سنة لان النبي ﷺ سعى وسعى أصحابه فروت صفية بنت شيبة عن أم ولد شيبة قالت : رأيت رسول الله ﷺ يسعى بين الصفا والمروة ويقول « لا تقطع الابطح الا شدا » وليس ذلك بواجب ولا شيء على تاركه ، فان ابن عمر قال : ان أسع بين الصفا والمروة فقد رأيت رسول الله ﷺ يسعى ، وإن أمش فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشي وأنا شيخ كبير . رواهما ابن ماجه وأبو داود ، ولان ترك الرمل في الطواف بالبيت لاشيء فيه فبين الصفا والمروة أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يسعى طاهراً مستتراً متواليا ، وعنه أن ذلك من شرائطه)

المستحب لمن قدر على الطهارة أن لايسعى إلا متطهراً من الحدث والنجاسة وكذلك جميع المناسك ، فان سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة كره له ذلك وأجزأه في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكان الحسن يقول . اذا ذكر قبل أن يحل فليعد الطواف ، وإن ذكر بعد ماحل فلا شيء عليه

ولنا قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها حين حاضت « اقضي مايقضي الحاج غير أن لاتطوفي بالبيت » ولان ذلك عبادة لاتتعلق بالبيت أشبهت الوقوف بعرفة ، قال أبو داود سمعت أحمد يقول اذا طافت المرأة بالبيت ثم حاضت سعت بين الصفا والمروة ثم نفرت ، وروي عن عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما أنهما قالتا اذا طافت المرأة بالبيت وصلت ركعتين ثم حاضت بين الصفا والمروة فلتطف

دم روي ذلك عن ابن عباس وأنس وابن الزبير وابن سيرين لقول الله تعالى (فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ونفي الحرج عن فاعله دليل على عدم وجوبه فان هذا رتبة المباح ، وانما تثبت سنيته بقوله (من شعائر الله) وروي ان في مصحف أُبي وابن مسعود (فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما) وهذا ان لم يكن قرآ نا فلا ينحط عن رتبة الخبر[1] لانهما يرويانه عن النبي ﷺ ولانه نسك ذو عدد لا يتعلق بالبيت فلم يكن ركنا كالرمي . وقال القاضي هو واجب وليس بركن اذا تركه وجب عليه دم وهو مذهب الحسن وأبي حنيفة والثوري وهو أولى لان دليل من أوجبه دل على مطلق الوجوب لا على كونه لا يتم الحج الا به وقول عائشة في ذلك معارض بقول من خالفها من الصحابة . وحديث بنت أبي شجراء قال ابن المنذر يرويه عبدالله بن المؤمل وقد تكلموا في حديثه ثم هو يدل على انه مكتوب وهو الواجب وأما الآية فانها نزلت لما تحرج ناس من السعي في الاسلام لما كانوا يطوفون بينهما في الجاهلية لاجل صنمين كانا على الصفا والمروة كذلك قالت عائشة

(فصل) والسعي تبع للطواف لا يصح الا أن يتقدمه طواف فان سعى قبله لم يصح وبذلك قال

(١) أي فهو تفسير لا قرآن

بالصفا والمروة رواه الاثرم ، ولا تشترط الطهارة من النجاسة أيضاً ولا الستارة للسعي لانه اذا لم تشترط الطهارة من الحدث وهي آكد فغيرها أولى ، وقد ذكر بعض أصحابنا رواية عن أحمد أنه كالطواف في اشتراط الطهارة والستارة قياسا عليه ولا عمل عليه

(فصل) والموالاة في السعي غير مشترطة في ظاهر كلام أحمد رحمه الله فانه قال في رجل كان بين الصفا والمروة فلقيه قادم بعرفة يقف يسلم عليه ويسأله قال نعم أمر الصفا سهل انما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت ، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس ؟ وقال القاضي تشترط الموالاة فيه قياساً على الطواف ، وحكي رواية عن أحمد والاول أصح فانه نسك لا يتعلق بالبيت فلم تشترط له الموالاة كالرمي والحلاق ، وقد روى الاثرم أن سودة بنت عبد الله بن عمر امرأة عروة بن الزبير سعت بين الصفا والمروة فقضت طوافها في ثلاثة أيام وكانت ضخمة ، وكان عطاء لا يرى بأساً أن يستريح بينهما ولا يصح قياسه على الطواف لان الطواف يتعلق بالبيت وهو صلاة ، وتشترط له الطهارة والستارة فاشترطت له الموالاة بخلاف السعي

﴿ مسئلة ﴾ (والمرأة لا ترمل ولا ترقى)

لا يسن للمرأة أن ترقى على المروة لئلا تزاحم الرجال ولان ذلك أستر لها ولا يسن لها الرمل ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا رمل على النساء حول البيت ولا بين الصفا والمروة ، وذلك لان الاصل في ذلك اظهار الجلد ولا يقصد ذلك في حقهن ، ولأن النساء يقصد منهن الستر وفي ذلك تعرض للانكشاف فلم يستحب لهن

(فصل) والسعي تبع للطواف لا يصح إلا بعد الطواف فان سعى قبله لم يصح ، وبه قال مالك

مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال عطاء يجزئه وعن أحمد يجزئه ان كان ناسياً وان عمد لم يجزئه سعيه لان النبي (ص) لما سئل عن التقديم والتأخير في حال الجهل والنسيان قال «لا حرج» ووجه الاول ان النبي (ص) انما سعى بعد طوافه وقد قال « لتأخذوا عني مناسككم » فعلى هذا ان سعى بعد طوافه ثم علم انه طاف بغير طهارة لم يعتد بسعيه ذلك ، ومتى سعى المفرد والقارن بعد طواف القدوم لم يلزمهما بعد ذلك سعي وان لم يسعيا معه سعيا مع طواف الزيارة ولا تجب الموالاة بين الطواف والسعي ؛ قال أحمد لا بأس أن يؤخر السعي حتى يستريح أو الى العشي وكان عطاء والحسن لا يريان بأساً لمن طاف بالبيت أول النهار أن يؤخر الصفا والمروة الى العشي وفعله القاسم وسعيد بن جبير لان الموالاة اذا لم تجب في نفس السعي ففيما بينه وبين الطواف أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا فرغ من السعي فان كان متمتعا قصر من شعره ثم قد حل)

المتمتع الذي أحرم بالعمرة من الميقات. فاذا فرغ من أفعالها وهي الطواف والسعي قصر أو حلق وقد حل من عمرته ان لم يكن معه هدي لما روى ابن عمر قال تمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فلما قدم رسول الله ﷺ مكة قال للناس « من كان معه هدي فانه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل » متفق عليه ولا نعلم فيه خلافا ولا يستحب تأخير التحلل قال أبو داود سمعت أحمد سئل عمن دخل مكة

والشافعي وأصحاب الرأي وقال عطاء يجزئه ، وعن أحمد يجزئه إن نسي وإلا فلا لان النبي ﷺ لما سئل عن التقدم والتأخر في حال الجهل والنسيان قال « لا حرج »

ولنا أن النبي ﷺ انما سعى بعد الطوف وقال « لتأخذوا عني مناسككم » فعلى هذا إن سعى بعد طوافه ثم علم أنه طاف غير متطهر أعاد السعي ، وإن سعى المفرد والقارن بعد طواف القدوم لم يلزمهما سعي بعد ذلك ولا تجب الموالاة بين الطواف والسعي ، روي ذلك عن الحسن وعطاء قالا : لا بأس أن يطوف أول النهار ويسعى آخره ، وفعله القاسم وسعيد بن جبير لان الموالاة اذا لم تجب في نفس السعي ففيما بينه وبين الطواف أولى

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا فرغ من السعي فاذا كان معتمراً قصر من شعره وتحلل الا أن يكون قد ساق معه هديا فلا يحل حتى يحج)

إذا طاف المتمتع وسعى قصر أو حلق وقد حل من عمرته إن لم يكن معه هدي لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : تمتع النـاس مع رسول الله صلى الله عليه وسـلم بالعمرة إلى الحج فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس « من كان معـه هدي فانه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجته ومن لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل » متفق عليه ولا نعلم فيه خلافا ، ولا يستحب تأخير التحلل قال أبو داود سمعت احمد سئل عمن دخل مكة

معتمراً فلم يقصر حتى كان يوم التروية عليه شيء ؟قال هذا لم يحل بعد يقصر ثم يهل بالحج وليس عليه شيء وبئس ما صنع

(فصل) فأما من معه هدي فليس له ان يتحلل لكن يقيم على إحرامه ويدخل الحج على العمرة ثم لايحل حتى يحل منهما جميعاً نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى انه يحل له التقصير من شعر رأسه خاصة ولا يمس من أظفاره وشاربه شيئا وروي ذلك عن ابن عمر وهو قول عطاء لما روي عن معاوية قال قصرت من رأس رسول الله (ص) بمشقص عند المروة . متفق عليه ، وقال مالك والشافعي في قول له التحلل ونحر هديه .ويستحب نحره عند المروة وكلام الخرقي يحتمله لاطلاقه

ولنا ما ذكرنا من حديث ابن عمر. وروت عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع فأهللت بعمرة ولم أكن سقت الهدي فقال النبي (ص) « من كان معه هدي فليهل بالحج مع عمرته ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا » وعن حفصة انها قالت : يارسول الله ماشأن الناس حلوا من العمرة ولم تحل أنت من عمرتك؟ قال « اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلاأحل حتى أنحر » متفق عليه والاحاديث كثيرة وعن أحمد رواية ثالثة فيمن قدم متمتعا في أشهر الحج وساق الهدي قال ان دخلها في العشر لم ينحر الهدي حتى ينحره يوم النحر وان قدم قبل العشر نحر الهدي وهذا يدل على ان المتمتع اذا قدم قبل العشر حل وان كان معه هدي وان قدم في العشر لم يحل وهذا قول عطاء رواه

معتمراً فلم يقصر حتى كان يوم التروية عليه شيء ؟ قال هذا لم يحل حتى يقصر ثم يهل بالحج وليس عليه شيء وبئس ما صنع

(فصل) فاما من معه الهدي فليس له أن يتحلل لكن يقيم على احرامه ويدخل الحج على العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا نص عليه احمد وهو قول أبي حنيفة ، وعن احمد رواية أخرى أنه يحل له التقصير من شعر رأسه خاصة ولايمس من أظفاره وشاربه شيئا روي ذلك عن ابن عمر وهو قول عطاء لما روي عن معاوية قال قصرت من رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص عند المروة متفق عليه، وقال مالك والشافعي في قول له التحلل ونحر هديه عند المروة ويحتمله كلام الخرقي

ولنا ما ذكرنا من حديث ابن عمر وروت عائشة قالت : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فاهللت بعمرة ولم أكن سقت الهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كان معه هدي فليهل بالحج مع عمرته ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا » وعن حفصة أنها قالت : يارسول الله ما شأن الناس حلوا من العمرة ولم تحلل أنت من عمرتك ؟ قال « اني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر » متفق عليه والاحاديث فيه كثيرة . وعن احمد رواية ثالثة فيمن قدم متمتعا في أشهر الحج وساق الهدي قال ان دخلها في العشر لم ينحر الهدي حتى ينحره يوم النحر وان قدم قبل العشر نحر الهدي وهذا يدل على أن المتمتع إذا قدم قبل العشر حل وان كان معه هدي وانقدم

حنبل في المناسك وقال فيمن لبد أو ضفر هو بمنزلة من ساق الهدي لحديث حفصة والرواية الاولى اولى لما فيها من الحديث الصحيح الصريح وهو أولى بالاتباع

(فصل) فاما المعتمر غير المتمتع فانه يحل سواء كان معه هدي أو لم يكن وسواء كان في أشهر الحج أو غيرها لان النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر سوى العمرة التي مع حجته بعضهن في ذى القعدة وقيل كلهن في ذى القعدة فكان يحل فان كان معه هدي نحره عند المروة وحيث نحره من الحرم جاز لان النبي ﷺ قال « كل فجاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود وابن ماجه

(فصل) وقول الخرقي قصر من شعره ثم قد حل يدل على أن المستحب في حق المتمتع عند حله من عمرته التقصير ليكون الحلق للحج قال احمد في رواية أبى داود ويعجبني إذا دخل متمتعا أن يقصر ليكون الحلق للحج ولم يأمر النبي ﷺ أصحابه إلا بالتقصير فقال في حديث جابر « حلوا من إحرامكم بطواف بين الصفا والمروة وقصروا » وفي صفة حج النبي ﷺ فحل الناس كلهم وقصروا وفي حديث ابن عمر أنه قال « من لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحلل » متفق عليه وإن حلق جاز لأنه أحد النسكين فجاز فيه كل واحد منهما ويدل أيضا على أنه لا يحل إلا بعد التقصير وهذا ينبني على أن التقصير نسك وهو المشهور فلا يحل الا به وفيه رواية أخرى أنه اطلاق من محظور فيحل بالطواف والسعي حسب ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

في العشر لم يحل وهو قول عطاء رواه حنبل في المناسك وقال فيمن لبد أو ضفر هو بمنزلة من ساق الهدي لحديث حفصة والرواية الاولى أولى لما فيهامن الاحاديث الصحيحة الصريحة فهي أولى بالاتباع

(فصل) فاما المعتمر غير المتمتع فانه يحل سواء كان معه هدي أو لم يكن وسواء كان في أشهر الحج أو في غيرها لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر سوى عمرته التي مع حجته بعضهن فى ذي القعدة وقيل كلهن في ذي القعدة وكان يحل فان كان معه هدي نحره عند المروة وحيث نحره من الحرم جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل فجاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود

(فصل) وقول المصنف رحمه الله قصر من شعره يدل على ان المستحب في حق المتمتع اذا حل من عمرته التقصير ليؤخر الحلق الى الحج قال احمد رحمه الله فى رواية أبي داود يعجبني اذا دخل متمتعا أن يقصر ليكون الحلق للحج ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه الا بالتقصير فقال في حديث جابر «حلوا من إحرامكم بطواف بين الصفا والمروة وقصروا» وفي حديث ابن عمر أنه قال « من لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحلل» متفق عليه. وان حلق جاز لانه أحد النسكين فجاز فيه كل واحد منهما وفي الحديث دليل على أنه لا يحل الا بالتقصير وهذا ينبني على أن التقصير هل هو نسك أو لا وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى فان أحرم بالحج قبل التقصير وقلنا هو نسك فقد أدخل الحج على العمرة وصار قارنا

فان ترك التقصير أو الحلق وقلنا هو نسك فعليه دم وإن وطيء قبل التقصير فعليه دم وعمرته صحيحة وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وحكي عن الشافعي أن عمرته تفسد لانه وطيء قبل حله من عمرته وعن عطاء قال يستغفر الله تعالى

ولنا ماروي عن ابن عباس أنه سئل عن امرأة معتمرة وقع بها زوجها قبل أن تقصر قال من ترك من مناسكه شيئا أو نسيه فليهرق دما قيل إنها موسرة قال فلتنحر ناقة ولان التقصير ليس بركن فلا يفسد النسك بتركه ولا بالوطء قبله كالرمي في الحج قال احمد فيمن وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها تذبح شاة قيل عليه أو عليها ؟ قال عليها هي. وهذا محمول على أنها طاوعته فان أكرهها فالدم عليه وإن أحرم بالحج قبل التقصير فقد أدخل الحج على العمرة فيصير قارنا

(فصل) يلزم التقصير أو الحلق من جميع شعره وكذلك المرأة نص عليه وبه قال مالك وعن احمد يجزئه البعض مبنيا على المسح في الطهارة وكذلك قال ابن حامد وقال الشافعي يجزئه التقصير من ثلاث شعرات واختار ابن المنذر أنه يجزئه مايقع عليه اسم التقصير لتناول اللفظ له

ولنا قول الله تعالى (محلقين رءوسكم) وهذا عام في جميعه ولان النبي ﷺ حلق جميع رأسه تفسيراً لمطلق الامر به فيجب الرجوع اليه ولانه نسك تعلق بالرأس فوجب استيعابه به كالمسح فان كان الشعر مضفوراً قصر من رءوس ضفائره كذلك قال مالك تقصر المرأة من جميع قرونها ولا يجب التقصير من كل شعره لان ذلك لا يعلم الا بحلقه

(فصل) وأي قدر قصر منه أجزأه لان الامر به مطلق فيتناول الاقل وقال احمد يقصر قدر الانملة وهو قول ابن عمر والشافعي واسحاق وأبي ثور وهذا محمول على الاستحباب لقول ابن عمر وبأي شيء قصر الشعر أجزأه وكذلك لو نتفه أو أزاله بنورة لان القصد إزالته والامر به مطلق فيتناول مايقع عليه الاسم ولكن السنة الحلق أوالتقصير اقتداء برسول الله ﷺ وأصحابه ويستحب البداية بالشق الايمن نص عليه لما روى أنس أن رسول الله ﷺ قال « للحلاق خذ » وأشار إلى جانبه الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطيه الناس رواه مسلم وكان النبي ﷺ يعجبه التيامن في شأنه كله متفق عليه قال احمد يبدأ بالشق الايمن حتى يجاوز العظمين وان قصر من شعر رأسه مانزل عن حد الرأس أو مما يحاذيه جاز لان المقصود التقصير وقد حصل بخلاف المسح في الوضوء فان الواجب المسح على الرأس وهو ماترأس وعلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وطواف النساء وسعيهن مشي كله)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أنه لارمل على النساء حول البيت ولا بين الصفا والمروة وليس

(فصل) فان ترك التقصير أو الحلق وقلنا هو نسك فعليه دم فان وطيء قبل التقصير فعليه دم وعمرته

عليهن اضطباع وذلك لان الاصل فيهما اظهار الجلد ولا يقصد ذلك في حق النساء ولان النساء يقصد فيهن الستر وفي الرمل والاضطباع تعرض للتكشف

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة كرهناله ذلك وأجزأه)

أكثر أهل العلم يرون أن لاتشترط الطهارة للسعي بين الصفا والمروة وممن قال ذلك عطاء ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكان الحسن يقول ان ذكر قبل أن يحل فليعد الطواف وان ذكر بعد ماحل فلا شيء عليه

ولنا قول النبي ﷺ لعائشة حين حاضت « اقضي مايقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت » ولان ذلك عبادة لا تتعلق بالبيت فأشبهت الوقوف، قال أبو داود سمعت أحمد يقول اذا طافت المرأة بالبيت ثم حاضت سعت بين الصفا والمروة ثم نفرت وروي عن عائشه وأم سلمة أنهما قالتا: اذا طافت المرأة بالبيت وصلت ركعتين ثم حاضت فلتطف بالصفا والمروة . رواه الاثرم. والمستحب مع ذلك لمن قدر على الطهارة أن لا يسعى الا متطهراً وكذلك يستحب أن يكون طاهراً في جميع مناسكه ولا يشترط أيضا الطهارة من النجاسة والستارة للسعي لانه اذا لم تشترط الطهارة من الحدث وهي آكد فغيرها أولى وقد ذكر بعض أصحابنا رواية عن أحمد أن الطهارة في السعي كالطهارة في الطواف ولا يعول عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أقيمت الصلاة أوحضرت جنازة وهو يطوف أويسعى فاذا صلى بنى)

وجملة ذلك أنه اذا تلبس بالطواف أو بالسعي ثم أقيمت المكتوبة فانه يصلي مع الجماعة في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسالم وعطاء والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي روي ذلك عنهم في السعي وقال مالك يمضي في طوافه ولا يقطعه الا أن يخاف أن يضر بوقت الصلاة لان الطواف صلاة فلا يقطعه لصلاة أخرى

ولنا قول النبي ﷺ «اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة» والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر واذا ثبت ذلك في الطواف بالبيت مع تأكده ففي السعي بين الصفا والمروة أولى مع أنه قول ابن عمر ومن سميناه من أهل العلم ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفا. واذا صلى بنى على طوافه وسعيه في قول من سمينا من أهل العلم قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً خالف في ذلك الا الحسن فانه قال يستأنف وقول الجمهور أولى لان هذا فعل مشروع في أثناء الطواف فلم يقطعه كاليسير وكذلك الحكم في الجنازة اذا حضرت يصلي عليها ثم يبني على طوافه لانها تفوت بالتشاغل عنها قال أحمد ويكون ابتداؤه من الحجر يعني أنه يبتدىء الشوط الذي قطعه من الحجر حين يشرع في البناء

صحيحة ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وحكي عن أصحاب الشافعي أن عمرته تفسد لانه وطيء

(فصل) فان ترك الموالاة لغير ماذكرنا وطال الفصل ابتدأ الطواف وان لم يطل بنى ولا فرق بين ترك الموالاة عمداً أو سهوا مثل من يترك شوطا من الطواف يحسب أنه قد أتمه وقال أصحاب الرأي فيمن طاف ثلاثة أشواط من طواف الزيارة ثم رجع الى بلده عليه أن يعود فيطوف مابقي

ولنا أن النبي ﷺ والى بين طوافه وقال «خذوا عني مناسككم» ولانه صلاة فيشترط له الموالاة كسائر الصلوات أو نقول عبادة متعلقة بالبيت فاشترطت لها الموالاة كالصلاة ويرجع في طول الفصل وقصره الى العرف من غير تحديد وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى اذا كان له عذر يشغله بنى وان قطعه من غير عذر أو لحاجة استقبل الطواف وقال اذا أعيا في الطواف لا بأس أن يستريح ، وقال : الحسن غشي عليه فحمل الى أهله فلما أفاق أتمه قال أبوعبد الله فان شاء أتمه وان شاء استأنف وذلك لانه قطعه لعذر فجاز البناء عليه كما لو قطعه لصلاة

(فصل) فأما السعي بين الصفا والمروة فظاهر كلام أحمد ان الموالاة غير مشترطة فيه فانه قال في رجل كان بين الصفا والمروة فلقيه فاذا يعرفه يقف فيسلم عليه ويسائله ؟ قال نعم أمر الصفا سهل إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت فاما بين الصفا والمروة فلا بأس وقال القاضي تشترط الموالاة فيه قياسا على الطواف وحكاه أبو الخطاب رواية عن احمد والاول أصح فانه نسك لايتعلق بالبيت فلم تشترط له الموالاة كالرمي والحلاق ، وقد روى الاثرم أن سودة بنت عبدالله بن عمر امرأة عروة ابن الزبير سعت بين الصفا والمروة فقضت طوافها في ثلاثة أيام وكانت ضخمة وكان عطاء لا يرى بأسا أن يستريح بينهما ولا يصح قياسه على الطواف لان الطواف يتعلق بالبيت وهو صلاة وتشترط له الطهارة والستارة فاشترطت له الموالاة بخلاف السعي

﴿مسئلة﴾ قال (وان أحدث في بعض طوافه تطهر وابتدأ الطواف اذا كان فرضا)

أما اذا أحدث عمداً فانه يبتدىء الطواف لان الطهارة شرط له فاذا أحدث عمداً أبطله كالصلاة وان سبقه الحدث ففيه روايتان

(إحداهما) يبتدىء أيضا ، وهو قول الحسن ومالك قياسا على الصلاة (والرواية الثانية) يتوضأ ويبني وبها قال الشافعي واسحاق قال حنبل عن أحمد فيمن طاف ثلاثة أشواط أو أكثر يتوضأ فان شاء بنى وان شاء استأنف قال أبو عبدالله يبني إذا لم يحدث حدثا الا الوضوء فان عمل عملا غير ذلك استقبل الطواف وذلك لان الموالاة تسقط عند العذر في إحدى الروايتين وهذا معذور فجاز له البناء وان اشتغل بغير الوضوء فقد ترك الموالاة لغير عذر فلزمه الابتداء اذا كان الطواف فرضا فاما المسنون فلا يجب إعادته كالصلاة المسنونة إذا بطلت

قبل حله من عمرته وعن عطاء قال يستغفر الله

﴿مسئلة﴾ قال (ومن طاف وسعى محمولا لعلة اجزأه)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في صحة طواف الراكب اذا كان له عذر فان ابن عباس روى أن النبي ﷺ طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن ، وعن أم سلمة قالت شكوت الى رسول الله ﷺ أني أشتكي فقال « طوفي من وراء الناس وأنت راكبة » متفق عليهما وقال جابر طاف النبي ﷺ على راحلته بالبيت وبين الصفا والمروة ليراه الناس وليشرف عليهم ليسألوه فان الناس غشوه . والمحمول كالراكب فيما ذكرناه

(فصـل) فأما الطواف راكبا أو محمولا لغير عذر فمفهوم كلام الخرقي انه لايجزيء وهو إحدى الروايات عن أحمد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الطواف بالبيت صلاة » ولانها عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكبا لغير عذر كالصلاة

(والثانية) يجزئه ويجبره بدم وهو قول مالك وبه قال أبو حنيفة الا أنه قال يعيد ماكان بمكة فان رجع جبره بدم لانه ترك صفة واجبة في ركن الحج فأشبه مالو وقف بعرفة نهارا ودفع قبل غروب الشمس

(والثالثة) يجزئه ولا شيء عليه اختارها أبو بكر ، وهي مذهب الشافعي وابن المنذر لان النبي ﷺ طاف راكبا قال ابن المنذر لاقول لاحد مع فعل النبي (ص) ولأن الله تعالى أمر بالطواف مطلقا فكيفما أتى به اجزأه ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل ولا خلاف في أن الطواف راجلا أفضل لان أصحاب النبي (ص) طافوا مشيا والنبي (ص) في غير حجة الوداع طاف مشيا وفي قول أم سلمة شكوت الى النبي (ص) أني أشتكي فقال « طوفي من وراء الناس وأنت راكبة » دليل على أن الطواف انما يكون مشيا وانما طاف النبي (ص) راكبا لعذر فان ابن عباس روى أن رسول الله (ص) كثر عليه الناس يقولون هذا محمد هذا محمد حتى خرج العواتق من البيوت وكان رسول الله (ص) لا يضرب الناس بين يديه فلما كثروا عليه ركب رواه مسلم ، وكذلك في حديث جابر : فان الناس غشوه ، وروي عن ابن عباس أن رسول الله (ص) طاف راكبا لشكاة به وبهذا يعتذر من منع الطواف راكبا عن طواف النبي (ص) والحديث الاول أثبت فعلى هذا يكون كثرة الناس وشدة الزحام عذرا ويحتمل أن يكون النبي (ص) قصد تعليم الناس مناسكهم فلم يتمكن منه إلا بالركوب والله أعلم

(فصل) إذا طاف راكبا أو محمولا فلا رمل عليه ، وقال القاضي يخب به بعيره والاول أصح لان النبي (ص) لم يفعله ولا أمر به ولان معنى الرمل لا يتحقق فيه

(فصل) فأما السعي راكبا فيجزئه لعذر ولغير عذر لأن المعنى الذي منع الطواف راكبا غير موجود فيه .

ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن امرأة معتمرة وقع عليها زوجها قبل

﴿مسئلة﴾ قال ومن كان مفردا أو قارنا أحببنا له أن يفسخ اذا طاف وسعى ويجعلها عمرة إلا أن يكون معه هدي فيكون على إحرامه

أما اذا كان معه هدي فليس له ان يحل من إحرام الحج ويجعله عمرة بغير خلاف نعلمه ،وقد روي ابن عمر أن رسول الله (ص) لما قدم مكة قال للناس «من كان منكم أهدى فانه لايحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل ثم ليهل بالحج وليهد ومن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله» متفق عليه واما من لا هدي معه ممن كان مفردا أو قارنا فيستحب له اذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج وينوي عمرة مفردة فيقصر ويحل من احرامه ليصير متمتعا ان لم يكن وقف بعرفة وكان ابن عباس يرى ان من طاف بالبيت وسعى فقد حل وان لم ينو ذلك وبما ذكرناه قال الحسن ومجاهد وداود . وأكثر أهل العلم على أنه لايجوز له ذلك لان الحج أحد النسكين فلم يجز فسخه كالعمرة فروى ابن ماجه باسناده عن الحارث بن بلال المزني عن أبيه أنه قال يارسول الله فسخ الحج لنا خاصة أو لمن أتى ؟ قال « لنا خاصة » وروي أيضا عن المرقع الاسدي عن أبي ذر قال كان ما اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخلنا مكة أن نجعلها عمرة ونحل من كل شيء أن تلك كانت لنا خاصة رخصة من رسول الله (ص) دون جميع الناس

ولنا أنه قد صح عن رسول الله (ص) أنه أمر أصحابه في حجة الوداع الذين أفردوا الحج وقرنوا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة الا من كان معه الهدي وثبت ذلك في أحاديث كثيرة متفق عليهن بحيث يقرب من التواتر والقطع ولم يختلف في صحة ذلك وثبوته عن النبي (ص) أحد من أهل العلم علمناه ، وذكر أبو حفص في شرحه قال سمعت أبا عبدالله بن بطة يقول سمعت أبابكر بن أيوب يقول سمعت ابراهيم الحربي يقول وسئل عن فسخ الحج فقال قال سلمة بن شبيب لاحمد بن حنبل ياأبا عبدالله كل شيء منك حسن جميل الا خلة واحدة فقال ما هي ؟ قال تقول بفسخ الحج فقال احمد قد كنت أرى أن لك عقلا، عندي ثمانية عشر حديثا صحاحا جياداً كلها في فسخ الحج اتركها لقولك ، وقد روى فسخ الحج ابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة وأحاديثهم متفق عليها ورواه غيرهم واحاديثهم كلها صحاح . قال احمد روي الفسخ عن النبي (ص) من حديث جابر وعائشة واسماء والبراء وابن عمر وسبرة الجهني ، وفي لفظ حديث جابر قال أهللنا أصحاب رسول الله (ص) بالحج خالصا وحده وليس معه عمرة فقدم النبي (ص) صبح رابعة مضت من ذي الحجة فلما قدمنا أمرنا النبي (ص)أن نحل قال «أحلوا وأصيبوا من النساء» قال فبلغه عنا انا نقول لم يكن بيننا وبين

أن تقصر قال من ترك من مناسكه شيئا أو نسيه فليهرق دما قيل إنها موسرة قال فلتنحر ناقة ولان

عرفة الا خمس ليال أمرنا أن نحل الى نسائنا فنأتي عرفة تقطر مذاكيرنا المني قال فقام رسول الله (ص) فقال « قد علمتم اني اتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديي لحللت كما تحلون فحلوا ولو استقبلت من امري ما استدبرت ما اهديت » قال فحللنا وسمعنا واطعنا قال فقال سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي متعتنا هذه يارسول الله لعامنا هذا ام للابد؟ فظنه محمد بن بكر انه قال « للابد » متفق عليه، فأما حديثهم فقال احمد روى هذا الحديث الحراث بن بلال فمن الحراث بن بلال ؟ يعني انه مجهول ولم يروه الا الدراوردي وحديث ابي ذر رواه مرقع الاسدي فمن مرقع الاسدي ؟ شاعر من اهل الكوفة ولم يلق أبا ذر فقيل له أفليس قد روى الاعمش عن ابراهيم التيمي عن ابيه عن ابي ذر قال كانت متعة الحج لنا خاصة اصحاب رسول الله (ص) قال افيقول بهذا احد ؟ المتعة في كتاب الله وقد اجمع الناس على انها جائزة ، قال الجوزجاني مرقع الاسدي ليس بمشهور ومثل هذه الاحاديث في ضعفها وجهالة رواتها لاتقبل اذا انفردت فكيف تقبل في رد حكم ثابت بالتواتر مع أن قول أبي ذر من رأيه وقد خالفه من هو أعلم منه وقد شذ به عن الصحابه رضي الله عنهم فلا يلتفت الى هذا ، وقد اختلف لفظه في أصح الطريقين عنه قوله مخالف لكتاب الله تعالى وقول رسول الله واجماع المسلمين وسنن رسول الله ﷺ الثابتة الصحيحة فلا يحل الاحتجاج به ، وأما قياسهم في مقابلة قول رسول الله ﷺ فلا يقبل على أن قياس الحج على العمرة في هذا لا يصح فانه يجوز قلب الحج الى العمرة في حق من فاته الحج ومن حصر عن عرفة، والعمرة لاتصير حجا بحال ، ولان فسخ الحج الى العمرة يصير به متمتعا فتحصل الفضيلة وفسخ العمرة الى الحج يفوت الفضيلة ولا يلزم من مشروعية ما يحصل الفضيلة مشروعية تفويتها .

(فصل) وإذا فسخ الحج الى العمرة صار متمتعا حكمه حكم المتمتعين في وجوب الدم وغيره وقال القاضي لايجب الدم لان من شرط وجوبه أن ينوي في ابتداء العمرة أو في أثنائها أنه متمتع وهذه دعوى لا دليل عليها تخالف عموم الكتاب وصريح السنة الثابتة ، فان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي) وفي حديث ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحل ثم ليهل بالحج وليهدو من لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع الى أهله » متفق عليه ولان وجوب الدم في المتعة للترفه بسقوط أحد السفرين وهذا المعنى لايختلف بالنية وعدمها فوجب أن لايختلف وجوب الدم على أنه لوثبت أن النية شرط فقد وجدت فانه ما حل حتى نوى أنه يحل ثم يحرم بالحج

التقصير ليس بركن فلا يفسد النسك بتركه ولا بالوطء قبله كالرمي في الحج قال احمد فيمن وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها تذبح شاة قيل عليها أو عليه ؟ قال عليها هي وهو محمول على أنها طاوعته فان أكرهها فالدم عليه وقد ذكر ذلك على ما فيه من الخلاف والله تعالى أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كان متمتعا قطع التلبية اذا وصل الى البيت)

قال أبو عبد الله يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن وهو معنى قول الخرقي: إذا وصل الى البيت وبهذا قال ابن عباس وعطاء وعمرو بن ميمون وطاوس والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال ابن عمر وعروة والحسن يقطعها اذا دخل الحرم ، وقال سعيد بن المسيب يقطعها حين يرى عرش مكة ، وحكي عن مالك أنه ان أحرم من الميقات قطع التلبية اذا وصل الى الحرم، وان أحرم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت

ولنا ما روي عن ابن عباس يرفع الحديث: كان يمسك عن التلبية في العمرة اذا استلم الحجر. قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر ولم يزل يلبي حتى استلم الحجر ، ولان التلبية اجابة الى العبادة واشعار للاقامة عليها وإنما يتركها إذا شرع فيما ينافيها وهو التحلل منها ، والتحلل يحصل بالطواف والسعي فاذا شرع في الطواف فقد أخذ في التحلل فينبغي أن يقطع التلبية كالحاج يقطعها اذا شرع في رمي جمرة العقبة لحصول التحلل بها ، وأما قبل ذلك فلم يشرع فيما ينافيها فلا معنى لقطعها والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان متمتعا قطع التلبية إذا وصل إلى البيت)

قال أبو عبد الله يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن ، وبهذا قال ابن عباس وعطاء وعمرو بن ميمون وطاوس والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال ابن عمر وعروة والحسن يقطعها إذا دخل الحرم ، وعن سعيد بن المسيب يقطعها حين يرى عرش مكة ، وعن مالك أنه إن أحرم من الميقات قطع التلبية إذا وصل الحرم وإن أحرم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت

ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما يرفع الحديث كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر ولم يزل يلبي حتى استلم الحجر ولان التلبية اجابة الى العبادة وشعار للاقامة عليها وإنما يتركها إذا شرع فيما ينافيها وهو التحلل منها والتحلل يحصل بالطواف والسعي فاذا شرع في الطواف فقد أخذ في التحلل فينبغي أن يقطع التلبية كالحاج يقطعها إذا شرع في رمي جمرة العقبة لحصول التحلل بها وأما قبل ذلك فلم يشرع فيما ينافيها فلا معنى لقطعها والله تعالى أعلم

باب صفة الحج

نذكر في هذا الباب صفة الحج بعد حل المتمتع من عمرته ونبدأ بذكر حديث جابر في صفة حج النبي ﷺ ونقتصر منه على ما يختص بهذا الباب، وقد ذكرنا بعضه مفرقا في الابواب الماضية وهو حديث جامع صحيح رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر، وذكر الحديث قال: فحل الناس كلهم وقصروا الا النبي ﷺ ومن كان معه هدي فلما كان يوم التروية توجهوا الى منى فاهلوا بالحج وركب رسول الله ﷺ الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس، وأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة فسار رسول الله ﷺ ولا تشك قريش الا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع في الجاهلية فاجاز رسول الله ﷺ حتى إذا أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له فاتى بطن الوادي فخطب الناس وقال «ان دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا، ألا إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع، ودماء الجاهلية موضوعة، وان أول دم أضعه من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث - كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل، وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع من ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فانه موضوع كله،

﴿ باب صفة الحج ﴾

نذكر في هذا الباب صفة الحج بعد حل المتمتع من عمرته والاولى أن نبدأ بذكر حديث جابر رضي الله عنه في صفة حج النبي ﷺ ونقتصر منه على ما يختص بهذا الباب وقد ذكرنا بعضه متفرقا في الابواب المتقدمة وهو صحيح رواه مسلم وغيره بالاسناد عن جابر وذكر الحديث قال «فحل الناس كلهم وقصروا إلا النبي ﷺ ومن كان معه هدي فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فاهلوا بالحج وركب النبي ﷺ إلى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فسار رسول الله ﷺ ولا تشك قريش إلا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع في الجاهلية فاجاز رسول الله ﷺ حتى اذا أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له فأتى بطن الوادي فخطب الناس وقال «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا . الا إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ودماء الجاهلية موضوعة وان أول دم أضعه من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث - كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل - وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع من ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فانه موضوع كله فاتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن

فاتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقد تركت فيكم مالن تضلوا بعده إن اعتصمتم به كتاب الله ، وأنتم تسألون عني فما أنتم قائلون ؟ قالوا نشهد انك قد بلغت وأديت ونصحت ، فقال بأصبعه السبابة يرفعها الى السماء وينكبها الى الناس «اللهم اشهد اللهم اشهد» ثلاث مرات ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم ركب رسول الله ﷺ حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات ، وجعل حبل المشاة بين يديه فاستقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص واردف اسامة خلفه ودفع رسول الله (ص) وقد شنق للقصواء الزمام حتى ان رأسها ليصيب مورك رحله ، ويقول بيده اليمنى «أيها الناس السكينة السكينة» كلما أتى حبلا من الحبال أرخى لها قليلا حتى تصعد حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين ، ولم يسبح بينهما شيئا ثم اضطجع رسول الله (ص) حتى طلع الفجر فصلى الصبح حين تبين له الصبح باذان وإقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعا الله وكبره وهلله ووحده ولم يزل واقفا حتى أسفر جدا فدفع قبل أن تطلع الشمس واردف الفضل بن عباس وكان رجلا حسن الشعر أبيض وسيما فلما دفع رسول الله (ص) مرت به ظعن يجرين فطفق الفضل ينظر اليهن فوضع رسول الله (ص)

بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده ان اعتصمتم به كتاب الله . وأنتم تسألون عني فما أنتم قائلون ؟ » قالوا نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت فقال بأصبعه السبابة يرفعها إلى السماء وينكبها الى الناس «اللهم اشهد اللهم اشهد» ثلاث مرات ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم ركب رسول الله (ص) حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه فاستقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص وأردف أسامة خلفه ودفع رسول الله ﷺ وقد شنق للقصواء الزمام حتى ان رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى « أيها الناس السكينة السكينة » كلما أتى حبلا من الحبال أرخى لها قليلا حتى تصعد حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد واقامتين ولم يسبح بينهما شيئا ثم اضطجع رسول الله ﷺ حتى طلع الفجر فصلى الصبح حين تبين له الصبح باذان واقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعا الله وكبره وهلله ووحده ولم يزل واقفا حتى أسفر جدا فدفع قبل أن تطلع الشمس وأردف الفضل بن العباس وكان رجلا حسن الشعر أبيض وسيما فلما دفع رسول الله ﷺ مرت به ظعن يجرين فطفق الفضل ينظر اليهن فوضع رسول الله ﷺ يده على وجه الفضل فحول وجهه الى الشق الآخر

يده على وجه الفضل فحول الفضل وجهه الى الشق الآخر ينظر فحول رسول الله (ص) يده من الشق الآخر الى وجه الفضل فصرف وجهه من الشق الآخر ينظر حتى أتى بطن محسّر فحرك قليلا[١] ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة[٢] فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف رمى من بطن الوادي ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغبر[٣] واشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها ثم ركب رسول الله (ص) فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر فاتى بني عبد المطلب وهم يسقون على زمزم فقال انزعوا بني عبد المطلب فلولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت معكم فناولوه دلوا فشرب منه[٤] قال عطاء كان منزل النبي (ص) بمنى بالخيف.

(١) أي حرك ركابه مسرعا
(٢) هي جمرة العقبة وهي الكبرى
«٣» أي ما بقي من البدن التي أهداها وهو ٣٧ ناقة تتمة ١٠٠
«٤» هذا آخر حديث جابر ولم يذكره من أوله لتقدم بعضه متفرقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان يوم التروية أهل بالحج ومضى إلى منى)

يوم التروية اليوم الثامن من ذي الحجة يسمى بذلك لانهم كانوا يتروون من الماء فيه يعدونه ليوم عرفة وقيل سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام رأى ليلتئذ في المنام ذبح ابنه فأصبح يروي في نفسه أهو حلم أم من الله تعالى؟ فسمي يوم التروية فلما كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضا فعرف أنه من الله تعالى فسمي يوم عرفة والله أعلم

والمستحب لمن كان بعرفة حلالا من المتمتعين الذين حلوا من عمرتهم أو من كان مقيما بمكة من

ينظر فحول رسول الله ﷺ يده من الشق الآخر على وجه الفضل فصرف وجهه من الشق الآخر ينظر حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف رمى من بطن الوادي ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها ثم ركب رسول الله ﷺ فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر فأتى بني عبد المطلب وهم يسقون على زمزم فقال انزعوا بني عبد المطلب فلولا أن تغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت معكم فناولوه دلوا شرب منه. قال عطاء كان منزل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى بالخيف

﴿ مسئلة ﴾ (يستحب للمتمتع الذي حل وغيره من المحلين بمكة الاحرام بالحج يوم التروية وهو الثامن من ذي الحجة من مكة ومن حيث أحرم من الحرم جاز)

سمي يوم التروية بهذا الاسم لانهم كانو يتروون من الماء فيه يعدونه ليوم عرفة وقيل سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام رأى ليلته في المنام ذبح ابنه فاصبح يروي في نفسه أهو حلم أم من الله تعالى فسمي يوم التروية فلما كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضا فعرف أنه من الله فسمي يوم عرفة والله تعالى أعلم

والمستحب لمن كان بمكة من المتمتعين الذين حلوا من عمرتهم أو كان مقيما بمكة من أهلها أو

أهلها أو من غـيرهم أن يحرموا يوم التروية حين يتوجهون الى منى وبهـذا قال ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وسـعيد بن جبير واسحاق، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأهل مكة: مالكم يقدم الناس عليكم شعثا؟ اذا رأيتم الهلال فأهلوا بالحج وهذا مذهب ابن الزبير وقال مالك من كان بمكة فأحب أن يهل من المسجد لهلال ذي الحجة

ولنا قول جابر فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج، وفي لفظ عن جابر قال أمرنا النبي ﷺ لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا الى منى فأهللنا من الابطح حتى إذا كان يوم التروية جعلنا مكة بظهر أهللنا بالحج رواه مسلم وعن عبيد بن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر رأيتك اذا كنت بمكة أهل الناس ولم تهل أنت حتى يكون يوم التروية فقال عبد الله بن عمر أما الاهلال فاني لم أر رسول الله ﷺ يهل حتى تنبعث به راحلته متفق عليه ولانه ميقات للاحرام فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم كميقات المكان، وإن أحرم قبل ذلك كان جائزاً

(فصل) ومن حيث أحرم من مكة جاز لقول النبي ﷺ في المواقيت «حتى أهل مكة يهلون منها» وإن أحرم خارجا منها من الحرم جاز لقول جابر فاهللنا من الابطح. ويستحب أن يفعل عند إحرامه هذا مايفعله عند الاحرام من الميقات من الغسل والتنظيف ويتجرد عن المخيط ويطوف

من غيرهم وهو حلال أن يحرموا يوم التروية حين يتوجهون الى منى، وبهذا قال ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير واسحاق وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لاهـل مكة: ما لكم يقدم الناس عليكم شعثا اذا رأيتم الهلال فأهلوا بالحج. وهذا مذهب ابن الزبير وقال مالك من كان بمكة فأحب أن يهل من المسجد لهلال ذي الحجة

ولنا قول جابر فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج، وفي لفظ عن جابر رضى الله عنه قال: أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم لما حللنا أن نحرم اذا توجهنا الى منى فأهللنا من الابطح حتى اذا كان يوم التروية جعلنا مكة بظهر أهللنا بالحج رواه مسلم: وعن عبيد بن جريج أنه قال لابن عمر رأيتك إذا كنت بمكة أهل الناس ولم تهل أنت حتى يكون يوم التروية فقال عبد الله بن عمر أما الاهلال فاني لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته متفق عليه ولانه ميقات للاحرام فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم كميقات المكان، وإن أحرم قبل ذلك جاز

(فصل) والافضل أن يحرم من مكة لقول النبي صلى الله عليه وسلم في المواقيت «حتى أهل مكة يهلون منها» ومن أيها أحرم جاز للحديث، وان أحرم خارجا منها من الحرم جاز لقول جابر فاهللنا من الابطح ولان المقصود ان يجمع في النسك بين الحل والحرم وذلك حاصل باحرامه من جميع الحرم

ويستحب أن يفعل عند إحرامه هذا ما يفعله عند الاحرام من الميقات من الغسل والتنظيف ويتجرد عن المخيط ويطوف سبعا ويصلي ركعتين ثم يحرم عقيبهما وممن استحب ذلك عطاء ومجاهد

سبعا ويصلي ركعتين ثم يحرم عقيبهما وممن استحب ذلك عطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، ولا يسن أن يطوف بعد إحرامه قال ابن عباس لا أرى لاهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة حتى يرجعوا وهذا مذهب عطاء ومالك واسحاق وان طاف بعد احرامه ثم سعى لم يجزئه عن السعي الواجب، وهو قول مالك، وقال الشافعي يجزئه وفعله ابن الزبير وأجازه القاسم بن محمد وابن المنذر لانه سعى في الحج مرة فأجزأه كما لو سعى بعد رجوعه من منى

ولنا أن النبي ﷺ أمر أصحابه أن يهلوا بالحج اذا خرجوا الى منى وقالت عائشة خرجنا مع رسول الله ﷺ فطاف الذين أهلوا بعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا ثم طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم ، ولو شرع لهم الطواف قبل الخروج لم يتفقوا على تركه

﴿ مسئلة ﴾ قال: ومضى الى منى فصلى بها الظهر ان أمكنه لانه روي عن النبي ﷺ أنه صلى بمنى خمس صلوات)

وجملة ذلك أن المستحب أن يخرج محرما من مكة يوم التروية فيصلي الظهر بمنى ثم يقيم حتى يصلي بها الصلوات الخمس ويبيت بها لان النبي ﷺ فعل ذلك كما جاء في حديث جابر وهذا قول سفيان ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاء وليس ذلك واجبا في قولهم

وسعيد بن جبير والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ولا يسن أن يطوف بعد إحرامه قال ابن عباس رضي الله عنه لا أرى لاهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة حتى يرجعوا ، وهذا مذهب عطاء ومالك واسحاق ، وان طاف بعد إحرامه ثم سعى لم يجزه عن السعي الواجب ، وهذا قول مالك وقال الشافعي يجزئه فعله ابن الزبير وهو قول القاسم بن محمد وابن المنذر لانه سعى في الحج مرة فأجزأه كما لو سعى بعد رجوعه من منى وكما لو سعى بعد طواف القدوم

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه أن يهلوا بالحج اذا خرجوا الى منى ولو شرع لهم الطواف لم يتفقوا على تركه وقالت عائشة رضى الله عنها خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا ثم طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخرج الى منى فيبيت فيها)

يستحب أن يخرج محرما من مكة يوم التروية فيصلي الظهر بمنى ثم يقيم حتى يصلي بها الصلوات الخمس ويبيت بها لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك كما جاء في حديث جابر وهذا قول سفيان ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا وليس ذلك واجبا عند الجميع قال ابن المنذر

جيعا قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وتخلفت عائشة ليلة التروية حتى ذهب ثلثا الليل وصلى ابن الزبير بمكة

(فصل) فان صادف يوم التروية يوم جمعة فمن أقام بمكة حتى تزول الشمس ممن تجب عليه الجمعة لم يخرج حتي يصليها لان الجمعة فرض والخروج الى منى في ذلك الوقت غير فرض فاما قبل الزوال فان شاء خرج ،وإن شاء أقام حتى يصلي فقد روي أن ذلك وافق أيام عمر بن عبد العزيز فخرج إلى منى: وقال عطاء كل من أدركت يصنعونه أدركتهم يجمع [1] بمكة امامهم ويخطب، ومرة لا يجمع ولا يخطب، فعلى هذا اذا خرج الامام أمر بعض من تخلف أن يصلي بالناس الجمعة وقال احمد إذا كان والي مكة بمكة يوم الجمعة يجمع بهم قيل له يركب من منى فيجيء إلى مكة فيجمع بهم ؟قال لا اذا كان هو بعد بمكة

[1] بتشديد الميم أي يصلي الجمعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا طلعت الشمس دفع الى عرفة فاقام بها حتى يصلي الظهر والعصر باقامة لكل صلاة وان أذن فلا بأس، وان فاته مع الامام صلى في رحله)

وجملة ذلك أن المستحب أن يدفع الى الموقف من منى اذا طلعت الشمس يوم عرفة فيقيم بنمرة وان شاء بعرفة حتى تزول الشمس ثم يخطب الامام خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من موضع الوقوف

ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وقد تخلفت عائشة ليلة التروية حتى ذهب ثلثا الليل وصلى ابن الزبير بمكة

(فصل) فان صادف يوم التروية يوم جمعة فمن كان مقيما بمكة حتى زالت الشمس ممن تجب عليه الجمعة لم يخرج حتى يصليها لان الجمعة فرض والخروج إلى منى في هذا الوقت ليس بفرض فاما قبل الزوال فان شاء خرج وان شاء أقام حتى يصلي فقد روي أن ذلك وجد في أيام عمر بن عبد العزيز فخرج الى منى ، وقال عطاء كل من أدركت يصنعونه أدركتهم يجمع بمكة إمامهم ويخطب ومرة لا يجمع ولا يخطب فعلى هذا اذا خرج الامام أمر من تخلف أن يصلي بالناس الجمعة وقال احمد رحمه الله اذا كان والي مكة بمكة يوم الجمعة يجمع بهم قيل له يركب الى منى فيجيء الى مكة يجمع بهم ؟قال لا اذا كان هو بعد بمكة

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا طلعت الشمس سار الى عرفة فاقام بنمرة حتى تزول الشمس)

يستحب أن يدفع الى الموقف من مني اذا طلعت الشمس يوم عرفة فيقيم بنمرة لما تقدم من حديث جابر وان شاء أقام بعرفة

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخطب الامام خطبة يعلمهم فيها الوقوف ووقته والدفع منه والمبيت بمزدلفة ثم ينزل فيصلي بهم الظهر والعصر يجمع بينهما باذان واقامتين)

اذا زالت الشمس استحب للامام أن يخطب خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من موضع الوقوف

ووقته والدفع من عرفات ومبيتهم بمزدلفة وأخذ الحصى لرمي الجمار لما تقدم في حديث جابر أن النبي ﷺ فعل ذلك ثم يأمر بالاذان فينزل فيصلي الظهر والعصر يجمع بينهما ويقيم لكل صلاة اقامة وقال أبو ثور يؤذن المؤذن اذا صعد الامام المنبر فجلس فاذا فرغ المؤذن قام الامام فخطب وقيل يؤذن في آخر خطبة الامام وحديث جابر يدل على أنه أذن بعد فراغ النبي ﷺ من خطبته وكيفما فعل فحسن وقوله وان أذن فلا بأس كأنه ذهب الى أنه مخير بين أن يؤذن للاولى أو لا يؤذن وكذا قال أحمد لان كلا مروي عن رسول الله ﷺ والاذان أولى وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال مالك: يؤذن لكل صلاة واتباع ما جاء في السنة أولى وهو مع ذلك موافق للقياس كما في سائر المجموعات والفوائت وقول الخرقي فان فاته مع الامام صلى في رحله يعني أن المفرد يجمع كما يجمع مع الامام فعله ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وصاحبا أبي حنيفة وقال النخعي والثوري وأبو حنيفة لا يجمع الا مع الامام فاذا لم يكن امام رجعنا الى الاصل

ولنا أن ابن عمر كان اذا فاته الجمع بين الظهر والعصر مع الامام بعرفة جمع بينهما منفردا ولان كل جمع جاز مع الامام جاز منفرداً كالجمع بين العشائين بجمع[1] وقولهم انما جاز الجمع في الجماعة لا يصح لانهم قد سلموا أن الامام يجمع وان كان منفرداً

(فصل) والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس ، وأن يقصر الخطبة ثم يروح الى الموقف لما روى سالم أنه قال للحاج يوم عرفة : ان كنت تريد أن تصيب السنة فقصر الخطبة وعجل الصلاة فقال ابن عمر صدق رواه البخاري، ولان تطويل ذلك يمنع الرواح الى الموقف في أول وقت الزوال

«١» أى المزدلفة

ووقته والدفع من عرفات والمبيت بمزدلفة وأخذ الحصى لرمي الجمار لما ذكرنا من حديث جابر أن النبي ﷺ فعل ذلك ثم يأمر بالاذان فينزل فيصلي الظهر والعصر يجمع بينهما ويقيم لكل صلاة اقامة وقال أبو ثور يؤذن المؤذن اذا صعد الامام المنبر فجلس فاذا فرغ المؤذن قام الامام فخطب وقيل يؤذن في آخر خطبة الامام وحديث جابر يدل على أنه اذن بعد فراغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبته وكيفما فعل فحسن

(فصل) والاولى أن يؤذن للاولى وان لم يؤذن فلا بأس هكذا قال احمد لان كلا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاذان أولى ، وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك يؤذن لكل صلاة واتباع السنة أولى مع موافقة القياس على سائر المجموعات والفوائت

(فصل) والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس وأن تقصر الخطبة ثم يروح الى الموقف لما روي أن سالما قال للحجاج يوم عرفة ان كنت تريد أن تصيب السنة فقصر الخطبة وعجل الصلاة فقال ابن عمر صدق رواه البخاري ولأن تطويل ذلك يمنع الرواح الى الموقف في أول وقت الزوال والسنة

والسنة التعجيل في ذلك فقد روى سالم أن الحجاج أرسل الى ابن عمر: أية ساعة كان رسول الله ﷺ يروح في هذا اليوم قال اذا كان ذاك رحنا، فلما أراد ابن عمر أن يروح قال أزاغت الشمس؟ قالوا لم تزغ، فلما قالوا قد زاغت ارتحل رواه أبو داود وقال ابن عمر غدا رسول الله صلى الله عليه وسلم من منى حين صلى الصبح صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة فنزل بنمرة حتى اذا كان عند صلاة الظهر راح رسول الله صلى الله عليه وسلم مهجراً فجمع بين الظهر والعصر ثم خطب الناس ثم راح فوقف على الموقف من عرفة وقد ذكرنا حديث جابر في هذا قال ابن عبد البر هذا كله لا خلاف فيه بين علماء المسلمين

(فصل) ويجوز الجمع لكل من بعرفة من مكي وغيره، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان الامام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة وكذلك من صلى مع الامام وذكر أصحابنا انه لا يجوز الجمع إلا لمن بينه وبين وطنه ستة عشر فرسخاً إلحاقا له بالقصر وليس بصحيح لان النبي ﷺ جمع فجمع معه من حضره من المكيين وغيرهم ولم يأمرهم بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال «أتموا فانا سفر» ولو حرم الجمع لبينه لهم اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يقر النبي ﷺ على الخطأ، وقد كان عثمان يتم الصلاة لانه اتخذ أهلا ولم يترك الجمع وروى نحو ذلك عن ابن الزبير . قال ابن أبي مليكة وكان ابن الزبير يعلمنا المناسك فذكر انه قال: اذا أفاض فلا صلاة الا بجمع. رواه الأثرم. وكان عمر بن عبد العزيز والي مكة فخرج فجمع بين الصلاتين ولم يبلغنا عن أحد من المتقدمين خلاف في الجمع بعرفة

التعجيل في ذلك فقد روى سالم أن الحجاج أرسل الى ابن عمر أي ساعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يروح في هذا اليوم قال اذا كان ذاك رحنا فلما أراد ابن عمر أن يروح قال أزاغت الشمس قالوا لم تزغ فلما قالوا قد زاغت ارتحل رواه أبو داود قال ابن عمر غدا رسول الله صلى الله عليه وسلم من منى حين صلى الصبح صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة فنزل بنمرة حتى إذا كان عند صلاة الظهر راح رسول الله ﷺ مهجراً فجمع بين الظهر والعصر ثم خطب الناس ثم راح فوقف على الموقف من عرفة، وقد ذكرنا حديث جابر قال ابن عبد البر هذا كله مما لا خلاف فيه بين علماء المسلمين

(فصل) ويجوز الجمع لمن بعرفة من مكي وغيره قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الامام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة وكذلك كل من صلى مع الامام وذكر أصحابنا أنه لا يجوز الجمع الا لمن بينه وبين وطنه ستة عشر فرسخا الحاقا له بالقصر والصحيح الاول فان النبي ﷺ جمع معه من حضر من المكيين وغيرهم فلم يأمرهم بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال «أتموا فانا سفر» ولو حرم لبينه لهم لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يقر النبي ﷺ على الخطأ وقد كان عثمان رضي الله عنه يتم الصلاة لانه اتخذ اهلا ولم يترك الجمع وروي نحو ذلك عن ابن الزبير وكان عمر بن عبد العزيز والي مكة فخرج فجمع بين الصلاتين ولم يبلغنا عن أحد من المتقدمين الخلاف في الجمع بعرفة

ومزدلفة بل وافق عليه من لايرى الجمع في غيره والحق فيما أجمعوا عليه فلايعرج على غيره

(فصل) فأما قصر الصلاة فلا يجوز لأهل مكة وبهذا قال عطاء ومجاهد والزهري وابن جريج والثوري ويحيى القطان والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر . وقال القاسم بن محمد وسالم ومالك والاوزاعي لهم القصر لان لهم الجمع فكان لهم القصر كغيرهم

ولنا انهم في غير سفر بعيد فلم يجز لهم القصر كغير من في عرفة ومزدلفة[1]. قيل لأبي عبد الله : فرجل أقام بمكة ثم خرج الى الحج قال ان كان لايريد أن يقيم بمكة اذا رجع صلى ثم ركعتين، وذكر فعل ابن عمر قال لان خروجه الى منى وعرفة ابتداء سفر فان عزم على أن يرجع فيقيم بمكة أتم بمنى وعرفة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يصير الى موقف عرفة عند الجبل وعرفة كلها موقف ويرفع عن بطن عرنة فانه لايجزئه الوقوف فيه)

يعني اذا صلى الصلاتين صار الى الوقوف بعرفة ويستحب أن يغتسل للوقوف . كان ابن مسعود يفعله وروي عن علي وبه يقول الشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر لانها مجمع للناس فاستحب الاغتسال لها كالعيد والجمعة . وعرفة كلها موقف فان النبي ﷺ قال « قد وقفت ههنا وعرفة كلها موقف» رواه أبو داود وابن ماجه . وعن يزيد بن شيبان قال: أتانا ابن مربع الانصاري ونحن بعرفة

والمزدلفة بل وافق عليه من لا يرى الجمع في غيره فالحق فيما أجمعوا عليه فلا يعرج على غيره فاما القصر فلا يجوز لاهل مكة، وبه قال عطاء ومجاهد والزهري وابن جريج والثوري ويحيى القطان والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال القاسم وسالم ومالك والاوزاعي لهم القصر لان لهم الجمع فكان لهم القصر كغيرهم

ولنا أنهم في غير سفر بعيد فلم يجز لهم القصر كغير من بعرفة ومزدلفة[1] قيل لأبي عبدالله رحمه الله فرجل أقام بمكة ثم خرج إلى الحج قال، ان كان لا يريد أن يقيم بمكة اذا رجع صلى ركعتين وذكر فعل ابن عمر قال لان خروجه إلى منى وعرفة ابتداء سفر فان عزم على أن يرجع ويقيم بمكة أتم بمنى وعرفة

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يروح إلى الموقف وعرفة كلها موقف الا بطن عرنة. وهي من الجبل المشرف على عرنة الى الجبال المقابلة له الى ما يلي حوائط بني عامر)

يعني اذا صلى الصلاتين صار الى الموقف بعرفة لما ذكرنا من حديث جابر وابن عمر ، ويستحب أن يغتسل للموقف لان ابن مسعود رضي الله عنه كان يفعله ، وروي عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر لانه مكان يجتمع فيه الناس للعبادة فاستحب له الاغتسال كالعيد والجمعة

(فصل) وعرفة كلها موقف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « قد وقفت ههنا وعرفة كلها موقف » رواه أبو داود وابن ماجه وعن يزيد بن شيبان قال: أتانا ابن مربع الانصاري ونحن بعرفة

« ١ » التحقيق انه لافرق بين السفر القريب والبعيد بل الرخصة منوطة بالسفر مطلقا كما حققه شيخ الاسلام ابن تيمية في رسالة له طويلة في رخص السفر

في مكان يباعده عمرو عن الامام فقال اني رسول رسول الله ﷺ اليكم يقول « كونوا على مشاعركم فانكم على ارث من ارث أبيكم ابراهيم » وحد عرفة من الجبل المشرف على عرنة الى الجبال المقابلة له الى ما يلي حوائط بني عامر وليس وادي عرنة من الموقف ولا يجزئه الوقوف فيه . قال ابن عبد البر أجمع العلماء على ان من وقف به لا يجزئه ، وحكي عن مالك انه يهريق دما وحجه تام

ولنا قول النبي ﷺ « كل عرفة موقف وارفعوا عن بطن عرنة » رواه ابن ماجه ولانه لم يقف بعرفة فلم يجزئه ، كما لو وقف بمزدلفة . والمستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة ويستقبل القبلة لما جاء في حديث جابر ان النبي ﷺ جعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة

(فصل) والافضل أن يقف راكبا على بعيره كما فعل النبي ﷺ فان ذلك أعون له على الدعاء قال أحمد حين سئل عن الوقوف راكبا فقال : النبي ﷺ وقف على راحلته ، وقيل الراجل أفضل لانه أخف على الراحلة ويحتمل التسوية بينهما

(فصل) والوقوف ركن لا يتم الحج الا به اجماعا وقد روى الثوري عن بكير بن عطاء الليثي عن عبد الرحمن بن نعم الديلي قال أتيت رسول الله ﷺ بعرفة فجاءه نفر من أهل نجد فقالوا يا رسول الله كيف الحج ؟ قال « الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » رواه أبو داود وابن ماجه قال محمد بن يحيى ما أرى للثوري حديثا أشرف منه

في مكان يباعده عمرو عن الامام فقال اني رسول رسول الله ﷺ اليكم يقول « كونوا على مشاعركم فانكم على ارث من ارث أبيكم ابراهيم »

(فصل) وليس وادي عرنة من الموقف ولا يجزئه الوقوف به قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن من وقف به لا يجزئه ، وحكي عن مالك أنه يجزئه وعليه دم

ولنا قول النبي ﷺ « كل عرفة موقف وارفعوا عن بطن عرنة » رواه ابن ماجه ولانه لم يقف بعرفة فلم يجزه كما لو وقف بمزدلفة . وحد عرفة من الجبل المشرف على عرنة الى الجبال المقابلة له الى ما يلي حوائط بني عامر

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة راكبا وقيل الراجل أفضل)

المستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة ويستقبل القبلة لما جاء في حديث جابر أن النبي ﷺ جعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة والافضل أن يقف راكبا كما فعل النبي ﷺ حيث وقف على راحلته وقيل الراجل أفضل لانه أخف على الراحلة ويحتمل التسوية بينهما . والوقوف بعرفة ركن لا يتم الحج الا به اجماعا نذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فيكبر ويهلل ويجتهد في الدعاء الى غروب الشمس)

يستحب الاكثار من ذكر الله تعالى والدعاء يوم عرفة فانه يوم ترجى فيه الاجابة ولذلك أحببنا له الفطر يومئذ ليتقوى على الدعاء مع ان صومه بغير عرفة يعدل سنتين وروى ابن ماجه في سننه قال قالت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ قال « مامن يوم أكثر أن يعتق الله فيه عبداً من النار من يوم عرفة فانه ليدنو عز وجل ثم يباهي بكم الملائكة فيقول ماأراد هؤلاء » رواه مسلم، ويستحب أن يدعو بالمأثور من الادعية مثل ماروي عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله (ص) « أكثر دعاء الانبياء قبلي ودعائي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير » وكان ابن عمر يقول: الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، لا اله الا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد، اللهم اهدني بالهدى وقني بالتقوى واغفر لي في الآخرة والاولى ويرد يديه ويسكت كقدر ما كان انسان قارئاً فاتحة الكتاب ثم يعود فيرفع يديه ويقول مثل ذلك ولم يزل يفعل مثل ذلك حتى أفاض. وسئل سفيان بن عيينة عن أفضل الدعاء يوم عرفة فقال لا اله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير فقيل له هذا ثناء وليس بدعاء فقال أما سمعت قول الشاعر

﴿ مسئلة ﴾ (ويكثر من الدعاء ومن قول لا إله الا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير. اللهم اجعل في قلبي نوراً، وفي بصري نوراً، وفي سمعي نوراً، ويسر لي أمري)

وجملة ذلك أنه يستحب الاكثار من ذكر الله تعالى والدعاء يوم عرفة فانه يوم ترجى فيه الاجابة ولذلك أحببنا له الفطر ليتقوى به على الدعاء مع أن صومه بغير عرفة يعدل سنتين، وروى ابن ماجه في سننه قال قالت عائشة رضي الله عنها إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مامن يوم أكثر أن يعتق الله فيه عبداً من النار من يوم عرفة، فانه ليدنو عز وجل ثم يباهي بكم الملائكة فيقول ماأراد هؤلاء »

ويستحب أن يختار المأثور من الادعية مثل ماروي عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثر دعاء الانبياء قبلي ودعائي عشية عرفة لا إله الا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير. اللهم اجعل في قلبي نوراً، وفي سمعي نوراً، وفي بصري نوراً، ويسر لي أمري » وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول : الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، لا إله الا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد. اللهم اهدني بالهدى، وقني بالتقوى، واغفر لي في الآخرة والاولى. ويرد يديه ويسكت قدر ما كان انسان قارئاً فاتحة الكتاب ثم يعود فيرفع يديه ويقول مثل ذلك، ولم يزل يفعل ذلك حتى أفاض. وسئل سفيان بن عيينة عن أفضل الدعاء يوم عرفة فقال : لا إله الا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، فقيل له هذا ثناء وليس بدعاء، فقال أما سمعت قول الشاعر

أأذكر حاجتي أم قد كفاني حياؤك ان شيمتك الحياء
إذا أثنى عليك المرء يوما كفاه من تعرضه الثناء

وروي من دعاء النبي (ص) بعرفة «اللهم انك ترى مكاني وتسمع كلامي، وتعلم سري وعلانيتي، ولا يخفى عليك شيء من أمري، أنا البائس الفقير، المستغيث المستجير، الوجل المشفق، المقر المعترف بذنبه، أسألك مسئلة المسكين، وأبتهل اليك ابتهال المذنب الذليل، وأدعوك دعاء الخائف الضرير، من خشعت لك رقبته، وذل لك جسده، وفاضت لك عينه، ورغم لك أنفه» وروينا عن سفيان الثوري انه قال سمعت اعرابياً وهو مستلق بعرفة يقول: إلهي من أولى بالزلل والتقصير مني وقد خلقتني ضعيفاً، ومن أولى بالعفو عني منك وعلمك فيَّ سابق وأمرك بي محيط، أطعتك باذنك والمنة لك، وعصيتك بعلمك والحجة لك، فأسئلك بوجوب حجتك وانقطاع حجتي، وبفقري اليك وغناك عني، أن تغفر لي وترحمني. إلهي لم أحسن حتى أعطيتني، ولم أسيء حتى قضيت علي، اللهم أطعتك بنعمتك في أحب الاشياء اليك شهادة أن لا اله الا الله، ولم أعصك في أبغض الاشياء اليك الشرك بك، فاغفر لي ما بينهما. اللهم أنت أنس المؤنسين لأوليائك، وأقربهم بالكفاية من المتوكلين عليك، تشاهدهم في ضمائرهم، وتطلع على سرائرهم، وسري اللهم لك مكشوف، وأنا اليك ملهوف، اذا أوحشتني الغربة آنسني ذكرك، واذا أصمت علي الهموم لجأت اليك، استجارة بك، علما بأن أزمة الامور بيدك، ومصدرها عن قضائك. وكان ابراهيم بن

أأذكر حاجتي أم قد كفاني حياؤك إن شيمتك الحياء
اذا أثنى عليك المرء يوما كفاه من تعرضه الثناء

وروي أن من دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بعرفة «اللهم انك ترى مكاني، وتسمع كلامي، وتعلم سري وعلانيتي، ولا يخفى عليك شيء من أمري، أنا البائس الفقير، المستغيث المستجير، الوجل المشفق، المقر المعترف بذنبه، أسألك مسئلة المسكين، وأبتهل اليك ابتهال المذنب الذليل، وأدعوك دعاء الخائف المستجير، من خضعت لك رقبته، وذل لك جسده، وفاضت لك عينه، ورغم لك أنفه» وروينا عن سفيان الثوري رضي الله عنه قال سمعت اعرابيا وهو مستلق بعرفة يقول: إلهي من أولى بالزلل والتقصير مني وقد خلقتني ضعيفا، ومن أولى بالعفو عني منك وعلمك في سابق وأمرك بي محيط، أطعتك باذنك والمنة لك، وعصيتك بعلمك والحجة لك، فأسألك بوجوب حجتك وانقطاع حجتي وبفقري اليك وغناك عني أن تغفر لي وترحمني، إلهي لم أحسن حتى أعطيتني، ولم أسيء حتى قضيت علي، اللهم أطعتك بنعمتك في أحب الاشياء اليك شهادة أن لا اله الا الله، ولم أعصك في أبغض الاشياء اليك الشرك بك، فاغفر لي ما بينهما. اللهم أنت أنس المؤنسين لاوليائك، أقربهم بالكفاية من المتوكلين عليك، تشاهدهم في ضمائرهم، وتطلع على سرائرهم، وسري اللهم لك مكشوف، وأنا اليك ملهوف، اذا أوحشتني الغربة آنسني ذكرك، واذا أصمت عليّ الهموم لجأت اليك استجارة بك،

اسحاق الحربي يقول . اللهم قد آويتني من ضناي،وبصرتني من عماي،وأنقذتني من جهلي وجفائي أسألك مايتم به فوزي وما أؤمل في عاجل دنياي وديني،ومأمول أجلي ومعادي،ثم مالا أبلغ أداء شكره ولا أنال إحصاءه وذكره الا بتوفيقك وإلهامك، ان هيجت قلبي القاسي،على الشخوص الى حرمك، وقويت أركاني الضعيفة لزيارة عتيق بيتك ، ونقلت بدني لاشهادي مواقف حرمك،اقتداء بسنة خليلك، واحتذاء على مثال رسولك واتباعا لآثار خيرتك وأنبيائك وأصفيائك صلى الله عليهم ، وأدعوك في مواقف الانبياء ، عليهم السلام ومناسك السعداء ، ومساجد الشهداء ، دعاء من أتاك لرحمتك راجيا ، وعن وطنه نائيا ، ولقضاء نسكه مؤديا، ولفرائضك قاضيا، ولكتابك تاليا، ولربه عز وجل داعيا ملبيا، ولقلبه شاكيا ، ولذنبه خاشيا ، ولحظه مخطئا ولرهنه مغلقا، ولنفسه ظالما، وبجرمه عالما، دعاء من عمت عيوبه، وكثرت ذنوبه ، وتصرمت ايامه ، واشتدت فاقته ، وانقطعت مدته ، دعاء من ليس لذنبه سواك غافرا ولا لعيبه غيرك مصلحا ولا لضعفه غيرك مقويا ولا لكسره غيرك جابراً ولا لمأمول خير غيرك معطيا ولا لما يتخوف من حر ناره غيرك معتقا . اللهم وقد أصبحت في بلد حرام في شهر حرام في قيام من خير الانام أسألك أن لا تجعلني أشقى خلقك المذنبين عندك ، ولا أخيب الراجين لديك ، ولا أحرم الآملين لرحمتك الزائرين لبيتك ، ولا أخسر المنقلبين من بلادك . اللهم وقد كان تقصيري ماقد عرفت ومن توبيقي نفسي ماقد علمت ، ومن مظالمي ماقد أحصيت ، فكم من كرب منه قد نجيت، ومن غم قد جليت ، وهم قد فرجت ، ودعاء قد استجبت، وشدة قد أزلت ورخاء قد أنلت ، منك النعماء وحسن القضاء

علما بأن أزمة الامور بيديك ومصدرها عن قضائك . وكان ابراهيم بن اسحاق الحربي يقول : اللهم قد آويتني من ضناي ، وبصرتني من عماي ، وأنقذتني من جهلي وجفاي ، أسألك مايتم به فوزي ، وما أؤمل في عاجل دنياي وديني ، ومأمول أجلي ومعادي ، ثم مالا أبلغ اداء شكره ولاأنال احصاءه وذكره الا بتوفيقك والهامك أن هيجت قلبي القاسي على الشخوص الى حرمك ، وقويت أركاني الضعيفة لزيارة عتيق بيتك ، ونقلت بدني لاشهادي مواقف حرمك اقتداء بسنة خليلك ، واحتذاء على مثال رسولك ، واتباعا لآثار خيرتك وأنبيائك وأصفيائك صلى الله عليهم ، وادعوك في مواقف الانبياء عليهم السلام ، ومناسك السعداء ومشاهد الشهداء دعاء من أتاك لرحمتك راجيا ، وعن وطنه نائيا ، ولقضاء نسكه مؤديا ، ولفرائضك قاضيا ، ولكتابك تاليا ، ولربه عز وجل داعيا ملبيا ، ولقلبه شاكيا ، ولذنبه خاشيا ، ولحظه مخطئا ، ولرهنه مغلقا ، ولنفسه ظالما ، ولجرمه عالما دعاء من عمت عيوبه وكثرت ذنوبه ، وتصرمت أيامه ، واشتدت فاقته ، وانقطعت مدته ، دعاء من ليس لذنبه سواك غافراً ، ولا لعيبه غيرك مصلحا ، ولا لضعفه غيرك مقويا ، ولا لكسره غيرك جابراً ، ولا لمأمول خير غيرك معطيا، اللهم وقد أصبحت في بلد حرام ويوم حرام في شهر حرام في قيام من خير الأنام، أسألك أن لا تجعلني أشقى خلقك المذنبين عندك ، ولا أخيب الراجين لديك ، ولا أحرم الآملين لرحمتك الزائرين لبيتك ، ولا أخسر المنقلبين من بلادك ، اللهم وقد كان من تقصيري ماقد عرفت ، ومن توبيقي

ومي الجفاء وطول الاستقصاء والتقصير عن أداء شكرك لك النعماء يامحمود فلا يمنعك يامحمود من أعطاني مسئلتي من حاجتي إلى حيث انتهى لها سؤلي ما تعرف من تقصيري وما تعلم من ذنوبي وعيوبي اللهم فأدعوك راغبا وأنصب لك وجهي طالبا وأضع لك خدي مذنبا راهبا فتقبل دعائي وارحم ضعفي واصلح الفساد من أمري واقطع من الدنيا همي وحاجتي واجعل فيما عندك رغبتي اللهم واقلبني منقلب المدركين لرجائهم المقبول دعاؤهم المفلوج حجتهم المبرور حجهم المغفور ذنبهم المحطوط خطاياهم الممحو سيئاتهم المرشود أمرهم منقلب من لا يعصي لك بعده أمراً ولا يأتي من بعده مأثما ولا يركب بعده جهلا ولا يحمل بعده وزراً ، منقلب من عمرت قلبه بذكرك ولسانه بشكرك وطهرت الادناس من بدنه واستودعت الهدى قلبه وشرحت بالاسلام صدره وأقررت بعفوك قبل الممات عينه وأغضضت عن المآثم بصره واستشهدت في سبيلك نفسه يا أرحم الراحمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما كثيراً كما تحب ربنا وترضى ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

وقول الخرقي : إلى غروب الشمس . معناه ويجب عليه الوقوف إلى غروب الشمس ليجمع بين الليل والنهار في الوقوف بعرفة فان النبي ﷺ وقف بعرفة حتى غابت الشمس في حديث جابر وفي حديث علي وأسامة ان النبي ﷺ دفع حين غابت الشمس فان دفع قبل الغروب فحجه صحيح في قول جماعة الفقهاء الا مالكا قال لا حج له . قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً من فقهاء الامصار قال بقول مالك وحجته ماروى ابن عمر ان النبي ﷺ قال «من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل »

نفسي ماقد علمت ، ومن مظالمي ماقد أحصيت ، فكم من كرب منه قد نجيت ، وكم من غم قد جليت ، ومن هم قد فرجت ، ودعاء قد استجبت ، وشدة قد أزلت ، ورجاء قد أنلت منك النعماء ، وحسن القضاء ، ومنى الجفا وطول الاستقصاء والتقصير عن اداء شكرك لك النعماء يامحمود فلا يمنعك يامحمود من اعطاني مسئلتي من حاجتي إلى حيث انتهى لها سؤلي ماتعرف من تقصيري ،وما تعلم من ذنوبي وعيوبي . اللهم فأدعوك راغباً ، وأنصب لك وجهي طالباً ، وأضع لك خدي مذنبا راهبا فتقبل دعائي ، وارحم ضعفي ، واصلح الفساد من أمري ، واقطع من الدنيا همي ، واجعل فيما عندك رغبتي اللهم واقلبني منقلب المدركين لرجائهم ، المقبول دعاؤهم ، المفلوج حجتهم ، المبرور حجهم ، المغفور ذنبهم ، المحطوط خطاياهم ، الممحو سيئاتهم ، المرشود أمرهم ، منقلب من لا يعصي لك بعده أمراً ، ولا يأتي من بعده مأثما ، ولا يركب بعده جهلا ، ولا يحمل بعده وزراً ، منقلب من عمرت قلبه بذكرك ، ولسانه بشكرك ، وطهرت الادناس من بدنه ، واستودعت الهدى قلبه ، وشرحت بالاسلام صدره ، وأقررت بعفوك قبل الممات عينه ، وأغضضت عن المآثم بصره ، واستشهدت في سبيلك نفسه ، ياأرحم الراحمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليما كثيراً كما يحب ربنا ويرضى ، ولاحول ولا

ولنا ما روى عروة بن مضرس بن أوس بن حارثة بن لام الطائي قال أتيت رسول الله ﷺ بالمزدلفة حين خرج الى الصلاة فقلت يارسول الله اني جئت من جبل طي أكللت راحلتي وأتعبت نفسي والله ماتركت من جبل الا وقفت عليه فهل لي من حج ؟ فقال رسول الله ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى يدفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . ولانه وقف في زمن الوقوف فأجزأه كالليل فأما خبره فانما خص الليل لان الفوات يتعلق به اذا كان يوجد بعد النهار فهو آخر وقت الوقوف كما قال عليه السلام « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها »

وعلى من دفع قبل الغروب دم في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال ابن جريج عليه بدنة وقال الحسن البصري عليه هدي من الابل ولنا انه واجب لا يفسد الحج بفواته فلم يوجب البدنة كالاحرام من الميقات

(فصل) فان دفع قبل الغروب ثم عاد نهاراً فوقف حتى غربت الشمس فلا دم عليه وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال الكوفيون وأبو ثور عليه دم لانه بالدفع لزمه الدم فلم يسقط برجوعه كالو عاد بعد غروب الشمس

ولنا انه أتى بالواجب وهو الجمع بين الوقوف في الليل والنهار فلم يجب عليه دم كمن تجاوز الميقات غير محرم ثم رجع فأحرم منه فان لم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم لان عليه الوقوف حال الغروب وقد فاته بخروجه فأشبه من تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم عاد اليه . ومن لم يدرك جزءاً من النهار ولاجاء عرفة حتى غابت الشمس فوقف ليلا فلا شيء عليه وحجه تام لانعلم مخالفا. لقول النبي ﷺ «من أدرك عرفات بليل» ولانه لم يدرك جزءاً من النهار فأشبه من منزله دون الميقات اذا أحرم منه

(فصل) وقت الوقوف من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر . لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان آخر الوقت طلوع فجر يوم النحر . قال جابر لايفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع ، قال أبو الزبير فقلت له أقال رسول الله (ص) ذلك؟ قال نعم . رواه الاثرم . وأما أوله فمن طلوع الفجر يوم عرفة فمن أدرك عرفة في شيء من هذا الوقت وهو عاقل فقد تم حجه ، وقال مالك

قوة إلا بالله العلي العظيم ، ويدعو بما أحب من الدعاء والذكر إلى غروب الشمس

(فصل) ووقت الوقوف من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر ، فمن حصل بعرفة في شيء من هذا الوقت وهو عاقل تم حجه

لا نعلم خلافا بين العلماء أن آخر وقت الوقوف طلوع الفجر من يوم النحر ، قال جابر رضي الله عنه لايفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع ، قال أبو الزبير فقلت له أقال رسول الله ﷺ ذلك؟ قال نعم . رواه الاثرم ، وأما أوله فمن طلوع الفجر يوم عرفة ، فمتى حصل بعرفة في شيء من هـذا

والشافعي أول وقته زوال الشمس من يوم عرفة واختاره أبو حفص العكبري وحمل عليه كلام الخرقي وحكى ابن عبد البر ذلك إجماعا وظاهر كلام الخرقي ماقلناه فانه قال ولو وقف بعرفة نهاراً ودفع قبل الامام فعليه دم

ولنا قول النبي (ص) « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » ولانه من يوم عرفة فكان وقتا للوقوف كبعد الزوال وترك الوقوف لايمنع كونه وقتا للوقوف كبعد العشاء وانما وقفوا في وقت الفضيلة ولم يستوعبوا جميع وقت الوقوف

(فصـل) وكيفما حصل بعرفة وهو عاقل اجزأه قائما أو جالسا أو راكبا أو نائما وان مر بها مجتازا فلم يعلم أنها عرفة اجزأه أيضا ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة ، وقال أبو ثور لا يجزئه لانه لايكون واقفا الا بارادة .[1]

ولنا عموم قوله (ص) « وقد أتى عرفات قبل ذلك ليلا أو نهاراً » ولانه حصل بعرفة في زمن الوقوف وهو عاقل فاجزأه كما لو علم ، وان وقف وهو مغمى عليه أو مجنون ولم يفق حتى خرج منها لم يجزئه وهو قول الحسن والشافعي وأبي ثور واسحاق وابن المنذر وقال عطاء في المغمى عليه يجزئه ، وهو قول مالك واصحاب الرأي وقد توقف احمد رحمه الله في هذه المسألة وقال : الحسن يقول بطل حجه وعطاء يرخص فيه وذلك لانه لايعتبر له نية[2] ولا طهارة ويصح من النائم فصح من المغمى عليه كالمبيت بمزدلفة ومن نصر الاول قال ركنا من أركان الحج فلم يصح من المغمى عليه كسائر أركانه قال ابن

الوقت وهو عاقل فقد تم حجه ، وقال مالك والشافعي أول وقته زوال الشمس يوم عرفة ، واختاره أبو حفص العكبري ، وحكى ابن عبد البر ذلك آجماعا لان النبي ﷺ انما وقف بعد الزوال

ولنا قول النبي ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » ولانه من يوم عرفة فكان وقتا للوقوف كما بعد الزوال ، وترك الوقوف فيه لايمنع كونه وقتا له كما بعد العشاء ، وانما وقفوا في وقت الفضيلة ولم يستوعبوا وقت الوقوف

(فصـل) وكيفما حصل بعرفة وهو عاقل أجزأه قائما ، أو جالساً ، أو راكبا ، أو نائما ، وإن مرّ بها مختاراً فلم يعلم أنها عرفة أجزأه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال أبو ثور لايجزئه لانه لايكون واقفا إلا بالارادة

ولنا عموم قوله عليه السلام « وقد أتى عرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً » ولأنه حصل بعرفة في زمن الوقوف وهو عاقل فاجزأه كما لو علم

وإن وقف وهو مغمى عليه أو مجنون ولم يفق حتى خرج منها لم يجزه وهو قول الحسن والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال عطاء في المغمى عليه يجزئه وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، وقد توقف أحمد في هذه المسئلة ، وقال: الحسن يقول بطل حجه، وعطاء يرخص فيه ، وذلك لأنه لايعتبر له نية ولا طهارة ويصح من النائم فصح من المغمى عليه كالمبيت بمزدلفة ، ووجه الاول أنه ركن من أركان

(١) هذا هو الذي يقوم عليه الدليل وغرض الشارع وما رأيت في المذاهب الاربعة أغرب من هذه المسألة

(٢) قوله لايعتبر له نية غير مسلم لانه مخالف للحصر في حديث «انما الاعمال بالنيات» ولا يصدق عليه انه أتى عرفة كما قال أبو ثور

عقيل والسكران كالمغمى عليه لأنه زائل العقل بغير نوم فاشبه المغمى عليه ، وأما النائم فيجزئه الوقوف لانه في حكم المستيقظ [1]

(فصل) ولا يشترط للوقوف طهارة ولا ستارة ولا استقبال ولا نية ولا نعلم في ذلك خلافا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الوقوف بعرفة غير طاهر يندرك للحج ولا شيء عليه وفي قول النبي (ص) لعائشة « افعلي مايفعله الحاج غير الطواف بالبيت » دليل على أن الوقوف بعرفة على غير

(١) هذا غير مسلم في هذا المقام لان الوقوف عبادة ولا عبادة الا بارادة ونية واخلاص

الحج فلم يصح من المغمى عليه كسائر أركانه . قال ابن عقيل والسكران كالمغمى عليه لانه زائل العقل بغير نوم ، فأما النائم فهو في حكم المستيقظ يجزئه الوقوف

(فصل) وتسن له الطهارة ، قال أحمد يستحب أن يشهد المناسك كلها على وضوء ، كان عطاء يقول لايقضى شيء من المناسك إلا على وضوء ولا يجب ذلك وحكاه ابن المنذر اجماعا ، وفي قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها « افعلي مايفعل الحاج غير الطواف بالبيت » دليل على أن الوقوف بعرفة جائز على غير طهارة ، ووقفت عائشة بعرفة حائضا بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا يشترط ستارة ، ولا استقبال ، ولا نية ، ولا نعلم فيه خلافا لانه لاتشترط له الطهارة فلم يشترط له شيء من ذلك قياسا عليها

(فصل) ومن فاته ذلك فاته الحج لقول النبي ﷺ « الحج عرفة ، فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » رواه أبو داود يدل على فواته بخروج ليلة جمع ، ولحديث جابر الذي ذكرناه ولا نعلم في ذلك خلافا ، ولانه ركن للعبادة فلم يتم بدونه كسائر العبادات

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وقف بها نهاراً ودفع قبل غروب الشمس فعليه دم)

يعنى أنه يجب عليه الوقوف إلى غروب الشمس ليجمع بين الليل والنهار في الوقوف بعرفة لان النبي ﷺ فعل ذلك . رواه جابر وغيره ، وقال عليه السلام « خذوا عني مناسككم » فان دفع قبل الغروب فحجه صحيح في قول جماعة الفقهاء إلا مالكا فانه قال لاحج له . قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً من العلماء قال بقول مالك، ووجه قوله ماروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال « من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج ، ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج فليحلل بعمرة وعليه الحج من قابل »

ولنا ماروى عروة بن مضرس قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة حين خرج إلى الصلاة فقلت يارسول الله اني جئت من جبل طي أكللت راحلتي وأتعبت نفسي والله ماتركت من جبل إلا وقفت عليه فهل لي من حج ، فقال رسول الله ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه ، وقضى تفثه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، ولانه وقف في زمن الوقوف أشبه الليل ، وأما خبره فانما خص الليل لان الفوات يتعلق به

طهارة جائز ووقفت عائشة رضي الله عنها بها حائضا بأمر النبي (ص) ويستحب ان يكون طاهرا قال احمد يستحب له أن يشهد المناسك كلها على وضوء كان عطاء يقول لا يقضي شيئا من المناسك إلا على وضوء

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا دفع الامام دفع معه الى مزدلفة)

الامام ههنا الوالي الذي اليه أمر الحج من قبل الامام ولا ينبغي للناس أن يدفعوا حتى يدفع قال احمد: ما يعجبني أن يدفع إلا مع الامام وسئل عن رجل دفع قبل الامام بعد غروب الشمس فقال ماوجدت عن أحد انه سهل فيه كلهم يشدد فيه. والمستحب ان يقف حتى يدفع الامام ثم يسير نحو المزدلفة على سكينة ووقار لقول النبي ﷺ حين دفع وقد شنق لناقته القصواء بالزمام حتى ان رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى « أيها الناس السكينة السكينة » هذا في حديث جابر ، وروي

اذا كان بعد النهار فهو آخر وقت الوقوف كما قال عليه السلام « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها » وعلى من دفع قبل الغروب دم في قول أكثر العلماء منهم عطاء والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ومن تبعهم لقول ابن عباس رضي الله عنهما : من ترك نسكا فعليه دم ويجزئه شاة ، وقال ابن جريج عليه بدنة ونحوه قول الحسن

ولنا أنه واجب لا يفسد الحج بفواته فلم يوجب بدنة كالاحرام من الميقات

(فصل) فان دفع قبل الغروب ثم عاد نهاراً فوقف حتى غربت الشمس فلا دم عليه ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال الكوفيون وأبو ثور عليه دم لأنه بالدفع لزمه الدم فلم يسقط برجوعه كما لو عاد بعد الغروب

ولنا أنه أتى بالواجب وهو الوقوف في الليل والنهار فلم يجب عليه دم كمن تجاوز الميقات غير محرم ثم رجع فأحرم منه ، فان لم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم لان عليه الوقوف حال الغروب وقد فاته بخروجه فأشبه من تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم عاد اليه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وافاها ليلا فوقف بها فلا دم عليه)

اذا لم يأت عرفة حتى غابت الشمس ولم يدرك جزءا من النهار فوقف بها ليلا فقد تم حجه ولا شيء عليه ، لا نعلم فيه مخالفاً لقول النبي ﷺ « من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج » ولأنه لم يدرك جزأ من النهار فأشبه من منزله دون الميقات اذا أحرم منه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يدفع بعد غروب الشمس الى مزدلفة وعليه السكينة والوقار)

فاذا وجد فجوة أسرع لقول جابر رضي الله عنه في حديثه فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص فاردف اسامة خلفه ودفع رسول الله ﷺ وقد شنق للقصواء بالزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى « أيها الناس السكينة السكينة » وقال اسامة

عن ابن عباس أنه دفع مع النبي ﷺ يوم عرفة فسمع النبي (ص) وراءه زجرا شديدا وضربا للابل فأشار بصوته اليهم وقال «أيها الناس عليكم السكينة فان البر ليس بايضاع الابل» رواه البخاري وقال عروة سئل أسامة وأنا جالس كيف كان رسول الله (ص) يسير في حجة الوداع ؟ قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص قال هشام بن عروة والنص فوق العنق متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكبر في الطريق ويذكر الله تعالى)

ذكر الله تعالى يستحب في الاوقات كلها وهو في هذا الوقت أشد تأكيدا لقول الله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) ولانه زمن الاستشعار بطاعة الله تعالى والتلبس بعبادته والسعي الى شعائره ، وتستحب التلبية وذكر قوم أنه لا يلبي

ولنا ما روى الفضل بن عباس أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة متفق عليه وعن عبد الرحمن بن يزيد قال شهدت ابن مسعود يوم عرفة وهو يلبي فقال له رجل كلمة فسمعته زاد في تلبيته شيئا لم اسمعه قبل ذلك قالها : لبيك عدد التراب ، ويستحب أن يمضي على طريق المأزمين لانه يروى أن النبي (ص) سلكها وان سلك الطريق الاخرى جاز

﴿مسئلة﴾ قال (ثم يصلي مع الامام المغرب وعشاء الآخرة باقامة لكل صلاة فان جمع بينهما باقامة واحدة فلا بأس)

وجملة ذلك ان السنة لمن دفع من عرفة أن لا يصلي المغرب حتى يصل مزدلفة فيجمع بين المغرب

رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ يسير العنق فاذا وجد فجوة نص يعني أسرع قال هشام النص فوق العنق متفق عليه

(فصل) ويستحب أن يكون دفعه مع الامام أو الوالي الذي اليه أمر الحج من قبله ولا ينبغي للناس أن يدفعوا حتى يدفع قال احمد ما يعجبني ان يدفع الا مع الامام وسئل عن رجل دفع قبل الامام بعد غروب الشمس قال ما وجدت عن أحد أنه سهل فيه كلهم يشدد فيه

(فصل) ويكون ملبيا ذاكرا لله عز وجل لان ذكر الله مستحب في كل الاوقات وهو في هذا الوقت أشد تأكيدا لقول الله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله) الآية ولانه زمن الاستشعار بطاعة الله تعالى والتلبس بعبادته والسعي الى شعائره ويستحب التلبية وقال قوم لا يلبي

ولنا ماروى الفضل بن العباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة متفق عليه ، ويستحب أن يمضي على طريق المأزمين لانه روي أن النبي ﷺ سلكها وان سلك غيرها جاز لحصول المقصود به

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا وصل مزدلفة صلى المغرب والعشاء قبل حط الرحال)

السنة لمن دفع من عرفة أن لا يصلي المغرب حتى يصل مزدلفة فيجمع بين المغرب والعشاء بغير

والعشاء لاخلاف في هذا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم لااختلاف بينهم ان السنة أن يجمع الحاج بين المغرب والعشاء والاصل في ذلك ان النبي (ص) جمع بينهما رواه جابر وابن عمر وأسامة وأبو أيوب وغيرهم واحاديثهم صحاح ويقيم لكل صلاة اقامة لما روى أسامة بن زيد قال دفع رسول الله (ص) من عرفة حتى إذا كان بالشعب نزل فبال ثم توضأ فقلت له : الصلاة يارسول الله قال «الصلاة أمامك» فركب فلما جاء مزدلفة نزل فتوضأ فاسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله ثم أقيمت الصلاة فصلى ولم يصل بينهما متفق عليه ، وروي هذا القول عن ابن عمر وبه قال سالم والقاسم بن محمد والشافعي واسحاق ،وان جمع بينهما باقامة الاولى فلا بأس يروى ذلك عن ابن عمر أيضا ، وبه قال الثوري لما روى ابن عمر قال جمع رسول الله (ص) بين المغرب والعشاء بجمع صلى المغرب ثلاثا والعشاء ركعتين باقامة واحدة رواه مسلم وان أذن للاولى وأقام ثم أقام للثانية فحسن فانه يروى في حديث جابر وهو متضمن للزيادة وهو معتبر بسائر الفوائت والمجموعات وهو قول ابن المنذر وأبي ثور والذي اختار الخرقي إقامة لكل صلاة من غير آذان قال ابن المنذر : وهو آخر قولي احمد لانه رواية أسامة وهو أعلم بحال النبي (ص) فانه كان رديفه ، وقد اتفق هو وجابر في حديثيهما على اقامة لكل صلاة واتفق أسامة وابن عمر على الصلاة بغير أذان مع ان حديث ابن عمر المتفق عليه قال باقامة .قال وانما لم يؤذن للاولى ههنا لانها في غير وقتها بخلاف المجموعتين بعرفة

خلاف قال ابن المنذر أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن السنة أن يجمع الحاج بجمع بين المغرب والعشاء لان النبي ﷺ جمع بينهما رواه جابر وابن عمر واسامة وغيرهم وأحاديثهم صحاح

(فصل) ويستحب أن يجمع قبل حط الرحال وأن يقيم لكل صلاة اقامة لما روى اسامة بن زيد رضي الله عنهما قال دفع رسول الله ﷺ من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ثم توضأ فقلت له الصلاة يا رسول الله فقال « الصلاة أمامك » فركب فلما جاء مزدلفة نزل فتوضأ فاسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره في منزله ثم أقيمت الصلاة فصلى ولم يصل بينهما متفق عليه وممن روي عنه أنه يجمع بينهما باقامتين بلا أذان ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد والشافعي واسحاق وان اقتصر على اقامة للاولى فلا بأس يروى ذلك عن ابن عمر أيضا ، وبه قال الثوري لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع صلى المغرب ثلاثا والعشاء ركعتين باقامة واحدة رواه مسلم وان أذن للاولي وأقام للثانية فحسن فانه مروي في حديث جابر وهو متضمن للزيادة وهو معتبر بسائر الفوائت والمجموعات وهو قول ابن المنذر وأبي ثور واختار الخرقي القول الاول قال ابن المنذر هو آخر قولي احمد لان راويه اسامة وهو أعلم بحال رسول الله ﷺ فانه كان رديفه وانما لم يؤذن للاولى ههنا لانها في غير وقتها بخلاف المجموعتين

وقال مالك يجمع بينهما بأذان وإقامتين ؛ وروي ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود ، واتباع السنة أولى قال ابن عبد البر لا أعلم فيما قاله مالك حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه ، وقال قوم انما أمر عمر بالتأذين للثانية لان الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم فاذن لجمعهم ، وكذلك ابن مسعود فانه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين

﴿مسئلة﴾ قال (وان فاته مع الامام صلى وحده)

معناه أنه يجمع منفردا كما يجمع مع الامام ، ولا خلاف في هذا لان الثانية منهما تصلى في وقتها بخلاف العصر مع الظهر وكذلك إن فرق بينهما لم يبطل الجمع كذلك، ولما روى اسامة قال ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله ثم أقيمت العشاء فصلاها ، وروى البخاري عن عبد الرحمن بن يزيد قال حج عبدالله فأتينا الى مزدلفة حين الآذان بالعتمة أو قريبا من ذلك فامر رجلا فاذن وأقام ثم صلى المغرب ثم صلى بعدها ركعتين ثم دعا بعشائه ثم امر - ارى - فاذن وأقام

بعرفة ، وقال مالك يجمع بينها باذان واقامتين ، وروي ذلك عن عمر وابنه وابن مسعود واتباع السنة أولى قال ابن عبد البر لا أعلم فيما قاله مالك حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه وقال قوم انما أمر عمر بالتأذين للثانية لان الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم فاذن لجمعهم وكذلك ابن مسعود فانه كان يجعل العشاء بمزدلفة بين الصلاتين

(فصل) والسنة أن لا يتطوع بينهما قال ابن المنذر لا اعلمهم يختلفون في ذلك ، وقد روي عن ابن مسعود أنه يتطوع بينهما ورواه عن النبي ﷺ

ولنا حديث اسامة وابن عمر أن النبي ﷺ لم يصل بينهما وحديثهما أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وان صلى المغرب في الطريق ترك السنة وأجزأه)

وبه قال عطاء وعروة والقاسم وسعيد بن جبير ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يجزئه لان النبي ﷺ جمع بين الصلاتين فكان نسكا وقد قال عليه السلام « خذوا عني مناسككم »

ولنا أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما كالظهر والعصر بعرفة وفعل النبي ﷺ محمول على الافضل وما ذكروه يبطل بالجمع بعرفة

﴿ مسئلة ﴾ (ومن فاتته الصلاة مع الامام بعرفة أو بمزدلفة جمع وحده)

لا نعلم خلافا في أنه اذا فاته الجمع مع الامام بمزدلفة أنه يجمع وحده لان الثانية منهما تصلى في وقتها وكذلك لو فرق بينهما لم يبطل الجمع ، وقد روى اسامة قال ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره في منزله ثم أقيمت العشاء فصلاها وكذلك حكم من فاته الجمع مع الامام بعرفة بين الظهر والعصر فانه يجمع وحده أيضا فعله ابن عمر ، وبه قال عطاء ومالك والشافعي واسحاق

ثم صلى العشاء ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله ولان الجمع متى كان في وقت الثانية لم يضر التفريق شيئا .

(فصل) والسنة التعجيل بالصلاتين وان يصلي قبل حط الرحال لما ذكرنا من حديث أسامة ، وفي بعض الفاظه ان النبي (ص) أقام المغرب ثم أناخ الناس في منازلهم ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة فصلى ثم حلوا رواه مسلم والسنة ان لا يتطوع بينهما قال ابن المنذر : ولا أعلمهم يختلفون في ذلك وقد روي عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما ورواه عن النبي (ص)

ولنا حديث أسامة وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل بينهما وحديثهما أصح ، وقد قدم في ترك التفريق بينهما .

(فصل) فان صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع خالف السنة وصحت صلاته وبه قال عطاء وعروة والقاسم بن محمد وسعيد بن جبير ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وابن المنذر وقال أبو حنيفة والثوري لا يجزئه لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الصلاتين فكان نسكا وقد قال « خذوا عني مناسككم »

ولنا أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما كالظهر والعصر بعرفة وفعل النبي ﷺ محمول على الاولى والافضل ولئلا ينقطع سيره ويبطل ما ذكروه بالجمع بعرفة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام فدعا)

يعني أنه يبيت بمزدلفة حتى يطلع الفجر فيصلي الصبح والسنة أن يعجلها في أول وقتها ليتسع وقت الوقوف عند المشعر الحرام ، وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح حين تبين له الصبح ، وفي حديث ابن مسعود أنه صلى الفجر حين طلع الفجر قائل يقول قد طلع الفجر وقائل يقول لم يطلع ثم قال في آخر الحديث رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله رواه البخاري نحو هذا ثم اذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام وهو قزح فيرتقي عليه ان أمكنه والا وقف عنده فذكر الله تعالى ودعا واجتهد قال الله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وفي حديث جابر أن النبي ﷺ أتى المشعر الحرام فرقى عليه فدعا الله وهلله وكبره ووحده ويستحب أن يكون من دعائه . اللهم كما وقفتنا فيه وأريتنا إياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك ، وقولك الحق (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام

وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال النخعي والثوري وأبو حنيفة لا يجمع الا مع الامام لان لكل صلاة وقتا محدوداً ، وانما ترك ذلك في الجمع مع الامام فاذا لم يكن امام رجعنا الى الاصل

ولنا فعل ابن عمر ولان كل جمع جاز مع الامام جاز منفرداً كالجمع بين العشاءين بجمع قولهم إنما

واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله لمن الضالين * ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس واستغفروا الله إن الله غفور رحيم) ويقف حتى يسفر جدا لما في حديث جابر أن النبي ﷺ لم يزل واقفا حتى أسفر جدا

(فصل) وللمزدلفة ثلاثة أسماء مزدلفة وجمع والمشعر الحرام : وحدها من مأزمي عرفة إلى قرن محسر وما على يمين ذلك وشماله من الشعاب ففي أي موضع وقف منها أجزأه لقول النبي ﷺ « المزدلفة موقف » رواه أبو داود وابن ماجه وعن جابر عن النبي ﷺ أنه قال « وقفت ههنا بجمع وجمع كلها موقف » وليس وادي محسر من مزدلفة لقوله « وارفعوا عن بطن محسر »

(فصل) والمبيت بمزدلفة واجب من تركه فعليه دم هذا قول عطاء والزهري وقتادة والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال علقمة والنخعي والشعبي من فاته جمع فاته الحج لقول الله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وقول النبي ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه »

ولنا قول النبي ﷺ « الحج عرفة فمن جاء قبل ليلة جمع فقد تم حجه » يعني من جاء عرفة وما احتجوا به من الآية والخبر فالمنطوق فيهما ليس بركن في الحج اجماعا فانه لو بات بجمع ولم يذكر الله تعالى ولم يشهد الصلاة فيها صح حجه فما هو من ضرورة ذلك أولى ولان المبيت ليس من ضرورة ذكر الله تعالى بها وكذلك شهود صلاة الفجر فانه لو أفاض من عرفة في آخر ليلة النحر أمكنه ذلك فيتعين حمل ذلك على مجرد الايجاب أو الفضيلة أو الاستحباب

جاز الجمع في الجماعة لا يصح لأنهم قد سلموا ان الامام يجمع ، وان كان منفرداً

﴿مسئلة﴾ (ثم يبيت بها فان دفع قبل نصف الليل فعليه دم ، وان دفع بعده فلا شيء عليه وإن وافاها بعد نصف الليل فلا شيء عليه ، وان جاء بعد الفجر فعليه دم ، وحد المزدلفة ما بين المأزمين ووادي محسر)

وجملة ذلك أن المبيت بمزدلفة واجب من تركه فعليه دم هذا قول عطاء والزهري وقتادة والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي لان النبي ﷺ بات بها وقال « خذوا عني مناسككم » وقال علقمة والنخعي والشعبي من فاته جمع فاته الحج لقوله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وقول النبي ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه »

ولنا قول النبي ﷺ « الحج عرفة فمن جاء قبل ليلة جمع فقد تم حجه » يعني من جاء عرفة وما احتجوا به من الآية والخبر فالمنطوق فيهما ليس بركن في الحج إجماعا فانه لو بات بجمع ولم يذكر الله تعالى ولم يشهد الصلاة صح حجه فما هو من ضرورة ذلك أولى ولان المبيت ليس من ضرورة ذكر الله تعالى بها ، وكذلك شهود صلاة الفجر فانه لو أفاض من عرفة اخر ليلة النحر أمكنه ذلك فيتعين حمل ذلك على الايجاب أو الفضيلة أو الاستحباب

(فصل) ومن بات بمزدلفة لم يجز له الدفع قبل نصف الليل فان دفع بعده فلاشيء عليه وبهذاقال الشافعي وقال مالك إن مر بها ولم ينزل فعليه دم فان نزل فلا دم عليه متى مادفع

ولنا أن النبي ﷺ بات بها وقال « خذوا عني مناسككم »وانما أبيح الدفع بعد نصف الليل بماورد من الرخصة فيه فروى ابن عباس قال : كنت فيمن قدم النبي ﷺ في ضعفة أهله من مزدلفة إلى منى. وعن أسماء أنها نزلت ليلة جمع عند دار المزدلفة فقامت تصلي فصلت ثم قالت هل غاب القمر؟ قلت نعم قالت فارتحلوا فارتحلنا ومضينا حتى رمت الجمرة ثم رجعت فصلت الصبح في منزلها قلت لها أي هنتاه ما أرانا الا غلسنا قالت كلا يابني إن رسول الله ﷺ أذن للظعن متفق عليهما وعن عائشة قالت أرسل رسول الله ﷺ بام سلمة ليلة النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ثم مضت فأفاضت رواه أبو داود فمن دفع من جمع قبل نصف الليل ولم يعد في الليل فعليه دم فان عاد فيه فلا دم عليه كالذي دفع من عرفة نهاراً ومن لم يوافق مزدلفة الا في النصف الاخير من الليل فلا شيء عليه لانه لم يدرك جزءاً من النصف الاول فلم يتعلق به حكمه كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار ، والمستحب الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في المبيت إلى أن يصبح ثم يقف حتى يسفر ولا بأس بتقديم

(فصل) وليس له الدفع قبل نصف الليل فان فعل فعليه دم ، وإن دفع بعده فلا شيء عليه ، وبه قال الشافعي وقال مالك ان مر بها فلم ينزل فعليه دم وان نزل فلا دم عليه متى ما دفع

ولنا أن النبي ﷺ بات بها وقال « لتأخذوا عني مناسككم » وإنما أبيح الدفع بعد نصف الليل بما ورد من الرخصة فيه فروى ابن عباس رضي الله عنهما قال: كنت فيمن قدم النبي ﷺ في ضعفة أهله من مزدلفة الي منى متفق عليه ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : أرسل رسول الله ﷺ بأم سلمة ليلة النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ثم مضت فأفاضت رواه أبو داود فمن دفع من مزدلفة قبل نصف الليل ولم يعد في الليل فعليه دم ، وان عاد فلا دم كالذي دفع من عرفة نهاراً ثم عاد نهاراً

(فصل) ويجب الدم على من دفع قبل نصف الليل ولم يرجع في الليل وعلى من ترك المبيت بمنى سواء فعل ذلك عامداً أو ساهيا أو جاهلا لانه ترك نسكا والنسيان أثره في جعل الموجود كالمعدوم لا في جعل المعدوم كالموجود الا أنه رخص لاهل السقاية والرعاء في ترك البيتوتة لان النبي ﷺ رخص للرعاة في ترك البيتوتة ، وفي حديث عدي وأرخص للعباس في ترك المبيت لاجل سقايته ولان عليهم مشقة في المبيت لحاجتهم الى حفظ مواشيهم وسقي الحاج فكان لهم ترك المبيت كليالي منى وروي عن احمد أن المبيت بمزدلفة غير واجب والمذهب الاول

(فصل) فان وافاها بعد نصف الليل فلا شيء عليه لانه لم يدرك جزءاً من النصف الاول فلم يتعلق به حكمه كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار وإن جاء بعد الفجر فعليه دم لترك الواجب وهو المبيت والمستحب الاقتداء برسول الله ﷺ والمبيت الى أن يصبح ثم يقف حتى يسفر ولا بأس بتقديم

الضعفة والنساء ، وممن كان يقدم ضعفة أهله عبد الرحمن بن عوف وعائشة ، وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولان فيه رفقاً بهم ودفعاً لمشقة الزحام عنهم واقتداء بفعل نبيهم ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يدفع قبل طلوع الشمس)

لا نعلم خلافا في أن السنة الدفع قبل طلوع الشمس وذلك لان النبي ﷺ كان يفعله . قال عمر : ان المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون : أشرقْ ثبيرُ كيما نغير . وإن رسول الله ﷺ خالفهم فأفاض قبل أن تطلع الشمس . رواه البخاري[1] والسنة أن يقف حتى يسفر جداً ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وكان مالك يرى الدفع قبل الاسفار

«١» بل رواه الجماعة كلهم الا مسلما ولفظ (كيما نغير) من زيادة احمد وابن ماجة فعزوه الى البخاري بهذا اللفظ غلط فوق التقصير بعزوه اليه وحده

الضعفة والنساء ، وممن كان يقدم ضعفة أهله عبد الرحمن بن عوف وعائشة ، وبه قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لان فيه رفقاً بهم ودفعاً لمشقة الزحام عنهم والاقتداء بنبيهم عليه الصلاة والسلام

(فصل) وللمزدلفة ثلاثة أسماء : مزدلفة وجمع والمشعر الحرام ، وحدّها من مأزمي عرفة إلى قرن محسر وما على يمين ذلك وشماله من الشعاب ففي أي موضع وقف منها اجزأه لقول النبي ﷺ «كل المزدلفة موقف » رواه أبو داود وابن ماجه ، وعن جابر عن النبي ﷺ أنه قال « وقفت ههنا بجمع وجمع كلها موقف » وليس وادي محسر من مزدلفة لقوله « وارفعوا عن بطن محسر »

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أصبح بها صلى الصبح ، ثم يأتي المشعر الحرام فيرقى عليه أو يقف عنده ويحمد الله تعالى ويكبر ويدعو)

يستحب أن يعجل صلاة الصبح ليتسع وقت الوقوف عند المشعر الحرام لقول جابر إن النبي ﷺ صلى الصبح حين تبين له الصبح ، ثم اذا صلى أتى المشعر الحرام فوقف عنده أو رقي عليه إن أمكنه فذكر الله تعالى ودعاه واجتهد لقول الله تعالى (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وفي حديث جابر أن النبي ﷺ أتى المشعر الحرام فرقي عليه فحمد الله وكبره وهلله ووحده ، وفي لفظ ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعا الله وهلله وكبره واجتهد ، ويستحب أن يكون من دعائه : اللهم كما وقفتنا فيه وأريتنا اياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا ، واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك وقولك الحق (فاذا أفضتم من عرفات — إلى — غفور رحيم) الآيتين إلى أن يسفر لان في حديث جابر أن النبي ﷺ لم يزل واقفا حتى أسفر جداً

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يدفع قبل طلوع الشمس)

لا نعلم خلافا في استحباب الدفع قبل طلوع الشمس لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله . قال ابن عمر رضي الله عنهما إن المشركين كانوا لا يفيضون ويقولون : أشرق ثبير كيما نغير . وأن رسول

ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ لم يزل واقفاً حتى أسفر جداً فدفع قبل أن تطلع الشمس. وعن نافع أن ابن الزبير أخر في الوقت حتى كادت الشمس تطلع فقال ابن عمر إني أراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية فدفع ودفع الناس معه ، وكان ابن مسعود يدفع كانصراف القوم المسفرين من صلاة الغداة ، وانصرف ابن عمر حين أسفر وأبصرت الابل موضع اخفافها ، ويستحب أن يسير وعليه السكينة كما ذكرنا في سيره من عرفات . قال ابن عباس ثم أردف النبي ﷺ الفضل بن عباس وقال « أيها الناس إن البر ليس بايجاف الخيل والابل فعليكم بالسكينة » فما رأيتها رافعة يديها حتى أتى منى

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا بلغ محسراً أسرع ولم يقف حتى يأتي منى وهو مع ذلك ملبياً)(١)

يستحب الاسراع في وادي محسر وهو ما بين جمع ومنى ، فان كان ماشياً أسرع ، وإن كان راكباً حرك دابته لان جابراً قال في صفة حج النبي ﷺ أنه لما أتى بطن محسر حرك قليلا ، ويروى أن عمر رضي الله عنه لما أتى محسر أسرع وقال

اليك تعدو قلقا وضينها * مخالفا دين النصارى دينها * معترضاً في بطنها جنينها

وذلك قدر رمية بحجر ويكون ملبياً في طريقه فان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله ﷺ يومئذ ، وروي أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة . متفق عليه ، وفي لفظ عنه قال :

«١» كذا في الاصل والوجه هنا ملب

الله ﷺ خالفهم فأفاض قبل أن تطلع الشمس . رواه البخاري (١) والسنة الاسفار جداً ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وكان مالك يرى الدفع قبل الاسفار

ولنا حديث جابر الذي ذكرناه ، وعن نافع أن ابن الزبير أخر في الوقت حتى كادت الشمس تطلع ، فقال ابن عمر اني أراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية فدفع ودفع الناس معه ، وكان ابن مسعود يدفع كانصراف القوم المسفرين من صلاة الغداة ، ويستحب أن يسير وعليه السكينة . قال ابن مسعود رضي الله عنه : ثم أردف النبي ﷺ الفضل بن عباس وقال أيها الناس « إن البر ليس بايجاف الخيل والابل فعليكم بالسكينة » فما رأيتها رافعة يديها حتى أتى منى

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا بلغ محسراً أسرع قدر رمية بحجر)

يستحب الاسراع في وادي محسر وهو ما بين المزدلفة ومنى ، فان كان ماشياً أسرع ، وإن كان راكباً حرك دابته لان جابراً قال في صفة حج النبي ﷺ إنه لما أتى بطن محسر حرك قليلا ، ويروى أن عمر رضي الله عنه لما أتى محسراً أسرع وقال :

اليك يعدو قلقا وضينها * مخالفاً دين النصارى دينها * معترضا في بطنها جنينها

وذلك قدر رمية بحجر ويكون ملبيا في طريقه فان الفضل بن عباس روى أن النبي ﷺ لم يزل

« ١ » قد علمت ما فيه من حاشية المغني ص ٤٤٣

شهدت الافاضتين مع رسول الله ﷺ وعليه السكينة وهو كاف بعيره ولبى حتى رمى جمرة العقبة . وعن الاسود قال : أفاض عمر عشية عرفة وهو يلبي بثلاث « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لاشريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك » ولان التلبية من شعار الحج فلا يقطع إلا بالشروع في الاحلال وأوله رمي جمرة العقبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة)

انما استحب ذلك لئلا يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمي فان الرمية تحية له كما أن الطواف تحية المسجد فلا يبدأ بشيء قبله . وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جمع وفعله سعيد بن جبير وقال كانوا يتزودون الحصى من جمع واستحبه الشافعي . وعن أحمد قال خذ الحصى من حيث شئت وهو قول عطاء وابن المنذر وهو أصح إن شاء الله تعالى لان ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ غداة العقبة وهو على ناقته « القط لي حصى » فلقطت له سبع حصيات من حصى الخذف فجعل يقبضهن في كفه ويقول « أمثال هؤلاء فارموا » ثم قال « أيها الناس اياكم والغلو في الدين فانما أهلك من كان قبلكم الغلو في الدين » رواه ابن ماجه وكان ذلك بمنى ولا خلاف في أنه يجزئه أخذه من حيث كان والتقاط الحصى أولى من تكسيره لهذا الخبر ، ولانه لا يؤمن في التكسير أن يطير إلى وجهه شيء يؤذيه ، ويستحب أن تكون الحصيات كحصى الخذف لهذا الخبر ، ولقول جابر في حديثه كل حصاة منها مثل حصى الخذف ، وروى سليمان بن عمرو بن الاحوص عن أمه قالت : قال رسول الله ﷺ ياأيها الناس « اذا رأيتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف » رواه أبو داود . قال الاثرم يكون أكبر من الحمص ودون البندق ، وكان ابن عمر يرمي بمثل بعر الغنم ، فان رمى بحجر كبير فقد روي عن أحمد أنه قال لايجزئه حتى يأتي بالحصى على مافعل النبي ﷺ وذلك لان النبي ﷺ أمر بهذا القدر ونهى عن تجاوزه

يلبي حتى رمى جمرة العقبة . متفق عليه ، ولان التلبية من شعار الحج فلا تقطع إلا بالشروع في الاحلال وأوله رمي جمرة العقبة

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة ومن حيث أخذه جاز ، ويكون أكبر من الحمص دون البندق)

انما يستحب أخذ حصى الجمار قبل أن يصل منى لئلا يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمي لانها تحية له كما أن الطواف تحية المسجد فلا يبدأ بشيء قبله ، وكان ابن عمر رضي الله عنه يأخذ حصى الجمار من جمع وفعله سعيد بن جبير وقال : كانوا يتزودون الحصى من جمع واستحبه الشافعي . وقال أحمد : خذ الحصى من حيث شئت اختاره عطاء وابن المنذر وهو أصح إن شاء الله تعالى لان ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة العقبة وهو على ناقته « القط لي حصى » فلقطت له سبع حصيات هن حصى الخذف فجعل يقبضهن في كفه ويقول « أمثال هؤلاء فارموا » ثم قال أيها

والامر يقتضى الوجوب ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، ولان الرمي بالكبير ربما آذى من يصيبه وقال بعض أصحابنا يجزئه مع تركه للسنة لأنه قد رمى بالحجر وكذلك الحكم في الصغير

(فصل) ويجزيء الرامي بكل مايسمى حصى وهي الحجارة الصغار سواء كان أسود أو أبيض أو أحمر من المرمر أو البرام أو المرو وهو الصوان أو الرخام أو الكذان أو حجر المسن وهو قول مالك والشافعي وقال القاضي : لايجزيء الرخام ولا البرام والكذان ويقتضي قوله أن لايجزيء المرو ولا حجر المسن . وقال أبو حنيفة : يجوز بالطين والمدر وما كان من جنس الارض ، ونحوه قال الثوري وروي عن سكينة بنت الحسين أنها رمت الجرة ورجل يناولها الحصى تكبر مع كل حصاة وسقطت حصاة فرمت بخاتمها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى بالحصى وأمر بالرمي مثل حصى الخذف فلا يتناول غير الحصى ويتناول جميع أنواعه فلا يجوز تخصيصه بغير دليل ولا إلحاق غيره به لانه موضع لا يدخل القياس فيه

(فصل) إن رمى بحجر أخذ من المرمى لم يجزه ، وقال الشافعي يجزه لانه حصى فيدخل في العموم

ولنا أن النبي ﷺ أخذ من غير المرمى وقال « خذوا عني مناسككم » ولأنه لو جاز الرمي بما رمي به لما احتاج أحد إلى أخذ الحصى من غير مكانه ولا تكسيره . والاجماع على خلافه ، ولان ابن عباس قال : مايقبل منها يرفع وإن رمى بخاتم فضة حجراً لم يجزه في أحد الوجهين لانه تبع والرمى بالمتبوع لا التابع

﴿ مسألة ﴾ قال (والاستحباب أن يغسله)

اختلف عن أحمد في ذلك فروي عنه أنه مستحب لانه روي عن ابن عمر أنه غسله وكان طاوس يفعله ، وكان ابن عمر يتحرى سنة النبي ﷺ ، وعن أحمد أنه لا يستحب وقال : لم يبلغنا أن النبي

الناس « اياكم والغلو في الدين فانما أهلك من كان قبلكم الغلو في الدين » رواه ابن ماجه وكان ذلك بمنى ولا خلاف أنه يجزئه أخذه من حيث كان والتقاطه أولى من تكسيره لهذا الخبر ولانه لا يؤمن في تكسيره أن يطير إلى وجهه شيء يؤذيه ، ويستحب أن يكون كحصى الخذف للخبر ولقول جابر في حديثه كل حصاة منها مثل حصى الخذف ، وروى سليمان بن عمرو بن الاحوص عن أمه قالت :قال النبي ﷺ ياأيها الناس « اذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف » رواه أبو داود ، قال الأثرم يكون أكبر من الحمص ودون البندق ، وكان ابن عمر يرمي بمثل بعر الغنم ، فان رمى بحجر كبير فقال أصحابنا يجزئه مع ترك السنة لأنه قد رمى بحجر وكذلك الحكم في الصغير ، وروي عن أحمد أنه قال لايجوز حتى يأتي بالحصى على مافعل النبي ﷺ لانه أمر بهذا القدر ونهى عن تجاوزه والامر يقتضي الوجوب والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في استحباب غسله فروي عنه أنه مستحب ذكره الخرقي لانه روي عن ابن عمر وكان طاوس يفعله ، وكان ابن عمر يتحرى سنة النبي ﷺ وعن أحمد أنه

ﷺ فعله وهذا الصحيح وهو قول عطاء ومالك وكثير من أهل العلم فان النبي ﷺ لما لقطت له الحصيات وهو راكب على بعيره يقبضهن في يده لم يغسلهن ولا أمر بغسلهن ولا فيه معنى يقتضيه ، فان رمي بحجر نجس اجزأه لانه حصاة ، ويحتمل أن لايجزئه لانه يؤدي به العبادة فاعتبرت طهارته كحجر الاستجمار وتراب التيمم ، وإن غسله ورمى به اجزأه وجهاً واحداً

وعدد الحصى سبعون حصاة يرمي منها بسبع يوم النحر وسائرها في أيام منى والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا وصل منى رمى جمرة العقبة بسبع حصيات يكبر في أثر كل حصاة ولا يقف عندها)

حد منى ما بين جمرة العقبة ووادي محسر كذلك قال عطاء والشافعي : وليس محسر والعقبة من منى ويستحب سلوك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى فان النبي ﷺ سلكها كذا في حديث جابر ، فاذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة وهي آخر الجمرات مما يلي منى وأولها مما يلي مكة وهي عند العقبة ، وكذلك سميت جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويستبطن الوادي ويستقبل القبلة ثم ينصرف ولا يقف وهذا بجملته قول من علمنا قوله من أهل العلم ، وإن رماها من فوقها جاز لان عمر رضي الله عنه جاء

لا يستحب وقال لم يبلغنا أن النبي ﷺ فعله وهذا الصحيح وهو قول عطاء ومالك وكثير من أهل العلم فان النبي ﷺ لما لقطت له الحصى وهو راكب على بعيره جعل يقبضهن في يده لم يغسلهن ولا أمر بغسلهن ولا فيه معنى يقتضيه ، فان رمى بحجر نجس اجزأه لأنه حصاة ، ويحتمل أن لايجزئه لأنه يؤدي به العبادة فاعتبرت طهارته كحجر الاستجمار وتراب التيمم ، وإن غسله ورمى به اجزأه وجهاً واحداً والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وعدده سبعون حصاة يرمي منها بسبع يوم النحر وباقيها في أيام منى كل يوم باحدى وعشرين ، فاذا وصل مني ــ وحدّها من وادي محسر إلى العقبة ــ بدأ بجمرة العقبة فرماها بسبع حصيات واحدة بعد واحدة يكبر مع كل حصاة ويرفع يده حتى يرى بياض ابطه)

حد منى ما بين جمرة العقبة ووادي محسر كذلك قال عطاء والشافعي وليس محسر والعقبة من منى ويستحب سلوك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى فان النبي ﷺ سلكها كذا في حديث جابر ، فاذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة لان النبي ﷺ بدأ بها ، ولانها تحية منى فلم يتقدمها شيء كالطواف في المسجد وهي آخر الجمرات مما يلي منى وأولها مما يلي مكة وهي عند العقبة لذلك سميت بهذا فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويستبطن الوادي ويستقبل القبلة ثم ينصرف ولا يقف وهذا بجملته قول من علمنا قوله من أهل العلم ، وإن رماها من فوقها جاز ، ولان عمر رضي الله عنه جاء والزحام عند الجمرة فرماها من فوقها والاول أفضل لما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه

والزحام عند الجمرة فرماها من فوقها والاول أفضل لما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه مشى مع عبدالله وهو يرمي الجمرة ، فلما كان في بطن الوادي أعرضها فرماها ، فقيل له إن ناساً يرمونها من فوقها فقال من ههنا والذي لاإله إلا هو رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة رماها . متفق عليه ، وفي لفظ لما أتى عبدالله جمرة العقبة استبطن الوادي واستقبل القبلة وجعل يرمي الجمرة على حاجبه الايمن ثم رمى بسبع حصيات ثم قال : والله الذي لاإله غيره من ههنا رمى الذي أنزلت عليه سورة البقرة . قال الترمذي : وهذا حديث صحيح والعمل عليه عند أكثر أهل العلم ولا يسن الوقوف عندها لان ابن عمر وابن عباس رويا أن رسول الله ﷺ كان اذا رمى جمرة العقبة انصرف ولم يقف . رواه ابن ماجه . ويكبر مع كل حصاة لان جابراً قال : فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ، وإن قال اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنبا مغفوراً ، وعملامشكوراً ، فحسن فان ابن مسعود وابن عمر كانا يقولان نحو ذلك ، وروى حنبل في المناسك باسناده عن زيد بن أسلم قال : رأيت سالم بن عبد الله استبطن الوادي ورمى الجمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة : الله أكبر الله أكبر ثم قال : اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وعملا مشكوراً ، فسألته عما صنع فقال : حدثني أبي أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة من هذا المكان ويقول كلما رمى حصاة مثل ماقلت .وقال ابراهيم النخعي كانوا يحبون ذلك

مشى مع عبد الله وهو يرمي الجمرة ، فلما كان في بطن الوادي اعترضها فرماها ، فقيل له ان ناساً يرمونها من فوقها فقال : من ههنا والذي لاإله غيره رأيت الذي أنزل عليه سورة البقرة رماها . متفق عليه وفي لفظ لما أتى عبد الله جمرة العقبة استبطن الوادي واستقبل القبلة وجعل يرمي الجمرة على حاجبه الايمن ثم رمى جمرة بسبع حصيات ثم قال : والذي لاإله الا هو من ههنا رمى الذي أنزلت عليه سورة البقرة . قال الترمذي هذا حديث صحيح . ولا يسن الوقوف عندها لان ابن عمر وابن عباس رويا أن رسول الله ﷺ كان اذا رمى جمرة العقبة انصرف ولم يقف . رواه ابن ماجه . ويكبر مع كل حصاة لان جابراً قال : فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ، وإن قال اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنبا مغفوراً ، وعملا مشكوراً ، فحسن . فان ابن مسعود وابن عمر كانا يقولان نحو ذلك ، وروى حنبل في المناسك باسناده عن زيد بن أسلم قال : رأيت سالم بن عبد الله استبطن الوادي ورمى الجمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة الله أكبر الله أكبر ثم قال : اللهم اجعله حجا مبروراً ، وذنبا مغفوراً ، وعملا مشكوراً . فسألته عما صنع فقال حدثني أبي أن النبي ﷺ رمى الجمرة من هذا المكان ويقول كلما رمى حصاة مثل ماقلت ويرمي الحصى واحدة بعد واحدة كما ذكر ، وإن رماها دفعة واحدة لم يجزه إلا عن واحدة نص عليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال عطاء : يجزئه ويكبر لكل حصاة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى سبع رميات وقال « خذوا عني مناسككم » ويرفع يده حتى

(فصل) ويرميها راكباً أو راجلا كيفما شاء لان النبي ﷺ رماها على راحلته . رواه جابر وابن عمر وأم أبي الاحوص وغيرهم . قال جابر : رأيت النبي ﷺ يرمي على راحلته يوم النحر ويقول « لتأخذوا عني مناسككم فاني لاأدري لعلي لاأحج بعد حجتي هذه » رواه مسلم . وقال نافع كان ابن عمر يرمي جمرة العقبة على دابته يوم النحر وكان لايأتي سائرها بعد ذلك إلا ماشياً ذاهباً وراجعاً وزعم أن النبي ﷺ كان لايأتيها إلا ماشياً ذاهباً وراجعاً . رواه أحمد في المسند ، وفي هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها ، ولان رمي هذه الجمرة مما يستحب البداية به في هذا اليوم عند قدومه ولا يسن عندها وقوف ، ولو سن له المشي اليها لشغله النزول عن البداية بها والتعجيل اليها بخلاف سائرها

(فصل) ولرمي هذه الجمرة وقتان : وقت فضيلة ووقت اجزاء ، فأما وقت الفضيلة فبعد طلوع الشمس . قال ابن عبد البر : أجمع علماء المسلمين على أن رسول الله ﷺ انما رماها ضحى ذلك اليوم وقال جابر : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي الجمرة ضحى يوم النحر وحده ، ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس . أخرجه مسلم ، وقال ابن عباس: قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أغيلمة بني عبد المطلب على أحمرات لنا من جمع فجعل يلطخ أفخاذنا ويقول « أبني عبد المطلب لاترموا الجمرة حتى تطلع الشمس » رواه ابن ماجه وكان رميها بعد طلوع الشمس يجزيء بالاجماع وكان أولى . واما وقت الجواز فأوله نصف الليل من ليلة النحر ، وبذلك قال عطاء وابن أبي ليلى وعكرمة بن خالد والشافعي وعن أحمد أنه يجزيء بعد الفجر قبل طلوع الشمس وهو قول مالك وأصحاب الرأي واسحاق وابن المنذر ، وقال مجاهد والثوري والنخعي لايرميها إلا بعد طلوع الشمس لما روينا من الحديث

ولنا ماروى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أم سلمة ليلة النحر فرمت جمرة العقبة قبل الفجر ثم مضت فأفاضت ؛ وروي أنه أمرها أن تعجل الافاضة وتوافي مكة بعد صلاة الصبح واحتج به أحمد ، وقد ذكرنا في حديث أسماء أنها رمت ثم رجعت فصلت الصبح وذكرت أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن للظعن ، ولانه وقت للدفع من مزدلفة وكان وقتاً للرمي كبعد طلوع الشمس والاخبار المتقدمة محمولة على الاستحباب ، وإن أخر الرمي إلى آخر النهار جاز . قال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب فقد رماها في وقت لها وإن لم يكن

يرى بياض ابطه قاله بعض أصحابنا

(فصل) ويرميها راجلا وراكبا وكيفما شاء لان النبي ﷺ رماها على راحلته . رواه جابر وابن عمر وغيرهما ، قال جابر رضي الله عنه رأيت النبي ﷺ يرمي على راحلته يوم النحر ويقول « لتأخذوا عني مناسككم فاني لاأدري لعلي لاأحج بعد حجتي هذه » رواه مسلم ، وقال نافع كان ابن عمر رضي الله عنهما يرمي جمرة العقبة على دابته يوم النحر وكان لايأتي سائرها بعد ذلك إلا

ذلك مستحباً لها ، وروى ابن عباس قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يسئل يوم النحر بمنى قال رجل رميت بعد ماأمسيت فقال « لاحرج » رواه البخاري ، فان أخرها إلى الليل لم يرمها حتى نزول الشمس من الغد ، وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق ، وقال الشافعي ومحمد بن المنذر ويعقوب يرمي ليلا لقول النبي ﷺ « ارم ولا حرج »

ولنا أن ابن عمر قال من فاته الرمي حتى تغيب الشمس فلا يرم حتى تزول الشمس من الغد وقول النبي ﷺ « ارم ولا حرج » إنما كان في النهار لانه سأله في يوم النحر ولا يكون اليوم إلا قبل مغيب الشمس وقال مالك يرمي ليلا وعليه دم ومرة قال لادم عليه

(فصل) ولايجزئه الرمي الا أن يقع الحصى في المرمى فان وقع دونه لم يجزئه في قولهم جميعا لانه مأمور بالرمي ولم يرم وان طرحها طرحا أجزأه لانه يسمى رمياً وهذا قول أصحاب الرأي وقال ابن القاسم لايجزئه ، وان رمى حصاة فوقعت في غير المرمى فأطارت حصاة أخرى فوقعت في المرمى لم يجزه لان التي رماها لم تقع في المرمى وان رمى حصاة فالتقمها طائر قبل وصولها لم يجزه لانها لم تقع في المرمى وان وقعت على موضع صلب في غير المرمى ثم تدحرجت على المرمى او على ثوب انسان ثم طارت فوقعت في المرمى اجزأته لان حصوله بفعله وان نفضها ذلك الانسان عن ثوبه فوقعت في المرمى فعن أحمد رحمه الله انها تجزئه لانه انفرد برميها وقال ابن عقيل لايجزئه لان حصولها في المرمى بفعل الثاني فأشبه مالو اخذها بيده فرمى بها وان رمى حصاة فشك هل وقعت في المرمي اولا لم يجزئه لان الاصل بقاء الرمي في ذمته فلا يزول بالشك وان كان الظاهر انها وقعت فيه اجزأته لان الظاهر

ماشيا ذاهبا وراجعا ، وزعم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأتيها إلا ذاهبا وراجعا . رواه أحمد في المسند ، وفي هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها ، ولان رمي هذه الجمرة مما تستحب البداية به وهي في هذا اليوم عند قدرمه ولا يسن عندها وقوف ، فلو سن له المشي اليها اشغله النزول عن الابتداء بها والتعجيل اليها بخلاف سائرها

(فصل) ولا يجزئه الرمي إلا أن يقع الحصى في المرمى ، فان وقع دونه لم يجزئه لا نعلم فيه خلافا وكذلك إن وضعها بيده في المرمى لايجزئه في قولهم جميعا لانه مأمور بالرمي ولم يرم ، وإن طرحها طرحا اجزأه لانه يسمى رميا وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال ابن القاسم لايجزئه ، وإن رمى حصاة فوقعت في غير المرمى فأطارت حصاة أخرى فوقعت في المرمى لم يجزه لان التي رماها لم تقع في المرمى وإن رمى حصاة فالتقطها طائر قبل وصولها لم يجزه لانها لم تقع في المرمى ، وإن وقعت على موضع صلب في غير المرمى ثم تدحرجت إلى المرمى أو على ثوب انسان ثم طارت فوقعت في المرمى اجزأته لان حصولها في المرمى بفعله ، وإن نفضها الانسان عن ثوبه فوقعت في المرمى فعن أحمد أنها تجزئه لانه انفرد برميها ، وقال ابن عقيل لاتجزئه لان حصولها في المرمى بفعل الثاني فأشبه مالو أخذها بيده فرمي

دليل . وان رمى الحصاة دفعة واحدة لم يجزه الا عن واحدة نص عليه احمد وهو قول مالك والشافعي واصحاب الرأي وقال عطاء يجزئه ويكبر لكل حصاة

ولنا ان النبي ﷺ رمى سبع رميات وقال « خذوا عني مناسككم » قال بعض اصحابنا ويستحب ان يرفع يديه في الرمي حتى يرى بياض ابطه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقطع التلبية عند ابتداء الرمي)

وممن قال يلبي حتى يرمي الجمرة ابن مسعود وابن عباس وميمونة وبه قال عطاء وطاوس وسعيد

بها ، وإن رمى حصاة فشك هل وقعت في المرمى أو لا لم يجزه لان الاصل بقاء الرمي في ذمته فلا يزول بالشك ، وعنه يجزئه ذكره ابن البنا في الخصال ، وإن غلب على ظنه أنها وقعت فيه اجزأته لان الظاهر دليل

﴿ مسألة ﴾ (ويقطع التلبية مع ابتداء الرمي)

يروى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وميمونة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي عن سعيد بن أبي وقاص وعائشة رضي الله عنهما يقطع التلبية اذا راح الموقف ، وعن علي وأم سلمة رضي الله عنهما أنهما كانا يلبيان حتى تزول الشمس يوم عرفة ، وقال مالك يقطع التلبية اذا راح المسجد ، وكان الحسن يقول يلبي حتى يصلي الغداة يوم عرفة

ولنا أن الفضل بن عباس رضي الله عنه روى أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة وكان رديفه يومئذ وهو أعلم بحاله من غيره ، وفعل النبي ﷺ يقدم على ماخالفه ، ويستحب قطع التلبية عند أول حصاة للخبر ، وفي بعض ألفاظه : حتى رمى جمرة العقبة قطع عند أول حصاة . رواه حنبل في المناسك وهذا بيان يتعين الاخذ به ، وفي رواية من روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر مع كل حصاة دليل على أنه لم يكن يلبي ، ولانه يتحلل بالرمي ، واذا شرع فيه قطع التلبية كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع في الطواف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن رمى بذهب أو فضة أو غير الحصى أو رمى بحجر رمى به مرة لم يجزه)

يجزىء الرمي بكل مايسمى حصى وهي الحجارة الصغار سواء كان أسود ، أو أبيض ، أو أحمر من المرمر أو البرام أو المرو وهو الصوان أو الرخام أو الكذان ، أو حجر المسان ، وهذا قول مالك والشافعي ، وقال القاضي لايجزىء الرخام والبرام والكذان ، ومقتضى قوله أن لايجزيء المرو ولاحجر المسن ، وقال أبو حنيفة يجزيء بالطين والمدر وما كان من جنس الارض ، ونحوه قول الثوري ، وروي عن سكينة بنت الحسين أنها رمت الجمرة ورجل يناولها الحصى وسقطت حصاة فرمت بخاتمها

ولنا أن النبي ﷺ رمى بالحصى وأمر بالرمي بمثل حصى الخذف فلا يتناول غير الحصى ويتناول

ابن جبير والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن سعيد بن ابي وقاص وعائشة يقطع التلبية اذا راح الى الموقف وعن علي وام سلمة انهما كانا يلبيان حتى تزول الشمس يوم عرفة وهذا قريب من قول سعيد وعائشة وكان الحسن يقول يلبي حتى يصلي الغداة يوم عرفة وقال مالك يقطع التلبية إذا راح الى المسجد

ولنا ان الفضل بن عباس روي ان النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة وكان رديفه يومئذ وهو اعلم بحاله من غيره وقول النبي ﷺ وفعله يقدم على كل من خالفه واستحب قطع التلبية

جميع أنواعه فلا يجوز تخصيصه بغير دليل ولا إلحاق غيره به والذهب والفضة لا يتناوله اسم الحصى

(فصل) وإن رمى بحجر أخذ من المرمى لم يجزه ، وقال الشافعي يجزئه لانه حصى فيدخل في العموم

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذه من غير المرمى وقال « خذوا عني مناسككم » ولانه لو جاز الرمي بما رمي به لما احتاج أحد إلى أخذ الحصى من غير مكانه ولا تكسير ، ولان ابن عباس قال ماتقبل منه رفع ، وإن رمى بخاتم فضة حجر لم يجزه في أحد الوجهين لانه تبع والرمي بالمتبوع لا بالتابع

﴿ مسئلة ﴾ (ويرمي بعد طلوع الشمس فان رمى بعد نصف الليل اجزأه)

وجملته أن لرمي هذه الجمرة وقتين : وقت فضيلة ووقت اجزاء ، فأما وقت الفضيلة فعند طلوع الشمس . قال ابن عبد البر : أجمع علماء المسلمين على أن رسول الله ﷺ انما رماها ضحى ذلك اليوم ، وقال جابر رضي الله عنه : رأيت رسول الله ﷺ يرمي الجمرة ضحى يوم النحر وحده . أخرجه مسلم ، وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس» رواه الامام أحمد ، وأما وقت الجواز فأوله نصف الليل من ليلة النحر ، وبذلك قال عطاء وابن أبي ليلى والشافعي ، وعن احمد أنه يجزيء بعد الفجر قبل طلوع الشمس وهو قول مالك وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال مجاهد والثوري والنخعي لا يرميها إلا بعد طلوع الشمس لحديث ابن عباس

ولنا ماروى أبو داود عن عائشة أن النبي ﷺ أمر أم سلمة ليلة النحر فرمت جمرة العقبة قبل الفجر ثم مضت فأفاضت ، وروي أنه أمرها أن تعجل الافاضة وتوافي مكة مع صلاة الصبح ، احتج به احمد ، ولأنه وقت للدفع من المزدلفة فكان وقتا للرمي كبعد طلوع الشمس ، والاخبار المذكورة محمولة على الاستحباب

(فصل) (وإن أخر الرمي إلى آخر النهار جاز) قال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب فقد رماها في وقت لها وإن لم يكن ذلك مستحبا ، وروى ابن عباس قال كان النبي ﷺ يسئل يوم النحر بمنى قال رجل رميت بعد ما أمسيت قال « لا حرج » رواه البخاري فان أخرها إلى الليل لم يرمها حتى تزول الشمس من الغد وبه قال أبو حنيفة واسحاق ، وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف وابن المنذر يرمي ليلا لقول النبي ﷺ « ارم ولا حرج »

عند أول حصاة رواه حنبل في المناسك وهذا بيان يتعين الاخذ به وفي رواية من روى أن النبي ﷺ كان يكبر مع كل حصاة دليل على أنه لم يكن يلبي ، ولانه يتحالل بالرمي فاذا شرع فيه قطع التلبية كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع في الطواف

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم ينحر ان كان معه هدي)

وجملة ذلك أنه إذا فرغ من رمي الجمرة يوم النحر لم يقف وانصرف فأول شيء يبدأ به نحر الهدي ان كان معه هدي واجباً أو تطوعاً فان لم يكن معه هدي وعليه هدي واجب اشتراه وإن لم يكن عليه واجب فأحب أن يضحي اشترى ما يضحي به وينحر الابل ويذبح ماسواها. والمستحب أن يتولى ذلك بيده وإن استناب غيره جاز هذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وذلك لماروى جابر في صفة حج النبي ﷺ أنه رمى من بطن الوادي ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة ثم أعطى عليا فنحر ماغبر وأشركه في هديه وقال أنس نحر النبي ﷺ بيده سبع بدنات قياماروا ه البخاري

(فصل) والسنة نحر الابل قائمة معقولة يدها اليسرى فيضربها بالحربة في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ، ممن استحب ذلك مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر واستحب عطاء نحرها باركة وجوز الثوري وأصحاب الرأي كل ذلك

ولنا ماروى دينار بن جبير قال رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها فقال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد ﷺ متفق عليه وروى أبو داود باسناده عن عبد الرحمن بن سابط أن النبي ﷺ وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى قائمة على مابقي من قوائمها ، وفي قول الله تعالى (فاذا وجبت جنوبها) دليل على أنها تنحر قائمة ويروى في تفسير قوله تعالى (فاذكروا اسم الله عليها صواف) أي قياما وتجزئه كيفما نحر قال احمد ينحر البدن معقولة على ثلاث قوائم وإن خشي عليها أن تنفر أناخها

(فصل) ويستحب توجيه الذبيحة إلى القبلة ويقول : بسم الله والله أكبر وان قال ماروي عن النبي ﷺ فحسن قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ كان إذا ذبح يقول « بسم الله والله أكبر » وكذلك يقول ابن عمر وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم ذبح يوم العيد كبشين ثم قال حين وجههما

ولنا أن ابن عمر رضي الله عنهما قال : من فاته الرمي حتى تغيب الشمس فلا يرم حتى تزول الشمس من الغد ، وقول النبي ﷺ « ارم ولا حرج » انما كان في النهار لانه سأله في يوم النحر ولا يكون اليوم إلا قبل مغيب الشمس ، وقال مالك يرمي ليلا وعليه دم ، ومرة قال لادم عليه وإذا رمى انصرف ولم يقف لان النبي ﷺ لم يقف عندها

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينحر هديا إن كان معه ، ويحلق أو يقصر من جميع شعره ، وعنه يجزئه بعضه كالمسح)

«وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين * إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين * لاشريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين * بسم الله والله أكبر، اللهم هذا منك ولك عن محمد وأمته» رواه أبو داود وان اقتصر على التسمية ووجه الذبيحة إلى غير القبلة ترك الافضل وأجزأه هذا قول القاسم بن محمد والنخعي والثوري والشافعي وابن المنذر وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان الا كل من الذبيحة توجه لغير القبلة والصحيح أن ذلك غير واجب ولم يقم على وجوبه دليل

(فصل) وقت نحر الاضحية والهدي ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده نص عليه احمد وقال هو عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ ورواه الاثرم عن ابن عمر وابن عباس وبه قال مالك والثوري ويروى عن علي رضي الله عنه أنه قال: أيام النحر يوم الاضحى وثلاثة أيام بعده. وبه قال الحسن وعطاء والاوزاعي والشافعي وابن المنذر. وقال ابن سيرين يوم واحد، وعن سعيد بن جبير وجابر ابن زيد في الامصار يوم واحد وبمنى ثلاثة

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن الا كل من النسك فوق ثلاث وغير جائز ان يكون الذبح مشروعاً في وقت يحرم فيه الا كل ثم نسخ تحريم الا كل وبقي وقت الذبح بحاله ولان اليوم الرابع لايجب فيه الرمي فلم يجز فيه الذبح كالذي بعده فاما الليالي المتخللة لايام النحر فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزيء فيها ذبح الهدي والاضحية لان الله تعالى قال (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام) فذكر الايام دون الليالي وقال غيره من أصحابنا يجوز ليلتي يومي التشريق الاولتين وهو قول أكثر الفقهاء لان هاتين الليلتين داخلتان في مدة الذبح فجاز الذبح فيهما كالايام

(فصل) وإذا نحر الهدي فرقه على المساكين من أهل الحرم وهو من كان في الحرم فان أطلقها لهم جاز كما روى أنس أن النبي ﷺ نحر خمس بدنات ثم قال « من شاء فليقتطع » رواه أبو داود

اذا فرغ من رمي الجمرة يوم النحر لم يقف وانصرف فأول شيء يبدأ به نحر الهدي إن كان معه هدي واجبا كان أو تطوعا ، فان لم يكن معه هدي وعليه هدي واجب اشتراه ، وإن لم يكن عليه واجب فأحب أن يضحي اشترى مايضحي به وينحر الابل ويذبح ماسواها. والمستحب أن يتولى ذلك بيده ويجوز أن يستنيب فيه ، هذا قول مالك وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وذلك لما روى جابر في صفة حج النبي ﷺ انه رمى من بطن الوادي ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغبر منها وأشركه في هديه ، ويستحب توجيه الذبيحة إلى القبلة ويقول بسم الله والله أكبر. قال ابن المنذر ثبت ان رسول الله ﷺ كان إذا ذبح يقول « بسم الله والله أكبر »

(فصل) وإذا نحر الهدي فرقه على مساكين الحرم وهم من كان في الحرم وان أطلقها لهم جاز كما روى أنس رضي الله عنه ان النبي ﷺ نحر خمس بدنات ثم قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود

وان قسمها فهو أحسن وأفضل ولا يعطي الجازر باجرته شيئاً منها لما روي، عن علي رضي الله عنه قال أمرني النبي ﷺ أن أقوم على بدنه وان أقسم بدنه كلها جلودها وجلالها وأن لا أعطي الجازر منها شيئا وقال نحن نعطيه من عندنا متفق على معناه ولانه بقسمها يكون على يقين من افضائها الى مستحقها ويكفي المساكين مؤنة النهب والزحام عليها وإنما لم يعط الجازر باجرته منها لانه ذبحها فعوضه عليه دون المساكين ولان دفع جزء منها عوضاً عن الجزارة كبيعه ولا يجوز بيع شيء منها وإن كان الجازر فقيراً فأعطاه لفقره سوى ما يعطيه أجره جاز لانه مستحق الاخذ منها لفقره لا لأجره فجاز كغيره ويقسم جلودها وجلالها كما جاء في الخبر لانه ساقها لله على تلك الصفة فلا يأخذ شيئا مما جعل لله وقال بعض أصحابنا لا يلزمه إعطاء جلالها لانه إنما أهدى الحيوان دون ماعليه

(فصل) والسنة النحر بمنى لان النبي ﷺ نحر بها ؟ وحيث نحر من الحرم أجزأه لقول رسول الله ﷺ « كل منى منحر وكل فجاج مكة منحر وطريق » رواه أبو داود

(فصل) وليس من شرط الهدي أن يجمع فيه بين الحل والحرم ولا أن يقفه بعرفة لكن يستحب ذلك روي هذا عن ابن عباس وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكان ابن عمر لا يرى الهدي الا ماعرف به ونحوه عن سعيد بن جبير وقال مالك أحب للقارن أن يسوق هديه من حيث يحرم فان ابتاعه من دون ذلك مما يلي مكة بعد أن يقفه بعرفة جاز وقال في هدي المجامع ان لم يكن ساقه فليشتره من مكة ثم ليخرجه الى الحل وليسقه إلى مكة

ولنا أن المراد من الهدي نحره ونفع المساكين بلحمه بهذا لا يقف على شي مما ذكروه ولم يرد بما قالوه دليل يوجبه فبقي على أصله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويحلق أو يقصر)

وجملة ذلك أنه إذا نحر هديه فانه يحلق رأسه أو يقصر منه لان النبي ﷺ حلق رأسه فروى أنس أن رسول الله ﷺ رمى جمرة العقبة يوم النحر ثم رجع إلى منزله بمنى فدعا فذبح ثم دعا

وان قسمها فهو أحسن وأفضل لانه بقسمها يتيقن ايصالها إلى مستحقها ويكفي المساكين تعب النهب والزحام ويقسم جلودها وجلالها لما روى علي رضي الله عنه قال : أمرني النبي ﷺ ان أقوم على بدنه وأن أقسم بدنه كلها جلودها وجلالها وأن لا نعطي الجازر منها شيئا وقال نحن نعطيه من عندنا ، وإنما لزمه قسم جلالها للخبر ولانه ساقها لله على تلك الصفة فلا يأخذ شيئا مما جعله لله تعالى . وقال بعض أصحابنا لا يلزمه اعطاء جلالها لانه انما أهدى الحيوان دون ماعليه

والسنة النحر بمنى لان النبي ﷺ نحر بها ، وحيث نحر من الحرم أجزأه لقول رسول الله ﷺ « كل منى منحر ، وكل فجاج مكة منحر وطريق » رواه أبو داود

(فصل) يلزمه الحلق أو التقصير من جميع شعره وكذلك المرأة وبه قال مالك وعنه يجزئه بعضه

بالحلاق فأخذ بشق رأسه الايمن فحلقه فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين ثم أخذ بشق رأسه الايسر فحلقه ثم قال «ههنا أبو طلحة ؟ » فدفعه الى أبي طلحة رواه أبو داود، والسنة أن يبدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر لهذا الخبر ولان النبي ﷺ كان يعجبه التيامن في شأنه كله فان لم يفعل أجزأه لانعلم فيه خلافا وهو مخير بين الحلق والتقصير أيهما فعل أجزأ في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن التقصير يجزىء يعني في حق من لم يوجد منه معنى يقتضي وجوب الحلق عليه إلا أنه يروى عن الحسن أنه كان يوجب الحلق في أول حجة حجها ولا يصح هذا لان الله تعالى

كالمسح كذلك قال ابن حامد ، وقال الشافعي يجزئه التقصير من ثلاث شعرات .وقال ابن المنذر يجزئه ما يقع عليه اسم التقصير لتناول اللفظ له

ولنا قوله تعالى (محلقين رءوسكم) وهذا عام في جميعه، ولان النبي ﷺ حلق جميع رأسه تفسيراً لمطلق الامر به فيجب الرجوع اليه ، فان كان الشعر مضفوراً قصر من رءوس ضفائره كذلك . قال مالك تقصر المرأة من جميع قرونها ولا يجب التقصير من كل شعره لان ذلك لا يعلم الا بحلقه وأي قدر قصر منه أجزأ لان الامر مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم . قال أحمد : يقصر قدر الانملة وهو قول ابن عمر والشافعي وهو محمول على الاستحباب . وبأي شيء قصر الشعر أجزأه وكذلك ان نتفه أو أزاله بنورة لان القصد ازالته ولكن السنة الحلق أو التقصير لان النبي ﷺ حلق رأسه فروى أنس ان النبي ﷺ رمى جمرة العقبة يوم النحر ثم رجع الى منزله بمنى فدعا بذبح فذبح ثم دعا بالحلاق فأخذ شق رأسه الايمن فحلقه فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين ثم شق رأسه الايسر فحلقه ثم قال «ههنا أبو طلحة ؟ » فدفعه الى أبي طلحة . رواه أبو داود . والسنة أن يبدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر لهذا الخبر فان لم يفعل أجزأه لا نعلم فيه خلافا ويستقبل القبلة لان خير المجالس ما استقبل به القبلة ويكبر وقت الحلق لانه نسك ويكون ذلك بعد النحر

(فصل) وهو مخير بين الحلق والتقصير في قول الجمهور وقال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن التقصير يجزي يعنى في حق من لم يوجد منه معنى يقتضي وجوب الحلق عليه الا أنه يروى عن الحسن انه كان يوجب الحلق في الحجة الاولى ولا يصح هـذا لان الله تعالى قال (محلقين رءوسكم ومقصرين) ولم يفرق والنبي ﷺ قال «رحم الله المحلقين والمقصرين» وقد كان معه من قصر فلم ينكر عليه والحلق أفضل لان النبي ﷺ فعله وقال «رحم الله المحلقين» قالوا يارسول الله والمقصرين قال «رحم الله المحلقين» قالوا والمقصرين يارسول الله قال « رحم الله المحلقين والمقصرين » رواه مسلم فأما من لبد أو عقص أو ضفر فقال أحمد من فعل ذلك فيحلق وهو قول النخعي ومالك والشافعي وإسحق وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول من لبد أو قصر أو عقد أو فتل أو عقص فهو على مانوى ان نوى الحلق فليحلق والا فلا يلزمه وقال اصحاب الرأي وهو مخير على كل حال لان ماذكرناه يقتضي

قال (محلقين رءوسكم ومقصرين) ولم يفرق النبي ﷺ قال « رحم الله المحلقين والمقصرين » وقد كان مع النبي ﷺ من قصر فلم يعب عليه ولو لم يكن مجزيا لانكر عليه والحلق أفضل لان النبي ﷺ قال « رحم الله المحلقين » قالوا يارسول الله والمقصرين ؟ قال « رحم الله المحلقين » قالوا والمقصرين يارسول الله ؟ قال « رحم الله المحلقين والمقصرين » رواه مسلم ولان النبي ﷺ حلق. واختلف أهل العلم فيمن لبد ، أو عقص ، أو ضفر . فقال احمد من فعل ذلك فليحلق وهو قول النخعي ومالك والشافعي واسحاق وكان ابن عباس يقول : من لبد ، أو ضفر ، أو عقد ، أو فتل ، أو عقص ، فهو على

التخيير على العموم ولم يثبت في خلاف ذلك دليل ووجه القول الاول ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « من لبد فليحلق » وثبت عن عمر وابنه انهما أمرا من لبد رأسه أن يحلقه والنبي ﷺ لبد رأسه وحلق والصحيح أنه مخير الا أن يثبت الخبر ، وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عباس وفعل النبي ﷺ لايدل على وجوبه بعد ماتبين جواز الامرين والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (والمرأة تقصر من شعرها قدر الأنملة والأنملة رأس الاصبع من المفصل الأعلى والمشروع للمرأة التقصير دون الحلق بغير خلاف)

قال ابن المنذر اجمع على هذا أهل العلم لان الحلق في حقهن مثلة وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ليس على النساء حلق انما على النساء التقصير » رواه أبو داود ، وعن علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن تحلق المرأة رأسها رواه الترمذي وكان احمد يقول تقصر من كل قرن قدر الأنملة وهوقول ابن عمر والشافعي واسحق وأبي ثور وقال ابو داود سمعت احمد سئل عن المرأة تقصر من كل رأسها قال نعم تجمع شعرها الى مقدم رأسها ثم تأخذ من اطراف شعرها قدر الأنملة والرجل الذي يقصر كالمرأة في ذلك وقد ذكرنا فيه خلافا

(فصل) والاصلع الذي ليس على رأسه شعر يستحب أن يمر الموسى على رأسه روي ذلك عن ابن عمر وبه قال مسروق وسعيد بن جبير والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وليس بواجب وقال أبو حنيفة يجب لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه مااستطعتم » وهذا لوكان ذا شعر وجب عليه ازالته وإمرار الموسى على رأسه فاذا سقط أحدهما لتعذره بقي الآخر ولنا أن الحلق محله الشعر فسقط بعدمه كما سقط وجوب غسل العضو في الوضوء بفقده ولانه امرار لو فعله في الاحرام لم يجب به دم فلم يجب عند التحلل كامراره على الشعر من غير حلق

(فصل) ويستحب تقليم أظفاره والاخذ من شاربه قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ لما حلق رأسه قلم أظفاره وكان ابن عمر يأخذ من شاربه وأظفاره وكان عطاء وطاوس والشافعي يحبون لو أخذ من لحيته شيئا ويستحب اذا حلق أن يبلغ العظم الذي عند منقطع الصدغ من الوجه كان ابن عمر يقول للحالق أبلغ العظمين افصل الرأس من اللحية وكان عطاء يقول من السنة اذا حلق أن يبلغ العظمين

مانوى ، يعني إن نوى الحلق فليحلق وإلا فلا يلزمه وقال أصحاب الرأي هو مخير على كل حال لان ماذكرناه يقتضي التخيير على العموم ولم يثبت في خلاف ذلك دليل واحتج من نصر القول الاول بانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من لبد فليحلق » وثبت عن عمر وابنه أنهما أمرا من لبد رأسه أن يحلقه ، وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم لبد رأسه وأنه حلقه والصحيح أنه مخير إلا أن يثبت الخبر عن النبي ﷺ وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عباس وفعل النبي ﷺ له لايدل على وجوبه بعد مابين لهم جواز الامرين

(فصل) والحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة في ظاهر مذهب احمد وقول الخرقي وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وعن احمد أنه ليس بنسك وإنما هو إطلاق من محظور كان محرما عليه بالاحرام فأطلق فيه عند الحل كاللباس والطيب وسائر محظورات الاحرام فعلى هذه الرواية لاشيء

﴿ مسئلة ﴾ (ثم قد حل له كل شيء الا النساء وعنه الا الوطء في الفرج)

وجملته أن المحرم اذا رمى جمرة العقبة ثم حلق أو قصر حل له كل ما كان محرّماً بالاحرام الا النساء هذا الصحيح من المذهب نص عليه احمد في رواية جماعة فيبقى ما كان محرّما عليه من النساء من الوطء والقبلة واللمس بشهوة وعقد النكاح ويحل له ماسوى ذلك هذا قول ابن الزبير وعائشة وعلقمة وسالم والنخعي وعبد الله بن الحسن وخارجة بن زيد والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس ، وعن احمد أنه يحل له كل شيء الا الوطء في الفرج لانه أغلظ المحرمات ويفسد النسك بخلاف غيره وقال عمر رضي الله عنه يحل له كل شيء إلا النساء والطيب وروي ذلك عن ابنه وعروة بن الزبير وغيرهما لانه من دواعي الوطء أشبه القبلة ، وعن عروة أنه لايلبس القميص ولا العمامة ولا يتطيب وروي في ذلك عن النبي ﷺ حديث ، ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال « إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء الا النساء » رواه سعيد وقالت عائشة: طيبت رسول الله ﷺ لحرمه حين أحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت . متفق عليه وعن سالم عن أبيه قال قال عمر بن الخطاب اذا رميتم الجمرة بسبع حصيات وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء الا الطيب فقالت عائشة أنا طيبت رسول الله ﷺ فسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع رواه سعيد عن ابن عباس أنه قال إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء فقال له رجل والطيب فقال أما أنا فقد رأيت رسول الله ﷺ يضمخ رأسه بالمسك أفطيب هوذاك أم لا ؟ رواه ابن ماجه وقال مالك لايحل له النساء ولا الطيب ولا قتل الصيد لقوله سبحانه (لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم) وهذا حرام وقد ذكرنا مايرد هذا القول ويمنع أنه محرم وانما بقي بعض أحكام الاحرام

﴿ مسئلة ﴾ (والحلق والتقصير نسك ان أخره عن أيام منى فهل يلزمه دم ؟ على روايتين وعنه أنه اطلاق من محظور لاشيء في تركه ويحصل التحلل بالرمي وحده)

على تاركه ويحصل الحل بدونه ، ووجهها أن النبي ﷺ أمر بالحل من العمرة قبله فروى أبو موسى قال قدمت على رسول الله ﷺ فقال لي « بم أهللت؟ » قلت لبيك باهلال كاهلال رسول الله ﷺ قال « أحسنت » فأمرني فطفت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم قال لي « أحل » متفق عليه وعن جابر أن النبي ﷺ لما سعى بين الصفا والمروة قال « من كان معه هدي فليحل وليجعلها عمرة » رواه مسلم . وعن سراقة أن النبي ﷺ قال « إذا قدمتم فمن تطوّف بالبيت وبين الصفا والمروة فقد حل الا من كان معه هدي » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في المترجم ولان ما كان محرماً في الاحرام اذا أبيح كان إطلاقا من محظور كسائر محرماته ، والرواية الاولى أصح فان النبي ﷺ أمر به فروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحلل » وعن جابر أن النبي ﷺ قال « أحلوا إحرامكم بطواف بالبيت والمروة ، وقصروا » وأمره يقتضي الوجوب ولان الله تعالى وصفهم به بقوله سبحانه (محلقين رءوسكم ومقصرين) ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به كاللبس وقتل الصيد ولان النبي ﷺ ترحم على المحلقين ثلاثا وعلى المقصرين مرة ولو لم يكن من المناسك لما دخله التفضيل كالمباحات ولان النبي ﷺ وأصحابه فعلوه في جميع حجهم وعمرهم ولم يخلوا به ولو لم يكن نسكا لما داوموا عليه بل لم يفعلوه لانه لم يكن من عادتهم فيفعلوه عادة ولا فيه فضل فيفعلوه لفضله وأما أمره بالحل فانما معناه ــ والله أعلم ــ الحل بفعله لان

الحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة في ظاهر المذهب وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وعن احمد أنه ليس بنسك وانما هو اطلاق من محظور كان محرما عليه بالاحرام فأطلق فيه بالحل كاللباس وسائر محظورات الاحرام فعلى هـذه الرواية لاشيء على تاركه ويحصل التحلل بدونه ووجهها أن النبي ﷺ أمر بالحل من العمرة قبله فروى أبو موسى رضي الله عنه قال : قدمت على النبي ﷺ فقال « بم أهللت ؟ » قلت لبيك باهلال كاهلال رسول الله ﷺ ، فقال « أحسنت » وأمرني فطفت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم قال لي « أحل » متفق عليه ، وعن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما سعى بين الصفا والمروة قال « من كان منكم ليس معه هدي فليحل وليجعلها عمرة » رواه مسلم ، ولان ما كان محرما في الاحرام اذا أبيح كان اطلاقا من محظور كسائر محرماته والرواية الاولى أصح فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ، فروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل » وعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أحلوا من احرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة وقصروا » وأمره يقتضي الوجوب ، ولان الله تعالى وصفهم بقوله (محلقين رءوسكم ومقصرين) ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به كاللبس وقتل الصيد ، ولان النبي ﷺ ترحم على المحلقين ثلاثاً وعلى المقصرين مرة ، ولو لم يكن من المناسك لما دخله التفضيل كالمباحات ، ولان النبي صلى الله

ذلك كان مشهوراً عندهم فاستغني عن ذكره ولا يمتنع الحل من العبادة بما كان محرما فيها كالسلام من الصلاة

(فصل) ويجوز تأخير الحلق والتقصير الى آخر أيام النحر لانه اذا جاز تأخير النحر المقدم عليه فتأخيره أولى فان أخره عن ذلك ففيه روايتان (احداهما) لا دم عليه وبه قال عطاء وأبو يوسف وأبو ثور ويشبه مذهب الشافعي لان الله تعالى بين أول وقته بقوله (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) ولم يتبين آخره فمتى أتى به أجزأه كطواف الزيارة والسعي ولانه نسك أجزأه[1] الى وقت جواز فعله فأشبه السعي وعن احمد عليه دم بتأخيره وهو مذهب أبي حنيفة لانه نسك أخره عن محله ومن ترك نسكا فعليه دم ولا فرق في التأخير بين القليل والكثير والعامد والساهي. وقال مالك والثوري واسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن: من تركه حتى حل فعليه دم لانه نسك فيأتي به في احرام الحج كسائر مناسكه ولنا ما تقدم

[1] كذا في الاصل ولعله أخره

(فصل) والاصلع الذي لاشعر على رأسه يستحب أن يمر الموسى على رأسه روي ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مسروق وسعيد بن جبير والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن

عليه وسلم وأصحابه فعلوه في جميع حجهم وعمرهم لم يخلوا به ، ولو لم يكن نسكا لما داوموا عليه بل لم يفعلوه إلا نادراً لانه لم يكن من عادتهم فيفعلوه عادة ولا فيه فضل فيفعلوه لفضله ، فأما أمره بالحل فانما معناه ـ والله أعلم ـ الحل بفعله لان ذلك كان مشهوراً عندهم فاستغنى عن ذكره ولا يمنع الحل من العبادة بما كان محرما فيها كالسلام في الصلاة

(فصل) فاذا قلنا إنه نسك جاز تأخيره إلى آخر أيام النحر لانه اذا جاز تأخير النحر المقدم عليه فتأخيره أولى ، فان أخره عن ذلك فلا دم عليه في احدى الروايتين لان الله تعالى بين أول وقته ولم يبين آخره فمتى أتى به أجزأ كالطواف للزيارة والسعي (والثانية) عليه دم لانه نسك أخره عن محله ومن ترك نسكا فعليه دم ولا فرق في التأخير بين القليل والكثير والعامد والساهي . وقال مالك والثوري واسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن تركه حتى حل فعليه دم لانه نسك فوجب أن يأتي به قبل الحل كسائر مناسكه . ولنا ما تقدم وهل يحل قبله؟ فيه روايتان (احداهما) أن التحلل انما يحصل بالحلق والرمي معا وهو ظاهر كلام الخرقي وقول الشافعي وأصحاب الرأي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وترتيب الحل عليهما دليل على حصوله بهما ، ولانهما نسكان يتعقبهما الحل فكان حاصلا بهما كالطواف والسعي في العمرة

(والثانية) يحصل التحلل بالرمي وحده وهذا قول عطاء ومالك وأبي ثور قال شيخنا وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لقوله في حديث أم سلمة « اذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وكذلك قال ابن عباس قال بعض أصحابنا هذا ينبني على الخلاف في الحلق إن قلنا هو نسك حصل

المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الاصلع يمر الموسى على رأسه وليس ذلك واجبا . وقال أبو حنيفة يجب لان النبي ﷺ قال « اذا أمرتكم بامر فأتوا منه ما استطعتم » فهذا لو كان ذا شعر وجب عليه ازالته وامرار الموسى على رأسه فاذا سقط أحدهما لتعذره وجب الآخر

ولنا أن الحلق محله الشعر فسقط بعدمه كما يسقط وجوب غسل العضو في الوضوء بفقده ولانه امرار لو فعله في الاحرام لم يجب به دم فلم يجب عند التحلل كامراره على الشعر من غير حلق

(فصل) ويستحب لمن حلق أو قصر تقليم أظافره والاخذ من شاربه لان النبي ﷺ فعله. قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ لما حلق رأسه قلم أظفاره وكان ابن عمر يأخذ من شاربه وأظفاره وكان عطاء وطاوس والشافعي يحبون لو أخذ من لحيته شيئا . ويستحب اذا حلق أن يبلغ العظم الذي عند منقطع الصدغ من الوجه كان ابن عمر يقول للحالق أبلغ العظمين، افصل الرأس من اللحية وكان عطاء يقول من السنة اذا حلق رأسه أن يبلغ العظمين

الحل والا حصل بالرمي وحده وهو الذي ذكره شيخنا في كتابه المشروح

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قدم الحلق على الرمي والنحر جاهلا أو ناسيا فلا شيء عليه ، وإن كان عالما فهل يلزمه دم ؟ على روايتين)

السنة في يوم النحر أن يرمي ثم ينحر ثم يحلق ثم يطوف ترتيبها هكذا لان النبي ﷺ رتبها كذلك. فروى أنس أن النبي ﷺ رمى ثم نحر ثم حلق . رواه أبو داود ، فان أخل بترتيبها ناسيا أو جاهلا فلا شيء عليه هذا قول الحسن وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير وعطاء والشافعي واسحاق وأبي ثور وداود ومحمد بن جرير الطبري ، وقال أبو حنيفة ان قدم الحلق على الرمي أو على النحر فعليه دم ، فان كان قارنا فعليه دمان، وقال زفر عليه ثلاثة دماء لانه لم يوجد التحلل الاول أشبه مالو حلق قبل يوم النحر.

ولنا مارو ى عبد الله بن عمرو قال : قال رجل يارسول الله حلقت قبل أن أذبح ، قال « اذبح ولا حرج » فقال آخر ذبحت قبل أن أرمي ، قال « ارم ولا حرج » متفق عليه ، وفي لفظ قال فجاء رجل فقال يارسول الله : لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح وذكر الحديث قال فما سمعته يسئل يومئذ عن أمر مما ينسى المرء أو يجهل من تقديم بعض الامور على بعض وأشباهها الا قال « افعلوا ولا حرج » رواه مسلم ، وعن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قيل له يوم النحر وهو بمنى في النحر والحلق والرمي والتقديم والتأخير متفق عليه ، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عيسى بن طلحة عن عبد الله ابن عمرو وفيه فحلقت قبل أن أرمي، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع ، فأما إن فعله عامداً عالما مخالفة للسنة فانه لا دم عليه في (احدى الروايتين) وهو قول عطاء واسحاق لاطلاق حديث ابن عباس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم قد حل له كل شيء الا النساء)

وجملة ذلك أن المحرم اذا رمى جمرة العقبة ثم حلق حل له كل ما كان محظوراً بالاحرام الا النساء هذا الصحيح من مذهب احمد رحمه الله نص عليه في رواية جماعة فيبقى ما كان محرما عليه من النساء من الوطء والقبلة واللمس لشهوة وعقد النكاح ويحل له ماسواه . هذا قول ابن الزبير وعائشة وعلقمه وسالم وطاوس والنخعي وعبد الله بن الحسين وخارجة بن زيد والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . وروي أيضاً عن ابن عباس وعن أحمد أنه يحل له كل شيء الا الوطء في الفرج لانه أغلظ المحرمات ويفسد النسك بخلاف غيره وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحل له كل شيء الا النساء والطيب وروي ذلك عن ابن عمر وعروة بن الزبير وعباد بن عبد الله بن الزبير لانه من دواعي الوطء فأشبه القبلة . وعن عروة أنه لايلبس القميص ولا العمامة ولايتطيب وروى في ذلك عن النبي ﷺ حديثا

ولنا ماروت عائشة أن النبي ﷺ قال « اذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء الا النساء » رواه سعيد .وفي لفظ «اذا رمى أحدكم جمرة العقبه وحلق رأسه فقد حل له كل شيء الا النساء» رواه سعيد وفي لفظ «اذا رمى أحدكم جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء

وكذلك حديث عبد الله بن عمرو من رواية سفيان بن عيينة

(والثانية) عليه دم روي نحو ذلك عن سعيد بن جبير وجابر بن زيد وقتادة والنخعي لان الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) ولان النبي ﷺ رتب وقال « خذوا عني مناسككم » والحديث المطلق قد جاء مقيداً فيحمل المطلق على المقيد ، قال الاثرم سمعت أباعبدالله يسئل عن رجل حلق قبل أن يذبح فقال: ان كان جاهلا فليس عليه دم فأما مع التعمد فلا لان النبي ﷺ سأله رجل فقال لم أشعر ، قيل لابي عبد الله سفيان بن عيينة لايقول لم أشعر فقال نعم ولكن مالكا والناس عن الزهري لم أشعر وهو في الحديث ، وقال مالك ان قدم الحلق على الرمي فعليه دم وان قدمه على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه لانه بالاجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلل الاول ولا يحصل الا برمي الجرة ، فأما النحر قبل الرمي فجائز لان الهدي قد بلغ محله

ولنا الحديث فانه لم يفرق بينهما فان النبي ﷺ قيل له في الحلق والنحر والتقديم والتأخير فقال « لاحرج » ولا نعلم خلافا بينهم في أن مخالفة الترتيب لاتخرج هذه الافعال عن الاجزاء ولا يمنع وقوعها موقعها ، وانما اختلفوا في وجوب الدم على ماذكرنا

(فصل) فان قدم الافاضة على الرمي اجزأ طوافه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لاتجزئه الافاضة فليرم ثم لينحر ثم ليقصر ، وكان ابن عمر يقول فيمن أفاض قبل أن يحلق يرجع فيحلق أو يقصر ثم يفيض

الا النساء » رواه الاثرم وأبو داود الا أن أبا داود قال هو ضعيف رواه الحجاج عن الزهري ولم يلقه والذي أخرجه سعيد رواه الحجاج عن أبي بكر بن محمد عن عمرة عن عائشة قالت عائشة طيبت رسول الله ﷺ لحرمه حين أحرم، ولحله قبل أن يطوف بالبيت متفق عليه وعن سالم عن أبيه قال قال عمر بن الخطاب : اذا رميتم الجمرة وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء الا الطيب والنساء فقالت عائشة رضي الله عنها أنا طيبت رسول الله ﷺ فسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع رواه سعيد .وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم النحر «ان هذا يوم رخص لكم اذا رميتم أن تحلوا» يعني من كل ماحرمتم منه الا النساء رواه أبوداود . وعن عبدالله بنعباس أنه قال: اذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء الا النساء فقال له رجل والطيب قال : أما أنا فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يضمخ رأسه بالمسك أفطيب ذلك أم لا ؟ رواه ابن ماجه وقال مالك لايحل له النساء ولا الطيب ولا قتل الصيد لقول الله تعالى (ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وهذا حرام وقد ذكرنا ما يرد هذا القول ويمنع أنه محرم وانما بقي بعض أحكام الاحرام

(فصل) ظاهر كلام الخرقي هاهنا أن الحل انما يحصل بالرمي والحلق معا وهو إحدى الروايتين عن أحمد وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لقول النبي ﷺ «إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء الا النساء » وترتيب الحل عليهما دليل على حصوله بهما ولانهما نسكان يتعقبهما الحل فكان حاصلا بهما كالطواف والسعي في العمرة ، وعن احمد اذا رمى الجمرة فقد حل واذا وطيء بعد جمرة العقبة فعليه دم ولم يذكر الحلق، وهذا يدل على أن الحل بدون الحلق. وهذا قول عطاء ومالك وأبي ثور وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله في حديث أم سلمة « اذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل

ولنا ماروى عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له رجل أفضت قبل أن أرم ، قال« ارم ولا حرج » وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قدم شيئا قبل شيء فلا حرج » رواهما سعيد في سننه ، وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه آخر فقال اني أفضت الى البيت قبل أن أرمي ، فقال « ارم ولا حرج » فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء قدم ولا أخر الا قال « افعل ولا حرج » رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، ولانه أتى بالرمي في وقته فاجزأه كما لو رتب ، ومقتضى كلام أصحابنا أنه يحصل له بالافاضة قبل الرمي التحلل الاول كمن رمى ولم يفض ، فعلى هذا لو واقع أهله قبل الرمي بعد الافاضة فعليه دم ولا يفسد حجه ، وكذلك قال الاوزاعي فان رجع الى أهله ولم يرم فعليه دم لترك الرمي وحجه صحيح فان ابن عباس قال : من نسي أو ترك شيئا من نسكه فليهرق لذلك دما

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخطب الامام خطبة يعلمهم فيها النحر والافاضة والرمي)

يستحب أن يخطب الامام بمنى يوم النحر خطبة يعلمهم فيها النحر والافاضة والرمي نص عليه

شيء إلا النساء » وكذلك قال ابن عباس . قال بعض أصحابنا هذا ينبى على الخلاف في الحلق هل هو نسك أولا ؟ فان قلنا نسك حصل الحل به وإلا فلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة تقصر من شعرها مقدار الانملة)

الانملة رأس الاصبع من المفصل الاعلى والمشروع لمرأة التقصير دون الحلق لاخلاف في ذلك قال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم وذلك لان الحلق في حقهن مثلة ، وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير » رواه أبو داود ، وعن علي قال نهى رسول الله ﷺ أن تحلق المرأة رأسها رواه الترمذي وكان أحمد يقول تقصر من كل قرن قدر الانملة ، وهو قول ابن عمر والشافعي واسحاق وأبي ثور وقال أبو داود سمعت أحمد سئل عن المرأة تقصر من كل رأسها قال نعم تجمع شعرها الى مقدم رأسها ثم تأخذ من أطراف شعرها قدر أنملة والرجل الذي يقصر في ذلك كالمرأة ، وقد ذكرنا في ذلك خلافا فيما مضى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم يزور البيت فيطوف به سبعا وهو الطواف الواجب الذي به تمام الحج ، ثم يصلي ركعتين ان كان مفرداً أو قارنا)

أحمد وهو مذهب الشافعي وابن المنذر ، وذكر بعض أصحابنا أنه لايخطب يومئذ وهو مذهب مالك لانها تسن في اليوم الذي قبله فلا تسن فيه

ولنا ماروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر يعني بمنى . أخرجه البخاري ، وعن رافع بن عمرو المزني قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب الناس بمنى حين ارتفع الضحى على بغلة شهباء وعلي يعبر عنه والناس بين قائم وقاعد ، وقال أبو أمامة رضي الله عنه سمعت خطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى يوم النحر ، وقال عبد الرحمن بن معاذ خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن بمنى ففتحت أسماعنا حتى كنا نسمع ونحن في منازلنا فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار . رواهن أبو داود غير حديث ابن عباس ، ولانه يوم تكثر فيه أفعال الحج ويحتاج الى تعليم الناس أحكام ذلك فاحتيج الى الخطبة من أجله يوم عرفة

(فصل) يوم الحج الاكبر يوم النحر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر « هذا يوم الحج الاكبر » رواه البخاري وسمي بذلك لكثرة أفعال الحج فيه من الوقوف بالمشعر والدفع منه الى منى والرمي والنحر والحلق وطواف الافاضة والرجوع الى منى ليبيت بها وليس في غيره مثله وهو مع ذلك يوم عيد ويوم يحل فيه من أفعال الحج

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يفيض الى مكة ويطوف للزيارة ، ويعينه بالنية وهو الطواف الواجب الذي به تمام الحج)

وجملة ذلك أنه اذا رمي ونحر وحلق وأفاض الى مكة طاف طواف الزيارة لانه يأتي من منى فيزور البيت ولا يقيم بمكة بل يرجع الى منى ويسمى طواف الافاضة لانه يأتي به عند إفاضته من منى الى مكة وهو ركن للحج لا يتم الا به لا نعلم فيه خلافا ولان الله عز وجل قال (وليطوّفوا بالبيت العتيق) قال ابن عبد البر هو من فرائض الحج لا خلاف في ذلك بين العلماء ، وفيه عند جميعهم قال الله تعالى (وليطوّفوا بالبيت العتيق) وعن عائشة قالت حججنا مع النبي ﷺ فافضنا يوم النحر فحاضت صفية فأراد النبي ﷺ منها مايريد الرجل من أهله فقلت يارسول الله إنها حائض قال أحابستنا هي؟ قالوا يارسول الله انها قد أفاضت يوم النحر قال «اخرجوا» متفق عليه فدل على أن هذا الطواف لابد منه وأنه حابس لمن لم يأت به ولان الحج أحد النسكين فكان الطواف ركنا كالعمرة

(فصل) ولهذا الطواف وقتان وقت فضيلة ووقت اجزاء فاما وقت الفضيلة فيوم النحر بعد الرمي والنحر والحلق لقول جابر في صفة حج النبي ﷺ يوم النحر فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر، وفي حديث عائشة الذي ذكرت فيه حيض صفية قالت فافضنا يوم النحر وقال ابن عمر أفاض النبي ﷺ

وجملة ذلك أنه اذا رمى ونحر وحلق أفاض الى مكة يوم النحر فطاف طواف الزيارة وسمي بذلك لانه يأتي من منى فيزور البيت ، ولا يقيم بمكة بل يرجع الى منى ويسمى طواف الافاضة لكونه يأتي به عند افاضته من منى الى مكة ، وصفة هذا الطواف كصفة طواف القدوم الا أنه ينوي به طواف الزيارة ويعينه بالنية ولا رمل فيه ولا اضطباع لقول ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرمل في السبع الذي أفاض فيه ، والنية شرط في هذا الطواف . هذا قول اسحاق وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر ، وقال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي : يجزئه وان لم ينو الفرض الذي عليه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امريء مانوى » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سماه صلاة والصلاة لاتصح الا بنية اتفاقا ، وهذا الطواف ركن للحج لايتم الا به بغير خلاف علمناه . قال ابن عبد البر هو من فرائض الحج لاخلاف في ذلك بين العلماء ، قال الله تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) وعن عائشة قالت : حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفضنا يوم النحر فحاضت صفية فاراد النبي ﷺ منها مايريد الرجل من أهله فقلت يارسول الله إنها حائض فقال « أحابستنا هي ؟ » قالوا يارسول الله انها قد أفاضت يوم النحر قال « اخرجوا » متفق عليه فدل على أن هذا الطواف لابد منه وانه حابس لمن لم يأت به

﴿ مسئلة ﴾ (وأول وقته بعد نصف الليل من ليلة النحر والافضل فعله يوم النحر فان أخره عنه وعن أيام منى جاز)

لهذا الطواف وقتان وقت فضيلة ووقت اجزاء فاما وقت الفضيلة فيوم النحر بعد الرمي والنحر

يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر متفق عليهما فان أخره الى الليل فلا بأس فان ابن عباس وعائشة رويا أن النبي ﷺ أخر طواف الزيارة الى الليل رواهما أبو داود والترمذي ، وقال في كل واحد منهما حديث حسن ، وأما وقت الجواز فاوله من نصف الليل من ليلة النحر ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة أوله طلوع الفجر من يوم النحر وآخره آخر أيام النحر ، وهذا مبني على أول وقت الرمي وقد مضى الكلام فيه ، وأما آخر وقته فاحتج بانه نسك يفعل في الحج فكان آخره محدوداً كالوقوف والرمي والصحيح أن آخر وقته غير محدود فانه متى أتى به صح بغير خلاف وانما الخلاف في وجوب الدم فيقول إنه طاف فيما بعد أيام النحر طوافا صحيحاً فلم يلزمه دم كما لو طاف أيام النحر فاما الوقوف والرمي فانهما لما كانا موقتين كان لهما وقت يفوتان بفواته وليس كذلك الطواف فانه متى أتى به صح

(فصل) وصفة هذا الطواف كصفة طواف القدوم سوى أنه ينوي به طواف الزيارة ويعينه بالنية ولا رمل فيه ولا اضطباع قال ابن عباس إن النبي ﷺ لم يرمل في السبع الذي أفاض فيه والنية شرط في هذا الطواف وهذا قول اسحاق وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر وقال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجزئه وان لم ينو الفرض الذي عليه

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الاعمال بالنيات وانما لكل امريء ما نوى » ولان النبي ﷺ سماه صلاة والصلاة لا تصح الا بالنيات اتفاقا

والحلق لقول جابر رضي الله عنه في صفة حج النبي ﷺ يوم النحر: فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر. وقد ذكرنا حديث عائشة قالت فافضنا يوم النحر وقال ابن عمر أفاض رسول الله ﷺ يوم النحر متفق عليهما ، وإن أخره إلى الليل فلا بأس فان ابن عباس وعائشة رويا أن النبي ﷺ أخر طواف الزيارة إلى الليل رواهما أبو داود والترمذي وأما وقت الجواز فأوله من نصف الليل من ليلة النحر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة أوله طلوع الفجر يوم النحر وآخره آخر أيام النحر وهذا مبني على أول وقت الرمي وقد مضى الكلام فيه، واحتج على آخر وقته بأنه نسك يفعل في الحج فكان آخره محدوداً كالوقوف والرمي والصحيح أن آخر وقته غير محدود لانه متى أتى به صح بغير خلاف وإنما الخلاف في وجوب الدم فنقول طاف فيما بعد أيام النحر طوافا صحيحاً فلم يلزمه دم كما لو طاف في أيام النحر وأما الوقوف والرمي فانهما لماكانا موقتين كان لهما وقت يفوتان بفواته وليس كذلك الطواف فانه متى أتى به صح

﴿ مسألة ﴾ ثم يسعى بين الصفا والمروة إن كان متمتعا أو لم يكن سعى مع طواف القدوم وان كان قد سعى لم يسع لان السعي الذي سعاه المتمتع إنما كان للعمرة فيشرع له أن يسعى للحج ، وإن كان المفرد والقارن لم يسعيا مع طواف القدوم سعيا بعد طواف الزيارة لان السعي لا يكون إلا بعد الطواف لكون النبي ﷺ إنما سعى بعد الطواف وقال « خذوا عني مناسككم » وإن كان قد سعى مع طواف

﴿مسئلة﴾ قال (ثم قد حل من كل شيء)

يعني اذا طاف للزيارة بعد الرمي والنحر والحلق حل له كل شيء حرمه الاحرام، وقد ذكرنا أنه لم يكن بقي عليه من المحظورات سوى النساء فبهذا الطواف حل له النساء. قال ابن عمر لم يحل النبي ﷺ من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرمه، وعن عائشة مثله متفق عليهما ولا نعلم خلافا في حصول الحل بطواف الزيارة على الترتيب الذي ذكر الخرقي وأنه كان قد سعى مع طواف القدوم وان لم يكن سعى لم يحل حتى يسعى ان قلنا ان السعي ركن وان قلنا هو سنة فهل يحل قبله على وجهين (أحدهما) يحل لانه لم يبق عليه شيء من واجباته (والثاني) لايحل لانه من أفعال الحج فيأتي به في احرام الحج كالسعي في العمرة فانما خص الخرقي المفرد والقارن بهذا لكونهما سعيا مع طواف القدوم والمتمتع لم يسع

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان متمتعاً فيطوف بالبيت سبعاً وبالصفا والمروة سبعا كما فعل بالعمرة ثم يعود فيطوف طوافا ينوي به الزيارة وهو قوله عز وجل (وليطوفوا بالبيت العتيق)

فأما الطواف الاول الذي ذكره الخرقي هاهنا فهو طواف القدوم لان المتمتع لم يأت به قبل ذلك والطواف الذي طافه في العمرة كان طوافها ونص احمد على أنه مسنون للمتمتع في رواية الاثرم قال قلت لابي عبد الله رحمه الله فاذا رجع أعني المتمتع كم يطوف ويسعى؟ قال يطوف ويسعى لحجه

القدوم لم يسع فانه لايستحب التطوع بالسعي كسائر الانساك ولا نعلم فيه خلافا، فأما الطواف فيستحب التطوع به لانه صلاة

﴿مسئلة﴾ (ثم قد حل له كل شيء)

يعني إذا طاف للزيارة بعد الرمي والنحر والحلق وكان قد سعى حل له كل شيء حرمه الاحرام وقد ذكرنا أنه لم يكن بقي عليه من المحظورات سوى النساء فبهذا الطواف حل له النساء قال ابن عمر رضي الله عنهما: لم يحل النبي ﷺ من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر فافاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرم منه. وعن عائشة رضي الله عنها مثله متفق عليهما ولا نعلم خلافا في حصول الحل بما ذكرناه على هذا الترتيب، فان طاف ولم يكن سعى لم يحل حتى يسعى ان قلنا ان السعي ركن وان قلنا هو سنة فهل يحل قبله على وجهين (أحدهما) يحل لانه لم يبق عليه شيء من واجباته (والثاني) لايحل لانه من أفعال الحج فيأتي به في احرام الحج كالسعي في العمرة

(فصل) قال الخرقي يستحب للمتمتع اذا دخل مكة لطواف الزيارة أن يطوف طوافا ينوي به القدوم ثم يسعى بين الصفا والمروة ثم يطوف طواف الزيارة لان المتمتع لم يأت به قبل ذلك فان

ويطوف طوافا آخر للزيارة - عاودناه في هذا غير مرة فثبت عليه وكذلك الحكم في القارن والمفرد إذا لم يكونا أتيا مكة قبل يوم النحر ولا طافا للقدوم فانهما يبدآن بطواف القدوم قبل طواف الزيارة نص عليه احمد أيضا واحتج بما روت عائشة قالت فطاف الذين أهلوا بالعمرة وبين الصفا والمروة ثم حلوا فطافوا طوافا آخر بعد ان رجعوا من منى لحجهم ، وأما الذين جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا فحمل احمد قول عائشة على أن طوافهم لحجهم هو طواف القدوم ولانه قد ثبت أن طواف القدوم مشروع فلم يكن تعين طواف الزيارة مسقطا له كتحية المسجد عند دخوله قبل التلبس بصلاة الفرض ولم أعلم أحداً وافق أبا عبد الله على هذا الطواف الذي ذكره الخرقي بل المشروع طواف واحد للزيارة كمن دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فانه يكتفي بها عن تحية المسجد ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه الذين تمتعوا معه في حجة الوداع ولا أمر به النبي ﷺ أحدا وحديث عائشة دليل على هذا فانها قالت طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم وهذا هو طواف الزيارة ولم تذكر طوافا آخر ولو كان هذا الذي ذكرته طواف القدوم لكانت قد أخلت بذكر طواف الزيارة الذي هو ركن الحج لا يتم الحج الا به وذكرت ما يستغنى عنه وعلى كل حال فما ذكرت الا طوافا واحداً فمن أين يستدل به على طوافين ؟ وأيضا فانها لما حاضت قرنت الحج

الطواف الذي طافه في الاول كان طواف العمرة، وقد نص احمد رحمه الله على ذلك في رواية الاثرم قال قلت لابي عبد الله فاذا رجع يعني المتمتع كم يطوف ويسعى ؟ قال : يطوف ويسعى لحجه ويطوف طوافا آخر للزيارة. عاودناه في هذا غير مرة فثبت عليه وكذلك الحكم في القارن والمفرد اذا لم يكونا أتيا مكة قبل يوم النحر ولا طافا طواف القدوم فانهما يبدآن بطواف القدوم قبل طواف الزيارة نص عليه احمد أيضا ، واحتج بما روت عائشة رضي الله عنها قالت : فطاف الذين أهلوا بالعمرة وبين الصفا والمروة ثم حلوا ثم طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم وأما الذين جمعوا الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحداً. فحمل أحمد رضي الله عنه قول عائشة على أن طوافهم لحجهم هو طواف القدوم ولانه قد ثبت أن طواف القدوم مشروع فلم يكن طواف الزيارة مسقطا له كتحية المسجد عند دخوله قبل التلبس بصلاة الفرض

قال شيخنا رحمه الله ولم أعلم أحداً وافق أبا عبد الله على هذا الطواف الذي ذكره الخرقي بل المشروع طواف واحد للزيارة كمن دخل المسجد وأقيمت الصلاة فانه يكتفي بها من تحية المسجد ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا أصحابه الذين تمتعوا معه في حجة الوداع ولا أمر به النبي ﷺ أحداً وحديث عائشة دليل على هذا فانها قالت طافوا طوافا واحداً بعد أن رجعوا من منى لحجتهم وهذا هو طواف الزيارة ولم تذكر طوافا آخر ولو كان هذا الذي ذكرته طواف القدوم لكانت قد أخلت بذكر طواف الزيارة الذي هو ركن الحج لا يتم الا به وذكرت ما يستغني عنه وعلى كل

الى العمرة بأمر النبي ﷺ ولم تكن طافت للقـدوم ولا أمرها به النبي ﷺ . وقد ذكر الخرقي في موضع آخر في المرأة إذا حاضت فخشيت فوات الحج أهلت بالحج وكانت قارنة ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم، ولان طواف القدوم لو لم يسقط بالطواف الواجب لشرع في حق المعتمر طواف للقدوم مع طواف العمرة لانه أول قدومه الى البيت فهو به أولى من المتمتع الذي يعود الى البيت بعد رؤيته وطوافه به ، وفي الجملة أن هذا الطواف المختلف فيه ليس بواجب وانما الواجب طواف واحد وهو طواف الزيارة وهو في حق المتمتع كهو في حق القارن والمفرد في أنه ركن الحج لايتم الا به ولا بد من تعيينه فلو نوى به طواف الوداع أو غيره لم يجزه

(فصل) والأطوفة المشروعة في الحج ثلاثة : طواف الزيارة وهو ركن الحج لا يتم إلا به بغير خلاف . وطواف القدوم وهو سنة لا شيء على تاركه ، وطواف الوداع واجب ينوب عنه الدم إذا تركه وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وقال مالك على تارك طواف القدوم دم ولا شيء على تارك طواف الوداع. وحكي عن الشافعي كقولنا في طواف الوداع وكقوله في طواف القدوم ، وما زاد على هذه الاطوفة فهو نفل ولا يشرع في حقه أكثر من سعي واحد بغير خلاف علمناه . قال جابر لم يطف النبي ﷺ ولا أصحابه بين الصفا والمروة إلا طوافا واحداً ـ طوافه الاول . رواه مسلم. ولا يكون السعي إلا بعد طواف فان سعى مع طواف القدوم لم يسع بعده وإن لم يسع معه سعى مع طواف الزيارة

حال فما ذكرت الا طوافا واحداً فمن أين يستدل على طوافين؟ وأيضا فانها لما حاضت فقرنت الحج الى العمرة بامر النبي صلى الله عليه وسلم ولم تكن طافت للقدوم لم تطف للقدوم ولا أمرها به النبي صلى الله عليه وسلم ولان طواف القدوم لو لم يسقط بالطواف الواجب لشرع في حق المعتمر طواف القدوم مع طواف العمرة ولانه أول قدومه الى البيت فهو به أولى من المتمتع الذي يعود الى البيت بعد رؤيته وطوافه به وفي الجملة هـذا الطواف المختلف فيه ليس بواجب انما الواجب طواف واحد وهو طواف الزيارة وهو في حق المتمتع كهو في حق القارن والمفرد لايتم الحج الا به

(فصل) والأطوفة المشروعة في الحج ثلاثة : طواف الزيارة وهو ركن لايتم الحج الا به بغير خلاف ، وطواف القدوم وهو سنة لاشيء على تاركه ، وطواف الوداع واجب يجب بتركه دم وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وقال مالك على تارك طواف القدوم دم ولاشيء على تارك طواف الوداع وحكي عن الشافعي كقولنا في طواف الوداع وكقوله في طواف القـدوم ومازاد على هذه الأطوفة فهو نفل ولا يشرع في حقه أكثر من سعي واحد بغير خلاف علمناه قال جابر لم يطف النبي صلى الله عليه وسلم ولا أصحابه بين الصفا والمروة الا طوافا واحداً طوافه الاول رواه مسلم ولا يكون السعي الا بعد طواف وقد ذكرناه

(فصل) ويستحب أن يدخل البيت فيكبر في نواحيه ويصلي ركعتين ويدعو الله عز وجل . قال ابن عمر دخل النبي ﷺ البيت وبلال وأسامة بن زيد فقلت لبلال هل صلى فيه رسول الله (ص)؟ قال نعم . قلت أين هو؟ قال بين العمودين تلقاء وجهه ونسيت أن أسأله كم صلى؟ قال ابن عباس أخبرني أسامة ان النبي (ص) لما دخل البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل فيه حتى خرج . متفق عليهما .فقدم أهل العلم رواية بلال على رواية أسامة لانه مثبت وأسامة ناف ، ولان أسامة كان حديث السن فيجوز أن يكون اشتغل بالنظر الى ما في الكعبة عن صلاة النبي (ص) . وان لم يدخل البيت فلا بأس فان اسماعيل ابن أبي خالد قال قلت لعبد الله بن أبي أوفى : أدخل النبي (ص) البيت في عمرته؟ قال لا . متفق عليه وعن عائشة ان النبي (ص) خرج من عندها وهو مسرور ثم رجع وهو كئيب فقال « اني دخلت الكعبة ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما دخلتها اني أخاف أن أكون قد شققت على أمتي » رواه أبو داود

(فصل) ويستحب أن يأتي زمزم فيشرب من مائه لما أحب ويتضلع منه. قال جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم : ثم أتى بني عبد المطلب وهم يسقون فناولوه دلواً فشرب منه . وروي ان النبي ﷺ قال «ماء زمزم لما شرب » وعن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر قال : كنت عند ابن عباس جالساً فجاءه رجل فقال من أين جئت ؟ قال من زمزم قال فشربت منها كما ينبغي ؟قال فكيف؟ قال اذا شربت

(فصل) ويستحب أن يدخل البيت فيكبر في نواحيه ويصلي فيه ركعتين ويدعو الله عزوجل قال ابن عمر رضي الله عنه : دخل النبي ﷺ البيت وبلال وأسامة بن زيد فقلت لبلال هل صلى فيه رسول الله ﷺ؟ قال نعم قلت أين؟ قال بين العمودين تلقاء وجهه قال ونسيت أن أسأله كم صلى . وقال ابن أسامة أخبرني اسامة أن النبي ﷺ لما دخل البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل فيه حتى خرج متفق عليهما فقدم أهل العلم رواية بلال على رواية اسامة لانه مثبت واسامة ناف ولان اسامة كان حديث السن فيجوز أن يكون أشتغل بالنظر الى ما في الكعبة عن صلاة رسول الله ﷺ . وان لم يدخل البيت فلا بأس فان اسماعيل بن خالد قال : قلت لعبد الله بن أبي أوفى دخل النبي ﷺ البيت في عمرته ؟ قال لا متفق عليه . وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من عندها وهو مسرور ثم رجع وهو كئيب فقال « اني دخلت الكعبة ولو استقبلت من أمري ما استدبرت ما دخلتها اني أخاف أن أكون قد شققت على أمتي

﴿ مسئلة ﴾ ويستحب أن يأتي زمزم فيشرب من مائها لما أحب ويتضلع منه

قال جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم ثم أتى بني عبد المطلب وهم يسقون فناولوه دلواً فشرب منه . وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ماء زمزم لما شرب له » وعن عبد الرحمن بن أبي بكر قال كنت عند ابن عباس جالساً فجاءه رجل فقال من أين جئت ؟ قال من زمزم قال فشربت منها كما ينبغي ؟ قال فكيف ؟ قال إذا شربت منها فاستقبل الكعبة واذ كر اسم الله وتنفس ثلاثة من زمزم

منها فاستقبل الكعبة واذكر اسم الله وتنفس ثلاثا من زمزم وتضلع منها فاذا فرغت فاحمد الله تعالى فان رسول الله ﷺ قال « آية ما بيننا وبين المنافقين انهم لايتضلعون من زمزم » رواهما ابن ماجه. ويقول عند الشرب بسم الله اللهم اجعله لنا علماً نافعاً، ورزقا واسعاً، وريا وشبعا، وشفاء من كل داء، واغسل به قلبي واملأه من حكمتك

(فصل) ويسن أن يخطب الامام بمنى يوم النحر خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من النحر والافاضة والرمي نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وابن المنذر . وذكر بعض أصحابنا انه لا يخطب يومئذ وهو مذهب مالك لانها تسن في اليوم الذي قبله فلم تسن فيه

ولنا ما روى ابن عباس ان النبي ﷺ خطب الناس يوم النحر . يعني بمنى . أخرجه البخاري وعن رافع بن عمرو المزني قال :رأيت رسول الله ﷺ يخطب الناس بمنى حين ارتفع الضحى على بغلة شهباء وعلي يعبر عنه والناس بين قائم وقاعد . وقال أبو امامة سمعت خطبة النبي ﷺ بمنى يوم النحر وقال الهرماس بن زياد الباهلي رأيت النبي ﷺ يخطب الناس على ناقته العضباء يوم الاضحى بمنى وقال عبدالرحمن بن معاذ خطبنا رسول الله (ص) ونحن بمنى ففتحت أسماعنا حتى كنا نسمع ونحن في منازلنا فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار . وروى هذه الاحاديث كلها أبو داود الا حديث ابن عباس . ولانه يوم تكثر فيه أفعال الحج ويحتاج الى تعليم الناس احكام ذلك فاحتيج الى الخطبة من أجله كيوم عرفة

(فصل) يوم الحج الاكبر يوم النحر فان النبي (ص) قال في خطبته يوم النحر «هذا يوم الحج الاكبر » رواه البخاري ،وسمي بذلك لكثرة أفعال الحج فيه من الوقوف بالمشعر والدفع منه الى منى والرمي والنحر والحلق وطواف الافاضة والرجوع الى منى ليبيت بها وليس في غيره مثله وهو مع ذلك يوم عيد ويوم يحل فيه من احرام الحج

(فصل) وفي يوم النحر أربعة أشياء الرمي ثم النحر ثم الحلق ثم الطواف والسنة ترتيبها هكذا فان النبي (ص) رتبها كذلك وصفة جابر في حج النبي (ص) . وروى أنس ان النبي (ص) رمى ثم نحر ثم حلق . رواه أبو داود . فان أخل بترتيبها ناسيا أو جاهلا بالسنة فيها فلا شيء عليه في قول كثير من أهل العلم منهم الحسن وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير وعطاء والشافعي واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن جرير الطبري ، وقال أبو حنيفة ان قدم الحلق على الرمي أو على النحر فعليه دم فان كان قارنا فعليه دمان ، وقال زفر عليه ثلاثة دماء لانه لم يوجد التحلل الاول فلزمه الدم كما لو حلق قبل يوم النحر .

ولنا ما روى عبدالله بن عمر قال قال رجل يارسول الله حلقت قبل أن اذبح قال « اذبح ولاحرج »

وتضلع منها فاذا فرغت فاحمد الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « آية ما بيننا وبين المنافقين انهم

فقال آخر ذبحت قبل أن أرمي قال «ارم ولا حرج» متفق عليه ، وفي لفظ قال فجاء رجل فقال يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح ، وذكر الحديث قال فما سمعته يسأل يومئذ عن أمر مما ينسيء المرء أو يجهل من تقديم بعض الامور على بعضها واشباهها الا قال افعلوا ولا حرج عليكم رواه مسلم. وعن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قيل له يوم النحر وهو بمنى في النحر والحلق والرمي والتقديم والتأخير فقال «لاحرج» متفق عليه ورواه عبد الرازق عن معمر عن الزهري عن عيسى بن طلحة عن عبد الله ابن عمر. وفيه فحلقت قبل أن أرمي وتابعه على ذلك محمد بن أبي حفصة عن الزهري عن عيسى عن عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ وأتاه رجل فقال يارسول الله اني حلقت قبل أن أرمي قال «ارم ولا حرج» قال وأتاه آخر فقال اني أفضت قبل أن أرمي ؟ قال «ارم ولا حرج» وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ سئل يوم النحر عن رجل حلق قبل أن يرمي فقال رسول الله ﷺ « لا حرج لاحرج » رواه الدار قطني كله وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع على أنه لايلزم من سقوط الدم بفقد الشيء في وقته سقوطه قبل وقته فانه لو حلق في العمرة بعد السعي لا شيء عليه وإن كان الحل ماحصل قبله وكذلك في مسألتنا إذا قلنا أن الحل يحصل بالحلق فقدحلق قبل التحلل ولا دم عليه فاما انفعله عمدا عالما بمخالفة السنة فيذلك ففيه روايتان (احداهما) لا دم عليه وهو قول عطاء واسحاق لاطلاق حديث ابن عباس وكذلك حديث عبد الله بن عمرو من رواية سفيان بن عيينة (والثانية) عليه دم روي نحو ذلك عن سعيد بن جبير وجابر بن زيد وقتادة والنخعي لان الله تعالى قال (ولاتحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) ولان النبي صلى الله عليه وسلم رتب وقال «خذوا عني مناسككم » والحديث المطلق قد جاء مقيدا فيحمل المطلق على المقيد قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل حلق قبل أن يذبح فقال إن كان جاهلا فليس عليه ، فاما التعمد فلا لان النبي صلى الله عليه وسلم سأله رجل فقال لم أشعر قيل لابي عبد الله سفيان بن عيينة لا يقول لم أشعر فقال نعم ولكن مالكا والناس عن الزهري لم أشعر قيل لابي عبدالله وهو في الحديث ، وقال مالك ان قدم الحلق على الرمي فعليه دم وإن قدمه على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه لانه بالاجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلل الاول ولا يحصل الا برمي الجمرة فاما النحر قبل الرمي فجائز لأن الهدي قد بلغ محله.

ولنا الحديث فانه لم يفرق بينهما فان النبي صلى الله عليه وسلم قيل له في الحلق والنحر والتقديم والتأخير فقال «لا حرج» ولا نعلم خلافا بينهم في أن مخالفة الترتيب لاتخرج هذه الافعال عن الاجزاء ولا يمنع وقوعها موقعها وانما اختلفوا في وجوب الدم على ماذكرنا والله أعلم

(فصل) فان قدم الافاضة على الرمي اجزأه طوافه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا تجزئه الافاضة فليرم ثم لينحر ثم ليفض

لا يتضلعون من زمزم » رواهما ابن ماجه ويقول عند الشرب بسم الله اللهم اجعله لنا علما نافعا ورزقا واسعا وريا

ولنا ماروى عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له رجل أفضت قبل أن ارمي قال « ارم ولا حرج » وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قدم شيئا قبل شيء فلاحرج » رواهما سعيد في سننه وروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه آخر فقال اني أفضت الى البيت قبل أن أرمي فقال « ارم ولا حرج » فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء قدم أو أخر الا قال افعل ولا حرج رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، ولانه أتى بالرمي في وقته فاجزأه كما لو رتب ، ومقتضى كلام أصحابنا أنه يحصل له بالافاضة قبل الرمي التحلل الاول كمن رمى ولم يفض ، فعلى هذا لو واقع أهله قبل الرمي فعليه دم ولم يفسد حجه وكذلك قال الاوزاعي ، فان رجع الى أهله ولم يرم فعليه دم لترك الرمي وحجه صحيح ، قال ابن عباس من نسي أو ترك شيئا من نسكه فليهرق لذلك دما وقال عطاء من نسي من النسك شيئا حتى رجع الى أهله فليهرق لذلك دما

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرجع الى منى ولا يبيت بمكة ليالي منى)

السنة لمن أفاض يوم النحر أن يرجع الى منى لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى متفق عليه وقالت عائشة رضي الله عنها أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من آخر يومه حين صلى الظهر ثم رجع الى منى فمكث بها ليالي أيام التشريق رواه أبو داود وظاهر كلام الخرقي أن المبيت بمنى ليالي منى واجب وهو احدى الروايتين عن احمد ، وقال ابن عباس لايبيتن أحد من وراء العقبة من منى ليلا وهو قول عروة وابراهيم ومجاهد وعطاء ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك والشافعي ، والثانية ليس بواجب روي ذلك عن الحسن وروي عن ابن عباس اذا رميت الجمرة فبت حيث شئت ولانه قد حل من حجه فلم يجب عليه المبيت بموضع معين كليلة الحصبة والرواية الاولى أن ابن عمر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص

وشبعاً وشفاء من كل داء واغسل به قلبي واملأه من خشيتك وحكمتك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ثم يرجع إلى منى ولا يبيت بمكة ليالي منى)

السنة لمن أفاض يوم النحر أن يرجع إلى منى لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أفاض يوم النحر ثم رجع فصلي الظهر بمنى . متفق عليه والمبيت بمنى في لياليها واجب في إحدى الروايتين عن احمد وهو ظاهر كلام الخرقي . روي ذلك عن ابن عباس وهو قول عروة ومجاهد وابراهيم وعطاء وروي عن عمر بن الخطاب وبه قال مالك والشافعي (والثانية) ليس بواجب روي ذلك عن الحسن وروي عن ابن عباس إذا رميت الجمرة فبت حيث شئت ولانه قد حل من حجه فلم يجب عليه المبيت بموضع معين كليلة الحصبة ووجه الرواية الاولى أن ابن عمر روى أن النبي ﷺ رخص للعباس بن

للعباس بن عبدالمطلب أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته متفق عليه وتخصيص العباس بالرخصة لعذره دليل على أنه لارخصة لغيره، وعن ابن عباس قال لم يرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأحد يبيت بمكة الا العباس من أجل سقايته رواه ابن ماجه وروى الاثرم عن ابن عمر قال لا يبيتن أحد من الحاج إلا بمنى وكان يبعث رجالا لايدعون أحداً يبيت وراء العقبة ولان النبي صلى الله عليه وسلم فعله نسكا وقد قال (خذوا عني مناسككم)

(فصل) فان ترك المبيت بمنى فعن احمد لا شيء عليه وقد أساء وهو قول أصحاب الرأي لان الشرع لم يرد فيه بشيء وعنه يطعم شيئا وخففه ثم قال قد قال بعضهم ليس عليه وقال ابراهيم عليه دم وضحك ثم قال دم بمرة ثم شدد بمرة قلت ليس إلا ان يطعم شيئا قال نعم يطعم شيئا تمراً أو نحوه فعلى هذا أي شيء تصدق به اجزأه ولا فرق بين ليلة وأكثر ولا تقدير فيه وعنه في الليالي الثلاث دم لقول ابن عباس من ترك من نسكه شيئا أو نسيه فليهرق دما، وفيما دون الثلاث ثلاث روايات[1] وهو قول الشافعي وهذا لا نظير له فاننا لا نعلم في ترك شيء من المناسك درهما ولا نصف درهم فإيجابه بغير نص تحكم لا وجه له والله أعلم.

«١» لم يذكرها وتري بيانها في الشرح الكبير «ص ٤٨٠»

«مسئلة» قال (فاذا كان من الغد وزالت الشمس رمى الجمرة الاولى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ويرمي ويدعو ثم يرمي الوسطى بسبع حصيات يكبر أيضا ويدعو ثم يرمي جمرة العقبة بسبع حصيات ولا يقف عندها)

قد ذكرنا أن جملة مايرمي به الحاج سبعون حصاة سبعة منها يرميها يوم النحر بعد طلوع الشمس وسائرها في أيام التشريق الثلاثة بعد زوال الشمس كل يوم احدى وعشرين حصاة لثلاث جمرات يبتديء بالجمرة الاولى وهي أبعد الجمرات من مكة وتلي مسجد الخيف فيجعلها عن يساره ويستقبل

عبدالمطلب أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته. متفق عليه وتخصيص العباس بالرخصة لعذره دليل على أنه لارخصة لغيره وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لم يرخص النبي ﷺ لاحد يبيت بمكة إلا للعباس من أجل سقايته. رواه ابن ماجه ولان النبي ﷺ فعله نسكا وقال «خذوا عني مناسككم»

﴿مسئلة﴾ (ويرمي الجمرات بها في أيام التشريق بعد الزوال كل جمرة بسبع حصيات فيبدأ بالجمرة الاولى وهي أبعدهن من مكة وتلي مسجد الخيف فيجعلها عن يساره ويرميها بسبع ثم يتقدم قليلا فيقف يدعو الله تعالى ويطيل ثم يأتي الوسطى فيجعلها عن يمينه ويرميها بسبع ويقف عندها فيدعو ثم يرمي جمرة العقبة بسبع ويستبطن الوادي ولا يقف عندها ويستقبل القبلة في الجمرات كلها)

قد ذكرنا أن جملة مايرمي به الحاج سبعون حصاة سبعة منها يرمي بها يوم النحر بعد طلوع الشمس وباقيها في أيام التشريق الثلاثة بعد زوال الشمس كل يوم إحدى وعشرين حصاة لثلاث

القبلة ويرميها بسبع حصيات رافعا يديه ثم يتقدم الى الوسطى فيجعلها عن يمينه ويستقبل القبلة ويرميها بسبع حصيات ويفعل من الوقوف والدعاء كما فعل في الاولى ثم يرمي جمرة العقبة بسبع حصيات ويستبطن الوادي ويستقبل القبلة ولا يقف عندها ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم في جميع ما ذكرنا خلافا الا أن مالكا قال ليس بموضع لرفع اليدين ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عند رؤية البيت ، وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل أيقوم الرجل عند الجمرتين إذا رمى ؟ قال أي لعمري شديداً ويطيل القيام أيضا قيل فالى أين يتوجه في قيامه ؟ قال الى القبلة ويرميها في بطن الوادي ، والاصل في هذا ماروت عائشة قالت : أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من آخر يومه حين صلى الظهر ثم رجع الى منى فمكث بها ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة اذا زالت الشمس كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عند الاولى والثانية فيطيل القيام ويتضرع ويرمي الثالثة ولا يقف عندها رواه أبو داود ، وعن ابن عمر أنه كان يرمي الجمرة بسبع حصيات يكبر على أثر كل حصاة ثم يتقدم ويستهل ويقوم قياما طويلا ويرفع يديه ثم يرمي الوسطى ثم يأخذ بذات الشمال فيستهل ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا ثم ينصرف ويقول هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله رواه البخاري ، وروى أبو داود أن ابن عمر كان يدعو بدعائه الذي دعا به بعرفة ويزيد واصلح وأتم لنا مناسكنا ، وقال

جمرات يبدأ بالجمرة الاولى وهي أبعد الجمرات من مكة قريبا من مسجد الخيف فيجعلها عن يساره ويستقبل القبلة ويرميها بسبع حصيات كما وصفنا في رمي جمرة العقبة ثم يتقدم منها إلى مكان لا يصيبه الحصى فيقف طويلا يدعو الله تعالى رافعا يديه ثم يتقدم إلى الوسطى فيجعلها عن يمينه ويستقبل القبلة ويرميها بسبع ويفعل من الوقوف والدعاء كما فعل في الاولى ثم يرمي جمرة العقبة بسبع ويستبطن الوادي ويستقبل القبلة ولا يقف عندها . هذا قول الشافعي ولا نعلم في جميع ذلك خلافا إلا أن مالكا قال : ليس بموضع لرفع اليدين وقد ذكرنا الخلاف فيه عند رؤية البيت

وقال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسئل أيقوم الرجل عند الجمرتين إذا رمى؟ قال: أي لعمري شديداً ويطيل القيام أيضا قيل: فالى أين يتوجه في قيامه؟ قال إلى القبلة ويرميها من بطن الوادي، والاصل في هذا ماروت عائشة قالت : أفاض رسول الله ﷺ من آخر يومه حين صلى الظهر ثم رجع إلى منى فمكث بها ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عند الاولى والثانية ويتضرع ويرمي الثالثة ولا يقف عندها. رواه أبو داود، وعن ابن عمر أنه كان يرمي الجمرة الاولى بسبع حصيات يكبر على أثر كل حصاة ثم يتقدم ويستهل ويقوم قياما طويلا ويرفع يديه ثم يرمي الوسطى ويأخذ بذات الشمال ويستهل ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا ثم يرفع يديه ويقوم طويلا ثم يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي ولا يقف عندها ثم ينصرف ويقول هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله . رواه البخاري، وروى أبو داود أن ابن عمر كان يدعو بدعائه الذي

ابن المنذر كان ابن عمر وابن مسعود يقولان عند الرمي اللهم اجعله حجا مبروراً وذنباً مغفورا وكان ابن عمر وابن عباس يرفعان أيديهما إذا رميا الجمرة ويطيلان الوقوف ، وروي عن عبد الرحمن بن زيد قال أفضت مع عبدالله فرمى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة واستبطن الوادي حتى إذا فرغ قال اللهم اجعله حجاً مبروراً وذنباً مغفورا ثم قال هكذا رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة صنع ، رواه الاثرم وعن عطاء قال كان ابن عمر يقوم عند الجمرتين مقدار ما يقرأ الرجل سورة البقرة رواه الاثرم .

(فصل) ولا يرمي فى أيام التشريق الا بعد الزوال فان رمى قبل الزوال اعاد نص عليه ، وروي ذلك عن ابن عمر وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي عن الحسن وعطاء الا ان اسحاق وأصحاب الرأي رخصوا في الرمي يوم النفر قبل الزوال ولا ينفر الا بعد الزوال وعن احمد مثله ورخص عكرمة في ذلك أيضا وقال طاوس يرمي قبل الزوال وينفر قبله

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم انما رمى بعد الزوال لقول عائشة: يرمي الجمرة اذا زالت الشمس. وقول جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي الجمرة ضحى يوم النحر ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا عني مناسككم » وقال ابن عمر كنا نتحين إذا زالت الشمس رمينا وأيّ وقت رمى بعد الزوال اجزأه الا أن المستحب المبادرة اليها حين الزوال كما قال ابن عمر ، وقال ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرمي الجمار إذا زالت الشمس قدر ما إذا فرغ من رميه صلى الظهر رواه ابن ماجه

دعا به بعرفة ويزيد وأصلح وأتم لنا مناسكنا وقال ابن المنذر كان ابن عمر وابن مسعود يقولان عند الرمي اللهم اجعله حجا مبروراً وذنبا مغفوراً وسعيا مشكوراً . وروى عبدالرحمن بن زيد قال : أفضت مع عبدالله فرمى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويستبطن الوادي حتى إذا فرغ قال اللهم اجعله حجا مبروراً وذنبا مغفوراً . ثم قال : هكذا رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة صنع رواه الاثرم

(فصل) ولا يرمي إلا بعد الزوال فان رمى قبل الزوال أعاد نص عليه وروي ذلك عن ابن عمر وبه قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعطاء إلا أن إسحاق وأصحاب الرأي رخصوا في الرمي يوم النفر قبل الزوال ولا ينفر إلا بعد الزوال وعن أحمد مثله

ولنا أن النبي ﷺ انما رمى بعد الزوال لقول جابر رضي الله عنه رأيت رسول الله ﷺ يرمي الجمرة ضحى يوم النحر ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا عني مناسككم » وقال ابن عمر كنا نتحين إذا زالت الشمس رمينا ، وأي وقت رمى بعد الزوال أجزأه إلا أن المستحب المبادرة اليها حين الزوال كما قال ابن عمر وقال ابن عباس كان رسول الله ﷺ يرمي الجمار اذا زالت الشمس قدر ما اذا فرغ من رميه صلى الظهر . رواه ابن ماجه

(فصل) والترتيب في هذه الجمرات واجب على ما ذكرنا فان نكس فبدأ بجمرة العقبة ثم الثانية ثم الاولى أو بدأ بالوسطى ورمى الثلاث لم يجزه إلا الاولى وأعاد الوسطى والقصوى نص عليه أحمد وان رمى القصوى ثم الاولى ثم الوسطى أعاد القصوى وحدها ، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال الحسن وعطاء لايجب الترتيب ، وهو قول أبي حنيفة فانه قال إذا رمى منكسا يعيد فان لم يفعل اجزأه واحتج بعضهم بما روي عن النبي ﷺ أنه قال من قدم نسكا بين يدي نسك فلا حرج ولانها مناسك متكررة في امكنة متفرقة في وقت واحد ليس بعضها تابعا لبعض فلم يشترط الترتيب فيها كالرمي والذبح .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم رتبها في الرمي وقال (خذوا عني مناسككم) ولانه نسك متكرر فاشترط الترتيب فيه كالسعي وحديثهم انما جاء فيمن يقدم نسكا على نسك لا في تقديم بعض النسك على بعض وقياسهم يبطل بالطواف والسعي

(فصل) وان ترك الوقوف عندها والدعاء ترك السنة ولا شيء عليه ، وبذلك قال الشافعي وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور ولا نعلم فيه مخالفا الا الثوري قال يطعم شيئا وان أراق دما أحب الي لان النبي صلى الله عليه وسلم فعله فيكون نسكا

(فصل) فان ترك الوقوف عندها والدعاء ترك السنة ولا شيء عليه وبه قال الشافعي واسحاق وأبو حنيفة وعن الثوري أنه قال : يطعم شيئا وان أراق دما أحب الي لان النبي صلى الله عليه وسلم فعله فيكون نسكا

ولنا أنه دعاء ووقوف مشروع فلم يجب بتركه دم كحالة رؤية البيت وكسائر الادعية والنبي ﷺ يفعل الواجبات والمندوبات وقد ذكرنا الدليل على أنه مندوب

﴿مسئلة﴾ (والترتيب شرط في الرمي وفي عدد الحصا روايتان (احداهما) سبع والاخرى يجزئه خمس)

الترتيب في هذه الجمرات واجب على ماذكرناه فان نكس فبدأ بجمرة العقبة ثم الثانية ، ثم الاولى أو بدأ بالوسطى ورمى الثلاث لم يجزه الا الاولى وأعاد الوسطى والقصوى نص عليه احمد ، وان رمى القصوى ثم الاولى ثم الوسطى أعاد القصوى وحدها . وبه قال مالك ، والشافعي وقال الحسن وعطاء لايجب الترتيب وهو قول أبي حنيفة فانه قال : اذا رمى منكساً يعيد . فان لم يفعل أجزأه ، واحتج بعضهم بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من قدم نسكا بين يدي نسك فلا حرج» ولانها مناسك متكررة وفي أمكنة متفرقة في وقت واحد ليس بعضها تابعا لبعض فلم يشترط الترتيب فيها كالرمي والذبح

ولنا أن النبي ﷺ رتبها في الرمي وقال «خذوا عني مناسككم» ولانه نسك متكرر فاشترط الترتيب فيه كالسعي وحديثهم انما هو فيمن يقدم نسكا على نسك لا فيمن يقدم بعض النسك على بعض وقياسهم يبطل بالطواف والسعي

ولنا أنه دعاء وقوف مشروع له فلم يجب بتركه شيء كحالة رؤية البيت وكسائر الادعية ولانها احدى الجمرات فلم يجب الوقوف عندها والدعاء كالاولى والنبي صلى الله عليه وسلم يفعل الواجبات والمندوبات وقد ذكرنا الدليل على أن هذا ندب .

(فصل) والاولى أن لا ينقص في الرمي عن سبع حصيات لان النبي صلى الله عليه وسلم رمى بسبع حصيات فان نقص حصاة او حصاتين فلا بأس ولا ينقص اكثر من ذلك نص عليه ، وهو قول مجاهد واسحاق وعنه ان رمى بست ناسياً فلا شيء عليه ولا ينبغي أن يتعمده فان تعمد ذلك تصدق بشيء وكان ابن عمر يقول ماأبالي رميت بست أو سبع ، وقال ابن عباس ماأدري رماها النبي صلى الله عليه وسلم بست أو سبع ، وعن احمد انعدد السبع شرط ونسبه الى مذهب الشافعي واصحاب الرأي لان النبي صلى الله عليه وسلم رمى بسبع وقال ابو حية لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى فقال عبدالله بن عمرو صدق ابو حية وكان أبوحية بدريا ،ووجه الرواية الاولى ماروى ابن أبي نجيح قال سئل طاوس عن رجل ترك حصاة قال يتصدق بتمرة أو لقمة فذكرت ذلك لمجاهد فقال انأبا عبدالرحمن لم يسمع قول سعد قال سعد رجعنا من الحجة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعضنا يقول رميت بست وبعضنا يقول بسبع فلم يعب ذلك بعضنا على بعض رواه الاثرم وغيره ومتى أخل بحصاة واجبة من الاولى لم يصح رمي الثانية حتى يكمل الاولى فان لم يدر من أي الجمار تركها بنى على اليقين وان اخل بحصاة غير واجبة لم يؤثر تركها

(فصل) والاولى في الرمي أن لا ينقص عن سبع حصيات لان النبي ﷺ رمى بسبع فان نقص حصاة أو حصاتين فلا بأس . ولا ينقص أكثر من ذلك نص عليه وهو قول مجاهد وإسحاق وعنه ان رمى بست ناسياً فلا شيء عليه ولا ينبغي أن يتعمده فان تعمد ذلك تصدق بشيء . وكان ابن عمر يقول ما أبالي رميت بست أو سبع . قال ابن عباس : ما أدري رماها النبي ﷺ بست أو بسبع ، وعن أحمد ان عدد السبع شرط ويشبه مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لان النبي (ص) رمى بسبع . وقال أبوحية: لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى ، فقال عبد الله بن عمرو : صدق أبوحية . وكان أبو حية بدريا . ووجه الرواية الاولى ما روى ابن أبي نجيح قال : سئل طاوس عن رجل ترك حصاة ، قال : يتصدق بتمرة أو لقمة ، فذكرت ذلك لمجاهد فقال : ان أبا عبد الرحمن لم يسمع قول سعد قال سعد رجعنا من الحجة مع رسول الله ﷺ بعضنا يقول رميت بست وبعضنا بسبع فلم يعب ذلك بعضنا على بعض . رواه الاثرم وغيره

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخل بحصاة واجبة من الاولى لم يصح رمي الثانية حتى يكمل الاولى لاخلاله بالترتيب فان لم يعلم من أي الجمار تركها بنى على اليقين ليتيقن براءة الذمة ، فان أخل بحصاة غير واجبة لم يؤثر تركها)

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويفعل في اليوم الثاني كما يفعل بالأمس فان أحب أن يتعجل في يومين خرج قبل غروب الشمس فان غربت الشمس وهو بها لم يخرج حتى يرمي من غد بعد الزوال كما رمى بالامس)

وجملته أن الرمي في اليوم الثاني كالرمي في اليوم الاول في وقته وصفته وهيأته ولا نعلم فيه خلافا فان أحب التعجل في يومين خرج قبل الغروب، وأجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من منى شاخصا عن الحرم غير مقيم بمكة ان ينفر بعد الزوال في اليوم الثاني من أيام التشريق فان أحب الاقامة بمكة فقال احمد لا يعجبني لمن ينفر النفر الاول أن يقيم بمكة وكان مالك يقول في أهل مكة من كان له عذر فله ان يتعجل في يومين فان أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحج فلا ويحتج من ذهب الى هذا بقول عمر رضي الله عنه: من شاء من الناس كلهم ان ينفر في النفر الاول الا آل خزيمة فلا ينفر الا في النفر الآخر. جعل احمد واسحاق معنى قول عمر الا آل خزيمة أي انهم أهل حرم مكة والمذهب جواز النفير في النفر الاول لكل أحد وهو قول عامة العلماء لقول الله تعالى (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى) قال عطاء هي للناس عامة ، وروى أبو داود وابن ماجه عن عبدالرحمن بن يعمر أن رسول ﷺ قال «أيام منى ثلاثة فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه » قال ابن عيينة هذا أجود حديث رواه سفيان ، وقال وكيع هذا الحديث أم المناسك وفيه زيادة أنا اختصرته ولانه دفع من مكان فاستوى فيه اهل مكة وغيرهم كالدفع من عرفة ومن مزدلفة وكلام احمد في هذا أراد به الاستحباب موافقة لقول عمر لا غير فمن أحب التعجيل في النفر الاول خرج قبل غروب الشمس فان غربت قبل خروجه من منى لم ينفر سواء كان ارتحل أو كان مقيما في منزله لم يجز له الخروج هذا قول عمر وجابر بن زيد وعطاء وطاوس ومجاهد وأبان بن عثمان ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة له ان ينفر مالم يطلع فجر اليوم الثالث لانه لم يدخل اليوم الآخر فجاز له النفر كما قبل الغروب

ولنا قوله تعالى (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه) واليوم اسم للنهار فمن ادركه الليل فما تعجل في يومين قال ابن المنذر وثبت عن عمر أنه قال من أدركه المساء في اليوم الثاني فليقم الى الغد حتى ينفر مع الناس وما قاسوا عليه لا يشبه ما نحن فيه فانه تعجل في اليومين

(فصل) إذا أخر رمي يوم الى مابعده أو اخر الرمي كله الى آخر أيام التشريق ترك السنة ولا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أخر الرمي كله فرماه في آخر أيام التشريق أجزأه ويرتبه بنيتـه . وإن أخره عن أيام التشريق أو ترك المبيت بمنى في لياليها فعليه دم ، وفي حصاة أو ليلة واحدة ما في حلق شعرة)

إذا أخر رمي يوم إلى مابعده أو أخر الرمي كله إلى آخر أيام التشريق ترك السنة ولا شيء عليه

شيء عليه إلا أنه يقدم بالنية رمي اليوم الاول ثم الثاني ثم الثالث وبذلك قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة إن ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا الى الغد رماها وعليه كل حصاة نصف صاع وإن ترك أربعا رماها وعليه دم .

الا أنه يقـدم بالنيـة رمي اليوم الاول ثم الثاني ثم الثالث ، وبذلك قال الشـافعي وأبو ثور . وقال أبو حنيفـة : ان ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد رماها وعليـه لكل حصاة نصف صاع ، وان ترك أربعاً رماها وعليه دم

ولنا ان أيام التشريق وقت للرمي فاذا أخره من أول وقته إلى آخره لم يلزمه شيء كما لو أخر الوقوف بعرفة إلى آخر وقته ، قال القاضي : ولا يكون رميه في اليوم الثاني قضـاء لانه وقت واحد فان سمي قضاء فالمراد به الفعل كقوله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم) وقولهم قضيت الدين . والحكم في رمي جمرة العقبة إذا أخرها كالحكم في رمي أيام التشريق في أنها اذا لم ترم يوم النحر رميت من الغد وانما قلنا يلزمه الترتيب بنيته لانها عبادة يجب الترتيب فيها إذا فعلها في أيامها فوجب ترتيبها مجموعة كالمجموعتين والفوائت من الصلوات

(فصل) فان أخره عن أيام التشريق فعليه دم لانه ترك نسكا واجبا فيجب عليه دم لقول ابن عباس : من ترك نسـكا أو نسـيه فانه يهرق دما . ولان آخر وقت الرمي آخر أيام التشريق فمتى خرجت قبل رميه فات وقته واستقر عليه الفداء الواجب في ترك الرمي هذا قول أكثر أهل العلم . وعن عطاء فيمن رمى جمرة العقبة وخرج الى إبله في ليلة أربع عشرة ثم رمى قبل طلوع الفجر أجزأه فان لم يرم فعليه دم والاول أولى لان محل الرمي النهار فيخرج وقت الرمي بخروج النهار وكذلك ان ترك المبيت بمنى في لياليها وهذا مبني على الرواية في وجوب المبيت بمنى ، وعن أحمد أنه لا شيء عليه وقد أساء . وهو قول أصحاب الرأي لان الشرع لم يرد فيه بشيء ، وعنه يطعم شيئا وخففه ثم قال: قد قال بعضهم ليس عليه . وقال ابراهيم عليه دم رضحك ثم قال دم بمرة شدد وبمرة[1] قلت ليس الا أن يطعم شيئا قال نعم يطعم شيئا تمراً أو نحوه فعلى هذا أيّ شيء تصدق به أجزأه. ولا فرق بين ليلة أو أكثر لانه لا تقدير فيه ، وفيما دون الثـلاث ثلاث روايات (احداهن) في كل واحدة مد (والثانية) درهم (والثالثة) نصف درهم . قال الشيخ رحمه الله : وهذا لانظير له فانا لانعلم في ترك شيء من المناسك درهما ولا نصفا فايجابه بغير نص تحكم لاوجه له . وفي ترك حصاة من رمي الجمار كذلك ولانه في معناه وقد ذكرنا مافي حلق الشعرة فيما مضى وذكرنا الخلاف

«١» يراجع ما تقدم في المغني ص٤٧٤

﴿ مسئلة ﴾ (وليس على أهل سقاية الحاج ولا الرعاة مبيت بمنى فان غربت الشمس وهم بمنى لزم الرعاة المبيت دون أهل السقاية)

لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان العباس استأذن النبي ﷺ أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل

ولنا أن أيام التشريق وقت للرمي فاذا أخره من أول وقته الى آخره لم يلزمه شيء كما لو أخر الوقوف بعرفة إلى آخر وقته ولانه وقت يجوز الرمي فيه فجاز لغيرهم كاليوم الاول قال القاضي ولا يكون رميه في اليوم الثاني قضاء لانه وقت واحد وإن كان قضاء فالمراد به الفعل كقوله (ليقضوا تفثهم) وقولهم قضيت الدين، والحكم في رمي جمرة العقبة إذا أخرها كالحكم في رمي أيام التشريق في أنها إذا لم

سقايته . متفق عليه . وقد روى مالك باسناده عن أبي البداح بن عاصم عن أبيه قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاء الابل في البيتوتة ان يرموا يوم النحر ثم يجمعوا رمي يومين بعد يوم النحر يرمونه في أحدهما . قال مالك ظننت انه قال في أول يوم منهما ثم يرمون يوم النفر . رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ورواه ابن عيينة قال رخص للرعاء أن يرموا يوما ويدعوا يوما وكذلك الحكم في أهل سقاية الحاج الا أن الفرق بين الرعاء وأهل السقاية ان الرعاء اذا قاموا حتى غربت الشمس لزمهم المبيت اذا قلنا بوجوبه وأهل السقاية لا يلزمهم لان الرعاء انما رعيهم بالنهار فاذا غربت الشمس انقضى وقت الرعي وأهل السقاية يستقون بالليل ، وصار الرعاء كالمريض الذي يسقط عنه حضور الجمعة لمرضه فاذا حضرها تعينت عليه كذلك الرعاء أبيح لهم ترك المبيت لاجل الرعي فاذا فات وقته وجب المبيت ، وأهل الاعذار من غير الرعاء كالمرضى ومن له مال يخاف ضياعه ونحوهم كالرعاء في ترك البيتوتة لان النبي (ص) رخص لهؤلاء تنبيها على غيرهم فوجب إلحاقهم بهم لوجود المعنى فيهم

(فصل) ومن كان مريضا أو محبوسا أو له عذر جاز أن يستنيب من يرمي عنه . قال الاثرم : قلت لأبي عبد الله اذا رمى عنه الجمار يشهد هو ذاك أم يكون في رحله ؟ قال يعجبني أن يشهد ذاك ان قدر حين يرمى عنه . قلت فان ضعف عن ذلك يكون في رحله ويبعث من يرمي عنه ؟ قال : نعم قال القاضي : المستحب أن يضع الحصى في يد النائب ليكون له عمل في الرمي . وان أغمي على المستنيب لم تنقطع النيابة وللنائب الرمي عنه كما لو استنابه في الحج ثم أغمي عليه وبما ذكرنا في هذه المسئلة قال الشافعي ونحوه قال مالك إلا أنه يتحرى المريض حين رميهم فيكبر سبع تكبيرات

(فصل) ومن ترك الرمي من غير عذر فعليه دم . قال أحمد : أعجب إلي إذا ترك رمي الايام كلها كان عليه دم وفي ترك جمرة واحدة دم أيضا نص عليه أحمد وبه قال عطاء والشافعي وأصحاب الرأي . وحكي عن مالك انه عليه في جمرة وفي الجمرات كلها بدنة . وقال الحسن : من نسي جمرة واحدة يتصدق على مسكين

ولنا قول ابن عباس : من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم . ولانه ترك من مناسكه ما لا يفسد الحج بتركه فكان الواجب عليه شاة كالمبيت ، وإن ترك أقل من جمرة فالظاهر عن أحمد انه لا شيء في حصاة ولا حصاتين ، وعنه انه يجب الرمي بسبع فان ترك شيئا من ذلك تصدق بشيء أي شيء كان . وعنه ان في حصاة دما وهو مذهب مالك والليث لان ابن عباس رضي الله عنهما قال : من ترك

ترم يوم النحر رميت من الغد وانما قلنا يلزمه الترتيب بنية لانها عبادات يجب الترتيب فيها مع فعلها في ايامها فوجب ترتيبها مجموعة كالصلاتين المجموعتين والفوائت .

﴿مسئلة﴾ قال (ويستحب أن لا يدع الصلاة في مسجد منى مع الامام)

يعني مسجد الخيف فان النبي ﷺ وأصحابه كانوا يصلون بمنى قال ابن مسعود صليت مع النبي ﷺ بمنى ركعتين ومع أبي بكر وعمر وعثمان ركعتين صدرا من إمارته وهذا إذا كان الامام مرضيا فان لم يكن مرضيا صلى المرء برفقته في رحله

(فصل) ويستحب أن يخطب الامام في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلم الناس فيها حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يستحب قياسا على اليومين الآخرين :

ولنا ماروي عن رجلين من بني بكر قالا رأينا رسول الله ﷺ يخطب بين أوساط أيام التشريق ونحن عند راحلته رواه أبو داود ، وعن سرّاء بنت نبهان قالت خطبنا رسول الله ﷺ يوم الرءوس فقال «أي يوم هذا ؟» قلت الله ورسوله أعلم قال «أليس أوسط أيام التشريق ؟» روى الدارقطني باسناده عن عبد العزيز بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب أوسط ايام التشريق يعني يوم النفر الاول ولأن بالناس حاجة الى أن يعلمهم كيف يتعجلون وكيف يودعون بخلاف اليوم الاول

شيئا من مناسكه فعليه دم ، وعنه في الثلاثة دم وهو مذهب الشافعي وفيما دون ذلك في كل حصاة مد وعنه درهم وعنه نصف درهم . وقال أبو حنيفة : إن ترك جمرة العقبة والجمار كلها فعليه دم وان ترك أقل من ذلك فعليه في كل حصاة نصف صاع الى أن يبلغ دما وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويستحب أن لا يدع الصلاة مع الامام في مسجد منى لان النبي ﷺ وأصحابه كانوا يصلون بمنى . قال ابن مسعود رضي الله عنه : صليت مع رسول الله ﷺ ركعتين ومع أبي بكر ركعتين ومع عمر وعثمان ركعتين صدرا من أمارته ، فان كان الامام غير مرضي صلى المرء برفقته في رحله

﴿ مسئلة ﴾ ويخطب الامام في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلمهم فيها حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يستحب قياسا على اليومين الآخرين

ولنا ما روي عن رجلين من بني بكر قالا : رأينا رسول الله ﷺ يخطب بين أواسط أيام التشريق ونحن عند راحلته . رواه أبو داود . ولان بالناس حاجة إلى أن يعلمهم كيف يتعجلون و كيف يودعون ، بخلاف اليوم الاول والثالث

﴿مسئلة﴾ قال (ويكبر في دبر كل صلاة من صلاة الظهر يوم النحر الى آخر أيام التشريق)

إنما خص المحرم بالتكبير من يوم النحر ظهرا لانه قبل ذلك مشغول بالتلبية فلا يقطعها إلا عند رمي جمرة العقبة كما بيناه فيما قبل وليس بعدها صلاة قبل الظهر فيكبر حينئذ بعدها كالمحل ويستوي هو والحلال في آخر مدة التكبير وصفة التكبير ماذكرنا في صلاة العيد وهو ان يقول (الله أكبر الله أكبر لا إله الا الله والله أكبر ولله الحمد)

(فصل) قال بعض أصحابنا يستحب لمن نفر أن يأتي المحصب وهو الابطح وحدّه مابين الجبلين الى المقبرة فيصلي به الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم يضطجع يسيراً ثم يدخل مكة وكان ابن عمر

﴿ مسئلة ﴾ (فمن أحب أن يتعجل في يومين خرج قبل غروب الشمس فان غربت الشمس وهو بمنى لزمه المبيت والرمي من الغد)

أجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من منى شاخصا عن الحرم غير مقيم بمكة ان له أن ينفر بعد الزوال في اليوم الثاني من أيام التشريق فان أحب الاقامة بمكة فقال أحمد : لا يعجبني لمن نفر النفر الاول أن يقيم بمكة . وقال مالك : يقول في أهل مكة من كان له عذر فله أن يتعجل في يومين فان أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحج فلا . واحتج من ذهب إلى هذا بقول عمر رضي الله عنه : من شاء من الناس كلهم أن ينفر في النفر الاول إلا آل خزيمة فلا ينفروا إلا في النفر الآخر . جعل أحمد وإسحاق معنى قول عمر : إلا آل خزيمة . أي انهم أهل الحرم . والمذهب جواز النفر في النفر الاول لكل أحد وهو قول عامة العلماء لقول الله تعالى (فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه) قال عطاء هي للناس عامة ، وروى أبو داود وابن ماجه عن يحيى بن يعمر ان رسول الله ﷺ قال « أيام منى ثلاثة فمن تعجل فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه » قال ابن عيينة هذا أجود حديث رواه سفيان ، وقال وكيع :هذا الحديث أم المناسك وفيه زيادة أنا اختصرته ، ولانه دفع من مكان فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم كالدفع من عرفة ومزدلفة ، وكلام أحمد في هذا أراد به الاستحباب موافقة لقول عمر ، فمن أحب التعجيل في النفر الاول خرج قبل غروب الشمس فان غربت قبل خروجه من منى لم ينفر سواء كان ارتحل أو لم يرتحل ، هذا قول ابن عمر وجابر وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والثوري والشافعي واسحق وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : له أن ينفر مالم يطلع فجر اليوم الثالث لانه لم يدخل وقت رمي اليوم الآخر فجاز له النفر كما قبل الغروب

ولنا قوله سبحانه (فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه) واليوم اسم للنهار فمن أدركه الليل فما تعجل في يومين ، قال ابن المنذر :ثبت عن عمر رضي الله عنه انه قال : من أدركه المساء في اليوم الثاني فليقم الى الغد حتى ينفر مع الناس . وما قاسوا عليه لا يشبه مانحن فيه فانه تعجل في يومين

يرى التحصيب سنة قال ابن عمر يصلي بالمحصب الظهر والعصر والمغرب والعشاء وكان كثير الاتباع لرسول الله ﷺ وكان طاوس يحصب في شعب الجور وكان سعيد بن جبير يفعله ثم تركه وكان ابن عباس وعائشة لايريان ذلك سنة، قال ابن عباس التحصيب ليس بشيء انما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعن عائشة ان نزول الابطح ليس بسنة انما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون اسمح لخروجه إذا خرج متفق عليهما، ومن استحب ذلك فلاتباع رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان ينزله قال نافع كان ابن عمر يصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ويذكر ذلك عن رسول الله ﷺ متفق عليه ، وقال ابن عمر كان رسول الله ﷺ وأبو بكر وعثمان ينزلون الابطح ، قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ولا خلاف في انه ليس بواجب ولا شيء على تاركه .

(فصل) قال بعض أصحابنا يستحب لمن نفر أن يأتي المحصب وهو الابطح وحده ما بين الجبلين الى المقبرة فيصلي به الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم يهجع يسيراً ثم يدخل مكة ، وكان ابن عمر يرى التحصيب سنة ، قال ابن المنذر كان ابن عمر يصلي بالمحصب الظهر والعصر والمغرب والعشاء وكان كثير الاتباع لسنة رسول الله ﷺ ، وكان طاوس يحصب في شعب الجور ، وكان ابن عباس وعائشة لايريان ذلك سنة ، قال ابن عباس رضي الله عنهما التحصيب ليس بشيء انما هو منزل نزله رسول الله ﷺ ، وعن عائشة رضي الله عنها ان نزول الابطح ليس بسنة انما نزله رسول الله ﷺ ليكون أسمح لخروجه اذا خرج ، متفق عليهما ، ومن استحب ذلك فلاتباع رسول الله ﷺ فانه كان ينزله ، قال نافع كان ابن عمر يصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ويذكر ذلك عن رسول الله ﷺ متفق عليه، وقال ابن عمر كان رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان ينزلون الابطح قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ، ولا خلاف انه لايجب ولا شيء على تاركه

(فصل) ويستحب لمن حج أن يدخل البيت وقد ذكرناه ولا يدخله بنعليه ولا خفيه ولا الى الحجر لانه من البيت ولا يدخل الكعبة بسلاح قال أحمد وثياب الكعبة اذا نزعت يتصدق بها وقال اذا أراد أن يستشفي بشيء من طيب الكعبة فيأت بطيب من عنده فيلزقه على البيت بحيث يأخذه ولا يأخذ من طيب البيت شيئا ولا يخرج من تراب الحرم ولا يدخل فيه من الحل كذلك قال ابن عمر وابن عباس ولا يخرج من حجارة مكة الى الحل والخروج أشد الا أن ماء زمزم أخرجه كعب

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه كيف لنا بالجوار بمكة قال النبي ﷺ « والله انك لأحب البقاع الى الله ولولا اني أخرجت منك ماخرجت » وانما كره عمر الجوار بمكة لمن هاجر منها ، وجابر ابن عبد الله جاور بمكة وجميع أهل البلاد ومن كان من أهل اليمن ليس بمنزلة من يخرج ويهاجر أي لابأس به وابن عمر كان يقيم بمكة قال والمقام بالمدينة أحب اليَّ من المقام بمكة لمن قوي عليه لانها مهاجر المسلمين وقد قال النبي ﷺ «لايصبر أحد على لأوائها وشدتها الا كنت شفيعا له يوم القيامة »

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا أتى مكة لم يخرج حتى يودع البيت يطوف به سبعا ويصلي ركعتين إذا فرغ من جميع أموره حتى يكون آخر عهده بالبيت)

وجملة ذلك أن من أتى مكة لايخلو إما أن يريد الاقامة بها أو الخروج منها فان أقام بها فلا وداع عليه لان الوداع من المفارق لا من الملازم سواء نوى الاقامة قبل النفر أو بعده، وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة ان نوى الاقامة بعد أن حل له النفر لم يسقط عنه الطواف ولا يصح لانه غير مفارق فلا يلزمه وداع كمن نواها قبل حل النفر وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم «لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» وهـذا ليس بنافر فأما الخـارج من مكة فليس له ان يخرج حتى يودع البيت بطواف سبع وهو واجب من تركه لزمه دم، وبذلك قال الحسن والحكم وحماد والثوري واسحاق وابو ثور وقال الشافعي في قول له لايجب بتركه شيء لانه يسقط عن الحائض فلم يكن واجبا كطواف القدوم ولانه كتحية البيت أشبه طواف القدوم

ولنا ما روى ابن عباس قال امر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه، ولمسلم قال كان الناس ينصرفون كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» وليس في سقوطه عن المعذور مايجوز سقوطه لغيره كالصلاة تسقط عن الحائض وتجب على غيرها بل تخصيص الحائض باسقاطه عنها دليل على وجوبه على غيرها

﴿مسئلة﴾ فاذا أتى مكة لم يخرج حتى يودع البيت بالطواف اذا فرغ من جميع أموره)

وجملة ذلك أن من أتى مكة فلا يخلو اما أن يريد الاقامة بها أو الخروج منها فان أقام بها فلا وداع عليه لان الوداع من المفارق وسواء نوى الاقامة قبـل النفر أو بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان نوى الاقامة بعد أن حل له النفر لم يسقط عنه الطواف

ولنا أنه غير مفارق فلا يلزمه وداع كمن نواها قبل حل النفر وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم « لاينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » وهـذا ليس بنافر فاما الخارج من مكة فليس له الخروج حتي يودع البيت بطواف سبع وهو واجب يجب بتركه دم وبه قال الحسن والحكم وحماد والثوري واسحاق وأبو ثور . وقال الشافعي في قول لا يجب بتركه شيء لانه يسقط عن الحائض فلم يكن واجبا كطواف القدوم

ولنا ماروى ابن عباس رضي الله عنهما قال : أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض . متفق عليه . ولمسلم قال كان النـاس ينصرفون كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » وسقوطه عن المعـذور لايوجب سقوطه عن غيره كالصلاة تسقط عن الحائض، وتجب على غيرها بل تخصيص الحائض باسقاطه عنها

إذ لو كان ساقطا عن الـكل لم يكن لتخصيصها بذلك معنى وإذا ثبت وجوبه فانه ليس بركن بغـير خلاف ولذلك سقط عن الحائض ولم يسقط طواف الزيارة ويسمى طواف الوداع لأنه لتوديع البيت وطواف الصدر لانه عنـد صدور الناس من مكة ووقته بعـد فراغ المرء من جميع أموره ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت به العادة في توديع المسافر اخوانه واهله ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم «حتى يكون آخر عهده بالبيت»

(فصل) ومن كان منزله في الحرم فهو كالمكي لا وداع عليه ومن كان منزله خارج الحرم قريباً منه فظاهر كلام الخرقي انه لايخرج حتى يودع البيت وهذا قول أبي ثور وقياس قول مالك ذكره ابن القاسم وقال أصحاب الرأي في أهل بستان ابن عامر واهل المواقيت إنهم بمنزلة أهل مكة في طواف الوداع لانهم معدودون من حاضري المسجد الحرام بدليل سقوط دم المتعة عنهم

ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم «لاينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» ولانه خارج من مكة فلزمه التوديع كالبعيد.

(فصل) فان أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج ففيه روايتان (إحداها) يجزئه عن طواف الوداع لانه امر أن يكون آخر عهده بالبيت وقد فعل ولان ماشرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه كتحية المسجد بركعتين تجزيء عنهما المكتوبة وعنه لايجزئه عن طواف الوداع لانهما عبادتان واجبتان فلم تجز إحداهما عن الاخرى كالصلاتين الواجبتين

﴿مسئلة﴾ قال (فان ودع واشتغل في تجارة عاد فودع)

قد ذكرنا أن طواف الوداع إنما يكون عند خروجه ليكون آخر عهده بالبيت فان طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو اقامة فعليه إعادته، وبهذا قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور وقال اصحاب الرأي اذا طاف للوداع أو طاف تطوعا بعد ماحل له النفر اجزأه عن طواف الوداع وإن

دليل على وجوبه على غيرها اذ لو كان ساقطا عن الـكل لم يكن لتخصيصها بذلك. معنى اذا ثبت وجوبه فانه ليس بركن بغير خلاف ويسمى طواف الوداع لانه لتوديع البيت وطواف الصدر لانه عند صدور الناس من مكة ووقته بعد فراغ الحاج من جميع أمره ليكون آخر عهده بالبيت كما جرت العادة في توديع المسافر أهله وإخوانه ولذلك قال النبي ﷺ «ليكون آخر عهـده بالبيت» ولانه خارج من الحرم فلزمه التوديع كالبعيد

﴿مسئلة﴾ فان ودع ثم اشتغل في تجارة أو أقام أعاد الوداع لان طواف الوداع إنما يكون عند خروجه ليكون آخر عهده بالبيت. فان اشتغل بعده بتجارة أو إقامة فعليه إعادته

هـذا قول عطاء ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور. وقال أصحاب الرأي إذا طاف للوداع أو طاف تطوعا بعد ماحل له النفر أجزأه عن طواف الوداع. وإن أقام شهراً لانه طاف بعد

قام شهراً او اكثر لانه طاف بعد ماحل له النفر فلم يلزمه اعادته كما او نفر عقيبه .

ولنا قوله عليه السلام «لا ينفرن احد حتى يكون آخر عهده بالبيت» ولانه إذا اقام بعده خرج عن ان يكون وداعا في العادة فلم يجزه كما لو طافه قبل حل النفر فاما ان قضى حاجة في طريقه او اشترى زادا او شيئا لنفسه في طريقه لم يعده لان ذلك ليس باقامة تخرج طوافه عن ان يكون آخر عهده بالبيت وبهذا قال مالك والشافعي ولا نعلم مخالفا لهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان خرج قبل الوداع رجع ان كان بالقرب وان بعد بعث بدم)

هذا قول عطاء والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور، والقريب هو الذي بينه وبين مكة دون مسافة القصر والبعيد من بلغ مسافة القصر نص عليه احمد وهو قول الشافعي وكان عطاء يرى الطائف قريبا وقال الثوري حد ذلك الحرم فمن كان في الحرم فهو قريب ومن خرج منه فهو بعيد ووجه القول الاول ان من دون مسافة القصر في حكم الحاضر في أنه لا يقصر ولا يفطر ولذلك عددناه من حاضري

ماحل له النفر فلم تلزمه إعادته كما لو نفر عقيبه

ولنا قوله عليه السلام « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » ولانه إذا قام بعده خرج عن أن يكون وداعا في العادة فلم يجزه كما لوطافه قبل حل النفر . فاما إن قضى حاجة في طريقه أو اشترى زاداً أوشيئا لنفسه في طريقه لم يعده لان ذلك ليس باقامة تخرج طوافه عن أن يكون آخر عهده بالبيت . وبهذا قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (فان أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج أجزأه عن طواف الوداع)

هذا ظاهر المذهب لانه أمر أن يكون آخر عهده بالبيت . وقد فعل ولان ماشرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه كتحية المسجد بركعتين تجزيء عنهما المكتوبة ، وركعتا الطواف والاحرام يجزيء عنهما المكتوبة ، وعنه لايجزيء عن طواف الوداع لانهما عبادتان واجبتان فلم تجز إحداهما عن الاخرى كالصلاتين الواجبتين فاما إن نوى بطوافه الوداع لم يجزه عن طواف الزيارة لقوله عليه السلام « وإنما لكل امريء مانوى » وحكمه حكم من ترك طواف الزيارة على مانذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (فان خرج قبل الوداع رجع اليه . فان لم يمكنه فعليه دم الا الحائض والنفساء لا وداع عليهما)

من خرج قبل الوداع فعليه الرجوع ان كان قريبا وان أبعد فعليه دم هذا قول عطاء والثوري والشافعي ، واسحاق وأبي ثور . والقريب من كان من مكة دون مسافة القصر . والبعيد مسافة القصر فما زاد . نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي . وكان عطاء يرى الطائف قريبا : وقال الثوري حد ذلك الحرم . فمن كان فيه فهو قريب . ومن خرج منه فهو بعيد

المسجد الحرام وقد روي أن عمر رد رجلا من مرّ إلى مكة ليكون آخر عهده بالبيت رواه سعيد ، وإن لم يمكنه الرجوع لعذر فهو كالبعيد ولو لم يرجع القريب الذي يمكنه الرجوع لم يكن عليه أكثر من دم ولا فرق بين تركه عمداً أو خطأ لعذر أو غيره لانه من واجبات الحج فاستوى عمده وخطؤه والمعذور وغيره كسائر واجباته فان رجع البعيد فطاف للوداع فقال القاضي لا يسقط عنه الدم لانه قد استقر عليه الدم ببلوغه مسافة القصر فلم تسقط برجوعه كمن تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم رجع اليه وإن رجع القريب فطاف فلا دم عليه سواء كان ممن له عذر يسقط عنه الرجوع أولا لان الدم لم يستقر عليه لكونه في حكم الحاضر ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه لانه واجب أتى به فلم يجب عليه بدله كالقريب

(فصل) اذا رجع البعيد فينبغي أن لا يجوز له تجاوز الميقات ان كان جاوزه الا محرما لانه ليس من أهل الاعذار فيلزمه طواف لاحرامه بالعمرة والسعي وطواف لوداعه وفي سقوط الدم عنه ما ذكرنا من الخلاف . وإن كان دون الميقات أحرم من موضعه فاما ان رجع القريب فظاهر قول من ذكرنا قوله انه لا يلزمه احرام لانه رجع لاتمام نسك مأمور به فأشبه من رجع لطواف الزيارة فان ودع وخرج ثم دخل مكة لحاجة فقال احمد: أحب إليَّ أن لا يدخل إلا محرما وأحب إليَّ اذا خرج أن يودع البيت بالطواف وهذا لانه لم يدخل لاتمام النسك إنما دخل لحاجة غير متكررة فأشبه من يدخلها للاقامة بها

ولنا أن من دون مسافة القصر في حكم الحاضر في أنه لا يفطر ولا يقصر ولذلك عددناه من حاضري المسجد الحرام ومن لم يمكنه الرجوع لعذر فهو كالبعيد ولو لم يرجع القريب الذي يمكنه الرجوع لم يكن عليه أكثر من دم ولا فرق بين تركه عمداً أو خطأ لعذر أو غيره لانه من واجبات الحج فاستوى عمده وخطأه والمعذور وغيره كسائر واجباته . فان رجع البعيد فطاف للوداع . فقال القاضي لا يسقط عنه الدم لانه قد استقر عليه ببلوغه مسافة القصر فلم يسقط برجوعه كمن تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم رجع اليه . وان رجع القريب فطاف فلا دم عليه سواء كان ممن له عذر يسقط عنه الرجوع أولا لان الدم لم يستقر عليه لكونه في حكم الحائض ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه لانه واجب أتى به فلم يجب عليه بدله كالقريب

(فصل) واذا رجع البعيد فينبغي أن لا يجوز له تجاوز الميقات ان كان تجاوزه الا محرما لانه ليس من أهل الاعذار فيلزمه طواف لاحرامه بالعمرة ، والسعي ، وطواف الوداع وفي سقوط الدم عنه الخلاف المذكور وان كان من دون الميقات أحرم من موضعه . فاما ان رجع القريب فظاهر قول من ذكرنا قوله أنه لا يلزمه احرام لانه رجع لاتمام نسك مأمور به فأشبه من رجع لطواف الزيارة فاما ان ودع وخرج ثم دخل مكة لحاجة فقال احمد أحب اليّ أن لا يدخل الا محرما وأحب الي اذا خرج أن يودع البيت بالطواف ، وهذا لانه لم يدخل لاتمام النسك . انما دخل لحاجة غير متكررة أشبه من يدخلها للاقامة بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة اذا حاضت قبل أن تودع خرجت ولا وداع عليها ولا فدية)

هذا قول عامة فقهاء الامصار وقد روي عن عمر وابنه أنهما أمرا الحائض بالمقام لطواف الوداع وكان زيد بن ثابت يقول به ثم رجع عنه فروى مسلم أن زيد بن ثابت خالف ابن عباس في هذا قال طاوس: كنت مع ابن عباس إذ قال زيد بن ثابت يفتي: أن لا تصدر الحائض قبل أن يكون آخر عهدها بالبيت. فقال له ابن عباس: إمّا لا تسأل فلانة الانصارية هل أمرها رسول الله ﷺ بذلك؟ قال فرجع زيد إلى ابن عباس يضحك وهو يقول: ما أراك إلا قد صدقت، وروي عن ابن عمر أنه رجع إلى قول الجماعة أيضاً وقد ثبت التخفيف عن الحائض بحديث صفية حين قالوا يارسول الله انها حائض فقال « أحابستنا هي ؟ » قالوا يارسول الله إنها قد أفاضت يوم النحر. قال « فلتنفر إذاً » ولا أمرها بفدية ولا غيرها، وفي حديث ابن عباس إلا أنه خفف عن المرأة الحائض، والحكم في النفساء كالحكم في الحائض لان أحكام النفاس أحكام الحيض فيما يوجب ويسقط

(فصل) واذا نفرت الحائض بغير وداع فطهرت قبل مفارقة البنيان رجعت فاغتسلت وودعت لانها في حكم الاقامة بدليل أنها لا تستبيح الرخص فان لم يمكنها الاقامة فمضت أو مضت لغير عذر فعليها دم، وان فارقت البنيان لم يجب الرجوع اذا كانت قريبة كالخارج من غير عذر قلنا هناك ترك

(فصل) والحائض والنفساء لا وداع عليهما ولا فدية كذلك هذا قول عامة أهل العلم. وقد روي عن عمر وابنه رضي الله عنهما أنهما أمرا الحائض بالمقام لطواف الوداع وكان زيد بن ثابت يقول به ثم رجع عنه. فروى مسلم أن زيد بن ثابت خالف ابن عباس في هذا. قال طاوس كنت مع ابن عباس اذ قال زيد بن ثابت يفتي: أن لا تصدر الحائض حتى يكون آخر عهدها بالبيت. فقال له ابن عباس: اما لا تسأل فلانة الانصارية هل أمرها بهذا رسول الله ﷺ قال: فرجع زيد بن ثابت الى ابن عباس يضحك وهو يقول. ما أراك الا قد صدقت، وروي عن ابن عمر أنه رجع الى قول الجماعة أيضاً، وقد ثبت التخفيف عن الحائض بحديث صفية حين قالوا: يارسول الله انها حائض فقال« أحابستنا هي؟ » قالوا يارسول الله انها قد أفاضت يوم النحر. قال « فلتنفر اذا » ولم يأمرها بفدية ولا غيرها. وفي حديث ابن عباس الا أنه خفف عن المرأة الحائض، وحكم النفساء حكم الحائض لان أحكام النفاس أحكام الحيض فيما يجب ويسقط

(فصل) اذا نفرت الحائض بغير وداع فطهرت قبل مفارقة البنيان رجعت فاغتسلت وودعت لانها في حكم الاقامة لأنها لا تستبيح الرخص. فان لم تمكنها الاقامة فمضت أو مضت لغير عذر فعليها دم فأما ان فارقت البنيان لم يجب عليها الرجوع لخروجها عن حكم الحاضر فان قيل فلم لا يجب الرجوع مادامت قريبة كالخارج لغير عذر؟ قلنا هناك ترك واجبا فلم يسقط بخروجه حتى يصير الى مسافة

واجباً فلم يسقط بخروجه حتى يصير الى مسافة القصر لانه يكون انشاء سفر طويل غير الاول وهاهنا لم يكن واجبا ولا يثبت وجوبه ابتداء الا في حق من كان مقيما

(فصل) ويستحب أن يقف المودع في الملتزم وهو مابين الركن والباب فيلزمه يلصق بصدره ووجهه ويدعو الله عز وجل لما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : طفت مع عبد الله فلما جاء دبر الكعبة قلت ألا تتعوذ ؟ قال نعوذ بالله من النار ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطها بسطا وقال هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله ، وعن عبد الرحمن بن صفوان قال : لما فتح رسول الله ﷺ مكة انطلقت فرأيت رسول الله ﷺ قد خرج من الكعبة هو وأصحابه قد استلموا الركن من الباب الى الحطيم ووضعوا خدودهم على البيت ورسول الله ﷺ وسطهم رواه أبو داود، وقال منصور سألت مجاهداً اذا أردت الوداع كيف أصنع ؟ قال تطوف بالبيت سبعاً وتصلي ركعتين خلف المقام ثم تأتي زمزم فتشرب من مائها ثم تأتي الملتزم ما بين الحجر والباب فتستلمه ثم تدعو ثم تسأل حاجتك ثم تستلم الحجر وتنصرف . قال بعض أصحابنا ويقول في دعائه اللهم هذا بيتك وأنا عبدك وابن عبدك حملتني على ما سخرت لي من خلقك وسيرتني في بلادك حتى بلغتني بنعمتك الى بيتك وأعنتني على أداء نسكي فان كنت رضيت عني فازدد عني رضا والا فمن الآن قبل أن تنأى عن بيتك داري فهذا

القصر لانه يكون انشاء سفر طويل غير الاول وههنا لم يكن واجبا ولا يثبت وجوبه ابتداء الا في حق من كان مقيما

﴿ مسألة ﴾ (فاذا فرغ من الوداع وقف في الملتزم بين الركن والباب)

يستحب أن يقف المودع في الملتزم وهو مابين الحجر الاسود وباب الكعبة فيلتزمه ويلصق به صدره ووجهه ويدعو الله عز وجل . لما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه قال : طفت مع عبدالله . فلما جاء دبر الكعبة قلت ألا تتعوذ . قال نعوذ بالله من النار ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطها بسطا وقال . هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله . وعن عبد الرحمن بن صفوان قال : لما فتح رسول الله ﷺ مكة انطلقت فرأيت رسول الله ﷺ قد خرج من الكعبة هو وأصحابه ، وقد استلموا الركن من الباب الى الحطيم ووضعوا خدودهم على البيت ورسول الله ﷺ وسطهم . رواه ابوداود . وقال منصور سألت مجاهداً إذا أردت الوداع كيف أصنع ؟ قال : تطوف سبعا وتصلي ركعتين خلف المقام ، ثم تأتي زمزم فتشرب منها ثم تأتي الملتزم مابين الباب والحجر فتستلمه ثم تدعو ثم تسأل حاجتك ثم تستلم الحجر وتنصرف . وقال بعض أصحابنا يقول في دعائه : اللهم هذا بيتك وأنا عبدك وابن عبدك وابن أمتك حملتني على ماسخرت لي من خلقك ، وسيرتني في بلادك ، حتى بلغتني بنعمتك إلى بيتك ، وأعنتني على

أوان انصرافي ان أذنت لي غير مستبدل بك ولا ببيتك ولا راغب عنك ولا عن بيتك ، اللهم فأصحبني العافية في بدني والصحة في جسمي والعصمة في ديني وأحسن منقلبي وارزقني طاعتك أبداً ماأبقيتني واجمع لي بين خيري الدنيا والآخرة إنك على كل شيء قدير ، وعن طاوس قال رأيت اعرابياً أتى الملتزم فتعلق باستار الكعبة فقال: بك أعوذ وبك ألوذ اللهم فاجعل لي في اللهف الى جودك والرضاء بضمانك مندوحا عن منع الباخلين، وغنى عما في أيدي المستأثرين، اللهم بفرجك القريب ومعروفك القديم وعادتك الحسنة، ثم أضلني في الناس فلقيته بعرفات قائما وهو يقول: اللهم ان كنت لم تقبل حجتي وتعبي ونصبي فلا تحرمني أجر المصاب على مصيبته فلا أعلم أعظم مصيبة ممن ورد حوضك وانصرف محروماً من وجه رغبتك، وقال آخر: ياخير موفود اليه قد ضعفت قوتي، وذهبت منتي وأتيت اليك بذنوب لا تغسلها البحار أستجير برضاك من سخطك ، وبعفوك من عقوبتك ، رب ارحم من شملته الخطايا وغمرته الذنوب، وظهرت منه العيوب، ارحم أسير ضر وطريد فقر، أسألك أن تهب لي عظيم جرمي يامستزاداً من نعمه ومستعاذاً من نقمه ،ارحم صوت حزين دعاك بزفير وشهيق، اللهم ان كنت بسطت اليك يدي داعياً فطالما كفيتني ساهياً فبنعمتك التي تظاهرت علي عند الغفلة لا أيأس منها عند التوبة فلا تقطع رجائي منك لما قدمت من اقتراف وهب لي الاصلاح في الولد والامن في البلد والعافية في الجسد انك سميع مجيب ، اللهم ان لك علي حقوقا فتصدق بها علي وللناس قبلي تبعات

آداء نسكي ،فان كنت رضيت عني فازدد عني رضى ،وإلا فمن الآن قبل أن تنأى عن بيتك داري فهذا أوان انصرافي ان أذنت لي غير مستبدل بك ولا ببيتك ،ولا راغب عنك ولا عن بيتك . اللهم فأصحبني العافية في بدني ،والصحة في جسمي ،والعصمة في ديني ،وأحسن منقلبي ،وارزقني طاعتك أبدا ما أبقيتني، واجمع لي بين خيري الدنيا والآخرة إنك على كل شيء قدير . وعن طاوس قال : رأيت أعرابيا أتى الملتزم فتعلق باستار الكعبة فقال : بك أعوذ وبك ألوذ ، اللهم فاجعل لي في اللهف إلى جودك ،والرضى بضمانك،مندوحا عن منع الباخلين ،وغنى عما في أيدي المستأثرين. اللهم فرجك القريب ومعروفك التام وعادتك الحسنة. ثم أضلني في الناس فألفيته بعرفات قائماوهو يقول : اللهم ان كنت لم تقبل حجتي وتعبي ونصبي فلا تحرمني أجر المصاب على مصيبته فلا أعلم أعظم مصيبة من وردحوضك وانصرف محروما من وجه رغبتك . وقال آخر : ياخير موفود اليه ، قد ضعفت قوتي ، وذهبت منتي، وأتيت اليك بذنوبي لا تسعها البحار أستجير برضاك من سخطك ،وبعفوك من عقوبتك ، رب ارحم من شملته الخطايا ،وغمرته الذنوب ،وظهرت منه العيوب،ارحم أسير ضر ،وطريد فقر .أسألك أن تهب لي عظيم جرمي، يامستزاداً من نعمه، ومستعاذاً من نقمه ،ارحم صوت حزين دعاك بزفير وشهيق . اللهم ان كنت بسطت اليك يدي داعيا ، فطالما كفيتني ساهيا ، فنعمتك التي تظاهرت علي عند الغفلة، لا أيأس منها عند التوبة ،فلا تقطع رجائي منك لما قدمت من اقتراف ،وهب لي الاصلاح في الولد،

فتحملها عني وقد أوجبت لكل ضيف قرى وأنا ضيفك الليلة فاجعل قراي الجنة، اللهم ان سائلك عند بابك من ذهبت أيامه وبقيت آثامه وانقطعت شهوته وبقيت تبعته فارض عنه وان لم ترض عنه فاعف عنه فقد يعفو السيد عن عبده وهو عنه غير راض، ثم يصلي على النبي ﷺ، والمرأة اذا كانت حائضاً لم تدخل المسجد ووقفت على بابه فدعت بذلك

(فصل) قال احمد اذا ودع البيت يقوم عند الباب اذا خرج ويدعو فاذا ولى لا يقف ولا يلتفت وان التفت رجع فودع، وروى حنبل في مناسكه عن المهاجرة قال قلت لجابر بن عبد الله الرجل يطوف بالبيت ويصلي فاذا انصرف خرج ثم استقبل القبلة فقام فقال ما كنت أحسب يصنع هذا اليهود والنصارى[1] قال أبو عبدالله أكره ذلك، وقول أبي عبدالله ان التفت رجع فودع .. على سبيل الاستحباب اذ لا نعلم لايجاب ذلك عليه دليلا، وقد قال مجاهد اذا كدت تخرج من باب المسجد فالتفت ثم انظر الى الكعبة ثم قل اللهم لا تجعله آخر العهد

[1] وفي الشرح الكبير الا اليهود والنصارى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك طواف الزيارة رجع من بلده حراما حتى يطوف بالبيت)

وجملة ذلك ان طواف الزيارة ركن الحج لا يتم الا به ولا يحل من احرامه حتى يفعله فان رجع الى بلده قبله لم ينفك احرامه ورجع متى أمكنه محرما لا يجزئه غير ذلك، وبذلك قال عطاء والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال الحسن يحج من العام المقبل وحكي نحو ذلك عن عطاء قولا ثانيا وقال يأتي عاما قابلا من حج أو عمرة

والامن في البلد. والعافية في الجسد، انك سميع مجيب، اللهم ان لك علي حقوقا فتصدق بها علي، وللناس قبلي تبعات فتحملها عني: وقد أوجبت لكل ضيف قرى وأنا ضيفك الليلة فاجعل قراي الجنة. اللهم ان سائلك عند بابك من ذهبت أيامه، وبقيت آثامه، وانقطعت شهوته، وبقيت تبعته، فارض عنه وان لم ترض عنه فاعف عنه، فقد يعفو السيد عن عبده وهو غير راض عنه، ثم يصلي على النبي ﷺ الا أن المرأة إذا كانت حائضا أو نفساء لم تدخل المسجد ووقفت على بابه فدعت بذلك

(فصل) قال أحمد: اذا ودع البيت يقوم عند الباب اذا خرج ويدعو فاذا تلا لا يقف ولا يلتفت فان التفت رجع وودع، وروى حنبل في المناسك عن المهاجر قال قلت لجابر بن عبدالله: الرجل يطوف بالبيت ويصلي فاذا انصرف خرج ثم استقبل القبلة فقام فقال: ماكنت أحسب يصنع هذا إلا اليهود والنصارى قال أبو عبدالله أكره ذلك، وقول أبي عبدالله إن التفت رجع فودع على سبيل الاستحسان إذ لا نعلم لايجاب ذلك عليه دليلا. وقد قال مجاهد هذا اذا كدت تخرج من باب المسجد فالتفت ثم انظر إلى الكعبة ثم قل: اللهم لاتجعله آخر العهد

(فصل) فان خرج قبل طواف الزيارة رجع حراما حتى يطوف بالبيت لانه ركن لا يتم الحج الا به ولا يحل من احرامه حتى يفعله، فمتى لم يفعله لم ينفك احرامه ورجع متى أمكنه محرما لايجزئه غير

ولنا قول النبي ﷺ حين ذكر له أن صفية حاضت قال « أحابستنا هي ؟ » قيل انها قد أفاضت يوم النحر قال «فلتنفر اذاً» يدل على أن هذا الطواف لابد منه وانه حابس لمن لم يأت به، فان نوى التحلل ورفض احرامه لم يحل بذلك لان الاحرام لا يخرج منه بنية الخروج ومتى رجع الى مكة فطاف بالبيت حل بطوافه لان الطواف لا يفوت وقته على ما أسلفناه

(فصل) فان ترك بعض الطواف فهو كما لو ترك جميعه فيما ذكرنا وسواء ترك شوطا أو أقل أو أكثر ، وهذا قول عطاء ومالك والشافعي واسحاق وأبي ثور وقال أصحاب الرأي من طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة أو طواف العمرة وسعى بين الصفا والمروة ثم رجع الى الكوفة ان سعيه يجزئه وعليه دم لما ترك من الطواف بالبيت

ولنا أن ما أتى به لا يجزئه اذا كان بمكة ، فلا يجزئه اذا خرج منها كما لو طاف دون الاربعة أشواط

(فصل) وإذا ترك طواف الزيارة بعد رمي جمرة العقبة فلم يبق محرما الا عن النساء خاصة لانه قد حصل له التحلل الاول برمي جمرة العقبة فلم يبق محرما الا عن النساء خاصة ، وان وطيء لم يفسد حجه ولم تجب عليه بدنة لكن عليه دم ، ويجدد احرامه ليطوف في احرام صحيح ، قال احمد من طاف للزيارة او اخترق الحجر في طوافه ورجع الى بغداد فانه يرجع لانه على بقية إحرامه فان وطيء النساء أحرم من التنعيم على حديث ابن عباس وعليه دم وهذا كما قلنا

ذلك ، وبذلك قال عطاء والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحسن يحج من العام المقبل ، وحكي نحو ذلك عن عطاء أيضاً

ولنا قول النبي ﷺ حين ذكر له أن صفية حاضت قال «أحابستنا هي ؟» قيل انها قد أفاضت يوم النحر قال «فلتنفر اذاً» يدل على أن هذا الطواف لابدّ منه وأنه حابس لمن لم يأت به، فان نوى التحلل ورفض احرامه لم يحل بذلك لان الاحرام لايخرج منه بنية الخروج ، ومتى رجع إلى مكة فطاف بالبيت حل بطوافه لان الطواف لايفوت وقته على ماقدمناه

(فصل) وترك بعض الطواف كترك الجميع فيما ذكرنا وسواء ترك شوطا أو أقل أو أكثر وهذا قول عطاء ومالك والشافعي واسحاق وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي من طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة وطواف العمرة وسعى بين الصفا والمروة ثم رجع إلى الكوفة ان سعيه يجزئه وعليه دم لما ترك من الطواف بالبيت

ولنا أن ماأتى به لايجزئه اذا كان بمكة فلم يجزئه اذا خرج منها كما لو طاف دون أربعة أشواط

(فصل) فان ترك طواف الزيارة بعد رمي جمرة العقبة لم يبق محرما إلا عن النساء خاصة لانه قدحصل له التحلل الاول برمي الجمرة فحل له كل شيء إلا النساء فان وطيء لم يفسد حجه ولم تجب عليه بدنة لكن عليه دم ويجدد احرامه ليطوف في احرام صحيح وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى

﴿مسئله﴾ قال (وان كان طاف للوداع لم يجزئه لطواف الزيارة)

وانما لم يجزه عن طواف الزيارة لان تعيين النية شرط فيه على ماذكرنا فمن طاف للوداع فلم يعين النية له فكذلك لم يصح .

«مسئلة» قال (وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد إلا أن عليه دما فان لم يجد صام ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة وسبعة اذا رجع)

المشهور عن أحمد ان القارن بين الحج والعمرة لا يلزمه من العمل الا مايلزم المفرد وأنه يجزئه طواف واحد وسعي واحد لحجه وعمرته نص عليه في رواية جماعة من أصحابه ، وهذا قول ابن عمر وجابر بن عبدالله ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وعن احمد رواية ثانية أن عليه طوافين وسعيين ، ويروى ذلك عن الشعبي وجابر بن زيد وعبدالرحمن ابن الاسود وبه قال الثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي ، وقد روي عن علي ولم يصح عنه واحتج بعض من اختار ذلك بقول الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وتمامهما أن يأتي بافعالهما على الكمال ولا يفرق بين القارن وغيره ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من جمع بين الحج والعمرة فعليه طوافان » ولانهما نسكان فكان لهما طوافان كما لو كانا منفردين

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا فرغ من الحج استحب زيارة قبر النبي ﷺ وقبر صاحبيه رضي الله عنهما)

تستحب زيارة قبر النبي ﷺ لما روى الدارقطني باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « من حج فزار قبري بعد وفاتي فكأنما زارني في حياتي » وفي رواية « من زار قبري وجبت له شفاعتي » رواه باللفظ الاول سعيد ، وقال أحمد في رواية عبدالله عن يزيد بن قسيط عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « مامن أحد يسلم عليّ عند قبري إلا رد الله عليّ روحي حتى أرد عليه السلام » قال واذا حج الذي لم يحج قط يعني من غير طريق الشام لايأخذ على طريق المدينة لاني أخاف أن يحدث به حدث فينبغي أن يقصد مكة من أقصد الطرق ، ولا يتشاغل بغيره ، ويروى عن العتبي قال : كنت جالساً عند قبر النبي ﷺ فجاء اعرابي فقال : السلام عليك يارسول الله سمعت الله يقول (ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاؤك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما) وقد جئتك مستغفراً من ذنبي، مستشفعاً بك إلى ربي ثم انشأ يقول :

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه فطاب من طيبهن القاع والأكم

نفسي الفداء لقبر أنت ساكنه فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف الاعرابي فحملتني عيني فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ياعتبي « الحق الاعرابي فبشره أن الله قد غفر له »

ولنا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: وأما الذين كانوا جمعوا بين الحج والعمرة فانهم طافوا لهما طوافا واحدا متفق عليه ، وفي مسلم أن النبي ﷺ قال لعائشة لما قرنت بين الحج والعمرة « يسعك طوافك لحجك وعمرتك » وعن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحرم بالحج والعمرة اجزأه طواف واحد وسعي واحد عنهما جميعا » وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافا واحداً رواهما الترمذي وقال في كل واحد منهما حديث حسن، وروى ليث عن طاوس وعطاء ومجاهد عن جابر وابن عمر وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يطف بالبيت هو وأصحابه لعمرتهم وحجهم الا طوافا واحداً رواه الاثرم وابن ماجه . وعن سلمة قال حلف طاوس ماطاف أحد من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم للحج والعمرة الا طوافا واحدا ولانه ناسك يكفيه حلق واحد ورمي واحد فكفاه طواف واحد وسعي واحد كالمفرد، ولانهما عبادتان من جنس واحد فاذا اجتمعا دخلت أفعال الصغرى في الكبرى كالطهارتين. وأما الآية فان الافعال إذا وقعت لهما فقدتما ، وأما الحديث الذي احتجوا به فلا نعلم صحته ورواه الدار قطني من طرق ضعيفة في بعضها الحسن بن عمارة ، وفي بعضها عمر بن يزيد ، وفي بعضها حفص بن أبي داود وكلهم ضعفاء وكفى به ضعفا معارضته لما روينـا من الاحاديث الصحيحة وان صح فيحتمل أنه أراد عليه طواف وسعي فسماهما طوافين فان السعي يسمى طوافا قال الله تعالى (فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ويحتمل أنه أراد عليه طوافان طواف الزيارة وطواف الوداع

ويستحب لمن دخل المسجد أن يقدم رجله اليمنى ثم يقول : بسم الله والصلاة على رسول الله ، اللهم اغفر لي وافتح لي أبواب رحمتك ، فاذا خرج قدم رجله اليسرى وقال مثل ذلك إلا أنه يقول وافتح لي أبواب فضلك لما روي عن فاطمة بنت رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ علمها أن تقول ذلك اذا دخلت المسجد ، ثم تأتي القبر فتولي ظهرك القبلة وتستقبل وسطه وتقول : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام عليك يانبي الله وخيرته من خلقه وعباده، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أشهد أنك قد بلغت رسالات ربك ، ونصحت لامتك، ودعوت إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة ، وعبدت الله حتى أتاك اليقين ، فصلى الله عليك كثيراً كما يحب ربنا ويرضى ،اللهم اجز عنا نبينا أفضل ماجزيت أحداً من النبيين والمرسلين وابعثه المقام المحمود الذي وعدته يغبطه الاولون والآخرون اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وال ابراهيم انك حميد مجيد ، اللهم انك قلت وقولك الحق (ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاؤك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما) وقد أتيتك مستغفراً من ذنوبي مستشفعاً بك إلى ربي فاسألك يارب أن توجب لي المغفرة كما أوجبتها لمن أتاه في حياته ، اللهم اجعله

(فصل) وإن قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد نص عليه احمد فقال إذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، وهؤلاء يقولون في ذلك جزاآن فيلزمهم أن يقولوا في صيد الحرم ثلاثة لانهم يقولون في الحل اثنان ففي الحرم ينبغي أن يكون ثلاثة ، وهذا قول مالك والشافعي وقال أصحاب الرأي عليه جزاآن قال القاضي وإذا قلنا عليه طوافان لزمه جزاآن

ولنا قول الله تعالى (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) ومن أوجب جزاآن فقد أوجب مثلين ولانه صيد واحد فلم يجب فيه جزاآن كما لو قتل المحرم في الحرم صيداً ولانه لايزيد على محرمين قتلا صيداً وليس عليهما الا فداء واحد وكذلك محرم وحلال قتلا صيداً حرميا

(فصل) وان أفسد القارن نسكه بالوطء فعليه فداء واحد ، وبذلك قال عطاء وابن جريج ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ولا يسقط دم القران وقال الحكم عليه هديان ويتخرج لنا أن يلزمه بدنة وشاة إذا قلنا يلزمه طوافان ، وقال أصحاب الرأي إن وطيء قبل الوقوف فسد نسكه وعليه شاتان للحج والعمرة ويسقط عنه دم القران

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم الذين سئلوا عمن أفسد نسكه لم يأمروه إلا بفداء واحد ولم يفرقوا ولانه أحد الانساك الثلاثة فلم يجب في إفساده أكثر من فدية واحدة كالآخرين. وسائر محظورات الاحرام من اللبس والطيب وغيرهما لايجب في كل واحد منها أكثر من فداء واحد كما لو كان مفردا . والله أعلم

أول الشافعين وأنجح السائلين وأكرم الاولين والآخرين برحمتك ياأرحم الراحمين. ثم يدعو لوالديه ولاخوانه وللمسلمين أجمعين ثم يتقدم قليلا ويقول : السلام عليك ياأبا بكر الصديق ، السلام عليك ياعمر الفاروق، السلام عليكما ياصاحبي رسول الله ﷺ وضجيعيه ووزيريه ورحمة الله وبركاته، اللهم اجزهما عن نبيهما وعن الاسلام خيراً (سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار) اللهم لاتجعله آخر العهد من قبر نبيك ﷺ ومن حرم مسجدك ياأرحم الراحمين

(فصل) ولا يستحب التمسح بحائط قبر النبي ﷺ ولا تقبيله ، قال أحمد رحمه الله ماأعرف هذا ، قال الاثرم رأيت أهل العلم من أهل المدينة لايمسون قبر النبي صلى الله عليه وسلم يقومون من ناحية فيسلمون ، قال أبو عبد الله وهكذا كان ابن عمر رضي الله عنهما يفعل . قال أما المنبر فقدجاء فيه مارواه ابراهيم بن عبد الله بن عبد القاريء أنه نظر إلى ابن عمر وهو يضع يده على مقعد النبي ﷺ من المنبر ثم يضعها على وجهه

(فصل) ويستحب لمن رجع من الحج أن يقول ماروى البخاري عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الارض ثم يقول «لاإله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون ، صدق الله وعده ، ونصرعبده ، وهزم الاحزاب وحده ، وصلى الله على محمد

﴿ مسئلة ﴾ قال (الا أن عليه دما فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع)

هذا استثناء منقطع معناه لكن عليه دم فان وجوب الدم ليس من الافعال المنفية بقوله ، وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد، ولا نعلم في وجوب الدم على القارن خلافا إلا ماحكي عن داود انه لادم عليه وروي ذلك عن طاوس ،وحكى ابن المنذر ان ابن داود لما دخل مكة سئل عن القارن هل يجب عليه دم ؟ فقال لا فجر برجله وهذا يدل على شهرة الامر بينهم

ولنا قول الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي) والقارن متمتع بالعمرة الى الحج بدليل ان عليا رضي الله عنه لما سمع عثمان ينهى عن المتعة أهلَّ بالحج والعمرة ليعلم الناس أنه ليس بمنهي عنه ، وقال ابن عمر انما القران لأهل الآفاق وتلا قوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وقد روي ان النبي ﷺ قال « من قرن بين حجه وعمرته فليهرق دما » ولانه ترفه بسقوط أحد السفرين فلزمه دم كالمتمتع . واذا عدم الدم فعليه صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع كالمتمتع سواء

(فصل) ومن شرط وجوب الدم عليه أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام في قول جمهور العلماء . وقال ابن الماجشون عليه دم لان الله تعالى انما أسقط الدم(1) وليس هذا متمتعا ، وليس هذا بصحيح فاننا قد ذكرنا انه متمتع وان لم يكن متمتعا فهو فرع عليه ووجوب الدم على القارن انما كان بمعنى النص على المتمتع فلا يجوز أن يخالف الفرع أصله

(1) كذا في الاصل وفي العبارة سقط فليحرر

وآله وسلم ، روى سعيد ثنا هشيم أنا ليث عن كثير بن جعفر عن ابن عمر أنه قال : يقال اذا قدم الحاج تقبل الله نسكك ، وأعظم أجرك ، وأخلف نفقتك

(فصل) في صفة العمرة قال الشيخ رحمه الله (من كان في الحرم خرج إلى الحل فأحرم منه)

من أراد العمرة من أهل الحرم خرج إلى الحل فأحرم منه وكان ميقاتا له ، لا نعلم فيه خلافا والافضل أن يحرم من التنعيم لان النبي ﷺ أمر عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم وقال ابن سيرين بلغني أن النبي ﷺ وقت لاهل مكة التنعيم ، وانما لزم الاحرام من الحل ليجمع في النسك بين الحل والحرم ، ومن أي الحل أحرم جاز ، وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة من التنعيم لانه أقرب الحل إلى مكة ، وقد روي عن أحمد في المكي كلما تباعد في العمرة فهو أعظم للاجر هي على قدر تعبها

﴿ مسئلة ﴾ (فان أحرم من الحرم لم يجز وينعقد وعليه دم) وذلك لتركه الاحرام من الميقات ، فان خرج قبل الطواف ثم عاد اجزأه لانه قد جمع بين الحل والحرم ، وإن لم يخرج حتى قضى عمرته صح أيضا لانه قد أتى باركانها ، وانما أخل بالاحرام من ميقاتها وقد جبره فأشبه من أحرم دون الميقات بالحج وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي (والقول الثاني) لاتصح عمرته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اعتمر في أشهر الحج فطاف وسعى ثم أحرم بالحج من عامه ولم يكن خرج من مكة الى ماتقصر فيه الصلاة فهو متمتع عليه دم)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) وجوب الدم على المتمتع في الجملة وأجمع أهل العلم عليه . قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من أهلّ بعمرة في أشهر الحج من أهل الآفاق من الميقات وقدم مكة ففرغ منها وأقام بها وحج من عامه انه متمتع وعليه الهدي ان وجد والا فالصيام وقد نص الله تعالى عليه بقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج) الآية وقال ابن عمر تمتع الناس مع رسول الله (ص) بالعمرة الى الحج فلما قدم رسول الله (ص) قال للناس «من لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر ثم ليهل بالحج ويهدي فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله» متفق عليه وقال جابر كنا نتمتع مع رسول الله (ص) بالعمرة الى الحج فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها» رواه مسلم ، وعن ابي جمرة قال سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها وسألته عن الهدي فقال فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شرك من دم . متفق عليه . والدم الواجب شاة أو سبع بقرة أو سبع بدنة فان نحر بدنة أو ذبح بقرة فقد زاد خيراً . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك لا يجزيء

لانه نسك فكان من شرطه الجمع بين الحل والحرم كالحج فعلى هذا وجود هذا الطواف كعدمه وهو باق على احرامه حتى يخرج الى الحل ثم يطوف بعد ذلك ويسعى ، وان حلق قبل ذلك فعليه دم ، وكذلك كل مافعله من محظورات احرامه عليه فدية، وإن وطيء أفسد عمرته ويمضي في فاسدها وعليه دم لافسادها ويقضيها بعمرة من الحل ، فان كانت العمرة التي أفسدها عمرة الاسلام اجزأه قضاؤها عن عمرة الاسلام وإلا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يطوف ويسعى ثم يحلق أو يقصر، ثم قد حل) لان هذه أفعال العمرة فحل بفعلها كحله من الحج بأفعاله وهل يحل قبل الحلق والتقصير؟ على روايتين أصلهما هل الحلق والتقصير نسك أو ليس بنسك ؟ فان قلنا انه نسك لم يحل قبله كالرمي ، وإن قلنا ليس بنسك ، بل اطلاق من محظور حل قبله كاللبس والطيب وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في الحج وهذا مقاس عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وتجزيء عمرة القارن والعمرة من التنعيم عن عمرة الاسلام في أصح الروايتين)

لانعلم في اجزاء عمرة المتمتع خلافا كذلك قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد ولانعلم عن غيرهم خلافهم ، وروي عن أحمد أن عمرة القارن لاتجزيء اختاره أبو بكر لان النبي ﷺ أعمر عائشة رضي الله عنها حين حاضت من التنعيم ، ولو كانت عمرتها في قرانها اجزأتها لما أعمرها بعدها ، ولانها ليست عمرة تامة لانه لاطواف لها ، وعنه أن العمرة من أدنى الحل لاتجزيء عن العمرة الواجبة قال انما هي من أربعة أميال وثوابها على قدر تعبها ، وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : والله

الا بدنة لان النبي (ص) لما تمتع ساق بدنة ، وهذا ترك لظاهر قوله تعالى (فما استيسر من الهدي) واطراح للآثار الثابتة ، وما احتجوا به فلا حجة فيه فان اهداء النبي ﷺ للبدنة لا يمنع إجزاء مادونها فان النبي ﷺ قد ساق مائة بدنة ولا خلاف في أن ذلك ليس بواجب ولا يجب أن تكون البدنة التي يذبحها على صفة بُدن النبي ﷺ ، ثم أنهم يقولون ان النبي ﷺ كان مفرداً في حجته وكذلك ذهبوا إلى تفضيل الافراد فكيف يكون سوقه للبدن دليلا لهم في التمتع ولم يكن متمتعا ؟

(الفصل الثاني) في الشروط التي يجب الدم على من اجتمعت فيه وهي خمسة (الاول) أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج فان أحرم بها في غير أشهره لم يكن متمتعاً سواء وقعت أفعالها في أشهر الحج أو في غير أشهره نص عليه أحمد . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله سئل عمن أهلّ بعمرة في غير أشهر الحج ثم قدم في شوال أيحل من عمرته في شوال أو يكون متمتعاً ؟ فقال لا يكون متمتعا واحتج بحديث جابر وذكر إسناده عن أبي الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يسئل عن امرأة تجعل على نفسها عمرة في شهر مسمى ثم تحل إلا ليلة واحدة ثم تحيض قال لتخرج ثم لتهل بعمرة ثم لتنتظر حتى تطهر ثم لتطف بالبيت، قال أبو عبد الله فجعل عمرتها في الشهر الذي أهلت فيه لا في الشهر الذي حلت فيه، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من اعتمر في غير أشهر الحج عمرة وحل منها قبل أشهر الحج انه لا يكون متمتعا إلا قولين شاذين (أحدهما) عن طاوس انه قال : اذا اعتمرت في غير أشهر الحج ثم أقمت حتى الحج

ما كانت عمرة انما كانت زيارة ، واذا لم تكن تامة لم تجزيء لقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) قال علي رضي الله عنه : اتمامهما أن تأتي بهما من دويرة أهلك ووجه الاولى قول الضبي بن معبد اني وجدت الحج والعمرة مكتوبين عليّ فأهللت بهما ، فقال عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ، وحديث عائشة حين قرنت الحج والعمرة فقال لها النبي ﷺ حين حلت منها « قد حللت من حجك وعمرتك » وانما أعمرها من التنعيم قصداً لتطييب قلبها واجابة مسألتها لا لانها كانت واجبة عليها ، ثم إن لم تكن اجزأتها عمرة القران فقد اجزأتها العمرة من أدنى الحل وهي أحد ماقصدنا الدلالة عليه ، ولان الواجب عمرة واحدة وقد أتى بها صحيحة فاجزأته كعمرة المتمتع ، ولان عمرة القارن أحد النسكين للقارن فاجزأت كالحج ، ولان الحج من مكة يجزيء في حق المتمتع فالعمرة من أدنى الحل في حق المفرد أولى ، واذا كان الطواف المجرد يجزيء عن العمرة في حق المكي فلأن تجزيء العمرة المشتملة على الطواف وغيره أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بأس أن يعتمر في السنة مراراً)

روي ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس وأنس وعائشة وعطاء وطاوس وعكرمة والشافعي ، وكره العمرة في السنة مرتين الحسن وابن سيرين ومالك ، قال النخعي ماكانوا يعتمرون في السنة إلا مرة ، ولان النبي ﷺ لم يفعله

فأنت متمتع (والثاني) عن الحسن أنه قال: من اعتمر بعد النحر فهي متعة . قال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال بواحد من هذين القولين ، فأما إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج ثم حل منها في أشهر الحج فذهب أحمد أنه لا يكون متمتعاً . ونقل معنى ذلك عن جابر وأبي عياض وهو قول إسحق وأحد قولي الشافعي : وقال طاوس عمرته في الشهر الذي يدخل فيه الحرم ، وقال الحسن والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي في أحد قوليه : عمرته في الشهر الذي يطوف فيه ، وقال عطاء عمرته في الشهر الذي يحل فيه وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة ان طاف للعمرة أربعة أشواط في غير أشهر الحج فليس بمتمتع وان طاف الاربعة في أشهر الحج فهو متمتع لان العمرة صحت في أشهر الحج بدليل انه لو وطيء أفسدها أشبه إذا أحرم بها في أشهر الحج

ولنا ما ذكرنا عن جابر ولأنه أتى بنسك لا تتم العمرة إلا به في غير أشهر الحج فلم يكن متمتعا كما لو طاف ويخرج عليه ما قاسوا عليه

(الثاني) أن يحج من عامه فان اعتمر في أشهر الحج ولم يحج ذلك العام بل حج من العام القابل فليس بمتمتع لا نعلم فيه خلافا إلا قولا شاذاً عن الحسن فيمن اعتمر في أشهر الحج فهو متمتع حج أو لم يحج والجمهور على خلاف هذا لان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي) وهذا يقتضي الموالاة بينهما، ولأنهم إذا أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج ثم حج من عامه

ولنا أن عائشة اعتمرت في شهر مرتين بأمر النبي ﷺ عمرة مع قرانها وعمرة بعد حجها ، ولان النبي ﷺ قال « العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما » متفق عليه ، وقال علي رضي الله عنه في كل شهر مرة ، وكان أنس اذا حمم رأسه خرج فاعتمر رواهما الشافعي في مسنده ، وقال عكرمة يعتمر اذا مكن الموسى من شعره ، وقال عطاء إن شاء اعتمر في كل شهر مرتين ، فأما الاكثار من الاعتمار والموالاة بينهما فلا يستحب في ظاهر قول السلف الذي حكيناه ، وكذلك قال أحمد اذا اعتمر فلا بدّ أن يحلق أو يقصر ، وفي عشرة أيام يمكن حلق الرأس ، فظاهر هذا أنه لا يستحب أن يعتمر في أقل من عشرة أيام ، وقال في رواية الأثرم إن شاء اعتمر في كل سنة ، وقال بعض أصحابنا يستحب الاكثار من الاعتمار كالطواف . قال شيخنا رحمه الله وأحوال السلف وأقوالهم على ما قلناه ، ولان النبي ﷺ لم تنقل عنه الموالاة بينهما ، وانما نقل عن السلف انكار ذلك والحق في اتباعهم ، قال طاوس الذين يعتمرون من التنعيم ما أدري يؤجرون عليها أم يعذبون ، قيل له فلم يعذبون ؟ قال لانه يدع الطواف بالبيت ويخرج إلى أربعة أميال ويجيء ، وإلى أن يجيء من أربعة أميال قد طاف مائة طواف وكلما طاف بالبيت كان أفضل من أن يمشي في غير شيء

(فصل) روى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « عمرة في رمضان تعدل حجة » متفق عليه ، قال أحمد من أدرك يوما من رمضان فقد أدرك عمرة رمضان وقال اسحاق معنى

ذلك فليس بمتمتع فهذا أولى فان التباعد بينهما أكثر

(الثالث) أن لا يسافر بين العمرة والحج سفراً بعيداً تقصر في مثله الصلاة نص عليه، وروي ذلك عن عطاء والمغيرة المديني وإسحاق، وقال الشافعي ان رجع إلى الميقات فلا دم عليه . وقال أصحاب الرأي ان رجع إلى مصره بطلت متعته وإلا فلا . وقال مالك ان رجع إلى مصره أو إلى غيره أبعد من مصره بطلت متعته وإلا فلا . وقال الحسن: هو متمتع وإن رجع إلى بلده واختاره ابن المنذر لعموم قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي)

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا اعتمر في أشهر الحج ثم أقام فهو متمتع فان خرج ورجع فليس بمتمتع . وعن ابن عمر نحو ذلك ولانه اذا رجع الى الميقات أو مادونه لزمه الاحرام منه فان كان بعيداً فقد أنشأ سفراً بعيداً لحجه فلم يترفه بأحد السفرين فلم يلزمه دم كموضع الوفاق والآية تناولت المتمتع وهذا ليس بمتمتع بدليل قول عمر

(الرابع) أن يحل من احرام العمرة قبل احرامه بالحج فان أدخل الحج على العمرة قبل حله منها كما فعل النبي ﷺ والذين كان معهم الهدي من أصحابه فهذا يصير قارناً ولا يلزمه دم المتعة، قالت عائشة: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله ﷺ فقال « انقضي رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة » قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله ﷺ مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه فقال «هذه مكان عمرتك» قال عروة فقضى الله حجها وعمرتها ولم يكن في شيء من ذلك هدي ولا صوم ولا صدقة متفق عليه، ولكن عليه دم للقران لانه صار قارنا وترفه بسقوط أحد السفرين . وقول عروة لم يكن في ذلك هدي يحتمل انه أراد لم يكن فيه هدي للمتعة اذ قد ثبت ان رسول الله ﷺ ذبح عن نسائه بقرة بينهن

(الخامس) أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ولا خلاف بين أهل العلم في أن دم المتعة

هذا الحديث مثل ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « من قرأ قل هو الله أحد فقد قرأ ثلث القرآن » وقال أنس رضي الله عنه حج النبي ﷺ حجة واحدة واعتمر أربع عمر: واحدة في ذي القعدة وعمرة الحديبية، وعمرة مع حجته، وعمرة الجعرانة إذ قسم غنائم حنين . متفق عليه، وقال أحمد حج النبي ﷺ حجة الوداع، قال وروي عن مجاهد أنه قال حج قبل ذلك حجة أخرى وما هو يثبت عندي وروي عن جابر رضي الله عنه قال: حج النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث حجج حجتين قبل أن يهاجر، وحجة بعد ماهاجر وهذا حديث غريب

(فصل) وروي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ « تابعوا بين الحج والعمرة فانهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديد والذهب والفضة، وليس للحجة المبرورة

لا يجب على حاضري المسجد الحرام اذ قد نص الله تعالى في كتابه بقوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) ولان حاضر المسجد الحرام ميقاته مكة فلم يحصل له الترفه بأحد السفرين [١] ولانه أحرم بالحج من ميقاته فأشبه المفرد

(فصل) و(حاضري المسجد الحرام) أهل الحرم ومن بينه وبين مكة دون مسافة القصر نص عليه أحمد وروي ذلك عن عطاء وبه قال الشافعي وقال مالك أهل مكة. وقال مجاهد أهل الحرم، وروي ذلك عن طاوس وقال مكحول وأصحاب الرأي: من دون الميقات لانه موضع شرع فيه النسك فأشبه الحرم

ولنا ان حاضر الشيء من دنا منه، ومن دون مسافة القصر قريب في حكم الحاضر بدليل انه اذا قصده لا يترخص رخص السفر فيكون من حاضريه، وتحديده بالميقات لا يصح لانه قد يكون بعيداً يثبت له حكم السفر البعيد اذا قصده ولان ذلك يفضي الى جعل البعيد من حاضريه والقريب من غير حاضريه في المواقيت قريبا وبعيداً، واعتبارنا أولى لان الشارع حد الحاضر بدون مسافة القصر بنفي أحكام المسافرين عنه فالاعتبار به أولى من الاعتبار بالنسك لوجود لفظ الحضور في الآية

(فصل) إذا كان للمتمتع قريتان قريبة وبعيدة فهو من حاضري المسجد الحرام لانه إذا كان بعض أهله قريبا فلم يوجد فيه الشرط وهو أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام، ولان له أن يحرم من القرية فلم يكن بالتمتع مترفها بترك أحد السفرين . وقال القاضي له حكم القرية التي يقيم بها أكثر فان استويا فمن التي ماله بها أكثر فان استويا فمن التي ينوي الاقامة بها أكثر فان استويا حكم للقرية التي أحرم منها . وقد ذكرنا الدليل لما قلناه

(فصل) فان دخل الآفاقي مكة متمتعا ناويا للاقامة بها بعد تمتعه فعليه دم المتعة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، ولو كان الرجل منشؤه ومولده بمكة فخرج عنها منتقلا مقيما بغيرها ثم عاد اليها متمتعا ناويا الاقامة بها أوغير ناو لذلك فعليه دم المتعة لانه خرج بالانتقال عنها عن أن يكون من أهلها . وبذلك قال مالك والشافعي وإسحاق وذلك لان حضور المسجد الحرام انما يحصل بنية الاقامة وفعلها وهذا إنما نوى الاقامة إذا فرغ من أفعال الحج لانه إذا فرغ من عمرته فهو ناو للخروج الى الحج فكأنه انما نوى أن يقيم بعد أن يجب عليه الدم . فأما ان خرج المكي مسافراً

[١] كذا والوجه أن يقال بترك احد السفرين

ثواب إلا الجنة » قال الترمذي حسن صحيح، وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من أتى هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه

(فصل) قال رضي الله عنه (أركان الحج الوقوف بعرفة وطواف الزيارة، وعنه أنها أربعة الوقوف والطواف والاحرام والسعي، وعنه أنها ثلاثة وأن السعي سنة، واختار القاضي أنه واجب وليس بركن) الوقوف بعرفة ركن لا يتم الحج إلا به اجماعا، وقد روى الثوري عن بكير بن عطاء الليثي عن عبد الرحمن بن يعمر الديلي قال: أتيت النبي ﷺ بعرفة فجاءه نفر من أهل نجد فقالوا يارسول

غير منتقل ثم عاد فاعتمر من الميقات أو قصر وحج من عامه فلا دم عليه لانه لم يخرج بهـذا السفر عن كون أهله من حاضري المسجد الحرام

(فصل) وهذا الشرط لوجوب الدم عليه ، وليس بشرط لـكونه متمتعا فان متعة المكي صحيحة لان التمتع أحد الانساك الثلاثة فصح من المكي كالنسكين الآخرين ولان حقيقة التمتع هو أن يعتمر في أشهر الحج ثم يحج من عامه وهذا موجود في المكي ، وقد نقل عن احمد : ليس على أهل مكة متعة ومعناه ليس عليهم دم المتعة لان المتعة له لا عليه فيتعين حمله على ماذ كرناه

(فصل) اذا ترك الآفاقي الاحرام من الميقات أو أحرم من دونه بعمرة ثم حل منها وأحرم بالحج من مكة من عامه فهو متمتع عليه دمان دم المتعة ودم لاحرامه من دون ميقاته . قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع العلماء على أن من أحرم في أشهر الحج بعمرة وحل منها ولم يكن من حاضري المسجد الحرام ثم أقام بمكة حلالا ثم حج من عامه أنه متمتع عليه دم ، وقال القاضي اذا تجاوز الميقات حتى صار بينه و بين مكة أقل من مسافة القصر فأحرم منه فلا دم عليه للمتعة لانه من حاضري المسجد الحرام وليس هـذا بجيد فان حضور المسجد الحرام انما يحصل بالاقامة به وهـذا لم يحصل منه الاقامة ولا نيتها ولان الله تعالى قال (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) وهذا يقتضي أن يكون المانع من الدم السكنى به وهذا ليس بساكن وان أحرم الآفاقي بعمرة في غير أشهر الحج ثم أقام بمكة فاعتمر من التنعيم في أشهر الحج ، وحج من عامه فهو متمتع عليه دم نص عليه احمد وفي تنصيصه على هذه الصورة تنبيه على إيجاب الدم في الصورة الاولى بطريق الاولى وذكر القاضي أن من شرط وجوب الدم أن ينوي في ابتداء العمرة أو في اثنائها أنه متمتع . وظاهر النص يدل على أن هذا غير مشترط فانه لم يذكره ، وكذلك الاجماع الذي ذكرناه مخالف لهذا القول . ولانه قد حصل له الترفه بسقوط أحد السفرين فلزمه الدم كمن لم ينو

(الفصل الثالث) في وقت وجوب الهدي ووقت ذبحه . أما وقت وجوبه فعن احمد أنه يجب اذا أحرم بالحج . وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الله تعالى قال (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي) وهذا قد فعل ذلك . ولان ما جعل غاية فوجود أوله كاف كقوله تعالى

الله : كيف الحج ؟ قال « الحج عرفة ، فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » رواه أبو داود ، قال محمد بن يحيي ماأرى للثوري حديثاً أشرف منه . وطواف الزيارة أيضاً ركن للحج لايتم إلا به ، قال ابن عبد البر هو من فرائض الحج لاخلاف في ذلك بين العلماء لقول الله تعالى (وليطوّفوا بالبيت العتيق)

(فصل) واختلفت الرواية في الاحرام والسعي ، فروي عنه أن الاحرام ركن لانه عبارة عن نية الدخول في الحج فلم يتم بدونها لقوله عليه السلام « انما الاعمال بالنيات » وكسائر العبادات ،

(ثم أتموا الصيام الى الليـل) ولانه متمتع أحرم بالحج من دون الميقات فلزمه الدم كما لو وقف أو تحلل وعنــه أنه يجب اذا وقف بعرفة ، وهو قول مالك واختيار القـاضي لان التمتع بالعمرة في الحج انما يحصل بعد وجود الحج منه ، ولا يحصل ذلك الا بالوقوف . فان النبي ﷺ قال « الحج عرفة » ولانه قبل ذلك بعرض الفوات ، فلا يحصل التمتع ، ولانه لو أحرم بالحج ثم أحصر أو فاته الحج لم يلزمه دم المتعة ، ولا كان متمتعا . ولو وجب الدم لما سقط . وقال عطاء يجب اذا رمى الجمرة ونحوه قول أبي الخطاب قال : يجب اذا طلع الفجر يوم النحر لانه وقت ذبحه ، فكان وقت وجوبه فأما وقت اخراجهفيوم النحر : وبه قال مالك وأبو حنيفة لان ماقبـل يوم النحر لايجوز فيـه ذبح الاضحية فلا يجوز فيه ذبح هدي المتمتع كما قبل التحلل من العمرة ، وقال أبو طالب سمعت احمد قالفي الرجل يدخل مكة في شوال ومعه هدي؛ قال: ينحر بمكة، وانقدم قبلالعشر نحره لايضيع أو يموت أو يسرق . وكذلك قال عطاء وان قدم في العشر لم ينحره حتى ينحره بمنى لانالنبيﷺ وأصحابه قدموا فيالعشر فلم ينحروا حتى نحروا بمنى. ومن جاء قبلذلك نحره عن عمرتهوأقام على احرامه وكان قارنا وقال الشافعي يجوز نحره بعد الاحرام بالحج قولا واحداً . وفيما قبل ذلك بعد حله من العمرة

وعنه أنه ليس بركن لحديث الثوري الذي ذكرناه ، وأما السعي فروي عنه أنه ركن لايتم الحج إلا به وهو قول عائشة وعروة ومالك والشافعي لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : طاف رسول الله ﷺ وطاف المسلمون يعني بين الصفا والمروة فكانت سنة فلعمري ماأتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمرة . رواه مسلم ، وعن حبيبة بنت أبي تجراة احدى نساء بني عبدالدار قالت : دخلت مع نسوة من قريشدار آل أبي حسين ننظر إلى رسول الله ﷺ وهو يسعى بين الصفاوالمروة وإن مئزره ليدور في وسطه من شدة سعيه حتى إني أقول اني لأرى ركبتيه وسمعته يقول« اسعوا فانالله كتب عليكم السعي » رواه ابن ماجه ، ولانه نسك فيالحج والعمرة فكانركنا فيهما كالطوافبالبيت وعنأحمد أنه سنةلادم في تركه ، رويذلك عن ابن عباسوأنس وابن الزبير وابن سيرين لقول الله تعالى (فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ونفي الحرج عن فاعله دليل على عدم وجوبه فان هذا رتبة المباح ، وانما تثبت سنته بقوله (من شعائر الله)

وروي أن في مصحف أبيّ وابن مسعود (فلا جناح عليه أن لايطوف بهما) وهذا إن لم يكن قرآناً فلا ينحط عن رتبة الخبر لانهما يروبانه عن النبي ﷺ ، ولأنه نسك معدود لايتعلق بالبيت فلم يكن ركناً كالرمي ، واختار القاضي أنه واجب وليس بركن لكن يجب بتركه دم وهو قول الحسن وأبي حنيفة والثوري وهذا أولى لان دليل من أوجبه دل على مطلق الوجوب لاعلى أنه لايتم إلا به ، وقول عائشة في ذلك معارض بقول من خالفها من الصحابة ، وحديث بنت أبي تجراة يرويه عبد الله

احتمالان ، ووجه جوازه أنه دم يتعلق بالاحرام ، وينوب عنه الصيام فجاز قبل يوم النحر كدم الطيب واللباس ، ولأنه يجوز ابداله قبل يوم النحر فجاز أداؤه قبله كسائر الفديات

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام يكون آخرها يوم عرفة وسبعة اذا رجع)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن المتمتع إذا لم يجد الهدي ينتقل إلى صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع تلك عشرة كاملة ، وتعتبر القدرة في موضعه ، فمتى عدمه في موضعه جاز له الانتقال الى الصيام وإن كان قادراً عليه في بلده لان وجوبه موقت وما كان وجوبه موقتا اعتبرت القدرة عليه في موضعه كالماء في الطهارة إذا عدمه في مكانه انتقل إلى التراب

(فصل) ولكل واحد من صوم الثلاثة والسبعة وقتان وقت جواز ووقت استحباب . فأما وقت الثلاثة فوقت الاختيار لها أن يصومها ما بين إحرامه بالحج ويوم عرفة ويكون آخر الثلاثة يوم عرفة. قال طاوس يصوم ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة ، وروي ذلك عن عطاء والشعبي ومجاهد والحسن والنخعي وسعيد بن جبير وعلقمة وعمرو بن دينار وأصحاب الرأي. وروى ابن عمر وعائشة أن يصومهن ما بين اهلاله بالحج ويوم عرفة ، وظاهر هذا أن يجعل آخرها يوم التروية ، وهو قول الشافعي لان صوم يوم عرفة بعرفة غير مستحب ، وكذلك ذكر القاضي في المحرر ، والمنصوص عن احمد الذي وقفنا عليه مثل قول الخرقي أنه يكون آخرها يوم عرفة ، وهو قول من سمينا من العلماء ، وانما أحببنا له صوم يوم عرفة ههنا لموضع الحاجة ، وهذا القول يستحب له تقديم الاحرام بالحج قبل يوم التروية ليصومها في الحج ، وان صام منها شيئا قبل احرامه بالحج جاز . نص عليه. وأما وقت جواز صومها فاذا أحرم بالعمرة ، وهذا قول أبي حنيفة ، وعن احمد أنه اذا حل من العمرة ، وقال مالك والشافعي لا يجوز الا بعد احرام الحج . ويروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول اسحاق ، وابن المنذر لقول الله تعالى (فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولانه صيام واجب فلم يجز تقديمه على وقت وجوبه كسائر الصيام الواجب ولان ماقبله وقت لا يجوز فيه المبدل فلم يجز البدل كقبل الاحرام بالعمرة . وقال الثوري والاوزاعي يصومهن من أول العشر الى يوم عرفة

ابن المؤمل وقد تكلموا في حديثه ثم هو يدل على أنه مكتوب وهو الواجب ، فأما الآية فانما نزلت لما تحرج ناس من السعي في الاسلام لما كانوا يطوفون بينهما في الجاهلية لاجل صنمين كانا على الصفا والمروة كذلك قالت عائشة وهذا أوسط الاقوال وهو اختيار شيخنا

﴿ مسئلة ﴾ (وواجباته سبعة : الاحرام من الميقات ، والوقوف بعرفة الى الليل ، والمبيت بمزدلفة إلى بعد نصف الليل ، والمبيت بمنى ، والرمي والحلق أو التقصير ، وطواف الوداع)

وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وذكرنا الدليل عليه وماعدا هذا سنن وهو الاغتسال وطواف القدوم ، والرمل والاضطباع ، واستلام الركنين وتقبيل الحجر والاسراع والمشي في مواضعها

ولنا أن إحرام العمرة أحد إحرامي التمتع فجاز الصوم بعده كاحرام الحج فاما قوله (فصيام ثلاثة أيام في الحج) فقيل معناه في أشهر الحج فانه لا بد من اضمار إذ كان الحج أفعالا لا يصام فيها إنما يصام في وقتها أو في أشهرها فهو في قوله تعالى (الحج أشهر) وأما تقديمه على وقت الوجوب فيجوز إذا وجد السبب كتقديم الكفارة على الحنث وزهوق النفس، وأما كونه بدلا فلا يقدم على المبدل فقد ذكرنا رواية في جواز تقديم الهدي على احرام الحج فكذلك الصوم، وأما تقديم الصوم على إحرام العمرة فغير جائز ولا نعلم قائلا بجوازه إلا رواية حكاها بعض أصحابنا عن أحمد وليس بشيء لانه لا يقدم الصوم على سببه ووجوبه ويخالف قول أهل العلم وأحمد ينزه عن هذا . وأما السبعة فلها أيضا وقتان وقت اختيار ووقت جواز فاما وقت الاختيار فاذا رجع الى أهله لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال «فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع الى أهله» متفق عليه وأما وقت الجواز فمنذ تمضي أيام التشريق قال الاثرم سئل أحمد هل يصوم في الطريق أو بمكة؟ قال كيف شاء، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وعن عطاء ومجاهد يصومها في الطريق وهو قول اسحاق وقال ابن المنذر يصومها إذا رجع الى أهله للخبر ويروى ذلك عن ابن عمر وهو قول الشافعي وقيل عنه كقولنا وكقول إسحاق

ولنا أن كل صوم لزمه وجاز في وطنه جاز قبل ذلك كسائر الفروض وأما الآية فان الله تعالى جوز له تأخير الصيام الواجب فلا يمنع ذلك الاجزاء قبله كتأخير صوم رمضان في السفر والمرض بقوله سبحانه (فعدة من أيام أخر) ولان الصوم وجد من أهله بعد وجود سببه فاجزأه كصوم المسافر والمريض

(فصل) ولا يجب التتابع وذلك لا يقتضي جمعا ولا تفريقا، وهذا قول الثوري واسحاق وغيرهما ولا نعلم فيه مخالفا.

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يصم قبل يوم النحر صام أيام منى في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله والرواية الاخرى لا يصوم أيام منى ويصوم بعد ذلك عشرة أيام وعليه دم)

وجملة ذلك أن المتمتع إذا لم يصم الثلاثة أيام في الحج فانه يصومها بعد ذلك، وبهذا قال علي وابن عمر وعائشة وعروة بن الزبير وعبيد بن عمير والحسن وعطاء والزهري ومالك والشافعي

والخطب والاذكار والدعاء والصعود على الصفا والمروة، وسائر ماذكرناه غير الاركان والواجبات

وأركان العمرة الطواف قياساً على الحج، وفي الاحرام والسعي روايتان على ماذكرنا في الحج وواجبها الحلق أو التقصير في احدى الروايتين بناء على الحلق في الحج وسنتها الغسل والدعاء والذكر والسنن التي في الطواف، فمن ترك ركناً لم يتم نسكه إلا به، ومن ترك واجباً فعليه دم، وقد ذكرنا ذلك في مواضعه مفصلا، ومن ترك سنة فلا شيء عليه لانها ليست واجبة فلم يجب جبرها كسنن سائر العبادات والله تعالى أعلم

وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس ومجاهد إذا فاته الصوم في العشر وبعده استقر الهدي في ذمته لان الله تعالى قال (فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم) ولانه بدل موقت فيسقط بخروج وقته كالجمعة

ولنا أنه صوم واجب فلا يسقط بخروج وقته كصوم رمضان والآية تدل على وجوبه لا على سقوطه. والقياس منتقض بصوم الظهار إذا قدم المسيس عليه والجمعة ليست بدلا وانما هي الاصل وانما سقطت لان الوقت جعل شرطا لها كالجماعة، إذا ثبت هذا فانه يصوم أيام منى وهـذا قول ابن عمر وعائشة وعروة وعبيد بن عمير والزهري ومالك والاوزاعي واسحاق والشافعي في القديم لما روى ابن عمر وعائشة قالا: لم يرخص في أيام التشريق ان يصمن الا لمن لم يجد الهدي. رواه البخاري وهذا ينصرف الى ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم ولان الله تعالى أمر بصيام الثلاثة في الحج ولم يبق من أيام الحج الا هذه الايام فيتعين الصوم فيها، فاذا صام هذه الايام فحكمه حكم من صام قبل يوم النحر وعن أحمد رواية أخرى لا يصوم أيام منى روي ذلك عن علي والحسن وعطاء وهو قول ابن المنذر لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم ستة أيام ذكر منها أيام التشريق وقال عليه السلام «أنها أيام أكل وشرب» ولأنها لا يجوز فيها صوم النفل فلا يصومها عن الهدي كيوم النحر، فعلى هذه الرواية يصوم بعد ذلك عشرة أيام وكذلك الحكم اذا قلنا يصوم أيام منى فلم يصمها، واختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الدم عليه فعنه عليه دم لانه أخر الواجب من مناسك الحج عن وقته فلزمه دم كرمي الجمار ولا فرق بين المؤخر لعذر أو لغيره لما ذكرناه. وقال القاضي: ان أخره لعذر ليس عليه إلا قضاؤه لان

﴿باب الفوات والاحصار﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ومن طلع عليه الفجر يوم النحر ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج ويتحلل بطواف وسعي وعنه ينقلب احرامه لعمرة ولا قضاء عليه إلا أن يكون فرضاً وعنه عليه القضاء)

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أمور

(أولها) إن آخر وقت الوقوف آخر ليلة النحر، فمن لم يدرك الوقوف حتى طلع الفجر يومئذ فاته الحج لا نعلم فيه خلافا، قال جابر رضي الله عنه لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع، قال أبو الزبير فقلت له أقال رسول الله ﷺ ذلك؟ قال نعم رواه الأثرم، وقول النبي ﷺ «الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه» يدل على فواته بخروج ليلة جمع

(الثاني) أن من فاته الحج يتحلل بطواف وسعي وحلق هذا الصحيح من المذهب، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وزيد بن ثابت وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي موسى في المسألة روايتان

الدم الذي هو المبدل لو أخره لعذر لادم عليه لتأخيره فالبدل أولى . وروي عن أحمد لا يلزمه مع الصوم دم بحال وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب الشافعي لانه صوم واجب يجب القضاء بفواته كصوم رمضان فأما الهدي الواجب إذا أخره لعذر مثل ان ضاعت نفقته فليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا الواجبة وان أخره لغير عذر ففيه روايتان (إحداهما) ليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا (والاخرى) عليه هدي آخر لانه نسك مؤقت فلزم الدم بتأخيره عن وقته كرمي الجمار . قال أحمد من تمتع فلم يهد إلى قابل يهدي هديين كذا قال ابن عباس

(فصل) وإذا صام عشرة الايام لم يلزمه التفريق بين الثلاثة والسبعة ، وقال أصحاب الشافعي عليه التفريق لانه وجب من حيث الفعل وما وجب التفريق فيه من حيث الفعل لم يسقط بفوات وقته كأفعال الصلاة من الركوع والسجود

ولنا أنه صوم واجب في زمن يصح الصوم فيه فلم يجب تفريقه كسائر الصوم ولا نسلم وجوب التفريق في الأداء فانه إذا صام أيام منى وأتبعها السبعة فما حصل التفريق ، وإن سلمنا وجوب التفريق في الاداء فان كان من حيث الوقت فاذا فات الوقت سقط كالتفريق بين الصلاتين

(فصل) ووقت وجوب الصوم وقت وجوب الهدي لانه بدل فكان وقت وجوبه وقت وجوب المبدل كسائر الابدال، فان قيل فكيف جوزتم الانتقال إلى الصوم قبل زمان وجوب المبدل ولم يتحقق العجز عن المبدل لانه انما يتحقق المجوز للانتقال الى البدل زمن الوجوب وكيف جوزتم الصوم قبل وجوبه؟ قلنا إنا جوزنا له الانتقال الى البدل بناء على العجز الظاهر فان الظاهر من المعسر استمرار إعساره وعجزه كما جوزنا التكفير بالبدل قبل وجوب المبدل ، وأما تجويز الصوم قبل وجوبه فقد ذكرناه

(احداهما) كما ذكرنا (والثانية) يمضي في حج فاسد وهو قول المزني قال يلزمه أفعال الحج لان سقوط مافات وقته لايمنع وجوب مالم يفت

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف له مخالفاً فكان اجماعا ، وروى الشافعي في مسنده أن عمر رضي الله عنه قال لابي أيوب حين فاته الحج اصنع مايصنع المعتمر ثم قد حللت فان أدركت الحج قابلا فحج واهد مااستيسر من الهدي ، وروى النجاد باسناده عن عطاء أن النبي ﷺ قال « من فاته الحج فعليه دم وليجعلها عمرة وليحج من قابل » ولانه يجوز فسخ الحج إلى العمرة من غير فوات فمع الفوات أولى

اذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي أنه يجعل احرامه بعمرة وقد نص عليه أحمد واختاره أبو بكر وهو قول ابن عباس وابن الزبير وعطاء وأصحاب الرأي ، وعنه لايصير احرامه بعمرة ، بل يتحلل بطواف وسعي وحلق وهو مذهب مالك والشافعي لان احرامه انعقد بأحد النسكين فلم ينقلب الى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن دخل في الصيام ثم قدر على الهدي لم يكن عليه الخروج من الصوم الى الهدي الا أن يشاء)

وبهذا قال الحسن وقتادة ومالك والشافعي ، وقال ابن أبي نجيح وحماد والثوري ان أيسر قبل أن تكمل الثلاثة فعليه الهدي وان أكمل الثلاثة صام السبعة ،وقيل متى قدر على الهدي قبل يوم النحر انتقل اليه صام أو لم يصم ، وان وجده بعد ان مضت أيام النحر أجزأه الصيام قدر على الهدي أو لم يقدر لانه قدر على المبدل في زمن وجوبه فلم يجزئه البدل كما لو لم يصم

ولنا انه صوم دخل فيه لعدم الهدي لم يلزمه الخروج اليه كصوم السبعة وعلى هذا يخرج الاصل الذي قاسوا عليه وانه ماشرع في الصيام

(فصل) وإن وجب عليه الصوم فلم يشرع حتى قدر على الهدي ففيه روايتان (إحداهما) لا يلزمه الانتقال اليه ، قال في رواية المروذي إذا لم يصم في الحج فليصم إذا رجع ولا يرجع إلى الدم وقد انتقل فرضه الى الصيام وذلك لان الصيام استقر في ذمته لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه وهو عدم الهدي (والثانية) يلزمه الانتقال اليه . قال يعقوب سألت أحمد عن المتمتع إذا لم يصم قبل يوم النحر ؟ قال عليه هديان يبعث بهما إلى مكة. أوجب عليه الهدي الاصلي وهديا لتأخيره الصوم عن وقته ولانه قدر على المبدل قبل شروعه في البدل فلزمه الانتقال اليه كالمتيمم إذا وجد الماء

(فصل) ومن لزمه صوم المتعة فمات قبل أن يأتي به لعذر منعه عن الصوم فلا شيء عليه ،وان كان لغير عذر أطعم عنه كما يطعم عن صوم أيام رمضان ولانه صوم وجب بأصل الشرع أشبه صوم رمضان

الآخر كما لو أحرم بالعمرة ، ويحتمل أن من قال يجعل احرامه بعمرة أراد أنه يفعل فعل المعتمر من الطواف والسعي فلا يكون بين القولين خلاف ، ويحتمل أنه يصير احرامه بحج احراما بعمرة بحيث تجزئه عن عمرة الاسلام إن لم يكن اعتمر ، ولو أدخل الحج عليها لصار قارنا إلا أنه لا يمكنه الحج بذلك الاحرام إلا أنه يصير محرما به في غير أشهره فيكون كمن أحرم بالحج في غير أشهره ، ولان قلب الحج إلى العمرة يجوز من غير سبب على ماقررناه في فسخ الحج فمع الحاجة أولى ، ويخرج على هذا قلب العمرة إلى الحج فانه لا يجوز ،ولان العمرة لا يفوت وقتها ولا حاجة إلى انقلاب احرامها بخلاف الحج

(الامر الثالث) في وجوب القضاء وفيه روايتان

(احداهما) يجب سواء كان الفائت واجباً أو تطوعا اختاره الخرقي ، ويروى ذلك عن عمر وابنه وزيد وابن عباس وابن الزبير ومروان وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي (والثانية) لا قضاء عليه ، بل إن كانت فرضاً فعلها بالوجوب السابق وتسقط إن كانت نفلا ، روي هذا عن عطاء وهو احدى الروايتين عن مالك لان النبي ﷺ لما سئل عن الحج أ كثر من مرة قال مرة واحدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة اذا دخلت متمتعة فحاضت فخشيت فوات الحج أهلت بالحج وكانت قارنة ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم)

وجملة ذلك ان المتمتعة إذا حاضت قبل الطواف للعمرة لم يكن لها أن تطوف بالبيت لان الطواف بالبيت صلاة ولأنها ممنوعة من دخول المسجد ولا يمكنها أن تحل من عمرتها مالم تطف بالبيت ، فان خشيت فوات الحج أحرمت بالحج مع عمرتها وتصير قارنة وهذا قول مالك والاوزاعي والشافعي وكثير من أهل العلم ، وقال أبو حنيفة ترفض العمرة وتهل بالحج قال أحمد قال أبو حنيفة قد رفضت العمرة فصار حجا ، وما قال هذا أحد غير أبي حنيفة واحتج بما روى عروة عن عائشة قالت : أهللنا بعمرة فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال « انقضي رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة » قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله ﷺ مع عبد الرحمن بن أبي بكر إلى التنعيم فاعتمرت معه فقال « هذه عمرة مكان عمرتك » متفق عليه وهذا يدل على أنها رفضت عمرتها وأحرمت بحج من وجوه ثلاثة (أحدها) قوله « دعي عمرتك » (والثاني) قوله « وامتشطي » (والثالث) قوله « هذه عمرة مكان عمرتك »

ولنا ما روى جابر قال اقبلت عائشة بعمرة حتى إذا كانت بسرف عركت ثم دخل رسول الله ﷺ على عائشة فوجدها تبكي فقال « ماشأنك؟ » قالت شأني أني قد حضت وقد حل الناس ولم أحل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون الى الحج الآن فقال « إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلي ثم أهلي بالحج » ففعلت ووقفت المواقف حتى إذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة ثم قال « قد حللت من حجك وعمرتك » قالت يارسول الله إني أجد في نفسي اني لم أطف بالبيت حتى حججت قال

ولو أوجبنا القضاء كان أكثر من مرة ، ولانه معذور في ترك اتمام حجه فلم يلزمه القضاء كالمحصر ، ولانها عبادة تطوع فلم يجب قضاؤها اذا فاتت كسائر التطوعات ووجه الاولى ما ذكرناه من الحديث واجماع الصحابة ، وروى الدار قطني باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « من فاته عرفات فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل » ولان الحج يلزمه بالشروع فيه فيصير كالمنذور بخلاف سائر التطوعات ، وأما الحديث فانه أراد الواجب بأصل الشرع حجة واحدة وهذه انما تجب بايجابه لها بالشروع فيها فهي كالمنذور ، وأما المحصر فانه غير منسوب اليه التفريط بخلاف من فاته الحج على أن في المحصر رواية أنه يجب عليه القضاء فهو كمسئلتنا ، واذا قضى اجزأه القضاء عن الحجة الواجبة لانعلم فيه خلافا لان الحجة المقضية لو تمت لاجزأت عن الواجبة عليه فكذلك قضاؤها لان القضاء يقوم مقام الاداء

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يلزمه هدي ؟ على روايتين (احداهما) عليه هدي يذبحه في حجة القضاء إن

« فاذهب بها يا عبد الرحمن فاعمرها من التنعيم » وروى طاوس عن عائشة أنها قالت أهللت بعمرة فقدمت ولم أطف حتى حضت ونسكت المناسك كلها وقد أهللت بالحج فقال لها النبي ﷺ يوم النفر « يسعك طوافك لحجك وعمرتك » فابت فبعث معها عبد الرحمن بن أبي بكر فاعمرها من التنعيم رواهما مسلم، وهما يدلان على ماذكرنا جميعه ولان إدخال الحج على العمرة جائز بالاجماع من غير خشية الفوات فمع خشية الفوات أولى ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لمن أهل بعمرة أن يدخل عليها الحج مالم يفتتح الطواف بالبيت وقد أمر النبي ﷺ من كان معه هدي في حجة الوداع أن يهل بالحج مع العمرة ومع إمكان الحج مع بقاء العمرة ولا يجوز رفضها لقول الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) ولانها متمكنة من اتمام عمرتها بلا ضرر فلم يجز رفضها كغير الحائض. فأما حديث عروة فان قوله « انقضي رأسك وامتشطي ودعي العمرة » انفرد به عروة خالف به سائر من روى عن عائشة حين حاضت ، وقد روي عن طاوس والقاسم والاسود وعمرة وعائشة ولم يذكروا ذلك وحديث جابر وطاوس مخالفان لهذه الزيادة ، وقد روى حماد بن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة حديث حيضها فقال فيه حدثني غير واحد أن رسول الله ﷺ قال لها « دعي العمرة وانقضي رأسك وامتشطي» وذكر تمام الحديث وهذا يدل على أن عروة لم يسمع هـذه الزيادة من عائشة وهو مع ماذكرنا من مخالفته بقية الرواة يدل على الوهم مع مخالفتها الكتاب والاصول إذ ليس لنا موضع آخر يجوز فيه رفض العمرة مع إمكان اتمامها ويحتمل أن قوله « دعي العمرة » أى دعيها بحالها وأهلي بالحج معها أو دعي أفعال العمرة فانها تدخل في أفعال الحج ، وأما اعمارها من التنعيم فلم يأمرها

قلنا عليه قضاء وإلا ذبحه في عامه)

يجب الهـدي على من فاته الحج في أصح الروايتين وهو قول من سمينا من الصحابة والفقهاء إلا أصحاب الرأي فانهم قالوا لاهدي عليه وهي الرواية الثانية عن أحمد لانه لو كان الفوات سببا لوجوب الهدي لزم المحصر هديان للفوات والاحصار

ولنا حديث عطاء واجماع الصحابة ولانه حل من احرامه قبل اتمامه فلزمه هدي كالمحصر والمحصر لم يفت حجه لانه يحل قبل فواته ، اذا ثبت هذا فانه يخرج الهدي في سنة القضاء إن قلنا بوجوبه وإلا أخرجه في عامه ، واذا كان معه هدي قد ساقه نحره ولا يجزئه إن قلنا بوجوب القضاء ، بل عليه في السنة الثانية هدي أيضاً نص عليه أحمد لما روى الأثرم باسناده أن هبار بن الاسود حج من الشام فقدم يوم النحر فقال له عمر ماحبسك ؟ قال حسبت أن اليوم يوم عرفة ، قال فانطلق إلى البيت فطف به سبعاً وإن كان معك هدية فانحرها ، ثم اذا كان عام قابل فاحجج فان وجدت سعة فأهد ، فان لم تجد فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعت إن شاء الله . والهدي ما استيسر مثل هدي المتعة لحديث عمر رضي الله عنه، والمتمتع والمفرد والقارن والمكي وغيره سواء فيما ذكرنا

به النبي ﷺ وانما قالت له ﷺ اني أجد في نفسي اني لم أطف بالبيت حتى حججت قال «فاذهب بها ياعبد الرحمن فاعمرها من التنعيم» وروى الاثرم باسناده عن الاسود عن عائشة قلت: اعتمرت بعد الحج؟ قالت والله ما كانت عمرة ما كانت إلا زيارة زرت البيت انما هي مثل نفقتها قال أحمد انما أعمر النبي ﷺ عائشة حين ألحت عليه فقالت يرجع الناس بنسكين وأرجع بنسك فقال« ياعبد الرحمن اعمرها» فنظر إلى أدنى الحرم فاعمرها منه ، وقول الخرقي ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم وذلك لأن طواف القدوم سنة لا يجب قضاؤها ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بقضائه ولا فعلته هي .

(فصل) وكل متمتع خشي فوات الحج فانه يحرم بالحج ويصير قارنا وكذلك المتمتع الذي معه هدي فانه لايحل من عمرته بل يهل بالحج معها فيصير قارنا ولو أدخل الحج على العمرة قبل الطواف من غير خوف الفوات جاز وكان قارنا بغير خلاف وقد فعل ذلك ابن عمر ورواه عن النبي ﷺ فاما بعد الطواف فليس له ذلك ولا يصير قارنا ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وروي عن عطاء وقال مالك يصير قارنا،وحكي ذلك عن أبي حنيفة لانه أدخل الحج على إحرام العمرة فصح كما قبل الطواف

ولنا أنه شارع في التحلل من العمرة فلم يجز إدخال الحج عليها كما لو سعى بين الصفا والمروة

(فصل) فأما ادخال العمرة على الحج فغير جائز فان فعل لم يصح ولم يصر قارنا ، روي ذلك عن علي ، وبه قال مالك واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابو حنيفة يصح ويصير قارنا لانه أحد النسكين فجاز إدخاله على الآخر قياساً على إدخال الحج على العمرة ، ولنا ماروى الأثرم باسناده عن عبد الرحمن بن نصر عن أبيه قال خرجت أريد الحج فقدمت المدينه فاذا علي قد خرج حاجا فاهللت بالحج ثم خرجت فادركت عليا في الطريق وهو يهل بعمرة وحجة فقلت ياأبا الحسن انما خرجت من الكوفة لاقتدي بك وقد سبقتني فاهللت بالحج أفاستطيع أن أدخل معك فيما أنت فيه؟ فقال لا انما ذلك لو كنت أهللت بعمرة ـ ولأن ادخال العمرة على الحج لايفيده الا ماافاده العقد الاول فلم يصح كما لو استأجره على عمل ثم استأجره عليه ثانيا في المدة وعكسه ادخال الحج على العمرة .

(فصل) فان اختار من فاته الحج البقاء على احرامه للحج من قابل فله ذلك ، روي ذلك عن مالك لان تطاول المدة بين الاحرام وفعل النسك لاتمنع اتمامه كالعمرة والمحرم بالحج في غير أشهره ويحتمل أنه ليس له ذلك وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ورواية عن مالك لظاهر الخبر وقول الصحابة ، ولكون احرام الحج يصير في غير أشهره فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها

(فصل) فان كان الذي فاته الحج قارنا حل وعليه مثل ماأهلّ به من قابل نصّ عليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور واسحاق ويحتمل أن يجزئه مافعله عن عمرة الاسلام ولا يلزمه إلا قضاء الحج لانه لم يفته غيره ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يطوف ويسعى لعمرته ثم لايحل حتى يطوف

﴿ مسئله ﴾ قال (ومن وطيء قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجهما وعليه بدنة ان كان استكرهها ولا دم عليها)

في هذه المسألة ثلاثة فصول (الفصل الاول) أن الوطء قبل جمرة العقبة يفسد الحج ولا فرق بين ما قبل الوقوف وبعده ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أصحاب الرأي إن وطيء بعد الوقوف لم يفسد حجه لقول النبي ﷺ «من أدرك عرفة فقد تم حجه» ولانه أمن الفوات فأمن الفساد كما بعد التحلل الاول

ولنا أن رجلا سأل ابن عباس وعبد الله بن عمرو فقال وقعت باهلي ونحن محرمان فقالا له أفسدت حجك ولم يستفصلوا السائل رواه الأثرم ولأنه وطء صادف احراماً تاماً فأفسده كقبل الوقوف ويخالف ما بعد التحلل الاول فان الاحرام غير تام والمراد من الخبر الامن من الفوات ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد وبدليل العمرة يأمن فواتها ولا يأمن فسادها . قال أحمد لا أعلم أحدا قال ان حجه تام غير أبي حنيفة يقول الحج عرفات فمن وقف بها فقد تم حجه وانما هذا مثل قول النبي ﷺ «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» أي أدرك فضل الصلاة ولم تفته، كذلك الحج ، اذا ثبت هذا فانه يفسد حجهما جميعاً لان الجماع وجد منهما وسواء في ذلك الناسي والعامد

ويسعى لحجه إلا أن سفيان قال ويهريق دما ، ووجه الاول أنه يجب القضاء على حسب الأداء في صورته ومعنا فيجب أن يكون ههنا كذلك ويلزمه هديان لقرانه وفواته ، وبه قال مالك والشافعي وقيل يلزمه هدي ثالث للقضاء وليس بشيء فان القضاء لايجب له شيء ، وانما الهدي الذي في سنة القضاء للفوات ، ولذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدي واحد والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أخطأ الناس فوقفوا في غير يوم عرفة أجزأهم ، وإن أخطأ بعضهم فقد فاته الحج)

اذا أخطأ الناس فوقفوا في غير يوم عرفة ظناً منهم أنه يوم عرفة أجزأهم لما روى الدارقطني باسناده عن عبد العزيز بن عبدالله بن جابر بن أسيد قال : قال رسول الله ﷺ « يوم عرفة الذي يعرّف الناس فيه » وقد روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « يوم فطركم يوم تفطرون ، وأضحاكم يوم تضحون » رواه الدارقطني وغيره ، ولأنه لايؤمن مثل ذلك في القضاء ، فان اختلفوا فأصاب بعض وأخطأ بعض لم يجز من أخطأ لانهم غير معذورين في ذلك وقد ذكرنا حديث هبار حين قال لعمر ظننت أن اليوم يوم عرفة فلم يعذر بذلك

(فصل) فأن كان عبداً لم يلزمه الهدي لا نه عاجز عنه بكونه لامال له فهو كالمعسر ويجب عليه الصوم بدل الهدي ، فان أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي في ظاهر كلام الخرقي ولايجزئه إلا الصيام هذا قول الثوري وأصحاب الرأي والشافعي حكاه ابن المنذر عنهم في الصيد وعلى قياس

والمستكرهة والمطاوعة والمستيقظة عالما كان الرجل أو جاهلا ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يفسد حج الناسي لانه معذور .

ولنا أنه معنى يوجب القضاء فاستوت فيه الاحوال كلها كالفوات ولا فرق بين مابعد يوم النحر أو قبله لانه وطيء قبل التحلل الاول ففسد حجه كما لو وطيء يوم النحر

(الفصل الثاني) أنه يلزمه بدنة ، وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبوحنيفة ان وطيء قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة وان وطيء بعده لم يفسد حجه وعليه بدنة لان الوطء قبل الوقوف معنى يتعلق به وجوب القضاء فلم يوجب بدنة كالفوات .

ولنا أنه قد روي عن عمر وابن عباس مثل قولنا ولانه وطء صادف احراما تاما فأوجب البدنة كما بعد الوقوف، ولان مايفسد الحج الجناية به أعظم فكفارته يجب أن تكون أغلظ، وأما الفوات فانهم يوجبون به بدنة فكيف يصح القياس عليه

(الفصل الثالث) أنه لادم عليها في حال الاكراه ، وهو قول عطاء ومالك والشافعي واسحاق وأبي ثور وقال أصحاب الرأي عليها دم آخر لانه قد فسد حجها فوجبت البدنة كما لو طاوعت

ولنا أنها كفارة تجب بالجماع فلم تجب على المرأة في حال الاكراه كما لو وطيء في الصوم

(فصل) ومن وطيء قبل التحلل من العمرة فسدت عمرته وعليه شاة مع القضاء . وقال الشافعي عليه القضاء وبدنة لانها عبادة تشتمل على طواف وسعي فأشبهت الحج . وقال أبوحنيفة ان وطيء قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولنا ، وان وطيء بعد ذلك فعليه شاة ولاتفسد عمرته

هذا كل دم لزمه في الاحرام لايجزئه عنه إلا الصيام ، وقال غير الخرقي من أصحابنا إن ملكه السيد هديا وأذن له في ذبحه خرج على الروايتين في ملك العبد بالتمليك ، فان قلنا يملك لزمه الهدي وأجزأ عنه لانه قادر عليه مالك له أشبه الحر ، وإن قلنا لايملك لم يجزئه إلا الصيام لانه ليس بمالك ولاسبيل له إلى الملك فهو كالمعسر ، واذا صام فانه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما ذكره الخرقي ، وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ماذكرناه في الصيد ، فان بقي من قيمتها دون المد صام عنه يوما لان الصوم لايتبعض فيجب تكملته (قال شيخنا) والاولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام كصوم المتعة كما جاء في حديث عمر أنه قال لهبار بن الاسود فان وجدت سعة فاهد ، فان لم تجد سعة فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعت إن شاء الله ، وروى الشافعي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثل ذلك وأحمد ذهب الى حديث عمر رضي الله عنه واحتج به ، ولأنه صوم وجب لحله من احرامه قبل تمامه فكان عشرة أيام كصوم المحصر والمعسر في الصوم كالعبد ، ولذلك قال عمر رضي الله عنه لهبار إن وجدت سعة فاهد ، وإن لم تجد فصم. ويعتبر اليسار والاعسار في زمن الوجوب وهو في سنة القضاء إن قلنا بوجوبه ، أو في سنة الفوات ان قلنا لايجب القضاء ، وقال الخرقي في العبد ثم يقصر ويحل

ولنا على الشافعي أنها عبادة لا وقوف فيها فلم يجب فيها بدنة كما لو قرنها بالحج ، ولان العمرة دون الحج فيجب أن يكون حكمها دون حكمه ، وبهذا يخرج الحج ولنا على أبي حنيفة أن الجماع من محظورات الاحرام فاستوى فيه ما قبل الطواف وبعده كسائر المحظورات ، ولانه وطء صادف احراما تاما فأفسده كما قبل الطواف

(فصل) اذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما لم يسقط الدم عنهما ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يسقط وعن احمد مثله لانه لم يحصل له الترفه بسقوط أحد السفرين. ولنا أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد كالافعال ، ولانه دم وجب عليه فلا يسقط بالافساد كالدم الواجب لترك الميقات

(فصل) واذا أفسد القارن نسكه ثم قضى مفرداً لم يلزمه في القضاء دم . وقال الشافعي يلزمه لانه يجب في القضاء ما يجب في الاداء ، وهذا كان واجبا في الاداء. ولنا أن الافراد أفضل من القران مع الدم . فاذا أتى بهما فقد أتى بما هو أولى فلا يلزمه شيء كمن لزمته الصلاة بتيمم فقضى بالوضوء

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان وطيء بعد رمي جمرة العقبة فعليه دم ويمضي الى التنعيم فيحرم ليطوف وهو محرم)

وفي هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) أن الوطء بعد الجمرة لا يفسد الحج . وهو قول ابن عباس وعكرمة وعطاء والشعبي وربيعة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي . وقال النخعي والزهري وحماد عليه حج من قابل لان الوطء صادف احراما من الحج فأفسده كالوطء قبل الرمي. ولنا قول النبي ﷺ « من شهد صلاتنا هذه ، ووقف معنا حتى ندفع ، وكان قد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه ، وقضى تفثه » ولانه قول ابن عباس فانه قال في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر : ينحران جزوراً بينهما ، وليس عليه الحج من قابل ، ولا نعرف له مخالفا في الصحابة ، ولان الحج عبادة

يريد أن العبد لا يحلق لان الحلق يزيل الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته وهو ملك لسيده ولم يتعين ازالته فلم يكن له ذلك كغير حالة الاحرام فان أذن له سيده فيه جاز لان المنع منه لحقه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أحرم فحصره عدو ولم يكن له طريق الى الحج نحر هديا في موضعه وحل)

لا خلاف بين أهل العلم أن المحصر اذا حصره عدو ومنعوه الوصول الى البيت ولم يجد طريقاً آمنا أن له التحلل مشركا كان العدو أو مسلما لقوله تعالى (فان أحصرتم فما استيسر من الهدي) ولان النبي ﷺ أمر أصحابه حين حصروا في الحديبية أن ينحروا ويحلقوا ويحلوا ، وسواء كان الاحرام بحج أو عمرة أو بهما ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك أن المعتمر لا يتحلل لانه لا يخاف الفوات ولا يصح ذلك لان الآية انما نزلت في حصر الحديبية ، وانما كانوا محرمين بعمرة فحلقوا جميعاً . وعلى من تحلل بالاحصار الهدي في قول الاكثرين ، وعن مالك ليس عليه هدي لانه

لها تحللان . فوجود المفسد بعد تحللها الاول لا يفسدها كبعد التسليمة الاولى في الصلاة ، وبهذا فارق ماقبل التحلل الاول

(الفصل الثاني) أن الواجب عليه بالوطء شاة . هذا ظاهر كلام الخرقي ، ونص عليه احمد ، وقول عكرمة وربيعة ومالك واسحاق وقال القاضي فيه رواية أخرى أن عليه بدنة ، وهو قول ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي وأصحاب الرأي لانه وطيء في الحج فوجبت عليه بدنة كماقبل رمي جمرة العقبة ولنا أنه وطء لم يفسد فلم يوجب كالوطء دون الفرج إذا لم ينزل ، ولان حكم الاحرام خف بالتحلل الاول فينبغي أن يكون موجبه دون موجب الاحرام التام

(الفصل الثالث) أنه يفسد الاحرام بالوطء بعد رمي الجمرة ويلزمه أن يحرم من الحل وبذلك قال عكرمة وربيعة واسحاق وقال ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعي حجه صحيح ولا يلزمه الاحرام لانه احرام لا يفسد جميعه ، فلم يفسد بعضه كما لو وطيء بعد التحلل الثاني

ولنا أنه وطء صادف احراما ، فأفسده كالاحرام التام ، واذا فسد إحرامه فعليه أن يحرم ليأتي بالطواف في إحرام صحيح لان الطواف ركن فيجب أن يأتي به في احرام صحيح كالوقوف ويلزمه الاحرام من الحل لان الاحرام ينبغي أن يجمع فيه بين الحل والحرم فلو أبحنا لهذا الاحرام من الحرم لم يجمع بينهما لان أفعاله كلها تقع في الحرم ، فأشبه المعتمر ، واذا أحرم من الحل طاف للزيارة وسعى ان كان لم يسع في حجه ، وان كان سعى طاف للزيارة وتحلل ، هذا ظاهر كلام الخرقي لان الذي بقي عليه بقية أفعال الحج ، وانما وجب عليه الاحرام ليأتي بها في احرام صحيح ، والمنصوص عن احمد ومن وافقه من الائمة أنه يعتمر فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضا وسموه عمرة لان هذا هو افعال العمرة ويحتمل أنهم أرادوا عمرة حقيقية فيلزمه سعي وتقصير والاول أصح لما ذكرنا .وقول الخرقي

تحلل أبيح له من غير تفريط أشبه من أتم حجه .

ولنا قوله تعالى (فان أحصرتم فما استيسر من الهدي) قال الشافعي لاخلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية ، ولأنه أبيح له التحلل قبل اتمام نسكه أشبه من فاته الحج وبهذا فارق من أتم حجه

(فصل) ولا فرق بين الحصر العام في حق كل الحاج وبين الخاص في حق شخص واحد مثل أن يحبس بغير حق أو تأخذه اللصوص لعموم النص ووجود المعنى في الكل ، فأما من حبس بحق عليه يمكنه الخروج منه فلا يجوز له التحلل في الحبس ، فان كان عاجزاً عن أدائه فحبس بغير حق فله التحلل كمن ذكرناه ، وإن كان عليه دين مؤجل يحل قبل قدوم الحاج فمنعه صاحبه من الحج فله التحلل لأنه معذور ، ولو أحرم العبد بغير اذن سيده أو المرأة للتطوع بغير اذن زوجها فلهما منعهما وحكمهما حكم المحصر

يحرم من التنعيم لم يذكره لتعيين الاحرام منه بل لانه حل فمن أحل وأحرم جاز كالمعتمر

(فصل) ولا فرق بين من حلق ومن لم يحلق في أنه لا يفسد حجه بالوطء بعد الرمي وعليه دم واحرام من الحل هذا ظاهر كلام احمد والخرقي ومن سميناه من الائمة لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمي من غير اعتبار أمر زائد

(فصل) فان طاف للزيارة ولم يرم ثم وطيء لم يفسد حجه بحال لان الحج قد تم أركانه كلها ، ولا يلزمه احرام من الحل فان الرمي ليس بركن . وهل يلزمه دم؟ يحتمل أنه لا يلزمه شيء لما ذكرنا ويحتمل أنه يلزمه لانه وطيء قبل وجود ما يتم به التحلل فاشبه من وطيء بعد الرمي وقبل الطواف

(فصل) والقارن كالمفرد فانه اذا وطيء بعد الرمي لم يفسد حجه ولا عمرته لان الحكم للحج ألا ترى أنه لا يحل من عمرته قبل الطواف ، ويفعل ذلك اذا كان قارنا . ولأن الترتيب للحج دونها والحج لا يفسد قبل الطواف . كذلك العمرة ، وقال احمد : من وطيء بعد الطواف يوم النحر قبل أن يركع ما عليه شيء . قال أبو طالب سألت احمد عن الرجل يقبل بعد رمي جمرة العقبة قبل أن يزور البيت . قال ليس عليه شيء قد قضى المناسك ، فعلى هذا ليس عليه فيما دون الوطء في الفرج شيء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومباح لاهل السقاية والرعاة أن يرموا بالليل)

تروى هذه اللفظة الرعاة بضم الراء وإثبات الهاء مثل الدعاة والقضاة . والرعاء بكسر الراء والمد من غير هاء ، وهما لغتان صحيحتان . قال الله تعالى (حتى يصدر الرعاء) وفي بعض الحديث أرخص للرعاة أن يرموا يوما ، ويدعوا يوما ، وإنما أبيح لهؤلاء الرمي بالليل لانهم يشتغلون بالنهار برعي المواشي وحفظها ، وأهل السقاية هم الذين يسقون من بئر زمزم للحاج فيشتغلون بسقايتهم نهاراً فأبيح لهم الرمي في وقت فراغهم تخفيفا عليهم فيجوز لهم رمي كل يوم في الليلة المستقبلة فيرمون

(فصل) فان أمكن المحصر الوصول من طريق أخرى لم يبح له التحلل ولزمه سلوكها بعد أو قرب ، خشي الفوات أو لم يخشه ، فان كان محرما بعمرة لم تفت ، وإن كان بحج ففاته تحلل بعمرة وكذا لو لم يتحلل المحصر حتى زال الحصر لزمه السعي وإن كان بعد فوات الحج ليتحلل بعمرة ، ثم هل يلزمه القضاء ان فاته الحج فيه روايتان (احداهما) يلزمه كمن فاته بخطأ الطريق (والثانية) لا يجب لان سبب الفوات الحصر أشبه من لم يجد طريقاً أخرى وبهذا فارق المخطيء

(فصل) واذا كان العدو الذين حصروا الحاج مسلمين فأمكنه الانصراف كان أولى من قتالهم لان في قتالهم المخاطرة بالنفس والمال وقتل مسلم فكان تركه أولى ويجوز قتالهم لانهم تعدوا على المسلمين لمنعهم طريقهم فأشبهوا سائر قطاع الطريق ، وإن كانوا مشركين لم يجب قتالهم لأنه انما يجب بأحد أمرين اذا بدأوا بالقتال أو وقع النفير فاحتيج الى مدد وليس ههنا واحد منهما ، لكن ان غلب على ظن المسلمين الظفر استحب قتالهم لما فيه من الجهاد وحصول النصر وإتمام النسك ، وإن كان

جمرة العقبة في ليلة اليوم الاول من أيام التشريق ، ورمي اليوم الاول في ليلة الثاني ، ورمي الثاني في ليلة الثالث ، والثالث إذا أخروه إلى الغروب سقط عنهم كسقوطه عن غيرهم . قال عطاء لا يرمي بالليل إلا رعاء الابل فاما التجار فلا . وكان مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي يقولون : من نسي الرمي إلى الليل رمى ولا شيء عليه ، من الرعاة ومن غيرهم

﴿ مسئلة ﴾ (ومباح للرعاء أن يؤخروا الرمي فيقضوه في الوقت الثاني)

وجملة ذلك أنه يجوز للرعاة ترك المبيت بمنى ليالي منى ، ويؤخرون رمي اليوم الاول ويرمون يوم النفر الاول عن الرميين جميعا لما عليهم من المشقة في المبيت والاقامة للرمي ، وقد روى مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن أبي البداح بن عاصم عن أبيه قال : رخص رسول الله ﷺ لرعاء الابل في البيتوتة أن يرموا يوم النحر ثم يجمعون رمي يومين بعد يوم النحر يرمونه في أحدهما قال مالك ظننت أنه في أول يوم منهما ثم يرمون يوم النفر . رواه ابن ماجه والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح رواه ابن عيينة قال : رخص للرعاء أن يرموا يوما ، ويدعوا يوما ، وكذلك الحكم في أهل سقاية الحاج ، وقد روى ابن عمر أن العباس استأذن النبي ﷺ ليبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته متفق عليه إلا أن الفرق بين الرعاء ، وأهل السقاية أن الرعاء اذا قاموا حتى غربت الشمس فقد انقضى وقت الرعي ، وأهل السقاية يشتغلون ليلا ونهاراً فافترقا ، وصار الرعاء كالمريض الذي يباح له ترك الجمعة لمرضه فاذا حضرها تعينت عليه . والرعاء أبيح لهم ترك المبيت لاجل الرعي فاذا فات وقته وجب المبيت

بالعكس فالاولى الانصراف لئلا يغرروا بالمسلمين ، ومتى احتاجوا في القتال الى لبس ما تجب فيه الفدية فلهم فعله وعليهم الفدية لان لبسهم لاجل أنفسهم فأشبه مالو لبسوا للاستدفاء من برد ، فان أذن لهم العدو في العبور فلم يثقوا بهم فلهم الانصراف لانهم خائفون على أنفسهم فكأنهم لم يؤمنوهم ، وإن وثقوا بأمانهم وكانوا معروفين بالوفاء لزمهم المضي على احرامهم لانه قد زال حصرهم ، وان طلب العدو خفارة على تخلية الطريق وكان ممن لا يؤمن بأمانه لم يلزمهم بذله لان الخوف باق مع البذل ، وان كان موثوقا بأمانه والخفارة كثيرة لم يجب بذله ، بل يكره ان كان العدو كافراً لان فيه صغاراً وتقوية للكافر ، وان كانت يسيرة فقياس المذهب وجوب بذله كالزيادة في ثمن الماء للوضوء . وقال بعض أصحابنا : لا يجب بذل خفارة بحال وله التحلل كما في ابتداء الحج لا يلزمه اذا لم يجد طريقاً امناً من غير خفارة

﴿ مسئلة ﴾ متى قدر المحصر على الهدي فليس له التحلل قبل ذبحه ، فان كان معه هدي قد ساقه أجزأه ، وان لم يكن معه لزمه شراؤه ان أمكنه ويجزئه أدنى الهدي وهو شاة أو سبع بدنة لقوله تعالى (فما استيسر من الهدي) وله نحره في موضع حصره من حل أو حرم نص عليه أحمد وهو قول مالك

(فصل) وأهل الاعذار من غير الرعاء كالمرضى ومن له مال يخاف ضياعه ونحوهم كالرعاء في ترك البيتوتة لان النبي صلى الله عليه وسلم رخص لهؤلاء تنبيها على غيرهم أو تقول نص عليه لمعنى وجد في غيرهم فوجب إلحاقه بهم

(فصل) إذا كان الرجل مريضا أو محبوساً أو له عذر جاز أن يستنيب من يرمي عنه . قال الأثرم قلت لابي عبد الله إذا رمى عنه الجمار يشهد هو ذاك أو يكون في رحله؟ قال يعجبني أن يشهد ذاك ان قدر حين يرمى عنه ، قلت فان ضعف عن ذلك أيكون في رحله ويرمى عنه ؟ قال نعم ، قال القاضي : المستحب أن يضع الحصى في يد النائب ليكون له عمل في الرمي، وان أغمي على المستنيب لم تنقطع النيابة وللنائب الرمي عنه كما لو استنابه في الحج ثم أغمي عليه وبما ذكرنا في هـذه المسئلة قال الشافعي ونحوه قال مالك إلا أنه قال يتحرى المريض حين رميهـم فيكبر سبع تكبيرات

(فصل) ومن ترك الرمي من غير عذر فعليه دم قال أحمد أعجب إليّ إذا ترك الايام كلها كان عليه دم ، وفي ترك جمرة واحدة دم أيضا نص عليه أحمد وبهذا قال عطاء والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك ان عليه في جمرة أو الجمرات كلها بدنة . قال الحسن من نسي جمرة واحدة يتصدق على مسكين

ولنا قول ابن عباس من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم ولانه ترك من مناسكه ما لا يفسد الحج بتركه فكان الواجب عليه شاة كالمبيت . وإن ترك أقل من جمرة فالظاهر عن أحمد انه لاشيء عليه في حصاة ولا في حصاتين. وعنه انه يجب الرمي بسبع فان ترك شيئا من ذلك تصدق بشيء أيّ شيء كان وعنه ان في حصاة دما وهو مذهب مالك والليث لان ابن عباس قال : من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم وعنه في الثلاثة دم وهو مذهب الشافعي، وفيما دون ذلك في كل حصاة مد وعنه درهم وعنه نصف درهم . وقال أبو حنيفة ان ترك جمرة العقبة أو الجمار كلها فعليه دم وان ترك غير ذلك فعليه في كل حصاة

والشافعي إلا أن يكون قادراً على أطراف الحرم ففيه وجهان (احدهما) يلزمه نحره فيه لان الحرم كله منحر وقد قدر عليه (والثاني) ينحره في موضعه لان النبي ﷺ نحر هديه في موضعه، وعن أحمد ليس للمحصر نحر هديه الا في الحرم ويواطيء رجلا على نحره في وقت يتحلل فيه ، يروى هذا عن ابن مسعود فيمن لدغ في الطريق، وروي نحو ذلك عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء (قال شيخنا) وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصاً ، وأما الحصر العام فلا ينبغي أن يقوله أحد لان ذلك يفضي إلى تعذر الحل لتعذر وصول الهدي إلى محله ، ولان النبي ﷺ وأصحابه نحروا هداياهم في الحديبيـة وهي من الحل ، قال البخاري قال مالك وغيره إن النبي ﷺ وأصحابه حلقوا وحلوا من كل شيء قبل الطواف وقبل أن يصل الهدي إلى البيت ولم يذكر أن النبي ﷺ أمر أحداً أن يقضي شيئاً ولا أن يعودوا له ، ويروى أن النبي ﷺ نحر هديه عند الشجرة التي كان تحتها بيعة الرضوان وهي من الحل باتفاق أهل السير وقد دل عليه قوله تعالى (والهدي معكوفا أن يبلغ محله) ولانه موضع حله فكان

نصف صاع الى أن يبلغ دما وقد ذكرنا ذلك، وآخر وقت الرمي آخر أيام التشريق فمتى خرجت قبل رميه فات وقته واستقر عليه الفداء الواجب في ترك الرمي هذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن عطاء فيمن رمى جمرة العقبة ثم خرج الى ابله في ليلة أربع عشرة ثم رمى قبل طلوع الفجر فان لم يرم هراق دما والأول أولى لان محل الرمي النهار فيخرج وقت الرمي بخروج النهار والله أعلم

باب الفدية وجزاء الصيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن حلق أربع شعرات فصاعداً عامدا أو مخطئا فعليه صيام ثلاثة أيام أو اطعام ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين أو ذبح شاة أي ذلك فعل أجزأه)

الكلام في هذه المسألة في ستة فصول (الاول) ان على المحرم فدية اذا حلق رأسه ولا خلاف في ذلك قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير علة والاصل في ذلك قول الله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وقال النبي ﷺ لكعب بن عجرة « لعلك أذاك هوامك؟ » قال نعم يارسول الله فقال رسول الله ﷺ « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو انسك شاة » متفق عليه . وفى لفظ « أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمر » ولا فرق فى ذلك بين ازالة الشعر بالحلق أو النورة أو قصبة أو غير ذلك لا نعلم فيه خلافا

(الفصل الثاني) انه لافرق بين العامد والمخطيء ومن له عذر ومن لا عذر له في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي ونحوه عن الثوري وفيه وجه آخر لافدية على الناسي وهو قول اسحاق وابن المنذر لقوله عليه

موضع نحره كالحرم ، فان قيل فقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله) وقال (ثم محلها إلى البيت العتيق) ولانه ذبح يتعلق بالاحرام فلم يجز في غير الحرم كدم الطيب واللبس، قلنا الآية في غير المحصر ولا يصح قياس المحصر عليه لان تحلل المحصر في الحل وتحلل غيره في الحرم فكل واحد منهما ينحر في موضع تحلله ، وقد قيل في قوله تعالى (حتى يبلغ الهدي محله) حتى يذبح وذبحه في حق المحصر في موضع حله اقتداء بالنبي ﷺ وما قاسوا عليه ممنوع

(فصل) واذا أحصر المعتمر فله التحلل ونحر هديه وقت حصره لان النبي ﷺ وأصحابه زمن الحديبيـة حلوا ونحروا هداياهم قبـل يوم النحر وإن كان مفرداً أو قارناً فكذلك في احدى الروايتين لانه أحد النسكين أشبه العمرة ، ولان العمرة لاتفوت وجميع الزمان وقت لها ، فاذا جاز الحل منها ونحر هديها من غير خشية فواتها فالحج الذي يخشى فواته أولى (والثانية) لايحل ولا ينحر هديه إلى يوم النحر نص عليه في رواية الأثرم وحنبل لان للهدي محل زمان ومحل مكان، فاذا سقط محل المكان للعجز عنـه بقي محل الزمان واجباً لامكانه ، واذا لم يجز له نحر الهدي قبل يوم النحر لم

السلام « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان » ولنا انه إتلاف فاستوى عمده وخطأه كقتل الصيد ولان الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذى به وهو معذور فكان ذلك تنبيهاً على وجوبها على غير المعذور ودليلا على وجوبها على المعذور بنوع آخر مثل المحتجم الذي يحلق موضع محاجمه أو شعراً عن شجته، وفي معنى الناسي النائم الذي يقلع شعره أو يصوب شعره إلى تنور فيحرق لهب النار شعره ونحو ذلك

(الفصل الثالث) ان الفدية هي إحدى الثلاثة المذكورة في الآية والخبر أيها شاء فعل لانه أمر بها بلفظ التخيير ولا فرق في ذلك بين المعذور وغيره والعامد والمخطيء وهو مذهب مالك والشافعي وعن أحمد انه إذا حلق لغير عذر فعليه الدم من غير تخيير وهو مذهب أبي حنيفة لان الله تعالى خير بشرط العذر فاذا عدم الشرط وجب زوال التخيير . ولنا ان الحكم ثبت في غير المعذور بطريق التنبيه تبعاً له والتبع لا يخالف أصله ولأن كل كفارة ثبت التخيير فيها إذا كان سببها مباحا ثبت كذلك إذا كان محظوراً كجزاء الصيد ولا فرق بين قتله للضرورة إلى أكله أو لغير ذلك وإنما الشرط لجواز الحلق لا التخيير

(الفصل الرابع) القدر الذي يجب به الدم أربع شعرات فصاعداً ، وفيه رواية أخرى يجب في الثلاث ما في حلق الرأس . قال القاضي هو المذهب وهو قول الحسن وعطاء وابن عيينة والشافعي وأبي ثور لانه شعر آدمي يقع عليه اسم الجمع المطلق[1] فجاز أن يتعلق به الدم كالربع . وقال أبو حنيفة لا يجب الدم بدون ربع الرأس لان الربع يقوم مقام الكل ،ولهذا إذا رأى رجلا يقول رأيت فلانا وإنما رأى إحدى جهاته . وقال مالك : إذا حلق من رأسه ما أماط به الاذى وجب الدم . ووجه كلام الخرقي ان الاربع كثير فوجب به الدم كالربع فصاعداً أما الثلاثة فهي آخر القلة وآخر الشيء منه فأشبه الشعرة والشعرتين والاستدلال بأن الربع يقع عليه اسم الكل غير صحيح فان ذلك لا يتقيد بالربع وإنما هو مجاز يتناول الكثير والقليل

(الفصل الخامس) ان شعر الرأس وغيره سواء في وجوب الفدية لان شعر غير الرأس يحصل

يجز له التحلل لقوله سبحانه (ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله) واذا قلنا بجواز التحلل قبل يوم النحر فالمستحب له الاقامة على احرامه رجاء زوال الحصر ومتى زال قبل تحلله فعليه المضي لاتمام نسكه بغير خلاف علمناه . قال ابن المنذر قال كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن من يئس أن يصل إلى البيت فجاز له الحل فلم يحل حتى خلي سبيله أن عليه أن يقضي مناسكه وإن زال الحصر بعد فوات الحج تحلل بعمرة ، فان فات الحج قبل زوال الحصر تحلل بهدي ، وقد قيل إن عليه ههنا هديين : هدي للفوات وهدي للاحصار، ولم يذكر أحمد رحمه الله في رواية الأثرم هديا ثانياً في حق من لم يتحلل الا يوم النحر

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد صام عشرة أيام ثم حل ، ولو نوى التحلل قبل ذلك لم يحل)

اذا عجز المحصر عن الهدي انتقل الى صوم عشرة أيام ثم حل ، وبه قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة لا بدل له لانه لم يذكر في القرآن

[1] فيه أن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم) ولم يقل شعراً ومن أزال من رأسه ٣ شعرات أو ٤ لا يقال إنه حلق رأسه لا لغة ولا عرفا فالراجح قول مالك لبنائه على علة النهي

بحلقه الترفه والتنظف فأشبه الرأس فان حلق من شعر رأسه وبدنه ففي الجميع فدية واحدة وان كثر، وإن حلق من رأسه شعرتين ومن بدنه شعرتين فعليه دم واحد، هذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي الخطاب ومذهب أكثر الفقهاء، وذكر أبو الخطاب ان فيها روايتين (إحداهما) كما ذكرنا (والثانية) اذا قلم من شعر رأسه وبدنه ما يجب الدم بكل واحد منهما منفرداً ففيهما دمان وهو الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الرأس يخالف البدن بحصول التحلل به دون البدن. ولنا ان الشعر كله جنس واحد في البدن فلم تتعدد الفدية فيه باختلاف مواضعه كسائر البدن وكاللباس، ودعوى الاختلاف تبطل باللباس فانه يجب كشف الرأس دون غيره، والجزاء في اللبس فيهما واحد

(الفصل السادس) ان الفدية الواجبة بحلق الشعر هي المذكورة في حديث كعب بن عجرة بقول النبي ﷺ «احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع أو انسك شاة» وفي لفظ «أو اطعم فرقا بين ستة مساكين» متفق عليه وفي لفظ «أو اطعم ستة مساكين بين كل مسكينين صاع» وفي لفظ «فصم ثلاثة أيام وان شئت فتصدق بثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين» رواه كله أبو داود. وبهذا قال مجاهد والنخعي وأبو مجلز والشافعي ومالك وأصحاب الرأي. وقال الحسن وعكرمة ونافع: الصيام عشرة أيام والصدقة على عشرة مساكين. ويروى ذلك عن الثوري وأصحاب الرأي قالوا: يجزيء من البر نصف صاع لكل مسكين، ومن التمر والشعير صاع صاع واتباع السنة أولى

ولنا أنه دم واجب للاحرام فكان له بدل كدم التمتع والطيب واللباس وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره ويتعين الانتقال الى صيام عشرة أيام كبدل هدي التمتع، وليس له أن يتحلل الا بعد الصيام كما لا يتحلل واجد الهدي إلا بنحره وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدي والصيام؟ فيه روايتان (احداهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقي لان الله تعالى ذكر الهدي وحده ولم يشرط سواه

(والثانية) عليه الحلق أو التقصير لان النبي ﷺ حلق يوم الحديبية وفعله في النسك دال على الوجوب ولعل هذا ينبني على الخلاف في الحلق هل هو نسك أو اطلاق من محظور وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى

(فصل) ولا يتحلل الا بالنية مع ماذكرنا فيحصل الحل بشيئين: النحر والصوم مع النية على قولنا إن الحلاق ليس بنسك، وان قلنا هو نسك حصل بثلاثة أشياء الحلاق مع ماذكرنا، فان قيل فلم اعتبرتم النية ههنا ولم تعتبروها في غير المحصر قلنا لان من أتى بأفعال النسك فقد أتى بما عليه فيحل منها باكمالها فلم يحتج الى نية بخلاف المحصر فانه يريد الخروج من العبادة قبل اكمالها فافتقر الى قصده ولان الذبح قد يكون لغير الحل فلم يتخصص الا بقصده بخلاف الرمي فانه لا يكون الا للنسك فلم يحتج الى قصد

(فصل) فان نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام لم يحل وكان على احرامه حتى ينحر الهدي أو

(فصل) ويجزيء البر والشعير والزبيب في الفدية لان كل موضع أجزأ فيه التمر أجزأ فيه ذلك كالفطرة وكفارة اليمين . وقد روى أبو داود في حديث كعب بن عجرة قال: فدعاني رسول الله ﷺ فقال لي « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين فرقا من زبيب أو انسك شاة » رواه أبو داود ولا يجزيء من هذه الاصناف أقل من ثلاثة آصع الا البر ففيه روايتان (إحداهما) مدٌّ من بر لكل مسكين مكان نصف صاع من غيره كما في كفارة اليمين (والثانية) لا يجزيء الا نصف صاع لان الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو القياس ، والفرع يماثل أصله ولا يخالفه وبهذا قال مالك والشافعي

(فصل) واذا حلق ثم حلق فالواجب فدية واحدة مالم يكفر عن الاول قبل فعل الثاني فان كفر عن الاول ثم حلق ثانيا فعليه للثاني كفارة أيضا . وكذلك الحكم فيما اذا لبس ثم لبس أو تطيب ثم تطيب أو كرر من محظورات الاحرام اللاتي لا يزيد الواجب فيها بزيادتها ولا يتقدر بقدرها ، فأما ما يتقدر الواجب بقدره وهو اتلاف الصيد ففي كل واحد منها جزاؤه ، وسواء فعله مجتمعا أو متفرقا ولا تداخل فيه ففعل المحظورات متفرقا كفعلها مجتمعة في الفدية مالم يكفر عن الاول قبل فعل الثاني وعن أحمد انه ان كرره لاسباب مثل ان لبس للبرد ثم لبس للحر ثم لبس للمرض فكفارات . وان كان لسبب واحد فكفارة واحدة . وقد روى عنه الأثرم فيمن لبس قميصا وجبة وعمامة وغير ذلك لعلة واحدة قلت له فان اعتل فلبس جبة ثم برأ ثم اعتل فلبس جبة فقال هذا الآن عليه كفارتان ، وعن الشافعي كقولنا وعنه لا يتداخل ، وقال مالك تتداخل كفارة الوطء دون غيره ، وقال أبو حنيفة: ان كرره في مجلس واحد فكفارة واحدة، وان كان في مجالس فكفارات لان حكم المجلس الواحد حكم الفعل الواحد بخلاف غيره

ولنا أن ما يتداخل إذا كان بعضه عقيب بعض يجب أن يتداخل، وان تفرق كالحدود وكفارة الايمان ، ولان الله تعالى أوجب في حلق الرأس فدية واحدة ولم يفرق بين ما وقع في دفعة أو في دفعات ، والقول بأنه لا يتداخل غير صحيح فانه اذا حلق رأسه لا يمكن الا شيئا بعد شيء

يصوم لانهما أقيما مقام أفعال الحج فلم يحل قبلهما كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها و ليس عليه في نية الحل فدية لانها لم تؤثر في العبادة ، فان فعل شيئاً من محظورات الاحرام قبل ذلك فعليه فديته كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج

﴿ مسئلة ﴾ (وفي وجوب القضاء على المحصور روايتان)

(احداهما) لاقضاء عليه الا أن يكون واجباً فيفعله بالوجوب السابق هذا هو الصحيح من المذهب ، وبه قال مالك والشافعي (والثانية) عليه القضاء روي ذلك عن مجاهد وعكرمة والشعبي ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ لما تحلل زمن الحديبية قضى من قابل وسميت عمرة القضية، ولأنه حل من احرامه قبل إتمامه فلزمه القضاء كما لو فاته الحج ، ووجه الرواية الاولى أنه تطوع جاز التحلل

(فصل) فأما جزاء الصيد فلا يتداخل ويجب في كل صيد جزاؤه سواء وقع متفرقا أو في حال واحدة وعن أحمد انه يتداخل قياسا على سائر المحظورات ولا يصح لان الله تعالى قال (فجزاء مثل ماقتل من النعم) ومثل الصيدين لا يكون أحدهما، ولانه لوقتل صيدين دفعة واحدة وجب جزؤهما فاذا تفرقا أولى أن يجب لان حالة التفريق لاتنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات

(فصل) اذا حلق المحرم رأس حلال أو قلم أظفاره فلا فدية عليه وبذلك قال عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي واسحاق وأبو ثور، وقال سعيد بن جبير في محرم قص شارب حلال يتصدق بدرهم وقال أبو حنيفة يلزمه صدقة لانه أتلف شعر آدمي فأشبه شعر المحرم . ولنا أنه شعر مباح الاتلاف فلم يجب باتلافه شيء كشعر بهيمة الانعام

(فصل) وان حلق محرم رأس محرم باذنه فالفدية على من حلق رأسه ، وكذلك ان حلقه حلال باذنه لان الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم) وقد علم ان غيره هو الذي يحلقه فأضاف الفعل اليه وجعل الفدية عليه ، وان حلقه مكرها أو نائما فلا فدية على المحلوق رأسه وبهذا قال اسحاق وأبو ثور وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر. وقال أبو حنيفة على المحلوق رأسه الفدية وعن الشافعي كالمذهبين. ولنا انه يحلق رأسه ولم يحلق باذنه فأشبه مالو انقطع الشعر بنفسه ، اذا ثبت هذا فان الفدية على الحالق حراماً كان أو حلالا، وقال أصحاب الرأي على الحلال صدقة وقال عطاء عليهما الفدية . ولنا انه أزال مامنع من ازالته لاجل الاحرام فكانت عليه فديته كالمحرم يحلق رأس نفسه

(فصل) إذا قلع جلدة عليها شعر فلا فدية عليه لانه زال تابعا لغيره والتابع لا يضمن كما لو قلع أشفار عيني انسان فانه لا يضمن اهدابهما

(فصل) وإذا خلل شعره فسقطت شعرة ، فان كانت ميتة فلا فدية فيها، وان كانت من شعره النابت ففيها الفدية وان شك فيها فلا فدية فيها لان الاصل نفي الضمان الى أن يحصل يقين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي كل شعرة من الثلاث مدٌّ من طعام)

منه مع صلاح الوقت له فلم يجب قضاؤه كما لو دخل في الصوم يعتقد أنه واجب فلم يكن ، فأما الخبر فان الذين صدوا كانوا ألفاً وأربعمائة، والذين اعتمروا مع النبي ﷺ كانوا نفراً يسيراً ولم ينقل الينا أن النبي ﷺ أمر أحداً بالقضاء ، وأما تسميتها عمرة القضية فانما يعنى بها القضية التي اصطلحوا عليها واتفقوا عليها ولو أرادوا غير ذلك لقالوا عمرة القضاء ، وفارق الفوات فانه مفرط بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان صدَّ عن عرفة دون البيت تحلل بعمرة ولا شيء عليه) اذا تمكن من الوصول الى البيت وصد عن عرفة فله أن يفسخ نية الحج ويجعله عمرة ولا هدي عليه لأننا أبحنا له ذلك من غير حصر فمع الحصر أولى ، فان كان قد طاف وسعى للقدوم ثم أحصر أو مرض حتى فاته الحج تحلل بطواف وسعي آخر لان الاول لم يقصد به طواف العمرة ولا سعيها وليس عليه أن يجدد احرامه،

يعني إذا حلق دون الاربع فعليه في كل شعرة مدّ من طعام ، وهـذا قول الحسن وابن عيينة والشافعي فيما دون الثلاث ، وعن احمد في الشعرة درهم ، وفي الشعرتين درهمان ، وعنه في كل شعرة قبضة من طعام ، وروي ذلك عن عطاء ونحوه عن مالك وأصحاب الرأي . قال مالك : عليه فيما قل من الشعر اطعام طعام ، وقال أصحاب الرأي يتصـدق بشيء لانه لا تقدير فيه فيجب فيه أقل مايقع عليه اسم الصدقة . وعن مالك فيمن أزال شعراً لا ضمان عليه لان النص إنما أوجب الفدية في حلق الرأس كله فالحقنا به مايقع عليه اسم الرأس . ولنا أن ماضمنت جملته ضمنت أبعاضه كالصيد . والاولى أن يجب الاطعام لان الشارع انما عدل عن الحيوان إلى الطعام في جزاء الصيد ، وههنا أوجب الاطعام مع الحيوان على وجه التخيير فيجب أن يرجع اليه فيما لا يجب فيه الدم ، ويجب مد لانه أقل ماوجب بالشرع فدية فـكان واجبا في أقل الشعر ، والطعام الذي يجزيء فيه اخراجه وهو مايجزيء في حلق الرأس ابتداء من البر والشعير والتمر والزبيب كالذي يجب في الاربع

(فصل) ومن أبيح له حلق رأسه لأذى به فهو مخير في الفدية قبل الحلق وبعده نص عليه احمد لماروي أن الحسين بن علي اشتكى رأسه فأتى علي فقيل له: هذا الحسين يشير إلى رأسه فدعا بجزور فنحرها ثم حلقه وهو بالسقياء . رواه أبو اسحاق الجوزجاني ، ولأنها كفارة فجاز تقـديمها على وجوبها كـكفارة الظهار واليمين

﴿ مسئلة ﴾ (قال وكذلك الاظفار)

قال ابن المنـذر ، وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ أظفاره وعليه الفدية بأخذها في قول أكثرهم وهو قول حماد ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عطاء وعنه لافدية عليه لان الشرع لم يرد فيه بفدية

ولنا أنه أزال ماامنع ازالته لاجل الترفه فوجبت عليه الفـدية كحلق الشعر ، وعدم النص فيـه لايمنع قياسه عليه كشعر البدن مع شعر الرأس والحكم في فدية الاظفار كالحكم في فدية الشعر سواء في أربعة

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال الزهري لابد أن يقف بعرفة ، وقال محمد بن الحسن لايكون محصراً بمكة ، وروي ذلك عن أحمد رحمه الله لأنه انما جاز له التحلل بعمرة في موضع يمكنه أن يحج من عامه فيصير متمتعاً وهذا ممنوع من الحج ولايمكنه أن يصير متمتعاً فعلى هذا يقيم على احرامه حتى يفوته الحج ثم يتحلل بعمرة، فان فاته الحج فحكمه حكم من فاته بغير حصر، وقال مالك يخرج الى الحل ويفعل مايفعل المعتمر، فان أحب أن يستنيب من يتمم عنه أفعال الحج جاز في التطوع لانه جاز أن يستنيب في جملته فجاز في بعضه، ولا يجوز في حج الفرض الا أن ييأس من القدرة عليه في جميع العمر كما في الحج كله

(فصل) فان أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفه فله التحلل لان الحصر يفسـد التحلل من جميعه فأفاد التحلل من بعضه، وان كان ماحصر عنه ليس من أركان الحج كالرمي وطواف الوداع

منها دم ، وعنه في ثلاثة دم ، وفي الظفر الواحد مدمن طعام ، وفي الظفرين مدان على ماذ كرنا من التفصيل والاختلاف فيه . وقول الشافعي وأبي ثور كذلك ، وقال أبو حنيفة لايجب الدم الا بتقليم أظفار يد كاملة حتى لو قلم من كل يد أربعة لايجب عليه الدم لانه لم يستكمل منفعة اليد أشبه الظفر والظفرين . ولنا أنه قلم ما يقع عليه اسم الجمع أشبه مالو قلم خمسا من يد واحدة، وما قالوه يبطل بما اذا حلق ربع رأسه فانه لم يستوف منفعة العضو ويجب به الدم، وقولهم يؤدي الى أن يجب به الدم في القليل دون الكثير. اذا ثبت هذا فانه يتخير من قلم مايجب به الدم بين الثلاثة أشياء كما قلنا في الشعر لان الايجاب في الاظفار بالالحاق بالشعر فيكون حكم الفرع حكم أصله ولايجب فيما دون الاربعة أو الثلاثة بقسطه من الدم لان العبادة اذا وجب فيها الحيوان لم يجب فيها جزء منه كالزكاة

(فصل) وفي قص بعض الظفر مافي جميعه وكذلك في قطع بعض الشعرة مثل مافي قطع جميعها لان الفدية تجب في الشعرة والظفر سواء أطال أو قصر وليس بمقدر بمساحة فيتقدر الضمان عليه بل هو كالموضحة يجب في الصغيرة منها مثلما يجب في الكبيرة وخرج ابن عقيل وجها أنه يجب بحساب المتلف كالاصبع يجب في أنملتها ثلث ديتها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تطيب المحرم عامدا غسل الطيب وعليه دم وكذلك ان لبس المخيط أو الخف عامدا وهو يجد النعل خلع وعليه دم)

لاخلاف في وجوب الفدية على المحرم اذا تطيب أو لبس عامداً لانه ترفه بمحظور في احرامه فلزمته الفدية كما لو ترفه بحلق شعره أو قلم ظفره والواجب عليه أن يفديه بدم ويستوي في ذلك قليل الطيب وكثيره ، وقليل اللبس وكثيره وبذلك قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجب الدم الا بتطييب عضو كامل وفي اللباس بلباس يوم وليلة ولا شيء فيما دون ذلك لانه لم يلبس لبسا معتاداً فأشبه مالو اتزر بالقميص. ولنا أنه متى حصل به الاستمتاع بالمحظورات فاعتبر مجرد الفعل كالوطء محظوراً فلا

والمبيت بمزدلفة أو بمنى في لياليها فليس له التحلل لان صحة الحج لاتقف على ذلك ويكون عليه دم لتركه ذلك وحجه صحيح كما لو تركه من غير حصر ، وان حصر عن طواف الافاضة بعد رمي الجمرة فليس له أن يتحلل أيضاً لان احرامه انما هو عن النساء ، والشرع انما ورد بالتحلل عن الاحرام التام الذي يحرم جميع محظوراته فلا يثبت بما ليس مثله، ومتى زال الحصر أتى بالطواف وتم حجه

﴿ مسئلة ﴾ واذا تحلل المحصر من الحج فزال الحصر وأمكنه الحج لزمه ذلك ان كانت حجة الاسلام أو كانت واجبة في الجملة أو قلنا بوجوب القضاء لان الحج يجب على الفور ، فأما ان كانت تطوعا ولم نقل بوجوب القضاء فلا شيء عليه كمن لم يحرم

(فصل) فان أحصر في حج فاسد فله التحلل لانه اذا أبيح له في الحج الصحيح فالفاسد بطريق

تتقدر فديته بالزمن كسائر المحظورات ، وما ذكروه غير صحيح فان الناس يختلفون في اللبس في العادة ، ولان ما ذكروه تقدير والتقديرات بابها التوقيف ، وتقديرهم بعضو ويوم وليلة تحكم محض وأما اذا اءتزر بقميص فليس ذلك بلبس مخيط ولهذا لا يحرم عليه والمختلف فيه محرم

(فصل) ويلزمه غسل الطيب وخلع اللباس لانه فعل محظوراً فيلزمه ازالته وقطع استدامته كسائر المحظورات والمستحب أن يستعين في غسل الطيب بحلال لئلا يباشر المحرم الطيب بنفسه ، ويجوز أن يليه بنفسه ولاشيء عليه لان النبي ﷺ قال للذي رأى عليه طيبا أو خلوقا « اغسل عنك الطيب » ولانه تارك له فان لم يجد مايغسله به مسحه بخرقة أو حكه بتراب أو ورق أو حشيش لان الذي عليه إزالته بحسب القدرة وهذا نهاية قدرته

(فصل) إذا احتاج الى الوضوء وغسل الطيب ومعه ماء لايكفي الا أحدهما قدم غسل الطيب ، ويتيمم للحدث لانه لارخصة في إبقاء الطيب وفي ترك الوضوء إلى التيمم رخصة فان قدر على قطع رائحة الطيب بغير الماء فعل وتوضأ لان المقصود من إزالة الطيب قطع رائحته فلا يتعين الماء والوضوء بخلافه

(فصل) إذا لبس قميصا وعمامة وسراويل وخفين لم يكن عليه إلا فدية واحدة لانه محظور من جنس واحد فلم يجب فيه أكثر من فدية واحدة كالطيب في بدنه ورأسه ورجليه

(فصل) وإن فعل محظوراً من أجناس لحلق ولبس وتطيب ووطيء فعليه لكل واحد فدية سواء فعل ذلك مجتمعا أو متفرقا وهذا مذهب الشافعي ، وعن احمد أن في الطيب واللبس والحلق فدية واحدة ، وان فعل ذلك واحداً بعد واحد فعليه لكل واحد دم ، وهو قول إسحاق وقال عطاء وعمرو بن دينار إذا حلق ثم احتاج إلى الطيب أو الى قلنسوة أو اليهما ففعل ذلك فليس عليه إلا فدية وقال الحسن إن لبس القميص وتعمم وتطيب فعل ذلك جميعا فليس عليه الا كفارة واحدة ونحو ذلك عن مالك . ولنا أنها محظورات مختلفة الاجناس فلم تتداخل أجزاؤها كالحدود المختلفة والايمان المختلفة وعكسه ما اذا كان من جنس واحد

الاولى ، فان حل ثم زال الحصر وفي الوقت سعة فله أن يقضي في ذلك العام وليس يتصور القضاء في العام الذي أفسد فيه الحج في غير هذه المسئلة

﴿مسئلة﴾ (ومن أحصر بمرض أو ذهاب نفقة لم يكن له التحلل في احدى الروايتين)

اختارها الخرقي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس ومروان وبه قال مالك والشافعي واسحاق (والثانية) له التحلل بذلك، وروي نحوه عن ابن مسعود وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لان النبي ﷺ قال « من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى » رواه النسائي ولانه محصور فيدخل في عموم قوله (فان احصرتم فما استيسر من الهدي) يحققه ان لفظ الاحصار انما هو للمرض ونحوه يقال احصره المرض احصاراً فهو محصر، وحصره العدو فهو محصور فيكون اللفظ صريحا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان لبس أو تطيب ناسيا فلا فدية عليه ، ويخلع اللباس ويغسل الطيب ويفرغ الى التلبية)

المشهور في المذهب أن المتطيب أو اللابس ناسيا او جاهلا لا فدية عليه . وهو مذهب عطاء والثوري واسحاق وابن المنذر ، وقال احمد قال سفيان ثلاثة في الجهل والنسيان سواء اذا أتى أهله واذا أصاب صيداً واذا حلق رأسه ، قال احمد واذا جامع أهله بطل حجه لانه شيء لايقدر على رده والصيد اذا قتله فقد ذهب لايقدر على رده ، والشعر اذا حلقه فقد ذهب فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيها سواء . وكل شيء من النسيان بعد الثلاثة فهو يقدر على رده مثل اذا غطى المحرم رأسه ثم ذكر ألقاه عن رأسه وليس عليه شيء أو لبس خفا نزعه وليس عليه شيء ، وعنه رواية أخرى أن عليه الفدية في كل حال وهو مذهب مالك والليث والثوري وأبي حنيفة لانه هتك حرمة الاحرام فاستوى عمده وسهوه كحلق الشعر وتقليم الاظفار

ولنا عموم قوله عليه السلام « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وروى يعلى ابن أمية أن رجلا أتى النبي ﷺ وهو بالجعرانة وعليه جبة وعليه أثر خلوق أو قال أثر صفرة فقال يارسول الله كيف تأمرني أن أصنع في عمرتي ؟ قال « اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك أثر هذا الخلوق » أو قال « أثر الصفرة واصنع في عمرتك ما تصنع في حجك » متفق عليه . وفي لفظ قال يارسول الله أحرمت بالعمرة وعليّ هذه الجبة فلم يأمره بالفدية مع مسئلته عما يصنع وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز اجماعا دل على أنه عذره لجهله والجاهل والناسي واحد ولان الحج عبادة يجب بافسادها الكفارة فكان من محظوراته أنه مايفرق بين عمده وسهوه كالصوم فأما الحلق وقتل الصيد فهو اتلاف لايمكن رد تلافيه بازالته ، اذا ثبت هذا فان الناسي متى ذكر فعليه غسل الطيب وخلع اللباس في الحال . فان أخر ذلك عن زمن الامكان فعليه الفدية فان قيل فلم لا يجوز له استدامة

في محل النزاع وحصر العدو مقيس عليه ولانه مصدود عن البيت أشبه من صده العدو ووجه الرواية الاولى أنه لا يستفيد بالاحلال الانتقال من حاله ولا التخلص من الاذى الذي به بخلاف حصر العدو ، ولان النبي ﷺ دخل على ضباعة بنت الزبير فقالت اني أريد الحج وأنا شاكية فقال «حجي واشترطي ان محلي حيث حبستني» فلو كان المرض يبيح الحل ما احتاجت الى شرط ، وحديثهم متروك الظاهر فان مجرد الكسر والعرج لايصير به حلالا فان حملوه على أنه يبيح له التحلل حملناه على ما إذا اشترط الحل على أن في حديثهم كلاماً لان ابن عباس يرويه ومذهبه بخلافه فاذا قلنا يتحلل فحكمه حكم من حصره العدو على ما مضى وان قلنا لا يتحلل فانه يقيم على إحرامه ويبعث ما معه من الهدي ليذبح بالحرم وليس له نحره في مكانه لانه لم يتحلل فان فاته الحج تحلل بعمرة كغير المريض

الطيب ههنا كالذي يتطيب قبل احرامه قلنا لان ذلك فعل مندوب اليه فكان له استدامته وههنا هو محرم وانما سقط حكمه بالنسيان أو الجهل فاذا زال ظهر حكمه، وان تعذر عليه ازالته لاكراه أو علة ولم يجد من يزيله وما أشبه ذلك فلا فدية عليه. وجرى مجرى المكره على الطيب ابتداء، وحكم الجاهل اذا علم حكم الناسي اذا ذكر، وحكم المكره حكم الناسي فان ما عفي عنه بالنسيان عفي عنه بالاكراه لانهما قرينان في الحديث الدال على العفو عنهما وقول الخرقي ينزع الى التلبية أي يلبي حين ذكر استذكاراً للحج أنه نسيه واستشعاراً باقامته عليه ورجوعه اليه وهذا قول يروى عن ابراهيم النخعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو وقف بعرفة نهاراً أو دفع قبل الامام فعليه دم)

وجملة ذلك أن من وقف بعرفة يوم عرفة نهاراً وجب عليه الوقوف الى غروب الشمس ليجمع بين الليل والنهار في الوقوف فان دفع قبل الغروب ولم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم، وقال الشافعي لا يجب ذلك، ولا دم عليه ان دفع قبل الغروب احتجاجا بحديث عروة بن مضرس ولانه أدرك من الوقوف ما أجزأه أشبه مالو أدرك الليل منفرداً

ولنا أن النبي ﷺ وقف حتى غربت الشمس بغير خلاف وقد قال « خذوا عني مناسككم » فاذا تركه لزمه دم لقول ابن عباس ولانه ركن لم يأت به على الوجه المشروع فلزمه دم كما لو أحرم من دون الميقات، وحديثهم دل على الاجزاء والكلام في وجوب الدم فاما اذا وقف في الليل خاصة فانه يجزئه ولا يلزمه دم لان من أدرك الليل وحده لا يمكنه الوقوف نهاراً فلا يتعين عليه ولا يجب عليه بتركه دم بخلاف من أدرك نهاراً . وأما قوله : أو دفع قبل الامام فظاهر أنه أوجب بذلك دما وان دفع قبل الغروب . وقد روى الاثرم عن احمد قال : سمعته يسأل عن رجل دفع قبل الامام من عرفة بعد ماغابت الشمس . فقال: ماوجدت أحداً سهل فيه كلهم يشدد فيه . قال: ومايعجبني أن يدفع الا مع الامام، وعن عطاء عليه شاة اذا دفع قبل الامام . قيل فيدفع من مزدلفة قبل الامام ؟ فقال

﴿مسئلة﴾ (ومن شرط في ابتداء إحرامه أن محلي حيث حبستني فله التحلل بجميع ذلك ولا شيء عليه)

اذا شرط في وقت إحرامه أن يحل متى مرض أو ضاعت نفقته أو نفدت أو نحوه أو قال إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني فله التحلل متى وجد ذلك وليس عليه هدي ولا صوم ولا قضاء ولا غيره فان للشرط تأثيراً في العبادات بدليل أنه لوقال إن شفى الله مريضي صمت شهراً متتابعا أو متفرقا كان على شرطه وإنما لم يلزمه هدي ولا قضاء لانه إذا شرط شرطا كان احرامه الذي فعله الى حين وجود الشرط فصار بمنزلة من أكمل أفعال الحج ثم ينظر في صيغة الشرط فان قال ان مرضت فلي أن احل أو ان حبسني حابس فمحلي حيث حبستني فاذا حبس كان بالخيار بين الحل وبين البقاء على الاحرام، وإن قال ان مرضت فأنا حلال فمتى وجد الشرط حل بوجوده لانه شرط صحيح فكان على ماشرط، وفي هذه المسئلة اختلاف ذكرناه في باب الاحرام

المزدلفة عندي غير عرفة . وذكر حديث ابن عمر أنه دفع قبل ابن الزبير ، وغير الخرقي من أصحابنا لم يوجب بذلك شيئاً ، ولا عدّ الدفع مع الامام من الواجبات ، وهو الصحيح فان اتباع الامام وأفعال النسك معه ليس بواجب في سائر مناسك الحج فكذا ههنا ، وانما وقع دفع الصحابة مع النبي ﷺ بحكم العادة فلا يدل على الوجوب كالدفع معه من مزدلفة والافاضة من منى ، وغير ذلك وليس ذلك فعلا للنبي ﷺ فيدخل في عموم قوله ﷺ « خذوا عني مناسككم »

﴿مسئلة﴾ قال (ومن دفع من مزدلفة قبل نصف الليل من غير الرعاة وأهل سقاية الحاج فعليه دم)

وجملة ذلك ان المبيت بمزدلفة واجب يجب بتركه دم سواء تركه عمداً أو خطأ عالما أو جاهلا لانه ترك نسكا والنسيان أثره في ترك الموجود كالمعدوم لا في جعل المعدوم كالموجود إلا أنه رخص لأهل السقاية ورعاة الابل في ترك البيتوتة لان النبي ﷺ رخص للرعاة في ترك البيتوتة في حديث عدي ، وأرخص للعباس في المبيت لاجل سقايته . ولان عليهم مشقة في المبيت لحاجتهم إلى حفظ مواشيهم وسقي الحاج فكان لهم ترك المبيت فيها كليالي منى ولأنها ليلة يرمى في غدها فكان لهم ترك المبيت فيها كليالي منى. وروي عن أحمد ان المبيت بمزدلفة غير واجب ولا شيء على تاركه والاول المذهب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قتل وهو محرم من صيد البر عامدا أو مخطئا فداه بنظيره من النعم ان كان المقتول دابة)

في هذه المسئلة فصول ستة (الاول) في وجوب الجزاء على المحرم بقتل الصيد في الجملة وأجمع أهل العلم على وجوبه ونص الله تعالى عليه بقوله (يأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم . ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم) ولا نعلم أحداً خالف في الجزاء في قتل الصيد متعمداً إلا الحسن ومجاهداً قالا : إذا قتله متعمداً ذاكراً لاحرامه لا جزاء عليه وان كان مخطئا أو ناسيا لاحرامه فعليه

﴿ باب الهدي والاضاحي ﴾

الاصل في مشروعية الاضحية الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فصل لربك وانحر) قال بعض أهل التفسير والمراد به الاضحية بعد صلاة العيد ، وأما السنة فانه روي أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما . متفق عليه الاملح الذي فيه بياض وسواد وبياضه أكثر قاله الكسائي، وقال ابن الاعرابي هو النقي البياض قال الشاعر :

حتى اكتسى الرأس قناعا أشيبا * أملح لا لذاً ولا محببا

وأجمع المسلمون على مشروعية الاضحية ، ويستحب لمن أتى مكة أن يهدي هديا لان النبي ﷺ أهدى في حجته مائة بدنة وقد كان النبي ﷺ يبعث الهدي ويقيم بالمدينة

الجزاء وهذا خلاف النص فان الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم) والذاكر لاحرامه متعمد . وقال في سياق الآية (ليذوق وبال أمره) والمخطيء والناسي لاعقوبة عليه ، وقتل الصيد نوعان : مباح ومحرم ، فالمحرم قتله ابتداء من غير سبب يبيح قتله ففيه الجزاء . والمباح ثلاثة أنواع (أحدها) أن يضطر إلى أكله فيباح له ذلك بغير خلاف نعلمه فان الله تعالى قال (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وترك الاكل مع القدرة عند الضرورة إلقاء بيده الى التهلكة ، ومتى قتله ضمنه سواء وجد غيره أو لم يجد وقال الاوزاعي لا يضمنه لانه مباح أشبه صيد البحر

ولنا عموم الآية ولانه قتله من غير معنى يحدث من الصيد يقتضي قتله فضمنه كغيره ولانه أتلفه لدفع الاذى عنه لالمعنى فيه أشبه حلق الشعر لأذى برأسه

(النوع الثاني) إذا صال عليه صيد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه وبهذا قال الشافعي .وقال أبو بكر عليه الجزاء وهو قول أبي حنيفة لانه قتله لحاجة نفسه أشبه قتله لحاجته إلى أكله

ولنا انه حيوان قتله لدفع شره فلم يضمنه كالآدمي الصائل ولانه التحق بالمؤذيات طبعاً فصار كالكلب العقور ولافرق بين أن يخشى منه التلف أو يخشى منه مضرة كجرحه أو إتلاف ماله أو بعض حيواناته

(النوع الثالث) إذا خلص صيداً من سبع أو شبكة صياد أو أخذه ليخلص من رجله خيطا ونحوه فتلف بذلك فلا ضمان عليه وبه قال عطاء وقيل عليه الضمان وهو قول قتادة لعموم الآية ولان غاية مافيه انه عدم القصد إلى قتله فأشبه قتل الخطأ

ولنا انه فعل أبيح لحاجة الحيوان فلم يضمن ماتلف به كما لو داوى ولي الصبي الصبي فمات بذلك وهذا ليس بمتعمد فلا تتناوله الآية

(الفصل الثاني) انه لافرق بين الخطأ والعمد في قتل الصيد في وجوب الجزاء على إحدى الروايتين وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . قال الزهري على المتعمد بالكتاب وعلى المخطيء بالسنة . والرواية الثانية لا كفارة في الخطأ وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير

﴿مسئلة﴾ (والافضل فيهما الابل ثم البقر ثم الغنم والذكر والانثى سواء)

أفضل الهدايا والاضاحي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم شرك في بدنة ثم شرك في بقرة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال به مالك في الهدي وقال في الأضحية الأفضل الجذع ثم الضأن ثم البقرة ثم البدنة لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ولا يفعل إلا الافضل ولو علم الله سبحانه خيراً منه لفدى به اسحاق . ولنا ماروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ،ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن ، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » الخ متفق عليه ولانه ذبح يتقرب به الى الله تعالى

وطاوس وابن المنذر وداود لان الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمداً) فدليل خطابه انه لاجزاء على الخاطيء لان الاصل براءة ذمته فلا يشغلها إلا بدليل ، ولانه محظور للاحرام لا يفسده فيجب التفريق بين خطأه وعمده كاللبس والطيب ووجه الاولى قول جابر جعل رسول الله ﷺ في الضبع يصيده المحرم كبشا وقال عليه السلام في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه ولم يفرق .رواهما ابن ماجه . ولانه ضمان اتلاف استوى عمده وخطؤه كمال الآدمي

(الفصل الثالث) ان الجزاء لا يجب إلا على المحرم ولا فرق بين احرام الحج وإحرام العمرة لعموم النص فيها. ولا خلاف في ذلك ولافرق بين الاحرام بنسك واحد وبين الاحرام بنسكين وهو القارن لان الله تعالى لم يفرق بينهما

(الفصل الرابع) ان الجزاء لا يجب إلا بقتل الصيد لانه الذي ورد به النص بقوله تعالى (لاتقتلوا الصيد) والصيد ماجمع ثلاثة أشياء وهو أن يكون مباحا أكله لامالك له ممتنعا فيخرج بالوصف الاول كل ما ليس بمأكول لا جزاء فيه كسباع البهائم والمستخبث من الحشرات والطير وسائر المحرمات . قال أحمد إنما جعلت الكفارة في الصيد المحلل أكله. وقال كل مايؤذي إذا أصابه المحرم يؤكل لحمه وهذا قول أكثر أهل العلم الا أنهم أوجبوا الجزاء في المتولد بين المأكول وغيره كالسبع المتولد من الضبع والذئب تغليباً لتحريم قتله كما غلبوا التحريم في أكله ، وقال بعض أصحابنا في أم حبين جدي وأم حبين دابة منتفخة البطن فهذا خلاف القياس فان أم حبين لاتؤكل لكونها مستخبثة عند العرب حكي أن رجلا من العرب سئل ماتأكلون؟ قال ادب ودرج الا أم حبين .فقال السائل ليهن أم حبين العافية . وإنما تبعوا فيها قضية عثمان رضي الله عنه فانه قضى فيها بحلاق وهو الجدي والصحيح أنه لاشيء فيها . وفي القمل روايتان ذكرناهما فيما مضى والصحيح أنه لا شيء فيه لانه غير مأكول وهو من المؤذيات ولامثل له ولا قيمة ، قال ميمون بن مهران كنت عند عبدالله بن عباس فسأله رجل فقال : أخذت قملة فألقيتها ثم طلبتها فلم أجدها فقال ابن عباس تلك ضالة لاتبتغى .وقال القاضي انما الروايتان

فكانت البدنة فيه أفضل كالهدي ولانها اكثر ثمنا ولحما وأنفع للفقراء ، ولأن النبي ﷺ سئل أي الرقاب أفضل ؟ فقال « اغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » والابل أغلا ثمنا وأنفس من الغنم . فاما التضحية بالكبش فلانه أفضل أجناس الغنم وكذلك حصول الفداء به أفضل والشاة أفضل من شرك في بدنة لان اراقة الدم مقصود في الاضحية والمنفرد يتقرب باراقته كله

(فصل) والذكر والانثى سواء لان الله تعالى قال (ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام) وقال (والبدن جعلناها لكم من شعائر الله) ولم يقل ذكرا ولا أنثى وممن أجاز ذكران الابل في الهدي ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومالك وعطاء والشافعي ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال ما رأيت أحدا فاعلا ذلك ، وان أنحر انثى أحب الي ، والاول أولى لما ذكرنا من النص ، وقد

فيما أزاله من شعره فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه أو ثوبه فلا شيء عليه رواية واحدة . ومن أوجب فيه الجزاء قال أي شيء تصدق به فهو خير . واختلفت الرواية في الثعلب فعنه فيه الجزاء وبه قال طاوس وقتادة ومالك والشافعي وقال هو صيد يؤكل وفيه الجزاء وعن أحمد لا شيء فيه وهو قول الزهري وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وابن المنذر واختلف فيه عن عطاء لانه سبع وقد نهى النبي ﷺ عن كل ذي ناب من السباع . وإذا أوجبنا فيه الجزاء ففيه شاة لأنه روي ذلك عن عطاء . واختلفت الرواية في السنور أهلياً كان أو وحشياً والصحيح انه لاجزاء فيه وهو اختيار القاضي لانه سبع وليس بمأكول، وقال الثوري وإسحاق في الوحشي حكومة ولا شيء في الاهلي لان الصيد ما كان وحشيا . واختلفت الرواية في الهدهد والصرد لاختلاف الروايتين في إباحتهما وكل مااختلف في إباحته يختلف في جزائه ، فأما مايحرم فالصحيح أنه لاجزاء فيه لانه مخالف للقياس ولا نص فيه

(الوصف الثاني) أن يكون وحشياً وما ليس بوحشي لا يحرم على المحرم ذبحه ولا أكله كبهيمة الانعام كلها والخيل والدجاج ونحوها لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا والاعتبار في ذلك بالاصل لا بالحال فلو استأنس الوحشي وجب فيه الجزاء ، وكذلك وجب الجزاء في الحمام أهليه ووحشيه اعتباراً بأصله ولو توحش الاهلي لم يجب فيه شيء . قال أحمد في بقرة صارت وحشية لا شيء فيها لان الاصل فيها الانسي ، وان تولد من الوحشي والاهلي ولد ففيه الجزاء تغليبا للتحريم كقولنا في المتولد بين المباح والمحرم ، واختلفت الرواية في الدجاج السندي هل فيه جزاء؟ على روايتين وروى مهنا عن أحمد في البط يذبحه المحرم إذا لم يكن صيداً والصحيح انه يحرم عليه ذبحه وفيه الجزاء لان الاصل فيه الوحشي فهو كالحمام

﴿ الفصل الخامس ﴾ ان الجزاء إنما يجب في صيد البر دون صيد البحر بغير خلاف لقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) قال ابن عباس طعامه مالفظه ، ولا فرق بين حيوان البحر الملح وبين مافي الانهار والعيون فان اسم البحر

ثبت أن النبي ﷺ أهدى جملا لابي جهل في أنفه برة من فضة رواه أبو داود وابن ماجه ولأنه يجوز ذبح الذكر من سائر بهيمة الانعام فكذلك من الابل ، ولان القصد اللحم ولحم الذكر أوفر ولحم الانثى أرطب فتساويا . قال احمد الخصي أحب الينا من النعجة لان لحمه أوفر وأطيب . قال شيخنا والكبش في الاضحية أفضل النعم لانها أضحية النبي ﷺ وذكره ابن أبي موسى والضأن أفضل من المعز لانه أطيب لحما ، وقال القاضي جذع الضأن أفضل من ثني المعز لذلك ولما روي أن النبي ﷺ قال « نعم الاضحية الجذع من الضأن » حديث غريب قال شيخنا رحمه الله ويحتمل أن الثني من المعز أفضل من الجذع لان النبي ﷺ قال « لا تذبحوا الا مسنة فان عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن رواه مسلم ، وهذا يدل على فضل الثني على الجذع لكونه جعل الثني أصلا والجذع بدلا لا ينتقل اليه الا عند عدم الثني .

يتناول الكل قال الله تعالى (وما يستوي البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه ،وهذا ملح أجاج ، ومن كل تأكلون لحما طريا) ولان الله تعالى قابله بصيد البر بقوله (وحرم عليكم صيد البر) فدل على أن ماليس من صيد البر فهو من صيد البحر ،وحيوان البحر ماكان يعيش في الماء ويفرخ ويبيض فيه ، فان كان مما لا يعيش إلا في الماء كالسمك ونحوه فهذا مما لاخلاف فيه ، وان كان مما يعيش في البر كالسلحفاة والسرطان فهو كالسمك لاجزاء فيه ، وقال عطاء فيه الجزاء وفي الضفدع وكل مايعيش في البر ولنا أنه يفرخ في الماء ويبيض فيه فكان من حيوانه كالسمك،فأما طير الماء ففيه الجزاء في قول عامة أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم لا نعلم فيه مخالفا غير ماحكي عن عطاء أنه قال : حيثما يكون أكثر فهو من صيده ، ولنا ان هذا إنما يفرخ في البر ويبيض فيه وإنما يدخل الماء ليعيش فيه ويكتسب منه فهو كالصياد من الآدميين ، واختلفت الرواية في الجراد فعنه هو من صيد البحر لاجزاء فيه وهو مذهب أبي سعيد ، قال ابن المنذر قال ابن عباس وكعب هو من صيد البحر وقال عروة هو نثرة حوت ، وروي عن أبي هريرة قال .أصابنا ضرب من جراد فكان رجل منا يضرب بسوطه وهو محرم فقيل ان هذا لا يصلح فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « هذا من صيد البحر » وعنه عن النبي ﷺ انه قال « الجراد من صيد البحر » رواهما أبو داود ، وروي عن أحمد انه من صيد البر وفيه الجزاء وهو قول الاكثرين لما روي ان عمر رضي الله عنه قال لكعب في جرادتين : ما جعلت في نفسك؟ قال درهمان ، قال بخ درهمان خير من مائة جرادة ، رواه الشافعي في مسنده ولانه طير يشاهد طيرانه في البر ويهلكه الماء إذا وقع فيه فأشبه العصافير . فأما الحديثان اللذان ذكرناهما للرواية الاولى فوهم قاله أبو داود .فعلى هذا يضمنه بقيمته لانه لامثل له وهذا قول الشافعي وعن أحمد يتصدق بتمرة عن الجرادة وهذا يروى عن عمر وعبد الله بن عمر وقال ابن عباس قبضة من طعام . قال القاضي هذا محمول على انه أوجب ذلك على طريق القيمة والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقدير وانما أرادوا ان فيه أقل شيء ، وان افترش الجراد في طريقه فقتله بالمشي عليه على وجه لم يمكنه التحرز منه ففيه وجهان

(فصل) ويسن استسمانها واستحسانها لقول الله تعالى (ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب) قال ابن عباس تعظيمها استسمانها واستعظامها واستحسانها ولان ذلك أعظم لاجرها وأعظم لنفعها والافضل في لون الغنم البياض لما روي عن مولاة أبي ورقة بن سعيد قالت قال رسول الله ﷺ « دم عفراء أزكى عند الله من دم سوداوين » رواه احمد بمعناه وقال أبو هريرة « دم بيضاء أحب الى الله من دم سوداوين » ولانه لون أضحية النبي صلى الله عليه وسلم ثم ما كان أحسن لونا فهو افضل .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزيء الا الجذع من الضأن وهو ماله ستة أشهر والثني مما سواه)

وهو قول مالك والليث والشافعي وابي عبيد وأصحاب الرأي،وقال ابن عمر والزهري: لايجزيء

(أحدهما) وجوب جزائه لانه أتلفه لنفع نفسه فضمنه كالمضطر يقتل صيداً يأكله (والثاني) لا يضمنه لانه اضطره إلى اتلافه أشبه ما لو صال عليه

(الفصل السادس) ان جزاء ماكان دابة من الصيد نظيره من النعم. هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي . وقال أبو حنيفة :الواجب القيمة ويجوز فيها المثل لان الصيد ليس بمثلي ، ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وجعل النبي ﷺ في الضبع كبشاً وأجمع الصحابة على ايجاب المثل فقال عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية في النعامة بدنة ، وحكم أبوعبيدة وابن عباس في حمار الوحش ببدنة ،وحكم عمر فيه ببقرة وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة ، واذا حكموا بذلك في الازمنة المختلفة والبلدان المتفرقة دل ذلك على انه ليس على وجه القيمة ، ولانه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة إما برؤية أو اخبار ، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم ، ولانهم حكموا في الحمام بشاة ولا يبلغ قيمة شاة في الغالب . اذا ثبت هذا فليس المراد حقيقة المماثلة فانها لاتتحقق بين النعم والصيد لكن أريدت المماثلة من حيث الصورة ،والمتلف من الصيد قسمان (أحدهما) قضت فيه الصحابة فيجب فيه ماقضت وبهذا قال عطاء والشافعي واسحاق ، وقال مالك : يستأنف الحكم فيه لان الله تعالى قال (يحكم به ذوا عدل منكم) ولنا قول النبي ﷺ « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » وقال « اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر » ولانهم أقرب الى الصواب وأبصر بالعلم فكان حكمهم حجة على غيرهم كالعالم مع العامي ، والذي بلغنا قضاؤهم في الضبع كبش قضى به عمر وعلي وجابر وابن عباس . وفيه عن جابر ان النبي ﷺ جعل في الضبع يصيدها المحرم كبشاً رواه أبو داود وابن ماجه ، وروي عن جابر عن النبي ﷺ قال « في الضبع كبش اذا أصاب المحرم وفي الظبي شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة » قال أبو الزبير الجفرة التي قد فطمت ورعت رواه الدارقطني . قال أحمد حكم رسول الله ﷺ في الضبع بكبش ،وبه قال عطاء والشافعي وأبوثور وابن المنذر ، وقال الاوزاعي ان كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها وهو القياس إلا

الجذع لانه لايجزىء من غير الضأن فلا يجزىء منه كالحمل وعن عطاء والاوزاعي انهما قالا لا يجزىء الجذع من جميع الاجناس لما روى مجاشع بن سليم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « إن الجذع يوفي بما يوفي به الثني » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ولانه يجزىء من بعض الاجناس فاجزأ من جميعها كالثني . ولنا على اجزاء الجذع من الضأن حديث مجاشع وأبي هريرة، وعلى ان الجذعة من غيرها لاتجزىء قول النبي ﷺ « لاتذبحوا الا مسنة فان عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » وقال أبو بردة بن نيار رضي الله عنه عندي جذعة من المعز أحب الي من شاتين فهل تجزىء عني ؟ قال « نعم ولا تجزىء عن أحد بعدك » متفق عليه وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا قال ابراهيم الحربي انما يجزىء الجذع من الضأن لانه ينزو فيلقح فاذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنيا

أن اتباع السنة والآثار أولى ، وفي حمار الوحش بقرة روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال عروة ومجاهد والشافعي وعن أحمد فيه بدنة ، روي ذلك عن أبي عبيدة وابن عباس وبه قال عطاء والنخعي، وفي بقرة الوحش بقرة روي ذلك عن ابن مسعود وعطاء وعروة وقتادة والشافعي ، والايل فيه بقرة قاله ابن عباس ، قال أصحابنا في الوعل والتيتل بقرة كالايل ، والأروى فيه بقرة قال ذلك ابن عمر ، وقال القاضي فيها عصب وهي من أولاد البقر مابلغ أن يقبض على قرنه ولم يبلغ أن يكون جذعا ، وحكي ذلك عن الازهري ، وفي الظبي شاة ثبت ذلك عن عمر ، وروي عن علي وبه قال عطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ولا نحفظ عن غيرهم خلافهم ، وفي الوبر شاة روي ذلك عن مجاهد وعطاء ، وقال القاضي فيه جفرة لانه ليس بأكبر منها وكذلك قال الشافعي ان كانت العرب تأكله ، والجفرة من أولاد المعز ما أتى عليها أربعة أشهر وفصلت عن أمها والذكر جفر ، وفي اليربوع جفرة قال ذلك عمر رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن مسعود وبه قال عطاء والشافعي وأبو ثور ، وقال النخعي فيه ثمنه وقال مالك قيمته طعاما ، وقال عمرو بن دينار ماسمعنا ان الضب واليربوع يوديان ، واتباع الآثار أولى ، وفي الضب جدي قضى به عمر وأربد وبه قال الشافعي ، وعن أحمد فيه شاة لان جابر بن عبد الله وعطاء قالا فيه ذلك . وقال مجاهد حفنة من طعام وقال قتادة صاع وقال مالك قيمته من الطعام والاول أولى فان قضاء عمر أولى من قضاء غيره والجدي أقرب اليه من الشاة ، وفي الارنب عناق قضى به عمر وبه قال الشافعي وقال ابن عباس فيه حمل ، وقال عطاء فيه شاة وقضاء عمر أولى ، والعناق الانثى من ولد المعز في أول سنة والذكر جدي

(القسم الثاني) مالم تقض فيه الصحابة فيرجع إلى قول عدلين من أهل الخبرة لقول الله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) فيحكمان فيه باشبه الاشياء به من النعم من حيث الخلقة لامن حيث القيمة بدليل أن قضاء الصحابة لم يكن بالمثل في القيمة ، وليس من شرط الحكم أن يكون فقيها لان ذلك زيادة على أمر الله تعالى به وقد أمر عمر أن يحكم في الضب ولم يسال أفقيه هو أم لا ، لكن تعتبر العدالة لانها منصوص عليها ، ولانها شرط في قبول القول على الغير في سائر الاماكن ، وتعتبر الخبرة لانه لايتمكن من الحكم بالمثل إلا من له خبرة ، ولان الخبرة بما يحكم به شرط في سائر الحكام ويجوز أن يكون القاتل أحد العدلين وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال النخعي ليس له

(فصل) ولا يجزيء في الاضحية غير بهيمة الانعام وان كان أحد أبويه وحشيا وحكي عن الحسن ابن صالح ان بقرة الوحش تجزيء عن سبعة والظبي عن واحد وقال أصحاب الرأي يجزيء ولد البقرة الانسية اذا كان أبوه وحشيا وقال ابو ثور يجزيء اذا كان منسوبا الى بهيمة الانعام .

ولنا قوله سبحانه (ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام) وهي الابل والبقر والغنم وعلى أصحاب الرأي انه متولد بين مايجزيء وبين مالا يجزيء أشبه ما لو كانت الام وحشية. والجذع من الضأن ماله ستة أشهر ، قال وكيع الجذع من الضأن يكون ابن سبعة اشهر أو ستة اشهر قال الخرقي

ذلك لان الانسان لايحكم لنفسه . ولنا عموم قوله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) والقاتل مع غيره ذوا عدل منا . وقد روى سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن طارق بن شهاب قال : خرجنا حجاجا فأوطأ رجل منا يقال أربد ضبا ففزر ظهره فقدمنا على عمر رضي الله عنه فسألنا أربد فقال له احكم يا أربد فيه . قال : أنت خير مني يا أمير المؤمنين . قال انما أمرتك أن تحكم ، ولم آمرك أن تزكيني فقال أربد أرى فيه جديا قد جمع الماء والشجر . قال عمر فذلك فيه ، فأمره عمر أن يحكم فيه وهو القاتل وأمر أيضا كعب الاحبار أن يحكم على نفسه في الجرادتين اللتين صادهما وهو محرم ، ولانه مال يخرج في حق الله تعالى فجاز أن يكون من وجب عليه أمينا فيه كالزكاة

(فصل) قال أصحابنا في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير صغير ، وفي الذكر ذكر ، وفي الانثى انثى ، وفي الصحيح صحيح ، وفي المعيب معيب ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك في الصغير كبير ، وفي المعيب صحيح لان الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) ولا يجزيء في الهدي صغير ولا معيب ولانها كفارة متعلقة بقتل حيوان فلم تختلف بصغيره وكبيره كقتل الآدمي

ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) ومثل الصغير صغير ، ولان ماضمن باليد والجناية اختلف ضمانه بالصغر والكبر كالبهيمة ، والهدي في الآية معتبر بالمثل ، وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لا يصح هديا كالجفرة والعناق والجدي . وكفارة الآدمي ليست بدلا عنه ولاتجري مجرى الضمان بدليل أنها لا تتبعض في ابعاضه فان فدا المعيب بصحيح فهو أفضل ، وان فداه بمعيب مثله جاز ، وان اختلف العيب مثل أن فدا الاعرج بأعور والاعور بأعرج لم يجز لانه ليس بمثله ، وان فدا أعور من إحدى العينين بأعور من أخرى أو أعرج من قائمة بأعرج من أخرى جاز لان هذا اختلاف يسير ونوع العيب واحد وانما اختلف محله . وان فدا الذكر بانثى جاز لان لحمها أطيب وأرطب . وان فداها بذكر جاز في أحد الوجهين. لان لحمه أوفر فتساويا، والآخر لايجوز لان زيادته عليها ليس هي من جنس زيادتها فأشبه فداء المعيب من نوع بمعيب من نوع

وسمعت أبي يقول سألت بعض أهل البادية كيف تعرفون الضأن اذا أجذع قالوا لاتزال الصوفة قائمة على ظهره مادام حملا فاذا نامت الصوفة على ظهره علم انه قد أجذع وفيه قول ان الجذع من الضأن ماله ثمانية أشهر ذكره ابن أبي موسى

﴿مسئلة﴾ (وثني الابل ما كمل له خمس سنين ومن البقر ماله سنتان ومن المعز ماله سنة)

قال الاصمعي وأبو زياد الكلابي وأبو زيد الانصاري اذا مضت السنة الخامسة على البعير ودخل في السادسة وألقى ثنيته فهو حينئذ ثني ويروى أنه يسمى ثنيا لانه القى ثنيته ، وأما البقرة فهي التي لها سنتان وقد قال النبي ﷺ « لاتذبحوا الا مسنة » ومسنة البقر التي لها سنتان على ما ذكرنا في الزكاة ، وثني المعز ماله سنة ، وقال ابن أبي موسى فيه قول أن ثني البقر ما دخل في السنة الرابعة

(فصل) فان قتل ماخضا فقال القاضي يضمنها بقيمة مثلها ، وهو مذهب الشافعي لان قيمته أكثر من قيمة لحمه ، وقال أبو الخطاب يضمنها بما خض مثلها لان الله تعالى قال (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وإيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه . فان فداها بغير ماخض احتمل الجواز لان هذه الصفة لاتزيد في لحمها بل ربما نقصها فلا يشترط وجودها في المثل كاللون والعيب ، وان جنى على ماخض فأتلف جنينها وخرج ميتا ففيه ما نقصت أمه كما لو جرحها ، وان خرج حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات ضمنه بمثله وإن كان لوقت لايعيش لمثله فهو كالميت كجنين الآدمية

(فصل) وان أتلف جزءاً من الصيد وجب ضمانه . لان جملته مضمونة ، فكان بعضه مضمونا كالآدمي والاموال ، ولان النبي ﷺ قال « لاينفر صيدها » فالجرح أولى بالنهي ، والنهي يقتضي تحريمه ، وما كان محرما من الصيد وجب ضمانه كنفسه ، ويضمن بمثله من مثله في أحد الوجهين لان ما وجب ضمان جملته بالمثل وجب في بعضه مثله كالمكيلات ، والآخر يجب قيمة مقداره من مثله لان الجزاء يشق إخراجه فيمنع إيجابه ، ولهذا عدل الشارع عن ايجاب جزء من بعير في خمس من الابل الى ايجاب شاة من غير جنس الابل ، والاول أولى . لان المشقة ههنا غير ثابتة لوجود الخيرة له في العدول عن المثل الى عدله من الطعام أو الصيام فينتفي المانع فيثبت مقتضي الاصل، وهذا اذا اندمل الصيد ممتنعا ، فان اندمل غير ممتنع ضمنه جميعه لانه عطله فصار كالتالف ، ولانه مفض الى تلفه فصار كالجارح له جرحا يتيقن به موته ، وهذا مذهب أبي حنيفة ويتخرج أن يضمنه بما نقص لانه لا يضمن مالم يتلف ، ولم يتلف جميعه بدليل مالو قتله محرم آخر لزمه الجزاء ، ومن أصلنا أن على المشتركين جزاء واحد و ضمانه بجزاء كامل يفضي الى ايجاب جزاءين وان غاب غير مندمل ولم يعلم خبره والجراحة موجبة فعليه ضمان جميعه كما لوقتله وان كانت غير موجبة فعليه ضمان مانقص ولا يضمن جميعه لاننا لا نعلم حصول التلف بفعله فلم يضمن كما لو رمى سهما الى صيد فلم يعلم أوقع به أم لا ، وكذلك ان وجده ميتا ولم يعلم أمات من الجناية أم من غيرها ، ويحتمل أن يلزمه ضمانه ههنا

والاول المشهور في المذهب .

﴿ مسئلة ﴾ (وتجزيء الشاة عن واحد والبدنة والبقرة عن سبعة سواء أراد جميعهم القربة أو بعضهم والباقون اللحم)

أما إجزاء الشاة عن واحد فلا نعلم فيه خلافا ، وقد روى أبو أيوب رضي الله عنه قال كان الرجل في عهد رسول الله ﷺ يضحي بالشاة عنه وعن أهل بيته فيأكلون ويطعمون حديث صحيح ، وتجزيء البدنة والبقرة عن سبعة وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال لا تجزيء نفس واحدة

لانه وجد سبب اتلافه منه ولم يعلم له سبب آخر ، فوجب احالته على السبب المعلوم كما لو وقع في الماء نجاسة فوجده متغيراً تغيراً يصلح أن يكون منها فاننا نحكم بنجاسته ، وكذلك لو رمى صيداً فغاب عن عينه ثم وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل أكله ، وان صيرته الجناية غير ممتنع فلم يعلم أصار ممتنعا أم لا فعليه ضمان جميعه لان الاصل عدم الامتناع

(فصل) واذا جرح صيداً فتحامل فوقع في شيء تلف به ضمنه لانه تلف بسببه ، وكذلك ان نفره فتلف في حال نفوره ضمنه فان سكن في مكان وأمن من نفوره ثم تلف لم يضمنه، وقدذكرنا وجها آخر أنه يضمنه في المكان الذي انتقل اليه لما روى الشافعي في مسنده عن عمر رضي الله عنه أنه دخل دار الندوة فألقى رداءه على واقف في البيت فوقع عليه طير من هذا الحمام فأطاره فوقع على واقف فانتهزته حية فقتلته. فقال لعثمان بن عفان ونافع بن عبد الحارث إني وجدت في نفسي اني أطرته من منزل كان فيه آمنا الى موقعة كان فيها حتفه فقال نافع لعثمان كيف ترى في عنز ثنية عفراً يحكم بها على أمير المؤمنين . فقال عثمان أرى ذلك فأمر بها عمر رضي الله عنه

(فصل) وكلما يضمن به الآدمي يضمن به الصيد من مباشرة أو بسبب ، وما جنت عليه دابته بيدها أو فمها من الصيد فالضمان على راكبها أو قائدها أو سائقها وما جنت برجلها فلا ضمان عليه لانه لا يمكن حفظ رجلها ، وقال القاضي يضمن السائق جميع جنايتها لان يده عليها ويشاهد رجلها ، وقال ابن عقيل لاضمان عليه في الرجل لان النبي ﷺ قال « الرجل جبار »وان انقلبت فاتلفت صيداً لم يضمنه لانه لايدله عليها ، وقد قال النبي ﷺ « العجماء جبار » وكذلك لو اتلفت آدميا لم يضمنه ولو نصب المحرم شبكة أو حفر بئراً فوقع فيها صيد ضمنه لأنه بسببه كما يضمن الآدمي إلا أن يكون حفر البئر بحق كحفره في داره أو في طريق واسع ينتفع بها المسلمون فينبغي أن لا يضمن ماتلف

عن سبعة ونحوه قول مالك الا أن يذبح عنه وعن أهل بيته ، قال احمد ماعلمت أن احداً لايرخص في ذلك الا ابن عمر، وعن سعيد بن المسيب أن الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة وبه قال اسحاق لما روى رافع أن النبي ﷺ قسم فعدل عن عشرة من الغنم ببعير متفق علية . وعن ابن عباس قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الأضحى فاشتركنا في الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة رواه ابن ماجه .

ولنا ماروى جابر قال نحرنا بالحديبية مع النبي ﷺ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة . وقال أيضا كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها رواه مسلم . وهذا أصح من حديثهم . وأما حديث رافع فهو في القسمة لافي الاضحية . إذا ثبت هذا فسواء كان المشتركون من اهل بيت أو لم يكونوا ، متطوعين أو مفترضين أو كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم ، وقال أبو حنيفة يجوز اذا كانوا كلهم متقربين ولا يجوز اذا لم يرد بعضهم القربة .

به كما لا يضمن الآدمي ، وان نصب شبكة قبل احرامه فوقع فيها صيد بعد احرامه لم يضمنه لانه لم يوجد منه بعد إحرامه تسبب الى اتلافه أشبه ما لو صاده قبل احرامه وتركه في منزله فتنف بعد إحرامه أو باعه وهو حلال فذبحه المشتري .

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان طائراً فداه بقيمته في موضعه)

قوله (بقيمته في موضعه) يعني يجب قيمته في المكان الذي أتلفه فيه . لاخلاف بين أهل العلم في وجوب ضمان الصيد من الطير الا ما حكي عن داود انه لا يضمن ما كان أصغر من الحمام لان الله تعالى قال (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وهذا لا مثل له ، ولنا عموم قوله تعالى (لا تقتلوا الصيد وانتم حرم) وقيل في قوله تعالى (ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم) يعني الفرخ والبيض وما لا يقدر أن يفر من صغار الصيد (ورماحكم) يعني الكبار،وقد روي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنهما حكما في الجراد بجزاء ودلالة الآية على وجوب جزاء غيره لا يمنع من وجوب الجزاء في هذا بدليل آخر وضمان غير الحمام من الطير قيمته لان الاصل في الضمان أن يضمن بقيمته أو بما يشتمل عليها بدليل سائر المضمونات لكن تركنا هذا الاصل بدليل ففيما عداه تجب القيمة بقضية الدليل وتعتبر القيمة في موضع اتلافه كما لو أتلف مال آدمي في موضع قوّم في موضع الاتلاف كذا ههنا

(فصل) ويضمن بيض الصيد بقيمته أي صيد كان قال ابن عباس في بيض النعام قيمته ،وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ، وبه قال النخعي والزهري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه يروى أن رسول الله ﷺ قال «في بيض النعام قيمته» مع أن النعام من ذوات الامثال فغيره أولى ولان البيض لا مثل له فيجب قيمته كصغار الطير فان لم يكن له قيمة لكونه مذرا أو لان فرخه ميت فلا شيء فيه . قال أصحابنا الا بيض النعام فان لقشره قيمة والصحيح أنه لا شيء فيه لانه إذا لم يكن فيه حيوان ولا مآله الى أن يصير منه حيوان صار كالاحجار والخشب وسائر ماله قيمة من غير الصيد ألا ترى أنه لو نقب بيضة فاخرج ما فيها لزمه جزاء جميعها ثم لو كسرها هو أو غيره لم يلزمه لذلك شيء ومن كسر

ولنا ان الجزء المجزيء لا ينقص بارادة الشريك غير القربة فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فاراد بعضهم المتعة والآخر القران ولان كل انسان انما يجزيء عنه نصيبه فلا يضره نية غيره في نصيبه ويجوز أن يقتسموا اللحم لان القسمة افراز حق وليست بيعا ومنع منه أصحاب الشافعي في وجه، بناء على أن القسمة بيع وبيع لحم الهدي والاضحية غير جائز . ولنا ان أمر النبي ﷺ بالاشتراك مع أن سنة الهدي والاضحية الاكل منها دليل على تجويز القسمة إذ به يتمكن من الاكل وكذلك الصدقة والهدية .

(فصل) ولا بأس ان يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة أو بدنة أو بقرة يضحي بها نص عليه أحمد وبه قال مالك والليث والاوزاعي واسحاق . وروي ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة قال

بيضة فخرج منها فرخ حي فعاش فلا شيء فيه وان مات ففيه مافي صغار أولاد المتلف بيضه ففي فرخ الحمام صغير أولاد الغنم وفي فرخ النعامة حوار وفيما عداها قيمته ، ولا يحل لمحرم أكل بيض الصيد إذا كسره هو أو محرم سواه وان كسره حلال فهو كلحم الصيد ان كان أخذه لاجل المحرم لم يبح له أكله ولا أبيح وان كسر بيض صيد لم يحرم على الحلال لان حله له لا يقف على كسره ولا يعتبر له أهلية بل لو كسره مجوسي أو وثني أو بغير تسمية لم يحرم فأشبه قطع اللحم وطبخه ، وقال القاضي يحرم على الحلال أكله كما لو ذبح الصيد لان كسره جرى مجرى الذبح بدليل حله للمحرم بكسر الحلال له وان نقل بيض صيد فجعله تحت آخر أو ترك مع بيض الصيد بيضاً آخر أو شيئاً نفره عن بيضه حتى فسد فعليه ضمان لانه تلف بسببه وان صح وفرخ فلا ضمان عليه وان باض الصيد على فراشه فنقله برفق ففسد ففيه وجهان بناء على أن الجراد إذا انفرش في طريقه وحكم بيض الجراد ، وان احتلب لبن صيد ففيه قيمة كما لو حلب لبن حيوان مغصوب .

(فصل) اذا نتف محرم ريش طائر ففيه ما نقص ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأوجب مالك وأبو حنيفة فيه الجزاء جميعه ، ولنا أنه نقصه نقصاً يمكن زواله فلم يضمنه بكماله كما لوجرحه فان حفظه وأطعمه وسقاه حتى عاد ريشه فلا ضمان عليه لان النقص زال فأشبه ما لو اندمل الجرح ، وقيل عليه قيمة الريش لان الثاني غير الاول فان صار غير ممتنع بنتف ريشه واندمل غير ممتنع فعليه جزاء جميعه كالجرح فان غاب غير مندمل ففيه مانقص كالجرح سواء ،وقد ذكرنا تمام الاحتمال فيهنا ،ثله

(مسئلة) قال (إلا أن تكون نعامة فيكون فيها بدنة أو حمامة وما أشبهها فيكون في كل واحد منها شاة)

هذا متعلق بقوله وان كان طائراً فداه بقيمته في موضعه و استثنى النعامة من الطائر لانها ذات

صالح قلت لابي يضحى بالشاة عن أهل البيت؟ قال نعم لا باس قد ذبح النبي ﷺ كبشين قال « بسم الله هـذا عن محمد واهل بيته » وقرب الآخر وقال « اللهم منك ولك عمن وحدك من أمتي » وحكي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يضحي بالشاة فتجيء بنته فتقول عني ؟فيقول وعنك ،وكره ذلك الثوري وأبو حنيفة لان الشاة لاتجزيء عن اكثر من واحد فاذا اشترك فيها اثنان لم تجز عنهما كالاجنبيين

ولنا الحديث الذي ذكره احمد وروى جابر قال ذبح رسول الله ﷺ يوم الذبح كبشين اقرنين املحين موجوءين فلما وجههما قال « وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض على ملة ابراهيم حنيفاً وما أنا من المشركين ،ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين،اللهم منك ولك عن محمد وأمته،بسم الله والله اكبر » ثم ذبح رواه أبو داود، وقد ذكرنا حديث أبي أيوب في أول المسئلة

جناحين وتبيض فهي كالدجاج والاوز وأوجب فيها بدنة لان عمر وعليا وعثمان وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم حكموا فيها ببدنة ، وبه قال عطاء ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وحكي عن النخعي أن فيها قيمتها ، وبه قال أبوحنيفة وخالفه صاحباه واتباع النص في قوله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) والآثار أولى ولان النعامة تشبه البعير في خلقته فكان مثلا لها فيدخل في عموم النص في الحمام شاة حكم به عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن الحارث في حمام الحرم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعروة وقتادة والشافعي واسحاق . وقال ابو حنيفة ومالك فيه قيمته الا أن مالكا وافق في حمام الحرم لحكم الصحابة ففيما عداه يبقى على الاصل ولنا: روي عن ابن عباس في الحمام حال الاحرام كمذهبنا ولانها حمامة مضمونة لحق الله تعالى فضمنت بشاة كحمامة الحرم ولانها متى كانت الشاة مثلا لها في الحرم فكذلك في الحل فيجب ضمانها بها لقول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وقياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره، وقول الخرقي «وما أشبهها» يعني مايشبه الحمامة في أنه يعب الماء أي يضع منقاره فيه فيكرع كما تكرع الشاة ولا يأخذ قطرة قطرة كالدجاج والعصافير وانما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرع الماء مثلها ولا يشرب مثل شرب بقية الطيور . قال أحمد في رواية أبي القاسم وشندي: كل طير يعب الماء يشرب مثل الحمام ففيه شاة فيدخل في هذا الفواخت والوراشين والسقايين والقمري والدبسي والقطا لان كل واحد من هذه تسميه العرب حماما وقد روي عن الكسائي أنه قال كل مطوق حمام وعلى هذا القول الحجل حمام لانه مطوق

(فصل) وما كان أكبر من الحمام كالحبارى والكركي والكروان والحجل والاوز الكبير من طير الماء ففيه وجهان (أحدهما) فيه شاة لانه روي عن ابن عباس وجابر وعطاء أنهم قالوا في الحجلة والقطاة والحبارى شاة شاة ، وزاد عطاء في الكركي والكروان وابن الماء ودجاج الحبش والحرب شاة شاة ـ والحرب هو فرخ الحبارى ـ لان إيجاب الشاة في الحمام تنبيه على إيجابها فيما هو أكبر منه (والوجه الثاني) فيه قيمته وهو مذهب الشافعي لان القياس يقتضي وجوبها في جميع الطير تركناه في الحمام لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ففي غيره يرجع الى الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجزىء فيها العوراء البين عورها وهي التي انخسفت عينها، ولا العجفاء التي لا تنقي وهي الهزيلة التي لا مخ فيها ، ولا العرجاء البين ظلعها فلا تقدر على المشي مع الغنم ، ولا المريضة البين مرضها ولا العضباء وهي التي ذهب أكثر اذنها أو قرنها)

أما العيوب الاربعة الاول فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أنها تمنع الاجزاء في الهدي والاضحية لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال «أربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ظلعها والعجفاء التي لا تنقى» رواه أبو داود والنسائي نص على الاضاحي والهدي في معناها ومعنى العوراء البين عورها التي قد انخسفت عينها والعين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وهو مخير ان شاء فداه بالنظير أو قوم النظير بدراهم ونظر كم يجيء به طعاما فاطعم كل مسكين مدا أو صام عن كل مد يوما معسراً كان أو موسراً)

في هذه المسئلة أربعة فصول . (الاول) ان قاتل الصيد مخير في الجزاء بأحد هذه الثلاثة بأيها شاء كفر موسراً كان أو معسراً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن احمد رواية ثانية أنها على الترتيب فيجب المثل أولا ، فان لم يجد أطعم فان لم يجد صام ، وروي هذا عن ابن عباس والثوري لان هدي المتعة على الترتيب ، وهذا أوكد منه لانه بفعل محظور ، وعنه رواية ثالثة أنه لا اطعام في الكفارة وانما ذكر في الآية ليعدل الصيام لان من قدر على الاطعام قدر على الذبح هكذا قال ابن عباس ، وهذا قول الشعبي وأبي عياض

ولنا قول الله تعالى (هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) وأو في الامر للتخيير روي عن ابن عباس أنه قال كل شيء أو أو فهو مخير ، وأما ما كان فان لم يوجد فهو الاول الاول ولان عطف هذه الخصال بعضها على بعض باو فكان مخيراً بين ثلاثتها كفدية الاداء وقد سمى الله الطعام كفارة ، ولا يكون كفارة مالم يجب اخراجه وجعله طعاما للمساكين والا يجوز صرفه اليهم لايكون طعاما لهم ، وعطف الطعام على الهدي ثم عطف الصيام اليه ، ولو لم يكن خصلة من خصالها لم يجز ذلك فيه ، ولانها كفارة ذكر فيها الطعام فكان من خصالها كسائر الكفارات وقولهم إنها وجبت بفعل محظور يبطل بفدية الاذى على أن لفظ النص صريح في التخيير فليس ترك مدلوله قياسا على هدي المتعة بأولى من العكس فلا يجوز قياس هدي المتعة في التخيير على هذا لما يتضمنه من ترك النص كذا هذا

(الفصل الثاني) إذا اختار المثل ذبحه وتصدق به على مساكين الحرم لان الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) ولا يجزئه أن يتصدق به حيا على المساكين لان الله تعالى سماه هديا ، والهدي يجب ذبحه وله ذبحه أي وقت شاء ولا يختص ذلك بايام النحر

عضو مستطاب فأن كان على عينها بياض ولم تذهب جازت التضحية بها لان عورها ليس ببين ولا ينقص ذلك لحمها ، والعجفاء المهزولة ، والتي لا تنقى هي التي لا مخ فيها في عظامها لهزالها والنقي المخ قال الشاعر :

لا تنسكين عملا ما أنقين * مادام مخ في سلامى اوعين

فهذه لاتجزيء لانه لا مخ فيها انما هي عظام مجتمعة ، وأما العرجاء البين عرجها فهي التي بها عرج فاحش وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم فيسبقنها الى الكلأ فيرعينه لاتدركهن فينقص لحمها فان كان عرجاً يسيراً لا يفضي بها الى ذلك اجزأت . وأما المريضة البين مرضها فقال الخرقي هي التي لا يرجى برؤها لان ذلك ينقص قيمتها ولحمها نقصا كثيراً وقال القاضي هي الجرباء لان الجرب إذا كثر يهزل ويفسد

(الفصل الثالث) أنه متى اختار الاطعام فانه يقوم المثل بدراهم ، والدراهم بطعام ، ويتصدق به على المساكين ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك يقوم الصيد لا المثل لان التقويم إذا وجب لاجل الاتلاف قوم المتلف كالذي لا مثل له . ولنا أن كل ماتلف وجب فيه المثل اذا قوم لزمت قيمة مثله كالمثلي من مال الآدمي ، ويعتبر قيمة المثل في الحرم لأنه يحل احرامه ولا يجزيء إخراج القيمة لان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليست القيمة منها ، والطعام المخرج هو الذي يخرج في الفطرة وفدية الاذى وهو الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، ويحتمل أن يجزىء كل مايسمى طعاما لدخوله في إطلاق اللفظ ويعطي كل مسكين مدا من البر كما يدفع اليه في كفارة اليمين ، فأما بقية الاصناف فنصف صاع لكل مسكين نص عليه احمد فقال في إطعام المساكين في الفدية ، وجزاء كفاره اليمين ان أطعم براً فمد طعام لكل مسكين ، وان أطعم تمرا فنصف صاع لكل مسكين ، وأطلق الخرقي لكل مسكين ولم يفرق والاولى أنه لايجزيء من غير البر اقل من نصف صاع إذ لم يرد الشرع في موضع بأقل من ذلك في طعمة المساكين ولا توقيف فيه فيرد إلى نظائره ولايجزيء إخراج لمساكين الحرم لان قيمة الهدي الواجب لهم فيكون أيضاً لهم كقيمة المثلي من مال الآدمي

(الفصل الرابع في الصيام) فعن احمد أنه يصوم عن كل مد يوماً ، وهو ظاهر قول عطاء ومالك والشافعي لأنها كفارة دخلها الصيام والاطعام فكان اليوم في مقابلة المد ككفارة الظهار ، وعن احمد أنه يصوم عن كل نصف صاع يوماً ، وهو قول ابن عقيل والحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر . قال القاضي المسئلة رواية واحدة واليوم عن مد بر أو نصف صاع من غيره وكلام احمد في الروايتين محمول على اختلاف الحالين لان صوم اليوم مقابل باطعام المسكين واطعام المسكين مد بر أو نصف صاع من غيره ولان الله تعالى جعل اليوم في كفارة الظهار في مقابلة اطعام المسكين فكذا ههنا ، وروي عن أبي ثور أن جزاء الصيد من الطعام والصيام مثل كفارة الاذى ، وروي ذلك عن ابن عباس . ولنا أنه جزاء عن متلف فاختلف باختلافه كبدل مال الآدمي ، وإذا بقي ما لا يعدل

اللحم ، وهذا قول أصحاب الشافعي ، قال شيخنا والذي في الحديث « المريضة البين مرضها » وهو الذي يبين أثره عليها لان ذلك ينقص لحمها ويفسده ، وهذا أولى مما ذكره الخرقي والقاضي لانه تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل والمعنى يقتضي العموم كما يقتضيه اللفظ والمعنى ، وأما العضب فهو ذهاب أكثر من نصف القرن أو الاذن وذلك يمنع الاجزاء أيضا ، وبه قال النخعي وابو يوسف ومحمد ، وقال أبوحنيفة والشافعي تجزيء مكسورة القرن ، وروي نحو ذلك عن علي وعمار وابن المسيب والحسن وقال مالك ان كان قرنها يدمي لم تجزيء والا اجزأت وعن احمد لا تجزيء ما ذهب ثلث أذنها وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء ومالك إذا ذهبت الاذن كلها لم تجز وإن ذهب يسير جاز ، واحتجوا بأن قول النبي ﷺ أربع لاتجوز في الاضاحي يدل على أن غيرها يجزيء ولان في حديث

كدون المدصام يوما كاملا كذلك قال عطاء والنخعي وحماد والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحداخالفهم لان الصوم لا يتبعض فيجب تكميله ولا يجب التتابع في الصيام ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان الله تعالى أمر به مطلقاً فلا يتقيد بالتتابع من غير دليل ولايجوز أن يصوم عن بعض الجزاء ويطعم عن بعض . نص عليه احمد وبه قال الشافعي والثوري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وجوزه محمد ابن الحسن إذا عجز عن بعض الاطعام ولا يصح لأنها كفارة واحدة فلا يؤدي بعضها بالاطعام وبعضها بالصيام كسائر الكفارات

(فصل) وما لامثل له من الصيد يخير قاتله بين أن يشتري بقيمته طعاما فيطعمه للمساكين وبين أن يصوم ، وهل يجوز إخراج القيمة ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لايجوز وهو ظاهر قول أحمد في رواية حنبل فانه قال : إذا أصاب المحرم صيداً ولم يصب له عدلا يحكم به عليه قوّم طعاما إن قدر على طعام وإلا صام لكل نصف صاع يوما هكذا يروى عن ابن عباس ولانه جزاء صيد فلم يجز إخراج القيمة فيه كالذي له مثل ، ولان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليس بها القيمة فاذا عدم أحد الثلاثة يبقى التخيير بين الشيئين الباقيين فاما إيجاب شيء غير المنصوص فلا (الثاني) يجوز إخراج القيمة لان عمر رضي الله عنه قال لكعب: ماجعلت على نفسك؟ قال : درهمين، قال اجعل ماجعلت على نفسك وقال عطاء في العصفور نصف درهم ، وظاهره إخراج الدراهم الواجبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكلما قتل صيدا حكم عليه)

معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني كما يجب عليه إذا قتله ابتداء ، وفي هذه المسئلة عن احمد ثلاث روايات (إحداهن) أنه يجب في كل صيد جزاء ، وهذا ظاهر المذهب قال أبو بكر هذا أولى القولين بأبي عبدالله ، وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي (والثانية) لايجب إلا في المرة الاولى . روي ذلك عن ابن عباس وبه قال شريح والحسن وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وقتادة لان الله تعالى قال (ومن عاد فينتقم الله منه) ولم يوجب جزاء (والثالثة) ان كفر

البراء عن عبيد بن فيروز قال قلت : للبراء فاني أكره النقص من القرن والذنب قال : اكره لنفسك ماشئت ولا تضيق على الناس ولان المقصود اللحم وهذا لا يؤثر فيه .

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ ان يضحى بأعضب الاذن والقرن قال قتادة فسألت سعيد بن المسيب فقال نعم العضب النصف فأكثر من ذلك رواه النسائي وابن ماجه وعن علي رضي الله عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والاذن رواه أبو داود والنسائي وهذا منطوق يقدم على المفهوم .

(فصل) ولا تجزيء العمياء لان النهي عن العوراء تنبيه على العمياء، ولا تجزيء وان لم يكن عماها بيناً لان العمي يمنع مشيها مع الغنم ومشاركتها في العلف ولا تجزيء ما قطع منها عضو كالالية والاطباء

عن الاول فعليه للثاني كفارة ، وإلا فلا شيء للثاني لأنها كفارة تجب بفعل محظور في الاحرام فيدخل جزاؤها قبل التكفير كاللبس والطيب . ولنا أنها كفارة عن قتل فاستوى فيه المبتدي، والعائد كقتل الآدمي ،ولانها بدل متلف يجب به المثل أو القيمة فاشبه بدل مال الآدمي. قال احمد روي عن عمر وغيره أنهم حكموا في الخطأ وفيمن قتل ولم يسألوه هل كان قتل قبل هـذا أولا ؟ وإنما هذا يعني لتخصيص الاحرام ومكانه . والآية اقتضت الجزاء على العائد بعمومها ، وذكر العقوبة في الثاني لايمنع الوجوب كما قال الله تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله *ومن عاد فاولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ماسلف وأمره الى الله ، ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره ولان جزاءه مقدر به ، ويختلف بصغره وكبره ولو أتلف صيدين معاً وجب جزاؤهما فكذلك اذا تفرقا بخلاف غيره من المحظورات

(فصل) ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته نص عليه أحمد لانها كفارة فجاز تقديمها على الموت ككفارة قتل الآدمي ، ولانها كفارة فأشبهت كفارة الظهار واليمين

﴿مسئلة﴾ قال (ولو اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد)

يروى عن أحمد في هذه المسئلة ثلاث روايات (إحداهن) ان الواجب جزاء واحد وهو الصحيح ويروى هذا عن عمر بن الخطاب وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والزهري والنخعي والشعبي والشافعي وإسحاق (والثانية) على كل واحد جزاء رواها ابن أبي موسى واختارها أبو بكر وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة ويروى عن الحسن لانها كفارة قتل يدخلها الصوم أشبهت كفارة قتل الآدمي (والثالثة) ان كان صوما صام كل واحد صوما تاما وان كان غير ذلك فجزاء واحد وان كان أحدهما هدي والآخر صوم فعلى المهدي بحصته وعلى الآخر صوم تام لان الجزاء ليس بكفارة وإنما هو بدل بدليل ان الله تعالى عطف عليه الكفارة فقال تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) والصوم كفارة ككفارة قتل الآدمي . ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) والجماعة قد

لان ابن عباس رضي الله عنهما قال لاتجوز العجفاء ولا الجداء ، قال احمد رحمه الله هي التي قد يبس ضرعها، ولانه أبلغ في الاخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين

(فصل) وتكره المعيبة الاذن بخرق أو شق أو قطع لاقل من النصف لما روى علي رضي الله عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والاذن ولا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء قال زهير قلت: لابي اسحق ما المقابلة ؟ قال نقطع طرف الاذن قلت : فما المدابرة ؟ قال تقطع من مؤخر الاذن قلت : فما الخرقاء ؟ قال شق الاذن قلت : فما الشرقاء ؟ قال تشق أذنها للسمة رواه أبو داود، وقال القاضي الخرقاء التي قد انثقبت اذنها والشرقاء التي تشق أذنها ويبقى كالشتاخين وهذا نهي تنزيه ويحصل الاجزاء بها لان اشتراط السلامة من ذلك يشق ولا يكاد يوجد سالم

قتلوا صيداً فيلزمهم مثله والزائد خارج عن المثل فلا يجب . ومتى ثبت اتخاذ الجزاء في الهدي وجب اتخاذه في الصيام لان الله تعالى قال (أو عدل ذلك صياما) والاتفاق حاصل على انه معدول بالقيمة إما قيمة المتلف واما قيمة مثله فايجاب الزائد على عدل القيمة خلاف النص، وأيضاً ماروي عمن سمينا من الصحابة انهم قالوا كمذهبنا . ولانه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه فكان واحداً كالدية أو كما لو كان القاتل واحداً أو بدل المحل فاتحدت باتحاده الدية ، وكفارة الآدمي لنا فيها منع ولا يتبعض في ابعاضه ولا يختلف باختلافه فلا يتبعض على الجماعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان شريك المحرم حلالا أو سبعاً فلا شيء على الحلال ويحكم على الحرام . ثم ان كان جرح أحدهما قبل صاحبه والسابق الحلال أو السبع فعلى المحرم جزاؤه مجروحا . وان كان السابق المحرم فعليه جزاء جرحه على ما مضى .وان كان جرحهما في حال واحدة ففيه وجهان (أحدهما) على المحرم بقسطه كما لو كان شريكه محرماً لانه انما أتلف البعض (والثاني) عليه جزاء جميعه لانه تعذر ايجاب الجزاء على شريكه فأشبه ما لو كان أحدهما دالا والآخر مدلولا أو أحدهما ممسكا والآخر قاتلا فان الجزاء على المحرم أيهما كان لتعذر ايجاب الجزاء على الآخر

(فصل) وان اشترك حرام وحلال في صيد حرمي فالجزاء بينهما نصفين لان الاتلاف ينسب الى كل واحد منهما نصفه ، ولا يزداد الواجب على المحرم باجتماع حرمة الاحرام والحرم فيكون الواجب على كل واحد منهما النصف ، وهذا الاشتراك الذي هذا حكمه هو الذي يقع به الفعل منهما معاً ، وان سبق أحدهما صاحبه فحكمه ماذكرناه فيما مضي

(فصل) إذا أحرم الرجل وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه ولا يده الحكمية مثل أن يكون في بلده أو في يد نائب له في غير مكانه ولا شيء عليه إن مات وله التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما

من هذا كله . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد انها لاتجزيء لظاهر الحديث والجمهور على خلاف هذا المشقة

﴿ مسئلة ﴾ (وتجزيء الجماء والبتراء والخصي وقال ابن حامد لاتجزيء الجماء)

تجزيء الجماء وهي التي لم يخلق لها قرن والصمعاء وهي الصغيرة الاذن والبتراء وهي التي لا ذنب لها سواء كان خلقة أو مقطوعا وممن لايرى بالبتراء بأسا ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وسعيد ابن جبير والنخعي وكره الليث أن يضحى بالبتراء ما فوق القبضة ، وقال ابن حامد لاتجزيء الجماء لان ذهاب أكثر من نصف القرن يمنع فذهاب جميعه أولى ولان مامنع منه العور منع منه العمى فكذلك ما منع منه العضب يمنع منه كونه اجم .

ولنا أن هذا نقص لاينقص اللحم ولم يخل بالمقصود ولم يرد به نهي فوجب أن يجزيء ، وفارق العضب فانه قد نهي عنه وهو عيب فانه ربما دمي وآلم الشاة فيكون كمرضها ويقبح منظرها بخلاف الاجم فانه ليس بمرض ولاعيب وما كان كامل الخلقة فهو أفضل فان النبي ﷺ ضحى بكبش أقرن

ومن غصبه لزمه رده ويلزمه إزالة يده المشاهدة عنه . ومعناه اذا كان في قبضته أو رحله أو خيمته أو قفص معه أو مربوطا بحبل معه لزمه إرساله ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي . وقال الثوري : هو ضامن لما في بيته أيضاً . وحكي نحو ذلك عن الشافعي وقال أبو ثور ليس عليه إرسال مافي يده وهو أحد قولي الشافعي لانه في يده أشبه ما لو كان في يده الحكمية . ولأنه لا يلزم من منع ابتداء الصيد المنع من استدامته بدليل الصيد في الحرم . ولنا على انه لا يلزمه إزالة يده الحكمية انه لم يفعل في الصيد فعلا فلم يلزمه شيء كما لو كان في ملك غيره ، وعكس هذا إذا كان في يده المشاهدة فانه فعل الامساك في الصيد فكان ممنوعا منه كحالة الابتداء فان استدامة الامساك إمساك بدليل انه لو حلف لا يمسك شيئا فاستدام امساكه حنث . إذا ثبت هذا فانه متى أرسله لم يزل ملكه عنه ، ومن أخذه رده إذا حل ، ومن قتله ضمنه له لان ملكه كان عليه وإزالة الاثر لا يزيل الملك بدليل الغصب والعارية فان تلف في يده قبل إرساله بعد إمكانه ضمنه لانه تلف تحت اليد العادية فلزمه الضمان كمال الآدمي وان كان قبل امكان الارسال فلا ضمان لانه ليس بمفرط ولا متعد ، فان أرسله انسان من يده فلا ضمان عليه لانه فعل ما يلزمه فعله ، ولان اليد قد زال حكمها وحرمتها فان أمسكه حتى حل فملكه باق عليه لان ملكه لم يزل بالاحرام وانما زال حكم المشاهدة فصار كالعصير يتخمر ثم يتخلل قبل اراقته

(فصل) ولا يملك المحرم الصيد ابتداء بالبيع ولا بالهبة ونحوهما من الاسباب فان الصعب بن جثامة أهدى الى رسول الله ﷺ حماراً وحشياً فرده عليه وقال « إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » فان أخذه بأحد هذه الاسباب ثم تلف فعليه جزاؤه ، وان كان مبيعاً فعليه القيمة أو رده إلى مالكه ، فان أرسله فعليه ضمانه كما لو أتلفه وليس عليه جزاء وعليه رد المبيع أيضاً ويحتمل أن يلزمه ارساله كما لو كان مملوكاله لانه لايجوز له اثبات يده المشاهدة على الصيد ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي

كحيل وقال خير الاضحية الكبش الاقرن .

(فصل) ويجزيء الخصي لان النبي ﷺ ضحى بكبشين موجوءين والوجأ رض الخصيتين وما قطعت خصيتاه أوسلتا في معناه، ولان الخصي اذهاب عضو غير مستطاب يطيب اللحم بذهابه ويسمن قال الشعبي مازاد في لحمه وشحمه اكثر مماذهب منه ،وبهذا قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل : والسنة نحر الابل قائمة معقولة يدها اليسرى فيطعنها بالحربة في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ويذبح البقر والغنم)

السنة نحر الابل كما ذكر وممن استحب ذلك مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر .وقال عطاء يستحب وهي باركة وجوز الثوري واصحاب الرأي كلا الامرين

ولنا ما روى زياد بن جبير قال : رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها فقال :

ولا يسترد المحرم الصيد الذي باعه وهو حلال مختار ولا عيب في ثمنه ولا غيرهما لانه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه، وان رده المشتري عليه بعيب أو خيار فله ذلك لان سبب الرد متحقق ثم لايدخل في ملك المحرم ويلزمه ارساله

(فصل) وان ورث المحرم صيداً ملكه لان الملك بالارث ليس بفعل من جهته وانما يدخل في ملكه حكما، اختار ذلك أو كرهه ولهذا يدخل في ملك الصبي والمجنون ويدخل به المسلم في ملك الكافر فجرى مجرى الاستدامة، ويحتمل أن لا يملك به لانه من جهات التملك فأشبه البيع وغيره فعلى هذا يكون أحق به من غير ثبوت ملكه عليه فاذا حل ملكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر يوم النحر تحلل بعمرة وذبح أن كان معه هدي وحج من قابل وأتى بدم)

الكلام في هذه المسئلة في أربعة فصول (الاول) ان آخر وقت الوقوف آخر ليلة النحر فمن لم يدرك الوقوف حتى طلع الفجر يومئذ فاته الحج لانعلم فيه خلافا، قال جابر لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع، قال أبو الزبير فقلت له أقال رسول الله ﷺ ذلك؟ قال نعم رواه الاثرم باسناده وقول النبي ﷺ « الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » يدل على فواته بخروج ليلة جمع، وروى ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « من وقف بعرفات بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفات بليل فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل » رواه الدارقطني وضعفه

بعثها قياما مقيدة سنة محمد ﷺ متفق عليه، وروى أبو داود باسناده عن عبد الرحمن بن سابط أن النبي ﷺ وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها، وفي قول الله تعالى (فاذا وجبت جنوبها) دليل على أنها تنحر قائمة وقيل في تفسير قوله تعالى (واذكروا اسم الله عليها صواف) أي قياما وكيفما نحر اجزأه قال احمد وينحر الابل معقولة على ثلاث قوائم فان خشي عليها أن تنفر اناخها، ويذبح البقر والغنم قال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وروى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ ضحى بكبشين ذبحهما بيده، فان ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح جاز وابيح لانه لم يتجاوز محل الذبح، ولان النبي ﷺ قال « ما أنهر الدم وذكر اسم عليه فكل » وقد روي عن احمد انه توقف في أكل البعير اذا ذبح والاول أولى لما ذكرنا.

﴿مسئلة﴾ (ويقول عند ذلك بسم الله والله اكبر اللهم هذا منك ولك)

يستحب توجيه الذبيحة الى القبلة وان يقول « بسم الله والله اكبر » قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ كان اذا ذبح يقول: بسم الله والله أكبر. وان قال ما ورد عن النبي ﷺ مما زاد على ذلك فحسن فقد روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ذبح يوم العيد كبشين ثم

(الفصل الثاني) أن من فاته الحج يتحلل بطواف وسعي وحلاق هذا الصحيح من المذهب ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وزيد بن ثابت وابن عباس وابن الزبير ومروان بن الحكم وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابن أبي موسى في المسئلة روايتان (احداهما) كما ذكرنا (والثانية) يمضي في حج فاسد وهو قول المزني قال يلزمه جميع أفعال الحج لان سقوط مافات وقته لايمنع مالم يفت . ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان اجماعا ، وروى الشافعي في مسنده أن عمر قال لأبي أيوب حين فاته الحج اصنع مايصنع المعتمر ثم قد حللت فان أدركت الحج قابلا فحج واهد مااستيسر من الهدي ، وروي أيضاً عن ابن عمر نحو ذلك ، وروى الأثرم باسناده عن سليمان بن يسار أن هبار بن الاسود حج من الشام فقدم يوم النحر فقال له عمر ماحبسك؟ قال حسبت أن اليوم يوم عرفة قال فانطلق إلى البيت فطف به سبعاً وإن كان معك هدية فانحرها ثم اذا كان عام قابل فاحجج فان وجدت سعة فاهد ، فان لم تجد فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعت إن شاء الله تعالى. وروى النجاد باسناده عن عطاء أن النبي ﷺ قال « من فاته الحج فعليه دم وليجعلها عمرة وليحج من قابل » ولانه يجوز فسخ الحج إلى العمرة من غير فوات فمع الفوات أولى . اذا ثبت هذا فانه يجعل احرامه بعمرة وهذا ظاهر كلام الخرقي ونص عليه أحمد واختاره أبو بكر وهو قول ابن عباس وابن الزبير وعطاء وأصحاب الرأي ، وقال ابن حامد لايصير احرامه بعمرة بل يتحلل بطواف وسعي وحلق وهو مذهب مالك والشافعي لان احرامه انعقد بأحد النسكين فلم ينقلب إلى الآخر كما لو أحرم بالعمرة ، ويحتمل أن من قال يجعل احرامه عمرة أراد به يفعل مافعل المعتمر وهو الطواف والسعي ولا يكون بين القولين خلاف ، ويحتمل أن يصير احرام الحج احراما بعمرة بحيث يجزئه عن عمرة الاسلام إن لم يكن اعتمر ولو أدخل الحج عليها لصار قارناً إلا أنه لايمكنه الحج بذلك

قال حين وجهها (وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين * ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين * لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين) « بسم الله والله اكبر اللهم منك ولك عن محمد وامته » رواه أبو داود ، فان اقتصر على التسمية أو وجه الذبيحة الى غير القبلة ترك الافضل وأجزأه .هذا قول القاسم والنخعي والثوري والشافعي وابن المنذر ، وكره ابن عمر وابن سيرين الأكل من الذبيحة اذا وجهت الى غير القبلة، والصحيح أنه غير واجب لانه لم يقم عليه دليل .

(فصل) اذا قال اللهم تقبل مني ومن فلان بعد قوله اللهم هـذا منك ولك فحسن وهو قول الاكثرين ، وقال أبو حنيفة يكره أن يذكر اسم غير الله لقول الله تعالى (وما أهل به لغير الله)

ولنا أن النبي ﷺ قال « اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد ﷺ » رواه مسلم وهـذا نص لايعرج على خلافه وليس عليه أن يقول عمن فان النية تجزيء بغير خلاف

الاحرام إلا أن يصير محرما به في غير أشهره فيصير كمن أحرم بالحج في غير أشهره ، ولان قلب الحج إلى العمرة يجوز من غير سبب على ماقررناه في فسخ الحج فمع الحاجة أولى ، ويخرج على هـذا قلب العمرة إلى الحج فانه لايجوز ولان العمرة لايفوت وقتها فلا حاجة إلى انقلاب احرامها بخلاف الحج

(الفصل الثالث) أنه يلزمه القضاء من قابل سواء كان الفائت واجباً أو تطوعا روي ذلك عن عمر وابنه وزيد وابن عباس وابن الزبير ومروان وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد لاقضاء عليه ، بل إن كانت فرضاً فعلها بالوجوب السابق وإن كانت نفلا سقطت ، وروي هذا عن عطاء وهو احدى الروايتين عن مالك لان النبي ﷺ لما سئل عن الحج أكثر من مرة قال بل مرة واحدة ، ولو أوجبنا القضاء كان أكثر من مرة ، ولانه معذور في ترك اتمام حجه فلم يلزمه القضاء كالمحرم ، ولانها عبادة تطوع فلم يجب قضاؤها كسائر التطوعات ، ووجه الرواية الاولى ماذكرنا من الحديث واجماع الصحابة . وروى الدارقطني باسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « من فاته عرفات فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل » ولان الحج يلزم بالشروع فيه فيصير كالمنذور بخلاف سائر التطوعات . وأما الحديث فانه أراد الواجب بأصل الشرع حجة واحدة وهذه انما تجب بايجابه لها بالشروع فيها كالمنذورة . وأما المحصر فانه غير منسوب إلى التفريط بخلاف من فاته الحج ، واذا قضى أجزأه القضاء عن الحجة الواجبة لانعلم في هذا خلافا لان الحجة المقضية لو تمت لأجزأت عن الواجبة عليه فكذلك قضاؤها لان القضاء يقوم مقام الاداء

(الفصل الرابع) أن الهدي يلزم من فاته الحج في أصح الروايتين وهو قول من سمينا من الصحابة والفقهاء إلا أصحاب الرأي فانهم قالوا لاهدي عليه وهي الرواية الثانية عن أحمد لانه لو كان الفوات سبباً لوجوب الهدي للزم المحرم هديان للفوات والاحصار . ولنا حديث عطاء واجماع الصحابة ،

﴿مسألة﴾ (ولا يستحب أن يذبحها الا مسلم ، وإن ذبحها بيده كان أفضل ، فان لم يفعل استحب أن يشهدها)

يستحب أن لايذبح الاضحية الا مسلم لانها قربة فلا يليها غير أهل القربة ، فان استناب ذميا في ذبحها اجزأت مع الكراهة وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لايجوز أن يذبحها الا مسلم وهو قول مالك ، وممن كره ذلك علي وابن عباس وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين ، قال جابر لايذبح النسك الا مسلم لان في حديث ابن عباس الطويل عن النبي ﷺ « ولا يذبح ضحاياكم إلا طاهر » ولان الشحوم تحرم علينا مما يذبحونه على رواية فيكون ذلك بمنزلة اتلافه ، وحكى ابن أبي موسى رواية ثالثة أنه إن كان بعيراً لم ينحر والا أجزأ في أصح الروايتين (ووجه الاولى) أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية كالمسلم ، ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة للمسلم كبناء المساجد والقناطر ولا نسلم تحريم الشحوم علينا بذبحهم والحديث محمول على الاستحباب والاولى أن يذبحها المسلم ليخرج من الخلاف ، وذبحها بيده أفضل لان النبي ﷺ ضحى بكبشين

ولأنه حل من احرامه قبـل اتمامه فلزمه هدي كالمحرم لم يفت حجه فانه يحل قبل فواته . اذا ثبت هذا فانه يخرج الهدي في سـنة القضا إن قلنا بوجوب القضاء والا أخرجه في عامه ، واذا كان معه هدي قد ساقه نحره ولا يجزئه إن قلنا بوجوب القضاء ، بل عليه في السنة الثانيه هدي أيضاً نص عليه أحمد وذلك لحديث عمر الذي ذكرناه، والهدي مااستيسر مثل هدي المتعة لحديث عمر أيضاً والمتمتع والمفرد والقارن والمكي وغيره سواء فيما ذكرنا لان الفوات يشمل الجميع

(فصل) فان اختار من فاته الحج البقاء على احرامه ليحج من قابل فله ذلك روي ذلك عن مالك لان تطاول المدة بين الاحرام وفعل النسك لايمنع اتمامه كالعمرة والمحرم بالحج في غير أشهره ويحتمل أنه ليس له ذلك وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورواية عن مالك لظاهر الخبر وقول الصحابة رضي الله عنهم لان احرام الحج يصير في غير أشهره فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها

(فصل) واذا فات القارن الحج حل وعليه مثل ما أهل به من قابل نص عليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور واسحاق ، ويحتمل أن يجزئه مافعل عن عمرة الاسلام ولا يلزمه الا قضاء الحج لانه لم يفته غيره ، وقال أصحاب الرأي والثوري يطوف ويسعى لعمرته ، ثم لايحل حتى يطوف ويسعى لحجه الا أن سفيان قال ويهريق دما . والوجه الاول أن يذبح القضاء على حسب الاداء في صورته ومعناه فيجب أن يكون ههنا كذلك ويلزمه هديان لقرانه وفواته ، وبه قال مالك والشافعي

أقرنين أملحين ذبحهما بيده وسمى ووضع رجله على صفاحهما ونحر البدنات الست بيده[١] التي ساقها في حجته ثلاثاً وستين بدنة بيده ولان فعله قربة وتولي القربة بنفسه أولى من الاستنابة فيها والاستنابة جائزة فان النبي صلى الله عليه وسلم استناب من نحر مابقي من بدنه[٢] وهذا لاخلاف فيه ، وإن لم يذبحها بيده استحب أن يحضر ذبحها لان في حديث ابن عباس الطويل « واحضروها اذا ذبحتم فانه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها » وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة « احضري أضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها »

﴿ مسألة ﴾ (ووقت الذبح يوم العيد بعد الصلاة أو قدرها إلى آخر يومين من أيام التشريق)

الكلام في وقت الذبح في ثلاثة أشياء أوله وآخره وعموم وقتـه أو خصوصه ، أما أوله فظاهر كلامه ههنا اذا دخل وقت صلاة العيد ومضى قدر الصلاة التامة فقد دخل وقت الذبح ولا يعتبر نفس الصلاة لافرق في هذا بين أهل الامصار والقرى ممن يصلي العيد وغيرهم وهـذا قول الخرقي الا أنه

---

(١) فيه إشارة إلى حديث عبد الله بن قرط عند أبي داود والنسائي وصحيح ابن حبان انه (ص) قرب إليه خمس بدنات أو ست ينحرهن الخ وظاهره انه نحرهن بيده . وقوله بعده التي ساقها في حجته قد سقط قبله كلام معناه أو لفظه : ونحر من البدن التي ساقها في حجته ٦٣ بدنة بيده .

(٢) الذي نحر الباقي هو علي كرم الله وجهه وهي تتمة مائة

وقيل يلزمه هدي ثالث للقضاء وليس بشيء فان القضاء لايجب له هدي ، وانما يجب الهدى الذي في سنة القضاء للفوات وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدي واحد والله أعلم

(فصل) اذا أخطأ الناس العدد فوقفوا في غير ليلة عرفة اجزأهم ذلك لما روى الدار قطني باسناده عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد قال قال رسول الله ﷺ « يوم عرفة الذي يعرّف فيه الناس » فان اختلفوا فاصاب بعضهم وأخطأ بعض وقت الوقوف لم يجزئهم لانهم غير معذورين في هذا ، وروى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « فطركم يوم تفطرون ، وأضحاكم يوم تضحون » رواه الدارقطني وغيره

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان عبداً لم يكن له أن يذبح وكان عليه أن يصوم عن كل مدّ من قيمة الشاة يوما ثم يقصر ويحل)

يعني أن العبد لا يلزمه هدي لانه لا مال له فهو عاجز عن الهدي فلم يلزمه كالمعسر وظاهر كلام الخرقي أنه لو أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي ولا يجزئه الا الصيام ، وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد ، وعلى قياس هذا كل دم لزمه في الاحرام لايجزئه عنه الا الصيام ، وقال غير الخرقي إن ملكه السيد هديا واذن له في ذبحه خرج على الروايتين إن قلنا إن العبد يملك بالتمليك لزمه أن يهدي ويجزيء عنه لانه قادر على الهدي ، مالك له فلزمه كالحر وان قلنا لايملك لم يجزئه الا الصيام لانه ليس بمالك ولا سبيل الى الملك فصار كالمعسر الذي لايقدر على غير الصيام ، واذا صام فانه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما وينبغي ان يخرّج فيه من الخلاف ما ذكرناه في الصيد ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوما كاملا لان الصوم لا يتبعض فيجب

قال مقدار الصلاة والخطبة وهذا مذهب الشافعي وابن المنذر لانها عبادة يتعلق آخرها بالوقت فتعلق أولها به كالصيام ، وظاهر كلام أحمد أنه من شرط جواز التضحية في حق أهل المصر صلاة الامام وخطبته وعلى قياس قوله كل موضع يصلى فيه العيد روي نحو هذا عن الحسن والاوزاعي ومالك وأبي حنيفة واسحاق لما روى جندب بن عبد الله البجلي أن رسول الله ﷺ قال « من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى » وعن البراء رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ، ومن ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى » متفق عليه ، وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة ، فان ذبح بعد الصلاة وقبل الخطبة أجزأ لان النبي ﷺ علق المنع على فعل الصلاة فلا يتعلق بغيره ، ولان الخطبة غير واجبة فلا تكون شرطاً وهذا قول الثوري وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لموافقة ظاهر الحديث . فأما غير أهل الامصار والقرى فأول الوقت في حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد حل الصلاة في قول الخرقي ، وظاهر ماذكره شيخنا في كتاب المقنع أن أول الوقت في حقهم قدر الصلاة بعد حل الصلاة لانه لاصلاة في حقهم تعتبر فوجب الاعتبار بقدرها ، وقال

تكميله كمن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار لزمه صوم يوم كامل والاولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام كصوم المتعة كما جاء في حديث عمر أنه قال لهبار بن الاسود فان وجدت سعة فاهد فان لم تجد سعة فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعت ان شاء الله تعالى ، وروى الشافعي في مسنده عن ابن عمر مثل ذلك وأحمد ذهب الى حديث عمر ، واحتج به لانه صوم وجب لحله من احرامه قبل اتمامه فكان عشرة أيام كصوم المحرم ، والمعسر في الصوم كالعبد . ولذلك قال عمر لهبار بن يسار[١] ان وجدت سعة فاهد فان لم تجده فصم و يعتبر اليسار والاعسار في زمن الوجوب وهو في سنة القضاء ان قلنا بوجوبه أو في سنة الفوات ان قلنا لا يجب القضاء ، وقول الخرقي ثم يقصر ويحل يريد أن العبد لا يحلق ههنا ولا في موضع آخر لان الحلق إزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته وهو مالك لسيده ولم يتعين إزالته فلم يكن له إزالته كغير حالة الاحرام وان أذن له السيد في الحلق جاز لانه انما منع منه لحقه .

« مسئلة » قال (واذا أحرمت المرأة لواجب لم يكن لزوجها منعها)

وجملة ذلك أن المرأة اذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة وهي حجة الاسلام وعمرته أو المنذور منهما فليس لزوجها منعها من المضي فيها ولا تحليلها في قول أكثر اهل العلم منهم النخعي واسحاق واصحاب الرأي والشافعي في اصح القولين له ، وقال في الآخر له منعها لأن الحج عنده على التراخي فلم يتعين في هذا العام وليس هذا بصحيح فان الحج الواجب يتعين بالشروع فيه فيصير كالصلاة اذا احرمت بها في اول وقتها ، وقضاء رمضان اذا شرعت فيه ولان حق الزوج مستمر على الدوام فلو ملك منعها في هذا العام لملكه في كل عام فيفضي الى اسقاط احد اركان الاسلام بخلاف العدة فانها لا تستمر فاما ان احرمت بتطوع فله تحليلها ومنعها منه في ظاهر قول الخرقي وقال القاضي ليس له تحليلها لان الحج يلزم بالشروع فيه فلا يملك الزوج تحليلها كالحج المنذور

عطاء وقتها اذا طلعت الشمس ، وقال أبو حنيفة أول وقتها في حقهم اذا طلع الفجر الثاني لانه من يوم النحر فكان وقتاً لها كسائر اليوم

ولنا أنها عبادة وقتها في حق أهل المصر بعد اشراق الشمس فلا يتقدم وقتها في حق غيرهم كصلاة العيد وما ذكروه يبطل بأهل المصر فان لم يصل الامام في المصر لم يجز الذبح حتى تزول الشمس عند من اعتبر نفس الصلاة لأنها حينئذ تسقط فكأنه قد صلى وسواء ترك الصلاة عمداً أو خطأ لعذر أو غير عذر ، فأما الذبح في اليوم الثاني والثالث فيجوز في أول النهار لان الصلاة فيه غير واجبة ، ولان الوقت قد دخل في اليوم الاول وهذا من أثنائه فلم يعتبر فيه صلاة ولا غيرها ، فان صلى الامام في المصلى واستخلف من صلى في المسجد فمتى صلى في احد الموضعين جاز الذبح لوجود الصلاة التي يسقط بها الفرض عن سائر الناس ولا يستحب أن يذبح قبل الامام فان فعل أجزأه ، وقال ابن أبي موسى لاتجزئه ويروى عن مالك والصحيح أنها تجزيء لما ذكرنا من الاحاديث

«١» كذا وفي ص ٥٥٣ : هبار ابن الاسود

وحكي عن احمد في امرأة تحلف بالصوم او بالحج ولها زوج لها ان تصوم بغير اذن زوجها ما تصنع؟ قد ابتليت وابتلي زوجها. ولنا انه تطوع يفوت حق غيرها منها احرمت به بغير اذأنه فملك تحليلها منه كالامة تحرم بغير اذن سيدها والمدينة تحرم بغير أذن غريمها على وجه يمنعه ايفاء دينه الحال عليها ولان العدة تمنع المضي في الاحرام لحق الله تعالى لحق الادمي اولى لان حقه اضيق لشحه وحاجته وكرم الله تعالى وغناه وكلام احمد لا يتناول محل النزاع وهو مخالف له منه وجهين (احدهما) انه في الصوم وتأثير الصوم في منع حق الزوج يسير فانه في النهار دون الليل. ولو حلفت بالحج فله منعها لان الحج لا يتعين في نذر اللجاج والغضب بل هو مخير بين فعله والتكفير فله منعها منه قبل احرامها بكل حال بخلاف الصوم (والثاني) ان الصوم اذا وجب صار كالمنذور بخلاف مانحن فيه والشروع هاهنا على وجه غير مشروع فلم يكن له حرمة بالنسبة الى صاحب الحق فاما ان كانت الحجه حجة الاسلام لكن لم تكمل شروطها لعدم الاستطاعة فان له منعها من الخروج اليها والتلبس بها لانها غير واجبة عليها وان احرمت بغير اذنه لم يملك تحليلها لان ما احرمت به يقع عن حجة الاسلام الواجبة بأصل الشرع كالمريض اذا تكلف حضور الجمعة ويحتمل ان له تحليلها لانه فقد شرط وجوبها فاشبهت حجة الامة والصغيرة فانه لما فقدت الحرية او البلوغ ملك منعها ولانها ليست واجبة عليها فاشبهت سائر التطوع

(فصل) وأما قبل الاحرام فليس للزوج منع امرأته من المضي إلى الحج الواجب عليها إذا كملت شروطه وكانت مستطيعة، ولها محرم يخرج معها لأنه واجب، وليس له منعها من الواجبات كما ليس له منعها من الصلاة والصيام، وإن لم تكمل شروطه فله منعها من المضي اليه والشروع فيه، ولأنها تفوت حقه بما ليس بواجب عليها فملك منعها كمنعها من صيام التطوع، وله منعها من الخروج إلى الحج التطوع والاحرام به بغير خلاف. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن للرجل منع زوجته

(فصل) الثاني في آخر وقت الذبح وآخره آخر اليوم الثاني من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة: يوم النحر ويومان بعده وهذ قول عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأنس رضي الله عنهم، قال أحمد أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ، وفي رواية قال خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ ولم يذكر أنساً واليه ذهب مالك والثوري وأبو حنيفة، وروي عن علي رضي الله عنه آخره آخر أيام التشريق، وبه قال عطاء والحسن والشافعي لانه روي عن جبير ابن مطعم أن النبي ﷺ قال «أيام منى كلها منحر» ولانها أيام تكبير وافطار فكانت محلا للنحر كالاولين، وقال ابن سيرين لايجوز الا في يوم النحر خاصة لأنها وظيفة عيد فاختصت بيوم العيد كالصلاة واداء الفطرة يوم الفطر، وقال سعيد بن جبير وجابر بن زيد كقول ابن سيرين في أهل الامصار وكقولنا في أهل منى، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعطاء بن يسار تجوز التضحية إلى هلال المحرم لما روى أبو امامة سهل بن حنيف رضي الله عنه قال: كان الرجل من المسلمين يشتري

من الخروج إلى حج التطوع ، ولانه تطوع يفوت حق زوجها فكان لزوجها منعها منه كالاعتكاف فان أذن لها فيه فله الرجوع مالم تتلبس باحرامه فان تلبست بالاحرام لم يكن له الرجوع فيه ولا تحليلها منه لانه يلزم بالشروع فصار كالواجب الاصلي فان رجع قبل إحرامها ثم أحرمت به فهو كمن لم يأذن، وإذا قلنا بتحليلها فحكمها حكم المحصر يلزمها الهدي فان لم تجد صامت ثم حلت

(فصل) وإن أحرمت بواجب فحلف زوجها بالطلاق الثلاث أن لا تحج العام فليس لها أن تحل لان الطلاق مباح ، فليس لها ترك فرائض الله خوفا من الوقوع فيه ، ونقل مهنا عن أحمد أنه سئل عن هذه المسألة فقال : قال عطاء الطلاق هلاك هي بمنزلة المحصر ، وروى عنه ابن منصور أنه أفتى السائل أنها بمنزلة المحصر ، واحتج بقول عطاء فرواه والله أعلم. ذهب إلى هذا لان ضرر الطلاق عظيم لما فيه من خروجها من بيتها ، ومفارقة زوجها وولدها ، وربما كان ذلك أعظم عندها من ذهاب مالها وهلاك سائر أهلها ، ولذلك سماه عطاء هلاكا ولو منعها عدو من الحج الا أن تدفع اليه مالها كان ذلك حصراً فههنا أولى والله أعلم

(فصل) وليس للوالد منع ولده من الحج الواجب ، ولا تحليله من إحرامه ، وليس للولد طاعته في تركه لان النبي ﷺ قال « لاطاعة لمخلوق في معصية الله تعالى » وله منعه من الخروج إلى التطوع فان له منعه من الغزو وهو من فروض الكفايات فالتطوع أولى ، فان احرم بغير إذنه لم يملك تحليله لانه واجب بالدخول فيه فصار كالواجب ابتداء أو كالمنذور

أضحيته فيسمنها حتى يكون آخر ذي الحجة فيضحي بها . رواه الامام أحمد باسناده وقال هذا حديث عجيب وقال أيام الاضحى التي أجمع عليها ثلاثة أيام

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الاضاحى فوق ثلاث ولا يجوز الذبح في وقت لايجوز ادخار الاضحية اليه ، ولان اليوم الرابع لايجب الرمي فيه فلم تجز التضحية فيه كاليوم الذي بعده ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم إلا رواية عن علي ، وقد روي عنه مثل مذهبنا وحديثهم انما هو « ومنى كلها منحر » وليس فيه ذكر الايام والتكبير أعم من الذبح ، وكذلك الافطار بدليل أول يوم النحر

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء في ليلتيهما في قول الخرقي وقال غيره يجزيء)

اختلفت الرواية عن أحمد في الذبح في ليلتي يومي التشريق فعنه لايجزيء نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الأثرم وهو قول مالك لقول الله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام) ولانه روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الذبح بالليل ، ولانه ليل يوم يجوز الذبح فيه فأشبه ليلة يوم النحر ، ولان الليل يتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب ولا يفرق طريا فيفوت بعض المقصود ولهذا قالوا يكره الذبح فيه ،فعلى هذا إن ذبح ليلا لم يجزئه عن الواجب ، وإن

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ساق هديا واجبا فعطب دون محله صنع به ماشاءوعليه مكانه)

الواجب من الهدي قسمان .(أحدهما) وجب بالنذر في ذمته (والثاني) وجب بغيره كدم التمتع والقران والدماء الواجبة بترك واجب أو فعل محظور ، وجميع ذلك ضربان(أحدهما)أن يسوقه ينوي به الواجب الذي عليه من غير أن يعينه بالقول فهذا لايزول ملكه عنه إلا بذبحه ودفعه إلى أهله وله التصرف فيه بما شاء من بيع وهبة وأكل وغير ذلك ، لانه يتعلق حق غيره به ، وله نماؤه وان عطب تلف من ماله ، وان تعيب لم يجزئه ذبحه وعليه الهدي الذي كان واجباً فان وجوبه في الذمة فلا يبرأ منه إلا بايصاله الى مستحقه بمنزلة من عليه دين فحمله إلى مستحقه يقصد دفعه اليه فتلف قبل أن يوصله اليه (الضرب الثاني) أن يعين الواجب عليه بالقول فيقول : هذا الواجب علي فانه يتعين الوجوب فيه من غير أن تبرأ الذمة منه لانه لو أوجب هديا ولا هدي عليه لتعين فاذا كان واجباً فعينه فكذلك إلا أنه مضمون عليه فان عطب أو سرق أو ضل أو نحو ذلك لم يجزه وعاد الوجوب إلى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين الى ذمته ، ولان ذمته لم تبرأ من الواجب بتعيينه ، وإنما تعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهناً فانه يتعلق الحق بالضامن والرهن مع بقائه في ذمة المدين فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن ، أو تلف الرهن بقي الحق في الذمة بحاله ، وهذا كله لانعلم فيه مخالفاً.وان ذبحه فسرق أو عطب فلا شيء عليه . قال احمد اذا نحر فلم يطعمه حتى سرق لاشيء عليه فانه اذا نحر فقد فرغ ، وبهذا قال الثوري وابن القاسم صاحب مالك وأصحاب الرأي .وقال الشافعي عليه الاعادة لانه لم يوصل الحق الى مستحقه فأشبه ما لو لم يذبحه

كانت تطوعا فذبحها ليلا كانت شاة لحم ولم تكن أضحية فان فرقها حصلت القربة بتفريقها لا بذبحها ، وروي عن أحمد أن الذبح يجوز ليلا اختاره أصحابنا المتأخرون ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه لان الليل زمن يصح فيه الرمي فأشبه النهار ، ولان الليل داخل في مدة الذبح فجاز الذبح فيه كالايام

﴿ مسئلة ﴾ (فان فات الوقت ذبح الواجب قضاء وسقط التطوع)

اذا فات وقت الذبح ذبح الواجب قضاء وصنع به مايصنع بالمذبوح في وقته لان حكم القضاء حكم الاداء ، فأما التطوع فهو مخير فيه ، فان فرق لحمها كانت القربة بذلك دون الذبح لانها شاة لحم وليست أضحية ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسلمها إلى الفقراء ولا يذبحها فان ذبحها فرق لحمها وعليه ارش مانقصها الذبح لان الذبح قد سقط بفوات وقته كالوقوف والرمي

ولنا أن الذبح أحد مقصودي الاضحية فلم يسقط بفوات وقته كتفرقة اللحم ، ولانه لو ذبحها

ولنا أنه أدى الواجب عليه فبرئ منه كما لو فرقه . ودليل أنه أدى الواجب انه لم يبق الا التفرقة وليست واجبة بدليل أنه لو خلّى بينه وبين الفقراء أجزأه ، ولذلك لما نحر النبي ﷺ البدنات قال « من شاء اقتطع » واذا عطب هذا المعين أو تعيب عيباً يمنع الاجزاء لم يجزه ذبحه عما في الذمة لان عليه هديا سليما ولم يوجد وعليه مكانه ، ويرجع هذا الهدي الى ملكه فيصنع به ماشاء من أكل أو بيع وهبة وصدقة وغيره هذا ظاهر كلام الخرقي ، وحكاه ابن المنذر عن احمد والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي . ونحوه عن عطاء ، وقال مالك يأكل ويطعم من أحب من الاغنياء والفقراء ولا يبيع منه شيئا ولنا ماروى سعيد ثنا سفيان عن عبد الكريم عن عكرمة عن ابن عباس قال : اذا أهديت هديا تطوعا فعطب فانحره ثم غمس النعل في دمه ثم أضرب بها صفحته فان أكلت أو أمرت به غرمت واذا أهديت هديا واجباً فعطب فانحره ثم كله ان شئت واهده ان شئت ، وبعه ان شئت وتقو به في هدي اخر ، ولانه متى كان له أن يأكل ويطعم الاغنياء فله أن يبيع لانه ملكه وروي عن احمد أنه يذبح المعيب ومافي ذمته جميعاً ولا يرجع المعين الى ملكه لانه تعلق بحق الفقراء بتعيينه فلزم ذبحه كما لو عينه بنذره ابتداء

(فصل) وان ضل المعين فذبح غيره ثم وجده أو عين غير الضال بدلا عما في الذمة ثم وجد الضال ذبحهما معاً روي ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وفعلته عائشة ، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق ويتخرج على قولنا فيما إذا تعيب الهدي فأبدله فان له أن يصنع به ماشاء أو يرجع إلى ملك أحدهما لانه قد ذبح مافي الذمة فلم يلزمه شيء آخر كما لو عطب المعين وهذا قول أصحاب الرأي ، ووجه الاول ماروي عن عائشة رضي الله عنها انها أهدت هديين فأضلتهما فبعث اليها ابن الزبير هديين فنحرتهما ثم عاد

في الوقت ثم خرج قبل تفرقتها فرقها بعد ذلك ، وبهذا فارق الوقوف والرمي ولان الاضحية لا تسقط بفواتها بخلاف ذلك ، فان ضلت الاضحية التي وجبت بايجابه لها أو سرقت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فان عادت بعد الوقت ذبحها على ماذكرناه

(فصل) فان ذبحها قبل وقتها لم تجزه وعليه بدلها إن كانت واجبة بنذر أو تعيين لقول النبي ﷺ « من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى » ولانها نسيكة واجبة ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالهدي اذا ذبحه قبل محله . ويجب أن يكون بدلها مثلها أو خيراً منها لانه أتلفها ، فان كانت غير واجبة فهي شاة لحم ولا بدل عليه إلا أن يشاء لانه قصد التطوع فأفسده فلم يجب عليه بدله كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها إلى غير مستحقها فعلى هذا يحمل الحديث على الندب أو على ما اذا كانت واجبة والشاة المذبوحة شاة لحم كما وصفها النبي ﷺ ومعناه يصنع بها ماشاء كشاة ذبحها للحمها لا لغير ذلك لانها إن كانت واجبة فقد لزمه ابدالها وذبح مايقوم مقامها فخرجت هذه عن كونها واجبة كالهدي الواجب اذا عطب دون محله ، وإن كانت تطوعا فقد أخرجها بذبحه اياها عن القربة فبقيت مجرد شاة

الضالان فنحرتهما وقالت هذه سنة الهدي . رواه الدارقطني . وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ولانه تعلق حق الله بهما بايجابهما أو ذبح أحدهما وإيجاب الآخر

(فصل) وان عين معيباً عما في ذمته لم يجزه ولزمه ذبحه على قياس قوله في الاضحية اذا عينها معيبة لزمه ذبحها ولم يجزه ، وان عين صحيحاً فهلك أو تعيب بغير تفريطه لم يلزمه أكثر مما كان واجباً في الذمة لان الزائد لم يجب في الذمة وانما تعلق بالعين فسقط بتلفها لأصل الهدي إذا لم يجب بغير التعيين ،وان أتلفه أو تلف بتفريطه لزمه مثل المعين لان الزائد تعلق به حق الله تعالى ، واذا فوته لزمه ضمانه كالهدي المعين ابتداء

(فصل) ويحصل الايجاب بقوله هذا هدي أو بتقليده واشعاره ناويا به الهدي وبهذا قال الثوري واسحاق ولا يجب بالشراء مع النية ولا بالنية المجردة في قول أكثر أهل العلم ،وقال أبو حنيفة يجب بالشراء مع النية ، ولنا انه ازالة ملك على وجه القربة فلم يجب بالنية كالعتق والوقف .

(فصل) اذا غصب شاة فذبحها عن الواجب عليه لم يجزه سواء رضي مالكها أو لم يرض او عوضه عنها أولم يعوضه وقال أبو حنيفة يجزئه ان رضي مالكها ، ولنا ان هذا لم يكن قربة في ابتدائه فلم يصر قربة في أثنائه كما لو ذبحه للاكل ثم نوى به التقرب وكما لو أعتق ثم نواه عن كفارته

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان ساقه تطوعا نحره موضعه وخلى بينه وبين المساكين، ولم يأكل منه هو ولا أحد من أهل رفقته ولا بدل عليه)

وجملة ذلك ان من تطوع بهدي غير واجب لم يخل من حالين (أحدهما) أن ينويه هديا ولا يوجب بلسانه ولا باشعاره وتقليده فهذا لا يلزمه امضاؤه وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء مالم يذبحه

لحم ويحتمل أن يكون حكمها حكم الاضحية كالهدي اذا عطب لايخرج عن حكم الهدي على رواية ويكون معنى قوله شاة لحم يعني أنها تفارقها في فضلها وثوابها خاصة دون مايصنع بها

﴿ مسئلة ﴾ (ويتعين الهدي بقوله هذا هدي أو تقليده أو اشعاره مع النية، والاضحية بقوله هذه أضحية ولو نوى حال الشراء لم تتعين بذلك)

يتعين الهدي بقوله هذا هدي أو تقليده أو اشعاره مع النية وبهذا قال الثوري واسحاق لان الفعل مع النية يقوم مقام اللفظ اذا كان الفعل يدل على المقصود كمن بنى مسجداً وأذن في الصلاة فيه ، وكذلك الاضحية تتعين بقوله هذه أضحية فتصير واجبة بذلك كما يعتق العبد بقول سيده هذا حر ولا يتعين بالنية هذا مقصود الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة اذا اشتراها بنية الاضحية صارت أضحية لانه مأمور بشراء أضحية ، فاذا اشتراها بالنية وقعت عنه كالوكيل قال صاحب المحرر وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله فيما نقله عنه الحسن بن ثواب وأبو الحرث كما يتعين الهدي بالاشعار

لانه نوى الصدقة بشيء من ماله فأشبه مالو نوى الصدقة بدرهم (الثاني) أن يوجب بلسانه فيقول هذا هدي أو يقلده أو يشعره ينوي بذلك اهداءه فيصير واجباً معينا يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه ويصير في يدي صاحبه كالوديعة يلزمه حفظه وإيصاله الى محله فان تلف بغير تفريط منه أو سوق أو ضل لم يلزمه شيء لانه لم يجب في الذمة انما تعلق الحق بالعين فسقط بتلفها كالوديعة . وقد روى الدارقطني باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أهدى تطوعا ثم ضلت فليس عليه البدل الا أن يشاء فان كان نذراً فعليه البدل» وفي رواية قال « من أهدى تطوعا ثم عطب فان شاء أبدل وان شاء أكل وان كان نذراً فليبدل » فأما ان أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه لانه أتلف واجبا لغيره فضمنه كالوديعة . وان خاف عطبه أو عجز عن المشي وصحبة الرفاق نحره موضعه وخلى بينه وبين المساكين ولم يبح له أكل شيء منه ولا لأحد من صحابته وان كانوا فقراء . ويستحب له أن يضع نعل الهدي المقلد في عنقه في دمه ثم نضرب به صفحته ليعرفه الفقراء فيعلموا انه هدي وليس بميتة فيأخذوه وبهذا قال الشافعي وسعيد بن جبير . وروي عن ابن عمر انه أكل من هديه الذي عطب ولم يقض مكانه . وقال مالك يباح لرفقته ولسائر الناس غير صاحبه أوسائقه ، ولا يأمر أحداً يأكل منه فان أكل أو أمر من أكل أو حز شيئا من لحمه ضمنه واحتج ابن عبد البر لذلك بما روى هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية بنت كعب صاحب بدن رسول الله ﷺ انه قال يارسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدي ؟ قال « انحره ثم اغمس قلائده في دمه ثم اضرب بها صفحة عنقه ثم خل بينه وبين الناس » قال وهذا أصح من حديث ابن عباس وعليه العمل عند الفقهاء ويدخل في عموم قوله « وخل بينه وبين الناس » رفقته وغيرهم

ولنا أنه ازالة ملك على وجه القربة فلم تؤثر فيه النية المقارنة للشراء كالعتق والوقف، ويفارق البيع فانه لايمكنه جعله لموكله بعد إيقاعه وههنا بعد الشراء يمكنه جعلها أضحية

(فصل) فان عينها وهي ناقصة نقصاً يمنع الاجزاء وجب عليه ذبحها كما لو نذر ذبحها، ولأن إيجابها كنذر هدي من غير بهيمة الانعام يلزمه الوفاء به ولا يجزئه عن الاضحية الشرعية لقول النبي ﷺ « أربع لاتجوز في الاضاحي » الحديث ، ولكنه يذبحها ويثاب على مايتصدق به منها كما يثاب على الصدقة بما لايصلح أن يكون هديا وكما لو أعتق عن كفارته عبداً لايجزيء في الكفارة إلا أنه ههنا لايلزمه بدلها لان الاضحية في الاصل غير واجبة ولم يوجد منه مايوجبها ، فان زال عيبها المانع من الاجزاء كبرء المريضة والعرجاء وزوال الهزال فقال القاضي تجزيء في قياس المذهب، وقال أصحاب الشافعي لاتجزيء لان الاعتبار بحال إيجابها ، ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين كما أنها لو نقصت بعد إيجابها كان عليهم ولا يمنع كونها أضحية ولنا أنها أضحية يجزيء مثلها فاجزأت كما لو لم يوجبها الا بعد زوال عيبها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا تعيبت لم يجز بيعها ولاهبتها الا أن يبدلها بخير منها. وقال أبو الخطاب لايجوز أيضاً)

ولنا ما روى ابن عباس أن ذؤيبا أبا قبيصة حدثه أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه البدن ثم يقول «ان عطب منها شيء فخشيت عليها فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك» رواه مسلم، وفي لفظ رواه الامام: احمد ويخليها والناس ولا يأكل منها هو ولا أحد من أصحابه، وقال سعيد حدثنا اسماعيل بن ابراهيم عن أبي التياح عن موسى بن سلمة عن رسول الله ﷺ أنا يبعث بثماني عشرة بدنة مع رجل وقال «ان ازدحف عليك منها شيء فانحرها ثم اصبغ نعلها في دمها ثم اضرب بها في صفحتها ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك» وهذا صحيح متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم ما خالفه ولا تصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس لان الانسان يشفق على رفقته ويحب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته، وانما منع السائق ورفقته من الاكل منها لئلا يقصر في حفظها فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته فحرموها لذلك، فان اكل منها أو باع أو اطعم غنيا أو رفقته، ضمنه بمثله لحما، وان أتلفها أو تلفت بتفريطه أو خاف عطبها فلم ينحرها حتى هلكت فعليه ضمانها بما يوصله الى فقراء الحرم لانه لا يتعذر عليه إيصال الضمان اليهم بخلاف العاطب، وان أطعم منها فقيراً أو أمره بالاكل منها فلا ضمان عليه لانه أوصله الى المستحق فأشبه ما لو أطعم فقيرا بعد بلوغه

اذا تعينت لم يجز بيعها ولا هبتها، وقال القاضي يجوز أن يبيعها ويشتري خيراً منها نص عليه أحمد وهو قول عطاء ومجاهد وأبي حنيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم ساق في حجته مائة بدنة، وقدم علي من اليمن فأشركه في بدنه رواه مسلم، والاشتراك نوع من البيع أو الهبة، ولأنه يجوز ابدالها بخير منها والابدال نوع من البيع

ولنا أنه قد تعين ذبحها فلم يجز بيعها كما لو نذر ذبحها بعينها ولانه جعلها لله فلم يجز بيعها كالوقف وانما جاز ابدالها بجنسها لانه لم يزل الحق فيها عن جنسها وانما انتقل إلى خير منها فكان في المعنى ضم زيادة اليها وقد جاز ابدال المصحف ولم يجز بيعه، وأما الحديث فيحتمل أنه أشرك عليا فيها قبل إيجابها، ويحتمل أن اشراكه فيها بمعنى أن عليا جاء ببدن فاشتركا في الجميع فكان بمعنى الابدال لا بمعنى البيع [1] ويجوز أن تكون الشركة في ثوابها وأجرها، فأما ابدالها بخير منها فقد نص أحمد على جوازه وهو اختيار الخرقي، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وأبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن واختار أبو الخطاب أنه لا يجوز لان أحمد نص في الهدي اذا عطب أنه يجزيء عنه، وفي الاضحية اذا

---

(١) في حديث جابر عند مسلم ان النبي «ص» جاء ببدن من المدينة وعليا جاء ببدن من اليمن فكان مجموعها مائة بدنة. ثم قال جابر في حديثه المذكور: ثم انصرف «ص» الى المنحر فنحر ٦٣ بيده ثم اعطى عليا فنحر ماغبر «اي ما بقي» واشركه في هديه ثم امر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها اه

محله ،وان تعيب ذبحه واجزأه ، وقال أبو حنيفة لايجزئه الا أن يحدث العيب به بعد اضجاعه للذبح ، ولنا أنه لو عطب لم يلزمه شيء فالعيب أولى لان العطب يذهب بجميعه والعيب ينقصه ولانه عيب حدث بعد وجوبه فأشبه مالوحدث بعد اضجاعه ،وان تعيب بفعل آدمي فعليه ما نقصه من القيمة يتصدق به ، وقال أبوحنيفة يباع جميعه ويشترى هدي وبنى ذلك على أنه لايجزيء وقد بينا انه مجزيء

(فصل) وإذا أوجب هديا فله إبداله بخير منه وبيعه ليشتري بثمنه خيراً منه نص عليه احمد وهو اختيار اكثر الاصحاب ومذهب أبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب يزول ملكه عنه وليس له بيعه ولا إبداله ، وهو قول مالك والشافعي لانه حق متعلق بالرقبة ويسري الى الولد فمنع البيع كالاستيلاد ولانه لا يجوز له إبداله بمثله فلم يجز بخير منه كسائر ما لا يجوز بيعه ، ووجه الاول أن النذور محمولة على أصولها في الفرض وهو الزكاة يجوز الأبدال كذلك هذا ولانه لو زال ملكه لم يعد اليه بالهلاك كسائر الاملاك اذا زالت. وقياسهم ينتقض بالمدبرة يجوز بيعها ، وقد دل على جواز بيع المدبر أن النبي ﷺ باع مدبراً ، أما إبدالها بمثلها أو دونها فلم يجز لعدم الفائدة في ذلك .

(فصل) إذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها إن امكن سوقه والاحمله على ظهرها وسقاه من لبنها ،فان لم يمكن سوقه ولا حمله صنع به ما يصنع بالهدي اذا عطب ولا فرق في ذلك بين ماعينه ابتداء وبين ماعينه بدلا عن الواجب في ذمته ، وقال القاضي في المعين بدلا عن الواجب يحتمل أن لايتبعها ولدها لان مافي الذمة واحد فلا يلزمه اثنان ، والصحيح أنه يتبع أمه في الوجوب لانه ولد هدي واجب فكان واجبا كالمعين ابتداء ، وقال المغيرة بن حذف أتى رجل عليا ببقرة قد أولدها فقال له لا تشرب من لبنها الا ما فضل عن ولدها فاذا كان يوم الاضحى ضحيت بها وولدها عن سبعة رواه سعيد

هلكت وذبحها فسرقت لابدل عليه ، ولو كان ملكه مازال عنها لزمه بدلها في هذه المسائل ولما ذكرنا في عدم جواز بيعها وهذا مذهب أبي يوسف والشافعي وأبي ثور ولأنه زال ملكه عنها لله تعالى فلم يجز ابدالها كالوقف . ولنا ماذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وقد تأولناه على معنى الابدال، ويتعين حمله عليه لاتفاقنا على تحريم بيعها وهبتها ، ولأ نه عدل عن المعين إلى خير منها من جنسها فجاز كما لو أخرج عن بنت لبون حقة في الزكاة ،ولان النذور محمولة على أصولها في الفروض وفي الفروض يجوز اخراج البدل في الزكاة فكذلك في النذور ، وقوله قد زال ملكه ممنوع بل تعلق بها حق الله تعالى مع بقاء ملكه عليها بدليل أنه لو غير الواجب في ذمته فعطب أو تعيب كان له استرجاعه ولو زال ملكه عنه لم يعد اليه كالوقف والفرق بين الابدال والبيع أن الابدال لايزيل الحق المتعلق بها من جنسها والبدل قائم مقامها فكأنها لم تزل في المعنى ، وقوله الا أن يبدلها بخير منها يدل على أنه لايجوز بدونها لأ نه تفويت جزء منها فلم يجز كاتلافه وهذا لاخلاف فيه ويدل على أنه لايجوز ابدالها بمثلها لعدم الفائدة فيه ، وقال القاضي في ابدالها بمثلها احتمالان (أحدهما) لايجوز لذلك (والثاني) يجوز لانه لاينقص

والاثرم، وان تعيبت المعينة عن الواجب في الذمة وقلنا بذبحها ذبح ولدها معها لأنه تبع لها، وان قلنا يبطل تعينها وتعود الى مالكها احتمل ان يبطل التعيين في ولدها تبعاً كنمائها المتصل بها واحتمل ان لا يبطل ويكون للفقراء لانه تبعها في الوجوب حال اتصاله بها ولم يتبعها في زواله لانه منفصل عنها كولد المبيع المعيب إذا ولد عند المشتري ثم رده لم يبطل البيع في ولده والمدبرة إذا قتلت سيدها فبطل تدبيرها لا يبطل في ولدها

(فصل) وللمهدي شرب لبن الهدي لان بقاءه في الضرع يضرّ به، فاذا كان ذا ولد لم يشرب الا ما فضل عن ولده لما ذكرنا من خبر علي رضي الله عنه، فان شرب ما يضر بالأم أو ما لا يفضل عن الولد ضمنه لانه تعدى باخذه، وان كان صوفها يضر بها بقاؤه جزها وتصدق به على الفقراء والفرق بينه وبين اللبن أن الصوف كان موجوداً حال إيجابها فكان واجبا معها واللبن متجدد فيها شيئا فشيئا فهو كنفعها وركوبها.

(فصل) وله ركوبه عند الحاجة على وجه لا يضرّ به قال أحمد لا يركبه إلا عند الضرورة وهو قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي لان رسول الله ﷺ قال «اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها حتى تجد ظهراً» رواه أبو داود، ولانه تعلق بها حق المساكين فلم يجز ركوبها من غير ضرورة كملكهم، فأما مع عدم الحاجة ففيه روايتان (احداهما) لا يجوز لما ذكرنا (والثانية) يجوز لما روى أبو هريرة وأنس أن رسول الله ﷺ رأى رجلا يسوق بدنة فقال «اركبها» فقال يارسول الله انها بدنة، فقال «اركبها ويلك» في الثانية أو في الثالثة متفق عليه

مما وجب عليه شيء، ولنا أنه يعتبر ما وجب عليه لغير فائدة فلم يجز كابدالها بدونها

(فصل) واذا عينها ثم مات وعليه دين لم يجز بيعها فيه سواء كان له وفاء أو لم يكن، وبه قال أبو ثور ويشبه مذهب الشافعي، وقال الاوزاعي تباع اذا لم يكن لدينه وفاء الا منها، وقال مالك إن تشاجر الورثة فيها باعوها ولنا أنه تعين ذبحها فلم تبع في دينه كما لو كان حياً، اذا ثبت هذا فان ورثته يقومون مقامه في الاكل والصداقة والهدية لانهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه

﴿مسألة﴾ (وله ركوبها عند الحاجة مالم يضرّ بها) قال أحمد رحمه الله لا يركبها الا عند الضرورة وهو قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي لان النبي ﷺ قال «اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها حتى تجد ظهراً» رواه أبو داود، ولأنه تعلق بها حق للمساكين فلم يجز ركوبها من غير ضرورة كملكهم وانما جوزناه عند الضرورة للحديث فان نقصها الركوب ضمن النقص لأنه تعلق بها حق غيره فأما ركوبها مع عدم الحاجة ففيه روايتان (احداهما) لا يجوز لما ذكرنا (والثانية) يجوز لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ رأى رجلا يسوق بدنة فقال «اركبها» فقال يارسول الله انها بدنة، فقال «اركبها ويلك» في الثانية أو في الثالثة متفق عليه

(فصل) ولا يبرأ من الهدي الا بذبحه أو نحره لان النبي ﷺ نحر هديه، فان نحره بنفسه أو وكل من نحره أو نحره انسان بغير اذنه في وقته أجزأ عنه وإن دفعه إلى الفقراء سليما فنحروه أجزأ عنه لانه حصل المقصود بفعلهم فاجزأه كما لو ذبحه غيرهم، وإن لم ينحروه فعليه أن يسترده منهم وينحره، فان لم يفعل أو لم يقدر فعليه ضمانه لانه فوته بتمريطه في دفعه اليهم سليما

(فصل) ويستحب المهدي أن يتولى نحر الهدي بنفسه لان النبي ﷺ نحر هديه بيده، وروي عن غرفة بن الحارث الكندي قال: شهدت رسول الله ﷺ في حجة الوداع وأتي بالبدن فقال «ادع لي أبا الحسن» فدعي له علي فقال له «خذ بأسفل الحربة» وأخذ رسول الله ﷺ بأعلاها ثم طعنا بها البدن رواه أبو داود، وانما فعل ذلك لان النبي ﷺ أشرك عليا في بدنه، وقال جابر نحر رسول الله ﷺ ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغبر، وروي أن النبي ﷺ نحر خمس بدنات ثم قال «من شاء اقتطع» رواه أبو داود، فان لم يذبح بيده فالمستحب أن يشهد ذبحها لما روي أن النبي ﷺ قال لفاطمة «احضري أضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها» ويستحب أن يتولى تفريق اللحم بنفسه لأنه أحوط وأقل للضرر على المساكين، وإن خلى بينه وبين المساكين جاز لقوله عليه السلام «من شاء اقتطع»

(فصل) ويباح للفقراء الاخذ من الهدي اذا لم يدفعه اليهم بأحد شيئين (أحدهما) الاذن فيه لفظا كما قال النبي ﷺ «من شاء اقتطع» (والثاني) دلالة على الاذن كالتخلية بينهم وبينه، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يباح الا باللفظ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لسائق البدن «اصبغ نعلها في دمها واضرب به صفحتها» دليل على أن ذلك وشبهه كاف من غير لفظ، ولولا ذلك لم يكن هذا مفيدا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ولدت ذبح ولدها معها ولا يشرب من لبنها إلا مافضل عن ولدها)

اذا عين أضحية فولدت فحكم ولدها حكمها سواء كان حملا حال التعيين أو حدث بعده، وبهذا قال الشافعي وعن أبي حنيفة لا يذبحه ويدفعه إلى المساكين حيا، فان ذبحه دفعه اليهم مذبوحا وارش مانقصه الذبح لأنه من نمائها فيلزمه دفعه اليهم على صفته كصوفها وشعرها. ولنا أن استحقاق ولدها حكم ثبت للولد بطريق السراية من الام فثبت له ماثبت لها كولد أم الولد والمدبرة. اذا ثبت هذا فانه يذبحه كما ذبحها لأنه صار أضحية على وجه التبع لأمه، ولا يجوز ذبحه قبل وقت ذبح أمه ولا تأخيره عن آخر الوقت كأمه، وقد روي عن علي رضي الله عنه أن رجلا سأله فقال يا أمير المؤمنين: اني اشتريت هذه البقرة لأضحي بها وإنها وضعت هذا العجل، فقال علي لاتحلبها الا مافضل عن تيسير ولدها، فاذا كان يوم الاضحى فاذبحها وولدها عن سبعة رواه سعيد والأثرم

(فصل) وولد الهدية بمنزلتها أيضاً كولد الاضحية إن أمكن سوقه وإلا حمله على ظهرها وسقاه من لبنها فان لم يمكنه سوقه ولا حمله صنع به مايصنع بالهدي اذا عطب ولا فرق في ذلك بين ماعينه ابتداء، وبين ماعينه عن الواجب في ذمته، وقال القاضي في المعين بدلا عن الواجب يحتمل أن لا يتبعها

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ ولا يأكل من كل واجب الا من هدي التمتع ﴾

المذهب أنه يأكل من هدي التمتع والقران دون ماسواهما نص عليه أحمد ولعل الخرقي ترك ذكر القران لأنه متعة أو اكتفى بذكر المتعة لأنهما سواء في المعنى فان سببهما غير محظور فأشبها هدي التطوع وهذا قول أصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه لا يأكل من المنذور وجزاء الصيد ويأكل مما سواهما وهو قول ابن عمر وعطاء والحسن واسحاق لان جزاء الصيد بدل والنذر جعله لله تعالى بخلاف غيرهما ، وقال ابن أبي موسى لا يأكل أيضاً من الكفارة ويأكل ماسوى هذه الثلاثة ونحوه مذهب مالك لان ماسوى ذلك لم يسمه للمساكين ولا مدخل للاطعام فيه فأشبه التطوع ، وقال الشافعي لا يأكل من واجب لانه هدي وجب بالاحرام فلم يجز الأكل منه كدم الكفارة . ولنا أن أزواج النبي ﷺ تمتعن معه في حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة فصارت قارنة ثم ذبح عنهن النبي ﷺ البقرة فأكلن من لحومها ، قال أحمد : قد أكل من البقر أزواج النبي ﷺ في حديث عائشة خاصة ، وقالت عائشة إن النبي ﷺ أمر من لم يكن معه هدي اذا طاف بالبيت أن يحل فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ماهذا ؟ فقيل ذبح النبي ﷺ عن أزواجه . وروى أبو داود وابن ماجه أن رسول الله ﷺ ذبح عن آل محمد في حجة الوداع بقرة ، وقال ابن عمر تمتع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فساق الهدي من ذي الحليفة . متفق عليه ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فأكل هو وعلي من لحمها وشربا من مرقها . رواه مسلم ، ولانهما دما نسك فأشبها التطوع ولا يؤكل من غيرهما لانه يجب بفعل محظور فأشبه جزاء الصيد

ولدها لان مافي الذمة واحد فلا يلزمه إثنان والصحيح أنه يتبع أمه في الوجوب فانه ولد هدي واجب فتبعه كالمعين ابتداء ، ولما ذكر من حديث علي فان تعيبت المعينة عن واجب في الذمة وقلنا يذبحها ذبح ولدها معها لانه تبع لها ، وإن قلنا يبطل تعيينها وترد إلى مالكها احتمل أن يبطل التعيين في ولدها تبعاً كما ثبت تبعاً قياساً على نمائها المتصل بها ، واحتمل أن لا يبطل ويكون للفقراء لأنه تبعها في الوجوب حال اتصاله بها ولم يتبعها في زواله لانه صار منفصلا عنها فهو كولد المبيع المعيب اذا ولد عند المشتري ثم رده لا يبطل البيع في ولدها، والمدبرة اذا قتلت سيدها فبطل تدبيرها لا يبطل في ولدها وحكم الاضحية المعينة عما في الذمة اذا تعينت وولدت كذلك على قياس الهدية لانها في معناها

(فصل) ولا يشرب من لبنها إلا الفاضل عن ولدها ، فان لم يفضل عنه شيء أو كان الحلب يضر بها وينقص لحمها لم يكن له أخذه والا فله أخذه والانتفاع به ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يحلبها ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن فان احتلبها تصدق به لان اللبن متولد من الاضحية الواجبة فلم يجز للمضحي الانتفاع به كالولد . ولنا قول علي رضي الله عنه لا يحلبها إلا فضلا عن تيسير

(فصل) فأما هدي التطوع وهو ماأوجبه بالتعيين ابتداء من غير أن يكون عن واجب في ذمته وما نحره تطوعا من غير أن يوجبه فيستحب أن يأكل منه لقول الله تعالى (فكلوا منها) وأقل أحوال الامر الاستحباب ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم أكل من بدنه ، وقال جابر كنا لا نأكل من بدننا فوق ثلاث فرخص لنا النبي صلى الله عليه وسلم فقال « كلوا وتزودوا » فأكلنا وتزودنا . رواه البخاري ، وإن لم يأكل فلا بأس فان النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر البدنات الخمس قال « من شاء اقتطع » ولم يأكل منهن شيئاً والمستحب أن يأكل اليسير منها كما فعل النبي ﷺ وله الاكل كثيراً والتزود كما جاء في حديث جابر ، وتجزئه الصدقة باليسير منها كما في الأضحية ، فان أكلها ضمن المشروع للصدقة منها كما في الأضحية

(فصل) وان أكل منها ما منع من أكله ضمنه بمثله لحما لان الجميع مضمون عليه بمثله حيوانا فكذلك ابعاضه ، وكذلك إن اعطى الجازر منها شيئاً ضمنه بمثله ، وإن أطعم غنياً منها على سبيل الهدية جاز كما يجوز له ذلك في الاضحية لان ما ملك أكله ملك هديته ، وإن باع شيئاً منها أو أتلفه ضمنه بمثله لانه ممنوع من ذلك فأشبه عطيته للجازر ، وإن أتلف أجنبي منه شيئا ضمنه بقيمته لان المتلف من غير ذوات الامثال فلزمته قيمته كما لو أتلف لحماً لآدمي معين

(فصل) والهدي الواجب بغير النذر ينقسم قسمين. منصوص عليه. ومقيس على المنصوص، فأما المنصوص عليه (فأربعة) اثنان على الترتيب والواجب فيهما ما استيسر من الهدي وأقله شاة أو سبع بدنة (احدهما) دم المتعة قال الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعتم) (والثاني) دم الاحصار قال الله تعالى (فما استيسر من الهدي) وهو على الترتيب

ولدها ، ولانه انتفاع لا يضر بها ولا بولدها فأشبه الركوب ويفارق الولد فانه يمكن إيصاله إلى محله ، أما اللبن فان حلبه وتركه فسد ، وإن لم يحلبه تعقد الضرع وأضر بها فجوز له شربه وإن تصدق به كان أفضل لان فيه خروجا من الخلاف ، وإن احتلب ما يضر بها أو بولدها لم يجز له وعليه الصدقة به وإن شربه ضمنه لانه تعدى بأخذه وهكذا الحكم في الهدية ، فان قيل فصوفها وشعرها اذا جزه تصدق به ولم ينتفع به فلم جوزتم له الانتفاع باللبن قلنا الفرق بينهما من وجهين

(أحدهما) أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها وهو القائم به فجاز صرفه اليه كما أن المرتهن اذا علف الرهن كان له أن يركب ويحلب وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر

(الثاني) أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام فجرى مجرى جلدها واجزائها واللبن يشرب ويؤخذ شيئاً فشيئاً فجرى مجرى منافعها وركوبها ، ولان اللبن يتجدد كل يوم والصوف والشعر عين موجودة دائمة في جميع الحول

﴿ مسئلة ﴾ وله أن يجز صوفها ووبرها اذا كان أنفع لها مثل أن تكون في زمن تخف بجزه وتسمن ويتصدق به ، وإن كان لا يضر بها لقرب مدة الذبح أو كان بقاؤه أنفع لها لكونه يقيها الحر والبرد

أيضا ان لم يجده انتقل الى صيام عشرة أيام وإنما وجب ترتيبه لان الله تعالى أمر به معينا من غير تخيير فاقتضى تعيينه الوجوب وان لا ينتقل عنه الا عند العجز كسائر الواجبات المعينة ، فان لم يجده انتقل الى صيام عشرة أيام بالقياس على دم المتعة الا أنه لا يحل حتى يصومها وهذا قول الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا بدل له لانه لم يذكر في القرآن وهذا لا يلزم فان عدم ذكره لا يمنع قياسه على نظيره (واثنان مخيران) احدهما فدية الاذى قال الله تعالى(فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) (الثاني) جزاء الصيد وهو على التخيير أيضا بقوله تعالى(فمن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما)

(القسم الثاني) ما ليس بمنصوص عليه فيقاس على أشبه المنصوص عليه به فهدي المتعة وجب للترفه بترك أحد السفرين وقضائه النسكين في سفر واحد ، ويقاس عليه أيضا دم الفوات فيجب عليه مثل دم المتعة وبدله مثل بدله وهو صيام عشرة أيام الا أنه لا يمكن ان يكون ثلاثة قبل يوم النحر لان الفوات انما يكون بفوات ليلة النحر لانه ترك بعض ما اقتضاه احرامه فصار كالتارك لاحد السفرين ، فان قيل فهلا ألحقتموه بهدي الاحصار فانه اشبه به اذ هو حلال من احرامه قبل اتمامه . قلنا اما الهدي فهما فيه سواء واما البدل فان الاحصار ليس بمنصوص على البدل فيه وانما يثبت قياسا فقياس هذا على الاصل المنصوص عليه اولى من قياسه على فرعه ، على أن الصيام ههنا مثل الصيام عن دم الاحصار وهو عشرة أيام أيضا إلا أن صيام الاحصار يجب أن يكون قبل حله وهذا يجوز فعله قبل حله وبعده وهو أيضا مقارن لصوم المتعة لان الثلاثة في المتعة يستحب أن يكون آخرها يوم عرفة وهذا يكون بعد فوات عرفة . والخرقي انما جعل الصوم عن هدي الفوات مثل الصوم عن

لم يجز له جزه كما لا يجوز أخذ بعض أعضائها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعطي الجازر بأجرته شيئاً منها) وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ورخص الحسن وعبدالله بن عبيد بن عمير في اعطائه الجلد . ولنا ماروى علي رضي الله عنه قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه وأن أقسم جلودها وجلالها وأن لا أعطي الجازر منها شيئاً وقال « نحن نعطيه من عندنا » متفق عليه ، ولان مايدفعه إلى الجزار عوض عن عمله وجزارته ولا تجوز المعاوضة بشيء منها ، فأما إن دفع اليه صدقة أو هبة فلا بأس لانه مستحق للاخذ فهو كغيره ، بل هو أولى لأنه باشرها وتاقت نفسه اليها

﴿ مسئلة ﴾ (وله أن ينتفع بجلدها وجلها ولا يبيعه ولا شيئاً منها)

لاخلاف في جواز الانتفاع بجلودها وجلالها لان الجلد جزء منها فجاز للمضحي الانتفاع به كاللحم وكان علقمة ومسروق يدبغان جلد أضحيتهما ويصليان عليه، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يارسول الله قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم يحملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ، قال « وما

جزاء الصيد عن كل مدّ يوما والمروي عن عمر وابنه مثل ماذكرنا ويقاس عليه أيضا كل دم وجب لترك واجب كدم القران وترك الاحرام من الميقات والوقوف بعرفة الى غروب الشمس والمبيت بمزدلفة والرمي والمبيت لياليّ منى بها وطواف الوداع فالواجب فيه مااستيسر من الهدي فان لم يجد فصيام عشرة أيام ، وأما من أفسد حجه بالجماع فالواجب فيه بدنة بقول الصحابة المنتشر الذي لم يظهر خلافه فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع كصيام المتعة كذلك قال عبدالله ابن عمر وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمرو رواه عنهم الاثرم ولم يظهر في الصحابة خلافهم فيكون إجماعا فيكون بدله مقيسا على بدل دم المتعة ،وقال أصحابنا يقوم البدنة بدراهم ثم يشتري بها طعاما فيطعم كل مسكين مداً أو يصوم عن كل مد يوما فتكون ملحقة بالبدنة الواجبة في جزاء الصيد ويقاس على فدية الاذى ماوجب بفعل محظور يترفه به كتقليم الاظفار واللبس والطيب وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء في العمرة أو في الحج بعد رمي الجمرة فانه في معنى فدية الاذى من الوجه الذي ذكرناه فيقاس عليه ويلحق به فقد قال ابن عباس لامرأة وقع عليها زوجها قبل أن تقصر عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك رواه الاثرم

مسئلة قال (وكل هدي أو اطعام فهو لمساكين الحرم ان قدر على ايصاله اليهم إلا من أصابه أذى من رأسه فيفرقه على المساكين في الموضع الذى حلق فيه)

أما فدية الاذى فتجوز في الموضع الذي حلق فيه نص عليه احمد وقال الشافعي لايجوز إلا في الحرم لقوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) ولنا أن النبي ﷺ أمر كعب بن عجرة بالفدية بالحديبية ولم يأمر

ذلك » قالت نهيت عن امساك لحوم الاضاحي بعد ثلاث ، فقال « انما نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا » حديث صحيح ولأنه انتفاع به فجاز كلحمها

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من الاضحية واجبة كانت أو تطوعا لانها تعينت بالذبح ، قال أحمد لايبيعها ولا يبيع شيئاً منها وقال سبحان الله كيف يبيعها وقد جعلها لله تبارك وتعالى . قال الميموني قالوا لأبي عبد الله فجلد الاضحية نعطيه السلاخ ؟ قال لا وحكى قول النبي ﷺ « لاتعط في جزارتها شيئاً منها » ثم قال اسناد جيد ، وبه قال الشافعي وروي عن أبي هريرة ، ورخص الحسن والنخعي في الجلد أن يبيعه ويشتري به الغربال والمنخل وآلة البيت ، وروي نحو ذلك عن الاوزاعي لأنه ينتفع به هو وغيره فجرى مجرى تفريق لحمها ، وقال أبو حنيفة يبيع ماشاء منها ويتصدق بثمنه ، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه يبيع الجلد ويتصدق بثمنه وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق . ولنا أمر النبي ﷺ بقسم جلودها وجلالها وأن لايعطى الجازر شيئاً منها وفيه دليل على وجوب الصدقة بالجلال وعلى تسويتها بالجلود ، ولانه جعله لله تعالى فلم يجز بيعه كالوقف وما ذكروه في شراء آلة

يبعثه الى الحرم وروى الاثرم واسحاق والجوزجاني في كتابيهما عن أبي أسماء مولى عبد الله بن جعفر قال كنت مع عثمان وعلي وحسين بن علي رضي الله عنهم حجاجا فأشتكى حسين بن علي بالسقيا فأومأ بيده الى رأسه فحلقه علي ونحر عنه جذورا بالسقيا هذا لفظ رواية الاثرم ولم يعرف لهم مخالف والآية وردت في الهدي وظاهر كلام الخرقي اختصاص ذلك بفدية الشعر وما عداه من الدما فبمكه وقال القاضي في الدماء لواجبة بفعل محظور كاللباس والطيب هي كدم الحلق وفي الجميع روايتان (احداهما) يفدي حيث وجد سببه (والثانية) محل الجميع الحرم وأما جزاء الصيد فهو لمساكين الحرم نص عليه أحمد فقال أما ماكان بمكة أو كان من الصيد فكل بمكة لان الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) وما كان من فدية الرأس فحيث حلقه وذكر القاضي في قتل الصيد رواية أخرى أنه يفدي حيث قتله وهذا يخالف نص الكتاب ونص الامام أحمد في التفرقة بينه وبين حلق الرأس فلا يعول عليه وما وجب لترك نسك أو فوات فهو لمساكين الحرم دون غيرهم لانه هدي وجب لترك نسك فأشبه هدي القرآن وإن فعل المحظور لغير سبب يبيحه فذكر ابن عقيل أنه يختص ذبحه وتفرقة لحمه بالحرم كسائر الهدي

البيت يبطل بالاحم لايجوز بيعه لشراء الآلة وإن كان ينتفع به

﴿ مسئلة ﴾ (فإن ذبحها فسرقت فلا شيء عليه) لانها أمانة في يده ، فاذا تلفت بغير تفريط لم يضمنها كالوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ذبحها ذابح في وقتها بغير اذنه اجزأت ولا ضمان على ذابحها)

وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك هي شاة لحم لمالكها ارشها وعليه بدلها لان الذبح عبادة ، فاذا فعلها غير صاحبها عنه بغير اذنه لم تقع الموقع كالزكاة ، وقال الشافعي تجزيء وله على ذابحها ارش مابين قيمتها صحيحة ومذبوحة لان الذبح أحد مقصودي الهدي ، فاذا فعله فاعل بغير اذن المضحي ضمنه كتفرقة اللحم . ولنا على مالك أنه فعل لايفتقر إلى النية فاذا فعله غير الصاحب أجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة ، وعلى الشافعي أنها أضحية أجزأت عن صاحبها ووقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان باذن ، ولانه اراقة دم تعينت اراقته لحق الله تعالى فلم يضمن مريقه كقاتل المرتد بغير اذن الامام ، ولان الارش لو وجب فانما يجب مابين كونها مستحقة الذبح في هذه الايام متعينة له وما بينها مذبوحة ولا قيمة لهذه الحياة ولا تفاوت بين القيمتين فتعذر وجود الارش ووجوبه ، ولانه لو وجب الارش لم يخل اما أن يجب للمضحي أو للفقراء لاجائز أن يجب للفقرا لانهم انما يستحقونها مذبوحة ، ولو دفعها اليهم في الحياة لم يجزه ، ولا جائز أن يجب له لانه بدل شيء منها فلم يجز أن يأخذه كبدل عضو من أعضائها ، ولانهم وافقونا في أن الارش لايدفع اليه فتعذر إيجابه لعدم مستحقه

(فصل) وان اشترى أضحية فلم يوجبها حتى علم بها عيبا فان شاء ردها ، وان شاء أخذ أرشها ثم ان كان عيبها يمنع الاجزاء لم يكن له التضحية بها وان لم يمنع فله ذلك والارش له فان أوجبها ثم

(فصل) وما وجب نحره بالحرم وجب تفرقة لحمه به وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا ذبحها في الحرم جاز تفرقة لحمها في الحل ولنا انه احد مقصودي النسك فلم يجز في الحل كالذبح ولان المعقول من ذبحه بالحرم التوسعة على مساكينه وهذا لا يحصل باعطاء غيرهم ولانه نسك يختص بالحرم فكان جميعه مختصا به كالطواف وسائر المناسك

(فصل) والطعام كالهدي يختص بمساكين الحرم فيما يختص الهدي وقال عطاء والنخعي ما كان من هدي فبمكة وما كان من طعام وصيام فحيث شاء وهذا يقتضيه مذهب مالك وابي حنيفة، ولنا قول ابن عباس الهدي والطعام بمكة والصوم حيث شاء ولأنه نسك يتعدى نفعه الى المساكين فاختص بالحرم كالهدي

(فصل) ومساكين أهل الحرم من كان فيه من اهله او وارد اليه من الحاج وغيرهم وهم الذين يجوز دفع الزكاة اليهم ولو دفع الى من ظاهره الفقر فبان غنيا خرج فيه وجهان كالزكاة وللشافعي فيه قولان وما جاز تفريقه بغير الحرم لم يجز دفعه الى فقراء أهل الذمة وبهذا قال الشافعي وابو ثور وجوزه اصحاب الرأي ولنا انه كافر فلم يجز الدفع اليه كالحربي

علم أنها معيبة فذكر القاضي أنه مخير بين ردها وأخذ أرشها فان أخذ أرشها فحكمه حكم الزائد عن قيمة الاضحية على ما نذكره ، ويحتمل أن يكون الارش له لان الايجاب إنما صادفها بدون الذي أخذ أرشه فلم يتعلق الايجاب بالارش ولا ببدله فاشبه مالو تصدق بها ثم أخذ أرشها ، وعلى قول أبي الخطاب : لا يملك ردّها لانه قد زال ملكه عنها بايجابها فاشبه مالو اشترى عبداً معيباً فاعتقه ثم علم عيبه وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا يتعين أخذ الارش ، وفي كون الارش للمشتري ووجوبه في التضحية وجهان ثم ينظر فان كان عيبها لا يمنع اجزاءها فقد صح ايجابها والتضحية بها ، وان كان يمنع اجزاءها فحكمه حكم مالو اوجبها عالما بعيبها على ما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتلفها أجنبي ضمنها بقيمتها ، وان أتلفها صاحبها ضمنها بأكثر الامرين من قيمتها أو مثلها فان ضمنها بمثلها وأخرج فضل القيمة جاز ويشتري به شاة أو سبع بدنة فان لم يبلغ اشترى به لحما فتصدق به أو يتصدق بالفضل)

اذا أتلف الاضحية الواجبة صاحبها فعليه قيمتها لانها من المتقومات ، وتعتبر القيمة يوم أتلفها فان غلت الغنم بعد ذلك فصار مثلها خيراً من قيمتها فقال أبو الخطاب يلزمه مثلها لانها أكثر الامرين ولانه يتعلق بها حق الله تعالى في ذبحها فوجب عليه مثلها ليوفي بحق الله تعالى بخلاف الاجنبي وهذا مذهب الشافعي . وظاهر قول القاضي انه لا يلزمه الا القيمة يوم الاتلاف وهو قول أبي حنيفة لانه اتلاف أوجب القيمة فلم يجب به أكثر من القيمة يوم الاتلاف كما لو أتلفها أجنبي وكسائر المضمونات فان رخصت الغنم فزادت قيمتها على مثلها مثل ان كانت قيمتها عند اتلافها عشرة فصارت قيمة مثلها

(فصل) واذا نذر هديا واطلق فاقل ما يجزيه شاة أوسبع بدنة أو بقرة لان المطلق في النذر يجب حمله على المعهود شرعا والهدي الواجب في الشرع انما هو من النعم واقله ماذكرناه فحمل عليه ولهذا لما قال الله تعالى في المتعة (فما استيسر من الهدي) حمل على ما قلنا فان اختار اخراج بدنة كاملة فهو أفضل وهل تكون كلها واجبة على وجهين احدهما تكون واجبة اختاره ابن عقيل لانه اختار الاعلى لاداء فرضه فكان كله واجبا كما لو اختار الاعلى من خصال كفارة اليمين أو كفارة الوطء في الحيض الثاني يكون سبعها واجبا والباقي تطوعاله اكله وهديته لان الزائد على السبع يجوز تركه من غير شرط ولا بدل فاشبه ما لو ذبح شاتين وان عين الهدى بشيء لزمه ماعنيه وأجزاه سواء كان من بهيمة الانعام او من غيرها وسواء كان حيوانا اوغيره مما ينقل او مما لا ينقل فان النبي ﷺ قال « من راح -يعني الى الجمعة- في الساعة الرابعة فكانما قرب دجاجة ومن راح الى الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة» فذكر الدجاجة والبيضة في الهدى وعليه ايصاله الى فقراء الحرم لانه سماه هديا واطلق فيحمل على محل الهدى المشروع وقد قال الله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) فان كان مما لا ينقل كالعقار باعه وبعث ثمنه الى الحرم فيتصدق به فيه.

خمسة فعليه عشرة وجها واحدا فان شاء اشترى بها أضحية واحدة تساوي عشرة، وان شاء اشترى اثنتين فان اشترى واحدة وفضل من العشرة مالا يجيء به أضحية اشترى به شركا في بدنة فان لم يتسع لذلك أو لم تمكنه المشاركة ففيه وجهان (أحدهما) يشتري لحما ويتصدق به لان الذبح وتفرقة اللحم مقصودان فان تعذر أحدهما وجب الآخر (والثاني) يتصدق بالفضل لانه اذا لم يحصل له التقرب بالاراقة كان اللحم وثمنه سواء، وان أتلفها أجنبي فعليه قيمتها يوم تلفها وجهاً واحداً ويلزمه دفعها الى صاحبها فان زاد على ثمن مثلها فحكمه حكم ما لو أتلفها صاحبها وان لم تبلغ القيمة ثمن أضحية فالحكم فيه على ما مضى فيما اذا زاد على ثمن الاضحية في حج المضحي

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت بغير تفريطه أو سرقت أو ضلت فلا شيء عليه لانها أمانة في يده فلم يضمنها اذا لم يفرط كالوديعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان عطب الهدي في الطريق نحره في موضعه وصبغ نعله التي في عنقه في دمه وضرب بها صفحة سنامه ليعرفه الفقراء فيأخذوه ولا يأكل منه هو ولا احد من أهل رفقته)

وجملة ذلك أن من تطوع بهدي غير واجب لم يخل من حالين (أحدهما) أن ينويه هديا ولا يوجبه بلسانه ولا تقليده واشعاره فهذا لا يلزمه امضاؤه وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء ما لم يذبحه لانه نوى الصدقة بشيء من ماله أشبه ما لو نوى الصدقة بدرهم (الثاني) أن يوجبه بلسانه أو يقلده ويشعره مع النية فيصير واجباً معينا يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه ويكون في يد صاحبه كالوديعة يلزمه حفظه وايصاله الى محله فان تلف بغير تفريط منه أو سرق أو ضل فلا ضمان عليه

(فصل) وان نذر هديا مطلقا أو معينا واطلق مكانه وجب عليه ايصاله الى مساكين الحرم وجوز ابو حنيفة ذبحه حيث شاء كما لو نذر الصدقة بشاة ولنا قوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) ولان النذر يحمل على المعهود شرعا والمعهود في الهدي الواجب بالشرع كهدى المتعة والقران واشباههما ان ذبحها يكون في الحرم كذا ها هنا وان عين نذره بموضع غير الحرم لزمه ذبحه به وتفرقة لحمه على مساكين الحرم واطلاقه لهم لما روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال إني نذرت أن أنحر ببوانة قال «أبها صنم؟» قال لا قال «أوف بنذرك» رواه أبو داود، وان نذر الذبح بموضع به صنم أو شيء من أمر الكفر أو المعاصي كبيوت النار أو الكنائس والبيع واشباه ذلك لم يصح نذره بمفهوم هذا الحديث ولأنه نذر معصية فلا يوفي به لقول النبي ﷺ «لا نذر في معصية الله تعالى ولا فيما لا يملك ابن آدم» وقوله « من نذر أن يعصي الله فلا يعصه »

(فصل) وقول الخرقي إن قدر على إيصاله اليهم يدل على أن العاجز عن ايصاله لا يلزمه ايصاله فان الله لا يكلف نفساً الا وسعها فان منع الناذر الوصول بنفسه وأمكنه تنفيذه لزمه قال ابن عقيل إذا حصر عن الخروج خرج في ذبح هذا الهدي المنذور في موضع حصره روايتان كدماء الحج

كالوديعة لان الحق إنما تعلق بالعين فسقط بتلفها ، وقد روى الدارقطني باسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أهدى تطوعا ثم ضلت فليس عليه البدل » إلا أن يشاء فان كان نذراً فعليه البدل فاما ان أتلفها أو تلفت بتفريطه فعليه ضمانه لانه أتلف واجبا لغيره فضمنه كالوديعة وان خاف عطبه أو عجزه عن المشي وصحبة الرفاق نحره موضعه وخلى بينه وبين المساكين ولم يبح له أكل شيء منه ولا لاحد من صحابته وان كانوا فقراء ، ويستحب له أن يصبغ نعل الهدي المقلد في عنقه ثم يضرب بها صفحته ليعرفه الفقراء فيعلموا أنه هدي فيأخذوه ، وبهذا قال الشافعي وسعيد بن جبير وروي عن ابن عمر انه أكل من هديه الذي عطب ولم يقض مكانه ، وقال مالك: يباح لرفقته ولسائر الناس غير صاحبه أو سائقه ولا يأمر أحداً يأكل منه فان أكل أو أمر من أكل أو ادخر شيئا من لحمه ضمنه لما روى هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية بن كعب صاحب بدن رسول الله ﷺ أنه قال يارسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدي . قال « انحره ثم اغمس قلائده في دمه ثم اضرب بها صفحة عنقه ثم خل بينه وبين الناس» فيدخل في عموم قوله «خل بينه وبين الناس» رفقته وغيرهم

ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان ذؤيبا أبا قبيصة حدثه أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه بالبدن ثم يقول « ان عطب منها شيء فخشيت عليها فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك » رواه مسلم ، وفي لفظ « ويخليها والناس ولا يطعم منها هو ولا أحد من أصحابه » رواه الامام احمد وهذا صحيح متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم ما خالفه ولا يصح قياس رفقته على غيرهم لان الانسان يشفق على رفقته

واختار أن الصحيح جواز ذبحه في موضع حصره لان النبي ﷺ نحر هديه بالحديبية (والثانية) إن أمكن إرساله مع غيره فلا يجوز له ذبحه في موضعه لأنه أمكنه إيصال المنذور الى محله فلزمه كغير المحصور

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأما الصيام فيجزئه بكل مكان)

لا نعلم في هذا خلافا كذلك قال ابن عباس وعطاء والنخعي وغيرهم وذلك لأن الصيام لا يتعدى نفعه إلى أحد فلا معنى لتخصيصه بمكان بخلاف الهدي والاطعام فإن نفعه يتعدى الى من يعطاه

(فصل) ويسن تقليد الهدي وهو أن يجعل في أعناقها النعال وآذان القرب و عراهـا أو علاقة اداوة سواء كانت إبلا أو بقراً أو غنماً، وقال مالك وابو حنيفة لا يسن تقليد الغنم لانه لو كان سنة لنقل كما نقل في الابل ، ولنا أن عائشة قالت كنت أفتل القلائد للنبي ﷺ فيقلد الغنم ويقيم في أهله حلالا وفي لفظ كنت أفتل قلائد الغنم للنبي ﷺ رواه البخاري ولانه هدي فيسن تقليده كالابل ولانه اذا سن تقليده الابل مع إمكان تعريفها بالاشعار فالغنم أولى وليس التساوي في النقل شرطا لصحة الحديث ولانه كان يهدي الابل أكثر فكثر نقله

ويجب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته وانما منع السائق ورفقته من الاكل منها لئلا يقصر في حفظها فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته فحرمها لذلك . فان أكل منها أو باع أو أطعم غنيا أو رفقته ضمنه بمثله لحماً وان أتلفها أو تلفت بتفريطه أو خاف عطبها فلم ينحرها حتى هلكت فعليه ضمانها يوصله الى فقراء الحرم لانه لا يتعذر عليه ايصال الضمان اليهم بخلاف العاطب ، وان أطعم منها فقيراً أو أمره بالاكل منها فلا ضمان عليه لانه أوصله الى مستحقه فأشبه ما لو فعل ذلك بعد بلوغ الهدي محله، وان تعيب ذبحه وأجزأه. وقال أبو حنيفة لا يجزيه ، ولنا أنه لو عطب لم يلزمه شيء فالعيب أولى لانه أقل وكما لو حدث به العيب حال اضجاعه فانه قد سلمه ، وان تعيب بفعل آدمي فعليه ما نقصه من القيمة يتصدق به ، وقال أبو حنيفة يباع جميعه ويشترى بالجميع هدي وبنى ذلك على أنه لا يجزيء، وقد بينا أنه يجزيء

﴿ مسئلة ﴾ (وان تعيبت ذبحها وأجزأته الا أن تكون واجبة في ذمته قبل التعيين كالفدية والمنذور في الذمة فعليه بدلها)

اذا أوجب أضحية سليمة ثم حدث بها عيب يمنع الاجزاء ذبحها وأجزأته روي هذا عن عطاء والحسن والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وقال أصحاب الرأي لا تجزيء لان الاضحية عندهم واجبة فلا يبرأ منها الا باراقة دمها سليمة كما لو أوجبها في ذمته ثم عينها فعابت

ولنا ما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال : ابتعنا كبشا نضحي به فأصاب الذئب من اليته فسألنا النبي ﷺ فامرنا أن نضحي به رواه ابن ماجه، ولانه عيب حدث في الاضحية الواجبة فلم

(فصل) ويسن اشعار الابل والبقر وهو ان يشق صفحة سنامها الايمن حتى يدميها في قول عامة أهل العلم، وقال أبو حنيفة هذا مثلة غير جائز لان النبي ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان ولانه ايلام فهو كقطع عضو منه، وقال مالك ان كانت البقرة ذات سنام فلا بأس باشعارها والا فلا، ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: فتلت قلائد هدي النبي ﷺ ثم اشعرها وقلدها متفق عليه رواه ابن عباس وغيره وفعله الصحابة فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به ولانه ايلام لغرض صحيح فجاز كالكي والوسم والفصد والحجامة والغرض أن لا تختلط بغيرها، وأن يتوقاها اللص ولا يحصل ذلك بالتقليد لانه يحتمل أن ينحل ويذهب وقياسهم منتقض بالكي والوسم وتشعر البقرة لانها من البدن فتشعر كذات السنام، واما الغنم فلا يسن اشعارها لانها ضعيفة وصوفها وشعرها يستر موضع اشعارها. إذا ثبت هذا فالسنة الاشعار في صفحتها اليمنى، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال مالك وأبو يوسف بل تشعر في صفحتها اليسرى، وعن احمد مثله لان ابن عمر فعله، ولنا ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ صلى بذي الحليفة ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الايمن وسلت الدم عنها بيده رواه مسلم، وأما ابن عمر فقد روي عنه كمذهبنا رواه البخاري ثم فعل النبي ﷺ أولى من قول

يمنع الاجزاء كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح ولا نسلم أنها واجبة في الذمة وإنما تعلق الوجوب بعينها فاما ان تعيبت بفعله فعليه بدلها، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا عالج ذبحها فقلعت السكين عينها أجزأت استحسانا، ولنا أنه عيب أحدثه قبل ذبحه فلم يجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح

(فصل) والواجب في الذمة من الهدي قسمان (احدهما) وجب بالنذر في ذمته (والثاني) وجب بغيره كهدي المتعة والقران والدماء الواجبة في النسك بترك واجب أو فعل محظور فمتى عين عما في ذمته شيئا فقال هذا الواجب علي فانه يتعين الوجوب فيه من غير أي أن تبرأ الذمة لانه لو أوجب هديا ولا هدي عليه لتعين فكذلك اذا كان واجبا فعينه الا أنه مضمون عليه فان عطب أو سرق أو نحو ذلك لم يجزئه وعاد الوجوب الى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين إلى ذمته، ولان ذمته لم تبرأ من الواجب بتعيينه وانما تعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهنا فانه يتعلق الحق بالضامن والرهن مع بقائه في ذمة المدين فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن أو تلف الرهن بقي الحق في الذمة بحاله فاما ان ساق الهدي ينوي به الواجب الذي في ذمته ولم يعينه بالقول فهذا لا يزول ملكه عنه الا بذبحه ودفعه الى أهله وله التصرف فيه بما شاء من بيع وهبة وأكل وغير ذلك لانه لم يتعلق به حق لغيره وله نماؤه وان عطب تلف من ماله وان تعيب لم يجزئه ذبحه وعليه الهدي الذي كان واجبا ولا يبرأ الا بايصاله الى مستحقه بمنزلة من عليه دين فحمله الى مستحقه يقصد دفعه اليه فتلف قبل أن يوصله اليه ومتى عينه بالقول تعين فان ذبحه فسرق أو عطب فلا شيء عليه قال احمد رحمه الله اذا نحر فلم يطعمه حتى سرق

ابن عمر وفعله بلا خلاف ولان النبي ﷺ كان يعجبه التيمن في شأنه كله . واذا ساق الهدي من قبل الميقات استحب اشعاره وتقليده من الميقات لحديث ابن عباس وان ترك الاشعار والتقليد فلا بأس لان ذلك غير واجب .

(فصل) ولا يسن الهدي الا من بهيمة الانعام لقول الله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وأفضله الابل ثم البقر ثم الغنم لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً

لاشيء عليه ، فانه اذا نحر فقد فرغ وبهذا قال الثوري وابن القاسم صاحب مالك وأصحاب الرأي . وقال الشافعي : عليه الاعادة لانه لم يوصل الحق الى مستحقه فأشبه مالو لم يذبحه . ولنا انه أدى الواجب عليه فبرىء منه كما لو فرقه ، ودليل انه أدى الواجب انه لم يبق الا التفرقة وليست واجبة لانه لو خلى بينه وبين الفقراء أجزأه ولذلك لما نحر النبي ﷺ البدنات قال « من شاء اقتطع » واذا عطب هذا المعين أوتعيب عيبا يمنع الاجزاء لم يجزئه ذبحه عما في الذمة لان عليه هديا سليما ولم يوجد وكذلك اذا عين عن الاضحية التي في الذمة شاة فهلكت أو تعيبت بما يمنع الاجزاء لم تجزىء لان ذمته لم تبرأ الا بذبح شاة سليمة كما لو نذر عتق رقبة أوكان عليه عتق رقبة في كفارة فاشتراها سليمة ثم عابت عنده لم تجزئه عما في ذمته بخلاف مالو نذر عتق عبد معين فعاب فانه يجزىء عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل له استرجاع هذا العاطب والمعيب ؟ على روايتين)

(احداهما) له استرجاعه الى ملكه فيصنع به ماشاء . هذا ظاهر كلام الخرقي ورواه ابن المنذر عن أحمد والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ونحوه عن عطاء لانه انما عينه عما في ذمته فاذا لم يقع عنه عاد الى صاحبه كمن أخرج زكاته فبان انها غير واجبة . وقال مالك : يأكل ويطعم من أحب من الاغنياء والفقراء ولا يبيع منه شيئا . ولنا ماروى سعيد باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : اذا اهديت هديا واجبا فعطب فانحره ثم كله ان شئت واهده ان شئت وبعه ان شئت . ويقوّم به في هدي آخر ولانه متى كان له أن يأكل ويطعم الاغنياء كان له بيعه لانه ملكه (والثانية) لا يرجع المعين الى ملكه لانه قد تعلق به حق الفقراء بتعيينه فلزم ذبحه كما لو عينه بنذره ابتداء

(فصل) فان عين معيبا عما في ذمته لم يجزه ويلزمه ذبحه على قياس قوله في الاضحية اذا عينها معيبة لزمه ذبحها ولم يجزه ، وان عين صحيحا فهلك أو تعيبت بغير تفريطه لم يلزمه أكثر مما كان واجبا في الذمة لان الزائد لم يجب في الذمة ، وانما تعلق بالعين فسقط بتلفها كأصل الهدي اذا لم يجب بغير التعيين ، واذا أتلفه أو تلف بتفريطه لزمه مثل المعين ان كان زائداً عما في الذمة لان الزائد تعلق به حق الله تعالى فاذا فوته لزمه ضمانه كالهدي المعين ابتداء

أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » متفق عليه ، وقال ابن عباس لامرأة أصابها زوجها في العمرة عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك قالت أي النسك أفضل ؟ قال ان شئت فناقة وان شئت فبقرة قالت أي ذلك أفضل ؟ قال انحري ناقة» رواه الاثرم، ولان ما كان اكثر لحما كان أنفع للفقراء ولذلك أجزأت البدنة مكان سبع من الغنم والشاة أفضل من سبع بدنة لان لحمها أطيب والضأن أفضل من المعز لذلك .

(فصل) والذكر والانثى في الهدي سواء وممن أجاز ذكران الابل ابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز ومالك وعطاء والشافعي ، وعن ابن عمر انه قال ما رأيت أحداً فاعلا ذلك ، وان انحر أنثى أحب الى والاول أولى لان الله تعالى قال (والبدن جعلناها لكم من شعائر الله) ولم يذكر ذكراً ولا أنثى ، وقد

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان ضلت فذبح بدلها ثم وجدها)

إذا ضل المعين فذبح غيره ثم وجده أو عين غير الضال بدلا عما في الذمة ثم وجد الضال ذبحهما معاً . روي ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها أهدت هديين فأضلتهما فبعث اليها ابن الزبير بهديين فنحرتهما ثم عاد الضالان فنحرتهما وقالت : هذه سنة الهدي ، رواه الدارقطني ، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ، ولانه تعلق حق الله تعالى بهما بايجابهما أو ذبح أحدهما وايجاب الآخر ، ويتخرج ان يرجع إلى ملكه أحدهما بناء على المسئلة التي قبلها فيما اذا عين عما في الذمه شاة فعطبت أو تعيبت انها ترجع إلى ملكه لانه قد ذبح عما في الذمة فلم يلزمه شيء آخر كما لو عطب المعين وهذا قول أصحاب الرأي

(فصل) اذا غصب شاة فذبحها عما في ذمته لم يجزه وان رضي مالكها وسواء عوضه عنها أو لم يعوضه وقال أبو حنيفة يجزيه ان رضي مالكها . ولنا ان هذا لم يكن قربة في ابتدائه فلم يصر قربة في أثنائه كما لو ذبحها للاكل ثم نوى بها التقرب وكما لو أعتق عبداً ثم نواه عن كفارته

(فصل) ولا يبرأ من الهدي الا بذبحه أو نحره لان النبي ﷺ نحر هديه فان نحره بنفسه أو وكل من نحره أجزاه وكذلك ان نحره انسان بغير اذنه في وقته وفيه اختلاف ذكرناه ، وان دفعه الى الفقراء سليما فنحروه أجزأ عنهم لانه حصل المقصود بفعلهم فأجزأه كما لو ذبحه غيرهم وان لم ينحروه فعليه ان يسترده منهم وينحره . فان لم يفعل أو لم يقدر فعليه ضمانه لانه فوته بتفريطه في دفعه اليهم سليما

(فصل) ويباح للفقراء الاخذ من الهدي اذا لم يدفعه اليهم باحد شيئين (أحدهما) الاذن فيه لفظا كما قال النبي ﷺ « من شاء اقتطع » (والثاني) دلالة الحال على الاذن كالتخلية بينهم وبينه ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يباح الا باللفظ . ولنا قول النبي ﷺ « اصبغ نعلها في دمها واضرب به صفحتها » دليل على ان ذلك وشبهه كاف من غير لفظ ولولا ذلك لم يكن هذا مفيدا

(فصل) قال رحمه الله : سوق الهدي مسنون لا يجب الا بالنذر لان النبي ﷺ فعله فساق

ثبت أن النبي ﷺ أهدى جملا لابي جهل في أنفه برة من فضة رواه أبو داود وابن ماجه ولانه يجوز من سائر أنواع بهيمة الانعام ، ولذلك قال النبي ﷺ « فكأنما قرب كبشاً أقرن » فكذلك من الابل ولان القصد اللحم ولحم الذكر أوفر ولحم الانى أرطب فيتساويان. قال احمد الخصي أحب الينا من النعجة وذلك لان لحمه أوفر وأطيب

«مسئلة» قال (ومن وجبت عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم أجزأه)

ظاهر هذا أن سبعا من الغنم يجزيء عن البدنة مع القدرة عليها سواء كانت البدنة واجبة بنذر أو جزاء صيد أو كفارة وطء ، وقال ابن عقيل انما يجزيء ذلك عنها عند عدمها في ظاهر كلام أحمد

في حجته مائة بدنة وكان يبعث بهديه وهو بالمدينة وليس بواجب لان النبي ﷺ لم يأمر به والاصل عدم الوجوب فان نذره وجب لقول النبي ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ولانه نذر طاعة فوجب الوفاء به كنذور الطاعات [1]

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يقفه بعرفة ويجمع بين الحل والحرم ولا يجب ذلك)

روي استحباب ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وكان ابن عمر لا يرى الهدي الا ماعرف به ونحوه عن سعيد بن جبير . وقال مالك : أحب للقارن يسوق هديه من حيث يحرم فان ابتاعه من دون ذلك مما يلي مكة بعد أن يقفه بعرفة جاز ، وقال في هـدي المجامع ان لم يكن ساقه فليشـتره من مكة ثم ليخرجه الى الحل وليسقه الى مكة . ولنا أن المراد من الهدي نحره ونفع المساكين بلحمه وهـذا لا يقف على شيء مما ذكروه ولم يرد بما قالوه دليل يوجبه فبقي على أصله

﴿ مسئلة ﴾ (ويسن إشعار البدن وهو أن يشق صفحة سنامها حتى يسيل الدم ويقلدها ويقلد الغنم النعل وآذان القرب والعرى) يسن تقليد الابل والبقر وإشعارها وهو أن يشق صفحة سنامها الايمن حتى يدميها في قول أهل العلم وقال أبوحنيفة هذا مثله غير جائز لان النبي ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان ولانه إيلام فهو كقطع عضو منه ، وقال مالك : ان كانت البقرة ذات سنام فلا بأس باشعارها وإلا فلا

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنهـا قالت : فتلت قلائد هدي رسول الله ﷺ ثم أشـعرها وقلدها . متفق عليه ، وفعله الصحابة فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به ولانه إيلام لغرض صحيح فجاز كالكي والوسم والحجامة وفائدته أن لا تختلط بغيرها وأن يتوقاها اللص ولا يحصل ذلك بالتقليد بمفرده لانه يحتمـل أن ينحل ويذهب وقياسهم ينتقض بالكي وبشعر البقرة لأنها من البدن فتشـعر كذات السنام . أما الغنم فلا يسن إشعارها لانها ضعيفة وصوفها وشعرها يستر موضع إشعارها . اذا ثبت هذا فالسـنة الاشعار في صفحتها اليمنى ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال مالك وأبو يوسـف بل

[1] هذا تشبيه للشيء بنفسه ولا حاجة الى القياس مع النص

لان ذلك بدل عنها فلا يصار اليه مع وجودها كسائر الابدال . فأما مع عدمها فيجوز لما روى ابن عباس قال : أتى النبي ﷺ رجل فقال : ان علي بدنة وأنا موسر لها ولا أجدها فاشتريها ؟ فامره النبي ﷺ أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن رواه ابن ماجه، ولنا أن الشاة معدولة بسُبع بدنة وهي أطيب لحما فاذا عدل عن الادنى الى الاعلى جاز كما لو ذبح بدنة مكان شاة.

(فصل) ومن وجب عليه سبع من الغنم في جزاء الصيد لم يجزئه بدنة في الظاهر لان سبعا من الغنم أطيب لحماً فلا يعدل عن الاعلى الى الادنى ،وان كان ذلك في كفارة محظور أجزأه بدنة لان الدم الواجب فيه ما استيسر من الهدي وهو شاة أو سبع بدنة ، وقد كان اصحاب النبي ﷺ يتمتعون فيذبحون البقرة عن سبعة قال جابر كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها،

يشعرها في صفحتها اليسرى ، وعن أحمد مثله لان ابن عمر فعله . ولنا ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ صلى بذي الحليفة ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الايمن وسلت الدم عنها بيده . رواه مسلم . وأما ابن عمر فقد روي عنه كمذهبنا رواه البخاري ثم فعل النبي ﷺ أولى من فعل ابن عمر بغير خلاف ولان النبي ﷺ كان يعجبه التيمن في شأنه كله واذا ساق الهدي من قبل الميقات استحب اشعاره وتقليده من الميقات لحديث ابن عباس : وان كانت غنما استحب أن يقلدها نعلا أو آذان القرب أو علاقة إداوة أو عروة ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يسن تقليد الغنم لانه لو كان سنة لنقل كما نقل في الابل . ولنا ما روي أن عائشة رضي الله عنها قالت : كنت أفتل القلائد للنبي ﷺ رواه البخاري ولانه اذا سن تقليد الابل مع انه يمكن تعريفها بالاشعار فالغنم أولى وان ترك التقليد والاشعار فلا شيء عليه لانه غير واجب

﴿ مسئلة ﴾ (واذا نذر هديا مطلقاً فأقل ما يجزئه شاة أو سبع بدنة أو بقرة لان المطلق في النذور يحمل على المعهود الشرعي ، والهدي الواجب في الشرع انما هو من النعم وأقله ما ذكرناه فحمل عليه ولهذا لما قال الله تعالى في المتعة (فما استيسر من الهدي) حمل على ما قلنا فان اختار اخراج بدنة كاملة فهو أفضل وهل تكون كلها واجبة على وجهين ذكرناهما في باب الفدية)

﴿ مسئلة ﴾ (ومن نذر بدنة أجزأته بقرة) قد ذكرنا ذلك في باب الفدية

﴿ مسئلة ﴾ (فان عين بنذره أجزأه ما عينه صغيراً كان أو كبيراً من الحيوان وغيره وعليه ايصاله الى فقراء الحرم الا أن يعينه بموضع سواه)

إذا عين الهدي بشيء لزمه ما عينه وأجزأه سواء كان من بهيمة الانعام أو من غيرها وسواء كان حيوانا أو غيره مما ينقل أو مما لا ينقل فان النبي ﷺ قال « من راح يعني الى الجمعة في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » فذكر الدجاجة والبيضة في الهدي وعليه إيصاله الى فقراء الحرم لانه سماه هديا وأطلق فيحمل على محل الهدي المشروع

وفي لفظ أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الابل والبقر كل سبعة منا في بدنة رواه مسلم .

(فصل) ومن وجبت عليه بقرة أجزأته بدنة لانها اكثر لحما وأوفر ويجزئه سبع من الغنم لانها تجزيء عن البدنة فعن البقرة أولى ومن لزمه بدنة في غير النذر وجزاء الصيد اجزأته بقرة لما روى أبو الزبير عن جابر قال: كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له والبقرة ؟ فقال وهل هي الا من البدن، فاما في النذر فقال ابن عقيل يلزمه ما نواه فان أطلق فعنه روايتان (إحداهما) تجزئه البقرة لما ذكرنا من الخبر (والاخرى) لاتجزئه الا ان يعدم البدنة ، وهذا قول الشافعي لانها بدل فاشترط عدم المبدل والاولى أولى للخبر ولان ما أجزأ عن سبعة في الهدايا ودم المتعة اجزأ في النذر بلفظ البدنة كالجزور

(فصل) ويجوز أن يشترك السبعة في البدنة والبقرة سواء كان واجبا أو تطوعا وسواء أراد جميعهم

وقد قال سبحانه (ثم محلها الى البيت العتيق) فان كان مما ينقل كالعقار باعه و بعث ثمنه الى الحرم فتصدق به فيه وكذلك اذا نذر هديا مطلقا أو معينا وأطلق مكانه وجب عليه ايصاله الى فقراء الحرم وجوز أبو حنيفة ذبحه حيث شاء كما لو نذر الصدقة بشاة . ولنا قوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) ولان النذر يحمل على المعهود شرعا والمعهود في الهدي الواجب بالشرع كهدي المتعة وشبهه ان ذبحه يكون في الحرم كذا ههنا فان عين نذره بموضع غير الحرم لزم ذبحه فيه ويفرق لحمه على مساكينه أو اطلاقه لهم لما روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال اني نذرت أن أنحر ببوانة . قال « أبها صنم ؟ » قال لا . قال « أوف بنذرك » رواه أبو داود فان نذر الذبح بموضع فيه صنم أو شيء من الكفر أو المعاصي كبيوت النار والكنائس والبيع واشباه ذلك [1] لم يصح نذره لعموم هذا الحديث ولانه نذر معصية فلا يوف به لقول النبي ﷺ «لا نذر في معصية الله» ولقوله عليه السلام « من نذر أن يعصي الله فلا يعصه »

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يأكل من هديه ولا يأكل من واجب الا من دم المتعة والقران)

يستحب أن يأكل من هديه وسواء في ذلك ما أوجبه بالتعيين من غير أن يكون واجبا في ذمته وما نحره تطوعا من غير أن يوجبه لقول الله تعالى (فكلوا منها) وأقل أحوال الامر الاستحباب ، ولان النبي ﷺ أكل من بدنه ، وقال جابر : كنا لا نأكل من بدننا فوق ثلاث فرخص لنا رسول الله ﷺ فقال « كلوا وتزودوا » فأكلنا وتزودنا رواه البخاري . والمستحب أن يأكل اليسير كما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فاكلا منها وحسيا من مرقها ولانه نسك فاستحب الاكل منه كالاضحية وله التزود والاكل كثيراً كما جاء في حديث جابر وتجزئه الصدقة باليسير منها كما في الاضحية فان أكلها كلها ضمن المشروع للصدقة منها كما في الاضحية ، وقال ابن عقيل : حكمه في الاكل والتفريق حكم الاضحية ، وحديث جابر في أن النبي ﷺ انما أمر من كل جزور ببضعة يدل على خلاف قوله ولان الهدي يكثر بخلاف الاضحية . وان

[1] اي مما يفعله المبتدعة من تقديس بعض الموتى والذبح لهم بنذر وبغير نذر

القربة أو بعضهم وأراد الباقون اللحم . وقال مالك لا يجوز الاشتراك في الهدي ، وقال أبو حنيفة يجوز إذا كانوا متقربين كلهم ، ولا يجوز اذا لم يرد بعضهم القربة ، وحديث جابر يرد قول مالك ، ولنا على ابي حنيفة أن الجزء المجزى لاينقص بارادة الشريك غير القربة فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فاراد بعضهم المتعة والآخر القران ويجوز أن يقتسموا اللحم لان القسمة افراز حق وليست بيعاً

«مسئلة» قال (وما لزم من الدماء فلا يجزيء الا الجذع من الضأن والثني من غيره)

هـذا في غير جزاء الصيد . فأما جزاء الصيد فنه جفرة وعناق وجدي وصحيح ومعيب ، وأما في غيره مثل هدي المتعة وغيره فلا يجزيء الا الجذع من الضأن وهو الذى له ستة أشهر والثني من

لم يأكل فحسن فان النبي ﷺ لما نحر البدنات الخمس قال « من شاء اقتطع » وظاهره أنه لم يأكل منهن شيئا ، وقال بعض أهل العلم يجب الاكل منها لظاهر الامر . ولنا الحديث المذكور ولانها ذبيحة يتقرب الى الله تعالى بها فلم يجب الاكل منها كالعقيقة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يأكل من واجب الا دم المتعة والقران دون ما سواهما)

نص عليه احمد لان سببهما غير محظور فاشبها هدي التطوع ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وعن احمد أنه يحرم الاكل من النذور وجزاء الصيد ويأكل مما سواهما وهو قول ابن عمر وعطاء والحسن واسحق لان جزاء الصيد بدل والنذر جعله لله تعالى بخلاف غيرهما وقال ابن أبي موسى : لا يأكل أيضا من الكفارة ويأكل مما سوى الثلاثة ونحوه مذهب مالك ، لان ما سوى الثلاثة لم يسمه للمساكين ولا مدخل للاطعام فيه فاشبه التطوع وقال الشافعي لا يأكل من واجب لانه هدي وجب بالاحرام فلم يجز الاكل منه كدم الكفارة

ولنا أن أزواج النبي ﷺ تمتعن معه في حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة فصارت قارنة ثم ذبح عنهن النبي ﷺ البقر فأكلن من لحومها ، قال أحمد قد أكل من البقر أزواج النبي ﷺ في حديث عائشة . وقالت عائشة إن النبي ﷺ أمر من لم يكن معـه هدي اذا طاف بالبيت أن يحل فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ماهذا ؟ فقيل ذبح النبي صلى الله عليه وسلم عن أزواجه . وقال ابن عمر تمتع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فساق الهـدي من ذي الحليفة . متفق عليه ، وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فأكل هو وعلي من لحمها وشربا من مرقهـا رواه مسلم . ولانهما دما نسك أشبها التطوع ولا يجوز الأكل من غـيرهما لأنه وجب بفعل محظور أشبه جزاء الصيد

(فصل) فان أكل مما منع من أكله ضمنه بمثله لحماً لان الجميع مضمون عليه بمثله حيواناً فكذلك ابعاضه ، وكذلك إن أعطى الجازر منها شيئاً ضمنه بمثله فان أطعم غنياً منها على سبيل الهدية جاز كما

غيره وثني المعز ماله سنة وثني البقر له سنتان وثني الابل له خمس سنين ، وبهذا قال مالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي ، وقال ابن عمر والزهري لا يجزيء الا الثني من كل شيء ، وقال عطاء والاوزاعي يجزيء الجذع من الكل الا المعز ، ولنا على الزهري ما روي عن أم بلال بنت هلال عن أبيها ان رسول الله ﷺ قال « لايجوز الا الجذع من الضأن أضحية » وعن عاصم بن كليب قال كنا مع رجل من اصحاب رسول الله ﷺ يقال له مجاشع من بني سليم فعزت الغنم فأمر مناديا فنادى إن رسول الله ﷺ كان يقول « إن الجذع يوفي ماتوفي منه الثنية » وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ «لاتذبحوا الامسنة الاأن يعسر عليكم فتذبحوا جذعا من الضأن» رواهن ابن ماجه ، وروى حديث جابر مسلم وأبو داود وهذا حجة على عطاء والاوزاعي وحديث أبي بردة بن نيار حين قال يارسول الله انعندي عناقا جذعا هي خير من شاتي لحم ؟ فقال « تجزئك ولا تجزيء عن أحد بعدك » أخرجه أبوداود والنسائي، وفي لفظ إنعندي داجنا جذعة من المعز .قال

يجوز له ذلك في الاضحية لان ماملك أكله ملك هديته ، وإن باع شيئاً منها أو أتلفه ضمنه بمثله لأنه ممنوع من ذلك فأشبه عطيته للجازر ، وإن أتلف أجنبي منه شيئاً ضمنه بقيمته لانه من غير ذوات الامثال فضمنه بقيمته كما لو أتلف لحماً لآدمي معين

(فصل) قال رحمه الله (والاضحية سنة مؤكدة لاتجب إلا بالنذر)

أكثر أهل العلم يرون الاضحية سنة مؤكدة غير واجبة . روي ذلك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سويد بن غفلة وسعيد بن المسيب وعلقمة والاسود وعطاء والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ربيعة ومالك والثوري والليث والاوزاعي وأبو حنيفة هي واجبة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » وعن مخنف بن سليم أن النبي ﷺ قال « ياأيها الناس إن على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة » ولنا ماروى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « ثلاث كتبن عليّ وهن لكم تطوع » وفي رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » ولان النبي ﷺ قال « من أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً » رواه مسلم . علقه على الارادة والواجب لايعلق على الارادة ، ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها فلم تكن واجبة كالعقيقة، وحديثهم قد ضعفه أصحاب الحديث ثم نحمله على الاستحباب كما قال «غسل الجمعة واجب على كل محتلم» وقال: «من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا» وقد روي عن أحمد في اليتيم يضحي عنه وليه اذا كان موسراً ، قال أبو الخطاب وهذا يدل على أنها واجبة والصحيح أن هذا على وجه التوسعة عليه لا سبيل الايجاب . فان نذرها وجبت لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من نذر أن يطيع الله فليطعه » وهذا نذر طاعة

أبو عبيد الهروي قال ابراهيم الحربي انما يجزىء الجذع من الضأن في الاضاحي لانه ينزو فيلقح فاذا كان من المعز لم يلقح حتى يصير ثنيا .

(فصل) ويمنع من العيوب في الهدي مايمنع في الاضحية . قال البراء بن عازب قام فينا رسول الله ﷺ فقال « أربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ظلعها ،والكسيرة التي لاتنقي » قال قلت : اني اكره ان يكون في السن نقص قال ماكرهت فدعه ولا تحرمه على احد رواه أبو داود والنسائي ، وبهذا قال عطاء قال أما الذي سمعناه فالاربع وكل شيء سواهن جائز ومعنى قوله « البين عورها » أي انخسفت عينها وذهبت فان ذلك ينقصها لان شحمة العين عضو مستطاب فلو كان على عينها بياض ولم تذهب العين جازت التضحية بها لان ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وذبحها أفضل من الصدقة بثمنها نصّ عليه)

وبهذا قال ربيعة وأبو الزناد ، وروي عن بلال أنه قال ماأبالي ألا أضحي الا بديك ولان أضعه في يتيم قد ترب فوه أحب إلي من أن أضحي ، وبهذا قال الشعبي وأبو ثور وقالت عائشة لان أتصدق بخاتمي هذا أحب إلي من أن أهدي إلى البيت ألفاً . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى والخلفاء بعده ، ولو علموا أن الصدقة أفضل لعدلوا اليها ، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ماعمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من اراقة دم ، وانه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها ، وان الدم ليقع من الله عز وجل بمكان قبل أن يقع على الارض فطيبوا بها نفساً » رواه ابن ماجه ، ولان إيثار الصدقة على الاضحية يفضي إلى ترك سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول عائشة في الهدي لافي الاضحية

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن يأكل ثلثها ، ويهدي ثلثها ، ويتصدق بثلثها ، وإن أكل أكثر جاز)

قال أحمد نحن نذهب إلى حديث عبد الله يأكل هو الثلث ، ويطعم من أراد الثلث، ويتصدق على المساكين بالثلث . قال علقمة بعث معي عبد الله بهديه فأمرني أن آكل ثلثها ، وأن أرسل إلى أهل أخيه بثلث ، وأن أتصدق بثلث . وعن ابن عمر قال : الضحايا والهدايا ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين ، وهذا قول اسحاق وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر : يجعلها نصفين يأكل نصفها ويتصدق بنصف لقول الله تعالى (فكلوا منها واطعموا البائس الفقير) وقال أصحاب الرأي ماكثر من الصدقة فهو أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم أهدى مائة بدنة وأمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فأكل هو وعلي من لحمها وحسيا من مرقها، ونحر خمس بدنات أو ست بدنات وقال « من شاء اقتطع » ولم يأكل منهن شيئاً . ولنا ماروى ابن عباس في صفة أضحية النبي صلى الله عليه وسلم قال : ويطعم أهل بيته الثلث ، ويطعم فقراء جيرانه الثلث ، ويتصدق على السؤال بالثلث . رواه الحافظ أبو موسى في الوظائف وقال حديث حسن ، ولانه قول ابن مسعود وابن عمر ولم يعرف لهما مخالف في

«قاعدة» تفاضل الاعمال في انفسها لا يقتضي ترك نوع مشروع منها لغيره أو حلوله محله وكل منها افضل في زمانه ومكانه من غيره حتى مما هو أفضل منه في نفسه ؛ واجبا كان او مستحبا كالتلبية والنسك والتكبير في العيد . . .

لا ينقصها في اللحم ، والعرجاء البين عرجها التي عرجها متفاحش يمنعها السير مع الغنم ومشاركتهن في العلف ويهزلها ، والتي لا تنقى التي لامخ فيها لهزالها ، والمريضة قيل هي الجرباء لان الجرب يفسد اللحم وظاهر الحديث ان كل مريضة مرضاً يؤثر في هزالها أو في فساد لحمها يمنع التضحية بها ، وهذا أولى لتناول اللفظ له والمعنى . فهذه الاربع لا نعلم بين اهل العلم خلافا في منعها ويثبت الحكم فيما فيه نقص اكثر من هذه العيوب بطريق التنبية فلا تجوز العمياء لان العمى اكثر من العور ولا يعتبر مع العمى انخساف العين لانه يخل بالمشي مع الغنم والمشاركة في العلف اكثر من اخلال العرج ولا يجوز ماقطع منها عضو مستطاب كالالية لان ذلك أبلغ في الاخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين . فأما العضباء وهي ما ذهب نصف اذنها أو قرنها فلا تجزيء ، وبه قال أبو يوسف ومحمد في عضباء الاذن ، وعن

الصحابة . ولان الله تعالى قال (فكلوا منها واطعموا القانع والمعترّ) والقانع السائل ، يقال قنع قنوعا اذا سأل ، والمعتر الذي يعتريك أي يتعرض لك لتطعمه ولا يسأل فذكر ثلاثة أصناف فينبغي أن يقسم بينهم أثلاثا ، وأما الآية التي احتج بها أصحاب الشافعي فان الله تعالى لم يبين قدر المأكول منها والمتصدق به وقد نبه عليه في آيتنا وفسره النبي صلى الله عليه وسلم بفعله وابن عمر بقوله ، وأما خبر أصحاب الرأي فهو في الهدي ، والهدي يكثر فلا يتمكن الانسان من قسمه وأخذ ثلثه فيتعين الصدقة . والامر في هذا واسع فلو تصدق بها كلها أو بأكثرها جاز ، وإن أكلها كلها إلا أوقية تصدق بها أجزأ لان الله تعالى أمر بالأكل والاطعام منها ولم يقيده بشيء فمتى أكل وأطعم فقد أتى بما أمر . وقال أصحاب الشافعي يجوز أكلها كلها . ولنا أن الله تعالى قال (فكلوا منها واطعموا البائس الفقير) وظاهر الامر الوجوب ، وقال بعض أهل العلم يجب الأكل منها ولا تجوز الصدقة بجميعها للأمر بالأكل . ولنا أن النبي ﷺ نحر خمس بدنات وقال « من شاء فليقتطع » ولم يأكل منهن شيئاً ، ولانها ذبيحة يتقرب بها إلى الله تعالى فلم يجب الاكل منها كالعقيقة فيكون الأمر للاستحباب أو للاباحة كالأمر بالأكل من الثمار والزروع والنظر اليها

(فصل) ويجوز أن يطعم منها كافراً وبهذا قال الحسن وأبو ثور وأصحاب الرأي وكره مالك والليث اعطاء النصراني جلد الاضحية ، وقال مالك غيرهم أحب الينا . ولنا أنه طعام له أكله فجاز اطعامه الذمي كسائر طعامه ، ولانه صدقة تطوع فأشبه سائر صدقة التطوع ، وأما الصدقة الواجبة منها فلا يجزيء دفعه إلى كافر لانها واجبة فأشبهت الزكاة وكفارة اليمين

﴿مسئلة﴾ (فان أكلها كلها ضمن أقل مايجزيء في الصدقة منها) لقول الله تعالى (فكلوا منها واطعموا البائس الفقير) والامر يقتضي الوجوب ، ولان ما أبيح له أكله لا يلزمه غرامته ، ويلزم غرم ماوجبت به الصدقة لانه حق يجب عليه مع بقائه فلزمته غرامته اذا أتلفه كالوديعة ويضمنه بمثله لحماً لان ماضمن جميعه بحيوان ضمن بعضه بمثله وفيه قول آخر أنه يجب عليه ضمان ثلثها ذكره صاحب المحرر والاول أقيس وأصح

أحمد لاتجزيء ماذهب ثلث أذنها وبه قال ابوحنيفة ، وروي عن علي وعمار وسعيد بن المسيب والحسن تجزيء المكسورة القرن لان ذهاب ذلك لايؤثر في اللحم فاجزأت كالجماء ، وقال مالك ان كان يدمي لم يجز والاجاز ، ولنا ماروى علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يضحى بأعضب الاذن والقرن رواه النسائي وابن ماجه . قال قتادة فسألت سعيد بن المسيب فقال : نعم العضب النصف فأكثر من ذلك ويحمل قول علي رضي الله عنه ومن وافقه على ان كسر ما دون النصف لايمنع

(فصل) ويجزيء الخصي سواء كان مما قطعت خصيتاه أو مسلولا وهو الذي سلت بيضتاه أو موجوءاً وهو الذي رضت بيضتاه لان النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوءين والمرضوض كالمقطوع ولان ذلك العضو غير مستطاب وذهابه يؤثر في سمنه وكثرة اللحم وطيبه وهو المقصود ولا

(فصل) واذا نذر أضحية في ذمته ثم ذبحها فله أن يأكل منها ، وقال القاضي من أصحابنا يمنع من الاكل منها وهو ظاهر كلام أحمد وبناه على الهدي المنذور . ولنا أن النذر محمول على المعهود والمعهود من الاضحية الشرعية ذبحها والاكل منها والنذر لايغير من صفة المنذور إلا الايجاب وفارق الهدي فان الهدي الواجب بأصل الشرع لايجوز الاكل منه فالمنذور محمول عليه

(فصل) ويجوز ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث في قول عامة أهل العلم ولم يجزه علي وابن عمر رضي الله عنهما لان النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث . ولنا أن النبي قال « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث فامسكوا مابدالكم » رواه مسلم ، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « انما نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا وادخروا » قال أحمد رحمه الله فيه أسانيد صحاح ، فأما علي وابن عمر فلم تبلغهما الرخصة وقد كانا سمعا النهي فروياه على ماسمعوه

(فصل) ولا يضحي عما في البطن روي ذلك عن ابن عمر وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وليس للعبد والمدبر والمكاتب وأم الولد أن يضحوا إلا باذن ساداتهم لانهم ممنوعون من التصرف بغير اذنهم والمكاتب ممنوع من التبرع والاضحية تبرع ، فاما من نصفه حر اذا ملك بجزئه الحر فله أن يضحي بغير اذن سيده لان له التبرع بغير اذن

﴿ مسألة ﴾ (ومن أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا حتى يضحي وهل ذلك حرام ؟ على وجهين)

لما روت أم سلمة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا حتى يضحي » رواه مسلم ، وفي رواية « ولا من بشرته » رواه مسلم ظاهر هذا التحريم وهو قول بعض أصحابنا ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وسعيد بن المسيب ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا هو مكروه غير محرم ، وبه قال مالك والشافعي

نعلم في هذا خلافا وتجزي الجماء وهي التي لم يخلق لها قرن ، وحكي عن ابن حامد أنها لا تجزيء لان عدم القرن اكثر من ذهاب نصفه والاولى أنها تجزىء لان القرن ليس بمقصود ولا ورد النهي عما عدم فيه وتجزيء الصمعاء وهي التي لم يخلق لها اذن أو خلقت لها أذن صغيرة كذلك وتجزيء البتراء وهي المقطوعة الذنب كذلك .

(فصل) ويكره ان يضحي بمشقوقة الاذن أو ماقطع منها شيء او ما فيها عيب من هذه العيوب التي لا تمنع الاجزاء لقول علي رضي الله عنه أمرنا ان نستشرف العين والاذن ولا يضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء . قال زهير قات : لابي اسحاق ما المقابلة ؟ قال يقطع طرف الاذن قلت فما المدابرة ؟ قال يقطع مؤخر الاذن قلت : فما الخرقاء ؟ قال يشق الاذن قلت : فما الشرقاء ؟

لقول عائشة : كنت أفتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يقلدها بيده ثم يبعث بها ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدي : متفق عليه ، وقال أبو حنيفة لايكره ذلك لانه لايحرم عليه الوطء واللباس فلا يكره له حلق الشعر وتقليم الاظفار كما لو لم يرد أن يضحي . ولنا الحديث المذكور وظاهره التحريم وهذا يرد القياس وحديثهم عام وهذا خاص يجب تقديمه وتنزيل العام على ماعدا ماتناوله الحديث الخاص ، ولانه يجب حمل حديثهم على غير ماتناوله محل النزاع لوجوه (منها) أن أقل أحوال النهي الكراهة والنبي صلى الله عليه وسلم لم يكن ليفعل مانهي عنه وإن كان مكروها قال الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام (وما أريد أن أخالفكم إلى ماأنهاكم عنه) (ومنها) أن عائشة انما تعلم ظاهراً مايباشرها به من المباشرة أو مايفعله دائما كاللباس والطيب ، أما قص الشعر وتقليم الاظفار مما لايفعله في الايام إلا مرة فالظاهر أنها لم ترده بخبرها ، فان احتمل ارادته فهو احتمال بعيد وما كان هكذا فاحتمال تخصيصه قريب فيكفي فيه أدنى دليل وخبرنا دليل قوي فكان أولى بالتخصيص ولان عائشة تخبر عن فعله وأم سلمة تخبر عن قوله والقول يقدم على الفعل لاحتمال أن يكون فعله خاصا له ، اذا ثبت هذا فانه يترك قطع الشعر وتقليم الاظفار، فان فعل استغفر الله ولا فدية عليه اجماعا سواء فعله عمداً أو ناسيا

(فصل) قال ابن أبي موسى يستحب أن يحلق رأسه عقيب الذبح ولم يذكر له وجها والله أعلم ولعله لما كان ممنوعا منه قبل الذبح استحب له ذلك كالمحرم

(فصل) قال رضي الله عنه (والعقيقة سنة مؤكدة) العقيقة الذبيحة التي تذبح عن المولود ، وقيل هي الطعام الذي يصنع ويدعى اليه من أجل المولود . قال أبو عبيد العقيقة الشعر الذي على المولود ، وجمعها عقائق ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعر المولود عقيقة على عادتهم في تسمية الشيء باسم سببه أو ما يجاوره ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية بحيث لا يفهم من العقيقة عند الاطلاق إلا الذبيحة ، وقال ابن عبد البر : أنكر احمد هذا التفسير وقال : إنما العقيقة الذبح نفسه ، ووجهه أن أصل العق القطع ، ومنه عق والديه إذا قطعهما ، والذبح قطع الحلقوم والمريء والودجين.

قال يشق اذنها السمهرواه ابوداود والنسائي.قال القاضي الخرقا. التي انثقبت اذنها والشرقاء التي تشق اذنها وتبقى كالشاختين وهذا نهي تنزيه ويحصل الاجزاء بها لا نعلم في هذا خلافا

(فصل) يستحب لمن اتى مكة أن يطوف بالبيت لان الطواف بالبيت صلاة والطواف افضل من الصلاة والصلاة بعد ذلك يروى عن ابن عباس قال الطواف لكم يا أهل العراق والصلاة لاهل مكة، وقال عطاء الطواف للغرباء والصلاة لاهل البلد قال ومن الناس من يقول يزور البيت كل يوم من ايام منى ومنهم من يختار الاقامة بمنى لانها أيام منى واحتج ابو عبدالله بحديث أبي حسان عن ابن عباس ان رسول الله ﷺ كان يفيض كل ليلة.

(فصل) ويستحب لمن حج أن يدخل البيت ويصلي فيه ركعتين كما فعل النبي ﷺ ولا يدخل البيت بنعليه ولا خفيه ولا الحجر أيضا لان الحجر من البيت ولا يدخل الكعبة بسلاح ، قال وثياب

والعقيقة سنة في قول عامة أهل العلم منهم ابن عباس وابن عمر وعائشة وفقهاء التابعين وأئمة الامصار وقال أصحاب الرأي ليست سنة وهي من أمر الجاهلية لما روي أن النبي ﷺ سئل عن العقيقة فقال « ان الله لا يحب العقوق » فكأنه كره الاسم وقال « من ولد له مولود فأحب أن ينسك عنه فليفعل » رواه مالك في الموطأ وقال الحسن وداود هي واجبة وروي عن بريدة أن النـاس يعرضون عليها كما يعرضون على الصلوات الخمس لما روى سلمة بن جندب عن النبي ﷺ أنه قال « كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى ويحلق رأسه » وعن أبي هريرة مثله قال احمد اسناده جيد ، وروي حديث سمرة الاثرم وأبو داود ، وعن عائشة أن النبي ﷺ أمرهم عن الغلام بشاتين مكافئتين[1] وعن الجارية بشاة ، وظاهر الامر الوجوب

ولنا على أنها مستحبة هذه الاحاديث ، وعن أم كرز الكعبية قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « عن الغلام شاتان مكافأتان ، وعن الجارية شاة » وفي لفظ « عن الغلام شاتان مثلان ، وعن الجارية شاة ».رواه أبو داود وقد دل على استحبابها الاجماع . قال أبو الزناد من أمر الناس كانوا يكرهون تركه ، وقال احمد رضي الله عنه العقيقة سنة عن رسول الله ﷺ قد عق عن الحسن والحسين وفعله أصحابه ، وقال النبي ﷺ « الغلام مرتهن بعقيقته » وهو إسناد جيد يرويه أبو هريرة عن النبي ﷺ ومن جعلها من أمر الجاهلية فهو لأن هذه الاخبار لم تبلغه ، والدليل على عدم وجوبها ما احتج به أصحاب الرأي من الخبر ، وماروي فيها من الاخبار محمولة على تأكيد الاستحباب جمعاً بين الأخبار فانه أولى من التعارض ولأنها ذبيحة لسرور حادث فلم تكن واجبة كالوليمة

(فصل) وهي أفضل من التصدق بقيمتها نص عليه احمد قال : اذا لم يكن عنده مايعق فاستقرض رجوت أن يخلف الله عليه احيا سنة . قال أحمد احياء السنن واتباعها أفضل ، وقد ورد فيها من تأكيد الاحاديث التي رويناها مالم يرد في غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة) يروى ذلك عن ابن عباس وعائشة وهو قول أكثر القائلين بها . منهم الشافعي وأبو ثور وكان ابن عمر يقول: شاة شاة عن الغلام والجارية، لما روي

«١» قال النووي هي بكسر الفاء عند أهل اللغة والمحدثون يفتحونها . وههنا كتبت بالضبط الاول وفيما بعده بالثاني والمعنى واحد فالمكافيء مكافأ أي المساوي مساوًى

الكعبة اذا نزعت يتصدق بها ، وقال اذا أراد أن يستشفي بشيء من طيب الكعبة فليأت بطيب من عنده فليلزقه على البيت ثم يأخذه ولا يأخذ من طيب البيت شيئا ولا يخرج من تراب الحرم ولا يدخل فيه من الحل كذلك قال عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولا يخرج من حجارة مكة وترابها الى الحل والخروج أشد إلا أن ماء زمزم أخرجه كعب

(فصل) قال أحمد كيف لنا بالجوار بمكة قال النبي ﷺ إنك لأحب البقاع الى الله عز وجل ولولا إني أخرجت منك ماخرجت » وإنما كره الجوار بمكة لمن هاجر منها وجابر بن عبد الله جاور بمكة وجميع أهل البلاد ومن كان من أهل اليمن ليس بمنزلة من يخرج ويهاجر أي لا بأس به وابن عمر كان يقيم بمكة قال والمقام بالمدينة أحب الي من المقام بمكة لمن قوي عليه لانها مهاجر المسلمين وقال

أن النبي ﷺ عق عن الحسن شاة ، وعن الحسين شاة . رواه أبو داود وكان الحسن وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة لان العقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لايحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة . ولنا حديث عائشة وأم كرز وما رووه محمول على الجواز . اذا ثبت هذا فيستحب أن تكون الشاتان متماثلتين لقول النبي ﷺ شاتان مكافأتان ، وفي رواية مثلان قال احمد يعني متقاربتين أو متساويتين لما جاء من الحديث فيه ، ويجوز فيها الذكر والانثى لانه روي في حديث أم كرز أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول « عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ولا بأس أن تكون ذكوراً أو أناثاً » رواه سعيد وابن داود والذكر أفضل لان النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وضحى بكبشين والعقيقة تجري مجرى الاضحية والافضل في لونها البياض ويستحب استحسانها واستسمانها واستعظامها لما ذكرنا في الاضحية لانها تشبهها فان خالف ذلك أو عق بكبش واحد أجزأ لما روينا من حديث الحسن والحسين

﴿ مسئلة ﴾ (وتذبح يوم سابعه ويحلق رأسه ويتصدق بوزنه ورقا فان فات ففي أربعة عشر فان فات ففي إحدى وعشرين) السنة أن تذبح العقيقة يوم السابع لما ذكرنا من حديث سمرة . قال شيخنا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم القائلين بشروعيتها في استحباب ذبحها يوم السابع . يستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع ويسمى لحديث سمرة وأن يتصدق بوزن شعره من الفضة لما روي أن النبي ﷺ قال لفاطمة لما ولدت الحسن « احلقي رأسه وتصدقي بوزن شعره فضة على المساكين والاوقاص » يعني أهل الصفة رواه الامام احمد ، وروى سعيد في سننه عن محمد بن علي أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وضحى بكبشين . والعقيقة تجري مجرى الاضحية والافضل في لونها البياض ، وأنه تصدق بوزن شعورهما ورقاً وأن فاطمة رضي الله عنها كانت إذا ولدت ولداً حلقت شعره وتصدقت بوزن شعره ورقا : وإن سماه قبل السابع فحسن لان النبي ﷺ قال « ولد لي الليلة ولد فسميته باسم أبي ابراهيم » والغلام الذي جاء به أنس بن مالك فحنكه وسماه عبد الله . ويستحب أن يحسن اسمه لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « انكم تدعون يوم القيامة

النبي ﷺ لا يصبر أحد على لأوائها وشدتها إلا كنت له شفيعاً يوم القيامة

(فصل) ويستحب زيارة قبر النبي ﷺ لما روى الدارقطني باسناده عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « من حج فزار قبري بعد وفاتي فكأنما زارني في حياتي » وفي رواية « من زار قبري وجبت له شفاعتي » رواه باللفظ الاول سعيد ثنا حفص بن سليمان[1] عن ليث عن مجاهد عن ابن عمر وقال أحمد في رواية عبدالله عن يزيد بن قسيط عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « ما من أحد يسلم علي عند قبري[2] الا رد الله علي روحي حتى أرد عليه السلام » وإذا حج الذي لم يحج قط يعني من غير طريق الشام لا يأخذ على طريق المدينة لاني أخاف أن يحدث به حدث فينبغي أن يقصد مكة من أقصد الطرق ولا يتشاغل بغيره ويروى عن العتبي قال كنت جالساً عند قبر النبي ﷺ فجاء أعرابي فقال السلام

بأسمائكم وأسماء آبائكم فاحسنوا أسماءكم » رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام « أحب الاسماء إلى الله عبد الله وعبدالرحمن » رواه مسلم وهو حديث صحيح وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال « أحب الاسماء إلى الله أسماء الانبياء » وقال النبي ﷺ « تسموا باسمي ولا تكنوا بكنيتي » وفي رواية « لاتجمعوا بين اسمي وكنيتي »

(فصل) فان فات الذبح في السابع ففي أربع عشرة ، فان فات ففي إحدى وعشرين ، وهذا قول اسحاق لانه روي عن عائشة رضي الله عنها ، والظاهر أنها لا تقوله إلا توفيقاً فان ذبح قبل ذلك أو بعده أجزأ لحصول المقصود بذلك فان تجاوز إحدى وعشرين احتمل أن يستحب في كل سابع فيجعله في ثمان وعشرين ، فان لم يكن ففي خمس وثلاثين ، وعلى هذا قياساً على ماقبله ، واحتمل أن يجوز في كل وقت لان هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الاضحية وغيرها فان لم يعق أصلاً فبلغ الغلام وكسب فقد سئل احمد عن هذه المسألة فقال ذلك على الوالد يعني لا يعق عن نفسه لان السنة في حق غيره وقال عطاء والحسن يعق عن نفسه لانه مشروعة عنه ولانه مرتهن بها فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه ولنا أنها مشروعة في حق الوالد فلا يفعلها غيره كالاجنبي وكصدقة الفطر

(فصل) يكره أن يلطخ رأس الصبي بدم عن احمد والزهري ومالك والشافعي وابن المنذر وحكي عن الحسن وقتادة أنه مستحب ، وحكاه ابن أبي موسى قولاً في المذهب لما روي في حديث سمرة عن النبي ﷺ قال « الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ويدمى » رواه همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ابن عبدالبر لا أعلم أحداً قال هذا إلا الحسن وقتادة وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه لان النبي ﷺ قال « مع الغلام العقيقة فهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الاذى » رواه أبو داود وهذا يقتضي أن لا يمس بدم لانه أذى ، وروى يزيد بن عبد المزني عن أبيه أن النبي ﷺ قال « يعق عن الغلام ولا يمس رأسه بدم » قال مهنا ذكرت هذا الحديث لاحمد فقال : ماأظرفه . رواه ابن ماجه ولم يقل عن أبيه ، ولان هذا تنجيس له فلا يشرع كلطخه بغيره من النجاسات ، وقال بريدة كنا في الجاهلية إذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ويلطخ رأسه بدمها ، فلما جاء الاسلام كنا نذبح شاة

«١» حفص هذا منكر الحديث ضعفوه وتركوه كما قال احمد والبخاري ومسلم والنسائي وغيرهم بل كذبه بعضهم فأقل مايقال في هذا الحديث انه ضعيف منكر

«٢» رواه ابو داود بدون زيادة عند قبري وأشار السيوطي في الجامع الصغير الى ضعفه ولكن صححه بعضهم بشواهد له وآفته أبو صخر حميد ابن زياد الخراط اختلفوا فيه قيل ضعيف وقيل لا بأس به والروايتان عن احمد وغيره وقد انفرد به وما ينفرد به مثله لا يكون صحيحاً البتة

عليك يارسول الله سمعت الله يقول (ولو انهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما) وقد جئتك مستغفراً لذنبي مستشفعا بك الى ربي ثم أنشأ يقول:

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه ... فطاب من طيبهن القاع والأكم

نفسي الفداء لقبر أنت ساكنه ... فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف الاعرابي فحملتني عيني فنمت فرأيت النبي ﷺ في النوم فقال ياعتبي الحق الاعرابي فبشره أن الله قد غفر له [1] ويستحب لمن دخل المسجد أن يقدم رجله اليمنى ثم يقول بسم الله والصلاة على رسول الله اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد واغفر لي وافتح لي أبواب رحمتك واذا خرج قال مثل ذلك وقال وافتح لي أبواب فضلك لما روي عن فاطمة بنت رسول الله ﷺ ورضي الله عنها

[1] زاد بعضهم بشفاعتي قال صاحب الصارم المنكي هذه الحكاية لا يصح لها سند عن العتبي ولا هي مما يحتج به

ويحلق رأسه ونلطخه بزعفران. رواه أبو داود فاما رواية من روى ويدمى فقال أبو داود ويسمى أصح هكذا قال سلام بن أبي مطيع عن قتادة واياس بن دغفل عن الحسن ووهم همام وقال: ويدمى قال احمد قال فيه ابن أبي عروبة يسمى، وقال همام يدمى، وماأراه الا خطأ وقيل هو تصحيف من الراوي

﴿ مسئلة ﴾ (وينزعها أعضاء ولا يكسر عظمها وحكمها حكم الاضحية)

يستحب أن يفصلها أعضاء ولا يكسر عظامها لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت السنة شاتان مكافأتان عن الغلام وعن الجارية شاة يطبخ جدولا لا يكسر عظم ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك يوم السابع. قال أبو عبيد الهروي في العقيقة تطبخ جدولا لا يكسر لها عظم أي عضواً عضواً وهو الجدل بالدال غير المعجمة والارب والشلو والعضو والوصل كله واحد إنما فعل بها ذلك لانها أول ذبيحة ذبحت عن الغلام فاستحب ذلك تفاؤلا بالسلامة كذلك قالت عائشة وروي أيضاً عن عطاء وابن جريج وبه قال الشافعي

(فصل) وحكمها حكم الاضحية في سنها وما يجزيء منها، وما لايجزيء، ويستحب فيها من الصفة مايستحب فيها وكانت عائشة تقول ائتوني به أعين أقرن. قال عطاء الذكر أحب إلي من الانثى والضأن أحب الينا من المعز، ويكره فيها ما يكره في الاضحية وهي: الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة، ويستحب استشراف العين والاذن كما ذكرنا في الاضحية سواء لانها تشبهها فتقاس عليها وحكمها في الاكل والهدية والصدقة حكم الاضحية، وبهذا قال الشافعي وقال ابن سيرين اصنع بلحمها كيف شئت، وقال ابن جريج تطبخ بماء وملح وتهدى في الجيران والصديق ولا يتصدق منها بشيء وسئل احمد عنها فحكى قول ابن سيرين، وهذا يدل على أنه ذهب اليه وسئل هل يأكلها كلها؟ قال: لم أقل يأكلها كلها ولا يتصدق منها بشيء؟ والاشبه قياسها على الاضحية لانها نسيكة مشروعة غير واجبة أشبهت الاضحية، ولانها أشبهتها في صفتها وسنها وقدرها وشروطها فكذلك في مصرفها وإن طبخها ودعا من أكلها فحسن

(فصل) قال أحمد رحمه الله: يباع الجلد والرأس والسقط ويتصدق به ونص في الاضحية على

أن رسول الله ﷺ علمها أن تقول ذلك اذا دخلت المسجد .

ثم تأتي القبر فتولي ظهرك القبلة وتستقبل وسطه وتقول السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام عليك يانبي الله وخيرته من خلقه، أشهد أن لا اله الا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمد عبده ورسوله ، أشهد أنك قد بلغت رسالات ربك ، ونصحت لامتك، ودعوت الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة، وعبدت الله حتى أتاك اليقين ، فصلى الله عليك كثيراً كما يحب ربنا ويرضى، اللهم اجز عنا نبينا أفضل ماجزيت أحداً من النبيين والمرسلين، وابعثه المقام المحمود الذي وعدته يغبطه به الاولون والآخرون، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد، اللهم انك قلت وقولك الحق (ولو انهم اذ ظلموا انفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابًا رحيما) وقد اتيتك مستغفرا من ذنوبي، مستشفعاً بك الى ربي، فاسئلك يارب أن توجب لي المغفرة كما أوجبتها لمن أتاه في حياته، اللهم اجعله أول الشافعين، وأنجح السائلين، وأكرم الآخرين والاولين، برحمتك يا أرحم الراحمين. ثم يدعو لوالديه ولاخوانه والمسلمين اجمعين. ثم يتقدم قليلا ويقول السلام عليك يا أبابكر

خلاف هذا وهو أقيس في مذهبه لانها ذبيحة لله فلا يباع منها شيء كالهدي ، ولانه يمكن الصدقة به فلا حاجة إلى بيعه ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن ينقل حكم إحداهما إلى الاخرى فيخرج في المسئلتين روايتان ، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن الاضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت الهدي ، والعقيقة شرعت عند سرور حادث وتجدد نعمة أشبهت الذبح في الوليمة ، ولان الذبيحة ههنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ماشاء من بيع وغيره، والصدقة بثمن مابيع منها بمنزلة الصدقه به في فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك

(فصل) قال بعض أهل العلم : يستحب للوالد أن يؤذن في أذن ابنه حين يولد لما روى عبدالله ابن رافع عن أبيه ان النبي ﷺ أذن في أذن الحسن حين ولدته فاطمة ، وعن عمر بن عبدالعزيز أنه كان اذا ولد له مولود أخذه في خرقة فأذن في أذنه اليمنى وأقام في اليسرى وسماه وروينا ان رجلا قال لرجل عند الحسن يهنيه بابن : ليهنك الفارس، فقال الحسن :وما يدريك أفارس هو أو حمار ؟ فقال كيف نقول؟ قال قل، بورك لك في الموهوب، وشكرت الواهب، وبلغ أشده، ورزقت بره . وروي عن النبي ﷺ انه كان يحنك أولاد الانصار بالتمر . وروى أنس رضي الله عنه قال : ذهب بعبد الله بن أبي طلحة الى رسول الله ﷺ حين ولد قال « هل معك تمر ؟ » فناولته تمرات فلاكهن ثم فغرفاه ثم مجه فيه فجعل يتلمظ فقال رسول الله ﷺ « أنظروا الى حب الانصار التمر » وسماه عبد الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تسن الفرعة وهي ذبح أول ولد الناقة ولا العتيرة وهي ذبيحة رجب)

هذا قول علماء الامصار سوى ابن سيرين فانه كان يذبح العتيرة في رجب ويروي فيها شيئا

الصديق السلام عليك ياعمر الفاروق السلام عليكما ياصاحبي رسول الله ﷺ وضجيعيه ووزيريه ورحمة الله وبركاته اللهم اجزهما عن نبيهما وعن الاسلام خيرا سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار اللهم لاتجعله آخر العهد من قبر نبيك ﷺ ومن حرم مسجدك ياأرحم الراحمين

(فصل) ولا يستحب التمسح بحائط قبر النبي ﷺ ولا تقبيله قال أحمد ما أعرف هذا قال الاثرم رأيت أهل العلم من أهل المدينة لايمسون قبر النبي ﷺ يقومون من ناحية فيسلمون ، قال أبوعبد الله وهكذا كان ابن عمر يفعل، قال أما المنبرفقد جاء فيه يعني مارواه ابراهيم بن عبدالرحمن ابن عبدالقاري، أنه نظر إلى ابن عمر وهو يضع يده على مقعد النبي ﷺ من المنبر ثم يضعها على وجهه

(فصل) ويستحب لمن رجع من الحج ان يقول ماروى البخاري عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ كان اذا قفل من غزو أو حج او عمرة يكبر على كل شرف من الارض ثم يقول «لا إله الا الله وحده لاشريك له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، آئبون تائبون عابدون، لربنا حامدون، صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الاحزاب وحده

والفرعة والفرع بفتح الراء أول ولد الناقة كانوا يذبحونه لآلهتهم في الجاهلية فنهوا عنها قال ذلك أبو عمرو الشيباني وقال أبو عبيد : العتيرة هي الرجبية كان أهل الجاهلية اذا طلب أحدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة في رجب وهي العتائر ، والصحيح ان شاء الله تعالى انهم كانوا يذبحونها في رجب من غير نذر، جعلوا ذلك سنة فيما بينهم كالاضحية في الاضحى وكان منهم من ينذرها كما قد ينذر الاضحية بدليل قول النبي ﷺ « على كل أهل بيت أضحاة وعتيرة » وهذا الذي قاله النبي ﷺ في بدء الاسلام تقريراً لما كان في الجاهلية وهو يقتضي ثبوتها بغير نذر ثم نسخ بعد ، ولان العتيرة لوكانت هي المنذورة لم تكن منسوخة فان الانسان لو نذر ذبح شاة في أي وقت كان لزمه الوفاء بنذره وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت : أمرنا رسول الله ﷺ بالفرعة من كل خمسين واحدة. قال ابن المنذر : هذا حديث ثابت . ولنا على أنها لا تسن ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا فرع ولا عتيرة » متفق عليه. وهذا الحديث متأخر على الامر بها فيكون ناسخا ودليل تأخره أمران (أحدهما) ان راويه أبو هريرة وهو متأخر الاسلام فان اسلامه في سنة فتح خيبر وهي السنة السابعة من الهجرة (والثاني) ان الفرع والعتيرة كان فعلها أمراً متقدماً على الاسلام فالظاهر بقاؤهم عليه الى حين نسخه واستمرار النسخ من غير رفع له ، ولو قدرنا تقدم النهي عن الامر بها لكانت قد نسخت ثم نسخ ناسخها، وهذا خلاف الظاهر، اذا ثبت هذا فان المراد بالخبر نفي كونها سنة لا تحريم فعلها ولا كراهته فلو ذبح انسان ذبيحة في رجب أو ذبح ولد الناقة لحاجته الى ذلك أو للصدقة به واطعامه لم يكن ذلك مكروها والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثالث من المغني والشرح الكبير ويليه الجزء الرابع ﴾

فهرس

الجزء الثالث

من كتابي

المغني

م

و

الشرح الكبير

فهرس الجزء الثالث من كتابي المغني والشرح الكبير

« أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبهما بيناه باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلفظ آخر »

صحيفة

صحيفة

﴿ تم والحمد لله ﴾

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

و يليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الرابع

تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي مزدوج

أعاد طبعه بنفقته وأشرف على تصحيحه

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

• البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للاخذ والاعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة، وقال بعض أصحابنا هو الايجاب والقبول إذا تضمن عينين للتمليك، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه ودخول عقود سوى البيع فيه، والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وروى البخاري عن ابن عباس قال: كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج، وعن

بسم الله الرحمن الرحيم

(وبه نستعين)

كتاب البيع (*)

البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والاعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وقوله (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فانزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج، وعن ابن الزبير نحوه رواه البخاري، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم

(*) ليعلم أن كتاب البيع في الشرح الكبير متأخر عن موضعه هنا فقدمناه لاجل موافقته للمغني للاستفادة من الكتابين قراءة ومراجعة

الزبير نحوه ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » متفق عليه وروى رفاعة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يامعشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم اليه فقال « ان التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التاجر الصدوق الامين مع النبيين والصديقين والشهداء » قال الترمذي هذا حديث حسن في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبذله بغير عوض ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته

(فصل) والبيع على ضربين (أحدهما) الايجاب والقبول فالايجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل عليهما ، والقبول أن يقول اشتريت أو قبلت ونحوهما ، فان تقدم القبول على الايجاب بلفظ الماضي فقال ابتعت منك فقال بعتك صح لان لفظ الايجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الايجاب ، وان تقدم بلفظ الطلب فقال بعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان (احداهما) يصح كذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما اذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضا

« البيعان بالخيار مالم يتفرقا » متفق عليه ، وروى رفاعة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم الى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يامعشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم اليه فقال « ان التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه ، واجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله صاحبه بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما الى غرضه ودفع حاجته

﴿ مسئلة ﴾ (وله صورتان (إحداهما) الايجاب والقبول . فالايجاب ان يقول البائع بعتك أو ملكتك أو نحوها ، والقبول أن يقول المشتري ابتعت أو قبلت أو مافي معناهما فان تقدم القبول الايجاب جاز في احدى الروايتين)

إذا تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضي كقوله ابتعت منك فقال بعتك صح في أصح الروايتين لان لفظ القبول والايجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الايجاب (والثانية) لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالنكاح ولان القبول مبني على الايجاب فاذا لم يتقدم الايجاب فقد أتى بالقبول في غير محله فوجوده كعدمه ، فان تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك بكذا فقال بعتك ففيه روايتان أيضا (احداهما) يصح لما ذكرنا وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال . نص عليه احمد

فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل ان يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال نص عليه احمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

(الضرب الثاني) المعاطاة مثل أن يقول اعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه احمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم . قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء ، وحكي عن القاضي مثل هذا قال يصح في الاشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح الا بالايجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا

ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولان البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما وبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ، ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، ولان البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه

وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لان ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

﴿ مسئلة ﴾ (وان تراخى القبول عن الايجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه والا فلا) لان حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه ، فان تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لان العقد انما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام الا به

﴿ مسئلة ﴾ (الثانية المعاطاة) وهو أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه ، وقال القاضي لا يصح هذا الا في الشيء اليسير نص احمد على صحة هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء : وهو قول القاضي لان العرف انما جرى به في الشيء اليسير ومذهب الشافعي أن البيع لا يصح الا بايجاب وقبول ، وذهب بعض أصحابه الى مثل قولنا

ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفريق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولان البيع كان موجوداً بينهم معلوما عندهم . وانما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعاً ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ولان البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الايجاب والقبول لبينه النبي صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيراً واكلهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك

لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال الباطل ،ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولان الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك اجماعا ، وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه، وقد أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه. وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتي بطعام سأل عنه «أهدية أم صدقة؟» فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ،وان قيل هدية ضرب بيده وأكل معهم ،وفي حديث سلمان حين جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال :هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه« كلوا » ولم يأكل . ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله »وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب ، وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ، وفي أكثر الاخبار لم ينقل ايجاب ولا قبول وليس الا المعاطاة ،والتفرق عن تراض يدل على صحته ،ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضي فاذا وجد مايدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامها وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولان الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل انكاره قبل مخالفينا فكان اجماعاً ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة فاذا وجد مايدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامها وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

(فصل) وكذلك الحكم فى الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة فانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة . متفق عليه وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتي بطعام سأل عنه « أهدية أم صدقة ؟ » فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا »ولم يأكل وان قيل هدية ضرب بيده فأكل معهم .وفي حديث سلمان رضي الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لاتأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع الا بشروط سبعة (أحدها)التراضي به وهو أن يأتيا به اختياراً لقول الله تعالى(الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)فان كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط الا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه فيصح لانه قول حمل عليه بحق فصح كاسلام المرتد)

(فصل) (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد)فلايصح من غير عاقل

﴿ خيار المتبايعين ﴾

أي باب خيار المتبايعين فحذف اختصارا

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان البيع يقع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ماداما مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروئ ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد بالايجاب والقبول ولاخيار لهما لانه روي عن عمر رضي الله عنه :البيع صفقة أو خيار . ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع . ولنا ماروى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر،فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » رواه الائمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة الاسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحى بن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في حكم المسئلة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده . وقال الشافعي رحمه الله : لاأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث فان قيل المراد بالتفرق ههنا التفرق بالاقوال كما قال الله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي

كالطفل والمجنون والمبرسم والسكران والنائم لانه قول يعتبر له الرضى فلم يصح من غير عاقل كالاقرار وسواء أذن له وليه أو لم يأذن (فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما باذن وليهما) في احدى الروايتين (ولا يصح بغير اذنهما إلا في الشيء اليسير)

• يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في احدى الروايتين . وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف فأشبه غير المميز ، ولان العقل لايمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) معناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل تغبن أولا ولانه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه باذن وليه كالعبد ، وفارق غير المميز فانه لاتحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لايمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بتصرفاته وجريانها على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط لدفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فاما إن تصرف بغير اذن وليه

على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالاقوال والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه (منها) ان اللفظ لا يحتمل ماقالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم انهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع »(الرابع) انه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير ابي برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه فانه قد روي عنه ابو اسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ماقالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر اذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على ان قول عمر ليس بحجة اذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ،ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولان في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله ووهاء ماذكره المخالف في مقابلته والله أعلم

(الفصل الثاني) أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ولا خلاف في لزومه بعد التفرق والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لان الشارع علق عليه حكماولم يبينه فدل ذلك على انه أراد مايعرفه الناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء

لم يصح تصرفه الا في الشيء اليسير ، وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة وهو مبني على تصرف الفضولي وسنذكره ان شاء الله تعالى ، وكذلك الحكم في تصرف السفيه باذن وليه فيه روايتان (احداهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح وقياسا على الصبي المميز ،يحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فههنا أولى بالصحة ولاننا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثانية) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع مايساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهاتين ويصح تصرفه في الشيء اليسير كالصبي

(فصل) (الثالث : أن يكون المبيع مالا وهو مافيه منفعة مباحة لغير ضرورة)

(فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبذره والنحل منفرداً وفي كواراته) قوله لغير ضرورة احتراز من الميتة والمحرمات التي تباح في حال المخمصة والخمر يباح دفع اللقمة بها ، فكل عين مملوكة يجوز اقتناؤها والانتفاع بها في غير حال الضرورة يجوز بيعها إلا ما استثناه الشرع كالكلب وأم الولد والوقف لان الملك سبب إطلاق التصرف ،والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا اليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيح نفعه، وسواء في ذلك ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة

فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو أن يبعد منه بحيث لايسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة. قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الابدان فقال اذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا. وروى مسلم عن نافع قال: فكان ابن عمر اذا بايع فأراد أن لايقيله مشى هنيهة ثم رجع. وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت أو نحو ذلك، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه وان كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى وان كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي، فان كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لان الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشتري، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه علماه أو جهلاه، لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لانه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما ستراً أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا فالخيار بحاله، وان طالت المدة لعدم التفرق وروى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي الرضي قال: غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار

الانعام والخيل والصيود أو مختلفا في نجاسته كالبغل والحمار لا نعلم في ذلك خلافا، ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي إذا قلنا بجواز بيعها لانه ينتفع به في المال فأشبه طفل العبيد

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبذره وقال أبو حنيفة إن كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لانه لاينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بذره، ولنا أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك مايخرج منه أشبه البهائم ولان الدود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب، وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لايحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلا فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة كما ذكر في دود القز، ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام، واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لايجوز لانه لا يمكن مشاهدتها جميعها ولانها لاتخلو من عسل يكون مبيعا معها وهو مجهول. وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها منفردة عنها فانه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته، وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلا يشاهد إلا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان، فان لم يمكن مشاهدته لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

مالم يتفرقا» ما أراكما افترقتما . فان فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ولانه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ويكون الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الاكراه حتى يفارقه، وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما لان كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالما خشياه فهربا فزعا منه أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما

(فصل) وان خرس أحدهما قامت اشارته مقام لفظه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الاب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي. وان مات أحدهما بطل خياره لانه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضا لانه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم ، ويحتمل أن لا يبطل لان التفرق بالابدان لم يحصل فان حمل الميت بطل الخيار لان الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له ان يفارق صاحبه خشية أن يستقيله» رواه النسائي والاثرم والترمذي وقال حديث حسن. وقوله الا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقهما ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتا بعد تفرقهما، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه ان لا يكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق ، وظاهر

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها كالتي تعلق على صاحب الكلف فيمص الدم والديدان التي تترك في الشص فتصاد بها السمك وجهان : أصحهما جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لا يجوز بيعها لانها لا ينتفع بها إلا نادراً فاشبهت مالا نفع فيه .

(مسئلة) (ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقي . والاخرى لا يجوز اختارها أبو بكر)

يجوز بيع الهر وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنه كره ثمنها وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر ابن زيد اختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور رواه أبو داود

ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فجاز بيعه كالبغل والحمار ، ويمكن حمل الحديث على غير المملوك منها وعلى ما لا نفع فيه منها بدليل ما ذكرنا

(فصل) ويجوز بيع الفيل وسباع البهائم والطير الذي يصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغة وأشباه ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع الفهد والصقر والفيل ونحوها لانها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب

الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فانه ذكر له فعل ابن عمرو وحديث عمرو بن شعيب فقال هـذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر، وذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لان ابن عمر كان اذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه متفق عليه، والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر والظاهر ان ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

(الفصل الثالث) ان ظاهر كلام الخرقي ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو احدى الروايتين عن أحمد لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبدالله بن عمر (والرواية الثانية) أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو أصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر «فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» يعني لزم وفي لفظ «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» متفق عليه . والأخذ بالزيادة أولى والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الاخر على ذلك فلا يكون لهما خيار والتخاير بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد أو الزامه أو اخترت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فاسقط احدهما خياره دون الآخر. وقال أصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء

ولنا انه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبغل والحمار وما ذكروه يبطل بالبغل والحمار وحكمهما حكم سباع البهائم فى الطهارة والنجاسة واباحة الاقتناء والانتفاع .

فأما الكلب فان الشرع توعد على اقتنائه وحرمه إلا في حال الحاجة فصارت اباحته ثابتة بطريق الضرورة ولان الاصل اباحة البيع لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) حرم منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فيبقى على أصل الاباحة ، فان كان الفهد والصقر ونحوها ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به، وإن أمكن تعليمه جاز بيعه لأن مآله الى الانتفاع أشبه الجحش الصغير فأما مايصاد عليه كالبومة التي يجعل عليها شباشاً ليجتمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فان لم يكن فيه نفع لم يجز بيعه طاهراً كان أو نجسا وان كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهراً جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وان كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لايجوز بيعه لنجاسته وكونه لاينتفع به في الحال وما ذكر ملغى بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال أحمد رحمه الله أكره بيع القرد . قال ابن عقيل هـذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به لحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لانه كالصقر وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا

(مسئلة)(ويجوز بيع العبد المرتد والمريض وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان)

العقد قولان أظهرهما لا يقطع الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « الا أن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ماخالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك فان سبب الخيار البيع المطلق فاما البيع مع التخاير فليس بسبب له ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه. وأما الشفيع فانه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا ، فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا فالساكت منهما على خياره لانه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري وأبو داود والنسائي ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئا، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار والاول أولى لظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا يملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا انما كان اسقاطا فسقط

حكم بيع المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه ، وبيعه جائز لان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام ولانه مملوك منتفع به ، وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالمريض فانا لا نعلم خلافا في صحة بيع المريض

(فصل) ويصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن. بل حق الجناية آكد لانها تقدم على حق المرتهن . ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق ثبت بغير رضى سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق ، وان كان الحق قصاصا فهو يرجى سلامته ويخشى تلفه وذلك لا يمنع كالمريض ، أما الرهن فان الحق متعلق فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره

(فصل) فاما القاتل في المحاربة فان تاب قبل القدرة عليه فهو كالجاني وان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ، ولانه يمكنه الانتفاع به إلى حين قتله ، ويعتقه فيجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحتم قتله واتلافه واذهاب ماليته وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا ينتفع به من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد رمق أو إطعام كلب ، والاولى أصح فانه كان محلا للبيع والأصل بقاء ذلك فيه وانحتام إتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان تلفت السلعة أو كان عبدا فأعتقه المشتري أو مات بطل الخيار)

أما اذا تلفت السلعة في مدة الخيار فلا يخلو إما أن تكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع وكان من مال البائع ولا أعلم في هذا خلافا الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان، وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض. وأما ان تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان (احداهما) يبطل وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب اذا تلف المعيب (والرواية الثانية) لا يبطل وللبائع أن يفسخ ويطالب المشتري بقيمته وهذا اختيار القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف

أحكام الموتى له من إرث ماله ونفوذ وصيته وغيرها، ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت إلا بدليل ولا نص فيه ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم يكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا الحكم يمكن زواله لزوال مايثبت به من الرجوع عن الاقرار والرجوع من الشهود ولو لم يمكن زواله فأكثر مافيه تحقق تلفه، وهذا يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فرويت الكراهة فيه عن أحمد، واختلف أصحابنا في جوازه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي. وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه جزء من آدمي فلم يجز بيعه أشبه سائر أجزائه. والاول أصح لانه طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ولانه يجوز أخذ العوض عنه في اجارة الظئر فأشبه المنافع ويفارق العرق فانه لا نفع فيه. ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة. وانما حرم بيع الحر لانه غير مملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا نفع فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وابداله روايتان)

قال احمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها. وقال الشراء أهون. وممن كره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق، قال ابن عمر وددت أن الايدي تقطع في بيعها. وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهي رواية عن احمد لانه منتفع به فأشبه سائر كتب العلم، وهل يكره شراؤه وابداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الورق والجلد وبيعه مباح

ولنا قول الصحابة ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال (١) أما الشراء فهو أسهل لانه استنقاذ للمصحف وبذل لماله فيه فجاز كما جاز شراء رباع مكة واستئجار دورها ولم ير بيعها ولا أخذ اجرتها، وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهية كسبه والرواية الاخرى يكره لان المقصود منه كلام الله تعالى فيجب صيانته عن الابتذال وفي جواز شرائه التسبب إلى ذلك والمعونة عليه، ولا يجوز بيعه لكافر فان اشتراه فالبيع باطل وبه

١) يقول الاخرون ان المبتذل ما لا يباع وانفس الجواهر تباع وان بيعه يسهل على الناس الانتفاع به وتعميم هدايته وكتبه محمد رشيد رضا

المبيع كما لو اشترى ثوبا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فانه يرده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا وأما اذا أعتقه المشتري فان خياره يبطل لانه أتلفه وفي بطلان خيار البائع روايتان كما لو تلف المبيع .وخيار المجلس وخيار الشرط في هذا كله سواء

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يجوز ويجبر على بيعه لانه أهل للشراء والمصحف محل ، له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر مالا يجوز بيعه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله ايديهم، فلا يجوز تمكينهم من التوسل إلى نيل أيديهم اياه

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد)

لايجوز بيع الميتة ولا الخنزير ولا الدم . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الميتة والخمر والخنزير والاصنام » متفق عليه ولا يجوز بيع مالا نفع فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والذئب ، ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الابقع وغراب البين وبيضها لانه لا نفع فيه فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل ولانه ليس فيها نفع مباح أشبهت الخنزير

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لا نعلم فيه خلافا في المذهب)

وبه قال الحسن وربيعة. وحماد والشافعي وداود ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي وأجاز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ ثمنها ، وعنه لا يجوز بيع الكلب العقور واختلف أصحاب مالك فقال قوم لا يجوز . وقال قوم يجوز بيع الكلب المأذون في امساكه ويكره لما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب الصيد ولانه يباح الانتفاع به . ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار.

ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه وعن رافع بن خديج قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خبيث » رواه مسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فاملؤا كفه ترابا رواه أبو داود ولانه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة أشبه الخنزير ، وأما حديثهم فقال الترمذي لا يصح أسناد هذا الحديث . وقال الدار قطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف

(فصل) ولا يحل قتل الكلب المعلم لانه محل منتفع به مباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة . ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم قتله . ولنا أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وانما حرم اتلافه لما فيه من الاضرار وهو منهي عنه . فاما قتل مالا يباح امساكه من الكلاب فان كان أسود بهيما أبيح قتله لانه شيطان كما جاء في حديث أبي ذر ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لولا أن الكلاب أمة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهيم » وكذلك يباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وان كان

(فصل) ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفا يختص الملك بطل خياره كاعتاق العبد وكتابته وبيعه وهبته ووطء الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة

معلما لما ذكرنا من الحديثين. وعلى قياس الكلب العقور كل ماآذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله ولانه يؤذي بلا نفع أشبه الذئب وما لا مضرة فيه لا يباح قتله للخبر المذكور. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهيم ذي النقطتين فانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ويحرم اقتناء الكلاب الا كلب الصيد والماشية والحرث لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من اتخذ كلباً الا كلب ماشية أو صيد أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » متفق عليه. وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر، ويحتمل الاباحة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة والاول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما تناول أول الخبر تحريمه. قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص باخراجه بشيء يطعمه إياه ليسرق المتاع، أما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) ويجوز تربية الجرو الصغير لاحد الثلاثة في أقوى الوجهين لانه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما جاز بيع الجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله الى الانتفاع ولانه لو لم يتخذ الصغير لما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلماً إلا بالتعلم ولا يمكن تعلمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم. والثاني لا يجوز لانه ليس من الثلاثة

(فصل) ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لان ذلك لا يمكن التحرز منه، وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه أبيح اقتناؤه حتى يزرع زرعا آخر، وكذلك لو هلكت ماشيته أو باعها وهو يريد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها، فان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لاستثنائه في الخبر مطلقا واحتمل المنع لانه اقتناه من غير حاجة أشبه غيره من الكلاب، ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا أو ماشية إن حصلت أو يصيد به ان احتاج الى الصيد وليس في الحال حرث ولا ماشية، ويحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصد الزرع وأراد زرع غيره

«مسئلة» (ولا يجوز بيع السرجين النجس) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز ولان أهل الامصار يبتاعونه لزرعهم من غير نكير فكان اجماعا

ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وماذكروه ليس باجماع لان الاجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ولانه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها لا نعلم في ذلك خلافا وقد روى البخاري باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»

«مسئلة» (ولا يجوز بيع الادهان النجسة)

لحاجته أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وفصل منه فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء وبدلالته ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك) وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، فاما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدرطحنها وحلب

في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لان أكله حرام لا نعلم فيه خلافا لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال «ان كان مائعا فلا تقربوه» من المسند وإذا كان حراما لم يجز بيعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «إن الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه» ولانه نجس فلم يجز بيعه قياسا على شحم الميتة وعنه يجوز بيعه لكافر يعلم نجاستها لانه يعتقدحلها ويستبيح أكلها ولانه قد روي عن أبي موسي لتوا به السويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه ، والصحيح الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا ثمنها، ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » متفق عليه . ولانه لايجوز بيعها من مسلم فلا يجوز بيعها لكافر كالخمر والخنزير فانهم يعتقدون حله ولا يجوز بيعه لهم ولانه دهن نجس فلم يجز بيعه لكافر كشحوم الميتة . قال شيخنا ويجوزأن يدفع الى الكافر في فكاك مسلم ويعلم الكافر بنجاسته لانه ليس ببيع في الحقيقة انما هو استنقاذ المسلم به

﴿مسئلة ﴾ (وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها)

اختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس فروي عنه انه لايجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم في السمن الذي ماتت فيه الفأرة « وان كان مائعاً فلا تقربوه »ولان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال « لا،هوحرام » متفق عليه . وهذا في معناه وهو قول ابن المنذر وعنه اباحته لان ذلك يروى عن ابن عمر وهو قول الشافعي لانه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالطاهر وهذا اختيار الخرقي ، فعلى هذا يستصبح به على وجه لا تتعدى نجاسته إما أن يجعل في ابريق ويصب منه في المصباح ولا يمس وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا ويطبقه على رأس اناء الزيت ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملأ السراج وما أشبه هذا ، وعلى قياس هذا كل انتفاع لايفضي الى التنجيس بها يجوز ويتخرج على جواز الاستصباح به جواز بيعه وهكذا ذكره أبو الخطاب لانه يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فجاز بيعه كالبغل والحمار ، وهل تطهر بالغسل فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى ، واذا قلنا تطهر بالغسل فالقياس يقتضي جواز بيعها لانها عين نجسة تطهر بالغسل أشبهت الثوب النجس . وكره أحمد رحمه الله أن تدهن بها الجلود وقال تجعل منها الاسقية ، ونقل عن ابن عمر انه يدهن بها الجلود وعجب أحمد من هذا فيحتمل أن يحمل على مالا تتعدى نجاسته كالنعال كما قلنا في جلود الميتة

(فصل) فأما شحوم الميتة وشحم الكلب والخنزير فلا يجوز الاستصباح به ولا الانتفاع به في جلود ولا سفن ولا غيرها لما ذكرنا من الحديث ، واذا استصبح بالزيت النجس فاجتمع من دخانه شيء فهو نجس لانه جزء منه،والنجاسة لا تطهر بالاستحالة فان علق بشيء عفي عن يسيره لمشقة التحرز عنه وإن كثر لم يعف عنه

(فصل) ولا يجوز بيع الترياق الذي فيه لحوم الحيات لان نفعه انما يحصل بالاكل وهومحرم فخلا

الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختيار المبيع وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا

من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الأفاعي، فأما سم النبات فان كان لا ينتفع به أو يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه ، وان أمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به

﴿فصل﴾ (الرابع أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه فان باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح وعنه يصح ويقف على اجازة المالك)

اذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير اذنه ففيه روايتان (إحداهما) لا يصح البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) يصح البيع والشراء ويقف على إجازة المالك فان أجازه نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل وهو قول مالك وإسحاق وبه قال أبو حنيفة في البيع . فأما الشراء فيقع للمشتري عنده بكل حال لما روى عروة بن الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة وأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه ابن ماجه والأثرم ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فصح وقفه على اجازته كالوصية بزيادة على الثلث

ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام «لا تبع ماليس عندك» رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني مالا تملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء ويمضي ويشتريه ويسلمه . ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع مالا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء . فأما الوصية فيتأخر فيها القبول عن الايجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر مالا يجوز في البيع ، وحديث عروة نحمله على ان وكالته كانت مطلقة بدليل انه يسلم ويستلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فان أجازه من اشترى له ملكه وإلا لزم من اشتراه)

اذا اشترى في ذمته لانسان شيئاً بغير اذنه صح لانه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الغير أو لا لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا انه اذا اشترى ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وان خرج مغصوباً لم يبطل العقد وانما وقف الأمر على اجازة الآخر لانه قصد الشراء له فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه

(فصل) وإن باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم مالو باعها بغير اذنه في قول الاكثرين منهم أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي قال ابن أبي ليلى سكوته اقرار لانه يدل على الرضا كسكوت البكر في الاذن في النكاح . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن إذنا كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك موجوداً هاهنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع مالا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه رواية واحدة)

وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم ان الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فاشتريه ثم أبيعه منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » حديث حسن صحيح ولانه يبيع مالا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء

بالتصريح بالرضا ولا يصح لان هذا يتضمن إجازة البيع ويدل على الرضا به فبطل به الخيار كصريح القول ولان التصريح انما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحـوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا لأن عمـر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها فى أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم تقدر مدتها لعموم المصلحة فيها)

لا يجوز بيع شيء من الارض الموقوفة ولا شراؤه كأرض الشام ونحوها في ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم ، وروي ذلك عن عبد الله ابن مغفل وقبيصة بن ذؤيب وميمون بن مهران والاوزاعي ومالك وأبي اسحاق الفزاري . قال الاوزاعي لم تزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماؤهم ، وقال : أجمع رأي عمر وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهروا على أهل الشام على اقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم يعمرونها ويؤدون خراجها إلى المسلمين ويرون أنه لا يصلح لأحـد من المسلمين شراء ما في أيديهم من الارض طوعا ولا كرهاً وكرهوا ذلك لمـا كان من ايقاف عمر وأصحابه الارضين المحبوسة على آخر هذه الامة من المسلمين لاتباع ولا تورث قوة على جهاد من لم يظهر عليه بعد من المشركين ، وقال الثوري اذا أقر الامام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها ، وروي نحو هذا عن ابن سيرين والقرظي ، لما روى عبدالرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضا على أن يكفيه جزيتها ، وروي عنه أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبقر (١) في الاهل والمال ، ثم قال عبد الله وكيف بمال براذان وبكذا وكذا ؟ وهذا يدل على أن له مالا براذان ولأنها أرض لهم فجاز بيعها كأرض الصلح ، وقد روي عن أحمد أنه قال : كان الشراء أسهل يشتري الرجل ما يكفيه ويغنيه عن الناس وهو رجل من المسلمين وكره البيع ، قال شيخنا وانما رخص في الشراء والله أعلم لان بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ، ولان الشراء استخلاص للأرض ليقوم فيها مقام من كانت في يده والبيع أخذ عوض عما لا يملكه ولا يستحقه فلا يجوز

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أراضيهم . وقال الشعبي اشترى عتبة بن فرقد أرضا على شاطيء الفرات ليتخذ فيها قصبا فذكر ذلك لعمر فقال ممن اشتريتها ؟ قال من اربابها ، فلما اجتمع المهـاجرون والانصار قال هؤلاء أربابها فهل اشتريت منهم شيئا ؟ قال لا ، قال فارددها إلى من اشتريتها منه وخذ مالك . وهذا قول عمر في المهاجرين والانصار بمحضر سادة الصحابة وأئمتهم فلم ينكر فكان اجماعا ولا سبيل إلى وجـود اجماع أقوى من هذا وشبهه إذ لا سبيل إلى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا إلى نقل قول العشرة ولم يوجد الاجماع إلا القول المنتشر ، فان قيل فقد خالفه ابن مسعود بما ذكر عنه . قلنا لانسلم المخالفة وقولهم اشترى قلنا المراد به اكترى كذا قال أبو عبيد ، والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشتريا لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم أنه قال : من أقر بالطسق فقد أقر بالصغار والذل وهذا يدل على أن الشراء هنا الاكتراء وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء محمول

(١) التبقر التوسع

الطلاق تقوم مقام صريحه ، وان عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره لان ذلك يدل على الرضا به . قال أحمد . اذا

على ذلك ، وقوله فكيف بمال بزاذان ليس فيه ذكر الشراء ، ولان المال الارض فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه ، ويحتمل أنه أراد أرضا اكتراها وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره وقد يعيب الانسان الفعل المعيب من غيره

(جواب ثان) أنه يتناول الشراء ويبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض ، فأما المعنى فلأنها موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى أما النقل فما نقل من الاخبار أن عمر لم يقسم الارض التي افتتحها وتركها لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور تغني شهرته عن نقله

وأما المعنى فلانها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثته (١) ولمن انتقلت اليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ، ولانه لو قسمت لنقل ذلك ولم يخف بالكلية فان قيل فهذا لا يلزم منه الوقف لانه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامة فتكون فيئا للمسلمين والامام نائبهم فيفعل ما يرى فيه المصلحة من بيع وغيره ، ويحتمل أنه تركها لاربابها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ، قلنا أما الاول فلا يصح لان عمر انما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصلها وهذا معنى الوقف ، ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان الذين افتتحوها أحق بها ولا يجوز أن يمنعها أهلها لمفسدة ثم يخص بها غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فساداً من الاول لانه اذا منعها المسلمين المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لا حق لهم ولا نصيب ؟

(فصل) واذا بيعت هذه الارض فحكم بصحة البيع حاكم صح لانه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات ، وإن باع الامام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الارض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها الا من يشتريها صح أيضا لان فعل الامام كحكم الحاكم ، وقد ذكر ابن عائذ في كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشايخنا إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان ان يأذنوا لهم في شراء الارض من أهل الذمة فأذنوا لهم على ادخال أثمانها في بيت المال ، فلما ولي عمر بن عبدالعزيز أعرض عن تلك الاشرية لاختلاط الامور فيها لما وقع فيها من المواريث ومهور النساء وقضاء الديون ولما لم يقدر على تخليصه ولا معرفة ذلك كتب كتابا قرىء على الناس: إن من اشترى شيئاً بعد سنة مائة إن بيعه مردود. وتسمى سنة مائة سنة المدة فتناهى الناس عن شرائها ثم اشتروا أشرية كبيرة كانت بأيدي أهلها تؤدي العشر ولا جزية عليها ، فلما أفضى الامر إلى المنصور ورفعت اليه تلك الأشربة وأن ذلك أضر بالخراج وكسره فأراد ردها إلى أهلها فقيل له قد وقعت في المواريث والمهور واختلط أمرها. فبعث المعدلين منهم عبد الله بن يزيد إلى حمص ، واسماعيل بن عباس إلى بعلبك ، وهضاب بن طوق ومحرز ابن زريق إلى الغوطة ، وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والاشرية القديمة خراجا ومنعوا الخراج على ما بقي بأيدي الانباط وعلى الاشرية المحدثة من سنة مائة إلى السنة التي عدل فيها فعلى هذا ينبغي أن يجزيء ما باعه امام أو بيع باذنه أو تعذر رد بيعه هذا المجزيء في أن يضرب عليه خراج بقدر ما يحتمله ويترك في يد مشتريه أو من انتقل اليه إلا ما بيع قبل المائة سنة فانه لا خراج عليه كما نقل في هذا الخبر

---

١) الظاهر أن تكون لورثتهم

اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه ، وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احداهما) لايبطل خياره . وقال أبو الصقر : قلت لاحمد رجل اشترى

(فصل) وحكم إقطاع هذه الارض حكم بيعها في أن ماكان من عمر رضي الله عنه أوماكان قبل مائة سنة فهو لاهله وماكان بعد المائة ضرب عليه الخراج كافعل المنصور إلا أن يكون بغيراذن الامام فيكون باطلا ، وذكر ابن عائذ في كتابه باسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن الارضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة فقلت ياأمير المؤمنين إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم واثخانهم في عدو الله وعسكروا في مرج بردان المرة إلى مرج شعبان حسي بردا - مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأقاموا بها حتى وطأ الله بهم المشركين قهراً وذلا فاختبأ كل قوم محلهم وهيئوا فيها بناء فرفع إلى عمر فأمضاه عمر لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين قال فقد أمضيناه لهم ! وعن الاحوص بن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها وعسكروا على نهر الاوند فأحيوه فأمضاه لهم عمر وعثمان وقد كان أناس منهم تعدوا ذاك إلى حبس الاوند الذي على باب الرتبتين فعسكروا في برجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين ، فلما بلغهم ماأمضاه عمر للمعسكرين على نهر الاوند سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع فكتب إلى عمر فيه فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الرتبتين فلم تزل تلك القطائع على شاطيء الاوند وعلى باب حمص وعلى باب الرتبتين ماضية لاهلها لاخراج عليها تؤدي العشر

(فصل) وهذا الذي ذكرناه في الارض المغلة ، أما المساكن فلا بأس بحيازتها وبيعها وشرائها وسكناها ، قال أبو عبيد ماعلمنا أحداً كره ذلك وقد اقتسمت بالكوفة خططاً في زمن عمر رضي الله عنه باذنه وبالبصرة وسكنها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان فما عاب ذلك احد ولا انكره

(فصل) وكذلك مافتح صلحاً بشرط أن يكون لاهله كأرض الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا وما في معناها فيجوز بيعها لانها ملك لاهلها فهي كالمساكن وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة وشبهها فانها ملك لاهلها يجوز بيعها لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز اجارتها) لانها مستأجرة في أيدي أربابها واجارة المستأجر جائزة على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وعن أحمد أنه كره بيعها) لما ذكرنا (وأجاز شراءها) لانه كالاستنقاذ لها فجاز كشراء الاسير ، ولانه قد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم على ماذكرنا في المسألة التي قبلها ، واذا قلنا بصحة الشراء فانها تكون في أيدي المشتري على ماكانت في يد البائع يؤدي خراجها ويكون معنى الشراء ههنا نقل اليد من البائع إلى المشتري بعوض إلا ماكان قبل مائة سنة أوماكان من اقطاع عمر رضي الله عنه على ماذكرناه ، فان اشتراها وشرط الخراج على البائع كما فعل ابن مسعود فهو كراء لاشراء وينبغي أن يشترط بيان مدته كسائر الاجارات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها وعنه يجوز ذلك)

جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طحنت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك ؟ قال لا حتى يبلغ منها مالا يحل لغيره . قلت فان مشطها أو خضبها أو حفها هل يستوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها وذلك لان الاستخدام لايختص الملك

اختلف الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لاتباع رباعها ، ولا تكرى بيوتها » رواه الاثرم ، وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام اجارتها » رواه سعيد بن منصور في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فصارت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها

ودليل أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لأحد قبلي ولاتحل لأحد بعدي ، وانما حلت لي ساعة من نهار » متفق عليه . وروت أم هانيء أنها قالت أجرت حموين لي فأراد علي قتلهما فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله : إني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم « قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت » متفق عليه . وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن ضبابة فدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز ذلك روي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهو قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه ، يعني أن عقيلا باع رباع أبي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لهم دور بمكة كأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم ، وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال له ابن الزبير بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلى التقوى أوكما قال ، واشترى معاوية منه دارين ، واشترى عمر رضي الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعا ، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه مايدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى ان عمر مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار للسجن لم يأخذها إلا بالبيع . ولانها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض وما روي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف . وأما كونها فتحت عنوة فهو صحيح لا يمكن دفعه الا ان النبي صلى الله عليه وسلم أقر اهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وابناءهم (١) وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ اجرته ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الاجرة فيه . وان احتاج الى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه . وكان أبو عبدالله اذا سكن أعطاهم أجرها . فان سكن بأجرة جاز أن لايدفع اليهم الاجرة ان امكنه لانهم لا يستحقونها . وقد روي ان سفيان سكن

(١) كان الاولى أن يقول كما أعتقهم بقوله « أنتم الطلقاء »

ويراد لتجربة المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع اشبه لمسها لشهوة. ويمكن ان يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته. وان قبلت الجارية

في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم اجرة فأدركوه فأخذوها منه، وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا انه اعجبه قال ابن عقيل وهذا الخلاف في غير مواضع المناسك. اما بقاع المناسك كموضع المسعى والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بمكة بآلة مجلوبة من غير ارض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع ابنية الوقوف وانقاضها ، وان كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لانها تابعة لها وهكذا تراب كل وقف وانقاضه . قال احمد واما البناء بمكة فاني اكرهه قال اسحاق البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قيل له الا تبني لك بمنى بيتا فقال «منى مناخ من سبق».

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في ارضه من الكلأ والشوك ومن اخذ منه شيئاً ملكه)

الانهار النابعة في غير ملك كالانهار الكبار لا تملك بحال ولا يجوز بيعها، ولو دخل الى ارض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل الى ارضه ولكل احد اخذه وتملكه ،الا ان يحتفر منه ساقية فيكون احق بها من غيره، واما ما ينبع في ملكه كالبئر والعين المستنبطة بنفس النهر وارض العين مملوكة لمالك الارض فالماء الذي فيها غير مملوك في ظاهر المذهب لانه يجري من تحت الارض فأشبه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي، والوجه الآخر يملك لانه نماء الملك . وقد روي عن احمد نحو ذلك فانه قيل له في رجل له ارض ولآخر ماء فيشترك صاحب الارض وصاحب الماء في الزرع يكون بينهما؟ فقال لا بأس اختاره ابو بكر وهذا يدل من قوله على ان الماء مملوك لصاحبه، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح ، وكذلك الحكم في الكلأ والشوك النابت في ارضه فكذلك كله يخرج على الروايتين في الماء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه وجواز بيع ذلك مبني على ملكه قال احمد : لا يعجبني بيع الماء البتة وقال الاثرم : سمعت ابا عبد الله يسئل عن قوم بينهم نهر تشرب منه ارضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا احتاج اليه اكريه بدراهم ؟ قال ما ادري اما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء قيل له انه ليس يبيعه انما يكريه قال انما احتالوا بهذا ليحسنوه فأي شيء هذا الا البيع ؟ وروى الاثرم باسناده عن جابر واياس بن عبدالله ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع الماء وروى ابو عبيد والاثرم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء في ثلاث في النار والكلأ والماء» فان قلنا يملك جاز بيعه وان قلنا لا يملك فصاحب الارض احق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه يباح في الاصل فأشبه مالو عشش في ارضه طائر اودخل اليها صيد او نضبت عن سمك فدخل اليها داخل فأخذه

﴿مسئلة﴾ (الا انه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير اذنه) لانه تصرف في ملك الغير بغير

المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن يبطل خياره اذا لم يمنعها لأن اقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها ، وقال أبو حنيفة ان قبلته لشهوة بطل خياره

اذنه اشبه ما لو دخل لغير ذلك (وعنه يجوز بيعه) وهذا مبني على انه يملك وقد ذكرناه

(فصل) والخلاف في بيع ذلك انما هو قبل حيازته . فأما ما يحوزه من الماء في انائه او يأخذه من الكلأ في حبله اويحوزه في رحله او يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك بغير خلاف بين اهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لأن يأخذ أحدكم حبلا فيأخذ حزمة من حطب فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وقد روى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء الا ما حمل منه . وعلى ذلك مضت العادة في الامصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا باذن مالكه لانه ملكه . قال أحمد : إنما نهي عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة ؟ » أو كما قال فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بامر النبي صلى الله عليه وسلم وسبلها للمسلمين ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اختر اما أن تأخذها يوماً وآخذها يوماً واما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختار يوماً ويوماً فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشتراه بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وملك مايسقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهايأة وكون مالكها أحق بمائها وجواز قسمة مافيه حق وليس بمملوك

(فصل) فاما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالاولى أنه يملك ماؤها ويصح بيعه اذا كان معلوما لأنه مباح حصله بشيء معد له كالصيد يحصل في شبكة والسمك في بركة معدة له ولا يحصل أخذ شيء منه بغير اذن مالكه وكذلك إن جرى من نهر غير مملوك ماء إلى بركة في أرضه يستقر الماء فيها لا يخرج منها فحكمه حكم مياه الأمطار تجتمع في البركة قياساً عليه والله أعلم .

(فصل) إذا اشترى ممن في ماله حلال وحرام كالسلطان الظالم والمرابي فان علم أن المبيع من حلال فهو حلال وان علم أنه من الحرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لأن الظاهر أن مافي يد الانسان ملكه ، فان لم يعلمه من أيها هو كره لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لامكان الحلال سواء قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام أو كثرته تكثر الشبهة وتقل قال احمد لا يعجبني أن يأكل منه وذلك لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه إلا وان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه » متفق عليه واللفظ لمسلم ولفظ البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان اترك ، ومن اجترأ على مايشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن بن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى مالا يريبك » وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبدة أوثان

لانه استمتاع يختص الملك فابطل خياره كقبلته لها ، ولنا انها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولان الخيار له لالها فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه وفارق ما

يذبحون فلا يجوز شراؤها وان جاز أن تكون ذبيحة مسلم لان الاصل التحريم فلا يجوز الا بيقين أو ظاهر وكذلك ان كان فيها اخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك والاصل فيه حديث عدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك فخالط أكلبا لم يسم عليها فلا تأكل فانك لاتدري أيها قتله » متفق عليه . فاما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحتها لان المسلمين لايقرون في بلدهم بيع مالا يحل بيعه ظاهراً (الثاني) ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم بنجاسة تغيره أو غيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا يزول عنها الا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما، والاصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال شكي الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة انه يجد الشيء قال « لاينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً » متفق عليه (الثالث) مالا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الاولى تركها على ماذكرناه وعملا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمرة ساقطة فقال « لولا اني أخشى انها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد لايقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك. وممن كان لايقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك، وكان هذا منهم على سبيل الورع لاعلى أنها حرام فان احمد قال : جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف أقول إنها سحت وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم مثل الحسن والحسين وابن جعفر ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي . واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهوديا دعاه وأكل من طعامه وقد اخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان فان مايعطيكم من حلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لاتسأل السلطان شيئاً وان أعطى فخذ فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة دراهم حرام تصدق بالعشرة لان هذا كثير وذاك قليل . قيل له قال سفيان ماكان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج؟ قال نعم لايجحف به قال القاضي ليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على سبيل الاختيار لأ نه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فانه يسهل اخراج الكل والواجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به فاذا أخرج عوضه زال التحريم كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلا أو كثيراً ، والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا باخراج الجميع لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب. ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له سوى الدراهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها والله تعالى أعلم

اذا قبلها فانه وجد منه ما يدل على الرضا بها ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضا غيره الا أن يكون تصرف المشتري باذن البائع فانه يبطل خيارهما

﴿ فصل ﴾ (الخامس أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا المغصوب الا من غاصبه أو ممن يقدر على أخذه منه)

بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق اذا كان علمهما فيه واحداً وعن شريح مثله. ولنا ماروى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولانه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لا مكان تسليمه

(فصل) ولا يجوز بيع الطير في الهواء مملوكا كان اولا اما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لايجوز لعلتين عدم القدرة وعدم الملك لحديث أبي هريرة قيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع اولا يألفه لانه لا يقدر على تسليمه الآن وانما يقدر اذا عاد. فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وان باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحا لم يجز لان الطير اذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي ان لم يمكن أخذه الا بتعب ومشقة لم يجز بيعه وهذا مذهب الشافعي. وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره الا بتعب ومشقة، وفرقوا بينهما بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في احضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة، والصحيح أن تفاوت المدة في احضار البعيد واختلاف المشقة أكبر من التفاوت في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا اولى

(فصل) ولا يجوز بيع السمك في الآجام هذا قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن مسعود انه نهى عنه وقال إنه غرر وكرهه الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى، فان باعه في الماء جاز بثلاثة شروط أحدها أن يكون مملوكا وأن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته، وان يمكن اصطياده لانه مملوك معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في طست في الماء. وان اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لفوات الشرط وروي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لانه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج الى مؤنة في الكيل أو الوزن والنقل. ولنا قول ابن مسعود وابن عمر لا تشتروا السمك في الماء لانه غرر ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه الا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء ولانه مجهول أشبه اللبن في الضرع ويفارق ماقاسوا عليه، لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه، فاما ان كانت له بركة له فيها سمك

معا لوجود الرضا منهما بإبطاله : وان تصرف البائع في المبيع بما يفتقر الى الملك كان فسخاً للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لما ذكرناه في المشتري ولانه أحد المتعاقدين فتصرفه في المبيع اختيار له

يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لايمنع المشاهدة صح بيعه على ما ذكرنا، وان لم يمكن الا بكلفة ومشقة وكانت يسيرة بمنزلة اصطياد الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا من الخلاف وان كانت كثيرة تتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه في الحال والجهل بامكان التسليم

(فصل) ولا يجوز بيع المغصوب لعدم امكان تسليمه فان باعه لغاصبه أو لقادر على أخذه منه جاز لعدم الغرر فيه ولا مكان قبضه ، وكذلك ان باع الآبق لقادر عليه صح كذلك وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسا فشردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فعجز عن تسليمه

﴿فصل﴾ (السادس أن يكون معلوما برؤية أو صفة يحصل بها معرفته فان اشترى ما لم يره ولم يوصف له أو رآه ولم يعلم ماهو او ذكر له من صفته مالا يكفي في السلم لم يصح البيع وعنه يصح وللمشتري خيار الرؤية)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته فالمشهور عنه انه لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهذا أحد قولي الشافعي . وفيه رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي واحتج من أجازه بعموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) وبما روي عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما أحداهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال ما ابالي أني بعت ما لم أره . وقيل لطلحة فقال لي الخيار لانني اشتريت مالم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة. وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ولانه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح . ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ، ولانه باع مالم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ، ولانه بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بما ذكرنا من الاصل ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلف في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار بهن ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع. فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من اشترى مالم يره فهو بالخيار اذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح قلنا : هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها ،فلو باع ثوباً مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها مايختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فان قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة ويثبت الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ انفسخ العقد وان لم يختر لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل يتقيد بالمجلس وان اختار الفسخ قبل

كالمشتري وعن أحمد رواية أخرى انه لاينفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

فصل) وينتقل الملك الى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين

الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وان اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي الى الزام العقد على المجهول فيفضي الى الضرر وكذلك لو تبايعا على أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط كذلك. وهل يفسد به البيع؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره فله الخيار عند الرؤية ، وان لم يره المشتري فلكل منهما الخيار وبهذا قال الشافعي ،وقال أبو حنيفة لاخيار للبائع لحديث عثمان وطلحة ولاننا لو أثبتنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار بدليل مالو باع شيئا على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت الخيار له

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري . فأما الخبر فانه قول طلحة وجبير وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان ذكر له من صفته مايكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لايتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ثم ان وجده لم يتغير فلا خيار له ، وان وجده متغيراً فله الفسخ والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه)

اذا ذكر له من صفات المبيع مايكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعنه لايصح حتى يراه لان الصفة لايحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لايصح السلم فيه

ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أن الصفة لايحصل بها المعرفة فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي لا يختلف بها الثمن ظاهراً ولهذا اكتفي به في السلم ولانه لايعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية . وأما مالا يصح السلم فيه فانما لم يصح بيعه بالصفة لانه لايمكن ضبطه بها . اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين وأيوب ومالك والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام هذا العقد فأشبه غير الموصوف ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم . وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لاتعرف صحته فان ثبت فيحتمل انه يسميه من يرى ثبوت الخيار فلا يحتج به على غيره فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم فيه وان اختلفا في اختلاف الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لان لاصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه مالم يقر به أو يثبت ببينة اوما يقوم مقامها

(فصل) والبيع بالصفة نوعان (احدهما) بيع عين معينة مثل أن يقول بعتك عبدي التركي ويذكر صفاته فهذا ينفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معينا فيزول العقد بزوال محله ،ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر (الثاني) بيع موصوف غير معين مثل ان يقول بعتك عبداً تركيا ثم يستقصى صفات السلم فهذا في معنى السلم فمتى سلم اليه عبدا على غير

كون الخيار لهما أو لاحدهما ايهما كان وهـذا احد أقوال الشافعي وعن احمد ان الملك لاينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي ، وبه قال ابو حنيفة اذا كان الخيار لهما أو للبائع وان كان المشتري خرج عن ملك البائع فلم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذي فيه الخيار

ماوصف فرده او على ماوصف فابدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ماوصف له فرده ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لانه بيع في الذمة فلم يجز التفرق فيه قبل قبض احد العوضين كالسلم وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه بيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) فان رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العين فيه جاز في قول أكثر اهل العلم وحكي عن احمد رواية اخرى لايجوز حتى يرياها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد ولان ماكان شرطا في صحة العقد يجب ان يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح ، ولنا أنه معلوم عندهما أشبه مالو شاهداه حال العقد والشرط انما هو العلم والرؤية طريق العلم ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه مالو رأيا دارا اوقفا في بيت منها أو ارضا ووقفا في طرفها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا اشترط رؤية جميعه ،

اذا ثبت ذلك فمتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزمه البيع ، وإن كان ناقصا ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به فأما إن عقدا البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه، وإن كان يتغير فيها لم يصح بيعه أيضا لانه مجهول ، وكذلك ان كان الظاهر تغيره فان كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فيصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

《 مسئلة 》 (ولا يجوز بيع الحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، والمسك في الفأرة ، والنوى في التمر) بيع الحمل في البطن فاسد بغير خلاف ، قال ابن المنـذر أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وانما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) الجهالة فانه لا تعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فانه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملاقيح والمضامين ، قال أبو عبيد الملاقيح مافي البطون وهي الاجنة ، والمضامين مافي أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضرب به الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد

إن المضـامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر ، قال ابن الاعرابي المجر مافي بطن الناقة والمجر الربا والمجر القمار والمجر المحاقلة والمزابنة

(فصل) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع حبل الحبلة ومعناه نتاج النتاج قاله أبو عبيد وعن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج

عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض (والقول الثالث) للشافعي ان الملك موقوف مراعى فان امضيا البيع تبينا ان الملك للمشتري وإلا تبينا انه لم ينتقل عن البائع

الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم . رواه مسلم وكلا البيعين فاسد، أما الاول فلأنه بيع معدوم ، واذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى ، وأما الثاني فلأنه بيع الى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد. وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة اذا عرف احلابها لسقي الصبي كلبن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة ، ولنا ماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع رواه الخلال وابن ماجه، ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل ، ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يصح كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما لبن الظئر فانما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) ولا يجوز بيع المسك في الفأرة وهو الوعاء الذي يكون فيه . قال الشاعر :

إذا التاجر الهندي راح بفأرة من المسك راحت في مفارقهم تجري

فان فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يجز بيعه للجهالة ، وقال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأرته مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته أشبه ما مأكوله في جوفه، ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وما مأكوله في جوفه اخراجه يفضي الى تلفه ، فالتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه على ما نذكره

(فصل) ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للجهل بها ولا نعلم في هذا اختلافا ، فأما بيع الصوف على الظهر فالمشهور أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ، ولانه متصل بالحيوان فلم يجز افراده بالعقد كأعضائه ، وعنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء لكونها لا يمكن تسليمها مع بقاء الحيوان سالما والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع، فان اشتراه بشرط القطع وتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة اذا طالت على ما نذكره في موضعه

﴿ مسئلة ﴾ (فأما بيع الاعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوما أو بالشم إن كان مشموما صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالبصير وله خيار الخلف في الصفة)

وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالبيع اما بحسه أو ذوقه أو وصفه وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه. وقال الشافعي لا يجوز الاعلى الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير فيه المبيع لانه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاجة والنوى في التمر

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ، ولان اشارة الاخرس تقوم مقام عبارته فكذلك شم الاعمى وذوقه، فأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع الملامسة)

وهو أن يقول بعتك ثوبي هذا انك متى لمسته فهو عليك بكذا أو يقول أي ثوب لمسته فهو لك بكذا (ولا بيع المنابذة) وهو أن يقول أي ثوب نبذته الي فهو علي بكذا (ولا بيع الحصاة) وهو ان يقول ارم هذه الحصاة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » رواه مسلم وقوله «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه

فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا أو يقول بعتك من هذه الارض قدر ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في فساد هـذه المبايعات ، والملامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هكذا فسره احمد في الظاهر عنه ونحوه قال مالك والاوزاعي ، وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل ان يقلبه أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة والملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه . وروى مسلم عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه ، وعلى التفسير الاول لا يصح البيع فيهما لعلتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقا على شرط وهو نبذ الثوب أو لمسه له ، وان عقد البيع قبل نبذه ولمسه فقال بعتك ما تلمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبه مالو قال بعتك واحدامنها .

فأما بيع الحصاة فقد روى مسلم عن أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الارض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا ، وقيل هو أن يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل والله تعالى أعلم

(مسئلة) (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من قطيع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا القطيع الا شاة غير معينة ، وان استثنى معينا من ذلك جاز)

لا يجوز ان يبيع عبداً غير معين لانه مجهول ولانه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قلوا أو كثروا وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه ، ولو كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر

ولنا انه مما تختلف أجزاؤه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شياع كالاربعة ولانه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ويبطل ماقالوه بالاربعة ، ولا يجوز بيع شاة من القطيع لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة ولان ذلك يفضي الى التنازع ، وكذلك إن باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرنا ولان فيه غرراً فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر

(فصل) وان باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، أو هذا القطيع إلا شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها ، ويبيع ثمرة حائط ويستثني ثمرة نخلات يعدها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ، ونهى عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال إلا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع ، وضابط هذا الباب انه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه منفرداً أو بيع

وهو عام في كل بيع ولانه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذي لاخيار له ولان البيع تمليك بدليل قوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه ان التمليك يدل على نقل الملك الى المشتري ويقتضيه

ماعداه منفردا عن المستثنى ونحوه مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا ان أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة للاثر الوارد فيبقى فيما عداه على قضية الاصل ، فان استثنى معينا من ذلك جاز لان المبيع معلوم بالمشاهدة لكون المستثنى معلوما ولا يبقى فيه غرر ولان نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا أن تعلم يدل على الصحة اذا كانت معلومة ولا نعلم في هذا خلافا

(مسئلة) (وان باع قفيزا من هذه الصبرة صح) لانه معلوم لكون أجزائها لا تختلف فلا تفضي الى الجهالة ، وكذلك اذا باعه رطلا من دن أو من زبرة حديد يصح لذلك ، وحكي عن داود انه لايصح لانه غير مشاهد ولا موصوف . ولنا ان المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه اذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لايحتج بالقياس ثم لايصح لانه اذا شاهد الجميع فقد شاهد البعض

(مسئلة) (وان باعه الصبرة الا قفيزاً أو ثمرة الشجرة الا صاعا لم يصح وعنه يصح)

اذا باع صبرة واستثنى منها قفيزا أو أقفزة أو باع ثمرة بستان واستثنى منها صاعا أو آصعاً لم يصح في ظاهر المذهب، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وابي ثور وأصحاب الرأي. وفيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه ثنيا معلومة ولانه معلوم أشبه اذا استثنى منها جزءاً مشاعا

ووجه الاولى ماروى البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا ولان المبيع انما علم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لايدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ، ويخالف الجز فانه لايعتبر حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها ، وكذلك اذا باع ثمرة شجرة واستثنى أرطالا فالحكم فيه على ماذكرنا . وقال القاضي في شرحه يصح لان الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة والصحيح ماذكرناه ، وهذه المسئلة أشبه بمسئلة استثناء الصاع من الحائط والمعنى الذي ذكرناه ثم متحقق هاهنا

(فصل) فان استثنى من الحائط شجرة بعينها جاز لان المستثنى معلوم ولا يؤدي الى الجهالة في المستثنى منه ، وان استثنى شجرة غير معينة لم يصح لان المستثنى مجهول . وقال مالك يصح أن يستثني ثمرة نخلات يعدها وقد ذكرناه ، وقد روي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القنيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينا بقدر طعام القنيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا ان تعلم، ولان المستثنى متى كان مجهولا لزم ان يكون الباقي بعده مجهولا فلم يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام القنيان

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلاث او اربع او اجزاء كثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره اصحابنا وهو مذهب الشافعي ، وقال ابو بكر وابن ابي موسى لايجوز

ولنا انه لايؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو استثنى شجرة بعينها وذلك لان معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها اي بعتك ثلثيها ، وان باع حيوانا واستثنى ثلثه جاز ومنع منه القاضي قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لان الشحم مجهول لايصح افراده بالبيع وهذا معلوم يصح افراده بالبيع

لفظه والشرع قد اعتبره وقضى بصحته فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضا بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا، وقولهم انه قاصر غير صحيح

فصح استثناؤه كالشجرة المعينة، وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هـذا يصيران شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه

(فصل) وإذا قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز لان القفيز معلوم والمكوك معلوم ولا يفضي إلى جهالة، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم الا بقدر درهم صح لان قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكانه قال بعتك ثلاثة ارباع هذه الثمرة بأربعة دراهم، وان قال الا ما يساوي درهما لم يصح لان ما يساوي الدرهم يكون الربع واكثر واقل فيكون مجهولا فيبطل

(مسئلة) (وان باعه ارضا الا جريبا أو جريبا من ارض يعلمان جربانها صح وكان مشاعا فيها والا لم يصح)

إذا باعه ارضا الا جريبا يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح لان الارض لا تتساوى اجزاؤها فيكون البيع مجهولا فهو كما لو باعه شاة من قطيع او عبداً من عبيد، وإن كان الجريب المستثنى مشاعا في الارض وهما يعلمان جربانها صح لانها إذا كانت عشرة اجربة فقد باع تسعة اعشار هذه الارض وهو معلوم بالمشاهدة وان لم يعلما جربانها لم يصح لان المبيع غير معلوم فهو كما لو باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين وكذلك إن باعه جريباً من هذه الارض إن اراد قدراً غير مشاع لم يصح، وان باعه مشاعا وهما يعلمان جربانها صح، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان الجريب عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول.

ولنا ان الجريب من عشرة عشرها ولو قال بعتك عشر هذه الارض صح فكذلك إذا باعه منها جريباً مشاعا وهي عشرة. وما قالوه غير مسلم لانه عبارة عن قدر كما ان المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءاً منها، وان كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لان الجملة غير معلومة واجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن يكون معينا ولا مشاعا، وان قال بعتك من الارض من هنا إلى هنا جاز لانه معلوم، وان قال عشرة أذرع ابتداؤها من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الموضع الذي ينتهي اليه الذرع لا يعلم حال العقد، وان قال بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه أو قال نصيبا منها أو سهما لم يصح للجهالة وان علماه صح، وان قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولا

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا صح فان كان القطع لا ينقصه قطعاه، وان كان ينقصه وشرط البائع أن يقطع له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز، وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض، وقال القاضي لا يصح لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر أشبه ما لو باعه نصفاً معينا من الحيوان، ولنا أن التسليم ممكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا حصل الرضا فهو كما لو باعه نصف حيوان مشاعا وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكن تسليمه مفرداً الا باتلافه واخراجه عن المالية

(مسئله) (وان باعه حيوانا مأكولا الا رأسه أو جلده أو اطرافه صح وان استثنى حمله أو شحمه لم يصح)

إذا باعه حيوانا مأكولا واستثنى رأسه أو جلده أو اطرافه صح نص عليه احمد رحمه الله وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لان المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فجوز له شراء اللحم دونها. وقال

وجواز فسخه لايوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب وامتناع التصرف إنما كان لاجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض ، وقولهم إنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لايصح لانه يفضي الى وجود ملك لامالك له وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت

أبو حنيفة والشافعي لايجوز لانه لايجوز افراده بالبيع فلم يجز استثناؤه كالحمل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرطا له سلبها ، وروى أبو بكر في الشفاء باسناده عن جابر عن الشعبي قال: قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروى يعني ان يعطى رأسا مثل رأس ، ولان المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لايجوز افراده بالبيع لا يمنع صحة استثنائه كما أن الثمرة قبل التأبير لايجوز افرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية ويجوز استثناؤها والحمل مجهول وفيه منع . فان امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنياها فقال اذهبوا إلى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه بحساب ثنياها من ثمنها

(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد ، قال أبو بكر لايختلفون عن ابي عبد الله أنه لايجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كفخذها ، وان استثنى الحمل لم يصح الاستثناء لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي ، ونقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما باع جارية واستثنى مافي بطنها ، ولانه يصح استثناؤه في العتق فصح في البيع قياساً عليه . ولنا ماتقدم في الصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقالوا أعتق جارية والاسناد واحد . قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لان العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ،ولا تعتبر فيه شروط البيع

(فصل) وإن باع جارية حاملا بحر . فقال القاضي لايصح وهو مذهب الشافعي لانه يدخل في البيع فكأنه مستثنى. والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لاتضر لانه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناؤه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثناها بلفظه لم يجز ، ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة وقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باعه سمسما واستثنى الكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ،وكذلك إن باعه قطناً ، واستثنى الحب لم يجز للجهالة ، وكذلك إن باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز بيع ماما كوله في جوفه وبيع الباقلا والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله)

يجوز بيع ما مأكوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لانعلم فيه خلافا لان الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد اذا أخرج من قشره

الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبي ذلك ، وقول اصحاب الشافعي ان الملك موقوف ان امضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح أيضاً ، فان انتقال الملك انما ينبني على سببه الناقل له وهو البيع وذلك

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والفستق والباقلا والرطب في قشريه مقطوعا وفي شجره وبيع الطلع قبل تشقيقه مقطوعاً وفي شجره وبيع الحب المشتد في سنبله ، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي لايجوز حتى ينزع قشره الاعلى إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين، واحتج بأنه مستور بمالا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ،ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فإنه لاقوام له في شجره إلا به ، والباقلا يؤ كل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير وهذا إجماع ،وكذلك الجوز واللوز في شجرها والحيوان المذبوح يجوز بيعه في سلخه فانه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو مراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت، وأما تراب الصاغة والمعادن فلنا فيهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا.

(فصل) (السابع أن يكون الثمن معلوماً فان باعه السلعة برقمها أو بألف درهم ذهباً وفضة أو بما ينقطع به السعر أو بما باع به فلان أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح البيع وان كان فيه نقد واحد انصرف اليه)

يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لانه أحد العوضين فاشترط العلم به كالآخر وقياساً على رأس مال السلم فان باعه السلعة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح البيع للجهالة فيه وكذلك ان باعه بألف درهم ذهباً وفضة لأنه مجهول ولانه بيع غرر فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر ، وان باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار ، ولنا أن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بعضها ذهب وقوله إنه يقتضي التسوية ممنوع فانه لو فسره بغير ذلك صح . وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما .وان باعه بما ينقطع السعر به أو بما باع به فلان عبده وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول ،وان باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح لجهالته وإن كان فيه نقد واحد انصرف اليه لأنه تعين بانفراده وعدم مشاركة غيره ولهذا لو أقر بدينار أو أوصى به انصرف اليه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعتك بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة أو بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة

وهذا هو كذلك فسره مالك والثوري وإسحاق ، وهذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يجزم له ببيع واحد أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب الى أحدهما فيحتمل انه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا

لا يختلف بامضائه وفسخه فان امضاءه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه اذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فان المنع لا يتقدم المانع كما ان الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولان البيع

فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافيا فيقول كقول الجمهور ، فعلى هذا إن لم يوجد ما يدل على الايجاب أو ما يقوم مقامه لم يصح لان مامضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً . وقد روي عن أحمد أنه قال فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم أنه يصح فيتحمل أن لا يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن النقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لايمكن وقوعه الا على احدى الصفتين فتتعين الاجرة المسماة عوضاً فلا يفضي الى التنازع وهذا بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح)

إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم صح وان لم يعلما قدر قفزانها حال العقد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كبيع المتاع برقمه ، ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة فجاز كما لو باع مارأس ماله اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالأصل المذكور وكذلك حكم الثوب والارض والقطيع من الغنم إذا كان مشاهداً فباعه إياه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا)

ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله في الاجارة إذا أجره كل شهر بدرهم . قال ابن عقيل وهو الاشبه كالمسألة التي قبلها لأن من وان أعطيت البعض فما هو بعض مجهول بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمناً معلوما فهو كما لو قال قفيزاً منها وكمسئلة الاجارة

(فصل) وإن قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو انقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أيزيده أم ينقصه . وان قال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول. وان قال على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعتك هذه الصبرة وقفيزاً من هذه الاخرى بعشرة دراهم ، وان قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً وشيئا بدرهم وهما لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية مافي الصبرة من القفزان. ولو قصد أني احط ثمن قفيز من الصبرة ولا احتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها. وان علما قدر قفزان الصبرة أو قال هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشرة بدرهم وان لم يعلم القفزان وجعله هبة لم يصح وان أراد أني لا احتسب

مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما اذا لم ينفسخ فوجب ان يثبته وان فسخ كبيع المعيب وهذا ظاهر ان شاء الله

(فصل) وما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري امضيا العقد

عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن، ولو قال على أن أنقصك قفيزاً صح لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يجيز الشرط ولا يصح ماقاله لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي لا يفضي الى الجهالة . وما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم فيه نحو من مسائل الصبرة . وان قال بعتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أوهذا القطيع بألف درهم صح اذا شاهداه وان قال بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح وان قال بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لا يصح لانه مجهول

(فصل) ويصح بيع الصبرة جزافا مع جهل المتبايعين بقدرها لا نعلم فيه خلافا وقد نص عليه أحمد ودل عليه حديث ابن عمر وهو قوله : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره لا يشق وتختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ماشرى بأبلغ الطرق وهو الرؤية ، وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو جزأ منها معلوماً لان ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا ان تكون الصبرة متساوية الاجزاء ، فان كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعا فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لايجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة أشبه المثمنات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ماقاله . وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم اذا شاهدهم ولم يعدهم ، وكذلك الثياب اذا شراها ورأى جميع أجزائها

(فصل) فان كان البائع يعلم قدر الصبرة لم يجز بيعها جزافا نص عليه أحمد وهو اختيار الخرقي . وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة ، وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طاوس ، قال مالك لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد رحمه الله أنه مكروه غير محرم فقد روى بكر بن محمد عن أبيه عنه أنه سئل عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله ، فقلت له وإن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان اختار أن يرده رده قال: هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجبني اذا عرف كيله إلا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لأنه اذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الاول ماروى الاوزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ولأن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل الا للتغرير ظاهراً وقد قال عليه السلام «من غشنا

أو فسخاه ، قال أحمد فيمن اشترى عبدا فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبدفالمال للمشتري وقال الشافعي ان امضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له وان قلنا الملك للبائع

فليس منا » فصار كتدليس البيع فان باع ماعلم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم ان البيع صحيح لازم وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما أشبه مالو علما كيله أو جهلاه ولم يثبت ماروي من النهي فيه ، وانما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولأن تسويتهما في العلم أو الجهل أبعد من التغرير . وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كمن اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم ان البائع كان عالما بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغرر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ، وذهب بعض أصحابه الى أن البيع فاسد والنهي يقتضي الفساد

(فصل) فان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله تم البيع والقبض ، وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا إن كان البيع بانياً كاله عليه ، فان كان قدر حقه الذي أخبره فقد استوفاه ، وان كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصا أخذ النقص، وان كان قد تلف فالقول قول القابض مع يمينه سواء قل القبض أو كثر لأن الاصل عدم القبض وبقاء الحق وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لأن للبائع فيه علقة فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق انه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فيتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لايجوز لانه لايجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، فان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا ، فأما ان أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء زاد أو نقص لم يجز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال: قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وأبيعها بكذا وكذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد اذا أخبره البائع ان في كل قارورة منها كذا رطلا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون اذا فتح فسد . قال فلم لا يفتحون واحدة ويتركون الباقي

(فصل) ولو كال طعاما وآخر يشاهده فلمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان لأنه شاهد كيله أشبه مالو كيل له وعنه يحتاج الى كيل للخبر وكالبيع الاول ولو كاله البائع المشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا ، ولو اشترى اثنان طعاما فاكتالاه ثم اشترى احدهما حصة شريكه قبل تفرقهما فهو جائز ، وان لم يحضر المشتري الكيل لم يجز الا بكيل . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى لا بد من كيله ، وان باعه الثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يحتج الى كيل ثان بنقله كالصبرة

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكيل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك العيار لايجوز . وقال في رجل ابتاع أعكاماً كيلا وقال للبائع كل لي عكما منها وأخذ مابقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها . قال الثوري كان أصحابنا يكرهون هذا وذلك لان مافي

فالنماء له ، وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » قال الترمذي هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري فيجب أن

المكوم يختلف فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

(فصل) وان باع الادهان في ظروفها جملة وقد شاهدها جاز لأن اجزاءها لا تختلف فهي كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف ، فان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منه او أرطالا معلومة يعلم ان فيها اكثرمنها أو باعه أجزاء مشاعة أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن ، وان لم يعلما ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه مالو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي آخر زيت كل رطل بدرهم . وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر . والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفردا يصح كذلك ، فكذلك اذا جمعهما كالأرض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها . فأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه اذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطل كان معناه بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعاً أو زنة أحدهما كذلك

(فصل) وان وجد في ظرف الدهن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال ، وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجد ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنا.

ولنا أنه وجد المبيع بكيل ناقصاً فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة فانه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ، كذلك هذا فعلى هذا انما يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمناً جاز

(فصل) وان باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح ذكره القاضي لانه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم ، واستثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا ولانه استثناء من غير الجنس فلم يصح كما لو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة ويجيء على قول الخرقي انه يصح فيمن استثنى في الاقرار عيناً من ورق أو ورقا من عين فانه يصح ، فعلى هذا يحذف من الجملة بقيمة الدينار ، ولو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة لم يصح لانه استثناء من غير الجنس . فأما الذهب والفضة فهما كالجنس الواحد

﴿فصل في تفريق الصفقة﴾ (وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز) صفقة واحدة بثمن واحد (وله ثلاث صور (إحداها) أن يبيع معلوما ومجهولا) كقولك بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بكذا فهذا بيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه بجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لأن معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

يكون خراجه له ولان الملك ينتقل بالبيع على ما ذكرنا فيجب أن يكون نماؤه له كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على الرواية التي قلنا ان الملك لا ينتقل فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع امضيا العقد أو فسخاه كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة

(الثانية) باع مشاعا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (احداهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة. والوجه الاول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالا وحراماً فغلب التحريم، ولأن الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين، ووجه الأول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو وصى بشيء لآدمي وبهيمة. وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة ههنا وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه، وأما البائع فلا خيار له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه، فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه ملك المشتري الفسخ به

(الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير اذنه أو عبداً وحراً أو خلا وخمراً ففيه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فنقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعاً. وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما إلا ان يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال ان كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو باجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني، ولان الثمن مجهول لأنه انما يبين بالتقسيط الثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصتها من رأس المال، ولانه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك إذا لم يصرح وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

ووجه الرواية الأولى أنه متى سمى ثمناً في مبيع فتقسط بعضه لا يوجب جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ ارشه، وإذا قلنا بالصحة فللمشتري الخيار اذا لم يكن عالما كالقسم

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه ولم يكن مكيلا ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه ، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك فان اشترى حاملا فولدت عنده في

الثاني لتبعض الصفقة عليه والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها

(فصل) وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي رواية واحدة سواء كانا من جنس واحد أو جنسين ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيباً فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(مسئلة) (وإن باع عبده وعبد غيره باذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين)

(أحدهما) يصح فيهما ويتقسط الثمن على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما

(والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك ينقسم عليه الثمن بالاجزاء فلا جهالة فيه ، فأما ان باع قفيزين متساويين له ولغيره بثمن واحد باذنه صح لان الثمن يتقسط عليهما بالاجزاء فلا يفضي الى جهالة الثمن ، وكذلك ان باعه عبداً لهما بثمن واحد صح لما ذكرنا

(مسئلة) (وان جمع بين بيع واجارة ، أو بيع وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما في أحد الوجهين)

اذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم كالبيع والاجارة والبيع والصرف بعوض واحد صح فيهما لان اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة كما لو جمع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه ، وكذلك ان باع سيفاً محلى بذهب وفضة ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان حكمهما مختلف وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما فان البيع فيه خيار ولا يشترط فيه التقابض في المجلس ، ولا ينفسخ العقد بتلف المبيع والصرف يشترط له التقابض ، وينفسخ العقد بتلف العين . وان جمع بين نكاح وبيع بعوض واحد فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري بمائة صح النكاح لكونه لا يفسد بفساد العوض وفي البيع وجهان وللشافعي قولان كالوجهين

(مسئلة) (وان جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن يقول بعتك عبدي هذا وكاتبتك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهاً واحداً) لانه باع عبده لعبده فلم يصح كبيعه اياه من غير كتابة وهل تبطل الكتابة ؟ ينبني على روايتين في تفريق الصفقة

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها)

لا يحل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله تعالى وذروا البيع) فان باع لم يصح البيع للنهي عنه . والنداء الذي يتعلق به المنع هو النداء عقيب جلوس الامام على المنبر لانه النداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتعلق الحكم به ، والنداء الثاني زيد في زمن عثمان رضي الله عنه ، وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع يحرم

مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته كما لو اشترى عبدين فسمن احدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يرد الولد لان الحمل لاحكم له

بزوال الشمس وان لم يجلس الامام على المنبر ، ولا يصح هذا لان الله تعالى عاقه على النداء لا على الوقت، ولان المقصود بهذا ادراك الجمعة وهو حاصل بما ذكرنا دون ماذكره ، ولانه لو اختص تحريم البيع بالوقت لما اختص بالزوال فان ماقبله وقت أيضاً ، فأما من لاتجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم فلا يثبت في حقه هذا الحكم وذكر ابن أبي موسى فيه روايتين لعموم النهي، والصحيح ماذكرنا ان شاء الله تعالى فان الله تعالى انما نهى عن البيع من أمره بالسعي فغير المخاطب بالسعي لايتناوله النهي ، ولان تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم ، فان كان المسافر في غير المصر أو كان مقيما بقرية لا جمعة على أهلها لم يحرم البيع ولم يكره وجهاً واحداً ، فان كان أحدهما مخاطباً بالجمعة دون الآخر حرم على المخاطب وكره للآخر لما فيه من الاعانة على الاثم، ويحتمل أن يحرم لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالاجارة والصلح ونحوهما وفيه وجه آخر أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع - ولنا أن النهي مختص بالبيع وغيره لايساويه في الشغل عن السعي لقلة وجوده فلا يؤدي إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع)

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً ، ولا بيع السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم)

بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يصيره خمراً محرم وانما يكره اذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكراً ، قال الثوري بع الحلال من شئت لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم بأركانه وشروطه ، ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهي يقتضي التحريم ، وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها ، وحاملها والمحمولة اليه ، وشاربها وبائعها ومتباعها وساقيها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرجه الترمذي من حديث أنس ، وقد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروى ابن بطة باسناده عن محمد ابن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، وأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره فأمره بقلعه وقال بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر ، ولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها للزنا بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها صورة النزاع بدليلنا ، وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه

إذا ثبت هذا فانما يحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله أو بقرائن محتفة بقوله تدل عليه ، وان كان الامر محتملا كمن لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز . فان باعها لمن يتخذها خمراً فالبيع باطل ويحتمل أن يصح، وهو مذهب الشافعي

لانه جزء متصل بالامفلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها ولنا ان كل مايقسط عليه الثمن اذا كان منفصلا يقسط عليه اذا كان متصلا كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع. والحكم في الاصل

لان المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب

ولنا انه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح كاجارة الإمة للزنا والغناء، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولان التحريم هنا لحق الله تعالى فافسد العقد كبيع الربا وفارق التدليس فانه لحق آدمي

(فصل) وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق ، وبيع الامة للغناء أو اجارتها لذلك فهو حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخرط الاقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء ، وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا

(فصل) قال أحمد في رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيما وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعها على أنها ساذجة فقيل له إنها تساوي ثلاثين الف درهم فاذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً . فقال لا تباع الا على أنها ساذجة. ووجهه ماروى أبو امامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال« لايجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه بعض أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء،فاما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كبيع العصير لمن لا يتخذه خمراً فانه لا يحرم لصلاحيته للخمر

﴿فصل﴾(ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكل في بيعه ولا شرائه) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز ، وعند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها ولا يصح . فان عائشة روت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال « لا، هو حرام » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود ، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ، ولأن الخمر نجسة محرمة فحرم بيعها والتوكيل فيه كالميتة والخنزير

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في احدى الروايتين)

لا يصح شراء الكافر مسلما ، وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه اذا أسلم في يده فصح أن يشتريه كالمسلم . ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع من ابتدائه كالنكاح ولأنه عقد يثبت الملك للكافر على المسلم فلم يصح كالنكاح وانما ملكه بالارث وبقي ملكه عليه اذا أسلم في يده لان الاستدامة أقوى من الابتداء بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للحوم الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من

ممنوع ثم يفارق الحمل الاطراف لانه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده بالعتق والوصية به وله ويرث ان كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته. ولايصح قولهم انه لاحكم للحمل لهذه الاحكام وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع

ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع انا نقطع الاستدامة عليه باجباره على ازالتها ، فان كان ممن يعتق عليه بالقرابة صح في احدى الروايتين وعتق عليه وهذا قول بعض الاصحاب ،والاخرى لايصح ولا يعتق لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ، ولان ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد .ووجه الرواية الأولى أن الملك لا يستقر عليه وانما يعتق بمجرد الملك في الحال ويزول الملك عنه بالكلية ويحصل له من نفع الحرية أضعاف ماحصل من الاماء بالملك في لحظة يسيرة .ويفارق من لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذا شراء المحرم الصيد

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه)

لأنه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم اجماعاً وليس له كتابته لان الكتابة لا تزيل ملك السيد عنه ولا يجوز اقرار ملك الكافر عليه وقال القاضي له ذلك لانه يزيل يده عنه فأشبه بيعه والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه فان فعل فهل يصح ؟ على وجهين)

أما البيع فهو محرم لقول النبي ﷺ « لايبع بعضكم على بيع بعض » ومعناه ماذكرناومثله أن يقول أبيعك خيراً منها بثمنها أو يعرض عليها سلعة يرغب المشتري ليفسخ البيع ويعقد معه فلا يجوز ذلك للنهي عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه ، وفي معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه لانه في معنى المنهي عنه ، ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في عموم النهي ، ولان النبي ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه متفق عليه .وهو في معنى الخاطب ، وان خالف وفعل فالبيع باطل للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، وفيه وجه أنه يصح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ البيع من أجله وذلك سابق على البيع ، ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبه بيع النجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « لايسم الرجل على سوم أخيه » ولايخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع .فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري ، وهو الذي تناوله النهي

والثاني أن يظهر منه مايدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكا الى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له « أما تبقى لك شيء ؟ » قال بلى قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاه بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من يزيد على درهم ؟ » فأعطاه رجل درهمين فباعها منه : رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا أيضا اجماع فان المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة

(الثالث) أن لايوجد منه مايدل على الرضا ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا

(فصل) وان تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف أو يشغله كالاجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه الا العتق سواء وجد

بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر

(الرابع) أن يظهر منه مايدل على الرضا من غير تصريح. فقال القاضي لا يحرم المساومة، وذكر ان أحمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولان الاصل اباحة السوم والخطبة فحرم منه ماوجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الاصل (قال شيخنا) ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجها حسنا فان النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولانه وجد منه دليل على الرضا أشبه مالو صرح به، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة مايدل على الرضا لانها جاءت مستشيرة للنبي ﷺ وليس ذلك دليلا على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي ﷺ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

(فصل) وبيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لان البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسدة فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط. ولنا أنهما ماقصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطيء رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

« مسئلة » (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والاخرى لا يصح بخمسة شروط أن يحضر البادي لبيع سلعة بسعر يومها جاهلا بسعرها ويقصده الحاضر وبالناس حاجة اليها، وإن اختل شرط منها صح البيع)

البادي ههنا من يدخل البلد من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو من بلدة أخرى، ولا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي لقول ابن عباس نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. قال فقلت لابن عباس ماقوله حاضر لباد؟ قال لا يكون له سمساراً، متفق عليه، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر، وإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد، وقد أشار النبي ﷺ في تعليله إلى هذا. وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي، ونقل أبو اسحاق ابن شاقلا أن الحسن بن علي المصري سأل احمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به قال له فالخبر الذي جاء بالنهي. قال كان ذلك مرة، فظاهر هذا أن النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك. هذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه، والمذهب الاول لعموم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا مالم يقم على اختصاصهم به دليل، وهو مذهب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له فان كان هو القاصد للحاضر جاز لان التضييق حصل منه لا من الحاضر. (الثاني) أن يكون

من البائع أو المشتري لان البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن ، الا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل

البادي جاهلا بالسعر قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا كان البادي عارفا بالسعر لم يحرم لان التوسعة لاتحصل بتركه بيعها لانه لايبيعها إلا بسعرها ظاهراً (الثالث) أن يكون قد جلب السلعة للبيع ، فاما ان جلبها ليأكلها أو يخزنها فليس في بيع الحاضر له تضييقا بل توسعة ، وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها ، فاما ان كان أحضرها وفي نفسه أن لا يبيعها رخيصة فليس في بيعه تضييق (الثاني) أن يكون بالناس حاجة اليها وضرر في تأخير بيعها كالاقوات ونحوها ، وقال أصحاب الشافعي انما يحرم بشروط أربعة وهي ماذكرنا إلا حاجة الناس اليها فمتى اختل شرط منها لم يحرم البيع وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وظاهر المذهب أنه باطل نص عليه احمد في رواية اسماعيل بن سعيد. وذكر الخرقي رواية أخرى أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فلم يبطل كتلقي الركبان ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) وهو قول الحسن وكرهت طائفة الشراء لهم أيضاً كما كرهت البيع فروى أنس قال :كان يقال هي كلمة جامعة يقول لاتبيعن له شيئا ولا تبتاعن له شيئا وهو إحدى الروايتين عن مالك

ولنا أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فان النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر ، وليس ذلك في الشراء لهم ولا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع مايدفع الضرر عن أهل الحضر لايلزم أن يلزم أهل البدو الضرر . فاما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع فقد رخص فيه طلحة بن عبيدالله والاوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصحابي أولى

(فصل) وليس للامام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي ، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل ما يبيع الناس بع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا ، واحتج بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعرك فاما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت. ولان في ذلك إضراراً بالناس إذا زاد وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع .

ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال :غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال « ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سألوه ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولانه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما لو اتفق الجماعة عليه ، والظاهر أنه سبب الغلاء لان الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعتهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير مايريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها المحتاج

خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لايمنع تصرفه فيه كالمعيب. قال أحمد اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا والله أعلم فيما اذا شرط

ولايجدها الا قليلا فيرفع في ثمنها ليحصلها فتغلو الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول الى غرضه فيكون حراما، فاما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: ان الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ماقلنا وماذكروه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

﴿مسئلة﴾ (من باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها، وان اشتراها أبوه أو ابنه جاز)

من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأي وأجازه الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها

ولنا ماروى غندر عن شعبة عن أبي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها: بئس ما شريت وبئس مااشتريت ابلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. رواه أحمد وسعيد بن منصور، والظاهر أنها لاتقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف من النبي ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه لان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع الف بخمسمائة إلى أجل، ولذلك قال ابن عباس في مثل هذه المسئلة أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلاها في بيعها والذرائع معتبرة، فأما ان باعها بمثل الثمن أو اكثر جاز لانه لا يكون ذريعة وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع، فان نقصت مثل ان هزل العبد أونسي متاعه أوتخرق الثوب ونحوه جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل الى الربا

(فصل) فان اشتراها بعرض أوكان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض. فان باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر فقال أصحابنا يجوز لانهما جنسان لايحرم التفاضل بينهما أشبه ما لو اشتراها بعرض، وقال أبو حنيفة لايجوز استحسانا لانهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ولان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهو كما لو باعها بجنس الثمن الاول قال شيخنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة قال الشاعر:

أندانُ أم نعتانُ أم ينبري لنا فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

ومعنى نعتان أي نشتري عينة كما وصفنا، وقد روى أبوداود باسناده عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لاينزعه حتى ترجعوا الى دينكم» وهذا وعيد يدل على التحريم، وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة فان باع بنقد ونسيئة فلا بأس، وقال اكره

الخيار له وحده وكذلك اذا قلنا ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره. وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع

للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد قال ابن عقيل انما كره النسيئة لمضارعته الربا فان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل غالبا ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسئلة وللبيع نسيئة جميعاً لكن البيع بنسيئة مباح اتفاقا ولا يكره الا أن لا يكون له تجارة غيره

(فصل) فان باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهي كمسئلة العينة، فان اشتراها بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها أو بمثله نسيئة جاز لما ذكرنا في مسئلة العينة، وان اشتراها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهو كمسئلة العينة على ما ذكرنا من الخلاف، قال شيخنا ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه اذ لم يكن ذلك عن مواطأة ولا حيلة بل وقع اتفاقا من غير قصد لأن الاصل حل البيع وانما حرم في مسألة العينة للاثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه

(فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري لا يجوز ذلك لوكيله لانه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما لانه غير البائع اشترى بنسيئة أشبه الاجنبي

(مسئلة) (وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو مالا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز)

روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك وإسحاق وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي. قال علي بن حسين اذا لم يكن لك في ذلك رأي. وروى محمد بن عبدالله بن أبي مريم قال بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعت، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب قال عبد الله ابن عباس ما بعت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئا مما يكال بمكيال إلا ورقا أو ذهبا، فاذا أخذت ذلك فابتع ممن شئت منه أو من غيره، فرجعت فاذا عكرمة قد طلبني فقال الذي قلت لك هو حلال هو حرام، فقلت لسعيد بن المسيب ان فضل لي عنده فضل قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدراهم ووجه تحريم ذلك انه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسئلة العينة، وقد نص أحمد على ما يدل على هذا، قال شيخنا والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبد الله بن زيد قال قدمت على علي بن الحسين فقلت له إني أجد نخلي وأبيع فيمن حضرني الى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم، قال لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأي وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الاول فصح كما لو كان المبيع الاول حيوانا أو ثيابا ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا، فان لم يأخذ بالثمن طعاما لكن اشترى من المشتري طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها جاز كما في حديث علي بن الحسين

(فصل) والاحتكار حرام لما روى أبو امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام، وعن

قبل التفرق ببيع أوهبة روايتان (احداهما) لا يصح لان في صحته اسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري. قال أحمد في رواية أبي

سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من احتكر فهو خاطيء » رواها الاثرم ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » والاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط: (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل عليه من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكراً روي ذلك عن الحسن ومالك ، قال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر بل ينفع ، فان الناس اذا علموا أن عنده طعاما معداً للبيع كان أطيب لقلوبهم (الثاني) أن يكون قوتا ، فأما الادام والعسل والزيت وعلف البهائم فليس احتكاره بمحرم . قال الاثرم سئل أبو عبدالله عن أي شيء الاحتكار ؟ قال اذا كان من قوت الناس فهذا الذي يكره وهذا قول عبدالله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوي حديث الاحتكار ، قال أبو داود وكان يحتكر النوى والخبط والبزر ولان هذه الاشياء لا تعم الحاجة اليها أشبهت الثياب والحيوان (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور قاله أحمد ، فظاهر هذا ان البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالبا (الثاني) أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس، وأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد لم يحرم

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم) وأقل أحوال الامر الندب ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد ، ويختص ذلك ماله خطر فأما مالا خطر له كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لأنها تكثر فيشق الاشهاد عليها وتقبح إقامة البينة عليها ، والترافع الى الحاكم بخلاف الكثير وليس ذلك بواجب في واحد منها ولا شرطا له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق ، وقال قوم هو فرض لا يجوز تركه روي ذلك عن ابن عباس وممن رأى الاشهاد في البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر قياسا على النكاح . ولنا قوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته) قال أبو سعيد : صار الأمر الى الأمانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه ومن رجل سراويل ومن أعرابي فرسا فجحده الاعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ، ولم ينقل أنه اشهد في شيء من ذلك وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فلم يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لنقل ، وقد أمر النبي ﷺ عروة بن الجعد البارقي أن يشتري له أضحية ولم يأمره بالاشهاد ، ولان المبايعة تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها . فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (ما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما أمر بالرهن والكاتب، وليس بواجب وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى

(فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقال

طالب اذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط رده الى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه. فقوله يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده

قوم لا بأس به. والصحيح الاول للحديث المذكور فان باع فالبيع صحيح لانه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية ، وفي قول النبي ﷺ «قولوا لا أربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

باب الشروط في البيع

وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع كالتقابض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لانه بيان وتأكيد لمقتضى العقد فوجوده كعدمه (الثاني) شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتبا أو خطيباً أو صانعاً أو مسلما أو الامة بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فان لم يف به فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار الشرط مستحقا لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا

﴿مسئلة﴾ (فان شرطها ثيبا كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له لانه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن فاشبه ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً)

وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له الفسخ لان له فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة اكثرة لصلاحيتها للمسلمين والكفار أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشتراطه على أن له قصداً صحيحا. فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشرطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً .

(فصل) فان شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه، ولنا أنه امر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الامة والهملجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة فيما كان تبعا لا تمنع الصحة ولذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعه معها. وكذلك يصح بيع اساسات الحيطان والنوى في التمر وان لم يجز بيعها منفردين فان شرط أنها تحلب قدراً معلوماً لم يصح لان اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به ، وإن شرطها غزيرة اللبن صح لأنه يمكن الوفاء به . وان شرطها حاملا صح . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يصح لان الحمل لا حكم له. ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ريح ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا . وقوله ان الحمل لا حكم له لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من

مشروط بطلبه وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر صعب وكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لا يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم أحد فقال له النبي

إقامة الحد عليها من أجل حملها . وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لاعنها حال حملها فانتفى عنه ولدها ، فان شرط انها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجها واحداً لانه لا يمكن الوفاء به ، وكذلك ان شرط انها لا تحمل لذلك ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلا فبانت حاملا فان كانت أمة فهو عيب يثبت الخيار وان كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ، ويحتمل أن يستحق لأنه قد يريدها لسفر أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقيل لا يصح لانه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم وقيل يصح لانه يعرف بالعادة فأشبه اشتراط الشاة لبونا

(مسئلة) (وان اشترط الطائر مصوتا أو انه يجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي لا يصح)

اذا شرط في الهزار والقمري ونحوها انه مصوت فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان صياح الطير يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولانه لا يمكنه اكراهه على التصويت. والاولى جوازه لان فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام انه يجيء من مسافة معلومة صح أيضاً اختاره أبو الخطاب لان هذه عادة مستمرة وفيها قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد والهملجة وقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعذيبا للحيوان أشبه مالو شرط الكبش مناطحا. وان شرط الغناء في الجارية لا يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا. وان شرط في الكبش النطاح أو في الديك كونه مناقراً لم يصح لانه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية. وان شرط أن الديك يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكن الوفاء به وان شرط أنه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى التصويت في القمري على ماذكرنا

(والثالث) أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثني سكناها سنة ، أو دابة ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبداً ويستثني خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي وأبي ثور واسحاق وابن المنذر، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لانه يروى ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولانه ينافي مقتضى البيع فاشبه مالو شرط أن لا يسلمه ذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى انه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد في الرجل يشري من الرجل الجارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل قال شيخنا وهذه الرواية لاتدل على محل النزاع في هذه المسئلة فان اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) انها مجهولة فاطلاقه يقتضي خدمتها أبداً وهذا لاخلاف في بطلانه انما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها وذلك يفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها وهذا لا يوجد في غيرها ولذلك منع اعارة الأمة الشابة لغير محرمها وقال

صلى الله عليه وسلم « بعنيه » فقال عمر هولك يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا يدل على أن التصرف قبل تفرق جائز وذكر أصحابنا في صحة تصرف

مالك ان اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان اليسير تدخله المسامحة

ولنا ماروى جابر انه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره الى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنيت حملانه الى أهلي متفق عليه وفي لفظ فبعته بخمس أواق قال قلت على ان لي ظهره الى المدينة قال « ولك ظهره الى المدينة » رواه مسلم ولان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلا مؤبرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو امة مزوجة فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ولم يصح نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع فمفهومه إباحة الشرط الواحد وقياسهم منقوض بشرط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وان باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يصح لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه لأنها مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك ، واختار ابن عقيل عدم الاباحة أيضا وهو قول أكثر الفقهاء

(فصل) وان باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا فان كان عالما بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وان لم يعلم فله خيار الفسخ كمن اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وان اتلف المشتري العين فعليه أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن البيع وان تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه احمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل قال القاضي : معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لاجل الشرط وظاهر كلام احمد خلاف هذا لانه يضمن مافات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل فاما ان تلفت بغير فعله وتفريطه لم يضمن قال الاثرم : قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لانه كان له حملان؟ قال لا إنما شرط عليه هذا بعينه لانه لا يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت ، وقال القاضي عليه ضمانها أخذا من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع باجرة المثل وكلامه محمول على حالة التفريط على ماذكرناه

(فصل) إذا اشترط البائع منفعة المبيع فاراد المشتري أن يعطيه مايقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه احمد لان حقه تعلق بعينها أشبه مالو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولان البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها فان تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وان أراد البائع اعارة العين أو اجارتها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لانها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة الموصى بمنافعها ولا تجوز اجارتها إلا لمثله في الانتفاع فان أراد اجارتها أو اعارتها لمن يضر بالعين بإنتفاعه لم يجز ذلك كما لايجوز له اجارة العين المستأجرة لمن لايقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل .

المشتري بالوقف وجها آخر لانه تصرف يبطل الشفعة فاشبه العتق والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لان المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته كالرهن. ويفارق

(فصل) وان قال بعتك هذه الدار واجرتكها شهرا لم يصح لانه اذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره اياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ماملكه المشتري فلم يصح قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كذا بقفيز منه فيصير كانه شرط له القفيز عوضا عن عمله في باقي الكر المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع على مانذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا أو بغلة ويشترط حذوها نعلا أو حزمة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره ، واحتج أحمد بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها ، وبه قال اسحاق وأبو عبيدة ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري بغلة ويشترط على البائع حذوها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد أشبه الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط ولنا ماتقدم في قضية محمد بن مسلمة ولانه بيع واجارة لانه باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعينين ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط قال أحمد: انما نهى عن شرطين في بيع وهو يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد ولابد من العلم بالمنفعة لها ليصح اشتراطها لأنا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح وان شرط حذوها نعلا فلابد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء. قال احمد : في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جاز إذا أراد الشراك فان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا في الاجارة .

(فصل) وإذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلايجبر عليه أحد وان تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ويحتمل أن لا يجوز لانه مشترط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والخمير قل أو كثر ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكمره بقدر الزيادة لم يجز ولانه أخذ عوضا عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعاً وهو ما إذا باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته الى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك

﴿مسئلة﴾ (وذكر الخرقي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله)

الوقف العتق لان العتق مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحتمل أنه أراد هبة وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمنا والهبة لايثبت

إذا اشترى زرعاً أو جزه من الرطبة أو ثمرة على الشجر فالحصاد وجز الرطبة وجذاذ الثمرة على المشتري لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع بخلاف الكيل والوزن والعدد فانها على البائع لانها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع ، وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا. فان شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقي يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لايجوز وقيل يجوز فان قلنا لايجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي : المذهب جواز الشرط ذكره أبو بكر وابن حامد وقال القاضي ولم أجد بما قاله الخرقي رواية في المذهب ، واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم إذا شرط الحصاد على البائع بطل البيع قولا واحداً وقال بعضهم يكون على قولين فمن افسده قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعا ، ومن أجازه قال هذا بيع واجارة وكل واحد منهما يصح افراده فصح جمعهما كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع (والثاني) يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار (والثالث) ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ويبقى الشرط من المستلم فليس ذلك بتأخير التسليم فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه. فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف بدليل ثبوت الشفعة في الشقص دون السيف، وقد صح الجمع بينهما . وقول الخرقي ان العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص هذه المسئلة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع قد يريد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي إلى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع كما ذكرنا في صدر المسئلة والاول أولى لوجهين (أحدهما) انه قد قال في موضع آخر ولا يبطل البيع شرط واحد (والثاني) ان المذهب انه يصح اشتراط منفعة البائع في البيع كما ذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جمع بين شرطين لم يصح)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهي عن الشرطين في البيع وهو ماروي عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لايحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لابي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جمله وشرط ظهره إلى المدينة. واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على

فيها الخيار . وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه واما ان يكون للمشتري والبائع يملك فسخه فجعل البيع والهبة فسخا واما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره فاذا قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

البائع خياطته أو قصارته أو طعاماً واشترط طحنه وحمله إن شرط أحدهذه الاشياء فالبيع جائز، وان اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد ولا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع ان يقول اذا بعتها فانا أحق بها بالثمن ، وان تخدمني سنة فظاهر كلام احمد ان الشرطين المنهي عنهما ماكان من هذا النحو ، واما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط ان يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وان كثر ، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أوفاسدين لمصلحة العقد أو لغير مصلحته اخذاً من ظاهر الحديث وعملا بعمومه ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولان الصحيح لا يؤثر في البيع وان كثر والفاسد يؤثر فيه وان اتحد والحديث الذي رويناه يدل على الفرق ولان الغذر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند فلا يعول عليه، والذي ذكره القاضي في المجرد بعيد أيضا . فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ماهو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أو كثرت . ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له والاولى تفسيره بما حكاه ابن المنذر والله اعلم

(فصل) (الثاني) فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن يشرط على صاحبه عقدا آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع ، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده) المشهور في المذهب ان هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لان النبي ﷺ قال « لا يحل بيع وسلف ولا شرطان في بيع » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولان النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، حديث صحيح وهذا منه ، قال احمد وكذلك كل مافي معنى ذلك مثل ان يقول على ان تزوجني ابنتك او على أن أزوجك ابنتي فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود صفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسدا قال ولا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير

ولنا الخبر والنهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بالشرط فاذا فات فات الرضا به ولانه شرط عقدا في عقد فلم يصح كنكاح الشغار ، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحا ، ويحتمل ان يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما اذا شرط ما ينافي مقتضى العقد على ما نذكره ان شاء الله تعالى

ولنا على ابطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار وقولهم يملك الفسخ قلنا الا ان ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه

(الثاني) شرط ماينافي مقتضى البيع نحو ان يشترط ان لاخسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده أو الا يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له أو يشترط ان يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي ﷺ في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لانها في معناه وهل يبطل بها البيع ؟ على روايتين ، قال القاضي : المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن ابي ليلى وأبو ثور (والثانية) البيع فاسد وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقداً آخر ، ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك اذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي ولانه قد روي عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع وشرط

ووجه الاولى ماروت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت : كانت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، فقلت ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت : اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال « خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق » ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى ، ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فابطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب فان قيل المراد بقوله « اشترطي لهم الولاء » اي عليهم بدليل انه امرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين احدهما ان الولاء لها باعتاقها فلا حاجة الى اشتراطه (الثاني) انهم ابوا البيع الا ان يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم انهم لا يقبلونه منها واما امرها بذلك فليس هو امراً على الحقيقة ، وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقول الله تعالى (استغفر لهم اولا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا اولا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء اولا تشترطي ولهذا قال عقيبه « فانما الولاء لمن اعتق » وحديثهم لا اصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في مقابلة النص لا يقبل

(فصل) واذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشترط لان البائع انما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري انما سمح له بزيادة الثمن من اجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا ويحتمل ان يثبت الخيار ولا يرجع بشيء كمن شرط رهنا او ضمينا فامتنع

(فصل) وان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما لان ذلك يدل على تراضيهما بامضاء البيع فيقطع به خيارهما كما لو تخايرا ويصح تصرفهما لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع البيع بعد انقطاع الخيار (وان تصرف البائع باذن المشتري احتمل ان يقع صحيحاً لان ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع فيقع تصرفه بعد استرجاعه

الراهن والضمين ولان ماينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لارباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع . وان حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء قبضه اولم يقبضه على مانذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (الا اذا شرط العتق ففي صحته روايتان)

احداهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة اشترت بريرة وشرط عليها اهلها عتقها وولاءها فانكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط أن لا يبيعه ولأنه شرط ازالة ملكه عنه أشبه ماإذا اشترط أن يبيعه وليس في حديث عائشة انها شرطت لهم العتق انما اخبرتهم انها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها فان حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة على مابينا وان حكمنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وانلم يعتقه ففيه وجهان (احدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر كما لو نذر عتقه (والثاني) لايجبر لان الشرط لايوجب فعل المشروط بدليل مالو شرط الرهن والضمين فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ماشرط أشبه مالو شرط عليه رهناً فلم يف به ، وان تعيب المبيع أو كان أمة فاحبلها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه وان استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له. وان مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا وكم قيمته اذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين كالارش وفي الآخر يضمن بما نقص من قيمته

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري انه ان باعها فهو أحق بها بالثمن ان البيع جائز) روى المروذي عن أحمد انه قال هو في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لاشرطان في بيع » يعني انه فاسد لانه شرط أن يبيعه اياه وان يبيعه بالثمن الاول فهما شرطان في بيع نهي عنهما ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط انلا يبيعه من غيره اذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط ان لا يبيعه الا من فلان وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود انه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحمد الحديث قال البيع جائزولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساده قال شيخنا ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها. وقول أحمد لا تقربها قد روي مثله فيمن اشترط في الامة أن لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها أولايقربها والبيع جائز لحديث عمر المذكور. وقال القاضي

ويحتمل أن لا يصح لان البائع لايحتاج الى اذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا انه لا يصح كذا ههنا . وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لاينفذ ولكن ينفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لانه بفسخ البيع عاد اليه الملك فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه ، وكذلك ان تقدم تصرفه ماينفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم قال ابن عقيل عندي انه انما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط رهنا فاسدا كالخمر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين؟) أصلهما الروايتان في الشروط الفاسدة وقد مضى ذكرهما

(فصل) واذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على ان أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل لانه شرط أن لايتصرف فيه بغير القضاء وهل يفسد البيع ؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع على ما ذكرنا . وان قال اقبضني حقي على ان أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه أقبضه حقه وان قال أقبضني أجود من مالي على ان ابيعك كذا فالقضاء والشرط باطلان وعليه رد ما قبضه ويطالب بماله

(فصل) ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع زيادته المتصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته محتجاً بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فاعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل غير أنه عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كالعقد الصحيح. ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لا على ماذكروه وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهلها حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يديه ، وان نقص ضمن نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا وإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان أحمد نص عليه في الغصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبه العارية ، وذكر الخرقي في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه ، ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه ارش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع لأنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لايحل وطؤها. فان قيل إذا أوجبتم

(فصل) وإن تصرف أحدهما بالعتق نفذ عتق من حكمنا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فينفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي ﷺ «لاعتق فيمالايملك ابن آدم » يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق كما لو باع عبدا بجارية معينة فان مشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ

مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها باصبعه ثم وطئها؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وارش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا ، وأماالثاني فانه إذاوطئها بكراً فقد استوفى نفع هـذا الجزء فوجبت قيمة ماستوفى من نفعه وإذا أتلفه وجب ضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به لذلك ولاولاء علية لأنه حر الأصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتا لم يضمن لانه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ . فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتاوجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولان الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه فان كان الضارب اجنبياً فالقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة وللسيد أقل الامرين من دية الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه للبائع وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا وان كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منهـا لانه بسبب ذلك ضمن ، وان ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولايرث منهاشيئاً ، وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا ، وان سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وان تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علقت منه في غير ملكه فأشبهت الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره لا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه ، وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه مالكه ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير اذن صاحبه فكان ضامنا. فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشترى بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ماكان عليه أو ولدت الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لايكون في مقابلة الزيادة عوض ، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد

ولو وهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب لاسترجاعه ، ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك ينفذ عتقه لانه ملكه وان كان الملك انتقل فانه يسترجعه بالعتق . ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه الذي وهبه اياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل الى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل الى المشتري نفذ عتق

زيادتها أسقطت تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف، قال القاضي وهذا ظاهر كلام احمد

(فصل) واذا باع بيعاً فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فكان أحق به كالمرتهن . ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) واذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المبيع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا مالو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة . لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ولذلك لم يجز في النكاح . أما في مسألتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لان العوض على غيره، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان

(الثالث أن يشترط شرطا يعلق البيع كقوله بعتك ان جئتني بكذا أو ان رضي فلان) فلا يصح البيع لانه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما اذا قال : بعتك اذا جاء رأس الشهر

﴿مسئلة﴾ (وكذلك اذا قال المرتهن ان جئتك بحقك في محله والا فالرهن لك ، فلا يصح البيع، الا بيع العربون وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ويقول ان اخذته وإلا فالدرهم لك . فقال احمد يصح لان عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح)

وممن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم ، والاصل في ذلك ماروى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم قال الاثرم قلت لاحمد مامعنى قوله لا يغلق الرهن ؟ قال لا يدفع رهن الى رجل ويقول : ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك والثوري واحمد وانما فسد البيع لانه معلق بشرط مستقبل فلم يصح كالمسئلة قبلها ، وكما لو قال ان ولدت ناقتي فصيلا فقد بعتكه بدينار

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع الى البائع درهما أو اكثر على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فهو للبائع . يقال عربون وعربون وعربان وأربان . قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا قال احمد هذا في معناه ، وقال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ولانه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لاجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما

البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ماذكرنا وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لاينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لانه عاد العبد اليه فأشبه مالو استرجعه بصريح قوله ، ولو اشترى من يعتق عليه

لو قال ولي الخيار متي شئت رددت السلعة ومعها ردهم (قال شيخنا) وهذا هو القياس وانما صار احمد فيه الى ماروي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا ، قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه قال أي شيء أقول هذا عمر رضي الله عنه ؟ وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الاثرم باسناده

(فصل) فاما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لاتبع هذه السلعة لغيري وان لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدإ وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وان لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله لانه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لاتجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعتك على ان تنقدني الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه) وهذا قول أبي حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال به أبو ثور اذا كان الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أنه يروى عن عمر ولانه علق رفع العقد بامر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولانه بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ولان هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج الى التروي في المبيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولا فهما شبيهان في المعنى وان تغايرا في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى الفسخ وهذا ينفسخ إذا لم ينقد في المدة المذكورة لانه جعله كذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ وعنه يبرأ الا أن يكون البائع علم العيب فكتمه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي . وقال ابراهيم والحكم وحماد لايبرأ إلا مما سمى ، وقال شريح لا يبرأ الا مما أراه أو وضع يده عليه ، وروي عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه يروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر تحلف انك لم تعلم بهذا العيب ؟ قال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم رواه الامام أحمد ، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا ويتخرج

جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه. وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فاعتقهما نفذ عتق الامة دون العبد وان اعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الامة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد وان أعتق العبد أولا انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لانها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها البائع لها

أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول ، وروي هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث دوست الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه » وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولا فرق بين المجهول وغيره فما يثبت فى أحدهما يثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

(فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع فى ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فانهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط. ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) يفسد بها العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عن ماله بهذا الشرط فاذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي .

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه داراً أو ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان احد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً، وعنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولهما) له الفسخ لان عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لاخيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لانها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً فى القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين فى المعيب أن له إمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعها بكل الثمن فاذا لم يصل اليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذى رضيه فأشبه مالو اشترى معيباً فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لانها

(فصل) إذا قال لعبده اذا بعتك فأنت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد، وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لأنه اذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له

ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لان البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب

معاوضة فجازت بتراضيهما كغيرها

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لاضرر في رد الزيادة وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لايكون قبضها إلا بالكيل فان وجدها قدر حقه أخذها وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن نقصت أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين (أحدهما) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لاخيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

﴿ باب الخيار في المبيع ﴾

(وهو على سبعة أقسام : أحدها خيار المجلس ويثبت في البيع والصلح بمعناه والاجارة ويثبت في الصرف والسلم وعنه لا يثبت فيهما ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين)

وجملته أن خيار المجلس يثبت في البيع بمعنى أنه يقع جائزاً ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه ماداما مجتمعين لم يتفرقا ، وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي يلزم العقد بالايجاب والقبول ولا خيار لهما لانه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع

ولنا ماروى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا « تبايع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » رواه الأئمة ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو ثور الاسلمي ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث ابن سعد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته الحديث مع روايته له وثبوته عنده قال الشافعي لاأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً واعظم أن أقول عبد الله بن عمر . وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . فان قيل المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالاقوال كقوله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالاقوال والاعتقادات قلنا هذا باطل لوجوه منها ان اللفظ لايحتمل ماقالوه اذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على

الحرية كما لو قال لعبده اذا مت فأنت حر ، ولانه علق حريته على فعله للبيع والصادر منه في البيع انما هو الايجاب فمتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بان الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هـذا التعليل على مذهبنا فانا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

البيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث اذ قد علم انها بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث «اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار بعد تبايعهما » وقال « وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (والرابع) انه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة بقوله مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر البيع صفقة او خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشرط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه لانه قد روي عن الجوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ماقالوه لم يجز ان يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فانه لا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن قول الصحابي لا يحتج به اذا خالفه غيره من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع الا بعد رؤية ونظر غالباً فلا يحتاج الى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد والحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله وضعف مايذكره المخالف في مقابلته

(فصل) ويثبت الخيار في الصلح بمعنى البيع لانه عقد معاوضة أشبه البيع . والهبة اذا شرط فيها عوضاً معلوماً ثبت فيها الخيار في احدى الروايتين بناء على الاختلاف فيها هل تصير بيعاً أو لا ويثبت في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ويثبت في الصرف والسلم وما يشرط فيه القبض في المجلس كبيع مال الربا بجنسه في الصحيح لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وعنه لا يثبت فيها قياساً على خيار الشرط فانه لا يثبت فيها رواية واحدة لان موضوعها على ان لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقي بينهما علقة ولا يثبت في سائر العقود

وهي على اضرب (أحدها) لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار لان الخيار انما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جابراً لما يذهب من ماله والعوض هاهنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة بغير عوض ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه

(الضرب الثاني) لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار والراهن يستغني بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن ، وكذلك المكاتب

(الضرب الثالث) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها

(الضرب الرابع) ماهو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة ، وظاهر المذهب انهما جائزان فلا يدخلهما خيار ، وقيل هما اجارة فلهما حكمها ، والسبق والرمي الظاهر انهما جعالة فلا

(فصل) ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار اذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يبح له وطؤها كالمرهونة ولا نعلم في هذا اختلافا، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من أمته، ولا يلزمه قيمته وتصير أم ولد له، وان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لانه تعذر

يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد ذكرناه، فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لاخيار له، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانه يقصد فيهما العوض فأشبها سائر عقود المعاوضات

﴿ مسئلة ﴾ (ولكل واحد من المتبايعين الخيار مالم يتفرقا بأبدانهما لما ذكرناه) ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفرق مالم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشرط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيبين بخلافه أو يخبره في المرابحة بثمن حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل على انه أراد مايعرفه الناس كالقبض والاحراز، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو ان يبعد منه بحيث لايسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة. قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الأبدان فقال اذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا. وروى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر اذا باع فأراد أن لايقيله مشى هنيهة ثم رجع، وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو الى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت ونحو ذلك، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى، وإن كانت كبيرة صعد أحدهما الى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي، فان كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه يتولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر للزومه مفارقة مجلس العقد لأن الافتراق لايمكن هاهنا لكون البائع هو المشتري، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أولم يقصداه علماه أو جهلاه لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد، ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لانه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما ستراً أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما وقاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وان طالت المدة لعدم التفرق، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي الوضيء قال غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقامابقية يومهما وليلتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام الى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك

الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا ان الملك لا ينتقل الى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نمائها . وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض أصحاب

أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » وما أراكما افترقتما . فان فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود التفرق ولانه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقته لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار ان أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه ويبقى الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه الاكراه فيه حتى يفارقه ، وان اكرها جميعا انقطع خيارهما لان كل واحد منهما ينقطع خياره بتفرقة الآخر له فأشبه مالو اكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه مالو رأيا سبعا أو ظالما خشياه فهربا فزعا منه أو حملهما سيل أو فرقت بينهما ريح . فان خرس أحدهما قامت اشارته مقام نطقه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحق وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابنا يلحقه لان لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كالمجلس . ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزاً بقولهما كالنكاح وفارق المجلس فانه جائز فجاز ابقاؤه على جوازه

(فصل) وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقوله « الا أن يكون صفقة خيار » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقهما لكونه ثابتاً بعده بالشرط ، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه أن لا يكون فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق. وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام احمد في رواية الاثرم فانه ذكر له فعل ابن عمر وهذا الحديث فقال هذا الان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو اختيار أبي بكر ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن عمر فعله والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر ان ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن يتبايعا على أن لاخيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في احدى الروايتين ، وان اسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير ولا بالاسقاط قبل العقد ولا بعده وهو ظاهر كلام الخرقي لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة

الشافعي له وطؤها لان البيع ينفسخ بوطئه . فان كان الملك انتقل رجعت اليه وان لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكته التي لا حق لغيره فيها

ولنا ان الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه

وا كثر الروايات عن عبدالله بن عمرو. والتقييد انما هو في حديث ابن عمر ، ومتى انفرد بعض الرواة بزيادة قدم قول الاكثرين وذوي الضبط (والرواية الثانية) ان الخيار يبطل بالتخاير اختارها ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » يعني لزم ، وفي لفظ المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار ، فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » متفق عليه. والاخذ بالزيادة اولى وهي صريحة في الحكم ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد فالتخاير في ابتدائه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون لهما خيار، والتخاير بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد والزامه او اخترت العقد او اسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط فاسقطه احدهما ، وقال اصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء العقد قولان اظهرهما لا يقطع الخيار لأنه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل به العقد ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة. ولنا ما ذكرنا من حديثي ابن عمر وذلك صريح في الحكم فلا نعول على ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ،وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ممنوع فان سبب الخيار البيع المطلق ، فأما البيع مع التخاير فليس سبباً له ثم لو ثبت أنه سبب للخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه،والشفعة لنا فيها منع وان سلم فالفرق بينهما ان الشفيع أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئاً فالساكت على خياره لانه لم يوجد منه مايبطله وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئاً ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار، والاول أولى لظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا انما كان اسقاطا فسقط

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني خيار الشرط وهو أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وان طالت) هذا قول أبي يوسف ومحمد وابن المنذر وحكي ذلك عن الحسن بن صالح وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في

فيكون حراما ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا ينفسخ بالوطء فعليه الحد وذكر ان أحمد نص عليه لان وطأه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك

ولنا أن ملكه يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك

أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك. ولان الخيار ينافي مقتضى البيع لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف، وانما جاز للحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام - بعد قوله - فيأخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل ولم يثبت ماروي عن عمر رضي الله عنه وقد روي عن أنس خلافه، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فانها لا يمكن ضبط الحكم بها لخفائها واختلافها وانما يرتبط بمظنتها وهو الاقدام فانه صالح أن يكون ضابطا وربط الحكم به في الثلاث وفي السلم والأجل، وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح لان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وان سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى

(مسئلة) (ولا يجوز مجهولا في ظاهر المذهب ، وعنه يجوزوهما على خيارهما مالم يقطعاه أو تنتهي مدته)

إذا شرط الخيار أبداً أومتى شاء ، أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أوشرطاه الى مدة مجهولة كقدوم زيد أونزول المطر أومشاورة انسان ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب هذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته ان كان مشروطا إلى مدة وهوقول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم وقال مالك يصح ويضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقرر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه، وقال أبو حنيفة إن اسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أوحذفا الزائد عليها وبينا مدته صح لانهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه

ولنا انها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولان اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لوقال بعتك بشرط أن لا تتصرف ،وقول مالك انه يرد إلى العادة لا يصح فانه لا عادة في الخيار يرجع اليها واشتراطه مع الجهالة نادر، وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد، ولان العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطناه وان كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً كبيع درهم بدرهمين إذا حذف أحدهما ،وإذا قلنا يفسد الشرط هل يفسد به البيع ؟ على روايتين

(إحداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لانه عقد قارنه شرط فاسد كنكاح الشغار، ولان البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري انما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه مالم يرض به ولان الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ماسقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد به

له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت؟ مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى فعلى هذا يكون ولده منها حراً ونسبه لاحق به ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه

العقد (والثانية) لا يفسد به العقد وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ولان العقد قد تم بأركانه والشرط زائد فاذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لانه يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا ، ويحتمل أن يصح لان ذلك يتفاوت في العادة ولا يكثر تفاوته ، وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح ، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول

(فصل) وان شرطا الخيار شهراً يوما يثبت ويوما لا ، فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لانه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ، ويحتمل ان يبطل الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه الى الحصاد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يثبت الا في البيع والصلح بمعناه والاجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد)

لا نعلم خلافا في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس وكذلك الصلح بمعنى البيع لانه بيع بلفظ الصلح والهبة بعوض على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه لان الاجارة بيع المنافع فاشبهت بيع الاعيان ، فاما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها خيار الشرط قياساً على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، فان كانت المدة لا تلي العقد يثبت فيها خيار الشرط اذا كانت مدة الخيار لا تشتمل على شيء من مدة العقد فان كانت بعض مدة العقد تدخل في مدة الخيار لم يجز لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة) وهذا مذهب الشافعي ، وعنه يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وايديكم إلى المرافق * ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك

ولنا أن موضوع (إلى) لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) وكالأجل وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكأن الواضع قال متى سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية . وفيما استشهدوا به حملت إلى على معنى مع بدليل، أو لتعذر حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما تيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وان شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح ، وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تتغيم فلا يعلم وقت طلوعها ، ولنا أنه تعليق للخيار بامر ظاهر معلوم فصح كتعليقه بغروبها، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص، ولذلك لو علق طلاق

وتصير الامة أم ولده ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه فان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير الامة أم ولده لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا حكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالاجارة وما ذكره لا يصح لأننا لم نجز له التصرف فيه

امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خياراً مجهولا

﴿مسألة﴾ (وان شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين التفرق)

إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر الوجهين والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حقاً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه والاول أصح لانها مدة ملحقة بالعقد فأشبهت الاجل ، ولان الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ولانا لو جعلنا ابتداءها من حين التفرق أدى إلى جهالته لانا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا وقت انتهائه ، ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام ، فعلى هذا لو شرط ابتداءه من حين التفرق لم يصح إلا على قولنا بصحة الخيار المجهول ، وان قلنا ابتداؤه من حين التفرق فشرط ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان خيار المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ماذكرنا

﴿مسألة﴾ (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه) إذا شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلا لغيره فيه وهذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي قولان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لان الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له ، وان جعل الاجنبي وكيلا صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم» فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وان كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وان شرطه المالك صح لانه المالك والحظ له ، وان شرطه لأجنبي انبنى على الروايتين في صحة توكيل الوكيل

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول فيه من الخلاف ما ذكرناه

(فصل) قول الخرقي « أو مات » الظاهر انه أراد العبد ورد الضمير اليه وهو في معنى قوله أو تلفت السلعة ، ويحتمل أنه رد الضمير الى المشتري وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار لأن موت العبد قد تناوله بقوله أو تلفت السلعة والحكم في موت البائع والمشتري واحد ، والمذهب أن خيار الميت منهما يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرطا الخيار لاحدهما دون صاحبه صح)

يجوز شرط الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ويجوز أن يشرطا لاحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لان أكثر مافيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار وبين مبيع لاخيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ومالا شفعة فيه فانه يصح ويكون كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن فان فسخ البيع فيما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما معيبا فرده، وان شرط الخيار في أحدهما لابعينه أو شرط الخيار لاحد المتعاقدين لابعينه لم يصح لانه مجهول فأشبه مالو اشترى واحداً من عبدين لابعينه، ولانه يفضي الى التنازع فربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد مايطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لايصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا كله مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى رضى صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق، وماذكره ينتقض بالطلاق، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

﴿ مسئلة ﴾ (فان مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما)

إذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقال القاضي لايلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي . ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل ، ولان الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ولانه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولان البيع يقتضي اللزوم وانما يختلف موجبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضياه. وأما المولي فان المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فان قال أحد المتعاقدين عند العقد (لاخلابة) فقال أحمد : أرى ذلك جائزاً وله الخيار ان كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار. وذلك لأن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال « إذا بايعت فقل لاخلابة » متفق عليه ولمسلم « من بايعت فقل لاخلابة » فكان إذا بايع يقول لاخلابة قال شيخنا ويحتمل أن لا يكون له خيار ويكون هذا الخبر خاصا بحبان لانه روي أنه عاش الى زمن عثمان فكان

لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لانه حق مالي فينتقل إلى الوارث كالاجل وخيار الرد بالعيب ولانه حق فسخ للبيع فينتقل الى الوارث كالرد بالعيب والفسخ بالتحالف وهذا قول مالك والشافعي. ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثا وهذا يدل على اختصاصه بهذا لانه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال لاخلابة ، وقال بعض الشافعية ان كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ولن علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لانه روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لايزال يغبن فاتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال « إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت امسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يقم على اختصاصه دليل ، ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه ، والخبر الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لا يرون المرسل حجة ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه انما قالوا انه في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه مالا يقتضيه ولا يدل عليه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما رويناه ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه اه .

(فصل) اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس . قيل لأبي عبدالله فان أراد إرفاقه أراد أن يقرضه مالا ، يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار لم يرد الحيلة ، فقال أبو عبدالله هذا جائز الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع إلا باتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي الى أن القرض جر منفعة

﴿ مسئلة ﴾ (وينتقل الملك الى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين)

ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لاحدهما أيهما كان وهو أحد أقوال الشافعي وعن أحمد ان الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع وان كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذى فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض، وللشافعي قول ثالث أن الملك موقوف فان أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » وقوله « من

(مسئلة) قال: (واذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده الا بعيب أو خيار)

لاخلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق مالم يكن سبب يقتضي جوازه وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» وقوله «البيعان بالخيار حتى يتفرقا» جعل التفرق غاية للخيار وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها إلا أن يجد بالسلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة فيملك الرد أيضاً. ولا خلاف بين أهل العلم

باع نخلا بعد أن يؤبر فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع، ولانه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذى لا خيار فيه، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع لان التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه وقد أعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعوض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً، وقولهم إنه قاصر غير صحيح وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب، وامتناع التصرف انما كان لاجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون، وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لانه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبى ذلك، وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح فان انتقال الملك انما ينبني على سببه الناقل وهو البيع وذلك لا يختلف بامضائه وفسخه، فان امضاءه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فان المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه، ولان البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبته وإن فسخ كبيع المعيب وهو ظاهر إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه)

ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه، قال أحمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالمال للمشتري، وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له، وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له والا فهو للمشتري

ولنا قول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» قال الترمذي هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له، ولان الملك ينتقل بالبيع على ما بينا فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا ينتقل، وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه أو لم يكن مكيلا ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك، وان اشترى حاملا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدث فيه زيادة منفصلة فلزم رده

في ثبوت الرد بهذين الامرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» استشهد به البخاري وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيتبين بخلافه فيثبت له الخيار أيضاً ويقرب منه مالو أخبره في المرابحة في الثمن أنه حال فبان مؤجلا ونحو هذا ونذكر هذا في مواضعه .

بزيادته كما لو اشترى عبدين فسمن أحدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يرد الولد لان الحمل لا حكم له لانه جزء متصل بالام فلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها. ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن اذا كان منفصلا يقسط عليه اذا كان متصلا كاللبن وماقالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع، والحكم في الاصل ممنوع ثم يفارق الحمل الاطراف لانه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده منفصلا والوصية به وله ، ويرث إن كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته وقولهم لا حكم للحمل لا يصح لهذه الاحكام وغيرها مما قد ذكرناه

(مسئلة) (وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار الا بما يحصل به تجربة المبيع)

اما لم يجز لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار لانه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علقه فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها ، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فيجوز لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع

(مسئلة) (فان تصرفا فيه ببيع أو هبة أو نحوهما لم ينفذ تصرفهما)

اذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل الملك كالبيع والهبة والوقف أو يستغله كالاجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه إلا العتق على مانذكره سواء وجد تصرف من البائع أو المشتري لان البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن إلا ان يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب ، قال احمد اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا فيما اذا اشترط الخيار له وحده ، وكذلك اذا قلنا إن البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان (إحداهما) لا يصح لان في صحته اسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح ، وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري قال أحمد في رواية أبي طالب اذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يرده إلى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه. فقوله يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه ، وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله ﷺ في سفر فكان على بكر صعب لعمر فكان يتقدم النبي ﷺ فيقول له أبوه لا يتقدم النبي ﷺ أحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «بعنيه» فقال عمر هو لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «هو لك يا عبد الله ابن عمر فاصنع به ما شئت» وهذا يدل على التصرف قبل التفرق، والاول أصح وحديث ابن عمر ليس فيه

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة واصحابه يلحقه لان لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس ، ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزاً بقولهما كالنكاح وفارق حال المجلس لانه جائز

تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحمل على أنه أراد هبته وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمنا والهبة لا يثبت فيها الخيار ، وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما أن يكون للمشتري والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبة فسخا وأما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره وإن قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

ولنا على أبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار ، وقولهم يملك الفسخ قلنا إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهبه لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل اخذه

(فصل) فان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما لانه يدل على تراضيهما بامضاء البيع فينقطع به خيارهما كما لو تخايرا ، وانما صح تصرفهما لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار ويحتمل أن لا يصح تصرف البائع باذن المشتري لان البائع لا يحتاج الى إذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا أنه لا يصح كذا ههنا، وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن ينفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لان الملك عاد اليه بفسخ البيع فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه الا اذا قلنا ان تصرفه لا ينفسخ به البيع وكذلك ان تقدم تصرفه بما ينفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري اسقاطا لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما ، وان استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين وكذلك أن قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل اذا لم يمنعها)

اذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخا للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان تصرفه يدل على رغبته في المبيع فكان فسخا للبيع كصريح القول لان الصريح انما كان فسخا للبيع لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق ، وعن احمد رواية أخرى لا ينفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد متاعه عند مفلس فتصرف فيه ، وان تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار بما ذكرنا ونحوه مما يختص الملك كاعتاق العبد وكتابته ووطء الجارية ومباشرتها ولمسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجته أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضى وبدلالته ولذلك بطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فأما مايستعلم به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراهتها والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ولا يبطل به الخيار لانه

(فصل) وكلام الخرقي يحتمل أن يريد به بيوع الاعيان المرئية فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه. وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهو أحد قولي الشافعي، وفي رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول

المقصود بالخيار وفيه وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها، والاول أصح لان هذا يتضمن اجازة البيع ويدل على الرضى به فيبطل به الخيار كصريح القول، ولان صريح القول انما يبطل به الخيار لدلالته على الرضى فما دل على الرضى بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطلاق، وان عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسداً، أو عرضه على الرهن، أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره على الوجه الاول لأن ذلك يدل على الرضى به، قال احمد اذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه

(فصل) وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احداهما) لا يبطل خياره، قال أبو الصقر قلت لاحمد رجل اشترى جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طبخت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت فان مشطها أو خضبها أو حفها هل استوجبها بذلك؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها. وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك ويراد به تجربة المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة. ويمكن أن يقال ماقصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي، ويحتمل أن يبطل ذكره أبو الخطاب اذا لم يمنعها لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها، وقال ابو حنيفة إن قبلته بشهوة بطل خياره لانه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره كما لو قبلها

ولنا انها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولان الخيار له لا لها فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه بخلاف ما اذا قبلها فانه يدل على الرضى بها، ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضى غيره الا أن يكون تصرف باذن البائع وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما، وكذلك إن تلف المبيع، وعنه لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة)

إذا تصرف أحد المتعاقدين بعتق المبيع في مدة الخيار نفذ عتق من حكمنا بالملك له، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فنفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لاحدهما لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق من المشتري كما لو باع عبداً بجارية معيبة فان عتق المشتري ينفذ مع أن للبائع الفسخ. ولو وهب رجل ابنه عبداً فاعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب استرجاعه ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ينفذ عتقه لانه ملكه، وإن كان الملك انتقل فانه يسترجعه بالعتق، ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه

الثاني للشافعي ، وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروي عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال ماأبالي لأني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لانني اشتريت مالم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة وهذا اتفاق منهم على صحة البيع

الذي وهبه إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرناه . وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ، ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لانه عاد العبد اليه أشبه ما لو استرجعه بصريح قوله إلا على الرواية التي تقول إن تصرف البائع لا يكون فسخاً للبيع فينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري . ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه ، وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد ، وان أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الأمة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد ، وإن أعتق العبد أولا انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها الذي باعها .

(فصل) وإذا قال لعبده إذا بعتك فانت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لانه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ، ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لان البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب الحرية كما لو قال لعبده إذا مت فأنت حر ولانه علق حريته على فعله للبيع ، والصادر منه في البيع إنما هو الايجاب فمتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق ، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا لاننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

(فصل) وإذا أعتق المشتري العبد بطل خياره وخيار البائع ، وهذا اختيار الخرقي كما لو تلف المبيع على ما نذكره، وفيه رواية أخرى أنه لا يبطل خيار البائع لقول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فعلى هذه الرواية له الفسخ والرجوع بالقيمة يوم العتق

(فصل) وان تلف المبيع في مدة الخيار فلا يخلو إما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا نعلم في هذا خلافا إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ، ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان وإن كان المبيع غير المكيل والموزون فلم يمنع البائع والمشتري من قبضه فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان (إحداهما) يبطل وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف

ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح. ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ولانه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بالاصل الذي ذكرناه . وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث

المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب (والثانية) لايبطل وللبائع الفسخ ويطالب المشتري بقيمته أو مثله إن كان مثليا اختارها القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع كما لو اشترى ثوباً بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فانه يرده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالعتق لانه تصرف يبطل الشفعة فأشبه العتق)

والصحيح أن حكمه حكم البيع فيما ذكرنا لان المبيع يتعلق به حق البائع فقلنا بمنع جواز التصرف فمنع صحة الوقف كالرهن ويفارق الوقف العتق لانه مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف ولا نسلم أن الوقف يبطل الشفعة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان وطيء المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر ثابت النسب)

لايجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يصح وطؤها كالمرهونة ولا نعلم في هذا خلافا ، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته ، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من أمته ولا يلزمه قيمته لذلك وتصير أم ولد له ، فان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لانه تعذر الفسخ فيها ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا إن الملك لا ينتقل إلى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه فيها ، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وقيمة الولد وحكمها حكم عائهما ، وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها البائع وقلنا البيع ينفسخ بوطئه فكذلك ، وان قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا اذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال)

وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا ينفسخ بوطئه وهو المنصوص ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض الشافعية له وطؤها لان البيع ينفسخ بوطئه فان كان الملك انتقل رجعت اليه ، وان لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكته التي لاحق لغيره فيها،ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه حراماً، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم يحل حتى يستبرئها ولاحد عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا ينفسخ الوطء فعليه الحد ، وذكر أن أحمد نص عليه لانه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك . ولنا أن ملكه

رسول الله ﷺ والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار بهن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع ، فان قيل فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح : قلنا

يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت مع انه يحتمل ان يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى، وعلى هذا يكون ولده منها حراً ثابت النسب ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، وتصير أم ولد له ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق لا يلحقه نسبه ، وان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولد له لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا الحكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالاجارة وما ذكره لا يصح لاننا لا نجيز له التصرف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث)

اذا مات أحد المتبايعين في مدة الخيار بطل خياره في ظاهر المذهب ، ويبقى خيار الآخر بحاله الا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيكون لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ويتخرج ان الخيار لا يبطل ، وينتقل الى ورثته لانه حق مالي فينتقل الى الوارث كالاجل وخيار الرد بالعيب ولانه حق فسخ فينتقل الى الوارث كالفسخ بالتحالف ، وهذا قول مالك والشافعي . ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

﴿ فصل ﴾ (الثالث) خيار الغبن ويثبت في ثلاث صور (إحداها) اذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلهم الخيار اذا هبطوا السوق وعلموا انهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ، روي انهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن يهبطوا الاسواق فربما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم وربما أضروا باهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا امتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه اكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق وحكي عن أبي حنيفة انه لم ير بذلك بأسا ، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبد البر ، وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي والاول اصح لماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولان النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار فأشبه بيع المصراة وفارق

هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه .

اذا ثبت هذا فانه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لايشاهد منها مايختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب ، وان حكمنا بالصحة فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ فله ذلك وان لم

بيع الحاضر للبادي فانه لايمكن استدراكه بالخيار اذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ،اذاتقرر هذا فللبائع الخيار اذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأي لاخيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لأحد مع قوله ، وظاهر المذهب انه لاخيار له الا مع الغبن لانه انما يثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه انه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، وظاهر كلام الخرقي ان الخيار يثبت له بمجرد الغبن وان قل والاولى أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط . وقال أصحاب مالك انما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق باهل السوق لئلا ينقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله ، قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها ، وقال الليث بن سعد يباع في السوق وهذا مخالف لمدلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا هبط السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن التلقي لحقه لا لحق غيره ، ولان الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله ولا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعا للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا

(فصل) فان تلقاهم فباعهم شيئا فهو كمن اشترى منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة وهذا احد الوجهين للشافعية وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم عللوه بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل فيه ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم ، وهذا في البيع كهو في الشراء ، والحديث قد جاء مطلقا ، ولو كان مختصا بالشراء لألحق به مافي معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال القاضي : ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ولانه نادر فلا يكثر ضرره كمن يقصد ذلك ، ووجه الاول انه انما نهي عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فأشبه مالو قصد

﴿ مسئلة ﴾ (الثانية النجش وهو أن يزيد في السلعة من يريد شراها ليغر المشتري فله الخيار إذا غبن)

يفسخ لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب ان يكون عندها ، وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وان اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وإن اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر ، وكذلك

النجش حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لايحل لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه ، ولان في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الخديعة في النار » فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر العلماء منهم الشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أن البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد . ولنا أن النهي عاد الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر في البيع ولان النهي لحق آدمي فلم يفسد العقد كبيع المدلس، وفارق ما كان لحق الله تعالى فان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان فان كان يتغابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار ، واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تغرير بالعاقد فاذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ، وبذلك يبطل ما ذكروه ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(مسئلة) (الثالثة المسترسل اذا غبن الغبن المذكور)

يعني اذا غبن غبنا يخرج عن العادة كما ذكرنا في تلقي الركبان ، والنجش يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبه قال مالك قال ابن أبي موسى وقد قيل قد لزمه البيع ولا فسخ له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان. فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تفريطه وتقصيره ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما اعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « والثلث كثير » وقيل السدس والاولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف

(فصل) واذا وقع البيع على غير متعين كقفيز من صبرة ورطل من دن فظاهر قول الخرقي انه يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لا ، وقال القاضي في موضع المبيع الذي لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون فقد صرح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزا من صبرتين فتلفت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع وهذا

لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعا ، وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره فله الخيار عند الرؤية وان لم يره المشتري أيضا فلكل واحد منهما الخيار وبهذا قال

تصريح باللزوم في حق البائع قبل القبض ، وانه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احداها أو لم تتلف. ووجه الجواز انه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف لكان من ضمان البائع. ووجه اللزوم قول النبي ﷺ « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الاول ينتقض ببيع الموصوف والسلم فانه لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر البيع في احدى الروايتين

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحى وارساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد) التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض ، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره اذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة :

رأيت غلاما قدْ صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

قال البخاري أصل التصرية حبس الماء . يقال صريت الماء ويقال المصراة المحفلة وهو من الجمع أيضاً ومنه سميت مجامع الناس محافل ، والتصرية حرام اذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي ﷺ « لا تصروا الابل » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم » ورواه ابن عبد البر «ولا تحل خلابة مسلم» فمن اشترى مصراة من بهيمة الانعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه لا خيار له لان ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فانه بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » رواه أبو داود ولانه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كالشمطاء اذا سود شعرها ، وبه يبطل قياسهم فان بياضه ليس بعيب كالكبر ، واذا دلسه ثبت له الخيار ، وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى ، اذا ثبت هذا فانما يثبت الخيار اذا لم يعلم المشتري بالتصرية فان كان عالما لم يثبت له خيار، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولان انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله كما لو

الشافعي ، وقال أبو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ولانا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت له الخيار ولنا انه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فاما الخبر فانه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما

تزوجت عنينا ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها عالما بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك ولانه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وبقاء اللبن علي حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع

(فصل) وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحى ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار أيضاً لانه تدليس يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية ، وبهذا قال الشافعي، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به خيار لانه تدليس بما ليس بعيب أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً وما ذكروه ينتقض بتسويد الشعر ، وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاما لـكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعا لا يستحق به فسخاً، فان حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد ، أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو يسود شعرها بشيء وقع عليـه ، فقال القاضي له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد أشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار بحمرة الوجه بخجل أو تعب لانه يحتمل ذلك فتعين ظنه من خلقته الاصلية لطمع فأشبه سواد أنامل العبد

(فصل) وان دلسه بما لا يختلف به الثمن كتبييض الشعر وتسبيطه فلا خيار للمشتري لانه لا ضرر في ذلك ، وان علف الشاة فظنها المشتري حاملا أو سود أنامل العبد أو ثوبه ليظنه كاتباً أو حداداً أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظنها كثيرة اللبن فلا خيار له لان ذلك لا ينحصر فيما ظنه المشتري لان سواد الانامل قد يكون لولع أو خدمة كاتب أو حداد أو شروع في الـكتابة وانتفاخ البطن يكون للاكل فظنه المشتري غير ذلك طمعاً لا يثبت به الخيار

(فصل) فان أراد امساك المدلس مع **الارش** لم يكن له ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصراة ارشا بل خيره بين الامساك والرد مع صاع من تمر ولان المدلس ليس بعيب فلم يستحق له ارشا ، فان تعذرعليه الرد بتلف فعليه الثمن لانه تعذر عليه الرد ولا ارش له أشبه غير المدلس ، فان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد ارش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء امسك ولا شيء له ، وان تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وان أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخير رد المعيب على ما نذكره ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (ويرد مع المصراة عوض اللبن صاعا من تمر فان لم يجد التمر فقيمته في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة)

إذا رد المصراة لزمه بدل اللبن في قول كل من جوز ردها وهو مقدر بصاع من تمر كما جاء في

(فصل) واذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته مايكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد لا يصح حتى يراه لان الصفة لاتحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم انه لاتحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا وهذا يكفي بدليل انه

الحديث ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية الى أن الواجب صاع من قوت البلد لان في بعض الاحاديث «وردمعها صاعا من طعام» وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا» فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيصه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى ،وحكي عن زفر أنه يرد صاعا من تمر أو نصف صاع بر كقولهم في الفطرة . ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وقد نص فيه على التمر فقال « ان شاء ردها وصاعا من تمر » وللبخاري « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبها صاع من تمر» ولمسلم « ردها وردصاعا من تمر لا سمراً » يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام في الحديث التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد وحديث ابن عمر في روايته جميع بن عمير التيمي قال ابن نمير هو من أكذب الناس ، وقال ابن حبان كان يضع الحديث مع أن الحديث متروك الظاهر بالاتفاق اذ لاقائل بايجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا ثم قد شك فيه الراوي مع مخالفة الحديث الصحيح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يقبل ولا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعا للخصومة والتنازع كما قدر دية الآدمي ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع اختلاف لبنها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين ايجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع ايجابها فلا يجوز العدول عنها ، ويجب أن يكون صاع التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ماذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، ويكفي فيه أدنى مايقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر أقل من قيمة الشاة أو أكثر أو مثلها نص عليه وليس فيه جمع بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشارع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك السيد ، وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في موضع العقد لانه بمنزلة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) ولا فرق بين الناقة والبقرة والشاة فيما ذكرنا، وقال داود لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ماعداها بخلافهما ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص، والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة ـ ومن ابتاع محفلة » ولم يفصل والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أكثر وأنفع فيثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد فردهن رد مع كل مصراة صاعا وبه قال الشافعي وبعض المالكية ، وقال بعضهم في الجميع صاع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

يكفي في السلم وانه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية. وأما مالا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها ، اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعنبري واسحاق وابو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام العقد فأشبه غير

اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » . ولنا قوله « من اشترى مصراة » وهذا يتناول الواحدة ولان ماجعل عوضاً عن شيء في صفقتين وجب اذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب . وأما الحديث فان الضمير فيه يعود الى الواحدة

﴿ مسئلة (فان كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر)

اذا احتلبها واللبن بحاله ثم ردها مع لبنها فلا شيء عليه لأن المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فان أبى البائع قبوله وطلب التمر فليس له ذلك اذا كان اللبن لم يتغير ويحتمل أن يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب لان كونه في الضرع أحفظ له

ولنا انه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل كسائر المبدلات مع أبدالها . والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « في حلبتها صاع من تمر » وقولهم الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام لانه يضر بالحيوان ، فان تغير اللبن ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهو قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحموضة أشبه تلفه (والثاني) يلزمه قبوله لان التعهد حصل باستعلام المبيع بتعيين البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) فان رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً ردها به لان رضاه بعيب لا يمنع الرد لعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضي به فوجده أبرص فان رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه عوض به فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ، ثم ان لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن اللبن الحادث بعد العقد يحدث على ملكه ، وان كان فيه لبن حال العقد إلا انه يسير لا يخلو الضرع من مثله عادة فلا شيء فيه لانه لا عبرة به ولا قيمة له في العادة ، وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله انبنى رده على رد لبن المصراة وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده فبقاؤه كتلفه ، وهل له رد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلف بعضه أو تعيب فان قلنا برده رد مثل اللبن لانه من المثليات والاصل ضمانها بمثلها إلا انه خولف في لبن المصراة للنص فما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

(فصل) قال ابن عقيل اذا علم التصرية قبل حلبها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لان التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولان النبي ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها ههنا لبناً فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك ، قال ابن عبد البر : هذا مما لا خلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى علم التصرية فله الرد ، وقال القاضي ليس له ردها إلا بعد ثلاث)

اختلف أصحابنا في مدة الخيار فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها ولا

الموصوف ، ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا انه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم، وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فان ثبت فيحتمل ان يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره ، فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف

إمساكها بعدها فان أمسكها بعدها سقط الرد قال وهو ظاهر كلام أحمد وقول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قالوا هـذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيها لأن لبنها في أول يوم لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك الثالث ، فاذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل الثلاث وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به اذا ظهر كسائر التدليس وهو قول بعض المدلسين، فعلى هـذا فائدة التقدير في الخبر بالثلاث لان الظاهر انه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فلن حصل العلم بها أو لم يحصل فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي موسى انه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهو قول ابن المنذر وأبي حامد من الشافعية وحكاه عن الشافعي لظاهر حديث أبي هريرة فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وقول القاضي لا يثبت في شيء منها ، وقول أبي الخطاب يسوي بينها وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ماقاله أبو الخطاب قياساً على سائر التدليس

﴿ مسئلة ﴾ (وان صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : اذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد . وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحـد الوجهين للخبر ولأن التدليس كان موجوداً في حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن. ولنا ان الرد جعل لدفع الضرر بنقص الثمن ولم يوجد فامتنع الرد ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ولان الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت التصرية في غير بهيمة الانعام كالأمة والاتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين) اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى مصراة » ولانه تصرية بما يختلف به الثمن فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام لأن الآدمية تراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ، والفرس تراد لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد كلبن بهيمة الانعام، والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لذلك، واللفظ العام أريد به الخاص لانه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاما وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص فان قلنا بردها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئا لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعتاض عنه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها) لقوله عليه السلام « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم أخو المسلم لا يحل

بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم، وان اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت فالقول قول المشتري لأن الاصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه مالم يقر به أو يثبت ببينة أو مايقوم مقامها

(فصل) والبيع بالصفة نوعان (احدهما) بيع عين معينة مثل ان يقول بعتك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا ينفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معينا فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر

لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه » رواه ابن ماجه ، فان فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي بدليل حديث التصرية فان النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه ، وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، فقيل له ماتقول في التصرية ؟ فلم يذكر جوابا فدل على رجوعه

(فصل) قال رضي الله عنه (الخامس خيار العيب وهو النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك ، وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقة والاباق والبول في الفراش ان كان من مميز) العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والصمم والعمى والعور والعرج والعفل والقرن والفتق والرتق والقرع والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في الامة والبخر فيها وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج أنه عيب، وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً ، والجناية الموجبة للقود، ولأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين ومستحقة الاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ليس بعيب في العبد لانه لايراد للفراش والاستمتاع بخلاف الامة . ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته ? والبخر يؤذي سيده ومن جالسه أو ساره ، والسرقة والاباق والبول في الفراش عيوب في الكبير الذي جاوز العشر ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب حتى يحتلم لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحد فكذلك هذا . ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على ان البول لداء في بطنه ، والسرقة والاباق لخبث في طبعه . وحد ذلك بالعشر لأمر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع . فأما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ويسكر من النبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب الحد فهو كالزنا ، وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فأفضى الى تلفه ، ويختص الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله ، وعدم الختان ليس بعيب في العبد الصغير لانه لم يفت وقته ولا في الامة الكبيرة وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم أشبهت العبد . ولنا أنه لايجب عليها والألم فيه يقل

(الثاني) بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعتك عبداً تركيا ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم ، فتى سلم اليه عبداً على غير ماوصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ماوصف له فرده ، ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لانه بيع في الذمة فلم يجز

ولا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير ، فأما الكبير فان كان مجلوبا من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لايختنون فصار ذلك معلوما عند المشتري فهو كدينهم ، وان كان مسلما مولدا فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة

(فصل) والثيوبة ليست بعيب لانها الغالب على الجواري فالاطلاق لا يقتضي خلافها هذا اختيار القاضي ، وقال ابن عقيل اذا اطلق الشراء اقتضى سلامتها من الثيوبة وبقاء البكارة ، فالثيوبة اتلاف جزء والاصل عدم الاتلاف والثمن يختلف باختلافه فنقول جزء يختلف الثمن ببقائه وزواله فزواله عيب كتلف بعض أجزائها . وتحريمها على المشتري بنسب او رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل مايوجب خللا في المالية ولانقصا والتحريم يختص به ، وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريبا وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا وكذلك عدة البائن . فأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة لايؤمن ارتجاعها ، ومعرفة الغناء والحجامة ليس بعيب ، وحكي عن مالك في الجارية المغنية انه عيب فيها لانه محرم . ولنا انه ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فهو كالصناعة وكونه محرما ممنوع وإن سلم فالمحرم استعماله لامعرفته ، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به

ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالاخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وهو عيب عند أبي حنيفة لانه نقص لقول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) ولنا ان العبيد فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر ، فالاطلاق لايقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لايقتضي كون الكفر عيبا كما ان المتقي خير من غيره ، قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدمه عيباً . وكونه ولد زنا ليس بعيب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراش بخلاف العبد ، قلنا ان النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفي النسب. وكون الجارية لاتحسن الطبخ أو الخبز ونحوه ليس بعيب لان هذا حرفة فلم يكن فقدها عيباً كسائر الصنائع. وكونها لاتحيض ليس بعيب ، وقال الشافعي هو عيب اذا كان لكبر لان من لا تحيض لاتحمل . ولنا ان الاطلاق لايقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيباً كما لو كان لغير الكبر

(مسئلة) (فمن اشترى معيباً لايعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش وهو قسط مابين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)

من اشترى معيبا يعلم عيبه أو مدلساً أو مصراة وهو عالم فلا خيار له لانه بذل الثمن فيه عالما راضيا به عوضا أشبه مالا عيب فيه لانعلم خلاف ذلك ، وإن علم به عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب فكتمه أولم يعلم لا نعلم فيه خلافا ولان اثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ماروي

التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم ، وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه بيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) اذا رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يرياها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد لان

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى مملوكا فكتب « هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم للمسلم » ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر ، فعند الاطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملا

(فصل) فان اختار امساك المعيب واخذ الارش فله ذلك وبه قال اسحاق ، وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا الامساك أو الرد ولا أرش له الا أن يتعذر رد المبيع وروي ذلك عن احمد حكاه صاحب المحرر لان النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالرد بالخيار . ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المصراة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء وكذلك لا يستحق أرشاً إذا تعذر الرد ، اذا ثبت هذا فمعنى الارش أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن. مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومعيباً بتسعة والثمن خمسة عشر فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف،وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن ولانا لو ضمناه نقص القيمة أفضى الى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه، وهذا لا سبيل إليه وقد نص أحمد على ماذكرناه.وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه .قال أحمد هذا أحسن ما سمعته

« مسألة » (وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل وعنه لا يرده الا مع نمائه)

وجملة ذلك أنه اذا أراد رد المبيع فلا يخلو اما أن يكون بحاله أو أن يكون قد زاد أو نقص فان كان بحاله رده وأخذ الثمن ، وان زاد بعد العقد أو حصلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل الظهور فانه يردها بنمائها فانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدها) أن تكون من غير المبيع كالكسب والاجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهو للمشتري في مقابلة ضمانه لان المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافا وقد روى ابن ماجه باسناده عن عائشة أن رجلا اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده فقال يارسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو داود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم

(النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاويرد

ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما أشبه مالو شاهداه حالة العقد والشرط انما هو العلم وانما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ماذكرناه مالو رأيا دارا ووقفا في بيت منها أو أرضا ووقفا في طريقها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم

الاصل بدونها ، وبهذا قال الشافعي الا أن الولد ان كان لآدمية لم يملك ردها دونه وسنذكر ذلك وعنه ليس له رده دون نمائه قياساً على النماء المتصل ، والمذهب الاول لما ذكرناه من حديث عائشة وقال مالك : ان كان النماء ثمرة لم يردها ، وان كان ولداً رده لان الرد حكم فسرى الى الولد كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ، ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد . ولنا انه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عندمالك، وقولهم ان النماء من موجب العقد لا يصح انما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فانه لا يسري إلى الولد بوجوده في الام فان اشتراها حاملا فولدت عند المشتري فردها رد ولدها معها لانه من جملة المبيع والولادة نماء متصل ، وإن نقص المبيع فسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ووطء الثيب لا يمنع الرد وعنه يمنع)

اذا اشترى أمة ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه روي ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد يروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء كالجناية لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كوطء البكر ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها ارش واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبي حكومة وقال سعيد بن المسيب عشرة دنانير ، وقال ابن أبي موسى مهر مثلها وحكي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد لانه اذا فسخ صار واطئاً في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج . وماقالوه يبطل بوطء الزوج، ووطء البكر ينقص ثمنها . وقولهم يكون واطئاً في ملك الغير لا يصح لان الفسخ رفع العقد من حينه لا من اصله بدليل انه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشتراها مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان النكاح باقيا فهو عيب حادث ، وان كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لا فرق بين هذا وبين وطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم يعترف به ، فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره ، فأما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس

﴿ مسألة ﴾ (وان وطيء البكر أو تعيبت عنده فله الارش، وعنه انه مخير بين الارش و بين الرد وارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن)

اذا وطيء المشتري البكر قبل علمه بالعيب ففيه روايتان (احداهما) لا يردها ويأخذ ارش العيب وبه قال مالك وابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن أحمد (والرواية الاخرى) يردها ومعها شيء اختارها الخرقي وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور ، والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فاذا كانت قيمتها بكراً مائة وثيبا ثمانين رد معها عشرين لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته بخلاف ارش العيب الذي يأخذه المشتري ، وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه ان شاء الله أولى ، واحتج من منع ردها بان الوطء نقص عينها وقيمتها فمنع الرد كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته ، ووجه الرواية الاخرى انه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام فيثبت معه الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكذلك كل مبيع كان معيباً ثم حدث به عيب عند المشتري قبل علمه بالاول ففيه روايتان (احداهما) ليس له الرد وله ارش العيب القديم ، وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد يثبت لازالة الضرر ، وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد ارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء امسكه وله الارش ، وبه قال مالك واسحاق وقال الحكم يرده ولم يذكر معه شيئاً ، ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها ولانه روي عن عثمان أنه قضى في الثوب إذا كان به عوار يرده وان كان قد لبسه، ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وارشه وبين ارش العيب القديم كما لو حدث لاستعلام المبيع ولان العيبين قد استويا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ، ولان الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا فانه يرد ارش العيب الحادث عنده لأن المبيع بجملته مضمون عليه بقيمته فكذلك أجزاؤه. فان زال العيب الحادث عنده رده ولا شيء معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ،ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيباً فالحمل عيب للآدميات دون غيرهن لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري ، وان نقصتها الولادة فذلك عيب ، وان لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لزوال

الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل) ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع (أحدها) تلقي الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم (الثاني) بيع النجش ويذكران في مواضعهما (الثالث) المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع

العيب فان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف ابن جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له ردها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه موضع حاجة فاشبه ما لو ولدت حراً فانه يجوز بيعها دون ولدها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولانه أمكن منع الضرر باخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب نهي الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها ، وقولهم إن الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة باخذ الارش. أما اذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث فيه حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة ، وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله رد الام وامساك الولد لان التفريق بينهما لا يحرم ولا فرق بين حملها قبل القبض وبعده ، ولو اشتراها حاملا فولدت عنده ثم اطلع على عيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل فاشبه ما لو سمنت الشاة ، وان تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ،وعن أحمد لا قيمة عليه للولد ، وحمل القاضي كلام أحمد على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أنه لا حكم للحمل وهو أحد أقوال الشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده مع بقائه ولا قيمته مع التلف، والاول أصح وعليه العمل

(فصل) فان كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيبا فالنسيان عيب حادث فهو كغيره من العيوب وعنه يرده ولا شيء عليه وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عوده بالتذكر، قال وعلى هذا لو كان سمينا فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصناعة والكتابة مقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فاشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ، وما روي عن أحمد محمول على ما إذا دلس بعيب

(فصل) واذا تعيب المبيع عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمانه فهو كالعيب القديم ، وان كان من ضمان المشتري فهو كالعيب الحادث بعد القبض، فاما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري لا يثبت الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيهما فهو من مال البائع إلا في الجنون والجذام والبرص ، فان تبين الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام ولانه إجماع أهل المدينة ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا أنه ظهر فى يد المشتري ويجوز أن يكون حادثا فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع وكما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال أحمد ليس فيه حديث صحيح ، وقال ابن المنذر لا يثبت

وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان ، فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل مالو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تقصيره وتفريطه. والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد المسترسل الذي

في العهدة حديث ، والحسن لم يلق عقبة ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة ، والداء الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

﴿ مسئلة ﴾ (قال الخرقي إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا)

قال القاضي ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله نص عليه في رواية حنبل . معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكأن البائع يستر العيب ، وكتمانه جعله في ظلمة فخفي على المشتري فلم يره ولم يعلم به

والتدليس حرام وقد ذكرناه فمتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا ارش عليه سواء كان بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه أو بفعل العبد كالسرقة أو بفعل الله تعالى ، وسواء كان ناقصا للمبيع أو مذهبا لجملته قال احمد في رجل اشترى عبداً فأبق وأقام البينة أن اباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان ، ويحكى هذا عن الحكم ومالك لانه غره فرجع عليه كما لو غره بحرية أمة (قال شيخنا) ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت ، وارش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام « الخراج بالضمان » وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري مع كونه قد نهى عن التصرية وقال « بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم » وقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولان وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلا ولا يشبه هذا التغرير بحرية الامة في النكاح لانه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الامة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء نص عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أعتق العبد أو تلف المبيع رجع بارشه ، وكذلك ان باعه غير عالم بعيبه ، وكذلك إن وهبه وان فعله عالما بعيبه فلا شيء له)

اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو موت أو وقف أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن ابا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع ممنوع وإن سلم فقد استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم ييأس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه . (والثانية) له الارش وهو أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه لم يستدرك ظلامته أشبه الوقف ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل

لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف إذا استعجل في الحال فغبن فلا خيار لهما. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد. وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لان الثلث كثير بدليل قول النبي ﷺ « والثلث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل مالا يتغابن الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه الى العرف

ماقبل الهبة ، وان أكل الطعام أولبس الثوب فأتلفه رجع بارشه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لايرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبه مالو قتل العبد . ولنا أنه ماستدرك ظلامته ولارضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) إذا باع المشتري المبيع قبل علمه بالعيب فله الارش نص عليه احمد لان البائع لم يوفه ماأوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضى به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه ، وظاهر كلام الخرقي أنه لاارش له سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبه مالو أتلف المبيع ولانه استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب

(فصل) وان باعه عالما بعيبه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الامة ونحوه فلا شيء له . ذكره القاضي لان تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبه مالو صرح بالرضا (قال شيخنا) وقياس المذهب أن له الارش بكل حال ، وقد روي عن احمد فيما إذا باعه أو وهبه لانا خيرناه ابتداء بين رده وامساكه مع الارش فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري ، وقولهم إنه استدرك ظلامته لايصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه ، وإنما ظلم المشتري الثاني فلا يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الارش لانه إذا باعه فقد استدرك ظلامته ، فعلى هذا إذا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ ارشه منه فللأول أخذ ارشه وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لأنه لم يستدرك ظلامته، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ماتقدم

(فصل) وإذا ردها المشتري الثاني على الاول وكان الاول باعها عالما بالعيب أو وجد منه مايدل على الرضى به فليس له رده لان تصرفه رضى بالعيب ، وان لم يكن علم فله رده على بائعه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ليس له رده الا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبه مالو علم بعيبه . ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه ، وإنما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى آخر، وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب الاول أو باقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي ان رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل فسخه . ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وانما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب

(فصل) وإذا وقع البيع على غير معين كقفيز من صبرة ورطل زيت من دن فمقتضى قول الخرقي اذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده إلا بعيب أو خيار لان البيع ههنا يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لم يتقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصريح بانه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين فتلفت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة، ولا خيار للبائع ، وهذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض

أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب ، فعلى هذا اذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجوداً حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فانه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(فصل) وان استغل المشتري المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضى به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضى به معيبا، وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر كان الحسن وشريح وعبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلعة فعرضها على البيع بعد علمه بالعيب بطل خياره ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا، فأما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضا ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش .قال أحمد أنا أقول اذا استخدم العبد فأراد نقصان العيب فله ذلك ، فأما أن احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها أو استخدم الامة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وان استخدمها لغير ذلك استخداما كثيراً بطل رده ، وان كان يسيراً لا ينقص الملك لم يبطل الخيار، قيل لاحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا أو قال من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ويطول. وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان فكذلك يخرج ههنا

(فصل) فان أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فان أخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروفا بالاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه على روايتين ، وان كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه الا ان يهلك لانه لم ييأس من رده فهو كما لو باعه ، ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا .

(فصل إذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له . وعنه رواية اخرى أنه يجعله في الرقاب وهو قول الشعبي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا ان العتق إنما صادف الرقبة المعينة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً وليس الارش بدلا عن العبد إنما هو عن جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لا على

فانه لوكان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احداهما أو لم تتلف ، ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف لكان من ضمان البائع .ووجه الاول قول النبي ﷺ « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والسلم فان ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين

وجوبه . قال القاضي انما الروايتان فيما اذا أعتقه عن كفارته لانه إذا أعتقه عن الكفارة لايجوز أن يرجع اليه شيء من بدله كالمكاتب اذ أدى بعض كتابته. ولنا أنه ارش عبد اعتقه فهو كما لو تبرع بعتقه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بعضه فله ارش الباقي وفي ارش المبيع الروايتان وقال الخرقي له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو ارش العيب بقدر ملكه فيه)

اذا باع بعض المبيع ثم ظهر على عيب فله ارش الباقي لانه كان له ذلك والأصل في كل ثابت بقاؤه وفي ارش المبيع ماذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع فان أراد رد الباقي بحصته من الثمن ففيه روايتان (احداهما) له ذلك اختارها الخرقي لأنه مبيع رده ممكن أشبه ما لو كان الجميع باقياً (والاخرى) لايجوز وهي الصحيحة إذا كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الكمال كوطء الامة ولبس الثوب ، وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ،وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لايجوز رد احداهما وحدها لما فيه من الضرر ، وفيما اذا اشترى معيبا وتعيب عنده انه لايملك رده الا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فكذلك لايجوز أن يرده في مسئلتنا معيبا بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء . وما ذكره الخرقي يحمل على ما اذا دلس البائع العيب على ما ذكرنا فيما مضى . وان كان المبيع عينين لاينقصهما التفريق فهل له رد الباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق للصفقة . قال القاضي : المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عيناواحدة أو عينين ، والتفصيل الذي ذكرناه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان صبغه أو نسجه فله الارش ولارد له في أظهر الروايتين) فيما اذا صبغه وهو قول أبي حنيفة لان فيه ضررا على البائع وتشق المشاركة فلم تجز كما لو فصله وخاطه أو خلط المبيع بما لايتميز منه ، وعنه له الرد ويكون شريكا للبائع بقيمة الصبغ والنسج لانه رد المبيع بعينه أشبه مالو لم يصبغه ولم ينسجه ، ومتى رده لزمت الشركة ضرورة ، وعنه يرده ويأخذ زيادته بالصبغ كما لو قصره وهو بعيد لان إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة فلم يجز لقوله سبحانه (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وان قال البائع أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك ، وقال الشافعي ليس للمشتري الا رده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عنده ، ولنا أنه لايمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده فطلب البائع أخذه مع أخذ أرش العيب الحادث والاصل لايسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا رده

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى ماماً كوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فان لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله ، وان كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فهو مخير بين **أخذ ارشه وبين رده ، وعنه ليس له رد ولاارش في ذلك كله)**

﴿مسألة﴾ قال (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعني ثلاث ليال بأيامها وانما ذكر الليالي لان التاريخ يغلب فيه التأنيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وفي حديث حبان «ولك الخيار ثلاثا» ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة

اذا اشترى مالا يطلع على عيبه الا بكسره كالبيض والجوز والرمان والبطيخ فكسره فظهر عيبه ففيه روايتان (احداهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فاذا بان معيبا ثبت له الخيار كالعبد ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحا فلا معنى لايجاب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن مالم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد. اذا ثبت هذا فان المبيع ان كان مما لاقيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الخرب رجع بالثمن كله لان هذا يبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على مالا نفع فيه فهو كبيع الحشرات والميتات وليس عليه رد المبيع إلى البائع لانه لافائدة فيه، وان كان الفاسد في بعضه رجع بقسطه (الثاني) أن يكون مما لعينيه قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه فاذا كسره نظرت. فان كان كسرا لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه. هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي عندي لا أرش عليه لكسره لانه حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساده بغير ذلك، وهذا قول الشافعي. ووجه قول الخرقي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة اذا احتلبها والبكر إذا وطئها، وبهذا يبطل ما ذكره بل ههنا أولى لانه لا تدليس من البائع والتصرية تدليس، وان كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه إلا أنه لايتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله عند الخرقي والقاضي والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرناه، وان كسره كسرا لا يبقي له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه. وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيبا فان كان مما لا ينقصه النشر رده وان كان ينقصه النشر كالهسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما اذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد كنشر من لا يعرف، وان أراد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال

﴿مسألة﴾ (ومن علم العيب وأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه)

وهكذا ذكر أبو الخطاب لانه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وعنه أنه على الفور وهو مذهب الشافعي، فمتى علم العيب وأخر الرد مع امكانه بطل خياره لانه يدل

المعلومة قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح والعنبري وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور، وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها،وقال أبوحنيفة والشافعي لايجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال :ماأجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك. ولان الخيار ينافي مقتضى البيع

على الرضى فأسقط خياره كالتصرف ولانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبه خيار الشفعة والاول أولى ، ولا نسلم أن الامساك يدل على الرضى والشفعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد بالعيب

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يفتقر الرد إلى رضى ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر الى حضور صاحبه دون رضاه ، وان كان بعده افتقر الى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

﴿ مسئلة ﴾ (فان اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه معيبا فرضي أحدهما فللآخر الفسخ في نصيبه ، وعنه ليس له ذلك)

نقل عن احمد رحمه الله في ذلك روايتان حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احداهما) لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وإحدى الروايتين عن مالك والاخرى لايجوز له رد مشترك رده ناقصا أشبه مالو تعيب عنده . ولنا أنه رد جميع ماملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بايجاب البائع وانما باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف العيب الحادث

(فصل) وان ورث اثنان خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لانه لو رد وحده شقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها من ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها اليه مشقصا بخلاف المسئلة التي قبلها ، فان عقد الواحد مع الاثنين عقدين فكانه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ماباعه إياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيبا فله رده عليهما فان كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل . نص أحمد على نحو من هذا ، وان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لانه كان مشقصا قبل البيع

(فصل) وان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيباً فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل ، فان حدث به عيب عند المشتري فعلى احدى الروايتين يرده ويرد ارش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي ليس له رده لافضائه الى التفاضل ولا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وانما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده

لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف ، وانما جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام — بعد قوله — فيأخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل أو نقول مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل ولا يثبت عندنا ماروي عن عمر رضي الله عنه وقدروي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لايصح فان الحاجة لايمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها وانما يربط بمظنتها وهو الاقدام فانه يصلح أن يكون ضابطا وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم

بمنزلة ما لو خفي عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه، وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش . ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين وان تلف الحلي فسخ العقد ، ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، واختار شيخنا أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على احدى الروايتين وانما يرجع الى قيمته عند تعذره بتلف أو عجز عن رده أما مع بقائه وإمكان رده فيجب رده دون بدله كسائر المبيع اذا انفسخ العقد فيه وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة قد زالت بالفسخ ولم يبق له مقابل ، وإنما هذا الارش بمنزلة الجناية عليه ولان قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ القيمة من غير الجنس. ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه لئلا يفضي الى التفاضل والحكم فيه على ما ذكرنا في الحكم بالدراهم

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى واحد معيبين صفقة واحدة ليس له إلا ردهما أو إمساكهما والمطالبة بالارش) قاله القاضي، وعنه له رد أحدهما بقسطه من الثمن كما لو كان أحدهما معيباً والآخر صحيحاً لأن المانع من الرد إنما هو تشقيص المبيع على البائع وهو موجود فيما اذا كان أحدهما صحيحاً ، فان تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه من الثمن في إحدى الروايتين، هذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وقول أبي حنيفة فيما بعد القبض لانه رد المعيب على وجه لاضرر فيه على البائع فجاز كالورد الجميع (والثانية) ليس له الا أخذ الارش مع إمساك الباقي منهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن في الرد تبعيض الصفقة على البائع وذلك ضرر أشبه إذا كانا مما ينقصه التفريق ، والقول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه لانه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولانه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان أحدهما معيباً فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إلا ردهما أو إمساكهما) ووجه الروايتين ما ذكرنا فيما اذا تلف أحدهما وفيه من التفصيل والخلاف ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدهما) لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وسوء المشاركة ولقول النبي ﷺ «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الترمذي وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وهذا القول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

والأجل، وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح فان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى

(فصل) ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشرطا لاحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الاخر صح لان أكثر مافيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لاخيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ومالا شفعة فيه فانه يصح

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي ايهما يقبل قوله؟ روايتان إلا ان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين)

اذا اختلف المتبايعان في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ، فان كان لا يحتمل الاقول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطارىء الذى لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لانا نعلم صدقه فلاحاجة الى استحلافه وان احتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (إحداهما) القول قول المشتري فيحلف بالله انه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار اختارها الخرقي لان الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن اجاب انه باعه بريئا من العيب حلف على ذلك ، وان أجاب انه لا يستحق مايدعيه من الرد حلف على ذلك . ويمينه على البت لان الايمان كلها على البت الا ما كان على النفي في فعل الغير وعنه انها على نفي العلم فيحلف انه ما يعلم به عيبا حال البيع ذكرها ابن ابي موسى والرواية الثانية مذهب ابي حنيفة والشافعي لان الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولان المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر

(فصل) واذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان بالمبيع فله رده على الموكل لان المبيع يرد بالعيب على من كان له ، فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وانكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل اقراره على موكله بالعيب لانه أمر يستحق به الرد فقبل اقراره به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب ابي حنيفة والشافعي لا يقبل اقرار الوكيل بذلك ، قال شيخنا وهو اصح لانه اقرار علي الغير فلم يقبل كالاجنبي ، وفارق خيار الشرط من حيث ان الموكل يعلم صفة سلعته ولا يعلم صفة العقد لغيبته عنه ، فعلى هذا اذا رده المشتري علي الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لان رده كاقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي ، فان انكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده علي الموكل على وجهين (أحدهما) ليس له رده لان ذلك يجري مجرى اقراره (والثاني) له رده لانه رجع اليه بغير رضاه اشبه مالو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على انها بكراً فقال المشتري هي ثيب أو النساء الثقات ويقبل قول واحدة ، فان وطئها المشتري وقال ماوجدتها بكراً خرج فيه وجهان بناء على الاختلاف في العيب الحادث

ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فان فسخ البيع بما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما معيباً فرده ، وإن شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح لانه مجهول فأشبه مالو اشترى واحداً من عبدين لا بعينه ، ولانه يفضي إلى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد مايطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول الآخر ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي

(فصل) فان رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع انها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فانه قال فيمن صرف دراهم فقال للصيرفي هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر استحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن أحمد أن القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

﴿مسألة﴾ (ومن باع عبداً يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له) لأنه رضي به معيباً أشبه سائر المعيبات وهذا قول الشافعي ، وان علم بعد البيع فله الرد أو الأرش على أصلنا كغيره من العيوب

﴿ مسألة ﴾ (فان لم يعلم حتى قتل فله الارش لتعذر الرد) وهو قسط ما بين قيمته جانياً وغير جان ، ولا يبطل البيع من أصله وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضا فمات بدائه أو مرتداً فقتل برده وبهذا ينتقض ما ذكروه ولا يصح قياسهم على اتلافه لأنه لم يتلفه فلم يشتركا في المقتضي ، وإن كانت الجناية موجبة للقطع فقطعت يده عند المشتري فقد تعيب عنده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين

﴿مسألة﴾ (وان كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه ، وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما ، فان كان السيد موسراً تعلق الارش بذمته والبيع لازم)

إذا كانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه. فاذا باعه تعين عليه فداؤه لاخراج العبد عن ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره هذا إذا كان السيد موسراً وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر مافيه أنه التزم فداءه ولا يلزمه كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه أزال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو أتلفه وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لان المالك انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو مايقوم مقامه ولا يحصل ذلك من ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري وللمشتري خيار الفسخ ان لم يكن عالما فان فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فاخذ

(فصل) وإن شرط الخيار لاجنبي صح وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره وهذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي فيه قولان (احدهما) لا يصح وكذلك قال القاضي اذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح لان الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له فيه وإن جعل الاجنبي وكيلا صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »(١)

١) رواه ابوداود والحاكم عن ابي هريرة بسند صحيح والثاني عن انس وعائشة بلفظ «عند شروطهم ماوافق الحق من ذلك» وصححوه ايضاً

بها رجع المشتري بالثمن أيضا لان ارش مثل هذا جميع ثمنه وان لم تكن مستوعبة رجع بقدر أرشه وان كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيباً عالما بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه على ما نذكره في موضعه.

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري برأس المال) هذه أنواع من أنواع البيع وانما اختصت بأسماء كاختصاص السلم ويثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن أو نحو ذلك فيثبت للمشتري الخيار كما لو أخبره بأنه كاتب أو صانع فاشتراه بثمن فبان بخلافه ولا بد في جميع هذه الانواع من معرفة المشتري برأس المال لان معرفة الثمن متوقفة على العلم به والعلم بالثمن شرط فمتى فات لم يصح البيع لفوات شرطه

﴿مسألة﴾ (ومعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه)

قال أحمد رحمه الله لا بأس ببيع الرقم والرقم هو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوما لهما حال العقد وهذا قول عامة العلماء وكره طاوس بيع الرقم، ولنا أنه بيع بثمن معلوم فأشبه ما لو ذكر مقداره أو إذا قال بعتك هذا بما اشتريته وقد علماه فان لم يعلم فالبيع باطل لجهالة الثمن

﴿مسألة﴾ (والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه)

إذا اشترى شيئا فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له أشركتك صح وصار شركا بينهما إذا كان الثمن معلوما لهما، ولو قال أشركني فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولني ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال وليتك صح إذا كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن على ماذكر والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا ذكر اسمه انصرف اليه كما إذا قال أقلني فقال أقلتك، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل ذكره البخاري، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني فشركه انصرف إلى النصف لانها تنصرف الى التسوية باطلاقها، فان اشترى اثنان عبداً فقال لهما رجل أشركاني فيه فقالا شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لان اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً لكان له النصف فكذلك حال الاجتماع، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجعله بينهم أثلاثا وهذا أصح لان اشراك الواحد انما اقتضى النصف لحصول التسوية به وان شركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل

فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وإن كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وإن شرطه للمالك صح لانه هو المالك والحظ له ، وإن شرطه لاجنبي لم يصح لانه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ

واحد منهما الربع، وان قال أشركاني فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة بينهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولي . فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو ثلثه على الوجهين ، ولو قال لاحدهما أشركني في نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه وإلا فله نصف حصة الذي شركه ، فان اشترى عبداً فلقيه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد شركتك فله نصفه فان لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للشركة رجع الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب نصف العبد لاعتقاده أن جميع العبد لمن طلب منه المشاركة ، فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه (احدها) ان يصير له نصف العبد ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ، وهذا قول القاضي (الثاني) ان ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد في نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على إحدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لانه لا يتحقق فيه ماطلب منه (الثالث) لا يكون للثاني الا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له إلا نصف العبد فينصرف ايجابه الى نصف ملكه ، وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه إلا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيخير الآخر، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه .

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض لان البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بربع الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكر القاضي، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان الشركة تنصرف الى النصف كله فيكون بائعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض كما في تفريق الصفقة

قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه حكمه

(فصل) وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين، والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حكما فلا حاجة إلى اثباته بالشرط، ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه، والاول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداؤها منه كالأجل، ولان الاشتراط

﴿ مسئلة ﴾ (والمرابحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالي فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة)

فهذا جائز لاخلاف في صحته ولا نعلم أحداً كرهه وإن قال على أن أربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده أو ده‌داوزده. فقد كرهه أحمد ورويت فيه الكراهة عن ابن عمر وابن عباس والحسن ومسروق وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب، ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رأس المال معلوم والربح معلوم أشبه ما إذا قال وربح عشرة دراهم. ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم يعلم لهما في الصحابة مخالف ولان فيه نوعا من الجهالة فالتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح والجهالة يمكن ازالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم أما ما يخرج به الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

﴿مسئلة﴾ (والمواضعة أن يقول بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهما)

المواضعة أن يخبر برأس ماله ويقول بعتك هذا به وأضع لك عشرة فيصح من غير كراهة، وان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المرابحة وصح فاذا كان رأس ماله مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة، وقال قوم يكون الحط درهما من كل أحد عشر فيكون ذلك تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم ويبقى تسعون وعشرة اجزاء من أحد عشر جزأ من درهم، وهذا غلط لان هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله، فأما إن قال بوضيعة درهم لكل عشرة كانت الوضيعة من كل أحد عشر درهما درهم ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، وحكي عن أبي ثور أنه قال الحط ههنا عشرة مثل الاولى ولا يصح فانه إذا قال لكل عشرة درهم يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهم، وإذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العدة، ولان من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهما

(فصل) فان باعه السلعة مرابحة مثل أن يخبره ان ثمنها مائة ويربح عشرة ثم علم ببينة أو اقرار أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المبيع

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به وبالزيادة التي

سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ، ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى إلى جهالته لاننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداؤه ولا متى انتهاؤه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام والظهار ، وعلى هذا لو شرطا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك إلا على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول ، وإن قلنا ابتداؤه من حين التفرق فشرطا ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان الخيار في المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته، والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم الفرق بينهما ان المبيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقدر ، وهل للمشتري الخيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقل ذلك حنبل وهو قول للشافعي لان المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضاً ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن لكونه حالفاً أو وكيلا أو غير ذلك فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له وحكي قولا للشافعي لانه رضيه بمائة وعشرة فاذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً فلم يثبت له الخيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وان قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربح عشرة ثم قال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله إلا ببينة تشهد ان راس ماله عليه ماقاله ثانياً ذكره ابن المنذر عن احمد واسحاق وروى أبو طالب عن أحمد اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله وإن لم يكن صدوقا جاز البيع ، قال القاضي وظاهر كلام الخرقي أن القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب، والصحيح الاول وكون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالمضارب اذا أقر بربح ثم قال غلطت ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه لايقبل قول البائع وإن أقام بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه وإن أقام بينة لاقراره بكذبها

ولنا أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ولا نسلم أنه أقر بخلافها فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراراً ، فان لم يكن له بينة أو كانت له بينة وقلنا لاتقبل فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري فالقول قوله ، فان طلب يمينه فقال القاضي لايمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ، ولانه قد أقر له فيستغنى بالاقرار عن اليمين ،والصحيح أن عليه اليمين أنه لايعلم ذلك لانه ادعى عليه مايلزمه رد السلعة أوزيادة في ثمنها فلزمه اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدع انما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ، وان قلنا يقبل قول البائع أو قامت له بينة بما ادعاه وقلنا تقبل بينته فللمشتري أن يحلفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها أكثر ذكره الخرقي فانه لو باعها بدون ثمنها عالما لزمه البيع بما عقد عليه لكونه تعاطى سببه عالما فلزمه كمشتري المعيب عالما بعيبه ، واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه بالنكول ، وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين

(فصل) وإن شرطا الخيار إلى الليل أو الغد لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج أن يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق - ولا تأكلوا أموالهم الى (١) أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك . ولنا أن موضوع الى لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله سبحانه (ثم أتموا الصيام إلى الليل) وكالاجل ، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو له علي من درهم الى عشرة لم يدخل الدرهم العاشر والطلقة الثالثة ، وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكأن الواضع قال متى

١) الى هذه متعلقة بوصف محذوف افاده التضمين اى مضمومة الى اموالكم

فسخ العقد (قال شيخنا) ويحتمل أنه اذا قال بعتك بمائة وربح عشرة ثم تبين أنه غلط بعشرة أنه لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين أنه زاد في رأس المال لا ينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه إلا بربح عشرة، فأما إن قال وأربح في كل عشرة درهما فانه يلزمه حط العشرة من الربح في الصورتين وانما أثبتنا للمشتري الخيار لانه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب، وإن اختار أحدها بمائة واحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب اذا رضيه المشتري ، وإن اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضا لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ورضيا به

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى اشتراه بثمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الامساك والرد)

اذا اشتراه بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره فان لم يفعل لم يفسد البيع وللمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ في احدى الروايتين وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزم الرضى بذلك وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه إن كان المبيع قائما فهو مخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلا لانه الثمن الذي اشترى به البائع والتأجيل صفة له فهو كما لو أخبره بزيادة في الثمن وإن كان قد استهلك حبس الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح

(فصل) وان اشتراه بدنانير فاخبر انه اشتراه بدراهم أو بالعكس أو اشتراه بعوض فأخبر أنه اشتراه بثمن أو بالعكس واشباه ذلك فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي يثبت فيها ذلك

(فصل) وان اشتراه ممن لا تقبل شهادته له كأبيه وابنه لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز وان لم يبين لانه اشتراه بعقد صحيح وأخبر بثمنه فأشبه مالو اشتراه من أجنبي. ولنا انه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم فلم يجز ان يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه فانه يجب عليه أن يبين أمره لا نعلم فيه خلافا وبه يبطل قياسهم

(فصل) وان اشتراه بأكثر من ثمنه حيلة مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لان ذلك تدليس وحرام على ما بيناه، وان لم يكن حيلة

سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفي المواضع التي استشهدوا بها حملت على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها كما تصرف سائر حروف الصلاة عن موضوعها لدليل، والاصل حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم العقد ، وانما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت مايتيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وإن شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تتغيم فلا يعلم وقت طلوعها . ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم فصح

فقال القاضي إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لانه يتهم في حقه فهو كمن لا تقبل شهادته له والصحيح ان شاء الله ان ذلك يجوز لانه أجنبي فأشبه غيره

(فصل) اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداه فيه فان كان من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالثياب ونحوها لم يجز حتى يبين الحال على وجهه نص عليه وهذا مذهب الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته كما لو كان المبيع شقصاً وشفعا فان الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن، وذكر ابن ابي موسى فيما إذا اشتراه اثنان فتقاسماه رواية عن احمد انه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لان ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به . ولنا ان قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة امانة فلم يجز فيه هذا وصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز ان يباع به مايجب التماثل فيه ، واما الشفيع فانا فيه منع وان سلم فان ما اخذه الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه لكونه لا طريق له سوى التقويم ولانه لو لم يأخذه به لاتخذه الناس طريقاً إلى اسقاط الشفعة فيؤدي إلى تفويتها وهاهنا يمكن الاخبار بالحال وبيعه مساومة ولا تدعو الحاجة اليه فان باعه ولم يبين فللمشتري الخيار بين الامساك والرد كالمسائل المذكورة وان كان من المماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي جاز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن لا نعلم فيه خلافا لان ثمن ذلك الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة فله بيع احدهما مرابحة بحصته من الثمن على قياس ذلك لان الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، ولذلك لو أقال في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً وان حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع على ما نذكر ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشا للعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به)

وجملة ذلك أن البائع إذا أراد الاخبار بثمن السلعة وكانت بحالها لم تتغير اخبر بثمنها، فان تغير سعر السلعة بأن حط البائع بعض الثمن عن المشتري او اشتراه في مدة الخيار لحق بالعقد واخبر به في الثمن ، وبه قال الشافعي وابو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وان تغير سعر السلعة وهي

كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو الى غيبتها تحته كان خياراً مجهولا لا يصح في الصحيح من المذهب

(فصل) واذا شرطا الخيار أبداً أو متى شئنا أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه الى مدة مجهولة كقدوم زيد أو هبوب ريح أو نزول مطر أو مشاورة انسان ونحو ذلك لم يصح في

بحالها فان غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لانه زيادة فيها ، وان رخصت فكذلك نص عليه احمد لانه صادق بدون الاخبار بذلك ، ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال ، فان المشتري لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به فان أخبره بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يجز لانه كذب ، فأما ما يؤخذ أرشا للعيب أو جناية عليه فذكر القاضي أنه يخبر به على وجهه ، وقال ابو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب لان ارش العيب عوض عما فات به فكان ثمن الموجود مابقي ، وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحط من الثمن كأرش العيب وهو الاولى (والثاني) لايحطه كالنماء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول : تقوم علي بكذا . لانه صادق فيما اخبر به أشبه مالو أخبره بالحال على وجهه

ولنا أن الاخبار بالحال أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان وبقي التغيير والتدليس فلزمه ذلك كما يلزمه بيان العيب وقياس أرش الجناية على النماء والكسب لا يصح لان أرش الجناية عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه أو كقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما، والنماء زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه

(مسئلة) (وان جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به)

أما إذا جنى ففداه المشتري فانه لا يلحق بالثمن ولا يخبر به في المرابحة بغير خلاف علمناه لان هذا لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهت الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه او عمل غيره له بغير اجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجها واحدا ، وان اخبر بالحال على وجهه فحسن وكذلك مازيد في الثمن او حط منه بعد لزوم العقد لا يخبر به ، ويخبر بالثمن الاول لان ذلك هبة من احدهما للآخر فلا يكون عوضا وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المرابحة لانه بسبب العقد

(مسئلة) (وان اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة اخبر بذلك علي وجهه ، فان قال تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك ؟ علي وجهين ، وان عمل فيه بنفسه عملا يساوي عشرة لم يجز ذلك وجها واحداً)

وجملة ذلك ان من اراد البيع مرابحة والسلعة بحالها اخبر بثمنها . وان تغيرت فهو على ضربين (أحدهما) ان تتغير بزيادة وذلك نوعان (احدهما ان تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة او يحدث منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا اذا أراد بيعها مرابحة اخبر بالثمن من غير زيادة لانه الذي ابتاعها به ، وان أخذ النماء المنفصل او استخدم الامة او وطيء الثيب اخبر برأس المال ولم يجب تبيين الحال ، وروى ابن المنذر عن احمد أنه يبين ذلك كله وهو قول اسحاق ، وقال اصحاب الرأي

الصحيح من المذهب وهذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته ان كان مشروطا الى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » وقال مالك يصح وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقدر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة ان اسقطا الشرط قبل مضي

في الغلة يأخذها لا بأس ان يبيع مرابحة ، وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين لانه موجب العقد

ولنا انه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ، ولان الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة كالغلة (النوع الثاني) ان يعمل فيها عملا مثل ان يقصرها او يرفوها او يخيطها أو يحملها فمتى اراد بيعها مرابحة اخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه او استأجر من عمله هذا ظاهر كلام احمد فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز ان يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وابن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وابو ثور ، وفيه وجه آخر انه يجوز فيما استأجر عليه ان يضم الاجرة إلى الثمن ويقول . تحصلت علي بكذا لانه صادق ، وبه قال الشعبي والحكم والشافعي . ولنا انه تغرير بالمشتري فانه عسى انه لو علم ان بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لم يرغب فيها لعدم رغبته في ذلك فأشبه ماينفق على الحيوان في مؤنته وكسوته ، وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كالمرض والجناية عليه أو تلف بعضه أو الولادة أو أن يتعيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن ونحوه فانه يخبر بالحال ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وان قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر انه اشتراه بخمسة)

المستحب في هذه المسئلة وأمثالها أن يخبر بالحال على وجهه لأن فيه خروجا من الخلاف وهو أبعد من التغرير بالمشتري ، فان اخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة فأشبه مالو لم يربح ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن الثاني ويخبر ان رأس ماله عليه خمسة ، واعجب أحمد قول ابن سيرين قال فان باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني انه ربح مرة ثم اشتراه وهذا من أحمد على الاستحباب لما ذكرناه ، ولانه الثمن الذي حصل به الملك الثاني أشبه مالو خسر فيه ، وقال ابو حنيفة لايجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهو قول القاضي وأصحابه لان المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الخياط والقصاب ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه أمن أن يرد عليه ، فعلى هذا ينبغي اذا طرح الربح من الثمن الثاني أن يقول تقوم علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لانه كذب وهو حرام فيصير كما لو ضم أجرة القصارة ونحوها الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه ، وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة فشيء بنوه على أصولهم لا نسلمه ثم لايشبه هذا ماذكروه لان المؤنة لزمته في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه ، وأما تقويم الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر

الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته صح لانهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشرطاه
ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولان اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف ، وقول مالك إنه يرد الى العادة لا يصح فانه لاعادة في الخيار يرجع اليها واشتراطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولان العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ماشرطاه فيه وان كان فاسداً لم ينقلب

العيب ولم يتعلق به حكمه، وقد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري ان يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهنا أولى، ويجيء على قولهم انه لو اشترى بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراها بعشرة فانه يخبر انها حصلت عليه بغير شيء ، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر انها تقومت عليه بدرهمين ، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر انها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، فان لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها لانها ثمن للعقد الذي يلي المرابحة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني ويخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه وهو يدل على صحة ماذكرناه

(فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين ثم بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يخبر في المرابحة باحد وعشرين نص عليه وهذا قول النخعي ،وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع الى قول النخعي بعد ذلك ولا نعلم احداً خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة والثاني باحد عشر فصار أحداً وعشرين

(فصل) قال احمد المساومة عندي أسهل من بيع المرابحة لان بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تعيين الحال على وجهه ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر فيكون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وان اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لا نعلم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فكان بينهما على حسب ملكهما فيها كالاتلاف وان باعها مرابحة أومواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد وهو قول ابن سيرين والحكم قال الاثرم قال أبو عبد الله إذا باعها فالثمن بينهما نصفان. قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر؟ فقال وان اليس الثوب بينهما الساعة سواء؟ فالثمن بينهما لان كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه. وحكى أبو بكر عن أحمد ان الثمن بينهما على قدر رءوس أموالهما لان بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رءوس أموالهما، قال شيخنا لم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما لعوضه متساويا كما لو باعه مساومة

(فصل) قال رضي الله عنه (السابع خيار يثبت لاختلاف المتبايعين فمتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ بيمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وانما بعتكه بكذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وانما اشتريته بكذا)

صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما، وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين (احداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لانه عقد قارنه شرط فاسد فأفسده كنكاح الشغار والمحلل، ولان البائع انما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري انما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لازلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه مالم يرض به، ولان الشرط يأخذ قسطا من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد العقد

إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين، وقال المشتري بعشرة ولأحدهما بينة حكم بينهما وان لم يكن لهما بينة تحالفا، وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعي وهي رواية عن مالك وله رواية أخرى القول قول المشتري مع يمينه، وبه قال أبو ثور وزفر لان البائع يدعي عشرة ينكرها المشتري والقول قول المنكر، وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن أحمد لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع» رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما. والمشهور في المذهب الاول. ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به وان ابى حلف أيضا وفسخ البيع لان في بعض الفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لاحدهما تحالفا» ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه

(فصل) والمبتديء باليمين البائع فيحلف مابعته بكذا وانما بعته بكذا فان شاء المشتري اخذه بما قال البائع والاحلف ما اشتريته بكذا وانما اشتريته بكذا، وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة يبدأ بيمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وماكان اقرب الى فصل الخصومة كان أولى. ولنا قول النبي ﷺ «فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع» وفي لفظ «فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» رواه احمد ومعناه ان شاء اخذ وان شاء حلف ولان البائع اقوى جنبة لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه والبائع إذا حلف فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى به فهما سواء ويكفي كل واحد منهما يمين واحدة لانه اقرب الى فصل القضاء

(مسئلة) (فان نكل احدهما لزمه ما قال صاحبه)

يعني إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه وان نكل المشتري حلف المشتري وقضي له، ووجه ذلك حديث ابن عمر لما باع زيداً عبداً واختلفا في عيب فيه فاحتكما الى عثمان فوجبت على عبدالله اليمين فلم يحلف فرد عثمان عليه العبد رواه الامام احمد

(مسئلة) (فان تحالفا فرضي احدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ)

إذا تحالفا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فلم ينفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة كما لو قامت البينة لكل واحد منهما، لكن إن رضي احدهما بما قال الآخر اجبر الآخر عليه واقر

(والثانية) لا يفسد العقد به وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ، ولان العقد قد تم باركانه والشرط زائد فاذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لان ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا، واحتمل أن يصح لان ذلك يتقارب في العادة ولا يكثر تفاوته وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح كما لو شرطه الى يوم معلوم ، وان اراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف

العقد بينهما وان لم يرض واحد منهما فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام أحمد، ويحتمل ان يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم اشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أو يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك، وروي أن ابن مسعود باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبدالله بعتك بعشرين ألفاً ، وقال الاشعث شريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع » قال فاني أرد البيع رواه سعيد وروى أيضا حديثا عن عبدالملك بن عبيدة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان للمشتري الخيار إن شاء اخذ وان شاء ترك » وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبه من له خيار الشرط ولانه فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق

(مسئلة) (وان كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها فان اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه)

إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن احمد فيها روايتان (إحداهما) يتحالفان هكذا ذكره الخرقي مثل لو كانتُ قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع يمينه اختارها ابو بكر وهو قول النخعي والثوري والأوزاعي وابي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث « والسلعة قائمة » مفهومه انه لا يشرع التحالف عند تلفها ولانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس، ووجه الرواية الأولى عموم قوله عليه السلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » قال أحمد ولم ينقل فيه «والبيع قائم» الا يزيد بن هارون قال ابو عبد الله وقد اخطأ ،رواه الخلق عن المسعودي ولم يقولوا هذه الكلمة ، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم تركناه للحديث قلنا لم يثبت في الحديث ، قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع انه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فاذا تحالفا

(فصل) وان شرط الخيار شهراً يوما يثبت ويوما لا يثبت فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ويحتمل بطلان الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد في بعضه فسد جميعه كما لو شرط الى الحصاد

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ الا بحضرة صاحبه لان العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى

فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه كما اذا كانت السلعة باقية ويرد الثمن إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لانه لا فائدة في ذلك لان الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري. وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة، ويحتمل أن يشرع لتحصل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما اذا اختلفا في القبض

﴿ مسألة ﴾ (وإن ماتا فورثتهما في منزلتهما) في جميع ما ذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ مالها وارث حقوقها فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما ، ولأنها يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في الدعوى

﴿ مسألة ﴾ (ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطنا وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطناً وعليه اثم الغاصب)

وجملة ذلك أن الفسخ اذ وجد منهما فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فأشبه الفسخ باللعان . وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لانه لا يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولهم وجه ثالث أنه لا ينفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لانه لو علم أنه لا ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ومتى علم ان ذلك محرم منع منه ، ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب (قال شيخنا) ويقوى عندي إن فسخه المظلوم منهما انفسخ ظاهراً وباطناً كذلك، وإن فسخه الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع اليه لانه رجع اليه بحكم من غير

رضا صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(فصل) واذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي · ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاجل ، ولان الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها

عدوان منه فأشبه مالو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع اليه)

اذا اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراده اذا كان هو الاغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به أشبه اذا كان في البلد نقد واحد، ويحتمل أنه ردهما اليه مع التساوي لان فيه تسوية بينهما في الحق وتوسطا بينهما وفي العدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى، وعلى مدعي ذلك اليمين لان قول خصمه محتمل فيجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، وإن لم يكن في البلد إلا نقدان تحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه ، وعنه يتحالفان إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من يثبته)

اذا اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضمين أو في قدر الاجل أو الرهن فالقول قول من ينفيه في احدى الروايتين مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فكان القول قول من يدعيه كأصل العقد (والثانية) يتحالفان وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا كما لو اختلفا في الثمن ، فأما ان اختلفا فيما يفسد العقد فقال بعتك بخمس أو خيار مجهول أو في شرط فاسد ، وقال لا بل بعتني بنقد معلوم أو خيار معلوم إلى ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطي المسلمين الصحيح أكثر من تعاطي الفاسد ، وان قال بعتك مكرها فأنكر فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع كذلك ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويفارق ما اذا اختلفا في الاكراه والشرط الفاسد من وجهين (احدهما) أن الاصل عدمه وهنا الاصل بقاؤه (والثاني) أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وهنا ماثبت أنه كان مكلفا ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فان لم يعلم حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي ، وان قال بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية منها لانه مكلف فالظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال بعتني هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع)

والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به مالم يتناوله ، ولانه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ولان البيع يقتضي اللزوم ، وانما تخلف موجبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولي فان المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فان قال أحد المتعاقدين عند العقد لاخلابة فقال أحمد : أرى ذلك جائزا وله الخيار إن كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار وذلك لان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في

أما اذا قال بعتني هذا العبد والامة بمائة قال بل بعتك العبد بخمسين فالقول قول البائع لان المشتري يدعي عقداً ينكره البائع والقول قول المنكر ، وإن قال البائع بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله مع يمينه كما لو ادعى شراءه منفرداً . وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أحد عوضي العقد أشبه ما لو اختلفا في الثمن وهذا القول أقيس وأولى إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعتني هذا قال بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما)

وذلك مثل أن يقول البائع بعتك هذا العبد قال بل بعتني هذه الجارية لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه والقول قول المنكر فاذا حلف البائع ما بعتك هذه الجارية اقرت في يده وإن كان مدعيها قد قبضها ردت عليه ، واما العبد فان كان في يد البائع اقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المعقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده الى البائع لانه يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه اذا بذل ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لتعذر الثمن عليه فملك الفسخ كما لو أفلس المشتري ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لا يتنافيان فأشبه مالو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعاً وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة دون الآخر ثبت ماقامت عليه البينة دون الآخر

﴿ مسئلة ﴾ وان قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عيناً أو عرضاً جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما)

لان حق البائع قد تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فاجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه وهذا قول الثوري وأحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد مايدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا وهو قول ثان للشافعي والاول أولى لما ذكرنا ، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن قبل الاستيفاء كالمرتهن

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى ويخالف الرهن فانه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع وان كان دينا أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن لان حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده وكذلك تقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة

البيوع فقال « اذا بايعت فقل لا خلابة » متفق عليه ، ولمسلم « من بايعت فقل لا خلابة » فكان اذا بايع يقول لا خلابة ويحتمل أن لا يكون له الخيار ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان لانه روي أنه عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثا ، وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلابة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ان كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ، وان علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لأنه

وكذلك تقديم أرش الجناية على الدين لذلك ، وقال مالك وأبو حنيفة يجبر المشتري أولا على تسليم الثمن كالمسئلة قبلها وقد ذكرنا ما يدل على خلافه ، إذا ثبت هذا وأوجبنا على البائع التسليم فسلم فان كان المشتري موسراً والثمن حاضراً أجبر على تسليمه وان كان الثمن غائباً عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس ، وان كان الثمن في بيته أو بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع ، وان كان غائبا عن البلد قريبا دون مسافة القصر فللبائع الفسخ في أحد الوجهين لان عليه ضرراً في تأخير الثمن أشبه المفلس (والثاني) لا يثبت له خيار الفسخ لانه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال شيخنا ويقوى عندي انه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن من تسليمه لان البائع انما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وانما يؤثر ماذكر في الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه أما مع الحظر المحوج الى الحجر أو المجوز الفسخ فلا ينبغي ان يثبت ولان شرع الحجر لا يندفع به الضرر لانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع ، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها من التسليم قبل قبض صداقها ولم تملكه بعد التسليم على أحد الوجهين . وكل موضع قلنا له الفسخ فانه يفسخ بغير حكم حاكم لانه فسخ للبيع لتعذر ثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله اذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك الى الحاكم لان ولاية الحجر اليه

(فصل) فان هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه يملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى وان كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فللمشتري وان أعوز ففي ذمته ، قال شيخنا ويقوى عندي ان للبائع الفسخ بكل حال لانا ابحنا له الفسخ مع حضوره اذا كان الثمن بعيداً عن البلد للضرر في التأخير فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الامر الى الحاكم لانه قد يعجز عن اثباته عنده وقد يكون المبيع في مكان لا حاكم فيه والغالب ان لا يحضره من يعرفه الحاكم بالعدالة فاحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من ان للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احضار الثمن لما في ذلك من الضرر

روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لايزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له « اذا أنت بايعت فقل لاخلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت أمسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق سائر الناس مالم يقم على تخصيصه دليل

ولنا أن هذا اللفظ لايقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه والخبر على الوجه الذي احتجوا به انما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لايرون المرسل حجة ، ثم لم

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرألان التهمة تلحقه فيها فمنع منها . ولنا انه بيع عين لاخيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولانه ان كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر وان كان لم يستبرئها فهو الذي ترك التحفظ لنفسه، ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طالب كفيلا بالثمن المؤجل

(مسئلة) (ويثبت الخيار للتخالف في الصفة وتغير ماتقدمت رؤيته وقد ذكرناه) في الفصل السادس من كتاب البيع بما يغني عن اعادته

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه حتى يقبضه ، وان تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا ان يتلفه آدمي فيخير المشتري بين فسخ العقد وامضائه ومطالبة متلفه ببدله وعنه في الصبرة المتعينة انه يجوز بيعها قبل قبضها ، وان تلفت فهي من ضمان المشتري)

ظاهر المذهب ان المكيل والموزون لايدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، وهو ظاهر كلام الخرقي وكذلك قال في المعدود سواء كان متعينا كالصبرة او غير متعين كقفيز منها ، وهو ظاهر كلام احمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن ابي سليمان ان كل مابيع على الكيل والوزن لايجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي واصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ماليس بمتعين كالقفيز من صبرة والرطل من زبدة، فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل، وقد نقل عن احمد نحو ذلك فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى مافي السفينة صبرة لم يسم كيلا فلا بأس أن يشترك فيها ويبيع ماشاء الا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك فانه قال فيما بيع من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ماروى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا . وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي ﷺ ولان المبيع المعين لايتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ونقل عن احمد أن المطعوم لايجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، فعلى هذا

يقولوا بالحديث على وجهه انما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ماليس بمقتضاه، وعلى أنه انما كان خاصاً لحبان بدليل ماروينا ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه

(فصل) اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل

يختص ذلك بالمطعوم في أنه لايدخل في ضمان المشتري الا بقبضه فان الترمذي روى عن احمد انه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه، وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن قوله نهى عن ربح مالا يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه، وقال ابن عبد البر الاصح عن احمد بن حنبل ان الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه إباحة بيع ماسواه قبل قبضه وروى ابن عمر قال رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاما فلا يبيعه(١) حتى يستوفيه» متفق عليهما. ولمسلم عن ابن عمر قال. كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعامافليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد قبضه، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على البيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك

(فصل) وكل مالا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه لايجوز له بيعه حتى يقبضه وقد ذكرنا ذلك وذكرنا الذي يحتاج الى قبض والخلاف فيه لما ذكرنا من الاحاديث ولأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ولم نعلم بين أهل العلم في ذلك خلافا إلا ما حكي عن البتي أنه لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه. قال ابن عبدالبر وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه الحديث ومثل هذا لايلتفت إليه.

(فصل) والمبيع بصفة او برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون

(فصل) وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع، فان تلف بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن وان بان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض لانه تصرف فيه، وان اتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة ان لم يكن مثليا، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، وان اتلفه البائع فقال اصحابنا الحكم فيه كما لو اتلفه أجنبي، وقال الشافعي: ينفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لاغير لأنه تلف يضمنه به البائع اشبه تلفه بفعل الله تعالى، وفرق اصحابنا بينهما لكونه إذا تلف بفعل

(١) بالرفع وفي رواية فلايبعه بالجزم والخبر في الاولى بمعنى الانشاء

الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز اذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لابي عبد الله فان أراد ارفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال أبوعبد الله هذا جائز الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته، وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به الا باتلافه أوعلى أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي الى أن القرض جر منفعة

الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ماإذا اتلفه، فان اتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة الى المشتري في التضمين بأيهما شاء

(فصل) وان تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بامر سماوي فالمشتري مخير بين أخذه ناقصا ولاشيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضيه معيبا فكانه اشترى معيبا عالماً بعيبه لا يستحق شيئاً من اجل العيب ، وان فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له اكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه لم يكن له الفسخ لذلك لانه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره وان كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ماأتلف أوعيب، وقياس قول الشافعي أنه بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى وان كان بفعل أجنبي فله الفسخ والمطالبة بالثمن وأخذ المبيع ومطالبة الاجنبي بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ،وان كانت في يد البائع فهو كاتلافه وكذلك ان كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه ، وان لم يكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل قبضه بامر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصا بطعام فقبض الشاة أو العبد وباعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه كمل قبل فسخ العقد ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة أو العبد أو الشقص بقيمة ذلك لتعذر رده ، وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

﴿ مسألة ﴾ (وعنه في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وان تلفت فهي من ضمان المشتري) نقلها عنه أبو الحارث والجوزجاني واختاره القاضي وأصحابه ونحوه قول مالك لقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً فهو من مال المبتاع وقد ذكرنا ذلك

﴿مسألة﴾ (وماعدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان تلف فهو من مال المشتري)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون في ذلك كله ماعدا المكيل والموزون والمعدود والمطعوم على ما ذكرنا فيه من الخلاف يجوز التصرف فيه قبل قبضه في أظهر الروايتين وروى مثل هذا عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي واسحاق ، وعن احمد رواية أخرى لايجوز بيع شيء قبل القبض اختارها ابن عقيل ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا ان أبا حنيفة اختار بيع العقار قبل قبضه وإذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشتري ، وقال أبو حنيفة كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار ، وقال الشافعي

(فصل) فان قال بعتك على أن تنقدني الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحاق ومحمد بن الحسن وبه قال أبو ثور اذا كان الشرط الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

هو من ضمان البائع في الجميع ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد مثل ذلك . واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع الطعام قبل قبضه ، وبما روي عن ابن عباس أنه قال أرى كل شيء بمنزلة الطعام (١) وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرا الصدقات حيث تقبض ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد الى مكة قال « انههم عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون .

ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ماروى ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب يعني لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك ياعبد الله ابن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملا ونقده ثمنه ثم وهبه اياه قبل قبضه ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولانه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد المودع والمضارب

ولنا على أنه اذا تلف فهو من ضمان المشتري قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه وقول ابن عمر مضت السنة ان ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع ، وأما احاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومه فان تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على جوازه فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق واكثر مافيه تخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه قال القاضي ولو ابتاع شيئا مما يحتاج إلى قبض فلقيه ببلد آخر لم يكن له أخذ بدله ان تراضيا لانه مبيع لم يقبض فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه الا أن يكون سلما لانه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه

(فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبدل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود . ومالا ينفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف لان المقتضي للتصرف الملك وقد وجد لكن مايتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود

(١) الطعام ربوى وعليه مدار المعيشة فلا يقاس عليه ماليس مثله في ذلك

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه ولانه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لوشرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ، ولان هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج إلى التروي في البيع هل يوافقه أو لا يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولا فهما سيان في المعنى متغايران في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى الفسخ وههنا ينفسخ اذا لم ينقد لانه جعله كذلك

(فصــل) والعقود على أربعــة أضرب (أحدها) عقد لازم يقصد منه العوض وهو البيع ومافي معناه وهو نوعان (أحدهما) يثبت فيه الخياران خيار المجلس وخيار الشرط وهو البيع فيما لايشترط فيه القبض في المجلس والصلح بمعنى البيع والهبة بعوض على احدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه فهذا يثبت فيه الخيار لان الخيار ورد في البيع وهذا في معناه ، فأما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي الى فوت بعض المنافع المعقود عليهــا أو الى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لايجوز

عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر ومالا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة، والمهر كذلك عند القاضي ، وهو قول أبي حنيفة لان العقد لاينفسخ بهلاكه ، وقال الشافعي لايجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو بصفة بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهــذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لايمنع الرجوع فيه قبل الدخول ،فاما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة أو تعين ملـكه فيه فانه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لانه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض ، وهــذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وان كان لانسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لانه عين مال مقدور على تسليمها لايخشى انفساخ الملك فيها فهي كالتي في يده فان كان غصبا فقد ذكرنا حكمه

(فصل) فان اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل ان يقسماه احتمل أن لايجوز وكرهه الحسن وابن سيرين فيما يكال أو يوزن لانه لم يقبض نصيبه منفردا فأشبه غير المقبوض ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الـكيل الذي كاله له لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاما فاكتاله وتفرقا ثم باعه اياه بذلك الـكيل وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين ذكرناها

(فصل) وكل مالا يجوز بيعه قبل قبضه لايجوز فيه الشركة ولا التولية ولا الحوالة به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة ، ولنا ان التولية والشركة من أنواع البيع فان الشركة بيع بعضه بقسطه من ثمنه والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه فيدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولانه تمليك لغير من هو في ذمته فأشبه البيع .وأما الاقالة فهي فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب، وكذلك لايصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة وما أشبه ذلك ولا التصرفات المنعقدة الى القبض لانه غير مقبوض فلاسبيل الى اقباضه

وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها الخياران قياساً على البيع وقد ذكرنا مايقتضي الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها لان المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبه فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لأنه قبل المبيع بثمنه فأشبه المشتري (النوع الثاني) مايشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة لان موضوعها على أن لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يبقي بينهما علقة ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولان موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة وهو موجود فيها وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقا بخيار الشرط

(الضرب الثاني) لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار لان الخيار انما

(مسئلة) (ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض، وقد روي عن احمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التميز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار. ولنا ماروى عثمان بن عفان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا بعت فكل واذا ابتعت فاكتل» رواه البخاري وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله » رواه مسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا

(مسئلة) (وفي الصبرة وما ينقل بالنقل) لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا الطعام جزافا أن لا يبيعوه في مكانه حتى يحولوه ، وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، وفي لفظ كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواهن مسلم وهذا يبين أن الكيل انما وجب فيما بيع بالكيل، وقد دل على ذلك أيضا قوله عليه الصلاة والسلام «إذا سميت الكيل فكل»

(مسئلة) (وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية)

وعنه أن قبض جميع الاشياء بالتخلية مع التمييز إذا كان البيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثيابا فقبضها نقلها وان كان حيوانا فقبضه بمشيه من مكانه وان كان ما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لاحائل دونه ولان القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع الى العرف كالاحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرناه

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقبيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة العداد في المعدودات وأما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لانه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد

(فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لانه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة ولان في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا

(الضرب الثالث) لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار لان المرتهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لاخيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب

(الضرب الرابع) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية فهذه لايثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها

(الضرب الخامس) وهو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان

﴿مسألة﴾ (والاقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك الا بمثل الثمن في أحد الوجهين

اقالة النادم مستحبة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة » رواه ابن ماجه وأبو داود ولم يقل أبو داود يوم القيامة، وهي فسخ في أصح الروايتين اختارها أبو بكر وهي مذهب الشافعي (والثانية) هي بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد الى البائع على الجهة التي خرج عليها فكانت بيعا كالاول، وكونها بمثل الثمن لا يمنع من كونها بيعا كالتولية ، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرها فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل يجوز في المبيع قبل قبضه وفي السلم ويثبت حكم البيع في حق الشفيع فيجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الرفع والازالة يقال أقالك الله عثرتك أي أزالها فكانت فسخاً للعقد الاول بدليل جواز الاقالة في السلم مع اجماعهم على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ولانها مقدرة بالثمن الاول ولو كانت بيعاً لم تقدر به ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب، ويدل على أبي حنيفة ماكان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ولان حقيقة الفسخ لاتختلف بالنسبة الى شخص دون شخص والاصل اعتبار الحقائق، فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر لا بد من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة

ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو لاختلاف المتبايعين وفارق العدة فانها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا. وان قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا لانها رفع للعقد وإزالة له وليست معاوضة فأشبهت سائر الفسوخ، ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث، وان كانت بيعا استحقت الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كالتولية. والصحيح أنها لا تجوز الا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الاول وأقل منه كسائر البياعات فاذا

فلا يدخلهما خيار وقد قيل هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرمي والظاهر أنهما جعالة فلا يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد مضى ذكرها

(الضرب السادس) لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحوالة والاخذ بالشفعة فلا خيار فيهما لان من لا يعتبر رضاه لاخيار له ، واذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائر العقود ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

باب الربا والصرف

الربا في اللغة هو الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، يقال أربى فلان على فلان اذا زاد عليه . وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وحرم الربا) وما بعدها من الآيات

وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه . متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الامة على أن الربا محرم

قلنا لا تجوز الا بمثل الثمن وأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري ، وبهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظها اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فيبطل ونفي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ، ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا اشترط زيادة أو نقصا أخرج العقد عن مقصوده فيبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم اليه وفارق سائر الفسوخ لانه لا يعتبر فيه الرضى منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزم أيضا لانه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسئلتنا لا تجوز الاقالة الا برضاهما وانما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الاقالة لعدم رضاه بها

﴿ باب الربا والصرف ﴾

الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عددا ، وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم الربا) وما عداها من الآيات ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم «اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ما هي؟ قال « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه متفق عليهما وأجمعت الامة على أن الربا محرم .

(فصل) والربا على ضربين ربا الفضل وربا النسيئة وأجمع أهل العلم على تحريمها وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا : انما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم انه رجع إلى قول الجماعة روى ذلك الاثرم باسناده وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد باسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله مارجع عن الصرف وعن سعيد ابن جبير قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأساً وكان يأمر به. والصحيح قول الجمهور لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائباً بناجز » وروى أبو سعيد أيضاً قال : جاء بلال الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما ، قال الترمذي على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاربا الا في النسيئة » محمول على الجنسين

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما كيل أو وزن من سائر الاشياء فلا يجوز التفاضل فيه اذا كان جنسا واحداً)

(مسئلة) (وهو نوعان ربا الفضل وربا النسيئة)

وأجمعت الامة على تحريمهما وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير انهم قالوا انما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لاربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم إنه رجع الى قول الجماعة وروى ذلك الاثرم وقاله الترمذي وابن المنذر وروى سعيد باسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجع عن الصرف ، وعن سعيد بن جبير قال سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأسا وكان يأمر به، والصحيح قول الجمهور لما روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » وعن أبي سعيد قال جاء بلال الى النبي ﷺ بتمر برني فقال له النبي ﷺ « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن ان أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما قال الترمذي : على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم وقول النبي ﷺ « لاربا إلا في النسيئة » محمول على الجنسين

(مسئلة) (فاما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، وان كان يسيراً

قوله من سائر الاشياء يعني من جميعها وضع سائر موضع جميع تجوزا وموضوعها الاصلي لباقي الشيء ، وقد روي عن النبي ﷺ في الربا أحاديث كثيرة ومن أتمها ماروى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » رواه مسلم ، فهذه الاعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع واختلف أهل العلم فيما سواها فحكي عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها وقالا لايجري في غيرها وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ماعداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة وأنه يثبت في كل ماوجدت فيه علتها ،لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته في كل موضع وجدت علته فيه ،وقول الله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ماأجمعنا على تخصيصه (١) وهذا يعارض ماذكروه . ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لايجري الافي الجنس الواحد الاسعيد بن جبير فانه قال كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لايجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة بالشعير والتمر بالزبيب والذرة بالدخن لانهما يتقارب نفعهما فجريا مجرى نوعي جنس واحد وهذا يخالف قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ثم يبطل بالذهب بالفضة فانه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما ، واتفق المعللون على ان علة الذهب

كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين ، وعنه لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم وعنه لا يحرم إلا في ذلك اذا كان مكيلا أو موزونا)

روي عن النبي ﷺ في الربا أحاديث كثيرة من أتمها حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد» رواه مسلم . فهذه الاعيان الستة المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع ، واختلف أهل العلم فيما سواها فحكي عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها ، وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن لربا فيها بعلة وانه يثبت في كل ماوجدت فيه علتها لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته حيث وجدت علته ولان قول الله تعالى(وأحل الله البيع وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة اذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكروه ، ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فانه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والدخن لانها يتقارب نفعها فجرى مجرى نوعي الجنس ، وهذا مخالف لقول النبي ﷺ « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد وبيعوا التمر بالبر كيف شئتم » فلا يعول عليه واتفق المعللون على أن علة الذهب

والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقي وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وهو قول النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي . فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة؟ بالابل فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه الامام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ماوزن مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا ، وما كيل مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا » رواه الدار قطني ، ورواه عن ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبي بكر بن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره فرواه بلفظ آخر ، وعن عمار أنه قال العبد خير من العبدين والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به ، انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولان قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساويا في الكيل

والفضة واحدة وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة كونه مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة ذكرها الخرقي وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وبه قال النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال : يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل ؟ فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر ، وعن أنس أن النبي ﷺ قال « ماوزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحداً » رواه الدار قطني ، وعن عمار أنه قال : العبد خير من العبدين والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولان قضيه البيع المساواة والمعتبر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز إذا تساويا

(والرواية الثانية) أن العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ماعداها ، قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو هذا قال الشافعي فانه قال العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل . رواه مسلم، ولان الطعم وصف شرف إذ به قوام الابدان، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولانه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والاترج والسفرجل والاجاص والخيار والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد والرصاص ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدراقطني وقال الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولان لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ، ولان الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة وانما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه وانما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا فوجب أن يكون الطعم معتبراً في

في الكيل (والرواية الثانية) أن العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها . قال أبو بكر روى ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو ذلك قول الشافعي فانه قال: العلة الطعم والجنس شرط والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف اذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة الربا يكفي في تحريم النساء

(والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد ابن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطني وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم، ولان لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ولان الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة وانما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه ، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزناً فوجب ان يكون الطعم معتبراً في المكيل

المكيل والموزون دون غيرها والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر ، فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام الا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه ، وقال مالك العلة القوت أو مايصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد علة وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل « لا بأس به اذا كان يداً بيد » وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع عبداً بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده(١) وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة

والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والخل واللبن واللحم ونحوه وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث سوى قتادة فانه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم كالتين والنوى والقت والماء والطين الارمني فانه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولا فهو اذاً من القسم الاول وماعداه انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكلي الطين فانه يصفر اللون » وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها

والموزون دون غيرها ، والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي من كيل أو وزن ، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه وهذا اختيار شيخنا ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين في الجنس الواحد . وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل « لا بأس إذا كان يداً بيد » وروي أن النبي ﷺ ابتاع عبداً بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال : هو حديث صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة . فالحاصل ان ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن واللبن ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث ، وما يعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم وذلك كالتين والنوى والقت والماء ، والطين الارمني فانه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولا فهو إذاً من القسم الاول وما عداه انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا . وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل والوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله حله اذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها يعارض

(١) فيه أنه أراد ما يصلح به القوت الملح والادام والحطب ونحوه من الوقود لم يسمه أحد مصلحاً للطعام ، فالحق أن قول مالك هو المعقول الموافق لنص الحديث ، فلا يقاس على الستة الاشياء الا ماحل محلها في كونه معيارا للاثمان والمعاملات كالنقدين او قوتا غالبا يدخر ومجرد الطعم او الكيل والوزن لا يصلح علة لهذا التضييق على عباد الله ولو ارادها الشارع لعبر بها فأوجز واختصر

يعارض بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار. ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتا كالارز والذرة والدخن أو أدما كالقطنيات واللبن واللحم، أو تفكها كالثمار أو تداويا كالاهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله ما كيل أو وزن أي ما كان جنسه مكيلا أو موزونا وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة، أو لكثرته كالزبرة العظيمة فانه لايجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى » ولان ماجرى الربا في كثيره جرى فى قليله كالموزون

(فصل) ولايجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري ولا أعلمه منصوصاً عليه ولكنه قياس قولهم لان ما أصله الكيل لاتجري المماثلة في غيره

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والابريسم (١) فالمنصوص عن أحمد في الثياب والاكسية أنه لايجري فيها الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال لا يباع الفلس بالفلسين ولا السكين بالسكينين، ولا ابرة بابرتين أصله الوزن، ونقل القاضي حكم احدى المسألتين إلى الاخرى فجعل

(١) كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن كما يشير اليه قوله تعالى (وأنبتنا فيها من كل شيء موزون) فكيف يحكمون موازينهم في أحكام الشرع العامة؟

بعضها بعضاً فوجب اطراحها والجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار، ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة أو أدما كالقطنيات واللحم واللبن أو تفكها كالثمار أو تداوياً كالاهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله في كل مكيل أو موزون أي ما كان جنسه مكيلا أو موزوناً وان لم يتأت فيه كيل ولا وزن اما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة او لكثرته كالزبرة العظيمة فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر، ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى » ولان ماجرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري لان ما أصله الكيل لا تجري المماثلة في غيره

(فصل) اما مالا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والحرير فالمنصوص عن أحمد في الثياب والاكسية انه لا يجري فيه الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال لا يباع الفلس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا الابرة بالابرتين اصله الوزن ونقل القاضي حكم احدى المسئلتين الى الاخرى فجعل في

فيها جميعا روايتين (احداها)لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لانه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والاجماع فيه(والثانية)يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ماكان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا ومالا فلا

(فصل)ويجري الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف لا يجري فيه لانه يباع بغير وزن : ولنا أنه لحم فجرى فيه الربا كسائر اللحمان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله وتختلف قيمته بثقله وخفته فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد

(فصل)والجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وتحريمه مع التفاضل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الاشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ،فمن زاد أو ازداد فقد أربى»

الجميع روايتين(احداها) لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لانه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح اذ لامعنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز،وذكر ان اختيار القاضي ان ماكان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا والا فلا

(فصل) ويجري الربا في لحم الطير وعن أبي يوسف لايجري فيه لانه يباع بغير وزن . ولنا أنه لحم فأشبه سائر اللحمان وقوله لايوزن قلنا هو من جنس مايوزن ويقصد نقله وتختلف قيمته بثقله وخفته اشبه مايباع من الخبز عدا

(فصل) والجيد والرديء والتبروالمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وهذا قول أكثر العلماء منهم ابو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر ذلك أصحابه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية انه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة لان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة الى الذهب. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل »وعن عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال« الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود وروى مسلم عن أبي الاشعث ان معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقدم فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا

وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل، ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما فذكر له ذلك ، فكتب عمر الى معاوية لا تبع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن ، ولانهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد والرديء ، فأما إن قال لصائغ صغ لي خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين ، وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين (أحدهما) في مقابلة الخاتم (والثاني) أجرة له

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بغير خلاف نعلمه ويحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عينا بعين» وقوله « يداً بيد» ولان تحريم النساء آكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسيئة)

لاخلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه الا عن سعيد بن جبير أنه قال : ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما وهذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « اذا اختلفت هذه الاشياء فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » رواه مسلم وأبو داود ، ولأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما ولا خلاف في اباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما ، فأما النساء فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به فانه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء بغير خلاف نعلمه وذلك لقوله عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود الا أن يكون أحد العوضين ثمنا والآخر مثمنا فانه يجوز النساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس المال الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب ، فأما ان اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان (احداهما) يحرم النساء فيهما وهو الذي ذكره الخرقي ههنا لانهما مالان من أموال الربا فحرم النساء فيهما كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز النساء فيهما وهو قول النخعي لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان

(فصل) واذا باع شيئا من مال الربا بغير جنسه وعلة ربا الفضل فيهما واحدة لم يجز التفرق قبل القبض ، فان فعلا بطل العقد وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقدين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر

بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى» وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل ولانهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد بالرديء فأما ان قال لصائغ

بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد » رواه مسلم وقال عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وروى مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني فأخذ يقلبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء ، والبر بالبر ربا الاهاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء » متفق عليه والمراد به القبض بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ولهذا فسره عمر به ولانهما مالان من أموال الربا علتهما واحدة فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة فأما إن اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون عند من يعلل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة لان علتهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يتصور عنده ذلك الا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض على كل حال لقوله « يداً بيد »

﴿مسئلة﴾ قال (وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسيئة)

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء في شيء من ذلك سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا الا على قولنا ان العلة الطعم فيحرم النساء في المطعوم ولا يحرم في غيره ، وهذا مذهب الشافعي واختار القاضي هذه الرواية لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة. رواه أبو داود وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن عليا باع بعيرا له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة الى أجل ، ولانهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالنوع الآخر (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم في غير ذلك ، وهذا مذهب أبي حنيفة وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء ابن الحنفية وعبد الله بن عمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري ، وروي ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والثالثة) لا يحرم النساء الا فيما بيع بجنسه متفاضلا فاما مع التماثل فلا لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل ؟ فقال « لا بأس إذا كان يداً بيد » من المسند وهذا يدل على اباحة النساء مع التماثل بمفهومه (والرابعة) يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا

اصنع لي خاتماً وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهما فليس ذلك بيع درهم بدرهمين ، وقال اصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والباقي أجرة له

ظاهر كلام الخرقي ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة لانه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا، قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقدا والدراهم نسيئة جاز وان كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجز لانه يفضي الى النسيئة في العروض وهذه الرواية ضعيفة جدا لانه اثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح فان في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار وما هذا سبيله لايجوز اثبات الحكم فيه وان لم يخالف اصلا فكيف يثبت مع مخالفة الاصل في حل البيع؟ واصح الروايات هي الاولى لموافقتها الاصل، والاحاديث المخالفة لها قال ابو عبدالله ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني ان يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة قال الاثرم قال ابو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة وحديث جابر قال ابو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء وليث بن سعد سمعه من ابي الزبير ولا يذكر فيه نساء وحجاج هذا هو حجاج بن ارطاة قال يعقوب بن شيبة هو واهي الحديث وهو صدوق. وان كان احد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان (أحداهما) يحرم النساء فيهما (والثانية) لايحرم كما لو باع معدودا بمعدود من غير جنسه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه الا العرايا)

أراد الرطب مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالجبن والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال ابن عبد البر جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لايجوز بحال من الاحوال، وقال أبوحنيفة يجوز ذلك لانه لايخلو اما أن يكون من جنسه فيجوز لقوله عليه السلام «التمر بالتمر مثلا بمثل» أو من غير جنسه فيجوز لقوله عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم» ولنا قوله عليه السلام «لاتبيعوا التمر بالتمر» وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية ان تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا متفق عليه وعن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال «اينقص الرطب اذا يبس؟» قالوا نعم فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه ولفظ رواية الاثرم قال (فلا اذن) نهى وعلل بأنه ينقص اذا يبس وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة. والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق لان التفاوت يسير قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ماتوهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لايروي عن متروك الحديث

(فصل) فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله فيجوز مع التماثل في قول اكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما ييبس فأما مالا ييبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لانه

(فصل) وكل ماحرم فيه ربا الفضل حرم فيه النساء بغير خلاف علمناه، ويحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عيناً بعين» وقوله «يداً بيد» ولان تحريم النساء آكد ولذلك جرى في

لا يعلم تساويهما حالة الادخار فاشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا الى هذا وحمل كلام الخرقي عليه لقوله في اللحم لايجوز بيع بعضه ببعض رطبا ويجوز اذا تناهى جفافه مثلا بمثل ومفهوم كلام الخرقي ههنا إباحة ذلك لان مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فبقي على العموم وما ذكره لايصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسئلتنا ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه فيعفى عنه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وإن لم يوجد لم يصح البيع وإن تساويا في غيرها، وهذا قول ابي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم لانعلم أحداً خالفهم الا مالكا قال يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا

ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب وزنا بوزن ، والفضة بالفضة وزنا بوزن ، والبر بالبر كيلا بكيل ، والشعير بالشعير كيلا بكيل » رواه الاثرم في حديث عبادة ، ورواه أبوداود ولفظه « البر بالبر مدي بمدي ، والشعير بالشعير مدي بمدي ، والملح بالملح مدي بمدي ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما ، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا فأشبه الذهب والفضة ولان حقيقة الفضل مبطلة للبيع ولا نعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأثمان ، اذا ثبت هذا فانه لا

الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿مسئلة﴾ (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا)

لاخلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وان لم توجد لم يصح البيع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي واكثر اهل العلم. وقال مالك يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافا. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » رواه الاثرم عن عبادة ورواه أبو داود وفي لفظ « البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد فمن زاد أو ازداد فقد اربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات بالكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ولانه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ولان حقيقة الفضل مبطلة للبيع ولا يعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأثمان

اذا ثبت هذا فانه لايجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في

يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في الكيل مشترط في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فمتى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز اذا كانا من صنف واحد وذلك لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ، ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصل) ومالا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالاربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه مايكال بمنع بيعه بشيء من جنسه وزنا ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلا وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كيف هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب جماعة من أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل جزافا وبيع الموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم اكره ذلك. قال ابن أبي موسى لاخير فيما يكال بما يكال جزافا ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا اتفقت

الكيل مشترط في المكيل وفي الوزن في الموزون وقد عدمت ولانه متى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف اكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وان لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا .وكذلك اذا باع الموزون بالموزون بالكيل لا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان ذلك لايجوز إذا كانا من صنف واحد لما روى مسلم عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب وزنا بوزن» الى تمام الحديث دليل على انه لايجوز بيعه الا كذلك ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع لحقيقة التفاضل

﴿مسئلة﴾ قال (فان اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا)

ما لا يشترط فيه التماثل كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا

وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول اكثر العلماء قال ابن المنذر اجمع اهل العلم على ان بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا ندري كم كيل هذه ولا كم كيل هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب بعض أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره

الاجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة ولانه بيع مكيل بمكيل أشبه الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع) عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه ففيما عداه يجب البقاء على العموم ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا من الطرفين كالمكيل بالموزون . يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعا وحديثهم أراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض الفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون فنقيس عليه محل النزاع وما ذكر من القياس غير صحيح لان المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشروطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا وان علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع والا فلا ، وان باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافا ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع . وان زادت احداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنعا فسخ البيع بينهما ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا وقسم الثمار خرصا وقسم مالا يجوز بيع بعضه ببعض لان القسمة افراز حق وليست بيعا ، ونقل عن ابن بطة مايدل على أنها بيع فيثبت فيها أحكام البيع ويمنع فيها ما ذكرناه لان كل جزء من ذلك مشترك بينهما فاذا تعين لكل واحد منهما حق فقد

ذلك قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا . اتفقت الاجناس أو اختلفت ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر قالوا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وقياسا على الجنس الواحد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا كالمكيل بالموزون، يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يمنع وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء في بعض ألفاظه : نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فنقيس عليه محل النزاع والقياس لا يصح لان الجنس الواحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشترطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى

(فصل) إذا قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد وقد علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع، وان زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه وللشافعي قولان كالمذهبين ، والظاهر أنها افراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها والاجبار عليها وأنها لا تفتقر الى لفظ بيع ولا تمليك ولا يدخلها خيار ولا تجوز الا بقدر الحقين ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم ،وتغاير الاحكام والاسماء دليل على اختلافهما ، وروي عن ابن عباس أنه قال قسمت الصحابة رضي الله عنهم الغنائم بالجحف وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر فصار اجماعا على ماقلناه .

(فصل)في معرفة المكيل والموزون والمرجع في ذلك الى العرف بالحجاز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبهذا قال الشافعي، وحكي عن أبي حنيفة أن الاعتبار في كل بلد بعادته ، ولنا ماروى عبدالله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المكيال ميكال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي صلى الله عليه وسلم انما يحمل كلامه على بيان الاحكام ولان ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم في تفاضل الكيل اليه فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، ومالا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء شبها به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه في موضعه فان لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه الى العرف كالقبض والاحراز والتفرق وهذا قول أبي حنيفة ،وعلى هذا ان اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الاول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين، فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم «البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والا بازير والاشنان والجص والنورة وما أشبهها. والتمر مكيل وهو من المنصوص علية وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفستق والبندق والعناب والمشمس والبطم والزيتون واللوز .والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام «الملح بالملح مدي بمدي » والذهب والفضة موزونان ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والنحاس والصفر والرصاص والزجاج والزئبق ومنه الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع وما أشبهه. وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك

﴿مسئلة﴾ (والجنس ماله اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح)

الجنس الشامل لاشياء مختلفة بانواعها، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة الى ماتحته والجنس نوعا بالنسبة الى مافوقه .والمراد ههنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهما جنس كانواع التمر وأنواع الحنطة وأنواع الشعير فالتمور كلها جنس وان كثرت أنواعها كالبرني والمعقلي وغيرهما وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وان اختلفت الانواع لما ذكرنا من قول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلا بمثل » الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ثم قال « فاذا اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم »

(فصل) واختلفت الرواية في البر والشعير فظاهر المذهب أنهما جنسان وهو قول الثوري

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلها مكيل ولم يوجد ما ينقلها عنه ولانهما يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلا وهو موزون كالخبز ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق، وقد جاء في الحديث والصاع انما يقدر به المكيلات، وعلى هذا يكون الأقط مكيلا لأن في حديث صدقة الفطر صاع من أقط

(فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والخل والدبس ونحو ذلك فالظاهر أنها مكيلة قال القاضي في الادهان هي مكيلة ، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزنا وذلك لان الماء مقدر بالصاع، ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ، ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق، وهذه مكاييل قدر بها الماء وكذلك سائر المائعات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضروع الانعام إلا بالكيل. رواه ابن ماجه، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها فهذه المعدودات اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر التماثل في الوزن لانه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعها . ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص عليه لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

﴿مسئلة﴾ قال (والتمور كلها جنس وإن اختلفت أنواعها)

الجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنسا بالنسبة إلى ما تحته نوعا بالنسبة إلى ما فوقه ، والمراد هنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة فالتمور كلها جنس واحد لان الاسم الخاص يجمعها وهو التمر وان كثرت أنواعه كالبرني والعقلي والابراهيمي والخاستوي

والشافعي وأصحاب الرأي وعنه أنهما جنس واحد » يروى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن ابن الاسود بن عبد يغوث والحكم وحماد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال : بعه ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع فلما جاء معمراً أخبره فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن الامثلا بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير . قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ولان أحدهما يعتبر بالآخر فكانا كنوعي الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع

وغيرها ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيها حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل» الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ، ثم قال «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « الا ما اختلفت ألوانه » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الانواع واختلافها

(فصل) فان كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالادقة والاخباز والخلول والادهان ،وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ،وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل العنب جنس وحكي ذلك عن مالك لان الاسم الخاص يجمعهما، والصحيح أنهما جنسان لانهما من أصلين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الشعير وما ذكر للرواية الاخرى منتقض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها، وكل نوع مبني على أصله فاذا كان شيا ن من أصلين فهما جنسان فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ،ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبزر أجناس ،وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلها واحد فهما جنس واحد وإن اختلفت مقاصدها ،فدهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد ،وهذا الصحيح من مذهب الشافعي وله قول آخر لا يجري الربا فيها لانها لا تقصد للأكل ،وقال أبو حنيفة هي أجناس لان مقاصدها مختلفة . ولنا أنها كلها شيرج وانما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناسا كما لو طيب سائر أنواع الاجناس،وقولهم لا تقصد الرياحين للأكل قلنا هي صالحة للأكل وانما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره وقولهم انها أجناس لا يصح لانها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المخيض والزبد وهما جنسان فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد فاذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصليين

(فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلا بكيل بغير خلاف وسواء تساويا في الجودة والرداءة وفي كونهما ينكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لاحمد ساع تمر بصاع تمر وأحد التمرين يدخل في المكيال منه اكثر ، فقال انما هو صاع بصاع وذلك لقول النبي

البر بالشعير والشعير بالبر هما يداً بيد وأما نسيئة فلا ـ وفي لفظ ـ فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو نسيئة فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه وفعل معمر وقوله لا يعارض به فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقياسهم منقوض بالذهب والفضة

﴿ مسئلة ﴾ (وفروع الاجناس أجناس كالادقة والاخباز والادهان)

اذا كان المشتركان في الاسم الخاص من جنسين فهما جنسان كالادقة والاخباز والخلول والادهان وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل

صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدي بمدي – ثم قال – من زاد أو ازداد فقد أربى» فان كان في كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن نزع من كل واحد منهما نواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانهما لم يتساويا في حال الكمال ولانه يتجافى في المكيال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدي بمدي» ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد منهما نواه ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا لذلك، واذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز لاشتمال أحدهما على ماليس من جنسه دون الآخر، وان نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز لانه زالت التبعية بنزعه فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلا ومتساويا لانهما جنسان ،وان باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين منع منه في رواية مهنا وأحمد بن القاسم لان في التمر نوى فيصير كمد عجوة ، وكالو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولان النوى في التمر غير مقصود ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه وصار هذا كبيع دار مموه سقفها بالذهب بذهب فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لان النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بمنزوع النوى

(فصل) ويصنع من التمر الدبس والخل والناطف والقطارة ولا يجوز بيع التمر بشيء منها لان مع بعضها من غير جنسه وبعضهما مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئاً مقصوداً من جنسها فينزل منزلة مد عجوة ،ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا، قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا وذلك لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه، ولا يباع نوع بنوع آخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي إلى التفاضل

(فصل) والعنب كالتمر في ما ذكرناه إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض

﴿ مسئلة ﴾ قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب وبه يقول الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنهما جنس واحد وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبدالرحمن بن الاسود بن عبد يغوث وابن

العنب جنس وحكي أيضاً عن مالك لان الاسم الخاص يجمعها. والصحيح الاول لانهما من جنسين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الدخن وما ذكر للرواية الاخرى منقوض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها، فكل فرع مبني على أصله فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ودهن السمك والشيرج والجوز واللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان وتمر النخل وتمر الهند جنسان ،وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس وان اختلفت مقاصدهما، فدهن الورد والبنفسج والزئبق والياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد وهذا الصحيح من مذهب الشافعي ،وله قول آخر لا يجري الربا فيها لانها لا تقصد للاكل ، وقال أبو حنيفة هي أجناس لاختلاف

معيقيب الدوسي والحكم وحماد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبدالله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال بعه ثم اشتر به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلا بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ، ولان أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعي الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما يداً بيد واما نسيئة فلا » وفي لفظ « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولانهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ولانهما مسميان في الاصناف الستة فكانا جنسين كسائرها ، وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ، ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة

(فصل) في الحنطة وفروعها . وفروعها نوعان (أحدهما) ماليس فيه غيره كالدقيق والسويق (والثاني) مافيه غيره كالخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها . ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها وهي ثلاثة أقسام (أحدها) السويق فلا يجوز بيعه بالحنطة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل إلى التماثل لان النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر فأشبهت المقلية (القسم الثاني) ما معه غيره فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبي حنيفة يجوز ذلك بناء على مسئلة مد عجوة وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) الدقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح وهو مذهب سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والثوري وأبي حنيفة ومكحول وهو المشهور عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه جائز وبهذا قال ربيعة ومالك وحكي ذلك عن النخعي وقتادة وابن شبرمة واسحاق وأبي ثور لان الدقيق نفس الحنطة وانما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح ، فعلى هذا انما تباع الحنطة بالدقيق وزنا لانها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت فتأخذ من المكيال مكانا كبيراً والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينهما وبهذا قال اسحاق

مقاصدها . ولنا أنها كلها شيرج وانما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناسا كما لو طيب سائر أنواع الاجناس ، وقولهم لا تقصد للاكل قلنا هي صالحة للاكل وانما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره ، وقولهم انها أجناس لا يصح لانها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنسا كأنواع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره وهما جنسان واللبن يشتمل على المخيض والزبد وهما جنسان فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد فاذا ميز احدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصلين

ولنا أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لان الطحن قد فرق أجزاءها فيحصل في مكيالها دون مايحصل في مكيال الحنطة، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافا وتساويهما في الوزن لايلزم منه التساوي في الكيل ، والحنطة والدقيق مكيلان لان الاصل الكيل ولم يوجد ماينقل عنه ، ولان الدقيق يشبه المكيلات فكان مكيلا كالحنطة ، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون لان المكيل لايقدر بالوزن كما لايقدر الموزون بالكيل

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعي المنع من ذلك لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونها حنطة وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حنطة . ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لاينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر . اذا ثبت هذا فانما يباع بعضه ببعض كيلا لان الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ماينقلهما عن ذلك ويشترط أن يتساويا في النعومة ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا وهو مذهب أبي حنيفة لأنهما اذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحنطة بالدقيق، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح أنه لايجوز وهو مذهب الشافعي ، وروي عن أحمد أنه يجوز لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره فأشبه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنيئة وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا لانهما جنسان، ولنا أنهما اجزاء جنس واحد فلم يجز التفاضل بينهما كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق .

(فصل) فأما مافيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان (أحدهما) أن يكون مافيه من غيره غير مقصود في نفسه انما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة، ويعتبر التساوي في الوزن لانه يقدر به في العادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن به قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لايجوز بيع بعضه ببعض بحال الا أن ييبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لانه مكيل يجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولان في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرهما ، ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فحرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي

(فصل) واللحم أجناس باختلاف أصوله ، وكذلك اللبن وعنه جنس واحد وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس لحم الانعام ولحم الوحش ولحم الطير ولحم دواب الماء)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في اللحم فروي عنه انه جنس واحد وهذا الذي ذكره الخرقي وهو قول ابي ثور وأحد قولي الشافعي وانكر القاضي ابو يعلى كون هذه رواية عن احمد، وقال الانعام والوحش والطير ودواب الماء اجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وانما في اللحم روايتان (احداهما) انه اربعة اجناس كما

في المعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق . ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله غير موزون كاللحم والادهان، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فاشبه الرطب بالتمر، ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة ولا يلزم مافيه من الملح والماء لان ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج وان يبس الخبز فدق وجعل فتيتا بيع بمثله كيلا لانه أمكن كيله فرد الى اصله ، وقال ابن عقيل فيه وجه آخر أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه (النوع الثاني) مافيه غيره مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الابازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا بيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ماليس من جنسه وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه واذا لم يمكن التماثل في النوع الوحد ففي النوعين أولى

(فصل) والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وسائر اللحمان جنس واحد)

أراد جميع اللحم وجمعه ـ وهو اسم جنس ـ لاختلاف أنواعه . ظاهر كلام الخرقي أن اللحم كله جنس واحد وذكره ابو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن احمد وقال الانعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وانما في اللحم روايتان (احداهما) أنه أربعة اجناس كما ذكرنا وهو مذهب مالك الا أنه يجعل الانعام والوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف (والثانية) أنه اجناس باختلاف أصوله ، وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والاخباز وهذا اختيار ابن عقيل ، واختار القاضي أنها أربعة أجناس وحمل كلام الخرقي عليها ، واحتج بان لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت أجناسا وهذا ضعيف جدا لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه في الايمان بانه اذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الانعام أو الطائر أو السمك حنث فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس لانه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحداً كالطلع ، والصحيح أنه أجناس

ذكرناه وهو مذهب مالك الا أنه يحتمل أن الانعام والوحش جنس واحد فيكون عنده ثلاثة أصناف وروي عنه أنه اجناس باختلاف أصوله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والاخباز وهذا اختيار ابن عقيل، وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس على ما ذكرناه ، وهذا اختيار القاضي واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناسا (قال شيخنا) وهذا ضعيف لان كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة

باختلاف أصوله وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيها وعرابها ،والبقر عرابها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها صنف ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الازواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطيور أصناف كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومماثلا ويباع بصفة مماثلا ومن جعلها صنفا واحدا لم يجز عنده بيع لحم بلحم الا مماثلا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا ويجوز اذا تناهى جفافه مثلا بمثل)

اختار الخرقي أنه لا يباع بعضه ببعض الا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها وهو مذهب الشافعي وذهب أبو حفص في شرحه الى هذا ،قال القاضي والمذهب جواز بيعه ونص عليه ، وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع فني اللحم أولى ولانه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد احدهما بالنقص فجاز كبيع اللبن باللبن، فأما بيع رطبه بيابسه أو نيئه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

(فصل) قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض الا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بالعسل الا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن مثلا بمثل رطلا برطل فاطلق ولم يشترط شيئا وذلك لان العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه كالنوى في التمر وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة

(فصل) واللحم والشحم جنسان والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا ، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا أن يماثلا ، وظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة وان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وان كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون

أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله ، ووجه قول الخرقي أنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح ما ذكرنا وما ذكره من الدليل منتقض بعسل النحل وعسل القصب وغير ذلك ، فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيها وعرابها ،والبقر عرابها وجواميسها صنف،والغنم ضأنها ومعزها جنس . ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الازواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها

مع اللحم لحم عنده فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم ،وذكر القاضى أن اللحم الابيض الذي على ظاهر اللحم الاحمر هو والاحمر جنس واحدوان الالية والشحم جنسان وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا لقوله ان اللحم لايخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم فعلى قوله كل ابيض في الحيوان يذوب بالاذية ويصير دهنا فهو جنس واحد وهذا أصح لقوله تعالى (حرمنا عليهم شحومهما الا ماحملت ظهورهما) فاستثنى ماحملت الظهور من الشحم ولانه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده فكان شحما كالذي في البطن

(فصل)وفي اللبن روايتان (احداهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو اجناس باختلاف اصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك لان الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما وليس بصحيح لان لحمها جنسان فكان لبنها جنسين كالابل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يداً بيد وبجنسه متماثلا كيلا ، قال القاضي هو مكيل لا يباع الا بالكيل لانه العادة فيه ولا فرق بين أن يكونا حليبين أوحامضين أو أحدهما حليب والآخر حامض لان تغير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لان معه من غير جنسه لغير مصلحته

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبأ وما فيه غيره وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا . قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيئين اذا دخلهما الربا لم يجز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير

صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف، وكل ماله اسم يخصه فهو صنف، والطير أصناف، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف، فيجوز أن يباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ويباع بصفة متماثلا ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز بيع لحم بلحم متماثلا

(فصل) وفى اللبن روايتان (إحداهما) هو جنس واحد لما ذكرنا فى اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لبن الانعام كلها جنس واحد

وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملها ولا يصح لان لحمها جنسان فكان لبنهما جنسين كالابل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدا بيد وبجنسه متماثلا كيلا، ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين أو أحدهما حليبا والآخر حامضا لان تغير الصفة لايمنع جواز البيع كالجودة والرداءة، وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه وسنذكر ذلك

﴿مسئلة﴾ (واللحم والشحم والكبد أجناس)

اللحم والشحم جنسان ، والكبد جنس والطحال جنس والقلب جنس والمخ جنس ويجوز بيع جنس بجنس آخر متفاضلا ، وقال القاضي لايجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا ان يتماثلا وظاهر المذهب اباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل

جنسه كمدعجوة ودرهم بمدين ،والصحيح أن هذه الرواية داله على جواز البيع في مسئلة مدعجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكنها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ،وأما اللبن بالمخيض الذي فيه زبده فلا يجوز نص عليه أحمد فقال اللبن بالمخيض لا خير فيه. ويتخرج الجواز كالتي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لانه لبن بلبن وان مسته النار لم يجز ،وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء احدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي ،وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لأ نه مختلط بغيره فهو كمسئلة مد عجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره الا أن ذلك الغير لمصلحته فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض اذا تساويا في النشافة والرطوبة فيبيع المخيض بالمخيض واللبأ باللبأ والجبن بالجبن والمصل بالمصل والاقط بالاقط والزبد بالزبد والسمن بالسمن متساويا، ويعتبر التساوي بين الاقط بالاقط بالكيل لانه قدر بالصاع في صدقة الفطر وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والمخيض،ويباع الخبز بالخبز بالوزن لانه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز(١)وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ، ويحتمل كلام الخرقي ان لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والمخيض فظاهر المذهب أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متماثلا ومتفاضلا لأنهما جنسان وذلك لانهما شيئان من أصل واحد أشبها اللحم بالشحم، وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي واسحاق ولان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فأشبه الملح في الشيرج ،وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبنا يسيرا ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي عندي يجوز لان اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله وهذا لا يصح لان التماثل واجب بينهما وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر فأشبه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وكل رطب بيابس من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لان هذه الانواع لم ينتزع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها ، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز مع رطوبتهما

(١) كذا في الاصل

فيهما كالذهب والفضة ، فان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع ذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون مع اللحم عنده لحم فلا يتصور اشتمال اللحم علي الشحم ، وذكر القاضي أن الابيض الذي في ظاهر اللحم الاحمر هو والاحمر جنس واحد وان الالية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الخرقي أن كل ماهو أبيض في الحيوان يذوب بالاذابة ويصير دهنا فهو جنس واحد (قال شيخنا) وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله سبحانه (حرمنا

أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً لان الجبن موزون والاقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالخبز بالدقيق ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الخبز بالخبز

﴿ مسألة ﴾ (قال ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول

عليهم شحومهما الا ماحملت ظهورهما) فاستثنى ماحملت الظهور من الشحم، ولانه يشبه الشحم في لونه وذوبه ومقصده فكان شحماً كالذي في البطن

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول الفقهاء السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لانه باع مال الربا بما لاربا فيه أشبه بيع الحيوان بالدراهم أو بلحم من غير جنسه

ولنا ماروي عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان، قال ابن عبد البر هذا احسن اسانيده، وورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت ذكره الامام أحمد، وروى ابن عباس أن جزوراً نحرت فجاء رجل بعناق فقال أعطوني جزأ بهذا العناق قال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لابي بكر في ذلك . وقال أبو الزناد كل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولان اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج وبهذا فارق ماقاسوا عليه، فاما بيعه بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا يجوز لما ذكرنا من الاحاديث واختار القاضي جوازه وللشافعي فيه قولان، واحتج من أجازه بان مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان، والظاهر أن الاختلاف مبني على الاختلاف في اللحم، فان قلنا بانه جنس واحد لم يجز، وان قلنا انه أجناس جاز بيعه بغير جنسه لما ذكرنا فان باعه بحيوان غير مأكول جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا بسويقه في أصح الروايتين)

لا يجوز بيع الحب بالدقيق في الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد ومكحول والثوري وأبي حنيفة وهو المشهور عن الشافعي وعن أحمد أنه جائز، وبه قال ربيعة ومالك وحكي عن النخعي وقتادة وابن شبرمة واسحاق وأبي ثور لان الدقيق نفس الحنطة وانما تكسرت اجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح فعلى هذا انما يباع الحب وزنا لان اجزاءه قد تفرقت بالطحن وانتشرت فيأخذ من المكيال مكانا كبيراً والحب يأخذ مكانا صغيرا والوزن يسوي بينهما وبهذا قال اسحاق

ولنا أن بيع الحب بالدقيق بيع مال الربا بجنسه متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لان الطحن قد فرق أجزاءه فيحصل في مكياله دون ما يحصل في مكيال الحب، وان لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه، ولذلك لم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً والتساوي في الوزن لايلزم منه التساوي في الكيل، والحب والدقيق مكيلان لان الاصل الكيل ولم

فقهاء المدينة السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لانه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه ولنا ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم

يوجد ما ينقل عنه ثم لو ثبت أن الدقيق كان موزونا لم يتحقق التماثل لان المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

(فصل) ولا يجوز بيع الحب بالسويق ، وبه قال الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحب ببعض أجزائه متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل الى التماثل لان النار قد اخذت من احدهما دون الآخر فأشبهت المقلية بالنيئة ، فأما الخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها فلا يجوز بيعه بالحنطة ، وقال اصحاب أبي حنيفة يجوز بناء على مسئلة مد عجوة وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى ، ويجوز بيع الحب بالدقيق من غير جنسه والخبز وغير ذلك لعدم اشتراط المماثلة بينهما ، وقال ابن أبي موسى لايجوز بيع سويق الشعير بالبر في رواية وذلك مبني على ان البر والشعير جنس واحد وقد ذكرناه

(مسئلة) (ولايجوز بيع أصله بعصيره ولا خالصه بمشوبه ولارطبه بيابسه ولا نيئه بمطبوخه)

لايجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لايباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وقال ابن المنذر وقال أبو ثور يجوز ، وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم أن ما في الاصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يجز ، ولنا أنه مال بيع بأصله الذي هو منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن بالزبد ولا بالسمن ولا بشيء من فروعه كاللبأ والمخيض وسواء كان فيه من غيره أولا لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد انه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا ، قال القاضي وهذه الرواية لاتخرج على المذهب لان الشيئين اذا دخلها الربا لم يجز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة ، والصحيح ان هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مد عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكونها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالمخيض فلا يجوز نص عليه احمد ويتخرج الجواز كالتي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لانه لبن بلبن؟ وان مسته النار لم يجز ، وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع الخالص بالمشوب كحنطة فيها شعير أو رواب بخالصة أو غير خالصة أو لبن مشوب بخالص أو مشوب أو اللبن بالكشك أو الكامخ ، ويتخرج الجواز اذا كان اللبن أكثر من اللبن الذي في الكشك والكامخ بناء علي مد عجوة ، ولا يجوز بيع العسل في شمعه بمثله فان كان

عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن عبد البر هذا أحسن أسانيده وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يباع حي بميت ذكره الامام أحمد، وروي عن ابن عباس أن جزوراً نحرت فجاء رجل بعناق فقال اعطوني جزأ بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك، وقال أبو الزناد

الخلط يسيرا كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لأنه لا يخل بالتماثل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والخل والناطف والقطارة لان بعضها معه من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معهما شيئا مقصوداً من غير جنسهما فهو كمد عجوة والعنب كالتمر فيما ذكرناه

(فصل) ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكشك والكامخ ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمسئلة مد عجوة ولا يجوز نيئه بمطبوخه كالخبز بالعجين والحنطة المقلية بالنيئة لانه لا يحصل التماثل لان النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع نوع بنوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالمخيض في ظاهر المذهب متماثلا ومتفاضلا لانهما جنسان من اصل واحد اشبها اللحم والشحم، وممن اجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي واسحاق لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالملح في الشيرج، وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن المخيض، ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه من الزبد فلم يجز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي، واختار القاضي جوازه لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولهذا جاز بيع الزبد بالمخيض ولا يصح ذلك لان التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز البيع كتمر منزوع النوى بما نواه فيه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب بيابس من جنسه، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لأن هذه الانواع لم ينزع منها شيء فهي كاللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها به كبيع اللبن بها، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز بيع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وان كانا يابسين احتمل المنع لان الجبن موزون والاقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق، ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الجبن بالجبن

(فصل) ولا يجوز بيع رطب بيابس كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه اما أن يكونا جنساً فيجوز متماثلا لقول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلا بمثل » أو يكونا جنسين فيجوز لقوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد »

ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً متفق عليهما، وعن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر قال « أينقص الرطب اذا يبس ؟ » قالوا نعم. فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه، وفي رواية الاثرم قال « فلا اذن » نهي وعلل بأنه ينقص اذا يبس، وروى مالك عن

وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولان اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ماقاسوا عليه ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا يجوز فان أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي

نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنيئة ، ولا يلزم الحديث بالعتيق لان التفاوت يسير . قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر ، وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروي عن متروك الحديث

﴿مسألة﴾ (يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذ استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه)

يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبوحنيفة والمشهور عن الشافعي المنع لانه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونهما حبا وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين يكون من حنطة رزينة والآخر من خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حبا

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر . إذا ثبت هذا فانه يباع بعضه ببعض كيلا لان الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط تساويهما في النعومة ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لانهما إذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحب بالدقيق وزنا ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزناً ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله

(فصل) ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق وبه قال الشافعي وعنه الجواز لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره أشبه السويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من السويق فلم يجز بيعه بالدقيق كالمقلية بالنيئة ، وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنسان ، ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فأشبه بيع أحدهما بجنسه

(فصل) ويجوز بيع مطبوخه بمطبوخه كاللبأ بمثله والجبن بالجبن والاقط بالاقط والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الاقط والاقط بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويباع الجبن بالجبن بالوزن لانه لا يمكن كيله أشبه الخبز ، وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل كالشيرج

(فصل) ويجوز بيع الخبز بالخبز وزنا وكذلك النشاء بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن لانه يقدر به عادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك اذا تحرى المماثلة فلا بأس وان لم يوزن وبه قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال الا أن ييبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لانه مكيل ،

بيت واختار القاضي جوازه ، وللشافعي فيه قولان . واحتج من منعه بعموم الاخبار وبان اللحم كله جنس واحد. ومن أجازه قال مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كالو باعه بالأثمان وان باعه بحيوان غير مأكول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

ويجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولان في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرها

ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فحرم التفاضل بينهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في المعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق. ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله مكيل كالادهان، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فأشبه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة وما فيه من الملح والماء غير مقصود ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج فان يبس الخبز ودق وصار فتيتا بيع بمثله كيلا لأنه أمكن كيله فرد الى أصله . وقال ابن عقيل فيه وجه أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه

(فصل) فاما ما فيه غيره من فروع الحنطة مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الابازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا بيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه ، وحكم سائر الحبوب حكم الحنطة فيما ذكرنا، ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما

(فصل) ويجوز بيع العصير بجنسه متماثلا ومتفاضلا بغير جنسه وكيف شاء لانهما جنسان ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لانه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لان النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل

ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه النيء بالنيء ، فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال أشبه الرطب بالتمر ، وقد ذكرناه وان باع عصير شيء من ذلك بثفله فان كان فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثفله الذي فيه بقية من الزيت الا على قولنا بجواز مد عجوة وان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لانهما جنسان

(فصل) ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله في قول الاكثرين ومنع منه الشافعي فيما ييبس، فأما ما لا ييبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لانه لا يعلم تساويهما حالة الادخار فأشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري الى هذا وقال ويحتمله كلام الخرقي لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا قال شيخنا ومفهوم كلام الخرقي اباحته ههنا لانه قال : ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه مفهومه جواز الرطب بالرطب

ولنا أن نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر يدل بمفهومه على اباحة بيع كل واحد منهما بمثله

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وابن المنذر. وقال أبو ثور يجوز لان الاصل مختلف والمعنى

ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فيبقى على العموم ، وقياسهم لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسئلتنا، ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت فيه يسير ولا يمكن ضبطه فعفي عنه

(فصل) ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا لأن الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ولا يباع نوع بالآخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي الى التفاضل، والعنب كالتمر إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد أحدهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كخل العنب وخل التمر

(فصل) ويجوز بيع اللحم باللحم رطبا نص عليه ، وقال الخرقي لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا اذا تناهى جفافه وهذا مذهب الشافعي واختاره ابو حفص العكبري في شرحه ،قال القاضي والمذهب جواز بيعه، ونص أحمد على جواز بيع الرطب بالرطب ينبه على اباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ، فأما بيع رطبه بيابسه ونيئه بمطبوخه فلا يجوز لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلم يجز كالرطب بالتمر ، قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بمثله إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ،وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة مطلقاً فانه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن رطلا برطل مثلا بمثل فأطلق ولم يشترط شيئا ولان العظم تابع للحم بأصل الخلقة فأشبه النوى في التمر وفارق العسل في ان اختلاط الشمع به من فعل النحل لا من أصل الخلقة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع المحاقلة وهو بيع الحب في سنبله بجنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان)

وذلك لما روى البخاري عن أنس قال نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة . والمخاضرة بيع الزرع الاخضر والمحاقلة بيع الزرع في الحقول بحب من جنسه،قال جابر : المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة ، وقال الازهري الحقل القراح المزروع وفسره أبو سعيد باستكراء الارض بالحنطة ولانه بيع الحب بجنسه جزافا من أحد الجانبين فلم يجز كالو كانا على الارض فأما بيعه بغير جنسه فان كان بدراهم أودنانير جاز لان نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد يدل على جوازه ذلك اذا اشتد وهذا أحد قولي الشافعي، وإن باعه بحب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » (والثاني) لا يجوز لعموم الحديث المذكور

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع المزابنة وهو بيع الرطب في رءوس النخل بالتمر إلا في العرايا وهي

مختلف. وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الاصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يجز ولنا أنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه فيجوز متماثلا ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلا

بيع الرطب في رءوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلا فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة الى أكل الرطب ولا ثمن معه)

لا يجوز بيع المزابنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة وهو بيع الرطب بالتمر متفق عليه. وروى البخاري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة، فأما العرايا فيجوز في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك في أهل المدينة والاوزاعي في أهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ولانه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الارض

ولنا ما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة اوسق متفق عليه، ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه، وهذه زيادة يجب الاخذ بها ولو قدر التعارض وجب تقديم حديثنا بخصوصه جمعاً بين الحديثين وعملا بكلا النصين. قال ابن المنذر الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى، والقياس لا يصار إليه مع النص مع أن في الحديث انه أرخص في العرايا، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(فصل) وانما يجوز بشروط خمسة (أحدها) أن يكون فيما دون خمسة أوسق في ظاهر المذهب ولا خلاف في أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق وانما تجوز فيما نقص عن خمسة أوسق عند القائلين بجوازها. فاما الخمسة الاوسق فظاهر المذهب أنه لا يجوز فيها وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد لان في حديث زيد وسهل أنه أرخص في العرايا مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة وشك الراوي في الخمسة فبقي المشكوك فيه على أصل الاباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة. والمزابنة بيع الرطب بالتمر ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولان العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك، وروى ابن المنذر باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والاربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ولان خمسة الاوسق في حكم مازاد عليها في وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها فأما قولهم أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

وكيف شاء لأنهما جنسان ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل، ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي يجوز للانسان بيع جميع حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد ولان كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع، ولنا عموم النهي عن المزابنة استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولان ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاختين.

(فصل) (١) ولا تعتبر حاجة البائع فلو باع رجل عرية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري

ولنا أن المغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع الى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولا تالو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع الى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الارفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة. فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وان اشترى عريتين أو باعها وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحداً

(الثاني) أن يكون مشتريها محتاجا الى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغني وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر أنها تباح مطلقا لكل أحد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البيوع ولان حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكرناه وإذا خولف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ولا يلزم من اباحته للحاجة اباحته مع عدمها كالزكاة للمساكين فعلى هذا متى كان المشتري غير محتاج الى اكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر، ولو باعها لواهبها تحرزاً من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك أو لغيره لم يجز وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجا إلى أكلها

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل يأكلها أهلها رطباً ولو جازت لتخليص المعري لما شرط ذلك (الثالث) أن لا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور (الرابع) أن يشتريها بخرصها من التمر ويجب أن يكون التمر الذي يشترى به معلوما بالكيل ولا يجوز جزافا لا نعلم خلافا في هذا عند من أباح بيع العرايا لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه، ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً ،إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص الى العرية فينظر كم يجيء منها تمراً فيشتريها المشتري بمثله تمراً ، وبهذا قال الشافعي ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال يخرصها رطباً ويعطي تمراً وهذا يحتمل الاول ، ويحتمل أنه يشتريها بمثل الرطب الذي عليها لانه بيع

(١) كذا في الاصل وكان المناسب ان يذكر هذا الفصل عقيب الشرط الثاني ولا ندري ان كان هذا الوضع من المصنف أو من النساخ

النيء بالنيء فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر. وان باع عصير شيء من ذلك بثفله فان كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثفله الذي فيه بقية من الزيت الا على الرواية

اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولان الاصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف في الاصل في بيع الرطب بالتمر فبقي فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضي والاول أصح لانه ينبني على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصه تمراً ولان المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضي إلى فوات ذلك ، فأما ان اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي والثاني يجوز والثالث لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه ماروى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ، ولانه إذا جاز بيعها بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ماروى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً، وعن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال « ذلك الربا تلك المزابنة » الا أنه أرخص في العرية النخلة أو النخلتين يأخذها أهل البيت بخرصهما تمراً يأكلونها رطباً ولانه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف ، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ماعنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن يحيي شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل مع الشك سيما وهذه الاحاديث تثبته وتزيل الشك

(الخامس) التقابض في المجلس وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا، والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله وفي الثمر التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعا إلى النخيل فسلمه إلى مشتريه ثم مضيا الى التمر فسلمه البائع أو تسلم التمر أولا ثم مضيا الى النخل فسلمه جاز لان التفرق لم يحصل قبل القبض. إذا ثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه الثاني أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا ، او بعتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا فان باعه بعين فقبضه بنقله واخذه وان باعه بموصوف فقبضه بكيله

﴿مسئلة﴾ (فيعطيه من التمر مثل مايؤول اليه ما في النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه)

(فصل) ولا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، وبه قال الشافعي وظاهر قول الخرقي انه شرط ،وقال الاثرم سمعت احمد يسئل عن تفسير العرايا فقال: العرايا ان يعري الرجل الجار او القرابة للحاجة والمسكنة فللمعرى ان يبيعها ممن شاء، وقال مالك بيع العرايا الجائز هو ان يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى حائطه لانه ربما كان مع اهله في الحائط

التي يجوز فيها مسئلة مدعجوة فان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لانهما جنسان

(فصل) وان باع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد

فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه، واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال ابو عبيد الاعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال شاعر الانصار :

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول انا نعريها الناس، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة ومقتضاه في العربية ما لم يوجد مايصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية. وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فتى وجد ذلك جاز البيع ،ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ماجاز بيعه لواهبه اذا كان موهوبا جاز وان لم يكن موهوبا كسائر الاموال وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(مسئلة) (ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين)

لا يجوز بيع العرية في غير النخيل اختاره أبو حامد وهو قول الليث إلا تكون ثمرته مما لايجري فيه الربا فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها ، وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهوقول مالك والاوزاعي قياساً على ثمرة النخيل ، ، ويحتمل أن يجوز في العنب دون غيرهما وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيه وجواز خرصه وتوسيقه وكثرة يابسه واقتنائـه في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبه ، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرهما لاختلافهما في أكثر هذه المعاني فانه لا يمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستتارها بالاوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج إلى الشراء به ، ووجه الاولى أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالثمرة إلا أصحاب العرايا فانه أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمر بخرصه وهـذا حـديث حسن رواه الترمذي وهو يدل على تخصيص العرية بالتمر فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ـ والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ـ وعن كل ثمر بخرصه ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العرية وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحـدهما) أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لأهل المدينة ، وانما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً وقياسهم يخالف نصوصاً غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى عن بيع العنب بالزبيب لم يدل على تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار

(مسئلة) (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسه

ودرهم أو بمدين أو بدرهمين، أو باع شيئاً محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى « مسئلة مد عجوة » والمذهب انه لا يجوز ذلك نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها لا يجوز قولا واحداً وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه فان مهنا نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن يجوز اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وروى حرب قال قلت لاحمد دفعت ديناراً كوفيا ودرهما وأخذت ديناراً شاميا وزنهما سواء لكن الكوفي أوضع قال لا يجوز الا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي وروى الميموني أنه سأله لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها الا ان هذا أهون من ذلك لانه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي يشتري به فاذا كان من فضل الثمن الا أن من ذهب الى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له فما تقول أنت ؟ قال هذا موضع نظر ، وقال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم ؟ قال لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أبي عبدالله خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل الا الميموني ونقل مهنا كلاما آخر ، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله اذا كان المفرد اكثر من الذي معه غيره أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه ، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم ، وبه قال الشعبي والنخعي واحتج من أجاز ذلك بان العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً للعقد ، ولو اشترى من انسان

(كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم وعنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه)

هذه المسئلة تسمى مسئلة مد عجوة وظاهر المذهب أن ذلك لا يجوز نص عليه أحمد في مواضع كثيرة قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة تباع بجنس ما عليها لا يجوز قولا واحداً ، وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وعن أحمد انه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه : قال حرب قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفيا ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء ؟ قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة ، وكذلك روي عن محمد ابن أبي حرب الجرجرائي قال أبو داود سمعت أحمد يسئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أحمد خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني ، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز ذلك بما ذكرنا من الشرط ، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي والنخعي واحتجوا بأن العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة لكن يجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً ، وقد أمكن تصحيح العقد هنا بجعل

شيئاً جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا اذن له في بيعه تصحيحاً للعقد أيضاً وقد أمكن التصحيح ههنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ماروى فضالة بن عبيد قال أتي النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » ولان العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه أنه اذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك اذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث فهذا اذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ليس كذلك بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه أما اذا اشترى من انسان شيئا فانه يصح لان الظاهر أنه ملكه لان اليد دليل الملك وإذا باع لحما فالظاهر أنه مذكى لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أتي النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ، حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال أمر رسول الله صلى الله عليه بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولان العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه اذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ، وكذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهماً ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث هذا اذا تفاوتت القيم ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ممنوع بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، وكذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلد نقود بطل العقد ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه ، أما إذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر انه ملكه لأن اليد دليل الملك ، واذا باع لحماً فالظاهر انه مذكى لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

(فصل) فاما ان باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء أو تمرا برنيا ومعقليا بابرحيمي فانه يصح قال أبو بكر وأومأ اليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها ، وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله احمد بن القاسم لان الانواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان ،

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المماثلة المراعية وهي المماثلة في الموزون وزنا وفي المكيل كيلا ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا، واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ولانه باع ذهبا بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع وانما يقسّم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعا بنوع يشتمل على جيد ورديء

(فصل) وان باع مافيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس مابيع به الا أنه غير مقصود كدار مموه سقفها بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافا ، وكذلك لو باع دارا بدار مموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء أو تمراً برنيا ومعقلياً بابرحيمي فان ذلك يصح قاله أبو بكر وأومأ اليه أحمد واختار القاضي ان الحكم فيها كالتي قبلها)

وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان

ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة المرعية وهي في الموزون وزناً وفي المكيل كيلا ولان الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما اذا اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ولانه باع ذهباً بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع، وانما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشتمال أحدهما على ماليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز لان التبعية زالت بنزعه فصار كمسألة مدعجوة بخلاف ما إذا كان في كل واحد نواه ، وان باع تمراً منزوع النوى بتمر منزوع النوى

مال العبد الذى اشتراه جاز اذا لم يكن ماله مقصوداً لانه غير مقصود بالبيع فاشبه التمويه في السقف ولذلك لاتشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وان باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف أو باع لبونا بلبون وذات صوف بمثلها ففيه وجهان (أحدهما) الجواز اختاره ابن حامد ؟ وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لان مافيه الربا غير مقصود فلم يمنع كالدار المموه سقفها (والثاني) المنع وهومذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم. والفرق بينهما أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ،ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجها واحداً لان اللبن لاأثرله ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه الملح في الشيرج والخبزوالجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه أيضا خلافا وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضا وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لايجوز ،ووجه الوجهين ماذكرناه في المسئلة قبلها،واختار القاضي أنه لايجوز وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة

جاز كما لو باع تمراً فيه النوى بعضه ببعض ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانهما لم يتساويا في حال الكمال ولانه يتجافى في المكيال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدا بمد» ولانهما تساويا في حال على وجه لاينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا كذلك

(مسئلة) (وفي بيع النوى بتمر فيه النوى، واللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان)

اذا باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين (إحداهما) لا يجوز رواه عنه مهنا وابن القاسم لانه كمسئلة مدعجوة وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى (والثانية) يجوز رواها ابن منصور لأن النوى في التمر غير مقصود فجاز كما لو باع داراً مموها سقفها بذهب، فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بتمر منزوع النوى

(فصل) وان باع شاة ذات لبن بلبن أو شاة عليها صوف بصوف أو باع لبوناً بلبون أو ذات صوف بمثلها خرج فيه الروايتان كالتي قبلها (إحداهما) الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لان مافيه الربا غير مقصود (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه بيع اللحم بالحيوان والاول أولى ، والفرق بينهما ان اللحم والحيوان مقصود بخلاف اللبن والصوف ، ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهاً واحداً لان اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه خلافا ، وكذلك لوكان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ، ويحتمل أن لا يجوز على قولنا إن اللبن جنس واحد ، ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لايجوز ووجه الوجهين ما ذكرنا في المسئلة قبلها ، واختار القاضي المنع وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح افرادها بالبيع وهي معلومة بخلاف اللبن في الشاة، وهذا الفرق غير مؤثر فان مايمنع اذا جاز

بخلاف اللبن في الشاة وهذا الفرق غير مؤثر فان ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع وان لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته ومالا يمنع لا يمنع وان جاز إفراده كمال العبد

(فصل) وان باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساما (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتماثل وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً الا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ويتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب. ومنع الشافعي ذلك كله الا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء والاثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه ، وان باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فاشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الاصل

افراده يمنع وإن لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز افراده كمال العبد

(فصل) وان باع داراً سقفها مموه بذهب أو داراً بدار مموه سقف كل واحدة منهما جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف المموه ، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد جاز أيضاً اذا كان المال غير مقصود

(فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتماثل ، وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فيجوز بيعه بمثله ويتنزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير المقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء بمثله والاثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه ، وإن باعه بجنس غير المقصود كبيعه الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبه بيع اللبن بشاة فيهما لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في

وان باع ديناراً مغشوشا بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود ،وان علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين أولاهما الجواز لانهما تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكأنه لاقيمة له .

(فصل) ولو دفع اليه درهما فقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوسا أوحاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفا بنصف وهما متساويان فصح كما لودفع اليه درهمين وقال بعني بهذا الدرهم فلوسا واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا جاز أيضا لان معناه ذلك ولان ذلك لايفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

(فصل)وماكان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشباه ذلك فهذا اذا قوبل بمثله جاز بيعه به ولا نظر الى مافيه فان النبي ﷺ أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان وقد علم اشتمالهما على مافيهما ، ولوباع ذلك بنوع غير مقصودفيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ففيه عن أحمد روايتان قدذكرناها فيما مضى،فأما العسل قبل تصفيته فقال أصحابنا لايجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على عسل وشمع وذلك بفعل النحل فأشبه السيف المحلى

الاصل وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود ، وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على وجهين أولاهما الجواز لانهما تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكأنه لا قيمة له

(فصل) ولو دفع الى انسان درهما وقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين فقال بعني بهذا الدرهم فلوساً واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة نصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء

(مسئلة) (والمرجع في الكيل والوزن الى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما لاعرف لهم فيه ففيه وجهان)

(أحدهما) يعتبر عرفه في موضعه ولا يرد الى أقرب الاشياء شبها به بالحجاز ونحو هذا مذهب الشافعي، قال أبو حنيفة الاعتبار في كل بلد بعادته ، ولنا ماروى عبدالله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ل« المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة »والنبي صلى الله عليه وسلم انما يحمل كلامه على بيان الاحكام لان ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف اليه التحريم في تفاضل الكيل فلايجوز أن يتغير د ذلك وهكذا الوزن ، فأما مالا عرف له في الحجاز ففيه وجهان (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء بهاً به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه موضعه لان مالم يكن له في الشرع حد يرجع فيه الى العرف كالقبض والحرز والتفرق ، وعلى هذا

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لا ربا بينهما لما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب » (١) ولان أموالهم مباحة وانما حظرها الامان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا ، ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (الذين يأكلون الربا لا يقومون

إن اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب تعين الوجه الاول ومذهب الشافعي كهذين الوجهين

(فصل) والبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والجص والنورة وما أشبهها والتمر مكيل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر ثمرة النخل من الرطب والبسر وغيرهما ، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفستق والبندق واللوز والعناب والمشمش والزيتون والبطم والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مداً بمد » والذهب والفضة موزونان بقوله عليه السلام « الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والرصاص والصفر والنحاس والزجاج والزئبق وكذلك الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع والزعفران والورس والعصفر وما أشبه ذلك

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه ولانهما يشبهان مايكال وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ولا يمنع أن يكون موزوناً وأصله مكيل كالخبز . ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطر صاع من دقيق ، وقد جاء ذلك في الحديث والصاع انما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلا لان في حديث صدقة الفطر صاع من أقط. فاما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والدبس والخل ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضي في الادهان هي مكيلة وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن احمد رحمه الله تعالى أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزنا وذلك لان الماء يقدر بالصاع ، ولذلك قالوا : كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ويغتسل هو وزوجته من الفرق وهذه مكاييل قدر بها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضروع الانعام إلا بكيل رواه ابن ماجه ، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ماجرى فيه عرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضر

---

(١) الحديث مرسل غريب وهو يحتج بمرسل الثقة ، والاصل في هذا عنده ان مال الحربي مباح الاصل فالوسيلة لاخذه برضاه لا تخرجه عن أصله بخلاف مال المستأمن والذمي قالوا ولذلك اجاز النبي (ص) للصديق اكل القمار من بعض مشركي مكة لما راهنه على غلب الروم للفرس وصرح بعضهم بأن المباح ان يأخذ المسلم مال الحربي دون العكس

الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقال تعالى (ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام وكذلك سائر الاحاديث ولان ماكان محرما في دار الاسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا نعرف صحته ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ماورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة وانعقد الاجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ويحتمل أن المراد بقوله « لاربا » النهي عن الربا (١) كقوله (لارفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وما ذكروه من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح الا فيما حظره الامان، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل وهو محرم بالاجماع فكذا ههنا

والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ ونحوها ، فهذه اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر في الوزن لانه أخصر ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل لان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ، ومن شأن الفرع أن يرد الى أصله بحكمه ، والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه

ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

(فصل) قال رضي الله عنه (وأما ربا النسيئة فكل شيئين ليس أحدهما ثمنا علة ربا الفضل فيهما واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون لايجوز النساء فيهما وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد) متى كان أحد العوضين ثمنا والآخر مثمناً جاز النساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس مال السلم الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب وان لم يكن أحدهما ثمنا ، فكل شيئين يجري فيهما الربا بعلة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به يحرم بيع أحدهما بالآخر نسيئة بغير خلاف نعلمه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة - والفضة أكثرهما - يداً بيد وأما النسيئه فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير - والشعير أكثرهما - يداً بيد وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود

(فصل) وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى لايشترط التقابض في غير النقدين لان ماعداهما ليس بأثمان . فلم يشترط التقابض فيهما كبيع أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقدين ، وأما قوله عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » فالمراد به القبض، ولانهما مالان من اموال الربا علتهما واحدة فحرم التفرق بينهما قبل القبض كالذهب بالفضة

(مسئلة) (وان باع مكيلا بموزون كاللحم بالبر جاز التفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان)

وهذا ذكره أبو الخطاب وقال هو رواية واحدة لان علتهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض لانه قال : وماكان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد

« ١ » ممنوع لذكر خبر لافي الحديث

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا اشترى ذهبا بورق عينا بعين فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله الخيار بين أن يرد أو يقبل اذا كان بصرف يومه وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله عيناً بعين هو أن يقول بعتك هـذا الدينار بهذه الدراهم ويشير اليهما وهما حاضران وبغير عينه أن يوقع العقد على موصوف غير مشار اليه فيقول بعتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم ناصرية وان وقع القبض في المجلس وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر وكل ذلك جائز، والمشهور في المذهب أن النقود تتعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها فعلى هذا إذا تبايعا ذهبا بفضة مع

وهل يجوز النساء ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز ذكرها الخرقي لانهما مالان من أموال الربا فلم يجز النساء فيهما كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز وهو قول النخعي لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان وعند من يعلل بالطعم لا يجيزه ههنا وجها واحداً

(مسألة)(وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما، وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان)

فيه أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا، وقال القاضي ان كان مطعوما حرم النساء فيه وان لم يكن مكيلا ولا موزونا، وهذا مبني على أن العلة الطعم وهو مذهب الشافعي، ووجه جواز النساء ما روى أبو داود عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة، وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد بن علي أن عليا باع بعيراً له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة الى أجل ولانهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار، ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالنوع الآخر فعلى هذه الرواية علة تحريم النساء الوصف الذي مع الجنس . أما الكيل أو الوزن أو الطعم عند من يعلل به فيختص تحريم النساء بالمكيل والموزون عند من يعلل به اختاره القاضي (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو لا لما روى سمرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة. قال الترمذي حديث صحيح ولم يفرق بين الجنس والجنسين، ولانه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا فيكون علة النساء بينهما المالية على هذه الرواية. قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز وإن كان بالعكس لم يجز لانه يفضي الى النسيئة في العروض (قال شيخنا) وهذه الرواية ضعيفة جداً لانه اثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح فان للمحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار، وما هذا سبيله لا يجوز اثبات الحكم فيه وان لم يخالف أصلا فكيف مع مخالفة الاصل في حل البيع ؟ فأما حديث سمرة فهو من رواية الحسن عن سمرة، وأبو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة قاله الاثرم (والرواية الثالثة) يحرم النساء في كل ما بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم

التعيين فيهما ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيبا لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع مثل أن يجد الدراهم رصاصا أو نحاسا أو فيه شيء من ذلك أو الدينار مسا فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وذكر أبو بكر فيهـا ثلاث روايات (إحداهن) البيع باطل (والثانية) البيع صحيح لان البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله

في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة، ويروى كراهة بيع الحيوان بالحيوان نساء عن ابن الحنفية وعبدالله ابن عبيد بن عمير وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري والحسن وروي ذلك عن عمار وابن عمر لحديث سمرة، ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والرواية الرابعة) لا يحرم النساء الا فيما بيع بجنسه متفاضلا لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد» قال الترمذي حديث حسن ، وروى الامام أحمد باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل؟ فقال« لا بأس إذا كان يداً بيد » وهذا يدل بمفهومه على إباحة النساء مع التماثل والرواية الاولى أصح لموافقتها الاصل ، والاحاديث المخالفة لها قد قال أحمد ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان ، وحديث سمرة قد أجبنا عنه وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء ، وليث بن سـعيد قال يعقوب بن شيبة هو واهي الحديث وهو صدوق، وان كان أحد المبيعين مما لاربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففي تحريم النساء فيهما روايتان

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الكالىء بالكالىء وهو بيع الدين بالدين) لان النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء رواه أبو عبيد في الغريب

(فصل) قال رحمه الله تعالى (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد)

أما إذا افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس المال فسيذكر في بابه ان شاء الله تعالى ، وأما الصرف فهو بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السـلام « بيعوا الذهب بالفضـة كيف شئتم يداً بيد » ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ونهى أن يباع غائب منها بناجز وكلها أحاديث صحاح. ويجزيء القبض في المجلس وان طال ،ولو تماشيا مصطحبين الى منزل احدهما او إلى الصراف فتقابضاه عنده جاز ،وبه قال ابو حنيفة واصحابه ، وقال مالك لاخير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما

ولنا أنهما لم يتفارقا قبل التقابض فأشبه مالو كانا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي رضي الله عنه في قوله للذين مشيا اليه من جانب العسكر: وما اراكما افترقتما. وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد لفوات شرطه

ولنا أنه باعه غير ما سمي له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فاذا هو حمار أو هذا الثوب القز فوجده كتانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فان اشترى معيباً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر المبيعات، ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلس العيب لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع فههنا مع اختلاف الذات أولى (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تتفطر عند الضرب أو سكتها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح والمشتري مخير بين

﴿مسئلة﴾ وان قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في احد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل احدهما وكيلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات ، وان تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يتفرقا قبل القبض ، ويحتمل ان يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه ما لو افترقا، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخايرا قبل الصرف ثم اصطرفا فان الصرف يقع لازما صحيحاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلا ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة ، فان قبض الخمسة وافترقا فهل يبطل في الجميع أو في نصف الدينار ؟ ينبني على تفريق الصفقة فان ارادا صحة العقد فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه او يفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقي امانة في يده ويتفرقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلما في شيء أو وهبه إياه جاز ،ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ،ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وان طال ويكون الزائد أمانة في يده لا شيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل ، فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملا ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه واشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفع اليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

﴿مسئلة﴾ (وان تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ماقبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين)

هذا إن كان فيه عيب من غير جنسه لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما يشترط قبضه اختاره القاضي ، والآخر لا يبطل لان قبض عوضه في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في المجلس وان رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في الباقي؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة، وإن كان العيب من جنسه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فاذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمراً جيداً أو اشترى من رجل دينارا صحيحا بدراهم وتقابضا ثم اشترى منه بالدراهم قراضة عن غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع

الامساك وبين فسخ العقد والرد، وليس له البدل لان العقد واقع على عينه فاذا أخذ غيره أخذ مالم يشتره وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لان الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فاشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً، وان كان العيب في بعضه فله رد الكل أو امساكه، وهل له رد المعيب وامساك الصحيح ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، والحكم فيما اذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد

فيبتاع منه ،وقال أحمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي ، قلت له فان لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه،فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي ، يقول هي ترجع اليه ، قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره(١) فلم يجدها فرجع اليه ، فقال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم ،فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل احمد انما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم ،وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا

ولنا ما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال : جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي ﷺ بتمر برني ، فقال النبي ﷺ « من أين هذا ؟ » قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به »وروى أبو سعيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال « أكل تمر خيبر هكذا؟ »فقال لا والله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ،ولو كان ذلك محرما لبينه له وعرفه إياه، ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ، ولان ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات،فان تواطآ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة ، وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز مالم يكن مشروطا في العقد . ولنا أنه اذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ماسنذكره

(فصل) والصرف ينقسم إلى قسمين (أحدهما) أن يبيع عينا بعين وهو أن يقول بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم (والثاني) أن يقع العقد على موصوف نحو أن يقول بعتك دينارا مصريا بعشرة دراهم ناصرية وقد يكون أحد العوضين معينا دون الآخر وكل ذلك جائز،وظاهر المذهب أن النقود تتعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها ، فان تبايعا عينا بعين ثم تقابضا فوجد أحدهما عيبا فيما قبضه فذلك قسمان (١) (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع كالنحاس في الدراهم والمس في الذهب فالصرف باطل وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (احداهن) البيع باطل (والثانية) صحيح وللمشتري الخيار والترك وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رد ولا بدل . ولنا أنه باعه غير ما سمى له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فاذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز واذا هو كتان ، وأما القول بأنه يلزمه البيع فلا يصح لانه اشترى معيبا لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر البياعات (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه كالسواد في الفضة والخشونة

« ١ » قوله فذهب الخ في العبارة تعقيد واضطراب فراجع في مظنتها من المغني

« ١ » عبارة المغني في الصفحة السابقة . لم يخل من قسمين . وهو جواب الشرط. وماهنا لا يصلح جوابا بل هو معطوف على ما قبله

من ذلك الجنس أنه اذا وجد بعض العوض معيباً أن يبطل العقد في الجميع لان الذي يقابل المعيب أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كمسئلة مدعجوة ومذهب الشافعي مثل ماذكرنا في هذا الفصل سواء

(فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجها بجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد، وليس لهذا الوجه وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المرابحة ويأخذ به الشفيع ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحقه المشتري فانه ليس بهبة على أن الزيادة في المجلس من العوض ولو لم يكن أرشا فالارش أولى وان كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المماثلة غير معتبرة وتخلف قبض بعض العوض عن بعض ماداما في المجلس لايضر فجاز كما في سائر البيع، وان كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل انقبض لأحد العوضين الا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز،وكذلك الحكم في سائر اموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض،فاذا كان الارش مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما (١) عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وان كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ماشرط فيه القبض.

(فصل) قول الخرقي إذا كان بصرف يومه يعني الرد جائز مالم ينقص قيمة ماأخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا فان نقصت قيمته كأن أخذ عشرة بدينار فصارت احد عشر بدينار فظاهر كلام احمد والخرقي أنه لايملك الرد لان المبيع تعيب في يده لنقص قيمته وان كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة بدينار لم يمنع الرد لانه زيادة وليس بعيب، والصحيح أن هذا لايمنع الرد لان تغير السعر

(١) كذا ومثله مافي الشرح كما ترى في أدنى الصفحة ولعل أصله : فوجد في أحدهما عيبا

كونها تتفطر (١) عند الضرب أو ان سكتها مخالفة لسكة السلطان فيصح العقد ويخير المشتري بين الامساك والترك ولا بدل له لان العقد وقع على معين فاذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره ، وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فأشبه المسلم اذا قبضه فوجد به عيباً ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه

(فصل) ولو أرادا أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد ، وخرج القاضي وجهاً لجواز أخذ الارش في المجس لأن الزيادة طرأت بعد العقد وليس لذلك وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المرابحة ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو اقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحقه المشتري فانه ليس بهبة ، على ان الزيادة في المجلس من العوض وإن لم يكن أرشاً فالارش أولى ، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المماثلة غير معتبرة ، وتخلف قبض بعض العوض عن بعض لا يضر ما داما في المجلس فجاز كما في سائر المبيع ، وإن كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين إلا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة حنطة فيجوز،وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض ، فاذا كان مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما يشترط فيه القبض

(١) لعل أصله ككونها تتفطر وانظر عبارة المغني في اوائل هذه الصفحة فهي أصرح وأفصح

ليس بعيب ولهذا لا يضمن في الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض ولو كان عيبا فان ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده و أخذ الثمن .

(فصل) وان تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها ان اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن احمد جواز أخذ الارش والاول أولى الا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين

(فصل) اذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامعه فصدقه فاذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ماقبضه ناقصا بطل الصرف لانهما تبايعا ذهبا بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد فإن كان قال بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لانه باع ذهبا بذهب متفاضلا، وإن قال بعتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه انما باع ديناراً بمثله وانما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فان أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لانه معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لان آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض عن ماله فكان مضمونا بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء

(فصل) والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضا فيه فلا يجوز ابداله ، وإن خرج مغصوبا بطل العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز ابدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة وهذا مذهب أبي حنيفة لانه يجوز اطلاقها في العقد فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال والصنجة . ولنا أنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الاعواض ، ولانه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكروه فانه ليس بعوض وانما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تبايعا ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله البدل اذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه كالوضوح في الذهب والسواد في الفضة)

يعنى اصطرفا في الذمة نحو أن يقول بعتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم فيقول الآخر قبلت فيصح

(فصل) وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا عليه سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين (القسم الثاني) أن يصطرفا في الذمة فيصح

البيع سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أولم يكونا اذا تقابضا قبل الافتراق بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك لايجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لايجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله لان النبي ﷺ قال «لا تبيعوا غائباً منها بناجز » ولانه اذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين والحديث يراد به أن لايباع عاجل بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض بدليل مالو عين أحدهما فانه يصح ، وإن كان الآخر غائبا والقبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله « عيناً بعين يداً بيد » والقبض يجري في المجلس كذا التعين ، اذا ثبت هذا فلا بد من تعينهما بالتقابض في المجلس ، ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لان العقد وقع على مطلق لاعيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالسلم فيه، وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيباً ، وإن اختار أخذ الارش فان كان العوضان من جنس واحد لم يجز لافضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل وإن كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا وافترقا ثم وجد العيب من جنسه فله إبداله في إحدى الروايتين اختارها الخلال والخرقي وروي ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لان ماجاز أبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه

(والرواية الثانية) ليس له ذلك وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف، ومن صار إلى الرواية الاولى قال قبض الاول صح

سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أولا إذا تقابضا قبل الافتراق وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين وعن زفر مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا غائبا منها بناجز » ولانه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين . ولنا انهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين ، والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بآجل أو مقبوض بغير مقبوض بدليل ما لو غير أحدهما فانه يصح وإن كان الآخر غائبا ولان القبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى الى قوله عيناً بعين يداً بيد ، والقبض يجري في المجلس كذا التعيين . اذا ثبت هذا فلا بد من تعينها بالتقابض في المجلس ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لان العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فكان له المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيبا ، وإن اختار أخذ أرشه وكان العوضان من جنسين جاز وإن كانا من جنس لم يجز وقد ذكرناه ، وإن تقابضا ثم افترقا ثم وجد العيب من جنسه فله ابداله في احدى الروايتين اختارها الخلال والخرقي وروي ذلك عن الحسن وقتادة وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعد التفرق كالمسلم فيه (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب أبي حنيفة . والقول الثاني للشافعي لانه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن نصر الرواية الاولى قال قبض الاول صح

به العقد ، وقبض الثاني يدل على الاول ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان تفرقا من غير قبض بطل العقد ، وإن وجد البعض رديئا فرده فعلى الرواية الاولى له البدل ، وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين ، وقال مالك إن وجد درهما زيفا فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار، وان رد أحد عشر درهما انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ اذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لانه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع إبقاء العقد فان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لانه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بهما وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الاطلاق اليه ، ولو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهما من نقد عشرة بدينار لم يصح الا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار الا نوع واحد فتنصرف تلك الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتهما لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة

به العقد وقبض الثاني بدل عن الاول ،ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان لم يأخذه فيه بطل العقد ، وان وجد البعض رديئاً فرده فعلى الرواية الاولى له البدل وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد على وجهين بناء على تفريق الصفقة ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين وقال مالك ان وجد درهما زيفا فرضي به جاز وان رده انتقض الصرف في دينار وان رد أحد عشر درهماً انتقض في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ إذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لانه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع ابقاء العقد وان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لانه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف ويجوز على الرواية الأخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الاطلاق اليه ، فلو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهماً من نقد عشرة بدينار لم يصح إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار إلا نوع واحد فتنصرف الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) وإذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتهما لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة كالعين

كالعين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين . ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالاجماع ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لايجوز وقال أحمد انما هو اجماع ، وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي، بالكالي، وفسره بالدين بالدين الا أن الاثرم روى عن أحمد أنه سئل أيصح في هذا حديث ؟ قال لا . وانما صح الصرف بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء نظرت ، فان كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح نص عليه أحمد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه أيضاً لان الدنانير دين والدراهم صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، واذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها اليه لانها قبل ذلك لم تصرف في ملكه انما هي وديعة في يده، فان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها اذا قبضها بنية الاستيفاء لانها مقبوضة على أنها عوض ووفاء والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عنـد صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدرارا لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه، فاذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول أكثر أهـل

الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدينار من غير تعيين

ولنا أنه بيع دين بدين وقد قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد انما هو إجماع وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالي، بالكالي، وفسره بالدين بالدين إلا أن الاثرم روى أن احمد سئل أيصح هذا الحديث ؟ قال لا . فأما الصرف فانما صح بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء فان كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير صح نص عليه ، فان لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه لان الدنانير دين والدراهم قد صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئا بعد شيء ولم يقبضه إياها وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لايوم دفعها اليه لا نه قبل ذلك لم تصر في ملكه إنما هي وديعة في يده، وان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها ويحتمل أن تكون من ضمان القابض إذا قبضها بنية الاستيفاء لانها مقبوضـة على أنها عوض ووفاء ، والمقبوض في عقد فاسـد كالمقبوض في عقد صحيح فيما يرجع الى الضمان وعدمه ،ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم أدراراً لتـكون هذه بهذه لم يـكن كذلك بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه ، فاذا أرادا التصارف أحضرا أحدها واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول الا كثرين ومنع

العلم ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة ، وروي ذلك عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد تخلف . ولنا ماروى أبو داود والاثرم في سننهما عن ابن عمر قال : كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخـذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخـذ هذه من هـذه وأعطي هذه من هـذه فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت : يارسول الله رويدك أسألك ، اني أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع الدراهم وآخـذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شيء » قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا انه يقضيه إياها بالسعر إلا ماقال أصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهبا على التراضي لانه بيع في الحال فجاز ماتراضيا عليـه اذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً . ووجه الاول قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » وروي عن ابن عمر ان بكر بن عبدالله المزني ومسروقا العجلي سألاه عن كري لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق .ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة . قيـل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال اذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه مالم يكن حيلة ويزاد شيئا كثيراً

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه .وقال القاضي يحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان مافي الذمة لايستحق قبضه فكان القبض

منه ابن عباس وأبوسلمة بن عبدالرحمن وابن شبرمة،وروي عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يختلف ولنا ان ابن عمر قال : كنت أبيع الابل فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم،وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ،فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت يارسول الله رويدك أسألك إني ابيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وابيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس ان تأخذها بسعر يومها مالم تفرقا وليس بينكما شيء » رواه أبوداود والاثرم قال احمد انما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال اصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهبا على التراضي لانه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضا

ولنا قول النبي ﷺ « لابأس أن تأخذها بسعر يومها » فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر ابن عبدالله ومسروقا العجلي سألا ابن عمر عن كري لهما له عليهما دراهم وليس معهما الا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق.ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتماثل ههنا بالقيمة لتعـذر التماثل بالصورة ،قيل لأبي عبدالله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال ان كان مما يتغابن الناس به — فسهل فيه مالم يكن حيلة

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف احمد فيه ، وقال القاضي يحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان مافي الذمة غير مستحق القبض فكان

ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (والآخر) الجواز وهو قول أبي حنيفة لانه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل . والصحيح الجواز اذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل مافي الذمة لانه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل مافي الذمة بغير عوض فأشبه مالو قضاه من جنس الدين ولم يستفصل النبي ﷺ ابن عمر حين سأله ولو افترق الحال لسأل واستفصل

(فصل) قال أحمد ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع اليه ديناراً فقال استوف حقك منه فاستوفاه بعد يومين جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها قدر حقه لانه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولانه متهم ، ولو باع جارية بدنانير فأخذ بها دراهم فردت الجارية بعيب أو اقالة لم يكن للمشتري الا الدنانير لانه الثمن الذي وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف . نص أحمد على هذه المسائل

(فصل) اذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن علية واسحاق وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك كلا كما قد آذن بحرب من الله ورسوله ، وروي عن ابن عباس انه لم ير به بأسا وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور لانه آخذ

القبض ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (الثاني) الجواز وهو قول أبي حنيفة لانه ثابت في الذمة وما في الذمة بمنزلة المقبوض فكانه رضي بتعجيل المؤجل ، وهذا هو الصحيح إذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل مافي الذمة لانه ان لم ينقص عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل مافي الذمة بغير عوض فأشبه مالو قضاه من جنس الدين، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله ، ولو افترق الحال لسأل واستفصل . هذا اختيار شيخنا

(فصل) قال احمد لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع اليه ديناراً وقال استوف حقك منه فاستوفاه بعد التفرق جاز ، ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء دينه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها بقدر حقه لانه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولانه متهم نص أحمد على ذلك

(فصل) ولو كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه او مظنون صح الصرف وان ظن عدمه لم يصح لان حكمه حكم المعدوم ، وان شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لانه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي. ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك لان الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان المشكوك في حياته فان تبين أنه كان تالفا حين العقد تبينا أن العقد وقع باطلا

(فصل) واذا عرف المصطرفان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه فاذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف لانهما تبايعا ذهباً بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار فان كان قال بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لوجود التفاضل وان قال بعتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لانه إنما باع

لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الخرقي لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا أنه بيع الحلول فلم يجز كما لو زاده الذي له الدين فقال له أعطيك عشرة دراهم وتعجل لي المائة التي عليك ، فأما المكاتب فان معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المسامحة فيه ولانه سبب العتق فسومح فيه بخلاف غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه كان الصرف فيه فاسداً)

يعني اذا وجد أحدهما ماقبضه مغشوشاً بغش من غير جنسه فينظر فيه فان كان الصرف عينا بعين فهو فاسد لما أسلفناه ، وان كان بغير عين وعلم ذلك في المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح لانه عين المعقود عليه وان افترقا قبل رده فالصرف فيه فاسد ايضاً لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه وهذا ظاهر كلام الخرقي .وقيل عن أحمد انه اذا أخذ البدل في مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما اذا لم يكن مشتري المعيب عالماً بعيبه فأما ان علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل ، وان كان من غير جنسه وكان الصرف ذهباً بذهب أو فضة بمثلها فالصرف فيه فاسد لانه يخل بالتماثل الا أن يبيع ذهبا أو فضة مغشوشا بمثل غشه كبيعه ديناراً صوريا بمثله مع علمه بتساوي غشهما وقد ذكرنا ان الظاهر جوازه ،وان باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يجز إلا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسئلة مدعجوة وان كان الصرف في جنسين كذهب بفضة انبنى على انفاق المغشوشة

ديناراً بمثله وانما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فان أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غيره لانها معاوضة مبتدأة،وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لان آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد أو يدفع بدله ،ولوكان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار زائداً في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لانه قبضه على أنه عوض عما له فكان مضمونا بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء

﴿مسئلة﴾ (والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز ابدالها ، وان خرجت مغصوبة بطل العقد)

وبه قال مالك والشافعي وعن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة ، وهذا مذهب أبي حنيفة لانه يجوز اطلاقها في العقد فلم تتعين بالتعيين كالمكيال والصنجة. ولنا أنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الاعواض ولانه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكروه فانه ليس بعوض وانما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا ، وإنما جاز اطلاقها لان لها عرفا ينصرف اليه يقوم في بابها مقام الصفة،فعلى هذا إن وجدها معيبة خير بين الامساك والرد كالعوض الآخر ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالارش لانه مبيع أشبه سائر المبيعات ، وان كان ذلك في الصرف فقد ذكرناه . هذا إن كان العيب من جنس النقود وإن كان من غير جنسها كالنحاس في الفضة والفضة في الذهب وكان في جميعها بطل العقد وان كان في بعضها بطل فيه،وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة وان قلنا لا يتعين انعكست هذه الاحكام

(فصل) وفي انفاق المغشوش من النقود روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لهـا المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال اذا كان شيئاً اصطلحوا عليه مثل الفلوس اصطلحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشترى بها ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وان كان من مما له قيمة ففي جواز انفاقها وجهان ، واحتج من منع انفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ « من غشنا فليس منا » وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نفاية بيت المال ، ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة ، والاولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطلح عليه فان المعاملة به جائزة اذ ليس فيـه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين ، ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير نكير وفي تحريمـه مشقة وضرر وليس شراؤه بهـا غشاً للمسلمين ولا تغريراً لهـم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التغرير بالمسلمين وقد أشار أحمد الى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها ، قيل له فيبيعها بدنانير ؟ قال لا . قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا . قيل فبسلعة ؟ قال لا ، اني أخاف أن يغر بها مسلماً . قيل لابي عبدالله أيتصدق بها ؟ قال اني أخاف أن يغر بها مسلما وقال ما ينبغي له لانه يغر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يغر بها مسلما . فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال لما فيه من التغرير

(فصل) في انفاق المغشوش من النقود وفيه روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئا فيها فضة فقال إذا كان شيئا اصطلحوا عليه مثل الفلوس اصطلحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشترى بها ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كلما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وان كان مما له قيمة ففي جواز انفاقها وجهان . واحتج من منع المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » وبان عمر نهى عن بيع نفاية بيت المال ولان المقصود فيه مجهول اشبه تراب الصاغة ، والاولى ان يحمل كلام احمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر عيبه واصطلح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير نكير وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشا للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التغرير بالمسلمين ، وقد أشار أحمد إلى هذا فقال في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها . قيل له فيبيعها بدينار ؟ قال لا ، قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا إني أخاف أن يغر بها مسلما قيل لأبي عبد الله فيتصدق بها ؟ قال : اني أخاف ان يغر بها مسلما ، وقال ما ينبغي له أن يغر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يغر بها مسلما . فقد صرح بانه انما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر بيع نفاية بيت المال لما فيه من التغرير

بالمسلمين فان مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلح على اتفاقه لم يكن نفاية ،فان قيل فقد روي عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب . وهذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها ، قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أي نفيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعاً بين الروايتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ماذكرنا من المعنى، ولا فرق بين ما كان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص والنحاس وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب

(مسئلة) قال (ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما)

الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا ان الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي ﷺ « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السلام « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد» ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً،ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزيء القبض في المجلس وان طال، ولو تماشيا مصطحبين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا خير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فاشبه مالو كانا في سفينة تسير بهما أوراكبين على دابة واحدة تمشي بهما ، وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي للذين مشيا اليه من جانب العسكر:وما أراكما افترقتما . وان تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لفوات شرطه ،وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة،ولو وكل أحدهما وكيلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات،وان تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يفترقا قبل القبض ويحتمل ان يبطل اذا قلنا بلزوم

فان مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلحوا على اتفاقه لم تكن نفاية ، فان قيل روي عن عمر انه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب ، وهذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها قلنا قد قال احمد معنى زافت عليه دراهمه اي نفيت ليس انها زيوف ويتعين حمله على هذا جمعاً بين الروايتين عنه ويحتمل انه اراد ماظهر غشه وبان زيفه بحيث لايخفى على احد ولا يحصل بها تغرير ، وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ولافرق بين ماكان غشه يبقى كالنحاس والرصاص وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه مالو افترقا، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخايرا قبل الصرف ثم اصطرفا فان الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلا ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة دراهم لم يجز ان يتفرقا قبل قبض العشرة كلها فان قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف في نصف الدينار وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وان أرادا التخلص فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون مااشتراه منه له وما بقي أمانة في يده ثم يفترقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلما في شيء أو وهبه له جاز وكذلك ان وكله فيه. ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فاعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لاشيء عليه في تلفه نص احمد على أكثر هذه المسائل . فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملا ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفعها اليه عوضا عن النصف الا خر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) واذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرا جنيباً أو اشترى من رجل دينارا صحيحاً بدراهم وتقابضاها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز الا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه ، وقال احمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي قلت له قال لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي يقول هي ترجع اليه. قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره(١) فلم يجدها فرجع اليه ؟ فقال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل أحمد انما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذ كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم . وقال مالك ان فعل ذلك مرة جاز وان فعله أكثر من مرة لم يجز لانه يضارع الربا

(١) كذا في الاصل

ولنا ماروى أبو سعيد قال جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «من أين هذا ؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أوه عين الربا لا تفعل ، ولكن اذا أردت أن تشتري فبع

(فصل) ولايجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لانه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وان بيع بغير جنسه،وحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشعبي والشافعي والثوري واسحاق لانه مجهول، وقال ابن ابي موسى في

التمر ببيع آخر ثم اشتر به » وروى ايضا أبو سعيد وأبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال « اكل تمر خيبر هكذا ؟ » قال لا والله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ولو كان ذلك محرما لبينه لهوعرفه إياه ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات ، فاما ان تواطآ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد ولنا أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ما سنذكره

(فصل) والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو اسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السختياني إنهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما مامع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة الاحبة من الصحيح مثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم وبهذا قال مالك ، وقال أبوحنيفة والشافعى ذلك كله واشباهه جائز إذا لم يكن مشروطا فى العقد، وقال بعض أصحاب الشافعي يكره أن يدخلا في البيع على ذلك لان كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخلا عليه

الارشاد يجوز وهوقول مالك، وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فان اختلط واشكل لميبعه بعرض ولايبيعه بعين ولاورق لانه باعه بما لاربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

(فصل) والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو ان يظهر عقداً مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا الى فعل ماحرم الله عز وجل واستباحة محظوراته اواسقاط واجب اودفع حق ونحو ذلك قال ايوب السختياني رحمه الله انهم ليخادعون الله سبحانه كما يخادعون صبيا ،لوكانوا يأتون الامر على وجهه كان اسهل علي. فمن ذلك ما لو كان لرجل عشرة صحاح ومع آخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما مامع صاحبه ثم تباريا توصلا الى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا اوباعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة اواشترى منه بها اوقية صابون ونحوها مما يأخذه بأقل من قيمته اواشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح بمثلها من المكسرة واشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو اقرضه شيئا وباعه سلعة باكثر من قيمتها اواشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا الى اخذ عوض عن القرض فكل ماكان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم وبهذا قال مالك ،وقال ابوحنيفة هذا كله واشباهه جائز ان لم يكن مشروطا في العقد ،وقال بعض اصحاب الشافعي يكره ان يدخلا في البيع على ذلك لان كل مالا يجوز شرطه في العقد يكره ان يدخلا عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم، فروي انهم كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الاحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجارى فيفتحها يوم الجمعة فاذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الاحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه فهذه حيلة، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار» رواه أبو داود وغيره فجعله قمارا مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً اومأخوذا منه وانما دخل صورة تحيلا على إباحة المحرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولان الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولاتزول مفسدتها مع ابقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب أن لايزول التحريم كما لو سمى الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليستحلن قوم من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا انهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بامثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من الف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئا ولا يريد ذلك وانما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سماه أجرة والعامل لا يقصد أيضا سوى ذلك وربما لا ينتفع بالارض التي سمى الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة

ولنا ان الله تعالى عذب امة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم، قال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) اي لامة محمد صلى الله عليه وسلم فروي انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الاحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فاذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها الى يوم الاحد ثم يأخذها ويقول مااصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه وهذا حيلة ، وقال النبي ﷺ «من ادخل فرسا بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار» رواه ابوداود فجعله قماراً مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً اومأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلا على إباحة محرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولان الله تعالى انما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع بقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب ان لا يزول التحريم كما لو سمى الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليستحلن قوم من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون الى بيع المنهي عنه بأن يستأجروا بياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك ، وانما قصده بيع الثمرة قبل وجودها بما سماه أجرة والعامل لا يقصد أيضاً سوي ذلك وربما لا ينتفع بالارض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتي لم يخرج الثمر أو أصابته

جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه انما بذل ماله في مقابلة الثمرة لاغير ورب الارض يعلم ذلك

(فصل) ولو اشترى شيئا بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحا أقل منها . قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لانه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك فان تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز، ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق فان عاد فاشترى شيئا آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضا فان وفاه ديناراً صحيحا بطل العقد الثاني لانه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وان كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضا لانه وجد مايفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ، ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

(فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وان ظن انه غير موجود لم يصح الصرف لان حكمه حكم المعدوم ، وان شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لايصح لانه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي ، ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك فان الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته فان تبين انه كان تالفا حين العقد تبينا ان العقد وقع باطلا

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لانه مال ربا بيع بجنسه على وجه لاتعلم المماثلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وان بيع بغير جنسه فحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي واسحاق لانه مجهول وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فان اختلط أو اشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لانه باعه بمالا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

« مسئلة » قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله ﷺ هو أن يوهب للانسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطبا)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أولها) في إباحة بيع العرايا في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم

جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه انما بذل ماله في مقابلة الثمرة لاغير ورب الارض يعلم ذلك

(فصل) وإن اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها ، قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ، فان تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فان عاد فاشترى شيئا آخر بنصف لزمه نصف شق أيضاً فان وفاه ديناراً صحيحا بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ،وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لانه وجد مايفسده قبل انبرامه ، وان كان بعد لزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لان النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمزابنة بيع الثمر بالتمر متفق عليه. ولانه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الارض أو فيما زاد على خمسة أوسق. ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما وخرجه أئمة الحديث في كتبهم وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه وهذه زيادة يجب الاخذ بها ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه جمعا بين الحديثين وعملا بكلا النصين . وقال ابن المنذر : الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى والقياس لا يصار اليه مع النص مع ان في الحديث انه أرخص في العرايا والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(الفصل الثاني) انها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند امامنا رحمه الله ، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد لان في حديث زيد وسهل انه رخص في العرية مطلقا ثم استثنى مازاد على الخمسة في حديث أبي هريرة وشك في الخمسة فاستثنى اليقين وبقي المشكوك فيه على مقتضى الاباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر. ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولان العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك ، وروى ابن المنذر باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والاربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه اياها بالذكر وروى مسلم عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين ولان خمسة الاوسق في حكم مازاد عليها بدليل وجوب الزكاة فيها دون مانقص عنها ولانها قدر تجب الزكاة فيه فلم يجز بيعه عرية كالزائد عليها، فأما قولهم أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كانه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

(فصل)ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي يجوز للانسان بيع جميع ثمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ولان كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع. ولنا عموم النهي عن المزابنة استثني منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولان

﴿مسئلة﴾ (ويحرم الربا بين المسلم والحربي)

وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الاسلام وبذلك قال مالك والاوزاعي

مالا يجوز عليه العقد مرة اذا كان نوعا واحداً لايجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاختين ،فأما حديث سهل فانه مقيد بالنخلة والنخلتين بدليل ماروينا فيدل على تحريم الزيادة عليهما ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد فاما ان باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لايجوز لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن المغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي فى أيديهم يأكلونه رطبا ، واذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع الى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولاننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى الى أن لا يحصل الارفاق اذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة .فان قلنا لايجوز ذلك بطل العقد الثاني وان اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحدا

(الفصل الثالث) أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها هذا ظاهر كلام أصحابنا وبه قال الشافعي وظاهر قول الخرقي انه شرط ، وقد روى الاثرم قال : سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا فقال العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فللمعرى أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك : بيع العرايا الجائز هو أن يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى لانه ربما كان مع اهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه واحتجوا بان العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال ابو عبيد: الاعراء ان يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال الشاعر الانصاري يصف النخل

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول انا نعريها الناس ، فتعين صرف اللفظ الى موضوعه لغة ومقتضاه في العربية مالم يوجد ما يصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة اوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخيل الكثير يعريه الناس انه لا يعجز عن اداء ثمن العرية وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى اكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فمتى وجد ذلك جاز البيع ، ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ما جاز بيعه اذا كان موهوبا جاز وإن لم يكن موهوبا كسائر الاموال وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(الفصل الرابع) انه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذي يشترى به معلوما بالكيل ولا يجوز جزافا لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا لما روى

وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لايجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لاربا بينهما لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لاربا بين

زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه. ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً، ولان الاصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الاصل، ولان ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرته، ومعنى خرصها بمثلها من التمر أن يطيف الخارص بالعرية فينظركم يجيء منها تمراً فيشتريها المشتري بمثلها تمراً وبهذا قال الشافعي ونقل حنبل عن أحمد انه قال يخرصها رطبا ويعطي تمراً رخصة وهذا يحتمل الأول، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لانه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع، ولان الاصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف الاصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل، وقال القاضي الاول أصح لانه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمراً ولان المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضي إلى فوات ذلك، فأما ان اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي (والثاني) يجوز (والثالث) لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ولانه اذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً، وعن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وقال «ذلك الربا تلك المزابنة» الا أنه رخص في العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطبا ولانه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطبا كالتمر الجاف، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الاحاديث تبينه وتزيل الشك

(فصل) ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله أو نقله وفي الثمرة التخلية، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعا الى النخلة فسلمها إلى مشتريها ثم مشيا إلى التمر فتسلمه من مشتريها أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعا فسلمها الى مشتريها أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلمه جاز لان التفرق لا يحصل قبل القبض. اذا ثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه (والثاني) أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا أو يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه، وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله

المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب» لان أموالهم مباحة وانما حظرها الامان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا. ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا ـ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم

(الفصل الخامس) انه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطبا ولا يجوز بيعها لغني وهذا أحد قولي الشافعي وأباحها في القول الآخر مطلقا لكل احد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البياعات، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطبا ومتى خولف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط، ولان ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها كالزكاة للمساكين والترخص في السفر، فعلى هذا متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجا ومعه من الثمن مايشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر وسواء باعها لواهبها تحرزا من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك أو لغيره فانه لايجوز، وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجا الى أكلها . ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لاتثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطبا » ولو جاز لتخليص المعري لماشرط ذلك، فيشترط اذا في بيع العرية شروط خمسة أن يكون فيمادون خمسة أوسق، وبيعها بخرصها من التمر، وقبض ثمنها قبل التفرق، وحاجة المشتري الى أكل الرطب، وأن لايكون معه مايشتري به سوى التمر، واشترط القاضي وأبو بكر شرطا سادسا وهو حاجة البائع إلى البيع، واشترط الخرقي كونها موهوبة لبائعها، واشترط أصحابنا لبقاء العقد أن يأكلها اهلها رطبا فان تركها حتى تصير تمراً بطل العقد وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (فان تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد)

يعني ان لم يأخذها المشتري رطبا بطل العقد خلافا للشافعي في قوله لا يبطل، وعن أحمد مثله لان كل ثمرة جاز بيعها رطبا لايبطل العقد إذا صارت تمرا كغير العرية . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها أهلها رطباً » ولان شراءها انما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ثم لافرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها أو تركها لعذر أو لغير عذر للخبر، ولو أخذها رطبا فتركها عنده فاتمرت أو شمسها حتى صارت تمراً جاز لانه قد أخذها، ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن إشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها لا يبطل البيع فيخرج ههنا مثله فان أخذ بعضها رطبا وترك باقيها حتى أتمر فهل يبطل البيع في الباقي على وجهين

(فصل) ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل وهو اختيار ابن حامد وقول الليث بن سعد الا أن يكون مما ثمرته لايجري فيها الربا فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها، ويحتمل أن

الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقوله تعالى (اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل، وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام ولان ماكان محرما في دار الاسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف صحته (١) ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة بخبر مجهول ولم يرو في صحيح ولا

(١) استدلوا أيضاً بان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم حل وأما المستأمن منهم بدارنا فماله محرم بعقد الامان لان أخذه غدر محرم وفي فتح القدير اشتراط أن يكون الربح للمسلم

يجوز في العنب والرطب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيهما، وجواز خرصهما وتوسيقهما وكثرة تيبيسهما واقتياتهما في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرهما لاختلافهما في أكثر هذه المعاني فانه لايمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستتارها بالأوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج الى الشراء به وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياسا على ثمرة النخيل.

ولناماروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة الثمر بالتمر إلا اصحاب العرايا فانه قد أذن لهم وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمرة بخرصها ،وهذا حديث حسن وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر ، وعن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وعن كل ثمر بخرصه،ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العرية ، وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحدهما) ان غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لاهل المدينة وانما كانت حاجتهم الى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به اذا خالف نصا وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار والله أعلم

باب بيع الاصول والثمار

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبرا وهو ما قد تشقق طلعه فالثمرة للبائع متروكة في النخل الى الجزاز الا أن يشترطها المبتاع)

أصل الابار عند أهل العلم التلقيح قال ابن عبد البر الا انه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر

مسند ولا كتاب موثوق به وما ذكروه من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح إلا ما حظره الامان

﴿ باب بيع الاصول والثمار ﴾

ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبناءها وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة والابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرحى المنصوبة وأشباه ذلك لانه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها

﴿مسئلة﴾ (ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والاحجار المدفونة)

لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش والستور، ولا يدخل ما هو منفصل عنها لا يختص بمصلحتها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش ، وكذلك الرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير

الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم

ولا غرز في الحائط ، وحجر الرحى إن لم يكن منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها لانه منفصل عنها لا تختص بمصلحتها أشبه الثياب والطعام

﴿مسئلة﴾ (فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح وحجر الرحا الفوقاني اذا كان السفلاني منصوبا ففيه وجهان)(أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لانه منفصل عنها فأشبه القفل والدلو ونحو ذلك وهذا مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ وما كان في الارض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدمة فهو للمشتري لانه من أجزائها فهو كترابها)

والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وأن لم يعلم وكان يضر بالارض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب حكمه حكم سائر العيوب فان كانت الحجارة والآجر مودعا فيها فهو للبائع كالكنز ويلزمه نقلها وتسوية الارض واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وإن كان قلعها يضر بالارض أو تتطاول مدته فهو عيب ، وإن لم يكن في نقلها ضرر وكان يمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فليس بعيب وله مطالبة البائع لانه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، ومتى كان عالما بالحال فلا أجرة له في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي به فهو كما لو اشترى أرضا فيها زرع ، وإن لم يعلم فاختار امساك المبيع فهل له اجرة لزمان النقل على وجهين (أحدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالآجر (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بامساك المبيع رضي بتلف المنفعة في زمان النقل ، فان لم يختر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار لزوال الضرر عنه

(فصل) فان كان في الارض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة ونحوهما دخلت في البيع وملكت بملك الارض التي هي فيها لانها من أجزائها فهي كأحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ، ويجوز بيعها بغير جنسها وان ظهر في الارض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبه ما لو باعه ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ، هذا اذا كان قد ملك الارض باحياء أو إقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضا فظهر فيها معدن فقالوا انما بعنا الارض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم فأخذه فقبله ورد عليهم المعدن. وان كان البائع ملك الارض بالبيع احتمل أن لا يثبت له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيبا ثم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد وان كان قد باعه مثل ما اشتراه ، وروى أبو طالب عن أحمد إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لانه من أجزاء الارض فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة ولها قيمة كبيرة

(فصل) فان كان فيها بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الارض والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين ، ولاصحاب الشافعي وجهان كالروايتين وفي معنى الماء المعادن

« خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف وأبرت النخلة آبرها أبراً وإبار أو أبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة وائتبرت ، ومنه قول الشاعر : * تأبري ياخيرة الفسيل *

الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح وكذلك ماينبت في الارض من الكلأ والشوك ففي هذا كله روايتان ، فان قلنا هي مملوكة دخلت في البيع والا لم تدخل

﴿مسألة﴾ (وان باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبناؤها في البيع وان لم يقل بحقوقها فعلى وجهين)

إذا باع أرضا بحقوقها أو رهنها دخل في ذلك غراسها وبناؤها ، وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغرس والبناء فيها على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن واختلف أصحابه في ذلك فنهم من قال فيهما جميعا قولان، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى يستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ووجه دخولهما في البيع أنهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والوجه الثاني) لا يدخلان لانهما ليسا من الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجرة والبناء فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لانه اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستانا ويدخل فيه البناء ذكره ابن عقيل لان ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل . لان اسم البستان لا يفتقر اليه ، فأما ان باعه شجراً لم تدخل الارض في البيع . ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لان الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع

(فصل) وإن قال بعتك هذه القرية وكان في اللفظ قرينة تدل على دخول أرضها مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لان الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالة عليه فأشبه ما لو صرح به وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض إن قال بحقوقها دخل وان لم يقله فعلى وجهين

﴿مسألة﴾ (وان كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان فالاصول للمشتري والجزة الظاهرة للبائع)

سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهرا والزيادة من الاصول التي هي ملك المشتري ، وكذلك إن كان مما تتكرر ثمرته كالقثاء والبطيخ والباذنجان فالأصول للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه أشبه الشجر ، وإن كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والنرجس فالاصول للمشتري لأنه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة ، وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، فأما زهرته فان تفتحت فهي للبائع وما لم تفتح للمشتري، واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع إن قال بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وإلا ففيه وجهان كالشجر

وفسر الخرقي المؤبر بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك دون نفس التأبير . قال القاضي : وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو التأبير المراد ههنا وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

(فصل) وإذا اشترى أرضا وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو للمشتري لأنه يترك في الارض للتبقية فهو كأصول الشجر ولانه لوكان ظاهراً كان له فالمستتر أولى وسواء علقت له عروق في الارض أولا ، وإن كان بذراً لما يستحقه البائع كالشعير فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي يبطل البيع لأن البذر مجهول وهو مقصود

ولنا أن البذر يدخل تبعا فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً واشترط ماله ولأنه يجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في الاصل كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الام ولا تضر جهالته ، ولا يجوز مفرداً فان لم يعلم المشتري ذلك فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الارض مدة فان تركه البائع للمشتري أوقال أنا أحوله وأمكن ذلك في زمن يسير لايضر بمنافع الارض فلاخيار للمشتري لانه ازال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وهذامذهب الشافعي ، وكذلك إن اشترى نخلا فيها طلع فبان مؤبراً فله الخيار لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامه فان تركها البائع فلا خيار له، وإن قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره لأن ثمرة العام تفوت وان قطعها وان اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه انما رضي ببذل ماله عوضا عن الارض والشجر بما فيهما فاذا بان بخلافه ثبت له الخيار كمن اشترى معيبا يظنه صحيحاً ،فان اختلفا في ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله يجهل ذلك كالعامي ، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان فيها زرع لايحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى الى الحصاد الا أن يشترط المبتاع)

اذا كان في الارض زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والقطاني وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والثوم وأشباه ذلك فاشترطه المشتري فهو له قصيلا كان أو ذاحب مستتراً أو ظاهراً معلوما أو مجهولا لكونه دخل في البيع تبعا للارض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها ، وان أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الارض فهو كالكنز والقماش وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا . إذا ثبت ذلك فانه يكون للبائع مبقى في الارض الى الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستثناة له، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وإن كان بقاؤه أنفع له على مانذكر في الثمرة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة، وسنذكر ذلك ، وهكذا الحكم في القصب الفارسي لأن له وقتا يقطع فيه إلا أن العروق للمشتري لأنها تترك في الارض للبقاء فيها والقصب كالثمرة وان لم يكن ظهر من القصب شيء فهو للمشتري : فأما قصب السكر فهو كالزرع، ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة،فان حصده قبل أوان الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه كالثمرة على الشجر ، وكالو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة إلافي

(الاول) ان البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لانها متصلة بالاصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالاغصان، وقال أبو حنيفة والاوزاعي هي للبائع في الحالين لان هذا نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع كالزرع في الارض . ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها الا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والاوزاعي بمفهومه لانه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والا لم يكن حداً ولاكان ذكر التأبير مفيداً ، ولانه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الاغصان فانها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية والزرع ليس من نماء الارض وإنما هو مودع فيها

شهر لم يكلف إلا ذلك فان تكلف نقله في أقل من شهر لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذاههنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الارض فعلى البائع إزالتها ، وإن تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لأنه استصلاح لملكه فهو كما لو باع داراً فيها خابية كبيرة لاتخرج إلا بهدم الباب فهدمه كان عليه الضمان وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك آخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واسند اليه كان الضمان على مدخل النقص

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبراً وهو ماتشقق طلعه فالثمر للبائع متروكا في رءوس النخل الى الجزاز الا أن يشترطه المبتاع)

الابار التلقيح قاله ابن عبد البر الا أنه لايكون حتى يتشقق الطلع فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهى مؤبرة ومأبورة ومنه قوله عليه السلام « خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح ولذلك فسره ههنا به قال القاضي وقد يتشقق الطلع بنفسه وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو المراد هنا وهـذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنه إذا انشق طلعه ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث والمشهور الاول . وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) أن البيع متى وقع علي نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع ، وان كانت غـير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لانها متصلة بالاصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالاغصان ، وقال أبو حنيفة والاوزاعي هي للبائع لانه نماء له حد فلم يتبع أصله كالزرع في الارض

ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها الذي باعها الا أن يشترط المبتاع » متفق عليه وهذا صريح في رد قول ابن ابي ليلى وحجة على أبي حنيفة والاوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والا لم يكن حدا ولا كان التأبير مفيداً ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فيكون تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الاغصان فانها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية ، والزرع ليس من نماء الارض وإنما هو مودع فيها

(الفصل الثاني) انه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع فيه والمشتري سواء وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز لانه بمنزلة شرائها مع أصلها، وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجزلان اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها

ولنا انه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كمالو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها ولان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن تعلم ولانه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري وقد ثبت الاصل بالاتفاق عليه وبقوله عليه السلام «الا أن يشترطها المبتاع» ولو اشترط أحدهما جزأ من الثمرة معلوما كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء وقول أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم: لايجوز اشتراط بعضها لان الخبر إنما ورد باشتراط جميعها. ولنا ان ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وكذلك القول في مال العبد اذ اشترط بعضه

(الفصل الثالث) ان الثمرة اذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل فيها لانه مبيع مشغول بملك البائع فلزم نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له. ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله الا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئا بعدشيء ولايلزمه النقل ليلا ولاجمع دواب البلدلنقله كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها وهو أوان جزازها وقياسه حجة لنا لما بيناه، إذا تقررهذا فالمرجع في جزه الى ما جرت به العادة فاذا كان المبيع نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره الا أن يكون مما بسره خير من

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت او غير مؤبرة البائع والمشتري سواء، وقال مالك ان اشترطها المشتري بعد التأبير جاز لأنه بمنزلة مشتريها مع أصلها وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز لأن ذلك بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية.

ولنا أنه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كما لو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري، وقد ثبت الاصل بالاتفاق عليه، ولو اشترط جزءا من الثمرة معلوما كان كاشتراط جميعها في الجواز في قول الجمهور، وقال ابن القاسم من أصحاب مالك لايجوز اشتراط بعضها لان الخبر انما ورد باشتراط جميعها. ولنا أن ماجاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وهكذا الحكم في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر الى أوان الجزاز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها لانه مبيع مشغول بملك البائع فلزمه نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام له أو قماش

ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئا بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلا ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا تفريغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها وذلك أوان جذاذها، وقياسه حجة لنا لما بيناه، اذا تقرر هذا فالمرجع في جزه الى ما جرت به العادة فان كان المبيع نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره، وان كان مما بسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً فانه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا

رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً فانه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لان هذا هو العادة، فاذا استحكمت حلاوته فعليه نقله وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لان العادة في النقل قد حصلت وليس له إبقاؤه بعد ذلك، وان كان المبيع عنباً أو فاكهة سواه فاخذه حين يتناهى إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بعضه دون بعض فالمنصوص عن أحمد أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة فان صريحه أن ما أبر للبائع ومفهومه أن ما لم يؤبر للمشتري وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الايدي في البستان فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة فانه لاخلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، ولان البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع كذا ههنا، وهذا من النوع الواحد لان الظاهر أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق فاما ان أبر لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد. ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما فاشبها الجنسين وما ذكره يبطل بالجنسين، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فافرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره، وخرج القاضي وجها في أنه يتبع

هو العادة فاذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه، وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة في ذلك قد وجدت فليس له ابقاؤه بعد ذلك وان كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى ادراكه ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بعضه دون بعض فما أبر للبائع وما يؤبر للمشتري نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة، وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا اذا لم نجعل الكل للبائع أدى الى الاضرار باشتراك الايدي فيجب أن يجعل مالم يؤبر تبعا لما أبر كثمر النخلة الواحدة اذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، وهذا الخلاف في النوع الواحد لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلط، فأما إن أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد، والاشبه الفرق بين النوعين والنوع لأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما عن الآخر ولا يخشى اختلاطهما أشبها الجنسين وما ذكروه يبطل بالجنسين، لايصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرنا، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع مالم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع كما لو باع الحائط كله وهو أحد الوجهين لأصحاب

غير المبيع ويكون للبائع لانه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصح هذا لان المبيع لم يؤبر منه شيء فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ،ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل فان بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري لانه حدث في ملكه فكان له كما لو حدث بعدجزاز الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به لتباعدمابينهما

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره لانه يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره ، ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث أو يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتلقيح به وهو يكون بعد ظهوره فأشبه طلع الاناث، فان باع نخلا فيه فحال وإناث لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري الا على الوجه الآخر فان طلع الفحال يكون للبائع وان كان قد تشقق طلع أحدالنوعين دون الآخر فما تشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها ، وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحال فالذي قد ظهر للبائع، وما لم يظهر على ماذكرنا من الاختلاف فيه

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعله عوضا في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لاجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبته لولده أو تقايلا المبيع أوكان صداقا رجع إلى الزوج

الشافعي . ولنا أن المبيع لم يؤبر شيء منه فوجب أن يكون للمشتري لمفهوم الحديث وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ولانه لا يفضي إلى سوء المشاركة ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر فبقي على حكم الاصل ، فان بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشتري لأنه حدث في ملكه أشبه ما لو حدث بعد أخذ الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه لتباعد ما بينهما

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث فيما ذكرنا وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أنه للبائع بكل حال لأنه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره . ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث ، ولانه يدخل في عموم الخبر وماذكر للوجه الآخر لا يصح فان أكله ليس هو المقصود منه وانما يراد للتلقيح به وذلك يكون بعد ظهوره فأشبه طلع الاناث، فان باع نخيلا فيه فحال واناث لم يتشقق منه شيء فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر ، فان طلع الفحال يكون للبائع ، وان تشقق أحد النوعين دون الآخر فما تشقق للبائع ومالم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة ولده أو تقايلا البيع ، أو كان صداقا فرجع إلى

لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل فأشبه السمن، وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في انه يتبع قبل التأبير ولا يتبع فيما بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع وأما رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

﴿مسألة﴾ قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد)

وجملة ذلك أن الشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما يكون ثمره في أكامه ثم تتفتح الاكام فيظهر كالنخل الذي وردت السنة فيه وبينا حكمه وهو الاصل وما عداه مقيس عليه وملحق به، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فانه تظهر أكامه ثم تتفتح فيظهر فهو كالطلع ان تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالرمان والموز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه الى حين الأكل فهو كالتين ولان قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه وكونه من مصلحته (الضرب الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالبا الا بعد جزازه فأشبه الضرب الذي قبله ولان قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين وقال القاضي ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع الا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه

الزوج لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل أشبه السمن وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يتبع قبل التأبير ولا يتبع بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ أشبه البيع، وأما رجوع البائع لفلس المشتري، أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

﴿مسألة﴾ (وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالتوت والتين والرمان والجوز)

والشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما تكون ثمرته في أكام ثم تتفتح فتظهر كالنخل الذي بينا حكمه وهو الاصل وما سواه مقيس عليه، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فانه تظهر اكامه ثم تتفتح فهو كالطلع إن تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الاكل كالموز والرمان فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه الى حين الاكل كالتين (الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالبا إلا بعد جزازه فأشبه الضرب الذي قبله، ولان قشر اللوز يؤكل معه أشبه التين، وقال القاضي إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده

من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده (الخامس) مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع وان لم تظهر فهي للمشتري وقيل ما تناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو المشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضي يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة ، وقول الخرقي يقتضي ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا ببدو نوره ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا أو قريباً منه وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريباً منه

(فصل) فأما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لانه من اجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري لانه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق (١) وان لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر والله أعلم

(١) المعقول ان الحكم للعادة والعرف في كل عقد اطلق ولم يشترط البائع فيه لنفسه الثمر والحديث في النخل المؤبر مبني على أنه كان ذلك عرفهم لا أنه تعبد تعبدنا به

(الخامس) مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ ، فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهو للبائع ، وان لم تظهر فهو للمشتري ،وقيل مايتناثر نوره فهو للبائع ومالا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور وقال القاضي يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر،فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة، وظاهر لفظه ههنا يقتضي ماقلناه أولا وهو ظاهر كلام الخرقي لانه علق استحقاق البائع للثمرة ببدوها ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور فيتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم وهذا يفارق الطلع لان الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا أو قريبا منه وبينهما اختلاف قريب مما ذكرنا

(مسئلة) (والورق للمشتري بكل حال)

الاغصان والورق وسائر أجزاء الشجر للمشتري لانه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت المقصود أخذه لدود القز للبائع إذا تفتح وللمشتري قبل ذلك لانه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وانما هذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق وان لم يكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر الورق والله أعلم

(مسئلة) (وان ظهر بعض الثمرة فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري ، وقال أبو حامد الكل للبائع) وقد ذكرناه

(فصل) واذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت الى سقي لم يكن للمشتري منعه منه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول وان أراد سقيها من غير حاجة فللمشتري منعه منه لانه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره ولان الاصل منعه من التصرف في ملك غيره وانما أباحته الحاجة فان لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، فان احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي ايهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل في العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها والعقد اقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وان أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته، فان اختلفا في قدر الحاجة رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته

(فصل) فان خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ،وان كان كثيراً فخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر أيضاً لذلك (الثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) واذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى أو اشترى ثمرة في شجرها فحدثت ثمرة أخرى فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تتميز احداهما من الاخرى فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته ،فان لم يعلم قدر كل واحدة منهما اصطلحا عليها ولا يبطل العقد لان المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عرية فتركها حتى اثمرت فان العقد يبطل في احدى الروايتين لكون

(مسئلة) (وان احتاج الزرع أو الثمرة الى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه)

إذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن للمشتري منعه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول ، وان أراد سقيها من غير حاجة فللمشتري منعه لان سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره والاصل منعه منه وانما أبحناه للحاجة فما لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، وان احتاجت الى سقي يضر بالشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي: أيهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها واقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وان أضر به وانما له أن يسقي بقدر حاجته ، وان اختلفا في ذلك رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته

(فصل) وان خيف على الاصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لانها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ،وان كان كثيراً فخيف على الاصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر كذلك (والثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والاصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع في الحال

اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة الى أكله رطباً وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً الى فعل المحرم، وجمع أبو الخطاب بينهما فقال في الجميع روايتان (احداهما) يبطل العقد (والاخرى) لا يبطل ، وقال القاضي ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك فان فعله أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع وان امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة اخرى لم نقل المشتري اسمح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع بينهما ، وهذا مذهب الشافعي ، قال ابن عقيل لعل هذا قول لبعض أصحابنا فانني لم أجده معزيا الى أحمد والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحمد ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها اخرى والله أعلم

(فصل) اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة كالحنطة والشعير والقطاني وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها فاشترطه المشتري فهو له قصيلا كان أو ذا حب مستتراً أو ظاهراً معلوماً أو مجهولا لكونه دخل في البيع للارض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع في الارض فهو كالكنز والقماش ولانه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ويكون للبائع مبقى في الارض الى حين الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة وقد مضى الكلام فيها وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي لان له وقتا يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشتري لانها تترك في الارض للبقاء فيها والقصب نفسه كالثمرة وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لان منفعتها انما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة وكما لو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة الا في شهر لم يكلف الا ذلك فان تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذلك ههنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضر بها الارض كعروق القطن والذرة فعلى البائع ازالتها وان تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح لملكه فصار كما لو باع داراً فيها خابية كبيرة لا تخرج الا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه الضمان، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص

(فصل) وان باع أرضا وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالاصول للمشتري والجزة الظاهرة عند البيع للبائع سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا والبقول أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في

لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية إجماعا لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع . متفق عليه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ماكان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك المشتري ، وكذلك ان كان الزرع مما تكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والنرجس فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه، وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهي للبائع والا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع ان قال بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) وإذا اشترى أرضا فيها بذر فاستحق المشتري اصله كالرطبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك في الارض للتبقية فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهرا كان له فالمستتر أولى سواء علقت عروقه في الارض أولا فان كان بذراً لما يستحقه البائع فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود

ولنا أن البذر يدخل تبعا في البيع فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً فاشترط ما له ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم والسقوف في الدار وأساسات الحيطان تدخل تبعا في البيع ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة ، وان لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وامضائه لانه يفوت عليه منفعة الارض عاما ، فان رضي البائع بتركه للمشتري أوقال أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الارض فلا خيار للمشتري لانه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لان فيه تصحيحا للعقد ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك لو اشترى نخيلا فيه طلع فبان انه مؤبر فله الخيار لانه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله فان تركها له البائع لم يكن له خيار ، فان قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لان ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها ، وان اشترى أرضا فيها زرع للبائع أو شجرا فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضا كما لو جهل وجوده لانه انما رضي ببذل ماله عوضا عن الارض والشجر بما فيهما فاذا بان خلاف ذلك ينبغي ان يثبت له الخيار كالمشتري للمعيب يظنه صحيحا ، وإن اختلفا في جهله لذلك فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عاميا فان هذا مما يجهله كثير من الناس وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله لان الظاهر أنه لا يجهله

(فصل) إذا باعه أرضا بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع وكذلك اذا قال رهنتك هذه الارض بحقوقها دخل في الرهن غراسها وبناؤها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغراس والبناء فيهما ؟ على وجهين، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن، واختلف أصحابه في ذلك فمنهم من قال فيهما جميعا قولان ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن

(فصل) وكذلك الزرع الاخضر في الارض لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كما ذكرنا في الثمرة على الاصول لما روى مسلم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري . قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل

ومهم من قال إنهما سواء لان ما تبع في البيع تبع في الرهن كالطرق والمنافع وفيهما جميعا وجهان (أحدهما) يدخل البناء والشجر لأنهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والثاني) لا يدخلان لأنهما ليسا من حقوق الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ، ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجر والبناء ، فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لان البستان اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستانا قال ابن عقيل ويدخل فيه البناء لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ويحتمل أن لا يدخل

(فصل) وان باعه شجرا لم تدخل الارض في البيع ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لأن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع .

(فصل) وان قال بعتك هذه القرية فان كانت في اللفظ قرينة مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالة عليه فأشبه مالو صرح به، وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها او لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض ان قال بحقوقها دخل وان لم يقل فعلى وجهين .

(فصل) وان باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وماهو متصل بها مما هو من مصلحتها كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والاوتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشباه ذلك ، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز والاحجار المدفونة لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش والستور ولا ماكان منفصلا عنها يختص بمصلحتها كالفرش والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحى اذا لم يكن واحد منها منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه لانه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها فأشبه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحا إذا كان السفلاني منصوبا فيحتمل وجهين (أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لانه منفصل عنها فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوبا والقفل والدلو ونحوهما ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا سواء .

(فصل) وماكان في الارض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع لانه من اجزائها فهي كحيطانها وترابها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالارض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أوالامساك

البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي ، فان باعه بشرط القطع أو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالاجماع لان المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها لما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ

وأخذ أرش العيب كما في سائر المبيع ، فأما ان كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع كالكنز وعليه نقلها وتسوية الارض اذا نقلها واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وان كان قلعها يضر بالارض أو تتطاول مدته ولم يكن المشتري عالما فله الخيار كما ذكرنا لانه عيب وان لم يكن في نقلها ضرر ويمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فلا خيار له وله مطالبة البائع بنقلها في الحال لانه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، وان كان عالما بالحال فلا خيار له ولا أجرة في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي فأشبه مالو اشترى أرضاً فيها زرع ، وان لم يعلم واختار امساك المبيع فهل له أجرة لزمان النقل على وجهين (احدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالاجزاء (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بامساك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل فان لم يختر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار لان الضرر زال عنه

(فصل) فان كان في الارض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها دخلت في البيع وملكت بملك الارض التي هي فيها لانها من اجزائها فهي كترابها واحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ولا معدن الفضة بفضة ويجوز بيعها بغير جنسها ، وان ظهر في الارض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبه مالو باعه ثوبا على انه عشرة فبان احد عشر هـذا إذا كان قد ملك الارض باحياء أو اقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبدالعزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا إنما بعنا الارض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بن عبدالعزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن . وان كان البائع ملك الارض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يكون له الخيار كما لو اشترى معيباً ثم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد عليه وان كان قد باعه مثل مااشتراه ، وقد روى أبو طالب عن أحمد انه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لانه من أجزاء الارض فأشبه مالو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة

(فصل) واذا كان في الارض بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الارض والماء الذي فيها غير مملوك لانه يجري من تحت الارض الى ملكه فأشبه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الآخر) يدخل في الملك لانه نماء الملك ، وقد روي عن أحمد ما يدل على انه يملك فانه قال في رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الارض وصاحب الماء في الزرع ويكون بينهما فقال لا بأس ، اختاره أبو بكر وهذا يدل على ان الماء مملوك لصاحبه ، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والمومياء والملح وكذلك الحكم في النابت في أرضه من الكلأ والشوك ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في المـاء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه ، قال أحمـد لا يعجبني بيع الماء البتة ، قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن قوم بينهم نهر

أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

(فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز سواء اشتراها من رجل أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع مالا يملكه فلم يصح اشتراطه .

تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج اليه أكريه بدراهم؟ قال ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع الماء قيل انه ليس يبيعه انما يكريه ، قال انما احتالوا بهذا ليحسنوه فأي شيء هذا الا البيع ؟ وروى الاثرم باسناده عن جابر واياس بن عبدالله المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء ، وروي أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ » رواه أبو عبيد في كتاب الاموال ، فاذا قلنا لا يملك فصاحب الارض أحق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه مباح في الاصل فأشبه ما لو عشش في أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل اليه داخل فأخذه ، وأما ما يحوزه من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لأن يأخذ أحدكم حبلا فيأخذ حزمة من حطب فيبيع فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وروى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، وعلى ذلك مضت العادة في الامصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ الا باذن مالكه وكذلك لو وقف على بئره أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوه فما يرقيه من الماء فهو ملكه وله بيعه لانه ملكه بأخذه في إنائه ، قال أحمد انما نهي عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي ﷺ قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة؟ » أو كما قال ، فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبلها للمسلمين وكان اليهودي يبيع ماءها ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اختر إما أن تأخذها يوما وآخذها أنا يوماً واما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشتراه بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وصحة بيع ما يستقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهايأة وكون مالكها أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية فما كان نابعا في غير ملك كالانهار الكبار وغيرها لم تملك بحال ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه ولا يملكه الا أن يجعل له في أرضه مستقراً كالبركة والقرار أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنقع البئر ، وان كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره في مياه الامطار . وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقني فهو كنقع البئر وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالاولى أنه يملك ماءها ويصح بيعه إذا كان معلوما لانه مباح حصله بشيء معد له فملكه كالصيد يحصل في شبكته والسمك في بركة معدة له ولا يجوز أخذ شيء منه إلا باذن مالكه .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جذه ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله)

الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندبا وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك الى الجزاز لم يجز وان اشتراها على القطع جاز)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعا لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع، متفق عليه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

(القسم الثاني) أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع لان المنع انما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ماروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو قال « أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعا ولا تبقية فالبيع باطل ، وبه قال مالك والشافعي وأجازه أبو حنيفة لان اطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه قال ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله «أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع ، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع ، ويقرر ماقلنا من ان اطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا ،ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (أحدها) ان يبيعها مفردة لغير مالك الاصل فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبينا بطلانه (الثاني) أن يبيعها مع الاصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » ولانه إذا باعها مع الاصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح البيع وهو المشهور من قول مالك وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه يجتمع الاصل والثمرة للمشتري فيصح كما لو اشتراهما معاً ولانه اذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم الى المشتري على الكمال لكونه مالكا لاصولها وقرارها فصح كبيعها مع أصلها (والثاني) لايصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان العقد يتناول الثمرة

ذلك عن الحسن وعطاء ورخص مالك في شراء جزتين وثلاثاً ولا يصح ذلك لان ما في الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كمالايجوز بيع مايحدث من الثمرة ، ومتى اشترى جزة لم يجز ابقاؤها لان مايظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون للبائع إذا ظهر فيفضي إلى اختلاط المبيع بغيره فان أخرها حتى طالت فالحكم فيها يذكر ان شاء الله تعالى

خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة كما لو كانت الاصول لأجنبي ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعهما معاً فانه مستثنى بالخبر المروي فيه ولان الغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة وفيما اذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما ، وان باعه الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له .

(فصل) ولا يجوز بيع الزرع الاخضر في الارض الا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الاصول لما روى مسلم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري ، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي. فان باعه مع الارض جاز كبيع الثمرة مع الاصل، وان باعه لمالك الارض ففيه وجهان على ماذكرنا في الثمرة تباع من مالك الاصل وقال أبو الخطاب يجوز، وان باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الاصل بشرط القطع وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث «حتى يبيض» فجعل ذلك غاية المنع من بيعه فيدل على الجواز بعده وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد. ولانه اذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة اذا بدا صلاحها ، واذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة اذا بدا الصلاح في شيء منها

(فصل) ذكره القاضي في الصلح قال : واذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح في البيع وبطل فيما يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعا في يد آخر فأقر لهما به فالزرع بينهما نصفان فان صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يجز سواء شرط القطع أو أطلق لانه ان أطلق بطل للنهي عن بيع المحاضرة، وان شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه الا بقطع الزرع كله ، وان كانت الارض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما اذا اشترى زرعا أخضر في أرض مملوكة له ، ولو كانت الارض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والارض بيننا نصفين فان كان بعد اشتداد حبه جاز لانه يجوز بيعه ، وان كان قبل ذلك فهل يجوز على وجهين بناء على بيع الزرع من مالك الارض وذلك لانه يبيع نصف الزرع لمالك الارض ويشتري منه نصف الارض التي له فيها الزرع ، وان شرطا في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الارض فارغة ففيه وجهان أيضا (أحدهما) يصح لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الارض منه ، واحتمل أن يبطل لان صاحب الارض باعه نصف الارض بشرط قطع زرع غيره ليسلم اليه أرضه ، وان قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط لان كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه فلم يلزم قطعه

(فصل) واذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

(فصل) وإذا باع ثمرة شيء من هذه البقول كالقثاء والباذنجان لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز بيع الجميع لان ذلك يشق تمييزه فجعل مالم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن مالم يبد صلاحه تبع لما بدا

مشاعا لم يجز سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه

(فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ما له أصل يبقى في الارض أعواما كالشجر تتكرر ثمرته فهذا حكمه حكم الشجر في انه يصح افراده بالبيع واذا بيعت الارض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشتري (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع كالزرع الاخضر ، وان قوي جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع الذي اشتد حبه واذا بيعت الارض لم يدخل في البيع الا أن يشترطه المبتاع ، والباذنجان نوعان (أحدهما) ماله شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته فهو كالشجر (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير

﴿مسئلة﴾ قال (فان تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب ان البيع يبطل قال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشتري الثمرة الى البائع ويأخذ الثمن ، ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لان أكثر ما فيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز أو حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوبا فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فمرض أو توانى حتى صار شعيرا قال ان أراد به حيلة فسد البيع والا لم يفسد. والظاهر ان هذه ترجع الى ما نقله ابن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على ابقائه لم يصح بحال اذ قد ثبت من مذهب أحمد ان الحيل كلها باطلة ، ووجه الرواية الاولى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثني منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالاجماع فيبقى ما عداه على أصل التحريم ولان التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض أو التفضل فيما يجب التساوي فيه ولان صحة البيع تجعل ذلك ذريعة الى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحبت الصدقة بها والا فالحق أنها للبائع تبعا للاصل كسائر نماء المبيع المتصل اذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة ، وأما ان حكمنا بصحة العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما فان ملك المشتري الثمرة وملك البائع الاصل وهو سبب الزيادة وقال القاضي الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب ، والاول أظهر لما ذكرنا فان الزيادة حصلت من أصل

ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يصح بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولان ما لم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولان ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق ، وان كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا ، اذا ثبت ذلك فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز

البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له بخلاف العبد اذا سمن فانه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فانه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستحبا ؟ وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة قال الثوري اذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ولان الامر اشتبه في هذه الزيادة وفي مستحقها فكان الاولى الصدقة بها ويشبه أن يكون هذا استحبابا لان الصدقة بالشبهات مستحبة ، وان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها ، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها. قال القاضي ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده لان الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لا حق للبائع فيها ، وقال الثوري يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي ، وكذلك الحكم في الرطبة اذا طالت والزرع الاخضر اذا أدجن وهذا فيما اذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها فاما ان قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لانه حيلة محرمة وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم لقصده والبيع صحيح قصد أو لم يقصد وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل وقد سبق الكلام في هذا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك الى الجزاز جاز)

وجملة ذلك انه اذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط التبقية الى حال الجزاز وبشرط القطع ، وبذلك قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية الا ان محمدا قال اذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو شرط تبقية الطعام في كنده وجه. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فمفهومه اباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح والا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة ، وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، واذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولان النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف فاذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان وفي هذا انفصال عما ذكروه

(فصل) ولا يختلف المذهب ان بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها أعني انه يباح بيع جميعها بذلك ولا أعلم فيه اختلافا وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع؟ فيه روايتان أظهرهما جوازه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن ، وعنه لا يجوز الا بيع ما بدا صلاحه لان ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي ولانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر وكالذي في البستان الآخر ، ووجه الاولى أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو

الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو صلاحه جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبقية على ما نذكر في ثمرة الاشجار وسنبين بم يكون بدو صلاحه ؟

(فصل) ويصح بيع هذه الاصول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضي وهو

فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولان اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق ويؤدي الى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض، فاما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يتبعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وان كان يتأخر ادراك البعض تأخيراً كثيراً فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي وقال أبو الخطاب: يجوز بيع مافي البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه الى بعض في اكمال النصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود والمعنى ههنا هو تقارب ادراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين

(فصل) فاما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن أحمد رواية أخرى ان بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبها القراح الواحد، ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد، والمذهب الاول لانه انما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة مابدا وتابعاً له دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه ومافي قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا، وماذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع، ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي ما اذا باعه مع مابدا صلاحه لانه دخل في جواز البيع تبعاً دفعاً لمضرة الاشتراك واختلاف الايدي ولا يوجد ذلك ههنا ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض واللبن في الضرع مع الشاة، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدا صلاحه ولانه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفرداً كالذي بدا صلاحه

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك لانه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك يكون بالسقي، فان قيل فلم قلتم انه اذا باع الاصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟ قلنا لان المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لانه لم يملكها من جهته وانما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت

مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا فرق بين كون الاصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل فيه الثمرة فأشبه الشجر، فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري وان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على ما يأتي حكمه

والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لانه بيع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض فلم يقبضه . ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز له بيعه كما لو جذه ، وقولهم لم يقبضه لا يصح فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

﴿ مسألة ﴾ قال (فان كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها ان تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وان كانت ثمرة كرم فصلاحها أن تتموه وصلاح ماسوى النخل والكرم أن يبدو فيها النضج)

وجملة ذلك ان ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب الاسود والاجاص فبدو صلاحه بذلك ، وان كان العنب أبيض فصلاحه بتموهه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه ، وان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو أو يطيب ، وان كان بطيخاً أونحوه فبأن يبدو فيه النضج ، وان كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صغاراً وكباراً كالقثاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه أن يتناهى عظمه، وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه فان بدو صلاح الشيء ابتداؤه وتناهي عظمه آخر صلاحه ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا بتناهي عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها فيكون كما ذكرنا، وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير، وروي نحوه عن ابن عمر وابن عباس ، ولعلهم أرادوا صلاحه للاكل فيرجع معناه الى ما قلنا فان ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل. متفق عليه، وان أرادوا حقيقة الأكل كان ماذكرنا أولى لان ما رووه يحتمل صلاحه للاكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الاخبار وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب متفق عليه، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو . قيل وماتزهو؟ قال «تحمار أو تصفار» رواه البخاري، ونهى عن بيع العنب حتى يسود. رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه الا لقطة لقطة)

وجملة ذلك أنه اذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك يجوز بيع الجميع لان ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعا لما ظهر كما ان ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولان ما لم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولان ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق وان كان ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا . اذا تقرر هذا فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فان كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا في ثمرة الاشجار وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه

(فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ماله أصل يبقى في الأرض أعواما فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح افراده بالبيع ، وإذا بيعت الارض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشتري (الثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقو ما فيه لم يصح بيعه إلا أن يشترط القطع كالزرع الاخضر، وان قوي حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع

(فصل) قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل تكرر فيه الثمر فأشبه الشجر فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري فان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على ما مر حكمه

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي، وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة داعية اليه فأشبه بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا، ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فانما جاز بيعه لان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضا،فان كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه فالاولى جواز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة، ويدخل مالم يظهر في البيع تبعا فلا تضر جهالته كالحمل في البطن واللبن في الضرع مع الحيوان، وان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الارض لان الحكم للاغلب، فان تساويا لم يجز لان الاصل اعتبار الشرط في الجميع وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعا ففيما عداه يبقى على الاصل

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الاخضر في قشرته مقطوعا وفي شجره، وبيع الحب المشتد في سنبله، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الارض وفي شجره وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع منه قشره الأعلى الا في الطلع والسنبل في احد القولين، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة فمفهومه اباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله،ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فانه لاقوام له في شجره الا به والباقلا يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك اجماعا وكذلك الجوز واللوز في شجرهما، والحيوان المذبوح يجوز في سلخه فانه اذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة اذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك اذا كسرت، وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فيهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسئلتنا

إذا اشتد حبه، وإذا بيعت الارض لم يدخل في البيع إلا ان يشترطه المبتاع، والباذنجان الذي تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر وما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير.

(فصل) ولايجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والثوم والبصل حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك الرطبة كل جزة)

وجملة ذلك ان الرطبة وما اشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالنعناع والهندبا وشبههما لا يجوز بيعه الا ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي، وروي ذلك عن الحسن وعطاء، ورخص مالك في أن يشتري جزتين وثلاثا ولا يصح لان ما في الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم، فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة فاذا ثبت هذا فمتى اشتراها فلم يجزه ابقاؤها لان ما لم يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضي الى اختلاط المبيع بغيره والثمرة بخلاف ذلك، فان اخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمرة اذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها

(فصل) وان اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم عاد فنبت فهو لصاحب الارض لان المشتري ترك الاصل على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ولذلك أبيح لكل التقاطها، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من لعام المقبل فهو لصاحب الارض نص احمد على هاتين المسئلتين، ومما يؤكد ما قلنا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه منه، ولو كان الباقي مستحقاً له لملك منعه منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحصاد على المشتري فان شرطه على البائع بطل البيع)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (الاول) أن من اشترى زرعا أو جزة من الرطبة ونحوها أو ثمرة في أصولها فان حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً (الفصل الثاني) اذا شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقي يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين، وقال القاضي المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد وأبو بكر ولم أجد هذا الذي ذكره الخرقي رواية في المذهب، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً فقال بعضهم اذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولا واحداً، وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسد قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط ما لا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعا، ومن أجازه قال هذا بيع واجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه

تدعو اليه فأشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا

ولنا أنه مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فانما جاز تبعاً فان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه

يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع والثاني يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار والثالث ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ولان الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه ، فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمها مختلف فان الشفعة تثبت في الشقص دون السيف ويجوز الجميع بينهما ، وقول الخرقي إن العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي الى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع لما ذكرنا في صدر المسئلة ، والاول أولى لوجهين (أحدهما) أنه قال في موضع آخر ولا يبطل البيع بشرط واحد (والثاني) أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً أو فلعة ويشترط حذوها نعلا أو جرزة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره حتى قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي رواية في أنه لا يصح واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها وبه قال اسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري فلعة ويشترط على البائع تشريكها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد فأشبه سائر الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

ولنا ماتقدم ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط انما الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع كذا ذكره الترمذي ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد . قال احمد انما النهي عن شرطين في بيع أما الشرط الواحد فلا بأس به

(فصل) ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما ليصح اشتراطها لانا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب الى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ولو اشترط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء قال احمد في الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائز اذا أراد الشراك وان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والاجرة عليه كقولنا في الاجارة

(فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثني سكناها شهراً أو جملا ويشترط ظهره الى مكان معلوم أو عبدا ويستثني خدمته سنة نص على هذا احمد وهو قول الاوزاعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح الشرط لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه ينافي مقتضى البيع فأشبه مالو شرط أن لا يسلمه وذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفي البائع منفعته ولان مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه وهذا الشرط

بعضاً ، فان كان مما يقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع اخضر والكراث واللفت وسائر ماتقصد فروعه جاز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبه الحيطان التي أساساتها مدفونة ،ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً لما ظهر فلا تضر جهالته كالحمل في البطن مع بيع الحيوان ، فان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه

ينافيه وقال ابن عقيل فيه رواية ثانية أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبدالله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسئلة فان اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة واطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه انما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها فيفضي الى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها ولا يوجد هذا في غيرها ولذلك منع اعارة الجارية الشابة لغير محرمها، وقال مالك اذا اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان اليسير تدخله المسامحة. ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره الى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنيت حملانه الى أهلي متفق عليه وفي لفظ قال فبعته منه بخمس أواق قال قلت على أن لي ظهره الى المدينة قال «ولك ظهره الى المدينة» ورواه مسلم ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما اذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير، ولم يصح نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وانما نهى عن شرطين في بيع فمفهومه اباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وإن باعه امة واستثنى وطئها مدة معلومة لم يجز لان الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه لان المكاتبة مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك، واختار ابن عقيل أنه لا يباح وطؤها أيضاً وهو قول أكثر الفقهاء.

(فصل) وان باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا فان كان عالما بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه فان لم يعلم فله خيار الفسخ لانه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة، وان أتلف المشتري العين فعليه أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن المبيع، وان تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه أحمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل، قال القاضي معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لاجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لانه يضمن مافات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل، فاما ان تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن. قال الاثرم: قلت لابي عبدالله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لانه كان له حملان قال لا انما شرط هذا عليه بعينه ولانه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت، وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام أحمد واذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا

لان الحكم للاغلب، وكذا إن تساويا لان الاصل اعتبار الشرط في الجميع وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً ففيما عداه يبقى على الاصل

(مسئلة) (والحصاد واللقاط على المشتري)

(فصل) وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه أحمد لان حقه تعلق بها فأشبه ما لو استأجر عيناً فبذل له الآخر مثلها ولان البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها، فان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما ولا يخرج عنهما، وان أراد البائع اعارة العين أو اجارتها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لانها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز اجارتها الا لمثله في الانتفاع، فان أراد إجارتها أو اعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له اجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل

(فصل) اذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك لانه ههنا بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه، وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله، وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد وان تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي، ويحتمل أن لا يجوز لانه مشترط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والخمير أقل أو أكثر، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز ولانه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعا وهو ما لو باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض الى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح لانه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره إياها فقد شرط ان يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح. قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ومعناه أن يستأجر طحاناً ليطحن له كراء بقفيز منه فيصير كانه شرط عمله في القفيز عوضا عن عمله في باقي الكراء المطحون، ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(فصل) وان شرط في المبيع ان هو باعه فالبائع أحق به بالثمن فروى المروذي عنه أنه قال في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم «لا شرطان في بيع» يعني أنه فاسد لانه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه اياه بالثمن الاول فهما شرطان في بيع نهي عنهما، ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان أو ان لا يبيعه أصلا، وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود أنه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحمد الحديث فقال البيع جائز ولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد المرأة ولم يقل عمر في

وكذلك جواز الثمرة إذا اشتراها في شجرها لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع، ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة تسليم المبيع الى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التصرف فيها،

ذلك البيع فاسد لحمل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساده ،ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل ابن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها ، وقول احمد لا تقربها قد روي مثله فيمن اشترط في الامة ان لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها ولا يقربها والبيع جائز واحتج بحديث عمر لا تقربها ولاحد فيها مثنوية ، قال القاضي : وهذا على الكراهة لا على التحريم ، قال ابن عقيل : عندي انه انما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعا لم يجز وان استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها جاز)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدها) أنه اذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو آصعا أومداً أو أمداداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبدالله ومالك لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا الا أن تعلم رواه الترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وهذه ثنيا معلومة ولانه استثنى معلوما أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً ، ولنا أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا رواه البخاري ولان المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ويخالف الجزء فانه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها

(فصل) وان باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً واستثنى آصعاً وقال القاضي في شرحه يصح لان الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة، والصحيح ما ذكرناه وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط واليها أقرب ، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق ههنا فلا يصح والله أعلم .

(الفصل الثاني) أنه اذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز ولا نعلم في ذلك خلافا وذلك لان المستثنى معلوم ولا يؤدي الى جهالة المستثنى منه، وان استثنى شجرة غير معينة لم يجز لان الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين ، وروي عن ابن عمر أنه باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام الفيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معيناً بقدر طعام الفيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي ﷺ عن الثنيا الا أن تعلم ولان المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا فلا يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام الفيان .

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث او ربع أو أجزاء كسبعين

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(مسألة) (فان باعه مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح)

إذا باع الثمرة قبل صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط التبقية لم يصح اجماعا وقد ذكرناه

أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز، ولنا أنه لا يؤدي الى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو اشترى شجرة بعينها وذلك لان معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها وقوله إلا ربعها معناه بعتك ثلاثة أرباعها ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز وكان معناه بعتك ثلثيه، ومنع منه القاضي أبو يعلى قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح افراده بالبيع وهذا معلوم ويصح افراده بالبيع فصح استثناؤه كالشجرة المعينة وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه.

(فصل) فان قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفضي الى الجهالة، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم الا بقدر درهم صح لان قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال بعتك ثلاثة ارباع هذه الثمرة أربعة دراهم ولو قال الا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل فيكون مجهولا فيبطل.

(فصل) وان باع قطيعاً واستثنى منه شاة بعينها صح وان استثنى شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها أو يبيع ثمرة حائطه ويستثني ثمرة نخلات يعدها، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ونهى عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح كما لو قال الا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع، وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه مفرداً أو بيع ما عداه منفرداً عن المستثنى، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر وما عدا هذا فيبقى على الاصل.

(فصل) وان باع حيوانا مأكولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح نص عليه أحمد وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لان المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فجوز له شراء اللحم دونها، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لانه لا يجوز افراده بالعقد فلم يجز استثناؤه كالحمل، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرطا له سلبها، وروى أبو بكر في الشافي باسناده عن جابر عن الشعبي قال قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروى يعني أن يعطى رأساً مثل رأس، ولان المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لا يجوز افراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأبير لا يجوز افرادها بالبيع بشرط التبقية ويجوز استثناؤها، والحمل مجهول ولنا فيه منع فان امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط

وكذلك إذا باعها ولم يشترط تبقية ولا قطعاً، وبه قال مالك والشافعي وأجازه أبو حنيفة لان اطلاق العقد يقتضي القطع فحمل عليه كما لو اشترطه قالوا: ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدليل قوله في الحديث «أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد

ثنياها فقال اذهبوا الى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه حساب ثنياها من ثمنها

(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه احمد قال أبو بكر لا يختلفون عن أبي عبدالله أنه لا يجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا ان تعلم ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كفخذها، وان استثنى الحمل لم يصح استثناؤه لذلك، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي وقد نقل عن أحمد صحته، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى نافع عن ابن عمر أنه باع جارية واستثنى مافي بطنها ولانه يصح استثناؤه في العتق فصح في البيع قياسا عليه ولنا ما تقدم والصحيح من حديث ابن عمر أنه اعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان الثقاة الحفاظ حدثوا الحديث فقالوا أعتق جارية والاسناد واحد قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ولا يعتبر فيه شروط البيع

(فصل) وان باع جارية حاملا بحر فقال القاضي لا يصح، وهو مذهب الشافعي لانه لا يدخل في البيع فكأنه مستثنى والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناؤه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثناها باللفظ لم يجز ولو باع أرضا فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة لوقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باع داراً إلا ذراعا وهما يعلمان ذرعان الدار جاز وكان مستثنيا جزءاً مشاعا منها لانه جزء معلوم يصح افراده بالبيع فجاز استثناؤه كثلثها وربعها، وان لم يعلما لم يجز لانه مجهول لا يجوز افراده بالبيع ولانه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز من الصبرة وهكذا الحكم اذا باعه ضيعة الاجريبا فتى علما جربان الضيعة صح والا فلا

(فصل) واذا باع سمسما واستثنى الكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وكذا لو باعه قطنا واستثنى الحب لم يجز لجهالة ذلك ولان المستثنى غير معلوم، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز كذلك

(فصل) ولو باعه بدينار الا درهما أو الا قفيزاً من حنطة أو شعير لم يصح البيع لأنه قصد رفع قدر المستثنى من المستثنى منه وقدر ذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى الثمرة دون الاصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الانصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وبه قال الشافعي في القديم، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى

يتأول معنى هو مقصود في الحال حتى يتصور المنع

ولنا النهي المطلق عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلناه من ان

أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم «تألى فلان أن لا يفعل خيراً» متفق عليه ولو كان واجباً لأجبره عليه لان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولانه لا يضمنه اذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه باتلاف غيره.

ولنا ماروى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» رواه مسلم وأبو داود ولفظه «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً، على م يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها في القليل والكثير (قلنا) الحديث ثابت رواه الائمة منهم الامام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فان فعل الواجب خير فاذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً فأما الاجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير اقرار من البائع ولا حضور ولان التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

(الفصل الثاني) أن الجائحة كل آفة لاصنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع اليه، وأما ما كان بفعل آدمي فقال القاضي المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة

(الفصل الثالث) أن ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها الا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه. قال أحمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما الثلث ولكن اذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع. وفيه رواية أخرى أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى الثلث. قال الاثرم قال أحمد انهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسئلة ولان الثلث في حد الكثرة ومادونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية «الثلث والثلث كثير» فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به، ووجه الاول عموم الاحاديث

اطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي بشرط فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (احدها) ان يبيعها

فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ولان هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع ، وان كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت هذا فانه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب فان تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على الرواية الاخرى فانه يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة فان تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن،وإذا اختلفا في الجائحة أو قدرما تلف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة ولانه غارم والقول في الاصول قول الغارم

(فصل) فان بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت فقال القاضي عندي لا يوضع عنه لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فامكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لان تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل امكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسئلة قبلها

(فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع فلاشيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لان المعقود عليه منافع الارض ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الخرقي أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه سواء كان متعيناً كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبي سليمان أن كل مابيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وماليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ماليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري واستدل بحديث ابن عمر : ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى مافي السفينة صبرة ولم يسم كيلا فلا بأس أن يشركه فيها ويبيع ماشاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه ونحو هذا قال مالك فانه قال : ما بيع

منفردة لغير مالك الاصل فلا يصح وهذا الذي ذكرناه وبينا بطلانه (الثاني) ان يبيعها مع الاصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع » متفق عليه ولانه اذا باعها مع الاصل حصلت تبعا في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما

من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه ، وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع . رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقاً وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولان المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ، ونقل عن احمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه فان الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن قوله نهى عن ربح ما لم يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه، قال ابن عبدالبر الاصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه اباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، وروى ابن عمر قال : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤوه الى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» متفق عليهما ولمسلم عن ابن عمر قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه أن نبيعه حتى ننقله من مكانه وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ، ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك ووجه قول الخرقي أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزوناً أو معدوداً فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه اراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه وهذا أظهر دليلا وأحسن. إذا ثبت هذا فانه ان تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن ، وان تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وان أتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي لانه أتلفه من يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي ينفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لانه تلف يضمنه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه فان إتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء .

احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة وأساسات الحيطان (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولم يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمرة نخله فيبيعها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح وهو المشهور عن مالك وأحد الوجهين لأصحاب

(فصل) ولو تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضيه معيبا فكانه اشترى معيبا هو عالم بعيبه ولا يستحق شيئا من أجل العيب ، وان فسخ العقد لم يكن له اكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له اكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى ،وان تعيب بفعل المشتري أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك لأنه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره،وان كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب ، وقياس قول الشافعي أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ، وان كان بفعل اجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ، وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له، وكذلك إن كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه فان لم تكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصا بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعها أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه كمل قبل فسخ العقد ، ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

(مسألة) قال (وما عداه فلا يحتاج فيه الى قبض وإن تلف فهو من مال المشتري)

يعني ما عدا المكيل والموزون والمعدود فانه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه ، وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله لان ابن عباس قال : أرى كل شيء بمنزلة الطعام ولان التسليم واجب على البائع لانه في يده فاذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود . ولنا قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه ، وقول ابن عمر مضت السنة ان ما أركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع ولانه لا يتعلق به حق توفية فهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع لانه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون، قال أحمد لو اشترى من رجل عبداً بعينه فمات في يد البائع فهو من مال المشتري الا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضامن لقيمته حين عطب ، ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن

الشافعي لانه يجتمع الاصل والثمرة للمشتري أشبه ما لو اشتراهما معاً، ولانه إذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لاصولها فصح كبيعها مع أصلها (والثاني) لايصح وهوالوجه الثاني لاصحاب الشافعي لان العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما تناوله العقد

(فصل) وقبض كل شيء بحسبه فان كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض . وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاًله كالعقار . ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل » رواه البخاري، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا ، وإن بيع جزافا فقبضه نقله لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتروا طعاما جزافا أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه الى مكان سواه قبل أن نبيعه، وفي لفظ: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواهن مسلم، وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل، وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم . وإن كان المبيع دراهم أودنانير فقبضها باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وان كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه ، وان كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ، وقد ذكره الخرقي في باب الرهن فقال : إن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا ، وإن كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ، ولان القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالاحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقبيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة الذي يعد المعدودات ،وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري لانه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد

(فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى ما يحتاج الى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه)

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه وكل ما يحتاج إلى قبض اذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولانه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ولم أعلم بين أهل العلم خلافا إلا ما حكي عن البتي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت اليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين وروي مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي وإسحاق ، وعن

أصل يمنع الصحة كما لو كانت الاصول لاجنبي ولانها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعهما معاً فانه مستثنى بالخبر المذكور، ولان الغرر فيما يتناوله العقد أصل يمنع الصحة ولا يمنع إذا تناوله تبعاً فانه يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع كاللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما، وان باعه الثمرة بشرط

أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال « انههم عن بيع مالم يقبضوه وعن ربح مالم يضمنوه » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون

ولنا ما روى ابن عمر قال : كنا نبيع الابل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر انه كان على بكر صعب — يعني لعمر — فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه، واشترى من جابر جمله ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ، ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة فانه يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولانه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومه فان تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه ، وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق وأكثر ما فيه تخلف القبض ، واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) ومالا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه . قال القاضي : ولو ابتاع شيئا مما يحتاج الى قبض فلقيه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وان تراضيا لانه مبيع لم يقبض ، فان كان ممالا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه وان كان في سلم لم يجز أخذ البدل عنه لانه أيضا لا يجوز بيعه

(فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبدل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، ومالا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف لان المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا ينفسخ بهلاكه وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع

القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له

(فصل) وإذا باع الزرع الاخضر من غير شرط القطع مع الارض جاز كبيع الثمرة مع الاصل وان باعه لمالك الارض منفرداً ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة ، واختار أبو الخطاب الجواز

فيه قبل الدخول ،وأما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فانه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لانه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وان كان لانسان في يد غيره وديعة أو عارية أومضاربة أوجعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لانه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فجاز بيعها كالتي في يده ،وان كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده لانه مقبوض معه فأشبه بيع العارية ممن هي في يده وأما بيعه لغيره فان كان عاجزاً عن استنقاذه أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه له لانه معجوز عن تسلمه اليه فأشبه بيع الآبق والشارد وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لامكان قبضه فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبه مالو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه

(فصل) وان كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام سلما فقال زيد لعمرو اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين (إحداهما) يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله (والثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائباً له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الاول يصير ملكا لزيد وعلى الثاني يكون باقياً على ملك المسلم اليه ، ولو قال زيد لعمرو احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه لعمرو صح وان قال خذه بهذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح لانه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية وعنه لا يجزيء وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، وهذا داخل فيه ولانه قبضه بغير كيل أشبه مالو قبضه جزافا ،ولو قال زيد لعمرو احضرنا حتى اكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت وفعلا صح بغير اشكال ،وان اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين ، وان تركه زيد في المكيال ودفعه الى عمرو ليفرغه لنفسه صح، وكان ذلك قبضا صحيحاً لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولا معنى لابتداء الكيل ههنا اذ لا يحصل به زيادة علم، وقال أصحاب الشافعي:لا يصح لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان،وهذا يمكن القول بموجبه وقبض المشتري له في المكيال جري لصاعيه فيه ، ولو دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتر لك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لان دراهم زيد لا يكون عوضها لعمرو فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي على ما نبين ، وان قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وان قال اقبضه لنفسك ففعل جاز نص احمد على نظير ذلك ، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت اذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد فاذن له أن يقبض من نفسه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لانه لا يجوز أن يكون

وان باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له فهو كبيع الثمرة لمالك الاصل

(فصل) واذا اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم نبت فهو لصاحب الارض لان المشتري

قابضاً لنفسه من نفسه . ولنا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

(فصل) وان اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين كرها ان يبيع الرجل من شريكه شيئاً مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لانه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع احدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه إياه بذلك الكيل، وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع)

وجملته ان ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة. ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولانه تمليك لغير من هو في ذمته فأشبه البيع وفارق الاقالة فانها فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه

(فصل) وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان لانهما نوعان من انواع البيع، وانما اختصا باسماء كما اختص بيع المرابحة والمواضعة باسماء . فاذا اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال أشركتك صح وصار مشتركا بينهما ، وان قال ولني مااشتريته بالثمن فقال وليتك صح اذا كان الثمن معلوما لهما فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم ، ولو قال اشركني فيه أو قال الشركة فيه فقال اشركتك أو قال ولني مااشتريت ولم يذكر الثمن صح اذا كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال اقلني فقال اقلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به عبدالله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيتلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئا فقال له رجل اشركني فأشركه انصرف الى نصفه لانها باطلاقها تقتضي التسوية ، فان اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه فقال لهما رجل اشركاني فيه فقالا أشركناك احتمل أن يكون له النصف لان اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف فكذلك حال الاجتماع ، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجعله بينهم أثلاثاً وهذا أصح لان اشراك الواحد انما اقتضى

ترك الاصول على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يدعها ولذلك أبيح التقاطها ، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض نص أحمد على هاتين المسئلتين ، ومما يؤكد هذا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما

النصف لحصول التسوية به وان اشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل واحد منهما الربع ، وان قال اشركاني فيه فأشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذى اشركه وهوالربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث مافي يد كل واحدمنهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولي فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه على الوجهين ، ولو قال لأحدهما أشركني في نصف هذا العبد فاشركه فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه والا فله نصف حصة الذى أشركه ، وان اشترى عبدا فلقيه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك فله نصفه ، فان لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للاشراك رجع الى ماملكه المشارك وهو النصف فيكون بينهما، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة فاذا قال له اشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه (أحدها) ان يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه الى ذلك فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضي (الثاني) أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه (والثالث) أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له الا نصف العبد فينصرف إيجابه الى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه الا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيجيزه الآخر ويحتمل ان لا تصح الشركة أصلا لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة مالو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله لان البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بقسطه من الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكره القاضي ، والصحيح ان شاء الله تعالى انه تنصرف الشركة الى النصف كله فيكون تابعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين

(فصل) فاما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي

يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه

(مسئلة) (فان باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الجزة وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عرية ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع ، وعنه لا يبطل

اشتراه فيقول لغريمه اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك لانه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا في الفصل الذي قبل هذه المسئلة

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه لانه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب لحديث ابن عمر كنا نبيع الابعرة بالبقيع بالدراهم فنأخذ مكانها الدنانير . وهذا مذهب الشافعي ، وروي أنه لا يصح كما لا يصح في السلم والاول أولى، فان اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين فان أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الحنطة شعيراً جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وان أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل ان لايجوز لان المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وإذا قال رجل لغريمه بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل فالشرط باطل لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يبطل البيع؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله على الروايتين ، وان قال اقضني حقي على أن أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه قبضه حقه، وإن قال اقضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله .

﴿مسئلة﴾ قال (وليس كذلك الاقالة لانها فسخ وعن أبي عبد الله الاقالة بيع)

اختلفت الرواية في الاقالة فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي (والثانية) أنها بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه فلما كان الاول بيعاً كذلك الثاني ،ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعا كالاول وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه،ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الدفع والازالة يقال أقالك الله عثرتك أي أزالها قال النبي صلى الله عليه وسلم «من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة» قال ابن المنذر وفي اجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع اجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الاقالة ليست بيعا ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالاسقاط ولانها تتقدر بالثمن الاول ، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به ، ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة بان ماكان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق

ويشتركان في الزيادة وعنه يتصدقان بها)

اختلفت الرواية فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل اختارها الخرقي ، وقال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشتري

(فصل) فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر: لا بدفيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ، ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أواختلاف المتبايعين، وفارق العدة فانها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا . فان قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة ان كانت فسخا لانها رفع للعقد وازالة له ، وليست بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث ، ولو كانت بيعاً استحقت بها الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية، وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الاول وأقل منه اذا قلنا إنها بيع كسائر البياعات فان قلنا لا تجوز إلا بمثل الثمن الاول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري وبهذا قال الشافعي،وحكي عن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ،ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج العقد عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ لانه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه ، وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً لانه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفي مسئلتنا لا تجوز الاقالة الا برضاهما وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الاقالة لعدم رضاه بها .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها)

هذه المسئلة تدل على حكمين (أحدهما) اباحة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وقد نص عليه أحمد ودل عليه قول ابن عمر : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه متفق عليه ، ولانه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ولان الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره لا يشق ولم تختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أوجزءاً منها معلوماً جاز لان ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، ولان جملتها معلومة

الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لان أكثر مافيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبه مالو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فرس أو توانا حتى صار شعيراً فان أراد به حيلة فسد البيع وانتقض

بالمشاهدة فكذلك جزؤها : قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الاجزاء فان كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعا فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فاشبه المثمنات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ماقاله ، وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ولم يعدهم وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها (الحكم الثاني) أنه إذا اشترى الصبرة جزافاً لم يجز له بيعها حتى ينقلها نص عليه أحمد في رواية الاثرم وعنه رواية أخرى له بيعها قبل نقلها . اختارها القاضي وهو مذهب مالك لانه مبيع متعين لا يحتاج إلى حق توفية فأشبه الثوب الحاضر.

ولنا قول ابن عمر ان كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه . وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الاخبار ، وروى الاثرم باسناده عن عبيد بن حنين قال : قدم زيت من الشام فاشتريت منه أعرة وفرغت من شرائها فقام الي رجل فأربحني فيها ربحا فبسطت يدي لأبايعه فاذا رجل يأخذني من خلفي فنظرت فاذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك فان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك فاذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء في الخبر ولان القبض لو لم يعين في الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا في الاحياء والاحراز ، والعادة في قبض الصبرة النقل

(فصل) ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللا فقال « ياصاحب الطعام ما هذا ؟ » قال أصابته السماء يارسول الله قال « أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ » ثم قال « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، فاذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لانه عيب ، وان بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له ، وان علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به وان لم يكن علم فله الفسخ كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع ، وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً ويحتمل أنه لا خيار له لان الظاهر انه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا في مواضع وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طاوس. قال مالك : لم يزل اهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد أن هذا مكروه غير

وجعل بعض أصحابنا هذا رواية ثالثة فيمن قصد التبقية وإلا لم يفسد ، قال شيخنا: والظاهر أن هذا يرجع إلى مانقله أحمد بن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد على صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة لم يصح بحال ، وقد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة ، ووجه الرواية الاولى

محرم فان بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأله عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله وقلت له إن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان أحب أن يرده رده قال هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجبني اذا عرف كيله الا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء ، ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه اذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى ؟ ووجه الاول ماروى الاوزاعي أن النبي ﷺ قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله ، والنهي يقتضي التحريم وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ، ولان الظاهر أن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشتري والغش له ولذلك أثر في عدم لزوم العقد، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا » فصار كالودلس العيب فان باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام احمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم، وهو قول مالك والشافعي لان المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ما روي من النهي فيه وانما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولان استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغرير ، وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وان لم يعلم أن البائع كان عالما بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ؟ وذهب قوم من أصحابنا الى أن البيع فاسد لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد

(فصل) وان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله تم البيع والقبض وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا فان كان المبيع باقيا كاله عليه فان كان قدر حقه الذى أخبره به فقد استوفاه ، وإن كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصاً أخذ النقص وان كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه سواء كان النقص قليلا أو كثيراً لان الاصل عدم القبض وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لان للبائع فيه علقة فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف فى ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لايجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، وان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا فاما ان أعلمه بكيله ثم باعه اياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ فقال « اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان فى هذه الغرارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد إذا أخبره البائع ان في كل قارورة منا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالاجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم ، ولان التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترك القبض فيه ، ولان

إذا فتح فسد قال فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي؟

(فصل) ولو كال طعاما وآخر ينظر اليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان؟ على روايتين نص عليهما (إحداهما) لا يحتاج الى كيل لانه شاهد كيله فأشبه مالو كيل له (والثانية) يحتاج الى كيل لانه بيع فاحتاج الى كيل للاخبار والقياس على البيع الاول ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا في التي قبلها ، ولو اشترى اثنان طعاما فاكتالاه ثم ابتاع أحدهما حصة شريكه قبل تفرقهما فقال أحمد في رواية حرب : اذا اشتريا غلة أو نحوها وحضراها جميعا وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه بعني نصيبك وأربحك فهو جائز وان لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبي موسى وفيه رواية أخرى لابد من كيله ووجهها ما تقدم ، قال القاضي ومعنى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره الى قول القابض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل فالقول قوله مع يمينه ، وان كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله لأنا نتحقق كذبه بخلاف مسائل الفصل الذي قبله لانه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضي ، وفائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه الا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله وان باعه للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يفتقر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكتل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار قال لا يجوز ، وقال في رجل ابتاع اعكاما كيلا وقال للبائع كل لي عكما منها واحداً واحداً مابقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها ، وقال الثوري : كان أصحابنا يكرهون هذا ، وذلك لان مافي العكوم يختلف فيكون في بعضها أكثر من بعض فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض والجوز يختلف عدده فيكون في أحد المكتلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزن بالكيل

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى صبرة على ان كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز)

وجملة ذلك أنه إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كبيع المتاع برقمه . ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها فيعلم مبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ، ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر مايقابل كل جزء من المبيع فصح كالاصل المذكور ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر

(فصل) ولو قال بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال عشرة أقفزة وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكي عن داود أنه لا يصح لانه غير مشاهد ولا موصوف ، ولنا أن المبيع مقدر معلوم من

صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع ، وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع

جملة يصح بيعها أشبه اذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح فانه اذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لانه بعضها

(فصل) وإن قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا ، ويحتمل أن يصح البيع كما يصح في الاجارة كل دلو بتمرة وكل شهر بدرهم ، وان قال بعتك هذه الصبرة الاخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أزيده أم ينقصه ، ولو قال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول ولو قال أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك هذه وقفيزا من هذه الاخرى بعشرة دراهم وان قال على أن أنقصك قفيزا لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً وشيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان، ولو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها ، وان كانت الصبرة معلوما قدر قفزانها لهما أو قال هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم ، وان لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وان أراد اني لا أحسب عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن ، ولو قال على أن أنقصك قفيزا صح لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يجيز الشرط الواحد، ولا يصح هذا لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي يفضي الى جهالة

(فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر وان قال بعتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح اذا كان مشاهدا أو قال بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح أيضا فان قال بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة ، وان قال بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لانه مجهول، وان باعه شاة من القطيع لم يصح لان شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضي ذلك الى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فانه يصح لان أجزاءها متساوية، وان باعه ذراعا من الدار أو عشرة أذرع منها يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح كذلك، وان أرادا مشاعا منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا أن عشرة من مائة عشرها ولو قال بعتك عشرها صح فكذلك اذا قال بعتك عشرة من مائة وما ذكروه غير مسلم بل هو عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه الى جملة كان

تبعاً للاصل كسائر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة وان قلنا لا يبطل العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكها فان الثمرة ملك المشتري والاصل ملك البائع وهو سبب الزيادة وقال القاضي

ذلك جزأ منها وان اتفقا على أنهما أرادا قدرا منها غير مشاع لم يصح البيع ،وان كانا لايعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة ، وان قال بعتك من الدار من ههنا الى ههنا جاز لانه معلوم وان قال عشرة أذرع ابتداؤها من ههنا الى ههنا الى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الذرع يختلف والموضع الذي ينتهي اليه لا يعلم حال العقد،ولوقال بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال نصيبا منها أو سهما لم يصح لانه مجهول وان علما ذلك صح ، وان قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدري الى أين ينتهي فيكون مجهولا .

(فصل) ولو باعه عبداً من عبدين أو أكثر لم يصح ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه وان كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر ، ولنا أن ما تختلف اجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا كالاربعة وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ثم ما قالوه يبطل بالاربعة .

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه اذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع الى هذا الموضع صح فان كان مما لا ينقصه القطع قطعاه وان كان مما ينقصه القطع وشرط البائع أن يقطعه له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض ،وقال القاضي لا يصح لانه لا يقدر على التسليم إلا بضرر فأشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان،ولنا أن التسليم ممكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضيه البائع كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعا وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكنه تسليمه مفردا الا باتلافه واخراجه عن المالية

(فصل) اذا قال بعتك هذه الارض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ففيه روايتان (احداهما)البيع باطل لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وانما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا (والثانية) البيع صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة، فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيراً وان أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد فان رضي بالاخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين (أحدهما) له الفسخ لان عليه ضررا في المشاركة (والثاني) لا خيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واخباره بخلاف غيره فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وان تراضيا على ذلك

الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن، وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب والاول أظهر لما ذكرنا فان الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان له فيها حق بخلاف سمن العبد فانه لايتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب ، فانه لا يستحب

جاز ، فان بان تسعة ففيه روايتان (إحداها) يبطل البيع لما تقدم (والثانية) البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والامساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له امساكه الا بكل الثمن أو الفسخ بناء على قولهم إن المعيب ليس لمشتريه الا الفسخ أو امساكه بكل الثمن

ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له امساكه بقسطه من الثمن كالصبرة اذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين أن المعيب له امساكه واخذ ارشه فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه انما رضي ببيعها بهذا الثمن كله واذا لم يصل اليه كان له الفسخ فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لا ضرر في الزيادة وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها الا بالكيل فاذا كالها فوجدها قدر حقه أخذها وان كانت زائدة رد الزيادة وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين

(أحدها) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

(فصل) إذا باع الادهان في ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز لان أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرطالا معلومة يعلم انفيها أكثر منها أو باعه جزءاً مشاعا أوأجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن فان لم يعلما ذلك جاز أيضا لانه قد رضي ان يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدها سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم ، وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر ، والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك فكذلك إذا جمعهما كالارض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه إذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما لذلك

(فصل) وإن وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق : ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، والزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجده ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب

للبائع أن يأخذ من المشتري مالا يستحقه ، بل ذلك حرام عليه فكيف يستحب وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة ، قال الثوري إذا اشترى فصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ، ولان الامر اشتبه في هذه الزيادة فكان

سمنا . ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمنا جاز والله أعلم

﴿ باب المصراة وغير ذلك ﴾

التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة

رأيت غلاما قد صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

وماء صري وصر إذا طال استنقاعه قال البخاري أصل التصرية حبس الماء يقال صريت الماء ويقال للمصراة المحفلة وهو من الجمع أيضا ، ومنه سميت مجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا تصروا» وقوله «من غشنا فليس منا» وروى ابن ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» رواه ابن عبد البر ولا يحل خلابة لمسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترى مصراة وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعا من تمر)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن من اشترى مصراة من بهيمة الانعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه لا خيار له لان ذلك ليس بعيب بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فانه بخير النظرين بعد أن يحتلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها رد معها مثل أومثلي لبنها قمحا» رواه أبو داود ، ولان هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها، وقياسهم يبطل بتسويد الشعر فان بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من الاكل والشرب فلا معنى لحمله على الحمل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى. إذا تقرر هذا فانما يثبت الخيار بشرط أن

الاولى الصدقة بها ، قال شيخنا : ويشبه أن يكون هذا استحباباً لان الصدقات بالشبهات مستحبة فان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هي ما بين قيمتها يوم الشراء وقيمتها يوم أخذها، قال القاضي: ويحتمل أنه ما بين قيمتها قبيل بدو صلاحها وقيمتها بعده لان الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري

لايكون المشتري عالماً بالتصرية فان كان عالماً لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولان انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضى كما لو تزوجت عنينا ثم طلبت الفسخ ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ولانه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لواشترى معيبا يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ،ولواشترى مصراة فصار لبنها عادةواستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ، ولان التدليس كان موجودا حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن ، ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد فامتنع الرد ، ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ، ولان الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر

(الفصل الثاني) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ،وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر كما في الحديث الصحيح الذي أوردناه ، وهذا قول الليث واسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد لان في بعض الحديث « ورد معها صاعا من طعام » وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيصه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح لانه غالب قوت بلد آخر ،وقال أبويوسف: يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة

ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وهو المعتمد عليه في هذه المسئلة وقدنص فيه على التمرفقال «ان شاء ردها وصاعا من تمر» وفي لفظ للبخاري «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ لمسلم رواه ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «ورد صاعا من تمر لاسمراء» وفي لفظ له «طعاماً لاسمراء» يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام ههنا التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة والمطلق فيما هذاسبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الاحاديث الصحاح فلا يعول عليه، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يلتفت اليه ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع اختلاف لبنها (والثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين ايجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع إيجابها فلا يجوز أن يعدل عنها

بنمائها لا حق للبائع فيها ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الاخضر إذا أدجن لأنه في معنى الثمرة وهـذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فان قصـد ذلك فالبيع

وإذ قد ثبت هذا فانه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ولا يجب أن يكون من الاجود بل يجوز أن يكون من أدنى مايقع عليه اسم الجيد ،ولافرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر نص عليه أحمد وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشرع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده ،وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد لانه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) وان علم بالتصرية قبل حلبها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لان التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله ﷺ « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها لبنا ههنا فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك قال ابن عبد البر هذا مالا خلاف فيه، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضا شيء لان المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فان أبى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك اذا كان بحاله لم يتغير، وقيل لايلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له ، ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل كسائر المبدلات مع ابدالها والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « ففي حلبتها صاع من تمر »ولما ذكرنا من المعنى ، وقولهم ان الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحيوان،وان كان اللبن قد تغير ففيه وجهان(أحدهما)لا يلزمه قبوله وهذا قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحموضة أشبه مالو أتلفه (والثاني) يلزمه قبوله لان النقص حصل باستعلام المبيع وبتغرير البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) وإذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجدبها عيباً آخر ردها به لان رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما اشترى أعرج فرضي بعيبه ثم أصاب به برصاً وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه قد جعل عوضاً له فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ثم ان لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لان ما حدث من اللبن بعد العقد حدث على ملك المشتري ،وان كان فيه لبن حال العقد الا أنه شيء لايخلو الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لان مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة فهو تابع لما حدث ، وان كان كثيراً وكان قائما بحاله فهل له رده ؟ يبنى على رد لبن التصرية وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده كان بقاؤه كتلافه ، وهل له أن يرد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلف منه جزء أو تعيب ، والاشهر في المذهب أنه يرده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لانه من ذوات الامثال ، والاصل ضمان ماكان من المثليات بمثله الا أنه خولف في لبن التصرية بالنص ففيما عداه يبقى على الاصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

باطل من أصله لانه حيلة محرمة ، وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم للقصد والبيع صحيح وقد ذكرنا ذلك في تحريم الحيل

(فصل) فان حدثت ثمرة أخرى أو باع شجراً فيه ثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، فان تميزت

﴿ الفصل الثالث في الخيار ﴾ اختلف أصحابنا في مدته فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها ولا امساكها بعدها فان أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد ، قال وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى أن النبي ﷺ قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم قالوا فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيها لانها في اليوم الاول لبنها لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك في الثالث ، فاذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب عندي متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به اذا تبينه كسائر التدليس ، وهذا قول بعض المدنيين فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة لان الظاهر أنه لا يحصل العلم الا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهرا فان حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي وحكاه عن الشافعي نصاً لظاهر حديث رسول الله ﷺ فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها وانما يثبت عقبها ، وقول أبي الخطاب يسوي بين الايام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب لان الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس

﴿مسألة﴾ قال (وسواء كان المشترى ناقة أو بقرة أو شاة)

جمهور أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة وشذ داود فقال لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لان الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ما عداهما بخلافهما ولان الحكم ثبت فيهما بالنص والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفي حديث ابن عمر « من ابتاع محفلة » ولم يفصل ، ولانه تصرية بلبن من بهيمة الانعام أشبه الابل والغنم ، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لان لبنها أغزر وأكثر نفعاً ، وقولهم إن الاحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد مع كل مصراة صاعا ، وبهذا قال الشافعي وبعض أصحاب مالك وقال بعضهم في الجميع صاع واحد لان رسول الله ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولنا عموم قوله «من اشترى مصراة -و- من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحدة ولان ما جعل عوضاً عن الشيء في صفقتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب ، وأما الحديث فان الضمير يعود الى الواحدة

(فصل) فان اشترى مصراة من غير بهيمة الانعام كالامة والاتان والفرس ففيه وجهان (أحدهما)

فلكل واحد ثمرته ، وان اختلطتا ولم تتميز واحدة منهما فهما شريكان فيهما كل بقدر ثمرته ، فان لم يعلم قدرهما اصطلحا عليهما ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب لان المبيع لم يتعذر تسليمه، وأما اختلاط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف

يثبت له الخيار اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله « من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة » ولانه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئرا ويحسن ثديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصودا لما ثبت باشتراطه ولا ملك الفسخ بعدمه ولان الاتان والفرس يرادان لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لان لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الانعام والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لان قصد لبن بهيمة الانعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص بدليل انه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاما وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر ، وعلى الوجه الاول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئاً لان هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه .

(فصل) وكل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار لانه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فاثبت الخيار كالتصرية، وبهذا قال الشافعي ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به الخيار لانه تدليس بما ليس بعيب أشبه مالو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً

ولنا أنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبه تسويد الشعر وأما تسويد الانامل فليس بمختص بكونه كاتباً لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاما لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسخاً ، فان حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه فقال القاضي : له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فاشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بخجل أو تعب لأنه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعا فاشبه سواد أنامل العبد .

(فصل) فان علف الشاة فملأ خواصرها وظن المشتري أنها حامل أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوهم أنه كاتب أو حداد أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لان هذا لا يتعين للجهة التي ظنها فان امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما وسواد أنامل العبد قد يكون لولعه بالدواة أو لكونه شارعا في الكتابة أو غلاما لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً

(فصل) وإذا أراد امساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش لان النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة ارشاً وإنما خيره في شيئين قال « ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » ولان المدلس ليس بعيب فلم يستحق من أجله عوضاً وان تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن لانه تعذر عليه

قدر كل واحد منها ، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فان العقد يبطل في أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب نهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم ، وفيه

الرد فيما لا أرش له فأشبه غير المدلس وان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء أمسك ولا شيء له وان علم التدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وان أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد المعيب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترى أمة ثيبا فأصابها أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيرا بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملا لأن الخراج بالضمان والوطء كالخدمة وبين أن يأخذ مابين الصحة والعيب)

في هذه المسئلة فصول خمسة: (أحدها) أن من علم بسلعته عيبا لم يجز بيعها حتى يبينه للمشتري فان لم يبينه فهو آثم عاص نص عليه أحمد لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «البيعان بالخيار مالم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محق بركة بيعهما» متفق عليه وقال عليه السلام «المسلم أخو المسلم لايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له» وقال «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه» رواهما ابن ماجه وروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غشنا فليس منا» وقال هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم كرهوا الغش وقالوا هو حرام، فان باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي بكر عبدالعزيز أن البيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التصرية وصحح البيع، وقد روي عن أبي بكر أنه قيل له ماتقول في المصراة؟ فلم يذكر جوابا

(الفصل الثاني) أنه متى علم بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم لانعلم بين أهل العلم في هذا خلافا واثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ماروي عن النبي ﷺ أنه اشترى مملوكا فكتب «هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لاداء به ولا غائلة بيع المسلم المسلم» فثبت ان بيع المسلم اقتضى السلامة ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر فعند الاطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد واخذ الثمن كاملا

(فصل) خيار الرد بالعيب على التراخي فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه مايدل على الرضا ذكره أبو الخطاب، وذكر القاضي شيئاً يدل على ان فيه روايتين (إحداهما) هو على التراخي (والثانية) هو على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى علم العيب فأخر رده مع امكانه بطل خياره

رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو الخطاب كالمسئلة التي قبلها، والصحيح الاولى وقد ذكرنا الفرق بينهما، وقال القاضي: ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك، فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع، وان

لانه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه، ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به

(الفصل الثالث) أنه لا يخلو المبيع من ان يكون بحاله فانه يرده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير فانه يردها بنمائها لانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب وهو معنى قوله أو استغلها يعني أخذ غلتها وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة والاجرة والكسب، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده فقال يارسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » ورواه أبو داود والشافعي ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الاسناد وقال فيه « الغلة بالضمان » وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم (النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الاصل دونها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ان كان النماء ثمرة لم يردها وان كان ولداً رده معها لان الرد حكم فسرى الى ولدها كالكتابة ، وقال أبو حنيفة النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد. ولنا أنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك ، وقولهم ان النماء موجب العقد غير صحيح انما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فانه لا يسري الى الولد بوجوده في الام وان كان قد نقص فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى

(الفصل الرابع) إن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء ، وروي ذلك عن زيد بن ثابت وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء يجري مجرى الجناية لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها أرش . واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها وقال الشعبي حكومة وقال ابن المسيب عشرة دنانير وقال ابن أبي ليلى مهر مثلها وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره

امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لان الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع وهذا مذهب الشافعي ، وقال ابن عقيل :

ابن أبي موسى رواية عن احمد لانه إذا فسخ صار واطئا في ملك الغير لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم يكون واطئا في ملك الغير ليس بصحيح لان الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث وان كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لافرق بين هذا وبين وطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

(الفصل الخامس) أنه اذا اختار المشتري امساك المعيب وأخذ الارش فله ذلك وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الامساك أو الرد وليس له أرش الا أن يتعذر رد المبيع لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فاما المصراة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ولذلك لا يستحق أرشاً اذا امتنع الرد عليه . اذا ثبت هذا فمعنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته الى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومعيبا بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ماقابله من الثمن أيضا ولاننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما اذا اشترى شيئا بنصف قيمته فوجد به عيبا ينقصه نصف قيمته مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيبا ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا معنى قول الخرقي أو يأخذ ما بين الصحة والعيب وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد هذا أحسن ما سمعت

﴿مسألة﴾ قال (وان كانت بكراً فأراد ردها كان عليه مانقصها)

لعل هذا قول لبعض أصحابنا فاني لم أجده معزيا الى أحمد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحمد ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى على ما ذكرناه

يعني الامة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص وعن أحمد في جواز ردها روايتان احداهما لا يردها ويأخذ أرش العيب وبه قال ابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن احمد، والرواية الثانية يردها ويرد معها شيئا وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فاذا كانت قيمتها بكراً عشرة وثيبا ثمانية رد دينارين لانه بفسخ العقد يصير مضمونا عليه بقيمته بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها ، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه أولى ان شاء الله تعالى ، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها فلم يملك ردها كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته . ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكل مبيع كان معيبا ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالاول فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان (احداهما) ليس له الرد وله أرش العيب القديم وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد ثبت لازالة الضرر وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء أمسكه وله الارش وبهذا قال مالك واسحاق وقال النخعي وحماد ابن أبي سليمان يرده ونقصان العيب ، وقال الحكم يرده لم يذكر معه شيئا

ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في الثوب اذا كان به عوار برده وان كان قد لبسه، ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه وبين أخذ أرش العيب القديم كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع ولان العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص ، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله ، اذا ثبت هذا فانه يرد أرش العيب الحادث عنده لان المبيع بجملته مضمون عليه فكذلك أجزاؤه ، وان زال العيب الحادث عند المشتري رده ولا أرش معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيبا فالحمل عيب في الآدميات دون غيرهن لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري وان نقصتها الولادة فذلك عيب أيضا وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لانه زال العيب ، وان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لان ذلك تفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له الفسخ فيها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ولانه موضع حاجة فأشبه مالو ولدت حراً

(فصل) فان اشترى عرية فتركها حتى أثمرت بطل البيع وهذا قول الخرقي ، وعن أحمد أنه لا يبطل وهو قول الشافعي لان كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العرية ، وكما لو قطعها وتركها عنده حتى أثمرت

فانه يجوز بيعها دون ولدها. ولنا عموم قول النبي ﷺ «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولانه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها، وقولهم ان الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة بأخذ الارش أما إذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال، ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمي فحدث به حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله امساك الولد ورد الام لان التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده، ولو اشتراها حاملا فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل بالمبيع فأشبه ما لو سمنت الشاة فان تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ان اختار رد الام، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد وحمله القاضي على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده ان كان باقيا ولا قيمته ان كان تالفا والاول هو الصحيح وعليه العمل ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيبا فذلك عيب حادث عند المشتري حكمه حكم غيره من العيوب وعن أحمد يرده ولا يرد معه شيئاً وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ويمكن عوده بالتذكر قال: وعلى هذا لو كان سمينا فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسمن والبصر والحمل ولعل ما روي عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب

(فصل) وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فان كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم وان كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ولا يثبت به خيار وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص فان ظهر الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام وانه اجماع أهل المدينة ولان الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر. ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثا فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو مابعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال الامام أحمد: ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر لا يثبت في العهدة حديث صحيح والحسن لم يلق عقبة واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يأكلها رطبا» ولان شراءها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها وتركها لعذر أو لغير عذر للخبر، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت أو شمسها حتى صارت تمراً

﴿مسئلة﴾ قال (الا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا وكذلك سائر المبيع)

معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة نخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به وسواء في هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه فاذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا أرش عليه سواء كان الحادث بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل ان يجني عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه سواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجميعه. قال أحمد في رجل اشترى عبداً فابق من يده وأقام البينة ان اباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذه منه لانه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان وهذا يحكى عن الحكم ومالك لانه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمة وظاهر حديث المصراة يدل على أن ماحدث في يد المشتري مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه فان التصرية تدليس ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية وقال «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» وقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصا ولا إجماعا والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلا ، ولا يشبه هذا التغرير بحرية الامة في النكاح لانه يرجع على من غره وان لم يكن سيد الامة وههنا لوكان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء

(فصل) في معرفة العيوب وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً ، والمرجع في ذلك الى العادة في عرف أهل هذا الشان وهم التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعور والعرج والعفل والقرن والعتق والرتق والقرع والصمم والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في الامة والبخر فيهما، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافا. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج أنه عيب وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً، والجناية الموجبة للقود لان الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة جميعا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس ذلك بعيب في العبد لانه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة

ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده

جاز لانه قد أخذها ، فان أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أثمر فهل يبطل البيع فيما أثمر ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية ، وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجزاز)

على عائلته وحريمه والبخر يؤذي سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره ، وأما السرقة والاباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب فيه حتى يحتلم لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود ببلوغه فكذلك هذا، ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه والسرقة والاباق لخبث في طبعه وحد ذلك بالعشر لامر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها فاما من دون ذلك فتكون هـذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته وكذلك ان كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من النبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فافضى الى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله، وعدم الختان ليس بعيب في الصغير لانه لم يفت وقته ولا في الامة الكبيرة وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم فأشبهت العبد ، ولنا أنه ليس بواجب في حقها والالم فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير فأما العبد الكبير فان كان مجلوبا من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لا يختتنون فصار ذلك معلوما عند المشتري فهو كدينهم وان كان مسلما مولداً فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة .

(فصل) والثيوبة ليست عيباً لان الغالب على الجواري الثيوبة فالاطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خللا في المالية ولا نقصاً وانما التحريم مختص به وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريبا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفا وكذلك عدة البائن وأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعه لها

ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب وحكي عن مالك في الجارية المغنية أن ذلك عيب فيها لأن الغناء محرم ، ولنا أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فلم يكن عيبا كالصناعة ولا نسلم ان الغناء محرم وان سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به، ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالاخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب لانه نقص بدليل قول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم)

ولنا أن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيبا كما أن المتقي خير من غيره قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيبا ، وكونه ولد زنا ليس بعيب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراش بخلاف العبد ، ولنا أن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفي النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيبا كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض ليس بعيب

إذا بدا صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية وهو قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لايجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً قال: إذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط للانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو اشترط تبقية الطعام في كندوجه

وقال الشافعي هو عيب اذا كان الكبر لان من لا تحيض لا تحمل ، ولنا ان الاطلاق لا يقتضى الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها مثل أن يشترط مسلما فيبين كافراً أو يشترط الامة بكراً أو جعدة أو طباخة أو ذات صنعة أو لبن أو انها تحيض أو يشترط في الدابة أنها هملاجة أو في الفهد أنه صيود وما أشبه هذا فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ولا شيء له لا نعلم بينهم في هذا خلافا لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار بالشرط مستحقاً

فاما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة أو ثيباً فبانت بكراً فله الخيار لان فيه قصداً صحيحا وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو ليبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقيل لا خيار له لان هذين زيادة ، وهو قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر وليس هذا يبعيد فانه ممكن والاشتراط يدل عليه فيصير بالدليل قريباً، وان شرط الشاة لبوناً صح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الامة والهملاجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة تسقط فيما كان بيعاً وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه وإن لم يجز بيعهما مفردين وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدراً معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وان شرطها غزيرة اللبن صح لانه يمكن الوفاء به وان شرطها حاملا صح، وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يصح لان الحمل لا حكم له ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ريح.

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكما ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من الاقتصاص منها واقامة الحد عليها من أجل حملها وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لاعنها في حال حملها فانتفى عنه ولدها، وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لانه لا يمكن الوفاء به، وان شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لانه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعها

ولنا أن نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها يدل بمفهومه على إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم بيعها بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن لبدو الصلاح غاية ولا يكون في ذكره فائدة، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة

بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلا فبانت حاملا فان كان ذلك في الامة فهو عيب يثبت الفسخ به وان كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ويحتمل أن يستحق لانه قد يريدها لسفر أو لحمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقد قيل لا يصح لانه لاعلم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم، والاولى أنه يصح لانه يعرف بالعادة فأشبه اشتراط الشاة لبونا ، وان اشترط الهزار أو القمري مصوتاً فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان صياح الطير يجوز أن يوجد ويجوز ان لا يوجد والاولى جوازه لان فيه مقصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها فقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعذيباً للحيوان والقصد منه غير صحيح وقال أبو الخطاب يصح لان هذه عادة مستمرة وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد في الفهد والهملجة في الدابة ، وان شرط في الجارية أنها مغنية لم يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا ، وان شرط في الكبش كونه نطاحاً وفي الديك كونه مقاتلا لم يصح الشرط لانه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية،وان شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكن الوفاء به وان شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا

(فصل) ولا يفتقر الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول الا برضاه ، ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلا يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

﴿مسئلة﴾ قال (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (منها) أنه إذا اشترى معيبا فباعه سقط رده لانه قد زال ملكه عنه فان عاد اليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا فان كان باعه عالما بالعيب أو وجد منه مايدل على رضاه به فليس له رده لان تصرفه رضا بالعيب وان لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس له رده الا ان يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبه مالو علم بعيبه ، ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى سواه وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب

حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة ، وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه،واذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع، ولان النقل والتحويل يجب في الممتنع بحكم العرف، فاذا شرطه جاز كما لو اشترط نقل الطعام من ملك البائع حسب

الاول أو باقالة أوهبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي إن رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لانه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل بفسخه ،ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب،فعلى هذا إذا اذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد علي البائع الثاني ثم لثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فانه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(الفصل الثاني) انه اذا باع المعيب ثم أراد أخذ ارشه فظاهر كلام الخرقي أنه لا ارش له سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبه ما لو أتلف المبيع ولانه قد استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب ، وقال القاضي ان باعه مع علمه بالعيب فلا ارش له لرضاه به معيباً، وإن باعه غير عالم بالعيب فله الارش نص عليه أحمد لان البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه وقياس المذهب أن له الارش بكل حال سواء باعه عالما بعيبه أو جاهلا به لانا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه وأخذ الارش فبيعه والتصرف فيه بمنزلة امساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع المعيب بالارش روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به وعلى قول من قال لا يستحق الارش فاذا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ أرشه منه فللاول أخذ أرشه ، وهوقول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لانه لم يستدرك ظلامته وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم

(الفصل الثالث) اذا باع المشتري بعض المعيب ثم ظهر على عيب فله الارش لما بقي في يده من المبيع وفي الارش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع ، وان أراد رد الباقي بحصته من الثمن فالذي ذكره الخرقي ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحمد،والصحيح أنه ان كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصها التفريق كمصراعي باب وزوجي خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الكمال كاباحة الوطء والاستخدام وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ، وقد ذكر اصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصها التفريق انه لا يجوز رد إحداهما دون الأخرى لما فيه من الضرر، وفيما لو اشترى معيبا فتعيب عنده انه لا يملك رده إلا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فلا يجوز ان يرده في مسئلتنا معيباً بعيب الشركة او نقص القيمة بغير شيء إلا ان يكون الخرقي اراد ما إذا دلس البائع

العادة وفي هذا انفصال عما ذكروه، وكذلك اذا اشتد الحب يجوز بيعه كذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية للمنع من بيعه فيدل على الجواز بعده ، وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد، ولانه اذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة اذا بدا صلاحها

العيب فان ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب على ماذكرنا فيما مضى، وإن كان المبيع عينين لا ينقصها التفريق فباع إحداهما ثم وجد بالاخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين فهل له رد الباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة، وقال القاضي المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عينا واحدة او عينين والتفصيل الذي ذكرنا اولى

(فصل) وان اشترى عينين فوجد باحداهما عيبا وكانا مما لا ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له الا ردهما جميعا أو امساكهما وأخذ الارش وان لم يكونا كذلك ففيها روايتان (احداهما) ليس له الا ردهما أو أخذ الارش مع امساكهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لان الرد يبعض الصفقة من المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كانا مما ينقصه التفريق (والثانية) له رد المعيب وامساك الصحيح وهذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض لانه رد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع وفارق ما ينقص بالتفريق فان فيه ضررا ، وان تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيبا فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وإن اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لانه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولانه بمنزلة الغارم لان قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب ، فأما ان كان المبيعان باقيين معيبين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد رد أحدهما دون الآخر فقال القاضي ليس له ذلك ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما والقياس أنها كالتي قبلها اذ لو كان امساك أحدهما مانعا من الرد فيما إذا كانا معيبين لمنع منه إذا كان صحيحا

(فصل) اذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيبا أو اشترطا الخيار فرضي أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احداهما) لمن لم يرض الفسخ وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) لا يجوز له رده وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص فاذا رده مشتركا رده ناقصا أشبه ما لو تعيب عنده . ووجه الاولى أنه رد جميع ما ملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة انما حصلت بايجاب البائع لانه باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف العيب الحادث

(فصل) واذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لانه لو رد وحده تشقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك وانما أخرجها عن ملكه الى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها اليه مشقصا بخلاف المسئلة التي قبلها فان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ما باعه اياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيبا فله رده عليهما فان كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين

واذا اشتد بعض حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة

﴿مسئلة﴾ (ويلزم البائع سقيه إن احتاج الى ذلك لانه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة)

وذلك يكون بالسقي فان قيل فلم قلتم إنه إذا باع الاصل وفيه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها

كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد على قريب من هذا فان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص لان المبيع كان مشقعاً قبل البيع

(فصل) فان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه الى التفاضل فيما يجب التماثل فيه فان حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين يرده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي لا يجوز له رده لافضائه الى التفاضل فلا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وانما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة مالو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين ، وان تلف الحلي فانه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، وعندي أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على الرواية الاخرى ، وانما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل وانما هذا الارش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولان قيمته اذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه لئلا يفضي الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدراهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الارش)

وجملته أنه اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم ييئس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه (والثانية) له الارش وهي أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبه مالو وقفه ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبه مالو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وان فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخرقي أنه لا أرش له وهو

قلنا لان المشتري ليس عليه تسليم الثمرة لان البائع لم يملكها من جهته ، وانما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا ، فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصري وأبي

مذهب أبي حنيفة والشافعي وهو قياس قول القاضي لقوله فيمن باع المعيب عالما بعيبه ليس له أرش لانه رضي به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه، وقياس المذهب أن له الارش لان له امساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه، ولان البائع لم يوفه ما أوجبه العقد فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ولان الارش عوض الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه كما لو باعه عشرة أقفزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها

(فصل) فان استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضا به معيبا وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر وكان الحسن وشريح وعبدالله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا فاما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضاً، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش قال احمد أنا اقول: اذا استخدم العبد واراد نقصان العيب فله ذلك، فاما ان احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها او ليسقيها او ليردها على بائعها، وان استخدم الامة ليختبرها او لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط، وان استخدمها لغير ذلك استخداما كثيراً بطل رده، فان كانت يسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار، قيل لأحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيباً فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب يعني بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا او من اين اخذوا هذا؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين، وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان وكذلك يخرج ههنا

(فصل) وان أبق العبد ثم علم عيبه فله اخذ ارشه فان اخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروف الاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي اخذه على روايتين، وان كان آبقا فله رده ورد مااخذه من الارش واخذ ثمنه، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ ارشه سواء قدر على رده او عجز عنه إلا ان يهلك لانه لم ييأس من رده فهو كما لو باعه، ولنا انه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له ارشه كما لو اعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه فهو له، وعن احمد رواية اخرى انه يجعله في الرقاب وهو قول الشافعي لانه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها، ولنا ان العتق انما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي اخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولان الارش ليس بدلا عن العبد انما هو جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام احمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لاعلى وجوبه قال القاضي انما الروايتان فيما

حنيفة والشافعي وابن المنذر، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبوسلمة لانه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض ولم يقبضه. ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه، وقولهم لم يقبضه ممنوع فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

اذا اعتقه عن كفارته لانه اذا اعتقه عن الكفارة لا يجوز ان يرجع اليه بشيء من بدلها كالمكاتب اذا ادى من كتابته شيئا . ولنا انه ارش عبد أعتقه فكان له كما لو تبرع بعتقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده حلف المشتري وكان له الرد أو الارش)

وجملة ذلك ان المتبايعين اذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين (أحدهما) أن لا يحتمل إلا قول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لانا نعلم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة الى استحلافه (والثاني) أن يحتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (احداهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار لان الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض البيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنني بعته بريئا من العيب حلف على ذلك ، وان أجاب بأنه لا يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم، لان الايمان كلها على البت لا على نفي فعل الغير وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولان المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره والقول قول المنكر

(فصل) واذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل لان المبيع يرد بالعيب على من كان له فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل اقراره على موكله بالعيب لانه أمر يستحق به الرد فيقبل اقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي لا يقبل اقرار الوكيل بذلك وهو أصح لانه اقرار على الغير فلم يقبل كالاجنبي، فاذارده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لانه رده باقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي، فان أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل؟ على وجهين (أحدهما) ليس له رده لان ذلك يجري مجرى إقراره (والثاني) له رده لانه يرجع اليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري انما هي ثيب أريت النساء الثقات ، ويقبل قول امرأة ثقة فان وطئها المشتري وقال ما أصبتها بكراً خرج فيه وجهان بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث

(فصل) وان رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فانه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجع بدرهم

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع ،وعنه إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع وإلا فلا) كل ماتهلكه الجائحة من الثمر على أصوله قبل أوان الجزاز من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وهو قول الشافعي القديم ،

فقال الصيرفي ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن احمد ان القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فان لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع وان كان لمكسوره قيمة كجوز الهند فهو مخير في الرد وأخذ الثمن وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى ما لا يطلع على عيبه الا بكسره كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه ففيه روايتان (احداهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري ، فاذا بان معيبا ثبت له الخيار ، ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحا فلا معنى لايجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد . إذا ثبت هذا فان المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الخرب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله لان هذا تبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه ولا يصح بيع ما لا نفع فيه كالحشرات والميتات وليس عليه أن يرد المبيع الى البائع لانه لا فائدة فيه (الثاني) أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه فاذا كسره نظرت فان كان كسراً لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين اخذ ارش عيبه وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي عندي لا ارش عليه لكسره لان ذلك حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك وهذا قول الشافعي ووجه قول الخرقي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد ارشه كلبن المصراة إذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ما ذكره فانه لاستعلام العيب ، والبائع سلطه عليه بل هنا أولى لانه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه ، وان كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه الا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله في قول الخرقي وهو قول القاضي أيضاً والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه ، ولو كان واجباً

وإن كسره كسراً لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه ، وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيباً فان كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالمسنجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد كنشر من لا يعرف، وان أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال

(فصل) إذا اشترى ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير وبهذا قال أبو حنيفة وعن أحمد أن له رده وأخذ زيادته بالصبغ لانها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب والاول أولى لان هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات وفارق السمن والكسب فانه لا يأخذ عن السمن عوضا والكسب المشتري لا يرده ولا يعاوض عنه، وان قال البائع أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك، وقال الشافعي ليس للمشتري إلا رده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عبده أو كسب. ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والاصل لا نسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا أراده بكل حال

(فصل) يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس وما دونها موجبة للقصاص أو غير موجبة له وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد لانها تقدم على حق المرتهن ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق ، وان كان الحق قصاصاً فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه فأشبه المريض ، أما الرهن فان الحق متعين فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره ، إذا ثبت هذا فمتى باعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه فان باعه تعين عليه فداؤه لاخراج العبد من ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره ، هذا إذا كان السيد موسراً ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو قتله بخلاف الرهن وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لأن البائع انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري وللمشتري

لاجبره عليه ، ولان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل، ولانه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي فكذلك لا يضمنه باتلاف غيره

ولنا ماروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وعنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

خيار الفسخ ان كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فأخذها رجع المشتري بالثمن أيضا لان أرش مثل هذا جميع ثمنه وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه وان كان عالماً بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيبا عالما بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه ، فان كانت الجناية موجبة للقصاص فللمشتري الخيار بين الرد وأخذ الارش فان اقتص منه تعين الارش وهو قسط قيمة ما بينه جانياً وغير جان ولا يبطل البيع من أصله وبهذا قال أصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضا فمات بدائه أو مرتداً فقتل بردته وما ذكروه منتقض بما ذكرناه ولا يصح قياسهم على اتلافه لانه لم يتلفه فما اشتركا في المقتضي ، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيب في يده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين ومتى اشتراه عالما بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه فان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه فان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولانه يمكنه الانتفاع به الى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا نفع فيه من الحشرات والميتات وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به الى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثبق أو اطعام كلب والاول أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتام اتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من ارث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل ولا نص في هذا ولا إجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لزوال ماثبت به من الرجوع عن الاقرار وان كان ثبت به أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله فاكثر مافيه تحقق تلفه وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع اذا كان قصده للعبد لا للمال)

«إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» رواها مسلم ، ورواه أبو داود ولفظه «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي

وجملة ذلك أن السيد إذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وأبوداود وابن ماجه ولان العبد وماله للبائع فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما، وان اشترطه المبتاع كان له للخبر وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وقضى به شريح وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي واسحاق، قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي ومعناه انه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد انما يقصد بقاء المال لعبده واقراره في يده فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان المال معلوما أو مجهولا من جنس الثمن أو من غيره عينا كان أو دينا وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر ، قال البتي : اذا باع عبداً بألف درهم ومعه الف درهم فالبيع جائز اذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لانه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف ، فأما ان كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه اذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبه مالو ضم الى العبد عيناً أخرى وباعهما ، وقال القاضي هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك فان قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهذا مذهب أبي حنيفة ، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل لانه تبع في البيع لا أصل فأشبه طي الآبار وهـذا خلاف نص أحمد. وقول الخرقي لانها جملا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره وهو أصح ان شاء الله تعالى ، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا وكاللبن في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها وأشباه ذلك فانه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا وانما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه الى البائع وهو قريب من الاول

(فصل) واذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه، وقال داود يرد العبد دون ماله لان ماله لم يدخل في البيع فأشبه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بـدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد ، ولان العبد اذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه ، فان تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري هل يمنع الرد على روايتين ، فان قلنا يرده فعليه قيمة ما أتلف ، قال احمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن

(فصل) وما كان على العبد أو الجارية من الحلي فهو بمنزلة ماله على ماذكرنا ، فاما الثياب فقال أحـمد ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري ، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، يعني ان الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل في البيع دون

أن رسول الله ﷺ امر بوضع الجوائح ، ولو ثبت عندي لم اعده ، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها في القليل والكثير : قلنا الحديث ثابت رواه الامام احمد ومسلم وابو داود وابن ماجه وغيرهم : فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان فعل الواجب خير ، فاذا تألى ان لا يفعل الواجب فقد تألى ان لا يفعل

الثياب التي يتجمل بها لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها مصلحته وحاجته إذ لا غناء له عنها فجرت مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمال فانها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وانما يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التى يركبه عليها مع دخولها في الخبر وبقائها على الأصل.

وقال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والنخعي . ولنا الخبر الذي رواه ابن عمر ، ولان الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولاجرت العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ، ولانه زينة للمبيع فأشبه مالو زين الدار ببساط أو ستر

(فصل) ولا يملك العبد شيئاً اذالم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم ، وقال أهل الظاهر يملك لدخوله في عموم قوله تعالى (خلق لكم مافي الارض جميعاً) وقول النبي ﷺ « من باع عبدا وله مال » فأضاف المال اليه بلام التمليك ولنا قوله تعالى (ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شيء) ولان سيده يملك عينه ومنافعه فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده كبهيمته ، فأما ان ملكه سيده شيئاً ففيه روايتان (إحداهما) لا يملكه وهو ظاهر قول الخرقي فانه قال : والسيد يزكي عما في يد عبده لانه مالكه ، وقال والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه . وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة والثوري واسحاق والشافعي في الجديد لانه مملوك فلم يملك كالبهيمة (والثانية) يملك وهي أصح عندي وهو قول مالك والشافعي في القديم للآية والخبر ، ولانه آدمي حي فملك كالحر ، ولانه يملك في النكاح فملك في المال كالحر ، ولانه يصح الاقرار له فأشبه الحر ، وما ذكروه تعليل بالمانع ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الاصل ولم يوجد في البهيمة مايقتضي ثبوت الملك لها، وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضي له لا لكونها مملوكة وكونها مملوكة عديم الاثر فان سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود والوحوش لا تملك ، وكذلك الجمادات ، واذا بطل كون ما ذكروه مانعاً ، وقد تحقق المقتضي لزم ثبوت حكمه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز ان يشتريها بأقل مما باعها به)

وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبدالعزيز بن أبي سلمة والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأى وأجازه الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها. ولنا ماروى غندر عن شعبة عن ابي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل انها قالت : دخلت انا وام ولد زيد بن ارقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت ام ولد زيد بن ارقم : اني بعت

خيراً ، وانما لم يجبره النبي ﷺ لانه قول بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره ، واما التخلية فليست قبضاً تاما بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها تؤخذ حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور ، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه ، ولان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم ، وكذلك روي عن ابن عباس في مثل هذه المسئلة أنه قال : أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما والذرائع معتبرة لما قدمناه ، فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز لانه لا يكون ذريعة وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فان نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة ، أو تخرق الثوب أو بلي جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا ، وإن نقص سعرها أو زاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها نص أحمد على هذا كله

(فصل) وان اشتراها بعرض أو كان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز وبه قال أبو حنيفة ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض ، فأما إن باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير فقال أصحابنا يجوز لانهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما فجاز كما لو اشتراها بعرض أو بمثل الثمن ، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحسانا لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ، ولان ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الاول وهذا أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة . قال الشاعر :

أندانُ أم نعتانُ أم ينبري لنا   فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله نعتان، أي نشتري عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود باسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «اذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم، وقد روي عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه الا بنسيئة، فان باعه بنقد ونسيئة فلا بأس وقال أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد، وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا فان الغالب ان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل، ويجوز ان تكون العينة اسما لهذه المسئلة وللبيع بنسيئة جميعاً ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا ولا يكره إلا ان يكون له تجارة غيره

(فصل) وإن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال احمد في رواية حرب لا يجوز ذلك إلا ان يغير السلعة لان ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا فأشبه مسئلة العينة ، فان اشتراها بنقد آخر او بسلعة اخرى او بأقل من ثمنها نسيئة جاز لما ذكرناه في مسئلة العينة ويحتمل ان يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إلا أن يكون ذلك عن مواطأة او حيلة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقا من غير قصد

(فصل) والجائحة كل آفة لاصنع لآدمي فيها كالريح والحر والبرد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة ـ والجائحة تكون في البرد والحر وفي الجبق وفي السيل وفي الريح ـ وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع إليه، فاما ما

جاز لان الاصل حل البيع ، وإنما حرم في مسئلة العينة بالاثر الوارد فيه وليس هذا في معناه ولان التوسل بذلك اكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصل) وفي كل موضع قلنا لايجوز له ان يشتري . لا يجوز ذلك لوكيله لانه قائم مقامه ويجوز غيره من الناس سواء كان اباه او ابنه او غيرهما لأنه غير البائع ويشتري لنفسه فأشبه الأجنبي

(فصل) ومن باع طعاما إلى اجل ، فلما حل الاجل اخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاما قبل قبضه لم يجز ، روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك واسحاق واجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر واصحاب الرأي ، قال علي بن حسين إذا لم يكن لك في ذلك راي ، وروي عن محمد بن عبد الله ابن ابي مريم أنه قال : بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب ، قال عبد الله بن عباس ما بعت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقا أو ذهباً فاذا أخذت ورقك فابتع ممن شئت منه أو من غيره فرجعت فاذا عكرمة قد طلبني فقال : الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب: إن فضل لي عنده فضل ؟ قال فأعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم . ووجه ذلك أنه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسئلة العينة ، فعلى هذا كل شيئين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه اذا كان البيع نساء نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكيناه عنه، والذي يقوى عندي جواز ذلك اذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروي عنه عبد الله بن زيد قال : قدمت على علي بن الحسين فقلت له اني أجذ نخلي وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الاجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يكن منك على رأي ، وذلك لانه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الاول ولزومه فصح كما لو كان المبيع الاول حيواناً أو ثيابا ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فانه لم يأخذ بالثمن طعاما ولكن اشترى من المشتري طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم)

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي ، وقال ابراهيم والحكم وحماد لا يبرأ إلا مما سمى ، وقال شريح لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه ، وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن واسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت

كان بفعل آدمي فقال القاضي يخير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين ابقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة كالمكيل والموزون إذا أتلفه آدمي قبل القبض لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة إلا أن في إحراق اللصوص ونهب العساكر والحرامية وجهين ، فان قيل فقد نهى النبي صلى الله

إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار (والرواية الثانية) أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا وروي عن احمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب : روي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة ان رجلين اختصما في مواريث درست الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « استهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه» فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ، ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالعتاق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

(فصل) فان قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لان ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فاذا فسد الشرط فات الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن باع شيئاً مرابحة فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة وحطها من الربح)

معنى بيع المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال فيقول رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عند أحد كراهة وإن قال بعتك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولان رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة دراهم ، ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولان فيه نوعا من الجهالة والتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح لما ذكرنا والجهالة يمكن إزالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والثمرة غير مضمونة على المشتري ، فاذا كانت القيمة أكثر من الثمن فقد ربح فيه . قلنا إن المراد بالخبر النهي عن الربح بالبيع بدليل أن المكيل لوزادت قيمته قبل قبضه ثم قبضه جاز ذلك بالاجماع

اذا ثبت هذا عدنا الى مسئلة الكتاب فنقول متى باع شيئا برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيا أو اقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو مخير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب

ولنا انه باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به وبالزيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر وهل للمشتري خيار ؟ فالمنصوص عن احمد ان المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقله حنبل ، وحكى ذلك قولا للشافعي لان المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلا أو غير ذلك ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له لانه لم يذكره ، وحكى ذلك قولا للشافعي لانه رضيه بمائة وعشرة ، فاذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على انه معيب فبان صحيحاً أو أمي فبان صانعاً أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) واذا أراد الاخبار بثمن السلعة فان كانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها ، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه ويخبر بالثمن الاول لاغير ، ولان ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المرابحة وهذه مسئلة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به في الثمن وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ولا أعلم عن غيرهم خلافهم فان تغير سعرها دونها ، فان غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لانه زيادة فيها ، وإن رخصت فنص أحمد على أنه لا يلزمه الاخبار بذلك لانه صادق بدون الاخبار به : ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال فان المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به فان أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز لانه يجمع بين الكذب والتغرير

(فصل) فاما إن تغيرت السلعة فذلك على ضربين (أحدهما) ان تتغير بزيادة وهي نوعان أحدهما أن تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا إذا أراد أن يبيعها ،رابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لانه القدر الذي اشتراها به ، وان أخذ النماء المنفصل أو استخدم الامة أووطيء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال ،وروي ابن المنذر عن أحمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله وهو قول اسحاق،وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مرابحة وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولانه من موجب العقد

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ولان الولد والثمرة نماء منفصل

(فصل) وظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ماجرت العادة بتلف مثله كاليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت اليه ، قال أحمد إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ولا أدري ماالثلث ولكن إذا كانت جائحة تستغرق الثلث أو الربع أو الخمس توضع ، وعن أحمد أن مادون الثلث

فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة ،وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد (النوع الثاني) أن يعمل فيها عملا مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجملها أو يخيطها فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله هذا ظاهر كلام أحمد فانه قال يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وأبو ثور، ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الاجرة إلى الثمن ويقول : تحصلت علي بكذا لانه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي

ولنا أنه تغرير بالمشتري فانه عسى ان لو علم أن بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كنقصه بمرض أو جناية عليه أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن الموجود ونحوه فانه يخبر بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافاً ، وان أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي لان أرش العيب عوض ما فات به فكان ثمن الموجود هو ما بقي وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحطه من الثمن كارش العيب (والثاني) لا يحطه كالنماء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوم علي بكذا لانه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه . ولنا ان الاخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق وأقرب الى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسط الثمن عليهما وقياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح لان الارش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه وكقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما ان جنى المبيع ففداه المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه لان هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وان أخبر بالحال على وجهه فحسن

(فصل) وان اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئا فتقاسماه وأراد احدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداه فيه فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع احدهم مرابحة إلا أن يقول اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه وهذا مذهب الثوري وإسحاق واصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته

من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لابد أن يأكل الطائر منها وتنثر الريح وتسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد والثلث قد اعتبره الشارع في الوصية وعطية المريض قال الاثرم قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسئلة ، ولان الثلث في حد الكثرة ومادونه في حد القلة

بدليل مالو كان المبيع شقصاً وسيفا أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شيئين فوجد احدهما معيباً رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن احمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به

ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لايجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه وأما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه وكونه لا طريق له سوى التقوم ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقاً لاسقاطها فيؤدي الى تفويتها بالكلية وههنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة (القسم الثاني) أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن وبهذا قال ابو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لان ثمن الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة وأراد بيع احدهما مرابحة بحصته من الثمن فالقياس جوازه لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة وكذلك لو أقاله في احدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً ولأن الثمن وقع عليهما متساويا لتساوي صفتهما في الذمة فهما كقفيزين من صبرة ، وإن حصل في احدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع

(فصل) وان اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك وان اشتراه من أبيه أو ابنه أو ممن لاتقبل شهادته له لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً فأشبه مالو اشتراه من أجنبي . ولنا أنه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الاجنبي فانه لايتهم في حقه ، وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه فانه لايجوز له بيع مااشتراه من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافا ، وان اشتراه من غلام دكانه الحر فقال القاضي اذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافا ولانه متهم في حقه فأشبه من لا تقبل شهادته له ، وقال ابو الخطاب إن فعل ذلك حيلة لم يجز وظاهره الجواز اذا لم يكن حيلة وهذا أصح لانه أجنبي لكن لايختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز وكان حراما وتدليساً على ماذكرنا من قبل

(فصل) فان اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه فان أخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهو قول الشافعي وابي يوسف ومحمد لانه صادق فيما اخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري فأشبه ما لولم يربح فيه ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة واعجب احمد قول ابن سيرين قال فان باعه على

بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث والثلث كثير » فلهذا قدر به

ولنا عموم الاحاديث فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ومادون الثلث داخل فيها فيجب وضعه، ولان هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ماتلف منها من ضمان البائع ،وان نقص عن الثلث كالتي على الارض

مااشتراه يبين امره يعني يخبر انه ربح فيه مرة ثم اشتراه وهـذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال ابو حنيفة لايجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهذا قول القاضي واصحابه لان المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الخياط والقصار، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه أمن ان يرده عليه ولان الربح احد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة، فعلى هذ ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول تقوم على بخمسة ولا يجوز أن يقول اشتريته بخمسة لان ذلك كذب والكذب حرام ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه فيما تقدم، وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه ، ثم لايشبه هذا ما ذكره لان المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر العيب ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري أن يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فههنا أولى، ويجيء على هذا القول انه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فانه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثـاني كيفما كان فان لم يربح ولـكن اشتراها ثانية بخمسـة أخبر بهـا لانهـا ثمن العقد الذي يلي المرابحـة ، ولو خسر فيهـا مثل أن اشتراها بخمسـة عشر ثم باعهـا بعشرة ثم اشـتراها بأي ثمن كان أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني فيخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمـه وهذا يدل على صحة ما ذكرناه والله أعلم

(فصل) وكل ماقلنا انه يلزمه أن يخبر به في المرابحة ويبينه فلم يفعل فان البيع لا يفسد به ويثبت للمشتري الخيار بين الاخذ به وبين الرد إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ماقدمناه من القول فيه، وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فعن أحمد انه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد انه ان كان المبيع قائماً كان له ذلك الى الاجل يعني وان شاء فسخ، وان كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح لانه كذلك وقع على البائع فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته كما لو أخبر بزيادة على الثمن، وكونه لم يرض بذمة المشتري لايمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه اذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه الابما أخبر به ولم يلتفت الى رضاه بل وجب الرجوع الى ماوقع به البيع الاول كذا ههنا

(فصل) فان ابتاعه بدنانير فأخبر انه اشتراه بدراهم أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر انه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر انه اشتراه بعرض واشباه هذا فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع

وما أكله الطير أوسقط لايؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولانه لايمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت ذلك فتى تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب ، وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على

بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع الذي ثبت فيها ذلك

(فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يخبر في المرابحة بأحد وعشرين نص عليه أحمد وهذا قول النخعي وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لان ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك. إلى قول ابراهيم ولا نعلم أحدا خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر فصار مجموعها أحداً وعشرين

(فصل) قال أحمد ولا بأس أن يبيع بالرقم ومعناه أن يقول بعتك هذا الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لهما حال العقد وهذا قول عامة الفقهاء وكرهه طاوس. ولنا انه بيع بثمن معلوم فأشبه مالو ذكر مقداره أو مالو قال بعتك هذا بما اشتريته به وقد علما قدره، فان لم يكن معلوماً لهما أو لأحدهما لم يصح لان الثمن مجهول، قال أحمد والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة، وذلك لان بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تبيين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وبيع التولية هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة وحكمه في الاخبار بثمنه وتبيين ما يلزمه تبيينه حكم المرابحة في ذلك كله ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية

(مسئلة) قال (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو إعطاؤه ما غلط به وله أن يحلفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها بأكثر)

وجملة ذلك أنه اذا قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم عاد فقال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً، وذكره ابن المنذر عن أحمد واسحاق، وروى أبو طالب عن احمد اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله، وان لم يكن صدوقا جاز البيع، قال القاضي وظاهر كلام الخرقي ان القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب، والظاهر أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في اثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه بل لانه عطفه على المسئلة قبلها وقد ذكر فيها فعلم انه زاد في رأس المال، ولم يتعرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا ان العلم انما يحصل ببينة أو إقرار كذلك علم غلطه ههنا يحصل ببينة أو اقرار من المشترى وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالمضارب والوكيل اذا أقرا بربح ثم قالا غلطنا أو نسينا، واليمين التي ذكرها الخرقي ههنا انما هي على نفي علمه بغلط نفسه وقت البيع لا على اثبات غلطه، وعن أحمد رواية ثالثة انه لا يقبل قول البائع وان اقام به بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه اقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه ولا بينته لاقراره بكذبها

الرواية الثانية فانه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة، فان تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وان كان دونه لم يرجع بشيء، وان اختلفا في الجائحة أو قدر التالف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة، ولانه غارم والقول في الاصول قول الغارم

ولنا انها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ، ولا نسلم انه اقر بخلافها، فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقرار، فان لم تكن بينة او كانت له بينة وقلنا لا تقبل بينته فادعى ان المشترى يعلم غلطه فانكر المشترى فالقول قوله، وإن طلب يمينه فقال القاضي: لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ولانه قد اقر له فيستغني لاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين انه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمته اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدعياً إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ثم قال الخرقي : له أن يحلفه ان وقت ما باعها لم يعلم ان شراءها أكثر وهذا صحيح فانه لو باعها بهذا الثمن عالماً بان ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه لانه تعاطى شيئاً عالماً بالحال فلزمه كمشتري المعيب عالماً بعيبه واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه ، وان حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل انه اذا باعه بمائة وربح عشرة ثم انه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين له انه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه الا بربح عشرة فاما ان قال وأربح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين ، وانما أثبتنا له الخيار لانه دخل على ان الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب، وان اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضيه المشتري ، وان اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به

(فصل) ويجوز بيع المواضعة وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول بعتك هذا به، وأضع عنك كذا فان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المرابحة وصح ويطرح من كل عشرة درهما فان كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة وقال قوم يكون الحط من كل احد عشر درهما فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من احد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا غلط لان هذا يكون حطا من كل أحد عشر وهو غير ماقاله ، فأما ان قال بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضيعة من كل احد عشر درهماً ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور انه قال : الحط ههنا عشرة مثل الاولى ، وليس بصحيح فانه إذا قال لكل عشرة درهماً يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهماً درهماً ، وإذا قال من كل عشرة درهماً كان الدرهم من العشرة لان من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهماً

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لانعلم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها ، وان باعاها مرابحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه احمد وهو قول ابن سيرين والحكم

(فصل) فان بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى أصابتها جائحة فقال القاضي عندي لا توضع لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط

قال الاثرم قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينهما نصفان قلت أعطي أحدهما أكثر مما أعطي الآخر فقال وإن اليس الثوب بينهما الساعة سواء ، فالثمن بينهما لان كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى ان الثمن بينهما على قدر رءوس أموالهما لان بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رءوس أموالهما ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما كعوضه متساوياً كما لو باعاه مساواة

(فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال في المرابحة أو المواضعة أو التولية أو جهل ذلك احدهما أو جهل قدر الربح أو قدر الوضيعة فالبيع باطل لان العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار . ولنا ان قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بعضها ذهب ، وقوله انه يقتضي التسوية لا يصح فانه لو فسره بغير ذلك صح وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما

﴿مسألة﴾ قال (وإذا باع شيئا واختلفا في ثمنه تحالفا فان شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع وإلا انفسخ البيع بينهما والمبتديء باليمين البائع)

والكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة

(أحدها) انه اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها ، وان لم يكن لهما بينة تحالفا ، وبهذا قال شريح وابو حنيفة والشافعي ومالك في رواية ، وعنه القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال ابو ثور وزفر لان البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن امامنا رحمه الله ، وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ماقال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما، والمشهور في المذهب الاول ، ويحتمل ان يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به ، وان أبى حلف ايضاً وفسخ البيع بينهما لان في بعض الفاظ حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا » ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه

(الفصل الثاني) ان المبتديء باليمين البائع فيحلف ما بعته بعشرة وانما بعته بعشرين فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشتريته بعشرين وانما اشتريته بعشرة وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة

القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لذلك ، وان تلفت قبل امكان قطعها فهي من مال البائع كالمسئلة قبلها .

يبتديء بيمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فالقول ماقال البائع» وفي لفظ « فالقول ماقال البائع والمشتري بالخيار » رواه الامام أحمد ومعناه إن شاء أخذ وان شاء حلف ولان البائع أقوى جنبة لانهما اذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا ان كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء

(الفصل الثالث) انه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه ، وان نكل البائع حلف المشتري وقضي له ، وان حلفا جميعا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن ان رضي أحدهما بما قال صاحبه اقر العقد بينهما وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام احمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما . ولنا قول النبي ﷺ « او يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك، وفي القصة ان ابن مسعود رضي الله عنه باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبد الله بعتك بعشرين الفا . قال الاشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله : سمعت رسول الله ﷺ يقول « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع او يترادان البيع » قال فاني ارد البيع رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود ، وروى ايضاً حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال قال رسول الله ﷺ « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وان شاء ترك » ، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولانه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق واذا فسخ العقد فقال القاضي ظاهر كلام أحمد ان الفسخ ينفذ ظاهراً وباطنا لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ باللعان ، وقال أبو الخطاب ان كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لانه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، فان كان المشتري ظالما انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث انه لا ينفسخ في الباطن بحال ، وهذا فاسد لانه لو علم انه لم ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب ، ويقوى عندي أنه ان فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك ، وان فسخه الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيما

(فصل) فان استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً لان المعقود عليه منافع الارض ولم يتلف إنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها

رجع اليه لانه رجع اليه بحكم الشرع من غير عدوان منه فأشبه مالو ردعليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا الى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشترى أن يعطي الثمن على ما قال البائع ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه في الصفة)

وجملته أنهما اذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان (احداهما) يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر وهذا قول النخعي والثوري والاوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث « والسلعة قائمة » فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ولانهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس. ووجه الرواية الاولى عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » وقال أحمد ولم يقل فيه « والمبيع قائم » الا يزيد بن هارون قال أبو عبدالله وقد أخطأ رواة الخلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة ولكنها في حديث معن ، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم تركناه للحديث قلنا ليس في الحديث تحالفا وليس ذلك بثابت في شيء من الاخبار قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فاذا تحالفا فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فكل واحد منهما فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة الى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما اذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشتري ويكون القول قول المشترى مع يمينه لانه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لان الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشترى وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم والقول قول الغارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد فأشبه ما لو اختلفا في القبض

ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها

﴿ مسئلة ﴾ (وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها)

(فصل) وان قال بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أصل عوضي العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن، ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله بيمينه كما لو ادعى شراءه منفردا

(فصل) وان اختلفا في عين المبيع فقال بعتك هذا العبد قال بل بعتني هذه الجارية فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع مابعتك هذه الجارية أقرت في يده إن كانت في يده وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها ، وأما العبد فان كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المعقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لانه لم يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فملك الفسخ كما لو أفلس المشتري، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لايتنافيان فأشبه مالو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر ،وان أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ثبت ماقامت عليه البينة دون مالم تقم عليه

(فصل) فان اختلفا في صفة الثمن رجع الى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لايعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل انه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما اليه مع التساوي لان فيه توسطا بينهما وتسوية بين حقيهما وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى وعلى مدعي ذلك اليمين لأن ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، واذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

(فصل) وان اختلفا في أجل أو رهن أو في قدرهما أو في شرط خيار أو ضمين أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ففيه روايتان (احداهما) يتحالفان وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول من ينفي ذلك مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لانه منكر والقول قول المنكر

(فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال بعتك بخمر أو خيار مجهول فقال بل بعتني بنقد معلوم أو خيار ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ، وإن قال بعتك مكرها فأنكره فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ويفارق ما اذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين (أحدهما) ان الاصل عدمه وههنا الاصل بقاؤه (والثاني) ان الظاهر

لا يختلف فيه فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافا وهل يكون صلاحا لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين اظهرهما أنه يكون صلاحاً فيجوز بيعه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن قياساً

من المكلف انه لايتعاطى إلا الصحيح وههنا ماثبت انه كان مكلفا ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه وإن ثبت انه كان مجنونا فهو كالصبي ؛ ولو قال العبد بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية مهنا لانه مكلف، والظاهر انه لايعقد إلا عقداً صحيحا

(فصل) وإن مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما في جميع ماذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ ماليهما وإرث حقوقهما فكذلك مايلزمهما أو يصير لهما

(فصل) وان اختلفا في التسليم فقال البائع لاأسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لاأسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشترى على تسلم الثمن، فان كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم اليهما وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي، وعن أحمد مايدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق وهو قول ثان للشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشترى على تسليم الثمن لان للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن. ولنا ان تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ماتعلق بالعين أولى لتأكده ولذلك يقدم الدين الذى به الرهن في ثمنه على ماتعلق بالذمة، ويخالف الرهن فانه لاتتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على ايفاء صاحبه حقه ، ووجه الرواية الأخرى ان الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع فوجب تقديمه ولان الثمن لايتعين بالتعيين فأشبه غير المعين . اذا ثبت هذا وأوجبنا التسليم على البائع فسلمه فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجر عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفا من أن يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر فالبائع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس، وإن كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لان فيه ضرراً عليه (والثاني) لاخيار له لأن مادون مسافة القصر بمنزلة الحاضر، وإن كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع وهذا كله مذهب الشافعي ، ويقوى عندي أنه لايجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وأنما يؤثر ماذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه، وأما مع الخطر المحوج الى الحجر أو المجوز للفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لايندفع به الضرر ولانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم فهو أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده

على الشجرة الواحدة ، ولان اعتبار الصلاح يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع مالم يبد صلاحه من نوعه لما بدا كالشجرة الواحدة (والثانية) لا يكون صلاحا ، ولا يجوز

ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم، ولان للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لامكان تقبيضه وإلا فلا، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم لانه فسخ للبيع للاعسار بثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك الى الحاكم لان ولاية الحجر اليه

(فصل) فان هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه إذا ملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشتري، وان أعوز ففي ذمته، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال لانا أبحنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ولا يندفع الضرر برفع الامر إلى الحاكم لعجز البائع عن اثباته عند الحاكم، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فاحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوي ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار ثمنه لما في ذلك من الضرر

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة، وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لان التهمة تلحقه فيها فنمنع منها. ولنا أنه بيع عين لاخيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كالقبيحة ولانه إذ كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلا بالثمن المؤجل

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته أن بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً وعن شريح مثله، ولنا ماروى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولانه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء، فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لامكان تسليمه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا الطائر قبل أن يصاد)

بيع إلا ما بدا صلاحه لانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه لعموم النهي، ولانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه كالذي في البستان الآخر.

وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكا أو غير مملوك أما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لايجوز لعلتين (إحداهما) العجز عن تسليمه (والثانية) أنه غير مملوك له، والاصل في هذا نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أولا يألفه لانه لايقدر على تسليمه الآن وانما يقدر عليه إذا عاد، فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لايقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وان باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحاً لم يجز لان الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه، وقال القاضي ان لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا مذهب الشافعي وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن احضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينهما بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ولا كذلك في إمساك الطائر، والصحيح ان شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

﴿مسألة﴾ قال (ولا السمك في الآجام)

هذا قول أكثر أهل العلم روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه وقال إنه غرر وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون مملوكا (الثاني) أن يكون الماء رقيقاً لايمنع مشاهدته ومعرفته (الثالث) أن يمكن اصطياده وامساكه فان اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لانه مملوك معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في الطست، وان اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك، وان اختلت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل، وإن اختل اثنان منها لم يجز بيعه لعلتين، وروي عن عمر بن عبدالعزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله

ولنا ماروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولانه لايقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء والعبد الآبق ولأنه مجهول فلم يصح بيعه كاللبن في الضرع والنوى في التمر ويفارق ما ذكروه لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه، فأما ان كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه، وان لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف،

(فصل) فأما النوع الآخر من ذلك الجنس فقال القاضي لايجوز بيعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وما

وان كانت كثيرة وتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه والجهل بوقت إمكان التسليم

(فصل) اذا اعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه، لانه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز وما حصل فيهما ملكه ، وان كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ماحصل فيها من السمك لانها غير معدة له فأشبهت أرضه اذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك ، ومتى نصب شبكة أو شركا أو فخاً أو أحبولة ملك ماوقع فيها من الصيد لانه بمنزلة يده وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله وكان كذبحه ، ولو وقع في شبكته أوشبهها شيء كان مضمونا عليه فعلم بذلك أنه كيده، ولو أعد لمياه الامطار مصانع أو بركا أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بحصوله فيها لأنها في باب الاعداد كالشباك للاصطياد ولو أعد سفينة للاصطياد كالتي يجعل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر ليثب السمك فيها كان حصوله فيها كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع فيها ومن سبق اليه فأخذه ملكه كالارض التي لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع اذا دخلها ماء فيه سمك ثم نضب عنه أو دخل فيها ظبي أو عشش فيها طائر أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه صاحبها لانه ليس من نماء الارض ولا مما هي معدة له لكنه يكون أحق به اذ ليس لغيره التخطي في أرضه ولا الانتفاع ا فان تخطى وأخذه أخطأ وملكه قال أحمد في ورشان على نخلة قوم صاده انسان هو للصائد ، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم إن الفرخ يتبع الام يرد فراخها على أصحاب الطيرة ، واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلأ وشبهه أنه لا يملكه بأخذه لانه سبب منهي عنه فلم يفد الملك كالبيع المنهي عنه إذ السبب لا يختلف بين كونه بيعا أوغيره لقوله عليه السلام « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » والصحيح الاول ولا نسلم أن السبب منهي عنه فان السبب الاخذ وليس بمنهي عنه إنما نهي عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع ، ولان النهي ههنا لحق آدمي فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب وتلقي الركبان والنجش وبيعه على بيع أخيه ، ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحا كالارض التي على ساحل البحر يجعل اليها طريقاً للماء فاذا امتلأت قطعه عنها أو تكون أرضه سبخة يفتح اليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحا ملكه بذلك لانها معدة له فاشبهت البركة المعدة للصيد وان لم يكن أعدها لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها ، فان قيل فقد روي عن احمد في انسان رمى طيراً ببندق فوقع في دار قوم فهو لهم دونه ، وهذا يدل على انهم ملكوه بحصوله في دارهم قلنا هذا محمول على أنه وقع ممتنعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم ، كذلك قال ابن عقيل ويتعين حمله على هذا لانهم إذا لم يملكوا ماحصل في دارهم بفعل الله تعالى فما حصل بفعل آدمي أولى ،ولانه وقع في الدار بعد الضربة المثبتة له التي يملك بها الصيد فأشبه ما لو اطارت الريح ثوب انسان فألقته في دارهم، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بذلك لانها غير معدة للصيد في هذه الحال فأشبهت الارض التي ليست معدة له

يتأخر تأخراً كثيراً فلايجوزه في الباقي ، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب فيتبعه

(فصل) وما حصل من الصيد في كلب انسان او صقره أو فهده وكان استرسل بارسال صاحبه فهو له لانه آكد من الشبكة لانه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وارسال صاحبه فهو كسهمه ولان الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) وان استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض انسان في أنه لا يملكه وليس لغيره اخذه فان أخذه غيره ملكه كالكلأ وكذلك ما يحصل في بهيمة انسان من الحشيش في المرعى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوكيل اذا خالف فهو ضامن الا أن يرضى الآمر فيلزمه)

وجملة ذلك أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع مالم يؤذن له في بيعه أو اشترى غير ما عين له فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف لانه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب فأما قوله إلا أن يرضى الآمر فيلزمه يعني إذا اشترى غير ما أمر بشرائه بثمن في ذمته فان الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبل لزم الوكيل، ويتعين حمله على هذه الصورة لانه قد بين في موضع آخر فقال إلا ان يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء وذكره في كتاب العتق ايضا فلذلك تعين حمل هذه المسئلة على ماقلنا، وانما صح الشراء لانه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا لان الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا إنه اذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل وان خرج مغصوبا لم يبطل العقد وانما وقف على اجازة الآمر لانه قصد الشراء له فان أجازه لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه

(فصل) وان اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (احداهما) البيع باطل ويجب رده وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فان أجازه نفذ ولزم البيع وان لم يجزه بطل وهذا مذهب مالك واسحاق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال ، ووجه هذه الرواية ماروى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه ان النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار في الطريق قال فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الاثرم وابن ماجه ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فيجب أن يقف على إجازته كالوصية ، ووجه الرواية الاولى قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام « لا تبع ماليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني ما لا تملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الايجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل انه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

(فصل) ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي

في جواز البيع كالنوع الواحد ، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته

ولا نعلم فيه مخالفاً لان حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك »

(فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى سكوته اقرار لانه دليل على الرضى فأشبه سكوت البكر في الاذن في نكاحها . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن اذناً كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود ههنا .

(فصل) واذا وكل رجلين في بيع ساعته فباع كل واحد منها السلعة من رجل بثمن مسمى فالبيع للاول منهما روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وأبن المنذر وحكي عن ربيعة ومالك أنهما قالا هي للذي بدأ بالقبض

ولنا أنه قد روي في حديث « اذا باع المجيزان فهو للاول » رواه ابن ماجه ولان الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة فصار بائعاً ملك غيره بغير اذنه فلم يصح كما لو قبض الاول اوكما لو زوج أحد الوليين بعد الاول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز)

لا نعلم بين اهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة متفق عليه ، والملامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هذا ظاهر كلام أحمد ونحوه قال مالك والاوزاعي وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر اليه، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر الية ، وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل والمنابذة ان ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه وعلى مافسرناه به لا يصح البيع فيهما لعلتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقا على شرط وهو نبذ الثوب اليه او لمسه له وان عقد البيع قبل نبذه فقال بعتك ما تلمسه من هذه الثياب اوما انبذه اليك فهو غير معين ولا موصوف فاشبه مالو قال بعتك واحداً منها

(فصل) ومن البيوع المنهي عنها بيع الحصاة فان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة رواه مسلم واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الارض مقدار ماتبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا وقيل هو ان يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وروى أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة أخرجه البخاري والمخاضرة بيع الزرع الاخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ،

وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود والمعنى ههنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين

والمحاقلة بيع الزرع بحب من جنسه قال جابر المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة قال الازهري الحقل القراح المزروع والحواقل المزارع، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الارض بالحنطة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك بيع الحمل غير أمه واللبن في الضرع)

معناه بيع الحمل في البطن دون الام ولا خلاف في فساده. قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز، وانما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) جهالته فانه لاتعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فانه يقدر على الشروع في تسليمه، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح قال أبو عبيد: الملاقيح مافي البطون وهي الاجنة والمضامين مافي أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد:

ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر. قال ابن الاعرابي: المجر مافي بطن الناقة، والمجر الربا والمجر القمار والمجر المحاقلة والمزابنة

(فصل) وقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع حبل الحبلة متفق عليه معناه نتاج النتاج قاله أبو عبيدة، وعن ابن عمر قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة. وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم رواه مسلم، وكلا البيعين فاسد أما الاول فلانه بيع معدوم وإذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى وأما الثاني فلانه بيع إلى أجل مجهول

(فصل) ولايجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وابو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة إذا عرفا حلابها لسقي الصبي كابن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة ولنا ماروى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع رواه الخلال باسناده، ولانه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل لانه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ماتحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما ابن الظئر فانما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر فروي انه لايجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ولانه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه وروي عنه انه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء فانه لايمكن تسليمها مع سلامة الحيوان، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فان اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة اذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ماتجهل صفته كالمسك في الفأر وهو الوعاء الذي يكون فيه قال الشاعر:

(فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلايتبع أحدها الآخر في جواز بيع أحدهما ببدو صلاح الآخر سواء كانا متجاورين أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن أحمد ان بدو الصلاح

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة * من المسك راحت في مفارقهم تجري

قال فتح وشاهد مافيه جاز بيعه وإن لم يشاهده لم يجز بيعه للجهالة وقد قال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأره مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته فأشبه ما مأكوله في جوفه . ولنا انه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وأما مأكوله في جوفه فاخراجه يفضي إلى تلفه والتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه ومن ذلك البيض في الدجاج والنوى في التمر لايجوز بيعهما للجهل بهما ولا نعلم في هذا خلافا نذكره

(فصل) فأما بيع الأعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوما أو بالشم إن كان مشموما صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه كالبصير وله خيار الخلف في الصفة ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأثبت أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالمبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه ، وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز واذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه، وقال الشافعي لايجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه لانه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاج والنوى في التمر . ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ولان إشارة الاخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الاعمى وذوقه وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (و بيع عسب الفحل غير جائز)

عسب الفحل ضرابه وبيعه أخذ عوضه وتسمى الاجرة عسب الفحل مجازاً وإجارة الفحل للضراب حرام والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جوازه قال ابن عقيل : ويحتمل عندي الجواز لانه عقد على منافع الفحل ونزوه وهذه منفعة مقصودة والماء تابع والغالب حصوله عقيب نزوه فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي . ولنا ماروى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل رواه البخاري ، وعن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ضراب الجمل رواه مسلم ولانه مما لايقدر على تسليمه فأشبه إجارة الآبق ولان ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته ولان المقصود هو الماء وهو مما لايجوز إفراده بالعقد وهو مجهول، وإجارة الظئر خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الآدمي فلا يقاس عليه ماليس مثله، فعلى هذا اذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرنا ولا يحرم على المعطي لانه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فانه خبيث ، وقد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الذي حجمه وكذلك أجرة الكسح ، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها ، وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير إجارة جاز ، وبه قال الشافعي لما روي عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا كان إكراماً فلا بأس » ولانه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالحجامة ، وقال أحمد في رواية ابن القاسم: لايأخذ . فقيل له ألا يكون مثل الحجام يعطى وإن كان منهياً عنه ؟ فقال لم يبلغنا

في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك ، لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبه القراح الواحد ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد والاول المذهب لانه إنما جعل ما لم يبد صلاحه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى في مثل هذا شيئا كما بلغنا في الحجام، ووجهه ان مامنع أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية كمهر البغي وحلوان الكاهن، قال القاضي هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه في الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

﴿ مسألة ﴾ قال (والنجش منهي عنه وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشتريا لها)

النجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقتدي به المستام فيظن انه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك فهذا حرام وخداع. قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لايحل، وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش، وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لاتلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد» متفق عليهما ولان في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «الخديعة في النار» فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ان البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد

ولنا ان النهي عاد الى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد كتلقي الركبان وبيع المعيب والمدلس، وفارق ماكان لحق الله تعالى لان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن. وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له، واختلفوا فيما اذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته.

ولنا انه تغرير بالعاقد فاذا كان مغبوناً ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويبطل ماذكره بتلقي الركبان

(فصل) ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك ثم بان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(فصل) وقوله عليه السلام «لا يبع بعضكم على بيع بعض» معناه ان الرجلين اذا تبايعا فجاء آخر الى المشتري في مدة الخيار فقال: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي ﷺ عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه، وكذلك ان اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشتري به فهو محرم أيضا لانه في معنى المنهي عنه ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي ولان النبي ﷺ نهى ان يخطب على خطبة أخيه وهو في معنى الخاطب فان خالف وعقد فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ

بمنزلة ما بدا دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه والذي في القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا فان بدا صلاح النوع

البيع من أجله وذلك سابق على البيع ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبه بيع النجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري وهو الذي تناوله النهي (الثاني) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي ﷺ باع في من يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكى إلى النبي ﷺ الشدة والجهد فقال له « أما بقي لك شيء ؟ » فقال بلى،قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاه بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي ﷺ « من يزيد على درهم من يزيد على درهم » فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه. رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وهذا أيضا اجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأباجهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح فقال القاضي لا تحرم المساومة وذكر ان احمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولان الاصل إباحة السوم والخطبة فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الاصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجها حسنا فان النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولانه وجد منه دليل الرضا أشبه ما لو صرح به ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لانها جاءت مستشيرة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلا على الرضا فكيف ترضى وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم، والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

(فصل) بيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لان البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط

ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطيء رجلا على أن يظهرا انه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان باع حاضر لباد فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس نهى النبي صلى الله عليه أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس: ما قوله

الواحد فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وتعذر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي إذا باعه مابدا صلاحه لانه دخل في البيع تبعاً

« حاضر لباد؟» قال لا يكون له سمساراً متفق عليه ، وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها الا بسعر البلد ضاق على أهل البلد وقد أشار النبي ﷺ في تعليله الى هذا المعنى ، وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو اسحاق بن شاقلا في جملة سماعاته ان الحسن ابن علي المصري سأل احمد عن بيع حاضر لبـاد فقال لا بأس به فقال له فالخبر الذي جاء بالنهي قال كان ذلك مرةً ، فظاهر هذا صحة البيع وان النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه والمذهب الاول لعموم النهي وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له (والثاني) أن يكون البادي جاهلا بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون التعرف الا للجاهـل وقد قال أحمد في رواية أبي طالب اذا كان البادي عارفا بالسعر لم يحرم (الثالث) أن يكون قد جلب السلع للبيع لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعها وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها (والثاني) أن يكون بالناس حاجة الى متاعه وضيق في تأخير بيعه ، وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا الا حاجة الناس الى متاعه ، فتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وان اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقي ببطلانه ونص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي فقال أكره ذلك وأرد البيع في ذلك وعن أحمد رواية أخرى ان البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه . ولنـا انه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

(فصل) فاما الشراء لهم فيصح عند أحمد وهو قول الحسن ، وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال : كان يقال هي كلمـة جامعة يقول لا تبيعن له شيئاً ولا تبتاعن له شيئاً ، وعن مالك في ذلك روايتان ، ووجه القول الاول ان النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فان النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم إذ لا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع مايدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر، وأما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والاوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصابي حجة مالم يثبت خلافه

(فصل) قال ابن حامد ليس للامام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على مايختارون وهذا مذهب الشافعي، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به بع كما يبيع الناس

دفعاً لمضرة الاشتراك ولا يوجد ذلك ههنا ، ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما لا يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض ،ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدا صلاحه فأشبه بيعه معه

وإلا فاخرج عنا ، واحتج له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم ابن محمد عن عمر انه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك فاما أن ترفع في السعر واما ان تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت ،ولان في ذلك اضرارا بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع وإذا نقص أضر باصحاب المتاع . ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا . فقال « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، انى لارجو أن القى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سألوه ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولانه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما اتفق الجماعة عليه قال بعض أصحابنا التسعير سبب الغلاء لان الجالبين اذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة اليها فلا يجدونها إلا قليلا فيرفعون في ثمنها ليصلوا اليها فتغلوا الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً،فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم اتى حاطبا في داره فقال إن الذى قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكروه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

﴿ مسألة ﴾ قال (ونهي عن تلقي الركبان)

فان تلقوا واشتري منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا ، روي أنهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فربما غبنوهم غبناً بينا فيضرونهم وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعر فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا بيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبدالبر، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والاول اصح لان أباهريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ولان النهي لا لمعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن

وكما لو أفرد بالبيع ما بدا صلاحه

﴿مسألة﴾ (وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يتموه ،وفي سائر الثمار

استدراكها باثبات الخيار فأشبه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي فانه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين، فاذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لاحد مع قوله، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لانه انما ثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده لانه معنى يتعلق الخيار بمثله ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع، ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط، وقال اصحاب مالك انما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لاهل السوق لئلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد تباع في السوق، وهذا مخالف لمدلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا دخل السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على ان النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره ولان الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا والله أعلم

(فصل) فان تلقى الركبان فباعهم شيئاً فهو بمنزلة الشراء منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا تلقوا الركبان» والبائع داخل في هذا ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم وهذا في البيع كهو في الشراء والحديث قد جاء مطلقا ولو كان مختصا بالشراء لألحق به ما في معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال القاضي ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك، وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ووجه الاول انه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فوجب المنع منه كما لو قصد

(فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الاسواق فلا بأس فان ابن عمر روى أن النبي ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق رواه البخاري، ولانه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها

(فصل) والاحتكار حرام لما روى الاثرم عن أبي أمامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام وروى أيضا باسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من

أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله)

وجملة ذلك أن ما كان من الثمر يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب غير الأبيض والاجاص

احتكر فهو خاطيء » وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع اصحابه فرأى طعاما كثيرا قد القي على باب مكة فقال ماهذا الطعام ؟ فقالوا جاب الينا فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه فقيل له فانه قد احتكر قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك فارسل اليهما فقال ماحملكما على احتكار طعام المسلمين قالا نشتري بأموالنا ونبيع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الافلاس » قال الراوي فاما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوما ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

(فصل) والاحتكار المحرم مااجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئا أو ادخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكراً روي عن الحسن ومالك وقال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولان الجالب لايضيق على أحد ولا يضربه بل ينفع فان الناس إذا علموا عنده طعاما معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه (الثاني) أن يكون المشترى قوتا فأما الادام والحلواء والعسل والزيت واعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار يحتكر الزيت قال أبو داود كان يحتكر النوى والخبط والبزر ولان هذه الاشياء مما لا تعم الحاجة اليها فأشبهت الثياب والحيوانات (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور قال أحمد الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لايحرم فيها الاحتكار لان ذلك لايؤثر فيها غالبا (الثاني) أن يكون في حال الضيق بان يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لايضيق على أحد فليس بمحرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل)

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم ، وانما يكره اذا شك فيه وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لابأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً قال الثوري بع الحلال ممن شئت واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم باركانه وشروطه

ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهي يقتضي التحريم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يامحمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيها وأشار الى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس وقال

فبدو صلاحه بذلك ، فان كان العنب أبيض فصلاحه بتموهه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفو لونه ،فان كان مما لايتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو ويطيب،وإن كان بطيخاً أونحوه فبأن يبدو فيه النضج

قد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن بطة في تحريم النبيذ باسناده عن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له فأخبره عن عنب انه لا يصلح زبيبا ولا يصلح ان يباع الا لمن يعصره فأمر بقلعه وقال : بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر ولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه اجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها محل النزاع بدليلنا وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه ، اذا ثبت هذا فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري ذلك اما بقوله واما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فاما ان كان الامر محتملا مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر فالبيع جائز واذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لان المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب

ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح كاجارة الامة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولان التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فانه لحق آدمي

(فصل) وهكذا الحكم في كل مايقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الامة للغناء أو إجارتها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط الاقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء . وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا

(فصل) قيل لاحمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيما وقد احتاج الى بيعها قال يبيعها على أنها ساذجة فقيل له فانها تساوي ثلاثين الف درهم فاذا بيعت ساذجة تساوي عشرين دينارا قال لا تباع الا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ماروى أبو امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي : هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصل) ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها وهو غير صحيح فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال « لا ، هو حرام » ثم قال رسول صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ولان الخمر نجسة محرمة يحرم

وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً كالقثاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه تناهي عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه فان بدو صلاح الشيء ابتداؤه

بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ولانه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهي عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ماروى عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لايحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ماليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لا بي عبدالله إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال الشرط الواحد لا بأس به في البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جمله وشرط ظهره إلى المدينة، واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما فروي عن احمد انهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاما واشترط طحنه وحمله ان اشترط أحد هذه الاشياء فالبيع جائز وان اشترط شرطين فالبيع باطل، وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير ، وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه أسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول اذا بعتكها فأنا أحق بها بالثمن وان تخدمني سنة ، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ماكان من هذا النحو فأما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر ، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد انه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة العقد أو لغير مصلحته أخذاً من ظاهر الحديث وعملا بعمومه ، ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأى بين الشرط والشرطين ، ورووا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد، والحديث الذى رويناه يدل على الفرق ولان الغرر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند ولا يعول عليه ، وقول القاضي إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً فان شرط مايقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ماهو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت ، ولم يذكر أحمد في هذه المسئلة شيئاً من هذا القسم فالظاهر انه غير مراد له

(فصل) والشروط تنقسم الى أربعة اقسام (احدها) ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد (الثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين كالاجل والخيار والرهن والضمين والشهادة او اشتراط صفة مقصودة في المبيع

وتناهي عظمه آخر صلاحه ، ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو صلاحه فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من

كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان (احدهما) اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره (الثاني) أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره ان شاء الله تعالى (الرابع) اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين (أحدهما) اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح على روايتين (إحداهما) يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه اذا شرط أن لا يبيعه لانه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه مالو شرط أن يبيعه، وليس في حديث عائشة انها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بارادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء، فاذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها، وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وإن لم يعتقه ففيه وجهان (أحدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يجبر لان الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل مالو شرط الرهن والضمين، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ما شرطه له أشبه مالو شرط عليه رهنا، وان تعب المبيع أو كان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه، وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له، وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا، وكم يساوي اذا بيع بشرط العتق؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته

(الضرب الثاني) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، وان أعتقه فالولاء له فهذه وما اشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين. قال القاضي المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي ههنا وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور (والثانية) البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي

ولنا ماروت عائشة قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت أن أحب أهلك ان اعدها لهم عدة واحدة ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال «خذيها

أهل العلم أو مقارب له، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير وروي عن ابن عمر وابن عباس ولعلهم أرادوا صلاحه للاكل فيرجع معناه إلى ماقلنا فان ابن عباس قال: نهى رسول الله صلى

واشترطي الولاء فانما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد : مابال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب، فان قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء أي عليهم بدليل أنه امرها به ولا يأمرها بفاسد، قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين (أحدهما) أن الولاء لها باعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه (الثاني) انهم ابوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم انهم لا يقبلونه منها ؟ واما امره بذلك فليس هو امراً على الحقيقة وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء او لا تشترطي ولهذا قال عقيبه فانما الولاء لمن اعتق وحديثهم لا اصل له على ماذكرنا، وماذكروه من المعنى في مقابلة النص غير مقبول

(فصل) فان حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط لان البائع انما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري انما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا

(فصل) فان حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض اولم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي ، وذهب ابو حنيفة إلى ان الملك يثبت فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته واحتج بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق، والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كما لو كان العقد صحيحا

ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة او دما فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لا على ماذكروه وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر ان اهل بريرة حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ، ويحتمل ان الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل واجرة مثله مدة بقائه في يده وان نقص ضمن نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة ايضاً فان تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان احمد نص عليه في الغصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبه العارية ، وذكر الخرقي في الغصب انه يلزمه قيمته اكثر ماكانت فيخرج ههنا كذلك وهو اولى لان العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو اتلفها بالجناية ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل متفق عليه ، وان أرادوا حقيقة الاكل فيحمل على ذلك موافقة لاكثر الاخبار وهو ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمر حتى يطيب

(فصل) فان كان المبيع امة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده انها ملكه ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد اذا سقط للشبهة وجب المهر، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً، فان قيل أليس اذا زوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لانه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فانه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها، فان قيل فاذا اوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ واذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها باصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا، وأما الثاني فانه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه فاذا أتلفه وجب ضمان عينه، ولا يجوز ان تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الاصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لأنه انما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ، فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتاً وجب ضمانه، قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له، ولإن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده، ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة، وان ضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الامرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه البائع. وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً، وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لانه بسبب ذلك ضمن، وإن ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة الى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه، وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علقت منه في غير ملكه فأشبه الزوجة، وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) اذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه ماله ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً، فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه، فان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت

أكله متفق عليه، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو قيل وما تزهو؟ قال «تحمار أو تصفار» رواه البخاري ونهى عن بيع العنب حتى يسود، رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل

الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب، واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ، فان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف . قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحمد

(فصل) اذا باع بيعاً فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فكان أحق به كالمرتهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) اذا قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المنع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أما في مسئلتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهما أو غيره على انه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال عربون وأربون وعربان واربان ، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر انه أجازه ، وقال ابن سيرين لا بأس به ، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً وقال أحمد هذا في معناه واختار أبو الخطاب انه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لان النبي ﷺ نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجه ، ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط ان له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما ، وهذا هو القياس وانما صار أحمد فيه الى ماروي فيه عن نافع بن عبد الحارث انه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن امية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا . قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه ؟ قال اي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه وضعف الحديث المروي ، روى هذه القصة الاثرم باسناده ، فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم أشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتديء وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل ان الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وان لم يشتري السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لانه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت على هذا المعنى والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع)

لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قال بعتك بكذا على ان آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك ان باعه بذهب على ان يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه)

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لانه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد هذا معناه، وقد روى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وروي أيضاً عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهكذا كل ماكان في معنى هذا مثل أن يقول بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الاخرى بكذا أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح، قال ابن مسعود الصفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وقال لا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير. ولنا الخبر وان النهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بذلك الشرط فاذا فات فات الرضى به، ولانه شرط عقداً في عقد لم يصح كنكاح الشغار، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله أعلم

(فصل) وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر وهو أن يقول بعتك هذا العبد بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة أو تسعة صحاحا هكذا فسره مالك والثوري واسحاق وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور لانه لم يجزم له ببيع واحد فأشبه مالو قال بعتك هذا أو هذا ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ولان أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بعتك أحد عبيدي، وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدهما وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقدا كافيا، وان لم يوجد ما يقوم مقام الايجاب أو يدل عليه فلم يصح لان ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجابا لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم انه يصح فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن العقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه إلا على احدي الصفقتين فتتعين الاجرة المسماة عوضا له فلا يفضي الى التنازع وههنا بخلافه

(فصل) ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل

إذا باع عبده أو أمته وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم

وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا الا ان مالكا قال ان ترك مشترط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن وعن بيع ما لم يقبض، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف، أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ «لا يحل بيع وسلف» ولانه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين في بيعة ولانه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لاجله فتصير الزيادة في الثمن عوضا عن القرض وربحا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولانه بيع فاسد فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما

(فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الاجارة نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الاخرى بألف أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب في ذلك وجه آخر أنه لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان حكمهما مختلف فان المبيع يضمن بمجرد البيع والاجارة بخلافه والاول أصح وماذكروه يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فانه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر فاما ان جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن ، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة ، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال في الكل وجهان والذي ذكرناه ان شاء الله تعالى أولى

(فصل) في تفريق الصفقة ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام (احدها) أن يبيع معلوما ومجهولا كقوله بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

(الثاني) أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير اذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك الا بعضهما ففيه وجهان (أحدهما) يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه (والثاني) لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (إحداهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة والاولى أنه يصح فيما يملكه وهو قول مالك وأبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين

ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه

وغيره ولان العبد وماله للبائع ، فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما وان اشترطه المبتاع كان له للخبر ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وقضى به شريح ، وبه

كما لو باع شقصا وسيفا ولان ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة،وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وههنا بخلافه

(القسم الثالث) ان يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء كعبد وحر وخل وخمر وعبده وعبد غيره وعبد حاضر وآبق فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه وفي الآخر روايتان نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعا ، وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما الا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ، ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو اجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما ، وان لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان مااختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه ، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولان الثمن مجهول لانه أنما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال ولانه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك اذا لم يصرح،وقال من نصر الرواية الاولى انه متى سمى ثمنا في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيبا فأخذ أرشه،والقول بالفساد في هذا القسم ان شاء الله أظهر والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت مايجوز ومالا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها

(فصل) وان وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي رواية واحدة ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحا فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيبا فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(فصل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد ففيه وجهان (أحدهما) يصح فيهما ويتقسط العوض على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما أو قفيزين من صبرة واحدة (والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ماقدمنا وفارق مااذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء فلا جهالة فيه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل أن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه أو عبدين فتبين أنه لا يملك الا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار

قال مالك والشافعي وإسحاق.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع ، وإن لم يكن قصده

له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر الى القبض فيهما فتلف أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ماقبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ماقبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فان أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ماوافقه الوصي عليه)

وجملته ان لولي اليتيم أن يضارب بماله وان يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح أبا كان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وهو أولى من تركه وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ويروى اباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه الا ماروي عن الحسن ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ولان خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ولي يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ولان ذلك احظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في اموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم الا أنه لا يتجر الا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا لأمين ولا يغرر بماله ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها أن هلك غرمته فتى اتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم، واجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز أن يدفعه بذلك الى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ماقلنا لان الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره الا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فاما إن دفعه الى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه أي اتفقا عليه في قولهم جميعا لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله

(فصل) ويجوز لولي اليتيم ابضاع ماله ومعناه دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضعت مال محمد بن أبي بكر ولانه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى ويجوز أن يشتري له العقار لانه مصلحة له فانه يحصل منه الفضل ويبقى الاصل والغرر فيه أقل من التجارة لان أصله محفوظ ويجوز أن يبني له عقاراً لانه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد البناء بناه بما يرى الحظ في البناء به ، وقال اصحابنا يبنيه بالآجر والطين ولا يبني باللبن لانه اذا هدم لامرجوع له ولا بجص لانه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه فاذا هدم فسد الآجر لان تخليصه منه يفضي إلى كسره ،وهذا مذهب الشافعي ، والذي قلناه أولى ان شاء الله تعالى فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع

المال لم يشترط علمه)

إذا اشترى عبداً واشترط ماله وكان المال مقصوداً بالشراء صح اشتراطه للخبر ويشترط أن يوجد

حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج اليه مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها فلا يصح في حق غيرهم

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تفويتاً للحظ فان احتيج الى بيعه جاز نقل أبو داود عن أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان نظراً لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح. قال القاضي لا يجوز الا في موضعين (أحدهما) أن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل قال أبو الخطاب كالثلث ونحوه أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه: وهذا مذهب الشافعي، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكروه، وقد يرى الولي الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعها ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها واشباه هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع فيه مثلا ثمنه إما لحاجته اليه وإما لانه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكروه في الجواز ولا في المنع بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه وإلا فلا

(فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته الفا فيكاتبه بألفين أو يعتقه بالفين فان لم يكن فيها حظ لم يصح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز إعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار، وقال الشافعي لا تجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم تجز كالاعتاق بغير عوض ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقا فانه اذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فانه لا نفع فيه فمنع منه لعدم الحظ وانتفاء المقتضي لا لما ذكروه ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً، ويتوجه أن يصح قال أبو بكر يتوجه العتق بغير عوض للحظ مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين ولو أفردت احداهما ساوت مائتين ولا يمكن افرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها

(فصل) قال أحمد ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية اذا كان له مال يعني مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الاضحية فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح

فيه شرائط البيع من العلم به وألا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبه ما لو ضم الى العبد عينا أخرى وباعهما، وان لم يكن قصده المال صح شرطه وان كان

وفيه جبر قلبه وتطييبه والحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنها أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى وان كان افراده أرفق به أفرده لقول الله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم ان الله عزيز حكيم) أي ضيق عليكم وشدد من قولهم أعنت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد وعنتت الرجل اذا ضلعت، ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم وحكي لأحمد قول سفيان لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك وذلك لان المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه وملبوسه وكذلك يجوز له اسلامه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(فصل) واذا كان الولي موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئا اذا لم يكن أبا لقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف) وان كان فقيراً فله أقل الامرين من أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً فلم يجز أن يأخذ الا ماوجدا فيه فاذا اكل منه ذلك القدر ثم أيسر فان كان أبا لم يلزمه عوضه رواية واحدة لان للاب ان يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب فهل يلزمه عوض ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يلزمه وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض فأشبه سائر ما أمر باكله ولانه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر الى طعام غيره والاول أصح لانه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس بسبب للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فاذا لم يكن فيه حظ له لم يجز قرضه، فمتى أمكن الولي التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه لان ذلك يفوت الحظ على اليتيم وان لم يمكن ذلك وكان قرضه حظاً لليتيم جاز. قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر، وقيل لأحمد ان عمر استقرض مال اليتيم قال انما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه بشيء غرمه، قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفا أن يسوس أو تنقص قيمته وأشباه هذا فيجوز القرض لانه مما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به، وان لم يكن فيه حظ وانما قصد ارفاق المقترض وقضاء حاجته فهذا غير جائز لانه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته، وان أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله، وقرضه لثقة أمين

مجهولا نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي، وسواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو اكثر. قال البتي: إذا باع عبداً بالف

أولى من إيداعه لأن الوديعة لاتضمن اذا تلفت ، فان لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه فانه ربما رأى الايداع أحظ له من القرض فلا يكون مفرطا وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز الا لمليء أمين ليأمن جحوده وتعذر الايفاء وينبغي أن يأخذ رهناً ان أمكنه ، وان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لان الظاهر ممن يستقرضه من أجل حظ اليتيم أنه لايبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وقال أبو الخطاب يقرضه اذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لايقرضه الا برهن لان فيه احتياطا للمال وحفظا له عن الجحد والمطل ، وان أمكنه أخذ الرهن فالاولى له أخذه احتياطا على المال وحفظا له ، فان تركه احتمل أن يضمن ان ضاع المال لتفريطه ، واحتمل أن لايضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين لانه متصرف بالاذن في مال غيره فأشبه الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

(فصل) واذا ادعى الولي الانفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي لايمضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينة ولا يقبل قولهما في ذلك ويقبل قول الاب والجد . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالاب والجد ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالاب ، واذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا ببينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه ، وإن قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين ، وقال الغلام مامات أبي الا منذ سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضي لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ اذا كان من طريق النظر ، وقال أصحابنا يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار اذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه اضرار وبالصغار حاجة إلى البيع إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لابد منه ولعلهما أرادا هذه الصورة لان في ذلك نظراً للصغار واحتياطا للميت في قضاء دينه وقال الشافعي لايصح بيعه على الكبار لانه تصرف في مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفرز أو مالا تضر قسمته وهذا هو الصحيح وما ذكروه لاأصل له يقاس عليه ويعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع مالهم بغير اذنهم ، ولأنه لايجوز له بيع غير العقار فلم يجز له بيع العقار كالاجنبي

(فصل) ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في احدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولان

درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لانه دخل في البيع تبعا غير مقصود فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف ، وقال القاضي : هذا

العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايده تزايدا خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء وليعلم هل يغبن أولا ، ولانه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البائع فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فأما إن تصرف بغير اذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ، ومبنى ذلك على ما اذا تصرف في مال غيره بغير اذنه وقد ذكرناها فيما مضى ، وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن أذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير كما روي عن أبي الدرداء أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى

﴿مسألة﴾ قال (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه ، فان جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته إلا أن يكون مأذوناً له في التجارة فيلزم مولاه جميع ما استدان)

في هذه المسألة أربعة فصول (أحدها) في استدانة العبد ، يعني أخذه بالدين يقال ادان واستدان وتدين . قال الشاعر :

يؤنبني في الدين قومي وانما　　تدينت فيما سوف يكسبهم حمداً

والعبيد قسمان : محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضى سيده مثل أن يقترض أو يشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احداهما) يتعلق برقبته اختارها الخرقي وأبو بكر لأنه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كارش جنايته (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحر

(القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته؟ على روايتين ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضي من له الدين أشبه غير المأذون أو فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو استقرض بغير اذن سيده ، وقال أبو حنيفة يباع اذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه تعلق برقبته لانه دين ثبت برضى من له الدين فيباع فيه كما لو رهنه . ولنا أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم داينوه أو أذن في استدانة تزيد على قيمته ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه مثل أن أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التغرير إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا

(الفصل الثاني) فيما لزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته ، فهذا يتعلق برقبة العبد على

ينبني على كون العبد يملك اولا يملك . فان قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه مايشترط في سائر المبيعات وهو مذهب أبي حنيفة ، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما

كل حال مأذونا أو غير مأذون رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل مايتعلق برقبته فان السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه ، فان سلمه فبيع وكان ثمنه أقل من أرش جنايتـه فليس للمجني عليه الاذلك لان العبـد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء ، وان كان ثمنه أكثر فالفضل لسيده ، وذكر القاضي أنظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعهاليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه اياه عوضا عن الجناية وهذا ليس بصحيح فان المجني عليه لا يستحق اكثر من قدر ارش الجناية عليه كما لو جنى عليه حر ، والجاني لايجب عليه اكثر من قدر جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم إنه دفعه عوضا لانه لو كان عوضا لملكه المجني عليه ولم يبع في الجناية وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي ولذلك لو اتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن اداء الدرهم من غير ثمنه ، وان اختار السيد فداءه لزمه أقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لان أرش الجناية ان كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وانما تجب قيمته ، وان كان اقل فلم تجب بالجناية الا هو وعن احمد رواية أخرى انه يلزمه ارش جنايته بالغا ما بلغ لانه يجوز ان يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من ثمنه فاذا منع بيعه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(الفصل الثالث) في تصرفاته أما غير المأذون فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لانه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه فأشبه المفلس ولانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه فهو كتصرف الفضولي ويتخرج ان يصح ويقف على اجازة السيد كذلك ، واما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفيه ، ويحتمل ان يصح لان الحجر لحق غيره اشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين ان التصرف وان كان فاسداً فللبائع والمقرض اخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فان تلف في يد السيد رجع بذلك عليه لان عين ماله تلف في يده ، وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخـذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبـد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق إعسار المشتري والمقترض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبـد ملكه بذلك وله ذلك لانه أخذ من عبـده ما لا في يده بحق فهو كالصيد فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد ، وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه لا نعلم فيه خلافا ولا يصح فيما زاد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا أذن له في نوع انفك الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لان الحجر لا يتجزأ فاذا زال بعضه زال كله

ولنا أنه متصرف بالاذن فاختص تصرفه بمحل الاذن كالوكيل وقولهم ان الحجر لا يتجزأ لا يصح فانه لو صرح بالاذن له في بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح وكذلك في الشراء كالوكيل

ذكرنا من قبل أنه بيع تبعاً فهو كطلع الآبار ، وهذا خلاف نص أحمد والخرقي فانهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره . قال شيخنا : وهو أصح إن شاء الله تعالى ، واحتمال

وان أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح وهل يتعلق بذمة السيد أورقبة العبد؟ على وجهين وان رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر بذلك مأذونا له

(الفصل الرابع) في تصرفاته ان كان مأذونا له في التجارة قبل اقراره في قدر ماأذن له ولم يقبل فيما زاد ولا يقبل اقرار غير المأذون له بالمال فان أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر أن سيده باعه ويثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق وان أقر بجناية استوى في ذلك المأذون له وغيره، وينقسم ذلك أقساما أربعة

(احدها) جناية موجبها المال كاتلافه او جناية خطأ او اشبه عمد او جناية عمد فيما لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل اقراره بها لانه اقرار بالمال فلم يقبل كما لواقر بدراهم او دنانير

(القسم الثاني) جناية موجبها حد سوى السرقة او قصاص فيما دون النفس فيقبل اقراره بذلك وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي، وقال زفر وداود والمزني وجرير لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالاقرار بجناية الخطأ

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قطع يد عبد باقراره السرقة وجلد عبداً اقر عنده بالزنا نصف الحد ولا مخالف له في الصحابة فكان اجماعا ولان ما لا يقبل اقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه اقرار العبد كالطلاق ولان العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه امس فقبل اقراره كالواقرت به الزوجة وخرج على هذين المعنيين جناية الخطأ فان اقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها

(القسم الثالث) اقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع، ولا يقبل في المال سواء كانت العين تالفة او باقية في يد السيد او في يد العبد وبهذا قال الشافعي، ويحتمل ان لا يقطع اذا اقر بسرقة عين موجودة في يده وبهذا قال ابو حنيفة لان العين محكوم بها لسيده فلا يقطع بسرقة عين لسيده ولان المطالبة بالمسروق شرط في القطع وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ولان هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولنا خبر علي رضي الله عنه ولانه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا فوجب قطعه كما لو اقر حر بسرقة عين في يد غيره، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وانما لم ترد العين الى المسروق منه لحق السيد وامافي حق العبد فقد يثبت للمقر له ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده لزمه ردها الى المقر له

(القسم الرابع) الاقرار بما يوجب القصاص في النفس فروي عن أحمد أنه لا يقبل وعموم قول الخرقي ان أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك يقتضي قبول اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل كاقراره بقطع اليد، ولانه أحد نوعي القصاص فقبل إقراره به كالآخر ولانه لا يقبل إقرار سيده عليه به فقبل إقراره به كالحد، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلا لانه إقرار على مال سيده ولانه متهم إذ يحتمل أن يكون عن مواطأة بينهما ليعفو على مال فيستحق رقبة العبد ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافا فتركنا موجب القياس لخبر علي رضي الله عنه ففيما عداه يبقى على موجب القياس، ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف لانه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه، وكل

الجهالة فيه لكونه غير مقصود كاللبن في الضرع والحمل في البطن وأشباه ذلك فانه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا، وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا، وانما استبقاه المشتري على ملك العبد

موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص فحكمه حكم الثابت بالبينة فلولي الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فان عفى تعلق الارش برقبة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بمال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع الكلب باطل وان كان معلما)

لايختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل أي كلب كان،وبه قال الحسن وربيعة وحماد والاوزاعي والشافعي وداود وكره أبو هريرة ثمن الكلب ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أثمانها ، وعنه رواية في الكلب العقور أنه لا يجوز بيعه ، واختلف أصحاب مالك فنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه ويكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، ولانه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ماروى أبو مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه،وعن رافع بن خديج قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث» متفق عليهما وروي عن ابن عباس أنه قال:نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فاملؤا كفه ترابا رواه أبو داود.ولانه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير . فأما حديثهم فقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ،وقال الدارقطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال الترمذي لا يصح إسناد هذا الحديث وقد روي عن أبي هريرة ولا يصح أيضاً ، ويحتمل أنه أراد ولا كلب صيد ،وقد جاءت اللغة بمثل ذلك . قال الشاعر :

وكل أخ مفارقه أخوه لعمرو أبيك الا الفرقدان

أي والفرقدان ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز اجارته نص عليه أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يجوز لانها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الحمير. ولنا أنه حيوان محرم بيعه لخبثه فحرمت اجارته كالخنزير وقياسهم ينتقض بضراب الفحل فانها منفعة مباحة ولا يجوز إجارتها ولان اباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك اجارته ولان منفعته لا تضمن في الغصب فانه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها في الاجارة كنفع الخنزير .

(فصل) وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه لانها نقل لليد فيه من غير عوض وتصح هبته لذلك وقال القاضي لا تصح لانها تمليك في الحياة أشبهت البيع والاول أصح ويفارق البيع لانه يؤخذ عوضه وهو محرم ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

فلا يزول عنه إلى البائع وهو قريب من الاول.

(فصل) وإذا اشترط مال العبد في الشراء ثم رده باقالة أو عيب رد ماله وقال داود يرده دون ماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قتله وهو معلم فقد اساء ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وفاعله مسيء ظالم وكذلك كل كلب مباح امساكه لانه محل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وبهذا قال الشافعي وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم اتلافه ، ولنا انه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير ، وانما يحرم اتلافه لما فيه من الاضرار وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح إمساكه فان الكلب الاسود البهيم يباح قتله لانه شيطان ، قال عبد الله بن الصامت سألت ابا ذر فقلت ما بال الاسود من الاحمر من الابيض ؟ فقال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني فقال « الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لولا ان الكلاب امة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل اسود بهيم » ويباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ، ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين وعلى قياس الكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في انفسهم واموالهم يباح قتله لانه يؤذي بلا نفع اشبه الذئب ، ومالا مضرة فيه لايباح قتله لما ذكرنا من الخبر ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر بقتل الكلاب حتى ان المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهيم ذى الطفيتين فانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد او كلب ماشية او حرث لما روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «من اتخذ كلبا الا كلب صيد او ماشية او زرع نقص من أجره كل يوم قيراط» وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول «من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية فانه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال سالم وكان أبو هريرة يقول « أو كلب حرث » متفق عليه ، وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الاباحة وهو قول أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة فيقاس عليها والأول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح مايتناول الخبر تحريمه قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص لاخراجه بشيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) فاما تربية الجرو الصغير لأحد الامور الثلاثة فيجوز في أقوى الوجهين لانه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله إلى الانتفاع، ولانه لو لم يتخذ الصغير ماأمكن جعل الكلب للصيد إذ لايصير معلما الا بالتعليم ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم (والوجه الثاني) لايجوز لانه ليس من الثلاثة

لان ماله لم يدخل فيه فأشبه النماء الحادث عنده ، ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد، ولان العبد إذا كان ذامال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك

(فصل) ومن اقتنى كلبا لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود اليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لان ذلك لايمكن التحرز منه ، وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه ابيح له امساك الكلب إلى ان يزرع زرعا آخر ، ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرهافله امساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها فاما ان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لان النبي ﷺ استثنى كلب الصيد مطلقا واحتمل المنع لانه اقتناه لغير حاجة اشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد اي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا او ماشية إن حصلت او يصيد به ان احتاج إلى الصيد وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصد الزرع واراد أن يزرع غيره

(فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم . قال ابن المنذر : اجمع اهل العلم على القول به وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لاتصلح للاصطياد كالاسد والذئب ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها فكل هذا لايجوز بيعه لانه لانفع فيه فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل

(فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لان اهل الامصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير فكان اجماعا . ولنا انه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكروه فليس باجماع ، فان الاجماع اتفاق اهل العلم ولم يوجد ، ولانه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها ولا نعلم في ذلك خلافا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطي بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » رواه البخاري

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبيع الفهد والصقر المعلم جائز وكذلك بيع الهر وكل مافيه المنفعة)

وجملة ذلك أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا مااستثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى لان الملك سبب لاطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلاً اليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ماأبيح بيعه وسواء في هذا ماكان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الانعام والخيل والصيود ، أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والشاهين والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغا وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى لايجوز بيع الفهد والصقر ونحوهما لأنها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب . ولنا أنه حيوان أبيح اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير

رده حتى يدفع مايزيل نقصه، فان تلف ماله فاراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث هل يمنع الرد؟ على روايتين فان قلنا بالرد فعليه قيمة ماتلف عنده . قال أحمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على

وعيدفي حبسه فأبيح بيعه كالبغل وماذكراه يبطل بالبغل والحمار فانه لاخلاف في اباحة بيعهما وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة واباحة الاقتناء والانتفاع ، وأما الكلب فان الشرع توعد على اقتنائه وحرمه الا في حال الحاجة فصارت اباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولان الاصل الاباحة بدليل قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولماذكرنامن المعنى خرج منهماستثناهالشرع لمعان غير موجودة في هذا فبقي على أصل الاباحة ، وأما الهر فقال الخرقي يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ،وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد واختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي هذا حديث حسن وفي اسناده اضطراب . ولنا ماذكرنا فيما يصاد به من السباع ويحمل الحديث على غير المملوك منها أوما لا نفع فيه منها بدليل ماذكرنا ، ولان البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي ان يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه فما يباح الانتفاع به ينبغي أن يجوز بيعه

(فصل) فان كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه لان مآله إلى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير

(فصل) فأما مايصاد عليه كالبومة التي يجعلها شباشا لتجتمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها، ويحتمل المنع لان ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فان كان مما لا نفع فيه لم يجز بيعه طاهراً كان أو نجساً ، وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهراً جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لايجوز بيعه لانه نجس لاينتفع به في الحال وهذا ملغي بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال احمد أكره بيع القرد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لانه كالصقر والبازي وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم والديدان التي تترك في الشص فيصاد بها السمك وجهان (أصحهما) جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لا يجوز لانها لاينتفع بها الا نادراً فأشبهت مالا نفع فيه

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه ان كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لانه لا ينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بزره

ولنا ان الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولان الدود وبزره طاهر

عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان عليه ثياب فقال أحمد : ماكان للجمال فهو للبائع ، وما كان للبس

منتفع به فجاز بيعه كالثوب وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلا ، فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا انما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة لما ذكر في دود القز . ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لا يجوز لانه لا يمكن مشاهدة جميعها ولانها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها وهو مجهول ، وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها فانه يمكن مشاهدتها في كواراتها اذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلا يشاهد الا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان فان لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً باقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

(فصل) ذكر الخرقي أن الترياق لا يؤكل لانه يقع فيه لحوم الحيات فعلى هذا لا يجوز بيعه لان نفعه انما يحصل بالاكل وهو محرم فخلا من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الافاعي (١) فاما السم من الحشائش والنبات فان كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه وان انتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه بقية المأكولات

(فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولا واحداً قاله ابن أبي موسى ، وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف ، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال إن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخلب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فان بيعها أسهل لان النبي ﷺ انما نهى عن أكل لحومها والصحيح عنه أنه لا يجوز وهذا ينبني على الحكم بنجاسة جلود الميتة وانها لا تطهر بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في بابه

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فقال أحمد أكرهه . واختلف أصحابنا في جوازه فظاهر كلام الخرقي جوازه لقوله وكل مافيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ، وذهب جماعة من أصحابنا الى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه من آدمي فاشبه سائر أجزائه ، والاول اصح لانه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولانه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع ويفارق العرق فانه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة وانما حرم بيع الحر لانه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا نفع فيه (٢)

(فصل) واختلفت الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لا تباع رباعها ولا تكرى بيوتها » رواه الاثرم باسناده وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام إجارتها » وهذا نص رواه سعيد بن منصور

(١) اكل الحيات غير محرم اجماعا بل أباحه مالك وغيره فما ثبت عند الاطباء من نفع الترياق أو غيره من الادوية التي يدخل فيها سمها فهو مباح على ان المحرم لذاته يباح للضرورة والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة كما في أعلام الموقعين للمحقق ابن القيم

(٢) مفهومه انه يجوز بيعه اذا انتفع به وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن وفي غير ذلك

المعتاد فهو للمشتري)

إذا كان على العبد أو الجارية حلي فهو بمنزلة ماله على ماذكرنا . فاما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه

في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها والدليل على انها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ،وانها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار» متفق عليه وروت أم هانيء قالت أجرت حموين لي فأراد علي أخي قتلها فأتيت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله اني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها فقال النبي ﷺ «قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت يا أم هانيء » متفق عليه ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابة وهذا يدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز بيع رباعها واجارة بيوتها ،وروي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهذا قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي ﷺ لما قيل له أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه يعني أن عقيلا باع رباع أبي طالب لأنه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال ابن الزبير بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلا التقوى أو كما قال واشترى معاوية دارين واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعا ، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ،ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى إن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج الى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع ، ولانها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض ، وماروي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف ، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه الا ان النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته ،ومن احتاج الى مسكن فله بذل الاجرة فيه ،وإن احتاج الي الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبدالله إذا سكن أعطاهم أجرتها فان سكن باجرة فامكنه أن لا يدفع اليهم الاجرة جاز له ذلك لانهم لا يستحقونها ،وقد روي أن سفيان سكن في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة فأدركوه فأخذوها منه وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل والخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها،وان كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لانها تابعة لمكة وهكذا تراب كل وقف وانقاضه قال أحمد وأما البناء بمكة فاني أكرهه ، قال اسحاق البناء

عند البائع فهو للمشتري ، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أوشيء يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه

بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له ألا تبني لك بمنى بيتا؟ فقال «منى مناخ لمن سبق»

(فصل) قال أحمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها وقال الشراء أهون وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق وقال ابن عمر وددت أن الايدي تقطع في بيعها وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهل يكره شراؤه وابداله؟ على روايتين ، ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح ،ولنا قول الصحابة رضي الله عنهم ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ،ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال ،وأما الشراء فهو أسهل لانه استنقاذ للمصحف وبذل لما له فيه فجاز كما أجاز شراء رباع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرتها وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه ،وان اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل وبه قال الشافعي وأجازه أصحاب الرأي وقالوا يجبر على بيعه لانه أهل للشراء والمصحف محل له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم فلا يجوز تمكينهم من التوصل الى نيل أيديهم اياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلما وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين ،وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لانه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح شراؤه له كالمسلم ، ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع ابتداءه كالنكاح ، ولانه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر فلم يصح كالنكاح ، والملك بالارث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع اننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها واجباره على إزالتها

(فصل) ولو وكل كافر مسلما في شراء مسلم لم يصح الشراء لان الملك يقع للموكل ولان الموكل ليس بأهل لشرائه فلم يصح أن يشتري له كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر ؟ وان وكل المسلم كافراً يشتري له مسلما فاشتراه ففيه وجهان (أحدهما) يصح لان المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم والملك يثبت للمسلم ههنا فلم يتحقق المانع (والثاني) لا يصح لان ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد والكافر في نكاح المسلمة ، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلا لذمي في شراء خمر

(فصل) وان اشترى الكافر مسلماً يعتق عليه بالقرابة كأبيه وأخيه صح الشراء وعتق عليه في قول بعض أصحابنا وحكى فيه أبو الخطاب روايتين (احدهما) لا يصح وهو قول بعض الاصحاب لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ولان ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد (والثانية) يصح شراؤه لان المنع انما ثبت لما فيه من اهانة المسلم بملك الكافر له والملك ههنا يزول عقيب الشراء بالكلية ويحصل من نفع الحرية أضعاف ماحصل من الاهانة

المبتاع ، وانما كان كذلك لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها حاجة العبد وإنما

بالملك في لحظة يسيرة ويفارق من لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذلك شراء المحرم للصيد فانه لو ملكه لثبت ملكه عليه ولم يزل، ولو قال كافر لمسلم اعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل صح لان اعتاقه ليس بتمليك وإنما هو ابطال للرق فيه وإنما حصل الملك فيه حكماً فجاز كما يملكه بالارث حكماً ولان ما يحصل له بالحرية من النفع يغمر فيه ما يحصل من الضرر بالملك فيصير كالمعدوم وفيه وجه آخر أنه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل) ولو أجر مسلم نفسه لذمي لعمل في ذمته صح لان علياً رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأتى بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأكله وفعل ذلك رجل من الانصار وأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره ولانه لاصغار عليه في ذلك وان استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان فيه استيلاء عليه وصغاراً أشبه الشراء (والثاني) يصح وهو أولى لان ذلك عمل في مقابلة عوض أشبه العمل في ذمته ولا يشبه الملك لان الملك يقتضي سلطانا واستدامة وتصرفا بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الاجارة

(فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم وبه قال أبو حنيفة وقال: مالك لا يحرم التفريق إلا بين الام وولدها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقال « لا توله والدة عن ولدها » فخصها بذلك فدل على الاباحة فيما سواه وقال الشافعي يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم لان القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض فلم تمنع التفريق في البيع كابني العم ولنا ماروى أحمد في المسند ثنا غندر ثنا سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما ففرقت بينهما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعاً » وروي عن أبي موسى أن النبي قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ولان بينهما رحماً محرماً فلم يجز التفريق بينهما كالوالد مع أمه ويفارق ابني العم فانه ليس بينهما رحم محرم

(فصل) فان فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل، وبه قال الشافعي فيما دون السبع، وقال أبو حنيفة البيع صحيح لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع كالبيع في وقت النداء. ولنا حديث علي وأن النبي ﷺ أمره بردها ولو لزم البيع لما أمكن ردها، وروى أبو داود في سننه أن عليا فرق بين الام وولدها فنهاه النبي ﷺ فرد البيع، ولانه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الخمر ولا يصح ما قاله فان ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه، فأما تحديده بالسبع فان عموم اللفظ يمنع ذلك ولا يجوز تخصيصه بغير دليل، فان كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز، وقال أبو الخطاب فيه روايتان (احداهما) لا يجوز لعموم النهي (والثانية) يجوز وهي الصحيحة لما روي أن سلمة بن الاكوع أتى أبا بكر بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له وأهدي إلى النبي ﷺ مارية وأختها سيرين فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له، ولانه

يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرت مجرى الستور

بعد البلوغ يصير مستقلا بنفسه والعادة التفريق بين الاحرار فان المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرة وولدها إذا افترق الأبوان

(فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي ، فان علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال وإن علم أنه حرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لان الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه فان لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لامكان الحلال قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها ، قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه لما روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وان لكل ملك حمى وحمى الله محارمه» متفق عليه وهذا لفظ رواية مسلم ، وفي لفظ رواية البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن ابن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «دع ما يريبك الى مالا يريبك» وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لان الاصل التحريم فلا يزول الا بيقين أو ظاهر ، وكذلك ان كان فيها اخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك . والاصل فيه حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا أرسلت كلبك فخالطه أكلب لم يسم عليها فلا تأكل فانك لا تدري أيها قتله » متفق عليه ، فأما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحتها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (والثاني)ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أبنجاسة تغير أم بغيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا نزول عنها الا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما. والاصل في ذلك حديث عبدالله بن زيد قال: شكي الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً» متفق عليه . (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الاولى تركها على ما ذكرنا وعملا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمرة ساقطة فقال « لولا أني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك، وممن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقي لا على انها حرام ، فان احمد قال : جوائز السلطان احب الي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف اقول انها سحت ، وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبدالله ابن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده واجابهم ودياً دعاه وأكل من طعامه

في الدار والدابة التي يركبه عليها . وقال ابن عمر من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها

وقد اخبر الله تعالى أنهم أكالون سحت ، وروي عن علي رضي الله عنه انه قال : لا بأس بجوائز السلطان فان ما يعطيكم من الحلال اكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وان اعطى فخذ ، فان ما في بيت المال من الحلال اكثر مما فيه من الحرام

قال احمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة، وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل فقيل له قال سفيان : ماكان دون العشرة يتصدق به ، وماكان اكثر يخرج قال نعم لا يجحف به ، قال القاضي وليس هذا على سبيل التحديد وانما هو على طريق الاختيار لانه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فانه يسهل اخراج الكل،والواجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي مباح له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وانما حرم لتعلق حق غيره به ، فاذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضرا فرضي بعوضه وسواء كان قليلا او كثيراً ، والورع اخراج ما يتيقن به اخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك الا باخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له الا الدراهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له مال كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها

(فصل) قد ذكرنا ان الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر في أماكنه قبل احرازه في انائه ولا الكلأ في مواضعه قبل حيازته فعلى هذا متى باع الارض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه وقد ذكرنا رواية أخرى أن ذلك مملوك وأنه يجوز بيعه فعلى هذه الرواية إن باع الارض فذكر الماء والكلأ في البيع دخل فيه وان لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع لانه بمنزلة الزرع في الارض والماء أصل بنفسه فهو كالطعام في الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للمشتري وعلى هذه الرواية اذا باع من هذا الماء آصعا معلومة جاز لانه كالصبرة ، وان باع كل ماء البئر لم يجز لانه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري آصعاً لم يجز لان ذلك الماء يذهب ويأتي غيره

(فصل) وعلى كلتا الروايتين متى كان الماء النابع في ملكه أو الكلأ أو المعادن وفوق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله نص عليه لانه في ملكه ، فاذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به كالطعام ، وانما توعد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ولا فضل في هذا ولان عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت اليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويسقي ماشيته وليس لصاحبه المنع من ذلك لما روى إياس بن عبدالله المزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته »

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها ونهى أن يمنع الماء مخافة ان يرعى الكلأ ، يعني اذا كان في مكان كلأ وليس يمكنه الاقامة لرعيه الا بالسقي من هذا الماء فيمنعهم السقي ليتوفر الكلأ عليه ، وروى أبو عبيدة باسناده عن عمر أنه قال ابن السبيل أحق بالماء من الباني عليه ، وعن أبي هريرة قال : ابن السبيل أول شارب ، وعن بهيسة قالت : قال

إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والنخعي ، ولنا الخبر المذكور ولان الثياب لم يتناولها لفظ

أبي يارسول الله ماالشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال « الماء » قال يارسول الله ماالشيء الذي لايحل منعه؟ قال « الملح » وليس عليه بذل آلة البئر من الحبل والدلو والبكرة لانه يخلق ولا يستخلف غيره بخلاف الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحاري، وعن أحمد أنه قال : أما هذا في الصحاري والبرية دون البنيان ، يعني أن البنيان إذا كان فيه الماء فليس لاحد الدخول اليه إلا باذن صاحبه

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره فيه روايتان (احداهما) لا يلزمه وهو مذهب الشافعي لان الزرع لاحرمة له في نفسه ، ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية (والثانية) يلزمه بذله لذلك لما روي عن عبدالله بن عمرو ان قيم أرضه بالوهط كتب اليه يخبره انه قد سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً فكتب اليه عبد الله بن عمرو اقم قلدك ثم اسق الادنى فالادنى فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء، قال ابو عبيد القلد يوم الشرب وفي المسند ثنا حسن قال حدثنا حماد بن سلمة عن ابي الزبير عن جابر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء ، وروى إياس بن عبدالله قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يمنع فضل الماء . رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ نهى عن بيع الماء ، ولان في منعه فضل الماء اهلاكه فحرم منعه كالماشية ، وقولهم لاحرمة له قلنا فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب إلى اهلاك ماله، ويحتمل أن يمنع نفي الحرمة عنه فان اضاعة المال منهي عنها واتلافه محرم وذلك دليل على حرمته

(فصل) واذا اشترى عبداً بمائة فقضاها عنه غيره صح سواء قضاه بأمره أو غير أمره فان بان العبد مستحقاً لزم رد المائة الى دافعها لانا تبينا أنه قبض غير مستحق فكأن المائة لم تخرج من يد دافعها وان بان العبد معيباً فرده بالعيب أو باقالة أو أصدق امرأة إنسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها أو ارتدت فهل يلزم رد المائة الى دافعها أو على المشتري والزوج؟ يحتمل وجهين (أحدهما) على الدافع لان القبض حصل منه فالرد عليه كالتي قبلها (والثاني) على الزوج والمشتري لان قضاءه بمنزلة الهبة لهما بدليل براءة ذمتهما منه والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها، وان كان الدفع باذن المشتري والزوج احتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاه بغير اذنه اذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشتري اذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال لان اذنهما في تسليمه الى من له الدين عليهما اذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه بخلاف ما إذا لم يأذن ، وان أذنا في دفع ذلك عنهما قرضاً فان الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بعوضه

(فصل) اذا قال العبد لرجل ابتعني من سيدي ففعل فبان العبد معتقا فالضمان على السيد نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ان كان السيد حاضراً حين غره العبد وان كان غائباً فالضمان على العبد لان الغرور منه . ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان عليه كما لو كان حاضراً وان بان العبد مغصوبا أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا

(فصل) وان اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب نصيبه منه فله ذلك وقال أبو حنيفة ليس له ذلك لانه لا يمكنه تسليمه الا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير اذنه .

البيع ولا جرت العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ولانه زينة للمبيع أشبه ما لو زين الدار ببسط

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وان قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع الي جميع العبد لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة له ذلك

ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعه اليه فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين فان سلم اليه فتلف العبد فللغائب تضمين أيهما شاء لان الدافع فرط بدفع ماله بغير اذنه والشريك قبض مال غيره بغير اذنه فان ضمن الشريك لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وان ضمن الدافع رجع على القابض لذلك، ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين اليه الا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم اليه لما ذكرنا ههنا

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقول الله تعالى (وأشهدوا اذا تبايعتم) وأقل أحوال الامر الاستحباب ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى، ويختص ذلك بما له خطر فاما الاشياء القليلة الخطر كحوائج البقال والعطار وشبههما فلا يستحب ذلك فيها لان العقود فيها تكثر فيشق الاشهاد عليها وتقبح اقامة البينة عليها والترافع الى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير وليس الاشهاد بواجب في واحد منهما ولا شرطا له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق وابي ايوب، وقالت طائفة ذلك فرض لا يجوز تركه. روي ذلك عن ابن عباس وممن رأى الاشهاد على البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الاشهاد عليه كالنكاح

ولنا قول الله تعالى (فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن امانته) قال ابو سعيد صار الامر إلى الامانة (١) وتلا هذه الآية ولان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه واشترى من رجل سراويل ومن اعرابي فرساً فجحده الاعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ولم ينقل انه شهد في شيء من ذلك، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فلم يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما اخل بنقله، وقد امر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجعد ان يشتري له اضحية ولم يأمره بالاشهاد واخبره عروة انه اشترى شاتين فباع إحداهما ولم ينكر عليه ترك الاشهاد، ولان المبايعة تكثر بين الناس في اسواقهم وغيرها فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه افضى الى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما امر بالرهن والكاتب وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر

(١) الآية لا حجة فيها على ما أراده

(فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد، وبه قال اسحاق لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا رايتم من يبيع او يبتاع في المسجد فقولوا لا اربح الله تجارتك وإذا رايتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك» اخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب، ولان المساجد لم تبن لهذا ورأى عمران القصير رجلا يبيع في المسجد فقال هذه سوق الآخره فان اردت التجارة فاخرج الى سوق الدنيا فان باع فالبيع صحيح لان البيع تم باركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم قولوا «لا اربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم.

أو ستور والله سبحانه وتعالى أعلم

باب السلم

وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة الى أجل، ويسمى سلما وسلفا يقال أسلم وأسلف وسلف وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمي فاكتبوه) وروى سعيد باسناده عن ابن عباس أنه قال أشهد ان السلف المضمون إلى اجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ولان هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » متفق عليه ، وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال ارسلني ابو بردة وعبدالله بن شداد الى عبدالرحمن بن أبزى وعبدالله بن ابي اوفى فسألتهما عن السلف فقالا كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا انباط من انباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع ؟ قال ما كنا نسألهم عن ذلك ، واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان السلم جائز ولان المثمن في البيع احد عوضي العقد فجاز ان يثبت في الذمة كالثمن ولان بالناس حاجة اليه لان ارباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون الى النفقة على انفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم النفقة فجوزلهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص

(باب السلم)

وهو أن يسلم عيناً حاضرة فى عوض موصوف فى الذمة الى أجل ويسمى سلفاً وسلماً يقال : أسلم واسلف وهو نوع من البيع وينعقد بلفظ السلف والسلم لانهما حقيقة فيه ، ويشترط له ما يشترط للبيع إلا أنه يجوز فى المعدوم ، والاصل فى جوازه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمي قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ، رواه سعيد وان اللفظ يشمله بعمومه ، وأما السنة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه ، وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز

(فصل) ولا يصح الا بشروط سبعة (أحدها) أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً كالمكيل من الحبوب وغيرها والموزون كالقطن والابريسم والكتان والقنب والصوف والشعر والكاغد والحديد والصفر والنحاس والطيب والأدهان والخلول وكل مكيل أو موزون وكذلك المزروع كالثياب ، وقد جاء الحديث فى الثمار ، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان السلم فى الطعام جائز .

﴿مسئلة﴾ (فاما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرءوس ونحوها ففيه روايتان)

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ماضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك ان السلم لا يصح الا بشروط ستة

(أحدها) ان يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً فيصح في الحبوب والثمار والدقيق والثياب والابريسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفر والنحاس والادوية والطيب والخلول والادهان والشحوم والالبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكيل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث في الثمار وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزبيب والزيت ، وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز قاله ابن المنذر وأجمعوا على جواز السلم في الثياب ، ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروذج والزبرجد والعقيق والبلور لان أثمانها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه لان ذلك يختلف ولا بشيء معين لان ذلك يتلف ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوما وان كان وزنا فبوزن معروف ، والذي قلناه أولى لما ذكرنا ولا يصح فيما يجمع اخلاطا مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان لان الولد مجهول غير متحقق ، ولا في الاواني المختلفة الرءوس والاوساط لان الصفة لا تأتي عليه وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه اذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله لان التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والعضب والتوز اذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتميز ما فيه منها وقيل يجوز السلم فيها ، والاولى ما ذكرنا ، قال القاضي والذي يجمع اخلاطا على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لان ضبطها ممكن (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالانفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والزبيب فيصح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) اخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيها لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ماخلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه .

اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي أنه لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي . قال عمر : إن من الربا أبوابا لاتخفى وإن منها السلم في السن ، ولان الحيوان يختلف اختلافا متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن مثل أزج الحاجبين أكحل العينين أقنى الانف أهدب الاشفار ألمى الشفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة وان لم يذكرها اختلف بها الثمن ظاهراً والمشهور في المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، قال ابن المنذر وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ولان أبا رافع قال : استسلف النبي صلى الله

(فصل) ويصح السلم في الخبز واللبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك ، ولنا قوله عليه السلام « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » فظاهر هذا اباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فصح السلم فيه كالمجفف بالشمس فاما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضي لا يصح السلم فيه ، وهو مذهب الشافعي لان ذلك يتفاوت كثيراً وعادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه . وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا في الخبز واللبأ .

(فصل) ويصح السلم في النشاب والنبل ، وقال القاضي لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي لانه يجمع اخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل فجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولان فيه ريشاً نجساً لان ريشه من جوارح الطير ، ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وان كان نجسا لكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي لا يصح السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ان من الربا ابوابا لا تخفى وان منها السلم في السن ولان الحيوان يختلف اختلافا متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن - مثل أزج الحاجبين أكحل العينين أقنى الانف أشم العرنين أهدب الاشفار ألمى الشفة بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة ، وظاهر المذهب صحة السلم فيه نص عليه في رواية الاثرم . قال ابن المنذر وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكاه الجوزجاني

عليه وسلم من رجل بكراً ، ورواه مسلم ، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالابعرة إلى مجيء الصدقة ، رواه أبو داود ولأنه يثبت في الذمة صداقا فيثبت في السلم كالثياب . فاما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان ، قال الشعبي إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد ، وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل ، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا .

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع فنقل إسحاق بن ابراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم الا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سمينا وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن

عن عطاء والحكم لان أبا رافع قال استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً رواه مسلم وروى عبدالله ابن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله ﷺ أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالابعرة الى مجيء الصدقة، وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا ولانه ثبت في الذمة صداقا فثبت في السلم كالثياب فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان قال الشعبي انما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لانهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً الى أجل ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا

(فصل) واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزوع فنقل اسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم إلا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لايكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير، فعلى هذه الرواية لايصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سميناه وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبط بالصغر والكبر وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها فصح السلم فيه كالمزروع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له في ذلك قولان.

(فصل) فأما السلم في الرءوس والاطراف فيخرج في صحة السلم فيها الخلاف الذي ذكرنا، وللشافعي فيها قولان أيضاً كالروايتين (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والآخر) لايجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم، فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لانه يتناثر ويختلف وعلى قول غير القاضي من أصحابنا حكم

تقديره بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر، ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك يتقارب وينضبط بالكبر والصغر وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها فيصح السلم فيه كالمزروع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي، وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له قولان:

(فصل) وفي السلم في الرءوس من الخلاف ما ذكرناه وكذلك الاطراف وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والاخرى) لايجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم فان كان مطبوخا أومشويا فقال الشافعي لايصح السلم فيه وهوقياس قول القاضي لايتناثر ويختلف وعلى قول أصحابنا غير القاضي حكم مامسته النار حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي

ما مسته النار من ذلك حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي وأبو ثور ، والعقد يقتضيه سليما من التأثر والعادة في طبخه تتفاوت فأشبه غيره

(فصل) وفي الجلود من الخلاف مثل مافي الرءوس والاطراف ، وقال الشافعي لايصح السلم فيها لانها تختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه

ولنا ان التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فانه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف واللحم والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والاذنين والعينين ويختلف ذلك ولم يمنع صحة السلم فيه كذا ههنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز لانه يختلف . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره اباحة السلم في كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

وأبي ثور والعقد يقتضيه سليما من التاثر والعادة في طبخه تتقارب فأشبه غيره وفي الجلود من الخلاف مافي الرءوس والاطراف وقال الشافعي لايصح السلم فيها لانه يختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ، ولنا أن التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فانه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف والشحم ومافي البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والاذنين والعينين ويختلف ولم يمنع صحة السلم فيه كذلك ههنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبوحنيفة لايجوز لانه يختلف، ولنا قول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أووزن معلوم» ظاهره إباحة السلم في كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

(مسئلة) (وفي الاواني المختلفة الرءوس والاوساط كالقماقم والأسطال الضيقة الرءوس وما يجمع أخلاطا متميزة كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان)

لا يصح السلم في الاواني المختلفة الرءوس والاوساط لأن الصفة لاتأتي عليها وفيه وجه آخر أنه يصح إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلاه لان التفاوت في ذلك يسير . فأما الثياب المنسوجة من نوعين كالقطن والكتان والابريسم فالصحيح جواز السلم فيها لان ضبطها ممكن وفيه وجه آخر أنه لا يجوز كالمعاجين .

(فصل) ويصح السلم في اللبأ والخبز وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف الثمن ويختلف عملها ، ولنا أنه موزون فجاز السلم فيه كسائر الموزونات ولعموم الحديث ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فاشبه المجفف بالشمس ، فأما اللحم المطبوخ والمشوي فقال القاضي لا يصح السلم فيه وهو مذهب الشافعي لانه يتفاوت كثيراً وعادة الناس فيه مختلفة فلا يمكن ضبطه وقال بعض أصحابنا : يصح السلم فيه لما ذكرنا في الخبز واللبأ .

(الشرط الثاني) أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً فان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن ولان العلم شرط في المبيع ، وطريقه اما الرؤية واما الوصف ، والرؤية ممتنعة ههنا فيتعين الوصف ، والاوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اشتراطها وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي

(الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الاوصاف وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ونذكرها عند ذكره وذكرها شرط في السلم عند امامنا والشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الاوصاف الثلاثة لانها تشتمل على ما وراءها من الصفات ، ولنا أنه يبقى من الاوصاف من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والغرض لأجله فوجب ذكره كالنوع

ولا يجب استقصاء كل الصفات لان ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة التي يختلف

(فصل) ويصح السلم في النشاب والنبل وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي لانه يجمع أخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل فجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولان فيه ريشاً نجساً لانه من جوارح الطير . ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا فصح السلم فيه كالقصب والخشب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وإن كان نجسا لكن يصح بيعه فلا يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار .

﴿مسألة﴾ (ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع اخلاطاً غير مميزة كالغالية والند والمعاجين ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوه)

لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والفيروزج والبلور لان أثمانها تختلف اختلافا متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ولا يمكن تقديرها بشيء معين لان ذلك يتلف وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوما ان كان وزناً فبوزن معروف والصحيح الاول لما ذكرناه ، ولا يصح في الحوامل من الحيوان لان الصفة لا تأتي عليها ، ولان الولد مجهول غير متحقق ، وفيه وجه آخر أنه يصح لان الحمل لا حكم له مع الام بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط الحمل ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع لكن ان لم تكن حاملا فله الرد ، وإذا صح البيع صح السلم لانه بيع ، ولا يصح في المغشوش من الاثمان لانه مجهول لا ينضبط بالصفة ولا فيما يجمع اخلاطاً غير مميزة كالغالية والند والمعاجين التى يتداوى بها للجهل بها . والذي يجمع اخلاطا على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من نوعين والصحيح جواز السلم فيها (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالانفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والخل في السكنجبين صح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) أخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين

الثمن بها ظاهرا . ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الاوصاف بطل السلم لان من شرط السلم ان يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل واستقصاء الصفات يمنع منه ولو شرط الاجود لم يصح أيضاً لانه لا يقدر على الاجود، وان قدر عليه كان نادراً وان شرط الارداً احتمل أن لا يصح لذلك واحتمل أن يصح لانه يقدر على تسليم ما هو خير منه فانه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً مما شرطه فلا يعجز إذا عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها ، ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح لانه لا بد أن يضبط كل واحدة منها بصفات ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها وكذلك ان أسلم في جارية واختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقة أحضرها لم يجز لجواز أن تهلك الخرقة وهذا غرر ولا حاجة منه فمنع الصحة كما لو شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامها شرطان في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذكرهما

فلا يصح السلم فيه لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ما خالطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه لان غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولا ، ولا يصح السلم في القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والتوز إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها كالثياب المنسوجة من نوعين وكالنشاب المشتمل على الخشب والعقب والريش والنصول والاولى ما ذكرنا .

(فصل) الثاني أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره أنما اشترط ذلك لان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ، ولان العلم شرط في البيع وطريقه الرؤية أو الوصف والرؤية متعذرة ههنا فتعين الوصف والاوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها ، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه وكذلك معرفته وسنذكرها وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم فية خلافا (الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الاوصاف فينبغي ان يكون ذكرها شرطاً قياساً على المتفق عليها ونذكرها عند ذكره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الاوصاف الاول لانها تشتمل على ماوراءها من الصفات . ولنا أنه يبقى من الصفات من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والعوض لأجله فوجب ذكره كالنوع ، ولا يجب استقصاء كل الصفات لأنه يتعذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه فيجب الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يتعذر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل لان من شروط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله واستقصاء الصفات يمنع منه

(فصل) ولو أسلم في جارية وابنتها أو أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت عمها لم يصح لانه لا بد ان يضبط كل واحدة منها بصفات ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وبنتها ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقة معينة لم يجز لانها قد تهلك وهذا غرر فهو كما لو شرط مكيالا بعينه غير معلوم

(فصل) والجنس والجودة والقدر شرط في كل مسلم فيه فلا حاجة إلى تكرير ذكر ذلك ويذكر ما سواها فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو

في كل مسلم فيه ويذكر ما سواهما فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أومعقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو بصري فان البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك والقدر كبار أو صغار وحديث أو عتيق فان أطلق العتيق فأي عتيق أعطي جاز مالم يكن مسوسا ولا حشفاً ولا متغيراً وان قال عتيق عام أو عامين فهو على ما قال ، فأما اللون فان كان النوع الواحد مختلفاً كالطبرز يكون أحمر ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هـذه الاوصاف الا الحـديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ منـه مشدخاً ولا قديما قارب أن يتمر ، وهـكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد فيقول حوراني أو بلقاوي أو سمالي ، وصغار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وان كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه الا مصفى وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(فصل) ويصف العسـل بثلاثة أوصاف البلد فيجي أو نحوه ويجزيء ذلك عن النوع، والزمان ربيعي أو خريفي أو صيفي ، واللون أبيض أو أحمر وليس له إلا مصفى من الشمع

(فصل) ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون ان كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام اليه ان كان بالغاً وان كان صغيراً فالقول قول سيده ، وان لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريبا واذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفا مثل التركي منهم الجكلي والخزري فهـل يحتاج الى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج فى الجارية الى ذكر البكارة والثيوبة ولا الجعودة والسبوطة لان ذلك لا يختلف به الثمن

بصري فان البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء ، والبصري بخلافه ، والقدر كبار أو صغار ، أو حديث أو عتيق فان أطلق العتيق أجزأ أي عتيق كان مالم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً ، وإن شرط عتيق عام أو عامين فهو على ماشرط ، فأما اللون فان كان النوع الواحد يختلف كالطبرزد يكون أحمر وأسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الاوصاف الا الحديث والعتيق وليس له من الرطب الا ما أرطب كله ولا يأخذ مشدخا ولا ماقارب أن يتمر وهكذا ما يشبهه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد حوراني أو سمالي وصغار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وان كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم اليه إلا مصفى وهذا الحـكم في الشعير وسائر الحبوب ويصف العسل بثلاثة أوصاف بالبلد ويجزيء ذلك عن النوع ، والزمان ربيعي وصيفي واللون وليس له الا مصفى

(فصل) ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام اليه ان كان بالغاً والا فالقول قول سيده ،وإن لم يعلم رجع في ذلك الى أهل الخبرة على مايغلب على ظنونهم تقريباً ، واذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجكلي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين (أولاهما) أنه يحتاج لانه يختلف به الثمن ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر الجعودة والسبوطة لان ذلك لا يختلف به الثمن اختلافا بيناً ومثل ذلك لا يراعى كما لا تراعى صفات الحسن والملاحة ، فان ذكر شيئاً من ذلك

اختلافا بينا ، ومثل ذلك لا يراعى كاصفات الحسن والملاحة فان ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثيوبة والبكارة لان الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ، ويذكر القد خماسي أوسداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار قال أحمد يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، فأما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من نتاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون بيضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان كان النتاج يختلف فيه مهرية وأرحبية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين وما زاد على هذه الاوصاف لا يفتقر إلى ذكره ، وان ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمير فلا نتاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها إلى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها نتاج فهي كالابل وإلا فهي كالحمر ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عرابية وفي الخيل عربية أو هجين أو برذون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمر والبغال فلا نوع فيهما

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والأنوثية والسمن والهزال وراعيا أو معلوفا ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فحلا أوخصيا ، وان كان من صيد لم يحتج الى ذكر العلف والخصاء ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليما وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله ان هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس واذا لم يحتج في الرقيق الى ذكر البكارة والثيوبة والسمن والهزال وأشباهها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها ويعرفها

لزمه ، ويذكر الثيوبة والبكارة لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ويذكر القد خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار . قال أحمد : يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، أما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من نتاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون بيضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان اختلف النتاج فكان فيه مهرية وأرحبية فهل يحتاج إلى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين ولا يفتقر إلى ذكر مازاد على هذه الاوصاف ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمر فلا نتاج لها فيجعل بدل ذلك نسبتها الى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها نتاج فهي كالابل والا فهي كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عرابية ، وفي الخيل عربية أو هجين أو برذون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمير والبغال فلا أنواع فيها

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والانوثية والسمن والهزال وراعياً أومعلوفاونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فحلا أو خصياً وإن كان لحم صيد لم يحتج الى ذكر العلف والخصى ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أوكلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليما ، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب نكهة من الفهد لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله أن هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه الا القليل من الناس ، واذا لم يحتج في الرقيق الى ذكر السمن والهزال واشباهها وما يتباين بها الثمن وتتعلق بها الرغبات ويعرفها الناس

الناس فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، وان كان السلم في لحم طير لم يحتج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم الا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها وفي السمك يذكر النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما ، وان كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان اطلاقه يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد باوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق إلا أن تكون رقته للحر ، ويصف اللبن بالنوع والمرعى ولا يحتاج الى اللون ولا حلبة يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد ويصح السلم في الخيض ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيه لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج والملح والانفحة في الجبن والماء في خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبأ بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ

(فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفاقة

فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، فان كان السلم في لحم طير لم يحتج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا ان يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها ، ويذكر في السمك النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان الاطلاق يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزم قبول متغير من السمن والزبد ولا رقيق إلا أن تكون رقته للحر، ويصف اللبن بالمرعى ولا يحتاج إلى اللون ولا حليب يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير . قال أحمد ويصح السلم في الخيض وقال الشافعي لا يصح لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج وفي خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبأ بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ وعدمه .

(فصل) ويضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفاقة

والرقة والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن فان ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة وكونه على وزن معلوم فيكون فيه تغرير لتعذر اتفاقه(١) وان ذكر خاماً أو مقصوراً فله ماشرط وإن لم يذكره جاز وله خام لانه الاصل وان ذكر مغسولا أو لبيساً لم يجز لان اللبس يختلف ولا ينضبط فان أسلم في مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب ، وان كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته ولان الصبغ غير معلوم ،وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وابريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بان يقول : السدى ابريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزلين مختلفين،وان أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وان كان زيادة لم يجز لانه لا ينضبط(٢)

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر ، وإن شرط في القطن منزوع الحب جاز وان أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الابريسم بالبلد واللون والغلظ والدقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف . قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير ، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وان لم يشترطه ، وان شرطه جاز وكان تأكيداً والشعر والوبر كالصوف ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(١) كان ذلك المعروف حتى زمن المؤلف وأما الآن فلا يتعذر بل هو موجود

(٢) يمكن ضبطه

والرقة والغلظ والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن وإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة مع وزن معلوم فيكون فيه تغرير لبعد اتفاقه ، وان ذكر الخام أو المقصور فله شرطه وإن لم يذكره جاز وله خام لانه الاصل ، وان ذكر مغسولا أو لبيساً لم يجز لان اللبيس يختلف ولاينضبط فان أسلم في مصبوغ مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب وإن كان ما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان الصبغ يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وخشونته ولان الصبغ غير معلوم ، وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وكتان أوقطن وابريسم أو صوف وابريسم وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول السدى ابريسم واللحمة كتان أونحوه جاز وقد ذكرناه ، ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يجز لانه لا ينضبط .

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظة والرقة الطول والقصر، وان شرط في القطن منزوع الحب جاز وان أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الابريسم بالبلد واللون والغلظ والرقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف ، قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ويحتمل أن لايحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وإن لم يشترطه ، وان اشترطه جاز وكان تأكيداً وكذلك الشعر والوبر ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والرقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالنوع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومة والخشونة واللون ان كان يختلف ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى فان الذكر أحد وأمضى، وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك كله ، وان أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وأي عمل ؟ وان أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ماض أوغيره ويصف قبضته وجفنه

(فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ويبسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ، ويلزمه أن يدفع اليه من طرفه الى طرفه بذلك العرض والدور فان كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وان كان أدق لم يلزمه قبوله ، وان ذكر الوزن أو سمحا جاز وان لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب ، وان كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهليا أو جبلياً أو خوطا أو فلقة فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ، ويذكر فيما للوقود الغلظة واليبس والرطوبة والوزن، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر مايحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة، وان أسلم في النشاب والنبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه

(فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ، ومنها ما هو للبناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ، ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر

(فصل) ويضبط الرصاص والنحاس والحديد بالنوع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومه والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى فان الذكر أحد وأمضى وان أسلم في الاواني التى يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وبلده وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماض أوغيره ويصف قبضته وجفنه

(فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ورطوبته ويبسه وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور ، وإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وان كان أدق لم يلزمه قبوله ، وان ذكر الوزن أو سمحا جاز وان لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب وان كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقة فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج الى معرفته ويخرجه من الجهالة وان أسلم في النشاب والنبل ضبطه بنوع خشبه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ماهو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ومنها ماهو للبناء فيذكر اللون والقدر والنوع والوزن ويذكر في حجارة الآنية النوع واللون والقدر واللين والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع التربة واللون والدور والثخانة وان أسلم

واللبن والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع اتربة واللون والدور والثخانة ، وان أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ماأصابه الماء فجف ولا ماقدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله أن يعطيه صغاراً أو كباراً ، وقد قيل ان العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ،ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط المصطكا واللبان والغراء العربي وصمغ الشجر والمسك وسائر مايجوز السلم فيه بما يختلف به

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا كان بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم)

هذا الشرط الثالث وهو معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل ان كان مكيلا وبالوزن ان كان موزونا وبالعدد ان كان معدوداً لقول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم

في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ماأصابه الماء فجف ولا ماقدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بالوزن والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله اعطاؤه صغاراً أو كباراً ،وقد قيل العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط اللبان والمصطكا وصمغ الشجر والمسك وسائر مايجوز السلم فيه بما يختلف به

﴿مسئلة﴾ (فان شرط الاجود لم يصح) لتعذر الوصول اليه إلا نادراً (وان شرط الأردأ لم يصح في أحد الوجهين) لذلك (والثاني) يصح لانه يمكنه تسليم المسلم أو خير منه فيلزم المسلم قبوله

﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه)

لانه رضي بدون حقه ولا يلزمه لأن فيه اسقاط حقه،وقال القاضي يلزمه اذلم يكن أدنى من النوع المشترط لانه من جنسه أشبه الزائد في الصفة . ولنا أنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالادنى بخلاف الزائد في الصفة فانه أحضر المشروط مع زيادة ولان أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة

﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه)

لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود وذكر ابن ابي موسى رواية أنه يجوز أن يأخذ مكان البر شعيراً مثله ولعله بناه على أنهما جنس واحد والاول أصح

﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة تنفعه ولا تضره

﴿مسئله﴾ (وإن جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح)

وقال أبو حنيفة يصح كما لو جاءه بزيادة في القدر . ولنا ان الجودة صفة فلا يجوز افرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا ، وإن جاءه بزيادة في القدر فقال له ذلك صح لان الزيادة ههنا يجوز افرادها بالبيع

﴿فصل﴾ قال رحمه الله تعالى(الثالث أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع فان أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم يصح وعنه يصح)

يشترط معرفة قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون في إحدى الروايتين لقول

إلى أجل معلوم » ولانه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافا ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند العامة فان قدره باناء معلوم أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح لانه يهلك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه وهذا غرر لايحتاج اليه العقد قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم في الطعام لايجوز بقفيز لا يعلم عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور، وان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما وان لم يعرفا لم يجز .

(فصل) وان أسلم فيما يكال وزناً أو فيما يوزن كيلا فنقل الاثرم انه سأل احمد عن السلم في التمر وزنا فقال : لا إلا كيلا . قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل قال وان كانوا لا يعرفون الكيل ، فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل إلا كيلا ولا في الموزون إلا وزناً وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لانه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولانه قدر المسلم بغير ماهو مقدر به في الأصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزنا ، ونقل المروذي عن أحمد

النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » متفق عليه ويشترط معرفة المذروع بالذرع والمعدود بالعد لانه عوض غائب يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة مقدار المسلم فيه خلافا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم فان أسلف في المكيل وزنا أو في الموزون كيلا ففيه روايتان (احداها) لا يصح نقلها عنه الاثرم فقال سئل أحمد عن السلم في التمر وزنا فقال لا إلا كيلا ، قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل . قال وان كانوا لا يعرفون الكيل فعلى هذه الرواية لا يجوز في المكيل إلا كيلا ولا في الموزون الا وزنا ذكره القاضي وابن أبي موسى لانه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه مقدر بغير ما هو مقدر به في الاصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزنا (والثانية) يجوز فنقل المروذي عن أحمد أن السلم يجوز في اللبن اذا كان كيلا او وزنا وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لان اللبن لا يخلو من ان يكون مكيلا او موزونا وقد اجاز السلم فيه بكل منهما وهو قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا الصحيح ان شاء الله لان الغرض معرفة قدره وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات فان التماثل بالكيل في المكيل والوزن في الموزون شرط ولا يعلم هـذا الشرط اذ قدرها بغير مقدارها الاصلي ، وقـد ذكرنا المكيل والموزون في باب الربا ، ولا يسلم في اللبأ إلا موزونا لانه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه وإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار وزن بالسفينة فتترك السفينة في المـاء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى اي موضع تغوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او احجار صغار الى ان يبلغ الماء الموضع المعلم ثم يوزن بميزان فيكون زنة ذلك الشيء

﴿مسئلة﴾(ولا بد ان يكون المكيال معلوما فان شرط مكيالا بعينه او صنجة بعينها غير معلومة لم يصح) يشترط ان يكون المكيال والصنجة والذراع معروفة عنـد العامة فان عين مكيالا او صنجة او

انه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا وهذا يدل على اباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لان اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما وهذا قول الشافعي وابن المنذر ،وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى لان الغرض معرفة قدره وخروجه من الجهالة وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز . ويفارق بيع الربويات فان التماثل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط ولا نعلم هذا الشرط اذا قدرها بغير مقدارها الاصلي . اذا ثبت هذا فان الحبوب كلها مكيلة وكذلك التمر والزبيب والفستق والبندق والملح ، قال القاضي وكذلك الادهان وقال في السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا ولا يسلم في اللبأ الا وزنا لانه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه

(فصل) فان كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار يوزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أي موضع تغوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او حجارة صغار الى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ثم يوزن بميزان فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه (١)

(فصل) ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم جائز في الثياب بذرع معلوم

(فصل) وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره فالمعدود نوعان

(١) في هذا العصر من الموازين مايوزن فيه ماهو أعظم مما ذكره بدقة لا يتأتى مثلها بوزن السفينة

ذراعا غير معلوم لم يصح لانه يهلك فيتعذر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور فان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما ، فان لم يعلما لم يجز لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وفى المعدود المختلف غير الحيوان روايتان)

(احداها) يسلم فيه عدداً والاخرى وزنا وقيل يسلم فى الجوز والبيض عدداً وفى الفواكه والبقول وزنا وماعدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره والمعدود نوعان (احدها) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض فيسلم فيه عدداً في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي، وقال الشافعي لا يسلم فيهما عدداً لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ وانما يسلم فيهما وزنا وكيلا

ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر والصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء فيسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ، ويفارق البطيخ فانه يتفاوت تفاوتا كثيراً لا ينضبط ولنا فيه منع أيضا (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول وفيه وجهان (احدها) يسلم فيه عدداً ويضبطها بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً، ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال. ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديرة بغير الوزن فيتعين تقديره به ، وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً لانه يباع كذلك وفي الفواكه والبقول وزنا لانه أضبط وقد ذكرناه

(أحدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عدداً ، وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي وقال الشافعي يسلم فيهما كيلا أو وزنا ولا يجوز عدداً لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ ولنا ان التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وان بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ويفارق البطيخ فانه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ماليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (الثاني) لا يسلم فيه الا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال . ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به .

﴿مسئلة﴾ قال (الى أجل معلوم بالاهلة)

وهذا الشرط الرابع وهو ان يكون مؤجلا أجلا معلوما وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

قال رحمه الله تعالى ﴿فصل﴾ (الرابع أن يشترط أجلا معلوما له وقع في الثمن كالشهر ونحوه ، فان أسلم حالا أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح)

يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال نص عليه أحمد في رواية المروذي ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيوع الاعيان ، ولانه اذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد

ولنا قول النبي ﷺ «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فأمر بالاجل والامر يقتضي الوجوب ، ولانه أمر بهذه الشروط تبيينا لشروط السلم ومنعا منه بدونها ، ولذلك لا يصح اذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الاجل ، ولانه انما جاز رخصة للمرفق ولا يحصل المرفق الا بالاجل ، فاذا انتفى الاجل انتفى المرفق فلا يصح كالكتابة ، ولان الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه ، أما الاسم فانه سمي سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ماذكرناه في أول الباب من أن الشارع رخص فيه من اجل الحاجة الداعية اليه ومع حضور مايبيعه حالا لا حاجة الى السلم فلا يثبت وفارق بيوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكروه من التنبيه غير صحيح لان ذلك انما يجري فيما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا فان البعد من الغرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وانما المصحح له شيء آخر لم يذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما . اذا ثبت هذا فانه إن باعه مايصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه معنى السلم ، وانما افترقا في اللفظ لكن يشترط في البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، فان باعه ما ليس عنده لم يصح وقد ذكرناه

(فصل) ويشترط كون الاجل مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز ، وقدره بعضهم بثلاثة أيام وهو قول الاوزاعي لانها مدة يجوز فيها خيار الشرط وهي آخر حد القلة قالوا لان الاجل انما اعتبر في السلم لان المسلم فيه معدوم في الاصل لكون

(أحدها) أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال قال أحمد في رواية المروذي لا يصح حتى يشترط الاجل ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيوع الاعيان ولانه اذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد ، ولنا قول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أووزن معلوم الى أجل معلوم » فامر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ولانه أمر بهذه الامور تبييناً لشروط السلم ومنعا منه بدونها وكذلك لا يصح اذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الاجل ولان السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل الرفق الا بالاجل فاذا انتفى الاجل انتفى الرفق فلا يصح كالكتابة ولان الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه أما الاسم فلانه يسمى سلما وسلفا لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ماذكرناه في أول الباب من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية اليه ومع حضور ما يبيعه حالا لاحاجة إلى السلم فلا يثبت ويفارق بيوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكروه من التنبيه غير صحيح لان ذلك إنما يجزيء فيما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا فان البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح

السلم انما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور حصوله فيها. ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواما وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة لا يصح فان السلم انما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا يحصل هذا في المدة اليسيرة غالبا

(مسئلة) (إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم ؟ فقلت نعم ، فقال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أنه يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه : وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد الى أجلين لم يصح في أحد القولين لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول . ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال كبيوع الاعيان ، فعلى هذا اذا قبض البعض وتعذر رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا على المقبوض لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) (فان أسلم في جنس إلى أجلين أو في جنسين إلى أجل صح) أما اذا أسلم في جنس إلى أجلين فقد ذكرناه في المسئلة قبلها ، وإن أسلم في جنسين إلى أجل واحد صح قياسا على البيع

(مسئلة) (ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم للخبر)

وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالأهلة نحو أول الشهر وأوسطه وآخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسئلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، فان أسلم إلى عيد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالأهلة فان

له شيء آخر لم نذكر اجتماعها فيه وقد بينا افتراقها ، اذا ثبت هذا فانه ان باعه مايصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه معنى السلم وانما افترقا في اللفظ .

(الفصل الثاني) أنه لا بد من كون الاجل معلوما لقوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الى أجل معلوم » ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا فاما كيفيته فانه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه ؟ وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أنه قال أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور وعن ابن عمر أنه كان يبتاع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة ، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم فاما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضا فأشبه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك بانه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتا كثيرا فأشبه اذا قال الى رأس السنة

ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال لا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد . فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت ان رسول الله ﷺ بعث الى يهودي « ان ابعث الي بثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة قال احمد فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر فاخاف أن يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح

(فصل) إذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق باولهما وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف ذلك الى الاشهر الهلالية بدليل قوله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم

جعل الاجل مقدراً بغير الشهور الهلالية وكان مايعرفه المسلمون وهو مشهور بينهم مثل الاشهر الرومية كشباط ونحوه أو عيد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الخرقي وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشعانين وعيد الفطير ، ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ماذكرنا ، وقال القاضي يصح وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف لكونه لا يعلمه المسلمون وإن كان مما لا يعرفه المسلمون كالشعانين وعيد الفطير ونحوهما لم يصح السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم الى مالا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه مجهول عنده

(فصل) واذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله ، وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى ويوم النفر تعلق بأولها ، وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف الى الاشهر الهلالية لقول الله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً) وإن أراد الهلالية فان

خلق السموات والارض منها أربعة حرم) وأراد الهلالية وان كان في اثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهرا بالعدد ثلاثين يوما وقيل تكون الثلاثة كلها عددية ، وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع ، وان قال محله شهر كذا أو يوم كذا صح وتعلق بأوله وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل اوله وآخره . والصحيح الاول فانه لو قال لامرأته انت طالق في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فان قيل الطلاق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا إلا انه اذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم .

(فصل) ومن شرط الاجل ان يكون مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب ابي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز . وقدره بعضهم بثلاثة ايام ، وهو قول الاوزاعي لانها مدة يجوز فيها خيار الشرط ولانها آخر حد القلة ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر ، وقال الآخرون إنما اعتبر التأجيل لان المسلم فيه معدوم في الاصل لكون السلم انما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها ، ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من اجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواما وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم ان المقصود يحصل بأقل مدة غير صحيح فان السلم انما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا تحصل هذه في المدة اليسيرة

(الفصل الثالث) في كون الاجل معلوما بالأهلة وهو أن يسلم الى وقت يعلم بالهلال نحو أول الشهر أو أوسطه أو آخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، ولو أسلم إلى عيد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالاهلة ، وان جعل الاجل مقدراً بغير الشهور الهلالية فذلك قسمان

كان في اثناء شهر كمل شهراً بالعدد وشهرين بالاهلة ، وقيل تكون الثلاثة بالعدد وسنذكر ذلك في غير هذا ، وان قال محلة شهر كذا صح وتعلق بأوله ، وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل أوله وآخره والصحيح الاول ، فانه لو قال لعبده أنت حر في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فان قيل العتق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا الا أنه اذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم الى الحصاد أو شرط الخيار اليه فعلى روايتين)

لا يصح أن يؤجل السلم الى الحصاد والجزاز وما أشبهه ، كذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أنه يجوز . قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر أنه كان يبتاع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو ، وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم ، فأما نفس العطاء فهو مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ، ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتقارب أيضا فأشبه الحصاد ووجه ذلك انه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتا كثيراً أشبه اذا قال الى رأس السنة

(أحدهما) ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون وشباط أو عيد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفهما فظاهر كلام الخرقي وابن ابي موسى أنه لا يصح لانه أسلم الى غير الشهور الهلالية أشبه اذا أسلم الى الشعانين وعيد الفطير ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي يصح ، وهو قول الاوزاعي والشافعي قال الاوزاعي إذا أسلم الى فصح النصارى وصومهم جاز لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف فانه لا يعامه المسلمون (القسم الثاني) ما لا يعرفه المسلمون كعيد الشعانين وعيد الفطير ونحوهما فهذا لا يجوز السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وان أسلم الى ما لا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه مجهول عنده . (١)

(١) فان عرفوا كل ذلك كاهل البلاد التي تنشر فيها التقاويم المبينة لذلك صح

ولنا قول ابن عباس : لا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم ، ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد ، فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت : ان النبي ﷺ بعث الى يهودي « أن ابعث الي بثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة ، وقال أحمد فيه غفلة وهو صدوق ، قال ابن المنذر فأخاف ان يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه ، ثم إنه لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح ، وان جعل الخيار اليه فهو في معنى الاجل

(مسئلة) (واذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه والا فلا)

عبر بالسلم عن المسلم فيه كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، وبالرهن عن المرهون ، واذا حضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله كالمبيع المعين سواء تضرر بقبضه أو لا لان على المسلم اليه ضرراً في بقائه في يده ، فان امتنع قيل له إما أن تقبض حقك أو تبريء منه لان قبض الحاكم قام مقام قبض الممتنع بولايته الا أنه ليس له الابراء

(الحال الثاني) أن يحضره بعد محل الوجوب فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما (الحال الثالث) أن يحضره قبل محله فينظر ، فان كان في قبضه قبل المحل ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والاطعمة كلها أوكان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحو هذا لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو طعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لانه لا يأمن تلفه ويحتاج الى المؤنة وهكذا ان كان يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه ، أوكان الوقت مخوفا يخشى على ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال لان عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فهو كنقص صفة فيه ، وان كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فانه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولم يكن في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وزيادة الجودة في المسلم فيه

(فصل) وليس له الا أقل ماتقع عليه الصفة لانه قد سلم اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه فعليه أن يسلم الحبوب نقية ، فان كان فيها تراب يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز ، وان كان يسيراً لا يؤثر في الكيل ولا يعيب لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر الا جافا ، ولا يلزم أن يتناهى جفافه لانه يقع عليه

﴿مسئلة﴾ قال (موجوداً عند محله)

هذا الشرط الخامس وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ولا نعلم فيه خلافا وذلك لانه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه كبيع الآبق بل أولى فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز أن يسلم في العنب والرطب الى شباط أو اذار ولا الى محل لا يعلم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً فلا يؤمن انقطاعه

(فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ولا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه قال ابن المنذر ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قال وروينا عن النبي ﷺ أنه أسلف اليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ «اما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه أبو اسحاق الجوزجاني في المترجم ، وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه فلم يصح كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وقال أسلمت اليك في مثل هذه

(فصل) ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان

الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال وإن قبضه فوجده معيبا فله المطالبة بالبدل كالمبيع والله أعلم

(فصل) الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله لا نعلم فيه خلافا لانه اذا كان ظاهراً أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، واذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل كذلك فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق ، بل أولى فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فان كان لا يوجد فيه أولا يوجد الا نادراً كالسلم في العنب والرطب الى شباط أو أذار أو أسلم الى محل لا يعم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه الا نادراً لم يصح لانه لا يؤمن انقطاعه فلا يغلب على الظن القدرة على تسليمه عند وجوب التسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لانه لا يؤمن تلفه وانقطاعه) قال ابن المنذر : ابطال السلم اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي ، قال وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسلف اليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه الجوزجاني في المترجم وقال اجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه لا يؤمن انقطاعه وتلفه أشبه مالو اسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وأسلم في مثلها

(فصل) ولا يشترط وجود المسلم فيه حال العقد بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء

الشتاء وفي كل يوم معدوم اذا كان موجوداً في المحل وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد الى حين المحل لان كل زمن يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه لموت المسلم اليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل

ولنا ان النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم وأجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطا لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لانه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولانه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالبا فجاز السلم فيه كالموجود ولا نسلم أن الدين يحل بالموت وان سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود اذ لو لزم أفضى الى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلا وهنا لم يجعلاه

(فصل) اذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبة المسلم اليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين أن يصبر الى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فاذا هلكت انفسخ العقد كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت، والاول الصحيح فان العقد قد صح وانما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام فانهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وانما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ماهو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه اذا وجدها ولم يجد غيرها وليست متعينة

وفي كل معدوم إذا كان موجوداً عند المحل وهو قول مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي يشترط أن يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حال المحل لان كل زمان يجوز أن يكون محلا المسلم فيه لموت المسلم اليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل. ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال «من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لانه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولا يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً أشبه الموجود ولا نسلم ان الدين يحل بالموت، وان سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود اذ لو لزم أفضى الى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ماجعله المتعاقدان محلا وههنا لم يجعلاه

(مسئلة) (وان أسلم الى محل يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوما في أحد الوجهين وفي الآخر ينفسخ بنفس التعذر)

وجملة ذلك أنه تعذر تسليم المسلم فيه عند محله اما لغيبة المسلم اليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين الصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن ان كان موجوداً أو بمثله إن كان مثليا والا قيمته، وبذلك قال الشافعي واسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه ينفسخ بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فاذا هلكت انفسخ العقد به كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت والاول أصح فان العقد قد صح وإنما تعذر التسليم فهو كمن اشترى عبداً فابق قبل القبض، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام، فانهما

وإن تعذر البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر الى حين الامكان ويطالب بحقه، فان أحب الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة عقد فلا يوجب الفساد في الكل كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداهما، وفيه وجه آخر ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ماذكرنا من الخلاف في الاقالة في بعض المسلم فيه، وإن قلنا ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انسفخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطاريء على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) اذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول لانه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المعقود عليه وإن كان المسلم اله فقد تعذر عليه ايفاؤها فصار الامر إلى رأس ماله

﴿مسئلة﴾ قال (ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق)

هذا الشرط السادس وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لايخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً فأشبه مالو تأخر إلى آخر المجلس

ولنا أنه عقد معاوضة لايجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف، وإن قبض بعده ثم تفرقا فكلام الخرقي يقتضي

لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وانما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ماهو بصفة حقه ولذلك يجب الدفع من ثمرة نفسه إذا قدر ولم يجد غيرها وليست متعينة فان تعذر البعض فالمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه، فان أحب الفسخ في المتعذر وحده فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل ويصبر على ما نذكره من الخلاف في الاقالة في بعض السلم، وان قلنا إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطاريء على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت المشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) وإذا أسلم ذمي الى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المسلم يأخذ دراهمه لانه ان كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المعقود عليه وإن كان الآخر فقد تعذر عليه الايفاء فصار الامر إلى رأس ماله

﴿فصل﴾ (الشرط السادس) أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لاتخرج بتأخير قبضه من أن تكون سلماً فاشبه تأخيره إلى آخر المجلس

ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف، ولا يصح قياسه على المجلس بدليل الصرف، وان قبض بعضه ثم تفرقا فكلام الخرقي

أن لا يصح لقوله كاملا وحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري ، وقال أبو الخطاب هل يصح في غير المقبوض؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور: إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الاصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الالف فانه يصح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال يبطل في الحوالة في الكل وفي المسألة الأخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بقسطه بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويبتدئان عقداً آخر إن أحبا وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد إنما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ، ولا يؤثر قبض المعيب في العقد ، وإن تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق ولا يجوز ذلك في السلم (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح وجهاً واحداً لخلو

يقتضي أن لا يصح ـحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري . وقال أبو الخطاب هل يصح في المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور إذا أسلمت ثلثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الاصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصحح العقد في الباقي بحصته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلف الفاً الى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الالف صح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي وحكي عن أبي حنيفة انه قال يبطل في الحوالة في الكل ، وفي المسألة الاخرى يبطل فيما لم يقبض وحده بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده فان كان الثمن أحد النقدين وقلنا تتعين النقود بالتعيين بطل ، ويبتدئان عقداً آخر ان اختاره ، وان كان في الذمة فله ابداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد انما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه معيباً كان له رده والمطالبة بالسليم ، ولم يؤثر قبض المعيب في العقد ، وان تفرقا ثم علما عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا بدل عن المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل بطل وجها واحداً لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، فان وجد بعض الثمن رديئاً فرده

العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، وإن وجد بعض الثمن رديئاً فرده في المردود التفصيل الذي ذكرناه وهل يصح في غير الرديء اذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد قال أحمد : اذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لان الثمن اذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس، وان قبضه ثم تفرقا بطل العقد لان المقبوض لا يصلح عوضا فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي ، وإن وجد بعضه مستحقاً بطل في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) اذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام الى أجل لم يصح قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم منهم مالك والاوزاعي والثوري وأحمد واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي، وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك وذلك لان المسلم فيه دين فاذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالاجماع، ولو قال أسلمت اليك مائة درهم في كر طعام وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين الى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الخرقي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة (والثاني) لا يصح وهو قول الشافعي وهو أصح لان للمعجل فضلا على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل والزيادة مجهولة فلا يصح

﴿مسألة﴾ قال (ومتى عدم شيء من هذه الاوصاف بطل)

في المردود ما ذكرنا من التفصيل ، وهل يصح في غير الرديء . اذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان ظهرت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح . قال أحمد : اذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لان الثمن اذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير اذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وان قبضه ثم تفرقا بطل العقد لان المقبوض لا يصلح عوضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن الا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضول ، أو أن النقود لا تتعين بالتعيين ، وان وجد بعضه مستحقاً بطل العقد فيه، وفي الباقي على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان كان له في ذمة رجل ديناراً فجعله سلما في طعام الى أجل لم يصح . قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وروي عن ابن عمر أنه قال : لا يصح لذلك وذلك لان المسلم فيه دين : فاذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح بالاجماع ، ولو قال أسلمت اليك في كر طعام وشرطا أن يعجل له منها خمسين ويؤجل خمسين لم يصح العقد في الكل في قول الخرقي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة بناء على تفريق الصفقة (والثاني) لا يصح وبه قال الشافعي وهو أصح لان للمعجل فضلا على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤخر والزيادة مجهولة فلا يصح

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين)

وجملة ذلك أن هذه الاوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها وقد دللنا على ذلك واختلفت الرواية في شرطين آخرين (أحدهما) معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم فاذا لم يكن معينا اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الاطلاق اليه وقام مقام وصفه . فأما ان كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب لا بد من معرفة وصفه واحتجا بقول احمد يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن فاعتبر ضبط صفته وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك اتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض والشركة ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فينفسخ العقد في قدره فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ . فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا التوهم معتبر ههنا لان الاصل عدم الجواز وانما جوز اذا وقع الامن من الغرر ولم يوجد ههنا بدليل ما اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنجة أو مكيال معين فانه لا يصح وظاهر كلام الخرقي انه لا يشترط لانه ذكر شرائط السلم ولم يذكره وهو احد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتج الى معرفة قدره كبيوع الاعيان وكلام احمد انما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار اوصافه . ودليلهم ينتقض بعقد الاجارة وانه ينفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف . ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل او الموزون ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان جعلاه سلما بطل العقد ، ويجب رده ان كان موجوداً وقيمته ان عرفت اذا كان معدوما

اختلفت الرواية في معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم ، فاذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالآخر إلا أنه إذا أطلق وفي البلد نقد واحد انصرف اليه وقام مقام وصفه ، وإن كان الثمن معينا فقال القاضي وابو الخطاب يشترط ذلك لان أحمد قال : يقول أسلمت اليك كذا و كذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يمكن اتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجبت معرفة رأس مال السلم فيه ليرد بدله كالقرض ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فينفسخ العقد في قدره فلا يعلم في كم بقي وكم انفسخ ؟ فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا الوهم ههنا معتبر لان الاصل عدم الجواز ، وانما جاز اذا وقع الامن من الغرر ولم يوجد ههنا بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر السلم بصنجة بعينها وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط لانه لم يذكره في شروط السلم وهو أحد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتج الى معرفة قدره كبيوع الاعيان وكلام أحمد انما تناول غير المعين ولا خلاف في اعتبار أوصافه، ودليلهم ينتقض بعقد الاجارة فانه ينفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع التعيين الى معرفة الاوصاف ، ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده . وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل والموزون ، ولان العقد قد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الاول لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان فعلا بطل العقد ويرده إن كان موجوداً وإلا رد قيمته ، فان

فان اختلفا فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وهكذا ان حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في مائة مدي حنطة ، وقال الآخر في مائة مدي شعير تحالفا وتفاسخا به قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والخرقي منع بيع العروض بعضها ببعض نساء فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها في بعض، وقال ابن أبي موسى لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا اوورقا، وقال القاضي وهو ظاهر كلام احمد ههنا قال ابن المنذر قيل لاحمد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يعجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً ، وهو قول أبي حنيفة لانها لا تثبت في الذمة الا ثمنا فلا تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير ، وهذا مذهب مالك والشافعي لانها تثبت في الذمة صداقا فتثبت سلما كالعروض ولانه لاربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام احدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ماقاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمنا . فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو المثمن، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فحل المحل وهي

اختلفا في القيمة فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وكذلك أن حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ. فان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في كذا مدى حنطة ، وقال الآخر في كذا مدى شعير تحالفا وتفاسخا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والذي ذكره الخرقي في أنه لا يجوز النساء في العروض وهي احدى الروايتين فعلى هذا لا يجوز اسلام بعضها في بعض . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عيناً أو ورقا ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، قال ابن المنذر قيل لاحمد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ؟ فلم يعجبه ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً وهو قول أبي حنيفة لانها لا تثبت في الذمة الا ثمنا فلا يجوز أن تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس المال عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان ، قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير وهذا مذهب مالك والشافعي لانها تثبت في الذمة صداقا فتثبت في الذمة سلما كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ماقاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمنا فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي إلى كون الثمن هو المثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض

على صفة المسلم فيه فأحضرها فعلى احتمالين أيضاً (أحدهما) لا يصح لما ذكرنا ولانه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لانه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردها واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً لان الحيل كلها باطلة

(الشرط الثاني) المختلف فيه تعيين مكان الايفاء قال القاضي ليس بشرط وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أووزن معلوم الى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء فدل على أنه لا يشترط ، وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى الى اجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ولانه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الايفاء كبيوع الاعيان ، وقال الثوري يشترط ذكر مكان الايفاء وهو القول الثاني للشافعي ، وقال الاوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ان كان لحمله مؤنة وجب شرطه والا فلا يجب لانه اذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه ، وقال ابن أبي موسى ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن وان لم يذكراه كان الايفاء في مكان العقد لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولا وان لم يكونا في برية

عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فجاء المحل وهي على صفة المسلم فيه فأحضرها خرج فيها الوجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لانه أحضر المسلم فيه على صفته ، ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردها وللشافعي في هاتين المسئلتين وجهان كهذين ، فان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً

(مسئلة) (وان أسلم ثمنا واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)

يجوز أن يسلم ديناراً في قفيز حنطة وقفيز شعير فان لم يبين ثمن الحنطة من الشعير لم يصح وقال مالك يجوز وللشافعي قولان كالمذهبين لان كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيوع الاعيان. ولنا أن مايقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ، ولان فيه غرراً لأ نا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم ندر بكم يرجع ؟ وهذا غرر يؤثر مثله في السلم ، وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقد ذكرنا ثم وجها أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه في معناه ، والجواز ههنا أولى لان العقد ثم اذا انفسخ لا يعلم مقدار ما يرجع به وههنا يرجع بقسطه من رأس مال السلم ، ولانه لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد جاز في أظهر الوجهين وهذا مثله ، ولانه لما جاز أن يسلم في شيء واحد الى أجلين ولا يبين ثمن كل منهما ينبغي أن يجوز ههنا . قال ابن أبي موسى : ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كر حنطة الا أن يبين حصة مالكل واحد منهما من الثمن، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض السلم رجع بقسطه منهما ، وان تعذر النصف رجع بالنصف ، وان تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(فصل) قال رحمه الله تعالى (السابع أن يسلم في الذمة، فان أسلم في عين لم يصح)

اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره فان ذكره كان تأكيداً فكان حسناً فان شرط الايفاء في مكان سواء صح لانه عقد بيع فصح شرط ذكر الايفاء في غير مكانه كبيوع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره فى مكان العقد ، وذكر ابن ابي موسى رواية اخرى انه لا يصح لانه شرط خلاف مااقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه ، وقال القاضي وابو الخطاب متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد او في غيره لان فيه غرراً لانه ربما تعذر تسليمه فى ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال واختاره ابو بكر ،وهذا لا يصح فان فى تعيين المكان غرضاً ومصلحة لهما فأشبه تعيين الزمان وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم فى مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفيا للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرر فى تركه لا في ذكره، وفارق تعيين المكيال فانه لاحاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع

لانه ربما تلف قبل أو ان تسليمه فلم يصح كما لوشرط مكيالا بعينه أوصنجة بعينها غير معلومة،ولان المعين يمكن بيعه في الحال فلاحاجة الى السلم فيه

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط ذكر مكان الايفاء)

ذكره القاضي وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث ،وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أووزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء ،ولو كان شرطا لذكره وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ، ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ولانه عقد معاوضة أشبه بيوع الاعيان ، وقال الثوري يشترط وهو القول الثاني للشافعي وقال الأوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه يومئذ ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه والا فلا لانه إذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه

﴿مسئلة﴾ (الا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه)

فيشترط ذكره لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولا

﴿مسئلة﴾ (ويكون الوفاء في موضع العقد)

إذا كانا في مكان يمكن الوفاء فيه اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره

﴿مسئلة﴾ (فان شرط الوفاء فيه كان تأكيداً)

وهو حسن لانه شرط مايقتضيه العقد أشبه ما لوشرط الحلول في ثمن المبيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرطه في غيره صح)

لانه بيع فصح شرط الايفاء في غير مكانه كبيوع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد (وعنه لا يصح) ذكرها ابن أبي موسى لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه،وقال القاضي وأبو الخطاب : متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال اختاره

وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسألة﴾ قال (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد وكذلك الشركة فيه والتولية والحوالة به طعاما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولانه مبيع لم يدخل فى ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه. وأما الشركة فيه والتولية فلا تجوز أيضا لانهما بيع على ما ذكرنا من قبل، وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وارخص فى الشركة والتولية

ولنا انها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع ولانهما نوعا بيع فلم يجوزا فى السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والخبر لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

ابو بكر، ولنا أن في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما أشبه تعيين الزمان وبهذا يبطل ماذكروه، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفيا للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرر في تركه لا في ذكره، وتعيين المكان يفارق هذا فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع وفى مسئلتنا لا يفوت به شرط، ويقطع التنازع والمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لذكر مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا هبته ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به)

لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بغير خلاف علمناه لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولانه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه وكذلك التولية والشركة وبهذا قال اكثر أهل العلم وحكي جواز الشركة والتولية عن مالك لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية وقياسا على الاقالة، ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح كما لو كان بلفظ البيع ولانهما نوعا بيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والحديث لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيهما في الجملة لا في هذا الموضع، وأما الاقالة فانها فسخ وليست بيعاً وأما أخذ غيره مكانه فهو أن يأخذ غير المسلم فيه عوضا عن المسلم فيه وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوما وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو اكثر، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وذكر ابن أبي موسى رواية فيمن أسلم في بر فعدمه عند المحل فرضي أن يأخذ شعيراً مثله جاز وذلك محمول على أن البر والشعير جنس والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام، وقال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس قال: إذا أسلمت في شيء الى أجل فان أخذت ما أسلفت فيه وإلا

والشركة والتولية بيع فيدخلان فى النهي ويحمل قوله وأرخص فى الشركة والتولية على انه أرخص فيهما فى الجملة لا في هذا الموضع ،واما الاقالة فانها فسخ وليست بيعاً ، واما الحوالة به فغير جائزة لان الحوالة انما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك فى المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ، ومعنى الحوالة به ان يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض او سلم آخر او بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم فلا يجوز ، وان احال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح ايضاً لانه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع ،واما بيع المسلم فيه من بائعه فهو ان يأخذ غير ما اسلم فيه عوضا عن المسلم فيه فهذا حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً اومعدوما سواء كان العرض مثل المسلم فيه فى القيمة او اقل او اكثر وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وذكر ابن ابي موسى عن احمد رواية اخرى فيمن اسلم فى بر فعدمه عند المحل فرضي المسلم باخذ الشعير مكان البر جاز ولم يجز اكثر من ذلك وهذا يحمل على الرواية التى فيها ان البر والشعير جنس واحد والصحيح فى المذهب خلافه وقال مالك يجوز ان يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره الا الطعام

نخذ عوضا أنقص منه ولا تربح مرتين رواه سعيد في سننه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كبيعه لغيره

(فصل) ولا تجوز الحوالة به لانها انما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ، ومعنى الحوالة أن يكون لرجل سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي عنده السلم فلا يجوز وان أحال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع .

﴿مسألة﴾ (ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره) لحديث ابن عمر : كنا نبيع الابعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدراهم وبالدراهم ونأخذ عوضها الدنانير فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» فقد دل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر وغيره مقاس عليه ودل على اشتراط القبض في المجلس قوله « إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» وفي ذلك اختلاف ذكرناه في الصرف وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بيعه لمن هو في ذمته كما لا يصح في السلم ،والاول أولى فان اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين ، وان أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل ان أعطاه عوض الحنطة شعيراً جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وان أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لان المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وان باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح ، وبه قال ابو حنيفة والثوري واسحاق قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عوضا بمالك عليه ، وقال الشافعي

قال ابن المنذر وقد ثبت ان ابن عباس قال اذا اسلم في شيء الى اجل فان اخذت ما اسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً انقص منه ولا تربح مرتين، رواه سعيد في سننه

ولنا قول النبي ﷺ «من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» رواه ابو داود وابن ماجه، ولان اخذ العوض عن المسلم فيه بيع فلم يجز كبيعه من غيره، فاما ان اعطاه من جنس ما اسلم فيه خيراً منه او دونه في الصفات جاز لان ذلك ليس ببيع إنما هو قضاء للحق مع تفضل من احدهما.

(فصل) فاما الاقالة في المسلم فيه فجائزة لانها فسخ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة، لان الاقالة فسخ للعقد ورفع له من اصله وليست بيعا. قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز وكانت اقالة صحيحة فاما الاقالة في بعض المسلم فيه فاختلف عن احمد فيها فروي عنه انها لا تجوز ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد ابن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن ابي ليلى واسحاق، وروى حنبل عن احمد انه قال لا بأس بها وروي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعمان واصحابه وابن المنذر ولان الاقالة مندوب اليها وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالابراء والانظار، ووجه الرواية الاولى ان السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه الابراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

ان كان الدين على معسر أو مماطل لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه وان كان على مليء باذل له ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته، ويشترط أن يشترى بعين أو يتقابضا في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين. ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق والطير في الهواء

(مسئلة) وتجوز الاقالة في السلم وتجوز في بعضه في أحد الوجهين اذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الاقالة)

الاقالة في السلم جائزة لانها فسخ قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الاقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة، ولان الاقالة فسخ للعقد وقع من أصله وليست بيعا، قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني على ثمنه جاز لانه أقاله. فاما الاقالة في بعض السلم فاختلفت الرواية فيها فروي عنه أنها لا تجوز وقد رويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبي ليلى واسحاق، وروى حنبل عن أحمد أنه قال: لابأس بها. روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وابن المنذر لان كل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالابراء والانظار ووجه الرواية الاولى أن السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا اقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لوشرط ذلك في ابتداء العقد، ويخرج الابراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

(فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً أو مثله ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا فان أراد أن يعطيه عوضاً عنه فقال الشريف أبو جعفر ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري، وقال القاضي ابو يعلى يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر في الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً، ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن في المبيع اذا فسخ والمسلم فيه مضمون بالعقد وهذا مضمون بعد فسخه والخبر اراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فان قلنا بهذا فحكمه حكم مالو كان قرضاً او ثمناً في بيوع الاعيان لا يجوز جعله سلما في شيء آخر لانه يكون بيع دين بدين، ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات اذا فسخت

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أسلم في جنسين ثمنا واحداً لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)

صورة ذلك ان يسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة وقفيز شعير ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار ولا ثمن الشعير فلا يصح ذلك وجوزه مالك، وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيوع الاعيان وكما لو بين ثمن احدهما. ولنا ان ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ولان فيه غرراً لاننا لا نأمن الفسخ بتعذر احدهما فلا يعرف بم يرجع وهذا غرر اثر مثله في السلم. وبمثل هذا علل اشتراط معرفة صفة الثمن وقدره. وقد ذكرنا ثم وجها آخر انه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه في معناه ولانه لما جاز ان

(فصل) واذا اقاله رد الثمن إن كان باقياً والا رد مثله ان كان مثلياً او قيمته ان لم يكن مثليا ويشترط رده في المجلس كما يشترط في السلم

(مسئلة) (وان انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ من الثمن عوضاً من غير جنسه)

متى أراد ان يعطيه عوضاً عن الثمن فقال الشريف ابو جعفر لا يجوز له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز اخذ عوضه كالمسلم فيه، وقال القاضي ابو يعلى: يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر في الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن في المبيع، والفرق بين المسلم فيه والثمن ان المسلم فيه مضمون بالعقد والثمن مضمون بعد فسخه والخبر اريد به المسلم فيه فان قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان في قرض أو ثمناً في بيوع الاعيان لا يجوز ان يجعل سلما في شيء آخر لانه بيع دين بدين، ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات اذا فسخت ويأخذ احد النقدين عن الآخر ويقبضه في مجلس الاقالة لانه صرف

(مسئلة) (واذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمي لنفسك لم يصح قبضه لنفسه) لان قبضه لنفسه حوالة به والحوالة بالسلم لا تجوز وهل يقطع قبضه للآمر؟ على روايتين (إحداهما)

يسلم فى شيء واحد الى اجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما كذا ههنا ، قال ابن ابي موسى ولا يجوز ان يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما فى كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما ان تعذر النصف رجع بنصفهما، وإن تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(مسئلة) قال (واذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله : الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم اذاً ؟ فقلت نعم قال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين فيه قولان (أحدهما) لا يصح لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز ، ولنا ان كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين وآجال كبيوع الاعيان فاذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا عن المقبوض لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) قال (واذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص وما لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله)

يعني بالسلم المسلم فيه سمي باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم خذ سلمك أو دون سلمك ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال (احدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله لانه أتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن فان أبى قيل له إما أن تقبض حقك وأما ان تبريء منه فان امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه لان الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته وليس له أن يبريء لانه لا يملك الابراء

يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله وكما لو نوى المأمور القبض للآمر (والثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائبا في القبض فلم يقع بخلاف الوكيل فصار كالقابض بغير اذن فاذا قلنا لا يصح القبض بقي على ملك المسلم اليه ، ولو قال الاول للثاني احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضا لنفسه ؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضا لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه للآخر صح

(مسئلة) (وان قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح لانه استنابه في قبضه له فصح كما لو لم يقل ثم اقبضه لنفسك واذا وقع القبض للآمر ملكه وقبضه ثانية فجاز ان يقبضه لنفسه كما لو كان في يد غيره وكذلك ان قال الآمر أحضرنا حتى أكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت صح)

(مسئلة) وان قال أنا أقبضه لنفسي وحده بالكيل الذي يشاهده جاز في احدى

(الحال الثاني) أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فان كان مما في قبضه قبل محله ضرر امالكونه مما يتغير كالفاكهة والاطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو أطعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لانه لا يامن تلفه ويحتاج الى الانفاق عليه الى ذلك الوقت وربما يحتاج اليه في ذلك الوقت دون ما قبله وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفا يخشى نهب ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال كلها لان عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فجرى مجرى نقص صفة فيه ، وان كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لايتغير كالحديد والرصاص والنحاس فانه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولا في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لان غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل(الحال الثالث) أن يحضره بعد محل الوجوب فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما

(فصل) ولا يخلو اما أن يحضر المسلم فيه على صفته أودونها أواجود منها فان أحضره على صفته لزم قبوله لانه حقه وان أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لان فيه اسقاط حقه فان تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وان كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم ، وان اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يجز لانه أفرد صفة الجودة بالبيع وذلك لا يجوز ولان بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع وصفه أولى (الثالث) أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه فان أتاه به من نوعه لزمه قبوله لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره اذ لا يفوته غرض فان أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لان العقد تناول ماوصفاه على الصفة التي شرطاها وقد فات بعض الصفات فان النوع صفة وقد فات فأشبه مالو فات غيره من الصفات ، وقال القاضي يلزمه قبوله لانهما جنس واحد يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فأشبه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع .والاول أجود لان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر فاذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة

الروايتين لانه علمه وشهد كيله والثانية لا يجوز ، وهو مذهب الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولم يوجد ذلك ولانه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافا

(مسئلة) وان اكتاله وتركه في المكيال وسلمه الى غريمه فقبضه صح القبض لهما لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه فلا معنى لابتداء الكيل ههنا لانه لا يحصل به زيادة علم ، وقال الشافعي لايصح للحديث الذي ذكرنا في المسألة قبلها وهذا يمكن القول بموجبه لان قبض المشتري له جري لصاعه فيه

(فصل) وان دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشترلك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لان دراهم زيد لا تكون عوضا لعمرو فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي ،وان قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وان قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل نص عليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لانه لا يجوز أن يكون قابضا من نفسه لنفسه

ولنا أنه يجوز أن يشتري من مال ولده ويبيعه ويقبض لنفسه من نفسه ولولده من نفسه وكذلك

الجودة وهذا مذهب الشافعي . فان تراضيا على اخذ النوع بدلا عن النوع الآخر جاز لانهما جنس واحد لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا ويضم احدهما الى الآخر في الزكاة فجاز اخذ احدهما عن الآخر كالنوع الواحد ، وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز له اخذه للمعنى الذي منع لزوم اخذه ، وقال ابراهيم لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة . ولنا انهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه فجاز كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الجيد او الجيد مكان الرديء وبهذا ينتقض ما ذكروه فانه لا يلزم أخذ الرديء ويجوز اخذه ولان المسلم اسقط حقه من النوع فلم يبق بينهما الا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها

(فصل) اذا جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح . وقال أبو حنيفة يصح كما لو اسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر ، ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا فان جاءه بزيادة في القدر فقال خذه وزدني درهما ففعلا صح لان الزيادة ههنا يجوز افرادها بالعقد

(فصل) وليس له إلا اقل ما تقع عليه الصفة لانه إذا اسلم اليه ذلك فقد سلم اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه ، وعليه أن يسلم اليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وان كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز وان كان يسيراً لا يؤثر في المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه . ولا يلزمه أخذ التمر الا جافا ولا يلزم أن يتناهى جفافه لانه يقع عليه الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال . ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل أو الارش كالمبيع سواء

(فصل) ولا يقبض المكيل الا بالكيل ولا الموزون الا بالوزن ولا يقبضه جزافا ، ولا بغير ما يقدر به لان الكيل والوزن يختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا فيقدره بما أسلم فيه ويأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالعوض وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيوع الاعيان ، وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه قال القاضي ويسلم اليه ملء المكيال وما يحمله ولا يكون ممسوحا ولا يدق ولا يهز لان قوله أسلمت اليك في قفيز يقتضي ما يسعه المكيال وما يحمله وهو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ولا كفيلا من المسلم اليه)

لو وهب ولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

(مسئلة) (وان قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره) لا يقبض ما أسلم فيه كيلا الا بالكيل ولا وزنا الا بالوزن ولا بغير ما قدر به وقت العقد لان الكيل والوزن يختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ومتى قبضه جزافا فانه يأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالنقص إن نقص وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن نعتبره على وجهين مضى ذكرهما في كتاب البيع وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه لانه أعلم بكيله ولانه منكر للزائد والقول قول المنكر

(مسئلة) (وان قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين) لان الاصل عدم الغلط والآخر يقبل لانه أعلم بكيل ما قبض يعني اذا كاله فوجده ناقصا .

(مسئلة) (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الخرقي وأبي بكر ، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازه ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنو اذا تداينتم بدين) الى قوله (فرهان مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل السلم في عمومه ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الاعيان ، ووجه الاول ان الرهن والضمين ان أخذا برأس مال السلم فقد أخذا بما ليس بواجب ولا مآله الى الوجوب لان ذلك قد ملكه المسلم اليه ، وان أخذا بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه ، وقد قال النبي ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم مافي ذمة الضامن مقام مافي ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لا يجوز

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن ، وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض . ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهنا ثم صالحه من الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة ، ويشترط قبضه في

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو الذي ذكره الخرقي واختاره أبو بكر ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازه وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين - الى قوله - مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل فيه السلم ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الاعيان . ووجه الاولى أن الرهن والضمين ان أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ما مآله الى الوجوب لان المسلم اليه قد ملكه وان أخذ بالمسلم فيه فالرهن انما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ولا من ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه ولا يجوز ذلك

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض ، ولو أقرضه الفا واخذ به رهنا ثم صالحه عن الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة ويشترط قبضه في المجلس

المجلس كيلا يكون بيع دين بدين ، فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الالف الى ذمته برهنه لانه يعود على ماكان عليه كالعصير اذا تخمر ثم عاد خلا وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسئلة

(فصل) واذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا . وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضمونا عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء ، فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ماسلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان أتلفه فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك ،وان صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لان هذا إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه ،وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا اقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه بيع المسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض وارش الجنايات وقيم المتلفات ، ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولا يعلم افضاؤها إلى الوجوب فانهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم فلا يصح أخذ الرهن بها ، فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لأنها قد استقرت في ذمتهم ، ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل ، ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة

كيلا يكون بيع دين بدين فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الالف الىذمته برهنه لانه يعود الى ماكان عليه كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلا . وكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم على ما بينا في هذه المسألة

(فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه إلى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضا فاسداً مضمونا عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان تلف فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لانه إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه بيع للمسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض واروش الجنايات وقيم المتلفات ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ما له الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولم يعلم افضاؤها إلى الوجوب لانها قد تسقط بالجنون أو الفقر أو الموت فلم يصح أخذ الرهن بها ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل . فاما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لانها قد استقرت . ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة قبل العمل لانه

قبل العمل لانه لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضي يحتمل أخذ الرهن به لان مآله الى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات ، والاولى أولى لان افضاءها إلى الوجوب محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لأنها جعالة ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير المخرج وهذا غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جعالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضي ان لم يكن فيها محلل فهي جعالة وان كان فيها محلل فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجعل ليس هو في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لافائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم تكن اجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى لان مستحق الجعل هو السابق وهو غير معين ولا يجوز استئجار رجل غير معين . ثم لو كانت اجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق واللقطة ،ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاجرة المعينة في الاجارة والمعقود عليه في الاجارة إذا كان منافع معينة مثل اجارة الدار والعبد المعين والجمل المعين مدة معلومة أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم لان

لم يجب ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب ويحتمل جواز أخذ الرهن به ذكره القاضي لان مآله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات والاولى أولى لان افضاءها محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيز نفسه ولايمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لايمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولايجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لانها جعالة لايعلم افضاؤها الى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير المخرج وهو غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي اجارة أو جعالة ؟ فان قلنا هي اجارة جاز أخذ الرهن بعوضها وقال القاضي ان لم يكن فيها محلل فهي جعالة وان كان فيها محلل فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجعل ليس في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لافائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم يكن اجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى لان مستحق الجعل هو السابق وهو غير معين فلا يجوز استئجار رجل غير معين ثم لوكانت اجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم افضاؤها الى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاجرة المعينة في الاجارة والمعقود عليه في الاجارة إذا كان منافع معينة كاجارة الدار والعبد المعين والدابة المعينة مدة معلومة أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم لان هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة

هذا حق تعلق بالدين لا بالذمة ولا يمكن استيفاؤه أحق من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين، وان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالمغصوب والعوارى والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة فأشبه ما ذكرنا ولانه ان رهنه على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب، وان أخذ الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال: كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد لان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها وان تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ماجاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء. عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها. والكتابة لا يصح الرهن بدينها وفي ضمانها روايتان. وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه اذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي ألفاً فكأنه ماقبض

ولا يمكن استيفاؤه من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين فاما ان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالمغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة أشبه ما ذكرنا، ولانه ان رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ماليس بواجب ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب، وان كان الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتعينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد، ولان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على ادائها، وان تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به الا ثلاثة أشياء عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها. والكتابة لا يصح الرهن بدينها ويصح ضمانها في إحدى الروايتين. وما لا يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي

الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن اوبقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا (الثاني) أن ضرر الرهن يعم لانه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) إذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك، وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك، وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته لانها مثبتة والاخرى نافية

باب القرض

والقرض نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو رافع ان النبي ﷺ استسلف من رجل بكرا فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يارسول الله لم أجد فيها الا خياراً رباعياً فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم، وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « مامن مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت ياجبريل مابال القرض أفضل من الصدقة ؟

الفاً فكانه ماقبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن وابقاء الكتابة ويستريح والضمان بخلاف هذا (والثاني) أن ضرر الرهن يعم لانه يدوم بقاؤه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) واذا اختلف المسلم والمسلم إليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق. وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد. وان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قدمت أيضاً بينته لانها مثبتة بخلاف الاخرى.

﴿باب القرض﴾

وهو نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع، أما السنة فروي أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً فقدمت على النبي ﷺ ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يارسول الله لم أجد فيها الا خياراً رباعيا، فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم، وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل مابال القرض أفضل

قال لان السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لايستقرض الا من حاجة » رواهما ابن ماجه ، واجمع المسلمون على جواز القرض

(فصل) والقرض مندوب اليه في حق المقرض مباح للمقترض لما روينا من الاحاديث ولما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وعن أبي الدرداء أنه قال لان أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما . ولان فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعونا له فكان مندوبا اليه كالصدقة عليه وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض وذلك لانه من المعروف فأشبه صدقة التطوع وليس بمكروه في حق المقرض قال أحمد: ليس القرض من المسئلة يعني ليس بمكروه وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستقرض بدليل حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه، ولانه إنما يأخذه بعوضه فأشبه الشراء بدين في ذمته قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يعني ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله قال أحمد . اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني ، وقال : ما أحب أن يقترض بجاهه لاخوانه قال القاضي يعني اذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تغريراً بمال المقرض واضراراً به اما اذا كان معروفا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح إلا من جائز التصرف لانه عقـد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع وحكمـه في الايجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ السلف والقرض لورود

من الصدقة ؟قال « لان السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » رواهما ابن ماجه وأجمع المسلمون على جواز القرض،

(مسئلة) (وهو من المرافق المندوب اليها في حق المقرض)

لما روينا من الاحاديث ولما روي عن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب الي من أن أتصدق بهما . ولأن فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته فكان مندوبا اليه كالصدقة وليس بواجب قال أحمد لا اثم على من سئل فلم يقرض وذلك لانه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مباح للمقترض وليس مكروها . قال أحمد ليس القرض من المسئلة يريد أنه لا يكره لان النبي ﷺ كان يستقرض وقد ذكرنا حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه ، قال ابن ابي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ماليس عنده يريد مالا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم المقرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا الشيء اليسير الذي لا يتعذر مثله ، وقال أحمد اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني وقال ما أحب أن يقترض بجاهه لاخوانه ، قال القاضي : اذا كان من يقترض له غيره معروف بالوفاء لكونه تغريراً بمال المقرض واضراراً به ، وأما اذا كان معروفا بالوفاء لم يكره لكونه اعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الايجاب والقبول على مامضى ويصح بلفظ السلم والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يؤدي معناهما نحو قوله ملكتك هذا على أن ترد

الشرع بها ، وبكل لفظ يؤدي معناها مثل أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادة القرض فان قال ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التمليك من غير عوض هبة

(فصل) ولا يثبت فيه خيار مالان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره فأشبه الهبة والمقترض متى شاء رده فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له ، ويثبت الملك في القرض بالقبض وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه اذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية

ولنا أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع ، ويفارق المغصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودهما ، وفي مسئلتنا بخلافه ، فأما المقترض فله رد ما اقترضه على المقرض اذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب لانه على صفة حقه فلزمه قبوله كالسلم فيه وكما لو أعطاه غيره ، ويحتمل ان لا يلزم المقرض قبول ماليس بمثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالمبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببدله في الحال لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فاوجبه حالا كالاتلاف ، ولو اقرضه تفاريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبه مالو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بثمنها جملة ، وان أجل القرض لم يتأجل وكان حالا وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله وبهذا قال الحارث العكلي والاوزاعي وابن المنذر والشافعي وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا ، وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما لان الاجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الاعواض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها . ولنا ان الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو اعاره شيئاً ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ، ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به مما اختلفا فيه لانه مثله . ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل انه يجزيء فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما في الذمة

علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادته وإن لم يذكر البدل ولم توجد قرينة فهو هبة. فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التمليك من غير عوض هبة ولا يثبت فيه خيار لان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره والمقترض متى شاء رده وذلك يغنيه عن ثبوت الخيار

(مسئلة) (ويصح في كل عين يجوز بيعها الا بني آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما)

يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل مايثبت في الذمة

(فصل) ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلما سوى بني آدم ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض غير المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا ان النبي ﷺ استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ،وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله و يجوز الصلح عنه با كثر من قيمته فأما مالا يثبت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لان القرض يقتضي رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبت في الذمة سلما فوجب ابقاؤها على المنع ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا الواجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلما لتعذر رد مثلها ، وان قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضي لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض ضعيف فانه لا يمنعه من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، واذا لم يبح

سلما غير بني آدم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ، ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف ثوبا ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما مالا يثبت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز لان القرض يقتضي رد المثل وليس لها مثل، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا تثبت في الذمة سلما فيجب ابقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا يجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر ولا مالا يثبت في الذمة سلما لتعذر رد مثلها وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهة التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي الا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض

الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولان الابضاع مما يحتاط لها ، ولو ابحنا قرضهن أفضى إلى ان الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ، ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده . ولنا انه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيدوالاماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقترض ردها ممنوع فاننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الامة وانما يرد قيمتها ، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها ، وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع ، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجواري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ماعرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز

(فصل) واذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز لذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم في مثل ذلك ، وقال الامام أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته ، فكرهه اذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكنه رد مثله ، وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً

ضعيف فانه لا يمنعها من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، واذا لم يبح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ولان الابضاع مما يحتاط لها ولو أبحنا قرضهن افضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والامة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقترض ردها ممنوع فاننا إذا قلنا الواجب رد القيمة لا يملك المقترض رد الامة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ،ولو ثبت أن القرض ضعيف لايبيح الوطء لم يمنع منه في الجواري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان اكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز .

(فصل) ولو اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء وكذلك لو اقترض مكيلا او موزونا جزافا لم يجز كذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم وقد قال أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم الى أن يستقي في غير نوبته

فاستقرض عدداً رد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي ، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً واعطاه بالبصرة عدداً لانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبه مالو كانوا يتعاملون بها وزنا فرد وزنا

(فصل) ويجب رد المثل في المكيل والموزون لا نعلم فيه خلافا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وان للمسلف أخذ ذلك ولان المكيل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا، فأما غير المكيل والموزون ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال

فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته فكرهه إذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكن رد مثله وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً جاز قرضها عدداً ويرد عدداً وان استقرض وزنا رد وزنا ، وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً ولانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فاشبه مالو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزنا ورده وزنا

﴿مسئلة﴾ (ويثبت الملك فيه بالقبض) لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يملك المقرض استرجاعه)

وجملة ذلك ان القرض عقد لازم من جهة المقرض جائز في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية، ولنا أنه زال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ويفارق المغصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما وفي مسئلتنا بخلافه

﴿مسئلة﴾ (وله طلب بدله في الحال)

لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالا كالاتلاف ولو أقرضه تفاريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبه ما لو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بثمنها جملة وان أجل القرض لم يتأجل وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله ، وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون عند شروطهم» ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس ، وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما لان الاجل يقتضي جزءاً من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الاعواض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها، ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لانه مثله ، ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجري القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما في الذمة

﴿مسئلة﴾ (فان رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو مكسرة فيحرمها

الاتلاف والغصب (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراً فرد مثله. ويخالف الاتلاف فانه لا مساحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لان القيمة ثبتت في ذمته حينئذ ، واذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لانها حينئذ ثبتت في ذمته

السلطان فيكون له القيمة وقت القرض)

يجوز للمقترض رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم المقرض قبوله لانه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيره وقياساً على المسلم فيه وسواء تغير سعره أو لم يتغير ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع

(فصل) فان تعيب أو تغير لم يجب قبوله لان عليه في قبوله ضرراً لانه دون حقه فأشبه ما لو نقص وكذلك ان كان القرض فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها لانه كالعيب فلا يلزمه قبولها ويكون له قيمتها وقت القرض سواء كانت باقية أو استهلكها نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة فقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ؟ وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيراً وذكر أبو بكر في التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وتركت المعاملة بها لانه كان يلزمه رد مثلها ما دامت نافعة فاذا فسدت انتقل الى قيمتها حينئذ كما لو عدم المثل . قال القاضي هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث والشافعي ليس له إلا مثل ما أقرضه لان ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى رخص سعرها

ولنا أن تحريم السلطان منع انفاقها وأبطل ماليتها فاشبه كسرها أو تلف أجزائها واما رخص السعر فلا يمنع سواء كان قليلا أو كثيرا لانه لم يحدث فيها شيء انما تغير السعر فاشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت وكذلك يخرج في المغشوشة إذا حرمها السلطان

﴿مسئلة﴾ (ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان)

لا نعلم خلافا في وجوب رد المثل في المكيل والموزون ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك ولان المكيل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا فان أعوز المثل لزمته قيمته يوم الاعواز لانها حينئذ تثبت في الذمة ويرد القيمة في الجواهر ونحوها إذا قلنا بجواز قرضها لانها من ذوات القيم ولا مثل لها لانها لا تنضبط وفيما سوى ذلك وجهان (أحدهما) يرد القيمة لان ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالاتلاف (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراً فرد مثله ولان ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض كالمثلي ويخالف الاتلاف فانه لا مساحة فيه فوجبت القيمة لأنها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل فعليه قيمته يوم التعذر وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لأنها حينئذ تثبت في الذمة ،

(فصل) ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة . ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا اقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وان أخذه عدداً فرده عدداً فقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لايجوز لانه موزون أشبه سائر الموزونات (والثانية) يجوز . قال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا يحتاج الى الوزن والوزن أحب الي . ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قلت يارسول الله إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال « لا بأس ان ذلك من مرافق الناس لايراد به الفضل » ذكره أبو بكر في الشافي باسناده وفيه أيضاً باسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير فقال سبحان الله إنما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ولان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا ، فان شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وانما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه فاذا قصد أوشرط أو افردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لو فعل ذلك في غيره

﴿مسئلة﴾ (ويثبت العوض فى الذمة حالا وان أجله)

لان التأجيل فى الحال عدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى وينبغي أن يفي له بما وعده .

﴿مسئلة﴾ (ويجوز شرط الرهن والضمين به) لان النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لاهله متفق عليه .

(فصل) ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة ، ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرض بالوزن رد المقترض مثله بالوزن وان استقرضه عدداً رده عددا وقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لايجوز كسائر الموزونات (والثانية) يجوز وقال ابن أبي موسى إذا كان يتحري ان يكون مثلا بمثل فلايحتاج الى وزن والوزن أحب إلي ، ووجه الجواز ماروت عائشة قالت قلت يارسول الله ان الجيران يقترضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال «لا باس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » رواه أبو بكر في الشافي باسناده وروي أيضاً باسناده عن معاذ بن جبل انه سئل عن استقراض الخبز والخمير فقال «سبحان الله انما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك . ولان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فأشبه دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح من غير تقدير أجرة فان شرط أن يعطيه اكثر مما أقرضه أو أجود كان ذلك حراما وكذلك ان أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وانما أبيح لمشقة امكان التحرز منه فاذا قصد أو شرط او افردت الزيادة فقد امكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لو فعل ذلك في غيره

(فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فاسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقدارفاق وقربة فاذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولافرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا او نقداً ليعطيه خيراً منه وان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤنة لم يجز لانه زيادة وان لم يكن لحمله مؤنة جاز وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن ابن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبدالرحمن بن الاسود وايوب السختياني والثوري وأحمدواسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبدة بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً ، وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها الى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً ، وممن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي ، رواه كله سعيد ، وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد أخرى ليربح خطر الطريق ، والصحيح جوازه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها ، ولان هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الاباحة وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز لان

(مسئلة) (ولا يجوز شرط مايجر نفعاً نحو أن يسكنه داره او يقضيه خيراً منه او في بلد آخر ويحتمل جواز هذا الشرط)

كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمعوا على ان المسلف اذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك ان أخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد أرفاق وقربة فاذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرض مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه فان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز ان كان لحمله مؤنة لانه زيادة وان لم يكن لحمله مؤنة فقد روي عن احمد انه لايجوز أيضاً وروبت كراهته عن الحسن البصري وميمون بن ابي شبيب وعبدة بن ابي لبابة ومالك والاوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص احمد ان من شرط ان يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جواز ذلك حكاه عنه ابن المنذر لكونه مصلحة لهما . وحكاه عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الاسود وايوب السختياني والثوري واسحاق واختاره . وذكر القاضي ان للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق قال شيخنا : والصحيح جوازه لانه مصلحة لهما من غير

النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدي له هدية أو يعمل له عملا كان أبلغ في التحريم وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ولم يجز قبوله الا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما قبل القرض لما روى الاثرم أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال أعطه سبعة دراهم وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى اليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال لقد علم أهل المدينة أني من أطيبهم ثمرة وانه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل، وعن زر بن حبيش قال: قلت لابي بن كعب إني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: انك تأتي أرضاً فاش فيها الربا فان أقرضت رجلا قرضاً فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته رواهما الاثرم، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال: قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثا وفيه ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش فاذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا، قال ابن أبي موسى ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملا لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة. ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال قال رسول الله ﷺ «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي اليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» وهذا كله في مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أقرضه مطلقا من غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز وكذلك إن كتب له بها سفتجة أو قضاه في بلد آخر جاز ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن

ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فوجب ابقاؤه على الاباحة.

(فصل) وان شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو ان يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز لان النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره. بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط ان يؤجره داره بأقل من اجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدي له او يعمل له عملا كان ابلغ في التحريم

(فصل) وان شرط أن يوفيه أنقص مما أقرضه لم يجز إذا كان مما يجري فيه الربا لافضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه، وإن كان في غيره فكذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن القرض يقتضي رد المثل وشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة ولهم وجه آخر أنه يجوز لان القرض جعل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة

﴿مسئلة﴾ (وان فعل ذلك من غير شرط أو قضاه خيراً أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز)

وكذلك ان كتب له سفتجة أو قضاه في بلد آخر خيراً منه جاز، ورخص في ذلك ابن عمر

المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاه خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلى روايتين ، وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلا لانه اذا أخذ فضلا كان قرضاً جر منفعة

ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه وللبخاري « أفضلكم أحسنكم قضاء » ولانه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة اليه ولا إلى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض قال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فان أخذ زيادة أو اجود مما أعطاه كان حراما قولا واحداً ، وان كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره اقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لانه يطمع في حسن عادته وهذا غير صحيح فان النبي ﷺ كان معروفا بحسن القضاء فهل يسوغ لاحد أن يقول ان إقراضه مكروه ولان المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسئلته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها وانما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز قولا واحداً لان ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربا

وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي و الزهري وقتادة ومكحول ومالك والشافعي واسحاق ، وقال أبو الخطاب ان قضاه خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطأة فعلى روايتين وروي عن أبي بن كعب وابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلا لئلا يكون قرضاً جر منفعة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه ولانه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة اليه ولا الى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض ، وقال ابن ابي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه الا مثل ما أعطاه . فان اخذ زيادة او اجود مما اعطاه حرم قولا واحداً واذا كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره اقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عادته وهذا لايصح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفا بحسن القضاء فهل يسوغ لاحد أن يقول اقراضه مكروه ؟ ولان المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته واجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها ، وانما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وان جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز لان ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربا ، وكذلك ما يشترط فيه المماثلة

﴿ مسئلة ﴾ (وان فعله قبل الوفاء لم يجز الا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض الا أن يكافئه أو يحسبه من دينه)

وذلك لما روى الاثرم أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال : اعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبله فأتاه

(فصل) وان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجز لافضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه ، وان كان في غيره لم يجز أيضاً وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لان القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة . ولنا أن القرض يقتضي المثل فشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة

(فصل) ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع اليه ديناراً صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك أو سلما في شيء صح ، وان امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لان عليه في الشركة ضرراً ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز إلا أن يكون ذلك عن مشارطة فقال أقضيك صحيحاً بشرط أني آخذ منك بنصفه الباقي قيصاً فانه لا يجوز لانه لم يدفع اليه صحيحاً إلا ليعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي ولو لم يكن شرطاً جاز فان ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز وكانا شريكين فيه وان اتفقا على كسره كسراه فان اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره لانه ينقص قيمته

(فصل) ولو افلس غريمه فأقرضه الفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوما جاز لانه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرما لذلك . ولو

أبي فقال : لقد علم أهل المدينة اني من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل . وعن زر بن حبيش قال : قلت لابي بن كعب اني أريد أن أسير الى أرض الجهاد إلى العراق فقال انك تأتي أرضا فاش فيها الربا ، فان أقرضت رجلا قرضا فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته . رواهما الاثرم ، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثا وفيه ، ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش ، فاذا كان لك على رجل قرض فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا . قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضا ثم استعمله عملا لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضا جر منفعة ، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك بينهما حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى اليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله الا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فاما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط وقد ذكرناه

(فصل) ولو اقترض نصف دينار فدفع اليه المقترض ديناراً صحيحاً وقال نصفه وفاء ونصفه وديعة عندك أو سلم في شيء صح ولا يلزم المقرض قبوله لان عليه في الشركة ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الباقي من الدينار سلعة جاز ، فان كان بشرط مثل أن يقول أقضيك صحيحا بشرط أن آخذ منك بنصفه الباقي قيصا لم يجز لانه لم يدفع اليه صحيحا الا ليعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي وان اتفقا على كسره كسراه ، وان اختلفا لم يجبر أحدهما على ذلك لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفا ليوفيه كل شهر شيئا معلوما جاز لانه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك ، ولو

أراد رجل ان يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس اذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو اقرض اكاره ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه او بذراً يبذره فيها فان شرط ذلك في القرض لم يجز لانه شرط ما ينتفع به فأشبه شرط الزيادة وان لم يكن شرطا فقال ابن ابي موسى لايجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال اقرضني الفا وادفع إلي ارضك ازرعها بالثلث كان خبيثاً. والاولى جواز ذلك اذا لم يكن مشروطاً لان الحاجة داعية اليه والمستقرض انما يقصد نفع نفسه وانما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبه اخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر ولانه مصلحة لهما جميعا فأشبه ما ذكرنا

(فصل) قال احمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهمه فعيبها عليه وانما له على المشتري بدل ما اقرضه إياه بصفته زيوفا وهذا يحتمل انه اراد فيما اذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها فاما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي ان يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، وان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو اقرض رجلا دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح وذلك لان هذا ابراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط والاول وصية لانه علق ذلك على موت نفسه والوصية جائزة ، قال ولو اقرضه تسعين دينارا بمائة عدداً والوزن واحد وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز ، وإن كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها إذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان التسعين من المائة تقوم

أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها الى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئا وإن أقرض أكاره ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه ، أو بذراً يبذره فيها ، فان كان شرط ذلك في القرض لم يجز لانه شرط ما ينتفع به أشبه الزيادة ، وان لم يكن شرطا فقال ابن أبي موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال أقرضني ألفا وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثاً . قال شيخنا . والاولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطا لان الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه ، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمنا فأشبه أخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر من حيث أنه مصلحة لهما جميعا

(فصل) قال أحمد في رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء . يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهمه بعينها فعيبها عليه وانما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفا وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عينها ، فأما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، فان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو أقرض رجلا دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح لان هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح ذلك والاول وصية لانه علقه على موت نفسه وذلك جائز . قال ولو أقرضه تسعين دينارا وزنا بمائة عدداً وزنها تسعون وكانت لا تنفق في مكان الا بالوزن جاز ، وان كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها اذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان تسعين من المائة تقوم

مقام التسعين التي اقرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تتفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها . قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك الف لم يجز وذلك لان قوله اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة واما الكفالة فان الكفيل يلزمه الدين فاذا اداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض فاذا اخذ عوضا صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز

(فصل) قد ذكرنا ان المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره او غلا أو كان بحاله ولو كان ما اقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله سواء تغير سعره او لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله ، وان كان القرض فلوساً او مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها كان للمقرض قيمتها ولم يلزمه قبولها سواء كانت قائمة في يده او استهلكها لانها تعيبت في ملكه نص عليه احمد في الدراهم المكسرة وقال يقومها كم تساوي يوم اخذها ثم يعطيه وسواء نقصت قيمتها قليلا او كثيراً قال القاضي هذا اذا اتفق الناس على تركها فأما ان تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه اخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي ليس له إلا مثل ما اقرضه لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى نقص سعرها : ولنا ان تحريم السلطان لها منع انفاقها وابطل ماليتها فأشبه كسرها او تلف اجزائها واما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل ان كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق او قليلا لانه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت او غلت

(فصل) وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لانه لا يلزمه حمله له الى ذلك البلد فان طالبه بالقيمة لزمه لانه لا مؤنة لحملها فان تبرع المتسقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لان عليه ضرراً في قبضه لانه ربما احتاج إلى حمله الى المكان الذي أقرضه فيه وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لانه المكان الذي يجب التسليم فيه وان كان القرض أثمانا أو مالا مؤنة في حمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه اليه لان تسليمه اليه في هذا البلد وغيره واحد

مقام التسعين التي أقرضه اياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة ، واذا كانت لا تتفق الا بالوزن فلا زيادة فيها وان اختلف عددها ، قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجز وذلك لان قوله اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فاذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض ، فاذا أخذ عوضا صار قرضا جر منفعة فلم يجز

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أقرضه أثمانا فطالبه بها ببلد آخر لزمته ، وان أقرضه غيرها فطالبه بها لم تلزمه فان طالبه بالقيمة لزمه اداؤها)

وجملة ذلك أنه إذا أقرضه ما لحمله مؤنة وطالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لانه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد ، فان تبرع المقترض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لان عليه ضرراً في قبضه لانه ربما احتاج الى حمله الى المكان الذي أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لانه المكان الذي يجب التسليم فيه ، ولو أقرضه أثماناً او مالا مؤنة لحمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه لان تسليمه اليه في هذا البلد وغيره واحد

(فصل) وان أقرض ذمي ذمياً خمراً ثم أسلما أو أحدهما بطل القرض ولم يجب على المقترض شيء سواء كان هو المسلم أو الآخر لانه اذا أسلم لم يجز ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانها لاقيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وان كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك

كتاب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة ، وقيل هو من الحبس قال الله تعالى (كل امرىء بما كسب رهين) وقال (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر.

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لشدة وجده بها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيبقيه عنده ولا يفارقه . وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه ، والرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن والرهن جمع الجمع قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن مثل سقف وسقف ، وأما السنة فروت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة »

(فصل) ولو اقرض ذمي ذميا خمراً ثم أسلما أو احدهما بطل القرض ولم يجب على المقترض شيء سواء كان هو المقترض او المقرض لانه اذا اسلم لم يجز ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانه لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها اذا أتلفها ، وان كان المقرض لم يجب له شيء لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي دائمة، وقيل هو الحبس قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فاضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لوجده بها بالرهن الذي يلزمه المرتهن فيحبسه عنده ولا يفارقه وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه

(مسئلة) (وهو وثيقة بالحق)

الرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع . قال الله سبحانه وتعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) وروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه

رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن » وأما الاجماع فاجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لان الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وكانا بالمدينة ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان ، فاما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالبا ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضاً

(فصل) والرهن غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها

(فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقع بعد الحق فيصح بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فجعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب (الحال الثاني) أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين

متفق عليه ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا يغلق الرهن» وأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كجوازه في السفر قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ولنا أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وكانا بالمدينة ، ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان . فأما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور في الآية

(فصل) وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) ارشاد لنا لا ايجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها

﴿ مسئلة ﴾ (وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن) لأن العقد لحقه وحده فكان له فسخه كالمضمون له وهو لازم من جهة الراهن لان الحظ لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن

﴿مسئلة﴾ (يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله الا عند أبي الخطاب)

وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يقع مع الحق فيقول بعتك هذا بعشرة الى شهر ترهنني بها كذا فيقول قبلت فيصح ذلك ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخيرة الى المشتري ، والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثاني) أن يقع بعد الحق فيصح

فيقول بعتك ثوبي هذا بعشرة الى شهر ترهني بها عبدك سعداً فيقول قبلت ذلك فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخيرة الى المشتري والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب وهو اختيار أبي بكر والقاضي وذكر القاضي ان أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب انه يصح فمتى قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لأنه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك

ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم تصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة والثمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمنا فالفرق بينهما ان الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضا من جائز الامر)

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال بعض أصحابنا : ما كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان (إحداهما) لا يلزم إلا بالقبض (والاخرى) يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح فان كلام الخرقي مع عمومه قد اتبعه بما يدل على

بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) جعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، ولان في الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله مذكورا بعدها بفاء التعقيب (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب واختاره أبو بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب أنه يصح ، فاذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم اقرضه الدراهم لزمه الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك . ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة ولان الرهن بالحق تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر

﴿مسألة﴾ (ويصح في كل عين يجوز بيعها)

لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل ما يجوز بيعه ولان كل ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل حكمته الا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به

ارادة التعميم وهو قوله : فان كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والارضين فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه . وقال أحمد في الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنا في الحال وهذا كقول الخرقي وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع . ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ولانه عقد ارفاق يفتقر إلى القبول فافتقر الى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن ولا يشبه البيع فانه معاوضة وليس بارفاق وقول الخرقي : من جائز الامر . يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصرف في ماله وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس ، ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وانما هو الى اختيار الراهن فاذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولانه نوع تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه من غير اذن كالبيع فان جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤل الى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته كالبيع الذي فيه الخيار ويقوم ولي المجنون مقامه . فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقبيض مثل أن يكون شرطا في بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه ، وان كان الحظ في تركه لم يجز له تقبيضه، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه إن اختار الراهن ، وان امتنع لم يجبر واذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك : فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فاحب الورثة تقبيض الرهن جاز ، وان كان عليه دين سواه فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى ان لهم ذلك أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال اذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض مانقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها فكيف يعارض به الخاص لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقبيضه على الراهن فكذلك على ورائه ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس

(مسألة) (الا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه)

إذا قلنا لا يجوز بيع المكاتب لم يجز رهنه لعدم حصول مقصود الرهن به وان قلنا يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط في الرهن لم يصح، والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه وهذا مذهب الشافعي لان استدامة القبض غير ممكنة في حق المكاتب لمنافاتها مقتضى الكتابة . وقال القاضي: قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وايفاء الدين من ثمنه ، فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم الكتابة رهنا معه وان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه وان عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهناً بمنزلة مالو كسب العبد ثم مات

الراهن الا اذا قلنا ان للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من اموالهم . فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن اذا لم يختص به المرتهن ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل ان يرضى الغرماء بتسليمه اليه فيتم الرهن ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ماقبل الاذن في القبض وما بعده لكون الاذن يبطل بالجنون والموت والاغماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرتهن بثمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وان حجر عليه لسفه فحكمه حكم مالو زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وان اغمي عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقبيضه لان المغمى عليه لاولاية عليه ، وان أغمي على المرتهن لم يكن لاحد ان يقوم مقامه في قبض الرهن ايضا وانتظر إفاقته ، وان خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين ان اذن فى القبض جاز والا فلا ، وان لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض ، وان كان احد هؤلاء قد اذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لان اذنهم يبطل بما عرض لهم وجميع هذا تناوله قول الخرقي من جائز الامر وليس أحد من هؤلاء جائز الامر

(فصل) اذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع او عتق او جعله صداقا او رهنه ثانيا بطل الرهن الاول سواء اقبض الهبة والمبيع والرهن الثاني او لم يقبضه لانه اخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل مايدل على قصده ذلك ، وان دبر العبد أو أجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل رهنه وان قلنا لا يجوز رهنه بطل رهنه كما لو أعتقه

(فصل) واستدامة القبض شرط للزوم الرهن فاذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة او اعارة أو ايداع او غير ذلك فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهنا . وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن ان يبعثها اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء ، قال أبو بكر لا يكون رهنا في تلك الحال فاذا ردها رجعت الى الرهن ، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى

(فصل) فاما المعلق عتقه بصفة فان كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه وان كان الدين يحل قبلها صح رهنه لامكان بيعه واستيفاء الدين من ثمنه وان كانت تحتمل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فاشبه المريض والمدبر ، وهو مذهب أبي حنيفة ويحتمل أن لا يصح لان فيه غرراً اذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ولأصحاب الشافعي اختلاف كنحو هذا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها وولدها دونها وان كان صغيراً لان الرهن لا يزيل

أن يقول الاستدامة غير مشترطة لان كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء ، وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطا في الاستدامة وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته كالهبة ، ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) لانها احدى حالتي الرهن فكان القبض فيها شرطا كالابتداء ويفارق الهبة لان القبض في ابتدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكما فكأنها لم تزل

(فصل) وليس للمرتهن قبض الرهن الا باذن الراهن لانه لا يلزمه تقبيضه فاعتبر اذنه في قبضه كالواهب ، فان تعدى المرتهن فقبضه بغير اذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض وان اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن وان رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه لان الرهن قد لزم لاتصال القبض به ، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن في القبض الثاني لانه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه مثل ارساله العبد إلى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لان ذلك دليل على الاذن فاكتفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الاذن في أكله

(مسئلة) قال (والقبض فيه من وجهين فان كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه اياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والارضين فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لاحائل دونه

وجملة ذلك ان القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة فان كان منقولا فقبضه نقله أو تناوله وان كان اثمانا أو شيئاً خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وان كان مكيلا رهنه بالكيل أو موزونا رهنه بالوزن فقبضه اكتياله أو اتزانه لقول النبي ﷺ « اذا سميت الكيل فكل » وان ارتهن الصبرة جزافا أو كان ثيابا أوحيوانا فقبضه نقله لقول ابن عمر كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه ، متفق عليه. وان كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة

الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها فان دعت الحاجة الى بيع أحدهما بيع معه الآخر لان الجمع في العقد ممكن والتفريق حرام فاذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فاذا كانت الجارية رهنا وكانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فحصتها ثلثا الثمن فان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فلا شيء له غيرها وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(مسئلة) (ويجوز رهن مايسرع اليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنا)

فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل بان يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها، وان خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة ، وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها اليه صح التسليم ، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لان القبض حصل فيهما جميعا فيكون موجوداً في الرهن منهما

(فصل) وان رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه سواء حضر الشريك أو لم يحضر وان كان منقولا كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك فان رضي الشريك تناولها وان امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا تكون في يده لهما، وان ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها فان قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره فأشبه مالو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب لغيره فتناولهما معا ، ولو رهنه ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن فان تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية. ولنا ان التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع فأشبه مالو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكره ألا ترى ان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ، ولانه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لانه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد. ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد . وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه

يجوز رهن مايسرع اليه الفساد بدين حال ومؤجل لانه يمكن ايفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان مما يمكن تجفيفه كالعنب أو لا يمكن كالبطيخ فان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لانه من مؤنة حفظه وتبقيته فأشبه نفقة الحيوان وان كان مما لا يجفف فانه يباع ويقضى الدين من ثمنه ان كان حالا أو يحل قبل فساده وان لم يحل قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنا فعلا ذلك وان أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن لا يبيعه (والثاني) يصح وهو الصحيح لان العرف يقتضي ذلك لكون المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كالتجفيف

فيها فان كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها وان كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية وان كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بامكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه (والثاني) لا يفتقر الى إذن في القبض لان اقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) فاذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لانه أحد حالتي الرهن

ولنا انه مأذون له في امساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه. وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه ازالتها ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذان متنافيان ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده الى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه. واما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت

(فصل) ويجوز أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه، وان وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن ذلك قبضاً لان الرهن وثيقة ليستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع ان المشتري لو دفع إلى البائع غرارة وقال: كل حقي في هذه ففعل كان ذلك قبضاً فيخرج ههنا كذلك

في العبد والانفاق على الحيوان. وللشافعي قولان كالوجهين. فاما ان شرطا ان لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه مالو شرط عدم النفقة على الحيوان. إذا ثبت ذلك فانه ان شرط للمرتهن بيعه أو اذن له فيه بعد العقد أو اتفقا على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه والا باعه الحاكم وجعل ثمنه رهناً ولا يقضى الدين من ثمنه لانه لا يجوز له تعجيل وفاء الدين قبل حله وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا يخاف تلفها أو حيوانا يخاف موته لما ذكرنا

(مسئلة) (ويجوز رهن المشاع)

وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي ومالك والاوزاعي والعنبري والشافعي وأبو ثور، وقال أصحاب

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه ، وان أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكر فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين وهو قول الشافعي في منصوصه لان العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ويفارق البينة فانها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائباً فقال أقررت لان وكيلي كتب إلي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه ، وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، فأما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول من هو في يده لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه . وان اختلفا في الاذن فقال الراهن أخذته بغير اذني قال بل باذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على انه بحق . ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي هذين الوجهين

(فصل) وإذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحاً فيهما وانما طرأ انفساخ العقد في احداهما فلم يؤثر كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها ، وان كان التلف بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فان كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله . فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، ولو تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار فاذا تلف بعضه أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى

(فصل) وان رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وأنقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تعيبت ونقصت

الرأي لا يصح الا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريكان لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معاً لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج اخته من الرضاع . بيانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينزعه في نوبته ولان استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال العقد عنه لمعنى فارق العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب

ولنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد قولهم مقصوده الحبس ممنوع انما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير اذنه فانه يصح عندهم ، إذا ثبت ذلك فرضي الشريك

قيمتها ، فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد ورد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفي الحكم لانتفائه فيصح رهن المشاع لذلك وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبتي والاوزاعي وسوار والعنبري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يصح رهنه الا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معا لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع . بيانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينتزعه يوم نوبته ولان استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب . ولنا انها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ولا نسلم ان مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ، ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير اذنه من غير ولاية فانه يصح عندهم

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه أو يرهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما فان اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أوباجرة لان المالك لايلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لايلزمه ترك الرهن عند المالك فقام الحاكم مقامهما في حفظه لهما

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح رهن جميعه سواء رهنه مشاعاً في نصيبه مثل أن يرهن بعض نصيبه أو رهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه . وقال القاضي يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وماذكروه لايصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه وقد سبق الكلام فيه في موضعه ، ثم ان كان المرتهن عالما بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فأشبه المشتري إذا علم العيب ، وان لم يكن عالما ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لان العيب زال فهو كما لو زال عيب المبيع ، وان علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في عقد بيع لان الشرط اقتضاه سليما ، فاذا سلم اليه معيبا ملك الفسخ كالبيع وان اختار امساكه فليس له أرش ولا شيء لان الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بداله فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب ان له الارش في هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الامر كذلك فان المبيع عوض عن الثمن فاذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وان امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويباع في الجناية لان حق المجني عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن ، فعلى هذا ان استغرق الارش قيمته بيع وبطل الرهن ، وان لم يستغرقها بيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه علق عتقه بصفة أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس ومادونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني والاختلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحة بيعه وقد سبق . فان كان المرتهن عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة أشبه المشتري إذا علم العيب وان لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لان العيب زال فهو كزوال عيب المبيع وان علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع ان كان مشروطاً في العقد لان العقد اقتضاه سليما فاذا ظهر معيباً ملك الفسخ كالبيع وان اختار امساكه فلا أرش له لان الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الارش في هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الامر كذلك فان المبيع عوض عن الثمن فاذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه؟ وان امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويباع في الجناية لان حق المجني عليه مقدم على الرهن كما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته بيع وبطل الرهن وان لم يستغرقها بيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه معلق عتقه بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق . وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيما اذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ، وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وان لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير لان الدين مقدم على التدبير ولا يبطل الرهن ، وان كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق منه ثلث الباقي وما بقي للورثة

(فصل) فاما المكاتب فالصحيح أنه لا يصح رهنه وهو مذهب الشافعي لان استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح ولا يمكن ذلك في المكاتب ، وقال القاضي قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه فان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ماأداه من نجومه رهناً بمنزلة مالو كسب العبد القن ثم مات

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحق آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وان كان الدين يحل قبلها مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان والحق يحل في أوله صح رهنه لامكان استيفاء الدين من ثمنه . فان كانت تحتمل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه فصح رهنه كالمريض والمدبر وهذا مذهب أبي حنيفة رضي

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة لا توجد قبل حلول الحق . وماذكروه ينتقض بهذا الاصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة توجد قبل حلول الحق لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود، والحكم فيما إذا علم وجود التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن وان عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير ولا يبطل الرهن به وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق ثلث الباقي وباقيه للورثة

(مسألة) (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين)

لانه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض . فاما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا والرهن يقتضي تسليم الثمن أولا (والثاني) أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي ايفاء الثمن منه (والثالث) ان البيع يقتضي امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي عدم الضمان وهذا يوجب تناقض الاحكام وانما

الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لان فيه غرراً إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ورهن ولدها دونها لان الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها . فان دعت الحاجة الى بيعها في الدين بيع ولدها معها لان الجمع في العقد ممكن والتفريق بينهما حرام فوجب بيعه معها . فاذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فاذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فحصتها ثلثا الثمن ، وان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فهو كما لو علم حال العقد ولا شيء له غيرها وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع اليه الفساد سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ ثم ان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لانه من مؤنة حفظه وتبقيته فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وان كان مما لا يجفف فانه يباع ويقضي الدين من ثمنه ان كان حالا أو يحل قبل فساده ، وان كان لا يحل قبل فساده جعل ثمنه مكانه رهنا سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق وقال اصحاب الشافعي : ان كان مما يفسد قبل محل الدين فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وان أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه . وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين

ولنا ان العرف يقتضي ذلك لان المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كتجفيف ما يجف والانفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز ، وأما اذا شرط أن لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه مالو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان . واذا ثبت ما ذكرناه فانه ان شرط للمرتهن بيعه أو أذن له في

تتحقق هذه المعاني إذا شرط رهنه قبل قبضه فان شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهنا فانه يتحقق فيه بعض هذه المعاني ، وقد روي عن أحمد أنه قال إذا حبس بقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرط عليه في نفس البيع . قال القاضي معناه شرط عليه رهنا غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن فان وفى له به والا فسخ (والوجه الثاني) يصح كما يصح لغير البائع فاما المكيل والموزون فذكر القاضي أنه يجوز رهنه قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري أن يقبضه ثم يقبضه وإنما لم يجز بيعه لانه يفضي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه ويحتمل انه لا يصح رهنه لانه لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه

(مسئلة) (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين)

لا يصح رهن مالا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني مالا يكون الذي عندك رهنا به وبالدين الاول لم يجز ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وهو

بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه ، وان لم يكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ولا يقضي الدين من ثمنه لانه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا يخاف تلفها أو حيوانا وخاف موته . قال أحمد فيمن رهن ثيابا يخاف فسادها كالصوف أتى السلطان فأمره ببيعها

(فصل) ويجوز رهن العصير لانه يجوز بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لايمنع صحة رهنه كالمريض والجاني . ثم ان استحال الى حال لايخرج فيها عن المالية كالخل فالرهن بحاله ، وان صار خمراً زال لزوم العقد ووجبت اراقته فان أريق بطل العقد فيه ولا خيار للمرتهن لان التلف حصل في يده وإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه ، وان استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لانه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضا لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً ،ويجوز أن يصير له قيمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ولان اليد لم تزل عنه حكما ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمراً ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهناً باستحالته خلا،وأرى القول ببقائه رهناً أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما فاذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين .قلنا هناك مازالت الزوجية ولا بطل العقد ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد،وإنما العقد كان موقوفا مراعى،فاذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل، وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وههنا قد جزمتم ببطلانه

أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف والمزني وأبو ثور وابن المنذر يجوز ذلك لانه لوزاده رهنا جاز فكذلك إذا زاد في دين الرهن ولانه لوفدا المرتهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان ، ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتهن . فاما الزيادة في الرهن فتجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، فاما العبد الجاني فلنا فيه منع وان سلمنا فانما يصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولان لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والرهن الجائز تجوز الزيادة فيه فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية،ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق بان كان رهنا بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقد ان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به وان اعتقدا صحته جاز ان يشهدا بكيفية الحال ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلقة

(فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الاخضر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو اختيار القاضي لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن، ولانه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لايصح وهو منصوص الشافعي لانه لايجوز بيعه فلايصح رهنه كسائر مالايجوز بيعه، وذكر القاضي أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه كالمكيل والموزون قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري قبضه ثم يقبضه. أما البيع فانه يفضي إلى أن يربح فيما لم يضمن وهو منهي عنه، ويحتمل أن لايصح رهنه لانه لا يصح بيعه

(فصل) وفي رهن المصحف روايتان (إحداهما) لا يصح رهنه نقل الجماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح رهنه فانه قال: إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا باذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه . قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه الى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز، وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك فاحتيج الى ذكره كاصل الرهن، ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن لانه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبه من لم يأذن في أصل الرهن، قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ذلك وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه مثل أن يأذن له في رهنه بمائة

(فصل) ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الاخضر في أحد الوجهين، اختاره القاضي لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن، ولانه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لايصح وهو منصوص الشافعي لانه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لايجوز بيعه

(فصل) وان رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن امضاء الرهن على مقتضاه، وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز لانه لا غرر فيه، فان لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً، لكن ان سمح الراهن ببيع الجميع أو اتفقا على قدر منه جاز، وإن اختلفا وتشاحا فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر

(فصل) ولا يصح رهن المصحف في إحدى الروايتين نقل جماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لان المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك الا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح فانه قال إذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه الا باذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فيصح رهنه كغيره والخلاف في ذلك مبني على جواز بيعه وقد ذكرناه في كتاب البيع

فيرهنه بخمسين صح لان من أذن في مائة فقد أذن في خمسين ، وان رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدراهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بمؤجل فرهنه بحال فانه لايصح كذلك ههنا وهذا منصوص الشافعي (والوجه الثاني) أنه يصح في المائة ويبطل في الزائد عليها لان العقد تناول مايجوز ومالا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ويفارق ماذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لايوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة ، وفي مسئلتنا اذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الرهن في الاذن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي (والآخر) لايجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيده والعارية ماأفادت المنفعة ، انما حصلت له نفعاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لايصح . ولنا انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على انه عارية انه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا ثبت في الرقبة، ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكاكه بعده ، وقولهم ان المنافع للسيد . قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط لسيده أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده ، فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لاتلزم والرهن لازم . قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولان العارية قد تكون لازمة بدليل مالو أعاره حائطا ليبني عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها مالا يحصد قصيلا . اذا ثبت هذا فانه يصح رهنه بما شاء الى أي وقت شاء ممن شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاك الرهن حالا كان أو مؤجلا في محل الحق وقبل محله لان العارية لاتلزم ، ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها إن كانت من ذوات الامثال ، ولا يرجع بما بيعت به سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين ، والصحيح أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته سواء تلف بتفريط أو غير تفريط نص على هذا أحمد وذلك لان العارية مضمونة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر)

اختاره القاضي لانه عقد يقتضي قبض المعقود عليه والتسليط على بيعه فلم يجز كالبيع ، واختار

(فصل) وإن فك المعير الرهن فأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء وإن قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لان له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لانه لايجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة قال بل بخمسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلا فقضاه حالا باذنه رجع به حالا ، وان قضاه بغير اذنه فقال القاضي يرجع به حالا أيضاً لانه له المطالبة بفكاك عبده في الحال

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين مايرهن به ليس بشرط فكذلك من يرهن عنده ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد لانه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد ، فعلى هذا اذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفك من الرهن شيء لانه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد فأشبه مالو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما أنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنا باكثر منها كما لو صرح له بذلك فقال ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها فعلى هذا الوجه ان كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالماً بذلك ، والرهن مشروط في بيع احتمل أن يكون له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه وان قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما والله أعلم

(فصل) ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناها عند رجل مطلقا صح فان شرط أحدهما اني متى قضيت ماعلي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر وفي قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصا على المرتهن . وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط ان يبقى الرهن محبوسا بغير الدين الذي هو رهن به لكنه لاينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن مالا يصح بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني مالا يكون الرهن الذي عندك رهنا به وبالدين الاول لم يجز وبهذا قال

أبو الخطاب صحته اذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزني وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنا جاز فكذلك اذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدى المرتهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتهن ، فاما الزيادة في الرهن فيجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، واما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ويجوزان يزيده في الرهن الجائز حقاً قبل لزومه فكذلك اذا صار جائزاً بالجناية ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهناً بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقا بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

(فصل) وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فالصحيح في المذهب أنه لايجوز بيعها فكذلك رهنها وهذا منصوص الشافعي وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها إن أفرده بالبيع والرهن فهل يصح ؟على روايتين نص عليهما في البيع (احداهما) يصح لانه طلق (والثانية) لايجوزلانه تابع لما لايجوز بيعه ولا رهنه فهو كأساسات الحيطان ، وإن رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء علي الرواية التي يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لانه مجهول ، وان لم يقل بما فيها صح رهنها للعلم بها الا أن يكون ذلك مما لا قيمة له كالجراب الخلق ونحوه . ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وفي الجملة

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه ، فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجهالة وإن لم يقل بما فيها صح للعلم بها ، ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وقال أبو حنيفة يصح لانه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له وقد ذكر في البيع وفي الجملة أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع ، وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الشارد ولا غير مملوك لانه لا يصح بيعه

(فصل) فأما سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب أنه لا يجوز رهنها لانه لا يجوز بيعها وهذا منصوص الشافعي وحكم بنائها حكمها، فان كان فيها من غير ترابها أو الشجر المتجدد فيها فانه يصح افراده بالبيع والرهن في احدى الروايتين نص عليهما في البيع لانه طلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كأساسات الحيطان ، وان رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء إذا قلنا بجواز رهنها منفردة؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوبا فبان ملكه مثل ان رهن عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث أو وكل انسانا يشتري له عبداً من سيده ثم ان الموكل باع العبد أو رهنه يعتقده لسيده الاول فبان ان تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه لانه تصرف صدر من اهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ويحتمل ان لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح تصرفه ويبطل خياره ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وكذلك بيعه وتصرفاته. ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح لانه رهن مالا يملكه وكذلك لو رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه وللشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير اذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى الى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح كما لو كان مجهولا حين العقد وكما لو رهنه اياها بعد اشتباهها، فان شرط قطع الاولى اذا خيف اختلاطها بالثانية صح ، فان كان الحمل المرهون يحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوباً فبان ملكه نحو أن يرهن عبد ابنه فيبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث ، أو وكل إنسانا يشتري له عبداً فباعه الموكل ، أو رهنه يعتقده لسيده الاول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو ذلك صح تصرفه لانه صادف ملكا فصح كما لو علم ، ويحتمل أن لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح الا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح ويبطل خياره . ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي ، ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح لانه رهن مالا يملكه ، وكذلك رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما ذكرنا، وفيه وجه لاصحاب الشافعي أنه يصح لان له استرجاع العين وتصرفه فيها يدل على الرجوع . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمر شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الحمل الاول إلى محل يحدث الحمل الثاني على وجه لا يتميز لم يصح لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبه ما لو كان مجهولا حين العقد ، وإن شرط قطع الحمل الاول إذا خيف اختلاطه بالثاني صح ، وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثاني يتميز عن الاول إذا حدث فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الحمل الاول حتى اختلط بالثاني وتعذر التمييز لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنا كلها أو اتفقا

الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله . فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهناً أو اتفقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح لانه لايملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لانهم لايدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح لان مافي يده ملك لسيده فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين، وقال أصحاب الشافعي لا يصح اذا كان على الميت دين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون

على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك إلى حلول الحق ، وان رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح لان ما في يده لسيده فقد صار حراً بشرائه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين. وفيه وجه أنه لا يصح ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح إذا كان الدين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون . ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقا فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون فان الحق تعلق باختياره وفي مسئلتنا تعلق بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق يثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية فانه لا يمنع رهنه ، فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ، وان لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لان حقهم سابق والحكم فيه كالحكم في الجاني، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل ان وقع انسان أو بهيمة في بئر حفرها في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فان قضى الحق من غيره نفذ والا فسخ البيع والرهن وعلى الوجه الآخر لا يصح تصرفه والله أعلم

(فصل) ولا يصح الرهن والارتهان الا من جائز الامر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر او سفه او فلس لانه نوع تصرف في المال فلم يصح من غير اذن من المحجور عليه كالبيع ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وانما هو الى اختيار الراهن ، فاذا لم

ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون لان الحق تعلق به باختياره فأما في مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق ثبت من غير اثباته كالزكاة والجناية فلا يمنع رهنه فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله . وان لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لان حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل أن وقع انسان أو بهيمة في بئر حفره في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ فان قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن

(فصل) قال القاضي لايصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه اذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضا)

وجملته أن المتراهنين اذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضيا به واتفقا عليه جاز وكان

يكن له اختيار صحيح لم يصح منه كالبيع ، فان جن احد المتراهنين قبل القبض او مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بجنون احد المتعاقدين او موته كالبيع في مدة الخيار . ويقوم ولي المجنون مقامه فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقبيض مثل ان يكون شرطاً في بيع يستضر بفسخه ونحوه اقبضه . وان كان الحظ في قبضه لم يجز له تقبيضه ، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه فاذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقبيض الرهن ، وان كان عليه دين سواه فظاهر المذهب انه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية اخرى ان لهم ذلك اخذاً مما نقل ابن منصور وابو طالب عن احمد انه قال : اذا مات الراهن او افلس فالمرتهن احق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت او قبله .قال شيخنا: وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها فكيف يعارض بها الخاص ، لكن يجوز ان يكون هذا الحكم مبنيا على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقبيضه على الراهن فكذلك على وارثه ويختص ذلك بغير المكيل والموزون وأما مايلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس الراهن إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم ، فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرتهن به ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه اليه فيتم الرهن ، وسواء فيما ذكرنا ما بعد الاذن في القبض وقبله لان الاذن يبطل بالجنون والموت والاغماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرتهن بمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على

وكيلا للمرتهن نائباً عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالايجاب والقبول. ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض، وفارق القبول لان الايجاب اذا كان لشخص كان القبول منه لانه يخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضا وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه، إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلماً كان أو كافراً عدلا أو فاسقاً ذكراً أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبياً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً، ولا عبداً بغير إذن سيده لان منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن فان أذن له السيد جاز وأما المكاتب فان كان بجعل جاز لان له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد وإن كان بغير جعل لم يجز لانه ليس له التبرع بمنافعه

(فصل) فان جعلا الرهن في يد عدلين جاز ولهما إمساكه ولا يجوز لاحدهما الانفراد بحفظه.

ما أسلفنا، وان أغمي عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقبيضه لان المغمى عليه لا تثبت عليه الولاية، وإذا أغمي على المرتهن لم يكن لاحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن وانتظر إفاقته، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين، وإن لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لان اذنهم يبطل بما عرض لهم

(مسئلة) (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم)

لا يلزم الرهن الا بالقبض ويكون قبل القبض رهنا جائزاً يجوز للراهن فسخه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره، وقال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون رواية أخرى أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني، وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع ووجه الاولى قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة، ولانه عقد ارفاق يفتقر الى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن، فعلى هذا إن تصرف الراهن فيه قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق، أو جعله صداقا أو رهنه ثانيا بطل الرهن الاول سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه لانه أخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك، وان دبره أو آجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه، وان كاتب العبد الرهن انبني على صحة رهن المكاتب، فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل الرهن كالتدبير، وان قلنا لا يجوز بطل الرهن كما لو أعتقه

(فصل) فان قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن فاستدامة القبض شرط لانها احدى حالتي الرهن فأشبهت الابتداء، وان قلنا إن الابتداء ليس بشرط في اللزوم فكذلك الاستدامة

(مسئلة) (فان اخرجه المرتهن الى الراهن باختياره زال لزوم الرهن)

وإن سلمه أحدهما الى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي . وفي الآخر اذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ان كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه لان اجتماعهما على حفظه يشق عليهما فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ ، ولنا أن المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما فلم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك فانه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقل الرهن عن يده لانهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعدهما . وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده ، وان تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك ويضعانه في يد من يتفقان عليه فان اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن

وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة أو اعارة أو إيداع أو غير ذلك ، فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق لانه أقبضه باختياره فلزم به كالاول قال احمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهناً، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا تكون رهنا في تلك الحال ، فاذا ردها رجعت الى الرهن وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا التفريع على القول الصحيح، فاما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فاولى أن يقول الاستدامة غير مشروطة لان كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة ، وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم تشترط استدامته كالهبة

ولنا قول الله تعالى (فرهان مقبوضة) ولانها إحدى حالتي الرهن فكان القبض فيه شرطا كالابتداء ويفارق الهبة فان القبض في ابتدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء الدين من ثمنه، فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه وإن أزيلت يد المرتهن بغير حق كالغصب والسرقة أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل

﴿مسئلة﴾ ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه ، فان تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق)

يصح رهن العصير لانه يصح بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني فان صار الى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فهو رهن بحاله ، وان تخمر زال لزوم العقد ووجبت اراقته فان أريق بطل العقد ولا خيار للمرتهن لان التلف حصل في يده، فان عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه وان استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لانه عقد ضعيف لعدم القبض فاشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول

فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وان مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما امساكه الا بتراضيهما فان اتفقا على ذلك جاز وان اتفقا على عدل يضعانه على يده فلهما ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليهما . فان اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل وإن كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم الى العدل الآخر فيحفظان معاً

(فصل) ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعي لانه أمين متطوع بالحفظ فلا يلزمه المقام عليه فان امتنعا أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه ، ولو دفعه الى الامين من غير امتناعهما ضمن وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض وان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن . وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما ، هذا فيما إذا كانا حاضرين فأما إذا كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه الى الحاكم

وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن أيضا ، ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا قول الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة :هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حال كونه عصيراً ويجوز أن تصير له قيمة فلايزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني، ولان اليد لم تزل عنه حكماً بدليل أنه لوغصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده كان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه،وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى الا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمراً .قال شيخنا : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد ،فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما فان أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين ،قلنا هناك مازالت الزوجية ولا بطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد الا بعقد جديد وأنما العقد كان موقوفا مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبينا انه لم يبطل وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وههنا قد جزمتم ببطلانه ، وعنه ان القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط ويلزم بمجرد العقد كالبيع ، فعلى هذا ان امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه كالبيع ، فان رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده لان الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كبيعه

(فصل) واذا استعار شيئاً ليرهنه جاز ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج الى بيانه كاصل الرهن ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم

فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما فان لم يجد حاكما أودعه عند نفسه وليس له دفعه الى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فان فعل ضمن فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة الى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فان لم يجد حاكما دفعه الى عدل وان كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لان ما دون مسافة القصر في حكم الاقامة وان كان أحدهما حاضراً والآخر غائبا فحكمها حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما وفي جميع هذه الاقسام متى دفعه الى أحدهما لزمه رده إلى يده وان لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر

(فصل) اذا كان الرهن على يدي عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي فان عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه ، وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك فان أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فانه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله والاول هو المنصوص عنه لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من

يصح الرهن لانه لم يؤذن له فيه أشبه من لم يأذن في أصل الرهن وهذا إجماع حكاه ابن المنذر فان أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه صح لان من اذن في شيء فقد أذن في اقل منه وان رهنه بأكثر احتمل ان يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدراهم او بحال فرهنه بمؤجل او بالعكس فانه لا يصح وهذا منصوص الشافعي ، واحتمل أن يصح في القدر المأذون فيه ويبطل في الزائد عليه لان العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فصح فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ، ويفارق ماذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاكه باحد النقدين دون الاخر فيفوت الغرض بالمخالفة وفي مسئلتنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الاذن في الرهن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي ، والآخر لا يجوز حتى يتبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيده والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نفعا بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح

ولنا انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا يثبت في الرقبة،ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له الرجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بفكاكه بعده ،وقولهم ان المنافع للسيد قلنا المنافع مختلفة فيجوز ان يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط لسيده او يعمل له شيئا او استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده ، فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لا تلزم والرهن لازم ، قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد

جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فانه لايصير لازما وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزله المرتهن فلا ينعزل لان العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لايجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزلاه فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لان الاذن قد وجد مرة فيكفي كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج الى تجديد إذن لانه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والغرض لااعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل مالو جدد الاذن له ، بخلاف المرتهن فان المبيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا

(فصل) ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي فعلى الجاني قيمته يكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فان كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع قيمته لان له بيع نماء الرهن تبعاً للاصل فالقيمة أولى . وقال

المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة فيها اذا اعاره حائطا ليبني عليه او أرضا ليزرع فيها مالا يحصد قصيلا ، ثم هو منقوض بما اذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين الى اجل معلوم . إذا ثبت ذلك فانه يصح رهنه بما شاء الى اي وقت شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاكه حالا كان اومؤجلا في محل الحق وقبله لان العارية لا تلزم ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة او مثلها ان كانت من ذوات الامثال ولا يرجع بما بيعت سواء بيعت بأقل من القيمة او اكثر في احد الوجهين (والثاني) انها ان بيعت باقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو اسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولايلزم من ضمان النقص ان لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه فاما ان تلف الرهن فان الراهن يضمنه بقيمته سواء اتلف بتفريط او بغير تفريط نص عليه احمد لان العارية مضمونة

(فصل) وان فك المعير الرهن وأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاه متبرعا لم يرجع بشيء ، وان قضاه بغير إذنه محتسبا بالرجوع فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لان له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لانه لا يجربها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة ، قال بخمسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلا فقضاه حالا باذنه رجع به حالا ، وان قضاه بغير إذنه فقال القاضي يرجع به حالا أيضا لان له المطالبة بفكاك عبده في الحال

أصحاب الشافعي ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع مالم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضي أن يقول إنه قد أذن له في بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الاصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فان كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه من القيمة لانها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن المبيع

(فصل) واذا أذنا للعدل في البيع وعينا له نقداً لم يجز له أن يخالفهما ، وإن اختلفا فقال أحدهما بعه بدراهم وقال الآخر بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك اليمين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الامر الى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك والاولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فان كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فان تساويا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اجتهاده اليه وهو قول الشافعي لانه الأحظ والغرض تحصيل الحظ فان تساويا باع بجنس

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين ما يرهن به ليس شرطا فكذلك من يرهن عنده ، ولان رهنه من اثنين أقل ضرراً لانه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد ، فاذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين لم ينفك من الرهن شيء في أحد الوجهين لانه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهناً بأكثر منها كما لو قال له ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له ، وان لم يكن عالما والرهن مشروط في بيع احتمل ان له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ، واحتمل أن لا يكون له خيار لان الرهن سلم له كله بالدين كله وهو قد دخل على ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه ، وان قضى نصف دين أحدهما انفك نصيب أحدهما على أحد الوجهين ، وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما

(فصل) ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناها عند رجل مطلقا صح ، فان شرط أحدهما أني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر أو في قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصاً على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضي جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط أن يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك على وجهين وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض في الصحيح

الدين فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم مايبيعه به وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء متى خالف لزمه مايلزم الوكيل المخالف ، وذكر في البيع نساء رواية أخرى أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لايفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع ذلك وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً فان تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدرا له ثمناً لم يجز له بيعه بدونه وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل

(فصل) والقبض في الرهن كالقبض في البيع على ما ذكرناه ، فلو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وللراهن فيها قماش لم يمنع من صحة التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة ، وكذلك الدابة التي عليها حمل للراهن ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لانه حصل فيها جميعاً فيكون موجوداً في الرهن منها

(فصل) واذا رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه وان لم يحضر الشريك ،وان كان منقولا كالجواهر فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضى الشريك ، فان رضي الشريك تناولها المرتهن ، وان امتنع فرضي الراهن أو المرتهن بيد الشريك جاز وناب عن المرتهن في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلا تكون في يده لهما ، وان سلمها الراهن الى المرتهن بغير اذن الشريك فتناولها وقلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده والتعدي في غيره لا يمنع صحة القبض كما لو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب غيره فتناولها جميعاً ، ولو رهنه ثوبا فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن ، فان تبين أنه الرهن صح القبض ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ماكان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية . ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع أشبه مالو كانا خارجين عنها، ولا يصح ما ذكره لان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولانه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصباً أو نحوه صح الرهن لانه مالك

مما يتغابن الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لايضبط غالباً وإن كان النقص مما لايتغابن الناس به أو باع بأنقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا، والاولى أنه لايصح البيع لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه مالو خالف في النقد

(فصل) واذا باع العدل الرهن باذنهما وقبض الثمن فتلف فى يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه امين فهو كالوكيل ولا نعلم فيهذا خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة ومالك من ضمان المرتهن لان البيع لاجله

ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له فيقبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الامناء وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك وإن كلفناه البينة شق عليه وربما أدى الى أن لا يدخل الناس في الامانات فان خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لانه أمين والآخر لا يقبل لان هذا إبراء للمشتري من الثمن فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وان خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل وكذلك كل وكيل باع مال غيره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة العهدة على الوكيل والكلام معه في الوكالة ، فان علم المشتري

له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ، ولو عاد الجاحد فأقربها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها ، فان كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وان كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية ، وان كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض ، والقبض انما يحصل بفعله أو بامكانه فيكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة ، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير اذن كما لو كان في يد الراهن . واقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع امكان أخذه منه (والثاني) لايفتقر لان اقراره في يده بمنزلة اذنه فى القبض ، فان أذن له فى القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه فى مثلها

(فصل) واذا رهنه المضمون على المرتهن كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم أو في بيع فاسد صح وزال الضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لانه أحد حالتي الرهن

بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل ، فان قيل فلم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه والا سقط حقه . فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لانهم متساوون فى ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم ، فاما ان خرج مستحقاً بعد مادفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه فاما ان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ووكيل ويرجع على الراهن . وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة وان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول أو ردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه ، وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد . فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن وان تلف العبد

ولنا أنه مأذون له فى امساكه رهنا لم يتجدد فيه منه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه ، وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محققة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذان متنافيان ، ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب أو العارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيراً ، ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه ، وأما اذا تعدى فى الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث مايوجبه فلم يثبت

(فصل) واذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما ، وانما طرأ انفساخ العقد فى احداهما فلم يؤثر فى الاخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها اذا قلنا ان الرهن لا يلزم الا بالقبض فان كان التلف بعد قبض الاخرى لزم الرهن فيها ، فان كان الرهن مشروطا فى بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، فان تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فاذا تلف بعضه كان أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه ، فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى

(فصل) فاذا رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا فى بيع لتعيبها ونقص قيمتها

المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالغصب وان لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أوعلى الغاصب ؟ على روايتين

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر فقال القاضي وأبو الخطاب يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى أنه سلمه الى صاحب الدين ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رءوس مسائلهما يقبل قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره وهذا مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه ، وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر . فان رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت فان كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه اليه بغير بينة في غيبة الراهن ففيه روايتان (احداهما) يرجع الراهن عليه لانه مفرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه،

فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كعقد الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الخشب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد وارد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) ويجوز للمرتهن أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، فان وكل المرتهن الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن قبضا لان الرهن وثيقة يستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن ، فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة ، وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع الى البائع وعاء وقال كل لي حقي فيه ففعل كان قبضاً فيخرج ههنا مثله

(فصل) اذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه فان أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكر وقال أقررت بذلك ولم أكن أقبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب اليها فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعي وهو أولى لان العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة بخلاف البينة فانها لا تشهد الا بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائبا فقال أقررت لان وكيلي كتب الي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه

ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقي . ومن أمر رجلا أن يدفع الى رجل مالا وادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه لانه أمين في حقه سواء صدقه في القضاء أو كذبه الا أنه ان كذبه فله عليه اليمين

(فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها فانه رده إلى يد نائب مالكها فاشبه ما لو ردها إلى مالكها

(فصل) واذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهنه خمراً لم يصح سواء جعله على يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله فان أبى قيل له اما أن تقبض واما ان تبريء لان أهل الذمة اذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولوهم بيعها وخذوا من أثمانها . وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لان ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يرهن مال من اوصى اليه بحفظ ماله الا من ثقة)

وجملته ان ولي اليتيم ليس له رهن ماله الا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع . قال القاضي ليس لوليه رهن ماله الا بشرطين (أحدهما) أن يكون عند ثقة (الثاني) أن يكون له فيه حظ وهو أن يكون به حاجة الى نفقة أو كسوة او انفاق على عقاره المتهدم أو أرضه او بهائمه ونحو ذلك وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه

ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فاما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول صاحب اليد لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه وان اختلفا في الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذني قال بل بأذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن، وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي هذين الوجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح الا العتق فانه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل رهنا مكانه وعنه لا ينفذ عتق المعسر)

إذا تصرف الراهن بغير رضى المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحوه فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، وفي الوقف وجه آخر أنه يصح لانه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق . والصحيح الاول لانه تصرف لا يسري الى ملك الغير فلم يصح كالهبة فان أذن فيه صح وبطل الرهن الا أن يأذن في البيع ففيه تفصيل نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول

فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلاحظ له في الاقتراض فيبيع شيئا من أصول ماله ويصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئا من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء وكذلك الاب الا أن للاب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه على احدى الروايتين

(فصل) فاما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل (احداهن) أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذ بها رهنا فهذا بيع فاسد لان بيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة (الثانية) أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذ بها رهنا فهذا جائز لانه لو باعه بمائة نقداً جاز فاذا زاد عليها فقد زاده خيراً سواء قلت الزيادة أو كثرت (الثالثة) باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنا فهذا جائز أيضا ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لايجوز لانه تغرير بماله وبيع النقد أحوط له ولنا أن هذا عادة التجار وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح وهذا من جهاته والتغرير يزول بالرهن

(فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرنا حكم ولي اليتيم لان له أن يتصرف فيما في يديه فيما له فيه الحظ فأما المأذون فان دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يدفع اليه فقال القاضي ليس له التصرف بالنسيئة لان ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك لان الدين غرر بخلاف المكاتب

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهنا فاستعاده الوصي لليتيم جاز ، وان استعاده لنفسه لم يجز لانه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لانه قبضه على وجه ليس له قبضه ، وإن فكه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وان فكه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه فان قال استعدته لليتيم قبل قوله ، وان تلف قبل ذلك ضمنه وان قال استعدته لليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضه لم يقبل قوله لانا حكمنا بالضمان ظاهراً فلا يزول بقوله والأولى ان يقبل قوله لانه أمين وهو اعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف

الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم . وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف . وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وسيأتي الكلام فيه

ولنا أنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على قبض ثمنه . إذا ثبت هذا فان المتراهنين ان لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع وكانت منافعه معطلة فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن فان اتفقا على اجارة الرهن وإعارته جاز ذلك في ظاهر قول الخرقي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت منافعها لم تكن لها غلة. وقال ابن أبي موسى : ان أذن الراهن للمرتهن في اعارته أو اجارته صح والاجرة رهن وان أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ولا يخرج في الآخر كما لو أجره المرتهن . وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقا ولا يؤجراه ، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا اذا أجر الراهن باذن المرتهن كان اخراجا من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه أو ولده الكبير صح لأنه لا ولاية له عليهما

(فصل) ولو أوصى الى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا من تركته عند الغريم أو غيره ضمن لانه لم يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص اليه بقضاء دينه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي)

وجملة ذلك ان حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من رهن شيئا بمال فأدى بعض المال وأراد اخراج بعض الرهن ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وابو ثور واصحاب الرأي لان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً . ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهنا)

وجملة ذلك أنه ليس للراهن عتق الرهن لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة فان أعتق نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق معسراً ، وعن احمد رواية أخرى لا ينفذ عتق المعسر ذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولأنه

ولنا أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا اجارته ولا اعارته فجاز اجماعهما كانتفاع المرتهن به ولان تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته ، ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم تمنع اجارتها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ، ولا نسلم ان مقتضى الرهن الحبس بل مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس فلا يمنع كون المستأجر نائباً عنه في امساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها ، فاذا كان ماشية فاحتاجت الى اطراق الفحل فللراهن ذلك لان فيه مصلحة الرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر وان كانت فحولا لم يكن للراهن اطراقها بغير رضا المرتهن لانه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يكون يتضرر بترك الاطراق فيجوز لانه كالمداواة له

(فصل) وليس للراهن عتق الرهن لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة وذلك اضرار به فان فعل نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق موسرا . وعن أحمد انه لا ينفذ عتق

عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبتي وأبو ثور لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع

ولنا انه أعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع، والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشروط بخلاف البيع، اذا ثبت هذا فانه ان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو ابطلها أجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنا لانها نائبة عن العين وبدل عنها، وان كان معسراً فالقيمة في ذمته فان ايسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيقضيه ولا يحتاج الى رهن وان ايسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لانه حال الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه والزام الغرم لمن وجد منه الاتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) وان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافا في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذ

المعسر وذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لان عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن و بدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولانه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له في عبد، وقال عطاء والبتي وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لانه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن أشبه البيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشرط بخلاف البيع. اذا ثبت هذا فان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها اجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنا لكونها نائبة عن العين وبدلا منها وان كان معسراً فهي في ذمته فان أيسر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهنا إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه ولا يحتاج الى رهن وان أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً والاعتبار بقيمة العبد حال العتق لانه وقت الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه فكان الزام الغرم للمتلف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) فان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافا في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد أذن ويسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذا

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل : فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن وان لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه . وان رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول ورثة المرتهن أيضاً الا أن أيمانهم على نفي العلم لانها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه، وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

(فصل) وان تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن لانه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالعتق ، وان زوج الام المرهونة لم يصح وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الامة المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلا يمنع التزويج كالاجارة . ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بضعها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصا كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع

وجد زال حقه وقد رضي بهلرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه بطل الاذن وان لم يعلم برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ،وان رجع بعد العتق لم ينفعه الرجوع والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن،وان اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول الورثة أيضا الا أن أيمانهم على نفي العلم لانها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

﴿مسألة﴾ (وليس عليه تزويج الامة المرهونة فان فعل لم يصح)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي .وقال القاضي وجماعة من اصحابنا يصح وللمرتهن منع الزوج من وطئها لحق المرتهن حتى لا تخرج عن يده فيفوت القبض ومهرها رهن معها لانه من نمائها وبسببها فكان رهنا معها كأجرتها وسائر نمائها ، وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالاجارة ، ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بضعها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها

يتناول جملتها ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها وانما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة. ويفارق الرهن الاجارة فان التزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكماله

(فصل) ولا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم. وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه له وطء الآيسة والصغيرة لانه لا ضرر فيه فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم فيهما. وأهل العلم على خلاف هذا قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ان للمرتهن منع الراهن من وطء أمتــه المرهونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية، ولان الذي تحبل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف، وان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها. وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معهـا وان شاء جعله قضاء من الحق أن لم يكن حل. فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهنا ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

وانما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة. ويفارق الرهن الاجارة فان التزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها لان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعذر استيفاء العين بكماله

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء الجارية فاولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنا)

لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعي له وطء الآيسة والصغيرة لكونه لا ضرر فيه فان علة المنع خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تتعرض للتلف، وهذا معدوم فيهما وسائر أهل العلم على خلاف هذا. قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ولان الوقت الذي تحمل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف، فان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وانما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها اذا كانت ثيبا فأشبه ما لو استخدمها وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهنا معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة فى جعله رهنا ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضا من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهنا)

وجملته ان الراهن إذا وطيء أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر الا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمعسر يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق وهـذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتهن فأما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ ، فان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقي حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق وان رجع هذا المبيع الى الراهن بارث أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وقال مالك : إن كانت الامة تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا ان هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنافاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل فهي رهن بحالها فان قيل انما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا : الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالاذن في سببه إذن فيه فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن . وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره ،

(فصل) فان أولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر الا أن الموسر تؤخذ منه قيمتها والمعسر تكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتهن ، فأما في حق الراهن فهو ثابت فلا يجوز له أن يهبها للمرتهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ ثم ان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين ويثبت للباقي حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق. وان رجع المبيع الى الراهن ببيع أوغيره أو بيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وقال مالك ان كانت الامة تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان اذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وان لم تحبل فهي رهن بحالها ، فان قيل انما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالاذن في سببه

وان أقر المرتهن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (والثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (والرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لاننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فان أنكر شرطا من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال ليس هذا ولدها وانما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد لان الاصل عدم الحمل فان بانت حائلا أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك ان كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل ان وطئها

اذن فيه ، فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتهن بالاذن وانكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن باربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (الثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (الرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لاننا لم نلحقه به بدعواه : بل بالشرع ، فان أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت ، أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت ، أو قال ليس هذا ولدها انما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه فهو كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) واذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة الرهن لان الاصل عدم الحمل ، فان بانت حائلا أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله ، وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بما تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بانها قد لا تكون رهنا ، فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض اذا مات والجاني اذا اقتص منه وهذا قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن اذنه في الوطء اذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازما لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمة

وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وان كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهناً فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازما لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها . ويحتمل ان يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمة فيه لانه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن . والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما إذا اقر بأنه غصبها أو انها كانت جنت جناية تعلق ارشها برقبتها وللشافعي في ذلك قولان ، وان اقر انه اعتقها صح إقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي في احد قوليه : لا يقبل بناء على انه لا يصح اعتاقه للرهن . ولنا انه لو اعتقه لنفذ عتقه فقبل إقراره بعتقه كغير الرهن ، ولان إقراره بعتقه يجري مجرى عتقه فأشبه مالو قال فيه لانه يستضر من ذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن والاول أصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أذن المرتهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن الا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا أو يعجل دينه من ثمنه)

وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح لان المنع كان لحقه فجاز باذنه ويبطل الرهن لان هذا تصرف ينافي الرهن فلا يجتمع مع ما ينافيه الا البيع فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح ويتعلق حق المرتهن بثمنه ويجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه (الثاني) أنه يأذن له قبل حلوله مطلقا فيبيعه فيبطل الرهن ولا يكون عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فأشبه مالو اذن في عتقه والمالك اخذ ثمنه وبه قال الشافعي . وقال ابو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب ان يتعلق به كما لو اتلفه متلف

ولنا انه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن ، فاذا اذن فيه اسقط حقه كالعتق . ويخالف ما بعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع . ويخالف الاتلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما اردت باطلاق الاذن ان يكون ثمنه رهنا لم يقبل قوله لان اطلاق الاذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعي (الثالث) ان يأذن فيه بشرط ان يجعل ثمنه رهنا مكانه او يعجل له دينه من ثمنه فيجوز ويلزم ذلك لانه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز فكذلك قبله وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان اقر بالاذن واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا او تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل ان يقدم قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة

﴿ مسئلة ﴾ (ونماء الرهن وكسبه وارش الجناية عليه من الرهن)

انت حر . ويتخرج ان لا ينفذ إقرار المعسر بناء على انه لا ينفذ إعتاقه ، وكل موضع قلنا القول، قول الراهن فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل ان لا يستحلف لانه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف اصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين . والصحيح عندي انه إذا أقر بالعتق لم يستحلف لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلى يمين كما لو صرح به ، وإن أقر بالغصب والجناية فانه إن لم يدع ذلك المغصوب منه والمجني عليه لم يلتفت إلى قول الراهن وجهاً واحداً ، وان ادعياه فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى ، وإن أقر باستيلاد أمته فعليه اليمين لان نفعها عائد اليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ماقبلها . وإن قلنا القول قول المرتهن فعليه اليمين بكل حال لانه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير فاذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة اليه وبقي حكمها في حق الراهن بحيث لو عاد اليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجني عليه أو المغصوب منه أن يغرماه في الحال فلهما ذلك لانه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله

وجملة ذلك ان نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل واذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الاصل ، وسواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمر واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي .وقال الثوري واصحاب الراي يتبع النماء ولا يتبع الكسب لان الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعتاق مال الراهن . وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلا يسري إلى غيره كحق جنايته حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج لا يدخل في الرهن ، وخالفه أبو ثور وابن المنذر واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وانما يكون رهنا كسائر ماله

ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المال فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولان النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالمتصل ، ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد . ولنا على مالك أنه نماء حادث من غير الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد ، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء ، وأما الحديث فنقول به ، وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعدما ثبت فيه لانه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ، ولان السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه . وأما ارش الجناية على الرهن فيتعلق بها حق المرتهن لانها بدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمته اذا أتلفه انسان وهذا قول الشافعي وغيره

(فصل) واذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن مايتبع في البيع ، فان كان في الارض

(فصل) ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة ولا ملك يمين ، فان وطئها عالما بالتحريم فعليه الحد لانه لاشبهة له فيه فان الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ولان وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى ، فان ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً إباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لان اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقاً ففوت رق الولد على سيدها فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة ، وإن لم يحتمل صدقه كالناشيء ببلاد الاسلام مختلطا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لايخلو ممن يسمع منه مايعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده

شجر فقال رهنتك هذه الارض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل، وان لم يذكر ذلك فهل يدخل في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وان رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لاتدخل في البيع . وإن لم تكن ظاهرة دخلت ،وقال الشافعي لاتدخل بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده يصح على الاصل دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لاتدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعي انه عقد على الشجر فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل فى الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل فى البيع ، وكذلك الحمل وسائر مايتبع في البيع لانه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع ، ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أنقاضها رهنا معها لأنها من اجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضا فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بغير فعله لانه من نمائها

﴿ مسئلة ﴾ (ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه ان كان مخزونا)

مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة امساكه وارتهانه . ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » رواه الدارقطني وقال اسناد جيد متصل ، ولانه نوع انفاق فكان على الراهن كالطعام ، ولان الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن . وإن احتيج الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن ، وعند أبي حنيفة هو كاجرة من يرده من اباقه وبنى ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده ويأتي الكلام على ذلك فيما بعد ، فان مات العبد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفنه على الراهن لان ذلك تابع لمؤنته . فان كل من لزمته مؤنة شخص في حياته لافي مقابلة نفع كانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) وان كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وان احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لانه يحتاج الى أن يستبقيها رهنا حتى يحل الحق ،

رقيق للراهن لانه من زنا . ولا فرق في جميع ماذكرنا بين أن يكول الوطء باذن الراهن أو بغير إذنه وهذا المنصوص عن الشافعي . ويحتمل أن لاتجب قيمة الولد مع الاذن في الوطء وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء إذن فيا يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن . ولو أذن في قطع أصبع فسرت إلى أخرى لم يضمنها، ووجه الاول أن وجوب الضمان يمنع انخلاق الولد رقيقاً وسببه أعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف الوطء فان خروجها من الرهن بالحمل الذى الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فان كان الوطء بأذن الراهن فلا مهر له ، وقال أبو حنيفة يجب لانه يجب لها ابتداء فلايسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالمذهبين . ولنا أنه أذن في سببه وهوحقه فلم يجب كما لوأذن في قتلها ولان المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة وإن كان بغير إذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته

وإن كان حالا بيعت ولم يحتج الى تجفيفها ، فان اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهنا بالحق المؤجل جاز وان اختلفا قدم قول من يستبقيها بعينها لان العقد يقتضي ذلك الا ان يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطبا فيباع ويجعل ثمنه رهنا ، وان اتفقا على قطع الثمرة فى وقت جاز سواء كان الحق حالا أو مؤجلا ، أوكان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لا يخرج عنهما ، وان اختلفا قدم قول من طلب الاصلح ان كان ذلك قبل حلول الحق ، وان كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع لانه ان كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم اجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب بتبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً . ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ، ويحتمل أن ينظر فى الثمرة فان كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها لان ذلك اتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره ليبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها، فان كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال لما فيه من اضاعة المال والله أعلم

(فصل) فان كان الرهن ماشية تحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعيا لان ذلك يجري مجرى علفها فان اراد الراهن السفر بها ليرعاها فى مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تماسك به فللمرتهن منعه لان فى السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان اجدب مكانها فلم تجد ما تماسك به فللراهن السفر بها لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا انها تكون في يد عدل يرضيان به او ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها ، فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن ، وان أرادا جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الا صلح فان استويا قدم قول المرتهن، وعند الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه املك بها الا أنه يكون مأواها الى يد عدل . ولنا ان اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وايهما اراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء اراد نقلها الى مثله او اخصب منه اذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز سواء كان انفع لها اولا لان الحق لا يخرج عنهما

وقال الشافعي لايجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ولان الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو اذنت في قطع يدها ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كما لو اكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة عليه فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصنا) وقولهم لايجب الحد والمهر قلنا لايجب المهر لها وفي مسئلتنا لايجب لها وانما يجب لسيدها ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد اسقطت حقها باذنها وههنا المستحق لم يأذن ولان الوجوب في حق الحرة باكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل او غير معتقد له أو ادعى

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الي ختان والدين حال او اجله قبل برئه منع منه لانه ينقص ثمنه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لايخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد في الثمن ولا يضر بالمرتهن ومؤنة ختانه على الراهن ، وان مرض فاحتاج الى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان اراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، فان كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لانه لا يأمن تلفه ، وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديج ومعناه فتح الودجين ليسيل الدم وهما عرقان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك مالم يخف منه ضرر ،وان احتيج الى قطع شيء من بدنه بدواء لايخاف منه جاز ، وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر ، وان كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لامن قطعها ، وان كان به خبيثة فقال اهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن قطعها والا فلا ، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحا فيه لم يترجح احداثه ، وان كانت به سلعة او اصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لايخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع ، وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه . وقال القاضي : له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه ، وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو اراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره ، وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة ومايسقط من ليف اوسعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من اجزائه او من نمائه ، وقال اصحاب الشافعي ليس من الرهن بناءا منهم على ان نماء الرهن ليس منه . ولايصح ذلك ههنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار وان كان الرهن كرما فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن ، وان كان الشجر

شبهة او لم يدعها لان المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات ولا تصير هـذه الامة ام ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع او قبله وسواء حكمنا برق الولد او حريته لانه احبلها في غير ملكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنى العبد المرهون فالمجني عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفي حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله)

وجملته ان العبد المرهون إذا جنى على إنسان او على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لا نعلم في هذا خلافا . وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن . فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجنـاية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقـدم على ماثبت بعقده ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى فان كانت جنايته موجبة للقصاص فلولي الجناية استيفاؤه، فان اقتص سقط

مزدحما وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك ، وان اراد تحويله كله لم يملك ذلك ، وان قيل هو الاولى لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن . وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فان لم يفعل اكترى الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن ، فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء ، وان كان باذن الراهن محتسبا بالرجوع رجع ، فان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهنا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفقت متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسبا بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها وعليه اليمين لان ماقاله الراهن محتمل ، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبا أومتبرعاً

﴿ مسـئلة ﴾ (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليـه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه)

وجملة ذلك أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن فان كان تلفه بتعد أو تفريط في حفظه ضمنه لا نعلم في ذلك خلافا لانه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة فاما ان تلف بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ،وروي عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان اكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن ، وان ادعى تلفه بامر خفي لم يقبل قوله ويضمن ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمنه المرتهن باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال « ذهب حقك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها

الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فان اختار فداءه فبكم يفديه؟ على روايتين (إحداهما) بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لانه إن كان الارش أقل فالمجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه (والثانية) يفديه بأرش جنايته بالغا ما بلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فاذا فداه فهو رهن بحاله لان حق المرتهن قائم لوجود سببه وانما قدم حق المجني عليه لقوته، فاذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن في تركة مفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر، فان امتنع قيل للمرتهن أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فان اختار فداءه فبكم يفديه؟ على الروايتين فان فداه باذن الراهن رجع به عليه لانه أدى الحق عنه باذنه فرجع به كما لو

من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي، ولانه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا ماروى ابن أبي ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» رواه الاثرم عن احمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذؤيب ولفظه «الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء» قال ووصله ابن المسيب عن ابي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ولانه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، ولانه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه امانة كالوديعة، وعلى مالك ان ما لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة فأما حديث عطاء فهو مرسل وقوله يخالفه. قال الدار قطني يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذابا وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا، ويحتمل انه اراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل انه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الرهن، والحديث الآخر ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفى فانه صار ملكاً للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع اذا ثبت ذلك فانه لا يسقط بهلاكه شيء من دينه وهو قول الشافعي لان الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله

(مسئلة) (وان تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين)

لان جميعه كان رهناً بجميع الدين، فاذا تلف البعض بقي البعض الآخر رهناً بجميع الدين لان الاصل بقاء ما كان على ما كان، ولان الباقي بعض الجملة، وقد كان الجميع رهنا فيكون البعض رهنا لانه من الجملة

(فصل) واذا قضاه حقه وابرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يد المرتهن، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاه كان مضمونا واذا ابرأه لم يكن مضمونا استحسانا وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا انه كان امانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده لانه امسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف مالو أطارت الريح الى داره ثوباً فانه يلزمه رده الى مالكه لان مالكه لم يأذن في امساكه، فاما ان طلبه المالك في

قضى دينه باذنه وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على مالو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً، ومذهب الشافعي كما ذكرناً في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغير إذنه قولا واحداً، وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولا واحداً وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير هذا الموضع فان فداه وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان المجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولان أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن ، ويحتمل أن لا يصح لان العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء وإن فداه الراهن أو بيع

هذه الحال لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه، فان امتنع صار ضامنا كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة بعد طلبها فان كان امتناعه لعذر مثل ان يكون بينهما طريق مخوف او باب مغلق لا يمكنه فتحه او خاف فوت جمعة او جماعة أو فوت وقت صلاة او كان به مرض اوجوع شديد ونحوه فأخر التسليم لذلك لم يضمن لانه لا تفريط منه اشبه المودع

(فصل) واذا قبض الرهن فوجده مستحقا لزمه رده على مالكه والرهن باطل من اصله ، فان امسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر الضمان عليه وللمالك تضمين ايهما شاء ، فان ضمن المرتهن لم يرجع على احد لذلك ، وان ضمن الراهن رجع عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يستقر الضمان عليه ايضا لان مال الغير تلف تحت يده العادية اشبه ما لو علم (والثاني) لاضمان عليه لانه قبضه على انه امانة من غير علمه فهو كالوديعة ، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لاغير (الثالث) للمالك تضمين ايهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية امة

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع الدين)

وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من رهن شيئا بمال فأدى بعض المال واراد اخراج بعض الرهن ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة .

﴿مسئلة﴾ (وان رهنه عند رجلين فوفى احدهما انفك في نصيبه)

إذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه فتى وفى احدهما خرجت حصته من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاه ، وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون فله ذلك ، وان كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان على المرتهن ضرراً فيها ويقر

في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى ،وإذا لم يفد الجاني فبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا ان يتعذر بيع بعضه فيباع الكل و يجعل بقية الثمن رهناً ، وقال ابو الخطاب هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن ارش جنايته رهناً ؟ على وجهين

(فصل) وان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (احدهما) ان تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ او شبه العمد او اتلاف مال فيكون هدراً لان العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للقود فلا تخلو من ان تكون على النفس او على مادونها فان كانت على مادون النفس فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك

في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة ، وقال ابو الخطاب فيمن رهن عبده عند رجلين فوفى احدهما يبقى جميعه رهنا عند الآخر حتى يوفيه ، وكلامه محمول على انه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى ان العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز ان يقال انه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنا

(مسئلة) (وان رهنه رجلان شيئا فوفاه احدهما انفك في نصيبه)

لما ذكرنا وقد قال احمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف فقضاه احدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وهذا من كلام احمد محمول ايضاً على انه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى ان العين كلها تكون رهناً عند الآخر لانه انما رهنه نصفها

(فصل) ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه اربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهنا بمائتين وخمسين فمتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر ذكره القاضي وهو الصحيح

(مسئلة) (واذا حل الدين وامتنع من وفائه فان كان الراهن اذن للمرتهن او العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين والا رفع الامر الى الحاكم فيجبره على وفاء الدين او بيع الرهن فان لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملة ذلك انه اذا حل الدين لزم الايفاء لانه دين حال فلزم إيفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد اذن للمرتهن او للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه لان هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه باذن صاحبه في قضاء دينه فصح كما في غير الرهن ومافضل من ثمنه فهو للمالك وان فضل من الدين شيء فعلى الراهن وان لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء أو بيع الرهن فان أبى فعلى الحاكم مايرى من حبسه أو تعزيره ليبيعه أو يبيعه الحاكم بنفسه أو نائبه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن)

ان عفا على غير مال ، وان احب ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولان القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه وقضاء عن الدين لانه يخرجه عن كونه رهناً باختياره فكان عليه بدله كما لو اعتقه، وان كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضي وجهاً آخر ان لهم ذلك لان الجناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على اجنبي ، وللشافعي قولان كالمذهبين فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرناه

(فصل) وان جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين (احدهما) ان لا يكون مرهونا فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له وان عفا على مال اوغيره

وجملة ذلك أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضياه واتفقا عليه جاز وكان وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض فتى قبضه صح قبضه وقام مقام قبض المرتهن في قول أكثر الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والثوري وابن المبارك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضا بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بالمتعاقدين كالايجاب والقبول

ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول لان الايجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لانه مخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه . إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلماكان أوكافراً عدلا أو فاسقاً ذكراً أو انثى ولا يكون صبيا لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً ولا عبداً بغير اذن سيده لان منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير اذنه فان أذن له السيد جاز . وأما المكاتب فيجوز بجعل لان له الكسب وبذل منافعه بغير اذن السيد ولا يجوز بغير جعل لانه ليس له التبرع بمنافعه.

﴿مسئلة﴾ (فان شرط جعله في يد اثنين فليس لاحدهما الانفراد بحفظه)

لان المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالوصيين فان سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي،وفي الآخر إذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه لان اجتماعهما على حفظه يشق عليهما فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين ولا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف . قولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ممنوع لامكان جعله في مخزن عليه لكل واحد منهما قفل

﴿مسئلة﴾ (وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل الا ان يتغير حاله)

أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجني عليه قنا أو مدبراً أو أم ولد (الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو عند غيره فان كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمته للمقتص منه فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهناً بحق واحد فجنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ففيه أربع مسائل (إحداها) أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون احدهما بمائة دينا والآخر بألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لا فائدة في اعتبار الجناية (المسألة الثانية) أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة. فان

وجملة ذلك أن العدل مادام بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه و بين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن يده لانهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده، فان تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بينه وبين أحدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضعانه في يد من اتفقا عليه . فان اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وان اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له،وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده الى الحاكم ليضعه في يد عدل،واذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له .فان مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما امساكه الا برضاهما،فان اتفقا عليه جاز ،وان اتفقا على عدل يضعانه عنده فلهما ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليهما . وان اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أواختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل فان كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ او ضعف عن الحفظ أو عداوة اقيم مقامه عدل يضم الى العدل الآخر فيحفظان معا

﴿ مسئلة ﴾ (وله رده اليهما ولا يملك رده الى احدهما فان فعل فعليه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر)

وجملة ذلك ان العدل متى أراد رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله لانه أمين متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فان امتنع أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه فان دفعه إلى أمين من غير امتناعهما ضمن الامين وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض فان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن.وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما ان أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما اذا كانا حاضرين . فان كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما . فان لم يجد حاكما أودعه عند ثقة وليس له ان يودعه عند ثقة مع وجود الحاكم فان فعل ضمن . فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فان لم

كان دين القاتل اكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه وإن كان دين المقتول اكثر نقل إلى القاتل لان للمرتهن غرضاً في ذلك ، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنا مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لانه لافائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فان عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسألة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين، فان كانت قيمة المقتول اكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وإن كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته يكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه . وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهوناً بهما ، فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فان كان المعجل الآخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقي رهن بدينه (المسألة الرابعة)

يجد حاكما دفعه الى عدل ، وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لانهما في حكم الاقامة ، وان كانا أحدهما حاضراً وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما اذا دفعه اليه لزمه رده إلى يده فان لم يفعل ضمن حق الآخر لانه فرط في دفعه اليه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » رواه أبو داود والترمذي والنسائي

﴿ مسئلة ﴾ (فان أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد فان كان فيه نقود باع بجنس الدين)

وجملة ذلك انهما إذا أذنا للعدل في البيع ولم يعينا نقداً لم يبع الا بنقد البلد لان الحظ فيه فان كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك . فان تساووا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اليه اجتهاده وهو قول الشافعي لانه الاحظ. فان تساووا بيع بجنس الدين . والذي ذكره شيخنا ان النقود اذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ لانه يمكن القضاء منه . فان لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به ، وان عينا له نقداً لم يجز أن يخالفهما لان الحق لهما ، وان اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقا للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الامر الى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ في ذلك ، قال شيخنا والاولى انه يبيعه بما يرى الحظ فيه . فان كان في البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقداً وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء ، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف ، وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لايفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن . وكل موضع حكمنا ببطلان البيع وجب رد المبيع ان كان باقياً فان تعذر فللمرتهن تضمين أيهما شاء من العدل أو المشتري بأقل الامرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما. وان استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان

أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه وإلا فلا ، وأما إن كان المجني عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه تكون رهناً لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . وللسيد العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقبة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى ، فان كان الارش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهناً عند مرتهن المجني عليه وباقيه باق عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهناً عند الآخر

العين تلفت في يده ، وان ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدر له ثمنا لم يجز بيعه بدونه وان أطلق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدرهم والكلام معه في الوكالة : فان أطلق فباع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وان كان النقص أكثر من ذلك أو باع بأنقص مما قدر له لم يصح البيع لانه بيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خالف في النقد اختاره شيخنا ، وقال أصحابنا يصح ويضمن النقص كله

﴿ مسألة ﴾ (وان قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن)

اذا باع العدل الرهن باذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في ذلك خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يكون من ضمان المرتهن لان البيع لاجله ، ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمناء . وان ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه اقامة البينة على ذلك فان كلفناه البينة شق عليه وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الامانات ، فان خالفاه في قبض الثمن فقالا ماقبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله لانه أمين (والآخر) لايقبل لان هذا ابراء للمشتري من الثمن فلم يقبل قوله كما لو أبرأه من غير الثمن

﴿ مسألة ﴾ (وان استحق المبيع رجع المشتري على الراهن)

إذا خرج المبيع مستحقاً فالعهدة على الراهن دون العدل اذا اعلم المشتري انه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : العهدة على الوكيل والكلام معه يأتي في الوكالة . فان علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل . فان قيل لم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على انه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه ، فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لانهم تساووا في ثبوت حقوقهم في الذمة فاستووا في قسم ماله بينهم ، فأما

ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص ان كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله ماللموروثه من القصاص والعفو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء . وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله ان يقتص فيما يوجب القصاص ، وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فاشبهت الجناية على ما دون النفس (والثاني) لايثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو

إن خرج مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي : وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه ، فان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ويرجع على الراهن ، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن ان أقر العدل بذلك أو قامت به بينة فان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فان نكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول أوردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه . وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن ، فان تلف المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالغصب . وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى دفع الثمن الى المرتهن فانكر ولم يكن قضاه ببينة ضمن ، وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالاشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل)

اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن فانكر ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الثمن الى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك انما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى انه سلمه الى صاحب الدين (والثاني) يقبل قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في نفي الضمان من غيره ذكره الشريف أبو جعفر وهو مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة، فعلى هذا اذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه. وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع عن العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، وان رجع على الراهن فهل يرجع

قول أبي ثور لانه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأصل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين، وكل موضع يثبت له المال في رقبة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث كذلك فينتقل الى وارثه كذلك ، وان اقتص فى هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص اولى ولان القصاص يثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه

(فصل) وان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان أعجمياً أو صبياً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل

الراهن على العدل ؟ ينظر فان كان دفعه الى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه فى غيبة الراهن بغير بينة رجع عليه في احدى الروايتين لانه فرط فى القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه سواء صدقه أو كذبه لانه امين في حقه الا أنه ان كذبه فله عليه اليمين ، فان كان الراهن أمره بالاشهاد فلم يفعل لزمه الضمان لانه مفرط وهكذا الحكم في الوكيل لانه في معناه

(فصل) اذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم ازال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها فانه رد الى يد نائب مالكها أشبه مالو ردها الى مالكها

(فصل) اذا استقرض ذمي من مسلم مالا فرهنه خمراً لم يصح سواء جعله في يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله ، فان ابى قيل له اما ان تقبض واما ان تبريء لان اهل الذمة اذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيح . قال عمر رضي الله عنه في اهل الذمة معهم الخمر: ولوهم بيعها وخذوا من اثمانها ، وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لانه بيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

﴿ مسئلة ﴾ وان شرط ان يبيعه المرتهن او العدل صح فان عزلهما صح عزله)

اذا كان الرهن على يدي عدل فشرط ان يبيعه العدل عند حلول الحق او ان يبيعه المرتهن صح ويصح بيعه لانه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي فيما اذا شرط ان يبيعه العدل ، فان شرط ان يبيعه المرتهن ففيه اختلاف يذكر في الشروط في الرهن ، فان عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ومالك لا ينعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه . وقال ابن ابي موسى : ويتوجه لنا مثل ذلك فان احمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن ، فانه شرط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله . والمنصوص الاول لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الولايات وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فانه لا يصير لازما ، وكذلك اذا مات الراهن بعد الاذن

والقصاص والدية متعلقان به لايباع العبد فيها موسراً كان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع اذا كان السيد معسراً لانه باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وان كان السيد موسراً، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم إقرار العبد غير المرهون على مامضي بيانه في موضعه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن)

وجملته أنه اذا جني على الرهن فالخصم في ذلك سيده لانه مالكه ، والارش الواجب بالجناية ملكه وانما المرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره فان ترك المطالبة

تنفسخ الوكالة ، وقياس المذهب انه متى عزله عن البيع وكان الرهن مشروطاً في بيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما ان عزله المرتهن لم ينعزل لان العدل وكيل الراهن لان الراهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لايجوز بيعه بغير اذنه وهكذا لو لم يعزلاه فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولايحتاج الى تجديد اذن من الراهن في ظاهر كلام احمد لان الاذن قد وجد فاكتفي به كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجها انه يحتاج الى تجديد اذن لانه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره . والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن بخلاف المرتهن فان البيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو هذا

(فصل) ولو اتلف الرهن في يد العدل اجنبي فعلى الجاني قيمته تكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه ، فان كان المتراهنان اذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع بدله لان له بيع نماء الرهن تبعاً للاصل فالبدل اولى ،وقال اصحاب الشافعي ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع مالم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وبدله غيره ، وللقاضي أن يقول انه قد اذن له في بيع الرهن والبدل رهن ثبت له حكم الاصل من كونه يملك المطالبة به وامساكه واستيفاء دينه من ثمنه فكذلك بيعه ، فان كان البدل من جنس الدين وقد اذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه منه لان بدل الرهن من جنس الدين فأشبه ثمن المبيع

﴿مسئلة﴾ (فان شرط ان لايبيعه عند الحلول او ان جاءه بحقه في محله والا فالرهن له لم يصح الشرط وفي صحة الرهن روايتان)

الشروط في الرهان قسمان : صحيح وفاسد فالصحيح مثل ان يشترط كونه على يدي عدل او عدلين او اكثر او ان يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحته خلافا فان شرط ان يبيعه المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لانه وكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير

أو أخرها أوكان غائباً أوله عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليستوفي ،فان اقتص أخذت منه قيمة أقلها قيمة فجعلت مكانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول اسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال

ولنا أنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وانما أوجبنا أقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين لان الرهن ان كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وان كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وان عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين

الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز المبيع . ولنا ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ، ولان من جاز أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع ، وعلى أن الراهن اذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه،ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً مشتريا وموجباً قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري ، أو نساء من محارمها معها في دارهما جاز لانه لا يفضي إلى محرم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لافضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده ، وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز أيضاً كالامة ، ويحتمل أن لا يصح لان للامة عرفا بخلاف العبد ، والاول اصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد ، واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا

(القسم الثاني) الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازما في حقه. أو توقيت الرهن أو ان يكون رهنا يوما ويوما لا ، أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته ، وعن أحمد اذا شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن أنه يجوز في البيع . قال القاضي: معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيكون بيعا واجارة فهو صحيح ، وان اطلق فالشرط باطل لجهالة الثمن ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن

لما ذكرنا هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن ونحوه فالواجب بالعفو أقل الامرين من أرش الجرح أو قيمة الجاني ، وان عفا مطلقا أو على غير مال انبنى ذلك على موجب العمد ماهو؟ فان قلنا موجبه أحد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه حكم مالو اقتص ، ان قلنا ثم تجب قيمته على الراهن وجب ههنا وهو اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه مالو اقتص، وان قلنا لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه ، واما ان كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيوانا عنها لم يجز الا باذن المرتهن فان أذن فيه جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما وماقبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول نائبا عنه وقائماً مقامه فان عفا الراهن عن المال فقال القاضي

إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض

ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض ، فان شرط شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط ، فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ، وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع ،ونصر أبو الخطاب في رءوس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال « لا يغلق الرهن » وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده ، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً ومالا فعلى وجهين وهو مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

(فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم توفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد ، وروي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى عبدالله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم قلت لاحمد ما معنى قوله « لا يغلق الرهن » ؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك ، قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك والثوري وأحمد وفي حديث معاوية بن عبدالله بن جعفر أن رجلا رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فمضى الاجل فقال الذي ارتهن: منزلي فقال النبي ﷺ « لا يغلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح فاذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . وفيه رواية أخرى أنه لا يفسد لما ذكرنا في الشروط الفاسدة، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رءوس مسائله ، واحتج بالحديث المذكور فبقي غلق الرهن على أصله فدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به ؟ ولنا انه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته وليس في الخبر انه يشرط ذلك في ابتداء العقد

(فصل) وإذا قال الغريم رهنتك عبدي هذا على ان تزيدني في الاجل كان باطلا لأن الاجل لايثبت في الدين الا ان يكون مشروطاً في عقد قد وجب به واذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله في مقابلته ولان ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر أن الرهن مغصوب أو جان ، وان استوفى الدين من الارش احتمل أن يرجع الجاني على العافي لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وانما استوفى بسبب كان منه حال ملكه فأشبه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن فأشبه مالو تلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفي عن غاصبه وهذا أصح في النظر ، وان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره، وان قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه ، فاذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والابراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما، وان كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه ، فان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه ، فاذا قضى الراهن الحق أو ابرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، وإن ألقته حياً ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها . ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى

(فصل) اذا كان له على رجل ألف فقال اقرضني ألفاً بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالفين فنقل حنبل عن احمد ان القرض باطل ، وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجر منفعة وهي الاستيثاق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن فان قيل اليس لو شرط ان يعطيه رهنا بما يقترضه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جر منفعة لان غاية ماحصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما اقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقا لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده . ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول لكونه جعله ألفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه لانه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحاً مضمونا أو غير مضمون ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرط أن يصير المرتهن بعد انقضاء

عليها . ويحتمل أن يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرهما ، وان ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما نقصتها الجناية لاغير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام . وقال الشافعي ماوجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ماوجب في ولدها وماوجب في جنين الامة فليس برهن لان نماء الرهن ليس برهن. ولنا ان هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة؛ وقولهم ان نماء الرهن لايدخل في الرهن غير مسلم

﴿مسألة﴾ قال (واذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلا يعرفانه فالبيع جائز ، فان أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي اقامته بلا رهن ولا حميل)

الحميل الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا اذا كان معلوما ولذلك قال الخرقي يعرفانه في الرهن والضمين معاً . ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض ، وأما الضمين فيعلم بالاشارة اليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح لان الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع اليه رهناً بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة ، وقال أبو حنيفة اذا قال على ان ارهنك أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

مدته صار بعد ذلك مضمونا لانه مقبوض بحكم بيع فاسد . وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان . وإن كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصيرله فقد غرس باذن لان البيع قد تضمن الاذن وإن كان فاسداً فعلى هذا يكون مخيراً بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يلزمه بقلعه ويضمن له مانقص

(فصل) اذا اشترى سلعة وشرط أن يرهنه بها شيئاً من ماله أو شرط ضميناً فالبيع والشرط صحيح لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا اذا كان معلوما . ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض. والضمين يعلم بالاشارة اليه ويذكر اسمه ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لاتأتي عليه، ولوقال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه بالاطلاق . ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح لان الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع ، وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع

ولنا انه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كمه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه ، والكلام مع ابي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيهما واحد ، إذا ثبت هذا فان المشتري ان وفى بالشرط فسلم الرهن او حمل عنه الحميل لزم البيع وان ابى تسليم الرهن او ابى الحميل أن يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه والرضا به بلا رهن ولاحميل فان رضي به لزمه البيع وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا كان مشروطا في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وان وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار ، وقال القاضي ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ، وقد مضى الكلام معهم في اول الباب ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع او كغير المكيل والموزون وانما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لاينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم فاكتفي في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان اذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره . ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبى ذلك ، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة في الثمن فلم يف بهاولانه أحد المتعاقدين فاذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها

(فصل) ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وان كان ماأتى به خيرا

اليه رهنا بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة . وقال أبوحنيفة اذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كمه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع . وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع فحملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيه واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع . وإن أبى تسليم الرهن أو أبى الضامن أن يضمن فللبائع الخيار بين فسخ البيع وامضائه والرضا به بلا رهن ولا ضمين فان رضي لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا شرط في عقدالبيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه أشبه الخيار والاجل ، وقال القاضي ماعدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد وقد مضى الكلام فيه

ولنا أنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع أو كالمكيل والموزون وإنما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لاينفرد بنفسه والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفتقر الى تسليم فاكتفي في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فأما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمته ووفاء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزمه كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع ومتى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط له صفة في الثمن فلم يف بها

من المشروط مثل أن يأتي بأ كثر قيمة من المشروط وحيل اوثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع. ولان الغرض يختلف بالاعيان فمنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل ايفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود

(فصل) وان تعيب الرهن أو استحال العصير خمراً قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيبا ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه ارش من أجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع، وان تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل الا قول احدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل، وان احتمل قوليهما معا انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لقوله مثل ذلك في البيع لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض، وان كان الرهن عصيراً فاستحال خمراً واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه أحمد، وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول

(فصل) ولو شرط رهناً أو ضميناً معيناً فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط مثل أن يأتي بأ كثر قيمة من المشروط أو بضامن أوثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ولان الغرض يختلف بالاعيان فمنها ما يسهل بيعه ومنها ماهو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود

(فصل) فان تعيب الرهن أو استحال العصير خمراً قبل القبض فللبائع الخيار بين قبضه معيباً ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن. وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه أرش من اجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وان اختلفا في زمن حدوث العيب فان كان لا يحتمل الا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما يراد لرفع الاحتمال، وان أحتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب وفيه روايتان فيكون ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول ابي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وان اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض. وان كان الرهن عصيراً فاستحال خمرا واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه احمد. وقال القاضي يخرج فيه رواية اخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع. وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف

قول المرتهن كالاختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف . ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه

(فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع . وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه . قلنا أنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه وانما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . اما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئاً فلو أوجبنا له بدله لاوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

(فصل) ولو لم يشترطا رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه الا باذن المرتهن إلا أنه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) واذا تبايعا بشرط ان يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه، وروي عن أحمد أنه قال اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا ان يكون

ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد، وفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنهما اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه.

(فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد ان حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لايلزم المرتهن ضمانه بخلاف البيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ماذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه قد تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمنع رده بحدوث العيب فيه قلنا أنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه ، وانما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة ، أما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا ، فلو اوجبنا له بدله لاوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه .

(فصل) ولو لم يشرطا رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع الا انه اذا رده بعيب أوغيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) اذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح ، قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه وقد روي عن أحمد أنه قال: اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهوغاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرطه

شرطا عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لانه يجوز بيعه فجاز رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية انه شرط عليه في نفس البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وان لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها انه غير مملوك له . ومنها ان البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها ان البيع يقتضي تسليم المبيع اولا ورهن المبيع يقتضي ان لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها ان البيع يقتضي أن يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي ان لا يكون مضمونا وهذا يوجب تناقض احكامهما، وظاهر الرواية صحة رهنه . وقولهم انه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد هلاكه . وقولهم البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح انما يقتضي وفاء الثمن مطلقا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه . وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع . فأما ان لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولانه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وان كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لانه نوع تصرف فأشبه بيعه

(فصل) واذا شرط في البيع رهنا فاسداً كالمحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضى توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع . وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك

(فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحاً وفاسداً فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافا وان شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لانه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي ان الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانجاز البيع

ولنا ان ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ولان من جاز

عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لانه يصح بيعه فصح رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن فان لم يف به فسخ البيع ، وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه (أحدها) أنه غير مملوك له (والثاني) أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع (والثالث) ان البيع يقتضي ان يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونا (الرابع) ان البيع يقتضي تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضي أن لايسلمه حتى يقبض الثمن وهذا تناقض في الاحكام ، وظاهر الرواية صحة رهنه ، قولهم انه غير مملوك قلنا انما شرط رهنه بعد ملكه ، وقولهم البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع ممنوع انما يقتضي ايفاء الثمن مطلقا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه ، قولهم البيع يقتضي

أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع، وعلى ان الراهن اذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه وان سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم لها او كونها في يد المرتهن أو اجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لها زوجات أو سراري او نساء من محارمها معها في دارها جاز لانه لا يفضي الى محرم وان لم يكن كذلك فسد الشرط لانه يفضي الى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود الى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وان لم يشترط موضعه صح ايضاً كالامة، ويحتمل ان لا يصح لان للامة عرفا بخلاف العبد والاول أصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا.

(فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل ان يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو ان يشترط ان لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان أو ان لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو ان لا يكون العقد لازما في حقه أو توقيت الرهن او أن يكون رهنا يوما ويوما لا او كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن او كونه مضمونا على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته، وان شرطا شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً او رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونص ابو الخطاب في رءوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال «لا يغلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً ومالا فعلى وجهين وهذا مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وان سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا الجواب عن باقي الوجوه، فأما ان لم يشرط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع، فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولانه يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه، وان كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وإلا فلا لانه نوع تصرف أشبه البيع

(فصل) وان شرط انه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم . والاصل في ذلك ماروى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال . قال رسول الله ﷺ « لا يغلق الرهن » رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد ما معنى قوله « لا يغلق الرهن » ؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله « لايغلق الرهن » عند مالك والثوري وأحمد ، وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر ان رجلا رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن منزلي فقال النبي ﷺ « لايغلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لايوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لايصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . ويتخرج أن لايفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رءوس المسائل واحتج بقوله النبي ﷺ « لايغلق الرهن » فنفى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولان الراهن قدرضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به . ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة

(فصل) ولو قال الغريم رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الاجل كان باطلا لان الاجل لا يثبت في الدين الا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فاذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله في مقابلته ولان ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

(فصل) اذا كان له على رجل الف فقال أقرضني الفاً بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالألفين فنقل حنبل عن أحمد ان القرض باطل وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن . فاذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز ؟ قلنا ليس هـذا قرضاً جر منفعة لان غاية ماحصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هـذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول فانه جعل الثمن الفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان اختلفا في قدر الدين أو رده أو قال أقبضتك عصيراً قال بل خمراً فالقول قول الراهن)

اذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي والثوري والشافعي والبتي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو

الاول وتلك المنفعة مجهولة ، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) واذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لانه قبضه بحكم انه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضموناً لانه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان. فان كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير اذن، وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط ان الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسداً فقد تضمن الاذن في التصرف فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له مانقص

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوبا أو محلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف)

الكلام في هذه المسئلة في حالين (أحدهما) مالا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال . لا نعلم في هذا خلافا لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز لانه يحصل قرضاً يجر منفعة وذلك حرام . قال أحمد أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال اسحاق . فاما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن باجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ماانتفع بالقرض بل بالاجارة وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لايجوز في القرض ويجوز في غيره . ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام احمد انها تخرج عن كونها رهناً فمتى انقضت الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله . قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي ينتقل فيصير ديناً ويتحول عن الرهن وكذلك إن أكراها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكراها لصاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت

يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فكان القول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكروه من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء باقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر مارهنه سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك بأحد الالفين وقال المرتهن انما رهنتني بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن باحد الالفين ، وقال الراهن رهنته بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ،

اليه صارت رهناً ، والأولى أنها لاتخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام احمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور لانها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ماإذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لاضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فانها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة

(فصل) فان شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى الرهن. وعن أحمد أنه يجوز في المبيع قال القاضي معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيكون بيعاً وإجارة فهو صحيح ، وان أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض . ولنا أنه شرط في الرهن ماينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض

(فصل) الحال الثاني مايحتاج فيه إلى مؤنة فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض باذن الراهن كالقسم الذي قبله ، وان اذن له في الانفاق والانتفاع بقدره جاز لانه نوع معاوضة . واما مع عدم الاذن فان الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما . فاما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل في ذلك نص عليه احمد في رواية محمد بن الحكم واحمد ابن القاسم واختاره الخرقي وهو قول إسحاق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الانفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لايحتسب له بما انفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ماروى البخاري وابو داود والترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله

ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته هذا ان لم تكن بينة . فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وجهاً واحدا وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافا ، وان قال رهنتك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضا.

(فصل) وان اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله لانه منكر والاصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل فان فيهما وجهين، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ، وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لابها ، وان اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالمودع ، فان اتلفها المرتهن أو تلفت بتفريطه واختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم لا نعلم في ذلك خلافاً

ﷺ « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا » وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به أن الراهن ينفق وينتفع قلنا لا يصح لوجهين (أحدهما) أنه قد روي في بعض الالفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (والثاني) أن قوله بنفقته يشير الى أن الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الانفاق عليها والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها الى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع فاما ان أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فاما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتهن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم قال : سمعت ابا عبدالله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان اللبن والركوب أكثر قال لا إلا بقدر . ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور إذا امتنع المالك من الانفاق عليه . قال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ماخصه الشرع به فان القياس يقتضي ان لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للاثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس

(فصل) وإن قال الراهن رهنتك عصيراً قال بل خمراً فالقول قول الراهن يريد إذا كان الرهن شرط في البيع فقال الراهن رهنتك عصيراً فليس لك فسخ البيع ، وقال المرتهن بل رهنتني خمراً فلي فسخ البيع فالقول قول الراهن نص عليه أحمد لانهما اختلفا فيما يفسد العقد فكان القول قول من ينفيه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) واذا قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين ، قال بل على رهن هذا وحده فحكى القاضي فيها روايتين (إحداهما) يتحالفان لانهما اختلفا في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لانه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر وهذا أصح

(فصل) وإن قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك هذا على عشرين وقبضها قال ما أمرته إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول ، فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئا جميعاً ، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في انه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وإن صدق المرتهن وادعى أنه سلم العشرين الى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فان نكل قضي عليه بالعشرة وتدفع إلى المرتهن ، وإن حلف برىء وعلى الوكيل غرامة العشرة

(النوع الثاني) غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره ان ينوب عنه فيما لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان فانه يجب على مالكه الانفاق عليه لحرمته في نفسه

(فصل) فأما الحيوان إذا انفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالو تصدق على مسكين . وان نوى الرجوع على مالكه وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لانه ناب عنه في الانفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك . وان كان بغير إذنه فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه ناب عنه فيما يلزمه ، وقال ابو الخطاب ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء ، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه . والاول أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

(فصل) واذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك . قال أحمد : يوضع عن الراهن بقدر ذلك لأن المنافع ملك الراهن فاذا استوفاها فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان

﴿ مسألة ﴾ قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن)

أراد بغلة الدار أجرها وكذلك خدمة العبد . وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل واذا احتيج الى بيعه في وفاء الدين بيع مع الاصل سواء في ذلك

للمرتهن لأنه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه ، فان عدم الوكيل وتعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بعشرة

(فصل) اذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا فى نية الراهن أو في لفظه لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه ، ولأنه يقول الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك فى صفته ، وان أطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال أبو بكر له صرفها الى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما فان له أن يعين عن أي المالين شاء وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد نصفه لانهما تساويا فى القضاء فتساويا فى وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه فى الرهن . ذكره أبو بكر

(فصل) اذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن فى حقهما ولم يضرا نكاره لأن الحق لهما وان قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا فى قبض المرتهن فان أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لانها شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه

(فصل) إذا كان في يد رجل عبد فقال رهنتني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرته

المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي . وقال الثوري وأصحاب الرأى في النماء يتبع . وفي الكسب لايتبع لان الكسب في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعيان مال الراهن، وقال مالك يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلا يسري الى غيره كحق الجناية ، قال الشافعي ولو رهنه ماشية مخاضاً فنتجت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ومن حجتهم أيضاً قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم فيكون للراهن ولانها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهناً كسائر ماله ، ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ولان النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء .فأما الحديث فنقول به وان غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل فانه للراهن والحق متعلق به . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله . وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ماثبت فيه ولا نه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ولان السراية في الرهن لاتفضي الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه .

(فصل) واذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن مايتبع في البيع فان كان في الارض

فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الاصل عدم الرهن . وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذى ينكره ويأخذ السيد عبده . وان قال رهنتكه بألف أقرضتنيه قال بل بعتنيه بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الالف ويأخذ عبده .

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنماني عبدكما بديني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهنا وان أقر أحدهما ثبت في حقه وحده . وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته لأنه لايجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ، وبهذا قال أصحاب الشافعي . وقال بعضهم اذا أنكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لأن المشهود له يدعي أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن ومتى طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له. قلنا هذا لا يصح فان إنكار الدعوى لايثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو يلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ولذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان أحدهما كاذبا ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما

(فصل) واذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون

شجر فقال رهنتك هذه الارض بحقوقها أو ذكر مايدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه . وان لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع . وان رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل فى الرهن كما لاتدخل فى البيع وان لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لاتدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده لايصح على الاصول دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لاتدخل فى البيع مع قوته وازالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى . وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع وكذلك الحمل وسائر ماتبع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع . ولو كان الرهن دارا فخربت كانت انقاضها رهناً لانها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بفعل غيره لانه من نمائها

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأى ، وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر للراهن إجارته وإعارته مدة لايتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وان كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ماينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لاتدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وقد سبق الكلام في هذا . ولانها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول نوع انتفاع

صاحبي فأنكرها فالقول قوله وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف للآخر . وان قال لاأعلم المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهما مع يمينه وان كان فى أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده . وإن كان في يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه وإن قال رهنته عند احدهما ثم رهنته عند الآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك . وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف الآخر وان نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر فى يده وغرم قيمته للاول لانه أقر له بعد مافعل ماحال بينه وبين من أقر له به فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف لغير من هو في يده فهل يرجح صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له في النصف وفي النصف الآخر وجهان

(مسئلة) (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم فى ذلك كما لو أعتقه بعد رهنه) على ماذكرنا من الخلاف لان كل من صح منه انشاء عقد صح منه الاقرار به ولا يقبل قوله في تقدم عتقه لانه يسقط حق المرتهن من عوضه فعلى هذا تؤخذ منه قيمته فتجعل رهنا مكانه إن كان موسراً لانه فوته على الراهن باقراره فهو كما لو أعتقه ، وإن كان معسراً فالحكم فيه كما ذكرنا

فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن اذا ثبت هذا فان المتراهنين اذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافعها معطلة . فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وان اتفقا على اجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هذا ظاهر كلام الخرقي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهناً ، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة ، وقال ابن أبي موسى إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته جاز والاجرة رهن ، وان أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين والآخر لايخرج كما لو أجره المرتهن ، وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما ، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجراه وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي . وقالوا اذا أجر الراهن الرهن باذن المرتهن كان إخراجا من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن او نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

ولنا ان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لاينافي الانتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولان تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارتها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس وانما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فاحتاجت الى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر ، وان كانت فحولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقر أنه كان جنى أو انه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه)

وجملته أنه اذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله، وإن صدقه ولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ويلزمه أرش الجناية لانه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله فأشبه مالو جنى عليه ، وإن كان معسراً فمتى انفك الرهن كان المجني عليه أحق برقبته وعلى المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك فان نكل قضي عليه . وفيه وجه آخر انه يقبل اقرار الراهن لانه غير متهم لكونه تغريماً يخرج الرهن من ملكه وعليه اليمين لأنه يبطل باقراره حق المرتهن فيه ، فان أقر أنه غصبه لم يقبل على المرتهن لان اقرار غيره لا يقبل في حقه فعلى هذا لايخرج من الرهن ولا يزول شيء من أحكام الرهن ويلزمه قيمته للمغصوب منه لانه حال بينه وبينه برهنه ، وكذلك لايقبل إقراره على المرتهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا ، فان صدقه المرتهن في ذلك بطل الرهن لاعترافه بما يبطله فاذا انفك أخذ الراهن باقراره

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك)

وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين :حيوان وغيره ، والحيوان نوعان (أحدهما) أن يكون

المرتهن لأنه انتفاع لامصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يصير الى حال يتضرر بترك الاطراق فيجوز لانه كالمداواة له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومؤنة الرهن على الراهن فان كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وان كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه)

وجملته أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة إمساكه وارتهانه

ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام ولان الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وان احتيج الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن . وعند أبي حنيفة هو كأجر من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك فى غير هذا الموضع ، وان مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت الى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لانه يحتاج إلى أن يستبقيها رهناً حتى يحل الحق وإن كان حالا بيعت ولم يحتج إلى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقيها بعينها لان العقد يقتضي ذلك . إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فانه يباع ويجعل ثمنه مكانه . وان اتفقا على قطع الثمرة في وقت

مركوباً أو محلوباً فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل فى ذلك نص عليه احمد في رواية محمد بن الحكم واحمد بن القاسم ، واختاره الخرقي وهو قول إسحاق ، وسواء انفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبة او امتناع او مع القدرة على اخذ النفقة منه واستئذانه . وعن احمد رواية اخرى لايحتسب له بما انفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لقول رسول الله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ماروى البخاري باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به الرهن ينفق وينتفع قلنا لايصح لوجهين (احدهما) انه قد روي في بعض الالفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولان الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (الثاني) ان قوله بنفقته يشير إلى ان الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك في حق المرتهن ، اما الراهن فانفاقه وانتفاعه لابطريق المعاوضة

فلهما ذلك سواء كان الحق حالا أو مؤجلا وسواء كان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لايخرج عنهما ، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الاصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة فان كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها عليه لان ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لايجبر على نقض داره ليبيع انقاضها ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وان كانت الثمرة مما لاينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال

(فصل) وان كان الرهن ماشية تحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه مايتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لاضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لان ذلك يجري مجرى علفها وان أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه من ذلك لان في السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان أجدب مكانها فلم يجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها لانه موضع ضرورة لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها او ضياع حقه من الرهن . فأن أرادا جميعاً السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح فان استويا قدمنا قول المرتهن ، وقال الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه أملك بها إلا أنه يكون مأواها الى يد عدل

لاحدهما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمراة اخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير اذنه والنيابة عنه في الانفاق عليها . والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن انفق محتسباً بالرجوع فان انفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) النوع الثاني الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والامة فليس للمرتهن ان ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب ذكره القاضي ونص عليه احمد في رواية الاثرم قال: سمعت ابا عبد الله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لاينتفع منه بشيء الا حديث ابي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان الركوب واللبن اكثر ؟ قال لا إلا بقدر ، ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور اذا امتنع المالك من الانفاق عليه وقال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لاينتفع من الرهن بشيء الا ما خصه الشرع فان القياس انه لاينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للاثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس

(القسم الثاني) مالا يحتاج الى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بغير اذن الراهن لا نعلم في ذلك خلافاً لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ، فان اذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لانه يصير قرضاً جر منفعة وذلك حرام ، قال

ولنا أن اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها الى مثله أو أخصب منه اذ لامعنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز أيضاً سواء كان أنفع لها أولا لأن الحق لهما لايخرج عنهما

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه لانه ينقص ثمنه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لايخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنته على الراهن . فان مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لايتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان أراد الراهن مداواته بما لاضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما . وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لانه لايأمن تلفه. وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى تودیج ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك مالم يخف منه ضرراً ، وان احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لايخاف منه جاز وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر . وإن كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لامن قطعها لانه لايحس بلحم ميت ، وان كانت به خبيثة فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن ذلك والا فليس له فعله ، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحاً فيه لم يترجح احداثه ، وان كانت به سلعة أو أصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لايخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى

احمد : اكره قرض الدور وهو الربا المحض . يعني إذا كانت رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن ، وإن كان الرهن بثمن مبيع او اجر دار او دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك ، وقد روي عن الحسن وابن سيرين ، وهو قول إسحاق ، فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ماانتفع بالقرض إنما انتفع بالاجارة ، وإن حاباه فهو كالانتفاع بغير عوض يجوز في غير القرض ، ومتى استأجرها او استعارها المرتهن فظاهر كلام احمد انها تخرج عن كونها رهناً فتى انقضت الاجارة او العارية عاد الرهن بحاله ، قال احمد في رواية الحسن بن ثواب قال احمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي تنتقل فتصير ديناً وتتحول عن الرهن، وكذلك ان أكراها للراهن وقال احمد في رواية ابن منصور : اذا ارتهن داراً ثم اكراها لصاحبها خرجت من الرهن، فاذا رجعت اليه صارت رهنا . قال شيخنا : والاولى أنها لا تخرج من الرهن اذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين ، وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور لانها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ، ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضمونا عليه ، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هي مضمونه أم لا ؟ وسيأتي ذلك

(مسئلة) (وإن أنفق على الرهن بغير اذن الراهن مع امكانه فهو متبرع)

إذا أنفق على الحيوان متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين

نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه، وقال القاضي له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من أجزائه أو من نمائه ، وقال أصحاب الشافعي ليس من الرهن بناء منهم على أن النماء ليس منه ولا يصح ذلك هنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار ، وان كان الرهن كرما فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن ، ولو كان الشجر مزدحماً وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك . وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك وان قيل هو الاولى لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن ، وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل مافيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن اذا امتنع أجبره الحاكم عليها وان لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن فان بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشيء وان انفق باذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن محتسباً رجع به وان تعذر اذنهما أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها . وان انفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير اشهاد بالرجوع

وإن نوى الرجوع على المالك وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لأنه ناب عنه في الانفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك

(مسئلة) (وان عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين)

مفهوم كلامه ههنا أنه متى قدر على استئذان المالك فلم يستأذنه أن يكون متبرعا لا يرجع بشيء، وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه مفرط في ترك استئذانه مع القدرة عليه فلم يرجع كما لو عمر داره بغير اذنه ، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان (إحداهما أنه متبرع لانه لم يستأذن مالكه ولا من يقوم مقامه أشبه مالو كان المالك حاضراً فلم يستأذنه (والثانية) يرجع عليه لانه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه مالو عجز عن استئذان الحاكم ،وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون .وقال شيخنا فيمن أنفق بغير اذن الراهن بنية الرجوع مع امكانه أنه يخرج على روايتين بناء على مااذا قضى دينه بغير اذنه وهذا أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

(مسئلة) (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال اذا هرب الجمال وتركها في يد المكتري)

لأنها أمانة فأشبهت الرهن

(مسئلة) (وان انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير اذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة)

وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه ، فان فعل كان متبرعا كالاجنبي بخلاف نفقة الحيوان فانها تجب على مالكه لحرمته في نفسه ، وكذلك كفن العبد اذا مات يجب على سيده

عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين . وان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهناً بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهناً بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفقت متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسباً بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها ولا اطلاع لغيره من الناس عليها وعليه اليمين لان ماقاله الراهن محتمل . وكل مؤنة لاتلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن اذا أنفقها سواء أنفقها محتسباً أو متبرعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدي المرتهن أو لم يحرزه ضمن)

أما اذا تعدى المرتهن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافا ولانه أمانة في يده فلزمه ضمانه اذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة ، وأما ان تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بامر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن وان ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله وضمن ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا

(فصل) قال الشيخ (اذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته وللسيد فداؤه بالاقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه، وعنه ان اختار فداءه لزمه جميع الارش)

وجملة ذلك أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف علمناه لانها مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن ، فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ماثبت بعقده، ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى ، فان كانت جنايته موجبة للقصاص في النفس فلولي الجناية استيفاؤه ، فان اقتص سقط الرهن كما لو تلف ، وإن كانت في طرف اقتص منه وبقي الرهن في باقيه ، وإن عفى على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد انت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع ، فان اختار فداءه فداه بأقل الامرين من قيمته أو أرش الجناية في أصح الروايتين لانه ان كان الارش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وان كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو اتلفه (والثانية) يفديه بأرش الجناية بالغا مابلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته

﴿ مسئلة ﴾ (فان فداه فهو رهن بحاله ، وان سلمه بطل الرهن)

اذا فداه الراهن فهو رهن بحاله لان حق المرتهن قائم لوجود سببه ، وانما قدم حق المجني عليه

بما روى عطاء أن رجلا رهن فرساً فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال « ذهب حقك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى ولانه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع اذا حبس لاستيفاء ثمنه

ولنا ماروى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « لايغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الاثرم عن احمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذئب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقيه سواء قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أومثل معناه من حديث أبى أنيسة ولانه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد ولانه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة وعند مالك أن مالا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة . فاما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء بخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذابا وقيل يرويه مصعب ابن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. وحديث أنس ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفى فانه صار ملكا للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والبيع قبل القبض ممنوع .

(فصل) واذا قضاه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاه كان مضمونا واذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه . وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه

لقوته ، فاذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لارهن له مع حق المرتهن فى تركة المفلس اذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعي ، وإن سلمه بطل الرهن لفوات محله فهو كالو تلف

(مسئلة) (فان لم يستغرق الارش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن ، وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنا)

اذا لم يستغرق أرش الجناية قيمة الرهن بيع منه بقدر الارش وباقيه رهن لان بيعه انما جاز ضرورة ايفاء الحق ، فاذا اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يجز بيع مابقي لعدم الضرورة فيه ، فان تعذر بيع بعضه بيع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقي ثمنه رهنا لعدم تعلق الجناية به .وقال أبو الخطاب : هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنا ؟ على وجهين (أحدهما) يباع بعضه خاصة لما ذكرنا (والثاني) يباع جميعه لان بيع البعض يستقبض له وهو عيب ينقص به الثمن وذلك يضر بالمالك والمرتهن ، وقد قال عليه السلام « لاضرر ولا ضرار »

(مسئلة) (فان اختار المرتهن فداءه ففداه باذن الراهن رجع به ، وان فداه بغير اذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين

اذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتهن مخير بين فدائه وتسليمه ، فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن ، فان فداه باذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه باذنه، وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على مالو قضى دينه بغير اذنه . فان زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجها واحداً. ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلا انه

رده لانه أمسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف مالو أطارت الريح الى داره ثوبا لزمه رده الى مالكه لان مالكه لم يأذن في إمساكه ، فأما ان سأل مالكه في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو فى يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه فان لم يفعل صار ضامناً كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها . وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف فلا ضمان عليه لانه لا تفريط منه فأشبه المودع

(فصل) واذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكه والرهن باطل من أصله فان أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك وان ضمن الراهن رجع عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك لان الضمان يستقر عليه وان تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يضمن ويستقر الضمان عليه لان مال غيره تلف تحت يده العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لانه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (والوجه الثالث) أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فان ضمن الغاصب لم يرجع على أحد وان ضمن المرتهن رجع على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة .

لا يرجع بما فداه بغير اذنه وجها واحداً، وان شرط له الراهن الرجوع رجع قولا واحداً، وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فيما بعد ،وان فداه وشرط ان يكون رهنا بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان المجني عليه يملك بيع العبد وابطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ، ولان أرش الجناية متعلق به وانما ينتقل من الجناية إلى الرهن . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لان العبد رهن بدين فلم يجز رهنه بدين سواه كما لو رهنه بدين غير هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى ان ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء ، وان فداه الراهن وبيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) فان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون غير موجبة للقود كجناية الخطأ واتلاف مال فيكون هدراً لان العبد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للقود فلا يخلو ان تكون على النفس أو على ما دونها، فان كانت على مادون النفس فالحق للسيد ، فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا ، وكذلك ان عفا على غير مال وان اراد ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه كالاجنبي ولان القصاص يجب للزجر والحاجة داعية الى زجره عن سيده ، فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه أو قضاء عن الدين لانه أخرجه عن الرهن باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه ، ويحتمل أن لا يجب عليه شي لانه اقتص باذنه فكأنه اقتص باذن الشارع فلم يلزمه شيء كالاجنبي، وكذلك ان كانت الجناية على النفس فاقتص الورثة فهل تجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ما ذكرنا ، وليس للورثة العفو على مال لما ذكرنا في السيد لانهم يقومون مقام الموروث ، وذكر القاضي وجها آخر أن لهم ذلك لان الجناية في

﴿ مسئله ﴾ قال (وان اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان اختلفا في قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه اذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة)

يعنى إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه وهي اذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم ولانه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اختلفا فى قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف فقال المرتهن بل بالفين فالقول قول الراهن ، وبهذا قال النخعي والثوري والشافعي والبتي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن مالم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا فى أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن فى قدر مارهنه به سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن إنما رهنتك بأحد الالفين ، وقال المرتهن : بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الالفين

ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي وللشافعي قولان كالوجهين ، فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرناه

(فصل) فان جنى المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين (أحدهما) أن لايكون مرهوناً فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له فان عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لاتوجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجني عليه قنا أو مدبراً أو أم ولد

(الحال الثاني) أن يكون رهنا فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو غيره فان كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمة المقتص منه ، ويحتمل أن لايجب لانه اقتص باذن الشارع فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكان رهنا بحق واحد فجنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وان كان كل واحد منهما رهنا بحق منفرد ففيه أربع مسائل :

(إحداها) أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لافائدة في اعتبار الجناية

(المسئلة الثانية) ان يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فان كان دين القاتل أكثر لم ينقل الى دين المقتول لعدم الغرض

وقال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله فى أصل الرهن فكذلك في صفته وهذا إذا لم يكن بينة فان كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف فى جميع هذه المسائل

(فصل) وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافا . وان قال رهنتك هذا العبدقال بل هذه الجاريةخرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على انه مارهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً . وإن اختلفا فيرد الرهن الى الراهن فالقول قوله أيضاً لانه منكر والاصل معه .وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل اذا ادعيا الرد فان فيهما وجهين والفرق بينهما وبين المرتهن ان المرتهن قبض العين لينتفع بها وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لابالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لابها ، وان اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فان قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده ففيها روايتان حكاهما القاضي (احداهما) يتحالفان لانه اختلاف فيالبيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه والقول قول المنكر وهذا أصح .

فيه وان كان دين المقتول أكثر نقل الى القاتل لان للمرتهن غرضا في ذلك وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهناً مكان المقتول أوينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لايباع لانه لافائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه من يرغب فيه أكثر من ثمنه فان عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك

(المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بان يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله وان كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته تكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهوناً بهما فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه ومابقي منه رهن بالدين الآخر وان كان المعجل الآخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقي رهن بدينه

(المسئلة الرابعة) أن يختلف الدينان والقيمتان مثل ان يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة احدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه والا فلا

(فصل) فان كان المجني عليه رهنا عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتص بطل الرهن في المجني عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهنا لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا وللسيد العفو على مال فتصير كالجناية الموجبة

(فصل) وان قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك على عشرين قبضها قال ماأمرته برهنه الا بعشرة ولا قبضت الا عشرة سئل الرسول فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه مارهنه الا بعشرة ولا قبض الا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئا جميعاً وان نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في أنه ماأخذها ولاأمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وان صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه فان نكل قضي عليه بالعشرة ويدفع الى المرتهن وان حلف بريء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن لانه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه، وان عدم الرسول أو تعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ماأذن في رهنه الا بعشرة ولاقبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الاخرى

(فصل) اذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه لانه أعلم بنيته وصفة دفعه ولانه يقول ان الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته . وان اطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال ابو بكر له صرفها الى ايهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة احدهما كان له ان يعين عن اى المالين شاء وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه

للمال فيثبت المال في رقبة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى . فان كان الارش لايستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنا عند مرتهن المجني عليه وباقيه رهن عند مرتهنه ، وان لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسمة ثمنه بينهما على حسب ذلك يكون رهنا ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهنا عند الآخر، ويحتمل ان يباع لاحتمال ان يرغب في شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله ماللموروثه من القصاص والعفو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء ، وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله ان يقتص فيما يوجب القصاص . وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فأشبهت الجناية على مادون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لانه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه، وأصل الوجهين في وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين وكل موضع ثبت له المال في رقبة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث بهذه الصفة فينتقل إلى وارثه كذلك فان اقتص في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن

لانهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنها ، فأما ان ابرأه المرتهن من احد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ذكره ابو بكر

(فصل) واذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر انكاره لان الحق لهما ، وإن قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن له ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لانها شهادة الوكيل لموكله

(فصل) اذا كان في يد رجل عبد فقال رهنتني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرته فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الأصل عدم الرهن ، وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره ويأخذ السيد عبده وهكذا لو قال رهنتكه بألف اقرضتنيه قال بل بعتنيه بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الالف ويأخذ عبده

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنتماني عبدكما بديني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته اذا كان عدلا وللمرتهن ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً او يحلف مع احدهما ويصير نصيب الآخر رهناً وان اقر احدهما ثبت في حقه وحده، وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته ان كان عدلا لانه لايجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وبهذا قال اصحاب الشافعي وقال بعضهم اذا انكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لان المشهود له يدعي ان كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن فاذا طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم

فالقصاص أولى ولان القصاص ثبت للموروث مقدما على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه فان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرناه

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان صبياً أو أعجميا لايعلم ذلك فالجاني هو السيد. يتعلق به موجب الجناية ، ولا يباع العبد فيها موسراً كان او معسراً كما لو باشر السيد الجناية ، وقال القاضي فيه وجه ان العبد يباع مع اعسار السيد لان العبد باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع مع اليسار ، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم إقرار غير المرهون على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان جني عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه)

اذا جني على الرهن فالخصم في ذلك السيد لانه المالك والارش الواجب بالجناية ملكه وانما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره ، فان ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائبا أوله عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبها فكان له المطالبة به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليستوفى فان اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول اسحاق ، ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن

له . قلنا لا يصح هذا فان انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز ان ينسى او تلحقه شبهة فيما يدعيه او ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان احدهما كاذباً في مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في احدهما

(فصل) واذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفرداً ، فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان على المرتهن ضرراً في قسمته ويقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة، وان رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه احدهما انفك الرهن في نصيبه . وقد قال احمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على الف فقضاه احدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي ، وقال ابو الخطاب في رجل رهن عبده عند رجلين فوفى احدهما فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه وهذا من كلام احمد وابي الخطاب محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً اذ لا يجوز أن يقال إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً ، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهناً بمائتين وخمسين فمتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر قاله القاضي وهو الصحيح

ان يسعى للمرتهن في اكتساب مال ، ووجه الاول انه اتلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون. وانما اوجبنا اقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو اقل القيمتين لان الرهن ان كان اقل لم يجب اكثر من قيمته ، وان كان الجاني اقل قيمة لم يجب اكثر من قيمته لانها التي أتلفها بالقصاص وان عفا على مال صح عفوه ووجب اقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن او نحوه فالواجب بالعفو اقل الامرين من ارش الجرح او قيمة الجاني لما ذكرنا وان عفا مطلقا انبنى على موجب العمد ماهو ؟ فان قلنا موجبه احد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه كما لو اقتص ، او قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيار ابي الخطاب لانه فوت بدل الرهن بعفوه اشبه مالو اقتص ، وان قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تجب ههنا وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه وكذلك ان عفا على غير مال

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان جني على سيده فاقتص منه هو او ورثته وقد ذكرنا ذلك)

﴿ مسئلة ﴾ (وان عفا السيد على مال او كانت موجبة للمال فاقتص منه جعل مكانه)

اما اذا كانت الجناية موجبة للمال او ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب من غالب نقد البلد كقيم المتلفات ، فلو اراد الراهن ان يصالح عنها ويأخذ عوضاً عنها لم يجز إلا باذن المرتهن ، فان اذن جاز لان الحق لهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول وقائماً مقامه

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما جميعاً فالقول قوله مع يمينه ، وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف الآخر وان قال لا أعلم عين المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه . وان كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده ، وان كان في يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه ، ولو قال رهنته عند أحدهما ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك ، وان قال هـذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف للآخر وان نكل والعبد في يد الاول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم الى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وان نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للاول لانه أقر له بعد مافعل ماحال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي اذا اعترف به لغير من هو في يده فهل يرجح صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له وفي النصف الآخر وجهان

(فصل) اذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه ، وان أذن له قبل حلوله مطلقاً فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فاشبه مالو أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي حق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف . ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن

(مسألة) (وان عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن ، فاذا انفك الرهن رد إلى الجاني ، وقال ابو الخطاب يصح وعليه قيمته)

اذا عفا السيد عن المال فقال القاضي يسقط حق الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر ان الرهن مغصوب او جان فان استوفى الدين من الارش احتمل ان يرجع الجاني على العافي لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو استعاره فرهنه ، واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني مايقتضي وجوب الضمان وانما استوفى بسبب منه حال ملكه له فأشبه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب : يضمن العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه ، قال ولا يمكن كونه رهنا مع تقدم حق الراهن فيه ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو اتلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا لان حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه ، وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه . قال شيخنا : وهذا أصح في النظر ، فان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو ابرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والابراء منه لا يصح فلم يصح مايضمنه

من عين الرهن لا يملكه المرتهن فاذا أذن فيه اسقط حقه كالعتق ، ويخالف مابعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع، ويخالف الاتلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما أردت باطلاق الاذن أن يكون ثمنه رهنا لم يلتفت إلى دعواه لان اطلاق الاذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي وان أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة ، وان أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وان باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فان اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضاً لان الاصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لايحتاج الى بيعه ، فاما مادعت الحاجة الى بيعه كالذي خيف تلفه اذا أذن في بيعه مطلقا تعلق الحق بثمنه لان بيعه مستحق فأشبه مايبيع بعد حلول الدين

(فصل) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لانه دين حال فلزم ايفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه ومافضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن . وان لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع الرهن فان فعل والا فعل الحاكم مارى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لايبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله

(فصل) وان أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما ، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه فاذا قضى الراهن الحق أو ابرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولاشيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولوكان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه وان ألقته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولايجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها، ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ويحتمل ان يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرها، وان ضرب بطن بهيمة فالقت ولدها ميتا ففيه ما نقصتها الجناية لاغير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ماوجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ماوجب في ولدها وماوجب في جنين الامة فليس برهن ولنا أنه ضمان وجد بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة

(مسئلة) (وان وطيء المرتهن الجارية بغير اذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق)

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة اجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم وليست هذه زوجته ولا ملكه ، فان فعل بغير اذن الراهن عالما بالتحريم فعليه الحد لانه

فلم ينفذ بيعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حيا كان الراهن أو ميتا)

وجملته انه اذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه لفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فانه يخص بثمنه عن سائر الغرماء لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، فيباع الرهن فان كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وان كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وان فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو احق بها ثم يقسم الباقي بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء لان ارش جنايته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جناية العبد فانها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن حيا أو ميتا لان تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كارش الجناية .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش

لا شبهة له فيه فان الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك في اباحة الوطء ، ولان وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى، ويجب عليه المهر سواء أكرهها أو طاوعته ، وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ، ولان الحد اذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة . ولنا ان المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو أذنت في قطع يدها ، ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكارش بكارتها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصنا) وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسئلتنا لا يجب لها وانما يجب لسيدها . ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها باذنها وههنا المستحق لم يأذن، ولان الوجوب في حق الحرة تعلق باكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقد له ، أو ادعى بشبهة أو لم يدعها لا يسقط المهر بشيء من ذلك لانه حق آدمي فلا يسقط بالشبهات وولده رقيق للراهن لانه من زنا ولانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الاجنبي

جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالا آخر أنه يقدم على الغرماء لانه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لاصحاب الشافعي ، ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فان حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الاول منتقض بارش جناية المفلس والثاني مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما ان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لانه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين .

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً ، فان هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جملا في الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر اسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، فان آجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه احوط من التأخير فاذا استوفى المستأجر يسلم المشتري ، وان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم

(مسئلة) (وإن وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته)

وجملة ذلك ان المرتهن اذا وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فان احتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً اباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته ، وان لم يحتمل صدقه كالناشيء ببلاد المسلمين مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لا يخلو ممن يسمع منه مايعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقيقا للراهن لانه من زنا ، ومتى كان الوطء باذن الراهن لم يجب عليه قيمة الولد وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء اذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت سقط حقه من الرهن ، وكما لو اذن في قطع أصبع لم يضمنها وكالحرة اذا اذنت في وطئها سقط عنه الضمان ، وفيه قول ان قيمة الولد تجب ؟ وإن أذن الراهن في الوطء وهو منصوص الشافعي لان وجوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيقا ويشبه اعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف وطء الراهن فان خروجها من الرهن بالحمل الذي سببه الوطء المأذون فيه ولا يجب المهر اذا كان الوطء باذن الراهن ، وقال أبو حنيفة يجب وعن الشافعية كالمذهبين

ولنا انه اذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ، ولان المالك اذن في استيفاء المنفعة

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما لان المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ماقبل قبض الثمن وما بعده ، وان كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وان لم يجده فله أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر مايستحقه وان لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما في الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه ، وان امكن ان يشتري بالمعزول اكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشتري له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل افلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم ، فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا ان حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيدفع اليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فان غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا انه يستحق مثلي مايستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لان المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه فان زاد فللمفلس وان نقص فعليه

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لايعرف أصحابها ولا من رهن عنده قال اذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها فان عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يغرم لهم ، هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ونقل أبو طالب لايستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها فطلبه أعطاه اياه وطلب منه حقه ،واما ان رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة،وولده حر للشبهة وقد ذكرناه ، ولا تصير هذه الامة أم ولد بحال سواء ملكها المرتهن بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكمنا برق الولد أو حريته وفيه وجه آخر أنه اذا ملكها حاملا انها تصير ام ولد وسنذكر ذلك في امهات الاولاد

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت ابي عن رجل عنده رهون كثيرة لايعرف اصحابها ولا من رهن عنده قال : اذا ايست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى ان تباع ويتصدق بثمنها ، فان عرف بعد اربابها خيرهم بين الاجر او يغرم لهم . هذا الذي اذهب اليه ، وقال ابو الحارث عن احمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل فظاهر هذا انه يستوفي حقه ، ونقل ابو طالب لايستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبه بعد فطلبه اعطاه إياه وطلب منه حقه ، واما إن رفع امره الى الحاكم فباعه ووفاه حقه منه جاز ذلك

كتاب المفلس

المفلس هو الذي لامال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدرون من المفلس ؟ » قالوا يارسول الله المفلس فينا من لادرهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمعناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد واعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغني ونحو هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض أنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح بميت … انما الميت ميت الأحياء

وانما سمي هذا مفلساً لانه لامال له الاالفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف الفقهاء

(باب الحجر)

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) اي حراما محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر ؟) اي عقل سمي حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب مايقبح ، وهو في الشرع منع الانسان من التصرف في ماله

(مسئلة)) وهو على ضربين حجر على الانسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره) كالحجر على المريض في التبرع بما زاد على الثلث لحق الورثة ، وعلى العبد والمكاتب لحق السيد والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن

ولهؤلاء ابواب يذكرون فيها ، ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور ههنا، والمفلس هو الذي لا مال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لاصحابه « اتدرون من المفلس؟ » قالوا يارسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ضرب هذا ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار » أخرجه مسلم بمعناه فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبي ﷺ « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغني، ونحو هذا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس الشديد بالصرعة أنما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح بميت … أنما الميت ميت الاحياء

قيل إنما سمي هذا مفلسا لانه لامال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف

من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً وان كان ذا مال لان ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فانه أخبر ان له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ماعليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز ان يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله الا الشيء التافه الذي لايعيش الا به كالفلوس ونحوها

(فصل) ومتى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فاذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام (أحدها) تعلق حقوق الغرماء بعين ماله (والثاني) منع تصرفه في عين ماله (الثالث) ان من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء اذا وجدت الشروط (الرابع) ان للحاكم بيع ماله وايفاء الغرماء، والاصل في هذا ماروى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله رواه الخلال باسناده، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه، فلو ترك أحد من اجل احد لتركوا معاذاً من اجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء، قال بعض أهل العلم انما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كانوا يهوداً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا فلس الحاكم رجلا فاصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون اسوة الغرماء)

وجملته ان المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه اياها بعينها بالشروط التي

الفقهاء من دينه أكثر من ماله، وسموه مفلساً وان كان ذا مال لان ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة فانه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها لا تفي بما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوز أن يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لايعيش إلا به كالفلوس

(مسئلة) ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله لانه لايلزمه أداؤه ولم يحجر عليه من أجله لانه لايستحق المطالبة به فلم يجز منعه من التصرف في ماله بسببه فان كان بعض دينه مؤجلا وبعضه حالا وكان ماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً، وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله حجر عليه في أحد الوجهين لان الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ولان الغرماء لايمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر

(مسئلة) (فان أراد سفراً يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه الا أن يوثقه برهن أو كفيل)

يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته ، روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو اسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه اسقط حقه من الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ، ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد لو أن حاكما حكم انه اسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ، ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه اذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل ، وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده . اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار ، ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب وفي ذلك روايتان (إحداهما) هو على التراخي لانه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) هو على الفور لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب ولان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه إلى تأخير حقوقهم فاشبه خيار الاخذ بالشفعة ونصر القاضي هذا الوجه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم الا في صفر ودينه يحل في المحرم فله منعه من السفر لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهنا يفي بالدين عند المحل فله السفر لزوال الضرر بذلك .

(مسئلة) (فان كان لايحل الدين قبله ففي منعه روايتان)

أما إذا كان الدين لا يحل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر فان كان سفره الى الجهاد فلغريمه منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه لذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان لغير الجهاد فليس له منعه في إحدى الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخرقي لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي الى الجمعة (والثانية) له منعه لان قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كالاول ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلا بحال سواء كان الدين يحل قبل محل

(فصل فان بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه قبوله نص عليه احمد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع لان الرجوع إنما يجوز لدفع مايلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب ،ولنا الخبر الذي رويناه ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ماعليه لسيده ، وبهذا ينتقض ماذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه، وإن دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو اسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء او وهب له مال فأمكنه الاداء منه او غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه ولانه أمكنه الوصول الى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولانه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلا ولان العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فاشبه من اشترى معيباً يعلم عيبه،وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها ، وفيه وجه ثالث ان باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له وان لم يعلم فله الفسخ

سفره أولا الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه اذا لم يوثقه برهن أو كفيل كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجره

(مسئلة) (واذا كان حالا وله ما يفي به لم يحجر عليه)

لعدم الحاجة الى ذلك ويأمره بوفائه فان أبى حبسه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» رواه أحمد فعقوبته حبسه وعرضه أن يغلظ له فيقال له يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك

(مسئلة) (فان أصر باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملته ان الغريم اذا حبس فصبر على الحبس ولم يقض الدين قضى الحاكم دينه من ماله . وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وقضى دينه وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم بيع ماله لكنه يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه ، فان امتنع لم يبعه الحاكم وانما يحبسه ليبيع بنفسه الا ان يكون عليه احد النقدين وما له من النقد الآخر فيدفع أحد النقدين عن الآخر لانه رشيد لاولاية عليه فلم يجز بيع ماله بغير اذنه كالذي لادين عليه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ما له في دينه . رواه الخلال باسناده ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : ألا ان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً

كمشتري المعيب، ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب مالم يجب بخلاف مسئلتنا وانما يشبه هذا اذا تزوجته معسراً بالصداق وسلمت نفسها اليه ثم ارادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضاً ليزرعها فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الاجارة لانه وجد عين ماله ، وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة وان كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها اجرة لانه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من اكترى ارضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الارض فعليه تبقية زرع المفلس الى حين الحصاد بأجر مثله لان المعقود عليه المنفعة فاذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد ان أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى ، وهذا مذهب الشافعي ، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح في النظر. أما الخبر فلان النبي ﷺ انما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما ادرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولان معنى قوله « من أدرك متاعه بعينه » أي على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك ، وأما النظر فلان البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله اليه بعينه فيرجح على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

فانا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه » ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالاثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير

(مسئلة) (وان ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس الا أن يقيم البينة على نفاد ماله أو إعساره ، وهل يحلف معها ؟ على وجهين وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله)

وجملة ذلك أن من وجب عليه دين حال فطولب به فلم يؤده فان كان في يده مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء ، وان لم يظهر له مال فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب أنظاره ولم يجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك » ولان الحبس اما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس فان كذبه غريمه فلا يخلو اما ان يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره. قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن أبي جعفر والليث بن سعد .

ولا أمكن ردها اليه ، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فاثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو اكترى رجلا يحمل له متاعا إلى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ ، وان حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول القاضي له ذلك فاذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الاجر المسمى ، وعلى قياس قول القاضي ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها

(فصل) فان أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولانه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وان أصدق امرأة له عيناً ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو احق بها لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ قال (فان كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كاسوة الغرماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط (أحدها) أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فان تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه ، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفتا لثمرة أو نحو هذا لم يكن

ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لأنه تكذيب للبينة ، وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته وان لم تشهد الا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرته وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنه غير ما شهدت به البينة وان لم تشهد بالتلف وانما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة لان هذا في الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك انه قال لا تسمع البينة على الاعسار لانها شهادة على النفي فلم تسمع كما لو شهدت أنه لا دين عليه

ولنا ماروى قبيصة بن المخارق أن النبي ﷺ قال « ياقبيصة ان المسألة لا تحل الا لاحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - اوقال - سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من اهل الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أوقال - سداداً من عيش » رواه مسلم وأبو داود ، وقولهم ان الشهادة على النفي لاتقبل قلنا لاترد مطلقا فانه لوشهدت بينة أن هذا وارث هذا الميت لاوارث له سواه قبلت ، ولان هذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته بخلاف مسئلتنا وتسمع البينة في الحال ، وبهذا قال الشافعي

للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالاب فيما وهب لولده ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » فشرط ان يجده بعينه ولم يجده بعينه ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن او يأخذه بقسطه من الثمن لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين او ثوبين تلف أحدهما ع أو بعض احدهما ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها أبو طالب عن أحمد قال لا يرجع ببقية العين ويكون اسوة الغرماء لانه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو اسوة الغرماء ، وإن كان رزماً فتلف بعضها فانه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو احق به » ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع

(فصل) وان باع بعض المبيع او وهبه او وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ما أدرك ماله بعينه

(فصل) وان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر او مرض او تغير عقله ، أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجه عن كونه

وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال وتحبس شهراً وقيل ثلاثة أشهر ، وروي أربعة حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره

ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات وما ذكروه لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة، فان قال الغريم أحلفوه لي مع بينته أن لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر. قال القاضي سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده وفيه وجه آخر انه يستحلف وهو القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان يكون له مال خفي عن البينة . قال شيخنا : ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانها اذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ، ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى ان له مالا سواه لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به البينة فانها لا تزيد على الاقرار ، فان كان الحق ثبت عليه فى غير مقابلة مال أخذه كأرش الجناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت امرأة فان لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وإنما اكتفينا بيمينه لان الاصل عدم المال ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء « لا تيأسا من الرزق ما اهتزت رؤسكما فان ابن آدم يخلق وليس له إلا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى »

عين ماله لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين ان يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لان الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن او هزال او علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الاسعار، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا في صفات، وان كانت بكراً فقال القاضي: له الرجوع لانه فقد صفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجراح، وقال أبو بكر: ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزءاً فأشبه مالو فقأ عينها، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن فأشبه مالو فقئت عين العبد لانه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ولانه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواه كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه، ولان الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود. وقال القاضي: قياس المذهب ان له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى او فعل بهيمة او جناية المفلس او جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش، وإن كان الجرح موجباً للأرش كجناية الاجنبي فللبائع إذا رجع ان يضرب مع الغرماء بحصة مانقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن، فان قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به ارش لم

قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف من علم له مال فان الاصل بقاء ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ومطلق كلام الخرقي يدل على أنه يحبس في الحالتين لكنه ينبغي ان يحمل كلامه على هذا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يجز مطالبته ولا ملازمته، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب، فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول معه والا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان»

ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل، وقول الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا، وقد ثبت ان النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم والترمذي

(مسئلة) (وان كان له مال لا يفي به فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته أجابتهم)

اذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه في هذه الحال لزم الحاكم إجابتهم ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك انما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم، وكذلك ان سأله بعضهم، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه فاذا ادى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الخلال باسناده

يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضموناً باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالارش ، واذا لم يتلفه أجنبي فلم يكن مضموناً فلم يجب بفواته شيء ، فان قيل : فهلا كان هـذا الارش للمشتري ككسبه لايضمنه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك : يأخذ زيته ، وقال الشافعي : ان خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن . وان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه من العين ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ولانه ليس فيه اكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه او سويقاً فلته

ولنا انه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ولان ما يأخذه من غير عين ماله إنما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه » اي من قدر عليه وتمكن من اخذه من المفلس بدليل مالو وجده بعد زوال ملك المفلس او كانت مسامير قد سمر بها باباً او حجراً قد بني عليه او خشباً في سقفه او امة استولدها وهذا إذا اخذ كيله او قيمته إنما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفا .

(فصل) وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والاقرار وقضاء بعض الغرماء وغير ذلك وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ، ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ، ولانه من أهل التصرف ، ولم يحجر عليه أشبه المليء وان أكري جملا بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته

(مسألة) (ويستحب اظهار الحجر عليه والاشهاد عليه)

لتجتنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم ، ويشهد عليه لينتشر ذلك وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام (أحدها) تعلق حق الغرماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل اقراره عليه الا العتق على احدى الروايتين) متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء والا بطل . ولنا ان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ولانه محجور عليه بحكم حاكم فأشبه السفيه ، وان اقر بدين لم يقبل في الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يشاركهم اختاره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف الى ماقبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء

(فصل) وان اشترى حنطة فطحنها او زرعها او دقيقاً فخبزه او زيتاً فعمله صابوناً او ثوباً فقطعه قيصاً او غزلا فنسجه ثوباً او خشباً فنجره ابواباً او شريطاً فعمله ابراً او شيئاً فعمل به مازال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان أحدهما به اقول يأخذ عين ماله ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة وانما تغير اسمها فأشبه مالو كان المبيع حملا فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلا ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولانه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً . والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وان سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإن كان حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو نوى فنبت شجراً أو بيضاً فصار فراخا سقط حق الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليه منهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة ، ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فاخذ قيمته ولان الحب اعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع وكذلك أعيان الزرع والفرخ

كما لو ثبت ببينة ، ولنا انه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه ولانه اقرار يبطل ثبوته في غير حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار علي الغرماء فلم يقبل كاقرار الراهن ولانه متهم في اقراره وفارق البينة فانه لا تهمة في حقها ، فان كان المفلس صانعاً كالقصار والحائك في يده متاع فأقر به لاربابه لم يقبل والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه دون الغرماء فان أعتق بعض رقيقه صح في احدي الروايتين ونفذ وهو قول أبي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر . وفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير بخلاف غيره ، والاخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ، وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ولا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه إلا في ملكه صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (فان تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح)

ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر متعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذا علموا بفلسه وعاملوه ومن لا يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة، فعلى هذا يتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وفي اقراره خلاف ذكرناه في المسئلة التي قبلها ، فاما ان ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه أشبه مالو شهدت به قبل الحجر

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى شارك المجني عليه الغرماء وان جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه)

إذا جنى المفلس بعد الحجر جناية موجبة للمال شارك المجني عليه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ، ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال او صالحه المفلس على مال

ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لاحق لهم في الرجوع لانهم لم يجدوا أعيان أموالهم على قول من قال له الرجوع في الزرع يكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء أو قيمة ذلك

(فصل) وان اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت فقال أصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما ، وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ماتغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له وان حصل نقص فعليه وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق فان شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له وان شاء تركهما وله أسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال، ويحتمل ان لايكون له الرجوع إذا زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كما لو سمن العبد ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن الحاقه به

(فصل) وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقاً فبائعها أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً وصبغ الثوب بالصبغ

شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما أوجب المال ، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا ، فان جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه لان الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بثمن الرهن على الغرماء ولان حق المجني عليه يقدم على حق المرتهن فأولى ان يقدم على حق الغرماء

(فصل) قال رحمه الله (الثاني أن من وجد عنده عينا باعها اياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلس حيا ولم ينقد من ثمنها شيئاً والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق)

وجملته ان المفلس إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها فله فسخ البيع والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها روي ذلك عن عثمان وعلي وابي هريرة وبه قال عروة ومالك والشافعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو اسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حق الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ماروى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ادرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه قال أحمد . لو ان حاكما حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه لو شرط في البيع رهنا فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو

رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشترى شغله بغيره على وجه التبع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كالوكان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها بابا ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فقال أصحابنا لافرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ . ويحتمل ان يرجع فيهما ههنا لانه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه اشترى رفوفا ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعها فيهما كذلك وكذلك ماأشبهه

(فصل) اذا اشترى ثوباً فقصره لم يخل من حالين (أحدهما) أن لاتزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها وسواء نقصت قيمته بذلك أولم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولاشيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الخرقي لان الثوب زاد زيادة لاتتميز فلم يملك

وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ويفارق البيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده ، اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع ، وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب يثبت جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار ، ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يحتج الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق أمة

(فصل) وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي فيه وجهان (أحدهما) أنه على التراخي لأنه حق رجوع يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) على الفور لان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الاخذ بالشفعة وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب ، ونصر القاضي الوجه الثاني ولاصحاب الشافعي الوجهان

(فصل) فان بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليتركها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع انما جاز لدفع مايلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب

ولنا الخبر الذي رويناه ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده وبهذا

البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به والزيت إذا لت به سويق، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها ، فعلى قولهم ان كانت القصارة بعمل المفلس أو باجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه ولبائعه خمسة اسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري وان لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقي وان كانت اكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) الشرط الثاني أن لايكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك ، واختلف المذهب في هذا فذهب الخرقي الى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميموني عن احمد انها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي الا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، ، احتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس بفسخ ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاما وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن .

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصلة بفعله ولان النماء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالعيب لوجهين (أحدهما) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (والثاني) ان الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ هنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ

ينتقض ما ذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من مال المفلس ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لايأمن أن يظهر له غريم لم يحضر فيرجع عليه ، وان دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو اسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء أو وهب له مال فأمكنه الاداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يملك الفسخ لزوال سببه ولأنه أمكنه الوصول الى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان سلعة بعد الحجر في ذمته وتعذر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم لانه لايستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلا ولان العالم بالفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيبا يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها ، وفيه وجه ثالث ان كان عالما بفلسه فلا فسخ له ، وان لم يعلم فله الفسخ كمشتري المعيب ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضا بالمعسر بها رضا بعيب مالم يجب

النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : إن الزوج انما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح فان اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم ان المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا الى تمام ديونهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل . يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلان يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولانه اذا رجع في الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ماله يخرج عنه فكان بالمنع أحق

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الخرقي لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن احمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة .

بخلاف مسئلتنا ، وإنما يشبه هذا اذا تزوجت معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ

(فصل) وان استأجر أرضاً للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الاجارة لانه وجد عين ماله وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة ، وان كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجر لانه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من اكترى ارضا فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الارض فعليه تبقية زرع المفلس الى حين الحصاد بأجر مثله لان المعقود عليه المنفعة فاذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد تلف المبيع فله قيمته ، ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ، ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر . أما الخبر فلأن النبي ﷺ انما قال « من ادرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما ادرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولان معنى قوله من أدرك متاعه بعينه أي على وجه يمكنه أخذه ويتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك ، وأما النظر فان البائع انما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وامكان رد ماله اليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

ولنا أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لورده بعيب ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره ، وكلام احمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها الا ان يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من اجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل،والصحيح أننا ان قلنا ان الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول ابى بكر لا يمنع الرجوع فيها وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الام لئلا يفضي الى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وان لم يفعل بيعت الام وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الام فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس ، وان قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فان كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمها حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض احدهما فهل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى كذلك ؟ يخرج ههنا وجهان (أحدهما) انه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الام دون الولد على ما فصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع الا زائداً فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة ، وان كان المبيع حيواناً غير الامة فحكمه حكمها الا في ان التفريق بينها وبين ولدها جائز ، والامة بخلاف ذلك .

ولا أمكن ردها اليه وانما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فاثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو اكترى من يحمل له متاعا الى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ . وان حمل البعض أو بعض المسافة لم يكن له الفسخ في قياس المذهب وقياس قول القاضي له ذلك واذا فسخ سقط عنه حمل مابقي وضرب مع الغرماء بقسط ماحمل من الاجر المسمى وعلى قياس قول القاضي ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) وان أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائمة فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولانه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع فان أصدق امرأة عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل الدخول بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا

(فصل) وانما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة (أحدها) أن يكون المفلس حيا فان مات

(فصل) وان اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني ، وان افلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح، ويمتنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي ، ويحتمل أن يرجع في الام على ماذكرنا في التي قبلها ، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما ، وقال القاضي : اذا وجدها حاملا انبنى على ان الحمل هل له حكم أولا ؟ فان قلنا لاحكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة . وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) إذا كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالو اشترى عينين فتلفت احداها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمن ؟ على روايتين . وإن تلف بعضها فهو كتالف جميعها . وإن زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فان أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي كالسمن والكبر ، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن والكبر وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ بعيب وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والاخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر

فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك ، إسحاق ، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات أو افلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » رواه أبو داود وابن ماجه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه، ولان الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن عن ابي هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داد وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه اقتضى

والصحيح الاول لان الثمرة لاتتبع في البيع الذي ثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضى المشترى أولى . ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من فعل المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لان العين لاتنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه وعدم زواله . وإن قال له البائع بعت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لانهم يجرون إلى أنفسهم نفعاً ، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لايتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز ، وكذلك إذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل اوان الحصاد لان المشتري زرع فى ارضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه اخذه قبل كماله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة او الزرع وليس على صاحب الزرع اجر لأنه رزع فى ارضه زرعا تجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك . اذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان مما لاقيمة له مقطوعا او قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وتضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان (احدهما) يقدم قول من طلب القطع لانه احوط فان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي واكثر اصحاب الشافعي (والثاني) ينظر إلى مافيه الحظ فيعمل به لان ذلك انفع لجميعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز ان يزرع للمولي عليه ، وفيه وجه آخر انه إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها وان كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير احظ له لم يقطع لانهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس والمفلس يطلب مافيه ضرر بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته الى ذلك

من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء» رواه ابن ماجه ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه الموهوب وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، وقال ابن عبد البر يرويه ابو المعتمر عن الزرقي وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به اجماعا فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ، والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ماحكي عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال لصاحب السلعة ان يرجع فيها اذا مات المشتري ، وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن اقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله ويفارق حال الحياة حالة الموت لامرين (احدهما) ان الملك فى الحياة للمفلس وهنا لغيره (الثاني) ان ذمة المفلس خربت هنا خرابا لايعود واختصاص هذا بالعين يضر بالغرماء كثيراً بخلاف حال الحياة

(الشرط الثاني) ان لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع

(فصل) اذا أقر الغرماء بان الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنهم لاحق لهم فيه فان أراد دفعه الى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لاقرار باقيهم بعدم حقهم فيه فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الابراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وإما أن تبريء من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له ان يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب الى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المكاتب، وان أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لذلك ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لانهم يقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه . وان باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لانهم انما اعترفوا بالعين لا بثمنها ، وان شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وان عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فابوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانه انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم الا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالقرض أو السلم فيلزمه أخذها عرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بان المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فانكر ذلك لم يقبل قولهم الا أن يشهد منهم عدلان ويكون حكمهم في قبض العبد أو اخذ ثمنه ان عرضه عليهم حكم

وبهذا قال اسحاق والشافعي في القديم . وقال في الجديد له أن يرجع في قدر مابقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها الى العاقد فجاز أن يرجع في بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح ، وقال مالك هو مخير ان شاء رد ماقبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع

ولنا ماروى أبوهريرة عن النبي ﷺ «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له » رواه الامام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له وان كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء » رواه أبوداود وابن ماجه ولان في الرجوع في قسط مابقي تبعيضا للصفقة على المشتري واضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فان قيمة الشقص تنقص ولا يرغب فيها مشقصا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسد به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى ، فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ولا حجة في المراسيل قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلا فلا يضر إرسال من ارسله على ان حديثنا الاول يكفي في الدلالة وهو متصل رواه الامام أحمد .

(فصل) الشرط الثالث أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فان تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت

مالو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك ان اقروا بعين مما في يديه انها غصب او عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بانه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فان قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وان قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه،وان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لانه فصل مجتهد فيه ، فيلزم ماحكم به الحاكم،ولا يجوز نقضه ولا تغييره

(فصل) وان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخيل ، وعلى الغرماء اليمين انهم لا يعلمون ان البائع رجع قبل التأبير ،ولان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا احلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ، ولا يجوز أن يكون نائبا فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة ، وفي مسئلتنا الاصل ان هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبه سائر أعيان ماله ، ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على نفي الدين عن الميت، ولو اقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين انهم لا يعلمون ذلك ، وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فانكروه فعليهم اليمين ايضا ، ويكون على نفي العلم لذلك ، وإن أقر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على

الثمرة أونحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال اسحاق ،وقال مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لانها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما وهب لولده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به» بشرط أن يجده بعينه وهذا لم يجده بعينه،ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها عنه أبو طالب قال لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لانه لم يجد المبيع بعينه فأشبه مالو كان عينا واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه كما لو قطعت يد العبد ، ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد ان كان ثوبا واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ، وان كان رزما فتلف بعضها فانه يأخذ بقيتها اذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم الحديث المذكور ، ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع ، فان باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ماأدرك ماله بعينه

(فصل) فان تغيرت صفتها بما يزيل اسمها فطحن الحنطة أو زرعها أو خبز الدقيق أو عمل الزيت صابونا أو قطع الثوب قميصاً، أو نسج الغزل ثوبا أو نجر الخشبة أبوابا ، أو عمل الشريط إبراً أو شيئاً فصل به ماأزال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان (أحدهما) به أقول يأخذ عين ماله

صحة عتق المفلس فان قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه في الحال ، وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم فان حلفوا أخذوا ، وان نكلوا قضي للمدعي بما ادعاه إلا أن نقول برد اليمين فترد على المدعي فيحلف ويستحق وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل ما ذكرناه

(فصل) وان اقر المفلس انه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولانا نزلنا إقراره منزلة اعتاقه في الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوما به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(فصل) فان كان المبيع ارضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فاراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد متاعه بعينه قال أصحابنا ويستحق الرجوع قبل القلع وهو

ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة ، وانما تغير اسمها فأشبه مالو كان المبيع حملا فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلا . ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وإن سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان حبا فصار زرعا أو بالعكس أو نوى فنبت شجراً أو بيضاً فصار فرخا سقط الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة . و لنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ، ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم في الرجوع لأنهم لم يجدوا أعيان اموالهم ، وعلى قول من قال له الرجوع في الزرع تكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء أو قيمة ذلك

(مسئلة) (ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن)

وهذا هو الشرط الرابع وهو أن لا يتعلق بها حق الغير فان رهنها المفلس أو وهبها لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها لان الرجوع إضرار بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافا ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء ، وان بيع بعضه فباقيه لهم يباع أيضاً ولا يرجع به البائع ، وقال القاضي له الرجوع وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع وقد ذكرناه وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب

مذهب الشافعي ، ويحتمل ان لا يستحقه حتى يوجد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولا بملك المشتري فاشبه مالو كانت مسامير في باب المشتري،فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرش نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيله دار انسان وكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه مانقص بخلاف ماإذا وجدالبائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص لان النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولاارش النقص لانهم فعلوا ذلك في ارض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما ان امتنع المفلس والغرماء من القلع فلهم ذلك ولا يجبرون عليه لانه غرس بحق،ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » انه اذا لم يكن ظالما فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل أو قال أنا أقلع وأضمن مانقص فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض وفيها غراس وبناء للمشتري والمعير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير . وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لان بناء المفلس وغرسه في ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما

بعضه بالبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، فان كان المبيع عينين فرهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما اذا تلفت إحدى العينين ، فان فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأه من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك عين ماله عند المشتري ، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين عن غيره فللبائع الرجوع أيضاً لذلك

(فصل) فان كان المبيع شقصاً مشفوعا ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) البائع أحق به هذا قول ابن حامد للخبر ولانه اذا رجع فيه عاد الشقص اليه فيزول الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع (والثاني) أن الشفيع أحق وهو الذي ذكره شيخنا ههنا وحكاه ابو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى لان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع، ولان حقه آكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري من بائعه أو وهبه إياه أو أقاله فانه لا يسقط حق الشفيع (الوجه الثالث) أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإن لم يكن طالب فالبائع أولى . ولاصحاب الشافعي وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جمعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيداً لان حق البائع انما يثبت في العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) فان كان المبيع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدها) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن

لولم يرجع في الارض ، فاما ان امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع ، وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل ان له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه التبع فلم يمنعه ذلك الرجوع كالثوب إذا صبغه المشتري ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له اخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولان في ذلك ضررا على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ، واما الثوب إذا صبغه فلا نسلم ان له الرجوع فهو كمسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فانه أعيان متميزة وأصل في نفسه (والثاني) ان الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الارض فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام وان قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما واخذ كل واحد بقدر حقه وان امتنع احدهما من البيع احتمل ان يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري فان الثوب يباع لهما كذا ههنا ، ويحتمل ان لا يجبر لانه أمكن طالب البيع ان يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ . فان بيعا لهما قسما الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب احدهما البيع

يمنع وهذا ذكره أبو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه بخلاف الرهن ، فان قلنا لا يرجع فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية ، وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، وان أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) فان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاع المبيع بخيار له أو عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) له الرجوع للخبر ، ولانه أدرك عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه مالو لم يبعه (الثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا الوجهين ، ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) انه إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصل اليه من جهته ، وإن عاد اليه بفسخ كالاقالة والرد بعيب أو خيار ونحوه فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وانما زال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة)

وهذا هو الشرط الخامس وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القرآن ونحو ذلك فيمنع الرجوع وهذا اختيار الخرقي ، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي لان مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلم تمنع المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس

فاتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة، وللبائع دخولها للزرع والماشاء لان الارض له وملكه ، وان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الارض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض اصل فلا يجبر على بيعها بخلاف مافيها من الغرس والبناء

(فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لانه أدرك متاعه بعينه وإذا أخذه فعليه تسوية الارض وأرش نقصها الحاصل بقلعه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها لانه إذا اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري اذا غرس في الارض المشفوعة، وان امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك، وكذلك إذا ارادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس إنما ابتاعه مقلوعا فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه ، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها إذا رجع بائعها فيها ، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله وفي التي قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه فان اختار بعضهم

بفسخ ، ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ، ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصل بفعله ، ولان النماء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوجهين (أحدها) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (الثاني) أن الفسخ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم ان الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح فان اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولانه لو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب ، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة ، ولانه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة ههنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته ، وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل . يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعا له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء فلان تمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ، ولانه اذا رجع في الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه ، فاذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق

القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الاجابة اليه ، وان زاد الغراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ماذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعا فلا يستحقه إلا كذلك ، وان أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وان بذل صاحب الارض قيمة الغراس ليملكه اذا امتنع من القلع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبه غرس المفلس في أرض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لايجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته أو أرش نقصه فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والأول أولى وهذا ينتقض بغرس الغاصب

(فصل) الشرط الثالث أن لايكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق والشافعي في القديم ، وقال في الجديد له أن يرجع في قدر مابقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح .

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة للمفلس وعنه للبائع)

وجملة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى وهو قول ابن حامد والقاضي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة . ولنا أنها زيادة في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ، ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار والاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ، ولان قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه وقياسهم على الزيادة المتصلة الاصل فيه ممنوع ، ثم لو سلم ثم فالفرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة . قال شيخنا : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعهما في حال حملهما فيكونان بسببين ، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) فان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوبا فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله لكنه يخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لان الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الاسعار ، ولو كان المبيع أمة

وقال مالك هو مخير ان شاء رد ماقبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع ، ولنا ماروى أبو بكر بن عبدالرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء » رواه أبوداود وابن ماجه والدارقطني ولان في الرجوع في قسط مابقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لاضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر . قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقصاً فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى . فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسلا ولا حجة في المراسيل : قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلا فلا يضر ارسال من أرسله فان راوي المسند معه زيادة لايعارضها ترك مرسل الحديث لها وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله

(فصل) الشرط الرابع أن لايكون تعلق بها حق الغير فان رهنها المشتري ثم أفلس أو وهبها لم

ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا صفات ، وان كانت بكراً فقال القاضي له الرجوع لانه فقدصفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجراح ، وقال أبو بكر ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزأ فأشبه ما لو فقأ عينها ، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أوشج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد ، ولانه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لوكان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شيء سواه كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وهنها بخلافه ، ولان الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لا يثبت به هذا المقصود ، وقال القاضي قياس المذهب أن له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ،وان كان الجرح موجبا لارش كجناية الاجنبي فللبائع اذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فان قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضمونا باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالارش، واذا لم يتلفه أجنبي لم يكن مضمونا فلا يجب بفواته شيء ، فان قيل فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضمنه للبائع؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها

يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها ،ولان في الرجوع إضرارا بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ولان النبي ﷺ قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافا ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضا ولا يرجع به البائع . وقال القاضي له الرجوع به وهومذهب الشافعي لانه عين ماله لم يتعلق به حق غيره ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه كما لو كان الدين مستغرقا له وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضها بالبيع . ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا، وان كان المبيع عينين فرهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك متاعه بعينه عند المشتري وان أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضا كذلك

(فصل) وان كان عبدا فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن لا يرجع ذكره ابو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع فيه لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته وفارق الرهن فانه يمنع تصرف المشتري فيه ، فان قلنا لا يرجع

مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك المشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك يأخذ أرشه، وقال الشافعي إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن، وإن خلطه بأجود منه ففيه قولان (احدهما) يسقط حقه، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة، ولانه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبا فصبغه أو سويقا فلته . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولان ما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي ﷺ « من أدرك متاعه بعينه » اي من قدر عليه وتمكن من اخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس عنه ، او كان مسامير قد سمر بها بابا او حجراً قد بنى عليه . او خشبا في سقفه او امة استولدها وهذا اذا اخذ مثله او قيمته انما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفا

(مسئلة) (وان صبغ الثوب او قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)

اذا صبغ المفلس الثوب او لت السويق بزيت فقال اصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في اعيان اموالهما وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ماتغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له ، وان حصل نقص فعليه، وإن نقصت قيمة الثوب او السويق ، فان شاء البائع اخذهما ناقصين ولا شيء له ، وان شاء تركهما وله اسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال . قال شيخنا : ويحتمل ان لا يكون له الرجوع اذا

فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء وان ابرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع او هبة او وقف او عتق او غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له او عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده اوغير ذلك لما ذكرنا وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه ثلاثة اوجه (أحدها) له الرجوع للخبر ولانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه (والثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا هذين الوجهين ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أوهبة أو ارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصر اليه من جهته وان عاد اليه بفسخ كالاقالة والرد بعيب أوخيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لايقتضي ثبوت الملك وانما أزال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه

زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كسمن العبد . ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة . بل يحصل له ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) فان قصر الثوب لم يخل من حالين (احدهما) ان لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم العبد صناعة لم تزد بها قيمته ، وسواء نقصت قيمته بذلك او لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع في قياس قول الخرقي لانه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كسمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به ، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وللبائع خمسة أسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه مالو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري ، وان لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه ، ، وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى ، وان كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) وان كان المبيع شقصا مشفوعا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) البائع أحق به. هذا قول ابن حامد للخبر ولانه إذا رجع فيه عاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة غيره (والثاني) أن الشفيع أحق ذكره أبو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى، بيانه ان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ولان حقه آكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله اليه وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري لبائعه أووهبه إياه أوأقاله لم يسقط حق الشفيع ولان البائع انما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير وهذه قد تعلق بها حق الشفيع

(الوجه الثالث) أن الشفيع ان كان طالب بالشفعة فهو احق لان حقه تأكد هنا بالمطالبة وان كان لم يطالب بها فالبائع أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كالاولين، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيدا لان حق البائع انما ثبت في العين فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) وان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يجز مع الاحرام كشراء الصيد، وان كان البائع حلالا في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع

(فصل وان اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا فبائعهما أسوة الغرماء، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله. قالوا ولو اشتري ثوبا وصبغا فصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب، وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم وذكر القاضي في موضع مثل هذا

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً فبنى عليه أو مسامير سمر بها بابا، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فقال أصحابنا هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب، فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ، ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في المحل الذي ثبت فيه الرجوع موجود ههنا فملك الرجوع به كما يملكه ثم، ولو اشترى دفوفاً ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعهما فيهما لذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها بسببه فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى، وان أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل. قال شيخنا والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة لا يمنع الرجوع فيها على قول أبي بكر لان الزيادة المنفصلة عنده للبائع وهذه زيادة منفصلة، وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمتنع الرجوع في الام لئلا يفضي

الرجوع فيه لان الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود في حقه

(فصل) واذا أفلس وفي يده عين مال دين بائعها مؤجل وقلنا لا يحل الدين بالفلس فقال احمد في رواية الحسن بن ثواب يكون ماله موقوفاً الى ان يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللاول الخبر ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وان كان مؤجلا كالمرتهن والمجني عليه

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيئة ونظر اليه وقلبه وقال اقبضه غدا فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء في الثمن وان كان رخيصا وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه

(الشرط الخامس) أن يكون المفلس حيا ويأتي شرح ذلك في آخر الباب إن شاء الله تعالى

(فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخ للبيع لا يحتاج الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه وإن رجع في العبد بعد اباقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العائر صح

الى التفريق بين الأم وولدها، ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعاً له وإن لم يفعل بيعت الام وولدها جميعاً وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الام فهو للبائع وما خص الولد للمفلس وإن قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة، وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما ، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما اذا كان المبيع عينين فتلف بعض إحداهما هل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان (أحدهما) أن له الرجوع فيما لم يزد دون مازاد فيكون حكمه حكم الرجوع في الام دون الولد على مافصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع إلا زائداً فأشبه العين الواحدة ، فان كان المبيع حيوانا غير الأمة فحكمه حكمها إلا في التفريق بينهما فانه جائز بخلاف الأمة

(فصل) فان اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني ، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح وتمنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ماذكرنا في التي قبلها ، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما ، وقال القاضي اذا وجدها حاملا انبنى على أن الحمل هل له حكم أو لا ؟ فان قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة ، وان قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل تتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) فان كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة احوال (أحدها) أن

وصار ذلك له فان قدر عليه أخذه وان ذهب كان من ماله ، وان تبين انه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه وكان له ان يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله وان رجع في المبيع واشتبه بغيره فقال البائع هذا هو المبيع وقال المفلس بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا)

وجملة ذلك أن المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء . وان امتنع لم يجبر لاننا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على مالا يعلم صدقه كغيره ، فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم

ولنا انهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لانفسهم

يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالو اشترى عينين فتلفت إحداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر؟ على روايتين وان تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وان زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل في مطلق البيع فان أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الخرقي كالسمن ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح افراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ بالعيب وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الاول لان الثمرة لاتتبع في البيع الذي يثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضا المشتري أولى، ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من مال المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع فيه كما لو أفلس بعد التأبير لان العين لاتنتقل الا باختياره وهذا لم يخترها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين الذي على الميت اذا وثق الورثة)

وجملته ان الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة. قاله القاضي، وذكر أبوالخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي كالمذهبين واحتجوا بان الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت .

ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولانه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ماعليه كالجنون والاغماء. ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما ان ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس ، اذا ثبت هذا فانه إذا حجر على المفلس فقال أصحابنا لايشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة بل يقسم المال الموجود بين اصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله ، فان لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته ، وان ادرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم ، وان قلنا إن الدين يحل فانه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من ارباب الديون الحالة ، فاما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالموت فيه روايتان (إحداهما) لا تحل اذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبيدالله بن الحسن واسحاق

إلا بعد تأبيرها. فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه ، وان قال البائع بعت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تقبل شهادتهم لانهم يجرون الى أنفسهم نفعاً، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة في حقهم (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمن أو ذهابها بجائحة أو غيرها فله الرجوع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر ، وكل موضع لايتبع الثمر الشجر اذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز ، وكذلك اذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد لان المشتري زرع في أرضه بحق فطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كماله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة أو الارض وفيها زرع وليس على صاحب الزرع أجر لانه زرع في أرضه زرعا يجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك ، إذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية وكان مما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وإضاعة مال، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته وإن كانت قيمته كثيرة قدم قول من طلب القطع في أحد الوجهين لان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع ان كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي وأكثر الشافعية (الثانى) ينظر ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك أنفع للجميع والظاهر سلامته ، ولهذا يجوز أن يزرع للمولي عليه ، وفيه وجه آخر ان كان الطالب القطع الغرماء وجب اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها ، وان كان الطالب المفلس دونهم وكان التأخير أحظ لم يقع لأنهم رضوا

وابي عبيد ، وقال طاوس وابو بكر بن محمد والزهري وسعيد بن ابراهيم الدين الى اجله،وحكي ذلك عن الحسن (والرواية الاخرى) انه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثورى والشافعي واصحاب الرأى لانه لا يخلو إما ان يبقى فى ذمة الميت او الورثة او يتعلق بالمال ،لايجوز بقاؤه فى ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها . ولا ذمة الورثة لانهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . اما الميت فلان النبي ﷺ قال « الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه » واما صاحبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه ، واما الورثة فانهم لا ينتفعون بالاعيان ولا يتصرفون فيها وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا فى المفلس ولان الموت ماجعل مبطلا للحقوق وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فلورثته » وما ذكروه اثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف فى فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لايكونوا أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق وذكر القاضي ان الحق ينتقل الى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغي

بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته إلى ذلك

(فصل) فان أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنه لا حق لهم فيه، فان أراد دفعه الى أحدهم أو تخصيصه بثمنه فله ذلك لاقرارهم بأنه لا حق لهم فيه ، فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر عليه أو على الابراء من قدره من دينه وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب نجوم كتابته الى سيده فقال سيده هي حرام وأنكر المكاتب، وإن أراد قسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لما ذكرنا ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم ردها الى البائع لانهم مقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد ثم اشتروه ، فان باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمه رد ماأخذ من ثمنها لانهم اعترفوا بالعين لا بثمنها وإن شهد بعضهم دون بعض ، أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانهم انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له من جنس الثمر أو الزرع كالمقرض والمسلم فيلزمه أخذ ماعرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان باعتاقه ويكون حكمهم في قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم مالو أقروا بالثمرة للبائع ، وكذلك إن أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فان

أن يلزم الانسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، وان قلنا ان الدين يحل بالموت فاحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك ، وان قضوا منها فلهم ذلك ، وان امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة مايقضى به الدين ، وان مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت تساووا في التركة فاقتسموها على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل بالموت نظرنا فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين (إحداها) لا يمنعه للخبر ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فان تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة (والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أودين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما فعلى هذا لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وان تصرف الغرماء لم يصح إلا باذن الورثة

قلنا لايصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وإن قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه فان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه لانه فصل مجتهد فيه فلزم ماحكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره

(فصل) فان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير لان هذه اليمين لاينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لان اليمين على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لاتدخلها النيابة وفي مسئلتنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله ، والبائع يدعي مايزيل حقوقهم عنه فأشبه سائر اعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفي العلم كيمين الوارث على نفي الدين على الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لاجنبي أو لبعض الغرماء فأنكر الباقون فالقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ومثله لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضا على نفي العلم لذلك وان أقر بعتق عبده انبنى على صحة عتق المفلس فان قلنا بصحة عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به وان قلنا لايصح عتقه لم يقبل إقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهي على جميعهم فان حلفوا والا قضي للمدعي الا أن نقول برد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل على ماذكرنا

(فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر

« مسئلة » قال (وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز)

يعني قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة ، فاذا ثبتت نظر في ماله فان كان وافيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فان أبى حبسه فان لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وان كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه لانه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها، وان كان بعضها مؤجلا وبعضها حالا وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله ففيه وجهان (أحدهما) يحجر عليه لان الظاهر ان ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا ان ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ولان الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك وانما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به. وان اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لانه حق له وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه فاذا ادى اجتهاده الى الحجر عليه ثبت لانه فصل يجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله لانه لا ولاية عليه الا ان الحاكم يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه فان امتنع لم يبعه وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وانما يحبسه ليبيع بنفسه الا أن يكون عليه احد النقدين

الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه ، فان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه لكونه ينبني على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولاننا نزلنا اقراره منزلة اعتاقه في الحال فلم تثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوما به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

﴿ مسئلة ﴾ (وإن غرس الارض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه الا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص)

إذا كان المبيع أرضا فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد عين ماله ، فان أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعي لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم يمنعه الرجوع كما لو صبغ الثوب ويحتمل أن لا يستحقه الا بعد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولا بملك المشتري فأشبه ما لو كان مسامير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض وأرش نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيل دار انسان فكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص فان النقص كان

وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم لانه رشيد لاولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير أذنه كالذي لادين عليه وخالفه صاحباه في ذلك ، ولنا ماروى كعب بن مالك ان النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الخلال باسناده. وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه خطب الناس وقال : ألا ان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غدا فانا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير . اذا ثبت هذا عدنا الى مسئلة الكتاب فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم ولانه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولانه من اهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه المليء وان أكرى جملا بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته .

(فصل) ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ والا بطل ، ولنا انه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه . ولان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة . فاما ان تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض او تكفل صح تصرفه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر انما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك

في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش القص لانهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فان امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » أنه ان لم يكن ظالما فله حق فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملكه أو قال أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك ان قلنا له الرجوع قبل القلع لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع اذا أخذ الارض وفيها غراس أو بناء للمشتري والمعير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لانه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الارض

﴿ مسئلة ﴾ (فان أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع)

وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل أن له الرجوع وهو قول للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه متصلا بملك المشترى على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب اذا صبغه المشتري

إذ علموا انه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وان اقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه نص عليه أحمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول، وقال في الآخر يشاركهم واختاره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن ولانه اقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كاقرار الراهن ، ولانه متهم في اقراره فهو كالاقرار على غيره ، وفارق البينة فانه لا تهمة في حقها ، ولو كان المفلس صانعا كالقصار والحائك في يديه متاع فأقر به لاربابه لم يقبل اقراره ، والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها صرفت في دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء

(فصل) وان أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ على روايتين (احداهما) يصح وينفذ وهو قول ابي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري الى ملك الغير ويسري واقفه بخلاف غيره (والرواية الاخرى) لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن ابي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ولان المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق واما سرايته الى ملك الغير فمن شرطه ان يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولان في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ،وأما الثوب اذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع ، وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (احدهما) أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس فانهما اعيان متميزة وأصل في نفسه (الثاني) أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الارض والبناء فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام، وان قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لانه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفرداً بخلاف الثوب المصوغ فان بيعا لهما قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض لا شجر فيها ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن والزائد للمفلس والغرماء، وان قلنا لا يجبر على البيع أو لم يطلب احدهما البيع فان اتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج أو لغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لان الارض ملكه، فان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم، فان بذل المفلس والغرماء أو المشتري

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته كيلا يستضر الناس بضياع اموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان

(فصل) وان ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه فاشبه مالو قامت البينة به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا شارك المجني عليه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولوكانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال أوصالحه المفلس على مال شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو أوجبت المال، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن مالك وحكي عنه لا يحاصهم لانه نقض لحكم الحاكم ، ولنا انه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكماً انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر او قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو افلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الاجرة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ، ثم ان وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وان كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لانه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم اذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أوردها بخيار او اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لان البيع

للبائع قيمة الارض ليدعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الغراس والبناء

(فصل) فان اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لانه ادرك متاعه بعينه ، فاذا اخذه فعليه تسوية الارض وارش نقصها الحاصل بقلعه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وان بذل المفلس والغرماء قيمته له ليملكوه لم يجبر على قبولها لانه اذا اختار اخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري اذا غرس في الارض المشفوعة وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك ، وكذلك لو أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس انما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها اذا رجع بائعها فيها، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله، وفي التي قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه، فان اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع من الاجابة اليه ، وإن زاد الغراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع إلا على رواية الميموني

لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه اذا حجر على المفلس وكان ذا كسب يفي بنفقته و نفقة من تلزمه نفقته فنفقته في كسبه فانه لاحاجة الى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة ، وان كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وان لم يكن ذا كسب انفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت لان ملكه باق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكونُ ديناً عليه وهي الزوجة فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ولان الحي آكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه فنفقته أولى ، وتقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم لانهم يجرون مجرى نفسه لان ذوي رحمه منهم يعتقون اذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لان نفقتها آكد من نفقة الاقارب لانها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الاحياء كما في الاقارب ، وممن أوجب الانفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان النقص بالقلع كما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعا فلا يستحقه إلا كذلك ، وإن أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الارض وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، فان بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحب الارض قيمة الغراس لصاحبها ليملكه اذا امتنع من القلع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبه غرس المفلس في ارض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لايجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته او أرش نقصه فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والاول أولى وهذا منتقض بغرس الغاصب

(فصل) فان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يجز في الاحرام كشرائه ، وان كان البائع حلالا في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه لان الحرم انما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرمه ، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود فيه

(فصل) اذا أفلس وفي يده عين دين بائعها مؤجل وقلنا لايحل الدين بالفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب يكون موقوفا الى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك وهو قول بعض اصحاب الشافعي ، والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله والقول الاول أولى للخبر ، ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره ، وان كان مؤجلا كالمرتهن والمجني عليه

ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم وتجب كسوتهم أيضاً لان ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وادنى مايكتسي مثله ان كان من جنس الطعام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسيه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل مايفرض على مثله ، وأقل مايكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرهما مما جرت به عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده وان احتاج الى جبة أو فروة لدفع البرد دفع اليه ذلك وان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فانه لافائدة في بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كفن من يمونه لانهم بمنزلته ولا يلزم تكفين الزوجة لان النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة . ويفارق الاقارب لان قرابتهم باقية ، وان مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم . ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة ، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره لان ذلك يكفيه فلا حاجة الى الزيادة وفارق حالة الحياة لانه لا بد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ، ويمتد الانفاق على المفلس الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا.

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاما نسيئة ونظر اليه وقلبه وقال أقبضه غداً فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً، وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه

(فصل) ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه ، وان رجع في العبد بعد إباقه أو الجمل بعد شروده صح وصار ذلك له فان قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حال استرجاعه بطل الاسترجاع وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله ، وان رجع في المبيع واشتبه بغيره واختلفوا في عينه فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ماادعاه البائع والاصل معه

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الحكم الثالث بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه)

اذا حجر على المفلس باع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ ، ولانه مقصود الحجر ويستحب احضار المفلس لمعان أربعة (احدها) احصاء ثمنه وضبطه (الثاني) أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) أن الرغبة تكثر فيه فان شراءه من صاحبه أحب الى المشترين (الرابع) انه اطيب لقلبه ، ويستحب احضار الغرماء لامور اربعة (احدها) ان يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون اصلح لهم وللمفلس (الثالث)

« مسئلة » قال (ولا تباع داره التي لاغنى له عن سكناها)

وجملته ان المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب ان يحضر المفلس البيع لمعان اربعة (احدها) ليحصي ثمنه ويضبطه (الثاني) انه اعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) ان تكثر الرغبة فيه فان شراءه من صاحبه احب إلى المشتري (الرابع) ان ذلك اطيب لنفسه واسكن لقلبه ، ويستحب إحضار الغرماء أيضاً لامور اربعة (احدها) انه يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس (الثالث) أنه أطيب لقلوبهم وابعد من التهمة (الرابع) انه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها فان لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك موكول اليه ومفوض الى اجتهاده وربما اداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحة في المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، ويأمرهم الحاكم ان يقيموا مناديا ينادي لهم على المتاع فان تراضوا برجل ثقة امضاه الحاكم وان اتفقوا على غير ثقة رده ، فان قيل فلم يرده واصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبه مالو اتفق الراهن والمرتهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لانظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منهما . فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه أوفر . فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر وان كانا بجعل قدم اعرفهما واوثقهما فان تساويا قدم من يرى منهما ، فان وجد متطوعا بالنداء والا

انه اطيب لقلوبهم وابعد عن التهمة (الرابع) لعل فيهم من يجد عين ماله فيأخذها ، فان باعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك مفوض اليه وموكول الى اجتهاده فربما أداه اجتهاده الى خلاف ذلك والمبادرة الى البيع قبل احضارهم ويأمرهم ان يقيموا مناديا ينادي على المتاع ، فان تراضوا بثقة امضاه الحاكم وإن لم يكن ثقة رده ، فان قيل لم يرده وقد اتفق عليه اصحاب الحق فأشبه مالو اتفق المرتهن والراهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا الحاكم ههنا له نظر واجتهاد لانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فانه لا نظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منهما فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه اوفر ، فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر ، وإن كانا بجعل قدم أوثقهما وأعرفهما ، فان تساويا قدم من يرى منهما فان وجد متطوعا بالنداء وإلا دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم في أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه لانه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته ، فان باع في غير سوقه بثمن المثل جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد الى أنه أصلح ، ولهذا لو قال بع ثوبي بثمن كذا في سوق عينه فباعه بذلك في غيره جاز ويبيع بنقد البلد لانه أصلح ، فان كان في البلد نقود باع بغالبها فان تساوت باع بجنس الدين ، فان زاد في السلعة أحد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يبعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه

دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح وكذلك الحكم في اجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم، ويستحب بيع كل شيء في سوقه البز في البزازين والكتب في سوقها ونحو ذلك لانه احوط واكثر لطلابه ومعرفة قيمته فان باع في غير سوقه بثمن مثله جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما ادى الاجتهاد إلى ان ذلك اصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ، ويبيع بنقد البلد لانه اوفر فان كان في البلد نقود باع بغالبها فان تساوت باع بجنس الدين ، وان زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد . وان زاد بعد لزوم العقد استحب للامين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الامرين من ثمنه أو أرش جنايته وما فضل منه رده الى الغرماء ، ثم يبيع الرهن فيدفع الى المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده الى الغرماء وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ، ثم يبيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لان بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع السلع والاثاث لانه يخاف عليه وتناله الايدي ثم العقار آخراً لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه اليه لانه لاحاجة الى تأخيره وان كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر وان لم يمكن قسمته أودع عند ثقة الى ان يجتمع ويمكن قسمته فيقسم وان احتاج في حفظه الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظه ، اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة

﴿ مسئلة ﴾ (ويترك له من ماله ماتدعو اليه حاجته من مسكن وخادم)

لا تباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكناها ، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق والخادم في معنى الدار اذا كان محتاجا اليه ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها . اختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه «خذوا ماوجدتم» وهذا مما وجدوه ، ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله . ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج الى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا ، فان كان له داران يستغني باحداهما بيعت الاخرى لان به غنى عن سكناها ، وإن كان مسكنه واسعاً يفضل عن سكنى مثله بيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء ، وكذلك الثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها

(فصل) فان كان المسكن والخادم الذي لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط المذكورة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشتري

الكتاب فنقول لا تباع داره التي لاغنى له عن سكناها ، وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها واختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه « خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله

ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال « خذوا ماوجدتم » مما تصدق به عليه فان المذكور قبل ذلك كذلك روي أن النبي ﷺ قال « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ماوجدتم » أي مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولان الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك ايضا وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان كان له داران يستغني بسكنى احداهما بيعت الاخرى لان به غنى عن سكناها وان كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله بيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له اذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله اعيان اموال افلس بأعيانها ووجدها اصحابها فلهم اخذها بالشرائط التي ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به »

كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولان منعهم من أخذ أموالهم يفتح باب الحيل بأن يشتري من لامال له في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها، أو خادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له منه شيء لانه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً

﴿ مسئلة ﴾ (وينفق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه إذا حجر على المفلس ، فان كان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته فهي في كسبه فانه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز كالزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته كملت من ماله ، وان لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وان طال لان ملكه باق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم ان فيمن يعوله من تجب عليه نفقته ويكون دينا عليه وهي زوجته، فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء، ولان تجهيز الميت يقدم على دينه بالاتفاق والحي آكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف ، ويقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالد والولد وغيرهم ممن تجب نفقته لانهم يجرون مجرى نفسه في كون ذوي رحمه منهم يعتقون اذا ملكهم كما يعتق اذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته ، وكذلك نفقة زوجته لان نفقتها آكد من نفقة الاقارب ، وممن اوجب الانفاق على المفلس وزوجته واولاده ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وتجب كسوتهم لان ذلك مما لا بد منه ، والواجب من النفقة والكسوة ادنى ماينفق على مثله بالمعروف وادنى ما يكتسي مثله ، وكذلك كسوته من جنس مايكتسيه

ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ولان منهم من اخذ اعيان اموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته ثيابا يلبسها وداراً يسكنها وخادما يخدمه وفرساً يركبها وطعاما له ولعائلته ويمتنع على اربابها اخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لانه أعيان اموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصبا .

(فصل) ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب مايموه ويمون من تلزمه مؤنته اوكان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لانسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء وان لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال الامام احمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود ويترك له قوت يتقوت به وان كان له عيال ترك له قوام . قال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بابدانهم ، وينبغي ان يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره .

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي .وقال مالك : العروض من ماله والدراهم

مثله ، وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله ، واقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على راسه قلنسوة او عمامة او غيرها مما جرت عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده ، وجبة او فروة فى الشتاء لدفع البرد ، فان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشتري له كسوة مثله ورد الفضل على الغرماء ، فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة مثله لا يفضل منها شيء تركت لعدم الفائدة فى بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كفن من يمونه لأنهم بمنزلته ولا يلزم كفن زوجته لان نفقتها تجب فى مقابلة الاستمتاع وقد فات بموتها فسقطت بخلاف الاقارب فان قرابتهم باقية، ويلزمه تكفين من مات من عبيده وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به بدليل وجوب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن في ثلاث أثواب كما كان يلبس في حياته ، ويحتمل أن يكفن في ثوب يستره لانه يكفيه فلا حاجة الى الزيادة ، وفارق حال الحياة لانه لا بد من تغطية رأسه وكشفه يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الانفاق المذكور الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) فان كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شيء من ماله للنفقة ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال أحمد رحمه الله في رواية

والدنانير من مال الغرماء . وقال المغيرة الدنانير من مال اصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم ، ولنا انه من مال المفلس ونماؤه له فكان تلفه في ماله كالعروض

(فصل) واذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه فان كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض بغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز وان امتنع وطلب جنس حقه ابتيع له بحصته من جنس دينه ولو أراد الغريم الاخذ من المال المجموع وقال المفلس لاأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ،وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ الا من جنس حقه وان تراضيا على دفع عوضه لان مافي الذمة من السلم لايجوز أخذالبدل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على إجار نفسه ليقضي دينه ؟ على روايتين (إحداهما) لا يجبره وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم ولان هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر (والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن

أبي داود : يترك له قوت يتقوته ، وان كان له عيال ترك له قوام ، وقال في رواية الميموني يترك له قدر مايقوم به معاشه ويباع الباقي وهـذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيآت الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل ممـا لايتعلق به حق بعضهم بعينه لان من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره كما ذكرنا في الدار والخادم

(فصل) وإذا تلف شيء من ماله تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء ، وقال المغيرة الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم ولنا أنه من مال المفلس ونماؤه فكان تلفه ماله كالعروض من

(مسئلة) (ويبدأ ببيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب)

لان بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع الاثاث لانه يخاف عليه وتناله اليد ، ثم يبيع العقار آخراً لانه لايخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه

(مسئلة) (ويعطي المنادي أجرته من المال)

لان البيع حق على المفلس لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل هو من بيت المال لانه من المصالح

(مسئلة) (ويبدأ بالمجني عليه فيدفع اليه الاقل من الارش أو ثمن الجاني)

وقد ذكرنا ذلك في الرهن هذا إذا كان عبده الجاني ، فعلى هذا يبدأ ببيعه ومافضل من ثمنه صرف الى الغرماء ، وان كان المفلس هو الجاني فالمجني عليه أسوة الغرماء لان حقه يتعلق بالذمة بخلاف جناية العبد وقد ذكرناه

عبد العزيز وسوار والعنبري واسحاق لان النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقا في دينه وكان سرق رجلا دخل المدينة وذكر ان وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة ابعرة والحر لا يباع ثبت انه باع منافعه ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها في وفاء دينه كاجارة أم ولده ولانه قادر على وفاء دينه فلزمه كالك ما يقدر على الوفاء منه ، فان قيل حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لايباع والبيع وقع على رقبته بدليل ان في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه ماتصنع به ؟ قال أعتقه قالوا لسنا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزا في شريعتنا ، وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه سائغ كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل) (ولكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك وكذلك قوله اعتقه اي من حقي عليه وكذلك قال فاعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه . وأما قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيتوجه منع كونه داخلا تحت عمومها فان هذا في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت ان لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأباها قلوب ذوي

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يعن له رهن فيخص بثمنه)

يباع الرهن ويختص المرتهن بثمنه اذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه سواء كان المفلس حياً أو ميتاً لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى . لانعلم في هذا خلافاً وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، فان كان ثمن الرهن فضل عن دين المرتهن أعطي قدر دينه ورد الباقي على الغرماء ، وان فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالا أنه يقدم على الغرماء لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس من شراء مال المفلس خوفا من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فان حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الاول منتقض بأرش جناية المفلس (والثاني) مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ، ومتى باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس ولا شيء على العدل لانه أمين

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق

المروآت بخلاف مسئلتنا . إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب الا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره .

(فصل) ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم افلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على مافيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا ، وإن جني على المفلس جناية توجب المال ثبت المال وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه وان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فان اقتص لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وان عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص ، وان قلنا أحد امرين ثبتت له الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً فان قلنا القصاص عينا لم يثبت شيء وان قلنا أحد الامرين تثبت الدية ولم يصح اسقاطه لان عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح اسقاطها ، وان وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالثمن في البيع وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع

بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئا فان هلك العير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جملا في الذمة ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا ، وان أجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة فان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه أحوط من التأخير. فاذا استوفى المستاجر سلم المشتري فان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لان الحق لا يخرج عنهم

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن لان المشتري تم ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ، ولا فرق بين ماقبل قبض الثمن وبعده وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائما فهو أحق به لانه وجد عين ماله وان لم يجده فهو أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه لانه الذي يستحقه دون الثمن . فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر مايستحقه ، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما فى الذمة من المسلم فيه وذلك لايجوز لقول النبي عليه السلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » فان أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيزحنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم

أو أجرة في اجارة ولا قبضه رديئا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) اذا فرق مال المفلس فهل ينفك عنه الحجر بذلك أو يحتاج إلى فك الحجر عنه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه (والثاني) لا يزول الا بحكم الحاكم لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالمحجور عليه لسفه وفارق المجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف المجنون

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يكن لاحد مطالبته ولا ملازمته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه والا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ « لصاحب الحق اليد واللسان » ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلا وقول الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » رواه مسلم والترمذي وان فك الحجر عنه لم يكن لاحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالا فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا ان له مالا لم يلتفت الى قولهم حتى يثبتوا سببه فان جاءوا بعد مدة فادعوا ان في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبينوا

دينار المفلس نصفين لصاحب السلم نصفه فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، وإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلي مايستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لان المعزول ملك للمفلس وانما للغريم قدر حقه فان زاد فللمفلس وإن نقص فعليه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم من له عين مال يأخذها بالشروط المذكورة)

وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم في الاستحقاق فان كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها ، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض لغير الأثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه اشتري له بحصته من الثمن من جنس دينه، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع ، وقال المفلس لاأقضيك إلا من جنس دينك قدم قول المفلس لان هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيهما

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم)

لايحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه ذكره القاضي رواية واحدة ، وحكى أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وهو قول مالك، وعن الشافعي كالمذهبين، واحتجوا بأن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت . ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولانه

سببه أحضره الحاكم وسأله فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء وان اقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم، ان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وان قال ماهو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك. وان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني الا ان الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك لا يدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث أو يجني عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه. ولنا انهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساووا في الاستحقاق كالذين تثبت حقوقهم في حجر واحد وكتساويهم في الميراث وأرش الجناية ولان مكسبه مال له فتساووا فيه كالميراث

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وجب عليه حق فذكر انه معسر به حبس الى أن يأتي ببينة تشهد بعسرته)

وجملته أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء فان ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا وان لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » ولان الحبس إما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر

لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاغماء ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس، والاصل المقيس عليه ممنوع وان سلم فالفرق بينهما أن ذمته خربت بخلاف المفلس إذا ثبت هذا فانه اذا حجر على المفلس، فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل في الذمة الى وقت حلوله فان لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته فان أدرك بعض المال قبل قسمته شاركهم فيه بجميع دينه، ويضرب مع باقي الغرماء ببقية ديونهم، وان قلنا يحل الدين فهو كاصحاب الديون الحالة سواء

(مسئلة) (من مات وعليه دين مؤجل لم يحل اذا وثق الورثة وعنه أنه يحل)

اختلفت الرواية في حلول الدين بالموت على من هو عليه فروي أنه لا يحل اختاره الخرقي بشرط أن يوثق الورثة وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، والرواية الأخرى أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانه لايخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لانهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه. أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد

فلا فائدة في الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أولم يعرف فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذومال حبس حتى تشهد البينة باعساره . قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله ابن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبدالعزيز يقول يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد ، ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لان ذلك تكذيب للبينة وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفي بشهادتها وثبتت عسرته ، وان لم تشهد بعسرته وانما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يمينه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لانه غير ماشهدت به البينة، وان لم تشهد بالتلف وانما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة ومعرفة متقادمة لان هذا من الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك انه قال لا تسمع البينة على الاعسار لانها شهادة على النفي فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه

ولنا ماروى قبيصة بن المخارق ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له « ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل اصابته جائحة فاجتاحت

تلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فانهم لا ينتفعون بالاعيان ولا يتصرفون فيها،وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولان الموت ماجعل مبطلا للحقوق وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة ،وقد قال النبي ﷺ «من ترك حقاً أومالا فلورثته» وماذكروه اثبات حكم بالمصلحة المرسلة لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ، فعلى هـذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا ان يرضى الغريم او يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق ، وذكر القاضي أن الحق ينتقل الى ذمم الورثة بموت موروثهم من غير ان يشترط التزامهم له فلا ينبغي أن يلزم الانسان دين لا يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك بموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، فان قلنا الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة فلهم ذلك ، وإن اختاروا القضاء منها فلهم ذلك وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة ،فقلنا يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) وذكر بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة؟

ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ـ أو قال ـ سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد اصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش — أو قال — سداداً من عيش» رواه مسلم وأبو داود وقولهم ان الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقاً فانه لو شهدت البينة ان هذا وارث الميت لاوارث له سواه قبلت ولان هـذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته به بخلاف مسئلتنا وتسمع البينة في الحال ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويحبس شهراً ، وروي ثلاثة أشهر وروي أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره . ولنا ان كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات ، وما ذكروه لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة . فان قال الغريم احلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية اسحاق ابن ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر . قال القاضي : سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل ان يستحلف ، وهذا القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان له مالا خفي على البينة ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار فيما اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من اقر له غريمه بتلف

روايتين (احداها) لا يمنعه للخبر المذكور ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفلس فلم يمنع نقله فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني (والثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما ، فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن لهم الغرماء وأن تصرف الغرماء لم يصح الا باذن الورثه

﴿مسألة﴾ (وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه)

وبهذا قال الشافعي وحكي عن مالك وحكي عنه لايحاصهم لانه نقض لحكم الحاكم

ولنا أنه غريم يقاسمهم لو كان حاضرا ، فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكما انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه مالو قسم أرضا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم ظهر وارث سواه

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الاجرة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة وسقط من الاجرة بقـدر ذلك ثم ان وجد عين ماله أخذ منه بقدر ذلك ، وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لان سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيبا فردها به أوردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لأن

ذلك المال وادعى أن له مالا سواه او انه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البينة واقر له غريمه بتلف ماله وادعى ان له مالا سواه لزمته اليمين فكذلك اذا قامت به البينة فانها لا تزيد على الاقرار، وان كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال اخذه كأرش جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع ان كان امرأة وان لم يعرف له مال حلف انه لا مال له وخلي سبيله ولم يحبس وهذا قول الشافعي وابن المنذر فان شهدت البينة باعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم، وان شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه وكذلك لو اقر له به غريمه وانما اكتفينا بيمينه لان الاصل عدم المال لما روي ان النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء «لا تيئسا من الرزق ما اهتزت رءوسكما فان ابن آدم يخلق وليس له الا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى» قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف المسئلة الاولى فان الاصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه والخرقي لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) اذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والاغلاظ له بالقول فيقول ياظالم يامتعدي ونحو ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد يحل عقوبته وعرضه » فعقوبته حبسه وعرضه أي يحل القول في عرضه بالاغلاظ وقال النبي صلى الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم » وقال « إن لصاحب الحق مقالا »

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا مات فتبين أنه كان مفلسا لم يكن لاحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون حياً فان مات فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك واسحاق، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه

البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشترى عن المبيع، وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء.

﴿مسئلة﴾ (وان بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على ايجار نفسه لقضائها على روايتين)

(إحداهما) لا يجبر وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا اصيب في ثمرة ابتاعها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه» فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم ولانه تكسب المال فلم يجبر عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

(والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والعنبري واسحاق لما روي

وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه ، رواه أبو داود وابن ماجه واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به » ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ، ولان الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون . وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، قال ابن عبدالبر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقي وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ثم هو غير معمول به اجماعا فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ماحكي عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها اذا مات المشتري وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله ، وأما الحديث الآخر فنقول به وان صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس وما وجده في مسئلتنا عنده انما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر وانما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ويفارق حالة الحياة حال الموت لامرين (أحدهما) أن الملك في الحياة للمفلس وههنا لغيره (والثاني) ان ذمة المفلس خربت ههنا خرابا لا يعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه)

وجملة ذلك ان من عليه الدين اذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل

أن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه وكان سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرة . رواه الدار قطني بمعناه من رواية خلد بن مسلم الزنجي الا أن فيه كلاماً والحر لا يباع ثبت أنه باع منافعه ، ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم اخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليه كبيع ماله، ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها لوفاء دينه كاجارة أم ولده . فان قيل حديث سرق منسوخ لان الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل ان في الحديث ان الغرماء قالوا لمشتريه ماتصنع به ؟ قال اعتقه ، قالوا : لسنا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات نسخ بالاحتمال ولا يجوز ، ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا وحمل بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم ، فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه كثير في القرآن

محل قدومه من السفر مثل أن يكون سفره الى الحج لا يقدم الا في صفر وذينه يحل في المحرم أوذي الحجة فله منعه من السفر لان عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضمينا مليئاً أو دفع رهنا يفي بالدين عند المحل فله السفر لان الضرر يزول بذلك ، وأما ان كان الدين لا يحل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر نظرنا فان كان سفره الى الجهاد فله منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الخرقي انه ليس له منعه وهو أحد الروايتين عن احمد لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي الى الجمعة ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلا بحال سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده أو الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير ، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه ان لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله ، وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحده

وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل - واسأل القرية) وغير ذلك ، وكذلك قوله أعتقه أي من حقي عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه ، وأما قوله تعالى (فنظرة الى ميسرة) فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته . أما قبول الهدية والصدقة فضرة تأباها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة . فعلى هذا لا يجبر على الكسب الا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم .

(فصل) ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وتملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على مافيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا

(فصل) وان جني على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفوه فان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحة الزجر ، فان اقتص لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الغرماء ، وإن عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء ، وان قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب عيناً لم يثبت شيء ، وان قلنا أحد الامرين يثبت الدية ولم يصح إسقاطه لان عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها ، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن في المبيع وليس له إسقاط شيء من ثمن مبيع أو اجرة اجارة ولا قبض رديء ، ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) أي حراما محرما ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر؟) أي عقل سمي حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب مايقبح وتضر عاقبته وهو في الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله والحجر على ضربين: حجر على الانسان لحق نفسه وحجر عليه لحق غيره، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها. وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة الصبي والمجنون والسفيه وهذا الباب مختص

﴿مسألة﴾ (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكم حاكم)

لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالمحجور عليه لسفه، وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه والاول أولى وفارق المجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف المجنون

(فصل) وإذا فك الحجر عنه فليس لاحد مطالبته وملازمته حتى يملك مالا، فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يقبل إلا ببينة، فان جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا او ادعوا ذلك عقيب فك الحجر عنه وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء، وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز ان يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس. وان لم يصدقه عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه أقر ان المال له فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك، فان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر

﴿مسألة﴾ (ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني)

إلا أن الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها، وبهذا قال الشافعي وقال مالك: لايدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا الا أن يكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه. ولنا أنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساووا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكتساويهم في الميراث وأرش الجناية، ولان كسبه مال له فتساووا فيه كالميراث

(مسألة) (وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا)

المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء وان امتنع لم يجبر لانا لا نعلم صدق الشاهد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج الى يمين معه

بهؤلاء الثلاثة والحجر عليهم حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) والآية التي بعدها، قال سعيد بن جبير وعكرمة هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال إلى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) يعني اختبروهم في حفظهم لاموالهم (حتى اذا بلغوا النكاح) أي مبلغ الرجال والنساء (فان آنستم منهم رشداً) أي أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لاموالهم وصلاحا في تدبير معايشهم

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أونس منه رشد دفع اليه ماله اذا كان قد بلغ)

فلا نجبره على مالا نعلم صدقه كغيره فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك وبهذا قال الشافعي في الجديد ،وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم ان يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ،ولنا أنهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك زوجها لتتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق مابعد الموت فان المال انتقل اليهم فهم يثبتون بأيمانهم ملكا لانفسهم .

(فصل) قال رحمه الله (الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفلس فمن أقرضه شيئاً أو باعه اياه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه)

اذا تصرف المحجور عليه في ذمته بشراء او اقتراض صح لانه أهل للتصرف والحجر إنما تعلق بماله وقد ذكرناه وليس للبائع ولا للمقرض مطالبته في حال الحجر لان حق الغرماء تعلق بعين ماله الموجود حال الحجر وبما يحدث له من المال فقدموا على غيرهم ممن لم يتعلق حقه بعين المال كتقديم حق المرتهن بثمن الرهن ، وتقديم حق المجني عليه بثمن العبد الجاني فلا يشارك اصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرنا ،ولان من علم منهم بفلاسه فقد رضي بذلك ومن لم يعلم فهو مفرط ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لانسان بمال بعد الحجر عليه وفي اقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فان وجد البائع والمقرض أعيان أموالهما فهل لهم الرجوع فيها؟ على وجهين (أحدهما) لهما ذلك للخبر (والثاني) لافسخ لهما لانهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيبا يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه)

الحجر على هؤلاء الثلاثة حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) وقوله (وابتلوا اليتامى) الآية قال سعيد بن جبير وعكرمة : هو مال اليتيم عندك لا تؤته اياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال الى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ، ومدبروها ، وقوله (وابتلوا اليتامى) اختبروهم في حفظهم لاموالهم

﴿مسئلة﴾ (فلا يصح تصرفهم قبل الاذن) لان تصحيح تصرفهم يفضي الى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم

(مسئلة) (ومن دفع اليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ماكان باقيا)

لانه عين ماله وتصرفهم فاسد فان اتلفه واحد منهم فهو من ضمان مالكه ، وكذلك ان تلف

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (احدها) في وجوب دفع المال الى المحجور عليه اذا رشد وبلغ وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى ، قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولان الحجر عليه انما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظا لما له عليه وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغير خلاف ولا يعتبر ذلك في الصبي اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا يزول الا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفيه، ولنا ان الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم وهـذا خلاف النص ولانه حجر بغـير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفيه ، وقد ذكر أبو الخطاب ان الحجر على السفيه يزول بزوال السفه والاول أولى فصار الحجر منقسما الى ثلاثة اقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفيه وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي

في يده لانه سلطه عليه برضاه وسواء علم بالحجر على السفيه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط وان لم يعلم فهو مفرط أيضاً اذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه ، فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي انه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه ان كان سفيها لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل ان لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالغصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك وكذلك الحكم في الصبي والمجنون فان أودع عند الصبي والمجنون أو اعارهما فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما لانهما ليسا من اهل الحفظ ، وان أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما في الوديعة

《 مسئلة 》 (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشـدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع اليهما مالهما ولا ينفك قبل ذلك بحال)

اذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ولا يحتاج إلى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبي اذا بلغ ورشد وهذا مذهب الشافعي، وقال مالك لا يزول الا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم حاكم كزوال الحجر عن السفيه . ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص، ولانه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون ولان الحجر عليه انما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه فتى بلغ ورشد زال الحجر لزوال سببه ، السفيه لنا فيه منع، فعلى هذا الحجر منقسم الى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم الحاكم وهو الحجر للمجنون ، وقسم لا يزول الا بحكم حاكم وهو الحجر للسفه، وقسم فيه الخلاف وهو الحجر على الصبي

(الفصل الثاني) أنه لا يدفع اليه ماله قبل وجود الامرين البلوغ والرشد ولوصار شيخا وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أكثر علماء الامصارمن أهل الحجازوالعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخا يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال ياأبا محمد ادفع إلي مالي فانه لايولى على مثلي فقال انك فاسد . فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع إلي مالي . فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال هي حرة مسلمة وما كنت لاحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة لحبس رقيقه. قال ابن اسحاق ماكان يعاب على رجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله

(فصل) ومتى انفك الحجر عنهما دفع اليهما مالهما لقول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك ولان منعه من التصرف انما كان لعجزه عن التصرف حفظاً لماله فاذا صار أهلا للتصرف زال الحجر لزوال سببه

(فصل) ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع اليه ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار شيخا وهو قول الاكثرين قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل العراق والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا وبه قال القاسم بن محمدومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخا يخضب وقد جاء الى القاسم بن محمدفقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فانه لايولى علي مثلي فقال . إنك فاسد فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر إن لم تدفع الي مالي، فقال القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث الى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة لحبس رقيقه . وقال ابن اسحاق ماكان يعاب على الرجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة ، وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك الحجر عنه ودفع اليه ماله لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد

ولنا قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) أي أموالهم وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما وقال تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر فلم يجز دفع ماله اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتجوا بها فانما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل

لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح ان يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد

ولنا قول الله تعالى ، وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنسم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعني أموالهم وقول الله تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فاثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر لماله فلا يجوز دفعه اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتج بها فانما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن تخص به أيضاً كما انها لما خصصت في حق المجنون لاجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضا بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وما ذكروه من كونه جدا ليس تحته معنى يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا اقراره،

خمس وعشرين بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصصت في حق المجنون لجنونه فيما قبل خمس وعشرين خصصت بعدها ، وما ذكرنا من المنطوق أولى مما يستدل به من المفهوم المخصص وقوله انه صار يصلح جداً لا معنى تحته يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور ممن هو دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة فما أوجب الحجر قبلها يوجبه بعدها ، اذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة يصح بيعه واقراره لأن البالغ عنده لا يحجر عليه وانما لم يسلم اليه للآية

ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلم يصح تصرفه واقراره كالصبي والمجنون ولانه إذا نفذ تصرفه واقراره تلف ماله ولم يفد منعه من ماله شيئا ولان تصرفه لو كان نافذاً لسلم اليه ماله كالرشيد فانه انما منع ماله حفظا له فاذا لم يحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل، وتزيد الجارية بالحيض والحمل)

يثبت البلوغ في حق الجارية والغلام بأحد الاشياء الثلاثة المذكورة وهي : خروج المني من القبل وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد كيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك يحصل به البلوغ لا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله (والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » رواه أبو داود ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها (الثاني) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في حق الغلام والجارية وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن

وقال أبو حنيفة يصح بيعه واقراره وانما لا يسلم اليه ماله لان البالغ عنده لا يحجر عليه وانما منع تسليم ماله اليه للآية ، وقال أصحابنا في اقراره يلزمه بعد فك الحجر عنه اذا كان بالغاً . ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفه واقراره كالصبي والمجنون ، ولانه اذا نفذ تصرفه واقراره تلف ماله ولم يفد منعه من ماله شيئاً ولان تصرفه لو كان نافذاً لسلم اليه ماله كالرشيد فانه انما يمنع ماله حفظاً له فاذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصل في حق الغلام والجارية باحد ثلاثة اشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والانثى فاولها خروج المني من قبله وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد فكيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ لا نعلم في ذلك اختلافا لقول الله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا— وقوله — والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم» وقوله عليه السلام لمعاذ «خذ من كل حالم ديناراً» رواهما أبو داود . قال ابن المنذر وأجمعوا على ان الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الانبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة الذي استحق أخذه بالموسى . وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات

ثلاث عن الصبي حتى يحتلم» واثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثماني عشرة ، وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان (احداهما) سبع عشرة (والثاني) ثماني عشرة والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف فيما دون هذا ولا اتفاق . ولنا أن ابن عمر قال عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني متفق عليه ، وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالانزال وما احتج به مالك وداود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان انبات الشعر علما عليه (الثالث) نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة ، فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن

ولنا أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤتزريهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت الحقوه بالذرية . قال عطية القرظي عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟

شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بان تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية وقال عطية القرظي عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية متفق على معناه . وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، وروى محمد بن يحي بن حبان ان غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر لحددتك، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاحتلام ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغا في حق المسلمين كالاحتلام والسن

وأما السن فان البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثماني عشرة ، وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان (إحداهما) سبع عشرة (والثانية) ثماني عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف في هذا ولا اتفاق

ولنا ان ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني . متفق عليه . وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وانا ابن خمس عشرة فأجازني

فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية . متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال . لو أنبت لحددتك ، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالباً يستوي فيه الذكر والانثى فكان علماً على البلوغ كالاحتلام ، ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشرك كان بلوغا في حق المسلم كالاحتلام والسن

(فصل) والحيض علم علي البلوغ في حق الجارية لا نعلم فيه خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وكذلك الحمل يحصل به البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة أن الولد انما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الاحاديث ، فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) إذا وجد خروج المني من الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا، وان خرج من فرجه أو حاض كان علما علي بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي: ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتمعا فقد بلغ وهو مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج ذلك منه خلقة زائدة .

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثيته فخروج المني والحيض أولى

فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وروي عن أنس ان النبي ﷺ قال « اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود » ولان السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالانزال وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ففيما رويناه جواب عنه وما احتج به داود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان انبات الشعر علما عليه، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافا، وقد قال النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن، وأما الحمل فهو علم على البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة ان الولد لا يخلق الا من ماء الرجل وماء المرأة. قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق * خلق من ماء دافق * يخرج (١) من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فمتى حملت حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) واذا وجد خروج المني من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا وان خرج من فرجه او حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة، وقال القاضي ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتمعا فقد بلغ، وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقة زائدة

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلا أو امرأة فخروج المني والحيض أولى واذا ثبت كونه رجلا خرج المني من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ

وإذا ثبت كونه رجلا خرج المني من ذكره، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ، ولان خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين، واذا ثبت التعيين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه، ولانهم سلموا أن خروجهما معاً دليل عليه فخروج أحدهما منفرداً أولى لان خروجهما معاً يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها، وليس أحدهما أولى بذلك من الآخر فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعاً بخلاف ما اذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه، فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هذا اذا خرجا جميعا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة، وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلا فقد خرج المني من ذكره، وان كان أنثى فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لان هذا يجوز أن لا يكون حيضاً ولا منياً فلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانتفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والانوثية

﴿ مسئلة ﴾ (والرشد الصلاح في المال)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر. الرشد الصلاح في الدين والمال لان الفاسق غير رشيد، ولان افساد دينه يمنع الثقة به في حفظ

(١) المشهور أن الضمير في يخرج للماء الدافق وأن المراد صلب الرجل وترائب المرأة وفيه إشكال للاطباء واجيب عنه بأجوبة منها قول شيخنا إنهما كناية عن اجتماع الرجل والمرأة الاجتماع الخاص الذي يكون سبباً لخروجه من بينهما ووقوعه في الرحم. ولو قيل إن الضمير للانسان وما بين الصلب والترائب بطن الام لزال الاشكال من أصله

ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين فاذا ثبت التعيين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ولانه مني خارج من ذكر أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كالمني الخارج من الغلام والحيض الخارج من الجارية ولأنهم سلموا أن خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج أحدهما منفرداً أولى لان خروجهما معا يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا وكالبول. إذا خرج من المخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بان الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها فعلى هذا ان خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لان الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلا فقد خرج المني من ذكره وان كان امرأة فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لانه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا فلا يكون فيه دلالة وقد دل تعارضهما على ذلك فانتفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والانوثية والله أعلم.

ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا تبذير. ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس: يعني صلاحا في أموالهم، وقال مجاهد اذا كان عاقلا، ولان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحا لماله فقد وجد منه رشد، ولان العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا، ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه انما كان لحفظ ماله عليه والمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه قولهم ان الفاسق غير رشيد قلنا هو غير رشيد في دينه، أما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد في دينه ولا يحجر عليه لذلك، ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله اليه، فان من عرف بكثرة الغلط والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس لاتقبل شهادتهم وتدفع أموالهم اليهم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدفع ماله اليه حتى يختبر)

لانه انما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى) أي اختبروهم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله اليه، فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء، فاذا تكرر منه فلم يغبن ولم يضيع مافي يديه فهو رشيد، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان صرفها في مصارفها ومواقعها واستوفى على وكيله فيما وكله واستقصى عليه دل على رشده، والمرأة يفوض اليها مايفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الجارية وان لم تنكح)

يعني أن الجارية اذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع اليها مالها وزال الحجر عنها وان لم تتزوج ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد لا يدفع الى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال عهد إلي عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولداً رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعا ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لان كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ واونس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح ، ولنا ان نمنع ذلك وان سلمناه

(مسئلة) (وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه)

كالغناء والقمار وشراء المحرمات ، وشراء آلات اللهو والخمر وان يتوصل به الى الفساد فهذا غير رشيد لانه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه ، فان كان فسقه بالكذب والتهاون بالصلاة مع حفظه لماله لم يمنع ذلك من دفع ماله اليه لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه لا يدفع الى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة)

المشهور في المذهب ان الجارية اذا بلغت ورشدت دفع اليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها وان لم تتزوج وهذا قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج وتلد أو تقيم سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال . عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد . رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعا ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ وأنس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ، ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج ، وحديث عمر إن صح فلم نعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس ، وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح

ولنا ان نمنعه وان سلمناه فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم الا بمباشرته

فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم الا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حديث عمر ولانه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجز دفعه اليها كما لو ترشد ، وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا احدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي ان امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟» فقالت نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى كعب فقال « هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ » قال نعم فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابن ماجه ، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة

والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية اذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حديث عمر ولانه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجز دفعه اليها كما لو لم ترشد وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(مسئلة) (وقت الاختبار قبل البلوغ في احدى الروايتين)

وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) أنه سماهم يتامى وانما يكونون يتامى قبل البلوغ (الثاني) أنه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فيدل على أن الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما نذكره ، وعنه ان اختباره بعد البلوغ أومأ إليه أحمد لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولاصحاب الشافعي نحو هذا الوجه

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون الا للأب) لانها ولاية على الصغير فقدم فيها الاب كولاية النكاح ثم وصيته بعده لانه نائبه أشبه وكيله في الحياة ثم للحاكم لان الولاية انقطعت من جهة القرابة فتثبت للحاكم كولاية النكاح ومذهب أبي حنيفة والشافعي ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية لانه أب

ولنا أن الجد لا يدلي بنفسه وانما يدلي بالاب الادنى فلم يل مال الصغير كالاخ ولان الاب يسقط الاخوة بخلاف الجد وترث الام معه ثلث الباقي في زوج وأم وأب وزوجة وأم أب بخلاف الجد فلا

عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بمالها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به فاذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وانهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ولان المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كأختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه (أحدها) أن المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر

يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لان المال محل الجناية ومن سواهم قاصر الشفقة غير مأمون على المال فلم يله كالاجنبي ، ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغير خلاف لان في تفويضها الى الفاسق تضييعاً للمال فلم يجز كتفويضها الى السفيه ، وكذلك الحكم في السفيه اذا حجر عليه صغيراً واستدام الحجر عليه بعد البلوغ

﴿مسئلة﴾ (وليس لوليهما التصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما وما لاحظ فيه ليس له التصرف به كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة)

لقول الله سبحانه وتعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وقوله عليه الصلاة والسلام « لاضرر ولا ضرار » رواه الامام أحمد وهذا فيه اضرار فان فعل شيئا من ذلك أوزاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن لانه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما الا الأب لانه غير متهم عليه لكمال شفقته)

وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وزادوا الجد وقال زفر لا يجوز لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولايجوز ان يتعلق به حكمان متضادان، ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد ،فأما الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه وترك حظ نفسه لحظه ،وبهذا فارق الوصي والحاكم وامينه،فأما الحاكم والوصي فلايجوز لهما ذلك لانهما متهمان في طلب الحظ لانفسهما فلم يجز ذلك لهما بخلاف الاب

(مسئلة) (ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال)

الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بما لها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعا

(فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه؟ على روايتين (إحداهما) الجواز لان عائشة قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » ولم يذكر إذنا وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل علي جناح ان أرضخ مما يدخل علي فقال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعى عليك » متفق عليهما وروي أن امرأة أتت النبيَ صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال « الرطب تأكلينه وتهدينه » ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله (والرواية الثانية)لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله

اذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفاً فكاتبه بألفين أو يعتقه بهما فان لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة لايجوز اعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعي لا يجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منهما العتق دون المعاوضة فلم يجز كالاعتاق بغير عوض

ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقا فانه اذا حصل لليتيم حظ لم يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ماقاسوا عليه فانه لا نفع فيه لعدم الحظ وانتفاء المقتضي لا لما ذكروه ولوقدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً وان كان العتق على مال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ فيه ،وقال أبو بكر يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ فيه مثل ان تكون له جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ولو أفردت إحداهما ساوت مائتين ولا يمكن افرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتيها

(مسئلة) (وله تزويج إمائهما) إذا وجب تزويجهن بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه لانه ولي عليهن وقائم مقام مالكهن فكان له تزويجهن كالمالك .

﴿ مسئلة ﴾ (وله السفر بمالهما للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزء من الربح)

أباكان او وصياً او حاكما أو امين حاكم وهو أولى من تركه ، وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور ويروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم احداً كرهه الا الحسن ولعله اراد اجتناب المخاطرة به ورأى خزنه احفظ له وهوقول الجمهور لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ولي يتيما له مال

صلى الله عليه وسلم يقول « لاتنفق المرأة شيئا من بيتها إلا باذن زوجها » قيل يارسول الله ولاالطعام؟ قال « ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه » وقال « إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولانه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة ، والاول أصح لان الاحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كانه قال لها افعلي هذا ، فان منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لان المنع الصريح نفى للاذن العرفي ولوكان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، ولو كانت امراته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولامن التصرف في شيء من ماله لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها والله أعلم

فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي موقوفاً على عمر وهو أصح من المرفوع ولان ذلك أحفظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم الا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا الى الامناء ولا يغرر به ، وقد روي عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل انه كان في موضع مأمون قريب من الساحل، ويحتمل أنها جعلت ضمانة عليها ان هلك

﴿مسئلة﴾ (والربح كله لليتيم)

يعني إذا اتجر بنفسه وأجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز له ان يدفعه بذلك فجاز ان يأخذه بذلك له ،ويتخرج لنا مثل ذلك كما قلنا في الشريك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الاجارة عليه فانه يستحق الاجرة في أحد الوجهين كذلك هذا وبه قال أبو حنيفة ، والصحيح ما قلناه لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة لنفسه

﴿مسئلة﴾ (فأما ان دفعه الى غيره فللمضارب ماجعل له الولي)

ووافقه عليه في قولهم جميعاً لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فأشبه تصرف المالك في ماله .

(فصل) وله ابضاع ماله وهو دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز له بيعه نساء اذا كان لهالحظ في ذلك)

فانه قد يكون اكثر ثمناً وانفع لكن يحتاط على الثمن بأن يأخذ به رهناً أوكفيلا موثوقاً يتحفظ الثمن به

﴿مسئلة﴾ (وله قرضه برهن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وقال الحسن والشافعي وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله لان الفاسق غير رشيد ولان افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا تبذير

ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس يعني صلاحا في أموالهم وقال مجاهد اذا كان عاقلا ولان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشد ولان العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه وقولهم ان الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد في دينه اما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطا في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله اليه فان من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع اليهم

اذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له لم يجز ، وان كان في قرضه حظ لليتيم جاز . قال أحمد لا تقرض مال اليتيم لأحد تريد مكافأته ومودته . ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر وقيل لاحمد ابن عمر اقترض مال اليتيم قال : انما استقرض نظراً لليتيم واحتياطا إن أصابه شيء غرمه . قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرهما أو يكون مما يتلف بتطاول مدته ، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفا من السوس أو تنقص قيمته ، وأشباه هذا فيجوز القرض لان لليتيم فيه حظاً فجاز كالتجارة به ، وان لم يكن فيه حظ لم يجز لانه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وان اراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، فان أراد أن يودع مال اليتيم فقرضه لثقة أولى من ذلك لان الوديعة لا تضمن فان لم يجد ثقة يستقرضه فله ايداعه لانه موضع حاجة ، وان أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه لانه ربما رأى الايداع أولى من القرض فلا يكون مفرطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا لمليء أمين ليأمن جحوده وتعذر الايفاء وينبغي ان يأخذ رهنا ان امكنه فان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه فى ظاهر كلام أحمد لان الظاهر أن من يستقرضه لحظ اليتيم لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وظاهر كلام شيخنا فى هذا الكتاب المشروح أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب لان فيه احتياطاً للمال ، فان تركه احتمل ان يضمن ان ضاع المال لتفريطه واحتمل أن لا يضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام احمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر هل يجوز للوصي ان يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين بناء على الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي ، وفى الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه .

أموالهم . إذا ثبت هذا فان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة واضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله اليه لان المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة اليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله اليه لم ينزع منه

(فصل) وإنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) يعني اختبروهم كقوله تعالى (ليبلوكم أيكم أحسن عملا؟) أي يختبركم ، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء فاذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد ، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان كان قيما بذلك يصرفها في مواقعها ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه فهو رشيد . والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك ، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ فى إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) انه سماهم يتامى : وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ

﴿مسئلة﴾ (وله شراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة اهل بلده به)

اذا رأى المصلحة في ذلك كله لانه مصلحة له فانه يحصل له الفضل ويبقى الاصل والغرر فيه أقل من التجارة لان اصله محفوظ

(فصل) ويجوز ان يبني لهما عقاراً لانه في معنى الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد بناءه بناه بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة أهل البلد به وقال اصحابنا يبنيه بالآجر والطين لا يبني باللبن لانه اذا هدم لامرجوع له ولابجص لانه يلتصق بالآجر فلايخلص منه فاذا انهدم فسد الآجر لان تخليصه منه يفضي الى كسره وهذا مذهب الشافعي والذي قلناه اولى ان شاء الله فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله ولايجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الاجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج اليه مع ان كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل ، فعلى هذا يحمل قول أصحابنا على من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها ولايصح حمله في حق غيرهم وانما يفعل ماذكرنا من الشراء والبناء إذا رأى المصلحة فيه والحظ لهما

﴿ مسئلة ﴾ (وله شراء الاضحية لليتيم الموسر)

نص عليه اذا كان له مال كثير لا يتضرر بشرائها فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو يوم عيد وفرح وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل» رواه مسلم وهذا قول أبي حنيفة ومالك قال مالك اذا كان له ثلاثون ديناراً يضحي عنه بالشاة بنصف دينار . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لايجوز وهو مذهب الشافعي

(والثاني) انه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فدل على ان الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر الا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أومأ أحمد في موضع الى ان اختباره بعد البلوغ لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان عاود السفه حجر عليه)

وجملته ان المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه اعيد عليه الحجر وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد . ولنا اجماع الصحابة وروى عروة بن الزبير ان عبدالله ابن جعفر ابتاع بيعا فقال علي رضي الله عنه لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه في

لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالهدية . قال شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية اذا كان الطفل لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها والموضع الذي أجازها اذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة فيها ، وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لانه لا تحل الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

(فصل) ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى ، وان كان الافراد أرفق به أفرده لقول الله تعالى (ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم) أي ضيق عليكم وشدد ، من قولهم أعنت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد

(مسئلة) (ويجوز تركه في المكتب وأداء الاجرة عنه بغير اذن الحاكم)

وحكي لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك ، وذلك لان المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله وملبوسه ، وكذلك يجوز أن يسلمه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(مسئلة) (ولا يبيع عقارهم الا لضرورة أوغبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعداً)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لاننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فبيعه اذاً تفويت للحظ فان احتيج الى بيعه جاز قال أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان أحظ لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح ، قال القاضي لا يجوز بيعه

البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ولان هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود ، ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون ، وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه

(فصل) ولا يحجر عليه الا الحاكم ، وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره لان ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون : ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم كابتداء مدة العنة ولانه حجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه. ولا يزول الا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب : يزول السفه لانه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا به كحجر المفلس ولان الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والجنون فان الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، ولاننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة

الا في موضعين (أحدهما) أن يكون فيه ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله ، قال أبو الخطاب كالثلث فما زاد أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه وهذا الذي ذكره شيخنا في المقنع وهو قول في مذهب الشافعي وكلام أحمد يقتضي اباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكروه فان الولي قد يرى الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة لا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره وقد تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار او غيره فيبيعها ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها وأشباه هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع مثلا ثمنه إما لحاجته اليه واما لانه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي ﷺ « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه » فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكروه في الجواز ولا في المنع بل متى كان الحظ في بيعه جاز وما لا فلا ، وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان وصي لأحدها بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لاعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية) لانه مصلحة ليس فيها ضرر ، وان كانت تلزمه نفقته لم يجز له قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه) وجملة ذلك أن المحجور عليه اذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه أعيد عليه الحجر وبه

المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والسفيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله)

وجملته ان الحاكم اذا حجر على السفيه استحب ان يشهد عليه ليظهر أمره فتجتنب معاملته، وان رأى أن يأمر مناديا ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد عليه لانه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به فاذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقيا ، وإن أتلفه السفيه أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفيه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم ان كان باقيا ، وان كان تالفا فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط بدفع ماله الى من حجر عليه ، وان لم يعلم فهو مفرط اذ كان في مظنة الشهرة هذا اذا كان صاحبه قد سلطه عليه فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه مالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع ، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالغصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك ، ولان الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك

(فصل) والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وان أتلفاه ففي ضمانه وجهان

(فصل) ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما داما في الحجر الا الاب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفيه فان كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولي فيه من

قال القاسم بن محمد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، روي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه مكلف فلم يحجر عليه كالرشيد . ولنا ماروى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال علي لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه في البيع فقال عثمان كيف أحجر على من شريكه الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ولانه سفيه فحجر عليه كما لو بلغ سفيها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث وجب انتزاع المال كالجنون وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه ، إذا ثبت ذلك فلا يحجر عليه الا الحاكم وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره لان ذلك سبب الحجر

ذكرناه، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر في ماله الا الحاكم لان الحجر يفتقر الى حكم حاكم وزواله يفتقر الى ذلك فكذلك النظر في ماله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا أو طلق زوجته لزمه ذلك)

وجملته ان المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فان ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لا نعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان اقرار المحجور عليه على نفسه جائز اذا كان اقراره بزنا او بسرقة او شرب خمر او قذف او قتل وان الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع طلاقه لان البضع يجري مجرى المال بدليل انه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال . ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالاقرار بالحد والقصاص ودليل انه لا يجري مجرى المال انه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف فى المال ولا يملك بالميراث ولانه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لانه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ولانه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال

(فصل) وان خالع صح خلعه لانه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل

فأشبه الجنون ، ولنا ان التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم حاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لان الحجر عليه يفتقر الى الحاكم فكذلك النظر في ماله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكمه)

يعني اذا رشد احتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم وبه قال الشافعي وقيل ينفك بمجرد رشده ، قاله أبو الخطاب لان سبب الحجر زال فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون ، ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا بحكمه كالمفلس ولان الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه وفارق الصبي والمجنون فان الحجر عليهما بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه ولاننا لو وقفنا صحة تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليهم ، قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والمجنون

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب اظهار الحجر عليه وان يشهد عليه الحاكم) ليظهر أمره فيجتنب

به المال أولى الا ان العوض لا يدفع اليه ، وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وان أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته على اتلافه

(فصل) وإن أعتق لم يصح عتقه وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي ، وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا انه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فأشبه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما

(فصل) وان تزوج صح النكاح باذن وليه وبغير إذنه وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال ابو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وابي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء . ولنا انه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وان لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحته لانه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصح استيلاده وتعتق الامة المستولدة بموته لانه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه

معاملته وإن رأى أن يأمر مناديا ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد لانه قد ينتشر أمره لشهرته

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح تزويجه باذن وليه)

وبغير اذنه وهو قول أبي حنيفة واختاره القاضي ، وقال أبو الخطاب لا يصح بغير اذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء ، ووجه الاول أنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وان لزم منه المال لحصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحة التصرف

(فصل) وان خالع صح خلعه لانه اذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع اليه وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وقال القاضي يصح وسنذكر ذلك في باب الخلع فان قلنا : لا يصح القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه ولا تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته عليه .

﴿مسئلة﴾ وهل يصح عتقه؟ على روايتين (إحداهما) لا يصح وهو قول القاسم بن محمد والشافعي (والثانية) يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فاشبه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح كعتق الصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما وفي عتقهما خلاف أيضا قد ذكرناه

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحة لأنه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاده وتعتق الأمة المستولدة بموته لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للتشفي والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال وقلنا الواجب القصاص عيناً صح عفوه لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا أحد شيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين

اولى، وله المطالبة بالقصاص لانه موضوع للتشفي والانتقام، وهو من أهله وله العفو على مال لانه تحصيل للمال لا تضييع له، وان عفا على غير مال نظرت فان قلنا الواجب القصاص عينا صح عفوه لانه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا احد الشيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو احد الشريكين، وان احرم بالحج صح إحرامه لانه مكلف احرم بالحج اشبه غيره، ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ثم ان كان احرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وان كان تطوعا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت اليه لانه لا ضرر في إحرامه وان كانت نفقة السفر أكثر فقال أنا أكتسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير اذن سيده، وان حنث في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك، وان

وان أحرم بالحج صح لانه مكلف أشبه غيره ولانه عبادة فصحت منه كسائر العبادات فان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه وان كان تطوعا وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت لانه لاضرر في إحرامه فان زادت نفقة السفر فقال : انا اكسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لايضر بماله وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما في مضيه فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد اذا أحرم بغير إذن سيده وان لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء في نهار رمضان كفر بالصيام لما ذكرنا وان أعتق أو اطعم لم يجزه لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس، وبهذا قال الشافعي، ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحة عتقه وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه وان نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكفر بالصيام فان فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أداؤه وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به)

وجملة ذلك ان المحجور عليه لسفه أو فلس إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والقذف والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبههما فانه يصح اقراره ويلزمه حكم ذلك في الحال بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان اقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وان الحدود تقام عليه. وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر انما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول الاكثرين، وقال ابن أبي ليلى لا يقع لان البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال

أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه ؟ وبهذا قال الشافعي لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه ، وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه ، وان نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق ان قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا انه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه فانه يلزمه أداؤه وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(فصل) وان أقر بنسب ولد قبل منه لانه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقراره بالحد والطلاق ، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لان ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره)

وجملته ان السفيه اذا أقر بمال كالدين أو بما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه

ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالاقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولانه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) وان أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لانه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه الى مال ولانه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء فعلى هذا القول يسقط القصاص ولا يجب المال في الحال

(فصل) وان اقر بنسب ولد قبل منه لانه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقراره بالحد والطلاق واذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة .

﴿ مسئلة ﴾ (قال وان أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه مطلقا)

اذا أقر السفيه بمال كالدين أو ما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فأشبه الصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال فائدة الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال ، وظاهر قول الاصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه ، وهو قول أبي ثور واختيار الخرقي لانه مكلف أقر بما يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين وكاقرار الراهن على الرهن وكاقرار المفلس ، ويحتمل أن لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولا المنع من نفوذ اقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر عنه لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكمل حالتيه

وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح اقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لوقبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقي انه يلزمه ما أقر

وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغرماء بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سببا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر ولان الحجر لحق الغير فلم يمنع تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف قلبه وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون . فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه لانه علم أن عليه حقا فلزمه أداؤه كما لو لم يقر به، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن أتلف مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداؤه لانه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه كما لو لم يقر به

(مسئلة)(وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا من قبل)

لانه محجور عليه لحظه فهو كالصبي والمجنون

(مسئلة) قال الشيخ رحمه الله (وللولي أن يأكل من مال المولي عليه بقدر عمله اذا احتاج اليه) وان كان غنيا لم يجز له ذلك اذا لم يكن أبا لقول الله تعالى (فمن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) واذا كان فقيراً فله أقل الامرين أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا فلم يجز أن يأخذ الا ما وجدا فيه وقال ابن عقيل يأكل وان كان غنيا قياسا على العمل في الزكاة والآية محمولة على الاستحباب والاول أولى لظاهر الآية

(مسئلة) (وهل يلزمه عوض ذلك اذا أيسر ؟ على روايتين)

أما اذا كان أبا فلا يلزمه رواية واحدة لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب لم يلزمه عوض ذلك في احدى الروايتين وهذا قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالاكل من غير ذكر عوض فأشبه سائر ما أمر بأكله، ولانه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر الى طعام غيره ، والاول أصح لانه لو وجب عليه اذا أيسر لكان واجبا في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس سببا للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ، ولانه لم يأكله عوضا عن شيء وهذا بخلافه

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) قياسا عليه

(مسئلة) (ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا فالقول قول الولي) اذا ادعى الولي الانفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى

به بعد فك الحجر عنه وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي ثور لانه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المال ،ويحتمل أن

أنه باع عقاراً لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي : لا يمضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينه ولا يقبل قولهما في ذلك ويقبل قول الاب والجد . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالاب والجد ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالاب،واذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا ببينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه،وان قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام انما مات أبي منذ سنتين فقال القاضي القول قول الغلام لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أمينا فيه فقدم قول من يوافق قوله الاصل

﴿مسئلة﴾ (وكذلك القول قوله في دفع المال اليه بعد رشده)

لانه أمين فأشبه المودع ، ويحتمل أن القول قول الصبي لان أصله معه ولان الله سبحانه قال (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) فمن ترك الاشهاد فقد فرط فلزمه الضمان والاول المذهب وكذلك الحكم في المجنون والسفيه

﴿مسئلة﴾ (وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين)

(احداهما) ليس له الحجر عليها وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي (والثانية) ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت بعتق جارية ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها ، قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا » فقالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال « هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ » فقال نعم فقبله . رواه ابن ماجه ، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به،واذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض

ولنا قول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل ، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن وايتام لهن ، فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير اذن كالغلام ، ولان المراة من اهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في

لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكمل حالتيه وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن

التصرف بجميعه كاختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على انه لا يجوز عطيتها من ماله بغير اذنه بدليل انه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل ، ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه

(احدها) ان المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية انما تجعله من اهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لايزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه على أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

﴿ فصل ﴾ في الاذن . قال الشيخ رحمه الله (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدي الروايتين)

ويصح تصرفه بالاذن وهذا قول ابي حنيفة (والثانية) لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز . ولان العقل لايمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل يغبن أم لا ، ولانه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة الى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه ، قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه وقد ذكرناه فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز ذلك لسيد العبد)

بغير خلاف نعلمه لان الحجر عليه انما كان لحق السيد فجاز له التصرف باذنه لزوال المانع

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك عنهما الحجر الا فيما اذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرا به)

لان تصرفه إنما جاز بأذن وليه وسيده فزال الحجر في قدر ما أذنا فيه دون غيره كالتوكيل ،

ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر. ولان الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بان

فان دفع السيد الى عبده مالا يتجر فيه كان له ان يبيع ويشتري ويتجر به وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز ، وان عين له نوعاً من المال يتجر فيه لم يكن له ان يتجر في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه اطلاق من الحجر وفك له والاطلاق لا يبعض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينتقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد

﴿مسئلة﴾ (وان اذن له في جميع انواع التجارة لم يجز ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره)

وبه قال الشافعي وجوزها أبو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب ، ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزويجه وقولهم يتصرف لنفسه ممنوع انما يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب فان المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبتاع من سيده

﴿مسئلة﴾ (وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين)

(إحداهما) لايجوز لانه تصرف بالاذن فاختص بما أذن فيه ولم يؤذن له في التوكيل (والثانية) يجوز لانهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالمالك الرشيد ولانه أقامه مقام نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في العبد يصير مأذوناً له لانه سكت عن حقه فكان مسقطاً له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا أنه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت أو باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

﴿مسئلة﴾ (وماastدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه وعنه يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق الا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين)

يقال ادان واستدان وتداين بمعنى واحد والعبد قسمان: محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل ان يقترض ويشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احداهما) يتعلق برقبته اختارها الخرقي وأبو بكر لانه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كالاتلاف (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهو مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحر (القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل

يلزمهم بعد زوال حق غيره والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية او دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه اداؤه لانه علم ان عليه حقا فلزمه

يتعلق برقبته أو ذمة سيده ، على روايتين (إحداهما) يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبي حنيفة لانه قال يباع إذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته لانه دين ثبت برضا من له العين فيباع فيه كما لو رهنه (والثانية) يتعلق بذمة السيد وهو الذي ذكره الخرقي فعلى هذه الرواية يلزم مولاه جميع ما ادان ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضا من له الدين اشبه غير المأذون أو فوجب ان لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سيده ووجه قول الخرقي أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته واذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم داينوه او اذن في استدانة تزيد على قيمته،ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها او فيما لم يؤذن له فيه مثل ان اذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التغرير اذ يظن الناس انه مأذون له في ذلك ايضا

(فصل) فأما اروش جناياته وقيم متلفاته فهي متعلقة برقبة العبد سواء كان مأذونا له او لا رواية واحدة وبه يقول ابو حنيفة والشافعي وكل ما تعلق برقبة العبد خير السيد بين تسليمه للبيع وبين فدائه فاذا بيع وكان ثمنه اقل مما عليه فليس لرب الدين الا ذلك لان العبد هو الجاني فلم يجب على غيره شيء وان كان ثمنه اكثر فالفضل للسيد ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجناية وليس هذا صحيحاً فان المجني عليه لا يستحق اكثر من قدر ارش الجناية عليه فهو كما لو جنى عليه حر والجاني لا يجب عليه اكثر من ارش جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم انه دفعه عوضاً لانه لو كان عوضاً لملكه المجني عليه ولم يبع في الجناية وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي وكذلك لو أتلف درهما لم يبطل حق سيده منه منه بذلك وان عجز عن أداء الدراهم من غير ثمنه فان اختار السيد فداءه لزمه أقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لان أرش الجناية ان كان اكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وانما تجب قيمته وان كان أقل فلم يجب بالجناية الا هو وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لانه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بارش الجناية فاذا منع منه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(فصل) فان تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح لانه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياساً على تصرف الاجنبي ، ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كتصرف الفضولي ، فأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفيه ، ويحتمل أن يصح لان الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ، ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف ان كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله ان كان مثلياً ، فان تلف في يد السيد رجع عليه بذلك

اداؤه كما لو لم يقر به ، وان علم فساد اقراره مثل ان علم انه اقر بدين ولا دين عليه او بجناية لم توجد منه او اقر بما لا يلزمه مثل ان اتلف مال من دفعه اليه بقرض او بيع لم يلزمه اداؤه لانه يعلم انه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به

لان عين ماله تلف في يده وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين ، وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق اعسار المشتري والمقترض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك لانه أخذ من عبده ما لا في يده بحق فهو كالصيد ، فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال فان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد

﴿ مسئلة ﴾ (واذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين)

لانه مملوكه فلا يثبت له دين في ذمته كغير المأذون له أو كمن لا دين عليه ويصح في الآخر اذا كان عليه دين بقدر قيمته لانا إذا قلنا إن الدين يتعلق برقبته فكانه صار مستحقاً لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره.

﴿مسئلة﴾ (ويصح اقرار المأذون له في قدر ما اذن له فيه دون مازاد عليه)

لانه لم يؤذن له فيه فهو كغير المأذون له ولان الذي أذن له فيه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كالحر

﴿مسئلة﴾ (وان حجر عليه وفي يده مال ثم اذن له فيه فأقر به صح)

لان المانع من صحة اقراره الحجر عليه وقد زال ولانه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياساً على غيره من الاحرار

﴿مسئلة﴾ (ولا يبطل الاذن بالاباق)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبطل لانه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لايجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه . ولنا ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصب غاصب او حبس بدين عليه ولا يصح ماذكروه فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

﴿مسئلة﴾ (ولايصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) لان ذلك ليس من التجارة ولا يحتاج اليه فيها فأشبه غير المأذون له

﴿مسئلة﴾ (وتجوز هديته للمأكول واعارة دابته)

واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بغير اذن سيده لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة الدراهم ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك فروى أبو سعيد مولى بني اسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وابوذر فامهم وهو يومئذ عبد رواه صالح في مسائله باسناده ولانه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم فيدخل في عموم الاذن

(فصل) إذا اذن ولي السفيه له في البيع والشراء فهل يصح منه ؟ على وجهين (احدهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالاذن فيه كالصبي يحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالاذن فهمنا اولى ولانا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثاني)لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد اذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو اذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله اعلم

﴿مسئلة﴾ (وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه اذا لم يضربه ؟ على روايتين)

(إحداهما)ليس له ذلك لان المال لسيده وانما أذن له في الاكل فلم يملك الصدقة به كالضيف ولا يتصدق بما أذن له في اكله (والثانية) يجوز لانه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والاذن عرفا فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها

﴿مسئلة﴾ (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير اذنه بنحو ذلك؟على روايتين)

(احداهما) يجوز لان عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما انفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها اجرها وله مثله بما كسب ولها بما انفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من اجورهم شيء» ولم يذكر اذنا ، وعن اسماء انها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: ليس لي شيء الاما ادخل علي الزبير فهل علي جناح ان ارضخ مما يدخل علي . قال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك » متفق عليها. وروي ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله: إنا كل على أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال«الرطب تأكلينه وتهدينه» ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الاذن كما ان تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله

(والثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها الاباذن زوجها» قيل يارسول الله ولا الطعام قال «ذاك أفضل أموالنا» رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لايحل مال امريء مسلم الاعن طيب نفس منه» وقال «ان الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» ولانه تبرع بمال غيره بغير اذنه فلم يجز كغير الزوجة ، والصحيح الاول لان الاحاديث فيه خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبنيه ويعرف ان المراد بالعام غير الصورة المخصوصة والحديث الخاص للرواية الثانية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كانه قال لها افعلي هذا . فأما ان منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لان المنع الصريح نفي الاذن العرفي وكذلك لوكانت امرأته ممنوعة من التصرف فى بيت زوجها كالذي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول فان كان فى بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرف فى بيت سيده وطعامه فهو كالزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه والله اعلم

﴿ تم طبع الجزء الرابع بعون الله ويليه الجزء الخامس بمشيئته وأوله (كتاب الصلح) ﴾

فهرس الجزء الرابع من كتابي المغني والشرح الكبير

«أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبها بيناه باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلفظ آخر»

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الخامس

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

الصلح معاقدة يتوصل بها الى الاصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب وصلح بين أهل العدل وأهل البغي وصلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

﴿ باب الصلح ﴾

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الانواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

﴿ مسئلة ﴾ (والصلح في الاموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه)

وجملة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض

تعالى(وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما)وقال الله تعالى(وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخـذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لهما ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى «يا كعب» قال لبيك يارسول الله . فأشار اليه أن ضع الشطر من دينك . قال قد فعلت يارسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني مابقي، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعـله صلحاً، ولم يسم الخرقي الصلح إلا في حال الإنكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاه من جنس حقه فهو وفاء وإن قضاه من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العـين فهو هبة فلا يسمى صلحا وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي. والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه،وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الابراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجر بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ،وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هـذا من غير عوض كالتمليك اذا كان بعوض سمي بيعاً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثماني حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على او نحوهما به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم البينة) لانه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالا لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وابوحنيفة واسحاق وروي عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأسا بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل مافي ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولانه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معينة وفارق مااذاكان من غير مواطأة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كبيع درهم بدرهمين ويفارق مااذااشترى العروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلا اختياراً منه وتبرعا صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لمنعه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا فى أول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصالح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ اكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا ان الدية والقيمة تثبت فى الذمة مقدرة فلم يجز ان يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او ثمن مبيع ولأنه اذا اخذ اكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل

(مسئلة) (وان صالحه بعرض قيمته اكثر منها جاز) لانه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه

ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبني له فوقه غرفة لم يصح)

اذا ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه او على ان يبني له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لانه يصالحه عن ملكه على ملكه او منفعته وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه لانه اعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آلته، وان اتفقا على ان يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا ابرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج ان يملك نقضه كقولنا فى الغاصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح)

لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه. فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض

(مسئلة) (وان صالح انسانا ليقر له بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصالحه على مال ليقر له بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقر له بالزوجية لانه صلح يحل حراماً ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولانها مشروعة في حقها في احدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم يثبت الزوجية باقرارها أو ببينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه العبودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لانه يجوز أن يعتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بنقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع

(الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوماً فتكون اجارة لها حكم سائر الاجارات فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمته وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بتزويج نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيعها فتبين أنه ليس بعيب رجعت بارشه لا بمهر مثلها)

اذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على ان تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فان كان المعترف به عيبا في مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض في عين العبد ظنته عمى رجعت بارشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فان لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

الصلح في هذه الانواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه احكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين) وقد نهى الشارع عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استيفاء منفعته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك نفعه لغيره فأشبه ما لو اعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لأنه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلا يرجع بشيء ولأنه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو اعتق زمنا او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها أنه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته

ولنا ان أعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بمنفعته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو اعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا أنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيما اذا خرج مستحقا أو معيبا كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعا في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان كان الصلح مطلقا أو بشرط التبقية لم يجز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يجز أيضا لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسلم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطا القطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوعان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الخرقي الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

﴿مسئلة﴾ (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في الرجل يصالح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في مواريث درست « استهما وتوخيا وليحلل احدكما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل اولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لايمكن ذلك فلو لم يجز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه فرع بيع وانما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع بيع فان البيع يصح في المجهول عند الحاجة كبيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح . اذا ثبت هذا فمتى كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة وحقوق سالفة أو في أرض او عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من العلم به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه فان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل)

وجملة ذلك ان الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولانه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاسقاط يحل له ترك اداء ما كان واجباً عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح ايما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها، قال وان ورث قوم مالا أو دوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم اكره ذلك، ولا يشترى منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن انه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ماهو، انما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ماهو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه فاما اذا علم فلم يصالحه انما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لابراء الذمم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو دينا فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعا في حق المدعي حتى ان وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح)

الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولانه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام « الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا احل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا

وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى، ولان المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه أنه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أم في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا . اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً افتداء ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية انفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه الثابت له فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضا سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين (أحدهما) ان هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه الثاني انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد يحل الحرام وانما منعناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرم او صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه انه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أو في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لان المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالما بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعا في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضا فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموخوذ شقصا في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيبا فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الابراء لانه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه لا عوضا عن حق يعتقده فيلزمه أيضا حكم اقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع به على المدعي لاعتقاده أنه ما أخذ عوضا وان كان شقصا لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعى عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المغصوبة، فاما ان كان أحدهما كاذبا مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضا عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبدا أشهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً افتداء ليمينه وقطعا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل اموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان اخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه اكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالما بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعاً في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضا فيلزمه حكم اقراره فان وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيبا

(مسألة) (وان كان شقصاً مشفوعا ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ماصولح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقصا في دار او عقار وجبت فيه الشفعة لأنه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقده فيلزمه ايضاً حكم اقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لاعتقاده انه ما أخذه عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقده على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل ولا يحل له مال المدعي بذلك وقد ذكره الخرقي في قوله.وان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل يعني في الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال وانما ينبني الامر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضاً أو تفريطاً في وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صح لما ذكرناه

(فصل) وان صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح اما ان يكون عن دين او عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر او بغير اذنه لان قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير أذنه فان عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي ﷺ وان كان الصلح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصلح ولو دفع المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه او بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه واخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يكن بيعا كاسترجاع العين المغصوبة

(مسئلة) (فان كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه)

متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئاً يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله، وان كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل لا يحل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال انما نبني الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضاً أو تفريطاً في وديعة أو مضاربة فانكر واصطلحا صح لما ذكرناه

(مسئلة) (فان صالح عن المنكر أجنبي بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين)

اذا صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف المدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه . ثم لا يخلو الصلح ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فان عليا وأبا قتادة قضياً عن الميت فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وان كان الصلح عن

فهو كالصلح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعي فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاه محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بعقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصلح باطلا لانه يشتري منه مالم يثبت له ولم تتوجه اليه خصومة يفتدي منها فاشبه مالو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى دينا

عين باذن المنكر فهو كالصلح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا التخريج لايصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعي فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ ولانه ادى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما انه يجب له الرجوع بما ادعاه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها عالما بعجزه عن استنقاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه)

إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه بيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عينا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبه شراء العبد الآبق والجمل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبه مالو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعبا بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم يعتقده صحيحا وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدورا على تسليمه

أولا فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشتري منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفتدي منها اشبه مالو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه بيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع الى بدله ويحتمل انه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين أنه آبق أو ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فاشبه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر أو انه عبد غيره فتبين أنه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك معتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقي أن الصلح لا يصح لانه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه او يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن انكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه فلا يقدح انكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عينا بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئا بغير اذنه بثمن في ذمته فان اجازه لزم في حقه وان لم يجزه لزم من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لانه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجحده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا لأنه هضم للحق)

وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وانما جحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقي أن الصلح لا يصح لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق متوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك العين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فأما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها بإذنه

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط الا انه لم يعط بعض حقه الا باسقاطه بعضه فهو حرام أيضا لانه هضمه حقه ، قال ابن أبي إسحاق الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الاخذ وان تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل،ولم يسم الخرقي الصلح الا في الانكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ،فأما في الاعتراف فاذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء وان قضاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وان ابرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو ابراء وان وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمي ذلك صلحا ونحو ذلك قال ابن أبي موسى، وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه وهو فعل ماعدا وفاء الحق واسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وابراء وهبة،فأما المعاوضة فهو ان يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب (احدها) ان يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر نحو ان يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه (الثاني) ان يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بأثمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع،وان اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين (الثالث) ان يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملا معلوما فيكون ذلك اجارة لها حكم سائر الاجارات،واذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة

فلا يقدح إنكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره ، وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته فان أجازه ملكه وإلا لزم من اشتراه ، وإن قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكروه لانه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بذله فأشبه ما لو لم يجحده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل مايثبت مهراً)

وجملة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لايجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة ابن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته وان صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على ان يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وان كان المعترف امرأة فصالحت المدعي على ان تزوجه نفسها جاز ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فان زال العيب رجعت بأرشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

(القسم الثاني) الابراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أوجزء معين منه فاعطني ما بقي فيصح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط قال احمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك اثم لان النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال لبيك يارسول الله فأشار اليه: ان ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يارسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فأعطه » فان قال على

القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قول الجميع وان خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فيرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية

ولنا أنه تعذر تسليم ماجعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فان صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان انه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وان صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان بالغاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عن عيبه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب .

(مسئلة) (ولو صالح سارقا ليطلقه أو شاهداً ليكتم شهادته أوشفيعاً عن شفعته أومقذوفاً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

أن توفيني ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض

(القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يجز بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك اذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال صالحني بهذا كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فمجاز لتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوهما به فان لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه

(فصل) وان ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على ان يسكنه

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه، وإن صالح شاهدا ليكتم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الآدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر.

(الثاني) ان يصالحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجز أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصالحه على ان لا يقتله ولا يغصب ماله

(الثالث) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد القذف وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصالحه في ملكه على ملكه أو منفعته وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه لانه أعطاه اياه عوضاعما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ماكان في يده من الدار لانه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإنما آجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلته، ولو اتفقا على ان يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة و للمستأجر استيفاء منفعته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ عتقه لانه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره والمصالح ان يستوفي نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعته لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجها آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعا فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه و بين منفعته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف المعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد

يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وان كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصلح فيه؟ ينبني على الخلاف في كون حد القذف حقاً لله تعالى أو لآدمي فان كان حقاً لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقاً لآدمي سقط بصلحه واسقاطه كالقصاص .

﴿مسئلة﴾ (وان صالحه أن يجري على ارضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من ارضه يجري فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من ارضه فلا حاجة إلى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن ينزل فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للارض يشترط له تقدير المدة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له ان يصالح رجلا على اجراء

والآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين ان العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعا والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعا في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يجز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجز لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل ان لا يجوز لان في الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به، وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسلم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع، وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الارض في يده وقفا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصالح على إجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء مالم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا اذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجره مدة فمات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في ارضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماؤه معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازالتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان أتلفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له الاولاد والغراس الذي يستأجر له الارض يعظم ويجفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابسا لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان ايضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لأن ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من ملئها والماء الذي على السطح يفتقر الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه القليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسما فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في أجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان يابسا معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه مملوكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله فقد نقل المروذي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال: ايما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار والصلح على المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها، ويقوى عندي أن الصلح ههنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا الارض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في ارض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في ارض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك تشرب به أولا وآخراً ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تشرب به أولا وآخراً فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه

من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستاني فأبحني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامرين ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن مانبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا فعلى قولنا اذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ماذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل ببعضه حالا لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين او النهر كالثلث والربع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل مالو أخذه في قربته والصلح يجوز على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري ممراً في دار وموضعا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالدور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه

(فان كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي واصحاب الشافعي لانه مبيع للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذ عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف العلو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بازالتها فله ذلك فان ابى فله قطعها) وجملة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة واسحاق وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولانه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معينة ويفارق ما اذا كان عن غير مواطأة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق ما اذا اشترى العروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً ، فأما ان صالحه عن الف حالة بنصفها مؤجلا فان فعل ذلك اختيارا منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح ، وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ماهو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية اخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة مايشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من إزالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به اذا امر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما نذكره ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء إزالته باحد الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي ، فان امكنه إزالته بلا اتلاف ولاقطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا امكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها ، وان لم يمكنه إزالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فان صالحه عن ذلك بعوض لم يجز) اختلف اصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبا كان الغصن أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجهالة في المصالح عنه

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وانما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعاً فانه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له أولاد والغراس المستأجر له الارض يعظم ويجفو وقال القاضي ان كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمرة كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيحتمل ان يصح، ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه

صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد: ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها قال وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشترى منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، وانما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدرى ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما اذا علم فلم يصالحه انما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لابراء الذمم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز وكذلك لو أتلف عبدا أو شيئاً غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الاكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما اسلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار وعلى المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحتك الأكل من ثمرة بستاني فابحني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يجز ان يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه انما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية . ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا

(فصل) ولو صالح عن دار او عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وانما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده معيبا فصالحه عنه بعبد فبان مستحقا أو حرا رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن ماينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا، فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضا عن ارش العيب فزال العيب رجعت بارشه لا بمهر المثل لانها رضيت ذلك مهراً لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) اذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهذا اجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة فأما ان كانت الارض في يده وقفا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له ان يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء مالم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا اذن له في الحفر فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة الى الطريق لا يجوز اخراجه سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أولم يكونا اذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ماهو فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله ، ويفارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وجهين بناء على ما اذا آجره مدة فمات في أثنائها فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماؤه معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف ، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير ، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو عارية مع انسان لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسما فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم

(فصل) واذا أراد أن يجري ماء في ارض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك ؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلو الارض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا ، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكتاً كما لا يجوز إذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق واسعاً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز علي دار العباس

(احداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والاخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في ارض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد: لا والله فقال له لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وآخراً؟ فقال محمد لا والله فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على ان يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول. قال وان صالحه على سهم من العين او النهر كالثلث او الربع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قربته او انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير نكير

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا باذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير اذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف اصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطراقا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصالح امرأة لتقر بالزوجية لانه صلح يحل حراما ولانها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له وانما اجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولانها مشروعة في حقها في احدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو ببينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع ، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في احد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز لانه يحل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره ،وان دفع اليه المدعى عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة أليه ولو ادعى على رجل الفا فأنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين اشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لمالك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين)وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والساباط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يبني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه الى ملك انسان معين يجوز باذنه بعوض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد ماأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه نيلزمه أداؤه بغير عوض ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالاصلحاً عن دعواه صح وقد مضى ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لايشهد عليه لم يصح لانه لايخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يصالحه على أن لايشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أوحق لله تعالى لايسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لايجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) ان يصالحه على ان لايشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لايقتله ولا يغصب ماله (الثالث) أن يصالحه على أن لايشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ماليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لايرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجز له أخذ العوض، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لايسقط إلى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أوحقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقا أوكانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه ليبزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء انفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين

(مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه بابا لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر باهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لايدل على شيء

(مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لآدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لآدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالمشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال اكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل

ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

﴿ مسئلة ﴾ (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى أوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين)

لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا

أهله ويفارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لامضرة فيه فانه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الارض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي، وقد رأينا مثل هـذا كثيراً وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير اذنهم كما لو أخرجه الى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكانا بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الامام فيه أولم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز ان يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ الا باذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطراقا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فاما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان المالك واحدا، وان صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لانه بيع للهواء دون القرار

ان صاحب القريب ليس له ان يقدمه الى داخل الدرب وان قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منهما فان كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الاوسط حكم الاول فيما ذكرناه

(فصل) اذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما الي درب غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز لانه تصرف في ملكه المختص وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن الى التطرق من كل واحدة منهما الى كلي الدربين فقال القاضي لايجوز لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولانه ربما ادى الى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى، ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع ينتقض بما اذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك ان أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه يبني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم.

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وان أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقا أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك إن فعل ذلك في ملك انسان معين

(فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا الا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابا الى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته الا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير نكير. ولنا ان هذا تصرف في هواء

(فصل) اذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينهما لان لهما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلهما التصرف فيه بناء على أن للاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لان لهم يداً وتصرفا، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الخان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبد بما يختص به منه بان

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجز كنقضه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجز فيما له فيه حق ففيما لا حق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بعوض جاز واما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا باس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستظلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ « لاضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن ضع خشبه عليه لامكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كاخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالعيب أو اتخاذ الكلاب للصيد واباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

يجعله دهليزاً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له ينفرد به

(مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقا بغير اذن صاحبه)

لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يغرز فيه وتداً ولا يحدث عليه حائطاً ولا سترة ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كنقصه وان صالحه على ذلك بعوض جاز فأما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستظلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به)

أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به عنه غنى لامكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد انما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه ،واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد انما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا فى الحائط والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه او سقوط الحائط ثم أعيد فله اعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وبزول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيح له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أبيح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز . فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجع

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعاً يحتاج الى ان يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره)

اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر في تبقيته، وإن كان مستهدما فله نقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأنف لان المنع من القلع أنما كان لما فيه من الضرر وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه مالو كان في الارض شجر فانقلع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأبيد وليس كذلك فانه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدوانا كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعديا ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان أزاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبه مالو سقط بنفسه

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأبيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وماأشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطا لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الأجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول ، فان قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم تلزم إزالته لان في إزالته ضرراً بصاحبه ولاضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف مالو خشي سقوطه

(فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إجارته ولا إعارته لانه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيح له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط مابقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح بيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لاخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

اذا أبيح له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فمتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز باذنه فاذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجارة في مدة

﴿ مسئلة ﴾ قال : (واذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تحالفا وكان بينهما وكذلك ان كان محلولا من بنائهما وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التى لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وماهو لصاحبه جاز وهو بينهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي فى يده مع يمينه فاذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما بينة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فان لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بنى كله بناء واحداً فاذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بنى وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأبيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجرة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح بيع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والازج، فان قيل فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء باللبن والآجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليتملك الحائط المشترك وظاهر كلام الخرقي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن ان تكون يداً عادية حدثت بالغصب أو بالسرقة أو العارية او الاجارة فلم يمنع ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه لكونه منتفعاً به فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب التمكين منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتجصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك او حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لاخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه ففيما لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطؤا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالازج ، وقال أصحاب ابي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له وترجح بالجذعين لان الحائط يبنى لها ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك احدهما وانطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه معاقد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «اصبت واحسنت» رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطاً جعل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من انكر» ولان وجه الحائط ومعاقد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى احدهما إذ لا يمكن كونه اليهما جميعاً فبطلت دلالته كالتزويق ولانه يراد للزينة فأشبه التزويق، وحديثهم لا يثبته اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكما وقد رجع الى المقر بالبيع وهو معترف بانه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقا ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين

(احداهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بنائه اضرارا فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط عند خوف سقوطه

قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا بكون أحدهما له على الآجر سترة غير مبنية عليه لانه مما يتسامح به ويمكن احداثه .

(فصل) وان تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلاني فهي لصاحب السفل لانه المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك ،وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وبهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لاينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو تقله فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مسمراً أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لانها مصعد صاحب العلو لاغير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لانتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد مايدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الانفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لايجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل مالو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره واذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتمعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة مافى قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على مايتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انفرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن فى تركه اضرارا فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع

بنيت لاجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لان يديهما عليهما ولانها سقف للسفلاني وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لاجله وانما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لانها بنيت لاجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لان يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لانها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائط بين الملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع على إعادته قال القاضي: فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندى قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوليه واختاره بعض أصحابه وصححه لان في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن احمد مايدل على ذلك وهو أقوى دليلا ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لاحرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الانفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء ولانه لايخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً: لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل مالو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره فاذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا انه اضرار لكن في الاجبار اضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولانه قد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه شي فيكلف الغرامة مع عجزه عنها

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجبر الممتنع اذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لان له حقا في الحمل ورسما فلا يجوز منعه منه،

(مسئلة) (فان بناه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به وان طلب الانتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آلته)

وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائط بانقاضه وله بناؤه بآلة من عنده، فان بناه بآلته وانقاضه فهو على الشركة كما كان لان المنفق انما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها، وان بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له فان أراد نقضه وكان بناه بآلته فليس له نقضه لانه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة مافي قسمته ضرر ، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوط حائطه على مايتلفه فيجبر على مازيل ذلك،ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر إنما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به وهذا لايمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الاجبار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فان أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لان له حقاً في الحمل ورسماً فلا يجوز منعه منه،وله بناؤه بانقاضه ان شاء وبناؤه بآلة من عنده فان بناه بآلته وانقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لان المنفق عليه انما أنفق على التالف وذلك أثر لاعين يملكها وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له . وإذا أراد نقضه فان كان بناه بآلته لم يملك نقضه لانه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه ملكه خاصة فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لانه إذا لم يملك منعه من بنائه فلان لا يملك إجباره على نقضه أولى،فان كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له اما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليهما وان كان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه يختص بملكه فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء وان أراد غير الباني نقضه واجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لانه اذا لم يملك منعه من بنائه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى،فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي واما ان تقلع حائطك لنعيد البناء من بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ؛ وان لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه اذا لم يجبر على البناء فاولى ان لا يجبر على الغرامة الا أن يكون قد أذن في البناء والانفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فتى امتنع اجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وان لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك باذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر ، واذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وان بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه اذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على ابقائه

ووضع خشبي واما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لايملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والانفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك باذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناه بالة من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل) فان لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناته حائطا يحجز بين ملكيهما فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين وان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو باعادتها فعلى روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيهما حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطا يحجز بين ملكيهما لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الاخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان، فان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو باعادتها ففيه روايتان (احداهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً، فان بناه بآلته فهو على ما كان وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستظلال

(احداهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا فان بناه بآلته فهو على ما كان وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستظلال بها من خارج فأما ان طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان

(احداهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفل مختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو

(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الاخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لابقائه على حيطان السفل دائما فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فاما ان طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان :

(إحداهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفل فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو

(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر ان صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفل دائماً فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا وان أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح على بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لاحق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح عن بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال مالا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا انهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراراً بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء

اضراراً بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والناعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الانفاق عليه واذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لان الماء ينبع من ملكيهما وانما اثر احدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط اذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على مامضى

(فصل) اذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابه الى ما يلي باب الزقاق لان له الاستطراق الى بابه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لانه حقه لم يسقط وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لااستطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لانه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولان له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فان كان في داخل الدرب باب لآخر فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الاول سواء وان لم يكن ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء لانه على الاول لا منازع له فيما تجاوز الباب الاول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره بابا آخر او يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما بابا جاز اذا وضع البابين في موضع استطراقه، وان كان ظهر دار أحدهما الى شارع نافذ او زقاق نافذ ففتح في حائطه بابا اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فان قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لانه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره، فاما ان كان بابه في الشارع وظهر داره الى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد ان يفتح بابا الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لانه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وان أراد ان يفتح فيه بابا لغير الاستطراق أو يجعل له بابا يسمره أو شباكا جاز لانه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي انه لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شيء

(مسألة) (وليس لاحدهما منع صاحبه من عمارته)

قال عمره فالماء بينهما على الشركة أما الدولاب والناعورة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ماذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الانفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لانه ينبع من ملكهما وانما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة حكم الرجوع في النفقة على الحائط على مامضى

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حماما بين الدور أو يفتح

(فصل) واذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يجز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز

(فصل) اذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لهما الاستطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه بناء على ان للاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه وما بعد ذلك للثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة فى اثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الخان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الخان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفل (والثاني) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له ينفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لاضرر ولا إضرار» ولان هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذي سلموه وكسقي

ولنا قول النبي ﷺ «لاضرر ولا اضرار» ولان هذا اضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره فأشبه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الخبز والطبيخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل سترة لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمه فأشبه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولا أوعرضا لانها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقترعا. فكان لكل واحد منهما ماتخرج به القرعة ، فان كان مبنياً فلا كلام وإن كان غير مبنى كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لانها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبنى حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركا تمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره أشبه مالو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزا الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك جاره فهو كالنار والماء وأما دخان الخبز والطبيخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة

(فصل) فان كان سطح احدهما أعلى من سطح الا خر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فان كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لانها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وماذكروه ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما مايبني فيه حائطا ففي إجبار الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لانه لاضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له مايندفع به حاجته فاشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما مايبنى فيه داراً . والثاني لايجبر ذكره القاضي لان هذه القسمة لاتقع فيها قرعة لاننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على مايلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ مايلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، ومتى اقتسما العرصة طولا فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لان ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته

(فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة وأن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لان الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبه العرصة ويحتمل أن لاتجوز القسمة لانها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولايمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لانه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه لضرر النصيب الآخر، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا ان يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وان لم يقطع وعلما علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الاخر، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولايجبر على القطع المضر بل يعلمه بخط بين نصيبيهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الاخر وان اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره وقال الشافعي لايلزمه ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا أنه أضر بجاره فنع منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فاشبه مالو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالاعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » متفق عليه وفي لفظ « من أحيل بحقه على مليء فليحتل » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فان المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لانه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لانها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فان الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ماسنذكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برىء المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لانها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » متفق عليه وفي لفظ من « أحيل بحقه على مليء فليحتل » واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة الى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فان المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لانه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك .والصحيح انها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لانها لو كانت بيعاً لما جازت لانه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه

﴿ مسألة ﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال

صفته ويعتبر تماثلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال ان يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك اذا شرطه، واذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بان يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بحاله ، وان مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضى ذكرها

(الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، الا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لان دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لانها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر فان له ان يمتنع من ادائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين

اذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه في قول عامة اهل العلم وروي عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت ذلك فتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس او موت أو غيره وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي ، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلساً واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين واذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان انه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لانه لاتوى على مال امرىء مسلم ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خلد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان احال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو الصداق قبل الدخول لم يصح وان احال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح) لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ بانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله الى المحيل، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء، ولا المحتال قبول ذلك، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه قرض، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه، وان قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بيعاً فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الاثمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمذروع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمنه بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان احال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان احالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ماذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار، وان احال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة. وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لانها تختص بأقل مايقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف ولا تثبت في الذمة سلما في رواية ، وان كان عليه ابل من دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وان قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لانه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولان الخيرة في التسليم الى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض وان كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم تصح لانا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وان قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لان الحق عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فاذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء الا ماروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة الا أن يبرئه، وعن زفر انه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت أن الحق انتقل فتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الخرقي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد مايدل على أنه اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لان الفلس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدينه على المحال عليه والثاني لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وان كان بعد القبض لم تبطل وجهاً واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها احكامها وليست بحوالة لان الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقل ويتحول وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله الى المحتال، وان أحال من عليه دين على من لادين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ولا المحتال القبول لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه قرض وان ابرأه لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه وان وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع اليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلسا واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل احيل بحقه فمات المحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امريء مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئاً، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويعتبر تماثلهما في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو احال من عليه صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط مالو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيراً من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف فانه لا يلزمه الاحتيال على غير مليء لما عليه فيه من الضرر وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على مليء ولو أحاله على مليء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الخرقي لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال)

المليء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول: من يقرض المليء غير المعدم . وقال الشاعر :

تطيلين ليانى وأنت مليئة وأحسن ياذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي والظاهر أن الخرقي أراد بالمليء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا المماطل قال احمد في تفسير المليء كان المليء عنده أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بيعا فلا يصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأثمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبه ماله مثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على آخر مثلها في السن فقال القاضي يصح لانها تختص باقل مايقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا تثبت في الذمة سلماً في رواية ، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لانه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل والثاني لا يعتبر لانه اقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ اذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولان للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول كما لو وكل رجلا في إيفائه وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لان حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأنا تبينا أنه لاثمن على المشتري وإنما تثبت حريته ببينة أو اتفاقهم، فان اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يبطلان حقه أشبه مالو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني

لانه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولان الخيرة في التسليم الى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقترض فان كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لانا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال ان كان المحال عليه مليئاً)

أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه لان للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد اقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل وانما تعتبر الملاءة في رضى المحتال بقرض المليء غير المعدم قال الشاعر :

تطيلين لياني وأنت مليئة   واحسن ياذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي قال احمد في تفسير المليء ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فمتى احيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لانه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله الى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً، فأما المحال علية فقال مالك لا يعتبر رضاؤه الا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقاما بينة لم تسمع لانهما كذباهـا بدخولهما في التبايع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبـد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فان أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحـال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخـذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحـال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقايلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البايع وان رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سـقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحـال به. وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لان

(احدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لانه احد من تم به الحوالة فأشبه المحيل

(والثاني) لا يعتبر لانه اقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا اتبع احدكم على مليء فليتبع» ولان للمحيل ان يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد اقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلا في إيفائه، وفارق ما إذا أراد ان يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله وان لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه ان يحتال لمفهوم الحديث ولان عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فان شرط المحتال ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار اذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع.

﴿مسئلة﴾ (وان ظنه مليئا فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل ان يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبريء من الثمن وبرىء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا ، فان قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لاتبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشترى إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشترى ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان (أحدهما) لاتبطل لان ذمة المشتري ، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتيال على غير المليء لما عليه فيه من الضرر وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على المليء ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجع لان الفلس عيب في الذمة فاشبه مالو اشترى شيئاً يظنه سليما فبان معيباً .

(مسئلة) (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا فالحوالة باطلة)

مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبينا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية انما ثبتت ببينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يبطلان حقه فاشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقاما بينه لم تسمع لانهما كذباها بدخولهما في التبايع ، وان أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما وتبطل

بدينك قال بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل انما وكلتك في القبض لي وقال الاخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتال محقا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق

الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وان اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان :

لقبضه فلافائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعا فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسئلة لأنهما لايختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وانما يدعي المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا اثباتا

(فصل) وان كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه فان قلنا القول قول المحيل لحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لانه يجوز له ذلك بقولهما معاً فاذا قبضه كان له بحقه، وإن قلنا القول قول المحتال لحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل واما محتال فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ماقبض لنفسه لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وان استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لانه قد ثبتت الوكالة بيمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لانه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ماأحاله به

(والثاني) تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولافائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

﴿مسئلة﴾ (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الاولى وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لاتبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) اذا أحال رجلا على زيد بألف فاحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لان حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالاول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر

﴿مسئلة﴾ (واذا قال احلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فاذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال احلتك بدينك قال بل وكلتني وديني باق في ذمتك أو قال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل قال بل أحلتني

من حقه وانما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وان كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لانه ان كان محقا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصان، وان تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضا لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لانه يعترف ببراءته

(فصل) وان اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال احدهما هي حوالة بلفظها وقال الاخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا لان الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أولا؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن اقامة البينة عليه

(مسئلة) (واذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل انما وكلتك في القبض لي وقال الآخر بل احلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين)

لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه، وعلى كلا الوجهين ان كان المحتال قد قبض من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتال محقاً فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان وان تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل ان لا يملك المحيل طلبه لانه معترف ان له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل اخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فان أقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء علي مالو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ علي وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لانه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت بينة والثاني لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته .وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وانما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به البينة نفياً ولا اثباتاً .

(فصل) فان قال احلتك بدينك قال بل وكلتني ففيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لانه يجوز ذلك بقولهما معا فاذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل او محتال،فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لانه يجوز ذلك لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئا ، وان استوفى من المحيل،دون المحال عليه رجع المحيل على المحال عليه في أحد الوجهين لان الوكالة قد ثبتت بيمين المحتال وبقي في ذمة المحال عليه للمحيل(والثاني) لا يرجع عليه لانه يعترف انه قد بريء من حقه وانما المحيل ظلمه باخذ ماكان عليه ، قال القاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه وجها واحداً لانه ان كان محقا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أبطل مثل دينه فيثبت في ذمته فيتقاصان وان تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع علي المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع علي المحال عليه لانه يقر ببراءته

فان صدق المدعي فى أنه احاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن انكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وان نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفي الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان انكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر ان له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وان كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال احلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحداً)

اذا اتفقا على انه قال احلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا لان الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال احلتك ثم قال ليس لك علي دين وانما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال انه حوالة بدينه وان دينه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولا ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وان كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وانكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه، وان ادعى رجل ان فلانا الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فان اقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وان لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على مالو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به بينة (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في انه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وان أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين فقضي عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل ان له عليه دينا فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وان كان المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه،وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على ماذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الاخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلا على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر،وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء،وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه ، والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلا على أحدهما بعينه صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر،وان احال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء،وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح،والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه احدهما الالف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى احدهما بقي ما علي الاخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فما روي عن النبي ﷺ انه

أحاله بألفين انه لا فضل بينها في العدد ههنا وثم تفاضلا ولأن الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدها من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدها الالف فقد قضاه جميع الدين وثم إذا قضى احدها بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليها صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم» رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

﴿مسئلة﴾ (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وروى البخاري عن سلمة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل ليصلي عليه فقال « هل عليه دين؟ » قالوا نعم ديناران » قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يارسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فانه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولابد من رضى الضامن فان أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه إثبات مال لآدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا وليعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولان الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لانه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يارسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يارسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

(فصل) وقد دلت مسئلة الخرقي على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ماأعطيته فهو علي، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو مايقضى به عليه أو ماتقوم به البينة أو مايقر به لك أو مايخرج في روزمانجك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، واذا قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان مالم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما تعطيه في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسئلتين سواء أو إحداهما داخلة في الاخرى.

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال « بل للناس عامة » رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فاتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران ؟ » قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الآن بردت جلدته » وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « وبريء الميت منهما ؟» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلدته » حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما كان عليه الصلاة والسلام يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلي « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكه من ذلك أو ما في معناه، وقوله « بريء الميت منهما؟ » أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلده » وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتى قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه مايلزمه وان ماثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته، وهذا كاف. وقد سلموا ضمان مايلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان. وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم «والزعيم غارم» واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه، وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ماخلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه.

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولانه دين ثابت

فان الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لايحل محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (فان برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لانعلم فيه خلافا لانه بيع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

﴿مسئلة﴾ (وان برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلا يبرأ بابراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذ انفسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذى به رهن، وان أحال أحدهما الغريم برئا جميعاً لان الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان او اكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لانهم فروع له وان أبرأ أحد الضامنين برىء وحده لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هـذا انفصال عما ذكروه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبـة أو التي تؤول إلى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيـار يجوز ان يسقط برد بعيب أو مقايلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجعـل في الجعالة وفي المسابقة والمناضـلة ، وقال أصحاب الشافعي في احد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيهـا لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة ببدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرعا فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمراً فأسلم المضمون له او المضمون عنه برىء هو والضامن معاً)

لانه برىء من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم واذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لانه فرعه ، وان أسـلم المضمون له برىء أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبـة بثمن الخمر لكونه لا قيمة له في الاسـلام فان أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنـه لانه أصل فلم يبرأ ببراءة فرعه كما لو ابرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان الا ممن يصح تصرفه في ماله رجلا كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعـد العتق وان ضمن باذن سـيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالاجرة وثمن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى ، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمغصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرسم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ، ولا يصح من السفيه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف البيع ، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغي وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في اهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه فلم ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لانها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى او تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالغصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشترى للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو ارش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن او جزء منه عن احدهما للآخر وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، وممن اجاز ضمان العهدة في الجملة ابو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي إلى ان يبقى ابداً مرهونا فلم يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال العقد لانه انما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقا او معيبا حالا العقد

جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، وأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف الراهن فيما عدا الرهن، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولا، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وابو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاقرار بالاتلاف

ولنا انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارش جنايته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدانته باذن سيده وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجهالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجعالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمنت عهدته أوضمنت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الابتياع هكذا فسره به اهل اللغة فلايصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزادة لا على الجمل وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقا لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تفريق الصفقة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع او بغصب من يده او يتقايلان فان المشترى يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان مالم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قدم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لهما لايخرج عنهما فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لايلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابته

العهدة فان أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرش كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عيناً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن عنده عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن للمشتري قيمة مايحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ماتلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقدبينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلا أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفيه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من اصلنا أن اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والنذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغي وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثا أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه اثبات مال لآدمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين

ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجح دعواه ،والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته ،ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري، وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاقرار بالاتلاف ، ووجه الاول انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز ،فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانته باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح ، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد القن لانه تبرع بالتزام مال فأشبه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لهما لا يخرج عنهما ،فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه ،ولا يعتبر رضى المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا وليعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة،واذا فهمت اشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لايدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن علك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن،ووجه ذلك ماروى ابن عباس أن رجلا لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فجره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستنظره ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فأنا أحمل » فجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصبت هذا ؟ » قال من معدن «قال لا خير فيها» وقضاها عنه رواه ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع،فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز أن يخالف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه بدليل مالو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلا الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجع به لان أكثر مافيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولا يلزمه اداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولأن

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تداينه به صح)

يصح ضمان المجهول فمتى قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ماتقوم به البينة أو مايقر به لك أو مايخرج في روزمانجك صح الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير يختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة،واذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض مايجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا التزم مالم يجب على المضمون فأشبه مالو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لاحداهما على الاخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) واذا ضمن دينا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو يمت وقوله أدخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح في المجهول كالعتق والطلاق

(فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة كالتي قبلها ودليل القولين ماذكرنا، وقد قال في هذه المسألة الضمان ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا : قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلموا ضمان مايلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله الق متاعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت

وبعد الموت وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبوعبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبوسعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيرا عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «للناس عامة» رواه الدار قطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبوقتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال انما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدته» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء، وأما قوله «لعلي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكه من ذلك او بما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذمم الثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان ابريء الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه دينا آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلدته» ويفارق الضمان الحوالة فان الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة واما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان (احداهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بابراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برئا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذى به رهن، وان أحال الغريم برئا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما الغريم برئا جميعا لان الحوالة كالقضاء

(فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئا أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه. ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكروه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في احدى

ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى ،وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع ، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان ابرأ الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم . والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برىء وحده

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه ،وان ضمن عنه دينا آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتي يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال« الآن بردت جلدته» رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة «وبريء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالعيب وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وان ظهر فيه عيب او استحق رجع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، وممن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبدا مرهونا فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع المشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم باداء أحدهم، وان أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لانهم فروع له ، وان أبريء أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه ، وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعا، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لان الكفالة ببدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبريء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك، وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به وان كفل به في غير هذا الحق جاز لانه ليس بفرع له في ذلك

وبعده . وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجعالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه اذا قال ضمنت عهدته أو ضمنت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتياع كذا فسره أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزادة لا على الجمل وان كان الموضوع لغة . فأما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه اذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على تفريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه ، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الاولى . فأما ان كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة ، وان أراد اخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمتى أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، واذا كان مخالطا له رجع استحسانا لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحقت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها معيبة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لايلزم البائع فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم لان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الخياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالغصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه اذا كان مخالطا له أو قال اضمن عني، وما ذكراه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ماضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ماأدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لانه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع والا فلا لانه تبرع بالدفع

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر

(مسئلة) (فأما الاعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها)

وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة فانما يضمن مايثبت في الذمة ووصفنا لها بالضمان انما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة

ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم ان الاعيان لاتثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فانه يصح وهي في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لانه لا يؤول الى اللزوم أشبه مال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولانه يؤول الى اللزوم اذا عمل العمل وانما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كان نقوداً كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات وقال اصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الدية معلومة الاسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لاتضر لانه انما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى اللزوم ويلزمه مايلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه انما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فتى أداه عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (احداهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولانه تبرع بذلك أشبه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه فأما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بانه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن باذنه أو بغير إذنه

﴿مسئلة﴾ (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين)

وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال ابو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كانه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا انه ضمن ودفع بامره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكراه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما ادى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بامره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه مالو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ماعليه رجع وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان احاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ويرجع بالاقل مما أحال به او قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه او أبرأه او تعذر عليه الاستيفاء لفلس او مطل لان نفس الحوالة كالاقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير امره وقضى بامره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بامره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أوكما لو ضمن بامره، قولهم ان إذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه انما هو اداء دينه وليس هو شيئاً آخر فمتى أداه عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (احداهما) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لوكانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه، فاما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه باقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن احدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يقضي عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في أحدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فلك الرجوع بها عليه كالاصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول اولى ، ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من أداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بامره فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الآداء عنه بامره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيده مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن والاولى أولى . ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الآداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بامره على ما مضى تفصيله

(فصل) وان ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين برىء الجميع فان قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاه الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان أذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على احدي الروايتين فان أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من أذن له دون غيره

المستعار فلك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي،وقيل ان هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله

(فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فان قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاه الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او اذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع الآخر على احدى الروايتين، فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابرأ الغريم أحدهما من الالف بريء منه وبريء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتمل ان له صرفها الى ماشاء منهما كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منهما واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة مافي ذمته فيكون بينهما،والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبريء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى الفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه باذ كاره معترف انه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف بريء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين انما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إنما يرجع على من اذن له دون غيره

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بنية عن الاصل والضمان انصرف اليه وان أطلق احتمل أن له صرفها الى ما شاء منهما كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ما شاء منهما واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ،والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبرىء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه،وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء ،فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف بريء وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاصيل فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن في قضاء مبريء ولم يوجد ، وانقضاه ببينة ثبت بها الحق لكن ان كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها ، وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهداً واحداً فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ،وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبريء فأشبه مالو قضى في غيبته

(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين انما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منهما فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن عما قضاه عنه ؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاه ببينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط ، وان قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبرىء في الظاهر .

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والأول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ولانه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ورجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو ابرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لان الحوالة كالاقباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبرىء فأشبه مالو قضى في غيبته ، فأما ان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطنا فرجع به كما لو قامت به البينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلا فمات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكى زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت ، وقولهم ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلا وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف كله ان شاء، وان ادى احدهم الالف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحه في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولا واحدا وانما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثر، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ماروى ابن عباس أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيكه فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحميل فجره الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من اين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لاخير فيها» وقضاها عنه رواه ابن ماجه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل. اذا ثبت هذا فكان الدين حالا فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لانها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين

ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرم

ولنا عموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال

(فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به وان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان مافيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى.

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانهما قد يجب احضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف وإذن وليهما يقوم مقام اذنهما، وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح .ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل

(فصل) ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لآدمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى،واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين . ولنا ماروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولانعلم فيه خلافا ،فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدى عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفا ضمان اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه ، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أوحصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالثمن والضمان ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لايحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره

وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه واعادته، وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فنهم من قال هي صحيحة قولا واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والاثر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لانها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين

ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به الا ان يحاط بكم)ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال

(مسئلة) (وتصح ببدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة)

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوما أو كان مجهولا ، وقال بعض الشافعية لا يصح ممن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولانا قد

الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ماشرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بينا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء اولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما ويصح ببدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالغصوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح ببدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لايمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس وان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول أوحق المكفول له

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالاجل في البيع والاولى صحتها هنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلا آخر فقال: ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما ان قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وان قال الى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ماذكرنا في السلم

(فصل) واذا تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبوحنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أوحد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لايجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من اجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لانه غير معلوم في الحال ولا في المآل فلا يمكن تسليمه

﴿مسئلة﴾ (وان كفل بجزء شائع من انسان أو عضو أو كفل بانسان على أنه ان جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أوضامن ماعليه صح في أحد الوجهين)

أما اذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به فان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لان مالا يسري اذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لايمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه ، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل ببدن فلان أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس ، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيهما عند

فيثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أوضامن ماعليه لم يصح عند القاضي فيهما لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط ، وقال أبو الخطاب : يصح فيهما لانه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان العهدة ، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل ببدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أوقال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ماعليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهراً فقال القاضي لا تصح الكفالة ، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والأول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبرىء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط ان تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيهما فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المآل

(فصل) فان قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الـكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الـكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرىء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الـكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن دينا عليه أو يبيعه شيئا عينه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأيهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المـكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عينه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

﴿مسئلة﴾ (الا برضا الـكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لاقبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فأما رضا المـكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان (والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

﴿مسئلة﴾ (ومتى أحضره وسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالثمن والضمان فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المـكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الـكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة فان امتنع من تسلمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه لانه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتهما كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبريء المكفول به بريء كفيلاه ولو أبريء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فقد التزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفتقر صحة الكفالة الى رضى الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضاء المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان

فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكما أشهد شاهدين على احضاره، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كمن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه.

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي أن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده او غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فمتى لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ،وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استناب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ،وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسألة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برىء الكفيل)

اذا مات المكفول به برىء الكفيل وسقطت الكفالة ، وبه قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما التزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بريء الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما التزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ماادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به فاما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ماقبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

﴿ مسئلة ﴾ (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين)

متى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال

﴿ مسئلة ﴾ (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ماعليه)

اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي فيه واعادته وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا ان الحق يعتبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلا وقال ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الغد او إلى شهر كذا تعلق باوله على ما ذكرنا في السلم. فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا

اذا كفل رجلا باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ماقبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذمي على ذمي خمر فكفل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له مايسقط حقه فبقي بحاله

ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا بريء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لايجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق المكفول له وقد استناب الكفيل في ذلك وان لم يطالبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء

(فصل) ولو قال أعط فلانا ألفاً ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعط عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له

ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأيهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانهما فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبريء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع تخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لايكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل فقال أبو بكر يضمنه القائل وحده الا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريما لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر)

لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد التزم احضاره عن كل واحد منهما فاذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع تخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعا لانه اتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم الق متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فان قال القه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وان قال القه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل فقال أبو بكر يضمنه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل الف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً؟ قال لا شيء له ويذهب الالف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم) والخلطاء هم الشركاء ومن السنة ماروي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما ان ماكان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها ان شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال احمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض) الآية والخلطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه. وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عزوجل انا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » واجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وانما اختلفوا في أنواع منها نبينها ان شاء الله تعالى، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ماروى الخلال باسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ماخلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال: لاتشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لايحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز واهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ماليس بطيب وماباعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا أثمانها فاما مايشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبه مالو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وماخفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقا لانه روي عن عبدالله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ما روى الخلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل الى آخر يطلب منه ثوبين الى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا أثمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسدا وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فاشبه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل اباحته وحله، فاما المجوسي فان احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا، قال حنبل قال عمي لاتشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد باسيرين ولم يجيئا بشيء ،وفسر احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاغتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فأما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لايشاركه ولايضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان ان يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنانيهما يكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت الي حاجيها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعاننة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مغشوشة لانهما قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير نكير

(فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ماروى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرهم عليه وقال احمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم، فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه سلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من أخذ شيئاً فهو له» فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى أخذ شيء فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى انما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك، ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها: لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الاخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي الى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي الى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكانها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن ابي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحماد بن ابي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً وكون ربح المالين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الاثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان ويرجع

أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله

(فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن مايتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ وقال القاضي تصح الشركة لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الاخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الاخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصناعتان، وقولهم يلزم كل واحد منهما مايتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لانهما كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالاجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه

(فصل) واذا قال أحدهما انا اتقبل وانت تعمل والاجرة بيني وبينك صحت الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وانما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما انا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمغشوش من الأثمان هل تصح ؟ على وجهين (احدهما) لا تصح سواء قل الغش أو كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الغش اقل من النصف جاز وان كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مغشوشة اشبه مالو كان الغش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الغش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم النقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايهما دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً لانهما كالوكيلين في المطالبة، ومايتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر مايلزمه وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما مالزم الاخر لما ذكرنا من قبل، ومايتلف بتعدي احدهما او تفريطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه لانه لا يد له على ذلك

(فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هاني، وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي احدهما بشيء ولا يأتي الاخر

العروض ،ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احمد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ثمن فأشبهت الدراهم والدنانير،وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض،ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فأشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لانه لابد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الثاني أن يشرطا لكل واحد منهما جزءا من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثلث والربع)

لانها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ماشرطاه سواء شرطا لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضمانهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلا ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعا فاذا ترك احدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ماجعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراها فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما ثم حملاه على البهيمين او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن اجراهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذممها وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استاجرها ولهذ تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبوحنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة بيع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشرط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضيعة فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالا الربح بيننا فهو بينهما نصفين) لان إضافته اليهما اضافة واحدة من غير ترجيح فاقتضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالا الربح بيننا

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

(مسئلة) (وان شرطا لاحدهما جزءا مجهولا لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالثمن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالثمن في البيع

التي اكتراها ولان الشركة اما أن تنعقد على الضمان في ذممهما او على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذممهما ضمان ولا عملا بأبدانهما ما يجب الاجر في مقابلته ، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما فان اعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولآخر بيت فاشتركا على ان يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ماشرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم ماحصل لهما على قدر أجر عملهما واجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعملا بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها ومايرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي مايدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطا لاحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة، وانما لم يصح لامرين (أحدهما) انه اذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح .

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لاحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح احدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفا مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي

الرأي لايصح والربح كله لرب الدابة لان الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لايجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها ، وقال القاضي يتخرج ان لايصح بناء على أن المضاربة بالعروض لاتصح ،فعلى هذا إن كان اجر الدابة بعينها فالاجر لمالكها وان تقبل حمل شيء فحمله عليها او حمل عليها شيئا مباحاً فباعه فالاجرة والثمن له وعليه اجرة مثلها لمالكها

ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف مارزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ،ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحه ولان ربح نصفه هو نصف ربحه ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط أن يخلطا المالين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالين في شركة العنان اذا عيناهما أو احضراهما وبه قال أبو حنيفة ومالك الا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بان يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلطا المالين لانهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى مايدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والربع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ماذكرناه في مسئلة الدابة، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وان دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يجز مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المعتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لايعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر قيل لابى عبد الله فان كان النساج لايرضى حتى يزاد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً

ولنا أن الوضيعة والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا ان يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك

ولنا انهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا رجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوما المبتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه

ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل

ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

(مسئلة) (وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم انهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال ابو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس مانقل عن احمد صحة الشركة وما رزق بينهما على ماشرطاه لانها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولآخر اكاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه أستوفى منافع ملكه بعقد، هذا اذا أجرا الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما بدفع المال الى صاحبه أمنه وبأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك فاما مايشتريه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيته

﴿مسئلة﴾ (وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك)

لان العقد اقتضى ان يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف احد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا مايدل على خلافه

﴿مسئلة﴾ (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف او نقصان في الثمن عما اشتريا به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لهما الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولأنهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لأنها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبيه اجر المثل لانه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وان تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه عادة التجار، وله ان يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله ان يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك ان أقر بالثمن أو بعضه او اجرة المنادي أو الحمال لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة لان مبناها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت بيعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخاً ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فملكه كالرد بالعيب والآخر لا يملكها لأنها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لا تختص العاقد

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله لهوعليه لاصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة اعبد بعوض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين.

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرهما أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الابدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقي في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحابي لان ذلك ليس بتجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ،وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطراً فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئاً من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

﴿ مسئلة ﴾ (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين)

أومالان وبدن صاحب احدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو اذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما لانهما اذا اخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترناهذا التفسير لان كلام الخرقي بهذا التقدير يكون جامعاً لانواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخلا بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولان الخرقي ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخرقي (والقسم الخامس) اذا اشترك بدنان بماليهما وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال ، على ان ما اشتريا بينهما نصفين او أثلاثا اوارباعا اونحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتريه اوقدره او وقته اوذكر صنف المال او لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الايداع والابضاع على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة الى الايداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح ان الايداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع الى الحمال ، وهل له ان يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (احداهما) له ذلك لانه عادة التجار والربح فيه أكثر (والاخرى) لايجوز لان فيه تغريراً بالمال ، فان اشترى شيئاً بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه اذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرض فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانة على مال الشركة وليس له ذلك لما نذكره ، قال شيخنا والاولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لانه أمكنه اداء الثمن من مال الشركة أشبه مالو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الاخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لاحدهما ان يرهن أو يرتهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين أصحهما ان له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد

ولنا أنهما اشتركا في الابتياع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال مااشتريت انامن شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك اذا قالا ما اشتريناه أو ما اشتراه احدنا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة،وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل لانه وكيله،وسميت هذه شركة الوجوه لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها)وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يارب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسئلك بحق النبي الامي الذي تبعثه في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه.

للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولافرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فاما التمليك بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسئلة) (وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له، الا أن يأذن شريكه)

اذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفاً فهو له ربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها الفا من ماله، ويفارق الصرف فانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما ليهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما ليهما على أن يعملا فيهما بابدانهما والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فانها قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زمننا من غير نكير، فاما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية ابي طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الراي لان الشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او اثمانها: لايجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد تزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز ولنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد احدهما به كالابراء

(مسئلة) (وان تقاسما الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعيب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح ،ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء باكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الاخر في العين المملوكة له، ولايجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكانها ولانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وان اراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية اخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال احمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا ، وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز ،فظاهر هذا صحة الشركة بها ،اختاره هذا ابو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحماد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الاثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما انا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في احد الوجهين لانها من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجها واحدا لانه لا يمكن الرجوع بمثلها

(مسئلة) (وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس واحرازه) لان اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الامور يتولاها بنفسه (فان استأجر من يفعل ذلك فالاجرة عليه) في ماله لانه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستنيب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والنداء(فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لانه العرف

(مسئلة) (فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لانه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمرأة التي تستحق على زوجها خادما اذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر ان له الاجرة لانه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالاجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بعينه أو لا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان او لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي اذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والخيل البلق لم يصح لانه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو ان لا يبيع الا بمثل ما اشتري به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الاثمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مغشوشة فأشبه مالو كان الغش أكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فان الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جداً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فان احمد قال لا أرى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لانها ثمن فجازت الشركة بها كالدراهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت او غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة فيها فانها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وانما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ، ويفارق ما اذا شرط أن لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالكلية وكذلك اذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتر إلا منه فانه يمنع الربح أيضاً فانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وفاسد مثل ان يشترط مايعود بجهالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضيعة اكثر من قدر ماله أو ان يوليه مايختار من السلع أو يرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرها روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أو ان لا يعزله مدة بعينها أو ان لا يبيع الا برأس المال او أقل او لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو ان يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لانه لابد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولادين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين فى الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه احمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولانهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه

ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك

ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

مايختار من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل ان يشرط للمضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أحد الكيسين أو احد الالفين او احد العبدين او احد السفرتين او ما يربح في هذا الشهر او ان حق أحدهما في عبد يشتريه أو يشرط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوما .

(القسم الثالث) اشتراط ماليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل ان يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة او قرضا أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو انه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولان الجهالة تمنع من التسليم فيفضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن احمد في أظهر الروايتين عنه ان العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره ولانه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناهما وأحضراهما وبهذا قال أبوحنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلطا المالين لانهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا ان الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه احمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشترى إلا أن يكون مال كل واحد منهما مميزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله ، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعتاق ، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لانه شرط فاسد فأبطل العقد كالمزارعة اذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع ،ودليل فساد هذه الشروط انها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة ? لانه جائز

(مسئلة) (واذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لان التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضيعة عليه لان كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لانه نماء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساويا مالاهما وعملهما تقاص الدينان واقتسما الربح نصفين وان فضل أحدهما صاحبه يقاص دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف ابو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه لانه عقد يجوز ان يكون عوضه مجهولا فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لانه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه ، وللعازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه

كان له ماتميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ماشرطاه ولا يستحق أحدهما على الاخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن احمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام احمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لمالكه لانه نماؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما بدفع المال إلى صاحبه امنه وباذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقا في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنسا أو نوعا أو بلدا تصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالاذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين

هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينعزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا انما يصح اذا كان الربح على قدر المالين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لا تختص العاقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا زوج الرقيق لان الشركة تنعقد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يقرض ولا يحابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لانه تمليك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) فاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا ، وينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناهما لان القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه كالوكالة وهي مجمع على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بعيب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه احمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعه أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لانه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالابراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه إذا اشترى بجنس ماعنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس مااشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة مايمكنه اداء الثمن منه ببيعه انه يجوز لانه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبه مالو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن عليا قال اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر الا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين كما لو قال والربح بيننا فانه يكون بينهما نصفين كذا هذا ، ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى ان له جزءاً من الربح مجهولا فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما اذا قال الربح بيننا فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة فلم يترجح أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك

(مسئلة) (فان قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو ابضاع) لانه قرن به حكم الابضاع فانصرف اليه

(مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا قراض لان قوله خذه فاتجر به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الايداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الايداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وفى التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف فى حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لاحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك مايراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك مايراد له، وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة، فاما الاقالة فالاولى انه يملكها لانها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب اذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه، ويحتمل أن لا يملكها اذا قلنا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة، وان قال له اعمل برايك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح كله لي كان إبضاعا صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كما لو قال اتجر به والربح كله لي، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرطه لاحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد

ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ماينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ماإذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقرض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وماذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) اذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربعه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكا بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجيء ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لانها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وان كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذ عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه يعزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع ، فان قيل اليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل انما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم ان الباقي له لانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فان قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وان قال خذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيراً) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي مايدعيه المدعي

(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضا أيضا ومعناها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أوجهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه مالو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بابدانهما فلم يجز تفاضلهما في الربح كشريكي الابدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين، وشركة الابدان كمسئلتنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز فان شرطا له ربحا متساويا منهما جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له ، وان شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسهم ، ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهنا من العامل العمل ومن الاخر المال فتوازنا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبدالله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل ياأمير المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين. اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرطا جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جعلا الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنبي لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارهم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لان المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ماجاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فههنا مثله وما جاز ان يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لايجوز ههنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع ان يشترك مالان وبدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف ان يتصرف فيها على ان يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه اربعة اسهم، للعامل سهم وهو الربع، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ قلنا انما تمنع الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فانها لاتمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة ، فان شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لايفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فههنا مثله ، وماجاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لايجوز ههنا على ما فصلناه لانها في معناها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الاقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه اذا تصرف العامل نفذ تصرفه لانه اذن فيه رب المال فاذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع ان البائع قد اذن له في التصرف؟ قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان اذن البائع كان على انه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وههنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله وانما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريف ابو جعفر ان الربح بينهما على ماشرط له واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بانه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعا لاغير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لايجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد اجارة. ولنا انهما لم يجعلا أحد العقدين شرطا للآخر فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك واتجربها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لايصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل .ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لهما كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لامقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ،وفارق شركة العنان لان فيها عملا منهما فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالا مضاربة فسد العقد لما سنذكره انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية أبي

فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه إن لم يربح فلا اجر له ،ومقتضى هذا أنه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت أقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ، ونمنع وجوب المسمى في النكاح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تبايعا فاسداً وتقابضا وتلف احد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله ،فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديه وتفريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه

الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وابو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح أن يضم اليه بهيمة يعمل عليها

(فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعا

مضمونا كان مضموناً في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تعديه كذلك ههنا

(مسئلة) (وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتر (احداهما) يصح قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفا مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضا وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمور ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضاً فاذا منعه البيع لم ينض (الثالث) أن هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره (والثاني) أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وبهذا قال الشافعي ، وأجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حرين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ولانها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا انه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولان فيه غرراً فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلا فيه الا كساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه « ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان » وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال بع هذا العرض وضارب بثمنه أو اقبض وديعتي وضارب بها أو اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكيلا في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمنا عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي فضارب به ، وأما اذا قال اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين

ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الالف وفارق الدين فانه لا يصير ملكا للغريم الا بقبضه، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز ان يضارب عليها لما نذكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (والربح على ما اصطلحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه او مايجمعان عليه بعد ان يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولان استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الاجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، واما شركة العنان وهو أن يشترك بدنان بماليهما فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وان يتفاضلا فيه مع تساويهما فى المال وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل انه يصح عقد الشركة واطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لان احدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجازله أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الاطلاق فانه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فاذا وجد الشرط فهو الاصل فيصير اليه كالمضاربة يصار الى الشرط فاذا عدم وقال الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيعة فانها لاتتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، واما شركة الابدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح لانه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولمن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة فاذا ضارب به سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لايزول ضمان الغصب الا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لان القراض لاينا في الضمان بدليل مالو تعدى فيه

ولنا انه ممسك للمال باذن مالك لايختص بنفعه ولم يتعد فيه فاشبه مالو قبضه وقبضه اياه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه احمد وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم انه لايجوز ان يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق وابو ثور واصحاب الراي وبه قال الشافعي ، وقال بعض اصحابنا يحتمل ان يصح لانه اذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الثمن الى من اذن له في دفع ثمنه اليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع اليه عرضا وقال بعه وضارب بثمنه وجعل اصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب اجر مثله

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه اولى لانعقادها على العمل المجرد ، واما شركة الوجوه فكلام الخرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة او تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولانها تنعقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا ههنا ، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في الف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وان شرطا له دون نصف الربح لم يجز لان الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وان جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وانما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا ، فان قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون راس المال معلوم المقدار فان كان مجهولا او جزافا لم تصح وان شاهداه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور واصحاب الراي تصح اذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة ويفضي الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكروه يبطل بالسلم وبما اذا لم يشاهده

(فصل) ولو احضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على احدهما لم يصح سواء تساوى مافيهما او اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع

(مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الخرقي ونص عليه احمد في رواية ابي الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجعلاله هنا في مقابلة عمله شيئاً وانما جعلا الربح على قدر المالين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه فان للعامل الذي لامال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بيننا فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويخلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتاول القاضي كلام احمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع انما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته يحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشترك مالان ببدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربعه أو جزءاً معلوماً أي جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماءه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وان قال خذه مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وانما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطا لاحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو؟ فهو للعامل قليلا كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الالفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربعه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربع ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتنع الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لانها تمنعه من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فانها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع صحة المضاربة وان شرط للعامل ثلث الربح فقط فقال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد إجارة . ولنا أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك واتجر بهما والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث مابقي صح وكان له خمسة أتساع لان هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع مابقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع مابقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبه مالو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لانه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم ، وان قال خذه ولك مثل ماشرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لانهما أشارا الى معلوم عندهما وان كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لانه مجهول .

(فصل) وان قال خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضاً لا قراضاً لان قوله خذه فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه ، وان قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وان قال خذه فاتجر به والربح كله لي كان ابضاعاً لانه قرن به حكم الابضاع فانصرف اليه فان قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لان العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح

مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لهما كما أنه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان

ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا ان حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل ان يفعله اولا يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء اذا لم ينهه عنه؟ فيه روايتان (احداهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بغير إذن كالوكيل ، يحقق ذلك ان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة ان الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فاذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض فاذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد.

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ماينافي مقتضى العقد ففسد كما لوشرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما اذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وماذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وان قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لان اطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بيننا وان شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما شريكان في العمل بابدانهما فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الابدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلهما في العوض كالاجيرين ولانسلم وجوب التساوي في شركة الابدان بل هي كمسئلتنا في جواز تفاضلهما ثم الفرق بينهما ان ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لان فيه تغريرا أشبه مالو لم يقل له ذلك

ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه الا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الاجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنها مثله، ويحتمل كلام الخرقي صحة البيع فانه قال اذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه وان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته اذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه وان قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لانه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع، فعلى هذا ان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز واذا شرطا له ربحا متساويا منهما جاز وان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفـة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فاذا اشترطا التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطا لسيده فاذا جعلا الربح بينهما وبين عبديهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبي أولولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين، وان لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو لقريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ماشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنبي لا يستحق شيئاً لانه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحدا منهما فما شرط لا يستحقـه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لان في السفر تغريراً بالمال وخطراً ولهذا يروي: ان المسافر ومامعه على قلت الا ماوقى الله . أي هلاك ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالـكه (والثاني) له السفر اذا لم يكن مخوفا قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً أو حضرا ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الامرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي ،وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولاالى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولان الضرر ينجبر بضمان النقص ، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مـذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن فيه اشبه بيع الاجنبي ، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وان أمكن رده وجب ان كان باقياً أو

الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيهما في المشترى لان لهما أصلا يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فانه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلا يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك

قيمته ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها وورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتغابن الناس بمثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن التحرز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشتريه لفلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض ويشتريه به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعمل برأيك فله ذلك وهل له المزارعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتغى بها النماء فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وانما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وممن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعنيين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء

(فصل) وله ان يشتري المعيب اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب فان اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الارش فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض فان حكمه حكم مالو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لان فيه ضررا ولانه لاحظ للتجارة فيه فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وان كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه فان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء اذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وان كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولان العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح

(فصل) وإن دفع اليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح الف أو على أن لاحدهما ربح أحد الثوبين او ربح احدى السفرتين او ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافا وان دفع اليه الفا وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وابو ثور يجوز لان نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه بعبارته الاخرى. ولنا أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الاخر فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن ان يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الاخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

﴿ مسئلة ﴾ (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدي الروايتين والاخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقدا أو نسيئه أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لان الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه مالو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى معيباً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضرها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء أبيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقداً غيره جاز ولم تجز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (احداهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كانه قال بعه حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول ابي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وانما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يجز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وانما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ومافي يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وان نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالنهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان إذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء

(مسئلة) (وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فان قلنا يملكه بالقسيمة لم يعتق منه شيء لانه مالكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهمنا مثله ويحتمل قول الخرقي صحة البيع فانه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمنه بقيمته ايضا لانه لم يفت بالبيع اكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تغريراً بالمال وخطرا ولهذا يروى : ان المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفا قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفرا وحضرا ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق. فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ماتناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعليه المهر والتعزير وان علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطىء في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرينة دالة على احد الامرين تعين ذلك وثبت ما امر به وحرم مانهي عنه ، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعا وكذلك لو اذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه متعد بفعل ماليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال بالمعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة افضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى ما انفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الاثرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكول ولا كسوة له قال أحمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي قال لا انما له النفقة وان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينبني على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد فانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها ملكه فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبدالله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه انما دفع اليه المال ههنا ليضارب به ودفعه الى غيره مضاربة يخرجه عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز ايجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن تلف أو تعذر رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على

أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب احمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر، فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله فان كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لان النفقة انما كانت لاجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا ان يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر اما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له لانه انما يستحق النفقة ماداما في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا انه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في انه ليس له ان يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد ان البيع يصح ويضمن النقص لان الضرر ينجبر بضمان النقص، والقياس ان البيع باطل وهو مذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه بيع الاجنبي، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وان أمكن رده وجب رده ان كان باقيا

وجه الامانة وإن علم رجع عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لان التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بحرية أمة وان ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجرة مثله ؟ على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الغاصب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبه مالو ينقد الثمن من مال المضاربة، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته ان كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده وأما مايتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه لانه لا يمكن التحرز منه وأما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وان صرح للبائع انني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا

(فصل) وهل له ان يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضا بعرض ويشتريه به فان قلنا لا يملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله ان يشتري المعيب اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب

اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لاصول المذاهب ولا لنص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ماشرطه له غيره كما لو دفع اليه الغاصب مضاربة ولانه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

(فصل) فان أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون المضارب الاول وكيل رب المال في ذلك فان دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً منه لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل والربح انما يستحق لواحد منهما فان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه

(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة فان قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري واصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله أعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا ان يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب او امساكه وأخذ ارش العيب فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لهما جميعاً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز ادخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضررا فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه لأنه قد تلف ويكون محسوبا على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه وان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة مالو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة انما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ماليس بملك له ولا لموكله

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمراً ولا يصح ان يشتري خمراً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداهما منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجملة ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر باذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان مافرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل عالما بانه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء اذا كان بغير اذنها لان الاذن انما يتناول شراء مالها فيه حظ وشراء زوجها يضربها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء ابنها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك

ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف بالغبن وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسمانه فينظر ماربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا : والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئاً لانه انما يستحق بمال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتعدي المضارب انما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أوأجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالنهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا اذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يعتق بالشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما ملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي

التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال مايعجبني أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله اعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لاضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه واتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسرا

ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالو كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعدظهور الربح لم يصح في أحدالوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير فإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو هذا

ولانا لو جعلناها للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سببا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع واياس والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لاضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في احدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازه صح والا بطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا حنبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيء في غير ملك ولاشبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبني على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكته وان علقت منه صارت أم ولده وولده حر كذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لاتحصل الا بملك لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما.

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروى أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال « عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة » فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وكيف صنعت؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (احداهما) لا شيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضا كما لو عقده باذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ماجرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع اليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تعذر رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ،وإن لم يعلم فهل يرجع على الاول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبه مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبه مالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالنداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمله نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه اجراً فنص احمد على أنه لاشيء له، وخرج أصحابنا وجها أن له الاجر بناء على الشريك اذا انفرد بعمل لايلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ،قال شيخنا والصحيح أنه لاأجر له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالاجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به ؟على وجهين (احدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالبا به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لايلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقا لأصول المذهب ولا لنص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منهما والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الغاصب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون العامل الاول وكيلا لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال او أقل او أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ماتقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشتري من مال المضاربة شيئا لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئا لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لما ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان الغرماء يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح انما يستحق بواحد منهما وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله اذنه

(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خمرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر ذميا فان فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر وبيعه اياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لانه يبيع ماليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خمرا ولا يصح ان يشتري خمرا ولا يبيعه وان كان ذميا فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ماجاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للغرماء فصح شراء السيد منه كبقية الغرماء والاول اولى لان ملك السيد لم يزل عنه وان تعلق حق الغرماء به كالعبد الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك

ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وانما يكون شريكا اذا ظهر الربح لانه انما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشراؤه كشراء أحد الشريكين من شريكه

(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح)

لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لانه ملكه)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل وربح رده في شركة الاول)

وجملة ذلك انه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك

ولنا ان المضاربة على الحظ والنماء، فاذا فعل ما يمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا اذا فعل وربح رد الربح في شركة الاول ويقتسمانه فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه انما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويتخرج أن يصح في الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كالاجنبي، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

(مسئلة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب انما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدرا لايختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تشغله ؟ فقال مايعجبني ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه

(فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه اواتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدا فاختلط العبدان ولم يتميزا فانهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال ، والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين ، والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولانا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سبباً لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل .

وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة أفضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة ،فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ « المؤمنون على شروطهم» فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا انما له النفقة، فان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع واياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه احمد وبه قال أبو قلابة ونافع ،وعن احمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول احمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي وقال اياس بن معاوية ومالك الربح على ماشرطاه لانه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهما على ماشرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في احدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازه صح وإلا بطل،والمذهب الاول نص عليه احمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى الكسوة؟ فقال اذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله لانه العادة فينصرف الاطلاق اليه كما انصرف اليه في الاطعام في الكفارة ،فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لانها لاجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فاخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ذلك لانه إنما استحق النفقة ماداما في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لان البضع لا يباح الا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال: عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منها شاة بالدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله ﷺ هذا دينارکم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير اذن مالكه فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها، فاما المضارب ففيه روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله مالم يحط بالربح لانه عمل مايستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى او أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد النكاح فتعين الملك ويخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا

(مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافا

(فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (إحداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لايملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط مايخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يطأ جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب

(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ماجرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه مستحق للربح في مقابلته فان استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة لان العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمله نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه الى العرف فان فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضا في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجها ان له الاجر بناء على الشريك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالاجنبي

(فصل) واذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية اتساع درهم فان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع ولذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصفه وان كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لانه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهوماذكرنا فان أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته اياه وقد أخذ منه الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

﴿ مسئلة ﴾ (فان اشترى سلعتين فربح في احداهما وخسر في الاخرى أو تلفت جبرت الوضيعة من الربح)

اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا الا بعد كمال الالفين وبه قال الشافعي الا فيما

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطهما لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدين فان أصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة احداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحدا ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خاصة وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعا، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصا فضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافا ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهبا وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كالمذهبين واحتج من لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وثمنها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاختصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينا على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فان أجازه رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لان من اشترى شيئا لغيره بغير اذنه وقف على إجازته فان أجازه فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز

(مسئلة) (فان تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال)

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكي عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عبدين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعهما بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد اذا وطيء المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فان الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسرانه من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضيعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر بهوضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحمد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه مافوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لانا تبينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة امور، أحدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه بعرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما

(مسئلة) (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا، وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما اخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما اخذه ربح فكانت العشرة بينهما وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي راس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ احدهما ايهما كان وبموته والحجر عليه لسفه كالوكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبعده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه فان كان فيه ربح قسماه على ما شرطا فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه او قسمه جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب انما استحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك إلى مستحق الارض ؟ فههنا أولى وماذكروه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل

(مسألة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك)

أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لانه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بثمنها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لايجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى مايستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كما لو كان عرضاً على ماشرح وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لواشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين

ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه، وله اخذ مافيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان الغرماء يأخذون مافي يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال المفلس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك . ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكا

(مسئلة) (وإن كان دينا لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لايلزمه إلا أن يظهر ربح لأنه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لاتجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لايلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لايحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لاتمنع لان الشريك هو العامل وذلك لايمنع التصرف : وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام احمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشتري إلا باذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي ؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال

اذا ظهر ربح لانه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وتتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وان اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: ان لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (إحداهما) الجواز لان ما جاز ان يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كال الاجنبي (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لان الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلا يبنى عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فان مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فان لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فاذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه فان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ واما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وان قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتغى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقترض فبعضه أولى وهذا بخلاف مالو حابى الاجير في الاجرة فانه يحتسب بما حاباه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لايجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذاً لاتجب الاجرة ، والدار والفرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل انما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احداهما وخسر في الاخرى جبرت الوضيعة من الربح) ٠

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد العبدين فان اصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا ان التالف من راس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لايخرج من عين المال إنما يحصل بالتقايب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر الغرماء اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أوكالمرتهن

(مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عينها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد مايعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لايختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بعضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعى عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه امين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ،ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الاخرى فجبر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا ،فاما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معاً لان المال انما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق مابعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح .

(فصل) وإذا دفع اليه الفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصارا مضاربة واحدة كما لو دفعهما اليه مرة واحدة ، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن له في ضم الثاني الى الاول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري واسحاق واصحاب الراي حكاه عنهما ابن المنذر وقال اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم وبه نقول لانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر

(مسئلة) (والقول قول رب المال في رده اليه مع يمينه) نص عليه احمد ولاصحاب الشافعي وجهان احدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لانه امين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل ،ووجه الاول انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لانفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وان سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه لم يأخذه لنفع رب المال .

(مسئلة) (وفي الجزء المشروط للعامل) اذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) ان العامل ان ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لان الظاهر صدقه وان أدعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجين اذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضيعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه فحتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحمد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لانا تبينا انه ليس بربح مالم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه »ولانه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان على رءوس اموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء باربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(مسئلة) (وان قال ربحت الفاً ثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو نسيت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لآدمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ،ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لاغير

(فصل) واذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتغى به الفضل فأشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من مال رب المال وانما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى الاجير في الاجر فانه يحتسب بما حاباه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل ان يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن عين المال انما يحصل بالتقليب

(فصل) واذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئا من نصيبه لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدما كحق الجناية ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار دينا في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل ان يكون المال قد هلك

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال الفان فصدقه احدهما وقال الآخر بل هو الف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف أنه الف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين لان الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه اثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها وذلك لان نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) اذا دفع الى رجل الفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فان أقام كل واحد منهما بينه

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان دينا كالوديعة اذا لم تعرف عينها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد مايعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تبين للمضارب ان في يده فضلا لم يكن له أخذ شيء منه الا باذن رب المال)

وجملته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربحا (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بجبران خسارة المال وان أذن رب المال في أخذ شيء جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع لانه ان كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه فنص أحمد في رواية مهنا أنهما يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بالف وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على ان يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد اقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة ان المال لهما فجاز لهما ان يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول أنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ماقبل التصرف وبعده فاذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ماشرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لان الحق لهما لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لان حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على

فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجرها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد شهادة يجر بها الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك لانه مستحق للارض فهنا أولى وماذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على البيع وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أودراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه انما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أولم يظهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن بينة حلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردرأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه انما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لانه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أوالجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا اتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض انما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق .

الانتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك و بطل في نصيب الغاصب،وان وكل الشريك الغاصب او وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك ؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر للمشتري انه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فللآخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن احمد مايدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد ، قيل لاحمد بعت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لايجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو لنصيبه قال فرأيته قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على مارواه حنبل وحرب انه لايجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجها آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وان كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما اذا كان المال ناقصا وهذا لايجوز في القراض بلا خلاف، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض . فأما ان مات العامل أو جن وارادا ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فان كان ناضا جاز كما قلنا فيما اذا مات رب المال وان كان عرضا لم يجز ابتداء القراض الا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بان تقوم العروض ويجعل راس المال قيمتها يوم العقد لان الذي كان منه العمل قد مات اوجن وذهب عمله ولم يخلف اصلا يبني عليه وارثه بخلاف ما اذا مات رب المال فان المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وان كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه اذا اختار ذلك فان لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لان رب المال انما رضي باجتهاد مورثه فاذا لم يرض ببيعه رفعه الى الحاكم ليبيعه فأما ان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لان القراض انفسخ فأما البيع فان الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه اذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القابض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركا ، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله ان يرجع على الغريم لان الحق يثبت في ذمتهما على وجه سواء فليس له تسليم حق احدهما إلى الاخر فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لان حقه ثبت في أحد المحلين فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيك نصف ماقبضت بل الخيرة اليه من أيهما شاء قبض فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله فان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لانه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الاصل مشتركا وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه بريء منه لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غريمه بشيء وان أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرىء أربعة أتساعه ولشريكه خمسة أتساعه فان قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للمبريء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى احدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فللآخر إبطال الشراء فان بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والثمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال، على روايتين (احداهما) ان اجازه فالثمن عليه والمضاربة بحالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير راس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال راس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من راس المال كما لو تلف قبل الشراء، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفاً كان الالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا

أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن مايقبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها ان مافي الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبه مالو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ماقبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء، وإن قبض اكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه

(فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الخرقي وهو ان يشترك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد ان العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لانه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لاحدهما فضل دراهم والمذهب الاول

ولنا انه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لوشرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم لانه إذا فسدالشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل ان لا يسافر بالمال أو ان يسافر به او لا يتجر الا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري الا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والخيل البلق لم يصح لانه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لانهما اذا اخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره معناها انهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلام الخرقي على ذلك ليكون كلامه جامعاً لانواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الخرقي قد أخل بذكر نوع من انواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ماذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال على ان ما يشتريانه فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً او نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتريه او قدره أو ذكر صنف المال او لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رءوس اموالهما على ان مايشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال ابو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت او المال اوصنفاً من الثياب، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه

ولنا انهما اشتركا في الابتياع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايعانه بينهما كما لو ذكرا شرائط الوكالة وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ممنوع وان سلم فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا، فعلى هذا ان قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني و بينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني و بينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على ان يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع او اطلق وكذلك لو قالا ما اشتريناه

ولنا انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشتر الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر قال مهنأ سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع ؟ قال اذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (احداهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبه ما لو شرط ان لا يبيع، وبيان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لان مبناها على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (والملك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» والوضيعة على قدر ملكيهما قياساً على شريكي العنان لانها في معناها، والربح بينهما على ماشرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لهما فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولنا أنهما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان

﴿ مسئلة ﴾ (وهما في التصرفات كشريكي العنان)

يعني فيما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل لانه وكيله ، وسميت شركة الوجوه لانهما اشتركا فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى فى موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيهاً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال

ينض (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكروه يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتي المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الفاسدة تنقسم الى ثلاثة أقسام (أحدها) ماينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لا بأس أن يشترك القوم بابدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاغتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عبد الله قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء انا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب والنفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولا أو ربح أحد الكسبين أو أحد الالفين أو أحد العبدين أو ربح احدى السفرتين او ما يربح في هذا الشهر أو ان حق احدهما في عبد يشتريه ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لانها تفضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو الى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوما (القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو ان يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ،أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيرا منها في غير هذا الموضع معللا ،ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولان الجهالة تمنع من التسليم فتفضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره لانه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح

وأما الثاني فان الله تعالى انما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فاما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع آخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناهما على الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسئلة)(وتصح مع اتفاق الصنائع رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل احدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر ان يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ام كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟(والثاني) تصح اختاره القاضي لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون احد الرجلين احذق فيها من الآخر فربما يتقبل احدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصنائع

والعتاق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء

(فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه اذا تصرف نفذ تصرفه لانه أذن له فيه فاذا بطل العقد بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف، قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله انما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال ولا أجر له وجعل احكامها كلها كأحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه امكنه تحصيل ذلك بالاجرة او بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل. ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وايهما دفعها اليه برىء منها، وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر مايلزمه

عن مالك أنه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله ويحتمل ان يثبت عندنا مثل هذا لانه اذا كان الاقل ما شرط له فقد رضي به فلا يستحق اكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا ان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى اذا كان العقد فاسدا واذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله اليه وذلك متعذر فتجب قيمته وهو اجر مثله كما لو تبايعا بيعافاسدا وتقابضا وتلف احد العوضين في يد القابض لهوجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح او لم يظهر، فأما ان رضي المضارب بالعمل بغيرعوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله فأشبه ما لو اعانه في شيء او توكل له بغير جعل او اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذاقال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والاجير لا يضمن سكنى ماتلف بغير تعديه ولا فعله فكذاههنا وأماالشركة إذافسدت فقدذكرناهاقبل هذا

وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه دون شريكه لان اليد له فيقبل اقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه لأنه لا يد له على ذلك

(مسئلة) (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فان طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك)

وجملة ذلك أنه اذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الاجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونا لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلا ليقصر له ثوبا فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذاههناوسواء ترك العمل لمرض أو غيره فان طالب أحدهما الآخر ان يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللآخر الفسخ ويحتمل أنه اذا ترك العمل لغير عذر ان لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله

﴿ مسئلة ﴾ قال : (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لايجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لانه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه اليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع اليه عرضاً وقال بعه وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لانه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئا للمضاربة وقع الشراء للمشتري لانه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعا ويكون وكيلا في قبضه مؤتمناً عليه لانه قبضه باذن مالكه من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي وضارب به قال مهنأ سألت احمد عن رجل قال اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لانه إنما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما اذا تركه لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليحملا على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لانه نوع من الاكتساب والدابتان آلتان فاشبها الاداة

(مسئلة)(فاذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صحت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا باي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصراها بغير أداتهما

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما اذا أجرا الدابتين بأعيانهما على حمل شيء باجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذممهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذممهما ضمان ولا عملا بابدانهما ما تجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لاتصح ولهذا قال أجر

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار دينا عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافا ولو شاهداه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولانه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكروه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح قال شيخنا ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فان أعان أحدهما صاحبه في التحصيل والنقل كان له أجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لاحدهما أداة قصارة ولآخر بيت فاشتركا على ان يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجرهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والاداة، وان كانت لاحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعملا بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعملا عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي مايدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان للمضاربة تكون

الالف وأشار اليه في زاوية البيت، وفارق الدين فانه لايصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه ولوكانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً .

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح أيضاً لانه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به لانه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبوحنيفة وقال القاضي لايزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً وهو مذهب الشافعي لان القراض لا ينافي الضمان بدليل مالو تعدى فيه. ولنا انه ممسك للمال باذن مالكه لايختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبه مالو قبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لانه متصرف في مال غيره باذنه لايختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل وفارق المستعير فانه قبضه لمنفعته خاصة وهٰهنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول ولانه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أوخسارة فيه ومايدعى عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعي انه اشتراه لنفسه او للمضاربة لان الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بمانواه لايطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله فيما نواه كمالو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه امين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبدا فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه فانكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي وهذا كله لانعلم فيه خلافا

بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا اخراجها عن ملك مالكها وقال القاضي يتخرج أن لا يصح بناء على ان المضاربة بالعروض لا تصح فعلى، هذا ان كان أجر الدابة بعينها فالاجرة لمالكها وان تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحا فباعه فالاجرة والثمن له وعليه أجر مثلها لمالكها

ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة المزارعة فانه دفع لعين المال الى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر ان من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجها فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد اشار أحمد الى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة قال بل أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال ابو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته

ولنا انهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فعن أحمد فيه روايتان احداهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذ ادعى اجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ماقدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان الى رؤوس أموالهما بخلاف مانحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع

ولنا انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والربع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربعه فجائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسئلة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قمصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربعه جاز نص عليه، وقال مالك وابوحنيفة والشافعي لايجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال ابو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لايعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحت ألفا ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التالف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وإن قال غلطت اونسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لآدمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع، ولو ان العامل خسر فقال لرجل اقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه فانني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فاخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعا وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال الف والربح الفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الاخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانها اثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خيبر على الشطر قيل لأبي عبدالله فان كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهما؟ قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وايوب ويعلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحن مستحقا له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراها والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهنأ انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قراضاً احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضا حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضا وقال العامل كان قراضا أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذ اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه انما أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبوحنيفة اذا كان المال باقيا في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره اجر دابتك لتكون اجرتها بيننا وأوجر جوالقاتي لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر اجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا اجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان اجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد اجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر اجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشترك ثلاثة من احدهم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على ان لهما الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون مارزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فاشبه مالو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصمه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعي بينة وان كانت له بينة قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

اخر رحى ومن اخر بغل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ماشرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطهما عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فانهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لاصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة فحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة ههنا وقعت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الغاصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فللآخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول ابي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال: لا يجوز قيل له فان أخره او أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد: له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الاخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما إذا تزوج اربعاً بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا اخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من اخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيته قد احتج له واجازه قال ابو بكر العمل عندي على مارواه حرب وحنبل انه لايجوز وهو الصحيح وقد صرح به احمد في اول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لانه لايجوز ان يكون نصيب القابض ما اخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده او اخرجه عنها برهن او قضاء دين او غيره وله ان يرجع على الغريم لان الحق يثبت في ذمتهما على وجه سواء فليس له تسليم حق احدهما إلى الآخر فان اخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في احد المحلين فاذا اختار احدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول انا اعطيك نصف ماقبضت بل الخيرة اليه من ايهما شاء قبض فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لانه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الاصل مشتركاً، وان ابرأ احد الشريكين من حقه برىء منه لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن ابرأ احدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرىء اربعة اتساعه ولشريكه خمسة اتساعه وإن قبضا نصف الدين ثم ابرأ احدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية للمبرىء ثلاثة اثمانه وللآخر خمسة اثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وان اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر ابطال الشراء فان بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وان اجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا؟ وإن اخر احدهما حقه من الدين جاز فانه لو اسقط حقه جاز فتأخيره اولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى ان له الرجوع لان الدين الحال لايتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الاخرى وان مايقبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها أن مافي الذمة لاينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه احدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعيينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جمعا بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لان كل واحد منها يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلا في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لايخلو إما ان يكون بحق او بغير حق فان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لوكان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبه مالو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ماقبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى، بنصيبه ثوبأصح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير اذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل واما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا يجوز بيع الدين بالدين،فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لايرجع من توى ماله علي من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه لان الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف باذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما اذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز باذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فان دفع اليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا لان اذنه اطلاق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما اذا أذن له فى شراء ثوب ليلبسه او طعام ليأكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن الا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة،وبهذا قال الشافعي واجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك،وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان يكونا حرين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرجا جميعا ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير،واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولانها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان

ولنا أنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) واذا اذن له في التجارة لم يجز له ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لانسان وبه قال الشافعي واباحهما ابو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزوجه وقولهم انه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له ان يبيع من سيده

(فصل) واذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يصير مأذونا له لانه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا انه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت او باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

(فصل) ولا يبطل الاذن بالاباق وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يبطل لانه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل انه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه

ولنا ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب او حبس بدين عليه او على غيره وما ذكروه غير صحيح فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجوز هبته المأكول واعارة دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير اذن سيده لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته اناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح في مسائله باسناده ولان العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا ولان فيه غررا فلم يصح كبيع الغرر ، بيان غرره انه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلا فيه الاكساب النادرة فاما الخبر فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه مايدل على انه أراد هذا العقد فيحتمل انه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح بين الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضا قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الحريت عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارا فقال ياعروة « ائت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود باسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج الى خيبر فقال « ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ، وأجمعت الامة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج اليه فدعت الحاجة اليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة ، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه باسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «ياعروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟ »قال فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود باسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج الى خيبر فاتيت النبي صلى الله عليه وقلت اني أردت الخروج الى خيبر فقال «ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح ان يتوكل لغيره فيه الا الفاسق فانه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضى أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في الايجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لانه ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لايجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لايملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولان الحاجة داعية الى ذلك فانه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج اليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول يدل الاذن وكل قول أو فعل يدل القبول)

لاتصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع ، والايجاب هو كل لفظ دل على الاذن نحو قوله افعل كذا أو اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابعثوا احدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله- فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دل على الاذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضا نحو ان يفعل ما أمره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولانه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولانه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الاباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله اذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض ، وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائبا)

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه ، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأمير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القربة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً ، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع ، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافا ، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الايجاب والقبول لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياع والاتهاب، ويجوز التوكيل في اثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لانهما من حقوق الادميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه .

(فصل)ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبوحنيفة للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه

ولنا انه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحال غيبته ومرضه

والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح ان يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فانه يصح أن يقبل النكاح لنفسه،وذكر القاضي أنه لا يجوز ان يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول ابى الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الايجاب فلا يجوز إلا على الرواية التى تثبت الولاية له وذكر اصحاب الشافعي في في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لانه ليس بولي (والثانى) لا يجوز لانه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لايجوز ان يتولى ذلك بنفسه فلم يجز ان يتوكل فيه كالمرأة ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز ان يقبله لنفسه وانما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح ان يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها،وللمكاتب ان يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله ان يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب ، وليس له ان يتوكل بغير جعل الا باذن سيده لان منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز باذن الولي بناء على صحة تصرفه باذنه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه الا الظهار واللعان والايمان)

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلا عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وإني لأكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المهالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره.

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق ببدن الزوج لامر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضعة والمرتضع لامر يختص بانبات لحم المرتضع وانشاز عظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في الغصب لانه محرم، ولا في الجنايات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائبا وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أولا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته فاباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافا، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق ببدن الزوج لامر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عز فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعد رواه مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعا ولان الحاكم اذا استناب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضعة والمرتضع لامر يختص بانبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنايات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته ، وهل يجوز ان يكون فاسقاً؟ ينبني على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيذكر في بابه ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل ، ولا يصح في الاغتنام لانه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذه يصير لملتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب » متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل يه غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعا للحج ،وفي فعل الصلاة المنذورة وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصال الماء للاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ماجاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أوما اليه

أن يمتنع من محاكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عليا وكل عقيلا عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها واني لا كره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المهالك وهذه قصص اشتهرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (احدهما) لا يجوز التوكيل فيه لانه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو اخبار بثبوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما لانهما من من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاها

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في اثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقة)

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغديا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه ووكل عثمان عليا في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواه مسلم ولان الحاجة تدعو اليه لان الامام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر انه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاترى ان قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل توصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استناب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالتخصيص يكون دخولها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات

(فصل) فأما العبادات فما تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن « أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستناب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف انهم قالوا (فابعثوا احدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها ازكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دال على الاذن فجرى مجرى قوله وكلتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو ان يفعل ما امره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولانه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه انرجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت او يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لانقبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولانه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبه الاباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أومأ اليه احمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل ان يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل ان يرحمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم.

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للوكيل ان يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا باذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته)

وجملة ذلك ان التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في اذنه فلم يجز له كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لانه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ماشئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه

ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يترفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ،وقال القاضي عندي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا لحما واذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية واذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم واذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وان كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدالله ابن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأمير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في اقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالوديعة (والثانية) يجوز نقلها أحمد وبه قال ابن أبي ليلى اذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه فان وكل أمينا فصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرا و ابا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يعنيان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فمتى سلمه الى الموكل معمولا فله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكلما عمل شيئاً وقع مقبوضاً فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير اوفي كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ،وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لوقال بع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أباكان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالاب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ,ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(مسئلة) (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجوراً عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذنه

(مسئلة) (فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين)

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيما وخطراً كبيراً لانه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة فيعظم الضرر وان قال اشتر لى ماشئت لم يصح لانه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن احمد مايدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا انه جائز وأعجبه ولان الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بثمن المثل فما دون ولا يشترى ما لا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وانقال بع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه، وان قال،بع ماشئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جازلانهاذاجاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح. قال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشئت من مالي لم يجز وان قال من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

الشافعية لان يد العبد كيد سيده فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبدا من غير مولاه فجاز ان يشتريه من مولاه كالاجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما ان المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها ،والوجه الذي ذكروه لايصح لان أكثر مايقدرههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسنذكر صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فههنا أولى ،فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصدقاه صح ولزم زيدا الثمن ،وان قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد لاقرار السيد على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) واذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لانه ينصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لهما ذلك لشمولهما عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه في احدى الروايتين، وان وكل غريمه في إبراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبرىء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلا في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ،وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فابرأ صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في ابراء المكفول عنه صح وبريء الوكيل ببراءته لانه فرع عليه فاذا برىء الاصل برىء الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده ، وان قال اشتر لي عبداً تركياً أو ثوباً هرويا صح ، وان قال اشتر لي عبداً أو قال ثوبا ولم يذكر جنسه صح أيضا وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض

ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد وانما تتميز بالثمن .

ولنا انه اذا ذكر نوعا فقد اذن في اغلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسخها متى شاء لانه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كالاذن في أكل طعامه فان وكل المرتهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة)

تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمناه اذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياسا على الوكالة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل

(فصل) فان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن اهلية التصرف وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وان فسق الوكيل لم ينعزل لانه من أهل التصرف الا ان تكون الوكالة فيما ينافية الفسق كالايجاب في عقد النكاح فانه ينعزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وان كان وكيلا في القبول لم ينعزل بفسق موكله لانه لاينافي جواز قبوله ، وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولاهما انه لاينعزل لأنه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وان كان وكيلا فيما يشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله لخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لان ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلا

(فصل) واذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وانما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بعتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لاولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا او لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد ويفارق الوديعة من حيث انها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولو دفع اليه مالا ووكله ان يشتري به شيئا فتعدى في الثمن صار ضامنا واذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض امانة، وان ظهر بالمبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به

(مسئلة) (وهل تبطل بالردة وجرية عبده؟ على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأمنا أو حربيا أو مرتداً لان العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالته

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لانه عقد اذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافا وان قال له وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه

ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فانه يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ماجرت به العادة من الاستنابة فيه

(القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا انه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل اذا لحق بدار الحرب لانه صار منهم

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل لان زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الاول لان سيد العبد اذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن فكذلك البيع الا ان المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم يبطل لان ملكه إياه لا ينافي اذنه له في البيع والشراء، وان وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها .

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والاخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات، وكذا لو دفع اليه ديناراً ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان ينقده ثمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه ، وان استقرضه الوكيل وعزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازه صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئاً لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره ، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشتراه في الذمة .

(فصل) نقل الاثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن من عليه الدين من القضاء نخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن احمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أباكان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه جهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالاب بخلاف الوكيل ولانه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يبطل بالحاكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لانه لا ينعزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان

الورثة فقال لايعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات. فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطنا وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الايجاب لانه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة .

(مسئلة) (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه ؟على روايتين)

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل

وكيلا للموكل ينعزل بموته وعزله اياه، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن ابي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناوله الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم بالحال فمتى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينعزل وهو ظاهر كلام الخرقي، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعتاق (والثانية) لا ينعزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة، ووجه الاول ماذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا مالم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض الا بالتثبيت فكان اذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم الا به فلكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة

ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبه الوكيل في قبض الدين وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكيل في قبضه ونقله اليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من البيع ولا من تتمته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ،فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ،ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فلكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والاولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتك أو صرفتك أو عزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الالفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد مايقتضي فسخها حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطيء الرجعية كان ارتجاعا لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها وان باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به، وان وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه على احدى الروايتين لايبقى محلا للبيع وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وان باعه بيعا فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجملة ذلك أنه اذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون فيه وان

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الانفراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بعتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له بغير إذنه، وفارق مالو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مطالبة وارثه والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه فان اتهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا فى التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجير المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبوحنيفة اذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

(مسئلة) (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في أحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين احدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر به العادة ان يتولاه أكثر

ان يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه انك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله واما باقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان بجعل أو بغير جعل لانه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لان المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بعت ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل انه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل اذاً وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فان وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) واذا اشترى مال اليتيم باكثر من ثمنه فقد قربه بالتي هي أحسن، ولانه نائب عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك نائبه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لانه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد لان الوكيل متهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قرباناً بالتي هي احسن وقد روى ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتريه قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع احد هؤلاء لوكيله او لولده الصغير او طفل يلي عليه او لوكيله او عبد المأذون له كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه يطالبه برد مازاد على خمس المائة

ولنا انهما اختلفا فى تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا فى البيع ولانه أمين فى الشراء فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا فى الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قوله لانه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكه لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم فى الرد لانه لولم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب فى الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لايقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان خيانته قد ثبتت بجحده، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لاتقبل لانه كذبها بجحده فان قوله ماقبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما بيعه لولده الكبير أو والده او مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا فى جملة مايخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال ابو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل امر موكله ووافق العرف فى بيع غيره كما لو باعه لاخيه، وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لان الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم انه يتهم فى حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم فى الثمن كتهمته فى حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيما اذا اراد ان يشتري لموكله كالحاكم فى بيعه لماله لانهما سواء فى المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيما قبلها وان اذنت له موليته فى تزويجها خرج في تزويجها لنفسه او ولده او والده وجهان بناء على ماذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده او والده او مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها

(فصل) فان وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئا (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته وإن كان جحوده انك لا تستحق علي شيئا أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضا لثبوت كذبه وخيانته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فاما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لانها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به كذا ههنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليهما اذا انتفت التهمة كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ماقلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزويج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احداهما نصا في الاخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وابانها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجملة ذلك ان الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لانه إنما يتصرف باذنه ولم يأذن في غير ذلك وان أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وان أطلق لم يبع إلا حالا بنقد البلد لان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فان كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فان تساويا باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحباه له البيع نساء لانه معتاد فأشبه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لانه لو اطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

الوكيل لزمه الالف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه.

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل انه ضمن له الفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق فى ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان فى شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة فى أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ماذكره الوكيل فلاشيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم

(الحال السادس) أن يختلفا فى صفة الوكالة فيقول وكلتك فى بيع هذا العبد قال بل وكلتنى فى بيع هذه الجارية أو قال وكلتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكلتك في بيعه نقداً قال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكلتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال اذنت لك في البيع نقداً أو في الشراء بخمسة قال بل اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه احمد في المضاربة لانه امين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط اذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله أو بدون ماقدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع ، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتغابن الناس بمثله وما لا يتغابنون لان ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه بيع غير مأذون فيه أشبه بيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتغابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمعفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منهي

ان أدركت الساعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه انه لا يعلم انه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي)

إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه مالو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ماقدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضاة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بعتكها وكذا كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكا فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذبا في دعواه فالجارية له لانه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقا فالجارية لموكله فاذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في ايفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبه مالو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقدا وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد ان كان باقيا أو بقيمته ان كان تالفا فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فاما ان قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدراهم أو بثمانين درهماً وعشرين ثوبا لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الاثمان ولانه لم يؤذن فيه لفظا ولا عرفا بخلاف بيعه بدينار .

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقا فباع بعضه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بمائة ثمنا للكل رضي بها ثمنا للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للغني عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبدين بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه باقل منها أو وكله مطلقا فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله في في شراء عبد فاشترى بعضه .

(مسئلة) (فان قال بعه بالف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع على أحد وان كذباه وادعيا انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما فان رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعتني ملكك فالقول قوله مع يمينه انه لا يعلم كونه وكيلا ولا يرجع عليه بشيء

(فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسيئة دون النقد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستضر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول او نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له(١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشتر لي عبيداً صفقة واحدة أو واحدا واحداً أو بعهم لي لم يجز مخالفته لان

(١) هذه المسئلة ذكرت في الاصل بهذا الوضع وهي كما ترى جملها ناقصة فلتراجع في مظنتها في المغني

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل برىء فكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وان لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الامانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل انما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وانما دفع دينارا عوضا عن عشرة دراهم وهذا صرف يفتقر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلا للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لانها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث

تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه، وان قال اشتر لي عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين شركة بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يعين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.

﴿مسئلة﴾ (وان وكل فى شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلا صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله فى الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر فى ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز ولاصحاب الشافعي فى صحة الشراء وجهان:

﴿مسئلة﴾ (وإن قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي احداهما دينارا أو اشترى له شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

اليه رسولا وقال خذ دينارا وثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين انما جعل عليه الضمان لانه دفعهما الى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض مالم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على احد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلا في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده وماكان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وانما لزمه الضمان اذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تتميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه اذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو احداهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي، وقال أبوحنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد البارقي دينارا فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا دينارکم وهذه شاتكم فقال «وصنعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولانه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكروه يبطل بالبيع فان باع الوكيل احدى الشاتين بغير امر الموكل ففيه وجهان (احدهما) لا يصح لانه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولانه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كالو قال له بعه بدينار فباعه بدينار وماذكره يبطل بالبيع ، فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة البارقي ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أمره أن يدفع الى رجل مالا فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة)

وجملته أن الرجل اذا وكل وكيلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال الى الغريم لم يقبل قوله على الغريم الا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع اليه كما لو ادعى الموكل ذلك فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال الى وكيله فاذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه اذا قضاه في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء الا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية ان صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وان كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه ، ووجه الاول أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل ، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد قلنا اطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا

فجاز له ابدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام احمد لانه اخذ بحديث عروة وذهب اليه ، واذا قلنا لايجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع او يصح ويقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وهذا اصل لكل تصرف في ملك الغير بغير اذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) واذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بما دونها صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه عرفا وان قال لا تشتره بدون المائة فخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن فان اشتراه بما دون الخمسين جاز في احدى الوجهين لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها فكان تنبيها على النهي عما دونها كما ان الاذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجرى مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه ، فان قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى وان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الاذن

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفا وان خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبداً بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وإن قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لالرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكره الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل معه.

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الخرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الآمر وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن الوديعة لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه سواء صدقه

عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشتراه بمائة جاز فاذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان ساوى أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشتراه عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل وللموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاء غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان رضي الموكل سقط الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل بيمينه أنه لا يعلم ذلك)

في انه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاؤه كما لو أقر له انه وارثه

ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا ببينة فان لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب معيباً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القنية والانتفاع والعيب يمنع بعض ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح وللموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بالعزل فان رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال ابو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا ثبتت ببينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وان صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على احد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمة الدافع لم يبرأمنه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكا لصاحب الحق وانه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بانه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فان جاء رجل فقال انا وارث صاحب الحق فان انكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ماقال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لانه لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وان صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع اليه بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، فاما إن جاء رجل فقال قد أحالني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المعيب مانعا منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيبا فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين)

(احدهما) له الرد لان الأمر يقتضي السلامة اشبه مالو وكله في شراء موصوفة (والثاني) لا يملكه لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فان قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شراؤه ان قلنا له رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز الرد به بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اشترلي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل)

وجملة ذلك أنه اذا دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بعينها وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه اذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرىء ولاحتمال أن يجيء المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي.

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لاضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه، وإن كان الحق ثبت ببينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بغير جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ماقبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة واذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اشترلي في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينها لشبهة فيها لا يجب أن تشترى بها أو يختار وقوع عقد لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما أذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله إذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز قبله ولا بعده، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تقيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئا لنفسه في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتمل ان يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيصه على أحدهما اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو اكترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تمليكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالاب والوصي وكما لو زوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لنائبه، ووجه الرواية الاولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لاخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد ان يشتري لموكله كالحكم في بيعه لماله لانهما سواء في المعنى

اموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالعاقد كالايجاب والقبول واما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل ،ولو وكل رجلا يستسلف له العامي كر حنطة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المنديل سببها المبيع فكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ماذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما اذا كان غير متهم كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا ، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تعذر قبضه لم يلزم الوكيل)

لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذنا في قبضه فمتى ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الاجنبي ، وقد ذكر أصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج ههنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبه مالو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجها كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاه فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح لانا كثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقراره على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح ، وان وكل العبد في اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نسائه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا ، فان اشترى عبداً فنقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب بنقده أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص أحمد على هذا لانه مفرط في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(مسئلة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى

ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالاذن في الفاسد كما لو اذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الغرر ولانه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي كله

باطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لهما ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ، البيع من نفسه ، في احدى الروايتين ، وان وكل غريماً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبرىء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلا في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول عنه فأبرأه صح وبريء الوكيل ببراءته ،لانه فرع عليه فاذا بريء الاصل بريء الفرع ببراءته

(فصل) وان وكله في اخراج صدقة على المساكين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالمنصوص عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً انما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالمسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرائن الاحوال فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يرده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان (أولاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضي لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤونته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيما وخطراً كبيرا لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر

(مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الغرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض ديونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الغرر

(مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ما شئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الغرر وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الغرر وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتج الى ذكر الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

﴿مسألة﴾ قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز وكذلك شراؤه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير منتفية في حقهم، وأما تولي طرفي العقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا نسلم ماذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ: أتجعلين أمرك الي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم

﴿مسألة﴾ قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الخرقي هذا أنه ينعزل علم أو لم يعلم، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشئت من مالي لم يجز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوبا مصرويا صح وكذلك ان قال اشتر لي عبدا أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر به فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسألة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلا في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لأن المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لايفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لاينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلاينعزل قبل علمه لما ذكرنا وان عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل لانه متصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة

ولنا ماتقدم فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان فان أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلايمنع منه عدم العلم

(فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لانه لايملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامه وان فسق الوكيل لم ينعزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض

(فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي المدعي فملكه كالانكار

ولنا ان الاقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الاقرار فيها كالابراء وفارق الانكار فانه لايقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان وكله في القبض كان وكيلا في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر لانه لم يتناوله اللفظ

كالايجاب في عقد النكاح فانه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلا في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينعزل بفسق نفسه فيه وجهان وان كان وكيلا فيما تشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن اهلية التصرف وان كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لان ذلك لا يخرجه عن اهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة

ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة انها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولو دفع اليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامنا له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو عما اشترى عيبا فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه

ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض إلا بالتثبيت فكان أذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فلكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه ان كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكروه فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

(مسئلة) (وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه)

اذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال اقبض حقي الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أوشراء أوغيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك، ويحتمل أن ينعزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة انما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فاذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي أذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حربيا او مرتدا لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلما فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضا

على موروثه، فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حنث بفعل وكيله دون وارثه

(مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الخرقي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء مطلقا و نقد الدينار بطلت أيضا لانه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه واذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على اجازة الموكل فان أجازه صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لانه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كما لو ادعاه الموكل فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان كان قضاه بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى بيعه، ووجه الاول أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاؤها فادفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن من عليه الدين من القضاء نخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وازالة للتهمة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الايجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضرا فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ماتقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لاضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان بجعل أولا لانه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ او يطأ)

وجملة ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أوعزلتك أوصرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ماأمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امساكها وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق ؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

القاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالحريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتعذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو باقرار موكله أو تبينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه

(مسئلة) (وإن قال بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل فى التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول بعت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لاصحاب الشافعي لانه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الآمر مخيراً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ماوكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره ، إذا ثبت هذا فعن احمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجازه لزمه لانه اشترى له وقد أجازه فلزمه كما لو اشترى باذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل لانه لايجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لواشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلا للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلا له ، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبدا بالف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذاً وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالبا بالثمن وان اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسمائة .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشترى كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

(مسئلة) (وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجعل فعلى وجهين)

إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وان كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لايقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يجزه بطل وإن أجازه صح لحديث عروة بن الجعد انه باع مالم يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى أنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازه ولان النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» يعني مالم تملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلا مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أوقال بعت مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها او تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكه لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة او اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بجحده ،فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بجحده فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئا (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته فان كان جحوده انك لاتستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لايكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيانته

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين)

وجملة ذلك أنهما متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكلتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع هذه الجارية أوقال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح النكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازه صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ماتقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفا من مالك في كر طعام ففعل لم يصح لانه لايجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه.

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقاً ولا عرفا لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباداته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن اوحله اوبصلاح أهله اوبمودة بين الموكل وبينهم تقيد الاذن به لانه قد

في بيعه نقداً فقال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكلتك في الشراء بعشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في المجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر، وقال أبو الخطاب اذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصاً وحكي عن مالك ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها اذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) انهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برىء من الشراء، ثم لايخلو إما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ورد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير اذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيصه على أحدهما إذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في تمليكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كما لو أذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبعيض اضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقاً فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع ،فان أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمناً قصاصا بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظلماً فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مراضاة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بعتكها وكذلك كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكا فيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ماذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشتر لي عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم تجز مخالفته لان تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه، وان قال اشتر لي عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بان أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فان دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبدا كان له أن يشتريه بعينها وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وان قال اشتر لي في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنا فاشتراه بعينها فقال أصحابنا يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عقد لا يلزمه الثمن الامع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وان اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا وبقيمته ان تلف فان أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التالف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد، وان كذباه وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وان كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له المثمن وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ماذكرناه هذا ان اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال انما بعتني مالك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلا ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغيرعينها لكونها فيهاشبهة لايحب أن يشتري بها أويحب وقوع العقد على وجه لاينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلايجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنحو ماذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته وان أذن له في النسيئة والبيع بأي نقدشاء جاز وان أطلق لم يبع إلا حالا بنقدالبلدلان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقدان باع باغلبهما فان تساويا باع بماشاء منهما وبهذا قال الشافعي ،وقال أبوحنيفة وصاحباه له البيع نساء لانه معتاد فاشبه الحال ويتخرج لنامثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقدذكرناه والاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه،ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لادفع الحاجة بالثمن في الحال وقديكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثمن النسيئة دون النقد،وان باعها نقداً بما تساوي نسيئة أو عين له

(فصل) اذاقبض الوكيل ثمن المبيع فهوامانة في يده لايلزمه تسليمه قبل طلبه ولايضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فانصدقه الموكل بريء فان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة إحدى الحجتين فبريء بها كالاقرار والثاني لايقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلاف ما إذا صدقه لانه أقر ببراءته فلم يبق له منازع،وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمنع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

﴿مسئلة﴾ (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالقول قول المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمنها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبه مالو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لايتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته ولاثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل، وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتي قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ماذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز كقولنا في التي قبلها ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ماقدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وماذكره ينتقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو باع بدون ماقدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لآخر وكلتني ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقا لغيره، فأما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لانها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته كذا ههنا ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتا في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانها

وعن احمد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) مابين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) مابين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الناس به لان مايتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء،وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ماذكر في موضعه إن شاء الله،واما مايتغابن الناس به عادة فمعفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لان مايتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه،ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله وان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لان الزيادة ممنوع منها منهي عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لانها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبه مالو أجاز به قبل البيع والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان

معترفة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق،وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لايلزم لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وازالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد،ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لانه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت ببينة ، وان أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فان القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتعذر اقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نصه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احداهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه مالو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير وأشباه ذلك أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس فأشبه مالو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار واما الثياب فلا يصح بيعه بها لانها من غير جنس الاثمان.

(فصل) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه من جهة العرف فان من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون في بيعه فأشبه مالو باع العبد كله بمثلي ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح وهل يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين، فاما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وان وكله مطلقا فباع بعضه باقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء. ولنا أن على الموكل ضررا في تبعيضه ولم يوجد الاذن فيه نطقا ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما اقر به كما لو ادعى على رجل انه ضمن ألفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فان لم تدع المرأة صحة ماذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم

(مسئلة) (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره) لانه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجعل عليه كرد الآبق

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره باقل من مائة فخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بمافوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه مازاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها فكان تنبيها على النهي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجرى ذلك مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه وان قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على مامضى من القول فيه، ان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل مازاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما ماعداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجعل فباع استحق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لاشتراطه إياه ولو قال بع ثوبي بعشرة فمازاد فلك صح نص عليه ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود

ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانها عين تنمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة. إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب اذا لم يربح ،وان باعه بنقص فعنه لا يصح لمخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازه صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفا وان خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى عبدا يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشتراه بمائة جاز فاذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرا فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداهما تساوي دينارا والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا دينارکم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (احداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير اذنه فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على اجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا ذكر الخرقي وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلا للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكرا لزوج فاذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المتزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاما لم يصح ولو قال أسلف لي الفاً من مالك في كر طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي الفا في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولانه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينار جازا لحديث عروة بن الجعد البارقي ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له ابدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لانه أخذ بحديث عروة وذهب اليه، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلا أو يصح ويقف على اجازة المالك ؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) واذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها الا سليمة لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالعيب ،فان اشترى معيبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى غير ما أذن له فيه وان لم يعلم عيبه صح البيع لانه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل لان المرسل انما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها انما دفع دينارا عوضا عنه وهذا صرف يفتقر إلى اذن صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا ان يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على انه وكيل للمرسل، وان قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول بغير تفريط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث اليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لانه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض مالم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلا في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في العقد الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ،ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطي آخر دراهم ليشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لان الملك له فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال، لان له حقا فلا يسقط برضى غيره، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا ببينة فان لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا وانما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فان رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل، وان رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا

ضاع أحدها أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على انه خلطها بما تتميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وانما لزمه الضمان إذا ضاع أحدها لانه لا يعلم ان الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه. فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لانها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فان كان عليه حق لانسان فادعى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع اليه الا ان تقوم به بينة وان لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع اليه وان صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاء الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لانه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاؤه كما لو أقر أنه وارثه

ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وان كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها .

(مسئلة) (فان دفعه اليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجع على الدافع وحده)

ينقطع به الرد لحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة لحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولا نه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب

ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيته فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين أيضا

وجملة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه لحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق دينا لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكا لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالاخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذمنه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عينا فوجدها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لان الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت ببينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا يملك رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) واذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالاب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر اموالهم واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر بانه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله ففي وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لايلزمه الدفع اليه لان الدفع اليه غير مبرىء لاحتمال ان ينكر المحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف ان الحق انتقل اليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبريء وهي موجودة ههنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع اليه يبرىء وهو متخلف ههنا فالحاقه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لايلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لاوارث له سواه لزمه الدفع اليه) بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن انكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم وإنما لزمته اليمين ههنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعاقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فرده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية مهنا اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب انما قال ذلك لان هبة المنديل سببها البيع وكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لاضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئاً والقول قوله مع يمينه وان كان الحق ثبت ببينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بلا جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكيلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقي في قوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الخرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبياً لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال اصحابنا فيها روايتان (احداهما) تثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احمد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقي بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الخرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بالعزل رجلا غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ماوكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قالا جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتها لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال أحدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قالا جميعاً كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة قد تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد أحدهما انه قال وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلا أو شهد أنه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكيا لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد انه أقر عندي انه وكله وقال الآخر اشهد انه اقر عندي انه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيداً أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم تتم

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر انه اقربها بالعجمية ثبتت، ولو شهد احدهما انه وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف أو انه قال جعلتك وكيلا او شهد انه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكيا لفظ الموكل وانما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر انه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا أوشهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلالا بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين ، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غاب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ماعلمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسره بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبتي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجر بها نفعا ولا يدفع بها ضررا

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبتي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم ان موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك المخاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لأنهما يجران الى انفسهما نفعاً وهو ابقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار

ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لابيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل انه يملك المخاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه مالو لم يكن وكيلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانهما يجران لانفسهما نفعاً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نفعاً وهو إبقاء النفقة على الزوج ، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار

ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لانهما يثبتان لابيهما نائباً متصرفا ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ، وان ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضا لذلك ، وان ادعى وكيل لموكله الغائب حقا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أبيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لانهما يشهدان لمن لا يدعيهـا فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وان حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقا لابيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لعبده وأبناءه يشهدان لعبد أبيهما والابوان يشهدان لعبد ابنهما فان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فان قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وان قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لان معرفته كالبينة وان عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لأبيهما نائباً متصرفا له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً كذلك وان ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم ان الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أبيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لانهما يشهدان لمن لا يدعيهـا فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقا لابيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والابوان يشهدان لعبد ابنهما ، وان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل يحتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فاقر احدهما ان الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيلا فان قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وان قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لان معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي ،وقال أبو حنيفة لا يسمعها الا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعي عليه حقا فاذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع ، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل

ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فان الباقين لا يفتقر الى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الاصل جواب عما ذكره

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فاذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى انه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لان القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولانه يتصرف في ماله باذنه فصح شرط الربح له في الثاني كالمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ،ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال ابو حنيفة لا يسمعها إلا ان يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعي عليه حقاً فاذا اجاب المدعي عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة ،فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) ان الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبنى أبو حنيفة على أصله في ان القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل

ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فاحضر واحداً منهم فان الباقين لا يفتقر الى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الاصل جواب عما ذكره

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فانكره فاقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فاذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لان القضاء على الغائب لا يفتقر الى حضور وكيله

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى ألست بربكم ؟ قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، واما السنة فاروي ان ماعزا اقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وان كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغمى عليه فلا يصح اقرارهم لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، واما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - الى قوله - قال أأقررتم وأخذتم على ذلك اصري ؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فما روي ان ما عزا أقر بالزنا فرجمه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولان الاقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وانما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(مسئلة) (ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغمى عليه)

لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » فنص عن الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وان كان مأذوناً له صح اقراره في قدر ما اذن له فيه . قال احمد في رواية مهنا في اليتيم اذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول ابي حنيفة ،وقال ابو بكر وابن أبي موسى انما يصح اقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير، وقال الشافعي لا يصح اقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ فأشبه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبه الطفل.

ولنا انه عاقل مختار يصح تصرفه فصح اقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم فان أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لان الاصل الصغر ولا يحلف المقر لانا حكمنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه حين أقر لم يكن بالغا ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، فأما الصبي المميز فان كان محجوراً عليه لم يصح اقراره للنص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز، وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح أقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ أشبه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة اقرار العبد أولى لانه مكلف

(مسئله) (فان أقر مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه فالقول قول المقر) الا أن تقوم بينة ببلوغه لان الاصل الصغر ولا يحلف لانا حكمنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح اقرار السكران وتتخرج صحته بناء على طلاقه)

اما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يصح اقراره بغير خلاف وان كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فاقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه لانه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا ببينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان هذه الحال تدل على الاكراه ، ولو ادعى انه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها ، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعا في صحة عقله لان الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفيه والمفلس والمريض في أبوابه. واما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ، ولا يصح اقرار المولى عليه لان المولى لا يملك من العبد الا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ واما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص

خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب مايزيل عقله عامدا لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لان أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة مايقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المكره الا ان يقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح)

لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به ، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فاما ان أقر بغير ما اكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح بيعه)

نص عليه احمد لانه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرها لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لئلا يفضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد، وجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقته باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بحال ولانا

ببينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفيه والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا تهمة عليه في ذلك وانما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه إقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون

ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضررنا بسيده لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان اقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفردا فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبوحنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أوقصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيده مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لبهيمة أو دار لم يصح إقرارها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهما تساويا وان ضاق عنهما فقيل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الخرقي انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبوعبيد أنه قول أكثر اهل المدينة فان أقر لهما في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الا ببينة)

وبهذا قال شريح وأبوهاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالاجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن

المال مطلقا ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لأحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الف صح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل. فعلى هذا ان ولدت ذكراً وانثى كان بينهما نصفين، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزيه الى ارث او وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى ورثة الموصي و موروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لاتلزمني وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تيقن انه كان موجوداً

عم فاقر لابنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها

ولنا أنه إيصال لماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسئلة) (إلا أن يقر لزوجته بمهر مثلها فما دونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبه مالو كان عليه دين ببينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فاقر له بثمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتهم فيها فأشبه ما لو أقر لمريض ثم بريء ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلا الا أن يستثني عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أواري لأيا ماأبينهـــا

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

(مسئلة) (وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف

(مسئلة) (وان اقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان اقر لغير وارث صح وان صار وارثاً نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية)

وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لاخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور واذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفته عن رأي كان عازما عليه وثنيت عنان دابتي اذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثنا وانما سمي استثناء تجوزا وإنما هو في الحقيقة استدراك، والا ههنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحود ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة درهم الا ثوبا لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعيا لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأمورا بالسجود ولا عاصيا بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن لا تسجد اذ أمرتك ؟) واذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره ؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة ، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم ، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فاقر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابنا والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد لايجوز وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة فثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط واذا اقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اذا اقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وان اقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان اقر لامرأته بدين ثم ابانها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) اذا مات من مرضه لانه اقرار لوارث في مرض الموت اشبه مالو لم يبنها

(مسئلة) (وان اقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه اقر لوارث فأشبه الاقرار له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثا ويمكن بناء هذه المسئلة على ما اذا اقر لغير وارث فصار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن ابطله ابطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقا من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الاخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر بطلاق امرأته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمانها الميرات فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملك ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

آصع تمراً برنيا الا ثلاثة تمراً معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) فأما استثناء بعض مادخل في المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهيد « يكفر عنه خطاياه كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقرا بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لماقبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح ،وكان مقراً بالباقى بعد المستثنى، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقرا بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه فى معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض مادخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمنصوص عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق و به قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يتهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لئلا يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه إيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

❊ مسئلة ❊ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملا باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته

❊ مسئلة ❊ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه إيجاب حق في ماله

❊ مسئلة ❊ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال)

وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقته باقيا أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبيد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال ابوالخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه مالو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحدا قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهلكوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً أو خلا درهما أو عدا درهما أو ماخلا أو ماعدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه أنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان لايجب القطع لان ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بمال لانا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لغير سيده فابطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيده مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لان يد العبد كيد سيده ، وقال اصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان اقر السيد لعبده بمال لم يصح) لان العبد لسيده فلا يصح اقراره لنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملا معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع احداهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدى

العبد لسيده لم يصح لانه اقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً

(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان أقر لعبد غيره بمال صح وكان لمالكه) لان مال العبد لسيده

(مسئلة) (وان أقر لبهيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقرارا لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال لمالكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون لمالكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج مجهولة النسب فاقرت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تقر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولدها بعد الاقرار ولداً كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أتت به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير ام ولد لاحتمال أنها أتت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولد له لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره مالو قال للبواب: من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً، ونظير مسئلتنا مالو قال: أكرم زيداً وعمراً الا عمراً، وان قال له: علي درهمان وثلاثة الا درهمين، لم يصح أيضاً لانه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمرا الا زيداً، وان قال له: علي ثلاثة وثلاثة الا درهمين خرج فيها وجهان لانه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل

(فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال: له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنياً لخمسة مبقياً لخمسة، وان كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفياً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نفياً يعود كل استثناء الى مايليه من الكلام فاذا قال: له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثمانية لانه اثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعا في مسئلة استثناء الاكثر.

《فصل》 قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطا وهو على ضربين:

(أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب، فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه باحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل ان يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لاقول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لانه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزم كما لو أقر بمال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال لان النسب يحتاط

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى اوعارية كان إقراراً بما ابدل به كلامه ولم يكن اقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض مادخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجها أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشيء بعض مايشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال(وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلا نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض مايدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملا عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله ان لا يسكنه اياها وأن يعود فيما اعاره

لاثباته وان اعترف انسان ان هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كاقراره بأخ فسنذكره ان شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ (فان كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لانه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه ، وقال أبو حنيفة لايثبت نسبه ولا ارثه لذلك

ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكروه يبطل بما إذا كان المقر به حياً موسرا والمقر فقيرا فانه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه علي نفسه ، وان كان المقر به كبيراً عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لاقول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لايثبت نسبه لان نسب المكلف لايثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بانه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق

(فصل) فان اقرت امرأة بولد لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج فهل يقبل اقرارها؟ على روايتين (احداهما) لايقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لانها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة أو نسب معروف فلا بدان يثبت انه ابنها وان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لانها إذا كانت ذات اهل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ادعي عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (احداهما) أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة واما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن ان يكون عليه الف وليس عليه شيء

(فصل) وان قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيتها وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر انه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل ان يريد بها مما

فالظاهر انه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقاً لان النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وان قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لانه يحتمل ان يكون دخل ارضهم او دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين او اكثر من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت امه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لانها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولانه يحتمل ان يكون من وطء شبهة او نكاح فاسد.

(فصل) وان اقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية امه، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان انساب المسلمين واحوالهم يجب حملها على الصحة وهو ان يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا ان الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكروه لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجبه لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك لجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا دارا فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الابراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلا فأشبه مالو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبه مالو استثناه بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراره صحيح ويطالب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاد فان قال بنكاح فعلى الولد الولاء والام والآخران من أولادها رقيق، فان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لاولاء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابنا أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والاصغر له حكم أمه وان عين الاصغر فاخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حريته الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الأخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه وتحريم مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتا ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فانما يرفع جزءاً كان ثابتاً فاذا ارتفع بالقضاء لايجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أني بالخيار لزمه الالف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه اذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكما لو قال له علي الف لايلزمني أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لايتصور واقراره اخبار بثبوته فيتنافيان وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلناه

ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشا ولحق ولداهما به اذا امكن ان يولدا بعد وطئه وان امكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من امكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن اقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فاذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك، وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فاذا حلف رقت له ورق ولدها فاذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت امه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر ماملك وان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يبين عرض على القافة فان ألحقته باحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا فاذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً معينا من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيدووجبت عليه غرامته لعمرو وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي اقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به ،وان قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها اليه ويغرمها لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم

ولنا أنه اقر بالغصب الموجب للضمان والرد الى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعنيه رجل آخر فالثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف اقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا ان يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه فى سعايتهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وان كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتهما لانه على غيره فلا يقبل فاما ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون التي عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لانه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فان كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لانه لا يثبت فى حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لانها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او عارية او وصية ولا يغرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه أقر للثاني بما اقر به للاول فكان الثاني رجوعا عن الاول لتعارضهما وههنا لا تعارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويغرمها لزيد لانه لما اقربها لعمرو أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أوقال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر إن ادعاها ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عينا فصدقاه نزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن ابي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة اخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقرت امرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداهما) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو اقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي النفقة والكسوة والسكنى فلا يقبل

لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كالو ادعاها وحده

(فصل) فان كان في يده عبدان فقال أحدهذين لزيد طولب بالبيان فان عين احدهما فصدقه زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الاخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين يقضى عليه وان اقر له فهو كتعيينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال : هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فعلى المقر اليمين انه ليس له عنده سواه ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لانه لا يدعيه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه كان محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

﴿ مسئلة ﴾ (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحرر وان لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر أن فلانة امرأته او اقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثه كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا اقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل يرثه ؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج ههنا مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان اقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو اقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلسا فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها اوقدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه لانه لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فان عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره(١) وان كان معدوماً بتلف أو اباق ونحوه بغير تعد من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فاذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر الفصل زيادة من بعض النسخ

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر كانت عشرة جيادا وافية حالة)

وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانق واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بعشرة دراهم واطلق فانها تلزمه كذلك، فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فان عاد فقال زيوفاً - يعني رديئة - أو صغارا وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمنزلة الجاني فان كان الوارث واحدا فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين او اكثر وثبت الدين باقرار الميت او ببينة او اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من اموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن اقر احدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وابو عبيد وأبو ثور والشافعي في احد قوليه وقال اصحاب الرأي يلزمه جميع الدين او جميع ميراثه وهو احد قولي الشافعي رجع اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر اخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا انه لا يستحق اكثر من نصف الميراث فلا يلزمه اكثر من نصف الدين كما لو اقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره اكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه اكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه نفعاً فان كان عليه دين ببينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المحرر

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه مالو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيبا

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتنفس أو اعترضته سلعة أونحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صغارا وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضاً وان لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وان اقر بحمل امرأة صح فان القته ميتاً أو لم يكن حملا بطل وإن ولدت حياً وميتا فهو للحي وإن ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد)

إذا اقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أووصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبدالله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكراً وانثى كان بينهما نصفين وان عزاه إلى ارث اووصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وان ولدت حياً وميتاً فالكل للحي لانه لايخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أووصية وكلاهما لا يصح للميت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما، فان وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وان عزا الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي الف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمني، وان قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل الا اذا تيقن أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وان أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل يحققه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكروه لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ماهو واجب عليه فيفسد باب الاقرار ، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر ،فاما ان قال زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم اربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم اربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، اوفي بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان (اولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأثمان (والثاني) تلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب

أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

«مسئلة» (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كانه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكه لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولا الى دعواه ،ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب مايحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفاً فقال نعم أو أجل أوصدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقرا ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ماوعد ربكم حقاً؟ قالوا نعم) وان

في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار إخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف اليه وان فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لانه لا يتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزنا ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لان اطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال له علي دريهم فهو كما لو قال درهم لان التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل * بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألست بربكم ؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا اقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محقاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو أقدر أو خذ او اتزن أو افتح كمك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقرارا لانه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا انكر لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محقاً لم يكن اقرارا كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانهما للترجي، وان قال أظن أو أحسب أو اقدر لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ او اتزن أو افتح كمك لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن أو افتح كمك لشيء آخر

(مسئلة) (وان قال انا مقر أو خذها او اتزنها او اقبضها او احرزها أو هي صحاح فهل يكون مقراً ؟ يحتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقررتم واخذتم على ذلكم اصري ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا ويحتمل ان لا يكون مقرا لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدراهم يقتضي وازنة وذكر العدد لاينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم مالو أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة على مافصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولافرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات او في مجلس واحد او مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحا وهوداً وصالحاً ولوطا وشعيبا وابراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في اخرى كذا ههنا، فان وصف احدهما واطلق الآخر فكذلك لانه لايجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرتين بغير ماوصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أودرهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أوقال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متغايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أودرهم فدرهم أودرهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبوحنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد انا مقر بالشهادة او ببطلان دعواك ، وان قال خذها او اتزنها أو اقبضها او احرزها لي أوهي صحاح فهل يكون مقراً؟ يحتمل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه مايدعيه من غير ان يكون واجبا عليه فأمره باخذها أولى أن لايلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شاء الله أو في علمي او فيما أعلم أوقال اقضني ديني عليك الفاً أو سلم إلي ثوبي هذا أوفرسي هذه فقال نعم فقد اقر بها)

إذا قال لك علي الف ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ماعلق على مشيئة الله لاسبيل الى معرفته

ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما اقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف الا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي الف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع ، وان قال له علي ألف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بانها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له على درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه اذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيدا فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجها واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد

(فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لانه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما اقر به ولزمه الدرهمان اللذان اقر بهما. ولنا انه انما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف أن شهد به فلان وذلك لان الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضاً الى الله تعالى كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقوف الامر على وجودها ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً يتوقف الامر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون لا اقرارا وعدا

(فصل) ولو قال بعتك ان شاء الله أو زوجتك انشاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه اذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال نعم إن شاء الله ان النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بالف ان شئت فقال قد شئت وقبل صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الايجاب اذا وجد من البائع كان القبول الى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لان ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الالف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لانه تصديق لما ادعاه وان قال سلم الي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وان قال اشتر عبدي هذا أو قال أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا لما ذكرنا

فاشبه مالوقال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم او لكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لا بل انت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهـذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداود لان ما بعـد الاضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو دينار ان أوله علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين أقر باحداهما ثم رجع الى الاخرى لزماه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلا

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقرارا لانه

له بخلاف الاستثناء فانه لا ينفي شيئا أقر به وانما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فاذا قال له عشرة الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص

ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وأن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالتي قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون ثابتاً في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالعجمية أو العجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالقول قوله مع يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

﴿باب الحكم فيما اذا وصل باقراره مايغيره﴾

إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو الف من ثمن خمر او تكفلت به على أني بالخيار لزمته الالف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زيوف وفسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره الى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فتنافيا وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لانتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل اقل من مائتين لان بها يحصل الغنى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة اكثر مما دونها واقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿ مسألة ﴾ (وان قال له علي الف الا الفا لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا ستمائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسألة ﴾ (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الخرقي ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسألة روايتين (احداهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهمين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل مايقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان.

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) فان قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئا في الحال انما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا أنه اقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا دارا فاقر أحدهما للآخر انها كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد فادعى القضاء او الابراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين الاقرار وبين مايدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف قضيته اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ، (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار ويصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال له عندي عبد عليه عمامة وقال أبوحنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفا للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو قال : هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال : له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه مالو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال : له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعها وان قال : له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال : له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لانه رفع ما اثبته بدعوى القضاء متصلا فأشبه مالو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن ابي موسى إن قال قضيت جميعه لم يقبل الا ببينة ولزمه الالف الذي اقر به وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت بعضه قبل منه في احدى الروايتين لانه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما اذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبه استثناء الكل

ولنا ان هذا قول متناقض اذ لا يمكن ان يكون عليه الف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه يقتضي براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن ان يرفع ما كان ثابتا ويقضى ما كان دينا واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء الف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما اما القضاء فانما يرفع جزءاً كان ثابتا فاذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء مادون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس ـ وهو ما دخل في المستثنى منه ـ جائز بغير خلاف علمناه فان ذلك كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو اما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن او وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لا جميعهما، وإن قال: له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو اكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناؤه باطلا)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح مالم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال(فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين)فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وانشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

صلى الله عليه وسلم «يكفر عنه خطاياه كلها الا الدين» وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص يبين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافاً في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ماذكرنا من الكتاب والسنة

(فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال ابو حنيفة ومالك واصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى(قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله(إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الاقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ لمجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوما ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أواثنين ولا يجوزأن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الاقل ، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم) وفي الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الاقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومه لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي)وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ لمجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الاقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال ابو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة،وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحدا أو اثنين ولا يجوزان يقال لقيت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحا في الكلام لم يرتفع به ما اقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة،واما مااحتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الاقل كما قال (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم)وفي الآية الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله(ان عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومه لم يستثن منه شيء فيكون قوله (الا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وماكان لي عليكم من سلطان الا ان دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لايكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على ان هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل ،والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استعملته في الاقل وحسنته ونفته في الاكثر وقبحته فلم يجز قياس ماقبحوه على ماحسنوه وجوزوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالاقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الاكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقي أربعة مستثناة من عشر بقي منها ستة وان قال : له علي ثمانية الا اربعة الا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : علي عشرة إلا خمسة الا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ،ولو قال عشرة إلا ستة إلا اربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بستة ،ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهما كان مقراً بثلاثة فاما ان قال: له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بانه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استحسنته في الاقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ليس بالاكثر فجاز كالاقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

﴿ مسألة ﴾ (فاذا قال له علي هؤلاء العبيد العشرة الا واحداً لزمه تسليم تسعة)فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له.

﴿ مسألة ﴾ (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وانما تعذر تسليم المقر

كله لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان مابينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل مافي التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لاتستثني في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر

به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلف بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحدا لانه غير متهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لايحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحدا قبل تفسيره به وجهاً واحدا لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهما أو خلا درهما أو عدا درهما أولا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يسئل عن المستثنى منه فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو اكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له علي تسعة وتسعون درهماً فالجميع دراهم لا أعلم فيـه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهماً فـكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً انه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهماً والف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة والف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسـيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين انه قال (إن هـذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سـنة ، وقال عنترة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر او قال : بعتك هذا بمائة وخمسين درهماً ، أو بخمسة وعشرين درهماً ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لـكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بـكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي درهمان وثلاثة الا درهمين فهل يصح على وجهين؟)

(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو اقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء اكثر من النصف

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي درهم ودرهم الا درهما أو ثلاثة ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملا معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد إلى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سـلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي الف ودرهم أو الف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال الف درهم وعشرة أو الف ثوب وعشرون وهـذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى(يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الالف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبوحنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيراً لان علي للايجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهما. ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الاخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازداد واتسعاً) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيـد) ولانه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الامر على ذلك، أما قوله (أربعـة أشهر وعشراً) فانه امتنع أن يكون العشر أشهرا لوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهرا بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر)وقولهم إن الالف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيرا لجميع

الا باذنه » قال شيخنا والاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من ان يكون جملتين والاستثناء رفع احداهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه اثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهما الا فلاناً ونظير مسئلتنا ما لو قال اكرم زيداً وعمراً الا عمراً

(مسئلة) وان قال له علي خمسة الا درهمين ودرهما لزمته الخمسة في أحد الوجهين)

لانه استثنى اكثر من النصف وفي الاخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فاذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنيا الخمسة مقراً بخمسة فان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتا كان الاستثناء الاول نفياً والثاني اثباتا فان استثنى استثناء ثالثا كان نفياً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا

ماقبله بخلاف قوله مائة درهم فانه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للايجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفاله إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة ان علي للايجاب قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدها مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فاما ان لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كالو قال له علي أربعة دراهم وعشر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بانها وديعة قبل تفسيره لا نعلم فيه اختلافا بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وان فسرها بدين عليه قبل أيضاً لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فان الالف المردود والتالف ليست عنده أصلا ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله

قال له سبعة الا ثلاثة الا درهما لزمته خمسة لانه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقراً بخمسة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة الا درهمين الا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لانه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لان الاستثناء إذا رفع الكل أو الاكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الاول لوصله بالثاني لان الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فان عشرة الا درهما عبارة عن تسعة فاذا قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة صح استثناء الخمسة لانه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين لانه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفي فنفى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي اثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفي فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لانه مسكوت عليه ويحتمل ان يكون وجه الستة ان يصح استثناء النصف ويبطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة اذا صححنا الاستثناءات كلها فاذا قال عشرة الا خمسة بقي خمسة فاذا قال الا ثلاثة عادت ثمانية لانها اثبات فاذا قال الا درهمين كانت نفياً فبقي ستة فاذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لانه يلغي الاستثناء الاول لكونه النصف فاذا قال الا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أوردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه اذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردها فاذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلأمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فتبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهمين من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فيبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمين لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ماقلنا في التي قبلها

﴿ مسئله ﴾ (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فحذفت المضاف وأقمت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال اردت ان عليك من مالي الفاً وأقمت اللام مقام على كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة ، واما اذا قال لك علي الف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لانه متناقض وقد سبق نحو من هذا

(فصل) وان قال لك علي مائة درهم ثم احضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فقول الخرقي يقتضي ان القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليلها ماتقدم وان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فان القاضي وافق هٰهنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي أداؤها ولانه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لانها قد يتعدى فيها فتكون دينا وان قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لانها تصير بذلك دينا وان قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وان قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وان قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل اذا كان منفصلا وهكذا اذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً الا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جوابا وما بالربع من أحد الا أواري لأياما أبينها

ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قولك ثنيت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازما عليه وثنيت عنان دابتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها ، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وانما سمي استثناء تجوزا وانما هو في الحقيقة استدراك والا هٰهنا بمعنى لكن هكذا قال اهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعد الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة. اذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً لشيء مدعياً لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا العبد الف أوله من هذا العبد ألف طولب بالبيان فان قال نقد عني الفا في ثمنه كان قرضاً، وان قال نقد في ثمنه الفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بايجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لانه قد يغبن وقد يغبن، وان قال اشتريناه بايجابين قيل فكم اشتري منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بالف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف وان أراد أن يعطيه الفا من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه ، وان فسر ذلك بالف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بالف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا الف أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره

ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو ضرح بذلك بغير لفظ الاستثناء ، واما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (مامنعك أن لا تسجد إذا أمرتك) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله واهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فانه متى كان ابليس داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا ثوبا لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ما بينا

(مسئلة) (الا ان يستثني عيناً من ورق أو ورقا من عين فيصح)

ذكره الخرقي وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الا ديناراً فهل يصح ؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد النقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم دينار أو آخرون يسمون ثمانية دينارا فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير باحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا) وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا و نقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فاقراره جائز، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه، واذا أضاف الميراث الى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا

على وجه صحيح لم يجز الغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء احدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الاخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة آصع تمراً برنياً الا ثلاثة تمراً معقلياً لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر لزمه الف جياد وافية حالة)

وجملة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جيادا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازا ولا مخالفا للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا

(فصل في الاقرار بالمجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا ان بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممتنع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكروه وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فان عاد فقال زيوفا أو صغاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ماأقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيباً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسئلة) (الا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لان الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم مالزم موروثهم كما لوكان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (احدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه اليه فالايجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لانه لا يؤول إلى مال والاول أصح لان ماثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وان فسره بحق شفعة قبل لانه حق واجب ويؤل الى المال، وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به اذا أراد ان حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتشميته إذا عطس لماروي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً: يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته» وذكر الحديث وان قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لان اسم الغصب يقع عليه، وان قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف اليه وان فسر بسكة غير سكة البلد اجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا يتهم في ذلك، وان كانت ادنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل ان لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولانها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل ان يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل مافسره به وفارق النقصة فان في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه ايجاب في الحال وهذا اخبار عن حق سابق

«مسئلة» (وان قال له علي الف إلى شهر لزمه مؤجلا ويحتمل ان يلزمه حالا) اذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك ان سكت للتنفس او اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل ان تلزمه حالة ذكرها ابو الخطاب وهو قول ابي حنيفة وبعض الشافعية لان التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته اياها

«مسئلة» (وان قال له علي الف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وان فسره بمغشوشة قبل وكذلك ان فسرها بمعيبة عيبا ينقصها قبل لانه صادق وان فسرها برصاص او نحاس او مالا

الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرها لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق و يصح مهراً لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعا عما اقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار وللناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من اصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، محققه ان الدراهم ثبتت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكروه لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف الى

من مائتي درهم وبه قال صاحباه لانه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنان وسبعون لان الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولان العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع الى تفسيره به ولانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل انه أراد عظيما عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف الى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وان قال : له علي أكثر من مال فلان فسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وان قال ماعلمت لفلان أكثر من كذا اوكذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه اذا ادعى

مقدارها لا يصح لان مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر

(فصل) وان قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال له علي دريهم فهو كما لو قال درهم لان الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل   بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ماحب شيء تولعت   به أحرف التصغير من شدة الوجد

وان قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لان اطلاق الدرهم يقتضي الوازن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وان قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة فالقول قول المالك) لان العين ثبتت بالاقرار له وان ادعى المقر دينا لا يعترف به المقر له فالقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أوقاله عقيب الشهادة بقدره أولا لانه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل انه أراد أكثر منه فلوساً أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتنصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالا وأولادا) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جيادا صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار، واحتمال ماذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(فصل) ولو قال : له علي الف الا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الاكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك ان قال الا قليلا لانه مبهم فأشبه قوله الا شيئا وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الالف ويحلف على الزيادة أن ادعيت عليه .

بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا ببينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكناها ببينة

(مسئلة) (وان قال له علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدهما) القول قول المقر لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(مسئلة) (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لا نعلم فيه بين اهل العلم اختلافا سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك او ردها قبل قوله وان فسره بدين عليه قبل أيضاً لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان قال له عندي وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما اقر به فان الالف المردود والتالف ليسا عنده اصلا ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب ان يكون مردودا ، وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة او ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف. (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا

فأما الاولى فاذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نحاة الكوفة (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي ،وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف .

(المسئلة الثانية) اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولانه اذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الآخر الى الدرهم فقال نصف تسع درهم وهكذا لو قال كذا كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه .

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وان قال له علي الف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وان ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله انها وديعة واذا ادعى بعد هذا تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا ايضاً لان الوديعة عليه حفظها وردها فاذا قال له علي الف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي الف وديعة لان حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز ان تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي

ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه أو اقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة وان جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فان كان له اخوة فلأمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقمت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال اردت ان عليك من مالي الفاً أقمت اللام مقام علي كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم ، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولا للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولا ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالناقصة والزائفة والمؤجلة ، وأما اذا قال لك علي الف ثم قال كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحو هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له على مقتضى قول الخرقي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليلهما ما تقدم، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لانه قد يتعدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أودعني مائة فلم

لا كثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب احدى عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وفسره بغصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان فسره بمال قبل وان قل وان فسره بكلب أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان فسره بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحا في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين ثبتت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكناها سنة

اقبضها أو اقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل منفصلا وهكذا إذا قال نقدني مائه فلم اقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد الف او له من هذا العبد الف طولب بالبيان فان قال نقد عني الفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه الفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بايجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يغبن وقد يغبن وان قال اشتريناه بايجابين قيل له فكم اشترى منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل او اكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف فان أراد ان يعطيه الفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال اردت انه رهن عنده بالف فعلى وجهين (أحدهما) لايقبل لان حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال له في هذا المال الف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (احدهما) القول قول المقر له لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما اذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة اولله علي الف ولي عنده مبيع لم اقبضه (والثاني) القول قول المقر قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وابي يوسف لانه اقر بحق في مقابلة حق له لا ينفك احدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكتنيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بالف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لان العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلا أو متصلا فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلا لان اقراره تعلق بالمبيع والاصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لانه فسر اقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(فصل) واذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو اما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أوفي ميراثي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقبيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز ان يضيف اليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته فان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل ،وان امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا ان يقول وهبته وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فاقراره جائز فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه فاقراره جائز وان قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى اليمين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطيء وليس ميراثها له لانه قدمات قبلها، وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ماخلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ماورثته وانتقل إلي فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقراره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أورهن أوقبض أواقر بقبض ثمن أوغيره ثم أنكر وقال ماقبضت ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداهما) لايستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح الفاً ثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ماقاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار البينة من وجهين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك، والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي يحلف الزوج أنه مااشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لانه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لان الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكا (والثاني) ترجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع امكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانها تكون شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أو قال له علي ألف ثم قال ما كنت قبضتها وانما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع شيئاً ثم اقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لانه يقر على غيره ولا ينفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لانه فوته عليه بالبيع وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان انما يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بينة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكي أو نحوه لم تسمع بينته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لانه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجها أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء انما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أوشهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذاً واستخلاصاً فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا الى الزوج عوضا ليخلعها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقها استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفا لان أحدا لا يدعيه فان البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحدا لا يدعيه سواه لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشتري لاقراره ببطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه فان رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فانه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى اخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره) أي انساني ذكره وان قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وانه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملا عليه ألا ترى ان الله تعالى ابدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه اياها وان يعود فيما أعاره والله أعلم

(فصل) اذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد الى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وانه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لامنازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات نخلف ولدين فاقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له به)

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لايتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في حقهما لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لايشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فانه محكوم ببطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فان الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيي بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة اذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وان أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الاصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع يميناً لانه لايرى اليمين في انكار النكاح، ونفقة الولد على ابيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاد فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطيء وميراثها ليس له لانه قد مات قبلها وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه امساكها وإنما اختلفا في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال

ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فاذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثا فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالاقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعاً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولانه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته فاذا ثبت بالاقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لان كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الاصح ، وهل يلزمه أن يدفع اليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكرا أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وإن كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي يحلف الزوج أنه مااشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطنا كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لان الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكا (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من آداء الثمن مع امكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه أو دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين، وان رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بان الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة اذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ «هو لك ياعبد بن زمعة وللعاهر الحجر» فقضى به لعبد بن زمعة وقال «احتجبي منه ياسودة» والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لايصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

(فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لايخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا الى الزوج عوضاً ليخلعها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً، ويكون ولاؤه موقوفا لان أحداً لا يدعيه فان البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان احداً لا يدعيه سواه لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت اعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشتري لاقراره ببطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لايدعيه ويحتمل ان يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد او غيره ثم جاء به وقال هذا الذي اقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر انه ليس له عنده عبد سواه فان رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه وان قال المقر له صدقت والذي اقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لوعاد فجحد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو اخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله، واذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفا لدين موروثه أو قاتلا فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو او غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويغرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً

ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعنيه رجل آخر فالثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل اومنفصل .

﴿مسئلة﴾ (وان قال ملكه لعمرو وغصبته من زيد فهي كالمسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على مامضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبته من أحدهما أوهو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلما أو كافراً.

(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لانه لا يحوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به ايضا ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكرا لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبه مالو اقر به ابتداء بعد موت اخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه انكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منهما وجها واحدا لانه ليس كل الورثه ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالموروث وان خلف ولدين فاقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابنا فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء، وان قال لا أعرف عينه فصدقاه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذباه فعليه اليمين انه لايعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه، وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما انه لم يغصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعاً فسلمت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاها وحده

(فصل) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين لزيد طولب بالبيان فاذا عين أحدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لامالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه، فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب وان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين

(فصل) واذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ اقر بابن للميت واخ من اب اقر باخ من ابوين وابن ابن اقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول ابي العباس ابن سريج، وقال اكثر اصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضي الى اسقاط توريثه فسقط بيانه انه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثا فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه الى اسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا انه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه احد موانع الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لانا انما نعتبر كون المقر وارثا على تقدير عدم المقر به وخروجه بالاقرار عن الارث لا يمنع صحته بدليل أن الابن اذا أقر باخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن ان يكون جميع الورثة، فان قيل انما يقبل إقراره اذا صدقه المقر به فصار اقرارا من جميع الورثة، وان كان المقر به طفلا او مجنونا لم يعتبر قوله فقد اقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله ههنا فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وان أقر له فهو كتعيينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أوادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرو، وسنذكر ذلك فيما بعد ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان أقر بألف في وقتين لزمه الف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي الف والف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس

ولنا أنه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله الخبر عن ارساله نوحاً وهوداً وصالحا وشعيبا وابراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الاخرى كذا ههنا لانه يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلقه في حال ووصفه في حال وان وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا

(مسئلة) (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم اقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه الفان)

وكذلك ان قال الف درهم سود والف درهم بيض لان الصفة اختلفت فهما متغايران

(مسئلة) (وان ادعى رجلان دارا في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لنافقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وانما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالاول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي يثبت به

(فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الاخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت الى

وجملة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل ان يقولا ورثناها وابتعناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لهما جميعاً لانهما اعترفا ان الدار لهما مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فثبتت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أوادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به . فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منهما سواء تجاحدا معاً او جحد احدهما صاحبه لانا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب احدهما ثبت نسب الآخر لانهما لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين ، وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ يحتمل أن يثبت لانه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فأشبه ما لو انفرد ويحتمل أن لا يثبت لان أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لانه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لابيه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لان الزوجية زالت بالموت وانما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للميت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف اخا من اب واخا من ام فيقر الاخ من الام بأخ للميت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من ابوين او من أب أو من أم لان ميراثه في يد غير المقر، وان اقر بأخوين من ام دفع اليهما ثلث ما في يده

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال في مرض موته هذا الالف لقطة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقرارا منه لغير وارث فيجب امتثاله

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للاول ويغرمها للثاني)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه او قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بها لهما معاً فهي بينهما) لتساويهما في الدعوى و الاقرار لهما

لانه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) واذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم في الميراث ثبت نسبه اذا لم يكونا متهمين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كاخوين من أم يشهدان باخ من أبوين في مسئلة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسئلة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما بينة. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه

(فصل) اذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل قضي عليه بالنكول) لان النكول كالاقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك اذا نكل عن اليمين

(مسئلة) (وان ادعى رجل على الميت مائة دينا فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجملة ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فاذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ فيه ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الغرماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولا قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالموروث.

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وماذكروه يبطل بما اذا كان المقر به حيا موسراً أو المقر فقيراً فانه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيرا عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لانه لاقول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لايثبت نسبه لان نسب المكلف لايثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بانه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب واذا أقر رجل بزوجية امرأة أو أقرت أن فلانا زوجها فلم يصدقه المقر به الا بعد موته ورثه لانه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فاقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لانه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان؟ فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لان كل واحد منهما يقر أنه لاوارث له سوى صاحبه ولامنازع لهما (والثاني) لايتوارثان لان النسب بينهما لم يثبت لمان كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لانه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل انكاره لانه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بانكاره كما لو ثبت ببينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفا فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقا يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كاقرار الراهن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به دينا آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يتعلق بالتركة دينا آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لانه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولانه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

﴿مسئلة﴾ (الا أن يكون عدلا فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

وانما لزم المقر نصف المائة لانه يرث نصف التركة فيلزمه نصف الدين لانه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولانه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت ببينة أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكاتب باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب يحتاط لاثباته

(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج فهل يقبل اقرارها على روايتين احداهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به او الحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة او نسب معروف فلا بد من ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر انه لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان النسب يحتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أودخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجية أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

﴿مسألة﴾ (وان خلف ابنين وعبدين متساويي القيمة لا يملك غيرهما فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه أن لم يجزا عتقه كاملا وان وقعت على الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء).

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت المخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك الثلث ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولهما وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولامضمونه فلم يكن مقراً بها كالو لم تكن معروفة بالحرية وماذكروه لايصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره مالم يتضمنه لفظه ولم يوجبه

(فصل) واذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لازوج لها ولاأقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراره صحيح ويطالب بالبيان فان عين احدهم ثبت نسبه وحريته ثم يسئل عن كيفية الاستيلاد فان قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قدمسه رق والام وولداها الآخران رقيق قن وان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لاولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فاخواه ابناء ام ولد حكمهما حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر قن والاصغر له حكم امه ، وان عين الأصغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه ويصير ثلث كل واحد من العبدين حراً (الرابع) أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

﴿ باب الاقرار بالمجمل ﴾

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له فسر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)

وجملة ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لوعينه في اقراره .

(فصل) واذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وان لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن أن يولد بعد وطئه وان أمكن في احداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح اقراره وثبت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لامنازع له فيه فلحقه بنسبه، ثم يكلف البيان كما لو طلق أحدى نسائه فاذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك ، وان ادعت الاخرى أنها التى استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد فأشبه مالو ادعت ذلك من غير اقراره بشيء فاذا حلف رقت ورق ولدها واذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره

الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولان المدعي اذا لم يصحح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلا يؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له أن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان بينت وإلا أحلفنا المقر له على مايدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له واوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممتنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ماذكروه فان مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق معينا، وان لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركة كما لايلزمهم في حياته، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبى الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حلف ولزمه من التركة مايقع عليه الاسم فيما اذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك اذا حلف أن لا يعلم كالوارث

(مسئلة) (وان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وأن فسره بمال كقشر جوزة أو ميتة أو

عتق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامة وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه أقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يعين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لانا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى انكشافه وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعايتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق ان شاء الله تعالى.

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجملة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة.

خمر لم يقبل وان فسره بكلب أوحد قذف فعلى وجهين) متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أولا يدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والميتة، وان فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالايجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده، وان فسره بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاول أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتشميته اذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته»

(مسئلة) (وان قال غصبت منه شيئاً ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل) لان الغصب لا يثبت عليه

الميت كما لو اقر به الميت قبل موته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء لانه لا يلزمه اداء دينه اذا كان حياً مفلساً فكذلك اذا كان ميتاً وان خلف تركة تعلق الدين بها فان احب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه الا ذلك وان احب استخلاصها وايفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين بمنزلة الجاني، وان كان الوارث واحداً فحكمه ماذكرنا وان كانا اثنين او اكثر وثبت الدين باقرار الميت او بينة او اقرار جميع الورثة فكذلك، واذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجع اليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا مافضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا مايخصه كالاقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو إقرار

وان أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وان فسره بما ليس بمال مما ينتفع به قبل لان الغصب يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة لانه قد يقهره عليه، وان فسره بما لا نفع فيه أو مالا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزون لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاخبار به والاخبار عنه

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وماكان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره باقل من عشرة لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال صاحباه لانه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنان وسبعون لان الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نفعاً

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولا ورثناها أو ابتعناها معا فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعاً لانهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لاحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفا بالاشتراك فان أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فان لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لانه اقر به لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ماذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيرا

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حد يرجع في تفسيره اليه ولانه مامن مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيما لفقر نفسه ودناءتها واما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيرا لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيرا) فلم ينصرف الى ذلك وقال تعالى كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جدا او عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وان اقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) وقوله (وفي اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكى بعض اصحاب مالك عنه ثلاثة اوجه الاول كقولنا والثاني لا يقبل الا في اول نصاب من نصب الزكاة من نوع اموالهم والثالث مايقطع به السارق ويصح مهرا لقول الله تعالى (لن تبتغوا بأموالكم)

﴿مسألة﴾ قال (وكل من قلت القول قوله فلخصمه عليه اليمين)

يعني في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهاراً والذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسأل احلاف خصمه ففيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كالو أقر المضارب أنه ربح الفا ثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الاقرار البينة لوجهين (احدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض ولم تجر

ولنا ان غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه واما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتغوا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

﴿مسألة﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

اما اذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها اقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة او وافرة او عظيمة لزمته ثلاثة ايضا وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف لا يقبل اقل من مائتين لان بها يحصل الغنى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاوصاف وأحوال الناس فالثلاثة اكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿مسألة﴾ (وان قال له علي كذا درهم او كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم) لان تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لان كذا يحتمل أن يكون جزءا

العادة بالشهادة على القبض قبله لانها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفاً وقبضها اوقال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن ان يكون قداقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لاتجوز إلا على اليقين ،فأما ان اقر أنه وهبه طعاما ثم قال ما اقبضتكه وقال المتهب بل اقبضتنيه فالقول قول الواهب لان الاصل عدم القبض ،وان كانت في يد المتهب فقال اقبضتنيها فقال بل اخذتها مني بغير اذني فالقول قول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهب لم يعتبر اذن الواهب وانما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال(والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكى اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لوارث ،وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسره بذلك لانه محتمل

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوبا على التمييز

﴿مسئلة﴾ (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم)لان الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما)

اذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال

(أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم و تقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا

(الثاني) ان يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين

(الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه يجوز أن يكون أسقط حركة

عطيته بخلاف الثلث فما دون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة يحققه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وابراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الاقرار للوارث لانه متهم فيه على ماسنذكره

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة او قرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي انهما سواء وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبوثور وذكر ابوعبيد أنه قول اكثر اهل المدينة لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص احدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا ببينة، وقال أبوالخطاب لايحاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص احمد في المفلس انه إذا اقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة وبهذا قال النخعي والثوري واصحاب الرأى لانه اقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لايشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الاقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لاتنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لانهما استويا في الحال فأشبها غريمي الصحة

الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف

﴿المسئلة الثانية﴾ (اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولانه اذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه.

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحاً وهذا يحكى قولا للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين كذا ههنا وهذا يحكى قولا ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول التميمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل

﴿ مسألة ﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالاجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها، ولنا أنه ايصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الاجنبي فان هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وان أقر لامرأته بمهر مثلها أودونه صح في قولهم جميعاً لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لانه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه مالو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة لانه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسألة﴾ (وان قال له علي الف رجع في تفسيره اليه فان فسره باجناس قبل منه) لانه يحتمل ذلك

﴿ مسألة ﴾ (وان قال له علي الف ودرهم أو الف ودينار أو الف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار والف فقال ابن حامد والقاضي الالف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الالف اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الالف مبهم فيرجع

ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لانها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه مالو لم يبنها ، وفارق ماإذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولاولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير

في تفسيره الى المقر كما لو لم يعطف عليه ،وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزوناً كان تفسيرا له ، وان عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لان علي للايجاب في الذمة فاذا عطف عليه مايثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الاخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم يقم الدليل على انه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا ، يحققه أن المبهم يحتاج الى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره يوجب حمل الامر على ذلك ، وأما قوله أربعة أشهر وعشرا فانه امتنع أن تكون العشر أشهرا لوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهرا لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر)وقولهم إن الالف مبهم قلنا قرن به مايدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيرا لجميع ماقبله بخلاف قوله مائة ودرهم فانه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للايجاب والتفسير معاً والحاجة داعية الى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفا له الى البيان والافهام ،وقول أبي حنيفة إن علي للايجاب قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً و أمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر ،فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكر

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كالو استمر عدم الارث أماالوصية فانها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ويحتمل أن لايصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لوشهد لابنه وأجنبي، وقال أبوحنيفة ان اقر لهما بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث ، ولنا أنه إقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لوأقر بلفظين أوكما لوجحد الاجنبي الشركة،ويفارق الاقرار الشهادة لقوةالاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على ابهامه كما لو قال له أربعة دراهم وعشر

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي الف وخمسون درهما أوخمسون والف درهم فالجميع دراهم)

ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو مائة والف درهم والصحيح الاول فان الدرهم المفسر يكون تفسيرا لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال عنترة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيرا ولهذا لايجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيرا لجميع ما قبله ولانها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة،فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر لو قال بعتك هذا بمائة وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وان قال له علي الف درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثني في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبوالحسن التميمي وأبوالخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي).

لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيراً له فبقي على ابهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبه الاقرار له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الاقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه لان توريثه يوجب إبطال الاقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الاقرار من المريض باحبال الامة لانه يملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين انه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم ان الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول ابي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى ان كان مثل المستثنى منه أو اكثر يبطل في الاصح

(فصل) وان قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم ولا أعلم فيه خلافا وكذلك ان قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع الى تفسير نصيب الشريك اليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا .

ولنا ان أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازا ولا مخالفا للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر ،وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا وان قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي اكثر من مال فلان قيل له فسره فان فسره باكثر منه قدرا قبل وان قال أردت أكثر بقاء ونفعاً لان الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما اذا فسره باكثر منه قدرا فانه يقبل تفسيره ويلزمه اكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل او كثير ولو حبة حنطة ، ولو قال ماعلمت لفلان اكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعتق الولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل انها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل.

(فصل) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال: له علي الف، أو قال: له لي عليك الف، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ماوعد ربكم حقاً؟ قالوا نعم) وان قال أليس لي عندك الف؟ قال بلى، كان اقراراً صحيحاً، لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) وان قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان مافي علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال اقضني الالف الذي لي عليك قال نعم، كان مقراً به لانه تصديق

اكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه اكثر منه وان فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهله أوذكر قدره أو لم يذكره أوقاله عقيب الشهادة بقدره أولا لانه لايحتمل انه اكثر منه بقاء أومنفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه اكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ماذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوسا أوحبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف الى جنس ما أضيف اكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا اكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا اكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالا وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه دينا فقال لفلان علي اكثر مما لك، وقال أردت التهزيء لمه لزمه ويرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لايلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ماأقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقك علي اكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاه ، وان قال اشترعبدي هذا أواعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ،وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل الى معرفته.

ولنا انه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولانه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه مالو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لانه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا انه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي الف ان شهد بها فلان وذلك لان

(فصل) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتعين حمله على ما دون النصف، وكذلك ان قال إلا قليلا لانه مبهم فأشبه قوله إلا شيئاً وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الالف ويحلف على الزيادة ان ادعيت عليه

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم الى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لانتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها .

(والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره، وان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسئلة) (وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم او معه درهم او مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة اوفوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال ابو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضاً الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً، وان قال بعتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الايجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال ابو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان) وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بانها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال اردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان علي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وان قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

(فصل) وان قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وان قال لا أنكر لم يكن اقرارا لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا واحتمل

اذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيد

(مسئلة) (فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما اقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما اقر به ولزمه الدرهمان اللذان اقر بهما

ولنا انه إنما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

(مسئلة) (وان قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين) ذكرهما ابو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي اقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقراً لانه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانهما للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرا لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافا لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحداهما ثم رجع الى الاخرى لزماه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك أن قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم او قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف ؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بهما وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال الغصب فصار كانه قال غصبت ثوبا ومنديلا

بأخذها أولى أن لا يلزمه منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال اصحابنا الاول اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل ان يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها

﴿مسئلة﴾ (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقر بهما)

لان الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجهين فيكون مقراً بالخاتم وحده ، وان قال فص في خاتم احتمل وجهين ، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا .

(فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان ذكرناها وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجا على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

(مسئلة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره اليه) لان أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لاهما فان قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

(مسألة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بعين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول اعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود،

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الانتفاع بعين من أعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ويمنعون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. واما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروى صفوان بن امية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال أغصباً يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعاً، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول اكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «مامن صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وماحقها؟ قال «إعارة دلوها واطراق فحلها ومنحة لبنها يوم ورودها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ «اذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر وروي عن النبي ﷺ انه قال «ليس في المال حق سوى الزكاة» وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما ذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال «الزكاة» فقال هل علي غيرها؟ قال «لا الا ان تطوع شيئاً» او كما قال، والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال «ليس على المستعير غير المغل ضمان» ولانه قبضها باذن مالكها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ «العارية مؤداة» يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال «على اليد ما اخذت حتى تؤديه» رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا اديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «ليس في المال حق سوى الزكاة» وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها؟ قال «لا، إلا أن تطوع شيئاً» أوكما قال والآية فسرها ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن اسلم وقال عكرمة إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرتك هذا ، أو يدفع اليه شيئا ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرني هذا أو اعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشباه هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كاباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿مسألة﴾ (وهي هبة منفعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدراعا وذكر اعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الأشياء

فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص العكبري يسقط، قال أبو الخطاب أومأ اليه احمد وهو قول قتادة والعنبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ لصفوان «بل عارية مضمونة»

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ اخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه.

(فصل) وإذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك اباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها لينفقها فهو قرض وهذا قول اصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً

ولنا ان هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به. فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالاباحة اجماعا وانما يباح بأحد شيئين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضع لو ابيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفعها له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عاريته لذلك ولا تجوز اعارة الصيد لمحرم لانه لا يجوز له امساكه

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرمها)

ان كان يخلو بها او ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتهى مثلها وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها لعدم ذلك، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه او يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد للزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يعصرها ونحو ذلك لانه اعانة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن اذا تلفت وحدها كسائر الاجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما اذن في اتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت العين قبل ذلك فقد فات على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها، فاذا قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فانها تقوم حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الاجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها ، وان تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها باجزائها ، وكذلك لو تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه ، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه.

(فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل

﴿مسئلة﴾ (وللمعير الرجوع فيها متى شاء مالم يأذن في شغلها بشيء يستضر المستعير برجوعه)

تجوز العارية مطلقة ومؤقتة لانها اباحة فأشبهت اباحة الطعام وللمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولان المنافع انما تستوفى شيئاً فشيئاً فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لان التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا ،ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه لانه اباحة فكان لمن أبيح له تركه كاباحة الطعام

﴿مسئلة﴾ (فان أذن له في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه فيه لم يجز له الرجوع)

لما فيه من اضرار بالمستعير مثل ان يعيره سفينة لحمل متاعه او لوحا يرقع به سفينة فرقعها به ولجج في البحر لم يجز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره ارضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة المستعير فيه فأشبه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدالمغصوبة إذا كان مغصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً

(فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولنا أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المودع الى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله «على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رميما قاله ابن البنا

﴿مسئلة﴾ (وان اعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه) اذا أعاره حائطا ليضع عليه اطراف خشبه جاز كما تجوز اعارة الارض للغراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا أدفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة

﴿مسئلة﴾ (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع الى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلا فيحصده)

اذا أعاره ارضاً للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع ليملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لزم رده الى موضعه كالمغصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبه التصرف بالبيع وتنعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحتك الانتفاع به أوخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرني هذا أو أعطنيه أركبه أو احمل عليه ويسلمه اليه وأشباه هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كاباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

(فصل) وتجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدراعا، وذكر إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فان استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً، ولنا أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به

(مسئلة) (وإن أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ماعدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافا فاما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والا لم يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسئلة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص)

فاذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فملك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

(مسئلة) (فان أبى القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة الغراس والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الارض لتصير لي لم يلزم المعير لان الغراس والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعهما وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لايجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة الصيد لمحرم لانه لايجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

(فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لانها اباحة فجاز فيها ذلك كاباحة الطعام ولان الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة فاذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ماهي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للغراس أوللبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررهما فكانه استوفى بعض ماأذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررهما اكثر فلم يكن الاذن في القليل اذنا في الكثير وان استعارها للغراس اوللبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لان ضررهما مختلف فان ضرر الغراس في باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذنا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ماهو اقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ماضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يغره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يغره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تغرس بعد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقلع)

لان العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها وبنائها ودفع الى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أبيا البيع ترك بحاله) وقلنا لهما انصرفا فلا حكم لكما عندنا

(مسئلة) (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملته أن للمعير التصرف في أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء ولا ينتفع بهما ، وللمستعير الدخول للسقي والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجع في الاذن له

وليس له زرع ماهوا كثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره اكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه ومايمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وان أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان اذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافا، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يعيره غيره وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ماملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما بيع ما يختص به مع المالك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع ، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان للمعير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

﴿ مسئلة ﴾ (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وانما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا ، وفيه وجه آخر انه لايجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

﴿ مسئلة ﴾ (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة. تبيح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب الغصب

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على انه يستوفي منافعها بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً اومدة جاز لان الحق لمالكه فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إجارتها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز إجارته كالكلب للصيد، فان استعارها الى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ماقال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه»

﴿ مسئلة ﴾ (وان حمل السيل بذرا الى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبه مالو انتشرت اغصان شجرته في هواء ملك غيره

ولنا أن قلعه اتلاف للمال عن مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لان الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامنا للدين وقال الشافعي في أحد قوليه يصير ضامنا له في رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وانما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين، وان عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلا تعين لان العارية تتعين بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك اذا أذن له في محل تخالفه فيه لانه اذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وان أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده الى أجل لم يصح ، وان رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لان من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وان رهنه بأنقص منه جاز لان من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفا فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لان للمعير الرجوع في العارية متى شاء وان حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه في الدين لان ذلك مقتضى الرهن فاذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها

تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل لملكه بغير اختياره فلم يجز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره عاماً ويفارق مبيتها لان ذلك لايجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع لمالك البذر لانه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الارض اخذه بقيمته كزرع الغاصب على ما نذكره والاول أولى لانه بغير عدوان وقد امكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان احب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وإن حمل السيل نوى غرس رجل فنبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو لمالك النوى)

لانه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب ؟ على وجهين (احدهما) يكون كغرس الغاصب لانه حصل في ملك غيره بغير اذنه (الثاني) كغرس الشفيع لانه حصل في ملك غيره بغير تفريط منه ولا عدوان .

(فصل) وان حمل السيل ارضاً بشجرها فنبتت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجره ولا غيره لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة

وان تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تعد ،وان استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة لانها إباحة فأشبهت اباحة الطعام وللمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه لانه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كاباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها مالم يرجع وإن وقتها فله أن ينتفع مالم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك واذنه فأشبه المستأجر لانه ملكه باذنه فوجب ان يملك مايقتضيه الاذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ما شاء وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن وان استعارها للغرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررهما مختلف ، وكذلك إن استعارها لزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلا في الاجارة وكذلك إن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه

(فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكه ، وله ذلك باذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقبة عبده في أحد قوليه لان العارية مايستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان .

(فصل) فان أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لان الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فاذا دفن لم يكن له الرجوع مالم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الارض للبناء والغراس وله الرجوع مالم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك ارش مانقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع مافي ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

ولنا انه اعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط نفي ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد)

روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي واسحاق ، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدار قطني ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بآلته أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الخسب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فان بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فاذا غرس وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبه ما لو لم يبن في الارض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائما ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير اضرار، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لان الغراس تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه.

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العكبري يسقط قال أبو الخطاب أومأ اليه احمد وبه قال قتادة والعنبري لانه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا ان كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه

(فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمنها بمثلها ان كانت مثلية

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه لان مقتضى العقد كونه أمانة فاذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بني وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يقلع لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالابقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع إلى كل واحدمنهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة ومبنية؟ فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وان امتنعا عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لانه قد رجع في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالكه وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدي فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه

(مسئلة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)

وجملة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمن جملته تضمن أجزاؤه كالمغصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمغصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالاجزاء التي لا تتلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحا وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الاجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المعير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض .

(فصل) واذا استعار دابة ليركبها جاز لان اجارتها لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الاجرة للزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استعار ثوبا ليلبسه فحمل فيه تراباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في احد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه

(مسئلة) (وليس للمستعير أن يعير) وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحمد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرد قولا لاحمد، وقال أصحاب الرأي اذا استعار ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية إباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعرتكها إلى طبرية وقال المستعير أعرتنيها إلى القدس فالقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ماقال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « اكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه، قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المعير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه، وان نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان قلنا هو على المعير فهو كالاجر على ما بيناه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الارض به لان ملكه حصل في ملك غيره بغير اذنه فأشبه مالو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. ولنا أن قلعه اتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أوقتلها فاننا لانجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره

الانتفاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ماأذن فيه فأشبه من أبيح له أكل الطعام. فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منهما لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد .

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤنة رد العارية)

لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن، ويجب ردها الى المعير او الوكيل في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة .

ولا يعرف قدر مايشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه فأشبه مالو باتت دابته في أرض انسان بغير تفريطه وهذا بعيد لان الزامه تبقية زرع ماأذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره عاما ، ويفارق مبيتها لان ذلك لايجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ،ويكون الزرع لمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ماسنذكره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبه مالو زرعه مالكه والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه، وان أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الارض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير، وأما ان كان السيل حمل نوى فنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والنخيل ونحوه فهو لمالك النوى لانه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كاغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكها وان حمل السيل أرضا بشجرها فنبت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر او الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه

ولنا انه لم يردها الى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ماذكر

(مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه، وان ردها الى زوجته المتصرفة في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمنها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً

(فصل) ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجرة عليه وان ضمن المعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنذكره في الغصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكريتكها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكتريتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكتريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر وهبتنيها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وماذكروه يبطل بهذه المسئلة ولانهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ماحلف عليه كالاصل ، وان كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة مالو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك أنها عارية وقال الراكب قد اكريتنيها فالقول قول المالك مع يمينه لماذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون مابقي منها)

حكي ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه .

ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر وهبتنيها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكروه يبطل بهذه المسئلة ولانهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر

(مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها ؟ على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ماحلف عليه كالاصل والاول أصح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير بينة وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها واما فيما بقي فالقول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضي مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر و تلف البهيمة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان مايدعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا بيمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على مايدعيه ، وان كان مايدعيه المالك اكثر مثل ان كانت قيمة البهيمة اكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء اكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبتها وقال الراكب بل أعرتنيها فان كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته

(مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتني فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها أجرة والبهيمة تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة اذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا بيمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على مايدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ماقدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غصبتها وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الا بيمين وجهاً واحداً

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجر وادعى الراكب انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أجرتني أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الغاصب) اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته وكذلك ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب انها عارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضا الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسألة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك الراكب وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبتها وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه الا باليمين وجها واحدا والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الارض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولان حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر ان رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «ان دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد ابن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الارض ظلما طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر

ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن ولانها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحرة فانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ، ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين وجب رد مايقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسماع والقياس طريقة الظن والاجتهاد ،وإن كان غير متقارب الصفات وهو ماعدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت مارأيت صانعاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الافكل فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال «اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود ، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه)

هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب فان أتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها النقل والتحويل فلم تضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان الغصب اثبات اليد على المال عدوانا على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام « من ظلم شبراً من الارض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين » متفق على معناه وفي لفظ « من غصب شبراً من الارض » فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه مالو أخذ الدابة والمتاع ، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الارض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولا ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً ورد مثله

ولنا ماروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب اليها فكانت أولى واما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضي بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام احمد انه يضمن بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب وابراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون الا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لان يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فان الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراة له ولانه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب اذا كان بغير اذن .

(مسئلة) (وان غصب كلباً فيه نفع أو خمر ذمي لزمه ردهما)

اذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال ، وان أتلفه لم يغرمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز وان غصب خمر ذمي لزمه ردها لانه يقر على شربها فان أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمي وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الخمر والخنزير اذا أتلفهما على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خمر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عامله كتب اليه: ان أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور فكتب اليه عمر ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الاثمان والعنب والرطب والكمثرى يضمن بقيمته وظاهر كلام احمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت ،وزونه وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا،وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب ارش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالاتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالنقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالاواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمعدومة .

ولنا ماروى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة ولان مالم يكن مضمونا في حق المسلم لا يكون مضمونا في حق الذمي كالمرتد، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة،ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه اليهما فما ثبت في حق احدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عندهم،فاما حديث عمر فمحمول على أنه اراد ترك التعرض لهم وإنما أمر باخذ عشر أثمانها لانهم اذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فان غصب من مسلم خمراً حرم ردها ووجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بأراقتها،وان اتلفها او تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه» ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم،فان امسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فان تلفت ضمنها له لانها مال المغصوب منه تلف في يد الغاصب ، فان أراقها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غصب أرضا فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة لارض وان كان شيئا من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كالو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدوانا على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ماضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه مالو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي

فجمعها انسان فتخللت عنده رد الخل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فمن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان أتلفه او اتلف ميتة بجلدها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل بيعه

(مسئلة) (وان دبغه وقلنا بطهارته يلزمه رده كالخمر اذا تخللت ويحتمل أن لا يجب رده) لانه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ

(مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حراً فمات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين (احدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته (لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ماتلف من الارض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أوغير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أوظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها ذلك فيصير غاصباً فان الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراء ولانه انما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب اذا كان بغير إذن

(الفصل الثاني) أنه اذا غرس في أرض غيره بغير اذنه او بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه او بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من

كمنافع العبد، وان حبسه مدة لمثلها أجرة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لانه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لانها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه وأطرافه ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحدا لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لانها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المغصوب ان قدر على رده وان غرم عليه اضعاف قيمته اذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب اذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(فصل) فان غصب شيئاً فبعد لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه فان قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لانها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع ، وان قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بارضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤس وإنها لنخل عم (١) ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لاحرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشا وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الارض إلى ماكانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وان أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أوحيوانا وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه الا القلع فله القلع لانه ملكه فلك نقله ولايجبر على أخذ القيمة لانها معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أوغيرها جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وان لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لايجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض اجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ماكانت، وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا

(١) بضم العين أي طوال

اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان اقرب الى المكان الذي يلزمه رده اليه أولا لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(مسئلة) (وان خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيباً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده اذا بعده وان أمكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه وان لم يمكن تمييز شيء منه فسنذكره ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان بنى عليه لزمه رده الا أن يكون قد بلي) اذا غصب شيئاً فشغله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته لانه صار هالكا فوجبت قيمته كما لو تلف، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وان انتقض البناء وتفصل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر على السفه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سفه والاول اصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في رباع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير أذنهم فله النقض» ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ماذكرنا في الغرس

(فصل) وان غصب دارا فجصصها وزوقها وطالبه ربها بازالته وفي ازالته غرض لزمه ازالته وارش نقصها ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله لان ذلك صفة في الدار فأشبه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان

﴿مسألة﴾ (وان سمر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لايخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة فان كان كسرها اكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان اقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه اقل ضرراً ذبح وأخرج لحماً لانه في معنى الخشبة ، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه ، ولو باع داراً فيها خوابي لا تخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله ، وإن كان اكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها على ماذكره ، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا ان يكون الحيوان آدمياً ويفارق الخيط فانه في الغالب أقل قيمة من

لم يـكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لانه عين ماله (والثاني) لا يملك لانه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليتركه

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين، وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضرب به لبناء رده ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه تبناً له فيكون له أن يحله ويأخذ تبنه وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله آجرا أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لان ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال.

(فصل) وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك ان حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله فان كان التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لان التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط.

(فصل) وان أدخلت رأسها في قمقم ولم يمكن اخراجه الا بذبحها أو كسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وان كان كسر القمقم أقل كسر، فان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر القمقم لانه كسر لتخليص شاته واذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص ماله فان قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم نمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لانه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضررا لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كلفتها، فان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير اذنه وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان مايقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه وأبرأه المغصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان بابراء المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وانما هو اسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالابراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع او تركها حتى ذهبت لانها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالاعيان، وان غصب ارضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه اجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمته معارضة بحرمة مال الآدمي الذي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعة المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك ان كان درهما أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقيته الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فابى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في ارض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه اكثر من قيمتها

(مسئلة) (وان زرع الارض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها)

الارض دون بنائها لانه انما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه اجرها مبنيه لان الدار كلها ملك للمغصوب منه وانما للغاصب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً،وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المغصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري او نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ماتلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف،وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذاغصب أرضاً فزرعهاوردها بعد حصادالزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافاً لانه نماءماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أونقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما نذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها

(مسئلة) (وان أدركها ربها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بعوضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربهاوالزرع قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخيرالمالك بين أن يقر الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الارض وأرش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال اكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق »لانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس

ولنا ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الغاصب لايجبر على القلع لانه ملك للمغصوب منه ولانه أمكن ردالمغصوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لوغصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أوغصب لوحا فرقع بهسفينة فانه لايجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن

(الفصل الرابع) ان على الغاصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الغرس او نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقراً كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردها وارش النقص لانه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلا أخذ ارشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية اتلفت معظم منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها واخذ قيمتها ولعل مايحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبني على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم انه اتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المغصوب بماله فلك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:

(إحداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للغاصب الى حين انتزاعه منه بدليل أنه لو اخذه قبل انتزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له الآن بعوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الغاصب أجر الارض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبه مالو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للاثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للغاصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جناية على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جناية تنقص بها القيمة فأشبه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وبهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئا ، قيل له فان كان بعيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احمد انما اوجب مقدرا في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للاثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجمع

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتمل ان حكمه حكم الغرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وانما ترك فيما تقل مدته للاثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له فان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كاغصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الغراس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا فغرسها فالنماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما انفقه الغارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائما فيها كالزرع قال شيخنا والاول اصح لان احمد قد صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للاثر فيختص الحكم به ولا يتعدى الى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقيا وبدله ان تلف وان كان رطبا فصار تمراً اوعنبا فصار زبيباً فعليه رده وارش نقصه ان نقص ولا شيء له بعمله فيه ولا

رأينا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروي عن أحمد في العبد أنه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لأبعاض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولانه لو فات الجميع لوجبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فان قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف القيمة كعين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للالحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المغصوبة، وقول أبي حنيفة ان هذا في بهيمة الانعام والدابة لا يصح لان هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر انما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعد للركوب دون بهيمة الانعام

اجرة عليه للشجر لان اجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية الثمر واخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده وضمان لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن اوبارها واشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد الغصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

﴿ مسئلة ﴾ (وان غرس او بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها)
متى غرس في ارض غيره بغير اذنه او بنى فيها وطلب صاحب الارض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى ابو داود وابو عبيد في الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في أرض رجل من الانصار من بني بياضة فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في اصولها بالفؤس وانها لنخل عم ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً ، واذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الارض الى ما كانت عليه لانه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان غصب عبداً فجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه اكثر الامرين من ارش النقص اودية ذلك العضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدا جميعاً، فان غصب عبداً يساوي الفاً فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص فالزمه الف ورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفا وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسمائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف ورد العبد فحسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة ؟ على وجهين.

(فصل) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً، وان طلب اخذه بقيمته وابى مالكه إلا القلع فله ذلك لانها ملكه فملك نقله ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلعه فقبله المالك جاز وان ابى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وله في قلعه غرض أجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لانه نقص حصل في يد الغاصب اشبه ما لو غصب طعاماً فتلف بعضه وان لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال.

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولان المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لوقطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكروه فان الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون ارش الجناية يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيده فجنايته مضمونة على الغاصب أيضاً لانها من جملة جناياته فكان مضموناً على الغاصب كالجناية على الاجنبي .

(فصل) اذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءا مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سفه والاول اصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير إذنهم فله النقض » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا في الغرس

(فصل) وان غصب أرضا فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك فرشه أورده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبنا رده ولا شيء له الا ان يجعل فيه تبنا له فله ان يحله ويأخذ تبنه ، فان كان لايحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جعله آجرا أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع (الثاني) أن لا يكون مقدراً مثل ان غصب عبداً ذا سمن مفرط نخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا مانقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البدل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائيته وانعقدت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار انما أذهبت مائيته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبه الزيت اذا أغلاه وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منها مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة مالو فقأ عينيه وهل يجب في العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فسمن سمنا نقصت به قيمته أو كان شابا فصار شيخا أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالغرس والبناء وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كاناء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه مع الارش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد إن شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم نفعه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فاتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها، ولعل مايحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبني على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جناية تنقص بها القيمة اشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره. وعليه أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده لانها

ناهداً فسقط ثدياها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافا،فان كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

(فصل) وان نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لأنه لايعلم قدر نقصه وكلما نقص شيئاً ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نقصه وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ من قيمته لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لايجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرض،وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال لا يضمن ما نقص قولا واحداً ولا يضمن ما تولد منه لانه ليس من فعله،وهذا الفرق لا يصح لان البلل قد يكون من غير فعله أيضا وقد يكون العفن بسبب منه،ثم أن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لان هذا الطعام عين ماله وليس ببدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالاعيان،وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي ان شاء الله تعالى وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه إنما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات المغصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمغصوب منه وانما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لانه وقع عدواناً .

(فصل) وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه،وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم كذلك،وان بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها،وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه،وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الارض وعليه النفقة وان استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الارض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحقت يعني أخذها مستحقها فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فانه للغاصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لانه نماء ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كاراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الارض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» ولانه زرع في أرض غيره ظلما أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه لانه ملك للمغصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعا

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما تثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي اذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعه ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبدا فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوجهين والثاني يقلع في الحال لانه أمكن رد المغصوب فلزمه وان أفضى الى تلف مال الغاصب كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه امكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب رده لانه يتضمن تفويت ذي حرمة أشبه مالو خاط به ثوبا (الثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالآدمي فان خيف من نزعه الهلاك او أبطأ برؤه فلا يجب لان الحيوان آكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المغصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه اجر الارض فله ذلك لانه شغل المغصوب بماله فلك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجاراً يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان (احداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو اتلفه ولأن الزرع للغاصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً له ولو لم يكن ملكاً له لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له تملكا له إلا أن بعوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلي (الثالث) ان يخيط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر وان كان للغاصب فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقض البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وبين مالا يعد له كالخيل وما يقصد صوته من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الخيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه او ضرر كثير وجب رده

(مسئلة) (فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً معصوما لان غير الآدمي لا حرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « كسر عظم الميت ككسره وهو حي » فعلى هذا يرد قيمته .

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الغاصب ما انفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احمد انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين ماله فأشبه مالو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له أو طعاما فعلفه دواب له كان النماء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا استحقت الارض بعد اخذ الغاصب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يبقى اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة والنعناع احتمل ان يكون حكمه ماذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبه الحنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الغرس لبقاء اصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للاثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضاً فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له وان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولأنها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الغراس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحاً فصاد او شبكة او شركاً فامسك شيئاً او فرساً فصاد عليه او او غنم فهو لمالكه) كما لو غصب عبداً فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للغاصب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا ا كتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيما إذا غصب فرساً او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه مالو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالو لم يصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للسيد وفي وجوب أجرة العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للغاصب لان هذه آلة فهو كالحبل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب ثوبا فقصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضربه أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه)

ولا شيء له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها هنها الا ان الغاصب لايجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً فغرسها فالنماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما انفقه الغارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائماً فيها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للاثر فيختص الحكم به ولا يعدى الى غيره ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه مالو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فعليه بدله وان كان رطباً فصار تمراً أو عنباً فصار زبيباً فعليه رده وارش نقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية الثمر واخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضا فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجز لغير مالكها دخولها الا باذن مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يارسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لوفعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كما رووه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فانه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكا بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنافعه والمنافع أجريت مجرى الاعيان أشبه مالو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الغاصب عمل

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلأ في الارض المغصوبة وذلك لان الكلأ لا يملك بملك الارض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها و نقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوابيقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لان دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فان أجابوه والا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ، ونقل المروذي عنه اكره المشي على العبارة(١) التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها وربما كان المشي عليها يضر بها ، وقال أحمد لا يدفن في الارض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع الى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان اذا بنى داراً وجمع الناس اليها اكره الشراء منها وهذا ان شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطا خوف

(١) بتشديد الباء

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأما صبغ الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه اذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فان احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً على اننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على احدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الاول

(فصل) فان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين والقيمة ضمنهما معاً كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أوحلياً أوطيناً جعله لبناً أو غزلا نسجه أو ثوبا قصره لانه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بعضه وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمساميره فله قلعها ويضمن ما نقصت الدفوف ، وان كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها الا ان يأمره

التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبني الالف الذي استودعكه وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة الا أن يطالب بردها زائدة فلا يردها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها

ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجهين وان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منهما فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاجير الحال وان ضمن الاجير رجع على الغاصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه عالما بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجع على الاجير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاجير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئرا ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف بها في أحد الوجهين)

اذا طمه المالك بطمها لزمه لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك لو حفر فيها نهرا أو حفر بئرا في ملك رجل بغير اذنه،وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله ذلك لما فيه من الغرض وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب وأبرأه من ضمان مايتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم

الغصب لانها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لانها تابعة للعين ، فأما ان غصب العين سمينة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافا لانها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو اذهب عضوا من اعضائها

(فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها الفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورد الفا وتسعمائة وان بلغت بالسمن الفا ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت الفاً ثم نسيت فعادت الى مائة ردها ورد الفاً وثمانمائة لانها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة ، وان سمنت فبلغت الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الانسان بملكه ، واما اذا بلغت بالسمن الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى الف ففيه وجهان (أحدهما) يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا ينجبر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لانه عاد ماذهب فأشبه مالو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها او أبق العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نفرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان بابراء المالك لكونه ابراء مما لم يجب بعدوهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان انما يلزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما يجب انما هو اسقاط التعدي برضاه به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالابراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

﴿مسئلة﴾ (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو بيضا فصار فراخا رده ولا شيء للغاصب لانه عين مال المغصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتغيير في البيضة أعظم فانه استحال بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخا فهما لمالكها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يردها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من نمائها وان غصب فحلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهي عن عسب الفحل ، وان نقصه الضراب ضمنه وان نقص المغصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقاً

الوجه اقيس لما ذكرنا من شواهده، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزيادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت مانسيته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تعلمت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعلم والاول اولى .

(فصل) وان مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المغصوب ناقصا بمرض او عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك إن اخذ المغصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل أخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك

(فصل) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاتلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمتـه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لأبعاض العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجناية

ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب يحققه أن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجناية على أطراف العبد معدول به عن القياس للالحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المغصوبة على أن في الجناية على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرين منهما لان سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق مما لا مقدر فيه كنقصه لكبر او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمرد فنبتت لحيتـه فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجب ضمانه لان الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة ،ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور

وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من ادائها لانها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب انه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لانه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه.

ولنا انه مال المغصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالاصل وقولهم ان اثبات يده ليس من فعله لا يصح لانه بامساك الام تسبب الى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الام محظور.

(فصل) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الاسعار نص عليه احمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فيلزمه اذا ردها كالسمن.

ولنا انه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولانه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولان الغاصب يضمن ماغصب والقيمة لا تدخل فى الغصب بخلاف زيادة العين فانها مغصوبة وقد ذهبت

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الامرين)

وجملة ذلك أنه اذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية يكون الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من ارش النقص أودية ذلك العضو لان سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدا جميعاً فلو غصب وقيمته الف فزادت قيمته الى الفين ثم قطع يده فنقص الفا لزمه الف ورد العبد لان زيادة السوق اذا تلفت العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وان نقص الفاً وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسمائة ويرد العبد وان قلنا ضمان الجناية فعليه الف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسمائه فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

(مسئلة) (وان جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الامرين ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من النقص)

اذا غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين من شاء منهما لان الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئا فشقه نصفين وكان ثوبا ينقصه القطع رده وارش نقصه فان تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وارش النقص وان لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير وان كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وان غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وارش نقصهما فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي واربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص بتغير الاسعار، والصحيح الاول لانه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كالو فوت بصره أو سمعه أوعقله أوفك تركيب باب ونحوه

(فصل) وان غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه، فلو غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة

في يده فان ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً وان اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه باكثر الامرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسئلة) (وان غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته)

اذا غصب عبداً فقطع خصيبه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه وبه قال مالك والشافعي، وقال الثوري وأبو حنيفة يخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال

ولنا ان المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولان المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع، وبهذا ينفصل عما ذكروه فان الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) وان غصب ثوبا أوزلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معا الاجر وارش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان (أحدهما) يضمنهما معاً (والثاني) يجب أكثر الامرين من الاجر وارش النقص لان مانقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لايضمن المستأجر تلك الاجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالايجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والاجرة تجب في مقابلة مايفوت من المنافع لافي مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت الاجزاء وان لم يكن للمغصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لاغير

(فصل) اذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله ان يضمن من شاء منهما فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين

التالف لافي مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين ؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئاً قيل له فان كان بعيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احمد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه وما عداهذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة : انا كنا نزلها منزلة الآدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رءوس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلع عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كسائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

غصبه الى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ماقبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدا فعمله سكاكين وأواني أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتاً أو ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد مايدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبدالله بنحو من عشرين سنه، واحتجوا بماروي أن النبي ﷺ زار قوما من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا نعم يارسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيرانا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم. ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فاذا فعله بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن احمد

ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفه فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين اكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لاتجب ويخالف السمن فانه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الغاصب يضمن ماغصبه والقيمة لاتدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مغصوبة وقد ذهبت

(مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض اوغيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء الا رده) إذا مرض المغصوب ثم برىء أو ابيضت عينه ثم زال بياضها اوغصب جارية حسناء فسمنت سمنا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيأ فان رد المغصوب ناقصاً بمرض اوعيب اوسمن مفرط أوحمل فعليه أرش نقصه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه رد ما أخذ لانه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك أن اخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك

(مسئلة) وإن زادت القيمة لسمن اوغيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذازادت قيمة المغصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أوضرب النقرة دراهم ولانه لايزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها، فاذا ثبت هذا فانه لاشيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب ان الغاصب يشارك المالك بالزيادة لانها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت مجرى الاعيان فأشبه مالو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الغاصب عمل في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه وسائر عمل الغاصب، فاما صبغ الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى، فان احتج بان من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب له بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً، على أننا نقول انما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين فاما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبنا أو غزلا نسجه أو ثوباً قصره، وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الرفوف بمسامير من

الغاصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما اذا غصب عبدا اوامة وقيمته مائة فزاد بتعليمه اوفي بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده ويأخذ من الغاصب مائة وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ومالك لايجب عليه عوض الزيادة الا ان يطالب بردها زائدة فلا يردها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية أن المغصوب اذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه اذا رده بعينه

ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولانها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها، واجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين، واجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لانها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما ان غصب العين سمينة او ذات صناعة فهزلت أو نسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو ذهب بعض أعضائها

(فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها الفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت

عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها المالك فهل يجبر على قبول الهبة؟ على وجهين، وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هـذا الذي ذكرناه فالأجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارش نقصها ويغرم من شاء منهما فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم القصاب الحال وان ضمن القصاب رجع على الغاصب لانه غره وإن علم القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لانه أتلف مال غيره بغير اذنه عالما بالحال وإن ضمن الغاصب رجع على القصاب لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وان غصب حباً فزرعه فصار زرعا أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضنه فصار فرخاً فهو للمغصوب منه لانه عين ماله نمى فأشبه ما تقدم، ويتخرج ان يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق، وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم لمالكها ولا شيء للغاصب في علفها قال احمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يرد فروخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل، وان غصب شاة فأنزى عليها فحلا فالولد لصاحب الشاة لانه من نمائها وان غصب فحلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل وإن نقصه الضراب ضمن نقصه

فعادت الى مائة ردها ورد الفا وثمانمائة لانها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمنت فبلغت الفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الانسان بملكه

(مسئلة) (فان عاد مثل الزيادة الاولى من جنسها مثل ان كانت قيمتها مائة فسمنت فبلغت الفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى الف ففيه وجهان) (احدهما) يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الاولى، فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لان ما ذهب عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق عبد ثم عاد وفارق ما اذا زادت من جهة أخرى لانه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت بالسمن الاول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الاخرى وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعاً، فأما ان زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بعينها فأشبه مالو تلفت .

ولنا أنه فعل في المغصوب على وجه التعدي لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة.

(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحا كالفهد والبازي فصاد به فالصيد لمالكه لانه من كسب ماله فأشبه صيد العبد ويحتمل أنه للغاصب لأنه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح، وان غصب قوساً أو سهما أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبه نماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبه مالو لم يصد شيئاً

عاد ما ذهب، وان تعلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول أولى

﴿مسئلة﴾ (وان كانت من غير جنس الاولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها

﴿مسئلة﴾ (وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء

(فصل) فان نقصت عين المغصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به كما لو اذهب الكل (الثاني) أن لا يكون مقدرا كهزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كعصير اغلاه فذهبت مائيته وانعقدت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائيته التي يقصد اذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبه الزيت اذا اغلاه. وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لان كل واحد منها مضمونا منفردا فكذلك اذا اجتمعا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)

وجملة ذلك أن الغاصب اذا وطيء الجارية المغصوبة فهو زان لانها ليست زوجة له ولا ملك يمين فان كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لاملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لامهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي . ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع اكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لايجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل مايتضمنه من تفويت البكارة، وان حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا فان وضعته حيا وجب رده معها وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وماضمن بالاتلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كاجزاء العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالاجزاء ، وان

(١) من هنا الى قوله وان وضعته حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصي العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيته لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وان نقص المغصوب نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزا جيدا بقفيز رديء

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال يضمن ما نقص قولا واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البلل قد يكون من غير فعله أيضا وقد يكون العفن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق، وقول أبي حنيفة لا يصح

وضعته حياحصل مضموناً في يدالغاصب كالأم فان مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة ينجبر نقصها بولدها

ولنا أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي ففيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك ارش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكراه أوالمطاوعة لانها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير في موضع يجب فان كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والاثم والا فلا

(فصل) وان كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أواعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل

لان الطعام عين ماله وليس ببدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وان جنى المغصوب فعليه ارش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لانها من جملة جناياته فكان مضمونا كالجناية على الاجنبي

(فصل) ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وان عفي عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته او ارش اليد، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجناية بها لانها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فاذا اخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم ان المودع قتله بعدها

الحيلولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد اوامة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكا، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على مامضى اذا كانا عالمين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب)

وجملة ذلك أن الغاصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لان الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولا أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرا

(مسئلة) (ويضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولد الحيوان)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لانها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم، بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محظور لا يصح لانه بامساك الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان الغصب في الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الزواية الاولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده انه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولا لأبي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضي أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسألة) (فان خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط حنطة أو زيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المغصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا نص على ان يكون شريكاله اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه مالو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسألة) (وان خلطه بدونه أوخير منه أوبغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المغصوب عن قيمته منفردا فعلى الغاصب

تقويمه واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقي ههنا أن يفديهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثية وقد نص عليه احمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يفديهم بمثلهم في القيمة ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الاقوال في غير هذا الموضع . وقول الخرقي رجع بذلك كله على الغاصب يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فاما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت اليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه ، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكراً فعليه ارش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه ان يرجع به على من شاء منهما لأن يد الغاصب سبب يد المشتري ، وما وجب على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فانه يرجع به على الغاصب وحده لان ذلك كان قبل يد المشتري، فاذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت فان كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء لان موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لانه حصل بفعله ، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء لانه تعذر عليه الوصول الى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب . أما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه .

(فصل) الا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه اوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي ، وان خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لانه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وان بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه ان كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن الجودة وان كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لامقابل للزيادة وانما هي تبرع مجرد، وان خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذا كثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما

(فصل) وان خلطه بما لاقيمة له كزيت خلطه بماء أولبن شابه بماء فان أمكن تخليصه خلصه ورده

من غير تغرير، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وارش بكارتها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان (احداهما) يرجع به وهو قول الخرقي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فاذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجع بذلك كله على الغاصب. فكل ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب اذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري ، وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري، ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فانها مضمونة على الواطيء لان التلف بسبب من جهته

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فان كانت حرة كان المهر لها وان كانت امة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالهالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسألة) (وان غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الغاصب النقص)

لانه بتعديه الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل

(مسألة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شريكان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لهما جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين

(مسألة) (وإن زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساويا في الزيادة في السوق تساوا صاحباها فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك، وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطيء من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة،وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو اتلاف جزء منها،وروي عن احمد رواية اخرى أن الثيب لا مهر لها وان أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار ابي بكر،والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر ويجب ارش البكارة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر الغاصب المغصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين ايهما شاء أجر مثلها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به،وإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ماغرم،هذا إذا لم يعلم بالغصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالماً بالغصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الغاصب النقص)

اذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ،ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين مالا يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الخرقي أنه لا يملك قلعه اذا تضرر به الثوب لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر،وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الارض وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض(والثاني)لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض،وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب الدار وهذا فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المغصوب أو وكل رجلا في بيعه ودفعه اليه فتلف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء أما الغاصب فلانه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لاثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق ، فان غرم الغاصب وكانا غير عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وان غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والاجر لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا وإن علما أنها مغصوبة استقر الضمان لان التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما فان غرما شيئاً لم يرجعا به وإن غرم الغاصب رجع عليهما لان التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أوردها الى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لانه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فان غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وإن غرم الغاصب رجع على المستعير وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع ارضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المغصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغرس قيمة الارض لمالكها في هذه المواضع

(مسئلة) (وان وهب الغاصب الصبغ المالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبغته فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الغراس ، وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ماغرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فان ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب فما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التلف حصل في يديه ولم يغره أحد وكذلك أجر مدة مقامه في يديه وارش نقص ان حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء فان ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره وقال أبو حنيفة أيهما ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان ، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (احداهما) بطلانها

على بيعه لانه منه فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه .

(مسئلة) (وان غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقا احتمل أن يكون كذلك كما اذا غصب ثوباً فصبغه حكمه كحكمه اذا كان الثوب والسويق للغاصب لانه خلط المغصوب بماله ويحتمل ان يلزمه قيمته أو مثله ان كان مثلياً لان المغصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً وصبغا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء في زيادته)

اذا غصب ثوباوصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للغاصب شيء في الزيادة لانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقص لزمه ضمان النقص لانه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الاسعار

(فصل) وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر ماليهما وان زادت فالزيادة لهما وان نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع بها على الغاصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صحتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية انها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك فأما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً واما مالم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) واذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن احمد انه يتصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الاثمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله ، وأما الغاصب فان

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على مامر بيانه والحكم فيما اذا غصب سويقاً فلته بزيت أو عسلا ونشا فعقده حلواء حكم ما لو غصب ثوبا فصبغه على ماذكر فيه

(فصل) (وان وطيء الجارية فعليه الحد والمهر وأرش البكارة) اذا غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا ان كان عالما بالتحريم وعليه مهر مثلها مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي :

ولنا ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق للسيد يجب مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة، ويجب أرش بكارتها لانها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لانه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة ووجه الاول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها واذا أفضاها باصبعه وجب أرش بكارتها فكذلك وجب ان يضمنهما اذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لانه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه مالو قبلها والاول أولى

(مسئلة) (وان ولدت فالولد رقيق للسيد لانه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا وان وضعته حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها الا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته

ولنا ان المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ،قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الارض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به في الجناية وان وضعته حياً ثم مات ضمنه بقيمته

(مسئلة) (ويضمن نقص الولادة ولا ينجبر بزيادتها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة وان ضرب الغاصب بطنها فالقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الضارب لان الاتلاف وجد منه ،وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ،ولا فرق في هذه الاحوال بين المكرهة والمطاوعة لانها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطاوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطاوعة،فاما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فان كانت مطاوعة عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئا ببادية بعيدة يخفى

الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً. اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المغصوب رده ونماه المنفصل والمتصل وأجرمثله الى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ماأخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لانها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادةالمبيع المردود بعيب وان كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خمراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فانه يردها وارش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كالو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً ، وأماالسمن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فاخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل الحيلولة وان وضعته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئا لانه أتلف جنينا حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حيا قومناه مملوكا، وان ضربه أجنبي فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ماذكرنا ان كانا عالمين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الغاصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به نظرت فان كان أثماناً لزمه دفعها اليه لان الأثمان قيم الاشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه اداء مثله لانه لا ضرر عليه وكذلك ان كانت قيمته مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وان كان لحمله مؤنة وقيمته في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده.ولا رد مثله لانا لا نكلفه مؤنة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الخيرة بين الصبر الى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه لانه تعذر رده ورد مثله، وان كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) انه اذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الغاصب في العين المضمونة فاسد لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى، فاذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب لانه السبب في ايصالها الى المشتري وله تضمين المشتري والمتهب لانه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لان كل واحد منهما غاصب لان الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منهما ولان كل واحد منهما يلزمه ردها اذا كانت في يده لان يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » ويلزم المشتري كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره لانه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبلها الا أن المالك ان ضمن الغاصب رجع على المشتري والمتهب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه لانه المتلف فاستقر الضمان عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب) إذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى ، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لانه ليس بمغصوب اذ الغصب فعل محظور ولم يوجد فان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لانه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه

ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة في الصدفة والجوز واللوز ولانه مغصوب فيضمن كالأم فان الولد إما ان يكون مودوعا في الام كالدرة في الحقة واما ان يكون كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فان اسقطته ميتاً لم يضمنه لانه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملا وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فان كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظرنا فان كان اختلافها لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لانه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لانه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطيء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ولدت منه فالولد حر) لانه اعتقد أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لانهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولا لابي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المغصوب لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسئلة﴾ (ويفديه بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الخرقي لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الخرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وانما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن احمد، وعنه انها تضمن بقيمتها يوم الغصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه

ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لان امساك المغصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا

﴿ مسئلة ﴾ (ويرجع بذلك على الغاصب) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع ببدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

﴿ مسئلة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها لمالكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب كما لو وجد العين باقية فاخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب لانه دخل مع الغاصب على ان يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الاولاد

﴿مسئلة﴾ (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالاجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به) وجملة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فاراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة اضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وارش بكارتها، وفيه رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلاف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لا ستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ ،وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته وانما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة،وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها وفيه روايتان (احداهما) يرجع به وهو قول الخرقي لانه دخل العقد على ان يتلفه بغير عوض فاذا غرمه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين

(مسئلة)(فان ضمن الغاصب رجع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الغاصب)اذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به على المشتري وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الغاصب فان ردها حاملا فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطيء لان التلف بسبب من جهته

(مسئلة) (فان ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المغصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها ونمائها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تلف لانه مال وليس بمثلي،وهل يرجع بها على الغاصب؟على روايتين على ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ما سبق

(فصل) إذا وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب

الى وقت امكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكمين (أحدهما) وجوب رد المغصوب (والثاني) رد أجرته: أما الاول فان المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال الغم والغيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره، فان غصب شيئاً فبعده لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لانها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعه لي

ولم يغره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايهما شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال ابو حنيفة ايهما ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فأما الاجر والمهر وارش البكارة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري

(مسئلة) (وإن اعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الغاصب) فان ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على احد وان ضمن الغاصب رجع على المستعير وان لم يكن علم بالغصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على إنها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ماغرم وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الغاصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه ببيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجرا بنى عليه نظرنا فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صار هالكا فوجبت قيمته، وان كان باقيا بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لانه لا يتضمن تفويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي، فان خيف

في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه أتلف مال غيره بغير اذنه عالما من غير تغرير وللمالك تضمين الغاصب لأنه حال بينه وبين ماله والآكل لانه أتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه فان ضمن الغاصب رجع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولانه غر الآكل

(مسئلة) (وإن لم يقل فني أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي وأيهما استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه

(مسئلة) (وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالما أنه طعامه برئ الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له بينة بانه طعام المغصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ

من نزعه الهلاك أو ابطاء برئه فلا يجب نزعه لان الحيوان آكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الاهلي (الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر، وان كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لايجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز ، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للاكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لايعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المغصوب عليه (والثاني) لايجب لان ذبحه اتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلا فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لايخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أوهدية فلم يعلم فقال كيف هذا ؟هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فيأكل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم يعد إليه اليد والسلطان فانه لايتمكن من التصرف فيه بكل مايريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المغصوب لمالكه أوأهداه اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليما تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فاخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أوخياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة ، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضررا من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الخشبة ،وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوابي لاتخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أوذبح الحيوان نقض وكان اصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان اكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدميا ، وفارق الخيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه ،وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فههنا أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أعاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

اذا أقام المدعي بينة بما أدعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشترى على البائع بالثمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن اخراجه الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمقم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لانه لتخليص قمقمه فان قال من عليه الضمان منهما أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم نمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لان القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تغرم القمقم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً وتخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كعلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمته

يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجع على المشتري لانه أتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد فخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وأنما لم يرد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه وليس عليه ولاء لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده.

(فصل) وان كان المشتري لم يعتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقرا بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو أخذ دينار غيره فسهافوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك ان كان درهما او أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها ، وان كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدوانا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(فصل) وان غصب لوحا فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكذبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان أنكراه جميعاً فله احلافهما قال احمد في رجل يجد سرقته عند إنسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ « من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه » رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلف المغصوب ضمنه بمثله ان كان مكيلا أو موزونا)

متى تلف المغصوب في يد الغاصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالمكيل والموزون مكيلا أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبق وقال ابو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب اولا مال فيها ففيها وجهان (احدهما) لا يقلع (والثاني) يقلع في الحال لانه امكن رد المغصوب فلزم وان ادى الى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فانه لا يمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئاً فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييز ماأمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(احدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام احمد لانه نص على أنه يكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله ان شاء منه وإن شاء من غيره ، لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه مالو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله .

كالنص والمعنى والقيمة ثابتة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص لما كان طريقه الادراك بالسماع كان أولى من القياس لان طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم

ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه لان القيمة انما ثبتت في الذمة حين التلف لانه قبل التلف يجب رده فاذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

(مسئلة) (وان لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه ، وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام احمد أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع الى كل واحد منهما قدر حقه لانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لانا إذا فعلنا ذلك أوصلنا الى كل واحد منهما عين ماله وإذا امكن الرجوع الى عين المال لم يرجع إلى البدل وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لانه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ولانه تعذر عليه الوصول الى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام احمد على ما اذا اختلطا من غير غصب فاما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه أوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لانه أمكنه رد بعض المغصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعامافبعثت به الى رسول الله ﷺ فأخذني الا فكل فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ماكفارة ما صنعت فقال « إناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام » رواه أبو داود وعن أنس ان احدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل » متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب اليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تلفه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لانه موضع الضمان يعني يضمنه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد لانه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على ان القيمة تعتبر يوم الغصب والاولى أولى. قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فان أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لانه صار كالهالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغ له (الثاني) أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المغصوب باقياً وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بها يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الخرقي فيمن غصب جارية حاملا فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الخرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي ، فعلى هذا اذا تلف المغصوب لزم الغاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف ، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الغاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الخرقي محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المغصوب من كبر وصغر وسمن وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرش نقصها

منها خمسة فصارت قيمتها بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباها فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمنه الغاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لانه بتعديه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله لمالكه ولا شيء للغاصب لان النقص حصل بعدوانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعاه، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السمن قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب إلا أن الخلال قال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبراً تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لئلا يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرش ذلك ويخالف البيع لان الصنعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع وكالنقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالاواني وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الخرقي أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضرارا بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض. وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدها) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان محلى بالنقدين معاً قومه بما شاء منهما)

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضاً لئلا يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لانهما قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الخيرة اليه في تقويمه بما شاء منهما، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد النقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصفة كقيمته في بيعه والله أعلم.

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تماثل أجزاؤه وتتقارب كالاثمان والحبوب والادهان يضمن بمثله وهذا لاخلاف فيه، فأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المغصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لمالكها في هذه المواضع، وان وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الخرقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبغه فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متعد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثاني) أن يغصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبغه به فان لم تزد قيمتهما ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لانه بتعديه وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان

وذكر القاضي ان النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى انما يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما اخرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص لتغير الاسعار .

ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبا فشقه ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالهما وإن زادت فالزيادة لهما وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع به على الغاصب ، وان نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وان غصب عسلا ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) انه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن احمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» رضمانها على الغاصب ولانه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالاعيان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالاعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل ان غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرش نقصه لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزاد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فان غصب ثوبا أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرش نقصه ، وان أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعا مثل ان أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الاجرة وأرش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النشر نقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص ، وان كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الامرين من الاجر أو أرش النقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالايجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولاعقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولوأكرهها عليه لزمه مهرها ، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض ، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لاتتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل)اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لان الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغيراذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذن مالكه، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغرير فاذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فان كان الغاصب قال له كله فانه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك ففيه روايتان (احداهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة مايفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت الاجزاء ، وان لم يكن للمغصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله تضمين من شاء منهما إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه ، فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمتها أكثر ما كانت من حين قبضه إلى يوم تلفه لان ماقبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقي على الغاصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا فابق أوفرسا فشرد أو شيئا تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده مع بقائه كعبد آبق فللمغصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الغاصب ،وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجع عليه ، وان أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالما أنه طعامه بريء الغاصب وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وان كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك اياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ،وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير مالكه فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة ، وان وهب المغصوب لمالكه أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليما صحيحاً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها ، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياع والابتياع يوجب الضمان ،وإن أقرضه اياه بريء أيضا لذلك

عينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته .

ولنا ان المغصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرا وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده .اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة لانها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزمه رد زيادته المنفصلة لانها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب ، وان كان البدل تالفا فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ماأداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع البدل لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه فان

وان أعاره إياه بريء أيضا لان العارية توجب الضمان، وان أودعه اياه أو آجره اياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون عالما بالحال لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبر فههنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة لاحدهما فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه مالم يقم عليه به حجة كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أوله صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البينة بالصفة ثبتت، وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خمراً ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ماكان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المغصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فانه يردها وأرش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمنا فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أثمانا فطالبه مالكها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المغصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد الغصب وان كان من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بمثله لانه لا ضرر على الغاصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المغصوب أو المثل في بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق .

(فصل) قال رضي الله عنه (فان كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفـه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لانه أعلم بذلك وتتعذر إقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لانه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لايدعيه وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقا فالقول قول الغاصب لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

(فصل) واذا باع عبداً فادعى انسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وان لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كما لو قامت به بينة وان أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لانه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقـد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض، وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وان كان اقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه، وان أقر المشتري وحده لزمه رد العبد ولم يقبل اقراره

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة. واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب ولانه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالاعيان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالاعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داراً، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فاما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقـدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته لانه لا عوض له لـكن عليه ضمان نقصه

(مسئلة) (وان تلف المغصوب فعليه أجرته الى وقت تلفه) لانه بعد التلف لم تبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بينة اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان اقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان انكراه جميعا فله احلافهما ان لم تكن له بينة قال أحمد في رجل يجد سرقته بعينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضا لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما ، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري ، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجع على المشتري لانه أتلفه وان رجع على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصب شيئاً فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافا وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانها يمنع ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتجر بالدراهم فالربح لمالكها)

اذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وانما منعنا رد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما مضى

(فصل) واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكه فيلزمك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعتك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لها وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص فاقتص منه فضمانه على الغاصب لانه قد تلف في يديه فان عفي عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وان عفي عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد فان زادت جناية العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجناية بها لانها

المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى في ذمته ثم نقدها احتمل ان يكون الربح للغاصب)

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لئلا يتخذ ذلك طريقا الى غصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ماذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد وان لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد

(فصل) وان أجر الغاصب المغصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين أيهما شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فاذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لان القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لان الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولا أن يأخذه لما ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ قال (من أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وان كان دفعه الى الغاصب رجع به وان تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تضمين من شاء منهما قيمتها فان ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر علم بالغصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب الدار وهو فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء

﴿مسألة﴾ (وان اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب)

اذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه مالم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك ان اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك ان قال المالك كان كاتبا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك فان شهدت البينه بالصفة ثبتت

﴿مسألة﴾ (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لان الاصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه احمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكرا لمسلم أو لذمي خمراً فلا ضمان عليه، وبهـذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عيناً قومها كنفس الآدمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتمولونها بدليل ماروي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب اليه إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور فكتب اليه عمر: ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولان مالم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرتد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه اليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت اراقتها ثم لو عصمها مالزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين، وقولهم انها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما اذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فان فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا، وان غصبه خمرا فقال المالك تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل عدم تغيره وبراءة ذمة الغاصب، وان اختلفا في تلفه فالقول قول الغاصب اذا ادعى التلف لانه أعلم بذلك ويتعذر اقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لانه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبداً فابق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه، وان قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً فالقول قول الغاصب لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وان بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة)

لانه عاجز عن ردها على أصحابها فاذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لاربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولان قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فاذا طلب منه عوض الغصب احالهم بثواب الصدقة

عشر أثمانها لانهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الخرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه فلان كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فان كان خمراً جازت إراقته، وإن أظهروا صليباً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خمراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لان أباطلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فأمره باراقتها، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فان أمسكها في يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها اليه فان تلفت ضمنها له لانها مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب ،وإن أراقها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله فعلى هذا له دفعه إلى نائب الامام كالضوال

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافا) لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه) وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجهما حتى ذهبا وقال أصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنها وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجا بان لهما اختيارا وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجيء فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئرا فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لوحل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا وافقين فجاء انسان فنفرهما فذهبا

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وان أتلفه لم يغرمه وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا تجوز أجارته، وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ،ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه فان أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه لانه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه ، وان دبغه الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته لانه كالخمر اذا تخللت ، ويحتمل أن لا يجب رده لانه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

(فصل) وان كسر صليباً أو مزماراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح واذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ما له قيمة وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبوحنيفة يضمن

فالضمان على منفرها لان سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر ،وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعا قبل ذلك ، وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(مسألة) (وان حل وكاء زق مائع أو جامد فاذابته الشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه)

اذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلا أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لان فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشره فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن واما اذا دفعه إنسان فان المتخلل بينهما مباشرة من يمكن الاحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان ربط دابة في طريق فأتلفت أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر أو خرق ثوبا ضمن)

اذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لانه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في أحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فزلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لانه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة، والدليل على انه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « بعثت بمحق القينات والمعازف »

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لان اتخاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد أنه يضمن فان مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها ؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه احمد في رواية المروذي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ماليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك .

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (احداهما) يضمنها لانه مال يمكن الانتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان ولغ في إناء إنسان أو بال لم يضمنه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور ،ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماما أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حباً لم يضمنه لان العادة ارساله

﴿ مسئلة ﴾ (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احداهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجا وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناءه الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار » ولانه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أجج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فاتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعد ولانها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج المائع من الزق المفتوح بخلاف هذا ، فان كان بتفريط منه أو اسراف بان أجج ناراً تسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر (والثانية) لاتضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مريم عن ضمرة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروي عن أنس قال كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وابا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها واباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبست النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وان ألقت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير ممتنع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويا إمساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها)

إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفره في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وانما جاز الاذن في القعود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال اشبه القعود في المسجد ولان القعود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف وان أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال، وان استعمله مكرها لزمه أجر مثله لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لانه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد ، (والثاني) لا يلزمه لانها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه واطرافه ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحداً لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر اولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لانها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لانه محسن بفعله غير متعد أشبه باسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن اذا كان باذن الامام وان كان بغير اذنه لم يضمن في احدى الروايتين فان أحمد قال في رواية اسحاق بن ابراهيم اذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أومأ اليه أحمد لانه افتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية ، والصحيح الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لانه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث واشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناه لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويعلكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافا وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر إذن الامام فيها لان مصلحته لا تعم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان اذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لان الجناية بالحفر

(فصل) وام الولد مضمونة بالغصب وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الغرماء فأشبهت الحر

ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحرة فانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجهما حتى ذهبا ، وقال اصحاب الشافعي أن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنها وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لهما اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجيء فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ماقاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيرا أوعلق فيه قنديلا أو سقفه أونصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال أصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بغير اذن الامام ضمن في أحد الوجهين وقال أبوحنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ماينتفع به المسلمون غالبا فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفا لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالمأذون فيه نطقاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أوطريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحدالوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق انما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلا مباحا، وقولهم ان الطريق انما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحا أو ميزابا الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن)

وجملة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره او ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر واهاج الدابة او اشلى كلبا على صبي فقتله او اطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب او اسير فأفلت وان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لان سببه اخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه الى هوا الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلا الى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات، ولان هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأتلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولانا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ونصفه بجميعها، وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما تلف به وان كان باذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه

(فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأتلفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه الى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ماسبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئاً يضر به أشبه ما أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه، فأما ان أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو متعد ويضمن ما تلف به لا نعلم في ذلك خلافا

(مسألة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأومأ في موضع انه ان تقدم اليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أومائل الى ملكه أو بناه كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه أيضا لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه منه أشبه مالو سقط من غير ميل، فان أمكنه نقضه ولم

لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الارض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله او مال قليلا قيلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن ،وأما

بنقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه مالو وقع قبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لانه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئاً على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان ،وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ،ولانه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط او أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتهنها ومستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أمكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقض ، وان كان

ان دفعه انسان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسئلتنا ولو كان جامدا فأدنى منه آخر ناراً فأذابه فسال فالضمان على من أذابه لان سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنفر مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا فاسد لان مدني النار الجأه الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفقه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدرأ بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولا ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلف تعقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فكنسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح

(فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص

المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر او جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلا للمطالبة وان طولب وليه او وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركاً بين جماعة فطولب احدهم بنقضه احتمل وجهين احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبته شركاءه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك او ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طولب ثم اجله صاحب الملك او ابرأه منه او فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة احدهم ولا يبرأ بابرائه وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف اشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن لتعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلا فسقط على شيء فتلف به فلا

(فصل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء الى ارض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعد ولانها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتفريط منه بأن اجج ناراً تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدي أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ماتلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد ناراً فايبست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لايكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء

(فصل) وان ألقت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائعه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على عاقلته فان أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك ببينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فقد يضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها) اذا أتلف البهيمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجماء جرحها جبار» يعني هدراً فاما أن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد باسناده عن الهزيل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجناية اذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جناية بهيمة يده عليها فضمنه كجناية يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب ،وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها

(فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منهما لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منهما صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتمعا ضمنا، وان كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفا، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه

(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية ،ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً)

يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد اذا جنى ، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «العجماء جرحها جبار» يعني هدراً ولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبدالبر ان كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث به الائمة الثقاة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلا وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، واذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلفت شيئاً لمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض اصحابنا انما يضمن مالكها ما اتلفته ليلا اذا فرط بارسالها ليلا أو نهاراً او لم يضمها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين(١) كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي .

(فصل) فان اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما اتلفته ليلا كان او نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلا بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفش لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجماء جرحها جبار» متفق عليه اي هدر واما الآية فالنفش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) اذا استعار بهيمة فاتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف لمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لان اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كالمستعير، وان كان الزرع للمالك وكان ليلا ضمن ايضاً لان ضمان اليد اقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعاً

(مسئلة) (ومن صال عليه آدمي او غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجائز فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها اجماعا ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وقال ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاحياء نفسه فضمنه كالمضطر اذا اكل طعام غيره و كذلك الخلاف في غير المكلف من الآدمين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو إرتد لم يقتل

ولنا انه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد ولانه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف ولانه

(١) كذافي الاصل

فاتلفت زرعا فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها للزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير، وان كان الزرع للمالك فان كان ليلا ضمن أيضا لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هوالقاتل لنفسه فاشبه مالو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها وفارق المضطر فان الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدرمنه مايزيل عصمته ولهذا لوقتله لصياله لم يضمنه ولوقتله ليأكله في المخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لايملك إباحة نفسه قلنا : والمكلف لايملك اباحة نفسه ولوقال أبحت دمي لم يبح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر ومافيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فان كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجهين لانهما في أيديهما فضمنا كما لو اصطدما فارسان لغلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لايسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فاحرقت سفينة ويخالف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاًوحده ضمن وحده،وان اختلفا في تفريط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذاكانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاءالله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أوردها عن الاخرى فلم يفعل أوأمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والحبال وغيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت احداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ريح فلم يقدر على ضبطها)

متى كان قيم المنحدرة مفرطا فعليه ضمان المصعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة منزلة الواقف إذا اصطدما ، وإن غرقتا جميعافلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط من المصعد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد ، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالغصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما ، وان شهد احدهما انه اقر بالغصب يوم الخميس وشهد

والأخرى سائرة فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطاً، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الغرق فالقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره الق متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلتزم ضمانه، وان قال القه وأنا ضامن له أو علي قيمته لزم ضمانه لانه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه. وان قال القه وعلي وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاه ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه التزم ضمان جميعه فلزمه ما التزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وان التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وأن قال القي متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال الق متاعك وعلي ضمان نصفه وعلى أخي ضمان ما بقي فالقاه فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يغرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمد خطأ مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحا أو يصلح مسماراً فنقب موضعاً فهو عمد الخطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلا مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يرده فاشبه مالو رمى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فاتلفها فهو عمد الخطأ فيه ما فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر مزمارا أوطنبوراً أوصليباً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر انه اقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة لان الاقرار وان اختلف رجع الى امر واحد ، وان شهد انه اقر انه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر انه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البينة ايضا ، وان شهد له واحد

ولنا أنه لايحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بمحق القينات والمعازف »

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر آنية ذهب أوفضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت ، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروذي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية مهنا أنه قال يصوغه ولاتحل صناعته فكيف تجب؟

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر اناء خمر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فارسل بها فارهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وامرني ان آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته رواه أحمد ، وروي عن انس قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب وابا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال ابوطلحة قم ياأنس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لانها مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لايقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزنا للخمر

(فصل) إذا غصب ارضا فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يجز دخولها لغير مالكها الا باذنه لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لابأس برعي الكلأ في الارض المغصوبة وذلك لان الكلأ لايملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروذي في دار طوابيقها غصب لايدخل على والديه لان دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت الغصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق انه لم يغصبه لم نوقع طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله أعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم

ونقل المرذوي عنه أكره المشي على العبّارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها، قال أحمد لا يدفن في الارض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنهم وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنعهم القعود فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس اليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها فادعاها ملكا باليد والا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبدالله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروى جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. وللبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط. والمعنى في ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضرارا بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والاجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (احدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفيع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الأصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لمخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفيع يزيد المبيع في ملكه

(مسئلة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في ابطال حق مسلم

﴿مسألة﴾ قال أبو القاسم (ولا تجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجملة ذلك ان الشفعة تثبت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط أربعة (احدها) أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصقبه(١) »رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل بالصاد وفي صحيح البخارى بالسين ومعناه القرب يعني ان الجار بسبب قربه أحق بالشفعة

وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبدالله بن عمر من يخدع الله يخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر « الجار أحق بداره ينتظر به اذا كان غائبا اذا كان طريقهما واحد » وقال حديث حسن ولانه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة » وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة او عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قسمت الارض وحدت فلا شفعة فيها » رواه ابو داود ولان الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة الى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج الى احداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فان الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلتها * لاأمم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقية الاحاديث في أسانيدها مقال فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا احاديث العقيقة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناه وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن ان يسبق فليس بقمار وان امن أن يسبق فهو قمار » رواه ابو داود وغيره فجعل ادخال الفرس المحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل ان يأخذ سبقهما وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل اصحابنا بما روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا انفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلهم فانه روي عنهم انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر حبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والحباب فيدعوها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به امة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليتعظ بذلك امة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لمسلم ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالقه * كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً

إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أومشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ،وقال في رواية أبي طالب وعبدالله ومثنى فيمن لايرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يحلف انما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لاعلى التحريم لانه يحكم ببطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضا لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها،وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعا للارض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للارض بغير خلاف في المذهب ولانعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاوقد دل عليه

والبيع ،وفارق مالم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات،فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله ،اذا ثبت هذا فان الغرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه الفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ،وفي الثالثة الغرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف،وفي الرابعة الغرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ،وفي السادسة على البادىء منهما بالهبة لانه قد لا يهب له الآخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما مابينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه لان صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكي عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار (القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الارض فانه لا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس. ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الارض وأما ما بيع مفردا من الارض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك ، قال ابو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته اليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه

ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لان الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل اليه به ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المنتقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لان ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار .

ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يفتقر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ماقالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن

« الشفعة فيما لم يقسم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم ابلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال « الشفعة في كل شيء »

ولنا أن قول النبي ﷺ « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله « فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » ولان هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف(١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء. فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان (احداهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيي بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

١) بتشديد الراء

يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الخرقي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لانا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة ويمتنع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع. فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن

والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » وسائر الالفاظ العامة ، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده ، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فان الشفعة تجب فيه، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيآن كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لانه تمكن القسمة وهكذا الرحى ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها

(فصل) فاذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع ، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الاخذ بها تبعيض للصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه مالو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسئلة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن مال .

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فينقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن الا بأن يحصل لكل واحد منهما مالم يتمكن من إبقائها رحى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لا نه لا شركة لاحد في ذلك، وان كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى لا طريق لها، وان كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلا بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركا كالدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبه» رواه البخاري وأبو داود وروي الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار احق بشفعته بداره ينتظر به اذا كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً » وقال حديث حسن ولانه إيصال بملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة -

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا قسمت الارض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولان الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أوصدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لان الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهـذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لان اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فانتزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولنا انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معنـاه لان الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمتــه وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا . فاما المنتقل بعوض فينقسم قسمين (أحدهما) ماعوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فان باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لان ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ماقالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمـة ملـكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حـديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فان الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح محلتها لاأمم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك ، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقية الأحاديث في أسانيدها مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج ، قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت احداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هـذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجـل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه،

ينعقد بها النكاح الذي لاتصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ماانتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ،وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي .ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لاننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقاً أو عوضاً فى خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض،واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع

ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ،ولانه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبه الموهوب والموروث ، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه فان قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ماأصدقها لانه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن عين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام احمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه لم يحكم ببطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والعضادة والعراص الضيقة في إحدى الروايتين عن احمد وبه قال يحيي الانصاري وسعيد وربيعة والشافعي . والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح ، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر النصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق،رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا نخل ، ولان إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لانه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال ان الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من

وان طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته، وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفيع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقاله رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منها على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبعيض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصا وسيفاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فاما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر يقسم بئرين يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لا يتمكن به من ابقائها رحى لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال

يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا مالا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسئلة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما او لأحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفيع انما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة مايقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فاننا انما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تفريق صفقته وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع، والصحيح انه لاشفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولايخلو من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للارض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين)

وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للارض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار

(القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الارض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجها مثل قولهما لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فانه انما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فان باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالما ببيع الاول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول وللمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لانه كان شريكا للشفيع حين بيعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه انما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالاجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، يحقق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري ، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تبع في البيع فأشبهت الغراس في الارض فان بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن احمد ان الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع منفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الشفعة في كل شيء»

ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد مالا ينقسم من الارض لقوله «فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولانه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطلان انما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب اذا رضيه الشفيع بعيبه (القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبي فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثا ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتباقى ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في الغراف والدولاب والناعورة كالحكم في البناء، فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم مالا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ماذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفل

﴿ فصل ﴾ (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه ، وقال القاضي له طلبها فى المجلس وان طال فان أخر الطلب سقطت شفعته)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وابي حنيفة والعنبري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضى بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الأان مالكاً قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، وبيان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لانا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا الى الى اثبات حتى الوارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا،ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين والثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل ببطلان فرع له،وعلى الوجه الاول ماحصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ماكان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل الملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث حدها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار

ولنا ماروى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجه وفي لفظ « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الشفعة لمن واثبها » رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لايستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها،والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه،والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب. اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد،وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا بطلت شفعته وهو ظاهر كلام الخرقي وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى،وماذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب ،فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته وان أخرها لعذر مثل أن أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغلاق

مالـكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يتملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لـكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولوجب أنه اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع

باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فاما مع غيبته فلا فان العادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك السنة لان في الحديث « من بدأ بالـكلام قبل السلام فلا تجيبوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا

﴿مسئلة﴾ (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لـكن سار في طلبها فعلى وجهين)

متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعته سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وهو ظاهر قول الخرقي وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشترى فلا يأخذه من غيره ، وبنواذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة

(فصل) اذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الاخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الاخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعه فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع انما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ووجه الاول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر انه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا انه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع الحضور وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل ان لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره انه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الاول

(فصل) فان أخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه فظاهر كلام الخرقي ان الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل اذا قدر على المسير وأخره وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي، الا أن لهم فيما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفعته لان له غرضا في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بان يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذورا

ولنا أن عليه في السفر ضررا لا لتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته

بخلافه ولان البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضا عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما أن تقبضه واما أن تبرىء منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع اليه لانه لاحدهما وان تداعياه جميعاً فأقر المشترى بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئا فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعيا هذا الثمن لان البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً انما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي

والتوكيل ان كان بجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفي بالاشهاد فاما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجها واحدا لانه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الاكثرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب لان اثباتها يضر بالمشتري ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت للحاضر على التراخي

ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بايجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. اذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لانه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته، وحكم المريض والمحبوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان ترك الطلب والاشهاد لعجزه عنهما كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من يشهده لم تبطل شفعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالم القليل فهو كالصحيح ،وان كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكا قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وان أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لان الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ماروى ابن البيلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها» وروي عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولان إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، واذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل ان القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد. وظاهر كلام الخرقي انه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر

يمنع المطالبة كالحبس وأشباهها فهو كالغائب في الاشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فان كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض وان كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق إن لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل بطلت شفعته

(فصل) فان عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفعته بغير خلاف لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب بالشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لان قولهم غير مقبول فلم تلزم شهادتهم كالاطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفعته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته، وان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل ان تبطل لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فاشبها العدلين، ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فان أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لا يمكنه أكثر من ذلك فاشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر إلا على اشهاد واحد فاشهده أو ترك اشهاده

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته، وان أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لانه طلب بحكم العادة. واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأ بالسلام لان ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه» ثم يطالب وان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته لان ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضى. وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعته)

اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك الا أنه قال بعد أن يحلف ماسلمت الشفعة الا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له لانه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك ان ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لانه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك ان كان بالعكس لانه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو انهما تبايعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحباه ان كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبها الثياب والحيوان ولانه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو انه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره وقد يحابي أنسانا أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه .وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لان قولهما حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفعته . وحكي عن أبي يوسف انها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ويحتمل أن لا تسقط ويروى هـذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولهما لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبه الحر

(فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه باكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة الا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لانه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنهما تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه ان كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان فاشبها الثياب والحيوان ولانه قد يملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه، وكذلك أن اظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى شركة إنسان دون غيره وقد يحابي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو انه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه هو أوغيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، فاما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو انه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فانه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولهما لا يثبت به حق

ولنا ان هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداهما فأشبه الحر

(مسئلة) (وان قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته)

لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن ازالة ملك فجاز كاخذ العوض عن تمليك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيما أبطله أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لآخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانا ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله. وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال انما تركت المطالبة لاطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لآخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلا لاستحقاقه لها اذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كالرد بالعيب ويحتمل ان لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجهل بملك الفسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان قال آخذ نصف الشقص سقطت شفعته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبعض ولا يصح ماذكره فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح، ويخالف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق

(فصل) وان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً مغصوباً (والثاني) تسقط شفعته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالما بذلك سقطت شفعته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحقت بجميعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لا شفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه

ولنا انه وكيل فلا تسقط شفعته كالاجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه فلم يؤثر كما لو وكله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

﴿مسئلة﴾ (وان جعل له الخيار فاختار امضاء البيع فهو على شفعته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاختار امضاء العقد أو ضمن العهدة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه

ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع وماذكروه لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

﴿مسئلة﴾ (وان أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لانها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفي عن بعضها (والثاني)لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك اذا بقي وللمشترى الاول الشفعة على المشترى الثاني في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشترى الاول، وهل للمشترى الاول شفعة على المشترى الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشترى الاول الشفعة على المشترى الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني اذا باع بعض الشقص الاخذ من المشترى الاول في أحد الوجهين، فأما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفعته أيضا لما ذكرناه ولانه زال السبب الذى يستحق به الشفعة وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما اذ باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي، وعن أحمد مايدل على ان الشفعة تسقط بذلك فان إسماعيل بن سعيد قال قلت لاحمد ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «لا يحل له الا أن يعرضها عليه اذا كانت الشفعة ثابتة» فقال ماهو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وابي خيثمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وان شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ولان مفهوم قوله « فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » انه اذا باعه باذنه لا حق له ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشترى بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذى أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع . ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو ابرأه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل انه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة

لانها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما اذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفي عنه فللمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشترى الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثورى والاوزاعي والشافعي والعنبرى وأصحاب الرأى، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشترى يندفع بايجاب القيمة له كما فى الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب

ويكتفي أخذ المشترى الشقص لاسقاط حقه من شفعته

(مسئلة) (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالاجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه ،فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب،وبه يبطل ما ذكروه من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الخرقي سواء عفا

ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر فى أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهد وإلا فليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذى فيه المشترى من غير اشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأى له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال العنبرى له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الخرقي ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أوفي تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل ما للصبي فيه حظ فصح كالاخذ مع الحظ ،وان تركها لغير ذلك لم تسقط ،وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولي عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالعيب ، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ فى الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي ما يشتري به العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي كالرد بالعيب

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالاطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفعته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفعته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فأشبها العدلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشهده أو ترك اشهاده

(فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفعته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (احدهما) لا تسقط شفعته لان له غرضا بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل مالا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدى الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه أشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الايتام فباع لاحدهم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته والتوكيل ان كان بجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالاشهاد. فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لانه معذور فأشبه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لانه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالم القليل فهو كالصحيح وان كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالغائب في الاشهاد والتوكيل وأما المحبوس فان كان محبوساً ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض فان كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق ان لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لانه تركها مع القدرة عليها

﴿مسألة﴾ قال (فان لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فان طالب الاول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجملة ذلك أن المشتري اذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لانه ملكه وصح قبضه له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وان كان الوصي شريكا لمن باع عليه فليس له الاخذ للتهمة في البيع ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه، ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة مع الحظ لليتيم لان التهمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فان رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، فان كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الاخذ بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تمليكه بغير الوصية فاذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم، فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر بحاله لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء، وان صار فيها حظ أو كان معسرا عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت مطلقا فهو كما لو عفا الكبير عن شفعته

كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فمتى تصرف فيه تصرفاصحيحا تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بما شاء منهما، وان تبايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الاول وينفسخ العقدان الأخيران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود، فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لانه وصل اليه الثمن الذي اشترى به وان أخذ من الثاني الثمن دفع اليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لانه أخذه منه، وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الاول بما أعطاه، فاذا كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الثاني من الاول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافا وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه فاما المغمى عليه فحكمه حكم الغائب لانه لا ولاية عليه وكذلك المحبوس ، فعلى هذا ننتظر افاقته وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فاشبه مالو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه مالو اكتسبه. وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده ، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفوه لان الملك للسيد ولم يأذن في ابطال حقوقه، فان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لان للسيد الحجر عليه ولان الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فان طلب أخذ البعض سقطت شفعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى،ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفا يبطل حقه،ولا يمتنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فانه اذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر،ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك فاذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبعض،ولا يصح ماذكره فان طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح بخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه مالو أخر الثمن او ما لو اشترى شيأ آخر ونقد فيه ثمنا مغصوباً (والثاني) يسقط لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وان كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما وعنه على عدد الرءوس) .

ظاهر المذهب ان الشقص المشفوع اذا اخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره ابو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري واسحاق وابو عبيد وهو احد قولي الشافعي،وعن أحمد رواية ثانية انه يقسم بينهم على عدد الرءوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب او

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وان قلنا بثبوتها فان الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فان جعله صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبنى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة، فان قايل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لان حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معهما، وان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فاذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخهما ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وان اشترى شقصاً بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع اضراراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبالفرسان والرجالة في الغنيمة وباصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله عن دين احدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الاعتاق فلنا فيه منع وان سلم فلانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، واما البنون فانهم تساووا في السبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها نظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فاذا كانت دار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فاذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد ففي هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فاذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه وان باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها وان باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الاخرين نصفين فاذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الاخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللاخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثلثان وللاخر الثلث وان باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبا فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسألتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا، فان لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لانه بمنزلة التالف، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه انما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فاذا قلنا يتراجعان فايهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسألة) (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجملة ذلك أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لا نعلم اليوم مطالبا سواه ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منهما فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان نما الشقص في يد الاول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

لانه إنما دفع اليه قيمة العبد غير معيب، وان أدى قيمته معيبا رجع المشترى عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئا لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدرعليه فانه يرده لان ملك المغصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا ببينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فنما في يده نماء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد (والثاني) لا تبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيرافترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه واذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وانما رد نصيبه بالعيب فأشبه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع الى المشترى بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كانه مشارك حال القسمة لثبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفعته، فان قيل وكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يمنع بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله كذا ههنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكيه في الشفعة، فللاول والثالث أن يقولا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فاذا قدم الثالث أخذ منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذ بها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وماذكروه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الخرقي أن للصغير اذا كبر الاخذ بها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر) وللآخر الاخذ بقدر نصيبه

وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه. والثاني لا يصح أيضاً لا نا لا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو

﴿ مسئلة ﴾ (وان ترك المشتري شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي لخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي أولانه ليس للصبي مايأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل مافيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان المالك التبرع والابراء وما لاحظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ فى الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بمافيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لايملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالاجنبي وانما يأخذ بها الصبي اذا كبر، ولايصح هذا لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لانه لم يفوت شيئا من ماله وانما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه مالو ترك

لان ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين اذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أو دع فاني قد اسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعيض للصفقة على المشتري قلنا هذا تبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشتري شقصاً وسيفا

(مسئلة) (واذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لاجنبي صفقتين ثم علم الشريك فله أن يأخذ بالبيعين وله أن يأخذ باحدهما، فان أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعته في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول ، وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين)

وجملة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقيه في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعته أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قدغبن أوكان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح ؟ على روايتين (احداهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له مالا يملك شراءه فلم يصح كالواشتري بزيادة كثيرة على ثمن المثل أواشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه مالو تزوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) واذا باع وصي الايتام فباع لاحدهم نصيبا في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وان كان الوصي شريكا لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه متهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن لياخذ الشقص به فاذا

الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ ،فان قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرءوس فاذا قلنا يشاركه فعفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفى الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفى الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشقص فى ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فلشريكها الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفى أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلا فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب احدهما لانهما مشتريان أشبه ما لو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن ياخذه بالشفعة لان له أن يشترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن ياخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تمليكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم فى الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته ، وأما المفلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعيض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في احدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبعض صفقة البائع

ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للاخرين مشاركته فى الشفعة لان ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا بملك سابق ، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته لانهما لم يكن لهما ملك حين بيعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفوه لان الملك لسيده ولم يأذن له في إبطال حقوقه، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذلان للسيد الحجر عليه، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فلرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولاينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ماذكرنا فان باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فأشبه شراءه من نفسه

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتهما له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدهما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالكا ملكا صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعته فكذلك اذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه أن له اخذ نصيب المشتري الاول وللمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فللشفيع السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث وللمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لايؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم، ولانا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لايفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشترى أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فللشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنهما أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منهما نصفه لانه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثنى عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة فللشفيع

للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج ديناره منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه فان لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له مانقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار واسحاق ،وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك ولانه بنى فى ملكه الذي تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ماقاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لايمكن ايجاب قيمتــه مستحقا للبقاء في الارض لانه لايستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين)

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري

ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشترٍ من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن ياخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين،وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن،ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعيض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذهما معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحدا فله أخذهما وتركهما لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص الشافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا الملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لاقيمة له اذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو مانقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(فصل) وإن زرع في الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لايتباقى ولا أجرة عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع

(فصل) واذا نمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نماء متصلا كالشجر

الشقص الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(مسئلة) (وان باع شقصاً وسيفاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز)

اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذ به الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لئلا تتبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة)(وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

اذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لان هذه زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً اذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة اذا فاته الرجوع بالعين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ماحدث من البائع ، واذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لاحق للشفيع فيها لانها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم مالو اشترى برضاه ، فان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ، ويأخذ الارض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفا

(فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ثم ان اراد الشفيع الاخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ، ثم ان كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعنبري

الشفيع الاخذ اذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ، ثم ان كانت الابعاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وان كانت معدومة اخذ العوض وما بقي من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول للشافعي ، وقال ابن حامد ان كان التالف بفعل آدمي كما ذكرناوان كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لانه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضرارا به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا انه تعذر على الشفيع اخذ الجميع وقدر على اخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض مادخل معه في العقد فاخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فانما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وانما قلنا يأخذ الابعاض وان كانت منفصلة لان استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله الى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فان مآلها إلى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وان نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل ان انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضراراً به والضرر لا يزال بالضرر

ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواه أو كما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض مادخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فانما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وانما قلنا يأخذ الانقاض وإن كانت منفصلة لان استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة اذا تأبرت فان مآلها الى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له الا الاخذ بجميع الثمن أو الترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

﴿فصل﴾ (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لان الشفعة انما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

﴿ مسئلة ﴾ (فان اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لاحدهما على صاحبه) لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه لتساويهما .

﴿مسئلة﴾ (فان ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق مافي يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولاحدهما بينة بما ادعاه قضي له وان كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخاً فان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضا أعطاه قيمته)

وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فان قيل ان الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، واذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . اذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فان كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فان الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكره لا يصح لان المثل

قوله مع يمينه فان حلف سقطت دعوى الاول ثم نسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه وان حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

﴿مسئلة﴾ (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين)

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالمجاور وما لا ينقسم ولانا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يبيح اباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاماً ، وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وان تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشفعة انما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكا قال ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذه الشفيع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في احداهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبدل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد ، فاما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي مايكون ثمنا أخذ به ، وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وماذكروه من العذر غير صحيح

ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشترى الثاني بالثمن الذى أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منفيا ، وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذى وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى لان الشفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفا يبطل حقه ولا يمتنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفيع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشترى وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك بعد الهبة المفسوخة

﴿مسئلة﴾ (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشترى في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وان أضربه كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الا كثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلا أخذه الشفيع بذلك الاجل ان كان مليئا وإلا أقام ضمينا مليئا وأخذ وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منهما فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فتى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع فللشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان تبايع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينفسخ العقدان الاخران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله ان يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود ، فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذه منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فاخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من الثاني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ماذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وماذ كروه من اختلاف الذمم فاننا لانوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون مامعه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لاتجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشتري وفي ذلك اضرار به فأشبه مالو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص، وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لاشفعة فيه ولاهو تابع لمافيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده وما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقدين ماتثبت فيه الشفعة ومالا تثبت ولان في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضا لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

﴿مسألة﴾ (وإن فسخ العقد بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشتري الشقص بعيب أو قايل البائع فللشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لان حقه سابق عليهما ولا يمكنه الاخذ معهما فان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فاذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخهما ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وان اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع إضراراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعه ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفيع في أحد الوجهين لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج انه لا شفعة له كالمسألة التي قبلها وليس له أخذهما معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف ، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لانه شريك فيهما ، وان أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل انه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ، ولانه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لان في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فان بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لانها معاوضة

الشقص معيبا فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا ، فان لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لانه بمنزلة التالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه إنما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فاذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء لانه إنما دفع اليه قيمة العبد غير معيب وان أدى قيمته معيباً رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وان عاد الشقص الى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر مايرى الحاكم ، فاذا كان أكثر فلا ، وهذاقول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثا لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فاذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا فسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فله الفسخ كغيره من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ،ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يتعذر عليه اثبات مايدعيه وقد يصعب

القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف مالو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المغصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه مالو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كعدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أواقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن،وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ،وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها مايفضي الى الضرر ، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لايجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه ، وقال أيوب السختياني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤن في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبدا قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان بالاخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسئلة) (وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه) لانه صار ملكه بأخذه .

(مسئلة) (وان استغله المشتري فالغلة له) لانها نماء ملكه

(مسئلة) (وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة الى الحصاد والجذاذ)

اذا زرع المشتري الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لايتباقى ولا أجرة عليه لانه زرعه في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشترى فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع

قراضة اوجوهرة معينة اوسلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيـل سقطت الشفعة ، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثليا اذا كان الثمن موجودا وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار ، وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قمارا في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها

واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا ترتكبوا ما ارتكبت

(فصل) واذا نمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدها) ان يكون نماء متصلا كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه وان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والنخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قاسم المشترى وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشترى قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)

وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشترى وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فتستحلوا محارم الله بادنى الحيل» وقال النبي ﷺ «لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فانه روي انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ «لا تحل الخديعة لمسلم» ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف، وفارق مالم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله

اذا ثبت هذا فان الغرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبني المشترى ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة، وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج ديناره منها، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه، فان لم يختر المشترى القلع فللشفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع. وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه مالو كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغرر على البائع لانه أشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لانه قد لايهب له الآخر شيئا ، فان خالف أحدهما ما نواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا ،فاما فيما بينه و بين الله تعالى فلايحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف ما نواطآ عليه لان صاحبه انما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي،فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لاشيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغني عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا اضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي ملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا،وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك،ولا قيمته مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا لوجب قلعه ولم يضمن شيئاً ولانه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه،فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحمله ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

﴿ مسئلة ﴾ (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائع لانه إذا شهد للشفيع كان متهما لانه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، وان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لانهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقي لان بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة، وقال صاحباه البينة بينة المشتري لانها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده، وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما

(فصل) وان قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه، فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصا بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضاه على المقومين، وان تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدر الثمن، وان ادعى جهل قيمته فهو على ماذكرنا

وجملة ذلك ان الشفيع اذا باع ملكه عالما بالحال سقطت شفعته لانه لم يبق له ملك يستحق به، ولان الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة، وقد زال ذلك ببيعه، وان باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحقت بجميعه، واذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لانها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد، فكذلك إذا بقي، وللمشتري الاول الشفعة على الثاني في المسئلة الاولى، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع، وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول، وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده، واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه، قال شيخنا والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولي. فعلى هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين، فاما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفعته

فيما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثته وأنكر الشفيع فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك

(فصل) إذا ادعي الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه، وان أنكر وقال انما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء وان نكل قضي عليه وان قال لا نستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها (والثاني) أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن تبريء منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتابة فادعى أنه حرام اختار هذا القاضي وهذا مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا يدعيه والوجه الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم مالو باع مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعته لانها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها . فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فللمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما) ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات بطلت شفعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجملة ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس تجب الا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به، روي سقوط الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

(فصل) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأننا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان:

(أحدهما) لاتثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فاقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فات من المبيع

(فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولا واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وللورثة المطالبة بها نص عليه احمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه، فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) واذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحقة بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيا في يديه وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب باجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أومستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لايرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضي عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالاجنبي وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لاشفعة لهم لان الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ،ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكا للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضا لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس لك ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فعلى المشتري اليمين انه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته نصدقه عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا تبينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لانا لانعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصي له من وجهين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين أنه من غير المستحق، وان قلنا بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو اخذ بها الموصي في حياته ،وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم اذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وهمنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) واذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق مافي يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ، وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) اذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف وأقام

(فصل) ولو اشتري رجل شقصاً ثم ارتد فقتل او مات فللشفيع اخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله او موته لا عنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) واذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على ردته او مات عليها تبينا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول بردته فاذا اسلم عاد اليه تمليكا مستأنفاً ،وقال الشافعي وابو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ،وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشترى فاشبه شراءه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام او نائبه وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على اسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والافلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذى وقع عليه العقد فان عجز عنه او عن بعضه سقطت شفعته)

وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشترى بالثمن الذى أستقر عليه العقد لما روى في

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بالالف لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ماحكم به الحاكم

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها البائع لانه لايكذبها ، فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذبا أو ناسيا ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبه مالو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطا فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر ان النبي ﷺ قال « هو احق به بالثمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشترى فان قيل ان الشفيع استحق اخذه بغير رضا مالكه فينبغي ان يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق اخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة او ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب ان يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فان كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن اضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها ، واذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فاذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثا لانها آخر حد القلة فان أحضر الثمن والا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيعان فادعى على احد الشفيعين انه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعا وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم اعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب واعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وان كانت الدعوى على الشفيعين معا فحلفا ثبتت الشفعة، وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فان صدق شريكه في الشفعة في انه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعة بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه، وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وان شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتيج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وان كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لانه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وان شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك الا باحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع، واما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا فسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري، وكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ قال شيخنا والاولى ان للمشتري الفسخ من غير حاكم لانه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع والشفعة لا تقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشترى لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي الى الضرر، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر، وان أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشترى

﴿ مسئلة ﴾ (وما زاد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)
قد ذكرنا ان الشفيع انما يستحق الشقص بالثمن الذى استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه

لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولان مايحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري واسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسهم اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجد وبالجد مع الاخوة وبالفرسان مع الرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ملحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكاها بخلاف النقص، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكروه من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فاشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان مؤجلا أخذه الشفيع بالاجل ان كان مليئا والا أقام كفيلا مليئا وأخذه به)

وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثورى لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع ، وأما البنون فانهم تساووا في التسبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فاذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الخرقي مخرج سهام الشركاء ستة فان باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه ، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال ، فان باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس ، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث ، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم .

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالمؤجل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وانما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن الى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحداً منهما فلم يبق إلا التخيير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك ، كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما ، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأثمان قياسا عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبدل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم ان أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من العم لاشتراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولان الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكروه لا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابناه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت احدى الاختين نصيبها أو احدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثه لاثنين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لاشفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

مما لا مثل له كالثياب والحيوان فان الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لاتجب ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لامثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكروه لا يصح لان المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص حق المشترى

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشترى الا أن تكون للشفيع بينة)

اذا اختلف الشفيع والمشترى في الثمن فقال المشترى اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب

شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الاول لا يصح لان الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظار الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لاننا نقول إنه ياخذ من نفسه بالشفعة وانما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده ارش الجناية لاجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به . اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لاغير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري لان ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين اذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك اذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعيض الصفقة على المشتري قلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا

والمتلف والضامن نصيب شريكه اذا أعتق ؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لا شيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فاما ان كان للشفيع بينة حكم له بها وكذلك ان كان للمشترى بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع لانه اذا شهد للشفيع كان متهما لانه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، فان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لانهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لأنها خارجة ويقتضيه قول الخرقي لان بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفيع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال صاحباه تقدم بنية المشتري لانها ترجح بقول المشترى فانه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة الى يده وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما

(فصل) فان قال المشتري لا أعلم قدر الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي قدره ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجملته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفعته لانها لا تتبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لانا لا نعلم اليوم مطالبا سواه ولان في أخذه البعض تبعيضا لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير إضرارا بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى للاول لان المطالبة انما وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ماذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشترى أنا أحدثته فانكر فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

﴿مسئلة﴾ (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف فان قال المشترى غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشترى لان المشترى مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بالفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلم بالف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمهما ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نمى الشقص في يد الاول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده نماء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ماذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي ،وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وانما رد نصيبه لاجل العيب فأشبه مالو رجع الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشترى بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن الفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع ، فان قيل فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعاذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفعته ، فان قيل فكيف تصح مقاسمتهما الشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لايمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله كذا ههنا ، إذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث مافي يده لانه قدر مايستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث مافي يده أيضا ، وان لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا اخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه إلى ما في يد الاول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين

الشفيعين معاً فحلفا ثبتت الشفعة وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فان صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعة بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين ، فان شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتيج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة ، وان كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت ، وان شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وان شهد البائع بعفو الشفيع عن شفعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وان كان قبله قبلت في أحد الوجهين لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لانه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع ، وان شهد لمكاتبه بعفو شفعته أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه وفاؤه وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئلة) (وان ادعى أنك اشتريته بألف قال بل اتهبته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فان نكل

في تسعة تكن ثمانية عشر الثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة ، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللاول والثالث أن يقولا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع مامعنا فنقسمه فيكون على ماذكرنا ، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث مافي يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وان اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه، وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع

ولنا انهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لا نسلمه على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضا ، فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أوماشاء منهما

أو قامت للشفيع بينة فله اخذه ويقال للمشترى اما أن تقبل الثمن أو تبرىء منه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء انك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برىء وان نكل قضي عليه وان قال لايستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لوأقر له بدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبرىء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام اختاره القاضي، وهذا يفارق المكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلايلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لايطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي ان يكلف الابراء مما يدعيه والوجه الاول أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) فاذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فاذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ماشاء منها ،وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . ويحتمل أن لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها .وان أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتهما له وجهان ، وان أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يشاركه أحد منهم لان أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعته فكذلك إذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول أخذ

(فصل) فان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائباً أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لاننا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي أنه لغائب ،وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه إيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه،فاما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لان الملك ثبت لهما باقراره به واقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعي الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ،فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدسا فللشفيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، وللمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني ؟ على وجهين،وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أوهل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنهما أخذا وإلا فلا،فاذا قلنا يشترك الجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف والبائع والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه،وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده،فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه انتزاع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمناً،فان لم تكن بينة وطلب الشفيع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضي عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لايشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشاركه بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر مايستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرءوس فاذا قلنا يشاركه فعفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس على ماشرحناه ويستحق مايستحقون والشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ،وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لايثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري اليمين أنه لايعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعيض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكه أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقربها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

﴿مسئلة﴾ (وإن كان عوضاً في الخلع والصداق والصلح عن دم العمد وقلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسلعة لا مثل لها ولانا لو أوجبنا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن نقداً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولانه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول ، وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعه لانها استحقت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري ، وان علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فأشبه مالو رده على البائع ، ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل ان تجب)

لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولان الشفيع انما يأخذ من المشترى ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فاننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فانه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فان باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالماً ببيع الاول سقطت شفعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبه مالو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلما فللشفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرده الشفيع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أو لا ، وان أخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ،فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفيه رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتر ثان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشتري دون الشفيع

﴿ مسئلة ﴾ قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ، والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ،هذه الثلاثة الاشياء انما هي بالطلب

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته،فاما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة محاباة الوصية في الوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فات من المبيع (الحال الثاني) اذا طالب بالشفعة ثم مات فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة قولا واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الاخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فانه لو صار ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها، فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على حسب مواريثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرءوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم، فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء اذا عفا بعضهم عن شفعته لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشترى ويملك الشفيع الأخذ به لانه يأخذ بالثمن، وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه

(فصل) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبي فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً فان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لانا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص لشفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ماخلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ماعدا المحاباة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهو فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثمن معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل الملك عن مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا ينتقض ماذكروه ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يتملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد

دينه فلا شفعة أيضاً لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع نقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالوتلف ولا يستحق الموصى له بدلا لانه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه

ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للوصي إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأ نا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ، ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل مايعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولوجب اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسئلة) (وان أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين (أحدهما) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ، ووجه الاول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصي في حياته ،وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته،وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على مالو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

(فصل) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع أخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لايمنع الشفعة كالو مات على الاسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصا فتصرفه موقوف ، فان قتل على ردته أو مات عليها تبينا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه،وان أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول بردته فاذا أسلم عاد اليه تمليكا مستأنفا

وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضا لان أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبه شراءه لغيره ، وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه،ولان البائع يدعي أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن، والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لايدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشترى والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشترى اما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع اليه لانه لاحدهما،وإن تداعياه جميعا فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ماقبض منه شيئا فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لان البائع لايستحق على الشفيع ثمنا انما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشترى على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا

﴿مسئلة﴾ قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ماأشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد مايدل على أن الشفعة تسقط بذلك فان اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد مامعنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ماهو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر :وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

اذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشترى أو أخذ ارشه منه والمشترى يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى والبتى عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكأن الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك المشتري ثم يزول الملك من المشتري الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولانه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول، وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لانها استحقت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق له ، ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا لإسقاط حقه من شفعته

(فصل) اذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه

ولنا انه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذى استقر على المشترى وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا ارش كالمشترى اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبه مالو رده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبه مالو اخذ الارش قبل اخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا ارش لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلما فللشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرده الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا اولا ، وان اخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم مالو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(فصل) وان ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفعته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فاشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكروه لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا البراءة وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشتري دون الشفيع

﴿مسألة﴾ (وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كالو قبضه المشتري والله أعلم

﴿مسألة﴾ (ولو ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لاشتراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ولان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكروه لا أصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى اجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر مايستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته ، وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لايملك تبعيض صفقة المشتري، ويحتمل أن لايسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لامنازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته انما اتهبته وصدقه الآخر انه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه ،أو ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت أحدى البنتين نصيبها أو احدى الاختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثه لاثنين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(مسئلة) (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام « لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ماروى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لاشفعة لنصراني » وهذا يخص عموم مااحتجوا به ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة انما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لابيع صحيح ولو أحتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لاتسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد أن لاشفعة وطالب بها فارتفعا الى حاكم فحكم بأنه لاشفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فاشبه مالو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) اذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار اخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم انه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعا لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وان قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لانه يزعم أنه أخذه عوضا عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضا لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فان حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة ولانها اذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمته فلان تثبت على الذمي مع دناءته أولى

(فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانهما تساويا في الدين فتثبت لأحدهما على الاخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافا فان تبايعوا بخمر أوخنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض مافعلوه ، وان جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة اذا كان الثمن خمراً لانها مال لهم فاشبه مالو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر ولنا أنه عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولانه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير واعتقادهم حله لايجعله مالا كالخنزير، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكموا الينا قبل تمامه ولو تحاكموا الينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكمنا باسلامه منهم كالفاسق بالافعال لعموم الادلة التي ذكرناها ، وروى حرب عن أحمد إنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكر

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتريه لانه لاشريك له في شفعته ، وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثنى عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يد الثاني وربع مافي يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف مااشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع مااشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ماذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كالمعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر وعموم الادلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لاترى في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا ان يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتريه من مال المضاربة؟ على وجهين)

لايختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لاحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لان المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الاول وثلثاه من الثاني، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشترى الاول ويرجع المشترى الثاني عليه بتسع الثمن الذى اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها، فان تركها فلرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له ، فان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره، وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وأن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ماذكرنا، فان باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فاشبه شراءه من نفسه

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال انما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين

ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه السدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فيقسم بينهما أثلاثا وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون سهما لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنى عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو الى بكر ثلثي الثمن في البيع الاول وعليه وعلى زيد خمسة اتساع الثمن الباقي بينهما اثلاثا ، وان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد اثلاثا ويحصل لعمرو اربعة اتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفعته في السدس بخلاف ما اذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لاجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته ، وان أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف انبنى على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه ، وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لا يملك تبعيض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره ، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فان قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة ، وكذلك ان قال ما اشتريته إنما اتهبته وصدقه الآخر ان اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع أو لا بيع صحيح ، ولو احتال المشتري على اسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا وتصح أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما أثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال ، وخرج الى الاملال

البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر ، وان اعتقد ان له شفعة وطالب بها فارتفعا الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبه مالو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذى تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذى يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذى أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

وانا ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لانه لا شريك له في شفعته وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصـل) واذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحـدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك ، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما المطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للعفو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحـدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ماذكرنا

وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته، ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السـدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثنى عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الاخرين الربع ، وان أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن، وان كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا لايختلف، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه وان أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذمي اذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي واياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام « لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لا شفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة انما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فان حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لان المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشترى الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشترى الاول ويرجع المشترى الثاني عليه بتسع الثمن الذى اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه، وان أخذ بالعقدين أخذ من من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فتقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذى

خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة الموجبة ، لانها اذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى

(فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولانعلم في هذا خلافا ، وان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض مافعلوه ، وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا لم نحكم له بالشفعة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمراً لأنها مال لهم فأشبه مالو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذميا أخذه بمثله وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر

ولنا انه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كمالو كان بين مسلمين ، ولانه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم ان الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكموا الينا قبل تمامه ولو تحاكموا الينا قبل التقابض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فمن حكم باسلامه فله الشفعة لانه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالافعال ولان عموم الادلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائةسهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها،ويدفع بكر الى عمرو ثلثي الثمن في البيع الاول وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الثاني بينهما أثلاثا ،فان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثا ،ويحصل لعمرو اربعة أتساع الدار ولزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ،وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفعته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفوه عن نصيبه منها،وان باع بكر الثلث لاجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثيهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثاً،وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد الى المشتري الثاني ثمن خمسة أتساع مبيعه بينهما أثلاثاً،ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه،وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئاً(والثاني) تبطل شفعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه ، الوجوه فاما

وقد روى حرب ان أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة

(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشترى الثاني وزيد وبكر ارباعا للمشترى نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوابها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان،ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال وخرج الى الاملال

(فصل) اذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الاخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والاخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الاخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الاخر بينهم أثلاثا فيحصل للذي لم يعف عنه ربع

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ،فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وانما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر (رض)قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان اجماعا ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثلث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها وتصح أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فللغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس وثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يسقون من الآبار، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع أما السنة فما روى عبدالله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان إجماعا

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده قال : كنا نكري الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض فربما يصاب ذلك وتسلم الارض وربما أصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسئلة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرتهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نمائها فأشبه ما لا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لانها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما فان قيل راوي حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال . كنا نخابر اربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهي عن المخابرة ولا ينعقد الاجماع مع مخالفته ، ويدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم ؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، على أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لايجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فان كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لاشجر لهم ويحتاجون الى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز ذلك كالمضاربة بالأثمان

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور وقال داود لايجوز الا في النخيل لان الخبر انما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لايجوز إلا في النخيل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لاتجوز فيه لان الزكاة لاتجب في نمائه فأشبه مالا ثمرة له ، وقال أبوحنيفة وزفر لاتجوز بحال لأنها اجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه مايدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده عنه قال كنا نكري الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض فربما يصاب ذلك وتسلم الارض وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا فاما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه، وقال طاوس ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني ان النبي صلى عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع، عليه فكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك فان كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون الى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكروه بالمضاربة فانه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما في إبطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخيل والكرم، ولان الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ما ذكرناه

(فصل) فاما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولان المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فاما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة؟ مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه، فاما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر رواه الدارقطني ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولان الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثمر له كالصفصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولان المساقاة إنما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا ان يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداهما) تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، وانما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة ، فان بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع ، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضا موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي فلم يصح كالو بدا صلاح الثمرة، ولانه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولان هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم انه أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئا ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء وانما يحدث النماء الموجود على ملكها على ماشرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح

(فصل) فأما قول الخرقي (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) ان

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة وبلفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر مايخرج منها، وتصح بكل مايؤدي معناها من الالفاظ نحو فالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبهه لان القصد المعنى فاذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لاتصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الارض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبو الخطاب)

فمعنى قوله أجرتك هذه الارض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالاسد، فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عنها بثلث أو ربع إنما ينصرف الى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لانها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الارض كما تصح بالدراهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لاتصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها وسواء قل الجزء أو كثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء و جعل جزءا منها لنفسه والباقي للعامل جاز مالم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس و نصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لانه إذا لم يكن معلوما لم تمكن القسمة بينهما، ولو ساقاه على آصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم آصعا لم تجز لانه ربما لم يحصل ذلك أولم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أوربما كثر الحاصل فيستضر العامل، وان شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لانها قد لاتحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكانا معينا وللعامل مكانا معينا

قال رافع كنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا. متفق عليه، فمتى شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) ان الشرط للعامل لانه انما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين)(احداهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لانها اذا جازت مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى وإنما تصح اذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة فان بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا يجوز وهو القول الثاني للشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص فان النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال الى المساقي فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ولانه عقد على العمل فى المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولان هذا يجعل اجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنهما أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً، والشرع ورد به على وجه لايستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء وانما يحدث النماء الموجود على ملكيهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا اثبات عقد ليس في معناه الحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة وكالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الاول قال نص النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المعدومة بجزء منها تنبيه على جوازها على الموجودة لما

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وان اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل لان الشرط يراد لاجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح لان ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف القدر المشروط من الآخر . وان لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما لم يجز لانه قد يكون أكثر مافي البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لانه مجهول لا يدرى أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانهما كبستانين

(فصل) وان كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لانها لا تحتاج الى عمل وههنا يحتاج اليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فانه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الاولى فان العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لانه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من الف ، وفيه الاقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فان قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وان قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

﴿مسئلة﴾ (وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الارض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الارض ، فان كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الارض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الارض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطا قدرا واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالا بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن يشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرا

(فصل) ولو دفع الى رجل بستانا فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربعه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر فجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربعها وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعتك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال مازرعتها من شيء فلي نصفه صح

فاخذها وان اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الغرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره ، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو النخيل ليكون الاصل والثمرة بينهما أوشرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحديث ابن عمر في خيبر وسواء قل الجزء أو كثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة ،فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له آصعاً معلومة أوجعل مع الجزء المعلوم آصعا لم يجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أويكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بعينه لانه قد لايحمل وقد لايحمل غيرها ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معينا وللعامل مكاناً معينا قال رافع كنا نكتري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه او بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيرا جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سيحا فله الثلث وان سقى بكلفة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج ان يصح قياسا على مسئلة الاجارة ولو قال لك الخسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها ، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد لمعنيين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فتى شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشرط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا ، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى مايشبه لانه أقوى سبباً لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر اكثر من نصيبه مثل أن يكون الاصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث،وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بملكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئا ، واذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فاذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئا لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء،وذكر أصحابنا وجها آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضا فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة،ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لايوجب شيئا (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لايخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فان وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لايوجب ولو أوجب لاوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كعدمها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا

(فصل) واذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر ،وان لم يعلما قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يعينه لم يصح للجهالة لانه لا يعلم الذي يستحق نصفه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف و نصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانهما كبستانين

(فصل) فان كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه،فاما ان شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كما لو قالا بعناك

ان هذا لايوجب قبل العمل شيئا،وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لانستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه،وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها.فاما إن ساقي أحدهما شريكه على أن يعملا معا فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيـه ، وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل مافي مقابلة عمله استحق مافضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لايختلف معها كالبيع فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعنى فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيع، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا،ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوي في النصيب وان يشرط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيع وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع .

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه

﴿مسئلة﴾ (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أومأ اليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقيس لانه مؤد المعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة مافيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع مايحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الدولاب، والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال مافيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء مايلقح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل مايتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء مايلقح به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لانه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ « نقركم على ذلك ما شئنا » ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة اقرارهم، ولان النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز اخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة، وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد أدراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خيبر مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت مايلقح به ، والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي مايتعلق بصلاح الاصول والثمرة معا كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا مايدل على أنه على العامل، فأماتسميد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشراء ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى مايلقح به وتفريق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبينا ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ماذكرنا أنه عليه وإن شرطا ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطا على أحدهما شيئا مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لايجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال

وقد روي عن أحمد مايدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة ، لانه شرط لايخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون مايلزم كل واحد من العمل معلوما لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل، وأن لايكون ماعلى رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم افضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لايكون للعمل الاول فيه أثر أصلا

﴿مسئلة﴾(فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة)

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلا على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها تفضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لاتتقدر أكثر المدة بل يجوز مايتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئا

(فصل) فاما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فجائز لان العمل عليه وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته مايصير اليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبه نقله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولان هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبه المخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعا لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ،وأما رب المال لايجوز جعله تبعا وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أ كثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكهما في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة

﴿مسئلة﴾ (فان شرطا مدة لا تكمل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لـكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

﴿مسئلة﴾ (وان شرطا مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل ففي صحة المساقاة وجهان)

(أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن

يعملون معه فنفقتهم على مايشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقي ، ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال لان العمل على المساقي فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولابد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول، ويفارق هذا ما إذ اشترط المضارب أجر مايحتاج اليه من الحمالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسئلتنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أومأ اليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لايحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلاشيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرطا مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطاه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل تمم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)

وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفتقر الى ذكر مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتج الى مدة، فان قدرها بمدة، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بيناه في المضاربة والمساقاة مثلها ، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما، فاما ان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لانه عقد لازم أشبه الاجارة، فان كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة ، ولانه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ماروى مسلم باسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر مايخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « نقركم على ذلك ماشئنا » ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولأن يجعل الخيرة اليه في مدة إقرارهم ولان النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الارض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ، فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فلرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

﴿ مسئلة ﴾ (فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين)

أما اذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما اذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتيج الى بيع الجميع بيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا فان كان قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته ، وان كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فان بيع لاجنبي لم يجز الا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك الا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالاجنبي (والثاني) يجوز كما اذا باع نخلا مؤبراً جاز للمشتري أن يبتاع الثمرة التي للبائع من غير شرط القطع وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل اذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لانه عمل بعوض لم يصح له فكانت له الاجرة

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله، وان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالبا فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم إفضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلا، فأما ان قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الا على مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانا لانه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلا على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لانه يفضي الى ان العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لان الفسخ مستند الى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

ان كان العقد جائزاً فلرب الارض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالا أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة الى وقت إدراك الثمرة فعل فان تعذر ذلك فلرب المال الفسخ لما ذكرنا، وأما الميت فلا يقترض عليه لانه لا ذمة له والاولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لانه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان عمل فيها رب المال باذن حاكم أو اشهاد رجع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فان اختار البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فان عجز عن استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه مضطر، وان أمكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه، فان تبرع بالانفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة، فعلى هذا لاتتقدر أكثر المدة بل يجوز مايتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت، وقد قيل لايجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لايصار اليه الا بنص أو اجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة، فان ساقاه على مدة لاتكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لاشيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع، والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لايمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها. وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لايكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لايحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لايصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل مافيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزبار والتفليح والتشميس واصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿مسئلة﴾ (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد وان شرطا ذلك كان تأكيداً وقيل ماتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرث ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجها واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج الى مدة كالمضاربة، وان قدرها بمدة جاز لأنه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كثيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمرة معاً ككسح النهر هو على من شرط عليه منهما وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا مايدل على أنه من العامل، فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوما لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كثور

في المضاربة فاذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لانه عقد لازم فأشبه الاجارة ، لكن ان كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم ان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وان احتيج الى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو اما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد فان كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه أيضا باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبي البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكترى عليه من يعمله وما فضل لورثته ، وان كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فان بيع لأجنبي لم يجز الا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع نصيب المالك فيقف امكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، وان اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فاذا شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقي ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال لان العمل على المساقي فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو اجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لانه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فان شرط العامل ان أجر الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجرة من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك ان لم يقدره لذلك لانه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج اليهم من الحمالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنفسخ اذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ،فان عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسبا بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحدالوجهين لاصحاب الشافعي لانه مضطر ، وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه ، وان تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

(فصل) وان هرب العامل فلرب المال الفسخ لانه عقد جائز ، وان قلنا بلزومه فحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه الا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أوغيره فعل ، وان لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل فان لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لانه لاذمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ومايدعى عليه من خيانة لان رب المال ائتمنه بدفع ماله اليه فهو كالمضارب فان اتهم حلف فان ثبتت خيانته باقرار أو ببينة أو نكوله ضم اليه من يشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ،ولا نسلم امكان استيفاء

لان رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فان اتهم حلف وان ثبتت خيانته ضم اليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانته فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم امكان استيفاء المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا تنزع يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه تمام العمل وهذا من تمامه

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ،واما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كمسئلتنا وان سلم فالفرق بينهما ان الربح وقاية

المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وانما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله

(فصل) فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا ينزع من يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه توفية العمل وهذا من توفيته

(فصل) وان اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل اذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سببا بتسلمه الحائط والعمل ، وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بينته ؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج، فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فانه لو تلفت الاصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فانه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصاباً نص عليه أحمد في المزارعة فان لم تبلغ نصاباً الا بجمعها لم تجب الا على قولنا ان الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فان بلغت حصة احدهما نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة الا ان يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به النصاب من موضع آخر فيجب عليهما جميعاً، وان كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث ان كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم ان اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون الف وسق

(فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لانه لولم يملكها قبل القسمة لماوجبت القسمة ولا ملكها كالاصول، وأما القراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمسئلتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء ولذلك لو تلفت الاصول كلها كانت الثمرة بينهما. فاذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه اذا بلغت حصته نصابا نص عليه أحمد في المزارعة وان لم تبلغ النصاب الا بجمعهما لم تجب لان الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان مابقي ، وان كانت حصة أحدهما تبلغ نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة الا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا مايتم به النصاب من مواضع أخر فتجب عليهما جميعا الزكاة وكذلك ان كان لاحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابا فعليه الزكاة في حصته ، وان كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعي ، وقال الليث ان كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة مابقي

ولنا أن النصراني لازكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للارض فكان على رب الارض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي ، وقد نقل أحمد في الذي يتقبل الارض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم اذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الخرقي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه ههنا

(فصل) ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لانه ربما يحدث من النماء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقفزة معلومة فان جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها او ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجز وكذلك لو شرط عليه عملا في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملا في غير السنة فهذا يفسد العقد سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) اذا ساقاه رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض أو الشجر لم يجز وبه قال أبو يوسف وأبو ثور واجازه مالك اذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون الف وسق

(فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة الارض فكان على رب الارض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الارض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : اذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكره الخرقي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم)

يعني اذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما ان استأجر أرضاً فانه يزارع غيره فيها لان منافعها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لانها كالمستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وان نقصت فله ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب ، وان استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فللمالك تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انسانا

ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقفزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملا في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملا في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا انه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما ان استأجر ارضا فله أن يزارع غيره فيها لانها صارت منافعها مستحقة له فلذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم

(فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالبا ويكون له فيها

شيئاً وقال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مغصوب ، وان ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما صار اليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

(مسئلة) (وان شرط إن سقى سيحاً فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف أو ان زرعها شعيراً فله الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله، فأما إن قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي انا ان قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فان حمل فيها فله ماشرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقع فاسداً فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في النماء والفائدة فاذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قمحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفي به

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال مازرعت من شعير فلي ربعه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح)

لان ما يزرعه من كل واحد منها مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما

﴿ مسئلة ﴾ (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشرط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعتك هذا على أن تبيعني هذا وتشتري مني هذا وإنما فسد لمعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

(فصل) ولو قال لك الخمسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سيحا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلا فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا، فاجازه واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الارض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الارض فان كان من العامل خرج على الروايتين فيما اذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الارض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له ارش نقصها وبين اقرارها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري اذا غرس في الارض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على ابقاء الغراس ودفع أجر الارض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز على ماسبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر في الارض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الارض

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل ان يكون الاصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وان جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئا وإذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلاعوض فلا يصح فاذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لوقال له أنا اعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجها آخر أنه يستحق أجر المثل لان المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح إذا لم يسم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة ويفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لايوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لاتستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولان المهر في النكاح لايخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فان وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولاخلاف أن هذا لايوجب قبل العمل شيئا، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لاتستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) ان الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما ان ساقى أحدهما شريكه على ان يعملا معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه، وان كان لاحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق مافضل له من أجر المثل وان لم يشرط فليس له شيء الا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الارض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجها واحداً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لانه شرط اشتراكهما في الاصل فنسد كما لو دفع اليه الشجر والنخيل ليكون الاصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لانه غره واستعمله فلزمه الاجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وإن نقصت فلربها ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فلربها تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انسانا شيئا وقال له كله فانه طعامي ثم تبين أنه مغصوب ، وإن ضمن العامل احتمل انه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لانه ماقبض الثمرة كلها وانما كان مراعيا لها وحافظا فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ماصار اليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لاغير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضا لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز المزارعة ببعض مايخرج من الارض)

معنى المزارعة دفع الارض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر مابالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وزارع

فصل في المزارعة

﴿ مسئلة ﴾ (تجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر مابالمدينة أهل بيت الا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ، وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل اذا كان بياض الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا، وطواعية

ابن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ،قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا. وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو حنيفة وروي عن ابن عباس الامران جميعاً، وأجازها الشافعي في الارض بين النخل إذا كان بياض الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع قلنا ما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها

والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه »وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود باسناده عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك ؟ قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها ، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة . وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها،

والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار ، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود باسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت وما المخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به ،وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرا وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الماء والارض أو يمضي لهن الاوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الارض ،فان قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لان النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى نسخ؟ فان كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه ؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها؟ وأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس،وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمراً وعشرون وسقا شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الارض والماء أو يمضي لهن الاوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الارض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لان النسخ انما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فان كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) انه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لان القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الاخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافا كثيرا يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا، قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذى ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وانما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال «ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع» رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا لان القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافا كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضا حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك منها ، الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال «ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع» رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما »

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير

لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خيبر لكونه معمولا به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خيبر أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الارض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون الف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره روايه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لادليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض محتملاته لاغير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أنما ذهبنا اليه مجمع عليه على مارواه أبو جعفر رحمة الله عليه وماروي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع واذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معني لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولا به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين، فمتى كان نسخه؟ وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خيبر أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت. فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الارض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون الف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على مافسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الارض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالمال في المضاربة والنخل في المساقاة، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخل، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه قوتا ولان الارض لا ينتفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (فان كان في الارض شجر فزارعه الارض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الارض المفردة، فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز، وكذلك ان قال عاملتك على النصف لان المعاملة تشملهما، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدراً، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض فصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الاربعة وأهليهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان اجماعا ، وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعا من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الارض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالأثمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخيل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ههنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه مقتاتا ولكون الارض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهى عن المنافع وانما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوي في النهي عنه وحصول المنفعة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عقد بلفظ البيع في السلم، وهكذا إن قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف مايزرع فيها، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف : للداخل زرع البياض ، فان تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعا، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الارض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الارض نص

فيما ظنه منهيا عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها انما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من احكامها

(فصل) واذا كان في الارض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الارض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الارض المفردة فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز ، وان قال عاملتك على الارض والشجر على النصف جاز لان المعاملة تشملهما ، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي فيها لحاجة الشجر اليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض وتصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم لان المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا ان قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف مايزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الارض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف الداخل زرع البياض فان

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الخرقي وعامة الاصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروي عنه مايدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها الى قوم يزرعون الارض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الارض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولا ثالثا ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئا آخر وظاهره ان البذر من أهل خيبر ، والاصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ ان البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجز ترك نقله ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعا فروى البخاري عنه انه عامل الناس على

تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة انما تصح اذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتك بعشرة صحاح وان شئت بأحدعشر مكسرة فاختار أحدهما فعقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما اذا اشترك مالان ببدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ماشرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكمنا بصحتها لم يرجع احدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الاقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ماشرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد مايدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الارض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا، فأجاز دفع الارض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولا ثالثا. والدليل على صحة ماذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها . أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والاصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره، ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجز الاخلال بنقله، ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعا فان البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أوشرطا لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآ لتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض اخرى أو داراً لم يجز والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض فان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وان كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض وان قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآ لتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما الباقي لم يصح)

لانه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الارض ربما لاتخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها أو بمالا تخرجه وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع

﴿ مسئلة (وكذلك لوشرطا لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرط لاحدهما ماعلى الجداول إما منفردا أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء)

لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه ربما تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان اجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتكه بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجارة فيما اذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وماذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما اذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ماشرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الاقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ماشرطاه ولا تراجع بينهما ، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر)

لانه عين ماله ينقلب من حال الى حال وينمي فهو كصغار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الارض لان ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها الفائتة بزرعها على الزارع وان فسدت والبذر من رب الارض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وان كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ وحكم المزارعة حكم المساقاة)

فيما ذكرنا من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع ومايلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من أحكامها لانها معاملة على الارض ببعض نمائها

﴿ مسئلة ﴾ (والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما)

الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه اذا شرط على العامل فجائز لان العمل عليه وان لم يشرطه فعلى رب المال بحصة مايصير اليه وعلى العامل بحصة مايصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض ، وان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض ، وان قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها الا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الارض ، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الارض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الارض ، وأما اذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد فاذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خيبر الى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكروه، وفارق النقل الى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبه المخزن

(فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لمالك البذر وعليه أجر الارض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على احدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنا ازرع الارض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا ففيها روايتان)

(احداهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الارض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن احمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالارض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخاء والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الارض لان ربها انما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعا بعينه وللعامل زرعا بعينه مثل أن يشترط لاحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) مايعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ماذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيبا مجهولا أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة أو أنه إن سقى سيحا فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا ، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة المعقود عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود ومهنا واحمد ابن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في اربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال الاخر قبلي الارض وقال الاخر قبلي البذر وقال الاخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولا فقال مايسرني بهذا الحديث وصيفاء ، وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأثمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، ولا هي اجارة لان الاجارة تفتقر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله واصاحبيه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان النماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لان الشرط اذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الارض شيء منه ويستحق الأجر وهـذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة

(فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزرعه في أرضه ويكون مايخرج بينهما فهو فاسد أيضا لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الارض والعمل ، وان قال صاحب الارض لرجل أنا ازرع الارض ببذري وعواملي ويكون سقيها من مائك والزرع بيننا ففيها روايتان (إحداهما) لايصح أختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الارض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) يصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد مايحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالارض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن مارزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهـد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال

(فصل) فان كانت الارض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم واعوانهم على أن ماأخرج الله بينهم على قدر مالهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر ولا نعـلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فان زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه احمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه الثمرة واللقمة ونحوهما والنوى لو التقطه انسان فغرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

اذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الارض بينهما نصفين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والغى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لايصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولا فقال مايسرني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما، وليست شركة لان الشركة تكون بالأثمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، وليست اجارة لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر ماله. ولو كانت الارض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائز وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لايفضل صاحبيه بشيء.

(فصل) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الارض

أجنبيا، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فاذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين مايصح ومالا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم واما بشيء معلوم مضمون فلا بأس، وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح التقاطه ورعيه ، ولا نعلم خلافا في اباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالتمرة واللقمة ونحوهما والنوى لو التقطه انسان فغرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول اكثر أهل العلم قال أحمد قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه ، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وماسعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة ؟ قال انما نهى عنها ببعض مايخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه ، وعن سعد قال : كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة . رواه أبو داود ، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالاثمان ونحوها كالدور ، والحكم في العروض كالحكم في الاثمان . وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فان راويهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما اجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها باللبن والعسل ، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته ، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز ، واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالأثمان، ونحوها كالدور والحكم في العروض كالحكم في الأثمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فان راويهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فاما اجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها باللبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والحجة لمالك ماروى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال « ماتصنعون بمحاقلكم؟ » قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال « لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها » متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولانه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها به كالاثمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن اجارتها بذلك اذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه اذا آجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا اكتراها لزرع الحنطة

فلا يكريها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله ﷺ فقال « ماتصنعون بمحاقلكم؟ » قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال « لاتفعلوا ازرعوها أو امسكوها » متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولانه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها بها كالأثمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك اذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه اذا أجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا اكتراها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس مايزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة ليزرعها فقال ابو الخطاب فيها روايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما ذكرنا من الاحاديث ولانه ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولأنها ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لماذكرنا في القسم الاول ولان ماجازت اجارته بغير المطعوم جازت به كالدور

(القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لاتصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث مايخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولانه لانص في جوازها ولايمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجويزها نصاً ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص احمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لماذكرنا في القسم الاول ولان ماجازت اجارته بغير المطعوم جازت به كالدور

(القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن احمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لاتصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات) ﴾

فهرس

الجزء الخامس

من كتابي

المغني

و

الشرح الكبير

فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمدبن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (ابي عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء السادس

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت (إحداهما ياأبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشرا فمن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النُّدَّر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا بلغ قصة موسى قال «إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أوعشرا على عفة فرجه وطعام بطنه» وقال الله تعالى (فوجدفيها جدارا يريد أن ينقض فاقامه قال لوشئت لاتخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجر على اقامته وأما السنة فثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هاديا خرّيتا. وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب الاجارة)

والاصل في جوازها الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى, قالت إحداهما ياأبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الامين* قال اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن الندر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال «ان موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه»، وقال الله تعالى (قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامة الجدار

وأما السنة فثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هاديا خريتا. وروى البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل

أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فا كل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» والاخبار في هذا كثيرة. واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الا مايحكى عن عبدالرحمن بن الاصم انه قال لايجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعقد على منافع لم تخلق وهذ غلط لايمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار. وسار في الامصار، والعبرة أيضا دالة عليها فان الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الاعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع، ولا يخفى مابالناس من الحاجة الى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير او دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون باجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به فلابد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقا للرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع، وماذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ماذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لانها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الاعيان

(فصل) واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه أجرا) ومنه سمي الثواب أجرا لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته

(فصل) وهي نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الاعيان لأنه يصح تمليكها في حال الحياة و بعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عينا ودينا، وانما اختصت

أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » وأجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة إلا مايحكى عن عبدالرحمن بن الاصم انه قال: لايجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعقد على منافع لم تخلق. وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار وسائر الامصار. والعبرة أيضا دالة عليها فان الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع، ولاتخفى حاجة الناس إلى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل احد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به، فلابد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا إلى الرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ماذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الاوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الاعيان. واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض، قال الله تعالى (قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته، أو صبره على مصيبته

﴿مسألة﴾ (وهي عقد على المنافع تنعقد بلفظ الاجارة والكراء وما في معناهما، وفي لفظ البيع وجهان) الاجارة عقد على المنافع في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية، وذكر

باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم . اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد به لانها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف (والثاني) لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة، ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لانها عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة باجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترطا أجلا)

هذه المسئلة تدل على أحكام ستة (أحدها) أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري كما يقول بعتكها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وانما أضيف العقد الى

بعضهم ان المعقود عليه العين لأنها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا يضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجرتك منفعة داري جاز

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع كالاعيان لأنها يصح تمليكها في الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف وتكون عوضا عينا ودينا وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعا ، فعلى هذا تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانهما موضوعان لها ، وكذلك كل مايؤدي معناهما لحصول المقصود به ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان [أحدهما] تنعقد به لانها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف [والثاني] لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف إلى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة . ولانها عقد يخالف البيع في الحكم والاسم أشبه النكاح

(فصل) ولا تصح إلا من جائز التصرف لانه عقد تمليك في الحياة أشبه البيع

العين لانها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة الى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال أجرتك منفعة داري جاز (الثاني) أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولان المدة هي الضابطة المعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الاهلة لانها المعهودة في الشرع. قال الله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فان شرط هلالية كان تأكيداً ، وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوما لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوما، وان استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد في أثناء شهر عد مابقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ماعداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل، وحكي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفي الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه فكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولأبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا ان كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة (أحدها) معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهراً و خدمة العبد سنة وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته)

وجملة ذلك انه لابد من معرفة المنفعة في الاجارة لانها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فان معرفته شرط في صحة البيع فكذلك معرفة المنفعة في الاجارة فان بيع المجهول لا يصح اجماعا ، فان كان لها عرف كسكنى الدار شهراً لم يحتج الى ذكرها لانه لا يكترى الا لذلك فاستغني عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف ، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لانها معلومة بالعرف . وأما إن اكترى لحمل زبرة حديد إلى موضع معين فلابد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي تحمل اليه لان المنفعة انما تعرف بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته واجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم)

وجملة ذلك انه يجوز الاستئجار للبناء ويقدر بالزمان والعمل ، فان قدر بالعمل فلابد من معرفة موضعه لانه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أو شيد أوغير ذلك . قال ابن أبي موسى: واذا استأجره لبناء الف لبنة

ثلاثمائة وخمسة وستون يوما فان الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوما وأربعة ثلاثون يوما وشهر واحد ثمانية وعشرون يوما ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لان المدة مجهولة في حقه ، وان آجره الى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعله غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله ،وقال القاضي لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا ،وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا ،وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلابد أن يبينه من أي سنة ، وان علقه بيوم فلابد على قوله أن يبينه من أي أسبوع ، وان علقه بعيد من أعياد الكفار صح اذا علماه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

(فصل) ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال ابوحنيفة ، وقال الشافعي لا يصح الا ان يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان لانه عقد على مالا يمكن تسليمه في الحال فأشبه اجارة العين المغصوبة. قال ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي

في جدار أو استأجره يبني له فيه يوما فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفى العمل فان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه فسقط فعليه اعادة ماسقط وإتمام ماوقعت عليه الاجارة من الذرع ، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فأما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ماتلف به

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف في الرقة والغلظ ، والارض تختلف منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) واذا استأجر داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولاصفتها لما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لايجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغني عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه لما ذكرنا.وماذكروه لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه،ولو اشترط ماذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى للركوب

العقد ، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وماذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكتري فانه يصح مع ماذكروه . اذا ثبت هذا فان الاجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لاتليه فلا بد من ذكر ابتدائها لانه أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فان احمد قال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى إخبارا عن شعيب عليه السلام (على أن تأجرني ثماني حجج) ولم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فاذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قربة

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز اجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان [أحدهما] كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح (الثاني) لايجوز أكثر من سنة لان الحاجة لاتدعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لاتجوز أكثر من ثلاثين سنة لان الغالب أن الاعيان لاتبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

(فصل) قدذكرنا انه يجوز الاستئجار للخدمة كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حرا أوعبداً وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبوثور لانه تجوز النيابة فيه ولايختص فاعله بكونه من أهل القربة ، قال أحمد أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة وان لم يشترط ذلك، قيل له فيتطوع بالركعتين قال مالم يضر صاحبه، وانما أباح ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف لترك معتكفه لها، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات من السنة وقال أبوثور وابن المنذر ليس له منعه منها، قال أحمد يجوز أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها وفرق بين الحرة والامة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) اذا استأجر أرضاً احتاج الى ذكر ماتكترى له من غراس أو بناء أوزرع لانها تكترى لذلك كله وضرره يختلف فوجب بيانه، وفي إجارة الارض للزرع اختلاف ذكرناه في باب المساقاة

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لماذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل احتاج الى تعيين عدده وذكر قالبه وموضع الضرب لان الارض تختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فان كان هناك قالب معروف لايختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا، وان قدره بالطول

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يقم على نسخه دليل ، ولان ماجاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه ، واذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولان المنفعة كالاعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا . وقال الشافعي في أحد قوليه كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لايفتقر إلى تقسيط الاجر عليها مع الاحتمال الذي ذكروه

(فصل) والاجارة على ضربين (أحدهما) أن يعقدها على مدة (الثاني) أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين فاذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان لان له عملا تتقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز إلا على مدة ، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيدها غرراً لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ماوقع عليه العقد ،

والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب فلايصح كالو أسلم في مكيال بعينه

﴿مسئلة﴾ (وان استأجر المركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيرا أو نحوه)

لان منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة لانه يصح بيعه بهما وذكر المهاليج والقطوف لان سيرهما يختلف ومعرفة مايركب به من سرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولايحتاج الى ذكر الذكورة والانوثة لان التفاوت بينهما يسير وقال القاضي يفتقر لتفاوتهما ولابد من معرفة الراكب برؤية أو صفة ذكره الخرقي وقال الشريف لايجزىء فيه الا بالرؤية لان الصفة لاتأتي عليه ولا بد من معرفة المحامل والاوطئة والاغطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوهما أما برؤية او صفة أو وزن

﴿مسئلة﴾ (فان كان للحمل لم يحتج الى ذكره)

لعدم الغرض في معرفته فان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيأ تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكره في الاجارة ذكره شيخنا، وتشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة ويذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه لان ضرره يختلف وقدره بالوزن ان كان موزونا أو بالكيل ان كان مكيلا لان البيع يصح بكلا الامرين، ويحصل بالمشاهدة لانها من أعلى طرق العلم وبالصفة اذا ذكر القدر والجنس، وذكر ابن عقيل انه اذا قال أجرتكها لتحمل عليها

وإن لم يعمل كان تاركا العمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فان أتمه عمل في غير المدة، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضر به فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا يصالحه وهذا يدل على جواز تقديرها جميعا وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لان الاجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك. فعلى هذا اذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفى ماعليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ كما لو تعذر اداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الاجر والعمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لان العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل

ثلثمائة رطل بما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملا يضر بالحيوان فلو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها وان اكترى ظهرا للحمل موصوفا بجنس فاراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم ينعقد عليه، وان طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه السكون لكون المحمول مما يضره الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك، كما في المركوب، وان لم يفوت غرضا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله، فان اكترى بهيمة لحمل ماشاء لم يصح لانه يدخل فيه مايقتل البهيمة وكذلك ان شرط طاقتها لانه لا ضابط له

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (الثاني معرفة الاجرة بما يحصل به معرفة الثمن قياسا عليه ولا نعلم في ذلك خلافا وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «من استأجر اجيرا فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز في أحد الوجهين كالثمن في البيع والثاني لا يجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض السلم والاول أولى لما ذكرنا ، وما قاسوا عليه ممنوع ثم الفرق بينهما ان المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان

(فصل) ومن اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي ﷺ احدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل » وانما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكروه لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم، وكذلك الحكم فيما اذا اكتراها الى العشي لان أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه، وإن اكتراها الى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكتراها الى النهار فهو الى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والاول أصح ، وإن اكتراها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكتراها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال

لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا والشافعي نحو ما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع [1]

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم انهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروي عنه ان ذلك جائز في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وانما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وان لم ترضع ، ولان الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج . ولان المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروي عنه رواية ثالثة ان ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن الندر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا

[1] هذا الفصل بنصه مكرر مع ما ينافي له في صحيفة ١٧ ولا معنى لذكره هنا

تعالى ا أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ماكتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل)

(فصل) وإن اكترى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا

(فصل) (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الاجارة كونه معلوما لا نعلم في ذلك خلافا وذلك لانه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالثمن في البيع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الجواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الاجارة كما لو علم قدره (والثاني) لايجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلايدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى، وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا والشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

بلغ قصة موسى عليه السلام قال « ان موسى أجر نفسه ثماني سنين أوعشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة انه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا . رواه الاثرم وابن ماجه ، ولانه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظئر في الآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ،ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات وللاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنقد البلد .ونخص أباحنيفه بأن ما جاز عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالاثمان

اذا ثبت هذا وتشاحا في قدر الطعام والكسوة رجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الملبوس الى أقل ملبوس مثله لان الاطلاق فيه يجزيء فيه أقل مايتناوله اللفظ كالوصية . ويحتمل أن يحمل على الملبوس في الكفارة كالمطعوم . قال أحمد إذا تشاحا في الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به الى ظاهر ما أمر الله من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولان الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ،وليس له اطعام الاجير الا مايوافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) فان شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وان لم يشرط

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز اجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء ، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ماجاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا وهل هو ثخين أو رقيق ، ولانه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر ، قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت وان شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لانه معلوم فهو كما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه ، وان لم يكن موصوفا لم يجز لان ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه الأجير للحاجة اليه وجري العادة به فلا يلزم احتماله مع عدم ذلك ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحدا قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفا فيجوز

(فصل) فان استغنى الاجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الاكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانه عوض فلا يسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وان احتاج الى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر لانه لم يشترط له الاطعام الاصحاء لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح لان مازاد على ذلك لم يقع العقد عليه فلم يلزم كالزائد في القدر

(فصل) فان قبض الاجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع اليه أكثر من الواجب له ليأكل منه قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر بان يضعف عن العمل أو يقل لان الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه وانما أباحه قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض منفعته عليه فمنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال وان دفع اليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز لانه ضرر لاحق فيه

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضا في البيع ، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدرى أيوجد أم لا والاصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون ثمنا فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف ربحها ، قلنا انما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء والمساقاة كالمضاربة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لان النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك ، وان استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لان العمل والاجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه

(فصل) (الحكم الرابع) ان الاجارة اذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

على المستأجر أشبه الدراهم

(فصل) فان قدم اليه طعاما فنهب أو تلف قبل أكله وكان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لكونه لم يسلم اليه وان خصه بذلك وسلمه اليه فهو من مال الاجير لانه يسلم عوضه على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) قال أحمد في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ههنا لانه معلوم بالمشاهدة وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما . واختاره علي المقاطعة مع وجودها لانه ربما يخرج من الزرع مثل الذي قاطع عليه وههنا هو أقل منه يقينا

(فصل) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وفيه خلاف ذكرناه . وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهي المرضعة لقول الله تعالى [فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن] واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم . ولان الحاجة تدعو اليه أكثر من الحاجة الى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالاجارة في سائر المنافع ، فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز ، وان أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة في أحد الوجهين وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق عليه

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فان المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم ان المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد الا على موجود

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الاجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها . قال ابو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بايتائهن بعد الارتضاع ، وقال النبي ﷺ « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعد على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لانه يتسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

[الثاني] لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها ولاصحاب الشافعي كهذين الوجهين ، والحضانة تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه أشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزا من حضانة الطير لبيضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر

(فصل) ولهذا العقد أربعة شروط أحدها العلم بمدة الرضاعة لانه لا يمكن تقديره الا بها لان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف بكبر الصبي وصغره ونهمته وقناعته وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل في بيتها (الرابع) معرفة العوض لما ذكرنا

(فصل) والمعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه واللبن تبع كالصبغ في اجارة الصباغ وماء البئر في الدار لان اللبن عين فلا يعقد عليه في الاجارة كلبن غير الآدمي ، وقيل هو اللبن قال القاضي وهو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته ولم تخدمه استحقت الاجرة ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتبا على الرضاع فيدل على أنه المعقود عليه ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها وانما جاز العقد عليه مع كونه عينا رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه وانما جاز في الآدميين

ولنا انه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا، فاما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى [فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم] أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه ان الامر بالايتاء في وقت لايمنع وجوبه قبله كقوله [فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن] والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه انه انما توعد على ترك الايفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلتم تجب الاجر شيئا فشيئا ويحتمل أنه توعده على ترك الايفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر ان الآية والاخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فاما ماوقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل . قال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وقال ابو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في المبيع، وفارق الاجارة على الاعيان

دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى بقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب مايدر لبنها ويصلح به وللمكتري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فان لم ترضعه لكن سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه أشبه مالو استاجرها لخياطة ثوب فلم تخطه فان دفعته الى خادمها فارضعته فكذلك وبه قال أبو ثور وقال أصحاب لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه أشبه مالو سقته لبن الغنم فان قالت أرضعته فانكر المسترضع فالقول قولها لانها مؤتمنة

(مسئلة) (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا او وليدة اذا كان المسترضع موسرا)

لما روى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يارسول الله مايذهب عني مذمة الرضاع قال « الغرة أو الامة » قال الترمذي حسن صحيح المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم قال ابن عقيل انما خص الرقبة بالمجازاة دون غيرها لان فعلها من الرضاعة والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة لتناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أماً فقال سبحانه (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لايجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

لان تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا مايقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر إذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لايحصل له استيفاء للمنفعة كلها قلنا لايمتنع هذا كما لو شرطا التعجيل أو كان الثمن عينا

(فصل) (الحكم السادس) أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله، وإن شرطه منجما يوما يوما أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع ، وإن سلمت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر وإن لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع اذا تلف في يد المشتري ، وإن كانت الاجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فمضت ، وقال أبو حنيفة لايستقر الاجر

(فصل) ويجوز للرجل ان يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه اجارتها للخدمة وليس لواحدة منهن اجارة نفسها لان منفعتها لسيدها فان كان لها ولد لم يجز إجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ريه لان الحق لولدها ليس لسيدها الا الفاضل عنه فان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذن الزوج لانه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة فان أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الاجارة وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة وقال مالك ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه، وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها لها ولذلك لايمكن تزويجها ولا وطؤها ولا اجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من الاكتساب

﴿مسئلة﴾ (وان دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليعملاه ولهما عادة باجرة صح ولهما ذلك وان لم يعقدا عقد اجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح)

اذا دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمله باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الاجر وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله

عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر للاجير المشترك، فان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده، وإن بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره

وقال أبو حنيفة لا أجر عليه وهو أصح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها، وإن كان هذا في اجارة فاسدة ففيما اذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لانها لم تتلف تحت يده ولا في ملكه، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فمن أحمد روايتان (احداهما) عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاها (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولنا ان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض فأما أن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرا الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فهو كما لو تبرع به أو عمله بغير اذن مالكه وكذلك لو دفع ثوبه الى رجل ليبيعه وكان منتصبا يبيع للناس بأجر مثله فهو كالقصار والخياط فياذكرناه الاجر نص عليه أحمد، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم، ومتى دفع ثوبه الى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب يختلف أجرها ولم يعين شيأ فجرى مجرى الاجارة الفاسدة، فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في الفاسد

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى انسان فحمله فوجد المحمول اليه غائبا فرده استحق الاجر لحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحا وفي الرد تضمنا لان تقدير كلامه وان لم تجد صاحبه فرده اذ ليس سوى رده الا تضييعه وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده

(مسألة) (ويجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة)

وجملة ذلك ان كل ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة أخرى سواء كان الجنس واحدا كمنفعة دار بمنفعة أخرى ومختلفة كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبه قال الشافعي قال

ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالاعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)

وجملة ذلك أنه اذا قال أجرتك هـذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي الى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخرقي إلا أن الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الاجارة على دار لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الاول، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع متقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولي الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسداً كما لو قال أجرتك مدة

الله تعالى إخبارا عن شعيب انه قال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز الا أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء فيه، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

﴿مسئلة﴾ (وتجوز إجارة الحلي بأجرة من جنسه وقيل لا يصح)

تجوز اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انه قال في اجارة الحلي ما أدري ما هو؟ قال القاضي هذا محمول على اجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والثياب هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه اجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر

ولنا انها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما يجوز اجارته والزينة من

أو شهراً ، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة

ووجه الاول أن عليا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه ، قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة ، وعن رجل من الانصار أنه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الانصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه في سننه وهو نظير مسئلتنا ، ولان شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها

فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد في الشهر الثاني ما ثبت ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

(فصل) اذا قال أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه لان المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبه ما لو قال آجرتك عشرين

المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بها علينا بقوله (لتركبوها وزينة) وقوله (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس ما حرم على الرجال لحاجتهن الى التزين للازواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه ، وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة انما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقدين بالآخر لافضائه الى التفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض

(فصل) ولو استأجر من يسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أولا وهل هو ثخين أو رقيق ؟ ولانه لا يجوز أن يكون عوضا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله وان استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وله أجر مثل ان فعل

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها وصوفها وشعرها او نسلها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية سعيد بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيع ، قال اسمعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويحفظها وولدها بينهما فقال أكره ذلك وبه قال ابو ايوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا لان العوض معدوم مجهول لا يدرى أيوجد أم لا ، والاصل عدمه

شهراً بعشرين درهما ، وإن قال آجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لأنه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال: أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان

(فصل) والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانها عقد معاوضة فكان لازما كالبيع ، ولانها نوع من البيع وانما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته أو يكتري دكانا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فابق

ولنا أنه عقد لايجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولانه لوجاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعا للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا ويفارق الاباق فانه عذر في المعقود عليه

ولا يصلح أن يكون ثمنا، فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف مغلها قلنا انما جاز ثم تشبيها بالمضاربة ولانها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء كالمضاربة والمساقاة وفي مسئلتنا لايمكن ذلك لان النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك، وذكر صاحب المحرر رواية أخرى انه يجوز بناء على ما اذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه والاول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق، وعلى قياس ذلك اذا دفع نحله الى من يقوم عليه بجزء من عسله وشمعه يخرج على الروايتين فان اكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها صح لان العمل والمدة والاجر معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فكان له نماؤه كما لو اشتراه

(مسئلة) وان قال ان خطت الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصح ؟ على روايتين)

(إحداهما) لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهو مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك بدرهم نقدا وبدرهمين نسيئة (والثانية) يصح وهو قول الحارث العكلي وابي يوسف ومحمد لانه سمى لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة ، وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا لم يزد على درهمين وقد ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وقد رضي في أكثر العمل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الاجرة كاملة)

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئا وقبضه ثم تركه، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء، قلت فان مرض المستكري بالمدينة فلم يجعل له فسخا، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديده فانه لا يصير معلوما الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالصفة أجزأ، وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لانه لا يصير معلوما الا بالرؤية كما لا يعلم في البيع، الا بذلك فان كان داراً أو حماما احتاج الى مشاهدة البيوت لان الغرض

بدرهم فلا يزاد عليه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كعدمه فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال ان خطته روميا فلك درهم، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فهل يصح؟ على وجهين)

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة واحدة يشترط فيها عوضا إن وجدت على صفة وعوضا ان وجدت على أخرى أشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) نقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جمال الى مصر بأربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون، فقال إن اكترى الى الرقة بعشرة واكترى الى دمشق بعشرة والى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول

يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر فان كان من بئر احتاج الى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام، فتي أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به

(فصل) وكره احمد كراء الحمام وسئل عن كرائه فقال أخشى فقيل له اذا شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير ازار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه قال ابن حامد هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما لانه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فاما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كالوا كترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضي المدة)

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما

لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ، ونقل عن احمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان أوصلت الكتاب يوم كذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله

﴿ مسئلة﴾ (وان أكراه دابة وقال ان رددتها اليوم فكراؤها خمسة وان رددتها غدا فكراؤها عشرة فقال أحمد لا بأس به

نقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غدا فكراؤها عشرة، وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة لا بأس به، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد برواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد على قياس بيعتين في بيعه ، وقال القاضي يصح في اليوم الاول دون الثاني وقياس حديث علي والانصاري صحته فان عليا أجر نفسه ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري وسنذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال احمد في رواية أبي الحارث هو جائز) ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال اكتريتها بعشرة فما حبستها فعليه في كل يوم عشرة أنه يجوز وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوما صح ، وتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته

يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيه الا انها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع، فان تصرف فيها نظرنا فان كان ذلك في حال بدا المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري دارا سنة فيسكنها شهرا ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه يتصرف فيه قبل قبض المكتري له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه. فعلى هذا ان تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون مالم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي، فلو سكن المستأجر شهرا وتركها شهرا وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لانه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء وان فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها الى المستأجر والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي، وان تصرف المالك قبل تسلم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحدا لان العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالحصة كالمبيع اذا سلم بعضه وأتلف بعضا

غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك. قال شيخنا: والظاهر عن احمد خلاف هذا فان قوله فهو جائز عاد إلى جميع ما قبله وكذلك قوله لا بأس، ولان لكل عمل عوضا معلوما فيصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ومسائل الصبرة لا نص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فسادها فلان القفزان التي شرط عملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فانها معلومة

﴿ مسئلة ﴾ (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفا

ولنا أن المدة مجهولة والعمل مجهول فلم يجز كما لو اكتراها لمدة سفره في تجارته ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فان فعل ذلك فله أجر المثل كالاجارات الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان سمى لكل يوم شيئا معلوما فجائز)

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجرة لما سكن)

يعني اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لانه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لامر غالب

ولنا أنه لم يسلم اليه ماعقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئا كما لو استأجره ليحمل كتابا فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي، وقياس الاجارة على الاجارة اولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لامر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من اتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(فصل) اذا هرب الاجير أو شردت الدابة او أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها

وقال الشافعي لا يصح لان مدة الاجارة مجهولة . ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري فلم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجره فصح كما لو أجره شهراً كل يوم بدرهم أو استأجره لنقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم . اذا ثبت هذا فلا بد من تعيين مايستأجر له من ركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو سارت لان المنافع ذهبت في مدته أشبه مالو اكترى دارا وغلقها ولم يسكنها

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص عن أحمد أنه يصح وكلما دخل شهر لزمهما حكم الاجارة ولكل واحد منهما الفسخ عند انقضاء كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح)

اختلف أصحابنا في ذلك فقال القاضي يصح ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار الخرقي لان الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وأجره معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار ان أجره دارا لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين الدخول فيه فصح بالعقد الاول ، وان لم تلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحو هذا الا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة الا في اللزوم واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل أن العقد لا يصح وهو قول الثوري والصحيح

فان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أوحمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب ابتيع من ماله فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

﴿مسئلة﴾ قال (فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجملته أن من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب (احدها) أن تتلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع

من قولي الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مجهولا فيكون فاسداً كقوله أجرتك أشهرا وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة . ووجه الاول أن عليا استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به الى النبي ﷺ فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذه خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه وهو نظير مسئلة اجارة الدار ، ونص في المسئلة الاخرى، ولان شروعه في كل شهر مع ما تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضي ببذله يجري مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا وجد من المساومة ما دل على التراضي بها. فعلى هـذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاجارة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد الثاني ما ثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لان العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ ، فأما أبو حنيفة فذهب الى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد ، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

قبل قبضه (الثاني) ان تتلف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ أيضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء الا أبا ثور حكي عنه أنه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (الثالث) أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون مامضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث اذا اكترى بعيرا بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ماقبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ثم ننظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر مامضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبعير استاجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(فصل) اذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف لان المدة معلومة والاجر معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبه مالو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما، فان قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لانه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان لما ذكرنا

(فصل) في مسائل الصبرة وهي عشر مسائل (احداها) أن يقول استأجرتك لحمل هذه الصبرة الى مصر بعشرة فهي صحيحة بغير خلاف نعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم فيصح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد، ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيز أبدرهم ومازاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل قفيزا منها بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد باقيها كله إذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل قفيزاً منها بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملته من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول . ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل

(فصل) القسم الثاني أن يحدث على العين مايمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير مااستأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والارض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الارض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضا لان المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح الا لتدور في الرحى . وقال القاضي في الارض التي ينقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه مالو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء فان فسخ فحكمه حكم العبد اذا مات ، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الاجر لان ذلك عيب فاذا رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الاعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها ، وأما ان أمكن الانتفاع

قفيز بدرهم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل لي منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعة . ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز منها بدرهم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وإن جهل أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة [الثامنة] قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلاها بطل فيهما لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها . فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مغصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته في الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة الا أنها إن كانت قفزانها معلومة أو قدر إحداهما معلوم من الاخرى فالأولى صحته لان قسط الاجر فيها معلوم ، وان لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على مايشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرنا

بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار اما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه مالو تعيبت وللمستأجر خيار الفسخ على ماذكرناه الا في الدار اذا انهدمت فان فيها وجهين (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها ، فأما ان كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في تبقية العين لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصة من الاجر كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع

(فصل) القسم الثالث أن تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ

﴿ فصـل ﴾ قال المصنف رحمه الله [الثالث أن تكون المنفعـة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء ولا اجارة دار ليجعلها كنيسة أو بيت نار، أو لبيع الخمر أو القمار]

وجملة ذلك ان من شرط صحة الاجارة أن تكون المنفعة مباحة فان كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة الامة للزنا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال إجارة النائحة والمغنية

(فصل) ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء أو نوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز . ولنـا انه انتفاع بمحرم أشبه ماذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتب شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك

(فصل) ولا تجوز اجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه في تأويل قوله ولنا انه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ، ولو اكترى ذمي من مسلم داراً فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه، وبذلك قال الثوري . وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء . ولنا انه محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

العقد بكل حال على الرواية التي تقول ان منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف ، وإن زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى مابقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الأجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جمله الذي يحمل عليه وعبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على مافي الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده فان تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها

(فصل) (القسم الرابع) أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا

(فصل) (القسم الخامس) أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استاجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة ، وان أحب ابقاءها الى حين امكان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة والخمر وعنه يصح ويكره أكل أجرته)

لا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشتريها أو يأكل الميتة ولا على حمل خنزير لذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز لانه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز . وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً لذمية أو خمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فاذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي :هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحظور لا يحل أخذ الاجر عليه

قال شيخنا :وهذا تأويل بعيد لقوله :أكره أكل كرائه واذا كان لمسلم فهو أشد والمذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ، ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة اليه . وقول أبي حنيفة لا يتعين يبطل بما لو استأجر أرضا ليتخذها مسجداً، فأما حمل الخمر لاراقتها والميتة لطرحها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز لان ذلك مباح، وقد استأجر النبي ﷺ أبا طيبة لحجمه . وقال أحمد في رواية ابن منصور فيمن يؤاجر نفسه لنظارة كرم نصراني : يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) قد ذكرنا ان الاستئجار لكسح الكنيف جائز الا انه يكره له أكل أجرته كأجرة الحجام بل هذا أولى . وقد روى سعيد بن منصور ان رجلا حج وأتى ابن عباس فقال له اني رجل أ كنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة ، قال :ومنه حججت ومنه تزوجت؟ قال نعم . قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث . ونحو هذا . ولان فيه دناءة فكره

استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما لايعدوهما، فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستاجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا

(فصل) واذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه، قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الاعيان، والعيب الذي يرد به ماتنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحة أو عضوضة أو أشباه ذلك، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري

كالحجامة . وانما قلنا بجواز الاجارة عليه لدعو الحاجة اليه ولا يندفع ذلك الا بالاباحة فجاز كالحجامة

(فصل) ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به ويرده ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ولا النقود ليتجمل بها الدكان لانها لم تخلق لذلك ولا تراد له فبذل العوض فيه سفه وأخذه من أكل المال بالباطل، وكذلك استئجار ثوب ليوضع على سرير الميت لما ذكرنا

﴿فصل﴾ (قال الشيخ رحمه الله) والاجارة على ضربين (أحدهما) إجارة عين . فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها) كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشباه ذلك. وقد ذكرنا بعض ذلك في مواضعه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجازت الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز استئجار حيوان ليصيد به إلا الكلب)

يجوز استئجار الفهد والبازي والصقر ونحوه للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فجازت إجارته له كالدابة، فأما إجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز اجارتها لانه لانفع فيها وكذلك اجارة الكلب والخنزير لانه لايجوز بيعه. ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعاً مباحا تجوز اعارته له فجاز اجارته له كغيره . ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

خيار الفسخ لان المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئا فشيئا ، فاذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وان رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لانه رضي به ناقصا فأشبه مالو رضي بالمبيع معيبا ، وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أولا؟ رجع فيه الى أهل الخبرة فان قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أوانها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ ، وان قالوا هو عيب فله الفسخ هذا اذا كان العقد يتعلق بعينها فاما إن كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكري ابدالها لان العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه اذا سلمه على غير صفته فان عجز عن ابدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكتري الفسخ أيضا

(فصل) وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فان ضاعت بغير تفريط من المكتري فعلى المكري بدلها لانها أمانة في يد المكتري فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط ان سقط وابدال خشبه ان انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبزل ومجرى الماء لان بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكتري وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لان الانتفاع ممكن بدونه وأما تنقية البالوعة والكنف فان احتيج الى ذلك عند الكراء فعلى المكري لان ذلك مما يتمكن به من

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه الا المصحف في أحد الوجهين)

تجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه . وهذا مذهب الشافعي ، ومقتضى قول أبي حنيفة أنه لا تجوز اجارتها لانه علل منع اجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك كما لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله

ولنا أن فيه نفعا مباحا يحتاج اليه تجوز الاعارة له فجازت الاجارة له كسائر المنافع .وفارق النظر الى السقف فانه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وتجوز اجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان [أحدهما] لا يصح اجارته لانه لا يصح بيعه إجلالا لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به وابتذاله بالثمن في البيع والاجرة في الاجارة [والثاني] يصح وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت اجارته كسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الاجارة كالحر

(فصل) والذي يحرم بيعه تحرم اجارته الا الحر والوقف وأم الولد فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها ، وماعدا ذلك لا تجوز اجارته ، وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

الانتفاع، وان امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكترى وهي ملأى وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب الدار لان عادة الناس ذلك

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وان شرط على مكتري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لانه لايجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لانه يؤدي الى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكتري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له ارش العيب قياساً على المبيع المعيب، وان لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فاشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له ارش العيب كما لو اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده

(فصل) وان شرط الانفاق على العين النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام اذا شرطها على المكتري فالشرط فاسد لان العين ملك المؤجر فنفقتها عليه، واذا أنفق بناء على هذا احتسب به على

﴿مسئلة﴾ (ويجوز استئجار النقد للتحلي والوزن لاغير)

إذا كان في مدة معلومة وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر انه لاتجوز اجارتها لان هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فاشبهت الشمع

ولنا انها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي، وفارق الشمع فانه لاينتفع به إلا بما يتلف عينه

﴿مسئلة﴾ (فان أطلق الاجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر وينتفع بها في ذلك)

وهذا اختيار أبي الخطاب لان منفعتها في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فانه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها، فعلى هذا ينتفع بها فيما شاء منهما، وقال القاضي لاتصح الاجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير انما هو باعيانها فاذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد، وقال أصحاب الشافعي لاتصح الاجارة ولا تكون قرضا لان التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لان القرض تمليك للعين والاجارة تمليك المنفعة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير باحدهما عن الآخر، ولان التسمية والالفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض، قال شيخنا وقول أبي الخطاب أصح

المكري لانه أنفقه على ملكه بشرط العوض، فان اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكري لانه منكر، فان لم يشترط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضا، وان أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فاشبه ما لو عمر دارا له اخرى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الآدمي بغير خلاف بين أهل العلم وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستاجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلا استاجر اجراء كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استاجر أجراء فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قيراط قيراط؟ فعملت اليهود، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار الى العصر على قيراط قيراط؟ فعملت النصارى، ثم قال من يعمل لي من العصر الى غروب الشمس على قيراطين قيراطين؟ فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا؟ قالوا لا قال فانما هو

ان شاء الله تعالى لان العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إجارتها للجهة التي تجوز اجارتها فيها، وقول القاضي لا يصح لما ذكرنا، وماذكر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليجفف عليها الثياب ويبسطها عليها ليستظل بظلها ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان

ولنا انها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك النابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في إحداهما يجوز في الاخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والند لشمه للمرضى وغيرهم مدة ثم يرده لأنها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع انه لا ينفك من اخلاق وبلى

(فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك

ولنا ان هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فانها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد

﴿مسئلة﴾ (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته)

فضلي أوتيه من أشاء» ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور ، ثم اجارته تقع على ضربين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر (والثاني) استئجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلا يدلهما على الطريق واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين (والثاني) ان تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط فمتى كانت على عمل في ذمته فمرض وجب عليه ان يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه ايفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر انظاره لان العقد باطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير اضرار به، فأما ان كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه وإنما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى معينا لم يجز ان يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه، فكذلك الاجارة ،وان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فانه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان

يجوز استئجار ولده لخدمته كالاجنبي واستئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كالاجانب، فأما استئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز في الصحيح من المذهب قال الخرقي ان أرادت الأم أن ترضع ولدها باجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي لا يجوز وتأول كلام الخرقي على انها في حبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك

ولنا ان كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل انه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن مالها، وقولهم انها استحقت عوض الحبس والاستمتاع قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كالو استأجرها ثم تزوجها، وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الالف واللام في الزوج للمعهود وهو ابو الطفل (الثاني) انها اذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع الا باذن زوجها فقسد التأويل

﴿ مسألة ﴾ (ولا تصح الاجارة الا بشروط خمسة أحدها أن يعقد على نفع العين دون أجزائها)

(فصل) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والانهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أونهراً لم يحتج الى معرفة القدر ،وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلا حفر أو كثيراً ،ويحتاج إلى معرفة الارض التي يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا لايحتاج إلى معرفتها لان الغرض لايختلف بذلك، والاول أولى ان شاء الله لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقا ، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه ، وان قدره بالعمل فلابد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ولا ينضبط ذلك بالصفة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه لان العمل يختلف بذلك فاذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لايمكنه الحفر إلا بذلك فقدتضمنه العقد فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أونحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وان وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف ، فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فاذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه،وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل

لان الاجارة بيع المنافع فأما الاجزاء فلا تدخل في الاجارة فلا يصح اجارة الطعام للاكل ولا الشمع ليشعله لان هذا لاينتفع به الا باتلاف عينه فلم يجز كما لو استأجر ديناراً لينفقه ،فان استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها وثمن ماذهب وأجر الباقي فهو فاسد لانه يشمل بيعا واجارة وما وقع عليه البيع مجهول واذا جهل البيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز استئجار حيوان ليأخذ لبنه)

كاستئجار الابل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو ليسترضعها اسخالها ونحوها ولا ليأخذ صوفها وشعرها ووبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾(الا في الظئر ونفع البئر يدخل تبعا)

أما الظئر فقد سبق ذكرها ، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل يجوز استئجار البئر ليستقي منه أياما معلومة ودلاء معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، فأما الماء فيؤخذ على أصل الاباحة

(فصل) ولايجوز استئجار الفحل للضراب وهو ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي

احتاج الى تبيين عدده وذكر قالبه وموضع الضرب لان الاجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا وان قدره بالطول والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب ولا يصح كما لو أسلم في مكيال بعينه

(فصل) ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل فان قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وآجر أو غير ذلك، قال ابن أبي موسى واذا استاجره لبناء الف لبنة في حائطه أو استاجره يبني له فيه يوما فعمل ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفى العمل، وان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط فعليه اعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الاجارة من الزرع، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فاما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف فمنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرا مباحا أو سجلات نص

وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه بناء على إجارة الظئر للرضاع لان الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين فهو كاجارة الغنم لأخذ لبنها، ولان الماء محرم لاقيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين، وقيل يقدره بالمدة وهو بعيد فان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وربما لايحصل الفعل في المدة ويتعذر ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكتري فحلا لاطراق ماشية كثيرة كتيس يتركه في غنمه فانه انما يكتريه مدة معلومة. والمذهب أنه لايجوز اجارته لما ذكرناه فان احتاج الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء، وليس للمطرق أخذه لان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وان أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية فجوزي عليها

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين ويصح في الآخر بدونه وللمستأجر خيار الرؤية)

عليه في رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الاوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من مشاهدته لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر باجزاء الفرع ويجوز باجزاء الاصل المنسوخ منه وان قاطعه على نسخ الاصل باجر واحد جاز واذا أخطأ بالشيء اليسير الذي جرت العادة به عفي عنه لان ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا لغيره تحديثه وشغله و كذلك كل الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما

(فصل) ويجوز أن يستاجر من يكتب له مصحفا في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستاجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفا ، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الاجر عليه كالصلاة . ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

(فصل) ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر

يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصفات ، أو بالصفة ان كانت تنضبط قياسا على البيع ، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت المستأجر خيار الرؤية وهو قول أصحاب الرأي ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ، وقد ذكرناه والمشهور الاول . فعلى هذا اذا كانت مما لا ينضبط بالصفة كالدور والحمام فلا بد من رؤيتها كالبيع لان الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائه ومشاهدة الايوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فتى أخل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض ، وقد كره أحمد كراء الحمام لانه يدخله من يكشف عورته فيه قال ابن حامد هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم فاما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث القدرة على التسليم فلا تصح اجارة الآبق والشارد والمغصوب من غير غاصبه اذا لم يقدر على أخذه منه) لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجوز اجارة المشاع مفرداً لغير شريكه وعنه ما يدل على الجواز)

نفسه لحصاد الزرع ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا ليحتطب له لانه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا ان المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لانه قال : ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا انه اذا لم يستضر لا يرجع بشيء لانه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فان ضر المستأجر يرجع عليه بقيمة مافوت عليه ويحتمل انه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ماعمله لغيره لانه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونهما ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال ابو حنيفة لا يجوز في النفس لان عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب من مما يلي الرأس ومن ما يلي الكتف فكان مجهولا

قال أصحابنا لا تجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معا وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالمغصوب، يحقق ذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار ابو حفص العكبري جوازه ، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد ولانه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه فانه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المغصوب من غاصبه دون غيره ، وان كانت لواحد فاجر نصفها صح لانه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر المستأجر الاول صح لامكان تسليمه اليه ، وان أجره لغيره ففيه وجهان كالمسئلة التي قبلها لانه لا يمكنه تسليم ما اجره اليه ، وان أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لانه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم فقال ان أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز ، وان كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه يجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع ، يحققه أن عقد

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لايختص فاعله بكونه من أهل القربة فجاز الاستئجار عليه كالقصاص في الطرف، وقوله ان عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول، وقوله ان محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كموضع الخياطة من حاشية الثوب والاجر على المقتص منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال ابو حنيفة ومالك هو على المستوفي لانه غير متعين فليس على المقتص منه الا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخله

ولنا أنه أجر يجب لايفاء حق فكان على الموفي كأجر الكيال والوزان وماذكروه غير صحيح فان القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ولو كان التمكين تسليما لسقط حقه كالثمرة

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبدالله بن أريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا، وقد روي في حديث سويد بن قيس أتانا رسول الله ﷺ فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله ﷺ « زن وأرجح » رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلازم غريما يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال لا بأس قد شغله، وقال في موضع آخر : غير هذا أعجب

الاجارة للخدمة يتعين فيها حبسه مدة الاجارة واستخدامه، والبيع لايتعين فيه ذلك فاذا منع فالمنع من الاجارة أولى، فاما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الانصاري ولانه عقد معاوضة لايتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه فأشبه مبايعته فان أجر نفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله : وان كان في عمل شيء جاز ونقل عنه أحمد بن سعيد لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بانه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع، والصحيح ماذكرنا فان كلام أحمد يدل على خلاف ماقاله، وانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل، ويفارق البيع فان فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي أنه سئل عن الرجل يكتري الديك ليوقظه لوقت الصلاة لايجوز لان ذلك يقف على فعل الديك، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

﴿ مسألة ﴾ (الشرط الرابع اشتمال العين على المنفعة)

الي كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضييق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالما فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لان الظاهر أنه محق فان الظاهر أن الحاكم لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا الموكل فعله

(فصل) ويجوز أن يستأجر سمسارا يشتري له ثيابا ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء. ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار فان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئا معلوما صح أيضا ، وان قال كلما اشتريت ثوبا فلك درهم اجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام احمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

(فصل) وإن استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ولان يجوز عقد الاجارة عليه مقدرا بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة ، وقولهم إنه غير ممكن لا يصح فان الثياب

فلا يجوز استئجار بهيمة زمنة للحمل ولا أرض لا تنبت الزرع لان الاجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا تجوز اجارتها كالعبد الآبق

﴿ مسئلة ﴾ (الخامس كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها)

لانه تصرف فيما لا يملكه ولا اذن فيه مالكه فلم يجز كبيعه ، ويحتمل أن يجوز ويقف على اجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكها

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز للمستأجر اجارة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره)

يجوز للمستأجر اجارة العين المستأجرة اذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سلمة بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ،وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة وبهذا الاصل يبطل قياس الرواية الأخرى . إذا ثبت هذا فانه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لان هذه المنفعة صارت مملوكة له فله أن يستوفيها بنفسه وبنائبه ، والمستأجرة لا يجوز أجارتها لمن هو أكثر ضرراً منه ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره

لاتنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ماقاسوا عليه فانه متعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل أن لايصح لان ذلك لايكون الا من واحد وقد لايبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر والا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبدا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة ، قال احمد أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فيتطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه انما أباح له ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال ابو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا إلى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها، وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) فاما اجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، والثاني لايجوز وهو قول أبي حنيفة ، والمشهور من قولي الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان ، وأما اجارتها للمؤجر قبل القبض فاذا قلنا لايجوز من غير المؤجر ففيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز كغيره (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه وهل يصح من بائعه؟ على روايتين وتجوز اجارتها من المؤجر بعد قبضها وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لايجوز لانه يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق من المكري فاذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهو تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع الاجنبي جاز مع العاقد كالبيع وماذكروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها فان قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة قلنا المستحق تسليم العين ، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها رجع عليها لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالاجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعي واسحاق والبتي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجاره بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ماعقد مع الوارث ، واذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا انه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج امته ثم مات وما ذكروه لايصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ماذكروه لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئرا فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا

(فصل) وإن مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز إجارتها بمثل الاجرة وزيادة ، وعنه لاتجوز بزيادة ، وعنه ان جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا)

إذا قلنا بجواز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الاجرة وزيادة نص عليه أحمد ، وروي عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لاتجوز بزيادة تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبي سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعي وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا فان فعل تصدق بالزيادة روي ذلك عن الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ويخالف ما إذا عمل فيها فان الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية أخرى ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث فيها عمارة لايقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبر فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه بدليل أنها لوفاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، والقياس على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح فانه لايجوز وان لم يربح فيه ، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها عادة والله أعلم

مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه مالو غصبت، ولان بقاء العقد ضرر في حق المكتري والمكري لان المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن احمد في رجل اكترى بعيراً فمات المكتري في بعض الطريق فان رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له، وان كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينيه فبرأت أو ذهبت، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لاينفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئا من الاجر، ويفارق هذا مالو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لايؤيس منه بالحبس فانه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة اما بأجر أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ماذكرنا من الصور

(فصل) وسئل أحمد عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل؟ قال ماأدري هي مسئلة فيها بعض الشيء، قلت أليس كان الخياط أسهل عندك اذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئا؟ قال إذا عمل فهو أسهل. قال النخعي لابأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكا أو إبراً فان لم يعين فيها بشيء فلا يأخذن فضلا. وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله بناء على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

﴿ مسئلة ﴾ (والمستعير اجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها)

لانه لو أذن له في بيعها جاز فكذلك اذا أذن له في اجارتها ولان الحق له فجاز باذنه ولابد من تعيين المدة في الاذن لان الاجارة عقد لازم لا تجوز الا مدة معينة

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز اجارة الوقف) لان منافعه مملوكة للموقوف عليه فجاز اجارتها كالمستأجر

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تفسخ الاجارة في أحد الوجهين)

والثاني حصته من الاجر لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق

(فصل) اذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثنائها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق (والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح ، ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي ، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الأجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلمن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر وإن قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(فصل) وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فقال أبو الخطاب ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة

(والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين احداهما له والاخرى لغيره بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل إلى الوارث ، والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلمن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر . وان قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أجر الولي اليتيم أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فليس له فسخ الاجارة. ذكره أبو الخطاب)

لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوّجه ، ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية لما ذكرنا في إجارة الوقف . ويحتمل انه إذا أجره مدة يتحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجر ابن أربع عشرة سنتين فيبطل في السادس عشر لاننا نتيقن انه أجره فيها بعد بلوغه ، وهل يصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وإن لم يتحقق فيها بلوغه

فيما بعد زوال الولاية على ماذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ماإذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها - مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لاننا نتيقن أنه أجره فيما بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة - وبين ما إذالم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ماقد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، والى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لايمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لايملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالاب اذا زوج ولده وما قاسوا عليه انما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لاولاية له فيها وههنا انما يثبت للولي

كالذي أجره الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما ذكرنا في صدر الفصل، لأنا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق فيها بلوغه أفضى الى أن يعقد على منافعه طول عمره وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لايمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لايملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة إذا عتقت تحت زوج

ولنا انه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده والامة إنما ثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالماذكره، بدليل أنها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لاولاية له فيها ، وههنا انما يثبت للوالي الثاني التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم يثبت للثاني ولاية على ماتناوله الخبر

﴿ مسئلة ﴾ (فان أجر السيد عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق)

ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء . وهذا أحد قولي

الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم تثبت للثاني ولاية على ماتناوله

(فصل) وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولي الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

ولنا أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان مايستوفيه السيد لايرجع به عليه، ويخالف المكره فانه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكرناه . ولنا انه عقد لازم عقده على مايملكه فلا ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها . اذا ثبت هذا فان نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معتقه لانه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ولان العبد لايقدر على نفقة نفسه لانه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى

(فصل) اذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا

الشافعي ، وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل

ولنا انها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان مايستوفيه السيد لايرجع به عليه . ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره .ثم ولنا انه عقد لازم على مايملك فلم ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها

اذا ثبت هذا فان نفقة العبد اذا لم تكن مشروطة على المستأجر فهي على معتقه لانه كالباقي في ملكه لكونه يملك عوض نفعه ، ولان العبد عاجز عن نفقته لانه مشغول بالاجارة ولم تجب على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا انها على المولى، ويتخرج ان تنفسخ الاجارة كالصبي والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (واجارة العين تنقسم الى قسمين (أحدهما) أن تكون على مدة كاجارة الدار شهراً والارض عاما والعبد للخدمة أو للرعي مدة معلومة ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص)

تكون في الآدمي وغيره ، فأما غير الآدمي فمثل اجارة الدار شهراً والارض عاما. وأما اجارة الآدمي فمثل أن يستأجر رجلا يبني معه يوما أو يخيط له شهراً فهذا يسمى الاجير الخاص لان المستأجر يختص بمنفعته في مدة الاجارة لايشاركه فيها غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط أن تكون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وان طالت)

قال الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لان يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لان يد المستأجر انما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازه جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجارته كبيع الامة المزوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه الا في وقته، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) فان اشتراها المستأجر صح البيع أيضا لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده

أما ضبطها بالشهر والسنة فلا نعلم فيه خلافا وإنما اشترط العلم بالمدة لأنها هي الضابطة فاشترط معرفتها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ،فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة قال الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان قال هلالية كان تأكيداً ، وإن قال عددية أو سنة بالايام فهي ثلثمائة وستون يوما لان الشهر العددي ثلاثون يوما . وان استأجر سنة هلالية في أولها عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى . وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وإن جهلا ذلك أو أحدهما لم يصح

(فصل) فان أجره إلى العيد انصرف الى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعل غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله . وقال القاضي : لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو من سنة كذا . وكذلك الحكم ان علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا . وان علقه بشهر مفرد كرجب فلابد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم بينه من أي أسبوع ،وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح وإلا لم يصح

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل يجوز أجرة العين مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها

وهل تبطل الاجارة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصي له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره (والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن

(فصل) وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من ابيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابنين احدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين، وإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركة أبيه ويكون ماخلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه

وإن طالت. وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان (أحدهما) كما ذكرنا وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو الى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث انها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة: وحكى القاضي في كتاب الخلاف عن ابن حامد ان أصحابنا اختلفوا في مدة الاجارة فمنهم من قال لا تجوز أكثر من سنة. واختاره ومنهم من قال الى ثلاثين سنة لان الغالب ان الاعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

ولنا قوله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام انه قال (على أن تأجرني ثماني حجج) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل. ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه

(فصل) اذا استأجر سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام احمد كما لو استأجر سنة لم يحتج الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر الى تقسيط أجر كل يوم اذا استأجر شهراً، ولان المنفعة كالاعيان في البيع، ولو اشتملت الصفقة على اعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعي في أحد قوليه يفتقر الى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر الى تقسيط الاجر على كل شهر مع الاحتمال الذي ذكروه

نصفا مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انقضت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة واخذ عوضها من غيره

(فصل) وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وإن كان المشتري أجنبيـا فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر فاذا سقط العوض عاد اليه المعوض ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليـه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وانما استحقت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بهـا ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما اذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع اليه معوضها وهو المنفعة ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغـير

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح)

سواء كانت العين مشغولة وقت العقد اولم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في المحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان لانه عقد على ما يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة قال ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا انها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم فانه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكتري فانه يصح مع ماذكروه . اذا ثبت هذا فان الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكره لانها أحد طرفي العقد فاحتيج الى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض اصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي قال احمد في رواية اسماعيل ابن سعيد اذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني ثماني حجج)لم يذكرا ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فاذا اطلقها وجب أن تلي السبب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قربة

ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت الى البائع لملكت بغيرها ولانها مما لايجوز للزوج نقلها الى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) واذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل، وإن وجد بها عيبا فردها انفسخ العقد ولم يملك ابدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كما لو اشترى عينا، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فمتى سلم اليه عينا فتلفت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر ابدالها، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها، وإن وجد بها عيبا فردها فكذلك لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في ابطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ماقرر في موضعه، فان قيل فقد قلتم من اكترى جملا ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اكترى أرضا لزرع شيء بعينه جازله زرع ماهو مثله أودونه في الضرر فلم قلتم اذا اكترى جملا بعينه لايجوز أن يبدله؟ قلنا لان المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لايجوز أن يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوف المنفعة وانما نشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض

(فصل) اذا تمت الاجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة وتحدث على ملكه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والثمرة

ولنا ان الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن المنفعة المستقبلة كان لمالك العين أن يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها كان المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت انها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فان المستأجر لايملك التصرف فيها قولهم إن المنفعة معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت مورداً للعقد والقدر لايرد إلا على موجود

﴿مسئلة﴾ (واذا أجره في اثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرها بالاهلة)

لانه تعذر اتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وامكن استيفاء ماعداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل وعنه يستوفي الجميع بالعدد لانها مدة يستوفي بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في اثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده ولابي حنيفة والشافعي كالروايتين، وكذلك الحكم في كل مايعتبر فيه الاشهر كعدة الوفاة وشهري صيام الكفارة

انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ماجرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لان ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا شيئا يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئا ثقيلا فوق سقف لانه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئا يضر بها الا أن يشترط ذلك، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا وانما كان كذلك لان له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيلا في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ أكثر منه فاما أن يجعل الدار مخزنا للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره ويحتمل أن لا يجوز لان ذلك يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار (فصل) واذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول

(فصل) ومن اكترى دابة الى العشاء فآخر المدة غروب الشمس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخره النصف الآخر من الزوال وكذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاة العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قوله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فيدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل، وما ذكروه لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ماذكرناه فان اكتراها الى الليل فهو الى أوله وكذلك ان اكتراها الى النهار فهو الى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرنا في مدة الخيار، وان اكتراها نهاراً فهو الى غروب الشمس وان اكتراها ليلة فهي الى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) ثم قال (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا

الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لايجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لاتكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه وماذكره لايصح فان الضرر لايكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزىء فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ماذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولازائر ولا غير من ذكره ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى المركوب

(فصل) واذا أكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لانه يستوفي بعض مايستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لايملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ماكبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الامور بعد التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لايشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل)

(فصل) وان اكترى فسطاطا الى مكة ولم يقل متى اخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا انها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى رأس السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا نمنع كونه دليلا

(القسم الثاني) إجارتها لعمل معلوم كاجارة الدابة للركوب الى موضع معين أو بقر لحرث مكان أو دياس زرع واستئجار عبد ليدله على طريق أو رحى لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لايختلف لان الاجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلوما لئلا يفضي الى الاختلاف والتنازع كقولنا في البيع، والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في اجارة الدار وخدمة العبد مدة معلومة وإما بتقدير العمل ووصف مايعمله وضبطه بما لايختلف فيه كالمبيعات

(فصل) يجوز أن يكتري بقرا لحرث مكان لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت إني لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث » متفق عليه، ويحتاج الى معرفة الارض وتقدير العمل، فأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فانها تختلف فتكون صلبة تتعب

(فصل) فان شرط أن لايستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما لايبطله لانه لايؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا فألغي وبقي العقد على مقتضاه، والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه فأشبه مالو شرط أن لا يستوفي المنافع

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولانه عقد على مالم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل. اذا ثبت فانه لايجوز

البقر والحراث وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة وتكون رخوة يسهل حرثها، ولا تنضبط بالصفة فتحتاج الى الرؤية. وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الارض كهذه القطعة أو من هنا الى هنا أو بالمساحة كجريب أو جريبين أو كذا ذراعا في كذا كل ذلك جائز لحصول العلم به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ويجوز استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة اشبهت الحرث ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان لان الغرض يختلف به فمنه ماروثه ظاهر ومنه نجس، ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفرداً كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زرعا ولاصحاب الشافعي فيه وجه انه لايجوز لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان. ولنا انها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها اشبهت سائر المنافع المباحة وكالتي قبلها

(فصل) وان اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له كن استأجر البقر للركوب أو الحمل أو الابل

إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لماتقدم، فأما اجارتها قبل قبضها فلاتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان، والآخر يجوز وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فاذا قلنا لايجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان (أحدهما) لايجوز لانه عقد عليها قبل قبضها (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فاما اجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لايجوز لان ذلك يؤدي إلى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق على الكراء فاذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وماذ كروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين فاذا اشتراها استحق تسليمها، فان قيل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

والحمير للحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالتي خلقت له، ولان مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها ولا يمتنع ذلك الا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة ولم يوجد شيء منها، وكثير من الناس يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلاد يحرث على الابل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله تعالى انه معظم نفعها ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها ، واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحى ويفتقر لشيئين معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة لان عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها الى معرفته (الثاني) تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين وذكر جنس المطحون ان كان يختلف لان منه مايسهل طحنه ومنه ما يشق، وان اكتراها لادارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلائه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض، وكذلك ان اكتراها للسقي بالغرب فلا بدمن معرفته ولانه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة، يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الارض شديدة العطش لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيرويها

(فصل) ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ، وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد انه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة والا لم تجز الزيادة فان فعل تصدق بالزيادة روي هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن، ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه، ويخالف ما اذا عمل عملا فيها لان الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة ان أذن له المالك في الزيادة جاز والا لم يجز، وكرهه ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح مالم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبر فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فانها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فان البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وههنا جائز في الجملة وتعليلهم بان الربح في مقابلة عمله ملغى بما اذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها في العادة

(فصل) ونقل الاثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسئلة فيها بعض الشيء قلت أليس كان الخياط أسهل عندك

اليسير، وان قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء، ولا بد من معرفة الآلة التي يسقي فيها من راوية أو قرب أو جرار اما بالرؤية واما بالصفة، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وان قدره الى شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة مايستقي منه، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، فان اكتراها لبل تراب معروف جاز لانه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم يحتج الى ذلك لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الما عليه لان منه ماروثه وجسمه طاهر كالخيل والبقر ومنه ما روثه نجس وفي جسمه اختلاف كالبغال فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فاحتيج الى معرفته

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق)

لان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الاريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على الطريق الى المدينة

اذا قطع الثوب أو غيره اذا عمل في العمل شيئا قال اذا عمل عملا فهو أسهل ، قال النخعي لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكا أو ابراً أو يخيط فيها شيئا فان لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلا وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيا على مذهبه في أن من استأجر شيئا لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه اذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، قال أحمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأسا اذا كان الوزن واحداً، فان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة المعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه، فاذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدا لم يحمل عليها قطنا لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر ، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكتراه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بحركته، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيه ، وإن اكتراه ليركبه عريا لم يجز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عريا لانه اذا ركب عليه من غير سرج

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح استئجار رحى للطحن قفزان معلومة)

ويحتاج الى معرفة جنس المطحون براً أو شعيراً أو ذرة أو غيره لان ذلك يختلف فمنه ما يسهل طحنه ومنه ما يعسر فاحتيج الى معرفته لتزول الجهالة

(فصل) يجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لا نعلم فيه خلافا ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى رجل منا سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « زن وأرجح » رواه ابو داود

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليلازم غريما تستحق ملازمته وقد روي عن احمد انه كره ذلك وقال: غير هذا أعجب إلي وانما كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضييق على المسلم ولا يأمن ان يكون ظالما فيساعده على ظلمه وروي عنه انه قال لا بأس به لان الظاهر انه يحق فان الحاكم في الظاهر لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله

(فصل) ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز التطوع بها فجاز الاستئجار عليها كالخدمة ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قدره بمدة نحو أن يستأجره شهرا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر وعليه الحفر في ذلك الشهر قليلا حفر او كثير

حمي ظهره فربما عقره ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه ؛ وإن اكترى دابة بسرج فركبها باكاف أثقل منه أو أضر لم يجز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس، ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامناوعليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضر منها أو تخالف ضررها بان تكون احداهما أحسن والاخرى أخوف لم يجز وإن كان مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب، ويقوى عندي أنه متى كان للمكري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها مثل من يكري جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق لم يجز الذهاب بها إلى مصر ، ولو اكترى جماله جملة إلى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكتري فانه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى اليه لم يجز وكما لو عين طريقا سهلا أو آمنا فأراد سلوك مايخالفه في ذلك

قال شيخنا ويفتقر إلى معرفة الارض التي يحفر فيها وقال بعض أصحابنا لا يحتاج الى ذلك لان الغرض لا يختلف بذلك والاول أولى ان شاء الله تعالى لان الارض الصلبة يشق حفرها واللينة يسهل ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالسهولة والصلابة وذلك لا ينضبط بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعرضه وعمقه لان العمل يختلف بذلك ،واذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد ، فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولا يتضمن عقد الاجارة رفعه ،وان وصل الى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فان فسخ كان له الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل ، فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الاجر المسمى عليهما ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع ، لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع منه ما منعه من الحفر فهو كالصخرة على ماذكرنا

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتبا من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات نص عليه في رواية مثنى ابن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالاجر فلم ير به بأساً، ولا بد من التقدير بالمدة

(فصل) ويجوز أن يكتري قميصا ليلبسه لانه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعه في ذلك لان الاطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه لانه العرف ويلبس القميص على ماجرت العادة به ولا يجوز أن يتزر به لانه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لانه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لانه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الاتزار به

(فصل) وإن استأجر أرضا صح لما تقدم ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لانها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصح حتى يذكر له مايكترى له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لهذا كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه ، فان قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما وأشبه مالو قال بعتك أحد هذين العبدين وإن قال لتزرعها ماشئت أو تغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى اباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ماشئت ، ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله لتزرعها ماشئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله

أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الورق وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من المشاهدة لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر بأجزاء الفرع وبأجزاء الاصل ، وان قاطعه على نسخ الاصل بأجر واحد جاز فان أخطأ بالشيء اليسير عفي عنه لانه لا يمكن التحرز منه ، وان كان كثيراً بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل ليس له محادثة غيره حال النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما ، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف في قول أكثر أهل العلم ، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ويستكتبه مصحفا ، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القربة فكره الاجر عليه كالصلاة

ولنا انه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجرة عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

(فصل) يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه لانعلم فيه خلافاً وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز تقديره بمدة وبعمل مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي

أن يغرسها كلها ، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعا واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا

وان أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احداهن) أكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرعها ماشئت فانه يصح وله زرع ماشاء. وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر مايكترى له من زرع أو غرس أو بناء

ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الانواع لانها دونه فاذا عمم أو أطلق تناول الاكثر وكان له مادونه وبخالف الاجناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض ، فان قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، قلنا لان اجارة المركوب لأكثر الركاب ضرراً لاتجوز بخلاف المزروع ولان للحيوان حرمة في نفسه فلم يجز اطلاق ذلك فيه بخلاف الارض ، فان قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم انه يجوز أن يزرعها مايضر بها ؟ قلنا السكنى لاتقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لان العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فاذا أطلق كان راضيا بأكثره فلهذا جاز وليس له أن يغرس في هذه الارض ولا يبني لان ضرره أكثر من المعقود عليه

(المسألة الثانية) أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فان له زرع مايعينه وما ضرره كضرره أو

زرعه وتنقيته ودياسه ونقله الى موضع معين، ويجوز ان يستأجر رجلا يحتطب له لانه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليها وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لقوله ان كان يدخل عليه ضرر رجع بالقيمة فاعتبر الضرر . وظاهر هذا انه اذا لم يستضر لايرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله فان ضر المستأجر رجع عليه بقيمة ما فوت عليه . ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لانه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه انه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعها في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لايجوز في النفس لان عدد الضربات يختلف وموضع الضربات غير متعين اذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولا

ولنا انه حق يجوز التوكيل في استيفائه لايختص فاعله أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار

دونه ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم الا داود وأهل الظاهر فانهم قالوا لايجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لانه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة اذا تسلم الارض وان لم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره ، وفارق المركوب والدراهم في الثمن فانهما معقود عليهما فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا ولم يتعين ماقدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون

(المسئلة الثالثة) قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها إلا أنه لا يخالف فيها لانه شرط مااقتضاه الاطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال

(المسئلة الرابعة) قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لانه ينافي مقتضى العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لانه لاضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ماضرره مثله لايختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه، وقد ذكرنا فيما اذا شرط مكتري الدار أنه لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

عليه كالقصاص في الطرف. وقوله ان عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول ، وقوله ان محله غير متعين ، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخياطة من حاشية الثوب

(فصل) و يجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثيابا ، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي ، وكرهه الثوري وحماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ،وتجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم فأشبه الخياط والقصار، وان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل الف درهم شيئا معلوماصح أيضا ، وان قال كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز،وان لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

(فصل) وان استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح معلوم تجوز النيابة فيه فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ، ولانه يجوز الاستئجار

(فصل) وإن أكراها للغراس ففيه ماذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض ، وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض ، وان أكراها للزرع لم يكن له الغرس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررهما يخالف ضرره

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها ثم يسقى به أو من بئر يقوم بكفايتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ، ويصح استئجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالمعتاد منه لان ذلك بحكم العادة ولا ينقطع الا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة (الثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لانها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا

عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم انه يتعذر ممنوع فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فانه يتعذر ، وان استأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصح لانه قد يتعذر لامتناع صاحبها من البيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر وإلا بطلت الاجارة كالو لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل الى موضع معين ولا يكون الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف ، ويسمى الاجير المشترك)

يجوز للآدمي أن يؤجر نفسه بغير خلاف وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه رجلا ليدلهما على الطريق ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه أشبه الدور ، ثم ان اجارته تقع على مدة بعينها وعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه للرعي ، وتقع على عمل موصوف في الذمة كالسلم ، ومتى كان على عمل موصوف في الذمة لم يكن الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف لان الذمة لا تكون لغير الآدمي ولا تثبت المعاوضة لعمل في الذمة لغير جائز التصرف ، ولا بد أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطا بصفات السلم ليحصل العلم به

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الارض الشاربة به كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها

(النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادراً أو غير ظاهر كالارض التي لايكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالية فهذه ان أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضا لانه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إجارتها كذات الماء الدائم، وإن أجرها قبله للغرس أو الزرع لم يصح لانه يتعذر الزرع غالبا و يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح إجارتها كالآبق والمغصوب، وإن اكتراها على أنها لاماء لها جاز لانه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء، وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لان ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها و ليس له أن يبني و لايغرس لان ذلك يراد للتأبيد وتقدير الاجارة بمدة تقتضي تفريغها عند انقضائها، فان قيل فلو استأجرها للغراس والبنا صح مع تقدير المدة، قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة الا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا، وإن أطلق إجارة هذه الارض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لانهما دخلا في العقد على أنها لاماء لها فأشبه مالو شرطاه، وإن لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل

ويسمى الأجير فيها الاجير المشترك مثل الخياط الذي يتقبل الخياطة لجماعة وكذلك القصار ومن في معناه فتكون منفعته مشتركة بينهم

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم، وعنه يجوز)

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أو تبني هذه الدار في شهر وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيد الاجارة غرراً لا حاجة اليه لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ماوقع عليه العقد وان لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة، فهذا غرر قد أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه، وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال قد أضر به فقيل يرجع عليه بالقيمة؟ قال لا ويصالحه، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعا وهو قول أبي يوسف ومحمد لان الاجارة معقودة على العمل فالمدة انما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك، فعلى هذا اذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله، وان مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه، فان رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة

ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولانه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد مع الاطلاق وان علم بحالها لان اطلاق كراء الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم او الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لان المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز اجارتها لانها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لان التالف غير المعقود عليه وانما تلف مال المكتري فيه فأشبه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فالاجر لازم له لان تعذره

له الى الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ وملكه المسلم ، فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه وان فسخ العقد قبل العمل سقط الاجر والعمل ، وان كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل لان العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع الى أجر المثل

﴿ مسألة ﴾ (ولا تجوز الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كالحج والاذان ، وعنه تجوز)

معنى قوله يختص فاعله أن يكون من أهل القربة أنه يكون مسلما ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الاستئجار على عمل يختص فاعله أن يكون مسلما كالامامة والحج والاذان وتعليم القرآن فروي عنه انها لا تصح وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري ، وكره إسحاق تعليم القرآن بأجر ، قال عبدالله بن شقيق : هذه الرغفان التي يأخذها المعلمون من السحت ، وكره أجر المعلم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي ، وعن أحمد رواية أخرى انه يجوز حكاها أبو الخطاب ، ونقل أبو طالب عن احمد انه قال : التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ، ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله بأمانات الناس التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكراهة لا للتحريم

لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الارض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الماء وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به

(فصل) واذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لانه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس مذهبنا ماذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعا ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الثاني قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لان رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه ، فاذا جاز تعليم القرآن عوضا في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة . وقال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » حديث صحيح ، وفي حديث أبي سعيد أن رجلا رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه فقال « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » حديث صحيح . وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد ولان الحاجة تدعو الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الاجر فيه

ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال إن آخر ماعهد إلي رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى عبادة بن الصامت قال

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفرط غير صحيح لان هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الاجر بغير فائدة و تضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الاجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فان زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة

(فصل) وإذا اكترى الارض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل ان يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يفضي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لاخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم ، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئا احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه ان أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيرا يأخذه قصيلا صح العقد لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصح لانه اكترى

علمت أناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوسا قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال « ان سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فاهدى له خميصة أو ثوبا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو انك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » وعن أبي قال: كنت أختلف الى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول للجارية له هلمي طعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذاك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه ، وان كان يتحفك به فلا تأكله » وعن عبدالرحمن بن شبل الانصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة الى الله تعالى فلم يجز أخذ الاجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح . فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد، والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله » يعني الجعل أيضا في الرقية لانه ذكر ذلك في سياق خبر

الزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له، فان قلنا يصح فان انقضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لانه ههنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالاجر لان التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها، وان شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لانه جمع بين متضادين فان تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت

(فصل) اذا أجره للغراس سنة صح لانه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده، فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المكتري تسوية الحفر وإصلاح الارض لأنهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه، وان اتفقا على ابقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطا مدة معلومة، وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز، وان أطلق العقد فللمكتري القلع لان الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في الارض تصرفا نقصها لم

الرقية، وأما جعل تعليم القرآن صداقا فمنه فيه اختلاف، وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق انما قال «زوجتكها بما معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق اكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على اسلامه ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والاجر أن المهر ليس بعوض محض وانما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره

(فصل) فأما الرزق من بيت المال فيجوز على مايتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال من مصالح المسلمين فاذا كان بذله لمن يتعدى نفعه الى المسلمين محتاجا اليه كان من المصالح وكان له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر

(فصل) فان أعطى المعلم شيئا من غير شرط جاز في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية أيوب ابن سافرى لايطلب ولا يشارط فان أعطي شيئا أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد أكره أجر المعلم اذا شرط، وقال اذا كان المعلم لايشارط ولا يطلب من أحد شيئا ان أتاه شيء قبله كانه يراه أهون، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة التي أعطيها أبي وعبادة من غير شرط، ولان ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام. ووجه الاول قول النبي ﷺ «ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذه وتموله فانه رزق ساقه الله اليك» وقد أرخص رسول الله ﷺ في أكل طعام الذي كان يعلمه اذا كان طعامه وطعام أهله ولانه اذا

يقتضيه عقد الاجارة ، وان أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضي التأبيد ، فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده ، قلنا انما اقتضى التأبيد من حيث ان العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطا يخالف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ارش نقصه (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل وبهذا قال الشافعي، وقال مالك يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم

كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك ، فاما ان أعطي المعلم أجراً على تعليم الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعطي ينوي أنه يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قيما يكنسه ويسرج قناديله ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته ، أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج وليشد له ويحج عن قريبه فدفع اليه أجراً لخدمته جاز ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه وبناء المساجد والقناطر فيجوز أخذ الاجرة عليه لانه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث ذكره شيخنا ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما من القسم الاول ، والاولى ما ذكره شيخنا لكون فاعله لا يختص أن يكون من أهل القربة ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه وحجه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بغير خلاف لان الاجر عوض للانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه إجارة الاعيان التي لا نفع فيها

فيهما مقام البائع ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل أن اصحاب الارض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه

ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الارض فجاز لغيره كشقص مشفوع وبهذا يبطل ماذكروه فان الشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما ان شرط في العقد تبقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم مالو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ويحتمل أن يبطل العقد لانه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لايكمل قبل انقضاء المدة ، ولان الشرط باطل بدليل أنه لايجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وانما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع لان

﴿ مسئلة ﴾ (وان استأجر من يحجمه صح ، ويكره للحر أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم ، وقال القاضي لا يصح)

يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح اختاره أبو الخطاب وهو قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لايجوز وذكر أن أحمد نص عليه قال وان أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دابته وطعم عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل أكله وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » متفق عليه وقال أطعمه ناضحك ورقيقك

ولنا ماروى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه متفق عليه ، وفي لفظ ولو علمه خبيثا لم يعطه ولانها منفعة مباحة لايختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالختان ولان بالناس حاجة اليها ولايجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ولان قول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على اباحته اذ غير جائز أن يطعم رقيقه مايحرم أكله فان الرقيق آدمي يحرم عليه أكل ماحرم على الحر وتخصيص ذلك بما

الله تعالى قال(وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج ، ولان المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك ، وروي عنه رواية ثالثة لايجوز ذلك بحال لافي الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ماروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ(طس)حتى بلغ قصة موسى قال « ان موسى آجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم اذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا ، ولان من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات وللاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنقد البلد ونخص أبا حنيفة بأن ماكان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالاثمان . اذا ثبت هذا فانهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، قال أحمد اذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل

أعطيه من غير استئجار تحكم لادليل عليه ، فعلى هذا تسمية كسبه خبيثا لايلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما وانما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيها له لدناءة صناعته وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا استئجاره عليها وانما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه ، وقال «أعلفه الناضح والرقيق» هذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ على مابينا ، فان إعطاءه للحجام دليل اباحته اذ لا يعطيه مايحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها؟ فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عن أكله نهي كراهة لانهي تحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله بل قصد اتباعه، وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون في المسئلة قائل بالتحريم. اذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل أجرة الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لماذكرنا من الاخبار ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح ، وفيما ذكرناه إن شاء الله جمع بين الاخبار وتوفيق بين الادلة الدالة عليها فعلى هذا يطعمه الرقيق والبهائم كما جاء في الاخبار الصحيحة والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يريد بالحجامة كما نهى عن مهر البغي

يوم ذهب به إلى ظاهر ماأمر الله تعالى من اطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولان الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له اطعام الاجير إلا مايوافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الاجير كسوة و نفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة فنفقته و كسوته على نفسه و كذلك الظئر قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت ، وإن شرط الأجير طعام غيره و كسوته موصوفا جاز لانه معلوم أشبه مالو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للاجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفا لم يجز لان ذلك مجهول احتمل فيما اذا شرطه للاجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفا فيجوز

(فصل) وإن استغنى الاجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أوغيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لانه لم يشرط له الاطعام إلا صحيحا لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الاجير مايصلح لان مازاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد في القدر

أي في البغاء، ولذلك لو كسب في بضاعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي مخالف القياس فيختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هـذه الامور تدعو الحاجة اليها ، ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويقدر على ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط ويحتاج الى بيان عدد ما يكحله في كل يوم مرة أومرتين فان قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم ، وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء ، قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز ذلك لـكي يكون جعالة لا إجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم والجعالة تجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية انما كان جعالة فيجوز ههنا مثله. اذا ثبت هـذا فان الكحل ان كان من العليل جاز لان آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها وان شرطه على الكحال جاز، وقال القاضي يحتمـل أن لا يجوز لان الاعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا ان العادة جارية به ويشق على العامل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذين الاصلين، وفارق لبن الحائط لان العادة تحصيل

(فصل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فان كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بان يضعف عن العمل أو يقل ابن الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه اياه وانما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فمنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لانه حق لاضرر على المؤجر فيه فأشبه الدراهم

(فصل) وإن قدم اليه طعاما فنهب أو تلف قبل أكله نظرت فان كان على مائدة لايخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه فكان تلفه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير لانه تسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) اذا دفع إلى رجل ثوبا وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم

ولنا ماروى عطاء عن ابن عباس أنه كان لايرى بأسا أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولانها عين تنمي بالعمل

المستأجر إياه ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجر من يبني له جداراً والآجر من عنده لانه اشترى ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان معروفا جاز كما لو استأجره ليصبغ له ثوبا والصبغ من عنده

ولنا ان عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط بيع العين صار كبيعتين في بيعة ويفارق الصبغ من حيث ان الحاجة داعيـة اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في خنب يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هـذا الثوب فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فان برأت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لتعذر العمل فهو كما لو حجز عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شارطه على البرء فهي جعالة لا يستحق شيئا حتى يوجد البرء سواء وجد قريبا أو بعيداً فان بريء بغير كحله أو تعذر الكحل

فيها أشبه دفع مال المضاربة . اذا ثبت هذا فان باعه بزيادة فهي له لانه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب اذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لانه وكيل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقا وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيئة لم يصح البيع لان اطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لانه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة وههنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال ، ولان مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر وههنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد في رواية الاثرم ليس له شيء يعني اذا زاد على العشرة لان الاطلاق انما اقتضى بيعها حالا ، فاذا باعها نسيئة فلم يمتثل الامر فلم يستحق شيئا

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس مايخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة انما جاز ههنا لانه اذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما ، واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لانه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وههنا يكون أقل منه ضرورة

لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد فان امتنع لامر من جهة الكحال أو غير المستأجر فلا شيء له وان فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله وان فسخ الكحال فلا شيء له على ما يذكر في باب الجعالة ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح ان يستأجر طبيبا لمداواته والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء لانه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لانه انما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به ولم يوجد ذلك المنع ههنا فيثبت الحكم فيه على وفق الاصل

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالختان فان أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لانه من جنايته وان برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيح اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلا لذلك فصاحب الضرس أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله فاذا اكترى داراً للسكنى فله أن يسكنها مثله لانه لم يزد على استيفاء حقه ولانه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الظئر)

يعني انه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم ،ولان الحاجة تدعو اليه فوق دعائها إلى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالاجارة في سائر المنافع ثم ننظر فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز ، وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة؟فيه وجهان (أحدهما) لاتدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ماتناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ماجرى به العرف والعادة ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(والحضانة) تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر

(فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط (أحدها) أن تكون مدة الرضاع معلومة لانه لا يمكن

والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها ولا يسكنها من يضر بها كالقصارين والحدادين ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها ،ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا ما يضر بها ولا شيئا ثقيلا فوق سقف لانه يثقله وقد يكسر خشبه فان شرط ذلك جاز وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ولا يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ أكثر منه فان جعل الدار مخزنا للطعام فقال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره ويحتمل أن لا يجوز لانه يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) وان اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فكان له أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه وله استيفاء أقل منه لانه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب يثقل على المركوب ويضر به قال الشاعر

لم يركبوا الخيل إلا بعدما كبروا فهم ثقال على أكفالها عنف

تقديره إلا بها فان السقي والعمل فيهـا يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته، وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليهـا في بيته ويسهل عليها في بيتها (الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فصل) واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالصبغ في اجارة الصباغ، وماء البئر في الدار لان اللبن عين من الاعيان فلا يعقد عليه في الاجارة كلبن غير الآدمي وقيل هو اللبن، قال القاضي هو أشبه لانه المقصود دون الخدمة، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الاجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتبا على الارضاع فيدل على أنه المعقود عليه، ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها، وأما كونه عينا فانما جاز العقد عليه في الاجارة رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وانما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى ابقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به وللمكتري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ومتى لم ترضعه وانما أسقته لبن الغنم أو أطعمته

ولنا ان التفاوت في هذه الامور مع التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

(فصل) فان شرط أن لا يستوفى المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانهم قالوا فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد الوجهين للشافعية لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه واستيفاء بعضها بنفسـه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ولا يبطل به العقد في أصح الوجهين لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضراً فألغي وبطل العقد على مقتضاه والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه أشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

﴿مسئلة﴾ (وله استيفاء المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها)

قال احمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحداً وان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة المعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه

فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه فأشبه مالو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه ، وان دفعته الى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه فأشبه مالو سقته لبن الغنم ، وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فالقول قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه إجارتها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها لان نفعها لسيدها وان كان لها ولد لم تجز إجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها وليس لسيدها إلا مافضل عنه ، وان كانت مزوجة لم تجز إجارتها لذلك إلا باذنه لانه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بارضاع الصبي وحضانته ، فان أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا ينفسخ عقد الاجارة ويكون للزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه ، وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا إجارتها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

﴿مسئلة﴾ (فاذا استأجر أرضا لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه وليس له زرع الدخن ونحوه ولا يملك الغرس ولا البناء ولو اكتراها لاحدهما لم يملك الآخر)

وجملة ذلك ان اجارة الارض صحيحة وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونها لا تنضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لذلك كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه فان قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما لانه أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين العبدين، فان قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله لتزرعها ما شئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله أن يغرسها كلها وأن يزرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعا واحداً وزرعها جميعها من نوعين وكذلك ههنا

(فصل) فان اكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احداهن) اكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرع ما شئت فيصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنتـه لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغـير خلاف ، وان استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الخرقي فقال وان أرادت الام أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي ليس هذا ذلك وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر ، وهذا قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل انه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن مالها . وقولهم أنها استحقت عوض الحبس والاستمتاع ، قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعـة من وجه لا يمنع استحقاق منفعـة سواها بعوض آخر كما لو استأجرها أولا ثم تزوجها ، وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهـين (أحدهما) ان الالف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل (والثاني) انها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع الا باذن زوجها فتفسد التأويل

(فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر انها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

حتى يبين الزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء

ولنا أنه يجوز استئجارها لا كثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الانواع لأنها دونه فاذا عمم أو أطلق تناول الا كثر وكان له ما دونه، ويخالف الاجناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض ، فان قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب قلنا لان اجارة المركوب لا كثر الركاب ضررا لا تجوز بخلاف المزروع ولان الحيوان حرمة في نفسة فلم يجز اطلاق ذلك فيه بخلاف الارض ، فان قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم انه يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لان العقد لم يقتضـه والزرع يقتضي الضرر فاذا أطلق كان راضيا بأ كثره فلهذا جاز، وليس له أن يغرس في هذه الارض ولا يبني لان ضرره أ كثر من المعقود عليه (المسئلة الثانية) ا كراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فان له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم الا أهل الظاهر فانهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز أن يزرع بيضاء لانه عينـه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعـة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه الاجر بمضي المدة اذا تسلم الارض ولم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعـة فلم يتعين كما لو استأجر دارا ليسكنها فله أن

ولنا انه هلك المعقود عليه أشبه مالو هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطفل انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر اذا كان المسترضع موسراً)

يعني بالخبر ماروى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يارسول الله مايذهب عني مذمة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الامة » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، قال ابن الجوزي . المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم ، قال ابن عقيل انما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها لان فعلها في إرضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب مابين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أما فقال تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لما وتحصل

يسكنها غيره ، ويفارق المركوب والدراهم في الثمن فانه معقود عليها فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون ، فعلى هذا يجوز له زرع القمح والشعير والباقلا لانه أقل ضررا وليس له زرع الدخن والذرة والقطن لانه اما أن يكون أكثر ضرراً فيأخذ فوق حقه أو يكون ضرره مخالفاً لضرر القمح فيأخذ ما لم يتناوله العقد ولا شيئا من جنسه (المسئلة الثالثة) قال ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها الا أنه لا يخالف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك بصريح نصه فزال الاشكال (المسئلة الرابعة) قال ازرعها حنطة ولا تزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لمنافاته مقتضى العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لانه لاضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ما ضرره مثله لا يختلف في غرض المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه وقد ذكرنا فيما اذا اشترط مكتري الدار أن لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) فان أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض وان اكتراها للزرع لم يملك الغراس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر

به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اكترى دابة الى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين [أحدهما] في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل الزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك ، وروى الاثرم باسناده عن أبي الزناد انه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيا فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : ان من اكترى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواه فان الدابة ان سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكاراها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لان المنافع عندهما لا تضمن في الغصب ، وحكي عن مالك انه إذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

وضرر البناء يخالف ضرره ، وان اكتراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررهما يخالف ضرره

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم اما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع الا مدة لا تؤثر في الزرع أو من عين تنبع أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها الماء ثم تسقى به أو من بئر يقوم بكفايتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ويصح استئجاره للغرس والزرع وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالمعتاد منها لان ذلك بحكم العادة لا تنقطع الا نادرا فهي كسائر الصور المذكورة (والثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة كارض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فتصح اجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكراها بعد الزيادة صح ولا تصح قبلها لانها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أولا

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت اجارة الارض الشاربة منه كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادرا أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها الا المطر الشديد الكثير الذي يندر

﴿ الفصل الثاني في الضمان ﴾

ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها اذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة اذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه مالو تلفت بعد مدة التعدي وان تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه مالو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما اذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها

وجوده أو يكون شربها من فيض ماء وجوده نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبة فهذه ان أجرها بعد وجود ما يسقيها به صح لانه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت اجارتها كذات الماء الدائم ، وان أجرها قبله لم يصح لانه يتعذر الزرع غالبا أو يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح اجارتها كالآبق والمغصوب ، وان اكتراها على أنها لا ماء لها جاز لانه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لان ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها ، وليس له أن يبني ولا يغرس لان ذلك يراد للتأبيد وتقدير الاجارة بمدة يقتضي تفريغها عند انقضائها ، فان قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة الا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا ، وان أطلق اجارة هذه الارض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه مالو شرطاه، وان لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري انه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد لانه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها وقيل لا يصح العقد على الاطلاق وان علم حالها لان اطلاق كراء الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير

لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل انهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ولان الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس الى انسان فخرق ثيابه وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، فاما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر فان كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه مالو تلفت بجراحتين يبطل بما اذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما، وفارق ما اذا جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي. وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها

ولنا انها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها الا باذن جديد ولم يوجد، وماذكروه في الوديعة لانه لا بد أن يردها الى مالكها أو يجدد له اذنا

دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وان اكترى أرضا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا، وان كان ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح لان المقصود يتحقق بحكم العادة المستمرة، فان كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم تجز اجارتها لانها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى زرع فغرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي، لان التالف غير المعقود عليه وانما تلف مال المكتري فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك، وان تعذر ذلك لزمه الاجر لان تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين، وان تعذر الزرع بسبب غرق الارض وانقطاع مائها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين، وان تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلف بمباشرة ولا سبب، وان قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض الى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته الى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان اكترى لحمولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكتري لحمل شيء فزاد عليه مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة فحكمه حكم من اكترى الى موضع فجاوزه الى سواء في وجوب الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسئلة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضا ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه الى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضا فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسئلة الخرقي ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من احدى المسئلتين الى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسئلة بما اذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولانه في مسئلة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب، فأما مسئلة الزرع فيما اذا اكترى أرضا لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في

حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الماء وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به

﴿ مسئلة ﴾ (وان اكترى دابة للركوب او الحمل لم يملك الآخر، وان اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك الآخر)

اذا اكترى دابة للركوب لم يملك الحمل عليها لان الراكب يعين الظهر بحركته، وان اكتراها ليحمل عليها فليس له ركوبها لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيها، وان اكتراها ليركبها عريا لم يجز أن يركب بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عريا لان الركوب بغير سرج يحمى به الظهر فربما عقرها، وان اكتراها ليركب بسرج لم يجز أن يركب بأثقل منه فان اكترى حماراً بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون ان كان أثقل من سرجه، وإن اكترى دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجز، وان كان أخف أو أقل ضرراً فلا بأس، وإن اكترى دابة ليحمل عليها حديداً لم يحمل عليها قطنا لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكتراها لحمل القطن فليس له حمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامنا وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

رواية عبد الله فقال ينظر مايدخل على الارض من النقصان مابين الحنطة والشعير فيعطى رب الارض فجعل هذه المسئلة كمسئلتي الخرقي في ايجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فاذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالو اكتراها الى موضع فجاوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فان الحنطة ليست شعيراً وزيادة وان قلنا انه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرقي ، وقال الشافعي المكتري يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الارض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبها من أصلين

(أحدهما) اذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) اذا استأجر أرضا فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خيره بينهما، ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره الى المستحق كقتل العمد، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا يملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته اذا زرعه، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فانه غير متعد بالجميع انما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع، ونظير هاتين المسئلتين من اكترى غرفة ليجعل

(فصل) وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فاراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضر منها أو يخالف ضررها ضررها بأن تكون إحداهما أخوف والاخرى أخشن لم يجز وان كانت مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى كان للمكتري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول الى غيرها مثل من يكري جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق فليس له الذهاب إلى مصر ، ولو أكرى جماله جملة الى بلد لم يجز التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى غيرها وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكتري فانه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى اليه لم يجز وكما لو عين طريقا سهلا أو آمنا فأراد سلوك مايخالفه في ذلك

(فصل) إذا اكترى قميصاً ليلبسه جاز لان الانتفاع به ممكن مع بقاء عينه ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة فان كانت العادة في بلده نزع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعه لان الاطلاق يحمل على العادة وله لبسه فيما سوى ذلك ولا يلزمه نزعه إذا نام نهاراً لانه العرف ويلبس القميص على ماجرت العادة به لا أن يتزر به لانه يعتمد عليه فيشقه ، وفي اللبس لا يعتمد ويجوز

فيها أقفزة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الاولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ماقلنا في مسئلة الزرع، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فان زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفع النفقة وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لاغير على ماذكرنا في باب الغصب

(فصل) وان اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسئلة الزرع يخرج فيهاوجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لاتتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولانه متعد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فانه انما يمنعه الزيادة لاغير ، وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحمل حديد فحمل قطنا فالصحيح ان عليه أجر المثل ههنا لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الارض فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ماقبلها من المسائل، وسائر مسائل العدوان في الاجارة يقاس على ماذكرنا من المسائل ما كان متميزاً أو مالم يكن متميزاً فتلحق كل مسئلة بنظيرتها والله أعلم

(فصل) اذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدها ثلاثة فان كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم

الارتداء به لانه أخف من اللبس ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه وقيل لايجوز لانه استعمال له بما لاتجري العادة به في القميص أشبه الاتزار به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن فعل ماليس له فعله فعليه أجر المثل) لانه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لا يجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اكتراها لحمولة شيء فزاده أو إلى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد ، وقال أبو بكر عليه أجرة المثل للجميع)

وجملة ذلك أن من اكترى دابة لحمولة شيء فزاد عليه كمن اكترى لحمل قفيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه مثل أن يكتريها من دمشق إلى القدس فيركبها إلى مصر وجب عليه الاجر المسمى وأجر المثل للمزاد وضمانها ان تلفت وهذا مذهب الشافعي ونص عليه أحمد فيما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه واليه ذهب ابن شبرمة والحكم ، والظاهر من قول الفقهاء السبعة ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لان منافع الغصب غير مضمونة عندهما ، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وماذكروه تحكم

المكري بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعبيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لاأجر له في حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لانها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكري والمكتري فهو متعد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لاضمان على المكتري لان المكري مفرط في حمله

ولنا أن التدليس ليس من المكتري اذ أخبره بكيلها على خلاف ماهو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها، فأما إن كالها المكتري ورفعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكتري دابته اذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا أجر له لان المكتري لم يجعل له على ذلك أجرا (والثاني) له أجر الزائد لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن

لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وسيأتي الكلام مع أبي حنيفة في باب الغصب إن شاء الله وحكى القاضي أن قول أبي بكر فيما إذا اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وجوب أجر المثل للجميع أخذاً من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ان عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه مالو استأجر أرضا فزرع أخرى فجمع القاضي بين مسئلة الخرقي ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسئلتين إلى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لاتتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ماوقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل الحاق هذه المسئلة بما اذا اكترى إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد لانه في مسئلة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب

(فصل) فاما مسئلة الزرع فيما إذا اكترى لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبدالله فقال: ينظر مايدخل على الارض من النقصان مابين الحنطة والشعير فيعطى رب الارض فجعل هذه المسئلة كمسئلتي الخرقي في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين

كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وان حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك قد عرف وجه ذلك وارجو أن يكون خفيفا . ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو اكراها لمدة سفره في تجارته ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فان فعل ذلك فله أجر المثل لانه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان سمى لكل يوم شيئا معلوما فجائز)

وجملته ان من اكترى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد لان مدة الاجارة مجهولة

ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك

ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ولهذا قلنا له زرع مثله وماهو دونه في الضرر فاذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالو اكتراها إلى موضع فجاوزه ، وقد ذكرنا قول أبي بكر ان له أجر المثل لانه عدل عن المعقود فان الحنطة ليست بشعير وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرقي ، وقال الشافعي المكري مخير بين أخذ الكراء وما نقصت الارض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبهاً من أصلين (أحدهما) إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضا فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خيره بينهما ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ، والاولى إن شاء الله قول أبي بكر فان هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا ملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته اذا زرعه، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة في كونه لم يتعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة فقط ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفزة حنطة فجعل أكثر منها ومن اكتراها ليجعل فيها قنطار قطن فجعل فيها قنطار حديد ففي الاولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف كقولنا في مسئلة الزرع وحكم المستأجر الذي زرع أضر مما اكترى له

لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ،ولابد من تعيين مايستأجر له إما ار كوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة لان المنافع ذهبت في مدته فأشبه مالو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وان أجر نفسه لسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للاثر الوارد فيه ولان كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمى دلاء معروفة ، ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستقى به لان العمل يختلف به

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فان حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة الى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ،ونقل عبد الله عنه لو قال أكريتكها بعشرة فما حبستها فعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه انه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوما صح . ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فان قوله : فهو جائز عاد الى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله لا بأس ولان لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ، ومسئلة الصبرة لا نص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وان سلم فسادها فلأن القفزان التي شرط

حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فان زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفع النفقة ، وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجر على ما نذكر في الغصب

(فصل) وان اكترى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهي كمسئلة الزرع يخرج فيها وجهان وقياس منصوص أحمد ان له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر ان له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولانه متعد بالجميع بدليل ان لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها فانه انما يمنعه الزيادة لا غير ، وان اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو بالعكس فعليه أجر المثل لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل وسائر مسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسئلة بنظيرتها

(فصل) وان اكتراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة فان كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فهو كمن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وان كان المكري تولى كيله وتعبيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد وان تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها

حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فانها معلومة

(فصل) وان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان [احداهما] لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك نقداً بدرهم أو بدرهمين نسيئة [والثانية] يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمى لكل عمل عوضاً معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة

وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم فلا يزاد عنه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

(فصل) وان قال خطته روميا فلك درهم، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ففيها وجهان بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فاشبه مالو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة

وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلما فهو متعد عليهما عليه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به ضمانها وعليه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري لان المكري مفرط في حمله

ولنا ان التدليس من المكتري اذ أخبره بكيلها بخلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها، فأما ان كالها المكتري ووضعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكتري الدابة إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير وله أجر القفيز الزائد في أحد الوجهين لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجر (والثاني) لا أجر له لان المكتري لم يجعل له على ذلك أجراً، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه أجر القفيز الزائد وان أمره بحمله ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمر به كان كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي فهو كما لو حمله الذي كاله وإن كان بأمر الاخر فهو كما لو حمله الاخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تلفت ضمنها إلا ان تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) إذا تلفت الدابة التي تعدى فيها إما بزيادة على الحمل أو زيادة على المسافة ضمنها بقيمتها سواء

واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على اخرى فاشبه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) انه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال الى مصر باربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكرؤاه عشرون فقال اذا اكترى الى الرقة بعشرين واكترى الى دمشق بعشرة واكترى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للحمال أن يرجع، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله. ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غداً فكراؤها عشرة وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن احمد في رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم

تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن هذا ظاهر كلام الخرقي والفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي ، وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها ضمنها ، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري جميع القيمة وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة لانها تلفت بفعل مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال فيمن اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته ، قال شيخنا وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، فاما ان تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوب ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل ما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر آخذ بزمامها كانت لصاحب الحمل والراكب ولان الراكب متعد

﴿ فصل في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل ﴾

(أحدها) قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة الى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف نعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرهم فيصح أيضا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله اذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل قفيز بدرهم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعة ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز بدرهم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة اخرى في البيت بحساب ذلك فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وان جهلها

بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن خرق ثياب انسان وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن القى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كتلفها تحت الحمل والراكب ، وان كان بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة فلا ضمان فيها لانها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها ولنا أنها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد والاصل ممنوع إلا أن يردها إلى مالكها أو يجدد لها إذنا

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الاحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وكل ما جرت عادته به

أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة (الثامنة) قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وان جهلاها بطل فيهما لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مغصوبة أوامتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها، وفي صحته في صحة الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما ان كانت قفزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الاخرى فالاولى صحته لان قسط الأجر فيها معلوم وان لم يكن كذلك فالاولى بطلانه لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة اقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على مايشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه

يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطىء به الركوب من الحداجة للجمل والقتب وما يتمكن به الراكب من النفع كزمام الجمل والبرة التي في أنفه ان كانت العادة جارية بها والسرج واللجام للفرس والبردعة والاكاف للبغل والحمار على ما يقتضيه العرف بحمل الاطلاق عليه، وما زاد على ذلك من المحمل والمحارة والحبل الذي يشد به بين المحملين على المكتري لانه من مصلحة الحمل وكذلك الوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل وعلى المكري رفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري، فان كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكتري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فاشبه الزاد وقيل ان كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري لان الذي عليه تسليم الظهر وقد سلمه، وان كانت الاجارة على حمله الى مكان معين في الذمة فهو على المكتري لانه من مؤنة إيصاله اليه وتحصيله فيه، فان كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن منها إلا به وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول مع قيام البعير لم يلزم الجمال أن يبرك الجمل لامكان استيفاء المعقود عليها، فان كان قويا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فالاعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفرض وقضاء حاجة الانسان والطهارة ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير، ومايمكنه فعله عليه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اكترى الى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والاغطية والاوطئة لم يجز الكراء)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الابل الى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى (والخيـل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن تحج وتكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر انهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعاً للحاجة . إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ماعقدا عليه لانه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع ، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبـين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وان كان مقتبا ذكره، وهل يكون مغطى أو مكشوفا ؟ فان كان مغطى احتيج الى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر الا أن الشافعي قال يجوز اطلاق غطاء المحمل لانه لا يختلف اختـلافا متباينا ، وحكي عنـه في المعاليق

من الاكل والشرب وصلاة النافلة لا يلزمه ان يقفه له من أجله فان أراد المكتري اتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام

(فصل) اذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضعيف لم يلزمه ذلك لانه اكترى جميع الطريق كالمتاع، وان كان جلداً قويا احتمل أن لا يلزمه أيضا لانه عقد على جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق أشـبه الضعيف ويحتمل ان يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) فان كان المكترى داراً أو حماما فعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فان ضاعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة في يد المستأجر فأشبه حيطان الدار وأبوابها وان سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه ابدالها وبناء الحائط ، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبرك ومجرى الماء لان بذلك يحصل الانتفاع ويتمكن منه وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبركة فعلى المكتري فاما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لان الانتفاع ممكن بدونه

﴿ مسئلة ﴾ (فاما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة)

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الـكراء فعلى المكري لانه مما يتمكن به من الانتفاع

قول انه يجوز اطلاقها وتحمل على العرف ، وحكي عن مالك انه يجوز اطلاق الراكبين لان أجسام الناس متقاربة في الغالب ، وقال أبو حنيفة إذا قال في المحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : ان أجسام الناس متقاربة لا يصح فان منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ، ويتفاوتون أيضا في المعاليق فمنهم من يكثر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالمحمل والاوطئة ، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك، وتحصل بأحد امرين إما بالرؤية فيكتفي بها لانها أعلى طرق العلم الا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره فاما أن يجرب به فيعلم ذلك برؤيته وإما ان يصفه ، وإما بالصفة فاذا وجدت اكتفي بها لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع واذا استأجر بالصفة الركوب احتاج الى ذكر الجنس

وان امتلأت بفعل المستأجر فتفريغها عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به يتمكن من الانتفاع أشبه مالو اكتراها وهي ملأى، وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكتري والاستحسان أنه على رب الدار لان ذلك عادة الناس

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا ، والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف مائه كالقول في بالوعة الدار ، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) فان شرط على مكتري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح لانه لا يجوز أن يؤجر مدة لايمكنه الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أن يستوفي بقدرها عند انقضاء مدته لانه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكتري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ ويتخرج أن له أرش العيب، كالمبيع المعيب فان لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه جميع الاجر لانه استوفى المعقود عليه فأشبه مالو علم العيب بعد العقد فرضيه ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى تلف في يده أو أكله

(فصل) وإن شرط على المكتري النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام فالشرط فاسد لان العين ملك المؤجر فنفقتها عليه ، فان انفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكتري لانه أنفقه

فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حمير ، والنوع فيقول بختي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو برذون ، وفي الحمير مصري أو شامي ، وان كان في النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره ، وذكر القاضي أنه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعي لان الغرض يختلف بذلك فان الانثى أسهل والذكر أقوى ، ويحتمل انه لا يحتاج الى معرفة ذلك لان التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة انما هو الجمال العراب دون البخاتي

(فصل) واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما ، وان كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم ، فان أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف ومتى اختلفا في ذلك وفي ميقات السير ليلا أو نهارا أو في موضع المنزل اما في داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف ولانه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

على ملكه بشرط العوض فان اختلفا في قدر ما أنفق ولا بينة فالقول قول المكري لانه منكر فان لم يشرط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له به من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضاً ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له داراً أخرى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في جواز كراء الابل وغيرها من الدواب إلى مكة وغيرها قال الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمستأجرة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن يحج ويكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة اليه ، وقد فرض الله تعالى الحج على الناس وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يحسن القيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعا للحاجة . اذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين المعقود عليه لانه عقد معاوضة أشبه البيع فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين بالرؤية أو بالصفة لان المعرفة بالصفة تقوم مقام الرؤية اذا وصفهما بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا يكفي في ذلك الصفة لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ولهم في المحمل وجه أنه لا يكتفي فيه بالصفة ويجب تعيينه

(فصل) وإن اشترط حمل زاد مقدر كمائة رطل نظرنا فان شرط أنه يبدل منهاما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدله لم يكن له إبداله فان ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله ابدال ماذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضا لانه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك ابداله لان العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الاطلاق على العرف وصار كالمصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ، ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لان العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع

(فصل) واذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لانه من تمام الحج وقيل ليس له الركوب الى منى لانه بعد التحلل من الحج والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ومن اكترى الى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكترى اليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكتري للحج

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الي حيوان فا كتفي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ولانه لولم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم تساويهما فيه ولان الوصف يكتفى به في البيع فا كتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه ويحتاج إلى معرفة الآلة التي يركبان فيها من محمل ومحارة وقتب وغير ذلك، وهل يكون مغطى أو مكشوفا؟ فان كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء ويحتاج إلى معرفة الوطاء ومعرفة المعاليق التي معه من قربة وسطيحة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر ما يحمل معه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال : يجوز اطلاق غطاء المحمل لانه لا يختلف اختلافا كثيراً متباينا، وحكي عنه في المعاليق قول أنه يجوز اطلاقها ويحمل على العرف وحكي عن مالك أنه يجوز اطلاق الراكبين لان أجسام الناس متقاربة في الغالب، وقال أبو حنيفة إذا قال في المحمل رجلان ومايصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمله معه وقول مالك إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فان منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمهزول والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ويتفاوتون أيضاً في المعاليق منهم من يكثر الزاد والحوائج

(فصل) فيما يلزم المكري والمكتري للركوب . يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحداجة للجمل و القتب والزمام الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بهما وإن كان فرسا فاللجام والسرج ، وإن كان بغلا أو حماراً فالبرذعة والاكاف لان هذا هو العرف فحمل الاطلاق عليه.وعلى المكتري مايزيد على ذلك كالمحمل و لحارة والحبل الذي يشد به بين المحملين أو المحارتين لان ذلك من مصلحة المحمل والوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل،وعلى المكري رفع المحمل على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب،ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها،فأما الدليل فهو على المكتري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالزاد ، وقيل إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري لان الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه ، وإن كانت على حمله الى مكان معين في الذمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إيصاله اليه وتحصيله فيه

(فصل) واذا كان الراكب ممن لايقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لانه لايتمكن من الركوب والنزول الا به، وان كان

ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالمحمل والاوطئة، و كذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشد على المحمل في الهواء. ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ماذكرناه، فان رأى الراكبين أو وصفاله وذكر الباقي بارطال معلومة جاز ذكره الخرقي،وأما الراكب فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ويحصل بالرؤية لانها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المشي كالرهوال وغيره ، واما أن يجر به فيعلم ذلك برؤيته ويحصل بالصفة فاذا وجدت اكتفي بها لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع، فاذا استأجر بالصفة للركوب احتاج الى ذكر الجنس فرسا أو بعيراً أو بغلا أو حماراً أو النوع فيقول في الابل بختي أو عرابي وفي الخيل عرابي أو برذون وفي الحمير مصري أو شامي وان كان في النوع مايختلف كالمهملاج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره لان الغرض يختلف به،وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه،قال شيخنا ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لايحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة الجمال العراب دون البخاتي

(فصل) اذا كان الكراء الى مكة أو طريق لايكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما وان كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم فان اطلق والطريق منازل معروفة جاز لانه معلوم بالعرف،ومتى

ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يبرك له الجمل لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفا نقوي فالاعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الانسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الاكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يبركه، ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكتري اتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن اكترى بعيراً لانسان يركبه لنفسه وسلمه اليه لم يلزمه سوى ذلك لانه وفى له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه

(فصل) واذا اكترى ظهراً في طريق العادة فيه النزل والمشي عند اقتراب المنزل والمكتري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لانه اكتراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلداً قويا ففيه وجهان [أحدهما] لا يلزمه النزول أيضا لانه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف [والثاني] يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) وان هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين [أحدهما] أن يهرب بجماله فينظر فان لم يجد المستأجر حاكما أو وجدحاكما لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الاثبات

اختلفا في ذلك وفي وقت السير ليلا أو نهاراً أو في موضع المنزل إما في داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف، وان لم يكن للطريق عرف فقال القاضي لا يصح كما لو اطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف لانه لم تجر العادة بتقدير السير في الطريق فان اختلفا رجع الى العرف في غير تلك الطريق

(فصل) فان شرط حمل زاد مقدر كمائة رطل وشرط انه يبدل منها مانقص بالاكل أو غيره فله ذلك وان شرط أن مانقص بالاكل لا يبدله فليس له ابداله فان ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل في شرطه، وان اطلق العقد فله ابدال ماذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف وان نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضا لانه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدال مانقص منه كما لو نقص بسرقة ويحتمل أن لا يملك ذلك لان العرف جار بأن الزاد ينقص ولا يبدل فحمل العقد عليه عند الاطلاق وصار كالمصرح به، وقال الشافعي القياس ان له ابداله ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لان العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل اجره عن أجر المتاع

(فصل) اذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج

عنده ولا يحصل له مايكتري به ما يستوفي حقه منه فللمستأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع المسلم فيه عند محله، فان فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الاجر كان دينا في ذمته، وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ومتى قدر على الجمال طالبه به، وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك، وان أمكنه اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فان وجد للجمال مالا اكترى به له وان لم يجد له مالا وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره مايكتري له به فعل، فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وان اقترض عليه من المكتري ما يكري به جاز وصار دينا في ذمة الجمال، وان كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

[الحال الثاني] إذا هرب الجمال فترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال في الانفاق على الجمال والشد عليها وحفظها وفعل مايلزم الجمال فعله فان لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا، وان ادان من المكتري وأنفق جاز، وان أذن للمكتري

عليه إلى منى لان ذلك من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب الى منى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت) ولو اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لايكترى اليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكتري للحج

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز في البعض ولا بد من العلم بها إما بالفراسخ واما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركب يوما ويمشي يوما جاز فان أطلق احتمل الجواز واحتمل أن لا يصح لانه يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أو مازاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشي لدوام المشي عليه والدابة لدوام الركوب عليها لانه إذا ركب بعد شدة التعب كان أثقل على البعير، وان اكترى اثنان جملا يتعاقبان عليه جاز ويكون كراؤه كل الطريق والاستيفاء بينهما على مايتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما الكل

في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناعلى الجمال جاز لانه موضع حاجة ، واذا رجع الجمال واختلفا فيما أنفق نظرنا فان كان الحاكم قدر له ماينفق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لايحتسب به وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لايرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم ففعل مايرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجمال مالزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وان لم يجد حاكما أو عجز عن استدانة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه فان فعل ذلك متبرعا لم يرجع بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة، وهذا أحد الوجهين للشافعي وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان [أحدهما] يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لابد لها من نفقة إذن في الانفاق [والثاني] لايرجع به لانه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهده فأنفق محتسبا بالرجوع وقياس المذهب ان له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد ان الموت لايفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فان لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئا لان البيع انما يجوز من المالك أو من نائبه أو ممن له ولاية عليه

واحد منهما فراسخ معلومة او لاحدهما بالليل وللآخر بالنهار ، وإن كان لذلك عرف رجع اليه وان اختلفا في البادىء منهما أقرع، ويحتمل أن لا يصح كرؤها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معينا منهما

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها)

وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها عقد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولانها نوع من البيع وانما اختصت باسم كالصرف والسلم لا أن يجد العين معيبة عيبا لم يكن علم به فله الفسخ بغير خلاف نعلمه قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة ، وإن شاء أخذها وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الاعيان، والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحا أو عضوضا ونحو ذلك، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئا لانه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز اكتراؤها في البعض، ولابد من كونها معلومة إما أن يقدرها بفراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وان اتفقا على أن يركب يوما ويمشي يوما جاز. فان اكترى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف، ويحتمل أن لا يصح لان ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا. وان اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو مازاد ونقص جاز، وان اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما: الماشي لدوام المشي عليه، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه، ولانه إذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير

وان اكترى اثنان جملا يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على مايتفقان عليه، وان تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وان كان لذلك عرف رجع اليه، وان اختلفا في البادىء منهما أقرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبدا معينا منهما

وأشباه ذلك من النقائص، فان رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الاجرة لأنه رضي به ناقصا أشبه مالو رضي بالمبيع معيبا، وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أولا؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فان قالوا هو عيب فله الفسخ والافلا هذا اذا كان العقد تعلق بعينها فان كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكري إبدالها كالمسلم فيه إذا وجده معيبا أو على غير صفته فان عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فللمكتري الفسخ أيضاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان بدا له قبل تقضي المدة فعليه الاجرة)

قد ذكرنا أن الاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة وتلزمه الاجرة ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئا وقبضه ثم تركه: قال الاثرم قلت لابي عبدالله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني؟ قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء. قلت فان مرض المستكري بالمدينة؟ فلم يجعل له فسخاً لانه عقد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لانها صارت مملوكة لغيره فان

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقي بأرطال معلومة فجائز)

وجملته ان المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفهما بما يختلفان به في الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانوثية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لابد من معرفة الراكبين بالرؤية لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ولانه لولم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولان الوصف يكتفى به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى [وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس] والحمولة بالضم الاحمال والحمولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى

تصرف فيها وكان ذلك في حال يد المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه تصرف فيه قبل قبض المكتري له أشبه مالو أتلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه ،فان تصرف في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ماتصرف فيه خاصة ، وعلى المستأجر أجر مابقي فان سكن المستأجر شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وان سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر واحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه يسقط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لانه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه أشبه مالو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري إياه وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرهما فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر الاجر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وان فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها الى المستأجر ، والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي وان تصرف المالك قبل تسليمه العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجها واحداً لان العاقد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضا

ومن الانعام حمولة وفرشا] الحمولة الكبار والفرش الصغار، وقيل الحمولة الابل والفرش الغنم لأنها لاتحمل، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان الراكب غرضا في المركوب من سهولته وحاله وسرعته، وان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الاجارة، وأما الاحمال فلابد من معرفتها فان لم يعرفها لم يجز لان ذلك يتفاوت كثيراً ويختلف الغرض به فان شرط أن يحمل ماشاء بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به ويدخل فيه مايقتل البهيمة، وان قال احتمل عليها طاقتها لم يجز أيضا لان ذلك لاضابط له، وتحصل المعرفة بطريقين (المشاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم (والصفة) ويشترط في الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فان القطن يضر بها من وجه وهو انه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو انه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلابد من بيانه، وأما الظروف فان دخلت في الوزن لم يحتج الى ذكرها، وان لم توزن فان كانت ظروفا معروفة لاتختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتا كثيرا فتسميتها تكفي، وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة وذكر ابن عقيل انه اذا قال أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز ومثل ذلك لكن لا يحمله حملا يضر

(مسئلة) (وان حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه ويحتمل أن له من الاجرة بقسطه)

اذا استأجر مدة فسكنه بعضها ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجر نص عليه أحمد وذكره الخرقي ويحتمل أن له من الاجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لانه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته

ولنا أنه لم يسلم اليه ما تناوله عقد الاجارة فلم يستحق شيئا كما لو استأجره لحمل كتاب الى بلد فحمله بعض الطريق أو ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكتري من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه او عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر او حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وانه لايستحق شيئا لما ذكرنا

(مسئلة) (وان هرب الاجير حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة، وان كانت على عمل خير المستأجر بين الصبر والفسخ)

بالحيوان مثل مالو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها ، وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفا بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض للمستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحولة لكون الحولة مما يضرها الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لانها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وان اكترى بقراً للحرث جاز لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ « بينا رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت اني لم أخلق لهذا انما خلقت للحرث » متفق عليه. ويحتاج الى شرطين معرفة الارض وتقدير العمل فأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولانها تختلف فتكون صلبة تتعب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتي الصفة عليها فيحتاج إلى رؤيتها

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما الارض كهذه القطعة أو من

وجملة ذلك أنه اذا هرب الاجير أو شردت الدابة او أخذ المؤجر العين وهرب بها او منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان انفسخ فلا كلام ، وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى مابقي منها ، وان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب او بناء حائط او حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب بيع من ماله فان تعذر فللمستأجر الفسخ فان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الذمة لا يفوت بهربه ، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع اذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ماسبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة او يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ماعمل فاما ان شردت الدابة او تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

﴿ مسئلة ﴾ (فان هرب الجمال أو مات وترك الجمال انفق عليها الحاكم من مال الجمال أو أذن للمستأجر في الانفاق فاذا قدم باعها ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه)

اذا هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يهرب بجماله فان لم يجد المستأجر حاكما أو وجد حاكما لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل

هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كدى أو مديين ونحوذلك كل ذلك جائز ،لان العلم يحصل به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه ، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لان الغرض يختلف به فمنه ماروثه طاهر ومنه ماروثه نجس ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان ، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحى ويفتقر إلى شيئين معرفة الحجر إما بمشاهدة واما بصفة تحصل بها معرفته لان عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوما أو يومين ، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف لان منه مايسهل طحنه ومنه مايصعب، وكذلك إن اكتراها لادارة دولاب فلا بد

له ما يستوفي به حقه منه فللمستأجر الفسخ لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه أشبه ما اذا أفلس المشتري فان فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الاجر كان دينا في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخت الاجارة وان أمكن اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فان وجد الحاكم للجمال مالا اكترى به وان لم يجد له مالا وامكنه أن يقترض عليه مايكتري له به فعل فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري به لنفسه جاز في ظاهر كلام أحمد، وان كان القرض من المكتري جاز وصار دينا في ذمة الجمال وان كان العقد على معين لم يجز ابداله ولا اكتراء غيره لان العقد تعلق بعينه فيخير المكتري بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

(الحال الثاني) اذا هرب وترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقامه في الانفاق على الجمال والشد عليها وفعل مايلزم الجمال فان لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما ذكرنا، وان ادان من المكتري وانفق جاز، وان أذن للمكتري في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون دينا على الجمال جاز لانه موضع حاجة فاذا رجع واختلفا فيما انفق وكان الحاكم قدر النفقة قبل قول

من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو مل، هذا الحوض أو هذه البركة ، وكذلك ان اكتراها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لانه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الارض عطشانة لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل أن يجوز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة يستقي عليها الماء ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جرار، ومعرفة ذلك اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل اما بالزمان، واما بعدد المرات واما بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة، وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، وإن اكتراها لبل تراب معروف جاز لان ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ما روثه طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر ، ومنه ما روثه نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالبغال والحمير فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته

المكتري في ذلك دون ما زاد ،وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين فاشبه الوصي اذا ادعى النفقة على الايتام بالمعروف وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ،واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم فيفعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز ، وان لم يجد حاكما أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه ولا يرجع بذلك ان فعله متبرعا وان نوى الرجوع واشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الانفاق (والثاني) لا يرجع به لانه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يشهده وأنفق محتسبا بالرجوع ، قال شيخنا وقياس المذهب أن له الرجوع كقولنا يرجع بما انفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ،فان قدر على استئذان الحاكم فانفق من غير استئذانه واشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضا، وحكم موت الجمال حكم هربه وقال أبو بكر مذهب احمد أن الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى، فان لم يكن في يد المستأجر ما ينفق لم يجز أن يبيع منها شيئا لان البيع إنما يجوز من المالك أو نائبه أو ممن لا ولاية عليه

(فصل) واذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر للركوب والحمل عليها أو اكترى الابل والحمر للحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولان مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح اما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعته وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الاكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلدان يحرث على الابل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الاجير على ضربين خاص ومشترك : فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً . سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس . والمشترك الذي يقع العقد معه على

﴿ مسئلة ﴾ (وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها)

وجملته ان من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام [أحدها] ان تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب [أحدها] أن تتلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه مالو تلف الطعام المبيع قبل قبضه [الثاني] أن تتلف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ ايضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكي عنه انه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع . وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين [الثالث] أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون مامضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق يعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ماقبض كما لو اشترى صبرتين فقبض احداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ، ثم ننظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر مامضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف اكثر من الشتاء ،

عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب . سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ، فالاجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي وهو ضامن لما جنت يده فالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أحمد على هذه المسئلة في رواية ابن منصور، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ماتلف من يده أو جذفه أومايعالج بهالسفينة ، وروي ذلك عن عمر وعلي وعبدالله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لايضمن مالم يتعد . قال الربيع هذا مذهب الشافعي وان لم يبح به ، وروي ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة

ولنا ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع

أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويسقط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أومختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وموت الصبي المرتضع)

إذا مات الصبي المرتضع انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذامنصوص الشافعي،وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي

وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر انها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولنا أنه هلاك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة .

﴿ مسئلة ﴾ (وموت الراكب اذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة)اذا مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد ان الاجارة تنفسخ فيما بقي

عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه اذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك انما يضمن اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كالاجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لاضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا ، قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أواكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه فظاهر كلام الخرقي أنه لافرق بين كونه في ملك نفسه أوملك مستأجره أوكان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أولا ، وكذلك قال ابن عقيل ماتلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو

من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين فأشبه مالو غصبت ولان بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكتري لان المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه ، وقد نقل عن أحمد في رجل اكترى بعيرا فمات المكتري في بعض الطريق فان رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له ، وان كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء الى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع لانه تعذر استيفاء النفعة بأمر من الله تعالى فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ او انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أوذهبت ، ويجب أن يقدر انه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا ينفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ، ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤيس منه بالحبس لانه يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة له إما بأجره أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصور

لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ولان جناية الجمال والملاح اذا كان صاحب المتاع راكبا معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما لم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا متترسا فكسر ترسه وقتله، ولان الطبيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن، وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي ان تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لان الفعل في ذلك الى الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فثم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده اذ لايضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنايات وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان والله أعلم

(فصل) فأما الاجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد قال أحمد في رواية

﴿ مسئلة ﴾ (وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه أو برؤه) وكذلك ان اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت انفسخ العقد لانه تعذر استيفاء المعقود عليه أشبه مالو تعذر بالموت

﴿ مسئلة ﴾ (فان اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين وفي الآخر يثبت المستأجر خيار الفسخ)

وجملة ذلك أنه إذا حدث في العين المكتراة مايمنع نفعها كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار أو الارض لوضع حطب فيها أو وضع خيمة في الارض الذي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضا لان المنفعة التي وقع العقد عليها تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لاتصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي في الارض التي انقطع ماؤها لاتنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي، لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه مالو نقص نفعها مع بقائه، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء، فان فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات، وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الاجرة لان ذلك عيب فاذا

مهنا في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك ، قيل فرجل اكترى رجلا يستقي ماء فكسر الجرة ؟ فقال لاضمان عليه قيل له فان اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال فلاضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر ان جميع الاجراء يضمنون وروي في مسنده عن علي رضي الله عنه انه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به ، كالقصاص وقطع يد السارق ، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه انه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وان روي مطلقا حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب ، فأما ما يتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعديه فضمنه كغير الاجير

(فصل) واذا استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصا كالخياط في دكان يستأجر أجيرا مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(فصل) اذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجر عليه

رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء إما لجهله بان له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالاعيان في البيع ، ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كغيرها ، فاما ان أمكن الانتفاع بالعين وفيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء منحسراً عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه مالو تعيبت وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا إلا في الدار إذا انهدمت ففيها وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها فاما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بما ينحسر عن قريب بحيث لايمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لايحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في بقية

وبين تضمينه إياه معمولا ويدفع اليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجر إلى ذلك المكان، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولا أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه اليه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا دفع إلى حائك غزلا فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً على ماقدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ماعدا الزائد فينظر فيه فان كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ماسمى له من الاجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين فان جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ماأمر به فأشبه زيادة الطول، ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بانه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ماأراد ولا يمكن ذلك في العرض، وأما إن جاء به ناقصا في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه

العين لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصة من الاجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بموت المكتري أو المكري)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبتي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ماعقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا أنه عقد لازم فلم ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكروه لايصح لانا قد بينا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وان الاجرة قد ملكت عليه كاملة في وقت العقد على ما نذكره ، ويلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ماذكروه لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حياته كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بعذر لاحدهما مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو ثور ، وقال ابو حنيفة وأصحابه يجوز للمكتري فسخها لعذر

ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فاشبه مالو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع [والثاني] له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه ، ويحتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه. وقال محمد بن الحسن في الموضعين يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله و بين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد أو بحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله

ولنا أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه كما لو جاء به زائدا في الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا فنسجه خمسة عشرة فصار صفيقا أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا دفع الى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قميصا فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه ، وإن قال انظر هذا يكفيني قميصا قال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن، بهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لاضمان عليه في المسئلتين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية

في نفسه مثل أن يكتري جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته ، أو يكتري دكانا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فابق

ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ولانه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا ، ويفارق الا باق فانه عذر في المعقود عليه

(مسئلة) (وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ والامضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل)

إذا غصبت العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل الى بدل وهو القيمة فأشبه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة

ولنا أنه انما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغريره بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون اذنا في غير ماوجد فيه الشرط بخلاف الثانية

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه مالو قطعه من غير اذن، وقيل يغرم مابين قميص امرأة وقميص رجل لانه مأذون في قميص في الجملة، والاول أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة فاذا قطع قميصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) وان اختلفا فقال أذنت لي في قطعه قميص امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قميص رجل، أوقال أذنت لي في قطعه قميصا قال بل قباء. أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ وهذا قول ابن أبي ليلى، وقال مالك وابو حنيفة وابو ثور القول قول رب الثوب، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قول ثالث انهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لانهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

مخيراً كما ذكرنا، وإن كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء الى موضع معين فغصب جمله الذي يحمل عليه أو عبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد، وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده فان تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفي منها

(فصل) فان حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو يحصر البلد فيمتنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو اكترى دابة ليركبها أو يحمل عليها الى موضع معين فانقطعت الطريق اليها لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل واحد منهما فسخ الاجارة، وان اختار ابقاءها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما، فأما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لايمنع استيفاء المنفعة بالكلية أشبه مرضه، وكذلك لو حبس أومرض لانه ترك استيفاء المنفعة لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً. قال الخرقي: فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ماوقع عليه العقد لزمه من الاجرة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه

ولنا انهما اتفقا في الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب اذا قال أذنت لي في البيع نساء ولانهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه . فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قباء وصبغه أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه ولان النبي ﷺ قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فانما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا وقطعه قميصا وصبغه أسود ، فأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية اخرى أن صاحب الثوب اذا لم يكن ممن يلبس الا قبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب المال تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلفا في حائط لاحدهما عليه عقد أو ازج رجحنا دعواه بذلك وان اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منها فيما يصلح له ، ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته . فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قباء ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فان كان القباء مخيطا

﴿ مسألة ﴾ (ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والاجرة عليه)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الآدمي ، وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعيه الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلهما على الطريق ، ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور. ثم إجارته تنقسم قسمين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل معين كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج لرعي الغنم (والثاني) استئجاره على معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر رجلا ليدلهما على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك بنوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط ، فمتى كانت على عمل في ذمته فمرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالسلم فيه ولا يلزم المستأجر انظاره لان العقد باطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به ، فاما إن كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس بمعقود عليه فأشبه مالو اشترى معينا لم يجز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله له بخلاف مالو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ولا ينفسخ العقد بتلف ما يسلمه والمبيع المعين بخلافه فكذلك الاجارة فان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكن لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فانه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة

بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطا بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لانها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما ، وان قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى اذا سله عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لانه انتفاع بملكه ؛ وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على مامضى في بابه . والذي يقوى عندى ان القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل) وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه لان المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فانه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لانه في يد المستأجر فيصير مسلما للعمل حالا فحالا ، ولو استأجر رجلا يبني له حائطا في داره أو يحفر فيها بئراً لبريء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ولو انهارت

غيره بتمامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان العوض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه مالو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وكذلك كل مايختلف باختلاف الاعيان

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد العين معيبة فله الفسخ)

كما لو وجد المبيع معيبا وقد ذكرناه ، وان حدث بها عيب فله الفسخ وأجرة مامضي لان البائع لايحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه فان بادر المكري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر كدار تشعثت فأصلحها ، ولا خيار للمستأجر لعدم الضرر والا فله الفسخ ، وان سكنها مع عيبها فعليه الاجرة علم أو لم يعلم لانه استوفى جميع المعقود عليه معيبا فلزمه البدل كالمبيع المعيب اذا رضيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الاجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ في إحدى الروايتين)

يصح بيع العين المستأجرة نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ان باعها لغير المستأجر لم يصح لان يد المستأجر تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كبيع الامة اذا زوجها ، قولهم يد المستأجر تمنع

عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فانه اذا قال استعمل الف لبنة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء ، وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ماعمله أولم يتلف نص عليه احمد فقال اذا استأجره يوما فعمل وسقط عند الليل ماعمل فله الكراء وذلك لانه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل مايستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك ولواستأجر أجيراً ليبني له حائطا طوله عشرة اذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئا حتى يتممه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لان الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد قال أحمد اذا قيل له ارفع حائطا كذا وكذا ذراعا فعليه أن يوفيه فان سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة اذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئا حتى يتمم حفرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا اجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لايضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي وروي عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدواً غالبا فلا

التسليم لايصح لان يد المستأجر انما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كالوباع الامة المزوجة ولانها منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازه جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجازته كبيع الامة المزوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها وانما يستحق نفعها إذا انقضت الاجارة فهو كمن اشترى عينا في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيه وكالمسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة خير بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) ويصح بيعها المستأجر لانه اذا صح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة؟ فيه وجهان (أحدهما) لاتبطل لانه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لاينافي العقد على الرقبة ولذلك لواستأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره

ضمان قال أحمد رحمة الله عليه في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه إنما اوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنها تضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمين بما اذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن اذا تلف مع متاعه ولانه اذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بامر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولانه قبضها باذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بامر غالب، ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها اذا ثبت هذا فانه لا اجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله الى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه لانه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل بملك العاقد الرقبة كما لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسبه عليه من الثمن ان كان من جنس الثمن

(فصل) فان رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من أبيه داراً ثم مات الاب وخلف ابنين (أحدهما) المستأجر فالدار بينهما نصفين والمستأجر أحق بمنفعتها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك أو بحكم الاجارة وما عليه من الاجرة بينهما نصفين، فان كان ابوه قد قبض الاجر لم يرجع على أخيه بشيء منه ولا على تركة أبيه ويكون ماخلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفا مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي بطلت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره

(فصل) فان اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه . قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه ، فان لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً ، وان هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يضمنه لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لم يمكنه رده فأشبه مالو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الاثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافا وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة، ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ اليه في رواية ابن منصور، فقيل له إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال احمد : من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الاجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة . وفارق العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة

فان كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر وإذا سقط العوض عاد اليه المعوض ، ولان المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قال شيخنا ولا يصح هذا القياس لان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع اليه بعوضها وهو المنفعة ، ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة او النكاح فلو رجعت إلى البائع للملكت بغيرهما ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) وإذا وقعت الاجارة على عين كمن استأجر عبداً للخدمة أو للرعي فتلف انفسخ العقد وقد ذكرناه وإن خرجت العين مستحقة تبينا أن العقد باطل وان وجد بها عيبا فردها انفسخ العقد أيضا ولم يملك إبدالها لان العقد على معين فتثبت هذه الاحكام كمن اشترى عينا ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فمن سلم اليه عينا فتلفت أو خرجت مغصوبة أو وجد بها عيبا فردها لم تنفسخ الاجارة

كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فانها مضمونة في كل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى العقد ، وهل تفسد الاجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . قال أحمد فيما اذا شرط ضمان العين :الكراء والضمان مكروه . وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان الا انه من شرط على كري انه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد انه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » فأما ان أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

ولزم المؤجر ابدالها لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه لم يؤثر ذلك في ابطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ما قرر في موضعه، فان قيل فقد قلتم فيمن اكترى جملا ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اكترى أرضا لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا اكترى جملا بعينه لا يجوز أن يبدله؟ قلنا : المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لا يجوز ان يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوف للمنفعة وانما يشترط معرفته لتقدر به المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا ضمان على الاجير الخاص وهو الذي يسلم نفسه الى المستأجر فيما تلف في يده الا ان يتعدى)

وجملته ان الاجير على ضربين خاص ومشترك : فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كمن استؤجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة، سمي خاصاً لان المستأجر يختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين

القافلة أو لايجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مماله فيه غرض مخالف ضمن لانه متعد لشرط كريه فضمن ماتلف به كالو شرط عليه أن لايحمل عليها الا قفيزاً فحمل اثنين

(فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد لايقتضي الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده

(فصل) وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة ، وقد صح أن النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب ، قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب واذا كان صغيراً لايعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ماتلف وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لانه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا انه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالو تلف تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه عقد

كخياطة ثوب أو بناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لايستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لاثنين أو أكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ، فاما الاجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا القصار مشترك قيل فرجل اكترى رجلا يستقي ماء فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال لاضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الاجراء يضمنون وروى في مسنده ان عليا كان يضمن الاجراء ويقول لايصلح للناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق وخبر علي مرسل والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقاً حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فأما ما تلف بتعديه فعليه ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعديه فضمن كغير الاجير

(فصل) وان استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصا كالخياط في دكان يستأجر أجيرا مدة يستعمله

الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب، وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لايصح فان العادة خلافه ولو امكن التأديب بدون الضرب لماجاز الضرب اذ فيهضرر وايلام مستغنى عنه .وان أسرف في هذا كله أو زادعلى مايحصل الغنى به أو ضرب من لاعقل لهمن الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل التلف بعدوانه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ضمان على حجام ولاختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)

وجملته ان هؤلاء إذا فعلوا ماأمروا به لم يضمنوا بشرطين [أحدهما] أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء [الثاني] أن لاتجني أيديهم فيتجاوزوا ماينبغي أن يقطع ، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق أو فعل فعلا مباحا مأذونا في فعله أشبه ماذكرنا ، فأما ان كان حاذقا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان الى الحشفة أو الى بعضها أوقطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من انسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لايصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه إتلاف لا

فيها فيقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجير فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

﴿مسئلة﴾ (ويضمن الاجير المشترك ماجنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله)

قد ذكرنا ان الاجير المشترك هو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته فهوضامن لما أفسد نص عليه أحمد في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أوعصره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن لما يسقط من حمله عن دابته أو تلف من عثرته والجمال يضمن ماتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من مدة أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، روي ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحدقولي الشافعي وقال في الآخر لايضمن مالم يتعد قال الربيع هذا مذهب الشافعي وان لم يبح به يروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر ولانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة

ولنا ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لايصلح الناس الا على ذلك وروى الشافعي باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لايصلح الناس الا هذا

يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ولان هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وان ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير اذن وليه فسرت جنايته ضمن لانه قطع غير مأذون فيه وان فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من اذنا له لم يضمن لانه مأذون فيه شرعا

(فصل) ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافا ولانه فعل يحتاج اليه مأذون فيه شرعا فجاز الاستئجار عليه كسائر الافعال المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب وهذا قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يباح أجر الحجام وذكر أن احمد نص عليه في مواضع وقال أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل له أكله ، وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي وذلك لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » رواه مسلم وقال « اطعمه ناضحك ورقيقك »

ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وان الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وان لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي ان الاجير المشترك انما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه كالخباز يخبز في تنوره والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازا فخبز له في داره أو خياطا أو قصارا ليقصر ويخيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فصار كالاجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمن الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه ، وظاهر كلام الخرقي أنه لافرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل

ولنا ماروى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه متفق عليه . وفي لفظ لو علمه خبيثاً لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالبناء والخياطة ، ولان بالناس حاجة اليها ولا نجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فان الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الاحرار وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار بحكم لا دليل عليه وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما

وإنما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيها لدناءة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستئجار عليها ، وإنما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه وقال « أعلفه الناضح والرقيق » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على ما بيناه ان إعطاءه للحجام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكنهم منها ، وأمره باطعام الرقيق منها دليل على الاباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد اتباعه

حاضراً عنده أو غائباً أو كونه مع الملاح أو الجمال أولا ولذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ، ولان جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه تعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما لم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انساناً متترساً فكسر ترسه وقتله ، ولان الطبيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان حمالا يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لان الفعل في ذلك المكان مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فثم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة ، والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والخاتن

ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل كلامهم على هذا ولا يكون في المسئلة قائل بالتحريم وإذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار ، ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح وعلى هذا يحمل قول الائمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يعني بالحجامة كما نهى عن مهر البغي أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر مايكحله مرة في كل يوم أو مرتين فأما ان قدرها بالبرء فقال القاضي لايجوز لانه غير معلوم

وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء والصحيح ان شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جعالة لا اجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة أو

﴿مسئلة﴾ (ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له فيما عمل فيه وعنه يضمن)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي ، وروي عن أحمد ان كان هلاكه بما يستطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدوّا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال ابو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنه يضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمين بما اذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولانه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب ، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولانه قبضها باذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فنخص محل النزاع بالقياس عليها . إذا ثبت هذا

أو عمل معلوم وأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية انما كان جعالة فيجوز ههنا مثله . اذا ثبت هذا فان الكحل إن كان من العليل جاز لان آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شارطه على الكحل جاز وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لان الاعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا أن العادة جارية ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن في الرضاع والحبر والاقلام من الوراق وما ذكروه ينتقض بهذه الاصول، وفارق لبن الحائط لان العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره ليبني له حائطا والآجر من عنده لانه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصبغ ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة، ويفارق الصبغ وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية اليه لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في حيث يحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

فانه لا أجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاع ولا طبيب إذا علم منهم حذق ولم تجن أيديهم)

وجملة ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لانه إذا لم يكن كذلك لم تحل له مباشرة القطع فاذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وقد قال النبي ﷺ « من تطبب بغير علم فهو ضامن » رواه أبو داود (والثاني) أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق ، فاما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يجاوز قطع الختان الى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو قطع سلعة من انسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ولانه فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وكذلك الحكم في البزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فان ختن صبياً بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير

(فصل) وإذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه ، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لانه قد تعذر العمل فأشبه مالو حجر عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البرء فانه يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فان برىء بغير كحله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شيء له ، وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله ، فان فسخ الكحال فلا شيء له لانها جعالة فثبت فيها ما ذكرناه

(فصل) ويجوز ان يستأجر طبيبا ليداويه ، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لان ذلك انما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

إذن وليه فسرت جنايته ضمن لانه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لانه مأذون فيه شرعا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

يصح استئجار الراعي بغير خلاف علمناه وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت ذلك فانه لا يضمن ماتلف من الماشية إذا لم يتعد أو يفرط في حفظها لا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن الشعبي انه كان يضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كالمودع ولانه قبض العين بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فاما ماتلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن الماشية أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها أو يضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطا وتعديا فتتلف به فيضمنها لانها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع إذا تعدى ، فان اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا رجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد انه لا يقبل قوله ويضمن والصحيح الاول لان الامناء يقبل قولهم كالمودع ، ولانه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المودع وكذلك اذا ادعي موتها ولم يأت بجلدها

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختان فان أخطأ فقلع غير ماأمر بقلعه ضمنه لانه من جنايته ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لايجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء من الآدمي محرم في الاصل وانما أبيح اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلا لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استؤجر على عمل موصوف في الذمة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لايستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ضمان على الراعي اذا لم يتعد)

لا نعلم خلافا في صحة استئجار الراعي وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام انما

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لاينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة كمائة شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ، ويبطل العقد بتلفها فان تلف بعضها بطل العقد فيه وله أجر مابقي بالحصة ، وإن ولدت لم يكن عليه رعي سخالها لانها زيادة لا يتناولها العقد ويحتمل أن لايتعلق باعيانها لانها ليست المعقود عليها انما لتستوفى المنفعة بها فأشبه مالو استأجر ظهراً ليركبه فله أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله وانما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا تجب له الاجرة اذا سلم نفسه وإن لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي. فعلى هذا له ابدالها بمثلها وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله .

(فصل) فان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقراً أو غنما أوضأنا أومعزاً وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتي لان اطلاق الاسم لايتناولها عرفا إلا أن يقع العقد في مكان يتناولها الاسم فيحتاج الى ذكر نوع مايرعاه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو صغاراً أو عجاجيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيكتفي بذلك ، ومتى عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة من سخالها ولا من غيرها ، وان أطلق ولم يذكر

آجر نفسه لرعاية الغنم . اذا ثبت هذا فانه لاضمان على الراعي فيما تلف من الماشية مالم يتعد ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الشعبي فانه روي عنه أنه ضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ولانها عين قبضها بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضربا يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو سلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطا وتعديا فتتلف به فعليه ضمانها لانها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع اذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين ، وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا رجع الى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الاول لان الامناء تقبل أقوالهم كالمودع ولانه يتعذر عليه اقامة البينة في الغالب فأشبه المودع ، كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجلدها

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة فذكر أصحابنا انه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ويبطل العقد بتلفها وان تلف بعضها بطل عقد الاجارة فيه وله أجر ما بقي

عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه

(مسألة) (واذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه) لانه لم يرهنه عنده ولا اذن له في امساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(مسألة) (فان أتلف الثوب بعد عمله خير المالك بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه اياه معمولا ويدفع اليه الاجرة)

وكذلك لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجرة له ، وبين تضمينه اياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجرة الى ذلك المكان ، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولا أو في المكان الذي أفسده فيه فلذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وان أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه اذا علم أنه ليس بثوبه ويرده الى القصار ويطالبه بثوبه فان لم

منها بالحصة ، وان ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر دارا ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ماهو مثلها في الضرر أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي. فعلى هذا له ابدالها بمثلها وان تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله وان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقراً أوغنما أو ضأنا أو معزاً وان اطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتي لان اطلاق الاسم لايتناولها عرفا وان وقع العقد في مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع مايراه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ،ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالا أوعجاجيل أوفصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيغني عن الذكر ، واذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لامن سخالها ولا من غيرها،وان أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ،وقال القاضي يصح ويحمل على ماجرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها وهو قول بعض أصحاب الشافعي والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً اذ العمل يختلف باختلافه

يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه ان كان موجوداً وان هلك عند القصار ضمنه في إحدى الروايتين لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لايضمنه لانه لايمكنه رده فأشبه مالو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها قال الاثرم سمعت أباعبدالله يسئل عن الذين يكرون الخيمة إلى مكة فتذهب من المكتري بسرق هل يضمن قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لايضمن ولا نعلم في هذا خلافا لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها واذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وليس عليه الرد أوما اليه في رواية ابن منصور قيل له إذا اكترى دابة او استعار او استودع فليس عليه أن يحملها فقال أحمد من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الاجارة والوديعة ووجه ذلك أنه عقد لايقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة بخلاف العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها . وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه وهو قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكه أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

(فصل فيما تجوز إجارته) تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الاصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح واشباه ذلك، وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي هو محمول على إجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا باس به لتصريح أحمد بجوازه، وقال مالك في إجارة الحلي والثياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بانها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ماتجوز إجارته والزينة من المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى (لتركبوها وزينة) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال لحاجتهن الى التزين للازواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة إنما هو عوض

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، أما العارية فانها مضمونة بكل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها ومتى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى العقد وتفسد به الاجارة في أحد الوجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد فيما اذا اشترط ضمان العين الكراء والضمان مكروه ، روي الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا يكري بضمان إلا أنه من شرط على كري ألا ينزل بمتاعه بطن واد ولا يسير به ليلا مع اشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فاما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وان شرطه لم يصح لان مالا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على وجوب الضمان بشرطه وسنذكر ذلك في العارية فاما ان أكراه عينا وشرط أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتاخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها وأشباه هذا مما فيه غرض فخالف ضمن لانه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه ألا يحمل الا قفيزاً فحمل قفيزين ، وحكم الاجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن اذا تلفت العين من غير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضي

المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقدين بالآخر لافضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم

(فصل) وتجوز اجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لاتجوز اجارتها لان هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي وفارق الشمع فانه لاينتفع به الا بما أتلف عينه . اذا ثبت هذا فانه إن ذكر مايستأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الاجارة فقال أبو الخطاب تصح الاجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لان منفعتهما في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فانه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضا وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير انما هو باعيانها فاذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي لاتصح الاجارة فلا تكون قرضا لان التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لان القرض تمليك للغير والاجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولان التسمية والالفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح ان شاء الله لان العقد متى

الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان وعدمه حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (اذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة او كبحها او الرائض الدابة لم يضمن)

وجملة ذلك ان المستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة فقد صح أن النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان ابو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه ، وللرائض ضرب الدابة للتأدب وترتيب المشي والعد والتسير

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي للتأديب)

قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ماتلف في الدابة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وابو حنيفة يضمن لانه تلف بجنايته فضمن كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالو تلف تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعي يمكن التأديب بغير

أمكن حمله على الصحة كان أولى من افساده وقد أمكن حمله على اجارتها للجهة التي تجوز اجارتها فيها وقول القاضي لا يصح لان الاجارة انما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك اذا كانت نابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في احداهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولانها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعا ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فاشبهت النخيل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فاشبهت استئجار البقر لدياس الزرع

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل واقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده لانها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من اخلاق وبلى

الضرب لا يصح فان العادة خلافه ولو أمكن التأديب بغير الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ايلام لا حاجة اليه فان أسرف في هذا كله اوزاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل التلف بعدوانه، وحكم ضرب الرجل امرأته في النشوز على ماذكرنا قياساً على الصبي

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا فالقول قول الخياط نص عليه)

اذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال أذنت لي في قطعه قميص امرأة قال بل أذنت لك في قطعه قميص رجل أو قال أذنت لي في قطعه قميصا قال بل قباء او قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وابو حنيفة وابو ثور القول قول صاحب الثوب واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال : أذنت لي في البيع نساء فأنكره ولانهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ : لقد أذنت لي

(فصل) وتجوز اجارة الحائط ليضع عليهـا خشبا معلوما مدة معلومة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايصح لان فعل الصلاة لايجوز استحقاقه بعقد اجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك

ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فانها لاتدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياما معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق

(فصل) ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعا مباحا تجوز اعارته فجازت اجارته له كالدابة وتجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز اجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

(فصل) وما لاتجوز إجارته أقسام [أحدها] ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينـه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله ، لان الاجارة عقد على المنافع وهذه لاينتفـع بها إلا باتلاف عينها فان

في قطعه قباء وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب بيمينه ، ولان النبي ﷺ قال: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فانما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا لقطعه قميصا أو صبغه أسود ، وأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ أجر لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن احمد أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته فعلى هذا يحلف رب الثوب ما اذنت لك في قطعه قباء ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فاذا كان القباء مخيطا بخيوط المالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطا بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقـل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه

استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لانه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لان ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر اليه ، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الاشياء ، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لانها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الابل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها

(فصل) ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه لانه انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فجاز كاجارة الظئر للرضاع والبئر ليستقي منها الماء ولانها منفعة تستباح بالاعارة فتستباح بالاجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضراب الجمل ، ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كاجارة الغنم لأخذ لبنها

أخذ قيمتها لانها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سله عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة إلى ذلك لانه انتفاع بملكه، وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن اختاره وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتي في بابه

قال شيخنا « والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم وما قاسوا عليه فيما إذا قال المضارب أذنت لي في البيع نساء فأنكر رب المال ان القول قول المضارب ممنوع

(فصل) اذا دفع إلى خياط ثوبا فقال : ان كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال : هو يقطع وقطعه، فلم يكف ضمنه ، أو قال أنظر هذا يكفيني قميصا ؟ قال نعم ، قال اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسئلتين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية .

ولنا أنه انما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية اذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغريره بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون اذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا

وهذا أولى فان هذا الماء محرم لاقيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع ، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وان اقتصر على مقداره فربما لايحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكتري فحلا لاطراق ماشية كثيرة كفحل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فان هذا انما يكترى مدة معلومة ، والمذهب انه لاتجوز إجارته فان احتاج انسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه ، قال عطاء لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وإن أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فاهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

(فصل) [القسم الثاني] ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة أمته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز

ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير إذن وقيل يغرم ما بين قميص رجل وقميص امرأة لانه مأذون في قميص في الجملة والاول أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة فاذا قطع قميصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) إذا دفع إلى حائك غزلا فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأمور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها فاما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاءه زائدا في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ما سمى له من الاجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين وإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لامر المستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فاشبه زيادة الطول ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض فاما ان جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فاشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع (والثاني) له بحصته

ولنا انه انتفاع بمحرم فاشبه ماذكرنا ، ولايجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبوحنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز ولانه لو قصد إراقته او طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فاذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة اليه . وقوله لايتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ،وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها والاستئجار لكنف فجائز لان ذلك كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أباطيبة لحجمه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤاجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روي عن ابن عباس أن رجلا

من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه ويحتمل انه ان جاء به ناقصاً في العرض فلا شيء له وإن كان ناقصاً في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضعين يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد وبحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله ولنا انه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبته بعوض كما لو جاء به زائداً في الطول وحده فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب صفيقا فنسجه خمسة عشر فصار خفيفا أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا اختلف المتكاريان في قدر الاجر فقال أجرتنيها سنة بدينار قال بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد وان فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

حج ثم أتاه فقال اني رجل أكنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولان فيه دناءة فكره كالحجامة فاما الاجارة في الجملة فجائزة لان الحاجة داعية اليها فلا تندفع بدون إباحة الاجارة فوجب اباحتها كالحجامة

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال ابو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه صاحباه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ولو اكترى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري ، وقال أصحاب الرأي ان كان بيته في السواد والجبل فله أن يفعل ماشاء

ولنا أنه فعل محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

(فصل) القسم الثالث ما يحرم بيعه الا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز اجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الناد والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فانه لا تجوز اجارته

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله ، وقال أبو ثور القول قول المستأجر لانه منكر الزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا ان الاجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلفا المتبايعان فالقول ماقال البائع » وهذا يحتمل أن يتناول ما اذا اختلفا في المدة وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) فان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائة فقال بل هذين العبدين بمائتين ، وإن قال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينار فههنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فيتحالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار ، فقال احمد القول قول رب الدار الا أن تكون للساكن بينة وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجاره للساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه ويجب على الساكن أجر المثل

لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فانه لاتجوز اجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد، ولا تجوز اجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعا مباحا تجوز له اعارته فجازت اجارته كغيره، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولا تجوز اجارة مالا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعي انسان ان هذه الدار في اجارته عاما ويغلب صاحبها عليها فانه لا تجوز اجارتها في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه، قال أصحابنا ولاتجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معا، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب وذلك لانه لا يقدر على تسليمه الا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك، وقد أومأ اليه احمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه معلوم يجوز بيعه فجازت اجارته كالمفروز ولانه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولانه يجوز اذا فعله الشريكان معا فجاز لاحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المغصوب من غاصبه دون غيره، وان كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لانه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر للمستأجر الاول صح فانه يمكنه تسليمه اليه وإن آجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسئلة التي قبلها لانه لا يمكنه تسليم ما أجره اليه وان أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لانه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما اليه

(فصل) فان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لانه أمين فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فالقول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه اذا حلف أنه ما انتفع بها لان الاصل عدم الانتفاع وعنه القول قول المؤجر لان الاصل السلامة فأما ان ادعى أن العبد مرض في يده فان جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وان جاء به مريضا فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لانه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الاصل وليس معه دليل عليه وان جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الاصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لانه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك لو ادعى اباقه في حال اباقه ونقل اسحاق بن منصور عن احمد أنه يقبل قوله في اباق العبد دون مرضه، وبه قال الثوري واسحاق قال أبو بكر وبالاول أقول لانهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك وان هلكت العين فاختلفا في وقت هلاكها أو أبق العبد أومرض واختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لان الاصل عدم العمل ولان ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) قال المصنف رحمه الله (وتجب الاجرة بنفس العقد الا أن يتفقا على تأخيرها)

متى أطلق العقد في الاجارة ملك المؤجر الاجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان . (أحدهما) لا تصح اجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك اجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وابتذاله بالثمن في البيع والاجر في الاجارة . و (الثاني) تجوز اجارته وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت فيه الاجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز اجارتها ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز اجارتها لانه علل منع اجارة المصحف بانه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به

ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج اليه وتجوز الاعارة له فجزت اجارته كسائر المنافع وفارق النظر الى السقف فانه لاحاجة اليه ولاجرت العادة بالاعارة من أجله وفي مسئلتنا يحتاج الى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه تجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الاجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الاجارة واستخدامه والبيع لا يتعين فيه ذلك فاذا منع منه فلان

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة الا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) امر بايتائهن بعد الرضاع وقال النبي ﷺ « يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعده على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل دل على انها حالة الوجوب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل ان يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لانه يتسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الارضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما توعد على ترك الايفاء بعد الفراغ من العمل وقد

يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الانصاري ، ولانه عقد معاوضة لايتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الاثرم وإن كان في عمل شيء جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لابأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ماذكرنا وكلام أحمد انما يدل على خلاف ماقاله فانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فان فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لايجوز وذلك لان ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

(فصل) القسم الرابع القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة يعني أنه يشترط كونه مسلما

فلم يجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعده على ترك الوفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة جواب آخر أن الاية والاخبار انما وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ان وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب تسليم اجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه)

اذا استؤجر على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل، وان استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال أبو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في البيع وفارق الاجارة على الاعيان لان تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لايحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمنع هذا كما لو شرط التعجيل وكانت الاجرة عيناً فاما ان شرط التأجيل في الاجر فهو على ما شرط وان شرط منجما يوماً يوماً أو شهراً شهراً فهو على ما شرطاه لان إجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال ومؤجل كذلك إجارتها ، وفيه وجه آخر ان الاجارة على المنفعة في الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالسلم

كالامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري وكره الزهري واسحاق تعليم القرآن بأجر

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت ، وممن كره أجرة التعليم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب

ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لعله لايقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بامانات الناس ، التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكراهة لا للتحريم

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لان رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة وقد قال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » حديث صحيح ، وثبت ان أبا سعيد رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فاتوا به رسول الله ﷺ فاخبروه وسألوه فقال « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لي معكم بسهم » وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في

(فصل) إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع وان تسلم العين المستأجرة ومضت المدة لامانع له من الانتفاع استقرت الاجرة أيضاً وان لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع إذا تلف في يد البائع فان كانت الاجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فمضت وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على المنفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر في الاجير المشترك وان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره وقال أبو حنيفة لا أجر عليه قال شيخنا وهو الصحيح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها

معناه ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد والقناطر ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه يحتاج الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ، ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الي النبي ﷺ أن اتخذ مؤذنا لا ياخذ على أذانه أجراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فاهدى إلي رجل منهم قوسا ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك النبي ﷺ وقص عليه القصة ، قال « إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب انه علم رجلا سورة من القرآن فاهدى اليه خميصة أو ثوبا فذكر ذلك النبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي بطعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته النبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحفك به فلا تاكله » وعن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرؤا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تاكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الاجر عليها ، كما لو استاجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح ، فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا باس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا انقضت الاجارة وفي الارض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الاجل فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة أو قلعه وضمان نقصه وان اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الارض إلا بشرط)

اذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سنة صح لانه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يغرس ولا أن يبني لزوال عقده فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القطع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المستأجر تسوية الحفر واصلاح الارض لانهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه وان اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز اذا شرطا مدة معلومة وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر، وان أطلق العقد فللمكتري القلع لانه ملكه فله أخذه كطعامه في الدار التي باعها واذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في

الاجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام «أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » يعني به الجعل أيضاً في الرقية ، لانه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقية وأما جعل التعليم صداقاً ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال «زوجتكها على ما معك من القرآن » فيحتمل انه زوجه إياها بغير صداق إكراماً له كما زوج أباطلحة أم سليم على إسلامه » ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والاجر ان المهر ليس بعوض محض وانما وجب نحلة وصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فاذا كان بذله لمن يتعدى نفعه الى المسلمين محتاجاً اليه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر

(فصل) فان أعطى المعلم شيئاً من غير شرط فظاهر كلام احمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب ابن سافري لا يطالب ولا يشارط فان أعطي شيئاً أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط ، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئاً إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ، ولان ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ووجه الاول قول النبي ﷺ « ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا اشراف نفس فخذه وتموله فانه رزق ساقه الله اليك » وقد أرخص النبي ﷺ لأبي في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله ، ولانه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس

الارض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة وان أبى القلع لم يجبر عليه الا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه ان غير الظالم له حق وهذا غير ظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضي التأبيد فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده قلنا إنما اقتضى التأبيد من حيث أن العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة سيراً يخالف العادة اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه لان الضرر يزول عنهما به أشبه الشفيع في غراس المشتري (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه لذلك (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل ، وبهذا قال الشافعي لان الضرر يزول عنهما بذلك وقال

والخيصة تقضيان في عين فيحتمل ان النبي ﷺ علم انها فعلا ذلك لله خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك، وان أعطي المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال ان كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه ، وهكذا لو كان إمام المسجد قيما لا يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج عن أبيه فدفع له أجر الخدمة لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) ومالا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الاجر عليه لانه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما مالا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحجه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لان الاجر عوض لانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

(فصل) إذا اختلفا في قدر الاجر فقال أجرتنيها سنة بدينار قال بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

مالك يتخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين والاول أصح فان اتفقا على بيع الغرس والبناء للمالك جاز وان باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم مقام البائع فيها وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعها لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل ان لصاحب الارض تملكه عليه بالقيمة بغير رضاه

ولنا انه ملك له يجوز بيعه لمالك الارض فجاز لغيره كالشقص المشفوع وبهذا يبطل ما ذكروه فان للشفيع تملك الشقص بغير رضى المشترى ويجوز بيعه لغيره

(فصل) فان شرط في العقد تبقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل العقد لانه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ولان الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة وان كان بغير تفريط لزم تركه بالاجرة)

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة ان لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال ابو ثور القول قول المستأجر لانه منكر الزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا أن الاجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به اذا اختلفا في المدة وأما اذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر الزيادة فكان القول قوله فيما انكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائة قال بل هذين العبدين وان قال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة جميعا فيتحالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار ، فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد القول قول رب الدار الا ان تكون للساكن بينة ، وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه

(فصل) وان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لانه مؤتمن عليها فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان . وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة

اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين

(أحدهما) أن يكون لتفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب ، يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالاجرة لما زاد على المدة لانه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه وان اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس المذهب ماذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريطه مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فيلزم المؤجر تركه بالاجرة الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ولنا ان الزرع حصل في أرض غيره باذنه من غير تفريط فله تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع وقولهم إنه مفرط لا يصح لان هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها

شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد روايتان [احداهما] أن القول قول المستاجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف انهما انتفع بها لان الاصل عدم الانتفاع [والثانية] القول قول المؤجر لان الاصل السلامة، فاما ان ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فان جاء به صحيحا فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أوخالفه نص عليه أحمد وان جاء به مريضا فالقول قول المستاجر وهذا قول أبي حنيفة لانه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الاصل وليس معه دليل عليه وان جاء به مريضا فقد وجد مايخالف الاصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لانه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك إن ادعى إباقه في حال إباقه أوجاء به غير آبق

ونقل اسحاق بن منصور عن أحمد انه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه وبه قال الثوري واسحاق ، قال أبو بكر وبالاول أقول لانهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك ، وان هلكت العين فاختلفا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ولان ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمل باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الاجر ، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما

وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا ومتى أراد المستأجر زرع شيء لايدرك مثله في مدة الاجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق ، فان زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لايملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة

(فصل) اذا اكترى الارض لزرع مدة لايكمل فيها مثل أن اكترى خمسة أشهر لزرع لايكمل إلا في ستة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لايفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم ، وإن أطلق العقد ولم يشرط شيئاً احتمل أن يصح لان الانتفاع في هذه المدة ممكن واحتمل انه أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ودونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصيلا صح لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح لانه اكترى للزرع مالاينتفع بالزرع فيه فأشبه إجارة السبخة له ، فان قلنا يصح فاذا انقضت المدة ففيه وجهان : أحدهما حكمه حكم زرع المستأجر لما لاتكمل مدته لانه ههنا مفرط واحتمل أن يلزم المكري تركه لان التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لايكمل فيها ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لانه جمع بين متضادين فان تقدير المدة

فاشبه مالو تبرعا بعمله . ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة مع ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، فاما ان لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه ولو دفع ثوبا الى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم في القصار والخياط : ان كان منتصبا يبيع للناس باجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب تختلف أجرتها ولم يعين شيئا فجرى مجرى الاجارة الفاسدة فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في فاسده وان تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوبا الى قصار ليقصره ولم يقطع له أجرا بل قال أنا أعطيك كما تعطي وهلك الثوب فان كان يخرق أو نحوه مما لا تجني يده فلا ضمان عليه بين الكرا . أو لم يبين والعلة في ذلك ما ذكرناه

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى صاحب له فحمله فوجد صاحبه غائبا فرده استحق الاجر بحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد تضمينا لان تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده الا تضييعه فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده والله أعلم

يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كما تقدمت

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا تسلم العين بالاجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن)

اذا قبض العين في الاجارة الفاسدة ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن ففيه روايتان: إحداهما عليه أجرة المثل لمدة بقائها في يده وهذا مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاها (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضه كالنكاح الفاسد . فأما إن بذل له التسليم في الاجارة الفاسدة فلم يتسلمها فلا أجر عليه لان المنافع لم تتلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناءمنه على ان المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا ان ماضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالاعيان وما ذكروه غير مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (اذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم)

لان العقد اذا انفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين في العوض الذي بذله وعوض العقد هو الدراهم فكان الرجوع بها والدنانير انما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الاجارة ولم ينفسخ فأشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بالدنانير .

كتاب احياء الموات

الموات هو الارض الخراب الدارسة تسمي ميتة وموانا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الارض ماروى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرض ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم (ومن أحيا أرضا لم تملك فهي له)

وجملته أن الموات قسمان (أحدهما) مالم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء والاخبار التي رويناها متناولة له (القسم الثاني)

باب احياء الموات

وهي الارض الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت والموات الارض الدارسة تسمى ميتة ومواتا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني عمي القلب لا يفهم والاصل في إحياء الموات ماروي جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال « من أحيا ارضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروي سعيد ابن زيد ان النبي ﷺ قال « من أحيا ارضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبدالبر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم وروى أبو عبيد فى الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة وقضى بذلك عمر بن الخطاب فى خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك ففيه روايتان)

وجملة ذلك أن الموات قسمان (أحدهما) مالم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء لان الاخبار المروية متناولة له (القسم الثاني) ما جرى

ماجرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ماملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبدالبر أجمع العلماء على أن ماعرف بملك مالك غير منقطع أنه لايجوز احياؤه لاحد غير أربابه الثاني ماملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك يملك هذا لعموم قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « وليس لعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ولان سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وماذكروه يبطل بالموات اذا أحياه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وباللقطة اذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) مايوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء لان ذلك الملك لاحرمة له وقد روي عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض

عليه ملك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف قال ابن عبد البر اجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياؤه لاحد غير أربابه (الثاني) ما ملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء وقال مالك تملك لعموم قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « من غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها رواه سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ولان سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات اذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء في أظهر الروايتين لما ذكرنا من الاحاديث ولان ذلك الملك لاحرمة له لما روي طاوس عن

لله ولرسوله ثم هو بعد لكم » رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وانما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل أن كلما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل ان المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه

(النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي انها لا تملك بالاحياء وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيا أرضاً مواتا في غير حق مسلم فهي له » فقيده بكونه في غير حق مسلم ، ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معينا فان مالكها إن كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون

(والرواية الثانية) انها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ، ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كلقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام لعموم الاخبار ، ولان عامر دار

النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد » رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التى كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم والرواية الثانية لا تملك لانها إما لمسلم أو ذمي أو بيت المال أشبه مالو تعين مالكه قال شيخنا ويحتمل أن كل مافيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه (النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي أنه لا يملك بالاحياء وهو احدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحرث لما روي كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم فهي له » تقيده بكونه في غير حق مسلم ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز احياؤها كما لو كان معينا فان مالكها ان كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثه المسلمون (والثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهي مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم باعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كلقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز

﴿مسئلة﴾ (ومن أحيا أرضا ميتة فهي له للاخبار التي رويناها مسلما كان أو كافراً في دار الاسلام وغيرها)

الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ما عرف انه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين ، فان قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ولرسوله» ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما تقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه فاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلهذا قلنا لا يملك على إحدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قال مالك وابو حنيفة ، وقال مالك لايملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قال القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ « موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قول النبي « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لانعرفه انما نعرف قوله « عادي الارض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد ، ومن أحيا مواتا من الارض فله رقبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي ﷺ ثم لايمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري

لعموم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فاما ما عرف أنه كان مملوكا في دار الحرب ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين فان قيل هذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام « عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد » ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله « عادي الارض » يعني ماتقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه فاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلهذا قلنا لا يملك على احدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا يخالف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قال القاضي وهذا مذهب جماعة من أصحابنا لقول رسول الله ﷺ « موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الارض من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قوله عليه السلام « من احيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله « عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد ومن احيا مواتا من الارض فله رقبتها » هكذا روي سعيد بن منصور وهو مرسل ورواه طاوس

عليه أحكامها وقولهم أنها من حقوق الاسلام قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهي من مرافق دار الاسلام

(فصل) وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز احياؤه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لايملك بالاحياء، ولا نعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم، وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لايجوز احياء ماتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه ان ما تعلق به حق مسلم لايملك بالاحياء ولانه تابع للمملوك، ولو جوزنا احياءه لبطل الملك في العامر على أهله، وذكر القاضي ان هذه المرافق لايملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها، وقال الشافعي: يملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر لانه مكان استحقه بالاحياء فملكه كالمحيي، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها، فاما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان (احداهما) يجوز احياؤه، قال أحمد في رواية ابي الصقر في رجلين احييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه، وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها فهي له، وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان النبي

عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق دار الاسلام قلنا هو من أهل الدار فيملكها كما يملكها بالشراء ولانه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهي من مرافق دار الاسلام فكذلك الموات

(مسئلة) (ويملكه باذن الامام وغير اذنه)

وجملة ذلك أن احياء الموات لايفتقر إلى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر إلى اذنه لان للامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل من تحجر مواتا فلم يحيه فانه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر إلى اذنه كمال بيت المال

ولنا عموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها إلى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ونظر الامام في ذلك لايدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولم يفتقر ذلك الى اذنه وأما مال بيت المال فهو مملوك للمسلمين وللامام تعيين مصارفه وترتيبها فافتقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كسائر المباحات

(مسئلة) (الا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها)

ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق وهو يعلم انه بين عمارة المدينة ، ولانه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد (والرواية الثانية) لا يجوز احياؤه ، وبه قال أبو حنيفة والليث لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل أن يحتاج الى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فنائه وغير ذلك ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد

اذا ثبت هذا فانه لا حدّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ، وقال الليث : حده غلوة وهي خمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه

ولنا أن التحديد لا يعرف الا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والاحراز . وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذي ذكراه — والله أعلم — مختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيا أرضا في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

(فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه

وجملة ذلك أن جميع البلاد فيما ذكرنا سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة ، وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الارض لهم ولنا الخراج عنها فان أصحابنا قالوا لو دخل اليها مسلم فاحيا فيها مواتا لم يملكه لانهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتا لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب

وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق قال القاضي هو محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلا سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا واذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان مادثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتا على إحدى الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وماقرب من العامر وتعلق بمصالحه لايملك بالاحياء فان لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين)

كالمدينة وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الارض لهم ولنا الخراج عنها فان أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لانهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتا لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم فحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب ، وقد روي عن أحمد انه ليس في السواد موات يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا ان رجلا منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال انما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان مادثر من املاك المسلمين لم يصر مواتا على احدى الروايتين

(فصل) وان تحجر مواتا وهو أن يشرع في أحيائه مثل ان آدار حول الارض ترابا اوأحجاراً او حاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » رواه ابو داود فان

كل ماتعلق بمصالح العامر من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته لايجوز احياؤه بغير خلاف في المذهب وكذلك ماتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لايملك بالاحياء لا نعلم فيه أيضاً خلافا بين أهل العلم وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لايجوز احياء ماتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه أن ماتعلق به حق مسلم لايملك بالاحياء ولانه تابع للمملوك ولو جوزنا أحياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لايملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها : وقال الشافعي تملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر لانه مكان استحقه بالاحياء فملكه كالمحيي ، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فأما ماقرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز احياؤ في إحدى الروايتين . قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه ، وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها فهي له وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولانه موات لم تتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد

(والثانية) لايجوز احياؤه وبه قال أبو حنيفة والليث لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل

نقله الى غيره صار الثاني بمنزلته لان صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ «من ترك حقا او مالا فهو لورثته» فان باعه لم يصح بيعه لانه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكمن سبق الى معدن او مباح قبل أخذه قال ابو الخطاب ويحتمل جواز بيعه لانه له فان سبق غيره فأحياه ففيه وجهان (أحدهما) انه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون مالم يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه . (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه السلام «من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد» وقوله - في حق غير مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وروى سعيد في سننه ان عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، وهذا يدل على ان من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني أحيا في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما تتعلق به مصالح ملك غيره ولان حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري ، فان طالت المدة عليه فينبغي أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فان سأل الامهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فان أحياه غيره في مدة المهلة ففيه الوجهان

أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يخرب حائطه فيجعل آلات البناء في فنائه وغير ذلك فلم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد . اذا ثبت هذا فانما يرجع في القريب والبعيد إلى العرف ، وقال الليث حده غلوة وهو خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه (والثاني) أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والاحراز فقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل وليس ذلك بأولى من تحديده بشيء آخر كميل أو نصف ميل وهذا التحديد الذي ذكره والله أعلم يختص بما قرب من المصر أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حداً لكل ماقرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيا أرضا في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

﴿ مسألة ﴾ (ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار ، والكحل والجص ، والنفط بالاحياء وليس للامام اقطاعه)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل الى مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والموميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لا يملك بالاحياء ولا يجوز اقطاعه لاحد من الناس ولا احتجاره دون المسلمين لان فيه ضرراً

اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمر. ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه ان من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ماذكرنا

(فصل) وللامام اقطاع الموات لمن يحييه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع في الاحياء لما روي ان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال ان رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس انما أقطعك لتعمر فخذ منها ماقدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الاموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول ان رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيق ، فلما ولي عمر بن الخطاب قال ماأقطعك لتحتجنه فاقطعه الناس ، وروي علقمة بن وائل عن أبيه ان النبي ﷺ أقطعه أرضا بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ؛ وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب ان رسول الله ﷺ أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر

بالمسلمين وتضييقا عليهم ، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي باسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بمأرب فلما ولى قيل يارسول الله أتدري ماأقطعت له انما أقطعته الماء العد فرجعه منه ، قال قلت يارسول الله مايحمى لي من الاراك ؟ قال « مالم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب

ورواه سعيد قال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال : استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بمأرب فاقطعنيه فقيل يارسول الله انه بمنزلة الماء العد يعني انه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين . قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لاغناء عنه ، ولو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه فضاق على الناس ،فان أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله به من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لايوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فان كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب

لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي يوصل مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والموميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لاتملك بالاحياء. ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لان فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقا عليهم ولان النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد رده، كذا قال أحمد. وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي باسنادهم عن أبيض بن حمال انه استقطع رسول الله ﷺ الملح بمأرب فلما ولى قيل يارسول الله أتدري ما أقطعت له؟ انما أقطعت له الماء العد فرجعه منه، قال قلت يارسول الله مايحمى من الاراك؟ قال « مالم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب، وروي في لفظ عنه انه قال « لا حمى في الاراك » ورواه سعيد فقال حدثني باسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله

الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لاينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك الاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا أحياها بماء أو حاطها ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحيي الانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع، فان قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا وليس للامام اقطاعها لانها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها. رواه أبو داود وغيره

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان بقرب الساحل موضع)

اذا حصل فيه الماء صار ملحا ملك بالاحياء وللامام اقطاعه لايضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وأحياء هذا تهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا للانتفاع به

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ملك المحيي ملك مافيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة)

اذا ملك الارض بالاحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهراً كان أو باطنا لانه ملك الارض

ﷺ معدن الملح بمأرب فأقطعنيه، فقيل يارسول الله انه بمنزلة الماء العد يعني انه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه، ولا اقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين، قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس فان أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فاذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا جاءها بماء أو حاطها، ووجه الاول ان الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع فان قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا. قال أصحابنا وليس للامام اقطاعها

بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع على المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها كان له احياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به لانه في ملكه)

ويملكه في إحدى الروايتين لانه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع (والثانية) لا يملكه وهي أصح لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز

﴿مسئلة﴾ (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبهائم غيره)

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين (احداهما) لا يلزمه لان الزرع لا حرمة له في نفسه (والثانية) يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » رواه أبو داود

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في

لانها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي ﷺ أقطع ابلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها رواه أبو داود وغيره

(فصل) ومن أحيا أرضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطنا اذا كان من المعادن الجامدة لانه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره له ، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها لكان له إحياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه؟ فيه روايتان (أظهرهما) لا يملكها لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال ، ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز (والثانية) يملكها لانها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقيما على الاخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه

الاحياء فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقيما على الاخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل فان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه فانما يملك المكان الذي حفره. وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ماهو من أجزاء أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخلا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم يصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملك بذلك ولو ملكه فان الارض تصير كلها وقفا للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصله منه فهو لمالكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه فهو كما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك وليس لصاحب المعدن فيه شيء لانه اباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الاخذ من بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان

مالك ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه فانما يملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ما هو من اجزاء ارضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخلا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم تصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فان الارض كلها تصير وقفا للمسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنا ظاهراً كموضع على شاطىء البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملحا ملك بالاحياء وجاز للامام اقطاعه لانه لا يضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا الانتفاع به

(فصل) ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لمالكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه مالو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك

(أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الاثمان (والثاني) لا يصح لان ما يحصل منه مجهول ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لان العوض مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالاثمان على أن يرد رأس المال ويكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معلوما كالمضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون بجزء من النماء لا دراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي منّ أو ألف منّ صفر فذلك مكروه ولم يرخص فيه

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال ان استخرجته فلك دينار صح وتكون جعالة لان الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحيا . قال أحمد في رواية العباس بن موسى اذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعني أنه

مايخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لانه إباحة من مالكه فملك ماأخذه كما لو أباحه الاخذ من داره أو بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه وجهان (أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو لهقال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الاثمان (والثاني) لايصح لان مايحصل منه مجهول ، ولانه لايصح أن يكون اجارة لان العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لان العوض مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالاثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك مايحصل منه بشرط أن تعطيني ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون بجزء من النماء لادراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي منا وألف منا صفراً فذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال إن استخرجته

يرجع الى ذلك المكان فاذا وجده مبنياً رجع الى الجانب الآخر فاضر باهله ولان الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرى مجرى المعادن الظاهرة وقد قال النبي ﷺ «لاحمي الا في الاراك» قال أحمد في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال اذا نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه فان كان ما نضب عنه الماء لاينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لاترد الماء مثل ان يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وإحياء الارض أن يحوزها بحائط أو يجري لها)

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الارض إحياء لها سواء أرادها للبناء او للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب وهو ظاهر كلام الخرقي نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال الاحياء أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ولايعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من أحاط حائطا على أرض فهي له» رواه أبو دواد والامام أحمد في مسنده وروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ولان الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم كما لو جعلها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فانه يملكها وهذا لايصنع للغنم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع

فلك دينار صح ويكون جعالة لان الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما

(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو له » فان أخذ قدر حاجته وأراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع منه لانه يضيق على الناس مالا نفع فيه فأشبه مالو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة ، وإن أطال المقام والاخذ احتمل أن يمنع لانه يصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق اليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عينا في أيديهما ولا بينة لاحدهما بها ويحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما لان له نظراً ، وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال احمد في رواية العباس بن موسى إذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً وهو ان الماء يرجع يعني انه يرجع إلى ذلك المكان فاذا وجده مبنيا رجع الى الجانب الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبي ﷺ « لا حمى في الاراك » وقال احمد في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ماينبت في الجزائر من النبات ، وقال اذا نضب الفرات

ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فان كان ممن جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك احياء وان بناه بأقوى مما جرت به عادتهم كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احداهما) ماذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ماكان احياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ولان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته اذ ليس له طريق سواه اذا ثبت هذا فان الارض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة ،فاحياء كل واحدة من ذلك بما تتهيأ به للانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لانها لا تصلح للسكنى الا بذلك ،والحظيرة احياؤها بحائط جرت به العادة لمثلها ،وليس من شرطها التسقيف لان العادة لم تجر به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك فان جعل عليها خندقا لم يكن احياء لانه ليس بحائط ولا عمارة انما هو حفر تخريب وكذلك ان حاطها بشوك وشبهه لا يكون

عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فاما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان مانضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

(فصل) وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لاحد احياؤه سواء كان واسعا او ضيقا وسواء ضيق على الناس او لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز قال احمد في السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي ﷺ « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وتابوت وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لا دكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار ، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به ما دام

احياء ويكون تحجراً لان المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ولو نزل منزلا فنصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء ، وان أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وان كان المانع من زرعها كثرة الاحجار كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضاً أو أشجاراً كأرض الشعرى فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعه الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى أرض لا ماء لها ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله بمجرده لما ذكرنا ، ولا يعتبر في احياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبه قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها إحياء لها وأن ذلك معتبر في احيائها لا يتم بدونه وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسألة) (وان حفر بئراً عادية ملك حريمها خمسين ذراعا وان لم تكن عادية فحريمها خمسة وعشرون)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد

فيه فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت، وإن قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالمتملك ويختص بنفع يشاركه غيره في استحقاقه، ويحتمل أن لا يزال لانه سبق الى مالم يسبق اليه مسلم، وإن استبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى عنهما، وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للامام تمكينه بعوض ولا غيره. قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق. قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم ذكرناه وقال لا يعجبني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) في القطائع وهي ضربان (أحدهما) اقطاع ارفاق وذلك اقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق اليها الجلوس فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها لان له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع سواء الا في شيء واحد وهو أن السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق

في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم، فكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له» وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب، وإن حفر بئرا في موات للتمليك فله حريمها خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا، وقال القاضي وأبو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج اليه في ترقية مائها منها فان كان بدولاب فقدر مد الثور او غيره وان كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه ولانه المكان الذي تمشي اليه البهيمة، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها، وإن كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر باخذه منه ولو كان الف ذراع، وحريم النهر من جانبيه ما يحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف وذلك ان هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعا وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «حريم البئر أربعون ذراعا لاعطان الابل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد.

ولنا ماروي أن الدارقطني والخلال باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العادي خمسون ذراعا» وهذا نص وروى ابو عبيد باسناده

به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه (الثاني) اقطاع موات من الارض لمن يحييها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضا فأرسل معاوية أن أعطه اياه او أعلمه اياه حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض ابن حمال المأربي ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال «اعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وابو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال : دعا رسول الله ﷺ الانصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يارسول الله ان فعلت فاكتب لاخواننا من قريش بمثلها ، وروي أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا ، وان عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت ويروى عن نافع أبي عبدالله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر باحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعنيها اتخذ فيها قضيلا لخيلي فافعل قال فكتب عمر الى أبي موسي ان كانت كما يقول فأقطعها إياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال ، وروى سعيد عن سفيان عن ابي نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ اقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضا.اذا ثبت هذا فان من أقطعه الامام شيئا

عن يحي بن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدي خمس وعشرون ذراعا وباسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادي خمسون ذراعا من نواحيها كلها ، ولانه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حوله عطناً لا بله وموقفاً للدوابه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقي منها ماشيته وموقفاً لدابته التي يستقي عليها واشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج اليه في ترقية الماء فأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواها أبو هريرة فيدل على ضعفه

﴿ مسئلة ﴾ (وقيل حريمها قدر مد رشائها من كل جانب) لما ذكرنا من الحديث إذا ثبت ذلك فان ظاهر كلامه في هذا الكتاب وظاهر كلام الخرقي أنه يملك حريم البئر ونقل عن الشافعي وقال القاضي بل يكون أحق به

﴿ مسئلة ﴾ (وقيل احياء الارض ما عد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها) وقد ذكرنا ذلك وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث فليس باحياء ومالا يتكرر فهو احياء لان العرف ان حرث الارض مرة ليس باحياء وان عمل الحائط عليها ونحوه احياء وللشافعي وجه في أن الزرع والحرث احياء وقد ذكرناه ، فان كانت كثيرة الدغل والحشيش كالمروج التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان احياء على قياس ما ذكرنا أولا

من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء بدليل ماذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن احيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتابا فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى باحيائه فان أحياه والا قال له السلطان ان أحييته والا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجبه دون الناس وانما أقطعك لتعمر فخذ منها ماقدرت على عمارته ورد الباقي ، وإن طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل على ماذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره فأحياه قبل أن يقال له شيء أو في مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر رضي الله عنه فقال عمر لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها فدل هذا على انها اذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحياها (والثاني) لايملكه لانه تعلق به حق المقطع ومفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يجز احياؤها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر وهذا مثله ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنحو ماذكرنا

(فصل) ولا بد ان يكون البئر فيها ماء فان لم تصل الى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء على ما نذكره ، وقوله ومن حفر بئراً عادية يحمل على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها فاما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لاحد ان يختص بها ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها او ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها كانت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقيما عندها لانه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ماتمد اليه اغصانها حواليها وفي النخلة مد جريدها لما روى ابو سعيد قال اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك رواه أبو داود ، وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجر الشارع في الاحياء فان طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو

(فصل) وليس للامام إقطاع مالا يجوز احياؤه من المعادن الظاهرة لان النبي ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال الماح الذي بمأرب قيل يارسول الله انما اقطعته الماء العد فارجعه منه ولان في ذلك تضييقا على المسلمين، وفي اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولاينبغي ان يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياؤه لان في اقطاعه إكثر من ذلك تضييقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه، فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ

(فصل) في الحمى ومعناه ان يحمي ارضا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق

وروى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاحمى الا لله ولرسوله » رواه أبوداود وقال «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والنار والكلأ » رواه الخلال . وليس لاحد من الناس سوى الائمة أن يحمى لما ذكرنا من الخبر والمعنى فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين

كسوق الماء الى الارض الموات ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به»

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم الآخر بئراً اعمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق احدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً يجتذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعلية داره وهكذا الخلاف في كل مايحدثه الجار مما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة او حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه او يحفر في اصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها او يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جاره وقال الشافعي له ذلك كله وروي ذلك عن احمد وهو قول بعض الحنفية لانه تصرف مباح في ملكه أشبه بناءه ونقضه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالقاء السماد والتراب في اصل حائطه على وجه يضر به ولو كان

لقوله في الخبر « لاحمى الا لله ولرسوله » لكنه لم يحم لنفسه شيئاً وانما حمى للمسلمين فقد روى ابن عمر قال : حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين . رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان مايصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وابل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس ، وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه ، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لاحمى الا لله ولرسوله »

ولنا أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعا ، وروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبدالله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام تحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه — وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ — فلما رأى الاعرابي مابه جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ماحميت شبرا من الارض في شبر وقال مالك بلغني انه كان يحمل في كل عام على أربعين الفا من الظهر . وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فانها مجابة ،

لرجل مصنع فأراد جاره غرس شجر مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره وتتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها ، ولو كان هذا الذي حصل منه الضرر سابقاً مثل من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا إنسان الى جانبه مواتاً وبناه داراً فتضرر بذلك لم يلزمه ازالة الضرر بغير خلاف نعلمه لانه لم يحدث ضرراً

(مسئلة) (ومن تحجر مواتاً لم يملكه وهو احق به وورثته من بعده ومن ينقله اليه وليس له بيعه وقيل له ذلك)

تحجر الموات الشروع في احيائه مثل ان يدير حول الارض تراباً او أحجاراً او حاطها بجدار صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير أحق الناس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به » رواه ابو داود فان مات فوارثه احق به لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ترك حقاً او مالا فهو لورثته » فان نقله الى غيره صار الثاني احق به لان صاحبه اقامه مقامه ، وليس له بيعه فان باعه لم يصح لانه لا يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكمن سبق الى معدن او مباح قبل اخذه وقيل له بيعه لانه احق به

(مسئلة) (فان لم يتم احياءه قيل له اما ان تحييه واما ان تتركه) اذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحيه فينبغي ان يقول السلطان اما ان تحييه او تتركه ليحييه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك

وادخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ ياأمير المؤمنين فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ماحميت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا اجماع منهم ، ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ماأطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده » وأما الخبر فمخصوص وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرده في المسلمين ففارق الائمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحا للمسلمين وليس لهم أن يحموا الا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم لانه انما جاز لمافيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه ، ومن أحيا منه شيئا لم يملكه، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان . وما حماه غيره من الائمة فغيّره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحياه انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لان اجتهاد الامام لايجوز نقضه

بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء او معدن لا ينتفع به ولايدع غيره

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلب الامهال امهل مدة قريبة)

كالشهرين والثلاثة ونحوها لأنه يسير فان بادر غيره فأحياه في مدة المهلة او قبل ذلك ملكه بالاحياء في احد الوجهين لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يملك به لكن سبق الى معدن او مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث في الاحياء (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «من احيا ارضا ميتة في غير حق مسلم فهي له» انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق وكذلك قوله «من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به» وروي سعيد في سننه أن عمر قال من كانت له ارض - يعني من تحجر ارضاً - فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم يعمرونها فهم أحق بها وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني احيا في حق غيره فلم يملكه كما لو احيا ماتتعلق به مصالح ملك غيره ولان حق المتحجر اسبق فكان اولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري

(فصل) فان ضربت للمتحجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه لان المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء اذن له السلطان في عمارتها او لم يأذن ، وان لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له اما ان تعمر واما ان ترفع يدك فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها، فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا حديث عمر في المسئلة قبلها ومذهب الشافعي في هذا الفصل والمسئلة قبلها على نحو ما ذكرنا

كما لا يجوز نقض حكمه، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

﴿ فصل في أحكام المياه ﴾ قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها، ونذكر ههنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا فان كان جاريا فهو ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيما كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستضر أحد بسقيه منها فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منها ماشاء متى شاء كيف شاء [القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الارض الشاربة منه فانه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا الى أن تنتهي الاراضي كلها، فان لم يفضل عن الاول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهم فلا شيء للباقين لانه ليس لهم الا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا، والاصل في هذا ماروى عبدالله بن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي ﷺ فقال ﷺ «اسق يا زبير ثم ارسل الماء الى جارك» فغضب الانصاري وقال يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر» قال الزبير فوالله اني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن الزهري عن عروة عن عبدالله بن الزبير، وذكر عنه عبدالرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس الماء حتى يبلغ الى الجدر» فكان ذلك الى الكعبين

(فصل) وللامام اقطاع موات لمن يحييه ولا يملك بالاقطاع بل يصير كالمتحجر الشارع في الاحياء على ماذكرنا، ولا ينبغي أن يقطع الا ما قدر على احيائه لان اقطاعه اكثر منه ادخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ابن الحارث ماعجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع وإن عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجبه عن الناس [إنما] أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد فى الاموال، وذكر سعيد في سننه عن عبدالعزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما أقطعته لتحجبه فاقطعه الناس، وروى علقمة بن وائل عن ابيه أن النبي صلى الله عليه وسلم اقطعه أرضا بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، قال سعيد ثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو ابن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فاحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمر بن الخطاب فقال عمر لو كانت قطيعة مني أو من ابي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا أردها

قال أبو عبيد الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض ملبسة بحجارة سود والجدر الجدار وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره فلما قال الأنصاري ما قال استوعى النبي صلى الله عليه وسلم للزبير حقه وروى مالك في الموطأ أيضا عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينيب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل قال ابن عبد البر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم قال عبد الملك بن حبيب مهزور ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر وتتنافس أهل الحوائط في سيلهما وروى أبو داود باسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في سيل مهزور والسيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء فكان أولى به كمن سبق إلى المشرعة فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها مستفلة ومنها مستعلية سقى كل واحدة منهما على حدتها وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن وإن لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقي بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فانه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى فإن كانت

(فصل) وقد روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضا فأرسل معاوية أن أعطه اياه أو أعلمه اياه ، حديث صحيح ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال «أعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الانصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله ان فعلت فاكتب لاخواننا من قريش بمثلها وروي أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا وأقطع عثمان خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير وسعدا وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت وروي عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضا بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعنيها اتخذ فيها قضبا لخيلي قال فكتب عمر إلى أبي موسى ان كانت كما يقول فاقطعها اياه . روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال ، إذا ثبت هذا فان من اقطعه الامام شيئا من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء على ما ذكرناه من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع منه عمر ما عجز عن احيائه ولو ملكه لم يجز استرجاعه وردّ عمر أيضا قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة بن حصن أبا بكر أن يجدد له كتابا فقال والله لا أجدد شيئا رده عمر رواه أبو عبيد فعلى هذا يكون المقطع أحق بها من سائر الناس وأولى باحيائه وحكمه حكم المتحجر الشارع سواء وقد مر ذكره ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا

(مسألة) (وله اقطاع الجلوس في الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يضيق على الناس)

القطائع ضربان (أحدهما) اقطاع موات لمن يحييه وقد ذكرناه (والثاني) اقطاع ارفاق وذلك كاقطاع مقاعد الاسواق والطرق الواسعة ورحاب المساجد فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها لأن له في ذلك اجتهادا

أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء كما لو كان لشخص ثالث، وإن كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيي مواتاً أقرب الى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم لأنهم أسبق الى النهر منه ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من احياء ذلك الموات؟ فيه وجهان أحدهما ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات والثاني لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم حقهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب اذا طال الزمان وجهل الحال فاذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتاً ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للأسفل السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السبق الى الاحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا

(فصل) الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع في الاحياء فاذا اتصل الحفر كمل الاحياء وملكه لأن الملك بالاحياء أن تنتهي العمارة الى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لأن الاحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكاً لقرار النهر وحافتيه وهوائه وحقه

من حيث إنه لا يجوز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام ان يجلس فيها من لا يرى انه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع الا في ان السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما نذكره

(مسألة) (فان لم يقطعها فلمن يسبق اليها الجلوس فيها ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه عنها) ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لاحد احياؤه سواء كان واسعاً او ضيقاً وسواء ضيق على الناس بذلك او لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم اشبه مساجدهم ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على احد ولا يضر بالمارة لاتفاق اهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار، ولانه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز قال احمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه، وليس له أن يبني دكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس وتعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار وتبقى على الدوام وربما ادعى ملكه بذلك والسابق أحق به ما كان فيه فان قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول

وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ «من أحيا أرضاً لم تملك فهي له» واحياؤها ان يحوط عليها حائطا أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك. فاذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لانه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فان كفى جميعهم فلا كلام وان لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لانه حقهم لا يخرج عنهم وان تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة او حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الارض في مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء او ثقب الى ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فاذا كان لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وان كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فان كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة

عليه وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت

﴿مسئلة﴾ (فان طال مقامه منع في أحد الوجهين) لانه يصير كالمملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه (والثاني) لا يمنع لانه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم

﴿مسئلة﴾ (وان سبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما فان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه وليس للامام تمكينه بعوض ولا غيره)

قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم وقال لا يعجبني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال احمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل ان يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) وإن سبق الى معدن فهو احق بما ينال منه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به» وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً اذا كان في موات فان اخذ قدر حاجته واراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك لانه يضيق على الناس بما لا نفع فيه له اشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة

﴿مسئلة﴾ (وهل يمنع اذا طال مقامه للاخذ؟ على وجهين)

(احدهما) يمنع لانه يصير كالمتملك والآخر لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق اليه اثنان او اكثر وضاق المكان عنهما اقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الاخر ويحتمل ان يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد

جعل لاصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى ، وان أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لانه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتها بغير اذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لايتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا ان الماء لايملك ان حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وان الاسبق أحق بالسقي منه ثم الذي يليه على ماذكرنا لانه غير مملوك فكان الاسبق اليه أحق به كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو مما ذكرنا والله أعلم

(فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يسقي به ما شاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر او لم يكن وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لان ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لاينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فأراد تنفيذ إحداهما الى الاخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم ماذكروه في الدارين ، وان سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها الى درب آخر مشترك لان

تساويا فقسم بينهما كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ولا بينة لاحدهما ويحتمل ان يقدم الامام من يرى منهما الان له نظراً وذكر القاضي وجها رابعاً وهو ان الامام ينصب من يقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سبق إلى مباح كصيد أو عنبر وحطب وثمر ولقطة ولقيط وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لاتتبعه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به باذن الامام وغير اذنه لقول رسول الله ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وان سبق اليه اثنان قسم بينهما لان قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما لانه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وان سبق الى موات أو بئر عادية فهو أحق بها لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان الماء في نهر غير مملوك كمياه الامطار فلمن في أعلاه أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل الى الكعب ثم يرسل الى من يليه)

وجملة ذلك انه لايخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا والجاري ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيما كالنيل والفرات الذي لا يستضر أحد بالسقي منهما فهذا لاتزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منهما متى شاء وكيف شاء

[القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الارضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا حتى تنتهي الاراضي كلها فلن لم يفضل عن الاول شيء أو عن

الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منها استطراقا الى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطراقه وههنا انما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من اجراء غير هذا الماء فيها او عمل رحى عليها أو دولاب او عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر او قنطرة يعبر الماء فيها وغير ذلك من التصرفات لانها ملكه لاحق لغيره فيها فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير اذن شركائه، وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره، والصحيح أنه لا يجوز ههنا، ولا يصح قياس هذا على اجراء الماء في أرض غيره لان اجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره ويشربه أولا وآخرا وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافتيه ولم يسق له شيئا، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر او غيره او أراد انسان غيرهم ذلك لم يجز لانهم صاروا

اثنين أو عن يليهما فلا شيء للباقين لانهم ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لما روى عبدالله بن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي ﷺ فقال ﷺ «اسق يا زبير ثم ارسل الماء إلى جارك» فغضب الانصاري فقال يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر» فقال الزبير فوالله اني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه، وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس حتى يبلغ الجدر» وكان ذلك الى الكعبين، قال أبو عبيد: الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود، والجدر الجدار وانما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل تسهيلا على غيره فلما قال الانصاري ما قال استوفى النبي ﷺ للزبير حقه

وروى مالك في الموطأ عن عبدالله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينب «يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الاسفل» قال ابن عبد البر: هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعملون به عندهم، وقال عبد الملك بن حبيب: مهزور ومذينب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل الحوائط في سيلهما

وروى أبو داود باسناده عن ثعلبة بن أبي مالك انه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم الى رسول الله ﷺ في مهزور السيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم

أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم ولأن الآخذ من الماء ربما احتاج الى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك انسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا

(فصل) ولو قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز، وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء الى علامة كانت ساعة وإذا انتهى الى الاخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها الى أسفلها في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل الى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فاذا حصل الماء لاحدهم في نوبته فاراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به انسانا أو يقرضه اياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز، وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي ان لا يجوز لما تقدم في مثل ذلك، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب

رسول الله ﷺ ان الماء الى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل، ولأن من أرضه قريبة من رأس النهر سبق الى المكان فكان أولى به كالسابق الى المشرعة فان كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة

منها عالية ومنها مستفلة سقى كل واحدة منها على حدتها، فان استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن وإلا أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فان كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في استحقاق الماء وانما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الاسفل فانه ليس للاسفل حق الا في الفاضل عن الأعلى فان كانت أرض احدهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الارض لان الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءا من الماء كما لو كان لثالث

(مسئلة) (فان أراد انسان احياء أرض يسقيها من ماء النهر جاز ما لم يضر بأهل الارض الشاربة منه)

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء انسان ليحيي مواتا أقرب من رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم لانهم أسبق الى النهر منه ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من احياء ذلك الموات؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس لهم منعه لان حقهم في النهر لا في الموات (والثاني) لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم حقهم من السقي لتقديمه عليهم في القرب إذا طال الزمان وجهل الحال، فاذا قلنا ليس لهم منعه فسبق انسان الى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتا ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للاسفل السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث، ويقدم السبق الى الاحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا

من هذا النهر أو أرضا له أخرى أو سأله انسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه اياه في موضع آخر على وجه لايضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور اذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه مالو استأجرها لذلك

﴿فصل﴾ (القسم الثاني) أن يكون منبع الماء مملوكا مثل ان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فانهم يملكونها أيضا لان ذلك احياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ماأنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا الا ان الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وقدذكرنا ذلك ، وعلى كل حال فلكل أحد ان يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك ممالا يؤثر فيه من غير اذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخاري، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يانبي الله ماالشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الملح » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال « ان تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ولان

(فصل) الضرب الثاني الجاري في نهر مملوك وهو قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الاصل مثل أن يحفر انسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فمالم يتصل الحفر لا يملكه وانما هو تحجر وشروع في الاحياء فاذا اتصل الحفر ملكه لان الملك بالاحياء ان تنتهي العمارة إلى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لان الاحياء يحصل بتهيئته للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافتيه ، وهواؤه حق له وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من جوانبه ، وعند القاضي ان ذلك غير مملوك لصاحب النهر وانما هو حق من حقوق الملك، وظاهر قول الخرقي انه مملوك لغير صاحبه قياسا على قوله في حريم البئر انه يملكه . اذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لانه انما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فان كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمهايأة او غيرها جاز لان حقهم لايخرج عنهم ، وان تشاحوا فيه قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الارض في مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم من كل حز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرد به فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فاذا كان لأحدهم نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب : لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب

ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فاما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فان فضل الماء عن حاجة عن صاحبه لزمه بذله لذلك وان لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع .

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فان أرادوا إكراءه أوسد بثق فيه أو اصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض اشترك الكل في اكرائه واصلاحه إلى أن يصلوا الى الاول ثم لا شيء على الاول ويشترك الباقون حتى يصلوا الى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في اكرائه كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ما جاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه

ولنا أن الاول انما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده انما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه، فان كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم لانهم يشتركون في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

فسدس واحد، فان كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين على السواء جعل عشرة ثقوب: لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة، فان كان النهر لعشرة — لخمسة منهم أراض الربية من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لاصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل الى أرضهم، ثم تقسم بينهم قسمة أخرى فان أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز بغير رضاه لانه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتيها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا إن الماء لا يملك ان حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك وان الاسبق أحق بالسقي ثم الذي يليه على ماذكرنا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرنا

(فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يسقي به ماشاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر او لم يكن، وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء لان ذلك دال على ان لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لاينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فأراد تنفيذ إحداهما الى الاخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ما شاء، كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واحياء الارض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الخرقي أن تحويط الارض احياء لها سواء أرادها للبناء أو الزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال «من أحاط حائطا على أرض فهي له» رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده، ويروى عن جابر عن النبي ﷺ مثله، ولان الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لو جعلها حظيرة الغنم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة الغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتا فانه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله، ولا بد أن يكون الحائط منيعا يمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالفطائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كاهل الغور كان ذلك احياء، وإن بناه بارفع مما جرت به عادته كان أولى، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احداهما) ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان احياء في العرف كما انه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف، ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف، ولان النبي صلى الله عليه وسلم

ما ذكره في الدارين وان سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها الى درب مشترك لان الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل اسكان كل واحدة منهما استطراقا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطراقه وههنا انما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر أو قنطرة يعبر فيها الماء أو غير ذلك من التصرفات لانها ملكه ولا حق فيها لغيره فاما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه تصرف في النهر المشترك أو في حريمه بغير إذن شركائه وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره والصحيح أنه

لا يعلق حكما على ماليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته اذ ليس له طريق سواه . اذا ثبت هذا فان الارض تحيي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها لانها لاتكون للسكنى الا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لان العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو الحطب أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقا لم يكن احياء لانه ليس بحائط ولا عمارة انما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن احياء وكان تحجراً لان المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر او خيمة لم يكن احياء ، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها، فان كانت لاتزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وإن كانت مما لايمكن زرعها لكثرة أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقلع احجارها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضا وأشجارا كارض الشعرى فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعه الا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء لكثرته فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى الارض التي لاماء لها

لايجوز ههنا ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لان اجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره ويشربه أولا وآخراً وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولا يسقي له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمته شيئا يسقي به أرضا في أول النهر أو في غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز لأنهم صاروا أحق بالماء الخاص في نهرهم من غيرهم ولان الاخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر الى أرض إنسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك إنسان ومذهب الشافعي في ذلك على نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز اذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة، وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز ، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز فاذا حصل الماء لاحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لايجوز لما تقدم، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي

ولا يعتبر في إحياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله لمجرده لما ذكرنا ولا يعتبر في إحياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجها في أن حرثها وزرعها احياء لها وان ذلك معتبر في احيائها ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ولا يصح هذا لما ذكرنا ، ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها، وإن سبق الى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعا)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم فكل من حفر بئراً في موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب » نص احمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وابو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه في ترقية مائها منها فان كان بدولاب فقدر مد الثور

به أرضه التي لها رسم شرب من النهر أو أرضا له أخرى أو سأله إنسان أن يجري له ماء مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا باحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك :

(فصل) القسم الثاني أن يكون منبع الماء مملوكا مثل ان اشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فانهم يملكونها أيضا لان ذلك احياء لها ، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في النهر في القسم الذي قبله الا أن الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه مالو دخل بستانه صيد ، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روي أبو هريرة قال، قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخاري وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء، قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال

او غيره ، وان كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « حريم البئر مد رشائها » أخرجه ابن ماجه ولانه المكان الذي تمشي اليه البهيمة ، وان كان يستقي منها بيده فبقدر مايحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر باخذه منها ولو على الف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه مايحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف في ذلك لان هذا انما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال ابو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعا، وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى عن النبي ﷺ انه قال « حريم البئر أربعون ذراعا لا عطان الابل والغنم » وعن الشعبي مثله رواه ابو عبيد

ولنا ماروى الدارقطني والخلال باسنادهما عن النبي ﷺ انه قال « حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العادي خمسون ذراعا، وهذا نص ، وروى ابو عبيد باسناده عن يحيى ابن سعيد الانصاري انه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدي خمس وعشرون ذراعا ، وباسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعا من نواحيها كلها ولانه معنى يملك به الموات فلا يتقدر على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج إلى ماحولها عطنا لابله وموقفا لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضا يسقي منها ماشيته، وموقفا لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه لترقية الماء ، وأما حديث ابي حنيفة

« الملح » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « أن تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ولان ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، واما ما يؤثر كسقي الماشية الكثيرة فان فضل عن حاجته لزمه بذله والا لم يلزمه وقد ذكرناه

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فأرادوا اكراءه أو سد بثق فيه أو اصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه واكرائه الى ان يصلوا إلى الاول ثم لا شيء على الاول ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في اكرائه كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ماجاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه

ولنا أن الاول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فان كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف فمؤنته على جميعهم لاشتراكهم في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله

لحديثنا أصح منه ورواها ابو هريرة فيدل على ضعفه. اذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي ان هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والقاضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا

(فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وان لم يصل الى الماء فهل كالمتحجر الشارع في الاحياء على ماقدمناه ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها او انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لاحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها او لينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقيما عندها فهو أحق بها لانه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ماتمد اليه أغصانها حواليها وفي النخلة مد جريدها لما روى أبو داود باسناده عن أبي سعيد قال اختصم الى النبي ﷺ في حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق الى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء فان طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كسوق الماء الى الارض الموات ولقول النبي ﷺ «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به»

﴿مسئلة﴾ (وللامام أن يحمي أرضا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها مالم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره)

معنى الحمى أن يحمى أرضا يمنع الناس رعي حشيشها ليختص بها وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أقام كلبا على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق فروى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا حمى إلا لله ولرسوله» رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلأ» رواه الخلال فليس لاحد من الناس أن يحمي سوى الائمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين لقوله «لا حمى إلا لله ولرسوله» ولم يحم لنفسه شيئا وإنما حمى للمسلمين فروى ابن عمر قال حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان الماء الذي يصير فيه، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لانفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبا منها بئرا ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريبا منها بئراً تجتذب ماء الاولى، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعلية داره، وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزا في وسط العطارين ونحوه من ما يؤذي جيرانه فلا يحل له ذلك وقال الشافعي له ذلك كله لانه تصرف مباح في ملكه أشبه بناءه ونقضه

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقا مثل من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان الى جانبه مواتا وبناه دارا يتضرر بذلك لم يلزم ازالة الضرر بغير خلاف نعلمه لانه لم يحدث ضررا والله تعالى أعلم

الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لا حمى إلا لله ولرسوله » ووجه الاول أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان اجماعا فروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى اعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام ؟ تحميها قال فاطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الارض شبراً في شبر . قال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين الفاً من الظهر، وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فانها مجابة وأدخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التي نحمل عليها في سبيل الله

﴿مسئلة﴾ قال (وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

وجملة ذلك ان أحياء الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لان للامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل ان من تحجر مواتاً فلم يحيه فانه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر الى إذنه كمال بيت المال .

ولنا عموم قوله عليه السلام «من احيا أرضا فهي له» ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كاخذ الحشيش والحطب ، ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه الا ترى ان من وقف في مشرعة طالبه الامام ان يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك الى اذنه ، واما مال بيت المال فانما هو مملوك للمسلمين وللامام ترتيب مصارفه فافتقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة في الجبال

(فصل) فأما ماسبق اليه فهو الموات إذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس واللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي ﷺ «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» والله الموفق

لماحميت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً وهذا اجماع منهم ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «ما أطعم الله لنبي طعمة الا جعلها طعمة من بعده» والخبر مخصوص وما حماه لنفسه يفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرده على المسلمين ، وليس لهم أن يحموا الا قدراً لا يضيق عن المسلمين ويضربهم لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

﴿مسئلة﴾ (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه)

لان ماحكم به النبي ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد ومن احيا منه شيئا لم يملكه وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان أصحهما أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا ، فأما ماحماه غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز، وان أحياه انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه والاول أولى لان الاجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيره ولهذا ملك الحامي نقضه ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا

كتاب الوقوف والعطايا

الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفا ولا يقال أوقفت الا في شاذ اللغة ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها» والعطايا جمع عطية مثل خلية وخلايا ، وبلية وبلايا والوقف مستحب ومعناه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة

والاصل فيه ماروى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يارسول الله اني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ فقال «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير انه لايباع أصلها ولايبتاع ولا يوهب ولايورث» قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لاجناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه . متفق عليه

وروي عن النبي ﷺ أنه قال «اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لاحبس عن فرائض الله قال أحمد وهذا مذهب

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهو مستحب ، والاصل فيه ماروى عبد الله بن عمر قال أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يارسول الله اني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيه؟ قال «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولايورث» قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه متفق عليه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم

(فصل) والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم ، قال جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف ولم يره شريح وقال لاحبس عن فرائض الله قال احمد هذا مذهب أهل الكوفة وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح في الحكم مع صحته وقول جابر نقل للاجماع فلا يلتفت الى خلاف ذلك

أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه الا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله الى رسول الله ﷺ فجاء أبواه الى رسول الله ﷺ فقالا يارسول الله لم يكن لنا عيش الاهذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما ، رواه المحاملي في أماليه ، ولانه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ واجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا

قال الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق علي بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله الى اليوم

﴿ مسئلة ﴾ وفيه روايتان احداهما أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها أو سقاية ويشرعها لهم)

ظاهر المذهب ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التي ذكرناها قال احمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن أدخل بيتاً في المسجد واذن فيه: لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ المقابر واذن للناس والسقاية فليس له الرجوع هذا قول أبي حنيفة ، والرواية الاخرى لا يصح الا بالقول ذكرها القاضي وهو مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول احمد إذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

قال شيخنا وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه ان أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها اذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك مع اذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الأولى بعينها وان أراد اذاً وقفها بقوله فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله ، اذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة واحتجوا بان هذا تحبيس على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء

وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذومقدرة الا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان اجماعا ، ولانه إزالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق . وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولهذا لم يردها عليه انما دفعها اليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده اليهما والقياس على الصدقة لا يصح لانها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما تفتقر الى القبض والوقف لا يفتقر اليه فافترقا .

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمة الله عليه (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)

في هذه المسألة فصول ثلاثة (أحدها) أن الوقف اذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وعن أحمد لا يزول ملكه وهو قول

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاماً كان اذناً في أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلا له ومن نثر نثاراً كان اذناً في أخذه كذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد ذكرنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال كذلك هذا وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ وصريحه وقفت وسبلت وحبست فمتى أتى بواحدة منها صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر «ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق والكناية تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات والتحريم يستعمل في الظهار والايمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف فلم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يصح الوقف بمجردها كـكنايات الظهار فاذا انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها

(أحدها) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع عليها فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

مالك ، وحكي قولا للشافعي رضي الله عنه لقول النبي ﷺ « حبس الاصل وسبل الثمرة »

ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق ، ولانه لو كان ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوسا لايباع ولا يوهب ولا يورث وفائدة الخلاف انا اذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ويحتمل أن يلزمه ارش جنايته كما يفدي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

(الفصل الثاني) أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لان الوقف يحصل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لايلزم الا بالقبض واخراج الواقف له عن يده وقال الوقف المعروف أن يخرجه عن يده الى غيره ويوكل فيه من يقوم به اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لانه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية

ولنا ماروينا من حديث عمر ، ولانه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق ويفارق الهبة فانها تمليك مطلق والوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فالحاقه به أولى

(الفصل الثالث) أنه لايفتقر الى القبول من الموقوف عليه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لايتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان (أحدهما) اشتراطه لانه تبرع لآدمي

(الثاني) أن يضيف اليها لفظة تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة

(الثالث) : أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة : (أحدها) أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائما مع بقاء عينها كالحيوان والعقار والاثاث والسلاح)

وجملة ذلك أن الذي يصح وقفه ماجاز بيعه مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوان والسلاح والاثاث وأشباه ذلك

قال احمد في رواية الاثرم انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض الا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان هذا حيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أما خالد فانه قد احتبس أدراعه واعتاده في سبيل الله » متفق

معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية اذا كانت لآدمي معين وقفت على قبوله واذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر الى قبول كذا ههنا

(والوجه الثاني) لايشترط القبول لانه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولانه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق وبهذا فارق الهبة والوصية والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لايختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم الا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لايبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي فاذا قلنا لايفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة فان قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى

(فصل) وينتقل الملك في الموقوف الى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب، قال احمد اذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه

عليه وفي رواية أعتده أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد، وروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ «اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله» ولانه يحصل فيه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس أو نقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فاراد التنزه منها قال يقفها وقال القطائع ترجع الى الاصل أراد جعلها للمساكين فظاهر هذا اباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الاصل لا أنها تصير بهذا القول وقفاً

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح وقف المشاع وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في أن القبض شرط وهو لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر انه أصاب مائة سهم من خيبر فاستأذن النبي ﷺ فيها فأذن له في وقفها وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعا كالبيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فهو يصح في الوقف كما يصح في البيع

وروي عن أحمد أنه لايملك فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لانه لايباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة وانما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لايملكون ويحتمل أن يريد بقوله لايملكون أي لايملكون التصرف في الرقبة فان فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ماحكيناه ، وقال أبو حنيفة لاينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقا لله تعالى لانه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك اليه كالهبة والبيع ، ولانه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق العتق فانه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لايمنع الملك كام الولد

(فصل) وألفاظ الوقف ستة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية : فالصريحة وقفت وحبست وسبلت متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة

(فصل) وان وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفما كان جاز وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لانه اذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان اطلاق الاضافة اليهما يقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق الا بالتنصيف وان قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم أثلاثاً

﴿مسئلة﴾ (ويصح وقف الحلي على اللبس والعارية)

لان ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الاجرة عليه فصح الوقف عليه كوقف السلاح في سبيل الله ولما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بعشرين الفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الخلال باسناده ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالعقار وهو قول الشافعي وروي عن احمد انه لايصح وقفها عليه وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الاصلي من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم والمذهب الاول لما ذكرنا، والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في اسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في اسقاط زكاة ولاضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والايمان ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه فان انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى الا أن النية تجعله وقفا في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وان قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجدا ويأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها فانه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتا في المسجد واذن فيه لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفا الا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول أحمد اذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطا على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار وسلاح غير معين) لان الوقف ابطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في غير معين كالعتق

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدين) لانه انقل للملك على وجه القربة فلم يصح في غير معين كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح وقف مالا يجوز بيعه كام الولد والكلب والمرهون وكذلك الخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها)

لانه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجز كالبيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا منفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها، والمرهون في وقفه ابطال حق المرتهن منه فلم يجز ابطاله ولا يصح وقف الحمل المنفرد لانه لا يجوز بيعه.

(فصل) ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقائه دائما كالاثمان والطعوم والرياحين)

مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لا يجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم الا شيئا حكي عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام انه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا ينتفع به إلا بالاتلاف لا يصح ذلك

وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الاولى بعينها وان أراد وقفها بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله اذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم واحتجوا بأن هذا تحبيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاما كان اذنا في أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلا له ومن نثر على الناس نثارا كان اذنا في التقاطه وأبيح أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال فكذلك ههنا وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسئلتنا والله أعلم .

فيه وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها عند من أجاز اجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الاثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به ولذلك لا يصح وقف الشمع للاشعال لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول (الثاني) أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والاقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة . وجملة ذلك ان الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والسقايات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب ويصح على أهل الذمة لانهم يملكون ملكا محترما وتجوز الصدقة عليهم قال الله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم) واذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم كالمسلمين ، وروي ان صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ولان من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لان الوقف عليهم لا على الموضع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على الكنائس وبيوت النار والبيع وكتب التوراة والانجيل) لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وكتبهم مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي » ولولا ان ذلك معصية ما غضب منه . وحكم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز ان يرجع اليه شيء من منافعه)

وجملة ذلك ان من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجز ان ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل ان يقف مسجداً فله ان يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله ان يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كاحدهم لا نعلم في هذا كله خلافاً وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

﴿مسئلة﴾ قال (إلا ان يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجملته ان الواقف اذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه احمد . قال الاثرم قيل لابي عبدالله يشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري، ان في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وابو يوسف والزبير وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه

الوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها والمسلم والذمي في ذلك سواء ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا ولا نعلم فيه مخالفاً لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح وقف الذمي كغير المعين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم تنقض مافعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه علي كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة انما هو إزالة ملك في الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك بحاله كالعتق ، وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد في وصيته ان غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ماعليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبلغ أربع سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ، ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة بل لانه انما أعتقه بعوض يعتقدان صحته فاذا تعذر العوض باسلامه كان عليه مايقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولان ماينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به

ولنا الخبر الذي ذكره الامام احمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه وكان الوقف في يده الى أن مات ولانه إذا وقف وقفاً عاما كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولافرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته او مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه او أطلقه فان عمر رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله: بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ انه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا انه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها والله أعلم

(فصل) وان شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط لان النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته ، وان اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لان عمر رضي الله عنه شرط ذلك في صدقته التي استشار فيها رسول الله ﷺ فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لان عمر ولي صدقته ، وان وليها أحد من أهله كان له ذلك لان حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح الوقف على حربي ولا مرتد) لان أموالهم مباحة في الاصل تجوز إزالتها فما يتجدد لهم أولى والوقف يجب أن يكون لازما لانه تحبيس الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين ، فان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده فقال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله تعالى أو في سبيله فاذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لايجوز أن يبيع ماله من نفسه ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه من التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ، ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهو أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما نذكره في المسئلة بعدها ولانه يصح أن يقف وقفاً عاماً فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

(فصل) ومن وقف وقفاً صحيحاً على انسان فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال ملكه

(فصل) وان شرط أن يبيعه متى شاء او يهبه او يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لانعلم فيه خلافا لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وان شرط الخيار في الوقف فسد ، نص عليه احمد وبه قال الشافعي وقال ابو يوسف في رواية عنه يصح لان الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ان له بيعه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعتق ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ويفارق الاجارة فانها عقد معاوضة وهي نوع من البيع ، ولان الخيار اذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار او التصرف وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فافسده كما لو شرط أن لا ينتفع ، وان شرط الناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وانما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الوالي لعطيته ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبه مالو وقف على المشتغلين من ولده فانه يستحق منهم من

عن الواقف وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها فأما ان وقف شيئاً للمسلمين دخل في جملتهم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله أن يسقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في ذلك خلافا وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اذا وقف وقفاً على غيره وشرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الاثرم قيل لابي عبد الله اشترط في الوقف اني أنفق على نفسي وأهلي؟ قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر قال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيري وابن شريح وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة وكما لو اعتق عبداً واشترط أن يخدمه ولان ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

ولنا ان الخبر الذي ذكره الامام أحمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال لا بأس على من

اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد اليه عاد استحقاقه والله أعلم

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها او سفلها دون علوها صح ، وقال ابو حنيفة لا يصح لان المسجد يتبعه هواءه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها ولانه تصرف يزيل الملك الى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

(فصل) وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجر بيتاً من داره

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أوعلى ولده ففيه روايتان [إحداهما] لا يصح فانه قال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لاأعرف الوقف إلا ماأخرجه لله وفي سبيل الله فاذا وقفه عليه حتى يموت فلاأعرفه . فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تمليك الرقبة

وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا غير متمول منه وكان الوقف في يده الى ان مات ولانه اذا وقف وقفاً عاما كالمساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك ههنا ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر لم يقدر ما يأكله الوالي ويطعم الا بقوله بالمعروف وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه اذا شرط أن ينتفع بها مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع دارا واشترط أن يسكنها سنة فمات في اثنائها

(فصل) ويصح أن يشترط ان يأكل منها أهله لان النبي صلى الله عليه شرط ذلك في صدقته وان شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقا صح لان عمر شرط ذلك فى صدقته التي استأمر فيها رسول الله عليه وسلم فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقا لان عمر ولي صدقته وان وليها أحد من أهله فله ذلك لان حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبدالله بن عمر

(فصل) فان اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط لا نعلم في بطلان الشرط خلافا لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وان شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لان الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة

والمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه . ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهي أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع اليه شيء من منافعه ، ولانه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

﴿ مسئلة ﴾ قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والاناث من أولاد البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (الاول) انه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا لان الواو تقتضي الاشتراك فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض ويشارك الآخر الاول وان كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لانه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ان له بيعه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالعتق ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الاجارة فانها عقد معاوضة وههنا لو ثبت الخيار اثبت مع ثبوت حكم الوقف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما ان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من اهل الوقف ويمنع من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما عاق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الناظر عطيته ولم يجعل له حقاً اذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبه مالو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده فانه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل فمتى ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه فان عاد اليه عاد استحقاقه

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون أسفلها أو أسفلها دون علوها صح وقال أبو حنيفة لا يصح لان المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدار جميعها ولانه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

(فصل) فان جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

(فصل) فان قال وقفت على أولادي ثم على المساكين أو قال على ولدي ثم على المساكين أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمد مايدل على انه يكون وقفا على أولاده وأولاد أولاده من الاولاد البنين مالم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروذي : قلت لأبي عبد الله ماتقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر وقال أيضا فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل : دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل . ووجه ذلك ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) فتناول ولد البنين وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ، ولان ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يابني آدم - و - يابني اسرائيل) وقال النبي ﷺ « ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان راميا » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » والقبائل كلها تنسب الى جدودها ، ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكره كالو أجر بيتاً من داره

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث أن يقفه على معين يملك ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد)

لانه تمليك أشبه البيع ولان الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن)

قال أحمد فيمن وقف على مماليكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل فقد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك قلنا الوقف هناك على المسلمين الا أنه عين في نفع خاص لهم

فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز قلنا على الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقابا وانما بخلاف المساجد

فان قيل فلم لا يصح الوقف على العبد اذا قلنا إنه يملك بالتمليك؟ قلنا لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما ولا يصح على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع أن يقف ناجزاً فاذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بعد

وقال القاضي وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لان الولد حقيقة وعرفاً انما هو ولده لصلبه وانما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ما هذا ولدي انما هو ولد ولدي وان قال على ولدي لصلبي فهو آكد وان قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وان قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق فاما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فانه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فانه يصرف الى أولاد الاولاد بغير خلاف وكذلك ان قال على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الاكبر أو الاعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الاعلى على الثاني او قال الاعلى فالاعلى واشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبته وان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم واذا قلنا بالتعميم فيهم إما لقرينة وإما لقولنا بان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيباً ، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لأنهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركا كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب

موتي فيصح في قول الخرقي وعند أبي الخطاب لا يصح)

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو إذا ولد لي ولد أو اذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالهبة

(فصل) فأما إذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فتكون وصية بالوقف لا ايقافا

ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر اوصى فكان في وصيته هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان أكل أواشترى رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة ولم ينكر فكان إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وفارق هذا التعليق على شرط في الحياة

على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) لم يستحق ولد البنين شيئا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا ، فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الاعلى والاسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ماتناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالاعلى أو الاقرب فلاقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فان انقرضوا فعلى أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ماشرط ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الاول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وان قال على أولادي وأولادهم ماتعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ماكان جاريا عليه جاريا على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب لانه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم ابيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر

بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما

(فصل) ولا يشترط القبول الا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما يشترط فان لم يقبل أورده بطل في حقه دون من بعده وصار كما لو وقف على من لايجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده وجملة ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر الى القبول وان كان على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما لا يشترط اختاره القاضي لانه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر ولانه إزالة ملك تمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالعتق

والثاني يشترط لانه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لادمي معين وقفت على قبوله وان كانت لغير معين كالمساكين أو لمسجد أونحوه لم تفتقر إلى قبول كذا هاهنا والاول أولى والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لايختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم الا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف

من ارادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وإن رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ماتناسلوا وتعاقبوا ، أوقال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ماقال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب ، ففي المسألة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاخواته أو لولد أخواته فهو على ماشرطه ، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لاخيه وابني أخيه بالسوية لانهم أهل الوقف ، ثم ان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه

على الفقراء الذي لايبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا لايفتقر إلى القبول لم يبطل بالرد كالعتق وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده بطل في حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) اذا وقف على من لايجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء كالوقف على عبده وأم ولده أومجهول فان لم يذكر له مآلا فالوقف باطل وكذلك ان جعل له مآلا لايجوز الوقف عليه لانه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه ، وإن جعل له مآلا يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة ، وللشافعي قولان كالوجهين ، فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لايجوز الوقف عليه لايمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لا تا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه لتعذر التصحيح مع اعتباره ، وان كان من لايجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لايجوز الوقف عليه فاذا انقرض صرف الى من يجوز ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه ، ويفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على

الى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لاخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حيا فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية ان لم يخلف ولداً وإن خلف ابنا واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف لكل واحد الربع ، وإن قال من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو في درجته فان كان الواقف رتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضي التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذي هو منه لانهم في درجته في القرب الى الجد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك اخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه لانهم سواء في القرب ، ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئا يفيد ، فعلى هذا ان لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه

المساكين خرج في صحة الوقف وجهان على ما نذكره في الوقف المنقطع الانتهاء ، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه اذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين كما تقدم ، فان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كمن وقف على عبده ثم على اولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه الى مصرف الوقف المنقطع

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مآلا أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز أو قال وقفت وسكت انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى ورثة الواقف وقفا عليهم في احدى الروايتين ، والاخرى الى اقرب عصبته وهل يختص به فقراؤهم ؟ على وجهين ، وقال القاضي في موضع يكون وقفاً على المساكين)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند القائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فهو صحيح أيضاً وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأبيد فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل

(والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين، وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه

(والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وان وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وان مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ما شرط ،وكذلك ان كان له بنون وبنات فقال من مات من الذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ماقال وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه الف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الالف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ماقال

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به فكأنه عينهم .اذا ثبت هذا فانه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي إلا أنه قال يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء ، وعن أحمد أنه يصرف الى المساكين اختاره القاضي والشريف أبو جعفر لانهم مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كالو نذر صدقة مطلقة ،وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته الا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وفلان فاذا انقرض المسمى كانت على الفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ، ويفارق مااذا كان ينفق منهـا على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبي ﷺ «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» وقال «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولانهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات فكذلك صدقته المنقولة .اذا ثبت هذا فانه يكون

فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمى الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف ، واحتج القاضي بان قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب اخراج بقيتهم كالعطف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعض فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا ، وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد م

للفقراء منهم والاغنياء في احدى الروايتين عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي لان الوقف لا يختص الفقراء ولانه لو وقف على أولاده تناول الاغنياء والفقراء كذا ههنا، وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاغنياء ولانا خصصنا الاقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاغنياء ، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففي احدى الروايتين يختص بالورثة منهم لانهم الذين صرف الله اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفاً، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأبيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فيصرف اليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف اليهم على سبيل الارث على ما ذكره الخرقي ويبطل الوقف فيه كقول أبي يوسف والرواية الثانية يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الوراث ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً، قال شيخنا وهذا لا يقوى عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصاً ولا اجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي لان علته لا تتحقق ههنا، وأقرب الاقوال فيه صرفه الي المساكين لانهم مصارف مال الله وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى

شركا، يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما واولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه ،ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل ان يدخل في الوقف ولد ولده لاننا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وماتوا والدوائم ولد مولود فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو للاول وان لم تكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الاصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشتري ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للاول لان الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشتري وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر فان المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق مما ظهر بعد ولادته،وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائع فهو للاول وان كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولانا اذا صرفناه الي أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله الا بصرفه الى المساكين، فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء أوالمساكين، وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام ، وإنما قدمنا الاقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم إلا على قول من قال انه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثاً لاوارث له فكان بيت المال أولى به

(فصل) وان وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز كمن وقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع كالمسئلة قبلها لان ذكر من لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لايصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هوقياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينعقد موجباً لكفارة اليمين وهو قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح

(الفصل الثاني) اذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه فاما ولد البنات فقال الخرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لان البنات اولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم ، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم وقال النبي ﷺ للحسن «ان ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل ابناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن

ووجه قول الخرقي ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه

مطلقاً كالأضحية والوصية، ولو قال وصيت بثلث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال وقفت داري سنة أو الى يوم يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين)

لان مقتضى الوقف التأبيد وهذا ينافيه (والوجه الآخر) يصح لانه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء فان قلنا يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف الى مصرف الوقف المنقطع الانتهاء

(فصل) فان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل الابتداء والانتهاء ، وان قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفا على المساكين ويلغو قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين)

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ لان الوقف يحصل به وعن أحمد أنه لا يلزم الا بالقبض واخراج الوقف عن يده فانه قال الوقف المعروف أن يخرجه من يده الى غيره يوكل فيه من يقوم به اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لانه تبرع بما لم يخرجه عن المالية فلم يلزمه بمجرده كالهبة والوصية

ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الارث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولانه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولانه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولان ولد البنات منسوبون الى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقولهم انهم أولاد أولاد حقيقة قلنا الا أنهم لاينسبون الى الواقف عرفا ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخل هؤلاء في الوقف، ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولاينسب الى أبيها، واما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب اليه فنسب الى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى بن مريم، وغيره انما ينسب الى ابيه كيحيي بن زكريا وقول النبي ﷺ «إن ابني هذا سيد» تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبا احد من رجالكم) وهذا الخلاف فيما اذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين . فأما ان وجد ما يصرف اللفظ الى أحدهما انصرف اليه ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو فاذا خلت الارض ممن يرجع نسبه الي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا مما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف، وان قال على أولادي وأولاد

ولنا ما رويناه من حديث عمر ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرده كالعتق، ويفارق الهبة فانها تمليك مطلق والوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه والحاقه به أولى .

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه(ويملك الموقوف عليه الوقف وعنه لايملكه)

ظاهر المذهب أن الملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليه قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه وروي عن أحمد أنه لايملك فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لانه لايباع ولايورث ولا يصير ملكا للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكونه، ويحتمل أن يريد بقوله لايملكون أي لايملكون التصرف في الرقبة فان فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ماحكيناه وقال أبوحنيفة لاينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حق الله تعالى لانه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك اليه كالهبة والبيع ولانه لوكان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق العتق فانه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لايمنع الملك كام الولد

أولادي المنتسبين الي أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات ، وان قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، وان قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي ، فامامن كان هاشميا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين (أولاهما) أنهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعا كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب الى قبيلتي فكذلك

(الفصل الثالث) انه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لأنه تشريك بينهم واطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب فان الله تعالى قال (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم في هذا خلافا

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال فلو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر سهمين وللانثى سهما أو للذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) لانه نماء ملكه ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿مسئلة﴾ (وليس له وطء الجارية فان فعل فلا حد عليه ولا مهر)

لا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لا نأمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ولان ملكه ناقص فان وطيء فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت فالولد حر)

لانه من وطء شبهه وعليه قيمته يوم الوضع يشترى بها عبد مكانه لانه فوت رقه وتصير أم ولد له لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت وتجب قيمتها في تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها ، وإن قلنا لا يملكها الموقوف عليه لم تصر أم ولده بذلك لانها أجنبية

﴿مسئلة﴾ (فان أعتقها لم ينفذ عتقه)

لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه الي الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها أجنبي بشبهة فالولد حر)

أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن الكبير ضعف ما للصغير أو العالم ضعف ما للجاهل أو العائل ضعف مالغنى أوعكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل ان يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أوعكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ولا توهب وان المردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فان استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

لاعتقاده أنه يطأ في ملكه وإن كان الواطيء عبدا وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطيء جاريتهم في غير ملك أشبه الامة المطلقة، وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشتري بها عبداً يكون وقفاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك وان وطئها مكرهة أو طاوعته فعليه الحد اذا انتفت الشبهة والمهر لاهل الوقف لانه وطيء جارية غيره ويكون ولدها وقفاً معها لانه تبع لها

﴿ مسئلة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلها)

سواء أتلفها أجنبي أو الواقف كما لو أتلف غير الوقف، وان أتلفه الموقوف عليه فعليه قيمته أيضاً يشترى بها مثله يقوم مقامه لانه لا يملك التصرف في رقبته انما له نفعه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة فأتت بولد ولا يلزمه قيمته ان أولدها لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وله تزويج الامة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملكه)

يجوز للموقوف عليه تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة ولان الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها والمهر للموقوف عليه لانه بدل نفعها أشبه الاجرة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على منفعتها في العمر فيفضي إلى تفويت منفعتها في حق البطن الثاني، ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني فان طلبت التزويج وجب تزويجها لانه حق لها طلبته فتعينت

ولنا انه إيصال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لان كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى الى الوقف والى غيره من العطايا والصلات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية، فان خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أوخص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الاثرة فأكرهه وان كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به. ووجه ذلك ان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضا لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس. وقد دل على صحة هذا ان أبابكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده، وحديث عمر انه كتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا وصرمة بن الاكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادتليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لايباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لاحرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقا منه. رواه أبو داود وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها

الاجابة اليه ومافات من الحق به يفوت تبعاً لا بقائها حقها فلا يكون مانعاً من تزويجها كغير الموقوفة اذا طلبت ذلك واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها لانه من نمائها

﴿مسئلة﴾ (وان جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون في كسبه)

اذا جنى الوقف جناية موجبة للمال لم يتعلق أرشها برقبته لانه لايمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه لانه مالكه تعذر تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه كجناية أم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، فان قلنا إن الوقف لايملك فالارش في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لاتباع وبالموقوف عليه لانه لايملكه فكان في كسبه كالحر، ويحتمل أن يكون في بيت المال كأرش جناية الحر المعسر.

قال شيخنا: وهذا احتمال ضعيف فان الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لاتحملها العاقلة، وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الارش في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن ايجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين في كسبه، ويحتمل أن يكون في بيت المال، وإن جنى جناية توجب القصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا لم يبق منهم أحد رجع الى المساكين)

يعني إذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقيا لانه رتبه المساكين بعدهم، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لان كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف الى كل واحد منهما، ولما ذكر الفقراء في قوله (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله) وفي قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تناول القسمين، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين الا في الصدقات لان الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا الى التمييز بينهما، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين فان جمع بين الاسمين بالوقف أيضا فقال وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثا وجب التمييز بينهما أيضا فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات، وان قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع الى واحد كما قلنا في الزكاة، ويتخرج أن لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على

غيره، فان قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وإن جني على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل ارش الجناية عليه فان الحر يجب ارش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفا، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا انه يملك الموقوف لانها بدل ملكه

ولنا انه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون، وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافيء له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك الى الامام فان قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص لانه حق لا يشاركه فيه غيره، وان كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفا عنه وجب نصف قيمته، فان أمكن أن يشترى بها عبد كامل وإلا اشتري شقص من عبد

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه الى الآخرين فاذا ماتوا رجع الى المساكين) لانه جعله لهم مشروطا بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك

القول في الزكاة أيضا . ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في انه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكوراً أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل اليهم عن غيرهم ، وضابط هذا انه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فان وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبني تميم وبني هاشم جاز الدفع الى واحد والى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لان وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على انه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فان كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لان التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فاذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذى يعجز عن بعضه ولان الواقف أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل) وان وقف على سبيل الله أو ابن السبيل او الرقاب او الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم الى غيرهم لان المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه وشرحهم يأتي في موضعه إن شاء الله

كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فانه لا يصرف الى المساكين شيء من الوقف إلا بعد انقراض الولد كذا ههنا

(فصل) قال رضي الله عنه (ويرجع الى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وادخاله بصفة وفي الناظر فيه والانفاق عليه وسائر أحواله

لانه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه ، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، وكذلك إن وقف على أولاده على ان للانثى سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس أو على ان للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة ان الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وان للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فان استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

تعالى ، وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطي من الزكاة لا يزاد على ذلك فيعطى الفقير والمسكين مايتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضي غرمه ، والمكاتب قدر مايؤدي به كتابته ، وابن السبيل مايبلغه ، والغازي مايحتاج اليه لغزوه وان كان غنيا ، واختلف في قدر مايحصل به الغنى فقال احمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال ان كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وان كان متطوعا أعطى ماشاء وكيف شاء فقد نص احمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وان وقف على جميع الاصناف او على صنفين او أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد او يجب اعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة

(فصل) واذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وان كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف إلى كل مافيه أجر ومثوبة وخير لان اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لانهم أكثر الجهات ثوابا فان النبي ﷺ قال « صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء والمساكين والرقاب

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يشرط ناظراً فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم ينفق عليه من غلته)

النظر في الوقف لمن شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ماعاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها، ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فان جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله الى غيره صح ، فان لم يجعله الى أحد أو جعله لانسان فمات فالنظر للموقوف عليه لانه ملكه يختص بنفعه فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى قال شيخنا ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على ان الملك فيه هل ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله تعالى فان قلنا هو للموقوف عليه فالنظر له فيه لانه يملك عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه الى مصارفه لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين . فأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك معين ينظر فيه وللحاكم أن يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه

(فصل) ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء أكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلا كان أو امرأة عدلا أو فاسقا لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كملكه المطلق ويحتمل أن يضم الى الفاسق أمين حفظا لاصل الوقف عن البيع والتضييع ، وان كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل انسان في حصته

والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لان هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره، وان ساواه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه اولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى، وكذلك سائر الالفاظ العامة، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل ما فيه بر وقربة، وقال أصحابنا يصرف في أربعة جهات: أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج قال ابو الخطاب وعنه فداء الاسرا مكان الحج ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ قال (فان لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في احدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله، والرواية الاخرى يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين او طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم، وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فان الوقف يصح وبه قال مالك وابو يوسف والشافعي في أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن لا يصح.

فان كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنونا أو سفيهاً قام وليه في النظر مقامه كملكه المطلق، وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجز أن يكون إلا أميناً فان لم يكن أميناً لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيلت يده، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلا ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده لانه أمكن الجمع بين الحقين، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينعزل اذا فسق لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فان يده تزال لان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في مصرفه وجب اتباعه في نفقته فان لم يكن شرط فمن غلته لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالانفاق عليه فهو من ضرورته، وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته فان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما نذكره

﴿ مسألة ﴾ (وان وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والاناث والحبالى بالسوية)

وكذلك إن قال وقفت على أولادي أو على ولد فلان لانه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب

وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأبيد فاذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

ولنا انه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف وههنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم. اذا ثبت هذا فانه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قال الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى انه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف ابوجعفر لانه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة وعن احمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لامستحق له فأشبه مال من لاوارث له وقال ابو يوسف يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ويفارق ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً، والدليل على صرفه إلى اقارب الواقف انهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقة وصلة » وقال « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة

فان الله تعالى قال (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه مايدل على انه يكون وقفاً على أولاده وأولاد بنيه الذكور والاناث مالم تكن قرينة تصرفه عن ذلك دون أولاد البنات . قال المروذي : قلت لابي عبد الله ماتقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ماكان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر ، ووجه ذلك ان الله تعالى لما قال (يوصيكم الله في أولادكم) دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال (ولابويه لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد) تناول ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينه ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولان ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى (يابني آدم ، ويابني اسرائيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا يابني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة (والرواية الثانية) لا يدخل فيه ولد الولد بحال وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات اختاره القاضي وأصحابه لان الولد حقيقة وعرفا انما هو ولده لصلبه وانما سمي ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ماهذا ولدي

يتكففون الناس ولان فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة، إذا ثبت هذا فانه في ظاهر كلام الخرقي بظاهر كلام احمد يكون للفقراء منهم والاغنياء لان الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والاغنياء كذا ههنا وفيه وجه آخر انه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الاغنياء ولانا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاغنياء. واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف في احدى الروايتين يرجع الى الورثة منهم لأنهم الذين صرف الله تعالى اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفا ولان النبي ﷺ قال «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأبيد، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة، ويحتمل كلام الخرقي أن يصرف اليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً، وهذا لا يقوي عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون الا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا

انما هو ولد ولدي . فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف لانهم لم يدخلوا في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(فصل) فان قال على ولد ولدي لصلبي فهو آكد في اختصاصه بالولد دون ولد الولد، وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم، وموضع الخلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فانه يصرف اليه بغير خلاف، مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه أو قال ويفضل الولد الاكبر أو الافضل أو الأعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال على ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعقبه، فان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم، واذا قلنا بتعميمهم اما بالقرينة واما لقولنا ان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيباً احتمل ان يكون بين الجميع على التشريك لانهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يشتركوا

نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي لان علته لا تتحقق هاهنا وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولاننا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء

(فصل) فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وانما قدمنا الاقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم الاعلى قول من قال إنه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال به أولى

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينعقد موجبا لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلق كالاضحية والوصية ولو قال وصيت بثلث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه

فيه كما لو أقر لهم بدين، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع الى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولدا فقال ان مات ولد علي بن اسماعيل: دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك لان ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا هنا فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الاعلى والاسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالاعلى والاقرب فالاقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فاذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن الاول كله ومتى بقي واحد من البطن الاول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه وان قال على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان دليلا على الترتيب لانه لو اقتضى التشريك لاقتضى

(فصل) وان وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع لان ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة

(فصل) وان كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فان لم يذكر له مآلا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك ان جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه لانه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه وان جعل له مآلا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة وللشافعي فيه قولان كالوجهين فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لاننا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد الغيناه فانه يتعذر التصحيح مع اعتباره وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتي قبلها ذكره أبو الخطاب (والثاني) أنه يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض

التسوية ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده واذا مات عن ولد انتقل الى ولد سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد اولادهم ماتناسلوا فهو على ماقال من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد فاذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهما وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) فان قال وقفت على اولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاخواته أو لولد اخواته فهو على ما شرطه ، وان قال : ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن

صرف الى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه فانه تعذر اعتباره ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين :

(فصل) وان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل ان يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى؟ على وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته ايضا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أوقال هو وقف بعد موتي ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث الا ان تجيز الورثة)

وجملته ان الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لانه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة واذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد

غير ولد فنصيبه لاخيه وابني أخيه بالتسوية لانهم أهل الوقف فان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف اخويه وابني أخ له فنصيبه لاخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالتسوية ان لم يخلف ولداً فان خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف بينهما نصفين، وان قال : من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته وكان الوقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه وان كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضي التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر البطن الذي هو منه لانهم في درجته في القرب الى الحد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك اخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه لانهم سواء في القرب ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة والظاهر أنه قصد سبباً يفيد فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة اوجه :

على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على اجازة الورثة لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لان حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق فاما اذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال ابو الخطاب قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الامام احمد رضي الله عنه أن عمراً وصى فكان في وصيته : هذا ماأوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت انصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل (والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من اهل الوقف فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ماشرط ، وكذلك إن كان بنون وبنات فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ماقال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى يستوفي البنات الالف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه والحكم فيه على ماقال لانه

(فصل) ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل ان يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو اذ اولد لي ولد أو إذا قدم لي غائبي ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل الملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة وسوى المتاخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان علق انتهاؤه على شرط نحو قوله داري وقف الى سنة أو الى ان يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين لانه ينافي مقتضى الوقف فان مقتضاه التأبيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فان حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء

(فصل) وان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل الابتداء والانتهاء وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلغى قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فان فعل وقف على إجازة سائر الورثة قال احمد في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن أوصى لاولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال : ان لم يرثوه فجائز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض

جعل البنات كذوي الفروض وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسمين وعلى أولادهما وأولاد الثالث ولا شيء للثالث ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم ولا يوجب اخراج بقيتهم كالعطف في قوله:(من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا انه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى:(ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال ضربت زيداً رأسه أو رأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قول القائل : طرحت الثياب بعضها فوق بعض ، فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وكلام أحمد : هم شركاء يحتمل أن يعود الى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام

اختاره ابو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي ،(والرواية الثانية)يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالاجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب انه لاوصية لوارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لانه لايباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بغلته ، وقال في رواية احمد بن الحسن فانه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا الا كثرون واحتج احمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه انه قال هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهله لايباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربي ولا حرج على من وليه ان أكل او اشترى رقيقا رواه ابو داود بنحو من هذا فالحجة انه جعل لحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقا قال الميموني قلت لاحمد انما امر النبي ﷺ عمر بالايقاف وليس في الحديث الوارث قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهوذاقد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لايجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ، ولان كل من لا تجوز له الوصية

الدليل عليه ، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ماذكرنا قال شيخنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولد ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وماتوالدوا ثم ولد مولود : فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهي للاول ، وان لم تكن قد أبرت فهو معهم ، وانما قال ذلك لانها قبل التأبير تتبع الاصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فتتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للاول لأن الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشتري وهكذا الحكم في سائر الثمر الظاهر على الشجر لا يستحق المولود منها شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته ، وان كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع فهو للاول ، وان كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بغير خلاف علمناه)

بالعين لا تجوز بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفا عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل مالو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لانه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فبنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها ان أجاز الابن ذلك جاز وان لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا مطلقا والثلث للبنت جميعه وقفا ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ماوقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفا ونصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا للابن ثلثاه وللبنت ثلثه وتصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها فترجع اليه ملكا على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف

وأما ولد البنات فقال الخرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده: ماكان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوداً فيمن وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن ،وكذلك إذا قال على ذريته ونسله وروي عن أحمد أنهم يدخلون في الوصية وذهب اليه بعض أصحابنا وهذا مثله وقال أبو بكر وابن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لان البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان) الى قوله (وعيسى) وهو ولد بنته فجعله من ذريته ولذلك ذكر الله تعالى قصة ابراهيم وعيسى وموسى واسماعيل وادريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات وقال النبي ﷺ للحسن «ان ابني هذا سيد» ووجه الرواية الاولى أنهم لم يدخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) ولانه لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لان ولد البنات منسوبون الى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الاباعد

على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعه في ثمانية تكون ستة وخمسين، للابن ثمانية وعشرون وقفا وأحد وعشرون ملكا وللمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما ان كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى مااخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الوارث في جميع المال كالاجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على مارواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية، فان اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسع ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا ويكون للبنت السدس والتسعان وقفا لان الابن انما له إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره (والوجه الثاني) ان له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر، للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا وللبنت ستة أسهم وقفا وسهم ملكا، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

وقولهم انهم أولاد أولاده حقيقة قلنا لأنهم ينتسبون الى الواقف عرفا وكذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخلوا في الوقف ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينتسب الى أبيها وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب اليه فنسب الى الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « ان ابني هذا سيد مجاز بالاتفاق » بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله) والقول بأنهم يدخلون يصح وأقوى دليلا لأنهم أولاد أولاده حقيقة فأما قياسهم على ما اذا كانوا قبيلة فيفارق ما اذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة لانه لو وقف على بني فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما اذا وقف على بني انسان حي أو ميت وليسوا قبيلة وقياسهم على ما إذا قال وقفت على ولد ولدي المنتسبين إلي لا يصح لأنهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون وباقي الادلة ضعيفة جداً

(مسئلة) (فان قال على ولد ولدي لصلبي أو المنتسبين إلي لم يدخل ولد البنات)

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف اليه فلو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو قال فاذا خلت الارض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف وان قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خرب الوقف ولم يرد شيئا بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالاول وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت او أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها او مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه او ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه او تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه . قال احمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه ، وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفا من اللصوص ، واذا كان موضعه قذراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبدالله وتكون الشهادة في ذلك على الامام قال ابو بكر وقد روى علي بن سعيد إن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل ان تدور في الرحى او

فيه ولد البنات وان قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات وكذلك ان قال على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وان قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولهما) أنهم يدخلون لانه اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال علي أولادي وأولاد أولادي ممن ينتسب الى قبيلتي فكذلك

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال القاضي المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

ولنا أنه إيصال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها وقد فضل الله تعالى الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلات وما ذكره

يحمل عليها تراب او تكون الرغبة في نتاجها او حصانا يتخذ للطراق فانه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه احمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد او الوقف عاد إلى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لايجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ « لايباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث » ولان مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لايجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا ، ولان فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره ، قال ابن عقيل الوقف مؤبد فاذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإيصال الابدال جرى مجرى الاعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدي اذا عطب في السفر فانه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ماأمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع

القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية وإن خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال احمد في رواية محمد بن الحكم ان كان على طريق الاثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته وعلى قياس قول احمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلبه ، أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس وقد دل على ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ان ثمغا وصرمة بن الاكوع العبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه رواه أبو داود فيه دليل على تخصيص حفصة دون اخوتها وأخواتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على بنيه أو بني فلان فهو للذكور خاصة دون الاناث والخناثى عند الجمهور) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن وإسحق وأبو ثور هو للذكر والانثى جميعاً لانه لو وقف على

ولنا علي محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الوقف اذا بيع فأي شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لان المقصود المنفعة لاالجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الاولى تصرف فيها لانه لايجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة عليه كما لايجوز تغيير الوقف بالبيع مع امكان الانتفاع به

(فصل) واذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لان المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل الى ذلك الا بهذه الطريق

(فصل) وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع امكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل مايضيع المقصود اللهم إلا ان يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعا فيكون وجود ذلك كالعدم

بني فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى وقال الثوري ان كانوا ذكوراً وإناثاً فهو بينهم وإن كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين

ولنا أن لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى (أصطفى البنات علي البنين) وقال تعالى (أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين؟) وقال تعالى (زين الله للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال تعالى (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم مايشتهون) وانما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها ، فاما ان وقف على بناته او وصى لهن دخل فيه البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لانه لا يعلم كونه انثى لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسئلة ﴾ الا ان يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم أما اذا وقف علي بني فلان او ولد فلان وهم قبيلة كبني هاشم وتميم فانه يدخل فيه الذكر والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها وانثاها قال الله تعالى (يابني آدم - ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وروي ان جواري بني النجار ولن نحن جوار من بني النجار ياحبذا محمد من جار ويقال امرأة من بني هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لا ينتسبون الى القبيلة .

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الارض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر الى قول أكثرهم واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله انشاءه ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لان مآله اليه اما بعد كونه مسجداً لايجوز جعله سقاية ولا حوانيت ، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ماتحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فان المسجد لايجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت الا عند تعذر الانتفاع به ، والحاجة الى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة

(فصل) ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال ان كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ولو قلعها الامام لجاز وذلك لان المسجد لم يبن لهذا وانما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكر والانثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى)

وجملة ذلك ان الرجل اذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف الى الذكر والانثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا ينصرف الى من هو أبعد منهم شيء لان الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى) يعني قربى النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس وبني نوفل شيئا الا أنه أعطى بني المطلب بن عبد مناف وعلل عطيتهم بانهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا ولم يعط منهم الا مسلما فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لان اللفظ يشملهم ويين الكبير والصغير والغني والفقير لذلك ولايدخل فيه الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ وهذا اختيار الخرقي وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كاخوته من أمه وأخواله وخالاته ، وان كان لا يصلهم في حياته لم يعطوا شيئا لان صلته إياهم في حياته قرينة دالة على ارادتهم بصلته هذه

وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها ، فأما ان كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النبقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الارض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها ويصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب عندي أن المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج اليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بني فبقي من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فقال يعان به في مسجد آخر أو كما قال . وقال المروذي سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد اذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى انه قد احتج بكسوة البيت اذا تخرقت تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة

وعنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد وهي تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون الى الاب الادنى ، وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه واعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصا لا يمنع من العمل بالعموم في غير هذا الموضع وقال أبو حنيفة قرابته كل ذي رحم محرم فيعطي من أدناهم اثنان فصاعدا فاذا كان له عم وخالان أعطى عمه النصف وخاليه النصف . هكذا روي عنه فيما اذا أوصى لقرابته . وقال قتادة : للاعمام الثلثان وللأخوال الثلث وهو قول الحسن ، قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد

ولنا أن هذا له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا وقد يحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وخاله وهن من أقاربه وماذكروه من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم . فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره

وروى الخلال باسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لاتلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ماصنعت ولم تصب، ان ثياب الكعبة اذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين فكان شيبة يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون اجماعا، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف نصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

(فصل) اذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فان قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفا كما لو تلف بفعل الله تعالى وإن كانت الجناية موجبة المال لم يمكن تعلقها برقبته لانه لايمكن بيعها ويجب ارشها على الموقوف عليه لانه ملكه تعلق ارشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كام الولد، وإن قلنا الوقف لايملك فالارش في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لاتباع وبالموقوف عليه لانه لايملكه فكان في كسبه كالحر يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كارش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فان الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لاتحملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الارش في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال

﴿مسئلة﴾ (وأهل بيته بمنزلة قرابته وقال الخرقي يعطى من قبل أبيه وأمه)

المنصوص عن احمد رحمه الله ان أهل بيته بمنزلة قرابته فانه قال في رواية عبدالله إذا أوصى بثلث ماله لاهل بيته فهو بمنزلة قوله لقرابتي، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال قال أحمد قال النبي ﷺ «لاتحل الصدقة لي ولاهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين سماهم الله تعالى هم اهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال «أذكركم الله في اهل بيتي» قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس قال القاضي قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث وذكر القاضي أن اولاد الرجل لايدخلون في اسم القرابة والاأهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من اهل بيته واقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها «اللهم هؤلاء اهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً» ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لاقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمناه والخرقي قد عدهم في القرابة بقوله لايجاوز به اربعة لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فان الحر يجب أرش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لايختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفا، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا أنه يملك الموقوف لانه بدل ملكه

ولنا أنه ملك لايختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر مايستحق هذا منه فنعفوا عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا، ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وان كانت الجناية عمداً محضا من مكافيء له فالظاهر انه لايجب القصاص لانه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الامام فان قطعت يد العبد او طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لانه لايشاركه فيه غيره وان كان القطع لايوجب القصاص او يوجبه فعفي عنه وجب نصف قيمته، فان أمكن أن يشترى بها عبد كامل والا اشتري بها شقص من عبد

(فصل) ويجوز تزويج الامة الموقوفة لانه عقد عقد على منفعتها أشبه الاجارة، ولان الموقوف

القربى فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعا الا ان يعد النبي صلى الله عليه وسلم ابا لان هاشما انما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم ووجه قول الخرقي ان امه من اهل بيته فكذلك اقاربها من اولادها وابويها واخوتها واخواتها

﴿ مسئلة ﴾ (وقومه ونسباؤه كقرابته لان قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه)

قال الشاعر :

فقلت لها أما رفيقي فقومه تميم وأما أسرتي ففيان

وقال أبو بكر هو بمثابة أهل بيته لان أهل بيته أقاربه وأقاربه قومه ونسباؤه وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال قال شيخنا وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) وآله مثل قرابته فان في بعض الفاظ حديث زيد بن أرقم من آل رسول ﷺ؟ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل والاصل في آل أهل فقلبت الهاء همزة كما قالو هرقت الماء وارقته ومدت لئلا يجتمع همزتان

عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها وولیها الموقوف عليه لانها ملكه والمهر له لانه بدل نفعها أشبه الاجر في الاجارة ، ويحتمل أن لايجوز تزويجها لانه عقد على نفعها في العمر فيفضي إلى تفويت نفعها في حق البطن الثاني ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لانه حق لها طلبته فتتعين الاجابة اليه وما فات من الحق به فات تبعا لا يفائها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الامة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه حكمها كام الولد والمكاتبة ، وان أكرهها أجنبي فوطئها أو طاوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطء جارية غيره أشبه الامة المطلقة وولدها يكون وقفا معها ، وان وطئها بشبهة يعتقدها حرة فالولد حر ولو كان الواطيء عبداً وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكا فنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشتري بها عبد يكون رقيقا وتعتبر قيمته يوم تضعه حيا لانه لايمكن تقويمه قبل ذلك

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لا نأمن حبلها فتنقص او تتلف او تخرج من الوقف بكونها ام ولد ولان ملكه ناقص فان وطيء فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه والولد حر لانه من وطيء شبهة وعليه قيمة الولد يشترى

﴿مسئلة﴾ (والعترة هم العشيرة الادنون في عرف الناس وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فسره ابن قتيبة وقد توقف أحمد في ذلك وقال ثعلب وابن الاعرابي العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلا في ذلك العشيرة والاول أصح وأشهر في عرف الناس ووجه الاول قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب رسول الله ﷺ نحن عترة رسول الله ﷺ وبيضته التي تفقأت عنه فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

﴿مسئلة﴾ (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والامهات)

قال القاضي ينصرف الى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس وقد ذكرنا ذلك في مسئلة القوم والنسباء

﴿مسئلة﴾ (والايامى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء)

ذكره أصحابنا قال شيخنا ويحتمل أن يختص اسم الايامى النساء اللاتي لا أزواج لهن قال الله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) وفي الحديث « أعوذ بالله من بوار الايم » ووجه الاول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها وآم عثمان من رقية

قال الشاعر :

فان تنكحي انكح وان تتأيمي وان كنت أفتى منكم أتأيم

وقول شيخنا أولى لان العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي ولان قول النبي

بها عبد مكانه وتصير أم ولد لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت ووجبت قيمتها في تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفا مكانها وان قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لانها غير مملوكة له

(فصل) وان أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن ابطاله، وان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقا فاعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه إلى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ قال (واذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة واذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك ان الوقف إذا كان شجراً فأثمر أو أرضا فزرعت وكان الوقف على قوم باعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة او الحب نصاب ففيه الزكاة وبهذا قال مالك والشافعي وروي عن طاوس ومكحول لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين

ولنا انه استغل من أرضه أو شجره نصابا فلزمته زكاته كغير الوقف يحققه ان الوقف الاصل والثمرة طلق والملك فيها تام له التصرف فيها بجميع التصرفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة

ﷺ «أعوذ بالله من بوار الايم» انما أراد به النساء وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة قاله ثعلب وانما سمي عزبا لانفراده ويحتمل أن يختص الايامى بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أيمة ولو كان الرجل مشاركا لها لقيل أيم وأيمة مثل قائم وقائمة ولان العرف ان العزب يختص بالرجل

﴿مسئلة﴾ (فأما الارامل فهن النساء اللاتي فارقهن ازواجهن بموت أو غيره قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء والذي يعرف من كلام الناس أن الارامل النساء وقال الشعبي واسحق هو للرجال والنساء وانشد

هذي الارامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الارمل الذكر؟

وقال آخر

أحب أن اصطاد ضبا سحبلا ... رعى الربيع والشتاء أرملا

ووجه الاول أن المعروف من كلام الناس أنه للنساء فلا يحمل اللفظ الا عليه ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعا للذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الانباري على قائل القول الاول وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ

من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها ويكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ،أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أولم يحصل .ولا زكاة عليهم قبل تفريقها وان بلغت نصبا لان الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم بدليل ان كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة ، وكما لو وهبه أو اشتراه وفارق الوقف على قوم بأعيانهم فانه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الارض وغلتها ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه

(فصل) ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز الرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته . وقال الشافعي في أحد قوليه لايصح الوقف على من لايمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم لان هذا تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا ان من صح الوقف عليه اذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين وماذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لايمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل

الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمي نفسه أرملا تجوزاً وتشبيها بهن ولذلك وصف نفسه بانه ذكر وكذلك الشعر الآخر ويدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ،ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للنساء والرجال لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركت الحقيقة حتى صارت مهجورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية

(فصل) وان وقف على اخواته فهو للاناث خاصة وان وقف على اخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) واجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة لا يشمل الذكر والانثى لأنهم اخوة أبيه وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبنو الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكور ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ماذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها في المسائل المتقدمة

﴿ مسألة ﴾ قال (وما لا ينتفع به الا بالاتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز)

وجملته ان ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئاً يحكى عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به

(فصل) والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلي لان ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به ، أما الحلي فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته . رواه الخلال باسناده ، ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ولانه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن

﴿ مسألة ﴾ (وان وقف على أهل قريته او قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل فيه وان كان الواقف كافرا)

وجملة ذلك أن الانسان اذا وقف على اهل قريته او قرابته او أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار وقال الشافعي يدخل فيه الكفار، لان اللفظ يتناولهم بعمومه ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم) فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلما واذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومه لم يدخلوا في لفظ الواقف ولان ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه و بينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فكذا ههنا ، فان صرح بهم دخلوا لان إخراجهم يترك به صريح المقال وهو أقوى من قرينة الحال ، وان وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار او وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في اخراجهم رفع اللفظ بالكلية ، فان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضا لان اخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وإن كان الاكثر كفاراً فهو المسلمين في ظاهر كلام الخرقي لانه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وإن كان باخراج الاكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوي

أبي موسى الا أن القاضي تأوله على انه لايصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية ان التحلي ليس هو المقصود الاصلي من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم ، والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا يصح وقف الشمع لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول والمشروب ولا ما يسرع اليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهها لانها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم . ولا وقف ما لايجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لاتصلح للصيد وجوارح الطير التي لايصاد بها لانه نقل للملك فيها في الحياة فأشبه البيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وما لامنفعة فيه لايحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ،والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ،ولا يصح الوقف فيما ليس بعين كعبد في الذمة ودار وسلاح لان الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعتق

(فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ماوقف ووصي وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب إلي لان الفضة لا ينتفع بها ولعله يشتري بتلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين ، فقيل له تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟

والحكم في سائر الفاظ العموم كالاخوة والاعمام وبني عمه واليتامى والمساكين كالحكم في أهل قريته فاما إن كان الواقف كافراً فانه يتناول أهل دينه لان لفظه يتناولهم والقرينة تدل على ارادتهم فأشبه وقف المسلم يتناول أهل دينه، وهل يدخل فيه المسلمون؟ ينظر فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وبقي أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان(أحدهما) لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم(والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه الى غيره ،فان كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل لان قرينة الحال تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولى فبقي خارجاً بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على مواليه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم ،وقال ابن حامد يختص الموالي من فوق)

اذا وقف على مواليه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الا موال من أسفل فهو لهم لذلك وان

قال لا ، فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجا ولجاما لانه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يجز ابقاؤها على الفرس لانه صرف لها الى غير جهتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك ان الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والاثاث وأشباه ذلك . قال أحمد في رواية الاثرم : انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لا بأس به وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الا الكر العروض اع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا ان النبي ﷺ قال « اما خالد فقد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله » متفق عليه ، وفي رواية « وأعتده » أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد وروي ان ام معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في

اجتمعوا فهو لهم جميعا يستوون فيه لان الاسم يشملهم جميعا ، وقال اصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين وقال ابو ثور يقرع بينهما لان احدهما ليس باولى من الآخر وقال ابن القاسم هو للموالي من أسفل ، ولاصحاب الشافعي أربعة اوجه كقولنا وكقول أصحاب الرأي (والثالث) هو للموالي من فوق لانهم اقوى لكونهم عصبته ويرثونه بخلاف عتقائه وهو قول ابن حامد (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا

ولنا ان الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه كما لو وقف على اخوته وقولهم انها لغير معين غير صحيح فان التعميم يحصل مع التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت مولاي حنث بكلام أيهم كان وقولهم ان المولى من فوق اقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا يدخل فيه ولدالهم ولا المساكين ولا الحليف ولا غير من ذكرنا لان الاسم ان تناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه وقال زفر يستحق.

ولنا ان مولى الله ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر إذا وصى لمواليه وليس له مولى فهو لمولى الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى ، واحتج الشريف بان الاسم يتناولهم مجازاً فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محملا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد فان كان له موالى أب حين الوقف ثم انقرض مواليه

سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ « اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله » ولانه يحصل فيه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولأنه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع ترجع إلى الاصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه ان وقفها يطابق الاصل لأنها تصير بهذا القول وقفا

﴿مسئلة﴾ قال (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في ان القبض شرط وان القبض لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيع أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فاذا صح في البيع صح في الوقف

لم يكن لموالي الاب على مقتضى ما ذكرناه لان الاسم يتناول غيرهم فلا يعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد ولا يشبه هذا قوله أوصيت لاقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وان كان لا يستحق في حياة الابن شيئا لان الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة، وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازاً فمع وجودهما جميعا لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة لا توجد في مولى الله

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم)

لان اللفظ يقتضي ذلك، وقد أمكن الوفاء به فوجب العمل بمقتضاه كقوله سبحانه (فهم شركاء في الثلث) فانه يجب تعميم الاخوة من الام والتسوية بينهم، ولان اللفظ يقتضي التسوية أشبه مالو أقر لهم

﴿مسئلة﴾ (فان لم يمكن حصرهم كالمساكين والقبيلة الكثيرة كبني هاشم وبني تميم صح الوقف عليهم)

وكذلك يصح الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل اقليم ومدينة كالشام ودمشق، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين ونحوهم لانه تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما لو قال وقفت على قوم

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح، وان لم يحصوا كالفقراء. وقياسهم يبطل بالوقف على المساكين

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين او أثلاثا أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أوعلى جهة أخرى سواهم لانه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزءين، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان اطلاق الاضافة اليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف وان قال وقفتها على زيد وعمر والمساكين فهي بينهم أثلاثا ○

(فصل) فان أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو افراز حق؟ والصحيح أنها افراز حق فينظر فان لم يكن فيها رد جازت القسمة، وان كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضا لانه شراء لشيء من المطلق، وان كان من صاحب المطلق لم يجز لانه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز، وان كان المشاع وقفا على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ماذكرنا ولم يجز فيما اذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لان كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة

﴿مسألة﴾ قال (واذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين

(فصل) ولا يجب تعميمهم إجماعا لانه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لان من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاقتصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة وهو مذهب الشافعي ووجه القول قد ذكر في الزكاة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فان كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة تخرج عن الحصر مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لان التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فاذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه، ولان الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممن لا يمكن ذلك فيهم

﴿مسألة﴾ (ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذي يعطى من الزكاة يعني إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة)

وجملة ذلك أن من وقف على سبيل الله أوابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين — فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات — لا يدخل معهم غيرهم لان المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود

كرجل وامرأة لان الوقف تمليك للعين أو المنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخي حيا ما وسعه الا اتباعي » ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى : فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين. فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقودا فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة وانما هو إزالة الملك في الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق،

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام باجرة خدمة مبلغ أربع

في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه وقد مضى شرح ذلك في الزكاة فان وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لا يزاد عليه وقد ذكرنا ذلك ، وقد اختلف في القدر الذي يحصل به الغنى فقال احمد فى رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابة المساكين فهو مثل الزكاة وإن كان متطوعا أعطى من شاء وكيف شاء فقد نص على الحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على خمسين درهما لان لفظ أحمد لا تقييد فيه .قال ابو الخطاب وفي المسئلة وجهان وجههما ماسبق

(فصل) فان وقف على الاصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ فيه وجهان بناء على الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لان مبناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف)

(فصل) والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه باقالة ولا غيرها ويلزم بمجرد القول لانه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق وعنه لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده اختاره ابن أبي موسى كالهبة والصحيح الاول وقد ذكرناه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي

سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لاصوله ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمته اربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه انما أعتقه بعوض يعتقدان صحته ، واذا تعذر العوض باسلامه كان عليه مايقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وام الولد والمدبر والميت والحمل والملك والجن والشياطين ، قال احمد فيمن وقف على مماليكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك ، قلنا الوقف هناك على المسلمين الا انه عين في نفع خاص لهم ، فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا بل هي معصية محرمة يزادون بها عقابا وانما بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتمليك لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما .ولا يصح الوقف على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربي لان أموالهم مباحة في الاصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الاخذ لانه تحبيس الاصل

وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم واحتج بعضهم بما روي أن عبدالله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يارسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما رواه المحاملي في أماليه ولانه إخراج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ،لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافا، قال الحميدي تصدق أبو بكر بداره على ولده وعمر بربعه عند المروة على ولده وعثمان برومة وتصدق علي بأرضه بينبع وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم ابن حزام بدره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم ، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك اجماعا ولانه ازالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه في حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبدالله بن زيد ان ثبت فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير

(فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكا محترما ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي ان صفية بنت حيي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولان من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا لان الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ماعاشت ثم الى ذوي الرأي من أهلها ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فان جعل النظر لنفسه جاز وان جعله إلى غيره فهو له فان لم يجعله لأحد أو جعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على ان الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو الى الله تعالى؟ فان قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه اليه لانه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه الى مصارفه

موقوف استئذاب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولهذا لم يردها اليه انما دفعها اليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي ﷺ فرده اليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما يفتقر الى القبض والوقف لا يفتقر اليه فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز بيعه الا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه مايصلح للجهاد وكذلك المسجد اذا لم ينتفع به في موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها الى مسجد آخر)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبي ﷺ في حديث عمر « غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » فان تعطلت منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا لا يمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فان أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه قال أحمد في رواية أبي داود اذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعها وصرف ثمنهما عليه وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفا من اللصوص وإذا كان موضعه قذراً قال القاضي يعني اذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الامام. قال أبو بكر وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وانما تنقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجماعهم على بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحا أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتاجها أو حصانا يتخذ للطراق فانه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن اذا خرب المسجد

لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله ان يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما بجعل الواقف ذلك له او لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه وكان واحداً مكلفا رشيداً فهو أحق بذلك رجلا كان او امرأة عدلا كان او فاسقا لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كالطلق ، ويحتمل ان يضم الى الفاسق أمين حفظا لاصل الوقف عن البيع أو التضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل انسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما لصغر او سفه او جنون قام وليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه او لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف او الحاكم لم يجز ان يكون الا أمينا فان لم يكن أمينا وكانت توليته

والوقف عاد الى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ولان مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا ولان فيما ذكرناه استبقاء للوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قتلها أو قتلها غيره قال ابن عقيل الوقف مؤبد فاذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وايصال الابدال جرى مجرى الاعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدي اذا عطب فانه يذبح في الحال وان كان يختص بالموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفي منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع به بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن انه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود الى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز بيع بعض آلته وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ولانه اذا جاز بيع الجميع عند الحاجة الى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى .

(فصل) واذا بيع الوقف فأي شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الخرقي لكن تكون المنفعة مصروفة الى المصلحة التي كانت الاولى تصرف

من الحاكم لم تصح وأزيلت يده ، وان ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقا ضم اليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده ، ولانه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا تصح توليته وانه ينعزل اذا فسق في أثناء ولايته لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فانه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه

فيها لانه لا يجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به

(فصل) فان لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لان المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل الى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) فان لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع ما يضيع المقصود وإن قل اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع الى حد لا يعد نفعاً فيكون وجوده كالعدم

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الارض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك ينظر الي قول أكثرهم واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد الى ان هذا مسجد أراد أهله انشاءه ابتداءاً واختلفوا كيف يعمل وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزا لان مآله اليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت وذهب القاضي الى ظاهر اللفظ وهو انه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم الى ذلك والاول أصح وأولى ، وان خالف الظاهر فان المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة الى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة

﴿ مسئلة ﴾ (وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه الى مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين)

وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد يبنى فيبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه قال يعان به في مسجد آخر أو كما قال ، وقال المروذي : سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد اذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به ، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت اذا تخرقت

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فان لم يمكن فمن غلته لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ماسلف بيانه

تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة .

وروى الخلال باسناده عن علقمة عن أمه ان شيبة بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ماصنعت ولم تصب ان ثياب الكعبة اذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال فكان شيبة يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة، وهذه قضية مثلها ينتشر ولم تنكر فتكون إجماعاً ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد)

نص عليه أحمد فقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها، ولو قلعها الامام لجاز ، وذلك لان المسجد لم يبن لهذا انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها ويسقط عليها الطير وتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت مغروسة جاز الأكل منها)

يعني اذا كانت الشجرة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والشجرة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران، وقال في رواية أبي طالب في النفقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والشجرة فيها فقد وقف الارض والشجرة معاً ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف . وقد ذكرنا انه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن تباع ثمرتها وتصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب عندي ان المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرفت في عمارته ، وقال أحمد يأكلها الجيران محمول على انهم يعمرونه فان استغنى المسجد عنها فلا بأس بالأكل منها والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الهبة والعطية

(مسئلة) قال (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن الا بقبضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة «هو عليها صدقة ولنا هدية» فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع الى انسان شيئا للتقرب اليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب اليه ومحثوث اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال «تهادوا تحابوا» وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) اذا ثبت هذا فان المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالقبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم

باب الهبة والعطية

وهي تمليك في الحياة بغير عوض، الهبة والعطية والهبة والصدقة معانيهما متقاربة وهي تمليك في الحياة بغير عوض، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها، فأما الصدقة والهدية فهما متغايران وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة «هو عليها صدقة ولنا هدية» فالظاهر ان من أعطى شيئاً ينوي به التقرب الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع الى انسان شيئاً للتقرب اليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب اليه فان النبي ﷺ قال «تهادوا تحابوا» وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير، وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيآتكم

(مسئلة) (فان شرط فيها عوضاً معلوما صارت بيعا وعنه يغلب فيها حكم الهبة)

وجملة ذلك ان الهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلى منه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي كقولنا فيما اذا كانت لمثله أو دونه وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب في أحد القولين وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

قوله عليه السلام « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ولانه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولانه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان ماقلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يابنية ماأحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت انك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القاري، أن عمر بن الخطاب قال : مابال أقوام ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي واذا مات هو قال كنت نحلته ولدي؟ لانحلة الا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فان مات ورثه . وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده اذا كانوا اصغاراً . قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى أن الهبة لاتجوز الا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فان مالكا يقول لايلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لان الوقف اخراج ملك الى الله تعالى

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية ، وقول عمر قد خالفه ابنه وابن عباس فلا يبقى حجة فان عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها ، فان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه، لانه تمليك بعوض معلوم فهو كالهبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وبه قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول انها لاتصح لانه شرط في الهبة ماينافي مقتضاها.

ولنا انه تمليك بعوض نصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فانه لو أطلق التمليك كان هبة فاذا ذكر العوض صار بيعا وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب انه يغلب عليها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط ثوابا مجهولا لم تصح الهبة)

وحكمها حكم البيع الفاسد لانه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح كالبيع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانها نماء ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه انه قال يرضيه بشيء وظاهر كلام أحمد انها تصح فاذا أعطاه عنها عوضا رضي، لزم العقد بذلك، قال أحمد في رواية محمد ابن الحكم اذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع اذا لم يثبه لانه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه منها فعلى هذا عليه أن

فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق اسقاط حق وليس تمليك ولان الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وقول الخرقي : لا يصح. يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فان الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم اليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسئلة كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع ان بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وانما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات . وقوله مايكال ويوزن . ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا باذنه فان قبضها الموهوب له بغير اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة انه إذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم الا بالقبض

ولنا انه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها . ولان

يعطيه حتى يرضيه ، فان لم يفعل فللواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لانه عقد معاوضة فاسد فلزم ضمان العين اذا تلفت كالبيع الفاسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا انه بيع بالمعاطاة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطاة ولا التراضي والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى ان الهبة المطلقة تقتضي ثوابا ، وقد روى أبو هريرة ان أعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كانت تسعا قال رضيت ، فقال النبي ﷺ « لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » من المسند ، فان تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه منها فقال أحمد لا أرى عليه نقصان مانقصه عنده اذا رده الى صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الايجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها) فالايجاب أن يقول وهبتك أو أهديت اليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن اورجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض، وان رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لان الهبة تمت

(فصل) وان مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة و الشركة . وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فانها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها . وروى باسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها « اني قد أهديت الى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي فان ردت فهي لك » قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وان مات صاحب الهدية قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها الى المهدى اليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية

الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا، وتصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليهما وإن لم يحصل ايجاب أو قبول ، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا بد فيها من الايجاب والقبول ، ولا تصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فافتقر الى الايجاب والقبول كالنكاح ، والصحيح ان المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ اختاره ابن عقيل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لاحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشتهراً ، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً لفعله النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ماشاء قبل أن يقبله ، وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتي بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه « كلوا » ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في ان تقديم الطعام بين يدي الضيفان والاذن في أكله ان ذلك لايحتاج الى ايجاب ولا قبول ولانه وجد مايدل على التراضي بنقل الملك فاكتفى به كما لو وجد الايجاب والقبول ؛ قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب مع الاطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لانه اذا لم يكن عرف يدل

وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيها اذا مات الموهوب له بعد قبوله، وان مات أحدهما قبل القبول أو مايقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فأشبه مالو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري. وإذا قلنا ان الهبة لاتبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن وجهاً واحداً لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه فلم يلزم بغير اذنه وان كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن

(فصل) وان وهبه شيئا في يد المتهب كوديعة أو مغصوب فظاهر كلام أحمد ان الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى القبض فيها فانه قال في رواية ابن منصور: إذا وهب لامرأته شيئا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت. فظاهر هذا انه لم يعتبر قبضا ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه. وقال القاضي لابد من مضي مدة يتأتى فيها القبض. وقد روى عن احمد رواية أخرى انه يفتقر الى اذن في القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن. ومذهب الشافعي كمذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها

على الرضي فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الاحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على اللفظ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال فانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي بها في الهبة أولى. وأما النكاح فانه يشترط فيه مالا يشترط في غيره من الاشهاد ولا يقع إلا قليلا فلا يشق اشتراط الايجاب والقبول فيه بخلاف الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿مسئلة﴾ (وتلزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) أما المكيل والموزون الذي لايتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام «العائد في هبته كالعائد في قيئه» ولانه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ولانه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم نعرف لهما في الصحابة مخالفا، وقد روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ان أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يابنية ما أحد أحب غنىً منك بعدي ولا أحد أعز عليّ فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت انك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل، رواه مالك في موطئه. وروى ابن عيينة عن

﴿مسئلة﴾ قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)

يعني ان غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسئلة الاولى. ووجه الرواية الاولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها مالا يلزم قبل القبض ومنها مايلزم قبله كالبيع فان فيه مالا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ماعدا ذلك. فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فان جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لابد فيه من القبض، وان أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر اني نحلت ولدي شيئا ويمسكه في يده ويستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وان مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا

الزهري عن عروة بن عبد الرحمن بن عبد القاري ان عمر بن الخطاب قال: مابال قوم ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي فاذا مات هو قال قد كنت نحلت ولدي، لانحلة لانحلة يحوزها الولد دون الوالد، فان مات ورثه قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ان الهبة لاتجوز إلا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض فان مالكا يقول لايلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لان الوقف إخراج ملك الى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعتق لايكون في محل النزاع لان النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وفي غير المكيل والموزون روايتان (إحداهما) ان حكمه حكم المكيل والموزون في انه لايلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ان الهبة لاتجوز إلا مقبوضة روي ذلك عن النخعي والثورى والعنبري والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المكيل والموزون (والثانية) انها تلزم بمجرد العقد وتثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه فروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما انهما قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور لان الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها مالا يلزم قبل القبض ومنها مايلزم قبله كالبيع فان منه مالا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه

على هذا الوجه محرم فنهاهم عن هـذا حتى يحوزها الولد دون والده فان مات ورثها ورثته كسائر ماله واذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الخرقي اذا قبل يدل على انه انما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الايجاب والقبول، والايجاب أن يقول وهبتك أو اهديت اليك أو أعطيتك أوهذا لك ونحوه من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا . وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لاتصح كلها الا بايجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فافتقر الى الايجاب والقبول كالنكاح ، والصحيح أن المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهوراً ، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ماشاء قبل ان يقبله

مايلزم قبله وهو ماعدا ذلك ، فأما حديث أبي بكر في هبته لعائشة فان جذاذ عشرين وسقاً يحتمل انه أراد به عشرين وسقاً مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لابد فيه من القبض، وإن أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة ، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر اني نحلت ولدي شيئا ويمسكه في يده يستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها ، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثته شيئا وهذا على هذا الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده ،فان مات ورثها ورثته كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه، على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قوله في المكيل والموزون ان الهبة لا تلزم فيه الا بالقبض محمول على عمومه في كل ما يكال ويوزن وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين منه كقفيز من صبرة ورطل من دن وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح القبض إلا باذن الواهب الا ما كان في يد المتهب فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه وعنه لا يصح حتى يأذن في القبض

وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتي بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه كلوا ولم يأكل، وان قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الاكل وانه لايحتاج الى قبول بقوله ، ولانه وجد مايدل على التراضي بنقل الملك فاكتفي به كما لو وجد الايجاب والقبول

قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب والقبول مع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لانه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلابد من قول دال عليه، أما مع قرائن الاحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ . ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال وانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

(فصل) والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل اليه فان أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله فان أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض لانه لاضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه

(فصل) وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي سواء في ذلك ماأمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لاتصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة

اذا قلنا ان الهبة لا تلزم الا بالقبض لم يصح القبض إلا باذن الواهب لانه قبض غير مستحق عليه ولانه أمر تلزم به الهبة فلم يصح الا باذن الواهب كأصل العقد لان قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، فأما ما كان في يد المتهب كالوديعة والمغصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى فيها القبض فانه قال في رواية ابن منصور اذا وهب امرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه لان قبضه مستدام اغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح ان شاء الله تعالى. قال القاضي لا بد من مضي مدة يتأتى القبض فيها، وهل يفتقر الى اذن في القبض؟ فيه روايتان (احداهما) يفتقر كغير المقبوض (والثانية) لا يفتقر لانه مقبوض فلا معنى لتجديد الاذن فيه وقد ذكرنا ذلك في الرهن ومذهب الشافعي في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها كمذهبنا

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وان شاء رجع فيها فان قبضها المتهب بغير اذن الواهب لم يصح القبض ولم تتم الهبة وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم الا بالقبض

يمنع صحة القبض وتمامه فان كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع

ولنا أن وفد هوازن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ماغنمه منهم قال رسول الله ﷺ « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهذا هبة المشاع . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لاصلح بردعة لي فقال النبي ﷺ « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لك »

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ « دعوه فانه يوشك أن يجيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يارسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الامام أحمد والنسائي ، ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولانه مشاع فأشبه مالا ينقسم ، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لايصح فانه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه

ولنا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهاه ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض كما بعد المجلس ويحتمل أنه اذا قبضها بحضرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الاذن كما جعلنا أخذ المتهب لها باذن الواهب دليلا على القبول فان أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض وان رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لان الهبة تمت

﴿مسئلة﴾ (فان مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن والرجوع)

وجملة ذلك أنه اذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة قال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فانها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها وروى باسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمى قالت لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « اني أهديت الى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي الاقدمات ولا أرى هديتي الا مردودة علي فان ردت فهي لك » فكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطي كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة وان

(فصل) ومتى قلنا أن القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفتقر الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لانه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح ، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب وبرىء الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تمليك بغير عوض أشبه الوصية ، ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسمك في الماء اذا كان مملوكا

(فصل) ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه مجهول معجوز عن تسليمه، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان اباحة ، وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا ولا تصح هبة المعدوم كالذي تثمر شجرته أو تحمل أمته لان الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

مات المهدي قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن الوارث والهبة كالهدية، وقال أبو الخطاب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد القبول وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول فان قلنا ان الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه وان كان المتهب فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برىء وان رد ذلك ولم يقبله)

لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق وكذلك إن قال تصدقت به عليك فان القرآن ورد في الابراء بلفظ الصدقة قال الله تعالى (ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح قال الله تعالى (الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يريد به الابراء من الصداق، فان قال اسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ وكذلك ان قال ملكتك لانه بمنزلة هبته اياه فان وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياساً على البيع

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لاتصح هبة المجهول ، وقال في رواية حرب اذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يجز وبه قال الشافعي، ويحتمل أن الجهل اذا كان في حق الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لاغرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له ، وقال مالك تصح هبة المجهول لانه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الاول أنه عقد تمليك لايصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية

(فصل) ولا يصح تعليق الهبة بشرط لانها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع فان علقها على شرط كقول النبي ﷺ لام سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك » كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطا تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لاتهبه أولا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وان وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح لانه عقد تمليك لمعين فلم يصح مؤقتا كالبيع

(فصل) وان وهب أمة واستثنى مافي بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى مافي بطنها لانه تبرع بالام دون مافي بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به

ويحتمل ان يصح لانه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الاعيان

(فصل) وتصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لهما سبيل الى معرفته وقال ابو حنيفة تصح مطلقاً وقال الشافعي لا تصح الا انه اذا اراد ذلك فقال ابرأتك من درهم الى الف لان الجهالة انما منعت لاجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا ان النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست «اقتسما وتوخيا ثم استهما ثم تحالا» رواه ابو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالطلاق والعتاق وكما لو قال من درهم الى الف ، ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن اخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق ، فأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفا من انه اذا علمه لم يسمح بابرائه منه فينبغي ان لا تصح البراءة فيه لان فيه تغريراً بالمبريء وقد امكن التحرز منه ، وقال اصحابنا لو ابراه من مائة وهو يعتقد انه لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (احدهما) صحتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا يصح لانه ابرأه مما لا يعتقد انه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة، واصل الوجهين ما لو باع ما لا كان لموروثه يعتقد انه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع وفي صحة الابراء وجهان

(فصل) واذا كان له في ذمة انسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وان رد ذلك فلم يقبله لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق ، وان قال تصدقت به عليك صح فان القرآن ورد في الابراء بلفظ الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح لان الله تعالى قال (الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الابراء من الصداق وان قال أسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وان قال ملكتك إياه صح لانه بمنزلة هبته إياه

(فصل) فان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه اياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري واسحاق . قال أحمد اذا كان لك على رجل طعام قرضا فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة واذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضا بمالك عليه ، وقال الشافعي إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه ، وان كان على ملي باذل له ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين

ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق ، فاما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لانه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الاعيان

(فصل) تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقا

(فصل) فان كان الموهوب له طفلا او مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله لانه من غير اهل التصرف ويقبض له ابوه ان كان اميناً لانه اشفق عليه واقرب اليه ، فان لم يكن له اب قبض له وصي ابيه لان الاب اقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وان كان الاب غير مأمون او كان مجنونا او كان لاوصي له قبل الحاكم، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وامين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب الامين ووصيه يقوم كل واحد منهما مقام الصبي والمجنون في القبول والقبض ان احتيج اليه لانه قبول لما للصبي او المجنون فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء قال احمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضاً ولا يكون الا للاب، وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز للصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي لا اعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتهب او نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له ، اما غيره فلا نيابة له، قال شيخنا ويحتمل ان يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون

وقال الشافعي لاتصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم إلى ألف لان الجهالة انما منعت لاجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست « اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى الف ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق ، وأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفا من أنه اذا علمه لم يسمح بابرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه لان فيه تغريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لاشيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (أحدهما) صحتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لاتصح لانه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة. وأصل الوجهين مالو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قدمات وانتقل ملكه اليه فهل يصح؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع ، وفي صحة الابراء وجهان

﴿ مسئله ﴾ قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بامره)

وجملة ذلك أن الطفل لايصح قبضه لنفسه ولا قبوله لانه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم

فقيراً لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من اقاربه وغيرهم

(فصل) فان كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي فههنا أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لانه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسبه المباحات،ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بتوقفه على إذن وليه كقبضه أوديعته بخلاف القبول فانه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده.

(فصل) فان وهب الاب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبدالعزيز ، فان كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى

مقامه في ذلك فان كان له أب أمين فهو وليه لانه أشفق عليه وأقرب اليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لان الاب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله ، وان كان الاب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض ان احتيج إليه لان ذلك قبول لماللصبي فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضا ولا يكون الا للاب وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز على الصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلانيابة له ، ويحتمل ان يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لاحاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون فقيرا لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسدباب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك اولى من مراعاة الولاية . فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وان كان الصبي مميزا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ الا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي

بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يكفي قوله قد قبلته لان القبول لا يغني عن القبض، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول، قال ابن المنذر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لولده الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض وان الاشهاد فيها يغني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلة فاعان ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه، وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تصح الا بالايجاب والقبول وقد ذكرنا من قبل ان قرائن الاحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته ، وليس هذا مذهباً لاحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قال له فان سها قال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وان يرجو أن يكتفي مع التميز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ،وقال بعض أصحابنا يكتفي بأحد لفظين اما أن يقول قد قبلته أو قد قبضت لان القبول يغني عن القبض وظاهر كلام احمد ما ذكرناه ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما

فهنا اولى ولا يحتاج الى إذن الولي ههنا لانه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستوليا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على اذن وليه كقبضه لوديعته واما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير اذن كاحتشاشه واصطياده

(فصل) فان وهب الاب لابنه شيئا قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبدا بعينه وقبضه له من نفسه واشهد عليه ان الهبة تامة هذا قول مالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبلته لان القبول لايغني عن القبض ، وان كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هـذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبدالبر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير في حجره لايحتاج إلى قبض وان الاشهاد فيها يغني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب ان عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه ، وقال القاضي لابد في هبة الولد من أن يقول قد قبلته وهـذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لاتصح إلا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الاحوال ودلالتها تغني عن

ذكرنا وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز الا ان يضعها على يد غـيره لان الاب قد يتلف ذلك او يتلف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شيء بعينه فـلا ينفع القبض شيئاً

ولنا ان ذلك مما يصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض

(فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لابد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه ،قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالاب . وفارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب ، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولانا قد ذكرنا انه يستغني بالايجاب والاشهاد عن القبض والقبول فـلا حاجة الى التوكيل فيهما مع غناه عنهما

لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهبا لاحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلى أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قيل له فان سها ؟ فقال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وانه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتفي باحد لفظين إما أن يقول قدقبلته أو قدقبضته لان القبول يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ماذكرناه ، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا وبه يقول ابوحنيفة والشافعي وقال مالك انوهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئا ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

(فصل) وان كان الواهب للصبي غير الاب من أوليائه فقال أصحابنا لابد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالاب، وفارق البيع فانه لايجوز

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء اذن فيها الولي او لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالسفيه ، فأما العبد فلا يجوز ان يهب الا باذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له ازالة ملك سيده عنه بغير اذنه كالاجنبي وقد ذكرنا في جواز الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه رواية ان ذلك جائز وذكرنا دليله في الحجر وللعبد ان يقبل الهدية والهبة بغير اذن سيده نص عليه احمد لانه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر اذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه :

(فصل) والقبض في الهبة كالقبض في البيع وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في كتاب البيع وهذا مقيس عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي وسواء في ذلك ما أمكن قسمته او لم يمكن

وقال اصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه وتصح هبة مالا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه فان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع

أن يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالاب ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولاننا قد ذكرنا أنه يستغني بالايجاب والاشهاد الى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا باذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالاجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لانه تحصيل المال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط وما وهبه لسيده لانه من اكتسابه فأشبه اصطياده

(مسئلة) قال (واذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الانسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فان خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية باحد أمرين اما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك ، وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء ، وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذلك جائز ، وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبا بكر رضي

ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ماغنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهو هبة مشاع وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاء رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بها برذعة لي فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » وروى عمير بن سلمة الضمري قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعوه فانه يوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم بالحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقسم بين الناس رواه الامام أحمد والنسائي ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح لانه لا يمنع صحته في البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون صاحبه

﴿مسئلة﴾ (وتصح هبة ما يجوز بيعه لانه تمليك في الحياة فصح كالبيع وتصح هبة الكلب وما يباح الانتفاع به من النجاسات لانه تبرع فجاز في ذلك كالوصية ، ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة

الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده ، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الاب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ماروى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تُشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال « أكل ولدك أعطيت مثله ؟ » قال لا قال «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وفي لفظ قال « فاردده » وفي لفظ قال « فأرجعه » وفي لفظ «لا تشهدني على جور » وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم » وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لانه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والامر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها . وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي

لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه منه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع فان وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لامكان قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح وان وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل في زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب وبريء الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس شرطاً في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يعتبر في صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تمليك بلا عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه أشبه الحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء أو السمك في الماء اذا كان مملوكا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح هبة المجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه ، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً، ولا تصح هبة المعدوم كالذي تحمل امته أو شجرته لأن الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح نص عليه احمد في رواية أبي داود وحرب وبه قال الشافعي ، قال شيخنا ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالوصية ، وقال مالك : تصح هبة المجهول لانه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية

ﷺ ولا يحتج به معه . ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي ﷺ « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لان أدنى أحوال الامر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد ولو أمر النبي ﷺ باشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرد، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم

ولنا أنه عقد تمليك لايصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية فاما ما لا يقدر على تسليمه فتصح هبته في أحد الاحتمالين اذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز تعليقها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها)

لا يصح تعليق الهبة على شرط لانها تمليك لعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع ، فان علقها على شرط كقول النبي ﷺ لأم سلمة « ان رجعت هديتنا الى النجاشي فهي لك » كان وعداً لا هبة ومتى شرط شرطاً ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط رواية واحدة ، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا توقيتها كقوله وهبتك هذا سنة)

اذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الي لم يصح لانه عقد تمليك لعين فلم تصح مؤقتاً كالبيع

(فصل) وان وهب امة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأم واستثنى ما في بطنها أشبه العتق ، وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور ، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها ، وقد ذكرناه في البيع ، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به .

﴿ مسئلة ﴾ (الا في العمرى والرقبى وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من أنواع الهبة يفتقران الى مايفتقر اليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره ، وصورة العمرى أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرك أو ماعشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقييدها بالعمر ، والرقبى

(فصل) فان خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه ، مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الاثرة ، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته ، والأول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ، ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة . وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها ، وترك النبي ﷺ الاستفصال

أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً ، ولذلك سميت رقبى لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وهما جائزان في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن بعضهم أنها لاتصح لقول النبي ﷺ « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ماروى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن ، فاما النهي فانما ورد على وجه الاعلام لهم انكم ان أعمرتم أوأرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء ، وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وعقبه » ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي انما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة المنهي ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض . اذا ثبت ذلك فان العمرى تنقل الملك الى المعمر ، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن علي ، وقال مالك والليث : العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فيه فان مات عادت الى المعمر وان قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر ، واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والمنحة والعارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التمليك لا يتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها

يجوز أن يكون لعلمه بالحال . فان قيل لو علم بالحال لما قال « ألك ولد غيره ؟ » فانا يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه السلام للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قال نعم قال « فلا إذاً » وقد علم ان الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا ههنا

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل . إذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الانثيين وبهذا قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن . قال

فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه » رواه المسلم وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا رقبى، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته» وعن زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة سيد المرسلين ؟ ولا يصح دعوى اجماع اهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي انها عند العرب تمليك المنافع لا يضر اذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ونقل الظهار والايلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، وقولهم ان التمليك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكا مطلقاً فان قال في العمرى انها للمعمر وعقبه كان توكيداً لحكمها وتكون للمعمر ولورثته وهو قول جميع القائلين بها

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لآخرنا موتاً صح الشرط وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

أما إذا شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لآخرنا موتاً أو اذا مت عادت الي إن كنت حياً أو الى ورثتي ففيه روايتان

(احداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت الى المعمر ، وبه قال القاسم بن محمد ويزيد بن قسيط والزهري وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها متفق عليه ، وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي أعطيها لا ترجع الى من أعطاها» لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم .

شريح لرجل قسم ماله بين ولده :ارددهم الى سهام الله تعالى وفرائضه ؛ وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك : تعطي الانثى مثل مايعطى الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد « سو بينهم » وعلل ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » والبنت كالابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال قال رسول الله « سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالنفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل الذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدي بقسمة الله ، ولان العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها

(والثانية) أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويبطل الشرط وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة ، قال شيخنا وهو ظاهر المذهب نص عليه احمد في رواية أبي طالب للاحاديث المطلقة التي ذكرناها ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ، قال مجاهد والرقبى هو أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً قال مجاهد سميت بذلك لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وروى الامام احمد باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال الشرط لان الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله فاما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وانما نقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم قال « امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فانه من اعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتاً ولعقبه » ولانا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لايجوز فيها التأقيت وانما لم يفسدها الشرط لانه ليس بشرط على المعمر وانما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه وانما قوله في الحديث الآخر لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن اعمر عمرى له ولعقبه فهي له بتلة لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية قال أبو سلمة لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

(فصل) والرقبى كالعمرى قال أحمد هي أن يقول هي لك حياتك فاذا مت فهي لفلان أو هي راجعة الي وهي كالعمرى فيما إذا شرط عودها إلى المعمر قال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء وقال طاوس من ارقب شيئاً فهو سبيل الميراث وقال الزهري الرقبى وصية يعني ان معناها اذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روى أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى لان

يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر مقرونا بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك الى العطية في الحياة. وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وانما ثبت حكمها فيما ماثلها ولا نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي ﷺ قد علم انه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل انه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته، فان القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس انه مرسل

معناها انها للآخر منا وهذا تمليك معلق بخطر ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر

ولنا ماذكرنا من الاحاديث وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم ان معناها ما ذكروه بل معناها انها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء لانه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصح العمرى في الحيوان والثياب لانها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات وقد روي عن احمد في الرجل يعمر الجارية أنه قال لاأرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد في وطيء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطيء استباحة فرج وقد اختلف في العمرى فجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز

(فصل) وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة في غير العمرى والرقبى كقوله (وهبتك هذا سنة) أو الى ان يقدم الحاج أو الى ان يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لانها تمليك للرقبة فلم تصح موقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لان الانسان انما يملك الشيء عمره فاذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق

(فصل) فاما إن قال سكناها لك عمرك فله اخذها في أي وقت أحب وكذلك ان قال اسكنها أو أسكنتكها عمرك أو نحو ذلك فليس هذا عقداً لازماً لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفى بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ماقبضه منها واستوفاه بالسكنى فعلى هذا للمسكن الرجوع متى شاء وتبطل بموت من مات منهما وبه قال اكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى يثبت فيها مثل حكمها وحكي عن الشعبي أنه قال اذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته، وان قال داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى، واذا قال اسكن داري هذه فانما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وأعمام وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم ، وقال ابو الخطاب المشروع في عطية الاولاد وسائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فان خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاصل إباحة تصرف الانسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم في معناهم لانهم استووا في وجوب بر والدهم فاستووا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال « أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » ولم يوجد هذا في غيرهم ولان للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولان الاولاد

ولنا ان هذا اباحة المنافع فلم يقع لازما كالعارية وفارق العمرى فانها هبة الرقبة فأما قوله هذه لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على انه أراد السكنى فأشبه مالو قال هذه لك سكناها واذا احتمل أنه يريد به الرقبة واحتمل ان يريد السكنى فلا تزيل ملكه بالاحتمال .

(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه ، عالماً بأنه ملكه ، وان اعتقد صحة العقد الاول ففي الثاني وجهان (احدهما) صحته لانه تصرف صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفاً يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد انه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد انها لابيه فبان أنه قد مات وملكها الوارث اوغصب عيناً فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين . قال القاضي: اصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو باشر بالعتق من يعتقدها حرة فبانت امته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان وللشافعية في هذه المسئلة وجهان كما حكينا والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (والمشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم)

ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل قال ابراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل ، اذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة ان يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده : أرددهم الى سهام الله وفرائضه وقال عطاء ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك يعطي الانثى مثل مايعطي الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد « سو بينهم » وعلل ذلك بقوله « أيسرك ان يستووا في برك » فقال نعم قال « فسو بينهم » والبنت كالابن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لشدة محبة الوالد لهم وصرف ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولا نص في غيرهم ولان النبي ﷺ قد علم لبشير زوجة ولم يأمره باعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين الاولاد كالاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كالاب ، ولان ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك

(فصل) وقول الخرقي: أمر برده يدل على أن للاب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري

« سووا بين اولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه ولانها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالنفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدي به قسمة الله تعالى ولان العطية في الحياة إحدى حالتي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما ان معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة ادائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما اذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر ، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله الميراث ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فيعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها انما يثبت حكمها في مثلها ولا نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم انثى أولا؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل انه أراد التسوية في اصل العطاء لا في صفته فان التسوية لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على ان الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل

﴿مسئلة﴾ (فان خص بعضهم او فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا)

قد ذكرنا ان المشروع أن يسوي بين أولاده في العطية على قدر ميراثهم فان خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم اثم اذا لم يختص بمعنى يبيح التفضيل ووجب عليه التسوية اما برد ما فضل به البعض أو اعطاء الآخر حتى يتم نصيبه قال طاوس لايجوز ذلك ولا رغيف محترق ، وبه قال ابن المبارك وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبا بكر

والعنبري لقول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » متفق عليه ، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فاردده» وروي «فارجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته ، وأقل أحوال الامر الجواز ، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فرد تلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة ، وقول بشير إني نحلت ابني غلاما يدل على أنه كان قد أعطاه ، وقول النبي ﷺ «فاردده» وقوله «فارجعه» وروى

رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فامره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولانها عطية تلزم بموت الاب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ماروى النعمان بن بشير قال تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء بي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقتي فقال «اكل ولدك اعطيت مثله» قال لا قال «فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم» قال فرجع ابي فرد تلك الصدقة وفي لفظ قال «فاردده» وفي لفظ «فارجعه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فلا تشهدني اذاً» وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وفيه دليل على التحريم لانه سماه جوراً وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والامر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها وخالتها وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحتج به معه ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده او نحلها وهو يريد ان ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حمله على مثل محل النزاع منهي عنه واقل احواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر رضي الله عنه اجتناب المكروهات وقول النبي صلى الله عليه وسلم «فاشهد على هذا غيري» ليس بأمر لان ادنى أحوال الامر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا وكيف يجوز ان يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته اياه جوراً وحمل الحديث على هذا حمل لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التناقض ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم باشهاد غيره لامتثل بشير أمره ولم يرده وانما هو تهديد له فيفيد ما أفاده النهي عن اتمامه

طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال « ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم مارووه ويفسره وقياسهم منقوض بهبة الاجنبي فان فيها أجراً وثوابا فان النبي ﷺ ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمسئلتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله تصدق علي أبي بصدقة

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الام كالاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها لما دخلت في قول النبي «سووا بين أولادكم» ينبغي أن يتمكن من التسوية والرجوع في الهبة طريق في التسوية وربما تعين طريقا فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية الاول

(فصل) فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ولكونه يعصي الله تعالى بما يأخذه فقد روي عن أحمد مايدل على جواز ذلك فانه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثرة والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته قال شيخنا والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص بالقرابة وحديث بشير قضية في عين لاعموم لها وترك النبي ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال فان قيل لو علم الحال لما قال « ألك ولد غيره؟ » قلنا يجوز أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه الصلاة والسلام الذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب اذا يبس قال نعم » قال « فلا اذاً » وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع والله أعلم

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين أولادها كالاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين أشبهت الاب ولان مايحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله في تخصيص الام فيثبت لها مثل حكمه في ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان مات قبل ذلك ثبت للمعطى وعنه لا يثبت وللباقين الرجوع اختاره أبو عبد الله بن بطة)

اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني واختاره الخلال وصاحبه أبو بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وهو الذي ذكره الخرقي، وفيه رواية أخرى أن لباقي الورثة أن يرتجعوا ماوهبه اختاره أبو عبد الله بن بطة وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير واسحاق قال أحمد : عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث

ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله «فاردده» وقوله «فارجعه» ولأنها لما ساوت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الاثم وإزالة للتفضيل المحرم كالاب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الاثرم قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لان للاب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ، وذكر حديث عائشة «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فانه خص الوالد وهو باطلاقه إنما يتناول الاب دون الام والفرق بينهما ان للاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث والام بخلافه، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فان كان ميتا فلا رجوع لها لانها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب الى حديث النبي ﷺ «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهو قول اسحاق إلا انه قال اذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون اخوته وأخواته لان النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله لبشير «لا تشهدني على جور» والجور لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراما فيجب رده ولان أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن علم به ولا أعطاه شيئا وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد باسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا إن سعدا قسم ماله ولم يدر مايكون وإنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن لاغير شيئا صنعه سعد ولكن نصيبي له وهذا معنى الخبر، ووجه الرواية الاولى قول أبي بكر لعائشة رضي الله عنهما لما نحلها نحلا وددت أنك كنت حزتيه فيدل على انها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع وقال عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولانها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولانه حق للاب يتعلق بمال الولد فسقط بموته كالاخذ من ماله

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر ميراثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم وقال أبو الخطاب المشروع في عطية سائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالاولاد فان خالف فعليه أن يرجع أو يعمهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاصل إباحة الانسان التصرف في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد للخبر وليس غيرهم في معناهم لانهم استووا في بر والدهم فاستووا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال لبشير «أيسرك

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجيزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع

ولنا حديث النعمان بن بشير فانه قال تصدق عليّ أبي بصدقة وذاب فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأيضا عموم قول النبي ﷺ « الا الوالد فيما يعطي ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون باقية في ملك الابن فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف او إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال الملك غير الوالد وإن عادت اليه بسبب جديد كبيع أو هبة او وصية أو ارث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لانها

أن يستووا في برك » قال نعم قال « فسو بينهم » ولم يوجد هذا في غيرهم ولان للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم في الرجوع بما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولان الاولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرفه ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولان النبي ﷺ قد علم أن لبشير زوجة ولم يأمره باعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) فان أعطى أحداً بنيه في صحته والآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عن زوج ابنه فاعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما اعطي الآخر في صحته؟ فقال لو كان أعطاه في صحته فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لان عطيته في مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فصح كقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب إلي أن لا يقسم ماله ويدعه الى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان اعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فاعجب الى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما اعطى كل واحد منهم ليدفعه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته فان اعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للمعطي أن يساوي المولود الحادث بعد أبيه

(١) ﴿ مسألة ﴾ (فان سوى بينهم في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه وقياس المذهب أن لا يجوز)

اذا سوى بين أولاده في الوقف الذكر والانثى جاز ذكره القاضي وقال هو المستحب لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة وقال شيخنا المستحب أن يقسم الوقف على أولاده

---

(١) قال الشيخ رحمه الله هذه المسألة مذكورة في الوقف فلا حاجة إلى اعادتها

عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وازالته كالذي لم يكن موهوبا له، وإن عادت اليه بفسخ البيع لعيب أو اقالة أو فلس المشتري ففيه وجهان (أحدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فأشبه مالو فسخ البيع بخيار المجلس أوخيار الشرط (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه فأشبه مالو عاد اليه بهبة، فأما ان عاد اليه الفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لان الملك لم يستقر عليه

(فصل) (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فان استولد الامة لم يملك الأب الرجوع فيها لان الملك فيها لايجوز نقله الى غير سيدها، وان رهن العين أوأفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لان في ذلك ابطالا لحق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال

كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الانثيين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث لانه إيصال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لان الذكر تجب عليه نفقة زوجته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة والدها اذا كان لهم أب وقد فضل الله سبحانه الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به فينبغي أن يتعدى الى الوقف وما ذكره القاضي لا اصل له وهو ملغي بالميراث فان خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روي عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: ان كان على طريق الاثرة فاكرهه وان كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به وذلك لان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته

(١) (فصل) وأما اذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي عنه عدم الجواز فان فعل وقف على إجازة الورثة فانه قال في رواية اسحاق بن ابراهيم فيمن وصى لاولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال ان لم يرثوه فجائز فظاهر هذا انه لايجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل واليه ذهب الشافعي (والثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالاجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب الى انه لاوصية لوارث؟ فقال نعم والوقف غير الوصية ولانه لايباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة بل ينتفعون بغلتها وقال في رواية احمد بن الحسن انه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا الاكثرون واحتج احمد بحديث عمر رضي الله عنه انه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين أن حدث به حدث

---

(١) قد ذكرنا ذلك في الوقف

زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وان قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطء والتزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبتها وكذلك العتق المعلق على صفة ، واذا رجع وكان التصرف لازما كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من انتقل اليه ، وان كان جائزاً كالوصية والهبة قبل القبض بطل لان الابن يملك ابطاله

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمهما

ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقا رواه أبو داود بنحو من هذا فالحجة فيه انه جعل حفصة تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقا ، قال الميموني قلت لاحمد انما أمر النبي ﷺ عمر بالايقاف وليس في الحديث الوارث، قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ولان كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم وأما جعل الولاية الى حفصة فليس ذلك وقفا عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل مالو وصى لوارثه بمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرناه والله أعلم

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته صح على رواية الجماعة ولزم لانه لما كان يجوز تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى وعلى الرواية التي نصرناها إن أجازه الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا طلقا والثلث جميعه للبنت وقفا ، ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً نصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا ، وتصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا

فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما لشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته، وان وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال ملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في هبته حينئذ لانه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل أن لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه مالو وهبه ابن الابن لأبيه

(فصل الثالث) أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد فان تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأداينوه ديونا أو رغبوا في مناكحته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى

وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من ثلثه فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها، وللابن ابطال الوقف في ثلاثة أثمانها وترجع اليه ملكا على الوجه الاول، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي نصيبه ملكا، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعة في ثمانية تكن ستة وخمسين للابن ثمانية وعشرون وقفا وإحدى وعشرون ملكا وللمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا وهكذا ذكر أصحاب الشافعي، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى مااخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الورث في جميع المال كالاجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على مارواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلهما ابطال الوقف فيه وللابن ابطال التسوية فان اختار ابطال التسوية دون ابطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسع ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف، وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا وللبنت ستة وقفا وسهم ملكا، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثنى عشر

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لواهب أن يرجع في الهبة)

لايختلف المذهب ان غير الاب والام لايجوز له الرجوع في الهبة والهدية وبه قال الشافعي، وقال النخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «الرجل أحق بهبته مالم يثب منها» رواه ابن ماجة لقول عمر رضي الله عنه: من وهب هبة يرى انه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولانه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

لذلك فعن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنة مالا: فله الرجوع الا أن يكون غر به قوما فان غر به فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لانه تعلق به حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه وقد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » وفي الرجوع ضرر ولان في هذا تحيلا على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك (والثانية) له الرجوع لعموم الخبر ولان حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه

(فصل) [الرابع] أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة فان زادت فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لانها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لان الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع

ولنا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » وفي لفظ « كالكلب يعود في قيئه » وفي رواية « ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي الله ﷺ قال « لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده » ولانه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته لذي الرحم المحرم وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى ، وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه ، وأما العارية فهي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فان قبضها باستيفائها فنظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فانه لا يجوز الرجوع فيها وقياسهم منقرض بهبة الاجنبي فان فيها ثوابا وقد جوزوا فيها الرجوع فحصل الاتفاق على ان ما وهب الانسان لذوي رحمه المحرم غير الوالدين لا رجوع فيها وكذلك ما وهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الاجنبي

(فصل) فأما الاب فله الرجوع فيما وهب لولده في ظاهر المذهب سواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أولا وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي وإسحق وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعنبري لقول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » متفق عليه ، ولما ذكرنا من حديث عمر

ولنا قول النبي ﷺ لقيس بن سعد « فاردده » وروي « فارجعه » رواه كذلك عن مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته وأقل أحوال الأمر الجواز ، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده ، ألا تراه قال في الحديث : فرجع أبي فرد تلك الصدقة ؟ فان قيل يحمل الحديث على انه لم يكن أعطاه شيئا قلنا هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق أبي علي بصدقة ، وقول بشير اني نحلت ابني غلاما يدل على انه كان قد أعطاه وقول النبي ﷺ « فاردده » وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث الى النبي ﷺ انه قال

الرجوع في الاصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وان فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر به عيبا قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع ولنا انها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة وان زاد ببرئه من مرض

« ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رووه وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي فان فيها أجراً وثوابا فان النبي ﷺ ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمسئلتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على جواز الرجوع في الصدقة لقوله تصدق علي أبي بصدقة

(فصل) فأما الام فظاهر كلام أحمد انه ليس لها الرجوع ، قال الأثرم : قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل ؟ قال ليس هي عندي كالرجل لان للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ وذكر حديث عائشة «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» أي كأنه الرجل ، ولا يصح قياس لام على الاب لان للاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث بخلاف الام ، ويحتمل ان لها الرجوع وهو ظاهر كلام الخرقي فانه قال : واذا فاضل بين أولاده أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها دخلت في قول النبي ﷺ « سووا بين أولادكم » فينبغي أن يتمكن من الرجوع في الهبة ولانه طريق الى التسوية وربما لايكون لها طريق غيره اذا لم يمكن أعطت الآخر كما أعطت الاول لانها ساوت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضلته به تخليصاً لها من الاثم وإزالة التفضيل المحرم كالاب وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى ، وقال مالك للام الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حيا فان كان ميتا فلا رجوع لها لانها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ، ومن مذهبه انه لايرجع في صدقة التطوع

(فصل) وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرنا وهو مذهب الشافعي ، وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجيزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر : من وهب هبة أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لايرجع

أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وان كانت زيادة العين أو التعلم لا يزيد في قيمته شيئا أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لان ذلك ليس بزيادة في المالية وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه والزيادة للولد لانها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع ههنا . وذكر القاضي وجهاً آخر انها للاب وهو بعيد فان كانت الزيادة ولد أمة لايجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لانه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم الا أن نقول ان الزيادة المنفصلة للاب فلا يمنع الرجوع لانه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الام ويتملك الولد من مال ولده

(فصل) وان قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لان العين لم تزد ولا القيمة وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا ؟ يبنى على الروايتين في السمنة ويحتمل أن

ولنا حديث النعمان فانه قال : تصدق أبي علي بصدقة فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وأيضا قول النبي ﷺ «إلا الوالد فيما يعطي ولده» وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الولد ، وحديث عمر فيجب تقديم الخاص عليه

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة , (أحدها) أن يبقى ملك الابن فيها فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال لملك غير الولد فاشبه غير الموهوب للولد (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد يملك التصرف في رقبتها فان استولد الامة لم يملك الرجوع لان الملك فيها لايجوز نقله الى غير سيدها وكذلك ان أفلس وحجر عليه أو رهن العين لانه يفضي الى ابطال حق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال المنع والصحيح في التدبير أنه لايمنع الرجوع فان قلنا يمنع البيع منع الرجوع كالاستيلاد، وكل تصرف لايمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطء والتزويج والاجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لايمنع الرجوع لانه لايمنع تصرف الابن في رقبتها وكذلك تعليق العتق بصفة وإذا رجع وكان التصرف لازما كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لان الابن لايملك ابطاله وأما التدبير والمعلق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها في حق الاب ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذي للابن فيه خيار اما بالشرط أوعيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عرض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته

(فصل) فان تعلق بها رغبة لغير الولد مثل ان يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته ويداينونه أو في مناكحته فيزوجوه أو يهب بنته فتتزوج لذلك فعن احمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ابنه مالا فله الرجوع الا ان يكون غر به قوما فان غره به

تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فانه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لانه نماء العين فيكون تابعاً لها ، وان وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لاحكم له ، وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها ، وان زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها . وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وان وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنها تتلف على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وان جنا العبد جناية تعلق

فليس له الرجوع ، وهذا مذهب مالك لانه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع ابطال حقه وقد قال عليه الصلاة والسلام «لاضرر ولا اضرار» وفي الرجوع ضرر ولان في هذا تحيلا على الحاق الضرر بالمسلمين ولايجوز ذلك (والثانية) له الرجوع لعموم الخبر ولان حق المزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه وان داينه الناس فافلس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين

﴿مسئلة﴾ (وان نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للاب وهل تمنع المتصلة الرجوع ؟ على روايتين)

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف نعلمه والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع ههنا ، ويحتمل أنها للاب ذكره القاضي كالرد بالعيب ، فان كانت الزيادة ولد أمة لايجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لانه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم الا أن نقول ان الزيادة المنفصلة للاب فلا تمنع الرجوع لانه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الام ويتملك الولد من مال ولده

(فصل) فان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لانه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله وان جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن أرش الجناية وان جنى على العبد فرجع الاب فيه فارش الجناية عليه للابن لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكذلك لم يملك ذلك فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني اذا أدى ارش الجناية؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) فاما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة اذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان

أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن ارش الجناية وإن جنى على العبد فرجع الاب فيرجع الاب فيه فارش الجناية عليه للابن لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنايته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتجعتها أو ارتددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فاما ان أخذ ما وهبه لولده

(احداهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لانها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لان الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة واذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الاصل لئلا يفضي الى سوء المشاركة وضرر التشقيص ولانه فسخ استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ورجوع البائع في المبيع لفلس المشتري وفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وان فرض الكلام فيما اذا باع عرضا بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري بالآخر عيبا قلنا بائع المعيب سلط المشتري على الفسخ ببيعه المعيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما اذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم صناعة أو كتابة او قران أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم صنعة وان زاد ببرئه من مرض أوصمم منع الرجوع كسائر الزيادات وان كانت زيادة العين او التعلم لا تزيد في قيمته شيئا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع لانه ليس بزيادة في المالية

(فصل) فان قصر العين أو فصلها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع اولا؟ مبني على الروايتين في السمن قال شيخنا ويحتمل ان تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لانها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فانه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لانه نماء العين فيكون تابعا لها وان وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة اذا قلنا الحمل لاحكم له وان وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها

فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الاب فان لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا لان الاخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكما يقينيا بامر مشكوك فيه ، وان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان (أحدهما) يكون رجوعا اختاره ابن عقيل لانا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ففي الفسخ أولى ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لايكون رجوعا وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصريح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا الا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهمنا أولى ، وان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع

وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة ، وان وهب حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد جاز الرجوع فيها وان وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

﴿مسئلة﴾ (وان باعه المتهب ثم رجع اليه بفسخ أو اقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين)

اذا خرجت العين من ملك الابن ببيع أو هبة ثم عادت اليه بسبب كبيع أوهبة أووصية أوارث أو نحوه لم يملك الاب الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل ابيه فلا يملك فسخه وازالته كالذي لم يكن موهوبا وان عادت اليه بفسخ العيب او اقالة أو فلس المشتري ففيها وجهان (احدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فاشبه ما لو فسخ البيع بالخيار (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه اشبه ما لو عاد اليه بالهبة فاما ان عاد اليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان يرجع هو)

لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل ان يملك الاب الرجوع في هبته لانه فسخ هبته برجوعه فعاداليه الملك بالسبب الاول ويحتمل ان لايملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعداستقرار ملك غيره عليه فاشبه مالو وهبه ابن الابن لابنه .

﴿مسئلة﴾ (وان كاتبه او رهنه لم يملك ابوه الرجوع الا ان ينفك الرهن وينفسخ)

اما اذا رهنه الابن فليس للاب الرجوع قبل انفكاك الرهن لان في ذلك ابطال حق غير الولد فان انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع ولانه عاد الى صحة تصرف الابن فيه اشبه غير المرهون وحكم الكتابة كذلك عند من لايرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة غيره فاما من اجاز بيع المكاتب فحكمه عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ماذكرناه

وجها واحداً لانه اثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وان علق الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لايقف على شرط كما لايقف العقد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته)

يعني اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد ان لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبريان وهو

(فصل) والرجوع في الهبة ان يقول قد رجعت فيها اوارتجعتها أورددتها أونحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يفتقر الى حكم حاكم ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا انه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فان أخذ ماوهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته لان ذلك لا يعلم إلا منه ، فان مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم نحكم بأنه رجوع لان الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزيل حكما يقينيا بأمر مشكوك فيه فان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعا في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقيناً فلا يزول إلا بالصريح ، قال شيخنا ويمكن أن ينبني هذا على نفس العقد فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به فههنا أولى ، فان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً لانه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وعن احمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت لانها لا تهبه له إلا مخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها)

اختلفت الرواية عن احمد في هبة المرأة زوجها ، فعنه لا رجوع لها ، وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور

قول عروة بن الزبير وإسحاق ، وقال أحمد عروة قد روي الاحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ « يرد في حياة الرجل وبعد موته » وهذا قول اسحاق إلا انه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطي دون إخوته وأخواته لان النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله « لا تشهدني على جور » والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراما فيجب رده ، ولان أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة ابيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئا وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد باسناده من طريقين ان سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد بعد ذلك ولد فمشى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا ان سعدا قسم ماله ولم يدر مايكون، وانا نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس لم أكن لأغير شيئا صنعه سعدا ولكن نصيبي له وهذا معنى

وأصحاب الرأي وعطاء وقتاده لقول الله تعالى (إلا أن يعفون) وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً) الآية ، وعموم الاحاديث وعنه رواية ثانية لها الرجوع . قال الاثرم سمعت احمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث « انما يرجع في المواهب النساء وشرار الناس » وذكر حديث عمر: إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فايما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق ، رواه الاثرم ، وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة .

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب : اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت لانها لا تهب إلا مخافة غضبه أو اضرار بأن يتزوج عليها ، وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضب عليها أو مايدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسا وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا فيكون فيها ثلاث روايات (إحداها) ليس لها الرجوع كالأجنبي (والثانية) لها الرجوع مطلقا لحديث عمر (والثالثة) التفصيل الذي ذكرناه .

﴿ فصل ﴾ (قال رضي الله عنه) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره مالم تتعلق حاجة الابن به)

إنما يجوز ذلك بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئا تعلقت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر نص عليه احمد في رواية اسماعيل بن سعيد لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى وقد روي أن مسروقا زوج ابنته بصداق ، عشرة آلاف فأخذها فأنفقها في

الخبر،ووجه القول الاول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلا وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع وكذلك قول عمر لانحلة الا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولانها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ،وقوله اذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لاتنفذ لان العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث اذا كانت لأجنبي اجماعا فكذلك لاتنفذ في حق الوارث . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ان حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي ،فان أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته ، فيحتمل وجهين (أحدهما) لايصح لان عطيته في مرضه كوصيته

حنبل الله وقال الزوج جهز امرأتك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لقول النبي ﷺ « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين » رواه سعيد في سننه ، وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولان ملك لابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته

ولنا قول النبي ﷺ « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا ، ورواه ابن ماجه وروى أبو داود نحوه ورواه غيره وزاد « وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال ان لي مالا وعيالا ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » رواه سعيد في سننه ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لابيه فقال (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده قال سفيان بن عيينه في قوله تعالى (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات الا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله من بيوتكم فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولان الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه ، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لابيه بقوله « أنت ومالك لابيك » ولا تنافي بينهما وقوله عليه السلام « أحق به من والده وولده » الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق

ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح لان التسوية بينهم واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع الا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته ، فان كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على اخوته لان العطية لزمت بموت أبيه الا على الرواية الاخرى التي ذهب اليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطي أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر ابو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساووا المولود الحادث بعد موت أبيه .

أبيه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته .

﴿ مسئلة ﴾ (فان تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح تصرفه فيه)

نص عليه احمد قال لا يجوز عتق الاب لعبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح ابراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد قال اذا وهب الابن من ماله شيئا فليس لابيه الاعتراض عليه الا أن يكون الولد عقار يكفيه ويكفي أباه ولا مال له غيره ولا مال لابيه فان احمد قال ان اعترض عليه الوالد رأيت أن يرده الحاكم على الاب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ، ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه تصرف في ملك غيره بغير ولاية، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضا لانه لا يملك التصرف بما لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله قال احمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطئ جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد عليه ولا مهر وفي التعزير وجهان)

قال احمد لا يطأ جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يتملكها لانه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين فان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، فان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال فان وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرما من وجهين (أحدهما) أنه وطئها قبل تملكها (والثاني) أنه وطئها قبل استبرائها وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهو أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لابيك »

(فصل) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجة الاب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وذلك لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته لان النبي ﷺ قال « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين » رواه

وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهر ويجب تعزيره في أحد الوجهين لانه وطيء وطأ محرما أشبه وطء الجارية المشتركة . والثاني لا يعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله ، والاول أولى لان التعزير ههنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على ولده لانها حق للولد

(فصل) وليس لغير الاب الاخذ من مال غيره بغير اذنه الاحاديث التي ذكرناها لان الخبر ورد في الاب بدليل قوله عليه السلام « أنت ومالك لابيك » ولا يصح قياس غيره عليه لان للاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد، ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لانها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح، وغيرهما من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتهما للاب في بعض المعاني فغيرهما ممن لا يشارك في ذلك أولى ويحتمل أن يجوز للام لدخول ولدها في قول الله تعالى (وأولادكم)

﴿مسئلة﴾ (وليس للابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا ارش جناية ولا غير ذلك)

وبه قال الزبير بن بكار ومقتضى قول سفيان بن عيينة وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة به كغيره

ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الخلال باسناده وروى الزبير بن بكار في الموفقيات أن رجلا استقرض من أبيه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه

سعيد في سننه وهذا نص . وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امريء مسلم الا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولان ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « ان أطيب ماأكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال ان أبي اجتاح مالي ، فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان لي مالا وعيالا ولابي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » أخرجه سعيد في سننه . ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال

قد سمع القاضي ومن ربى الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الابدان ويفارق الاب غيره بما يثبت له من الحق على ولده فان مات الابن فانتقل الدين الى ورثته لم يملكوا مطالبة الاب لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، فان مات الاب فقيل يرجع الابن في تركته بدينه لان دينه عليه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة وعن أحمد اذا مات الاب بطل دين الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته وتأول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التمليك لان أخذه له وانفاقه دليل على قصد التمليك فيثبت الملك له بذلك الاخذ والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (والهدية والصدقة نوعان من الهبة)

والعطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه في الغالب من أعطى شيئاً ينوي به التقرب الى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وان دفع إلى غير محتاج للتقرب والمحبة فهي هبة ، ومن بعث على هذا إلى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب اليه وأحكام ذلك أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق .

(فصل) في عطية المريض قال الشيخ رحمه الله (أما المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح من جميع ماله)

وجملة ذلك أن عطايا المريض إذا برأ من مرضه أوكان مرضاً غير مخوف كالذي ذكره وكذلك مافي معناه كالجرب والحمى اليسيرة ساعة أو نحوها والاسهال اليسير من غير دم فعطاياه مثل عطايا الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة

(ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده

وقال سفيان بن عيينة في قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات الا الأولاد لم يذكرهم لانهم دخلوا في قوله (بيوتكم) فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولان الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه ، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لابيك » فلا تنافي بينهما ، وقوله « أحق به من والده وولده » مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل عقل صاحبه،وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فانه يصفي الدم فيذهب القوة والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الاعضاء ولا ينزل عنه فهذه مخوفة ، وإن لم يكن معها حمى وهي مع الحمى أشد خوفا وان ثار الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من الحرارة المفرطة ، وان هاجت به الصفراء فهي مخوفة لانها تورث يبوسة وكذلك البلغم اذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن ، وأما الاسهال فان كان متحرتاً لا يمكنه إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وان كان يجري تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام. إلا أن يكون معه زحير أوتقطيع كأن يخرج متقطعاً فانه يكون مخوفا لان ذلك يضعف وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن، وكذلك الفالج في ابتدائه والسل في انتهائه والحمى المطبقة، وما أشكل من ذلك رجع فيه إلى قول عدلين من الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لانه يتعلق به حق الوارث والمعطي ،وقياس قول الخرقي أنه يقبل قول واحد عدل اذا لم يقدر على طبيبين .فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحه لان عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهد الى الناس فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد الى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده .

(فصل) فان كان المريض يتحقق تعجيل موته فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فلا حكم لكلامه ولا لعطيته وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر وكذلك علي رضي الله عنهما بعد ضرب ابن

(فصل) وليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان ابن عيينة ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره

ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه دينا عليه فقال « أنت ومالك لابيك » رواه أبو محمد الخلال باسناده . وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات باسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال علي رضي الله عنه

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم   المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم   من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ماجرم

ملجم وصى وأمر ونهى ولم يختلف في صحة ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لوارث ولا لاجنبي بزيادة على الثلث الا باجازة الورثة كالهبة والعتق والكتابة والمحاباة)

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال والكتابة اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافا،وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال

ولنا ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث واجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح للوارث الا باجازة الورثة (الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه (الرابع) أن العطايا تتزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا فيه (الخامس) أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده

قال الزبير: الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الابدان ويفارق الاب غيره بما ثبت له من الحق على ولده. وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الاب به لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى، وان مات الاب رجع الابن في تركته بدينه لان دينه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة. وقد روي عن أحمد انه قال إذا مات الاب بطل دين الابن. وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته. وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن له ما أخذه على سبيل التمليك ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه اياه دليلا على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الاخذ والله أعلم

(فصل) وان تصرف الاب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال لا يجوز عتق الاب لعبد ابنه مالم يقبضه، فعلى هذا لا يصح ابراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له وذلك

﴿مسئلة﴾ (فأما الامراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والسل في ابتدائه والفالج في دوامه فان صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة والا فلا)

قال القاضي اذا كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال هذا تحقيق المذهب وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وذكر أبو بكر وجهاً آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ منه فهو كالهرم. ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمسئلتنا

﴿مسئلة﴾ (ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو في لجة البحر عند هيجانه أو وقع الطاعون ببلده أو قدم ليقتص منه والحامل عند المخاض فهو كالمريض)

وجملة ذلك أن الخوف يحصل في هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للاخرى أو مقهورة فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي السهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أولا وبه مالك والثوري والاوزاعي ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (احدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بمخوف لانه ليس بمرض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله

لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة وانما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها اياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لانه لا يملك التصرف بالاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله

(فصل) قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال : لا يطأ جارية الابن الا أن يقبضها يعني يتملكها ، وذلك لانه اذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها وان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وان وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين (أحدهما) انه وطئها قبل ملكها (والثاني) انه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت

للقصاص أو لغيره ، وللشافعي فيه قولان أحدهما مخوف والثاني ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه . ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه الى التلف فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف (الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكنا فليس بمخوف وان اضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى (هو الذي يسيركم في البر والبحر) الآية الى قوله (جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم) (الرابع) الاسير والمحبوس اذا كان من عادتهم القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية ليس له من ماله إلا الثلث وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد وتأول القاضي ماروي وهو على ماذكرناه من التفصيل ابتداء وقال الشعبي ومالك الغازي عطيته من الثلث وقال مسروق إذا وضع رجله في الغرز وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ماذكرناه من التفصيل لان مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز الحاقه به واذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى (الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلده فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمريض وإنما يخاف المرض

(فصل) وكذلك الحامل عند المخاض لانه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف أشبهت سائر أصحاب الامراض المخوفة وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون مخوفا، وقال الخرقي وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر يعني عطيتها من الثلث وبه قال مالك وقال اسحاق اذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم

يوجه ثالث وهي أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وهل يعزر؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يعزر لانه وطىء وطأ محرماً أشبه مالووطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره (والثاني) لا يعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله

(فصل) وليس لغير الاب الأخذ من مال غيره بغير اذنه لان الخبر ورد في الاب بقوله «أنت ومالك لأبيك » ولا يصح قياس غير الأب عليه لان للاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضا لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها

يحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة عطية الحامل من الثلث وقال أبو الخطاب عطيتها من المال كله مالم يضر بها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث وبه قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق فاشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش وقال الحسن والزهري عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ووجه قول الخرقي أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله تعالى ماذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفا بخلاف ماقبل ذلك لانه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح وقيل عن أحمد مايدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله لانه لا مرض بهم وقد ذكرنا الخلاف في ذلك

(فصل) فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف وان مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه فان وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وان لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء ان كانت ترمي الدم فعطيتها من الثلث فيحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترمي الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام فان اسقطت مضغة أو علقة فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش جنايته وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال لانه صرف ماله في حاجة

من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتهما للاب في بعض المعاني فغيرهما مما لا يشارك الاب في ذلك أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها)

يعني وان لم يعوض عنها وأراد من عدا الاب لانه قد ذكر ان للاب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال

نفسه فقدم بذلك على وارثه وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله مثلها جاز وصح شراؤه له لانه صرف ماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أودين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) لايملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا مثمنة صح ولو وصى بتكفينه بثياب مثمنة لم يصح يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق لان الحق ثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره

﴿مسئلة﴾ (وان لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بدئ بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أوغيره)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق وانما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين واذا تساوى جنسها سوي بينها لانها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر

قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه في سننه وبقول عمر ولانه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

ولنا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » وفي لفظ « كالكلب يعود في قيئه » وفي رواية « انه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه وأيضا قول النبي ﷺ « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده » وقد ذكرناه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان نبي الله ﷺ قال « لا يرجع واهب في هبته الا الوالد فيما يعطي ولده » ولانه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم . وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى . وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه وأما العارية فانما هي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فان قبضها باستيفائها فنظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فانه لا يجوز الرجوع فيها

ولنا أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الاولى محاباة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لانه يملك الرجوع في بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وانما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة لا يصح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وان تساوت قسم بين الجميع بالحصص وعنه يقدم العتق) أما اذا وقعت دفعة واحدة بان وكل جماعة في هذه التبرعات فاوقعوها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فكملنا العتق في بعضهم وان لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساووا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وانما خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين وسنذكر ذلك في موضعه، وان كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان (احداهما) يقدم العتق لتأكده (والثانية) يسوى بين الكل لانها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لان استحقاقها حصل في حال واحدة

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد ان خرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعدا سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه فات اعتاق سعيد أيضاً لفوات شرطه وان بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال ان أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال

(فصل) لحصل الاتفاق على أن ماوهبه الانسان لذوي رحمه المحرم غير ولده لارجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء فعندنا لايرجع الا الوالد وعندهم لايرجع الا الاجنبي، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) لارجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبدالعزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة (والثانية) لها الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الاقوام » وذكر حديث عمر : ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وايما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به رواه الاثرم باسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها ابو طالب اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده اليها رضيت او كرهت

واحدة وليس عتق أحدهما شرطا في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الآخر وان قال ان أعتقت سعداً فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال اعتاقي سعداً فالحكم سواء لايختلف لان عتق سعد شرط اعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه فان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ماذكرناه

(فصل) فان قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة تعتبر من الثلث فان لم يخرج من الثلث الا المحاباة أو العبد قدمت المحاباة لانها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا في العتق فقد سبقت العتق ويحتمل ان يتساويا لان التزوج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحاباة بأن لاترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لمفارقته اياها في حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه، فاما ان ورثته تبينا ان المحاباة لاتثبت لها الا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدماً وان قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل حالة لايقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لايبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً لان المحاباة انما تثبت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته وكونه غير وارث

(فصل) اذا أعتق المريض شقصاً من عبد ثم أعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين تلفظه باعتاق بعضه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان أعتق الشقصين معاً فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورق باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما وان خرج الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) تكميل العتق من أحدهما

لانها لاتهب الا مخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وان لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضبه عليها او مايدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وظاهر كلام الخرقي الرواية الاولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى (الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وعموم الاحاديث التي قدمناها

(فصل) ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعا لان عمر قال في حديثه . من وهب هبة على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا

بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أوقع عتقاً مشقصاً فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبدين ولهذا اذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما بغير قرعة ولم نكمله من أحدهما ولو وصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وان كانت مع وارث)

لانه ليس بوصية لان الوصية تبرع وليس هذا تبرعا فاستوى فيه الوارث وغيره ويحتمل أن لا يصح لوارث لانه خصه بعين المال أشبه مالو حاباه

﴿ مسئلة ﴾ (وان حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ماحاباه ويصح فيما عداه)

مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لانه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع له به وللمشتري الخيار لان الصفقة تبعضت في حقه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان له شفيع فله أخذه فان أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه لانه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشفيع

(فصل) فان باع اجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل العقد .

ولنا عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع ولانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت في حقه فان اختار امضاء البيع فقال شيخنا عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت من الانسان لمثله أو دونه او أعلى منه وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي في الهبة لمثله او دونه كقولنا : فان كانت لأعلى منه ففيها قولان (أحدهما) أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ؛ فان عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لاعوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد ، وان خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد لانه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها ، ولنا أنه تمليك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فانه لو أطلق التمليك كان هبة

الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله والى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن وقال أهل العراق يقال له ان شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع وان شئت فسخت ولا شيء لك وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن ما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في احداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة ؛ وأما الوجه الثاني الذي اختاره القاضي فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قد قبلت نصفه بها ولانه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه ؛ وأما قول أهل العراق فان فيه اجباراً للورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض موروثهم ، وأما قول مالك فلا يصح لانه ذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لان المحاباة إنما حصلت في ضمن البيع فاذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر المثل خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج . وإن اشترى عبداً يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفها بنصفها وان باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع في ثلثيه بثلثي الثمن في قول شيخنا وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن ، وطريق هذا أن ينسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة اسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في

واذا ذكر العوض صار بيعا . قال ابو الخطاب وقد روي عن أحمد مايقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فاما ان شرط ثوابا مجهولا لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانه نماء ملك الواهب وان كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فاذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد بذلك فانه قال في رواية محمد بن الحكم اذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع اذا لم يثبه لانه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز الا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فان لم يفعل فللواهب الرجوع ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها، والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وان لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي ، والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب

قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن فان خاف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح في ثمانية اتساعه بثمانية أتساع الثمن وعلى الوجه الثاني يأخذ المشترى نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع المريض اجنبياً وحاباه وكان شفيعه وارثاً فله الاخذ بالشفعة)

لان المحاباة لغيره يعني اذا باع شقصاً تجب فيه الشفعة لان المحاباة انما وقعت للاجنبي فأشبه مالو وصى لغريم وارثه ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لافضائه الى جعل سبيل للانسان الى اثبات حق وارثه في المحاباة وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه في الشفعة

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر الثلث عند الموت لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبينا أنه عتق كله لخروجه من الثلث عند الموت وان صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء لان الدين يقدم على الوصية لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ويحتمل أن يعتق ثلثه لان تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح في الجميع

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء (أحدها) انه يبدأ بالاول فالاول منها والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها) أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها ، وأما الوصايا فانها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة ولذلك استوى فيها المتقدم والمتأخر ، (الثاني) أنه لايجوز الرجوع في العطية بخلاف الوصية لان العطية تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى المعطى في الحياة اذا اتصل بها القبول والقبض وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالهبة وانما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولا ردها بخلاف الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهي كالهبة قبل القبول ،

هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها . وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا

وقد روى أبو هريرة أن اعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن لا أتهب الا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » من المسند ، قال أحمد اذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان مانقص عنده اذا رده الى صاحبه الا أن يكون ثوبا لبسه أو

(الثالث) أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها ويفتقر إلى شروط الهبة المذكورة لانها هبة منجزة فاعتبر لها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فانه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي

(فصل) والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه .ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو فقدمت على العتق كعطية الصحة

(الرابع) ان الملك يثبت في العطية من حينها ويكون مراعى فاذا خرج من الثلث عند الموت تبينا ان الملك كان ثابتاً من حينه لان العطية في المرض تمليك في الحال لانها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب في الحال ولهذا يعتبر قبولها في المجلس كما لو كانت في الصحة ، وكذلك إن كانت محاباة أو اعتاقا وأما كونها مراعاة فلأنا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شيء من ماله أو لا فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فاذا انكشف الحال علمنا حينئذ ماثبت حال العقد ؛ ومثل ذلك مالو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فانا لاندري هل يسلم الثاني أم لا فنقف الامر حتى تنقضي العدة فان أسلم الآخر في العدة تبينا ان النكاح كان صحيحا باقيا وإن انقضت العدة قبل اسلامه تبينا ان النكاح انفسخ من حين اختلاف دينهما

﴿ مسئلة ﴾ (فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لانسان ثم كسب في حياة سيده شيئا ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقا وللموهوب إن كان موهوبا ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك)

اذا أعتق عبداً لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فللعبد من كسبه بقدر ماعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لان كسبه مثله وللورثة من العبد شيئان لان لهم مثلي ماعتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ماحصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار العبد شيئان

غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال داري لك عمرى أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران الى مايفتقر اليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو مايقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرتك داري هذه أوهي لك عمرى أو ماعشت أو مدة حياتك أو ماحييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقييدها بالعمر، والرقبى أن

والورثة شيئان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه والورثة نصفهما ، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيئان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماساً يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه والورثة خمساه وخمسا كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء مع ماعتق منه والورثة شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه والورثة ثلثهما ، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله من كسبه نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فاذا بسطها انصافا صارت سبعة فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة وذلك مثلا ماعتق منه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان موهوبا لانسان فللموهوب له من العبد بقدر ماعتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فان كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه ، فان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لان الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه مايقضى به الدين وما بقي منهما يقسم على مايعمل في العبد الكامل وكسبه ، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب، فان كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمته على الاشياء الاربعة لكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه

(فصل) وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته أكملت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي للورثة ، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه

يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتا وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ماروى جابر قال: قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فاما النهي فانما ورد على سبيل الاعلام لهم انكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء. وسياق الحديث يدل عليه فانه قال« فمن

بينهما نصفين فيعتق ربعه، وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلا ما عتق منهما، وإن أعتق العبدين دفعة واحدة أقرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ باعتاقه

(فصل) فان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لاخراج الدين، فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته، ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله وللورثة مابقي، فان وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذنا باقي كسبه ثم يقرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر للورثة

(فصل) رجل أعتق عبدين متساويي القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما في حياته أقرع بين الحي والميت، فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين ان الميت نصفه حر لأن مع الورثة مثلي نصفه، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين انه مات حراً، وكذلك إن خلف أربعين وبنتا وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل ستين فتبين ان نصفه حر وباقيه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فان خلف العبد ابنا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء لابنه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين انه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتا فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة، للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل ستين فتبين ان خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابنا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين انه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقة

أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه » ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي إنما يمنع صحة مايفيد المنهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض . اذا ثبت هذا فان العمرى تنقل الملك الى المعمر وبهذا قال جابر بن عبدالله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تمليك المنافع لا نملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر

ورثه السيد لاننا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجرَّ ولاء ابنه الى سيده فورثه ، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لأن الأب لم يعتق ، وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة اولى أمه فيقسم بين السيد وبين مولى الأم نصفين وتتبين انه قد عتق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ماعتق من العبد ، فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال أبيه إن كان حراً أو بقدر مافيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئا ، وفي هذه المسائل خلاف تركنا ذكره مخافة التطويل

(مسئلة) (وان أعتق جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعتق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه

(فصل) وان وهبها مريضاً آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثاني للاول وماتا جميعاً فنقول صحت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الثاني ثلثا شيء ولورثة الاول شيئان فاضرِبها في ثلثه لزوال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الامة الموهوبة فلورثة الواهب الاول ثلاثة أرباعها ستة ولورثة الثاني ربعها شيئان وان شئت قلت المسئلة من ثلاثة لان الهبة صحت في ثلث المال وهبة الثاني صحت في ثلث الثلث فتكون من ثلاثة اضربها في أصل المسئلة تكن تسعة أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية لاننا لو رددناه على الاول لوجب رده على جميع السهام الباقية إذ يلزم من زيادة الباقي للواهب الاول زيادة الجزء الذي صحت فيه الهبة الاولى فيسقط كما يسقط الباقي في مسئلة الرد إذ العلة في إسقاطه ثم أننا لو رددناه لرددناه على جميع السهام بالسوية فاذا أسقطنا ذكره عاد على جميع السهام كذلك هنا اذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسئلة من ثمانية كما ذكرنا

واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى مايقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ماأدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم بن اسحاق الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والاخبال والمنحة والعرية والعارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التمليك لايتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لايتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ماروى جابر قال : قال النبي ﷺ « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر

(فصول في هبة المريض)

رجل وهب أخاه مائة لايملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقي لورثة الموهوب له عشرون وطريقها بالباب ان يأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلغى نصفه سهما يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذي أسقطته لايذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض في مسئلة الرد ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه وان خلف امرأة وبنتاً فمسئلتها من ثمانية نضربها في ثلاثة تكن اربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال ويأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية يلغى منها الثلاثة يبقى خمسة في الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) وان وهب رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة ولو كان الواطىء أجنبياً فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له الا أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطىء فان لم يحصل منه شيء لم ترد الهبة على ثلثها وكلما حصل من شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر

عمري فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » رواه مسلم . وفي لفظ قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له » متفق عليه . وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لارقبى فمن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث

وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لايقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بامر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر

ثلثه فان وطئها الواهب فعليها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليه عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها

(فصل) وان وهب مريض عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تفديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاض الهبة وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين ان الهبة جازت في نصفه فان اختار فداه ففيه روايتان احداهما يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه فيه اوراش جنايته والاخرى يفديه بقدر ذلك من ارش جنايته بالغة مابلغت فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء ويدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين ان الشي نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فان الهبة تجوز في شيء ويدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لانتقاض الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلاماجازت الهبة فيه وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية اواقل وقلنا يفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها أكثر من مثلي قيمته وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء يعدل ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ماصحت الهبة فيه فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاض الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ماجازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصر ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه سبعة أثمان الدية

(فصل) في إعتاق المريض : مريض أعتق عبداً لا مال سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ماعتق منه وأوجبنا

اذا نقلهـا الشرع الى تمليك الرقبة كما نقل الصـلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، ونقـل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة قولهم ان التمليك لايتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكا مطلقا

(فصل) اذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها واذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا لانها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة فان شرط انك اذا مت فهي لي فعن احمد روايتان (إحداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب ومالك وابي ثور وداود وهو أحد

نصف قيمته عليه لان عليه من ارش جنايته بقدر ماعتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئا وشيء يعدل شيئين فأسقط بشيء بقي مامعه من العبيد يعدل شيئا مثل ماعتق منه ، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لأنه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين فتكون بقية العبد تعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساه ، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لأنه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر ، وإن كانت قيمته شيئين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد تعدل شيئين فبقية العبد إذا ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هـذا القياس إلا ان مازاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء مايقابله من القيمة كما اذا مادبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلما اقتضي من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الادنى على الارفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في جناية السيد ثم مات أقرعنا بين العبـدين فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرش الجناية مثل ذلك وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبـد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ماعتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين فعلمت ان بقية العبدين تعدل شيئا ونصفا فاذا أضفت الى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعا يعدلان شيئين ونصفا ، فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما ، وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث ارش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لان الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر مافيه من الحرية والرق، والواجب من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه فان أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون والآخر قيمته ثلاثون فجنى الادنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فان خرجت القرعة للادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما

قولي الشافعي لما روى جابر قال : انما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك، فأما إذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي أعطيها لا ترجع الى الذي أعطاها » لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث . وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) أنها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي

سبعون فثلاثة أثمانهما ستة وعشرون وربع وهي من الادنى نصفه وربعه وثمنه ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا مايستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة

وهما جنس واحد فيحتاج الى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الربا لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق في ذلك أن يسقط قيمة الردىء من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الردىء ويبطل فيما بقي)

وطريق الجبر أن تقول يصح البيع في شيء من الارفع بشيء من الادنى وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء ألقها من الارفع يبق قفيز الا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثلث فاذا جبر به عدل شيئين والشيء نصف القفيز فان كانت قيمة الادنى خمسة عشر فاذا أسقطت قيمة الردىء من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر اذا نسبت اليهما الثلث يكن ثلثيها فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الردىء فحصلت المحاباة بعشرة وذلك ثلث المال . فان كان الادنى يساوي عشرين صحت في جميع الجيد بجميع الردىء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدق امرأة عشرة في مرضه لا مال له غيرها)

وصداق مثلها خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها دخلها الدور فنقول لها خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الا شيئاً ورجع اليهم بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل فزد على الشيئين نصف شيء يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفا فالشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها اربعة لانها كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية رجع الى ورثته نصفها وهي أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ماذكرنا فان ترك الزوج خمسة اخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء تعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ماحاباها به إلى ورثة

ذكرناها وقول رسول الله ﷺ «لارقبى فمن أرقب شيئافهو له في حياته وموته» وقال مجاهد الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا

وروى الامام أحمد باسناده عن النبي ﷺ انه قال « لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط لان الرقبى يشترط فيهاعودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » ولأنا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها التأقيت ولم يفسدها الشرط لانه

الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها فان كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان والباب في هذا أن ينظر مايبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا ، والشيء هو خمساها ، وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف مابقي

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة)

لان حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لاتصح لوارث وعنه تعتبر المحاباة من الثلث لأنها محاباة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كمحاباة الاجنبي الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم رجع عنه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه انه أعتقه في صحته وهو وارثه عتق ولم يرث ذكره ابو الخطاب لأنه لو ورثه كان اقراره لوارث فيبطل عتقه لانه مرتب على صحة الاقرار ولا يصح الاقرار للوارث واذا بطل عتقه سقط الارث فعلى هذا تثبت الحرية ولا يرث لان توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار لم يكن وارثا فوجب أن يرث كما لو لم يصر وارثا وعلى قياس ذلك لو اشترى دار عمه الحرم في مرضه وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له فقبله في مرضه فالحكم في ذلك كالمسئلة قبلها سواء لما ذكرنا وذكر شيخنا أنه إذا ملكه بغير عوض كالهبة والميراث انه يعتق ويرث المريض إذا مات وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث كما قال ابو الخطاب لان عتقه وصية فلا تجتمع مع الميراث وهذا لايصح لانه لوكان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث ، وان خرج من الثلث عتق وورث ، وان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ليس بشرط على المعمر وانما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ انه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبة فهي له بتلة لا يجوز للمعطى فيها شرط ولا مثنوبة . قال ابو سلمة لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

(فصل) والرقبى هي أن يقول هذا لك عمرك فان مت قبلي رجع إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتا وكذلك فسرها مجاهد سميت رقبى لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد

ولنا أن الوصية هي التبرع بعطية أو اتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجد واحد منها لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله انما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لايمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لايمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله في ثمنه قال القاضي هذا المذكور قياس قول احمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لايباع ولا يورث قال الخبري هذا قول احمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن احمد خلافه فاما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر مافيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه ، وقال ابو يوسف ومحمد لاوصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه وان فضل من قيمته شيء سعي فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قول احمد لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازه الوارث فهذا أولى لان العبد لايملك رقبته فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية للبائع لانه قد عاوض عنه وانما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ماذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث لصارت وصية لوارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وارثه فيفضي توريثه الى إبطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية يقف خروجها من الثلث أو اجازة الورثة ، والبيع عنده لايجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لايرث والمئتان كلها للابن الآخر ، وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه ، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة

روي عن أحمد أنه قال : هي أن يقول هي لك حياتك فاذا مت فهي لفلان أو هي راجعة إلي والحكم فيها على ماتقدم ذكره وانها كالعمرى إذا شرط عودها الى المعمر ، وقال على رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري الرقبى وصية يعني أن معناها اذا مت فهذا لك ، وقال الحسن ومالك وابو حنيفة الرقبى باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى ولان معناها أنها للاخر منا وهذا تمليك معلق بخطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر

بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال ابو حنيفة يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لايرث إلا في أربعة مواضع الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه ، والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك ،والعبد المرهون يعتقه سيده والمشترى العبد نصفه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لاخيه فان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن ، وقال ابو حنيفة اذا اشتراهن او وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت من الام في نصف قيمتها للاخت للابوين وانما لم يرثا لانهما لو ورثتا لكان لهما خمس وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية واذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين وأما الاخت للابوين فاذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها وقال أبو يوسف ومحمد يعتقن وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت للام للاخت من الابوين في خمسي قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي لا يعتقن

(فصل) وإذا اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقي على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشافعي ،وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي ينفسخ البيع الا ان يجيز الابن عتقه وقيل ينفسخ في ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائع الخيار لتفريق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه متلف فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك

ولنا مارويناه من الاخبار ، وحديثهم لانعرفه ولا نسلم أن معناها ماذكروه بل معناها أنها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصح العمرى في غير العقار من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ، وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لان الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً

وأبوحنيفة وقيل نحوه قول الشافعي وقيل على قوله يعتق ولا يرث وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبويوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وخمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له فان اشترى ابنه بألف لايملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الاول وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثيه للاب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه فان ترك الفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ الفا وخمسمائة وان خرج مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركه ويرث بقدر مافيه من الحرية فان لم يخلف المشتري الا اخا حرا ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه وقال ابو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواه عتق وورث الالفين ولاشيء للاخ في الاقوال الا فيما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنه بألف لايملك غيره وقيمته ثلثا الالف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حاباه ولم يبق من التركه سواه فيكون له ثلثه وهي تسع الف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين ، وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث اخوه ثلثيه ويعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا ، وقال ابو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لاخيه وقال ابو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر اخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلاثة آلاف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ

(فصل) وان وقت الهبة الى غير العمرى والرقبى فقال وهبتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك الرقبة فلم تصح موقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لان الانسان انما يملك الشيء عمره فاذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطا على غير الموهوب له بخلاف غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال سكناها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لان السكنى ليست كالعمرى والرقبى)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لانه في التحقيق هبة المنافع، والمنافع انما تستوفى بمضي الزمان شيئا فشيئا فلا تلزم الا في قدر ماقبضه

المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا الالف ويرد البائع أربعة اتساع الالف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) يقدم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا فى الوجه الاول، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن فى قيمته لاخيه فى قول أبي يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع المشتري للابن الحر وقيل غير ذلك وان اشتراه بألف لايملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا فى قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع فى ثلثيه وقيل فى جميعه، وقال أبو حنيفة يسعى لاخيه فى قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له فى نصف قيمته فان ترك الفين سواه عتق كله لان التركة هي الثمن مع الالفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول للشافعي وقيل يعتق ولايرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو الف وثلثا الف ويسعى لاخيه في الف وثلث ألف وفى قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لاخيه في خمسمائة والالفان لاخيه في قولهم جميعاً

(فصل) ولو اشترى المريض ابني عم له بالف لايملك غيره وقيمة كل واحد منهما الف فاعتق احدهما ثم وهبه اخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاه فان قياس قول القاضي ان شاء الله انه يعتق ثلثا المعتق الا ان يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه يبقى تسعة وثلث اخيه للمولى ويحتمل ان يعتق كله ويرث اخاه فيعتقان جميعا لانه يصير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة

منها واستوفاه بالسكنى وللمسكن الرجوع متى شاء وأيهما مات بطلت الاباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن حفصة ، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى تكون له ولعقبه لأنها في معنى العمرى فيثبت فيها مثل حكمها ، وحكي عن الشعبي أنه إذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته وان قال داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال هي لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى فاذا قال اسكن داري هذه فانما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية

ولنا أن هذا اباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمرى فانها هبة للرقبة فاما اذا قال هذه

فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث وفي قياس قول ابي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارثه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى وقال أبوحنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى فى قيمة ثلثه ولايرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواهما أخذا ذلك المال بالميراث ويغرم المعتق لاخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه لان عتق الاول وصية ولا وصية لوارث وقد صار وارثاً مع أخيه فورث نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته و نصف قيمة أخيه لاخيه وأما قول أبي حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتق وغرم الاول لاخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه لانه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لانهما لايرثان ولايعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلابد من أن تنفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية فى جميع رقبته لان الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت أنا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية فعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسراً أو هناك مال غيرهما أخذ الثاني نصفه ثم اخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثا لاخيه الاول

﴿ مسئلة ﴾ (ولو اعتق امته وتزوجها في مرضه فنقل المروذي عن احمد انها ترث اختاره القاضي ، وقال الشافعي لا ترث لان توريثها يفضي إلى ابطال عتقها لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل توريثها .

ولنا أن العتق في هذه الحال وصية بما لايلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد في مرضه فانه لايسقط ميراثه ولاتبطل الوصية

لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبه مالو قال هذه لك سكناها ، واذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال

(فصل) اذا وهب هبة فاسدة او باع بيعا فاسداً ثم وهب تلك العين او باعها بعقد صحيح مع

﴿مسئلة﴾ (ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها ثم مات صح العتق ولم تستحق الصداق لئلا يفضي الى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضي تستحق المائتين وتعتق)

لان العتق وصية لها وهي غير وارثة والصداق استحقته بعقد المعاوضة وهي تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين وقال أصحاب الشافعي يسقط مهرها ولا ترث لكونها لا تخرج من الثلث وسقوط العتق في بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح قال شيخنا وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعاً لانه يفضي الى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك ولو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق في ثلثي الامة لان الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته لم ينفذ من عتق الامة الا الثلث واذا بطل بعض عتقها بذهاب المائتين الى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها اليها وبطلان عتقها يبطل نكاحها فالقول بسقوط المهر وحده أولى

﴿مسئلة﴾ (وان تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فللاب سدسه وباقيه للابن وعلى قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق الاب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول واذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فاولى أن لا ينفذ بالقول والله سبحانه وتعالى أعلم

فصول في تصرف المريض

(فصل) اذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر فاذا مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها ان كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان فيجمع

علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه عالما بانه ملكه ، وان كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان (أحدهما) صحته لان تصرفه صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفا يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لابيه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث

ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفا نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء للميت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة اسباعها يكون حراً والباقي للورثة وان أحب لورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي ويسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها فان كان ملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال وان دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وانما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها وطريق حسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها وهو الذي عتق منها ويأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه فان كان يملك معها مثلي قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلي ما عتق منها وحسابها أن تجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها فان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها وبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضي بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لان ايجابه يفضي الى اسقاطه واسقاط عتقها ونكاحها فاسقاطه وحده أولى وان كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي في هذه المسئلة التي قبل الاخيرة ما يقتضي صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما اذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلها وهو مذكور في هذا الباب وقال أبو حنيفة فيما اذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثلث الباقي يحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فان خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو

أو غصب عينها فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان والشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الخرقي لانها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن نضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه يحسب عليه قيمته أيضاً ويضم الى التركة ويبقى للورثة ستون وقال الشافعي لا ترث شيئا وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الخرقي ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ان أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه فأما ان أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة ونقله المروذي عن أحمد كما لو كان عتقها في صحته وقال الشافعي لا ترث وقد ذكرناه

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم الملتقط لان ماجاء على فعـلة فهو اسم الفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل في اللقطة ماروى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه ، والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقة والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره . قاله أبو عبيد والاصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة وقوله « معها حذاءها » يعني خفها فانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لانها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعها العطش والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهوافي والهوامل

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره قال الخليل بن احمد اللقـطة بفتح القاف اسم للملتقط لان ما جاء على فعلة فهو اسم الفاعل كالضحكة والصرعة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً والاصل فيها ماروى زيد بن خالد الجهني قال سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه» وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجد هاربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب» متفق عليه الوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقة ، والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والاصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة ، وقوله « معها حذاءها » يعني خفها لانه لقوته وصلابته يجري مجري الحذاء وسقاؤها بطنها تاخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش والضالة ، اسم للحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها ايضاً الهوامي والهوامل .

(فصل) قال امامنا رحمه الله الافضل ترك الالتقاط وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ومر شريح بدرهم فلم يعرض له واختار أبو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئا له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه لان فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة ولانه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكروه يبطل بالضوال فانه لا يجوز أخذها مع ما ذكروه وكذلك ولاية مال الايتام

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وجد لقطة عرفها سنة في الاسواق وأبواب المساجد)

وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه ، أما وجوبه فانه واجب على كل ملتقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها ، وقال الشافعي لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها

﴿ مسئلة ﴾ (وتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) : مالا تتبعه الهمة كالسوط والشسع والرغيف فيملكه بأخذه بلا تعريف)

لما روى جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل فينتفع به رواه أبو داود وكذلك التمرة والكسرة والخرقة ومالا خطر له يجوز الانتفاع به من غير تعريف لان النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم تأتها لاتتك» ورأى النبي ﷺ تمرة فقال «لولا اني أخشى أن تكون من الصدقة لاكلتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة اليسير والانتفاع به روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاووس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي

قال شيخنا وليس عن احمد تحديد اليسير الذي يباح ، وروى عن احمد أبو بكر بن صدقة اذا أخذ درهما عرفه سنة وقال في رواية عبد الله ما كان نحو التمرة والكسرة والخرقة ومالا خطر له فلا بأس ، ونحو ذلك قول الشافعي وذكر القاضي ذلك في كتاب الخلاف ويحتمل أن لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لان مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة بدليل قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء

ولنا أن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولان حفظها لصاحبها انما يفيد بايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ، ولان امساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها أو القائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لماجاز الالتقاط لان بقاءها في مكانها إذاً أقرب الى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها واما بأن يجدها من يعرفها وأخذه لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولان التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فان التمليك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه اصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل الثاني) في قدر التعريف ، وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لان أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام الى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال اسحاق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها . وروى أبو اسحاق الجوزجاني باسناده عن يعلى

التافه وروي عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فتصرف فيه ، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، ورخص رسول الله ﷺ في الحبل في حديث جابر وقد تكون قيمته دراهم ، وعن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيدان بن صوحان حتى اذا كنا بالعذيب التقطت سوطا فقال لي ألقه فأبيت فلما قدمنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على ابطال تحديده بما ذكره عموم حديث زيد بن خالد في كل لقطة فيجب ابقاؤه على عمومه الاماخرج منه بدليل ولم يرد بما ذكروه نص ولاهو في معنى ماورد به النص ولان التحديد لايعلم بالقياس وانما يؤخذ من نص او اجماع وليس فيما ذكروه نص ولا اجماع فاما حديث علي فهو ضعيف رواه ابو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة اما لكونه مضطراً اليه او غير ذلك وحديث عائشة قضية في عين لايدرى كم قدر الخاتم ؟ ثم هو قول صحابي وهم لايرون ذلك حجة وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح ماذكره النبي ﷺ ورخص فيه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك

(فصل) والذي يجوز التقاطه والانتفاع به من غير تعريف كالكسرة والتمرة والعصا ونحو ذلك

ابن أمية قال: قال رسول الله ﷺ « من التقط درهما أو حبلا أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام »

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ أمره بعام واحد ولان السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العين. وأما حديث أبي فقد قال الراوي لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد، قال أبو داود شك الراوي في ذلك، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى. اذا ثبت هذا فانه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها لان النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولان القصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا لان صاحبها في الغالب انما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع أكثر لان الطلب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا. وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدم ركب إلا نشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها

اذا التقطه انسان وانتفع به وتلف فلا ضمان فيه ذكره صاحب المستوعب وكذلك ماقيمته كقيمة ذلك لان النبي ﷺ رخص فيه ولم يذكر عليه ضمانا ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وكذلك يخرج في السوط والحبل وشبهه المذكور في حديث جابر وقدره الشيخ ابو الفرج بما دون القيراط ولا يصح تحديده لما ذكرناه وذكر القاضي انه لا يجب تعريف الدانق

﴿القسم الثاني﴾ (الضوال التي تمتنع من صغار السباع كالابل والبقر والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها لا يجوز التقاطها)

كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه سواء كان لكبر جثته كالابل والخيل او لطيرانه كالطيور كلها او لعدوه كالظباء او أنيابه كالكلاب والفهود قال عمر رضي الله عنه من أخذ الضالة فهو ضال أي مخطئ. وبهذا قال الشافعي وابو عبيد، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في الصحراء لا يقربها ورواه المزني عن الشافعي وكان الزهري يقول من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الايام الثلاثة وقال ابو حنيفة يباح التقاطها لانها لقطة اشبهت الغنم

ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل ﷺ فقيل يارسول الله انا نجد هوامي الابل فقال « ضالة المسلم حرق النار » وعن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لان المسجد لم يبن لهذا ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لاردها الله اليك فان المساجد لم تبن لهذا » وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) والملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فان وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي واختار أبو الخطاب انه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالاجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها

ولنا ان هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك اذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولانه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جففها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك

«لا يؤوى الضالة لا ضال » رواه ابو دواد بمعناه وقياسهم يعارض صريح النص وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على ان الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء والخوف عليها من الذئب

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت الى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها اضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الاثمان فان الدنيا ردينار حيث كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وحكي عن مالك ان البقرة كالشاة ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ولانها تمتنع من صغار السباع وتجزيء في الاضحية عن سبعة فاشبهت الابل ، وكذلك الحكم في الخيل والبغال ، فاما الحمر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر اجسامها فاشبهت الخيل والبغال ، قال شيخنا والاولى الحاقها بالشاة لان النبي ﷺ علل الابل بان معها سقاءها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعي في بطونها منه وقوتها على وروده وفي اباحته ضالة الغنم بانها معرضة لاخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لاخيك أو للذئب » والحمر مساوية للشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب وتفارق الابل في علتها لكونها لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عن الماء فيقال مابقى من مدنه الاظمء حمار والحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة اولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لواجد الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها

(فصل) لم يفرق الخرقي بين يسير اللقطة وكثيرها وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس كالتمرة والكسرة والخرقة وما لا خطر له فانه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم تأتها لأتتك» ورأى النبي ﷺ تمرة فقال «لولا اني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن ما دون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة، والدليل على انه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، وروي عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فتصرف فيه، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت:

(فصل) فأما غير الحيوان فما كان منه يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم اخذه بل اولى منه لان الابل معرضة للتلف في الجملة بالاسد وبالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولان هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان فاذا حرم اخذ الحيوان فهذه اولى

(فصل) فان اخذ الحيوان الذى لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه اماما كان او غيره لانه اخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب، فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي وقال مالك يبرأ لان عمر رضى الله عنه قال ارسله الى الموضع الذى اصبته فيه وجرير طرد البقرة التي لحقت ببقره

ولنا ان ما لزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه او نائبه كالمسروق والمغصوب واما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة انما لحقت بالبقر فطردها فاشبه مالو دخلت داره فاخرجها واما عمر فهو كان الامام فامره بردها الى مكانها كاخذها، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث تثبت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها فان دفعها الى نائب الامام زال عنه الضمان لان له نظراً في ضوال الناس بدليل ان له اخذها فكان نائباً عن اصحابها فيها

وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، وروى أبو داود باسناده عن جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به، والحبل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجه باسناده عن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان حتى اذا كنا بالعذيب التقطت سوطا فقالا لي ألقه فأبيت حتى قدمنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على ابطال تحديده بما ذكروه ان حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة فيجب ابقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ماورد النص به ولان التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس وانما يؤخذ من نص أو اجماع وليس فيما ذكروه نص ولا اجماع، وأما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة إما لكونه مضطرا اليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين لا يدرى كم قدر الخاتم ثم هو قول صحابي وكذلك حديث علي وهم لا يرون ذلك حجة، وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصى والحبل وما قيمته كقيمة ذلك، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط ولا يصح تحديده لما ذكرنا

(فصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع إمكانه أثم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض بن حمار لا تكتم ولا تغيب، ولان ذلك وسيلة الى أن لا يعرفها

(فصل) وللامام أو نائبه أخذ الضالة ليحفظها لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حمى موضعا يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ولانه اذا عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ، ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلم تكن الصفة دليلا على ملكه لها ولان الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيرها فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه اقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه تملكه إياها

(فصل) وإن أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها كالامام أو نائبه ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، فان وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها إن تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو

صاحبها فان الظاهر انه بعد الحول ييأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن أحمد لان حكمة التعريف لاتحصل بعد الحول الاول وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين لايملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لان شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد ، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبدا ؟ على روايتين، ويحتمل أن يلزمه دفعها الى الحاكم كقولنا فيما اذا التقط فيما لايجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضا بالتعريف فيما بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة

(فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) ان حكمه حكم مالو تركه مع امكانه لان تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر (والثاني) انه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لانه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبه مالو عرفه في الحول الاول

حريق واذا أخذها سلمها الى نائب الامام وبريء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) ويسم الامام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها ثم إن كان له حمى ترعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك وان رأى المصلحة في بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضي الى أن تأ كل جميع ثمنها

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح واسحاق الا أن يكون تركها لترجع اليه أو ضلت منه وقال مالك هي لمالكها ويغرم ما انفق عليها وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع بما أنفق لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له ، قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت — يعني الشعبي — من حدثك بهذا؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود ، وفي لفظ عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » ولان في الحكم بملكها إحياؤها وانقاذها من

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله)

وجملته انه اذا عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها ملتقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملتقط أو فقيرا ، وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر وروى ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والغرم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولا » وروي « ثلاثة أحوال » فان جاء ربها وإلا تصدق بها فاذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يتملكها إلا ان أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيرا من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب ، فان وجد صاحبها فليردها عليه وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

الهلاك ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ولأنه نبذ رغبة عنه وعجز عن أخذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ما ينتبذه الناس رغبة عنه ، فأما ان ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لانه لاحرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فان الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع اليه صاحبه وان كان المتروك عبداً لم يأخذه لان العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الاماكن التي يعيش بها بخلاف البهيمة، وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع نص عليه ، وكذلك العبد على قياسه ، قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به فاما ان لم يجعل له شيئاً فلا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فانه لو جعل له جعلا لا ستحقه ولم يجعل له أجر المثل، ويفارق هذا الملتقط فانه لم يخلص اللقطة من الهلاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها في مكانها فيجدها وههنا ان لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ الاموال من الهلاك من غير مضرة فجاز كالجعل في الآبق ولان اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجيء صاحبها فاكتفي به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تخليصه بطريق الاولى وليس إلا الاجر كرد الآبق

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ « وإلا فهي كسبيل مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » وفي لفظ « فشأنك بها » وفي حديث أبي ابن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ، ولان من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير . وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض ان مايضاف الى الله لايتملكه إلا من يستحق الصدقة لا برهان لها ولا دليـل عليها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكما كالميراث هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله وإلا كانت كسائر ماله ، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب انها لاتدخل في ملكه حتى يختار . واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية ، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها ، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها لان هذا تمليك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء.

ولنا قول النبي ﷺ «فاذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له ولم يجز له التصرف قبله وفي لفظ « فهي لك » وفي لفظ « كلها » وهـذه

(فصل) فاما ماالقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لاصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث وبه قال الحسن فيما أخرجه، قال ومانضب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المنـذر يرده على أصحابه ولا شيء له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم في الفصل قبله ويقتضي قول الامام أبي عبدالله ان لمن أنقـذه أجر مثله لما ذكرنا ، قال شيخنا ووجه ماذكرنا من الاحتمال ان هذا مال ألقاه أصحابه فيما يتلف بيقائه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه ، ولان فيما ذكرو تحقيقا الاتلافه فلم يجز كمباشرته بالاتلاف، فاما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذين أصابوه وهـذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي. وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه ههنا أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق فان الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخلصه ، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالاجر كجعل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبداً صغيراً او جارية ان قياس المذهب أنه لايملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التمليك بالتعريف عنده اقتراض والجارية عنده لاتملك بالقرض . قال شيخنا وهذه المسئلة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته ، وان كان ممن يعبر عن نفسه

الالفاظ كلها تدل على ماقلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للتمليك فاذا تم وجب ان يثبت به الملك حكما كالاحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه إلا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه

(فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر، وإن رأياها معاً فبادر احدهما فأخذها أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها لان استحقاق اللقطة بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها نظرت في نيته فان أخذها لنفسه فهي له دون الآمر وإن أخذها للآمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له

(فصل) وتملك اللقطة ملكا مراعى يزول بمجيء صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته وانما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض

فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لاقول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه لسيده

﴿الثالث﴾ سائر الاموال كالاثمان والمتاع والغنم والفصلان والعجاجيل وإلا فلا فيجوز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعده لحديث زيد بن خالد في لقطة الذهب والورق وقوله في الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » ثبت في الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها ومنه الدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطها ، وروي عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها يعني الشاة ونحوها من الحيوان ، وقال الليث بن سعد لا اختار أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة إلا ضال » ولانه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ في الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » متفق عليه ولانه يخشى عليه التلف والضياع أشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ولو قدر التعارض قدم حديثنا لانه أصح ولا يصح قياسه على الابل فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع منه

(فصل) ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مهلكة وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة

ولنا قول النبي ﷺ « فان جاء صاحبها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعلها من المباحات، ولانه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه ، وقال القاضي يمنع ذلك وجوب الزكاة ولانه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها، ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة واختياره لاحدهما كالقرض والامر بخلاف ذلك وانما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها فانها لو كانت موجودة لاخذها ولم يستحق لها بدلا ، وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه بمسئلتنا وبه يبطل ماذكروه ، وأما القرض فانه لما ثبت بدله في الذمة لم يزل الملك له في المقرض إلا برضاء المقرض واختياره

(فصل) وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثمانا كانت أو غيرها . هذا كلام الخرقي فان لفظه عام في كل لقطة وقد نقل ذلك عن أحمد فان محمد بن الحكم روى عنه في الصياد يقع في شبكه الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس . وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الاثمان؟

وجد في الصحراء اذبحها وكلها وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أولاخيك أو للذئب » ولا يكون الذئب في المصر

ولنا أن النبي ﷺ أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل ولو افترق الحال لاستفصل ولأنها لقطة فاستوى فيها المصري وغيره كسائر اللقطات، وقولهم لايكون الذئب في المصر قلنا كونها للذئب في الصحراء لايمنع كونها لغيره في المصر ، ومتى عرفها حولا ملكها ، وذكر القاضي وابو الخطاب عن أحمد رواية أنه لايملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها

ولنا قوله عليه السلام « هي لك » أضافها اليه بلام التمليك ولان التقاطها مباح فملكت بالتعريف كالأثمان ، وقد حكاه ابن المنذر اجماعا

(مسئلة) (فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها فان أخذها لزمه ضمانها ولا يملكها وان عرفها)

إذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فان أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط ، ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه ليس له أخذه فهو كالغاصب نص عليه أحمد، ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجدا فيملكها بذلك كالاصطياد والاحتشاش اذا دخل ملك غيره بغير اذنه فاصطاد أو احتش

على روايتين أظهرهما انها كالاثمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف . قال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً . وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الخلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل انه يعرف ابدا قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولانها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل . ولان الخبر ورد في الاثمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة جميعها فان النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال «عرفها سنة – ثم قال في آخره – فانتفع بها أو فشانك بها » وفي حديث عياض بن حمار «من وجد لقطة » وهو لفظ عام، وروى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما قالا حدثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله ﷺ فقال يارسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه « سنة فان جاء صاحبه وإلا فشأنك به » وروينا أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فان عرفت وإلا فهي لك زاد

منه ملك الصيد والحشيش وان كان دخوله محرما كذا ههنا ، ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولانا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتمليك لا للتعريف

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها)

لما ذكرنا والافضل تركها قاله أحمد روي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خثيم وعطاء ، وقال ابو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول الشافعي وعنه أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) وإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله كولي اليتيم، وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئا له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه ولان فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه كتخليصه من الغرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة ولانه يعرض نفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وماذكروه يبطل بالضوال فانه لايجوز أخذها مع ماذكروه وكذلك ولاية مال الايتام

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى أخذها ثم ردها الى موضعها ضمنها)

الجوزجاني فلم تعرف فلقيه العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضا ، وهذا نص في غير الاثمان وروى الجوزجاني باسناده عن الحرين الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال اني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت ، ولان ماجاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم أنها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالاثمان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك به وههنا يجوز التقاطها فتملك به كالأثمان، ثم لم اذا لم تملك في الحرم لا تملك في الحل ؟ وذلك لان الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد ولهذا لم تملك الاثمان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه ، وقولهم ان النص خاص في الاثمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه ، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الاثمان،ثم لو اختص الخبر بالاثمان لوجب أن يقاس عليها ماكان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وههنا قد وجد المعنى

روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي ،وقال مالك لاضمان عليه لانه روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته رواه الاثرم ولما روي عن جرير بن عبدالله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها امانة حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا يحل أخذها، فاذا أخذه احتمل ان له رده الى مكانه ولاضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد اخذه ويحتمل ان لا يبرأ من ضمانه برده لانه دخل في ضمانه فلم يبرأ برده الى مكانه كالمسروق ومايجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه وأما عمر فهو كان الامام فاذا أمر برده فهو كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا اخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره ولذلك يلزمه ضمانها إذا فرط فيها لانها امانة فهي كالوديعة .

(فصل) فان ضاعت اللقطة من ملتقطها في حول التعريف بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فهي كالوديعة، فان التقطها آخر فعلم أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول بالضياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها منه لان الملك

فيجب قياسه على المنصوص عليه ،أو نقول ان المعنى ههنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه . بيانه ان الاثمان لاتتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائما هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها ومنتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظا لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه ونفع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ عن اضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولان في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع، وما ذكروه في الفرق ملغي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق،ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم،ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لاتملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك اذا كان في الحل كالابل

(فصل) وظاهر كلام أحمد والخرقي أن لقطة الحل والحرم سواء وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لايجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وانما يجوز حفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كالمذهبين، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في

مقدم على حق التملك فاذا جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى اخذها وقال عرفها انت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط ،وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لوكانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين (أحدهما) يملكها الثاني لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول في تعريفها لنفسه (والثاني) لايملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلمه بها. ويشبه هذا من تحجر مواتا اذا سبقه غيره الى ماحجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا لانه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه، يفارق هذا اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة من البحر فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئا مما يكون في البحر فهو للصياد لان ذلك يكون في البحر ، قال الله تعالى (وتستخرجون حلية تلبسونها) ولان الاصل عدم ملكها لغيره ، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجده المشتري في بطنها فهو للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم

مكة « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . وقال أبو عبيد المنشد المعرف والناشد الطالب وينشد
* اصاخة الناشد للمنشد * فيكون معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من سائر البلدان
وروى يعقوب بن شيبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي أن النبي ﷺ نهى عن لقطة
الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الاولى
عموم الاحاديث وانه أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم
كالوديعة وقول النبي ﷺ « الا لمنشد » يحتمل أن يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكدها
لا لتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذمي مقيسة عليها

(فصل) اذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فاذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبه الغاصب نص على هذا أحمد ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجد فيملكها به كالاصطياد والاحتشاش فانه لو دخل حائطا لغيره بغير اذنه فاحتش أو اصطاد منه صيداً ملكه وإن كان دخوله محرما كذا ههنا ، ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولاننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

يعلم به فما باعه ولا رضي بزوال ملكه عنه فأشبه من باع داراً له مال مدفون فيها، فان وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لان ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا للآدمي فكان لقطة كما لو وجده في البحر وكذلك الحكم في الدرة والعنبرة اذا كان فيها أثر لآدمي كالمثقوبة والمتصلة بذهب أو فضة أو غيرهما أو كانت العنبرة تفاحة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر تكون لقطة لانها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار فمتى وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لانه واجدها ولا حاجة الى البداية بالبائع فانه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره ، فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهو لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها من ملكه فيبدأ به كقولنا فيمن اشترى داراً فوجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة لان ذلك لا يكون إلا في البحر عادة ، ويحتمل ان النهر اذا كان متصلا بالبحر فهو كما لو صادها منه لانها قد تبتلع ذلك في البحر ثم تخرج الى النهر وإن لم يكن متصلا به فهو لقطة ويحتمل أن يكون للصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها).

(فصل) وإن وجد عنبرة على الساحل فهي له لانه يمكن ان البحر ألقاها والاصل عدم الملك

﴿ مسئلة ﴾ قال (وحفظ وكائها وعفاصها وحفظ عددها وصفتها)

الاصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال « عرفها حولا » فعرفتها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال « اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء ربها فادها اليه » ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمر بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الاولى ليحصل عنده علم ذلك ، فاذا جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع اليه حينئذ، وان أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز لان المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها، وكذلك إن خلطها بما له على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد ابن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها، وان كانت ثيابا عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشوطة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد ، وقد روى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو الصدري قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب الى عمر بن عبد العزيز فكتب الينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها وإن باعوكموها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها اثنتين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه خرزا أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك يدل على انه كان مملوكا ، قال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة له والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الاباحة، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به فصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة الى صاحبها فان لم يعرف صاحبها فهي لقطة ، وقال أحمد في رجل انتهى الى شرك فيه حمار وحش أو ظبي قد شارف الموت فخلصه وذبحه فهو لصاحب الحبالة وما كان من الصيد في الحبالة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها قال أحمد رحمه الله لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله ﷺ « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه اذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجباً لبينه النبي ﷺ سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الامر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولانه أخذ أمانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فانه اذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمائه ان أفلس واذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع قال أحمد في رواية صالح وقد سأله اذا شهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ولكن يقول قد أصبت لقطة، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

صقرا أو عقابا وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر في الارض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يرده على صاحبه فجعله لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه، والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحبالة من الصقر والعقاب لصاحب الحبالة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا للانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه كوجود السير في رجله أو آثار التعليم مثل استجابته الذي يدعوه ونحو ذلك فان لم يوجد ما يدل على انه مملوك فهو لمن صاده لان الاصل إباحته وعدم الملك فيه

(فصل) ومن أخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال أحمد فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها انما قال ذلك لان آخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالصدقة باللقطة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروك له وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة الى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع من ربه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به راض ببذله عوضا عما أخذه ولا يعترف انه له فلا يحصل من

﴿مسئلة﴾ قال (فان جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلا بينة)

يعني اذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا ببينة ولا يجوز له دفعها اليه اذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي » ولان صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب

ولنا قول النبي ﷺ « فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه » قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواه ابن القصار فان جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها اليه وفي حديث زيد الذي ذكرنا « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه » يعني اذا ذكر صفاتها لان ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا للدفع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولان اقامة البينة على اللقطة تتعذر لانها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصولها الى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله

تعريفه فائدة فاذاً ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه (أحدها) يتصدق بها على ماذكرنا (والثاني) انه يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له بادلا إياها عوضا عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما (والثالث) يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله ، والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم فيمن له على انسان حق من دين او غصب أن يأخذ من ماله بقدر حقه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فههنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى،وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب انما أخذها ظنا منه انها ثيابه مثل أن تكون المتروكة مثل المأخوذة أو خيراً منها وهي مما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة،والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الاوجه الثلاثة المذكورة لا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فانما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعارضة بها وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي

يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا واتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما فكيف يكون فاضلا وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ «البينة على المدعي» يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكر ههنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه مغصوبا والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وان له صاحبا غير من هو في يده ولا مدعي له الا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه

(فصل) فان وصفها اثنان اقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه وهكذا ان أقاما بينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت اليه ذكره القاضي وقال أبو الخطاب تقسم بينهما لانهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا فيما اذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانهما تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد انسان فقال هي لاحدكما لا أعرفه عينا رفارق

(فصل) نقل الفضل ابن زياد عن احمد اذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل منهما انا دفنته يبين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من اصاب الوصف فهوله وذلك لان مايوجد من الدفن في الارض مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان احق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه احدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فكان في جيش فقال احمد يعرفها سنه في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان اموال اهل الحرب مباحة ويجوز ان تكون لمسلم وقد لايمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله اعلم انه يتم التعريف في دار الاسلام فاما ابتداء التعريف فيكون الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل ان تكون لاحدهم فاذا قفل اتم التعريف في دار الاسلام فأما ان دخل دارهم بأمان فينبغي ان يعرفها في دارهم لان اموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا اخذ منها شيئاً فان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان اموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ويحتمل ان تكون غنيمة له لاتحتاج الى تعريف لان الظاهر انها اموالهم واموالهم غنيمة والله اعلم

ما اذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه وان وصفها انسان فأقام آخر البينة أنها له فهي لصاحب البينة لانها أقوى من الوصف فان كان الواصف قد اخذها انتزعت منه وردت الى صاحب البينة لاننا تبينا أنها له فان كان قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف أو الدافع اليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لانه فعل ما أمر به لانه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولان الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها

ولنا أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الى غير مالكها اذا غلب على ظنه أنه مالكها فأما ان دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لانها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتالف عنده فان ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تغريمه الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فانه لا يرجع عليه لانه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وان صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم

﴿ مسئلة ﴾ وهي على ثلاثة اضرب (حيوان) فيخير بين أكله في الحال وعليه قيمته وبين بيعه وحفظ ثمنه وبين تركه والانفاق عليه من ماله وهل يرجع به ؟ على وجهين وجملة ذلك ان ملتقط الشاة وما كان مثلها مما يباح أكله يتخير ملتقطها بين ثلاثة اشياء (احدها) اكلها في الحال وبه قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم قال ابن عبد البر اجمعوا على ان ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له اكلها لقول النبي ﷺ «هي لك او لاخيك أو للذئب» جعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب والذئب لا يؤخر أكلها ولان في أكلها في الحال اغناء عن الانفاق عليها وحراسته لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها وفي ابقائها تضييع المال بالانفاق عليها والغرامة في علفها فكان اكلها اولى واذا اراد اكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم وقال مالك كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول رسول الله ﷺ « هي لك » ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما ولانه سوى بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف ولا يغرم قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا احد من العلماء على قوله وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله ابن عمر « ورد على أخيك ضالته » دليل على ان الشاة على ملك صاحبها ولانها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها اذا جاء كغيرها ولانها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولانها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وكون النبي ﷺ قال « هي لك » لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد اذن في لقطة

يستحق شيئا لان الاول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد مايقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها له كسائر ماله

(فصل) ولو جاء مدع اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يجز دفعها الى من لم يثبت انه صاحبها كالوديعة فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لانه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها لانه لا يأمن من مجيء صاحبها فيغرمه إياها ولانها أمانة في يده فله أخذها من غاصبها كالوديعة

﴿مسئلة﴾ (قال أو مثلها ان كانت قد استهلكت)

وجملة ذلك أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانها نماء ملكه وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وبقيمتها ان لم يكن لها مثل لا أعلم في هذا خلافا وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول

الذهب والورق بعد تعريفها في اكلها وانفاقها وقال «هي كسائر مالك» ثم اجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في اباحة اكلها بين وجدانها في الصحراء او في المصر وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر واصحاب الشافعي ليس له أكلها في المصر لانه يمكن بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ما جاز أكله في الصحراء جاز في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال هي لك ولم يستفصل ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها وهذا في المصر أشد منه في الصحراء (الثاني) تركها والانفاق عليها من ماله ولا يتملكها فان تركها ولم ينفق عليها ضمنها لانه فرط فيها وان أنفق عليها متبرعا لم يرجع على صاحبها فان أنفق بنية الرجوع على صاحبها واشهد على ذلك رجع عليه بما أنفق في إحدى الروايتين نص عليه احمد في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعا وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها فجاء ربها فانه يغرم له ما أنفق وذلك أنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة تجفيف الرطب والعنب (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فانه قد يكون تجفيفه والانفاق عليه أحظ لصاحبه لان النفقة عليه لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق ثمنه فكان بيعه واكله احظ فلذلك لم يرجع

أخذ العين وارش نقصها لان جميعها مضمون اذا تلفت فكذلك اذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمنه إياها حتى يتملكها وحكمها قبل تملكه اياها حكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وابو مجلز والحارث العكلي ومالك وابو يوسف قالوا لا يضمن وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه ، وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها

وحكي ابن ابي موسى عن احمد انه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي ﷺ انه قال « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعله مباحا . وقوله في حديث أبي ابن كعب فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروي فهي لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي ﷺ « فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وقال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل ماروواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه » لانها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر الى مال

المنفق عليها بما انفق (الثالث) بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها وله ان يتولى ذلك بنفسه وقال بعض اصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام

ولنا انه اذا جاز له اكلها من غير اذن فبيعها أولى ولم يذكر اصحابنا لها تعريفا في هذه المواضع وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيان التعريف فيما سواها فاستغني بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط تعريفها كالمطعوم واذا أراد بيعها او أكلها لزمه حفظ صفتها الحديث زيد بن خالد وسنذكره ان شاء الله

(فصل) واذا اكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة فيه فانها لا تنتقل من الذمة في المال المعزول ولو عزل شيئا ثم افلس كان صاحب اللقطة اسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول فأما ان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها اخذه ولم يشاركه فيه احد من الغرماء لانه عين ماله ولا شيء للمفلس فيه فهو كالوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني) مايخشى فساده فيخير بين بيعه وأكله ان كان مما لا يمكن تجفيفه كالفاكهة التي لا تجفف والطبيخ والبطيخ والخضروات فهو مخير بين اكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز ابقاؤه لانه يتلف

غيره ، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لانها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فتبعت ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لانه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كنماء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد اذا استرجع أبوه ماوهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما أنه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان وثم لاضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له والله أعلم

ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لان الاصل براءة ذمته مما حلف عليه

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج اذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على مانذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا أخذ اللقطة ثم ردها الى موضعها ضمنها . روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي

فان تركه حتى تلف ضمنه لانه فرط في حفظه فهو كالوديعة فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ماذكرنا في الشاة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وله ان يتولى بيعه بنفسه وقال اصحاب الشافعي ليس له بيعه الا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لانه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير اذنه لانه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير الملتقط

ولنا انه مال ابيح للملتقط اكله فأبيح له بيعه كماله ومتى اراد بيعه او أكله حفظ صفاته ثم عرفه عاماً على مانذكره فان تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط او نقص أو تلفت العين او نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه وان تلف او نقص بتفريطه او تلفت اللقطة بتفريطه فعليه ضمانه وكذلك ان تلف بعد تملكه او نقص وان كان مما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب فينظر مافيه الحظ لمالكه فان كان في التجفيف فعله ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فلزمه مافيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم

﴿ مسئلة ﴾ (وغرامة التجفيف منه وله بيع بعضه في ذلك)

لانه موضع حاجة فان انفق من ماله رجع به لان النفقة ههنا لا تتكرر بخلاف نفقة الحيوان فانها تتكرر فربما استوعبت قيمته فلا يكون لصاحبها حظ في امساكها الا باسقاط النفقة وان كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام الرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين اكله كالطبيخ وإن كان اكله انفع لصاحبه فله اكله ايضا قال شيخنا ويقتضي قول اصحابنا ان العروض لا تملك بالتعريف وان هذا كله لا يجوز له اكله لكن يخير بين

وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الاثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر انه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته ، ولما روي عن جرير ابن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فاذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة ولانها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل ، فأما مالا يحل التقاطه اذا أخذه فيحتمل أن له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فانه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لا يبرأ الا برده إلى الامام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الامام فاذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه انما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره

(فصل) وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فأشبهت الوديعة فان التقطها آخر فعرف انها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم

الصدقة به وبين بيعه وقد قال احمد فيمن وجد في منزله طعاما لا يعرفه : يعرفه مالم يخش فساده فان خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك واصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز الاكل قول النبي ﷺ في ضالة الغنم «خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب » وهذا تجويز للاكل فاذا جاز أكل ماهو محفوظ بنفسه فما يفسد ببقائه اولى وعن احمد انه يبيع اليسير ويرفع الكثير الى الحاكم لان الكثير مال لغيره لم يأذن له في بيعه فيكون امره الى الحاكم واما اليسير فتدخله المسامحة ويشق رفعه الى السلطان وربما تضيع عند السلطان

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس كالاسواق وابواب المساجد في اوقات الصلوات حولا كاملا من ضاع منه شيء او نفقة واجرة المنادي عليه)

وجملة ذلك ان في التعريف فصولا ستة في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولاه وكيفيته اما وجوبه فهو واجب على كل ملتقط سواء اراد تملكها او حفظها لصاحبها الا في اليسير الذي لا تتبعه النفس وقد ذكرناه وقال الشافعي لا يجب على من اراد حفظها لصاحبها

ولنا ان النبي ﷺ امر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولان حفظها لصاحبها انما فائدته ايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ولان امساكها

على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستنيب له في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين (أحدهما) يملكها لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلمه بها ويشبه هذا المتحجر في الموات اذا سبقه غيره الى ماحجره فأحياه بغير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا مااذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكه فوجد فيها درة فهي للصياد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) فتكون لآخذها، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجدها المشتري في بطنها فهي للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم يعلم مافي بطنها لم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم

من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها او القائها في غيره ولانه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاءها في مكانها اذا اقرب الى وصولها الى صاحبها اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها واما بان يأخذها من يعرفها واخذ هذا لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ولان التعريف واجب على من اراد تملكها وكذلك من اراد حفظها فان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم ان يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل) الثاني في قدر التعريف وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي واصحاب الراي وروي عن عمر رواية اخري يعرفها ثلاثة اشهر وعنه ثلاثة اعوام لان ابي ابن كعب روي ان النبي ﷺ امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة اعوام وقال ابو ايوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة ايام الى سبعة ايام وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة ايام وقال الثوري في الدرهم يعرفه اربعة ايام وقال اسحق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها وروي ابو اسحق الجوزجاني باسناده عن يعلى بن امية قال : قال رسول الله ﷺ من التقط درهما او حبلا او شبه ذلك فليعرفه ثلاثة ايام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة ايام

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ امره بعام واحد ولان السنة لاتتأخر عنها

يدخل في البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها، وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصياد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة ، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لان ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطة كما لو وجده في البحر ، وكذلك الحكم في الدرة اذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما فانها تكون لقطة لا يملكها الصياد لانها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار ، وكذلك الحكم في العنبرة اذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالتفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة ، وإن وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لانه واجدها ولا حاجة الى البداية بالبائع فانه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره فأما ان اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ماوجد في بطنها من ذلك فهو لقطة درة كانت أو غيرها لان ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة ، ويحتمل أن تكون الدرة للصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها)

القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدرا كمدة أجل العنين فاما حديث ابي فقد قال الراوي لا ادري ثلاثة اعوام او عام واحد قال ابو داود شك الراوي في ذلك وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وابي أصح منه وأولى اذا ثبت هذا فانا يجب ان تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية لان النبي ﷺ امر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولان القصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا لان صاحبها في الغالب انما يطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقاهم بخلاف الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع لان الطلب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة ايام على باب المسجد ثم امسكها حتى قرن السنة ولا يقدمن ركب الا انشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شانك بها

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وابواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد ولان المسجد لم يبن لهذا وروى

(فصل) وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لانه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد . وقد روى سعيد قال حدثنا اسماعيل بن عياش عن معاوية ابن عمرو العبدي قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبدالعزيز فكتب الينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها ، وإن باعوكموها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر بن عبد العزيز فلم يلبث الا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة الذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الاباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فاخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها . وقال احمد في رجل انتهى الى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه: هو لصاحب الاحبولة وما كان من الصيد في الاحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو صقراً أو عقابا، وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر في

أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال « من سمع رجلا ينشد ضالته في المسجد فليقل لاردها الله عليك فان المساجد لم تبن لهذا » وامر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

(الفصل الخامس) في كيفية تعريفها فيذكر جنسها لاغير فيقول من ضاع منه ذهب او فضة او دراهم اودنانير او ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لواجد الذهب قل الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة من يسمعه للمالك في ذلك ولانه لايأمن ان يدعيها من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها فتفوت على مالكها

(الفصل السادس) فيمن يتولى تعريفها والملتقط تولي ذلك بنفسه وان يستنيب فيه فان وجد متبرعا بذلك والا استأجر والاجرة على الملتقط وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي واختار ابو الخطاب انه ان قصد حفظها لمالكها دون تملكها رجع بالاجرة عليه وكذلك قال ابن عقيل فيما لايملك بالتعريف لانه من مؤنة ايصالها الى مالكها فكان على مالكها كمؤنة تجفيفها واجرة مخزنها

ولنا ان هذا اجر واجب على المعرف ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له اجر على صاحبها فكذلك

الارض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يرده على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ماوقع في الحبولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحبولة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود مايدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله واثار التعلم مثل استجابته الذي يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد مايدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لان الاصل عدم الملك فيه واباحته

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال ابو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فان أخذها عرفها سنه ثم تصدق بها ، انما قال ذلك لان سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلاحاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فاذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يتصدق به على ماذكرنا

إذا استأجر عليه ولانه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك ان اعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها وقد ذكرنا الدليل على ذلك

(فصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع امكانه اثم لان النبي ﷺ امر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض ابن حمار « لا تكتم ولا تغيب » ولان ذلك وسيلة الى ان لا يعرف صاحبها لان الظاهر انه بعد الحول يسلو عنها وييأس فيترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن احمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعده فان تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج ان لا يسقط التعريف بتأخيره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولان التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نعت من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « اذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا اذا أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عد الحول الاول لان شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ولذلك لو ترك التعريف في بعض الحول الاول لا يملكها بالتعريف بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو اختل بعض الطهارة في الصلاة فأما إن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه كالمريض والمحبوس او لنسيان ونحوه ففيه وجهان (احدهما) حكمه

(الثاني) أن يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر انسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما

(الثالث) أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فههنا مع رضاء من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب انما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيرا من المأخوذة او مثلها وهي مما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الاوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فأنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لايزيد عليها لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا إنه يدفعها الى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم

(فصل) قال احمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لايعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فان جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها فاما من لم يستوف

حكم من تركه لغير عذر لان تعريفه في الحول الاول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفا سببه سواء انتفي لعذر او لغيره والثاني يملكها بالتعريف في الحول الثاني لانه لم يؤخره عن وقت امكانه اشبه تعريفها في الحول الاول

﴿ مسئلة ﴾ فان لم تعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكما كالميراث نص عليه احمد في رواية الجماعة وهو ظاهر كلام الخرقي اقوله والا كانت كسائر ماله وعند ابي الخطاب لاتدخل ملكه حتي يختار واختلف اصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال قوم يملكها بالنية ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت ملكها ومنهم من قال لايملكها الا بقوله والتصرف فيها لان هذا تملك بعوض فلم يحصل الا باختيار المتملك كالقرض

ولنا قول النبي ﷺ «فان جاء صاحبها والا فهي كسائر مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ «كلها» وهذه الالفاظ كلها تدل على ماقلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للتملك فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما كالاحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه

دينه فان كان قد أذن له في بيعها باعها واستوفى دينه من ثمنها وتصدق بالباقي وان لم يكن أذن له في بيعها رفعها الى الحاكم ليبيعها ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه.

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن احمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل واحد منهم أنا دفنته بين كل واحد منها ماالذي دفن فكل من أصاب الوصف فهو له وذلك لان مايوجد في الارض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه أحدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فان كان في الجيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولانه قد لايمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله أعلم يتمم التعريف في دار الاسلام فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل أن تكون لاحدهم فاذا قفل اتم التعريف في دار الاسلام فاما ان كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لان أموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام، وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا أخذ منها شيئاً، وان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ويحتمل أن تكون غنيمة له لاتحتاج إلى تعريف لان الظاهر أنها من أموالهم وأموالهم غنيمة

الامباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله عز وجل غير موقوف على اختيار المكلف فأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه فعلى هذا لو التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جيعا فان قلنا يقف الملك على الاختيار فاختار احدهما دون الآخر ملك المختار نصفها وحده

(فصل) فان رأياها معاً فأخذها أحدهما وحده أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها لان استحقاقها بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وان قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها لنفسه فهي له دون الآمر وان أخذها الآمر فهي له كالوكالة في الاصطياد له

(فصل) ومتى عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها غنياً كان أو فقيراً روي ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي واسحق وابن المنذر وروي عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة نحو ذلك، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي: يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال «عرفها حولا» وروي ثلاثة أحوال «فان جاء ربها والا تصدق بها فاذا جاء ربها فرضي بالاجر والا غرمها» ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يتملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوي القربى

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجملة ذلك أن الملتقط اذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، فان مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه فلم يضمنها كالوديعة ، وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لاتدخل في ملكه حتى يتملكها وقد مضى الكلام في ذلك فاما ان لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الخرقي أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لان الاصل بقاؤها ، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا نشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لانها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها والاصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى مابعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها فلم قلتم انها اذا انتقلت الى الوارث بملك صاحبها أخذها؟ قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتا لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فانهما يملكان ملكا مستقرا

لما روي عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول فأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهباً لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ « وإلا فهي كسائر مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » وفي لفظ « فشأنك بها » في حديث أبي بن كعب وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يعتمد عليه ولا به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف الى الله تعالى لا يتملكه الا من يستحق الصد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئا معلوما فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والابق وغيرهما جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا والاصل في ذلك قول الله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم . وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيع شياه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال « وما أدراك انها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم » رواه البخاري ولان الحاجة تدعو الي ذلك فان العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردهما وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل لانها غير لازمة بخلاف الاجارة ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تقدير مدة والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولان الجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة . اذا ثبت هذا فاذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القميص أو بنى لي هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منهما الرجوع فيه قبل حصول العمل لكن إن رجع الجاعل قبل التلبس

لها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

﴿ مسئلة ﴾ (وعن أحمد لا يملك الا الأثمان وهو ظاهر المذهب وهل له الصدقة بغيرها؟ على روايتين)

كلما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثماناً كان أو غيرها وهو ظاهر كلام الخرقي ونقل ذلك عن أحمد فروى عنه محمد بن الحكم في الصياد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبها وإلا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس وقال ابن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف بعد ذلك حكم الاثمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالأثمان قال شيخنا ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الاثمان والعروض في ذلك وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف قال القاضي نص عليه أحمد في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبدا وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها؟ على روايتين (احداهما) يجوز كما تجوز الصدقة بالغصوب التي لا يعرف أربابها (والثانية) لا يجوز لانه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها وقال الخلال كل من روى عن أحمد روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي روي عنه أنه يعرفها أبدا

بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجرة مثله لانه انما عمل بعوض فلم يسلم له ، وإن فسخ العامل قبل اتمام العمل فلا شيء له لانه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ويصير كعامل المضاربة واذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

(أحدهما) أن الحاجة تدعو الى كون العمل مجهولا بان لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة الى جهالة العوض

(والثاني) أن العمل لا يصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض يصير لازما باتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض اذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها فان أحمد قال اذا قال الامير في الغزو من جاء بعشرة رءوس فله رأس جاز وقالوا اذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل وكان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا كجارية يعينها العامل فتخرج ههنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجها واحداً ، وان كان العمل معلوما مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قميصي هذا فله كذا صح لانه اذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وان علقه بمدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قميصي هذا في اليوم فله درهم صح لان المدة إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى فان قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الاجارة فكيف أجزتموه في الجعالة؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه (أحدها) أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجوز

قول قديم رجع عنه واحتجوا بانه قد روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل ولان الخبر ورد في الأثمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها لا يقوم مقامها من كل وجه

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة فان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « نشأنك بها ـ أو ـ فانتفع بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة » وهو لفظ عام وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما ثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق المعتاد أو في قرية مسكونة؟ قال « عرفه سنة فان جاء صاحبه والا فشأنك به » وروينا ان سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فان عرفت والا فهي لك زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقيه بها العام فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك ورواه النسائي وهذا نص في غير الاثمان وروى الجوزجاني باسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة اذ جاءه رجل فقال اني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية يوم

جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة . (الثاني) أن الجعالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر بخلاف الاجارة فانها عقد لازم فاذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك . (الثالث) . أن الاجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فاذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة فان قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه ، وان قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل ، فان انقضت المدة قبل عمله فألزمناه اتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وان قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسئلتنا فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وان لم يف به فيها فلا شيء له إذا ثبت هذا فانما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالاجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه فيقول له ان رددت عبدي فلك دينار فلا يستحق الجعل من يرده سواه ، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عبدي فله دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئاً معلوما ولآخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل للمتعين عوضا ولسائر الناس عوضا آخر لانه يجوز أن يكون الاجر في الاجارة مختلفا مع التساوي في العمل فههنا أولى فان قال من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم اثلاثاً لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالاجر في الاجارة فان قيل أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينار كاملا فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً متى جاء صاحبه دفعت اليه ثمنه وان لم يجيء له طالب فهو لك ان شئت ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأثمان وقياسها على الابل لا يصح لان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك وههنا يجوز التقاطها فلك به كالاثمان وقولهم ان النص خاص في الأثمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه وان ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد رويناه في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأثمان ثم لو اختص الخبر بالأثمان لوجب أن يقاس عليها ما في معناها كسائر النصوص التي عقل في معناها ووجد غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه بل المعنى ههنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق البينة، بيانه أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائما هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس وفي إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظ لماليتها على صاحبها بدفع

قلنا لان كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملا وههنا لم يرده واحد منهم كاملا انما اشتركوا فيه فاشتركوا في عوضه فنظير مسئلة الدخول ما لو قال من رد عبدا من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسئلة الرد ما لو قال من نقب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقبا واحداً فان جعل لواحد في ردها دينارا ولآخر دينارين ولثالث ثلاثة فردوه الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ماجعل له لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فان جعل لواحد دينارا ولآخرين عوضا مجهولا فردوه معا فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما، وان جعل لواحد شيئا في ردها فردها هو وآخران معه وقالا رددنا معاونة له استحق جميع الجعل ولا شيء لهما وإن قالا رددناه لنأخذ العوض لانفسنا فلا شيء لهما وله ثلث الجعل لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجعل ولم يستحق الآخران شيئا لأنهما عملا من غير جعل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا

(فصل) وان قال من رد عبدي من بلد كذا فله دينار فرده انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل لانه عمل نصف العمل، وكذلك لو قال من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لانه رد نصف العبدين، وان رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له لانه لم يجعل في رده منه شيئا فأشبه ما لو جعل في رد أحد عبديه شيئا فرد الآخر، ولو قال من رد عبدي فله دينار فرده انسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئا لانه شرط الجعل برده ولم يرده وكذلك لو مات كما لو استأجر لخياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجرة فان قيل فان كان الجاعل قال من وجد لقطتي فله دينار فقد وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد وانما اكتفى بذكر الوجدان لانه سبب الرد فصار كأنه قال من وجد لقطتي فردها علي

قيمتها اليه ونفع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ولان في اثبات الملك حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلف من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتضيع وما ذكره في الفرق ملغي في الشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والاصل ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك اذا كان في الحل وما لا يباح لا يملك كالابل

(مسئلة) (وعن احمد أن لقطة الحرم لا تملك بحال)

المشهور عن أحمد وفي المذهب أن لقطة الحرم والحل سواء وهو ظاهر كلام الخرقي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وابي حنيفة وروي عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتمليك ويجوز لحفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبو عبيد وعن الشافعي

(فصل) والجعالة تساوي الاجارة في اعتبار العلم بالعوض وما كان عوضاً في الاجارة جاز أن يكون عوضا في الجعالة وما لا فلا ، وفي ان ماجاز أخذ العوض عليه في الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجعالة وما لايجوز أخذ الاجرة عليه في الاجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لايجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لايجوز أخذ الجعل عليه فان كان مما يتعدى نفعه كالاذان والاقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الاجارة ويفارق الاجارة في انه عقد جائز وهي لازمة وانه لايعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فعلى هذا متى شرط عوضا مجهولا كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضا محرما كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثلثه أو من رد عبدي فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الاجارة

(فصل) ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملا غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضا لانعلم في هذا خلافا لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق مع عدمها كالعمل في الاجارة فان اختلفا في الجعل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك فالقول قوله مع يمينه لان الاصل معه ، وان اتفقا على العوض واختلفا في قدره فالقول قول المالك لان الاصل عدم الزائد المختلف فيه ولان القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والاجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال جعلت لك الجعل على ردها من

كالمذهبين لقول النبي ﷺ في مكة «لا تحل ساقطتها الا لمنشد» متفق عليه والمنشد المعرف قاله أبو عبيد والناشد الطالب وينشد * اصاخة الناشد للمنشد *

فيكون معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من بين سائر البلدان وروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث، ولانه أحد الحرمين أشبه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الا لمنشد» يحتمل أنه يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكيدها لقوله عليه السلام «ضالة المؤمن حرق النار» وضالة الذمي مقيسة عليها والله أعلم

(فصل) ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها ووكاءها وقدرها وجنسها وصفتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها والاشهاد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي ابن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولا » «فعرفها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال اعرف «عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء

حلب فقال بل على ردها من حمص ، وان اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده فالقول قول المالك لانه أعلم بشرطه ولانه ادعي عليه شرطا في هذا العقد فأنكره والاصل عدم الشرط

(فصل) أما العبد الآبق فانه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي وقد روي عن أحمد انه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور سئل أحمد عن جعل الآبق فقال لا أدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الخرقي فانه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جعلا وهذا قول النخعي والشافعي وابن المنذر لانه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضا لم يستحق شيئا كما لو رد جمله الشارد

ووجه الرواية الاولى ماروى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق إذا جاء به خارجا من الحرم ديناراً وأيضا فانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفا فكان إجماعا . ولان في شرط الجعل في ردهم حثا على رد الاباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروعا لهذه المصلحة ، وبهذا فارق رد الشارد فانه لا يفضي إلى ذلك . والرواية الاخرى أقرب إلى المصلحة لان الاصل عدم الوجوب ،

ربها فأدها اليه » ففي هذا الحديث أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها بعين التقاطها قبل تعريفها وهو الاولى ليحصل عنده علم ذلك فمتى جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فدفعها اليه وان أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز لأن المقصود يحصل حينئذ فان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء طالبها ولذلك ان خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لابي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر ايجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط أمر استحباب ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها وان كانت ثياباً عرف لفافها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر ؟ أنشوطة أو غيرها ؟ ويعرف صمام القارورة الذي يدخل رأسها وعفاصها الذي يلبسه ويستحب ان يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها . فظاهر هذا انه مستحب غير واجب وانه لا ضمان عليه اذا لم يشهد وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يضمنها اذا لم يشهد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولو كان واجباً لبينه

والخبر المروي في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الاجماع فيه ولا القياس فانه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فانه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم . فأما على الرواية الاولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل فروي عن أحمد انه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وان رده من خارجه ففيه روايتان (إحداهما) يلزمه دينار أو اثنى عشر درهما للخبر المروي فيه ولان ذلك يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما (والثانية) له أربعون درهما إن رده من خارج المصر اختارها الخلال وهو قول ابن مسعود وشريح فروى أبو عمرو الشيباني قال قلت لعبد الله بن مسعود : اني أصبت عبيداً أباقا فقال لك أجر وغنيمة ، فقلت هذا الاجر فما الغنيمة ؟ قال من كل رأس أربعين درهما

وقال ابو إسحاق أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما . وهذا يدل على انه مستفيض في العصر الاول . قال الخلال : حديث ابن مسعود أصح إسناداً . وروي عن عمر بن عبد العزيز انه قال إذا وجده على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير . وقال أبو حنيفة إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وان كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي تعنى اليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة ان كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما لئلا يفوت عليه العبد جميعه

ولنا عموم الدليل ولانه جعل يستحق في رد الآبق فاستحقه وان زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه ان مات سيده في تركته وبهذا قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ان كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجعل

فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستحباب ولانه أخذ أمانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فانه اذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها وحفظها من ورثته أن مات ومن غرمائه ان أفلس واذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها كما قلنا في التعريف لكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا أشهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ، ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت له مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

﴿ مسئلة ﴾ (فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنمائها المتصل وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحلول ولو أخذها بعده في أصح الوجهين)

اذا جاء طالب اللقطة فوصفها وجب دفعها اليه بغير بينة سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب . وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا ببينة

ولنا ان هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالاجر في الاجارة وكما لو كان من غير ورثة ، المولى اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الاباق أولم يكن وبهذا قال اصحاب الرأي وقال مالك ان كان معروفا بذلك استحق الجعل والافلا ولنا الخبر والاثر المذكور من غير تفريق ولانه رد آبقا فاستحق الجعل كالمعروف بردهم

(فصل) ويجوز اخذ الآبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي واصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان العبد لايؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها فاذا اخذه فهو امانة في يده ان تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة او اعترف العبد انه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا وليس للملتقط بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لان العبد يحفظ بنفسه فهو كضوال الابل فان باعه فالبيع فاسد في قول عامة اهل العلم منهم ابو حنيفة والشافعي وان باعه الامام لمصلحة رآها في بيعه فجاء سيده فاعترف انه كان اعتقه قبل منه لانه لايجر الى نفسه بهذا نفعا ولا يدفع عنها ضرراً ويحتمل ان لايقبل لانه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كما لو باعه السيد ثم اقر بعتقه فعلى هذا ليس لسيده اخذ ثمنه لانه يقر انه حر ولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ الى بيت المال لانه لامستحق له فهو كتركة من مات ولا وارث له فان عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع اليه لانه مال لامنازع له فيه

(فصل) واذا ابق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر ان فلانا الذي صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان ابق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي اباق عبد فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم اليه

ويجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه ، وقال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمنصوب

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه» وظاهر الأمر الوجوب ، وفي حديث زيد «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وإن جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه» يعني اذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة ولو كانت شرطاً للدفع لذكرها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأن اقامة البينة على اللقطة تتعذر لأنها انما تسقط حال الغفلة فتوقف دفعها على البينة منع لوصولها إلى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تفويت أموال الناس وماهذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم ، والجمع بين هذا القول وبين تفصيل الالتقاط على تركه متناقض لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم وأتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه

العبد وهذا قول ابي يوسف واحد قولي الشافعي الان ابا يوسف قال يأخذ به كفيلا لئن البينة اثبتته بصفاته كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم وقال ابو حنيفة ومحمد لايجب تسليمه لانهم لايشهدون على عينه وانما يشهدون بالصفات وقد تتفق الصفات مع اختلاف الاعيان ويفارق المسلم فيه فان الواجب أقل مايوجد منه الصفة وهو غير معين

ولنا انه يقبل كتاب الحاكم الى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وانما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هاهنا اذا ثبت وجوب تسليمه فان الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطا ضيقا لايخرج من رأسه ويدفعه الى المدعي او وكيله ليحمله الى الحاكم الكاتب ليشهد الشهود على عينه فان شهدوا بعينه سلم الى مدعيه وان لم يشهدوا وجب رده الى الحاكم الاول ويكون في ضمان الذي أخذه لانه اخذه بغير استحقاق

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجعل لم يجزله أخذه)

انما كان كذلك لانه اذا التقطها قبل ان يبلغه الجعل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جعل جعل فلا يستحق شيئا كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل فانه انما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالاجير اذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطه لها بعد الجعل اوقبله لماذكرنا ولا يستحق اخذ الجعل بردها لان الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز اخذ العوض عن الواجب كسائر الواجبات، وانما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له اخذه عوضا عن الالتقاط المباح اذا ثبت هذا فان ملتقطها قبل ان يبلغه الجعل لا يستحق شيئا سواء ردها لعلة الجعل او لغيره لانه اذا لم يستحقه مع قصده اياه وعمله من أجله فلان لا يستحقه مع عدم

الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما فكيف يكون فاضلا، وعلى هذا نقول لولم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي » يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر »ولا منكر ههنا على ان البينة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه مغصوباً والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد يرجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه .

(فصل) ويدفعها اليه بزيادتها المتصلة والمنفصلة اذا كان قبل الحول لانها ملكه فان وجدها زائدة بعد الحول أخذها بزيادتها المتصلة لانها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فتبعت ههنا وان حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لانه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كنماء المبيع اذا رد بعيب

ذلك اولى ، وانما ذكر الخرقي ردها لعلة الجعل ان شاء الله لينبه به على عدم استحقاقه فيما اذا ردها لغير علته ولان الحاجة انما تدعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجعل أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالبا والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفيها او طفلا قام وليه بتعريفها فان تمت السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولان هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب وان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه لانه اخذ ماله أخذه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها واذا أخذها الولي عرفها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا أن أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يتملكه لهما والا فلا وقال بعضهم يتملكه لهما بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له.

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر أنه يكون لصاحب اللقطة بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته المنفصلة والصحيح ان الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهما ان الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما انه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان وثم لاضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه اذا كانت اللقطة قد استهلكت في يد الملتقط لانه غارم

﴿مسئلة﴾ (وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها وبعده يضمنها)

لانها أمانة في يده الا أن تكون تلفت أو نقصت بتفريطه كالوديعة وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن مثلية، قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا

وجد صاحبها دفعها اليه والا تصدق بها، قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف، قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف اذا لم يجد صاحبها أيتصدق بمال الغير ؟ وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فانه لا يملكها وان عرفها فيما بعد ذلك، لان التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسألة تدل على أنه اذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها الى منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها، وان لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا، قال القاضي معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها

(فصل) فاذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير اذن سيده ويصح التقاطه، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول أمانة وولاية وفي الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك

ولنا عموم الخبر، ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاحتطاب والاصطياد، ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر، وقولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والامانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا، وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلمنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ولان الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير اذن سيده كانقاذ المال الغريق والمغصوب، اذا ثبت هذا فان التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده ان تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن وان تلفت بتفريطه أو اتلافه وجب ضمانها في رقبته كسائر جناياته، وان عرفها صح تعريفه لان له قولا صحيحاً فصح تعريفه كالحر فاذا تم حول التعريف

وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وارش النقص لأن جميعها مضمون اذا تلف فكذلك ارش نقصها، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف، فاما من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمنه اياها حتى يتملكها وحكمها قبل ذلك كحكمها قبل مضي حول التعريف، ومن قال لا يملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن، وان ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وحكى ابن أبي موسى عن احمد انه لوح إلى مثل هذا القول لحديث عياض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فان جاء ربها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » وقوله في حديث أبي بن كعب « فان جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك » وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروي « فهي لك » ولم يأمره برد بدلها .

ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فاذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا وان كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كالو أخذها من يده ثم ردها اليه لان يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيده، وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الامانة فيها فتلفت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تتلف بتفريط من أحدهما وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً

(فصل) والمكاتب كالحر في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فان عجز عاد عبدا وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على مامر بيانه، وام الولد والمعلق عتقه بصفة والمدبر كالقن، ومن نصفه حر اذا التقط شيئا ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرين التقطا لقطة، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان (أحدهما) لاتدخل في المهايأة لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما (والثاني) تدخل في المهايأة لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه فان وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين فلقطته بينهما على ماذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه» قال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل مارواه ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه ولانها عين يلزمه ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر الى مال غيره

(فصل) فان وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له أخذها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحاً لانه ملكها فان صادفها وقد عادت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذها كالزوج اذا طلق

(فصـل) والذمي في الالتقاط كالمسلم ومن أصحاب الشافعي من قال ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالحش والاحتطاب وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم لامانة . اذا ثبت هذا فانه ان عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفا عدلا يشرف عليه ويعرفها لاننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل لانه غير مأمون عليها

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة لانه يعرض نفسه للامانة وليس هو من أهلها فان التقط صح التقاطه لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى فاذا التقطها فعرفها حولا ملكها كالعدل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفا يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي لانه لا نأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر ينزعها من يده ويضعها في يد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منـه انتزعت من يده وتركت في يد عدل فاذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها لان سبب الملك وجد منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده هذا الصحيح من مذهب احمد وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب

قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين ذكره أبو الخطاب)

لانهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما، والوجه الثاني أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف وسلمت اليه ذكره القاضي وهكذا إن أقاما بينتين وهذا الوجه أشبه باصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانهما تداعيا عيناً في يد غيرها وتساويا في البينة أو عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان فقال هي لاحدكما لا أعرف عينه، وفارق ما إذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه

وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها، فما لا يمتنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وافلاء الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه ويروى عن احمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها . وقال الليث ابن سعد لا أحب أن يقربها الا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة الا ضال » ولأنه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عن الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » متفق عليه ، ولانه يخشى عليه التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به والقياس على الابل لا يصح فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين مافرق الشارع بينهما ولا قياس ماأمر بالتقاطه على مامنع ذلك منه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة ، وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكلها ، وفي المصر ضمها حتي يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك او لأخيك او للذئب » والذئب لايكون في المصر

ولنا ان النبي ﷺ قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل ولو افترق الحال لسأل او استفصل ولانها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر اللقطات ، وقولهم إن الذئب لايكون الا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر .اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولا كاملا ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن احمد رواية أخرى أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لاخيك » فأضافها اليه بلام التمليك ولأنها يباح التقاطها فملكت بالتعريف كالاثمان ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أقام آخر بينة أنها له قدم لان البينة أقوى من الوصف فان كان الواصف قد أخذها ردت إلى صاحب البينة لانا تبينا أنها له ، فان كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف والدافع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء اذا قلنا بوجوب الدفع عليه لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط وهو أمين فلم يضمن كما لو دفعها بامر الحاكم ولأنه اذا كان الدفع واجباً عليه يأثم بتركه فكأنه دفع بغير اختياره فلم يضمن كما لو أخذت منه كرهاً، ووجه الاول أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الي غير مالكها اذا غلب على ظنه أنه مالكها .

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يدفعها بحكم الحاكم فلا يملك صاحبها مطالبته)

لانها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده وإن ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تغريمه الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف

(فصل) ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (اكلها في الحال) وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها ، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لأخيك أو للذئب » فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الانفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها إذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالانفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى،ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكا فانه قال كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي ﷺ « هي لك » ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرما وسوى بينه وبين الذئب،والذئب لا يعرف ولا يغرم ، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله ، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو « رد على أخيك ضالته » دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ « هي لك » لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وانفاقها ، وقال هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر ، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر ليس له أكلها في المصر لانه يمكنه بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ماجاز أكله في الصحراء أبيح في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال : « هي لك » ولم يفرق ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها ، وهذا في المصر

أنها له فانه لا يرجع عليه لانه أقر انه مالكها ومستحقها وان صاحب البينة ظالمه بتضمينه فلا يرجع على غير ظالمه،وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لامال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئاً لان الاول استحقها لوصفه اياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها في يده كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدعي اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يجز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة،فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بينة لزم الدافع غرامتها له لانه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها

أشد منه في الصحراء (الثاني) أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يتملكها، وان أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالكها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين : (احداهما) يرجع به نص عليه في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضي أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعا، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربها بانه يغرم له ماأنفق وذلك لانه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة الرطب والعنب (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع كما لو بنى داره، ويفارق العنب والرطب فانه ربما كان تجفيفه والانفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لان النفقة لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق قيمته فكان بيعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق .

(الثالث) أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير اذن فبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فانه ﷺ قال « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم .

(فصل) اذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فانها لا تنتقل

فللملتقط مطالبة آخذها لانه لا يأمن مجيء صاحبها فيغرمه إياها ولانها أمانة في يده فملك الاخذ من غاصبها كالوديعة .

(فصل) فان كان الملتقط قد مات واللقطة موجودة قام وارثه مقامه في تعريفها أو اتمامه ان مات قبل اتمام الحول ويملكها بعد إتمام التعريف وان مات بعد تمام الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها ان كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك فان ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وان علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريط فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تفريط فلم يضمنها كالوديعة وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها بغير تفريط عند من يرى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها أو أنها لا تملك بحال وقد

من الذمة الى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول وان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لأنه عين ماله لا شيء للمفلس فيه .

(فصل وإذا التقط ما لا يبقى عاما فذلك نوعان (أحدهما) ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضراوات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاؤه لانه يتلف فان تركه حتى تلف فهو من ضمانه لانه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة، فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ماذكرناه في لقطة الغنم وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه ، وعن أحمد له بيع اليسير وان كان كثيراً دفعه إلى السلطان . وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لانه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لانه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة

ولنا أنه مال ابيح للملتقط أكله فابيح له بيعه كماله ولانه مال ابيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كماله. اذا ثبت هذا فانه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاما فاذا جاء صاحبه فان كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه اليه وإن كان قد أكله او اكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه اونقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريطه فلا ضمان على الملتقط ، وان تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه وكذلك ان تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه (النوع الثاني) ما يمكن ابقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر مافيه الحظ لصاحبه فان كان في التجفيف جففه ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فلزمه مافيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم ، وان احتاج في التجفيف الى غرامة باع بعضه في ذلك ، وان كان الحظ في بيعه باعه

مضى الكلام في ذلك،فأما ان لم يعلم تلفها ولا وجدت في تركته فظاهر كلام الخرقي أنه غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها لانه يحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريط فلا تشتغل ذمته بالشك ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لانها كانت امانة عنده ولم تعلم خيانته فيها والاصل براءة ذمته منها وان مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه .فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط إياها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم انها إذا انتقلت الى الوارث يملك صاحبها أخذها؟قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فانهما يملكان ملكا مستقراً

وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ ، وان كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضا لان الحظ فيه، ويقتضي قول أصحابنا ان العروض لا تملك بالتعريف ان هذا كله لا يجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه ، وقد قال احمد فيمن يجد في منزله طعاما لا يعرفه يعرفه مالم يخش فساده فان خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » وهذا تجويز للأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له سواء كان لكبر جثته كالابل والخيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بنابه كالكلاب والفهود ؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطيء وبهذا قال الشافعي والاوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ، ورواه المزني عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الايام الثلاثة ، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح التقاطها لانها لقطة أشبهت الغنم

ولنا قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل رسول الله ﷺ فقيل يارسول الله انا نصيب هوامي الابل قال « ضالة المسلم

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلا أو فاسقاً يأمن نفسه عليها] وقيل يضم الى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها)

اذا التقط الغني لقطة وعرفها حولا ملكها كالفقير روي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة وعلي وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة وبه قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة ليس له أن يملكها الا أن يكون فقيراً من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنفقها - وفي لفظ - فشأنك بها - وفي لفظ - والا فهي كسبيل مالك » ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط

حرق النار » وروي عن جرير بن عبدالله أنه أمر بطارد بقرة لحقت ببقره حتى توارت ، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يؤوي الضالة إلا ضال » رواه ابو داود بمعناه ، وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر؟ على أن الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها أضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الاثمان فان الدينار ديناراً حيثما كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد ، وحكي عن مالك ان البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولانها تمتنع عن صغار السباع وتجزيء في الاضحية والهدي عن سبعة فاشبهت الابل وكذلك الحكم في الخيل والبغال فأما الحمر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لايجوز التقاطه لان لها اجساما عظيمة فأشبهت البغال والخيل ولانها من الدواب فاشبهت البغال،والاولى الحاقها بالشاة لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بان معها حذاءها وسقاءها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ماتوعي في بطونها منه وتوتها على وروده وفي اباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب اياها بقوله «هي لك أو لأخيك أو للذئب» والحمر مساوية للشاة في علتها فانها لاتمتنع من الذئب ، ومفارقة للابل في علتها فانها لاصبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال مابقي من مدته إلا ظمأ حمار . وإلحاق الشيء بماساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة ، فأما غير الحيوان فما كان منه يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل أولى منه لان الابل تتعرض

ملك به بعد التعريف كالفقير ودعواهم في حديث عياض ان مايضاف الى الله تعالى لا يتملكه الا من يستحق الصدقة لا دليل عليه وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى ملكا وخلقا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) ويملك الذمي بالالتقاط كالمسلم وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنه نوع اكتساب فكان من أهله كالاحتشاش والاحتطاب وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم الامانة ومتى عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم،وان علم بها الحاكم أقرها في يده وضم اليه مشرفا عدلا يشرف عليه ويعرفها لاننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمن أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يدي عدل لانه غير مأمون عليها

في الجملة للتلف اما بالاسد واما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ، ولان هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فاذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى

(فصل) فان أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إماما كان أو غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا أذن الشارع له فهو كالغاصب فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجرير طرد البقرة التي لحقت بقره

ولنا أن مالزمه ضمانه لايزول عنه إلا برده الى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمغصوب ، وأما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه انما لحقت بالبقر فطردها عنها وأشبه مالو دخلت داره فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها ندفعها إلى الامام أو نائبه زال عنه الضمان لان له نظراً في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائبا عن أصحابها فيها

(فصل) وللامام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حمى موضعاً يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال . ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولانه إذا

(فصل) ويصح التقاط الفاسق لانها جهة من جهات الكسب فصح التقاطه كالعدل ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى الا أن الاولى له ألا يأخذها لانه يعرض نفسه للأمانة وليس من أهلها واذا التقطها فعرفها حولا ملكها كالعدل، وان علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفا يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال في الآخر ينزعها من يده ويدعها في يد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه فأما ان لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد العدل فاذا عرفها ملكها الملتقط لوجود سبب الملك منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها فاذا عرفها فهي لواجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولانه نوع تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب فان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتلف به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها، ويعرفها الولي اذا أخذها لان واجدها ليس من اهل التعريف فاذا انقضت مدة

عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ولا يكتفى فيها بالصفة لأنها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلا على ملكه لها، ولأن الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه اقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه اياها

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لاولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولأصحابه وجه ان له أخذها لحفظها قياسا على الامام، ولا يصح لان النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، وان وجدها في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو حريق، فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام وبرىء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها

(فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها ويسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حمى ترعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حمى

التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب التملك تم بشرطه فثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا ان أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يملكه لهما وإلا فلا وقال بعضهم يتملكه لهم بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له.

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لايجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء اجل التعريف إذا لم يجد صاحبها ايتصدق بمال الغير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها الاول فانه لايملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك لكون التعريف بعده لايفيد ظاهراً لكون صاحبها ييأس منها ويترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر فهو كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا فيه وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها إلى

باعها بعد أن يحلبها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ للمال لان تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق الا أن يكون تركها ليرجع اليها أو ضلت منه ، وقال مالك هي لمالكها الاول ويغرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع لانه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره

ولنا ماروى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له» قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت — يعني للشعبي — من حدثك بهذا ؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه ابو داود باسناده . وفي لفظ عن الشعبي عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » ولان في الحكم بملكها احياءها وانقاذها من الهلاك وحفظا للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولانه نبذ رغبة عنه وعجزا عن أخذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ماينبذه الناس رغبة عنه

(فصل) وإن ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لانه لاحرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فان الحيوان يموت اذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع

منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها فان لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا قال القاضي هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن التقطها عبد فلسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها ان كان عدلا فان لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه فان أتلفها قبل الحول فهي في رقبته وان أتلفها بعده فهي في ذمته)

يصح التقاط العبد بغير اذن سيده وبه قال أبو حنيفة والشافعي في احد قوليه وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول امانة وولاية وفي الثاني تملك والعبد ليس من اهل الولايات ولا التملك.

ولنا عموم الخبر ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاصطياد والاحتطاب ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر قولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا ،وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلمنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتسابات ولان الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير اذن سيده كانقاذ المال الغريق والمغصوب. اذا ثبت هذا فان اللقطة تكون أمانة في يد العبد ان تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن فان عرفها صح تعريفه لان له قولا

اليه صاحبه ، وإن كان المتروك عبدا لم يملك بأخذه لان العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الاماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع نص عليه وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على انه جعل له ذلك او أمره به ، فأما ان لم يجعل له شيئاً فلا جعل له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام احمد فانه لو جعل له جعلا لاستحقه ولم يجعل له أجر المثل ويفارق هذا الملتقط فان الملتقط لم يخلص اللقطة من الهلاك ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وههنا ان لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ للاموال من غير مضرة فجاز ذلك كالجعل في الآبق، ولان اللقطة جعل فيها الشارع مايحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجيء صاحبها فاكتفى به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا مايحث على تخليصه بالرق الاولى وليس الا الاجر ، فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث بن سعد وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال وما نضب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المنذر يرده على أصحابه ولا جعل له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم ، ويقتضي قول الامام ابي عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا ووجه ماذكرنا

صحيحاً فصح تعريفه كالحر فاذا تم حول التعريف ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده فان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فان انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا وان كان العبد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه وللسيد اقرارها في يد العبد ان كان أميناً ويكون مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله،فان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده وردها لان يد العبد كيده وما يستحق بها لسيده وان أعتق العبد بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده،ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه ويسلمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان،فان أتلفها العبد في الحول الاول فهي في رقبته كجناياته وكذلك ان تلفت بتفريطه وان أتلفها بعده فهي في ذمته ان قلنا ان العبد يملكها بعد التعريف وان قلنا لا يملكها فهو كما لو أتلفها في حول التعريف ويصلح ان ينبني ذلك على استدانة العبد هل تتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين وقد مر ذكره في الحجر

﴿ مسئلة ﴾ (والمكاتب كالحر في اللقطة) لان المال له في الحال واكتسابه له دون سيده وهي من اكتسابه فان عجز عاد عبداً وصار حكمه في لقطته حكم العبد ،وام الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن ومن بعضه حر اذا التقط لقطة فهي بينه وبين سيده اذا لم يكن بينهما مهايأة كالحرين اذا

من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه، ولان فيما ذكروه تحقيقاً لاتلافه فلم يجز كمباشرته بالاتلاف، فأما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذي أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق فان الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالاجر كجعل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبداً صغيراً أوجارية ان قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده اقتراض والجارية عنده لا تملك بالقرض وهذه المسئلة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته، فان كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه سيده والله أعلم

التقطا لقطة وان كان بينهما مهايأة لم تدخل في المهايأة في احد الوجهين لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم يدخل في المهايأة كالارث. فعلى هذا يكون بينهما والثاني يدخل فى المهايأة لانها من كسبه اشبهت سائر اكسابه فيكون لمن يوجد فى يومه وكذلك الحكم في الهدية والوصية وسائر الا كساب النادرة فيها الوجهان ،فان كان العبد بين اثنين شركة فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر والله اعلم .

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قتيل وجريح وطريح، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان فيه احياء نفسه فكان واجبا كاطعامه اذا اضطر وانجائه من الغرق، ووجوبه على الكفاية اذا قام به واحد سقط عن الباقين ، فان تركه الجماعة أثموا كلهم اذا علموا فتركوه مع امكان أخذه . وروي عن سنين أبي جميلة(١) قال وجدت ملفوفا فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر أكذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي (ص) وشهد عام الفتح روي عنه الزهري وزيد بن أسلم سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبتاً ولم يكن بالمشهور عنده

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم الا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ واللقيط بمعنى الملقوط كالقتيل والجريح والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الغرق، وهو من فروض الكفايات إذا قام به من يكفي سقط عن الباقين ، وإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا تركوه مع امكان أخذه ، وقد روي عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر : أكذلك هو؟ قال نعم قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا وقال وعلينا رضاعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وهو حر) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأى ومن تبعهم وقال النخعي : ان التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وهذا قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وانما الرق لعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي ان التقطه للحسبة فهو حر وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وانما الرق لعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

(فصل) ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر فأما دار الاسلام فضربان (أحدهما) دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة فلقيط هذه محكوم باسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للاسلام ولظاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (الثاني) دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم واحد حكم باسلام لقيطها لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام انما يكون مع الاحتمال ،

وأما بلد الكفار فضربان أيضاً (أحدهما) بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل فهذا كالقسم الذي قبله ان كان فيه مسلم واحد حكم باسلام لقيط وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به الى كتم إيمانه في دار الاسلام ، وإن كان في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الاسلام

(مسئلة) (ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه ما ينفق عليه)

إذا لم يوجد مع اللقيط شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية فالالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط، وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ولك ولاؤه، وعلينا نفقته ، وفي رواية : من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فكانت نفقته عليه كقرابته ومولاه . فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه ، وحفظه من ذلك واجب كانقاذه من الغرق وهو فرض كفاية ، ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره، وإن لم يتبرع أحد بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه اذا ايسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي، فان أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع

(الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلا كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم ، وان كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم باسلامه تغليباً للاسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والاكثر وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل اذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد ان غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال اذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ماحكموا به انه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي

(فصل) وفي الموضع الذي حكمنا باسلامه انما يثبت ذلك ظاهراً لا يقينا لانه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به واذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه ضعيف لان دليل الاسلام وجد عريا عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يجز إزالة حكمه بقوله كما لو كان ابن مسلم ، وقوله لادلالة فيه أصلا لأنه لايعرف في الحال من كان أبوه ولا ماكان دينه وانما يقول هذا من تلقاء نفسه. فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثا فان تاب والا قتل ، فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفراً يقر أهله عليه بالجزية

عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه يحلف ما أنفق احتساباً فان حلف استسعي ، وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر لا يرجع بشيء لانه أنفق عليه من غير اذنه ولا اذن وليه ولا اذن الحاكم فلم يرجع بشيء كما لو تبرع به .

ولنا أنه أداء مال وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه .

﴿ مسئلة ﴾ (ويحكم باسلامه إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافراً فان كان فيه مسلم فعلى وجهين) .

إذا وجد اللقيط في دار الاسلام فهو محكوم باسلامه وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للاسلام ولظاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ودار الاسلام قسمان :

(أحدهما) ما اختطه المسلمون كبغداد والبصرة فلقيطها محكوم باسلامه على ما ذكرنا

(الثاني) دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم حكم باسلام لقيطها لانه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام وان لم يكن فيها مسلم بل كان أهلها أهل ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال. فاما بلد الكفار فضربان أحدهما بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل

عقدت له الذمة فان امتنع من التزامها أو وصف كفراً لا يقر أهله عليه ألحق بمأمنه، وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً باسلام سابيه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلما ، قال احمد في أمة نصرانية ولدت من فجور ولدها مسلم لان أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه الا أمه واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب

(فصل) اذ جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها غير حكم اللقيط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر ،وإن جني عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لانه وارثه وان كان عمداً محضاً فالامام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه احظ للاقيط والعفو على مال وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وابو حنيفة الا انه يخيره بين القصاص والمصالحة وذلك لقول النبي ﷺ « فالسلطان ولي من لا ولي له » وان جني عليه فيما دون النفس جناية توجب الارش قبل بلوغه فلوليه اخذ الارش وان كانت عمداً موجبة القصاص واللقيط مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقتص او يعفو سواء كان عاقلا او معتوها وان لم يكن له

فهذا كالقسم الذي قبله وان كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه وان لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لانه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الاسلام (الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلا كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم ففيه وجهان (أحدهما) يحكم باسلامه تغليباً للاسلام والثاني يحكم بكفره تغليباً للدار والأكثر وهذا التفصيل مذهب الشافعي وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين وقد منعوا أن يدفن اطفال المشركين في مقابر المسلمين قال وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي .

﴿ مسئلة ﴾ (وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له،وان كان مدفوناً تحته أو مطروحا قريباً منه فعلى وجهين)

وجملة ذلك أن ما وجد مع اللقيط فهو له ينفق عليه منه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك

مال وكان عاقلا انتظر بلوغه ايضا وان كان معتوها فللولي العفو على مال يأخذه له لان المعتوه ليست له حال معلومة منتظرة فان ذلك قد يدوم به والعاقل له حال منتظرة فافترقا وفي الحال التي ينتظر بلوغه فان الجاني يحبس حتى يبلغ اللقيط فيستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد رواية اخرى ان للامام استيفاء القصاص له وهو مذهب ابي حنيفة لانه احد نوعي القصاص فكان للامام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص في النفس

ولنا انه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله كما لو كان بالغا غائبا، وفارق القصاص في النفس فان القصاص ليس هو له انما هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) وان قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لانه حر، وان قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لانه محكوم بحريته فان ادعى القاذف انه عبد فصدقه اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ليس بمحصن وان كذبه اللقيط وقال اني حر فالقول قوله لانه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك او جبنا عليه حد الحر اذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وان كان الجاني حرا ويحتمل ان يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة ماقاله بان يكون ابن امة فيكون ذلك شبهة والحد يندرىء بالشبهات، وفارق القصاص له اذا ادعى الجاني عليه انه عبد لان القصاص ليس بحد وانما وجب حقا لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه واخذ بدله بخلاف حد القذف، ويتخرج

صحيح فله يد صحيحة كالبالغ . إذا ثبت هذا فكل ماكان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ماكان لا بساً له أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه أو تحته أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحته والتي عليه، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له وأما المنفصل عنه فان كان بعيداً منه فليس في يده، وان كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له ولان الظاهر أنه ترك له فهو كالذي تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بانه في يده والحمال إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريباً منه وهذا أصح ،فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره واذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكل ما حكمنا بانه ليس له فحكمه حكم اللقطة أو الركاز

(مسئلة) (وأولى الناس بحضانته واجده إن كان أميناً لان عمر رضي الله عنه اقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ « من

من هذا ان اللقيط اذا كان قاذفا فادعى انه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه ذلك والاول اصح لان كل من كان محكوما بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه

﴿مسئلة﴾ قال (وينفق عليه من بيت المال ان لم يوجد معه شيء ينفق عليه)

وجملته ان اللقيط اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قوله عامة اهل العلم وقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد وذلك لان اسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية والالتقاط انما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته وفي رواية من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لامال فيه او كان في مكان لا امام فيه او لم يعط شيئا فعلى من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كانقاذه من الغرق، وهذا فرض كفاية اذا قام به

سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الاشهاد عليه؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجب كما لا يجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع

﴿مسئلة﴾ (وله الانفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا باذنه)

وجملة ذلك أنه ينفق على اللقيط مما وجد معه وما حكم له به فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبه غيره من الناس وللملتقط الانفاق عليه منه بغير اذن الحاكم ذكره ابن حامد لانه وليه فلم يعتبر في الانفاق عليه إذن الحاكم كولي اليتيم ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب فقال تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم فلم يجعل له الانفاق من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه ولان الانفاق على الصبي من مال الله مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل

قوم سقط عن الباقين فان تركه الكل اثموا ومن انفق عليه متبرعا فلاشيء له سواء كان الملتقط او غيره وان لم يتبرع بالانفاق عليه فانفق عليه الملتقط او غيره محتسبا بالرجوع عليه اذا ايسر وكان ذلك بامر الحاكم لزم اللقيط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان انفق بغير امر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا اشهد عليه وقال عمر بن عبد العزيز يحلف ماانفق احتسابا فان حلف استسعى وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به

ولنا انه ادى ماوجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه

(فصل) فاما ان وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ . إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي

فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط، ومتى لم يجد حاكما فله الانفاق بكل حال لانه حال ضرورة وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن حاكم في موضع يجد حاكما وان أنفق ضمنه بمنزلة مالوكان لأبي الصغير وديعة عند إنسان فأنفق عليه منها وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة فان لم يجد حاكما ففي جواز الانفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ماقاسوا عليه. اذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق وينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختلفا في قدر ماأنفق وفي التفريط في الانفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم .

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الملتقط فاسقاً لم تقر في يده وهو قول الشافعي) لان حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق وظاهر كلام الخرقي أنه يقر في يده لقوله وان لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به لئلا يدعي رقه ، فعلى قوله ينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لانا إذا

عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له ، وأما المنفصل عنه فان كان بعيداً منه فليس في يده ، وان كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس هو له لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ماهو تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده ، والحال اذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل ان كان الحفر طريا فهو له والا فلا لان الظاهر أنه اذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، واذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكلما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة وما هو له أنفق عليه منه فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبه غيره من الناس . اذا ثبت هذا فان للملتقط الانفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره ابو عبدالله بن حامد لانه ولي له فلم يعتبر في الانفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي اليتيم، ولان هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالانفاق

ضممنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فههنا أولى قال القاضي والمذهب أنه ينزع من يده ، ويفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في اللقطة معنى الكسب وليس ههنا إلا الولاية (الثاني) أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول فلذلك احتطنا عليها مع بقائها في يده وههنا لا يرد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحفظ (والثالث) أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بان يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ولان اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه وقد ذكرنا أن ظاهر قول الخرقي أنه لا ينتزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه اليه وأمكن حفظه في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيظهر أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين كاللقطة وكما لو كان الوصي خائناً ، قال شيخنا وما ذكره القاضي من الترجيح للقطه يمكن معارضته بان اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه بخلاف اللقطة فانها خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ويمكن أخذ بعضها وتنقيصها وابدالها بخلاف اللقيط، ولان المال محل الخيانة والنفوس الى أخذه داعية بخلاف النفوس . فعلى هذا متى أراد هذا الملتقط السفر باللقيط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

عليهم لم يجعل له الانفاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه، ولان الانفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط ، ومتى لم يجد حاكما فله الانفاق بكل حال لانه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وان أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لابي الصغير وديعة عند انسان فأنفق عليه منه وذلك لانه لا ولاية له على ماله وانما له حق الحضانة وان لم يجد حاكما ففي جواز الانفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. فاذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق. فاذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الانفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(فصل) فان كان الملتقط مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة أقر اللقيط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام لان الاصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض فان أراد السفر بلقيطه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يديه وهو مذهب الشافعي لانه لم تتحقق أمانته فلا تؤمن الخيانة منه فيه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر اللقيط في يده حضراً وسفراً لانه مأمون اذا كان سفره لغير النقلة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الملتقط رقيقاً لم يقر في يده)

وجملته أنه ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ اذا وجد من يلتقطه سواه لان منافعه مملوكة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على اللقيط الا الولاية ولا ولاية لعبد فان التقطه لم يقر في يده الا باذن السيد فان أذن له أقر في يده لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه سيده وسلمه اليه، قال ابن عقيل اذا أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه السيد والحكم في الامة كالحكم في العبد، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواه وجب التقاطه لانه تخليص له

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فان اللقيط حر الاصل ولا ولاء عليه ، وانما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لامالك له ولأنهم يرثون مال من لاوارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط ، وقول الخرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح وإسحاق عليه الولاء لملتقطه لما روى واثلة بن الاسقع قال : قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

ولنا قول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كالمعروف نسبه ولانه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما ، وحديث واثلة لايثبت قاله ابن المنذر ،وخبر عمر قال ابن المنذر :أبو جميلة رجل مجهول لاتقوم بحديثه حجة . ويحتمل أن عمر رضي الله عنه عنى بقوله :لك ولاؤه .أي لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه انه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأمونا عليه

من الهلاك فهو كتخليصه من الغرق،والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده في ذلك

﴿مسئلة﴾ (أو كافراً واللقيط مسلم)

ليس للكافر التقاط من حكم باسلامه لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يعلمه الكفر بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده فان التقطه لم يقر في يده فان كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

﴿مسئلة﴾ (أو بدويا ينتقل في المواضع ففيه وجهان)

(أحدهما) أنه يقر في يده لان الظاهر أنه ابن بدويين واقراره في يد ملتقطه أرجى لكشف نسبه (والثاني) يؤخذ منه فيدفع الى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجده في الحضر وأراد نقله الى البادية لم يقر في يده لوجهين)

(أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له(والثاني)أنه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور اهله واعترافهم به

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه في البادية مقيم في حلة أقر في يده لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء الى الرفاهية والدعة والدين

دون الميراث. إذا ثبت هذا فان حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال اذا لم يكن له وارث فان كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أوذو رحم كبنت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به)

وجملة ذلك ان الملتقط ان كان امينا أقر اللقيط في يده لان عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لايجب كما لايجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح ، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الخرقي انه يقر في يديه ويمنع من السفر به لئلا يدعي رقه ويبيعه ، وينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لاننا اذا ضممنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فههنا أولى ، وقال القاضي : المذهب انه ينزع من يديه وهذا قول الشافعي لانه ليس في حفظ اللقيط الا الولاية ولا ولاية لفاسق وفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في اللقطة معنى الكسب وليس ههنا الا الولاية

﴿ مسئلة ﴾ (وان التقطه في الحضر من يريد نقله الى بلد آخر للاقامة فيه لم يجز في أحد الوجهين)

لان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يده قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كالمنتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر وفارق المنتقل به الى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر والحاضر على المسافر فان استويا وتشاحا اقرع بينهما)

اذا التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون أحدهما ممن يقر في يده كالمسلم العدل الحر والآخر لا يقر في يديه كالكافر اذا كان الملتقط مسلما والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده فانه يسلم الى من يقر في يده دون شريكه كمن التقطه وحده ولان الشريك لو التقطه وحده لم يسلم اليه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط كان أولى بالتسليم اليه واقراره في يده (والثاني) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يدي واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث)أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر بأن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل وكذلك إن كان أحدهما مقيما والآخر مسافرا لانه أرفق بالطفل

(فصل) وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي

(والثاني) أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وههنا لاترد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحوط [والثالث] ان المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولان اللقطة انما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الخرقي فلا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه اياه وسبقه اليه وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيعرف انه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كما في اللقطة وكما لو كان الوصي خائنا ، وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولان اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وابدالها ولا يتمكن من ذلك في اللقيط ولان المال محل الخيانة والنفوس الى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

(فصل) واذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام ولان

هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له لانه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الانفاق وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره وعندهم يقدم الكافر وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لان حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، فان تساويا وتشاحا أقرع بينهما واذا تساويا في الاوصاف التي تقتضي تقديم أحدهما على الآخر فرضي أحدهما بتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به وان تشاحا اقرع بينهما لقوله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة وان تهايآه يوما ويوما أو أكثر أضر بالطفل لاختلاف الاغذية عليه والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما من غير قرعة لان حقهما متساو فتقديم أحدهما بغير قرعة تحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا

الاصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض، فان أراد السفر بلقطته ففيه وجهان [أحدهما] لا يقر في يديه وهذا مذهب الشافعي لانه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الخيانة منه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ،فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة

(فصل) فان كان سفر الامين باللقيط الى مكان يقيم به نظرنا فان كان التقطه من الحضر فأراد النقلة به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين (أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له (والثاني) انه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به فان أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان (أحدهما)لا يقر في يده ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده لان ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر، وفارق المنتقل به إلى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين ، وان أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر في

ترجح المرأة ههنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها والاب يحضنه باجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به أما ههنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنبية فاستويا ،ومذهب الشافعي على ما ذكرنا فان كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل ترجيح ظاهر العدالة لان المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) فان رأياه جميعاً فسبق اليه أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو احق به لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» فان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الاخذ دون الرؤية فان قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا الى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وان نوى مناولته فهو للآخر لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح

﴿مسئلة﴾ (فان اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة)

لانها أقوى فان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً لان الثاني انما أخذ ما قد ثبت الحق فيه لغيره فان استوى تاريخهما أو اطلقتا أو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى تعارضتا وهل

يديه لان الظاهر أنه ابن بدويين واقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملقطه فانما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به فان لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه لان اقراره في يديه مع قصوره أولى من اهلاكه ، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به اذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه الى مثله

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواه لان منافعه لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لعبد فان التقطه لم يقر في يديه الا أن يأذن له السيد فان أذن له أقر في يديه لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه بيده وسلمه اليه . قال ابن عقيل إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه ، والحكم في الامة كالحكم في المكاتب ، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواه وجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك فأشبه تخليصه من الغرق ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك

(فصل) وليس لكافر التقاط مسلم لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده ، فان التقطه لم يقر في يده وان كان الطفل

يسقطان أو يستعملان؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه فهو اولى، ونذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى فان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته أو تقدم بينة الخارج فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد فيكون القول قوله مع يمينه أنه التقطه)

ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم

﴿مسئلة﴾ (فان كان في أيديهما أقرع بينهما فيسلم الى من تقع له القرعة مع يمينه)

وعلى قول القاضي لا يشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم)

نحو ان يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة فيقدم بذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فان دعواه لا تقدم بذلك

ولنا أن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان

محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(فصل) وان التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون ممن يقر في يديه كالمسلم العدل الحر والآخر ممن لا يقر في يديه كالكافر إذا كان اللقيط مسلما والفاسق والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فانه يسلم الى من يقر في يده وتكون مشاركة هؤلاء كعدمها لانه لو التقطه وحده لم يقر في يده فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى (الثاني) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يدي واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل ، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق ، وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له لانه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الانفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره ، وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لان حظ الطفل عنده أكثر من

مقدما بها، وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لان اللقيط لقطة، وان لم يصفه أحدهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما لانه لا حق لهما قال شيخنا والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقاً في يد غيرهما أشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما

(فصل) قال رحمه الله (وميراث اللقيط وديته ان قتل لبيت المال ان لم يخلف وارثاً، ولا ولاء عليه)

وانما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لا مالك له ولانهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح واسحاق عليه الولاء للملتقط لقول عمر رضي الله عنه لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه ولما روى واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب ولانه لا ولاء عليه ان كان ابن حرين، وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقها وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر وقال في خبر عمر أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة ، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه عنى بقوله لك ولاؤه ولاية القيام به وحفظه ولذلك ذكره عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأموناً عليه دون الميراث

الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده (الرابع) أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فان رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به ، وان تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما لانه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وان تهايآه فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لانه تختلف عليه الاغذية والانس والالاف ولا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لان حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا ترجح المرأة ههنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها والاب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فان كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل أن يرجح العدل لان المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) وان رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام

إذا ثبت هذا فحكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع الى بيت المال إذا لم يكن له وارث فان كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال كمن عرف نسبه والله أعلم فان قتل خطأ فالدية لبيت المال لان حكمها حكم الميراث وهو لبيت المال كذلك الدية

(مسئلة) (وان قتل عمداً فوليه الامام إن شاء اقتص وان شاء أخذ الدية)

أي ذلك فعل جاز إذا رآه أصلح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر الا أن أبا حنيفة يخيره بين القصاص والمصالحة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فالسلطان ولي من لا ولي له » ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً مجنوناً فللامام العفو على مال ينفقه عليه)

إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فلوليه أخذ الارش وان كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقتص أو يعفو سواء كان عاقلا أو معتوهاً وكذلك أن لم يكن له مال وكان عاقلا وان كان معتوهاً فللامام العفو على مال ينفق عليه لان المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر لان ذلك قد يدوم به بخلاف العاقل فان له حالة تنتظر ويحبس الجاني في الحال التي ينتظر بلوغه حتى يبلغ ويستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد أن

« من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا إلى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وأن نوى مناولته فهو للآمر لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبه مالو توكل له في تحصيل مباح

(فصل) فان اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته ولا بينة لأحدهما وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه انه التقطه ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهذا قول الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب انه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح

ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فان كان في يديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم اليه ، وعلى قول القاضي لا تشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له ، وان لم يكن في يد واحد منهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما لانه لاحق لهما ، والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقا في يد غيرهما فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما فان وصفه أحدهما مثل أن يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة وذكر شيئا في جسده مستوراً فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فانه لا تقدم به دعواه

للامام استيفاء القصاص له قبل بلوغه وهو مذهب أبي حنيفة لانه أحد نوعي القصاص فكان للامام استيفاؤه عن اللقيط كالنفس

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على من هو له كما لو كان بالغا غائبا ، وفارق القصاص في النفس لان القصاص ليس هو له بل هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فهي على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها حكم غير اللقيط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفي منه والا كان في ذمته حتى يوسر وان قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لانه حر

(مسألة) وان ادعى الجاني عليه أوقاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط)

إذا قذف اللقيط قاذف وهو محصن فعليه الحد فان ادعى القاذف رقه فصدقه اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوطه وان ادعى أنه عبد فصدقه وجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن وان كذبه اللقيط فالقول قوله لانه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً، وان ادعى الجاني رقه وكذبه اللقيط وادعى الحرية أوجبنا له القصاص وان كان الجاني

ولنا ان هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان مقدما بها وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لان اللقيط لقطة أيضا ، وان كان لأحدهما بينة قدم بها وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا لان الثاني انما أخذ ممن قد ثبت الحق فيه لغيره وان استوى تاريخهما أو أطلقتا معا أو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فقد تعارضتا ، وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أولى ، وسنذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى ، وان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال ، وان كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على اللقيط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أُرِيَ القافة فبأيهما ألحقوه لحق)

يعني إذا ادعي نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر فان كان المدعي رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لان الاقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال ،

حراً لما ذكرنا ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندريء بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد لان القصاص ليس بحد وانما وجب حقاً لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف وإن قلنا ان القذف حق لآدمي فهو كالقصاص ويخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفا فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول أصح لان من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه .

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ادعى انسان أنه مملوكه لم يقبل الا ببينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم يكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر ، وتفارق دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق تخالفه (والثانى) أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقيط ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط فان لم يكن له بينة سقطت الدعوى وان كانت له بينة فشهدت بالملك أو باليد لم يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل

ثم ان كان المقر به ملتقطه أقر في يديه وان كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لانه قد ثبت انه أبوه فيكون أحق بولده كما لوقامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضا لان لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لامال له ولا على سيده لان الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فانه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا انه اقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار بغيره فيثبت اقراره كالمسلم ، اذا ثبت هذا فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لان كلما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا ان هذا حكم باسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراراً به فلم تقبل كدعوى الرق ، أما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه ولايجوز قبوله فيما هو اعظم: الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وان كان المدعي امرأة

وامرأتين وان شهدت بالولادة قبل فيه رجل واحد وامرأة واحدة لانه مما لايطلع عليه الرجال ومتى شهدت البينة باليد فان كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده وان كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك ، وان شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لاتلد في ملكه الا ملكه وان شهد أنه ابن أمته اوأن أمته ولدته ولم يقل في ملكه احتمل ان يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لان أمته ملكه فنماؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت به الملك لانه يجوز ان تلده قبل ملكه اياها فلا يكون له وهو ابن أمته

(فصل) فان كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف إجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أوشراء نقضت تصرفاته لان تصرفه كان بغير اذن مالكه .

﴿مسئلة﴾ (وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل وعنه يقبل وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين)

إذا ادعى انسان رق اللقيط بعد بلوغه فصدقه وكان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها وان لم يكن اعترف

امرأة فاختلف عن احمد رحمه الله فروي ان دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها احد الابوين فثبت النسب بدعوتها كالاب ولانه يمكن ان يكون منهـا كما يكون ولد الرجل بل اكثر لانهـا تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولان في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما ان الباقي ابنها وان الذي اخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للاخرى بمجرد الدعوى منهما وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك اذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته فان قيل الرجل يمكن ان يكون له ولد من امرأة اخرى او من أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره قلنا يمكن ان تلد من وطء شبهة او غيره وان كان الولد يحتمل ان يكون موجود اقبل ان يتزوجها هذا الزوج امكن ان يكون من زوج آخر فان قيل انما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة الى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل الحاقها بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليها قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعي حقا لا منازع له فيه ولا مضرة على احد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة (والرواية الثانية) انها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه الى الحاق النسب بزوجها بغير اقراره ولا رضاه او الى

بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال أقر بالرق فقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق وكاقراره بالحد والقصاص في نفسه فانه يقبل وان تضمن فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل قال شيخنا وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لانه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلا وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه خاصة وهـذا الذي قاله القاضي ، وبه قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا عليه وحقا له فوجب ان يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي الف ولي عنده رهن وفيه وجه آخر أنه يقبل اقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لانه يثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعاً لها

(فصل) فاما ان أقر بالرق ابتداء لانسان فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا وان كذبه بطل اقراره فان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له فاذا بطل اقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ان امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا ايضا وجه لاصحاب الشافعي (والرواية الثالثة) نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولدا ان كان لها اخوة او نسب معروف لاتصدق الا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه اذا كان لها اهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك اذا لم يكن لها اهل ويحتمل ان لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لأنها يمكنها اقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين فاشبهت الاب وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فانه تمكنه البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي امة فهي كالحرة الا اننا اذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لاننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره اذا ادعى نسبه كافر

(القسم الثاني) ان يدعي نسبه اثنان فصاعدا والكلام في ذلك في فصول (احدها) انه اذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة المسلم اولى من الذمي والحر اولى من العبد لان على اللقيط ضرراً في الحاقه بالعبد والذمي فكان الحاقه بالحر المسلم اولى كما لو تنازعوا في الحضانة ولنا ان كل واحد لو انفرد صحت دعواه فاذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالاحرار المسلمين

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان الاقرار بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) فاذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر وكان قبل الدخول فسد النكاح في حقه لانه عبد تزوج بغير اذن مواليه ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله وان كان بعد الدخول فسد نكاحه وعليه المهر كله لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر به قبل وولده حر تابع لامه وان كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جناياته يفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفي المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته ولا ينقطع حقها منه باقراره، وإن قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير اذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى في احدى الروايتين والاخرى خمساه

(فصل) وإن كان اللقيط أنثى وقلنا يقبل فيما عليه خاصة فالنكاح صحيح في حقه فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها أو أنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا

وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فاننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل انا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب قال ابن المنذر اذا كان عبد امرأته امة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية انه ابنه من امرأته فاقام العبد بينة بدعواه انه ابنه فهو ابنه في قول ابي ثور وغيره وقال اصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعى من الموالي عبدهم وقولهم هذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في احكام الله ولحوق النسب بهم سواء

(الفصل) الثاني انه اذا ادعاه اثنان فكان لاحدهما به بينة فهو ابنه وان اقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هاهنا لان استعمالهما في المال اما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل اليه هاهنا واما بالاقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل فان ثبوته هاهنا يكون بالبينة لا بالقرعة وانما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه اذا اشترك رجلان في وطيء امرأة فأتت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطيء لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه اذا لم تكن به بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فانا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لاحكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعا لان الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينفي بين الاقارب ولهذا روي

على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا قل أو كثر لاقرار الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فأحرار لا تجب قيمتهم لانها لو وجبت لوجبت بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها فاما إبقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد عليه فاما الحكم في المستقبل فيمكن ابقاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بان يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فان طلقها اعتدت عدة الحرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل انها لا تجب إلا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لان المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها وان قلنا بقبول قولها في جميع الاحكام فهي أمة تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة تزوجت بغير اذن سيدها على ماذكر في موضعه، وهل يجب مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان، وتعتد حيضتين لانه وطيء في نكاح فاسد وأولاده أحرار

عن النبي ﷺ أن رجلا أتاه فقال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال « هل لك من ابل ؟ » قال نعم ، قال « فما ألوانها ؟ » قال حمر ، قال « فهل فيها من أورق ؟ » قال نعم ، قال « أنى أتاها ذلك ؟ » قال لعل عرقا نزع قال « وهذا لعل عرقا نزع » متفق عليه ، قالوا ولو كان الشبه كافيا لاكتفى به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون

ولنا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوما مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال « ألم تري ان مجززا المدلجي نظر آنفا الى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه ، ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان اجماعا ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعنة « أنظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه الا قد كذب عليها ، وإن جاءت به أكحل جعدا جماليا سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو للذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فقد حكم به النبي ﷺ للذي أشبهه منهما ، وقوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان ، فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمة زمعة حين رأى به شبها بينا بعتبة بن أبي وقاص « احتجبي منه ياسودة » فعمل بالشبه في حجب سودة عنه فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي ﷺ

لاعتقاده حريتها فهو مغرور عليه قيمتهم يوم الوضع وان مات فليس عليها عدة الوفاة .

(فصل) فان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والاثمان يؤدى مما في يده وما بقي ففي ذمته لان معامله لا يقر برقه وان قلنا بقبول اقراره في جميع الاحكام فسدت عقوده كلها ووجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت تالفة وجبت قيمها في رقبته أو في ذمته على ما ذكرنا في استدانة العبد لانه ثبت برضى صاحبه

(فصل) فان كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه او عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته لان ذلك مضر به فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفي منه ، وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً للمجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد بالعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص وان كانت موجبة للمال تقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده وان كان الواجب يكثر لكونه قيمته عبداً أكثر من ديته حراً لم يجب الا ارش الجناية على الحر وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام وجب

بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك ياعبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في اقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا انما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ماهو أقوى منه لايوجب الاعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لايوجب ضعفه عن إلحاق النسب فان الحد في الزنا لايثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدرأ بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفائه حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج على نفيه بعدم إقامة الحد ولانه حكم بظن غالب، ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين ، وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال « فمن أين يكون الشبه؟ » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً وانما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته فان النسب يحتاط لاثباته ويثبت بأدنى

أرش الجناية على العبد وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حراً سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني لأن اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل اقراره على الجاني فسقط ، وقيل لا يتحول عن العاقلة وعلى قول من قال : يقبل اقراره في الاحكام كلها يوجب الارش على الجاني والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل الا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو لا يعقله)

وجملة ذلك أنا في الموضع الذي حكمنا باسلام اللقيط انما ذلك ظاهراً لا يقيناً لاحتمال أن يكون ولد كافرين ولهذا لو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به وسنذكر ذلك ، ومتى بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ولا يقبل اقراره بالكفر بعد ذلك لانه انكار بعد اقراره فلا يقبل كفره وان وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه بالدار فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره ، وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه بعيد لأن دليل الاسلام وجد عرياً عن المعارض فثبت حكمه واستقر فلا تجوز ازالة حكمه كما لو كان ابن مسلم ولان قوله لا دلالة فيه أصلا لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه؟ وانما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثاً فان تاب والا قتل فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف

دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لاينتفي إلا بأقوى الادلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لايثبت به النسب في مسألتنا فان قيل فهنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به، قلنا انما انتفى النسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحا لأحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله، وتقديم اللعان عليه لايمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها

(فصل) والقافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف، وقيل أكثر مايكون في بني مدلج رهط محرز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض، وكان إياس بن معاوية المزني قائفا، وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلا مجربا في الاصابة حراً لان قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى اياهم فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لانا نتبين خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه اياه مع عشرين فيهم مدعيه فان ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فاذا ألحقه

كفراً يقر عليه بالجزية عقدت له الذمة، فان امتنع من التزامها ووصف كفراً لايقر أهله ألحق بمأمنه،

قال شيخنا وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو إما أن يكون ابن حربي فهو حاصل في أيدي المسلمين بغير عهد ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً باسلام سابيه، أو يكون ابن ذميين أو احدهما ذمي فلا يقر على الانتقال الى غير دين أهل الكتاب، او يكون ابن مسلم اومسلمين فيكون مسلما، وقد قال احمد في امة نصرانية ولدت من فجور، ولدها مسلم لان ابويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه الا امه، واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل ان يقر فيها على دين لا يقر اهله عليه فكيف يرد الى دار الحرب ؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أقر انسان أنه ولده الحق به مسلما كان أو كافراً رجلا او امرأة حياً كان اللقيط أوميتاً)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى مدع نسب اللقيط لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعوته فان كان المدعي حراً مسلماً لحقه نسبه إذا أمكن أن يكون منه بغير خلاف بين أهل العلم، لان الاقرار محض يقع للطفل لايصال نسبه ولا ضرر على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال فان كان المقر به ملتقطه أقر في يده ، وان كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لانه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق به كما لو قامت به بينة .

بقريبه علمت اصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز

وقد روينا أن رجلا شريفا شك في ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به أياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل اياسا فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبحان الله وهل يخفى على أحد إنه أشبه بك من الغراب بالغراب؟ فسر الرجل واستلحق ولده وهل يقبل قول واحد أولا يقبل إلا قول اثنين؟فظاهر كلام احمد أنه لايقبل إلا قول اثنين فان الاثرم روى عنه أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القائفين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول

(فصل) فان كان المدعي عبداً ألحق به لان لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لاتثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا تجب على سيده لان الطفل محكوم بحريته فعلى هذا تكون نفقته في بيت المال

(فصل) فان كان المدعي ذمياً لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فانه يثبت له النكاح والوطء في الملك وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار لغيره فيثبت اقراره كالمسلم .

﴿مسئلة﴾ (ولا يتبع الكافر في دينه الا ان يقيم بينة انه ولد على فراشه)

وجملة ذلك أنه يتبع الكافر فى النسب لا في الدين ولا حق له في حضانته ولا يسلم اليه لانه لا ولاية للكافر على المسلم وقال الشافعي في أحد قوليه يتبعه في دينه لان كل ما لحق به بنسبه لحقه به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا محكوم باسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه، ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراراً به فلا يقبل كدعوى الرق ، أما مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية

الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لوكانت احدى البينتين اثنين والاخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالاول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، ومتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له، وكذلك إن ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك، فان أقام الآخر بينة انه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فيسقط بوجود الاصل كالتيمم مع الماء

(فصل) وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وانما قبلنا قول القائف في النسب للحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره، واثباتهما يخالف الظاهر

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فالحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى، فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

(فصل) واذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور، وقال أصحاب

عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة، فان أقام بينة أنه ولد على فراشه لحق به نسباً وديناً كذلك ذكره ههنا وهو قول بعض أصحابنا لانه ثبت أنه ابنه ببينة، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البينة أنه ولد كافرين حين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه او موته

(فصل) فان كان المدعي امرأة فروي عن أحمد أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لانها تأتي به من زوج ووطء شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل لغيره وطؤها قلنا يمكن ان تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة

الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فاذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر وال أيهما شئت ، ولانه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ، ولان المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ماروى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وباسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر . وقال الامام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته الباقي منهما ، وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثقتها وإما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فان مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الاول قائم

إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل في الحاق نسبه بها دون زوجها يطرق العار اليه وإليها قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة فيه على أحد فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة ، وروي عن احمد انها إن كانت ذات زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير اقراره ولا رضائه أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعوتها لعدم الضرر ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضاً ، وروى عن احمد رواية ثالثة نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولداً ان كان لها اخوة أو نسب معروف فلا تصدق الا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل قال شيخنا ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لانها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين أشبهت الاب وامكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فانه يمكنه إقامة

لايزيله شيء . ومعنى قوله هو للباقي منهما والله اعلم انه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ماياخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ماياخذه جميع الزوجات

(فصل) وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا انه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا . قال أبو عبدالله بن حامد لايلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأن صرنا إلى ذلك للاثر فيقتصر عليه ، وقال القاضي لايلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروي ذلك عن أبي يوسف أيضاً

ولنا أن المعنى الذي لاجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم ان إلحاقه بالاثنين على خلاف الاصل ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الاصل لايمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال انه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ماوجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصاً يقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي أمة أي كالحرة إلا أنا إذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لانا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره اذا ادعى نسبه كافر

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعاه اثنان أو أكثر لاحدهما بينة قدم بها فان استووا في بينة أو عدمها عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا)

الكلام في ذلك في فصول (أحدها) أنه إذا ادعاه مسلم وكافر وحر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسلم اولى من الذمي والحر أولى من العبد لان على اللقيط ضرراً في الحاقه بالعبد والذمي فيكون الحاقه بالحر المسلم اولى كما لو تنازعوا في الحضانة

ولنا ان كل واحد لو انفرد صحت دعوته فاذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالاحرار المسلمين وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فاننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل انا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب ولان الحضانة انما يراعي فيها حق الطفل حسب وههنا ينبغي ان يراعى حق المدعي ايضاً قال ابن المنذر اذا كان عند امرأته أمة في أيديها صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته وأقام العبد بينة بدعواه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك ان كان المدعي من الموالي عندهم قال شيخنا وهذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في أحكام الله تعالى ولحوق النسب بهم سواء .

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الامر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط، ويضيع نسبه، هذا قول أبي بكر وقد أومأ اليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول أبي عبدالله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب الى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: وال أيهما شئت ولان الانسان يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولانه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لان كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه، وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا انما يميل الى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ولو ثبت انه يميل الى قرابته لكنه قد يميل الى من أحسن اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدراً أوجاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب، وقولهم انه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحل له تصديقه فان النبي ﷺ لعن من ادعى الى غير ابيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم انه أبوه فلا

(الفصل الثاني) انه إذا ادعاه اثنان او اكثر وكان لاحدهما بينة فهو ابنه وان اقام كل واحد منهم بينة تعارضت وسقطت لانه لا يمكن استعمالها ههنا لان استعمالها في المال اما بقسمته بين المتنازعين ولا يمكن ههنا او بالقرعة والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل إنما يثبت ههنا بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة فانا فيلزم انه إذا اشترك رجلان في وطيء امرأة وأتت بولد أن يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطيء لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه إذا لم تكن بينة أو تعارضت بينتان وسقطتا أري القافة معهما أومع عصبتها عند فقدها فنلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعاً لان الحكم بالقيافة مبني على الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينتفي بين الاقارب ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فقال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال «هل لك من إبل؟ قال نعم- قال فما ألوانها؟ قال حمر- قال فيها من أورق؟ قال- نعم- قال اين أتاها ذلك؟ قال لعل عرقا نزع قال- وهذا لعل عرقاً نزع» متفق عليه قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون.

ولنا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها مسروراً تبرق

يأمن أن يكون ملمونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب الي احدهما لو انتسب الى أحدهما ثم عاد وانتسب الى الآخر ونفى نسبه من الاول أو لم ينتسب الى واحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الاخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فأشبه مالو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لانه أقوى فيبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما ، وان كانت إحداهما ممن تسمع دعوتها دون الاخرى فهو ابن لها كالمنفردة به، وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما نهما في اثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين : قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنها

أسارير وجهه فقال «ألم تري أن محرزاً نظر آنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض؟ » متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القيافة لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة «انظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا اراه الا قد كذب عليها وان جاءت به جعداً جمالياً سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو الذي رميت به» فأتت به على النعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فحكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذى اشبهه منهما وقوله «لولا الايمان لكان لي ولها شأن يدل على انه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن امة زمعة حين رأى به شبهاً بينا بعتبة بن ابي وقاص احتجبي منه ياسودة فعمل بالشبه في حجب سودة فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو اقوى منها لا يوجب الاعراض

كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته والكافرة والمسلمة والحرة والامة في الدعوة واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها، وان ألحقته القافة باثنين لم يلحق بهما وبطل قول القافة لاننا نعلم خطأه يقينا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لان الام أحد الابوين فجاز أن يلحق باثنين كالآباء

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لانه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة، وان قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجح زوجته على الاخرى؟ يحتمل وجهين (أحدهما) ترجح لان زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساويتا

(فصل) وان ولدت امرأتان ابنا وبنتا فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها دون البنت

عنها اذا خلت عن المعارض ولذلك ترك إقامة الحد عليها من اجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » على ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات واكثرها عدداً واقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره اربع مرات وتدرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى مع ظهور انتفائه حتى لو ان امرأة اتت بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج إلى نفيه بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت ام سلمة او ترى ذلك المرأة ؟ قال « فمن اين يكون الشبه » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على ان العادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادراً وإنما الحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر للدليل ولا يجوز تركه لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته ، فان النسب يحتاط له لاثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا ينتفي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لما انتفى بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به

احتمل وجهين أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر (والثاني) ان نعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته ، وقد قيل لبن الابن ثقيل وابن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنها ابن الابن فهو ولدها والبنت للاخرى ، فان لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة ، وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو انثيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) ولو ادعى اللقيط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني نظرنا ، فان كان ابنا فهو لمدعيه وان كانت بنتا فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وان كان خنثى مشكلا أري القافة معهما لانه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها و لاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

(فصل) واذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر او أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها اوسيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته او يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أوجاريته او يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً اويكون نكاح أحدهما صحيحا

النسب في مسئلتنا ، فان قيل فههنا اذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به قلنا انما انتسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لاحدها فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها عند عدمها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز الذي رأى اسامة وزيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ، وكان اياس بن معاوية المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح

﴿ مسئلة ﴾ (فان ألحقته بأحدهما لحق به ليرجح جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد)

يروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه ، فقال عمر وال أيهما شئت ولانه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعيين

والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطئها أو يبيع جارية فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط.

(فصل) واذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة ، وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم تكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له (والثاني) أن دعوى النسب ثبت بها حقا اللقيط ودعوى الرق تثبت حقا عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط ، فاذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى ، وان كانت له بينة لم تخل اما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فان شهدت بالملك او باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين او رجل وامرأتين ، وان شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة او رجل واحد لانه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فان شهدت البينة باليد فان كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده فان كانت لاجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك وان شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وان لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بان أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ملكه ، وان شهدت أنه ابن أمته أو ان أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك

لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما، وباسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر ، وقال الامام احمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما ، وقال قابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته الباقي منهما وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وان صح فيحتمل أنه ترك قولهما لأمر آخر إما لعدم ثقتهما وإما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما انهما اشتركا فيه . قال أحمد اذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه، فان مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقي منهما والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة اذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذ جميع الزوجات .

بذلك كقولها في ملكه لان أمته ملكه فولدها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته

(فصل) وان ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فان انكر ولا بينة المدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم له بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لانه بان أنه تصرف بغير اذن سيده وان لم تكن بينة فاقر بالرق نظرنا فان كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله وان لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو حد فانه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولانه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره بالرق كما ذكرنا ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لانه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان اقراره باطلا، وهذا قول القاسم وابن المنذر والشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)

اذا ادعت امرأتان نسب اللقيط فهو مبني على قبول دعوتها، وقد ذكرنا ذلك، وإن كانت احداهما ممن تقبل دعوتها دون الأخرى فهو ابنها كالمنفردة، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتها فوجودها كعدمها وإن كانتا جميعاً ممن تقبل دعوتها فهما في اثباته بالبينة وكونه يرى القافة عند عدمها أو تعارضهما كالرجلين).قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه، ولان الشبه يوجد بينها و بين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته، والكافرة والمسلمة، والحرة والأمة، في الدعوة واحدة كقولنا في الرجال، وهذا قول اصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون بقبول دعوتها، اذا ثبت ذلك فانه لا يلحق بأكثر من أم واحدة، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولها لانا لا نعلم خطأه قطعاً، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لأن الام أحد الأبوين فجاز ان يلحق باثنتين كالآباء

ولنا ان هذا محال يقيناً فلم يجز الحكم به كما لو كان اكبر منهما او مثلهما بخلاف الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطفتي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي الف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل اقراره في الجميع، وهو القول الثاني للشافعي لانه ثبت ماعليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة تثبت ويثبت النسب تبعاً لها وأما ان أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا وان كذبه بطل اقراره ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فاذا بطل اقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان اقراره بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) إذا قبلنا اقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى فان كان ذكراً فان كان قبل الدخول فسد نكاحه في حقه لانه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضا ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لامه وان كان متزوجا بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جناياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته فلا ينقطع حقها منه باقراره

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لامكان كونه منهما بنكاح كان بينهما او وطء شبهة فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة اخرى فهو ابن الرجل وترجح زوجته على الاخرى لان زوجها ابوه فالظاهر انها امه، ويحتمل ان يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت الحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا

(فصل) ولو ولدت امرأتان ابنا وبنتاً فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها احتمل وجهين (احدهما) ان يرى المرأتان القافة مع الولدين فيلحق كل منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر. (والثاني) يعرض لبنهما على اهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند اهل المعرفة فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للاخرى، فان لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة فاما ان تنازعا احد الوالدين وهما ذكران او ابنتان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) فان ادعى اللقيط رجلان فقال احدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فان كان ابناً فهو لمدعيه وان كان بنتاً فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه فان كان خنثى مشكلا اري القافة لانه ليس قول كل واحد منهما اولى من الآخر، فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة فوجودها كعدمها والاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم تكن مدخولا بها وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والاخرى خمساه وان كان اللقيط انثى فالنكاح صحيح في حقه وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها والنكاح الفاسد لايجب المهر فيه الا بالدخول وان كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لاعتراف الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فاحرار ولا تجب قيمتهم لانه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم لحق وان كثروا)

وقد نص أحمد في رواية مهنا انه يلحق بثلاثة، ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لاننا صرنا إلى ذلك للاثر فيقتصر عليه وقال القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا

ولنا أن المعنى الذي لاجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه، وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر منهما، وقولهم: ان إلحاقه باثنين على خلاف الاصل ممنوع وان سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الاصل ولا يمنع من أن يقاس على ذلك مال الغير والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك، وأما قول من قال يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد عليه فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم الى مافي معناه ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي الحاق النسب بهم دون مازاد عليهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين وفي الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب الى من شاء أومأ اليه أحمد)

وجملة ذلك انه اذا ادعاه أكثر من واحد وأري القافة فنفته عنهم أو لم يوجد قافة أو تعارضت أقوالهم أو لم يوجد من يوثق بقوله لم يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده لان ذلك لايرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط ليس بمال، فعلى هذا يضيع نسبه، هذا قول أبي بكر لانه

عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن ايفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه مالم يدخل عليه أو يقع على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فان طلقها اعتدت عدة الحرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب الا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وان مات اعتدت عدة الامة لان المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ومن قال بقبول قولها في جميع الاحكام فهذه أمة قد تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد، ويفرق بينهما وان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان وتعتد حيضتين لانه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لاعتقاده حريتها فانه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع وان مات عنها لم تجب عدة الوفاة

(فصل) وان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدى مما في يده وما فضل عليه ففي ذمته لان معامله لايعترف برقه ومن قال بقبول اقراره في جميع الاحكام قال بفساد عقوده كلها وأوجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت تالفة وجبت قيمتها في رقبته ان قلنا انما استدان العبد بغير اذن سيده فهو في رقبته وان قلنا بان استدانة العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لانه ثبت برضى صاحبه

لادليل لأحدهم أشبه من لم يدع أحد نسبه ، وقال ابن حامد نتركه حتى يبلغ فينتسب الى من شاء منهم قال القاضي وقد أومأ أحمد الى هذا في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ولان الانسان يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولانه مجهول النسب أقر به من هو من أهل الاقرار فثبت نسبه كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لان كل واحد منهم لو انفرد سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا انما يميل الى قرابته بعد معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فانه يميل أيضا الى من أحسن اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدراً أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالانتساب قبل البلوغ، وقولهم انه صدق المقر بنسبه قلنا لايحل له تصديقه فان النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نامن أن يكون ملعونا بتصديقه، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وقول عمر رضي الله عنه وال أيهما شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة لانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما إذا انتسب الى أحدهما ثم عاد فانتسب إلى الآخر أو نفى نسبه من الاول ولم

(فصل) وان كان قد جنى جناية موجبة القصاص فعليه القود حرا كان المجني عليه أو عبدا لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً او حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجناية خطأ تعلق ارشها برقبته لان ذلك مضر به ، فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا

ينتسب إلى أحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد إلى الآخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فهو كما لو اشتهى طعاما في يوم وغيره في يوم آخر ، أما إن قامت للآخر بينة بنسبه عمل بها لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فأولى أن تبطل الانتساب وإن وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع القافة

(مسئلة) وكذلك الحكم إن وطىء امرأة اثنان بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطىء أري القافة معهما)

كاللقيط فألحق بمن ألحقوه به منهما سواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الافتراش ذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة ذكره في المحرر وكذلك ان تزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً وكان نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسداً مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطؤها أو يبيع أمة فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط على ما ذكرنا

(مسئلة) (ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلا مجربا في الاصابة)

وفي اعتبار حريته وجهان من المحرر قوله القافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة ، وقد قيل أكثر مايكون ذلك في بني مدلج رهط محرز المدلجي وكان اياس بن معاوية المزني قائفا ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الاصابة لان قوله حكم فاعتبرت له هذه الشروط ، قال القاضي في معرفة القائف بالتجربة هو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى اياهم فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لتبين خطئه وان لم يلحقه بواحد منهم أريناه اياه مع عشرين منهم مدعيه فان ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيه أبوه أو أخوه فاذا ألحقه بقريبه عرفت اصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ولو لم يجربه بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، فقد روي أن رجلا شريفا شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به اياس بن معاوية في المكتب ولا يعرفه فقال له ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان ، قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول اياس فخرج

يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً للمجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جني عليه جناية موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد منه العبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساويا للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته عبداً أكثر من ديته حرا لم يجب الا ارش الجناية على الحر ومن قبل قوله في الاحكام كلها أوجب ارش الجناية على العبد، وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حرا سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في ايجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها أوجب الارش على الجاني

الرجل وسأل اياساً من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبحان الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لأشبه بك من الغراب بالغراب فسر الرجل واستلحق ولده

(فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما فروى عنه الأثرم أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكفي في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القائفين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا ، ولان النبي ﷺ اكتفى بقول محرز وحده فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانه أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو اكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البينتين اثنين والاخرى ثلاثة وأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان للاول لان قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم اذا حكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره كذلك ، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فسقط بوجود الاصل كالتيمم مع الماء

(فصل) واذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد بها وانما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما يخالف الظاهر

(فصل) لو ادعى نسب اللقيط انسان وألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال « لا » قلت فبالشطر يارسول الله ؟ قال « لا » قلت فبالثلث ؟قال « الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « ماحق امريء مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليهما وروى ابو امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث رواه سعيد» وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها او دين) وان النبي ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب الوصية الا على من عليه دين اوعنده وديعة او عليه واجب يوصي بالخروج منه فان الله تعالى فرض اداء الامانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فاما الوصية بجزء

كتاب الوصايا

(وهي الامر بالتصرف بعد الموت) الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت ، وقال ابو الخطاب هو التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث، فعلى قوله تكون العطية في مرض الموت وصية ، والصحيح أنها ليست وصية لأنها تخالفها فى الاسم والحكم في أشياء ذكرناها في عطية المريض ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية) وقوله (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟قال« لا » قلت فبالشطر يارسول الله؟قال لا قلت فبالثلث؟قال «الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » متفق عليه وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « ماحق أمريء مسلم له ما يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»

من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وقال ابن عبد البر اجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة وامانة بغير اشهاد الا طائفة شذت فاوجبتها روي عن الزهري انه قال جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر وقيل لابي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيرا وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكى ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

ولنا ان أكثر اصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلا ظاهرا ولانها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى انها نسخت بقول النبي ﷺ « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده وديعة

(فصل) وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لان الله تعالى قال (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد

متفق عليه وعن أبي امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية رواه الترمذي وأجمع العلما في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه لان الله تعالى أوجب أداء الامانات الى أهلها وطريقه الوصية فتكون واجبة عليه ، فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور يروى ذلك عن الشعبي والنخعي والثوري ومالك وأصحاب الرأي والشافعي وغيرهم، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتها فروي عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر ، وقيل لابي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيراً وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وبخبر ابن عمر فقالوا تستحب الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

روي عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ «يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين اخذت بكظمك لاطهرك وازكيك» وعن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ «ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم » رواهما ابن ماجه وقال الشعبي من اوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل مالو اعطاها وهو صحيح واما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يوصي لان الله قال في الوصية (ان ترك خيرا) وقال النبي ﷺ لسعد «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» وقال «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضي الله عنه لرجل اراد ان يوصي انك لن تدع طائلا انما تركت شيئاً يسيرا فدعه لورثتك وعنه اربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة وروي عن عائشة رضي الله عنها ان رجلا قال لها « لي ثلاثة آلاف درهم واربعة اولاد أفأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له يعوده فقال الرجل اني اريد ان اوصي فقال له ان الله تعالى يقول(ان ترك خيراً)وانك انما تدع شيئاً يسيرا فدعه لورثتك. واختلف اهل العلم في القدر الذي لا تستحب له لمالكه فروي عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصية وعن علي اربعمائة دينار وقال ابن عباس اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين دينارا ما ترك خيراً وقال طاوس الخير ثمانون دينارا وقال النخعي الف وخمسمائة وقال ابو حنيفة القليل ان يصيب اقل الورثة سهما خمسون درهما. والذي يقوى عندي انه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله « ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلا ظاهراً ولانها عطية لا تجب في الحياة فلم تجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) الآية وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب جماعة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أنها نسخت بقول النبي ﷺ « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده وديعة

﴿مسئلة﴾ (وتصح من البالغ الرشيد) عدلا كان أو فاسقاً رجلا أو امرأة مسلما أو كافراً لان هبتهم صحيحة فالوصية أولى

﴿مسئلة﴾ (وتصح من السفيه في أصح الوجهين)

المحجور عليه لسفه تصح وصيته في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الاكثرين وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكاه أبو الخطاب لانه محجور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كالهبة

ولنا أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولان وصيته محض مصلحة من غير ضرر لانه

غنائم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغنائهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله اعلم وقد قال الشعبي مامن مال اعظم اجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى ان لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وابو الخطاب ان كان غنياً أستحب الوصية بالثلث

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي وروي سعيد بن ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «اوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «اوص بالعشر» فقلت يارسول الله ان مالي كثير وورثتي اغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني واناقصه حتى قال «اوص بالثلث والثلث كثير» وقال ابو عبد الرحمن لم يكن احد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالافضل للغني الوصية بالخمس ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء اهل البصرة ويروى عن عمر رضي الله عنه انه جاءه شيخ فقال يا أمير المؤمنين انا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلالة منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله؟ قال لا فلم يزل يحط حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربع الا ان يكون رجلا يعرف في ماله حرمة شبهات او غيرها فله استيعاب الثلث

ولنا ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه اوصى بالخمس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يعني

ان عاش لم يذهب من ماله شيء وان مات فهو محتاج الى الثواب فصحت وصيته كعباداته

(فصل) وتصح من الصبي العاقل اذا جاوز العشر ولا تصح ممن له دون السبع وفيما بينهما روايتان المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل اذا جاوز العشر رواه عنه صالح وحنبل قال أبو بكر لايختلف المذهب ان من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وفيما بين السبع والعشر روايتان وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية لدون تسع قولا واحداً وما زاد على العشر فيصح على المنصوص وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي اذا عقل وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري واياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك واسحاق ،قال اسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة،وحكاه ابن المنذر عن احمد وعن ابن عباس لا تصح

قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروى ان ابابكر وعليا رضي الله عنهما اوصيا بالخمس وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخمس احب الى من الربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس افضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس احب اليهم من الثلث فهو منتهي الجامح وعن العلاء ابن زياد وقال اوصى ابي ان اسال العلماء اي الوصية اعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته ؟ فتتابعوا على الخمس

(فصل) والافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء في قول عامة اهل العلم قال ابن عبدالبر لاخلاف بين العلماء علمت في ذلك اذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاوصية لوارث » وبقي سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربي حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوي القربي) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة افضل فكذلك بعد الموت فان اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول اكثر اهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : الذي اوصي له ثلث الثلث والباقي يرد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بما له كله لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة واقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله

ولنا ماروى عمران بن حصين ان رجلا اعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك

وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي وللشافعي قولان كالمذهبين ولانه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق

ولنا ماروي أن صبيا من غسان له عشر سنين وصى لاخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطئه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم فقال عمر فليوص لها فأوصى بمال يقال له بئر خشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمر بن سليم قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة وهذه قضية انتشرت ولم تنكر ولانه تصرف محض نفع للصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لاعقل له ولا تصح عباداته ولا اسلامه وأما من له فوق السبع ولم يبلغ العشر فقد ذكرنا فيه روايتين (احداهما) تصح وصيته وهو ظاهر قول القاضي وأبي الخطاب لانه عاقل يصح اسلامه

النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة ذلك)

وجملة ذلك أن الانسان اذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء. قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الاخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو امامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء، وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذا من ظاهر قول أحمد، في رواية حنبل: لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول الشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء. لانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه « الا أن يجيز الورثة » والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الاجازة

يؤمر بالصلاة وتصح منه أشبه من جاوز العشر (والثانية) لا تصح كمن له دون السبع والاول أقيس والله أعلم قال الخرقي ومن جاوز العشر فوصيته جائزة اذا وافق الحق يريد اذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ومالا فلا قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم، وفي السكران وجهان)

أما الطفل ومن له دون سبع سنين والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم في قول الاكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية فانه قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وليس بصحيح فانه لا حكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذلك الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فأولى أن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه فاما من يفيق في الاحيان فاذا أوصى حال جنونه لم يصح، وان أوصى حال افاقته صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادات عليه فكذلك وصيته ولا تصح وصية السكران في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أنها تصح بناء على

ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وفائدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فاذا قال ذلك لزمت الوصية وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المجيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه

(فصل) وإن أسقط عن وارثه دينا أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبها المال فهو كالوصية له، وإن عفى عن القصاص وقلنا الواجب القصاص عينا سقط إلى غير بدل ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفى عن حد القذف سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هو وصية للوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس في قوله عز وجل (فمن خاف من موص جنفا أو اثما) قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته . رواه سعيد قال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(فصل) وان وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابنا وبنتا وعبداً قيمته

طلاقه، والاول أصح لانه غير عاقل أشبه المجنون وطلاقه انما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا الى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها انما الضرر على وارثه فأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والا فهو كالعاقل والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وتصح وصية الاخرس بالاشارة ولا تصح ممن اعتقل لسانه بها ويحتمل أن تصح)

اذا فهمت اشارة الاخرس صحت وصيته بها لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته فلا تصح وصيته اذا لم يكن مأيوسا من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته بالاشارة كالقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن اشارة القادر لا تصح بها وصيته ولا اقراره وفارق الاخرس فانه مأيوس من نطقه

مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمته احتمل أن تصح الوصية لان حق الوارث في القدر لافي العين بدليل مالو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح اذا كان ذلك بثمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال واحتمل أن تقف على الاجازة لان في الاعيان غرضا صحيحا وكما لايجوز ابطال حق الوارث في قدر حقه لايجوز من عينه

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي وحكاه الخبري مذهبا للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه اذا ملكه بالميراث انه يعتق ويرث وقال أبو حنيفة ان حمله الثلث عتق وورث والا سعى فيما بقي عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب ميراثهم من قيمتهم فان فضل شيء أخذه ، وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه

ولنا أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله وانما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير إزالته فلم يحتسب عليه من ثلثه كما لو اتهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول واذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كالو ملكه بالميراث عند من سلمه أو كما لو كان ذلك في صحته فان ملكه بعوض كالشراء فحكى الخبري عن أحمد انه يعتق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة وقال القاضي في المجرد ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والا عتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال الخبري وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لافرق عنده بين أن يملكه بعوض

(فصل) وان وصى عبد أومكاتب أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم وان عتقوا ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولا صحيحاً وأهلية تامة وفارقوا الحر بانهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير ولا شيء له ثم استغنى وان قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ثم مات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

﴿مسئلة﴾ (وان وجدت وصيته بخطه صحت وعنه لا تصح حتى يشهد عليها)

نقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ووجه ذلك قول النبي ﷺ « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده ولم يذكر شهادة » ولان الوصية يتسامح فيها ويصح تعليقها على الخطر والغرر وتصح للحمل وبالحمل وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث وكما لو كتب الطلاق ولم يلفظ به وعن أحمد ما يدل على أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيه

أو غيره وانه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحالين لانه لو ورث لـكان اعتاقه وصية لوارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه فصححنا عتقه ولم نورثه لئلا يفضي إلى ذلك ، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هـذا كمذهبهم فيما اذا ملـكه بغير عوض

ولنا على اعتاقه قول النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ولانه ملك وجد معه ماينافيه فبطل كملك النكاح مع ملك الرقبة أعني فيما اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه ، واذا أعتق ورث لانه وجد سبب الميراث عريا عن الموانع فورث كما لو ورثه ، وقولهم ان عتقه وصية لايصح لان الوصية فعله ، والعتق ههنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ، ولان رقبة المعتق لاتحصل له وانما تتلف ماليته وتزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه أو كاتلاف بعض ماله في بناء مسجد مثل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة ثم مات المريض وخلف ابنا آخر ومائتين فانه يعتق ويقاسم أخاه المائتين في قول الاكثرين ، وعند الشافعي فيما حكي عنه غير الخبري يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة يحتسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باقي التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبي حنيفة يعتق نصفه ويسعى في باقيه والخمسون كلها لاخيه ، وقال صاحباه تعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه ويرق نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لاخيه ، وان كان باقي التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون ، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فان كان اشترى

وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا ههنا وأبلغ من هذا ان الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فههنا أولى، وان كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكي عن أحمد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمينا في المسألة الاولى ويحتمل جوازه على ما نقله عن أحمد اسحاق بن ابراهيم في المسألة قبلها وذكره الخرقي، وممن قال ذلك عبدالملك بن يعلي ومكحول ونمير بن ابراهيم ومالك والليث والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار بن عبد الله بن الحسن ومعاذ بن معاذ العنبريين وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضاتهم واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عمل به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولاتهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال

ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الاولى يعتق ويقاسم أخاه المائة الباقية وعلى ماحكاه القاضي يعتق منه ثلثاه ويرث أربعين ويعتق باقيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لان عتقه حصل بعد موت أبيه، وعند الشافعي يعتق ثلثاه ولا يرث، وقال ابو حنيفة يعتق ثلثاه ويسعى في باقيه ولا يرث، وعند صاحبيه يعتق كله ولا يرث شيئاً فان كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أوحابا به لم يعتق لان الثلث قد ذهب

(فصل) وان ملك من ورثته من لايعتق عليه كبني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لانه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الاجانب ان خرجوا من الثلث عتقوا والاعتق منهم بقدر الثلث، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا، لانهم لو ورثوا لـكانت وصية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم، وقد قال ابو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث، وهذا في معنى ماذكرنا لان إقراره لوارث غير مقبول فمنعنا ميراثه ليقبل اقراره له بالاعتاق

(فصل) مريض اشترى أباه بألف لامال له سواه فعلى رواية الخبري يعتق كله، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه، على المعتق ويعتق باقيه على ابنه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى للابن في ثلثيه، وعلى قول صاحبيه يعتق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء الا أن يجيز الابن عتقه وقيل يعتق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه وان خلف الفين سواه عتق وورث سدسهما وبه قال مالك وابو حنيفة، وفي قول صاحبيه يعتق نصفه ويسعى في قيمة نصفه

مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فيكون اجماعا، ووجه القول الاول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى القاضي والاولى الجواز ان شاء الله تعالى لظهور دليله والاصل لنافيه منع

(فصل) وأما اذا ثبتت الوصية بشهادة أواقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به مالم يعلم رجوعه عنه وان تطاولت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لان الاصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحوط لها وأحفظ لما فيها وقد ذكرنا حديث ابن عمر وروى أنس رضي الله عنه قال كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لاإله إلا الله وحده لا شريك له وان محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لاريب فيها وان الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب (يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض

(فصل) واذا وهب الانسان أبوه او وصى له به استحب له أن يقبله ولم يجب، وهذا قول الشافعي ويحتمل أن يجب عليه قبوله لان فيه اعتاقا لابيه من غير التزام مال

ولنا أنه استجلاب ملك على الاب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه، ولانه يلزمه ضرر بلحوق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته

(فصل) اذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما، وان وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللاجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن كانت الوصيتان بثلثي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما، وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللاجنبي الثلث كاملا لانهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للاجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كانه لم يوص له، وان أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لان الوارث يزاحم الاجنبي إذا أجاز الورثة لوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعا اليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد، واختار أبو الخطاب ان الثلث جميعه للاجنبي وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة لانهم لايقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للاجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا إبطال مازاد على السدس، فان صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا مازاد عليه في وصيتكما أو قالوا

عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس، وروي عن ابن مسعود أنه كتب في وصيته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضه هذا أن مرجع وصيتي الى الله تعالى ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وانهما في حل وبل مما وليا وقضيا وأنه لاتزوج امرأة من بنات عبد الله الا باذنهما، وروى ابن عبد قال كان في وصيته أبي الدرداء بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وان الله يبعث من في القبور وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيى ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا وأن هذه وصيته إذ لم يغيرها.

(فصل) قال رحمه الله (والوصية مستحبة لمن ترك خيراً وهو المال الكثير بخمس ماله وتكره لغيره ان كان له ورثة)

وجملة ذلك أن الوصية مستحبة لمن ترك خيراً لقول الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا) الوصية فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث، وروى ابن عمر

رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به ، وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الاجنبي فهو على ماقالوا لان لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وان أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه ،فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه انما ينقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث لانه قد أوصى له به ،ولو خلف ابنين ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للاجنبي الثلث كاملا وعند القاضي له التسع ويجيء فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) وان وصى بثلثه لوارث وأجنبي وقال ان ردوا وصية الوارث فالثلث كله للاجنبي كما وصى وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما لان الوصية تتعلق بالشرط ،ولو قال أوصيت لفلان بالثلث فان مات قبلي فهو لفلان صح وان قال وصيت بثلثي لفلان فان قدم فلان الغائب فهو له صح فان قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الاول سواء عاد الى الغيبة أو لم يعد لانه قد وجد شرط انتقال الوصية اليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وان مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم

قال: قال رسول الله ﷺ « يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لاطهرك وأزكيك » وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» رواهما ابن ماجه ، وقال الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح ،فأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يوصي لان الله تعالى قال في الوصية ان ترك خيراً وقال النبي ﷺ لسعد « انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وقال ابدأ بنفسك ثم بمن تعول وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي انك لم تدع طائلا إنما تركت شيئا يسيراً فدعه لورثتك ، وروي عنه أنه قال في أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الوارث وروي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد أفأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له يعوده فقال الرجل اني أريد أن أوصي فقال له علي ان الله تعالى يقول ان ترك خيراً وانك انما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك ، واختلف أهل العلم في القدر الذي

ذكره القاضي لان الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تنقل عنه كما لو لم يقدم ، ويحتمل ان الغائب ان قدم بعد الموت كانت الوصية له لانه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك

(فصل) وان وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا ، فان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك، فلو خلف ثلاثة بنين وعبداً لا يملك غيره فوصى به لاحدهم أو وهبه اياه في مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وان أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه وان أجازا له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملا :الثلث نصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له أحدهما نصف نصيبه والاخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد ، وان وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما او يرد عليهما ،أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لاحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء فعل فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وان لم يجيزوا رد الى الثلث)

لا نستحب الوصية لمالكه فروي عن أحمد إذا ترك دون الالف لا نستحب له الوصية وعن علي أربعمائة دينار وعن ابن عباس إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً وقال طاوس الخير ثمانون ديناراً ، وقال النخعي الف الى خمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما،قال شيخنا والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم نستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله «انك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم. فعلى هذا تختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال وقد قال الشعبي ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث

وجملة ذلك ان الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير اجازة وما زاد على الثلث يقف على اجازتهم فان اجازوه جاز وان ردوه بطل في قول جميع العلماء . والاصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال اوصي بمالي كله؟ قال «لا » قال فبالثلثين؟ قال لا قال فبالنصف ؟ قال لا قال فبالثلث قال «الثلث والثلث كثير » وقوله عليه السلام «ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم» يدل على انه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين اعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم فدعا بهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة اجزاء واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة وقال له قولا شديداً يدل أيضاً على انه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث اذا لم يجز الورثة ويجوز باجازتهم لان الحق لهم والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث كالقول في الوصية للوارث على ماذكرنا ، وهل اجازتهم تنفيذ او عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على ان الوصية به او العطية له في مرض الموت المخوف صحيحة موقوفة على الاجازة او باطلة فظاهر المذهب انها صحيحة وان الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز أجزت ذلك او انفذته او نحوه من الكلام ولا يفتقر الى شروط الهبة ويتفرع عن هذا الخلاف انه لو اعتق عبدا لا مال له سواه في مرضه او وصى باعتاقه فاعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على اجازة الورثة فان اجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله اذا قلنا بصحة اعتاقه ووصيته ، وان قلنا هي باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشروه بالاعتاق وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم اعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ماذكرناه، ولو اوصى لابن وارثه

ولنا أن النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره إياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث: إن لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي . وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضا فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت ؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوص بالعشر» فقلت يارسول الله مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال «أوص بالثلث والثلث كثير» قال أبو عبد الرحمن لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئا لقول رسول الله ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالافضل للغني الوصية بالخمس روى نحو هذا عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ، ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال ياأمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلالة منزوح بينهم أفأوصي بمالي كله ؟ قال لا فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربع الا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أوغيرها فله استيعاب الثلث

بعد تبرعه بثلث ماله او اعطاه عطية في مرضه فاجاز ابوه وصيته وعطيته ثم اراد الرجوع فيما اجازه فله ذلك ان قلنا هي عطية مبتداة وليس له ذلك على القول بانها اجازة مجردة، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصية او عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفته واباه فاجاز ابوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ماذكرنا، ولو وقف في مرضه على ورثته فاجاوزا اوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ ولم يصح ان قلنا هي عطية مبتدأة ولانهم يكونون واقفين على انفسهم، ولافرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن احمد انه قال ان اوصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحا فله ان يوصي بما شاء يعني به العطية قاله القاضي اما الوصية فانها عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

(فصل) ولا يعتبر الرد والاجازة الا بعد موت الموصي فلو اجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال او بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وابي ثور وابن المنذر وابى حنيفة واصحابه، وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابى سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والاوزاعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لان الحق للورثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلهم ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم

ولنا انهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة اذا اسقطت صداقها قبل النكاح او

ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يريد قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروي أن أبا بكر وعليا رضي الله عنهما أوصيا بالخمس، وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس أحب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامح، وعن العلاء بن زياد قال أوصى أبي أن أسأل العلماء أي الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصية فتتابعوا على الخمس.

(فصل) والافضل أن يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر لاخلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وبقي سائر الاقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستحباب، وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد

اسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم الوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) واذا وصى باكثر من الثلث فاجاز الوارث الوصية وقال انما اجزتها ظنا ان المال قليل فبان كثيرا فان كانت للموصي بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله الا على قول من قال الاجازة هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزلت منزلة الابراء فلا يصح في المجهول والقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم ويحتمل ان لا يقبل قوله لأنه اجاز عقدا له الخيار في فسخه فبطل خياره كالو اجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب او خيار وان اوصى بمعين كعبد او فرس يزيد على الثلث فاجاز الوصية بها ثم قال ظننت المال كثيرا تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلا او ظهر عليه دين لم اعلمه لم تبطل الوصية لان العبد معلوم لا جهالة فيه ويحتمل ان يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظنا منه انه يبقى له من المال مايكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فله الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة الا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الاجازة منهم لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس فان قلنا الاجازة هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله وان قلنا هي تنفيذ صحت

الموت فان أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته ، وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد للذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصي لأنه لوأوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي يرد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله .

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير أقاربه ولانها عطية فجازت لغير أقاربه كالعطية في الحياة

﴿مسئلة﴾ (فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله وعنه لا يجوز الا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورانه عصبة ولا ذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت ذلك عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق و اسحاق وأهل العراق والرواية الاخرى لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى لثلاثة اخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا بالاجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غير اجازة اذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لاخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للاخ من الابوين لانه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لاخيه من أبويه ولا لاخيه من أمه وجازت لاخيه من أبيه ، فان مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضا لانه صار وارثا

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما الا بالاجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث الا أنه أن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم في انه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث

(فصل) وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن

لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في اكثر من الثلث كما لو ترك وارثاً ولان المسلمين يرثونه وهو بيت المـال .

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » وههنا لا وارث له يتعلق حقه بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم اشبه حال الصحة والثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لا يرث جميع المال كبنت او أم لم تكن له الوصية باكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثني إلا ابنة فمنعه النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث، ولانها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبه العصبة وان كان للميتة زوج أو كان للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أودين) وقيل تبطل في قدر فرضه من الثلثين فاذا كان للميتة زوج فله الثلث وإن كان للميت امرأة فلها السدس وهو ربع الباقي بعد الثلث والباقي للموصى له وهذا أولى إن شاء الله تعالي لان الثلث ليس للوارث فيه أمر إنما اجازته ورده في الثلثين ولم ينقص عليه منهما شيء فأما ذوو

أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن احمد أنهـا تعتق وترث وهـذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لانها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقهـا مانع من موانع الارث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فترث كما لو كان أعتقها في صحتها ، وقال الشافعي تعتق ولا ترث لانها لو ورثت لكان اعتاقها وصية لوارث فيؤدي توريثها الى اسقاط توريثها لان ذلك يقتضي ابطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها فكان ابطال الارث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى

(فصل) وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر ، فان مات ولم يملك شيئا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء والورثة شيئان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولاشيء للميت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعاها ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي وتسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فان كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وانما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها انتقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها. وحسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء والورثة شيئان يعدل ذلك الجارية

الارحام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لانه قال ومن أوصى بجميع ماله ولا عصبة له ولا مولى فجائز وذلك لان ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح ويحتمل كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث لان له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام « إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ولانهم ورثة يستحقون ماله بعد موته فأشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه أو قال أوصيت لفلان بثاني على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض ، فأما المسئلة الثانية فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت ههنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لاوارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فههنا مثله لان بيت المال جعل كالوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون

ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه . فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ماعتق منها . وحسابها أن تجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ، وان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها ، وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضى بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لان ايجابه يفضي إلى إسقاطه واسقاط عتقها ونكاحها فاسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ماتقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي في مثل هذه المسألة التي قبل الاخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فانه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لامال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لان المائتين صداق مثلها وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيد فان ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلا ولو أنه أتلف المائتين او أصدقهما لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق ثلثي الامة فاذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ماذكرنا إن شاء الله تعالى ، وقال ابو حنيفة فيما اذا ترك مثلي

المال إذا عين الوصية من نصيب العصبة منهم ، فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لاجنبي ولا لوارثه بشيء إلا باجازة الورثه)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فان أجازوه جاز وان ردوه بطل في قول أكثر العلماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال أوصي بمالي كله ؟ قال « لا - الحديث الى أن قال - فالثلث والثلث كثير » وقوله عليه السلام « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم » يدل على أنه لاشيء له في الزائد عليه وحديث عمران ابن حصين في المملوكين الستة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم . فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة وتجوز باجازتهم لان الحق لهم وقد قيل ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة كما يذكر فيما اذا أوصى للوارث، وحكم الوصية للوارث كالحكم في الوصية لغيره بالزيادة على الثلث في أنها تبطل بالرد بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبدالبر أجمع أهل العلم على هذا

قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فاما ان خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لاترث وهو مقتضى قول الخرقي لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه تحسب عليه قيمته أيضا وتضم الى التركة ويبقى للورثة ستون ، وقال الشافعي لا يرث شيئا وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الخرقي ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لانها وصية لوارث ولها صداقها وربع الباقي بالميراث فان ماتت قبله صحت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الا شيئا ثم رجع اليهم نصف مالها وهو ديناران ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وان خلفت مع ذلك دينارين عاد الى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف الا نصف شيء اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمس

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فروى أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم منع من تفضيل بعض ولده على بعض في حال الصحة مع إمكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى فان أجازها باقي الورثة جازت في قول الجمهور من أهل العلم وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وان أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد رحمه الله في رواية حنبل لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي ان الوصية صحيحة في نفسها لانه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «إلا أن يجيز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا

(فصل) واذا أوصى بجارية لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصى له انما يملك بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتا من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي ، وان أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون حاملا به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر منذ أوصى . فالصحيح أنه يكون موصى له معها لان الحمل حكما ، ولهذا تصح الوصية به ، واذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع امه فيصير كالو كان منفصلا فأوصى بهما جميعاً ، وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما ثبت له الحكم عند انفصاله كانه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم يتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا نثبته بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وان ولدته بعده وقلنا الحمل حكم فكذلك وإن قلنا لاحكم له فهو للورثة إن ولدته قبل القبول ولا بينة إن وضعته بعده وكل موضع كان الولد للموصى له فانه يعتق عليه لانه ابنه وعليه ولاء لابيه لانه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

علي صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه لاوصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ، وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) وان أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبها المال فهي كالوصية له وان عفى عن القصاص وقلنا الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال وان عفى عن حد القذف سقط مطلقاً ، وان وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هي وصية للوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفى دينه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس في قوله تعالى فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته رواه سعيد وقال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول أيضا فهو للوارث في ظاهر المذهب لان الملك انما ثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر أن الحمل حكما فيكون حادثا عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها أم ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرناه ، وقال أبو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لانها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسري الى الولد كالاستيلاد

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب واذا أوصى بعتق جارية فولدت، وتفارق الاستيلاد لان له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فانه يكون له منه ههنا بقدر ماملك من أمه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ماملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما اذا استولد الامة المشتركة ، قال القاضي تصير منها أم ولد بقدر ماملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان

﴿ مسئلة ﴾ (فان وصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتاً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى للابن بالعبد وللبنت بالامة صحت الوصية في أحد الوجهين) لان حق الوارث في القدر لافي العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله فانه يصح إذا كان بثمن المثل وان تضمن فوات عين المال (والثاني) يقف على إجازة الورثة لان في الاعيان غرضاً صحيحاً فكما لا يجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه

(مسئلة) (وإن لم يف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وادخل النقص على كل واحد بقدر وصيته وعنه يقدم العتق)

إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث فرد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية كمسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصي لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فكان

وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء اذا علم الموصي بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصي له لانه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

ولنا أنها عطية صادفت المعطي ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا وذلك لان الوصية عطية بعد الموت واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وإن سلمنا صحتها فان العطية صادفت حيا بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها وبهذا يحصل له النفع فأشبه مالو كان حيا

ولنا أنه أوصى لمن لاتصح الوصية له اذا لم يعلم حاله فلم تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ، ولانه عقد يفتقر إلى القبول فلم يصح للميت كالهبة . اذا ثبت هذا فاذا أوصي بثلثه أو بمائة لاثنين حي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهذا قول أبي حنيفة واسحاق والبصريين . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد: اذا قال هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي منهما ، وإن قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين ، وقال أبو الخطاب عندي انه اذا علمه ميتا فالجميع للحي، وإن لم يعلمه ميتا فللحي النصف . وقد نقل عن أحمد مايدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فللحي خمسون فقيل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان؟ فقال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعلى هذا اذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصي

ثلثها فيعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك صاحب المائة ولصاحب الخمسين سدسها ولفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان وان كان فيها عتق ففيها روايتان (احداهما) أن الثلث يقسم بين الوصايا والعتق كما لو لم يكن فيها عتق وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا (والرواية الثانية) يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي ذلك عن عمر وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقا لله وللآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ولانه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلاناً كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها لانها تلزم بالموت فتتساوي كلها .

لفلان وللملك وللحائط أو لفلان الميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له إذا كان عالما بالحال لانه إذا شرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له، وان لم يعلم الحال فلمن تصح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه وإلى الآخر النصف الآخر ظناً منه أن الوصية له صحيحة، فاذا بطلت الوصية في حق أحدهما صحت في حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقة، ووجه القول الاول أنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما ان وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافا، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حيا أو ميتا لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه

﴿مسئلة﴾ قال (وان رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد ههنا لان الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل القبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية (والثانية) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالثة) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة

(فصل) اذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه ويجبره الحاكم عليه ان أبى لانه حق واجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية وان أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه فان كانت الوصية بعتقه الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يمتنع كالوكيل في الحياة :

﴿مسئلة﴾ (وان أجاز الورثة الوصية جازت)

لان الحق لهم وان ردوها بطلت بغير خلاف لان الحق لهم فجاز باجازتهم وبطل بردهم واجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذاهب لان ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللاجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة فعلى هذا تكون اجازتهم تنفيذا واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت او نفذت فاذا قال ذلك لزمت الوصية ولا خلاف في تسميتها اجازة فعلى هذا لا تفتقر الى شروط الهبة ولا تثبت فيها احكام الهبة لانها ليست هبة وقال بعض اصحابنا الوصية باطلة فعلى هذا تكون هبة تفتقر الى شروط الهبة وتثبت فيها أحكامها فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع

بذلك فتكون هبة منه لم تفتقر الى شروط الهبة (الرابعة) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لانه لايستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعي لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لايصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للورثة جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ولانه لم يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به واحداً من الورثة لانه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه الى أجنبي فملك دفعه الى وارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ماأردت بقولك لفلان؟ فان أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وان قال أردت ردها الى جميعهم ليرضي فلان عادت الى جميعهم إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى قال أحمد إذا قال

فيه اذا قلنا إنها إجازة مجردة وان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع ولو أعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه أو وصى بعتقه فأعتقوه بوصيته نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة فان أجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله على قولنا بصحة اعتاقه ووصيته . وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا وان قلنا الوصية باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشروه بالاعتاق ولو تزوج رجل ابنة عمه فاوصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ثم ماتت وخلفته وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فليس له ذلك ان قلنا هي تنفيذ وله الرجوع ان قلنا هي هبة مبتدأة ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ وان قلنا هي عطية مبتدأة انبنى على صحة وقف الانسان على نفسه على ما ذكر من الخلاف فيه

(فصل) ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال ان وصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء قال القاضي يريد بذلك العطية أما الوصية فهي عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

أوصيت لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان موته بعد موت الموصي)

اختلف أصحابنا فيما اذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الخرقي الى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لانه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن الوصية تبطل لانه عقد يفتقر الى القبول، فاذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة قال القاضي هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكما بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصي وانما الخيار للموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما ، ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا ، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لانه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية، وان أوصى له وهو غير وارث فصار عند الموت وارثاً بطلت لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت ، فلو وصى لثلاثة اخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا باجازة الورثة ، وان ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير اجازة اذا لم تتجاوز الثلث ، وان ولد له بنت جازت الوصية لغير الاخ من الابوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما، ولا يجوز للاخ من الابوين لانه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلاف ذلك ولو وصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لاخيه من أبيه ، وان مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضاً لانه صار وارثاً

(فصل) ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها الا باجازة الورثة وان أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث الا أنه ان طلقها في مرض موته

ولنا على إبطال قولهم انه عقد يفتقر الى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة. إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصي له في القبول والرد لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه. فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم، فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية في حق من رد. فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فان فعل غيره لم يصح فاذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك، وان كان الحظ في ردها فقبلها لم يصح قبوله لان الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه، فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أوكون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية لان في ذلك نفعا للمولى عليه لعتق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(فصل) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء اذا كانت لمعين يمكن القبول منه لانها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع، قال أحمد: الهبة والوصية واحد، فأما ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبني هاشم وتميم

فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم أنه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها

﴿مسألة﴾ (ولا تصح اجازتهم وردهم الا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به)

فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم بالوصية في حياته بجميع المال او بالوصية لبعض الورثة ثم بدالهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن ابن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة واصحابه وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى ذلك جائز عليهم لان الحق للورثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كالورضي المشتري بالعيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلهم ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فكذلك جائز عليهم

ولنا انهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة إذا اسقطت صداقها قبل النكاح او أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم تصح فيها اجازتهم كما قبل الوصية.

أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ولان الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ماذكرنا من المسئلة وانما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزيء ماقام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون الا بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده فاذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي

وذكر أبو الخطاب في المسئلة وجها آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك يثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ماوجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الايجاب كالهبة والبيع ولانه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لان الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولان الارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جماداً لا يملك شيئا ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا انه تملك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولان القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولان القبول لا يخلو من ان يكون شرطا أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولان الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل : فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطا في وقوع الطلاق ، وانما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : اذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح،

﴿مسئلة﴾ (ومن اجاز الوصية ثم قال انما اجزت لاني ظننت المال قليلا فالقول قوله مع يمينه وله الرجوع بما زاد على ما ظنه في اظهر الوجهين الا ان تقوم به بينة)

وجملة ذلك انه إذا وصى بزيادة على الثلث فأجاز الوارث الوصية ثم قال إنما اجزتها ظنا ان المال قليل فبان كثيرا فان كانت للموصى له بينة تشهد باعترافه بقدر المال او كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله اذا قلنا الاجازة تنفيذ فان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه ولم يكن المال ظاهراً فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزلت منزلة الابراء فلا تصح في المجهول فالقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم فاذا وصى بنصف ماله فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسمائة لانه رضي باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة فكانت الفاً فيرجع بخمسمائة فيحصل للموصى له الفان وخمسمائة

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فانه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كمسئلتنا غير أن مابين الايجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسئلتنا . قولهم : ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فانما المراد به وصية مقبولة بدليل انه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل ان يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية) اي لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لايمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وان سلمنا ان الملك لايثبت للوارث فانه يبقي ملكا للميت كما اذا كان عليه دين وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقي ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز ان يتجدد له ملك في ديونه اذا قبل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز ان كان قتل تجهيزه فهذا يبقي على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الموصي قبل تمام السبب فان رد الموصي له او قبل انتقل حينئذ فان قلنا بالاول وانه ينتقل الى الوارث فانه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به او رهنه او اعتقه اوتصرف فيه بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل ان تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه الى حين القبول ولا يعتق عليه والله اعلم

وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو اجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار أو أقر بدين ثم قال غلطت

(مسئلة) (وان كان المجاز عيناً أو فرسا يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت باقي المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلا أو ظهر عليه دين لم اعلمه تبطل الوصية) لان العبد معلوم لاجهالة فيه ، وفيه وجه آخر انه يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظنا منه ان يبقى له من المال ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فلك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة إلا من جائز التصرف ولا تصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه للسفه لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، فأما المحجور عليه لفلس فتصح منه ان قلنا هي تنفيذ وإن قلنا هي هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله

(مسئلة) (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت فأما رده وقبوله قبل ذلك فلا عبرة به)

يشترط لثبوت الملك للموصى له شرطان (احدهما) القبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء لانها تمليك مال لمن هو من اهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع قال احمد الهبة

(فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

(من ذلك) انه اذا احدث الموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب فهو للورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو اوصى بامة لزوجها فاولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الاصل ولاولاء عليه وامه ام ولد لانها علقت منه بحر في ملكه وان مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فان قبلها ملك الجارية وولدها وان كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئا وعلى الوجه الآخر تكون الجارية ام ولد ويرث الولد اباه فان كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقال أكثر أصحاب الشافعي لا يرث الولد ههنا شيئاً لان توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضي الى الدور والى ابطال ميراثه فاشبه ما لو اقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الاقرار ما يدفع هذا وان المقر به يرث فكذا ههنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الاقرار اقرار من هو وارث حال الاقرار والله اعلم

(ومن ذلك) لو اوصي لرجل بابيه فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئا لان حريته انما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر تثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضا لانه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يجز اعتباره لم يعتق

والوصية واحد فان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو لمن لا يمكن حصرهم كبني تميم أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ولذلك لو كان منهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء و أبوه فقير لم يعتق عليه ولان الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ماذكرنا من المسئلة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحصل بما قام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع ويجوز القبول على الفور والتراخي (الثاني) أن يقبل بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تكون لولد الموصى له وقال عطاء إذا علم المريض بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له لانه مات بعد عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه وهذا فاسد فانه لواقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع انه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة (ومن ذلك) انه لومات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وان كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له، وعلى الوجه الاخر يتبين ان الملك كان ثابتا للموصى له وانه انتقل منه الى وارثه فتنعكس هذه الاحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته (ومن ذلك) ان الموصى به لو كان امة فوطئها الوارث فاولدها صارت ام ولده وولدها حر لانه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له اذا قبلها، فان قيل كيف قضيتم بعتقها ههنا وهي لا تعتق باعتاقها؟ قلنا الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم، وعلى الوجه الاخر يكون ولده رقيقا والامة باقية على الرق، وان وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولا لها وثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك فاقدامه عليه دليل على اختياره الملك فاشبه مالو وطيء من له الرجعة الرجعية او وطيء من له الخيار في البيع الامة المبيعة او وطيء من له خيار فسخ النكاح امرأته

(فصل) وتصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول ان مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا او في هذه البلدة او في سفري هذا فثلثي للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره او خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة. قال

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح كما لو وهب ميتاً وذلك لان الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً وان سلمنا صحتها فان العطية صادفت حيا بخلاف مسئلتنا.

﴿مسئلة﴾ (وان ردها بعد موته بطلت أيضاً)

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال (احدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد لان الوصية لم تقع بعد أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية (الثاني) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فاشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة (الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وان كان غير ذلك لم يصح لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان

احمد فيمن وصى وصية ان مات من مرضه هذا او من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك ان قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك ، وان كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتابا او كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ولانه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر أنت حر ان مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير ، وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له وكذلك في سائر الشروط فان النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم»

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى يعطى سهما مما تصح منه الفريضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما أوصي بسهم فروي عنه ان للموصى له السدس وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن واياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد

(أحدهما) يصح الرد في الجميع فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهو المنصوص عن الشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد ويرجع الموصى به الى التركة فيكون الجميع للوارث لان الاصل ثبوت الحق لهم وإنما خرج بالوصية فاذا بطلت رجع إلى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً فقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فبقي على ما كان عليه ولانه لا يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به . وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به بعض الورثة لانه ابتداء هبة ولانه يملك دفعه الى أجنبي فملك دفعه إلى الوارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان؟ فان قال أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وان قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى الجميع إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فمن قبل حصته منها

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله ما أقبلها وما أدي هذا المعنى قال أحمد إذا

على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق . وجه ذلك أن قوله سهما ينبغي أن ينصرف الى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سهما لك منها سهم ، وقال الخلال وصاحبه أقل سهما من سهام الورثة لان احمد قال في رواية أبي طالب والاثرم اذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهما من الفريضة قيل له نصيب رجل أو نصيب امرأة؟ قال أقل مايكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه الا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث ، ووجه هذا القول أن سهام الورثة انصباؤهم فيكون له أقلها لانه اليقين فان زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم يرثه ذو قرابة ، وقال ابو ثور يعطى سهما من أربعة وعشرين لانها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام ، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاء ، ولان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لاشيء له

ولنا ماروى ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قال اياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة ولان السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية اليه . اذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة الفروض أعيلت به ، وان كانت عائلة زاد عولها به ، وان

وصى لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثة الموصى له

(مسئلة) (وان مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه ذكره الخرقي وقال القاضي يبطل على قياس قوله) إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه في القبول والرد كذلك ذكره الخرقي لانه حق يثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك حقاً فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وقال أبو عبدالله بن حامد تبطل الوصية لانه عقد يفتقر إلى القبول فاذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالهبة قال القاضي هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فبطل كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصي وانما الخيار للموصى له فاذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات بعد انقضائه

ولنا على ان الوصية لا تبطل بموت الوصي أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل

كان فيها رد او كانوا عصبة أعطي سدسا كاملا قال احمد في رواية ابن منصور وحرب اذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس الا أن تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول فكأن معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسئلة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وللموصى له العشر على الروايات الثلاث ، وان كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فالموصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنين فالمسئلة من خمسة عشرة وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الاخرى يكون للوصي سهم واحد يزاد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وان كانوا زوجة وأبوين وابنا فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة فتكون من سبعة وعشرين ، وان كانوا خمسة بنين فللوصي السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فنزيد عليها سهما للوصي على احدى الروايات تصير احدا واربعين وعلى قول الخلال نزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الاولى نزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فنضربها في ستة ثم نزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان واربعون ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين

بموت الآخر كالذي ذكرناه ، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لان ثم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسئلتنا قول أصحاب الرأي

ولنا على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة

إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه فان رد الوارث الوصية بطلت وان قبلها صحت وان كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت الملك لمن قبل في حصته وبطلت الوصية في حق من رد فان كان منهم من ليس له التصرف قام وليه مقامه في ذلك وليس له أن يفعل إلا ما للمولي عليه فيه الحظ فان فعل غيره لم يصح ، فاذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد وكان له قبولها بعد ذلك وان كان الحظ في ردها لم يصح قبوله لها لان الولي لا يملك التصرف في حق المولي عليه بغير ماله الحظ فيه فلو وصى لصبي بذي رحم يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بان تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولي عليه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر لكون

اصاحب السدس سبعة و لصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل ان يعطى ذو السهم السبع كاملا كانه أوصى له من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(فصل) وإن أوصى بجزء أوحظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ماشاء ولا أعلم فيه خلافا وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لان كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في اللغة ولا في شرع فكان على اطلاقه

﴿مسألة﴾ قال (واذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيبا كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن واربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثمن وهو اربعة ومابقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وان كانوا يتفاضلون كمسئلة الخرقي فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم وان أوصى بنصيب وارث

الموصى به ذا كسب أو لكون المولي عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين القبول لان في ذلك نفعاً للمولي عليه لعتق قرابته من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(مسألة) (وان قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح من المذهب) وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الايجاب كالهبة والبيع ولانه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لان الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أودين) والارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جماداً لا يملك شيئاً وللشافعي قول ثالث غير مشهور ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا أنه تمليك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولان القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولان القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ولان الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل فلو قال لامرأته انت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق وانما تبين الوقت الذي يقع فيه الطلاق ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله

معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطي مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر الى عددهم فاعطي سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطي سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي فان هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه انما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الاقل نصيب أحدهم فيصرفه الى الوصي لقول الموصي وعملا بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا ، وقوله تعذر العمل بقول الموصي غير صحيح فانه أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ماله حقا لم يأذن فيه ولم يأمر به، وقد مثل الخرقي في هذه المسئلة بما أغنى عن تمثيلها ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيدا وإن قال أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثا فله ذلك مضافا الى المسئلة فيكون له في مسئلة الخرقي ثمانية وعشرون تضم الى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما

بشهر لم يصح، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فانه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كمسئلتنا غير ان ما بين الايجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسئلتنا ، قولهم ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل الا أن يمنع منه مانع فأما قول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا المراد به الوصية المقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية يوصى بها) أي لكم ذلك مستقر ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وان سلمنا أن الملك لا يبقى للوارث فانه يبقى ملكا للميت كما اذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في ديته اذا قتل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز ان كان قبل تجهيزه فهذ يبقى على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الوصي قبل تمام السبب فان رد الموصي له أو قبل انتقل حينئذ فان قلنا بالاول وانه ينتقل الى الوارث فانه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه وهذا قول مالك واهل المدينة والاوزاعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود. والوجه الثاني لاتصح الوصية وهو الذي ذكره القاضي وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه لانه أوصى بما هو حق الابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني. أو بما يأخذه ابني. وجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان امكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أي بمثل نصيب وارثي، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورائه كلهم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلا نصيبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أي مثلين واذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا — وقال — وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت قال الازهري الضعف المثل فما فوقه. وأما قوله ان الضعفين المثلين فقد روى ابن الانباري عن هشام بن معاوية النحوي قال: العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول إن أعطيتني درهما فلك ضعفاه أي مثلاه وافراده

فلو باع الموصى به أو رهنه او أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصي به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه حين القبول ولا يعتق عليه

﴿مسئلة﴾ (فما حصل من كسب أو نماء منفصل في الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول كالولد والثمرة والكسب فهو للورثة على الوجه الاول)

لانه ملكهم فان كان متصلا تبعها لانه يتبع في العقود والفسوخ

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول فأولدها صارت أم ولده وولدها حر لانه وطئها في ملكه)

وعليه قيمتها للوصي اذا قبلها لانه فوتها عليه ولا مهر عليه ولا تلزمه قيمة الولد لذلك، فان قيل فكيف قضيتم بعتقها ههنا وهي لا تعتق باعتاقه؟ قلنا الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقا والامة باقية على الرق فان وطئها الموصى له قبل ذلك كان قبولا لها ويثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك

لا بأس به الا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله وعلى هذا

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعفي نصيب ابني فله مثلا نصيبه ، وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح عندي وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله وإن وصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله، وعلى هذا كلما زاده ضعفا زاده مرة وهذا قول الشافعي. واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور ضعفاه أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لانه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلا مفرده كسائر الاسماء

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات فان الله تعالى انما يريد تضعيف الحسنات على السيئات وهذا هو المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فخالفه فيه غيره وأنكروا قوله . قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين

وقد نقل معاوية بن هشام النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع مادل عليه كلام الله تعالى العزيز وقول المفسرين من التابعين وغيرهم

فاقدامه عليه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطيء من له الرجعة زوجته الرجعية أو وطيء من له الخيار في البيع الامة المبيعة أو وطيء من له خيار فسخ النكاح امرأته

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بزوجته فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث) وعلى الوجه الاخر يكون حر الاصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لانها علقت منه بحر في ملكه

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئا)

وجملة ذلك أنه اذا وصى له بأبيه فمات الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول فلوارثه قبولها على قول الخرقي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى فان قبلها ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً لان حريته إنما حدثت حين القبول بعد ان صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر تثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضا لانه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يجز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا فاسد فانه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن

أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ماذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس والله أعلم

(فصل) وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يوصي بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقا أو مخالفا لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لانه لا نصيب له فمثله لاشيء له

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلث ولآخر بربع ولآخر بخمس ولآخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس ، وإن وصى لرجل بعشرة ولآخر بستة ولآخر بأربعة ولآخر بمثل وصية أحدهم فله أربعة لانها اليقين ، وإن قال فلان شريكهم فله خمس مالكل واحد منهم ، وإن وصى لأحدهم بمائة ولآخر بدار ولآخر بعبيد ثم قال فلان شريكهم فله نصف مالكل واحد منهم ذكرها الخبري لانه ههنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي التسوية فلهذا كان له النصف بخلاف الاولين فانهم كلهم مشتركون ، وقال ابن القاسم له الربع في الجميع

(فصل) ولو أوصي بمثل نصيب وارث لو كان فقدر الوارث موجوداً وانظر مالموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه فان خلف ابنين واوصى بمثل نصيب ثالث فللموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً ولو خلفت زوجا واوصت

فروع ذلك أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه فان كان منهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له وعلى الوجه الاخر تبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وان انتقل منه الى وارثه فتنعكس هذه الاحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ويحتمل أن يثبت الملك من حين الموت فتنعكس هذه الاحكام وقد ذكرناه

(فصل) وتصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول ازمت فثلثي للمساكين أو لزيد والمقيدة أن يقول ان مت في مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة قال أحمد فيمن وصى وصية ان مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك ان قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وان كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فالوصية بحالها ما لم ينقضها .

بمثل نصيب ام لو كانت فالموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهما مضافا الى اربعة يكن خمسا فقس على هذا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعند مالك وموافقيه للموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة وقددللنا على فساده ولو خلف ابنا واحداً واوصى بمثل نصيبه فالموصى له النصف في حال الاجازة والثلث في حال الرد وعند مالك للموصى له في حال الاجازة جميع المال

(فصل) فان خلف بنتا واوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله ان يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ويقتضي قول مالك ان الموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فان خلف ابنتين واوصى بمثل نصيب احداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من اربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه، ويقتضي قول مالك ان الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة، فان خلف جدة وحدها واوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا ان المال بينهما نصفين وقياس قول من لا يرى الرد انها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك ان للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال

(فصل) واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال بينهم على ستة ان اجازوا

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا تتعداه كما ذكرناه وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال للآخر أنت حر ان مت من مرضي هذا فمات من مرضه فالعبدان سواء في التدبير وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو وصحت وصيته على حسب ما شرطه وكذلك سائر الشروط فان النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم »

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (ويجوز الرجوع في الوصية)

اتفق أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في كل ما وصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق فقد اختلف فيها فالاكثرون على جواز الرجوع فيها أيضاً روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير ما شاء منها الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

وازردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فان اجازوا لواحد وردوا على اثنين فالمردود عليهما القسمان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجاز له وجهان احدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول ابي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى احد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن احد عشر (والوجه الثاني) ان يضم المجاز له الى البنين ويقسم الباقي بعد القسمين عليهم وهم اربعة لا تنقسم فتضرب اربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فان اجاز الورثة بعد ذلك الاخرين اتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداسا على الوجه الاول وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقتسمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، وان اجاز احد البنين لهم ورد الآخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزوا اربعة اتساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضربها في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين والله اعلم

(فصل) واذا وصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان (احدهما) يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث ان أجازوا وان ردوا اقسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة والثلثان بين الورثة (والوجه الثاني) ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها وهذا قول يحيى بن آدم. مثاله

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه، وأما التدبير فالنافيه منع وان سلم فان الوصية تفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

﴿مسئلة﴾ (فاذا قال قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو نحو ذلك كقوله غيرتها بطلت)

لانه صريح في الرجوع وان قال في الموصى به هو لورثتي أو في ميراثي فهو رجوع لان ذلك ينافي كونه وصية

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا)

وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ما أوصى به مردود الى الثاني أشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيت بها لفلان

﴿مسئلة﴾ (وان وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما) إذا وصى لانسان بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى لرجل بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما وليس ذلك رجوعا

رجل اوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة فعلى الوجه الاول للموصى له بالثلث الثلث ومابقي بين البنين والوصي على اربعة وتصح من ستة لصاحب الثلث سهمان والآخر سهم فان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث وللاخر الربع ان اجيزلهما وان ردعليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثة ، وتصح من ثلاثة وستين ، وان كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربعه لان الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا باجازتهم ورضاهم فيكون صاحب النصيب كواحد منهم لا ننقص من السدس شيئا إلا باجازته ، فعلى الوجه الاول لصاحب الجزء النصف والباقي بين الآخر والبنين على أربعة ، وتصح من ثمانية إن أجازوا . وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة ، وتصح من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثاني لصاحب النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، وتصح من اثني عشر وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللاخر السدس ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر ، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على أربعة وتصح من ستة وثلاثين ، وان أوصى لصاحب الجزء بالثلثين فعلى الوجه الاول لصاحب النصف ربع الثلث سهم من اثنى عشر إن أجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة وعلى الوجه الثاني يكون له الربع في حال الاجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس في الاجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى

في الوصية الاولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للاخير منهما لانه وصى للثاني بما وصى به للاول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لفلان فهو لفلان ولان الثانية تنافي الاولى فاذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال هذا لورثتي

ولنا انه وصى بها لهما فاستويا فيها كما لو قال وصيت لكما بهذه العين وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته للاول وفي مسئلتنا يحتمل انه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك

(فصل) اذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخرين ينبغي ان يكون للثاني ثلثه كاملا وان وصى بعبده لاثنين فرد احدهما وصيته فللآخر نصفه وان وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد احد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا لانه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن اباه وصى بالثلث لرجل وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بالثلث، فرد الوارث الوصيين وكان الوارث رجلا عدلا وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في

لرجل بجميع ماله ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته فعلى الوجه الاول لا يصح للوصي الآخر شيء في اجازة ولا رد وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الاجازة والثلث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الاجازة والثلث على سبعة في الرد

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضا ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية اخرى (والثاني) أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع : ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف ما بقي من المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصف الربع وللآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية وعلى الثاني له السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعملها طرق (أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهما يبقى سبعة فهي المال ، للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم (طريق آخر) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة (طريق ثالث) ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هي بقية مال ذهب نصفه فاذا أردت تكميله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة .

الثلث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وان كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن شهدت له البينة ، لان وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد ، أو أقر لآخر به بكلام متصل فالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لانه ثبت للأول باقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول إلا أن يكون عدلا فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول ببينة ، وان أقر للثاني في المجلس بكلام منفصل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبه مالو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن باعه أو وهبه أو رهنه كان رجوعا)

إذا وهب الموصى به أو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو أتلفه أو كان ثوبا ففصله ولبسه

وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه نصيبا يبقى مال إلا نضيبا وتدفع نصف الباقي الى الوصي الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفا كاملا يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة

(فصل) فان كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما الى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفا وتضربها في المخرج تكن إحدى وعشرين وبالثالث تعمل كاعملت في الاولى فاذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبا تدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين الى ابنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فاذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه ثلثه نصيبا وتدفع الى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين يصير ثلاثة و نصفا تعدل خمسة أسداس أقلب وحول يصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن احدى وعشرين

أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه اذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو وهبه أو تصدق به أو بجارية فأحبلها أو أولدها فانه يكون رجوعا ، وكذلك ان باعها ، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لانه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعا كما لو وهبه وان عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له كان رجوعا لانه يدل على اختياره للرجوع ووصيته ببيعه أو اعتاقه رجوع لكونه وصي بما ينافي الوصية الأولى وان رهنه كان رجوعا لانه علق به حقاً يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لاصحاب الشافعي لانه لا يزيل الملك أشبه اجارته

﴿ مسألة ﴾ (وان كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى وجهين)

(أحدهما) يكون رجوعا لان الكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لانه ينتجز بالموت فسبق أخذ الموصى له وجحد الوصية رجوع لانه لا يدل على الرجوع ولأن جحده يدل على أنه لا يريد ايصاله إلى الموصى له .

(فصل) فان اوصى لثالث بربع المال فخذ المخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن اربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحدا تصر أربعة واضربها في اربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الاربعة وعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعها لاجل الوصية يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال إحدي وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن اربعة وثمانين وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة ارباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة اسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة انصباء فأسقط نصيبا وربعا بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة ارباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الا نصيبا تكن ستة فصار المال اثني عشر ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان وهذا أخصر واحسن وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب يعدل

و (الثاني) لا يكون رجوعا لأن الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه ولان الوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود وهو رواية عن أبي حنيفة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا)

لانه يتعذر تسليمه فيدل على رجوعه ، وان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لانه لا يمنع التسليم وان أزال اسمه فطحن الحنطة أو عجن الدقيق أو خبز الحنطة أو جعل الخبز فتيتاً فهو رجوع لانه أزال اسمه وذكره القاضي لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، وذلك دليل على رجوعه وبهذا قال الشافعي ، وعلى قياس ذلك اذا نجر الخشبة باباً ونحوه لانه أزال اسمه فهو في معناه ، وان كان قطناً أو كتاناً فغزله ، أو غزلا فنسجه ، أو ثوباً فقطعه ، أو بقرة فضربها ، أو شاة فذبحها كان رجوعاً ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبو ثور لانه لا يزيل اسمه

ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً لأن فعله يدل على الرجوع ، وقولهم انه لا يزيل اسمه لا يصح فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتاناً .

(فصل) وان حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض

ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم نضربها في اثنين لیزول الكسر يرجع الي أربعة وثمانين

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاولیين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة ارباع تعدل نصيبا ونصفا أبسطهما أرباعا تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقهما وردهما الى وفقيهما تصير خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر نصف باقي الثلث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذا الطريق أخصر وان عملت بالطريق الثاني اخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه وربع الباقي منه يبقى ثلاثة اثنان ردها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة اثنان تضربها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين ومنها تصح وبالجبر تفضي الى ذلك ايضا

(فصل وان خلف أما وأختا وعما وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس مايبقى ولآخر بمثل نصيب الام وربع ما يبقى ولآخر بمثل نصيب الاخت وثلث ما يبقى فاعملها بالمنكوس وقل أصل المسألة ستة فابدأ بآخر الوصايا فقل هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الاخت ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صار ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ،ونصيب العم صار اثنين وعشرين ومنه تصح

فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناوله الاسم وهو اختيار القاضي وذكر أبو الخطاب في الدار اذا انهدمت وزال اسمها وجهاً أنه لا يكون رجوعاً لان الموصي لم يقصد ذلك والاول أولى وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان زاد في الدار عمارة أو انهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين : (أحدهما) : لا يستحقه لان الزيادة لم تتناولها الوصية والانقاض لا تدخل في مسمى الدار وانما يتبع الدار في الوصية وما يتبعها في البيع . و (الوجه الآخر) : يدخلان في الوصيه لان الزيادة تابعة للموصى به فأشبه سمن العبد وتعليمه والمهدم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية ببقائه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى له بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثلها أو خير منها او دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله او دونه .

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن احمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة

(فصل) في الاستثناء إذا خلف ثلاثة بنين واوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع المال فخذ مخرج الكسر اربعة وزد عليها سهما تكن خمسة، فهذا النصيب، وزد على عدد البنين واحداً واضرب به في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع الى الوصي خمسة وتستثني منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة فان قال الا ربع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهما وربعا واضربه في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيبا الى الموصى له وتستثني منه ربع الباقي وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيبا وربعا يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر فان قال الا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيبا وثلثا وتضربه في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو المال وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية والوصية هي نصيب الا ربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر، ولهذه المسائل طرق سوى ماذكرنا والله أعلم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث مايبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الثلث وهو تسعة وزد عليها سهما تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباء البنين سهما وثلثا واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة، وإن قال الا ثلث مايبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة

في كل شهر الى ان يموت فهو للاخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم بصحة الوصية وانفاذها على ما امر به الموصى.

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لرجل بشيء ثم قال ان قدم فلان فهو له، فقدم في حياة الموصي فهوله لانه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط، وان قدم بعد موت الموصي فهو للاول في احد الوجهين، لانه لما مات قبل قدومه انتقل إلي الاول لعدم الشرط في الثاني وقدم الثاني بعدملك الاول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للاول، ذكره القاضي، وفي الوجه الثاني هو للقادم لانه مشروط له بقدومه فأشبه مالو قال ان حملت نخلتي بعد موتي فهو لفلان، فحملت بعد موته فانه يستحق حملها، بعد ملك الورثة لأصلها.

(فصل) اذا اوصى بأمة لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح، لان النكاح لايجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب ان الموصى له انما ملك الموصى به بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح، وفيه وجه آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين ان النكاح انفسخ من حين موت الموصي فان اتت بولد لم يخل من ثلاثة احوال.

وزدت عليها سهما صارت سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصباء البنين سهما و نصفا وضربته في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وانما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد ابن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس مايبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث مايبقى من المال بعد وصية الاول فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهما وزد عليه خمسه وانقص من ذلك ثلثه يبق أربعة أخماس زدها على أنصباء البنين واضربها في خمسة تصر تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبق معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثني عشر لكل ابن أربعة وبالجبر خذ مالا والق منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي يصر معك مال وخمس الا نصيبا وخمسا القِ منه ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصباء أجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة ، وإن شئت قلت أنصبا البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء و نصفا ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية تعدل وصية اجبر وقابل وابسط تصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهما من

(احدها) ان تكون حاملا حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى فالصحيح انه يكون موصى به معها لان للحمل حكماً ولهذا تصح الوصية به وله واذا صحت الوصية به منفرداً صحت به مع امه فيصير كما لو كان منفصلا فاوصى بهما جميعاً وفيه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما يثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصي .

(الحال الثاني) ان تحمل به بعد الوصية ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة اشهر من حين اوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم تتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا تثبته بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقلنا للحمل حكم فكذلك وان قلنا لا حكم له فهو للورثة ان ولدته قبل القبول ولا بيه ان ولدته بعده وكل موضع كان الولد الموصى له فانه يعتق عليه بأنه ابنه وعليه ولاء لا بيه لانه عتق عليه بالقرابة وامه امة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

الوصية وهي تتفق بالاثلاث فردها على وفقها يصير سهما يعدل أربعة فالوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن أربعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية فلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل أعشاراً تكن الا نصبا خمسة واربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية أجبر يصر العشر يعدل وصية وخمسا ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله ماثنان وخمسة وسبعون التي منها ستين واسترجم منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة وللآخر ثلثا الباقي تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجم بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وللثاني ثمانية عشر لكل ابن اثناعشر وبالجبر تأخذ مالا تلقي منه نصيبا وتزيد على المال خمسه يصير مالا وخمسا الا نصيبا التي ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلاثة ليزول الكسر يصر خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبق ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصباء البنين سهما واضرب به في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهما وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصي الاول

(الحال الثالث) ان تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة اشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول فهو للوارث فى ظاهر المذهب لان الملك انما يثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له، وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر ان للحمل حكماً فيكون حادثاً على ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها ام ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فهو كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال ابو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاد

ولنا انها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وكما لو وصى بعتق جارية فولدت ويفارق الاستيلاد لان له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت من الثلث وان لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد لابيه فانه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا

أحد عشر وتستثني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع الى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهما وزد عليه خمسه ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فان خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم فهي القسم وحسابها أن تدفع الى الوصي وابن ثلث المال يبقى ثلثاه لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع للوصي وان وصى لآخر بخمس مايبقى من المال بعد الوصية الاولى عزلت ثلث المال ثم أخذت منه نصيبا ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فاسقط أربعة اخماس نصيب بمثلها يبقى له ثلاثة وخمس تعدل ثلثا وخمسا فنصف المال اذاً يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسه فردعليه ربعه للوصي الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن مايكمل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة ، وان شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكلة ودفعت التكلة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم، وقد

سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما إذا استولد الامة المشتركة وقال القاضي يصير منها أم ولد بقدر مامللك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص كقضاء الدين والحج والزكاة) لان حق الورثة بعد أداء الدين لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أودين) وقال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية رواه الترمذي والواجب لحق الله سبحانه بمنزلة الدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «دين الله أحق أن يقضى» فان وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي فيخرج الواجب أولا من رأس المال ثم يخرج ثلث الباقي كمن تكون تركته أربعين فيوصي بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أولا وتدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين

(مسئلة) (وان قال اخرجوا الواجب من ثلثي أخرج من الثلث وتمم من رأس المال على ما قال الموصي كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك فان كان معها وصية بتبرع فقال القاضي يبدأ بالواجب فان فضل عنه من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإن لم يفضل منه شيء سقط وذلك لان الدين تجب

علمت أن سهم ابن مع التكلة ثلث المال وان الباقي بعدها الثلثان وهي أربعة أسهم تقابل بهما نصف الاربعة وهي سهمان فتبين أن التكلة سهم .

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع الى الوصي الاول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين الى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال ستة وعشرون

(فصل) وان ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة فان رد الاول وصيته فللآخر مائة، وان وصى للاول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الاول وصيته وأجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق ان رد الاول فللثاني مائتان في المسألتين

ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الاول ، ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث فلا شيء للثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام ، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة امضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وان ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (والثاني) لا شيء لصاحب

البداءة به قبل الميراث والتبرع فاذا عينه في الثلث وجب البداية به وما فضل للتبرع فان لم يفضل شيء سقط لانه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصي له به وقال أبو الخطاب يزاحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ما قاله القاضي ويحتمل أن يقسم الثلث بين الواجب والتبرع بالحصة فما بقي من الواجب تمم من الثلثين فيدخله الدور ويحتاج إلى العمل بطريق الجبر فلو كان المال ثلاثين فالواجب عشرة والوصية عشرة فاجعل تتمة الواجب شيئاً يبقى ثلاثون إلا شيئاً فثلثه عشرة إلا ثلث شيء اقسمها بين الواجب والتبرع يحصل للواجب خمسة إلا سدس شيء فاذا أضفت اليها الشيء الذي هو تتمة الواجب كان عشرة فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة فتبين ان الشيء ستة وللوصي الآخر وهو صاحب التبرع أربعة

(فصل) فان كان عليه دين خمسة أيضا عزلت تتمة الواجب شيء وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء فاقسمه بين الوصايا فيحصل للواجب أربعة الا خمس شيء اضم اليها تتمته يصير شيئا وأربعة الا خمس شيء تصير عشرة وبعد الجبر تصير أربعة أخماس تعدل ستة فرد على الستة ربعها تكن سبعة ونصفها تعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع

التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصية الاخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئا لانه انما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ومائتين له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالاخ من الابوين يزاحم الجد بالاخ من الاب ولا يعطيه شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصي لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجملته انه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة ، وان لم يجيزوا قسمت الثلث بين الاوصياء على قدر سهامهم في حال الاجازة وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث لان ما جاوز الثلث باطل فكيف يضرب به ؟

ولنا أنه فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية كما لو وصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربعمائة وهذا يبطل ما ذكروه ، ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الامر على ما قالوه في بطلان الوصية فان الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى ، فعلى هذا إذا اوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ان أجاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة ، وإن أجازوا

وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسها أحد وربع اذا ضمت اليه تتمته كمل خمسة وللواجب اثنان ونصف يكمل بتتمته وللصدقة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ففي المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة وفي المسئلة الثانية حصل للواجب أربعة وبقي له ستة وحصل للدين دينار وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما وذلك تسعة من الورثة نصفها وثلثها وذلك سبعة ونصف ومن صاحب التبرع سدسها دينار ونصفها للواجب منها ثلثاها وللدين ثلثها فان اوصى بالواجب واطلق فهو من راس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كانت وصية ثم بتبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول اكثر اصحاب الشافعي وذهب بعضهم الى ان الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه إنما ملك الوصية بالثلث .

ولنا ان الواجب من راس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع واما في الواجبات فلا ينحصر في الثلث

لأحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة، وان اتفقت المسئلتان ضربت وفق إحداهما في الاخرى ومن له سهم من إحدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت إحدي المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما ففي مسئلة الخرقي هذه إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من أربعة : للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين، وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسئلة وهي ستة وتصح من تسعة وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في اربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الام لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الام سهما في ثلاثة والباقين خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة، وان اجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة والباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون وللاخر ثلاثة عشر

(فصل) اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على ثلاث

ولا يتقيد به فان اوصى بالواجب وقرن به الوصية بتبرع مثل ان يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (اصحهما) ان الواجب من راس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتو حقه يوم حصاده) والاكل لا يجب والايتاء يجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الاخراج (والثاني) انه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث والله سبحانه وتعالى اعلم .

(باب الموصى له)

تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمي وحربي ومرتد، أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلا نعلم فيه خلافا وبه قال شريح والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ولان الهبة تصح له فصحت الوصية كالمسلم وتصح وصية الذمي للمسلم لانه اذا صحت وصية المسلم للذمي

السهام ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا عاصم الثقفي قال قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله ؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري؟ قال امسكها اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ، وكان ابو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لام ، وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا ، وتصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة إن اجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في الاجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس

فوصية الذمي للمسلم أولى وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرنا ، وتصح الوصية للحربي وان كان في دار الحرب نص عليه أحمد وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم) الآية الى قوله (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم) الآية فدل على أن من قاتلنا لا يحل بره

ولنا انه تصح هبة فصحت الوصية له كالذمي وقد روي ان النبي ﷺ اعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال « اني لم اعطكها لتلبسها » فكساها عمر خاله مشركا بمكة وعن اسماء بنت ابي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله اتتني امي وهي راغبة افاصلها ؟قال « نعم » وهذان فيهما صلة اهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانما نهى عن توليه لا عن بره والوصية له وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها .

فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس الثلث سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصي له في الرد على حالة الاجازة ومتى كان الموصى له حق في حال الرد لاينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غيره ثم ان ماذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون على المفلس وما ذكروه لانظير له مع أن فرض الله تعالى الوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لاينفرد بفضله فكذا في الوصايا

(فصل) وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه فالمال بين الوصيين على ثلاثة أجزاء، لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضممت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمسئلة فيها زوج وأم وثلاث اخوات متفرقات فاذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة، وان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف في احد الوجهين لانه موصى له به وانما منعه اخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته اخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك انما كان حقا لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان وان

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح للمرتد كما تصح الهبة له)

ذكره أبو الخطاب وقال ابن أبي موسى لاتصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولان ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح لمكاتبه ومدبره وأم ولده)

تصح الوصية للمكاتب سواء كان مكاتبه او مكاتب وارثه او مكاتب اجنبي سواء وصى له بجزء شائع او معين لان ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله ولانه يملك المال بالعقود فصحت الوصية له كالحر، فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته او بعض ما عليه وضعوا ما شاؤا وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلهم ان يضعوا اي نجم شاؤا وسواء كانت نجومه متفقة او مختلفة لتناول اللفظ فان قال ضعوا عنه أي نجم شاء رجع الى مشيئته لان سيده جعل المشيئة اليه وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه اكثرها مالا لانه اكبرها قدراً، وان قال ضعوا عنه اكثر نجومه وضعوا عنه اكثر من نصفها لان اكثر الشيء يزيد على نصفه فان كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة، وان كانت ستة وضعوا اربعة ويحتمل ان ينصرف الى واحد منها اكبرها مالا فان كانت نجومه سواء تعين القول الاول فان قال ضعوا عنه اوسط نجومه ولم يكن فيها الاوسط واحد تعين مثل ان تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها مفرد فيتعين الاوسط في العدد فان كانت خمسة تعين الثالث ، وان كانت

أجاز لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع على الوجه الاول والتسع للآخر ، وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلثان اللذان كانا له حال الاجازة لهما والتسعان للورثة فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر فلا شيء للمجيز وللآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على اربعة وان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع وللابن الآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر له أربعة أتساع والتسع الباقي للمجيز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في احد الوجهين وفي الآخر يدفع اليه التسع فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسئلة الرد من تسعة لصاحب النصف منها سهم، فلو اجازله الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة ارباع سهم فيضرب مخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى لولد فلان فهو الذكر والانثى بالسوية وان قال لبنيه فهو للذكور دون الاناث)

أما اذا أوصى لولده أو لولد فلان فانه للذكور والاناث والخناثى لاخلاف في ذلك لان الاسم يشمل الجميع قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال تعالى (ما اتخذ الله من ولد) نفى الذكر والانثى جميعا ، وإن قال لبني أو بني فلان فهو للذكور دون الاناث والخناثى هذا قول الجمهور وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن واسحاق وأبو ثور هو للذكر والانثى جميعا لانه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى ، وقال الثوري إن كانوا ذكوراً واناثاً فهو بينهم وإن كن بنات لاذكر معهن فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين والمشركين

سبعة فالرابع فان كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان الى شهر شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي إلى شهرين ، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين ، وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً رجع إلى قول الورثة، وإن اختلفت الورثة والمكاتب في ارادة الموصي منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد ، ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد وان كانت شفعا كأربعة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما إذا أوصي بأوسط نجومه ، وان قال ضعوا عنه ما يخف أو مايثقل أو ما يكثر رجع إلى تقدير الورثة لان كل شيء يخف الى حيث ما هو أثقل منه ، ويثقل الى حيث ما هو أخف منه،

ولنا ان لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى (اصطفى البنات على البنين؟) وقال تعالى (ام اتخذ مما يخلق بنات واصفاكم بالبنين ؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد اخبر انهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون واذا بشر احدهم بالانثى) الآية وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها

(فصل) وان اوصى لبنات فلان دخل فيه الاناث دون غيرهن لا نعلم فيه خلافا ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لانا لا نعلم كونه انثى

(فصل) وان اوصى لولد فلان او لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه واما اولاد اولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل ان يوصي لولد فلان وليس له الا اولاد اولاده او قال ولا يعطى ولد البنات شيئاً او قال الاولد فلان او فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ يحتملهم والقرينة صارفة له اليهم فصار كالتصريح بهم وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شيء لهم وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب فان قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الاناث على انهم انما يرثون مافضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانتفى دخولهم ويحتمل ان يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم تكن قرينة تخرجهم لأنهم دخلو في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الارث والحجب وغيره

(فصل) وان وصى لولد فلان أو بني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني تميم دخل فيهم الذكر والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لان ذلك اسم القبيلة ذكرها وأنثاها قال الله تعالى (يابني آدم - ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بني إسرائيل الكتاب) وروي أن جواري من الانصار قلن شعر

نحن جوار من بني النجار ... يا حبذا محمد من جار

كما قال أصحابنا فيما إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف ، وان قال ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة وان قال ضعوا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها وان قال ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع لتناوله اللفظ فان قال ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضعوا عنه الكل ، لان من للتبعيض ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا في هذا الفصل .

ويقال امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة

(فصل) وان أوصى لاخوانه فهو للاناث خاصة وان أوصى لاخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعاً لان الله تعالى قال (وان كانوا إخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر انه مثل الاخوة يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة أبيه ، وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة ، والفرق بينهما ان الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبنوا الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ، فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكور ، ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها

(فصل) والفاظ الجموع على اربعة اضرب (احدها) مايشمل الذكر والانثي بوضعه كالاولاد والذرية والعالمين وشبهه (والثاني) موضوع للذكور ويدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في قاموا والتاء والميم في قمتم وهم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه فهذا متى اجتمع الذكور وعليه الاناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى (الثالث) ضرب يختص الذكور كالبنين والذكور والرجال والغلمان فلا يدخل فيه الا الذكور (الرابع) لفظ يختص النساء كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن فلا يتناول غير الاناث

(فصل) وان وصى للارامل فهو للنساء اللاتي فارقهن أزواجهن بموت أو غيره . قال احمد في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو

(مسئلة) (وتصح الوصية لمدبره)

لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد فان لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً قدم عتقه على الوصية لانه أنفع له ، وقال القاضي يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ماعتق منه ، ولنا أنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله .

(مسئلة) (وتصح الوصية لام ولده لانها حرة حين لزوم الوصية)

وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه انه أوصى لامهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال ميمون بن مهران ، والزهري ، ويحيى الانصاري ، ومالك ، والشافعي ، واسحق .

الرجال والنساء. والذي يعرف في كلام الناس أن الارامل النساء، وقال الشعبي وإسحاق هو الرجال والنساء. وأنشد احدهما

هذي الارامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الارمل الذكر؟

وقال الآخر

أحب أن أصطاد ظبياً سخبلا ... رعى الربيع والشتاء أرملا

ولنا أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه. ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه. وقد أنكر ابن الانباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمي نفسه أرملا تجوزا تشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بانه ذكر ويدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية.

(فصل) فأما لفظة الايامى فهو كالارامل الا انه لكل امرأة لا زوج لها قال الله تعالى (وانكحوا الايامى منكم) وفي بعض الحديث «أعوذ بالله من بوار الايم» وقال أصحابنا هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روي عن سعيد ابن المسيب قال آمت حفصة بنت عمر من زوجها، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تتأيمي ... وإن كنت أفتى منكم أتأيم

﴿مسئلة﴾ (وتصح لعبد غيره) وتكون الوصية لسيده والقبول من العبد لان العقد مضاف اليه أشبه مالو وهبه شيئاً فاذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد للسيد ولا يفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب من غير اذن سيده كالاحتطاب وهذا قول أهل العراق والشافعي ولاصحابه وجه آخر أنه يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف العبد فهو كبيعه وشرائه

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح

(فصل) وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على اجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وانما لسيده أخذه من يده فاذا أوصي له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده.

ولنا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي وقول النبي ﷺ « أعوذ بالله من بوار الأيم » انما أراد به المرأة فانها التي توصف بهذا وضرر بوارها

(فصل) والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة وانما سمي عزبا لانفراده وكل شيء انفرد فهو عزب . قال ذو الرمة يصف ثورا من الوحش انفرد

يجلو البوارق عن مجلوزلهق كأنه متقبي يلمق عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لانه في العرف كذلك والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة قال النبي ﷺ « البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب الجلد والرجم » والعانس من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج، قال قيس بن رفاعة الواقفي:

فينا الذي هو ما إن طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات اذا تم وقوي ثم لا يزال كهلا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ ثم لا يزال شيخا حتى يموت

(فصل) واذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح وأجزأ الدفع الى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين الا أنه قال يدفع الى ثلاثة منهم لانه أقل الجمع وقال أبو حنيفة لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لانها يدخل فيها الاغنياء والفقراء واذا وقعت للاغنياء لم تكن قربة وانما تكون حقا لآدمي وحقوق الآدميين اذا دخلت فيها الجهالة لم تصح كما لو أقر لمجهول

ولنا أنها وصية لعبد وارثه أشبه الوصية بالكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير.

(فصل) واذا وصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الأوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لان العتق إذا وقع لم يمكن رفعه فان وصى لام ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تبيت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت أو تركت ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففاتت الوصية، وفارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

﴿مسألة﴾ (وتصح لعبده بمشاع كثلثه فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث)

وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وان لم يكونوا محصورين كالفقراء ، وما ذكروه غير صحيح فان الوصية للاغنياء قربة وقد ندب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني وأما جواز الدفع إلى واحد فمبني على الدفع في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكا بأن يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة له لان الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى إعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان انفصل حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه ، ولو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرناه من صحتها مع الغرر، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضا لا نعلم فيه خلافا وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله

وقال الشافعي الوصية باطلة إلا أن يوصي بعتقه لانه أوصى لمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين .

ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحقه لانه يصير حراً فملك الوصية فيصير كأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه مافضل منه ، وفارق ما إذا وصى له بمعين لانه لا يتناول شيئاً منه على أن لنا في الاصل المقيس عليه منعاً .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بمعين كثوب أو دار أو مائة لم تصح الوصية في قول الاكثرين منهم الثوري وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين ان شاء الورثة أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكا للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، وفارق ما إذا وصى له بمشاع لما ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح الوصية للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بان تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين ان لم يكن كذلك في أحد الوجهين) وفي الآخر لاقل من سنتين

لا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافا وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث فانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية لانه لايرث ولانه يحتمل أن لايكون حيا حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لايرث ، وان وضعته حيا صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية نقل الخرقي إذا أتت به لاقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطا في كل حال لكن ان كانت المرأة فراشا لزوج أوسيد يطاؤها فاتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية وان أتت به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائنا فأتت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أتت به لاقل من ذلك صحت الوصية له لان الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده إذا أتت به لاقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعي ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به وان كان منتفيا باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط في الوصية فأما ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد الا أنه لايطاؤها لكونه غائبا في بلد بعيد أومريضا مرضا يمنع الوطء أو كان أسيرا أومحبوسا أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك فان أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطاؤها لانهما لم يفترقا

وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث لانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بخطر وغرر فصحت للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لانه لايرث ولانه يحتمل أن لايكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو شرب دواء أوغيره لما بينا من أنه لا يرث وان وضعته حياً صحت الوصية له اذا حكمنا بوجوده حال الوصية بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر ان كانت المرأة فراشاً لزوج أوسيد يطؤها فانا نعلم وجوده حين الوصية فان أتت به لاكثر منها لم تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائنا فأتت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أتت به لاقل من ذلك صحت الوصية لان الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده اذا أتت به لاقل من أربع سنين من حين

في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بامارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له لانه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي ان تثبت له الوصية والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطا للنسب فانه يلحق بمجرد الاحتمال وان كان بعيدا ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فانه لا يحتاط لابطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبته ويصححه

(فصل) وان وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده في حمل الامة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له وان كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الاحكام

(فصل) وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي يصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية

ولنا أن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فانه يملك فلم يعتبر وجوده ولان الوصية أجريت مجرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل الا من كان موجودا كذلك الوصية ولو تجدد للميت مال بعد موته بان يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بثبوت الارث في ديته وهي تتجدد بعد موته فجاز ان يملك بالوصية ، فان قيل فلو وقف على من يحدث من ولده أو

الفرقة وهذا مذهب الشافعي ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به ، فان كان منفياً باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشترط في الوصية فان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها أو أقروا بذلك فان أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانهما لم يفترقا في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، قال شيخنا ويحتمل أنها متى أتت به في هذه الحال أو لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بامارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له لانه يثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن تثبت له الوصية ، والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في تلك الصور انما كان احتياطاً للنسب فانه يلحق بمجرد الاحتمال وان كان بعيداً ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فانه لا يحتاط لابطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط له مع ظهور ما يثبته

ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذا الوصية و"وقف يراد للدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم

(فصل) وإذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لان ذلك عطية وهبة فأشبه ما لو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وان فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف ، وان قال ان كان في بطنها غلام فله ديناران وان كان فيه جارية فلها دينار فولدت غلاما وجارية فلكل واحد منهما ما وصى له به لان الشرط وجد فيه وان ولدت أحدهما منفردا فله وصيته ، ولو قال ان كان حملها أو ان كان ما في بطنها غلاما فله ديناران وان كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفردا فله وصيته وان ولدت غلاما وجارية فلا شيء لهما لان أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وان أوصى بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لانها معدومة

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالاعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه احمد في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فان لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك اذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور

ويصححه ، وفيه وجه آخر أنه اذا أتت به لاكثر من سنتين اذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على ان أكثر مدة الحمل سنتان

﴿مسألة﴾ (وان وصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح)

وقال بعض أصحاب الشافعي تصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية

ولنا أن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فانه يملك فلم يعتبر وجوده ولان الوصية جرت مجرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية، ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بثبوت الارث في ديته وهي تتجدد بعد موته فجاز ان تملك بالوصية . فان قيل فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لانها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذلك الوصية ، والوقف يراد للدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم .

(فصل) واذا وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لان ذلك عطية وهبة فأشبه مالو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وان فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف وإن قال إن كان في

اذا أوصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فان أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها ان خرجت من الثلث أو بقدر مايخرج من الثلث منها كسائر الوصايا او كالاعيان . اذا ثبت هذا فتى أريد تقويمها فان كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ويعتبر خروجهما من الثلث لان عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمر له لاقيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فاذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لامنفعة فيه ؟ فاذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وان أراد الموصى له اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جاز وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة لايجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لانه انما أوصى له باستيفائه

ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاما فملك أخذ العوض عنها بالاعيان كما لو ملكها بالاجارة وان أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال ابو ثور ، وقال أصحاب الرأي لايخرجه الا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلى أهله . ولنا أنه مالك لنفعه فملك اخراجه كالمستأجر

(فصل) وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر أبدا لم يملك واحد من الموصى له

بطنها غلام فله ديناران وإن كانت فيه جارية فلها دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل منهما ما وصي له به لان الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حملها أو إن كان مافي بطنها غلاما فله ديناران وان كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وان ولدت غلاما وجارية فلا شيء لهما لان أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي وأبو ثور .

﴿ مسألة ﴾ (وان قتل الوصي الموصي بطلت الوصية وان جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان)

اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد تجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال احمد تعتبر من الثلث قال وهذه وصية لقاتل وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر واظهر قولي الشافعي لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية

والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لايجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وان أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له ، وإن قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح وله ثمرتها اول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته او شاته، وإن وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بابن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان وصي بلبنها خاصة او صوفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) فاما نفقة العبد الموصي بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة هذا الذي ذكره الشريف ابو جعفر مذهبا لاحمد وهو قول ابي ثور وظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة. قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه ، ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري وهو أصح إن شاء الله لانه يملك نفعه على التأبيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولان نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لهما جميعا يحققه أن إيجاب النفقة على من لانفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وان وصى بنفعه لانسان ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله «لاضرر ولا ضرار» ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له

أولى ، ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فنعها ما يمنعه وقال أبو الخطاب ان وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي احمد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها فانه يبطل ما هو آكد منها، يحققه ان القتل إنما يمنع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله وفارق القتل قبل الوصية لانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد ما صدر منه في حقه وعلى هذا لا فرق بين الخطأ والعمد كما لا تفترق الحال بذلك في الميراث .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الاصناف صح)

لانهم من أبواب البر فصحت لهم كغيرهم ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة قياساً عليها ، لان المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أطلق الله تعالى أعطاهم من الزكاة حمل على ذلك كذلك هذا

نفعه ، وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن منافعه وقيل تجب نفقته في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواه

(فصل) وإذا أعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية للموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان المعتق الرقبة وهو لا يملكها وان وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد وأسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيده وان اراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مسلوب المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان ما لا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض

ولنا أنه عبد مملوك تصح الوصية به فصح بيعه كغيره ولانه يمكنه اعتاقه وتحصيل ولائه وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه بخلاف الحشرات. وان وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه صح وقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي

(فصل) واذا اوصى لرجل بمنفعة امته فأتت بولد من زوج اوزنا فهو مملوك حكمه حكمها لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ويحتمل ان يكون لمالك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطيء لصاحب

قال شيخنا واذا وصى لاصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو وصى لثمان قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية اريد بها بيان من يجب الدفع اليه ، ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب لانه لا يمكن استيعابهم وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن انه قال لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين ، وعن أحمد رواية ثانية أنه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف حكاها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا ذلك وأدلته في الزكاة ولا يجوز الصرف الا الى المستحق من أهل بلده كما ذكرنا في الزكاة

(فصل) وإذا اوصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين وكذلك إن أوصى للمساكين دخل فيهم الفقراء لانهم صنف واحد في غير الزكاة الا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداءة بأقارب الموصي كما ذكرنا في الزكاة .

(مسئلة) (وإن وصى لكتب القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح لان ذلك قربة يصح بذل المال فيه ، فصحت الوصية له كالوصية للفقراء فان مات الفرس رد الموصى به

المنفعة عند اصحابنا وعندي انه لصاحب الرقبة لان منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج وانما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعة اخذ بدلها وان أتت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في احد الوجهين وفي الآخر يشترى بها عبد يقوم مقامه وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها لان صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما لقول الله عز وجل (الا على ازواجهم او ماملكت ايمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما ولا يأمن ان تحبل منه فربما افضى الى اهلاكها وايهما وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما فيها وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء مالك المنفعة لم تصر ام ولد له لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكمها على ماذكرنا فيما اذا وطئها غيرهما بشبهة، وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولد له لانها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، واما المهر فعندي انه ان كان الواطيء مالك الرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة اذا كان هو الواطيء، وعند اصحابنا واصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطيء لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالمستأجر فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر صاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك لزم تزويجها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليهما بدليل انها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ونفعها اجبر عليه وقدم حقها على حقه وكذلك ان اتفقا على

أو باقيه الى الورثة لانه عين للوصية جهة فاذا فاتت عادت إلى الورثة كما لو وصى أن يشترى عبد زيد فيعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده أو تعذر شراؤه، وان أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبدين معينين فاشترى أحدهما ومات الآخر قبل شرائه قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها ؟ قال لا ، انما يعرف الناس السبيل الغزو .

(فصل) اذا قال يخدم عبدي فلان سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة لا أقبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال . ولنا أنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية

(فصل) وان وصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وكذلك ان امتنع عن بيعه بالخمسمائة أو تعذر شراؤه بموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لان الوصية بطلت

تزويجها قبل طلبها جاز ووليها في الموضعين مالك رقبتها لانه مالكها والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشترى بها ما يقوم مقام الموصى به لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما ويحتمل ان تجب القيمة للوارث أو مالك الرقبة وتبطل الوصية لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا اوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع احدهما من الانفاق فهما بمنزلة الشريكين في اصل الزرع اذا امتنع احدهما من سقيه والانفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (احدهما) يجبر على الانفاق عليه هذا قول ابي بكر لان في ترك الانفاق ضرراً عليهما واضاعة المال وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ونهى عن اضاعة المال (والوجه الآخر) لا يجبر لانه لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا. واصل الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا احد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع وينبغي ان تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في اصل الزرع

(فصل) وإن أوصى له بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به الا باذن صاحبه وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لان الحق لهما لا يعدوهما

لتعذر العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزم الورثة شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تصرف الى غيره فان اشتروه بأقل من ذلك فالباقي للورثة وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته فأشبه مالو قال بيعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو وصى أن يحج عنه فلان بخمسمائة وهي أكثر من أجر المثل وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو وصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان مافضل من الثمن راجعاً اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مسئلتنا المقصود العتق، ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لان الوصية ثم للحج مطلقاً فتصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه، وقوله أنه قصد ارفاق زيد ومحاباته به قلنا ان كان ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقه أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو كان يعلم حصول العبد بدون الخمسمائة لقلة قيمته فانه يدفع جميع الثمن الى زيد كما لو صرح بذلك فقال ادفعوا اليه جميعها

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فان أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لانه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لاتخرج من الثلث فلهم بيع مازاد عليه وعليهم ترك الثلث فان كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة

(فصل) وتصح الوصية بما لايقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والطير في الهواء والسمك في الماء لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولان الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصي به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعا في الوصية الاولى وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للآخر منهما لانه وصى للثاني بماوصى به للاول فكان رجوعا كما لو قال ماوصيت به لبشر فهو لبكر ولان الثانية تنافي الاولى فاذا أتى بهـا كان رجوعا كما لو قال هذا لورثتي

وإن بذله بدونها وإن عدمت هذه القرائن فالظاهر أنه انما قصد العتق وقد حصل فكان الثمن عائداً الى الورثة كالوأمره بالشراء في حياته قال شيخنا وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بالثلث وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل . ولنا أنها وصية يجب تنفيذهااذا احتملها الثلث فاذا لم يحملهاوجب تنفيذها فيما حمله كما لووصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث،وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه، ولو وصى اليه باعتاق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث فان حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراه بعين المال لانا تبينا أن الشراء باطل لكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير اذنهم وان كان اشتراه في الذمة صح الشراء ونفذالعتق وعلى المشتري غرامة ثمنه لا يرجع به على أحد لان البائع ما غره انما غره الموصي ولا تركة له فيرجع عليها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين غرمه بتغرير الموصي فيرجع به عليه فاذا كان ميتاً لزمه في تركته كارش جنايته

ولنا أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما وصيت لكما بالجارية وما قالوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك

(فصل) وإن وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعا وعلى قول الآخرين ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملا وإن وصى بعبده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وإن وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا لانه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به

(فصل) اذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا وشهد بالوصية حلف معه الموصي له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية، وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين رواه مسلم، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن ثبتت له البينة لان وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يثبت للاول باقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول الا أن يكون عدلا فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للاول بينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

(فصل) وان وصى بشراء عبد وأطلق أو ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لان الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا فان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية وبيع كذلك لان في البيع نفعاً للعبد بالعتق فان لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه سيده، وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع لانه قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمناً بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد ايصال العبد المعين الى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بارفاق العبد بايصاله الى من هو معروف بحسن الملك واعتاق الرقاب ويحتمل أن يريد ارفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد فان تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يعين الثمن بطلت الوصية

﴿مسألة﴾ (وان وصى في أبواب البر فقال شيخنا يصرف في القرب كلها)

لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل، وقيل عن أحمد تصرف في أربع جهات في الاقارب والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الاسرى مكان الحج لان الصدقة على الاقارب صدقة وصلة والمساكين مصارف الصدقات والزكاة والحج والجهاد من أكبر

(أحدهما) لايقبل لان حق الاول ثبت في الجميع فأشبه مالو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لان المجلس الواحد كالحال الواحدة فان الخرقي قال واذا خلف ابنا وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بألف لآخر فان كان في مجلس واحد فالالف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للاول ولاشيء للثاني والاول أقيس لان حق الاول ثبت في الثلث كاملا لاقراره بامنفرداً فأشبه مالو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ماأوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضا على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفا لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبه مالو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فانه يحتمل انه قصد التشريك بينهما وقد ثبتت وصية الاول يقينا فلا تزول بالشك

(فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وبقيه للاول

(فصل) وأجمع أهل العلم على ان للوصي أن يرجع في جميع ماأوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق والاكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . روي عن عمر رضي الله عنه انه قال يغير الرجل

شعائر الاسلام وفداء الاسرى من أعظم القربات، وقد نقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزءاً في الجهاد وجزءا يتصدق به في أقاربه وجزءا في الحج وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به وحكي عنه أنه جعل جزءا في فداء الاسرى، قال شيخنا وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولانه ربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق فقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت واصلاح طريق واعتاق رقبة وقضاء دين واغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لايجب عليه الحج فيكلف وجوب مالم يكن عليه واجبا وتعباً كان الله تعالى قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى فتقديم هذا على مامصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له

(فصل) وان قال ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع فان لم يكن فالى جيرانه وقال أصحاب الشافعي يجب ذلك لانه رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد

ماشاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شاء الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولانها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

(فصل) ويحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي او في ميراثي ،وان أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه او جارية فأحبلها أو ما أشبه هذا فهو رجوع ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم انه اذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها انه يكون رجوعا ، وحكي عن أصحاب الرأي ان بيعه ليس برجوع لانه أخذ بدله بخلاف الهبة

ولنا انه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه، وان عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى باعتاقه أو دبره كان رجوعا لانه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وايجابه للهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الاولى والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لانه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له ، وان رهنه كان رجوعا لانه علق به

أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاويج فلم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين ايعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسين درهما لا يزادون على ذلك يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لانه القدر الذي يحصل به الغنى

﴿مسألة﴾ (وان وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ)

اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال صرف جميع ذلك في الحج اذا حمله الثلث لانه وصى به في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى وليس للوصي أن يصرف الى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في البيع ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر نصوص أحمد فانه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته وهذا قول العنبري وقال القاضي يعان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري وعن أحمد أنه مخير في ذلك فانه قال في

حقا يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر انه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه لا يزيل الملك فأشبه اجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وان وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه او بعجين فخبزه أو بخبز ففته أو جعله فتيتا كان رجوعا لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وبهذا قال الشافعي ، وان وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضربها أو شاة فذبحها كان رجوعا ، وبهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه واختار أبو الخطاب انه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لانه لا يزيل الاسم . ولنا انه عرضه للاستعمال فكان رجوعا كالتي قبلها ولا يصح قوله انه لا يزيل الاسم فان الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا

(فصل) وان وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لانه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه ، فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا لانه يمكن تسليمه ، وان وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا. وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه

(فصل) واذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض فصار زرعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناوله الاسم، وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لان الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع

رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج به من حيث يبلغ فان كان يفضل عن الحجة دفع في حجة ثانية وثالثة الى أن ينفد أو يبقى مالا يبلغ حجة فيحج به من حيث يبلغ أو يعان به في الحج على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستنيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعا فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ان كان قد أوصى بالثلث فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفد كما ذكرنا من قبل، وان كان الثلث أقل تم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي واسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وداود ابن أبي هند ان وصى بالحج من ثلثه والا فليس على ورثته شيء فعلى قولهم ان لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا يلزم الوارث كالصلاة

(فصل) وان جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين ، وهو قول أبي حنيفة في احدى الروايتين ولانه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود (والثاني) يكون رجوعا لانه يدل على انه لايريد ايصاله الى الموصى له ، وان غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة أو زوجها أو علمها أو وطئها لم يكن رجوعا لان ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الامة رجوع لانه يعرضها للخروج عن جواز النقل والاول أولى لانه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي اليه يقينا فأشبه لبس الثوب فانه ربما أتلفه وليس برجوع

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة في كل شهر الى أن يموت فهو للآخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد الى صاحب الثلث لحكم الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها مالم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية اسحاق بن ابراهيم فقال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها . وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا

ولنا قول النبي ﷺ « لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه ؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وان كان تطوعا اخذ الثلث لا غير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وان وصى ان يحج عنه حجة بألف دفع الكل الى من يحج)

اذا وصى ان يحج عنه حجة واحدة بقدر من المال وكان فيه فضل عما يحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح فقال حجوا عني حجة واحدة بألف وما فضل منها فهو لمن يحج

﴿مسئلة﴾ (فان عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف صرف ذلك اليه وان لم يعين فللموصى اليه صرفه الى من شاء)

لانه فوض اليه الاجتهاد الا انه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة وان لم يكن فيها فضل جاز لانه لا محاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصى به تطوعا اعتبر من الثلث وان كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث وان لم يف الموصى به بالحج اتم من رأس المال وفيه من الخلاف ما ذكرنا

وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فههنا أولى، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ «مامن امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» ولم يذكر شهادته، وما ذكرناه في الفصل الاول الذي يلي هذا، ولان الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لايقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث

(فصل) وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكي عن أحمد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لايجوز حتى يسمعوا منه مافيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمينا في المسألة الاولى ويحتمل كلام الخرقي جوازه لانه اذا قبل خطه المجرد فهذا أولى، وممن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن ابراهيم ومالك والليث والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ماعملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولاتهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال يبعثون بها مختومة لايعلم حاملها مافيها وامضوها على وجوهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان اجماعا ووجه الاول انه كتاب لايعلم الشاهد مافيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى

﴿مسألة﴾ (فان أبى الحج وقال اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه)

اذا قال المعين ذلك بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواه ويصرف الباقي الى الورثة ويحتمل أن تبطل الوصية ان كان الحج تطوعا لانه عين لها جهة فاذا لم يقبلها بطلت كما لو قال بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه والظاهر انها لا تبطل لانه قصد القربة والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القربة كما لو قال بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فانه يباع من غيره ويتصدق بثمنه فان قال المعين اصرفوا لي الفضل عن نفقة الحج لانه موصى لي به لم يصرف اليه شيء لانه إنما أوصي له بالزيادة بشرط ان يحج فاذا لم يوجد الشرط لم يستحق شيئاً

(فصل) فاذا قال حجوا عني حجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرنا والباقي للورثة وهذا ينبني على أنه يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي للورثة فان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام الحج وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما

القاضي ، فأما ماثبت من الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به مالم يعلم رجوعه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصى به مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لان الاصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحفظ لها وأحوط لما فيها وقد صح أن النبي ﷺ قال «ماحق امريء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» وروي عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ماأوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله الا الله وحده لاشريك له وأن محمداً عبده ورسوله (وأن الساعة آتية لاريب فيها وأن الله يبعث من في القبور)وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب(يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس

وروي عن ابن مسعود انه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما اوصي به عبد الله بن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله والى رسوله ثم الى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله وانهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وانه لاتزوج امرأة من بنات عبدالله الا باذنهما وروي ابن عبد البر قال كان في وصية ابي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به ابو الدرداء انه يشهد ان لااله الا الله وحد لاشريك له وان محمداً عبده ورسوله وان الجنة حق وان

يمكن وما فضل فهو للاجير لانه مالك ما أعطي بعقد الاجارة وان تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة ولانه أقل مايقع عليه الاسم فان عين مع هذا فقال يحج عني فلان دفع اليه بقدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث فان أبى الحج إلا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه اقل قدر يمكن ان يحج به غيره فان ابى الحج وكان واجباً استنيب غيره بأقل ما يمكن استنابته والله اعلم

(فصل) وان وصى ان يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة امضيت على ماقال الموصي فان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما وصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فان لم يفضل منه شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما وصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمتنع المزاحمة به ولا يعطى شيئا كولد الأب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل انه متى كان في الثلث فضل عن المائة ان يرد كل واحد إلى نصف وصيته لان زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا

النار حق وان الله يبعث من في القبور وانه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وان هذه وصيته ان لم يغيرها

﴿ مسئلة ﴾ قال وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث)

وجملة ذلك ان التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء ، وحكي عن اهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح لما روي ابو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في اعمالكم » رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على انه ليس له اكثر من الثلث وروى عمران بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق أثنين وأرق أربعة متفق عليه واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره اولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة اشياء (احدها) ان يقف نفوذها على خروجها من الثلث او اجازة الورثة (الثاني) انها لا تصح لوارث الا باجازة بقية الورثة (الثالث)

(فصل) وان وصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع الى بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو، وان مات العبد بعد موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم نقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته، ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لآخر انت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول بموته فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا او رجوعه فيه أو خروجه مستحقا أو غير ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لاهل سكته فهو لاهل دربه)

لان السكة الطريق والدرب مضاف اليه

(مسئلة) (وان وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب)

نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال ابو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال « الجار احق بصقبه » يعني الشفعة وإنما يثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة وقال قتادة الجار الدار والداران وروي عن علي عليه السلام في قول النبي ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قال من سمع النداء وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الاقامة وقال ابو يوسف الجيران اهل المحلة ان جمعهم مسجد فان تفرق أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كانا عظيمين فكل اهل مسجد جيران واما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ

ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ولان النبي ﷺ سئل عن افضل الصدقة قال « ان تصدق وانت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه ولفظه قال: قال رجل يارسول الله اي الصدقة افضل؟ (الرابع) انه يزاحم بها الوصايا في الثلث (الخامس) ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لاقبله ولا بعده ويفارق الوصية في ستة اشيا (احدها) انها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولان المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لالحقه فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت (الثاني) ان قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها والوصايا لاحكم لقبولها ولاردها الا بعد الموت لماذكرنا من ان العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) ان العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من الملك وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه (الرابع) انها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال ابو حنيفه وابو يوسف وزفر الا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه

ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تساوى الحقان (الخامس) ان العطايا اذا عجز العتق عن جميعها بدئ بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أو غيره وبهذا

ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه أن صح وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف وقال ابو بكر مستدار اربعين داراً من كل جانب والحديث يحتمله

(مسئلة) (وان وصى لاقرب قرابته اولا قرب الناس اليه او اقربهم به رحما لم يدفع بنفسه من غير واسطة والأخ والجد سواء)

لان كل واحد يدلي الى الابعد مع وجود الاقرب فان كان له اب وابن فهما سواء، لان كل واحد منهما يدلي إلاب من غير واسطة ويحتمل تقديم الابن على الاب لانه يسقط تعصيبه والاولى أولى لان إسقاط تعصيبه لايمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويحتمل تقديم الأخ على الجد لان الأخ يدلي ببنوة الاب والجد يدلي بالابوة فهما كالاب والابن والاول اولى ولا يصح قياس الأخ على الابن لانه لا يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن وقال اصحاب الشافعي يقدم ابن الابن على الأب في وجه لانه يسقط تعصيبه

ولنا ان الاب يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن والاب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد ابو الاب وابو الام وام الاب وام الام كلهم سواء

قال الشافعي وقال ابو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد، وان كانت من اجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوي بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوي بينها كالوصية وقال ابو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم او تأخر

ولنا أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الاولى محاباة عند ابي حنيفة أو عتقا عند صاحبيه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث فاما ان وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقا أقرعنا بينهما فكملنا العتق كله في بعضهم ، وان كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساووا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإنما خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولان القصد بالعتق تكميل الاحكام ولا تكمل الاحكام الا بتكميل العتق بخلاف غيره ولان في قسمة العتق عليهم إضرراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه، وان وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان (احداهما) يقدم العتق لتأكيده (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لان استحقاقها حصل في حالة واحدة

(السادس) أن الواهب اذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم

هكذا ذكره شيخنا ويحتمل تقديم ابي الأب على اب الام لأنه يسقطه ثم بعد الاولاد اولاد البنين وان سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لأنهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات ثم ولدهم وان سفلوا ولا شيء لولد الاخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات

﴿مسئلة﴾ (والاخ من الاب والأخ من الأم سواء والأخ من الابوين أحق منهما)

الأخ من الأب والأخ من الام سواء لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما والأخ من الابوين أحق منهما لان له قرابتين فهو أقرب ممن له قرابة واحدة

(فصل) والأخ للاب أولى من ابن الأخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ويستوي العم من الاب والعم من الام وعلى الاحتمال الذي ذكرناه في تقديم أبي الأب على أبي الأم تقديم العم من الاب على العم من الام وكذلك أبناؤهما وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي إلا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والخالات وهذا القول يخرج

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعدا عتق سعيد أيضا ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين (أحدهما) ان سعداً سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه لفات إعتاق سعيد أيضا لفوات شرطه، وإن بقي من الثلث مايعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه، وإن قال ان اعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ثم اعتق سعدا ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطا في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الاخر، وإن قال ان أعتقت سعداً فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال اعتاقي سعداً فالحكم سواء لا يختلف لان عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه، وإن كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ماذكرنا

(فصل) وان قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث، وإن لم تخرج من الثلث إلا المحاباة او العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يتساويا لان التزويج سبب ثبوت المحاباة وشرط العتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث او لمفارقته إياها في

على مذهب أحمد على الرواية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليه اسم القرابة فاما على الرواية التي تقول ان اسم القرابة يختص من كان من أولاد الآباء وهي التي اختارها الخرقي فلا تدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا تعدوهم فان وصى لجماعة من أقرب الناس اليه أعطي ثلاثة من أقرب الناس اليه فان وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالاخوة فالوصية لجميعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم وان لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية فان كان في الدرجة الثانية جماعة سوي بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى، وان لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فاذا وجد ابن واخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا وكذلك إن كان ابن واخوان وان كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية ان لم يجز له والباقي للاخوة وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كان من يرث في الحال أو يكن ويسوي بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار ولا لعمارتهما والانفاق

حياته اما بموتها او طلاقها او نحوه فاما ان ورثته تبينا أنها غير ثابتة لها إلا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما ، وإن قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جعالة لايقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصل) اذا اعتق المريض شقصا من عبد ثم اعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين يلفظ باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان اعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورق باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما، وان خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما لو اعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله بخلاف ما اذا أعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما ، ولو أوصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتق وورث المريض اذا

عليها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً وقال أصحاب الرأي تصح وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أوخنازير ويتصدق بها على أهل الذمة

ولنا أن هذه الافعال محرمة وفعلها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أوأمته للفجور ولانها لا تجوز في الحياة فلا تجوز في الممات

(مسألة) (وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح)

لانها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة وذكر القاضي أنه لو اوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لاهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة والصحيح أن الوصية لا تصح بهذا لان ذلك انما هو اعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح وان وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من اهل الذمة واهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

مات وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث لان عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل اهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فان خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ولنا ان الوصية هي التبرع بماله بعطية أو اتلاف أو التسبب الي ذلك ولم يوجد واحد منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله وانما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله في ثمنه وقال القاضي هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث ، قال الخبري هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافا فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية ، اجازة الوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبته فيجعل

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لانه لا يجوز هبتهما له ولا بيعهما منه وان وصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصى بطلت الوصية وان أسلم بعد الموت وقبل القبول وقلنا إن الملك انما ثبت حين القبول بطلت لانه لا يجوز ان يبتديء الملك على مسلم وان قلنا يثبت الملك بالموت قبل القبول فالوصية صحيحة لانا نتبين انه أسلم بعد ان ملكه ويحتمل ان لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح لملك ولا لبهيمة ولا لجني)

لانه تمليك فلم يصح لهم كالهبة ولا تصح لميت لذلك وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان علم انه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها فأشبه ما لو كان حياً .

ولنا انه اوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله فلا تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ولانه عقد يفتقر الى القبول فلم يصح للميت كالهبة

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لحي وميت يعلم موته فالكل للحي ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف وإن لم يعلم فللحي نصف الموصى به

ذلك وصية له ولايجوز ان يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية للبائع لانه قد عاوض عنه وانما هو كبناء مسجد وقنطرة في انه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك لميراث واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم اذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ماذكرنا وقيل يعتق ولايرث لانه لوورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضي توريثه الى ابطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو أجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز ان يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولأخيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لايرث والمائتان كلها للابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وان كان قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لا يرث الا في أربعة مواضع (الرجل) يعتق أمته على أن تتزوجه (والمرأة) تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك (والعبد المرهون يعتقه سيده) والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لاخيه وان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك ، وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة

اذا وصى بثلثه أو بمائة لحي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موته أو لم يعلم ، وهذا قول أبي حنيفة واسحق والبصريين وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد اذا قال هذه المائة لفلان وفلان الميت فهي للحي منهما ، وان قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري على أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين وقال أبو الخطاب عندي اذا علمه ميتاً فالكل للحي وان لم يعلمه ميتاً فللحي النصف وقد نقل عن احمد مايدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا وصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتاً فللحي خمسون، فقيل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أليس كله لفلان؟ قال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا متى شرك بين من تصح الوصية له وبين من لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك أو الحائط أو لفلان وللميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له اذا كان عالماً بالحال لانه اذا اشرك بينهما في هذه الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له وان لم يعلم بالحال فلمن تصح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه والى الآخر النصف ظناً منه ان الوصية له صحيحة فاذا بطلت الوصية في حق أحدهما صحت في حق الآخر بقسطه كتفريق

وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفي الاخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبوحنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحد من الاخت للأب والاخت للام في نصف قيمتها للاخت من الاب والام وانما لم يرثا لانهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين ، وأما الاخت للابوين فاذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك اكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها ، وقال أبو يوسف ومحمد تبعض وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت من الام للاخت من الابوين في خمسي قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي يعتقن

(فصل) وان اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لانه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع الا أن يجيز الابن عتقه ، وقيل يفسخ في ثلثيه ويعتق في ثلثه وللبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه متلف فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحوه على قول الشافعي وقيل على قوله يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له ، وان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء

الصفقة ووجه القول الاول انه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال، فاما ان وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافاً ومثله لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه ،

(مسئلة) (فان وصى لوارثه واجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين) وان وصى لكل واحد منهما بعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتان

في الوجه الاول ، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ماذكرنا في مسئلة الاب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثيه للاب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه ، وان ترك ألفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للاب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ ألفا وخمسمائة ، وان خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الاصل ، وعلى الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري أبا حراً ولكن خلف أخا حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه . وقال ابو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه . وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواه عتق وورث الالفين ولا شيء للاخ في الاقوال كلها الا ما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا الف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حاباه به ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثيه فيعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا

لهما وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسئلتين وللاجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وغيرهم

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لهما بثلثي ماله وأجاز الورثة لهما جازت وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللاجنبي الثلث كاملا)

لانهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للاجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له وان أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس وهذا الذي ذكره القاضي هو قول مالك والشافعي لان الوارث يزاحم الاجنبي اذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعاً اليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ،واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للاجنبي وحكي نحوه عن أبي حنيفة لانهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون اذا كان لاجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا ابطال ما زاد على السدس فان صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه من وصيتكما أو قالوا رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد

وقال أبو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لاخيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلث الالف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أتساع ألف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة البائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته لاخيه وفي قول أبي يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الالف فيكون للابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشتري للحر وقيل غير ذلك ، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه الا في قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن

في جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا وصية الاجنبي فهو على ما قالوا لان لهم أن يجيزوا لهما وان يردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لاحدهما ويردوا على الآخر، وان أجازوا للاجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث عليه لانه قد أوصى له به

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي فردوا وصية الوارث فهو على ما قال وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما)

لان الوصية تتعلق بالشرط ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح فان وصى لوارثه فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز وحده وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا وان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردوها فهو على ما فعلوا من ذلك فلو خلف ثلاثة بنين وعبدا لا يملك غيره فوصى به لاحدهم أو وهبه اياه في مرض موته فأجازه له أخواه فهو له وان أجاز أحدهما وحده فله ثلثاه وان أجازاه له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الاخر فله النصف الثلث بنصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له

وذلك تسعا رقبة لانه يحمل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه، وقال أبو حنيفة يسعى لاخيه في قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك ألفين سواه عتق كله لان التركة هي الثمن مع الالفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول الشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الالف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لاخيه في خمسمائة والالفان لاخيه في قولهم جميعا ، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاه فان قياس قول القاضي ان شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يصير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث

أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه أو باع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد وان وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لاحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء فعل فيه

(مسألة) (وان وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسع)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد لزيد الخمس وللفقراء الخمسان وللمساكين الخمسان لان أقل الجمع اثنان ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) له السبع لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا سبعة

ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد وان كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهم اذ الظاهر بين المعطوف والمعطوف عليه المغايرة ولان تجويز ذلك يفضي الى تجويز دفع نصيب المساكين كله اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فهي كالتي قبلها ويحتمل أن يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال هذا لكم

لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارثه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للولي وقال ابو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعي في قيمة ثلثه ولا يرث وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه اخوه بالهبة ويكونان احق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواها اخذا ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لاخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لان عتق الاول وصية له ولا وصية لوارث وقد صار وارث مع اخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة اخيه وورث اخوه الباقي وكان اخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لاخيه واما قول ابو حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الاول لاخيه نصف قيمته اخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متي بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق اخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعا ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت انا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسر اوهناك مال غيرهما اخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان مابقي ميراثا لاخيه الاول

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فبغيره أولى ولانها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث .

(فصل) وتصح بالحمل اذا كان مملوكا بان يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة لان الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم يصح لجواز حدوثه

﴿مسئلة﴾ (وتصح بالمعدوم)

فلو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذا أو نخلتي هذه صح لما ذكرنا من صحتها مع الغرر سواء وصى بما تحمله أبداً أو مدة بعينها لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية فان حصل منه شيء والا بطلت وصيته لان الموصى به عدم فبطلت الوصية به كالموهوب اذا عدم لان الوصية كالهبة وان وصى له بمائة لا يملكها صح فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها والا بطلت لما ذكرنا في المسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب والزيت النجس

(فصل) وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف فتبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقى فللاب سدسه وباقيه للابن ، على قول القاضي ومن جعله وصية لايعتق أب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت ، وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فأولى أن لاينفذ بالقول

(فصل) وإن ملك المريض من يرثه ممن لايعتق عليه كابن عمه فأعتقه في مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكهم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فان خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان اقراره لوارث فلا يقبل فيؤدي توريثه إلى ابطال عتقه ثم يبطل ميراثه

تصح الوصية بالكلب المباح اقتناؤه ككلاب الصيد والماشية والحرب لان فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه والوصية تبرع فصحت في المال وفي غير المال كالهبة، وإن كان مما لايباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلباً من كلابي أو من مالي لانه لايصح شراء الكلب لانه لاقيمة له بخلاف ما اذا أوصى له بشاة ولا شاة له فانه يمكن تحصيلها بالشراء فان كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه وإن كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به

(فصل) وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لان ماحصل الورثة من ثلثي المال قدجازت الوصية فيما يقابله من حق الموصي له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لاقيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي ان يقرع بينهم وان وصى له بكلاب وله كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة او ما احب الورثة على الرواية الاخرى وان كان له كلب يباح اتخاذه وكلب هراس فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا إلا انه يجعل للموصى له بكلب ما احب الورثة دفعه اليه ولا تصح الوصية بالجرو والصغير في احد الوجهين وتصح في الآخر بناء على جواز اقتنائه وتربيته للصيد وقد سبق ذلك في كتاب البيع

فكان اعتاقه من غير توريث أولى ومقتضى قول القاضي أنه يعتق ويرث لانه حر حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الاول وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كارش الجناية وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لانعلم فيه خلافا وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لانه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لانه صرف لماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول احمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجبا عليه فصح كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا مثمنة صح

(فصل) فاما الزيت النجس فان قلنا بجواز الاستصباح به فهو كالكلب الذي يباح اتخاذه وان قلنا لا يجوز لم تصح الوصية لانه ليس فيه نفع مباح أشبه الخنزير

(فصل) ولا تصح الوصية بالخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للصيد كالاسد والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح بشيء ليس فيه منفعة مباحة من غيرها كالخمر والميتة ونحوهما لان الوصية تمليك فلا تصح بذلك كالهبة ولان ذلك محرم فلا تصح الوصية به كالخنزير

《مسئلة》 (وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة لان الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الاولى ولان المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به كالمعلوم ويعطيه الورثة ما شاءوا مما يقع عليه الاسم لانه اليقين كما لو أقر له بعبد فان لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبداً وان كان له عبيد اعطاه الورثة ما شاءوا لما ذكرنا وقال القاضي يعطيه الورثة ما شاءوا من ذكر أو أنثى قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله سبحانه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من اطلاق اسم العبد إلا الذكر فانه لو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة وان وصى له بأمة لم يكن له أن يعطيه إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلا لانه لا يعلم كونه

ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح بحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك اذا تراخى اذ لا أثر لتراخيه

(فصل) واذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه احمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق وهذا لان الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره

(فصل) ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت (الثاني) أن يكون مخوفا والامراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العين والضرس والصداع اليسير وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة

[الضرب الثاني] الامراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه والحمى الغب، فهذا الضرب ان أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال. قال القاضي: هذا تحقيق المذهب فيه، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على انهما صارا صاحبي فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري

ذكراً ولا أنثى وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والخنثى.

﴿مسئلة﴾ (فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف اسم للانثى والبعير والثور اسم للذكر غلب العرف)

في اختيار شيخنا لان الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولا يريد إلا مايفهمه أهل بلده وقال أصحابنا تغلب الحقيقة ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله. فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الضأن والمعز قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والانثى لان اسم الشاة يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ «في أربعين شاة شاة» يريد الذكور والاناث والصغار والكبار وقال شيخنا لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في عرفهم في بلد يتناول ذلك، فاما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فان وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لما ذكرنا، والكبش الذكر الكبير من الضأن والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز فان وصى بعشرة من الغنم تناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بجمل فهو الذكر وان وصى بناقة فهي الانثى وان قال عشرة من إبلي وقع على الذكر والانثى جميعاً ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهي للذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك الغنم لان العدد في العشرة من الثلاثة إلى العشرة للذكور بالها والمؤنث بغيرها قال الله تعالى (سخرها

ومالك وأبوحنيفة وأصحابه وابو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان في صاحب الامراض الممتدة ان عطيته من صلب المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ فهو كالهرم

ولنا انه مريض صاحب فراش يخشى التلف فأشبه صاحب الحمى الدائمة ، وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمسئلتنا

[الضرب الثالث] من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثلث فان عمر رضي الله عنه خرقت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله

(الضرب الرابع) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالبرسام وهو بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحمى الصالب والرعاف الدائم لانه يصفي الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى أولم يكن وهي مع الحمى أشد خوفا ، فان ثاوره الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من

عليهم سبع ليال وثمانية أيام)وان وصى ببعير ففيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له (والثاني) هو الذكر والانثى لانه يتناولها جميعاً في لسان العرب فيقول حلبت البعير يريد الناقة ، والجمل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى

(مسئلة) (والدابة اسم للذكر والانثى من الخيل والبغال والحمير)

لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك فان قرن به ما يصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر وان وصى له بحمار فهو ذكر والاتان انثى وان وصى بحصان فهو ذكر والفرس يتناول الذكر والانثى

(مسئلة) (وان وصى له بغير معين كعبد من عبيده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا)

الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه صحيحة وقد ذكرنا صحة الوصية بالمجهول فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة اختارها الخرقي ونقل ابن منصور أنه يعطى أخسهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا وهو قول الشافعي وقال مالك قولا يقتضي أنه إذا وصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا وصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك، والصحيح ان

الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لانها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة الا انه يكون في جميع البدن، وأما الاسهال فان كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وان لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج منقطعاً فانه يكون مخوفا لان ذلك يضعف ، وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل الا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الخرقي انه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين كما ذكرنا في باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فانه لما جرح سقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب : اعهد الى الناس ، فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده

شاء الله تعالى أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه لكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين وليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما لو أعتق واحداً منهم وعلى مانقله ابن منصور يعطيه الورثة ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء لانه يتناوله اسم العبد فاجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يضفه إلى عبيده

﴿مسئلة﴾ (وان لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجهين)

لانه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له وهذا أحد الوجهين ، فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها وقعت باطلة فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً، ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية، وقد روى ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لانه قصد اعطاءه مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم يكن له في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده اذا لم يكن له عبيد يشترى له عبد ويعطاه وهذا الوجه الثاني ووجهه أنه لما تعذرت الصفة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا يملكها ثم ملكها

﴿مسئلة﴾ (فان كان له عبيد فماتوا إلا واحداً تعينت الوصية فيه وكذلك ان لم يكن له إلا عبد واحد لتعذر تسليم الباقي ، وان تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها إنما تلزم بالموت ولا عبيد له حينئذ ، وان تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت أيضاً لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، وان قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث وهذا قول مالك وقال اسحاق اذا اثقلت لا يجوز لها الا الثلث ولم يحد وحكاه ابن المنذر عن أحمد. وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة: عطية الحامل من الثلث. وقال أبو الخطاب عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث وبهذا قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر، وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولانها انما تخاف الموت اذا ضربها الطلق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش، وقال الحسن والزهري: عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها، ووجه قول الخرقي ان ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطلق كان مخوفا لانه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الامراض المخوفة، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف، وإن مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي

الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة إما قيمة أحدهم بالقرعة أو قيمة من يختاره الورثة لانه بدل عما وجب له.

(مسئلة) (وان وصى له بقوس وله أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس النشاب لانه أظهرها إلا أن يقترن به قرينة تصرفه إلى غيره وعند أبي الخطاب له أحدهم بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده)

إذا وصى له بقوس صحت الوصية لان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس بجرى أو قوس جرخ أو ندف أو بندق فان لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه وان كانت له جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرفه الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوس يندف به أو يتعيش به أو نحو ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وان قال قوس يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق، وان كان الموصى له ندافا لا عادة له بالرمي أو بندقانياً لا عادة له بالرمي بشيء سواه أو يرمي بقوس غيره ولا يرمي بسواه انصرفت الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به فان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أنه يأخذ أحدها بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده أو يعطيه الورثة ما يختارونه لان اللفظ يتناول جميعها. قال شيخنا والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف، ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها، وهذا مذهب الشافعي، إلا أنه لم يذكر العربية،

عن أحمد في النفساء ان كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم لزومه لذلك في الغالب، ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له الا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) ويحصل الخوف بغير ماذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين وبه قال مالك والاوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بمخوف لانه ليس بمريض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يحمل هذا رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن

ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في العادة من غير أهلها حتى يضيفها فيقول قوس القطن أو الندف أو البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالباً ويعطى القوس معمولة لانها لا تسمى قوساً إلا كذلك ، ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه ، وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لانها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها .

《 مسئلة 》(وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطبل لهو لا يصلح إلا للهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة، فان كان إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة، فان كان يصلح لهما صحت الوصية به لان المنفعة به قائمة ، وان وصى له بطبل واطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى الطبل المباح فان كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أحدها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين . وان وصى بدف صحت الوصية به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود لهو لانها محرمة وسواء كانت فيها الاوتار أو لم تكن لانها مهيأة لفعل المعصية فأشبه مالو كانت فيه الاوتار .

《 مسئلة 》 (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم يعلم)

وقال مالك لا تنفذ الا فيما علم ، وحكي ذلك عن ابان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك

يقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره وللشافعي فيه قولان (أحدهما) أنه مخوف (والثاني) ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه إلى التلف فثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكنا فليس بمخوف وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الاسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية: ليس له من ماله لا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري

إلا في المدبر فانه يدخل في كل شيء.

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم ولان الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه مالم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بثلثه فاستحدث مالا دخل ثلثه في الوصية)

في قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وممن قال ذلك النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه أشبه ماملكه قبل الوصية ولما ذكرنا في التي قبلها.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين)

(احداهما) تدخل قال مهنا روي عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته فقال يستحق منها ، وروي عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك ، وهو قول الحسن ومالك (والثانية) لاتدخل في وصيته نقلها ابن منصور وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق ، وقال مالك في دية العمد لان الدية انما تجب للورثة بعد موت الموصي لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن يجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية لان الميت إنما

والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وتأول القاضي ماروي عن أحمد في هذا على ماذكرناه من التفصيل ابتداء ، وقال الشعبي ومالك الغازي عطيته من الثلث ، وقال مسروق اذا وضع رجله في الغرز ، وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأعيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ماذكرنا من التفصيل لان مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به ، واذا كان المريض الذي لايخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى

(الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمرض وانما يخاف المرض والله أعلم

(فصل) ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فمها خرج من الثلث تبينا ان العطية صحت فيه حال العطية فان نما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما افضى الى الدور فمن ذلك إذا اعتق عبدا لامال له سواه فكسب مثل قيمته في حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ماعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه ، فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لان كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لان لهم مثلي ماعتق منه وقدعتق منه شيء ولا يحسب على العبد ماحصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لامن جهة سيده

يوصى بجزء من ماله لا بمال ورثته ، ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ، ولان بدل أطرافه في حياته له فكذلك بدل نفسه بعد موته ، ولذلك تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يحوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه فاما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها شيء بعد موته فانه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ويجهز فكذلك ديته لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبه قضاء دينه .

﴿ مسئلة ﴾ (فان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل الدية على الورثه من الثلثين ؟ على وجهين) بناء على الروايتين فعلى الرواية الاولى تحسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية والا أخرج منه قدر ثلثها . وعلى الرواية الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله .

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وبثمرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله وهذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة المفردة لانها معدومة .

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالاعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال

فصار للعبد شيآن وللورثة شيآن من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وان كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيآن صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه اخماسا يعتق منه ثلاثة اخماسه وله ثلاثة اخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه، وان كسب ثلاثة امثال قيمته فله ثلاثة اشياء من كسبه مع ماعتق منه ولهم شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهما وان كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف اذا بسطتها انصافا صارت سبعة، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة اسباعه وله ثلاثة اسباع كسبه والباقي لهم فان كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء ويعتق منه مائة جزء وتسعة اجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه. وان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لان الدين مقدم على التبرع وان لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه مايقضي به الدين ومابقي منهما يقسم على مايعمل في العبد الكامل وكسبه. فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين، وكذلك بقية الكسب وان كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الاشياء الاربعة فلكل شيء ثلاثة ارباع فيعتق من العبد ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه ولو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم اعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته

نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول من قال بصحة الوصية بها، وان لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث، وقال مالك اذا وصى بخدمة عبده سنة فلم تخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور اذا وصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فان أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها اذا اخرجت من الثلث أو بقدر ماخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان

اذا ثبت هذا وأريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها

(فصل) فان أراد الموصى له بمنفعة العبد او الدار اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها فله ذلك، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لانه أوصى له باستيفائه.

ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاماً فملك أخذ العوض عنها بالاعيان كما لو ملكها بالاجارة وإن أراد الموصى له اخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور، وقال أصحاب الرأي لا يخرجه إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلى أهله.

لكملت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم وان بدأ بعتق الادنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك مثلا ما اعتق منهما وان اعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كما لو بدأ باعتاقه

(فصل) وان اعتق ثلاثة اعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة احدهم وكسب أحدهم مثل قيمته اقرعنا بينهم لاخراج الدين [1] فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله وللورثة مابقي وان وقعت على المكتسب عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم نقرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوبا لانسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها

(فصل) وإن أعتق عبدين متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما قرع

[1] قوله إقرعنا بينهم لاخراج الدين فيه نظر لان القرعة لامدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من اجزاء التركة بخلاف العتق فانه يتعين بها فلذلك يجب أن يقرع للعتق أولا ثم قوله ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه تحكم لا وجه له ويحتاج الى جعل العتق في عبدين لذلك وهو خلاف للاصول اذ كان يمكنه جعل العتق بكماله في واحد والله اعلم

ولنا أنه مالك لنفعه فملك إخراجه كالمستأجر .

﴿ مسئلة ﴾ (إذا أوصى بمنافع عبده أو أمته أبداً أو مدة بعينها فللورثة عتقها لانها مملوكة لهم ومنفعتها باقية للموصى له ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان العتق للرقبة وهو لا يملكها فان وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد أو أسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان مايوهب للعبد يكون لسيده .

(فصل) ولهم بيعها وتباع مسلوبة المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لايجوز بيعها لان ما لا نفع فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل يجوز بيعها لمالك منفعتها دون غيره لان مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض ، ووجه الاول انها أمة مملوكة تصح الوصية بها فصح بيعها لغيره ولانه يمكنه اعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها بخلاف الحشرات .

﴿ مسئلة ﴾ (ولهم ولاية تزويجها لانهم يملكون رقبتها)

وليس لهم ذلك إلا باذن صاحب المنفعة وليس لواحد منهما تزويجها منفرداً لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها وصاحب المنفعة يتضرر به فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما وكذلك لو طئت

بين الحي والميت فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين أن الميت نصفه حر لان مع الورثة مثلي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبنتا وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فان خلف العبد ابنا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لابيه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتا فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابنا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لانا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه الى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه

التزويج وجب تزويجها عند طلبها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ومنفعتها لزمه ذلك وقدم حقها على حقه ووليها في الموضعين مالك الرقبة لانه مالكها .

(مسئلة) (ومهرها ههنا وفي كل موضع واجب للورثة) في اختيار شيخنا لان منافع البضع لا تصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بعد التزويج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها وعند أصحابنا المهر للموصى له بالمنفعة لانه من منافعها .

(مسئلة) (وان وطئت بشبهة فالولد حر لان وطء الشبهة يكون الولد حراً لاعتقاد الواطيء انه يطأ في ملك فهو كوطء المغرور بأمة وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشتري بها مايقوم مقامها ويجب على الواطيء لانه الذي فوت رقه وانما اعتبرت قيمته يوم الوضع لان مقتضى الدليل أن تجب قيمته حين العلوق لانه وقت تفويت الحرية فلما لم يمكن ذلك قومناه في أول حال الامكان وذلك حالة وضعه وهي للورثة ولا شيء للوصي فيها لانه انما وصى له بنفع الام وليس الولد من المنافع ولا وصى له بمنفعته فلا يستحقه .

﴿مسئلة﴾ (وان قتلت فللورثة قيمتها في أحد الوجهين)

لأنهم مالكوها لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الاجارة وفي الوجه الآخر يشتري بها مايقوم مقامها لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل استحقاقها ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان الاستحقاق يبطل بتلفهما

شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لان أباه لم يعتق وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الام نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسه من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ماعتق من العبد فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعتق الاب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر مافيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئا وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل

(فصل) في المحاباة في المرض وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهي على أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع

﴿مسئلة﴾ (وللوصي استخدامها واجارتها واعارتها) لان الوصية له بنفعها وهذا منه

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لواحد منها وطؤها)

لان صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوجها ولا يباح وطء بغيرهما لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لايملكها ملكا تاماً ولا يأمن أن تحمل منه فربما أفضى الى هلاكها وايهما وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه وحكمها على ماذكرنا فيما اذا وطئها اجنبي بشبهة وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولد له لانها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، وأما المهر فان كان الواطيء ملك الرقبة فلا مهر عليه في اختيار شيخنا وله المهر على صاحب المنفعة ان كان هو الواطيء وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي ينعكس الحال وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطيء لانه لا يملك الا المنفعة فوجب عليه الحد كالمستأجر وعلى هذا يكون ولده مملوكا

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت من زوج أوزنا فحكمه حكمها)

لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ويحتمل ان يكون لمالك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصي به ولاهو من الرقبة الموصي بنفعها

بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق يقال له إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في احداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصا وسيفا فأخذ الشفيع الشقص أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولانه اذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فان فيه اجبار الورثة على المعارضة على غير هذا الوجه الذي عاوض مورثهم واذا فسخ البيع لم يستحق شيئا لان الوصية انما حصلت في ضمن البيع فاذا بطل البيع زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج ، وان اشترى عبداً

﴿مسئلة﴾ (وفي نفقتها ثلاثة أوجه)

(أحدها) تجب على مالك الرقبة وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لاحمد وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كنفقة العبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه (والثاني) تجب على صاحب المنفعة وهو قول الاصطخري وأصحاب الرأي وهو أصح ان شاء الله تعالى لانه يملك نفعها على التأبيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولان نفعه له فكان عليه ضرره كالمالك لهما جميعا يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع أمتي وابقيت على ورثتي ضررها والشرع ينفي هذا بقوله «لاضرر ولا اضرار» ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفعه وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن المنافع (والثالث) أنها تجب في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرفت في نفقته فقد صرفت المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيئا من ماله سواه فان لم يكن لها كسب فقيل تجب نفقتها في بيت المال لان مالك الرقبة لاينتفع بها وصاحب المنفعة لايملك الرقبة فلا يلزمه احيارها وكذلك سائر الحيوانات الموصى بنفعها قياسا على الامة .

يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلثي الثمن ، وعلى قول القاضي المشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن ، فان خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن . وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه وان باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه لان المساواة ههنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوي ثلث قيمته أن نقول يجوز البيع في شيء من الارفع بشيء من الادون وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء القهما من الارفع يبق قفيز الا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثلث شيء فاذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز

(فصل) [القسم الثاني] المحاباة في التزويج اذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فان ورثته بطلت المحاباة الا أن يجيزها سائر الورثة وان لم ترثه لكونها

﴿مسئلة﴾ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان)

(أحدهما) يعتبر جميعها من الثلث يعني تقوم بمنفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لان أمة لا منفعة فيها لا قيمة لها غالبا (والثاني) تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما فاذا كان قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا ان قيمة المنفعة تسعون.

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل برقبتها ولآخر بمنفعتها صح) وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا

(فصل) واذا وصى بثمرة شجرة مدة أو بما تثمر أبدا صح ولا يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره فان أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه فان يبست الشجرة فحطبها للوارث وان وصى له بثمرتها مدة بعينها فلم تحمل في تلك المدة فلا شيء للموصى له وان قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح وله ثمرتها في ذلك العام وكذلك اذا وصى له بما تحمل أمته أو شاته وان وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وقام صاحب الرقبة مقام الوارث فيما له وان وصى له بلبن شاته وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان أوصى بلبنها أو صوفها صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) وإذا وصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الانفاق فهما بمنزلة الشريكين أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من

مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ماحاباها به وان ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها دخلها الدور فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشيا ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثه فكان لها ثمانية رجع الى ورثة الزوج نصفها اربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فان ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ماحاباها به الى ورثة الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها . وان كان المرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء اربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة . وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان. والباب في هذا ان تنظر مايبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمسا شيئين ونصف وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف مابقي

(فصل) [القسم الثالث] أن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها فمذهب أحمد أن لورثتها أن

سقيه والانفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الانفاق عليه هذا قول أبي بكر لان في ترك الانفاق ضرراً عليهما واضاعة للمال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار » ونهى عن اضاعة المال (والثاني) لايجبر على الانفاق على مال نصيبه ولا على مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مبانانه فامتنع وينبغي أن تكون النفقة عليهما على قدر قيمة كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وان أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا باذن الآخر وايهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وان اتفقا على بيعه واصطلحا على لبسه جاز لان الحق لهما

(فصل) فان وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فان أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لانه يجوز أن ينقص أجره عن الدنيا وان كانت الدار لا يخرج من الثلث فلهم بيع مازاد عليه خاصة وترك الباقي فان كان عليه دينار أو أقل فهو للموصى له وان زادت فله دينار والباقي للورثة.

﴿مسئلة﴾ تصح الوصية بالمكاتب اذا قلنا يصح بيعه)

لايعطيه أكثر من ميراثه منها يكون له الاقل من العوض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالعها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لانها متهمة في أنها قصدت ايصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك ان خلع المريضة باطل. وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفه ان خالعها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث، ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لامال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثناعشر لانها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة ، وان كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقي ثمانية . مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وتسعون الا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلع أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي المرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو

لانه مملوك يصح بيعه فصحت الوصية به كالقن ويقوم من انتقل اليه مقام السيد في الاداء اليه وان عجز عاد رقيقا له وان عتق فالولاء له كالمشتري فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لاينافيها وان أدى بطلت فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي فعجز في حياة الموصي صحت الوصية وان عجز بعد موته بطلت كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قال ان عجز بعد موتي فهو لك ففيه وجهان نذكرهما في العتق فيما اذا قال ان دخلت الدار بعد موتى فأنت حر

﴿مسئلة﴾ وان وصى له بمال الكتابة أو بنجم منها صح

لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لايملكه في الحال كحمل الجارية وللموصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله ان يبريء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لانه المنعم عليه فان عجز وأراد الوارث تعجيزه وأراد الوصي انظاره فالقول قول الوارث لان حق الوصي في المال اذا كان العقد قائما وحق الوارث متعلق به اذا عجز يرده في الرق وليس للوصي ابطال حق الوارث من تعجيزه وكذلك إن أراد الوارث انظاره واراد الوصي تعجيزه فالحكم للوارث ولاحق للوصي فى ذلك ولا نفع له لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبدا للوارث وان وصى بما يعجله المكاتب صح فان عجل شيئا فهو للوصي وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية

سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا اذا ماتت بعد انقضاء عدتها ، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت المحاباة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

فصل في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتا فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساذلك أربعون رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فتأخذ ثلثه اثنين وتلقى نصفه

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل برقبته ولآخر بما عليه صح فان أدى الى صاحب المال أو ابرأه منه عتق وبطلت وصيته صاحب الرقبة)

قاله أصحابنا ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه ولو لم يوص بها كان الولاء له فاذا أوصى بها كان الولاء للموصى له وكما لو وصى له بالمكاتب مطلقا لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وان كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئا فهو له فان اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما ذكرنا

(فصل) فان كانت الكتابة فاسدة فوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم يصح لانه لا شيء في ذمته فان قال أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدى منها المال كما يؤدى في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب فيها صح لانها تصح في المكاتبة الصحيحة ففي الفاسدة أولى والله أعلم

(فصل) واذا قال اشتروا بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه الى المكاتبين لانه أوصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسع الثلث لم يجز أن يشتري أقل منها لانها أقل الجمع فان قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك وان أمكن

سهما يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي اسقطناه لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد، وشبه هذه المسألة من مسائل الرد أم واختان فللاختين أربعة وللأم سهم يسقط ذكر السهم السادس، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له ويبقى ستة للواهب وهي مثلا ماجازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنتا فمسئلتها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية تلقى منها الثلاثة يبقى خمسة فهي الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فان وهب مريض مريضا مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها للاول، ولا يملك سواها فبالباب نضرب ثلاثة في ثلاثة ونسقط منها سهما يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها لكل سهم

شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أفضل لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك الا باعتاق جميعه، وهذا التفصيل والله أعلم من النبي ﷺ انما يكون مع التساوي في المصلحة، فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق وله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة في العتق بل ربما تضرر به من فوات نفقته وكفايته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة فان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع من الاجزاء في الكفارة والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ومن اوصي له بشيء بعينه فتلف قبل موت الموصي او بعده بطلت الوصية) كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا اوصي له بشيء فهلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين فاذا ذهب ذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلا يضمنوا شيئاً

(مسألة) (ولو تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصى له)

خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهما يبقى سهمان فهو للموهوب الاول وذلك هو الربع وبالجبر قد صحت الهبة في شيء ثم صحت الهبة الثانية في ثلثه بقي الموهوب الاول ثلثا شيء والواهب مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلاثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمسة وعشرون فان خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شيء تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسون

(فصل) فان وهب رجل رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء خمس

لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال فحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذه الموصى له وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد الموصى له به

﴿مسألة﴾ (وان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وذلك لان الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فينظر كم كان الموصى به وقت الموت فان كان ثلث التركة او دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر الاموال او اكثر منه او هلك المال كله سواه فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد او نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً الا ان يجيز الورثة وان كانت قيمته اربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد

﴿مسألة﴾ (فان لم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين في ذمة موسر اومعسر فللموصى له ثلث الموصى به وكلما اقتضى من الدين شيء او حضر من الغائب ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يكمله كله)

ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة اخماس مهرها ستة، ولو وطئها اجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطيء فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ماجازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون الا شيئا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليهم عقر الذي جازت الهبة فيه فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها

(فصل) وإن وهب مريض رجلا عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تفديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة فيه وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداءه ففيه روايتان.

(احداهما) يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه منه او ارش جنايته (والاخرى) يفديه بقدر ذلك من ارش جنايته بالغة مابلغت، فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين ان الشيء نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار

وجملة ذلك ان من اوصى بمعين حاضر وسائر ماله دين او غائب فليس للوصي اخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لانه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ويأخذ الوصي من المعين ثلثه وهو ظاهر كلام الخرقي ذكره في المدبر وقيل لا يدفع اليه شيء لان الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل الورثة مثلاه ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لاصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان حقه في الثلث مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولانه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمتنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشيء كما لو ابرأ معسراً من دين عليه وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لان الموصي كان له ان يوصي بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدي الى ان يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضيتم بذلك والا فعودوا الى ماكان له ان يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه اوصى بمالا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازما كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه إلى مالم يوص به كما لو وصي له بمشاع لم يجز نقله الى معين ، وكما لو كان المال كله

دفعه فان الهبة تجوز في شيء وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ماجاز الهبة فيه وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة اخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمسا.وان كانت قيمته نصف الدية او أقل وقلنا نفديه بارش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها اكثر من مثلي قيمته اومثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ماصحت الهبة فيه،فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ماجازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئاً فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه بسبعة أثمان الدية

(فصل) مريض أعتق عبداً لامال له سواه قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ماعتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه

حاضراً أو غائباً .إذا ثبت هذا فان الموصى له ثلث العين الحاضرة وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل الموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناراً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها ثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فتكمل له التسعة فان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فاذا استوفى الدين كله كمل الموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها ، واخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضي من الدين مثليه كملت وصيته .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه ان خرج من الثلث .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه فكلما اقتضي منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته ، وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها ان تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد الا شيئا وشيء يعدل شيئين فاسقط شيئاً بشيء بقي ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لانه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف الشيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد يعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساه. وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين فبقية العبد إذاً ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد في العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلما اقتضى من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الادنى على الارفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدين فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ما عتق منه. وحسابها أن تقول عبد عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدين شيء ونصف فاذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعا يعدلان

وانما ان الورثة شركاؤه في الدين وليس له معهم شركة في العين فلا يختص بما يخرج منه دونهم، كمالو كان شريكه في الدين وصياً آخر، وكما لو وصى لرجل بالعين ولا خر بالدين فالمنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه دون صاحبه كذا ههنا.

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فاذا استوفي الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال، وإن استوفي الدين قبل القسمة قسما بينهما كذلك للموصى له ثلث العبد ربعه، لأن للوصيين أربعة أتساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه، وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها، وهذا أسدها إن شاء الله لاننا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث فان أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر.

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فان الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا

شيئين ونصفا فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما . وان وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لان الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر مافيه من الحرية والرق والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه ، وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون وقيمة الاخر ثلاثون فجنى الادنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فان خرجت القرعة للادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيآن وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع(1) وهي من الادنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق ، وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا مايستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(1) صوابه ستة وعشرون وربع وهي من الادنى نصفه وربعه وثمنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة اذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فانه قال في رواية صالح وحنبل تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال

دينه ويبقى لهما عليه ثلثه، فان كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماسا للوصي خمساها أربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فاذا استوفى قسم بينهما أخماساً كما قسمت العين لان الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ماعليه لان له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه .

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا تبعها وهو للموصى له ، وان كان منفصلا في حياة الموصي فهو له يكون ميراثا وإن حدث بعد الموت قبل القبول فهو للورثة في ظاهر المذهب وقيل للوصي وقد ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقي وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أوماتا فله ثلث الباقي)

اذا وصى له بمعين فاستحق بعضه فله ما بقي منه ان حمله الثلث فاذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصي له كما لو كان شيئا معينا وان وصي له بثلث ثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقي

ابو بكر لايختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين ، وقال ابن أبي موسى لاتصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولا واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبدالعزيز وشريح وعطاء والزهري واياس وعبدالله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق، قال إسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن احمد وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي وللشافعي قولان كالمذهبين . واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق ولأنه لا يقبل اقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ماروي أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته، رواه سعيد، وروى مالك في موطئه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه ان عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يافعا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين الفا وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم، قال ابو بكر وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي باكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فللموصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه وان ردوا فقال الخرقي للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد وللموصى له بالعبد نصفه قال شيخنا وعندي أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الاجازة لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربعه وخمسه)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلثه فاجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسم بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو وصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فاما في حال الرد فان كانت وصيتها لا تجاوز الثلث مثل ان يوصي لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحالة الاجازة سواء إذ لا أثر للرد وان جاوزت الثلث رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتيهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرقي وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في حال الاجازة وهذا

غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فانه يفوت من ماله مايحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا يصح اسلامه ولا عباداته ، وقوله اذا وافق الحق يعني اذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ، قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فانه لاحكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى ولانها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة

(فصل) فأما المحجور عليه لسفه فان وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الاكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل ولان وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعباداته ، وأما الذي يجن أحيانا ويفيق أحيانا فان وصى حال جنونه لم تصح ، وإن وصى في حال

قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي الا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الخرقي يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع، وأما في قول شيخنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شركه معه غيره فيه وصاحب السدس أفرد بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسم العبد على أربعة اسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول وفي حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتيهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه، وفي قول شيخنا تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع

عقله صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته وتصرفاته ولا تصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين

ولنا أنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فانما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فانه لاضرر عليه فيها انما الضرر على وارثه ، وأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والا فهو كالعاقل

(فصل) وتصح وصية الاخرس اذا فهمت اشارته لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة، وقال الشافعي وابن المنذر تصح وصيته لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا . رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن اشارة القادر لا تصح بها وصية ولا اقرار ففارق الاخرس لانه مأيوس من نطقه

يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحدعشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فبضمها الى صاحب الثلث تصير عشرين سهماً ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهي خمسها وثلثه من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه .

وفي الرد لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه هذا قول أبي الخطاب وهو قياس قول الخرقي وعلى اختيار شيخنا لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد و لصاحب العبد ثلثه والطريق فيها ان ينسب الثلث الى ماحصل لهما في حال الاجازة ثم يعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل نسبة الثلث اليه وعلى قول الخرقي ينسب الثلث الى وصيتيهما جميعاً ثم يعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة وبيانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث الى وصيتيهما بالخمسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لانه وصيته ولصاحب النصف الخمس لانه خمسا وصيته وعلى اختيار شيخنا قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لامال لهم، وإن أعتقوهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولا صحيحا وأهلية تامة وانما فارقوا الحر بأنهم لامال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير الذي لاشيء له ثم استغنى، وإن قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) وتصح وصية المسلم للذمي والذمي المسلم والذمي الذمي، روي اجازة المسلم الذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنه واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) هو وصية المسلم اليهودي والنصراني. وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلث المائة الف ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وانما صحت وصية المسلم للذمي فوصية الذمي المسلم والذمي الذمي أولى ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم المسلم ولو أوصى لوارثه أو لاجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء

(فصل) وتصح الوصية للحربي في دار الحرب نص عليه أحمد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه، وقال بعضهم لاتصح وهو قول أبي حنيفة لان الله

فلكل واحد منهما مما حصل في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(فصل) فان كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب النصف تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى اختيار شيخنا لصاحب العبد ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسه ومن المال ثمانون وهو ربعها وسدس عشرها وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد في الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللاخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل وهو ثمانون.

(فصل) فلو خلف عبدا قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لاخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب المائة بنصف الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلث وثلث المائة وعلى الوجه الاخر لصاحب العبد ربعه وللاخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما الى نصف نصيبه فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى بسدس ماله لرجل ولآخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ويأخذ صاحب المشاع سدس

تعالى قال (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم — إلى قوله — انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لايحل بره

ولنا انه تصح هبته فصحت الوصية له كالذمي ، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال يارسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ماقلت فقال « اني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر أخا مشركا له بمكة . وعن أسماء بنت أبي بكر قالت أتتني امي وهي راغبة - تعني عن الاسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله أتتني أمي وهي راغبة أفأصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج بالمفهوم فهو لايراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية في معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى لاتصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولان ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لانه لايجوز هبتهما له ولا بيعهما منه ، وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية ، وان أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى ان الملك لايثبت إلا بالقبول لانه لايجوز أن يبتدىء الملك على مسلم ومن قال يثبت

المال وسبع العبد وللآخر ستة أسباعه فان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضا لان الوصيتين لاتزيد على ثلث المال .

﴿مسئلة﴾ وان وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث على المائة وذلك إذا كان المال ثلاثمائة بطلت وصية صاحب التمام)

لانه لم يوص له بشيء أشبه مالو أوصى له بداره وليس له دار ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما، وإن زاد الثلث على المائة بأن يكون المال ستمائة فأجازوا نفذت الوصية على ماقال الموصي فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل واحد من الوصيين مائة، وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت الى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا ، وهذا اختيار شيخنا . (والثاني) لاشيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء ، اختاره القاضي لانه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل ههنا له شيء قال ويجوز أن يزاحم به ولا يعطي شيئاً كولد الاب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد يزاحم الجد بالاخ من الأب ولا يعطيه شيئاً ، فان كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلى الوجه الاول لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة لان الوصية كانت بالثلثين فرجعت الى الثلث فرددنا كل واحد منهم الى نصف وصيته، وعلى الوجه

الملك بالموت قبل القبول قال الوصية صحيحة لاننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لانه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك

(فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذميا فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الانفاق عليها كان باطلا وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي يصح فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه ، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لأنها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ؛ وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح لانها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوبا من التوراة . وذكر القاضي انه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد إعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لأهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة ، والصحيح ان هذا مما لا تصح الوصية به لان ذلك انما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح ، وان وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء ولصاحب التمام خمسون وهذا اختيار القاضي .

(فصل) فان ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة ، وإن رد الاول وصيته فللآخر مائة ، وإن وصى للاول بثمانين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني، سواء رد الاول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق إن رد الاول فللثاني مائتان في المسئلتين .

ولنا أن المائة ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قتل الاول ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث ، فلا شيء للثاني ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا .

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسئلة ومزادا عليها ، هذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين ، أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث ، وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر الى عدد رءوسهم فاعطي سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لاهل قرية لم يعط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم)

يعني به المسلم إذا أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لأهل قريته أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم

ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولان ظاهر حاله انه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فكذا ههنا لان الوصية أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا في الوصية لان صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال ، وان وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقرابته وكلهم كفار دخلوا في الوصية لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية وان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لان اخراجهم بالتخصيص ههنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام

ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلا له ، وهذا يفضي إلى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به والعبارة تقتضي التسوية .

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا وصى له بمثل نصيب ابنه ، وله أبنان ، فله الثلث وإن كانوا ثلاثة فله الربع وإن كان معهم بنت فله التسعان لان المسئلة من سبعة لكل ابن سهمان ويزاد عليها مثل نصيب ابن ، سهمان ، فتصير تسعة فالاثنان منها تسعاها .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين)

تصح الوصية وتكون كما لو وصى بمثل نصيب ابن ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود ، والوجه الثاني : لا تصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه ، لانه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني ، وبما يأخذه ابني ، ووجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني ولانه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بضعف نصيب ابنه أو ضعفيه فله مثله مرتين وإن وصى بثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله) .

الخرقي انه للمسلمين لانه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وان كان باخراج الاكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج فيه الى دليل قوي والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل ان يوصي لاخوته او عمومته او بني عمه أو اليتامى اوالمساكين كالحكم في ما اذا اوصى لاهل قريته فاما ان اوصى بذلك كافر فان وصيته تتناول اهل دينه لان لفظه يتناولهم وقرينة حاله ارادتهم فاشبه وصية المسلم التي يدخل فيها اهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل ان لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا في الوصية وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (احدهما) لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم احق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو احق بحكمه الى غيره وان كان في القرية كافر من غير اهل دين الموصي لم يدخل في وصيته لان قرينة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ماوجد في المسلم من الاولوية فبقي خارجا بحاله ويحتمل ان لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

قال شيخنا هذا الصحيح عندي ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، كلما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة)

إذا وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلا نصيبه، وبه قال الشافعي، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل لقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين، وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أي مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل .

ولنا على أن الضعف مثلان قوله تعالى (إذاً لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ، وقال (وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) وروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من الثمانين عشرة ، وقال لحذيفة وعثمان بن حنيفة لعلكما حملتما الارض مالا تطيق ، فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت ، قال الازهري الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله ان الضعفين المثلان فقد روى ابن الانباري عن هشام ابن معاوية النحوي قال العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول ان أعطيتني درهما فلك ضعفاه ، أي مثلاه، وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد وكلاهما يراد به المثلان واذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم وإن خالفنا القياس .

(فصل) وان وصى له بضعفيه فله مثله مرتين وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندي ، وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وعلى هذا كلما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة ، وهو قول الشافعي ، واحتجوا بقول أبي عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه : هو ومثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، وقال أبو ثور ضعفاه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى بكل ماله ولاعصبة له ولا مولى له فجائز وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله رواية اخرى لايجوز الا الثلث)

اختلف الرواية عن احمد رحمه الله في من لم يخلف من ورائه عصبة ولاذافرض فروي عنه ان وصيته جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق واسحاق واهل العراق والرواية الاخرى لايجوز الا الثلث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثا

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث انما كان لتعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وهاهنا لاوارث له يتعلق حق بماله فاشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم اشبه حال الصحة او اشبه الثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لايرث المال كله كبنت او ام لم يكن له الوصية باكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي ﷺ لا يرثني الا ابنتي فمنعه النبي ﷺ من الزيادة على الثلث ولانها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبة ، وان كان لها زوج او للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين فأما ذو الارحام فظاهر كلام الخرقي

أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لانه قد ثبت ان ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلا مفرده .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة : تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى : (يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فان الله تعالى انما يريد تضعيف الحسنات على السيئات هذا المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه فيه غيره وأنكر قوله قال ابن عرفة لا أحب قول ابي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل هشام بن معاوية النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم ، واهل العربية ، فلا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل ، فقد شذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس .

انه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ولا عصبة له ولا مولى له وذلك لان ذا الرحم ارثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء الا عند عدم الرد والمولى لا تجب نفقته ويحتمل ان لا تنفذ وصيته باكثر من ثلثه لان له وارثا فيدخل في معنى قوله عليه السلام «انك ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» ولانهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته فاشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مسا واتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا والعصبات

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال أوصيت لفلان بثلثي على انه لا ينقص ذا الفرض شيئا من فرضه او خلف امراة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين ان يجعلها من رأس المال او من الزائد على الفرض واما (المسئلة الثانية) فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت هاهنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فهاهنا مثله لان بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال اذا عين الوصية من نصيب العصبة منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(فصل) ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له كمن يوصي بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه أو كونه مخالفاً لدينه أو بنصيب اخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للوصي لانه لا نصيب له فمثله لا شيء

(مسئلة) (واذا وصى له بمثل نصيب احد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيباً)

فلو كانوا ابناً وأربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين سهماً لكل امرأة سهم وللموصى له سهم يزاد عليها فتصح من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصي سهم ولكل امرأة سهم والباقي للابن. وجملة ذلك انه اذا وصى بمثل نصيب احدهم غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب احدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم وان كانوا يتفاضلون كهذه المسئلة فله مثل أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك ان كانو يتفاضلون نظر إلى عدد رءوسهم فأعطي سهماً من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم

ولنا أن اليقين أن يعطى الوصي مثل أقلهم نصيباً وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهماً من عددهم مخالف لما يقتضيه لفظ الموصي لانه ليس بنصيب أحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي عملا بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا وقوله تعذر العمل بقول الموصي ممنوع فقد أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لم يجز أن يجب في ماله حق لم يأذن فيه ولم يأمر به ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وان قال أوصيت بمثل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى لعبده بثلث ماله فان كان العبد يخرج من الثلث عتق ومافضل من الثلث بعد عتقه فهو له ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث الا ان يجيز الورثة)

وجملة ذلك انه اذا اوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث او ربع او سدس صحت الوصية فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وان لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وابو حنيفة الا أنهم قالوا ان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه وقال الشافعي رضي الله عنه الوصية باطلة الا ان يوصي بعتقه لانه اوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين

ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه او بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه مافضل منه، وفارق ماإذا أوصى بمعين لانه لا يتناول شيئاً منه

نصيب أكثرهم ميراثا فله ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون تضم إلى المسئلة فتكون ستين سهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ولو وصى له بمثل نصيب وارث لو كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه)

فان خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان فللموصى له الربع وان خلف ثلاثة بنين فله الخمس وان وصى بمثل نصيب خامس لو كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، فلو خلفت امرأة زوجاً وأختاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهم مضاف إلى أربعة يكن خمساً فقس على ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (فان خلف أربعة بنين فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان الا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية فله سهم يزاد على ثلاثين وتصح من اثنين وستين له سهمان ولكل ابن خمسة عشر) لانه استثنى السدس من الخمس . فطريقها أن تضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر تكن ثلاثين خمسها ستة وسدسها خمسة فاذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم الموصى له فزده على الثلاثين تصر واحدا وثلاثين فأعط الموصى له سهما يبقى ثلاثون على أربعة لا تنقسم وتوافق بالنصف فزدها إلى خمسة عشر واضربها في أربعة تكن ستين زد عليها سهمين الموصى له ولكل ابن خمسة عشر. وطريقها بالجبر أن تجعل المال أربعة وشيئاً تدفع الشيء الى الموصى له يبقى أربعة

(فصل) فان وصى له بمعين من ماله كثوب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الاكثرين وبه يقول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكا للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما اذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برقبته فهو تدبير يعتق ان حمله الثلث وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور الوصية باطلة لانه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولان معنى الوصية له برقبته عتقه لعلمه بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته، وإن وصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء وهل يعتق جميعه اذا حمله الثلث ؟ على روايتين ذكرهما الخرقي فيما اذا دبر بعض عبده وهو مالك لكله، وقال أصحاب الرأي يسعى في قيمة باقيه وهذا شيء يأتي في باب العتق ان شاء الله تعالى

(فصل) وإن وصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء اوصى له بجزء شائع أو معين لان ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، وإن وصى لأم ولده صحت الوصية لانها

تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس وتقسمها على ستة يخرج ثلثان فتسقط الثلثين من أربعة الاخماس يبقى سهمان من خمسة عشر ثم تضرب الاربعة الاسهم في الخمسة عشر لانها مخرج الثلث تكن ستين تزيد عليها السهمين فهي للموصى له ولكل ابن خمسة عشر فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها الخمس اثنا عشر والسدس عشرة

(فصل) وإذا خلف بنتاً وحدها ووصى بمثل نصيبها فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد لانه يأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، وعلى قول مالك ومن وافقه للموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي ومابقي لبيت المال، فان خلف ابنتين ووصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم الربع وعلى قول مالك الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فان خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين وعلى قول من لا يرى الرد هي من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك للموصى له السدس وللجدة سدس مابقي والباقي لبيت المال .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال بينهم على ستة ان أجازوا وان

حرة حين لزوم الوصية ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهري ويحيى الانصاري ومالك والشافعي واسحاق، وإن وصى لمدبره صح لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد ، وإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعا قدم عتقه على الوصية لانه أنفع، وقال القاضي يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه ، ولنا انه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله

(فصل) وان أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك الى العبد لان العقد مضاف اليه فأشبه ما لو وهبه شيئا فاذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا تفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب فصح من غير اذن سيده كالاحتطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعي ، ولاصحابه وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف من العبد فأشبه بيعه وشراءه

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح، وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وابو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وانما لسيده أخذه من يده ، فاذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير وما ذكروه من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير

ردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين الابنين على ثلاثة فان أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم، وفي المجاز له وجهان أحدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فتأخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهي ثمانية عشر بين الابنين على ثلاثة لا تصح فتضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن أحد عشر (والوجه الثاني) ان تضم المجاز له إلى الابنين وتقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب في تسعة تكن ستة وثلاثين فان أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداساً على الوجه الاول، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ثم يقتسمونه بينهم على خمسة لا تصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ،فان أجاز أحد الابنين لهم ورد الآخر ان عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزا أربعة اتساعه ثمانية يبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة نضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فان أجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين والله أعلم

(فصل) واذا أوصى بعتق أمته على أن لاتتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لان العتق اذا وقع لايمكن رفعه ، وإن وصى لام ولده بألف على أن لاتتزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت وتركت ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففاتت الوصية، وفارق العتق فانه لايمكن رفعه (والثاني) لاتبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ماشرط عليها كالاولى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه فقال ابن حامد تجوز الوصية له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال احمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قولي الشافعي رضي الله عنه لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لاتصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية فالوصية أولى ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها مايمنعه

وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعا بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لان الوصية بعد الجرح

(فصل) في الوصية بالاجزاء إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء فللورثة أن يعطوه ماشاءوا لا نعلم فيه خلافا وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن المنذر وغيرهم لان كل مايعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في الشرع ولا في اللغة فكان على اطلاقه

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بسهم ففيه ثلاث روايات (احداها) له السدس بمنزلة سدس المفروض إن لم تكمل فروض المسئلة أو كانوا عصبة أعطي سدساً كاملا وان كملت فروضها أعيلت به وان عالت أعيل معها (والثانية) له سهم مما تصح منه المسئلة مالم تزد على السدس (والثالثة) له مثل نصيب أقل الورثة مالم يزد على السدس

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن أوصى بسهم من ماله فروي عنه أن للموصى له السدس روي ذلك علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري (والرواية الثانية) أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة فيزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح ، قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا مالم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق، ووجه ذلك ان قوله سهما ينصرف إلى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال فريضتي كذا وكذا سهما لك منها سهم (والثالثة) له سهم من سهام اقل الورثة اختارها الخلال وصاحبه قال أحمد في رواية أبي طالب والاثرم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل أنصيب رجل او نصيب امرأة ؟ فقال أقل ما يكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزيد على الثلث فيعطى الثلث، ووجه هذا القول أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما اذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها لانه يبطل ما هو آكد منها، يحققه أن القتل انما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضا، وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصية فانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه صح تدبيره

﴿مسألة﴾ قال (واذا قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر اذا خرج من الثلث)

وجملة ذلك أنه اذا أعتق عبداً غير معين فانه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لانه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين الى المعتق كالعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته اعتقوا عني عبداً

ولنا أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان اخراجه بالقرعة كما لو أعتقهم فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الاصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فانه لم يستحقه أحد انما استحق على المكفر التكفير، وأما اذا قال اعتقوا عني عبداً فان لم يضف إلى عبيده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالمعتق في الكفارة وان قال اعتقوا أحد عبيدي احتمل أن نقول باخراجه بالقرعة كمسئلتنا واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة . وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع الى اختيار الورثة وسيأتي الكلام عليها، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه انه جعل الامر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة اليهم وفي مسئلتنا لم يجعل لهم من الامر شيئا فلا يكون لهم خيرة

أقلها لانه اليقين، فاذا زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم يرثه ذو قرابة وقال ابو ثور يعطى سهما من اربعة وعشرين لانها اكثر أصول الفرائض فالسهم منها اقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاؤا لان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء او حظ وقال عطاء وعكرمة لاشيء له

ولنا ماروى ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة . إذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة الفروض اعيلت به وان كانت عائلة زاد عولها به وان كانت فيها رد او كانوا عصبة اعطي سدساً كاملا قال احمد في رواية ابن منصور وحرب إذا اوصى لرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا ان تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول، فكأن معنى الوصية اوصيت لك بسهم من يرث السدس فان وصى له بسهم في مسئلة فيها زوج واخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث وكذلك لو كان في المسئلة ام وثلاث اخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وللموصى له العشر

(فصل) ونقل صالح عن أبيه فيمن له غلامان اسمهما واحد فقال فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء . ووجه ذلك والله أعلم أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية لا لمعين، وقال القاضي يجب أن تصح هذه الوصية لان مستحقها حر في حال استحقاقها ونقل عن احمد فيمن قال اعتقوا رقبة مني فلا يعتق عنه الا مسلم وذلك لان المطلق في كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمي

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وان اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة)

أما اذا تعذر شراؤه اما لامتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة واما لموته او لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لان الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزمهم شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تنصرف إلى غيره، وأما ان اشتروه بأقل فالباقي للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته به فأشبه مالو قال بيعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج

وان كان الورثة ثلاث أخوات مفترقات فللموصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنتين فالمسئلة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر الى سبعة عشر وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس وعلى الرواية الاخرى يكون للوصي سهم واحد يزاد على المسئلة فتصير ستة عشر، وان كانوا زوجة وأبوين وابنا فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين، وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين، وعلى الرواية الثالثة التي اختارها الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة ثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وان كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فتزيد عليها سهما للوصي على احدى الروايات فتصير احدا وأربعين وعلى قول الخلال تزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الاولى تزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها صحيحا فتضربها في ستة ثم تزيد عليها سدسها تكون مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان وأربعون وترجع بالاختصار الى مائة وأربعين. والذي يقتضيه القياس فيما اذا وصى بسهم من ماله أنه ان صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كما لو وصى له بسدس ماله والا فهو كما لو وصى له بجزء من ماله على ما اختاره الشافعي وابن المنذر أن الورثة يعطونه ماشاؤا . والاولى انه إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى له بالسدس سواء وان لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم اقل الورثة وهو اختيار الخلال واحدى الروايات عن أحمد رحمه الله

(فصل) فلو خلف ابوين وابنتين ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم منه جعلت ذا السهم كاحد الابوين وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والوصي على سبعة

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعا اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة وفي مسئلتنا المقصود العتق. ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لان الوصية ثم الحج مطلقا فصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه، وقوله انه قصد ارفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول الصحيح أنه ان كانت ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقا له او ذا حاجة او من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقلة قيمته فانه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا اليه جميعه وان بذله بدونها، وان انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه انما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً اليه كما لو أمره بالشراء في حياته

(فصل) وان وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضى الله عنه، وقال ابو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل

ولنا أنها وصية يجب تنفيذها اذا احتملها الثلث فاذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كالووصى بعتق عبده يحمله الثلث وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه ولو أوصى باعتاق عبد لأعتق منه ما يحتمله الثلث فاما ان حمل الثلث فاشتراه وأعتقه، ثم ظهر على الميت دين يستغرق

فتصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ويحتمل أن يعطى الموصى له بالسهم السبع كاملا كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

﴿مسئلة﴾ (وان وصى بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته اليه وقسمت الباقي على مسئلة الورثة الا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها) فان لم تنقسم ضربت المسئلة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح

﴿مسئلة﴾ (وان وصى بجزأين أو أكثر أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على المسئلة فان زادت على الثلث وردوا جعلت السهام الحاصلة للاوصياء ثلث المال وقسمت الثلثين على الورثة فاذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه وخلف ابنين اخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر يبقى للابنين خمسة ان اجازوا وان ردوا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من أحد وعشرين للوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة فان أجازا لاحدهما دون الآخر أو أجاز أحدهما لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد من الابنين لواحد فاضرب وفق مسئلة الاجازة وهي ثمانية في مسئلة الرد تكن مائة وثمانية وستين للذي أجيز له سهمه من مسئلة الاجازة مضروب في وفق مسئلة الرد وللمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروب في وفق مسئلة الاجازة والباقي للورثة والذي أجاز لهما سهم من مسألة الاجازة في

المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراه بعين المال لاننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير اذنهم ، وان كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لان البائع ماغره انما غره الموصي ، ولا تركة له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين لزمه بتغرير الموصى فيرجع به عليه فاذا كان ميتا لزمه في تركته كأرش جنايته

(فصل) وان وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لان الوصية لابد لها من مستحق ولا مستحق ههنا، وان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية وبيع كذلك لان في البيع ههنا نفعا للعبد بالعتق، فان لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبعه سيده، وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع به لانه قد قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمنا بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بارفاق العبد بايصاله الى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد ارفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد، فان تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا

وفق مسألة الرد وللآخر سهم من مسألة الرد في وفق مسألة الاجازة والباقي بين الوصيين على سبعة وبيان ذلك أن مسئلة الاجازة من اثنى عشر لانها مخرج الثلث والربع لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة يبقى خمسة للابنين لا تصح عليهما تضرب اثنين في أصله تكن أربعة وعشرين للموصى لهما سبعة في اثنين اربعة عشر لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين لكل واحد خمسة ، ومسئلة الرد من أحد وعشرين لان ثلثها سبعة للموصى لهما ويبقى أربعة عشر للابنين بينهما نصفين، فان أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فوافق بين مسئلة الاجازة ومسئلة الرد وهما متفقان بالاثلاث فاضرب ثلث احداهما في جميع الاخرى تكن مائة وثمانية وستين كما ذكر، فان كانت الاجازة لصاحب الثلث وحده فسهمه من مسئلة الاجازة ثمانية مضروب في وفق مسئلة الرد وهي سبعة ستة وخمسون لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسئلة الاجازة ثمانية تكن أربعة وعشرين صار المجموع للوصيين ثمانين سهما والباقي بين الابنين وهو ثمانية وثمانون لكل ابن أربعة وأربعون سهما، وان أجازا لصاحب الربع وحده أخذت سهمه من مسئلة الاجازة ستة من أربعة وعشرين فتضربها في وفق مسئلة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين تدفعها اليه ولصاحب الثلث سهمه من مسئلة الرد أربعة تضربها في وفق مسئلة الاجازة وهو ثمانية تكن اثنين وثلاثين فصار المجموع اربعة وسبعين يبقى اربعة وتسعون للابنين، فان اجاز احد الابنين لهما ورد الآخر فللذي اجاز سهمه من مسئلة الاجازة خمسة مضروب في وفق مسئلة الرد سبعة تكن خمسة وثلاثين وللذي رد سهمه من مسئلة الرد سبعة مضروب في وفق مسئلة الاجازة وهو ثمانية ستة وخمسون تضمها الى خمسة وثلاثين تكن احدى وتسعين يبقى للوصيين سبعة وسبعون

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصي له بالعبد ثلاثة أرباعه، وان لم يجز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لان وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لان وصيته في العبد)

وجملته انه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد وان جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الخرقي وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك في الرد

بينهما على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون فان اجاز كل واحد منهما لواحد فان صاحب الثلث اذا أجاز له الابنان كان له ستة وخمسون واذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين فينقصه رد احدهما نصف ذلك اثني عشر يبقى له أربعة واربعون وصاحب الربع اذا أجازا له كان له اثنان واربعون وان ردا عليه كان له اربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر فينقصه رد احدهما نصفها يبقى له ثلاثة وثلاثون واما الاثنان فالذي اجاز لصاحب الثلث اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فتنقصه الاجازة لهما احدا وعشرين لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له اربعة واربعون والذي اجاز لصاحب الربع اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فقد نقصته الاجازة احدا وعشرين منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة واربعون وللوصيين سبعة وسبعون لصاحب الثلث أربعة واربعون ولصاحب الربع ثلثة وثلاثون فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين

(فصل) اذا وصى لرجل بنصف ماله ولآخر بربعه فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال والربع للآخر وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه وللآخر ثلثه وقسمت الثلثين على الورثة هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن ابي ليلى والثوري

يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسئلة الخرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي الا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما انه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرقي رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصي له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لانه وصي له بثلث الجميع ، وأما على قولنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث افرده بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي مسئلتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لايزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم اليها الثلث الذي للآخر يصير اربعة ثم اقسم العبد على اربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه

والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وابو ثور وابن المنذر لايضرب الموصى له بزيادة على الثلث في حال الرد باكثر من الثلث لان ما زاد على الثلث باطل فكيف يضرب به ؟

ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فوجبت المفاضلة بينهما في حال الرد كما لو وصى بالثلث والربع او بمائة ومائتين وماله أربعمائة وبهذا يبطل ما ذكروه ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى فعلى قولنا في هذه المسئلة فللموصى لهما ثلاثة ارباع ان اجاز الورثة ويبقى للورثة الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة وان اجازوا لاحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة واعطيت المجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئله الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة فان اجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما اعطيت للمجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة فان اتفقت المسئلتان ضربت وفق احداهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت احدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما فتقول في هذه المسئلة اذا كان اماً وثلاث اخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من اربعة للوصيين ثلاثة ويبقى سهم على ستة تضربها في اربعة تكن أربعة

وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة اسهم صار له احد عشر واصحاب العبد ثلاثة ارباعه وذلك تسعة اسهم فيضمها الى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهما ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهما والمال كله ستون فاصحاب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه واصحاب الثلث ثمانية من الاربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره وان كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد واصحاب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه، وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد واصحاب العبد ثلثه وطريقها ان تنسب الثلث الى ماحصل لهما في الاجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول تنسب الثلث الى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، وبيانه في هذه المسئلة ان نسبة الثلث الى وصيتهما بالخمسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لانه وصيته، ولصاحب النصف الخمس لانه خمسا وصيته، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له

وعشرين وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة من تسعة يبقى ستة على المسألة وهي ستة فتصح من تسعة، وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثناعشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وان أجازت الام لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الام سهماً في ثلاثة وللباقين خمسة أسهم في ثمانية فالجميع ثلاثة واربعون يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة وان أجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون يبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون ولصاحب الربع ثلاثة عشر.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك في مسائل العول فتجعل وصاياهم كالفروض التي فرض الله تعالى للورثة)

إذا زادت على المال وان ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام فاذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من مخرجها اثني عشر وعالت الى خمسة عشر وقسمت المال بينهم كذلك إن أجيز لهم والثلث ان رد عليهم فتصح في حال الاجازة من خمسة عشر وفي الرد من خمسة وأربعين هذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا أبو عاصم الثقفي قال : قال لي ابراهيم النخعي ماتقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري؟ قال امسك

ثلثه وان كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة(١) وسدسه وللآخر ثمنه ونصف سدسه ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها .وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللاخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ماحصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث(٢) الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللاخر ثلثه وثلث المائة ، وعلى الوجه الاخر لصاحب العبد ربعه وللاخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولاخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والاخر ستة اسباعه .وان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لان الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه

(١) صوابه ثلثه وخمس تسعه وللاخر تسعه وثلث خمسه

(٢) صوابه بنصف الباقي

اثني عشر فاخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث اربعة ولصاحب الربع ثلاثة وكان أبو حنيفة يقول يأخذ أكثرهم وصية مايفضل به على من دونه ثم يقسمون الباقي ان اجازوا وفي الرد لايضرب لاحد بأكثر بالثلث وان نقص بعضهم عن عن الثلث اخذ اكثر مايفضل به على من دونه ومثال ذلك رجل اوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كمسئلة فيها زوج واختان لاب واختان لام وقال أبو حنيفة صاحب الثلثين يفضلها بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثاً وتصح من ستة وثلاثين لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب الثلث ثمانية وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة ان أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة ان أجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلايحصل لصاحب الثلث الا السدس في حال الاجازة والرد جميعاً ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيحصل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والانثى بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى)

وجملته ان الرجل إذا أوصى لقرابته أو لقرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً ، فلو وصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئاً لان الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسلماً فحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ، ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لان الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والغني والفقير ولا يدخل الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ . وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى انه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته وإخوته من أمه ، وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً لان عطيته لهم في حياته قرينة دالة على

في حال الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حال الاجازة ومتى كان للوصي حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا اخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون وما ذكروه لا نظير له مع ان فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم ان صاحب الفضل المفروض لا ينفرد بفضله فكذا في الوصايا

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه وخلف ابنين فالمال بينهما على ثلاثة أن أجيز لهما والثلث على ثلاثة ان رد عليهما)

إنما كان كذلك لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضممت اليهما النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً كمسئلة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات وان ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف في أحد الوجهين)

لانه موصى له به وإنما منعه أخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد فيأخذه الابنان ، وان أجازا لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع

صلته لهم بعد مماته والا فلا ، وعنه رواية أخرى انه يجاوز بها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون الى الاب الادنى الذي ينسب اليه وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه ، وإعطاء النبي ﷺ لبعض قرابته تخصيص لايمنع من العموم في غير ذلك الموضع

وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعداً فاذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه وان كان له عم وخالان فلعمه النصف وللخالين النصف ، وقال قتادة : للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وبه قال الحسن قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد ، ولنا ان هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ماذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم ، فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا ، وقد تحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخالته وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لايقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم فأما ان كان في لفظه مايدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله الا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره

على الوجه الاول والتسع للآخر وعلى الوجه الثاني ليس إلا الثلثان اللذان كانا له في حال الاجازة لهما ويبقى التسعان للورثة

(مسئلة) (فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر فسهمه بينهما على ثلاثة ولاشيء للمجيز وللابن الاخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة فان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع وللابن الاخر الثلث والباقي لصاحب المال في احد الوجهين)

وفي الآخر له أربعة أتساع والتسع الباقي للمجيز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف مايتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين وهو ثلث ما في يده وربعه وفي الآخر يدفع التسع وهو ثلث ما في يده فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز ، وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين الذي لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة ولصاحب النصف منها سهم فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلاثين

(فصل) في الجمع بين الوصية بالانصباء والاجزاء ، اذا خلف ابنين ووصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ففيها وجهان (أحدهما) لصاحب النصيب ثلث المال في حال الاجازة كما لولم يكن معه

(فصل) فان وصى لاقرب أقاربه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحما لم يدفع الى الابعد مع وجود الاقرب فيقدم الاب على كل من أدلى به من الاجداد والاخوة والاعمام والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوى الاب والابن لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لانه يسقط تعصيب الاب والاول أولى لان اسقاط تعصيبه لايمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقدم ابن الابن على الاب في أحد الوجهين لانه يسقط تعصيبه

ولنا أن الاب يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن . والاب والام سواء وكذلك الابن والبنات والجد أبو الاب وأبو الام وأم الاب وأم الام كلهم سواء ثم من بعد الاولاد أولاد البنين وإن سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي أولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات لانهم ولد الاب أو من ولد الام ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الاخوات اذا قلنا لايدخل ولد البنات واذا تساوت درجتهم فأولاهم ولد الابوين ويسوى بين ولد الاب وولد الام لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما والاخ للأب أولى من ابن الاخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ويستوي العم من الاب والعم من الام وكذلك ابناؤهما وعلى

وصي آخر وهذا قول يحيى بن آدم وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين لانه وصى لهما بثلثي ماله وقد رجعت وصيتها بالرد الى نصفها وتصح من ستة (والوجه الثاني) يحصل لصاحب النصيب مثل مايحصل الابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الاجازة لان للموصى له بالثلث ثلث المال ويبقى سهمان بين الموصى له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة لاتصح تضربها في ثلاثة تكن تسعة لصاحب الثلث ثلاثة ويبقى ستة لكل ابن سهمان وللموصى له بالنصيب سهمان وهي التسعان وفي الرد يقسم الثلث بينهما على الخمسة التي كانت لهما في حال الاجازة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان :

﴿مسألة﴾ (وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث)

وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الاجازة ثلث الثلثين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهما لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة وانما كان كذلك لان الورثة لايلزمهم اجازة أكثر من ثلث المال فاذا جازوا أكثر من ذلك حسب من نصيبهم لانهم تبرعوا به ويبقى نصيب الموصى له بالنصيب على حاله كانه لم يخرج من المال الا الثلث فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة لان له مثل نصيب ابن فتجعل المسألة من ثمانية عشر لانها أقل عدد له نصف ولثلثه ثلث لصاحب النصف تسعة لانه مجاز له ويعطي الموصى له بالنصيب ثلث الثلثين أربعة صار الجميع ثلاثة عشر يبقى

هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والخالات وهذا القول انما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثالثة التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليهم اسم القرابة فأما على الرواية التي اختارها الخرقي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوهم ذلك، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس اليه أعطي لثلاثة من أقرب الناس اليه، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالاخوة فالوصية لجميعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فاذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجزله والباقي للاخوة، وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا ممن يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال.

خمسة للابنين لا تصح عليهما فتضرب عددها في ثمانية عشر تكن ستة وثلاثين للموصى لهما ستة وعشرون لصاحب النصف ثمانية عشر وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين بينهما نصفين وان ردوا قسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر فتصح من تسعة وثلاثين ثلاثة عشر للوصيين وللابنين ستة وعشرون

(فصل) فان كان الجزء الموصى به الثلثين فعلى الوجه الاول الموصى له بالنصيب الثلث في حال الاجازة وتصح من ثلاثة وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني للموصى له بالنصيب التسع وللآخر الثلثان في حال الاجازة وتصح من تسعة أيضا وفي الرد يقسم الثلث بينهما على سبعة وتصح من أحد وعشرين، وفي الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين وللآخر الثلثان وأصلها من تسعة وتصح من ثمانية عشر في الاجازة لصاحب الثلثين اثناعشر وللآخر أربعة يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر وتصح من ثمانية وأربعين

(فصل) فان كان الموصى به جميع المال فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهما على أربعة في حال الاجازة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب النصيب سهم كما لو وصى بماله كله وبثلثه، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على أربعة، وعلى الوجه الثاني لا يحصل لصاحب النصيب شيء لانه انما يحصل له مثل ابن والابن لا يحصل له شيء وهذا مما يوهن هذا الوجه لانه لا يطرد ويكون الكل لصاحب المال في حال الاجازة وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ويبقى الثلثان بين صاحب النصيب وبين الابنين على ثلاثة وتصح من تسعة، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ولصاحب المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه)

يعني تعطى أمه وأقاربها الاخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فانه قال في رواية عبد الله اذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرابتي وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وقال أحمد قال النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي » فجعل سهم ذي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال « أذكركم الله في أهل بيتي » قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث . وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها « اللهم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً » ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته ،

تسعة فتصح من أحد عشر في حال الاجازة وفي الرد من ثلاثة وثلاثين لصاحب المال تسعة ولصاحب النصيب اثنان ولكل ابن أحد عشر

﴿ مسئلة ﴾ (اذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد ابنيه ولآخر بثلث باقي المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث باقي المال تسعان والباقي للابنين وتصح من تسعة)

وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور لكونه انما يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل للابن وهو لا يعلم ثلث الباقي حتى يعلم نصيب الابن ولا يعلم نصيب الابن حتى يعلم ثلث الباقي فيخرجه ويقسم الباقي على الابنين وصاحب النصيب والتفريع على هذا الوجه . ولعملها طرق (أحدها) أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيبا وانما جعلته ثلاثة أسهم ليكون للباقي بعد النصيب ثلث فيدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر ثلث الباقي سهما يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة (والطريق الثاني) طريق الجبر فتأخذ مالا وتلقي منه نصيبا ويبقى مال إلا نصيبا تدفع إلى الوصي الآخر ثلثه وهو ثلث مال الا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين اجبر ثلثي المال بثلثي نصيب ورد على النصيبين مثل ذلك يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اثلاثا من جنس الكسر واقلب وحول فاجعل النصيب اثنين والمال ثمانية ويرجع بالاختصار إلى أربعة (والطريق الثالث) الطريق المنكوس وهي أن تقول للابنين سهمان وهو مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل

والخرقي عدهم في القرابة بقوله لا يجاوزبها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى فجعل هاشما الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي ﷺ أبا لان هاشما انما هو رابع النبي ﷺ

(فصل) وان وصى لآله فهو مثل قرابته فان في بعض ألفاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده : آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل . والاصل في آل أهل فقلبت الهاء همزة كما قالوا اهرقت الماء وأرقته ، ومدت لئلا تجتمع همزتان

وان وصى لعترته فقد توقف أحمد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الادنون وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فتصرف الوصية اليهم وبذلك فسره ابن قتيبة ، قال : ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه نحن عترة النبي ﷺ وبيضته التي تفقت عنه ، وقال ثعلب وابن الاعرابي : العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلا في ذلك العشيرة ، والاول أصح وأشهر في عرف الناس مع انه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

وان وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته ، وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لأنسابي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس ، فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال وقول أبي بكر في

نصفه سهما يصير ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب ابن تصير أربعة وان شئت ضربت ثلاثة مخرج الثلث في ثلاثة وهي عدد البنين مع الوصي تكن تسعة انقص منها واحداً يبقى ثمانية ومنها تصح وتسمى طريق الباب وتعمل بها مايرد عليك من هذه المسائل

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت وصية الثاني بثلث مايبقى من النصف فعلى الوجه الاول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصيب الثلث ستة وللآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للابنين)

وتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان ولكل ابن أحد عشر سهما في حال الاجازة وفي الرد ، وتصح من أحد وعشرين الاول ستة أسهم والآخر سهم ولكل ابن سبعة وعلى الوجه الثاني يجعل المال ستة أسهم ونصيبين يدفع النصيب الى الموصى له به والى الاخر ثلث باقي النصف سهما والى أحد الابنين نصيبا يبقى خمسة للابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر للموصى له بثلث باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر الموصى له بالنصيب خمسة ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تلقي منه ثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال الا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبرها بثلثي نصيب وزد على النصيبين مثلها يبقى خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اسداسا واقلب وحول واجعل أجزاء المال النصيب واجزاء النصيب المال يصير النصيب خمسة والمال ستة عشر وان شئت

المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منهما ينتسب الى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له

(فصل) فان وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم وان لم يكن له إلا موال من أسفل فهولهم كذلك،وان اجتمعوا فالوصية لهم جميعا يستوون فيها لان الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأي الوصية باطلة لأنها لغير معين ، وقال أبوثور يقرع بينهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي (والثالث) هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل انهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لاخوته ، وقولهم غير معين غير صحيح فان من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت موالي حنث بكلام أيهم كان،وقولهم ان المولى من فوق أقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا شيء لابن العم ولا الناصر ولا لغير من ذكرنا لان الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقية ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه ، وقال زفر يستحق ولا يصح لان مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه ، فان لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر

أخذت نصف مال القيت منه نصيبا يبقى نصف مال الا نصيبا الق ثلثه يبقى ثلث مال الا ثلثي نصيب ضمه الى نصف المال يصير خمسة أسداس إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبر وقابل يصير خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أسداسا من جنس الكسر واقلب يكن المال ستة عشر والنصيب خمسة كما سبق

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف باقي المال ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى نصيبه من ثلث المال (والثالث) أن يعطي مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور والتفريع عليه ولعملها طرق :

(أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً يصير اربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهماً يبقى سبعة فهي المال للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم .

﴿ طريق آخر ﴾ أن تزيد سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة

﴿ طريق ثالث ﴾ يسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب نصفه فاذا أردت تكميله زدت عليه مثله ثم زد عليه مثل نصيب ابن تكن سبعة

يكون لموالي أبيه وقال أبو يوسف ومحمد لاشيء له لانه ليس بمولى له واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم الى مجازه والعمل به تصحيحا الكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محملا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من ارادة الفاسد فان كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الاب شيء على مقتضى ما ذكرناه لان الوصية كانت لغيرهم فلا تعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد. ولا يشبه هذا قوله أوصيت لاقرب الناس الي وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وان كان لا يستحق مع حياة الابن شيئا لان الوصية ههنا لموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً فمع وجودهم جميعا لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة توجد في مولى أبيه ، قال الشريف و يدخل في الوصية للموالي مدبره وأم ولده لان الوصية انما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موالي في الحقيقة

(فصل) وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين دارا من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال « الجار أحق بصقبه » يعني الشفعة وانما تثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة ، وقال قتادة: الجار الدار والداران

وروي عن علي رضي الله عنه في قول النبي ﷺ « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » قال من سمع النداء ، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الاقامة ، وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة

﴿طريق رابع﴾ وهو أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلاثة أنصباء فالمال كله سبعة، وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا وتدفع نصف الباقي الى الوصي الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كامل يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة

(فصل) فان كانت الوصية الثانية بنصف مايبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث من ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع الى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث سهمان تدفع منها سهما إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة. وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفا وتضربها في المخرج يكن أحداً وعشرين. وبالثالث تعمل كما عملت في الاولى فاذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبا تدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع النصيبين الى اثنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فاذا بسطتها كانت احدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا تلقي من ثلثه نصيبا وتدفع الى الاخ نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف

في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران ، وأما الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لايجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف

(فصل) وإن وصى لأهل دربه أو سكته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه

(فصل) وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل . والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد. أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع اليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم . وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال : لايجوز الدفع إلى أقل من اثنين

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه لايجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو مذهب الشافعي . وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه ، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء

نصيب اجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين تصر ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس اقلب وحول يكن النصيب خمسة وكل سهم ستة والمال أحداً وعشرين

(فصل) فان أوصى لثالث بربع المال فخذ المخارج وهي اثنان وثلاثة واربعة واضرب بعضها في بعض تكن اربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرون وذلك اثنا عشر يبقى أربعة وثمانون وهي المال ثم انظر الاربعة والعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعها لاجل الوصية الثالثة يبقى أربعة عشر وهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر. وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصفا في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن أربعة وثمانين. وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة أرباع نصيب يبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة تعدل ثلاثة أنصباء فأسقط نصيبا وربعا بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف تعدل نصيبا وثلاثة أرباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الانصباء تكن ستة فصار المال اثنا عشر ومنها تصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع

لانهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل على ذلك أنه أراد المغايرة بينهما، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصي على ماذكرنا في باب الزكاة

(فصل) وإن أوصى بشيء لزيد والمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبوحنيفة ومحمد، وعن محمد لزيد ثلثه والمساكين ثلثاه لان أقل الجمع اثنان، وقال الشافعي يكون كأحدهم إن عمهم أعطاه كواحد منهم، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كمذهبنا والثاني له ربع الوصية لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا أربعة

ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما كما لو قال لزيد وعمرو، ولأنه لو وصى لقريش وتميم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم بل يقسم بينهم نصفين كذلك ههنا وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولان تجويز ذلك يفضي إلى تجويز دفع الجميع اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك، فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال هذا لكم ويحتمل أن يكون كالتي قبلها

(فصل) وإن قال اشتروا بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه إلى المكاتبين لانه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسع الثلث لثلاثة لم يجز أن يشترى أقل منها لانها أقل الجمع وإن قدرت على أن تشترى أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال «من أعتق امرأً مسلماً أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار» ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أولى لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « اغلاها

ثلاثة يبقى ستة للبنين لكل ابن سهمان وهذا أخصر وأحسن. وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث المال وربعه الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل واقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين فتضربها في اثنين ليزول الكسر تصر أربعة وثمانين.

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاوليين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع سهم تعدل نصيباً ونصفا ابسطها ارباعا تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقها وتردها الى وفقها تصر خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر

نمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك إلا باعتاق جميعه ،وهذا التفضيل والله أعلم من النبي ﷺ الغاية انما يكون مع التساوي في المصلحة فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق فله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة له في العتق وربما تضرر به من فوات نفقته وكفالته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا ، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة لان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ، ولا يجوز اعتاق معيبة عيبا يمنع الاجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزأ في الجهاد وجزأ يتصدق به في قرابته وجزأ في الحج ، وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به .وحكي عنه أنه جعل جزأ في فداء الاسرى ،وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب مالم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له

نصف باقي الثلث سهمين والى الثالث ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذه الطريق أخصر. وان عملت بالطريق الثاني أخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه وربع ما بقي منه يبقى ثلاثة أثمان زدها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة أثمان تضربها في أربعة وعشرين تكن أحداً وثمانين ومنها تصح وبالجبر يفضي الى ذلك أيضاً

﴿مسئلة﴾ (وان خلف اما وبنتاً واختاً واوصى بمثل نصيب الام وسبع ما بقي ولآخر بمثل نصيب الاخت وربع ما بقي ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي فاعملها بالمنكوس فقل مسئلة الورثة من ستة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة يكن تسعة ومثل نصيب البنت ثلاثة تكن اثنى عشر وهي بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه أربعة صار ستة عشر ومثل نصيب الاخت اثنين تكن ثمانية عشر وهي بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ثلاثة يكن احدا وعشرين ومثل نصيب الام سهما يكن

وإذا قال ضع ثلثي حيث يريك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع ، فان لم يكن فالى جيرانه . وقال أصحاب الشافعي : يجب ذلك لانه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا انه قد يرى غير هذا اهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم . ونقل أبو داود عن أحمد انه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق ، قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسون درهما لا يزادون على ذلك ، يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لانه القدر الذي يحصل به الغنى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد في الحج)

وجملته انه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لانه وصى بجميعه في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى به في سبيل الله، وليس للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصا عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فانه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته ، وهذا قول العنبري

وقال القاضي يعان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري ، وعن أحمد انه مخير في ذلك ، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ (الحال الثالث) أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثه

اثنين وعشرين ومنها تصح تدفع الى الموصى له بمثل نصيب الام سهما وسبع الباقي ثلاثة يبقى ثمانية عشر تدفع الى الموصى بمثل الاخت سهمين وربع الباقي فيحصل له ستة ويبقى اثنا عشر، تدفع الى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة يبقى تسعة تدفع اليه ثلثها ثلاثة يصر له ستة ويبقى ستة للورثة، هذا في حال الاجازة، وفي الرد تجعل الثلث ستة عشر فتصح من ثمانية وأربعين الموصى له بمثل نصيب الام أربعة ولكل واحد من الوصيين الآخرين ستة وللورثة اثنان وثلاثون لا تنقسم على مسئلتهم وتوافقها بالانصاف فتضرب وفق أحدها في الاخرى تكن مائة واربعة واربعين

(فصل) فان خلفت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأوصت بمثل نصيب الام وثلث ما بقي ولآخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي فمسئلة الورثة من ثمانية وهي مال ذهب نصفه فزد عليه مثله يكن ستة عشر ومثل نصيب الزوج ثلاثة تصر تسعة عشر وهو بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه

الى أن ينفد أو يبقى مالا يبلغ حجة فيحج عنه من حيث يبلغ على ماذكرنا من الخلاف فيه ولا يستنيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لايحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعا فان كان فرضا أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر مايكفيه ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفد كما ذكرنا من قبل ، وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطا وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي وإسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وابو حنيفة وداود بن أبي هند . ان وصى بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء فعلى قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة

ولنا قول النبي ﷺ «لو كان على أبيك دين أ كنت تقضيه؟» قال نعم قال «فدين الله أحق أن يقضى» والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي، وأن كان تطوعا أخذ الثلث لاغير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ماذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب او غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يوصي بذلك من صلب ماله فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وان لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص (الثاني) أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضا، فان لم تكن له وصية غير هذه لم تفد شيئا ويؤدي من المال كله كما لو لم يوص ، وان كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وان فضل من

نصفه صار ثمانية وعشرين نصفا فرد عليه مثل نصيب الاخت سهمين يكن ثلاثين ونصفاً ابسطها من جنس الكسر تكن احدا وستين للموصى له بمثل نصيب الام أربعة بقي سبعة وخمسون ادفع اليه ثلثها تسعة عشر بقي ثمانية وثلاثون ادفع الى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة يبقي اثنان وثلاثون ادفع اليه نصفها ستة عشر يبقي ستة عشر للورثة، للزوج ستة وللام اربعة وللاخت ستة هذا في حال الاجازة وفي الرد تجعل السهام الحاصلة للاوصياء وهي خمسة وأربعون ثلث المال فتكون المسئلة جميعها من خمسة وثلاثين .

﴿مسئلة﴾ (اذا خلف ثلاث بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهما تكن خمسة فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر يكن ستة عشر تدفع الى الموصى له بالنصيب خمسة ويستثني من ربع المال اربعة اقسام يبقى له سهم ولكل ابن خمسة)

الثلث شيء فهو للتبرع ، وان لم يفضل شيء سقطت وان لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي ، وقال ابو الخطاب يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ماذكر القاضي ويحتمل انه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصص فما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تتمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة الا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة الا سدس شيء اضم الشيء الذي عزلته الى ماحصل للحجة فصار شيئا وخمسة الا سدس شيء يعدل عشرة وخذ من الشيء سدسه فاجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء اذا ستة ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة فان كان عليه أيضا دين خمسة عزلت تتمة الحج شيئا وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة الاخمس شيء اضم اليها تتمته يصير شيئا وأربعة الاخمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فزد على الستة ربعها تصر سبعة ونصفا يعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسها واحد وربع اذا ضممت اليه تتمته كل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به تتمة وللصدقة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم مابقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط، ففي المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة ، وفي المسئلة الثانية حصل للحج أربعة وبقي له ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان مابقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين

وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينهم وبينه على اربعة فان قال الا الربع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهما وربعاً واضربه في أربعة يكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً الى الوصي ويستثني منه ربع الباقي وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيباً وربعاً يعدل انصباء البنين وهو ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال الا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه واحداً صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين سهما وتضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر فهو المال) وان شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية الوصية هي نصيب الا ربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فبقي

من الورثة ودينارآ من صاحب التبرع (الثالث) ان يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي . وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه انما يملك الوصية بالثلث

ولنا أن الحج كان واجبا من رأس المال وليس في وصيته مايقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به ، وقولهم لايملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تتقيد به (القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب من رأس المال لان الاقتران في اللفظ لايدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) والاكل غير واجب والايتاء واجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لايلزم استواؤهما في محل الاخراج (والثاني) أنه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر مايحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكأنه صرح ، فان قال حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك اليه وإن لم يعين أحداً فللوصي صرفها إلى من شاء لانه فوض اليه الاجتهاد إلا أنه لايملك صرفها إلى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لانها لامحاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصي به تطوعا فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من

ربع نصيب فهو الوصية وبين ان المال كله ثلاثة وربع ابسطها تكن ثلاثة عشر ولهذه المسائل طرق سوى ما ذكرنا .

(فصل) فان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج ثلث الثلث وهو تسعة زد عليها سهما تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباء البنين سهما وثلثاً واضرب ذلك في تسعة يكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثن منه ثلث بقية الثلث سهما يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة وان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة وزدت عليه سهماً صار سبعة فهذا هو النصيب وزدت على انصباء البنين سهماً ونصفاً وضربته في ستة يصر سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت منه نصف بقية الثلث سهماً بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وانما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء

الثلث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعا فانه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى

(فصل) وإن عين رجلا أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواه ويصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة إلى من يحج وادفعوا الفضل إلي لانه موصى به لي لم يصرف اليه شيء لانه انما أوصي له بالزيادة بشرط أن يحج فاذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال حجوا عني حجة فما فضل رد الى الورثة)

أما اذا أوصى بحجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لايدفع إلى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرناه وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبنى على أن الحج لايجوز الاستئجار عليه انما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته ، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام المضى الى الحج عنه وعلى الرواية الاخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الاثقة بأقل مايمكن وما فضل فهو لمن يحج لانه ملك ماأعطى بعقد الاجارة ، وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه الا حجة واحدة لانه أقل مايقع عليه الاسم فان عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فانه يدفع اليه قدر نفقته من بلده اذا خرج من الثلث ، فان أبي الحج إلا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وإن أبى الحج وكان واجبا استنيب غيره بأقل مايمكن استنابته به ، وإن كان تطوعا احتمل بطلان الوصية لانه عين لها جهة فاذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه ويحتمل أن لا تبطل

فلم يقبل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث ما يبقى من المال بعد وصية الاول فخذ المخرج خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهما وزد عليه خمسها وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصباء البنين واضربها في خمسة تصر تسعة عشر فهي المال ادفع الى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم وادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لكل ابن أربعة وبالجبر خذ مالا وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصر مال وخمس الا نصيباً وخمساً الق ثلث ذلك بقي أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب يعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وابسط

ويستناب غيره لانه قصد القربة والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القربة كما لو قال بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به

(فصل) واذا أوصى لرجل أن يحج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال تصدق علي لم يجز أن يتصدق على نفسه ، وإن قال حج عني بما شئت صح وله ماشاء إلا أن لايجيز الورثة فله الثلث

(فصل) اذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فاجاز الورثة أمضيت على ماقال الموصي وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه انما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لانه انما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئا كولد الاب مع الاخ من الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيداً انما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسئلة فيما تقدم فان امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو مافضل فان كانت الحجة تطوعا ففي بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) وان أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو وان مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا ان مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون

يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وان شئت قلت أنصباء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية اجبر وقابل وابسط تصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهما من الوصية وهي لا تتفق بالاثلاث فردها الى وفقها تصر سهما تعدل اربعة والوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن تسعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهي تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل اعشارا تكن الانصباء خمسة وأربعين والوصية سهم وان كان استثني خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية اجبر يصر العشر يعدل وصية وخمساً ابسط يصر النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهي خمسة وخمسون يبقى له خمسه وللاخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل

العبد ثم يقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو والا بطلت وصيته ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لآخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقا أو غير ذلك فهي كالتي قبلها على ماذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمدا أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية في احدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصي له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته هل للوصي منها شيء أو لا؟ فنقل مهنا عن أحمد أنه يستحق منها وروي ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق وقال مالك في دية العمد لان الدية انما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل ان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز ان تجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لان الميت انما يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولان بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضي منها ديونه ويجهز منها ان كان قبل تجهيزه وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فانه يملك بحيث تقضي ديونه منه ويجهز فكذلك ديته لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه

ابن ستون ويرجع بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وللثاني ثمانية عشر ولكل ابن اثنا عشر وبالجبر تأخذ مالا لا تلقي منه نصيبا وتزيد على المال خمسة يصير مالا وخمسا الا نصيبا الق ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا ثلثي نصيب تعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلاثة ليزول الكسر تصير خمسة وخمسين وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصباء البنين سهما واضربه في المال يكن ستين وهي المال وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين فان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحدا فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهي النصيب ثم زدت على سهام البنين سهما وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الاول أحد عشر وتستثني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى

(فصل) فان كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الاولى يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته وعلى الاخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته لانها ليست من ماله

(فصل) وان أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون ان الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك: لا يدخل في وصيته الا ما علم الا المدبر فانه يدخل في كل شيء:

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وصى الى رجل ثم أوصى بعده الى آخر فهما وصيان الا ان يقول قد أخرجت الاول)

معنى أوصى الى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واسترددادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات، ولا نعلم في هذا كله خلافا وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا للجد ولاية على ابن ابنه وان سفل لان له ولادة وتعصيبا فأشبه الاب ولأصحاب الشافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (أحدهما) ان لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث أحداً وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص منها ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهما وزد عليه خمسه ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحداً وسبعين ومنها تصح

(فصل) إذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصباء فادفع إلى الوصي الاول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) إذا وصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتها فتحاصا الثلث وأصاب الخال

ولنا أن الجد يدلي بواسطة فأشبه الاخ والعم وفارق الاب فانه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح الحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ولأنها لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب

اذا ثبت هذا فانه اذا اوصى الى رجل ثم أوصى الى آخر فهما وصيان الا أن يقول قد أخرجت الاول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما اذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر ولانه قد وجدت الوصية اليهما من غير عزل واحد منهما فكانا وصيين كما لو اوصى اليهما دفعة واحدة فأما ان أخرج الاول انعزل وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية الى الثاني

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر في امر اطفاله فيكون لكل واحد منهم ما جعل اليه دون غيره . ومتى أوصي اليه بشيء لم يصر وصيا في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير وصيا في كل مايملكه الوصي لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبعض كولاية الجد . ولنا انه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ماأذن فيه كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لاتتبعض والاذن يتبعض فافترقا

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما ان ينفرد بالتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصيا منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما

ستة فاضربها في وصيته وذلك عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يجب أن يصيب العم كذلك فيبقى من الثلث خمساه وهي تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلاثة يصر تسعة وهو الذي أصاب العم، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف وللعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمساه للعم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضاًوذلك أربعة دنانير ووصيةوللعم مثل ثلثيها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثلثان والمال عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال فأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشر

خلافنا ، وان أطلق فقال أوصيت اليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال ابو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبعض فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالاخوين في تزويج أختهما

وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول الهبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لاحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ثم يبطل ماقاله بهاتين الصورتين ويبطل ماقاله أبو حنيفة بهما أيضا ، واذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أمينا مقام الغائب

(فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعلمه لان المجنون والطفل ليسا من اهل التصرف في اموالهما فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من اهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي

يعدل ماحصل للعم وهو ستة فالثلث ستون ، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث أيضاً عشره فهو نصيب الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أحدهم الا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع تكن اثنى عشر انقصها سهماً يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي وصية الخال، وان نقصتها ثلاثة فهي ثمانية فهي وصية العم، وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا ، وان وصى لعمه بعشرة إلا

والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لانها لاتكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولانها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتخالف القضاء فانه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية الى الاعمى وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لاتصح الوصية اليه بناء منهم على أنه لايصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لايسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية اليه كالبصير ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصا عن احمد فيحتمل أنه لاتصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ولا يصح تصرفه الا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى ولانه مولى عليه فلايكون واليا كالطفل والمجنون وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله ، وقال القاضي قياس المذهب صحة الوصية اليه لان احمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلاتصح وصية مسلم اليه لانه لايلي على مسلم ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق وأما وصية الكافر اليه فان لم يكن عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر أولى ، وان كان عدلا في دينه ففيه وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي الوصية كالمسلم (والثاني) لاتصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر الى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً او خنزيراً ، وأما العبد فقال ابو عبدالله بن حامد تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه او عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة

وصية ربع خاله ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس تكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم أجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة تكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر تخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية اجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال شيئاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء تأخذ خمسها فزده على الشيء وهي سهمان الا نصف عشر شيء تعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً، وان وصى لعمه بعشرة الا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث

تصح الوصية الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه اذا لم يكن في ورثته رشيد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون وليا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن ، وقد نص الخرقي على أن الوصية الى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه احمد أيضا لانها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد مايدل على أن الوصية اليه لا تصح وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد مايدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور اذا كان متهما لم تخرج من يده ، وقال الخرقي اذا كان الوصي خائنا ضم اليه أمين وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أمينا ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ووجه الاولى أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون وعلى ابي حنيفة لا يجوز اقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي

ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود ، فأما الوصية له فهي صحيحة وان كان وارثا وانما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية او بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

وصية جده وللجد بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان ، وبابها أن تضرب المخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في أربعة في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحدا وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين تخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحداً يبق اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين في عشرة تكن مائة وثمانين اقسمها على خمسة وعشرين تخرج بالقسم سبعة وخمس وهي وصية الخال ثم انقص من الاربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة علي خمسة وعشرين تخرج بالقسم ثمانية وخمسان وهي وصية الجد .

(فصل) واذا قال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصيا الا أن عمراً وصي بعد زيد لان النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « أميركم زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وان قال أوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك فاذا كبر ابنه صار وصيه وعلى هذا لو قال وصيت لك فان تاب ابني عن فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه او اشتغل بالعلم او صالح امه او رشد فهو وصيي صحت الوصية اليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان الوصي خائنا جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه أمين وكذلك إن كان عدلا فتغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها ويضم اليه أمين . ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متهما لم يخرج من يده . ونقل المروذى عن أحمد فيمن أوصي الى رجلين ليس أحدهما بموضع الوصية فقال للآخر اعطني لايعطيه شيئا ليس هذا بموضع الوصية فقيل له أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وإن رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه، وحمل القاضى كلام الخرقي وكلام أحمد في ابقائه في الوصية على أن خيانته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية اليه لم تصح لانه لايجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقا فحكمه حكم من لاوصي له وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أمينا هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الخرقي لاتزول ولايته ويضم اليه أمين ينظر معه . وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم إلى مامع العم ديناراً وإلى ما مع الخال درهما وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهما فأسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً ودرهما ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال لثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فاذا أسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة لدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً يصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدرهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع العم درهما وديناراً ستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة إلا ربع مامع الاخ ووصية الأخ عشرة إلا خمس ما مع العم فهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين

لانه أمكن حفظ المال بالامين وتحصيل نظر الوصي بابقائه في الوصية فيكون جمعا بين الحقين وان لم يمكن حفظ المال بالامين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لان حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطاريء وبين المقارن فبعيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى يحتاج اليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق اذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله وأوصى اليه راضيا بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، ولو وصى الى اثنين لم يجز لواحد التصرف

(فصل) وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعلة أو ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم اليه الحاكم أمينا ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لان الضعيف أهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا إن كان قويا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم اليه يداً أخرى ويكون الاول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ولا أعلم لهما مخالفا .

(فصل) واذا تغيرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه ويرجع الامر الى الحاكم فيقيم أمينا ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً ، وان تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله ويحتمل

ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الآخر أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الاشياء دينارا ودرهما ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الأخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعين ومع الأخ مائة وأربعة إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسعة عشر وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانين جزءاً

وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهو المقسوم عليه وتنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم

أن تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما ان زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لانها إذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فانها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى مابعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته بشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضرته لانه غره بالتزام وصيته، ومنعه بذلك الايصاء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالاذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للوصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد نقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهم مسماة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصي له لاتجوز لانه ليس بنائب عنه

(فصل) وإذا أوصى الى رجل واذن له أن يوصي الى من يشاء نحو ان يقول اذنت لك أن توصي الى من شئت أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصيي صح وله ان يوصي الى من شاء لانه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى اليهما معا وهذا قول أكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قال في أحد القولين ليس له ان يوصي لانه يلي بتوليه فلايصح أن يوصي كالوكيل

ولنا أنه مأذون له في الاذن في التصرف فجاز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فاما ان أوصى اليه وأطلق ولم يأذن له في الايصاء ولانهاه

تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر تزيدها واحدا وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ، ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة وهي وصية الأخ ، وفي كل ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم في عشرة وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته .

(فصل) فان وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر، وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وتنقصه واحداً فهو المقسوم عليه وتزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث وتضربه في عشرة يكن تسعين مقسومة

عنه ففيه روايتان (احداهما) له ان يوصى الى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لان الاب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب (والثانية) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي واسحاق وهو الظاهر من مذهب الخرقي لقوله ذلك في الوكيل لانه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل ويخالف الاب لانه يلي بغير تولية

(مسئلة) قال (وان كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين فمتى أوصي اليهما مطلقا لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فان مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا لان الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده، فان أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك، وذكر أصحاب الشافعي وجها في جوازه لان النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده، وان تغيرت حالهما جميعا بموت أو غيره فللحاكم أن ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص، ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا، ويفارق ما إذا كان أحدهما حيا لان الموصي بيّن انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معا (والثاني) لا يجوز أن ينصب الا اثنين لان الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حيا، فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات احدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينا لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره

على خمسة تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معهما آخر ووصى للخال بعشرة وثلث وصيته ووصي له بعشرة وربع وصية العم ضربت المخارج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين ثم في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء، وان شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهي وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم، ومتى عرفت ما مع الواحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم. وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى المسئول أن يوفقنا لما يرضيه وهو حسبنا ونعم الوكيل.

وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحدا يتصرف وان تغيرت حال احد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفردا فليس للحاكم أن يضم اليهما امينا لان الباقي منهما يكفي الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم امينا، وان كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف عنها امينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة: الوصيان والامين معهما ولكل[1] واحد منهم التصرف وحده

(فصل) واذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت ايديهما جميعا لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند اعدلهما، وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي الا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم انما أراد اذا كان كل واحد منهما موصى اليه على الانفراد وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا أن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه

(فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر، وأوصى الى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل، وفي وصية ابن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا أن مرجع وصيتي الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبدالله. ولانها وكالة وأمانة

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم

باب الموصى اليه

﴿ تصح وصية المسلم الى كل مسلم عاقل عدل، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو أم ولد ﴾

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً فأما العبد فتصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة تصح الوصية الى عبده ولا تصح الى عبد غيره، وقال أبو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه تصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن، وأما الصبي المميز فقال القاضي قياس المذهب

فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل تحرياً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ماروي أن النبي ﷺ قال لابي ذر «اني أراك ضعيفا واني أحب لك ماأحب لنفسي فلاتأمرن على اثنين ولاتولين مال يتيم » أخرجه مسلم .

(فصل) فان مات رجل لاوصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة الى بيعه، فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لاقاضي بها مات وخلف جواري ومالا أترى لرجل من المسلمين بيع ذلك فقال أما المنافع والحيوان فان اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجواري فاحب إلي ان يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطا لان بيعهن يتضمن اباحة فرج واجاز بيع ذلك لانه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج اليه فلا يأكل منه شيئا انما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك ان تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لانه يتناوله لفظ الموصي ، ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه اذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه مالو دفع الى أجنبي

صحة الوصية لان أحمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وقال شيخنا لا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لاتصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ولا يصح تصرفه إلا باذن وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية كالطفل وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى الى حفصة ولانها من أهل الشهادة أشبهت الرجل ويخالف القضاء فانه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية وتصح الوصية إلى أم الولد، ذكره الخرقي ونص عليه أحمد لانها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية .

ولنا أنه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز ان يكون قابلا كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه

(فصل) وان وصى اليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث ما في أيديهم فعنه روايتان (احداهما) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيأ مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يديه كذا ههنا، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الاولى محمولة على ما إذا كان المال جنسا واحداً فللموصي أن يخرج الثلث كله مما في يديه لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في ايديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناسا فان الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له ان يخرج عوضا عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معاوضة لاتجوز الا برضاهم والله أعلم .

(فصل) اذا علم الوصي ان على الميت دينا اما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لايقضيه الا ببينة قيل له فان كان ابن الميت يصدقه ؟ قال يكون ذلك في حصة من اقر بقدر حصته وقال فيمن استودع رجلا الف درهم وقال ان أنا مت فادفعها الى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها الى أجنبي فقال ان دفعها الى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن، واهل هذا من أحمد فيما اذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقروا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير اذنهم لان قوله أقر عندي واذن لي اثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى ان لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له ان لم ينفذ فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي او له بينة بذلك جمعا بين الروايتين وموافقة للدليل قيل لاحمد فان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الى غيرهم كالطفل والمجنون ولا وصية المسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه) لان المجنون والطفل ليسا أهلا للتصرف في أموالهما فلا يليان على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ولانه ليس من أهل الشهادة والعدالة أشبه المجنون ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد أن الوصية اليه لا تصح ، وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد مايدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور إذا كان متهما لم تخرج عن يده ، وقال الخرقي اذا كان خائناً ضم اليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أميناً ، وقال أبو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل

ولنا أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون ، وعلى أبي حنيفة أنه لا يجوز اقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح ؟ على وجهين)

علم الموصى اليه لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه الى القاضي ليستحلفه ان مالي في يديك حق . فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي فهو أعلم فان ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم فكلام أحمد يدل على روايتين

(احداهما) قال لا يجوز لدفع اليه بدعواه الا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لان البينة له حجة ، وقال في موضع آخر الا أن يثبت ببينة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فاذ وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وان وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه لان جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدين فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما ان وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل فى الآخر اذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسبيله أن يضرب فى ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسئلة دالة على أحكام أربعة (منها) أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه

يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين ، وفي الآخر تعتبر حالة الموت حسب كالوصية له ولان شروط الشهادة تعتبر عند ادائها لا عند تحملها كذلك ههنا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فأما الوصية له فهي صحيحة ، وإن كان وارثا وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده

(فصل) وتصح الوصية إلى الاعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أن الوصية لا تصح اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم له مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة ، والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية اليه كالبصير .

الا ثلث المال إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره أجيزه برمته شيء جعله لله لا ارده . وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فانه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً . رواه مسلم وأبو داود ، ولانه تبرع في مرض موته فأشبه سائر العطايا والصدقات

(الثاني) أن العتق اذا كان في أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث كملنا الثلث في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كملنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور

(الثالث) أنه اذا لم يخرج من الثلث الا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ماسنذكره في العتق إن شاء الله تعالى

(الرابع) اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي ﷺ في الأعبد الذين أقرع بينهم . فأما كيفية تكميل العتق فان العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كستة أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان ويرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كمسئلة الخرقي أقرعت بين العبدين فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما بلغ نسبت اليه قيمة العبدين جميعا فمهما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه ففي هذه المسئلة اذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدين معا وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أتساعه وتمام شرح ذلك يأتي في باب العتق ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول)

ونظير ذلك ما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر ، أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فانه يكون بينهما وقد ذكرنا ذلك ، فكذلك إذا أوصى إلى رجل ثم وصى إلى آخر فانهما يصيران وصيين ، كما لو وصى اليهما جميعاً في حال واحدة وإن قال قد أخرجت الاول بطلت وصيته لانه صرح بعزله فانعزل كما لو وكله ثم عزله.

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجملة ذلك أنه يجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما وجعلت له أن ينفرد بالتصرف فان هذا يقتضي تصرف كل واحد منهما على الانفراد، وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين فلا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف لانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ولا نعلم خلافا في هاتين الصورتين ، فان أطلق فقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة اذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجملة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه تصح وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة ويشبه أن يكون قول اسحاق . ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد وهو قول الشافعي ، وقال مالك قولا يقتضي أنه اذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا أوصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك. والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما لو أعتق واحداً منهم، وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبيده ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء لانه يتناوله اسم العبد فأجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يضفه إلى عبيده، وإن لم يكن له الا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي أو قتلوا بطلت الوصية لانها انما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وان تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبيد له لم تصح الوصية لانه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها

أوصيت اليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبعض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالاخوين في تزويج أختهما وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وانفاذ وصيته ، ورد الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يدعى له وعليه ، لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله ابو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضه كما لو وكل وكيلين اوصرح للوصيين بان لا يتصرفا الا مجتمعين ويبطل ما قاله بهاتين الصورتين وبهما يبطل ما قاله ابوحنيفة ايضاً ومتى تعذر اجتماعهما قام الحاكم اميناً مقام الغائب

وقعت باطلة فلم تصح ، كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين لا حال الوصية : ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصي له بثلث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين

وقد روى ابن منصور عن احمد في رجل قال في مرضه اعطوا فلانا من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شي: يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لانه قصد إعطاءه مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشترى له من تركته عبد ويعطى اياه

(فصل) وان وصى لرجل بعبد صحت الوصية ويشترى له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤا ولا قرعة ههنا لانه لم يضف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ماشاؤا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندي انه لا يستحق الا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً ، ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته الا الى الذكر ، وان وصي له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلا لانه لا يعلم كونه ذكراً ولا أنثى ، وان وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والخنثى

(فصل) وان وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى لان الشاة اسم

(فصل) اذا قال اوصيت الى زيد فان مات فقد اوصيت الى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الى ان عمراً وصي بعد زيد لان النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « اميركم زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وكذلك ان قال اوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك واذا كبر ابنه صار وصيه ومثله لو قال اوصيت اليك فاذا تاب ابني من فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه اواشتغل بالعلم أوصالح امه او رشد فهو وصيي صحت الوصية اليه ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسئلة﴾ (وان مات احدهما اقام الحاكم مقامه اميناً)

قد ذكرنا ان الوصية تجوز الى اثنين وانه متى اوصى اليهما مطلقا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف فان مات احدهما اوجن او وجد منه مايوجب عزله اقام الحاكم مقامه اميناً لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي وحده ، وان اراد الحاكم ان يكتفي بالباقي منهما لم يجز له ذلك ، وذكر اصحاب الشافعي

يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندي انه لا يتناول الا أنثى كبيرة الا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك، فأما من لا يتناول عرفهم الا الاناث فان وصيته لا تتناول الا مايسمى في عرفهم لان ظاهر حاله ارادة مايتعارفونه ، وان وصي بكبش لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن، والتيس لايقع الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصي بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصي بجمل لم يكن الا ذكراً وان وصي بناقة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من ابلي وقع على الذكر والانثى جميعا ، ويحتمل انه ان قال عشرة بالهاء فهو للذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك في الغنم لان العدد في العشرة الى الثلاثة للمذكر بالهاء والمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطوه بعيراً ففيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له وحده (والثاني) هو للذكر والانثى لانه في لسان العرب يتناولهما جميعا ، تقول العرب حلبت البعير تريد الناقة فالجمل في اسمائهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان

(فصل) وان وصي له بثور فهو ذكر وان وصي ببقرة فهي أنثى . وان وصي بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والانثى لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به مايصرفه الى أحدها مثل ان قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصي له بحمار فهو ذكر وان وصي باتان فهي أنثى فان وصي بحصان فهو ذكر وان وصي بفرس تناول الذكر والانثى، وفي جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصي له به فعلى قول الخرقي يكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ماشاؤا ولا يستحق الدابة سرجا ولا البعير رحلا الا أن يذكره في الوصية

وجهاً في جوازه لان النظر لو كان للحاكم بموت الموصي من غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا ان الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده فان تغيرت حالهما جميعاً بموت او غيره فللحاكم ان ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (احدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة من لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا، ويفارق ماذا كان احدهما حياً لان الموصي بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معا (والثاني) لا يجوز لان الموصي لم يرض بواحد فلم يكتف به كما لو كان احدهما حياً فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات احدهما او خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه اميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره وان ماتا معا او خرجا عن الوصية

(فصل) وان وصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية لان فيه نفعا مباحا وتقر اليد عليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال ، وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابي او قال من مالي لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لاقيمة له بخلاف الشاة ،فان كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه ، وان كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب وان قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لاقيمة له ، وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجها واحداً لان ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال،واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصي لهما بهاقسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه ، وان وصي له بكلب والموصي كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة أو ماأحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب للهراش فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا الا أنه يجعل للموصي له بكلب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والنمر والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها

فللحاكم ان يقيم واحداً فان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف اوعلة او نحو ذلك اوكانا ممن لكل واحد منها التصرف منفرداً فليس للحاكم ان يضم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم امينا ،وان كانا ممن ليس لاحدهما التصرف منفرداً فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما امينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة الوصيان والامين

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان فسق وعنه يضم اليه امين)

قد ذكرنا الاختلاف في صحة الوصية الى الفاسق وان كلام الخرقي يدل على صحة الوصية اليه ويضم اليه امين وكذلك ان كان عدلا ففسق ونقل ابن منصور عن احمد نحو ذلك فقال اذا كان الوصي متهما لم يخرج عن يده ونقل المروذي عن أحمد فيمن وصى الى رجلين ليس احدهما بموضع الوصية فقال للآخر اعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية فقيل له اليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان

(فصل) وان وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لان فيه منفعة مباحة ، وان كان بطبل لهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة به ، وان كان مع ذلك اذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضا لان منفعته في الحال معدومة فان كان يصلح لهما جميعا صحت الوصية به لان المنفعة قائمة به ، وان وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى ماتصح الوصية به وان كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أخذها بالقرعة او ماشاء الورثة على اختلاف الروايتين وان وصى بدف صحت الوصية به لان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان اللهو لأنها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار او لم تكن لانه مهيأ لفعل المعصية دون غيرها فأشبه مالو كانت فيه الاوتار

(فصل) ولو أوصي له بقوس صحت الوصية فان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي او قوس بجرى او قوس زنبور او جرخ أو ندف أو بندق فان لم يكن له الا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه وان كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوسا يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه الى قوس الندف ، وان قال يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له ندافا لاعادة له بالرمي أو بندقانيا لاعادة له بالرمي بشيء سواه او يرمي بقوس غيره لايرمي بسواه انصرفت الوصية الى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي انه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وان انتفت القرائن فاختار ابو الخطاب أن له واحدا من جميعها بالقرعة أو مايختاره الورثة لان اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لاتتناول قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لاعادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي الا انه لايذكر العربية ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لايطلق عليها

رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه وحمل القاضي كلام الخرقي وكلام احمد على ابقائه في الوصية على ان جنايته طرأت بعد الموت . فاما ان كانت جنايته موجودة حال الوصية اليه لم يصح لانه لايجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وامانة والفاسق ليس من اهلهما فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقا فحكمه حكم من لاوصي له وينظر في ماله الحاكم وان طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته واقام الحاكم مقامه امينا هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الخرقي لاتزول ولايته ويضم اليه امين ينظر معه روي ذلك عن الحسن وابن سيرين لانه امكن حفظ المال بالامين وتحصيل نظر الموصي بابقائه في الوصية فيكون جمعا بين الحقين فأما ان لم يمكن حفظ المال بالامين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لان حفظ المال على اليتيم اولى من رعاية قول الموصي الفاسد واما التفريق بين الفسق الطاريء والمقارن فبعيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى

اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول : قوس القطن او الندف او قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالبا ويعطي القوس معمولة بها لأنها لا تسمى قوسا الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لأنها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها

(فصل) وان وصى له بعود وله عود لهو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف إلى عود اللهو ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له إلا عيدان قسي أو عود يتبخر به أو غيره من العيدان المباحة صحت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعينها مع إباحتها وان وصى له بجرة فيها خمر صحت الوصية بالجرة وبطلت في الخمر لان في الجرة نفعاً مباحاً والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر في جرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعد موصى الموصي لم يكن للموصى له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له

اجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي او بعده فلا شيء للموصى له كذلك حكاه ابن المنذر فقال اجمع من احفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا اوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لأنها حصلت في ايديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئاً، وان تلف المال كله سواه فهو للموصى له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك اخذه بغير رضاهم واذنهم فكان

يحتاج اليه في الدوام واذا لم يكن بد من التفريق فاعتبار العدالة في الدوام اولى من قبل ان الفسق اذا كان موجود احال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله واوصى اليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بانه علم ان عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضائه الاتري انه اذا وصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يجز الواحد التصرف

(فصل) اذا تغيرت حال الموصى اليه بموت او فسق او جنون او سفه فقد ذكرنا حكمه ، فان تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت صحت الوصية كما لو لم تتغير حاله ويحتمل ان تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها فأما ان زالت بعد الموت فانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصية لأنها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأيها تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذه الموصى له وقبضه وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصي له به.

(فصل) وان وصى له بعين فاستحق بعضه او هلك فله ما بقي منه ان حمله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي واصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً، وان وصى له بثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الاخذ)

وجملته ان الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي واصحاب الرأي ولا اعلم فيه خلافاً فينظر فان كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواه فهو للموصي له لاشيء الورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصي له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد أو نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى

(فصل) فأما العدل الذي يعجز عن النظر لعلة او ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم الحاكم اليه أميناً ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لان الضعيف اهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا ان كان قويا فحدث فيه ضعف اوعلة ضم الحاكم اليه يداً اخرى ويكون الاول الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الموصى اليه وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وما نعلم فيه مخالفا

﴿مسئلة﴾ (ويصح قبوله للوصية ورده في حياة الموصي) لانه اذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالتوكيل بخلاف الوصية له فانها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى مابعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصياً

﴿مسئلة﴾ (وله عزل نفسه متى شاء) مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته في حضوره وغيبته وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لايجوز له ذلك بعد الموت ولايجوز في حياته الا بحضرته لانه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الايصاء الى غيره وعن احمد انه لايجوز له عزل نفسه بعد الموت ذكره

له كله، وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لانها ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثة شيئاً إلا ان يجيز الورثة، وان كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزاد حقه عن ذلك سواء نقص العبد او زاد او نقص المال او زاد

(فصل) والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت نقل صالح بن احمد عن ابيه فيمن له الف درهم وعبد قيمته الف فأعتق العبد في مرض موته وانفق الدراهم عتق من العبد ثلثة فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ولو لم يتلف الالف لعتق منه ثلثاه، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ الفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث وان كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر ما فيه من الحرية والرق ويدخله الدور وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وان تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة

(فصل) وان وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لانه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وظاهر كلام الخرقي أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل لا يدفع اليه شيء لان الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لاصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لان حقه فيه مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولانه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لان الموصي كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدي الى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة

ابن ابي موسى في الارشاد لما ذكرنا: ولنا انه متصرف بالآن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(مسئلة) (وللموصي عزله متى شاء) لانه متصرف باذنه فكان له عزله كالموكل له عزل وكيله متى شاء

(مسئلة) (وليس للوصي ان يوصي الا ان يجعل ذلك اليه وعنه له ذلك) وجملة ذلك انه اذا وصى الى رجل واذن له في الايصاء لمن شاء نحو ان يقول اذنت لك الى ان توصي الى من شئت او كل من اوصيت اليه فقد اوصيت اليه او فهو وصيي صح وبه قال اكثر أهل العلم وحكي عن الشافعي في احد قوليه انه قال ليس له أن يوصي لانه يلي بتوليه فلا يصح ان يوصي كالوكيل

ولنا انه ماذون له في الاذن في التصرف فجاز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا امر بالتوكيل فالوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فان وصى اليه واطلق فلم يأذن له ولم ينهه عنه ففيه روايتان (احداهما) له ان يوصي الى غيره وهو قول مالك وابي حنيفة وابي يوسف لان الاب اقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب والثاني ليس له ذلك اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي واسحاق وهو الظاهر من قول الخرقي

على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضيتم بذلك وإلا فعودوا الى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبي فوقع لازما كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله الى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً اذا ثبت هذا فان للموصى له ثلث المعين الحاضر وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين دينا وابنا ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها ثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فيكمل له التسعة، وان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفا كلما استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فاذا استوفى الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً فمتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصيـة .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الاخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر

ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما

لقوله ذلك في التوكيل لانه تصرف بتوليه فلم يكن له ذلك التفويض كالوكيل ويخالف الاب لانه يلي بغير توليه

(فصل) ويجوز أن يجعل للوصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية، ونقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهماً مسماة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس نائباً عنه

(فصل) اذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند أعدلهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد اذا كان كل واحد موصى اليه منفرداً وقال بعضهم بل هو عام فيهما .

ولنا ان حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل

لو كان شريكه في الدين وصياً آخر أو كما لو وصى لرجل بالعين وله ولآخر بالدين فان المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه كذا ههنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان دينا وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضي من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين فاذا استوفى الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وان استوفي الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبد ربعه لان الوصيتين أربعة أتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة اتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما الى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا اسدها ان شاء الله لا اننا ادخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث وان اجيز لهما اخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة دينا على احد ابنيه وهو معسر ووصى لاجنبي بثلث ماله فان الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فان كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما اخماساً للموصي خمساها اربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة ارباع دينه وبقي عليه ربعه فاذا استوفي قسم بينهما اخماسا كما قسم العين لان الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة اثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين

واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لان الوصي يتصرف بالاذن فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله كالوكالة فيجوز أن يوصي اليه بقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها لانه يملك ذلك فملكه وصية فأما انظر لورثته في أموالهم فان كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات ولا نعلم في هذا كله خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا للجد ولاية على ابن ابنه وان سفل لان له ولادة وتعصيباً فأشبه الاب ولاصحاب الشافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (احدهما) لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وماحصل لهما من الدين بينهما اخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لانه له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة ارباع النصف الذي عليه

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا كالسمن وتعليم صنعة فهو تابع للعين ويكون للموصى له اذا احتمله الثلث، وان كان منفصلا كالولد والثمرة في حياة الموصي فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصي له والصحيح انه للورثة والآخر هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله أعلم بالصواب

(مسئلة) قال (واذا اوصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا في الثلث وادخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية)

اما اذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها فتعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجع صاحب الخمسين الى ثلثها ولفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فأما ان كان فيها عتق فعن احمد فيها روايتان (احداهما) ان يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ماذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وابي ثور لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية يقدم العتق ويبدأ به فان فضل منه شيء قسم بين سائر اهل الوصايا على قدر وصاياهم

ولنا ان الجد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعم بخلاف الاب فانه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال ولا تلي مال غيرها كالعبد

(مسئلة) (واذا وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره)

يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي اليه بتفريق ثلثه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلايكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد ماجعل اليه دون غيره ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره ، بهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون وصياً في كل مايملكه الموصي لان هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعض كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ماأذن فيه كالوكيل وولاية الجد ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعض والاذن يتبعض فافترقا

وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولانه اقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو أعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة فانه يقدم الاول منها فالاول لأنها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتتساوى كلها

(فصل) واذا اوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه فان ابى اجبره الحاكم عليه لانه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فان اعتقه الوارث او الحاكم فهو حر من حين اعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم اعتاقه كرها وان كانت الوصية بعتقه الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يمتنع منه كالوكيل في الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى بفرس في سبيل الله والف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الالف للورثة وان انفق بعضها رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصيـة جهة فاذا فاتت عاد الموصى به الى الورثة كما لو اوصي بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد اولم يبعه سيده، وان انفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبدين فمات احدهما قبل شرائه قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن رجل اوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها شيء؟ فقال لا انما يعرف الناس السبيل الغزو

(فصل) واذا قال يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة

(فصل) ولا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي إلى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب النبي ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن بن عمر أنه كان وصياً لرجل، وفي وصية ابن مسعود: ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله عز وجل ثم الى الزبير بن العوام وابن عبد الله ولانها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد ان ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ولذلك يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل طلباً للسلامة واجتنابا للخطر وقد روي أن النبي ﷺ قال لابي ذر «اني اراك ضعيفا واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم» أخرجه مسلم

(فصل) فان مات رجل لاوصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل

لا اقبل الوصية اوقال قد وهبت الخدمة له لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا أنه أرقم العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية .

(فصل) واذا أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتهما فتحاصا في الثلث فاصاب الخال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث، وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمساه وهي تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلاثة يصر تسعة فهي الذي أصاب العم ، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته و بقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة و نصف والعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون و نصف والمال كله تسعون ، وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمساه العم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا وذلك اربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثيها دينار ان و ثلثان والثلث كله ستة وثلثان والمال كله عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال واصاب الخال ستة فهي ثلاثة اخماس وصيته فالكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشره تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلث ستون، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد اصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث ايضا عشره فهو وصية الخال وذلك ثلاثة اخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا . نوع آخر خلف ثلاثة بنين ووصي لعمه بمثل نصيب احدهم الا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب احدهم الا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهما يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي

من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة الى بيعه فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لا قاضي بها مات وخلف جواري ومالا اترى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ فقال اما المنافع والحيوان فان اضطروا الي بيعه ولم يكن قاض فلا بأس واما الجواري فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن إباحة فرج وأجاز بيع ذلك لانه موضع ضرورة

﴿مسئلة﴾ (وإذا أوصى اليه بتفرقة ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث مافي أيديهم ففيه روايتان)

(احداها) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق باجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لان صاحب الدين اذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا ههنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية

وصية الخال وإن نقصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبر تحمل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم دينارا وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيبا اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا: وان أوصى لعمه بعشرة الا ربع وصية خاله ولخاله بعشرة الاخمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهما تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهما يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهما واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

﴿طريق آخر﴾ تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال ستا ووصية العم عشرة الا ربع شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان لا نصف عشر شيء يعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءا، وان وصى لعمه بعشرة لا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة الاثلث وصية جده ولجده بعشرة الاربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان وبابها ان تضرب المخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحدا تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحدا وتضرب واحدا في ثلاثة ثم تزيدها واحدا وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين

الاولى محمولة على ما اذا كان المال جنساً واحداً فللوصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس (والرواية الثانية) محمولة على ما اذا كان المال أجناساً فان الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معاوضة لا تجوز الا برضاهم والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة ذلك قضاه بغير علمهم)

لانه واجب سواء رضوا به أو أبوه فاذا أبوه قضاه كما لو وصى لرجل بعين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فانه يدفع اليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم كذا ههنا وعن أحمد فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت ان لم يخف بيعه يعني اذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين الذي على موروثهم فلا يقضيه لانه لا يأمن رجوعهم عليه وان لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بدين الميت الذي له لما فيه من تبرئة ذمته وذمة الميت

واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحد اواضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الاربعة واحدا واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحدا تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم الى مامع العم دينارا أو إلى مامع الخال درهماً وتقابل مامع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل دينارا ودرهماً فاسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهما ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فاذا اسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً تصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع الى مافرضت فتجد مع العم درهما وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحدوعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والاحدوعشرون ثمانية وخمسان فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة الا ربع ما مع الاخ ووصية الاخ عشرة إلا خمس ما مع العم فبهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الاخ أربعة أفلس ثم تقابل مامع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الاشياء دينارا ودهما ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلسا ثم تقابل ما مع الجد بما مع الاخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم احداوثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الاخ مائة وأربعة ، اذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة

(فصل) إذا علم الموصى اليه أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لا يقضيه إلا ببينته قيل له فان كان ابن الميت يصدقه قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته، وقال في من استودع رجلا الف درهم فقال ان أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها إلى أجنبي فقال ان دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن ولعل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقروا فلم يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنهم لان قوله أقر عندي وأذن لي إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا فينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذه فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين وموافقة الدليل قيل لاحمد فان علم الموصى اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يديك حق فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي

وثلاثين جزءا ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءا ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءا ووصية الاخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين تنقصها واحدا يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحدا وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحدا وتضربها في أربعة وتزيدها واحدا وتضربها في خمسة تكن خمسة واربعين تنقصها واحدا وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الاربعة واحدا وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحدا وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحدا وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحدا وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحدا وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الاخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال

فهو أعلم فان ادعى رجلا ديناً على الميت وأقام بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين (احداهما) لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم بينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لان البينة حجة له وقال في موضع آخر إلا أن تثبت بينة عند الحاكم بذلك فاما ان صدقهم الورثة قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح وصية الكافر الى المسلم إذا لم تكن تركته خمراً او خنزيراً لان المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره فأما وصية الكافر إلى الكافر العدل في دينه ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي بالوصية كالمسلم والثاني لا يصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان لم يكن الكافر عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم تمنع صحة الوصية اليه فالكافر أولى

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده ولا والده)

قال أحمد اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً انما أمر بتنفيذه، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً لان لفظ الموصي يتناوله ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا؛

ستة عشر وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معها آخر ووصى للخال بعشرة وربع وصيته ووصي له بعشرة وربع وصية العم ضربت الخارج ونقصتها واحدا تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحدا وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحدا واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وان شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه انه على ما يشاء قدير .

ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه الدفع الى الاجنبي .

ولنا أنه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلا كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز بيعها من نفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وان دعت الحاجة الى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع بعضه نقص فله البيع على الكبار والصغار)

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه وكذلك ان كان جميعهم كباراً وهناك دين أو وصية وقيل لا يملك أن يبيع الا ما يخص الصغار ويقدر الدين والوصية

ولنا أنه وصي يملك بيع بعض التركة فملك بيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن الوصي قائم مقام الاب وللأب أن يبيع الجميع ولانه لما جاز بيعها في الدين المستغرق جاز بيعها فيما لا يستغرق كالعين المرهونة ولان في بيع البعض نقصاً على الصغار فيتعين بيع الجميع دفعاً للضرر عنهم ويحتمل أن لا يجوز البيع على الكبار ، وبه قال الشافعي، وهو أقيس إن شاء الله تعالى لانه لا يجب على الانسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصحيح والله سبحانه وتعالى أعلم .

تم بحمد الله وعونه الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السابع منهما وأوله (كتاب الفرائض) ﴾

فهرس محتويات الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

تم الفهرس

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء السابع

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض

روى أبو داود باسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه . ويروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الاعمش عن ابراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض

وهي قسمة المواريث روى أبو داود باسناده عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه ويروى عن عبدالله أن النبي ﷺ قال « تعلموا الفرائض وعلموه الناس فاني امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبدالحميد عن الاعمش عن ابراهيم قال قال عمر تعلموا الفرائض فانها من دينكم وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن وقال ثنا أبو الأحوص ثنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال من تعلم القرآن فليتعلم

عنه : تعلموا الفرائض فانها من دينكم، وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن . وقال حدثنا أبو الاحوص أخبرنا ابو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض

وروى جابر بن عبدالله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وان عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه أحمد في مسنده

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وان سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والاصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) الآية . والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بلا خلاف بين أهل العلم ، ولانه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبة واقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لا ولد له ولا والد، خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ماعداهما على ظاهره، فيسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن

الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وان عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال فنزلت آية الميراث فارسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » رواه الامام أحمد في مسنده ورواه الترمذي وأبو داود

﴿مسئلة﴾ (وأسباب التوارث ثلاثة رحم ونكاح وولاء لا غير)

لان الشرع ورد بالتوارث بها بقوله تعالى (وألو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) وقوله (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ـ ولهن الربع مما تركتم) الآية وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » وعنه انها تثبت بالموالاة والمعاقدة لقول الله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) والموالاة كالمعاقدة وباسلامه على يديه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى راشد بن سعيد قال قال رسول الله ﷺ « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه » رواه سعيد وروى أبو امامة عن النبي ﷺ انه قال « من أسلم على يده رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه » وعن تميم الداري انه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ فقال « هو اولى الناس بمحياه ومماته » رواه سعيد في سننه ورواه الترمذي وقال لا اظنه متصلا

وان سفل وبالاب، ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالاخ من الابوين لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لابيه . أخرجه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكراً كان الولد أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ذكرهم وأنثاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والاب والجد أب الاب وان علا ، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا الا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم للام الثلث وللاخوين الثلث، وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يورث ولد الام مع الاب ؟ ولاخلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الاب؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والانثى والوالد يشمل الاب والجد

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » فأما أحاديثهم فحديث راشد مرسل وحديث أبي امامة فيه معاوية الصدفي وهو ضعيف ، وحديث تميم ليس بصريح في الميراث وقيل يثبت بكونهما من أهل الديوان ولا عمل عليه ، وهذا كان في بدء الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

(فصل) إذا مات الانسان بديء بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه ، ثم تقضى ديونه لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصى بها أو دين) قال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولان الدين تستغرقه حاجته فقدم كمؤنة تجهيزه ثم تنفذ وصيته الآية ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء

﴿ مسئلة ﴾ (والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وان علا والاخ من كل جهة وابن الاخ من الام والعم وابنه كذلك والزوج ومولى النعمة ، ومن النساء سبع: البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والمرأة ومولاة النعمة)

أكثر هؤلاء ثبت توريثهم بالكتاب والسنة، فالابن والبنت ثبت ميراثهما بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ويدخل في ذلك ولد الابن والابوان بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة فقيل: الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص احمد على هذا، وروي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق في بني أمية

ورثتم قناة المجد لاعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الاكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكأن الورثة ماعدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كاحاطة الاكليل بالرأس، فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل فاذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر

فكيف باطرافي اذا ماشتمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة اسم للميت نفسه الذي لاولد له ولا والد يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود، وقيل الكلالة قرابة الام واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه عنى انكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم، ويروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بالكلالة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها، وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث؟ انما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد، وممن ذهب الى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة

والجد يحتمل أن يتناوله هذا النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم، والاخ والاخت من الابوين أو الاب ثبت ارثهما بقوله سبحانه (وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) والاخ والاخت من الام ثبت ارثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ «ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم للام ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات. وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه الصلاة والسلام «انما الولاء لمن أعتق» والجدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس، والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم) والزوج بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم) الآية، وجميعهم ذووا فرض وعصبة فالذكور كلهم عصبات الا الزوج والاخ من الام والاب والجد مع الابن، والاناث كلهن اذا انفردن عن اخوتهن ذوات فروض الا المعتقة والا الاخوات مع البنات. ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لانهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم، ومن سواهم من الوارث انما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

﴿مسئلة﴾ (والوارث ثلاثة ذوو فرض وعصبات وذوو رحم.)

والبصرة والكوفة ، ويروى عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما كقول الجماعة

﴿مسئلة﴾ قال (والأخوات مع البنات عصبة لهن مافضل وليست لهن معهن فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير واذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه قل أو كثر وان انفرد أخذ الكل ، وان استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين او من الاب لانه قد ذكر أن ولد الام لاميراث لهم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فانه يروى عنه أنه كان لايجعل الاخوات مع البنات عصبة فقال في بنت واخت : للبنت النصف ولا شيء للاخت فقيل له ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانه (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ماترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد، والحق فيما ذهب اليه الجمهور فان ابن مسعود قال في بنت و بنت ابن وأخت لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت رواه

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة الزوجان والابوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والاخت من كل جهة والاخ من الام فللزوج النصف إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن والربع اذا كان معه أحدهما، وللزوجة الربع مع عدم الولد وولد الابن والثمن مع أحدهما ، وهذا اجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين) وولد الابن ولد بدليل قوله تعالى يا بني آدم ويا بني اسرائيل وانما جعل لجماعة الزوجات مثل الواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو أخذت كل واحدة السدس لأخذن النصف إذا كن ثلاثة وزدن على ميراث الجد . فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المتفرقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للابنتين على ما يذكر في موضعه وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتهن لا فرض له الا ولد الام فان ذكرهم وانثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الأم المجردة .

البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ماذهب اليه بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ماتأخذه مع البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كميراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ثم ان النبي ﷺ وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللابنتين الثلثان ويبقى للاخت نصف السدس فان كان معهم ام عالت المسئلة وسقطت الاخت

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في ارثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يابني آدم) يخاطب

(فصل) قال رضي الله عنه (وللأب ثلاثة أحوال حال يرث فيها بالفرض المجرد وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ويرث السدس والباقي للابن ومن معه)

لا نعلم في هذا خلافا لقول الله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) (وحال) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع عدم الولد وولد الابن فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث أضاف الميراث اليهما ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) فجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالث) يجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع اناث الولد أو ولد الابن فيأخذ السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للام السدس مع البنت اجماعا ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وهذا كله مجمع عليه ليس فيه خلاف نعلمه

(فصل) (قال وللجد ثلاثة أحوال الاب الثلاثة إلا أنه يسقط بالاب لايدلي به ويسقط عن رتبة الاب في زوج وابوين وامرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وله حال رابع مع الاخوة

بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يابني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم ، وقال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الاباعد

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان الا رواية شاذة عن ابن عباس ان فرضهما النصف لقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فمفهومه ان مادون الثلاث ليس لهما الثلثان، والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الاخوات (فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنهما أقرب ولان كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالاخوات من الابوين والاخوات من الاب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الام والاخوات من الابوين أو من الاب فأما الثلاث من البنات فمازاد فلاخلاف في ان فرضهن الثلثان وانه ثابت بقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك)

والاخوات من الابوين والاب فانه يقاسمهم كأخ إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي لهم، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه ثم للجد الأحظ من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال وسوف نذكر الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى، فروى أبو داود باسناده عن عمران بن حصين أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال إن ابن ابني مات فمالي من ميراثه ؟ قال لك السدس فلما أدبر دعاه فقال ان لك سدساً آخر فلما أدبر دعاه فقال إن لك السدس الآخر طعمة » قال قتادة فلا ندري مع أي شيء ورثه قال قتادة أقل شيء ورث الجد السدس وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيكم يعلم ماورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد؟ فقال معقل بن يسار أنا ورثه رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من؟ قال لاأدري قال لا دريت فما يغني إذا رواه سعيد في سننه . قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان الجد ابا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الاب. وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الاب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (احدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وابوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الاب وثلث جميع المال مع الجد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للأب ولاخلاف بينهم في اسقاط بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم، فذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وابي الدرداء ومعاذ بن جبل وابي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وحكي ايضاً عن عمران بن حصين وجابر بن عبدالله وابي

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين فقيل ثبت بهذه الآية والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق . وقد دل على هذا ان النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع «اعط ابنتي سعد الثلثين» وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضا ان سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال امهما عن شأنهما في ميراث أبيهما، وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الادلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبته، وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن مالم يكن بازائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن وذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء الا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لانهن دون درجتهن فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء : يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء الا ابن

الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة واسحاق وابو ثور ونعيم ابن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب اخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ولانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فان الاخ والجد يدليان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها، فان الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة انبتت غصناً فانفرق منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه نهر وانفرق منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه الى الوادي ، واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» متفق عليه والجد أولى من الاخ بدليل المعنى والحكم ، اما المعنى فانه له قرابة إيلاد وبعضية كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الاب، والأخ والاخوات يسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالاب وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الام،

مسعود ومن اتبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداهن فجعل الباقي للذكر دون اخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن وتوريثهن هينا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات ، وعدم البنات لايوجب لهم هذا الاسم ، ولان كل ذكر وأنثى يقتسمون المال اذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والاخوة مع الاخوات، وما ذكروه فهو في الاستحقاق بالفرض ، فأما في مسئلتنا فانما يستحقون بالتعصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم ويبطل ما ذكروه بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهن يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وان كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وان كن عشراً أخذن خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، ويعصب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن انزل من بعض لاذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة

وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة. وكذلك ولد الابوين في المشركة عند الاكثرين ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله وتجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالاب سواء فدل ذلك على قربه ، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله تعالى فيجب أن تلحق بهن فروضهن ويكون للجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع ، ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلالة ، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذاً فرض .حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالاب الحقيقي ،ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق)وقوله (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال« نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننتفي من أبينا وقال الشاعر

انا بني نهشل لا ندعي لاب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الاخوة كالاب الحقيقي يحقق هذا أن ابن الابن وان سفل يقوم مقام ابنه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس ألا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن

فان كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، فان كان مع الثانية عصبها وكان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فان كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فان كان مع الرابعة فللعليا النصف والثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فان كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

في هذه المسئلة ثلاثة أحكام (أحدها) ان للبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ان للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت

ابنا ولا يجعل أبا الاب أبا ولان بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب، يحققه أن أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الاخ والجد واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساويا لبني الاخ لتساوي درجة من أدليا به ولا تفريع على هذا القول لوضوحه .

(فصل) واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم، فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له، فان كانت أخت لابوين واخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له فان كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد إلا السدس فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان أصحاب الفرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في اعطاء الاحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة ابن مقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وذهب الى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، فأما مذهب زيد فهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الخرقي وسنشرحه ان

(الثاني) أنه اذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكلة الثلثين وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف) ففرض البنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لايزدن عليه، واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فيبقى للبقية تمام الثلثين، ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكلة الثلثين ، وقد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : للبنت النصف ومابقي فللاخت فأتى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذاً وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكلة الثلثين وما بقي فللاخت فأتينا أباموسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لاتسألوني عن شيء مادام الحبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى

(الحكم الثالث) اذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فانه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم الا ابن مسعود فيمن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضر بهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وان كان الحاصل لهن

شاء الله تعالى واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن ارطاة ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم .

فمذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يقاسمهم كأخ الا أن يكون ثلث المال احظ له ، فان نقصته المقاسمة عن الثلث فله الثلث والباقي لهم ، فعلى هذا اذا كان معه اخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء ، فان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لاغير وان زادوا فأعطه الثلث ، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وكان للجد الاحظ من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلانه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، واما أعطاؤه ثلث الباقي اذا كان احظ فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفروض كانه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة وان نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وان كان الفرض النصف فقط استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين والفرض النصف استوى المقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال

بالمقاسمة أقل قاسم بهن، وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين الا أنه ناقص في المقاسمة اذا كان اضربهن وكان ينبغي ان يعطيهن السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمها لو لم يكن غيرهما فقاسمها مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت إذا لم يكن لها من يعصبها سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو للعليا أو اللتي تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسئلة التي ذكرنا في آخر المسئلة التي قبل هذه

﴿مسئلة﴾ قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام اذا لم يكن اخوات لاب وأم فان كان اخوات لاب وأم وأخوات لأب فللاخوات من الاب والام الثلثان وليس للاخوات من الاب شيء الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين، فان كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فللاخت للاب والام النصف وللاخوات من الاب واحدة كانت أو اكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

(فصل) ولا ينقص الجد عن سدس المال أو تسميته اذا زادت السهام، هذا قول عامة أهل العلم الا أنه روي عن الشعبي أنه قال ان ابن عباس كتب الى علي في ستة اخوة وجد فكتب اليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجد ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة الى نصف سدس المال

ولنا ان الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم اقوى ميراثا من الاخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الاخوة اولى ولان النبي ﷺ اطعم الجد السدس فلا ينبغي ان ينقص منه، وقولنا او تسميته اذا زادت السهام هو اذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فاذا كان زوج وام وابنتان وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر وهما ثلثا الخمس

﴿مسئلة﴾ (فان لم يفضل عن الفرض الا السدس فهو له ويسقط من معه من الاخوة والاخوات كأم وابنتين وجد واخت او اخ)

فان للام السدس وللابنتين الثلثان يبقى السدس للجد ويسقط الاخوة الا في الاكدرية وهي زوج وام واخت وجد فان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس ثم يقسم

وهذه الجلة كلها مجمع عليها بين علماء الامصار الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب إذا استكمل الاخوات من الابوين الثلثين فانه جعل الباقي للذكر من ولد الاب دون الاناث، فان كانت أخت واحدة من أبوين واخوة وأخوات من أب جعل للاناث من ولد الاب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكور كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يغني عن اعادته. فاما فرض الثلثين للاختين فصاعدا والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم، وروى جابر قال قلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي اخوات؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) رواه أبو داود وروى أن جابرا اشتكى وعنده سبع اخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله في اخواتك » فبين لهن الثلثين ومازاد على الاختين في حكمها لانه اذا كان للاختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعدا، واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات الثلثين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للاخوات شيء

سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين: للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت اربعة ولا يعول من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لاخت مع جد الا في هذه المسئلة وتسمى الاكدرية سميت بذلك لتكديرها اصول زيد في الجد فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد وفرض للاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك، وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه، واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبي بكر الصديق وموافقيه اسقاط الاخت ويجعل للزوج النصف وللام الثلث والباقي للجد، وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللجد السدس وللام السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس لكيلا يفضلوها على الجد، وقال علي وزيد للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وأعالاها الى تسعة ولم يحجبا الام عن الثلث لان الله تعالى انما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة، ثم ان عمر وعلياً وابن مسعود ابقوا النصف للاخت والسدس للجد وزيد ضم نصفها الى سدس الجد فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة، وانما حمل زيدا على اعالة المسئلة ههنا أنه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئاً، فان قيل فالاخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الاخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو كان مع الاخت أخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى

يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات للاب ولذلك قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا واناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ، ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها ، والاخت من الاب لايعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات للاب شيء وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(فصل) أربعة من الذكور يعصبون اخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ماورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابن الابن وان نزل والاخ من الابوين والاخ من الاب وسائر العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخ والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركوا لان الرجال والنساء كلهم وراث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أعدل وأولى، وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئا وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنته

السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم تعل المسئلة ، وأصل المسئلة في الاكدرية ستة عالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام اثنان في ثلاثة ستة يبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة للجد ثمانية وللاخت أربعة ، ويعايابها فيقال أربعة ورثوا مالا فأخذ احدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث مابقي والرابع ما بقي ،ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعه ، وان ولدت ولدين فلهما السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت انثى فلي تسعاه وان ولدت ولدين فلي سدسه وأنشد شيخنا في ذلك لنفسه

ما ذا تقولون في ميراث أربعة … أصاب أكبرهم جزءاً من المال
ونصف ذلك للثاني ونصفهما … لثالث ترب للخير فعال
ونصف ذلك مجموعاً لرابعهم … فخبروني فهذي جملة الحال

اكبرهم الجد له ثمانية ونصفها للاخت أربعة ونصفهما ستة للام صارت ثمانية عشر ونصف الجميع للزوج وذلك تسعة

﴿مسألة﴾ قال (وللأم الثلث اذا لم يكن الا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن فان كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجملة ذلك ان للام ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلث بشرطين (أحدهما) عدم الولد وولد الابن من الذكور والاناث (والثاني) عدم الاثنين فصاعداً من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا ذكوراً أو اناثاً أو ذكوراً وإناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم (الحال الثاني) لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الاخوة والاخوات في قول جمهور الفقهاء، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لان الله تعالى قال (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة، وروي ان ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه : ليس الاخوان اخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام ؟ فقال لا أستطيع ان أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب، والاخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد للزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الاخت والجد على ثلاثة أصلها من أثني عشر للزوجة ثلاثة وللام أربعة يبقى خمسة بين الجد والاخت على ثلاثة، وتصح من ستة وثلاثين، فان كان مكان الاخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين، وان كانا اختين قاسمهما وتصح من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين، فان زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسئلة في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم، فان لم تصح عليهم ضربتهم ووفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح فان كانوا من جهتين اختص بالباقي ولد الابوين

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها الا في أن للجدة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد، فان كانوا أكثر من واحد فحكم الجدة والام واحد، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهمان وللاخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر وان كان مكانها أخ صحت من ثمانية فان كان أخ وأخت أو ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وان زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي سهما واقسم الثاني على الباقين، فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو اقل فرض لولد الابوين

فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء

(الحال الثالث) اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللام ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، وهذه يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس فان كن بنات كان له ما فضل)

يعني والله أعلم كان له مافضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة احوال : (حال) يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وان سفل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه لا نعلم في هذا خلافا وذلك لقول الله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)

(الحال الثانية) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وأضاف الميراث اليهما ثم جعل للأم الثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس فجعل للام مع

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن في الاكدرية زوج فهي أم وأخت)

وجد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة للام ثلاثة وللجد اربعة وللاخت سهمان وانما سميت الخرقا لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكأن الاقوال خرقتها قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقي، وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وقول علي للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس، وعن عبدالله للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وللجد الباقي وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهو مثل القول الاول في المغني وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفين فتكون من أربعة وهي احدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلث وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ومسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج الشعبي عنها فقال قد اختلف خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس رضي الله عنهم

﴿مسئلة﴾ (وولد الاب كولد الابوين في مقاسمة الجد)

اذا انفردوا لأنهم شاركوهم في بنوة الاب التي ساووا بها الجد فاذا اجتمعوا عاد ولد الابوين الجد

الاخوة السدس ولم يقطع اضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالثة) يجتمع له الامران الفرض والتعصيب وهي مع اناث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالاجماع ثم يأخذ مابقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر» متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه

(فصل) والجد كالاب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الاخوة يذكر في بابه ويسقط بالاب لانه يدلي به فيسقط به كالاخوة وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به وينقص الجد عن رتبة الاب في زوج وابوين أو امرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الاب

(مسألة) (قال وللزوج النصف اذا لم يكن ولد فان كان لها ولد فله الربع وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعا اذا لم يكن ولد فان كان له ولد فلهن الثمن)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذوا فرض لايرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج

بولد الاب ثم اخذوا ماحصل لهم هذا مذهب زيد واما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولدالابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتدان به لانه محجوب فلا يعتد به كولد الام فاذا كان جد واخ من أب وأم واخ لاب قسما المال في هذه المسألة بينهما نصفين وزيد يجعلها من ثلاثة للجد سهم ولكل اخ سهم ثم يرجع الاخ من الاب والام على مافي يد اخيه لابيه فيأخذه وان شئت فرضت للجد ثلث المال والباقي للاخ من الابوين ومتى زاد الاخوة على اثنين فرضت للجد الثلث والباقي لولدالابوين ووجه مذهب زيدان الجدوالد فاذا حجبه اخوان وارثان جاز ان يحجبه اخ وارث واخ غير وارث كالام ولان ولد الاب يحجبونه اذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الام فان الجد يحجبهم فلاينبغي ان يحجبوه بخلاف ولدالاب فان الجد لايحجبهم فجاز ان يحجبوه اذ احجبهم غيره كما يحجبون الام ان كانوا محجوبين بالاب واما الاخ من الابوين فانه اقوى تعصيباً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئاً كالو انفرد عن الجد فيأخذ ميراثه كما لواجتمع ابن وابن ابن فانه يحجبه ويأخذ ميراثه فان قيل فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثهم والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهم للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر واخذ ميراثه وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي اذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى

وولد ابنه والثمن مع الولد او ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم ، والاصل فيه قول الله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين) وانما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لاخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لاخذن النصف فزدن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والاخوات المفترقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ماذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتهن لافرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأنثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وان سفل اذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وان سفل أولى من عم الاب)

هذا في ميراث العصبة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله اذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لايسقط بهم أخذوا الفاضل

له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فى حال الرد فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولايحصل لصاحب التمام شيء

﴿ مسئلة ﴾ (الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ تمام النصف ومافضل فهولهم ولا يتفق هذا في مسئلة فيهافرض غير السدس

لان ادنى مايأخذ الجد الثلث من الباقي والاخت النصف فالباقي بعدهما هو السدس فاذاكان جد واخت من ابوين واخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل اخت سهم ثم رجعت الاخت من الابوين على اختها لابيها فأخذت مافي يدها جيعه لتستكمل النصف لان المقاسمة ههنا أحظ للجد من ثلث المال فان كان معهم اخ من أب فللجد الثلث وللاخت النصف يبقى للاخ واخته السدس بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وتستوي ههنا المقاسمة وثلث المال

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معهم ام فلها السدس وللجد ثلث الباقي ولاثلث له فتضربها في ثلاثة تكن ثمانية عشر للام ثلثه وللجد ثلث الباقي خمسة وللاخت للابوين تسعة يبقى للاخ واخته سهم وتصح من اربعة وخمسين وتسمي مختصرة زيد)

عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد لقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر » وأقربهم البنون ثم بنوهم وان سفلوا يسقط قريبهم بعيدهم ثم الاب ثم آباؤه وان علوا الاقرب منهم فالاقرب ثم بنو الاب وهم الاخوة للابوين أو للاب ثم بنوهم وان سفلوا الاقرب منهم فالاقرب ويسقط البعيد بالقريب سواء كان القريب من ولد الابوين او من ولد الاب وحده فان اجتمعوا في درجة واحدة فولد الابوين أولى لقوة قرابته بالام فلهذا قال ابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب لانهما في درجة واحدة وابن الاخ للاب اولى من ابن ابن الاخ للاب والام لان ابن الاخ للاب أعلى درجة من ابن ابن الاخ للاب والام وعلى هذا أبداً ومهما بقي من بني الاخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لانه من ولد الاب والعم من ولد الجد فاذا انقرض الاخوة وبنوهم فالميراث للاعمام ثم بنيهم على هذا النسق إن استوت درجتهم قدم من هو لابوين فان اختلفت قدم الاعلى وإن كان لاب ومهما بقي منهم أحد وإن سفل فهو أولى من عم الاب لان الاعمام من ولد الجد وأعمام الاب من ولد أب الجد فاذا انقرضوا فالميراث لاعمام الاب على هذا النسق ثم لاعمام الجد ثم بنيهم وعلى هذا أبداً لايرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم لما مر في الحديث وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه

« مسئلة » قال (واذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والام ثلث مابقي وما بقي فللاب واذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والام ثلث مابقي ومابقي فللاب)

هاتان المسئلتان يسميان العمريتين لان عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء فأتبعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي

لان ثلث الباقي والمقاسمة في هذه المسئلة سواء فان اعطيت الجد ثلث الباقي صحت من اربعة وخمسين على ماذكرنا وان قاسم الاخوة اعطيت الام السدس سهما يبقى خمسة مقسومة على الجد والاخ واختين على ستة فتضربها في أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للام ستة وللجد عشرة وللاخت للابوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الاخ من الاب واخته لايصح فاذا ضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار الى نصفها اربعة وخمسين لانها تتفق بالنصف فلهذا سميت مختصره زيد ولو كان معهم اخ آخر من اب صحت من تسعين وتسمي تسعية زيد لانا ندفع الى الام ثلاثة والى الجد ثلث الباقي خمسة والى الاخت للأبوين تسعة يبقى سهم لاولاد الاب على خمسة لاتصح عليهم اذا ضربتها في ثمانية عشر تكن تسعين وهذا التفريع كله على مذهب زيد لكونه يورث الاخوة مع الجد

(فصل) ام اوجدة واختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقي خمسة على أربعة وتصح من اربعة وعشرين ام واخ واخت وجد تصح من ستة للجد سهمان ام واخوان او اخ واختان او اربع اخوات

رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس ههنا ولد واخوة وروى ذلك عن علي وروي ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لاننا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي مسئلة المرأة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وبقوله عليه السلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لاولى رجل ذكر والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولان الفريضة اذا جمعت أبوين وذا فرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الاب الجد لان الاب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق في موضع اجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الام كذلك مع المرأة قياسا عليه

« مسئلة » قال (واذا كان زوج وأم واخوة لام واخوة لاب وأم فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الام الثلث وسقط الاخوة من الاب والام)

هذه المسئلة تسمى المشركة وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الام وعصبة من ولد الابوين وانما سميت المشركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين

وجد المقاسمة وثلث الباقي سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي وصحت من ثمانية عشر للام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح عليهم، بنت واخت وجد للبنت النصف وما بقي بين الاخت والجد على ثلاثة اسهم للجد سهمان وللاخت سهم لان المقاسمة ههنا احظ له وفي قوله رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت وعند ابن مسعود الباقي بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما اذا انفرد اخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها اخ واما علي فبنى على اصله في ان الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة واعطي الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل الباقي لها

ولنا ان الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثليها اذا كان معها اخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت واخ وجد للبنت النصف والباقي بين الاخ والجد نصفين وان كان معه اخته فالباقي بينهم على خمسة وان كان اخوان او اخ واختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب

وولد الام في فرض ولد الام فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب ان أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم ويقال ان بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد رضي الله عنه فيها الى أن للزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الام الثلث وسقط الاخوة من الابوين لانهم عصبة وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما واسحاق لانهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الام وقرابتهم من جهة الاب ان لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الابوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن اباهم كان حماراً فما زادهم ذلك الا قرباً فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياساً فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج

ولنا قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ولا خلاف في ان المراد بهذه الآية ولد الام

شيء والباقي لولد الابوين بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على اربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كنا اكثر من أربع فله الثلث أو سدس الباقي والباقي لهن

(فصل) بنتان او أكثر أو بنت وبنت ابن واخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسئلتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات

(فصل) زوج واخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت اخرى فالباقي بينهم على اربعة وعندهما لهما الثلثان وتعول الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ واخت أو ثلاث أخوات تاسمهم الجد وان كان اخوان او من يعدلهما استوى السدس والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم فان كان زوج وبنت واخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على

على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وانثاهم وقال النبي ﷺ «ألحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلحق الفرائض باهلها ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لافرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر عشره واذا جاز ان يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنين اسقاطهم؟ وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة؟ وعلى انا نقول ان ساووهم في قرابة الام فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في القدر في المسئلة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وان سقط ولد الابوين كغيره ويلزمهم ان يقولوا في زوج واخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها أن الاخ يسقط وحده فترث أخته السبع لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كيرثها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال الا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فانه وضع للشرع بالرأي من غير دليل

ثلاثة ويستوي السدس ههنا والمقاسمة فان زادوا على أخت فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج بنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وام أو جدة سقط الاخوة والاخوات وفرضت للجد السدس وعالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت واخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو أختان فالباقي بينهم نصفين وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرض للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن او بنت وأم وجدة فرضت للجد السدس ويبقى للاخوة والاخوات سهم من أربعة وعشرين

(فصل) قال رضي الله عنه وللام أربعة أحوال (حال) لها السدس وهي مع وجود الولد وولد الابن أو اثنين من الاخوة والاخوات (وحال) لها الثلث وهي مع عدم هؤلاء (وحال) لها ثلث ما بقي وهي زوج وأبوان وامرأة وأبوان لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين (وحال) رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنا أو منتفيا بلعان فانه ينقطع بعصبته من جهة من نفاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته ،

ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو وفي مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن العجب ذهاب الشافعي اليه ههنا مع تخطئته الذاهبين اليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى.

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين عصبة من ولد الاب سقط. قولا واحداً ولم يورثهم أحد من اهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساووا ولد الام في قرابة الام ولو كان مكانهم اخوات من ابوين أو من أب فرض لهن الثلثان وعالت المسئلة الى عشرة في قول الجميع الا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لايرى العول فانهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الام فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا أخوة وضنبين أن الصواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى.

(فصل) إذ قيل امرأة خلفت أما وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة أخوة متفرقين فقل هذه المشركة للزوج النصف وللام السدس وللاخوين من الام الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين تسعاً ولكل واحد من الاخوين من الام تسعاً

﴿مسئلة﴾ قال واذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم واخوات لاب فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة والاخوات من الام الثلث بينهم بالتسوية وللاخت من الاب والام النصف وللاخوات من الاب السدس

أما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية أخرى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)

وجملته أن الام لها الاربعة الاحوال المذكورة اما استحقاقها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا فلا نعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم، وقد دل عليه قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وأما استحقاقها السدس اذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنين من الاخوات فهو قول الجمهور، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة، وحكي ذلك عن معاذ لقول الله تعالى (فان كان له إخوة فلامه السدس) وأقل الجمع ثلاثة وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما ليس الاخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على الاجماع ثم هو قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب والاخوة يستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به . وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ وتوريث ولد الام ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لاخلاف فيها أيضاً

وقد اجتمع في هذه المسئلة فروض يضيق المال عنها فان النصف للزوج والنصف للاخت من الابوين يكملان المال بهما ويزيد ثلث ولد الام وسدس الام وسدس الاخت من الاب فتعول المسئلة بثلثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها شبهوا أصلها بالام وعولها بفروخها وليس في الفرائض مسئلة تعول بثلثيها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعداً من ولد الام وأم او جدة واثنين من ولد الابوين أو الاب أو احداهما من ولد الابوين والاخرى من ولد الاب فتى اجتمع فيها هذا عالت الى عشرة ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يفها والثلث بين أرباب الوصايا اذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد ، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه واسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها . نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل

الحكم ثابت في أخ وأخت ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع لقوله تعالى (وإن كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء ، واما استحقاقها ثلث الباقي في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فهاتان المسئلتان تسمى العمريتين لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك فاتبعه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروي ذلك عن علي ، وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ويروى ذلك عن علي ويروى عن شريح ذلك في زوج وأبوين ، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لاننا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء باهلته أن المسائل لا تعول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث؟ فسميت هذه المسئلة مسئلة المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال نمضي الى عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبحان الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا ذهب النصفان بالمال فاين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ماعالت فريضة أبداً فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى مابقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت الا أشرت عليه؟ فقال هبته وكان امرأ مهيبا قوله من أهبطه من فريضة الى فريضة فذاك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض الى مابقي يريد البنات والاخوات فانهن يفرض لهن فاذا كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم مابقي قل أو كثر فكان مذهبه ان الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاخوات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولان الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض الثلث للاختين من الام فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله

مسئلة الزوجة لا يؤدي الى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) وقوله عليه السلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » والاب ههنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد

قال شيخنا: والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد لأن الاب في درجتها والجد أعلى منها، وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الام، كذلك مع المرأة قياساً عليه، فأما الحال الرابع وهي إذا كان ولدها منفياً بلعان فان الرجل اذا لاعن امرأته وانتفى منه ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه المسئلة خلافاً فأما ان مات احدهم قبل تمام

تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون . وقد يلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم وأخوان من أم فان حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض الى مابقي. وان أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء الامصار في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس الصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها (والثالثة) أنه لا يحجب الام الا بثلاثة من الاخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) انه لايعيل المسائل ، فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها ،واشتهر عنه القول بها ،وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى

(مسئلة) قال (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم فللاخ للام السدس ومابقي بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضي الله عنه مايدل على ذلك ويروي ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم. وقال ابن مسعود: المال للذي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لانهما استويا في قرابة لاب وفضله هذا بأم فصار كأخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لاب ولانه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لاب كان ابن العم للابوين أولى فاذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى ، ولنا ان الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من

اللعان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور ، وقال الشافعي اذا أكمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فان لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد ، وان لم تلاعن ورثت وحدت وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي فان تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما لم يتوارثا في احدى الروايتين ، وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع (والثانية) يتوارثان مالم يفرق الحاكم وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج الى تفريقه وان فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحباه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان وان فرق بينهما قبل ذلك لم ينقطع التوارث ولم تقع الفرقة .

أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به، كما لو كان أحدهما زوجا، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فانه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في احدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب فللاب من الام السدس والباقي للاب من الاب فان كان معهما أب من أبوين فكذلك وان كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم

(فصل) فان كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللبنت او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل أن الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام فان كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام، وحكي عن سعيد ابن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس باخ، وان كان من أب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحدا فاذا كان في الفريضة من يحجب احداهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسئلة المشركة

ولنا علي بن مسعود أن البنت تسقط الميراث بقرابة الام فبقي التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها، وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئا فكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث لكونه أخا من أم السدس فاذا حجبته البنت مع الاخ من الاب وجب أن تحجبه في كل حال

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان أشبه التفريق قبل الثلاث وهذا الخلاف في توارث الزوجين، فاما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لان انتفاءه بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينكما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما، وقال أبو بكر ينتفي بزوال الفراش لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه، ويحقق ذلك أن الولد كان حملا في البطن فقال النبي صلى الله عليه وسلم «انظروها فان جاءت به أحيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به» فأتت به على النعت المكروه.

﴿مسئلة﴾ (وعصبته عصبة أمه وعنه أنها هي عصبته)

اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن احمد فيه روايتان. (احداهما): ان عصبته عصبة أمه، نقلها الاثرم، وحنبل يروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر، وبه قال الحسن

لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وماذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وابن العم اذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحد بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لايرث الا ميراثا واحداً فان قرابة الام لاترث بها مفردة

(فصل) لخصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداهن (والثانية) في بنت وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته (الثالثة) في أخوات الابوين وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون أخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الاضر بهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) أخت لابوين وأخ وأخوات لاب للاخوات عنده الاضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر وان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان (أحدهما) خال لام لم يرجح بخئولته وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لايرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من اب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لاغير ، وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجدة وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا من أم فللزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما أصلها من ستة للزوج أربعة وللام اثنان ،

وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن ابن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره . (والرواية الثانية) : ان الام عصبته فان لم تكن فعصبتها عصبته ، نقلها أبو الحارث ومهنا، وهذا قول ابن مسعود، وروي عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثتها من بعدها ورواه أيضاً مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا وروى واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تحوز المرأة ثلث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » وعن عبد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب إلي إني سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لامه هي بمنزلة أبيه وأمه رواهن أبو داود ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ولان عصبات الام أدلوا بها

وترجع بالاختصار الى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم .
ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فللزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع وللاخ خمسة وهي السدس والتسع ، وللثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لابوين فالباقي كله له وان كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الاخرين سدس ، وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة والاخر سهم ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وان كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة .

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحدا من كل عدد الى العدد الآخر يصير معك اربعة بني عم واربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث الاخوة على أربعة والثلثين على بني العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو اخ ثلاثة فيحصل لهما النصف والاربعة الباقين النصف وعلى قول عبد الله للاخوة الثلث والباقي لابني العم الذين هما اخوات والله أعلم

فلم يرثوا معها كأقارب الاب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولم يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته، فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها فان لم تكن مولاة جعل لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة إلا أن أباحنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث إنما يثبت بالنص ولا نص فى توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث أخ من أم أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام واشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» وأولى الرجال به أقارب أمه وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى جناية فعليكم، حكاه الامام أحمد عنه ولان الام لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن يكون عصبتها عصبته كالاب

(مسئلة) (فاذا خلف أما وخالا فللام الثلث بلا خلاف والباقي للخال)

(باب أصول سهام الفرائض التي تعول)

معنى اصول المسائل المخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لان الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلثين مخرجها واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع من أربعة والسدس من ستة والثمن من ثمانية والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان (أحدهما) النصف ونصفه ونصف نصفه (والثاني) الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وكل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلهما ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسئلة وفيها يكون العول لان العول انما يكون في مسئلة تزدحم فيها الفروض ولا يتسع المال لها فكل مسئلة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادلة وعائلة ورد ، فالعادلة التي يستوي مالها وفروضها ، والعائلة التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله

لانه عصبة أمه ، وعلى الرواية الاخرى الكل للام وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه الا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبته والباقون بالرد وعن زيد الباقي لبيت المال فان كان معها أخ لام فله السدس والباقي له ان قلنا إنه العصبة على الرواية الاولى وعلى الاخرى الكل للام ولا شيء للخال على الروايتين، فان كان معهما مولى أم فلا شيء له عندنا وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لامه عصبة الا مولاها فالباقي له اذا قلنا عصبتها عصبته وعلى الرواية الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لانها عصبة ابنها

(فصل) فان لم يخلف الا أمه فلها الثلث فرضاً والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد وفي الرواية الاخرى لها الباقي بالتعصيب فان كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقي لها أو له على روايتين ذكرناهما فان كان لها عصبات فهو لاقربهم منها على الرواية الاولى فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لابيها فان كان مكان الاب جد فهو بين أخيها وجدها نصفين فان كان معهم ابنها وهو أخوه لامه فلا شيء لاخيها ويكون لامه الثلث ولاخيه السدس ولاخيه الباقي أو ابن أخيه وان خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لاخيه دون أخته وان خلف ابن أخيه وبنت أخيه أو خاله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتعول إلى سبعة والى ثمانية والى تسعة والى عشرة ولا تعول أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فان مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلهما جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه وان اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة ويصير كل كسر بعدد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الاصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولا والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث اخوات متفرقات وأخ من أم او أم أو جدة ، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أوجد وجدة، العول زوج وأختان من ابوين أو من أب أو أحداهما من أبوين والاخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتعول إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لاب وأم وأخوان لام ، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف والاخت النصف وللام الثلث سهمان تعول الى

وخالته فالباقي للذكر وان خلف اخته وابن اخته فلاخته السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الاخرى الكل للام في هذا الموضع

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فان كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (احداهما) للمولى وهو قول الاكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود فان لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في احدى الروايتين والاخرى هو للام فان كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والاخرى هو للام ، بنت وأخ أوابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة وان كان معها أخ أو أخت أو ابن أخ وأخته أو خال وخالة فالباقي للذكر وحده في قولهم وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد ورووا ذلك عن علي عليه السلام أنه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له وانه ورث ابن ملاعنة ذوي أرحامه كما يرثون من غيره قال ابن اللبان وليس هذا محفوظاً عن علي انما المشهور عنه قوله لاولياء المرجومة عن ابنها : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم فان جنى جناية فعليكم وفسر القاضي قول أحمد ان لم يكن أم نعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت قال شيخنا وهذا تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل للفظ على خلاف ظاهره وانما هذه الرواية كمذهب ابن مسعود ورواية الشعبي

ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من ام فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء: زوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول الى عشرة وتسمى ام الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلثيها فشبهوا الاصل بالام والعول بالفروخ . ويروى أن رجلا جاء الى شريح فقال ان امرأتي ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها ؟ قال لك النصف فمن خلفت ؟ قال خلفت أمها وأختيها من أبيها وأختيها من أمها وابا قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم ؟ قال لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح الا انك تراني قاضيا ظالما وانا اراك رجلا فاجراً أنكتم القصة وتذيع الفاحشة، ومتى عالت المسئلة الى تسعة أو الى عشرة لم يكن الميت امرأة لأنها لابد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ان تأخذ الفروض من أصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام فاليه ينتهي فتقول في زوج وأم وست اخوات مفترقات للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاختين الثلثان أربعة وللاختين من الام الثلث سهمان صارت عشرة

عن علي وعبد الله أنهما قالا عصبة ابن الملاعنة امه ترث ماله أجمع فان لم يكن أم فعصبتها عصبته: امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللاختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعاً، وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الاختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الاخ وحده ويحتمل يكون لاب الام سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ، وقال أبو حنيفة المال بين أبي الام والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة وقد روي ذلك عن علي وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كميراث غيره ، ورووه عن علي وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين: خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة، واذا لم يخلف ابن الملاعنة الا ذا رحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما نذكره

(فصل) واذا قسم ميراث ابن الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة، وقال ابو حنيفة لا يلحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توأمين مات احدهما وأكذب نفسه والاخ باق فيلحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المنفي باللعان توأمين ولهما أخ آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمه منه كميراث الآخر في قول الجمهور وقال مالك يرثه توأمه كميراث أخ لابوين لانه أخوه لأبويه بدليل أن

﴿ مسألة ﴾ قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصلها من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك)

انما كان أصلها من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة واذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لابد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج وأبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة واخوان لام وسبعة اخوة لاب. العول زوج وابنتان وأم تعول الى ثلاثة عشر امرأة وثلاث اخوات متفرقات: زوج وأبوان وابنتان تعول الى خمسة عشر: امرأة واختان من أب واختان من أم: امرأة وام وست أخوات متفرقات تعول الى سبعة عشر: ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تعول الى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم وتسمى ام الارامل ويعايابها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعول هذا الاصل الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عول

الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي

ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما اذا استلحق أحدهما لانه ثبت باستلحاقه أنه أبوهما

(فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها أو ان عصبتها عصبته انما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات. فعلى هذا لا يعقلون عنه، ولا تثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره هذا قول الاكثرين وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى فعليكم وروي هذا عن عبدالله وابراهيم

ولنا انهم انما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه ولم تثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم ابوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات ، فاما ان اعتق ابن الملاعنة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلف ام مولاه واخا مولاه احتمل ان يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت وحكي ذلك عن ابي يوسف، وهل يكون للام او للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل ان لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات ومن عصبهن اخوهن من الاناث

(مسئلة) (وإذا مات ابن الملاعن وخلف امه وجدته فلامه الثلث والباقي للجدة على احدى

ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضا يباين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ومتى عالت الى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

﴿ مسألة ﴾ قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

إنما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم نقل ثمن وثلث لان الثلث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد لانه لايكون الا لولد الام والولد يسقطهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات: امرأة وابنتان وأم وعصبة: ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت : امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة : العول امرأة وأبوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لأنها أقل الاصول عولا لم تعل الا بثمنها وتسمى المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعاً ومضى في خطبته . يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت

الروايتين وهذه جدة ورثت مع ام اكثر منها)

إذا مات ابن ابن الملاعنة وخلف امه وام ابيه فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي وعلى الرواية الاخرى الباقي لام ابيه لانها عصبة ابيه وهذا قول ابن مسعود، ويعايا بها فيقال: جدة ورثت مع ام اكثر منها وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود لهما السدس فرضاً بينهما وباقي المال لام ابيه: ام ام وخال اب، لام الام السدس وفي الباقي قولان (احدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب وفي قول علي الكل للجدة : خال وعم وخال اب وابو ام اب المال للعم لانه ابن الملاعنة فان لم يكن عم فلابي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فللخال لانه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم وفي قول علي الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة امه: بنت وام وخال المال بين البنت والام على اربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة ، ولو كان بدل الخال خال اب كان الباقي له لانه عصبة الملاعنة، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فاذا خلف عمه وعم ابيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي ان يكون اجماعا، وقد قال بعض الناس يحتمل ان يكون عم الاب اولى لانه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لان العصبات انما يعتبر اقربهم من الميت لا من آبائه، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقي يرد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي وفي الثانية لام ابي ابيه وهو قول ابن مسعود وإن خلف امه وجدته وجدة ابيه فلامه الثلث

في هذا الاصل إلا رجلا لان فيها ثمنا ولا يكون الا المرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فانه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون وللام وللمرأة السدس والثمن سبعة فتعول الى أحد وثلاثين

(فصول في تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة الا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحدا وان كانوا جماعة قسمته عليهم، وان شئت قلت إذا كان الكسر على فريق واحد فلواحدهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح او وفقه إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج وأم وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم بقي للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر سهما: للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام سهم في ثلاثة ثلاثة وللاخوة سهمان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهمان، ولو كان الاخوة ستة وافقتهم

ولا شيء لجدته وفي الباقي روايتان (إحداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة ابيه ، وان خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة ولو اعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلفت أم مولاته ورثت مال المولى لانها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاها في أحد الوجهين وقد ذكرناها في ابن الملاعنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاعنة ، والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن اذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطيء إذا أقيم عليه الحد ويرثه وقال ابراهيم يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة وقال اسحاق يلحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروي علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه اذا ولد على فراش رجل فادعاه أنه لا يلحقه وانما الخلاف فيما اذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولانه لا يلحق به إذا لم يستلحقه

سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الاولى سواء. ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من أربعة أقسام [أحدها] أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك: زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللاخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر، وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب الى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلثه أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الاكثر منهما في المسألة، ومثاله مالو كان الجدات في هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجتزي، بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح، ولو كان عدد الاخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا

(القسم الثالث) أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والاخوة ثلاثة فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الاجزاء فما بلغ

فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر إذا تحاذين)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم تكن أم للميت وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الام لانها تدلي بها فقامت مقامها عند عدمها كالجد يقوم مقام الاب

ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن شيئاً ارجعي حتى أسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد ابن مسلمة فامضاه لها أبو بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه جاءت الجدة الاخرى فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعتما فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في الموطأ والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وأما الجد فلا يقوم مقام الاب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات، وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس اذا لم يكن دونها أم رواه أبو داود وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئاً، ولان الجدة تدلي بالام فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به فأما أم الاب فانها انما ترث ميراث

ضربته في المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثني عشر فاذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين ، وان وافق أحد العددين سهامه دون الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا وان وافقا جيعاً سهامهما رددتهما الى وفقهما وعملت في الوفقين عملك في العددين الاصلين

(القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف او ثلث أو ربع أو غيره ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين الى وفقه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسئلة ومثاله أن تكون الاخوة تسعة والجدات ستا فيتفقان بالثلث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربهما في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

(فصل) وان كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فان كانت متماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فمنه تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وان كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت باكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح ، وان كانت متباينة مثل أن يكون الاعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسأله تكن مائة وثمانين ، وان كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عماً ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب ما معك في أصل المسألة فما بلغ

أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده

(فصل) ولا يزيد ميراثهن على السدس فرضاً وان كثرن اجمع على هذا أهل العلم لما روينا من الخبر فان عمر شرك بينهما وروي ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد باسناده عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الاب فقال له عبدالرحمن بن سهل بن حارثة وكان شهد بدراً يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما، ولانهن ذوات عدد لا يشاركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات وانما يشتركن في السدس اذا تحاذين لتساويهن في الدرجة

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الأم وأم الأب وكذلك ان علتا وكانتا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب وحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الاب شيئاً لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأخرجه أبو عبيد والدارقطني ومن ضرورته أن تكون منهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الام فانها ترثه ولا يرثها وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام . واختلفوا

فنه تصح ، وان تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث أو في وفقه وان كان موافقا فما بلغ ضربته في المسألة،وان تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقا ثم في المسألة وان توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث ، وان تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات أجزأك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخلا في الاربعة وأجزأك ضرب الاربعة في التسعة ، ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزأك ضرب الاربعة في التسعة . فاما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (أحدهما) ماذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما إلى وفقهما ثم تنظر في الوفقين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف ، وإن كانامتوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة ، ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عما وخمس عشرة بنتا فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وتوافقها الخمس

في توريث مازاد على الجدتين فذهب أبو عبدالله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنه وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الاوزاعي واسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين وحكي أيضاً عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبيدالله ابن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي فى القديم وحكي عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام الا جدتين، وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيبني وانت تورث ثلاث جدات وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الام قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وان كثرن فعلى ذلك ويحتمل قول الخرقي وان كثرن لا يرث إلا ثلاث جدات وهن المتحاذيات المذكورات بعد كما روي عن أحمد رحمه الله. واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب ان ترث كاحدى الثلاث .

ولنا حديث سعيد الذي ذكرناه وروى سعيد أيضاً عن ابراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات

عشرة بالأخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلثمائة وستين وان وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسئلة

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة : الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان فني به فالعددان متناسبان وان لم يفن به ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الاقل فان بقيت منه بقية القيتها من البقية الاولى ولاتزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل الى عدد يفني الملقى منه غير الواحد فاي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء ذلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالاثلاث فان كانت أربعة فبالارباع فان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان، ومما يدلك على تناسب العددين انك متى زدت على الاقل مثله أبدا ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في النصف فما دونه

(فصل) في مسائل المناسخات ومعناها أن يموت من ورثة الميت انسان قبل قسم تركة الاول

ثلاثة ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وهذا يدل على التحديد بثلاث وانه لا يرث أكثر منهن

﴿مسئلة﴾ (فان كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لأقربهن وعنه ان القربى من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الأم) اما إذا كانت احدى الجدتين ام الاخرى فلا خلاف بين اهل العلم في ان الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وان كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم الا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك ان الميراث بينهما وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وان كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يريد ان الجدتين إذا كانتا من جهة الاب احداهما أم الاب والاخرى ام الجد سقطت ام الجد بام الاب وسائر اهل العلم على ان القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الاب، فاما القربى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الام ؟ فيه روايتان (احداهما) انها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عليه السلام واحدى الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول أهل العراق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو احد قولي الشافعي لان الاب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فالتي تدلي به اولى ان لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا انها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الام ولان الجدات امهات يرثن ميراثاً واحداً

فاذا وجد ذلك نظرت فان كان ورثة الاول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لهما جميعا وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فان للمرأة من الاول سهما مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فاذا كان كذلك فاقسم المسئلة على ورثة الثاني ولا تنظر الى الاول، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنتين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في بقية المسائل فان كان معهم من يرث من الاولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ليست أما لهم فانك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا وان كانت أما لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقين للذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في ميراثها لانه قد صار اليهم فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها فان انقسم على مسئلته فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتا وعما فالمسئلة الاولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت اربعة ويبقي للاخ ثلاثة ومسئلة الميتة الثانية من اربعة لزوجها سهم ولابنتها سهمان ويبقى سهم للاخ الاول فصارله من المسئلتين

من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لاقربهن كالآباء والابناء والاخوة وكل قبيل اذا اجتمعوا فالميراث للاقرب وقولهم إن الاب لا يسقطها قلنا لانهن لا يرثن ميراثه وإنما يرثن ميراث الامهات لكونهن امهات ولذلك اسقطتهن الام والله اعلم

﴿ مسائل ﴾ (من ذلك ام ام وام ام اب فالمال للاولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما، ام اب وأم أم المال للاخرى في احدى الروايتين وهو قول الخرقي وفي الاخرى هو بينهما، أم أب وأم أم وأم جد المال للاولين في قول الجميع إلا شريك ومن وافقه هو بينهن ام اب وام ام وام ام ام وام أبي اب هو للاولين في قول الجميع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يرث اكثر من ثلاث جدات ام الام وام الاب وام الجد ومن كان من امهاتهن وان علت درجتهن) فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة لما روي سعيد باسناده عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وقال ابراهيم كانوا يورثون ثلاث جدات وهذا يدل على انه لا يرث أكثر من ثلاث وفي ذلك اختلاف ذكرناه فأما ام أبي الام فلا ترث لانها تدلي بغير وارث وكذلك كل جدة تدلي بغير وارث وهذا اجماع من اهل العلم الا ما حكي عن بن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين انهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا لانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب واما أم ابي الجد ومن ادلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وقد ذكرنا ذلك

أربعة أسهم وصحت المسئلتان من ثمانية وان لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسئلته وافقت بين سهامه ومسئلته فان اتفقا رددت مسئلته الى وفقها ثم ضربته في المسئلة الاولى فما بلغ فمنه تصح المسئلتان ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق المسئلة الثانية وكل من له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسئلتها من اثني عشر توافقها سهامها بالربع فترجع الى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الاولى في ثلاثة وللاخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وان لم يوافق سهامه مسئلته ضربت المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فان مات ثالث عملت مسئلته ونظرت سهامه مما صحت منه المسئلتان فان انقسم على مسئلته صحت مما صحت منه الاوليان وان لم تصح وافقت بين مسئلته وسهامه وضربت وفق سهام مسئلته ان وافقت أو جميعها ان لم توافق فيما صحت منه الاوليان وعملت على ما ذكرنا وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده

(فصل) وان أردت قسمة المسئلة على قراريط الدينار فانها في عرف اهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان (أحدهما) أن ينظر ما تركب منه العدد

(أمثلة ذلك) ذلك أم أم، وأم أب السدس بينهما اجماعا) أم أم أم، وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاوليين، وعند داود هو للاولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في القول الشاذ عن ابن عباس وموافقيه، أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، وأم أم أبي أم وأم أبي أم أم، وأم أبي أبي أم، وأم أبي أم أب، السدس للاولى عند داود، وللاوليين عند مالك وموافقيه، وللثلاث الاول عند احمد وموافقيه، وللاربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الاربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة، ولا من قبل الأب إلا اثنتان، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانهما كلما علون درجة ازداد في عددهن من قبل الاب واحدة.

﴿ مسئلة ﴾ (والجدات المتحاذيات أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، وان كثرن فعلى ذلك)

يعني بالتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كان بعضهن أقرب من بعض فالميراث لاقربهن، وفيه اختلاف ذكرناه فاذا قيل نزل جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أم، وأم أب، وان قيل نزل ثلاثاً فهن أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وفي درجتهما أخرى من قبل الام غير وارثة وهي أم أبي أم ولا يرث أبداً من قبل الام إلا

فانه لابد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين الي أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين الى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا

(والثاني) أن تنظر عدداً اذا ضربته في الاربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه فاذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط مثاله في مسئلتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربعمائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الخمسة الى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط فاذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له أسهم فاعطه بكل سهام من سهم القيراط قيراطا ، فان بقي له من السهام مالا يبلغ قيراطا فانسبه الى سهام القيراط واعطه منه مثل تلك النسبة ، فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له

واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك فان قيل نزل أربعاً فهن أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وفي درجتهن أربع غير وارثات ، وقد ذكرناهن فيما قبل إلا أن أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول ، ومن قال بتوريث زيادة على الثلاث ورث في الدرجة الرابعة أربعاً ، وفي الخامسة خمساً ، وفي السادسة ستاً ، وهو قول أبي حنيفة وموافقيه ، فاذا أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الاولى جدتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه يكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن ولا يرث منهن عند أحمد إلا ثلاث .

مسئلة (وترث الجدة وابنها حي وعنه لا ترث)

أن الجدة من قبل الاب إذا كان ابنها حياً وارثا فان عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر [illegible]نبري واسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي [illegible]ان وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ؛ وهو رواية عن احمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها اذا كان عماً أو عم أب لانها لا تدلي به واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به ولا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق احداهما في الاخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولام الثانية سهمان ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللاختين من الاب مثل ذلك وللاخت من الابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس

(فصل) في قسمة التركات ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسئلة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون دينارا فللزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة وهي ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للابوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة

ولنا ماروى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس ام أب مع ابنها وابنها حي، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أطعمت السدس أم أب مع ابنها وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنها ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبن به كأمهات الام

﴿ مسائل ﴾ (أم أب وأب السدس لها والباقي للاب وعلى القول الآخر الكل له دونها)

أم أم وأم أب السدس بينهما على القول الاول، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام إلا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما يكون لها مع عدمه والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا ثلاث جدات متحاذيات وأب السدس بينهن على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لام الام ثلث السدس والباقي للاب فان كان مع المتحاذيات جد لم يحجب إلا مع أب ، وأم أب، وأم أم أم السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الاب ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه

وقسمت ذلك على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وان شئت قسمت التركة على المسئلة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له ، واذا كانت المسئلة عدداً أصم عملت باحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار ولك في قسم التركة في مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسئلة الاولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسئلته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدهما كذلك ، واذا كان بين المسئلة والتركة موافقة فخذ وفقيهما واعمل بهما ماذكرنا

(فصل) وإذا كانت التركة سهاما من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين فللزوج ثلاثة من مسئلة مضروبة في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللاخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها وللام سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمن سدسها ، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثلث ثمنها وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فللام ربعها وهي قيراطان ونصف وللاخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

يورث البعدى من جهة الام مع القربى من جهة الاب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لانها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت ام الاب بالاب فصار المال كله للاب .

﴿ مسئلة ﴾ (فان اجتمعت جدة ذات قرابتين مع اخرى فقياس قول احمد ان السدس بينهما اثلاثاً لذات القرابتين ثلثاه وللاخرى ثلثه) كذلك قال ابو الحسن التميمي وابو عبد الله الوني ولعلهما اخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وابو يوسف السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانا من جهة واحدة لم ترث بهما جميعاً كالاخ من الاب والام

ولنا انها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة لا ترجح بهما على غيرها فوجب ان ترث بكل واحد منهما كابن العم اذا كان اخا لام او زوجا وفارق الاخ من الابوين فانه يرجح بقرابتيه على الاخ من الاب ولا يجمع بالترجيح بين القرابة الزائدة والتوريث بهما فاذا وجد احدهما انتفى الآخر ولا ينبغي ان يخل بهما جميعاً بل اذا انتفى احدهما وجد الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث وصورة ذلك ان يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المراة ام ام امه وهي ام ابي ابيه وان يتزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي ام ام امه او ام ام ابيه فان ادلت الجدة بثلاث

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثا إلاذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنات والاخوات والجدات فان الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم في الامصار إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع اخت من ابوين ولا على جدة مع ذي سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الام مع الام ولا على الجد مع ذي سهم والذي ذكر الخرقي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يتفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضا فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله ان أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد

جهات ترث بها لم يمكن ان يجمع معها جدة اخرى وارثة عند من لا يورث اكثر من ثلاث .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وللبنت الواحدة النصف)

لا خلاف في ذلك بين علماء المسلمين لقول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن واخت ان للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت وان كانتا ابنتين فصاعدا فلهما الثلثان، أجمع أهل العلم على أن فرض البنتين الثلثان الارواية شذت عن ابن عباس ان فرضهما النصف لقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك) فمفهومه ان ما دون الثلث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لاخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الاخوات (فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وهذا تنبيه على أن البنتين اثنتين لانهما أقرب ولان كل من يرث منهم الواحد النصف فللاثنين منهما الثلثان كالاختين من الابوين او من الاب وكل عدد يختلف فرض أحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الام فاما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف في ان فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك) واختلفت فيما ثبت به فرض الاثنتين فقيل بهذه الآية والتقدير فان كن اثنتين وفوق صلة كقوله تعالى (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق وقيل معناه فان كن نساء اثنتين فما فوق وقد دل عليه قول النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية لاجل

ابن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لان الله تعالى قال في الاخت (فلها نصف ما ترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولأنها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهؤلاء من ذوي الارحام وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي » وفي لفظ « من ترك دينا فالي ومن ترك مالا فللوارث » متفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « تحرز المرأة ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها والولد الذي لاعنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولأنهما من وراثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفي ان يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينفي ان يكون للاب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف ان يكون للزوج ما فضل اذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا هنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الارحام

سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضا أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواترت عليه الادلة التي ذكرناها فلا يضرنا أيها أثبته

﴿ مسألة ﴾ (وبنات الابن بمنزلة البنات اذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في ارثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات إلا ماروي عن ابن عباس أنه كان لا يورث الاخوات مع البنات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات ابن الابن وغير ذلك والاصل في ذلك قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) وولد البنين أولاد لقوله تعالى (يا بني آدم) يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الاجانب

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كانت أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام فللاخت للاب والام النصف وللاخت للاب السدس وللاخت للام السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهن على خمسة أسهم للاخت للاب والام ثلاثة أخماس المال وللاخت للاب الخمس وللاخت للام الخمس طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسئلتهم وهي أبدا تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة الا الربع والثمن وليس لغير الزوجين وليسا من اهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا ههنا اذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لان ذلك صار أصل مسئلتهم وينحصر في ذلك أربعة أصول اولها أصل اثنين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فان كان الجدات ثلاثا فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن في أصل المسئلة وهو اثنان تصير ستة للاخ من الام النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة ام واخ من أم وأم واخوان لام فان كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسئلتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات واربعة اخوة من أم للاخوة

﴿مسئلة﴾ (فان كانت بنت وبنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين) أما استحقاق البنت الواحدة النصف فلا خلاف فيه، وقد ذكرناه فان كان معها بنت ابن أو أكثر فلها النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين وهذا مجمع عليه أيضا، وقد دل عليه قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض للبنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن وهو تمام الثلثين ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين

قد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للابنة النصف وما بقي فللاخت فأتى ابن مسعود فأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام هذا الحبر فيكم متفق عليه بنحو هذا المعنى

(فصل) فاذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فانه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين

سهمان يفوافقهم بالنصف يرجع عددهم الى اثنين تضربهما في عدد الجدات ثم في أصل المسئلة صارت ثمانية عشر ومنها تصح، أصل اربعة اخت لابوين واخت لاب أو أم أو اخ لام أوجدة، بنت وأم أوجدة بنت وبنت ابن ، فان كان بنات الابن اربعا ضربتهن في اصل المسئلة وهي اربعة صارت ستة عشر ومنها تصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات اللاخت من الاب والام النصف وللاخت من الاب السدس وللاخت من الام السدس وهذه مسئلة الخرقي أم واخت لابوين أو لاب أم وأخت لابوين واخت لاب أو لام ولا تزيد مسائل الرد ابداً على هذا لانها لو زادت سهما لكمل المال ولم يبق شيء منه يرد ، ثلاث جدات وبنت واربع بنات ابن اصلها من خمسة وتصح من ستين ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كانه عصبة فان كان شخصا واحداً فالمال له، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاخوة

(فصل) فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي من مسئلته على فريضة اهل الرد فان انقسم صحت المسئلتان ولا يتفق هذا الا ان يكون الزوج امرأة لها الربع ومسئلة اهل الرد من ثلاثة كامرأة وام واخ لام او ام واخوين لام أو جدة واخوين لام فللمرأة الربع من اربعة يبقي ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها ويصح الجميع من اربعة فان انكسر على عدد منه ضربته في اربعة كاربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر وان لم ينقسم

في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة انفرد بها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضر بهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل قاسم بهن وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها اذا استكمل البنات الثلثين الا أنه ناقض في المقاسمة اذا كانت أضر بهن وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمهما لو لم يكن غيرهما فقاسمهما مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضر بهن ولا يصح أصله الذي بنى عليه كما قدمنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استكمل البنات الثلثين سقط بنات الابن إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن فيما بقي)

أجمع أهل العلم على ذلك لان الله تعالى لم يفرض للاولاد اذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لانهن دون درجتهن فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة

فاصل مسألة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضا فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المسألة فاذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسألته مضروبة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته او وفقه فيما انتقلت اليه المسألة وتصح على مامضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في أصول خمسة [أحدها] زوج وجدة وأخ لام ، للزوج النصف وأصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددهن في أربعة فمابلغ فمنه تصح

(الاصل الثاني) زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل الى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضا (الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لاب أو أخت لام أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لاب وأخت لام أوجدة

رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه احداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لايرثن أكثر من الثلثين بدليل مالو انفردن وتوريثهن ههنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات وعدم البنات لايوجب لهم هذا الاسم ولان كل ذكر وأنثى يقتسمان المال اذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقتسما الفاضل عنه كاولاد الصلب والاخوة مع الاخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق بالفرض فأما في مسألتنا فانما يستحقون بالتعصيب فكان معتبراً باولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم يبطل ماذكروه بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهن يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشراً أخذت خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ماذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت اذا لم يكن لها من يعصبها سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو العليا والتي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه .

(فصل) وفروض الاخوات من الابوين كفرض البنات سواء إلا أنه لايعصبهن إلا أخوهن

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين [الاصل الخامس] زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة ، أخت من أبوين وأخت أو أخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة ، أختان من أبوين أو من اب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة توافق بالاسباع فيرجعن إلى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقهن بالاسباع فيرجعن الى ثلاث والاثنتان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثا في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعمائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الزوج

يعني أن للواحدة من الاخوات للابوين النصف وللاختين فما زاد الثلثان، فان كانت الاخت لابوين وأخت أو أخوات لاب فلهن باقي الثلثين وذلك السدس تكملة الثلثين كبنات الابن مع البنات فيما ذكرناه وان لم يكن للميت أخوات لابوين وكان له اخوات لاب فلهن حكمهن للواحدة النصف وللاختين فما زاد الثلثان وهذا لاخلاف فيه بين أهل العلم ، فان استكمل الاخوات للابوين الثلثين سقط الاخوات للاب الا ان يكون معهن أخوهن فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين وخالف ابن مسعود في ذلك ومن تبعه من سائر الصحابة والفقهاء فقال اذا استكمل الاخوات للابوين الثلثين فالباقي للذكور من ولد الاب دون الاناث فان كانت اخت لابوين وأخوة وأخوات لاب جعل للاناث من ولد الاب الا ضربهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكور كما فعل في ولد الابن مع البنات وقد ذكرناه وأما فرض الثلثين للاختين فصاعدا والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم ، وعن جابر قال : قلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم) الآية رواه أبو داود وروي أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله عز وجل في اخواتك فبين لهن الثلثين وما زاد على الاثنتين في حكمهما » لانه إذا كان للاختين الثلثان فالثلاث اختان فصاعدا واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات الثلثين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه

(باب الجدات)

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة اذا لم تكن أم السدس)

قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس اذا لم يكن للميت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس انها بمنزلة الام لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الاب

ولنا ماروى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة الى أبي بكر تطالب ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، فقال هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمه فأمضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الاخرى فقال مالك في كتاب الله شيء فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعتما فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها ، رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الاب في جميع أحواله على ماذكرناه ، وأجمع أهل العلم على ان الام تحجب الجدات من جميع الجهات

الله للاخوات شيء يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وما بقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات للاب ولذلك قال الفقهاء لهن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكورا واناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصلب الا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها وهو أنزل منها وابن عمها والاخت من الاب لا يعصبها الا أخوها فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين وثم الاخوات لاب وابن أخ لهن لم يكن للاخوات للاب شيء وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(مسئلة) (والاخوات مع البنات عصبة يرثن مافضل كالاخوة وليست لهن معهن فريضة مسماة)

المراد بالاخوات ههنا الاخوات من الابوين أو من الاب لان ولد الام يسقطن بالولد وولد الابن وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فانه روي عنه أنه لايجعل الاخوات مع البنات عصبة وقال في بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء للاخت فقيل له ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قوله سبحانه وتعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد والحق فيما ذهب اليه الجمهور فأن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لاقضين فيها بقضاء

وقد روى ابن بريدة عن أبيه ان النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولان الجدة تدلي بالام فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به ، فأما أم الاب فانها أيضا انما ترث ميراث أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي، ولو كان ميراثها من جهته ماورثت مع وجوده

(مسئلة) قال (وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وان كثرن وذلك لما روينا من الخبر وان عمر شرك بينهما وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الام الميراث دون أم الاب فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ولانهن ذوات عدد لايشركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الخرقي لم يزدن على السدس فرضا يريد به التحرز من زيادتهن بالرد فانهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ماقد مضى ذكره

رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس ومابقي فللاخت رواه البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لايدل على ما ذهب اليه بل يدل على ان الاخت لايفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ماياخذه مع البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كميراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قوله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الاجماع. ثم ان النبي ﷺ هو المبين لكلام الله تعالى وقد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كان ابنتان وبنت ابن سقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللبنتين الثلثان وبقي للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت

(فصل) والواحد من ولد الام السدس ذكراً كان أو انثى فان كانا اثنين فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية أما استحقاق الواحد من ولد الام السدس فلاخلاف فيه ذكراً كان أو انثى لقول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) يعني ولد الام باجماع أهل العلم وفي قراءة سعد وعبد الله (وله اخ أو أخت من أم) وأما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية اخرى (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب وكذلك ان علتا وكانتا في القرب سواء كأم أم وأم أم أب الا ماحكي عن داود أنه لايورث أم أم الاب شيئا لانه لايرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر.

ولنا أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها وما ذكره داود فهو قياس وهو لايقول بالقياس ثم هو باطل بام الام فانها ترثه ولا يرثها، وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب أبو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم . وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة ، وبه قال الاوزاعي واسحاق ، وروي عن سعد بن أبي وقاص مايدل على أنه لايورث أكثر من جدتين. وحكى ذلك عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم ، وحكي عن الزهري أنه قال لانعلم ورث في الاسلام إلا جدتين . وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيبني وأنت تورث ثلاث جدات؟

وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من أدلت باب غير وارث كأم أب الام ، قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن

وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل يقضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو اقر لهم به ، وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث اخاه الكل وهذا مجمع عليه فلا عبرة بقول شاذ

﴿فصل﴾ في الحجب قال رحمه الله (يسقط الجد بالاب وكل جد بمن هو اقرب منه)

قال ابن المنذر اجمع اهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الاب لايحجبه عن الميراث غير الاب وكذلك كل جد يسقط بمن هو أقرب منه لانه يدلي به فهو كسقاط الجد بالاب وتسقط الجدات بالام . قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على أن للجدة السدس اذا لم يكن للميت أم ولانهن أمهات فسقطن بالام كما يسقط الاب الجد ويسقط ولد الابن بالابن لانه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه فسقط به كما يسقط الجد بالاب وإن كان عمه فهو أقرب منه لقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » .

﴿ مسئلة ﴾ (ويسقط ولد الابوين بثلاثة بالابن وابنه والاب)

أجمع أهل العلم على ذلك بحمد الله ذكره ابن المنذر وغيره والاصل في هذا قوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها إن لم يكن

سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الخرقي فانه سمى ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وإن كثرن فعلى ذلك واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث كاحد الثلاث

ولنا ماروى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام . وأخرجه ابو عبيد والدارقطني

وروى سعيد أيضا عن ابراهيم أنه قال كانوا يرثون من الجدات ثلاثا ثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لايرث أكثر منهن : واذا ثبت هذا فان الوارثات هي أم الام وإن علت درجتها وأم الاب وأمهاتها وإن علت درجتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لاترث وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين كام أبي الام الا ماحكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا وليس بصحيح فانها تدلي بغير وارث فلم ترث كالاجانب وأمثلة ذلك ، أم أم وأم أب السدس بينهما اجماعا ، أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاوليين وعند داود هو للاولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس

لها ولد) الآية والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بغير خلاف بين أهل العلم وقد دل ذلك على قوله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وهذا حكم العصبة فاقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لاولد له ولا والد خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي فيما عداهما على ظاهره فيسقط ولد الابوين ذكرهم وانثاهم بالثلاثة المذكورين وإن نزل ولد الابن وهم الاب لانهم يدلون به والابن لانهم يأخذون الفاضل عن فرض البنات والابن لايفضل عنه شيء ، وكذلك ابن الابن وإن نزل لانه ابن ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالاخ من الابوين لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لابيه وأمه دون أخيه لابيه . أخرجه الترمذي

﴿ مسئلة ﴾ (ويسقط ولد الام بأربعة بالولد ذكراً كان أو أنثى وولد الابن والاب والجد)

أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً خالف فيه إلا رواية واحدة شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام للام الثلث وللاخوين الثلث وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً فانه يسقط الاخوة كلهم بالجد فكيف يورثهم مع الاب ؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يورثون مع الاب ؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه

وموافقيه أم أم أم وأم أم أم أب وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب وأم أم أبي أم وأم أبي أم وأم أبي أبي أم وأم أبي أم أب السدس للاولى عند داود وللاوليين عند مالك وموافقيه وللثلاث الاول عند أحمد وموافقيه وللاربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الاربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الام إلا واحدة ولا من قبل الاب الا اثنتان وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانه كلما علون درجة زاد في عددهن من قبل الاب واحدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لاقربهن)

أما اذا كانت احدى الجدتين أم الاخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الام فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم الا ماروي عن ابن مسعود ويحيي بن آدم وشريك أن الميراث بينهما، وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى يعني به أن الجدتين من قبل الاب إذا كانت إحداهما أم الاب والاخرى أم الجد سقطت أم الجد بام الاب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الام تحجب البعدى من جهة الاب فأما القربى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الام؟ فمن احمد فيها روايتان (إحداهما) أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول علي عليه السلام وإحدى

الآية الاخ والاخت من الام باجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص (وله أخ أو أخت من أم) والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد والوالد يشتمل على الذكر والانثى والوالد يشمل الاب والجد وولد الابن ولد

(فصل) واختلف أهل العلم في الكلالة فقيل الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص عليه أحمد وروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال الكلالة من عدا الوالد والولد واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق في بني أمية :

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الاكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكان الورثة ما عدا الولد والوالد وقد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كاحاطة الاكليل بالرأس فأما الولد والوالد فهما طرفا الرجل فاذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر :

فكيف باطرافي إذا ما شتمتني؟ وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة الميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وقيل الكلالة قرابة الام واحتجوا ببيت الفرزدق الذي أنشدناه على إنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم ويروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة

الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الشافعي ، والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو القول الثاني للشافعي رضي الله عنه لان الاب الذي تدلي به الجدة لايحجب الجدة من قبل الام فالتي تدلي به أولى أن لايحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولان الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء والابناء والاخوة والبنات وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لاقربهم ، وقولهم ان الاب لايسقطها قلنا لانهن لايرثن ميراثه انما يرثن ميراث الامهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطتهن الام والله أعلم

﴿مسائل﴾ من ذلك أم أم وأم أم أب المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما: أم أب وأم أم أم المال للاولى في قول الخرقي ، وفي الرواية الاخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال للاوليين في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن: أم أب وأم أم وأم أم أم وأم أبي أب هو للاوليين في قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أبي عبدالله أن السدس بينهما اثلاثا لذات القرابتين ثلثاه والأخرى ثلثه كذلك قال ابو الحسن التميمي وأبو عبدالله الغرني ولعلها

والآيتان في سورة النساء المراد بالكلالة فيهما الذين ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث ؟ انما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد ، وممن ذهب الى انه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي واهل المدينة والبصرة والكوفة ويروى عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما قول الجماعة

﴿باب العصبات﴾

العصبة الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه قل أو كثر وإن انفرد أخذ المال كله وإن استغرقت الفروض المال سقط، وهم كل ذكر من الاقارب ليس بينه وبين الميت انثى وهم عشرة :الابن وابنه والاب وأبوه والاخ وابنه إلا من الام، والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة، وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط من بعد لقول النبي ﷺ «الحقوا الفرائض باهلها فمابقي فلاولى رجل ذكر» متفق عليه وأخرجه الترمذي . وفي رواية « ماأبقت الفروض فلأولى رجل ذكر »

أخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي رضي الله عنه وأبو يوسف السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعا كالاخ من الاب والام

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة ولا يرجح بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كابن العم إذا كان أخا أو زوجا ، وفارق الاخ من الابوين فانه رجح بقرابتيه على الاخ من الاب ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها فاذا وجد أحدهما انتفى الآخر وههنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم ام أمه وهي له أم أبي أبيه وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم أمه وأم أم أبيه وان أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث

﴿مسئلة﴾ قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجملته ان الجدة من قبل الاب اذا كان ابنها حيا ورثا فان عمر وابن مسعود وابا موسى وعمران

وأقربهم الابن ثم ابنه وان نزل لان الله سبحانه قال (يوصيكم الله في أولادكم) والعرب تبدأ بالاهم فالاهم ، ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد أبو الاب وإن علا لانه أب مالم يكن اخوة لاب أو لابوين فان اجتمعوا فلهم فصل مفرد قد ذكرناه وذكرنا اختلاف أهل العلم في ذلك وفي كيفية توريثهم ، ثم بنو الاب وهم الاخوة ، ثم بنوهم وإن نزلوا ، ثم بنو الجد وهم الاعمام وإن نزلوا ثم أعمام الاب ثم أبناؤهم ثم أعمام الجد ثم أبناؤهم كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجتهم لما ذكرنا من الحديث ، وأولى ولد كل أب أقربهم اليه فان استووا فأولاهم من كان لابوين لما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وهذا كله مجمع عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصباته الاقرب فالاقرب) لقوله عليه الصلاة والسلام « انما الولاء لمن أعتق » وسنذكره في بابه إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابنه والاخ من الابوين والاخ من الاب ومن عداهم من العصبات)

ينفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخوة والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب

ابن الحصين وابا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب لانها لا تدلي به ،واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها . وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها ، ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبن به كأمهات الام ﴿ مسائل ذلك ﴾ أم أب وأب لها السدس والباقي له وعلى القول الآخر الكل له دونها . أم أم وأم اب وأب السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون

وانما اشتركوا لان الرجال والنساء كلهم وارث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو اسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أولى وأعدل، وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فانهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئا وهذا لاخلاف فيه بحمد الله ومنه

﴿ مسألة ﴾ (وابن ابن الابن يعصب من بازائه من أخواته وبنات عمه وبنات عم أبيه على كل حال اذا لم يكن لهن فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه وكلما نزلت درجته زاد فيمن يعصبه قبيل آخر)

فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لاذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة وإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن ، وإن كان مع الثانية عصبة كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة وإن كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة وان كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، وإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

ماحجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا : ثلاث جدات متحاذيات وأب السدس بينهن على القول الاول ولام الام على القول الثاني وعلى الثالث لأم الام ثلث السدس والباقي للاب وان كان مع المتحاذيات جدات لم يحجب الأمه(١) أب وأم أب وأم ام ام على قول الخرقي السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها أسقط ام الاب، ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لام ام الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البعدى من جهة الام مع القربى من جهة الاب فكان لها نصف السدس وقيل لاشيء لها لأنها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت أم الاب بالاب فصار المال كله للاب

(١) وفي نسخة جد لم يرثه لإلامه

(مسئلة) قال (والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وان كثرن فعلى ذلك)

يعني بالمتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الاخرى، ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لاقربهن، فاذا قيل ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أمه وأم أبيه وان قيل ترك ثلاثا فهن كما قال الخرقي أم ام ام وأم أم اب وأم ابي اب، واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وهما ام أمه وأم ابيه كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الام غير وارثة وهي ام أبي الام ولا يرث

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى كان بعض بني الاعمام زوجا أو أخا لأم أخذ فرضه وشارك الباقين في تعصيبهم)

وجملة ذلك أنه اذا كان ابنا عم أحدهما أخ لأم فللاخ للام السدس والباقي بينهما نصفين هذا قول جمهور الفقهاء . يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ، وقال ابن مسعود المال للذي هو أخ من أم ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وابو ثور لانهما استويا في قرابة الاب وفضله هذا بأم فصارا كاخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لاب ولان ابن العم لابوين يسقط ابن العم للاب كذلك هذا فاذا كان قربه بكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى

ولنا أن الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو اذا كان معه أخ من أبوين أو من أب او عم وما يفرض له به لايرجح به كما لو كان احدهما زوجا، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم اذا كانا من أبوين فانه لايفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لاب فللاخ من الام السدس والباقي للاخ من الاب وكذلك ان كان معهما اخ لابوين فان كان ابن عم لابوين وابن عم هو اخ لام فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو اخ لام

أبداً من قبل الام الا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك، فان قيل ترك اربعاً فهن ام ام ام ام وأم ام ام اب وأم ام ابي اب وأم ابي ابي اب وفي درجتهن أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن فيما تقدم الا أن مذهب احمد لا يورث اكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول . ويحتمل قول الخرقي توريثهن وان كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت جدة ويرث في الدرجة الخامسة خمس وفي السادسة ست وفي السابعة سبع وعلى هذا أبداً ، وقول الخرقي : وان كثرن فعلى ذلك ، يحتمل انه ذهب الى توريث الجدات على هذا الوجه وان كثرن . ويحتمل انه أراد وان كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث: واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب وهما أم امه وأم ابيه وأمهاتهما ولا يرث جدة في نسبها اب بين امين ولا ثلاثة آباء ، وان أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم ان للميت في الدرجة الاولى جدتين ام امه وأم أبيه وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة اليه. وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(فصل) فان كان ابنا عم احدهما اخ لأم وبنت او بنت ابن فللبنت او بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس باخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله لذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل ان الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام ، وإن كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام . وحكي عن سعيد بن جبير ان الباقي لابن العم الذي ليس باخ وان كان من اب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحداً فاذا كان في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل المسئلة المشركة

ولنا على ابن مسعود ان الاخ يسقط الميراث بقرابة الام فيبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة لام ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا تؤثر فيها بحجبها وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو اخ اخ من اب وبنت لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئا وكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث بكونه اخا من ام السدس واذا حجبته البنت مع الاخ من الاب وجب أن تحجبه في كل حال لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم اذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم ، ولا نسلم انه يرث ميراثا واحداً بل يرث بقرابتيه ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثا واحداً فان قرابة الام لا يرث بها منفردة

﴿ باب من يرث من الرجال والنساء ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وان سفل والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة . ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء مجمع على توريثهم وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى (ولأبويه) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم . والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وولد الابوين والاب ثبت ارثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ « ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه السلام « الولاء

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه الواحدة (والثانية) في بنات وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده لابن الابن دون اخواته (الثالثة) في أخوات لابوين وأخ واخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن لبنات الابن الأضر بهن من السدس او المقاسمة (الخامسة) اخت لابوين واخ واخوات لاب للاخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابنا ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر فان كان أحدهما ابن أخ لام فلاشيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ اللام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان أحدهما خال لام لم يرجح بخؤولته ، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من أب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لاغير ، وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجده وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال او ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج للزوج النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أخا لام فللزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهما أصلها من ستة للزوج أربعة وللاخ اثنان

لمن اعتق والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم)

(فصل) وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الام وإلا الاب والجد مع الابن . والاناث كلهن إذا انفردن عن اخوتهن ذوات فرض الا المولاة المعتقة ولا الاخوات مع البنات . وعدد العصبات الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وإن علا والاخ من الابوين والاخ من الاب وابناهما وان نزلا والعمان كذلك وابناهما وان نزلا وعما الاب وابناهما كذلك أبداً ومولى النعمة . وعدد الاناث البنات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والاخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لأنهم يمتون بانفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت تحجبهم، ومن سواهم من الوراث انما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

باب ميراث الجد

روى ابو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال ان ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال «لك السدس» فلما أدبر دعاه فقال «إن لك سدساً آخر» فلما

وترجع بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بني عم أحدهم زوج والآخر أخ لام للزوج النصف وللاخ السدس والباقي بينهم على ثلاثة أصلها من ستة تضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج تسعة وللاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع وللاخ خمسة وهي السدس والتسع وللثالث التسع سهمان ، فان كان الزوج ابن عم من أبوين فالباقي له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما، وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس وعند ابن مسعود أن الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ، ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة إخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لأم أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضمم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر يصر معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد ، وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للاخوة على أربعة والثلثين لبني العم على أربعة فتصح من اثنى عشر لكل أخ مفرد

أدبر دعاه فقال « إن لك السدس الآخر طعمة » قال قتادة فلا ندري أي شيء ورثه قال قتادة أقل شيء ورث الجد السدس، وروي عن الحسن أيضا أن عمر رضي الله عنه قال: أيكم يعلم ماورث رسول الله ﷺ الجد ؟ فقال معقل ابن يسار أنا، ورثه رسول الله ﷺ السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا دريت قال فما يغني إذاً؟ رواه سعيد في سننه قال ابو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الاب لايحجبه عن الميراث غير الاب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الاب في جميع المواضع الا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للام ثلث الباقي فيهما مع الاب وثلث جميع المال لو كان مكان الاب جد (والثالثة) اختلفوا في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين او للاب ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم . وذهب الصديق رضي الله عنه الى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الاب وبذلك قال عبدالله بن عباس وعبد الله بن الزبير، وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم : وحكي أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبدالله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر، وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي

سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهما النصف وللاربعة الباقين النصف ، وعلى قول عبد الله للاخوة الثلث والباقي لابني العم اللذين هما أخوان

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة بديء بذي الفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة)

لقول رسول الله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر »

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة)

كزوج وأم وإخوة لام وإخوة لأبوين او لاب فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث وسقط سائرهم وإلى هذا ذهب احمد رحمه الله فأسقط الاخوة من الابوين لأنهم عصبة ، وقد تم المال بالفروض ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وابو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وابو ثور وابن المنذر ويروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لانهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فيجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعا من ولد الام، وقرابتهم من جهة الاب ان لم تزدهم قربا واستحقاقا فلم تسقطهم، ولهذا قال بعض ولد الابوين أو بعض الصحابة لعمر وقد أسقطهم هب ان أبانا كان حماراً فما زادنا ذلك إلا قربا فشرك

والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون، ولانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه فان الاخ والجد يدليان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لاتنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فان الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة. ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرق منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي. واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلأولى عصبة ذكر» والجد أولى من الاخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فانه له قرابة ايلاد وبعضية كالاب وأما الحكم فان الفروض اذا ازدحمت سقط الاخ دونه ولا يسقطه أحد الا الاب، والاخوة والاخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالاب وهم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الام، وولد الاب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة وكذلك ولد الابوين في المشركة عند الاكثرين، ولانه لايقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالاب سواء. فدل ذلك على قوته، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن

بينهم، وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج

ولنا قول الله تعالى «وإن كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث» ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخوة والاخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقوله عليه الصلاة والسلام «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لاختص الواحد من ولد الام بالثلث والمائة السدس الباقي لكل واحد منهم عشر عشره فاذا جاز أن ينقص ولد ابوين عن ولد الام هذا النقص كله فلم لايجوز اسقاطهم بالاثنين، وقولهم تساووا في قرابة الام قلنا فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة وعلى انا نقول ان ساووهم في قرابة الأم فقد

ويكون للجد ما بقي، فالجواب ان هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلالة والكلالة أسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذاً فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كالاب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي ابراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله (كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم وإسحاق) وقال النبي ﷺ « ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان راميا » وقال « سام ابو العرب وحام ابو الحبش » وقال « نحن بني النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننفى من أبينا » وقال الشاعر

إنا بني نهشل لا ندعي لاب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الاخوة كالاب الحقيقي، يحقق هذا ان ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس الا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الاب أبا، ولان بينهما إيلاداً و بعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هـذا الحجب يحققه ان أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون ابو الجد مساويا لبني الاخ لتساوي درجة من أدليا به والله أعلم ولا تفريع على هذا القول لوضوحه

فارقوهم بكونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهـذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذي الفرض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في المسئلة المذكورة وشبهها وهلا إذ تساووا في قرابة الام شاركوا الاخ من الام في سدسه فاقتسموه بينهـم ولانه لو كانت قرابة الام مستقلة بالميراث مع قرابة الاب لوجب أن يجتمع لهم الفرض والتعصيب كقولنا في أخ من أم هو ابن عم ولوجب أن يشاركوا ولد الام في الثلث في كل موضع وينفردوا بالتعصيب فيما بقي، ولا خلاف في أنهم لا يشاركونهم في غير هذا الموضع، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت لابوين وأخت لاب معها أخوها إنه يسقط الاخ وترث أخته السدس لان قربتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لا يحجبها فهلا عدوه حماراً وورثوا أخته ما كانت ترث عند عدمه؟ وماذكروه من القياس طردي لا معنى تحته، قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فانه وضع للشرع بالرأي والتحكم من غير دليل ولا يجوز الحكم به مع عدم المعارض فكيف وهو في مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ قال شيخنا ومن العجب ذهاب الشافعي اليه ههنا مع مخالفة الذاهبين اليه في غير هذا الموضع، وقوله من استحسن فقد شرع ولا أظنه اعتمد في هذا إلا لموافقة زيد بن ثابت فانه اتبعه في جميع الفرائض وموافقة كتاب الله تعالى وسنة رسوله أولى

(فصل) اختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فان كانت أخت لأبوين وأخوة لأب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي الا أن تنقصه المقاسمة من السدس فنفرضه له ، فان كان الاخوة كلهم عصبة قاسمهم الجد إلى السدس ، فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي عليه السلام وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان معهم أصحاب فرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتا أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة بن المقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح ، وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره الخرقي وسنشرحه إن شاء الله ، واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين في هذه المسئلة عصبة من ولد الاب سقطوا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لانهم لم يشاركوا ولد الام في قرابة الام

(فصل) وتسمى هذه المسئلة المشركة والحمارية إذا كان فيها إخوة لأبوين وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الام وعصبة من ولد الابوين وإنما سميت المشركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين وولد الام في فرض ولد الام فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم وقيل قال ذلك بعض الصحابة فسميت الحمارية لذلك والله أعلم

(فصل) إذا قيل امرأة خلفت اما وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ لأم وثلاثة إخوة مفترقين قيل هذه المشركة: الزوج النصف وللام السدس وللاخوين من الام الثلث وسقط الاخوان من الابوين أو الاب، ومن شرك جعل للاخ من الابوين القسم ولكل واحد من الاخرين الام تسعا

ومن مسائل ذلك زوج وأم واختان لأم وأخ لابوين تصح من ستة ومن شرك فهي من ثمانية عشر: زوج وجدة وأخ وأخت لام وأخ وأخت لابوين كالتي قبلها ، ومن شرك فمن اثنى عشر زوج وأم وأخوان وأختان لام وأخوان وثلاث أخوات لاب وأم من اثنى عشر ومن شرك فمن أربعة وخمسين

﴿ مسئلة ﴾ (ولو كان مكانهم أخوات لابوين أو لأب عالت إلى عشرة وسميت ذات الفروخ)

(مسئلة) قال ابو القاسم (ومذهب ابي عبد الله رحمه الله في الجد قول زيد بن ثابت رضى الله عنه واذا كان اخوة واخوات وجد قاسم الجد بمنزلة اخ حتى يكون الثلث خيراً فاذا كان الثلث خيراً له أعطي ثلث جميع المال)

وجملة ذلك ان مذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب انه يعطيه الأحظ من شيئين اما المقاسمة كأنه أخ واما ثلث جميع المال. فعلى هذا ان كان الاخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فاعطه ما شئت منهما وان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لاغير وان زادوا فالثلث خير له فاعطه إياه وسواء كانوا من أب أو من ابوين، وان اجتمع ولد الابوين وولد الاب فان ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم مافضل فهو لهم ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس لان أدنى ما للجد الثلث وللاخت النصف والباقي بعدهما هو السدس

يعني إذا كان مع الزوج والام والاخوة من الام أخوات أو اختين لابوين أو لأب عالت الى عشرة لان أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاخوة للام الثلث سهمان وللاخوات الثلثان أربعة فتصير عشرة وسميت ذات الفروخ لانها عالت بثلثيها وهي أكثر ماتعول اليه الفرائض شبهت الاربعة الزائدة بالفروخ والستة بالأم وتسمى الشريحية لان رجلا أتى شريحا وهو قاض بالبصرة فقال له مانصيب الزوج من زوجته؟ فقال النصف مع غير الولد والربع مع الولد فقال ان امرأتي ماتت وخلفتني وأمها وأختيها لامها وأختيها لابيها وأمها فقال لك اذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أر كقاضيكم قلت له مايصيب الزوج ؟ قال النصف أو الربع فلما شرحت له قضيتي لم يعطني ذلك ولا هذا فكان شريح يقول إذا لقيه انك تراني حاكما ظالما وأراك فاسقا فاجراً لانك تكتم القصة وتشيع الفاحشة

(فصل) ومعنى العول ازدحام الفرائض بحيث لايتسع لها المال كهذه المسئلة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز، وهذا قول عامة الصحابة ومن معهم من العلماء يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد وبه قال مالك في اهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وأصحابه ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا أن ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها فنقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي

(مسئلة) قال (فان كان مع الجد والاخوة والاخوات اصحاب فرائض اعطي اصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث مابقي ومن سدس جميع المال اعطي المقاسمة، وان كان ثلث مابقي خيرا له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطى ثلث مابقي، فان كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال

أما كونه لاينقص عن سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها. فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلاحظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلاحظ له في

ابن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل فروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم من شاء باهلته أن المسائل لاتعول ان الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثا هذان نصفان ذهبا بالمال فاين موضع الثلث؟ فسميت هذه مسائل المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس رضي الله عنه أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم فاخذ به عمر واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال نمضي الى عبد الله بن عباس فنتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه ان قال سبحان الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفا ونصفا وثلثا ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث وايم والله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ماعالت فريضة أبداً، فقال زفر فمن الذي قدمه ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض الى ما بقي فذلك الذي أخره الله ، فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت الا أشرت عليه فقال هبته وكان امرأ مهيبا. قوله من اهبطه الله من فريضة الى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من اهبطه من فرض الى ما بقي يريد البنات والاخوات فأنهن يفرض لهن فاذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقي قل أوكثر فكان مذهبه أن الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاخوات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر

ثلث مابقي، وان نقصت عن النصف فلاحظ له في السدس وان كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي وان كان الاخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينقص الجد أبداً من سدس جميع المال او تسميته اذا زادت السهام)

هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال ان ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد فكتب اليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة إخوة وجد أن الجد ثامنهم وحكى عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الاخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الاخوة أولى، ولان النبي ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وأما قوله أو تسميته إذا زادت السهام فانه يعني إذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس. ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس. ومتى أفضت المسئلة إلى العول سقط الاخوة والاخوات إلا في الاكدرية ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسئلة يرث فيها أحد من الاخوة والاخوات

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان اخ لاب وام وأخ لاب وجد قاسم الجد الاخ للاب والام

الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولان الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للاختين للام الثلث فلا يجوز اسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأي والتحكم، ولا يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون ويلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم واخوان من أم فان حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض الى ما بقي وان أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء العصر في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس الصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (إحداها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال منها (الثالثة) لا يحجب الام الا بثلاثة أخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) لم يعل المسائل فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها واشتهر القول عنه بها وشذت عنه روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى.

والاخ للاب على ثلاثة اسهم، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد أخيه لابيه فاخذه)

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وانه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ففي هذه المسئلة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الاخ للابوين ماحصل لاخيه من أبيه، وان شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين وان زاد عدد الاخوة على اثنين أو من يعدلهما من الاخوات فافرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين. هذا مذهب زيد وأما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتدان به لانه محجوب بولد الابوين فلا يعتد به كولد الام وقسما هذه المسئلة بين الجد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب

ولنا أن الجد والد فاذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولان ولد الاب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام، ويفارق ولد الام لان الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الاب فان الجد لايحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون

﴿باب أصول المسائل﴾

معنى أصول المسائل المخارج التي تخرج منها فروضها

﴿مسئلة﴾ (الفروض ستة ذكرها الله تعالى في كتابه وهي نوعان النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس)

ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لان الثلث والثلثين مخرجهما واحد وهي تخرج من سبعة أصول أربعة لا تعول وثلاثة تعول لان كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وان اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلهما لان مخرج الكثير داخل في مخرج الصغير فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة والربع وحده أو مع النصف من أربعة والثمن وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لاتعول لان العول فرع ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك ههنا، وأما التي تعول فهي التي يجتمع فيها فروض أوفرضان من نوعين فاذا اجتمع مع النصف السدس أو الثلث أو الثلثان فأصلها من ستة لان مخرج النصف من اثنين ومخرج الثلث من ثلاثة اذا ضربت أحدهما في الآخر كانت ستة وذلك أصل المسئلة وهي مخرج السدس، ويدخل العول في هذا الاصل فتعول الى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة وهو أكثرها عولا. والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة.

الام وان كانوا محجوبين بالاب . وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصيباً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئا كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبه وأخذ ميراثه ، فان قيل: فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها . قلنا الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة الميراث الاخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه ، وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء

(فصل) أخ لابوين وأختان لاب وجد : للجد الثلث والباقي للاخ وفي قول علي وابن مسعود المال بينه وبين الجد نصفين . أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجد الثلث والباقي بين ولد الابوين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وفي قول علي وابن مسعود المال بين ولد الابوين والجد على خمسة: أخ لابوين وأخت لاب وجد المال بينهم على خمسة : للجد سهمان والباقي للاخ ، وعندهما المال بينهما نصفين

(فصل) أخوان لابوين وأخ لاب وجد ، للجد الثلث والباقي للاخوين للابوين عند الجميع ،

وأمثلة ذلك زوج وام واخت لأم أصلها من ستة ومنها تصح : زوج وأم واخوان من أم : بنت وأم عم ، ثلاث أخوات مفترقات وعصبة ، أبوان وابنتان ، العول زوج واختان لابوين أو لاب أو احداهما من ابوين والاخرى من أب او أم أو اخت من اب واخت من ام ، اصلها من ستة وتعول الى سبعة: زوج وأخت وجدة أو أخ لام : ست أخوات مفترقات وأم : عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللام الثلث تعول الى ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو اخ من أم فهي من ثمانية أيضا . عول تسعة زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الغراء ، وكذلك زوج وأم وثلاث اخوات مفترقات . عول عشرة زوج وام وست اخوات مفترقات للزوج النصف وللام السدس وللاختين للام الثلث وللاختين للابوين الثلثان وسقطت الاختان للاب ومتى عالت المسئلة الى تسعة او عشرة لم يكن الميت الا امرأة لانها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة إلى أكثر من هذا ، وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من اصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام فاليه تنتهي

﴿مسئلة﴾ قال (وان اجتمع مع الربع احد الثلاثة فهي من اثنى عشر وتعول على الافراد الى سبعة عشر ولا تعول إلى اكثر من ذلك)

إنما كان اصل هذه المسئلة من اثنى عشر لان مخرج الربع اربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا موافقة

وإن كان ولد الابوين ثلاثة فللجد الثلث أيضا عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لانهما يقاسمان به إلى السدس، أخ وأخت من أبوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فللجد الثلث وعندهما للجد الخمسان وللاخ للابوين الخمسان وللاخت الخمس

(مسئلة) قال (واذا كان اخ واخت لاب وام اولاب وجد كان المال بين الجد والاخ والاخت على خمسة اسهم للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم)

المقاسمة ههنا خير للجد من الثلث لانه يحصل له بها خمسا المال وذلك خير له من الثلث وكذلك كلما نقص الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها الا المقاسمة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله اذا كانوا عصبة فأما ان كن أخوات منفردات فان عليا وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد مابقي

(مسئلة) قال (واذا كانت اخت لاب وام واخت لاب وجد كانت الفريضة للجد والاختين على اربعة اسهم للجد سهمان ولكل اخت سهم ثم رجعت الاخت للام والاب فاخذت مما في يد اختها لتستكمل النصف

بين المخرجين فاذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة بالانصاف فاذا ضربت وفق احدهما في الآخر كان اثني عشر ولا بد في هذا الاصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما

وأمثلة ذلك زوج وابوان وخمس بنين ، للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان اربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم، زوج وابنتان وأخت او عصبة امرأة وأختان لابوين او لاب او اختان لام وعصبة امرأة واخوان لام وسبعة إخوة لاب العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات، زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر، امرأة واختان من أب وأختان من أم ،امرأة وام وأختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب أو لابوين تعول إلى سبعة عشر ويحصل لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الارامل ويعايابها فيقال سبعة عشر امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة منهن سهم وهي هذه ولا يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذه ولا يمكن أن يكمل هذا الاصل بفروض من غير عصبة ولا عول ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو

المقاسمة ههنا أحظ للجد وتعتد الاخت للابوين على الجد باختها من أبيها فيصير له النصف ولهما النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الاخت من الابوين مابقي في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع مافي يدها فلا يبقى لها شيء ونصير كما لو كان معهما بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فان الاخت من الابوين تأخذه جميعه فلا يبقى للاخت من الاب شيء

(فصل) فان كان مع الاخت من الابوين أختان من أب كان المال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم، الجد اثنان ولهن ثلاثة ثم تأخذ الاخت من الابوين من أختيها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين الجد ثمانية وللاخت للابوين عشرة ولكل واحدة من أختيها سهم فان كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الاخوات من الاب وان كثرن ، وان كان من ولد الابوين أختان أو أكثر فليس للاخوات من الاب شيء وان كثرن لان فرض الاختين الثلثان والجد لاينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء ولان الاخوات من الابوين يسقطن الاخوات من الاب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسئلة اختلاف ، فأما مسئلة الخرقي فان عليا وعبد الله يفرضان للاخت من الابوين النصف وللاخت من الاب السدس والباقي للجد وكذلك ان كان معها أختان أو أخوات من أب

الربع فانه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها ازواج فالنصف ستة والثلث أربعة والثلثان ثمانية والسدس اثنان ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلا

(مسئلة) (وان اجتمع مع الثمن سدس او ثلثان فأصلها من اربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول الى اكثر منها إنما كان اصلها من اربعة وعشرين لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين او في وفق مخرج السدس فتكون اربعة وعشرين ولم يذكر الثلث مع الثمن لانه لا يجتمع معه لان الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون إلا لولد الام والولد يسقطهم او للام بشرط عدم الولد

(مسائل ذلك) (امراة وابوان وبنت او بنون وبنات امراة وابنتان وام وعصبة ثلاث نسوة واربع جدات وست عشرة بنتا واخت امرأة وبنت وبنت ابن وجدة وعم العول امرأة وابوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها اقل الاصول عولا لم تعل إلا بثمنها وتسمى المنبرية لان علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته يعني أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من اربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت في هذا الاصل إلا رجلا

(فصل) ولا يمكن ان يعول هذا الاصل الى اكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فانه يحجب

(مسئلة) قال (فان كان مع التي من قبل الاب اخوها كان المال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللاخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الاخت من الاب والام على الاخ والاخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهما للجد ستة أسهم وللاخت من الاب والام تسعة أسهم وللاخ سهمان وللاخت سهم)

المقاسمة ههنا والثلث سواء فان قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم يكمل للاخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح فتضرب ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر كما قال الخرقي وان زاد ولد الاب على هذا لم يزادوا على السدس شيئا لان الجد لا ينقص عن الثلث والاخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس

(مسئلة الاكدرية) قال (واذا كان زوج وام واخت وجد فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الاخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهما للزوج تسعة أسهم وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة وتسمى هذه المسئلة الاكدرية ولا يفرض للجد مع الاخوات في غير هذه المسئلة

الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه فعلى قوله اذا كانت امراة وام وست اخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلثان وللام والمرأة السدس والثمن سبعة فتعول الى احد وثلاثين .

(والمسائل) (على ثلاثة اضرب عادلة وعائلة ورد، ذكرنا العادلة وهي التي يستوي مالها وفروضها والعائلة هي التي تزيد فروضها عن مالها والرد هي التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وهي التي نذكرها في هذا الفصل .

(فصل في الرد) اذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبة رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا الزوج والزوجة .

وجملة ذلك أن الميت اذا لم يخلف وارثاً الا ذوي فروض كالبنات والاخوات والجدات فان الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم في الامصار الا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم وروى

قيل انما سميت هذه المسئلة الاكدرية لتكديرها لاصول زيد في الجد فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد وفرض للاخت معه ولا يفرض لاخت مع جد وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك . وقيل سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه . واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبي بكر الصديق وموافقيه إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للجد

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللاخت النصف وللام السدس وللجد السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس كي لا يفضلوها على الجد . وقال علي وزيد للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس وعولاها إلى تسعة ولم يحجبا الام عن الثلث لان الله تعالى انما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والسدس للجد وأما زيد فانه ضم نصفها إلى سدس الجد فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وإنما حمل زيد على إعالة المسئلة ههنا لانه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها ، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب انه قال، ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا ، فان قيل فالاخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الاخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو

ابن منصور عن أحمد أنه كان لا يرد على ولد الام مع الام ولا على الجدة مع ذي سهم والقول الاول أظهر في المذهب وأصح وبه قال عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً وأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم الا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك وأعطاه من بيت المال لا على سبيل الرد وسبب ذلك إن شاء الله تعالى أن أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في قوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي لان الله تعالى قال في الاخت فلها نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها الكل ولانها ذات فرض مسمى فلا تزاد عليه كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذوو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص وقال النبي ﷺ «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي - وفي لفظ - من ترك دينا فالي ومن ترك مالا فللوارث» متفق عليه وهذا عام في جميع المال وروى واثلة ابن الاسقع أن النبي ﷺ قال «تحوز المرأة ثلاث مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه» رواه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان خرج من

كان مع الاخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الام الى السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم تعل المسئلة وأصل المسئلة في الاكدرية ستة وعالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثناعشر بين الجد والاخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعايا بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلاشيء له وان ولدت أنثى فلها تسع المال وثلث تسعه وان ولدت ولدين فلهما السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت أنثى فلي تسعاه وان ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين فان كان مكان الاخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين وان كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فان

ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورائه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد) لا ينفي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا ههنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الارحام.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المردود عليه واحداً أخذ المال كله بالفرض والرد كأم أو جدة أو بنت أو أخت وان كانوا جماعة من جنس واحد كبنات أو أخوات أو جدات اقتسموه كالعصبة من البنين والاخوة وسائر العصبات فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفت أجناسهم نخذ عدد سهامهم من أصل ستة فاجعله أصل مسئلتهم) إنما كان كذلك لان الفروض كلها تخرج من أصل الستة إلا الربع والثمن وليسا لغير الزوجين وليسا من أهل الرد وينحصر ذلك في أربعة أصول (أحدها) أصل اثنين كجدة وأخ من أم للجدة السدس وللاخ السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال عليها فيصير لكل واحد منهما نصف المال أصل ثلاثة أم وأخ من أم، أم واخوان لام للام السدس وللاخوين الثلث بينهما

زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فان لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح فان كانوا من الجهتين لم يبق لولد الاب شيء واستأثر به ولد الابوين دونهم

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها الا في أن للجدة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد . ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والام واحداً ، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهمان وللاخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وان كان مكانهما أخ صحت من ثمانية فان كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقين فان كانوا من الجهتين فلاشيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

(مسئله) قال (واذا كانت ام واخت وجد فللام الثلث ومابقي فبين الجد و الاخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم

وهذه المسئلة تسمى الخرقاء انما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكأن الاقوال خرقتها

(أصل) اربعة أخت لابوين واخت لاب أو لام اواخ ، لام او جدة بنت وأم او جدة بنت وبنت ابن

(اصل) خمسة ثلاث اخوات مفترقات للاخت للابوين النصف ولكل واحدة من الآخرتين السدس ، أم واخت لابوين أو لاب ، أم ، واخت لابوين وأخت لاب او لام بنتان وجدة لا تزيد على هذا أبداً لانها لو زادت سدساً آخر لكمل المال ولم يبق منه شيء يرد

(مسئلة) (فان انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لانه اصل مسئلتهم وانما كان عدد سهامهم اصل مسئلتهم كما صارت السهام في العول هي المسئلة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في اصل اثنين اربع جدات واخ من ام للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في اصل المسئلة تكن ثمانية للاخ من الام اربعة ولكل واحدة من الجدات سهم

(اصل) ثلاثة ام وثلاثة إخوة من ام للاخوة سهمان لا تصح عليهما اضرب عددهم في اصل المسئلة تصر تسعة ومنها تصح

(اصل) اربعة أخت لابوين واربع اخوات لاب تضرب عددهن في اصل المسئلة وهو اربعة تكن ستة عشر ومنها تصح .

(اصل) خمسة ام واخت لابوين واربع اخوات لاب لهن سهم لا يصح عليهن تضرب عددهن في خمسة تكن عشرين ومنها تصح وسنذكره في باب تصحيح المسائل مفصلا

قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه الام ثلث والباقي للجد ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الاخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي للاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس : وعن عمر وعبد الله للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وما بقي فللجد ، وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهي مثل القول الاول في المعنى ، وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الجد والام نصفين فتكون من أربعة وهي إحدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال والمسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة . وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيداً وابن عباس

(فصل) أم أو جدة وأختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة ، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي ، وانتقلت المسئلة إلى ثمانية عشر الام ثلاثة والجد خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح المسئلة عليهم فان كان الاخوة والاخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختا واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لابوين وأخ وأخت لاب وجد الام السدس والجد ثلث الباقي ينتقل

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي على مسئلة الرد وهي فريضة اهل الرد وهو ينقسم اذا كانت زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة كامرأة وام وأخ لام أو أم وأخوين لأم فللمرأة الربع سهم من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة أهل الرد وهي ثلاثة وتصح المسئلتان من أربعة ، فان انكسر على عدد منهم كاربع زوجات وأم وأخ لام ، ضربت أربعة في مسئلة الزوجة تكن ستة عشر ومنها تصح فان لم تنقسم فاصل مسئلة الزوج على مسئلة الرد لم يمكن أن يوافقها لانه إن كانت مسئلة الزوج من اثنين فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً وإن كانت من أربعة فالباقي بعد ميراثه ثلاثة ومن ضرورة كون للزوج الربع أن يكون الميتة ولد ، ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد مع الولد من ثلاثة وإن كان الزوج امرأة فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عددا أقل منها ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد سبعة أبداً لان مسئلة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، إذا ثبت هذا فاضرب فريضة أهل الرد في فريضة أحد الزوجين فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلأحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من أهل الرد سهامه من مسئلته مضروب في الفاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته أو وفقه فيما انتقلت اليه المسئلة وتصحح على ما نذكره في باب التصحيح وينحصر ذلك في خمسة أصول .

(أحدها) : زوج وجدة وأخ لام للزوج النصف أصلها من اثنين له سهم يبقى سهم على مسئلة

الى ثمانية عشر فللام ثلاثة وللجد خمسة وللاخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لانه لوقاسم بالجد لانتقلت إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار الى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة، أم وأخت لابوين واخوان وأخت لاب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل الى ثمانية عشر ويفضل لولد الاب سهم على خمسة تضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد، وفي هذا الفصل كله الجدة كالام لان لكل واحدة منهما السدس

« مسئلة » قال (واذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والاخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللاخت سهم)

انما كان كذلك لان المقاسمة ههنا أحظ للجد، وقال علي رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب فاذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها أخ، فأما علي فبنى على أصله في أن الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لهن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي

الرد وهي اثنان أيضاً فاضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الأصل إلا على حيز واحد وهو الجدات

(الأصل الثاني) : زوجة وجدة وأخ لام مسئلة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولايكون الكسر إلا على الجدات أيضاً .

(الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن ، مسئلة الزوج من أربعة ثم تنتقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لأبوين وأخت لأب ، أو أخت لأم ، أو جدة ، أوجدات ، ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة ، مسئلة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين .

(الاصل الخامس) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، أو ابنتان وأم ، أصلها من ثمانية ثم تنتقل إلى أربعين وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسئلة. ومثال ذلك أربع زوجات واحدي وعشرون بنتاً واربع عشر جدة ، مسئلة الزوجات من ثمانيـة ، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن اربعين للزوجات فريضة اهل الرد خمسة لاتصح عليهن ولا توافق يبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على اربع عشرة توافق بالاسباع فرجعن إلى اثنين ويبقى

ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها اذا كان معها أخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت وأخ وجد الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين وان كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة ، وان كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب شيء ويأخذ ولد الابوين جميع الباقي بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لهن

(فصل) بنتان أو اكثر أو بنت ابن وأخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وإن كان مكانها اخ فالباقي بينهما على اثنين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسئلتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات.

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت

للبنات ثمانية وعشرون توافق بالاسباع ايضاً فيرجعن إلى ثلاث والابنتان يدخلن في عدد الزوجات فتضرب ثلاثة في اربعة تكن اثني عشر ثم في اربعين تكن أربعمائة وثمانين.

(فصل) ومتى كان مع احد الزوجين واحد منفرد ممن يرد عليه فانه يأخذ الفاضل عن الزوج ولا تنتقل المسئلة كزوجة وبنت للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد وإن كان معه فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الاخوات قسمت الفاضل عليهم كالعصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الزوج والله أعلم

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزيك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فنه تصح ثم يصير لكل واحد من الفريق وفق ما كان لجماعتهم، فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم . مثاله زوج وأم وثلاثة اخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم يبقى للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو

النصف وللجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما لهما الثلثان وتعول الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ وأخت أو ثلاث أخوات قاسمهم الجد وان كان اخوان أو من يعدلهما استوى السدس وثلث الباقي والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وان كان زوج وبنت وأخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على ثلاثة ويستوي السدس هنا والمقاسمة فان زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الاخوة والاخوات وفرضت للجد السدس وعالت المسئلة الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت واخت وجد الباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وان زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسئلة إلى أربعة وعشرين ثم تصحح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو اكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وام او جدة فرضت للجد السدس ويبقى للاخوة والاخوات سهم من اربعة وعشرين

﴿ باب ذوي الارحام ﴾

وهم الاقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب وهم أحد عشر حيزاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وولد الاخوة من الام والعمات من جميع الجهات والعم من الام والاخوال والخالات

ثلاثة في أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر سهماً للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللام سهم في ثلاثة ثلاثة وللاخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان وهو ما كان لجماعتهم فان كان الاخوة أربعة فان سهامهم توافقهم بالنصف فتضرب نصفهم وهو اثنان في المسئلة تكن اثني عشر فاذا أردت القسمة ضربت سهام كل وارث في وفق عددهم وهو اثنان

﴿ مسئلة ﴾ (وان انكسر على فريقين أو أكثر لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يكونا متماثلين كثلاثة وثلاثة فيجزيك ضرب أحدهما في المسئلة وطريق قسمتها مثل طريق القسمة فيما إذا كان الكسر على فريق واحد سواء .

مثاله ثلاثة اخوة لام وثلاثة لاب لولد الام الثلث والباقي لولد الاب أصلها من ثلاثة لولد الام سهم على ثلاثة لا ينقسم ولولد الاب اثنان على ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق فتضرب أحد العددين وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم في ثلاثة بثلاثة لكل واحد سهم ولولد الاب اثنان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فرجع عددهم إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العددان متناسبين وهو أن ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو نحو ذلك فيجزيك ضرب الاكثر منها في المسئلة وعولها .

وبنات الاعمام والجد ابو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين او باب أعلى من الجد فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة ولا أحد من الوراث الا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبدالله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لايورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وابو ثور وداود وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فأنزل عليه ان لاميراث لهما رواه سعيد في سننه لان العمة وابنة الاخ لاترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبهن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان المواريث انما تثبت نصا ولانص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالحلف وكان الرجل يقول للرجل دمي

مثاله جدتان وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس وللاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لايوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فاجتزئ بالاكثر وهو أربعة واضربه في أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة وللاخوة خمسة في أربعة وعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالاخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل على ماذكرنا

(القسم الثالث) : أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه فتضرب أحدها في جميع الآخر فما بلغ فهو جزء السهم فاضربه في المسئلة فما بلغ فمنه تصح ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في جزء السهم .

مثاله أم وثلاثة اخوة لام وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولد الاب ثلاثة لا توافقهم والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم في أصل المسئلة تكن اثنين وسبعين ومنها تصح للام سهم في اثني عشر ولولد الام سهمان في اثني عشر أربعة وعشرون لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون لكل واحد تسعة إن وافق احد العددين سهامه دون الآخر اخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا. وان وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعملت في الوفقين عملك بالعددين الاصليين

(فصل) فان أردت أن تعرف ما لاحدهم قبل التصحيح فاضرب سهام فريقه في الفريق الآخر فما خرج فهو له فاذا أردت أن تعلم مالكل واحد من ولد الام فللفريقه من أصل المسئلة سهمان اضربهما في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية فهي لكل واحد من ولد الام ولفريق ولد الاب ثلاثة اضربها في عدد ولد الام تكن تسعة فهي لكل واحد منهم .

دمك ومالي مالك تنصرني وأنصرك وترثني وأرثك فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالاسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وروي الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه ابوعبيدة الى عمر فكتب اليه عمر اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي ﷺ انه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبوداود وفي لفظ « مولى من لا مولى له يعقل عنه ويفك عانيه » فان قيل المراد به ان من ليس له الا خال فلا وارث له كما يقال الجوع زاد من لا زاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر حيلة من لا حيلة له أو انه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة (أحدها) انه قال يرث ماله وفي لفظ قال يرثه (والثاني) ان الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(الثالث) انه سماه وارثا والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي قلنا والاثبات كقولهم يا عماد من لا عماد له يا سند من لا سند له يا ذخر من لا ذخر له

(القسم الرابع) أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الاجزاء فما بلغ ضربته في المسئلة .

ومثال ذلك زوج وست جدات وتسعة اخوة فيتفقان بالثلث فترد الجدات الى ثلثهن اثنين وتضربها في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

(فصل) فان كان الكسر على ثلاثة احياز نظرت فان كانت متماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فمنه تصح المسئلة ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسئلة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الاعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسئلة تكن مائة وثمانين وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الاجزاء فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث فما بلغ ضربته في أصل المسئلة ومنها تصح وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في الثالث أو في وفقه ان وافق فما بلغ ضربته في المسئلة وإن تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرها في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقاً

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان قال توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثا ولا عصبة فرفع شانه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الاموال الا أنه قال : ولم يخلف الا ابنة اخ له فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولانه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فاشبه ذوي الفروض والعصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل انه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبات ولذلك سمى الخال وارث من لا وارث له أي لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم لا يرثان مع اخوتهما قلنا لانهما أقوى منهما ، وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار إلى التعبد المحض

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويورث ذووا الارحام فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الاب وعن ابي عبد الله

ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات اجزاك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا رددت وقف أحدهما لم تقف الا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى اثنين لدخلا في الاربعة وأجزاك ضرب الاربعة في التسعة ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاك ضرب الاربعة في التسعة فأما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (احدهما) ماذكرنا من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما الى وفقهما ثم تنظر في الوفقين فان كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما وان كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف وان كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسئلة

ومثال ذلك عشر جدات واثنا عشر عما وخمس عشرة بنتاً فتقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وافقها الخمس عشرة بالاخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وان وقفت الاثنى عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب الخمسة في الاثني عشر ستين وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة الى اثنين والاثنا عشر الى اربعة ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة ثم في المسئلة

رحمه الله رواية اخرى انه جعلهـا بمنزلة العم وبنت الاخ بمنزلة الاخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري . وسائر من ورثهم غير أهل القرابة

وقد روي عن علي وعبدالله رضي الله عنهما انهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ وبنت الاخت منزلة الاخت والعمة منزلة الاب والخالة منزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة وعن علي أيضا انه نزل العمة بمنزلة العم وروي ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه، وعن الثوري وأبي عبيد انهما نزلاها منزلة الجد مع ولد الاخوة والاخوات ونزلها آخرون منزلة الجدة، وانما صار هذا الخلاف في العمة لأنها أدلت بأربعة جهات وارثات فالاب والعم أخواها والجد والجدة أبواها، ونزل قوم الخالة جدة لان الجدة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والخالة أما

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة الطريق في ذلك ان تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان فني به فالعددان متناسبان وان لم يفن ولكن بقيت منه بقية القيتها من العدد الاقل فان بقيت منه بقية القيتها من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل الى عدد يفنى الملقى منه غير الواحد فأي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالاثلاث وان كانت أربعة فبالارباع وان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فنحو ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان ومما يدلك على تناسب العددين أنك اذا زدت على الاقل مثله أبداً ساوى الاكثر ومتى قسمت الاكثر على الاقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الاقل الى الاكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في المتنصف فما دونه

باب المناسخات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لهما فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر الى الميت الاول .

لوجوه ثلاثة (أحدها) ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم » رواه الامام أحمد (الثاني) أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة (الثالث) أن الاب أقوى جهات العمة والام اقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما كبنت الاخ وبنت العم فانهما ينزلان منزلة أبويهما دون اخويهما ولانه اذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثنا باقواها كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه فاما أبو حنيفة وأصحابه فانهم ورثوهم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت وان سفلوا ثم ولد ابويه أو أحدهما وان سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وان سفلوا كذلك أبدا لايرث بنو أب اعلى وهناك بنو اب أقرب منه وان نزلت درجتهم وعن أبي حنيفة أنه جعل ابا الام وإن علا أولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب اهل القرابة.

ولنا انهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فاولى أن لا يسقطهم ولده.

(مسائل) من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فان كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فان كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة

مثال ذلك أربع بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت أخرى ثم ابن آخر وبقي ابنان وبنت فاقسم المسئلة على خمسة ولا يحتاج الى عمل مسائل وكذلك نقول في أبوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم ماتت الزوجة ثم مات ابن ثم مات الاب ثم الام فقد صارت المواريث كلها بين الابن والبنت الباقيين أثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل وبها اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام فاذا صححت المسئلة نظرت فيها فان كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسئلة الى ذلك الكسر ورددت سهام كل وارث اليه ليكون أسهل في العمل

مثاله زوجة وابن وبنت ماتت البنت تصح المسئلتان من اثنين وسبعين للزوجة بحقها ستة عشر وللابن ستة وخمسون تتفق سهامهما بالاثمان فتردها الى ثمنها تسعة للزوجة سهمان وللابن سبعة (الحال الثاني) أن يكون ما بعد الميت الاول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً كاخوة خلف كل واحد منهم بنته فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح

مثال ذلك رجل توفي وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسئلة الاولى من أربعة ومسئلة الابن الاول من اثنين ومسئلة الثاني من ثلاثة ومسئلة الثالث من أربعة ومسئلة الرابع من ستة فاجعلها كاعداد أربعة فالاثنان تدخل في الاربعة والثلاثة في الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن اثني عشر

الثلثين والخالة السدس والباقي لبنت الاخ فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ واخذت الباقي لان العمة كالاب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط العمة ومن نزلها جدا قاسم بنت الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي وفي قول اهل القرابة أنه لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئا

(فصل) إذا انفرد أحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم وان كانوا جماعة لم يخل اما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة فان أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه فان أسقط بعضهم بعضا كاب الام والاخوال فاسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات فان كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لاقربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالميراث للخالة لانها تلقى الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلين الا أنه حكي عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم اماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها اخت ولام أبي الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا ام ام الام دون ابن عم الام بغير خلاف

ثم تضربها في المسئلة الاولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من بني الاول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان (الحال الثالث) ما عدا ذلك وهي ثلاثة أقسام (أحدها) أن تقسم سهام الميت الثاني على مسئلة الثاني (الثاني) أن لا ينقسم عليها بل يوافقها (الثالث) لا ينقسم عليها ولا يوافقها فالطريق في ذلك أن تصحح مسئلة الاول ثم انظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسئلته بعد أن تصححها فان انقسم صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخا ثم ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتاً وعما فان لها من المسئلة الاولى أربعة ومسئلتها من أربعة فصحت المسئلتان من ثمانية وصار للاخ أربعة من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم

ومن ذلك أم وعم مات العم وخلف بنته وعصبة المسئلة الاولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلتان من ثلاثة . ثلاث أخوات مفترقات ماتت الاخت من الابوين وخلفت ابنتين ومن خلفت تصح المسئلتان من خمسة . بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت وتركت ابنتين وعمها صحت المسئلتان من ستة وصار للاخ ثلاثة. زوج وجدة وابنتا ابن من ثلاثة عشر ماتت إحداهما عن أربعة وتركت زوجاً وبنتاً وأختها صحت المسئلتان من ثلاثة عشر وصار للاخ خمسة . زوجة وأم وابن ماتت الام وتركت زوجاً وبنتا وابن ابن من أربعة وعشرين . زوجة وأم وعم مات العم وترك ثلاث بنين وبنتاً من اثني عشر تصح المسئلتان

أيضا في ابي ام ام وابن عم ابي أم ان المال للجد لانه أقرب ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون ابي أمها، خالة وام أبي أم وعم أم المال للخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم فان لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الام على اربعة فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم ام المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جهات المال المدلى بهم كانهم احيا فقسمت المال بينهم على ما توجبه الفريضة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق الى الوارث أولى وان كانوا من وجهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام احمد رضي الله عنه نقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئا ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسنا إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطي الخالة الثلث وتعطي بنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح ، وقال ضرار ابن صرد ان كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب اولى وان لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث ، وقال سائر المنزلين الاسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في

(القسم الثاني) أن توافق سهام الميت الثاني مسئلته فالطريق فيها أن تضرب وفق مسئلته في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وأمها وهي الزوجة وعماً فان المسئلة من ثمانية للبنت النصف أربعة ومسئلتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فتضرب ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون فكل من له شيء من ثمانية مضروب في ثلاثة وهو وفق المسئلة الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني وهو سهم ومن ذلك أم وابنان وبنت مات أحد الابنين وخلف من خلف الاولى من ستة للابن منها سهمان وقد خلف جدته وأخاه وأخته فمسئلته من ثمانية عشر توافق سهميه بالنصف فاضرب نصف مسئلته تسعة في الاولى وهي ستة تكن أربعة وخمسين للام من الاولى سهم في تسعة وفق الثانية ولها من الثانية ثلاثة في سهم صار لها اثنا عشر وللابن الباقي سهمان في تسعة ثمانية عشر ومن الثانية عشرة في سهم صار له ثمانية وعشرون ولاخيه أربعة عشر .

(القسم الثالث) أن لا ينقسم سهام الثاني على مسئلته ولا يوافقها فالطريق فيها أن تضرب المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني .

تقديم الاسبق إذا كان من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم فانهما قالا في عمة وبنت عمة المال بينهما نصفين ولم اعلم أحداً من اصحابنا ولا من غيرهم عد الجهات وبينها إلا أباالخطاب فانه عدها خمس جهات الابوة والأمومة والبنوة والاخوة والعمومة ، وهذا يفضي إلى الى أن ابنة العم من الام أو بنت العمة من الام مسقطة لبنت العم من الابوين ولا أعلم أحداً قال به.

وقد ذكر الخرقي هذا في ثلاث بنات عمومة مفترقين ان المال لبنت العم من الابوين وبيان افضائه الى ذلك ان بنت العم من الام أبوها يدلي بالاب وبنت العم من الابوين تدلي بابيها والاب يسقط العم وكذلك بنت العمة من جهة الاب وبنت العم من جهة العم فالصواب اذاً أن تكون الجهات أربعا الابوة والبنوة والاخوة والامومة

﴿ مسائل في هذا الباب ﴾ بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية إلا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركها ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ لانها أسبق وقول أهل القرابة هو للاولى وحدها لانها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية، ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الاسبق جعله لبنت العم ، وإن كان معها بنت عمة فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منهما وهما من جهة واحدة ، وإن كان معهم عمة سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال لبنت بنت الابن عند الجميع

مثاله رجل خلف امرأة وبنتاً وأخا فهي من ثمانية للبنت أربعة ثم ماتت البنت وتركت زوجا وأما وابنتين فان مسئلتها تعول الى ثلاثة عشر لا تنقسم عليها سهامها ولا توافقها فاذا ضربت المسئلة الاولى وهي ثمانية في الثانية وهي ثلاثة عشر كانت مائة وأربعة فكل من له شيء من الاولى مضروب في ثلاثة عشر ومن له شيء من ثلاثة عشر مضروب في أربعة ومثل ذلك زوج وأم وست اخوات مفترقات ماتت احدى الاختين من الام وخلفت من خلفت فالاولى من عشرة والثانية من ستة لانها خلفت اما واختاً لابوين واختين من ام تضربها في الاولى تكن ستين ومنها تصح

(فصل) وربما اختلف الحكم بكون الميت الاول رجلا او امراة فيحتاج الى السؤال عن ذلك مثال ذلك اذا قيل أبوان وابنتان لم تنقسم التركة حتى ماتت احدى البنتين ان كان الميت الاول رجلا فالاب جد وارث في الثانية لانه أبو أب وتصح المسئلتان من اربعة وخمسين وان كان الميت الاول امرأة فالاب ابو الام في الثانية لا يرث لانه من ذوي الارحام وتصح المسئلتان من اثني عشر وتسمى المأمونية لان المأمون سأل عنها يحيى بن اكثم حين أراد توليته القضاء ليختبر فهمه فقال ياامير المؤمنين من الميت الاول فعلم أنه فهمها

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الأوليان وعملت فيها عملك في مسئلة الثاني مع الاول وكذلك تصنع في الرابع ومن بعده)

إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت بنت وابن أخ من أم المال للاولى ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن ابن أخت لابوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة المال لبنت الاخ وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانهما من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضاً ابن أخت وابن عم لام المال بينهما ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة ايضاً لانها من ولد أبوي الميت وابن العم للام من ولد أبوي أبويه بنت عم وبنت عم أب هو للاولى عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أب أم المال بينهما على أربعة بنت بنت بنت وأبو أم أب مثلها عندنا وعند من ورث لاقرب جعله للثاني بنت بنت بنت ابن وعمة أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمة والخالة ، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثا الابوة والبنوة والامومة لان جعل لامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم ببنت العمة كما ذكرنا ، وإن جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات ببنات الاعمام والعمات واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبقهم الى الوارث كان أولى والله أعلم

ومثال ذلك زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات • المسئلة الاولى ، من خمسة عشر ، ماتت الاخت من الابوين وخلفت زوجا ومن خلفت فسئلتها من ثمانية وسهامها ستة يتفقان بالنصف تضرب لصف مسئلتها في الاولى تكن ستين ثم ماتت الام وخلفت زوجا وأختاً وبنتها وهي الاخت من الام ، فسئلتها من أربعة ولها من المسئلتين أحد عشر سهما لا توافق مسئلتها تضرب مسئلتها في الاولين تكن مائتين وأربعين ومنها تصح الثلاث .

ومثال الاربعة زوجة وابوان وابنتان ، لم يقسموا حتى مات الاب وخلف أخا لاب وأم ، ومن خلف ثم ماتت الام وخلفت أما وعماً ومن خلفت ثم ماتت إحدى البنتين وخلفت زوجاً ومن خلفت تصح الاولى من سبعة وعشرين ، والثانية من أربعة وعشرين ، توافق تركة الاب بالارباع ثم ماتت الام عن سبعة وعشرين وخلفت أما وبنتي ابن وعماً فسئلتها من ستة وتركتها توافقها بالاثلاث ثم ماتت احدى البنتين عن مائة وثلاثين وتركت زوجا وأما وأختاً فسئلتها من ثمانية وتركتها توافقها بالانصاف فتصح المسائل الاربع من الف ومائتين وستة وتسعين للزوجة من الاولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون وللبنت الباقية من المسائل الاربع سبعمائة وخمسة عشر ، ولأخي الميت الباقي أربعون ، ولام الثالثة ستة وثلاثون ، ولعمها كذلك ، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون ، زوج ، وام ، وست أخوات

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان وارث غير الزوج والزوجة او مولى نعمة فهو احق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسئلة فصول ثلاثة : (أحدها) أن الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فمتى خلف الميت عصبة أوذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء لذوي الارحام وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام . وقال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز انهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الاجماع، وقول النبي ﷺ « الخال وارث من لا وارث له » ومن مسائل هذا الفصل أبو أم وجدة المال للجدة بنت ابن وبنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمة ثلاثة بني إخوة مفترقين لا شيء لذي الرحم في جميع ذلك

(الفصل الثاني) أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوي الارحام وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم وقول من لا يرى توريثهم أيضاً . وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ،وبه قال ابنه ابو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلقمة والاسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون ومهران والاول أصح لقوله

مفترقات ، ماتت الام وتركت أبويها ومن خلفت ، ثم ماتت أخت من أب وأم وتركت زوجا وجدة ومن خلفت ثم ماتت أخت من أم وخلفت زوجا وجدة ومن خلفت الاولى عشرة والثانية من ستة فتصير الاثنتان من ستين والثالثة من عشرين وماتت عن ثلاثة عشر لا توافق فتضرب عشرين في ستين تكن ألفاً ومائتين والرابعة من ثمانية وماتت عن مائة وستة وستين توافقها بالانصاف فتضرب أربعة في الف ومائتين تكن أربعة آلاف وثمان مائة.

(باب قسم التركات)

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه مثل تلك النسبة من التركة ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان المسئلة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فللزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ولكل واحدة من البنتين مثل ما للابوين كليهما وذلك عشرة وثلثان وإن شئت قسمت التركة على المسئلة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما بلغ فهو نصيبه فاذا قسمت التركة على المسئلة ههنا كان الخارج بالقسم دينارين وثلثين إذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة كان ثمانية دنانير وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الابوين كانت خمسة وثلثاً

عليه السلام « الخال وارث من لاوارث له » والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر فأشبه العصبة من النسب .

(الفصل الثالث) في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين مافضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة ، واختلف في كيفية توريثهم معه فروى عن امامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤي وعامة من ورثهم ، وقال يحيى بن آدم وضرار يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم نفرض للزوج فرضه كاملا من غير حجب ولاعول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فانما يقع الخلاف في مسئلة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة فاما ان أدلى جميعهم بذى فرض اوعصبة فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج و بنت بنت وبنت أخت او ابن أخت او أولاد أخت او بنت أخ او بنات أخ فللزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين ، وقال يحيى وضرار المسئلة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم فان كان مكان الزوج زوجة فرضت المسئلة من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ،

وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من ابنتين كانت عشرة دنانير وثلثين ، وإن شئت ضربت نصيب كل وارث في التركة وقسمته على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ففي هذه المسئلة إذا ضربت نصيب الزوج وهو ثلاثة في التركة كان مائة وعشرين إذا قسمتها على المسئلة وهي خمسة عشر خرج بالقسم ثمانية وإذا ضربت نصيب أحد الابوين في التركة كان ثمانين فاذا قسمتها على المسئلة خرج خمسة وثلث وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنتين في التركة كانت مائة وستين إذا قسمتها على المسئلة خرج بالقسم عشرة وثلثان كما ذكرنا

(فصل) فان كانت المسئلة من الاعداد الصم لم يمكن العمل بالطريق الاول لانه لا نسبة فيها فاعمل بالطريقين الآخرين .

مثال ذلك زوج وأم وابنتان ، والتركة خمسون دينارا ، المسئلة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل سهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار، تضرب في ذلك سهام الزوج وهي ثلاثة يجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء وتضرب نصيب الام تكن سبعة وتسعة أجزاء ولكل بنت ضعف ذلك وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين وقسمتها على على المسئلة خرج ما قلنا .

﴿ مسئلة ﴾ وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب

ومنها تصح للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة والخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهما ، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة ولبنت ستة وللام سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقين وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح فتضربها في اثنين تكن ثمانية عشر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالاثلاث فردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر المرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة والخالة سهم ولبنت العم سهمان ، وعلى قول يحيى تفرضها من من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث تضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث اخوة مفترقين امرأة وبنت بنت وثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوي الارحام الا مسئلة واحدة وشبهها وهي خالة او غيرها ممن يقوم مقام الام او الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ

الثاني فقسمته على مسئلته وكذلك الثالث فان كان بين التركة والمسألة موافقة رددتهما الى وفقهما وقسمت وفق التركة على وفق المسألة واعمل على ما ذكرنا .

مثال زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات ، المسألة من خمسة عشر والتركة عشرون ديناراً ماتت الام وخلفت أبوين ومن خلفت المسئلة الاولى من خمسة عشر ، والثانية من ستة للام من الاولى سهمان لا تنقسم على الثانيـة وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في المسئلة الاولى تـكن خمسة وأربعين ، فان شئت نسبت نصيب كل وارث من المسئلة واعطيته من التركة مثل تلك النسبة فللمرأة تسعة وهي خمس المسئلة ، فلها خمس التركة أربعة دنانير ، وللاخت من الام ثمانية ، وهي ثمانية أتساع الخمس ، فلها من التركة ثمانية أتساع خمسها ، وهو ثلاثة دنانير ، وخمسـة أتسـاع دينار وللاخت من الابوين عشرون وهي أربعة أتساع المسئلة ، فلها أربعة أتساع التركة وهي ثمانية دنانير وثمانية أتساع دينار ، وللاخت من الاب ستة وهي تسع المسئلة وخمس تسعها فلها من التركة ديناران وثلثان ، وإن شئت قسمت العشرين على خمسـة وأربعين وضربت الخـارج بالقسم في نصيب كل وارث فيخرج ما ذكرناه وان شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ما بلغ على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ان شئت وافقت بين التركة والمسئلة وهي توافقها بالاخماس فترد المسئلة الى تسعة والتركة الى أربعة وتضرب سهام كل وارث في أربعـة وتقسمه على تسعة يخرج ما ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة

المال بالفروض فان للخالة السدس ولولد الام الثلث ولبنات الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويورث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية اذا كان ابوهم واحداً وامهم واحدة الا الخال والخالة فللخال الثلثين وللخالة الثلث)

اختلفت الرواية عن احمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الاثرم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الارحام وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته : للخال الثلثان وللخالة الثلث ، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لانهم يأخذون المال كله ولا على العصبة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات . ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون

واعمل على ما قلنا ، وقراريط الدينار في عرف بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فان كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط فانظر ما يتركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب احد العددين الى أربعة وعشرين فان كان أقل منها فخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة ، فما كان فهو لكل قيراط وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمته عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيب القيراط

ومثال ذلك ستمائة أردت قسمتها على القراريط فهي متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين وانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهي سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط فاذا عرفت سهم القيراط فانظر كل من له سهام فاعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطا فان بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها

مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجاً وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداهما في الاخرى تكن

بولد الام وانما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان آباءهم يستوي ذكرهم وأنثاهم الا في قياس قول من أمات السبب فان الذكر مثل حظ الانثيين. والذي نقل الخرقي التسوية بين الجميع إلا في الخال والخالة ولم أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه. وأما قوله إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة فلأن الخلاف انما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالاخوال والخالات المتفرقين والعمات المفترقات أو اذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت اخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ان شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك ابن أخت معه أخته أو ابن بنت معه أخته: المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة ابنان وابنتان أخت لابوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لاب وأربعة بني ولد وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللاخت من الاب سهم بين ولدها على ستة وللاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبقى ولد الام بحالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية

مائة وخمسين وسهم القيراط ربع ابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة أربعون فلها بخمسة وعشرين أربعة قراريط يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة وابسط السهم الباقي أرباعا يكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين سهماً أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولام الثانية سهمان ابسطها أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس قيراط وكذلك لكل اخت من أم وللاختين للاب مثل ذلك وللاخت للابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة اخماس قيراط

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت التركة سهاما من عقار كثلث وربع ونحو ذلك)

فان شئت ان تجعلها من قراريط الدينار وتقسمها على ما قلنا وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة او وفقها في مخرج سهام العقار او في وفقها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه إذا كانت التركة ربع دار وثلثها جمعتها من مخرجها قراريط فكانت اربعة عشر قيراطاً وجعلتها [كالدنانير وعملت على ما سبق وان شئت اخذتها من مخرجها وقسمتها على المسئلة فان انقسمت بغير ضرب. مثال ذلك زوج وام وثلاث اخوات مفترقات والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من تسعة

تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلثمائة وستين ، وان كانوا أولاد عمات أو خالات متفرقات فكذلك ،وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل .وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كاولاد البنين

(فصل) وان كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى ، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم . واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استووا وممن يدلون به من الآباء والامهات إلى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابناً وان كان أنثى ، ومن أدلى بالانثى أنثى وان كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها لابنها ثلثاه ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم ، وقول محمد كذلك وقول أبي يوسف للابن سهمان وللبنت سهم كان الميت وبنته : ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من

ومخرج سهام العقار عشرون الموروث منها تسعة منقسمة على المسئلة للزوج منها ثلاثة وهي عشر الدار ونصف عشرها وللاخت من الابوين مثل ذلك ولكل واحدة من الباقيات نصف عشر فان لم تنقسم لكن وافقت السهام الموروثة المسئلة رددت المسئلة الى وفقها ثم ضربته في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في وفق السهام الموروثة من العقار

مثاله زوج وابوان وابنتان والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من خمسة عشر توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث لأنها تسعة فترد المسئلة الى ثلثها خمسة ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة فللزوج من المسئلة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهو نصف عشر الدار وخمس خمسها ولكل واحد من الابوين سهمان في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار ولكل بنت ضعف ذلك وهو عشر وخمس عشره،وان لم توافق السهام الموروثة المسألة ضربت المسألة جميعها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار فما بلغ فانسبه من مبلغ سهام العقار وان شئت نسبت سهام كل وارث من المسألة فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام الموروثة الى سهام العقار فتقول في هذه المسألة للزوج من المسألة الخمس فله خمس التركة وكذلك تفعل في بقية الورثة على ماسبق

ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسة ، وان كانوا من ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثا للابن سهمان فهما لابنه وللبنت سهمان فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهمان لأنه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لأنهم يدلون بأنثى قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلابنها الثلثان بين ابنيه ولابنتها الثلث بين ابنيها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللاولين الثلثان بينهم على ستة وللآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين ، وان كانوا من ولد اثنين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر ، وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الاخت كست إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم

(فصل) في المجهولات زوج وأم وأختان لاب وأم أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم جميع التركة ؟ فالطريق في ذلك أن تقسم الدنانير التي أخذها على سهامه تخرج خمسة عشر فاضربها في سهام المسئلة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي التركة وان شئت ضربت ما أخذ في سهام المسألة تكن ثلاثمائة وستين وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو التركة وان شئت قلت سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة ستة وخمسون ديناراً وثوب أخذ الزوج بميراثه الثوب كم قيمته ؟ فالطريق أن تقسم العين على سهام من بقي من الورثة تخرج ثمانية تضربها في سهام الزوج تكن أربعة وعشرين وان شئت قلت سهام الزوج من سهام الباقي ثلاثة أسباعها فخذ ثلاثة أسباع العين تكن ما ذكرنا وبالجبر تجعل قيمة الثوب شيئاً فاذا أخذه الزوج بثلاثة أسهم وجب أن يأخذ باقي الورثة سبعة أسهم شيئين وثلثا وذلك يعدل العين فالشيء ثلاثة أسباعها في ثلاثة أسباع العين تكن أربعة وعشرين وان بسطت الشيئين والثلث أثلاثا كانت سبعة وقسمت عليها العين يخرج الشيء أربعة وعشرين زوج وأم وست أخوات مفترقات والتركة خمسة وثلاثون ديناراً وثوب أخذت احدى الاختين للاب والام الثوب وثلاثة دنانير فألق ما أخذت من العين فاقسم الباقي على سهام باقي الورثة وهي ثمانية يخرج بالقسم أربعة دنانير وهي نصيب السهم فللاختين بسهمين ثمانية دنانير فاذا القيت منها ثلاثة دنانير بقي خمسة وهي قيمة الثوب والتركة جميعها أربعون ديناراً أو بالجبر تجعل قيمة الثوب شيئا

على سبعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين، ابنتا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الاخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم ، وقول محمد الثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثا وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب فان كان معها ابنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنت وبنتا ابن فمسئلتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للابن لانه أقرب الى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم الا ماحكي عن ابن سالم في أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوراثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابنتا بنت ابن آخر الاولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسئلة تكن من ستة عشر، ابن وبنت بنت وثلاث بنات، بنت وابنا بنت ابن لاشيء لهذين في قول الجميع لان أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثني عشر عند من سوى، ومن فضل جعلها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة أيضاً، بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فانه

فتقول اذا أخذت الاخت بسهمين ثوباً وثلاثة دنانير وجب أن يأخذ بقية الورثة أربعة أشياء واثني عشر ديناراً وذلك يعدل ما حصل لهم وهو اثنان وثلاثون ديناراً فألق اثني عشر بمثلها يبقى أربعة أشياء تعدل عشرين ديناراً فقيمة الثوب خمسة دنانير كما قلنا فان كانت المسئلة بحالها والتركة ثلاثون ديناراً وعبدان متساويا القيمة أخذت احدى الاختين للابوين أحد العبدين فأسقط سهمها من المسئلة وأسقط بمثلها العبد الآخر يبقى ستة تقسم العين عليها يخرج للسهم خمسة فقيمة العبد عشرة وبالجبر تجعل قيمة كل عبد شيئاً فاذا أخذت بسهمين شيئاً وجب أن يكون لباقي الورثة أربعة أشياء وذلك يعدل ما معهم وهو شيء وثلاثون ديناراً فألق المشترك يعدل الشيء عشرة كما قلنا

(باب ذوي الارحام)

وهم كل قرابة ليست بذي فرض ولا عصبة وهم أحد عشر صنفاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام وبنو الاخوة من الام والعم من الام والعمات والاخوال والخالات وأبو الام وكل جدة أدلت بأب بين أمين أو بأب أعلى من الجد ومن أدلى بهم فهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة الا الزوج والزوجة روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر

للاولين وقول من أمات السبب وورث البعيد مع القريب: المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعة وتسقط الاخرى لان هذه وارثة البنت في أول درجة ، بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الاولى والاخيرة على المنزلين ، وقال أهل القرابة هو للاولى قول ابن سالم هو للاولين وتسقط الثالثة

(مسئلة) قال (واذا كان ابن اخت وبنت أخت اخري اعطي ابن الاخت حق امه النصف وبنت الاخت الاخرى حق امها النصف ، وان كان ابن وبنت اخت وبنت اخت اخرى فللابن وبنت الاخت النصف بينهما نصفين ولبنت الاخت الاخرى النصف)

أما المسئلة الاولى فلا خلاف فيها بين المنزلين لان كل واحد منهما له ميراث من أدلى به وهو قول محمد بن الحسن أيضا ، وقال أبو يوسف يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الاخت الثلثان ولبنت الاخت الثلث . وأما المسئلة الثانيـة فلا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف ومن سوى جعل النصف بين ابن الاخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخت الاخرى فتصح من أربعة ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة ، وقال أبو يوسف للابن

ابن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب الى قباء يستخير الله في العمة والخالة فأنزل الله عز وجل أن لا ميراث لهما رواه سعيد في سننه ولان العمة وبنت الاخ لا ترثان مع اخوتهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انضمام الاخ اليهما يؤكدها ويقويها بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبهن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فاذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان المواريث انما ثبتت نصاً ولا نص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالحلف فكان الرجل يقول للرجل دمي دمك ، ومالي مالك ، تنصرني وأنصرك ، وترثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قوله تعالى (والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك ، وصار التوارث بالاسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقـوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله .

النصف والكل بنت الربع وتصح من أربعة ، وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللاخرى الثلث ، وتصح من تسعة ، واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ماذكرنا في أولاد البنات ومتى كان الاخوات أو الاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم واناثهم الا الثوري ومن امات السبب ، ثلاث بنات أخ وثلاث بني اخت ان كانا من ام فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من ابوين فلبنات الاخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين وعند محمد مثله وفي قول ابي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث ، ابن وبنت اخت لابوين وابن اخت لام هي من اربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية قول محمد كأنهما اختان من ابوين واخت من ام فتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام ايضاً ابنا وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية الا الثوري فانه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابنا اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا اخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية واربعين وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله مع قول ابي يوسف في ان المال لولد الاخت من الابوين ، ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنا وابنتا اخت اخرى لام قول المنزلين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه أبو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر : اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى المقدام عن النبي ﷺ أنه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عانيه ، فان قيل المراد به أن من ليس له الا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له ، أو انه أراد بالخال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : انه قال يرث ماله وفي لفظ يرثه

(والثاني) : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر هذا جوابا لابي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(والثالث) أنه سماه وارثاً ، والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للنفي قلنا والاثبات كقولهم ياعماد من لا عماد له ، ياسند من لا سند له ، ياذخر من لا ذخر له .

وروى سعيد باسناده عن واسع بن حبان قال : توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا عصبة فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ،

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوات مفترقات فلبنت الاخت من الاب والام ثلاثة اخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جعلهن مكان امهاتهن وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلين في ولد الاخوات ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في مسئلتنا بين الاخوات على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك وكذلك إن كن ثلاث عمات متفرقات لأنهن اخوات الاب فميراثه بينهن كميراث الاخوات المتفرقات من اخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات متفرقات لأنهن اخوات الام فميراثها بينهن كذلك وقدم اهل القرابة من كان لاب وام من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام الا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم اخوات

ومن مسائل ذلك ستة بنات ثلاث اخوات متفرقات المال بين الاخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنتيها وتصح من عشرة قول ابي يوسف المال كله لولد الابوين قول محمد لهما الثلثان

ورواه أبو عبيدة في الاموال الا أنه قال لم يخلف الا ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه ولانه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض ، وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبه ذوي الفروض والعصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبات ، ولذلك سمي الخال وارث من لا وارث له ، أي لا يرث الا عند عدم الوارث وقولهم لا يرثان مع اخوتهما قلنا لانهما أقوى منهما وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار الى التعبد المحض.

(فصل) والرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فمتى خلف الميت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ جميع التركة ، هذا قول عامة من ورث ذوي الارحام قال الخبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الخال وارث من لاوارث له » ومن مسائل ذلك أبو أم وجدة ، المال للجدة ، بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ وابن أخت عم وعمة بني اخوة مفترقين لا شيء لذوي الرحم في جميع ذلك

(فصل) وكذلك المولى المعتق وعصباته يقدمون على ذوي الارحام ، وهو قول عامة من ورثهم

ولولد الام الثلث وتصح من ستة ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة وهذا قول محمد بن اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا وابنتا أخت اخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن اربعة وخمسين عند محمد فان كان معهم أربعة بنين واربع بنات اخرى لام صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزلين كلهم قول محمد كأنهم أخت لابوين وست أخوات لاب وأربع عشرة أختا لام وسهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين فان كان ولد الاخت الابوين ابنا وبنتا صحت كذلك عند المنزلين وعند محمد كأنهما ختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وأولادهن كالقول في ولد الاخوات المتفرقات

(مسئله) قال (اذا كن ثلاث بنات ثلاثة اخوة متفرقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب والام)

هذا قول جميع المنزلين لان الاخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم بولد الابوين وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ للابوين ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الاخوال المتفرقين وأولادهم لان الاخوال أخوة الام ، مسائل من ذلك ست بنات ستة اخوة مفترقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين ست بنات ثلاثة اخوة مفترقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث ، بنت اخ لابوين وابن أخ لام وبنت أخ آخر لام ابن وبنت بنت أخ لاب وابنا وابنتا ابن أخ لام ثلاثة بنين وثلاث بنات بنت اخت لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين فان كان مكان

من الصحابة وغيرهم وقول من لا يورثهم أيضاً ، وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وعلقمة ، والاسود ، وعبيدة ، ومسروق ، وجابر ابن زيد ، والشعبي ، والنخعي ، والقاسم بن عبدالرحمن ، وعمر بن عبد العزيز ، وميمون بن مهران ، والاول أصح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال وارث من لا وارث له » والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر أشبه العصبة من النسب .

﴿ مسئلة ﴾ (ويورثون بالتنزيل فيجعل كل وارث بمنزلة من أدلى به) فيجعل ولد البنات والاخوات كامهاتهم ، وبنات الاخوة ، والاعمام ، وولد الاخوة من الام كآبائهم ، والاخوال ، والخالات ، وابو الام كالام ، والعمات ، والعم من الام كالاب ، وعنه كالعم ثم تجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به مذهب أبي عبد الله رحمه الله في توريث ذوي الارحام مذهب اهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من

الاخ من الاب أخت كانت من ستين فان كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت الى اثنين وسبعين

(فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للاولى السدس والباقي للثانية عند المنزلين ، وفي القرابة هو للأولى لانها أقرب الى الميت بنت بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية وقال أبو يوسف الكل للثانية بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى الا في قول الثوري وابن سالم وضرار للأولى السدس والباقي للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وان كانا من جهة واحدة

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بني أخت لاب وخمسة بني أخت لام وعشر بنات أخ لأم أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدي الاخت للابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولد الام الثلث وهو مائة وثمانون ولولد الاخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون، ثلاث بنات اخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات لولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابن لبنت الاخ ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وإن كان معهم ثلاثة بني اخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الام سدسه وباقيه لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الاخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الام بينهم كالحكم في ثلاثة

يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل واحد جعل لمن أمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، هذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من من ورثهم غير أهل القرابة ، وروي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الاخ منزلة الاخ ، وبنت الاخت منزلة الاخت ، والعمة منزلة الاب ، والخالة منزلة الام. وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة . وعن علي أنه نزل العمة بمنزلة العم . وروي ذلك عن علقمة ومسروق ، وهي الرواية الثانية عن احمد وعن الثوري وأبي عبيد ، انهما نزلاها منزلة الجد مع ولد الاخوة والاخوات ونزلها آخرون منزلة الجدة وانما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها باربع جهات وارثات ، فالأب والعم أخواها ، والجد والجدة أبواها ، ونزل قوم الخالة جدة لأن الجدة أمها . والصحيح من ذلك تنزيل العمة أباً ، والخالة أماً ، لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال : « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينها أم » رواه الامام احمد .

(والثاني) : انه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة .

(الثالث) : ان الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتعين تنزيلها بهما دون غيرهما

اخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات متفرقات كثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات على ما ذكرنا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذ كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الاب والام لانهن اقمن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الابوين بخلاف العمومة وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم قال الخبري وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهداية قولا من رأيه يفضي الى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا

كبنت الاخ وبنت العم فانها ينزلان بمنزلة أبويها دون اخوتها ولانه إذا اجتمع لها قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثناها باقواها كالمجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فانهم ورثوهم على ترتيب العصبات ، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وان سفلوا كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وان علا أولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده

(مسائل ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة فان كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فان كان معها خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللخالة السدس ، والباقي لبنت الاخ ، فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العمة كالاب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عماً جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العمة ومن نزلها جداً قاسم بها ابنة الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي

الخطاب لو علم افضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسئلة على ما قال الخرقي .

ومن مسائل ذلك بنت عم لابوين وبنت عم لاب المال للأولى : بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك. بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك. بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلين وهو للثانية عند أهل القرابة لانها أقرب. بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال الاولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عمة المال لبنت العم عند الجمهور وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم، بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى. بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العمة النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينهما على اربعة. ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فان كان معهن بنت عم من أبوين أو أب ورثت المال دونهن

﴿مسئلة﴾ قال (فان كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة اسهم والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة اسهم)

فتصح من خمسة عشر سهما للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللخالة التي من قبل

وفي قول أهل القرابة لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين إلا ولد الام وقال الخرقي يسوى بينهم إلا الخال والخالة)

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية في جميع ذوي الارحام اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم لا يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خالة وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته للخال الثلثان وللخالة الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصبة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقريب من العصبات والاخوة والاخوات

ويجاب عن هذا بانهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباهم يسوي ذكرهم وأنثاهم الا في قول من أمات السبب فان عنده للذكر مثل حظ الانثيين فأما الذي نقل عنه الخرقي أنه يسوى بين الجميع إلا الخال والخالة قال شيخنا

الاب سهم وللخالة التي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة أسهم وللعمة التي من قبل الاب سهمان وللعمة التي قبل الام سهمان، إنما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكأن الميت خلف أباه وأمه فلامه الثلث والباقي لابيه ثم ماصار للام بين أخواتها على خمسة لانهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزيء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسئلة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهن على خمسة كما ذكر أيضا وهذا قول عامة المنزلين ، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهن ، وقال نعيم وإسحاق الخالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة عندهما من تسعة ، فان كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم قسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزلين. ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمة من ام الثلث بين الاخوال والخالات على ستة ، للخال والخالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وإحدى الروايتين عن احمد وذكرها

فلا أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجهه والخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالاخوال والخالات المفترقين والعمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع يذكر فيه ان شاء الله تعالى

(مسائل ذلك) ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة: ابنان وابنتا أخت لابوين وثلاث بني وثلاث بنات أخت لاب وأربع بني وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللاخت من الاب سهم بين ولدها على ستة والاخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن مائة وعشرين ومن فضل ابقى ولد الام بحالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين، وان كانوا أولاد عمات أو خالات مفترقات فكذلك وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كاولاد البنين

(فصل) اذا كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهن على عددهن فما أصاب

الخرقي في الخال والخالة خاصة دون سائر ذوي الارحام ، والرواية الاخرى هو بينهما على السوية والثلثان بين العم والعمة بالسوية . ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بني خال الميراث للعمات والخالات ويسقط الباقون فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الاب فيسقط بهن بنات الاخوة لأنهن بمنزلة الاخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لأنهم أولاد بنيه والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال اننا إذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ماتقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط لزم منه سقوط ولد الاخوة ببنات العم من الام لأنهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسألة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين

(فصل) خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن العمة وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة المال للخالة لأنها أقرب ، وكذلك ان كان مكان

كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال على عددهم دون مراعاة أمهاتهم اذا استووا ممن يدلون به من الآباء والامهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كأولاد البنين، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا وان كان انثى ومن أدلى ببنت بنتا وان كان ذكرا وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها للابن ثلثاه ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم وكذلك قول محمد وقول أبي يوسف للابن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا بنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسة وان كانوا من ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثاً للابن سهمان فهما لابنه وللبنت سهم فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على

الخالة خال: عمة وابن خال معه اخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خالا من ام، وان كان من أب أو من ابوين ففيه روايتان (احداهما) هو بينهما بالسوية أيضا (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة: بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية ان كانا من أم. وان كانا من أبوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة؟ فيه روايتان، وان كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لانها أسبق الى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة: عمة وبنت عم من نزل العمة أبا جعل المال لها ومن نزلها عما جعل المال بينهما نصفين وكذلك من أمات الاب. بنت ابن عم لأب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم: ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلثان من اربعة أيضاً وتصح من اثني عشر، وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة

(فصل) خال وخالة وابو أم المال لأبي الام فان كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لابي الام والباقي لابنة العم اوالعمة وان كان مكان أبي الام أمه فلا شيء لها لان الخالة أسبق الى الوارث والجهة واحدة: خالة وأبو أم المال للخالة لانها بمنزلة لام وهي تسقط أم الام: ابن خال وابن أخ من أم

خمسة لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لانهم يدلون بأنثى وقول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلابنها الثلثان بين ابنتيه ولا بنتها الثلث بين ابنيها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل انثى سهمان. ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بني وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الثاني بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين. قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللاولين الثلثان سهم على ستة وللآخرين الثلث سهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين، وان كانوا من ولد ابنتين صحت من ستة وثلاثين، قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربعة ذكور وولد بنت الاخت كست اناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر فلولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على تسعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين: ابنتا أخ وابن وابنة أخت لابني الاخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم وقول محمد والثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثاً وهو قول محمد وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة

المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين هو لابن الاخ، فان كان معهما ابن أخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس وان كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس وعند المنزلين لا شيء لابن الخال والمال بين الباقين على خمسة. خال وابن ابن أخت لأم المال بينهما على ثلاثة وعند المنزلين هو للخال. بنت بنت أخت لأبوين وابن ابن أخ لأم وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الاخ وعند المنزلين المال كله

(فصل) عمة وابنة أخ المال للعمة عند من نزلها أبا ولابن الاخ عند من نزلها عما وبينهما عند من نزلها جداً: بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة، فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمة وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد: بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب: لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الاخ: ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة أيضاً هو لبنت البنت لانها أقرب فان كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكانهم بنتا ابن وبنت فمسئلتهم من ثمانية وتصح ستة عشر: ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال للابن لانه أقرب الى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم الا ما حكي عن ابن سالم أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وبنتا بنت ابن ابن آخر للاولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في اصل المسئلة تكن من ستة عشر: ابن وبنت بنت وثلاث بنات بنت وابنا بنت ابن لا شيء لهذين في قول الجميع لان أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث، وتصح من اثنى عشر عند من سوى ومن فضل جعلها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة ايضاً. بنت بنت بنت وبنت ابن بنت اخرى وبنت بنت ابن ابن المال لهذه الا في قول اهل القرابة فانه للاولبين، وقول من امات السبب ورث البعيد مع القريب المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على اربعة وتسقط الاخرى لان هذه وارثة الابن في اول درجة: بنت بنت وبنت بنت بنت اخرى وبنت بنت ابن المال بين الاولى والاخيرة على اربعة عند المنزلين وقال اهل القرابة هو للاولى قول ابن سالم هو للاولبين وتسقط الثالثة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان ابن وبنت اخت وبنت اخت اخرى فلبنت الاخت وحدها النصف وللاخرى واخيها النصف بينهما)

العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة او أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ، ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عما فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ستة أخوات مفترقات عالت على هذا إلى سبعة

﴿ فصل في عمات الابوين وأخوالهما وخالاتهما ﴾ مذهبنا ماتقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين ثم يجعل لمن يدلي به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال. والمشهور عن أهل العراق ان نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب لاب بين عماته وخالاته كذلك. ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لانهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لأنهن بمنزلة الجد : عمة أب وعمة أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق ، وقال القاضي المال لعمة الاب لانها أسبق

لا خلاف بين المنزلين في ان لولد كل اخت ميراثها وهو النصف فمن سوى جعل النصف بين الاخت واخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخرى وتصح من أربعة ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللاخرى الثلث وتصح من تسعة واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات، ومتى كان الاخوات والاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري ومن أمات السبب : ثلاث بنات أخ وثلاثة بني أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من أبوين فلبنات الأخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين ومحمد وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث : ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية ، وقول محمد كأنهما أختان من أبوين واخت من أم وتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام أيضاً ابنا وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية إلا الثوري فانه يجعل الذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا اخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنا أخت اخرى لاب من ثمانية في قول عامتهم وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى ، وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله وقول ابي يوسف في ان المال لابني

لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المنزلين لأنهم يورثون الاسبق بكل حال . خالة أم وعمة اب للخالة السدس والباقي للعمة لأنهما كجدة وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته: خالة أم وخالة أم اب المال للخالة لانهما بمنزلة أم ام وام ام أب: خال اب وعم ام المال للخال لأنه بمنزلة جدة والجدات بمنزلة الامهات: بنت خال أم وبنت عم اب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث لاسبق جعل الكل لبنت العم. أبو أبي ام وابو ام اب المال لابي ام الاب فان كان معهما ابو ام ام فهو بينهما نصفين لانهما بمنزلة جدتين متحاذيتين. ابو ام ابي ام وابو ابي ام ام المال لهذا لانه اسبق فان كان معهما ابو ام ابي اب فالمال له لانه أول درجة يلقى الوارث. أب أم أبي أم لام أبي الام الثلث والباقي للاب فان كان معهما أبو ام ام فالمال له لانه يدلي بوارث فان كان معهم أبو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(فصل) واذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما باجماع من المورثين لهم إلا شيئا يحكي عن أبي يوسف أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج اذا كان ابن عم وابن العم اذا كان أخا من أم، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن

الاخت من الابوين: ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنا وابنتا أخت أخرى لام قول المنزلين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

(فصل) ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلين ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في هذه المسألة بين الاخوات على على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك، والحكم في ثلاث بنات عمات مفترقات كذلك لانهن أخوات الاب فميراثه بينهن على خمسة، وكذلك ثلاث خالات مفترقات لانهن اخوات الام وقدم أهل القرابة من كان لاب وأم من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على أعدادهم واقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات

(مسائل) من ذلك ست بنات ثلاث اخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما اصاب كل واحدة فهو لبنيها وتصح من عشرة وعند أبي يوسف المال كله لولد الابوين وعند محمد لهما الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة: ست بنات ست اخوات مفترقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان ولولد الام الثلث وتصح من ستة هذا قول محمد. ابن أخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا وابنتا اخت اخرى لاب وثلاثة بني وثلاث بنات اخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن اربعة وخمسين عند محمد، فان كان معهم اربعة بني واربع بنات اخت اخرى لام

فضل جعل له النصف والثلث ولاخته السدس وهذا قول أكثر المنزلين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولاخته الخمس: بنتا أخت من أم احداهما بنت أخ من أب وبنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الاخت من الابوين وأربعة لذات القرابتين من جهة ابيها ولها سهم من جهة أمها وللاخرى سهم: عمتان من أب احداهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثنى عشر أيضا لذات القرابتين خمسة والعمة الاخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فان كان معهما عم من أم هو خال من أب صحت من تسعين: ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب: ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

﴿ مسائل شتى ﴾ يعني متفرقة فانها مسائل من أبواب متفرقة يقال شتى وشتان وقال الله تعالى (تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى) وقال تعالى (ان سعيكم لشتى) وقال الشاعر:

قد عشت في الناس أطواراً على طرق　　شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

﴿ مسألة ﴾ قال (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى فان بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

صحت من مائة واربعة واربعين عند المنزلين كلهم، قول محمد كأنهم اخت لابوين وست اخوات لاب واربع عشرة اختاً لام سهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلثمائة وثمانية وسبعين، فان كان ولد الاخت من الابوين ابناً وبنتاً صحت كذلك عند المنزلين وعند محمد كأنهما اختان لابوين فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المفترقات والخالات المفترقات واولادهن كالقول في ولد الاخوات المفترقات

(فصل) فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوة مفترقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الأخ من الابوين هذا قول جميع المنزلين لان الاخوة المفترقين يسقط ولد الاب منهم ولد الابوين وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ للابوين، ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الأخوال المفترقين لانهم إخوة الام

(مسائل) من ذلك ست بنات ستة اخوة مفرقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين: ست بنات ثلاثة اخوة مفترقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث: بنت اخ لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام، ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا وابنتا ابن اخ لام وثلاث بني

الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو الانوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وانما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علامانه فيه ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة ، وممن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم .

قال ابن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من اين يورث ؟ قال من حيث يبول وروي أنه عليه السلام أتي بخنثى من الانصار فقال « ورثوه من أول مايبول منه » ولان خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات انما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وان بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور فان خرجا معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك ابو حنيفة ولم يعتبره اصحاب الشافعي رضي الله عنه في احد الوجهين

وثلاث بنات بنت اخ لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين، فان كان مكان الاخ من اب اخت كانت من ستين فان كان معهم ابن بنت اخت من ابوين عادت إلى اثنين وسبعين

(فصل) بنت اخ لام وبنت ابن اخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية عند المنزلين وفي القرابة هي للأولى لانها اقرب إلى الميت. بنت بنت اخ لابوين وبنت ابن اخ لابوين المال لهذه في قول الجميع: بنت ابن اخ لام وبنت بنت اخ لابوين وابن بنت اخ لاب الاولى السدس والباقي للثانية ، وقال ابو يوسف الكل للثانية : بنت اخ لام وبنت بنت اخ لاب المال للاولى إلا في قول الثوري وابن سالم وضرار للاولى السدس والباقي للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب ، وان كانا من جهة واحدة : ابن وبنت اخت لابوين وبنتا اخ لاب وثلاثة بني اخت لاب وخمس بني اخت لام وعشر بنات اخ لام اصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة واربعين في قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدي الاخت للابوين بالسوية عند من سوى واثلاثاً عند من فضل ولولد الام الثلث وهو مائة وثمانون لولد الاخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الاخ ستون ولولد الاخت ثلاثون: ثلاث بنات اخوة مفترقين وثلاث بنات اخوات مفترقات لولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابوين لبنت الاخ ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وان كان معهم ثلاث بني اخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الام سدسه

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل فان مات له من يرثه فقال الجمهور يوقف الامر حتى يبلغ فيتبين فيه علامات الرجل من نبات اللحية وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الحيض والحبل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالا تعد اضلاعه فان اضلاع المرأة اكثر من اضلاع الرجل بضلع ، قال ابن اللبان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المبال ، وقال جابر بن زيد يوقف الى جنب حائط فان بال عليه فهو رجل وان شلشل بين فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وانه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج الى قسم الميراث اعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه انثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فان مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلا فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار ابن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته واعطى الباقي لسائر الورثة واعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه .

وباقيه لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثاه ولبنت الاخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين .

(مسئلة) (وان اختلفت منازلهم من المدلى به جعلته كالميت وقسمت نصيبه بينهم على ذلك كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الخالات على خمسة والثلثان بين العمات كذلك فاجتزئ باحداهما واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة اسهم وللخالة التي من قبل الاب سهم والتي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة اسهم والتي من قبل الاب سهمان والتي من قبل الام سهمان ، انما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكأن الميت خلف اباه وامه فلامه الثلث والباقي للاب فما صار للام بين اخواتها على خمسة لانهن اخوات لها مفترقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين اخواته المفترقات ، وما صار للاب قسم بين اخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداهما تجزيء عن الاخرى لانهما عددان متماثلان ، فتضرب احداهما في اصل المسئلة وهي ثلاثة تكن خمسة عشر ، فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة مقسومة بينهن على خمسة كما ذكر وهذا قول عامة المنزلين وعند اهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين

ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكرا ولان حالتيه تساوتا فوجبت التسوية بين حكيهما كما لو تداعى نفسان دارا بايديهما ولا بينة لهما، وليس توريثه باسوأ احواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لانه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم الى ان يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسئلة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا وتجتزىء باحداهما ان تماثلتا أو باكثرهما ان تناسبتا فتضربهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا فتدفعه اليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري واللؤلؤي في الولد اذا كان فيهم خنثى إلى أن يجعل الانثى سهمين والخنثى ثلاثة والذكر اربعة وذلك لانا نجعل للانثى أقل عدد له نصف وهو اثنان والذكر ضعف ذلك أربعة والخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهذا قول لا بأس به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها وبيان اختلافهما اننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولداً خنثى لكانت المسئلة على هذا القول من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول

الثلث وسقط سائرهن، وقال نعيم واسحاق الخالات كلهن سواء فيكون لصيبهن بينهن على ثلاثة وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة من تسعة، فان كان مع الخالات خال من ام ومع العمات عم من ام فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين

(مسئلة) (فان خلف ثلاثة اخوال مفترقين فللخال من الام السدس والباقي للخال من الابوين) كما لو خلف ثلاثة اخوة مفترقين ويسقط الخال من الاب كما يسقط الأخ من الاب في الاخوة المفترقين بالاخ من الابوين، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات كما ذكر

(مسئلة) (فان كان معهم أبو أم أسقطهم) كما يسقط الاب الاخوة وأولادهم

(فصل) ثلاثة أخوال مفترقين معهم اخواتهم وعم وعمة من أم الثلث بين الاخوال والخالات على ستة للخال والخالة من الام الثلث بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين واحدى الروايتين عن احمد وذكرها الخرقي في الخال والخالة خاصة والرواية الاخرى هو بينهما على السوية، والثلثان بين العم والعمة بالسوية: ثلاث عمات وثلاث بنات عم، وثلاث خالات، وثلاثة بني خال، الميراث للعمات والخالات وسقط الباقون ويكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لانهن بمنزلة الاب

مسئلة الذكورية من خمسة والانوثية من أربعة تضرب إحداهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسئلة للذكر الخمسان بيقين وهي ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف من عشرين وللبنت الخمس بيقين وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر والبنت تدعى سهمين فتدفع اليها سهما صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لان المدعى ههنا نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطى الابن النصف عشرة والبنت خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فان لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة وللخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبة معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل وان كان معهما عصبة فهي من ستة للخنثى ثلاثة وللبنت سهمان وللعصبة سهم في الاقوال الثلاثة ، فان

فيسقط منهن بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لانهن أولاد بنيه والعمات أخواته ،ووجه هذا الاحتمال أننا اذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا لزم منه سقوط بنات الاخوة ببنات العم من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين،وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين .

(فصل) خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن عمته ، وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب،وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة : المال للخالة لانها أقرب وكذلك ان كان مكان الخالة خال.عمة وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خالا من أم وإن كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان (أحداهما) هو بينهما بالسوية أيضاً (والثانية) على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة : بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم وان كانا من أبوين أو من أب فهل هو بالسوية أو على ثلاثة ؟

كان معهما أم وعصبة فهي في التنزيل من ستة وثلاثين للأم ستة وللخنثى ستة عشر وللبنت أحدعشر وللعصبة ثلاثة ، وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة [1] وللام السدس ويبقى نصف السدس للعصبة وتصح من ستين [2] وان كان ولد خنثى وعصبة فللخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهما أثلاثا لان الخنثى تدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث : بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثنى عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة للبنت النصف وللخنثى الثلث وللعم السدس

(فصل) وان كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد اب خنثى فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه إلى سهام الباقين وهي ستة ثم تبسطها أنصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصفين ، وقد عمل ابو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما في التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وان كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى فله في حال الانوثية ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما الى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة

(١) في نسخة ثلاثة

(٢) في نسخة من اثني عشر

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العمة وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لانه اسبق إلى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند اهل القرابة هو للخالة: عمة وبنت عم من نزل العمة ابا جعل المال لها ومن نزلها عما جعله بينهما نصفين وكذلك من امات السبب : بنت ابن عم لاب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم. ابن خال من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من ام وابن عمة من أب الثلث من اربعة والثلثان من اربعة ايضا وتصح من اثنى عشر وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة .

(فصل) خالة وخال وابو ام المال لابي الام فان كان معهم ابنة عم أوعمة فالثلث لابي الام والباقي لابنة العم او العمة فان كان مكان ابي الام امه فلا شيء لها لان الخالة اسبق الى الوارث والجهة واحدة : خالة وأبو أم أم ، المال للخالة ، لانها بمنزلة الام وهي تسقط أم الام : ابن خال وابن أخ من أم ، المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين هو لابن الاخ فان كان معهما ابن أخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس ، فان كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس . وعند المنزلين لا شيء لابن الخال، والمال بين الباقين على خمسة : خال ، وابن ابن أخت لام ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزلين هو للخال

وثلاثين وهي السدس ، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس وللخنثى السدس وللعم ما بقي على القولين جميعا

(فصل) وان خلف خنثيين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالا ثم تجمع مالهم في الاحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم ان كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي (والوجه الآخر) أنهم ينزلون حالين مرة ذكراً ومرة اناثا كما يصنع في الواحد وهذا قول أبي يوسف والاول أصح لانه يعطي كل واحد بحسب مافيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لادليل عليه ، وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكرين فالمال للولد ، وإن كانا أنثيين فللولد النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه ومن نزلهم أحوالا زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الاخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم

بنت بنت أخت لابوين ، وابن ابن أخ لام ، وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة ، لهذه السدس ، والباقي لبنت ابن الاخ . وعند المنزلين المال كله لها

(فصل) عمة وابنة أخ ، المال للعمة عند من نزلها أباً ولابنة الاخ عند من نزلها عماً ، وبينهما عند من نزلها جداً . بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب ، لبنت الاخ من الام السدس ، والباقي لبنت الاخ من الاب ، فان لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم ، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحق بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بنت العمة ، وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد . بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الاخ . ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو واحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ويقتضيه قول أبي الخطاب . خالة وعمة وست بنات ثلاث أخوات مفترقات ، للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عماً فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ست أخوات مفترقات عالت على هذا الى سبعة

مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للاخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثا وتصح من ستة ،وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أنثى، ولو خلف بنتا وولداً خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلهما من ستة للولد الخنثى ثلاثة والبنت سهمان والباقي للعم ، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثنى عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها، ويكفي في هذا القدر من هذا الباب فانه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لاذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وانه ليس له في قبله الا لحمة ناتئة كالربوة يرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي سنة عشر وستمائة ، والثاني شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول . وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه انما يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة . وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلا لاقبل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة، وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة . قال شيخنا ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن، ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الابوين، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة، وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم . قال الخبري وليس بشيء ، وقد ذكر ابو الخطاب قولا من رأيه يفضي إلى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى ، وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين . وأظن أبا الخطاب لو علم افضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد .قال شيخنا ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسئلة على ماذكرنا أولا

(ومن مسائل ذلك) بنت عم لابوين وبنت عم لأب، المال للاولى. بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك

ولا دبر وانما يتقايأ مايأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى إلا أنه لا يمكن اعتباره بمباله ، فان لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها فاذ خلف أما وخالا فلأمه الثلث وما بقي فللخال)

وجملته أن الرجل اذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين ، لانعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافا ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخر ان في قول الجمهور ، وقال الشافعي رضي الله عنه اذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فان لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد ، وإن لم تلاعن ورثت وحدت وان ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه ، وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان

(احداهما) لايتوارثان وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع

بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك : بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للاولى عند المنزلين ، وللثانية عند أهل القرابة لانها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للاولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عمة المال لبنت العم عند الجمهور . وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم . بنت بنت عم وبنت ابن عم . المال لهذه عند الجمهور ، وقول ابن سالم هو للاولى . بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم ، لبنت العم السدس ، ولبنت العمة النصف ويرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فان كان معهن بنت عم من أبوين او اب ورثت المال دونهن

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به)

اذا لم يسبق بعضهم بعضا فان سبق بعضهم بعضا فالسابق الى الوارث أولى كبنت بنت بنت وبنت أخ لام المال لبنت بنت البنت لان جدتها تسقط الاخ من الام ، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ والقول الاول أولى ، وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيأخذ نصيبه سواء سقط

(والرواية الثانية) يتوارثان مالم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه ، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور . وقال أبو حنيفة وصاحباه ان فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقة وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن اذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لانا انتفاء بنفيه لابقول الحاكم فرقت بينكما فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما

وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفراش وان لم يذكره لان النبي ﷺ نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، ويحقق ذلك ان الولد كان حملا في البطن فقال النبي ﷺ « انظروها فان جاءت به احيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا اراه إلا قد كذب عليها،وان جاءت به جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو الذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول: اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) ان عصبته عصبة أمه . نقلها الاثرم وحنبل يروى ذلك عن

القريب أو لم يسقط اذا كانوا من جهة واحدة كخالة وأم أبي أم الميراث للخالة لانها تلقى الام بأولى درجة ، وإن أسقط بعضهم بعضا كأبي الام والاخوال فأسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات . ونقل عن أحمد جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم الخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئا

ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسنا اذا كانت خالة وبنت ابن عم تعطى الخالة الثلث وبنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ماقلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح وقال ضرار بن صرد إن كان البعيد اذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وان لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى نلحقه بوارث ، وقال سائر المنزلين الاسبق الى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الاسبق إذا كانا من جهة واحدة الا نعيما ومحمد بن سالم فانهما قالا في عمة وبنت عمة المال بينهما نصفين .

(فصل) فان انفرد واحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم فان كانوا جماعة فأدلوا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال فالمال للخالة لانها تلقى الام بأول درجة وهذا قول عامة المنزلين الا أنه حكي عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم أماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها، ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضين في جميع ذوي

علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطا والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن بن صالح إلا أن عليا يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له، وقدم الرد على غيره (والرواية الثانية) ان امه عصبته فان لم تكن فعصبتها عصبته نقله أبو الحارث ومهنا وهذا قول ابن مسعود وروي نحو عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها. ورواه أيضا مكحول عن النبي ﷺ مرسلا. وروى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال «تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه»

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال كتبت الى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إلي اني سألت فأخبرت انه قضى به لأمه، هي بمنزلة أبيه وأمه. رواهن أبو داود، ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامها في حيازة ميراثه، ولان عصبات الام أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الاب معه. وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها فان لم تكن مولاة جعله لبيت المال، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد

الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها أخت، لام أبي الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن أخ.

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم أم الام دون ابن عم الام بغير خلاف أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم ان المال للجد لانه أقرب، ولو كانت الام الميتة كان وارثها ابن عم أمها دون أبي أمها. خالة وأم أبي أم وعم أم لمال للخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم، فان لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الام على أربعة، فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين. ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام

《 مسئلة 》 (والجهات أربع الابوة والامومة والبنوة والاخوة)

قال شيخنا لم أعلم أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عدا الجهات وبينها إلا أبا الخطاب فانه عدها خمس جهات الابوة والامومة والبنوة الاخوة والعمومة، وهذا يفضي إلى أن بنت العم من الام وبنت العمة تسقط بنت العم من الابوين. قال شيخنا ولم أعلم أحداً قال به وقد ذكر شيخنا في المغني أنه قياس قول محمد بن سالم لانها تمد درجتين بمنزلة الاب والاب يسقط العم، وكذلك بنت العم من جهة الاب وبنت العم من جهة العم، والصواب إذاً أن تكون الجهات أربعا الابوة والامومة والبنوة والاخوة، إلا أنا إذا جعلنا الاخوة جهة أفضى الى إسقاط بنت الاخ وبنات الاخوات وبنوهن ببنات الاعمام والعمات وهو بعيد أيضاً لان الاخ يسقط

ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة الا أن أباحنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث انما ثبت بالنص ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث الاخ من الام أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام وأشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضا فلا وجه لاثباته

ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » وأولى الرجل به أقارب أمه، وعن عمر رضي الله عنه انه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه انه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم، وان جنى جناية فعليكم. حكاه الامام أحمد عنه . ولان الام لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته، ولان مولاها مولى أولادها فيجب أن تكون عصبتها عصبته كالاب فاذا خلف ابن الملاعنة أما وخالا فلأمه الثلث بلا خلاف والباقي لخاله لانه عصبة أمه . وعلى الرواية الاخرى هو لها كله وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه إلا ان ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد، وعند زيد الباقي لبيت المال فان كان معهما مولى أم فلا شيء له عندنا

وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لامه عصبة الا مولاها فالباقي له على الرواية التي اختارها الخرقي وعلى الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لأنها عصبة ابنها فان لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد، وفي الرواية

العم فعلى هذا ينبغي أن تكون الجهات ثلاثة الابوة والامومة والبنوة وهو الذي اختاره شيخنا أخيراً ذكره في كتاب العمدة، فعلى هذا يرث أسبقهم الى الوارث وهو أولى ان شاء الله تعالى

(مسائل) من هذا بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ، المال بين الاولى والثالثة وسقطت الثانية الا عند محمد بن سالم ونعيم فانها تشاركهما، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ لانها أسبق وعند أهل القرابة هو للاولى وحدها لأنها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية. ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الاسبق جعله لبنت العم فان كان معهما بنت عمة فلا شيء لها لان بنت العم أسبق الى الوارث منها وهما من جهة واحدة، وان كان معهم عمة سقطت بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم. بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال للثانية عند الجميع الا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وابن أخ لام المال للاولى، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب. بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب. ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت. ابن بنت وابن ابن ابن اخت لأبوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول. بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة المال لبنت الاخ، وقياس قول أحمد في توريث القريب مع البعيد ان كانا من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار

الاخرى لها الباقي بالتعصيب وإن كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقي لها أوله؟ على روايتين وان كان لها عصبات فهو لاقربهم منها على رواية الخرقي فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وان كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين، وان كان معهم ابنها وهو أخوه لامه فلا شيء لاخيها ويكون لامه الثلث ولاخيه السدس والباقي لاخيه أو ابن اخيه، وان خلف أمه واخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لاخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن اخته فللاخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الاخرى الباقي للام في هذه المواضع .

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فان كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (إحداهما) للمولى وهو قول الاكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود، فان لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والاخرى هو للام، فان كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والاخرى هو للام: بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة ، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأختـه أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم . وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد . وروي عن علي عليـه

أيضاً . ابن أخت وابن عم لام الميراث بينهما ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول اهل القرابة لانها من ولد ابوي الميت ولان العم للام من ولد ابوي ابويه. بنت عم وبنت عم اب هو للاولى عند الجميع الا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وام ابي ام المال بينهما على اربعة. بنت بنت بنت وابو ام اب مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمة او خالة. للاولى النصف في الاولى ومع الخالة لها ثلاثة ارباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمة او للخالة

(فصل) في عمات الابوين وأخوالها وخالاتهما ، مذهبنا تقديم الاسبق الى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين . ثم يجعل لمن أدلى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للاسبق بكل حال، والمشهور عند أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك

(ومن مسائل ذلك) ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ويسقط أعمام الام لانهم بمنزلة أبي الام وهو غير وارث فان كان معهم عمات أب فلخالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهن بمنزلة الجد. عمة أب وعمة ام لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب هذا قياس المذهب وهو قول اهل العراق

السلام أنه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له ، وأنه ورث من ابن الملاعنة ذوي أرحامه كما لا يرثون من غيره . قال ابن اللبان وليس هذا محفوظا عن علي وانما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، إن جنى جناية فعليكم ، وفسر القاضي قول أحمد إن لم تكن أم فعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت وهذا تفسير للكلام بضد مايقتضيه وحمل اللفظ على خلاف ظاهره وانما هذه الرواية كمذهب ابن مسعود ورواية الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا عصبة ابن الملاعنة أمه ترث ماله أجمع فان لم تكن أم فعصبتها عصبته: امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللاختين الثلث والباقي لابن الاخ في الروايتين جميعا . وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الاختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية: ابو ام وبنت وابن أخ وبنت اخ الباقي لابن الاخ وحده ويحتمل أن يكون لاب الام سدس باقي المال وخمسة أسداسه لابن الاخ ، وقال أبو حنيفة المال بين أم الام والبنت على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة . وقد روي ذلك عن علي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كميراث غيره ورووه عن علي عليه السلام وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر ، وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين: خالة لاب وام وخال لاب المال للخال . وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما

وقال القاضي المال لعمة الاب لانها اسبق لكونها اخت الجد وهو وارث وهذا قول اكثر المنزلين لانهم يورثون الاسبق بكل حال . خالة ام وعمة اب للخالة السدس والباقي للعمة لانها كجد وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته . خالة ام وخالة ام اب المال لخالة الام لانهما بمنزلة ام ام وام ام اب. خال اب وعم ام المال للخال لانه بمنزلة جدة . والجدات بمنزلة الامهات. بنت خال ام وبنت عم اب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الاسبق جعل الكل لبنت العم . ابو ابي ام وابو ام اب المال لابي ام الاب فان كان معهما ابو ام ام فهو بينهما نصفين لانهما بمنزلة جدتين متحاذيتين ابو ام ابي ام وابو ابي ام ام المال للثاني لانه اسبق فان كان معهما ابو ام ابي اب فالمال له لانه باول درجة يلقى الوارث. أب وأم ابي ام لام ابي الام الثلث والباقي للاب فان كان معهما ابو ام ام فالمال له لانه يدلي بوارث فان كان معهم ابو ام اب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين

(مسئلة) (ومن امت بقرابتين ورث بهما باجماع من المورثين) الا شيئاً يحكى عن ابي يوسف انهم لا يرثون الا بقرابة واحدة، ولا يصح عنه ولا هو صحيح في نفسه لانه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً لام، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخصين فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف

على أربعة ، واذا لم يخلف ابن الملاعنة إلا ذا رحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ماتقدم شرحه

(فصل) واذا قسم ميراث الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة وقال ابو حنيفة لايلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه والآخر باق فيلحقه نسب الباقي والميت ،ما وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المنفي باللعان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمه منه كميراث الآخر في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمه ميراث ابن لابوين لانه اخوه لابويه بدليل ان الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي رضي الله عنه

ولنا انهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما اذا استلحق أحدهما لانه يثبت باستلحاقه انه ابوه

(فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها او ان عصبتها عصبة انما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات فعلى هذا لايعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره وهذا قول الاكثرين وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ، وان جنى فعليكم ، وروي هذا عن عبد الله وابراهيم

والثلث ولاخته السدس وهذا قول أكثر المنزلين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس ولاخته الخمس . بنتا أخت من أم احداهما بنت أخ من أب و بنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الاخت من الابوين وأربعة لذات القرابتين من جهة أبيها ولها سهم من جهة أمها وللاخرى سهم . عمتان من أب احداهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القرابتين خمسة وللعمة الاخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فان كان معهما عم من أم وهو خال من أب صحت من تسعين . ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب . ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

﴿ مسئلة ﴾ (فان اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول)

قال شيخنا لا أعلم خلافا عن ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين مافضل ميراثه من غير حجب ولا معاولة لان الله سبحانه فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذوي الارحام وهم غير منصوص عليهم وقسمت المال بينهم كما لو انفردوا

وروي ذلك عن امامنا وبه قال أبو عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤي وعامة من ورثهم ويحتمل أن يقسم الباقي عن فرض الزوج كما يقسم بين من أدلوا به مع أحد الزوجين على الحجب والعول فيفرض

ولنا أنهم انما ينتسبون اليه بقرابة الام فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات ، فاما ان أعتق ابن الملاعنة عبداً ثم مات المولى وخلف ام مولاه وأخا مولاه احتمل أن يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت ، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ ؟ على الروايتين ، ويحتمل أن لايثبت لهما ميراث لان النساء لايرثن من الولاء الا من أعتقن او أعتق من اعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات وعن عصبهن أخوهن من الاناث

(فصل) في ميراث ابن ابن الملاعنة اذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعنة فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي ، وعلى الرواية الاخرى الباقي لام أبيه لانها عصبة أبيه وهذا قول ابن مسعود. ويعايا بها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها ، وان خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي ، وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقي المال لام أبيه: أم ام وخال أب لام الام السدس ، وفي الباقي القولان (أحدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب ، وفي قول علي الكل للجدة: خال وعم وخال أب وابو ام أب المال للعم لانه ابو الملاعنة فان لم يكن عم فلابي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فللخال لانه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم ، وفي قول علي الكل للبنت لانه يقدم الرد على توريث عصبة أمه : بنت وأم وخال المال بين البنت والام

للزوج سهمه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وهذا قول يحيى بن آدم وضرار: وانما يقع الخلاف في مسئلة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة فأما إن أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبة فلا خلاف فيه، فنقول في زوج وبنت بنت وبنت أخت لابوين أو لاب للزوج النصف والباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة على القول الاول وعلى الثاني من ستة للزوج ثلاثة ولبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم زوجة وابنتا ابنتين وابنتا أختين للزوجة الربع ولبنتي البنتين ثلثا الباقي وهو النصف ولبنتي الاختين الباقي وهو الربع وتصح من ثمانية، وعلى قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من ثمانية للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وليس لها ثلثان فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين للزوجة الثمن ولبنتي البنتين الثلثان ستة عشر والباقي لبنتي الاختين وهو خمسة، ثم تعطي الزوجة الربع وتقسم الباقي على أحد وعشرين للبنتين ستة عشر ولبنتي الاختين خمسة ، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع فكملها بان تزيد عليها ثلثها تكن ثمانية وعشرين للزوجة سبعة وللبنتين ستة عشر يبقى خمسة لا تنقسم على بنتي الاختين فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين ومنها تصح. زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة ولبنت ستة وللام سهمان يبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف ويجمع سهام الباقين وهي تسعة لهم النصف فتصح من ثمانية عشر ، فان كان مكان لزوج امرأة فعلى القول الاول للمرأة الربع والباقي بين ذوي

على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعنة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لانه عصبة الملاعنة ، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فاذا خلف عمه وعم أبيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي أن يكون إجماعا ، وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الاب أولى لانه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لان العصبات انما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه ، وان خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقي رد عليهن في احدى الروايتين وهو قول علي . وفي الثانية لام أبي أبيه وهو قول ابن مسعود ، وان خلف أمه وجدته وجدة أبيه فلامه الثلث ولا شيء لجدته، وفي الباقي روايتان (احداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة أبيه، وان خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه، فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسبا معروفا من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة ، ولو أعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لانها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاها في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملاعنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف الا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملاعنة والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه الا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن اذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطيء اذا أقيم عليه الحد ويرثه ، وقال ابراهيم يلحقه اذا جلد الحد أو ملك الموطوءة ، وقال اسحق يلحقه ، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى

الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالثلث فتردها الى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخالة سهم ولابنت العم سهمان ، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح. امرأة وثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين. امرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعول من مسائل ذوي الأرحام إلا مسئلة واحدة وشبهها)

وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الام أو الجدة وست بنات ست اخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفرض فانها من ستة للخالة السدس ولبنتي الاختين من الام الثلث ولبنتي الاختين من الابوين الثلثان أربعة تعول إلى سبعة لان العول الزائد على هذا لا يكون إلا لاحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الارحام

بأسا اذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه اذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وانما الخلاف فيما اذا ولد على غير فراش

ولنا قول النبي ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولانه لا يلحق به اذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث الا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ماورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولانه تصح الوصية له فيرث كالحمل

ولنا أن فيه نقصا منع كونه موروثا فمنع كونه وارثا كالمرتد ويفارق الوصية فانها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين . وقول ابن مسعود لا يصح لان الاب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الاقارب وذلك لان الميراث صار لاهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم .وأجمعوا على أن المملوك لا يورث وذلك لانه لا مال له فيورث فانه لا يملك، ومن قال انه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام « من باع عبداً وله

(باب ميراث الحمل)

﴿ إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالقسمة وقفت له نصيب ذكرين ان كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت له نصيب ابنتين ﴾

وجملة ذلك أن الانسان اذا مات عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف بين العلماء إلا ماحكي عن داود، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا ، وأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء لان الحمل لاحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به فيقال صرعك سبع رجل

مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع » ولان السيد احق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي

(فصل) ويرث الاسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب فانه قال : لا يرث لانه عبد ، وليس بصحيح لان الكفار لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق على حريته فيرث كالمطلق

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانهم رقيق بدليل ان النبي ﷺ باع مدبراً . وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وتزويجها واجارتها، وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن

(فصل) فأما المكاتب فان لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث . وان ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان (احداهما) انه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث يروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور ، وعن ابن المسيب وشريح والزهري ونحوه لما روى أبو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير

قال شيخنا وقد أخبرني من اثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتي في هذه الايام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً ، قال وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها فتزوجت بعده من كان يقرأ عليها وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غير الشافعي هذا نادر لا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل .

(فصل) واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فعن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين إن كان ميراثهما أكثر أو نصيب أنثيين إن كان أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى وأظن الرابع اسماعيل وروى ابن المنذر هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي ، وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة

ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد فلم يجز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليها نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس

(مسألة) (فاذا وضع الحمل دفعت اليه نصيبه ورددت الباقي إلى مستحقه ، وإن كان يرث الموقوف كله أخذه ، وإن أعوز شيئا رجع على من هو في يده)

فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة ان النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد « من كاتب مكاتبا فهو أحق به حتى يقضي كتابته »

وقال القاضي وأبو الخطاب : اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب ايفاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) انه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبوداود باسناده عن ام سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه »

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته ، فان فضل شيء كان لورثة المكاتب ، وروي نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه . قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لاخيه دون ابنه . وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حيا فاذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته . وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه . وعن علي عليه السلام اذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذ

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن ، وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعه وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ، ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي ، فان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسه أو نصفه على اختلاف الاقوال ، ومتى زادت الفروض على ثلث المال فميراث الاناث أكثر ، فاذا خلف أبوين وامرأة حاملا فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللابوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ويستوي ههنا قول من وقف نصيب اثنين وقول من وقف بين أربعة وقول أبي يوسف تعطى المرأة ثمناً كاملا والأبوان ثلثاً كاملا ويؤخذ منهم ضمين ، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل ضمين من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسئلة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين وبين مائة وعشرين بالثلاث ويضرب ثلث احداهما في الاخرى تكن الفاً وثمانين للبنت ثلاثة عشر في تسعة ، مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ويقف أربعة وقال أبو يوسف ندفع إلى الام سهمين ونقف ثلاثة ونأخذ منها ضمناً ، هكذا حكى عنه الخبري وإن كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يعط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوج الثلث ، وللام السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف ، وقال

أدى الشطر فهو غريم وعن ابن مسعود وشريح نحوه ،وعن ابن مسعود اذا أدى ثلثا أو ربعا فهو غريم وعن ابن عباس اذا كتب الصحيفة فهو غريم

وعن علي رضي الله عنه قال تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم . يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه انه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى .وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثا ورث بحساب ما أعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه »وفي رواية « يودى المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر ما رق منه دية العبد » قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا والحديث الذي رويناه لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولا أولى والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال(ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجملته ان المعتق بعضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فان كان كسبه بجزئه الحر مثل ان كان قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئا فان الميراث انما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لمالك باقيه فيها وقال قوم جميع ما خلفه بينه

أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللام السدس ، وللجد السدس ، ويقف السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه ، وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم. وحكي عن شريك أنه كان يقول تعول على الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فتكون عنده من تسعة تقف منها أربعة ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس، وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللام السدس ، ويوقف السدس بينهما،قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثاً ويؤخذ منهما ضمين،ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا يروى عن علي وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وقتادة في آخرين فان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لأقل من ستة أشهر ورث لانا نعلم أنها كانت حاملا به وإن ولدته لأكثر من ذلك لم يرث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها.

(فصل)قال الشيخ رحمه الله(وإذا استهل المولود صارخا ورث وورث وفي معناه العطاس والتنفس والارتضاع وما يدل على الحياة ، فاما الحركة والاختلاج فلا يدل على الحياة)

وجملة ذلك أن الحمل لا يرث إلا بشرطين (أحدهما) انه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر فان أتت به لأكثر من ذلك وكان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت وإن كانت لا توطأ لعدم الزوج أو السيد أو لغيبتهما

وبين سيده قال ابن اللبان هذا غلط لان الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ماكسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه، فاما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته، وان مات له من يرثه فانه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم وجعلا ماله لمالك باقيه قال ابن اللبان هذا غلط لانه ليس لمالك باقيه على ماعتق منه ملك ولا ولاء ولاهو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئا وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واللؤلؤي ويحيى بن آدم وداود، وقال أبو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولائه وان كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذي اعتق بعضه

أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل وهي أربع سنين في احدى الروايتين، وفي الاخرى سنتان (الشرط الثاني) أن تضعه حيا فان وضعته ميتاً لم يرث في قول الجميع. واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة فاتفقوا على أنه اذا استهل صارخا ورث وورث، لما روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استهل المولود ورث، وروى ابن ماجه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لايرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة لايرث حتى يستهل صارخاً، والمشهور عن احمد أنه لايرث حتى يستهل، روي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد واسحاق لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إذا استهل المولود ورث » أنه لايرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس « اذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وان وقع حياً ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » وانما سمي الصراخ من الصبي استهلالا تجوزاً، والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا

ولنا ماروى عبدالله بن احمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه «يرث ويورث على قدر ماعتق منه» ولانه يجب ان يثبت لكل بعض حكمه كما لوكان الآخر مثله وقياسا لاحدهما على الآخر. اذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لان العمل على غيره واضح. وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر مافيه من الحرية من فرضه، وان كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر مافيه منها، وان كانا عصبتين لايحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان (أحدهما) تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما الى مافي الآخر منها فان كل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن حر لان نصفي شيء شيء كامل، ثم قسم ماورثاه بينهما على قدر مافي كل واحد منهما فاذا كان ثلثا أحدهما حراً وثلث الآخر حراً كان ماورثاه بينهما اثلاثا وان نقص مافيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر مافيهما، وان زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سواء قسم مايرثانه بينهما بالسوية، وان اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر مافيه قال الخبري قال الاكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه، والوجه الآخر لاتكمل الحرية فيهما لانهما لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين، وان كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضا والصحيح أن الحرية لاتكمل ههنا لان الشيء لايكمل بمايسقطه ولا يجمع بينه وبين ماينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم بعضا على مثال تنزيل الخطاب وقال ابو يوسف

لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به. وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث اذا استهل، فقيل له ما الاستهلال؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ، وعن أحمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام الحياة وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، فاما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة، فان اللحم يختلج اذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج الى مكان فسيح فانه يتحرك وان لم تكن فيه حياة، ثم إن كانت فيه حياة فلا يعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت.

﴿ مسئلة ﴾ (وان خرج بعضه فاستهل ثم انفصل ميتاً لم يرث)

وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث، لقوله عليه الصلاة والسلام «اذا استهل المولود ورث»

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه مالو مات قبل خروج أكثره، وعنه يرث الحديث المذكور ولانه قد علمت حياته، والاولى ظاهر المذهب لانه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حي أشبه مالو مات في بطن أمه

بمعناه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فان كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال ان لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الاصغر وحده حراً كان له كذلك ولكل واحد منهما في الاربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فان كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسئلة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية

وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لان لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فنعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو تسع ونصف سدس : ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الاول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع، ولو نزلتهما بالاحوال أفضى إلى هذا لان للحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو

﴿ مسئلة ﴾ (وان ولدت توأمين فاستهل أحدهما واشكل، أقرع بينهما، فمن خرج سهمه فهو المستهل)

اذا أشكل أحد التوأمين أيهما المستهل ، فان كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وان كان ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي من أصحابنا من قال يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو المستهل كما لو طلق احدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات، وكذلك النسوة اذا أراد السفر باحداهن أو البداية بالقسم لها فانه يقرع بينهن ، وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص ، وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالتين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه . فقل ان كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر ، لام الميت ثلاثة ، ولام الولد خمسة ، وللعم عشرة ، وان كانت البنت المستهل فالمسئلة من ستة وتموت البنت عن ثلاثة ، لامها سهم ، ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر ، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من ستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير، وللعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد ، فهذا اليقين فيأخذه ، ولام الولد خمسة في سهم ، وسهم في ثلاثة ، فيأخذها ويقف سهمين بين الأخ

خاطبتهما لقلت للحر لك المال لو كان أخوك رقيقا ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فاذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثا وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثا وبالخطاب تقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بثلثي حريته خمسة اتساع ، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثلثي حريته عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث حريتهم ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أو ذي رحم فان لم يكن ففي بيت المال : ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعا ومن جمع الحرية أفضى قوله الى ان له أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وان شئت قلت ان قدرناهما

وأم الولد حتى يصطلحا عليها، ويحتمل أن يقسم بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فالمسئلتان من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة فان كان معها بنت فكل واحدة من المسئلتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين فان كانت الاخت فهي من ثلاثة عشر، والمسئلتان متباينتان فاضرب احداهما في الاخرى تكن أربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من احدى المسئلتين مضروب في الاخرى فيدفع الى كل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم ، وخمسة بين الام والعم ، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معا فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر سهماً ، أربعة موقوفة بين الزوجة والأم وسبعة بين الام والعم

(فصل) اذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه ، لان الاصل عدم استهلاله فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه ، وقال الفرضيون تعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي

حرين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وان قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وان قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلثاه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال والثلث في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت البنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فتجعل لها ربع ذلك وهو الثلث ، فان كان معهما امرأة وأم حرتان كانت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة الى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب، ومن ورث بالاحوال والتنزيل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والثلث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث وثمن وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلثاه في حال فله ربعه، وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه ، وان لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللام سبعة مكان السدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهما للام منها ستون والمرأة خمسة وأربعون وللابن خمسة وثمانون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة أرباع الباقي

من مسائل ذلك أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احداهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر أهل استهلت الاخرى أو تكرر من واحدة؟ فقل إن كان منهما جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكمها حكم الغرقى فمن ذهب إلى أنه لا ترث احداهما من الاخرى قال قد خلفا أماً وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير من ستة وثلاثين للأم اثنا عشر وللاخت كذلك وللعم تسعة وتقف ثلاثة تدعي الأم منها سهمين والعم سهما وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينها وبين الام وسهم بينها وبين العم زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو؟ فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الاكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين وان تكرر من الاخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة للجد منها سهم وان كان منهما فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة وللجد خمسة والثمانية عشر توافق أحدا وثمانين بالاتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الاكدرية أربعة وخمسون وللام تسعا المال من مسئلة استهلالهما معا ستة وثلاثون وللجد السدس من مسألة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة واربعون يدعي منها الزوج سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها

وقال أبي البان للمناسبة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كانا حرين لكان للمناسبة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعه، ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفرادهما النصف بينهم من غير زيادة: ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر ان قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وان قدرناه حراً وحده فله المال وان قدرنا معه أحد الابوين حراً فله خمسة أسداس فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان فله ثمنها وهو ربع سدس وللاب المال في حال وثلثاه في حال وسدساه في حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة، وان عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم أحراراً فهي من ستة وان قدرنا الابن وحده حراً فهي من سهم فكذلك الاب وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الاب أو مع الام فهي من ستة وان قدرناهم رقيقا فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية واربعين وللابن المال في حال ستة وثلثا في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهما من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلثاه في حال وسدساه في حالين وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منهم حرا زدت على الستة نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللاب

الجد سبعة وثلاثين وتقول الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجد يقران لها بها.

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون ذكراً مثل أن يكون من جد الميت أو عمه أو أخيه مثال ذلك بنت عم وعم وامرأة أخ حامل للبنت النصف والباقي موقوف في قولهم جميعاً أم وعم وامرأة جد حامل للام الثلث وللعم تسعان أم وبنت وامرأة أخ وامرأة عم حاملان للام السدس وللبنت النصف ويوقف ثلث فان ولدت امرأة العم ابناً لم يعط شيئاً لجواز أن تلد الاخرى ابنا وان ولدت امرأة الاخ أو لا ابنا أخذ الموقوف

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون أنثى

مثاله زوج وأخت لابوين وامرأة أب حامل يوقف سهم من سبعة فان ولدت انثى أو إناثاً أخذته وان ولدت ذكراً أو ذكرين أو ذكراً وأنثى اقتسمه الزوج والاخت وكذلك ان تركت أختاً لاب لم يدفع اليها شيء لجواز أن تلد ذكرا فيسقطها زوج وأبوان وبنت وامرأة ابن حامل تقف سهمين من خمسة عشر فان ولدت أنثى أو إناثا أخذتهما وإلا رجعت على الورثة فقسمته بينهم على ثلاثة عشر ورجعت المسألة إلى ذلك وكذلك إن كان معهم بنت ابن جد وأم حامل من الاب من ثمانية عشر تأخذ الام ثلاثة والجد خمسة ويوقف عشرة فان ولدت ذكرين فالعشرة لهما وان ولدت اثنين

اثنا عشر وهي السدس واللام ستة وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف،ابن نصفه حر وأم حرة للام الربع وللابن النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فان كان بدل الام أختا حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع وان كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وان كان معه عصبة حر فله الباقي كله .

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع الا الثوري قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع فان كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للاعلى النصف وللثاني النصف ولان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء الثاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم أخ حراً أوغيره من العصبات فله الباقي وإن كان نصفه حراً فله نصف ما بقي إلا على القولين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر للاعلى النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللاخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للاخ ثلاثة اخوة

فلهما من العشرة سبعة ونصف وللجد اثنان ونصف وان ولدت ذكراً وانثى أخذ الجد من العشرة سهماً وللذكر ستة وللانثى ثلاثة وان ولدت أنثى أخذ الجد من العشرة ثلاثة والانثى أربعة وللام ثلاثة وان ولدت ذكراً أخذت الام ثلاثة وأخذ الجد سهماً والاخ ما بقي وان لم تلد شيئاً أخذت الام ثلاثة والجد ما بقي وان كان معهم زوج فهي من ستة للزوج ثلاثة وللام سهم وللجد سهم ويوقف سهم وان ولدت ذكرين فالسهم لهما وتصح من اثني عشر وكذا ان ولدت ابنتين وان ولدت ذكراً فالسهم للام وتصح من ستة وان ولدت انثى فهي الاكدرية وان ولدت ذكرا وأنثى فالسهم الباقي بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وإن لم تلد شيئاً أخذت الام السهم

باب ميراث المفقود

وهو نوعان أحدهما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح وطالب العلم ولم يعلم خبره ففيه روايتان احداهما ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد وهذا قول عبد الملك ابن الماجشون لان الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا والرواية الثانية لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم وهذا قول الشافعي ومحمد

مفترقين نصف كل واحد حر للاخ من الام نصف السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية وأربعين للاخ من الام أربعة وللاخ من الابوين اثنان وعشرون وللاخ من الاب أحد عشر وعلى القول الآخر للاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين النصف وللاخ من الاب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولاشيء للاخ من الام وللاخ من الابوين الربع وللاخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللاخ من الام ربع السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذوي الرحم فان لم يكن فلبيت المال فان كان معها أم حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وان كان معها أخ من ام فله نصف السدس وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها امة لكان لبنت الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية وان كان ثلثه حراً فله ثلثه وإن كان معها بنت اخرى حرة فلهما ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً وبنصف حرية نصف كال الثلثين وفي الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس وللاخرى سدس لان نصف

ابن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لا يصار اليه إلا بالتوفيق ولا توفيق ههنا فوجب التوقف عنه وقال عبد الله بن الحكم لينتظر به تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد ولعله يحتج بقول النبي ﷺ «أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين» أو كما قال ولان الغالب أن لا يعيش أكثر من هذا فأشبه التسعين وقال الحسن ابن زياد ينتظر له تمام مائة وعشرين سنة وهو قول ابن عقيل فلو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى فيقسم ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للاحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود قال اللؤلؤي وهذا قول أبي يوسف وحكى الخبري عن اللؤلوي انه قال وهو الصحيح عندي والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم أو بعد فقده بيوم أو تمت مائة وعشرون سنة لم يورث منه شيء ولم يورث منها لانا لا نعلم أيهما مات أولا وهذا قياس قول من قال في الغرقى إنه لا يرث أحدهم من صاحبه ويرث كل واحد من الاحياء من ورثته قال القاضي هذا قياس قول أحمد واتفق الفقهاء على إنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم، واختلفوا في

احداهما يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فان كان نصفهما رقيقا ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما لأنهما لوكانتا حرتين كان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس وطريقها بالبسط ان تقول ولو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة وان كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة ، وإن كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه في حال سهمان في الاحوال الاربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين وللاخرى مثل ذلك وللعصبة المال في حال والنصف في حالين والثلث في حال ذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة واذا لم يكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمها حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ماقلناه ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للاولى الربع والثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين لانك تقول للسفلى لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت إحداهما حرة كان لك السدس فبينهما ثلث فتحجبك العلياء عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فاذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ، وفي التنزيل الثالثة نصف الثمن وثلثه وذلك لاننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان

من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء أنه يعطي كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين امره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على انه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الاخرى إن تباينتا او في وفقها ان اتفقتا وتجتزيء باحداهما ان تماثلتا وباكثرهما ان تناسبتا وتعطي كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث إلا من إحداهما لا تعطيه شيئاً وتوقف الباقي (النوع الثاني) أن يكون الغالب من حاله الهلاك كالذي يفقد من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة او في حاجة قريبة فلا يعود أو في مفازة مهلكة كالحجاز او بين الصفين حال الحرب اوفي البحر اذا غرقت سفينته ولا يعلم له خبر فهذا ينتظر به اربع سنين لانها أكثر مدة الحمل فانه لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للازواج نص عليه احمد وهذا اختيار ابي بكر وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزويج فيه والاول أصح لان العدة إنما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وقد روي عن أحمد رحمه الله التوقف عن أمره وقال قد هبت الجواب فيها وكأني أحب السلامة والمذهب الاول ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي في القديم وافقا في الزوجة انها تتزوج خاصة والاظهر من مذهبه مثل قول الباقين

لها النصف فهذه ثلاثة أحوال من ابنين ثنين ولو كن إماء كان المال للعصبة ولو كن أحرارا كان للاولى النصف والثانية السدس والثلث للعصبة ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فلاثانية النصف والثالثة السدس والثلث للعصبة نهذا أربعة أحوال من ستة عنة والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة أحول اثنا عشر وهي الربع والثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس والثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهوخمسة وهي نصف الثمن وثلثه ، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون فيهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان والثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها سدس ونصف آخر ، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم فاتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الأم نصف السدس ، وللام الثلث لانها لاتحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية في اثنين وللعم مابقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللام الثلث لما ذكرناه ، وقال الخبري للام الربع وحجبها بالجزء كم تحجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد ، وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلا وهذا قول ابن اللباز وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ماتتفق وقل ماتجيء مسئلة الا ويمكن عملها بقياس ماذكرناه

فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في النوع الاول لانه مفقود لا يتحقق موته اشبه التاجر والسائح

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما نذكره في العدد ان شاء الله تعالى وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للابضاع ففي المال أولى ولان الظاهر هلاكه فأشبه مالو مضت مدة لا يعيش في مثلها .

(مسئلة) (وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ودفع الى كل وارث اليقين فان كان حياً أخذ ميراثه ورد الفضل الى اهله وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته وان علم انه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد ايضاً الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتاً هذا الذي ذكره شيخنا في المغني وذكر في هذا الكتاب المشروح وفي الكافي انه يقسم على ورثة المفقود لانه محكوم بحياته فعلى هذا يكون في المسئلة روايتان وان علمنا ان المفقود مات ولم ندر متى مات رد الموقوف له إلى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته فلا نورثه مع الشك واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود إلا الاحياء من ورثته وقد مضى ذكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث مافي يده وان أقر بأخت فلها خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الاقرار من يثبت النسب بقوله ومن لايثبت ونذكر ههنا مايستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحماد وابو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكان ماأخذه المنكر تالف أو أخذته يد عادية فيستوي في مابقي ، وقال الشافعي رضي الله عنه وداود لايلزمه في الظاهر دفع شيء اليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لايلزمه لانه لايرث من لايثبت نسبه وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء اليه ففي قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين

ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه وبد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بمعين ولانه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لما في يده بعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في

(مسئلة) (ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه)

اختاره ابن اللبان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة مما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متيقنة ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير قال شيخنا والاول أصح إن شاء الله تعالى فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة متعارض بظهور الموت فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال فعلى هذا يجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك ولان تجويز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وظاهر قول الوني هذا انه يقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيب المفقود لا غير وقال بعض أصحاب الشافعي يقسم المال على الموجودين لانهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن أبوه مفقود والمال في أيدي البنتين فاختصموا الى القاضي : فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترف البنتان بفقده أو ادعيا موته وان كان المال في يد ابن المفقود لم نعط الابنتين الا النصف أقل ما يكون لهما فان كان المال في يد أجنبي فأقر بأن الابن

الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم تقم البينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق يتعلق بمحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين على العبد بجناية فعلى هذا إذا خلف ابنين فأقر أحدهما باخ فالمقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه اليه وهو ثلث مافي يده ، وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف مافي يده وهو الربع ، وان أقر باخت دفع اليها خمس مافي يده لانه يقول نحن اخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس مافي يدي وخمس مافي يد أخي فيدفع اليها خمس مافي يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث مافي يده

(فصل) وان أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة وبهذا قال النخعي والشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف انه لا يثبت النسب الا باقرار ابنين ذكرين كانا او انثيين عدلين او غير عدلين ونحوه عن مالك ، وروى ابن اللبان قال أشعث بن سوار عن رجل من اهل المدينة قال جاء رجل وأخته الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي فقالا هذا اخونا فقال لا ألحق بأبيكما من لم يقر به

مفقود وقف له النصف على يديه وان قال قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين ويوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

مسائل ذلك زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسئلة الموت من سبعة وعشرين لانها الاكدرية ومسئلة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالاتساع فتضرب تسع أحداهما في الاخرى تكن أربعة وخمسين للزوج النصف من مسئلة الحياه والثلث من مسئلة الموت فيعطى الثلث وللام التسعان من مسئلة الموت والسدس من مسئلة الحياة فتعطى السدس وللجد ستة عشر سهما من مسئلة الموت وتسعة من مسئلة الحياة فيأخذ التسعة وللاخت ثمانية من مسئلة الموت وثلاثة من مسئلة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة ان بان الاخ حيا أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وان بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الام ثلاثة والاخت خمسة والجد سبعة هذا على الرواية التي تقول إن الموقوف للمفقود يرد الى ورثة الاول واختار الخبري أن المدة اذا مضت ولم يتبين أمره أنه يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته وهو ستة يبقى تسعة وهي الرواية الثانية لانه كان محكوما بحياته لانها اليقين وانما حكمنا بموته بمضي المدة ووجه الاولى أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا نعلم حاله فاذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة ، زوج وأبوان وابنتان

ولنا ان عبد الله بن زمعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي ، فقبل النبي ﷺ قوله وأثبت النسب به ، ولان الوارث يقوم مقام موروثه بدليل انه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولان الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه اليه الا أن يكون المقر به يسقط المقر كأخ يقر بابن أو ابن ابن أو اخ من اب يقر بأخ من أبوين فان الشافعي في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث فثبوت ميراثه يفضي الى سقوط نسبه وميراثه

ولنا انه اقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب ان يرث كما لو لم يسقطه ، ولانه ابن ثابت النسب لم يمنع ارثه مانع متفق عليه أشبه مالو ثبت ببينة والاعتبار بكونه وارثا حالة الاقرار او بكونه وارثا لولا الاقرار بدليل انه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب اذا اقر بمشارك في الميراث لانه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فان قالوا انما ثبت لان المقر به ايضا مقر بنفسه مدع لنسبه ، قلنا وههنا مثله فاستويا

(فصل) اذا خلف ابنا واحدا فأقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف ما في يده في قول الجميع فان أقر بعد بآخر فاتفقا عليه دفعا اليه ثلث ما في أيديهما في قول الجميع فان انكر المقر به ثانيا المقر به الاول لم يثبت نسبه ، قال القاضي هذا مثل للعامة تقول ادخلني اخرجك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لانه لم يقر له باكثر منه وقال الشافعي رضي الله عنه يلزم المقر ان يغرم له نصف التركة لانه أتلفه عليه باقراره الاول ، ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار فان لم يصدق به

مفقودان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة احدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة وهي اثنان في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطي الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر ويقف الباقي وان كان في المسئلة ثلاثة مفقودون لهم أربع مسائل فان كانوا أربعة عمات لهم خمس مسائل وعلى هذا فان كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت لابوين وأخت لاب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والاخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء وتعطى الاخت من الاب السبع لانها لا تحجب بالشك كما لا تورث بالشك والاول أصح لان دفع السبع اليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقينا انما هو توقف عن صرف المال الى احدى الجهتين المشكوك فيهما ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والاخت والابوين والتوسط بما ذكرناه أولى

(فصل) والاسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور وحكي عن سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة أنه لا يرث لانه عبد والصحيح الاول لان الكفار لا يملكون الاحرار والله سبحانه وتعالى أعلم

الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر انه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند إقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف وحكي نحو هذا عن شريك ، ويحتمل انه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم انه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه ، وان لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يحوجه إلى حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالاخذ منه كرها ، وان دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا ، ولنا على الاول انه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى إلى نفسه ، وان أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال ، وان كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة

(فصل) ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثم تضرب ما للمقر

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فمن تثبت فيه علامات الرجال أو النساء فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه والذي لا علامة فيه مشكل

﴿مسئلة﴾ ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة روي ذلك عن علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم وقال بن اللبان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث قال «من حيث يبول» وروي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بخنثى من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولان خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات انما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وخروج المني والحيض وتفلك الثدي والحبل

(فصل) فان بال منهما جميعاً اعتبر باسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه

من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما المنكر في مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فان لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقر له كثلاثة اخوة مفترقين أقر الاخ من الام بأخ أو أخت فلا شيء للمقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة ان أقر بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فالمقر به خمسة أسباع ما في يده ، وان كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الاخت من الام بأخ فان كان في المسئلة عصبة فلا شيء له ، فان لم يكن فيها عصبة فله سدس ما بقي في يدها لان مسئلة الانكار من خمسة والاقرار من ستة إذا ضربت إحداهما في الاخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار ستة ولها في الاقرار خمسة يفضل في يدها سهم فهو للاخ من اي جهة كان وان أقرت الاخت من الاب باخ لها صحت من تسعين لها عشرة ويفضل لاخيها ثمانية ، وإن أقرت باخ من أبوين دفعت اليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت باخ من أم أو بأم الميت أو جدة أو بعصبة فله سدس ما في يدها ، وإن خلف أربع أخوات من أب وعما فأقر الاخوات بأخ لهن فلا شيء له ، وإن أقررن بأخت من أبوين دفعن اليها ثلاثة أرباع ما في أيديهن وان أقررن بأخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأيتهن أقرت وحدها دفعت اليها مما في يدها بقدر ذلك ، وإن أقرت احداهن بأخ وأخت فمسئلة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب احداهما في الاخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة

قال الجمهور فان خرجا معاً اعتبر أكثرهما قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يورث من المكان الذي يبول منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال قوم إذا خرجا معا اعتبر بآخرهما انقطاعا فان انقطعا معاً اعتبر أكثرهما وقيل الاعتبار بالكثرة

ولنا أنها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل

﴿مسئلة﴾ (فان مات له من يرثه وكان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير فان احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي في قول الجمهور حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل أو علامات النساء من الحيض والحمل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالا تعد أضلاعه فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع قال ابن اللبان ولو صح هذا لما أشكل حاله ولا احتيج إلى مراعاة البول وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب الحائط فان بال عليه فهو رجل وان شلشل بين فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى أنه يوقف أمره مادام صغيرا فان احتيج الى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين ويقف الباقي حتى يبلغ فان مات قبل بلوغه

يفضل في يدها سهم لهما ، وإن اقر الاربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فان كان المقر بهما يتصادقان اقتسماها بينهم أثلاثا فان تجاحدا فلا شيء للاخ لانه يقر انه لاحق له في الثلثين ويكون المقر به للاخت لانها تدعي خمس الثلثين ، وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدها لاقرار الاخوات المعروفات وإن جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة ويحتمل أن لا تستحق إلا ثلث أربعة اسهم لاقرارها بهما للاخ والاول أولى ان شاء الله تعالى

وإن أقر العم بأخت او اخوات من اب او ابوين فلا شيء لهم ، وإن اقر بأخ او اخت من ام او بأم او جدة فللمقر له السدس ، وإن اقر بأخ من ابوين او من اب او بابنين من ولد الام فلهم جميع مافي يده ، وإن خلف أما وأخا من أبوين فأقرت الام باخ من أم او من أبوين فله السدس وهو نصف مافي يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقها الاخ من الابوين فله السدس وهو نصف مافي يدها ولا شيء للمقر له وإن لم يصدقها فقد أقرت له بما لا يدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل أن يصطلحا عليه لانه لا يخرج عنهما وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لانه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه أحد ، فان أقر الاخ بأخ له من أبوين فله ثلاثة أثمان مافي يده لان مسئلة الاقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة

(فصل) اذا خلف ابنين فأقر الاكبر بأخوين فصدقه الاصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه

أو بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوإ حالاته والباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه .

ولنا قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر ولان حالتيه تساويا فوجبت التسوية بين حكمها كما لو تداعا نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس توريثه بأسوإ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا الحكم لا دليل عليه ولا سبيل الى الوقف لانه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع للمال مع يقين استحقاقهم له

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا كان ابن وبنت وولد خنثى جعلت للبنت اقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر اربعة وللخنثى ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهذا قول الثوري واللؤلؤي في هذه المسئلة وفي كل مسألة فيها ولد اذا كان فيهم خنثى قال شيخنا وهذا قول لا بأس به وذهب اكثر من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى فتعمل المسئلة على انه ذكر ثم على انه انثى

فصاروا ثلاثة ومسئلة الاقرار اذا من ثلاثة ومسئلة الانكار من أربعة فتضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللاكبر سهم في مسئلة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الاكبر وإن أنكر مثل سهم الاصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع ما في يده لانه لايدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الاكبر نصف ما بيده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لان المنكر يقر أنه لايستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا مالو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له انما هي لهذا المدعي فانها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثا وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان وهذا قول أبي يوسف اذا تصادقا ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه

وتضرب احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا ويجتزىء باحداهما ان تماثلتا وبأكثرهما ان تناسبتا وتضربها في اثنين ثم تجمع مالكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب مالكل واحد من احداهما في الاخرى ان تباينتا أو في وفقها ان اتفقتا، وهذا اختيار أصحابنا ويسمى مذهب المنزلين، وقول الثوري يوافق قول أصحابنا في بعض المواضع ويخالفه في بعضها، وبيان اختلافهما انا نجعل المسئلة المذكورة على قول الثوري من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول أصحابنا مسئلة الذكورية من خمسة والانوثية من أربعة ولا موافقة بينهما نضرب احداهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين، للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقوله من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسئلة للذكر الخمسان بيقين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين وللبنت الخمس بيقين ثمانية وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشر والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها اثنين صار له ثمانية عشر والبنت تدعي سهمين فيدفع اليها سهما صار لها تسعة ومن ورثه بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لان المدعي ههنا

لاينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا النقصان ، وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف مافي يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث مافي يده فيحصل للاصغر الثلث وللاكبر الربع وللمتفق عليه السدس والثمن وللمختلف فيه الثمن وتصح من أربعة وعشرين للاصغر ثمانية وللمتفق عليه سبعة وللاكبر ستة وللمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا

(فصل) اذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما وإن تجاحدا فكذلك في أحد الوجهين لانه نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما ، وفي الآخر لايثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عليه ؛ وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مابقي في يده

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه أحد اخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما اليهما ثلث مافي يده ويدفع المقر بالاخ اليه ربع مافي يده ويدفع المقر بالاخت اليها سبع مافي يده فأصل المسئلة ثلاثة أسهم سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة وسهم المقر بالاخ بينهما على اربعة له ثلاثة ولاخيه سهم وسهم المقر بالاخت بينه وبينها على ستة له خمسة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب اربعة في سبعة في تسعة

نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون يعطي الابن عشرة والبنت خمسة والخنثى ثمانية فتكون ثلاثة وعشرين فان لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة وللخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبة معهما فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل ، وان كان معهما عصبة فهي من ستة للخنثى ثلاثة والبنت سهمان وللعصبة سهم في الاقوال الثلاثة فان كان معهما أم وعصبة فهي من ستة وثلاثين للام ستة والخنثى ستة عشر والبنت أحد عشر وللعصبة ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللام السدس ويبقى نصف السدس للعصبة وتصح من ستين للام عشرة وللعصبة خمسة وللبنت ثمانية عشر وللخنثى سبعة وعشرون فان كان ولد خنثى وعصبة فللخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهم اثلاثا لان الخنثى يدعي المال كله والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثني عشر وترجع بالاختصار إلى ستة للبنت النصف وللخنثى الثلث وللعم السدس

(فصل) فان كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت لابوين وولد أب خنثى فقتضي

في اصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسين المقر بهما ستة في اربعة في سبعة مائة وثمانية وستون والمقر بالاخت ستة في اربعة في تسعة مائتان وستة عشر والمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللاخ المقر به سهمان في اربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللاخت سهم في اربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في اربعة في تسعة ستة وثلاثون يجتمع لها اربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لانه لافضل في يد احدهما عن ميراثه ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدقه في واحدمنهما كان اصل المسئلة من اسهم على احد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسئلة من الف وتسعمائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كالتي قبلها

(فصل) إذا خلف بنتا وأختا فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لاغير ، وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره ، وان خلف امرأة وبنتا وأختا فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي أخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر مايمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين واقرت لها الاخت باربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين

قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف مايرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فضمه إلى سهام الباقين وهي ستة تبسطها انصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصفين وقد عمل ابو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما التنزيل فيصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم واخوان من أم وولد أب خنثى فله في حال الانوثية ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس ، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس وللخنثى السدس وللعم مابقي على القولين جميعا

(فصل) قال الخبري اعلم أن الذين يكونون خناثى من الورثة ستة . الولد وولد الابن والاخ وولده والعم وولده فأما الزوجان والابوان والجدان فلا يتصور ذلك فيهم . فالخلاف يقع في ثلاثة لاغير الولد وولد الابن والاخ فاما الثلاثة الاخر فليس للاناث منهم ميراث فيكون للخنثى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانا خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالا ثم تجمع مالهم في الاحوال كلها

ومنها تصح فاذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ماأقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لاتستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن ابي ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما اخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لاتستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى لأن فيه احتياطا على حقها. ثلاثة اخوة لاب ادعت امرأة أنها اخت الميت لابيه وأمه فصدقها الاكبر وقال الاوسط هي أخت لام وقال الاصغر هي أخت لاب فان الاكبر يدفع اليها نصف مافي يده ويدفع اليها الاوسط سدس ما في يده ويدفع اليها الاصغر سبع مافي يده ؛ وتصح من مائة وستة وعشرين لان اصل مسئلتهم ثلاثة فمسئلة الاكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين واربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الاكبر نصفه أحدا وعشرين ومن الاوسط سدسه سبعة ومن الاصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون ، وهذا قياس قول ابن ليلى وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الاصغر فيضم نصفه الى مايد أحدهما ونصفه إلى مايد الآخر ويقاسم الاوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى مايد الاكبر ويقاسمه مابيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل في يد الاصغر اربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين

فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه. هذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة اناثا كما يصنع في الواحد وهو قول أبي يوسف واختاره ابو الخطاب والاول أولى لانه يعطي كل واحد بحسب مافيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لادليل عليه ، وبيان ذلك في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم ان كانا ذكرين فالمال للولد ، وان كانا أنثيين فللبنت النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه ، ومن نزلهم أحوالا زاد حالين آخرين ، هو أن يكون الولد وحده ذكراً وولد الاخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم مثل ذلك وهذا أعدل ، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للولد النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثا ، وتصح من ستة وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا اذا كان أنثى ولو خلف بنتا وولد أم خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنت

وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصغر سبعة وهو ستة وعشرون تضم إلى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة واربعون تضمها الى ما بيد الاكبر يصير معه مائتان واربعون فتأخذ ثلاثة ارباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللاصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو احد وتسعون

(فصل) وإذا خلف ابنا فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع اليه نصف ما بيده فان اقر بعد جحده بآخر احتمل ان لايلزمه له شيء لانه لافضل في يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن ابي ليلى،فان كان لم يدفع الى الاول شيئا لزمه ان يدفع اليه نصف مابيده ولايلزمه للآخر شيء ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لانه فوته عليه وهذا قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث مافي يده للثاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو اقر من غير جحد الاول وهذا احد الوجوه لاصحاب الشافعي رضي الله عنه وقال اهل العراق إن كان دفع الى الاول بقضاء دفع إلى الثاني نصف مابقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع إلى الثاني ثلث جميع المال وان خلف ابنين فاقر احدهما باخ ثم جحده ثم أقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لانه لافضل في يده،وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف مابقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع مابقي في يده ولايثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتا وأقر الباقي بأخ له من أبيه ففي يده

سهمان والباقي للعم،ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم مثليه ، وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما زاد ويكفي هذا القدر من هذا الباب فانه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة الى التطويل فيه

(فصل) قال شيخنا (وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلها مخرج ولا ذكر ولا فرج اما أحدهما فذكروا أنه ليس له في قبله الا لحمة نابتة كالربوة ويرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل الينا يسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة في سنة عشر وستمائة ، والثاني ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة ، قال وحدثت أن في بلاد العجم شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقايأ ما يأكله ويشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى لكنه لايمكن اعتباره بمباله فان لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه وأحكامه كلها والله أعلم

ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعا وسدسا فيفضل في يده ثلث يرده على المقربه ، وان أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى، وقال ابو حنيفة ان أقر الاخ دفع اليه نصف ما في يده ، وإن أقرت البنت دفعت اليه خمسة أسباع ما في يدها لانها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثنى عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منهما سهمان وله خمسة. بنتان وعم ماتت إحداهما وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع اليها سهما، وإن أقر بها الابن دفع اليها سهمين وان أقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع وان أقر بها العم لم يدفع اليها شيئا،وان أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثنى عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع وان أقرت به أخته دفعت اليه ربع تسع فان أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس وان أقر به العم دفع اليه جميع ما في يده . ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بام لأبيه ففريضة الانكار من أربعة المقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين المقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهما يدفعها إلى المرأة التي أقر لها،وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة ، ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الام وهي سبعة

﴿ باب ميراث الغرقى ومن عُمِّيَ موتهم ﴾

إذا مات متوارثان كالغرقى والهدمى وجهل أولهما موتا واختلفت وراثهما في السابق منهما فقد نقل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين ذكرها الخرقي ،وهذا يدل على أن ميراث كل ميت يقسم على الاحياء من ورثته دون من مات معه روي ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم ابن عمير وعبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون ماروي عن احمد في المسئلة التي ذكرها الخرقي أن يجعل هذا رواية عنه في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا فأما مع الجهل فيورث كل واحد منهما من الآخر لان مع التداعي يتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على ابطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما اذا اتفقوا على الجهل فلا يتوجه اليمين لان اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به ،

عشر إلى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم في سبعة وخمسين والمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وان أقرت بها البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهما وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها .وان أقر الابن بزوجة لابيه وهي أم الميت الثاني فمسئلة الاقرار من ستة وتسعين لها منها ستة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع يفضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار الى اثنى عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وفي قول أبي حنيفة يضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر الى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الارباع وهما يتفقان بالاثلاث فترجع السهام الى ثلثها خمسة وعشرين تضرب بها في أربعة تكن مائة فللبنت سهم في خمسة وعشرين وللمرأة تسعة عشر في سهم والمقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم اقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة ابي فالفريضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت اربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى اربعة عشر للابوين منها ستة وإنما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك اربعة اسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين

وظاهر المذهب ان كل واحد منهما يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه فيقدر أحدهما مات أولا ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الاحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك قال أحمد اذهب الى قول عمر وعلي وشريح وابراهيم والشعبي هذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول اياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الاعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود.قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل اهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر:أن ورثوا بعضهم من بعض ، ووجه الرواية الاولى ما روى سعيد قال ثنا اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد ان قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورث بعضهم من بعض ورثوا عصبتهم الاحياء وقال ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد ابن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها ،وأن اهل صفين واهل الحرة لم يتوارثوا ، ولان شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ولانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتا ولان توريث كل واحد منهما خطأ قطعا لانه لايخلو من أن يكون موتهما معا أو يسبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به؟ فان قيل ففي

سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في اربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان اربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين اربعة وعشرون وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلثا ويبقى لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

(فصل) اذا أقر بعض الورثة بمن أعيلت له المسئلة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسئلة فيها زوج وأختان اقرت احداهما باخ لهما فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر والمقرة سهم في مسئلة الانكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسئل الزوج فان أنكر أعطي ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقرة إلى المقر له مافضل في يدها كله وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والاخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين والى الاخ سبعة ، فان أقرت الاختان به وأنكر الزوج دفع الى كل أخت سبعة وإلي الاخ اربعة عشر ويبقى اربعة يقران بهما للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له

قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما معاً فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج أصحابنا لتلك الرواية بما روى اياس ابن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال برث بعضهم بعضا ، قال شيخنا والصحيح أن هـذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وليس برواية عن النبي ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه وحكاه الامام أحمد وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل الآخر ولم يذكر فيه خلافا

(مسئلة) قال (فلو غرق اخوان احدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو فمن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد لمولاه وهو أحسن)

ومن ورث أحدهما من الآخر جعل ما لكل واحد منهما لمولى الآخر ومن قال بالوقف وقف مالهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أن مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى الآخر وأخذ مال مولاه على ما ذكره الخرقي، وان كان لهما أخت فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل لها الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الثاني ، وان خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه ومن ورثهم جعل الباقي لاخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من

(والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولهما نصفها لانها لاتخرج عنهم ولا شيء فيها للاخ لانه لايحتمل ان يكون له فيها شيء بحال

(الثالث) يؤخذ إلى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ومذهب ابي حنيفة رضي الله عنه في الصورة الاولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينها وبين أختها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدا وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولاختها اربعة ، وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهميها تكن خمسة واقتسماها بينهم على سبعة للزوج اربعة وللاخ سهمان وللاخت سهم ثم تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللاخ سهمان في خمسة وللمقرة سهم في خمسة، فان خلفت اما زوجا واختا من اب فأقرت الاخت باخ لها فسئلة الانكار من ثمانية ومسئلة الاقرار من ثمانية عشر ويتفقان بالأنصاف فاضرب نصف احداهما في الاخرى تكن اثنين وسبعين للام ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون ولها من مسئلة الاقرار ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيسئل الزوج فان أنكر أخذ الاخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وإن أقر فهو يدعي تسعة لانه يدعي تمام النصف والأخ يدعي ستة عشر فتضم التسعة الى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لاتوافقها فتضرب

أربعة وستين لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولابنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الاخت منها فهو بين زوجها وأمها وأمها وعمها على ستة فصحت المسئلتان من ثلاثة عشر لامرأة لاخ ثلاثة ولزوج لاخت ثلاثة وللام أربعة بميراثها من لاخ واثنان بميراثها من الاخت والعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة لاخيها سهم بين امرأته وأمه وعمه على اثنى عشر تضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر والنفع لمن يرث منهما • ثلاثة اخوة لابوين غرقوا ولهم أم وعصبة نقدر موت أحدهم أولا فلامه السدس والباقي لاخويه فتصح من اثنى عشر لكل واحد من اخوته خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الاول ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك ذكر هذه المسئلة أبو بكر. ثلاثة اخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن اخته من ابويه واخوته من ابيه واخوته من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لاخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ منها اثنان بين اخيه من أبويه وأخيه من أبيه على اربعة فتجتزىء بإحداهما وتضربها في الاخرى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لابوين وأخ

خمسة وعشرين في اثنين وسبعين تكن الفا وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر. وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسألة فأجاب بهذا وذكر أنه قول النخعي ، قال يحيى بن آدم وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهما يعني للام ربعها خمسة والباقي بين الزوج والاخ والاخت على قدر سهامهم من فريضة الاقرار للزوج تسعة وللأخ أربعة وللاخت سهمان ، وان صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثة والزوج ثلاثة أثمان ويبقى الثمن فيه الأوجه الثلاثة

(فصل) وان أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسئلة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين ان صدقاها في الصورة الاولى وفي الثانية الزوج النصف والباقي بين الاخ والاخت على ثلاثة وان كذباها فالمقر به هو السبع ففيه الاوجه الثلاثة في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانية ، وان خلفت زوجا وأما وأختين لأم وأختين لاب فأقرت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للاخ وللاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة ان أقروا فاضرب ستة في خمسة

وأخت من ام فمسئلته من خمسة ، مات أخوه لامه عن ثلاث أخوات مفترقات وهي من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخته لابويه وأخ وأخت لابيه فهي من ستة ثم مات أخوه لابيه عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما زوجة وبنتا وعما وخلف الآخر ابنين وابنتين الاولى من أربعة مات أحدهما عن سهم ومسئلته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا إلى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر وفريضة لآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف احداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر اجتمع لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولبنته اربعة وعشرون

(فصل) وان علم أنهما ماتا معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وإن علم أن احدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم اشكل اعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم والله أعلم .

﴿ باب ميراث أهل الملل ﴾

﴿لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم﴾ اجمع أهل العلم على ان الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن

تكن ثلاثين ، وان أنكرت الام فلها العشر أيضا والباقي بين الزوج والاختين من الام على خمسة وإن أنكرته الاختان من الام فلهما الخمس أيضا والباقي كله للزوج وتصح من عشرة وان انكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقرة وهي تقر به لهم ففيه الاوجه الثلاثة الا أنا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المنكرة ولا للمقر به بحال لانه لا يحتمل ان يكون لهما شيء بحال

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم انه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وان أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئا وان صدقها الاخ وحده فللمرأة الربع بكماله إلا أن يجيز الوصية وللعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي ، وان صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثة ، وان أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لهما لان الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها، ويحتمل أن يكون فيه الاوجه الثلاثة وان لم يصدقه اخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الاوجه الثلاثة

عبدالله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبدالعزيز وعمرو بن دينار والثوري وابو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبدالله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم فان احمد قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال : حدثني ابو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولانا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا

ولنا ماروى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الاسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لاهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر وحديثنا أصح فيتعين تقديمه « والصحيح أنه قال لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في عمة الاشعث « يرثها أهل دينها »

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يسلم قبل قسم الميراث فيرثه وعنه لا يرث)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث مورثه المسلم فنقل الاثرم ومحمد بن الحكم أنه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (والقاتل لا يرث المقتول عمدا كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئا إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير انهما ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لاخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعا، وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول « ليس لقاتل شيء » رواه مالك في موطئه والامام أحمد باسناده، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان باسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « من قتل قتيلا فانه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره وان كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » رواه الامام أحمد باسناده ولان توريث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة، وقيل ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم

والحسن ومكحول وقتادة وحميد واياس بن معاوية واسحاق فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي وبه قال الحسن ونقل ابو طالب فيمن أسلم بعد الموت: لا يرث قد وجبت المواريث لاهلها وهو المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان ابن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وابو حنيفة ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ «لا يرث الكافر المسلم» ولان الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولان المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقا فأعتق

ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وروى ابو داود باسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ماقسم وكل قسم أدركه الاسلام فانه على قسم الاسلام » وروى ابن عبد البر في التمهيد باسناده عن زيد بن قتادة العنبري أن انسانا من أهله مات على غير الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حنينا فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثا ثم ان أختي اسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان فحدثه ابن ارقم أن عمر رضي الله عنهم قضى أنه من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الاول وشاركتني في هذا

القتيل ، فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحمد ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي ، وورثه قوم من المال دون الدية وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصل) والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعا عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط جراح فمات ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب

وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولانه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز ان يتجدد حق من أسلم من ورثته ترغيبا في الاسلام وحثا عليه فاما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له فان كان الوارث واحداً فمتى تصرف في التركة واحتازها كان كقسمها .

(مسئلة) وان عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث وجها واحداً)

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبدا فاعتق قبل ان يقسم ميراثه فقال له ميراثه ، وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من اعتق قبل القسمة لان المانع من الميراث زال قبل القسمة أشبه مالو أسلم وقال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم ان يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قربة وهو اعظم الطاعات والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له في الاسلام وحثا عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ما ورد من الاثر في توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من اهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء وإنما خالفناه في الاسلام للاثر وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الاثر

قال أحمد إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فانه قال في رواية ابنيه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل ، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولانه قاتل فأشبه الصبي والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحباه كل قتل لامأثم فيه لايمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على انسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها اذا قتلت بيدها أو فيها فانه يرثه لانه قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه فأشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لايضمن ففيما عداه يبقى على مقتضاها ، ولانه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى إلى تلفه ، ولانه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع اقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولايفضي

(فصل) ولو ملك ابن عمه فدبره فعتق بموته لم يرث لانه رقيق حين الموت فان قال أنت حر في آخر حياتي عتق وورث لانه حر حين الموت ، ويحتمل ان لا يرث لان عتقه وصية له فيفضي إلى الوصية للوارث :

﴿ مسئلة ﴾ (ويرث أهل الذمة بعضهم بعضاً ان اتفقت أديانهم)

وجملة ذلك أن الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحدا لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا ، ولا فرق في ذلك بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار لان قول النبي ﷺ « لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » دليل على أن بعضهم يرث بعضا ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لانهما كانا مسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه مقيما بمكة فكذلك لما قيل للنبي ﷺ أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في عمة الاشعث بن قيس يرثها أهل دينها

﴿ مسئلة ﴾ (وهم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه حرب أن الكفر كله ملة واحدة اختارها الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لان توريث الآباء من الابناء والابناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما فلا يترك الا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه يبقى على العموم ولان قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم، وروي عن

الى إيجاد قتل محرم فهو ضد ماثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضي اليه بخلاف مسئلتنا . اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به، لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

(فصل) أربعة اخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الاصغر سقط القصاص عن الاكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والاصغر نصفين فلما قتل الثالث الاصغر لم يرثه وورثه الاكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الاصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الاصغر ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتص منه ورثه ويرث أخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الاب صار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

احمد أن الكفر ملل مختلفة اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ « لا يتوارث اهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر اقسام الملل ، وقال القاضي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لان من عداهم يجمعهم أنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة الضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع وروي ذلك عن مالك وعن النخعي والثوري القولان معاً وماروي عن أحمد أنه قال الكفر ملل مختلفة ويحتمل ان أن يكون مللا كثيرة تزيد على ثلاث فتكون المجوسية ملة وعبدة الاوثان ملة وعباد الشمس ملة فلايرث بعضهم بعضا يروى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من اهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال ان شاء الله اختاره شيخنا لقول النبي ﷺ « لايتوارث أهل ملتين شتى » رواه ابو داود ولان كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اختلافهم في الملة أولى وقول من خص الملة بعدم الكتاب لايصح لانه وصف عدمي لايقتضي حكما ولا جمعا لابد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ، وقد افترق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لايقرون بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى ولانه قد روى الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم نعرف له مخالفا في الصحابة فيكون إجماعا

واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بابطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فللآخر قتل العافي ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما معتديا باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا خرج في توريثهما ما ذكرناه في الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يرث مسلم كافرا ولا كافر مسلما الا أن يكون معتقا فيأخذ ماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال

(مسئلة) (وإن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا)

لما روي عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » رواه أبو داود، وعنه يتوارثون لان مفهوم قوله عليه السلام « لا يرث الكافر المسلم » يدل على أنهم يتوارثون، وهذا يجيء على قولنا إن الكفر ملة واحدة على ما تقدم وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

(مسئلة) (ولا يرث حربي ذمياً، ولا ذمي حربياً)

ذكره القاضي لان الموالاة منقطعة بينهم ويحتمل أن يتوارثا لانهم من أهل ملة واحدة. قال شيخنا قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لان العمومات من النصوص يقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها، ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ولان مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به مالم يقم دليل على تحقق المانع وقد نص أحمد في رواية الاثرم فيمن دخل الينا بأمان فقتل، أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته، وروي أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع الى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذين قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يعلم عمرو فقتلهما فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك أنه بعث بديتهما الى أهلهما.

عمر وبن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء، وعليه العمل

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم. وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبدالله ابن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم فان أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثني أبو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال «الاسلام يزيد ولا ينقص» ولانا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا .

ولنا ماروى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال «لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر» متفق عليه. وروى أبو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شئ» ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الاسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم، وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه والصحيح عن عمر أنه قال «لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا» وقال في عمة الاشعث: يرثها أهل دينها، فأما المعتق اذا خالف دينه دين معتقه فنذكره في باب الولاء ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام، وبهذا قال الشافعي، قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لانه لا موالاة بينهم فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه

ولا يعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النصوص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه، مع ورود الخبر فيه وصحت العبرة بها فان المسلمين يرث بعضهم بعضاً وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار

﴿ مسئلة ﴾ (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم ان المرتد لا يرث أحداً، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك أنه لا يرث المسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر» ولا يرث الكافر لانه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم الدين الذي انتقل اليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب، ولأن المرتد تزول

(فصل) فأما الكفار فيتوارثون اذا كان دينهم واحداً لانعلم بين أهل العلم فيه خلافا ، وقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضا ، وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيما بمكة فباع رباعه بمكة فلذلك لما قيل للنبي ﷺ أين تنزل غداً ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في عمة الاشعث بن قيس يرثها أهل دينها فان اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروي عنه أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . رواه عنه عن حرب واختاره الخلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لان توريث الآباء من الابناء والابناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاما فلا يترك الا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه الشرع يبقى على العموم ولان قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم

وروي عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل وقال القاضي أبو يعلى الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لان من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم

أملاكه الثابتة له أو استقرارها فلان لا يثبت له ملك أولى ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر لأن المرتد لا يرث ولا يورث ، فان أسلم قبل قسم الميراث ورث ، لما ذكرنا من الحديث وقد ذكرناه والخلاف فيه

(فصل) (والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا) . والزنديق الذي يظهر الاسلام ويستسر الكفر وهو الذي كان يسمى منافقاً ، في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن مات على ردته فماله فيء ، وعنه أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أنه يكون فيئا في بيت مال المسلمين . قال القاضي وهو الصحيح في المذهب ، وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وعن أحمد مايدل على أنه لورثته من المسلمين يروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والاوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق واسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة واللؤلؤي واسحاق

والثوري والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع ، وروي ذلك عن مالك . وروي عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الأوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا روي ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ولان كل فريقين منهم لاموالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اتفاقهم في الملة لانقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فان هذا وصف عدمي لا يقتضي حكما ولا جمعا ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افترق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضاً فكانوا مللا كاليهود والنصارى. وقد روي ذلك عن علي رضي الله عنه فان اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون اجماعا

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لان العمومات من النصوص تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل

قالوا ما اكتسبه في ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه ذلك أنه قول الخليفتين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه الى أهل الردة أن اقسم مالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولان ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته من المسلمين كما لو انتقل بالموت .

وروي عنه رواية ثالثة أنه يكون لاهل الدين الذي اختاره ان كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء وبه قال داود . وروي ذلك عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشهور الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» وقوله «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ولانه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الاصلي ولان ماله مال مرتد فأشبه الذي كسبه في ردته ولا يمكن جعله لأهل دينه لانه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الاديان ولانه يخالفهم في حكمهم فانه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبه الحربي مع الذمي فان قيل إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثاً بل يأخذونه فيئا كما يأخذ مال الذمي الذي لم يخلف وارثاً وكالعشور

(فصل) وقد ذكرنا أن الزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث وقال مالك في الزنديق الذي

بعمومها ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه يتوارث أهل ملتين شتى ان أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ، ولان مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به مالم يقم دليل على تحقق المانع . وقد نص أحمد في رواية الأثرم في من دخل الينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذي قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو فقتلهما فوداهما النبي ﷺ ولا شك في انه بعث بديتهما الى أهلهما

وقال القاضي قياس المذهب عندي انه لا يرث حربي ذميا ولا ذمي حربيا لان الموالاة بينهما منقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة إلا أن المستأمن لا يرثه الذمي لان دارهما مختلفة

قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضا سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعي

يتهم بذمي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت ، قال : وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، كالذي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لانه فار من ميراث انعقد بسبب ميراثه فورثه كالمطلق في مرض الموت.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر »

قال شيخنا وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر لانه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته أشبه الطلاق ، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها لا يسقط ميراث زوجها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل ما في الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على ردته أو لحق بدار الحرب بانت منه امرأته ، فان كانت مدخولا بها ورثته في عدتها وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه وإن ارتدت المرأة في غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

« فصل » (وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام) . وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معاً لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا .

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام ولو ارتدا جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم

رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لانهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطا للتوريث وعدمه، ولا نعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فان المسلمين يرث بعضهم بعضا وان اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلما لاختلاف الدين بهم وكذلك لايرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرتد لايرث احدا الا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن المرتد لايرث أحداً وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانه لا يرث مسلما لقول النبي ﷺ « لا يرث كافر مسلما » ولا يرث كافراً لانه يخالفه في حكم الدين لانه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل اليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وان انتقلوا الى دين أهل الكتاب ، ولان المرتد

في ردتهم ولم يرثوا منهم شيئاً ولم يجز استرقاقهم سواء ألحقوهم بدار الحرب أو لا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه من الحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام فاما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقي مايدل على أنه يجوز استرقاقه وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أسلم المجوس أو تحاكموا الينا ورثوا بجميع قراباتهم إن أمكن ذلك) .

نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال الثوري والنخعي وقتادة وابن أبي ليلي وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم واسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه واختاره بن اللبان .

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والاوزاعي ومالك والليث وحماد ، وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت احداهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث وللاخت النصف فاذا كانت الأم أختاً وجب اعطاؤها مافرض الله تعالى لها في الاثنين كالشخصين ولانهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الأخرى ولا يرجح بها فترث بهما مجتمعتين كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ لأم ولذوي الارحام

تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فان المرتد لا يرث ولا يورث وان رجع المرتد الى الاسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سنذكره في المسئلة التي بعدها ان شاء الله تعالى

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا ، والزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي ﷺ منافقا ويسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد مال الزنديق في بيت المال

(فصل) إذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر وان كانت ردته بعد الدخول ففيه روايتان (احداهما) يتعجل الفرقة (والاخرى) يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم فنقل الاثرم ومحمد بن الحكم انه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول

المداين بقرابتين وقياسهم فاسد لان القرابتين في الاصل تسقط احداهما الاخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص واحد وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه إذا وجد ذلك من وطيء شبهة في الاسلام ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما فلو تصور وجودهما ورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج او اخ من ام قال ابن اللبان واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون اختاً لاب فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها لكونها اختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها وهو مختلف فيهم فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مسمى ويلزمهم ان الميت اذا خلف امه وام ام هي اخت ان لا يؤتوها شيئاً لان الجدودة محجوبة وهي اقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة اقوى وتارة اضعف وان قالوا اقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها اوفر لزمهم في ام هي اخت جعل الاخوة اقوى من جهة الامومة ويلزمهم في اسقاط مع الابن والاخ من الاب وابن مالزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام فان قالوا توريثها بالقرابتين يفضي الي حجب الام بنفسها اذا كانت اختاً وللميت اخت اخرى قلنا وما المانع من هذا فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله فان كان له اخوة فلامه السدس من غير تقييد بغيرها ثم هم حجبوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما انكروه بل هو اعظم لانهم فروا من حجب التنقيص الى حجب الاسقاط فاسقطوا الفرض الذي هو اوكد بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول اربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم اعطوا الام الثلث وانما فرض الله تعالى لها مع الاختين السدس والثاني ان الله تعالى

وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق ، فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت المواريث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولان الملك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولان المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق أو كما لو بقي على كفره

ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ ؛ وروى أبو داود باسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسّم في الجاهلية فهو على ماقسم وكل قسم أدركه الاسلام فهو على قسم الاسلام »

وروى ابن عبد البر باسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري ان انساناً من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم ان جدي اسلم وشهد مع النبي ﷺ حنيناً فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان رضي الله عنه فحدثه عبد الله بن أرقم ان عمر قضى انه

أنما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثاً فاعطوا احداهما النصف كاملا ، والثالث ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان اختان فلم يجعلوا لهما الثلثين الرابع ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه اخت فلم يعطوها بكونها اختاً شيئاً هذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي يجتمع فيها قرابتان ويصح الارث بهما ست احداهن فى الذكور وهو عم هو اخ لام وخمس في الاناث وهي بنت هي اخت او بنت ابن وام هي اخت وام ام هي اخت لاب وام اب هي اخت لام فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن واختلفوا في الجدة اذا كانت اختاً فنهم من قال الجدودة اقوى لانها جهة ولادة لاتسقط بالولد ومنهم من قال الاخوة اقوى لانها اكثر ميراثاً وقال ابن شريح وغيره هو الصحيح ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها الا ماحكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ومتى كانت البنت اختاً والميت رجل فهي اخت لام ومتى كان امرأة فهي اخت لاب فان قيل ام هي اخت لام او ام ام هي اخت لام أو ام أب هي اخت لاب فهو محال

﴿ مسئلة ﴾ اذا خلف امة وهي اخته من ابيه وعما فمن ورثها بقرابتين جعل لها الثلث بكونها أما والنصف بكونها أختاً لاب والباقي للعم فان كان معها أخت أخرى لم ترث بكونها أما الا السدس لانها انحجبت بنفسها وبالاخت الاخرى ومن ورثها بأقوى القرابتين ورثها الثلث بكونها أما ولم يحجبها بنفسها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لايقرون عليه، لو أسلموا)

المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا الينا. قال شيخنا لانعلم خلافا

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الاول وشاركني في هذا وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا ولانه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه ، ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيبا في الاسلام وحثا عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فاذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها

(فصل) ومن كان رقيقا حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث : نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم . وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لان المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه مالو أسلم ، قال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم أن يورث العبد اذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قربة وهو أعظم الطاعات، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها

في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد إسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين أولا ومالا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثم نكحها ثم أسلما لم يقرا عليه وان مات أحدهما لم يرثه الآخر وكذلك إن مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع وأصل الاختلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه أن أسلما أو تحاكما الينا ونذكر ذلك في نكاح الكفار إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا مات ذمي لا وارث له كان ماله فيئا وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين لانه مال ليس له مستحق معين فكان فيئا كمال الميت المسلم الذي هو كذلك مسائل من هذا الباب مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لانهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية في قول الجميع فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة وإن ماتت الصغرى أولا فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين وقال بن شريح يحتمل قول الشافعي توريثها بالقرابتين في المسئلة الاولى لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجاً أو أخا لام وانما منع الارث بفرضين فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لابوين وأما هي أخت لاب فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب

فورد الشرع بتوريثه ترغيبا له في الاسلام وحثا عليه والعتق لاصنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ماورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لايرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خالفناه في الاسلام للأثر ، وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى مافيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى قتل المرتد على ردته فماله فيء)

اختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد اذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أن يكون فيئا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هو صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد مايدل على أنه لورثته من المسلمين، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والاوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل

وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللاخت النصف وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولاشيء لها بالاخوة ولا تنحجب بها وللاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقها وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها وان أولدها المجوسي ابناً وبنتاً ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لاب وأم فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا إذا تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم مات فلامه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية ولا ابنته بكونها أختاً لام شيئاً وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالامومة لا غير على القولين جميعاً وان تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لابيها احداهما بنتها والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها إحداهما أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة وإن ماتت الصغرى بعد فقد خلفت أختيها إحداهما أمها والاخرى جدتها فلامها السدس والثلثان بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأمها عن السدس وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقي للعصبة ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلثان

العراق واسحاق لان الثوري وأبا حنيفة واللؤلؤي واسحاق قالوا ما اكتسبه في ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين فانه يروى عن زيد بن ثابت قال بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولان ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت

وروي عن أحمد رواية أن ماله لاهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو فيء ،وبه قال داود ، وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمشهور الاول لقول النبي ﷺ « لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولانه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الاصلي ، ولان ماله مال مرتد فأشبه الذي كسبه في ردته ، ولا يمكن جعله لاهل دينه لانه لايرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الاديان ، ولانه يخالفهم في حكمهم فانه لايقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبه الحربي مع الذمي ، فان قيل إذا جعلتموه فيئا فقد ورثتموه المسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فيئا كما يؤخذ مال الذمي اذا لم يخلف وارثا وكالعشور

بالقرابتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعندابن شريح ومن وافقه لها النصف وهي اختيار الخبري ، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتيها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان ماتت بعده بنته فان الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين وفي الثاني لها سدس باحداهما

(فصل) وان وطيء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها وولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

(فصل) في التزويج في المرض والصحة ، حكم النكاح في الصحة، والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك اي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفا حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لا يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لانه لايتهم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

(فصل) والزنديق كالمرتد لايرث ولا يورث ، وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بزي ورثته عند موته ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد اذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لانه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه فورثه كالمطلقة في مرض الموت

ولنا قول النبي ﷺ « لايرث المسلم الكافر » وقياس المذهب أن أحد الزوجين اذا ارتد في مرض موته يرثه الآخر لانه فعل مايفسخ النكاح في مرض موته فأشبه الطلاق وفعل المرأة مايفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف اذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة اذا ارتد الرجل فقتل على ردته ألحق بدار الحرب بانت منه امرأته فان كانت مدخولا بها ورثته اذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لانها عندهم لاتقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في في محله بشرطه فصح كحال الصحة وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة الفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ولان النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقا ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي ومتى اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنصوص عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيهما تزوج أول؟ أنه يفرق بينهما وتوقف عن ان يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن الميراث يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميراث الخنائى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج امرأة في عقد واربعاً في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهراً كاملا ينكره الاخ فيعطي كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم نصفه للواحدة ونصفه للاربع وعند الشافعي أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ

(فصل) وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معا لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا لان المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الاسلام فان لحقا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام. ولو ارتدا جميعا ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم في ردتهم ولم يرثوا منهم شيئا ولم يجز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام، فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقي رضي الله عنه ما يدل على انه يجوز استرقاقه، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي.

(فصل) فاذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فان اسلم دفع اليه وان مات صار فيئا، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كموته في زوال ملكه وصرف

ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثاً ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الاربع والاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ

(فصل) فان تزوج امرأة في عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس، فعلى قول أهل العراق لهن مهران بيقين والثالث لهن في حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لهن ميراثاً فللواحدة ربعه يقيناً وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهماً فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعه وهذا قول محمد بن الحسن، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في ثمانية واربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور مهران منها بين الخمس ومهر تدعي الواحدة والاثنتان ربعه ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه يدعيه الاخ ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف فان طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لا يدفع اليه شيء وان طلب واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة

ماله إلى من يصرف اليه إذا مات فان عاد الى الاسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أتلفوه الا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو اخرجه من ماله الى دار الحرب أنه فيء ، وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فان أسلم رد اليه تمليكا مستأنفا ، وقال أبو يوسف انما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد اسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو أتلف عليه كغيره

(فصل) ومتى مات الذمي ولا وارث له كان ماله فيأ ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين فان الفاضل عن ميراثه يكون فيأ لانه مال ليس له مستحق معين فكان فيأ كمال الميت المسلم الذي لا وارث له

(فصل) في ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا الينا لا نعلم بين علماء المسلمين خلافا في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم ، فاما غيره من الانكحة فكل

من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه وان عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه وثبت، وان وطىء واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً لها وهذا قول الشافعي، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر المثل ويكون الفضل بينهما موقوفاً وعلى قول أهل العراق يكون تعييناً، فاذا كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين وان وطىء واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه والموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها، فان أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ماتقدم ، وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج فيه قولان فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل الموطوءتين تعطى كل الاقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين، والميراث على ماتقدم، وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق احداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربع ثلاثة أرباعه بينهن وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة احدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل ان يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الارباع

نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين او لم يوجد ومالا يقرون عليه بعد اسلامهم لايتوارثون به ، والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثا ثم نكحها ثم أسلما ومات احدهما لم يقرا عليه ولم يتوارثا به وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع ، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم ، وقال زفر واللؤلؤي لايتوارثان ، وان تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فانه قال إذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرا عليه ، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي ان اسلما بعد انقضاء العدة أقرا وإن اسلما قبل لم يقرا فعلى هذا إن مات احدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبلى من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لان الزنا موجب العدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج، وقال أبوحنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان ، وقال أبوحنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان وقال أبو يوسف وزفر واللؤلؤي لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما أوتحا كما الينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

الباقية وما بقي بين الاربع الاول ارباعا وفي قول الشافعي ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

﴿ باب ميراث المطلقة ﴾

﴿ إذا طلقها في صحته أو مرض غيرمخوف طلاقا بائناً قطع التوارث بينهما ﴾

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته في صحته طلاقا بائناً أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعا لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث وكذلك ان طلقها في مرض غير مخوف لان حكم الطلاق فيه حكم الطلاق في الصحة، فان طلقها في المرض المخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق في مرض مخوف قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولان حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار في الصحة

﴿ مسئلة ﴾ ﴿ وان كان الطلاق رجعيا لم يقطعه مادامت في العدة ﴾

سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولاشهود ولا صداق جديد

(فصل) فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم واسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن اللبان وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهري والاوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي، وعن عمر بن عبدالعزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً، واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الاسلام فلا يورث بهما في غيره كالوأسقطت احداهما الاخرى ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث وللاخت النصف فاذا كانت الام أختا وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ولانهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الاخرى ولا ترجح بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الارحام المدلين بقرابتين، وقياسهم فاسد لان القرابتين في الاصل تسقط احداهما الاخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص، وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه اذا وجد ذلك من وطء شبهة في الاسلام

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلقها في مرض الموت المخوف طلاقا لا يتهم فيه بأن سألته الطلاق او علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعلته أو علقه على شرط في الصحة فوجد في المرض او طلق من لا ترث كالامة والذمية فعتقت وأسلمت فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين)

اذا سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) لا ترثه لانه ليس بفار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك، وكذلك الحكم اذا خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فان لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لانها معذورة فيه، ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثا ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه فان علق طلاقها على شرط في الصحة فوجد في المرض كقدوم زيد ومجيء زيد وصلاتها الفرض بانت ولم ترثه وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلق الزوج المسلم امرأته الذمية أو الامة في المرض طلاقا بائنا ثم أسلمت الذمية وعتقت الامة ثم مات في عدتهما لم يرثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً)

وفيه رواية أخرى أنها ترث لانه طلاق في مرض الموت فورثته كغيرها هكذا ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ولم يذكر في المغني والكافي هذه الرواية الاخيرة

(فصل) فان قال لهما أنتما طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم يرثاه لانه غير فار

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال سيد الامة أنت حرة غداً فطلقها اليوم وهو يعلم بقول السيد ورثته) لانه فار وان لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولم أعلم فيه مخالفا

ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون أختاً لاب ، فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص الكتاب في فرضها، وهو مختلف فيه فنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مستحق[1] ويلزمهم ان الميت إذا خلف أمه وأم هي أخت ان لا يورثوها شيئا لان الجدودة محجوبة وهي أقوى القرابتين ، وان قالوا نورثها مع الام بكونها أختا نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة لان ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الاخوة أقوى من جهة الامومة، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والاخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام . فان قالوا توريثها بالقرابتين يفضي الى حجب الام بنفسها إذا كانت أختا وللميت أخت أخرى قلنا وما المانع من هذا ؟ فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) من غير تقييد بغيرها ثم هم قد حجبوها عن ميراث

(١) في نسخة مسمى

(فصل) إذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المريض سواء وان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبه قال مالك وابو حنيفة ويقبل عند الشافعي ولنا أنه أقر بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بمالها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان متهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء أو علقه على فعل لا بد لها منه كالصلاة ونحوها ففعلته أو قال للامة او ذمية اذا أسلمت اوعتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الامة قال لها أنت حرة غداً فطلقها اليوم ورثته مادامت في العدة ولم يرثها)

وجملته أنه إذا طلقها في المرض المخوف طلاقا بائنا ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان ماتت يروى هذا عن علي وعمر وعثمان ، وبه قال شريح وعروة والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي القديم ، وروي عن عبد الله بن الزبير لا ترث مبتوتة ويروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الاسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ولم يثبت عن علي وعبد الرحمن خلاف هذا بل قد روى عروة أن عمر قال لعبد الرحمن ان مت فلأورثنها منك قال قد علمت ذلك، وما روي عن ابن

الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لانهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم أعطوا الام الثلث وانما فرض الله لها مع الاختين السدس (والثاني) ان الله تعالى انما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فأعطوا إحداهما النصف كاملا (والثالث) ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما ست (إحداهن) في الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمس) في الاناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن. واختلفوا في الجدة اذا كانت أختا فمنهم من قال الجدودة أقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد، ومنهم من قال الاخوة أقوى لانها أكثر ميراثا. قال ابن شريح وغيره هو الصحيح، ومن ورث بأقوى

الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولانه قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه

﴿مسئلة﴾ (وان علق طلاقها على فعل لابد لها منه كالصلاة المكتوبة والصيام الواجب ففعلته فحكمه حكم طلاقه ابتداء) في قول الجميع وكذلك لو علقه على كلام ابويها ولاحدهما

﴿مسئلة﴾ (وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟ على روايتين)

المشهور عن أحمد رحمه الله أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج قال أبو بكر لايختلف قول أبي عبدالله في المدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي ابن كعب لماروى ابو سلمة بن عبدالرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لايزول بانقضاء العدة، وفيه رواية أخرى أنها لاترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لانها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز كما لو تزوجت، والمطلقة قبل الدخول في مرضه المخوف فيها روايتان كالتي انقضت عدتها إذا كانت كل واحدة منهما لاعدة لها

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجت في عدتها لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني

القرابتين لم يحجب الام باخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك، ومتى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وان كان امرأة فهي أخت لاب، وان قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال

(مسائل) من ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لانهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئا في قولهم جميعا فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين

وقال ابن شريح يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسئلتين لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجا أو أخا لام وانما منع الارث بفرضين، فان كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب

هذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا الرواية الاولى في المسئلة قبلها ولانها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين

ولنا أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجات ولان التوريث في حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولانها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الاول فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها وهكذا لو ارتدت في عدتها ولم تسلم أو فعلت ما ينافي نكاح الاول

(فصل) اذا طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول في المرض فقال أبو بكر فيها أربع روايات (احداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار، واذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق، قال شيخنا وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير المدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها وهو قول عطاء لان العدة حق عليها فلا تجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لقول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلا يجوز مخالفة ذلك (والرابعة) لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها، وقال الحسن ترث قال أحمد اذهب الى قول جابر لان الله سبحانه نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله سبحانه

فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللاخت النصف، وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولا شيء لها بالاخوة ولا تنحجب بها و للاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين، وان اختلف طريقهما، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وان أولدها المجوسي ابنا وبنتا ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لام وأب فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا، وان تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلأمه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية شيئا ولا ابنته بكونها أختا لام شيئا ، وان ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف ، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالامومة لا غير على القولين جميعا ، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لابيها احداهما بنتها وبنت أبيها ، والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما ، وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى ، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها احداهما أمها والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة ، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختيها احداهما أمها و لاخرى جدتها فلأمها

(وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم، وأما الميراث فانها ليست بزوجته ولا معتدة من نكاح أشبهت المطلقة في الصحة فان خلا بها وقال لم أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة فان طلقها واحدة في صحته وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم ما لو ابتدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها وان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينونتها

(فصل) واذا طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته وبه قال ابو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي لا ترثه

ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها أشبه ما لو لم ترتد ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ثم عاد الى الاسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لان النكاح باق ، وان

السدس والباقي بينها وقد انحجبت الام بنفسها وبأمها عن السدس، وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فالكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة، ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لاترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالامومة ، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهو اختيار الخبري، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتا ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتا ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبري أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان ماتت بعده بنته فان الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين ، وفي الثاني لها السدس باحداها

(فصل) وإن وطيء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لايعرفها فوطئها فولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وان قلنا إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البينونة أشبه الطلاق وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) فإن علق طلاقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض أشبه مالو كان التعليق في المرض وإن قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد على ماذكرنا وكذلك إن قال إن لم اوفك مهرك فأنت طالق فان ادعى أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لأن الاصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الاصل بقاؤه في ذمته ولو قال لها في الصحة أنت طالق إن لم اتزوج عليك فكذلك نص عليه أحمد وهو قول الحسن ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها وإن قذفها في صحته ثم لاعنها في مرضه ثم مات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي وذكر القاضي رواية اخرى أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت منه بالايلاء لم ترثه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أكره الابن امرأة أبيه في مرض أبيه على مايفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجهل أولهما موتا ورث بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين اذا ماتا فجهل أولهما موتا فان أحمد قال أذهب الى قول عمر وعلي وشريح وابراهيم والشعبي يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفه وهو ماورثه من ميت معه . وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول اياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الاعرج وعبد الله ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مال كل واحد للاحياء من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف

إلا أن يكون له امرأة سواها اذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فان طاوعته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة له فيما يفسخ نكاحها أشبه مالو خالعته وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن فان انتفت التهمة عنه بان لا يكون وارثا كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابنا من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن الميت أو بأبوين وابنتين أو كان للميت امرأة اخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثا بعد ذلك لم ترث لانتفاء التهمة حال الوطء ولو كان وارثا حين الوطء فعاد محجوباً عن الميراث ورثت لوجود التهمة حين الوطء ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترث لانتفاء التهمة لكون ميراثها لا يرجع اليه وإن استكره الثانية بعدها ورثت الثانية لأنه متهم في حقها ولو استكرههما معاً دفعة واحدة ورثتا معاً وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فلا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام وكذلك الحكم فيما اذا وطيء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته فان امرأته تبين منه وترثه اذا مات في مرضه وسواء طاوعته الموطوءة أولا لأن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل يسقط به ميراثها فان كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطيء بنت امرأته كرها لها وهو زائل العقل فان كان صبيا عاقلا ورثت لان له قصداً صحيحاً وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به والشافعي فيما اذا وطيء الصبي بنت امرأته وامها قولان أحدهما لا ينفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم والثاني تبين امرأته فلا ترثه ولا يرثها وفي القبلة والمباشرة دون

وروي عن احمد ما يدل عليه فانه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين فجعل ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما اذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الآخر اذا اتفق وراثهم على الجهل بكيفية موتهم لان مع التداعي تتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على ابطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما اذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه يمين لان اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الاحياء

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها وان

الفرج روايتان إحداهما تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لانها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك أشبهت الوطء والثانية لا تنشره لانه ليس بسبب للبعضية فلا ينشر الحرمة كالنظرة والخلوة وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجها أنه ينشر الحرمة والصحيح انها لا تنشر

﴿مسئلة﴾ (وإن فسدت المرأة في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها وذلك بان ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فان زوجها يرثها ولا ترثه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يرثها

ولنا انها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل

﴿فصل﴾ وان اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنينا فاجل سنة فلم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ذكره ابن اللبان في كتابه وذكر القاضي في المعتقة اذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث وإن قبلت ابن زوجها بالشهوة خرج فيه وجهان أحدهما ينفسخ نكاحها ويرثها اذا كانت مريضة وماتت في عدتها وهذا قول ابي حنيفة وأصحابه والثاني لا ينفسخ النكاح به وهو قول الشافعي ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف علمناه لأن النكاح من أصله فاسد في صحيح المذهب وهو قول الشافعي وروي عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لأن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الفرار كما لو فسخت المعتقة نكاحها

﴿مسئلة﴾ (وإن خلف زوجات نكاح بعضهن فاسد أقرع بينهن فمن أصابتها القرعة فلا ميراث لها)

أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ولان شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولانه لم تعلم حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحمل اذا وضعته ميتا ، ولان الاصل عدم التوريث فلا نثبته بالشك ولان توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لانه لايخلو من أن يكون موتهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا مخالف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فان قيل ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى اياس بن عبدالله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال « يرث بعضهم بعضا » والصحيح ان هذا انما هو عن اياس نفسه وانه هو المسئول وليس براويه عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه وحكاه الامام أحمد عنه ؛ وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين : يعطي كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا . وقال الخبري هذا هو الحكم فيما اذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافا

قد ذكرنا أن النكاح الفاسد لايثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي فاذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فقد روي عن أحمد مايدل على أنه يقرع بينهما في الميراث اذا مات عنها ذكره أبو بكر فمن خرجت لها القرعة فلا ميراث لها وكذلك لو طلق واحدة من نسائه وانسيها لأنه اشتبه المستحق بغيره فوجب المصير الى القرعة كما لو اعتق في مرضه عبيداً فلم يخرج من الثلث إلا أحدهم بروى ذلك عن علي رضي الله عنه وقد ذكرنا ذلك فيما قبل هذا الباب والاختلاف فيه والتفريع عليه

﴿ مسئلة ﴾ (إذا طلق أربع نسوة في مرضه فانقضت عدتهن ثم تزوج أربعا سواهن فالميراث للزوجات وعنه أنه بين الثمان)

وجملة ذلك أن المريض اذا طلق امرأته ثم نكح اخرى ثم مات لم يخل من حالين احدهما أن يموت في عدة المطلقة فترثاه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق واحد قولي الشافعي والقول الآخر لاترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وذكره بعض أصحابنا وجها في المذهب لأنها ترث منه ماكانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا صحيحاً فانها انما ترث ماكانت ترث لولم يطلقها ولو تزوج عليها ولم يطلقها لم ترث الا نصف ميراث الزوجات فكذلك اذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس المطلقة الاربع ميراث لزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه

(الحال الثاني) أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث كله للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وفي الرواية الاخرى الميراث للاربع كما لومات في عدة المطلقة

﴿ ومن مسائل ذلك ﴾ أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو: من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث احدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه. ومن قال بالوقف وقف مالهما فان ادعى كل واحد من الموليين ان مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الخرقي وإن كانت لهما أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الاول والنصف على القول الثاني وان خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من أربعة لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه من الباقي ثلاثة ولابنته اثناعشر ولمولاه الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الاخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة فصحت المسئلتان من ثلاثة عشر لامرأة الاخ ثلاثة ولزوج الاخت ثلاثة وللام أربعة بميراثها من الاخ واثنان بميراثها من الاخت وللعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة: لاخيها سهم بين أمه وامرأته

وعند مالك الميراث كله المطلقة فان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح اخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح اختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الاوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان أحدهما لاميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والثانية ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وعند الشافعي الميراث للمنكوحات ولا شيء للمطلقة فان تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة؟ على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن ترثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان أو اختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم من هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان

(أحدهما) يكون الميراث بين الخمس، و (الثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لان المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه.

قال شيخنا وكلا الوجهين بعيد، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا تجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه، وأما الآخر

وعمه على اثني عشر تضربها في الاولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما ، ثلاثة اخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقدر موت أحدهم أولا فلامه السدس والباقي لاخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الاول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسئلة أبو بكر : ثلاثة اخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لاخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من امه على أربعة وأصاب الاخ من الاب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجتزىء باحدهما وتضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لأبوين وأخ وأخت لام فمسئلته من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخت لابويه وأخ وأخت لابيه فهي من ستة ثم مات الاخ من الاب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة

فلأن الله لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى القول الأول وهو المختار يرثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني يكون فيه وجهان . (أحدهما): أنه بين الثماني . و (الثاني) . أن الميراث كله للمطلقات ، وهو قول مالك لان نكاح المتجددات غير صحيح عنده ، وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات الا في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن إلا في قول مالك ومن وافقه .

(فصل) ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن في مرضه وقال قد أخبرنني بانقضاء عدتهن وكذبنه فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي إذا كان بعد أربعة أشهر وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً ، والاول اصح لان هذا الحكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لهن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن ماتت منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثة أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو

تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة و بنتا وعما وخلف الآخر ابنين وبنتين الاولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومسئلته من ثمانية لاخيه منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولابنته أربعة وعشرون

(فصل) وإن علم خروج روحها معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وان علم أن احدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم وان ادعى ورثة كل ميت أنه أخرهما موتا فهي مسئلة الخرقي رضي الله عنه وقد نص فيها الامام أحمد رحمة الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميراثه فيحتمل ان يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتخرج في

من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز وكان صحيحاً فان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورث مكانها الاولى من المنكوحات وإن مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي فأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعي فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أربعاً ونكح أربعاً في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان : (احدهما) ان الميراث بين الثمان . وعلى الثاني هو للمطلقات خاصة ، وإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء وإن مات اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، وان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباعه إن كان نكاحهن في عقد واحد وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت من المطلقات واحدة فميراثها للاولى من المنكوحات ، وميراث الثانية للثانية وميراث الثالثة للثالثة

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه إحداكن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع إلى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن إلى أن يعين ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة فان عاد فقال أخطأت إنما أردت هذه طلقت الاخرى ، وإن متن ، أو احداهن ، قبل أن يبين رجع إلى قوله فمن أقر بطلاقها حرمناه

الجيم روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لان هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرقيق والقاتل فهذا لايحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فانهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القاتل دون غيره ولعلهم تمسكوا بعموم قوله تعالى (فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن - وإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد واخوة وعدم ارثهم لايمنع حجبهم كالاخوة مع الابوين يحجبون الام ولا يرثون

ولنا أنه ولد لايحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم

ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي وإن لم يعين بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فماتت أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها .

روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور ، وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال إن لي ثلاث نسوة وإني طلقت إحداهن فبتت طلاقها فقال ابن عباس إن كنت نويت واحدة بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق وإن لم تكن واحدة بعينها طلق أيتهن شئت .

وقال الشافعي وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطيء احداهن كان تعييناً لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي لا يكون تعييناً فان مات قبل أن تتبين فالميراث بينهن كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي يوقف ميراثهن وان كان الطلاق قبل الدخول دفع الى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي من مهورهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن وان متن قبله طلقت الاخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي يرجع إلى تعيينه على ماذكرنا .

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فانه قال إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعده إلى غيره وقال ماعلمي إلى علم علي إلا كالقرارة الى المتعنجر ولانه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد ثبت هذا في العتق بخبر عمران بن حصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل

كالميت ولانه لايؤثر في حجب غير الام والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت والآية أريد بهـا ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هـذا فيهم ، وأما الاخوة مع الاب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الاب لورثوا وانما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لان غيرهم أولى منهم فامتناع ارثهم لمانع لا لانتفاء المقتضي

(فصل) فأما من لايرث لحجب غيره له فانه يحجب وإن لم يرث ، كالاخوة يحجبون الام وهم محجوبون بالاب لان عدم ارثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال ارثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسئلتنا. فعلى هذا اذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللام السدس والباقي للاب ويحجب الاخوان الام عن السدس ولا يرثون شيئاً ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه لحجب الاب أمه عن الميراث وحجبت أمه أم أم الام على قول من يحجب الجدة بابنها والبعدى من الجدات بمن هي أقرب منهـا ويكون المال جميعه للاب

فيه القرعة كالسفر والقسمة بين النساء ،فاما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى احداهن مالا تستحقه وتنقيص بعضهن حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً .

(فصل) ولو كان له امرأتان فطلق إحداهما ثم ماتت احداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها ان كانت الميتة ولم ترثه ان كانت الاخرى، وفي قول أهـل العراق يرث الاولى ولا ترثه الاخرى، وللشافعي قولان أحدهما يرجع إلى تعيين الوارث فان قال طلق الميتة لم يرثها، ورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية ،والقول الثاني يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ،وان كان له امرأتان قد دخل باحداهما دون الاخرى فطلق احداهما لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللاخرى حكم الزوجية . وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللاخرى ربعه لان للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والباقي موقوف .

وإن كانتا مدخولا بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لان الاقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للاخرى ، وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه ، وعند الشافعي يوقف نصفه.

(فصل) في ميراث الحمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ماحكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لاينقصه الحمل كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل مايصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي ، والمشهور عنه أنه لايدفع إلى شركائه شيء لان الحمل لاحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش فظن أن لاولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال وصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به فيقال صرعك سبع رجل

وقد أخبرني من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال ولدت امرأتي في هذه الايام سبعة في بطن واحد ذكوراً واناثا وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق احداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الاربع ، وقال أهل العراق لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الاربع فان جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث وإن طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه وإن طلبه الاربع دفع اليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احدا كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقيه بين الاربع كالاولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق نقصها وثلثا معها نصف مهر ويبقى للاربع ثلاثة مهور وثمن بينهن في قول أهل العراق ، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر وللاربع ربع ما بقي وثلاثة مهور وثمن ويكون الربع مقسوما علي أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك احدا كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة اثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءا من اثنين وثلاثين جزءا من مهر ويبقى للاربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الاربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الاربع ويدفع إلى كل واحدة نصيب

(فصل) في الاشتراك في الطهر إذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما كأن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم

من كان يقرأ علي وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غيره هذا نادر ولا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كالولم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم واظن الرابع اسماعيل وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة

ولنا ان ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد ومازاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وان بقي منه شيء رد إلى أهله وان أعوز شيئا رجع على من هو في يده

﴿مسائل﴾ من ذلك امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعه وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع اليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسه او نصفه على اختلاف الاقوال ومتى زادت الفروض

يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها، أو يطؤها رجلان بشبهة ، أويطلق رجل امرأته فيتزوجها رجل في عدتها ويطؤها ، أويطأ إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها سيدها أو زوجها فيه ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، فان ألحقته باحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر ،وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وكانا ابنهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وعن مالك لايرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطيء بشبهة ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد وإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ما لم يوجد قافة، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقته عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ،وإذا ادعى اللقيط اثنان أري القافة معهما وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولده القافة مع المدعين ولو مات الرجلان أري القافة مع عصبتهما،فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق ونص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي عن أبي ثور وأبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وروي أيضاً عن أبي يوسف

على ثلث المال فميراث الاناث اكثر فاذا خلف أبوين وامرأة حاملا فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين والابوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوى ههنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمنا كاملا والابوان ثلثا كاملا ويؤخذ منهم ضمين، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناء من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسئلة، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالاثلاث ونضرب ثلث احداهما في جميع الاخرى تكن الفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللابوين والمرأة أحد عشر في اربعين وما بقي فهو موقوف. زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية للزوج ثلاثة وللام سهم ويوقف اربعة وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة وإلى الام سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضمينا هكذا حكى الخبري عنه، فان كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة او احد من ولد الاب لم يعط شيئا، ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوج الثلث وللام السدس وللجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس ويوقف

وقال أبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فان ادعياه معاً فهو ابنهما وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعاً وروي أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة مع اليمين وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدمت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولا عليها في باب اللقيط والغرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

﴿ مسئلة ﴾ (إذا ألحق باثنين فمات وترك أما حرة فلها الثلث والباقي لهما وإن كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لاحدهما ابنان فلامه السدس وإن مات أحد الابوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين فان مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاخوته لانهما محجوبان بالاب الباقي، فان مات الغلام وترك ابنا فللباقي من الابوين السدس والباقي لابنه وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه، فان كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولامي المدعيين نصفه كأنهما جدة وأحدة وللجدين السدس والباقي للابن فان لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان أخوين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فان مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن وحكى الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن، وان كان المدعي ابنا فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام

السدس بين الجد والام ولا شيء للحمل لان الجد يسقطه وابو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة اسهم وحكى عن شريك أنه كان يقول بقول علي في الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون عنده من تسعة وتقف منها اربعة ، ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس وللجد ثلث الباقي وتقف عشرة من ثمانية عشر وعند ابي حنيفة للجد الثلثان وللام السدس ويوقف[1] السدس بينهما ، وقول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلف ورثة واما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا كذا روي عن علي وعمر بن عبدالعزيز والشعبي والنخعي وقتادة في آخرين ، وان وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لاقل من ستة اشهر ورث لاننا نعلم أنها كانت حاملا به ، وان ولدته لا كثر من ذلك لم ترث الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها

(فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين (أحدهما) أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر فان أتت به لاكثر من ذلك نظرنا فان كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لاتوطأ اما لعدم الزوج أو السيد واما لغيبتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحمل

(١) في نسخة ويورث

والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، فان كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدساه ، وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الاصغر فلها النصف والباقى لأبي العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان لانها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعى رجلا وابنة فمات الابن فلها نصف ماله وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب وابنه قدم الاب ولم يكن للابن شيء وان مات الأب أولا فماله بين أبيه وبينها على ثلاثة وتأخذ نصف مال الأصغر لكونها بنته والباقي لكونها اخته وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا

(فصل) واذا كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا والفا ثم مات الثاني وترك ابنا والفين ثم مات الثالث وترك ابنا وعشرين الفا ثم مات الغلام وترك أربعة آلاف وأماً حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر الفا وخمسمائة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة اثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع الى الام ثلث تركته وهو الف وخمسمائة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب الالف فيرث منه خمسمائة وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعيين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبويهما لانه إن لم يكن أخاهما فذلك لهما من مال أبويهما وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بارثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة

وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الاخرى سنتان (والثاني) أن تضعه حيا فان وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى ابو داود باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا استهل المولود ورث » وروى ابن ماجة باسناده عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقالت طائفة لايرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ماهو فقالت طائفة لايرث حتى يستهل صارخا فالمشهور عن احمد رضي الله عنه أنه لايرث حتى يستهل ، وروي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي سلمة بن عبدالرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق لان مفهوم قول النبي ﷺ « اذا استهل المولود ورث » انه لايرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقة عن النبي ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس « اذا وقع صارخا فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وان وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » ولان الاستهلال لايكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فان اللحم يختلج سيما اذا خرج من مكان ضيق فتضامت

آلاف وثلث الف ويبقى ثلثا الف موقوفة بينه و بين الام لانه يحتمل أن يكون أخا فيكون قدمات عن أربعة عشر ألفا لامه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالاف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما و بين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالاف ، فان ادعى اخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أتساع منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه و بين الاب ، فان مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الغلام و بنت الابن لانه ابن ابنه بيقين ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وينظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فيعطيه أقلهما ، فالغلام في حال كل الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من مال الثاني فله أقلهما ، ولبنت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال عمها . ولبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشار من مال الاول فيدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى . فان اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضها قصاصاً عن بعض قومت وعمل في قيمتها ما بينا في الدراهم ان تراضوا بذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه على الصلح

أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسبح فانه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ماهو فقيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسئلة . ورواه أبو طالب عن أحمد فقال لا يرث الا من استهل صارخا ، وانما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً والأصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضا فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث اذا استهل فقيل له ما استهلاله ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ

وعن احمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لانه حي فتثبت له أحكام الحياة كالمستهل وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حيا فاستهل ثم انفصل باقيه ميتا لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي

(فصل) ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما وترك الفاً وعماً وبنتاً ثم مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركة أبيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركة الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي الف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلابنه الاول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني، فاذا مات الغلام فلامه من تركته الف وثلثا الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي الف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لهما أما عن صاحبهما أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لانه له اما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام الفاً وتسعي الف لانها أقل مالها ويبقى الف وسبعة أتساع الف تدعي منها الام أربعة أتساع الف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن الفاً وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين وادعتاه معاً أري القافة معهما فان ألحقته باحداهما لحق بها وورثها وورثته في احدى الروايات وان ألحقته بهما أو نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما وان قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم نسمع بينتيهما وبه قال أبو يوسف واللؤلؤي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثاه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن احدى البينتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردها لعدم العلم بعينها ولان هذا محال فلم يثبت ببينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة مهاصي ادعاه رجلان

الله عنه وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام « اذا استهل المولود ورث » ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه مالو مات قبل خروج أكثره

(فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فان كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرا وأنثى لايختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصحابنا من قال يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة. وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون تعمل المسألة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

(ومن مسائل ذلك) رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقبل إن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لام الميت ثلاثة ولام الولد خمسة وللعم عشرة ، وإن كانت البنت المستهلة فالمسألة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لامها سهم ولعمها سهمان والستة

كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقها وان صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغاً فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبياً مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعاً وقد ذكرنا لحاق النسب في هذه المسائل والاختلاف فيه وإنما ذكرناه ههنا لاجل الميراث لانه مبني عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الاقرار بمشارك في الميراث﴾

إذا أقر الورثة كلهم بوارث فصدقهم أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه وارثه سواء كان الورثة جماعة أو واحداً ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه كذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة ان أنظر الى ابن زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لايثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت الا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لايثبت النسب الا باثنين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين .

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلا يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

تدخل في ثمانية عشر فمن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير والعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولام الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فيأخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمسئلتان من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فان كان معهما بنت فكل واحدة من المسئلتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا فاستهل أحدهما فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين ، وإن كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمسئلتان متباينتان فاضرب احداهما في الاخرى تكن أربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المسئلتين مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة

(فصل) في شروط الاقرار بالنسب لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة أو عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه (والثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه باحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثبت وجرى مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه ، وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه. فاما إن كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقراره بأخ اعتبر مع الشروط الاربعة شرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة، فان كان المقر زوجاً أو زوجة ولا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله فان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وان كان الوارث أما أو بنتاً أو أختاً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله نسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما إذا وافق الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد وقد ذكرناه ؛ فان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي

وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم

(فصل) واذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الاصل عدم استهلاله .فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه . وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي (ومن مسائل ذلك) أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احداهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الاخرى أو تكرر من واحدة فقيل ان كان منهما جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتا فحكمها حكم الغرقى فمن ذهب إلى انه لا تورث إحداهما من الاخرى قال قد خلفا أما واختا وعما فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة تصح من اثنى عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير ستة وثلاثين للأم اثنا عشر وللأخت كذلك وللعم تسعة ونقف ثلاثة تدعي الام منها سهمين والعم سهما وتدعيها الاخت كلها فيكون سهمان بينها وبين الام وسهم بينها وبين العم . زوج وجد وأم حامل ولدت ابنا وبنتا فاستهل

تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفاً لدين مورثه أوقاتلا فلا عبرة به ويثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وان لم يكن وارثاً لوجود مانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً

(مسئلة) (وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه كأخ يقر بابن للميت أو ابن ابن يقر بابن للميت أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فانه يثبت نسبه بذلك ويرث ويسقط المقر)

هذا اختيار ابن حامد والقاضي وابن شريح وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه فسقط لانه لو ورث لخرج المقر عن كونه وارثا فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى اسقاط توريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه مانع من الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا توريث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ، وما احتجوا به لا يصح لانا انما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه عن الميراث بالاقرار لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة . فان قيل إنما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به فصار اقراراً من جميع الورثة وإن كان المقر به طفلا أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله ، قلنا ومثله ههنا

أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن اربعة بين امها وجدها فتصح من احد وثمانين، وإن تكرر من الاخ لم يرث شيئا والمسئلة من ستة للجد منها سهم وإن كان منهما فللام السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام اربعة وللجد خمسة وثمانية عشر توافق احدا وثمانين بالأتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون والام تسعا المال من مسئلة استهلالهما معا ستة وثلاثون وللجد السدس من مسئلة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة واربعون يدعي الزوج منها سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها الجد سبعة وثلاثين وتعول الثمانية الفاضلة الام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجد يقران لها بها

(فصل) وإذا ضرب بطن حامل فاستدلت فعلى الضارب غرة موروثة عن الجنين كانه سقط حيا وبهذا قال مالك وأبوحنيفة والشافعي وسائر الفقهاء الا شيئا يحكى عن ربيعة والليث وهو شذوذ لا يعرج عليه، فان قيل فكيف تورثون منه وهو لا يرث؟ قلنا نورث منه لان الواجب بدل عنه فورثته ورثته

فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كان اثنين أحدهما صغير فأقر البالغ باخ آخر لم يقبل ولم يقولوا به ولا يعتبر موافقته كذا ههنا، ولانه لوكان في يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت المقر له، وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به)

وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث مشارك لهم في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته في حق المقر دون المنكر ولا اثباته في حقهما لان أحدهما منكر فلا يقبل اقرار غيره عليه ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولوكان المقر عدلان لانه اقرار من بعض الورثة، وقال أبو حنيفة يثبت اذا كانا عدلين لانهما بينة فهو كما لو شهدا به

ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد، وفارق الشهادة لانه يعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه . فاما ان شهد به عدلان أوشهدا أنه ولد على فراشه أو ان الميت أقر به ثبت النسب وشاركهم في الارث لانهما لوشهدا على غير موروثهما قبل فكذلك اذا شهدا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى المقر أن يدفع اليه فضل مافي يده عن ميراثه)

اذا أقر بعض الورثة ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل مافي يده كمن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث مافي يده وان أقر بأخت دفع اليها خمس مافي يده عن ميراثه هذا قول مالك

كدية غير الجنين، وأما توريثه فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك في حياته.

(فصل) ودية المقتول موروثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا فقال له الضحاك الكلابي كتب الى رسول الله ﷺ : أن اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وروى الامام احمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم، وباسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «المرأة ترث من مال زوجها وعقله ويرث هو من مالها وعقلها مالم يقتل واحد منهما صاحبه» إلا أن في اسناده رجلا مجهولا وقال ابراهيم قال رسول الله ﷺ «الدية على الميراث والعقل على العصبة» وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه

والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه مافي يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكأن ما أخذه المنكر تالف أو غصب فيستوي فيما بقي وقال الشافعي وداود لا يلزمه في الظاهر دفع شيء اليه، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحهما لا يلزمه لانه لا يرث من لا يثبت نسبه واذا قلنا يلزمه ففي قدره وجهان

ولنا على الشافعي أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فلزمه ذلك كما لو أقر له بعين ولانه اذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه لزمه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم يقم بينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق تعلق بمحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين بجناية على العبد ولان التركة بينهم أثلاثا فلا يستحق مما في يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة، ولانه اقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالاقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولانه لو شهد معه أجنبي بالنسب ثبت ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها نفعاً الى نفسه لكونه يسقط بعض مايستحق عليه. فعلى هذا إذا خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا

وعن أحمد نحو من هذا وقد ذكر الخرقي فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته فللموصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان: احداهما أنها تحدث على ملك الميت لانها بدل نفسه فيكون بدلها له كدية أطرافه المقطوعة منه في الحياة ولانه لو اسقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحا وليس له اسقاط حق الورثة ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والاخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها انما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك وانما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لانه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في ديته

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان [أحدهما] الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة

الثلث وفي يدى النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه اليه وهو ثلث ما في يده وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف ما في يده وهو الربع، وان أقر باخت دفع اليها خمس ما في يده لأنه يقول نحن اخوان واخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع اليها خمس ما في يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث ما في يده، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة وههنا يستحق الثلث فافترقا

(فصل) اذا خلف ابنا واحداً فاقر بأخ من أبيه دفع اليه نصف ما في يده في قول الجميع فان أقر بعده بآخر فاتفقا عليه دفعا اليه ثلث ما في أيديهما في قولهم جميعا، فان أنكر المقر به ثانيا المقر به أولا لم يثبت نسبه قال القاضي هذا مثل العامة ادخلني اخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لانه لم يقر بأكثر منه. وقال الشافعي يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة لانه أتلفه عليه باقراره الاول. قال شيخنا ويحتمل أن لايبطل نسب الاول لانه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار وإن لم يصدق المقر به الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده، ويحتمل أن يلزمه ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وسواء دفعه اليه بحكم حاكم أو بغير حكمه لان اقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند اقراره بالاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان مايتلف، وحكي نحو هذا عن شريك ويحتمل أنه ان علم بالثاني حين اقر بالاول وعلم أنه إذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لانه فوت حق غيره بتفريطه وان لم يعلم لم يضمن لانه لايجب عليه الاقرار بالاول اذا علمه ولا بحوجه إلى

الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي انه لايقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لان العدة انما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ،فان بان حيا أخذه ورد الفضل إلى أهله،وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وان علم انه كان ميتا حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول ، وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتا ، وكذلك إن علمنا انه مات ولم يدر متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في القديم وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين ، فأما ماله فاتفقوا على أنه لايقسم حتى تمضي مدة لايعيش في مثلها على ماسنذكره في الصورة الاخرى ان شاء الله تعالى ،لانه مفقود لايتحقق موته فأشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ماذكرناه في العدد ،واذا ثبت ذلك في

حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن وقيل هذا قياس قول الشافعي،وقال ابو حنيفة إن كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها وان دفعه بغير حاكم دفع الى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ماليس له تبرعا

ولنا على الاول أنه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ماتلف به كما لوقطع الامام يد السارق فسرى الى نفسه وان أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع مافي يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع مافي يد المقر به وفي ضمانه له مازاد التفصيل في التي قبلها وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به)

لانه لم يقر له بشيء فاذا خلف أخا من أب وأخا من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه لان كل الورثة أقروا به وأخذ جميع مافي يد الاخ من الاب لانه يسقطه في الميراث ، وان أقر به الاخ من الاب وحده أخذ مافي يده لما ذكرنا ولم يثبت نسبه لان الذي أقر به لايرث المال كله ،وان أقر به الاخ من الام وحده فلا شيء له لانه ليس في يده فضل يقر له به وكذا ان أقر بأخ آخر من امه لذلك فأما ان أقر بأخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث مافي يده لان في يده السدس فباقراره اعترف أنه لايستحق من الميراث الا التسع فيبقى في يده نصف التسع وهو ثلث مافي يده،وقال ابو حنيفة في ثلاثة اخوة مفترقين اذا أقر الاخ من الام بأخ من أم فله نصف مافي يده وان أقر بأخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع مافي يده وعلى قولنا لايأخذ منه شيئا لانه لافضل في يده

النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى . ولان الظاهر هلاكه فأشبه مالو مضت مدة لا يعيش في مثلها [النوع الثاني] من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان (إحداهما) لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لا يصار اليه الا بتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه

(والرواية الثانية) انه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد وهذا قول عبدالملك بن الماجشون لان الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا ، وقال عبدالله بن عبدالحكم ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد ولعله يحتج بقول النبي ﷺ « أعمار امتي ما بين السبعين والستين » أو كما قال ، ولان الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا فأشبه التسعين

وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قال ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنه يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم

﴿مسئلة﴾ (وطريق العمل فيها أن تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار وتدفع الى المقر سهمه من مسألة الاقرار مضروبا في مسألة الانكار)

وللمنكر سهمه من مسئلة الانكار مضروب في مسئلة الاقرار وما فضل فهو للمقر به فلو خلف ابنين فأقر أحدهما باخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للمنكر سهم من الانكار في الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار في الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان صدق المقر مثل سهمه وان أنكر مثل سهم المنكر وما فضل للمختلف فيه وهو سهم في حال التصديق وسهم في حال الانكار، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق الا ربع ما في يده يصححها من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمختلف فيه سهم ولكل واحد من الاخوين سهمان . اذا خلف ابنين فأقر الاكبر باخوين فصدقه الاصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ، فمسئلة الانكار إذاً من ثلاثة ومسئلة الاقرار من أربعة فتضرب احداهما في الاخرى تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللاكبر سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان أقر بصاحبه مثل سهم الاكبر ، وإن أنكر مثل سهم الاصغر، وذكر أبو الخطاب أن للمتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الاربع ما في يده لانه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الاكبر نصف ما في يده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم . وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر

ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء ، وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار ، فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود، قال اللؤلؤي : وهذا قول أبي يوسف ، وحكى الخبري عن اللؤلؤي انه قال : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته . قال وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقده بيوم وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئا ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولا وهذا قياس قول من قال في الغرقى انه لا يورث احدهم من صاحبه ويرث كل واحد الاحياء من ورثته، قال القاضي هذا قياس قول احمد واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو بيوم، واختلفوا فيمن مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد واكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسألة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الاخرى إن تباينتا أو

من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي فانها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه الى النصف الذي هو بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثاً فتصح من تسعة ، للمنكر ثلاثة ، ولكل واحد من الأخوين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا .

قال شيخنا ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث ما في يده فيحصل للاصغر الثلث وللاكبر الربع ، وللمتفق عليه السدس والثمن ، وللمختلف فيه الثمن ، وتصح من أربعة وعشرين : للاصغر ثمانية ، وللمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، وللمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذه والاول أصح إن شاء الله تعالى .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل فتصادقا ثبت نسبهما فان تجاحدا فكذلك في أقوى الوجهين لان نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده، فان صدق

في وفقها ان اتفقتا وتجزىء باحداهما ان تماثلتا أو باكثرهما ان تناسبتا وتعطى كل واحد أقل النصيبين ومن لايرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئا وتقف الباقي ولهم ان يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود واختاره ابن اللبان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متنفية ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل ان جاز ذلك فالاولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ونقف نصيب المفقود لاغير، والاول أصح ان شاء الله فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة معارض بظهور الموت فينبغي ان يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لايخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لاتمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ولان تجويز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير اذنه، وظاهر قول الوني هذا أن تقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيبه لاغير، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه

صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عليه وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث مافي يده، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء تجاحدا معاً أو جحد أحدهما صاحبه لانا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان، ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب الآخر وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت به نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ فيه احتمالان (أحدهما) يثبت لأنه اقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فهو كالمنفرد (والثاني) لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بالآخر فلم يتفق كل الورثة على الاقرار به فلم تعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين.

﴿ مسئلة ﴾ (فان أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الاول نصف ما في يده) بغير خلاف وثبت نسبه لانه اقر به كل الورثة ويقف ثبوت نسب الباقي على تصديقه لانه صار من الورثة، ويعطى الثاني ثلث ما بقي في يده لانه الفضل فانه يقول نحن ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقر بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من ارثها بقدر حصته) يعني يلزمه مايفضل في يده لها عن حقه كما ذكرنا في الاقرار.

﴿ مسائل ﴾ من هذا الباب إذا خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه احد أخويه في الاخ والآخر في الاخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بالاخ اليه ربع ما في يده ويدفع المقر بهما

وإن ابن ابوه مفقود والمال في يد الابنتين فاختصموا الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئا سواء اعترفت الابنتان بفقده أو ادعتا موته، وان كان المال في يد ابن المفقود لم يعط الابنتان الا النصف أقل ما يكون لهما وإن كان المال في يد أجنبي فأقر بان الابن مفقود وقف له النصف في يده وان قال الاجنبي قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين ويوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

﴿ ومن مسائل ذلك ﴾ زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسئلة الموت من سبعة وعشرين لانها مسئلة الاكدرية ومسئلة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالأتساع فتضرب تسع إحداهما في الاخرى تكن أربعة وخمسين، للزوج النصف من مسئلة الحياة والثلث من مسئلة الموت فيعطى الثلث ، وللام التسعان من مسئلة الموت والسدس من مسئلة الحياة فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهما من مسئلة الموت وتسعة من مسئلة الحياة فيأخذ التسعة ، وللاخت ثمانية من مسئلة الموت وثلاثة من مسئلة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان أن الاخ حي أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الام ثلاثة والاخت خمسة والجد سبعة ،واختار الخبري أن المدة

اليها ثلث ما في يده ويدفع المقر بالاخت اليها سبع ما في يده ، فأصل المسئلة ثلاثة أسهم ، سهم المقر يقسم بينها وبينه على تسعة ، له ستة ولها ثلاثة ، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولاخيه سهم ، وسهم المقر بالاخت بينه وبينها على سبعة ، له ستة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة ثم في أصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسون، للمقر بهما ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون ، وللمقر بالاخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر ، وللمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة تسعة وثمانون ، وللاخ المقر به سهمان في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في سبعة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر ، وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون ، وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون، يجتمع لها أربعة وستون،ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لانه لافضل في يد أحدهما عن ميراثه،ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدقه في واحد منهما كان أصل المسئلة من أربعة أسهم : سهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسئلة من الف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها .

(فصل) إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرتا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لا غير .

وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي اخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات

إذا مضت ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته فانه كان محكوما بحياته لانها اليقين وانما حكمنا بموته بمضي المدة

ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله فاذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة. زوج وأبوان وابنتان مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة احدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطي الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر وتقف الباقي، وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والاخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء، وتعطى الاخت من الاب السبع لانها لا تحجب بالشك كما لا ترث بالشك والاول أصح لان دفع السبع اليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقينا انما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والاخت من الابوين والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم

على حسب اقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الاخت بأربعة ونصف، وأقرت لها المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم لها منها ثمانية وهي أربعة أخماسها تأخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح، فاذا بلغت الصغيرة فصدقت احداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه، وهذا قول أبي حنيفة . وقال ابن ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به فاذا بلغت فصدقت احداهن أمكست ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله لان فيه احتياطاً على حقها .

ثلاثة اخوة لاب ادعت امرأة أنها أخت الميت لابيه وأمه فصدقها الاكبر وقال الاوسط هي أخت لام وقال الاصغر هي أخت لاب فان الاكبر يدفع اليها نصف ما في يده ويدفع اليها الاوسط سدس ما في يده ويدفع اليها الاصغر سبع ما في يده وتصح من مائة وستة وعشرين لان أصل مسئلتهم ثلاثة، فمسئلة الاكبر من اثنين ومسئلة الثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الاكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الاوسط سدسه سبعة ومن الاصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون وهذا قياس قول ابن أبي ليلى، وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الاصغر فيضم الى نصف ما بيد أحدهما وتضيفه الى ما بيد الآخر وتقاسم الاوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فتضم الثلاثة الي ما بيد

(فصل) والاسير كالمفقود اذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور ، وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لايرث لانه عبد ، وحكي ذلك عن النخعي وقتادة والصحيح الاول والكفار لايملكون الاحرار والله أعلم

(فصل) في التزويج في المرض والصحة، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضا مخوفا حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لايتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لان لايتهم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث ، وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن إن قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

ولنا انه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله

الأكبر وتقاسمه على ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل ما في يد الاصغر أربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الاصغر سبعه وهو ستة وعشرون تضم الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معه مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة تضمها الى ما بيده الاكبر يصر معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللاصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون

(فصل) إذا خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع اليه نصف مابيده، فان أقر بعد جحده بآخر احتمل ان لايلزمه له شيء لانه لافضل في يده عن ميراثه وهذا قول ابن ابي ليلى وان كان لم يدفع الى الاول شيئاً لزمه ان يدفع اليه نصف مابيده ولا يلزمه للآخر شيء لما ذكرنا ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقي كله الى الثاني لانه فوته عليه وهو قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث مافي يده للثاني لانه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو اقر بالثاني من غير جحد الاول ،وهذا احد الوجود لأصحاب الشافعي،وقال اهل العراق ان كان دفع الى الاول بقضاء دفع الى الثاني نصف مابقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال، وان خلف ابنين فأقر احدهما باخ ثم جحده ثم اقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لانه لافضل في يده وعلى الاحتمال الثاني يدفع اليه نصف مابقي في يده وعلى الاحتمال الثالث يلزمه دفع مابقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

بشرطه فيصح كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك . واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ماقبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولان النبي ﷺ قضى لبروع بنت واشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقا ، ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي واذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لايدري أيتهما تزوج أول فانه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئا، قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث اذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي مايدل على أن المهر والميراث يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميراث الخناثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين فمات احدهما وترك بنتا فاقر الباقي باخ له من ابيه ففي يده ثلاثة ارباع المال وهو يزعم ان له ربعاً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به فان اقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم ان لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه الى المقر له وهذا قول ابن ابي ليلى ، وقال ابو حنيفة ان اقر الاخ دفع اليه نصف مافي يده وان أقرت البنت دفعت اليه خمسة اسباع مافي يدها لانها تزعم ان له ربعاً وسدساً وذلك خمسة من اثنى عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة . بنتان وعم ماتت احداهما وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخالة ففريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين لها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فيدفع اليها سهما ، وان اقر بها الابن دفع اليها سهمين، وان اقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع وان اقر بها العم لم يدفع اليها شيئاً ، وان أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع، وان أقرت به اخته دفعت اليه ربع تسع، وان اقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس ، وان اقر به العم دفع اليه جميع مافي يده . ابنان مات احدهما عن بنت ثم اقر الباقي منهما بام لابيه ففريضة الانكار من اربعة للمقر منها ثلاثة ارباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منهما اربعون يفضل في يده اربعة عشر سهماً يدفعها الى المرأة التي اقر بها وترجع بالاختصار الى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة، وان اقرت بها البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها، وان اقر الابن بزوجة لابيه وهي ام الميت الثاني فمسئلة الاقرار من ستة وتسعين لها منها

امرأة في عقد وأربعا في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهراً كاملا ينكره الاخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم للواحدة نصفه وللاربع نصفه ، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر مايجب عليه أربعة مهور فيأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثا ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الاربع وبين الاخ ثم يؤخذ ربع مابقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس . فعلى قول أهل العراق لهن مهران يقين والثالث لهن في حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لهن ميراثا فللواحدة ربعه يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعة هذا قول محمد بن الحسن

ستة وخمسون وفي يده ثلاثة ارباع ففضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختار الى اثنى عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريقه . ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة ابي فالفريضة فى الاقرار من ثمانية عشر للابوين ستة ولكل بنت اربعة فاسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى اربعة عشر للأبوين منها ستة وانما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك اربعة اسهم وثلثا سهم فيبقى لهما فى يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في اربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان اربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما اربعة، يأخذانها منهما ويبقى للابنتن اربعة وعشرون، وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلثا وبقي لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

﴿مسئلة﴾ (اذا قال مات أبي وانت اخي فقال هو ابي ولست بأخي لم يقبل انكاره لانه نسب الميت اليه بانه ابوه واقر بمشاركة المقر له في ميراثه بطريق الاخوة فلما انكر اخوته لم يثبت اقراره به وبقيت دعواه انه ابوه دونه غير مقبولة كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار. فاما ان قال مات ابوك وانا اخوك فقال لست بأخي فالمال للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت ابوه فثبت ذلك له ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الابوة للاول فاذا انكر الاول اخوته لم تقبل دعوى هذا المقر

﴿مسئلة﴾ (فان قال ماتت زوجتي وانت اخوها فقال لست بزوجها فهل يقبل انكاره؟ على وجهين)

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهما ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي رضي الله عنه تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور : مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان ربعه ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهراً ، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه الى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف، فان طلبت واحدة من الخمس شيئا من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يدفع اليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كاهن دفع اليهن ثلثه، وان عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه وثبت، وان وطيء واحدة منهن لم يكن ذلك تعيينا لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وللموطوءة الاقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما موقوفا ، وعلى قول أهل العراق يكون تعيينا ، فان كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين،

وهذه المسئلة تشبه الاولى من حيث انه نسب الميتة اليه بالزوجية في ابتداء اقراره كالنسب الابوة اليه في قوله مات ابي، وتفارقها في ان الزوجية من شرطها الاشهاد، ويستحب الاعلان بها واشهارها فلا تكاد تخفى ويمكن اقامة البينة عليها بخلاف النسب فانه انما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً

(فصل) اذا اقر من اعيلت له المسئلة بمن يزيل العول كزوج واختين اقرت احداهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة من مسئلة الانكار سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار سبعة يبقى في يدها تسعة، فان انكر الزوج دفعتها الى اخيها المقر به وتعطي الزوج ثلاثة من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار اربعة وعشرون، فان اقر الزوج به فهو يدعي تمام النصف أربعة والاخ يدعى أربعة عشر تكن ثمانية عشر والسهام المقر بها تسعة فاذا قسمتها على الثمانية عشر فللزوج منها سهمان وللاخ سبعة فان اقرت الاختان به وانكر الزوج دفع الى كل اخت سبعة والى الاخ اربعة عشر يبقى اربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها، ففي ذلك ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له (والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولهما نصفها لانها لاتخرج عنهم ولاشيء فيها للاخ لأنه لايحتمل ان يكون له فيها شيء بحال (الثالث) يؤخذ الى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك، ومذهب ابي حنيفة في الصورة الاولى ان انكر الزوج اخذت المقرة سهمها من سبعة فقسمتها بين اخيها وبينها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لهما منها ستة لهاسهمان ولاخيها اربعة وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهمها تكن خمسة واقتسماها بينهم على سبعة للزوج اربعة وللاخ سهمان

وان وطىء واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها ، فان أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمي ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين ، وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج ؟ فيه قولان ، فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين والميراث على ماتقدم

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق إحداهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربع ثلاثة أرباعه بينهن وهذا مذهب أبي حنيفة اذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة ، ولو انه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث والخامسة ربع ثلاثة لأرباع الباقي وما بقي بين الاربع الاول أرباعا وفي قول الشافعي رضى الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ماتقدم

والاخت سهم واضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللاخ سهمان في خمسة وللمقرة سهم في خمسة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان معهم اختان من ام فمسئلة الانكار من تسعة ومسئلة الاقرار من اربعة وعشرين وهما يتفقان بالاثلاث اذا ضربت وفق احداهما في الاخرى تكن اثنين وسبعين للزوج من مسئلة الانكار ثلاثة في وفق مسئلة الاقرار اربعة وعشرون وللاختين من الام سهمان في ثمانية ستة عشر وللمنكرة كذلك وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في وفق مسئلة الانكار ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر للاخ منها ستة ضعف سهمها يبقى سبعة اسهم لايدعيها احد ففيها الاوجه الثلاثة التى ذكرناها)

(احدها) تقر في يد المقرة (والثاني) تؤخذ الى بيت المال (والثالث) يقسم بين الزوج والمقرة والاختين من الام على حسب مايحتمل انه لهم لان هذا المال لايخرج عنهم فان المقرة ان كانت صادقة فهو للزوج والاختين من الام وإن كذبت فهو لها وإن كان لهم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال كما قسمنا الميراث بين الخنثى ومن معه على ذلك. فعلى هذا يكون للمقرة النصف وللزوج والاختين النصف بينهم على خمسة لان هذا في حال للمقرة وفي حال لهما فقسم بينهم نصفين ثم جعل نصف الزوج والاختين بينهم على خمسة لان له النصف ولهما الثلث وذلك خمسة من ستة فتقسم السبعة الاسهم بينهم على عشرة للمقرة خمسة وللزوج ثلاثة وللاختين سهمان، فاذا أردت تصحيح المسئلة فاضرب المسئلة وهي اثنان وسبعون في عشرة ، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في عشرة

﴿فصل في الطلاق﴾

اذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد، وان طلقها في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا اجماعا، وان كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان ماتت، يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي رضي الله عنه القديم

وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث مبتوتة وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة او كما لو كان الطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الاسباب

ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة وان صدقها الزوج فهو يدعي اثني عشر تمام النصف والأخ يدعي ستة تكن ثمانية عشر والثلاثة عشر لا تنقسم عليها ولا توافقها فاضرب المسئلة في ثمانية عشر تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر أربعمائة واثنان وثلاثون وللاختين من الام مائتان ثمانية وثمانون وللمنكر كذلك وللمقرة ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون وللاخ ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون وللزوج اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار الى مائتين وستة عشر لان السهام كلها تتفق بالاسداس وعلى هذا تعمل ماورد عليك من هذه المسائل اذا فهمتها إن شاء الله تعالى

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت فصدقهما ثبت نسبه واخذ ميراثه وان أقرت المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئاً وإن صدقها الاخ وحده فللمرأة الربع بكماله الا أن تجيز الوصية وللعم النصف ويبقى الربع يدفع الى الوصي وان صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث وللمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الاوجه الثلاثة التي ذكرناها وإن أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن لان مت لاورثنها منك قال قد علمت ذلك وماروي عن ابن الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه، اذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها اذا طلقها المريض أنها ترثه في العدة وبعدها مالم تتزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة وذكر عن ابي بن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن اباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة ، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فانه قال في رواية الاثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربعا قبل انقضاء عدة مطلقاته أنه لو طلق أربعا نسوة في مرضه ثم تزوج أربعا ثم مات من مرضه ذلك ان الثمان يرثنه

المرأة ولم تجزها ويحتمل الاوجه الثلاثة وإن لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية وأخذت المرأة السدس بالميراث ويبقى النصف في الاوجه الثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ميراث القاتل

(كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان القتل عمداً أو خطأً بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيراً أو مجنوناً)

لا يرث قاتل العمد وقد أجمع عليه أهل العلم إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لاخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والامام أحمد بسنده وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان باسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلا فانه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وان كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الامام أحمد باسناده ولان توريث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة ويقال ما ورث قاتل بعد عاميل وهو اسم القتيل فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أن القاتل لا يرث أيضاً نص

كاهن فيكون مسلما يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولانه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لانها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي الى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت وان تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في اهل المدينة ترثه لما ذكرنا في الرواية الاولى ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين .

ولنا أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواه كسائر الزوجات ولان التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الاول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح .

عليه أحمد روى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشعبي وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي وذهب قوم الى أنه يرث من المال دون الدية روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين ، والعمومات مخصصة بما ذكرناه فعلى هذا القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق كالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة .

(مسئلة) (فأما ما لا يضمن بشيء من هذا القتل قصاصاً أو حدا أو دفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يمنع وعنه لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث)

وجملة ذلك أن القتل المانع من الارث ما كان مضموناً على ما ذكرنا فأما ما ليس بمضمون فلا يمنع الميراث كالقتل قصاصاً وحداً ودفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط خراج فمات أو من أمره انسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فمات بذلك ورثه في ظاهر المذهب قال أحمد اذا قتل الباغي العادل في الحرب يرثه وعن أحمد أن العادل

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولان حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات (احداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها ابو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغي ان تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولان الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء لان العدة حق عليها فلا يجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لان الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته والرابعة لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم. قال احمد. قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة

اذا قتله الباغي في الحرب لا يرثه ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فانه قال في رواية ابنيه صالح وعبد الله لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر الحديث ولانه قاتل فأشبه الصبي والمجنون وقال أبو حنيفة وصاحباه كل قتل لا يأثم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على انسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها اذا قتلت بيدها أو فيها فانه يرثه لانه قتل غير متهم فيه ولا اثم فيه أشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن ففي ماعداه تبقى على مقتضاها ولانه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فافضى الى تلفه ولانه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي الى اتحاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسئلتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي الى ايجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضي اليه بخلاف مسئلتنا اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل لم يرثه وان شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

عليها . قال الحسن ترث قال احمد اذهب الى قول جابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم وقال تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم . وأما الميراث فانها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم . ولو خلا بها وقال لما أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة في صحته وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم مالو ابتدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها فان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينونتها

(فصل) أربعة اخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الاصغر سقط القصاص عن الاكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والاصغر نصفين فلما قتل الثالث الاصغر لم يرثه وورثه الاكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الاصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الثالث ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتص منه ورثه وورث أخوته الثلاثة ولو أن اثنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أبا الآخر سقط القصاص عن الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وامه فلما قتل الثاني امه ورثها قاتل الاب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب وان جرح أحدهما أباه والآخر امه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على اخيه الا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء الا بابطال حق الآخر فيسقطان وان عفي أحدهما عن الاخر فللآخر قتل العافي ويرثه في الظاهر ، إن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه لان القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقط فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما متعديا باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله وان أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا خرج فى توريثهما ما ذكرنا في الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة في المرض أشبه مالو لم ترتد (والثاني) لاترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ماينافي النكاح أشبه مالو تزوجت ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنهم لاترثه

ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ماينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه مالو لم ترتد، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الاسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لان النكاح باق فان انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث احدهما الآخر، وإن قلنا أن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر اذا كان ذلك في مرض موته لانه تحصل به البينونة فأشبه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) اذا طلق المسلم المريض زوجته الامة و الذمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعتقت الامة

فالجواب فيها كالتي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة والله أعلم ويكون لكل واحد منهما دية الآخر وماله

باب ميراث المعتق بعضه

لا يرث العبد ولا يورث سواء كان قنا أو مدبراً أو مكاتبا أو أم ولد. قال شيخنا لا أعلم خلافاً في أن العبد لايرث إلا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ويعتق ويرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ماورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولانه تصح الوصية له فيرث كالحر

ولنا أن فيه نقصا منع كونه موروثا فمنع كونه وارثا كالمرتد ويفارق الوصية فانها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين، وقول ابن مسعود لايصح لان الاب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الاقارب وذلك لان الميراث صار لاهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم وأجمعوا على أن المملوك لايورث لانه لامال له فانه لايملك، ومن قال أنه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولان السيد أحق بمنافعه واكتسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لايرث ولايورث ولايحجب علي وزيد والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، والاسير الذي عند الكفار يرث اذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء الاسعيد بن المسيب فانه قال لايرث لانه عبد ولا يصح لان الكفار لايملكون الاحرار بالقهر وهو باق على حريته فيرث كالمطلق

ثم مات في عدتهما لم ترثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لهما في المرض اذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان فعتقت الامة وأسلمت الذمية ومات ورثتاه لانه فار فان قال لهما أنهما طالقتان غداً فعتقت الامة وأسلمت الذمية لم ترثاه لانه غير فار ، وإن قال سيد الامة أنت حرة غداً ، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ،وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ولم أعلم لهم مخالفا

(فصل) واذا قال لامرأته في صحته اذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل اقراره . ولنا أنه اقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بمالها

(فصل) وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (احداهما)لاترثه لانه ليس بفار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لاترثه لانه لافرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانه رقيق بدليل أن النبي ﷺ باع مدبراً ، وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك واجارتها وحكمها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن فاما المكاتب فان لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لايرث ولا يورث ، وان ملك قدر مايؤدي ففيه روايتان (إحداهما) أنه عبد مابقي عليه درهم لايرث ولا يورث روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور وعن ابن المسيب وشريح والزهري نحوه لما روى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد» وعن محمد بن المنكدر وعبدالله مولى عفرة وعبدالله بن عبيدة أن النبي ﷺ قال لعتاب بن أسيد «من كاتب مكاتبا فهو أحق به حتى يقضي كتابته » وقال القاضي وأبو الخطاب اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إيتاؤه المكاتب فلا يجوز ابقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) أنه إذا ملك مايؤدي صار حراً يرث ويورث فاذا مات له من يرثه ورث ، وان مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى ابوداود باسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركته مابقي من كتابته فان فضل شيء كان لورثة المكاتب وروي نحوه عن الزهري وبه قال سعيد بن المسيب وابو سلمة بن عبدالرحمن والنخعي

بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لانها معذورة فيه ، ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثا ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه ، وإن علق طلاقها على فعل لابد لها منه كصلاة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعلته فحكمه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً ، وكذلك إن علقه على كلامها لابويها أو لاحدهما ، وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته

(فصل) فان علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها الفرض بانت ولم ترث لان اليمين كانت في الصحة

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبه مالو كان التعليق في المرض . ولو قال في الصحة أنت طالق ان لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وان ماتت لم يرثها . وان مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضا ، وكذلك إن قال ان لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وان ادعى الزوج انه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لان لاصل بقاء النكاح ولم تصدق في براءته منه لان الاصل بقاؤه في ذمته ، ولو قال لها في

والشعبي والحسن ومنصور ومالك وابو حنيفة الا أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه فانه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لاخيه دون ابنه وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حيا وان مات أدي من تركته باقي كتابته والباقي لورثته ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه وعن علي إذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه وعن الحسن اذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشريح مثله وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثا أو ربعا فهو غريم وعن ابن عباس اذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي قال : تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ماأدى ، وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ماعتق منه ، وفي رواية يؤدي المكاتب بقدر ماعتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد . قال يحيى بن أبي كثير وكان علي رضي الله عنه ومروان بن الحكم يقولان ذلك وقدروي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا والحديث الذي رويناه لقولنا أصح ولا نعلم أحدا من الفقهاء قال بهذا وماذكرناه أولى إن شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فهو لورثته ويرث ويحجب بقدر مافيه من الحرية)

وجملة ذلك أن المعتق بعضه اذا اكتسب مالا ثم مات وخلفه فان كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئا فان الميراث انما يستحقه بجزئه

الصحة أنت طالق ان لم أتزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي ، وذكر القاضي رواية أخرى انها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالايلاء لم ترثه

(فصل) وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ماينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فان طاوعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها فأشبه مالو خالعته وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فاذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن للميت أو بأبوين أو ابنين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فصار محجوباً عن الميراث لورثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان المريض امرأتان فاستكره ابنه احداهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثانية لانه متهم في حقها ، ولو استكرههما معا دفعة واحدة ورثتا جميعا ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما

الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لاحق لمالك باقيه فيها ، وقال قوم جميع ماخلفه بينه وبين سيده قال ابن اللبان هذا غلط لان الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصف الحر كما لو كان بين الشريكين فاقتسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر ، والعبد يخالف أحد الشريكين فيما عتق منه فأما ان لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته فان مات له من يرثه فانه يرث ويورث ويحجب على قدر مافيه من الحرية هذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان التيمي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث واحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي في القديم وجعلا ماله لمالك باقيه قال ابن اللبان هذا غلط لانه ليس لمالك باقيه على ماعتق منه ملك ولا ولاء ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئه الحر ، وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئا وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري وابو يوسف ومحمد واللؤلؤي ويحيى بن آدم وداود وقال ابو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فهو من تركته سعاية وله نصف ولاية وإن كان غرم الشريك فولاؤه كله للذي أعتق بعضه

الشافعي رضي الله عنه فانه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيما اذا وطيء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو بنتها فان امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها فان مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها ، فان كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئا لانه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطيء ابنة امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فان كان صبيا عاقلا ورثت لان له قصداً صحيحا . وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لان قوله لا عبرة به ، وكذلك الحكم فيما إذا وطيء بنت امرأته أو أمها . والشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان (أحدهما) لا ينفسخ به نكاح امرأته لانه لا يحرم (والثاني) أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفي القبلة والمباشرة دون الفرج روايتان (إحداهما) تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لانها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك فأشبه الوطء (والثانية) لا ينشره لانه ليس بسبب للبضعية فلا ينشر الحرمة كالنظر والخلوة . وخرج أصحابنا في النظر الى الفرج والخلوة لشهوة وجها انه ينشر الحرمة

ولنا ما روى عبد الله بن احمد ثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العتيق يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولانه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لان العمل على غيره واضح وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه وإن كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها فاذا خلف أماً وبنتاً نصفها حر وأبا حراً فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها بحريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فاما بنصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للاب وإن شئت نزلتهم أحوالا كتنزيل الخناثى فتقول إن كانتا حرتين فالمسئلة من ستة للبنت ثلاثة وللام السدس سهم والباقي للأب ، وإن كانا رقيقين فالمال للأب ، وإن كانت البنت وحدها حرة فلها النصف والمسئلة من اثنين وإن كانت الام وحدها حرة فلها الثلث وهي من ثلاثة وكلها تدخل في الستة فتضربها في الاربعة الأحوال تكن أربعة وعشرين للبنت ستة وهي الربع لأن لها النصف في حالين وللام الثمن وهو ثلاثة لان لها السدس في حال والثلث في حال والباقي للأب ويرجع بالاختصار إلى ثمانية .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تكمل الحرية فيهما ؟ يحتمل وجهين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل)

إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الحرية فيهما بان تضم الحرية من أحدهما الى ما في الآخر منهما فان كمل منهما

(فصل) وان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير او ارتدت أو نحو ذلك فماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي رضي الله عنه : لايرثها

ولنا انها احد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل، وان اعتقت فاختارت نفسها أوكان الزوج عنينا فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ، ذكره ابن اللبان في كتابه ، وذكر القاضي في المعتقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها ، وذلك لان فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث ، وان قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان

(أحدهما) ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه (والثاني) لاينفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت فسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف نعلمه لان النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، وروي عن احمد مايدل على صحته

واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لان نصفي شيء : شيء كامل ، ثم يقسم ماورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فاذا كان ثلثا أحدهما وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فان نقص مافيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر مافيهما وإن زاد على حر واحد وكان الحران فيهما سواء قسم مايرثانه بينهما بالسوية ، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال الاكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه

(والوجه الثاني)لاتكمل الحرية فيهما لانها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وان كان أحدهما يحجب الآخر فقيل فيها وجهان والصحيح أن الحرية لا تكمل هنا لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم لبعض على مثال تنزيل الخناثى وهو قول أبي يوسف وقد ذكرناه .

﴿ مسائل ذلك ﴾ (ابن نصفه حر له نصف المال فان كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال ان لم يكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال لانهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الاكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للاصغر ، ولو كان الاصغر وحده حراً فكذلك ، فلكل واحد منهما في الاحوال الاربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فان كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية ، وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين

ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه الا أن الفسخ لازالة الضرر لا من اجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها والله أعلم

(فصل) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثتاه جميعا هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لان نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فانها انما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث الا نصف ميراث الزوجات فكذلك اذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس المطلقة الاربع ميراث الزوجات والكل واحدة من الزوجات ربعه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الاخرى أن الميراث للاربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح

صاحبي النصفين نصفين وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه، ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لان لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه من ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثيه، وهو تسع المال ونصف سدسه ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الاول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع ولو نزلتهما بالاحوال أفضى الى هذا لان للحر المال في حال والنصف في حال فلهما نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ولو خاطبتهما لقلت للحر: لك المال، لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فبنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع، ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فاذا كان نصفك حرا فلك نصفه وهو الربع ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثا وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثاً فانا بالخطاب نقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان لك المال، ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حرا فلك بثلثي حرية خمسة أتساع، ويقال للاخر يحجبك أخوك بثلثي حرية عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فله بثلث حريته ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان لعصبته ان كان أو ذي رحم وإلا لبيت المال ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفضى قوله إلى أن له

باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الا وائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي رضي الله عنه النكاح صحيح والميراث الجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان (إحداهما) لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق (والثانية) ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وقال الشافعي رضي الله عنه الميراث للمنكوحات كاهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (احداهما) لا ترث وهو ظاهر كلام احمد لانه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة ان يرث ثمان نسوة وان يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو اختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس (والثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الاوائل دون الجديدة لان المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن

أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت البنت حر والابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين، ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة، وان شئت قلت ان قدرناهما حرين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وإن قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب الاثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلثاه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جعلت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فيجعل لها ربع ذلك وهو الثلث وإن كان معهما امرأة وأم حرتان كملت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورث بالاحوال والتنزيل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث ثمن وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلثاه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه وإن لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللام سبعة مكان سدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين

بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد اما احدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا اجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلان الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه وانقضت عدتهن ونكح اربعا سواهن ثم مات من مرضه فعلى الاول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان (أحدهما) أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لان نكاحهن غير صحيح عنده وان صح من مرضه فتزوج أربعا في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا الا في قوله وقول من وافقه ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه وقال قد اخبرنني بانقضاء عدتهن فكذبنه فله ان ينكح أربعا سواهن اذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي اذا كان بعد أربعة أشهر ، وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضا والاول أصح لان هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا ان تزوج أربعا في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات الا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وان أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا ، وان مات

وثمانية وثمانين سهماً للام منها ستون وللمرأة خمسة وأربعون وللابن خمسة وثلاثون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيكون لهما ثلاثة أرباع الباقي وقال ابن اللبان لهما سبعة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كانا حرين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهما نصف ذلك وهذا غلط لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه اياه بجميعها ولو ضاع ذلك لكان لهما حال انفرادهما النصف بينهما من غير زيادة ، ابن وأبوان نصف كل واحد منهما حر إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وإن قدرناه حراً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحد الابوين حراً فله خمسة أسداس فبجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثا فله ثمنها وهو ربع وسدس وللاب المال في حال وثلثاه في حال وسدساه في حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة وان عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم احراراً فهي من ستة وان قدرنا الابن وحده حراً فهي من سهم وكذلك الاب وان قدرنا الام وحدها حرة وقدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وان قدرنا الابن مع الاب او مع الام فهي من ستة وان قدرناهم رقيقاً فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية واربعين للابن المال في حال ستة وثلثاه في حال اربعة وخمسة اسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهما من ثمانية واربعين وللاب المال في حال ستة وثلثاه في حال اربعة وسدساه في حالين

منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وان مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وان مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثا أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحا ، وان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الاولى من المنكوحات ، وان مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وان مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فعلى قوله اذا طلق أربعا ونكح أربعا في عقد و عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :

(أحدهما) أن الميراث بين الثمان (والثاني) أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات فان مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات ، وان ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء ، وان ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث اذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها الاولى من المنكوحات وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة

وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وان كان ثلث كل واحد منهما حرا زدت على الست نصفها تصر تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللاب اثنا عشر وهي السدس وللام ستة وهي نصف السدس ولم تتغير سهامهم وانما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما اذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف ابن نصفه حر وام حرة للام الربع وللابن النصف وقيل له ثلاثة أثمان وهو نصف مايبقى فان كان بدل الام اختاً حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع فان كان مع الابن اخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وان كان معه عصبة حر فله الباقي كله

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما نصفين في قول الجميع الا الثورى قال لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع وان كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للاعلى النصف وللثاني النصف لان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء للثاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فان كان معهم اخ

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه احداكن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع الى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن الى أن تبين ، وإن كان الطلاق بائنا منع منهن الى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وان قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وان عاد فقال أخطأت انما أردت هذه طلقت الاخرى وان متن او احداهن قبل أن يبين رجع الى قوله فمن أقر بطلاقها حرمناه ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وان لم نعني بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك ان طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات اخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور . وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال ان لي ثلاث نسوة واني طلقت احداهن فبتت طلاقها فقال ابن عباس رضي الله عنه إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق ، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتهن شئت

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق يرجع إلى تعيينه في المسائل كلها فاذ وطىء احداهن كان تعيينا لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ؛ وقال الشافعي لايكون تعيينا فان مات قبل أن يبين فالميراث بينهن كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقهن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع إلى

حر أوغيره من العصبات فله الباقي وان كان نصفه حراً فله نصف مابقي الا على الوجهين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر واخ ثلاثة ارباعه حر للابن النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللاخ ثلاثة ارباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للاخ ثلاثة اخوة مفترقين نصف كل واحد حر للاخ من الام نصف السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب نصف الباقى وتصح من ثمانية واربعين للاخ من الام اربعة وللاخ من الابوين أثنان وعشرون وللاخ من الاب احد عشر وعلى القول الآخر للاخ من الام نصف سدس وللاخ من الابوين النصف وللاخ من الاب مابقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للاخ من الام وللاخ من الابوين الربع وللاخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللاخ من الام ربع السدس وللاخ من الابوين نصف الباقي وللاخ من الاب الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذي الرحم فان لم يكن فلبيت المال فان كان معها ام حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن و نصف الثمن وان كان معها اخ ن ام فله نصف السدس فان كان معها بنت ابن فلها الثلث لانها لو كانت كلها رقيقة لكان لبنت

كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن ، وإن متن قبله طلقت الآخرة في قول أهل العراق ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع إلى تعيينه على ماذكرناه

ولنا قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لان ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فانه قال اذا ثبت لنا عن علي قول لم نعده إلى غيره ، وقال ماعلمي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المثعنجر ولانه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولان الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع الى احداهن مالا تستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ، ولو كان له امرأتان فطلق احداهما ثم ماتت احداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة ولم ترثه ان كانت الاخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الاولى ولا ترثه الاخرى وللشافعي قولان (أحدهما) يرجع الى تعيين الوارث ، فان قال طلق الميتة لم يرثها وورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية (والقول الثاني) يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية . وان كان له امرأتان قد دخل باحداهما دون الاخرى وطلق إحداهما لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللاخرى حكم الزوجية وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ان مات في عدتها وللاخرى ربعه لأن للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما ، وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والثاني موقوف وان كانتا مدخولا بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم مات فى عدتها لم يقبل قوله لان الاقرار بالطلاق فى المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للاخرى وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه وفى قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق احداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع ، وقال أهل العراق لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن

الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا اذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية فان كان ثلثه حراً فله ثلثه فان كان معها بنت اخرى حرة فلهما ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً وبنصف حرية نصف كمال الثلثين وفي الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس وللاخرى سدس لان نصف احداهما يحجب الاخرى الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فان كان نصفها رقيقا ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما

وان كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الاربع، فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تعط شيئا ، وان طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث ، وان طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه وان طلبه الاربع دفع اليهن، ولو قال بعد نكاح الخامسة احداكن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها شريكة ثلاث وباقيه بين الأربع كالاولى وللخامسة سبعة أثمان مهر لان الطلاق نقصها وثلاثا معها نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة وثمن بينهن في قول أهل العراق، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع مابقي وسبعة أثمان مهر والأربع ما بقي وثلاثة مهور وثمن ويكون الربع مقسوما على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك إحداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الاربع ويدفع الى كل واحدة نصف[1]

(١) في نسخة نصيب

﴿ باب الاشتراك في الطهر ﴾

إذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الانسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها أو يطؤها رجلان بشبهة أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطؤها، أو يطأ انسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والاوزاعي والشافعي وأبي ثور فان ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق الآخر وسواء ادعياه أولم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر، وان ألحقته القافة بهما لحقهما وكان ابنهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وقال مالك لا يرى ولد الحرة القافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطيء بشبهة وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يوجد قافة ومتى

لانها لو كانتا حرتين لكان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس . وطريقها بالبسط ان تقول لو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة ولو كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك اذا كانت الصغرى وحدها حرة وان كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في الاحوال الاربعة تكن اربعة وعشرين للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه في حال بسهمان صار لها خمسة من اربعة وعشرين والاخرى مثل ذلك وللعصبة

لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقته عليهما الى أن ينتسب الى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق، وإذا ادعى اللقيط اثنان أري القافة معهما، وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولده القافة مع المدعين، ولو مات الرجلان أري القافة مع عصبتهما، وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي عن أبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين. وروي أيضا عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل اذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فان ادعياه معا فهو ابنهما، وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعا

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي ليلى واسحاق وعن أحمد نحوه اذا عدمت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولاً عليها في مواضعها والغرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسألة) اذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فان كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لأحدهما ابنان فلأمه السدس، فان مات أحد الابوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين، فان مات الغلام بعد ذلك فلأمه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاخوته لانهما محجوبان بالاب الباقي، فان كان الغلام ترك ابنا فللباقي من الابوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابنا فلهما جميعا السدس والباقي لابنه، فان كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلأم أمه نصف السدس ولامي المدعيين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للابن فان لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لان الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان اخوين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للاب فان مات الاب بعد ذلك فلها النصف لانها بنت ابن.

المال في حال والنصف في حالين والثلث في حال وذلك اربعة عشر سهما من اربعة وعشرين سهما ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة فاذا لم تكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما بيناه. ثلاث بنات ابن متنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للاولى الربع وللثانية السدس لانها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس في قول البصريين لانك تقول للسفلي لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت احداهما حرة كان لك

وحكي الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لانها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابنا فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لان الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدساه وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الاصغر فلها النصف والباقي لابي العم لانه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان لانها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعى رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الاب فلها النصف أيضا وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال ابو حنيفة إذا تداعى الاب وابنه قدم الاب ولم يكن للابن شيء ، وإن مات الاب أولا فمابين ابنه وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الاصغر لكونها بنته وباقيه لانها أخته ، وفي كل ذلك اذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا . فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا وألفا ثم مات الثاني وترك ابنا وألفين ثم مات الثالث وترك بنا وعشرين الفا وترك اربعة آلاف وأما عشرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفا وخمسمائة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة أثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الامام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب الالف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبويهما لانه لم يكن أخالهما فذلك لهما من أبويهما ، وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بارثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث الف ويبقى ثلثا الف موقوفة بينه وبين الام لانه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر الفا لامه ثلثها ويبقى من مال الابن الفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالف ، فان ادعى اخوان ابنا ولها أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أتساعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني

السدس فنصفها ثلث فتحجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فاذا كان نصفك حرا كان لك نصفه ، وفي التنزيل للثالثة نصف الثمن وثلثه وذلك لاتنالوز لنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن اماء كان المال للعصبة ولو كن أحرارا كان للاولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ، ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة

خمسة أسداس بينه وبين الاب، فان مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ماورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لانه ابن ابنه بيقين ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتعطيه أقلهما، فللغلام في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من الثاني فله أقلهما ولبنت الميت الأول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، ولبنت الابن في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الاول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى، ومتى اختلف أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدراهم ان تراضوا على ذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح، ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك ابنا وبنتا وعما ثم مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركة ابيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركة الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثى الف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن اخيه ولا شيء للعم وان لم يثبت نسبه فلابنة الأول ثلث الالف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني فاذا مات الغلام فلامه من تركته الف وتسعا الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثى الف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لهما اما عن صاحبهما او الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني الى ابن ابنه لانه له اما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركة الغلام الفا وتسعي الف لانه أقل مالها ويبقى الف وسبعة اتساع الف تدعي الام منها أربعة اتساع الف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعى منها ابن الابن الفا وثلثا تمام ثنى خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معا ارى القافة معهما

أحوال اثنا عشر وهي الربع وللثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهي خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون منهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربعان وللثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر . ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم للتي من قبل الابوين الربع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الام نصف السدس وللام الثلث لانها لا تحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية اثنتين وللعم ما بقي، وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللام الثلث لما ذكرناه وقال الخبري للام

فان ألحقته باحداهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وان ألحقته بهما او نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما ، وان قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم تسمع بينتهما وبهذا قال ابو يوسف والثوري وقال ابو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردهما لعدم العلم بعينها ولان هذا محال فلم يثبت ببينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما ، وان صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغا فادعياه فصدق أحدهما ، ولو أن صبيا مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء ، وقال النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته . متفق عليهما ، وقال النبي ﷺ « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال « مولى القوم منهم » حديث صحيح . وروى الخلال

الربع وحجبها بالحر كما يحجب بنصف البنت ،والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء منه وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منها ولذلك لم يحجب بالواحد عن شيء أصلا وهذا قول ابن اللبان وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط، وفي الباب اختلاف كثير وفروع قلما تتفق وقل مسئلة تجيء إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرنا

﴿ باب الولاء ﴾

الاصل فيه قوله تعالى (فان لم تعلموا آباءهم فاخوانهم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وقال عليه السلام « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » حديث صحيح ، وروى الخلال باسناده عن ابن أبي أوفى قال قال لي النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب

(مسئلة) (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استيلاد أو وصية

باسناده عن اسماعيل بن خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب »

﴿ مسئلة ﴾ قال (والولاء لمن اعتق وإن اختلف دينهما)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء، والاصل في هذا قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » وأجمعوا أيضا على أن السيد يرث عتيقه اذا مات جميع ماله اذا اتفق دينهما ولم يخلف وارثا سواه وذلك لقول النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال: كانت لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاته فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف. قال وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ «الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فالمولى » وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال النبي ﷺ ماترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثا فهو لك »

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة

بعتقه فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمه وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدا ما تناسلوا)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أوعتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من زكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء لقول النبى ﷺ « الولاء لمن أعتق » متفق عليه

(فصل) وان أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء وهذا قول عامة أهل العلم الا أهل العراق فانهم قالوا: العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام واذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلماً فالولاء بحاله وان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً فان اعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه، وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه انعام عليه ولا سبب لذلك، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك فان أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين فاذا مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل

والتابعين ومن بعدهم فاذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الارحام على المولى ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

(فصل) وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلاشيء للمولى لانعلم في هذا خلافا لما تقدم من الحديث ولقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وفي لفظ « فلأولى عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمشبه به أقوى من المشبه ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لانعلم فيه خلافا لعموم قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء » ولان الولاء انما يثبت له عليه لانعامه باعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء للذكر على الانثى والانثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟ فيه روايتان

ولاء الاول وصار الولاء للثاني وهو قول مالك والشافعي وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر وقيل الولاء للاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الحربي الاول فالولاء التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه الحربي سواء. وان أعتق مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولان له أمانا بعتق المسلم إياه .

قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمعتق الحربي وكغير المعتق، وقولهم في استرقاقه ابطال ولاء المسلم قلنا لا نسلم بل متى اعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لمانع وان سلمنا أن فيه ابطال ولائه ولكن ذلك غير ممتنع كما لو قتل بكفره فانه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه، فعلى هذا ان استرق احتمل أن يكون الولاء للثاني لان الحكمين اذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ واحتمل أن

(احداهما) يرثه روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لايصلح له تملكه . وجمهور العلماء على أنه لايرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي ﷺ « لايرث المسلم الكافر ولاالكافر المسلم» ولانه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب . ولان اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالاضعف أولى ، ولان النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته فاذا اجتمعا على الاسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصح في الاثر والنظر ان شاء الله تعالى فان كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته مع حياته

ولنا أنه بمنزلة مالو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والابعد على دينه ورث دون القريب

(فصل) وإن أعتق حربي حربيا فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين اهل الحرب فكذلك الولاء . وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فانهم قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تصر أم ولد مسلما كان السيد أوذميا أوحربيا

يكون للاول لان ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثاني وان أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه وان اشتري فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

﴿مسألة﴾ (أو عتق عليه برحم)

يعني اذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاؤه لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو ارث أو غنيمة أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً (أو كتابة أو تدبير) يعني إذا كاتبه فأدى الى مكاتبه وعتق أو عتق بالتدبير فولاؤه لسيده في قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق .

وحكي ابن سراقه عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فأعتقه ، وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فللمكاتب أن يوالي من يشاء ، وقال مكحول أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لانه يبيعه ماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر أيضاً بلا اشكال وقد قال النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال أبو سعيد مولى أبي أسيد وسيرين مولى أنس

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » فان جاءنا المعتق مسلما فالولاء بحاله ، فان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه . وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه . ويحتمل أن لا يثبت لانه ماحصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وان أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولاء الاول وصار الولاء للثاني وبهذا قال مالك والشافعي .وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء للاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الاول الحربي فالولاء التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه ، وان أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربي سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي انه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم . قال

وسليمان بن يسار مولى ميمونة وكانوا مكاتبين، ويدل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت الى عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة ان شاءوا اعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت، فأبوا أن يبيعوها الا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ « اشتريها واشترطي لهم الولاء » وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لانه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فكان الولاء له عليهما .

﴿ مسئلة ﴾ (أو استيلاد أو وصية بعتقه)

يعني إذا عتقت أم الولد بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته وهذا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، ونحوه عن ابن عباس وعن علي لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى في بابه، ولا خلاف بين القائلين بعتقها أن ولاءها لمن عتقت عليه . ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لانها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ولاؤها الذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب .

ابن اللبان ولان له أمانا بعتق المسلم إياه . والصحيح ان شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كعتق الحربي وكغير المعتق . وقولهم في استرقاقه إبطال ولاء المسلم . قلنا لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لمانع وان سلمنا ان فيه إبطال ولائه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه . فعلى هذا ان استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء للثاني لان الحكين اذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ . واحتمل انه للاول لان ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك . ويحتمل انه بينهما وأيهما مات كان للثاني . وان أعتق مسلم مسلما أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه وان اشتري فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء . روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس واياس ابن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبدالله بيع الولاء . قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم قال قال عبد الله انما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه ؟ وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار ان ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له وكذلك إن أوصى به ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق عنه من ماله فان أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لما ذكرنا وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمته لانه ولي نعمتهم وعتقهم بسببه ولانهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته فان كانت أمهم حرة الاصل فلا ولاء على ولدها لانهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولاء وكذلك إن كان أبوهم حر الاصل إذا لم يمسسهم رق ، فان كان قد ثبت ملك فأعتقوا فولاؤهم لمعتقهم للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ويثبت الولاء للمعتق على معتقي معتقته ، ومعتقي أولاده ، ومعتقهم أبداً ما تناسلوا ، لانه ولي نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبه مالو باشرهم بالعتق .

﴿ مسئلة ﴾ (ويرث به عند عدم العصبة من النسب ، فتى كان للمعتق عصبة أو ذوي فروض تستحق فروضهم المال فلا شيء للمولي)

لا نعلم في هذا خلافاً فان لم يكن له عصبة ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى وإن كان ذو الفرض لا يرث جميع المال فالباقي للمولى لما روى الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

مكاتبا وروي ان ميمونة وهبت ولاء مواليها للعباس وولاؤهم اليوم لهم وان عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير . وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء لحمة كلحمة النسب » وقال « لعن الله من تولى غير مواليه » ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة . وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه

(فصل) ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وانما يرثون المال به مع بقائه للمعتق هذا قول الجمهور وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبدالله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فان رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب لا يورث وانما يورث به ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الاسباب والله تعالى أعلم

« الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فللمولى » ، وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال للنبي صلى الله عليه وسلم ماترى في ماله ؟ قال «ان مات ولم يدع وارثاً فهو لك » ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يرث به عصباته الاقرب فالاقرب)

وجملة ذلك أن العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كان ماله لمولاه ، فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أخاً أو عماً أو أباً أو غيره من العصبات، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى فان لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه، وروي عن علي رضي الله عنه مايدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لاخيها وابن أخيها دون ابنها، وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة، فروي عن ابراهيم أنه قال اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطلب فقال علي: أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير: هم موالي أمي وأنا أرثهم ، فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن عبيدة الضي عن ابراهيم وقال ثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس وقضى في أم هاني بنت أبي

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء فان أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبدالله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه عن أبي عمرو الشيباني عن عبدالله بن مسعود السائبة يضع ماله حيث شاء. وقال أحمد قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما. ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء. فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشتري بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابا فاعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهري ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء ولعل أحمد رحمه الله ذهب الى شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر والولاء للمعتق وهذا قول النخعي والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجعله لحمة كلحمة النسب فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق

طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون علي: وروى الامام باسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفى مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال اخوها يارسول الله لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال «نعم» وروى باسناده عن سعيد بن المسيب ان رسول الله ﷺ قال المولى اخ في الدين ومولى نعمة يرثه اولى الناس بالمعتق. اذا ثبت هذا فان المعتقة لو خلفت إبنها واخاها او ابن اخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها، وان مات ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة كاعمامه وبني اعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لاخي مولاته لأنه اقرب عصبة المعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها اخوها وعصبتها، فان انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقبيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق، وروي عن علي رواية اخرى انه لعصبة الابن وروي ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبني على ان الولاء يورث كما يورث المال وقد روي عن احمد نحو هذا، واحتجوا بان عمرو بن شعيب روى عن ابيه عن جده ان رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت امهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فاخرجهم الى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك

لا يفيد شيئا ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم باسناده عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال اني اعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا فقال عبد الله إن أهل الاسلام لايسيبون وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فان تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع اعتق سوائب فماتوا فكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: ان ادفع مال الرجل الى مولاه فان قبله والا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه، وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه وهذا القول أصح في الاثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالما مولى أبي حنيفة أعتقته لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فاعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد ان خلف السائبة مالا اشتري به رقاب فاعتقوا فان رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضا رقاب فاعتقوا، وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري بباقيه رقاب فاعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وان عتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئا جعله في مثله قال وهذا قول الحسن وبه قال اسحاق، وعلى قياس ذلك العتق من

مالا فخاصمه اخوتها الى عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ماحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان» قال وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه الى الساعة رواه ابو داود وابن ماجه، والصحيح الاول فان الولاء لايورث على ماذكره ان شاء الله تعالى، وانما يورث به وهو باق للمعتق يرثه به اقرب عصباته ومن لم يكن من عصبة امه لم يرث شيئاً وعصبة الابن غير عصبة امه فلا يرث الاجانب منها بولائها دون عصباتها، وحديث عمرو بن شعيب غلط قال احمد الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث. فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من اقارب معتقه الا عصباته الاقرب منهم فالاقرب على ماذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولاذو رحم الا أن يكون الاب والجد مع البنين والجد مع الاخوة على ماذكره، فان اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالاب والجد والزوج والاخ من الام اذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب دون الفرض فان كانا عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنوهم والاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بالسوية وهذا كله لاخلاف فيه سوى ماذكرنا من الاقوال الشاذة

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فاذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه وان خلف ذا رحم

الكفارة والنذر لانه واجب عليه ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه، وقال مالك والعنبري ولاؤه لسائر المسلمين ويجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولان عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فاعتقتها فكان ولاؤها لها ولو شرط العتق بوجب ولانه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها واعتق وكما لو دفع الى المكاتب مالا فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فانه انما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعلل بعضهم المنع من ذلك بانه يجر الولاء الى نفسه فينتفع بزكاته وهذا قول لاحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعي والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة وهم الوالدان وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وان سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم

ومولاه فالمال لمولاه خاصة، وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى (واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في المكاتب اذا ادى الى الورثة ان ولاءه لهم)

لانه انتقل اليهم اشبه مالو اشتروه وان ادى اليهما فولاؤه بينهما لانهما اشتركا في ادائه اليهما فاشتركا في استحقاق ولائه كالشريكين والرواية الاخرى ولاؤه للمكاتب لان عتقه بكتابته وهي من سيده

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان احد ابويه الحرين حر الاصل فلا ولاء عليه)

وجملته انه اذا كان احد الزوجين حر الاصل فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربيا او مولى لان الام ان كانت حرة الاصل فالولد يتبعها فيما اذا كان الاب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده اولى وان كان الاب حر الاصل فالولد يتبعه فيما اذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى ابيه فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه اولى وهذا قول اكثر اهل العلم، وقال ابو حنيفة ان كان الاب اعجمياً والام مولاة ثبت الولاء على ولده وليس بصحيح لانه حر الاصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً

وأن سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الوالدين والمولود بن وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم

ولنا ماروى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك، فأما قوله حتى يشتريه فيعتقه فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه، ومتى عتق عليه فولاؤه له لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو ارث أو غيره لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام والاخ من

وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً مجهول النسب او معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام ان كانت مولاة قال ابن اللبان هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الخبري هذا قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود، وانما امتنع في محل الوفاق لحرية الاب فاذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا ان الاب حر محكوم بحريته اشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب، وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما يثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكما وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكما فان حرية الاب ثابتة حكما فلا تعويل على ما قالوه، فاما ان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا، وقياس قول القاضي والشافعي ثبوت الولاء عليه لمولى ابيه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها ولان الام لا تخلو من ان تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها او امة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه، والاحتمال الاول راجح لوجهين احدهما انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها الثاني انه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان

الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها الا أنه حكي عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لايجوز بيع الاخ من الرضاعة ، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والاول أصح قال الزهري جرت السنة بأن يباع الاخ والاخت من الرضاع ولانه لا نص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الاصل ولانهما لارحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة

(فصل) وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لان أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق لانه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الاحكام

﴿مسئلة﴾ قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما اذا أعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده لم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فأعتقه وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فلمكاتبه أن يوالي من شاء وقال مكحول أما المكاتب اذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز

الاحتمال الذي صاروا اليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساوله فترجيحه عليهما بحكم لايجوز المصير اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً

﴿مسئلة﴾ (ومن اعتق سائبة في نذره أو زكاته او كفارته ففيه روايتان (إحداهما) له عليه الولاء والثانية لاولاء له عليه وما رجع من ميراثه رد في مثله يشتري به رقابا يعتقهم)

قال احمد في رواية عبد الله الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد اعتقتك سائبة كأنه يجعله لله لا يكون ولاؤه له قد جعله لله وسلمه وعن ابي عمرو الشيباني عن ابن مسعود والسائبة يضع ماله حيث شاء وقال احمد قال عمر قال الصدقة والسائبة ليومهما ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء فان مات وخلف مالا ولم يدع ورثة اشتري بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فأعتقهم

والرواية الثانية الولاء للمعتق وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة ابن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب». ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمرو قال عمر بن عبد العزيز والزهري وأبو العالية ومكحول ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء قال إذا قال أنت حر سائبة يوالي من شاء ، والقول بثبوت الولاء للمعتق أظهر الاحاديث ولان الولاء لحمة كلحمة النسب،

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لانه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق المدبر بلا اشكال ، وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال ابو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى انس وسليمان بن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولاءه لابن عباس وكانوا مكاتبين وكذلك أشباههم ويدل على ذلك أن في حديث بريرة أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة إن شاءوا عددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعات فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ « اشتريها واشترطي لهم الولاء » وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة

(فصل) وان اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لانه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاء أم الولد لسيدها اذا ماتت)

يعني اذا عتقت بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته، وهذا قول عمر وعثمان وبه قال عامة الفقهاء ، وقال ابن مسعود: تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له وعن ابن عباس نحوه وعن

وكما لا يزول نسب انسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبي صلى الله عليه وسلم « اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق » يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء .

وروى مسلم باسناده عن هزيل ابن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيبون وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فان تأثمت وتحرجت عن شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال وقال سعيد ثنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان ادفع مال الرجل إلى مولاه فان قبله ولاء فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه وثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه قال شيخنا وهذا القول أصح في الاثر والنظر لما ذكرنا وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث عتيقه وفعل ابن عمر وابن مسعود في الميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقه لبني بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد الذي ذكره الخرقي اذا خلف السائبة مالا اشتري به رقاب فأعتقوا فان رجع من ميراثه شيء اشتري به أيضاً رقاب

علي لا تعتق مالم يعتقها وله بيعها وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعتقها ان ولاءها لمن عتقت عليه ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لانها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروي عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لانه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له

ولنا قول النبي ﷺ « الولاء للمعتق » ولانه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسئلة الاولى الا أبا حنيفة ووافقه ابو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ويلزم العوض ويصير كأنه

فاعتقوا وان خالف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري بباقيه رقاب فاعتقوا ولا يرد على أهل الفرض .

(فصل) فان اعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته ان ورث منه شيئاً جعله في مثله وقال هذا قول الحسن وبه قال اسحاق وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر لانه واجب عليه وقد روي عن أحمد أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه وقال العنبري ومالك ولاؤه لسائر المسلمين يجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق » ولان عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها وشرط العتق يوجبه ولانه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له كما لو دفعها الى الساعي فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع الى المكاتب ما لا فاداه في كتابته وفارق الذي اشترط عليه العتق فانه انما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة

﴿مسئلة﴾ (ومن أعتق عبده عن حي بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وداود وروي عن ابن عباس

اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء المعتق لعموم قوله عليه السلام « الولاء المعتق » وعن أحمد مثل ذلك

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء المعتق عنه كما لو أخذ عوضا فانه كما يجوز تقدير البيع فيما اذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فان الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع

﴿مسئلة﴾ قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والولاء المعتق عنه)

لا نعلم في هذه المسئلة خلافا وان الولاء المعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال اعتقه والثمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إنما كان الثمن عليه لانه جعل له جعلا على اعتاق عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه انسان استحق الدينار والولاء المعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك

أن ولاءه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لانه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولانه أعتق عبده من غير اذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسئلة) (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه)

وهذا قول جميع من حكينا قوله في المسئلة الاولى الا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق الا أن يعتقه عنه بعوض فيكون له الولاء ويلزمه العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما اذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرنا من الحديث وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضا فانه كما يجوز تقدير البيع فيما اذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة اذا لم يأخذ عوضا فان الهبة تجوز في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما اذا أخذ عوضا وسائر الوكلاء نقيس عليه محل النزاع

(مسئلة) (واذا قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه نفعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

فلم يوجد مايقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام « الولاء للمعتق »

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعتق عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق من ماله ، وان أعتق عنه مايجب اعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم جر معتق العبد ولاء أولاده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحرارا فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لان الاب لما كان مملوكا لم يكن يصلح وارثا ولا وليا في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن ابيه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا عتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه وإلى مواليه بمنزلة مالو استلحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي واسحاق وأبو ثور . ويروى عن رافع بن خديج ان

قال شيخنا لا نعلم خلافا فى هذه المسئلة وان الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فنقدر ابتياعه منه ثم توكيله فى عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله فى عتقه

﴿مسئلة﴾ (ولو قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه)

والولاء للمتعق انما كان الثمن عليه لانه جعل له جعلا على اعتاقه عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بني لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار وانما كان الولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام « انما الولاء لمن أعتق »

﴿مسئلة﴾ (وان قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح على وجهين)

(أحدهما) لا يصح لانه يلزم منه أن يتملك الكافر ولذلك لا يجوز لانه اضرار بالمسلم (والثاني) يصح ويعتق لانه انما يتملكه زمناً يسيراً ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لاجل تحصيل الحرية للابد

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين)

(احداهما) لا يرث لكن ان كان له عصبة على دين المعتق ورث فان أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة اذا اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لعموم قوله عليه السلام

الولاء لاينجر عن موالي الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحميد ابن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لايزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرهما ابن اللبان وقال: مشهور عن عثمان انه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج

ولنا ان الانتساب الى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه فاما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الي مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير انه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل له موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لاولاده انتسبوا الي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتكموا الى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه. اللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله اللمى قال ذو الرمة:

لمياء في شفتيها حوة لعس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته فيأتي له اولاد ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

« الولاء لمن أعتق» وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ولان الولاء انما ثبت له عليه لانعامه باعتاقه وذلك ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء للانثى على الذكر وللذكر على الانثى وكل معتق لعموم الخبر والمعنى ولحديث عبد الله بن شداد في بنت حمزة وقد ذكرناه وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ على روايتين (احداهما) يرثه يروى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لانه يصلح له ملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح له تملكه وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فمنعه اختلاف الدين كميراث النسب ولان اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالاضعف أولى ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته .

﴿مسئلة﴾ (فان كان السيد عصبة على دين المعتق ورثه دون سيده وقال داود ولا يرث عصبته في حياته)

ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والابعد على دينه ورث البعيد

(فصل) اذا انجر الولاء الى موالي الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يرجع الى موالي الام بحال في قول أكثر أهل العلم .وحكي عن ابن عباس انه يعود الى موالي الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب . ولو انقرض الاب وأبوه لم تعد النسبة الى الام كذلك الولاء فاذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالي أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه الى موالي الام لانا تتبين انه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء الى موالي الاب

(فصل) ولا ينجر الولاء الا بشروط ثلاثة [أحدها] أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل اما أن يكون حر الاصل فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر فيه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم تخل إما أن تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعتقها لان الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه السلام « الولاء لمن اعتق » وان أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وان أتت به لاكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثا بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وان كانت المرأة بائنا وأتت بولد

دون القريب فان اجتمعا على الاسلام توارثا كالمتناسبين لزوال المانع

﴿فصل﴾ (قال الشيخ رحمه الله ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو اعتق من أعتقن وكاتبن أو كاتب من كاتبن)

وعنه في بنت المعتق ترث خاصة والاول أصح معنى قوله من الولاء أي بالولاء لان الولاء لا يورث على ما نذكره ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فانها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في بنت المعتق ما وجدتها منصوصة عن أحمد وقد قال في رواية بن القاسم وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور واليه ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداود والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا الذكور خاصة

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الخرقي فوجهها ما روى ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته

لاربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالاب وكان ولاؤه لمولى أمه وان أتت به لاقل من ذلك لحقه الولد والجر ولاؤه وولد الامة مملوك سواء كان من نكاح أو من سفاح عربيا كان الزوج او أعجميا ، وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر ان كان زوجها عربيا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه ، والاول أولى لان امهم أمة مكانوا عبيداً كما لو كان أبوهم أعجميا

[الثالث] أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لاخلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في الاب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ، ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان لم يعتق الاب ولكن عتق الجد فقال أحمد لا يجر الولاء ليس هو كالاب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه . وعن أحمد انه يجره وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليه فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن موالي الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التعصيب وأحكام النسب فكذلك في جر الولاء . وقال زفر ان كان الاب حيا لم يجر الجد الولاء وان كان ميتا جره وهو القول الثاني للشافعي ولنا ان الاصل بقاء الولاء لمستحقه وانما خولف هذا الاصل للاتفاق على انه ينجر

بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لانها أختي من أمي أمنا سلمى رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح ما روى ابراهيم ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء فأما توريث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « تحوز المرأة ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » قال الترمذي هذا حديث حسن ولان المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها او عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه الميراث لابن معتقه خاصة

وعلى الرواية الاخرى يكون الملك بينهما اثلاثا فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال وعلى الرواية الاخرى يكون الملك لها وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالميراث للاخ ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن للمعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الاخرى

يعتق الاب ، والجد لا يساويه بدليل انه لو عتق الاب بعد الجد جره عن موالي الجد اليه ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولان الجد يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر الولاء اليه كالاخ وعلى القول الآخر لا فرق بين الجد القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام الاب كقيام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم ان عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وارثه وولايته ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فاولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد وان لم يكن الجد مولى بل كان حر الاصل فلا ولاء على ولد أبيه فان أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاء لان الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الاصلي

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الاصل فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربيا أو مولى لان الام ان كانت حرة الاصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الاب رقيقا في ابتداء الرق والولاء فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الاب حر الاصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى ابيه فلان يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم وسواء كان الاب عربيا أو اعجميا وقال أبو حنيفة إن كان أعجميا والام مولاة ثبت الولاء على ولده

فان لها النصف والباقي للعصبة وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي اعتقته فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة فان خلف ذا فرض سوى البنت كالام والجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فلذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء رجل وابنته اعتقو عبداً ثم مات الاب وخلف ابنيه وبنته فماله بينهما اثلاثا ثم مات العتيق فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما أثلاثاً فيصير للبنت الثلثان ولاخيها الثلث وإن ماتت البنت قبل العتيق وخلفت ابنا ثم مات العتيق فلابنها النصف والباقي لاخيها ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاخيها دون بنتها الا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاخيها وان مات الابن قبل العتيق وخلف بنتاً ثم مات العتيق وخلف معتقة نصفه وبنت أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي بأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة أبيها ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العتيق وخلفت ابنها ثم مات العتيق فلابنها النصف ولاشيء لبنت أخيها، امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم العبد فمالهما لها فان كان أبوها خلف بنتا أخرى معها فلهما ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة

وليس بصحيح لانه حر الاصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربيا وسواء كان مسلما أو ذميا أوحربيا أومجهول النسب أومعلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة قال ابن اللبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال الخبري وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وانما امتنع في محل الوفاق بحرية الاب فاذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا أن الاب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ولان الاصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما ثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكما وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضي فقد ثبت المانع حكما فان الاب حريته ثابتة حكما فلا تعويل على ما قالوه وان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لانا شككنا في المانع من ثبوته

ولنا ماذكرنا في التي قبلها ولان الام لاتخلوا من أن تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه والاحتمال الاول راجح لوجهين

بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اختها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فمال الأب بينها اثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ، ولو خلف الاب أخاً أو عماً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لأن العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث إلا على رواية الخرقي فان للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته

﴿مسئلة﴾ (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الاب والجد يرثان السدس مع الابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والاخ والابن من الكبر في شيء يجريهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي يوسف وروي عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبوحنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لان الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء

(أحدهما) انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها (الثاني) أنه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا اليه معارضاً باحتمال بين كل واحد منهما مساو له فترجيحه عليهما تحكم لا يجوز المصير اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضا.

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فان نفاهما باللعان عاد ولاؤهما الى مولى أمهما فان مات أحدهما فميراثه لامه ومواليها فان اكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالي الام ولو كان ابوهما عبداً ولم ينفهما وورث موالي الام الميت منهما ثم أعتق الاب انجر الولاء الى موالي الاب ولم يكن لهم ولاء وللاب استرجاع الميراث لان الولاء انما ثبت لهم عند أعتاق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب ثبت من حين خلق الولد

(فصل) واذا تزوج عبد معتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار وولاؤهم لموالي أمهم فان اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لانه لا يكون مولى نفسه، وهذا قول جهور الفقهاء مالك في اهل المدينة وأبو حنيفة في اهل العراق والشافعي وشذ عمر بن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه قال ابن شريح ويحتمله قول الشافعي ولا يعول على هذا القول لشذوذه ولانه يؤدي الى أن يكون الولاء ثابتا على أبويه دونه مع كونه

ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل وحكم الجد وان علا مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ والجد يرث الثلث مع الاخوة إن كان أحظ له اذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين

وبه قال عطاء والليث ويحيى الانصاري وهو قول للشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أبا جعلوه أولى من الاخ وورثوه وحده وروي عن زيد أن المال للاخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالآخرين وإن ترك جد مولاه وابن أخي مولاه فالمال للجد في قول الجميع إلا مالكا جعل الميراث لابن الاخ وإن سفل وقاله الشافعي أيضاً لان ابن الابن يقدم على الاب وإن سفل وليس هذا صوابا فان الجد يقدم على ابن الاخ في الميراث فكيف يقدم عليه ههنا؟ ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» والدليل على ان الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ «فلأولى عصبة ذكر» ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ

مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن ان يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه ينجر اليه ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه وجره ولاءه باعتاقه اياه ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحربي عبداً فأسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم ابيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه.

(فصل) اذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ولان الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام

(والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في

كالاب الحقيقي فان اجتمع اخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده إن زادوا على اثنين فللجد ثلث ماله لانه أحظ له وإن اجتمع أخوة من أبوين واخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم يأخذ ولد الابوين ما حصل لولد الاب كالميراث وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب.

ولنا أنه ميراث بين الجد والاخوة أشبه الميراث بالنسب فان كان مع الاخوة أخوات لم يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام وإن انفرد ولد الاب مع الجد فهم كولد الابوين

(فصل) فان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاه أوجد جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وان سفلوا دون الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يرثه أولى الناس بالمعتق» فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أباً في ولاية المال والاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل ابعد العصبات أولى منه بالولاء

حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولابيه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه فان كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام

(فصل) وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولاءها له فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها

﴿ فصل في دور الولاء ﴾

اذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها اليها لانها أعتقت نصف الاب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها فان مات الاب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فان ماتت احداهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بانها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فان كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لابيها ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث

﴿مسئلة﴾ (والولاء لايورث وإنما يورث به)

وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وأبي مسعود البدري وأبي ابن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وشذ شريح فجعله موروثاً كالمال لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أحرزه الولد والوالد فهو لعصبته من كان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء انما يحصل بانعام السيد علي عبده بالعتق وهذا المعنى لاينتقل عن المعتق فكذلك الولاء ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبوبكر وهو كما قال فان الجماعة رووا عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور وقد روى سعيد باسناده عن الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المولى أخ في الدين ومولى نعمة» وأولى الناس بميراثه أقربهم من المتق» ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال لأن الولاء لايورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض بخلاف المال فعلى هذا ينظر أقرب العصبات الى المعتق يوم موت العتيق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيد لومات في تلك الحال ورثه وحده

أبيها فمالها لأبيها، ثم اذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها وموالي أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها فقال القاضي يجعل في بيت المال لانه لامستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولى أم الميتة وهذا قول الجمهور وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ماذكرناه وهذا أصح ماقيل فيها إن شاء الله فان ماتت الابنتان قبل الاب ورث مالهما بالنسب فان مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضا لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فان كن ثلاثا ماتت احداهن قبل الاب والآخرى بعده فمال الاب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائهما على أختهما ويبقى لمولى الام سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر للحية تسعة بالنسب وثلاثة بولائها عليها ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الاولى للحية سهم ولمولى أمها سهم ويبقى سهم دائر فمن جعله لبيت المال دفعه اليه

﴿مسئلة﴾ (ولايباع ولا يوهب)

لايصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس واياس بن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبوحنيفة وأصحابه وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء وروى سعيد باسناده عن عبيد الله أنه قال إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه وقد روى سعيد باسناده عن سفيان عن عمرو ابن دينار ان ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت مواليها للعباس وولاؤهم اليوم لهم وان عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال «الولاء لحمة كلحمة النسب» وقال لعن الله من تولى غير مواليه ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المعتق لموته ولا يرثه ورثته انما يرثون المال به مع بقائه للمعتق وهذا قول الجمهور على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وهو للكبر فاذا مات المعتق وخلف عتيقة وابنين فمات أحد الابنين عن ابن ثم مات المولى فالميراث لابن معتقه

ومن جعله لمولى الام فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الجدة ومولى الام نصفين وترجم بالاختصار إلى أربعة فان كانت أمها تهن شتى فمن اثني عشر فان اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الاب فماله بينهم أثلاثا ثم اذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الاب لأنه مولي نصف الجد وهم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه ، وللصغرى ربعه وسدسه فان كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لابيهما فالجواب فيها كالتي قبلها

باب ميراث الولاء

يعني والله اعلم الميراث بالولاء واضاف الميراث اليه لانه سببه فان الشيء يضاف إلى سببه كما يقال دية الخطأ ودية العمد وانما قلنا ذلك لان الولاء لايورث وانما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وابن مسعود البدري وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي واهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثا كالمال ولنا قول النبي ﷺ انما الولاء لمن اعتق وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على المعتق وهذا

لان الولاء للكبر ولو مات الابنان بعده وقبل العتيق وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي ان عمر وعليا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المعتق من عصبات سيده أقربهم اليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد قال ابن سيرين اذا مات المعتق نظر الى أقرب الناس الى الذي أعتقه فيجعل ميراثه له واذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء الى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب وانما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا بنفس الولاء ويتضح ذلك بالمسئلتين اللتين ذكرناهما ههنا وهما اذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبة سيده فلو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه ورثه ابنه دون ابن ابنه فكذلك اذا مات المولى والمسئلة الاخرى اذا مات الابنان

المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء (مسئلة) قال ولا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة انها ترث لما روي عن النبي ﷺ انه ورث بنت حمزة من القدي اعتقه حمزة قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من ان الولاء لا يورث ولهذا قال الا ما اعتقن ومعتقهن ولاؤه لهن فكيف يرثنه ؟ والظاهر من المذهب ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن وجر الولاء اليهن من اعتقن والكتابة كذلك فانها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام احمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنة المعتق ماوجدتها منصوصة عنه وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة او لابنته؟ فقال فقد نص على ان ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في اول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة فأما رواية الخرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتاً فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبدالله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبدالله بن شداد أناأعلم بها لأنها اختي

بعد السيد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لان السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ولو كان الولاء موروثا لاختلف الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الاولى بين الابن وابن الابن نصفين لان الابنين ورثوا الولاء عن أبيهما ثم ماصار الى الابن الذي مات انتقل الى ابنه وفى المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن أبيه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وذهب شريح إلى أن الولاء موروث كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً في حياته فهو لورثته وحكي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب وروي عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور قال أبو الحارث سألت أبا عبدالله عن الولاء للكبر قال كذى روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وقد ذكرنا ذلك عن شريح واجبنا عنه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وان لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولي مولاه ثم لاقرب عصباته ثم لمولى مولى مولاه فاذا انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فماله لبيت المال .

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما عتق عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته)

اذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الاب أو

من امي امنا سلمى، رواه ابن اللبان باسناده وقال هذا أصح ما روى ابراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء ، فأما توريث المرأة من معتقها ومعتق معتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فان عائشة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه السلام «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة ، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

﴿ومن مسائل ذلك﴾ رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الاخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال الاعلى الرواية الاخرى فان الميراث لها، وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك ان خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالميراث للاخ ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت الاعلى الرواية الاخرى فان لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى

فميراثه بينهما أثلاثا بالنسب فاذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لانه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهي مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشتريا أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثا، فان اشتريا أخاهما فعتق عليهما ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لانه ابن أخي المعتق فان لم يخلف الاخ إلا بنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فماله لبيت المال لانه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالعتق ولم يثبت عليه باعتاق أبيه، واذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لانها ليست عصبة وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه وكذلك ان كان له معتق أب ومعتق جد ولم يكن هو معتقا فميراثه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه فان لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ولا يرجع إلى معتق جده ، وان كانت أمه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء

(فصل) امرأة حرة لاولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباها ويتصور هذا في موضعين أحدهما أن يكونوا كفاراً فتسلم هي ويسبى أبواها فيسترقا والثاني أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على

بنت حمزة فانه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالام أو الجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فان لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك. رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الاب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما اثلاثاً ثم مات العبد فللبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولاخيها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابنا ثم مات العبد فلابنها النصف والباقي لاخيها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لاخيها دون بنتها إلا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لاخيها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت (١) اخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي لانها بنت معتق النصف والباقي لعصبة ابنها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلابنها النصف ولا شيء لبنت اخيها. امرأة اعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم العبد فمالها لها، فان كان أبوها خلف بنتاً اخرى معها فلهما ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اخيها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً فمال الاب بينهما

أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لانه إنما يرث بالولاء وهذه لاولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لانه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على أختها فاذا مات أبوها فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء. فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثها بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لهـا عصبة فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لانها لا ولاء عليها

(فصل) في جر الولاء: قال الشيخ رضي الله عنه (كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه الولاء بحال لقوله عليه الصلاة والسلام «إنما الولا لمن أعتق» فأما ان تزوج العبد معتقة فاولدها فولدها منه احرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم اذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فان أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر اليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لان الاب لو كان مملوكا لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب اليها فاذا أعتق العبد صلح الانتساب اليه وعاد وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة اليه والى مواليه بمنزلة مالو استحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والعلماء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أخيها

اثلاثا بالبنوة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الاب أخا أو عماً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث ابيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لان العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث الاعلى رواية الخرقي فان للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته. امرأة وأخوها اعتقا أباهما ثم اعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فماله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات العبد فميراثه للابن دون اخته لانه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاه، فان مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فماله بين ابنته وابنه نصفين ثم اذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاخ إن كان ابن معتقه وهم اخته وموالي امه فلاخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى امه فحصل لاخيه النصف والربع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وتأخذ اخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الاب عصبة فان خلف الاب عصبة من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لعصبته، ولو اشترى رجل واخته أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فاعتقه ثم مات أخوهما فماله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات عتيقه فميراثه لاخيه دون اخته، ولو مات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن اخيها دونها لانه ابن اخي المعتق، وان لم يخلف الاخ الا ابنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبدالعزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي واسحاق وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لاينجرمن موالي الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرهما ابن اللبان وقال مشهور عن عثمان أنه قضى بجر الولاء للزبير عن رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الى مواليه وروى عبدالرحمن عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فاعتقه وقال لاولاده انتسبوا إلي فان ولاءكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فانهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه، اللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله اللمى قال ذوالرمة

لمياء في شفتيها حوة لعس   وفي اللثات وفي أنيابها شنب

(فصل) اذا خلف الميت بنت مولاه ومولى ابيه فماله لبيت المال لانه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه باعتاق ابيه واذا لم يكن لمولاه الا ابنة لم ترث لأنها ليست عصبة وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق ابيه وكذلك ان كان له معتق أب أو معتق جد ولم يكن هو معتقا فميراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له احد منهم فلبيت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق ابيه شيء

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وابواها رقيقان اعتق انسان اباها ويتصور هذا في موضعين (احدهما) ان يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبي ابواها فيسترقان (الثاني) ان يكون ابوها عبداً تزوج امة على انها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ابيها لم يرثها لانه انما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيما اذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولدا ثم اعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احداهما اباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على اختها، فاذا مات ابوهما فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصبة فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لا ولاء عليها

(فصل) ولا يرث من اقارب المعتق ذو فرض منفرد كالاخ من الام والزوج لان الولاء للعصبات

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

(فصل) وإذا انجر الولاء إلى موالي الاب ثم انقرضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد إلى موالي الام بحال في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالي الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب ولو انقرض الاب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالي أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالي الام لانا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالي الاب.

(فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة.

(أحدها) أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جر فيه

(الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا بعتقها لان الولاء ثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتقها المولى

وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء وقد روى عن احمد انه قال لا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الا ان الملاعنة ترث من اعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التى تقول ان الملاعنة عصبة ابنها وهي احق بالميراث من عصبتها فترث لكونها عصبة قائمة مقام ابيه فأما على الرواية الاخرى فان الولاء يكون لعصبتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والولاء لاقرب عصبة المعتق)

وجملة ذلك ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولدا او ابا او اخاً او عماً او ابن عم أو عم اب ، وسواء كان المعتق ذكراً او انثى، فان لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك ابداً روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو حنيفة وصاحباه ،وقد روي عن علي مايدل على ان مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ان ميراث مواليها لاخيها وابن اخيها دون ابنها وروي عنه الرجوع الى مثل قول الجماعة فروي عن ابراهيم انه قال اختصم علي والزبير في موالى صفية بنت عبدالمطلب فقال علي أنا أحق بهم انا ارثهم واعقل عنهم وقال الزبير هم موالى امي وانا ارثهم فقضى عمر للزبير بالميراث

فأتت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائناً وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عربياً كان الزوج أو أعجمياً وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر إن كان زوجها عربياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن احمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور والشافعي في القديم ثم رجع عنه والاول أولى لان أمهم أمة فكانوا عبيداً كما لو كان أبوهم أعجمياً .

(الثالث) أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في العبد بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق وهذا مذهب الشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أعتق الجد لم يجر ولاءهم في أصح الروايتين وعنه يجره)

قال احمد رحمه الله الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وعن أحمد أنه يجره وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليه فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن

والعقل على علي رواه سعيد قال حدثنا ابو معاوية ثنا عبيدة الضبي عن ابراهيم وقال حدثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالى صفية للزبير دون العباس وقضى عمر في موالى ام هانيء بنت ابي طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون علي ، وروى الامام احمد باسناده عن زياد بن أبي مريم ان امرأة اعتقت عبدا لها ثم توفيت وتركت ابنا لها واخاها ثم توفي مولاها من بعدها فاتى اخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها يارسول الله لوجر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم وروى باسناده عن سعيد بن المسيب ان رسول الله ﷺ قال « المولى اخ في الدين ومولى النعمة يرثه اولى الناس بالمعتق » اذا ثبت هذا فان المعتقة اذا ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها وان مات ابنها بعدها وقبل مولاها وتركت عصبة كاعمامه وبنى اعمامه ثم مات العبد وترك اخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لاخي مولاته لانه أقرب عصبة المعتق فان المرأة او كانت هي الميتة اورثها اخوها وعصبتها فان انقرض عصبتها كان بيت المال احق به من عصبة ابيها يروى نحو هذا عن علي وبه قال ابان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي واهل العراق وروي عن علي رواية أخرى انه لعصبة الابن وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع الى أن الولاء لايورث كما يورث المال وقد روي عن احمد نحو هذا واحتجوا بان عمرو بن

موالي الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التعصيب وأحكام النسب كذلك في جر الولاء وقال زفر إن كان الاب حياً لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتاً جره وهو القول الثاني للشافعي

ولنا أن الاصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الاصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الاب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الاب بعد الجد جره من مولى الجد اليه ولانه لو اسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولان الجد يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن ينجر اليه الولاء كالاخ ، وإن قلنا انه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام القريب ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم إن عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وارثه وولايته ، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد فان لم يكن الجد مولى بل كان حر الأصل فلا ولاء على ولد ابنه فان أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاء لان الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الاصلي

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فان نفاهما باللعان عاد ولاؤهما الى مولى أمهما فان مات أحدهما فميراثه لامه ومواليها فان أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من مولى الام ، ولو كان أبوهما عبداً أو لم ينفهما وورث موالي الام الميت منهما ثم أعتق الاب

شعيب روى عن أبيه عن جده أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فاخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالا فخاصمه اخوتها الى عمر فقال قال رسول الله ﷺ « ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان » قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما، والصحيح الاول فان الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وانما يورث به وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئاً وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الاقرب منهم فالاقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم، فان اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالاب والجد والزوج والأخ من الام إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئاً وان كان عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنيهم والاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الاقوال الشاذة والله أعلم

لم يجر الولاء إلى موالي الاب ولم يكن لهم ولا للاب استرجاع الميراث لان الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب يثبت من حين خلق الولد .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويبقى ولاؤه لمولى أمه لانه لا يجر ولاء نفسه)

وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة ، وابو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عمرو ابن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لاولاء عليه، قال ابن شريح ويحتمله قول الشافعي ولا تعويل على هذا القول لشذوذه ولانه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه يجر ولاء سيده)

فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه إياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منهما مولى الآخر، مثل ذلك لو اعتق الحربي عبداً فأسلم ثم أسر سيده فأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء فانه كما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء

(فصل) وان تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات المعتق وخلف ابا معتقه وابن معتقه فلأب معتقه السدس وما بقي فللابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء بجزيهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي يوسف ويروى عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لان الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وانما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل حكم الجد وان علا مع الابن وابنه سواء

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الانصاري ومال اليه الاوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري

ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه

(فصل) وان تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جده، ولان الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولابيه مولى كان مولاه أحق به من موالي ابيه فان كان له مولى أم ومولى أم اب ومولى أم جد وجد أبيه مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى ام الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام .

(فصل) ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه وان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولاءها له ، فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أم ابي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدما على أمها وثبت له الولاء عليها

وأبي يوسف ومحمد والذين نزلوا الجد أبا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروي عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالاخوين وإن ترك جده ولاه وابني أخي مولاه فالمال لجده في قولهم جميعا إلا مالك جعل الميراث لابن الاخ وان سفل، وقاله الشافعي أيضا لان ابن الابن وإن سفل يقدم على الاب وليس هذا بصواب فان ابن الاخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاه لقول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعتق » والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وفي لفظ « فلأولى عصبة ذكر » ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ كالاب الحقيقي ولانه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات

(فصل) فان اجتمع اخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده، وان اجتمع اخوة من أبوين واخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجد بالاخوة من الاب ثم ما حصل لهم أخذه ولد الابوين، وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجد بولد الاب

ولنا أنه ميراث من الجد والاخوة فأشبه الميراث بالنسب، فان كان مع الاخوة أخوات لم

﴿مسألة﴾ (وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤها لابنها وعقله على عصبتها لما روى ابراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا اعقل عنه وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل ذكره الامام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانيء لجعدة بن هبيرة دون علي، ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنينها لابنها وعقلها على العصبة وقد روى زياد بن أبي مريم ان امرأة اعتقت عبداً ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال « نعم » وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لان المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصباتها من عشيرتها ولان الاخبار التي رويناها انما وردت في المرأة . أما الرجل المعتق فانه يعقل عنه معتقه لانه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصباته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة

(فصل) فان كان المولى حياً وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث لانه عصبة معتقه

يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام ، وإن انفرد الاخوة من الاب مع الجد فحكمهم حكم الاخوة من الابوين

(فصل) وان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك ان ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق ، وقال الشافعي هو للعم وبنيه وان سفلوا دون جد الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي ﷺ يرثه أولى الناس بالمعتق والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك ، والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات احد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لان الولاء للكبر، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف احدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره)

هذا قول أكثر أهل العلم قال الامام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ،

وإن كان صبياً أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل معتقه فى قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي عن عمر مثل هذا ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالاجنبي واعطاء النبي ﷺ له ميراثه قضية في عين تحتمل أنه كان وارثاً بغير جهة الاعتاق، ويكون فائدة الحديث أن اعتاقه إياه لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه صلة وتفضلا وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لان سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هو منهم وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر العاقلة فانه لم ينعم عليهم ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى انسان دين آخر فقد غرم عنه وأنعم عليه ولا يعقل عنه

وروى سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبدالله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وابن قسيط[1] ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم اليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد . قال ابن سيرين إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذي أعتقه فيجعل ميراثه له ، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء الى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام «انما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمة كلحمة النسب» وانما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء ، ويتضح معنى هذا القول بمسئلتي الخرقي اللتين ذكرناهما ههنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبة سيده ، ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك اذا مات المولى ، والمسئلة الاخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره لان السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الاولى بين الابن وابن الابن كأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث المولى بين ابنه وبين عمه نصفين ، وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شريح فقال الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته

وقد حكي عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحو هذا . وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم

(١) في نسخة لشيط

﴿ فصل في دور الولاء ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (اذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما وصار ولاؤه بينهما نصفين وجر كل واحد نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه)

فان مات الاب ورثاه أثلاثاً فان ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فميراثه لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الاخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي الام نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر لانه خرج من الاخ وعاد اليه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لموالي الام لان مقتضى كونه دائراً أن يدور أبدا وفي كل دورة يصير لمولى الام نصفه، ولا يزال كذلك حتى ينفد وهو قول الجمهور (والثاني) يجعل في بيت المال قال القاضي لانه مال لا مستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي والاول أولى إن شاء الله تعالى .

عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر في روايتهما فان الجماعة رووا عن احمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الابنين ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شيء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقياس على المال

ولنا قول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقربهم من المعتق » وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولانه من أسباب التوارث فلم يورث كالقرابة والنكاح ، ولانه اجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والائمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لان الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وانما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فاذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه ، وإن خلف ابن ابن مولاه وتسعة بني ابن آخر لمولاه فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لانهم يرثون جدهم كذلك ، ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حيا عند موت ابنه ، وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الاخ من الاب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الابوين وفي قول شريح هو لابن الاخ من الاب وإن لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى مولاه ثم لاقرب عصباته ثم لمولى مولاه فاذا انقرض عصباته وموالي الموالي وعصباتهم فماله لبيت المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اعتق عبدا فولاؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسئلة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبة من نسبه ولا وارثا منهم إذ لو خلف وارثا من

(فصل) فان كانت المسئلة بحالها الا أن مكاتب الابن بنت فاشترت أباها عتق عليها وجر اليها ولاء أختها فاذا مات الاب فلابنتيه الثلثان بالنسب والباقي لمعتقه بالولاء فان ماتت التي لم تشتره بعد ذلك فمالها لاختها نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها، ولو ماتت التي اشترته فلأختها النصف والباقي لموالي أمها فان اشترت البنتان أباهما نصفين عتق عليهما وجر الى كل واحدة نصف ولاء أختها فاذا مات الاب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فان ماتت احداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر الاب اليها من ولاء نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها ، فان كانت احداهما

نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاه وولده فليس في ذلك اشكال ، واذا لم يخلف الا ابن مولاه وعصبة مولاه فماله لابن مولاه لانه أقرب عصبات المعتق، وعقله ان جنى جناية على عصبة مولاه إن كان المعتق امرأة لما روى ابراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه، وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل . ذكر هذا الامام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضي بولاء أم هانيء لجعدة بن هبيرة دون علي ، ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة .

وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابنا لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال نعم ، وانما حملنا مسئلة الخرقي على ما اذا كان المعتق امرأة لان الاخبار التي رويناها انما وردت فيها ولان المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فانه يعقل عن معتقه لانه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لانهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم

(فصل) فان كان المولى حيا وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث لانه عصبة معتقه ، وإن كان صبياً أو امرأة أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه مالو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل(1) معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلا توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه قال الترمذي هذا حديث حسن وروي عن عمر نحو هذا

ولنا قول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي واعطاء النبي

(1) في نسخة من أصل معتقه

ماتت قبل أبيها فمالها له ثم إذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لانها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى الام الميتة الثمن فان ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لموالي أمها ونصفه لموالي أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لانه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما وهاتان المسئلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواهما وهذا أصح ما قيل فيها ان شاء الله تعالى

ﷺ له قضية في عين يحتمل أن يكون وارثاً بجهة غير الاعتاق وتكون فائدة الحديث أن اعتاقه له لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لان سيده أنعم عليه فجاز ان يغرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هذا منهم وماذكره لا أصل له وينعكس كسائر العاقلة فانه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى انسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل

(فصل) فان أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول اسحاق وحكي عن ابراهيم أن له ولاءه ويعقل عنه وعن ابن المسيب ان عقل عنه ورثه وان لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنه يرثه وان لم يواله لما روى راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه» رواه سعيد وقال أيضا حدثناه عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم الشامي عن أبي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه» وروى باسناده عن تميم الداري أنه قال يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين فقال «هو أولى الناس بمحياه ومماته» رواه أبو داود والترمذي وقال لا أظنه متصلا

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولان أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمامة بن يحيى الصدفي وهو ضعيف وحديث تميم تكلم الترمذي فيه

(فصل) وان عاقد رجل رجلا فقال عاقدتك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني واعقل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به ارث ولا عقل ، وبه قال الشافعي وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فاذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ولان هذا كالوصية ووصية الذي لا وارث له بجميع ماله جائزة .

فان اشترت الابنتان أباهما ثم اشترى أبوها هو والكبرى جدها ثم مات الاب فماله بينهم أثلاثاً ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الاب لانه مولى نصف الجد وهما ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فان كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لابيهما فالجواب فيها كالتي قبلها

(فصل) فان اشترى ثلاث بنات أمهاتهن معتقات أباهن أثلاثا عتق عليهن وجر الى كل واحدة ثلث ولاء أختيها فان مات الاب كان ماله بينهن أثلاثاً بالنسب والولاء، فان ماتت احداهن بعده كان لاختيها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء والباقي لموالي أمها وتصح من تسعة، ولو ماتت احداهن ثم مات

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» ولان أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مجاهد فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة وليس هذا بوصلة لان الوصي لا يعقل فله الرجوع وهذا عندهم بخلافه

(فصل) واللقيط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وفقهاء الامصار ، وروي عن عمر أن ولاءه لملتقطه وبه قال الليث واسحاق وعن ابراهيم ان نوى أن يرث منه فذلك وقد روي عن النبي ﷺ «المرأة تحوز ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه»

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» ولانه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذي نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام :

الاب قسم ماله على سبعة وعشرين لهما الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء ويبقى التسع وهو حصة الميتة فلهما ثلثاه لان لهما ثلثي ولائها ولموالي أمها السدس والسدس الباقي للميتة قبلها لان لها ثلث ولائها أيضا فيكون هذا السدس بين مولى أم الميتة الاولى والاختين على ثلاثة فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر لموالي أم الميتة الاولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالي أمها وسهم يعود الى الميتة الثانية لان لها الثلث ولائها فهذا هو السهم الدائر لانه خرج من الثانية الى الاولى ثم رجع اليها

كتاب الوديعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله ﷺ «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولاتخن من خانك» وروي عنه عليه السلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند ام أيمن وأمر عليا أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فاجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة تقتضيها فان بالناس اليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بانفسهم ويحتاجون الى من يحفظ لهم ، والوديعة فعيلة من يدع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، وقيل هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبوله لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس على مودع ضمان اذا لم يتعد)

وجملته ان الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى :إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قال القاضي والاولى أصح لان الله

﴿باب الوديعة﴾

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليا أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع والعبرة تقتضيها لحاجة الناس اليها فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم

تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الامانة ، ويروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستودع ضمان » ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ولان المستودع مؤتمن فلا يضمن ماتلف من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ولان المستودع انما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ماذكرنا ، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه لانه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع

(فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلاشيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان مايتلف في يد مالكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل (إحداهن) ان المستودع إذا خلط الوديعة بما لم تتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي

وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، وحكي عن مالك لا يضمن الا ان يكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولانه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وان أمره صاحبها

ويحتاجون الى من يحفظها لهم والوديعة فعيلة من ودع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها للآية وان ردها المستودع على صاحبها لزمه القبول لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل

(مسئلة) (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها الا أن يتعدى وان تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) وجملة ذلك أن الوديعة أمانة اذا تلفت من غير تعد ولا تفريط من المودع فليس عليه

بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه ، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمراه أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه فان امره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى ، وان اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن فخلطها أولى وان خلطها غيره فالضمان على من خلطها لان العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها

(المسألة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فانه يضمنها،وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة وهذا اذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فان عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وان أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها اذا فعل ذلك من غير حاجة

(المسألة الثالثة) اذا أودعها غيره ولها صورتان [إحداهما] أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه واسحاق، وقال ابن أبي ليلى لاضمان عليه لان عليه حفظها واحرازها وقد احرزها عند غيره وحفظها به ولانه يحفظ ماله بايداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها وهذا صحيح فانه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره، فاذا ثبت هذا فان له تضمين الاول وليس للاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على انه أمين له لا ضمان عليه ، وان أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي انه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لانه ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً للضمان على الاول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب، ويحتمل ان له تضمين الثاني أيضاً لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب ، وهذا مذهب الشافعي ،وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب

ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية ان ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله قال القاضي والاول أصح لان الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الامانة وروى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المودع ضمان » ولان المستودع انما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع اليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من انس في حفظها فلا ينافي ما ذكرناه فان تعدى المودع فيها

ولا ينفي وجوبه على القابض منه فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الاول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا للقول الاول لا أصل له ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى انسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كامرأته وغلامه لم يضمن نص عليه احمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها الى أجنبي

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبه مالو حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية الى الراعي أو دفع البهيمة الى غلامه ليسقيها ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لا يعد حفظاً منه

(الصورة الثانية) إذا كان له عذر مثل ان أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره فان فعل ضمنها لانه دفعها الى غير مالكها بغير اذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى وان لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن لانه متبرع بامساكها فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له ويحتمل أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها وأحب الى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة . وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم وان دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كايداعها عنده وان لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وان اعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وان أعلم بها ثقة لا يده على المكان فقد فرط لانه لم يودعها اياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

أو فرط في حفظها ضمنها بغير خلاف علمناه لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع

(فصل) فان شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله أوقال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع اذا قال أنا ضامن فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبه قال الثوري وأسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه

(مسئلة) (ويلزمه حفظها في حرز مثلها)

اذا اودع وديعة ولم يعين المودع له موضعا لها فان المودع يلزمه حفظها في حرز مثلها كما يحفظ ماله وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة فان لم يحفظها في حرز مثلها ضمنها لانه فرط فيها فان وضعها

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه مخالف لصاحبها وان لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة أشبه مالو كان السفر مخوفا .

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف أشبه مالو لم يجد أحداً يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها فان النبي ﷺ قال : « ان المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فاما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجته فيختار فعل مافيه الحظ

(فصل) وان حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه الا في أخذها معه لان كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

﴿ مسئله ﴾ قال (وان كانت غلة فخلطها في صحاح او صحاحا فخلطها في غلة فلا ضمان عليه)

يعني بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما او تركها في صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافا ، وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبيضا بسود ، وقد حكي عن احمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً أو يتغير لونها فتنقص قيمتها فان لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

في حرز مثلها ثم نقلها عنه الى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها الى مثل الاول او دونه لان صاحبها رد حفظها الى رأيه واجتهاده واذن له في احرازها بما شاء من احراز مثلها ولهذا لو تركها في الثاني اولا لم يضمنها فكذلك اذا نقلها اليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع انما هو وكيل في حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا ان يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في اخراجها ويعلم ان صاحبها لوحضر في هذه الحال اخرجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع اذا خاف عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال ولو أمره ان يجعلها في منزل فاخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلاضمان عليه)

وجملة ذلك أن رب الوديعة اذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لانه ممتثل لامره غير مفرط في ماله وان خاف عليها سيلا وتوى ، يعني هلا كاء فأخرجها منه الى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا لان نقلها في هذه الحال تعين حفظا لها وهو مأمور بحفظها وان تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالامر المخوف أو بغيره لانه فرط في حفظها لان حفظها نقلها وتركها تضييع لها وان لم يخف عليها فنقلها عن الحرز الى دونه ضمنها لانه خالفه في الحفظ المأمور به وان نقلها الى دونه عند الخوف عليها نظرنا فان أمكنه احرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه وان لم يمكنه احرازها الا بما دونه لم يضمنها لان احرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه وان نقلها الى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لان تقييده بهذا الحرز يقتضي ماهو مثله كمن اكترى أرض الزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ويحتمل كلام الخرقي لزوم الضمان لان الامر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه الا بدليل وان نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم مالو أخرجها الى مثله فان نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن اخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان أحدهما يضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لانه ممتثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لانه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقال ابو حنيفة ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه مالو نقلها من زاوية إلى زاوية وان نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن)

وجملة ذلك ان المودع اذا امر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لانه ممتثل غير مفرط وان احرزها في دونه ضمن لانه مخالف ولان صاحبها لم يرضه

﴿ مسئلة ﴾ (وان احرزها في مثله او فوقه لم يضمن) وكذلك ان نقلها الى مثل ذلك الحرز لغير حاجة هذا قول القاضي وهو مذهب الشافعي لان تقييده بهذا الحرز يقتضي ماهو مثله كمن اكترى ارضا لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ولان من رضي حرزاً رضي مثله او فوقه وقيل يضمن ويحتمله كلام الخرقي لان الامر بشيء يقتضي تعينه فلا يعدل عنه الا بدليل وان نقلها الى احرز منه فهو كما لو نقلها الى مثله وان فعله لحاجة لم يضمن لما نذكره

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس مافرق به صحيحا لان ثبوت الدار يختلف فمنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسراً أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا او لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة ، وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فان تركها فتلفت ضمنها لان نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها ههنا في إخراجها أشبه مالو لم ينهه عن إخراجها فان قال لاتخرجها وان خفت عليها فاخرجها من غير خوف ضمنها وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لان نهيه مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها كما لو قال له أتلفها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت

(فصل) وان أودعه وديعة ولم يعين له موضع احرازها فان المودع يحفظها في حرز مثلها أي موضع شاء فان وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لان ربها رد حفظها الى رأيه واجتهاده وأذن له في احرازها بما شاء من إحراز مثلها ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولا لم يضمنها فكذلك إذا نقلها اليه ، ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع انما هو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الاحوال لاخرجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها

(فصل) إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار اوسيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا

﴿ مسئلة ﴾ وان نهاه المالك عن اخراجها فاخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن وان تركها فتلفت ضمنها وان أخرجها لغير خوف ضمن)

اذا نهاه المالك عن اخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه حكم مالو لم ينهه على ماذكرنا من الخلاف فيه فان اخرجها لشيء الغالب منه التوى مثل ان خاف عليها نهبا او هلاكا لم يضمنها لانه غير مفرط في حفظها لان حفظها نقلها وتركها تضييع لها وان نقلها في هذه الحال الى دون الحرز فان امكنه احرازها في مثله او اعلى منه ضمنها لتفريطه وان لم يمكنه لم يضمن لان احرازها بذلك احفظ لها وليس في وسعه سواه وان تركها فتلفت ضمن سواء تلفت بالامر المخوف او بغيره لانه مفرط في حفظها لان حفظها في نقلها وتركها تضييع لها وفيه وجه آخر انه لا يضمن لانه امتثل امر صاحبها اشبه مالو قال لاتخرجها وان خفت عليها فان اخرجها لغير خوف ضمن سواء اخرجها

مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لانه أمر ظاهر فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لانه تتعذر إقامة البينة فلا يطالب بها كما لو ادعى التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على ما مضى من التفصيل فيه

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها ، وان جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه ، وان تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لان العادة أن الانسان إذا أودع شيئاً وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه الى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها او أمره بتعجيل حملها فاما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها وان قال اجعلها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمنها لان الجيب أحرز لها لانه ربما نسي فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب وان قال اجعلها في جيبك فتركها في كمه ضمنها لذلك وان جعلها في يده ضمن أيضا كذلك وان قال اجعلها في كمك فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم والثاني لا يضمن لان اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط والكم بخلافه ولان كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ولمن نصر الوجه الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن لذلك ، وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بشدها في كمه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وان فعل ذلك عند غير المطالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقا فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وان تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لانه مفرط وان كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة

الى مثل الحرز او دونه او فوقه لانه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وفيه قول آخر انه لا يضمن كما لو لم يعين له حرزاً وقد ذكرناه وهو قول القاضي وقال ابو حنيفة ان نهاه عن نقلها من بيت فنقلها الى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق احدهما طريق الآخر فاشبه مالو نقلها من زاوية الى زاوية وان نقلها من دار الى دار اخرى ضمن

ولنا انه خالف امر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار الى دار ولا يصح هذا الفرق لان بيوت الدار تختلف فمنها ما هو اقرب الى الطريق او الى الانهدام او الى موضع الوقود او اسهل فتحاً او اضعف حائطاً أو أسهل نقباً او يكون المالك يسكن به أو غيره واشباه هذا مما يؤثر في الحفظ او في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة

الناس في حفظ أموالهم فان شدها على عضده لم يضمنها لان ذلك أحفظ لها ، وقال القاضي ان شدها من جانب الجيب لم يضمن وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها لان الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أوشدها في كمه فان الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان احرازها بأحفظ الحرزين مانعا من احرازها بما دونه إذا كان حرزا مثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وان أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لانه احرز وان أمره بشدها على عضده مطلقا أو امره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وان شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك ان تركها في بيته في حرزها .

(فصل) وان أمره أن يجعلها في صندوق وقال لاتقفل عليها ولاتنم فوقها فخالفه في ذلك أو قال لاتقفل عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبه ما لو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لان النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لاخذها

ولنا أن ذلك احرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكروه .

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوما فسرقها احدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وان سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لان فعله لم يكن سببا لاتلافها ويحتمل ان يلزمه الضمان لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولانها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لاتخرجها وان خفت عليها فاخرجها عند الخوف أوتركها لم يضمن)

اذا أخرجها في هذه الحال من غير خوف ضمنها لانه خالف شرط صاحبها لغير حاجة وان أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله امر صاحبها اشبه مالو اذن له في اتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لانه زاده خيراً وحفظاً فلم يضمن كما لو أذن له في إتلافها فلم يفعل حتى تلفت

(فصل) اذا أخرج الوديعة المنهي عن اخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان نار أوسيل أو أمر ظاهر وانكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة انه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لانه مما لا تتعذر اقامة البينة عليه لظهوره فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج الى بينة لانه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها

مخالفة توجب الضمان اذا كانت سببا لاتلافها فأوجبته وان لم تكن سببا كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

(فصل) إذا قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه في أنملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضا لان مخالفته سبب لتلفه .

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فامكن أداؤها اليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وامر به رسول الله ﷺ فقال « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصبا لكونه امسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها اليه لبعدها أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكلف نفسا الا وسعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وانما عليه التمكين من أخذها وان سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها الى بلدها لانه بعدها بغير اذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يغرم من تركته فان كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فان وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص وبهذا قال

كما لو ادعى تلفها بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في اخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها وإن جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت لم يضمن وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا

قال شيخنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله فيصطحبه معه لم يضمن لان المودع عالم بهذه العادة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فاما ان يقبلها بهذا الشرط أو يردها

الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروي ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وأبي جعفر محمد بن علي، وروي عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي: الدين قبل الامانة

ولنا أنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع ان عندي وديعة أو علي وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (والثاني) لا ضمان عليه لان الوديعة أمانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحد الوجهين لاصحاب الشافعي وظاهر المذهب الاول لان الاصل وجوب الرد فيبقى عليه مالم يوجد ما يزيله

(فصل) وان مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فان لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها لانه لم يأتمنهم عليها وانما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فان أخر ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة تشهد بها وان وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا أو كان وديعة لمورثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها و كذلك لو وجد في رزنامج أبيه ان لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك؛

﴿مسئلة﴾ قال (واذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لانه خرج من حال الامانة ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجملة ذلك أنه اذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه مكذب لانكاره الاول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للامانة وان أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه وان أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه

(مسئلة) (وإن أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمنها إلا أن ينهاه المالك عن علفها)

إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك وبه قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه وبه قال أبو حنيفة لانه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فاذا لم يعلفها كان هو المفرط

الضمان لانه خرج بالجحود عن الامانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وان أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لانه مكذب لها بانكاره الايداع (والثاني) تسمع بينته لان المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقامت البينة بالايداع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا لكن ان ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وانها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لان جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب

(فصل) اذا نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التملك

ولنا قول النبي ﷺ « عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها مالم تكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها ناويا الخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كمسئلتنا ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا انه تعدى باخراجها اشبه مالو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فان ترك علفها حتى تلفت ضمنها لانه مفرط فيها فان أمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لحرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك ولحرمة البهيمة فان الحيوان يجب احياؤه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع به فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة والاول أولى ثم ينظر فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به فان عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها أو انفاقه عليها أو إجارتها أو الاستدانة على صاحبها ويدفع إلى المودع لينفقه عليها أو إلى غيره فينفق عليها إن رأى

كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة .

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وان قال دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن أبي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ننظر في المدفوع اليه فان أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وان أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لان المودع يقبل قوله في التلف والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضا ويكون ذهابها من مالكها

(فصل) واذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين (أحدهما) لحرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك (والثاني) لحرمة البهيمة فان الحيوان يجب احياؤه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة ، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضا وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فاذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فان

ذلك ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً من نفسه لنفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فان اختلفا في قدر النفقة قبل قول المودع إذا ادعى النفقة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقبل وإن اختلفا في قدر المدة فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك وإن لم يقدر على الحاكم فانفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق لانه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكما وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير إذنه ففيه روايتان نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن (احداهما) يرجع لانه مأذون فيه عرفاً (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أنفق من غير إشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع أيضاً وجهان وجههما ما ذكرنا ومتى

قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به ، فاذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وانفاقه عليها أو اجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه الى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه اليه ليتولى الانفاق عليها لانه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فان اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك فان لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لانه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه اذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفي الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين (احداهما) يرجع به لانه مأذون فيه عرفا (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم ، وإن أنفق من غير اشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ماجرت به العادة فلا ضمان عليه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبه المصرح به

(فصل) وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلفها ولا تسقها لم يجز له ترك علفها لان الحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى ، فان علفها وسقاها كان كالقسم الذي قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم

علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ماجرت به العادة فلا ضمان فيه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبه المصرح به

(فصل) فان نهاه المالك عن علفها وسقيها لم يجز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى فان علفها وسقاها فهو كما لو لم ينهه وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه ما إذا لم ينهه وهو قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال فيصير أمر مالكها وسكوته سواء

ولنا أنه ممتثل قول صاحبها فلم يضمنها كما لو أمره بقتلها ففعل وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها نخاف عليها ولم يخرجها او امره بالقائها في نار وبهذا ينتقض ماذكروه ومنع ابن المنذر الحكم فيما اذا

ينه وهذا قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن اضاعة المال فيصير أمر مالكها وسكوته سواء
ولنا أنه ممتثل لامر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال اتلفها فتلفها وكما لو قال لاتخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بالقائها في نار أو بحر وبهذا ينتقض ماذكروه ومنع ابن المنذر الحكم فيما اذا أمره باتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لانه نائب لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وانما تلفت بترك العلف المأذون فيه أشبه مالو قال له لاتخرجها اذا خفت عليها فلم يخرجها.

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (ولو كان في يده وديعة فادعاها نفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه)

وجملته أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لاحدهما سلمت اليه لان يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله فاذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر لانه منكر لحقه فان حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للاول سلمت الى الاول لانه استحقها باقراره وغرم قيمتها للثاني نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها وإن قال هي لاحدهما لا أعرفه عينا فاعترفا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه، وان ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك، وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما

ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما اذا أنكرهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه

امره باتلافها فاتلفها ولايصح لانه نائب صاحبها فلم يغرم كالواستنابه في مباح والتحريم اثره في بقاء حق الله تعالى وهو الاثم اما حق الآدمي فلا يبقي مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وانما تلفت بترك العلف المأذون فيه اشبه ما اذا نهاه عن اخراجها مع الخوف فلم يخرجها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اترك الوديعة في جيبك فتركها في كمه ضمن)

لانه ربما نسي فسقط الشيء من كمه وكذلك ان تركها في يده لان الجيب احرز وان قال اتركها في كمك فتركها في جيبه لم يضمن لان الجيب احرز على ما ذكرنا وان قال اتركها في كمك فتركها في يده احتمل وجهين احدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم (والثاني) لايضمن لأن اليد لاينبسط عليها الطرار بالبط بخلاف الكم ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فتساويا ولمن نصر الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من

وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهو قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما ، وللشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما كما لو أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بجهله

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر باحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح فان العين لم تتلف . ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل

(مسئله) قال (ومن أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ)

وجملته ان من أودع شيئا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فان رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه اذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي ان لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل انه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب ، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم او حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لانه هتك الحرز بفعل تعدى به ، وان خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز ، وان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وان رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وان لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي ههنا أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد

وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمره بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن كذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة والكم أحرز عند عدم المغالبة فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدها في كمه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها وإن تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها اذا سقطت ضمنها لأنه مفرط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة الناس في حفظ أموالهم وإن شدها على عضده لم يضمن لان ذلك احفظ لها وقال القاضي إن شدها من جانب الجيب لم يضمنها وان شدها من الجانب الآخر ضمن لأن الطرار يقدر علي بطها بخلاف ما اذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما اذا تركها في جيبه أو ربطها في كمه فان الطرار

بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال ابو حنيفة اذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها اذا تلفت كما لو أودعه اياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

(فصل) واذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها الى صاحبها زال عنه الضمان، فان ردها صاحبها اليه كان ابتداء استئمان وان لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان بريء من الضمان في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فاذا أبرأه منه بريء كما لو أبرأه من دين في ذمته، واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا إذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فههنا أولى

(فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها الى موضعها بنية الامانة لم يبرأ من الضمان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبرأ لانه ممسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا انه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ماذكروه

(فصل) ولا يصح الايداع إلا من جائز التصرف فان أودع طفل أومعتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وانما يزول بدفعها الى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم، فان كان الصبي مميزاً صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لانه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فان أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها، فان أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على إتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى انه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته

يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان حرزها باحفظ الحرزين مانعاً من احرازها بما دونه اذا كان حرزاً لمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرزون به أموالهم فاشبه شدها في الكم وتركها في الجيب لكن لو أمره بشدها بما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الاخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

(مسئلة) وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لاتقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه أو قال لاتقفل

ولنا ان ماضمنه باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ . ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه اياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

(فصل) وان أودع عبداً وديعة خرج على الوجهين في الصغير ان قلنا لا يضمن الصبي فأتلفها العبد كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته

(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلاضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لان الاكراه عذر لهايبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا

﴿باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة﴾

الفيء هو الراجع الى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال فاء الفيء اذا رجع نحو المشرق. والغنيمة ماأخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة فيء وغنيمة وانما خص كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر، والاصل فيهما قول الله تعالى (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الاموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فانها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين (أحدهما) الفيء وهو ماأخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فزعا من المسلمين وهربوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب اذا دخلوا الينا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له . والغنيمة ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار ، والقسم الثالث الصدقة وهو ماأخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين

عليها الا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين فلاضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعاق بحفظها أشبه مالو نهاه عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لاخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ماذكروه

(فصل) وإن قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوماً فسرقها أحدهم ضمنها لانها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال ادخالهم او بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن

-حتى بلغ - عليم حكيم) ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه -حتى بلغ وابن السبيل) ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى -حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق به جبينه

(فصل) ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الامم وانما علم الله ضعفنا فطيبها لنا رحمة لنا ورأفة بنا وكرامة لنبينا ﷺ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - أحلت لي الغنائم » متفق عليه وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لم تحل الغنائم لقوم سود الرءوس غيركم، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغانمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فأضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم فيدل ذلك على أن سائرها لهم وجرى ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) أضاف ميراثه اليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للاب وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحلها لهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب الابل خاصة والايجاف أصله التحريك والمراد ههنا الحركة في السير اليه . قال قتادة فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ماقطعتم واديا ولا سيرتم اليها دابة انما كانت حوائط بني النضير أطعمها الله رسول الله ﷺ قال ابو عبيد الايجاف الايضاع يعني الاسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفته أنا قال الله تعالى (ماأفاء الله على رسوله منهم

سبباً لاتلافها ويحتمل ان يضمن لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها ولانها مخالفة توجب الضمان اذا كان سبباً لاتلافها فأوجبته وإن لم يكن سبباً كما لو نهاه عن اخراجها فأخرجها لغير حاجة، وإن قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن لأنها أغلظ وأحفظ له الا أن لايدخل فيها فيضعه في أعلتها العليا أو ينكسر لغلظها عليه فيضمنه في الموضعين لأن مخالفته سبب لتلفه

﴿مسئلة﴾ (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن)

نص على هذا أحمد وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها الى أجنبي

فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الاموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيء وما أجلب عليه المسلمون وساروا اليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان فان النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل أهله بالامان فكانت غنيمة كلها

﴿مسئلة﴾ قال (نخمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (أحدها) أن الفيء مخموس كما تخمس الغنيمة في احدى الروايتين وهومذهب الشافعي (والرواية الثانية) لايخمس نقلها ابن طالب فقال: انما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي من أن الفيء مخموس نصا فاحكيه وانما نص على أنه غير مخموس وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا نحفظ عن احد قبل الشافعي في الفيء خمس كخمس الغنيمة، وأخبار عمر تدل على ماقاله الشافعي ولان الله تعالى قال (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى - إلى قوله - والذين جاءوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال: هذه استوعبت المسلمين، ووجه الاول قول الله تعالى (ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس، وجاءت الاخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والاخبار وتتعارض، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فان خمسه الذي سمي في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة ولانه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال لقيت خالي ومعه الراية قلت الى أين؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ الى رجل عرس بامرأة أبيه ان أضرب عنقه وأخمس ماله

(الفصل الثاني) ان الغنيمة مخموسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله، وقد نطق به

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه وكما لودفع الماشية الى الراعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لايعد حفظاً منه

﴿مسئلة﴾ (وإن دفعها الى أجنبي أو حاكم ضمن وليس للمالك مطالبة الاجنبي وقال القاضي له ذلك)

إذا دفع الوديعة إلى غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب الا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله وقد ذكرناه في المسئلة قبلها وذكرنا الخلاف فيه، وقال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه واسحاق متى دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن، وقال ابن أبي ليلى لاضمان عليه لان عليه حفظها واحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولانه يحفظ ماله بايداعه فاذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لوحفظها في حرزه

الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فان عمر رضي الله عنه قال كنا لا نخمس السلب وقول النبي ﷺ «من قتل قتيلا فله سلبه» يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نفله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس. رواه سعيد في سننه. ومنها اذا قال الامام من جاء بعشرة رؤوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لانه في معنى السلب . ومنها اذا قال الامام من أخذ شيئا فهو له وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لانه في معنى الذي قبله . والصحيح أن الخمس لا يسقط لانه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لان ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصا بل نسخا لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقا. ومنها اذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح انه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه

(الفصل الثالث) ان الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فان القائل بوجوب الخمس في الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فانه قال في الفيء والغنيمة يجتمعان في ان فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الانفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية . وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية . والمسمون في الآيتين شيء واحد

(الفصل الرابع) ان الخمس يقسم على خمسة أسهم وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة : سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة ، وقال أبو العالية سهم الله

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ايداعها فانه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره فان فعل فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال فله تضمين أيهما شاء لانهما متعديان، ويستقر ضمانها على الثاني لان التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن وإن لم يعلم الحال فله تضمين الاول، وليس للاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه، وان أحب المالك تضمين الثاني فليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي لان أحمد ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً للضمان على الاول فلم يوجب ضمانا آخر، ويفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالغصب. قال شيخنا ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فيضمنه

عز وجل هو انه اذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي لله لاتجعلوا له نصيبا فان لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم ، وروي عن الحسن وقتادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله ، وروى ابن عباس ان أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ونحوه حكي عن الحسن بن محمد بن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: اليتامى والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضا ، وقال مالك الفيء والخمس واحد يجعلان في بيت المال ، قال ابن القاسم وبلغني عمن أثق به ان مالكا قال يعطي الامام أقرباء رسول الله ﷺ على مايرى ، وقال الثوري والحسن يضعه الامام حيث أراه الله عز وجل

ولنا قول الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره قوله (فان لله خمسه) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فان لله تعالى الدنيا والآخرة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة وما ذكره أبو العالية فشيء لايدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس ولا يصار اليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثراً صحيحا سوى قوله ، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فان الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئا وجعل لهما في الخمس حقا كما سمى للثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى فقال إنا كنا نزعم انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا، ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان

كالقابض من الغاصب، وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفى الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القابض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان ضمن الثاني رجع على الاول وهذا القول أقرب الى الصواب وماذكرنا للقول الاول لاأصل له ثم هو منتقض بما اذا دفع الوديعة الى انسان عارية أوهبه

(مسئلة) (وان أراد سفراً أو خاف عليها عند ردها الى مالكها أو وكيله فى قبضها ان قدر على ذلك)

ولم يجز له دفعها الى الحاكم ولا الى غيره لانه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فان فعل ضمنها لانه دفعها الى غير مالكها بغير اذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الاولى

قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس يوافق الكتاب والسنة فان جبير بن مطعم روى ان رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبدشمس ولا بني نوفل من الخمس شيئا كما كان يقسم لبني هاشم ولبني المطلب ، وان أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده رواه أحمد في مسنده

وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر أنهما حملا على سهم ذي القربى في سبيل الله فقيل أنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل فان قالوا فالنبي ﷺ ليس بباق فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه الى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ « مايحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

﴿ مسألة ﴾ قال (وسهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي فانه قال اختار أن يضعه الامام في كل أمر خص به الاسلام وأهله من سد ثغر واعداد كراع أو سلاح أو اعطائه أهل البلاء في الاسلام نفلا عند الحرب وغير الحرب وهذا نحو ماقال الخرقي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم حضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ماشاء فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل انما أضافه الله تعالى إلى نفسه والى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على انصباء الباقين من أهل الخمس لانهم شركاؤه ، وقال آخرون بل يرد على الغانمين لانهم استحقوها بقتالهم وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حيا فاذا مات وجب رده الى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت اذا خرج منها سهم بوصية ثم

﴿مسئلة﴾ (فان لم يجده حملها معه ان كان أحفظ لها)

اذا أراد السفر بها وقد نهاه صاحبها عنه ضمنها لمخالفته وان لم ينهه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها، وان لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم او امين ضمنها لانه سافر بها من غير ضرورة أشبه مالو كان السفر مخوفاً

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها الى البلد ولانه سافر بها سفراً غير مخوف اشبه مالو لم يجد أحداً يدعها عنده . قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو وكيله فيها بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت علي صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها فان النبي صلى

بطلت الوصية رد إلى التركة وقالت طائفة هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو للذي يقوم بها من بعده وقد رأيت ان أرده على المسلمين » والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر قال : لاأدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته . متفق عليه، وروي عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال اختلفوا في هذين السهمين يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما في الخيل والعدة في سبيل الله فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المغنم الصفي وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم ان ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد الصفي انما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفا لهذا إلا أبا ثور فانه قال إن كان الصفي ثابتا للنبي ﷺ فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله مجعل سهم النبي من خمس الخمس فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في ابقائه بعد موته، قال ابن المنذر لاأعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول، وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال « مايحل لي مما أفاء الله عليكم ولامثل هذه الا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد . ورواه أبو داود باسناده عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فمفهومه أن باقيها للغانمين

ولنا ماروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش « إنكم ان شهدتم أن لاإله الا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي انكم آمنون بامان الله ورسوله » وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس وان يعطوا سهم النبي ﷺ والصفي

الله عليه وسلم قال « المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولايلزم من الاذن في امساكها على وجه لايتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجة فيختار ما فيه الحظ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح .

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها الى الحاكم سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن) لانه متبرع بامساكها فلا يلزمه استدامته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته فان أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لاولاية له، ويحتمل ان يجوز له ايداعها لانه قد يكون احفظ لها واحب إلى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فاودعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد انه

وقالت عائشة كانت صفية من الصفي . رواه أبو داود ، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثابت باجماع الامة قبل أبي ثور وبعده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحدمنهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ قال(وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبدمناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين)

يعني بقوله في صلبية بني هاشم أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم . وفي هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام، وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم فروي جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبنى عبد شمس وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى فكتب ابن عباس إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا قال أحمد أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبي ﷺ على ماقال ابن عباس هو لنا

(الفصل الثاني) أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم بدليل ماروى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا يا رسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم فما بال اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء

يضمنها ثم تأول كلامه على انه اودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم

(مسئلة) (فان تعذر ذلك اودعها ثقة اودفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار فان دفنها ولم يعلم بها أحداً أو اعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها)

اذا دفنها في موضع واعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كايداعها عنده، وان لم يعلم بها احداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لايامن ان يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وكذلك إن أعلم بها ثقة لا يده على المكان لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

(فصل) وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لان كل واحد منها سبب لخروجها عن يده

واحد وشبك بين أصابعه وفي رواية «انهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم وموافقتهم بني هاشم ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئا لان النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا وإنما دفع إلى أقارب أبيه ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام وعبدالله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش

(الفصل الثالث) أنه يشترك فيه الذكر والانثى لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في قسمته بينهم فعن أحمد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الخرقي ومذهب الشافعي لانه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الانثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الام فان الوصية استحقت بقول الموصي وميراث ولد الام استحق بقرابة الام والرواية الثانية يسوى بين الذكر والانثى وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لانهم أعطوا باسم القرابة والذكر والانثى فيها سواء فأشبه مالو أوصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الاب وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث ولانه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والانثى كسائر سهامه ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في القرابة فأشبه الميراث .

(الفصل الرابع) أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الامصار ويجب تعميمهم به حسب الامكان وهذا قول الشافعي، وقال بعضهم يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواه فما يؤخذ من مغزى الروم لاهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي القربى لما يلحق من المشقة في نقله من المشرق إلى المغرب ولانه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهم، ووجه الاول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث، فعلى

﴿ مسألة ﴾ (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الامانة ضمن لتعديه ولم يزل عنه الضمان بردها)

وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانه ممسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره

﴿مسألة﴾ (فان جحدها ثم أقر بها فتلفت ضمنها)

لانه بجحدها خرج عن الاستئمان عليها فلم يزل عنه الضمان بالاقرار بها لان يده صارت يد عدوان

﴿مسألة﴾ (فان كسر ختم كيسها أو كانت مشدودة فحل الشد ضمن)

سواء أخرج منها شيئاً أو لم يخرج لانه هتك الحرز بفعل تعدى به فان خرق الكيس فوق

هذا يبعث الامام إلى عماله في الاقاليم وينظر كم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كالميراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يؤخذ في بعض الاقاليم فلو لم ينقل لأدى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بعث الامام عماله وسعاته فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جبة في الغزو ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

(الفصل الخامس) أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل لا حق فيه لغني قياسا له على بقية السهام

ولنا عموم قوله تعالى (ولذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولان النبي ﷺ كان يعطي اقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الامام أحمد في مسنده ان النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما وفرسه سهمين، وانما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال ، ولانه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث والوصية للاقارب، ولان عثمان وجبيرا طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه ولعلل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الثالث لليتامى)

وهم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم فان النبي ﷺ قال « لا يتم بعد احتلام » قال بعض أصحابنا لا يستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ولانه صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة ومن

الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

﴿ مسئلة ﴾ (وان خلطها بما لا تتميز منه ضمنها)

اذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها مثل أن يخلط الدراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره

كان اعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فانهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم، والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق ولم أعلم هذا نصاً عن أحمد وعموم الآية يقتضي تعميمهم . وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر انه للغني والفقير لعموم النص في كل يتيم وقياساً له على سهم ذي القربى ، ولانه لو خص به الفقير لكان داخلا في جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا ويفرق على الايتام في جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وانما يقع التمييز بينهما اذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك الا في الزكاة ، وسنذكرهم في أصنافها ، قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسنذكره أيضا في أصناف الصدقة ويعطى كل واحد منهم قدر مايوصله الى بلده لان دفعنا اليه لاجل الحاجة فأعطي بقدرها ، فان اجتمع في واحد أسباب كالمسكين اذا كان يتيما وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لانها أسباب لأحكام فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت فان اعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لاحق لهم في الفيء وظاهر كلام أحمد والخرقي ان سائر الناس

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن وحكي عن مالك لا يضمن الا أن تكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولانه اذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر فان أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لانه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها بخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه، فان أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الاخرى، وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تفريطه وإن خلطها غيره

لهم حق في الفيء غنيهم وفقيرهم ذكر أحمد الفيء فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير وقال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين الا له في هذا المال نصيب الا العبيد فليس لهم فيه شيء وقرأ عمر (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه ، ولانه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة

وذكر القاضي ان أهل الفيء هم أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لان ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الاعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون اذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد انه بين الغني والفقير يعني الغني الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل ان يكون معنى كلامه ان لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف الى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التي أصلحت به

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند وانما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها بالاسلحة والكراع وما يحتاج اليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر واصلاح الطرق وكراء الانهار وسد بثوقها وارزاق القضاة والائمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، وللشافعي قولان كنحو مما ذكرنا واحتجوا على أن أربعة أخماس الفيء كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أوس بن الحدثان قال : سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمان اليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم

فالضمان على من خلطها لان العدوان منه أشبه ما لو أتلفها

﴿مسئلة﴾ (وإن خلطها بمتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن أما إذا خلطها بما تتميز منه مثل ان خلط دراهم بدنانير لم يضمن)

لأنها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك الحكم إذا خلط بيضاً بسود وقد حكي عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً ويتغير لونها فتنقص قيمتها فان لم يكن فيه ضرر فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسقيها أو يعلفها لم يضمن لان ركوبها لذلك مأذون فيه عرفاً وشرعا لانه مأذون له في سقيها كما لو أذن له في علفها والعادة أن

يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنته فما فضل جعله في الكراع والسلاح ثم توفي رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله ﷺ ثم وليتها بمثل ما وليها رسول الله ﷺ وابو بكر متفق عليه الا ان فيه يجعل ما بقي اسوة المال وظاهر اخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في الفيء حقا فانه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال هذه الآية استوعبت المسلمين وجعل للراعي بسرو حمير منه نصيباً وقال ما أحد الا له في هذا المال نصيب ، وأما أموال بني النضير فيحتمل أن النبي ﷺ كان ينفق منه على أهله لان ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه أسوة المال ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي ﷺ من الفيء وترك سائره لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين

(فصل) واختلف الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب ابو بكر الصديق رضي الله عنه إلى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي ان أبا بكر رضي الله عنه سوى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر يا خليفة رسول الله أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن انما دخلوا في الاسلام كرها ؟ فقال ابو بكر انما عملوا لله وانما أجورهم على الله وانما الدنيا بلاغ ، فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي سوى بينهم وأخرج العبيد وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في القسمة ، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم ابي بكر وعلي التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل، وروي عن أحمد رحمة الله عليه انه أجاز الامرين جميعا على ما يراه الامام ويؤدي اجتهاده اليه فروي عن الحسن بن علي بن الحسن أنه قال للامام ان يفضل قوما على قوم، وقال ابو بكر اختيار أبي عبدالله أن لا يفضلوا وهذا إختيار الشافعي ، وقال ابي رأيت قسم الله المواريث على العدد يكون الاخوة متفاضلين في الغناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون ، وقسم رسول الله ﷺ من الاربعة الاخماس على العدد ومنهم من يغني غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضره اما غير نافع

من يسقيها يركبها فالاذن في السقي اذن في الركوب المعتاد ولهذا لو قال لوكيله اسق الدابة فانه يفهم منه اركبها له)

﴿مسئلة﴾ (وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده اختاره الخرقي وعنه يضمن الجميع

وجملة ذلك أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديه فان رده أو مثله لم يزل عنه وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي أن لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول الا برده إلى صاحبه كالمغصوب، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وكذلك

واما ضرر بالجبن والهزيمة وذلك أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين ، والصحيح إن شاء الله ان ذلك مفوض الى اجتهاد الامام يفعل مايراه من تسوية وتفضيل لان النبي ﷺ كان يعطي الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائهم وهذا في معناه ، والمشهور عن عمر رضي الله عنه انه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين اعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف وللأنصار من اهل بدر أربعة آلاف وفرض لأهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح الفين وقال بمن أبدأ ؟ قيل له بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله ﷺ فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطلب لقول رسول الله ﷺ « انما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد » ثم ببني عبد شمس لانه أخو هاشم لأبويه ثم ببني نوفل لانه أخوهما لابيهما ثم الاقرب فالاقرب ، قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفا فقد روى الزهري أن رسول الله ﷺ عرف عام حنين على كل عشرة عريفا وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، ويقدم الاقرب فالاقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لان فيهم أصهار رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الانصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون اليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور واصلاح الطرق وكرى الانهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة

(فصل) قال القاضي ويعرف قدر حاجتهم يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم في كفايته ، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤونته ، وينظر في أسعارهم في بلدانهم لان اسعار البلدان تختلف

ان رد بدله متميزاً لما ذكرنا وان لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي أنه لا يضمن غيره لان التعدي اختص به فاختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي ضمان الجميع لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه امكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل ، وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ، وان كانت الدراهم في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فان ردها

والفرض الكفاية ، ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وانما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فانه يفضل أهل السوابق والغنى في الاسلام على غيرهم بحسب مايراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لقوم خمسة آلاف ولآخرين أربعة آلاف ولآخرين ثلاثة آلاف ولآخرين ألفين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال ، ويكون عاقلا حرا بصيرا صحيحا ليس به مرض يمنعه القتال فان مرض الصحيح مرضا غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضا مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لانه في حكم الصحيح الاترى أنه لا يستنيب في الحج؟ كالصحيح وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لانه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد نفسه للقتال لانه يخاف على ذريته الضياع فاذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد القناني .

لقد زاد الحياة إلي حبا بناتي انهن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بعدي وأن يشربن رنقا بعد صاف
وأن يعرين ان كسي الجواري فيثنوا العين عن كرم عجاف
ولولا ذاك قد سومت مهري وفي الرحمن للضعفاء كاف

واذا بلغ ذكور اولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء

صاحبها اليه فهو ابتداء استئمان وان لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فاذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا اذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فههنا أولى

﴿مسئلة﴾ (وإن أودعه صبي وديعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم الى وليه)

وجملة ذلك أنه لا يصح الايداع الا من جائز التصرف فان أودع طفل أو معتوه انسانا وديعة ضمنها بقبضها لانه أخذ ماله بغير اذن شرعي أشبه ما لوغصبه ، ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وإنما يزول بدفعها الى وليه الناظر في ماله ، فان كان الصبي مميزاً صح ايداعه لما أذن له في التصرف فيه لانه كالبالغ بالنسبة الى ذلك فان خاف أنه اذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضمنه بأخذه لانه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو وجده في سيل فأخرجه منه

﴿ مسألة ﴾ قال (وأربعة اخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة للراجل سهم وللفارس ثلاثة اسهم الا ان يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لانه أضافها اليهم ثم أخذ منها سهما لغيرهم فبقي سائرها لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) وقال عمر رضي الله عنه : الغنيمة لمن شهد الوقعة. وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للراجل سهماً، وللفارس ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه متفق عليه ، وقال خالد الحذاء انه لايختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهما وللراجل سهماً ، والهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية، والمقرف عكس ذلك وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سليلة أفراس تحللها بغل
فان ولدت مهرا كريما فبالحري وان يك اقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرقي بالهجين ههنا ماعدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن البراذين اذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسئلة اختلاف كثير وأدلة على كل قول آخرنا ذكرها الى باب الجهاد فان المسئلة مذكورة فيه وهو أليق بها ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصدقة لايجاوز بها الثمانية الاصناف التي سمى الله عز وجل)

يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروي أن رجلا قال يارسول

﴿ مسئلة ﴾ (وان أودع الصبي أو المعتوه وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن فان أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي)

وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على اتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه، الا ترى أنه اذا دفع الى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته

ولنا أن ما ضمن باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أودع عبداً وديعة فأتلفها خرج على الوجهين في الصغير)

إذا تلفت الوديعة فان قلنا لا يضمن الصبي كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته

الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ « ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لايجوز دفع الزكاة الى غير هذه الاصناف الاماروي عن عطاء والحسن أنهما قالا ماأعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والاول أصح وذلك لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما للحصر تثبت المذكور وتنفي ماعداه لانها مركبة من حرفي نفي واثبات فجرى مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لاإله الا الله، وقوله تعالى (انما أنت منذر) أي ماأنت إلا نذير، وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق »

﴿ مسئلة ﴾ قال (الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لاحرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفة الا انهم لايملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل ان الله تعالى بدأ به وانما يبدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعي والاصمعي وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى (أومسكينا ذامتربة) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا

أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد

وأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

(فصل) واذا اودعه شيئاً ثم سأله دفعه اليه في وقت امكنه ذلك فلم يفعل حتي تلف ضمنه ولا نعلم خلافاً في وجوب رد الوديعة على مالكها اذا طلبها فأمكن اداؤها اليه بغير ضرورة وقد امر الله تعالى بذلك فقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقال رسول الله صلى الله عليه « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » يعني عند طلبها ولانها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم اداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لانه صار غاصباً لانه امسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم اشبه الغاصب فاما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها لبعدها او لمخافة في طريقها او للعجز عن حملها او غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لان الله تعالى لايكلف نفساً الا وسعها فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال امهلوني حتى اقضي صلاتي او آكل فاني جائع او أنام فاني ناعس أو ينهضم عني الطعام فاني ممتلىء امهل بقدر ذلك

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولان النبي ﷺ قال « اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين » وكان يستعيذ من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها ولان الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي نزعت فقره ظهره فانقطع صلبه قال الشاعر :

لما رأى لبد النسور تطايرت رفع القوادم كالفقير الاعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا فان نعت الله تعالى المسكين بكونه ذامتربة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة والشعر أيضا حجة لنا فانه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيراً لاشيء له اذا تقرر هذا فالفقير الذي لا يقدر على كسب مايقع موقعا من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم مايقع موقعا من كفايته ولا له خمسون درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزمني والمكافيف وهم العميان سموا بذلك لكف أبصارهم لان هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب مايقع موقعا من كفايتهم وربما لا يقدرون على شيء أصلا قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسئلون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعا من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فما زاد ، والذي لا يحصل له الا مالا يقع موقعا من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين فيعطي كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتنسد به حاجته لان المقصود دفعها واغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربها اذا كانت مما لحملها مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وانما عليه التمكين من اخذها، فان سافر بها بغير اذن ربها ردها الى بلدها لانه بعدها بغير اذن ربها فلزمه ردها كالغاصب

(فصل) اذا مات الرجل وثبت ان عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تغرم من تركته فان كان عليه دين سواها فهما سواء ان وفت تركته بهما والا اقتسماها بالحصص وبه قال الشعبي والنخعي وداود وابن ابي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق وروي ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وابي جعفر محمد بن علي وروي عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي الدين قبل الامانة

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال فان قيل فقد قال النبي ﷺ «ليس المسكين بالطواف الذي ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه» قلنا هذا تجوز وانما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة في اثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام «ليس الشديد بالصرعة وانما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب» وقال «ماتعدون الرقوب فيكم؟» قالوا الذي لايعيش له ولد قال «لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئا» وقال «ماتعدون المفلس فيكم؟» قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال «لا ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى اذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك الى النار»

(فصل) ومن كان ذا مكسب يغنيه به نفسه وعياله ان كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة ان لم يملك نصابا فله الاخذ منها لقول النبي ﷺ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولان هذا لا يملك نصابا ولا قيمته فجاز له الاخذ كالذي لا كفاية له

ولنا ما روي عبدالله بن عدي بن الخيار أن رجلين أتيا رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئا منها فصعد بصره فيهما وقال لهما «ان شئتما أعطيتكما منها ولاحظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب» رواه أبو داود ورواه الامام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودها إسنادا ماأجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قيل له فالحديث عن النبي ﷺ «لاتحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي» قال لا أعلم فيه شيئا يصح قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم لم يسمع من أبي هريرة. والانى مختلف فمنه غنى يوجب

ولنا انهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة اولم يوجد وهذا اذا أقر المودع ان عندي وديعة اوعلي وديعة لفلان ام ثبتت بينة انه مات وعنده وديعة فأما ان كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده او تلفت ؟ ففيه وجهان (احدهما) وجوب ضمانها لان الوديعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لايسقط الرد (والثاني) لاضمان عليه لان الوديعة امانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى واحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول ظاهر المذهب لان الاصل وجود الرد فيبقى عليه مالم يوجد مايزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع امين والقول قوله فيما يدعيه من رد او تلف او اذن في

الزكاة وغنى يمنع أخذها وغنى يمنع المسئلة ويخالف ما قالوا عليه هذا فانه محتاج اليها والصدقة أوساخ الناس فلا تباح الا عند الحاجة اليها وهذا المختلف فيه لاحاجة به اليها فلا تباح له

(فصل) وان كان الرجل صحيحا جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يحلفه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفي بعض رواياته انه قال أتينا النبي ﷺ فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه فرآنا جلدين فقال « ان شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عندي لا يقبل قوله إلا ببينة لان الاصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه وفارق ما إذا ادعى انه لا كسب له فانه يدعي ما يوافق الاصل لان الاصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه اقامة البينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله الا ببينة تشهد بأن ماله تلف أو نفد لما روي أن النبي ﷺ قال « لا تحل المسئلة إلا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو سدادا من عيش » وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي الا ثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل قول اثنين لان قولهما يقبل في الفقر بالنسبة الى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر انما ورد في حل المسئلة فيقتصر عليه وان لم يعرف لهمال قبل قوله ولم يستحلف لان النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين ، فان رآه متجملا قبل قوله أيضا لانه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لئلا يكون ممن لا تحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه اليه زكاة

دفعها الى انسان اذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان المودع اذا احرز الوديعة ثم ذكر انها ضاعت ان القول قوله وقال اكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي واسحاق وبه قال مالك ان كان دفعها اليه بغير بينة وان كان أودعه اياها ببينة لم يقبل قوله في الرد الا ببينة وحكاه القاضي ابو الحسين رواية عن احمد

ولنا انه امين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو اودع بغير بينة وان قال دفعتها الى فلان بامرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن ابي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري واصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الى رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه

(فصل) واذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أوضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهوغني لا يعطى من الصدقة شيئا وان لم تكفه جاز له الاخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وان كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها فانه يعطى أجرته منها لان ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورجلا من بني مخزوم وابن اللتبية وغيرهم وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثهما فقالا يارسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب مايصيب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس؟فأبى أن يبعثهما وقال «إن هذه الصدقة أوساخ الناس» وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغا عاقلاأمينا لان ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولان الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا القاضي وذكر أبو الخطاب وغيره انه لا يشترط اسلامه لانه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج .وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا انه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولواعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فان أقر بالقبض وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا ان الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامنا سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج الى بينة لان المودع يقبل قوله في التلف والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضا ويكون ذهابها من مالكها وان ادعي عليه خيانة او تفريطاً فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم ذلك اشبه الوكيل

ولنا أنه يشترط له الامانة فاشترط له الاسلام كالشهادة ، ولانه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات ولان من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولان الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانيا فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى الا أن يدفع اليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لانها أجرة على عمل تجوز للغني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « انما هذه الصدقة أوساخ الناس وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث ابي رافع أيضاً وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحمال والراعي فانه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته ، ولا يشترط كونه حراً لان العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملا كالحر، ولا كونه فقيها إذا كُتب له ما يأخذه وحُدّ له كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيراً لان الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين الى الغني » رواه أبو داود . وذكر أصحاب الشافعي انه تشترط الحرية لان العمالة ولاية فنافاها الرق كالقضاء ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فانه يجوز أن يكون إماما في الصلاة ومفتياً وراويا للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فانما يحتاج اليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وصاحباه رضي الله عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لم تودعني ثم اقر بها او ثبتت ببينة ثم ادعى الرد او التلف لم يقبل قوله وان اقام بينة ويحتمل ان تقبل بينته)

اذا ادعى على رجل وديعة فأنكر ثم ثبت انه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لانه مكذب لانكاره الاول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للامانة وان أقر صاحبها له بتلفها من حرزه قبل جحدها فلا ضمان عليه وان أقر انها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لانه خرج بجحوده عن الامانة فصار ضامنا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وكذلك إن اقام بينة بتلفها بعد الجحود لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ فيه وجهان (احدهما) لا تسمع لانه مكذب لها بانكاره الايداع (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر العامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جعلا معلوما على عمله فاذا عمله استحق المشروط وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان عمر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عملني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلاضمان عليه ويستحق أجرة من بيت المال وان لم تتلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فجرى مجرى علفها ومداواتها. وان رأى الامام اعطاه أجرة من بيت المال أو يجعل له رزقا في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل وان تولى الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال »

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يوليه جبايتها وتفريقها فان النبي ﷺ ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي ﷺ فقال هذا لكم وهذا أهدي إلي وقال لقبيصة « أقم ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم . ويروى أن زيادا ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له أين المال ؟ قال أو للمال بعثتني أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواه أبو داود ، وعن أبي جحيفة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيما فأعطاني منها قلوصا . أخرجه الترمذي

« مسئلة » قال (وللمؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة انقطع سهمهم وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك ، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو اقر بذلك سقط عنه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحوز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا ينتفي بامر متردد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف) اذا قامت بينة بالايداع اواقر به المودع بعد قوله مالك عندي شيء اولا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ماشهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لاشيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئاً

(فصل) فان نوى الخيانة في الوديعة بالجحود او الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يصر ضامناً لأنه لم

وقمع المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ماحكاه حنبل ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم أي لايحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لايعطونهم اليوم شيئا ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر مانزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ثلاثين بعيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لايجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ولعلهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لا لسقوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قومهم وعشائرهم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وتميل نفسه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطي صفوان بن أمية الامان واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطي النبي ﷺ العطايا قال صفوان مالي؟ فأومأ النبي ﷺ الى واد فيه ابل محملة فقال « هذا لك » فقال صفوان ان هذا عطاء من لايخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه ، وروي عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منعهم ذموا وعابوا ، واما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجي اسلام نظرائهم وحسن نياتهم فيجوز اعطاؤهم لان ابا بكر اعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما واسلامهما

(الضرب الثاني) سادات مطاعون في قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم في الجهاد

يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمن لانه امسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التمليك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وماحدثت به انفسها مالم تتكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التمليك فانه عمل بها باخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امسا كها لنفسه كانت كمسئلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لنقلها لم يضمنها ولنا انه تعدى باخراجها اشبه مالو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

فانهم يعطون لان النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن والاقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يامعشر الانصار علام تأسون على لعاعة من الدنيا تألفت بهـا قوما لا إيمان لهم ووكلتكم الى إيمانكم؟»

وروى البخاري باسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناساً وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناسا وأدع ناسا والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي ، أعطي ناسا لما في قلوبهم من الجزع والهلع وأكل ناسا الى ما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب » وعن أنس قال حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالا من قريش مائة من الابل فقال ناس من الانصار يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجالا حدثاء عهد بكفر أتألفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين

(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجوز الدفع اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية

مسئلة قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يعجبني ان يعان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لأنه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه إذا ثبت هذا فانه يدفع الى المكاتب جميع ما يحتاج اليه لوفاء كتابته فان لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء له تمم مايتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتابة قبل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتنفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا ببينة لان الاصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المودع فادعى وارثه التسليم لم يقبل الا ببينة) لان صاحبها لم يأتمنه عليها فلا يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فقبل قوله بغير بينة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمنها)

(أحدهما): يقبل لان الحق في العبد لسيده فاذا أقر بانتقال حقه عنه قبل . و (الثاني) : لا يقبل لانه متهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه لانه قد صار معه في باب المعاملة كالاجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بحكم الوفاء لانها رجعت اليه بحكم الايفاء أشبه ايفاء الغريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعتقه وأوصل الى المقصود الذي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل انه قال قال سفيان لا تعطي مكاتبا لك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أيعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطي مكاتبه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له

﴿ مسئلة ﴾ قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحسن والزهري ومالك واسحاق وأبي عبيد والعنبري وابي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للقن بل هو ظاهر فيه فان الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في في الكتابة والرواية الاخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الي الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الي المجاهدين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع اليه شيء قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن اهابه اليوم ولانه يجر الولاء وفي موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطي منها في رقبة ويعين مكاتبا ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه لانه اذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة الي نفسه

لانه لا تفريط منه ولا تعد وان كان بعد الامكان فتلفت ففيه وجهان (احدهما) يضمنها لتأخر ردها مع امكانه والآخر لا يضمنها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله

(فصل) اذا مات المودع وعنده وديعة معلومة بعينها فعلي وارثه تمكين صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من احمد انما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعا لان العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع اذا باعتاقه من الزكاة

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فان فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة.

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لان دفع الزكاة لم يحصل الي أبيه وانما دفع الثمن الي بائعه

ولنا أن نفع زكاته عاد الي أبيه فلم يجز كما لو دفعها اليه ولان عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة الرحم فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز لان اداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبدا من عبيده التجارة لم يجز لان الواجب في قيمتهم لا في عينهم

(فصل) ويجوز أن يشتري من زكاته أسيرا مسلما من أيدي المشركين لانه فك رقبة من الاسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولان فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه الي المؤلفة قلوبهم ولانه يدفعه الي الاسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه الي الغارم لفك رقبته من الدين.

﴿مسئلة﴾ (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يعني يعتق به أيضا، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال ابو عبيد الولاء للمعتق لقول النبي ﷺ «انما الولاء لمن أعتق» وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لانه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له، وقال العنبري يجعله في بيت المال للصدقات لان عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع اليها، ولان عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الاعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها، ولان الولاء أثر الرق، وفائدة من المعتق فلم يجز أن يرجع إلى المزكي لافضائه إلى أن ينتفع بزكاته، وقد روي عن أحمد مايدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء

(فصل) ولا يعقل عنه اختاره الخلال وعن احمد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر لانه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وانما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الاصل

يفعل ضمن كالمودع فان لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امسا كها قبل ان يعلم بها ربها لانه لا يأتمنهم عليها وانما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من اطارت الريح الى داره ثوباً وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فان احرز ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا

ولنا أنه لاولاء عليه فلم يعقل عنه كالو كان وكيلا في العتق ولانه لا يرثه فلم يعقل عنه كالواختلف دينهما وماذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وان المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن ان غرم في معصية مثل أن يشتري خمراً أو يصرفه في زناء أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء لانه أعانه على المعصية وان تاب فقال القاضي يدفع اليه واختاره ابن عقيل لان ابقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريغها والاعانة على الواجب قربة لامعصية فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فانه يدفع اليه من سهم الفقراء ، وفيه وجه آخر لايدفع اليه لانه استدانة للمعصية فلم يدفع اليه كما لو لم يتب ولانه لايؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بان دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله في المعاصي فانه يعطى لفقره لا لمعصيته

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ولذلك لايدفع الى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس وإذا اخذها لغرمه صرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها ، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لاتحل لهم ، ولان دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها الى غارم له ما يقضي به غرمه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها

(فصل) ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسعى انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والاموال فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع باباحة المسئلة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ وسألته فيها فقال « أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » ثم قال « يا قبيصة ان المسئلة لاتحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب سدادا من عيش - أو - قواما من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة الا باقرار من الميت او ورثته او بينة وان وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز ان يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه او كان وديعة لموروثهم عند غيره او كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج ابيه ان لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك لجواز ان يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكى القاضي

من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش - أو قواما من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يأ كلها صاحبها سحتا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى ابو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة » ذكر منها الغارم ولانه انما يقبل ضمانه وتحمله اذا كان مليا وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وان أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لانه قد سقط الغرم ، وان استدان وأداها جاز له الاخذ لان الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه ان هذا الغرم يأخذ لحاجتنا اليه لاطفاء الثائرة واخماد الفتنة فجاز له الاخذ مع الغنى كالغازي والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنيا وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يدفع اليه ما يتم به قضاءه مع مازاد عن حد الغنى فاذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مدينا فيعطى دينه وان كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغناء لم يعط شيئا .

(فصل) واذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها اليه ليدفعها إلى غريمه وان أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لاحمد رجل عليه الف وكان على رجل زكاة ماله الف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأسا وذلك لانه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه مالو دفعها اليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه اليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج يخاف أن يدفعه اليه فيأكله ولا يقضي دينه قال فقل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم لان الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزا وان كان دافع الزكاة الامام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لان للامام ولاية عليه في ايفاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه دينا فان كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فان خفي ذلك لم يقبل منه إلا ببينة وان غرم لمصلحة نفسه لم يدفع اليه إلا ببينة أيضا لان الاصل عدم الغرم وبراءة الذمة فان صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب اذا صدقه سيده

ابو الحسين ان المذهب وجوب الدفع الى من هو مكتوب باسمه اوما اليه احمد كما لو وجد في روزنامج ابيه ديناً على غيره بخط ابيه كان له ان يعمل على خطه ويحلف على استحقاقه بالخط فاذا وجد ديناً عليه كان اولى واحوط

﴿مسألة﴾ (وان ادعي الوديعة اثنان فاقربها لاحدهما فهي له مع يمينه) لان يده دليل على ملكه بدليل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون مايشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولاخلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدون في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فاذا تقرر هذا فانهم يعطون وان كانوا أغنياء وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحباه لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا في الغارم لاصلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان ولان النبي ﷺ قال لمعاذ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصابا

ولنا قول النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة لغاز في سبيل الله أو لغارم» وذكر بقيتهم ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الاصناف كما لا يلزم وجود صفة الاصناف فيها ولان هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فانما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فاذا تقرر هذا فمن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لانه لايمكن اقامة البينة على بينته ويدفع اليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس ان كان فارسا وحمولته ودرعه وأثاثه وسائر مايحتاج اليه لغزوه وان كثر ذلك ويدفع اليه دفعا مراعى فان لم يغز رده لانه أخذه كذلك وان غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لاننا دفعنا اليه قدر الكفاية وانما ضيق على نفسه وان مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغز والذي دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لان الذي أخذ لاجله لم يفعله كله

(فصل) وانما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا قال احمد ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لان الواجب ايتاء الزكاة فاذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة، وقال في موضع آخر ان دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلي، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضا

انه لو ادعاها لنفسه كان القول قوله فكذلك اذا اقر بها لغيره ويلزمه ان يحلف للآخر لانه منكر لحقه فان حلف بريء وان نكل لزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه وكذلك لو اقر له بها بعد ان اقر بها للاول فانها تسلم الى الاول ويغرم قيمتها للثاني نص عليه احمد

(مسئلة) (وان اقر بها لهما جميعا فهي بينهما) ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها وان قال لا اعرف

يشتري الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لو دفعها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشتري من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله بالرباط ولا يقفها على المجاهدين لانه لم يؤت الزكاة لاحد وهو مأمور بايتائها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته كما لا يجوز أن يقضي بها دينه، ومتى أخذ الفرس التي اشتريت بماله صار مصرفا لزكاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويعطى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اسحاق لما روي أن رجلا جعل ناقة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبي ﷺ « اركبيها فان الحج في سبيل الله » وعن احمد رحمه الله رواية أخرى لا يصرف منها في الحج وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري والشافعي وابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لان سبيل الله عند الاطلاق انما ينصرف الى الجهاد فان كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله انما أريد به الجهاد الا اليسير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك لان الظاهر ارادته به ولان الزكاة انما تصرف الى أحد رجلين محتاج اليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم او من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لان الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفهه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لان ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فان قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لقول النبي ﷺ « لا تحل صدقة لغني ولا لذي مرة سوي » وقال « لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة » ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره (والثاني) أن يأخذه لحجه الفرض ذكره ابو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وابراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الخرقي لان الكل من سبيل الله ولان الفقير لا فرض عليه فالحجة منه

صاحبها فاعترفا له بجهله بعين المستحق لها فلا يمين عليه وان ادعيا معرفته لزمته يمين واحدة انه لا يعلم ذلك وقال ابو حنيفة يحلف يمينين كما لو انكرهما

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لاحدهما ويفارق ما اذا انكرهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف

كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه مايحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لايجوز أن يغزو بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة مايبلغه)

ابن السبيل هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولاخلاف في استحقاقه وبقاء سهمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له مايرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى مايرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أيضا فيدفع اليهما مايحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز

ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل للذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لايثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله ولانه لايفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت به الحاجة منتهاها ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وانما يعطى وله اليسار في بلده لانه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الامرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه للحاجة الى ذلك فتقدر بقدره ، وتدفع اليه وان كان موسراً في بلده اذا كان محتاجا في الحال لانه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعدوم ، وان فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذه للحاجة وقد حصل الغنى بدونه فأشبه مالو أخذه لغزو فلم يغز وان كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى ، وان كان غارما أخذ الفضل لغرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه مايكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لان فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحا اما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحا كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعلها فان وسيلة الشيء جارية

اقرع بينهما وسلمت الى من تقع له القرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لايعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما كما لو أقربها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن ابي ليلى وهو قول ابي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت مااستودع بجهله

مجراه ، وان كان السفر للنزهة ففيه وجهان (أحدهما) يدفع اليه لانه غير معصية (والثاني) لايدفع اليه لانه لاحاجة به الى هذا السفر. ويقوى عندي انه لايجوز الدفع للسفر الى غير بلده لانه لو جاز ذلك لجاز للمنشىء للسفر من بلده ولان هذا السفر ان كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وان كان حجا فغيره أهم منه ،واذا لم يجز الدفع في هذين ففي غيرهما أولى وانما ورد الشرع بالدفع اليه للرجوع الى بلده لانه أمر تدعو حاجته اليه ولا غنى به عنه فلا يجوز الحاق غيره به لانه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) وإذا ادعى الرجل انه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ،وان ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لان الاصل عدمه معه وان عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه للفقر الا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة

(فصل) وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل والمؤلف قلبه والغازي والغارم لاصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون الا مع الحاجة :الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال :الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ،وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل

(فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع الى بلده لم يدفع اليه مالم يتب فان تاب احتمل جواز الدفع اليه لان رجوعه ليس بمعصية فأشبه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه الى بلده تركا للمعصية واقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع الى أبويه والفار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع اليهما ويحتمل أن لا يدفع اليه لان سبب ذلك المعصية فأشبه الغارم في المعصية

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الاصناف وان كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لان الآية انما سيقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لا يجاب الصرف الى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها الى صنف واحد فقال سبحانه (ان تبدوا الصدقات فنعماهي ، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنفا واحداً وقال النبي ﷺ لقبيصة حين تحمل حمالة «أقم

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بايديهما فوجب ان يقرع بينهما كالعبدين اذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث الا احدهما او كما لو أراد السفر باحدى نسائه،وقول ابي حنيفة لايصح فان

ياقبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمرلك بها» فذكر دفعها الى صنف وهو من الغارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم الى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود ، وبعث اليه علي رضي الله عنه بذهيبة في تربتها فقسمها بين المؤلفة قلوبهم وهم صنف واحد ، والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها الى جميع الاصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفسا أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفسا من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها، والغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم وعجز السلطان عن ايصال مال بيت المال مع كثرته اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم واعطاءهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه انما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل اذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ماتدعو الحاجة الى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسئلة والكلام فيها فيما تقدم

(فصل) ويستحب تفريقها على ما أمكن من الاصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فان كان المتولي لتفريقها الساعي استحب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهي أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقته عقيب جمع الصدقة ، ويبدأ باعطاء العامل لانه يأخذه على طريق المعاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمم له من بيت المال ولان ما يأخذه أجرا وقد قال النبي ﷺ « اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » ثم بلاهم فالاهم وأهمهم أشد حاجة ، فان كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر مايدفع به حاجته، فيعطي الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك له ولعياله، ويعطى المسكين ماتتم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ففيه روايتان احداهما يعطيه ماتتم به الكفاية والثانية لايزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع اليه لكل واحد منهم خمسين درهما ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الغارم مايقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والغازي يعطى ما يحتاج اليه لمؤنة غزوه ، وابن السبيل مايبلغه إلى بلده وان نقصت

العين لم تتلف ولو تلف بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط اذ ليس في وسعه أن لاينسى ولا يجهل .

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لانهم أقل الجمع الا العامل فانه يكون واحداً ، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل الى أقرب البلاد اليه ، وإن كان المتولي لتفريقها ربها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الاهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطي من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الاخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الغارم أعطي بهما جميعا فيعطي ما يقضي غرمه ثم يعطى ما يغنيه لان الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يعطي من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ولا للولد وإن سفل ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك الا أن يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لغني وهو الذي يملك خمسين درهما أو قيمتها من الذهب . هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن اعادته ههنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تولى الرجل اخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لان العامل انما يأخذ أجر عمالته فاذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيسقط سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الامام أبو عبد الله رحمة الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمه من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الابواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئا ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وانما فعل ذلك لان أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ « الحلال بين والحرام بين » وبين ذلك أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن واقع الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

﴿مسئلة﴾ (وان اودعه اثنان مكيلا أو موزونا فطلب احدهما نصيبه سلمه اليه) لان قسمته ممكنة بغير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر انه لا يجوز في غيبة الشريك الا أن يحكم بها حاكم قاله القاضي

﴿ مسئلة ﴾(وان غصبت الوديعة فهل للمودع المطالبة بها ؟ على وجهين) (احدهما) له المطالبة بها لانه

كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي ﷺ « دع ما يريبك الى مالا يريبك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراما فانه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن يتنزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم حق فكيف أقول انها سحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال لا تسأل السلطان شيئا فان أعطاك فخذ فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

وروى عمر بن شبة البحتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي لص فأخذ ردائي ورداءك ثم بدا له أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد على ابن سيرين رداءه ؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الاباحة والتحليل فان له جهات كثيرة من الفيء والصدقة وغيرهما

(فصل) قال أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس صين عنها النبي ﷺ وآله لدناءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفا وآخر اجازه السلطان بألف أيهما أحب اليك ؟ قال الجائزة وذلك لان الذي يربح عليه ألفا لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبن الفاحش والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرا أو اكره على تسليمها فسلمها بنفسه لان الاكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا والله سبحانه وتعالى اعلم

بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع هو عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه مالم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد تقول العرب انكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حمر الوحش أمه فسترى مايتولد منهما يضرب مثلا للامر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

والصحيح ماقلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجا غيره) ولانه يصح نفيه عن الوطء فيقال هذا سفاح وليس بنكاح ويروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لامن سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة، ولان النكاح أحد اللفظين الذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وماذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وماذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لوقدر كونه مجازا في العقد لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الاطلاق اليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع عقد التزويج فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوأة الاب من غير تزويج استدلالا بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد تقول العرب أنكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حمر الوحش امه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلا للامر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه قال الشاعر :

ومن أيم قد انكحتنا رماحها وأخرى على خال وعم تلهف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لان الاشهر استعمال لفظة النكاح بازاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولانه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا) ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) الآية وقوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) وأما السنة فقول النبي ﷺ « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجاء » متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ، واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه ، وهـذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابو بكر بن عبدالعزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكي عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) والواجب لايقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لانه يقال هذا سفاح وليس بنكاح وروي عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ولان النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسما عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » متفق عليه وقال عليه السلام « اني أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا متفق عليه والتبتل ترك النكاح . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعلهم . قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء. وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ماقال عمر لأبي الزوائد مايمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروذي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء وقال من دعاك الى غير التزويج فقد دعاك الي غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله (وسيداً وحصورا) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه ، وقال ﷺ « ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد لقد رد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا . متفق عليهما . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا بالباءة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ،ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر : ولان النبي ﷺ تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك

﴿مسئلة﴾ (والنكاح سنة لماذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

﴿ مسئلة ﴾ (والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه مواقعة المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه مواقعة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصرفها عن الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوماً لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروذي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء ومن دعا الى غير التزويج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى

وقد روينا في أخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال أما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبي فسأله عن ذلك فقال انك تركت التزوج فقال يانبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزوج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ماذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولايقاربها

(القسم الثالث) من لاشهوة له إما لانه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعموم ماذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لايتمكن من القيام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لافائدة فيه . والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه وقال ينبغي للرجل أن يتزوج فان كان عنده ماينفق أنفق وان لم يكن عنده صبر

يحيى عليه السلام بقوله تعالى (وسيداً وحصوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكني أصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم، ولو كان التخلي افضل لانعكست الاحكام ولان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه الا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى، ومن العجب ان من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء وان النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء. أخرجه البخاري: قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال: الله يرزقهم، التزويج أحصن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه. وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله)

(مسئلة) قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي واسحاق وأبو عبيد. وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفا على اجازته

وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه ولانه خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وايجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجح احدها على نفل العبادة فمجموعها اولى وقد روينا في اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال اما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأي النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ماذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها (القسم الثالث) من لا شهوة له اما لانه لا شهوة له كالعنين او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التخلي له افضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها عن نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه فانه قال ينبغي للرجل

المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وابو موسى وابن عباس، قال المروذي سألت احمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام احمد وابو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره، قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثقاة عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان . قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة وأما الآية فان عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها واضافه اليها لانها محل له . اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد، وعن احمد لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « أيما امرأة زوجت نفسها بغير اذن

ان يتزوج فان كان عنده ما ينفق انفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشر كان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء ويمسي وما عندهم شيء ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرجه البخاري قال احمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال الله يرزقهم، التزويج احصن له ربما اتى عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج فاما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله)

﴿ مسئلة ﴾ (وعن احمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره ابو بكر عبد العزيز وحكاه عن احمد وحكي عن احمد انه يجب في العمر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه أعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين امر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة (وقال مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحظور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وابي بكر في ايجاب النكاح والله أعلم

وليها فنكاحها باطل » فمفهومه صحته باذنه ، ولان المرأة انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها والصحيح الاول لعموم قوله « لانكاح الا بولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لاتزوج نفسها الا بغير اذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة مايشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكماً لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج القاضي في هذا وجها خاصة أنه ينقض ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصا والاول أولى ، لأنها مسئلة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن احمد ، وروي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن احمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبدالله بن ادريس وعبدالرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين » من حديث بن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب تخير ذات الدين الولود البكر الحسيبة الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك» متفق عليه والاولى ان لايزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرر لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولود لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأني مكاثر بكم الامم يوم القيامة رواه سعيد. وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لاتلد افأتزوجها؟ فنهاه ثم اتاه الثانية فنهاه ثم اتاه الثالثة فقال« تزوجوا الولود الودود فاني مكاثر بكم» رواه النسائي وعن علي بن الحسين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «يابني هاشم عليكم بنساء الاعاجم فالتمسوا اولادهن فان في ارحامهن البركة» قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أتزوجت ياجابر؟» قال قلت نعم قال« بكراً أم ثيبا» قال قلت بل ثيبا قال «فهلا بكر اتلاعبها وتلاعبك» متفق عليه وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال«عليكم بالابكار فانهن اعذب افواها وانقى ارحاماً وارضى باليسير»

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ماندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها متفق عليه ،قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب ؛ وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الاولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال باسناده

وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة : الولي، والزوج والشاهدان ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

(الفصل الثالث) أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة اذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

وفي رواية « وافتح ارحاما » رواه الامام احمد ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فانه ربما اشبه اهلها ونزع اليهم وكان يقال اذا أردت ان تتزوج امرأة فانظر الى ابيها واخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم » ويختار الاجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لا تضووا يعني انكحوا الغراب كي لا تضعف اولادكم وقيل الغراب انجب وبنات العم أصبر ولانه لا يؤمن العداوة في النكاح وافضاءه الى الطلاق واذا كان في قرابة أفضي الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ويختار الجميلة لانه اسكن لنفسه واغض لبصره واكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروي عن محمد بن ابي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » وعن أبي هريرة قال قيل يارسول الله أى النساء خير؟ قال « التى تسره اذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره » رواه الامام أحمد والنسائي وعن يحيى بن جعدة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « خير فائدة افادها المرء المسلم بعد اسلامه امرأة جميلة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لان النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي معها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبتها بلاء

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد لان الشرط العدالة ظاهرا وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لانه لو كانت العدالة في الباطن شرطا لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون مشكوكا في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح باقرارهما

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وان كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

﴿مسألة﴾ (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر الى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه له النظر الى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في اباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها خلافا لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى نكاحها فتزوجتها رواه أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولان النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر الى المعقود عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر اليها باذنها وغير اذنها لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أتخبأ لها وفي حديث المغيرة ابن شعبة أنه استأذن أبويها في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد ولا تجوز الخلوة بها لانها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولانه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فان النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان» ولا ينظر اليها نظر تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر الى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر اليها وتأمل محاسنها لان المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحمد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لان وجوده كالعدم ولا ينعقد بشهادة أصمين لانهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان (أحدهما) ينعقد اختاره أبو عبدالله بن بطة لعموم قوله «الا بولي وشاهدي عدل» ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد بشهادتهما لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) وينعقد بشهادة عبدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان في ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الاعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا

(فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولان النظر أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجه انسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي رائياً له قال الله تعالى (وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبدالله روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ماعداه على التحريم والثانية له النظر الى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى مايظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع مايظهر غالباً اذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولانه يظهر غالبا

نـكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه، نص عليه أحمد، وقال الشافعي : لاحاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نـكاح غير منعقد أشبه النـكاح في العدة .

ولنا أنه نـكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النـكاح الباطل من هذين الوجهين واذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضا ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام « فلها المهر بما استحل من فرجها » وان تكرر الوطء فالمهر واحد الحديث ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها ، أومأ اليه أحمد فانه قال في العبد : يتزوج بغير اذن سيده يعطي شيئاً . قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقي لقوله : اذا زوج الوليان فالنكاح للاول منهما فان دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي . والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها»

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال باسنادهما وقال أبو حنيفة الواجب لاقل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه بغير عقد صحيح

فأبيح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة ابيح له النظر اليها من الشارع فأبيح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له انما ردك فعاوده فقال ارسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت ارسل لولا انك أمير المؤمنين للطمت عينك

﴿ مسئلة ﴾ (وله النظر الى ذلك وإلى الرأس والساقين من الامة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لاينظر من ذوات محارمه الا الى الوجه والكفين) يجوز له النظر الى ذلك من الامة المستامة كما يجوز الى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الامة المستامة أولى لانها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن الى مايظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى مالا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة أبيه وصدرها قال لامايعجبني ثم قال انا أكره أن ينظر من امه واخته إلى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر الى ساق امه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالاصابة والاصابة أنما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها، والمنصوص عن احمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولا حد في الوطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته، وعن احمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطيء في النكاح بلا ولي اذا اعتقد حرمته، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدار قطني باسناده عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ان الزانية هي اتي تزوج نفسها» وباسناده عن الشعبي قال: ماكان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشاليجي باسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لانه يدعو الى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته أو الى عنقها قال لا ولا كرامة وقال لو دخلت على امي لقلت أيتها العجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر الى مايظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بن سهيل يارسول الله انا كنا نرى سالماً ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ماقد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه مسلم بمعناه وأبو دواد وهذا دليل على انه كان ينظر منها الى ما يظهر غالبا فانها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي ﷺ على ما يستديمون به ماكانوا يعتقدونه ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول أقبلي علي ولان التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً

رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح

ولنا أن هذا مختلف في اباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدهما أدبا وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فان عليا أشد الناس فيه وقد انتهى الامر الى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلداً، فان قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو مفارق لمسئلتنا بدليل انا نحد من اعتقد حله ولان يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه وهذا المختلف فيه يغني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا. فاذا ثبت هذا فان من اعتقد حله ليس عليه اثم ولا أدب لانه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمته ثم وأدب وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فاذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح في اللعان اذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقا به فان لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة اليه وتجب العدة بالخلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطا لما. ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الاباحة للمزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثا بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الايلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لان الحاجة لاتدعو اليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ماأنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ «ايذني له فانه عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله آباء بعولتهن كما ذكر آباءهن وابناءهن في ابداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر ام المرأة وبنتها لانهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروذي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه ام امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي سرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما ام المزنى بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وان حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لان الامة لاولاية لابيها عليها وانما وليها سيدها بغير خلاف علمناه ، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وقال مالك والعنبري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبا ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده

ولنا أن الولد موهوب لابيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال (فهب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال ﷺ « أنت ومالك لابيك » واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ماثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولان الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف مانحن فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يفد اباحة النظر كالمحرمة باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وامها ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرماً لها في السفر اما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها به رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وللعبد النظر اليها من مولاته)

يعني الى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن) ولما روت ام سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال اذا كان لاحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله علية وسلم ماتلقى قال « انه ليس عليك بأس انما هو أبوك ووراه أبوداود وأما النظر الى شعرها فكرهه أبو غلامك »

وعن أحمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببنوة والبنوة مقدمة، وعن أحمد ان الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالاخر فاستويا في الولاية كالاخوين

ولنا أن الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالاب ولان الابن والاخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالاب والاخ يسقط به وبالابن وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات . إذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجملته أنه متى عدم الاب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها

ولنا ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها أرسل اليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت يارسول الله ليس أحد من أوليائي شاهدا قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن ، واباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبر ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولانه يشق التحرز منه فابيح له ذلك كذوي المحارم وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي، والصحيح ماقلنا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ولغير أولي الاربة من الرجال كالكبير والعنين ونحوهما النظر الى ذلك وعنه لا يباح)

من لا شهوة له من الرجال كالمخنث ومن ذهبت شهوته لكبر أو عنة أو مرض لايرجى برؤه والشيخ الخصي فحكمه حكم ذي المحرم في النظر لقول الله تعالى (والتابعين غير أولي الاربة من الرجال) أي غير أولي الحاجة الى النساء قاله ابن عباس وعنه هو المخنث الذي لا يقوم اربه وعن مجاهد وقتادة الذي لا ارب له في النساء ، فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره ، لان عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الاربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال « لا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبوه رواه أبو داود

قم ياعمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبدالله فحديث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولانه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها، وقولهم ليس بمناسب لهايبطل بالحاكم والمولى وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل ، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما . إذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصيبا وقد استويا في عدم الايلاد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أخوها لأبيها وأمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فانه ابن الاب وأقواهم تعصيبا وأحقهم بالميراث

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاخ للاب مثله)

أختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابوين والاخ للاب إذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العصوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولامدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم ، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس المخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وانما التخنيث شدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنغمة والنظر والعقل ،فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفطن لامور النساء فهو من غير أولي الاربة الذين لم يبح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذاك المخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه،وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنبي فلم يبح له ذلك كالذي له ارب

﴿مسئلة﴾ (وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

﴿ مسئلة ﴾ (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولانه حق يستفاد بالتعصيب فتقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل مافي ابن عم من أبوين وابن عم من أب لانه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يورث بها منفردة وماورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا اذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم اولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بني اب أقرب منه وان نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب اقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشفقهم .ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم

مؤتزرهم وعن عثمان أنه أتي بغلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤتزره » فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه

﴿ مسئلة ﴾ (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في احدى الروايتين)

لان الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) وقال (اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره قال أبو عبد الله . حجم أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) قيل لابي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وعنه أنه كالاجنبي لانه في معنى البالغ في الشهوة وهو المعنى المقتضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فأما الغلام الطفل غير المميز فلا يجب الاستتار منه في شيء

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام والجد أب الام ونحوهم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن أبي حنيفة (والثانية) ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها

ولنا ماروي عن علي انه قال اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى اذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصباتها فأشبه الاجنبي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لاخلاف نعلمه في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها ، ولا في أن عصبة المناسب أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع به الى الاصل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ثم السلطان)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

﴿مسئلة﴾ (وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بعورة وفيها روايتان (احداهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرد وذي اللحية الا أن الامرد إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعمد النظر اليه، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره رواه أبو حفص، قال المروذي سمعت أبا بكر الأعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى الى أبي عبد الله فحدثه فلما قمنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال : إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لايمشي معك في طريق. فأما الغلام قبل السبع فلا عورة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن «فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل استه » رواه أبو حفص

يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والاصل فيه قول النبي ﷺ «فالسلطان ولي من لاولي له» وروى أبو داود باسناده عن ام حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان السلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالاب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك. واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض يزوج اذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لايكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجناية. وقال ما للوالي ولاية انما هو القاضي. وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج، ويحتمل انه جعل له ذلك اذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) واذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لايكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق، وروي عن ابن مسعود أنه لايفعل ذلك حتى يأتي السلطان، وعن الحسن أنه كان لايرى بأسا أن يزوجها نفسه، ولما روى ابو داود باسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولافرق بين المسلمتين وبين المسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فاذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت اسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أفأصلها؟ قال «نعم» ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب اما أن يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء

﴿مسئلة﴾ (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح)

عن تميم الداري انه قال : يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال « هو أولى الناس بمحياه ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فان لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن احمد مايدل على انه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من ولي لها اذا احتاط لها في الكفء والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لايقف على ولي قال وقال القاضي منصوص احمد يمنع من ذلك، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لايكون في الرستاق قاض، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لامناسب لها ، وروي أنه لايجوز النكاح إلا بولي لعموم الاخبار فيه

﴿مسألة﴾ قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائبا مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أبارافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لايجوز لانه يلي بالاذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعا فكان له التوكيل كالاب ولا يصح قولهم انه يلي بالاذن فان ولايته ثابتة قبل

وهذه احدى الروايتين والاخرى لا يباح لها النظر من الرجل الا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجبن منه » فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعمياوان أنتما لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ولانهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال يحققه أن المعنى المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلعبون في المسجد متفق عليهما ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة، ولانهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نبهان فقال أحمد نبهان روى حديثين عجيبين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستنيب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لاولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفؤاً فزوجه اياها ولو بشراك نعله فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقا كاذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أبا أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجبر التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بحضرة شاهدين لانه يراد لحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح ويبطل ماذكره الحسن بن صالح بالتسري

الحديث والآخر « إذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المخالفين للاصول وقال ابن عبد البر . نبهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نبهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لأنها تدعوا الى الفتنة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد ممن ذكرنا لشهوة لماذكرنا من خوف الفتنة)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله اعلم

(مسئلة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الي جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع امته)

لما روى بهز بن حكيم قال قلت يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(فصل) ويثبت للوكيل مايثبت للموكل وان كان للولي الاجبار ثبت ذلك لوكيله وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لانه نائب فيثبت له مثل ماثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى انها تستفاد بها وهو اختيار الخرقي لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحماد بن أبي سلمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وابو حنيفة والشافعي وابن المنذر لأنها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لاضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال ابو عبدالله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولنا أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصيته بها كولاية المال ولانه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية اليه في المال لانها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الاخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج الى اذنها

زوجتك او ماملكت يمينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولا فرق بين الفرج وغيره لعموم الحديث ولان الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن وقيل يكره النظر الي الفرج لقول عائشة ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط رواه ابن ماجة وفي لفظ قالت مارأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه مني قال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق. فلا بأس به قلت تخرج من الدار الى بيت مكشوفة الرأس وليس فى الدار الا هي وزوجها مرخص في ذلك

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا وسواء في ذلك سريته وغيرها لانه يباح له الاستمتاع بجميع بدنها فأبيح له النظر اليه فأما ان زوج امته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها الي مابين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا زوج احدكم خادمه عبده او اجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة» رواه أبو داود ومفهومه اباحة النظر الى ماعداه واما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه فانها قد صارت مباحة للزوج ولا تحل امرأة لرجلين فان وطئها أثم وعليه التعزير لانه فعل محرما فان أولدها فقال أحمد لايلحقه

فوصيه كذلك لانه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال مالك ان عين الاب الزوج ملك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وان لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا أذنت جاز أن يزوجها باذنها

ولنا أن من ملك التزويج اذا عين له الزوج ملك مع الاطلاق كالوكيل ومتي زوج وكيل الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

« مسئلة » قال (واذا كان الاقرب من عصبتها طفلا أو كافراً أو عبداً زوجها الابعد من عصبتها) .

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط : العقل والحرية والاسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لان الولاية انما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند .

قال القاضي والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له فأما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء

نسبه لانها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالاجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم امهات الاولاد انه يلحقه النسب لانه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك اشبه وطء الجارية المرهونة

(فصل) واما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر الي جميعها في ظاهر كلام احمد فانه قال لا يأكل مع مطلقته هو اجنبي لا يحل له ان ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة ان اسماء بنت ابي بكر دخلت علي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رقاق فأعرض عنها وقال ياأسماء « ان المرأة اذا بلغت المحيض لم تصلح ان يرى منها الا هذا وهذا » واشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسئلوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه» وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يجن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لايستديم زوال عقله فهو كالاغماء

(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجها العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها قد مضى الكلام في هذه المسئلة

﴿ الشرط الثالث ﴾ الاسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضاً ، قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا قال أحمد بلغنا أن عليا أجاز نكاح الاخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

﴿ الشرط الرابع ﴾ الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى

﴿ الشرط الخامس ﴾ البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال احمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى انه اذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته وطلاقه فثبت له الولاية كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يصير لها كمال الحال لانها تتقيد بالتصرف في حق غيره اعتبرت نظراً له والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة

﴿ الشرط السادس ﴾ العدالة في كونها شرطا روايتان (احداهما) هي شرط قال احمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الخثعمية تستفتيه وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله وسلم وجهه عنها، وعن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني ان أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وليس لك الآخرة » رواهما ابو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذلو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل نزول الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما العجوز التي لاتشتهى فلا بأس بالنظر الى مايظهر منها غالبا لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) نسخ واستثني من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لاتشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى أمة متكممة فضربها بالدرة وقال يالكاع تشتبهين بالحرائر وروى ابو حفص اسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه افسد النكاح لانتفاء عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، قال ابن عباس قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني باسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولانها ولاية نظرية فلا يستبدنها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط كونه ناطقا بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله

عمر كان لايدع امة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس أجعلها ام المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وان لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وان الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ماليس بعورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرة والامة لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة يستوي فيها الحرة والامة فان الحرية لاتؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفترقا فيما ذكروه افترقا في الحرمة ومشقة الستر لكن ان كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الغلام الذي لم تخش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة القت في قلب صاحبها البلابل

(فصل) والطفلة التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لانها ولاية وليس هو من أهلها ، ولانه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية نفسها لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الاب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لانه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالايجاب ويحتمل جواز توكيل من ذكر نافيه لانهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لانفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي في العدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويزوج أمة المرأة باذنها من يزوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها والي سيادتها قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فتثبت لاوليائها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صماتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحيائها ولا تستحي من تزويج أمتها ، وان كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه تغريرا بمال الصغيرة لانها ربما حملت فتلفت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج هاهنا فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات

يأخذ الصغيرة فيضمها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المديني ان الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مع كل جرس شيطان» فأما اذا بلغت حداً يصلح للنكاح فان عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار» يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل ان يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى ابو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي فدخل علي النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يارسول الله انها ابنة أخي وجارية فقال «اذا عركت المرأة لم يجز لها ان تظهر الا وجهها ومادون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضتيه وبين الكف مثل قبضة أخرى او نحوها احتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(مسئلة) (ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولا التعريض بخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرجوع لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم وان كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه هو المتصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن للمرأة أن تولي امر أمتها رجلا يزوجها نقلها عن أحمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها، وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لانها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسيدها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة رضي الله عنها زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى.

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لانها عصبتها

أما التصريح بخطبة المعتدة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

﴿مسئلة﴾ (فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعريض لخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه)

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المعتدات على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المعتدة من وفاة او طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع او لعان ونحوه مما لا يحل بعدة لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها للآية ولما روت فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً «اذا حللت فآذنيني» وفي لفظ «لا تسبقيني بنفسك» وهذا تعريض لخطبتها في عدتها

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالمختلفة والبائن بفسخ لعيب أو اعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وليها وهي الاصح لان هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته من بعده الاقرب فالاقرب كذا هاهنا الا أن ظاهر كلام الخرقي ههنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لانه الذي يزوجها وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولايته شرطان (أحدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لانها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى اذن مولاتها لانها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) واذا كان للأمة مولى فهو وليها وان كان لها موليان فالولاية لهما وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا نصفها وان اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها ونفعه عائد اليه فلم يثبت للسلطان عنه فيه فان أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما وان لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على نصفها فان اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لانها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وان كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبات في درجة واحدة كالابنين أو الاخوين فلاحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها

(مسألة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها الى رجل يزوجها منه باذنها)

والتعريض لانه مباح له نكاحها في عدتها فهو كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لان الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ويحرم لان الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته

(مسألة) (والتعريض قوله اني في مثلك لراغب ولا تفوتيني بنفسك وما أحوجني الى مثلك) وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة واذا حللت فآذنيني ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك

(مسألة) (وتجيبه المرأة ما يرغب عنك وإن قضي شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فاذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرا) فان النكاح يسمى سراً قال الشاعر:

فلم تطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازهادها

وجملته ان ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [إحداهما] له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم. قال قد تزوجتك. ولانه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج امته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل القبول فصح كما لو وجدا من رجلين. وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها. فان قيل قد روي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان» قلنا هذا لا نعلم صحته وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الايجاب والقبول أم يكتفى بمجرد الايجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما يفتقر الى الايجاب يفتقر الى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفيه أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان ايجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا اذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه اياها باذنها . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ماروى أبو داود باسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولانه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني　　كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف

(فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه ان أجيب وان رد حل وان لم يعلم الحال فعلى وجهين)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه يحرم على غيره خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي

ملكه بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير، وعلى هذه الرواية ان وكل من يقبل له العقد وتولى هو الايجاب جاز

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الاولياء لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ماذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له اذا كانت تحل له كالامام اذا أراد أن يزوج موليته، ولان هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ومفهوم قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» انه لا ولاية له على هذه

(فصل) واذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره ، فان زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ماقدمنا من ان الوكيل لا يزوجها إلا باذنها وان وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج الى اذنها لانها قد أذنت له

(فصل)واذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لانه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعا ، وان كان مالكا لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ولان في ذلك افساداً على الخاطب الاول وايقاع العداوة بين الناس ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم الا أن قوماً حملوا النهي على الكراهة، والاول أولى (القسم الثاني) أن ترده لا تركن اليه فتجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد اخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فانه لايشاء أحد أن يمنع المرأة الا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تفوتينا بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى باسناده عن الحارث بن سعيد عن أبي رئاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : ان جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر

أو وكله الولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج بنته الكبيرة[1] عبده الكبير لم يجز ذلك الا برضاها لانه لايكاد يكافئها فيخرج فيه أيضا وجهان ، وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

(١) في نسخة الصغيرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال باجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في الذمي اذا اسلمت أم ولده هل يلي نكاحها ؟ على وجهين (أحدهما) يليه لانها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم ولانه عقد عليها فيليه كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الاجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الامة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لايرث احدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقا وأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لاتحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الامة الكافرة يلي تزويجها لكافر لانها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلما

فقالت أجاد أمير المؤمنين ؟ فقال نعم فقالت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الاول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت الا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الاول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد فانه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولانه وجد منهاما دل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فان فيه ما يدل على أنها لم تركن الى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفي رواية « اذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتصاب بالاجابة قبل اذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لان ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين

(فصل) اذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها اياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لانه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً ، ولان هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي لا يزوجها الا الحاكم لان أحمد قال لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة، ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)

هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه اذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الاقرب فاجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي له أن يزوجها باذنها كالاقرب

ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما وليس في الاستشارة دليل على أحد الامرين ولا ميل الى أحدهما على أنها انما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكر من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردهالهما وتصريحها بمنعهما ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فان لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لان الاصل عدم الاجابة المحرمة

﴿مسئلة﴾ (والتعويل في الاجابة والرد عليها ان لم تكن مجبرة وان كانت مجبرة فعلى الولي)

أما اذا لم تكن مجبرة فلانها أحق بنفسها من وليها فان أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الامر أمرها فان أجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وان سخطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره وان كرهته ولم تختر سواه فينبغي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد امر باستئمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على من لا ترضاه ، وان أجابت ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لان

(الحكم الثاني) ان هذا العقد يقع فاسد لايقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احمد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان أجازه جاز وإن لم يجزه فسد . قال احمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فان أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسئلة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أتت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع ابي ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئا ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان يعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لها الرجوع وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم ترجع هي ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع النهي محرمة قال أحمد : لايحل لأحد أن يخطب في هذه الحال وقال أبو حفص العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا نفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لايصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه لانه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي خيرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل ان هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فتخييرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لانها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لانها ليست بعقد ولانها اذا وجدت استند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الاجازة ، وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر ان كان مما لو رفع الى الحاكم أجازه ورثه الآخر لانه عقد يلزمه اجازته فهو كالصحيح وان كان مما يفسخه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها أو الامة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي انه لا يدخل فيها لتصريح النبي ﷺ فيه بالبطلان ولان الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله في محله فان المرأة ليست أهلا له بدليل انه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، واذا لم يصح مع الاذن المقارن فلأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا ، فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأة بغير اذن الولي فرفع الى الحاكم لم يملك اجازته والامر فيه الى الولي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع اذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع اذا كرهت الخاطب لانه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بسلعته ثم بدا له أن لا يبيعها

(فصل) فان كان الخاطب الاول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لانهم ليسوا باخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لان هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمته كحرمته ولذلك لم تجب اجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه والاخوة الاسلامية لها تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فمتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير اذنها

وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازه الحاكم لانه لما امتنع من الاجازة صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجيز فالمهر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع، ولذلك لم يجب الحد، ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لانه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه، وان خرجت الى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضا لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجز باجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي

وفيه وجه آخر انه يجوز باجازة المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول. ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره فأما ان أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد، واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازة ولان حق المولى ان بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فانه يليها بالولاء.

(فصل) وإذا زوجت التي يعتبر اذنها بغير إذنها وقلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبريرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسئلة) (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة)

لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام، والمساء أولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه أقرب الى مقصوده وأقل لانتظاره

(مسئلة) (ويستحب ان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود)

خطبة العاقد أو غيره قبل الايجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء » رواهما ابن المنذر، ويجزيء من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخطب بخطبة ابن مسعود التى قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى الصلاة والتشهد فى الحاجة قال التشهد الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون * واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا * اتقوا

تمكينها دليلا على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابعد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فملكه الأبعد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق للولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفئها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه قال معقل بن يسار زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وقولوا قولا سديداً يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال الخلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لا على الايجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال قلت لأحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعي لتزويج قال لا تفضوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسبحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي او الزوج او غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه

ولنا ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى ابن عمر مولاة له فما زاد على ان قال قد

تخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت الآن افعل يارسول الله قال فزوجها اياه رواه البخاري وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها ولانها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه «التمس ولو خاتما من حديد» وقال لامرأة زوجت بنعلين «أرضيت بنعلين من نفسك؟» قالت نعم فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولا كم بها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما ان طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لانها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى.

«مسئلة» قال واذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فان لم يكن فالسلطان)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) ان الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة فللابعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحتك على ماأمر الله على امساك بمعروف او تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين ايزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى ابو داود باسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت عبد المطلب فانكحني من غير ان يتشهد ولانه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لاعلى الوجوب

﴿مسئلة﴾ (يستحب ان يقال للمتزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية)

وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن ابن عوف صفرة فقال «ماهذا؟» قال اني تزوجت على وزن نواة قال «بارك الله لك أولم ولو بشاة» متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن نواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية ان يقال نواة فحسب فان النواة

أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لانه تعذر الوصول الى النكاح من الاقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الابعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته انه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام « السلطان ولي من لاولي له » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولان الاقرب تعذر حصول التزويج منه فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب فكان ذلك للابعد كالاصل واذا عضلها الاقرب فهو كمسئلتنا

(والفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للابعد التزويج في مثلها ففي قول الخرقي هي من لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا ترد القوافل فيه في السنة إلا مرة لان الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال احمد في موضع : اذا كان الاب بعيد السفر يزوج الاخ ، قال ابو الخطاب فيحتمل انه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر الذي علقت عليه الاحكام، وذهب أبو بكر الى أن حدها ما لا يقع إلا بكلفة ومشقة، لان احمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول ان شاء الله تعالى أقربها الى الصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فترد الى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار

عندهم اسم خمسة دراهم كما ان الاوقيه اربعون درهما والنش عشرون

(مسئلة) (ويقول اذا زفت اليه اللهم اني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه)

لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه ثنا داود عن أبي نضرة عن ابي اسعد مولى أبي أسيد قال تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له اذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس اهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لاهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك وروى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تزوج امرأة واشترى خادما فليقل اللهم انى أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب اركان النكاح وشروطه)

اركانه الايجاب والقبول فلا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعدوم والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته والتوسط أولى والله أعلم

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وبعضهم قال من البصرة الى الرقة وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وإن كان الولي قريبا وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبة متقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا ولذلك ان كان غائبا لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل)

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجملته ان النكاح ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنهما اجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين او اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا ينعقد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وابو حنيفة واصحابه وأبو ثور وأبو عبيد ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال « ملكتكها بما معك من القرآن » رواه البخاري ولانه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانعقد به نكاح امته كلفظ الانكاح والتزويج ولانه امكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كايقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي - الى قوله - خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية انما

بكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لامنعن فروج ذوات الاحساب إلا من الا كفاء رواه الخلال بإسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روي ان النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الاكفاء ولا تزوجوهن إلا الاولياء » رواه الدار قطني الا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله

والرواية الثانية عن أحمد أنها ليست شرطا في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لاخته انشدك الله أن تتزوجي الا مسلما وان كان أحمر روميا أو اسود حبشيا ولان الكفاءة لا تخرج عن كونها حقا للمرأة أو الاولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب

تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينعقد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق واما الخبر فقد روى «زوجتكها وانكحتكها وزوجناكها» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظنا منه ان معناهما واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا احد أقوال الشافعي وعند ابي حنيفة ينعقد لانه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولان الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وانما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وماقاله ابو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكروه من تعذر الشهادة على غير العربية ملغي بما اذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ فقال النبي ﷺ « يابني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا اليه» رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره انكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ماصنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار فاذا قلنا باشتراطها فانما نعتبر وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح انما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطا فرضيت المرأة والاولياء كلهم صح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن احمد وقولان للشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المراة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء حقه فسقط جميعه كالقصاص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمعناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي

﴿ مسئلة ﴾ (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره ابو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها مع القدرة كالتكبير

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير

﴿ مسئلة ﴾ (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لايحسن)

فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الاخر أتي الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه فان كان أحدهما لايحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهته فصح باشارته كبيعه وطلاقه ولعانه وفي اشارة القادر على النطق وجهان ذكرهما في المجرد اولهما عدم الصحة للاستغناء عنها وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وههنا بخلافه ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الاقرب مثل أن يزوج الاب بغير كفء فان للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ اذا زوج الاقرب لأنه لاحق للابعد معه فرضاؤه لا يعتبر

ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة فعنه هما شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار

وذكر القاضي في المجرد ان فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وانما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه ان المبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير لانه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضا ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لاغير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الاربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين الا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر معه الصبيان فلا يكون كفؤاً لان الغالب على الجند الفسق ويعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوجه وليه يعني اذا كان بالغاً لان الخرس لا يوجب الحجر كالصمم

﴿ مسئلة ﴾ (فان اقتصر على قوله قبلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانعقد النكاح)

وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتقر الى النية والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر الى النية ممنوع فانه جواب لا ينصرف الا الى المذكور وكذلك ان قال الخاطب للولي أزوجت؟ قال نعم وللمتزوج أقبلت؟ قال نعم صح . ذكره الخرقي ويحتمل أن لا يصح لان النكاح انما يصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون) ولان الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساويا لها لكن يكون كفؤاً لمثله . فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء . قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز باسناده ، ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولان في فقد ذلك عاراً ونقصا فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه ان غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم » ولان العرب فضلت على الامم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا ننكر فضلهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافئ العجم العرب ولا العرب قريشا ، وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم أكفاء بعض [والرواية الثانية] عن أحمد ان العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والسؤال مضمر في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقا ؟ قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقا ، ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صريحا لا يفتقر الى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فان تقدم القبول الايجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها وقال ابوحنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لانه قد وجد الايجاب والقبول فصح كما لو تقدم الايجاب

ولنا أن القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنتيه عثمان وزوج أبا العاصي بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً لحرة لان النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى لان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لان النبي ﷺ قال لبريرة « لو راجعتيه » قالت يارسول الله أتأمرني ؟ قال « انما أنا شفيع » قالت فلاحاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع اليها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداهما] هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ « الحسب المال » وقال « ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارنا ولان ذلك معدود

بلفظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الايجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لايصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كالبيع والخلع قلنا البيع لا يشترط فيه صيغة الايجاب بل يصح بالمعاطاة ولا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلفظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال النبي ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أنه قال قبلت ولا مايؤدي معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلفظ الماضي

(فصل) اذا عقد النكاح هزلا او تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا او طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر ، وقال علي أربع لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ ، قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتاني الطلاق ان رأتاني قل مالي قد جئتماني بنكر

ويكأن من له نشب يحبب ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ « اللهم احيني مسكينا وأمتني مسكينا » وليس هو أمراً لازما فأشبه العافية من المرض ، واليسار المعتبر مايقدر به على الانفاق عليها حسب مايجب لها ويمكنه اداء مهرها

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (احداهما) أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في الحديث « العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكا أو حجاما » قيل لاحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال العمل عليه ، يعني انه ورد موافقا لاهل العرف ، وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه الضعف والمرض ، قال بعضهم

ألا انما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد تقي نقيصة اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها

﴿ مسئلة ﴾ (وان تراخى القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره)

لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات

﴿ مسئلة ﴾ (فان تفرقا قبله بطل الايجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا بما قطعه لانه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله ، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل مشى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا؟ قال نعم . قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج في المجلس ، وقال ابو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين ، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الايجاب ولم ينعقد

ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية، وقال أبو حنيفة ليس بكفء وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء للتابعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤا لذات نسب فان أحمد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعير به هي ووليها ويتعدى ذلك الى ولدها، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى

(فصل) والموالي بعضهم لبعض أكفاء، وكذلك العجم، قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة يزوجها الخراساني وقول النبي ﷺ «موالي القوم من أنفسهم» هو في الصدقة فأما النكاح فلينكح، وذكر القاضي رواية عن أحمد ان مولى القوم كافئهم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زيدا وأسامة عربيتين ولان موالي بني هاشم ساووهم في حرمان الصدقة فيساووهم في الكفاءة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون الموالي أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب، وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لا في النكاح، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالقبول بعده لانه مالم يضامه القبول لم يكن عقدا فيبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي، وان نام لم يبطل حكم الايجاب لانه لايبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لايقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (وشروطه خمسة (أحدها) تعيين الزوجين) لان كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً

﴿مسئلة﴾ (فان قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصفها بما تتميز

بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان فانهما من كلب وانما طرأ عليهما رق، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الاصل

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك اذا زوج الواقفي اذا كان يخاصم ويدعو واذا زوج أخته من هؤلاء القطة وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما، وقال لايزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فاذا كان لايدعو فلا بأس، وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، قال القاضي والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فان النبي ﷺ لامكافيء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء. وقال «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولان الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام.

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وان كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الاب ابنته البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كفؤ ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على

به، وان لم يكن له الا ابنة واحدة صح)

اذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فان سماها كان تأكيداً فان كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ماتتميز به من اسم او صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى او الوسطى او الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأكيداً، وان قال زوجتك ابنتي عائشة او فاطمة صح فان كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح ولان هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتي، وقال بعض الشافعية يصح اذا نوياها جميعا، ولا يصح هذا لان النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها أداء يثبت به العقد وهذا متعذر في النية، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ماتتميز به عن النساء

(فصل) فان كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره ابو حفص، وقال القاضي يصح في التي نوياها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه مالو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة (رض) تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع . متفق عليه ومعلوم انها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها

وروى الاثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها . وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان احداهما) له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق .

(والثانية) ليس له ذلك واختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يارسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولانها جائزة التصرف في مالها فلم يجز اجبارها كالثيب والرجل

ووجه الرواية الاولى ماروي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن واذنها صماتها . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط او ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها واذا لم يصح فيها اذا لم يسمها ففيها اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وان كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما اذا خطب امرأة وتزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد مايصرفه عنها فصح كما لو نوياها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى او نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرنا

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول اصحاب الشافعي لان قوله بنتي آكد من التسمية لانها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح لانه تعليق للنكاح على

لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئمار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ « آمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود ، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه فتخييرها لذلك ، ولان مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الخرقي فوضعها في كفاءة يدل على انه اذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل وهو احدى الروايتين عن احمد واحد قولي الشافعي لانه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الانكحة المحرمة ولانه عقد لموليته عقداً لاحظ لها فيه بغير اذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولانه نائب عنها شرعا فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لاحظ لها فيه كالوكيل

(والثانية) يصح لانه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح اذا لم يعلم ولانه إذا علم حرم عليه العقد فيبطل لتحريمه بخلاف مالم يعلمه كما لو اشترى لها معيبا يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لانه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت وإن لم تفسخ كان كاجازتها واذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فان كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لابيها اذا كان عالما لانه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لانه يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فان كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد وكذلك لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لا يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها

(فصل) فان خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل ولا ينعقد النكاح لان القبول انصرف إلى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه ان كان أصابها لان العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منهما لان الايجاب صدر في إحداهما أيهما كان جاز ، وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران

ولي غير الاب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء، ولا من معيب لان الله تعالى أقامه مقامها ناظراً لها فيما فيه الحظ ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس هذا لغير الأب)

يعني ليس لغير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الجد فانه جعله كالاب لان ولايته ولاية ايلاد فملك إجبارها كالاب، وقال الحسن وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار اذا بلغا. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فمفهومه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ «لا يتم بعد احتلام» قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير ان يقسط في صداقها فيعطيها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فملك التزويج كالاب.

قال نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وانها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية مطاوعة فأما ان جهل الحال فلها المهر ويرجع به على من غره وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لها الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (الثاني رضا الزوجين فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح)

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لهما فاعتبر تراضيهما به كالبيع فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه

﴿ مسئلة ﴾ (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير إذنهم)

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم في أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الاثرم وأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه وقال

ولنا قول النبي ﷺ « تستأمر اليتيمة في نفسها وان سكتت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود والنسائي وروي عن ابن عمر ان قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها ولان غير الاب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالاجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالاجنبي ولان الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات ، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الاخوة والجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين ، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤتونهن ما كتب لهن) وانما يدفع الى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع

(فصل) واذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) انها كمن لم تبلغ تسعا نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء . قالوا حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح

(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح باذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا

وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة . ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة ، فعلى هذا اذا زوجت ثم

الشافعي لا يجوز لانه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كغيره من الاولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك الاب تزويجه كالعاقل ولانه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى ، ووصي الاب يقوم مقامه في ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ، وفارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن لانه لا اذن له

(فصل) وللاب تزويج البالغ المعتوه في ظاهر كلام أحمد والخرقي مع ظهور امارات الشهوة وعدمها ، وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بالزامه حقوقا لا مصلحة له في الزامها وقال أبو بكر

بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لانها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشر آفكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيدالله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لانعلم خلافا في استحباب استئذانها فان النبي ﷺ قدأمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطييب قلبها وخروجا من الخلاف . وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله ﷺ « نعم تستأمر » وقال « استأمروا النساء في أبضاعهن فان البكر تستحيي فتسكت فهو اذنها » متفق عليها

وروي عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يستأمر بناته اذا أنكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فان حركت الخدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها

(فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « آمروا النساء في بناتهن » ولانها تشاركه في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفي استئذانها تطييب قلبها وارضاء لها فتكون أولى .

ليس للاب بحال لانه رجل فلم يجز اجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز وان كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابيه تزويجه كالصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى

ولنا على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فاما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز لوليه تزويجه الا اذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته الى الايواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يجن في الاحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس لغير الاب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبدالله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبعهن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوج ابنته الثيب بغير اذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعد)

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها الا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته اذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال اسماعيل بن اسحاق لاأعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فان الخنساء ابنة حذام الانصارية روت أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري والائمة كلهم . قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لانعلم مخالفا له الا الحسن ، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر. وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لاتنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وابو داود ولانها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز اجبارها عليه كالرجل

(القسم الثاني) الثيب الصغيرة وفيها وجهان (أحدهما) لايجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الاخبار ولان الاجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لابيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره ابو بكر وعبدالعزيز وهو قول مالك وأبي

له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكر ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجه اذا قال أهل الطب إن في ذلك ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه

(فصل) واذا زوج الصغير والمجنون فانه يقبل لهما النكاح ولا يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرفات فان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه بنفسه كما يفوض أمر المبيع اليه وان تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه فان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي واذا قلنا إن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فانه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هاهنا أولى فان الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج المجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد ان قياس المذهب أنه لا يتزوج

حنيفة لانها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر ، والغلام يحقق ذلك انها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيرا فكذا هذه والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ماذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن اذنها الكلام للخبر ولان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض

فأما البكر فاذنها صماتها في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي واسحاق والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (أحدهما) لا يكون اذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل الرضى والحياء وغيرهما فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفي به في حق الاب لان رضاها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يعرج منصف على هذا القول وقد

بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به اليه وذكر في الجامع أنه له تزويج ابنه الصغير بأربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه معيبة عيبا يرد به النكاح فان فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين بذكر توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب فان لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بامة لان اباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) فأما الاناث فللاب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف اذا وضعها في كفاءة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الاب ابنته الصغيرة جائز اذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطلق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة ابن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له ابنة الزبير فقال ان مت ورثتني وان

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يارسول الله فكيف اذنها ؟ قال أن تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يارسول الله ان البكر تستحي قال « رضاها صماتها » متفق عليه. وفي رواية «واليتيمة تستأمر فصمتها اقرارها» رواه النسائي. وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو اذنها» وهذا صريح في غير ذات الاب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من إبائها وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفي به وما ذكروه يفضي الى أن لا يكون صماتها اذنا في حق الاب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا رداً على النبي ﷺ بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهية وايس بصمت فيدخل في عموم الحديث

ولنا ماروى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت

عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما

(فصل) وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يارسول الله فكيف إذنها ؟ قال «أن تسكت» متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل ووجه الاولى ماروي ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنها صماتها » رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئمار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل

فانها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء وكذلك أقمنا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته وهذه لم تباشر بالاذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله

ولنا قوله ﷺ «الثيب تعرب عن نفسها» ولان قوله ﷺ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك . ولانه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للابكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولانها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي الى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه . ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار، ذكره ابن حامد لانها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لانها غير موطوءة في القبل

أنها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه فتخييرها لذلك ولانه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وعن أحمد لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختلفت الرواية عن أحمد في الجارية اذا بلغت تسع سنين فالمشهور عنه أنها كمن لم يبلغ تسعاً نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور لمفهوم الآية ولدلالة الخبرين بعمومها على أن اليتيمة تنكح باذنها ، وان أبت فلا جواز عليها ، وقد انتفى الاذن فيما دونها فيجب حمله على من بلغت تسعاً فعلى هذه الرواية يجوز لغير الاب تزويجها باذنها وحكمها حكم البالغة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ورواه القاضي باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولانها بلغت سنا يمكن فيه حيضها وتحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في اذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء ، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث فالزوج يدعي الاصل فالقول قوله

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ولان التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكلت فقال ابو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح

ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته فان كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها

(فصل في المجنونة) ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليها الاب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الاجبار في حقها إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر ولأنها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشرا فكرهت الجارية فزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للاب ولا لغيره تزويجها إلا باذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه قال له تزويجها وان كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته اذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحداً قال في الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فان الخنساء ابنة خدام الانصارية روت ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره . قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لان هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الاب كحال عقلها (والثاني) له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان بها حاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها .إن قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها لان ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها

ولنا ان المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه مالو قال أهل الطب انه يزيل علتها، وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم وأشباه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنفية لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي ان الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون وليا دونهم كتزويج أمتها ، ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فان كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لانه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم على ماذكرنا

مجمع على صحته والقول به ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن وكانت الخنساء من أهل قباء تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته فشكت ذلك الى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر ، وروى ابو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لاتنكح الايم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وابوداود ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

(فصل) فأما الثيب الصغيرة ففيها وجهان (أحدهما) لايجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الأخبار ولان الاجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر كما اختلف في صفة الاذن ولان في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) ان لابيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره ابو بكر عبدالعزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام يحقق ذلك أنها لاتزيد بالثيوبة على ماحصل للغلام بالذكورية . ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذلك هذه ،

« مسئلة » قال (وإذا زوج ابنتــه بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الاب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعـل فلها مهر مثلها لانه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولانه تفريط في مالها وليس له ذلك

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلماً وديناً ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولانه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الاب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعارضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الاب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فان زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لانه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

والاخبار محمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق من وليها ، والصغيرة لاحق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع يزوجها وليها باذنها ، ومن دون ذلك على ماذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم

(مسئلة) (وللسيد تزويج امائه الثيبات والابكار وعبيده الصغار بغير إذنهم)

لا نعلم خلافاً في السيد إذا زوج أمته بغير اذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكراً صغيرة أو كبيرة وذلك لان منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستماع بها ولهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في اجبارها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

ولنا أنها مملوكته يملك الاستماع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن اذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجها وان كانتا محرمتين عليه لان منافعها ملكه وانما حرمتا عليه لعارض فاما التي بعضها حر فلا يملك اجبارها لانه لا يملك اجبار المكاتبة لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك اجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده المأذون له وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه

(فصل) وتمام المهر على الزوج لأن التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد أخاف أن يكون ضامناً وليس الاب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

« مسئلة » قال (ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز الا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله ، وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى وفارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له

(الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن

أحمد وذكره أبو بكر وقال وللسيد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالغرماء وأصل الخلاف ينبني على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم العبيد فلا يلحق الغرماء ضرر ويتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا مذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لانه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من الفيئة دون السيد وفارق بيعها لمعيب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم تملك الفسخ لعيبه ولعنته ولا ايلائه فان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) وللسيد تزويج عبده الصغير بغير اذنه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه اياه وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده الصغير المجنون

ويريدهن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا وسواء كان الجنون مستداما أو طارئا فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لابيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وممن هذا مذهبه الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعا رواه الاثرم باسناده فأما الغلام المعتوه فلابيه تزويجه، وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الاولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأيا ونظراً لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي انما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بالزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وان كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لابيه تزويجه كالصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فههنا أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يملك اجبار عبده الكبير اذا كان عاقلا)

وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولانه يملك اجارته فأشبه الامة

ولنا انه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه واما الامة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحتمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل مميز يملك الطلاق اشبه البالغ

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما اولا وسواء باشر العقد بنفسه او اذن لعبده فعقده مأذوناً له في التجارة او محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه مايدل على ان ذلك يتعلق بكسبه فانه قال

ولنا على التسوية بين الطاري، والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز لوليه تزويجه إلا اذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لاتنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الايواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم.

(فصل) ومن يفيق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(الفصل الرابع) أن وصي الاب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الاب في التزويج خاصة فان كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لانه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك مالم يوص به اليه ووصي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لان الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وان تزوج لصغير أو مجنون فانه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرف وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع اليه ولانه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وان تزوج له الولي جاز كما يجوز

نفقته من ضريبته وقيل ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها ولا يعطي المولى وان لم يكن عنده ماينفق نفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف ان من الزم السيد المهر والنفقة اوجبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعقد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين، فعلى هذا لو باعه سيده او اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه، لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كارش جنايته فاما النفقة فانها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا عتق

(فصل) ويجوز ان يتزوج السيد لعبده باذنه وان يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة العقد كالحر ويجوز ان يأذن له مطلقا ومعيناً فان عين له امرأة اونساء بلد أو قبيلة أو حرة او أمة فيتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالاذن فينفذ تصرفه فيما اذن له فيه كالوكيل، وان اذن له مطلقاً فله ان يتزوج من شاء لكن ان تزوج امرأة من بلدة أخرى فلسيده منعه من الخروج اليها، وان كانت في البلد فعلى سيده ارساله ليلا للاستمتاع وان احب سيده ان يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهاراً لانه يحتاج الى استخدامه وليس

أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فانه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز ههنا اولى فان الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون الا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول اليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته الى زيادة عليها فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به اليه. وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير باربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح لان فيه ضرراً به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بامة لان إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون

(فصل) وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسرا لانه عقد للابن فكان عليه بدله كثمن المبيع وهل يضمنه الاب؟ فيه روايتان (احداهما) يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنه الطفل جائز ويضمن الاب المهر لانه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان (والاخرى) لا يضمنه لانه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل قال القاضي هذا

النهار محلا للاستمتاع غالباً ولسيده السفر به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وان كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) وللسيد ان يعين له المهر وله ان يطلق فان تزوج بما عينه او دونه او بمهر المثل عند الاطلاق او دونه لزم المسمى وان تزوج اكثر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتعلق برقبة العبد او ذمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) واذا تزوج امة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا انه لا يملك بالتمليك انفسخ النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين باذن سيده فان كان بعضه حراً فاشتراها في ذمته او بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لانه لا يملك جميعها وان اشتراها بعين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا انه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها

أصح وقال انما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما الموسر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق،فان كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه مالو وهبه الاب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لانه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وان ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه اذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لانه يصون به دينه وعرضه ونفسه فانه ربما تعرض بترك التزويج للاثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله ، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة تحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعا لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه ، فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ، ولانه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لانه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لان اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الاولياء تزويج كبيرة الا باذنها الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال وليس لسائر الاولياء غير الاب تزويج كبيرة بغير اذنها جداً كان أو غيره وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجد فانه جعله كالاب فان ولايته ولاية ايلاد فملك الاجبار كالاب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال « أن تسكت » متفق عليه ولان الجد قاصر عن الاب فلم يملك الاجبار كالعم ولانه يدلي بغيره فأشبه سائر العصبات، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل الى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزوجها إلا الحاكم لانه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الاول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك اذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها الا أن يقول أهل الطب ان علتها تزول بذلك

فاذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وانما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد

(الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالاذن للعبد وبهذا يبطل ماذكروه ولا يتزوج إلا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محاباة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن فقال ابو بكر يصح النكاح أومأ اليه احمد ، قال القاضي يعني اذا كان محتاجا فان عدمت الحاجة لم يجز لانه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا باذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه اذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطيء الزوجة فعليه مهر المثل لانه أتلف بضعها بشبهة فلزمه عوض ماأتلف كما لو أتلف مالها

ولنا أنها محتاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيلا لهذه المصالح كغيرها

(فصل) في تزويج المجنونة ان كانت ممن يجبر او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه اولى، وان كانت ممن لايجبر فهي ثلاثة اقسام (أحدها) ان يكون وليها الاب أو وصيه كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي ولانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة اولى وهذا قول الشافعي وابي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاول اصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لحصول المباشرة منها والخيرة وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان احدهما ليس له بحال لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لغير الاب بحال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول ابي حنيفة لان لها حاجة اليه لدفع

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولي عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لا نعلم في هذا خلافا ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الابوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبلغني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لانها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز أن يملك بها إزالته اذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار (والقول الثاني) لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ولانه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الاب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لانها لا تثبت إلا باقرار الزوج ولا حكم لاقراره ، وان أقر بالعنة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لانها إن كانت ثيبا فالقول قوله ، وإن كانت بكرا فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلافها فاذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ما قاله فلم يفسخ عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوج أمته بغير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع ابيها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب علتها تزول بتزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم وأشباه ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزوجها الا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمتها ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعرى فان كان وصيا في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لان منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة ، وللشافعي فيه قولان لانه لا يملك التصرف في رقبتها فكذلك لا يملك تزويجها بغير اذنها كاخته

ولنا أنها مملوكته يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن ولانها إحدى منفعتيها فملك أحد عوضيها كسائر منافعها ، وماذكروه يبطل بابنته الصغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها ، وإذا ملك أخته من الرضاع او مجوسية فله تزويجهما ، وان كانتا محرمتين عليه لان منافعهما ملكه وانما حرمتا عليه لعارض ، فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبة لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد

(فصل) فان طلبت الامة من سيدها تزويجها فان كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لان عليه ضرراً في تزويجها ووطؤه لها يدفع حاجتها فان كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمجوسية وأخته من الرضاع او محللة له لكن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها ان كانت محللة له وازالة ملكه عنها لانه وليها فأجبر على تزويجها كالحرة ، ولان حاجتها قد تشتد الى ذلك فأجبر على دفعها كالاطعام والكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم ، وان طلبت منه من نصفها حر أو المكاتبة أو أم الولد التزويج أجبر عليه لانه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر

﴿مسألة﴾ (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها» لا اذن لهؤلاء وعن احمد ان لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة وقال هؤلاء عن ابي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار إذا بلغا لقول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يعجبه مالها وجمالها يريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فهوا عن نكاحهن الا ان يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه وروت عائشة ان جارية بكرا زوجها أبوها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لهم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

(فصل) واذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره ابو بكر وقال السيد وطؤها، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالغرماء، وأصل الخلاف يبنى على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الامة فان الدين ماتعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة ولم تملك الامة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه، وان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ وان كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال او ينتظر بلوغها؟ على وجهين، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولانه يملك اجارته فأشبه الامة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود وقد انتفى الاذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنته البكر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه، واقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطييب قلبها وخروجا من الخلاف، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها تستأمر أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «نعم تستأمر» وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحيي فتسكت فهو اذنها» متفق عليهما وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا انكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول «إن فلانا يذكر فلانة» فان حركت الخدر لم يزوجها وان سكتت زوجها. ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمروا النساء في بناتهن» ولانها تشاركه في النظر لبنتها وتحصيل المصلحة لها لشفقتها عليها وفي استئذانها تطييب قلبها وارضاؤها فيكون اولى

ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ومقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما الامة فانه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها.

(الفصل الثانى) في العبد الصغير الذي لم يبلغ للسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه.

ولنا أنه اذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون.

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته وقال ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها. ولا يعطى المولى وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من الزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من الكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين. فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

﴿مسئلة﴾ (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

اما الثيب فلا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان اذنها الكلام للخبر وان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير اشياء يسيرة اقيم الصمت فيها مقامه لعارض، واما البكر فاذنها صماتها في قول عامة اهل العلم منهم شريح والشعبي والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي ابا او غيره وقال اصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (احدهما) لايكون إذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل للرضا وغيره فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفى به في حق الاب لان رضاها غير معتبر، وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال «لاتنكح الايم حتى تستأمر ولاتنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يارسول الله فكيف اذنها؟ قال «ان تسكت» وفي رواية عن عائشة انها قالت يارسول الله إن

كأرش جنايته فأما النفقة فانها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد اذا أعتق

(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبده باذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لانه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقا ومقيداً، فان عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لانه متصرف بالاذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وان أذن له مطلقا فله أن يتزوج من شاء لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج اليها وان كانت في البلد فعلى السيد ارساله ليلا للاستمتاع وان أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك اذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه ارساله نهاراً لانه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلا للاستمتاع ولسيده المسافرة به فان حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وان كرهت امرأته كذا ههنا

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فان تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الاطلاق أو دونه لزم المسمى وان تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضراة

(فصل) وان تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا ان العبد لا يملك بالتمليك فكذلك وان قلنا يملك بالتمليك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته وله وطؤها بملك اليمين اذا اذن له السيد فان كان نصفه حراً فاشتراها في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لانه لا يملك جميعها وان اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها

(فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لان ملك النكاح

البكر تستحي قال «رضاؤها صمتها» متفق عليه، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكتت فهو اذنها» وهذا صريح في غير ذات الاب والاخبار في هذا كثيرة ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من ابائها وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظن انه كرضاها فاكتفى به وماذكروه يفضي إلى ان لايكون صمتها إذنا في حق الاب ايضاً لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذا ردا على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الامة

(فصل) فان اذنت بالنطق فهو ابلغ واتم، وان ضحكت او بكت فهو بمنزلة سكوتها، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث.

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر

واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولان المرأة تقول أنفق علي لانني امرأتك وأنا أسافر بك لانك عبدي ويقول هو أنفقي علي لانني عبدك وأنا أسافر بك لانك امرأتي فيتنافى ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ماعليه إلى صاحبه. وقال الشافعي في أحد قوليه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أتلف لها مالا، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه

وذكر القاضي فيه وجها أنه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب، ولانه ثبت في الذمتين جميعا احداهما تبعا للاخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع (والثاني) يسقط لان الفسخ انما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فان ابتاعته بصداقها صح نص عليه احمد وذكره ابو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

اليتيمة فان بكت او سكتت فهو رضاها وان ابت فلا جواز عليها» ولانها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحي من الامتناع والحديث يدل بصريحه على أن الصمت اذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك اقمنا الضحك مقامه

﴿مسألة﴾ (ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح اومحرم)

وجملته ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرته وهذه لم تباشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله.

ولنا قوله عليه السلام «البكر تعرب عن نفسها» ولان قوله عليه السلام «لا تنكح الأيم حتى تستأمر

لان ثبوته يقتضي نفيـه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض

ولنا انه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون وما سـقط منه يرجع عليه به.

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان المرأة وليان فاذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء. ومالك مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر اذا أنكح الوليان فالاول أحق مالم يدخل بها الثاني ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ماروى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول» أخرج حديث سمرة ابو داود والترمذي و أخرجه النسائي عنه وعن عقبـة . وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فـكان باطلا كما لو علم أن لهـا زوجا ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم ، فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقدخالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من القبض لامعنى له فان النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذنها ان تسكت » يدل على انه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذناً لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولانه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولانها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لايصح فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لابيها إجبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان قولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

﴿مسئلة﴾ (فأما زوال البكارة بأصبع او وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) اذا استوى الاولياء في الدرجة كالاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لان النبي ﷺ لما تقدم اليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الاكبر قدم الاكبر فتكلم حويصة، وان تشاحوا ولم يقدموا الاكبر أقرع بينهم لان حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا ههنا، فان بدر واحد منهم فزوج كفؤاً باذن المرأة صح وان كان هو الاصغر المفضول الذي وقعت القرعة لغيره لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته فصح كما لو انفرد وانما القرعة لازالة المشاحة

﴿ مسألة ﴾ قال (فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد فاسد لا يوجب شيئا، وان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض ان كانت من ذوات الاقراء ولم تحمل، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت اليه وذلك لان الصداق في مقابلة الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني الى فسخ لانه

إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو أصبع أو عود فحكمها حكم الابكار ذكره ابن حامد لانها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت في الدبر لانها غير موطوءة في القبل.

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في الثيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث والزوج يدعى الاصل والقول قوله.

ولنا أنها منكرة للاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والاصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله، وان اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لان التمكين من الوطء دليل على الاذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فانكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكلت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح .

باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر ان الواجب المسمى ، قال القاضي هو قياس المذهب والاول أصح لما قلناه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فان جهل الاول منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك انه اذا جهل الاول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم ان أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه احمد في رواية الجماعة ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد رواية أخرى انه يقرع بينهما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، فان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوي كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الانصباء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فان أبيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا ههنا . وقد

ولنا أنه اختلاف في زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته ، فان كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك التزويج للاثم بالزنا الموجب الحد وهتك العرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى الاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ولانه محجور عليه أشبه

روي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن ابي سلمان انها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فان أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء. أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم انها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما، فان أبت ان تختار لم تجبر وكذلك ينبغي انه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لانه لا يعلم انه زوجها فيتعين إذاً فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما في الحال ان كان قبل الدخول وان كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم تقبل قولهما، وإن أقرت المرأة لاحدهما لم يقبل اقرارها نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء

ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الاخر فلم يقبل اقرارها في ابطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن اقرارها مقبول، فان فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل اقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه مالو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا معا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحاجة إلى فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لانه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير وذلك لان اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ولانه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فاذا أجبر على من يكرهها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه وانما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولهما ولا يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف وكذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج الى التعيين له لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالاذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكروه، ولا يتزوج الا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محاباة بماله وهو لا يملكها وان نقص عن مهر المثل جاز لانه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لانهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولاميراث لها منها ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد انه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها ، وقال ابو بكر لامهر لها لانهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته ؛ وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف انه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فان كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فان كان قد ادعى ذلك أيضا دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع ايمانهم فان نكلوا قضي عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن احمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الاب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لاحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه ، واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم تقبله في نفسها ، وإن لم تقر لاحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أومأ اليه أحمد قال القاضي يعني إذا كان محتاجا فان عدمت الحاجة لم يجز لانه اتلاف لماله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي ان أمكنه استئذان وليه لم يصح الا باذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذنه كالعبد وان طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما ان تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطيء فعليه مهر المثل للزوجة لانه أتلف بضعها بشبهة فلزم عوض ما أتلف كاتلاف مالها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح الا بولي)

فان زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فان فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري واسحاق وأبو عبيد ، وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في الانكاح لان الله تعالى قال (ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فان كان هو المقر له او كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى اواصطلحا فلاكلام وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فان كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم

(فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لانها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقربه وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت الى انكارهما لان الشهادة انما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار ابيها لان تزويجها اليه دونها فان ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وان مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته لكمال الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

اجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده فان نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم

النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولانها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروذي سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نكاح الا بولي» فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقات عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نسي آدم فنسيت ذريته » ولانها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ماقلنا إن شاء الله فانهم اختلفوا في صحته فمن أحمد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه موقوف على اجازة السيد فان أجازه جاز وان رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا ماروى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم وابن ماجة ، وروي الخلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث لابي عبدالله قال هذا حديث منكر ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفا عليه من قوله ولانه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه الا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل بها فلا مهر لها لانه عقد باطل فلا نوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لانوجب بمجردها شيئاً (الحال الثاني) أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لامهر لها إذا تزوج العبد بغير اذن سيده وهذا يمكن حمله على ماقبل الدخول فيكون

الآية فان عضلها الامتناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وهذا يدل على أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من التزويج فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لانها تحل له إذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج

﴿مسئلة﴾ (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقتها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه لان قول النبي صلى الله عليه وسلم «ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل» يدل بمفهومه على صحته باذنه ولانها انما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لعموم قوله «لا نكاح الا بولي» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير اذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر رواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وقال للمرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه انه وطيء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فاما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر لانه لاينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لامهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تتبعه به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الانكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بفدية السيد ، وقد ذكرنا احتمالا آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطء أجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه برضى المستحق والله أعلم

(الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمساه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به أبو موسى ، وعن احمد أنها ان علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء في النكاح بلا ولي وفي سائر الانكحة الفاسدة ووجه الاولى ماروى الامام أحمد باسناده عن خلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أوكان المتولي لعقده حاكما لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة وخرج القاضي وجها في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والاول أولى لانها مسئلة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضته ظواهر

﴿مسئلة﴾ (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

أنما قيد المرأة بالحرة لان الامة لا ولاية لابيها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزويجها أبوها لأنه لاولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والعنبري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيباً لانه يسقط تعصيب جده

ولنا أن الولد موهوب لابيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب

أن غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب اليه عثمان ان فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات

(الفصل الرابع) أنه يجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة أبعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولا وجب القيمة وهي الاثمان دون الابعرة ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل

(الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه مايقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء . فاذا أعطى القيمة فقد أعطى مايقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وندائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل) اذا أذن السيد لعبده في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم .

أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من العكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا رث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بابوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب واستواؤهما في القرابة يوجب استواءهما في الولاية كالاخوين ولانهما عصبتان لا يسقط احدهما الآخر فاستويا

« مسئلة » قال واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضي فهو رقيق)

في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالغرور، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قوليه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حمار .

ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء، وكذا يقول في الاصل الذي ذكره ان العقد الذي ذكره صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها وان سلمناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فاتت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اختلفا في الصفات . و (الثاني) أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه .

(الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرار لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها

(الفصل الثالث) أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالاب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرقة مالها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالاب والاخ يسقط به وبالابن وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالاب وكتقديمه على العم وسائر العصبات اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولى من جميع العصبات غير الاب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الاب

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الاب وأباؤه)

واولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكما فيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها لخالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها

ولنا ماروت ام سلمة انها لما انقضت عدتها ارسل اليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت يارسول الله ليس احد من أوليائي شاهداً قال « ليس من اوليائك شاهد ولا غائب يكره » ذلك فقالت قم ياعمر فزوج

عليه فداؤهم لان الولد ينعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيد الامة لانه لم يملكه وعنه أنه يقال له افد أولادك والا فهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيره بين فداهم وبين تركهم رقيقا لأنهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها . وقال الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدي ولده وقال اسحاق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولا أول لابي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولانه نماء الامة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوق رقهم بفعله وفي فداهم ثلاث مسائل

(الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأى يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه لانه ذات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الامة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات احداهن بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولان الحيوان من المتقومات لامن ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحديث عمر بن أبي سلمة حين زوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً ؟ قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من عصباتها فيثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وان سلم فهو يبطل بالحاكم والمولى قولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما اذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصباً وقد استويا في عدم الايلاد

﴿ مسئلة ﴾ (ثم أخوها لابيها)

لاخلاف في تقديم الاخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فان ابن الاب أقواهم تعصيباً واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للاب اذا اجتمعا فعنه انهما سواء اختارها الخرقي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا فى الادلاء بالجهة التي تستفاد بها العصوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح فى الميراث جهة الام ولامدخل لها في الولاية لم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الاخ من

(والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر

(الثالثة) هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لانهما جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيها أعطى أجزأه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حياً لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وبهذا يبطل ماذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنيهم واما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فهما سواء لانهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل مافي ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجح من جهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجح به وكذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) (ثم بنوا الاخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمي أو مهر المثل؟ على روايتين ذ كرناهما فيما مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الخرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفع وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى مغصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانها لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد للولد لا بيه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد فقال هي حرة عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجملة ذلك أن الولاية بعد الاخوة تترتب على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث احقهم بالولاية فبعد الاخوة بنوهم وان سفلوا ثم بنوا الجد وهم أعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لايلي بنو أب أعلى من بني أب أقرب منه وان نزلت درجتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم اشفقهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبي الام ونحوهم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه يرثها فوليها كعصباتها

ولنا ماروى عن علي رضى الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولي يعني إذا أدركن رواه أبو عبيد في الغريب ولانه ليس من عصباتها اشبه الاجنبي

﴿ مسئلة ﴾ (ثم المولى المنعم ثم عصباته من بعده الاقرب فالاقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فوليها مولیها يزوجها ولا نعلم خلافا في ان العصبة

الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها بغير اذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فولت أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فكاك ولده على الاب لانه لم يغره أحد ، وأما اذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره . يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فان لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقد فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له وإغاره فتجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المعتق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ «فالسلطان ولي من لا ولي له» وروى أبو داود باسناده عن أم حبيبة ان النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالاب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختلفت الرواية عن أحمد في

عنه باثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هـذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) ان الزوج ان كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يجـد الطول أو لايخشى العنت فانه يفرق بينهما لاننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ماذكرنا ، وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقي فرضي بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لاخيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق

ولنا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالاخر فان الكفاءة وإن لم تعتبر فان عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحـل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها يعتقد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالامة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء مافيـه من الرق لان بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطء. فان كانت مكاتبة فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال يزوج اذا احتاط لها في المهر والـكفء أرجو أن لايكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجناية وقال ما للوالي وذا؟ انما هو الى القاضي وتأول القـاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمـل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) إذا استولى أهل البغي على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والخراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال ابو بكر ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها ، فان كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لافائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احمد في رواية أبي الحارث لايستحقها باقرارها وذلك لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لاشيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) اذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتاً فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بدل هـذا الولد للسيد لانه انما يستحق بدل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لايمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كملت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو أن فقد الكفاءة لايبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة ، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لانه لما ثبت

لايفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا في أن يزوجها نفسه وذلك لما روى أبو داود باسناده عن تميم الداري أنه قال يارسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال «هو أولى الناس بمحياه ومماته» الا أن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والاتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان نمن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من لاولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض قال ابن عقيل أخذ قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تمنع من ذلك قال شيخنا، والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لايكون في الرستاق قاض، ووجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لامناسب لها وروي عنه أنه لايجوز النكاح الا بولي لعموم الاخبار فيه

الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة اذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل او المسمى على ماقدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق

(فصل) فان غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلأوليائها الاعتراض عليها وان لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه مالو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافيء لها في النسب، وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لان ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فيما اذا بان نسبه دون ماذكر وجه في ثبوت الخيار لها ان لم يخل بالكفاءة والاولى ماذكرناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان المغرور عبداً فولده احرار ويفديهم اذا عتق ويرجع به على من غره)

وجملة ذلك أن المغرور اذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال ابو حنيفة يكون رقيقاً لان أبويه رقيق وليس ذلك بصحيح فانه وطئها معتقداً حريتها فكان ولده حراً كولد الحر فان هذا هو العلة المقتضية

﴿مسئلة﴾ (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية التزويج) لا نعلم فيه خلافا لانه مالكها وله التصرف في رقبتها بالبيع ففي التزويج أولى ولا يزوجها الا باذنها

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت لامرأة فوليها ولي سيدتها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها ولي سيدتها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي لان مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فتثبت لاوليائها كولاية نفسها ولانهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى فان كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها الا باذنها لانها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير اذنه وبغير نطقها بذلك وان كانت بكراً لان صماتها انما اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أومجنونة أو سفيهة فلوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها ان كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لان فيه الحظ لان الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة واحمال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ونقص قيمتها

الحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بحال الاب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجناية لانه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن في الاولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتعجل في الحال، وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الاماء لان عليه ضررا في رق ولده ونقصا في استمتاعه فانها لا تبيت معه ليلا ونهارا ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولا واحدا . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا اختار الاقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد ،وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الخمسان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين

(فصل) فان شرط انها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة

والمرجوح كالمعدوم فان كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن المرأة أن تولي أمر أمتها رجلا لتزويجها نقلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثية فملكت التوكيل كالرجل والمريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزوجها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل انه ذهب اليه وهو قول ابي حنيفة لانها تملكها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها واجارتها فملكت تزويجها كسيدها ولان الولاية انما ثبتت على المرأة لتحصيل الكفاءة صيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لاخيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور : القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته ، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي . وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب العذرة يقينا . وعن الحسن والشعبي وابراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعنيس والحمل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فلهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار ، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار ، وقال بعضهم فيهما جميعا قولان

ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ويمنع كل استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة

(فصل) وان شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دنيئة فبانت خيرا من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانه زيادة ، وقال أبو بكر له الخيار إذا بانت مسلمة لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والاول أولى

زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى .

(فصل) ويزوج عتيقتها من يزوج أمتها ذكره الخرقي وفيها روايتان (احداهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترثها فاشبهت المعتق (والثانية) يزوجها ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية لنكاح والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج عتيقته ، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الخرقي ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من يزوج أمتها ويزوج أمتها من يزوجها ، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها ويعتبر في ولايتها شرطان (احدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن المزوجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وان فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضاً ، وان كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار فان كان التغرير من أوليائها رجع عليهم وان علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده لانه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لان حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح واذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر اذا لم يكن بينهما فصل فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول .

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهري واسحاق وقال الاوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المرذوي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم اركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى فانه لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ماروي أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت ياأبا حمزة ما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروي الاثرم باسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وباسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول اذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم

لانها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصبات ولا يعتبر اذن مولاتها لانه لاولاية لها ولا ملك فاشبهت القريب الطفل اذا زوج البعيد

(فصل) فان كان للامة مولى فهو وليها وان كان لها موليان اشتركا في الولاية وليس لواحد منهما الاستقلال بها بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا بعضها وان اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونفعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها نفعه عائد اليه فلم ينب السلطان عنه فيه فان أعتقاها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما وان لم يكن لها عصبة ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على بعضها فان اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لانها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها وان كان المعتق أو المعتقة واحداً وله عصبتان كالابنين والاخوين

النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولان من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه ان لم يوجد فقد وجد مايدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه مالو تزوج امرأة هو وليها وكما لو قال الخاطب للولي أزوجت؟ فقال نعم وقال الزوج أقبلت؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح ينعقد بقوله أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك، وبذلك خاليا عن قوله: وتزوجتك وهذا لفظ الخرقي وهو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك وهذا معنى قول الخرقي سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كل ذلك جائز

(الفصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعتقتك وسكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله «لا نكاح الا بولي وشاهدين»

(الفصل الخامس) أنه اذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بربع قيمتها

ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لانها حالة الاتلاف فان لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تكون دينا تنظر به الى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لانه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك ان قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلاحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها .

﴿مسئلة﴾ (ويشترط في الولي الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل)

وجملته أنه يعتبر لثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام اذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ، والعدالة على اختلاف نذكره فاما العقل فهو شرط بغير خلاف لان الولاية إنما ثبتت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لاعقل له لايمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند قال

الدخول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه سلف في نكاح فلم يلزمها كما لو كان أسلف حرة ألفا على أن يتزوجها ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ اليه أحمد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد اذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما اذا قال لعبده أعتقتك على أن تعطيني ألفا وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبه مالو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق وبطالبها بها في الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال ابو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له، فاما الاغماء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يجن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالاغماء .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجها العبد باذنها بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسئلة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة اهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى، قال أحمد بلغنا ان عليا أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلأن لا يثبت لها ولاية على غيرها أولى، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومعتقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صالح صداقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدراهم ولانه يصلح عوضاً في البيع فانه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضا في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . اذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقا كما لو دفع اليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لانها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ماذكرناه

(فصل) فان أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لان النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فاذا اشترطت عليه اثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملكه داراً، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لان الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الاثرم قلت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها فقال نعم قال اذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ماروى ابو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لايزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبي ثور

وروي عن احمد أنه اذا بلغ عشرا زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق ويحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا، ووجه ذلك أنه يصح بيعه وطلاقه ووصيته فثبتت له الولاية كالبالغ، والاول اختيار ابي بكر وهو الصحيح لان الولاية يعتبر لها كمال الحال لانها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظرا له والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة والاصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطا روايتان (احداهما) هي شرط قال احمد اذا كان القاضي مثل ابن الخلجي وابن الجعد استقبل النكاح، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عباس أنه قال لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال احمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وايما امرأة انكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى البرقاني باسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولانها ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال

ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ، ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فانه انما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئا .

(فصل) واذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى أن استبراء سواء كان يطؤها أولم يكن لان الاستبراء لصيانة الماء ولا يصان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها لانه كان واجبا فلا يسقط باعتاقه لها ، قال أحمد في الرجل تكون له الامة لا يطؤها فيعتقها: لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لانها في مائه ، قال القاضي معنى قوله ان كان يطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا يطؤها أي لايحل له وطؤها وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها ، واذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ولا يلزمها استئناف الاستبراء لان الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ولنا أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلي الف فطلقها أو قال الق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مثنى ابن جامع أنه سأل أحمد اذا تزوج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فثبتت له الولاية على غيره كالعدل ولانه يثبت الولاية بالقرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل .

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجوز أن يلي الأخرس اذا فهمت اشارته لانها تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الاقرب طفلا أو كافراً أو عبداً زوج الأبعد) لان الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة فعند ذلك يكون وجودهم كعدمهم فتثبت الولاية لمن أبعد منهم إذا كملت فيه الشروط كما لو ماتوا .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن عضل الاقرب زوج الأبعد وعنه يزوج الحاكم)

العضل منع المرأة من التزويج بكفئها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ،

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح اذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجدان ذلك انهم وجدوا ما وعدهم ربهم ، حقا ولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان اقرار صحيحاً لا يفتقر الى نية ولا يرجع في ذلك الى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

(فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلت انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أوهذا التزويج لانه كناية في النكاح يفتقر الى النية ، والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف الا إلى المذكور

(فصل) وينعقد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول زوجتك بنتي هذه فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا

فمتى وجد ذلك انتقلت الولاية الى الابعد نص عليه احمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فملكه الأبعد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر ، فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله « السلطان ولي من لا ولي له » وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما اذا عضل الكل فان قوله « فان اشتجروا » ضمير جمع يتناول الكل والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) انها حق للولي والدين عليه . (الثاني) ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولي وفسقه (الثالث) أن الدين لا تعتبر في بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرناه فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأصحابه وابو ثور وابو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان، وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر، واحتجوا بان النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال «قد ملكتكها بما معك من القرآن» رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانعقد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح والكناية انما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وان كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه اتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روي عن معقل بن يسار قال: زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبداً وكان رجلا لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله هذه الآية (فلا تعضلوهن) فقلت الآن أفعل يارسول الله قال «فزوجها إياه» رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها او دونه، وبه قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة له منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي ﷺ قال لرجل أراد ان يزوجه «التمس ولو خاتماً من حديد» وقال لامرأة زوجت بنعلين «أرضيت من نفسك بنعلين؟» فقالت نعم: فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في رجل بعينه وهو كفء فأراد تزويجها لغيره من اكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فان طلبت التزويج بغير كفء فله منعها منه ولا يكون عاضلا بذلك لأنها لو زوجت بغير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداء أولى

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لايحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالاخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لان ما كانت العربية شرطا فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ووجه الاول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير ، فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه ، فان كان احدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعا

(فصل) فأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح باشارته كبيعه وطلاقه ولعانه ، وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما مايصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضا لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحمد لايزوجه وليه يعني إذا كان بالغا لان الخرس لا يوجب الحجر فهو كالاصم

(فصل) إذا تقدم القبول على الايجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها . وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعا لانه قد وجد الايجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الايجاب ولنا أن القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وهي مالا تقطع الا بكلفة ومشقة في ظاهر كلام احمد وقال الخرقي مالا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، وقال القاضي مالا تقطعه القافلة في السنة الا مرة ، وقد قال احمد اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأبعد . قال ابو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ماتقصر فيه الصلاة)

الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الاقرب اذا غاب غيبة منقطعة زوج الابعد دون الحاكم وبهذا قال ابوحنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لانه تعذر الوصول الى النكاح من الاقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولان الأبعد محجوب بولاية الاقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي لها » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليا لها ولان الاقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن او مات ولانها حالة يجوز فيها التزويج لغير الاقرب فكان ذلك الأبعد كالاصل واذا عضلها فهي كمسئلتنا

(الفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للابعد التزويج في مثلها ففي قول الخرقي هي مالا

بلفظ الاستفهام ، ولانه لو تأخر عن الايجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الايجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة . ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال « ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة » رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز » قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن: الطلاق والنكاح والعتاق والنذر . وقال علي أربع لا لعب فيهن :الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخى القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات فان تفرقا قبل القبول بطل الايجاب فانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك ان تشاغلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله . وقد نقل أبو طالب عن أحمد في رجل مشى اليه قوم فقالوا له زوّج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على انه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين واختار انه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا يتعذر مراجعته بالكتابة فتكون منقطعة أي تنقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة الا مرة لان الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها ، وقد قال احمد في موضع اذا كان الاب بعيد السفر زوج الاخ . يحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر البعيد الذي علقت عليه الاحكام . وذكر أبو بكر وجهها (أحدها) ما لا يقطع الا بكلفة ومشقة لان احمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك الا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها إلى الصواب فان التحديد بابه التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كثير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكاتبته فكان التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو اغماء بطل حكم الايجاب ولم ينعقد بالقبول بعده مالم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعي وان زال عقله بنوم لم يبطل حكم الايجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لان الحاجة غير داعية اليه فانه لايقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فان في فسخه بعد العقد ضررا بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء » رواهما ابن المنذر ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبدالله بن مسعود التي قال علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلاهادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون * اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري الى بغداد وقال بعضهم من الرقة الى البصرة ، وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر ، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وان كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي ، وظاهر كلام احمد أنه اذا كانت الغيبة غير منقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم او يوكل

(فصل) فان كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول الى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا وكذلك ان كان غائباً لا يعلم أقريب هو أم بعيد او علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

(مسئلة) (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال الا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وذكر شيخنا ههنا أن فيه وجها أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لانها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم، ولانه عقد

كان عليكم رقيبا - اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن قال الخلال ثنا أبو سليمان امام طرسوس قال كان الامام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبدالله بن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبدالله من المبالغة في استحبابها لا على الايجاب فان حرب بن اسماعيل قال قلت لاحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روي عن عمر أنه كان إذا دعي ليزوج قال لا تفضضوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكحتموه فالحمد لله وان رددتموه فسبحان الله والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرهما وقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا داود فانه أوجبها لما ذكرناه

ولنا أن رجلا قال للنبي ﷺ يارسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحناك على ما أمر الله على امساك بمعروف أو تسريح باحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواها ابن المنذر وروى أبو داود باسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد

عليها فيليه كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع

﴿مسئلة﴾ (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها لكافر لأنها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة مسلما كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لان ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبتت له الولاية عليها كالمسلمة

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين

﴿مسئلة﴾ (ويلي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم

ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

(فصل) ويستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار « أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الاحمر ماحلت بواديكم ولولا الحنطة السوداء ماسمنت عذاريكم » لا على مايصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم » .

وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فقيل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ « فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح » رواه النسائي . وقال عليه السلام « أعلنوا النكاح — وفي لفظ — أظهروا النكاح » وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ « واضربوا عليه بالغربال »

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ « ماقلتم ياعائشة ؟ » قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال « ان الانصار قوم فيهم غزل الاقلتم ياعائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم؟ » روى هذا كله ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ

(فصل) فان عقده بولي وشاهدين فأمروه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياء بعض (وهل يليه من مسلم ؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً ولأنها امرأة لها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي (والثاني) لا يزوجها الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا زوج الابعد من غير عذر للاقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب واجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي فصح أن يزوجها باذنها كالاقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للابعد مع وجود الاقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وممن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبدالله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي ونافع مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لان أحمد قال اذا تزوج بولي وشاهدين: لاحتى يعلنه وهذا مذهب مالك والحجة لهما ماتقدم في الفصل الذي قبل هذا

ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولانه عقد معاوضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه ، وقول احمد : لا، نهي كراهة فانه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولان اعلان النكاح والضرب فيه بالدف انما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولانه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « مسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » ولانه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال « ما هذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فان أجازه جاز وان لم يجزه فسد قال أحمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت وقال إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فان أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسئلة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن فتاة جاءت الى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ولانه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فان النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الاوقية أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول اذا زفت اليه ماروى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وابو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له اذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك. وروى ابو داود باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ماجبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ماجبلتها عليه واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك »

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعا لقول الله تعالى [فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للاجماع وترك للسنة فان رسول الله ﷺ قال : لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة « امسك أربعا وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل» رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث فلم ينعقد كنكاح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ليرفع به خسيسته فتخييرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بعقد ولأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق نما ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان مما لا يجيزه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها والامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي في مسنده واذا منع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس للعبد أن يجمع الا اثنتين)

أجمع أهل العلم على أن العبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الاربع فذهب احمد أنه لا يباح له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وطاوس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولان هذه طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالمأكول.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ، وقد روى ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال . أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ماروى الامام أحمد باسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلاقه باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ولان الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الاهل كالذي عقده المجنون أو الطفل فلم يقف على الاجازة وهذا عقد لم يصدر من أهله فان المرأة ليست أهلا له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الاذن القارن فأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا القول وأما على القول الآخر فمتى تزوجت بغير اذن الولي فيرفع الى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه الى الولي فمتى رده بطل لان من وقف بالحكم على اجازته بطل برده كالمرأة اذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كفؤا أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازه الحاكم لانه لو امتنع صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجيز فالمهر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى فان الاجازة مسندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من تحل له انفسخ النكاح ولانه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها لانها أقوى فأزالت الاضعف كما لو طرأ ملك اليمين

كان بحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيمانكم) ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله أن يتسرى باذن سيده)

هذا هو المنصوص عن احمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، وللشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولى ؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب احمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بان العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يتسري العبد ونحوه عن ابن عباس ولان العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فان النبي ﷺ قال « من اشترى عبدا وله مال » فجعل المال له ولانه آدمي فملك المال كالحر وذلك لانه بآدميته يتمهد لاهلية الملك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وان خرجت الى من تحل له كالمرأة أو اثنتين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجز باجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجنبي وفيه وجه آخر أنه يجوز باجازة المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فملك اجازته كالاول ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فأما ان أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لان ابطال حق الولي ليس باجازة ولان حق المولى ان بطل من الملك لم يبطل من ولاية التزويج فانه يليها بالولاء

(فصل) واذا تزوجت التي يعتبر اذنها بغير اذنها وقلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء والمطالبة بالمهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل تمكينها دليلاً على اسقاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿ مسئلة ﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان كان حاضراً ووصيه في النكاح بمنزلته)

خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف واداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم مافي الارض جميعا) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلا للملك ولذلك ملك في النكاح واذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله الى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التسري الا باذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه لان ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه الا باذن سيده فان أذن له فقال تسرها أو أذنت لك في وطئها أو مادل عليه أبيح له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وان تسرى بغير اذن سيده فالولد ملك سيده

(فصل) وله التسري بما شاء اذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لان من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحر فان أذن له وأطلق التسري تسرى بواحدة وكذلك اذا أذن له في التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور ، واذا أذن له في التزويج فعقد على اثنتين في عقد جاز . ولنا أن الاذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقي على الاصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولان الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟

(فصل) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا باذن سيده لان في ذلك إتلافا للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وأما المعتق بعضه فاذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولاصحاب الشافعي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالاذن فلم يجز له التوكيل كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالاب ولايصح قولهم إنه يلي بالاذن فان ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان للحاكم ان يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولان المرأة لاولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الانابة من قبلها؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول اذا وجدت من أرضاه فزوجه فتزويجه جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روى ان رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفؤا فزوجه ولو بشراك نعله فزوجها عمر عثمان بن عفان فهي أم عمر بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه اذن في النكاح فجاز مطلقا

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير اذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولان ملكه عليها تام له التصرف فيها بما شاء بغير اذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كما له ان يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزوج حتى يأذن له سيده

ولنا انه لاحق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر اذنه فيها كاستخدامها وأما التزويج فانه يلزمه بحقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه بخلاف مسئلتنا فان الحق له لا عليه فأما ان أذن له سيده فيه جاز الا عند من منع العبد التسري لانه كالقن في قولهم

(فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى اذا أذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع اذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هاني. ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا انه اذا تسرى باذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل انه اراد بالتسري ههنا التزويج وسماه تسريا مجازاً ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، وذلك لانه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كالزوجة

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أبا أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لايجوز لغير المجبر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لايصح الا بحضرة شاهدين لانه يراد بحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى إذن المرأة ولا إشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لتمكنت من عزله وهذا التوكيل لايملك به البضع فلم يفتقر الى إشهاد بخلاف النكاح ويبطل ماذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاماء للتسري

(فصل) ويثبت للوكيل مايثبت للموكل فان كان للمولى الاجبار ثبت ذلك لوكيله ان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى مراجعة المرأة لانه نائب فيثبت له مثل ماثبتت للمنوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الخرقي وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وروي عنه لاتستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولانها ولاية تنتقل الى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد اذا طلق احدى زوجتيه)

وجملة ذلك ان الرجل اذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك ان تزوج الحر أربعا حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنين حرمت الثالثة تحريم جمع فاذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعا . وان كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك عند امامنا حتى تنقضي عدتها ، وروي ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الراي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروي ذلك عن زيد بن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن ثم قال (وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف) معطوفا عليه والبائن ليست في نكاحه ولانها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول

ولنا قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجمعت الصحابة على شيء كاجماعهم

غيره شرعاً فلم يجز ان يوصى بها كالحضانة ولانه لاضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالاجنبي ولانها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لانه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ولانه يجوز ان يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه فجاز ان يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كالاخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك لوصيه وان كان يحتاج الى إذنها فوصيه كذلك لانه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك ان عين الاب الزوج ملك اجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وان لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا أذنت جاز ان يزوجها بأذنها

ولنا ان من ملك التزويج اذا عين له الزوج ملك مع الاطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لان الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين » وروي عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبدالملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وان أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلما في عدة الاولى اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معا وان أسلم بعد انقضاء عدة الاولى بانت وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراؤها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لانها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماءه في رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لا يصح توكيله لان وكيله قائم مقامه فان وكله الولي في تزويج موليته لم يصح لانها ولاية ليس هو من أهلها ولانه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل ان يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لانهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لانفسهم وانما سلبوا الولاية لانه يعتبر لها الكمال ولا حاجة اليه في اللفظ وان وكله الزوج في قبول النكاح صح وكذلك ان وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير لانه يصح قبولهم لانفسهم فجاز ان ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وقال بعض أصحابنا لا يصح لانه أحد طرفي العقد أشبه الايجاب والاول أولى

﴿ مسئلة ﴾ (واذا استوى الاولياء في الدرجة كالاخوة والاعمام وبنيهم صح التزويج من كل واحد منهم لان سبب الولاية موجود في واحد منهم)

﴿ مسئلة ﴾ (والاولى تقديم أكبرهم وافضلهم)

لان النبي ﷺ لما تقدم محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « كبر كبر » اي قدم الا كبر فتكلم حويصة ولانه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحظ فان تشاحوا اقرع بينهم لانهم تساووا في الحق وتعذر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم الطول خائف العنت فأبيح له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان

(فصل) وان زنا بامرأة فليس له أن يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فان زنا باخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزني بها أنها تستبرىء بحيضة لانه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها

(فصل) واذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته أبيح له نكاح أختها واربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول

بينهم كالمرأس وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هذا

﴿مسألة﴾ (فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجهين اذا زوج كفؤا باذن المرأة)

لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لازالة المشاحنة وفيه وجه اخر انه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالابعد مع الاقرب

﴿مسألة﴾ (واذا زوج الوليان اثنين ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك ان المرأة إذا كان لها وليان فاذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر رضي الله عنه اذا أنكح الوليان فالاول أحق مالم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ماروي سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للاول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياسا لاحدهما على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا كذبا

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاً له لاضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد وقوله يجهز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم الحال ولانه نكاح باطل لو عري عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لا معنى له فان النكاح يصح بغير قبض مع أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد باطل لا يوجب شيئاً فان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحمد لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا ترد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعت اليه لان الصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ولا يحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عقده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احداهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان اتفقوا على تجديد عقد في احداهما أيتهما كان جاز ،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما اذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية نطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره . وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ماتتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

﴿مسئلة﴾ (فان جهل الاول منهما فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن احدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلمه بعينه ثم يشكل والحكم في جميعها واحد وهو ان يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منهما أو من غيرهما وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوي كالسفر باحدى نسائه والبداية بالمبيت عند احداهن وتعتبر الانصباء في القسمة وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فان أبيا فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه تعذر امضاء العقد الصحيح فوجب ازالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا ههنا ، وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فان سماها مع ذلك كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لان هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح اذا نوياها جميعاً وليس بصحيح لان النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن اداؤها اذا ثبت به العقد وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ماتتميز به عن النساء

(فصل) فان كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره ابو حفص ، وقال القاضي يصح في التي نوياها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه مالو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، واذا لم يصح فيما اذا لم يسمها ففيما اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم أختها

فانه يستغني بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً ويفسخ أحد النكاحين عن فسخها فان أبت ان تختار لم تجبر وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوقعت القرعة لاحدهما لم تجبر على نكاحه لانه لا يعلم فيتعين إذا فسخ النكاحين ولها ان تتزوج من شاءت منهما أومن غيرهما في الحال ان كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ان كان دخل بها احدهما

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما فان أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل اقرارها نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك فلم يقبل في ابطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق فان ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن اقرارها مقبول فان فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي ان يقبل اقرارها لانهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وان علم أن العقدين وقعا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لانهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وان لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كمسئلة الخرقي فيما اذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوياها ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فان كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان قوله بنتي آكد من التسمية لانها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه مالو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان مافيها ولو قال اذا ولدت امرأتي بنتاً زوجتكها لم يصح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لان عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالفها وقال أبو بكر لامهر لها لانهما مجبران على الصداق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسرته أوغيبته وان ماتت قبل الفسخ أو الطلاق فلاحدهما نصف ميراثها فيوقف الامر حتى يصطلحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث وان مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فان كانت قد أقرت أن احدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراث من أقرت له فان كان احدهما قد ادعى ذلك ايضاً دفع اليها ربع ميراثه وان لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع ايمانهم فان نكلوا قضى عليهم وان لم تكن المرأة أقرت بسبق احدهما احتمل ان يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل ان يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الاب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته وان مات الزوج فهي التي ترثه

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لاحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه وان ماتا ورثت المقر له دون صاحبه لذلك وان ماتت هي قبلها احتمل ان يرثها المقر له كما ترثه واحتمل ان لا يقبل اقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لاحدهما الا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته وليس لورثة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لايخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ماأوفيتم به من الشروط مااستحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لايتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة (أحدها)مايلزم الوفاء به وهو مايعود اليها نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لايخرجها من دارها أو بلدها أولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لايقتضيه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لاتسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ «ان أحق ماوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج »رواه سعيدوفي

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قدأصابها وكان هو المقر له أوكانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه ، وان كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر له بالمسمى . فان استويا أو اصطلحا فلاكلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهومقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

﴿مسئلة﴾ (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لانه ملك بحكم الملك لابحكم الاذن في قولهم جميعاً

فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أووكله المولي في الايجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسئلة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يجز ذلك إلا برضاها لانه يكافئها ويخرج فيه أيضاوجهان وان زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لانه لايجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز

فان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان اجماعا وروى الاثرم باسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا تطلقينا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا مادل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل، وقولهم ان هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالا وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحته قلنا لا نسلم ذلك فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد

اذا ثبت انه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط اذ تطلقينا فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع

(فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها وفي لفظ ان النبي ﷺ قال «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتنكح

«مسئلة» (وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزوجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين)

وجملة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة واسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لانه يملك الايجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولانه عقد وجد فيه الايجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين ، وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، فان قيل فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولي وشاهدان» قلنا هذا لا تعرف صحته ولو صح كان مخصوصا بما اذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتعدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يفتقر إلى ذكر الايجاب والقبول ، وهل يكتفي بمجرد

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لانه لاينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبه مالو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

(القسم الثاني) مايبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لامهر لها أو أن لاينفق عليها أو ان أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لايطأها أو يعزل عنها او يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لايكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه او تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لان هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، ولان النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لاأرضى إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لاارضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه ان شاءت

ونقل عنه الاثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الايام يجوز الشرط فان شاءت رجعت . وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

الايجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لان ما افتقر إلى الايجاب افتقر الى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفيه ان يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبدالرحمن بن عوف، ولان ايجابه يتضمن القبول فاشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا اذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول (والرواية الثانية) لايجوز ان يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها باذنها ذكرها الخرقي قال أحمد في رواية ابن منصور لا يزوج لنفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ماروى أبو داود باسناده عن عبدالملك بن عمير ان المغيرة بن شعبة أمر رجلا يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولانه عقد ملكه بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الايجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها الا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولا أن يوكل من يزوجه لان وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لانه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولان وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره

النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الاسلام ، وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة

وقال الثوري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأى إذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لايريان بنكاح النهاريات بأسا . وكان الحسن لايرى بأسا أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم

وقال القاضي انما كره أحمد هذا النكاح لانه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فان شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لانه شرط ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك ان شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا على أن لايقبضه . وان شرط عليها أن لايطأها لم يفسد لان الوطء حقه عليها وهي لاتملكه عليه ويحتمل أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به اذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة اوأن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

فصح أن يليه عليها له اذا كانت تحل له كالامام إذا أراد أن يتزوج موليته ولان هذه امرأة لها ولي حاضر غير عاضل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له » أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فان الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه باذن الموكل

(فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لان اطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لانه غيره فان زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وان زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فان قلنا لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر الى اذنها للوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجها الا باذنها وان وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج الى اذنها لانها قد أذنت له

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك ان قال جعلت عتق أمتي صداقها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابن الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما روايتين (احداهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال ابوثور فيما اذا شرط الخيار، وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أنه لاخلاف فيها، وقال ابن المنذر قال احمد واسحاق اذا تزوجها على أنه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروي ذلك عن الزهري، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام « المسلمون على شروطهم »

(والرواية الاخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازما وهذا يوجب جوازه، ولانه اذا قال ان رضيت أمها أو إن جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح ينفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراما أو فاسداً لم يفسد النكاح فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ويخالف البيع فانه اذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فاذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأثمان فثبت فيه الخيار كالبياعات (والثالث) يبطل الصداق لانها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم يوافقه على شيء

سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهري واسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فان أبت فعليها قيمتها قال الاوزاعي يلزمها أن تتزوجه وروى المروذي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولانها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فانه لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الاثرم باسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وباسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك. ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولان من جاز له تزويج امرأة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخلو بها)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلي نكاحها فليفعل » قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا ، ولان النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر الى المعقود عليه كالنظر الى الامة المستامة ولا بأس بالنظر اليها باذنها وغير اذنها لان النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أتخبأ لها ، وفي حديث عن المغيرة بن شعبة أنه استأذن أبويها في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد . ولا يجوز له الخلوة بها لانها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولانه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فان النبي ﷺ قال « لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان » ولا ينظر اليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلي الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر اليها ويتأمل محاسنها لان المقصود لا يحصل إلا بذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر الى وجهها وذلك لانه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة ، وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام « انظر اليها »

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام وقولهم لم يوجد ايجاب ولا قبول عديم الاثر فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي ازوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك كذلك ذكره الخرقي ونص أحمد في رواية صالح اذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزاً ، ويشترط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج الى أن يتزوجها برضاها بعقد وصداق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لا نكاح إلا بولي وشاهدين .

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل

ولنا قول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) وروي عن ابن عباس انه قال الوجه وبطن الكف ولان النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى الوجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له كما قال الله تعالى (وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم * وإذا رآك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالبا سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان .

[احداهما] لا يباح النظر اليه لانه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فان عبدالله روى أن النبي ﷺ قال « المرأة عورة » حديث حسن ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ما عداه على التحريم

[والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحمد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها وإلى ما يدعوه الى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قال أبو بكر لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والكفين ووجه جواز النظر ما يظهر غالبا أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر الى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن افراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولانه يظهر غالبا فأبيح النظر اليه كالوجه ولانها امرأة أبيح له النظر اليها بأمر الشارع فأبيح النظر منها الى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فعاوده فقال نرسل بها اليك تنظر اليها فرضيها فكشف عن ساقيها فقالت ارسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك

(فصل) ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالبا كالرقبة والرأس والكفين

الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحاكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها

ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لانها حالة الاتلاف فان لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو يكون ديناً تنظر به الى حالة القدرة ؟ على روايتين، وان قلنا ان النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لانه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك أن قلنا ان النكاح انعقد به فارتدت قبله أو فعلت ماينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

❊مسئلة❊(وان قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها)

لانه سلف في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف حرة الفا على أن يتزوجها ولانه أسقط حقه من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ اليه أحمد

والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبدالله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يبدين زينتهن) إلا لكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا والى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي لان ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط أخته وإلى عنقها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أمي لقلت أيتها العجوز غطي شعرك. والصحيح أنه يباح النظر الى ما يظهر غالبا لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بنت سهيل يارسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل فيهم ماعلمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها الى ما يظهر غالبا فانها قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق الا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر فكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما اذا قال لعبده اعتقتك على أن تعطيني ألفاً وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك. وتعتبر القيمة حال العتق ويطالبها في الحال ان كانت قادرة عليها وان كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وان اتفق السيد والامة على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن ان تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالدراهم ولانه يصلح عوضاً في البيع فانه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلان يكون عوضاً في النكاح أولى فان النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على مايستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول اقبلي علي ، ولان التحرز من هذا لايمكن فأبيح كالوجه وما لايظهر غالبا لايباح لان الحاجة لاتدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ « ايذني له فانه عمك تربت يمينك » وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر أم امرأته وبنتها لانهما غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروذي انه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي يزني بها لايحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب محرم فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لايسافر بها

اذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقاً كما لو دفع اليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لانها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس تزويج من أعتقها لوجه الله تعالي قال الاثرم قلت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها قال نعم ذاك اذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء

ولنا ما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فانه انما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً

(فصل) واذا قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه ان يزوجه إبنته لانه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في احد القولين لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ليس هو محرما لها ، والظاهر انه اراد ليس محرما لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفيها لقول الله تعالى (أو ماملكت ايمانهن) وروت ام سلمة أن رسول الله ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال كان أزواج النبي ﷺ لايحتجبن من مكاتب مابقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه، وعن أنس ان النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد قدوهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ماتلقى قال « انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبوداود، وكره أبوعبد الله له أن ينظر الى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولانه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوي المحارم، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الاقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولانه محرم عليها فكان محرما كالاقارب

ولنا ما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولانها لاتحرم عليه على التأبيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرما كزوج أختها ولانه غير مأمون عليها

ولنا انه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عنى وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك على الف فطلقها أوالق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لافائدة له في العتق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا ينعقد الا بشاهدين عدلين بالغين عاقلين وان كانا ضريرين)

المشهور عن أحمد ان الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا أعلنوه قال ابن المنذر لايثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في نقلة ذلك ضعيفاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملك لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالاجنبي لما ذكرناه ، والصحيح ماقلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فمادام طفلا غير مميز لايجب الاستتار منه في شيء ، وان عقل ففيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ـ الى قوله ـ ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ـ الى قوله ـ واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، قال أبوعبدالله: ابوطيبة حجم نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى) قوله او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ، وقيل لابي عبدالله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام؟ قال اذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال قلت يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر ؟ فقال لي « احفظ عورتك الا من زوجتك أو ماملكت يمينك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ولان الفرج يحل له الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه كبقية البدن ، ويكره النظر الى الفرج فان عائشة رضي الله عنها قالت مارأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه ، وفي لفظ قالت مارأيته من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس قال الناس ماندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها ام ولد فلما أراد ان يركب حجبها فعلموا انه تزوجها متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع ، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لانكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال باسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لابد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ذلك لما روى أبوعبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

مي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق لا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك

(فصل) ويباح للسيد النظر الي جميع بدن أمته حتى فرجها لماذ كرنا في الزوجين وسواء في ذلك سريته وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها الى مابين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « اذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر الى مادون السرة وفوق الركبة فانه عورة » رواه ابوداود ومفهومه إباحة النظر إلى ماعداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فانها قد صارت مباحة للزوج، ولا تحل امرأة لرجلين فان وطئها لزمه الاثم والتعزير وان ولدت فقال احمد لا يلحقه الولد لانها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالاجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الاجانب. يباح للطبيب النظر الي ماتدعو اليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ لما حكم سعد في بني قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم وعن عثمان انه أتى بغلام قد سرق فقال انظروا الى مؤتزره فلم يجدوه انبت الشعر فلم يقطعه وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها، قال احمد لايشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وان عامل امرأة في بيع او اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني العدالة) ففي انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احداها) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانه تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط العدالة ظاهراً وهو ان لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسداً لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت العدالة الباطنة شرطاً لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها، وان حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط انما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل منهما وثبت النكاح بشهادتهما (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانهما ليسا من أهل الشهادة ولا لهما قول يعتبر (الرابع البلوغ)فلا ينعقد بشهادة صبيين لانهما ليسا من أهل الشهادة أشبها الطفل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فانه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحمد لا يأكل مع مطلقته هو أجنبي لايحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال « ياأسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جرير بن عبدالله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لاتتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وليست لك الآخرة » رواهما أبو داود وفي اباحة النظر الى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الاطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انهما من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض والاول أصح لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » ولانه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقبلت من الضرير كالشهادة بالاستفاضة، ويعتبر ان يتيقن الصوت على وجه لايشك فيها كما يعلم ذلك من رآهما وينعقد بشهادة عبدين وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر المذهب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فان كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل ان هذا رواية اخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث اسماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه

(فصل) والعجوز التي لا يشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالبا لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم * وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) الآية قال فنسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهى

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالبا كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال يا لكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص باسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرما لم يمنع من ستره بل أمر به ، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صفية قال الناس لا ندري أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وان لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطألها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضا بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوما ، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والامة لقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوي فيها الحرة والامة فان الحرية حكم لا يؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وان لم يفترقا فيما ذكروه افترقا في الحرمة وفي مشقة الستر لكن ان كانت الامة جميلة يخاف

الرأي وروي عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن بالرجال كالبيع

ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالحدود ولهذا فارق البيع

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه ينعقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويتخرج ان ينعقد اذا كانت المرأة ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينعقد بحضور اصمين ولا أخرسين)

لان الاصمين لا يسمعان والاخرسين يتعذر الاداء منهما، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم

﴿ مسئلة ﴾ (وهل ينعقد بحضور عدوين او ابني الزوجين او احدهما ؟ على وجهين)

احدهما ينعقد اختاره أبو عبدالله بن بطة لعموم قوله « وشاهدي عدل » ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول (والثاني) لا ينعقد لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل

الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الغلام الذي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامة إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة القت في قلب صاحبها البلابل.

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وان كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المديني أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبدالله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله ﷺ «مع كل جرس شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للنكاح كابنة تسع فان عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه السلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فاعرض فقلت يارسول الله انها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا » وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته و بين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث اسماء « اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه و كفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على اباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لايرجى برؤه والخصي والشيخ

شهادته لوالده وعنه ان الشهادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفؤاً لها في احدى الروايتين فلو رضيت المرأة والاولياء بغيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه انها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد فى الرجل يشرب الشراب ماهو بكفء لها يفرق بينهما وقال لوكان المتزوج حائكا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لأمنعن تزويج ذوات الاحساب الامن الاكفاء رواه الخلال باسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لانتقدم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها

وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكحوهن إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الاولياء » إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله ، ولو رضيت المرأة والاولياء بغير كفء لم يصح النكاح لفوات شرطه وهذا اختيار الخرقي وإذا قلنا باشتراطها فانما يعتبر

والخنث الذي لاشهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى (أو التابعين غير أولي الاربة) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو الذي لا تستحي منه النساء ، وعنه هو المخنث الذي لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقتادة الذي لا ارب له في النساء فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لان عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ مخنث فكانوا يعدونه من غير أولي الاربة من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع ، واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبوه رواه ابوداود وغيره ، قال ابن عبدالبر ليس المخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وانما التخنيث بشدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنغمة والعقل فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لا يفطن لامور النساء وهو من غير أولى الاربة الذين ابيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه

(فصل) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي حدها روايتان (احداهما) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الامرد وذي اللحية إلا ان الامرد إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعمد النظر اليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي ﷺ وراء ظهره رواه أبو حفص . قال المروذي سمعت أبا بكر الاعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح فان كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للاولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وروي أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يابني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً.

فحدثه فلما قمنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال اذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمشي معك في طريق ، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعا فلا عورة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوساً عنـد النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فوقع مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيبته . رواه ابو حفص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد

وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب انما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما ، فأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها

﴿ مسئلة ﴾ (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ)

لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطا فرضيت المرأة والاولياء جميعهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن احمد أن العقد يقع باطلا من أصله لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رفعت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباها زوجها بغير كفء خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وانما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان (احداهما) لها النظر الى ماليس بعورة (والاخرى) لايجوز لها النظر من الرجل الا إلى مثل ماينظر اليه منها اختاره ابو بكر وهذا أحدقولي الشافعي لما روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » فقلت يارسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعمياوان أنتما لاتبصرانه ؟ » رواه ابو داود وغيره ، ولان الله تعالى أمرالنساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولان النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فانها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس «اعتدي في بيت ابن ام مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك» متفق عليه، وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يسترني بردائه وانا أنظر الى الحبشة يلعبون في المسجد متفق عليه، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة، ولانهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن اليهم، فأما حديث نبهان فقال أحمد نبهان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث «اذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه» وكأنه أشار إلى ضعف حديثه اذ لم يرو الا هذين الحديثين

لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضا غيره كالمرأة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وههنا بخلافه ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (فلو زوج الاب بغير كفء برضاها فللاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فرضاها لايعتبر كالأجنبي ولنا انه ولي في حال يلحقه العار بعدم الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين

﴿مسئلة﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فعنه أنها شرطان الدين والمنصب لاغير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار،وذكر القاضي في المجرد ان فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة انما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير لانه

المخالفين للاصول ، وقال ابن عبدالبر نبهان مجهول لايعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال احمد وابو داود قال الأثرم قلت لابي عبد الله كان حديث نبهان لازواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم : وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوج امة وشرط عليه ان تكون عندهم بالنهار ويبعث بها اليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط فصحيح لانه لايخل بمقصود النكاح فان الاستمتاع انما يكون ليلا ، واذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لانها سلمت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لايتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال واذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لانها في خدمته حينئذ ولانها باقية على الاصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لانها لاتجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحرة اذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لاغير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر انها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الاربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا ان يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفؤاً لان الغالب على الجند الفسق ولا يعد ذلك نقصاً ، والدليل على عتبار الدين قول الله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقا لايستوون) ولان الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز ان يكون كفؤاً لعفيفة ولامساويا لها لكن يكون كفؤاً لمثله. فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات. والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الحسب رواه أبو بكر عبدالعزيز باسناده ولان العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعاراً فاذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولان في فقد ذلك نقصاً وعاراً فوجب أن تعتبر في الكفاءة

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر مايستوفيه كالاجرة في الاجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ماوجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهاراً وعليه ارسالها ليلا للاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام و لاستمتاع فاذا عقد على احداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها الا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بارسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدوانا أو بشرط أونحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض اوحيض اونحوهما فاذا لم يكن من السيد ههنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال ما أدري فيحتمل المنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قياسا على ما لو منعه منه مع الاقامة ولانه مالك لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدين، فعلى هذا لاتزوج العفيفة بفاجر لما ذكرنا ولاعربية بعجمي فلا يكون المولى ولاالعجمي كفؤاً لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان لجرير معشر العرب لا نتقدم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم

﴿مسئلة﴾ (والعرب بعضهم لبعض اكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض اكفاء وعنه لا تزوج قرشية لغير قرشي ولاهاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قريش لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم » ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواننا من بني هاشم لا تنكر فضلهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لايكافيء العجم العرب ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض اكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض اكفاء والعجم بعضهم لبعض اكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالسيد وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها . ويحتمل ان له السفر بها لانه مالك رقبتها كسيد العبد اذا زوجه ، وان شرط الزوج أن تسلم إليه الامة ليلا ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها وليس للسيد السفر بها لانه لا حق له في بضعها

(فصل) ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكراً أم ثيبا ؟ » قال قلت بل ثيبا قال « فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك؟» متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ انه قال « عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها وأنقى أرحاما» رواه الامام أحمد في رواية « وأنتق أرحاما وأرضى باليسير » ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديدا ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة» رواه سعيد ، وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يابني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فان في أرحامهن البركة » ويختار الجميلة لانها أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وتزوج مصعب بن الزبير اختها سكينة وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت بان بحائك ولا موسرة بمعسرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤا لحرة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لو راجعتيه » قالت يارسول الله أتأمرني ؟ قال « انما أنا شفيع » قالت : فلاحاجة لي فيه رواه البخاري ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع اليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ انه قال « انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها »

وعن أبي هريرة قال قيل يارسول الله أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا امر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر اليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لان النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبتها بلاء ، ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فانه ربما أشبه أهلها ونزع اليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا اليهم »

ويختار الاجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال اغتربوا لا تضووا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات العم أصبر . ولانه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه الى الطلاق فاذا كان في قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

فأما اليسار ففيه روايتان (احداهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على الموسرة ضرراً في اعسار زوجها لاخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده ولهذا ملكت الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ولان ذلك معدود نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتاني الطلاق ان رأتاني قل مالي قد جئتماني بنكر
ويكأن من له نسب يحبب ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً » وليس هو لازما فأشبه العافية من المرض ، واليسار المعتبر ما يقدر به على الانفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداء مهرها

وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان (احداهما) انها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات كأصحاب

﴿ باب مايحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك ﴾

التحريم للنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع، ويتنوع أيضا نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع، فأما الكتاب فقول الله تعالى «حرمت عليكم أمهاتكم» والآية التي قبلها والتي بعدها، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ انه قال «لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها» متفق عليه. وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ «ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» أخرجه مسلم، وأجمعت الامة على تحريم مانص الله تعالى على تحريمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب: الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت، والمحرمات بالاسباب: الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجملة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب واثنتان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من

الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في حديث «العرب بعضهم لبعض أكفاء الاحائكا أو حجاما.»

قيل لاحمد وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال العمل عليه. يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف. وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازما فأشبه الضعف والمرض. قال بعضهم:

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة إذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فانه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يختص بها ولوليها منعها من نكاح المجنون والابرص والمجذوم وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة.

(فصل) ومن أسلم او أعتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الاسلام والحرية وقال أبو حنيفة ليس بكفء، ولا يصح ذلك لان الصحابة أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء للتابعين.

ذلك جدتاك أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر ابو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يابني ماء السماء . وفي الدعاء اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء . والبنات وهن كل أنثى انتسبت اليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يابني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخواتكم) ولاتفريع عليهن. والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث واخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريبا كان الجد أو بعيداً وارثا أو غير وارث لقوله تعالى (وعماتكم) والخالات أخوات الام من الجهات الثلاث واخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضا محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعير به هي وأولياؤها ويتعدى ذلك الى ولدها وليس هو كفؤاً للعربية بغير اشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والموالي اكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة يتزوجها الخراساني وقول النبي صلى الله عليه وسلم «مولى القوم منهم» هو في الصدقة فأما في النكاح فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عربيتين ولان موالي بني هاشم ساووهم في حرمان الصدقة فساووهم في الكفاءة ، وهذا لا يصح فانه يوجب أن يكون الموالي أكفاء للعرب فان المولى إذا كان كفؤا لسيده كان كفؤاً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بانهما من كلب فهما عربيان وإنما طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الاصل كذلك .

(فصل) فأما أهل البدع فان أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك اذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فاذا

ماذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لها منه لبن أرضعتك احداهما وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه احمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لاتحرم إلا بالدخول بابنتها كما لاتحرم ابنتها إلا بالدخول.

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس أبهموا ماأبهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن دخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له ان يتزوج أمها » رواه ابو حفص باسناده ، وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لانه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا مايوجب التحريم مطلقا سواء وجد الدخول

كان لايدعو فلا بأس وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلايصح تزويجه

(فصل) وانما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فان النبي ﷺ لا مكافىء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء ، وقال « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الام.

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الابد وهن أربعة أقسام :

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت) فأما الامهات فهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وان علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وان علون وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يابني ماء السماء

او الموت أولا ولانها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب

(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات اذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا انه روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها اذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لأم حبيبة «لا تعرضن علي بناتكن ولا اخواتكن» ولان التربية لا تاثير لها في التحريم كسائر المحرمات، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وان لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بانت من نكاحه الا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان [احداهما] تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة (والثانية) لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء، قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء المأثور اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء . والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك كابنة الصلب . وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يابني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكم) ولا تفريع عليهن . والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريباً كان الجد او بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعماتكم) والخالات أخوات الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان علون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ)وبنات الاخت كذلك أيضا محرمات لقوله تعالى (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالنسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بنكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه ابنته من الزنا لدخولها في عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائه فحرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم المنفية باللعان لانها منفية ولاحتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لان الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبدالله ابن عمرو قد ذكرناه، ولانها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره . إذا ثبت هذا فان الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله فان خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (الثالثة) حلائل الابناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لانها محل إزار زوجها وهي محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج ابنائه وابناء بناته من نسب أو رضاع قريبا كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل ابنائكم) ولا نعلم في هذا خلافا (الرابعة) زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريبا كان أو بعيداً وارثا كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية فقلت أين تريد ؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به مايحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) فالامهات اللاتي ارضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ماذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الاخوات فهي كل امرأة ارضعتك أمها أوارضعتها أمك أوارضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الاخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثلها من الرضاع كالعمة والخالة والبنت وبنت الاخ وبنت الاخت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية لمسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة» ولان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافا

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول بها

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده ان اضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لابيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافا علمناه والحمد لله ، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الضرب الثاني) تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فان تزوجهما في عقد واحد فسد لانه لا مزية لاحداهما على الاخرى وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فان تزوج إحداهما بعد الاخرى فنكاح الاولى صحيح لانه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لان به يحصل الجمع وليس في هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الامهات والبنات والاخوات والعمات

ابن عباس ابهموا ما ابهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص باسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لانه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل ازار زوجها وهي محللة له فتحرم على الرجل امرأة ابيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ الى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده ان أضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لابيه وجده لامه قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا وتحرم من وطئها أبوه بملك يمين او شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ماتحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في درة بنت أبي سلمة « انها لو لم تكن ربيبتي في حجري ماحلت لي ، انها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثويبة » متفق عليه، لان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولبن الفحل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلا بلبن ثاب[1] من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، واخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته ، وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته ، قال احمد لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لايزوج هذا من هذا . وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والاخرى غلاما فقال لا، اللقاح واحد قال الترمذي هذا تفسير لبن الفحل وممن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الثالثة) حلائل الابناء فتحرم على الرجل زوجة ابنه وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافا، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابنه وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلايحرمن الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ماذكرنا في البنات فاذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ «لا تعرضن على بناتكن ولا أخواتكن» ولان التربية لاتأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وانما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه، وان لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانت من نكاحه

﴿ مسئلة ﴾ (فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن على روايتين)

(احداهما) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة

والشافعي واسحاق وابن عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر واليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبدالرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وابو قلابة ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين لان الرضاع من المرأة لامن الرجل ويروى عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسي فيقول اقبلي علي فحدثيني أراه والداً وما ولد فهم إخوتي ثم ان عبدالله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة للكلبية فقلت لرسوله وهل تحل له وانما هي ابنة أخيه فقال عبدالله انما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك باخوة فارسلي فسلي عن هذا فارسلت فسألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها ان الرضاعة من قبل الرجل لاتحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى هلك عنها

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لاآذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم وهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك و الثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولانها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته اياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره، اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها

﴿مسألة﴾ (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام)

فاذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالا ولو وطيء أم امرأته او ابنتها حرمت عليه امرأته نص احمد على هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق واصحاب الراي وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أرضعتني امرأته قال «ائذني له فانه عمك تربت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول «حرموا من الرضاع مايحرم من النسب» متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا يعول على ماخالفه فأما حديث زينب فان صح فهو حجة لنا فان الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتعتقده أباها والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع اقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لايعرفون

﴿ مسئلة ﴾ قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافا وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى» ولان العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وإفضاؤه الى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا ، فان احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبدالعزيز فكان مما أنكرا عليه رجم

الحلال » ولانه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا قال الشاعر * اذا زنيت فاجد نكاحا * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه (انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا) وهذا التغليظ انما يكون في الوطء وروي عن النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله عز وجل الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امراة وابنتها فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه ، ولان ماتعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام وحديثهم لا تعرف صحته وانما هو من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق كذلك قال احمد وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة اضرب : مباح وهو الوطء من نكاح صحيح او ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويصير محرما لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح اشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد او شراء فاسد او وطء امراة ظنها امرأته أو امته أو وطء الامة التي فيها شرك واشباه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح اجماعا قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا وطيء امراة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجمع بين المراة وعمتها وبينها وبين خالتها وقالا ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا خمس صلوات في اليوم والليلة وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه فقال فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله قال فمن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك الى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى ابنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمراة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك روايتان (احداهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص باسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ « أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة» ولانه مفض الى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على ابيه وابنه واجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي واحمد واسحاق وابي ثور واصحاب الرأي لانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر اليها بذلك والوطء ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلأن لا يستبيح النظر الى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لانها اذا لم تثبت بوطء الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطاوعة اذا كانت حرة

(فصل) ويستوي في ذلك الوطء في القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعلى وجهين)

أحدهما ان وطء الميتة ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة ، وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والاخرى) لايكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لانه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الاقارب .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجد وان علا فيما قلت بمنزلة الاب وابن الابن فيه وان سفل بمنزلة الابن)

وجملة ذلك أن المرأة اذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقول الله تعالى (وحلائل ابنائكم) وهذه من حلائل ابنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله الا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجد كالاب في هذا وابن الابن كالابن فيه لانهم يدخلون في اسم الآباء والابناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الاب والام ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لانه وطء لآدمية حية في القبل اشبه وطء الكبير (والثاني) لاينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية اشبه وطء الميتة

﴿ مسئلة ﴾ (وان باشر امرأة أو نظر الى فرجها أوخلابها لشهوة فعلى روايتين)

اذا باشر فيما دون الفرج لغير شهوة لم ينشر الحرمة بغير خلاف نعلمه وان كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينشر الحرمة ايضا قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر الى ام امرأته من شهوة أو قبلها اوباشرها فقال انا أقول لايحرم شيء من ذلك الا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم واسحاق بن منصور وان كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لايحرم الربيبة الا الجماع وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله . وأما تحريم امها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه فانها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولايظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (احداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فيتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لايثبت بها التحريم لانها ملامسة ولاتوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولان ثبوت التحريم اما ان يكون بنص أوقياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والابناء فانهن محللات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالامهات تحرم بناتهن لانهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لانهن بنات ويحرم بنات الاخوات وبناتهن لانهن بنات الاخت وكذلك بنات بنات الاخ الا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالاجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأحلهن الله لنبيه عليه السلام ، ولانهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وكذلك لايحرم بنات زوجات الآباء والابناء لانهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والابناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن وانما ذكرها لانها محللة فيشتبه حكمها ، فان قيل : لم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الابن ؟ قلنا لان ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة . ولان علة تحريم الربيبة

هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف اللمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا اقرب للصواب ان شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر الي فرج امرأة لشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضا روايتان (إحداها) ينشر الحرمة في موضع ينشرها اللمس روي عن عمر وابن عمر وعامر بن زمعة وكان بدريا وعبدالله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايحل لابيه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ انه قال «من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها وبنتها — وفي رواية — لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها» والثانية لايتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قال الدار قطني: وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل انه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض اصحابنا لافرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لايقاس عليه لما بينهما من الفرق ولاخلاف نعلمه في ان النظر الى الوجه لايثبت الحرمة فكذلك غيره ولاخلاف أيضا

انه يشق التحرز من النظر اليها والخلوة بها بكونهافي حجره في بيته، وهذا المعنى يوجد في بنتهاوان سفلت والحليلة حرمت بنكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمهاوابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالا، ولو وطيء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لايحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لايحرم الحرام الحلال » ولانه وطء لاتصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

ولنا قوله تعالى (ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا ، قال الشاعر * إذا زنيت فأجد نكاحا * فحمل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا) وهذا التغليظ انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لايثبت الحرمة فكذلك غيره ولاخلاف أيضاً ان النظر اذا وقع من غير شهوة لاينشر الحرمة لان اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فمازاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن احمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت امها قال القاضي هذا عندي محمول علي السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسهاله وقبلتها اياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الخلوة بالمرأة لاتنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له ان يتزوج امها وابنتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه علي احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا ينشر تحريما لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسئلة ﴾ (ومن يلوط بغلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن منبه قال « ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولان ماتعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام ، وحديثهم لا نعرف صحته وانما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال الامام أحمد . وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الامة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الامصار على أن الرجل اذا وطيء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأحمد واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلان لا يستبيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه او أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كالمباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هـذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لـكم ماوراء ذلـكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولاهو في معنى المنصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الابناء ومن نكحهن الآباء وامهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن ولان الوطء في المرأة يكون سبباً للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وتثبت احكاماً لا يثبتها اللواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فههنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبـه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولا يجرى التوارث بينهما ولا تعتق عليـه اذا ملـكها ولا يلزمه نفقتهـا فلم تحرم عليه كسائر الاجانب

(الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولاإباحة النظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طاوعته فيه.

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم أيضافيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه وأمه فحرمتا عليه كما لوكانت الموطوءة أنثى. وقال ابو الخطاب يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لاينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانهن غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لايثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلائل الابناء ومن نكحهن الاباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن لان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لايثبتها اللواط فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فههنا أولى، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله

ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لاتختلف بالحل والحرمة ومما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن امية انظروه «يعني ولدها- فان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء» يعني الزاني ولأنها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطء الشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتخلف بعض الاحكام لاينفي كونها بنتا كما لو تخلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لايعلم هل هو منه أومن غيره؟ فانه يحرم على جميعهم لوجهين احدهما انها بنت موطوءتهم الثاني انا نعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقها القافة بأحدهم حلت لاولادالباقين

(القسم الرابع) الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحداً قال بخلاف ذلك الا قولا شاذا فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم المؤبد وعن أحمد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشا له إذا لم يكن وجد منه مايثبتها لانه رجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه وتفرد بها

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته و بنت ابنه و بنت بنته و بنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لانها أجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم) وهذه بنته فانها أنثى مخلوقة من مائه هـذه حقيقة لاتختلف بالحل والحرمة ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروه يعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء » يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتخلف بعض الاحكام لا ينفي كونها بنتا كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين . اذا ثبت هـذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانها تحرم على جميعهم لوجهين

(أحدهما) انها بنت موطوءتهم (والثاني) أننا نعلم انها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لانها أخت بعضهم غير معـلوم فان ألحقتها القافة بأحدهم حلت لاولاد الباقين ولم تحل لاحد ممن وطيء أمها لانها في معنى ربيبته

والعمل على الرواية الاولى وهذا يذكر في باب اللعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحرمات إلى أمد وهن نوعان)

(أحدهما) المحرمات لاجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ماقبل الدخول أو بعده لعموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين)

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولان العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وافضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبدالعزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل احمد بن القاسم وإسحاق بن منصور، وان كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها. قال ابن عباس لا يحرم الربيبة إلا الجماع أمها وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشر لها وابنه فانها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر، وأما الامة فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة فيه

بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها، وقالا ليس هذا في كتاب الله تعالى، فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا: خمس صلوات في اليوم والليلة. وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك. وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه. فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله. قال فمن أين صرتما؟ فقالا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده قال فكذلك هذا ولا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازا كعمات آبائها وخالاتهم، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لاجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة من الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى بنتها أقرب من الاختين فاذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احداها) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطا والحسن وسعيد بن عبد العزيز، وروى أبو حفص باسناده عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولانه مفض الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبدالله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطيء (والثانية) لايثبت به التحريم لأنها ملامسة لاتوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم اما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف اللمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب ان شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان (احداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللمس ، روي عن عمرو بن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبدالله ابن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لايحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لاينظر الله إلى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لايتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والاخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لانهما ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الاقارب .

﴿ مسئلة ﴾ (فان جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

اذا جمع بين الاختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منها لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولامزية لاحدهما على الاخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج احداهما في عدة الاخرى سواء كانت بائناً أو رجعية فنكاح الثانية باطل . أما اذا تزوجهما في عقدين وعلم الاولى فنكاحه صحيح لانه لاجمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به وبالعقد على الاولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى وتنقضي عدتها .

﴿ فصل ﴾ (فان لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما معاً)

قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولا؟ يفرق بينه وبينهما لان إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحللة له فقد اشتبها عليه ونكاح احداهما صحيح ولا تتيقن بينونتها منه

لكم ما وراء ذلكم) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء، وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فان غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة لان المس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا كان لغير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في المس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها. قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغيرها ولا يخلو من ثلاثة أقسام:

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله ان يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الاخرى

(الثاني) اذا دخل باحداهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لانا لا نأمن ان تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل جواز العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به فلا يصان ذلك عن مائه فان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تقضي عدتها ثم تزوج أختها

(القسم الثالث) اذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الاخرى وتنقضي عدتها من حين فارقها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها، وان ولدت احداهما أو هما جميعاً فالنسب لاخوته لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلاحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه فان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري

في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلاتنشر تحريما لانعلم في ذلك خلافا وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين لانه اذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وان تزوجهما في عقدين فالاولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معا لم يصح العقد في واحدة منها لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحداهما على الآخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وان تزوجها في عقدين فنكاح الاولى صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبالعقد على الاولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الاولى منه ويزول نكاحها وعدتها

(فصل) فان تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معا قال أحمد في رجل تزوج اختين لا يدري أيتهما تزوج أولا: نفرق بينه وبينهما وذلك لان احداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ونكاح احداهما يصح ولا تتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعا

أن يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للاخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما فلاحداهما المسمى وللاخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة فلذلك لايجوز له وطء امرأته حتى تنقضي عدة أختها التي اصابها

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد للاستمتاع ولغيره وكذلك صح شراء من لاتحل له كالمجوسية وأخته من الرضاع ولايحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش أو جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لا يحل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق احداهما ثم يجدد عقد الاخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على احداهما في الحال بعد فراق الاخرى (الثاني) إذا دخل باحداهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لاننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به ولا يصان ذلك عن مائه وان أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الاخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الاخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلاحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبرا على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فان وقعت

﴿مسئلة﴾ (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم خلافاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يحل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا تحل له

﴿مسئلة﴾ (وله وطء إحداهما لان الاخرى لم تصر فراشاً)

وهذا قول اكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لاحمد .

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفراش فلم يجز كما لو كان في ملكه احداهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الاختين من إمائه في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وممن قال بتحريمه عبدالله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لافعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالمحرمة قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) وبالمحللة قوله تعالى (الا على أزواجهم او ماملكت أيمانهم) وروى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهى عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء تخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية

لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للاخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما معا فلاحداهما المسمى وللاخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لايجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تزوج اخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية)

وجملة ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احداهما رضيعة المتزوج فيقول له زوجتكهما معا فيقبل ذلك فالمنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وقيل فيه روايتان (احداهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لانها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذا منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وطيء احداهما فليس له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن فيه ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه مالو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبه مالو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنعه وطأها فلا بأس من عوده اليها فيكون ذريعة الى الجمع بينهما وان حرم احداهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا تحل له الاخرى وهو مقتضى كلام شيخنا في الكتاب المشروح وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج ولنا أنه نشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) وإذا أخرجها من ملكه لم تحل له اختها حتى يستبريء المخرجة وتعلم براءتها من الحمل

(والثانية) يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لانها محل قابل للنكاح أضيف اليها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الاخرى وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟على وجهين يأتي ذكرهما ان شاء الله

(فصل)ولو تزوج يهودية ومجوسية ومحلة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الاخرى وجهان ، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الامة وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لان الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالاختين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترى أختين فأصاب احداهما لم يصب الاخرى حتى تحرم الاولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فان عادت الى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الاولى)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ستة :

(الفصل الاول) أنه يجوز الجمع بين الاختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها

فان كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً في رحم اختين فهو بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها

﴿مسئلة﴾ (فان عادت الى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى)

متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا احل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشاً فأشبه مالو وطيء أمة ثم اشترى أختها

ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت اليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فأما اذا وطيء أمة ثم اشترى اختها فان المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش اختها ولو اخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء اختها فهي حلال واختها محرمة عليه لان اختها فراشه وقد روي عن أحمد ان الجمع بين الاختين في الوطء بملك اليمين لا يحرم بل ينهى عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب ان ذلك حرام والله اعلم

(فصل) فان وطيء امتيه الاثنتين معا فوطء الثانية محرم ولاحد فيه لانها ملكه ولان في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لايجوز الجمع بين الاختين من امائه في الوطء نص عليه احمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبدالله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي ، وروي عن ابن عباس أنه قال أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لافعله ، ويروى ذلك عن علي أيضاً يريد بالمحرمة قوله (وأن تجمعوا بين الاختين) وبالمحللة قوله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لاأقول حرام ولكن ننهى عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لايحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعا بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة

حلها اختلافا وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لايحرم الحلال الا أن القاضي قال لايطؤها حتى يستبرىء الثانية

ولنا ان الثانية قدصارت فراشاً له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لايحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لووطىء الاولى في حيض أونفاس أواحرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد وكذلك لو وطىء بشبهة في هذه الحال ولو وطىء امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الربيبة والصحيح أنها لاتحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أوماملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما تثبت بقوله (وان تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا في معناهما.

(مسئلة) (وان وطىء أمته ثم تزوج اختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل أحمد عن هذا فقال لايجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به المرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احداهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لايقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعي وذكره ابو الخطاب مذهبا لاحمد. ولنا أنه ليس بجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه احداهما فقط

(الفصل الرابع) انه اذا وطيء احداهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي ، فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لالتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتهن في وطئها ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه مالو زوجها

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه مالو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لايمنعه وطأها فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احداهما على نفسه لم تبح الاخرى لان هذا لايحرمها انما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها إلا انه لعارض متى شاء ازاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والاحرام والصيام، وإن كاتب احداهما فظاهر كلام الخرقي انه لاتحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لايقدر على رفعه فأشبه التزويج

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له اختها كالمرهونة

فلم يجز ان ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحة أختها فلم يجز كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لانه سبب يستباح به الوطء فجاز ان يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لان النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ووجه الاولى ماذكرناه ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فانه لاينحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لاتحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما طرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ولان هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فان عادت الى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لان الاولى عادت الى الفراش فاجتمعا فيه فلم يستبح واحدة منهما قبل اخراج الاخرى عن الفراش .

(فصل) فان زوج الامة الموطوءة أواخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة الى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الامة وعنه أنه ينبغي أن يحرم احداهما لان أمته التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمتيه اللتين وطيء إحداهما

(الفصل الخامس) انه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً ماءه في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

(فصل) فان وطىء أمتيه الاختين معا فوطء الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأه في ملكه ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لايحرم الحلال الا أن القاضي قال : لايطؤها حتى يستبرىء الثانية

ولنا أن الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لايحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطىء الاولى في حيض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لايحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشا فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها

بعد تزويج الاخرى ثم يطلق الزوج أختها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فاشبه مالو وطىء أمته ثم اشترى اختها فان وطىء امتيه حرمتا عليه حتى يستبرىء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعا ماءه في رحم أختين ويحتمل ان تحرما عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتين وحكم عمة المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسئلة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعله عبدالله بن جعفر وعبدالله ابن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم) ماوراء ذلكم ولانهما لا قرابة بينهما فاشبها الاجنبيتين ولان الجمع حرم خوفا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكروه

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أوكان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت اليه التي كانت فراشاً فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها، فان المشتراة لم تكن فراشاً له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها ، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربيبة ، والصحيح أنه لايحرم لان الحل ثابت بقوله (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما

(فصل) وان وطيء أمته ثم أراد نكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لايجمع بين الاختين الامتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لايصح وهي إحدى الروايات عن ملك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به المرأة فراشاً فلم يجز أن ترد على فراش الاخت كالوطء ولانه فعل في الاخت ماينافي اباحة أختها المفترشة فلم يجز كالوطء ، ويحتمل أن يصح النكاح ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة . قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لانه سبب يستباح به الوطء فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يبيح كالشراء ، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أخا لاختها لم يرد الشرع بانه سبب للتحريم فيبقى على الاباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار عماً لولديهما وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فمتى تزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أبيك أخبرتك فقال الرجل : يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني. فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

(فصل) اذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطيء لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لان النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ، ووجه الاول ماذكرنا ولان وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة نكاحها كالزوجية ويفارق الشراء فانه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وان سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ولان هذا بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها لكونه لم يستبرىء الموطوءة

(فصل) فان زوج الامة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فان عادت الامة إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامة وعنه أنه ينبغي أن تحرم احداهما لان امته التي كانت فراشا قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمتيه التي وطيء إحداهما بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطيء أمته ثم اشتري أختها فان وطيء أمته حرمت عليه حتى يستبريء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً لمائه في رحم أختين ، ويحتمل أن يحرما عليه جميعاً حتى تحرم احداهما كالامتين

(مسئلة) قال رحمه الله (وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها)

يعني في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الاختين على ماذكرنا

في افساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطيء أيضاً لان امرأته صارت اما للموطوءة أو بنتا لها ولها نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان اشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

(مسئلة) (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبدان أن يتزوج أكثر من اثنتين فان طلق احداهن لم يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على ان الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا نعلم احداً منهم خالف في ذلك الا شيئا يحكى عن القاسم بن ابراهيم أنه اباح تسعاً لقول الله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) والواو للجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الاجماع وترك للسنة فان النبي ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشرة نسوة « أمسك اربعاً وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية اسلمت وتحتي خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي في مسنده واذا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزاً لا بأس به فعله عبد الله بن جعفر وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لان احداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الاجنبيتين، ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء، وحكي عن طاوس كراهيته اذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فانه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم، وكونه أخاً لاختها لم يرد الشرع بأنه سبب التحريم فبقي على الاباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولد ولديهما وخالا

(فصل) وان تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فمتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب وولد

منع من استدامة زيادة على اربع فالابتداء اولى والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (اولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد ان لكل ملك تسعة اجنحة ولو اراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في اباحة الاربع له فمذهب أحمد أنه لا يباح له الا اثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولان هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كالمأكول

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا وقد روى ليث ابن أبي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد باسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف ثنتين وطلاقه ثنتين فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله تعالى أوما

الاب عم ولد الابن . ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان اخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك اخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطىء لانه لم يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به ، ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينفسخ نكاح الواطىء أيضا لان امرأته صارت أما لموطوءته أو بنتا لها ، ولها نصف المسمى، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فان أشكل الاول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك

ملكت أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه امته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر اربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فاذا طلق زوجته طلاقا رجعياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً وان كان الطلاق بائناً أو فسخا فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلي ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم وروي ذلك عن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن وقال (وأن تجمعوا بين الاختين) معطوفا عليه والبائن ليست في نكاحه ولانها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه ما اجمعت الصحابة على شيء كاجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح المرأة في عدة اختها وروي عن النبي ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم اختين» وروي عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبد الملك اربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل ان تحل فعاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلائل للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وممن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الاوائل انه حرم ذلك ، وروى الخلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمته الامامية تمسكا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات) الى قوله (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن) واجماع الصحابة فأما قوله سبحانه(ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الاخرى لانهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخا فان لفظ المشركين باطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء يبقى ؟ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية او انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع او رضاع او فسخ بعيب او اعسار او غيره لم يكره له ان يتزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تتعجل الفرقة أو لم نقل فان اسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلما اختار منهما واحدة كما لو تزوجها معا وان اسلم بعد انقضاء عدت الاولى بانت وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتق ام ولده او امة كان يصيبها فليس له ان يتزوج اختها حتى ينقضي استبراؤها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لانها ليست بزوجة ولا في عدة من نكاح

ولنا انها معتدة منه فلم يجز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح او وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماءه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده اولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم للطول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا ان

القرآن يفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين باطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولان مااحتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمرة قال قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي ولانه ربما مال اليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم في اصل دينهم من الافرنج والارمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرا فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجها آخر

ينكح المحصنات المؤمنات) الآية ولا يسلم انه لا يجوز في طلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان

(فصل) وان زنى بامرأة فليس له ان يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال احمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين فانه لا يمنع اربعاً سواها

(فصل) إذا ادعى رجل ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ابيح له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها وتعين النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره. وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذبا

ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاله لاضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في احدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان اعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا)ولان تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوابهم سنة اهل الكتاب »ولانه يروى ان حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) فرخص من ذلك في اهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت ان للمجوس كتابا وسئل أحمد أيصح عن علي أن للمجوس كتابا ؟ فقال هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام« سنوا بهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حقن دمائهم واقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فاننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بثمنه وكذلك لو أقر ان امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونتها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها اذا كذبته

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لعارض يزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولان تزويجها يفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح او محرم اومن غير وطء لانه لايؤمن ان تكون حاملا فلو أبحنا تزويجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطيء الاول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحل لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها)

اذازنت المرأة لايحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين (احدهما) انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضع وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الاخرى يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه وطء لايلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروي عن سعيد بن المسيب ان رجلا تزوج امرأة فلما اصابها وجدها حبلى فرفع ذلك الى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن الا بترجيح على انه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان يغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لها ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه في إقرارها عليه ففي حلها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا ، وبهذا قال الشافعي في ما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب الى قبيلته ، وان كانت الام غير كتابية فله فيه قولان ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم

وجلدها مائة رواه سعيد ورأي النبي ﷺ امرأة على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم بها قالوا نعم قال « لقد هممت ان العنه لعنة تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ ام كيف يورثه وهو لا يحل له ؟» اخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل واذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل ان تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالموطوءة بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لانه وطء لا تصير به فراشا اشبه وطء الصغير

ولنا ما ذكرناه واذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها اولى ولان وطء الحامل لا يفضي الى اشتباه النسب وغيرها يحتمل ان يكون ولدها من الاول ويحتمل ان يكون من الثاني فيفضي الى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط الثاني) ان تتوب من الزنا وبه قال قتادة واسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي ان عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص ان يجمع بينهما فأبى الرجل وروي ان رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تابت زال

يجز للمسلم نكاحها كما لو كان أبوها وثنيا ولانها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولانها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لانها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلان تحرم اذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوج كتابية فانتقلت الى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب اجبرت على الاسلام فان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكتابي اذا انتقل الى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لانعلم في هذا خلافا فانه اذا انتقل الى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصلي منهم لايقر على دينه فالمنتقل اليه أولى، وان انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضا لانه انتقل إلى أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم اذا ارتد فاما ان انتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر أو النصراني يتهود ففيه روايتان (إحداهما) لايقر أيضا لانه انتقل الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر عليه نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لانه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبه

ذلك لقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لاذنب له - وقوله - التوبة تمحو الحوبة » وروي ان مرثد الغنوي دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى الزاني لاينكح الا زانية او مشركة والزانية لاينكحها الازان أو مشرك فدعاه رسول الله ﷺ فتلى عليه الآية وقال لاتنكحها ولانها لو كانت مقيمة على الزنا لايأمن ان تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر انه استتابهما وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولاتعرض له بمحل النزاع اذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة اشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى عن أحمد انها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولاشبهة نكاح فأشبه استبراء ام الولد اذا عتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر انه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يريدها على ذلك فان طاوعته فلم تتب وان ابت فقد تابت فصار احمد الى قول ابن عمر اتباعا له

قال شيخنا والصحيح الاول فانه لاينبغي لمسلم ان يدعو امرأة الى الزنا ويطلبه منها فان طلبه منها انما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف في مراردتها على الزنا؟ ثم لايأمن ان أجابته الى ذلك ان يعود الى المعصية فلا يحل التعريض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المنتقل والشافعي قولان كالروايتين فاما المجوسي إذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعا

(الفصل الثاني) أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الاسلام نص عليه احمد واختاره الخلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الاسلام او الدين الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالمرتد إذا رجع إلى الاسلام ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الاسلام او الرجوع إلى دينه الاول ، او دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه الروايتان (احداهما) لا يقبل منه إلا الاسلام ، والآخرى لا يقبل منه إلا الاسلام او الدين الذي كان عليه

(الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه روايتان (احداهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان او امرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض العهد فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين

(فصل) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة انها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالا زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر فيحتمل انهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فاما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانها محللة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحققه الزنا عليها فدل على ان الزنا يبينها

ولنا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولانها

(أحدهما) يستتاب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد (والثاني) لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي ، فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى مايقر عليه عصم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحمد قال اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل اليه فقيل له أنقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانيا أو يهوديا فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لاتؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها فقيل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين أهل الكتاب لايحل نكاح نسائهم فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمته الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

معصية لاتخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزنى بدليل انها اذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن احمد استحب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمسك مثل هذه لانه لا يؤمن ان تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ،قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره» يعني اتيان الحبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ،والاولى انه يكفي ان يستبرىء بحيضة واحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعتاقه فكفى ههنا ولان المقصود مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بغت، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخص في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن اباحه أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لان فيه ارقاق ولده وابقاءه مع كافرة بخلاف التسري

(الفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لايباح وطء الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم مرة الهمذاني والزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لايعد خلافا ولم يبلغنا اباحة ذلك الا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى ابو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال اذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواهما ابو داود وهو حديث صحيح وهم عبدة أوثان وهذا ظاهر في اباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ

(مسئلة) (وتحرم مطلقته ثلاثاً حتى تنكح زوجا غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجعة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتحرم المحرمة حتى تحل) .

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال احرامه فان عقد أحد نكاحا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لانه حرم عليه لكونه من دواعي الوطء ولايحصل ذلك بكونه وليا والاول أولى لعموم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسئلة) (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولا نعلم خلافاً في ذلك

(مسئلة) (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة بحال الا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين اهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نساء اهل الكتاب للمسلم وممن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن احد من الاوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال باسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلي واذينة العبدي تزوجوا نساء

كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن. وقد دفع ابو بكر إلى سلمة بن الاكوع امرأة من بعض السبي نفلها اياه، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في اباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجيبت عن حديث أبي سعيد باجوبة منها انه يحتمل أنهن أسلمن كذلك. روي عن احمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لابي عبد الله هوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر اباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لان الله تعالى قال (من فتياتكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد، وقال ابو ميسرة وابو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لانها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة.

من اهل الكتاب وبه قال سائر اهل العلم ولم ينقل تحريمه الا عن الامامية تمسكا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات* ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن) وإجماع الصحابة. فأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائده وكذلك ينبغي ان يكون ذلك في الآية الاخرى لانهما متقدمتان والآية التي في المائده متأخرة عنها، وقال آخرون ليس هذا نسخاً فان لفظة المشركين باطلاقها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من اهل الكتاب) وقال (لتجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (مايود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على ان لفظة المشركين باطلاقها لا تتناول اهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولان ما احتجوا به عام في كل كافر وما بينا خاص في حل نساء اهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. اذا ثبت هذا فالاولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الا حذيفة فقال له عمر طلقها قال أتشهد انها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال تشهد انها حرام قال هي حرة قال قد علمت انها حرة ولكنها لى حلال فلما كان بعد طلقها. فقيل له

ونقل ذلك عن أحمد قال لا بأس بتزويجها الا أن الخلال رد هذه الرواية وقال انما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه انها لاتحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد ، وتفارق المسلمة لانه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولان ماحرم على الحر تزويجه لاجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة الا أن لا يجد طولا لحرة مسلمة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافا فيه، والاصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [والثاني] إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر ، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي واسحاق

الا طلقتها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركبت امراً لا ينبغي لي ، ولانه ربما مال اليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فان أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الارمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد انهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد قال بلغني انهم يسبتون فهؤلاء اذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوهم وان خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف ابراهيم وشيث وزبور داود فليسوا باهل كتاب لاتحل مناكحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجها آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولان تلك الكتب كانت مواعظ وامثالا ليس فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول

وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبوحنيفة الا أن يكون تحته حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبه عادم الطول

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ـ الى قوله ـ ذلك لمن خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحته حرة ، وقياسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً والعلة ههنا هو الغنى عن إرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة تعفه ، وان كانت الحرة في حبالة غيره فله نكاح أمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا انه غير مستطيع الطول الى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئا ، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سنوابهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولاتنكحوا المشركات) وقوله (ولاتمسكوا بعصم الكوافر) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أيصح أن للمجوس كتابا فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم اهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سنوابهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم وإنما أراد النبي ﷺ في حقن دمائهم واقرارهم بالجزية لاغير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبووائل يقول تزوج بيهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يجز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما اقرارهم بالجزية فلاننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان نغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم .

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته به في الحال وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها لان لها مطالبته بعوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه او يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان أحد أبويها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر غير كتابي لم يحل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الخرقي سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعي فيما اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب الى قبيلته وان كانت الام فله فيه قولان

ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب أشبه مالو كان أبوها وثنيا ولانها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولانها كتابية فأشبهت من أبواها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها غير كتابي لانها اذا حرمت بكون أحد أبويها وثنيا فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبواها وثنيين اعتباراً بحال نفسها دون أبويها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضا روايتان (احداهما) تحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم نساء بني تغلب لانا لا نعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر

عن ثمن المثل فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فمن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطيع ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلها ولا نسلم ما ذكروه في التيمم ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فايجاب شراء الماء بزيادة على ثمن المثل يفضي الى الاجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه

(فصل) وإن كان في يده مال فذكر انه معسر وان المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فان كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه الا أن يكون مهر المثل أكثر فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لاقراره به فان كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر انه يفسد النكاح وهو قول المزني

والحيوان فلا خلاف بين اهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لها ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه باقرارها عليه ففي حلها أولى

﴿مسئلة﴾ (وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كتابية وعنه يجوز)

ظاهر مذهب احمد ان ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وابو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لانها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن احمد قال لا بأس بتزويجها الا ان الخلال رد هذه الرواية وقال انما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لانه لا يؤدي الى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فاذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ،ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا

لانه انما أبيح للحاجة فاذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتداء للاكل وهذا لايبتدي النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته

(فصل) وإن تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان (إحداهما) لايبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ماتقدم في المسئلة ، وقال النخعي إن كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ماكان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي انه قال : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة فانه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولان ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

﴿مسئلة﴾ (ولا يحل لحر نكاح امة مسلمة الا ان يخاف العنت ولا يجد طولا لنكاح حرة ولا ثمن أمة)

الكلام فى هذه المسئلة في فصلين

(احدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافا لقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية والصبر عنها مع ذلك خير وافضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي واسحاق ، وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحته حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله أن ينكح من الاماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه فعنه انه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا اذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) قال أحمد لا يعجبني أن يتزوج الا أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ماروي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لان من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولانه عادم الطول خائف العنت فجاز له نكاح أمة كالاولى، وقولهم لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه الاله ، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الاخرى عن احمد ، وان تزوج حرة فلم تعفه فذكر فيها ابو الخطاب روايتين مثل نكاح الامة في حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا ، وان كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم نكاح الامة ، وان نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى فان نكحها فنكاحها باطل لانه يبطل في احداها وليست احداهما باولى من الاخرى فبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) وللعبد أن ينكح الامة وان فقد فيه الشرطان لانه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه ،

فلم يجز مع الاستطاعة لفوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق، ولان في تزويج الامة ارقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحته حرة ، وقياسهم لا يصح لان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا، والعلة ههنا هو الغنى عن ارقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد الا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع للطول الى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئا ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا لعدم قدرته عليه في الحال وان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) فان قدر على شراء أمة تعفه فهو كما لو وجد طول الحرة لا يحل له نكاح الامة لانه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبه القادر على طول الحرة وكذلك ان قدر على تزويج كتابية تعفه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكروا وجها آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

وان تزوج حرة وقلنا ليست الحرية شرطا في نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان (احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لانها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر كالحر مع الحرة ولانه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحرة (والثانية) لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ، ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وان عقد النكاح عليهما جميعا صح فيهما لان كل واحدة يجوز افرادها بالعقد فجاز بالجمع بينهما كالامتين

(فصل) واذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها الا بشرطين [أحدهما] انقضاء عدتها فان حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وابو يوسف وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ، وفي الاخرى قال يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لانه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروي عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة رواه سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة مجحا[1] على باب فسطاط فقال « لعله يريد

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له لانه قدر على صيانة ولده من الرق فلم يجز له ارقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكن أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين المسلمة والكتابية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الامة ، فان لم يجد من يزوجه الا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء الا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطيع ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له ارقاق ولده كما لو كان بمهر مثلها، وما ذكروه ممنوع ثم ان هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فايجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي الى اجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه

(فصل) فان كان في يده مال فذكر أنه معسر وان المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين

[1] بجيم ثم حاء مهملة هي الحامل قريبة الولادة

أن يلم بها » قالوا نعم قال « لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لايحل له أم كيف يورثه وهو لايحل له » أخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فيكون نكاحها باطلا فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعي لاعدة عليها لانه وطء لاتصير به المرأة فراشا فأشبه وطء الصغير

ولنا ماذكرناه لانه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لان وطء الحامل لا يفضي الى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الاول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي الى اشتباه الانساب فكان بالتحريم أولى ، ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولانسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تتوب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ،وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل . وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك ـ الى قوله ـ وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فاذا تابت زال ذلك لقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لاذنب

الله سبحانه وتعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت، ومتى تزوج الامة ثم ذكر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه وهكذا ان أقر أنه لم يكن يخشى العنت فان كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وان كذبه فله نصف المهر لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه وان كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ،فان كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقراره به وان كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدق، فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فان تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الامة؟ على روايتين)

أما إذا أيسر فظاهر المذهب أنه لا ينفسخ نكاح الامة وهو الذي ذكره الخرقي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الامة وهو قول المزني لانه أبيح للحاجة فان زالت الحاجة لم يجز استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الامة فلم يعتبر استدامته كخوف العنت ، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتدأ الاكل وهذا لا يبتديء النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وامن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته

(فصل) فان تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان

له » وقوله « التوبة تمحو الحوبة » وروي أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عناقا ؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك) فدعاه رسول الله ﷺ فتلا عليه الآية وقال «لا تنكحها» ولانها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن ان تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فاما حديث عمر فالظاهر انه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع ، إذا ثبت هذا فان عدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن ابي موسى انها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد اذا عتقت . وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها ؟ قال يريدها على ذلك فان طاوعته فلم تتب وان أبت فقد تابت فصار أحمد الى قول ابن عمر اتباعا له ، والصحيح الاول فانه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولان طلبه ذلك منها انما يكون في خلوة لا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن ان اجابته الى ذلك أن تعود الى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا ولان التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا .

(احداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) ينفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة ولانه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج حرة وأمة فلم تعفه ولم يجد طولا لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه فعنه أنه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يعجبني ان يتزوج الا امة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الاماء الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فصل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الاطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محالة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) وان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بانه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لا نفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة فاما اللعان فانه يقتضي الفسخ بدون الزنا بدليل أنها اذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع

العنت، ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولانه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح امة كالاولى، وقولهم لايخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت وكذلك الرواية الاخرى عن أحمد، فان كان تحته حرة لم تعفه ففيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الامة ذكرهما أبو الخطاب اذا لم تعفه الامة لما ذكرنا، فان كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم نكاح الامة الاخرى، فان نكح امتين في عقد وهو يستعف بواحدة فنكاحهما باطل لانه يبطل في احداهما وليست باولى من الاخرى فيبطل كما لو جمع بين اختين

❁ مسئلة ❁ (قال الخرقي وله ان يتزوج من الاماء اربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا

❁ مسئلة ❁ (وللعبد نكاح الامة وان فقد فيه الشرطان) لانه مساولها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة وله نكاح امتين معا وواحدة بعد واحدة لان خشية العنت غير مشروطة فيه

❁ مسئلة ❁ (وهل له ان ينكحها على حرة على روايتين؟)

(احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة ولانه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لايجوز وهو قول أصحاب الرأي لانه يروى عن سعيد بن المسيب انه قال تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له ان يتزوج امة كالحر

ولكن احمد استحب الرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمسك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد هذا ، قال أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر يسقي ماءه زرع غيره » يعني اتيان الحبالى ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه والاولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو باعتاق سيدها فيكفي ههنا والمقصود ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكتفى بها

(فصل) واذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بغت وروي مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبدالبر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخص في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز افرادها في العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حرية الزوج شرطاً في نكاح الحرة، ويتخرج ان لا يجوز بناء علي قوله لا يجوز نكاح الامة على حرة ولانه لا يجوز نكاح الامة على الحرة فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للعبد نكاح سيدته)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان نكاح المرأة عبدها باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها اياه يقتضي وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتنافيان ولما روى الاثرم باسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأله عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم ان يرجمها وقال لا يحل لك

(مسئلة) (وليس للحر أن يتزوج امته)

لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة واباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولا يجوز ان يتزوج امة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لانها مملوكته

(مسئلة) (ولا يجوز للحر ان يتزوج امة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه اياها

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلغيره خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخطبة بالضم هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولان في ذلك افسادا على الخاطب الاول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تركن اليه فهذه يجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « اما معاوية فصعلوك لا مال له وأما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فانه لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لابيك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فاهي مضافة بجملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لايجوز للعبد نكاح امة سيده أو سيدته مع ماذكرنا من الخلاف

(فصل) ويجوز للعبد نكاح امة ابنه لان الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لايلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللابن نكاح امة أبيه لانه لاملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الاجنبي وكذلك سائر القرابات ويجوز للرجل ان يزوج ابنته لمملوكه، واذا مات الاب فورث احد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لانعلم فيه خلافاً الا ان الحسن قال اذا اشترى امرأته للعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وان اشترى الحر زوجته أو جزءاً منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك ان ملكت المرأة زوجها أو جزءاً منه ولا نعلم في ذلك اختلافاً لما ذكرناه، وان اشتراها ابنه ففيه وجهين (احدهما) ينفسخ النكاح لان ملك الابن كملكه في اسقاط الحد وحرمة الاستيلاء فكان كملكه فى ابطال النكاح (والثاني) لا ينفسخ لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالاجنبي

(فصل) واذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فمتى اعتقته ثم

يمنع المرأة النكاح الا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لا تفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة ابي جهم ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى باسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلي عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر ان جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر فقالت أجاد أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقالت نقد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ماتقول المرأة في الاول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة مايدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحا كقولها ماأنت الارضى وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الاول لايحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام احمد فانه قال اذا ركن بعضهم الى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى . وقال القاضي ظاهر كلام احمد اباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها الى احدهما واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضى أولا ؟

تزوجها لم تحتسب بتطليقة وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر واسحاق وقال الحسن والزهري وقتادة والاوزاعي تحتسب هي بتطليقة ولا يصح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وانما فسخ النكاح بوجود ماينافيه فأشبه انفساخه باسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروي عن قتادة انه لم يزده ملكه فيها الا قربا وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لايملكه ولا نكاح فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ومن جمع بين محللة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل؟ على روايتين)

واذا عقد النكاح على اخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احداهما رضيعة للمتزوج فيقول له زوجتكهما فيقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الاجنبية فيما ذكره الخرقي ونص فيمن تزوج حرة وامة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامة وذكر شيخنا فيه روايتين احداهما يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختاره ابو بكر لانه عقد واحد جمع حلالا وحراما فلم يصح كما لو جمع بين اختين والثانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لانها محل قابل

ولنا عموم قوله عليه السلام « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها مادل على الرضى به وسكونها اليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة فلاحجة لهم فيه فان فيه مايدل على أنها لم تركن الى واحد منهما من وجهين

(أحدهما) ان النبي ﷺ قد كان قال لها « لاتسبقيني بنفسك - وفي لفظ - لاتفوتيني بنفسك - وفي رواية - اذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتفتات بالاجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ

و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما الى غيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الامرين ولا ميل الى أحدهما على أنها انما ذكرت ذلك للنبي ﷺ لترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما ، ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ماذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف مانحن فيه .

(فصل) والتعويل في الرد والاجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة لانها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الامر أمرها ، وإن إجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وإن سخطت فلا حكم لاجابته لان الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم اجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وان كرهته ولم تجز سواه

للنكاح وأضيف اليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كالو انفردت به وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر ان لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محللة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الاخرى وجهان وان نكح أربع حرائر وأمة فسد في الامة وفي الحرائر وجهان وان نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وان تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لان الجمع بينهما محرم فلا يصح فيهما كالاختين

﴿مسئلة﴾ (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين الا إماء أهل الكتاب)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) ان أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم الا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

ولنا قول الله تعالى (الاعلى أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لانه فيه ارقاق ولده وابقاؤه مع كافرة بخلاف

فينبغي أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستئمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لان لها الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته مالم يقع العقد ، وإن لم ترجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ انه نهى ان يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال احمد لايحل لاحد أن يخطب في هذه الحال ، وقال ابو حفص العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب لاتحريم

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهي عن الاضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه احمد فقال لايفرق بينهما وهومذهب الشافعي، وروي عن مالك وداود انه لايصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لايباح وطء الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لايعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك الاعن طاوس لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وقوله (والذينهم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت ايمانهم)الآية وروى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بعثا قبل أو طاس فأصابوا لهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحرجون من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا ذات حايل حتى تحيض حيضة » رواهما أبو داود وهذا صحيح وهم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الاكوع امرأة من بعض السبي نفله إياها وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرهما من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لانه عقد عمري يدوم الضرر فيه وكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعة ثم بدا له الا يبيعها

(فصل) فان كان الخاطب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه احمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استام على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لأنهم ليسوا باخوة المسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضا لان هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمته كحرمته ، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه . وللاخوة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول اني في مثلك لراغب ، وان قضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على

مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قلت لأبي عبد الله اليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره نص عليه في رواية الميموني وذكره ابو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم لما ذكرنا وقال الخرقي إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وان قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لانه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيراً ونساء) وليس ثم خلق ثالث فاذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختار الخرقي أنه يرجع الى قوله فان ذكر انه رجل وانه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وان ذكر أنه امرأة يميل الى طبعه الي

زوجها كالفسخ برضاع او لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا «اذا حللت فآذنيني - وفي لفظ - لا تسبقيني بنفسك - وفي لفظ لا تفوتينا بنفسك» وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لان الله تعالى لما خص التعريض بالاباحة دل على تحريم التصريح ولان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يحل لاحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه

(القسم الثالث) بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن بفسخ لغيبة أو اعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانها مباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه أيضاً قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولانها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثا (والثاني) لا يجوز لان الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يحل ويحرم لان الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته اذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بميل طبعه الى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكر الى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه الى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة ورجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في التزويج بغير الجنس الذي زوجه اولا لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء.

﴿مسئلة﴾ (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة انفسخ نكاحه) لاقراره ببطلانه ولزمه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لانه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال واقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

﴿مسئلة﴾ (وان تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه) لانه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد: التعريض أن يقول انك علي لكريمة واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيراً أو رزقا، وقال الزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك، وان قال لاتسبقينا بنفسك أو لاتفوتينا بنفسك أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز، قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال رجل لاتسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك، وتجيبه المرأة ان قضي شيء كان ومانرغب عنك وما أشبهه والتصريح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك او اذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل ان هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سراً) فان النكاح يسمى سراً قال الشاعر

فلن تطلبوا سرها للغنى ... ولن تسلموها لازهادها

وقال الشافعي السر الجماع، وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم انني ... كبرت وأن لايحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك ان قال رب جماع يرضيك، فنهي عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف

(فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

فاذا أزال نكاحه فلا مهر له لانه يقر أنه لا يستحقه وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا.

باب الشروط في النكاح

وهي قسمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة اليه وتمليكه من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كعدمه (الثاني) شرط ماتنتفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن في المبيع

﴿مسئلة﴾ (فان شرط أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لازم فان وفى به وإلا فلها الفسخ)

يروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط» وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وبقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيدته . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم باسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال لا يحل لك . ولان أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فان كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم باقامته وينفق عليه فيتنافيان

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمته لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكته

(فصل) ولا يجوز للحر ان يتزوج أمة ابنه لان له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لانها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقه لها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فما هي مضافة اليه بجملتها شرعا اولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لان الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالاجنبي منه

(فصل) وللابن نكاح أمة أبيه لانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الاجنبي وكذلك

ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراما أوحرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « إن أحق ما وفيتم به الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد ـ وفي لفظ ـ « ان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » متفق عليه وقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا وروى الأثرم بإسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل اذا يطلقننا فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولانه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل وقولهم ان هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالا وانما يثبت للمرأة خيار الفسخ ان لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القرابات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطا في الصحة ، ومتى مات الاب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءا منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافا الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما. ولا يصح لانهما متنافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقا على عتقها . وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أوسيدته حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بحاله لأنها لا تملكه انما لها عليه دين وليس بصحيح فان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحاق وقال الحسن والزهري وقتادة والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لانه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وانما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين روي عن قتادة انه قال لم يزده ملكه فيها الا قربا وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضي عليه بلزوم الشرط حين قال إذا يطلقننا. مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولانه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في البيع

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لانه شرط لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغيره ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صحفتها ولتنكح فان لها ما قدر لها » رواهما البخاري والنهي يقتضي فساد المنهي عنه لأنها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ بيعه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

﴿مسئلة﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما)

قيل انما سمي هذا النكاح شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الاصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لان الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم] وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ولانه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فان وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لانها محرمة عليه على التأبيد

ولنا أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » والحد يدرأ بالشبهات ولان الاب لايقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي فاذا سقط بشبهة الملك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الاولى ولانه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته، فاذا ثبت هذا فانها تحرم على الابن على التأبيد وان كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد ، واذا لم تعلق من الاب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها لانه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبه مالو قبلها

ولنا انه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه مالو أرضعها امرأته فانها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وان علقت منه فالولد حر يلحق به النسب لانه من وطء لا يجب به الحد لاجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للاب. وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصير أم ولد لانها غير مملوكة له فأشبه مالو وطيء جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي واسحاق وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لايوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الاثرم باسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولاجنب ولاشغار في الاسلام» ولانه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على ان أبيعك ثوبي قولهم ان فساده من قبل التسمية قلنا بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولانه شرط تمليك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للاخرى فكأنه ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقا لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منها مهراً في الاخرى

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يبنى على أصل وهو أن للاب أن يتملك من مال ولده ما شاء وانه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة متلف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر ان شاء الله تعالى

(فصل) وان وطيء الابن جارية أبيه عالما بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الاجنبية وكذلك سائر الاقارب

(فصل) وان وطيء الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأتت بولد أري القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها وان ألحقته بهما لحق بهما وان أولدها احدهما بعد الآخر فهي ام ولد للاول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له ام ولد لانفراده بايلادها فلا تنقل بعد ذلك الى غيره لان ام الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكها

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه فان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الاب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء ، قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم تصر أم ولد للاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علقت بمملوك وان كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم تتعلق به حاجته فيتملكه

ولنا ماروى ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح باي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فان سميا مع ذلك مهراً فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل او أكثر فالمنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر وكانه قد سمي صداقاً فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الخرقي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبوداود عن الأعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا فكتب معاوية الى مروان فامره ان يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح إحداهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يقرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا الينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما مالم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا ولكن ينظر في الحال فاذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها اقر ، وإن كانت ممن لايجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها اقر لانها يجوز ابتداء نكاحها

نـكاح المفوضة فدل على ان المفسد هو الشرط وقد وجد ولانه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على ان تبيعني ثوبك بعشرين وهذا لااختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الاخرى فالنكاح فاسد لانه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقاً ففيه وجهان (أحدهما) تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لان كل واحد منهما لم يرض بالمسمى الا بشرط ان يزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فاذا احتجنا الى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لانه ذكر قدراً معلوما يصح ان يكون مهراً فصح كما لوقال زوجتك على الف على ان لي منها مائة

(فصل) فان سمى لاحدهما مهراً دون الاخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في إحداهما ففسد في الاخرى والاولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لان نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الاخرى ويكون في التي سمي لها صداقا روايتان لان فيه تسمية وشرطا فاشبه ما لوسمى لكل واحدة منهما مهرا ذكره القاضي هكذا

(فصل) فان قال زوجتك جاريتي هذه على ان تزوجني ابنتك ويكون عتقها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته واذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لان الجارية تصلح أن تكون صداقاً وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (واذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسمى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ماسمي لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لواحدة منهن فان كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فان كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلاف الدينان)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه اذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على الآخر فان أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

النكاح ويجب مهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول عامة اهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها الى ان تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا احلها للاول طلقها وحكي عن ابي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار » قالوا بلى يارسول الله قال « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » رواه الاثرم باسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما ولانه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء فاشبه نكاح المتعة .

﴿ مسئلة ﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولنا أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كما لو أبى الآخر الاسلام ، ولانه ان كان هو المسلم فليس له امساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح مشرك

ولنا على أنها فرقة فسخ انها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر مثلها ان كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيراً لان الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء لها لان الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها ابو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله باباثه الاسلام وامتناعه منه وهي فعلت مافرض الله عليها فكان لها نصف مافرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لاشيء لها من الصداق ووجها ماذكرناه ووجه الاول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة

إذا تواطآ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط ؟ فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر ان رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتك أمسكتها وان كرهتها فارقتها قال وان كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً وقال لايزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبوحنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولهما لانه خلا عن شرط يفسده فأشبه مالو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لواشترى عبداً بشرط ان يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه قد روي عن عمر مايدل على اجازته فروى أبوحفص باسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها لم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين اذا أسلما معاًفهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر انه اجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى ابو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يارسول الله انها كانت أسلمت معي فردها عليه ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولانه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول الا في الشاذ النادر فيبطل الاجماع .

(الفصل الرابع) انه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) يقف على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن مجاهد وعبدالله بن عمر ومحمد بن الحسن ، والرواية

الرقعتين شيئا ويحك لي ؟ قالت نعم ان شئت فاخبروه بذلك قال نعم فتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأتي فأتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك ؟ قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك ؟ قال ليس بموضع بأس قالت ان أميرالمؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل له لا والله لاأطلقها فانه لايكرهك فالبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك ؟ قال لاوالله لاأطلقها قال عمر لوطلقتها لأوجعت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوا من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فيكون اجماعا ولانه قصد به التحليل فلم يصح كمالو شرطه أماحديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له اسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فاين هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتي بمحلل ولامحلل له الا رجمتهما ؟ ولانه ليس فيه ان ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة

الثانية تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ونصره ابن المنذر، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة اذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام فان أسلمت والا وقعت الفرقة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولان ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب قال كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبدالبر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فثبتا على نكاحهما ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولان أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي

صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين فان قصدت المرأة أو وليها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وابراهيم اذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح قال أحمد كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أتريدين ان ترجعي الى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء انما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولان العقد انما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الاجانب فان قيل فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قيل انما لعنه اذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وان اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعضه لينفسخ النكاح بملكها لم يصح قال أحمد في رواية حنبل اذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبدا وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعا وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبيه المحلل وعلل أحمد فساده بشيئين (أحدهما) أنه شبه المحلل لانه انما زوجها إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح المحلل فاسد تثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فانه قن ولا يحصل به الاحصان

ﷺ مكة نثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج ابوسفيان بن الحارث وعبدالله ابن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نسائهما ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامهما دفعة واحدة ، ويفارق ماقبل الدخول فانه لاعدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة ، وههنا لها عدة . فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق

(الفصل الخامس) أنه اذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم انها ترد الى زوجها ، وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه ابو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل ، وقيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين

ولنا قول الله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبدالبر لايخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بماجاء بعدها أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت اليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح

ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة قيل فقد سماه النبي ﷺ محللا وسمى الزوج محللا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له قلنا سماه محللا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له لم يكونا ملعونين (الثالث) نكاح المتعة وهو أن يتزوجها الى مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء الموسم وقدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال تجتنبها أحب الي قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وبن مسعود وابن الزبير قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر واليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها وروي أن عمر قال

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب

(فصل) واذا وقعت الفرقة باسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحا فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وان كان محرما وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لاننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وان لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لان الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فان كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لانه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها باسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وان كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لانه لا سبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فان قيل اذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها اذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فان قيل الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا الا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً ويمكنه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فانه يسقط مهرها جميعه لانه ما أمكنه تلافيه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مسئلتان (احداهما) أن يقول الزوج أسلمنا معا فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدنا قبل

متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ انا أنهى عنهما واعاقب عليهما : متعة النساء ، ومتعة الحج ولانه عقد على منفعة فجاز مؤقتا كالاجارة

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى في حجة الوداع ، وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال « يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاهلية متفق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الامام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة ، فحمل الامر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الاسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طاريء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(المسألة الثانية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صداق لك وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق فالقول قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجباً لها وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسئلتان (إحداهما) أن يقولا أسلمنا معاً أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولانه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة، وأما قول ابن عباس فقد حكي عنه الرجوع فروى أبو بكر باسناده عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس لقد أكثر الناس في المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أقول وقد طال الثواء بنا معاً ... ياصاح هل لك في فتيا ابن عباس

هل لك في رخصة الاطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال انما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يدري أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام رواه الترمذي فاما اذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه واما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها اذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ اباحه وبقي على اباحته

(فصل) فان تزوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسألة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وان قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيهما وقالت بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو مايفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه مالو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخل دار الاسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضا للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ماقبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح

﴿مسألة﴾ (وكذلك ان شرط أن يطلقها في وقت بعينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشرط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها .

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ولانه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح المتعة ويفارق ماقاسوا عليه فانه لم يشرط قطع النكاح

﴿مسألة﴾ (وان علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله)

لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولانه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط ان رضيت أمها رواية ان النكاح صحيح لانه يصح في الجهل بالعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالعتق ويبطل الشرط والاول أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) ان شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة او يقسم لها اكثر من امرأته الاخرى او اقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك ان شرط أنه إن اصدقها رجع عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعا منهن وفارق ماسواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر اذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له امساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك امساك أكثر من أربع فاذا أحب ذلك اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد أو في عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر . نص عليه احمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن ، وان كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح مازاد على أربع باطل لان العقد اذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ماروى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يطأها او يعزل عنها او لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل او شرط على المرأة ان تنفق عليه او تعطيه شيئاً فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لانها تنافي مقتضاه وتتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لان هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرما ولان النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق وقد نص احمد فيمن تزوج امرأة وشرط عليها ان يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى الا ليلة وليلة فقال: لها ان تنزل الا بطيب نفس منها فان ذلك جائز وان قالت لا أرضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه ان شاءت، ونقل عنه الاثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشرط عليها ان يأتيها في الايام يجوز الشرط وان شاءت رجعت، وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولها ان ترجع في هذا الشرط ونقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل وقال أصحاب الرأي اذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسا وكان الحسن لايرى بأسا أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياما معلومة . قال شيخنا ولعل كراهة من

فقال « اختر منهن أربعا » رواه احمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعا . رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه الا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الامام احمد والترمذي وغيرهما ، ولان كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له امساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما اذا تزوجت بزوجين فنكاح الثاني باطل لانها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميع بضعها ولان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ، ولان المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعا فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر غيلان وقيسا بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ، ولان المسلم لايجوز اقراره على نكاح أكثر من أربع فان أبى أجبر بالحبس والتعزير الى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه ايفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي اذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وانما تتعين الزوجات باختياره وشهوته وذلك لايعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فان الحق لمعين يمكن الحاكم ايفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى ابطال الشرط وإجازة من أجازه راجعة الى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وابطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي انما كره أحمد هذا النكاح لانه يقع على السر وهو منهي عنه فان شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لانه شرط ماينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة من اشترى شيئا على أن لايقبضه ، وان شرط عليها أن لا يطأ لم يفسد لان الوطء حقه عليها ، ويحتمل أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به اذا آلى والفسخ اذا تعذر بالجب والعنة

(الثالث) أن يشرط الخيار إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (احداهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما اذا شرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق اذا تزوجها على انه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروي ذلك عن الزهري ولان النكاح عقد لازم لايدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدناءتها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار ويصح النكاح لان النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا ان الشرط

الاختيار وعليه نفقة الجميع الى أن يختار لانهن محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات أيتهن اختار جاز

(فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لابيه الاختيار عنه لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار

(فصل) فان مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم وعلى جميعهن العدة لان الزوجات لم يتعين منهن فمن كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لانها أطول العدتين في حقها ، وان كانت من ذوات القروء فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتنقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فان اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن لان الحق لهن لا يخرج عنهن وان أبين الصلح فقياس المذهب أن يقرع بينهن فتكون الاربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو اخترت

والعقد جائزان لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » وذكر القاضي في كتابه الروايتين والوجهين ، أما صحة العقد فلان اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد وانما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في العقد ، وأما المهر فانها لما ملكت فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في العقد ولا يؤثر فيه ، والرواية الأخرى يبطل العقد في هذا كله لان النكاح لا يكون إلا لازما وهذا يوجب جوازه ولانه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فان شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لان النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلأن لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فانه اذا فسد أحد العوضين فسد الآخر، اذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لان عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الاثمان ويثبت فيه الخيار كالبياعات (والثالث) يبطل الصداق لانها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافقه على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فان تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار) لانه نقص وضرر يتعدى الى الولد فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة

حبستهن أو امساكهن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو اثبتهن، وان قال لما زاد على الاربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع ، وان طلق إحداهن كان اختياراً لها لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة وان قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو الطلاق كان اختيارا لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان «اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن» وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الاطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وان وطىء إحداهن كان اختيارا لها في قياس المذهب لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضا اختيار لها ، وان آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها لانه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لها لان حكمه لا يثبت في غير زوجة وان قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يتم في غير زوجة

(فصل) واذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لانهن بن منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لانهن بن باسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقن فسخ لانها تثبت

﴿ مسألة ﴾ (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) لانها زيادة ، وقال أبو بكر له ذلك لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات عليها والاول أولى

(فصل) فان شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لان ولده يسلم من الرق ويتمكن من الاستمتاع بها ليلا ونهاراً ، وكذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينه فبانت خيراً من شرطه لانها زيادة

(فصل) وان شرطها بكراً فبانت ثيبا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار فلا يرد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية ، وكذلك لو شرطها حسناء فبانت شوهاء أو ذات نسب فبانت دونه أو بيضاء فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفي العيوب التي لا ينفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصمم ونحوه فبان بخلاف ذلك ففيه وجهان . وممن ألزم لزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر ، وروى الزهري ان رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء وكانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب بالعذرة ، وعن الحسن والشعبي وابراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة ان الحيضة تذهب العذرة والوثبة والتعبيس والحمل الثقيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لان عدة من انفسخ نكاحها كذلك وان ماتت احدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لان الاربع الزوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فاذا طلق أربعا منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين وان طلق الجميع أقرع بينهن فاذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثا فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعا منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لانهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات. والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ وفي التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرنا الى القرعة لتساوي الحقوق

(فصل) واذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وان قلنا يقف على

(فصل) اذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما اذا شرط ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على انها حرة وولدت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فان رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) ان النكاح لا يفسد بالغرور وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه مالو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حمار

ولنا ان المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فاذا هي سوداء وكذا نقول في الاصل الذي ذكروه ان العقد صحيح لان المعقود عليه العين المشار اليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الفائت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اختلفا في الصفات [والثاني] ان البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل انه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حريتها فكان ولده أحراراً كاعتقاده مايقتضي حريتهم كما لو اشترى جارية يظنها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها

(الفصل الثالث) ان على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن، وان كان وطئهن تبينا أنه وطيء غير نسائه وان لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطئا لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤه لها قبل طلاقها، وان طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت لزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لانه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) واذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بعقد وانما هو تصحيح العقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وان أسلمت واحدة منهن فقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ انما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختيارا لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم لان الولد ينعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيده لانه لم يملكه وعنه انه يقال له افتداء أولاده وإلا فهم يتبعون الام، فظاهر هذا انه خيره بين فدائهم و بين تركهم رقيقا لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها، قال الخلال اتفق عن أبي عبد الله انه يفدي ولده وقاله إسحاق عنه في موضع ان الولد له وليس عليه أن يفديهم، وأحسبه قولا أولا لابي عبد الله والصحيح ان عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولانه نماء الامة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل (الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد قضي بذلك عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا انه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه حينئذ لانه فات رقه من حينئذ ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الامة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو جنين قلنا انه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع

بوقت للاختيار لأنها جارية الى بينونة فلا يصح امسا كها وان فسخ نكاحها لم ينفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أوقال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الاربع، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه (والثاني) لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) واذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحة فليس ابتداء له، وقال القاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضاء المرأة، ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) واذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيمتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ «من أعتق شقصا من عبد قوم عليه نصيب شريكه» ولان الحيوان من المتقومات لا من ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه (والثانية) يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال: بعث جارية لرجل من العرب وانتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سيدها دب واستاقها واستاق ولدها فاختصموا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده بغرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثلهم في الصفات تقريبا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني اما القيمة أو رأس برأس لانهما جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى؟ وهذا اختيار ابي بكر قال في المقنع الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وايهما اعطى أجزأ ووجه ذلك انه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر فاذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس زوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطيء الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ومهر المثل للوطء الثاني لانهن أجنبيات وان وطئهن بعد اسلامهن فالموطوءات اولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ماذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة .

ولنا ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله اني أسلمت وتحتي أختان ؟ قال «طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احداهما قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها لان المعنى في الجميع واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور واصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا ينبني على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لايعيش لمثله وهو دون ستة اشهر فلا ضمان له لانه لاقيمة له

(فصل) في المهر ولا يخلو ان يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى فان كان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لايجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير اذن سيدها أونحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع) انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقيمة الاولاد وهو اختيار الخرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وفيه رواية أخرى لايرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نفع وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلما في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم وتحته أختان مسلمتان وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني واذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به

(فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار احداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها لئلا يكون واطئا لأحد الاختين في عدة الاخرى، وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق اربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة، فان كن ستا ففارق اثنين فله وطء اثنتين من المختارات، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب.

(فصل) واذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختار احداهما فلا مهر للاخرى لاننا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احداها ولانه نكاح لايقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته

مغصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لابيه وقال القاضي الاظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا اذا ثبت هذا وكان الغرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لافائدة في ان يجب له مايرجع به عليه وان كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق برقبته او بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي قياس قول الخرقي انه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فولت امرها رجلا فزوجها على انها حرة فالفداء علي من غره يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لافائدة في ان يوجبه عليه ثم يرده اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلما قبل الدخول وهكذا الحكم فيا زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانتا أما و بنتا فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فسد نكاح الام وان كان دخل بالام فسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار أيهما شاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لاتحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الغرور الموجب للرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم تجر به العادة في العقود ولا يجوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى اخبره بحريتها او أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها واصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب ازالة الضرر عنه باثبات الرجوع على من غره واضر به فعلى هذا ان كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) أنه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فانه يفرق بينهما لانا تبينا ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان تزوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ماذكرنا وان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت الشرائط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد الام لانها أم زوجته والبنت لانها ربيبته من زوجته التي دخل بها ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم ، وان دخل بالام وحدها فكذلك ان البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها والام حرمت بمجرد العقد على ابنتها وان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وان كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وان كان دخل بأمها فهي محرمة على التأبيد ، ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الاخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد وان كان قد وطيء احداهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة وان كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجملة ذلك ان حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على اربع فاذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لانه له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره ، وان كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى في الحر

معنى قول الخرقي وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لاخيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة ولانه يملك الطلاق فيستغني به عن الفسخ

ولنا انه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالآخر ولان الكفاءة وان لم تعتبر فان عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك اعظم من فقد الكفاءة فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقطه جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وان رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها معتقدا حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وام الولد والمعتق نصفها كالامة القن لانها ناقصة بالرق الا ان ولد ام الولد يقوم كأنه عبد له حكم امه وكذلك من اعتق بعضها الا انه اذا فدى الولد لم يلزمه الا فداء مافيه من الرق لان بقيته حر بحرية امه لا باعتقاد الواطيء فان كانت مكاتبة فكذلك الا ان مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجها ان لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع اسلامهم فانه حر، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم وتحته اماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز الا اثنتين لانه ثبت له الخيار باسلام الاولتين

(فصل) وان تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وانما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن الى البينونة فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في العدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة

به في كتابتها فان كان الغرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة في ايجاب لها يرجع به عليها وان كان الغرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها امة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت انها امة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لا شيء حتى تثبت له أو تقر هي انها امته فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق اشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت المغرور بها فضربها ضارب فالقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لانه محكوم بحريته ويرثها ورثته فان كان الضارب اباه لم يرثه ولا يجب بدل هذا الولد للسيد لانه انما يستحق بدل حي وهذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة امه لان الواطيء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظنها حرة فبانت امة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لاخيار له ووافقاه فيما اذا ظن انها مسلمة فبانت كافرة انه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيهما جميعا قولان

ولنا ان نقص الرق اعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ومنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها وأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لان تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد؛ وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم لا خيار لهن لانه لا حاجة بهن الى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله

فاما ان اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحالة اجتماعهم على الاسلام، وقال أصحاب الشافعي لايسقط خيارهن لان اختيارهن الاقامة ضد الحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البينونة فلم يصح كما لوارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر وتحته اماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام؛ وان أسلمت إحداهن معه ثم اعتقت

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره)

وذلك أن حكم العبد المغرور حكم الحر في حرية أولاده، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لان أبويه رقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حريتها فأشبه الحر فان هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليل ولد الحر من الامة، وولد الحرة من العبد، وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الخرقي فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير اذن سيدها وتفارق الاستدانة والجناية لانه اذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن في الاولاد جناية وانما عتقوا من طريق الحكم وماحصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فانه لاينبغي ان يجب له بذل مالم يثبت عليه وأما الحرية فتتعجل في الحال وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كثبوته للحر الذي يحل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلا ونهارا ولم ترض به ويحتمل ان لايثبت له خيار لانه نقص صفة لاينقص بها عن رتبته فاشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر وقال بعض الشافعية لاخيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البواقي فله أن يختار من الاماء لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم وتحته أربع اماء وهو عادم للطول خائف العنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه في احدى الروايتين، والاخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى في ابتداء نكاح الاماء، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور له أن يختار منهن لأنه استدامة العقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد فأشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك ، وقال ابو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل يبن بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كاسلامهن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كتابيات أو غير كتابيات لانه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

فيه قولان والاولى ماذكرناه واذا اختار الاقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الخمسان وهل يرجع به ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجت المرأة عبدا على أنه حر أوظنته حراً فبان عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد به ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ،وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق .

(فصل) ولو أسلم وهو واجد الطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم الطول خائف العنت فكان له الاختيار ، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لان وقت الاختيار دخل باسلام الاولى الاترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لان حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فتغير حاله لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج او اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها ، وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وان البواقي بنّ منذ اختلف الدينان وان اسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعددهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غرها بنسب فبان بدونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلأوليائها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لان ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطته فقيها فبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافيء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال واشباه ذلك فلاخيار لها لان ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون ماذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلاخيار لها في ظاهر المذهب)

هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق،وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد ابن ابي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروي عن أحمد ذلك .

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو اسلمت الكتابية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخص بها

بعضهن دون بعض بان اللائي لم يسلمن منذ اختلاف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان اسلم البواقي في العدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحا لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فما زاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال ولا ينفسخ النكاح ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى معهن وان اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لاننا نتبين أن نكاحها كان لازما فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقا كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم وتحته اماء وحرة ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزم نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعملهم وإذا روى اهل المدينة حديثا وعملوا به فهو أصح شيء وانما يصح حراً عن الاسود وحده فأما غيره فليس بذاك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

﴿مسئلة﴾ (وان كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع اهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كاتبت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراً ما خيرها رواه مالك وابو داود والنسائي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها اسقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلم وان أسلمن في عدد هن ابن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وقضاء عدتها لاننا لا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لانا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا وان الطلاق وقع فيه والاماء ابن بثبوت نكاحها قبل الطلاق.

(فصل) وان أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لا يجوز لقادر على حرة وانما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ننظر فان لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتبارا لحالة اجتماع اسلامه واسلامهن وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فان كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لان الاختيار لا يكون موقوفا فأما إن

﴿ مسئلة ﴾ (ولها الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه فلا يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار وروى الحسن عن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال «اذا أعتقت الامة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقت فان وطئها فلا خيار لها» رواه الامام أحمد في المسند

(فصل) فان اختارت الفراق كان فسخا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بائن، قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا ان أحداً من الصحابة أنكر ذلك ولانها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل

ولنا قول النبي ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحه برضاعها، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصلح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما اذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع

عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو أعتقن قبل إسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك وي ون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لانه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لانتظار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الاربع وان أسلم الجميع في العدة كان أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا والصحيح ههنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

اذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الخرقي وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهري وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة وذكر القاضي ان لها الخيار اذا لم تعلم فان أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنها اذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها مايدل على الرضى فهو كما لو لم تصب، ووجه الاول ماتقدم من حديث عمرو بن أمية ، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة ان مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد فعتقت قالت فأرسلت الي حفصة فدعتني فقالت إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك وإن مسك فليس لك من الامر شيء . فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار مالم يمسها ، ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول . فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونهما في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعي في قبول قولها قولان .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجملة ذلك انه اذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو اسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية فاستدامته اولى ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازة نكاح الكتابية، فأما ان اسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ماتقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلامهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا الينا قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسي تزوج كتابية يحال بينه وبينها قيل من يحول بينه وبين ذلك؟ قال الامام ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا الينا لأنها أعلى دينا منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذمي نكاح المسلمة. وان تزوج الذمي وثنية او مجوسية ثم ترافعوا الينا ففيه وجهان [أحدهما] يقر على نكاحها لانها ليست أعلى دينا منه فيقر على

﴿ مسئلة ﴾ (وخيار المعتقة على التراخي مالم يوجد منها مايدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)

وممن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث أنه إلى ثلاثة أيام .

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها إن شاءت فارقته وان وطئها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبوداود أن بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لآل بني أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية الى ذلك فثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أوعقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عنها ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حينئذ لكونهما صارا على صفة لكل منهما حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية [والثاني] لا يقر على نكاحها لانها ممن لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذمي على نكاحها كالمرتدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وان كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

وجملته ان الكفار اذا أسلموا و تحاكموا الينا بعد العقد والقبض لم نتعرض الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا] فأمر بترك ما بقي دون ما قبض وقال تعالى [فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله] ولان التعرض للمقبوض بابطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الاسلام فعفي عنه كما عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعاً فاسدا وتقابضا وان لم يتقابضا فان كان المسمى حلالا وجب ما سمياه لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وان كان حراما كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لان ما سمياه لا يجوز ايجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان بعد الدخول ، ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف

فان كان زوجاها قد وطئاها فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار لها فان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لها الخيار لانه لا رأي لها فلا يكون تمكينها من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجاها من وطئها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يعتق ، وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع لانه يتضمن إبطال حقها من الخيار وان لم تختر وقع ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العتق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر والفسخ انما يوجب الفرقة من حينه لانه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه اذ الحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت به الاحصان والاحلال للزوج الاول ، ولو كان الفسخ سابقا لانعكست الحال قول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير العدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خمراً أو خنزيرا معينين فليس لها الا ذاك وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسانا

ولنا أن الخمر لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيرا ولانه محرم فأشبه ما ذكرنا

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ماقبض ووجب بحصة مابقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت خمسا منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيماله مثل يتأتى الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لانه لاقيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فللكلب سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم يختر الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا فان كان رجعيا لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم تفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق

﴿مسئلة﴾ (وان أعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعته اذا لم تفسخ ، فان قيل فتفسخ حينئذ قلنا اذا تحتاج الى عدة أخرى لانها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وتبني على عدة حرة لانها عتقت في عدتها وهي رجعية

﴿مسئلة﴾ (فان اختارت المقام فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لانها جارية إلى بينونة (والثاني) يبطل اختيارها لانها يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وهو اختيار شيخنا، وان لم تختر شيئا لم يبطل خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لانه يحتمل أنه كان تحريا بها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها فلها الفسخ حينئذ وان فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طلقتين لانه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا الينا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال احمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو ابيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع الى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطيء امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احداهما) لا مهر لها والاخرى لها مهر المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذمي لا يطالب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب المرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وانما وجب المهر في حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذمي

(فصل) اذا ارتفعوا الى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولانه لا حاجة

﴿ مسألة ﴾ (ومتى اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لانه وجب بالعقد وإن اختارت المقام ولم يوجد له مسقط فان فسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق فكذلك وان كان بعده فالواجب مهر المثل

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لانها حرة حينئذ ، قولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول وكونه حلالا .

﴿ مسألة ﴾ (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن للسيد نصف المهر اختاره أبو بكر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

الى عقده بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا الينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فان كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرها ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فان تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحها وإن كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فان كان في المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد الا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وإن كان بعدها أقرا لانهما يعتقدان لزومه وكلما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته ثم أسلما فان كان ذلك في اعتقادهم نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحا لم يقرا عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها

(فصل) ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ولذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وان كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الاخرى ينبغي أن تجب المتعة لانها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

﴿ مسألة ﴾ (وان أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لان عتق المعسر لا يسري بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها لانها أكمل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية، ووجه الرواية الاولى أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لان الحرة كاملة الاحكام ولان العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه اذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة فأما ان كان المعتق موسراً سرى إلى باقيها فعتقت كلها وثبت لها الخيار

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ « ولدت من نكاح لا من سفاح » واذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافراً، وان ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله الا أنهم يقرون على الانكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعوا الينا (والثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لان الله تعالى قال (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجيئوا الينا ولان النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في احكامهم ولا في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روي عن احمد في المجوسي تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال:

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لانها تخرج من الثلث وان لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان، فكلما اقتضى من مهرها شيئا عتق منها بقدر ثلثه فاذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فان كان زوجها وطئها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لانها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الخرقي لا يبطل لانها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لان فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها ورق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر يعتق ثلثاها اذا استوفى. وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها

(فصل) وان أعتق زوج الامة لم يثبت لها خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يكن له الخيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً فلها الخيار فكذلك في الاستدامة لكن ان أعتق ووجد طول الحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين مضى ذكرهما

(فصل) إذا أعتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجيء على قوله في تزوج النصراني المجوسية ويجيء على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب: ان فرقوا بين كل محرم من المجوس، وقال احمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لان النصارى لهم دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال ابو بكر عبد العزيز لايجوز له وطؤها أيضا لما ذكرناه من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الا أن عليه نصف المهر)

وجملة ذلك أنه اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكي عن داود انه لا ينفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده أو أمته ثم اعتقا جميعاً فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة؟ قال للامة وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني، وقال القاضي الزيادة لسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فيكون كالمذكور فيه، قال شيخنا: والذي قلنا أصح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبينا ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نماؤه وهذا أظهر من ان نطيل فيه.

﴿مسئلة﴾ (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه ينفسخ نكاحهما)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقهما واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلاف الدينان)

اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ماأوجب فسخ النكاح استوى فيه ماقبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة فاذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أواختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كاسلام الحربية تحت الحربي، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فان قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لانها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لاسبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لانه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلك الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لان حرية العبد لو طرأت بعد عتقها منع فاذا قارنت كان أولى أن يمنع كاسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة ان أعتقا انفسخ نكاحهما لان العتق معنى يزيل الملك عنهما لاالى مالك فجاز ان تقع به الفرقة كالموت ولانه لايمتنع أن لاتحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللعان والاقالة في البيع. قال شيخنا: معناه والله أعلم أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعاً صارا حرين وخرجت عن ملكه فلم يكن له اصابتها الا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من اصحابه فيمن وهب عبده سرية أواشترى له سرية ثم اعتقها لايقربها الا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روي عن نافع عن ابن عمر ان عبدالله كان له سريتان فاعتقها وأعتقه فنهاه ان يقربهما إلا بنكاح جديد ولانها باعتاقها خرجت عن ان تكون مملوكة فلم يبح له التسري بها كالحرة الاصلية، وأما اذا كانت امرأة فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لانه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ باعتاقهما معاً أولى ويحتمل ان أحمد انما أراد بقوله انفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فعتقت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فاراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجها فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم إني أريد أن اعتقهما؟ فقال لها «ابدئي بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فان ارتد الزوجان معا فحكمهما حكم مالو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي ، قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معا او أحدهما ثم تابا او تاب فهو أحق بها مالم تنقض العدة وقال ابوحنيفة لاينفسخ النكاح استحسانا لانه لم يختلف بهما الدين فأشبه مالو أسلما

ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولان كل مازال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله ، وماذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فان نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين او ارتدا معا منع وطأها فان وطئها في عدتها وقلنا ان الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لانه وطيء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا ان الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فان أسلم المرتد منهما اوأسلما جميعا في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا أن النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا او ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء في غير نكاح يشبه النكاح لانا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيما اذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل اني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار والله أعلم .

﴿ باب حكم العيوب في النكاح ﴾

﴿ العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة اقسام (أحدها) مايختص بالرجال وهو شيئان (أحدهما) أن يكون الرجل مجبوباً قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به ﴾

الكلام في العيوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل اذا اختار ذلك في اربعة فصول :

(أحدها) ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال جابر بن زيد والشافعي واسحاق وروي عن علي لاترد الحرة بعيب ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لان وجود العيب لايقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب

ولنا أن المختلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة ولان المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق،أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أوأحد الزوجين فيثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها في العدة قبل اسلام الآخر . فالحكم فيه مثل الحكم ههنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل) واذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لايجوز أن يبتدىء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل) فاذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والخامسة المعقود عليها آخراً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقا أيضا)

هذا النكاح يسمى الشغار فقيل انما سمي شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح

له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، فاما العمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب نفرة تمنع من قربانه بالكلية ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي

(الثاني) العيوب المجوزة للفسخ وهي ثمانية: اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الخرقي ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لايكون في الفرج عظم انما هو لحم ينبت فيه وحكي عن ابي حفص ان العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقا لايدخل الذكر فيه والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق مابين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئاً

يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الاصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن احمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال احمد وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لان الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر او خنزير وهذا كذلك

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى ابو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الاثرم باسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام » ولانه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم ان فساده من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لانه شرط تمليك البضع لغير الزوج فانه جعل تزويجه إياها مهراً للاخرى فكأن ملكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمي لكل واحدة صداقا لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى

واحداً وانما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فان اختلفا في وجود العيب كأن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقاً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فان كانت للمدعي بينة من اهل الخبرة والثقة فيشهدان بما قال ثبت قوله والا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يجن في الاحيان لان النفس لا تسكن الى من هذه حاله الا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

﴿مسئلة﴾ (فان اختلفا في امكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لانه يضعف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى انه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الاخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمى صداقا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الخرقي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الاعرج أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقا يحققه ان عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولانه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك

العنة ولان له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير (الثاني) أن يكون عنينا العنين هو العاجز عن ايلاج ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لان ذكره يعن إذا أراد ايلاجه أي يعترض قيل لانه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده فاذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد ان يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : ان رفاعة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وإنما له مثل هدبة الثوب فقال « تريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته » ويذوق عسيلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه اجل العنين سنة وروى ذلك الدار قطني عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولانه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الاخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي لان كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فاذا احتجنا الى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع انه يجب المسمى لانه ذكر قدراً معلوما يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على الف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وان سمى لاحداهما مهراً دون الاخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في إحداهما ففسد في الاخرى والاولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقا لان نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الاخرى ويكون في التي سمى لها صداقا روايتان لان فيه تسمية وشرطا فأشبه مالو سمى لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فان قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لان الجارية تصلح أن تكون صداقا، وان زوج عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لاعركها عرك الاديم وقال بن عبد البر وقد صح ان ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ « تريدين أن ترجعي الى رفاعة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها وقيل انها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسألة﴾ (فان ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فان أنكر وهي عذراء فالقول قولها وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لان الاصل السلامة ولان هذا أمر لا يعرف الا من جهته وقال القاضي هل يستحلف؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق

﴿مسألة﴾ (فان اعترف بذلك أو قامت بينة على اقراره به فانكر فطالبت يمينه فنكل ثبت عجزه) ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولان هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضرب له سنة لتمر به الفصول الاربعة فان كان من يبس زال في فصل الرطوبة وان كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المتعة)

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو الى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال يجتنبها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول في المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط.

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر واليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

اليبس وان كان من برودة زال في فصل الحرارة وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية فلم يزل علم أنه خلقة وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم ترافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم ترافعه فاذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار في فسخ النكاح

﴿مسئلة﴾ (وان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنينا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطيء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور اذا عجز عن عن وطئها أجل له لانه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بعد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لان حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجدما أوجبه فانه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) وان علمت أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له مدة لان ذلك عارض يزول والعنة لا تزول لانها جبلة وخلقة وان كان لكبر أو مرض لا يرجى

أن عمر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ومتعة الحج ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالاجارة

ولنا ماروى الربيع بن سبرة أنه قال : أشهد على أبي انه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه ابو داود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاهلية . رواه مالك في الموطأ وأخرجه الائمة النسائي وغيره واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه انه كان في حجة الوداع حكاه الامام احمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة فحمل الامر على ظاهره وان النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكي عنه الرجوع عنه . وروى ابو بكر باسناده عن سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤه ضربت له المدة لانه في معنى من خلق كذلك وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأيوس منه فلا معنى لانتظاره وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجع الى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فان كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة الا بتغييب جميع الباقي لانه لاحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه لانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعي قولان كهذين .

﴿مسألة﴾ (وان وطئها في الدبر أو وطيء غيرها لم تزل العنة ويحتمل أن تزول)

لان الدبر ليس محلا للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان وان وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر القاضي أن قياس المذهب ان لا يخرج عن العنة لنص أحمد على أنه لا تحصل به الاباحة للزوج الاول ولانه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طال الثواء بنا معا ... ياصاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيبا وقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمران صح عنه فالظاهر انه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على اباحته

(فصل) وان تزوجها بغير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته وحسبه ان وافقته والا طلقها

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويبطل الشرط وهو أظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطء في محل الوطء نخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان العنة العجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها المانع أو فوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطأ في محله بخلاف مسئلتنا وفيه قول أن العنة تزول به اختاره ابن عقيل لانه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) فان وطيء امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول من قال إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح العجز عن واحدة دون أخرى؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق احداها لفرط حبه إياها وميله اليها واختصاصها بكمال ولوجه دون الاخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن أحمد لها المطالبة لانه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ويفارق ماقاسوا عليه فانه لم يشترط قطع النكاح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه اذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه اذا أحلها للاول طلقها ، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط ، وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس ، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ » قالوا بلى يارسول الله ، قال « هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له » وروى الاثرم باسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطيء امرأة لم تثبت عنته أبداً .

(فصل) وان ادعى أنه وطئها وقالت انها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله . اذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بعذرتها فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي لان الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا بعيد جداً وان كان متصوراً وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف لان ما يبعد جدا لا التفات اليه كاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في اقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين (احداهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (والثاني) لا يقبل فيه الا اثنتان لان ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه الا اثنان فالنساء أولى

(فصل) وان لم يشهد لها أحد فالقول قوله لان الاصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العقد وصحته ويسقط حكم قولها لتبين كذبها فان ادعت ان عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : والله لا أوتى بمحل ولا محل له الا رجمتهما ولانه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبه نكاح المتعة

(فصل) فان شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال فهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وان كرهتها فارقها قال وان كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له ان عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولهما لانه خلا من شرط يفسده فأشبه مالو نوى طلاقها لغير الاحلال أو مالو نوت المرأة ذلك ولان العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد بدليل مالو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولانه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حفص باسناده عن

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت ثيبا فالقول قوله لما ذكرنا)

ولان هذا يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان هذا مما تتعذر اقامة البينة ويمينه أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ماقال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوي التي يستحلف فيها فان نكل قضى عليه بنكوله ويدل علي وجوب اليمين قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» قال القاضي ويتخرج ان لا يستحلف على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا والصحيح انه يستحلف لدلالة الخبر والمعنى عليه وروي عن احمد ان القول قولها مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لانه موافق للاصل واليقين معها وقال الخرقي يخلو معها في بيت ويقال له اخرج ماءك علي شيء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها هكذا حكاه الخرقي عن أحمد فعلى هذا ان أخرج ماءه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه يشتبه ببياض البيض وذلك اذا وضع على النار يجتمع وييس وهذا يذوب فيتميز بذلك احدهما من الآخر فيختبر به وعلي هذا متي عجز عن إخراج مائه

محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئا ويحلك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعي بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط. رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحواً من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأسا

ولنا قول النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فكان إجماعا ولانه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فأين هو من الذي سمعوه يخاطب به على المنبر لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها؟ ولانه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

فالقول قول المرأة لان الظاهر معها وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم يضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكمنا بعدم الوطيء منه حكمنا بعنته كالو اقربها واختار ابوبكر انه يزوج امرأة لها حظ من الجمال ويعطي صداقها من بيت المال ويخلي وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت بأنه يطأ كذبت الاولى والثانية بالخيار بين الاقامة والفسخ وان كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت الى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب الى معاوية فكتب اليه ان زوجه امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها من بيت المال عنه فان أصابها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي تشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فاذا قام عنها نظرتا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله لما ذكرنا وكذا لوادعى الوطء في الايلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لايمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الاحوال وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وابراهيم إذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟» ونية المرأة ليس بشيء انما قال النبي ﷺ « لعن الله المحال والمحلل له » ولان العقد انما يبطل بنية الزوج لانه الذي اليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئا من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الاجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ ؟ قلنا انما لعنه إذا رجع اليها بذلك التحليل لانها لم تحل له فكان زانيا فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها اياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبدا فأعتقه وزوجها اياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكف، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين [أحدهما] شبهه بالمحلل لانه انما زوجه اياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكف، لها وتزويجه لها في حال كونه عبدا أبلغ في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى والسيد له سبيل الى ازالة نكاحه من

يكون عنينا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزويجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد يعن عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازما ففيه اضرار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالعجز عن الوطيء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك وأكثر ما في الذي ذكروه ان ثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه واذا لم يثبت حكم عنته باقراره بعجزه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهو شيئان (الرتق) وهو كون الفرج مسدوداً لا مسلك للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل القرن عظم والعفل رغوة تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفتق وهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقا أو يجن في الاحيان فهذه الاقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه

(فصل) واختلف اصحابنا في البخر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يثور عند

غير ارادته بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لان المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ولم ينو واذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لانه لا سبيل لمعتقه الى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته

(فصل) ونكح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الاحصان ولا الاباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فان قيل فقد سماه النبي ﷺ محللا وسمى الزوج محللا له واو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له قلنا انما سماه محللا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى [يحلونه عاما ويحرمونه عاما] ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له لم يكونا ملعونين

(مسئلة) قال رحمه الله (واذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحا لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجملته ان المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه وليا أو وكيلا فانه لا يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم . وان عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له او وليا عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لانه إذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة في الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجى وهو رضهما وفي كونه خنثي وفيما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الخرقي ثم ذكر العيوب التي تثبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئا من هذه لان ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به الخيار كالعمى والعرج ولان ذلك انما يثبت بنص او اجماع أو قياس ولا نص فيها ولا اجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينها من الفرق فان الوطء مع هذه العيوب ممكن بل قد قيل ان الخصي اقدر على الجماع لانه لا يعتبر بانزال الماء والخنثى فيه خلقة زائدة لا تمنعه الجماع اشبه اليد الزائدة واذا وجد احدهما بصاحبه عيبا به مثله فلا خيار لانهما متساويان فلا مزية لاحدهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاه فللآخر الخيار ويتخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لانها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها المشولة ومثلها من الرجال الافين وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لان فيه نقصا وعارا ويمنع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ان ابن سند تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها ؟ قال لا قال أعلمها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثي

وكيله فقد نكح ، وحكى القاضي في كون المحرم وليا لغيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقي [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لان النكاح حرم على المحرم لانه في دواعي الوطء المفسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره والاول أولى لدخوله في عموم الخبر ولانه عقد لا يصح للمحرم فلا يصح منه كشراء الصيد وقد مضت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أو الرجل مجنونا فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي واسحاق وروي عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا ينفسخ النكاح بعيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه الا أن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا فان للمرأة الخيار فان اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (احدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعاراً والبخر نتن وقال ابن حامد نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخراً ويثبت الخيار والا فلا معنى له فان نتن الفم يسمى بخراً ويمنع مقارنة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحداً كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا ان الحسن قال اذا وجد احدهما الآخر عقيما يخير واحب احمد ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك لثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجالا لا يولد لاحدهم وهو شاب . ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منهما وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله اعلم

وأما اذا وجد احدهما بصاحبه عيبا به مثله ففيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا ان يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي ان يثبت لها خيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه

(فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (احدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي

ولنا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنه ولان المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب او أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ويخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهي فيما ذكر الخرقي ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن والعفل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وهو الرتق أيضا وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الادب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيبا ناميا ، وقال ابو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما

لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبته كالاعسار والرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل ان تغر الامة من عبد ويثبته اذا طرأت الحرية اذا اعتقت الامة تحت العبد ولانه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الاول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين ولا يثبته في الآخر لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة . ولنا انهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتباينين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجد منه دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له لا نعلم فيه خلافا)

لانه رضي به فأشبه مشتري المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن البرص في قليل من جسدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس مارضي به ، وإن رضي بعيب فبان غيره فله الخيار لانه وجد بها عيبا لم يرض به ولا بجنسه فيثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان قليل من البرص فانبسط في جلدها فلا خيار له لان رضاه به رضا بما يحدث منه

في معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق مابين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل مابين القبل والدبر ، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فان اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مراراً واختلفا في كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فان كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ ولكن اليمين على المدعى عليه وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن في الاحيان لان النفس لا تسكن الى من هذا حاله إلا أن يكون مريضا يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام به الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فان بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لان الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله فان علمت انه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كرد المبيع المعيب .

ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وخيار العيب في المبيع ممنوع ثم الفرق بينهما ان ضرره في المبيع غير متحقق لانه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعنته ، وأما خيار الشفعة والمجلس فلدفع ضرر غير متحقق

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة لانه متفق عليه)

﴿ مسألة ﴾ فان فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه المهر المسمى وقيل عنه مهر المثل)

أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لان الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فانما فسخ بعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها فان قيل فهلا جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعها فاذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ماعقد

يمكن وان اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لانه يضعف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لا يثبت الخيار لغير ماذكرناه لانه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ انما يثبت بنص أو اجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا اجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق. وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار، قال أبو الخطاب ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج لانها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمي من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها المشولة ومثلها من الرجال الافين، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لان فيه نقصا وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه

وقد روى ابو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا، قال اعلمها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان

(أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر نتن الفم، وقال ابن حامد هو نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان أراد به أنه يسمى أيضا بخراً ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فان نتن الفم يسمى بخراً ويمنع مقاربة صاحبه الا على كره وماعدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحداً كالقرع والعمى

عليه رجع العوض الى العاقد معها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما يثبت لها لاجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

(فصل) وإن كان الفسخ بعد الدخول فلها المهر لانه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والاخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى العقد الفاسد

ولنا انها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك اذا فسخه كنكاح الامة اذا عتقت تحت عبد ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحيح ولانه لو كان فاسداً لما جاز بقاؤه وتعين نسخه وما ذكروه لا يصح فان الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح

﴿ مسألة ﴾ (ويرجع به على من غره من المرأة والولي وعنه لا يرجع)

والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لايمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا أن الحسن قال اذا وجد الآخر عقيما يخير وأحب احمد تبيين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة ، ولان ذلك لايعلم فان رجالا لايولد لاحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم

(الفصل الرابع) أنه اذا أصاب أحدهما بالآخر عيبا وبه عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة او مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلاينبغي أن يثبت لهما الخيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه وان وجد أحدهما بصاحبه عيبا بمثله ففيه وجهان (أحدهما) لاخيار لهم لانهما متساويان ولامزية لاحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبه مالو غر عبد بأمة

(فصل) وان حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي لانه قال فان جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبته طارئا كالاعسار وكالرق فانه يثبت الخيار اذا قارن مثل أن تغر الامة من عبد ويثبته اذا طرأت الحرية مثل ان عتقت الامة تحت العبد ولانه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الخرقي ، وقال أبو بكر فيه رواية أخرى انه لايرجع . قال شيخنا : والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فهبته فملت الى قول عمر : اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها صداقها بمسيسه إياها ووليها ضامن للصداق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم وروي عن علي انه لايرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ماروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب : أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها . وذلك لزوجها غرم على وليها ولانه غره في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، اذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بينة بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وقال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحلف بالله انه ماعلم ثم هو على الزوج ، وقال القاضي إن كان أبا أو جداً أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أولم يعلم ، وإن كان ممن لايجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم، وإن أنكر ولم تقم البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق، وهذا قول مالك إلا انه قال اذا

كالاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ، ومذهب مالك لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة ، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبته لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين

(فصل) ومن شرط بثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لا نعلم فيه خلافا لانه رضي به فأشبه مشتري المعيب ، وان ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضا لانه من جنس ما رضي به، وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لانه وجد به عيبا لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار كالمبيع اذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضى بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله فان علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة، وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على ان الولي اذا لم يعلم لا يغرم أن التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق لانه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي ، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائبا . وأما الرجوع بالمهر فانه بسبب آخر فيكون بمنزلة مالو وهبته إياه بخلاف الموهوبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزامه فلم يرجع على أحد وان ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت ولا يرجع به

(فصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك انما يجب لمن لزوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان لزوجها عليها الرجعة » رواه النسائي ، وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع يمنعه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع ويفوت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق

(فصل) ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة فانه متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا فسخ قبل المسيس فلا مهر وان كان بعده وادعى أنه ماعلم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ اذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لان الفسخ ان كان منها فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وان كان منه فانما فسخ لعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها، فان قيل فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعها فاذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض الى العاقد معها وليس

ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيبا)

لانه ناظر لهم بما فيه الحظ، ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهن مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لانه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وان لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم.

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها) بغير خلاف نعلمه لانها تملك الفسخ اذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى.

﴿ مسئلة ﴾ (فان اختارت الكبيرة تزويج مجبوب أو عنين لم يملك منعها)

لان الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنعها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لان المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى العقد فصار كالعقد الفاسد

ولنا أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحا فكذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد، ولانه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة، ولانه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه، وما ذكروه غير صحيح فان الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب بوطئها فكذلك النكاح

قال احمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة تكره اذا أدخلت عليه ، لان من شأنهن استنكاح ، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم ، والرضى غير موثوق بدوامه ولا تتمكن من التخلص اذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى الى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء

وقال القاضي : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لان ضررهما عليها خاصة، وفي الابرص والمجنون وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها اشبه المجبوب والعنين . و (الثاني) له منعها لان عليه ضررا فيه فانه يتعير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه التزويج بغير كفء ، وهذا مذهب الشافعي ، والاولى أن له منعها لان عليها فيه ضرراً دائما وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير الكفء فاما ان اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما لا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء

﴿ مسئلة ﴾ (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك اجبارها على الفسخ إذا رضيت)

لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت وليها الى تزويجها بعبد لم تلزمه اجابتها ولو أعتقت عبدا لم يملك اجبارها على الفسخ .

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لانه رضي باسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لان الاصل عدمه

(الفصل الرابع) انه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر فيه روايتان [احداهما] يرجع به [والاخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وانه يرجع به فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فهبته فملت الى قول عمر . اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها المهر بمسيسه اياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على انه رجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروي عن علي انه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولانه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فاذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وان لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فان اختلفوا في علم الولي فشهدت بينة عليه بالاقرار بالعلم والا فالقول قوله مع يمينه قال الزهري وقتادة ان علم الولي غرم والا استحلف بالله العظيم انه ما علم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجملة ذلك ان أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسمة والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك . وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك.

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (امرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، واذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج واصابة ثم أسلما لم يقرا عليه وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافراً وان ظاهر الذمي من امرأته

وقال القاضي ان كان أبا أو جدا أو ممن يجوز له ان يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم وان كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ماتستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرم ان التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لايخفى على من يراها لايصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لايكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة مالو وهبته اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ماذكرنا في باب المحرمات في النكاح

﴿ مسئلة ﴾ (ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا الينا)

انما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يترافعوا الينا (الثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لان مالا يعتقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقة ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فيدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا الينا ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ فأقرهم على أنكحتهم ولم يكشف عن كيفيتها فاذا لم يرتفعوا لم نتعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار على دينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كتابية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم أولاد النصرانية علينا ويجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لايقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لها دين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها وقال أبوبكر عبد العزيز لايباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب لامرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لا نفقة لها إن كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على أن النكاح فاسد. وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وسيد الامة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ولاحظ لهم في هذا العقد فان زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لانه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم

﴿مسئلة﴾ (وإن أسلموا أو ترافعوا الينا في ابتداء العقد لم نمضه إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والايجاب والقبول)

لانه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إثباته لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة ان لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

﴿مسئلة﴾ (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقرا)

لحديث عمر وان تزوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان ترافعا الينا في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لانها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى وان أرادت أن تتزوج معيبا فله منعها في أحد الوجهين قال أحمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لان من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كالو أرادت نكاح من ليس بكفء (والثاني) ليس له منعها لان الحق لها وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لان ضررهما عليها خاصة وفي الابرص والمجذوم وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها فأشبها المجبوب والعنين (والثاني) له منعها لان عليه ضرراً فانه يتعير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه التزويج لمن لا يكافئها وهذا مذهب الشافعي والاولى أن له منعها في جميع الصور لان عليها فيه ضرراً دائما وعار عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لان الحق لهما ولا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره الامام أبو عبد الله من أنها وان رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنعها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء فأما ان حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لان

مؤبد الا أن يعتقد فساد الشرط وحده وان كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وان كان بعدها أقرا لانهما يعتقدان لزومه وكل مااعتقدوه نكاحا فهو نكاح يقرون عليه ومالا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته أواعتقداه نكاحا ثم اسلما اقرا عليه)

لانه نكاح لهم فيمن يجوز إبتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس من انكحتهم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان المهر مسمى صحيحاً او فاسداً قبضته استقر وان كان فاسداً فلم تقبضه فرض لها مهر المثل)

اذا اسلم الكفار وترافعوا الينا بعد العقد والقبض لم نتعرض لمافعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا) فأمر بترك مابقي من دون ماقبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره الى الله) ولان التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الاسلام فعفي عنه كما عفي عن ترك ماتركوه من الفرائض والواجبات ولانهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا وان لم يتقابضا وكان المسمى حلالا وجب ماسميا لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وان كان حراما كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لان ماسمياه لايجوز

حقه في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبدالبر وغيرهما والاصل فيه خبر بريرة قالت عائشة كانت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراما ما خيرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فان اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

(فصل) وان عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً رواه النسائي ولانها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً

إجابه في الحكم ولا يجوز ان يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان قبل الدخول ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ان كان أصدقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسانا

ولنا ان الخمر لا قيمة له في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولانه محرم اشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لانه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) تعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلبا وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر وللكلب سد

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخص بها من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روي الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواية علماء المدينة وعملهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء. وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذاك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لان العبد ناقص فاذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافا قيل لاحمد لم لا يكون طلاقا ؟ قال لان الطلاق ما تكلم به الرجل ولانها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته .

ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي على نحو هذا

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا الينا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال احمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترتفع الى المسلمين لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول ، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل ؟ يخرج على روايتين في المسلم اذا وطيء امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على انه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) (والاخرى) مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذي يطالب به حق الله تعالى

ولنا ان هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وانما وجب المهر في حق المسلمة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذمي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : اذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله ، وذكر ابن المنذر انه اجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس ان رجلا جاء مسلما على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فقال يارسول الله انها كانت أسلمت

﴿ مسألة ﴾ قال (رحمه الله تعالى فان أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم)

وجملة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الامرين عتق زوجها أو وطئه لها ولا يمنع الزوج من وطئها وممن قال إنه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبدالله ابن عمر واخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الامام أحمد في المسند باسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال «إذا عتقت الامة فهي بالخيار مالم يطأها ان شاءت فارقته وان وطئها فلا خيار لها» رواه الاثرم أيضا وروي أبو داود أن بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال « لها إن قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم قال ابن عبدالبر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلناه. إذا ثبت هذا فمتى عتق قبل أن تختار

معي فردها عليه ، ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولانه يتعذر اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، واذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لان المسلم ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح الكتابية للمسلم

﴿ مسألة ﴾ (فان أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

﴿ مسألة ﴾ (فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها، وإن كان هو المسلم قبلها فلها نصف المهر وعنه لا مهر لها)

وجملة ذلك ان الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام المرأة فلا شيء لها لان الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله بامتناعه من الاسلام وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض

سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وان وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وان أصيبت ما لم تعلم فان أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب

ولنا ما تقدم من الحديث وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد فعتقت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعتني فقالت ان أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الامر شيء فقالت هو الطلاق ثم الطلاق فقارقته ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر ان لها الخيار مالم يمسها ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول فأما على القول الآخر فاذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك ، وان كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وان علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت ، ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الاولى ان الفرقة حصلت باختلاف الدين وقد حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخولها فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقة باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمراً أو خنزيراً لان الفرقة حصلت بفعله وعنه لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها لكونها امتنعت من الدخول في الاسلام

(فصل) اذا انفسخ النكاح باحد الزوجين قبل الدخول مثل ان يسلم احد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقة على ماذكرنا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل ان كان في دار الاسلام عرض على الآخر فان أبى وقعت الفرقة حينئذ وان كان في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به وان كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك ان كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة وان كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلان نص عليه احمد وعنه لها الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بعدعتقها تمنع الفسخ فالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جيعا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له اصابتها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية أواشترى له سرية ثم أعتقها لايقربها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بماروى نافع عن ابن عمر أن عبداً له كان له سريتان فأعتقهما فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولانها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسري بها كالحرة الاصلية وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لانه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلان لا ينفسخ باعتاقهما معا أولى ويحتمل أن أحمد انما أراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا تخريج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ اذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابوداود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجا فقالت للنبي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها « فابدئي بالرجل قبل المرأة » وعن صفية بنت أبي عبيد انها فعلت ذلك وقالت للرجل إني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار

ولنا انه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو أتى الآخر للاسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك (١) لعله قال

ولنا على انها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكانت فسخا كما لو اسلم الزوج وابت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

﴿ مسئلة ﴾ (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها فالقول قولها)

لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي مايسقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولايعلمان عينه فلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا

وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لايزول بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث او تيقن الحدث وشك في الطهارة بني على اليقين وهذه كان صداقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسئلة) (وإن قال الزوج أسلمنا معا فنحن على النكاح فانكرته فعلى وجهين)

(فصل) إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لانه لاعقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص. فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ فان كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقي أنه لاخيار لهما لان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لارأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجاهما من وطئهما

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لها اذا كان المعتق معسرا)

إنما شرط الاعسار في المعتق لان الموسر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لايسري عتقه بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها لانها أكمل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الخرقي أنه لانص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لانها كاملة الاحكام وأيضا ما عالل به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات

قال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الاسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طارىء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منافي العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام الثاني

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان أسلم الثاني قبل انقضائها فهما على نكاحهما والابينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (احداهما) أن الامر يقف على انقضاء العدة على ما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الخرقي فعلى هذا اذا لم يسلم الثاني في العدة لا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تتعجل الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الخلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصرها ابن المنذر

ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار وان لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه فاذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فان كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الخرقي لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه مالو مكنت منه قبل عتقها ، فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لان فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كل قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها الى اسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فاذا استوفى عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

﴿مسألة﴾ قال (فان اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب لانه واجب بالعقد فاذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول الا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة وقال مالك ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام فان أسلمت والا وقعت الفرقة وان كانت غائبة تعجلت الفرقة وان أسلمت المرأة قبله وقف الامر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولان ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر اسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الاسلام فأسلم وقدم فبايع فثبتا على نكاحهما وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولان أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده ، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ، ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لانها حرة حينئذ ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح فانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول والاحصان وكونه حلالا ، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن احمد رواية أخرى للسيد نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها رضاعه ، وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها

(فصل) ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضا لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان

أبي أمية عام الفتح فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم بالابواء فأسلما قبل نسائهما ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامهما معا ويفارق ما قبل الدخول فانه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة وههنا لها عدة فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة تحتسب الفرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لاننا تبينا أنه وطئها بعد البينونة وانفساخ النكاح فيكون واطئا في غير ملك وان أسلم فلا شيء لها لاننا تبينا أن النكاح لم ينفسخ وانه وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذه الاشيئا روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبوداود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين اسلامها وردها اليه ثمان سنين

ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم فروج المسلمات على الكفار وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الاخرى ينبغي أن تجب المتعة لانها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فان طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها لان الفسخ انما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيا فلها الخيار في العدة لان نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعته اذا لم يفسخ فان قيل فيفسخ حينئذ قلنا اذاً تحتاج الى عدة أخرى واذا فسخت في عدتها ثبتت على مامضى من عدتها ولم تحتج الى عدة أخرى لانها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وتبني على عدة حرة لانها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فان اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي لا يبطل لانها اختارت المقام مع جريانها الى البينونة وذلك ينافي اختيار المقام

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختر شيئا لم يسقط خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها الى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فان فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين لانه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو اما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت اليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود اسناد او العمل على حديث عمرو بن شعيب

(مسئلة) (فان أسلمت قبله فلها نفقة العدة)

لانه يتمكن من الاستمتاع وابقاء نكاحها باسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فان قيل اذا لم يسلم تبينا أنها بائن باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وان كان هو المسلم فلا نفقة لها لانه لا سبيل الى تلافي نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا

(مسئلة) (فان اختلفا في السابق منهما فقال الزوج اسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أنا المسلمة أولا فلي النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين)

لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها (والثاني) أن القول قوله لان النفقة انما تجب بالتمكين من الاستمتاع والاصل عدمه فان قال أسلمت بعد شهرين من اسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختر وقع وللشافعي قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ

ولنا انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبتدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقا عليه لانعكست الحال ، وقول الشافعي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتصير العدة عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يتم وإن لم تختر الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا فان كان رجعيا لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسئلة) (وعنه أن الفرقة تتعجل باسلام احدهما كما قبل الدخول وقد ذكرناه)

(مسئلة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدهما بعد الدخول فانه يجب لها المهر كاملا لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وان كان محرما قبضته فليس لها غيره لأنا لا نتعرض الى ما مضى من احكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الخمر والخنزير لا يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين

(فصل) وسواء مما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والليث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخلا دار الاسلام وعقد العهد انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار انعقدت بها فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لانه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف الفسخ في النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار

(فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن حي والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بائن قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا ان أحدا من الصحابة أنكر ذلك، ولانها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل

ولنا قوله ﷺ « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولانها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي الى معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

(فصل) وان عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة، ولو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدامة لكن ان عتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولانه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع، ويفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح.

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ان كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم الا انه حكي عن داود انه لا ينفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقوله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار، لاهن حل

(فصل) واذا عتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عتق معها أولم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فتكون كالمذكورة فيه . والذي قلناه أصح لان الملك في الزيادة انما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا وليس معناه انا تبينا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نماؤه وهذا أظهر من أن نطيل فيه

﴿ باب اجل العنين والخصي غير المجبوب ﴾

العنين هو العاجز عن الايلاج وهو مأخوذ من عن أي اعترض لان ذكره يعن اذا أراد ايلاجه أي يعترض

لهم ولاهم يحلون لهن) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه مالو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد احد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ماأوجب فسخ النكاح استوى فيه ماقبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلاف الدينين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقع به الفرقة فاذا وجد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو نقول اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كاسلام الحربية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع تحرم به المرأة على التأبيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنين الاعتراض وقيل لانه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده فاذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابوعبيد، وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما له مثل هدبة الثوب فقال «تريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولم يضرب له مدة

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني باسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم ، ورواه ابوحفص عن علي ولانه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة ، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما ، وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لأعركها عرك الاديم ، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول النبي ﷺ «تريدين أن ترجعي الى رفاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها ، وقيل انها ذكرت

لانه بسبيل الى الاستمتاع بها بان يسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية، وان كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لانه لاسبيل للزوج الى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة

(فصل) فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم مالو ارتد أحدهما ان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وان كان بعده فهل تتعجل اوتقف على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور اذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا أو تاب المرتد منهما فهو أحق بها مالم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لاينفسخ النكاح استحساناً لانه لم يختلف بهما الدين فاشبه مالو اسلما

ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب ان يتعلق بها فسخه كما لو ارتد احدهما ولان كل ما زال عنه ملك المرتد اذا ارتد وحده زال اذا ارتد غيره معه كماله وماذكروه يبطل بما اذا انتقل المسلم والبهودية الى دين النصرانية فان نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا الى دين واحد ، وأما اذا أسلما فقد انتقلا الى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد احد الزوجين أو ارتدا معا منع من وطئها في عدتها فان وطئها في عدتها وقلنا ان الفرقة تعجلت فيكون عليه مهر مثلها وإن قلنا إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منهما أو اسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لانا تبينا ان النكاح لم يزل وانه وطئها وهي زوجته وان ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء

ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل اليها أجل سنة منذ ترافعه فان لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فان اختارت فراقه كان ذلك فسخا بلا طلاق)

وجملة ذلك أن المرأة اذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فان أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها ، وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لان هذا أمر لا يعلم الا من جهته والاصل السلامة ، وقال القاضي هل يستحلف أولا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فان أقر بالعجز أو ثبت ببينة على اقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولان هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضربت له سنة لتمر به الفصول الاربعة فان كان من يبس زال في فصل الرطوبة ، وان كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فاذا مضت الفصول الاربعة واختلفت عليه الاهوية فلم تزل علم أنه خلقة وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء

في غير نكاح بشبهة النكاح لانا تبينا ان الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما اذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لانه مثله

(فصل) اذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين بالاسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو اسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له ان يختار منهن لانه لا يجوز ان يبتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه أو معه لم يكن له ان يختار منهن كذلك

(فصل) اذا تزوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الاسلام مثل ان جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم اسلما لم يكن له ان ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانيه من الاختين والخامسة المعقود عليها آخرا

﴿ مسئلة ﴾ (وان انتقل احد الكتابيين الى دين لا يقر عليه فهو كردته)

اذا انتقل الكتابي الى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لا نعلم في هذا خلافاً لانه انتقل الى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فالاصلي منهم لا يقر على دينه

لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر، وابتداء السنة منذ ترافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم مرافعته فاذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار فان اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم لانه مختلف فيه فاما أن يفسخ واما أن يرده اليها فتفسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لانه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالاعسار فاذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لانه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقا كفرقة المولي

ولنا أن هذا خيار ثبت لاجل العيب فكان فسخا كفسخ المشتري لاجل العيب

(فصل) فان اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد لانها قد بانت عنه وانفسخ النكاح فاذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولا ثانيا أنهما لا يجتمعان أبداً لانها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها تحل له لانها فرقة لاجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة اللعان فانها حصلت بلعانهما قبل تفريق الحاكم وههنا بخلافه ولان اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وههنا بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق

فالمنتقل اليه أولى، وان انتقل الى المجوسية لم يقر ايضاً لانه انتقل الى دين انقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم اذ ارتد، فأما اذا انتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر ففيه روايتان (احداهما) لا يقر أيضاً لانه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختاره الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لانه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فاشبه غير المنتقل وللشافعي قولان كالروايتين، فأما المجوسي اذا انتقل الى دين لا يقر اهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين وان انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «من بدل دينه فاقتلوه» و لعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعاً

(فصل) وان انتقل الى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الاسلام في أحدى الروايات عن أحمد اختاره الخلال وهو أحد أقوال الشافعي لان غير الاسلام باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد وعنه رواية ثانية لا يقبل منه الا الاسلام أو الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه ان رجع عليه ولانه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى المجوسية أقر وقد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لان ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول وان كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لانه في معنى من خلق كذلك، وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأيوس منه ولا معنى لانتظاره، وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالاولى ضرب المدة له لانه في معنى العنين خلقة، وان اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخصي فان الخرقي ذكره في ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل اليها أجل، وإن وصل اليها فلا خيار لها لان الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل ان وطأه أكثر من وطء غيره لانه لا ينزل فيفتر بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذي رضت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فان الحكم في الجميع واحد فانه لا ينزل ولا يولد له

ليكون موافقاً لما ذكرناه أولا، وان انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه روايتان إحداهما لا يقبل إلا الاسلام والاخرى لا يقبل إلا الاسلام أو الذي كان عليه

(فصل) وان قلنا لا يقر ففي صفة إجباره روايتان [إحداهما] أنه يقتل ان لم يرجع رجلا كان أو امرأة لعموم الحديث ولانه ذمي نقض العهد فأشبه مالو نقضه بترك أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لانه يسترجع عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي، فعلى هذا ان بادر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحمد إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل اليه فقيل له أتقتله؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانيا أو يهوديا؟ قال وان كان يهوديا أو نصرانيا دخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا نتركه حتى يرد اليها، فقيل له تقتله إذا لم يرجع؟ قال انه لأهل لذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس.

(فصل) فان تزوج مسلم ذمية فانتقلت الى غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فان كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها وان كان بعده فهل يقف على انقضاء العدة أو ينفسخ في الحال على روايتين وكذلك اذا انتقلت الى دين باطل أو الى دين كانت تقر ببطلانه فأشبهت المسلمة اذا تهودت أو تنصرت والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أسلم كافر وتحته أكثر من أربع نسوة اختار منهن أربعا وفارق سائرهن)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فان أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة اذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون عنينا في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوبا ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك اذا رضيت به في العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة كذا ههنا ، وقولهم إنها تكون في

وجملة ذلك أن الكافر اذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له امساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك امساك أكثر من أربع فاذا أحب ذلك اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن وان كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لان العقد اذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون مخيراً فيه بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعاً » رواه الامام احمد وأبو داود ، وروى محمد بن يزيد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعا ، رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلا ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري . وكذلك قال الامام أحمد والترمذي وغيرهما ولان كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها ملكته ملك غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميع بضعها ولان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ولان المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه ان يختار أربعاً ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر قيساً وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ولان المسلم لا يجوز اقراره على أكثر من أربع فان أبى

نكاح دون نكاح احتمال بعيد فان العنة جبلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت ببينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان علمت انه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه)

لا نعلم في هذا اختلافا وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطا لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه نفقتهن الى أن يختار) لانهن محبوسات عليه ولانهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز

(فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لابيه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو امسكتهن أو اخترت حبسهن أو امساكهن أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو أثبت نكاحهن ، وإن قال لما زاد على الاربع : فسخت نكاحهن كان اختياراً للاربع .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت الى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن .

﴿ مسـئلة ﴾ قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عنينا لم يكن لها المطالبة بعد)

وجملة الامر أنها متى رضيت به عنينا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافا فأما قبلها فان الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حقها في الفسخ انما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح اسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع

ولنا أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكروه غير صحيح فان العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وانما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبينة في سائر العيوب [1] ويفارق الشفعة فان سببها البيع ولم يوجد بعد، فان قيل فلو رضيت المرأة

(١) في نسخة العقود

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للمفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والاول أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء احداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار

(مسئلة) (وإن طلق الجميع أقرع بينهن فأخرج أربعاً منهن بالقرعة فكن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لانهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن ، لانهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفي التي قبلها طلقهن وله اختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرن إلى القرعة لتساوي الحقوق .

﴿ مسئلة ﴾ (وان ظاهر أو آلى من احداهن فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) وإن اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لانهن بن منه بالاختيار

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فاذا رضيت باسقاط مايجب لها في المستقبل لم يسقط لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبه اسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ولان الاعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ فاذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيناً)

أ كثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطيء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ان عجز عن عن وطئها أجل لها لانه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جب بعد الوطء

ويحتمل ان تكون عدتهن من حين اسلم لانهن بين باسلامه وانما يبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما اذا اسلم احد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتهن فسخ لانها تثبت باسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كعدة المطلقات لانها عدة من فسخ نكاحها وان ماتت احدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله ان ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لانه لم يطلقها قبل ذلك ،وان اختار اقل من أربع أو اختار ترك الجميع امر بطلاق أربع او تمام الاربع لان الاربع زوجات لايبين منه الا بطلاق أو مايقوم مقامه فاذا طلق أربعا منهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين

﴿مسئلة﴾ (فان مات فعلى الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى ان من كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه لان ذلك تنقضي به العدة في كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها عدة الوفاة لانها أطول العدتين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء واربعة اشهر وعشر لتنقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة او مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحببنا اطولها لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة لايعلم عينها عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المغني والكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح والقول الاول لا يصح

﴿ مسئلة ﴾ (والميراث لاربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتى يصطلحن وسنذكر هذا في غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى ، وان اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لان الحق لهن

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولان حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد واما الجب فانه يتحقق به العجز فافترقا

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأ صحيحا فان كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج عن العنة الا بتغييب جميع الباقي لانه لاحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه ولانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء (والثاني) يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزيء من المقطوع مثل ما يجزيء من الصحيح وللشافعي قولان كهذين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر لانه ليس بمحل للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان ، وان وطئها في القبل حائضا أو نفساء

(فصل) وإذا اسلم قبلهن وقلنا تتعجل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام وان قلنا تقف على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا انهن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا ان طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا اسلمن وان كان وطئهن تبينا انه وطيء غير نسائه وان آلى منهن أو ظاهر أو قذف تبينا ان ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهن في العدة تبينا انها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك ان كان وطؤه قبل طلاقها، وان طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله ان يتزوج منهن لانه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) ولو أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف الى أن يسلم البواقي فان مات اللائي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بعقد وانما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء ، وان أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ انما يكون فيما زاد على الاربع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس بوقت للاختيار لانها جارية إلى بينونة فلا يصح امساكها وان فسخ نكاحها لم ينفسخ لانه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وان نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة علي أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا تخرج من العنة لنص احمد على أنه لا يحصل به الاحصان والاباحة للزوج الاول ولانه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

ولنا أنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ولان العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فان العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وماذكروه غير صحيح لان تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو لفوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ،وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفي به العنة لانه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) وان وطيء امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا نسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال انه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لان العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغيير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين ، وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الاربع ، فان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها ، وكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه (والثاني) لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) اذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لان الاختيار استدامة للنكاح وتعيين للمنكوحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي

ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضى المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) فان أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لانهن لسن بزوجات له وان مات بعضهن فله الاختيار من الجميع فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساؤه ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات ، وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فان وطيء الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ، ومهر المثل للوطء الثاني لانهن أجنبيات ، وان وطئهن بعد اسلامهن فالموطوءات أولا المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ماذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا قد تنهض شهوته في حق إحداها لفرط حبه إياها وميله اليها واختصاصها بجمال وجهها دون الاخرى، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة لانه اذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطىء مرة لم تثبت عنته أبداً

﴿ مسئلة ﴾ (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كأن الخرقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لاننا ننتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه ههنا يقينا فلا حاجة إلى الانتظار . قال القاضي ويلزم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة . هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة

ولنا ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله إني أسلمت وتحتي أختان .قال « طلق أيتهما شئت » رواه ابو داود وابن ماجه وغيرهما ولان أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كالوطلق احداها قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لان المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلما في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم وتحته أختان ، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني فاذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به

(فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار إحداها لم يطأها حتى تنقضي عدة الاخرى لئلا يكون واطئاً لأحد الاختين في عدة الاخرى وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع، فان كن خمسا ففارق احداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، وان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد ثبت بها الخيار فان الخيار ههنا انما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لاننا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالعيب الحادث، وفي بعض النسخ قبل الدخول ومعناهما واحد ويحتمل أنه انما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث لانه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فالقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فاختار احداهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احداهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته ثم أسلما قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن فيما ذكرنا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن كانتا أما وبنتا ولم يدخل بالام انفسخ نكاحها، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما)

أما اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني، وقال في الآخر يختار أيتهما شاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام وكأنه لم يعقد على البنت

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يكن له اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح في أمها بخلاف الاختين

(فصل) فان كان دخل بالام أو بهما حرم نكاحهما على التأبيد الام لانها أم زوجته والبنت لانها ربيبة مدخول بأمها. قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوراً،وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لاتستحلف لان ما يبعد جداً لاالتفات اليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في إقراره،وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة وان كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف انه لم يطأها ،وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ،وان ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم فان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بهما،وان لم يسلم معه إلا احداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معا ، فان كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وان كان قد وطيء احداهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة، وإن لم يكن وطيء واحدة منهما فله وطء أيتهما شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما وأسلمتا في العدة فهما زوجتاه وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم العبد فيما زاد على الاربع ،فاذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحه حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لان له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في الحر فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة أو أمة وليس للحرة اذا أسلمت معه الخيار في فراقه لانها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيبا ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل ولو أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم اعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع اسلامهم لانه حر، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لايغير الحكم كما لو أسلم وتحته اماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يخير الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار باسلام الاوليين

(فصل) فان تزوج أربعا من الاماء فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتقن

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبدالله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الخرقي فيها روايتين (إحداهما) انه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فان أخرجه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه شبيه ببياض البيض وذاك اذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها

(والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

تحت عبد وانما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن الى البينونة ، فاذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح ، وإن أسلم في العدة بن بفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لانهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها فأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى اسلم الزوج فهن كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ لان تركهن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى البينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح لانهن اماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لاخيار لهن لانه لاحاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله ، فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحال اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعي لا يسقط اختيارهن لان اختيارهن للاقامة ضد الحالة التي هن عليها وعي جريانهن إلى البينونة فأشبه مالو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم وتحته اماء فاسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الاسلام ممن تحل له الاماء فله الاختيار منهن والا فسد نكاحهن

إذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عادما للطول خائفا للعنت فله أن يختار منهن واحدة فان

الرأي وابن المنذر لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه وجنبته أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوي وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه »

قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف بناء على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ماقال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروي عن أحمد رواية ثالثة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق الاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له

كانت لا نعفه فله أن يختار منهن من تعفه في احدى الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط شروط العقد فأشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمه، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينونة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل يبين بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة كاسلامهن معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدامة النكاح في أمة كتابية

﴿ مسئلة ﴾ (فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احداهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئا لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان معسر كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره، وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم يسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان له ذلك فتغير حاله لا يسقط ماثبت كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر انه يزوج امرأة لها حظ من الجمال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسئل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت انه يطأ كذبت الاولى، والثانية بالخيار بين الاقامة والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب اليه: أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها المهر من بيت المال عنه فان أصابها فقد كذبت وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما

وقال الاوزاعي: يشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فاذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الايلاء ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اسلمت احداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة بحالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة، وان عتقت احداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه ملك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام.

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك اذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون عنده من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وبن البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعددهن من حين الاختيار، وان أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره، وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فان أسلم البواقي في عدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه. وان طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها وحكم ذلك حكم مالو اختارها صريحاً لان ايقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها، فأما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فما زاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال لاينفسخ نكاحها. ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى معهن. فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي انه لايصح اختياره لها لان فسخه انما لم يصح مع إقامة البواقي على

يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فان ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الاحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات يكون عنينا ، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد يعن عن امرأة دون أخرى ، ولان نكاح الثانية ان كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازما ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الاولى ، ولان الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك ، وأكثر ما في الذي ذكروه ان يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه فاذا لم تثبت عنته باقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه اولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا)

والخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ، قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيراً ونساء)

الكفر حتى تنقضي العدة لأنا تبينا أن نكاحها كان لازما فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال فصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها . وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقا كذلك ههنا

﴿ مسألة ﴾ (وان أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن)

إذا أسلم وتحته حرة وإماء ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزمه نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء فثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء فان لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وان أسلمن في عددهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها . فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في اباحتهن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عدتها قبل إسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضاء عدتها لانا لا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثا قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولانا تبينا أن النكاح

فليس ثم خلق ثالث، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فان لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء. فاختلف أصحابنا في نكاحه فذكر الخرقي أنه يرجع إلى قوله فان ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه الي نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فان الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه الى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره، واذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء، وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبان الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فان أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لا يجوز لقادر على حرة وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ينظر فان لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار الا واحدة اعتبارا بحالة اجتماع اسلامه واسلامهن، وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فان كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره لان الاختيار لا يكون موقوفا، فأما ان عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو أعتقن قبل اسلامه واسلامهن وان أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لانه لابد ان يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فاذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لاقراره ببطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الشافعي ، وقال ابو بكر لايجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لانه لم يتحقق وجود مايبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل اني رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع اليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما في نكاحه ولانه لايعرف نفسه كما لايعرفه غيره ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما اذا زنيا والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء)

ذكر الخرقي رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحصان ونحن نؤخره الى الحدود فانه أخص به والله أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي الا اثنتان لزمه نكاح الاربع ، وان أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثا مع التي اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لامعنى لانتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، ويحتمل أن لايجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا قال شيخنا والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم عبد وتحته اماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن) لانه حالة اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الاماء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلم وأعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حالة اجتماعهم في الاسلام كان حراً فيشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منها وأوله (كتاب الصداق) ﴾

فهرس محتويات الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير

﴿ تم فهرس الجزء السابع ﴾

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثامن

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصداق

الاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى ، وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى (وآتوهن أجورهن فريضة)

وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الصداق ﴾

وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة كأنه عطية بغير عوض وقيل نحلة من الله تعالى للنساء وقال تعالى (فآتوهن أجورهن فريضة) وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال النبي ﷺ « مهيم ؟ » فقال يا رسول الله تزوجت امرأة قال « ما أصدقتها ؟ » قال وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح . وللصداق تسعة أسماء :

النبي ﷺ « مهيم ؟ » فقال يارسول الله تزوجت امرأة ، فقال « ماأصدقتها ؟ » قال وزن نواة من ذهب فقال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » وعنه أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليهما ، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح

(فصل) والصداق تسمة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والاجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء . روي عن النبي ﷺ أنه قال « أدوا العلائق » قيل يارسول الله وما العلائق ؟ قال « مايتراضى به الاهلون » وقال عمر لها عقر نسائها ، وقال مهلهل :

انكحها فقدها الاراقم في جنب وكان الحباء من أدم
لو بأبانين جاء يخطبها خضب ما وجه خاطب بدم

يقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

(فصل) ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة « هل من شيء تصدقها؟» فالتمس ولم يجد قال « التمس ولوخاتما من حديد » فلم يجد شيئا فزوجه اياها بما معه من القرآن ، ولأنه أقطع للنزاع والخلاف فيه ، وليس ذكره شرط بدليل قوله سبحانه وتعالى (لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهرا .

الصداق والصدقة والمهر والنحلة والأجر والفريضة والعلائق والعقر والحباء ، روي عن النبي ﷺ أنه قال « أدوا العلائق » قيل يا رسول الله وما العلائق ؟ قال « ماتراضى به الاهلون » وقال عمر : لها عقر نسائها ويقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

﴿مسئلة﴾ (ويستحب تخفيفه لما روت عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤ نة » رواه أبو حفص باسناده عن أبي العجفاء قال قال عمر الا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ ولا أصدقت امرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة اوقية وان الرجل ليغلو بصداق امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لكم علق القربة ، أخرجه النسائي وأبو داود مختصرا وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت : اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وماالنش؟ قالت نصف أوقية أخرجاه أيضاً والاوقية أربعون درهما

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته)

لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة «هل من شيء تصدقها ؟ » قال لا أجد شيئاً قال « التمس ولو خاتما من حديد » فلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز اذا كان شيئا له نصف يحصل)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره بل كل ماكان مالا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وداود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطاً لحلت وعن سعيد ابن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة هو مقدر الاقل ، ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهما وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهما، واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولانه يستباح به عضو فكان مقدرا كالذي يقطع به السارق

ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتما من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ « أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ » قالت نعم فأجازه أخرجه أبو داود والترمذي

يجد شيئاً فزوجه إياها بما معه من القرآن متفق عليه ولانه أقطع للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطاً بدليل قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول الله ﷺ زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهراً

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وبناته وهو خمسمائة درهم) لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها اقتداء برسول الله ﷺ

﴿مسئلة﴾ (ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا)

وبهذا قال الحسن وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وأبو داود ،وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطاً لحلت وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبو حنيفة أنه مقدر الاقل، ثم اختلف فيه فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهما وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهما، واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولانه يستباح به عضو فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق

ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتماً من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال

وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » ، رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر ، قال كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله عز وجل (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ، ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه من المال كالعشرة وكالاجرة . وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض فقياسه على الاعواض أولى. وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله عز وجل (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) وروى أبو حفص باسناده ان عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين الفا ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال خرجت وانا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم إحداهن قنطاراً) وقال أبو صالح القنطار مائة رطل وقال أبو سعيد الخدري ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد سبعون الف مثقال

رسول الله ﷺ « أرضيت عن نفسك ومالك بنعلين ؟ » قالت نعم فأجازه . أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاما كانت حلالا له » رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر قال كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه كالعشرة وكالاجرة وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع اتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض وقياسه على الاعواض أولى . فأما أكثره فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) وروى أبو حفص باسناده أن عمر أصدق أم كلثوم بنت علي أربعين ألفاً وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم احداهن قنطاراً) قال ابو صالح القنطار مائة رطل وقال ابو سعيد ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

﴿مسئلة﴾ (كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقاً من قليل وكثير وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين)

(فصل) ويستحب أن لا يغلي الصداق لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » رواه أبو حفص باسناده وعن أبي العجفاء قال قال عمر رضي الله عنه ألا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولا كم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وان الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لكم علق القربة اخرجه النسائي وأبو داود مختصراً وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما نش؟ فقالت نصف أوقية أخرجاه أيضا ، والاوقية أربعون درهماً فلا تستحب الزيادة على هذا لانه اذا كثر ربما تعذر عليه فيتعرض للضرر في الدنيا والآخرة

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع أو أجرة في الاجارة من العين والدين والحال والمؤجل والقليل والكثير ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقا ، وقد روى الدارقطني باسناده قال : قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الايامى وأدوا العلائق - قيل ما العلائق يا رسول الله قال - ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من أراك » ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا تكون صداقا لانها ليست مالا وإنما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا قول الله تعالى (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج)

ومنافع الحر والعبد سواء فقد روى الدار قطني باسناده قال قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الايامى وأدوا العلائق » قيل وما العلائق يا رسول الله قال « ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيباً من أراك » ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا يجوز أن تكون صداقاً لانها ليست مالا وانما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا قول الله تعالى (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) والحديث الذي ذكرناه ولانها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقاً كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فانها يجوز المعاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح .

﴿مسئلة﴾ (وان كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها اين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح لانه عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع والاجرة في الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وكل ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء وما لا يتمول عادة كقشرة جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا)

لانه نقل الملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع. ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة ويبذل

والحديث الذي ذكرناه ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فانها تجوز المعاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح وقد نقل مهنا عن احمد اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا قيل له فامرأة لها ضياع وأرضون لاتقدر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا قال ابو بكر ان كانت الخدمة معلومة جاز ، وان كانت مجهولة لا تنضبط فلها صداق مثلها كأنه تأول مسئلة مهنا على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح ، ونقل ابو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لانه معلوم يجوز أخذ العوض عنه فجاز أن يكون صداقا كالاعيان ، ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح لانه عمل معلوم يجوز أخذ الاجرة عنه ، وان أصدقها الاتيان به أين كان لم يصح لانه مجهول

(فصل) ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبهذا قال الشافعي وقال النخعي ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وابو عبيد يصح

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح كما لو أصدقها شيئا ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان

العوض في مثله عرفا لان الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب ان يبقى لها مال تنتفع به وتعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته

(فصل) ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي وقال النخعي والثوري ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد يصح

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلا يصح كما لو أصدقها شيئاً

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان تعذر ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ويجب عليه أجرة مثل خياطته لان المعقود عليه العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه وإن طلقها قبل خياطته وقبل الدخول فعليه خياطة نصفه ان أمكن معرفة نصفه وان لم يمكن فعليه نصف أجرة خياطته الا ان يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لانه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقاً كخياطة ثوبها

مسألة (وان تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين)

تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ويجب عليه أجر مثل خياطته لان المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أونحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه ، وان طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه ان أمكن معرفة نصفه وان لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته الا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه تدخاط النصف يقينا ، وان كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره

(فصل) وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لانه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وان أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحا معينا أو فقها أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الاجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية لانه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقا كمنافع الدار

(فصل) فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقا فقال في موضع أكرهه ، وقال في موضع لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي قال ابو بكر في المسئلة قولان يعني روايتين قال واختياري أنه لا يجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق ، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله

(إحداهما) لا يصح وقد نقل مهنا عن أحمد اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا ؟ قيل له امرأة لها ضياع وارضون لا تقدر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا ، ووجه هذه الرواية أنها ليست مالا فلا يصح أن يكون مهراً كرقبته ومنفعة البضع وهذا قول أبي حنيفة ولان المرأة تستحق على الزوج خدمته بدليل أنه اذا لم يقم لها من يخدمها لزمه أن يتولى خدمتها فاذا كانت خدمته مستحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضاً

(والثانية) يصح وهي أصح بدليل قصة موسى عليه السلام وقياساً على منفعة العبد وتأول أبو بكر رواية مهنا على ما إذا كانت الخدمة مجهولة ، فان كانت معلومة جاز وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب جائز لانه معلوم يجوز أخذ العوض عنه أشبه الاعيان وإن تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معلوم صح لذلك وإن أصدقها الاتيان به أين كان لم يصح لانه مجهول

﴿ مسئلة ﴾ (وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل فان أصدقها مالا يجوز أن يكون صداقاً كالخمر والخنزير وتعليم التوراة والانجيل والمعدوم والآبق والطير في الهواء ، والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد به النكاح في الصحيح من المذهب) وعنه يفسد اختاره أبو بكر لانه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا أن فساد المسمى ليس أكثر من عدمه وعدمه لا يفسد العقد كذلك هذا ، إذا ثبت هذا فانه

زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » فقال ماعندي الا إزاري فقال رسول الله ﷺ « إزارك ان أعطيتها جلست ولا إزار لك فالتمس شيئاً - قال لاأجد قال - التمس ولو خاتماً من حديد » فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولانها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح

ووجه الرواية الاخرى ان الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال . وقد روي أن رسول الله ﷺ زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال « لا تكون لأحد بعدك مهراً » رواه النجاد باسناده . ولان تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الايمان . ولان التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط فأشبه الشيء المجهول فأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه أنكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أباطلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر باسناده عن أنس ان أباطلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم فقالت أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك قال فأسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل بدليل مارواه النجاد ولا تفريع على هذه الرواية ، وأما على الاخرى فلا بد من تعيين مايعلمها

يجب لها مهر المثل لانها لم ترض ببدل ولم يسلم البدل وتعذر به العوض فوجب رد بدله كما لو باعه سلعة بخمر فتلفت عند المشتري .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح)

وكل ما يجوز أخذ الاجرة على تعليمه جاز وصحت التسمية لانه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقاً كمنافع الدار .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها)

وجملته أنه ينظر في قوله فان قال احصل لك تعليم هذه الصورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا يختص بها فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها وان قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لانه معين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرد أنه يحتمل الصحة لان هذا يكون في ذمته فأشبه مالو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال، فعلى هذا يتعلمها ثم يعلمها أو يقيم لها من يعلمها .

(فصل) فان جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين لم يلزمه ايقاعه في غيرها كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره فقالت خطهذا ولان

إياه إما سورة معينة أو سوراً أو آيات بعينها لان السور تختلف وكذلك الآيات ، وهل تحتاج الى تعيين قراءة مرتبة فيه وجهان (أحدهما) يحتاج الي ذلك لان الاغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات

(والثاني) لا يفتقر الى التعيين لان هذا الاختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين

(فصل) فان أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت، فان قال احصل لك تعليم هذه السورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها له وان قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع انه لا يصح لانه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرد انه يحتمل الصحة لان هذه تكون في ذمته فأشبه مالو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال

(فصل) فان جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين فلم يلزمه ايقاعه في غيره كما لو استأجرته لخياطة ثوبه فأتته بغيره فقالت خط هذا ولان المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافا كثيرا ولان له غرضا في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها ،وان أتاها

المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً وقد يكون له غرض في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها فان أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون في التعليم ، وقد يكون لها غرض في التعليم منه لكونه زوجها ، تحل له ويحل لها ، ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياساً لاحدهما على الآخر .

﴿ مسئلة ﴾ (فان تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها)

وكذلك إن تعذر عليه تعليمها كما لو أصدقها خياطة ثوب فتعذر ، فان ادعى انه علمها فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه . وفيه وجه آخر أنهما ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه،وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض وان لقنها الجميع وكلما لقنها شيئاً نسيته لم يعتد بذلك تعليما لان ذلك لا يعد تعليما في العرف ولو جاز ذلك لافضى الى انه متى أقرأها بيتاً من الشعر أو مسئلة من الفقه او آية فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها وحفظها فأما مادون الآية فليس تلقيناً وجهاً واحداً .

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان)

(أحدهما) عليه نصف أجرة تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة .

بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون في التعليم ، ولان لها غرضا في التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسا لأحدهما على الآخر

(فصل) فان تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فان اختلفا فقال علمتكيها فأنكرت فالقول قولها لان الاصل عدم تعليمها ، وفيه وجه آخر انها ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لان الظاهر معه ، وان علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض ، وان لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليما لان ذلك لا يعد تعليما ولو جاز ذلك لأفضى الى انه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجها واحدا

(فصل) فان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وان لم يكن علمها ففيه وجهان (أحدهما) عليه نصف أجر تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة (والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات ، وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان ، وان أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لايمكنه نصف الرد وان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره

(والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها الجميع وجهان ، وان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها رجع عليها بنصف أجر التعليم لان الطلاق قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لايمكنه نصف الرد فان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف الاجرة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح وعنه يصح)

اختلفت الرواية عن أحمد في جعل تعليم شيء من القرآن صداقا فقال في موضع أكرهه ، وقال في موضع آخر لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي ، قال أبو بكر في المسئلة قولان يعني روايتين قال واختياري انه لايجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول واسحاق ، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي ان رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » فقال ماعندي الا ازاري فقال رسول الله ﷺ « ازارك ان اعطيتها إياه جلست ولا ازار لك فالتمس شيئا » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتما من حديد » فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولانها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح

(فصل) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع ايمانه واعتقاده انه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ « لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم » فالتحفظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فان السماع غير الحفظ ، وان أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والانجيل لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما

(الفصل الثاني) ان الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) وقال النبي ﷺ « العلائق ما تراضى عليه الاهلون » ولانه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات فان كان الولي الاب فمها اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقا قليلا كان او كثيراً بكراً كانت او ثيبا صغيرة كانت او كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعل الصداق إجارة ثماني حجج من غير مراجعة الزوجة ، وان كان الولي غير الاب اعتبر رضا المرأة والزوج لان الصداق لها وهو عوض منفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها فان لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع ان جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم وان نقص عنه فلها مهر المثل

ولنا ان الفروج لا تستباح الا بالاموال لقوله تعالى (ان تبتغوا باموالكم) وقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال وقد روي أن رسول الله ﷺ زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال « لا يكون لاحد بعدك مهراً » رواه البخاري باسناده ولان تعليم القرآن لا يجوز ان يقع الا قربة لفاعله فلم يصح ان يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الايمان ، وأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه انكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أباطلحة على اسلامه ، فروى ابن عبد البر باسناده ان ابا طلحة أتى ام سليم يخطبها قبل ان يسلم فقالت أتزوج بك وانت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان ؟ ان أسلمت تزوجت بك قال فاسلم أبو طلحة فتزوجها على اسلامه ، وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل ان يكون خاصا لذلك الرجل كما روى البخاري (١) ولا تفريع على هذه الرواية ، فاما على قولنا بالصحة فلا بد من تعيين ما يعلمها اياه اما سورة أو سوراً أو آيات بعينها لان السور تختلف وكذلك الآيات

(١) كذا وتقدم في المغني انه النجاد

﴿مسئلة﴾ (ولا يحتاج الى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج الى ذلك)

لان الاغراض تختلف فيها صعب كقراءة حمزة وسهل فاشبه تعيين الآيات ووجه الاول ان هذا الاختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا

(الفصل الثالث) أن الصداق لايكون إلا مالا لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال وهذا معنى قول الخرقي له نصف يحصل، ومالا يجوز أن يكون ثمنا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول ومالا منفعة فيه، ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، ومالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، ومالا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لايجوز أن يكون صداقا لانه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ماذكرناه كالبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفا لان الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته فلها عليه قيمته)

وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيراً فان كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لان العقد لاينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه، وان كان الصداق مثليا كالمكيل

يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فاشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين

(فصل) ولو اصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا ان الجنب يمنع قراءة القرآن مع ايمانه واعتقاده انه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ «لاتسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة ان تناله أيديهم» فالتحفظ أولى ان يمنع منه فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فان السماع غير الحفظ فان اصدقها أو اصدق مسلمة تعليم شيء من التوراة لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو اصدقها محرما

(مسئلة) (وان تزوج نساء بمهر واحد وخالعهن بعوض واحد صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية)

وجملته انه اذا تزوج اربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل ان يكون لهم ولي واحد كبنات الاعمام او موليات لولي واحد ومن ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم فالنكاح صحيح والمهر صحيح وبهذا قال أبو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي والقول الثاني ان المهر فاسد ويجب مهر المثل لان مايجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم

والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه ، وان اختارت امساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب ، وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا

(فصل) وان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا ان دلسه تدليساً يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به ، وان وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع ، وقد نقل مهنا عن احمد فيمن تزوج امرأة على الف ذراع فاذا هي تسعمائة هي بالخيار إن شاءت أخذت الدار ، وان شاءت أخذت قيمة الف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما اذا أصدقها داراً بعينها على أنها الف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت الرد لانه شرط شرطا مقصوداً فبان بخلافه وأشبه مالو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ويجوز أخذ الامساك لان المرأة رضيته بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك أرشا لان ذلك ليس بعيب ، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

ولنا ان الغرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر كل قفيز منها. اذا ثبت هذا فان المهر يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي وقال أبو بكر يقسم بينهن بالسوية لانه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسوية وان اختلفت رءوس أموالهم ولان القول بالتقسيط يفضي إلى جهالة العوض لكل واحد منهن وذلك يفسده

ولنا ان الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليها بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً فانه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فاذا احداهما حرة انه يرجع بقيمة الحرة وما ذكره من المسئلة ممنوع وان سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والاقرار فليس فيهما قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وافضاؤه إلى جهالة لا يمنع الصحة اذا كان معلوم الجملة، ومثل هذه المسئلة اذا خالع نساءه بعوض واحد فانه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر مهورهن وعند ابي بكر يقسم بالسوية

(فصل) فان تزوج امرأتين بصداق واحد احداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها حصتها من المسمى وبه قال الشافعي على قول وأبو

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك اذا تزوجها على عبد فخرج حرا أو استحق سواء سلمه اليها أو لم يسلمه)

وجملة ذلك أنه اذا تزوجها على عبد بعينه تظنه عبداً مملوكا فخرج حراً أو مغصوبا فلها قيمته وبهذا قال ابو يوسف والشافعي في قديم قوليه ، وقال في الجديد لها مهر المثل ، وقال ابو حنيفة ومحمد في المغصوب كقولنا ، وفي الحر كقوله لان العقد تعلق بعين الحر باشارته اليه فأشبه مالو علماه حراً

ولنا أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب ولأنها رضيت بقيمته اذ ظنته مملوكا فكان لها قيمته كما لو وجدته معيبا فردته بخلاف ما اذا قال أصدقتك هذا الحر أو هذا المغصوب فانها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه اياها فكان وجود التسمية كعدمها فكان لها مهر المثل وقول الخرقي سواء سلمه اليها أو لم يسلمه يعني أن تسليمه لا يفيد شيئاً لانه سلم مالا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه

(فصل) فان أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله لان المثل أقرب اليه ولهذا يضمن به في الاتلاف وان أصدقها جرة خل فخرجت خمراً أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلا لان الخل من ذوات الامثال وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لها قيمته لان الخمر ليس بمال ولا من

يوسف وقال أبو حنيفة المسمى كله للتي يصح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كانه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا أنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده وماذكره لا يصح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح ويقسط الالف عليهما على قدر صداقها وقيمة الدار وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر مثلها وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح البيع والمهر لافضائه الى الجهالة

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين وان قال زوجتك ولك هذه الالف بألفين لم يصح لانه كمدعجوة

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (ويشترط ان يكون معلوما كالثمن فان أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح)

وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولا مالم تزد جهالته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن احمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل ان يدخل

ذوات الامثال. والصحيح ماقلناه لانه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ولانه ان أوجب قيمة الحر فالحر لا قيمة له وان أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية في ايجاب قيمته فني ايجاب مثله أولى

(فصل) فان قال أصدقتك هذا الخمر وأشار الى الخل أو عبد فلان هذا وأشار الى عبده صحت التسمية ولها المشار اليه لان المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه باختلاف صفته كما لو قال بعتك هذا الاسود وأشار الى أبيض أو هذا الطويل وأشار الى قصير

(فصل) وان تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً أو مغصوبا صح الصداق في تملكه ولها قيمة الآخر نص عليه أحمد، وان كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين امساك نصفه وأخذ قيمة باقيه نص عليه أحمد لان الشركة عيب فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيبا، فان قيل فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة ؟ قلنا ان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله . أما تفريق الصفقة فانه اذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وانما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله وههنا لا ينفسخ العقد وانما رجع الى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لا يجاب قيمته، وأما اذا كان

بقوم الخادم وسطاً على قدر مايخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي أو ما أشبهه مما يذكر جنسه فانه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة ارطال زيت فان كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زبيب أو على ما اكتسبه من العام لم يصح لانه لاسبيل الى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه وفي الاول يصح لقول النبي ﷺ « أدوا العلائق ماتراضى عليه الاهلون » وهذا قد تراضوا عليه ولانه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فيثبت مطلقا كالدية ولان جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لانه يعتبر بنسائها من تساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ولانه لو تزوجها على مهر المثل صح فههنا مع قلة الجهل أولى، ويفارق البيع فانه لايحتمل فيه الجهالة بحال وقال مالك يصح مجهولا لانه ليس باكثر من ترك ذكره وان أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح وهو قول أبي بكر ، وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندي كما لو أصدقها عبداً أو ثوباً وذكر جنسه لان له وسطاً تعطاه المرأة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان اصدقها عبداً من عبيده لم يصح)

ذكره أبوبكر وقال أبو الخطاب يصح وقد روي صحته عن احمد ولها احدهم بالقرعة وكذلك

نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة اذا أصدقها عبدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته الى غير شيء كما لو كان منفرداً

(آخر الجزء الرابع من ربع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته)

نص أحمد على هذا في رواية الاثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لانه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وانما العوض تحصيله وتمليكها اياه . اذا ثبت هذا فانه اذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله لانه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وان لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول اليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لانه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته كما لو تلف وان كان الذي جعل لها مثليا فتعذر شراؤه وجب لها مثله لان المثل أقرب اليه

يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصاً من قمصانه أو نحوه فانه قد روي عن احمد في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فان كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فان تشاحا أقرع بينهم قلت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجه ذلك ان الجهالة في هذا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما اذا أصدقها عبداً مطلقا فان الجهالة تكثر ولا تصح

ولنا ان الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولان المجهول لا يصلح عوضاً في البيع فلم يصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً بدليل سائر ما لا يصلح ، وأما الدية فانها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين ؟ ثم ليست عقداً وانما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيمة المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم ان قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فانما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات

(فصل) وان تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يصح أن يكون عوضا في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها وبهذا قال الشافعي واختاره ابو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياسا على الابل في الدية .

ولنا أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه، ولانه عبد وجب صداقا فأشبه ما لو كان معيبا وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الابل وانما الاثمان أصل في الدية كما أن الابل أصل فيتخير بين دفع أي الاصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا ولان الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين

(فصل) وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فان طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي ووجه ما تقدم فان جاءها بقيمته مع امكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولانه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها

(فصل) ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولا مالم تزد جهالته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها يقوم الخادم وسطا على قدر مايخدم مثلها

وان كانت تحتاج الى نظر، الا ترى انا نصير الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير الى عبد مطلق ولو باع ثوبا بعبد مطلق فاتلفه المشتري فانا نصير الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ثم لا نسلم ان جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فان العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف الا بالبكارة والثيوبة فقط فيكون اذا معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه، إذا ثبت هذا فان لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لان الاعلى التركي والرومي والاسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري .

(فصل) وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يجوز ان يكون عوضاً في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها ، وبهذا قال الشافعي وهو اختيار أبي الخطاب ، وقال القاضي يلزمها ذلك قياساً على الابل في الدية

ولنا أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ولانه عبد وجب صداقا

ونحو هذا قول أبي حنيفة ، فعلى هذا اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي وما أشبهه مما يذكر جنسه فانه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لانه لا سبيل الى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه، وفي الاول يصح لقول النبي ﷺ « العلائق ما تراضى عليه الاهلون » وهذا قد تراضوا عليه ، ولانه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ، ولان جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لانه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح فههنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع فانه لا تحتمل فيه الجهالة بحال ، وقال مالك يصح مجهولا لان ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب إن تزوجها على عبد من عبيده أو قميص من قمصانه أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح لان أحمد قال في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فان كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فان تشاحا أقرع بينهم قلت وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجهه أن الجهالة ههنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما اذا أصدقها عبداً مطلقا فان الجهالة تكثر فلا يصح

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولان المجهول

فاشبه مالو كان معيباً ، وأما الدية فلا يلزمه أخذ قيمة الابل وانما الاثمان أصل في الدية فيتخير بين أي الاصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا، ولان الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعواض أولى من قياسه على عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان أصدقها عبداً مطلقا فجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمها قبولها)

وقال القاضي يلزمها ذلك الحاقا بالدية وقد ذكرنا الفرق بينهما وان الصحيح خلاف قوله

(فصل) وان تزوجها على ان يعتق أباها صح نص عليه أحمد فان طلبت اكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي لما نذكره في الفصل الذي يليه فان جاءها بقيمته مع امكان شرائه لم يلزمها قبوله لما ذكرناه ولانه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها

(فصل) فان تزوجها على ان يشتري لها عبداً بعينه فلم يبعه سيده أو طلب به اكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لانه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا

لا يصلح عوضا في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل ، وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر مالا يصلح ، وأما الدية فانها ثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين ثم ليست عقداً وانما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم ان قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فانما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما يجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج الى نظر ، ألا ترى أنا نصير الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير الى عبد مطلق ، ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري فانا نصير الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فان العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب فيكون اذاً معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد . وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم . وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه . اذا ثبت هذا فان لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية

نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وانما العوض تحصيله وتمليكها إياه ، اذا ثبت هذا فانه ان قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها لانه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو اصدقها عبدا يملكه فان تعذر عليه الوصول اليه لتكلفه أو غير ذلك أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته لانه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقدم فوجب قيمته كما لو تلف فان كان الذي جعل لها مثليا فلها مثله عند التعذر لان المثل اقرب اليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح وعنه يصح فان فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب)

ظاهر المذهب ان المسمى ههنا لا يصح ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار ابي بكر وقول الفقهاء لان هذا ليس بمال وقد قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولان النبي ﷺ قال «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى مافي صحيفتها ولتنكح فان لها ما قدر لها » صحيح وروى عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «لا يحل لرجل ان ينكح امرأة بطلاق اخرى » ولان هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجراً في اجارة فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة ، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمراً او نحوه ويكون لها مهر المثل او نصفه ان طلقها قبل الدخول أوالمتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة ، وعن احمد رواية اخرى ان التسمية صحيحة لانه شرط فعل لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها

ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لان الاعلى التركي والرومي والاسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري ، قال القاضي وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقا بالابل في الدية

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لانه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم ان أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلا الى وقت فهو الى أجله وان أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي المهر صحيح ومحله الفرقة فان أحمد قال اذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة وهذا قول النخعي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الاجل ويكون حالا ، وقال اياس بن معاوية وقتادة لايحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها

وعن مكحول والاوزاعي والعنبري يحل الى سنة بعد دخوله بها ، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل وهو قول الشافعي لانه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع، ووجه القول الاول أن المطلق يحمل على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك ، فأما ان جعل الاجل مدة مجهولة كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح لانه مجهول وانما صح المطلق لان أجله الفرقة بحكم العادة وههنا صرفه عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولا فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح هذا كعتق ابيها وخياطة قميصها ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا ان لم تطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة لانه سمى لها صداقا لم تصل اليه فكان لها قيمته كما لو اصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلها لان الطلاق لاقيمة له فان جعل صداقها أن طلاق ضرتها اليها الى سنة أو الى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئاً رجع الامر اليه فقد أسقطه أحمد لانه جعله لها الى وقت فاذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا بطل تصرفها كالوكيل وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يسقط لانها تركت ماشرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فاعتقته (والثاني) لايسقط لانها أخرت استيفاء حقها فلم يسقط كما لو أخرت قبض دراهمها، وهل يرجع الى مهر مثلها أو الى مهر الاخرى ؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليها أحمد قال في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز ، فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق الاول ونصف الزيادة وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة في العقد فان زادها فهي هبة تفتقر الى شروط الهبة ، فان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة ، قال القاضي وعن أحمد مثل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه ان كان طلقها قبل الدخول)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل :

(الاولى) أنه اذا سمى في النكاح صداقا محرما كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح نصّ عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لان أحمد قال في رواية المروذي اذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت ترى استقبال النكاح فأعجبه . وحكي عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله فسخ ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرما فأشبه نكاح الشغار .

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحا كان صحيحا فوجب أن يكون صحيحا وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مغصوبا أو مجهولا ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولان فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحا فكذلك اذا فسد ، وكلام أحمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فان مسئلة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد

ذلك فانه قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للامة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد

قال شيخنا وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ولان معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وانها تكون للسيد ، وحجة الشافعي أن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا يكون عوضاً في النكاح كما لو وهبها شيئاً ولانها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم تلحق به كما في البيع .

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة وقولهم انه لا يملك شيئاً من المعقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد وقد ملك البضع بدونه ، ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كانه ثبت بهما جميعاً كما قالوا في مهر المفوضة اذا فرضه وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . إذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه ثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تفتقر الى شروط الهبة وليس معناه

بتسميته فيه اتفاقا وما حكي عن مالك لا يصح فان ماكان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم ، فأما اذا فسد الصداق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فان النكاح ثابت لا نعلم فيه خلافاً ، وقول الخرقي وهما مسلمان احتراز من الكافرين اذا عقد النكاح بمحرم فان هذه قد مر تفصيلها .

(المسئلة الثانية) أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان فساد العوض يقتضي رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كمن اشترى شيئا بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فانه يجب عليه رد قيمته فان دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعا ، وإن مات أحدهما فكذلك لان الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لها المتعة لأنه لو لم يسم لها صداقا كان لها المتعة فكذلك اذا سمى لها تسمية فاسدة لان هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقا وبين من سمى لها محرما كالخمر أو مجهولا كالثوب وفي الجميع روايتان

(احداهما) لها المتعة اذا طلقها قبل الدخول لان ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض

أن الملك يثبت فيها من حين العقد ولا أنها تثبت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق

قال شيخنا لا أعرف ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ومن جعلها هبة لا تتنصف بطلاقها الا أن تكون غير مقبوضة فانها عدة غير لازمة فان كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه والا فلا

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف ان كان أبوها حيا وألفين ان كان ميتا لم تصح التسمية)

ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لان حال الاب غير معلومة فيكون مجهولا

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى ألفين ان كانت له زوجة لم تصح التسمية) في قياس التي قبلها وكذلك اذا تزوجها على الف ان لم يخرجها من دارها ونص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين قال أبو بكر في الجميع روايتان

(احداها) لا يصح وهو اختيار أبي بكر لان سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع (والثانية) يصح لان الالف معلوم وانما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فان وجد الشرط كان زيادة في الصداق وهي جائزة والاولى أولى، والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين (أحدهما) أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال ان مات أبوك فقد زدتك الى صداقك الفاً لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت

كالبيع لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى ففي مهر المثل يبقى على الاصل في أنه يرتفع وتجب المتعة

(والثانية) أن لها نصف مهر المثل لان ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالمسمى ، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة وهو مذهب الشافعي لان المفوضة رضيت بلا عوض وعاد اليها بضعها سليما وايجاب نصف المهر لها لا وجه له لان الله تعالى أوجب لها المتعة ففي ايجاب نصف المهر جمع بينهما او إسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما التي اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه ان كان قبل الدخول ولان الاصل وجوب مهر المثل لانه وجب بالعقد بدليل انه يستقر بالدخول والموت وانما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الاصل

(المسئلة الثالثة) انه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وبه قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لان البضع لا يقوم إلا بالعقد فاذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به لانها رضيت باسقاط الزيادة

ولنا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع وما ذكروه فغير مسلم ثم لا يصح

الاب (والثاني) أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله ان كان لي زوجة وان كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الالف فيه معلوم الوجود ليكون الالف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحمد على ابطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بان الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسئلتين اللتين صحح التسمية فيهما فان خلو المرأة من ضرة تعيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها وكذلك اقرارها في دار لها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها ونقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس احدى الصورتين على الاخرى ولا يكون في كل مسئلة الا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الآخرتين والبطلان في المسئلة الاولى وما جاء من المسائل الحق ما أشبهها به

﴿مسئلة﴾ (واذا قال العبد لسيدته أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء وكذلك ان قالت لعبدها أعتقتك على أن تزوج بي لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه)

لانها اشترطت عليه شرطاً هو حق له فلم يلزمه كما لو شرطت عليه أن تهبه دنانير فيقبلها ولان النكاح من الرجل لا عوض له بخلاف نكاح المرأة ، وكذلك لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

﴿مسئلة﴾ (واذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الاجل صح ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح)

عندهم فانه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب فان قيل انما وجب لحق الله تعالى قيل لوكان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا تزوجها على الف لها والف لابيها كان ذلك جائزاً فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الالفين ولم يكن على الاب شيء مما أخذ)

وجملة الامر انه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئا من صداق ابنته لنفسه وبهذا قال اسحاق ، وقد روي عن مسروق انه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج جهز امرأتك ، وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة . وقال الشافعي إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط الفاسد لان المهر لا يجب الا للزوجة لانه عوض بضعها فيبقى مجهولا لانا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لاجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام « أنت ومالك لأبيك » وقوله « ان أولادكم من أطيب كسبكم

يجوز أن يكون الصداق مؤجلا ومعجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لانه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وان شرطه مؤجلا الى وقت فهو الى أجله وان شرطه مؤجلا ولم يذكر أجله فقال القاضي يصح ومحله الفرقة عند أصحابنا قال أحمد اذا زوج على العاجل والآجل لا يحل الا بموت أو بفرقة وهذا قول النخعي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الاجل ويكون حالا وقال اياس بن معاوية لا يحل حتى تطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج وعن مكحول والاوزاعي يحل الى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي ولانه عوض مجهول المحل ففسد كثمن المبيع ووجه الاول أن المطلق يحمل على الفرقة والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بذلك فأما ان جعل الاجل مدة معلومة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وانما صح المطلق لان أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه ههنا عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولا فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أصدقها خمراً أو خنزيراً أو مالا مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وحكي

فكلوا من أموالهم » أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي وقال حديث حسن، فاذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك

قولهم : انه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فانه شرط الجميع لنفسه ، واذا تزوجها على الف لها والف لابيها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الالف الذي قبضته ولم يكن على الاب شيء مما أخذ لان الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفيهما وهو الف ولم يكن على الاب شيء لانه أخذ من مال ابنته الفا فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد قبضها الالفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج الف وبقي عليه الف للزوجة يأخذ الاب منها ما شاء

وقال القاضي يكون بينهما نصفين وقال نقله مهنا عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الايجاب فان الاب أن يأخذ ما شاء ويترك ماشاء واذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك اذا شرط.

(فصل) فان شرط ذلك غير الاب من الاولياء كالجد والاخ والعم فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسئلة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرد لان الشرط اذا بطل احتجنا ان نرد الى الصداق مانقصت الزوجة

عن أبي عبيد أن النكاح فاسد اختاره أبو بكر عبد العزيز وروي عن أحمد نحو ذلك فانه قال في رواية المروذي إذا تزوج على غير طيب فكرهه .فقلت ترى استقبال النكاح فأعجبه وحكي عن مالك أنه يثبت إذا دخل بها وإن كان قبله فسخ قالوا لانه نكاح جعل الصداق فيه محرما فأشبه نكاح الشغار

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب ان يصح وان كان فاسداً كما لو كان مجهولا ولانه عقد لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ولان فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحا فكذلك اذا فسد وكلام احمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فان مسئلة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه وما حكي عن مالك لا يصح وما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم فأما اذا فسد الطلاق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فالنكاح ثابت لا نعلم فيه اختلافا

(فصل) ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والثوري، والشافعي وأبو ثور يبطلان التسمية ويرجع بالقيمة كلها في المسئلتين كما في تفريق الصفقة قلنا لان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مستحق في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله أما تفريق الصفقة فانه إذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وانما انفسخ العقد فرجع في رأس العقد وههنا لا ينفسخ العقد وانما يرجع الى قيمة الحر منهما

لاجله ولا يعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد وان أصدقها ألفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لانه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها

ولنا ان جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها وإذا كان صداقا انتفت الجهالة وهكذا لو كان الاب هو المشترط لكان الجميع صداقا وإنما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك ويشترط أن لا يكون ذلك مجحفا بمال ابنته فان كان مجحفا بما لها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر أوليائها ذكره القاضي في المجرد

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الاب لانه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه ويكون ما أخذه الاب له لاننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الاب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لابيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الالف الذي قبضه الاب عليه أو عليها؟ على وجهين

لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته أما اذا كان نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة اذا أصدقها عبدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته الى غير شيء كما لو كان منفرداً

(مسألة) (وان وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ ارشه أو رده وأخذ قيمته)

وجملة ذلك أن الصداق اذا كان معينا فوجدت به عيباً فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا اذا كان العيب كثيرا وان كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير اذا رد به فلها قيمته ولا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فتجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه فان كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه فان اختارت امساك المعيب وأخذ ارشه فلها ذلك في قياس المذهب وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خيرت بين أخذ ارشه ورده ورد ارش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب ثبتت ههنا مثل ما تثبت في البيع والخلاف فيه كالبيع لما ذكرنا

(فصل) فان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد في البيع وهكذا ان دلسه تدليسا يرد به المبيع كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتضمير الماء على الرحا وأشباه ذلك فلها الرد به وان وجدت الشاة مصراة فلها ردها وترد صاعا من تمر قياساً على البيع ونقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فاذا هي تسعمائة هي بالخيار ان شاءت أخذت الدار وان شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما اذا أصدقها دارا بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول فان شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع اليه نصفه زائداً الا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد الا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه)

في هذه المسئلة أحكام منها أن المرأة تملك الصداق بالعقد وهذا قول عامة أهل العلم إلا أنه حكي عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه وروي عن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبي ﷺ « ان أعطيتها ازارك جلست ولا إزار لك » دليل على ان الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولانه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وان كانت قد ملكت نصفه إذا ثبت هذا فان نماءه وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان أو منفصلا وان كان مالا زكاتيا حال عليه الحول فزكاته عليها نص عليه أحمد وان نقص بعد قبضها له أو تلف فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها وأما قبل القبض فهو من ضمان الزوج ان كان مكيلا أو موزونا وأما غيرهما فان منعها منه ولم

الرد لانه شرط شرطا مقصوداً فبان بخلافه فأشبه ما لو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ، وجوز أحمد الامساك لان المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك ارشا لان ذلك ليس بعيب ، ويحتمل ان لها الرجوع بقيمة بعضها أو ردها وأخذ قيمتها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان تزوجها على الف لها والف لأبيها صح)

وجملة ذلك أنه يجوز لابي المرأة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبهذا قال إسحاق . وقد روي عن مسروق انه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج جهز امرأتك ، وروي ذلك علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة

وقال الشافعي : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط الفاسد لان المهر لا يجب إلا للزوجة لكونه عوض بضعها فيبقى مجهولا لاننا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لاجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لابيك » وقوله « ان أولادكم من أطيب

يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لانه بمنزلة الغاصب وان لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع وقد ذكرنا حكمه في بابه (الحكم الثاني) أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكما كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وارادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا آخر أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة، وللشافعي قولان كالوجهين ولنا قوله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لكم أو لهن فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولان الطلاق سبب يملك به بغير عرض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالارث ولانه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الاسباب ولا تلزم الشفعة فان سبب الملك فيها الاخذ بها ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير ارادته واختياره وقبل الاخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره فالاخذ بالشفعة نظير الطلاق، وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك المطلق فان ثبوت الملك حكم لها وثبوت أحكام الاسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته فان نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق فان كان قد طالبها به فمنعته فعليها الضمان لانها غاصبة وان تلف قبل مطالبته

كسبكم فكلوا من أموالهم » خرجه أبو داود وأخرج نحوه الترمذي وقال هذا حديث حسن، فاذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك

قولهم هو شرط فاسد ممنوع، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب عليه السلام فانه شرط الجميع لنفسه

﴿مسألة﴾ (فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بالالف الذي قبضته ولم يكن على الاب شيء مما أخذ)

لان الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق والالفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفها وهو الف ولم يكن على الاب شيء لانه أخذ من مال ابنته الفا فلا يجوز الرجوع عليه به وهذا فيما إذا كان قبضها الالفين، فان طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج الف وبقي عليه الف للزوجة يأخذ الاب منها ماشاء، وقال القاضي يكون بينهما نصفين، وقال نقله مهنا عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف، وليس هذا القول على سبيل الايجاب فان للاب ان يأخذ ماشاء ويترك ماشاء وإذا ملك الاخذ من غير شرط فكذلك اذا شرط.

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الاب لانه الذي فرضه لها فيرجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الاب له لانا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الاب منها فتصير

فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لانه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة ان اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكرة وان ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت بعده فالقول أيضا قولها لانه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنكره والقول قول المنكر، وظاهر قول أصحاب الشافعي أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق لانه حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبه المبيع اذا ارتفع العقد بالفسخ

ولنا ما ذكرناه، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع وان سلمنا فان الفسخ ان كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب الى جعل ملك غيره في يده، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وانما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه ما لو ألقى ثوبه في دارها بغير أمرها

(فصل) ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل دخوله بها فلها في النكاح الثاني نصف الصداق أو المسمى فيه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لها جميعه لان حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه

ولنا قول الله سبحانه (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه طلاق من نكاح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف به المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فان لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه فاما ان كان لم يدخل بها في النكاح الاول أيضا فعليه نصف الصداق الاول ونصف الصداق الثاني بغير خلاف

كأنها قبضته ثم أخذه منها، وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لابيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الالف الذي قبضه الاب عليه أو عليها؟ على وجهين

(مسئلة) (وان فعل ذلك غير الاب فالكل لها دونه)

اذا شرط ذلك غير الاب من الاولياء كالجد والاخ فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسئلة، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرد لان الشرط اذا بطل احتجنا أن نرد الى الصداق ما نقصت الزوجة لاجله ولا نعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد وان أصدقها الفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لانه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينتقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها

ولنا أن ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها واذا كان صداقا انتفت الجهالة وهكذا لو كان الاب هو المشترط لكان الجميع صداقا وانما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك، ويشترط أن لا يكون مجحفا بمال ابنته فان كان مجحفا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر الاولياء ذكره القاضي في المجرد

(مسئلة) (وللاب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وان كرهت)

(الحكم الثالث) أن الصداق اذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فان كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الاصل ، وان كانت غير متميزة فالخيرة اليها إن شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم العقد لان الزيادة لها لايلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الاصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وان شاءت دفعت اليه نصفا زائداً فيلزمه قبوله لانها دفعت اليه حقه وزيادة لاتضر ولا تتميز فان كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع الا في نصف القيمة لان الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لايجب عليها وان نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ولا يخلو أيضا من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز فان كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما فانه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الامثال ، وان لم يكن متميزاً كعبد كان شابا فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار إلى الزوج . ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لانه دون حقه ، وان شاء رجع بنصفه ناقصا فتجبر المرأة على ذلك لانه رضي أن يأخذ حقه ناقصا ، وان اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له هذا في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قاله ابو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها لانها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

وجملة ذلك ان للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكراً كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة وبه قال أبوحنيفة ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر مثلها لانه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولانه تفريط في مالها وليس له ذلك

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لاتغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وان كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشرف قريش شرفا وعلما ودينا، ومن المعلوم انه لم يكن مهر مثلها ، ولانه ليس المقصود من النكاح العوض وانما المقصود السكن والازواج ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من الاب مع تمام شفقته وبلوغ نظره انه لاينقصها من صداقها الا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ، ويفارق سائر عقود المعاوضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته

﴿ مسئلة ﴾ (وان فعل ذلك غيره باذنها صح)

ولم يكن لغيره الاعتراض اذا كانت رشيدة لان الحق لها وقد أسقطته فأشبه مالو أذنت في بيع

ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تنصف بالطلاق كالتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكه وفارق نماء المبيع لان سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولان الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميناً لم يكن له أخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه نماؤه فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى أو هزل وتعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة فان اتفقا على نصف العين جاز وان امتنعت المرأة من بذل نصفها فلها ذلك لاجل الزيادة وان امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لاجل النقص ، واذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فان كانت العين تالفة وهي من ذوات الامثال رجع في نصف مثلها والا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف لان العين إن زادت فالزيادة لها تختص بها ، وان نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وان طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول وقد زادت زيادة منفصلة فهي لها تنفرد بها وتأخذ نصف الاصل ، وان كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف وبين أن تأخذ الكل وتدفع اليه قيمة النصف غير زائد ، وان كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصاً وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص

سلعة لها بدون ثمن مثلها ، وان فعله بغير اذنها وجب مهر المثل لانه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فوجب مهر المثل والنكاح صحيح لان فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح

(فصل) وتمام المهر على الزوج لان التسمية فاسدة ههنا لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها لمحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله ، قال أحمد أخاف أن يكون ضامناً وليس الاب مثل الولي ، ويحتمل أن لا يلزم الزوج الا المسمى والباقي على الولي كالوكيل في البيع

﴿ مسألة ﴾ (وان زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن) وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى لان العوض له فكان المعوض عليه كالكبير وكثمن المبيع

﴿ مسألة ﴾ (فان كان معسراً فهل يضمنه الاب ؟ يحتمل وجهين)

ذكر شيخنا في كتاب المغني فيه روايتين مطلقا (إحداهما) يضمنه نص عليه احمد فقال تزويج الاب لابنه الطفل جائز ويضمن الاب المهر لانه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والاخرى لا يضمنه لانه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه وكالوكيل قال القاضي وهذا أصح . قال القاضي انما الروايتان فيما إذا كان الابن معسراً . أما الموسر فلا يضمنه الاب رواية

(فصل) اذا أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها وقت ماأصدقها وليس له الرجوع في نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة فأشبهت الجارية إذا سمنت وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لانه متصل بالاصل ولا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة ، فان بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك لانها زيادة متصلة ولا يجب فصلها ، وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الاصل لم يلزمها لان عرف هذه الثمرة أنها لاتؤخذ الا بالجذاذ بدليل البيع ولان حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد إلى العين الا برضاها ، فان قالت المرأة اترك الرجوع حتى أجذ ثمرتي وترجع في نصف الاصل أو ارجع في الاصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى اذا جذذت ثمرتك رجعت في الاصل أو قال أنا أرجع في الاصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر لان الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاهما ويحتمل أن يلزمها قبول ماعرض عليها لان الضرر عليه فأشبه مالو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النور في الشجر بمنزلة الطالع الذي لم يؤبر ، وإن كانت أرضا فحرثها فتلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم

واحدة ، فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فان كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لان الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه مالو وهبه الاب أجنبيا ثم وهبه الاجنبي للابن ، ويحتمل أن يرجع فيه لانه تبرع عن أبيه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في نصفه بالطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (وللاب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها)

لانه يلي مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها ، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة الا باذنها اذا كانت رشيدة لانها المتصرفة في مالها فاعتبر اذنها في قبضه كثمن مبيعها وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (أصحهما) أنه لا يقبضه إلا باذنها اذا كانت رشيدة كالثيب (والثانية) له قبضه بغير إذنها لانه العادة ولانه يملك اجبارها على النكاح أشبهت الصغيرة وهو قول أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : وان تزوج العبد باذن سيده على صداق مسمى صح بغير خلاف نعلمه والمهر على سيده وكذلك النفقة ضمنها أو لم يضمنها وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه احمد وعنه مايدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته ، وقال إن كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها ولا يعطى الولي وان لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا

النخل اذا أطلع الا في موضع واحد وهو أنها اذا بذلت نصف الارض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل والفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الثمرة لاينقص بها الشجر والارض تنقص بالزرع وتضعف

(الثاني) أن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في الارض فلا يجبر على قبوله ، وقال القاضي يجبر على قبوله كالطلع سواء، وقد ذكرنا مايقتضي الفرق ومسائل الغراس كمسائل الزرع فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الارض زادت ولا نقصت رجع في نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة

(فصل) واذا أصدقها خشبا فشققته أبوابا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهبا أو فضة فصاغته حليا فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لان الذهب لاينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته ، وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حليًا فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص

قول الشافعي لانه لا يخلو إما أن يتعلق برقبة العبد أو بذمته أو كسبه أو ذمة السيد لا جائزا أن يتعلق بذمة العبد يتبع به بعد العتق لانه يستحق العوض في الحال معجلا فلا يجوز تأخير العوض ولا جائزا أن يتعلق برقبته لانه وجب برضاء سيده أشبه مالو اقترض برضائه ولا جائزا أن يتعلق بذمة السيد لانه انما يتعلق بذمته ما ضمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفقة فثبت تعلقه بكسبه ضرورة ، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للسيد الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ، ومن علقه بكسبه فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب وليس لسيده منعه من التكسب

ولنا انه حق تعلق بالعقد برضاء سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو أرهنه بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كارش جنايته فأما النفقة فإنها تجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري وعلى العبد اذا عتق

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح)

أجمع العلماء على ان العبد ليس له ان ينكح بغير اذن السيد فان فعل لم ينفذ نكاحه في قول الجميع قال ابن المنذر أجمعوا على ان نكاحه باطل قال شيخنا الصواب ماقلنا ان شاء الله تعالى فانهم اختلفوا في صحته فعن احمد في ذلك روايتان (أظهرهما) انه باطل وهو قول عثمان وابن عمر رضي الله عنهما وبه قال شريح وهو قول الشافعي ، وعن احمد انه موقوف على اجازة السيد فان اجازه والا بطل وهو قول أصحاب الرأي لانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

في يدها ولا يلزمها بدل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدراهم الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لانها عادت الى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه مالو أصدقها عبداً فمرض ثم برئ ، وإن صاغت الحلي على ماكان عليه نفيه وجهان

(أحدهما) له الرجوع كالدراهم اذا أعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لانها جددت فيه صناعة فأشبه مالو صاغته على صفة أخرى ، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت الى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين

(فصل) وحكم الصداق حكم البيع في ان ماكان مكيلا أو موزونا لايجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وما عداه لايحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه ما كان متعينا فلها التصرف فيه ومالم يكن متعينا كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لاتملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع ، وذكر القاضي في موضع آخر أن مالم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لانه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك به بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه وقياس المذهب أن ماجاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص ومالا تصرف لها فيه فهو

ولنا ماروى جابر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم والترمذي وقال حسن وأبو داود وابن ماجه وروى الخلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان قال أحمد ذكرت هذا الحديث لابي عبد الله فقال هذا حديث منكر رواه أبو دواد وابن ماجة عن ابن عمر موقوفا من قوله ولانه عقد فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

﴿ مسئلة ﴾ (فان فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه)

لانه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لاتوجب بمجردها شيئاً فان أصابها وجب لها المهر في الصحيح من المذهب رواه عن احمد جماعة وروى عنه حنبل انه لامهر لها اذا تزوج العبد بغير اذن سيده وهذا يمكن حمله على ماقبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر جلده الحد وقال للمرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه انه وطيء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا عالمين بالتحريم فاما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر لانه لاينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لامهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد يتعلق به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد

من ضمان الزوج وان منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لان يده عادية فضمنه كالغاصب وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ففقئت عينه فقال ان كانت قبضته فهو لها وان لم تكن قبضته فهو على الزوج فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال وهو مذهب الشافعي وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثليا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع إلى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فاذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه

ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فان البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق اذا ثبت هذا فان التالف في يد الزوج لا يخلوا من أربعة أحوال

(أحدها) أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الاجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة

لان هذا حق لزم رضاء من له حق فكان محله الذمة كالدين والصحيح ان المهر واجب لقوله عليه الصلاة والسلام « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان اصابها فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه لانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبا كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) ويتعلق المهر برقبته يباع فيه الا ان يفديه السيد ويحتمل ان يتعلق بذمة العبد وقد ذكرناه وهذا أظهر لان الوطء اجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ماوجب شيء لانه برضي المستحق

(فصل) والواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فاوجب مهر المثل بكماله كالنكاح بلا ولي وسائر الانكحة الفاسدة وعنه يجب خمسا المسمى اختارها الخرقي وعنه رواية ثالثة انها ان علمت انه عبد فلها خمسا المهر وان لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد ووجه قول الخرقي ماروى الامام احمد باسناده عن خلاس ان غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيحان التيمي بغير اذن مولاه فكتب أبو موسى في ذلك الى عثمان بن عفان فكتب اليه ان فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز ان ينقص العبد فيه عن الحر كالحد والواجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان وظاهرها انه أوجب خمسي المسمى ولهذا

(فصل) اذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبه ما لو لم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب لولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع فيه لاننا نمنع ذلك وان سلمناه فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل انه لا يطالب ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فاذا وجد كان الرجوع في عينه أولى وفي معنى هذه التصرفات الرهن فانه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل الملك ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز وكذلك الكتابة فانها تراد للعتق المزيل الملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن فان طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تجبر على رد نصفه اليه لانه عقد عقدته في ملكها فلم تملك إبطاله كاللازم ولان ملكها قد زال فلم تملك الرجوع في ما ليس بمملوك لها (والثاني) تجبر على تسليم نصفه لانها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين الوجهين فأما ان طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم

قال كان صداقها خمسة ابعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات والاوجبت القيمة وهي الاثمان دون الابعرة ويحتمل ان يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل

(فصل) فان كان الواجب زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لان الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل انه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا اعطى القيمة فقد اعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وان كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع

(فصل) وان اذن السيد لعبده في التزويج بمعينة أو من بلد معين أو من جنس معين فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان اذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحاً فاسداً احتمل ان يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد واحتمل ان يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله وان اذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فالمهر على سيده لانه باذنه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان زوج السيد عبده امته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضي)

البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها الان حقه يثبت في القيمة (الثاني) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ويكون وجود هذا التصرف كعدمه لانه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالايداع والعارية فأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لانه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع ولانه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته لان شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه وان كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين ان قلنا تباع في الدين فهي كالعبد، وان قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها، وان كانت الامة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لانه نقص، وان اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع وان قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمنع الرجوع كالتدبير، واحتمل أن تمنعه لان الكتابة عقد لازم يراد لازالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن (الثالث) تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالاجارة والتزويج فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع في نصفه ناقصاً لانه رضي بحقه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فان رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة فان قيل فقد قلتم في الطلع الحادث في النخل إذا قال

لايجب للسيد على عبده مال وقيل يجب الصداق على السيد ثم يسقط قاله أبو الخطاب قال يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر اثباته وقال أبو عبد الله اذا زوج عبده من أمته فأحب ان يكون بمهر وشهود، قيل فان طلقها؟ قال يكون الصداق عليه اذا أعتق قيل فان زوجها منه بغير مهر؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى انه جائز لان النكاح لايخلو من مهر ولا يثبت للسيد على عبده مال فسقط

﴿ مسئلة ﴾ (وان زوج عبده حرة ثم باعها اياه بثمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه ان كان قبل الدخول الى ثمنه)

اذا اشترت الحرة زوجها أو ملكته انفسخ النكاح لان ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا مالكه ولان المرأة تقول انفق علي لاني امرأتك وانا اسافر بك لانك عبدي ويقول هو انفقي علي لاني عبدك وانا اسافر بك لانك امرأتي فيتنافا ذلك فثبت اقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لانه أضعفهما ولها على سيده المهر ان كان بعد الدخول وعليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا ان كانا متساويين وان تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل وان اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ماعليه الى صاحبه وقال الشافعي في أحد قوليه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجز ان يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو اتلف

أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسئلة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسئلتنا ولان ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ووقت جذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان أصدقها شقصا فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين فان قلنا له أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لانه قد زال ملكها عنه ، وان طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان (أحدهما) يقدم الشفيع لان حقه أسبق فانه ثبت بالنكاح وحق الزوج ثبت بالطلاق ولان الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل بطل بغير بدل (والثاني) يقدم الزوج لان حقه آكد فانه ثبت بنص القرآن والاجماع وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مبلغه فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعي مهر

لها مالا وهذا بناء منهم على ان المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا انه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه وذكر القاضي وجها انه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعا كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ولانه ثبت في الذمتين جميعا احداهما تبع للاخرى بل المذهب انه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما ان كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل الدخول بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لان زوال الملك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذا من جهته فلم يسقط جميع المهر (والثاني) يسقط لان الفسخ انما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعساره وشراء الرجل امرأته فان قلنا لا يسقط جميعه فالحكم في النصف الباقي كالحكم في جميعه اذا فسخ النكاح بعد الدخول على ما ذكرنا

(فصل) فان باعها اياه بالصداق صح نص عليه وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه ان قلنا يسقط نصفه أو بجميعه ان قلنا يسقط جميعه ويحتمل ان لا يصح قبل الدخول لكون انفساخ النكاح جاء من قبلها فيبقى الشراء بغير عوض فلا يصح وهو قول أصحاب الشافعي لان ثبوت البيع يقتضي نفيه فان صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض ووجه الاول انه يجوز ان يكون ثمنا لغير هذا العبد فجاز ان يكون ثمنا له كغيره من الديون وما سقط منه رجع عليها به

المثل منها فان ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال ابو حنيفة وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه ، وعن احمد رواية اخرى أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور وبه قال ابو يوسف الا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعي مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لانه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعي يتحالفان فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ماقاله ، وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري لانهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفا قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في البيع فانه يفرق في التحالف بين ماقبل القبض وبعده ولانها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته

ولنا أن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع اذا ادعى التلف او الرد ولانه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولان القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فانها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة، ولو ادعت مائتين

(فصل) قال رضي الله عنه وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد

هذا قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك انها لا تملك الا نصفه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار، وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبي ﷺ « ان أعطيتها ازارك جلست ولا إزار لك » دليل على ان الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولانه عقد يملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وإن كانت قد ملكت نصفه

(مسئلة) فان كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه وضمانه عليها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان النماء أو منفصلا وعليها زكاته اذا حال عليها الحول نص عليه أحمد وان تلف فهو من ضمانها، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها لانها قد ملكته اشبه مالو ملكته بالبيع الا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه لانه بمنزلة الغاصب فان زاد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه ويكون الخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته أكثر ماكانت من يوم العقد الى حين القبض لانه إذا زاد بعد العقد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه الا أن تكون الزيادة لتغير السعر فقد ذكرناه في النصب وعن أحمد فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه . ان كانت قد قبضته فهو لها وان لم تقبضه فهو على الزوج هكذا نقله مهنا فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من

وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولان مهر المثل ان لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ماأوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه لانها لاتؤثر في إيجابه وفارق البيع فانه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لايصح فانها لم تجعله أمينها ولو كان أمينها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها على أنه لايلزم من الاختلاف عدم الاشهاد فقد تكون بينهما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة إذا ثبت هـذا ، فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لانه اختلاف في مايجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال ، وحكي عن القاضي أن اليمين لاتشرع في الاحوال كلها لانها دعوى في النكاح

(فصل) فان ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يمينا والاولى أن يتحالفا فان مايقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه الا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ولانهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة والباقون على أصولهم

(فصل) فان قال تزوجتك على هذا العبد فقالت بل على هذه الامة وكانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد لان قوله يوافق الظاهر ولاتجب

ضمان الزوج بكل حال سواء كان معينا أو لم يكن كغير المعين وهو مذهب الشافعي.

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه الا بقبضه كالبيع)

وجملة ذلك أن حكم الصداق حكم البيع في ان ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وماعداه لايحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه ماكان معينا فلها التصرف فيه وما لم يكن معينا كقفيز من صبرة ورطل من زيت لم تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لاتملك التصرف في شيء من قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع وذكر القاضي في موضع آخر ان ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث ، وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف وقياس المذهب ان ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أونقص ومالاتصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج إلا أن يمنعها من قبضه فيكون من ضمان الزوج بكل حال كالغاصب وقدذكرنا مارواه مهنا عن احمد في العبد إذا فقئت عينه ان ضمانه على الزوج ما لم تكن قبضته وهذا كمذهب الشافعي

عين العبد لئلا يدخل في ملكها ماينكره وإن كانت قيمة الامة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك، فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجب عين الامة لاننا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين وليس في ذلك ادخال ماينكره في ملكها

(والثاني) تجب لها قيمتها لان قولها انما وافق الظاهر في القدر لافي العين فأوجبنا لها ماوافقت الظاهر فيه، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل اذا تحالفا وظاهر قول القاضي أن اليمين لا يشرع في هذا كله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ماادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئه منه)

وجملة ذلك أن الزوج اذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفى لها أو ابرأته منه أو قال لاتستحق علي شيئا وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي. وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج

(فصل) وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثلياً وبقيمته ان لم يكن مثليا، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع الى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع الى المعوض فاذا تعذر رده رجع الى قيمته كالبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه

ولنا أن كل عين وجب تسليمها مع وجودها اذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فان المبيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق فاذا ثبت هذا فان التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال (أحدها) أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الاجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على الاجنبي (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في صدر المسئلة

﴿مسئلة﴾ (فان قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه ان كان باقيا)

لقول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله ويدخل في ملكه حكما كالميراث هذا قياس المذهب ولا يفتقر الى

والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك، قال أصحابه أنما قال ذلك اذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لانها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه :

ولنا أن النبي ﷺ قال « اليمين على المدعى عليه » ولانه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) فان دفع اليها ألفا ثم اختلفا فقال دفعتها اليك صداقا وقالت بل هبة فان كان اختلافهما في نيته كأن قالت قصدت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته ، وإن اختلفا في لفظه فقالت قد قلت خذي هذا هبة أو هدية فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه عقداً على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عوضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع اليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث اليها بقيمته متاعا وثيابا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها قد بعثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها فهذه الرواية

اختياره وارادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالوجهين فعلى هذا ما ينمي قبل ذلك فهو لها وعلى القول الآخر يكون بينهما نصفين

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لكم أولهن فاقتضى ذلك ان النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولان الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على ارادته واختياره كالارث ولانه سبب لنقل الملك فيه فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الاسباب ولا تلزم الشفعة فان سبب الملك فيها الاخذ ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادة واختيار وقبل الاخذ ما وجد السبب وانما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره كما ان الطلاق مفوض الى اختياره فالاخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للاخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فان ثبوت الملك حكمهما وثبوت أحكام الاسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا ارادته

(فصل) فان زاد زيادة منفصلة رجع في نصف الاصل والزيادة لها وان كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائداً وبين دفع نصف قيمته يوم العقد.

وجملة ذلك أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من ان تكون الزيادة غير متميزة كسمن العبد وكبره وتعلمه صناعة أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فان كانت زيادة متميزة اخذت الزيادة ورجع

اذا لم تخبرهم أنه صداق فأما اذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هو هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما الكل واحد منهما ، وحكي عن مالك أنه قال ان كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لان الظاهر معها وإلا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه الى يدها فكان القول قول المالك كما لو قال أودعتك هذه العين قال بل وهبتها :

(فصل) إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لانه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان مات أحد الزوجين فكذلك وان مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء. قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقادم العهد لانه تعذر الرجوع الى مهر المثل لانه تعتبر فيه الصفات والاوقات وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لانه أقل الصداق .

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتها مقامها كالمتبايعين وما ذكروه ليس بصحيح لانه لا يسقط الحق لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

(فصل) وان اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الاب مقام الزوجة في اليمين لانه يحلف

بنصف الاصل وان كانت غير متميزة فالخيرة اليها ان شاءت دفعت اليه قيمته يوم العقد لان الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الاصل بدونها فصرنا الى نصف القيمة وان شاءت دفعت اليه نصفه زائداً فيلزمه قبوله لانها دفعت اليه حقه وزيادته لا تضر ولا تتميز فان كانت محجوراً عليها لم يكن له الرجوع الا في نصف القيمة لان الزيادة لها ولا يجوزلها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها

﴿مسئلة﴾ (وان كان ناقصاً خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصاً وبين أخذ القيمة يوم العقد)

إذا نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها وقد ذكرناه مفصلا ولا يخلو من ان يكون النقص متميزاً أو غير متميز فان كان متميزا كعبدين تلف أحدهما فانه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف ان كان من ذوات الامثال وان لم يكن متميزاً كأن شاب فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسي صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار الى الزوج ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لانه دون حقه وان شاء رجع بنصفه ناقصا فتجبر المرأة على ذلك لانه رضي أن يأخذ نصف حقه ناقصاً فان اختار ان يأخذ ارش النقص مع هذا لم يكن له ذلك في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فللزوج الرجوع فيها لانها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

على فعل نفسه ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه كالزوجة فان لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وانما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فاذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي اذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لان الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة الا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) اذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لانها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما اذا اختلفا في قدر الصداق، فان قلنا القول قول الزوج فلها المتعة، وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها هذا اذا طلقها، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين.

ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تتنصف بالطلاق كالمميزة فأما زيادة السوق فليست ملكها وفارق نماء المبيع لان سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولان الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف بدلها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميناً فلم يكن له اخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه سمنه فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل ان يتعلم صناعة وينسى أخرى أوهزل و تعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع والرجوع الى القيمة فان اتفقا على نصف العين جاز وان امتنعت المرأة من بذلها فلها ذلك لاجل الزيادة وان امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لاجل النقص واذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فان أصدقها شقصاً وقلنا للشفيع أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لزوال ملكها عنه فان طلقها قبل الاخذ بالشفعة فطالب الشفيع قدم حقه في أحد الوجهين لان حقه أسبق فانه يثبت بالنكاح وحق الزوج ثابت بالطلاق ولان الزوج يرجع الى بدل وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل فالى غير بدل (والثاني) يقدم الزوج لان حقه ثبت بنص القرآن والاجماع فكان آكد وحق الشفيع مختلف فيه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان تالفاً أو مستحقاً بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد الا ان يكون مثلياً فيرجع بنصف مثله)

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه اذا طلقها قبل الدخول الا المتعة)

وجملته أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم وقد دل على هذا قول الله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)

وروي أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ؟ فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ماقضيت. أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، ولان القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً

وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لانها تكون كالموهوبة وليس بصحيح لأنه قد صح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لان معناهما واحد وما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الاخرى وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر اذا ثبت هذا فان المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل اليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه إلى وليها ومعنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر:

وقال القاضي له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض، قال شيخنا: هذا مبني على ان الصداق لا يدخل في ضمان المرأة الا بقبضه وان كان معيناً كالمبيع في رواية فعلى هذا ان كانت القيمة وقت العقد أقل لم يلزمها إلا نصفها لان الزيادة بعد العقد لها لانها نماء ملكها فأشبهت الزيادة بعد القبض وان كانت القيمة وقت القبض اقل لم يلزمها أكثر من نصفها لان ما نقص من القيمة من ضمانه تلزمه غرامته لها فكيف يجب له عليها ؟

(فصل) فان أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع في نصفها لانها زادت زيادة متصلة فهي كسمن الجارية وسواء كان الطلع مؤبرا أو غير مؤبر لانه متصل بالاصل لا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة فان بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها لزمه ذلك لأنها زيادة متصلة لا يجب فصلها، وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لان العرف في هذه الثمرة أنها لا تؤخذ الا بالجذاذ بدليل البيع ولان حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاها فان قالت المرأة اترك الرجوع حتى آخذ ثمرتي وترجع في نصف الاصل وأرجع في نصف الاصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج انا أصبر حتى إذا أخذت ثمرتك رجعت في الاصل، أو قال أنا أرجع في الاصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعني مهملين والتفويض على ضربين : تفويض بضع وتفويض مهر . فأما تفويض البضع فهو الذي ذكره الخرقي وفسرناه وهو الذي ينصرف اليه إطلاق التفويض ، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو على حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقي لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل ، والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك ، فأما ان زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير إذنها في ذلك فانه يجب مهر المثل

وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا في الصورة الاولى وقد سبق الكلام معه في أن للاب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فكذلك يجوز تفويضه ، فاذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والزهري والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ان الواجب لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرما

أحدهما قبول قول الآخر لان الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين الا بتراضيهما ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر .

(فصل) فان كانت أرضاً فحرثتها فتلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادة لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها ،وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا طلع إلا في موضع واحد وهو انها اذا بذلت نصف الارض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل والفرق بينهما من وجهين : (أحدهما) أن الثمرة لا تنقص بها الشجرة ، والأرض تنقص بالزرع وتضعف . (الثاني) أن الثمرة متولدة من الشجر فهي تابعة له ، والزرع ملكها أودعته في الارض فلم يجبر على قبوله . وقال القاضي يجبر على قبوله كالطلع سواء ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق . ومسائل الغراس كمسائل الزرع فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الارض زادت ولا نقصت رجع في نصفها وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة .

(فصل) فان أصدقها خشباً فشقته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لانه نقص من وجه فانه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى قال (حقا على المحسنين) فخصهم بها فيدل انها على سبيل الاحسان والتفضل، والاحسان ليس بواجب ولانها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم

ولنا قوله تعالى (ومتعوهن) أمر والامر يقتضي الوجوب، وقال تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن) ولان طلاق في نكاح يقتضي عوضا فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً، وأداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا متعة، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد. وعن أحمد ان لها المتعة ويسقط المهر. وهو قول أبي حنيفة لانه نكاح عري عن تسميته فوجبت به المتعة كما لو لم يفرض لها

ولنا قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه مفروض يستقر بالدخول فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد

(فصل) ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشافعي، وروي عن

أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لان الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لانه نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه، وإن أعادت الدراهم والدنانير الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لانها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه مالو أصدقها عبداً فمرض أو بريء، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان. (أحدهما) له الرجوع كالدراهم إذا اعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لانها جددت فيه صناعة فأشبه مالو صاغته على صفة أخرى ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها؟ على وجهين.

﴿مسئلة﴾ (وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن بعضه؟ يحتمل وجهين)

أما ان كانت منعته منه بعد طلبه فعليها الضمان لانها غاصبة وان تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لانه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة، وان اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لانها منكرة، وفيه وجه آخر: أن عليها الضمان لانه حصل في يدها من غير اذن الزوج لها في امساكه أشبهت الغاصب وهذا ظاهر قول أصحاب الشافعي قالوا لانه

أحمد لكل مطلقة متاع. وروي ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك - الى قوله - فتعالين أمتعكن وأسرحكن) وعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرناه وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر إلا حنبلا فانه روى عن أحمد ان لكل مطلقة متاعا ، قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

ولنا قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن) ثم قال (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) فخص الاولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ماذكروه ، ويحتمل أن يحمل الامر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعا بين دلالة الآيات والمعنى فانه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولانها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا مايقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها

حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبه البيع اذا ارتفع العقد بالفسخ والاول أولى لما ذكرناه وأما البيع فيحتمل أن يمنع وان سلمنا فان الفسخ ان كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب الى جعل ملك غيره في يده ، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وانما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه مالو ألقى ثوبه في دارها بغير اذنها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال الزوج نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فالقول قولها مع يمينها) لانه ادعى مايوجب الضمان عليها وهي منكرة والقول قول المنكر .

(فصل) إذا خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل دخوله بها فلها في النكاح الثاني نصف الصداق المسمى فيه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لها جميعه لان حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولانه طلاق من نكاح صحيح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فان لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده فلا يقوم مقامه فاما ان كان لم يدخل بها في النكاح الاول فعليه نصف الصداق للنكاح الاول ونصف الصداق للنكاح الثاني بغير خلاف

(فصل) ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا قول من ذهب اليه وظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك ، اذا ثبت هذا فانه يستحب أن يمتعهما نص عليه احمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فان كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه وأستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا وانما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالتها على إيجابها . وقول علي رضي الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الادلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص ، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالاجماع لان النص العام لم يتناولها وانما يتناول المطلقات ولانها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود

(فصل) والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحرة والامة والمسلمة والذمية ، وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية ، وقال الاوزاعي إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة

ولنا عموم النص ولانها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولان ما يجب من العوض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر

(فصل) إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع به وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبه مالو لم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب ولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع لانا نمنع ذلك، وان سلمنا فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالبه ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فاذا وجد كان الرجوع في نفسه أولى، وفي معنى هذه التصرفات الرهن فانه لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال حق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة فانها تراد للعتق المزيل للملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن، ويحتمل أن لا يمنع الرجوع اذا قلنا يجوز بيع المكاتب كالتدبير فان طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان

(أحدها) لا تجبر على رد نصفه اليه لانه عقد عقدته في ملكها فلم يملك ابطاله كاللازم ولان ملكها قد زال فلم يملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها

(والثاني) تجبر على تسليم نصفه فانها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين

(فصل) فأما المفوضة لمهر وهي التي يتزوجها على ماشاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير اذنها أو التي مهرها فاسد فانه يجب لها مهر المثل وينتصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي، وقد صرح به في التي مهرها فاسد وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد ان لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لانه خلا عقدها من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء

ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن ينتصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها، وتفارق التي رضيت بغير عوض فانها رضيته بغير صداق وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فرقة ينتصف بها المسمى توجب المتعة اذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه اذا جاء من قبلها لا تجب به متعة لانها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الابدال بما يسقط مبدلها

(فصل) قال ابو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهراً، ثم وهب لها غلاما، ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة وذلك لان الهبة لا تنقضي بها المتعة كما لا ينقضي بها نصف المسمى ولان المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولأنها واجبة فلا تنقضي بالهبة كالمسمى

الوجهين، فأما ان طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها لأن حقه ثبت في القيمة (الثاني) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل الرجوع في نصفه ويكون وجوده بهذا التصرف كعدمه لانه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالايداع والعارية، فأما ان دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية، ولا يجبر على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ولان شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه، وان كانت أمة فدبرتها فان قلنا تباع في الدين فهي كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجز الرجوع في نصفها (الثالث) تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالاجارة والتزويج فهو نقص فيخير الزوج بين أن يرجع في نصفه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فان رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة، فان قيل فلم قلتم في الطلع الحادث في النخيل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك؟ قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسئلة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسئلتنا ولان ذلك يؤدي الى التنازع في سقي الثمرة وجذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسئلتنا

(فصل) قد ذكرنا أن المهر اذا كان معيناً يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة

﴿ مسألة ﴾ قال (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها الا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه)

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره نص عليه احمد وهو وجه لاصحاب الشافعي والوجه الآخر قالوا هو معتبر بحال الزوجة لان المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزيء في المتعة مايقع عليه الاسم كما يجزيء في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وانها تختلف ، ولو أجزأ مايقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . اذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن احمد فيها فروي عنه مثل قول الخرقي أعلاها خادم هذا إذا كان موسراً ، وان كان فقيراً متعها كسوتها درعاً وخماراً وثوبا تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن ، قال ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ، ونحو ماذكرنا في أدناها قال الثوري والاوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، قالوا درع وخمار وملحفة (والرواية الثانية) يرجع في تقديرها إلى الحاكم

لها وان نقص فعليها فاذا كانت غنما فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد المرأة بها لانه نماء ملكها وترجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لانه نصف مافرض لها . وقد قال الله تعالى (فنصف مافرضتم) فان كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً لانه رضي بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرجع في نصف الاصل وانما يرجع في نصف القيمة لانه لا يجوز فسخ العقد في الاصل دون النماء لانه موجب للعقد فلم يجز رجوعه في الاصل بدونه .

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض، وماذكروه لا يصح لان الطلاق ليس برفع العقد ولا النماء من موجباته إنما هو من موجبات الملك ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فينفرد بالاولاد ، وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له . وقال أبو حنيفة اذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الاولاد أيضاً لان الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى الى الولد كحق الاستيلاد وما دخل في التسليم المستحق ينصف بالطلاق كالذي دخل في العقد

وهو أحد قولي الشافعي لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، وهذه الرواية تضعف لوجهين ،

[أحدهما] أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجها

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معينا في شيء ولا المتعة ووجه قول الخرقي قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص باسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها قال ابراهيم النخعي العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق *

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) وما فرض ههنا إلا الامهات فلا يتنصف سواها ولان الولد حدث في ملكها أشبه ماحدث في يدها ، ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسري وحق التسليم لا سراية له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فنعها ضمنه كالغاصب والا لم يضمنه لانه تبع لامه .

(فصل) والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم إذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضي الى التفريق بين الام وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع عليها في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

(فصل) فان كان الصداق بهيمة حائلا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة ان بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها لان الحمل في البهيمة لا يعد نقصا ولذلك لا يرد به المبيع، وان كانت أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لان الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها وإن اتفقا على تنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين جارية وولدها وزاد الولد في ملكها فان طلقها فرضيت ببذل النصف في الولد والام جميعاً أجبر على قبولها لانها زيادة غير مميزة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك فان فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك ان فرض لها أقل منه فرضيته)

وجملة ذلك أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لان النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعي في قول له لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لان مافرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوما

ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك وقولهم انه بدل غير صحيح ، فان البدل غير المبدل والمفروض ان كان ناقصا فهو بعضه وان كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لانه يبدل مافيه الربا بجنسه متفاضلا ، وقد روى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « أترضى اني أزوجك فلانة؟ » قال نعم وقال للمرأة « أترضين أن أزوجك فلانا ؟ » قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ، فأما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فان لم ترض به لم يستقر لها

وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدها) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زال في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته. ويفارق ولد المغرور فان وقت الانفصال وقت الحيلولة ولهذا قوم بخلاف مسئلتنا

(والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع في احداها دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لاحكم له فيكون كانه حادث

(فصل) وان أصدقها أرضاً فبنتها دارا أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها قيمة البناء والصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائدا فلا يكون لها غيره، وذكر الخرقي إنما كان له نصف القيمة لانه قد صار في الارض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لانه حقه وزيادة وان بذل لها نصف قيمة البناء والغراس ليكون له النصف فقال الخرقي له ذلك قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لانها لا تجبر على المعاوضة وهذه معاوضة، قال شيخنا والصحيح أنها تجبر لان الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فاذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الارض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غراس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

(فصل) فان أصدقها نخلا حائلا فأثمرت في يده فالثمرة لها لانها نماء ملكها فان جدها بعد تناهيها

حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه مالم ترض به كحال الابتداء وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به وان تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل ولانه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة اذا تلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه واذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ماحكم به

(فصل) وان فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزوج ولا حاكم فان سلم اليها ما فرضه لها فرضيته احتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل أن يصح لانه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء مايوجبه العقد غير المسمى، فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج لانه ملكه إياه حين قضى به دينا عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين وذكروا وجها ثالثا أنه يرجع نصفه الى الاجنبي وذكره القاضي وجها لنا ثالثا وقد ذكرنا مايدل على صحة ماقلناه، ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه اليه، وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع الى من قضاه والله أعلم

وجعلها في ظروف وألقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير خلع وهذا يفعله أهل الحجاز لحفظ رطوبتها لم تخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالها أو زادا فانه يردها عليها ولا شيء عليه

(الثاني) أن تنقص قيمتها وذلك على ضربين (أحدهما) أن يكون بعضها متناهيا فانه يدفعها اليها وارش نقصها له لانه تعدى ما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة (الثاني) هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر بعضها وتأخذها وارشها كالمغصوب منه

(الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها لكن ان أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه واذا نقصت فالحكم على ما ذكرنا وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لان ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لان الظروف عين ماله فلا يلزمه قبولها كالمنفصلة عنها فان كانت بحالها الا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فانه ينزع الصفر ويرد الثمرة، والحكم فيها ان نقصت أو لم تنقص كالتي قبلها، وان قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له زيادة إذا

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وانما يسقط الى المتعة بالطلاق وهذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح أنه يجب بالعقد، وقال بعضهم لايجب بالعقد قولا واحداً، ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد.

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجباً كالمسمى، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد، ولان النكاح لايجوز أن يخلوعن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لان الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل من سمي لها الى نصف المسمى لها والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لان المهر وجب بالعقد في ملكه، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهرمثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرنا ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لان الوجوب يستند إلى حالة العقد الا في الامة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) ويجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي، وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري

قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الاصل فابا ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرنا ذلك في موضعه

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لانه وطء في غير ملك وعليه المهر لسيدتها اكرهها أو طاوعته لان المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع، وان ولدت فالولد رقيق للمرأة وان اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أوكان عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وان ملكها بعد ذلك لانه لا ملك له فيها وتخير المرأة بين أخذهافي حال حملها وبين أخذ قيمتها لانه نقصها باحبالها، وهل لها الارش بعد ذلك؟ يحتمل أن لها الارش لانها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولا واحدا لان النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح

(فصل) وان أصدق ذمي ذمية خمراً فتخللت في يدها ثم طلقها قبل دخوله بها احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لانها قد زادت في يدها بالتخليل والزيادة لها وان أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وانما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين

وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا ، قال الزهري مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا . قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها اليها

وقد روى أبو داود باسناده عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة أراد ان يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال له النبي ﷺ « أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها . ورواه ابن عباس أيضاً قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطها شيئا » قال ماعندي قال « أين درعك الحطمية ؟ » رواه ابو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل عليها ولم يعطها شيئا ، وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ ان أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا . رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة للاخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم

القبض وحينئذ لا قيمة لها وان تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها الا ان الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا الينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما

(فصل) إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ذكره أبو بكر لان أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح ضمان نفقة المعسر لان غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلا لانه ضمان ما لم يجب

ولنا أن الجهل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فاذا طلقها قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من الامر وهو جائز الامر في ماله برىء منه صاحبه وعنه أنه الاب فله أن يعفوا عن نصف صداق ابنته الصغيرة اذا طلقت قبل الدخول)

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب أحمد أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع مولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها)

أما الميراث فلا خلاف فيه فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله في عموم النص ، وأما الصداق فانه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وروي عن علي وابن عباس وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والاوزاعي لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق ، وقال ابو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية ، وعن احمد رواية أخرى لا يكمل وينتصف وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا ماروي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع ابنة واشق بمثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث صحيح وهو نص في محل النزاع ولان الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل لمفوضة كالدخول وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فان الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل اتمامه ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق وأما الذمية فانها

ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة وهو قول الشافعي القديم إذا كان أبا أو جداً وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك أنه الولي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الازواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) ثم قال (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر

ولنا ما روى الدار قطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « ولي العقدة الزوج » ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه يتمكن من قطعه وفسخه وامساكه وليس للولي منه شيء ولان الله تعالى قال (وان تعفوا أقرب للتقوى) ولان المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الاولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى الغائب كقوله تعالى (حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول بنصف المهر بينهما فان عفى الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وان عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت

مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولان المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ههنا

(فصل) قوله مهر نسائها يعني مهر مثلها من أقاربها وقال مالك تعتبر بمن هي في مثل كمالها ومالها وشرفها ولا يختص بأقربائها، لان الاعواض انما تختلف بذلك دون الاقارب

ولنا قول في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب اليهن وقوله لا يختلف ذلك باختلاف الاقارب لا يصح فان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات واختلفت الرواية عن أحمد في من يعتبر من أقاربها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبرها بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية إسحاق بن هانيء لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لانهن من نسائها والاولى أولى فانه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها ولان شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها، وأمها و خالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها وقد تكون أمها مولاة وهي

له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منهما رشيداً جائز الامر في ماله فان كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه لانه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن الزوجة أبا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه احمد في رواية الجماعة روى عنه ابن منصور اذا طلق وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الاب الا جائزاً. قال ابو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولا لابي عبدالله قديماً فظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة، وان أبا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الاب وهو الصحيح لان مذهبه أن لا يجوز للاب إسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه لهم إلا بما فيه مصلحتهم ولا حظ لها في هذا الاسقاط فلا يصح، وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط (أحدها) أن يكون أبا لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فان الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكراً لتكون غير متبذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب وان كانت صغيرة إلا على بعض الوجوه فلا تكون ولايته عليها تامة (الرابع) أن تكون مطلقة لانها قبل الطلاق معرضة لاتلاف البضع (والخامس) أن يكون قبل الدخول لان ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف، ومذهب الشافعي على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالاب

(فصل) ولو ماتت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل

شريفة وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة وينبغي أن يعتبر الاقرب فالاقرب فأقرب نساء عصباتها اليها اخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الاقرب فالاقرب ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وان تكون من أهل بلدها لان عادة البلاد تختلف في المهر وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لان مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فان لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن فان لم يكن فأهل بلدها فان لم يكن فنساء أقرب البلدان اليها فان لم يوجد الا دونها زيد لها بقدر فضيلتها و ان لم يوجد الاخير منها نقصت بقدر نقصها

(فصل) ولا يجب مهر المثل الا حالا لانه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الابدال في من وجبت عليه وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها فان كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان [احدهما] يفرض حالا لذلك (والثاني) يفرض مؤجلا لان مهر مثلها مؤجل وان كان عادتهم أنهم اذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وان زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي فان قيل فاذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات قلنا النكاح

امرأته ما ينفسخ نكاحها برضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة او بصفة كطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لم ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك ولم يكن لوليهن العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة وهذا قول الشافعي ، والفرق بينهم وبين الصغيرة أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئاً إنما رجع المهر اليه بالفرقة

(فصل) إذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته إياه بعد قبضه وهي جائزة الامر في مالها جاز ذلك وصح بغير خلاف علمناه لقول الله تعالى (إلا أن يعفون) يعني الزوجات . وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال احمد في رواية المروزي ليس بشيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئاً مريئاً على المهر تهبه المرأة للزوج ، وقال علقمة لامرأته هبي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها وهل لها أن ترجع فيما وهبت زوجها؟ فيه روايتان عن أحمد واختلاف من أهل العلم ذكرناه فيما مضى

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون عينا أو دينا فان كان دينا لم يخل اما أن يكون في ذمة الزوج لم يسلمه اليها او في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فان للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتكه أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو

يخالف سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولان سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات فان المرأة اذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفا وان كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم والله أعلم

(فصل) اذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي لا يجب مهر لانه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر إثباته

وقال أبو عبد الله إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل فان طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا أعتق قيل فان زوجها منه بغير مهر ؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى انه جائز

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت الى قولهما وكان حكمها حكم الدخول في جميع امورهما الا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثا أو في الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها

تركته لك أي ذلك سقط به المهر وبريء منه الآخر ، وإن لم يقبله لانه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبريء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لانه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وان كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها الا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غيره وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فانه يتجدد له هبة مبتدأة ، وأما ان كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفى الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الابراء والاسقاط ويفتقر الى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وان عفى غير الذي هو في يده صح بهذه الالفاظ وافتقر الى مضي زمان يتأتى القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر الى القبض . وفيه اختلاف ذكرناه في الهبة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه وعنه لا يرجع بشيء ، وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على الروايتين اذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعن أحمد فيه روايتان

العدة وان لم يطأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وهو قديم قولي الشافعي ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد ، روى عنه يعقوب بن بختان انه قال اذا صدقته المرأة انه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى [وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض؟ والافضاء الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ، روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون ان من أغلق بابا أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أيضا عن الاحنف عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا ، وما رووه عن ابن عباس لايصح قال احمد يرويه ليث وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ، ولان التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها

﴿ وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل انه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة

(احداهما) يرجع عليها بنصف قيمتها اختاره ابو بكر وهو أحد قولي الشافعي لانها عادت الى الزوج بعقد مستأنف فلا يمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت اليه بالبيع أو وهبها لأجنبي ثم وهبها له

(والرواية الثانية) لايرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لان الصداق عاد اليه فلو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لايقتضي ضمانا ولان نصف الصداق تعجل اليه بالهبة فان كان الصداق دينا فأبرأته منه فان قلنا لايرجع ثم فههنا أولى ، وإن قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان

(أحدهما) لايرجع لان الابراء اسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الاعيان ولهذا لايفتقر إلى قبول ، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما

(والثاني) يرجع لانه عاد اليه بغير الطلاق فهو كالعين والابراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها فان قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لانه تعين بقبضه ، وقال ابو حنيفة يرجع ههنا لان الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل أن لايرجع لانه عاد اليه ماأصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها ، وإن وهبته العين وأبرأته من

بدليل ماذكرناه ، وأما قوله (وقد أفضى بعضكم الى بعض) فقد حكي عن الفراء انه قال : الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل وهذا صحيح فان الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض ، وقول الخرقي حكمها حكم الدخول في جميع أمورهما يعني في حكم مالو وطئها من تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها اذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ، وقال الثوري وأبو حنيفة لارجعة له عليها اذا أقر انه لم يصبها

ولنا قوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ، ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الاباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي « أتريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ولا الاحصان لانه يعتبر لايجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا الغسل لان موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها ، ولا يخرج به من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا يزول الا بحقيقة الوطء ولا تحصل به الفيئة لانها الرجوع عما حلف عليه وانما حلف على ترك الوطء ، ولان حق المرأة لا يحصل الا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة

وأما تحريم الربيبة فعن احمد انه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لاتحرم ، وحمل القاضي

الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كاسلامها أو ردتها أو رضاعها لمن يفسخ نكاحها ارضاعه ففي الرجوع عليها بجميع الصداق روايتان كما في الرجوع في النصف سواء

(فصل) فان أصدقها عبداً فوهبته ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ههنا في ربعه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بعينه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والمزني وقال ابو حنيفة لايرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استعجل حقه . وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا

(والثاني) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب

(والثالث) يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف . ولنا أنه وجد نصف ماأصدقها بعينه فأشبه مالو لم تهبه شيئا

(فصل) وان خالع امرأته بنصف صداقها قبل الدخول بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لانه اذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالفا بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع ، وان خالعها بنصف مثل الصداق في ذمتها صح وصار جميع الصداق له نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له عوض الخلع ، ولو قالت أخلعني بما تسلم لي من صداقي فقد صح ، وبريء من جميع

كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظرا ومباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الاشياء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس أو مانع حقيقي كالجب والعنة أو الرتق في المرأة فعنه ان الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ما ذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فان هو غشيها والا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط النفقة وروي أنه لا يكمل به الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لا يتمكن من تسلمها لم تستحق عليه مهرا بمنعها كما لو منعت تسليم نفسها اليه يحققه ان المانع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالاجارة وعن أحمد رواية ثالثة ان كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فان كان غيره كمل قال أبو داود

الصداق وكذلك لو قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر صح ويسقط جميعه عنه ، وان خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف يبقى له عليها النصف وان خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين ، وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لانه لما خالعها به مع العلم بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء

(فصل) واذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالمهر المجهول لان المهر واجب في هذه المواضع وانما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لانها إسقاط فصحت في المجهول . وقال الشافعي لا تصح البراءة في شيء من هذا لان المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الابراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح الا أن تقول أبرأتك من درهم الى الف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الالف وسوف نذكر الدليل على وجوبه فيما يأتي فيصح الابراء منه كما لو قال أبرأتك من درهم الى ألف فاذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فان قلنا لا يرجع إلى المسمى لها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ويحتمل أن يرجع لانه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وفيما يرجع به احتمالان (أحدهما) يرجع بنصف مهر المثل

وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر قال وجب الصداق قيل لأحمد فشهر رمضان ؟ قال شهر رمضان خلاف لهذا قيل له فكان مسافراً في رمضان قال هذا مفطر يعني وجب الصداق ، وهذا يدل على انه متى كان المانع متأكدا كالاحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق

وقال القاضي ان كان المانع لايمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وان كان يمنع دواعيه كالاحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال أبوحنيفة : ان كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وان كان من جهته صيام فرض أو احرام لم يستقر الصداق ، وان كان جباً أو عنة كمل الصداق لان المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها اليه

(فصل) وان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب ، فان كان لايعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأومأ الى انها إذا نشزت عليه أو منعته نفسها لايكمل صداقها ، وذكره ابن حامد وذلك لانه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه مالو

لأنه الذي وجب بالعقد فهو نصف المفروض (والثاني) يرجع بنصف المتعة لانها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) فان أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لان المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأته منه فصار كما لو قبضته ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة اذا قلنا انه لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأته من جميع صداقها .

(فصل) إذا باع رجل عبداً بمائة ثم أبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع امساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ، وان كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحدا لان الثمن ماعاد منه الى البائع وكذلك كان يجب اداؤه اليه قبل الفلس بخلاف التي قبلها ، ولو كاتب عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بريء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه اياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق

لم يخل بها وكذلك ان خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لانه في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء

(فصل) والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لان الصداق لم يجب بالعقد وانما يوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالاجنبية وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح لان الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح والاولى أولى

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد انه يكمل به الصداق فانه قال إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئاً لايحل لغيره ، وقال في رواية مهنا : إذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن ابراهيم :إذا اطلع منها على مايحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة . قال القاضي يحتمل ان هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان (أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه مسيس فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولانه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء

[والوجه الآخر] لا يكمل به الصداق وهو قول اكثر الفقهاء لان قوله تعالى (تمسوهن)

الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ماوجد بسبب ايتائه اياه فقام اسقاطه مقام ايتائه ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع عليه بشيء ،ولو قبضت المرأة صداقها أو وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا .

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكراً كانت أو ثيباً

قال أحمد اذا أخذ مهر ابنته فأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها انما يأخذ من زوجها وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لان ذلك العادة ولان البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها .

ولنا أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كثمن مبيعها، وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها في مالها من أبيها أو وصيه من الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كاجرة دارها .

انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ترك عمومه فيمن خلا بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم

(فصل) إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها، وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كما لو وطئها

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فاشبه ما لو لم يدفعها ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا لان احمد قال إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج اولى فان ما يجب به الصداق ابتداء احق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظر اليها وهي عريانة عليه الصداق كاملا فهذا أولى

(فصل) وإن دفع امرأة أجنبية فاذهب عذرتها أوفعل ذلك باصبعه أوغيرها فقال أحمد لها صداق نسائها وقال ان تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فاذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الاخ نصف العقد وروي نحو ذلك عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان وقال الشافعي ليس عليه الا ارش بكارتها لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع

﴿ مسئلة ﴾ (وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلعه واسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه يتنصف بها المهر بينهما)

لقول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ثبت في الطلاق وقسنا عليه سائر ما استقل به الزوج ، وأما فرقة الاجنبي كالرضاع ونحوه تسقط نصف المهر ويجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح اذا جاء الفسخ من قبل أجنبي لانه قرره عليه ، وان قتلت المرأة استقر المهر جميعه لانها فرقة حصلت الموت وانتهاء النكاح أشبه مالو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها وان طلق الحاكم على الزوج في الايلاء فهو كطلاقه لانه قام مقامه في إيفاء الحق عند امتناعه منه

﴿ مسئلة ﴾ (وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كاسلامها أو ردتها أو رضاعها من ينفسخ النكاح برضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخها لعنته واعساره أو فسخه لعيبها أو فسخها لعتقها تحت عبد فانه يسقط به مهرها ولا تجب المتعة لانها أتلفت العوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه

﴿ مسئلة ﴾ (وفرقة اللعان تخرج على روايتين) [إحداهما] هي كطلاقه لان سبب اللعان قذفه

بتقدير عوضه فرجع في ديته الى الحكومة كسائر مالم يقدر ولانه اذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الاجنبي اولى

ولنا ماروى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم أن رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة نضبطنها لها فافسدت عذرتها وقالت لزوجها انها فجرت فاخبر عليا رضي الله عنه بذلك فارسل علي الى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن فقال للحسن ابن علي اقض فيها ياحسن فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات فقال علي : لو كلفت الابل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير . وقال حدثنا هشيم قال ثنا اسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي أن جواري أربعا قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي ابو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي ابو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها ابو الرجل الى التي زعمت أنها ابو المرأة فزوجوها اياها فعمدت اليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك الى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعا والغى حصة التي أمكنت من نفسها فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت انا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها، وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت اجماعا ولان اتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فاذا اتلفه أجنبي وجب المهر كمنفعة البضع

الصادر منه فأشبه الخلع (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها لعيبه

﴿ مسئلة ﴾ (وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان)

إذا اشترت المرأة زوجها ففيه وجهان [أحدهما] يتنصف به مهرها ، لان البيع الموجب للفسخ تم بالسيد وبالمرأة ، فأشبه الخلع (والثاني) يسقط به المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخها لعيبه وكذلك شراء الزوج امرأته وان جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لايسقط مهرها لان المرأة وان باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته ، وان علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب

﴿ مسئلة ﴾ (وفرقة الموت يستقر بها المهر كله ، كالدخول إذا كان المهر مسمى)

وفي المفوضة اختلاف نذكره في مواضعه ان شاء الله تعالى ولو قتلت نفسها أو قتلها غيرها فهو كالموت حتف أنفها لأنها فرقة حصلت بانقضاء الاجل وأثبتها النكاح فهو كموتها حتف أنفها

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وإذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه وعنه القول قول من يدعي مهر المثل منهما)

إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق ولا بينة لهما فقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور

﴿ مسئلة ﴾ قال (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فاذا طلق قبل الدخول فايهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الامر في ماله برىء منه صاحبه)

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب احمد رحمه الله أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد ابن جبير ونافع بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد واياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي اذا كان ابا الصغيرة وهو قول الشافعي القديم اذا كان ابا أو جداً . وحكى عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك انه الولي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الازواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل ان تمسوهن — ثم قال — أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر . ولنا ما روى الدارقطني باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال ولي العقدة الزوج ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه

وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله في العادة لانه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» وروي عنه أن القول قول من يدعي مهر المثل فاذا ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه فالقول قولها وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذي ذكره الخرقي وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد اليه بلا يمين عند القاضي في الاحوال كلها

لان الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، وقال أبو الخطاب تجب اليمين لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال ، وقال القاضي لا تشرع اليمين في الاحوال كلها لانها دعوى في النكاح ، والاولى أن يتحالفا فان ما يقوله كل واحد منهما يحتمل الصحة فلا يعدل عنه الا بيمين كسائر الدعاوى ، ولانهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي يتحالفان ، فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح وان كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في المبيع فانه يفرض

يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس الى الولي منه شيء ، ولان الله تعالى قال (وأن تعفوا أقرب للتقوى) والعفو الذي هو أقرب الى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب الى التقوى، ولان المهر مال الزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الاولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى خطاب الغائب كقوله تعالى (حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) وقال تعالى (قل اطيعوا الله وأطيعوا الرسول فان تولوا فانما عليه ماحمل وعليكم ماحملتم) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما فان عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز اذا كان العافي منهما رشيدا جائزا تصرفه في ماله وإن كان صغيراً أو سفيها لم يصح عفوه لانه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة ابا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور اذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الاب الا جائزا قال ابو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولا لابي عبدالله قديما، وظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة وأن ابا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الاب وهو الصحيح لان مذهبه انه لا يجوز للاب اسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه له الا بما فيه مصلحته ولاحظ لها في هذا الاسقاط فلا يصح

في التحالف قبل القبض أو بعده لانها اذا سلمت نفسها بغير اشهاد فقد رضيت بأمانته ، ووجه قول من لا يرى التحالف أنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولان القول بالتحالف يفضي إلى ايجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فانها اذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال هو بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ولو ادعت مائتين وقال هو بل مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فقد أسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولان مهر المثل ان لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز ايجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد وان وافق قول أحدهما فلا حاجة في ايجابه الى يمين من ينفيه لانها لا تؤثر في ايجابه ، وفارق البيع فانه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله، وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فانها لم تجعله أمينها ولو كان أمينا لها لوجب أن تكون أمينة حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الاشهاد لانه قد يكون بينهما بينة فيموت أو يغيب أو ينسى الشهادة . اذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوي لما ذكرنا من الحديث

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الامة خرج على الروايتين)

فان كانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد لان قوله يوافق الظاهر ولا يجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما تنكره، وإن كانت قيمة الامة مهر

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح الا بخمس شرائط: أن يكون أبا لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فان الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكرا لتكون غير مبتذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب، وإن كانت صغيرة فلا تكون ولايته عليها تامة (الرابع) أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لاتلاف البضع (الخامس) أن تكون قبل الدخول لان ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو من هذا الا أنه يجعل الجد كالاب

(فصل) ولو بانت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو بصفة لطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولا واحدا والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها اكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئا انما رجع المهر اليه بالفرقة

(فصل) واذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه او وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الامر في مالها جاز ذلك وصح ولا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى (الا أن يعفون) يعني الزوجات وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) قال أحمد في رواية المروذي ليس شيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئا مريئا) مماه غير المهر تهبه المرأة للزوج وقال علقمة لامرأته هيئي لي من الهنيء المري، يعني من صداقها، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها؟ فيه عن احمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى

المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب عينها لا نا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين فأوجبناه وليس في ذلك ادخال ما تنكره في ملكها (والثاني) يجب لها قيمتها لان قولها انما وافق الظاهر في القدر لا في العين فأوجبنا لها ما وافق الظاهر فيه، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل بالتحالف وظاهر قول القاضي ومن وافقه أن اليمين لا تشرع في هذا كله والله أعلم

(فصل) إذا أنكر الزوج صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً وسواء في ذلك ماقبل الدخول وبعده وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، وحكي عن الفقهاء السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الوفاة فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق وبه قال مالك قال أصحابه انما قال ذلك اذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة الا بقبضه فكان الظاهر معه

ولنا قول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينا أوعينا فان كان دينا لم يخل إما أن يكون دينا في ذمة الزوج لم يسلمه اليها أوفي ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فان الذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبريء منه الآخر ، وان لم يقبله لانه إسقاط حق فلم يفتقر الى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبريء منه لما ذكرناه ، وان أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لانه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وان كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء ولان الجميع كان ملكا لها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فانه يجدد له هبة مبتدأة ، وأما إن كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الابراء والاسقاط ويفتقر إلى القبض فيما يشترط لقبض فيه، وان عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الالفاظ وافتقر إلى مضي زمن يتأتى القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض

(فصل) فان دفع اليها الفاً ثم اختلفا فقال دفعتها اليك صداقا وقالت بل هبة فان اختلفا ببينة فقالت قصدت الهبة فقال بل قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بغير يمين لانه اعلم ببينته ولا تطلع المرأة عليها، وان اختلفا في لفظه فقالت قد قلت هذي هبة أو هدية فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه عقدا على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها لكن ان كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عرضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع اليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق الف فبعث اليها بقيمته متاعا وثيابا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها قد بعثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع اليه بصداقها ،فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق، فأما اذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت المرأة أنه قال هي هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما وحكي عن مالك أنه ان كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لان الظاهر معها والا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه فكان القول قول المالك كما لو قال اودعتك هذه العين قالت بل وهبتنيها ،

(فصل) إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فمن احمد فيه روايتان (إحداهما) يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت الى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له (والرواية الثانية) لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لان الصداق عاد اليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولان نصف الصداق تعجل له بالهبة فان كان الصداق دينا فأبرأته منه فان قلنا لا يرجع ثم فههنا أولى ، وان قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان (أحدهما) لا يرجع لان الابراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الاعيان ولهذا لا يفتقر الى قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فابرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما , والثاني) يرجع لانه عاد اليه بغير الطلاق فهو كالعين ، والابراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها ، وان قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لانه تعين بقبضها ، وقال ابو حنيفة يرجع ههنا لان الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل أن لا يرجع لانه عاد اليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح

(فصل) فان مات الزوجان فاختلفت ورثتهما قام ورثة كل واحد منهما مقامه الا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لانه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان مات أحد الزوجين فكذلك وان مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية وأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء قال أصحابه انما قال ذلك إذا تقادم العهد لانه تعذر الرجوع الى مهر المثل لانه تعتبر فيه الصفات والاوقات وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لانه أقل الصداق .

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين وما ذكروه ليس بصحيح لان الحق لا يسقط لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

(فصل) فان اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الاب مقام الزوجة في اليمين لانه يحلف على فعل نفسه ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه كالزوجة فان لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وانما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فاذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما في البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفة الاب لان قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها

بفعل من جهتها كاسلامها أو ردتها أو ارضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء

(فصل) وان أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ههنا في ربعه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بعينه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والمزني ، وقال ابو حنيفة لا يرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استعجل حقه ، وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا (والثاني) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف

ولنا أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه مالو لم تهبه شيئا

(فصل) فان خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لانه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعا بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع وان خالعها بمثل نصف الصداق في ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة ، في ذمتها له من عرض الخلع ولو قالت له اخلعني بما تسلم لي من صداقي ففعل صح وبريء من جميع الصداق وكذلك إن قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر صح وسقط جميعه عنه ، وان خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليها

بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب من غير يمين لانها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب ان يقبل قولها بغير يمين وان ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل وإن كان اختلافها قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق فان قلنا القول قول الزوج فلها المتعة وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر المثل هذا إذا طلقها وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين .

﴿مسئلة﴾ (وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة)

لان الاصل عدمه وإن اختلفا فيما يستقر به فالقول قوله لانه منكر والقول قول المنكر ولان الاصل عدمه .

النصف ، وان خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لانه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء

(فصل) وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول و بعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالخمر والمجهول لان المهر واجب في هذه المواضع وانما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لانها إسقاط فصحت في المجهول كالطلاق ، وقال الشافعي : لا تصح البراءة في شيء من هذا لان المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الابراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح الا ان تقول أبرأتك من درهم الى الف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الالف وقد دللنا على وجوبه فيما مضى فيصح الابراء منه كما لو قالت أبرأتك من درهم الى الف ، واذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فان قلنا لا يرجع الى المسمى انها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل ان يرجع لانه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل لانه الذي وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة لانها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) وان أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لان المتعة قائمة

﴿ مسألة ﴾ (وان تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية وان كان انعقد بالسر في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي ان تصادقا على السر لم يكن لها غيره)

ظاهر كلام أحمد أنه يؤخذ بالعلانية على ما رواه الاثرم وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية وحمل كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لانه الذي انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والاوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عتيبة ومالك واسحاق لان العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ووجه قول الخرقي أنه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لانه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه فاما ان اتفقا على أن المهر الف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعلا ذلك فالمهر ألفان لانها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر الفاً والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار إذا قلنا ان الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي الزوج بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد في رواية ابن منصور إذا زوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا بمهر ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء

مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا ان الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأت من جميع صداقها

(فصل) ولو باع رجلا عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه اياه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع امساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول وان كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحدا لان الثمن ما عاد الى البائع منه شيء ولذلك كان يجب أداؤه اليه قبل الفلس بخلاف التي قبلها ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بريء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه اياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه اياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئا لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب ايتائه اياه فكان اسقاطه مقام ايتائه ، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع بشيء ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ

بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ولان النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته المرأة فليس لها سواه وان أكذبته فالقول قولها لانها منكرة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكما كالاول ولان المهر في العقد الثاني ان كان دخل بها ونصف المهر في العقد الاول ان ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وان أصر على الانكار سئلت المرأة فان ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت وان أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما اقرت به

(فصل) اذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو قول أصحاب الشافعي القديم قال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وروي ذلك عن أحمد فروي عنه يعقوب بن بختان أنه قال إذا اصدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى (وإن طلقتموهن

الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكراً كانت أو ثيباً ، قال أحمد اذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها ، فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » ؟ قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها انما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال ابو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لان ذلك العادة ولان البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها

ولنا انها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كثمن مبيعها وأجر دارها ،وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها في مالها من أبيها أو وصيه أو الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كثمن مبيعها وأجر دارها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته اذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فان كان المنع من قبله لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة اذا كانت لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والانفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لان النفقة في مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها وان كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضا لانها في معنى الناشز لكونها لم تسلم

من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها وقال الله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض؟) والافضاء الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت ما لم يخل بها .

ولنا اجماع الصحابة فروى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة . ورواه أيضاً عن الاحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن سعيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا . وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان اجماعاً ، وما رواه عن ابن عباس: لا يصح ، قال أحمد يرويه ليث وليس بالقوي وقد رواه حنظلة خلاف ماروواه ليث وحنظلة أقوى من ليث وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ولان التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كالو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو سلمتها أو باعتها ، وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل أنه كنى بالسبب عن المسبب الذي هو الخلوة بدليل ماذكرناه ، وأما قوله (وقد أفضى بعضكم إلى بعض) فقد حكي عن الفراء أنه قال الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل لان الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض

(فصل) وحكم الخلوة حكم الوطء في تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها اذا

الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الانفاق وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق اذا طولب به فاما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها فيه كالصغيرة والمانعة نفسها فقال أبو عبد الله بن حامد يجب تسليم الصداق وهو قول الشافعي لان المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فانها في مقابلة التمكين ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها فليس لها المطالبة بالاستيفاء الا عند إمكان الزوج استيفاء العوض

(فصل) وامكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحده احمد بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها: فان أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى ان النبي ﷺ بنى بعائشة وهي ابنة تسع قال القاضي وهذا عندي ليس على طريق التحديد وانما ذكره لان الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها فمتى كانت لا تصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها اليه وان ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها لانه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه الى مواقعتها فيفضها أو يقتلها وان طلب أهلها دفعها اليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لانه لا يمكن من استيفاء حقه منها وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضا مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لانه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولان العادة لم تجر بزف المريضة الى زوجها

طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا رجعة له عليها اذا أقر أنه لم يصبها

ولنا قول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة وتفارق الخلوة الوطء في أنها لا تثبت بها الاباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي « أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ولا يثبت بها الاحصان لانه يعتبر لايجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا يجب الغسل لانها ليست من موجبات الغسل اجماعا ولا يخرج بها من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا تزول إلا بحقيقته ولا تحصل بها الفيئة لانها الرجوع عما حلف عليه وانما حلف على ترك الوطء ، ولان حق المرأة لا يحصل إلا بيقين الوطء ولا تفسد بها العبادات ولا تجب بها الكفارة ، وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم ، وحمل القاضي كلام احمد على انه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين أن ذلك يحرم والصحيح أنها لا تحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فان سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لان المرض عارض بعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها وان امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لانه لما لم يجب تسليمها اليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ولان العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة وقال القاضي يلزمه تسلمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسلمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجي زوال ذلك فيها فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها في مادون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وانما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء وان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل ان لا يجب ذلك لانه خلاف العادة فأشبه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم لانه يزول قريبا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج فاذا طالب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها وان عرضت عليه فاباها حتى تطهر فعلى قول القاضي يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ويتخرج على ماذكرنا ان لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال

(فصل) وسواء في ذلك الخلوة بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من الوطء شرعي كالاحرام والصيام والحيض والنفاس أو حقيقي كالجب والعنة والرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ماذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فان وطئها وإلا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في اسقاط النفقة وروي أنه لا يكمل الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لم يتمكن من تسليمها فلم يجب عليه مهرها كما لو منعت نفسها منه يحققه أن المنع من التسليم لافرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالاجارة ، وعنه رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق وإن كان غيره كمل

قال ابو داود سمعت احمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير شهر رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر ؟ قال وجب الصداق ، قيل لاحمد فشهر رمضان ؟ قال شهر رمضان خلاف لهذا ، قيل له فكان مسافراً في رمضان ؟ قال هذا مفطر يعني وجب الصداق وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق ، وقال القاضي إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق ، وإن كان يمنع دواعيه كالاحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال ابو حنيفة إن كان المانع من جهتها لم يستقر

(فصل) فان منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالا فلها ذلك قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها ، وان قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ثم تجبر هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع

ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر اتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه . فاذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وان كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق ، وإن كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضا لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه ، وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وان كان الكل حالا فلها منع نفسها على ما ذكرنا فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم لم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع ، وذهب أبو عبدالله بن حامد الى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم

الصداق ، وإن كان من جهة صيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق أيضا وإن كان حقا ادعته كل الصداق لان المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما تلزم الصغير نفقة امرأته اذا أسلمت اليه

(فصل) فان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فادخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب فان كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأومأ إلى أنها اذا نشزت عليه ومنعته نفسها لا يكمل صداقها . وذكره ابن حامد وذلك لانه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه مالو لم يخل بها ، وكذلك لو خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لانه في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء :

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن احمد انه يكمل به الصداق فانه اذا أخذها فشمها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا اذا نال منها شيئا لا يحل لغيره ، وقال في رواية مهنا اذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن ابراهيم اذا اطلع منها على مايحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضي يحتمل أن هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان :

يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالاول، فاما ان وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها كالمبيع اذا أخذه المشتري من البائع كرها ، وان أخذت الصداق فوجدته معيبا فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه لان صداقها صحيح ، وان لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما اذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير اذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

(فصل) وان أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وان أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها فان قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وان قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر ، ولا يجوز الفسخ الا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية ، وان كان السر قد انعقد به النكاح)

ظاهر كلام الخرقي أن الرجل اذا تزوج المرأة في السر بمهر ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر أنه -

---

(أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن عن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه مسيس فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولانه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء ، (والوجه الآخر) لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر أهل العلم لان قول الله تعالى (تمسوهن) انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ولا تجب عليها العدة، ترك عمومه فيمن خلا بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما سواه على مقتضى العموم .

﴿ فصل ﴾ في المفوضة وهي على ضربين (تفويض البضع) وهو أن يزوج الاب ابنته البكر أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر (والثاني) تفويض المهر وهو أن يتزوجها على ماشاءت أو شاء أو شاء أجنبي فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل .

يصح النكاح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم بدليل قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجها رجل ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط

يؤخذ بالعلانية وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الاثرم ، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد ، وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية وحمل كلام احمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لانه الذي ثبت به النكاح وهـذا قول سعيد بن عبدالعزيز وأبي حنيفة والاوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عيينة ومالك واسحاق لان العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء، ووجه قول الخرقي أنه اذا عقد في الظاهر عقداً بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ومقتضى ماذكرنا من التعليل لكلام الخرقي انه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لانه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه . فأما ان اتفقا على أن المهر الف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعلا ذلك فالمهر الفان لانها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجبت كما لولم يتقدمهما اتفاق على خلافها وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي، ولافرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر الفاً والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار ، واذا قلنا ان الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة ان تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد في رواية ابن منصور اذا وج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء بالشرط

وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ماقضيت. رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، ولان القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً

وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لانها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فانه يصح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح هنا لان معناهما واحد فما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الاخرى وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر، وقد ذكرنا أن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل على أنها فاعلة ومن فتح أضافه الى وليها ومعنى التفويض الاهمال كانها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه . قال الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعني مهملين والذي ذكره الخرقي تفويض البضع وهو الذي ينصرف اليه اطلاق التفويض

(الضرب الثاني) تفويض المهر وهو أن يجعلا الصداق الى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام احمد

لئلا يحصل منهم غرور ولان النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي اذا ادعى الزوج عقدا في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل قصد فيه فليس لها سواه ، وان انكرته فالقول قولها لانها منكرة ، وان أقرت به وقالت هما مهران في نكاحين وقال بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه فالقول قولها لان الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكما كالاول ولها المهر في العقد الثاني ونصف المهر في العقد الاول ان ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وان أصر على الانكار سئلت المرأة فان ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت ، وان أقرت بما يسقط نصف المهر أوجميعه لزمها ما أقرت به

(فصل) اذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل أن يكون لهن ولي واحد كبنات الأعمام أو موليات لمولى واحد أو من ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلا واحدا فعقد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح وبهذا قال ابو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي (والقول الثاني) ان المهر فاسد ويجب مهر المثل لان ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم

ولنا أن الفرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا فان الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي . وقال

لانها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل. والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك ، فأما إن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير اذنها في ذلك فانه يجب مهر المثل ، وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا الصورة الاولى وقد مضى الكلام معه في أن للاب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فلذلك يجوز تفويضه

﴿ مسئلة ﴾ (ولها المطالبة بفرضه لان النكاح لا يخلو من المهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره)

وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو لا ، وقال الشافعي في قوله لا يصح الفرض لغير مهر المثل الا مع علمها بمهر المثل لان ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً

ولنا أنه اذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا يمنع من ذلك ، قولهم انه بدل لا يصح فان البدل غير المبدل والمفروض ان كان ناقصاً فهو بعضه وان كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ، ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لانه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا

وقد روى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ لرجل « أترضى أني أزوجك فلانة؟ » قال : نعم ، وقال للمرأة « أترضي أن أزوجك فلاناً ؟ » قالت نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه فدخل عليها

ابو بكر يقسم بينهن بالسوية لانه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسواء، وان اختلفت رءوس أموالهم، ولان القول بتقسيطه يفضي الى جهالة العوض لكل واحدة منهن وذلك يفسده

ولنا أن الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو كما لو ابتاع عبدين فوجد أحدهما حراً أو مغصوبا ، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين فاذا أحدهما حر انه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فاذا إحداهما حرة انه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيبا فرده لرجع بقسطه من الثمن ، وما ذكره من المسئلة غير مسلم له وان سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والاقرار فليس فيهما قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وإفضاؤه الى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسئلة إذا خالع امرأتين بعوض واحد أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر المهرين وفي الكتابة على قدر قيمة العبيد ؛ وعلى قول أبي بكر يقسم بالسوية في المسئلتين

(فصل) وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها بحصتها من المسمى و به قال الشافعي على قول

ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً واني قد أعطيتها عن صداقها سهمي الذي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة الف ، فاما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فان لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه مالم ترض به كحالة الابتداء ، وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولم يثبت لها بفرضه مالم ترض به . فان ارتفعا الى الحاكم فليس له ان يفرض لها الا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها. ولا يحل الميل ولانه انما يفرض له بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة اذا تلفت يرجع الى تقويمها بقول اهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل الى امكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في انه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء رضيت به اولم ترض كما يلزم ماحكم به .

(فصل) وان فرض لها اجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزوج ولا حاكم فان سلم اليها ما فرض لها فرضيته احتمل ان يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما اعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل ان يصح لانه يقوم مقامه في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء مايوجبه العقد غير المسمى ؛ فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول

وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتي يصح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا انه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده، وما ذكروه ليس بصحيح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح ويقسط الالف على صداقها وقيمة الدار ، وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر المثل . وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح البيع والمهر لافضائه الى الجهالة

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين فان قال زوجتك ولك هذا الالف بألفين لم يصح المهر لانه كمسئلة مد عجوة

(فصل) وان تزوجها على الف إن كان أبوها حياً وعلى الفين إن كان أبوها ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لان حال الاب غير معلومة فيكون مجهولا وان قال زوجتك على الف ان لم أخرجك من دارك وعلى الفين ان أخرجتك منها أو على الف ان لم يكن لي امرأة وعلى الفين ان كانت لي امرأة فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين . وقال القاضي

رجع نصفه الى الزوج لانه ملكه اياه حين قضى به دينا عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو . ولاصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين ولهم وجه ثالث انه يرجع بنصفه الى الاجنبي وذكره القاضي لنا وجهاً ثالثاً

قال شيخنا وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو ان رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ، ثم ان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه اليه وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع الى من قضاه .

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وانما يسقط الى المتعة بالطلاق وهذا مذهب ابي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال الصحيح انه يجب بالعقد وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولا واحداً ولا يجيء على اصل الشافعي غير هذا لانه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجبا كالمسمى ولانه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ولان النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لان الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل ما سمى لها إلى نصف المسمى لها، فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لان المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه

وأبو بكر في الجميع ، وايتان (إحداهما) لا يصح واختاره أبو بكر لان سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع (والرواية الثانية) يصح لان الفا معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فان وجد الشرط كان زيادة في الصداق والصداق تجوز الزيادة فيه والاولى أولى ، والقول بأن هذا تعليق على شرط لايصح لوجهين [أحدهما] ان الزيادة لايصح تعليقها على شرط فلو قال ان مات أبوك فقد زدتك في صداقك الفا لم تصح ولم تلزم الزيادة عند موت الاب

(والثاني) ان الشرط ههنا لم يتجدد في قوله ان كان لي زوجة أو ان كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الالف فيه معلوم الوجود ليكون الالف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس المرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسئلتين اللتين صحت التسمية فيهما فان خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس أحد الصورتين على الاخرى ولا يكون في كل مسئلة إلا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الآخرتين والبطلان في المسئلة الاولى وما جاء من المسائل ألحق بأشبهها به

(فصل) وان تزوجها على طلاق امرأة له أخرى لم تصح التسمية ولها مهر مثلها وهذا اختيار

ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لان الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الامة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، وبه قال سعيد ابن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال الزهري مضت السنة ان لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال ابن عباس يخلع احدى نعليه ويلقيها اليها وروى أبو داود باسناده عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال « أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها ورواه ابن عباس أيضا قال لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله ﷺ « اعطها شيئا » قال ماعندي قال « أعطها درعك الحطمية » رواه أبو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئا وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا رواه ابن ماجه ولانه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة ، وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة

أبي بكر وقول أكثر الفقهاء لان هذا ليس بمال وانما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولان النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفيء مافي صحفتها ولتنكح فانما لها ماقدر لها » صحيح وروى عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ انه قال « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى » ولان هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجرا في اجارة فلم يصح صداقا كالمنافع المحرمة . فعلى هذا يكون حكمه حكم مالو أصدقها خمراً ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه ان طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى ان التسمية صحيحة لانه شرط فعلا لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح صداقا كعتق أبيها وخياطة قميصها ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا ان لم يطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة لانه سمى لها صداقا لم يصل اليه فكان لها قيمته كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل ان لها مهر مثلها لان الطلاق لاقيمة له ، وان جعل صداقها ان طلاق ضرتها اليها الى سنة فلم تطلقها فقال أحمد اذا تزوج امرأة وجعل طلاق الاولى مهر الاخرى الى سنة أو الى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئا رجع الامر اليه ، فقد أسقط أحمد حقها لانه جعله لها الى وقت فاذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا بطل تصرفها كالوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يسقط لانها تركت ماشرط لها باختيارها

الاخبار والعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المعوضة عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم

﴿مسألة﴾ (وإن مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ولها مهر نسائها)

إذا مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض فللآخر الميراث بغير خلاف فيه فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فيورث به لدخوله في عموم النص

(فصل) (ولها مهر نسائها وعنه أنه يتنصف بالموت الا أن يكون قد فرضه لها) ظاهر المذهب أن لها مهر نسائها وهو الصحيح إن شاء الله تعالى واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري واسحاق . وروي عن علي وابن مسعود وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والاوزاعي لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية وعن أحمد رواية أخرى لا يكمل وتنصف اذا لم يكن فرضه لها لان المفروض لها تخالف التي لم يفرض لها في الطلاق فجاز أن تخالفها بعد الموت وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقا ولم

فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فأعتقته (والثاني) لا يسقط لانها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع الى مهر مثلها او الى مهر الاخرى ؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد قال : في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز فان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الاول والذي زادها وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد فان زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة ، وان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة . قال القاضي وعن أحمد مثل ذلك فانه قال : اذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعا فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للأمة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد، وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعي بأن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا تكون عوضا في النكاح كما لو وهبها شيئا ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما في البيع

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن

يدخل بها حتى مات فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل ابن سنان الاشجعي فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق مثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهو نص في محل النزاع ولان الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل المفوضة كالدخول، وقياس الموت على الطلاق لا يصح فان الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل اتمامه وكذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق فانها زوجة مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولان المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فوجب ان لا يختلفا ههنا وإن كان قد فرضه لها لم يتنصف بالموت على الروايتين جميعا

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة)

اذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها الا المتعة نص عليه احمد في رواية جماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى لها محرما، وقال مالك والليث وابن أبي ليلى المتعة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى قال (حقا على المحسنين) فخصهم بها فيدل على أنها على سبيل الاحسان والتفضيل والاحسان ليس بواجب ولانها لو كانت واجبة لم يخص المحسنين دون غيرهم

لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة ، وقولهم انه لم يملك به شيئا من المعقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان الملك ماحصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بها جميعا كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . اذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تتنصف بالطلاق ولا تفتقر إلى شروط الهبة وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه ، وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ ، وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة فانها تسقط لكونها عدة غير لازمة . فان كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره) والامر يقتضي الوجوب وقال تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن) ولانه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً واداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبله فلها نصف مافرض لها ولا متعة وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد ، وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عري عن تسمية فوجبت المتعة كما لو لم يفرض لها

ولنا قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) ولانه مفروض يستقر بالدخول فيتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد

(فصل) والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والحرة والامة والمسلم والذمي والمسلمة والذمية وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية وقال الاوزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة

ولنا عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولان ما يجب من الفرض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر

(فصل) فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجها على ماشاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا اصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الاولاد لها ورجع بنصف الامهات الا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيرا بين ان يأخذ نصف قيمتها وقت مااصدقها او يأخذ نصفها ناقصة)

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة لها وان نقص فعليها، واذا كانت غنما فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لانه نماء ملكها ويرجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لأنه نصف مافرض لها، وقد قال الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وان كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا لانه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لايرجع في نصف الاصل، وانما يرجع في نصف القيمة لانه لايجوز فسخ العقد في الاصل دون النماء لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه في الاصل بدونه

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض وماذكروه فغير صحيح لان الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد انما هو من موجبات الملك اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من

اذنها بغير صداق أو التي مهرها فاسد فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لانه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء. ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها، وتفارق التي رضيت بغير عوض فانها رضيت بغير صداق وعاد نصفها سليما ففرضت المتعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة اذا كانت مفوضة وما سقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه اذا جاء من قبلها لايجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في كل موضع يسقط كما تسقط الابدال اذا سقط مبدلها

(فصل) قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرا ثم وهب لها غلاما ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة، وذلك لان الهبة لاتنقص بها المتعة كما لا ينتقص بها نصف المسمى وكأن المتعة انما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولانها واجبة فلا تنقص بالهبة كالمسمى

﴿ مسئلة ﴾ (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها)

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره واعساره نص عليه أحمد وهو وجه لاصحاب

ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالاولاد ، وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة اذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الاولاد أيضا لان الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد وما دخل في التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذي دخل في العقد .

ولنا قول الله تعالى (فنصف مافرضتم) وما فرض ههنا الا الامهات فلا يتنصف سواها ولان الولد حدث في ملكها فأشبه ماحدث في يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسري وحق التسليم لاسراية له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لانه تبع لأمه

(فصل) والحكم في الصداق اذا كان جارية كالحكم في الغنم فاذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضي إلى التفريق بين الام وولدها في بعض الزمان وكما لايجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لايجوز في بعضه فيرجع أيضا في نصف قيمتها وقت ماأصدقها لاغير

(فصل) وإن كان الصداق بهيمة حاملا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه

الشافعي والوجه الآخر هو معتبر بحال الزوجة لان المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزيء في المتعة مايقع عليه الاسم كما يجزيء في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ولانها تختلف ولو اجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. إذا ثبت هذا فقد اختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه أعلاها خادم اذا كان موسرا وان كان فقيراً متعها كسوتها درعا وخمارا وثوبا تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن قال ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري والاوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي قالوا درع وخمار وملحفة .

﴿ مسئلة ﴾ (وعن أحمد يرجع في تقديرها إلى الحاكم)

وهو أحد قولي الشافعي لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات وعنه يجب لها نصف مهر المثل ذكرها القاضي في المجرد فقال هي مقدرة بما يضاف مهر المثل لانها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، قال شيخنا وهذه الرواية تضعف لوجهين

قبولها وليس ذلك معدوداً نقصا ولذلك لا يرد به المبيع، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لان الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها، وإن اتفقا على تنصيفها جاز، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين الجارية وولدها وزاد الولد في ملكها فان طلقها فرضيت ببذل النصف من الام والولد جميعا أجبر على قبولها لانها زيادة غير متميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدهما) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ويفارق ولد المغرور، فان وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسئلتنا.

(والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع في احداهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه، وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كانه حادث

(فصل) اذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص في يد الزوج قبل تسليمه اليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه لانه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً

(أحدهما) أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجها

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف مهر المثل لكانت نصف مهر المثل إذ ليس المهر معينا في شرعه، ووجه الرواية الاولى قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص باسناده وقدرها بكسوة تجزئ لها الصلاة فيها لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة، وروي كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها قال ابراهيم العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت باقل من الكسوة جاز لان الحق لهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع المرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق *

(مسئلة) (فان دخل بها استقر مهر المثل لان الوطء في نكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ فان طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة؟ على روايتين أصحهما لا تجب)

كل من وجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداقا أو لم يسم لها لكن فرض لها بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشافعي

وروي عن أحمد لكل مطلقة متاع وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحسن

مع ارش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ماكانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها لأنه ان زادفلها وان نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الاسعار لانها ليست من ضمان الغاصب فههنا أولى .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أصدقها أرضا فبنتها داراً أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ماأصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره)

انما كان له نصف القيمة لانه قد صار في الارض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لانه حقه وزيادة ، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي له ذلك ، قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لانها تجبر على قبوله لان بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر لان الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فاذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع اذا أخذ الارض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها ، وكذلك اذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) ولقوله سبحانه لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك — الى قوله — فتعالين أمتعكن) فعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو سمي لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرنا وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن سمي لها مهر إلا حنبلا روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

ولنا قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه للنساء قسمين واثباته لكل قسم حكماً فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه وهذا يخص ماذكروه ويحتمل أن يحمل الامر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب كدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعاً بين دلالات الآيات والمعنى فانه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولانها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها

(فصل) قد ذكرنا أن الزوج إذا طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا

(فصل) اذا أصدقها نخلا حائلا فاثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فان جذها بعد تناهيها وجعلها في ظروف والقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ وهذا يفعله أهل الحجاز حفظا لرطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالهما أو زادا فانه يردهما عليها ولا شيء عليه (الثاني) أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين (أحدهما) أن يكون نقصهما متناهيا فانه يدفعهما اليها وأرش نقصهما لانه تعدى بما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة (الثاني) هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه (الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها واخذ ظروفها ان كانت الظروف ملكه واذا نقصت فالحكم على ماذكرناه ، وان قال الزوج انا اعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لان ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لان الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها

(فصل) فان كانت بحالها إلا إن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فانه ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها إن نقصت أولم تنقص كالتي قبلها فان قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين الذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له رده اذا قالت انا أرد الثمرة وآخذ الاصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرناها في موضعها

متعة لواحدة منها على رواية حنبل وذكرنا قول من ذهب اليه فظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منها وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك . إذا ثبت هذا فانه يستحب أن يمتعها نص عليه أحمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فان كان قد سمى لها صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا ، وانما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالته على ايجابها وقول علي ومن سمينا من الائمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الادلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص ، وأما المفوضة فلا متعة لها بالاجماع لان النص العام لم يتناولها وانما تناول المطلقات ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ومهر المثل معتبر بما يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمها) يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها وقال مالك يعتبر بمن هي في مثل جمالها ومالها وشرفها ولا يختص باقربائها لان الاغراض انما تختلف بذلك دون الاقارب

ولنا قوله في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وماذكروه نحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب اليهن ، وقوله انما يختلف بهذه الاوصاف دون الاقارب لا يصح لان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر بذلك ويقل

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لانه وطء في غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته لان المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كالو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق[1] للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها او غير عالم بتحريمها عليه فلاحد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير ام ولد له وإن ملكها بعد ذلك لانه لاملك له فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لانه نقصها باحبالها ، وهل لها الارش مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الارش لانها نقصت بعدوانه أشبه مالو نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولا واحداً لان النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح

(١) في نسخة رهن

وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيعتبر ذلك دون سائر الصفات، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبر بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية اسحاق بن هاني، لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر

وهذا مذهب ابي حنيفة وابن أبي ليلى لانهن من نسائها والاولى أولى فانه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في تزويج بنت واشق بمثل مهر نساء قومها، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا يساويانها في شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة ، وقد تكون أمها قرشية وهي غير قرشية ، وينبغي أن يكون الاقرب فالاقرب ، فأقرب نساء عصباتها أخواتها لأبيها ، ثم عماتها ، ثم بنات عمها الاقرب فالاقرب

﴿ مسئلة ﴾ (وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والادب والسن والبكارة والثيوبة والبلد) وصراحة نسبها وكل ما يختلف لاجله الصداق وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لان مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فان لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن .

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يوجد الا دونها زيدت بقدر فضيلتها) لان زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة ، وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع

(فصل) ويجب مهر المثل حالا لانه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون الا من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هي مقدرة بالشرع فكانت بحكم ماجعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الابدال فيمن وجب عليه فكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها

(فصل) اذا أصدق ذمي ذمية خمرا فتخللت في يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليها بشيء، لانها قدزادت في يدها بالتخلل والزيادة لها،وإن أرادالرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ماكانت من حين العقد الى حين القبض وحينئذ لاقيمة لها،وإن تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لان الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها اذا ترافعها الينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما

(فصل) اذا تزوج امرأة فضمن ابوه نفقتها عشر سنين صح ذكره ابو بكر لان اكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أوضمان مالم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح الاضمان نفقة المعسر لان غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح اصلا لانه ضمان ما لم يجب

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت عادة نسائها تأجيل المهر فرض مؤجلا في أحد الوجهين)

لانه مهر مثلها (والثاني) يفرض حالا لما ذكرنا وان كان عادتهم التخفيف عن عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي ، فان قيل فاذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات ، قلنا النكاح يخالف سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات،فان المرأة ان كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفاً ، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف واليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها) فان عدم ذلك اعتبرنا أقرب النساء شبهاً بها من أقرب البلاد اليها من غيرهم كما اعتبرنا قرابتها البعيد اذا لم يوجد القريب .

(فصل) قال رضي الله عنه (فأما النكاح الفاسد فتى افترقا قبل الدخول بطلاق أوغيره فلا مهر) لان المهر يجب بالعقد والعقد فاسد،فان وجوده كالعدم ولانه عقد فاسد فيخلو من العوض كالبيع الفاسد

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهي أصح)

المنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها » قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال باسنادهما ، وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم تجب الزيادة بعقد غير صحيح ، والصحيح وجوب مهر المثل ، أومأ اليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي لقول النبي ﷺ « فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها

ولنا أن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا

(فصل) ويجب المهر للمنكوحة نكاحا صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه ، ويجب للمكرهة على الزنا وعن أحمد رواية أخرى أن لا مهر لها ان كانت ثيبا ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر القاضي ان احمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا أكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا

ولنا قول النبي ﷺ « فلها المهر بما استحل من فرجها وهذا حجة على أبي حنيفة فان المكره مستحل لفرجها فان الاستحلال الفعل في غير موضع الحل كقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كاتلاف المال وأكل طعام الغير

المهر بالاصابة، والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها شيء واذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجباً بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان القسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى ، وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالاصابة فيوجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستقر بالخلوة)

وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال أصحابنا يستقر قياساً على العقد الصحيح ونص عليه أحمد والاول أولى لان الصداق لم يجب بالعقد وانما أوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه الخلوة بالاجنبية ولان النبي ﷺ إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد ذلك في الخلوة بغير إصابة وقد ذكرناه .

(فصل) اذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فان امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد ، وقال الشافعي لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق الى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير فرقة يفضي الى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل

ولنا على أنه لايجب الارش أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لايختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية يحققه أنه اذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها الا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه والله أعلم

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لامهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طاريء ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في من حرمت بالرضاع لانه طاريء أيضاً ،

التفريق لم يصح الثاني ولم يجز تزويجها حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما ومتى كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وان كان بعد الدخول فلها المهر لما ذكر وان تكرر الوطء لم يجب به أكثر من مهر واحد بدليل قوله عليه الصلاة السلام « فلها المهر بما استحل من فرجها » ولانه إصابة في عقد أشبه الاصابة في العقد الصحيح

(مسئلة) (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة)

وأما الموطوءة بشبهة فيجب لها مهر المثل بغير خلاف علمناه ويجب للمكرهة على الزنا في ظاهر المذهب ، وعن أحمد لايجب لها مهر إن كانت ثيبا اختاره أبو بكر ولا يجب معه أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد ذكر في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا أكرهها على الزنا فعليه المهر وارش البكارة وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا قول النبي ﷺ « فلها المهر بما استحل من فرجها » وهي حجة على أبي حنيفة فان المكرهة مستحل لفرجها فان الاستحلال الفعل في غير موضع الحل لقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة أيضاً على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير ارش ولانه استوفى مايجب بدله بالشبهة وفي العقد الفاسد فوجب بالتعدي كاتلاف المال وأكل طعام الغير

ولنا انه لايجب الارش لانه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه ارش كسائر الوطء يحققه ان المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لايختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ولا يجب عوضها مرة ثانية يحققه انه اذا أخذ ارش البكارة مرة لم يجز أخذه

وعن أحمد رواية أخرى أن من تحرم ابنتها لامهر لها كالام والبنت والاخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لان تحريمها أخف

ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الامة ولانه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالاجنبية ، ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال ، وبهذا فارق اللواط فانه ليس بمضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببدله ، ولا هو اتلاف لشيء فأشبه القبلة ، والوطء دون الفرج ولا يجب للمطاوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لان الحق لغيرها فأشبه مالو بذلت قطع يدها

مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ولا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع ارش البكارة هو مهر البكر فلا تجوز الزيادة عليه

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى ان النساء من ذوات محارمه لا مهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يجب به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طارىء ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لانه طارىء وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لانه طارىء أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى ان من تحرم ابنتها لا مهر لها كالام والبنت والاخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لان تحريمها أخف. ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولانه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالاجنبية ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال وبهذا فارق اللواط فانه غير مضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببدله ولا هو اتلاف لشيء فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ، وقال في المحرر يجب بوطء المرأة في الدبر كالوطء في القبل والاول أولى لانه ليس بسبب للبضعية أشبه اللواط ، ولا يجب للمطاوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب شيء كما لو أذنت له في قطع يدها نقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لان الحق لغيرها فأشبه مالو بذلت قطع يدها

(فصل) ومن طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لاتبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد .

ولنا أن المفروض تنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف مافرضتم) ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره فاما من نكاحها باطل بالاجماع

(فصل) ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد

ولنا أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف مافرضتم) ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره

(فصل) ومن نكاحها باطل بالاجماع كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال ، وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لانه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه ، وان جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لانه وطء شبهة

وقد روى ابو داود باسناده أن رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق . وفي لفظ قال « الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدوها »

كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لانه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لانه وطء شبهة وقد روي أبو داود باسناده ان رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لاربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها وفي لفظ قال «الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدوها » وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج امرأة من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال بل أنت أحق بمالك. قالت فاشهدوا أن ما كان لي عند عكرمة من صداق فهو له . فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه

﴿مسئلة﴾ (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه ارش بكارتها)

وقال القاضي يجب مهر المثل اذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها فعليه ارش بكارتها وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف حر لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع في ديته الي الحكومة كسائر ما لم يقدر ولانه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الاجنبي أولى وروي عن أحمد أن لها صداق نسائها اختاره القاضي وقال أحمد إن تزوج امرأة فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف المهر وعلى الاخ نصفه روي عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان فروى سعيد ثنا هشيم ثنا مغيرة عن ابراهيم أن رجلا كان عنده أجنبية فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت نسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها انها فجرت فأخبر علي رضي الله عنه بذلك فأرسل إلى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن فقال للحسن بن علي اقض فيها يا حسن فقال الحد على من قذفها والمهر عليها وعلى الممسكات فقال علي لو كلفت

وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيدالله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيدالله فقدم فخاصمهم إلى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدي عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بمالك قالت فاشهدوا أن ماكان لي على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت مافي بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه .

(فصل) والصداق اذا كان في الذمة فهو دين اذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص ، قال احمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات: ماترك بين الغرماء والمرأة بالحصص وذلك لان نكاح المريض صحيح والصداق دين فيساوى سائر الديون

الابل طحناً لطحنت ومايطحن يومئذ بعير قال ثنا هشيم أنا اسماعيل بن سالم أخبرنا الشعبي أن جواري أربعاً قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها فعمدت اليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أربعاً وألقى حصة التي أمكنت من نفسها فبلغ ذلك عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها وهذه قصص نشرت ولم تنكر فكانت اجماعا ولان اتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فاذا أتلفه أجنبي وجب المهر كنفقة البضع والقول الاول هو القياس لولا ماروي عن الصحابة رضي الله عنهم وأرش البكارة ما بين مهر البكر والثيب والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (فان فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى)

وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لانه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فأشبه ما لو أذهبها بالوطء .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا فان أحمد قال إذا فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج أولى فان ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقدير الصداق وقد روي عن أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها أو نظر اليها وهي عريانة أن عليه الصداق كاملا فهذا أولى

﴿مسئلة﴾ (وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالا)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها فان قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أسلمها أجبر على تسليم الصداق أولا ثم تجبر

(فصل) وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل اسلامها أو ردتها أو ارضاعها من ينفسخ النكاح بارضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخت لاعساره أو عيبه أو لعتقها تحت عبد أو فسخه بعيبها فانه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة لانها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه ، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمي لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح اذا جاء الفسخ من قبل أجنبي ، وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لانها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج في الايلاء فهو كطلاقه لانه قام مقامه في إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه وفي فرقة اللعان روايتان

هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع

ولنا أن في اجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فاذا تقرر ذلك فلها النفقة إن امتنعت لذلك وإن كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق فان كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى منها بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه فان كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فهل لها ذلك ؟ على وجهين وقد توقف أحمد رحمه الله عن الجواب في هذه المسئلة وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمنع نفسها بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها الاول فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها فهو كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرها فان أخذت الصداق فوجدت به عيباً فلها منع نفسها حتى يبذله أو يعطيها ارشه لان صداقها صحيح وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على وجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع والاولى ههنا أن لها الامتناع لانها انما سلمت نفسها ظنا أنها قد قبضت صداقها بخلاف المسئلة المقيس عليها وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها، ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البدل

(احداهما) هي كطلاقه لان سبب اللعان قذفه الصادر منه (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته وفي فرقة شرائها لزوجها أيضا روايتان

(احداهما) يتنصف بها المهر لان البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمرأة فأشبه الخلع (والثانية) يسقط المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخها لعنته وفيما اذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها ، واذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لان المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد ، وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب والله أعلم .

ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالا)

اختاره أبو بكر لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم العوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وفيه وجه آخر ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد قال شيخنا وهو الصحيح لانه دين فلم ينفسخ بالاعسار به كالنفقة الماضية ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كان مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسراً به وليس الاكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسراً به وفيه وجه ثالث أنه ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله فان كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه وللشافعي نحو هذه الوجوه وقيل إذا أعسر بعد الدخول انبنى على منع نفسها إن قلنا لها منع نفسها بالدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين آخر

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم)

لانه فسخ يجتهد فيه مختلف فيه فأشبه الفسخ للعنة والفسخ للاعسار بالنفقة ولانه لو فسخ بغير حكم اعتقدت أن النكاح انفسخ وأبيح لها أن تتزوج والزوج يعتقد أنها زوجته لم ينفسخ نكاحها فيصير للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له وتحريمها على الآخر وهذا لا يجوز في الاسلام وفيه وجه آخر أنه يجوز بغير حكم حاكم كخيار المعتقة تحت العبد والصحيح الاول ولا يصح قياسه على المعتقة لان ذلك متفق عليه وهذا مختلف فيه

كتاب الوليمة

الوليمة اسم الطعام في العرس خاصة لايقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث الا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لانهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب ، والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والخرسة عند الولادة ، والوكيرة دعوة البناء يقال وكر وخرس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف ، والعقيقة الذبح لاجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه الخرس والاعذار والنقيعه

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب ، والآدب صاحب المأدبة. قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعوا الجفلى لايرى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقري هو أن يخص قوما دون قوم

﴿ باب الوليمة ﴾

وهي اسم لدعوة العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة وقال بعض أصحابنا وغيرهم إنها تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لانهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والخرسة ، عند الولادة والذكيرة دعوة البناء يقال ذكر وخرس مشدد والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف والعقيقة الذبح لاجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه الخرس والاعذار والنقيعه

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب والآدب صاحب المأدبة قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا يرى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقرى هو أن يخص قوما دون قوم

﴿مسألة﴾ (وهي مستحبة)

لا خلاف بين أهل العلم في ان الوليمة في العرس سنة مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب لمن تزوج ان يولم ولو بشاة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت « أولم ولو بشاة » وقال أنس ماأولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني فأدعو له الناس فأطعمهم خبزاً ولحما حتى شبعوا ، وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيسا في نطع صغير ثم قال « ائذن لمن حولك » فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية ، متفق عليهن ، ويستحب أن يولم بشاة ان أمكنه ذلك لقول رسول الله ﷺ لعبد الرحمن « أولم ولو بشاة » وقال أنس ماأولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ماأولم على زينب أولم بشاة ، لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس ، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير ، رواه البخاري

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ امر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة فكانت واجبة

ولنا انها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمة والخبر محمول على الاستحباب بدليل ماذكرناه

وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال له تزوجت «أولم ولو بشاة »وقال أنس ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني أدعو له الناس فاطعمهم لحماً وخبزاً حتى شبعوا وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ بها ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيساً في نطع صغير ثم قال «ائذن لمن حولك »فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية متفق عليهن ويستحب أن يولم بشاة لحديث عبدالرحمن بن عوف وقال أنس ماأولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ماأولم على زينب أولم بشاة لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة

ولنا أنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الاطعمة والخبر محمول على الاستحباب لما ذكرنا وكونه أمر بشاة ولاخلاف في أنها لاتجب وماذكروه من المعنى لاأصل له ثم هو باطل بالسلام ليس هو بواجب واجابة المسلم واجبة .

﴿مسئلة﴾ (والاجابة اليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الاول)

وكونه أمر بشاة ولا خلاف في انها لا تجب وماذكروه من المعنى لا أصل له ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب وإجابة المسلم واجبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعلى من دعي ان يجيب)

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الوليمة لمن دعي اليها اذا لم يكن فيها لهو وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأبو حنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض الكفايات لان الاجابة إكرام وموالاة فهي كرد السلام

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها » وفي لفظ قال قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم اليها » وقال أبو هريرة شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله . رواهن البخاري ، وهذا عام، ومعنى قوله شر الطعام طعام الوليمة والله أعلم أي طعام الوليمة التي يدعى اليها الاغنياء ويترك الفقراء ولم يرد ان كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا أمر بالاجابة اليها ولا فعلها ولان الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجبت عليه الاجابة

(فصل) وانما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين فان

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الوليمة لمن دعي اليها إذا لم يكن فيها لهو ، وبه يقول مالك والشافعي والثوري والعنبري وأبوحنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض الكفايات لان الاجابة اكرام وموالاة فهي كرد السلام

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها » وفي لفظ قال: قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم اليها » وقال أبوهريرة شر الطعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواهن البخاري، وهذا عام في معنى قوله شر الطعام طعام الوليمة والله أعلم أي طعام الليمة التي يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا أمر بالاجابة اليها ولا فعلها ولان الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجب عليه الاجابة

(فصل) وانما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بان يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين

﴿مسئلة﴾ (فان دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أدعو كل من لقيت أو شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولانه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك اجابته وتجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

دعا الجفلى بأن يقول يا أيها الناس أجيبوا الى الوليمة أو يقول الرسول أمرت ان أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولانه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته، وتجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء

(فصل) واذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الخلال باسناده عن أبي انه أعرس ودعى الانصار ثمانية أيام واذا دعي في اليوم الاول وجبت الاجابة وفي اليوم الثاني تستحب الاجابة وفي اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد الاول يجب والثاني ان أحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضا .ودعي سعيد الى وليمة مرتين فأجاب فدعي الثالثة فحصب الرسول، رواه أبو دواد والخلال

(فصل) والدعاء الى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبو داود، وقال عبدالله بن مسعود اذا دعيت فقد أذن لك رواه الامام أحمد باسناده

(فصل) فان دعاه ذمي فقال أصحابنا لا تجب إجابته لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ولكن تجوز اجابتهم لما روى أنس أن يهوديا دعا النبي ﷺ الى خبز شعير وإهالة سنخة فاجابه ذكره الامام احمد في الزهد

﴿مسئلة﴾ (أو دعاه فيما بعد اليوم الاول)

اذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الخلال باسناده عن أبي أنه أعرس فدعا الانصار ثمانية أيام فمتى دعا فيما بعد اليوم الاول فان كان في اليوم الثاني استحبت الاجابة ولم تجب وفي اليوم الثالث لاتستحب . قال أحمد الاول يجب والثاني يستحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة» رواه أبوداود وابن ماجه وغيرهما وروي عن سعيد بن المسيب أنه دعي الى وليمة عرس مرتين فاجاب فدعي لثالثة فحصب الرسول رواه الخلال .

(فصل) فان دعاه ذمي لم تجب الاجابة قال أصحابنا لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة وتجوز اجابتهم لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه يهودي الى خبز شعير واهالة سنخة فأجابه ذكره الامام أحمد في الزهد

﴿ مسئلة ﴾ (وسائر الدعوات والاجابة اليها مستحبة غير واجبة لما فيها من اطعام الطعام

(فصل) فان دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق أحدهما أجاب السابق لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لأنها غير ممكنة مع اجابة الاول ، فان استويا أجاب أقربهما منه بابا لما روى ابو داود باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « اذا اجتمع داعيان فاجب اقربهما بابا فان أقربهما بابا اقربهما جواراً فان سبق أحدهما فاجب الذي سبق » وروى البخاري باسناده عن عائشة قالت قلت يارسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدي قال « اقربهما منك بابا » ولان هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني فان استويا اجاب اقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فان استويا اجاب ادينهما فان استويا اقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يحب ان يطعم دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أمر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائما كان أو مفطرا نص عليه أحمد لكن ان كان المدعو صائما صوما واجبا أجاب ولم يفطر لان الفطر غير جائز فان الصوم واجب والاكل غير واجب، وقد روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان كان صائما فليدع وان كان مفطراً فليطعم » رواه ابو داود وفي رواية فليصل يعني يدعو ودعي ابن عمر الى وليمة فحضر ومديده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم ، وان كان صوما تطوعا استحب له الاكل لان له الخروج من الصوم فاذا كان في الاكل اجابة أخيه المسلم و دخال السرور على قلبه كان أولى وقد روي ان النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة

وكذلك الاجابة اليها) وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقال العنبري تجب الاجابة الى كل دعوة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غير عرس » رواه أبو داود

ولنا أن الصحيح من السنة انما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من اهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه وقال عثمان بن أبي العاص كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد في المسند ولان التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها، واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر، وقد روى البراء ان النبي ﷺ أمر باجابة الداعي متفق عليه ولانه جبر قلب للداعي وتطييب قلبه وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما غير دعوة العرس في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها وهي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى

فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال أني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت » وان احب اتمام الصيام جاز لما روينامن الخبر المتقدم ولكن يدعولهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل ، وقد روى أبو حفص باسناده عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال إني صائم ولكنني أحببت أن أجيب الداعي فأدعو بالبركة ، وعن عبد الله قال اذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل إني صائم وإن كان مفطراً فالاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه ذلك ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر أنه يلزمه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطرا فليطعم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح ، ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطرا وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل

(فصل) اذا دعي الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه الانكار وازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر وان لم يقدر على الانكار لم يحضر وان لم يعلم بالمنكر حتى حضر ازاله فان لم يقدر انصرف ونحو هذا قال الشافعي وقال مالك اما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم وقال أصبغ أرى ان يرجع وقال ابو حنيفة اذا وجد اللعب فلا بأس ان يقعد فيأكل

﴿مسئلة﴾ (واذا حضر وهو صائم صوماً واجباً لم يفطر وان كان نفلا أو مفطراً استحب له الاكل وان أحب دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أمر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائما كان أو مفطراً نص عليه أحمد لكن ان كان صومه واجبا أجاب ولم يفطر لان الفطر محرم والاكل غير واجب وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان كان صائما فليدع وان كان مفطراً فليطعم » رواه أبو داود وفي رواية فليصل يعني يدعو ، ودعي ابن عمر الى وليمة فحضر ومد يده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم وان كان صائما تطوعاً استحب له الاكل لان له الخروج من الصوم ولان فيه ادخال السرور على قلب أخيه المسلم وقد روي أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال اني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت وان أحب اتمام الصيام » جاز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفعله ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل فقد روى أبو حفص باسناده عن عثمان بن عفان أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال اني صائم

وقال محمد بن الحسن إن كان ممن يقتدى به فأحب إلي أن يخرج ، وقال الليث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والاصل في هذا ما روى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأى قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلي الحقه فقل له ما أرجعك يارسول الله فقال انه ليس لي أن أدخل بيتا مزوقا حديث حسن ، وروى ابوحفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبدالله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يانافع أتسمع حتى قلت لا فأخرج أصبعيه من أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع رواه أبو داود والخلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فمنع منه كما لو قدر على ازالته ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر .

(فصل) فان رأى نقوشا وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك لان تلك نقوش فهي كالعلم في الثوب وان كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتي في البسط والوسائد جاز أيضا وان كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وان لم يكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم قال ابن عبدالبر هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وعكرمة مولى ابن عباس

ولكن أحببت ان أجيب الداعي فادعو بالبركة وعن عبد الله قال اذا عرض على احدكم الطعام وهو صائم فليقل اني صائم وان كان مفطراً فالاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه الاكل وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه يجب عليه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطراً فليطعم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا كالاجابة

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطراً وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لم يأكل

﴿مسألة﴾ (وان دعاه اثنان أجاب أولهما)

لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لانها غير ممكنة مع اجابة الاول فان استويا أجاب أقربهما بابا لما روى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ قال « اذا اجتمع داعيان فاجب أقربهما بابا فان أقربهما بابا أقربهما جواراً فان سبق أحدهما فأجب الذي سبق » وروى البخاري عن عائشة قالت : قلت يارسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدى قال « الى

وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك الا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون الى عموم قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » ، متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعي الى طعام فلما قيل له ان في البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت

ولنا ماروت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال أتسترين الجدر بستر فيه تصاوير فهتكه قالت فجعلت منه منتبذتين كأني أنظر الى رسول الله ﷺ متكئا على احداهما رواه ابن عبدالبر ولانها اذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لاتدخل الملائكة بيتا فيه صورة ولا كلب » قال ألم تسمعه قال « الارقما في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ماكان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة .

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أتاني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال الذي على الباب فيقطع فيصير كهيئة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله ﷺ وان

أقربهما منك بابا» ولان هـذا من أبواب البر فقدم بهـذه المعاني فان استويا أجاب أقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فان استويا اجاب أدناهما فان استويا اجابة أقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

(مسئلة) (وان علم أن في الدعوة منكراً كالزمر والخمر وأمكنه الانكار حضر وانكر والا لم يحضر)

من يدعى الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه فأمكنه ازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر، وان لم يقدر على الانكار لم يحضر فان لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله فان لم يمكنه انصرف ونحو هذا قال الشافعي، وقال مالك أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم وقال أصبغ يرجع وقال أبوحنيفة إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل ، وقال محمد بن الحسن ان كان ممن يقتدى به فأحب الي أن يخرج وقال الليث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والاصل في هذا ماروى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لعلي لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأي قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلي الحقه فقال له ما رجعك يارسول

قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهي وكذلك اذا كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لان ذلك ليس بصورة حيوان .

(فصل) وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة يقال لهم احيوا ماخلقتم » وعن مسروق قال دخلنا مع عبدالله بيتاً فيه تماثيل فقال لتمثال منها تمثال من هذا قالوا تمثال مريم قال عبدالله قال رسول الله ﷺ « ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي باسقاط حرمته لايجاده المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل فان لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال لاتضيق علينا ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لايخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة وقال

الله فقال انه ليس لي ان أدخل بيتاً مزوقاً حديث حسن وروى أبو حفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبدالله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع اصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع رواه أبو داود والخلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر

﴿مسئلة﴾ (وان علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والاكل نص عليه أحمد)

وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أوساعة وليس عنده أولئك فقال أرجو أن لا يأثم ان لم يجب وان أجاب فارجو أن لايكون آثما فاسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه بايجاد المنكر ولم يمنع الاجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه ، وقال أحمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً، فعلى هذا لاتجب اجابة من طعامه من مكسب خبيث لان ايجاده منكر والاكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يأكل

﴿مسئلة﴾ (وان شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس الى أن تزال وان كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس

أكثر أصحاب الشافعي إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول لان الملائكة لا تدخله ولانه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله

ولنا ماروي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة ابراهيم واسماعيل يستقسمان بالازلام فقال « قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه ابو داود وماذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم ، وروى ابن عائذ في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب ، وقال لعلي امض بالناس فليتغدوا فذهب علي رضي الله عنه بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر الى الصور وقال ماعلى أمير المؤمنين لودخل فأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا كما لو كان فيه كلب ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله والله أعلم

(فصل) فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة فان كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله في حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه

اذا كانت صور الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وان لم يمكن انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر اهل العلم، قال ابن عبد البر هذا اعدل المذاهب وحكاه عن سعد ابن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك إلا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون إلى قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعي إلى طعام فلما قيل له إن في البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت

ولنا ما روت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال « أتسترين الجدر بشيء فيه تصاوير؟» فهتكه قالت فجعلت منه منتبذتين كأني أنظر إلى النبي ﷺ متكئا على احداهما رواه ابن عبد البر، ولأنها اذا كانت تداس وتبتذل ولم تكن معززه معظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكره وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة » قال ألم تسمعه يقول « الا رقما في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا ، والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة

وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الاجابة بدليل ماروى سالم بن عبد الله بن عمر قال: أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل ابو أيوب مسرعا فاطلع فرأى البيت مستتراً بخباء أخضر فقال يا عبدالله أتسترون الجدر؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء يا أبا أيوب، فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لاأطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج. رواه الاثرم

وروي عن عبد الله بن يزيد الخطمي أنه دعي الى طعام فرأى البيت منجداً فقعد خارجا وبكى قيل له مايبكيك؟ قال ان رسول الله ﷺ رأى رجلا قد رقع بردة له بقطعة أدم فقال «تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثا ثم قال — أنتم اليوم خير أم اذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة» قال عبدالله أفلا أبكي وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة؟

وقد روى الخلال باسناده عن ابن عباس وعلي بن الحسين عن النبي ﷺ أنه نهى أن نستر الجدر. وروت عائشة أن النبي ﷺ لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر. اذا ثبت هذا فان ستر الحيطان مكروه غير محرم وهذا مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم وانما كره لما فيه من السرف كالزيادة في الملبوس والمأكول وقد قيل هو محرم للنهي عنه والاول أولى فان النهي لم يثبت ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «أتاني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي على باب البيت فتقطع حتى تصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله ﷺ» وان قطع منه مالا تبقى الحياة بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس، وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهي فان كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لانه ليس بصورة حيوان

(فصل) وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال «الذين يصنعون هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم احيوا ما خلقتم» وعن مسروق قال دخلنا مع عبدالله بيتا فيه تماثيل فقال لتمثال منها تمثال من هذا؟ قالوا تمثال من صنم قال عبدالله قال رسول الله ﷺ «ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون» متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فاما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وإنما أبيح ترك إجابة الدعوة لاجله عقوبة

(فصل) وسئل احمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئاً معلقا فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له فيقلع ? فكره أن يقلع القرآن ، وقال اذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس

(فصل) قيل لابي عبد الله الرجل يكتري البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها ? قال نعم ، قال المروذي قلت لابي عبد الله دخلت حماما فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس? قال نعم انما جاز ذلك لان اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويكفي منها مايخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لان ذلك يكفي ، قال احمد ولا بأس باللعب مالم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال « ماهذا ياعائشة ? » فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك ، رواه مسلم بنحوه

(فصل) والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الاحاديث فيه وأمر النبي ﷺ به في النكاح ، وروت عائشة أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان في أيام منى تدفعان وتضربان والنبي صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه فانتهرهما ابو بكر فكشف النبي ﷺ عن وجهه فقال « دعهما ياأبا بكر فانها أيام عيد » متفق عليه

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فاذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوها ، قال الاثرم سئل احمد اذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ? فقال هذا تأويل تأوله ، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك

الداعي باسقاط حرمته لاتخاذه المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل اذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل له فان لم يره الا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ? فقال لا تضيق علينا ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لا يخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ، وقال أكثر أصحاب الشافعي اذا كانت الصور على الستور أوما ليس بموطوء لم يجز له الدخول لان الملائكة لا تدخله ولانه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة لاجله

ولنا ماروي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة ابراهيم واسماعيل يستقسمان بالازلام فقال « قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه أبو داود وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم، وروى ابن عائذ في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال أين هو ? قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب وقال لعلي امض بالناس فليتغدوا فذهب علي بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر إلى

وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لان رؤية المنكر كسماعه فكما لايجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لايجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر

(فصل) وان علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل نص عليه أحمد وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك ؟ قال أرجو أن لايأثم ان لم يجب وان أجاب فأرجو أن لايكون آثما فأسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر ولم يمنع الاجابة لكون المجيب لايرى منكراً ولا يسمعه، وقال احمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيبا ولم ير منكراً، فعلى قوله هذا لاتجب اجابة من طعامه من مكسب خبيث لان اتخاذه منكر والأكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يسغ له الاكل منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعي اليها ان يجيب وانما وردت السنة في اجابة من دعي الى وليمة تزويج)

يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقتدى بهم وذلك لما روي أن عثمان بن أبي العاص دعي الى ختان فابى أن يجيب فقيل له ؟ فقال انا كنا لانأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ

الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل وأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصور لان دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لاتدخله لايوجب تحريم دخوله كما لو كان فيه كلب ولا يحرم صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما يبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله

﴿ مسئلة ﴾ (فان سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين)

أما إذا استعمل ذلك لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله لحاجة فأشبه الستر على الباب وان كان لغير حاجة ففيه روايتان

[إحداهما] هو مكروه غير محرم وهو عذر في ترك الاجابة إلى الدعوة بدليل ما روى سالم ابن عبدالله بن عمر قال أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان فيمن آذن أبو أيوب وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل أبو أيوب فاطلع فرأى البيت مستوراً بخباء أخضر فقال ياعبدالله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء ياأبا أيوب فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج رواه الاثرم . قال القاضي وكلام أحمد يحتمل أمرين (أحدهما) الكراهة من غير تحريم لان ابن عمر أقر على فعله ولان كراهته لما فيه من السرف، وذلك لايبلغ به التحريم كالزيادة في الملبوس والمأكول والطيب، ويحتمل التحريم وهي الرواية الثانية

ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد باسناده ، اذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من اطعام الطعام، والاجابة اليها مستحبة غير واجبة وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وقال العنبري تجب اجابة كل دعوة لعموم الامر به فان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرسا كان أو غير عرس » أخرجه ابوداود

ولنا أن الصحيح من السنة انما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة ، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه ، وقال عثمان بن أبي العاص كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه ، ولان التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولان فيه جبر قلب الداعي وتطييب قلبه ، وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما الدعوة في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى .

لما روي الخلال باسناده عن علي بن الحسين قال : نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « إن الله لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر » واختار شيخنا أن ستر الحيطان مكروه غير محرم وهو مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه حديث وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم ولو ثبت الحديث حمل على الكراهة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) سئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئا معلقا فيه القرآن ليستهان به ويمسح قيل له فيقلع فكره أن يقلع القرآن ، وقال إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس ، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه

(فصل) قيل لابي عبدالله الرجل يكتري بيتا فيه تصاوير ترى أن يحكها قال نعم : قال المروذي قلت لابي عبدالله دخلت حماما فرأيت صورة ترى أن أحك الرأس ؟ قال نعم ، إنما جاز ذلك لان اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لان ذلك يكفي . قال أحمد ولا بأس باللعب مالم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال « ماهذا ياعائشة ؟ » فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فاذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من

﴿ مسئلة ﴾ قال (والنثار مكروه لانه شبه النهبة وقد يأخذه من غيره احب الي صاحب النثار منه)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروي ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن يزيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي، وروي عن أحمد رواية ثانية ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب الى رسول الله ﷺ خمس بدنات أو ست فطفقن يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود وهذا جار مجرى النثار، وقد روي أن النبي ﷺ دعي الى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه. قال الراوي ونظرت الى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك قلت يا رسول أوما نهيتنا عن النهبة ؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولانه نوع إباحة فأشبه إباحة اطعام الضيفان »

ولنا ما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تحل النهبى والمثلة » رواه البخاري وفي لفظ ان النبي ﷺ نهى عن النهبى والمثلة. ولان فيه نهباً وتزاحماً وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه

أجله وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوه. قال الاثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال هذا تأويل تأولته. وأما الآنية نفسها فليس فيها شك، وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لان رؤية المنكر كسماعه فكما لايجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لايجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يباح الاكل بغير إذن)

لان أكل مال الغير بغير اذنه محرم والدعاء الى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « إذا دعي أحدكم فأتى مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود إذا دعيت فقد أذن لك، رواه الامام أحمد باسناده

﴿ مسئلة ﴾ (والنثار والتقاطه مكروه وعنه لايكره)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، روي ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن زيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي

وروي عن أحمد انه ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب الى النبي ﷺ خمس بدنات أو ست فطفقن

وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه . والغالب هذا فان أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ، ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الامور ويكره سفسافها . فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها

وفي الجملة فالخلاف انما هو في كراهية ذلك وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع اباحة لماله فأشبه سائر الاباحات

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)

كذا روي عن أبي عبدالله رحمه الله ان بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز . أما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حسن غير مكروه . وقد روي عن أبي هريرة قال قسم النبي ﷺ يوما بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات إحداهن حشفة لم تكن تمرة أعجب إلي منها شدت إلى مضاغي. رواه البخاري . وكذلك ان وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضا

يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود . وهذا جار مجرى النثار . وقد روي أن النبي ﷺ دعي إلى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه . قال الراوي ونظرت الى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك فقلت يارسول الله أوما نهيتنا عن النهبة؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولانه نوع اباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان

ولنا ماروي عن النبي ﷺ انه قال « لاتحل النهبى والمسئلة » ولان فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب عليه هذا فان أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الامور ويكره سفسافها فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما الاباحة فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع إباحة لماله فأشبه سائر المباحات

(فصل) فأما ان قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف في أن ذلك حسن غير مكروه وقد روي عن أبي هريرة قال قسم رسول الله ﷺ بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان

قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم . وقال محمد بن علي بن بحر سمعت حُسْنَ أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابني حَسَن قال لي مولاي : حُسن لاتنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله الى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أحسنت وفرق أبو عبدالله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة

(فصل) ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه لانه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه من حجره لما ذكرناه

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعا وان أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتناهدون في الغزو والحج . ويفارق النثار فانه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء. قال المروذي : رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع » رواه ابن ماجه

سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات احداهن حشفة فلم يكن منهن تمرة أعجب الي منها شدت في مضاغي رواه البخاري وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضا قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم وقال علي(١) بن محمد بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابنى حسن قال لي مولاي حسن لا تنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله الى المعلم ، قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أحسنت وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز خمسة خمسة

(١) قدذكره في المغني محمد بن علي

﴿مسئلة﴾ (ومن حصل في حجره شيء فهو له غير مكروه)

لانه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لاحد أن يأخذه لما ذكرناه وقال في المحرر يملكه مع القصد وبدون القصد وجهان

﴿مسئلة﴾ (ويستحب اعلان النكاح والضرب عليه بالدف)

وقال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف قيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف ، وقال لا بأس بالغزل في العرس كقول النبي ﷺ للانصار

أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم * ولولا الذهب الاحمر * ما حلت بواديكم
ولولا الحبة السوداء * ما سمنت عذاريكم

وروى أبو بكر باسناده عن الحسن بن علي ان النبي ﷺ قال « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم » يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ « من نام وفي يده ريح غمر وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأتي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال « لا أريد الصلاة » رواه ابن ماجة وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء. رواه أبو داود. وروي عنه أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي الى الصلاة فالقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث وقال مهنا سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي ﷺ « لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنع الاعاجم وانهشوه نهشا فانه اهنأ وأمرأ » قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه

(فصل) وتستحب التسمية عند الاكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتيما في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصحفة فقال لي النبي ﷺ « ياغلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ

لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم » وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والصوت في الاملاك فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ « فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح » رواه النسائي وقال عليه الصلاة والسلام « أعلنوا النكاح » وفي لفظ « أظهروا النكاح » وكان يحب أن يضرب عليها بالدف وفي لفظ « فاضربوا عليه بالغربال » وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها الى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ « ما قلتم يا عائشة ؟ » قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال « ان الانصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم » روي هذا كله عن عبد الله بن ماجه في سننه وقال أحمد لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى عنها النبي ﷺ وانما يستحب الضرب بالدف للنساء ذكره شيخنا رحمه الله

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً وان أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس وقد كان السلف يتناهدون في الغزو والحج ويفارق النثار فانه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا.

قال « اذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه الا لقمة فلما رفعها الى فيه قال بسم الله أوله وآخره فضحك النبي ﷺ قال « مازال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء مافي بطنه » رواهن أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أتي النبي ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك فاقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال « ياعكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » ثم أتينا بطبق فيه الوان الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال « ياعكراش كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجة ولا يأكل من ذروة الثريد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي الحديث « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » رواهما ابن ماجة

(فصل) ويستحب الاكل بالاصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مثنى سألت أبا عبدالله عن الاكل بالاصابع كلها فذهب الى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ

﴿ فصل في آداب الاكل ﴾

يستحب غسل اليد قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء قال المروذي رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع » رواه ابن ماجه وروى أبو بكر باسناده عن الحسن عن النبي ﷺ أنه قال « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم » يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ « من نام وفي يده ريح غمر فأصابه شيء فلا يلومن الا نفسه » رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأتي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال « ما أريد الصلاة » رواه ابن ماجة وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب بالجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو حجفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء رواه أبو داود وروي عنه أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي الى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين قال أحمد: حديث لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنيع الاعاجم وانهشوه نهشاً فانه أهنأ وأمرأ قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه .

(فصل) وتستحب التسمية عند الاكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتيما في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصحفة فقال النبي ﷺ « يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم فليأكل

أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير الا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الخلال باسناده ويكره الاكل متكئا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئا » رواه البخاري ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا ولما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قالت: قال رسول الله ﷺ « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الارض وليأكلها » رواهن ابن ماجة

(فصل) ويحمد الله اذا فرغ لقول رسول الله ﷺ « ان الله ليرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها » رواه مسلم وعن أبي سعيد قال كان النبي ﷺ « اذا أكل طعاما

بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليذكر الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالساً ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال بسم الله فضحك النبي ﷺ ثم قال « ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما في بطنه » رواهن أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أتي النبي ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك فأقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال « يا عكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » وأتينا بطبق فيه ألوان من الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال يا عكراش « كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجة ولا يأكل من ذروة الثريد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلا الصحفه ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي حديث آخر « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها تبارك » رواهما ابن ماجة

(فصل) ويستحب الاكل بالاصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مهنا سألت أبا عبد الله عن الاكل بيده كلها فذهب إلى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير الا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان النبي ﷺ يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الخلال باسناده ويكره الاكل متكئا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئا » رواه البخاري ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا وروى ابن عباس عن النبي ﷺ « إذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الارض وليأكلها » رواهن ابن ماجة

قال الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه ابو داود، وعن أبي امامة عن النبي ﷺ انه كان يقول « اذا رفع طعامه الحمد لله كثيرا مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغني عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ماتقدم من ذنبه » رواه ابن ماجة وروي أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وابو بكر وعمر ثم قال « من قال في أوله بسم الله وبركة الله ، وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبدالله قال : صنع ابو الهيثم للنبي ﷺ وأصحابه طعاما فدعى النبي ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال « أثيبوا صاحبكم » قالوا يارسول الله وما اثابته ؟ قال « ان الرجل اذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » وعن أنس أن النبي ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي ﷺ « أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » رواهما ابوداود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فان عبدالله بن جعفر قال : رأيت النبي ﷺ يأكل القثاء بالرطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة ماعاب رسول الله ﷺ طعاما قط اذا اشتهى شيئا أكله ، وان لم يشتهه تركه متفق عليهما واذا حضر فصادف قوما يأكلون فدعوه لم يكره له الاكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعو رسول الله ﷺ فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم

(فصل) ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها » رواه مسلم ، وعن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال «الحمد الله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه أبو داود ،وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول اذا رفع طعامه « الحمد لله كثيراً مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهمي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه ابن ماجة وقد روي أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال «من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل »فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبدالله قال صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاما فدعى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال « أثيبوا صاحبكم » قالوا يارسول الله وما اثابته قال « ان الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته» وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة يعوده فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندك الصائمون واكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » رواه أبو داود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فان عبد الله بن جعفر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل

فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم الى طعام غير ناظرين اناه) أي غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : ما أكل رسول الله ﷺ على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر ، وقال ابن عباس لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة « ولا يتنفس أحدكم في الاناء » وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « اذا وضعت المائدة فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وان شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فان الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجه

(فصل) قال محمد بن يحيى قلت لابي عبدالله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس وقيل لابي عبدالله ماتقول في غسل اليد بالنخالة؟ فقال لا بأس به نحن نفعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى ابوداود باسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحا ثم تغسل به الدم من حيضة . والملح طعام ففي معناه ماأشبهه والله أعلم

القثاء بالرطب ويكره عيب الطعام لقول ابي هريرة ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط اذا اشتهى شيئاً اكله وان لم يشتهه تركه متفق عليها واذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره الاكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم ولايجوز له ان يتحين وقت اكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الى طعام غير ناظرين اناه) اي غير منتظرين بلوغ نضجه وعن انس قال ما اكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر وقال ابن عباس لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وفي المتفق عليه من حديث ابي قتادة ولا يتنفس احدكم في الاناء

وعن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وضعت المائدة فلا يقوم الرجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليقعد فان الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجة

(فصل) قال محمد بن يحيى قلت لابي عبد الله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس به . وقيل لابي عبدالله ماتقول في غسل اليد بالنخالة ؟ قال لا بأس به نحن نفعله . وأستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود باسناده عن رسول الله ﷺ انه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة ، والملح طعام ففي معناه ماأشبهه

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال ابو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين المرأة كما أحب أن تزين لي لان الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها اذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه اذا ولا منة لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وهذا من المعروف ، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحساناً وبذي القربى - إلى قوله - والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين، وقال النبي ﷺ « استوصوا بالنساء خيراً فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله » رواه مسلم ، وقال النبي ﷺ « ان المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيمها كسرتها وان استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » متفق عليه وقال « خياركم خياركم لنسائهم

﴿ باب عشرة النساء ﴾

تلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف وأن لا يمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) قال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني أحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي لان الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته ، وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذاً ولا منة لأن هذا من المعروف الذي أمر الله تعالى به . ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحسانا وبذي القربى) الى قوله (والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين . وقال النبي ﷺ «استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم . وقال النبي ﷺ « إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » متفق عليه ، وقال «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجة ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه ، قال الله تعالى (وللرجال عليهن درجة)

رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى (و للرجال عليهن درجة) وقال النبي ﷺ « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود ، وقال « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » متفق عليه ، وقال لامرأة «أذات زوج أنت ؟» قالت نعم قال « فانه جنتك ونارك » وقال « لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا باذنه ولا تأذن في بيته الا باذنه وما أنفقت من نفقة من غير اذنه فانه يرد اليه شطره » رواه البخاري

(فصل) اذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك وان عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها وان طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة لان ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي ﷺ « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى ، ثم ان كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً وله السفر بها لان النبي ﷺ كان يسافر بنسائه الا أن يكون سفرا مخوفا فلا يلزمها ذلك ، وان كانت أمة لم يلزم تسليمها الا بالليل لانها مملوكة عقد على أحدى منفعتها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل ، ويجوز للمولى بيعها لان النبي ﷺ أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها

وقال النبي ﷺ « لوكنت آمراً احداً أن يسجد لاحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود ، وقال «اذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » متفق عليه ، وقال لامرأة « أذات زوج أنت ؟ » قالت نعم ، قال «فانه جنتك ونارك » وقال « لايحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا باذنه ولا تأذن في بيته إلا باذنه وما أنفقت من نفقة بغير إذنه فانه يرد اليه شطره » رواه البخاري

﴿مسئلة﴾ (واذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج اذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها)

لان بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض وكما تستحق المستأجرة تسليم العين المستأجرة وتستحق عليه الاجرة به ، وقوله وكانت حرة لأن الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل على مانذكره ، ويشترط إمكان الاستمتاع بها فان كانت صغيرة لايجامع مثلها وذلك معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لاتصلح ، وحده أحمد رحمه الله بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها فان أتي عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى أن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة وهي بنت تسع سنين ، قال القاضي هذا عندي ليس على طريق التحديد وانما ذكره لان

(فصل) وللزوج اجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لانه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة مايمنع حقه، وان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لانه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها الا بالغسل ، فأما الذمية ففيها روايتان (إحداهما) له إجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة (والثانية) ليس له إجبارها عليه وهو قول مالك والثوري لان الوطء لا يقف عليه فانه مباح بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الاظفار وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، وتستوي في هذه المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها ،وله إجبارها على ازالة شعر العانة اذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضي . وكذلك الاظفار وان طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لانه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع

(والثاني) ليس له منعها منه لانه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر وان كانت ذمية لانه يمنع الاستمتاع بها فانه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ ولا يأمن أن تجني عليه ، وان أرادت شرب مالا يسكرها فله منع المسلمة لانهما يعتقدان تحريمه ، وان كانت ذمية لم يكن له منعها منه ، نص عليه

الغالب ان ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ومتى كانت لاتصلح للوطء لايجب على أهلها تسليمها اليه وان ذكر انه يحضنها ويربيها لانه لايملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولايؤمن شرة نفسه الى مواقعتها فيفضها ، وإن كانت مريضة مرضاً مرجوا الزوال لم يلزمها تسليم قبل برئها لانه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولان العادة لم تجر بتسليم المريضة الى زوجها والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فان كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسلمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج وله أن يستمتع بها فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظمه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه النفقة ولا يثبت له خيار الفسخ لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وانما الامتناع لامر من جهته وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء فان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل أن لايجب ذلك كالمرض المرجو زواله ، واحتمل وجوب التسليم لانه يزول قريبا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج

﴿ مسئلة ﴾ (وانما يجب تسليمها في بيت الزوج اذا لم تشترط دارها) وقد ذكرنا ذلك في بابه ويجب عليها تسليم نفسها في دارها

(فصل) فان كانت حرة لزم تسليمها ليلا ونهاراً لانه لا حق لغيره عليها

(مسئلة) (فان سألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة باصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة)

أحمد لانها تعتقد إباحته في دينها ، وله إجبارها على غسل فمها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بفيها ، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم . وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله

(فصل) وللزوج منعها من الخروج من منزله الى مالها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها الا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة في احكام النساء عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فمات أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته فقال « لها اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فاوحى الله الى النبي ﷺ «اني قد غفرت لها بطاعة زوجها» ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج الا بإذنه ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما لان في ذلك قطيعة لها وحملا لزوجته على مخالفته وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج الى الكنيسة لان ذلك ليس بطاعة ولا نفع وإن كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد وهو مذهب

لان ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبتها له فههنا أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل)

وللسيد استخدامها نهاراً وعليه إرسالها بالليل للاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين الاستخدام والاستمتاع ، فاذا عقد على احداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استطابتها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار ، فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك فقال ماأدري ؟ فيحتمل المنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فمنع منه كما لو أراد الزوج السفر بها ويحتمل أن له السفر بها لانه مالك لرقبتها فهو كسيد العبد اذا زوجه

(فصل) ويجوز للسيد بيعها لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل ان بيع بريرة لم يبطل نكاحها

﴿ مسئلة ﴾ (وله الاستمتاع بها مالم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها)

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع»

الشافعي وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي ﷺ « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله » وروي أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل وكانت تخرج الى المساجد وكان غيورا فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الامة النصرانية يشتري لها زناراً ؟ قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه احمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وابو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فان النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق قال الجوزجاني وقد قال النبي ﷺ « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لاحد لامرت المرأة ان تسجد لزوجها ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنتقل من جبل أسود الى جبل أحمر أو من جبل أحمر الى جبل أسود كان عليها أن تفعل » ورواه باسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبي ﷺ يأمر نساءه بخدمته فقال يا عائشة اسقينا « يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر » وقد روي أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ تشكو اليه ما تلقى من الرحى وسألته خادماً يكفيها ذلك

متفق عليه ، ولقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وله السفر بها إلا أن تشترط بلدها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ، فان اشترطت بلدها فلها شرطها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج »

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز وطؤها في الحيض اجماعا)

لقول الله تعالى (فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن) ولا يجوز وطؤها في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبدالله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمر وأبو هريرة رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت إباحته عن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك ، وروي عن مالك انه قال ما رأيت أحداً اقتدى به في ديني يشك في انه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله بقوله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية .

ولنا ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن » وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته في دبرها » رواهما ابن ماجة ، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فاما قسم النبي ﷺ بين علي وفاطمة فعلى ما يليق به الاخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبيل الايجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجبا عليها ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الاولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه

(فصل) ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبدالله وأبو الدرداء وابن عباس وعبدالله بن عمرو وأبو هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبدالرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت اباحته عن ابن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك وروي عن مالك أنه قال ماأدركت أحدا أقتدي به في ديني يشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله بقول الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على ازواجهم أوما ملكت أيمانهم)

ولنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال « ان الله لا يستحيي من الحق ، لا تأتوا النساء من أعجازهن » وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي ﷺ قال «لاينظر الله الى رجل جامع امرأة في

أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواهن كاهن الاثرم ، فأما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فأنزل الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المأتي متفق عليه ، وفي رواية « ائتها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك

(فصل) فان وطئها في دبرها فلا حد عليه لان في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم وعليهما الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة ، فان كان الوطء في أجنبية فعليه حد اللوطي ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء في الفرج لانه وطء كامل بخلاف هذا ولا الاحلال للزوج الاول لان المرأة لا تذوق عسيلة الرجل ولا تحصل به الفيئة لان الوطء لحق المرأة وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن في النكاح لان بكارة الاصل باقية

(فصل) فأما التلذذ بين الاليتين من غير إيلاج فلا بأس به لان السنة انما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لأجل الاذى وذلك مخصوص في الدبر فاختص التحريم به

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعزل عن الحرة إلا باذنها)

دبرها » رواهما ابن ماجة وعن بن مسعود عن النبي ﷺ قال « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواهن كلهن الاثرم فاما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فانزل الله (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها الا في المأتى متفق عليه وفي رواية « ائتها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الاخرى المراد بها ذلك

(فصل) فان وطئ زوجته في دبرها فلا حد عليه لان له في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم، وعليها الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة، وان كان الوطء لاجنبية وجب حد الوطي ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل والاحلال للزوج الاول لان المرأة لاتذوق به عسيلة الرجل، ولا تحصل به الفيئة ولا الخروج من العنة لان الوطء فيهما لحق المرأة، وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن بالنكاح لان بكارة الاصل باقية

(فصل) ولا بأس بالتلذذ بها بين الاليتين من غير إيلاج لان السنة انما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لاجل الاذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به

(فصل) والعزل مكروه ومعناه أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجا من الفرج رويت

معنى العزل أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجاً من الفرج وهو مكروه، رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود، وروي عن ابي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة، وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا » وقال « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » إلا ان يكون العزل لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته الى الوطء

ذكر الخرقي في هذه : أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها . فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن امائه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم وقد رويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروى ابو سعيد قال ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ قال « فلم يفعل ذلك أحدكم ؟ - ولم يقل فلا يفعل - فانه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها » متفق عليه، وعنه أن رجلا قال : يارسول الله ان لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن

كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة وقد حث النبي ﷺ على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا - وقال - سوداء ولود خير من حسناء عقيم » الا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل ذكر الخرقي هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إمائه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم ، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى ابو سعيد قال : ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ قال « فلم يفعل أحدكم ؟ - ولم يقل فلا يفعل - فانه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها » متفق عليه ، وعنه أن رجلا قال : يارسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه مااستطعت أن تصرفه » رواه ابوداود

(فصل) ويجوز العزل عن أمته بغير اذنها نص عليه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لاحق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من

اليهود تحدث أن العزل هي الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » رواه أبو داود

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روي عن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها ، رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجة ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا باذنها .

(فصل) والنساء ثلاثة أقسام إحداهن زوجته الحرة فلا يجوز العزل عنها إلا باذنها في ظاهر المذهب وقد ذكرنا ذلك . (الثانية) : أمته فيجوز العزل عنها ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى . (الثالثة) زوجته الامة فالاولى جواز العزل عنها بغير اذنها وهو قول الشافعي استدلالا بمفهوم الحديث المذكور .

وقال ابن عباس يستأذن الحرة ، ولا يستأذن الامة ولأن عليه ضرراً في ارقاق ولده بخلاف الحرة ، ويحتمل أن لا يجوز الا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة فلم يجز

العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها . قال القاضي ظاهر كلام احمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ويحتمل أن يكون مستحبا لان حقها في الوطء دون الانزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روي عن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجة ولان لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا باذنها فاما زوجته الامة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالا بمفهوم هذا الحديث وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الامة ولان عليه ضرراً في استرقاق ولده بخلاف الحرة ويحتمل أن لا يجوز إلا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه فلم يجز بغير إذنها كالحرة

(فصل) فان عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الانصار إلى رسول الله ﷺ فقال إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها » وقال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي ولان لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الانزال كسائر الاحكام وقد قيل إن الوطأ في الفرج يحصل به الانزال ولا يحس به

بغير إذنها كالحرة . وقال أصحابنا لا يجوز العزل عنها إلا باذن سيدها لان الولد له والاولى جوازه لان تخصيص الحرة بالاستئذان دليل سقوطه في غيرها ولان السيد لا حق له في الوطء فلا يجب استئذانه في كيفيته ويحتمل أن يكون استئذانها مستحباً لان حقها في الوطء لا في الانزال بدليل خروجه بذلك من الفيئة والعنة .

﴿ مسئلة ﴾ (وله اجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس الا الذمية فله اجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفي سائر الاشياء روايتان)

وجملة ذلك أن للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة أو مملوكة لانه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة مايمنع حقه فان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لانه لحقه ، وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل . فأما الذمية ففيها روايتان.

(أحدهما) له اجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة (والثانية) : ليس له إجبارها . وهو قول مالك والثوري فان الوطء لا يقف عليه لاباحته بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي ازالة الوسخ والدرن وفي تقليم الاظافر وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، ويستوي في هذا المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها

﴿ فصل في آداب الجماع ﴾

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى (وقدموا لأنفسكم) قال عطاء هي التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا » متفق عليه ، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال قال رسول الله ﷺ « اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجة وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا دخل الخلاء غطى رأسه واذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراها أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد مايعجبني الا أن يكتم هذا كله وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والاخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال « فقال لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال « لعل إحداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال « لا تفعلوا فانما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون »

على إزالة شعر العانة اذا خرج عن العادة رواية واحدة ذكرها القاضي وكذلك الأظفار فان طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لانه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع . (والثاني) ليس له ذلك لانه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر وان كانت ذمية لانه يمنع الاستمتاع بها ويزيل عقلها ولا يأمن أن تجني عليه فأما شرب مالا يسكر فله منع المسلمة منه لانهما يعتقدان تحريمه ، وليس له منع الذمية منه نص عليه أحمد لانها تعتقد اباحته في دينها ، وله إجبارها على غسل فيها منه لما فيه من الرائحة الكريهة فهو كالثوم ، وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد حل يسير النبيذ ومذهب الشافعي على نحو من هذا كله .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ان كانت حرة)

وجملة ذلك أن قسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن له عذر ، وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري وأبو ثور ، وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا ان كان بترك الوطء مضرة فان كان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء لان أحمد قال إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيناً أي لا يؤجل . وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لان القسم حقه فلم يجب عليه

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لان عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الاكثار من الكلام حال الجماع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فان منه يكون الخرس والفأفاء » ولانه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه وأولى بذلك منه ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ أنه قال « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ - قلت وذلك إلي ؟ قال - نعم انك تقبلها وتغمزها وتلمزها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها » فان فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ « اذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم اذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعا لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها فان عائشة قالت ينبغي المرأة اذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد لما روي عن أنس قال سكبت لرسول الله ﷺ من نسائه غسلا واحداً في ليلة واحدة فان حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع قال احمد اذا أراد أن يعود فاعجب

ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص « ياعبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ قلت بلى يا رسول الله قال فلا تفعل « صم وأفطر وقم ونم فان لجسدك عليك حقاً وإن لعينك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً » متفق عليه فأخبر أن للمرأة عليه حقاً

وقد روى الشعبي أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت ياأمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها فجاء فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من أمرهما مالم أفهم قال فاني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الاول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة روي ذلك عن عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه هذا أحدها وفي لفظ قال عمر نعم القاضي أنت ، وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولانه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته كالزيادة في النفقة على قدر الواجب .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت أمة فمن ثمان ليال ليلة)

هذا اختيار شيخنا قال أصحابنا من كل سبع لان أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها

الى الوضوء فان لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولان الوضوء يزيده نشاطا ونظافة فاستحب وان اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل فان أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعا فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا فقلت يارسول الله لو جعلته غسلا واحداً ؟ قال « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد في المسند ، وروي أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبري ، وروى ابن بطة باسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة »

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أو كبيراً لان عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى إلى الاخرى أو ترى ذلك فان رضيتا بذلك جاز لان الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد ، وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الاخرى لم يجز لان فيه دناءة وسخفا وسقوط مروءة فلم يبح برضاهما وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز اذا كان ذلك مسكن مثلها

(فصل) روي عن النبي ﷺ أنه قال « أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير منه والله أغير مني » وعن علي رضي الله عنه قال : بلغني أن نساءكم ليزاحمن العلوج في الاسواق أما تغارون ؟ انه لاخير فيمن لايغار . وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من أمريء لا يغار إلا منكوس القلب .

السابعة والاولى أولى ليكن على النصف ما للحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليلتان ولو كان للامة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللامة ليلة ولانه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعا فماذا نصنع في الليلة الثامنة؟ ان أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها وإن باتها عند الامة جعلها كالحرة ولا سبيل اليه وعلى ما اختاره شيخنا تكون هذه الليلة الثامنة له ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الأولى مستأنفا للقسم وان كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمتان فلهن ست وله ليلتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع وعلى قول الاصحاب لها ليلة وله ست

﴿ مسألة ﴾ (وله الانفراد بنفسه فيما بقي وقد ذكرناه لانه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كما لو وفاهن حقهن من النفقة والكسوة والسكن)

﴿ مسألة ﴾ (وعليه أن يطأ في كل أربعة أشهر مرة)

﴿ مسألة ﴾ قال (أبو القاسم وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم)

لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافا وقد قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف، وقال الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل) فتذروها كالمعلقة، وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل» وعن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول «اللهم هذا قسمي في فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك» رواهما أبو داود اذا ثبت هذا فانه اذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحدة منهن الا بقرعة لان البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولانهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير الى القرعة كما لو أراد السفر باحداهن فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لان حقها متعين وإن كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداية باحدى الباقيتين، وإن كن أربعا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة، ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للاولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكان لكل واحدة ما خرج لها

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخصي والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب

الوطء واجب على الرجل اذا لم يكن عذر وبه قال مالك وقال القاضي لا يجب الا أن يتركه للاضرار وقال الشافعي لا يجب عليه لانه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه)

ولنا ما تقدم في المسألة المتقدمة في أول الفصل ولان في بعض الروايات حديث كعب حين قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقا يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ولانه حق يجب بالاتفاق اذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب ولان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون الوطء حقا لهما جميعا ولانه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة

(فصل) ويجب في كل أربعة أشهر مرة نص عليه أحمد ووجهه ان الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لان اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها

﴿ مسألة ﴾ (فان سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك ان لم يكن له عذر)

وجملة ذلك أنه اذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وان طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود اذا ترك لامرأته نفقة وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان أحمد

الرأي لان القسم للانس وذلك حاصل ممن لا يطأ، وقد روت عائشة أن رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول « أين أنا غداً؟ أين أنا غداً؟ » رواه البخاري فان شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي ﷺ ، قالت عائشة إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال « اني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن » فأذن له رواه أبو داود فان لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب ، فان كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي عليهن ، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لانه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الافاقة كالمال .

(فصل) ويقسم للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم ، وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لهن ، وأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالصحيحة وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

(فصل) ويجب قسم الابتداء ومعناه انه اذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن عذر ، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري وأبو

رحمه الله ذهب الى توقيته بستة أشهر فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما وانما صار الى تقديره بهذا لحديث عمر ، رواه أبو حفص باسناده عن زيد بن أسلم قال بينا عمر بن الخطاب يحرس بالمدينة فمر بامرأة وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فارسل اليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك قالت خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين وسئل أحمد كم للرجل يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له

﴿ مسئلة ﴾ (فان أبى شيئا من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما)

قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها إلى شهر يجبر على الدخول قال أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة بن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك

ثور ، وقال القاضي في المجرد لايجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مضراً فان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء لان أحمد قال اذا وصل الرجل الى امرأته مرة بطل أن يكون عنينا أي لا يؤجل وقال الشافعي لايجب قسم الابتداء بحال لان القسم لحقه فلم يجب عليه

ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص يا عبد الله «ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟» قلت بلى يارسول الله قال « فلا تفعل صم ، وأفطر ، وقم ، ونم فان لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا وان لزوجك عليك حقا » متفق عليه فاخبر أن للمرأة عليه حقا وقد اشتهرت قصة كعب ابن سور رواها عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه احداهن عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ فجاءت فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من أمرهما مالم أفهم قال فاني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله مارأيك الاول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على أهل البصرة ، وفي رواية فقال عمر : نعم القاضي أنت . وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا . ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالايلاء ، ولانه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على

وهو قول أكثر الفقهاء لانه لوضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره وقال بعض أصحابنا إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر راسله الحاكم فان أبى أن يقدم فسخ نكاحه ، وروي ذلك عن احمد ومن قال لايفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه الا بحكم الحاكم لانه مختلف فيه ، وعن أحمد ما يدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب لانه حق له فلم يجبر عليه كسائر حقوقه وهذا مذهب والاول أولى لما ذكرنا

(فصل) سئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة قال له إي والله يحتسب الولد قال لم يرد الولد يقول هذه المرأة شابة لم لايؤجر؟ وهذا صحيح وإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال «مباضعتك أهلك صدقة» قلت يارسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال « أرأيت لو وضعه في غير حقه ؟ ما كان عليه وزر » قال بلى قال «أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير ؟» ولانه وسيلة الى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن يقول عند الجماع بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان مارزقتني) لقول الله تعالى (وقدموا لانفسكم) قال عطاء هي التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال :

قدر الواجب. إذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة من كل أربع وللأمة ليلة من كل سبع لان أكثر مايمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة

والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للامة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة ولانه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً فماذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ ان أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على مايجب لها ، وان باتها عند الامة جعلها كالحرة ولا سبيل اليه ، وعلى ماذكرنا تكون هذه الليلة الثامنة له ، ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الاولى مستأنفا للقسم . وان كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس ، وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع، وعلى قولهم لها ليلة وله ست

(فصل) والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر وبه قال مالك وعلى قول القاضي لايجب الا أن يتركه للاضرار وقال الشافعي لايجب عليه لانه حق له فلايجب عليه كسائر حقوقه

ولنا ما تقدم في الفصل الذي قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقا يابعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان مارزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان ابداً » متفق عليه

(فصل) ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين» رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولايجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولايقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد ما يعجبني إلا ان يكتم هذا كله وقال أحمد في الذي يجامع المرأة والاخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روي عن الحسن قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال « لعل أحدكم يحدث بما يصنع باهله اذا خلا - ثم أقبل على النساء فقال - لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا انفعل فقال - لاتفعلوا فانما مثلكم كمثل الشيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون » وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لان عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (ولايكثر الكلام حال الوطء)

لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تكثروا الكلام عند مجامعة

عمر قضاءه ورضيه ، ولانه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة،يحقق هذا انه لولم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لايجب ولان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه الى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا ، ولانه لولم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد ووجهه ان الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لان اليمين لاتوجب ماحلف على تركه فيدل على انه واجب بدونها فان أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غداً أدخل بها غدا أدخل بها إلى شهر هل يجبر على الدخول ؟ فقال أذهب الى أربعة أشهر ان دخل بها والا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى

وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول اصحابنا انه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لانه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره

(فصل) وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء ، وان طال سفره

النساء فان منه يكون الخرس والفأفاء ولانه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه ويستحب أن يلاعب امرأته عند الجماع لتنهض شهوتها لتنال من لذة الجماع مثل ما ناله ، وقد روى عمر بن العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ » قلت وذلك إلي؟ قال « نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها »

﴿مسئلة﴾ (ولا ينزع اذا فرغ قبلها حتى تفرغ)

لما روى أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها ،فان عائشة قالت : ينبغي للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة

﴿مسئلة﴾ (ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد)

لما روى أنس قال سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسل من نسائه غسلا واحداً في ليلة واحدة ولان حدث الجنابة لايمنع الوطء بدليل إتمام الجماع ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء نص عليه

ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة ، وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال ستة أشهر يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما ، وانما صار إلى تقديره بهذا لحديث عمر رواه ابوحفص باسناده عن زيد بن أسلم قال : بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول

تطاول هذا الليل واسود جانبه   وطال علي أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده   لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل اليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك قالت خمسة أشهر ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين . وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لامر لا بد له فان غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم فان أبى أن يقدم فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه اذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم لانه مختلف فيه

(فصل) وسئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إي والله يحتسب الولد وان لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح فان أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال

أحمد قال فان لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولان الوضوء يزيده نظافة ونشاطة فاستحب وان اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل فان أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا فقلت يارسول الله لو جعلته غسلا واحدا قال هذا أزكى وأطيب وأطهر رواه الامام أحمد في المسند وروى هذه الاحاديث التي في آداب الجماع كلها أبوحفص العكبري وروى ابن بطة باسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل من أول الليل ثم اراد ان يعود توضأ وضوءه للصلاة »

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد إلا برضاهما صغيراً كان المسكن اوكبيراً لان عليهما ضررا لما بينهما من العداوة والغيرة فاجتماعهما يثير الخصومة والمقاتلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا اتى الاخرى أوترى ذلك فان رضيا بذلك جاز لان الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيا بنومه بينهما في لحاف واحد فان رضيا بان يجامع إحداهما بحيث تراه الاخرى لم يجز لان فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة فلم يجز برضاهما وان اسكنهما في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز اذا كان ذلك سكن مثلهما

(مسألة) (ولا يجامع احداهما بحيث تراه الاخرى اوغيرهما لان فيه دناءة ولا يحدثها بما جرى بينهما ولا يحدث غيرها لما روي من حديث الحسن

« وباضعتك أهلك صدقة ـ قلت يارسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال ـ أرأيت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر؟ قال قلت بلى قال ـ أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير » ولانه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان: له أن يفضل إحداهما على الاخرى في النفقة والشهوات والكسى إذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطء

﴿ مسألة ﴾ قال (وعماد القسم الليل)

لاخلاف في هذا وذلك لان الليل للسكن والايواء يأوي فيه الانسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال تعالى (وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا) وقال (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وماشاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « تعجبون من سعد لأنا أغير منه والله أغير مني » وعن علي رضي الله عنه قال بلغني ان نساءكم يزاحمن العلوج في الاسواق أما تغارون انه لا خير فيمن لا يغار وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

﴿مسألة﴾ (وله منعها من الخروج من منزلها الى مالها منه بد سواء ارادت زيارة والديها او عيادتهما او حضور جنازة احدهما)

قال احمد في امرأة لها زوج وام مريضة طاعة زوجها اوجب عليها من امها الا ان يأذن لها وقد روى ابن بطة في احكام النساء عن انس ان رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فرض ابوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة ابيها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتقي الله لاتخالفي زوجك » فأوحى الله الى النبي صلى الله عليه وسلم « اني قد غفرت لها بطاعة زوجها ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلايجوز ترك واجب لماليس بواجب ولايجوز لها الخروج الا باذنه

﴿مسألة﴾ (فان مرض بعض محارمها او مات استحب له ان يأذن لها في الخروج اليه)

لما في ذلك من صلة الرحم وفي منعها منه قطيعة الرحم وحمل لزوجته على مخالفته وقد امر الله تعالى

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ماروي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وإنما قبض النبي ﷺ نهاراً ويتبع اليوم الليلة الماضية لان النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وان أحب أن يجعل النهار مضافا الى الليل الذي يتعقبه جاز لان ذلك لا يتفاوت

(فصل) فان خرج من عند بعض نسائه في زمانها فان كان ذلك في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة جاز فان المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه ، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقض لها لانه لا فائدة في قضاء ذلك ، وإن أقام قضاه لها سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر لان حقها قد فات بغيبته عنها ، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز لان التسوية تحصل بذلك ولانه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منها فبعضها أولى ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لانه أبلغ في المماثلة والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق وإن قضاه في غيره من الليل مثل أن فاتها في أول الليل فقضاه في آخره أو من آخره فقضاه في أوله ففيه وجهان (أحدهما) يجوز

بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف فان كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج الى الكنيسة ولان ذلك ليس بطاعة ولا نفع فان كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث منعه من منعها وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وروي أن ابن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل فكانت تخرج الى المساجد وكان غيوراً فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة والإمة النصرانية يشتري لها زناراً قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير ؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق وقال الجوزجاني وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لو كنت آمرا أحداً أن يسجد لاحد لامرت المرأة أن تسجد لزوجها » ولو أن رجلا أمر امرأته ان تنقل من جبل أسود الى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل » ورواه باسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه

لانه قد قضى قدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة اذا ثبت هذا فانه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الاخرى لئلا يفوت حق الاخرى فتحتاج إلى قضاء ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها وإما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر مافات من حقها وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الاخرى ساعة واحدة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة

(فصل) وأما الدخول على ضرتها في زمنها فان كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض وان أقام وبرئت المرأة المريضة قضى للاخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها وإن خرج لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لانه لا فائدة في قضاء اليسير وإن دخل عليها فجامعها في زمن يسير ففيه وجهان

[أحدهما] لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى

(والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجامعة فيجامعها ليعدل بينهما ولان اليسير مع الجماع يحصل به السكن فأشبه الكثير وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها

فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال «ياعائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا ياعائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر» وروي أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكت اليه ماتلقى من الرحى وسألته خادما يكفيها ذلك

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين علي وفاطمة فعلى ما يليق بهما من الاخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبيل الايجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها وكذلك لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الاولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه .

﴿مسئلة﴾ (ولا تملك المرأة اجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها)

أما إذا فعلت ذلك باذنه جاز ولزم العقد لان الحق لهما لا يخرج عنهما وإن كان بغير إذنه لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ويجوز في الآخر لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل

ولنا أنه عقد يفوت به حق من ينسب له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر فأما ان أجرت

ونحو ذلك لما روت عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع وإذا دخل اليها لم يجامعها ولم يطل عندها لان السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقه وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان

(أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع فان أطال المقام عندها قضاه وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا إلا أنهم قالوا لا يقضي إذا جامع في النهار

ولنا أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل

(فصل) والاولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه لان رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا ولانه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن وان اتخذ لنفسه منزلا يستدعي اليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها كان له ذلك لان للرجل نقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها وان اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لان له ان يسكن كل واحدة منهن حيث شاء وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بان يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وان لم يكن لم تلزمهن إجابته لان عليهن في ذلك ضرراً وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس .

المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح العقد ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لان منافعها ملكت بالعقد السابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة وداراً مشغولة فان نام الصبي واشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعها وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها الا برضى الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ولانه يجوز له الوطء مع اذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقوقه

﴿مسألة﴾ (وله أن يمنعها من رضاع ولدها الا أن يضطر اليها ويخشى عليه)

وجملته أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها الا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له المنع كالخروج من منزله فان اضطر الولد اليها بأن لا يوجد مرضعة سواها ولا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو وطىء زوجته ولم يطأ الاخرى فليس بعاص)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فان قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الاخرى قال الله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وان أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهن فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوها لانه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وأبو عبيد وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والاوزاعي وأهل الرأي ، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه يسوي بين الحرة والامة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء كذلك ههنا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للامة ليلة

(فصل) فان أرادت رضاع ولدها منه نفيه وجهان (أحدهما) أن له منعها من رضاعه ولفظ شيخنا في هذا الكتاب يقتضيه بعموم لفظه وهو قول الشافعي ولفظ الخرقي يقتضيه أيضاً لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره وهذا ظاهر كلام القاضي (والثاني) ليس له منعها ويحتمله كلام الخرقي فانه قال فان أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وهكذا ذكره شيخنا في كتاب نفقة الاقارب في الكتاب المشروح لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل واحدة ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجراً لرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الاول انه يخل باستمتاعه قلنا لا يفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الام في الجمع بينها وبين ولدها وهذا ظاهر كلام ابن أبي موسى

(فصل) في القسم الاول قال رضي الله عنه (وعلى الرجل أن يساوي بين نسائه في القسم الاول)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف وقال سبحانه (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) وروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له امرأتان فمال الى أحديهما جاء يوم القيامة

وللحرة ليلتين . رواه الدارقطني واحتج به أحمد ، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً فكان حظها أكثر في الايواء ويخالف النفقة والسكنى فانه مقدر بالحاجة وحاجتها الى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء فانما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظهما

(فصل) والمسلمة والكتابية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للامة ليلة وللحرة ليلتين ، وإن كانتا جميعا حرتين فليلة وليلة ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهري والحكم وحماد ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لان الامة لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الايواء التام بخلاف الكتابية

(فصل) فان اعتقت الامة في أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ولم يقض لها مامضى لان الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فيسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة

وشقه مائل » وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » رواها أبو داود

﴿مسئلة﴾ (وعماد القسم الليل الا لمن معيشته بالليل كالحارس)

ولا خلاف في هذا وذلك لان الليل للسكن والايواء يأوي فيه الانسان الى منزله ويسكن الى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة والنهار للمعاش والخروج والكسب والاشتغال قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال سبحانه (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله)

فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة ليلة ويكون في النهار في معاشه فيما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحارس ومن أشبهه فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعا لليل بدليل ما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي في يومي وانما قبض صلى الله عليه وسلم نهارا ويتبع اليوم الليلة الماضية لان النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه بعد غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه من بعد

وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت اسقاطه ، وذكر القاضي أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الامة في العزل عنها أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا باذنه ولا يصح هذا لان الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للولي فيه حق ، ولان المطالبة بالفيئة للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا .

(فصل) ولا قسم على الرجل في ملك يمينه فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر ، وإن شاء ساوى بين الاماء وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض بدليل قول الله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم) وقد كان النبي ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يكن يقسم لهما ، ولان الامة لا حق لها في الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا ولا تضرب لها مدة الايلاء لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه اعفافها اما بوطئها أو تزويجها أو بيعها

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فان أحب الزيادة على ذلك لم يجز الا برضاهن ، وقال القاضي له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والاولى مع هذا ليلة وليلة لانه أقرب لعهدهن به وتجوز الثلاث لانها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي

غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وان أحب أن يجعل النهار مضافا الى الليل الذي يعقبه جاز لان ذلك لا يتفاوت

﴿مسئلة﴾ (وليس له البداءة باحداهن ولا السفر إلا بقرعة)

متى كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحدة منهن إلا بقرعة لان البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولانهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير الى القرعة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرجت لها القرعة خرج بها معه متفق عليه فالقرعة في السفر منصوص عليها وابتداء القسم مقيس عليه

﴿مسئلة﴾ (إذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية)

لتعين حقها فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لان حقها متعين فان كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداءة باحدى الباقيتين فان كن أربعاً أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للاولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكانت لكل واحدة ما خرج لها

﴿مسئلة﴾ (وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب)

ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب الشافعي وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل الى التسوية بينهن في ذلك فان قلبه قد يميل إلى

ولنا أن النبي ﷺ انما قسم ليلة وليلة ولان التسوية واجبة وانما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فاذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقا للاخرى فلم يجز جعلها للاولى بغير رضاها ولانه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ، ولأنه اذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الاخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ، ولان التأخير آفات فلا يجوز مع امكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالدين الحالة وسائر الحقوق

(فصل) فان قسم لاحداهما ثم طلق الاخرى قبل قسمها أثم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجعة أو نكاح قضى لها لانه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر اذا أيسر بالدين فان قسم لاحداهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي أو لا تبت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم . فان عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض الناشز لانها أسقطت حق نفسها ، وان كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً لتساويهن فان نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة فانه يقسم لها ثلاثا وللناشز

إحداهما دون الاخرى قال الله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبلة ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبلة واللمس ونحوهما لانه اذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان له ان يفضل احداهما على الاخرى في النفقة والشهوات والسكنى اذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه ارفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجبت لم يمكنه القيام بها الا بحرج فسقط وجوبها كالتسوية في الوطء

﴿مسئلة﴾ (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وان كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن ابي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وابو عبيد وذكر ابو عبيد انه مذهب الثوري والاوزاعي واهل الرأي وقال مالك في احدى الروايتين عنه يسوي بين الحرة والامة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء فكذلك هذا

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقول إذا تزوج الحرة على الامة قسم للامة ليلة وللحرة

ليلة خمسة أدوار فيكل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فان كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي المظلومة فانه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكراً وثلاث إن كانت ثيبا لحق العقد ثم يقسم بينها و بين المظلومة خمسة أدوار على ماقدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

(فصـل) فان كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقها عنه بذلك فاما إن يمضي إلى الغائبة في أيامها ، واما أن يقدمها اليه ويجمع بينهما في بلد واحد فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها ، وان أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب مايمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعا ، ولا يجوز إلا برضى الزوج لان حقه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق في ذلك لهما لايخرج عنهما فان أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت انما منعته المزاحمة بحق صاحبتها فاذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما لو كانت منفردة . وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة

ليلتين رواه الدار قطني واحتج به أحمد ولان الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً فكان حظها الايواء ويخالف النفقة والسكنى فانه مقـدر بالحاجة وحاجتها كحاجة الحرة وأما قسم الابتداء فانما شرع لزوال الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظها

(فصل) والمسلمة والـكتابية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للامة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهري والحـكم وحماد ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والـكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لان الامة لايتم تسليمها ولا يحتمل لها الايواء التام بخلاف الـكتابية

(فصل) فان أعتقت الامة في ابتداء مدتها أضاف الى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة وان كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ولم يقض لها ما مضى لان الحرية حصلت لها بعد استيفاء حقها وإن عتقت قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لانها تساويا فسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة وليس لسيدها الاعتراض عليها ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت

فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه، ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي؟ فأخذت خماراً مصبوغا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ « اليك ياعائشة انه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالامر فرضي عنها . فاذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة، وان وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لانه لاضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وان شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وان وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز، ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة والى بينهما، وان كانت لاتليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان الواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة، ولان في ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها . وفيه وجه آخر انه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق . والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها . ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لانها هبة

اسقاطه، وذكر القاضي ان قياس قول احمد انه يستأذن سيد الامة في العزل عنها ان لا يجوز هبتها لحقها من القسم الا باذنه، وهذا لايصح لان الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للمولى فيه حق ولان المطالبة بالفيئة للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان القسم للانس وذلك حاصل ممن لايطأ وقد روت عائشة ان رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور على نسائه ويقول « أين أنا غدا أين أنا غدا » رواه البخاري، فان شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، قالت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى النساء فاجتمعن قال « اني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن » فأذن له رواه ابو داود . فان لم يأذن له أقام عند احداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب، فان كان الزوج مجنونا لايخاف منه طاف به الولي عليهن وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لايحصل منه أنس ولا فائدة فان لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لانه حق ثبت في ذمته فلزمه ايفاؤه حال الافاقة كالمال

(مسئلة) (ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن

لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فان لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وان كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز فان عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سافرت زوجته باذنه فلا نفقة لها ولا قسم وان كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)

وجملة الامر انها اذا سافرت في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقي والقاضي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللشافعي فيه قولان (أحدهما) لا يسقط حقها لانها سافرت باذنه أشبه مالو سافرت معه

والثاني أن القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما اذا سافرت معه لانه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط

سواء في القسم) وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لهن ، فأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالعاقلة ، وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخل في ليلتها الى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية فان لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها ذلك من حق الأخرى)

وجملة ذلك انه اذا دخل في زمنها الى ضرتها فان كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ولم يلبث أن خرج لم يقض وإن أقام وبرأت المرأة المريضة قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وإن دخل لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لانه لا فائدة في قضاء اليسير ، وان دخل عليها فجامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى (والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وهذا هو الصحيح لان اليسير مع الجماع أشق على ضرتها وأغيظ لها من الكثير من غير جماع فكان وجوب قضائه أولى ، فأما الدخول الى المرأة في يوم غيرها في النهار فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج الى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها فيجوز لذلك ولما روت عائشة قالت كان

القسم وجها واحدا لانه لو سافر عنها اسقط قسمها والتعذر من جهته فاذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطهما اذا سافرت بغير اذنه فانه اذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه . فأما ان أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لانها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها وانما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن الا بقرعة فاذا قدم ابتدأ القسم بينهن)

وجملته ان الزوج اذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج الى قرعة لان القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وان اراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها الا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك ان له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة روت ان النبي ﷺ كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه متفق عليه . ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع ، واذا دخل عليها لم يجامعها ولم يطل عندها لان السكن يحصل بذلك وهي لاتستحقه ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان (أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لانه يحصل به السكن فأشبه الجماع فان أطال المقام عندها قضاه وان جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ماذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ماذكرنا إلا انه لا يقضي اذا جامع في النهار . ولنا انه زمن يقضيه اذا طال المقام فيقضيه اذا جامع كالليل

(فصل) فان خرج من عند بعض نسائه في زمانها فان كان في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج الى الصلاة جاز فان المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه ، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقض لها لانه لا فائدة في قضاء ذلك وان أقام قضاه لها سواء كانت اقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر لان حقها قد فات بغيبته عنها، وان أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الاخرى مثل ماغاب عن هذه جاز لان التسوية تحصل بذلك ولانه اذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منهما فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لانه أبلغ في المماثلة والقضاء يعتبر فيه المماثلة كقضاء العبادات والحقوق ، وان قضاه من غيره من الليل مثل أن فاته في اول الليل فقضاه في

وان أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضا فقد روت عائشة ان النبي ﷺ كان اذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه، وهذا معنى قول الخرقي فاذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن داود انه يقضي لقول الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل)

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولان هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بازاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن ان سافر باحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لان قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

(فصل) إذا خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لان القرعة

آخره او بالعكس جاز في احد الوجهين لانه قد قضى بقدر مافاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة . اذا ثبت هذا فانه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الاخرى لئلا يفوت حق الأخرى فيحتاج الى قضاء ، ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها واما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر مافات من حقها وله أن يترك من ليلة كل واحدة مثل مافات من ليلة هذه، واما أن يقسم المتروك بينهما مثل ان يترك من ليلة احداهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الاخرى ساعة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة

(فصل) والاولى ان يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ولانه اصون لهن واستر حتى لا يخرجن من بيوتهن ، فان اتخذ لنفسه منزلا يدعو اليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها جاز ذلك لان الرجل ينقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من اجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وان اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لان له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وان حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن اجابته لان عليهن في ذلك ضرراً ، وان أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فان أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن، وقال القاضي

لا توجب وانما تعين من تستحق التقديم وان أراد السفر بغيرها لم يجز لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها وان وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضي الزوج لان الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر وان وهبته للزوج أو للجميع جاز، وان امتنعت من السفر معه سقط حقها اذا رضي الزوج وان أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وان رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي وان رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لان الحق لهن إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ولا فرق في جميع ماذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى وذكر القاضي احتمالا ثانياً أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لانه في حكم الاقامة وهو وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الاقامة لم تجز المسافرة باحداهن دون الاخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الاخرى، ومتى سافر باحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لانه سفر واحد قد أقرع له وان أقام في بلدة مدة احدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لانه في حكم السفر تجري عليه أحكامه وان زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لانه خرج عن حكم السفر وان أزمع على المقام قضى ما أقامه وان قل لانه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلده أو بلد أخرى لم يقض ماسافره لانه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

(فصل) إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن

له أن يقسم ليلة ليلة وليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذه ليلة وهذه ليلة لانه أقرب لعهدهن به، ويجوز الثلاث لأنها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم انما قسم ليلة ليلة ولان التسوية واجبة وانما جوزنا البداية بواحدة لتعذر الجمع فاذا بات عند احداهن ليلة بقيت الليلة الثانية حقاً للأخرى فلم يجز جعلها للاولى بغير رضاها ولانه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ولانه اذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الاخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ولان للتأخير عليها ضرر فان لم يفعل فلا يجوز مع امكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال، والتحديد بالثلاث تحكم لايسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لايوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق

(فصل) فان كانت امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فاما أن يمضي الى الغائبة في ايامها وإما أن يقدمها اليه فيجمع بينهما في بلد واحد فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن

له إفراد إحداهن به لان هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فان خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فان لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لاحد ولا يحتاج الى قرعة لانه سوى بينهن وان أراد افراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة فاذا وصل إلى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لانه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه

(فصل) إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً وثلاثا إن كانت ثيبا ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة وان أراد السفر باحداهما أقرع بينهما فان خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ودخل حق العقد في قسم السفر لانه نوع قسم وان وقعت القرعة للاخرى سافر بها فان حضر قضى للجديدة حق العقد لانه سافر بعد وجوبه عليه وان تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لانه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالاخرى معه (والثاني) لا يقضيه لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها لانه لا يحصل للمسافرة من الايواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه فان قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الاولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجها واحداً وفيما زاد الوجهان

أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر أو أكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصــل) فان قسم ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي ولا تبيت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم فان عادت بعد ذلك الى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض للناشز لانها أسقطت حق نفسها ، فان كان له أربع نسوة فأقام عنـد ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً لتساويهن فان نشزت احداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ثلاثا وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمسة ثم يستأنف القسم بين الجميع ، فان كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فانه يخص الجديدة بسبع ان كانت بكرا وثلاث ان كانت ثيبا ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ماقدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أراد النقلة من بلد الى بلد وأخذ احداهن معه والاخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة)

وجملة ذلك ان الزوج اذا أراد الانتقال بنسائه الى بلد آخر فأمكنه استصحاب الكل في سفره فعل وليس له افراد احداهن به لان هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج الى نقل جميعهن، فان خص

ويحتمل في المسئلة الاولى وجها ثالثاً وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها ، وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً ان كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثا ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعاً فانه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات . روي ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ، وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قول الاوزاعي ، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي لا فضل للجديدة في القسم فان أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً

ولنا ماروى أبو قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم قال أبو قلابة لو شئت لقلت ان أنساً رفعه الى النبي ﷺ متفق

احداهن قضى للباقيات كالحاضر فان لم يمكنه الجمع أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لاحد ولا يحتاج الى قرعة لانه سوى بينهن ، وان أراد افراد بعضهن بالسفر معه لم يجز الا بقرعة فاذا وصل الى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لانه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للاخرى)

وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه كلهن معه أو تركهن كلهن لم يحتج إلى قرعة ، لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له ذلك إلا بقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، متفق عليه ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم ، وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه، فصارت القرعة لعائشة وحفصة ، رواه البخاري . ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد

عليه ، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثا وقال « ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائي » رواه مسلم ، وفي لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفي لفظ « وإن شئت زدتك ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث » وفي لفظ رواه الدارقطني « إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الاحاديث المرفوعة في هذا الباب على ماقلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة

(فصل) والامة والحرة في هذا سواء ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرة كسائر القسم (والثالث) للبكر من الاماء أربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة

ولنا عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع وللثيب ثلاث » ولانه يراد للانس وازالة الاحتشام والامة والحرة سواء في الحاجة اليه فاستويا فيه كالنفقة

(فصل) يكره أن يزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة حق عقد احداهما لأنه لايمكنه أن يوفيهما حقهما وتستضر التي لا يوفيها حقها وتستوحش فان فعل فأدخلت احداهما قبل الاخرى بدأبها

قدومه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولان هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بازاء ما حصل من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل لكن ان كان مسافراً باحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لان قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا انه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وانما يقضي منها ما أقامنها بمبيت ونحوه فاما زمان السير فلم يحصل لها منه الا المشقة والتعب فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

(فصل) فان خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لان القرعة لا توجب وانما تعين من تستحق التقديم فان أراد السفر بغيرها لم يجز لانها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها الى غيرها وان وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز اذا رضي الزوج لان الحق لها فيجوز هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضاه كما لو وهبت ليلتها في الحضر وان وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وان امتنعت من السفر معه سقط حقها اذا رضي الزوج، وان أبى فله اكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وان رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي، وان رضي الزوجات

فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم ، وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق العقد أتمه للاولى ثم قضى حق الثانية ، وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الاخرى بعدها

(فصل) واذا كانت عنده امرأتان فبات عند احداهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لان حقها آكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فاذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتديء القسم ، وذكر القاضي أنه اذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتديء القسم لان الليلة التي يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج اليه في نصف الليلة أو المجيء منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله

(فصل) وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم في أن عماده الليل وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة فان النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فان أطال قضاه ، وان كان يسيراً فلا قضاء عليه

كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لان الحق لهن الا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار الى القرعة، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى. وذكر القاضي احتمالا أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لانه في حكم الاقامة وهو وجه لاصحاب الشافعي

ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الاقامة لم تجز المسافرة باحداهن دون الاخرى كما لا يجوز افراد احداهن بالقسم دون غيرها ، ومتى سافر باحداهن بقرعة ثم بدا له بعد السفر نحو أن يسافر الى القدس ثم يبدو له فيمضي الى مصر فله استصحابها معه لانه سفر واحد قد أقرع له فان أقام في بلدة مدة احدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لانه في حكم السفر يجري عليه أحكامه وان زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لانه خرج من حكم السفر وان أجمع على المقام قضى ما أقامه وان قل لانه خرج عن حكم السفر ثم اذا خرج بعد ذلك الى بلد ، أو بلدة أخرى لم يقض ما سافره لانه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

﴿ مسئلة ﴾ (وان امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير اذنه سقط حقها من القسم)

لا نعلم خلافا في ذلك لانها عاصية له بمنع نفسها منه فسقط حقها كالناشزة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أشخصها هو فهي على حقها من ذلك)

(مسئلة) قال (واذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها فان أظهرت نشوزا هجرها فان أردعها والا فله أن يضربها ضربا لا يكون مبرحا)

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع اذا دعاها، ولا تصير اليه الا بتكره ودمدمة فانه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فان أظهرت النشوز وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى (واهجروهن في المضاجع) قال ابن عباس لا تضاجعها في فراشك. فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد اذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربا غير مبرح. فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى (واضربوهن) ولانها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولان

نحو أن يبعثها في حاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لانها لم تفوت عليه التمكين، ولا فات من جهتها وانما حصل بتفويته فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها، وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً.

(مسئلة) (وان سافرت لحاجتها باذنه فعلى وجهين)

اذا سافرت المرأة في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم في أحد الوجهين، هذا الذي ذكره الخرقي والقاضي، وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انها لا تسقط، وهو قول الشافعي لانها سافرت باذنه اشبه مالو سافرت معه، ووجه الاول ان القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها، وفارق ما اذا سافرت معه لانه لم يتعذر ذلك ويحتمل ان يسقط القسم وجهاً واحداً لانه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فاذا تعذر من جهتها بسفر كان اولى ويكون في النفقة الوجهان

(مسئلة) (وللمرأة ان تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها باذنه او له فيجعله لمن شاء منهن) لان الحق لها وللزوج فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق لا يخرج عنهما فان أبت الموهوبة

عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرقي المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالاسهل فالاسهل كمن هجم منزله فأراد إخراجه . وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن) الآية ففيها اضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعي قولان كهذين فان لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبي ﷺ « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح » رواه مسلم معنى غير مبرح أي ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد ابن يحيى عن قوله ضربا غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لان المقصود التأديب لا الاتلاف ، وقد روى ابو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يارسول الله ماحق زوجة أحدنا عليه؟ قال « أن يطعمها اذا طعمت ويكسوها إذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت » وروى عبدالله بن زمعة عن النبي ﷺ قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

قبل الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع ثابت في كل وقت انما منعته المزاحمة لحق صاحبتها فاذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها وان كرهت كما لوكانت منفردة ، وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة ، متفق عليه ونحو ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي ؟ فأخذت خماراً مصبوغا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت الى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إليك ياعائشة انه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فأخبرته بالامر فرضي عنها اذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لانه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض ، وان وهبتها لواحدة كفعل سودة جاز ثم ان كانت تلي ليلة الموهوبة والى بينهما ، وان كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله ، وقال في الرجل له امرأة لاتصلي يضربها ضربا رفيقا غير مبرح ، وقال علي رضي الله عنه في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أدبوهم، وروى أبو محمد الخلال باسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « رحم الله عبداً علق في بيته سوطا يؤدب أهله » فان لم تصل فقد قال احمد أخشى أن لايحل لرجل يقيم مع امرأة لاتصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن . قال احمد في الرجل يضرب امرأته لاينبغي لاحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربها ، والاصل في هذا ماروى الاشعث عن عمر أنه قال يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ لا تسأل أن

كما لو كانت باقية للواهبة ولان في ذلك تأخير الحق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز، وكذلك الحكم اذا وهبتها الزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها، وفيه وجه آخر انه لايجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها

﴿ مسئلة ﴾ (فمتى رجعت في الهبة عاد حقها ولها ذلك في المستقبل لانها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى) لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فان لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئا لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها فان كان عوضها غير المال مثل ارضاء زوجها عنها أو غيره جاز لان عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

﴿ مسئلة ﴾ (ولا قسم عليه في ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء)

ومن له نساء واماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وان شاء أقل وإن شاء أكثر ، وان شاء ساوى بين الاماء وان شاء فضل ، وان شاء استمتع ببعضهن دون بعض، بدليل قوله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يقسم لهما ولان الامة لا حق لها في الاستمتاع ولذلك لايثبت لها الخيار بجب السيد ولا عنته ولا يضرب لها مدة الايلاء

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب التسوية بينهن لئلا يضر ببعضهن وان لا يعضلهن ان لم يرد الاستمتاع بهن)

اذا احتاجت الامة الى النكاح وجب عليه اعفافها اما بوطئها أو تزويجها أو بيعها

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (واذا تزوج بكراً أقام عندها سبعاً ثم دار ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً ان كانت بكراً ولا يقضيها

رجلا فيم ضرب امرأته . رواه ابو داود ، ولانه قد يضربها لاجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحيا ، وان أخبر بغيره كذب

(فصل) واذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها اما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس ان تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) روى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي

وعن عائشة ان سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت : يا

للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعاً فانه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات . روي ذلك عن انس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو عبيدة وابن المنذر .

وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الاوزاعي ، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي : لافضل للجديدة في القسم فان أقام عندها قضاه للباقيات لانه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً .

ولنا ماروى أبو قلابة عن أنس قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم ، قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنسا رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه . وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على اهلك هوان إن شئت سبعت لك، وان سبعت لك سبعت لنسائي » رواه مسلم ، وفي لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفي لفظ رواه الدارقطني « ان شئت أقمت ثلاثاً خالصة لك وان شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه

قال ابن عبد البر الاحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه ، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من ادلى بالسنة .

(فصل) والامة والحرة في هذا سواء ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرة كسائر القسم (والثالث) للبكر من الاماء اربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة .

ولنا عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع وللثيب ثلاث » ولانه يراد للانس وازالة الاحتشام والامة والحرة سواء في الاحتياج الى ذلك فاستويا فيه كالنفقة

رسول الله يومي لعائشة فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا) رواه أبو داود، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها ان رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فان شاءت رجعت

(مسئلة) قال (والزوجان اذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك الى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما)

وجملة ذلك ان الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان بان له انه من المرأة فهو نشوز قد

﴿مسئلة﴾ (وان زفت اليه امرأتان قدمت السابقة منهما ثم أقام عند الاخرى ثم دار وان زفتا معا قدم احداهما بالقرعة ثم أقام عند الاخرى)

يكره ان تزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة عقد احداهما لانه لا يمكنه أن يوفيهما وتستضر التي لا يوفيها حقها، فان دخلت احداهما اليه قبل الاخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم، وان زفت الثانية في أثناء مدة العقد أتمه للاولى ثم قضى حق الثانية وان دخلتا عليه جميعا في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى للاخرى بعدها

(فصل) وإذا كان عنده امرأتان فبات عند احداهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لان حقها آكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فاذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم ثبت عند الجديدة ثم يبتديء القسم وذكر القاضي أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتديء القسم لان الليلة التي يوفيها الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج اليه في نصف الليلة أو المجيء منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء حقها بدون هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان أراد السفر فخرجت القرعة لاحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم بدأ بالاخرى فوفاها حق العقد)

إذا تزوج امرأتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لانه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالاخرى معه (والثاني) لا يقضيه لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها لانه لا يحصل للمسافرة من الايواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا

مضى حكمه ، وان بان انه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها . وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه اسكنهما الى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف ، فان لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا مايريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما)

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا باذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما

فيتعذر قضاؤه فان قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الاولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان، ويحتمل في المسئلة وجهاً ثالثاًوهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منها ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

(فصل) فان كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً وثلاثاً إن كانت ثيباً ثم يقسم بعد ذلك بينهما وبين القديمة وان أراد السفر باحداهما أقرع بينهما فان خرجت قرعة الجديدة سافرت معه ودخل حق العقد لانه سافر بعد وجوبه عليه

(مسئلة) (وإن طلق احدى نسائه في ليلتها أثم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجعة أو نكاح قضى لها لانه قدر على ايفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين

(مسئلة) (وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس)

لقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (وهو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) أي لتسكنوا في الليل ولتبتغوا من فضله في النهار . وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فيما ذكرنا فان تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج الى صلاة الجماعة فان النبي ﷺ لم يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فان أطال قضاه ولا يقضي اليسير

﴿ فصل في النشوز ﴾

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما وجب عليها من طاعته

(مسئلة) (فمتى ظهرت منها امارات النشوز بأن لا تجيبه الى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة ومتكرهة

أو ولاية عليهما (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما. روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك

وروى أبو بكر باسناده عن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال علي للحكمين هل تدريان ماعليكما من الحق؟ عليكما من الحق ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي كذبت حتى

وعظها فان أصرت هجرها في المضجع ما شاء، وفي الكلام ما دون ثلاثة أيام فان أصرت فله أن يضربها ضرباً غير مبرح)

متى ظهرت من المرأة امارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ولا تصير اليه إلا بتكره ودمدمة فانه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما اوجب الله له عليها من الحق والطاعة وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من النفقة والكسوة وما يباح له من هجرها وضربها لقول الله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فان أظهرت النشوز وهو أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع ما شاء لقول الله تعالى (واهجروهن في المضاجع) قال ابن عباس لا تضاجعها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد ان عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح ظاهر هذا إباحة ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن) ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولان عقوبات المعاصي لاتختلف بالتكرار وعدمه كالحدود، ووجه قول الخرقي أن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالاسهل فالاسهل كمن هجم عليه منزله فأراد اخراجه، وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن) الآية ففيها اضمار تقديره واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل اظهاره وللشافعي قولان كهذين فاذا لم ترتدع بالهجر والوعظ فله ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن) وقال النبي صلى الله عليه

ترضى بما رضيت به، وهذا يدل على انه أجبره على ذلك، وروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكما من أهله عبدالله بن عباس وحكما من أهلها معاوية فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى اذا امتنع، إذا ثبت هذا فان الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذه من شروط العدالة سواء

وسلم «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح» رواه مسلم ومعنى غير مبرح أي ليس بالشديد قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لان المقصود التأديب لا الاتلاف وقد روى ابو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال «أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت» وروى عبد الله بن زمعة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم» ولا يزيد في ضربها على عشرة أصوات لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط الا في حد من حدود الله» متفق عليه

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله تعالى وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رفيقا غير مبرح وقال علي في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أدبوهم وروى الخلال باسناده عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «رحم الله عبداً عاق في بيته سوطاً يؤدب أهله» فان لم تصلي فقد قال أحمد: أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من الجنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لاحد أن يسأله ولا أبوها لم يضربها؟ والاصل في هذا ما روى الاشعث عن عمر أنه قال يا اشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تسألن رجلا فيما ضرب امرأته» رواه ابو داود ولانه قد يضربها لاجل الفراش فان أخبر بذلك استحيا وان أخبر بغيره كذب

(فصل) وان خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها لتسترضيه بذلك لقوله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا) وروى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فانت في حل من النفقة علي والقسمة لي وعن عائشة ان سودة

قلنا هما حاكمان أو وكيلان لان الوكيل اذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون الا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لانه مفتقر إلى الرأي والنظر قال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لان العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة والأولى أن يقال ان كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لإن توكيل العبد جائز وان كانا حكمين اعتبرت الحرية لان الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلها لامر الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا

بنت زمعة حين أسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله يومي لعائشة فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها قالت ففي ذلك أنزل الله جل شأنه وفي اشباهها أراه قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً) رواه ابو داود ومتى صالحت على ترك شيء من قسمها او نفقتها او على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك قال احمد في الرجل يعيب على امراته فيقول لها ان رضيت على هذا والا فأنت اعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فان شاءت رجعت

(مسئلة) (فان ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له اسكنهما الحاكم الى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف)

وجملة ذلك ان الزوجين اذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان كان من المرأة فهو نشوز وقد ذكرناه وان بان انه من الرجل اسكنهما الى جنب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه اسكنهما الى جنب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف لان ذلك طريق الانصاف فتعين فعله كالحكم بالحق

(مسئلة) (فان خرجا الى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين)

والاولى ان يكونا من اهلها للآية بتوكيلهما ورضاهما فيكشفان عن حالهما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما او تفريق بطلاق او خلع فما فعلا من ذلك لزمهما والاصل في ذلك قوله سبحانه (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما)

(مسئلة) (فان امتنعا من ذلك لم يجبرا عليه وعنه أن الزوج ان وكل في الطلاق بعوض أو وكلت المرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم اليهما ذلك)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما ولا يملكان التفريق إلا باذنهما وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما، روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي

من غير أهلهما جاز لان القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك ارشاداً واستحبابا فان قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه فان امتنعا من التوكيل لم يجبر أو ان قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه

(فصل) فان غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين امضاء رأيهما ان قلنا إنهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبة وان قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لان كل واحد

والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضى الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك، وروى أبو بكر باسناده عن عبيدة السلماني ان رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، فبعثوا حاكمين ثم قال علي للحاكمين هل تدريان ماعليكما، من الحق؟ عليكما، من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي. فقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على انه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عقبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكما من أهله عبد الله بن عباس وحكما من أهلها معاوية، فقال ابن عباس لافرقن بينهما، وقال معاوية ما كنت لافرق بين شخصين من بني عبد مناف، فلما باتا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى عنه الدين من ماله اذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى اذا امتنع

(فصل) ولا يكون الحكمان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حكمان أو وكيلان لان الوكيل اذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لانه يفتقر الى الرأي والنظر، فقال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لان العبد عنده لاتقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة. قال شيخنا والاولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لان توكيل العبد جائز وإن كانا حاكمين اعتبرت الحرية لان الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من غير أهلهما جاز لان القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الامر بذلك إرشاداً واستحبابا، فان قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أوصلح أو تأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على مايراه، فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا، وان قلنا إنهما حكمان فانهما يمضيان مايريانه من طلاق وخلع فينفذ حكمهما عليه رضياه أو أبياه

من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وان كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كان حاكما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون

(فصل) فان شرط الحكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لانه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أودين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع وان أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا في اسقاط الحقوق

﴿ مسئلة ﴾ (فان غاب الزوجان أو احدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الاولى وينقطع على الثانية ، وان جنا انقطع نظرهما على الرواية الاولى ولم ينقطع على الثانية)

اذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز لهما امضاء رأيهما إن قلنا انهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبة ، وان قلنا انهما حكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لان كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز الا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم ، وان كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ماوكله فيه مع غيبته ، وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل ولا تبطل اذا قلنا انهما حاكمان لان الحاكم يحكم على المجنون . وذكر شيخنا في كتاب المغني أنه لا يجوز له الحكم أيضاً لان من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

(فصل) فان شرط الحاكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشرطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لانه اذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى ، وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع ، وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له او من الرجل إن لم ترض الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا في اسقاط الحقوق

﴿ كتاب الخلع ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)

وجملة الامر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أونحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ « ما شأنك ؟ قالت لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يارسول الله ﷺ كلما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس خذ منها فأخذمنها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟» فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام

﴿ كتاب الخلع ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)

وجملة ذلك أن المرأة اذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه او كبره أو ضعفه أو نحو ذلك (وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما شأنك ؟ » قالت لاأناولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه حبيبة بنت سهل فذكرت ماشاء الله ان تذكر وقالت حبيبة يارسول الله كلما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت ابن قيس« خذ منها» فأخذمنها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك واحمد وغيرهما وفي رواية للبخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ماأنقم على ثابت في دين ولاخلق الا اني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتردين عليه حديقته ؟» قالت نعم فردتها عليه وامره ففارقها ، وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة

قال ابن عبدالبر ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبدالله المزني فانه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية

وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لايحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ماآتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك، إذا ثبت هذا فان هذا يسمى خلعا لان المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى افتداء لانها تفتدي نفسها بمال تبذله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)

(فصل) ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي وعن الحسن وابن سيرين لايجوز إلا عند السلطان

ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولانه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة

(فصل) ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه لان المنع من الطلاق في الحيض من

وطلقها تطليقة ولان حاجتها داعية الى فرقته ولا تصل اليها الا ببذل العوض فأبيح لها ذلك كشراء المتاع وبهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز

قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً خالفه الا بكر بن عبد الله المزني فانه لم يجزه وزعم ان آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لايحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلونا والخبر ولانه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعا ودعوى النسخ لاتسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك اذا ثبت هذا فانه يسمى خلعاً لان المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى افتداء لانها تفتدي نفسها بما تبذله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)

(فصل) ولا يفتقر الخلع الى حاكم نص عليه احمد فقال يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وعن الحسن وابن سيرين لايجوز الا عند السلطان

أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بادناهما ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها)

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها، وروي ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره أبو بكر قال فان فعل رد الزيادة. وعن سعيد بن المسيب قال: ما أرى أن يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئا واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضاً، فقال لها النبي ﷺ «أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد. رواه ابن ماجه ولانه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الاقالة

ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح ولانه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة:

(فصل) ولا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها لان المنع من الطلاق في الحيض لاجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع بسؤالها فيكون ذلك رضى منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه

﴿مسئلة﴾ (وان خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لا يجوز)

أي ان خالعته مع استقامة الحال كره لها ذلك ويصح الخلع في قول أكثر اهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وعن أحمد ما يدل على تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع وهذا يدل على انه لا يكون الخلع صحيحاً الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لان

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ: اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه فاذا ثبت هذا فانه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فان فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق

ولنا حديث جميلة وروي عن عطاء عن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها رواه أبو حفص باسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو خالعته لغير ماذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)

في بعض النسخ بغير ماذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبل هذه، والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله لانه لو أراد الاول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والاخلاق ملتئمة

الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا الا يقيما حدود الله) وهذا صريح في التحريم إذا لم يخافا الا يقيما حدود الله ثم قال (فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما فيما افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)، وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة» رواه أبو داود وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «المختلعات والمتبرجات هن المنافقات» رواه أبو حفص وأحمد في المسند وذكره محتجاً به وهذا يدل على تحريم المخالعة من غير حاجة ولانه اضرار واحتج من أجازه بقوله سبحانه (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في العقد وأجازه في الهبة قال شيخنا والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها في عموم آية الجواز مع ما عضدها من الاخبار

﴿مسئلة﴾ (فاما ان عضلها لتفدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها الا أن يكون طلاقاً فيكون رجعياً)

يعني بعضلها مضارا بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفدي نفسها فان فعلت فالخلع باطل والعوض مردود وروي نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي

فانه يكره لهـا ذلك فان فعلت صح الخلـع في قول أكثر أهل العـلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي ، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود ، وقال ابن المنـذر وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم ، وذلك لان الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)

وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود ، وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « المختلعات والمنتزعات هن المنافقات » رواه أبو حفص ورواه أحمد في المسند وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولانه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » واحتج من أجازه بقول الله سبحانه (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) قال ابن المنذر لايلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في

والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص

ولنا قول الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والاجر في الاجارة وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة أنما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة . وان قلنا هو فسخ ولم ينوبه الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لايقع على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الاخرى أنما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل العوض فقال مالك ان أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض فاما ان ضربها على نشوزها أومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لايمنعها ان لا يخافا الا يقيما حدود الله وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال «خذ بعض مالها وفارقها» ففعل رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه أوغيره لايريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعضلها ليذهب ببعض الذي آتاها ولكن عليه أثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن

العقد وأباحه في الهبة والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ماعضدها من الاخبار والله أعلم

(فصل) فأما ان عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص

ولنا قول الله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) وقال الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والاجر في الاجارة، واذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة، وان قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لا يقع على احدى الروايتين، وعلى الرواية الاخرى انما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض

وقال مالك ان أخذ منها شيئا على هذا الوجه رده، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض

لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي اباحة ولانها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم الا يقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر لايجوز لانه عوض أكرهت عليه أشبه مالو لم تزن والعمل بالنص أولى

﴿مسألة﴾ ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا لانه اذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلان يملكه محصلا للعوض أولى

﴿مسألة﴾ (فان كان محجوراً عليه دفع المال الى وليه لان ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه

﴿مسألة﴾ (وان كان عبداً دفع الى سيده لانه للسيد لكونه من اكتساب عبده واكتسابه له)

وإن كان مكاتباً دفع العوض اليه لانه يملك اكتسابه وهو الذي يتصرف لنفسه، وقال القاضي يصح القبض من كل من يصح خلعه فعلى قوله يصح قبض العبد والمحجور عليه لان من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس واحتج بقول احمد ماملكه العبد من خلع فهو لسيده وان استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد والاولى أنه لايجوز لان العوض في

(فصل) فأما ان ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لا يمنعهما أن لايخافا أن لا يقيما حدود الله . وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعى النبي ﷺ ثابتا فقال «خذ بعض مالها وفارقها ففعل» رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي إباحة ولانها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي ، والقول الآخر لا يصح لانه عوض أكرهت عليه أشبه مالو لم تزن والنص أولى

(فصل) اذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وان كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولا تسقط النفقة في المستقبل لانها ما وجبت بعد

الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه الى غير من هو له من غير اذن مالكه والعوض في خلع المحجور عليه ملك له الا انه لا يجوز تسليمه اليه لان الحجر أفاد منعه من التصرف وكلام أحمد محمول على ما أتلفه العبد قبل تسليمه على أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فانه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك لسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به فيما له وان سلمت العوض الى المحجور عليه لم يبرأ فان اخذه الولي منه برئت وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(مسئلة) (وهل للاب خلع ابنته الصغير أو طلاقها ؟ على روايتين)

(إحداهما) له ذلك قال احمد في رجلين زوج احدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم إن الابوين كرها هل لهما أن يفسخا ؟ قال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبدالله في هذه المسئلة الا هذه الرواية فيخرج على قولين (أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لانها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز ان يملك بها إزالته اذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون والاعسار وتزويج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لقول

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمباراة كسائر الديون ونفقة العدة اذا كانت حاملا، ولان نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارأتك لان ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لابراءته من حقوقها

﴿مسئلة﴾ قال (والخلع فسخ في إحدى الروايتين، والاخرى أنه تطليقة بائنة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي (والرواية الثانية) أنه طلقة بائنة، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان - ثم قال - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - ثم قال - فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ، ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك

النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه وعن عمر أنه قال أنما الطلاق لمن يحل له الفرج ولانه اسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين واسقاط القصاص ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الآية والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لانه في معناه فأما غير الاب فليس تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوطء الاب والحاكم على قول ابن حامد أولا يملكه لا نعلم في هذا خلافاً

﴿مسئلة﴾ (وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها)

لانه انما ملك التصرف بمالها فيه الحظ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها ويحتمل ان يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه فانه يجوز ان يكون لها الحظ فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحظ نفسها ومالها كما يجوز له بذله في مداواتها وفكها من الاسر، وهذا مذهب مالك والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء إذا خالعوا في حق المجنونة والمحجور عليها للسفه والصغر فأما ان خالع بشيء من ماله جاز لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى.

﴿مسئلة﴾ (ويصح الخلع مع الزوجة)

وقد ذكرناه ويصح مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل ان يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف

الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولانه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقا كغير الخلع وفائدة الروايتين انا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه ، وان خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه ، وان خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه ، فاما ان بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لانه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض فان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم

(فصل) وألفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لانه ثبت له العرف والمفاداة لانه ورد به القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وفسخت نكاحك لانه حقيقة فيه فاذا أتي بأحد هذه الالفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل بارأتك وأبرأتك وابنتك فهو كناية لان الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق ، وهذا قول الشافعي الا أن له في لفظ الفسخ وجهين فاذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لان دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغنى عن النية فيه ، وان لم يكن

علي وهذا قول اكثر اهل العلم وقال أبو ثور لا يصح لانه سفه فانه يبذل عوضاً في مقابلة مالا منفعة له فيه فان الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي

ولنا أنه بذل في اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه ولانه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ثمنه مع انه لا يسقط حقاً عن أحد فهنا أولى ولانه حق على المرأة يجوز أن يسقطه عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضى من ثبت له الملك وإن قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرد عليه بمهرها .

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف لانه بذل عوض في عقد معاوضة أشبه البيع)

(فصل) اذا قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف وطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الالف على باذلته لان الخلع من الاجنبي جائز وان طلق احداهما فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً وتلزم الباذلة بحصتها من الالف وهذا مذهب الشافعي الا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة . وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة إنما لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولانه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعاً منه فاذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) فان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم . قال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لان الشرط سلف في الطلاق والعوض

دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية الا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أومأ اليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب الخلعة على وجهين : مستبرئة ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لك قسما وأنا أفتدي نفسي منك فاذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لان اسحاق بن منصور روى قال قلت لاحمد كيف الخلع ؟ قال اذا أخذ المال فهي فرقة ، وقال ابراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة له فيها ، واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة « أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظا » ولان دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الاجرة وإن لم يشترطا عوضاً

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها بعوض، ولانه تصرف

نقضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لان العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا أنها بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فان لم يف لها بشرطها فعليه الاقل من المسمى أو الالف الذي شرطته ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض لانها انما بذلته بشرط لم يوجد فلم يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

﴿ مسئلة ﴾ (فان خالعته الامة على شيء معلوم بغير اذن سيدها كان في ذمتها تتبع به بعد العتق)

الخلع مع الامة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير إذنه لان الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء فان كان الخلع بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فانه يتبعها إذا عتقت لانه رضي بذمتها وإن كان على عين فقال الخرقي إنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته ان لم يكن مثلياً لانها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها كالو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له لانه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد فقال هو كالخلع على المغصوب لانها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب

في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ، ولان أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الايجاب كقبض أحد العوضين في البيع ، ولان الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فانما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فان القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك انه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق الى النبي ﷺ ، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لانه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الائمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن

ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها ان سيدها أذن لها في ذلك ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين أو يكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لانه الوقت الذي يملك فيه كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لانه مستحق بعد تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب

(فصل) فان كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته في قياس المذهب كما لو أذن لعبده في أن يستدين ويحتمل أن يتعلق برقبة الامة بناء على استئذانها باذن سيدها وإن خالعته على معين باذن السيد فيه ملكه وان أذن في قدر من المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها وان أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد وان كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وان كانت مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها

(فصل) والحكم في المكاتبة كالحكم في الامة القن سواء لانها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها ان كانت غير مدخول بها واذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق وان كان باذن السيد سلمته مما في يدها وان لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعياً أما المحجور عليها للفلس فيصح خلعها وبذلها للعوض)

زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي واسحاق وابو ثور ، وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو ان يقول كل امرأة لي طالق وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ، ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة وقال أبو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لان الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .

لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها وأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع وفارق الامة لانها أهل للتصرف تصح منها الهبة وغيرها من التبرعات باذن سيدها وفارق المفلسة لانها من أهل التصرف فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً وان لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض . ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه انما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله

﴿مسئلة﴾ (والخلع طلاق بائن الا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ والمفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق في أحدي الروايتين (والاخرى) هو طلاق بائن بكل حال)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع إذا لم ينو به الطلاق فروي عنه أنه فسخ اختاره أبو بكر وروي ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وهو أحد قولي الشافعي وروي عنه أنه طلقة بائنة بكل حال روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبدالرحمن والنخعي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي

ولنا قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت به) وانما يكون فداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه واذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولان القصد ازالة الضرر عن المرأة فلوجاز ارتجاعها لعادالضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول واذا أكمل العدد

(فصل) فان شرط في الخلع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك ، لان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولانه لفظ يقتضي البينونة فاذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لان شرط العوض والرجعة متنافيان فاذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالاصل لا بالشرط ولانه شرط في العقد ماينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع ، واذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمي في العوض، لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فاذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى لانهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

(فصل) فان شرط الخيار لها أوله يوما أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع وبطل الخيار وبه قال أبو حنيفة فيما اذا كان الخيار للرجل ، وقال اذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق

وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث قال ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ،واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان) ثم قال (فلاجناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان رابعا ، ولانه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخا كسائر الفسوخ،ووجه الرواية الثانية أنها بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولانه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا كغير الخلع،وفائدة الخلاف أنا اذا قلنا انها طلقة فخالعها مرة حسبت طاقة فنقص بها عدد طلاقه وان خالعها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وان خالعها مائة مرة،وهذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه فأما ان بذلت العوض على فراقها فطلقها فهو طلاق لا اختلاف فيه وكذلك ان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع أو المفاداة ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لانه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض، وان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان

(فصل) والفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة الفاظ : خالعتك لانه ثبت له

ولنا أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلاسبيل الى رفعه

(فصل) نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً هو له انما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع مالم تطلق واذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فتسترجع منه ما أعطته ، ولو قال اذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة قال أحمد ولو جعلت له امرأته الف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً ووجهه أن الالف في مقابلة تمليكه اياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليست الالف في مقابلة الفرقة

(فصل) إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وان طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائناً فان كان بعد الدخول وقلنا إن الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك وان قلنا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فان أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجته حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها وان رجعت إلى الاسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

الفرق ، والمفاداة لانه ورد به في القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وفسخت نكاحك لانه حقيقة فيه فاذا أتى بأحد هذه الالفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل باريتك وأبنتك فهو كناية لان الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق وهذا قول الشافعي الا أن له في لفظ الفسخ وجهين فاذا طلبت وبذلت العوض فاجابها بصريح الخلع أو كنايته صح من غير نية لان دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغنى عن النية فيه ، وان لم تكن دلالة حالة فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا تقع الكناية الا بنية ممن يلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ من الزوج . قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ اليه احمد ، وذهب ابو حفص العكبري وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبر واعترض عليه ابو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا ، فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين مستبرئة ومفتدية فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لك قسما وأنا أفدي نفسي منك فاذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لان اسحاق بن منصور روى عن أحمد قال قلت لاحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهي فرقة ، وقال ابراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت له اخلعني على مافي يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم)

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لانه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولان الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، واذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لانها لم تبذله ولا فوتت عليه مايوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجته من ملكه بردتها او رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة او مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء ، وانما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب مارضيت ببذله فأما ايجاب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا ان خالعها على مافي يدها من الدراهم صح فان كان

الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لارجعة فيها ، واحتج بقول النبي ﷺ « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها ولا تزدد » ولم يستدع منه لفظا ولان دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الاجر وان لم يشترطا عوضا

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون لفظ كما لو سألته أن لا يطلقها بعوض ولانه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولان أخذ المال قبض بعوض فلم يقم بمجرده مقام الايجاب كقبض أحد العوضين في البيع ولان الخلع ان كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وان كان فسخا فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد ، فأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فانما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فان القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبولا لعوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي ﷺ أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لانه معلوم منه وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا .

في يدها دراهم فهي له ، وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه احمد لانه أقل مايقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كالوصى له بدراهم، وان كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لانه من الدراهم وهو في يدها، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك اذا كان في يدها

(فصل) والخلع على مجهول ينقسم أقساما (أحدها) أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتي يخالعها على مافي يدها من الدراهم فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها

(الثاني) أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا مايقع عليه اسم العبد ، وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في المسئلة التي قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال: إذا أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبدا فهي طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه ، وقال القاضي له عليها عبد وسط وتأول كلام أحمد على انها أعطته عبدا وسطا والظاهر خلافه

ولنا انها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل مايقع عليه الاسم كما لو خالعها على مافي يدها من الدراهم ، ولانه إذا قال ان أعطيتني عبداً فانت طالق فاعطته عبدا فقد وجد شرطه فيجب أن يقع

﴿مسئلة﴾ (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو أنه يقول كل امرأة لي طالق وروي ذلك عن سعيد ابن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي ﷺ انه قال « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة »

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما ولانها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالطلقة قبل الدخول والمنقضية عدتها ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولانها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا يعرف له أصل ولا ذكره أهل السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساكه العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة

الطلاق كما لو قال ان رأيت عبدا فانت طالق ولا يلزمها أكثر منه لانها لم تلتزم له شيئا فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع

(الثالث) أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول ان أعطيتني ذلك فانت طالق فالواجب في الخلع مايقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها اذا أعطته اياه فيما اذا علق طلاقها على عطيته اياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لانها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة مافوتت وهو المهر

ولنا ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ، ولان المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لوخالعها على مافي بيتها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا معلوما أو مجهولا وان لم يكن فيه متاع فله أقل مايقع عليه اسم المتاع ، وفي قول القاضي عليها المسمى في الصداق وهوقول أصحاب الرأي والوجه القولين ماتقدم

(الرابع) ان يخالعها على حمل أمتها او غنمها او غيرهما من الحيوان او قال على مافي بطونها او

وقال أبو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لان الرجعة من حقوق الطلاق فلاتسقط بالعوض كالولاء مع العتق وأما قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت) وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ولان القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول واذا أكمل العدد

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض)

اذا شرط في الخلع الرجعة فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ،وهوقول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك لان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولانه لفظ يقتضي البينونة فاذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث (والوجه الثاني) يصح ويبطل العوض فتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لان شرط العوض والرجعة يتنافيان فاذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالاصل لا بالشرط ولانه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع ، واذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فاذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ، ويحتمل أن يجب المسمى في الخلع لانهما راضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

ضروعها فيصح الخلع ، وروي عن أبي حنيفة يصح الخلع على مافي بطنها ولا يصح على حملها

ولنا ان حملها هو مافي بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على مافي بطنها . اذا ثبت هـذا فانه إن خرج الولد سليما او كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي لاشيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، وقال ابن عقيل لها مهر المثل ، وقال ابو الخطاب له المسمى وإن خالعها على مايثمر نخلها او تحمل أمتها صح ، قال احمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فان لم يحمل نخلها ترضيه بشيء ، قيل له فان حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك ، قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جائز فيحتمل قول احمد ترضيه بشيء اي له اقل مايقع عليه اسم الثمرة او الحمل فتعطيه عن ذلك شيئاً اي شيء كان مثل ماألزمناه في مسئلة المتاع ، وقال القاضي لاشيء له وتأول قول احمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع اليه ، وفرق بين هاتين المسئلتين ومسئلة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل مايقع عليه الاسم اذا لم يجد شيئاًوههنا لايرجع بشيء اذا لم يجد حملا ولا ثمرة ثم اوهمته ان معها دراهم وفي بيتها متاع لانها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع امكان علمها به فكان له مادل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حراً وفي هاتين المسئلتين دخل معها في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاها بما فيـه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال ابو حنيفة لايصح العوض ههنا لانه معدوم

(فصل) نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي فأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها و باع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له انما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع مالم تطلق واذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فتسترجع منه ماأعطته ، ولو قال اذا جاء رأس الشهر فامرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يجوز الرجوع فيه لولم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة ، قال أحمد ولو جعلت له امرأته الف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لايرد عليها شيئا ، ووجهه أن الالف في مقابلة تمليكه إياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليس الالف في مقابلة الفرقة

(فصل) اذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد ردتها قبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائنا ، فان كان بعد الدخول وقلنا ان الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك ، وإن قلنا تقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فان أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجة حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها ، وإن عادت إلى الاسلام تبينا ان الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يصح الخلع إلا بعوض في إحدى الروايتين فان خالعها بغير

ولنا أن ماجاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية ، واختار ابو الخطاب ان له في هذه الاقسام الثلاثة المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح ابو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص احمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم

(فصل) اذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح وكذلك ان جعلا وقتاً معلوما قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعي لان هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالعته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكرا مدته صح أيضاً وينصرف إلى مابقي من الحولين نص عليه احمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين ؟ قال نعم ، وقال أصحاب الشافعي لايصح حتى يذكرا مدة الرضاع كما لاتصح الاجارة حتى يذكرا المدة

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال فحمل على مافسرته الآية الاخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر ، وقال النبي ﷺ « لارضاع بعد فصال » يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على ذلك أيضاً ولا يحتاج إلى وصف الرضاع لان جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الاجارة ، فان ماتت المرضعة أوجف لبنها فعليها اجر المثل لما بقي من المدة وإن مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قوليه لاينفسخ ويأتيها

أعوض لم يقع إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعياً ، والاخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقي

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروى عنه ابنه عبدالله قال : قلت لابي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك ؟ قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديداً وتكون عنده على شيء فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لانه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق ، ولان الاصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها أو حاجة الى فراقه فتسأله فراقها فاذا أجابها حصل المقصود من الخلع فيصح كما لو كان بعوض ، قال ابو بكر لاخلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في انه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخا (والرواية الثانية) لا يكون خلع الا بعوض روى عنه مهنا اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى، فعلى هذه الرواية لايصح الخلع إلا بعوض فان تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لانه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان الخلع كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها ولذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف مااذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وإن قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا وانما هو كناية والكناية لايقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل العوض فيقوم مقام

بصبي ترضعه مكانه لان الصبي مستوفى به لامعقوداً عليه فأشبه مالو استأجر دابة ليركبها فمات

ولنا انه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان مايستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد ابداله في حياته ، ولانه لايجوز ابداله في حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وإن وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لايرجع بشيء ، وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا انه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه

(فصل) وان خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق إلى نفقة مثله، وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطلقا وقد ذكرناه في الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي ﷺ « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولان نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا والوالد أن يأخذ منها مايستحقه من مؤنة الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفقه بعينه وان

النية وما وجد واحد منهما ، ثم إن وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن يكمل الثلاث

(فصل) فان قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لانهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين وقد نص احمد على الجمع بين بيع وصرف انه يصح وهذا نظير لهذا

وذكر أصحابنا فيه وجها آخر انه لايصح لان أحكام العقدين تختلف والاول أصح لما ذكرنا وللشافعي قولان أيضا ،فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد فيكون عوض الخلع مايخص المسمى وعوض العبد مايخص قيمته حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أو مغصوبا رجعت به لان له عوضه ، وإن كان مكان العبد شقص مشفوع ثبتت فيه الشفعة ويأخذه الشفيع حصة قيمته من الالف لانها عوضه

﴿ مسألة ﴾ (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها فان فعل كره وصح ، وقال ابو بكر لايجوز وبترك الزيادة)

اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وإن كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر أهل العلم . روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها

أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره، وان أذن لها في إنفاقه على الصبي جاز، فان مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحقه دفعة واحدة، ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك ولم يعتبر الاجل، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد اليه متفرقا فاذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة

(والثاني) لا يستحقه الا يوما بيوم، ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لانه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له، ولان الحق لا يحل بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق وان وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه، ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين، وان ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أم لا؟

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ان كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه، وان كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه، قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شيء، قال ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها

وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها، وروي ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره ابو بكر فان فعل رد الزيادة. وعن سعيد بن المسيب قال: ماأرى ان يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئا، واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ قالت: والله ماأعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لاأطيقه بغضا، فقال لها النبي ﷺ «أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد. رواه ابن ماجه، ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الاقالة.

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولانه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك علي رضي الله عنه ومثل هذا اشتهر ولم ينكر فيكون اجماعا ولم يصح عن علي خلافه. اذا ثبت هذا فانه لايستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد واسحاق وابو عبيد وإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه ابو حنيفة ومالك والشافعي، قال مالك لم أزل أسمع اجازة الفداء بأكثر من الصداق

لم يصح عتقها له ، فلم يصحح عتقها له لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها اياه اذا تلف لانه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه انه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق ، وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه فان تلف قبل قبضه فالواجب مثله لانه من ذوات الامثال ، وقد ذكر القاضي في الصداق انه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان كان مكيلا أو موزونا لانه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله

(مسئلة) قال (وان خالعها على غير عوض كان خلعا ولا شيء له)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لابي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على ثنتين ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لانه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق ، ولان الاصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة الى فراقه فتسأله فراقها فاذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بعوض

قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله ان الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال

ولنا حديث جميلة وروي عن عطاء عن النبي ﷺ انه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها . رواه ابو حفص باسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعها على محرم كالخمر والحر فهو كالخلع بغير عوض اذا علما تحريمه)

ولا يستحق شيئا وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته ، وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم ولا يلزم اذا خالعها على عبد فبان حرا لانه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له . اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو كنايات الخلع فكذلك اذا نوى الطلاق ولان الكناية مع النية كالصريح ، وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل هو انه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان ، فان قلنا يصح صح ههنا ، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيء ، فان قال ان أعطيتني خمرا أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها

فلا نزاع في أنه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخا (والرواية الثانية) لا يكون خلع الا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعا الا على شيء الا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فان تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وان لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح الا بعيبها وكذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما اذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وان قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا وانما هو كناية . والكناية لا يقع بها الطلاق الا بنية أو بذل العوض فيقوم مقام النية وما وجد واحد منهما ثم ان وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث

(فصل) إذا قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لانهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين ، وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح وهو نظير لهذا ، وذكر أصحابنا فيه وجها آخر أنه لا يصح لان أحكام العقدين تختلف ، والاول أصح لما ذكرنا وللشافعي فيه قولان أيضا ، فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى وعوض العبد ما يخص قيمته حتى لو ردته

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعها على عبد فبان حراً أو مستحقا فله قيمته عليها ، وان بان معيبا فله ارشه او قيمته ويرده)

وجملة ذلك أن الرجل اذا خالع امرأته على عوض فبان غير ماله او انه ليس لها مثل ان يخالعها على عبد بعينه فبان حراً أو مغصوبا او على خل فبان خمراً فالخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قال ابو ثور وصاحبا ابي حنيفة ، وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال وقد دخل على ان هذا المعين خل فكان له مثله ، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال ، والصحيح الاول لانه انما وجب عليه مثله لو كان خلا كما تجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لا قيمة له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر ، واحتج ابو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار ، واذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا او على أمة فخرجت أم ولد فقد سلمه ابو حنيفة ووافقنا فيه.

بعيب رجعت بذلك ، وان وجدته حراً أومغصوبا رجعت به لانه عوضه فان كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الالف لانها عوضه

(فصل) وان خالعها على نصف دار صح ولا شفعة فيه لانه عوض عما لاقيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لان له عوضا ، وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر ؟ على وجهين ، فاما إن خالعها ودفع اليها الفا بنصف دارها صح ولا شفعة أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد تجب الشفعة فيما قابل الالف لانه عوض مال

ولنا أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج والبضع لا يتقوم في حق غيره ، ولان الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه كما لو اشتراه بثمن واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعها على ثوب فخرج معيبا فهو مخير بين أن يأخذ ارش العيب أو قيمة الثوب ويرده)

وجملة ذلك أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب أو أخذ الارش لانه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق ، ولا يخلو اما أن يكون على معين مثل أن تقول اخلعني على هذا الثوب . فيقول خالعتك ثم تجد به عيبا لم يكن علم به فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه ، وان قال

(فصل) وان ظهر معيبا فله الخيار بين أخذ أرشه ورده وأخذ قيمته لانه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق فان كان على معين كقولها اخلعني على هذا العبد فيقول خلعتك ثم يجد به عيبا لم يكن علم به فهذا يخير فيه بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته على ماذكرنا ، وان قال ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته اياه طلقت وملكه . قال أصحابنا والحكم فيه كالو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي الا أنه لا يجعل له المطالبة بالارش مع امكان الرد ، وهذا أصل ذكرناه في البيع وله قول أنه اذا رده رجع مهر المثل ، وهذا الاصل ذكر في الصداق

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح فان مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة)

أما اذا خالعها على سكنى دار معينة فلا بد من تعيين المدة كالاجارة فان خربت الدار رجع عليها باجرة باقي المدة وتقدر باجرة المثل وينفسخ العقد والاجارة إذا هلكت الدابة ، وأما اذا خالعته على رضاع ولده مدة معلومة صح قل أو كثر وبهذا قال الشافعي لان هذا انما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالعته على رضاع ولده مطلقا ولم يذكر مدة صح أيضا وينصرف الى مابقي من الحولين نص عليه احمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين ؟ قال نعم وقال أصحاب الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع كما لا تصح الاجارة حتى يذكر المدة

ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلقت وملكه . قال أصحابنا والحكم فيه كالو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لايجعل له المطالبة بالارش مع إمكان رده وهذا أصل ذكرناه في البيع،وله أيضا قول انه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الاصل ذكر في الصداق ، وان خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليما لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق ، فان دفعته اليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة فله الخيار بين امساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لانه انما وجب في الذمة سليما تام الصفات فيرجع بما وجب له لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها ، وان قال ان أعطيتني ثوبا صفته كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه ، وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لانه ما وجد الشرط . فان كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه ، قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته وهذا قول الشافعي إلا أن له قولا أنه يرجع بمهر المثل على ماذكرنا وعلى ماقلنا نحن فيما تقدم أنه اذا قال اذا أعطيتني ثوبا أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً طلقت وليس له شيء سواه ، وقدنص أحمد على من قال إن أعطيتني هذا الالف فأنت طالق فأعطته إياه فوجده معيباً فليس له البدل وقال أيضا إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق ويملكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته إياه فليس له

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل والفصال ههنا فحمل على ما فصلته الآية الاخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر . وقال النبي ﷺ « لارضاع بعد فصال » يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على المطلق من كلام الله تعالى ، ولا يحتاج الى وصف الرضاع لان جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الاجارة . فان ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقي من المدة ، وان مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قوليه لاينفسخ ويأتيها بصبي ترضعه لان الصبي مستوفى به لامعقوداً عليه فأشبه ما لو استأجر دابة ليركبها فمات

ولنا أنه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان ما يستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان لا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وان وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجرة رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثله كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه

غيره وذلك لان الانسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه ولأنها لم تدخل معه في معاوضة وإنما حققت شرط الطلاق فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت أو مالوقال ان أعطيت أباك عبداً فانت طالق فاعطته إياه

(فصل) إذا قال ان أعطيتني الف درهم فانت طالق فاعطته الفا أو أكثر طلقت لوجود الصفة وان أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وان أعطته الفاً وازنة تنقص في العدد طلقت وان أعطته الفا عدداً تنقص في الوزن لم تطلق لان إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الاسلام وهي ماكل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل ان الدراهم متى كانت تنفق برؤوسها من غير وزن طلقت لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد لذلك وان أعطته الفا رديئة كنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق لان اطلاق الالف يتناول الفا من الفضة وليس في هذه الف من الفضة وان زادت على الالف بحيث يكون فيها الف فضة طلقت لأنها قد أعطته الفا فضة وان أعطته سبيكة تبلغ الفا لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فانها تسمى دراهم ، وان أعطته الفا رديء الجنس لخشونة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لان الصفة وجدت ، قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق الى نفقة مثله وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم . ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطلقاً وقد ذكرناه في الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولان نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا وللوالد أن يأخذ منها ما تستحقه من مؤونة الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفقه بعينه وان أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وان أذن لها في انفاقه على الصبي جاز فان مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤونة، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحقه دفعة واحدة ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد اذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك فلم يعتبر الاجل ولانه إنما فرق لحاجة الولد اليه متفرقا فاذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة (والثاني) لا يستحقه الا يوماً بيوم ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لانه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه في خبز يأخذ منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له ولان الحق لا يستحق بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق

(فصل) وان قال ان اعطيتني ثوبا مرويا فأنت طالق فأعطته هرويا لم تطلق لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته مرويا طلقت وان خالعها على مروي فأعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه ، وان خالعها على ثوب بعينه على انه مروي فبان هرويا فالخلع صحيح لان جنسهما واحد وانما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مرويا لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد

وقال أبو الخطاب : وعندي لا يستحق شيئا سواه لان الخلع على عينه وقد أخذه ، وان خالعها على ثوب على انه قطن فبان كتانا لزم رده ولم يكن له إمساكه لأنه جنس آخر واختلاف الاجناس كاختلاف الاعيان بخلاف مالو خالعها على مروي فخرج هرويا فان الجنس واحد

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت فانه يقال أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصا بما لي عليك أو أعطته به رهنا أو احالته به لم يقع الطلاق لان العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه ، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتفاء الشرط ، ولو قالت طلقني

وان وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين، وان ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أولا

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت)

وحكي جواز ذلك عن احمد وابي حنيفة وهذا انما يخرج على اصل احمد اذا كانت حاملا اما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا يصح عوضاً وقال الشافعي لا تصح النفقة عوضاً فان خالعها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب بالعقد فلم يصح الخلع عليها كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها

ولنا انها احدي النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما اذا خالعته على كفالة ولده وقتاً معلوماً وقولهم انها لم تجب ممنوع فقد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ان كان مكيلا او موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه وان كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه ، قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي فعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شيء ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها فلم يصحح عتقها لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها إياه إذا تلف لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون

بألف فطلقها استحق الالف وبانت وان لم يقبض نص عليه أحمد. قال أحمد ولو قالت لا أعطيك شيئا يأخذها بالالف ، يعني ويقع الطلاق لان هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الاول

(فصل) وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل الى دفعه فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي، وقال الشافعي ان قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفا فأنت طالق فذلك على التراخي ، وان قال ان أعطيتني او اذا أعطيتني ألفا فانت طالق فذلك على الفور فان أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر العطاء لم يقع الطلاق لان قبول المعاوضات على الفور فاذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأي فان فيهما تصريحا بالتراخي ونصا فيه وان صارا معاوضة فان تعليقه بالصفة جائز أما ان واذا فانهما يحتملان الفور والتراخي فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور

ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق أو نقول علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض ، والدليل على أن مقتضاه التراخي انه يقتضيه اذا خلا من العوض ومقتضيات الالفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما اذا علقها

فتدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ،ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق، فأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه إلا بقبضه فان تلف قبل قبضه فالواجب مثله لانه من ذوات الامثال وقد ذكر القاضي في الصداق أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان كان مكيلا أو موزونا لانه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح الخلع بالمجهول)

وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الاول فاذا قلنا يصح فللزوج ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لانه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ولان الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح،واذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لانها لم تبذله ولا فوت عليه ما يوجبه فان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجته من ملكه بردتها أو ارضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ،ولو قتلت نفسها أو قتلها اجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ولو

بعتي أو بأي فكذلك في مسئلتنا ولا يصح قياس مانحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده ان أعطيتني الفا فانت حر فانه كمسئلتنا وهو على التراخي، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق بالف ان شئت لم تطلق حتى تشاء فاذا شاءت وقع الطلاق بائنا ويستحق الالف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بالف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لانه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وان كان محلها القلب فلا يعرف مافي القلب الا بالنطق فيعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك الا في انه على الفور عنده. ولو انه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمنت لي الفا فقياس قول احمد انه على التراخي لانه نص على ان أمرك بيدك على التراخي ونص على أنه اذا قال لها أنت طالق ان شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها، ومذهب الشافعي انه على الفور لما تقدم

ولنا انه لو قال لعبده ان ضمنت لي الفا فأنت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على الف ان شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمنت له الفا كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل اليها لان أمرك بيدك توكيل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة، وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك ان ضمنت لي الفا فمتى ضمنت له الفا وطلقت نفسها وقع مالم يرجع، وان ضمنت الالف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

وطئت بشبهة أو بكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وانما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب مارضيت ببذله فأما إيجاب شيء لم يرض به فلا وجه له

(مسئلة) (فان خالعها على مافي يدها من الدراهم صح وله مافي يدها وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم)

نص عليه أحمد لانه أقل مايقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدراهم وان كان في يده أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لانه من الدراهم وهو في يدها واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقتضيها فيما اذا لم يكن في يدها شيء فكذلك اذا كان في يدها.

(مسئلة) (وان خالعها على مافي بيتها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً لان الخلع على المجهول جائز كالوصية به معلوما كان أو مجهولا لان الاسم يقع عليه وان لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع كالوصية وكالمسئلة قبلها)

(مسئلة) قال (واذا خالعها على عبد فخرج حرا أو استحق فله عليها قيمته)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خالع امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال مثل ان يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً أو مغصوبا أو على خل فيبين خمراً فان الخلع صحيح في قول اكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة ، وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال . والصحيح الاول لأنه انما وجب عليها مثله لو كان خلا كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لاقيمة له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر ، واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لاقيمة له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار ، واذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا أو أم ولد فان أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه

وقال القاضي وأصحابه له المسمى في صداقها لأنها فوتت عليه البضع بعوض مجهول فيجب فيه قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق وهو قول أصحاب الرأي ووجه القولين ماتقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وان خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فان لم تحملا فقال أحمد ترضيه بشيء. وقال القاضي لا شيء له)

اذا خالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على ما في بطونها أو ضروعها صح الخلع وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على ما في بطنها اذا ثبت هذا فان الولد إن خرج سليما أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وان لم يخرج شيء فقال القاضي لا شيء له وبه قال مالك وأصحاب الرأي وقال ابن عقيل له مهر المثل وقال أبو الخطاب له المسمى وان خالعها على ما تحمل أمتها أو على ما يثمر نخلها صح ، قال احمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فان لم تحمل نخلها ترضيه بشيء قيل له فان حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك قيل له يستقيم هذا؟ قال نعم جائز فيحمل قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه وفرق بين المسئلتين ومسئلة الدراهم والمتاع حيث يرجع منها على ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء اذا لم يجد حملا ولا ثمرة أن ثم أوهمته ان معها دراهم وفي بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به فكان له مادل عليه لفظها كالو خالعته على عبد فوجد حراً وفي هاتين المسئلتين دخل

(فصل) وان خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر والخمر والخنزير والميتة فهو كالخلع بغير عوض سواء لا يستحق شيئا وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم، ولا يلزم اذا خالعها على عبد فبان حراً لانه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له، اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض، وان كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك لان الكنايات مع النية كالصريح وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو انه هل يصح الخلع بغير عوض؟ وفيه روايتان فان قلنا يصح صح ههنا، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئا، وان قال ان أعطيتني خمراً أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها

(فصل) فان قال إن أعطيتني عبداً فانت طالق فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه وقع الطلاق بهما لانهما كالقن في التمليك وان أعطته حرا أو مغصوبا أو مرهونا لم تطلق لان العطية انما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له، وان قال إن أعطيتني هذا العبد فانت طالق فأعطته إياه

معها في النقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم

ولنا ان ما جاز في الحل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبداً وان قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقا بائنا وملك العبد نص عليه أحمد وقال القاضي يلزمها عبد وسط فيهما إذا خالعها على عبد مطلق أو عبيد وإن قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته اياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره وليس له الا ما يقع عليه اسم العبد وان خالعته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في مسألة الدراهم وقال القاضي لها عليه عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها تعطيه عبداً وسطا وقد قال أحمد اذا قال اذا أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق والظاهر من كلامه خلاف ما ذكره القاضي لانها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم ولانه إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال ان رأيت عبداً فانت طالق ولا

فاذا هو حر أو مغصوب لم تطلق أيضا لما ذكره أبو بكر وأومأ اليه أحمد ، وذكر القاضي وجها آخر انه يقع الطلاق قال وأومأ اليه أحمد في موضع آخر لانه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه فاذا أعطته اياه وجدت الصفة فوقع الطلاق بخلاف غير المعين . ولاصحاب الشافعي أيضا وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل؟ على وجهين

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر الى الفهم منها عند اطلاقها التمكن من تملكه بدليل غير المعين ولان العطية ههنا التمليك بدليل حصول الملك بها فيما اذا كان العبد مملوكا لها وانتفاء الطلاق فيما اذا كان غير معين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت له طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة)

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الالف فلا يستحق منه شيئا ، وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي له ثلث الالف لانها استدعت منه فعلا بعوض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض كما لو قال من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الالف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب . ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها اليه فلم يستحق شيئا كما لو قال في المسابقة من

يلزمها أكثر منه لانها لم تلتزم له شيئاً فلايلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع

(فصل) فان أعطته مدبراً أو معتقا نصفه وقع الطلاق لانهما كالقن في التمليك وإن أعطته حراً أو مغصوباً أو مرهوناً لم تطلق لان العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له .

(فصل) فان خالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول ان أعطيتني ذلك فأنت طالق فالواجب في الخلع مايقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته اياه ولايلزمها غير ذلك في قياس ماقبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لانها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة مافوتت وهو المهر

ولنا ماتقدم ولانها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت ولان المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب عليها بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه لمذهب أحمد ان يكون الخلع بالمجهول كالوصية به

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال اذا أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته اياه طلقت فان خرج معيباً فلا شيء له)

ذكره أبو الخطاب لانه شرط لوقوع الطلاق أشبه ما لو قال ان ملكته فأنت طالق ثم ملكه وان

سبق الى خمس اصابات فله ألف فسبق الى بعضها أو قالت بعني عبديك بألف فقال بعتك أحدهما بخمسمائة وكما لو قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فان أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئا فان قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثا قلنا لا نسلم أن على للشرط فانها ليست مذكورة في حروفه وانما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوي بينهما فيما اذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فان قالت طلقني ثلاثا ولك ألف فهي كالتي قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له، وإن طلقها ثلاثا استحق الالف ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها، وقال ابو حنيفة لا يستحق شيئا، وإن طلقها ثلاثا لانه لم يعلق الطلاق بالعوض

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه مالو قال رد عبدي ولك ألف فرده، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فان معنى الكلام ولك ألف عوضا عن طلاقي فان قرينة الحال دالة عليه، وإن قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلع المرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان

خرج مغصوبا لم يقع الطلاق لان الاعطاء انما يتناول ما يصح تمليكه منها وما لا يصح تمليكه متعذر فلا يصح من جهتها اعطاء وعنه يقع وله قيمته وكذلك فيما اذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق ثم فأعطته عبداً مغصوباً لانه خالعها على عوض يظنه مالا فبان غير مال فيكون الخلع صحيحاً لانه معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح فعلى هذا يرجع عليها بالقيمة لانه لم يرض بغير عوض

(فصل) وان خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها ان تعطيه اياه سليماً لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق فان دفعته اليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة فله الخيار بين امساكه ورده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لانه انما وجب في الذمة سليم تام الصفات فيرجع بما وجب له لانها ما أعطته الذي وجب عليها له فان قال ان أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لانه ما وجد الشرط فان كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته، وهذا قول الشافعي الا أن له قولا أن يرجع بمهر المثل على ماذكرناه وعلى ماذكرنا فيما تقدم أنه قال إذا قال اذا أعطيتني ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته اياه معيباً طلقت وليس له سواه، وقد نص أحمد على من قال ان أعطيتني هذا الالف فأنت طالق فأعطته اياه فوجده معيباً فليس له البدل وقال أيضاً ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا

العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين

(فصل) وإن قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا بانت بثلاث ، قال اصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي ، وقال المزني : لا يستحق الا ثلث الالف لانه انما طلقها ثلث ماطلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثا ، وقال ابن شريح ان علمت أنه لم يبق من طلاقها الا طلقة استحق الالف وان لم تعلم كقول المزني لانها ان كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت مايحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثا

(فصل) فان لم يبق من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال ابو بكر قياس قول أحمد أنه اذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فاذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها الا واحدة ومقتضى هذا انه اذا لم ينكحها نكاحا آخر انها ترجع عليه بالعوض وانما يفوت نكاحه اياها بموت أحدهما وان نكحها نكاحا آخر وطلقها

أعطته عبداً فهي طالق ويملكه وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته اياه فليس له غيره وذلك لان الانسان لا يلزمه شيء الا بالزام او التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وانما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه وقد ذكرناه

(فصل) اذا قال ان أعطيتني الف درهم فأنت طالق فأعطته الفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة وان عطته دون ذلك لم تطلق لعدمها وان أعطته ألفاً وازنة لا ينقص في العدد طلقت وان أعطته الفا عدداً ينقص في الوزن لم تطلق لان اطلاق الدراهم ينصرف الى الوازن من دراهم الاسلام وهي أن كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل أن الدراهم اذا كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت لانها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق اذا أعطته وازنة تنقص في العدد كذلك وان أعطته الفاً مغشوشة بنحاس أورصاص أونحوه لم تطلق لان اطلاق الالف يتناول الفاً من الفضة وليس في هذه ألف من الفضة وان زادت على الف بحيث تكون فيها الفضة طلقت لانها قد أعطته الفاً فضة وان أعطته سبيكة تبلغ الفاً لم تطلق لانها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فانها تسمى دراهم وان أعطته الفا رديء الجنس خشونة او سواد أو كانت خشنة السكة لان الصفة وجدت قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

(مسئلة) (وان قال ان اعطيتيني ثوباً هرويا فانت طالق فأعطته مروياً لم تطلق)

اثنتين لم ترجع عليه بشيء وان لم يطلقها الا واحدة رجعت عليه بالعوض كله ، وقال القاضي الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لانه سلف في طلاق ولا يصح السلم في الطلاق ولانه معاوضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فاذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فان قلنا تفرق فله ثلث الالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح

(فصل) وان قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الالف ، وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة انه لا يستحق شيئا لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحريمها لا يرتفع الا بزوج وإصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبذل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضا

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا فان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة لانهما جاءا بعد بينونتها وهذا مذهب الشافعي وان قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له ايتهن أوقعت بالالف؟ فان قال

لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته هرويا طلقت وان خالعها على مروي فاعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه وان خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مروياً فالخلع صحيح لان جنسهما واحد وانما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين امساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته هروياً لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد وقال أبو الخطاب وعندي أنه لا يستحق شيئاً سواه لان الخلع على عينه وقد أخذه وان خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتاناً رده ولم يكن له امساكه لانه جنس آخر واختلاف الاجناس كاختلاف الاعيان بخلاف مالو خالعها على هروي فخرج مروياً فان الجنس واحد.

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض بينة وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت فانه يقال أعطيته فلم يأخذ ولانه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصاً بمالي عليك وأعطته به رهنا أو أحالته به لم يقع الطلاق لان العطية ماوجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه وكذلك كل موضع تعذرت العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته او من جهتها أو من جهة غيرها لانتفاء الشرط ولو قالت طلقني بالف فطلقها استحق الالف وبانت وان لم يقبض نص عليه احمد وقال احمد لو قالت لاأعطيك شيئاً يأخذها بالالف يعني ويقع الطلاق لان هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الاول

الاولى بانت بها ولم يقع ما بعدها وان قال الثانية بانت بها ووقعت بها طلقتان ولم تقع الثالثة وإن قال الثالثة وقع الكل وإن قال نويت ان الالف في مقابلة الكل بانت بالاولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الالف فبانت بها وله ثلث الالف لانه رضي بان يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الالف لانه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قالت رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئا استحق الالف بالاولى ولم يقع بها ما بعدها ويحتمل أن تقع الثلاث لان الواو للجمع ولا تقتضي ترتيبا فهو كقوله أنت طالق ثلاثا بألف وكذلك لو قال لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا

(فصل) واذا قالت طلقني بألف أو على أن لك الفا أو ان طلقتني فلك علي الف فقال أنت طالق استحق الالف وان لم يذكره لان قوله جواب لما استدعته منه والسؤال معاد في الجواب فاشبه مالو قالت بعني عبدك بالف فقال بعتكه وان قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق فان قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق العوض لانه أجابها الى ما بذلت العوض فيه وان قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضا لان الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه مالو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا احتمل أن لا يستحق شيئا لانها استدعت منه فسخا فلم يجبها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان قال ان أعطيتني أو اذا أعطيتني أو متى أعطيتني الفاً فأنت طالق كان على التراخي أي وقت أعطته الفاً طلقت

وجملة ذلك ان تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل الى رفعه فان المغلب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وقال الشافعي اذا قال متى اعطيتني اومتى ما أعطيتني واي حين او اي زمان اعطيتني الفاً فأنت طالق كان على التراخي وان قال ان اعطيتني او اذا اعطيتني الفاً فأنت طالق كان على الفور فان اعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر الاعطاء لم يقع الطلاق لان قبول المعاوضات على الفور فان لم يوجد تصريح منه بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى واي فان فيها تصريحا بالتراخي ونصا فيه وان صارا معاوضة فان تعليقه بالصفة جائز اما ان واذا فانهما يحملان على الفور والتراخي فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور

ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق اونقول علق الطلاق بلفظ مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض والدليل على انه يقتضي التراخي انه يقتضيه اذا خلا عن العوض ومقتضيات الالفاظ لاتختلف بالعوض وعدمه وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما اذا علقها بمتى او بأي وكذلك في

اليه وأوقع طلاقا ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا لانه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض فأشبه ما لو طلقها ابتداء. ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فاذا لم يحصل العوض لم يقع لانه كالشرط فيه فأشبه ما لو قال ان اعطيتني الفا فأنت طالق وإن قالت طلقني بألف فقال خالعتك فان قلنا هو طلاق استحق الالف لانه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لانه كناية فيه وان لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضا لانه ما أجابها الى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لانها سألته طلاقا ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لانه إنما خالعها معتمدا لحصول العوض فاذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه

(فصل) ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت وإن طلقها ثلاثا استحق الالف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الالف لانه قد حصل بذلك جميع المقصود

(فصل) ولو لم يبق من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال انت طالق طلقتين الاولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الاولى واستحق الالف ولم تقع الثانية وان قال الاولى بغير

مسئلتنا، ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق، ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده ان اعطيتني الفا فأنت حر فانه كمسئلتنا وهو على التراخي على اننا قد ذكرنا ان حكم هذه الشروط حكم اللفظ المطلق.

(فصل) اذا قال لامرأته أنت طالق بألف ان شئت لم تطلق حتى تشاء فاذا شاءت وقع الطلاق بائنا ويستحق الالف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لانه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وان كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب الا بالنطق فتعلق الحكم به، ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك الا انه على الفور عنده ، ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمنت لي الفا فقياس قول أحمد أنه على التراخي لانه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ونص على أنه اذا قال لها أنت طالق ان شئت ان لها المشيئة بعد مجلسها ومذهب الشافعي على الفور لما تقدم

ولنا أنه لو قال لعبده إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي ، ولو قال له أنت حر على الف إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمنت له الفاً كان أمرها بيدها وله الرجوع بما جعل اليها لان أمرك بيدك توكيل منه لها ، وله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة.

شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا لانه لم يجعل لها عوضا وكلت الثلاث وإن قال احداها بالف لزمها الالف لأنها طلبت منه طلقة بالف فاجابها اليها وزادها أخرى

(فصل) وان قالت طلقني بالف الى شهر أو اعطته الفا على أن يطلقها الى شهر فقال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا لانه بعوض وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لانه اذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار ايقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعي اذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها بالف بانت وعليها مهر المثل لان هذا سلف في طلاق فلم يصح لان الطلاق لا يثبت في الذمة ولانه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تاخير التسليم فيه

ولنا أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فاذا طلقها استحقه كما لو لم يقل الى شهر ولانها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالاصل ، وان قالت لك الف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن الى شهر صح في قياس المسألة التي قبلها ، وقال القاضي لا يصح لان زمن الطلاق مجهول فاذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لانه طلقها على عوض لم يصح لفساده ولنا ما تقدم في التي قبلها ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لانه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولانه لو قال متى أعطيتني الفا فانت طالق صح ، وزمنه

وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك ان ضمنت لي الفا فتى ضمنت له ألفا وطلقت نفسها وقع مالم يرجع وإن ضمنت الالف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

﴿ مسألة ﴾ (إذا قالت اخلعني بالف أو على الف ففعل بانت واستحق الالف)

لان الباء للمقابلة وعلى في معناها فيقع العقد بهما ويستحق العوض ويكفي قوله وإن لم يذكر الالف لان قوله جواب لما استدعته منه والسؤال كالمعاد في الجواب فأشبه مالو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتكه وكذلك إن قالت طلقني ثلاثاً بألف أو على ألف أو على أن لك الفا أو إن طلقتني فلك علي الف فقال أنت طالق لما ذكرنا .

(فصل) فان قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق ، فان قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق الالف لانه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضاً ، لان الطلاق يتضمن ما طلبت وهو البينونة وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه مالو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً واحتمل أن لا يستحق شيئاً لأنها استدعت منه فسخاً فلم يجبها اليه وأوقع ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعياً لانه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه عوض فأشبه مالو طلقها ابتداء ، ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فاذا لم يحصل العوض لم يقع لانه كالشرط فيه فأشبه مالو قال إن أعطيتني الفاً فأنت طالق ، فان قالت طلقني بألف قال خلعتك فان

مجهول أكثر من الجهالة ههنا فان الجهالة ههنا في شهر واحد وثم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض انه له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله أعلم

(فصل) اذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطاً فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فأشبه مالو قال أنت طالق وعليك الحج فان أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لانه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفا لم يصح لان الضمان انما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك

وذكر القاضي أنه يصح لان ضمان مالم يجب يصح ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون أراد أنها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفا على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فانه يستحق الالف ، وكذلك اذا قالت طلقني طلقة بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لان قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد ، فان اختلفا فقال أنت استدعيت مني الطلاق بالالف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في بينونتها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ، وان قال ما استدعيت مني الطلاق وإنما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت

قلنا هو طلاق استحق العوض لانه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك لانه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لانه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لانها سألته طلاقاً ينقص به عدد الطلاق فلم يجبها اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لانه إنما خالعها معتقداً لحصول العوض فاذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض فيه من الخلاف ما فيه

﴿مسئلة﴾ (واذا قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الالف)

وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة أنه لايستحق شيئاً لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحريمها لا يرتفع إلا بزوج واصابة وقد لا يريد ذلك ولا يبذل العوض فيه فلم يكن ايقاعا لما استدعته بل هو ايقاع مبتدأ فلم يستحق شيئاً

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، وان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة وهذا مذهب الشافعي ، وان قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالالف ؟ فان قال الاولى بانت بها،

أن ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لان الأصل معه ولا يلزمها الالف لانه لا يدعيه وان قال انت طالق على الالف فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله انت طالق وعليك الف فانه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته انت طالق على الف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق يملك الرجعة ثانيا وقال القاضي في المجرد ذلك الشرط تقديره ان ضمنت لي ألفا فأنت طالق فان ضمنت له الفا وقع الطلاق بائناً وإلا لم يقع، وكذلك الحكم إذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الالف وكان خلعا والا لم يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أيضا ظاهر كلام الخرقي، لانه استعمل على بمعنى الشرط في مواضع من كتابه منها قوله واذا أنكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب (إني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقال (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً ؟) وقال موسى (هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً ؟) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح ، واذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت طالق ان أعطيتني ألفا أو ضمنت لي ألفا ، ووجه الاول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها عوضا لم تبذله فوقع رجعياً من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ولان على ليست للشرط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح أن يقول بعتك ثوبي على دينار

ولم يقع ما بعدها ، وان قال الثانية بانت بها ووقع بها طلقتان ولم تقع الثالثة ، وان قال الثالثة وقع الكل ، وان قال نويت أن الالف في مقابلة الكل بانت بالاولى وحدها ولم يقع بها مابعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الالف فبانت بها وله ثلث الالف لانه رضي أن يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الالف لانه أتى بما بذلت بالعوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قال رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئاً استحق الالف بالاولى ولم يقع ما بعدها، ويحتمل أن يقع الثلاث لان الواو للجمع لا تقتضي ترتيباً فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً بألف وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئاً ويحتمل أن يستحق ثلث الالف)

فعلى هذا يقع الطلاق ولا يستحق شيئاً ، ويحتمل أن يستحق ثلث الالف وهو قول أبي حنيفة وصاحبه ومالك والشافعي لانها استدعت منه فعلا بعوض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه كما لو قال: من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الالف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب

(فصل) واذا قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف وقع الثلاث واستحق الالف لان إيقاع الطلاق اليه وانما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق ، وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الالف الزائد لان القبول لما أوجبه دون مالم يوجبه وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد ، وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف ، وان قال أنت طالق طلقتين احداهما بالف وقعت بها واحدة لانها بغير عوض ووقعت الاخرى على قبولها لانها بعوض

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خالعته الامة بغير اذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ويتبعها اذا عتقت بمثله ان كان له مثل وإلا فقيمته)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الخلع مع الامة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير اذنه لان الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء

(الفصل الثاني) أن الخلع اذا كان بغير اذن سيدها على شيء في ذمتها فانه يتبعها اذا عتقت لانه رضي بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الخرقي أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته ان لم يكن مثليا

ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها اليه فلم يستحق شيئاً كما لو قال في المسابقة : من سبق الى خمس اصابات فله الف فسبق الى بعضها ، أو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتك أحدهما بخمسمائة ، وكما لو قالت طلقني ثلاثاً على الف عند أبي حنيفة، فان قيل الفرق بينهما ان الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الالف أن يطلقها ثلاثاً ،قلنا لا نسلم أن على للشرط فانها ليست مذكورة في حروفه وانما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوى بينهما فيما اذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على الف ومقتضى اللفظ لايختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فان قالت طلقني ثلاثاً ولك الف فهي كالتي قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وان طلقها ثلاثاً استحق الالف ، ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئاً ، وان طلقها ثلاثاً لانه لم يعلق الطلاق بالعوض

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه مالو قال رد عبدي ولك الف فرده ، وقوله لم تعلق الطلاق بالعوض ممنوع فان معنى الكلام ولك الف عن طلاقي فان قرينة الحال دالة وان قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجباً للعوض دون الآخر وان كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان العقد لا يتعدد بتعدد

لانها لاتملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بدله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقا وقياس المذهب أنه لاشيء له لانه اذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لاتملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال هو كالخلع على المغصوب لانها لاتملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لاتملك العين، أو يكون اختاره فيما اذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لانه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لانه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب

(الفصل الثالث) اذا كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الامة ، وان خالعت على معين باذن السيد فيه ملكه ، وإن أذن في قدر المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وان كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها

العوض وكذلك لو اشترى من انسان عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة ففعل استحق الالف علمت أو لم تعلم ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم)

اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث. قال أصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي .

وقال المزني لا يستحق الا ثلث الالف لانه انما طلقها ثلث ماطلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثاً ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم وهو قول ابن شريح لانها ان كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك . ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثاً

(فصل) فان لم يكن في طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذلت العوض في مقابلة ثلاث ،فاذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات تطليقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها الا واحدة . ومقتضى هذا أنه اذا لم

(فصل) والحكم في المكاتبة كالحكم في الامة القن سواء لانها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع ومالا حظ فيه وبذل المال في الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها ان كانت غير مدخول بها ، واذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق ، وان كان باذن السيد سلمه مما في يدها وان لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها

(فصل) ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها العوض صحيح لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض اذا أيسرت ، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئا في ذمتها

(فصل) فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع ، وفارق الامة فانها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات باذنه ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف . فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضا ، وان لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل أن لا يتم الخلع ههنا لانه انما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببدله : قال أصحابنا وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن لانه انما يملك التصرف بمالها فيه الحظ ، وهذا لا حظ فيه بل فيه اسقاط

ينكحها نكاحا آخر أنها ترجع عليه بالعوض وانما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وان نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله.

وقال القاضي الصحيح من المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لانه سلف في طلاق ولا يصح السلف في الطلاق ولانه معاوضة على الطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى، فاذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فان قلنا تفرق فله ثلث الالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح .

(فصل) ولو قالت طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لانه لم يجبها الى ماسألت فلا يستحق عليها ما بذلت ، وان طلقها ثلاثا استحق الالف على قياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بالف ولم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة استحق الالف لانه قد حصل بذلك جميع المقصود .

﴿مسئلة﴾ (ولو لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين الاولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الاولى واستحق الألف ولم تقع الثانية ، وإن قال الاولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا لانه لم يجعل لها عوضا وكملت الثلاث وان قال احداهما بألف لزمها ألف لأنها طلبت منه طلقة بألف فأجابها اليه وزادها أخرى .

نفقتها ومسكنها وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الاسر وهذا مذهب مالك ، والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء ، وان خالعها بشيء من ماله جاز لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى

(فصل) اذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه أبرأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الاجنبي . قال القاضي وقد قال احمد انه يرجع على الاب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن ابراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه لانه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وان علم أن ابراء الاب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيا لانه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنا لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لانه لا يبرأ ، وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة ، وان قال الزوج هي طالق ان برئت من صداقها لم يقع لانه علقه على شرط ولم يوجد ، وان قال الاب طلقها على الف من مالها وعلي الدرك فطلقها طلقت بائنا لانه بعوض وهو مالزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الالف لانه ليس له بذلها

(فصل) وان قالت طلقني بألف الى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها الى شهر فقال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا لانه بعوض وان طلقها قبل مضي الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لانه اذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار ايقاع الطلاق من غير عوض، وقال الشافعي اذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل لان هذا سلف في طلاق فلم يصح لان الطلاق لا يثبت فى الذمة ولانه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا انها جعلت عوضا صحيحا على طلاقها فاذا طلقها استحقه كما لو لم يقل الى شهر ولانها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم تستحق اكثر منه كالاصل ، وان قالت لك الف على ان تطلقنى أي وقت شئت من الآن الى شهر صح في قياس المسئلة التي قبلها

وقال القاضي لا يصح لان زمن الطلاق مجهول فاذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لانه طلقها على عوض لم يصح لفساده

ولنا ماتقدم في التى قبلها ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لانه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولانه لو قال متى اعطيتنى الفا فانت طالق صح وزمنه مجهول أكثر

(فصل) وان قال لامرأتيه أنتما طالقتان بألف ان شئتما فقالتا قد شئنا وقع الطلاق بهما بائنا ولزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما، وان شاءت إحداهما دون الاخرى لم يطلق واحدة منهما لانه جعل مشيئتهما صفة في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا مالو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت احداهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل في طلاقها شرطا وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعا فيتعلق الحكم بقولهما قد شئنا لفظا لان ما في القلب لا سبيل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئتما وانما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ماشئنا بقلوبنا لم يقبل فاذا ثبت هذا فان العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين وأصل هذا في النكاح اذا زوج اثنتين بصداق واحد، وقد ذكرناه في موضعه فان كانت احداهما رشيدة والاخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها بائنا ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجعيا لان لها مشيئة ولكن الحجر منع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح وفيما نأكله وكذلك ان كانت غير بالغة إلا أنها مميزة فان لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا وان كانت احداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منها ولم يقع الطلاق وفي كل موضع حكمنا

من الجهالة ههنا في شهر واحد وثم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض ان له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله اعلم

﴿مسئلة﴾ (وان كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة مميزة فقال لهما انتما طالقتان ان شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الالف وطلقت بائنا ووقع بالاخرى رجعياً ولا شيء عليها)

انما كان كذلك لان المكلفة إذا كانت رشيدة فمشيئتها صحيحة وتصرفها في مالها صحيح فيقع الطلاق عليهما ويجب على الرشيدة بقسطها من العوض ووقع بائنا ويقسط العوض بينهما على قدر مهريهما في ظاهر المذهب وعلى قول أبي بكر يكون بينهما نصفين ولا شيء على غير المكلفة وكذلك ان كانت محجوراً عليها للسفه ويقع الطلاق عليها رجعياً لان لها مشيئة بقسطها ولكن الحجر وعدم التكليف منع صحة تصرفها ونفوذه فان كانت (احداهما) مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق

(فصل) فان كانتا رشيدتين وقع الطلاق بهما بائنا اذا قالتا قد شئنا ويلزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي واحد قولي الشافعي وقال

بوقوع الطلاق فان الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه وان قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجها واحداً ، وان طلق احداهما وحدها فعليها نصف الالف ، وان قالتا طلقنا بألف فطلقهما فالالف عليهما على قدر صداقيهما في أصح الوجهين ، وان طلق احداهما فعليها حصتها منه ، وإن كانت احداهما غير رشيدة فطلقهما فعلى الرشيدة حصتها من الالف ويقع طلاقها بائنا وتطلق الاخرى طلاقا رجعياً ولا شيء عليها .

(فصل) ويصح الخلع مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل أن يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف علي وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور لايصح لانه سفه فانه يبذل عوضا في مقابلة مالا منفعة له فيه فان الملك لايحصل له فأشبه مالو قال بع عبدك لزيد بألف علي

ولنا أنه بذل مال في مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعلي ثمنه ، ولانه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد فههنا أولى ولانه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك وان قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجع عليه بمهرها

(فصل) وان قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائنا واستحق

في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون العوض بينهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج امرأتين بمهر واحد وقد ذكرناه فان شاءت (احداهما) دون الاخرى لم تطلق واحدة منهما لانه جعل مشيئتهما شرطا في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما اذا قال أنتما طالقتان بألف فقبلت احداهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل لطلاقها شرطاً وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً ويتعلق الحكم بمشيئتهما لفظاً اذا قالتا قدشئنا لان مافي القلب لاسبيل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئتما وانما قلتما ذلك بالسنتكما او قالتا ماشئنا بقلوبنا لم يقبل

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لامرأته انت طالق وعليك الف طلقت ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فاشبه مالو قال انت طالق وعليك الحج فان اعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لانه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة تعتبر فيها شرائط الهبة وان قالت المرأة ضمنت لك الفا لم يصح لان الضمان انما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله الى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك وذكر القاضي انه يصح لان ضمان مالم يجب يصح قال شيخنا ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون ارادتها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك الفا علي أن تطلقني فقال انت طالق وعليك الف وقع الطلاق وعليها الف لان قوله انت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد فان اختلفا فقال انت استدعيت مني الطلاق

الالف على باذلته لان الخلع مع الاجنبي جائز ، وان طلق احداها فقال القاضي تطلق طلاقا بائنا ولزم الباذلة بحصتها من الالف وهذا مذهب الشافعي الا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها مابذلت ولانه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعا منه فاذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) وان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، وقال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لان الشرط سلف في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا ، وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لان العقد يستقل بذلك العوض

ولنا أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فان لم يف لها بشرطها فعليها الاقل من المسمى أو الالف الذي شرطته ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لانها انما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

بألف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في في بينونتها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفه وان قال ما استدعيت مني الطلاق وانما انا ابتدأت به فلي عليك الرجعة وادعت ان ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لان الاصل معه ولا يلزمها الالف لانه لا يدعيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق على الف)

فالمنصوص عن احمد ان الطلاق يقع رجعياً كقوله انت طالق وعليك الف فانه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته انت طالق على الف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق تملك الرجعة وقال القاضي في المجرد ذلك للشرط تقديره ان ضمنت لي الفا فانت طالق فان ضمنت له الفا وقع الطلاق بائناً والالم يقع وكذا الحكم اذا قال انت طالق على ان لي عليك الفا فقياس قول احمد ان الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الالف وكان خلعا والالم يقع الطلاق وهو ظاهر كلام الخرقي لانه استعمل على بمعنى الشرط في كتابه في مواضع منها قوله اذا نكحها على ان لا يتزوج عليها فلها فراقه ان تزوج عليها وذلك ان على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قوله تعالى في قصة شعيب (اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجاً على ان تجعل بيننا وبينهم سدا؟) وقال موسى (هل اتبعك على ان تعلمني مما علمت رشدا؟) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح فاذا اوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله انت طالق ان اعطيتني الفاً ووجه الاول انه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده)

وجملة ذلك أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه لانه اذا ملك الطلاق وهو مجرد اسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع . وكذلك المكاتب والسفيه ،وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ،ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لايصح خلعه لانه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده لانه من اكسابه واكتسابه لسيده وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لان العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجز تسليمه الى غيره الا باذنه . وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه ، وأما المكاتب فيدفع العوض اليه لانه هو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح قبض العبد والمحجور عليه العوض لان من صح خلعه صح قبضه العوض كالمحجور عليه لفلس ،واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده وان استهلكه لم يرجع على الواهب والمخالعة بشيء . والمحجور عليه في معنى العبد ، والاولى أن لايجوز لأن العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه الى غيره من هو له بغير اذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له الا أنه لايجوز تسليمه اليه لان الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد

عوضا لم تبذله فوقع رجعيا من غير عوض كما لو قال انت طالق وعليك الف ولان على ليست للشروط ولا للمعاوضة ولذلك لايصح ثوبي على دينار

﴿مسئلة﴾ (وان قال بالف فكذلك ويحتمل ان لاتطلق حتي تختار فيلزمها الالف)

يعني ان قوله انت طالق بالف مثل قوله انت طالق على الف لانها ليست من حروف الشرط والاولى انها لا تطلق في قوله بألف حتى تختار فيلزمها الالف كما ذكره القاضي في على الف لانها ان لم تكن من حروف الشرط فهي للمعاوضة في قوله بعتك بكذا وزوجتك بكذا فانه يصح البيع والنكاح بغير خلاف فان قال انت طالق ثلاثاً فقالت قد قبلت واحدة وقع الثلاث واستحق الالف لان ايقاع الطلاق اليه وانما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الا ألف الزائد لان القبول لما أوجبه دون مالم يوجبه فان قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف وان قال انت طالق طلقتين (احداهما) بألف وقعت بها واحدة لانها بغير عوض ووقعت الاخري على قولها لانها بعوض

(فصل) اذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه برأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الاجنبي قال

يحمل على ما اذا أتلفه العبد قبل تسليمه اليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فانه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك السيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وان أسلمت العوض الى المحجور عليه لم تبرأ فان أخذه الولي منه برئت ، وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(فصل) وقد توقف أحمد في طلاق الاب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها، وسأله ابو الصقر عن ذلك فقال قد اختلف فيه ، كأنه رآه . قال ابو بكر لم يبلغني في هذه المسئلة الا ما رواه ابو الصقر فيخرج على قولين، أحدهما يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لان ابن عمر طلق على ابن له معتوه رواه الامام احمد ، وعن عبدالله بن عمرو ان المعتوه اذا عبث بأهله طلق عليه وليه ، قال عمرو بن شعيب وجدنا ذلك في كتاب عبدالله بن عمرو ولانه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما كالحاكم يفسخ للاعسار ويزوج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ قال « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجة ، وعن عمر أنه قال انما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولانه إسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لانه في معناه

القاضي وقد قال احمد انه يرجع على الاب قال القاضي هذا محمول على ان الزوج كان جاهلا بان إبراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه كما لو غره فزوجه معيبة وان علم ان ابراء الاب لا يصح لم يرجع عليه بشيء ويقع الطلاق رجعياً لانه خلا عن العوض وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنا لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لانه لم يبرأ وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه اذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة وان قال الزوج هي طالق ان ابرأتني من صداقها لم يقع لانه علقه على شرط لم يوجد وان قال الاب طلقها على الف من مالها وعلي الدرك فطلقها طلقت بائنا لانه بعوض وهو ما لزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الالف لانه ليس له بدلها .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا خالعته في مرض موتها فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها)

الخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو المزوجة أو هما جميعاً لانها معاوضة فتصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري واسحاق ، وقال أبو حنيفة له العوض كله وان أجابته فمن الثلث لانه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبين وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي ان خالعت بمهر مثلها جاز وان زاد فالزيادة من الثلث

ولنا أنه لا يعتبر مهر المثل لان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه واعتبار مهر

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خالعت المراة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الامر أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لانه معارضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ، ثم اذا خالعته المريضة بميراثه منها فمادونه صح ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري واسحاق ، وقال ابو حنيفة له العوض كله فان حاباته فمن الثلث لانه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالاجنبي ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي ان خالعت بمهر مثلها جاز ، وان زاد فالزيادة من الثلث

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ماخالعها به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

المثل يقوم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له ، وأما قدر الميراث فلاتهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه وان صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

﴿مسئلة﴾ (وان خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها)

أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أقل أو أكثر وان أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لاتهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لاخذته بميراثها وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لانه اتهم في أنه قصد ايصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى إيصاله اليها وهي فى حباله وطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث

﴿مسئلة﴾ (وان خالعها وحاباها فهو من رأس المال)

مثل أن يخالعها بأقل من مهر مثلها أويكون قادراً بألف فخالعها بمائة لم يحسب ما حاباها به من الثلث إذا كان في مرض موته ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لومات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته

(فصل) إذا خالع امرأة في مرضها بأكثر من مهرها فللورثة أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)

أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته، فأما ان أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لانه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى إيصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث

(فصل) واذا خالع امرأته على نفقة عدتها فحكي عن أحمد وأبي حنيفة أنه يجوز ذلك وهذا انما يخرج على أصل أحمد اذا كانت حاملا، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عوضا، وقال الشافعي لا تصح النفقة عوضا فان خالعها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها

لانها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعنه أن خلع المريضة باطل وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث وقال أبو حنيفة ان خالعها قبل دخوله بها بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لانها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقي ثمانية

(فصل) مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم يرجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء وصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج به الشيء ثمانية فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ورجع اليه بالخلع أربعة وعشرون صار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة إلا ثلث شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل، رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث

ولنا أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما اذا خالعته على كفالة ولده وقتاً معلوما ، وقولهم انها لم تجب ممنوع فانه قد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم إنها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو احدهما لا يرجع عليها بشيء)

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لان كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فان خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا الى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا الينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أو تبايعا خمراً أو تقابضا ثم أسلما ، وإن كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لان الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضا لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم باقباضه ، قال القاضي في الجامع ولا شيء له لانه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين اذا تخالعا بخمر ، وقال في المجرد يجب مهر المثل وهو

العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون ورجع إلى الزوج ثلثها صار لورثته سبعون ولورثتها ثلاثون هذا إذا مات بعد انقضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين والشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهذا الذي صحت المحاباة فيه صار لها ذلك وعشرة مهر المثل صار لها مائة وثمانية وستون يرجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثمانون

(فصل) ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليها بشيء لان الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل ذمة أو أهل حرب لان كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فان تخالعا بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك بينهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضته ثم أسلما وترافعا الينا اوأسلم أحدهما مضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولم يبق له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أوتبايعا خمراً وتقابضا ثم أسلما وإن كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لان الخمر والخنزير لا يكون عوضاً لمسلم أو من مسلم ولا يأمر الحاكم باقباضه قال القاضي في الجامع ولا شيء له لانه رضي منها ما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر وقال في المجرد يجب مهر المثل وهو مذهب الشافعي لان العوض فاسد فرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب لان تخصيصه بحالة القبض ينفي الرجوع

مذهب الشافعي لان العوض فاسد فيرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب له شيء لان تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا فاذا رضي به عوضا فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجبا كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا . اذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ما علاناه به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها على تقدير كونه مالا فانه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة، والاصل فيه قول الله تعالى (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

(فصل) ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو انثى مسلما أو كافراً محجوراً عليه أو رشيداً لان كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه كالحر الرشيد وهذا مذهب الشافعي

يدل على الرجوع مع عدم القبض ، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد أن الخمر والخنزير مالا فاذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً له كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا . إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ما عللناه به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها على تقدير كونه مالا فانه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلا وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة والاصل فيه قوله تعالى (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

﴿مسألة﴾ (وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقاً فخالع بمهرها فما زاد صح وإن نقص من المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصاً وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص)

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف في الخلع لنفسه صح توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً كان أو كافراً محجوراً عليه أو رشيدا لان كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا كالحر الرشيد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه وإيقاع الطلاق أو الخلع ويجوز

وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا ، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه ، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع ، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح ،والمستحب التقدير لانه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد،فان وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فخالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به ، وان خالع بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لايصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى ولانه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالاجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لان المخالفة في قدر العوض لاتبطل الخلع كحالة الاطلاق ، والاول أولى ، وأما ان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع بعوض نسيئة فالقياس أنه لايصح لانه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع ولان ماخالع به لايملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه ، وفارق

التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح ،والمستحب التقدير لانه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد ،فان وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فان خالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به،وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الخلع وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى ولانه لم يؤذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالاجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لان المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق والاول أولى. فان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فيخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع على عوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لانه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح كالوكيل في البيع ولان ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه ، وفارق المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل، وقال القاضي : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ما خالع به قياساً على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ولان هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ولانه يفضي إلى أن يملك عوضا ما ملكته إياه المرأة ولا قصد هو تمليكه وتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح فيها أيضاً لما تقدم (الحال الثاني) إذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالع بذلك فازادصح

المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل ، وقال القاضي القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ماخالع قياسا على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ، ولان هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ولانه يفضي الى أن يملك عوضا ماملكته إياه المرأة ولا قصد هو تملكه وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لايصح الخلع فيها أيضا لما قدمناه (والحال الثاني) اذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالع بذلك فما زاد صح لانه زاده خيراً وان خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما اذا قدر له العوض فخالع بدونه. وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه (والثاني) أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصا ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة، وان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم مالو عين له عوضا فخالع بغير جنسه ، وان خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه انما أذن له في الخلع وهو إبانة المرأة بعوض وما أتى به وانما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولاشيء على المرأة ، هذا اذا قلنا الخلع بلا عوض يصح وان قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بلفظ الطلاق

لانه زاده خيراً ، وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه ،وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه
(والثاني) يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً وبين رده وله الرجعة فان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضا فخالع بغير جنسه وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي ،وسواء عين له العوض أو أطلق ،وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة . هذا إذا قلنا ان الخلع بغير عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع طلقة رجعية. واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فان وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه الا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدر له به صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يصح

﴿مسألة﴾ (وان وكلت المرأة في خلعها فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح وان زاد لم يصح ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة)

فيقع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فان وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع وانما يقبل ولان وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدرته له صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يلزمه ، وأما وكيل الزوجة فله حالان (أحدهما) أن تقدر له العوض فتى خالع به فما دون صح ولزمها ذلك لانه زادها خيراً ، وان خالع بأ كثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لانها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لانه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لانه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي والأولى أنه لا يلزمها أ كثر مما بذلته لانها ماالتزمت أ كثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أ كثر مما بذل له الوكيل لانه رضي بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أ كثر منه كما لو بذلته المرأة (الثاني) أن يطلق الوكالة فيقتضي خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فان خالعها بذلك فما دون صح ولزمها وان خالعها بأ كثر منه فهو كما لو خالعها بأ كثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

متى خالع وكيل المرأة بما عينته له فما دونه صح ولزمها ذلك لانه زادها خيراً وان خالعها بأ كثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لانها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لانه التزمة للزوج فلزمه الضمان كالمضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال، وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لانه لا يقبل العقد لنفسه انما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي، والاولى أنه لا يلزمها أ كثر مما بذلته لانها ما التزمت أ كثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أ كثر مما بذل له الوكيل لانه رضي بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أ كثر منه أشبه ما لو بذلتـه المرأة فان أطلقت الوكالة اقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فان خالعته بمهرها فما دون صح ولزمها وان خالعته بأ كثر منه فهو كما لو خالع بأ كثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق وعنه أنها تسقط)

إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق ، فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر فان كانت قبضته ردت نصفه وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والنخعي والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية ، فعنه فيها روايتان ولا تسقط النفقة في المستقبل ، لانها ما وجبت بعد .

(فصل) إذا اختلفا في الخلع فادعاه الزوج وأنكرته المرأة بانت باقراره ولم يستحق عليها عوضا لانها منكرة وعليها اليمين وان ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضا لانه لا يدعيه ، فان اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أوصفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصا عن أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لان البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه وقال الشافعي يتحالفان لانه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولان المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ ، وان قال خالعتك بألف فقالت إنما خالعك غيري بألف في ذمته بانت والقول قولها في نفي العوض عنها لأنها منكرة له وان قالت نعم

ولنا أن المهر حق لا يسقط بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولان نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمبارأة كنفقة العدة والنصف لها لا تبرأ منه بقوله بارأتك لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها ، وعنه أنها تسقط كمذهب أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا قال خالعتك بألف فأنكرته وقالت انما خالعت غيري بانت باقراره والقول قولها مع يمينها في العوض لانها منكرة وان قالت نعم لكن ضمنه غيري لزمها الالف لانها أقرت بها ولا يلزم الغير شيء الا أن يقر به ، فان ادعته المرأة وانكره الزوج فالقول قوله كذلك ولا يستحق عليها عوضاً لانه لا يدعيه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها وكذلك ان اختلفا في صفته) حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد

وهو قول مالك وأبي حنيفة وعنه أن القول قول الزوج . حكاها القاضي عن أحمد لان البضع يخرج عن ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه ، وقال الشافعي يتحالفان لانه اختلاف في عوض فيتحالفان فيه كالمتبايعين اذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال اذا اختلفا في قدره ، ولان المرأة منكرة للزائد في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ

(فصل) فان قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة ، بانت باقراره والقول قولها في سقوط العوض، وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الالف بناء على أصلهم

ولكن ضمنها لك أبي أو غيره لزمها الالف لاقرارها به والضمان لا يبرىء ذمتها، وكذلك ان قالت خالعتك على الف بزنه لك أبي لأنها اعترفت بالالف وادعت على أبيها دعوى فقبل قولها على نفسها دون غيرها وإن قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة بانت باقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الالف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف، وان خالعها على الف فادعى أنها دنانير وقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل ، ولو قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقة فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاها القاضي فان القول قول الزوج في هاتين المسئلتين وان اتفقا على الاطلاق لزم الالف من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت ارادتهما عليه، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع إلى غالب نقد البلد، وقال القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح، والاول أصح لانهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الالف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا ولانه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق وبعير وفرس والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف وان خالعها على الف فادعى انها دنانير فقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل ، وان قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقة فالقول قولها الا على الرواية التي حكاها القاضي فان القول قول الزوج في هاتين المسئلتين، وان اتفقا على الاطلاق لزمه من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقا عليه ، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع الى غالب نقد البلد .

وقال القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح والاول أصح لانها لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الف من غالب نقد البلد ولم يكن اطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا ، ولانه يجيز العوض المجهول اذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي ، وان لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة)

مثال ذلك اذا قال ان كلمت أباك فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فكلمت أباها فانها تطلق نص عليه أحمد ، فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر

(فصل) إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت، ومثاله إذا قال ان كلمت اباك فأنت طالق ثم أبانها بخلع ثم تزوجها فكلمت أباها فانها تطلق نص عليه أحمد ، فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق ، وعن أحمد مايدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل اذا رجع اليه فان دخل عتق، فاذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لان العتق يتشوف الشرع اليه ولذلك قال الخرقي واذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها ، ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي ،وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لاتعود اذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان إطلاق الملك يقتضي ذلك فان أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم ، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي اسحاق لان الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فانه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق

المذهب أنها تطلق ، وعن احمد مايدل على أنها لا تطلق ، نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق ، وان لم يكن دخل فلا يدخل اذا رجع اليه فان دخل عتق، فاذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى ، لان العتق يتشوف الشرع اليه ولذلك قال الخرقي اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها ، ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود اذا أبانها بطلاق ثلاث ،وان لم توجد في حال البينونة ، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار لا يقع عليها الطلاق وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان اطلاق الملك يقتضي ذلك فان أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم وان لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي ، وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار

اذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهـذا في معناه فأما اذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لان الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين واذا انحلت مرة لم يمكن عودها الا بعقد جديد

ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة ، وقولهم ان هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما اذا لم يكمل الثلاث ، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا انما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لان اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين وأما العتق ففيه روايتان

(احداهما) أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا

(والثانية) تنحل لان الملك الثاني لا يبنى على الاول في شيء من أحكامه، وفارق النكاح فانه يبنى على الاول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ولان هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ماحرم الله فان ابن ماجه وابن بطة رويا باسنادهما عن أبي موسى قال : قال رسول الله ﷺ « مابال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك » وفي لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك طلقتك راجعتك »

المزني وأبي اسحاق لان الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فانه لا خلاف في أنه لو قال لاجنبية أنت طالق اذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا فى معناه، فاما اذا وجدت الصفة فى حال البينونة انحلت اليمين لان الشرط وجد فى وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين، واذا انحلت مرة لم يمكن عودها الا بعقد جديد

ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا فى النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة، وقولهم ان هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما اذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا انما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لان اليمين حل وعقد ثم ثبت ان عقدها يفتقر الى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين به ، وأما العتق ففيه روايتان

(احداهما) انه كالنكاح فى أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا

(والثانية) تنحل لان الملك الثاني لا ينبني على الاول فى شيء من أحكامه ، وفارق النكاح فانه ينبني على الأول فى بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن ينبني عليه فى عود الصفة ،ولان هذا يفعل حيلة على ابطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فان ابن ماجه وابن بطة رويا باسناديهما عن أبي موسى قال قال رسول الله ﷺ « ما بال قوم يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك،

وروى باسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»

(فصل) فان كانت الصفة لاتعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحنث لان حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لان الطلاق لايلحق البائن والله أعلم

كتاب الطلاق

الطلاق حل قيد النكاح وهو مشروع ، والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فاروى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا بالزام

قد راجعتك قد طلقتك» وفي لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك » وروى باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»

(فصل) فان كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل ان قال ان أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ، ثم أبانها ثم أكلته ثم نكحها لم يحنث لان حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن ايقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لان الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

﴿ كتاب الطلاق ﴾

وهو حل قيد النكاح وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال سبحانه (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فروى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس علي جواز الطلاق والعبرة دالة على

الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه

(فصل) والطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التربص اذا أبى الفيئة، (وطلاق) الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (ومكروه) وهو الطلاق من غير حاجة اليه . وقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراما كاتلاف المال ، ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا إضرار » (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » وفي لفظ « ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » رواه أبو داود وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة اليه وقد سماه النبي ﷺ حلالا ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب اليها فيكون مكروها (والثالث) مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد لاينبغي له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه ، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه . قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) ويحتمل أن

جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة واضراراً مجرداً بالزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه

﴿ مسئلة ﴾ (ويباح عند الحاجة ويكره من غير حاجة وعنه أنه يحرم ، ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضرراً)

الطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التربص اذا أبى الفيئة وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (والثاني) مكروه وهو الطلاق من غير حاجة اليه لانه مزيل للنكاح المشتمل علي المصالح المندوب اليها فيكون مكروها وقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لانه ضرر بنفسه وزوجته واعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراما كاتلاف المال ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا اضرار » (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وفي لفظ «ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق» رواه أبوداود (والثالث) مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه اجبارها عليها أو يكون له امرأة غير عفيفة قال أحمد لاينبغي له امساكها وذلك لان فيه نقصاً في دينه ولا يأمن افسادها فراشه

الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر (وأما المحظور) فالطلاق في الحيض أوفي طهر جامعها فيه أجمع العلماء في جميع الامصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدارقطني باسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « ياابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولانه اذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لاتحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة لاتدري أتعتد بالحمل أو الاقراء ؟

﴿ مسئلة ﴾ قال (وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها)

معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ في الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه اذا طلقها

والحاقها به ولداً من غيره ولا بأس بعضلها في هذه الحال في التضييق عليها لتفتدي منه قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر (والخامس) المحظور وهو طلاق الحائض أو في طهر أصابها فيه وقد أجمع العلماء في جميع الامصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله . قال الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدار قطني باسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله انك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولانه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة أتعتد بالحمل أو الاقراء ؟

(مسئلة) (ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ومن الصبي العاقل وعنه لا يصح حتى يبلغ)

في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبد البر وابن المنذر وقال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفي حديث ابن عمر الذي رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد ، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وابو عبيد وقال أبو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ « راجعها ثم امسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر » قالوا وانما أمره بامساكها في هذا الطهر لانه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء

وروى النسائي باسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يطلق أحد للسنة فيندم . رواه الأثرم وهذا انما يحصل

أما صحة الطلاق من الزوج العاقل المختار فلا نعلم فيه خلافا لانه عقد معاوضة فصح منه كالبيع ، وأما الصبي فان لم يعقل فلا طلاق له بغير خلاف وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، وذكره الخرقي واختاره أبو بكر وابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي واسحاق وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز وروي ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ووجه الاولى قول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق - وقوله - كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروي عن علي رضي الله عنه قال : اكتموا الصبيان النكاح فيفهم أن فائدته أن لا يطلقوا . ولانه طلاق من عاقل صادف محل طلاق فأشبه طلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أبي عبدالله تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى أبو الحارث عن أحمد إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع دون العشر وهو اختيار أبي بكر لان العشر حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا احصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه وقال عطاء

في حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق مايتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها . رواه النجاد باسناده

وروى ابن عبد البر باسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها ان شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال ابو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيبا للسنة لانه يكون مرتجعا لها والمعنى فيه أنه اذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الاخرى اذا احتاج الى فراق امرأته بخلاف ماإذا لم يرتجعها فانه مستغن عنها لافضائها إلى مقصوده من ابانتها فافترقا ولان ماذكروه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لايزول الا بزوج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

(فصل) فان طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه اثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك الا أهل البدع والضلال وحكاه ابو

إذا بلغ أن يصيب النساء وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان وقال اسحاق إذا جاز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاقه اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ اليه فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتك فقال قد طلقتك ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق قيل له فان كانت له زوجة صبية فقالت له صير أمري الي فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي؟ فقال أحمد ليس شيئاً حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وماروي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه وتأتى إن شاء الله تعالى

(فصل) فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء والاولى صحته لانه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع من التصرف في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس

﴿مسألة﴾ (ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه)

جمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وقتادة وأبو قلابة والزهري ويحيى الانصاري ومالك

نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لايقع طلاقه لان الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل اذا أوقعه في زمن أمره موكله بايقاعه في غيره

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ أن يراجعها وفي رواية الدارقطني قال فقلت يارسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبدالله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أفتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت ان عجز واستحمق؟ وكلها أحاديث صحاح ولانه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولانه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو ازالة عصمة وقطع ملك فايقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملكه محله

(فصل) ويستحب أن يراجعها لأمر النبي ﷺ بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والاوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وحكي ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لظاهر الامر في الوجوب ولان الرجعة تجرى مجرى استبقاء

والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل في حال نومه أنه لا طلاق له وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله » رواه البخاري وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عطاء عن ابن عجلان وهو ذاهب الحديث وروي عن علي باسناده مثل ذلك ولانه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال بجنون أو اغماء أو شرب دواء أو اكراه على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله أو لم يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً

(مسئلة) وإن كان بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان وكذا يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وايلائه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في طلاق السكران فروي عنه أنه يقع اختارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والاوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس، قال ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد

النكاح واستبقاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق ولان الرجعة إمساك الزوجة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كامساكها قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها مادامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبدالبر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة وأما الامر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فان راجعها وجب امساكها حتى تطهر واستحب امساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث عمر الذي رويناه قال ابن عبدالبر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لانه المبتغى من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطيء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر ، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « مره أن يراجعها فاذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وان شاء

بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد وعنده عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة قال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولانه ايقاع طلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون (والثانية) لا يقطع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الانصاري والليث والعنبري واسحاق وأبي ثور والمزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان لا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الاعمش عن منصور ولا يرفعها علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون والنائم ولانه مفقود الارادة أشبه المكره ولان العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك الى من لا يفهمه ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعداً ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ولو ضربت رأسه فجن سقط التكليف وحديث أبي هريرة لا يثبت وأما قتله وقذفه وسرقته فهو كمسئلتنا

أمسكها، رواه ابن عبدالبر ومنها أنه عوقب على ايقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ماجاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل في الامر وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولانه طهر لم يمسها فيه فاشبه الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها ثلاثا في طهر لم يصبها فيه كان أيضا للسنة وكان تاركا للاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه انه غير محرم اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل انكار النبي ﷺ وعن عائشة ان امرأة رفاعة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها ارسل اليها بثلاث تطليقات ولانه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء والرواية الثانية ان جمع الثلاث

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته واقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لان المعنى في الجميع واحد وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايتان وسأله ابن منصور اذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال أخبرعنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه أما في ماله وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ اليه أحمد والاولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته مما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح له وكذلك الحكم فيمن شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة وهو يعلم قياساً على السكران في وقوع طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لانه لا يلتذ بشربها

ولنا أنه زال عقله فأشبه السكران

(فصل) وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره ونحو ذلك لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول وروي عن عمر رضي الله

طلاق بدعة محرم اختارها ابو بكر وابو حفص روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة قال علي رضي الله عنه لا يطلق احد السنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين ان تحيض ثلاث حيض فمتى شاء راجعها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان اذا اتي برجل طلق ثلاثا اوجعه ضربا وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا، وجه ذلك قول الله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ـ الى قوله ـ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجا، ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا) ومن جمع الثلاث لم يبق له امر يحدث ولا يجعل الله له مخرجا ولا من امره يسرا . وروى النسائي باسناده عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال «أيلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين أظهركم؟» حتى قام رجل فقال يارسول الله الا اقتله وفي حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال « اذا عصيت ربك وبانت منك امرأتك» وروى الدارقطني باسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال « تتخذون آيات الله هزواً أو دين الله هزواً او لعبا ؟ من طلق البتة الزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » ولأنه تحريم البضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لان الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى رفعه بحال ولانه ضرر واضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة الى عوده اليها حراما او بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق

عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الاردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداءه والا فأقم عليه الحد ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الارض ولا الذكر من الانثى لان ذلك لا يخفى على المجنون فغيره أولى .

(فصل) في المغمى عليه اذا طلق فلما أفاق وعلم أنه كان أغمي عليه وهو ذاكر لذلك فقال اذا كان ذاكرا لذلك فليس هو مغمى عليه فقال أحمد يجوز طلاقه وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له لما أفاق انك طلقت امرأتك فقال ما أنا أذكر اني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به. قال شيخنا وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه، فأما من كان جنونه لنشاف أو كان متبرسما فان ذلك يسقط حكم تصرفه مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه)

لا تختلف الرواية عن أحمد ان طلاق المكره لا يقع روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس

في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة اياما يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك اضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لان الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريما مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولان جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الاحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه فلم يكن[1] في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكيناه من قول من قال إنه يطلقها في كل قرء طلقة، والاول أولى فان في ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم ،فانه متى ندم راجعها فان فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق

(١) في نسخة فلم يكره

وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عمر وايوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد واجازه ابوقلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فنفذ كطلاق غير المكره. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في اغلاق » رواه ابن داود وقال ابو عبيد والقتيبي معناه في اكراه ، وقال ابن بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الاكراه لأنه اذا أكره انغلق عليه رأيه، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر اذا أكره عليها

(فصل) وإن كان الاكراه بحق كاكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص اذا لم يفيء أو اكراهه الرجلين اللذين زوجها الوليان ولم يعلم السابق منهما على الطلاق فانه يقع لانه قول حمل عليه لحق فصح كاسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولانه انما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود.

مايتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمن شاء راجعها . رواه النجاد باسناده . وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى اذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ولا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع اليها سبيلا

(فصل) وان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر اهل العلم من التابعين والائمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة وروى طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضا أبو داود وافتى ابن عباس بخلاف مارواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث بن عمر أرأيت لو طلقتها ثلاثا وروى الدارقطني باسناده عن عبادة بن الصامت قال طلق بعض آبائي امرأته الفا فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله ان أبانا طلق امنا الفا فهل له مخرج ؟ فقال « ان اباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه » ولان النكاح ملك يصح ازالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضا بخلافه قال الاثرم سألت اباعبد الله عن حديث ابن عباس بأي

﴿ مسئلة ﴾ (وإن هدده بالقتل وأخذ المال ونحوه قادر يغلب على ظنه وقوع ماهدده به فهو اكراه ، وعنه لا يكون مكرهاً حتى يناله شيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق واختاره الخرقي) أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فانه يكون اكراها بلا اشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتى اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلته ، فان أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص باسناده وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أمينا على نفسه اذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراهاً.

فاما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) ليس باكراه لان الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه « إنهم أخذوك فغطوك » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله (والثانية) أن الوعيد بمفرده اكراه قال في رواية ابن منصور حد الاكراه إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً ، وهذ قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لان الاكراه لا يكون

شيء تدفعه فقال ادفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه انها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والا فلا يجوز ان يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه

(فصل) وان طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لانه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لانه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها، فكان مكروهاً كتضييع المال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملا أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق، وان كانت حائضا لزمها الطلاق اذا طهرت وإن كانت طاهرة مجامعة فيه فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فان كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه وكذلك ان كانت حاملا، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة، وقال أحمد اذهب إلى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولان مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم وليست مرتابة

إلا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من قوعه وانما أبيح له فعل المكروه عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد لانه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له فعل ماأفضى الى قتله وافضاؤه بيده الى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئاً لانه اذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره الى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الاكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لاينفي ثبوته في حق غيره.

وقد روي عن عمر في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً والا قطعته، فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن، فطلقها ثلاثاً فردها اليه. رواه سعيد باسناده وهذا كان وعيداً.

(فصل) ومن شرط الاكراه ثلاثة أمور (أحدها) أن يكون قادراً بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه. وحكي عن الشعبي ان أكرهه اللص لم يقع طلاق، وان أكرهه السلطان وقع. وقال ابن عيينة لان اللص يقتله. وعموم ما ذكرناه في دليل الاكراه يتناول الجميع، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً وقد قال النبي ﷺ «ان عادوا فعد» لانه اكراه فمنع وقوع الطلاق كاكراه اللص

لعدم اشتباه الأمر عليها فاذا قال لها أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال ، وان قال ذلك لحائض لم تقع في الحال لان طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لان الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فان كانت في النهار طلقت وان كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار ، وان كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لان الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لان الصفة وجدت ، وهذا كله مذهب الشافعي وأبي حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً ، فان أولج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وان لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ان طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وان انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء وتصلي أو يخرج عنها وقت صلاة لانه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها

ولنا أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ، ولان في حديث ابن عمر فاذا طهرت طلقها إن شاء ، وما قاله غير صحيح فانا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها

(الثاني) أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به ان لم يجبه الى ماطلبه .

(الثالث) أن يكون فيما يستضر به ضرراً كبيراً كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين ، فأما السب والشتم فليس باكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير . فأما الضرب اليسير فان كان في حق من لا يبالي به فليس باكراه ، وان كان في حق ذوي المروءات على وجه يكون اخراقاً لصاحبه وغضاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وان توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس باكراه لان الضرر لاحق بغيره والاولى ان يكون اكراهاً لان ذلك أعظم عنده من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هذا .

(فصل) فان أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لانه غير مكره عليه وان أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لانه لم يكره على الثلاث ، وان طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وان خلصت نيته في الطلاق دون دفع الاكراه وقع لانه قصده واختاره ويحتمل أن لا يقع لان اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى الا مجرد النية فلا يقع بها طلاق ، وان طلق ونوى بقلبه غير امرأته وتأول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لان الاكراه دليل على تأويله ، وان لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لانه معذور . وذكر أصحاب الشافعي وجهاً أنه يقع لانه لا يكره على نيته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض)

هذه المسئلة عكس تلك فانه وصف الطلقة بأنها للبدعة فان قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها وان كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وان أصابها طلقت بالتقاء الختانين فان نزع من غير توقف فلا شيء عليها وإن أولج بعد النزع فقد وطيء مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وان أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضا إن شاء الله تعالى فيما بعد.

(فصل) فان قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل إن الصفة تلغو ويقع الطلاق لانه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة دون الطلاق ، ويحتمل أن تطلق في الحال ثلاثا لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الاخرى ، وان قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة فالمنصوص عن احمد أنها تطلق ثلاثا ان كانت طاهراً غير مجامعة فيه ، وان كانت حائضا طلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي ، قال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الاخرى فاذا

ولنا أنه مكره عليه لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولانه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة

﴿ مسئلة ﴾ (ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا)

واختار أبو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته

ولنا أنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فجاز أن ينفذ في العقد الفاسد إذا لم يكن في نفوذه اسقاط حق الغير ولانه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح ، ووجه قول أبي الخطاب أنه ليس بعقد صحيح ولم يثبت به النكاح فلم يقع فيه الطلاق كالمتفق على بطلانه فان اعتقد صحته وقع فيه الطلاق كالمتفق على صحته .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه)

لانه ازالة ملك فصح التوكيل فيه كالعتق ولا يصح التوكيل إلا للبالغ العاقل ، فاما الطفل والمجنون فلا يصح توكيلهما فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأي يقع

ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف فلا يصح تصرفهم كما لو وكلهم في العتق ، وإن وكل كافراً أو عبداً صح لانهما ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه ، وان وكل امرأة صح لانه يصح توكيلها

طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر احمد هذا فقال في رواية مهنا اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة قد اختلفوا فيه فنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل أن احمد أوقع الثلاث لان ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث مايدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة

وقال ابو حنيفة يقع في كل قرء طلقة وإن كانت من ذوات الاشهر وقع في كل شهر طلقة وبناه على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الاطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فان قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه ، وإن قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضا لانه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريده ، وقال أصحابنا يدين . وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين

(أحدهما) لا يقبل لان ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمناه فان كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني الى قول السنة ولم أرده ، وانما أردت الايقاع في الحال وقع في الحال لانه مالك لايقاعها فاذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) اذا قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الاخرى لانه سوى بين الحالين فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف

في العتق فصح في الطلاق كالرجل فان جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال اذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ، ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل لانه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف ، فظاهر كلام أحمد هذا أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ كما قررناه في الصبي ، وفيه رواية أخرى أن الصبي لا يصح طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأنها مثله في المعنى

(مسئلة) (وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حداً)

لان لفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلا مطلقاً فأشبه التوكيل في البيع الا أن يحد له حداً فيكون على ما أذن له لان الامر الى الموكل في ذلك لكون الحق له والوكيل نائبه فتنسب له الوكالة على ما يقتضيه لفظ الموكل ، ان كان لفظه عاماً اقتضى العموم ، وان كان خاصاً اقتضى ذلك

ثم يكمل النصف لكون الطلاق لايتبعض فيقع طلقتان ويحتمل أن تقع طلقة وتتأخر اثنتان إلى الحال الاخرى لان البعض يقع على مادون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل مايقع عليه الاسم لانه اليقين وما زاد لايقع بالشك فيتأخر إلى الحال الاخرى، فان قيل فلم لايقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة ، وإن قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال طلقتان وتأخرت الثالثة ، وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ماقال ، وإن أطلق ثم قال نويت ذلك فان فسر نيته بما يوقع في الحال طلقتين قبل لانه مقتضى الاطلاق ولانه غير متهم فيه ، وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه و بين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان (أظهرهما) أنه يقبل لان البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لايخالف الحقيقة فيجب أن يقبل

(والثاني) لايقبل لانه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الاطلاق، ومذهب الشافعي على نحو هذا فان قال أنت طالق ثلاثا بعضها للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل أن تكون كالتي قبلها لانه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبه مالو صرح به ويحتمل أنه لايقع في الحال إلا واحدة لانه لم يسو بين الحالين والبعض لايقتضي النصف فتقع الواحدة لانها اليقين والزائد لايقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرها للبدعة

(فصل) اذا قال انت طالق اذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة ولم يأثم لانه لم يقصده

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يطلق أكثر من واحدة الا أن يجعل ذلك اليه)

لان الامر المطلق يتناول ما يقع عليه الاسم الا أن يجعل أكثر من واحدة بلفظه أو نيته ، نص عليه لانه نوى بكلامه مايحتمله والقول قوله في نيته لانه أعلم بها .

﴿ مسئلة ﴾ (فان وكل اثنين صح وليس لاحدهما أن يطلق على الانفراد الا أن يجعل ذلك اليه)

ولانه انما رضي بتصرفهما جميعاً وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر فان أذن لاحدهما في الانفراد صح لان الحق له

(فصل) فان وكلها في ثلاث فطلق احدهما أكثر من الآخر مثل أن يطلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثاً فتقع واحدة وبهذا قال اسحاق ، وقال الثوري لا يقع بشيء

ولنا أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليهما واحدة وان طلق أحدهما اثنتين والآخر ثلاثاً وقع اثنتان لانهما اجتمعا عليهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل فان نوى عدداً فهو على ما نوى وان طلق من غير نية لم يملك الا واحدة)

وان قال انت طالق اذا قدم زيد للسنة فقدم في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمان السنة وقع ويصير كأنه قال حين قدم زيد انت طالق للسنة لانه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها انت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ان يدخل بها طلقت عند قدومه حائضا كانت أو طاهراً لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته انت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمان السنة وقع والا وقع اذا جاء زمان السنة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها انت طالق للسنة طلقت من وقتها لانه لا سنة فيه ولا بدعة)

قال ابن عبدالبر أجمع العلماء ان طلاق السنة انما هو للمدخول بها اما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة الا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لان الطلاق في حق المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء انما كان له سنة وبدعة لان العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الامران بالطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الاشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لان العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة

لان الامر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ماذكرناه .

قال أحمد لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث وان كان نوى واحدة لان الطلاق يكون واحدة وثلاثاً فايهما نواه فقد نوى بلفظ ما احتمله وان لم ينو تناول اليقين فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل

وقال القاضي اذا قال لامرأته طلقي نفسك تقيد بالمجلس لانه تفويض للطلاق اليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري . ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك وفارق اختاري فانه تخيير وينتقض بما ذكره بقوله أمرك بيدك فان قال طلقي ثلاثاً فطلقت واحدة وقع ، نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لأنها لم تمتثل أمره .

ولنا أنها ملكت ايقاع ثلاث فملكت ايقاع واحدة كالموكل ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد

الوقت في قول اصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فاذا قال لاحدى هؤلاء انت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة لان طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال انت طالق ولم يزد وكذلك إن قال انت طالق للسنة والبدعة أو قال انت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي ان يكون للحامل طلاق سنة لانه طلاق أمر به بقوله عليه السلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » وهو أيضا ظاهر كلام احمد فانه قال اذهب الى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولانها في حال انتقلت اليها بعد زمن البدعة ويمكن ان تنتقل عنها الى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع من هذا انه لو قال لها انت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فاذا وضعت الحمل طلقت لان النفاس زمان بدعة كالحيض

(فصل) وان قال لصغيرة أو غير مدخول بها انت طالق للبدعة ثم قال اردت اذا حاضت الصغيرة او أصيبت غير المدخول بها او قال لها انتما طالقتان للسنة وقال اردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (احدهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر فأشبه مالو قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار (والثاني) يقبل وهو الاشبه بمذهب احمد لانه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها

(فصل) وإذا قال لها في طهر جامعها فيه انت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق لانه وصف طلاقها بانه للسنة في زمن يصلح له فاذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع

الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا ، وان قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة نص عليه أيضاً وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لانها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه

ولنا أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فان قال طلقي فقالت أنا طالق ان قدم زيد لم يصح لان إذنه انصرف الى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه ابو الحارث اذا قال طلقي نفسك طلاق السنة فقالت قد طلقت نفسي ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعتها انما كان كذلك لان التوكيل بلفظ يتناول أقل مايقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة وسيما وطلاق السنة في الصحيح واحدة في طهر لم يصبها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اختاري من ثلاث ماشئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين) لان لفظه يقتضي ذلك لان من للتبعيض فلم يكن لها استيعاب الجميع والله أعلم

وكذلك ان استبان حملها لم يقع أيضا الا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فانه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت

(فصل) إذا قال انت طالق في كل قرء طلقة وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة فان كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولهما سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها الا ان غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة وان كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وان قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في الطهر الآخر ثم تطهر لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ويحتمل ان لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين الحيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين اذا قلنا الاقراء الاطهار والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال وان كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها انت طالق للبدعة وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوضعه لان عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم اذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

باب سنة الطلاق وبدعته

والسنة في الطلاق أن يطلقها في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها

يعني طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله سبحانه وتعالى وأمر رسوله ﷺ في قوله تعالى (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وفي حديث عبدالله بن عمر الذي ذكرناه ولا خلاف في أنه اذا طلقها في طهر لم يصبها فيه واحدة ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبدالبر وابن المنذر قال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس ، وفي حديث ابن عمر الذي رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وقوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أن لا يتبعها طلاقا آخر قبل انقضاء عدتها ، ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جميع الثلاث في طهر واحد . قال احمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وبذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وقال ابو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر

(فصل) فان قال أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ماوجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة ان كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع والا لم يقع بحال فان كانت ممن لاسنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

(أحدهما) لايقع في المسئلتين لان الصفة ماوجدت فأشبه مالو قال أنت طالق ان كنت هاشمية ولم تكن هاشمية .

(والثاني) تطلق لانه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغي ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق للسنة والاول أشبه وللشافعية وجهان كهذين

(فصل) فان قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا ، وان قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لايتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فاذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة رجعية أو قال لها أنت طالق للسنة أو البدعة

ولنا أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقا للسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق وفارق قوله طلقة رجعية لان الرجعة لا تكون الا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله ، فان قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في حال الحيض

الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ راجعها ثم امسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر قالوا وانما أمره بامساكها في هذا الطهر لانه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، وروى النسائي باسناده عن عبدالله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لايطلق أحد للسنة فيندم رواه الاثرم وهذا لايحصل الا في حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها مابينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه البخاري باسناده ; وروى ابن عبد البر عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال ، حتى قال أبوحنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى

لانه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لانه اقرار على نفسه بما فيه تغليظ ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين كما تقدم

(فصل) فان عكس فقال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أفحشه أو أنتنه أو أردأه حمل على طلاق البدعة فان كانت في وقت البدعة والا وقف على مجيء زمان البدعة ، وحكي عن ابي بكر انه يقع ثلاثا ان قلنا ان جمع الثلاث بدعة وينبغي أن تقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعاً لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول انما أردت ان طلاقك أقبح الطلاق لانك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وان قال اردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه الى زمن السنة لم يقبل لان لفظه لا يحتمله ، وان قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامه ناقصة وقع في الحال لانه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا وبقي مجرد الطلاق فان قال أردت انها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك ، او قال أردت انها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لان الحرج الضيق والاثم فكأنه قال طلاق الاثم وطلاق البدعة طلاق اثم ، وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه انه يقع ثلاثا لان الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع اليها ويمنعها الرجوع اليه هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه اثم فيجتمع عليه الامران الضيق والاثم ، وان قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة

بين الثلاث كان مصيباً للسنة لانه يكون مرتجعا والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا تغني به عن الطلقة الاخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فانه مستغن عنها لافضائها إلى مقصوده من ابانتها فافترقا ولان ما ذكروه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث

« مسئلة » (وإن طلق المدخول بها في حيضها أو في طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع طلاقه في قول عامة أهل العلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال ، وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لا يقع طلاقه لان الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بايقاعه في غيره

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ بمراجعتها وفي رواية الدارقطني قال : قلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على ان الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وابو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الانصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل اذا طلق في حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وروي عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » رواه النجاد وقال الترمذي لا نعرفه الا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروى باسناده عن علي مثل ذلك ولانه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون او اغماء او نوم او شرب دواء او اكراه على شرب خمر او شرب ما يزيل عقله شربه ولا يعلم انه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا ، فأما ان شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعبا فحكمه حكم السكران في طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لانه لا يلتذ بشربها

ولنا انه زال عقله بمعصية فأشبه السكران

(فصل) قال احمد في المغمى عليه اذا طلق فلما أفاق علم انه كان مغمى عليه وهو ذاكر لذلك فقال اذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه ، وقال في رواية ابي طالب في المجنون

رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت إن عجز واستحمق وكلها أحاديث صحاح ولانه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولانه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع ملك فايقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه يملك محله

﴿مسئلة﴾ (تستحب رجعتها وعنه أنها واجبة)

إنما استحبت مراجعتها لامر النبي ﷺ بمراجعتها وأقل أحوال الامر الاستحباب ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لان ظاهر الامر الوجوب ولان الرجعة تجري مجرى استيفاء النكاح واستيفاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق لان الرجعة امساك للزوجة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كامساكها قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها . قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها

يطلق فقيل له بعد ما أفاق انك طلقت امرأتك فقال انا أذكر أني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر انه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه ، فأما من كان جنونه لنشاف او كان مبرسما فانه يسقط حكم تصرفه مع ان معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره الطلاق ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم)

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسئلة انما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الادلة فيها واشكال دليلها ويبقى في المسئلة روايتان

(احداهما) يقع طلاقه اختارها ابو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » ، ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس قال (١) ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ماروى أبو وبرة الكلبي قال أرسلني خالد إلى عمر فاتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده في الصحة

ما دامت في العدة الا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لا يجب عليه امساكها في تلك الحال فلا تجب عليه رجعتها فيه .

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلا تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة والامر بالرجعة محمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فاذا راجعها وجب امساكها حتى تطهر ويستحب أن يمسكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث ابن عمر الذي رويناه ، قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها الا بالوطء لانه المعني من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر فاعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطيء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر وقد جاء في حديث عن ابن عمر

فقال ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون ، فقال عمر أبلغ صاحبك ماقال فجعلوه كالصاحي ولانه ايقاع الطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون

(والرواية الثانية) لايقع طلاقه اختارها ابو بكر عبدالعزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبدالعزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الانصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبي ثور والمزني . قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه ، وقال احمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الاعمش منصور لايرفعه إلى علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الارادة أشبه المكره ولان العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لايفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لايثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسئلتنا

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لان المعنى في الجميع واحد ، وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى او اشترى أو باع فقال أجبن عنه لايصح

أن رسول الله ﷺ قال « مره أن يراجعها فاذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر ، ومنها أنه عوقب على ايقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولانه طهر لم يمسها فيه فأشبه الطهر الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

﴿مسئلة﴾ وان طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كره وفي تحريمه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختارها الخرقي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره

من أمر السكران شيء. وقال ابو عبدالله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه فاما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء. وقد أومأ اليه أحمد، والاولى أن ماله أيضا لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له

(فصل) وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه مايقول ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الارض ولا الذكر من الانثى لان ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه)

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق، يعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها ابو بكر والخرقي وابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق ، وروى ابو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر ابو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز ، وروي نحو ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ووجه الاولى قوله عليه السلام « الطلاق

رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل انكار النبي ﷺ عليه وعن عائشة أن امرأة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها أرسل اليها ولانه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء (والرواية الثانية) ان جمع الثلاث محرم وهو طلاق بدعة اختارها ابو بكر وابو حفص روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وابي حنيفة قال علي لا يطلق احد للسنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين ان تحيض ثلاث حيض فتى شاء راجعها ، وعن عمر انه كان اذا اتي برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً، وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان ابن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ان ابن عمك عصى الله واطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجاً . ووجه ذلك قول الله تعالى (يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) الى قوله (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امراً) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً — ومن يتق الله يجعل له من امره يسراً) وروى النسائي باسناده عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته

لمن أخذ بالساق » وقوله « كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لان العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هـذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان، وقال اسحاق اذا جاوز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ اليه أحمد فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتي فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له فان كانت له زوجة صبية فقالت صير أمري الي ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه ان شاء الله تعالى

ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال « أيلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم؟ » حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وفي حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله لو طلقتها ثلاثا قال « إذاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وروى الدارقطني باسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال « يتخذون آيات الله هزواً ولعباً من طلق البتة الزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » ولانه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لان الظهار يرفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى دفعه بحال ولانه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة الى عوده اليها حراما أو بحيلة لا تزيل التحريم، ووقوع الندم خسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياما يسيرة والطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا، فأما حديث المتلاعنين فغير لازم فان الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبدا فالطلاق بعده

(فصل) فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء ، والاولى صحته لانه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبدالله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبدالعزيز وابن عون وأيوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره

ولنا قول النبي ﷺ «ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود والاثرم ، قال أبو عبيد والقتيبي معناه في اكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الاكراه لانه إذا أكره انغلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ولانه قول حمل عليه بغير

كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولان جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان ، وسائر الاحاديث ليس فيها جمع الثلاث بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه انه أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه ان طلاقها آخر ثلاث تطليقات متفق عليه فلم يكن في شيء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال انه يطلقها في كل قرء طلقة والاول أولى فان في ذلك امتثالا لامر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم فانه متى ندم راجعها فان فات ذلك بانقضاء عدتها له نكاحها قال محمد بن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة ابداً يطلقها تطليقة ثم يدعها حتى ما بينها وبين ان تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه النجاد باسناده وقال عبدالله من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ولا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه فلا يستطيع اليها سبيلا

حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها

(فصل) وان كان الاكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين الذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لانه قول حمل عليه بحق فصح كاسلام المرتد اذا أكره عليه ولانه إنما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أوعصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً)

أما اذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فانه يكون إكراها بلا اشكال لماروي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فان أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه ابو حفص باسناده ، وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أجعته او ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به اكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) ليس باكراه لان الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار ، وفيه : إنهم أخذوك فغطوك في الماء » فلا يثبت الحكم الا فيما كان مثله

(فصل) فان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولافرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبدالله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة ، وروى طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة رواه أبوداود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضا أبوداود وأفتى ابن عباس بخلاف ماروى عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر ارأيت لو طلقها ثلاثا ، وروى الدارقطني باسناده عن عبادة بن الصامت قال طلق بعض ابائي امرأته الفاً فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق امنا الفاً فهل له مخرج ؟ فقال « إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون أثم في عنقه » ولان النكاح ملك يصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وافتى بخلافه قال الاثرم سألت أبا عبدالله عن حديث ابن عباس بأي شيء

(والرواية الثانية) أن الوعيد بمفرده اكراه. قال في رواية ابن منصور حد الاكراه اذا خاف القتل أو ضربا شديداً وهذا قول اكثر الفقهاء وبه يقول ابو حنيفة والشافعي لان الاكراه لا يكون الا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وانما أبيح له فعل المكره عليه دفعا لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل افضى الى قتله والقائه بيده الى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئاً لانه اذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الاكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً والا قطعته فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فرده اليها رواه سعيد باسناده وهذا كان وعيداً

(فصل) ومن شرط الاكراه ثلاثة امور (احدها) ان يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه وحكي عن الشعبي ان اكرهه اللص لم يقع طلاقه وان اكرهه السلطان وقع قال ابن عيينة لان اللص يقتله وعموم ماذكرناه في دليل الاكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصا وقد قال النبي ﷺ لعمار « ان عادوا فعد » ولانه اكراه فمنع وقوع الطلاق كاكراه اللصوص (الثاني) ان يغلب على ظنه نزول الوعيد به ان لم يجبه الى ماطلبه (والثالث) ان يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين، فأما الشتم والسب فليس باكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير، فاما الضرر اليسير فان كان في حق من لا يبالي به فليس باكراه وان كان من ذوي المروءات

تدفعه فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن ابن عباس من وجوه خلافه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد النبي ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه

(فصل) فان طلق ثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لانه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لانه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة يحصل بها فكان مكروها كتضييع المال، فان كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو حاملا قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد، فاذا قال لها أنت طالق للسنة أو قال للبدعة طلقت في الحال واحدة قال ابن عبد البر أجمع العلماء ان طلاق السنة إنما هو للمدخول بها فأما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لان الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الاقراء انما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الامران بالطلاق في الطهر

على وجه يكون اخراقا بصاحبه وغضاله وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وان توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس باكراه لان الضرر لاحق بغيره والاولى ان يكون اكراها لان ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هذا

(فصل) وان اكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لانه غير مكره عليه وان اكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضا لانه لم يكره على الثلاث وان طلق من اكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وان خلصت نيته في الطلاق دون دفع الاكراه وقع لانه قصده واختاره ويحتمل ان لا يقع لان اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى الا مجرد النية فلا يقع بها طلاق، وان طلق ونوى بقلبه غير امرأته أو تأول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لان الاكراه دليل له على تأويله وان لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لانه معذور وذكر اصحاب الشافعي وجها انه يقع لانه لا مكره له على نيته

ولنا أنه مكره عليه فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الادلة ولانه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة .

الذي لم يجامعها فيه، أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الاشهر كالصغيرة التي لم تحض، والآيسات من المحيض لاسنة لطلاقهن ولا بدعة لان العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب، وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم ، فاذا قال لاحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت طلقة في الحال ولغت الصفة لان طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال أنت طالق للسنة والبدعة أو قال أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة لانه طلاق أمر به لقوله عليه الصلاة والسلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » رواه مسلم وهو ظاهر كلام أحمد فانه قال أذهب الى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولانها في حال انتقلت اليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها الى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ، ويتفرع منه انه لو قال لها أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فاذا وضعت الحمل طلقت لان النفاس زمان بدعة كالحيض. وقوله إلا في العدد يعني انه يكره له أن يطلق ثلاثا أو يحرم لانه إذا طلق ثلاثا لم يبق له سبيل الى الرجعة فطلاق السنة في حقهم ان يكون واحدة ليكون له سبيلا الى تزوجها من غير ان تنكح زوجا غيره

(فصل) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها او قال لها انما طالقتان للسنة أوقال أردت طلاقها في زمن يصير طلاقها فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (أحدهما) لا يقبل

﴿ باب تصريح الطلاق وغيره ﴾

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي واسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي ، وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله ؟

ولنا قول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولانه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وان نواه بقلبه وأشار باصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . اذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمها الطلاق)

هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي وذهب أبو عبدالله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية لان الكنايات الظاهرة

وهو أشبه بالمذهب لانه فسر كلامه بما يحتمله فيقبل كما لو قال أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها

(فصل) إذا قال لها في طهر جامعها فيه أنت طالق للسنة فيئست من الحيض لم تطلق لانه وصف طلاقها بانه للسنة في زمن يصلح له فاذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع وكذلك ان استبان حملها لم يقع ايضا إلا على قول من جعل طلاق الحامل سنة فانه ينبغي ان يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لمن لها سنة و بدعة أنت طالق في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة)

إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فان كانت في طهر غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما اسلفناه ، وكذلك ان كانت حاملا قد استبان حملها على ظاهر كلام أحمد وقد ذكرنا الخلاف في الحامل فاذا قال لها أنت طالق للسنة في الحالتين طلقت لانه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال وإن قال ذلك لحائض لم يقع في الحال لان طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لان الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فان كان في النهار طلقت وان كان في الليل

لا تفتقر عنده إلى النية وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه الاول أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال (فأمسكوهن بمعروف) وقال سبحانه (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا) وقول ابن حامد أصح فان الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً، ولفظة الفراق والسراح ان وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف لم يرد به الطلاق وانما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح باحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فانه مختص بذلك سابق الى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح فعلى كلا القولين اذا قال طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وان قال فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحا لم يوقعه به الا أن ينويه، فان قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله، وان قال أردت بقولي أنت طالق أي من وثاقي أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فمن علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه و بين ربه قال ابو بكر لا خلاف عن أبي عبدالله أنه اذا أراد

طلقت إذا جاء النهار وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لان الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لان الصفة وجدت وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فان أولج في آخر الحيضة واتصل بأول الطهر أو أولج مع اول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فهو زمان السنة يقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان طهرت لا كثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء أو تصلي أو يخرج عنها وقت الصلاة لانه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها

ولنا انها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لاكثر الحيض ، والدليل على انها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ولان في حديث ابن عمر « فاذا طهرت طلقها إن شاء » وما قاله لايصح فانا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر اصابها فيه طلقت في الحال

أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة انه لاطلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير مافي قلبه فقال أرجو أن يكون الامر فيه واسعا وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر فان كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لان لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل ، وان لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم ابو حفص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضي فيه روايتان هذه التي ذكرنا قال وهي ظاهر كلام احمد (والثانية) لايقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف مايقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفا أوصغارا أو الى شهر فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي او فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك في أن الطلاق لايقع لان مايتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر ابو بكر في قوله أنت مطلقة انه ان نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء وان لم ينو شيئا فعلى قولين (أحدهما) يقع (والثاني)لايقع وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لان هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق

وان كان في طهر لم يصبها فيه طلقت اذا اصابها أو حاضت هذه المسألة عكس المسألة التي قبلها فانه وصف الطلقة بانها للبدعة فاذا كان ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها وان كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت باول الحيض وإن اصابها طلقت بالتقاء الختانين فان نزع من غير توقف فلا شيء عليهما وان اولج بعد النزع فقد وطيء مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وان وطئها واستدام فسنذكرها انشاء الله تعالى فيما بعد

(فصل) فان قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل تلغو الصفة ويقع الطلاق لانه وصفها بما لاتتصف به فلغت الصفة دون الطلاق ويحتمل أن تطلق ثلاثا في الحال لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الاخرى ، وان قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به ، وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين ، وفي الاخرى تطلق في الحال واحدة وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين ان أمكن)

(فصل) فأما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالا أنها صريحة لانه لافرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذي ذكره بمطرد فانهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل في الاذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الاسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان قال أنت الطلاق فقال القاضي لاتختلف الرواية عن احمد في أن الطلاق يقع به نواه أولم ينوه وبهذا قال ابو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) أنه غير صريح لانه مصدر والاعيان لاتوصف بالمصادر الا مجازاً (والثاني) ان الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالمتصرف منه وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر

نوهت باسمي في العالمين وأفـ نيت عمري عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلا ق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقولهم انه مجاز قلنا نعم الا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه

المنصوص عن احمد في هذه المسألة أنها تطلق ثلاثا ان كانت في طهر لم يجامعها فيه ، وان كانت حائضا طلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها ان جمع الثلاث سنة فاما على الرواية الاخرى فاذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين ، وقد أنكر أحمد هذا القول فقال في رواية مهنا اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة فقد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل ان أحمد أوقع الثلاث لان ذلك عنده سنة ، ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لاتتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث مايدل على هذا ؟ قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة ، وقال ابو حنيفة يقع في كل قرء طلقة وان كانت من ذوات الاشهر وقع في كل شهر طلقة وبنى على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الاطهار ، وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فان قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه ، وان قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضا لانه مذهب

(فصل) وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم فاذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وابو حنيفة هو كناية لا يطلق به الا بنية لان معناه خليتك وهذه اللفظة كناية

ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فان معنى طلقتك خليتك أيضاً الا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا كذا هذه ولا خلاف في أنه اذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وابو حنيفة وزفر والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هـذا طلاقك فقد وقع الطلاق)

(الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق اذا نواه به وقع ولا يقع من غير نيـة ولا دلالة حال ولا نعلم خلافا في أنت حرة انه كناية فأما اذا لطمها وقال هذا طلاقك فان كثيراً من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق ، وإن نوى لان هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله (غفر الله لك) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لان تقديره أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الخرقي محتمل لهـذا

طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الاثر فلا يبعد أن يريده قال أصحابنا يدين وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين (أحدهما) لا يقبل لان ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمنا . فان كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني الى قولي للسنة ولم أرده وانما أردت الايقاع في الحال وقع في الحال لانه مالك لايقاعها فاذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) فان قال انت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة و بعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة الى الحال الآخرى لانه سوى بين الحالتين فاقتضى الظاهر ان يكونا سواء فيقع في الحال واحدة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض . ويحتمل ان يقع طلقة ويتأخر اثنتان الى الحال الاخرى لان البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع اقل ما يقع عليه الاسم لانه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر الى الحال الاخرى فان قيل لم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم يكمل فتقع الثلاث؟ قلنا متى امكنت القسمة من غير تكسير وجبت القسمة على الصحة فان قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال اثنتان وتأخرت الثالثة وان قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة او طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال فان طلق ثم قال نويت ذلك ان فسر نيته بما

أيضا ، ويحتمل انه انما يوقعه اذا كان في حال الغضب فيكون الغضب قائما مقام النية كما قام مقامها في قوله أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية لانه يصدر عن الغضب فجرى مجراه والصحيح انه كناية في الطلاق لانه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد انه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقا عليه فصح أن يعبر به عنه وليس بصريح لانه احتاج الى تقدير ولو كان صريحا لم يحتج الى ذلك ولانه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعا ولا عرفا فأشبه سائر الكنايات وعلى قياسه مالو اطعمها او سقاها او كساها وقال هـذا طلاقك او لو فعلت المرأة فعلا من قيام او قعود او فعل هو فعلا ، وقال هذا طلاقك فهو مثل لطمها الا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها

(الفصل الثاني) أنه اذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرقي في هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر القاضي وا و بكر وابو الخطاب في ذلك روايتين

(احداهما) يقع الطلاق ، قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الرضاء لافي الغضب فأخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الاخرى) ليس بطلاق وهو قول ابي حنيفة والشافعي الا أن أباحنيفة يقول في اعتدي واختاري وأمرك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب ، ويحتمـل أن ماكان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة الا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي وحبلك

يوقع في الحال طلقت وقبل لانه يقتضي الاطلاق ولانه غير متهم فيه وان فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحـكم ؟ فيه وجهان (اظهرهما) انه يقبل لان البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب ان يقبل (والثاني) لا يقبل لانه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الاطلاق ومذهب الشافعي على نحو هذا فان قال انت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل ان تكون كالتي قبلها لانه يلزم من ذلك ان يكون بعضها للبدعة فأشبه ما لو صرح به ويحتمل ان لا يقع في الحال الا واحدة لانه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحـدة لانهـا اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة او سائرها للبدعة

(فصل) اذا قال انت طالق اذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة الا انه لا يأثم لانه لم يقصده وان قال انت طالق اذا قدم للسنة فقدم زيد في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمن السنة وقع ويصير كأنه قال ان قدم زيد انت طالق للسنة لانه اوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها أنت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ان زيد خل

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك انه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اذهبي واخرجي وروحي وتقنعي لا يقع الطلاق به الا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام احمد والخرقي في الوقوع انما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الانسان في حق زوجته غالبا الا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ماكثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضا فكذلك في حال الغضب اذ لا حجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف مالم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فصار ظنا غالبا ، ووجه الرواية الاخرى أن دلالة الحال تغير حكم الاقوال والافعال فان من قال لرجل ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه، كان قذفا وذما ، ولو قال انه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :

فما حملت من ناقة فوق رحلها ... أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحا كقول النجاشي :

قبيلة لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر ... كأن ربي لم يخلق لخشيته ... سواهم من جميع الناس انسانا

بها طلقت عند قدومه حائضا كانت او طاهراً لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته انت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمن السنة وقع وإلا وقع اذا جاء زمان السنة.

﴿مسئلة﴾ (وان قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة)

وإن كانت من ذوات القروء وقع في كل قرء طلقة فان كانت في القرء أوقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولها سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار ، وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة فان كانت من اللائي لم يحضن وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة ، وان قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في القرء ، لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ، واحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان انه قال ما اراه الا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من احسن المدح وأبلغه وفي الافعال لوان رجلا قصد رجلا بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه

(فصل) وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم في ما إذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه الا ان المنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية قال في رواية أبي الحارث اذا قال لم أنوه صدق في ذلك اذا لم تكن سألته الطلاق فان كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لان الجواب ينصرف الى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل منه تفسيره بغير الاقرار ولو قال زوجتك ابنتي وبعتك ثوبي هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتج الى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لانه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى واذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث انه يصدق ان كان في الغضب ولا يصدق ان كان جوابا لسؤال الطلاق ونقل عنه في موضع آخر انه اذا قال انت خلية أو بريئة أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه انه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة الا في الاربعة المذكورة والصحيح انه يصدق لما روى سعيد

حيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين ، والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين اذا قلنا الاقراء الاطهار ، والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة يستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوضعه لان عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

(فصل) فان قال أنت طالق للسنة ان كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ما وجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة ، ان كانت في زمن البدعة وقع ، والا لم يقع بحال فان كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

(أحدهما) لا يقع في المسئلتين لان الصفة ماوجدت فأشبه مالو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية ولم تكن كذلك .

باسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا لانزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثا فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل انك طلقت ثلاثا ؟ قال ألم تعلموا اني تزوجت فلانة ثم طلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقال له نيته ولانه أمر يعتبر بنيته فيه فقبل قوله في مايحتمله كما لو كرر لفظا وقال أردت التوكيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (أبو عبدالله واذا قال لها انت خلية أو انت برية أوأنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحقي بأهلك فهو عندي ثلاث ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل)

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله الى انها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (احداهما) أنها ثلاث (والثانية) يرجع الى مانواه اختارها ابو الخطاب وهومذهب الشافعي قال يرجع إلى مانوى فان لم ينو شيئا وقعت واحدة ونحوه قول النخعي الا انه قال يقع طلقة بائنة لان لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عددا و روى حنبل عن أحمدمايدل على هذا فانه قال يزيدها في مهرها ان أرادرجعتها ولو وقع ثلاثا لم يبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج الي زيادة في مهرها

(والثاني) تطلق لانه شرط لوقوع الطلقة شرطاً مستحيلا فلغى ووقع الطلاق ، والاول أشبه ، وللشافعي وجهان كهذين .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة)

وكذلك إن قال أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو طلقة جليلة أو سنية ، فكذلك كله عبارة عن طلاق السنة ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أوأحسنه كقولنا، وان قال سنته أو أعدله وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت، فاذاوصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة رجعية ، أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة .

ولنا أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقاً للسنة مطابقاً للشرع فهو كقوله أحسن ، وفارق قوله طلقة رجعية ، لان الرجعية لا تكون إلا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله فان قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في زمان الحيض لانه أشبه باخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لانه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ ، وان كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين فيما تقدم .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود باسناده ان ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ماأردت الا واحدة فقال رسول الله ﷺ « الله ماأردت الا واحدة؟» فقال ركانة الله ماأردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان ، قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث ، ولان النبي ﷺ قال لابنة الجون «الحقي بأهلك» ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عن ذلك ، ولان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق

وقال الثوري وأصحاب الرأي ان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين او واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لان الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لاتقتضيه

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وان لم ينو إلا في خلع أو قبل الدخول فانها تطلق واحدة لانها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لان اللفظ لايقتضي زيادة عليها وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة ان البينونة لاتحصل الا بها ووجه انها ثلاث انه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت انها ثلاث ، قال أحمد في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا

وقال علي والحسن والزهري في البائن انها ثلاث. وروى النجاد باسناده عن نافع أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال ان ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أقبحه أو أسمجه أو أفحشه أو أرداه أو أنكره حمل على طلاق البدعة) فان كانت في وقت البدعة والا وقف على مجيء زمان البدعة

وحكي عن أبي بكر أنه يقع ثلاثاً ان قلنا ان جمع الثلاث بدعة وينبغي أن يقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعا لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وان نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول انما أردت ان طلاقك أقبح الطلاق لانك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وان قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه الى زمن السنة لم يقبل ، لان لفظه لا يحتمله .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أردت أن أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال) لان هذا يوجد في الحال فوقع فيه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال) لانه وصفها بصفتين متضادتين فلغتا وبقي مجرد الطلاق فوقع فان قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة

فقالا: لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع الينا فاخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره، وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتهما

وروى النجاد باسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا، ولانه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثا أو نوى الثلاث واقتضاؤه البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لان البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة ان رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعتبره الشرع انما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لان الصحابة لم يفرقوا، ولان كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله انت طالق ثلاثا

فأما حديث ركانة فان أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون «الحقي بأهلك» فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي مثلها فيقتصر الحكم عليها، وقولهم ان الكناية بالنية كالصريح قلنا نعم إلا أن

لكونها في زمن البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لان الحرج الضيق والاثم فيكأنه قال طلاق الاثم وطلاق البدعة طلاق الاثم وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا لان الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع اليها ويمنعها الرجوع هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه اثم فيجتمع عليه الامران الضيق والاثم، وان قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق السنة والبدعة

﴿ باب صريح الطلاق وكنايته ﴾

لايقع الطلاق بغير لفظه فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر ابن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي واسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله

الصريح ينقسم الى ثلاث تحصل بها البينونة والى مادونها مما لاتحصل به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو هذه الظاهرة ومنها مايقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم

(فصل) وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي ان الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لانه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج الى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع الا بنية لقوله واذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه فمفهومه ان غير الصريح لا يقع الابنية ولان هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات

(فصل) والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهي ستة الفاظ خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأمرك بيدك ، الحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل ، وان قال أنت طالق بائن أو البتة فكذلك الا أنه لايحتاج الى نية لانه وصف بها الطلاق الصريح وان قال أنت طالق لارجعة لي عليك وهي مدخول بها فهي ثلاث ، قال أحمد اذا قال لامرأته أنت طالق لارجعة فيها ولا مثنوية هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندي وهذا قول أبي حنيفة ، وان قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك ، وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية صح وكان صفة الثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وان قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات (احداهن) أنها واحدة رجعية ويلغو مابعدها قال أحمد لا أعرف شيئا متقدما ان نوى واحدة تكون

ولنا قول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولانه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بمجرد النية كالبيع والهبة وكذلك إن نواه بقلبه وأشار بأصبعه فانه لايقع لما ذكرناه. إذا ثبت أنه يعتبر له اللفظ فهو يتصرف الى صريح وكناية ، فصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح وهو اختيار ابن حامد فاذا قال أنت طالق أو مطلقة أوقال طلقتك وقع الطلاق من غير نية ، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته

﴿ مسئلة ﴾ (وقال الخرقي صريحه ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن)

وهذا مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة أن صريحه يختص بلفظ الطلاق وماتصرف منه ووجه هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه قول الخرقي أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب في الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق قال الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقال (فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف) وقال سبحانه (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعكن

بائنا وهذا مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثانية) هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحمد لانه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا قوله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن أحمد اذا طلق امرأته واحدة البتة فان أمرها بيدها يزيدها في مهرها ان أراد رجعتها، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائنا لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت الى زيادة في مهرها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول ابراهيم النخعي، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لان لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال انت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة .

(القسم الثاني) مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة[1] الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، وأنت علي حرج، وأنت علي حرام، واذهبي فتزوجي من شئت، وغطي شعرك، وأنت حرة، وقد أعتقتك، فهذه عن أحمد فيها روايتان [احداهما] أنها ثلاث (والثانية) ترجع الى ما نواه وان لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات

(والضرب الثاني) مقيس على هذه وهي استبرئي رحمك وحللت للازواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها، والصحيح في قوله الحقي بأهلك أنها واحدة

[1] كذا في الاصول ولكنه لم يذكر غير تسعة

وأسرحكن سراحا جميلا) والقول الاول أصح فان الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لايحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً، ولفظة الفراق والسراح إن وردت في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردت فيه لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أوفارقوهن بمعروف) لم يرد به الطلاق وانما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح باحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فانه مختص بذلك سابق إلى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح

(مسئلة) (فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه)

وجملة ذلك ان الصريح لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد فمتى قال انت طالق أو مطلقة أو طلقتك وقع من غير نية بغير خلاف لان مايعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية اذا كان صريحا فيه كالبيع سواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء، روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد قال أبو عبيد هو قول سفيان وأهل العراق . فأما لفظ الفراق

ولا تكون ثلاثا الا بنية لان النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك، قال الأثرم قلت لابي عبدالله إن النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري، وكذلك قوله اعتدي واستبرئي رحمك لا يختص الثلاث فان ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث، وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدي فجعلها تطليقة وروى هشيم أنبأنا الاعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الاسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست بأهونهن

وأما سائر اللفظات فان قلنا هي ظاهرة فلان معناها معنى الظاهرة فان قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك انما يكون في المبتوتة اما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله انت حرة أو أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ههنا النكاح، وقوله انت حرام يقتضي بينونتها منه لان الرجعية غير محرمة وكذلك حلات للازواج لانك بنت مني وكذلك سائرها وان قلنا هي واحدة فلأنها محتملة فان قوله حللت للازواج أي بعد انقضاء عدتك اذ لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحي من شئت وسائر الالفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها

(القسم الثالث) الخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وانت مخلاة واختاري ووهبتك لأهلك وسائر مايدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى ماتقدم ذكره فهذه ثلاث ان نوى ثلاثا واثنتان ان نواهما وواحدة ان نواها أو أطلق قال احمد ماظهر من الطلاق فهو على ماظهر وماعني به الطلاق

والسراح فينبني على الخلاف فيه، فمن جعله صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن جعله كناية لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية، فان قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله

﴿ مسئلة ﴾ (فان نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد ان يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد أنها مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق فان ادعى ذلك دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين الا ان يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل)

اذا نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك أو نحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى (فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه) قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبدالله انه اذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ونقل ابن منصور عنه انه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير مافي قلبه فقال أرجو ان يكون الامر فيه واسعاً، وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر فان كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لان لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه

فهو على ما عني مثل حبلك على غاربك اذا نوى واحدة او اثنتين او ثلاثا فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك، واذا نص في هاتين على انه يرجع الى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لايقع اثنتان وان نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وان قال انت واحدة فهي كناية خفية لكنها لاتقع بها الا واحدة وان نوى ثلاثا لانها لاتحتمل غير الواحدة وان قال اغناك الله فهي كناية خفية لانه يحتمل اغناك الله بالطلاق لقول الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته)

(فصل) والطلاق الواقع بالكنايات رجعي مالم يقع الثلاث في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن الا اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة لانها تقتضي البينونة فتقع البينونة كقوله انت طالق ثلاثا

ولنا انه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب ان يكون رجعيا كصريح الطلاق وما ذكروه من الكنايات وقولهم انها تقتضي البينونة قلنا فينبغي ان تبين بثلاث لان المدخول بها لاتبين الا بثلاث او عوض

(فصل) فأما مالا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدي وقومي وكلي واشربي واقربي واطعميني واسقيني وبارك الله عليك وغفر الله لك وما احسنك واشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وان نوى لان اللفظ لايحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية وقد ذكرنا انه لايقع بها وبهذا

مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل وان لم يكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو حفص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها، وقال القاضي فيه روايتان (احداهما) التي ذكرناها قال وهي ظاهر كلام احمد (والثانية) لايقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف مايقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر ، فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي أوفارقتك بجسمي أوسرحتك من يدي فلا شك أن الطلاق لايقع لان ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط وذكر أبو بكر في قوله أنت مطلقة إن هو نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء، وان لم ينو شيئا فعلى قولين احدهما يقع والثاني لايقع وهذا من قوله يقتضي ان تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد انه صريح وهو صحيح لان هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله انت طالق، فان قال أردت بقولي أنها مطلقة من زوج كان قبلي ففيه وجه ثالث أنه يقبل ان كان وجد لان كلامه يحتمله ولا يقبل ان لم يكن وجد لانه لايحتمله وقد ذكرنا في ذلك روايتين غير هذا الوجه

قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع به كقولنا ذوقي وتجرعي

ولنا ان هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده الا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون - وقال - فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله اطعميني، وفارق ذوقي وتجرعي فانه يستعمل في المكاره كقول الله تعالى (ذق انك انت العزيز الكريم - وذوقوا عذاب الحريق - وذوقوا مس سقر) وكذلك التجرع قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح ان يلحق بهما ما ليس مثلهما

(فصل) فان قال انا منك طالق أو جعل امر امرأته بيدها فقالت انت طالق لم تطلق زوجته نص عليه في رواية الاثرم وهو قول ابن عباس والثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقال مالك والشافعي تطلق اذا نوى به الطلاق وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعي والقاسم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في احدهما صح في الآخر ولا خلاف في انه لا يقع به الطلاق من غير نية

ولنا أنه محل لا يقع الطلاق باضافته اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كالاجنبي ولانه لو قال : أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولان الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم يقع إزالة الملك باضافة الازالة إلى المالك كالعتق، ويدل على هذا ان الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل الى ابن عباس فقال ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثاً فقال ابن عباس خطأ الله نوءها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثرم واحتج به أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (ولو قيل له اطلقت امرأتك فقال نعم وأراد الكذب طلقت ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق)

أما اذا قيل له اطلقت امرأتك قال نعم أو قيل له امرأتك طالق فقال نعم طلقت امرأته وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختاره المزني لان نعم صريح في الجواب والصريح للفظ الصريح صريح ، الا ترى لو قيل له لفلان عليك الف؟ قال نعم وجب عليه فان قيل له أطلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايقاع وقع وان قال أردت أنني علقت طلاقها بشرط قبل لان ما قاله محتمل وان قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة فقال قد طلقتها ثم قال انما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحكم فان لم يكن وجد ذلك منه لم يقبل وان كان وجد فعلى وجهين ، واما اذا قيل له ألك امرأة فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء لان قوله لي امرأة كناية يفتقر الى نية الطلاق واذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني او ترضيني او انني كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لانها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن ابي سليمان

(فصل) وان قال أنا منك بائن أو بريء، فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبدالله بن حامد يتخرج على وجهين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه فلم يقع باضافة كنايته اليه كالأجنبي (والثاني) يقع لان لفظ البينونة والبراءة يوصف بها كل واحد من الزوجين ، يقال بان منها وبانت منه وبريء منها وبرئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقته المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا نطلقنا ولا تسرحا

وان قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن ولم تقل مني انه لا يقع وجهاً واحداً ، وان قالت أنا بائن ونوت وقع وان قالت أنت مني بائن فعلى الوجهين فيخرج ههنا مثل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه)

قد ذكرنا ان صريح الطلاق لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك ، ولان ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء، روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد

وابو حنيفة والشافعي وقال ابو يوسف ومحمد لا تطلق لان هذا ليس بكناية ولكنه خبر هو كاذب فيه وليس بايقاع

ولنا انه محتمل للطلاق لانه اذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله انت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وبهذا يبطل قولهم

(فصل) فاما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فاشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالا انها صريحة لانه لا فرق بين فعلت وافعلت نحو عظمته واعظمته وكرمته واكرمته، وليس هذا الذي ذكره مطرداً فانهم يقولون حييته من التحية واحييته من الحياة واصدقت المرأة صداقاً وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين اقبل وقبل ودبر وادبر وبصر وابصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة اوحرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل فى الاذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرقوا بين قيد النكاح بالتضعيف في احدهما والهمزة في الآخر ولو كان معنى اللفظين واحدا لقيل طلقت الاسير والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

قال أبو عبيد وهو قول سفيان وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية

(فصل) فان قال الاعجمي لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم تطلق لانه ليس بمختار الطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره ، فان نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لانه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، ويحتمل أن تطلق إذا نوى موجبها لانه لفظ بالطلاق ناويا موجبه فأشبه العربي، وكذلك الحكم إذا قال العربي : بهشتم وهو لا يعلم معناها

(فصل) فان قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلقت زوجته لانه لا يملك طلاق غيرها فان قال أردت الاجنبية لم يصدق نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الاخرى التي ليست بزوجتي فقال يحنث ولا يقبل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسماهما فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدقه في الحكم

وقال القاضي فيما اذا نظر الى امرأته وأجنبية فقال احداكما طالق وقال أردت الاجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين ، وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما اذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية

﴿ مسألة ﴾ (وان لطم امرأته او أطعمها او اسقاها وقال هذا طلاقك طلقت الا ان ينوي ان هذا سبب طلاقك أونحو ذلك لان هذا اللفظ كناية في الطلاق اذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية او دلالة حال لانه اضاف اليها الطلاق فوقع بها كما لو قال انت طالق)

وقال ابن حامد تطلق من غير نية لان تقديره اوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون صريحا وقال اكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وان نوى لان هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك . ولنا على انه كناية انه يحتمل هذا التفسير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل ان يكون سببا للطلاق لكون الطلاق معلقاً عليه فصح أن يعبر به عنه ولان الكناية ما احتملت الطلاق وهذا يحتمله لانه يجوز أن يكون قد علق طلاقها فلما فعله قال هذا طلاقك اخباراً لها فلزمه ذلك كقوله اعتدى ، ويدل على أنه ليس بصريح أنه احتاج إلى التقدير والصريح لا يحتاج إلى تقدير فيكون كناية، فان نوى ان هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك فلا تطلق لانه إذا أراد سبب الطلاق جاز أن يكون سبباً له في زمان بعد هذا الزمان

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال أنت طالق لا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت)

وكذلك إن قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق طلقة لا ينقضي بها عدد طلاقك لان ذلك

اسمها زينب لان زينب لايتناول الاجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه، فأما اذا قال احداهما فانه يتناول الاجنبية بصريحه، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله

ولنا أنه لايحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لايحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعي وما ذكروه من الفرق لايصح فان احدا كما ليس بصريح في واحدة منهما انما يتناول واحدة لابعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما اذا قال احداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها، ولما قال النبي ﷺ للمتلاعنين « أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا الى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان *فشركما لخيركما الفداء* لم ينصرف شرهما إلا الى أبي سفيان وحده وخيرهما النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لان اللفظ محتمل له، وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على ارادته الاجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظالما أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف اليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته، لانها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال ياحفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فان لم

ورفع الجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن كان ذلك خبراً فهو كذب لان الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق أولا؟ أو طالق واحدة أولا؟ لم تطلق)

لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظاً لايقاع ويخالف المسئلة قبلها لانه ايقاع ويحتمل أن يقع لان لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لان لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها ، وكذلك إن قال أنت طالق واحدة أولا ؟ وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي وقال محمد في هذه تقع واحدة لان قوله أولا يرجع الى مايليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع ولا يصح لان واحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها رجع اليها فصار كقوله أنت طالق أولا ؟

﴿مسئلة﴾ (وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ على روايتين)

إذا كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم

تكن له نية أو نوى المجيبة وحدها طلقت وحدها لأنها المطلقة دون غيرها ، وإن قال ماخاطبت بقولي أنت طالق الا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها ، وإن قال علمت أن المجيبة عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معا في قولهم جميعا ، وإن قال ظننت المجيبة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمرة روايتان :

(احداهما) تطلق أيضا وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لانه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها

(والثانية) لاتطلق وهو قول الحسن والزهري وأبي عبيد ، قال احمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ماتقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لايختلف كلام احمد أنها لاتطلق ، وقال الشافعي تطلق المجيبة وحدها لانها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لانه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة فان المنوية تطلق لإرادتها الطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لان الاعتراف بما لايوجب لايوجب ولان الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال

وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لا يقع به طلاق وإن نواه لانه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل في الحكم في أصح الوجهين لان ذلك يقبل في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي ﷺ « عفي لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناويا للطلاق والخبر انما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به

(فصل) وإن أشار الى عمرة فقال ياحفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه الى نداء حفصة طلقت عمرة وحدها لانه لم يرد بلفظه الا طلاقها وانما سبق لسانه الى غير ماأراده فأشبه مالو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه الى أنت طالق ، وان أتى باللفظ مع علمه أن المشار اليها عمرة طلقتا معا عمرة بالاشارة اليها واضافة الطلاق اليها وحفصة بنيته و بلفظه بها ، وان ظن أن المشار اليها حفصة طلقت حفصة وفي عمرة روايتان كالتي قبلها

(فصل) وان لقي أجنبية ظنها زوجته فقال : فلانة أنت طالق فاذا هي أجنبية طلقت زوجته نص عليه احمد ، وقال الشافعي لاتطلق لانه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق

ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت كما لو قال علمت انها أجنبية وأردت طلاق زوجتي وان قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا لانه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل أن لاتطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولاذكر اسمها معه وان علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وان لم يردها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وان لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يامطلقة أو لقي أمته فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي ياحرة فقال ابو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحي يامطلقة أو ياحرة وهو لايعرفها فاذا هي زوجته أو أمته لايقع بهما طلاق ولا حرية لانه لم يرد بهما ذلك فلم يقع بهما شيء

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم ينو شيئاً)

فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي والشريف في الارشاد على روايتين (احداهما) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما ذكرنا من أن الكتابة تقوم مقام اللفظ (والثانية) لا يقع إلا بنيته وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لان الكتابة محتملة فانه يقصد بها تجربة القلم أو تجويد الخط وغم الاهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق

﴿مسئلة﴾ (وإن كتبه بشيء لا يبين مثل بأصبعه على وسادة أوفي الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع)

وقال أبو حفص العكبري يقع ، ورواه الاثرم عن الشعبي لانه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين والاول أولى لان الكتابة لا تبين كالهمس بالفم بما لايستبين وثم لا يقع فههنا أولى

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الا في موضعين (احدهما) إذا كتب الطلاق ونواه وقد ذكرناه (الثاني) من لا يقدر على الكلام كالاخرس إذا طلق بالاشارة طلقت زوجته وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لانه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة فقامت اشارته مقام النطق

كسبق اللسان إلى مالم يرده، ويحتمل أن لا تعتق الامة لان العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله ياحرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يامطلقة

(فصل) فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام يقع بها الطلاق من غير نية قال القاضي في الشرح وهذا ظاهر كلام احمد والخرقي لأنها مستعملة في الطلاق في العرف فصارت كالصريح

ولنا أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنايات، وإذا ثبت اعتبار النية فانها تعتبر مقارنة للفظ فان وجدت في ابتدائه وعريت عنه في سائره وقع الطلاق، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعريت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لان القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء

ولنا أن ما تعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلاة وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء ولو قال قد طلقتها وأراد به الكذب لزمه الطلاق)

انما لم يلزمه إذا أراد الكذب لان قوله مالي امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق، وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو اني كمن

من غيره فيه كالنكاح، وأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان أشار الاخرس باصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي

﴿مسئلة﴾ (وصريح الطلاق في لسان العجم بهشتم)

فاذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا تطلق به الا بنية لان معناه خليتك وهذه اللفظة كناية

ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ويستعملونها فيه فأشبه لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح في الطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فان معنى طلقتك خليتك أيضاً الا أنه لما كان موضوعا له تستعمل فيه كان صريحاً كذا هذه ولا خلاف في أنه اذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي فان قاله العربي ولا يفهمه أو طلق لم يقع لانه لم يختر الطلاق لعدم علمه بمعناه، وان نوى موجبه فعلى وجهين (أحدهما) لا يقع لانه لا يتحقق اختياره لما لا يعلمه فأشبه ما لو نطق بكلمة الكفر فانه لا يعرف معناها (والثاني) يقع لانه أتى بالطلاق ناويا مقتضاه فوقع كما لو علمه

لا امرأة له أو لم ينو شيئا لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لأنها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق فان هذا ليس بكناية وإنما هو خبر هو كاذب فيه وليس بإيقاع

ولنا أنه محتمل للطلاق لأنه اذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم. فاما ان قال طلقتها وأراد الكذب طلقت لان لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية، وان قال خليتها أو أبنتها افتقر إلى النية لانه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية

(فصل) فان قيل له أطلقت امرأتك؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق؟ فقال نعم طلقت امرأته، وان لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لان نعم صريح في الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ألا ترى انه لو قيل له ألفلان عليك ألف؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل له طلقت امرأتك؟ فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايقاع وقع، وان قال أردت أني علقت طلاقها بشرط قبل لانه محتمل لما قاله وان قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة؟ فقال قد طلقتها ثم قال إنما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في الحكم فان لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لانه لا يحتمل ماقاله وان كان وجد فعلى وجهين

(فصل) فان قال حلفت بالطلاق أو قال علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم، ذكره القاضي وأبو الخطاب وقال أحمد في رواية محمد ابن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين، وذلك لان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه والكنايات نوعان ظاهرة وهي سبعة: أنت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت حرة وأنت الحرج. أكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله الى أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (احداهما) أنها ثلاث (والثانية) يرجع إلى ما نواه واختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى مانوى فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة، ونحوه قول النخعي الا أنه قال تقع طلقة بائنة لان لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فانه قال يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاث لم تبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة في مهرها، واحتج الشافعي بما روى أبو داود باسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال النبي ﷺ «الله ماأردت الا واحدة؟» فقال ركانة الله ماأردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث لان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق وقال الثوري وأصحاب الرأي ان نوى ثلاثاً فثلاث وان نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتان لان الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى

قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذبا فيه لم يصر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكي في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال اذا قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحد وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق اذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه ولذلك قال يرجع إلى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في كتاب الايمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف فهل يقع به الطلاق؟ على روايتين

« مسئلة » قال (واذا وهب زوجته لاهلها فان قبلوها فواحدة يملك الرجعة ان كانت مدخولا بها وان لم يقبلوها فلا شيء)

هذا المنصوص عن أحمد في هذه المسئلة ، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك واسحاق وروي عن علي رضي الله عنه والنخعي ان قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث وان لم يقبلوها فواحدة رجعية، وروي عن أحمد مثل ذلك ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها وكذلك قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه ، وقال ربيعة ومالك يقع بها الثلاث وإن لم ينو الا في الخلع أو قبل الدخول فانها تطلق واحدة لانها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لان اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع الثلاث ضرورة لان البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وعمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث قال أحمد في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا قال علي والحسن والزهري في البائن انها ثلاث وروى النجاد باسناده عن نافع باسناده أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال ان ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجد ان له رخصة؟ فقالا لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع الينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها وروى باسناده أن عمر جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات . وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولانه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث وافضاؤه الى البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لان البت القطع فكأنه قطع النكاح

ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك البضع فافتقر إلى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثا أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما ان نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات، ولا بد من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية كذلك، قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضا كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فان صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لاهلها

(فصل) فان باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وان نوى وبهذا قال الثوري واسحاق وقال مالك تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لانه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه مالو وهبها

ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لانه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد اسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني

(مسئلة) قال (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وان تطاول مالم يفسخ أو يطأها)

وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه الى المرأة ويجعله الى اختيارها بدليل أن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه، ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها

كله وكذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة ان رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً وكذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعتبره الشرع انما يعتبره فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البينونة بدون الثلاث فوجبت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن ايقاع واحدة بائنة لانه لا يقدر على ايقاع ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولا يفرق بين المدخول بها وغيرها لان الصحابة لم يفرقوا لان كل لفظة أوجبت الثلاث في مدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثاً فأما حديث ركانة فان أحمد ضعف اسناده فلذلك تركه، وقوله أنت حرة يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق هنا النكاح، وقوله أنت الحرج يعني الحرام والاثم. قال الله تعالى (ليس على الاعمى حرج) أي اثم وأصله الضيق قال الله تعالى (فلا يكن في صدرك حرج منه) فكأنه حرمها واثم نفسه في امساكها فصار في ضيق من أمرها وانما تكون بالبينونة على ما مر

أبداً لا ينقيد ذلك بالمجلس . روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الحكم وابو ثور وابن المنذر وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقته لانه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله اختاري

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تنكل ولا نعرف له في الصحابة مخالفا فيكون اجماعا ، ولانه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي وفارق قوله اختاري فانه تخيير فان رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي واسحاق ، وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لانه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبيا ، وقولهم تمليك لا يصح فان الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وانما ينوب فيه غيره عنه فاذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير ، ثم وان سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع ، وإن وطئها الزوج كان رجوعا لانه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وان ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول مالم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الامر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب

﴿ مسئلة ﴾ (والخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامرأة واعتدي واستبرئي وما أشبهه واختاري ووهبتك لأهلك فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا واثنتان إن نواهما وواحدة ان نواها أو اطلق)

ماظهر وماعنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل حبلك على غاربك اذا نوى واحدة اواثنتين اوثلاثا فهو على مانوى . وقد ذكر الخرقي في قوله حبلك على غاربك في الكنايات الظاهرة : وان قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنه لايقع بها إلا واحدة وان نوى ثلاثا ذكره شيخنا لانها لاتحتمل أكثر منها ، وان قال أغناك الله فهو كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وهذا مذهب الشافعي ، وقال ابو حنيفة في الكنايات لايقع اثنتان وان نواهما وتقع واحدة وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (واختلف في قوله الحقي بأهلك وحبلك على غاربك وتزوجي من شئت وحللت للازواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت علي حرام وأنت على حرج هل هي ظاهرة اوخفية؟ وغطي شعرك وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان)

(إحداهما) انها ثلاث والاخرى ترجع إلى مانواه وان لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات

وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والاوزاعي والشافعي ، وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية

ولنا انه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما ان نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج الى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان قالت اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة)

وجملة الامر أن المملكة والمخيرة اذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية روي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن ابي ليلى والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور ، وروي عن علي أنها واحدة بائنة ، وبه قال ابو حنيفة وأصحابه لان تمليكه إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها ، واذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث الا أن مالكا قال اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك الا بثلاث ، وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفى بها

ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية

الخفية ، وقد قاسوا على هذه استبرئي رحمك وتقنعي فهذه في معنى المذكورة فيكون حكمها حكمها . والصحيح في الحقي بأهلك انهـا واحدة ولا تكون ثلاثا إلا بنية لان النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عنه أمته قال الاثرم قلت لابي عبدالله إن النبي ﷺ قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة قال لا أدري ، وكذلك قوله استبرئي رحمك لمن لا تحيض ثلاث فان ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث ، وقد روى هاشم أنا الاعمش عن المنهال بن عمرأن نعيم بن دجاجة الاسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج فكتب في ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال اما أنها ليست بأهونهن ، فأما سائر اللفظات فان قلنا هي ظاهرة فان معناها معنى الظاهرة فان قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك انما يكون في المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان ، وقوله أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها والرق ههنا النكاح ، وقوله أنت علي حرام يقتضي بينونتها منه لان الرجعية غير محرمة وكذلك قوله حللت للازواج لانك بنت مني وكذلك سائرها ، وان قلنا هي واحدة فانها محتملة فان قوله حللت للازواج أي بعد انقضاء عدتك لانه لا يمكن حلها

(فصل) وهذا اذا لم تنو أكثر من واحدة فان نوت أكثر من واحدة وقع مانوت لانها تملك الثلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج وهكذا ان أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج ان كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث اذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لايدخل علي ونحوها وقع ما نوت

قال أحمد اذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا يدخل علي إلا باذن تنوي في ذلك ان قالت واحدة فواحدة وان قالت أردت أن أغيظه قبل منها يعني لايقع شيء وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم ان طلق بلفظ صريح ثلاثا أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا وان كان بكناية خفية وقع ما نواه

(فصل) وقوله أمرك بيدك وقوله اختاري نفسك كناية في حق الزوج يفتقر الى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات فان عدما لم يقع به طلاق لانه ليس بصريح وإنما هو كناية فيفتقر الى مايفتقر اليه سائر الكنايات وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك لا يفتقر إلى نية لانه من الكنايات الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضا كناية في حق المرأة ان قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لايفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج لان الزوج ملك الطلاق بفعل من جهتها فلم يفتقر إلى نيتها كما لو قال ان تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لايقع الا واحدة بائن وان نوت ثلاثا لان ذلك تخيير والتخيير لا يدخله عدد كخيار المعتقة

قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحي من شئت فكذلك سائر الالفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها ، وذكر بعض أصحابنا اعتدي المختلف فيه والصحيح أنها من الخفية لما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال لسودة « اعتدي » متفق عليه

(فصل) فان قال أنت طالق بائن البتة ففيه من الخلاف ماذكرنا في الكنايات الظاهرة لانه لايحتاج الى نية لانه وصف بها الطلاق الصريح ، فان قال أنت طالق لارجعة لي عليك وهي مدخول بها قال احمد اذا قال لامرأته أنت طالق لارجعة فيها ولا مبتوتة هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا عندي وهو مذهب ابي حنيفة ، وان قال ولارجعة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب ابي حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية وكان صفة الثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وان قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات (احداهن) أنها واحدة رجعية ويلغو مابعدها قال احمد لاأعرف شيئا متقدما ان بواحدة تكون بائنا وهذا مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لاتتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لاتقع عليك (والثانية) هي ثلاث قاله ابو بكر وقال هو قول احمد لأنه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا

ولنا أنها موقعة الطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وعلى انه يقع الثلاث إذا نوت ان اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث فاذا نوياه وقع كقوله أنت بائن

(مسئلة) قال (وان طلقت نفسها ثلاثا وقال لم أجعل اليها إلا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت)

وممن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وعن عمر وابن مسعود أنها تطليقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي، وقال الشافعي ان نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وان نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته

قال القاضي ونقل عبد الله عن أحمد مايدل على انه إذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقي نفسك ماشئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه خلاف مايقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثا

(مسئلة) قال (وكذلك الحكم اذا جعله في يد غيرها)

وجملة ذلك انه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم مالو جعله بيدها في انه بيده في

وله واحدة كما قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن احمد اذا طلق امرأته البتة فان أمرها بيدها يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائناً لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما جعل أمرها بيدها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها قال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون مثل قول ابرهيم النخعي ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ماأوقعه ولم يزد على واحدة لان لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لوقال أنت طالق، وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة

﴿مسئلة﴾ (ومن شرط وقوع الطلاق بها أن ينوي بها الطلاق)

يعني من شرط وقوع الطلاق بالكناية النية للطلاق لأنها كناية فلا يقع بها طلاق بدون النية كالكناية الخفية، وان لم ينو شيئا ولا دلت عليه قرينة لم يقع لانه ظاهر في غير الطلاق فلم يصرف اليه عند الاطلاق كما لاينصرف الصريح إلى غيره، وان نوى بها الطلاق وقع وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد والخرقي أن الطلاق يقع بالكنايات الظاهرة من غير نية وهو قول مالك لانه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج الى نية كالصريح ومفهوم كلام الخرقي أنه لايقع إلا بنية لانه كناية فأشبه سائر الكنايات

المجلس وبعده ووافق الشافعي على هذا في حق غيرها لانه توكيل وسواء قال له أمر امرأتي بيدك أو قال جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو قال طلق امرأتي ، وقال أصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لانه نوع تخيير أشبه مالو قال اختاري

ولنا انه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع ، وإذا ثبت هذا فان له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطؤها وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرأة ، وليس له أن يجعل الامر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الامر بأيديهم فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأي يصح

ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهما كالو وكلهم في العتق ، وان جعله في يد كافر أو عبد صح لانه ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلها فيه ، وان جعله في يد امرأة صح لانه يصح توكيلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل ، وان جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد هنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال : إذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثا فطلقها ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل وهذا لانه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام احمد أنها اذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ

(فصل) إذا ثبت اعتبار النية فانها تعتبر مقارنة اللفظ فان وجدت في ابتدائه وعزبت عنه في سائره وقع الطلاق ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعزبت نيته حين قال أنت بائن لم يقع لان القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء

ولنا أن ما يعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلوات وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق كما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين)

ذكرهما ابو بكر والقاضي وابو الخطاب (احداهما) يقع الطلاق ذكره الخرقي . قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الغضب أخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الثانية) ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري أمرك بيدك كقولنا في الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي رحمك وحبلك

كما قررناه في الصبي اذا طلق وفي الصبي رواية أخرى لا يقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لانها مثله في المعنى والله أعلم

(فصل) فان جعله في يد اثنين أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح وليس لاحدهما أن يطلق على الانفراد الا أن يجعل اليه ذلك لانه انما رضي بتصرفهما جميعا وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو عبيد وابن المنذر ، وان طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا وقعت واحدة وبهذا قال اسحاق وقال الثوري لا يقع شيء

ولنا أنهما طلقا جميعا واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليهما واحدة

(فصل) ويصح تعليق أمرك بيدك واختاري نفسك بالشروط ، وكذلك ان جعل ذلك الى أجنبي صح مطلقا ومقيداً ومعلقا نحو أن يقول اختاري نفسك وأمرك بيدك شهراً أو اذا قدم فلان فأمرك بيدك أو اختاري نفسك يوما او يقول ذلك لأجنبي ، قال احمد اذا قال اذا كان سنة او أجل مسمى فأمرك بيدك فاذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً اذا تزوج امرأة وقال لأبيها ان جاءك خبري الى ثلاث سنين والا فأمر ابنتك اليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الاب فان كان الزوج لم يرجع فيما جعل الى الاب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد انه قد رجع فيما جعل اليه ووجه هذا انه فوض أمر الطلاق الى من يملكه فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فاذا صح هذا فان الطلاق الي من فوض اليه على حسب ما جعله اليه في الوقت الذي عينه له

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اخرجي واذهبي وروحي تقنعي لا يقع الطلاق به الا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا ، وكلام الخرقي انما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الانسان في حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق ، ولا يلزم من الاكتفاء كذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء فكذلك في حال الغضب إذ لا حجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوى الظن فصار ظنا غالبا، ووجه الرواية الاخرى ان دلالة الحال تغير حكم الاقوال والافعال فان من قال لرجل ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وان قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما ولو قال انه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما احد اوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان

فما حملت من ناقة فوق رحلها ... أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قال في حال الذم كان هجوا قبيحا كقول النجاشي

قبيلته لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون الناس حبة خردل

لاقبله ولا بعده وللزوج الرجوع في هذا لانه عقد جائز ، قال احمد ولا تقبل دعواه للرجوع الا ببينة لانه مما يمكن اقامة البينة عليه ، فان طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج لانه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة وقد نص احمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط فان غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه احمد أيضا لهذه العلة ، وحمله القاضي أيضا على الاستحباب لان الاصل بقاء النكاح فحمل الامر فيه على اليقين ، وقول احمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل اليه معناه انه لايقبل قوله انه قد رجع اليه الا ببينة ولو صدقته المرأة في انه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو خيرها فاختارت فرقته من وقتها والا فلا خيار لها)

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده . روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده مالم يفسخ أو يطأ ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله ﷺ لعائشة لما خيرها « اني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولانه جعل أمرها اليها فأشبه أمرك بيدك ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة روى النجاد باسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى

وقال آخر : كأن ربي لم يخلق لخشيته سواهم من جميع الناس انسانا

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه ، وفي الافعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يجز قتله ، ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ههنا على عقد الطلاق فيقوم مقامه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جاء جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع بها الطلاق)

لدلالة الحال عليه فالحكم فيه كالحكم فيها اذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ماتقدم من التوجيه . قال شيخنا والاولى في الالفاظ التي يكثر استعمالها لغير الطلاق نحو اخرجي واذهبي أنه لايقع بها طلاق حتى ينويه بخلاف مالا يستعمل في غير الطلاق إلا نادراً وقد ذكرنا في المسئلة التي قبلها دليل ذلك

عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مالم يتفرقا ، وعن عبد الله بن عمر قال مادامت في مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا ، ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول ، فأما الخبر فان النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي وخلافنا في المطلق ، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان مالم يقيده بقيد بخلاف مسئلتنا

(فصل) وقوله في وقتها أي عقيب كلامه ما لم يخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فان تفرقا عن ذلك الكلام الى كلام غيره بطل خيارها ، قال أحمد إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ماداموا في ذلك الكلام فان طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه إنه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور ، وقال أحمد أيضا الخيار على مخاطبة الكلام ان تجاوبه ويجاوبها إنما هو جواب كلام ان أجابته من ساعته والا فلا شيء ، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فان قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله في أن الزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا أنه يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وان كان أحدهما قائما أو مشى بطل الخيار وان قعد لم يبطل ، والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون اعراضا والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لان ذلك لا يبطل الفكرة ، وان تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار وان كانت في صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وان أضافت اليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وان أكلت شيئا يسيرا

(فصل) فان ادعى أنه لم ينو فالمنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية . قال في رواية الحارث اذا قال لم أنوه صدق في ذلك اذا لم تكن سألته الطلاق وان كان بينهما غضب قبل ذلك ففرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لان الجواب ينصرف الى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل تفسيره بغير الاقرار ، ولو قال زوجتك ابنتي أو بعتك ثوبي هذا قال قبلت كفى هذا ولم يحتج الى زيادة عليه ، ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لانه لو أراده بالصريح لم يقع فالكناية أولى ، واذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ ظاهر كلام أحمد في رواية الحارث انه يصدق وان كان في حال الغضب ولا يصدق ان كان جوابا لسؤال الطلاق .

ونقل عنه في موضع آخر أنه قال : أنت خلية أو برية أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة الا في الاربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد باسناده أن رجلا خطب الى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثا فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل انك طلقت ثلاثا؟ قال ألم تعلموا

أو قالت بسم الله أو سبحت شيئا يسيراً لم يبطل لان ذلك ليس باعراض، وان قالت ادعولي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها ، وان كانت راكبة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

(فصل) فان جعل لها الخيار متى شاءت أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة واذا قال اختاري اذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لان هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات وان قال اختاري اليوم وغدا وبعد غد فلها ذلك ، فان ردت الخيار في الاول بطل كله وكذلك ان قال لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فان النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير ، وان قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غدا فردته في اليوم الاول لم يبطل في الثاني ، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الاولى أيضا لانهما خياران في زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياسا على المسئلة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فاذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط وخيار المعتقة ولا نسلم أنهما خياران وانما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما اذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فانهما خياران لان كل واحد ثبت بسبب مفرد، ولو خيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار

ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد لم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ولولم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لان الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كالبيع والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا

أني تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة ثم طلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته ولانه أمر تعتبر نيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله ، كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة)

هذا ظاهر المذهب لما ذكرنا من اجماع الصحابة وعنه يقع مانواه وهومذهب الشافعي كالكنايات الخفية ولحديث ركانة ، وعنه يقع واحدة بائنة وهي رواية حنبل لما ذكرنا من قبل ويقع بالخفية مانواه لانه محتمل وهو قول الشافعي إلا إذا قال أنت واحدة فانه لا يقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثا لأنها لا تحتمل غير الواحدة ذكره شيخنا .

(فصل) والطلاق الواقع بالكنايات رجعي مالم يقع به الثلاث في ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضي البينونة فيقع كقوله أنت طالق ثلاثاً

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح

كله كالحكم في التخيير لانه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم و بعد الغد فردت في اليوم الاول لم يبطل بعد في غد لانهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما اذا كان الزمان متصلا واللفظ واحدا فانه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه وان قال لك الخيار يوماً أو امرك بيدك يوما فابتداؤه من حين نطق به الى مثله من الغد لانه لا يمكن استكمال يوم بتمامه لا بذلك وان قال شهراً فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوما الى مثل تلك الساعة وان قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على مابقي من اليوم والشهر والسنة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس لها ان تختار أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك)

وجملة الامر ان لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال ابو حنيفة هي واحدة بائن وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون الا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث الا ان تكون بعوض

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل مايقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا يجوز ان تكون بائنا لانها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول

الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم انها تقتضي البينونة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لان المدخول بها لاتبين إلا بعوض أو ثلاث .

﴿ مسئلة ﴾ (وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة وقومي وأطعميني واسقيني وغفر الله لك وما أحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وان نوى)

لان اللفظ لايحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وهذا مذهب أبي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا ، وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع كقوله ذوقي أو تجرعي

ولنا أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لاضرر فيه كنحو قوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون) وقال (فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله أطعميني وفارق ذوقي وتجرعي فانه يستعمل في المكاره لقول الله سبحانه (ذق إنك أنت العزيز الكريم - وذوقوا عذاب الحريق -

فأشبه مالو طلقها واحدة ويخالف قوله امرك بيدك فانه للعموم فانه اسم جنس فيتناول جميع امرها لكن ان جعل اليها أكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول اختاري ماشئت أو اختاري الطلقات الثلاث ان شئت فلها ان تختار ذلك فان قال اختاري من الثلاث ماشئت فلها ان تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها لان من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو ان ينوي بقوله اختاري عدداً فانه يرجع الى مانواه لان قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدر مايقع بها الى نيته كسائر الكنايات الخفية فان نوى ثلاثا او اثنتين أو واحدة فهو على مانوى وان اطلق النية فهي واحدة وان نوى ثلاثا فطلقت أقل منه وقع ماطلقته لانه يعتبر قولهما جميعا فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين اذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا

(فصل) وان خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الامر لم يقع شيء نص عليه احمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة رجعية وروي ذلك عن علي ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال فان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة. ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته وكقوله انكحي من شئت

ولنا قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقا وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير ازواجه

وذوقوا مس سقر) وكذلك التجرع ، قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك قوله أنا طالق لان الزوج ليس محلا للطلاق ، وإن قال: أنا منك طالق لم تطلق زوجته) نص عليه في رواية الاثرم في رجل جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق وهو قول ابن عباس والثوري وأبي سعيد وأصحاب الرأي وابن المنذر . وروي ذلك عن عثمان رضي الله عنه ويحتمل أنه كناية يطلق به اذا نوى وبه قال مالك والشافعي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والقاسم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق من غير نية .

ولنا أنه محل لا يقع الطلاق اذا أضافه اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كالاجنبي ولانه لوقال أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولوكان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم تقع ازالة الملك بالاضافة إلى المالك كالعتق ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة وجاء رجل الى ابن عباس فقال ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثا فقال ابن عباس خطأ الله نوأها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثرم واحتج به أحمد

بدأ بي فقال « اني لمخبرك خبراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك - ثم قال - ان الله تعالى قال (ياايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - ان الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما) فقالت في أي هذا استأمر أبوي؟ فاني اريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل ازواج النبي ﷺ مثل مافعلت متفق عليهما قال مسروق ما ابالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفا بعد ان تختارني ولانها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد ، فأما ان قالت اخترت نفسي فيفتقر الى نيتها لانه لفظ كناية منها فان نوى احدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو فما فوض اليها الطلاق فلا يصح ان توقعه وان نوى ولم تنوهي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق وان نويا جميعا وقع مانوياه من العدد ان اتفقا فيه ، وان نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لان ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع

(فصل) وان قال أمرك بيدك أو اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء لان أمرك بيدك توكيل فقولها في جوابه : قبلت . ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شيء كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت وقوله اختاري في معناه ، وكذلك ان قالت أخذت أمري نص عليها أحمد في رواية ابراهيم بن هاني. إذا قال لامرأته امرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين ، وقال اذا قالت أخذت أمري ليس بشيء قال وإذا قال لامرأته اختاري فقالت قبلت نفسي أو قالت اخترت نفسي كان أبين . قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال لزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق مالم تذكر نفسها مالم يكن في كلام الزوج أو جوابها مايصرف الكلام

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أو لا ؟ على وجهين)

اذا قال أنا منك بائن أو بريء فقد توقف أحمد عنها وقال أبو عبد الله بن حامد يتخرج على وجهين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه ، فلم يقع باضافة كنايته اليه كالاجنبي . (والثاني) يقع لان لفظ البينونة والبراءة والتحريم يوصف به كل واحد من الزوجين يقال بان منها وبانت منه ، وحرم عليها وحرمت عليه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما ، قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (ما يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقته المرأة وفارقها ، ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا . فان قال : أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن ولم تقل مني ، أنه لا يقع ، وجهاً واحداً ، وان قالت أنا بائن ونوت وقع ، وان قالت أنت مني بائن فعلى وجهين فيخرج ههنا مثل ذلك.

﴿ مسئلة ﴾ (وان قالت أنت علي كظهر أمي ، تنوي به الطلاق لم يقع وكان ظهاراً)

لانه صريح فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولان الظهار يشبه عن

اليه لان ذلك في حكم التفسير فاذا عرى عن ذلك لم يصح ، وان قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار ، وان قالت اخترت أهلي أو أبوي ونوت وقع الطلاق لان هذا يصلح كناية من الزوج فيما اذا قال الحقي بأهلك فكذلك منها ، وان قالت اخترت الازواج فكذلك لانهم لا يحلون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله : انكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان انما يردد عليها ليفهمها وليس نيته ثلاثا فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث ، فرد الامر الى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاثا لانه كرر ما يقع به الطلاق فتكرر كما لو كرر الطلاق

ولنا انه يحتمل التأكيد فاذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد مايدل على انها واحدة يملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرير التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع ، وروي عن أحمد اذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة الا أن يقول اختاري اختاري اختاري وهذا يدل على انها تطلق ثلاثا ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لان اللفظة الواحدة تقتضي طلقة فاذا تكررت اقتضت ثلاثا كلفظة الطلاق

(فصل) فان قال لزوجته طلقي نفسك ونوى عدداً فهو على مانوى وان أطلق من غير نية لم

هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصح الكناية باحدهما عن الآخر ولو صرح به وقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقاً لانه لا تصلح الكناية به عنه

﴿مسألة﴾ (وان قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات (احداهن) أنه ظهار وان نوى الطلاق اختاره الخرقي (والثانية) كناية ظاهرة (والثالثة) هو يمين)

اذا قال ذلك أو أطلق فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه ، وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يميناً وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود وقال سعيد ثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك ان أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام إنه يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لان الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك ؟) ثم قال (قدفرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولانه تحريم للحلال أشبه تحريم الامة ووجه الاول أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما ان نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه ذكره الخرقي وممن قال إنه ظهار عثمان بن

يملك الا واحدة لان الامر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ماذكرناه . قال أحمد إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وان كان نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وان لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل. وقال القاضي إذا قال لها طلقي نفسك تقيد بالمجلس لانه تفويض الطلاق اليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري

ولنا انه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك . وفارق اختاري فانه تخيير، وماذكروه ينتقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية وقال بعض أصحاب الشافعي ليس لها أن توقعه بالكناية لانه فوضه اليها بلفظ الصريح فلا يصح أن توقع غير ما فوض اليها

ولنا أنه فوض اليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فان التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته كما لو قال لوكيله بع داري جاز له بيعها بلفظ التمليك وان قال لها طلقي ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لانها لم تمتثل أمره .

ولنا أنها ملكت إيقاع ثلاث فملكت إيقاع واحدة كالموكل ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا وان قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثا ، وقعت واحدة

عثمان وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي وروى الأثرم باسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً ولانه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وان نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه اذا نوى به الطلاق اخاف أن يكون ثلاثاً ولا افتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكانه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق اذا نواه ، ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وروي ذلك عن ابن مسعود وممن روي عنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لان الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله انت بائن فان لم ينو به الطلاق لم يكن طلاقاً بحال لانه ليس بصريح في الطلاق فان لم ينوه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على اصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية اذا قلنا ان الرجعية محرمة لان اقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل علي اليقين وقد روي

نص عليه أيضا ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لانها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه

ولنا أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فان قال طلقي نفسك فقالت أنا طالق ان قدم زيد لم يصح لان اذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها في ما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه ابو الحارث اذا قال طلقي نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسي ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لان التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة سيما وطلاق السنة في الصحيح طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وانه يبطل بالوطء ، قال أحمد اذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لانه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التمليك بعوض لا يلزم مالم يتصل به القبول كالبيع

(فصل) اذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لانه أعلم بنيته ولا سبيل الى معرفته الا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معها دلالة حال وان قال لم تنو الطلاق باختيار نفسك وقالت بل نويت فالقول قولها لما ذكرناه وان قالت

عن احمد ما يدل عليه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقا فهي واحدة وروي هذا عن عمر ابن الخطاب والزهري وقد روي عن مسروق وابي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار لانه منكر من القول وزور ، وقد اوجب الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبه قوله انت بائن وانت طالق وروي عن احمد انه اذا نوى اليمين كان يمينا وهذا مذهب ابن مسعود وقول ابي حنيفة والشافعي وممن روي عنه: عليه كفارة يمين ابو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس يقول اذا حرم الرجل عليه امراته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة)ولان الله قال (ياايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك والله غفور رحيم ؟ * قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) فجعل الحرام يمينا ومعنى قوله نوى يمينا والله اعلم انه نوى بقوله انت علي حرام ترك وطئها واجتنابها واقام ذلك مقام والله لاوطأتك

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما احل الله علي حرام اعني به الطلاق فقال احمد تطلق امراته ثلاثا وان قال اعني به طلاقاً طلقت واحدة)

قد اخترت نفسي وأنكر وجود الاختيار منها فالقول قوله لانه منكر له وهو مما يمكنه علمه ويمكنها اقامة البينة عليه فاشبه مالو علق طلاقها على دخول الدار فادعته فأنكره

(فصل) اذا قال لزوجته أنت علي حرام وأطلق فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين ، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم ، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبدالله عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد مايدل على ذلك لان الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك) ثم قال (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولانه تحريم الحلال أشبه تحريم الأمة .

ولنا أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما ان نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوي الطلاق أو لم ينوه وذكره الخرقي في موضع غير هذا وممن قال انه ظهار عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي روي الاثرم باسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكينا ولانه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وان نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه اذا نوى الطلاق كان طلاقا قال اذا قال ما أحل الله علي حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثا ولا أفتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكانه جعله من

رواه الجماعة عن أحمد فروى أبو عبدالله النيسابورى أنه قال إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ووجهه أنه صريح في الظهار فلم يصر طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت علي كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لانه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحا في الظهار وإنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع الى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فاذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه اليه وفارق قوله أنت علي كظهر أمي فانه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسئلتنا ثم ان قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لانه أتى بالالف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن لان الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر اسماء الاجناس وإن قال أعنى به طلاقاً فهي واحدة لانه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه

كنايات الطلاق يقع به الطلاق اذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل، واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، وروي ذلك عن ابن مسعود وممن روي عنه أنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وابن هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لان الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فاما ان لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقا بحال لأنه ليس بصريح في الطلاق فاذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات، وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على مامضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية اذا قلنا ان الرجعة محرمة لان أقل مايحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين، وقد روي عن احمد مايدل عليه فانه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقا فهي واحدة وروي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والزهري وقد روي عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار فانه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبه قوله انت بائن أوانت طالق وروي عن أحمد انه اذانوى اليمين كان يمينا فانه قال في رواية مهنا انه اذا قال انت علي حرام ونوى يمينا ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وانما الايلاء ان يحلف بالله ان لايقرب امرأته فظاهر هذا انه اذا نوى اليمين كانت يمينا وهذا مذهب بن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي وممن روي عنه: عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد بن المسيب

أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أواثنتان إذا لم يكن فيه الألف واللام وعنه أنه ظهار فيهما وقد ذكرناه وذكرنا دليله

﴿مسألة﴾ (وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقع مانواه من الطلاق والظهار واليمين وإن لم ينو شيئا فهل يكون ظهاراً أويميناً؟ على وجهين)

أما إذا نوى الطلاق كان طلاقاً لانه يصلح أن يكون كناية فيه فاذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع مانواه من عدد الطلاق فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لانه من الكنايات الخفية وهذا حكمها وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام واحتمل أن لايكون ظهاراً كما لوقال أنت علي كظهر البهيمة أوكظهر أبي وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لاتحريمها ولا طلاقها فهو يمين وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً لانه ليس بصريح في الطلاق ولو نواه به وهل يكون ظهاراً أو يميناً؟ على وجهين (أحدهما) يكون ظهاراً لان معناه أنت حرام علي كالميتة والدم فان تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الامر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم الميتة والدم) والثاني يكون يميناً لان الاصل براءة الذمة فاذا أتى بلفظ محتمل

والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس يقول اذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة) ولان الله تعالى قال (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ تبتغي مرضاة ازواجك والله غفور رحيم * قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) فجعل الحرام يمينا ومعنى قوله نوى يمينا والله أعلم أنه نوى بقوله أنت علي حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتك

(فصل) وان قال انت علي حرام اعني به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري انه قال اذا قال أنت علي حرام اريد به الطلاق كنت أقول انها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله انه طلاق، ووجهه انه صريح في الظهار فلم يصر طلاقاً بقوله اريد به الطلاق كما لو قال انت علي كظهر امي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على انه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لانه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظهار انما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع الى تحريم بالظهار والى تحريم بالطلاق فاذا بين بلفظه ارادة تحريم الطلاق وجب صرفه اليه، وفارق قوله انت علي كظهر امي فانه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع الا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسئلتنا ثم ان قال أعني به الطلاق او نوى به ثلاثا فهي ثلاث نص عليه أحمد لانه أتى بالالف

ثبت فيه أقل الحكمين لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزول عن الاصل إلا بيقين وعند الشافعي هو كقوله أنت حرام سواء

﴿مسئلة﴾ (وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى وان قال حلفت بالطلاق أو علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم)

ذكره القاضي وأبو الخطاب لانه يحتمل ما قاله ويلزمه في الحكم لانه خلاف ما أقر به وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لان قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذباً فيه لم يصر حالفاً كما لو قال حلفت بالله وكان كاذباً واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكى في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال إذا قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحدة وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه اذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه وكذلك قال يرجع الى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في

واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله واذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال انت بائن وعنه لايكون ثلاثا حتى ينويها سواء كانت فيه الالف واللام أو لم تكن لأن الالف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر اسماء الاجناس، وان قال اعني به طلاقا فهو واحدة لانه ذكره منكراً فيكون طلاقا واحداً نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل اذا قال اعني طلاقا فهي واحدة أو اثنتان اذا لم تكن فيه الف ولام

(فصل) فان قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا لانه صريح في الظهار فلم يصلح كناية في الطلاق كما لايكون الطلاق كناية في الظهار ولان الظهار تشبيه بمن هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريما غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر، ولو صرح به فقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقا لانه لايصلح الكناية به عنه

(فصل) وإن قال أنت علي كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقا لانه يصلح أن يكون كناية فيه فاذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع به من عدد الطلاق ما نواه فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لانه من الكنايات الخفية وهذا حكمها، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام، واحتمل أن لايكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة او كظهر أمي، وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لاتحريمها ولا طلاقها

كتاب الايمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هل يقع به؟ على روايتين (احداهما) لايلزمه شيء لانه لم يحلف واليمين انما تكون بالحلف (والثانية) يلزمه ما أقر به اختاره أبو بكر لانه إذا اقر ثم قال كذبت كان جحوداً بعد الاقرار فلا يقبل كما لو أقر بدين ثم أنكر ويرجع الى نيته لانه أعلم بحاله

(فصل) والقول قوله في قدر ما حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لانه أعلم بحاله ويمكن حمل كلام أحمد على هذا وهو أن يكون قوله ليس عليه يمين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله يلزمه الطلاق أي في الحكم لانه يتعلق بحق إنسان معين فلم يقبل في الحكم وفيما بينه وبين الله سبحانه اذا علم أنه لم يحلف فلا شيء عليه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا قال لامرأته أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثاً وان نوى واحدة وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (احدها) أنه اذا قال لامرأته أمرك بيدك كان لها ان تطلق ثلاثاً وان نوى أقل منها هذا ظاهر المذهب لانها من الكنايات الظاهرة وقد مضى الكلام فيها روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي أيضاً وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري قالوا اذا طلقت ثلاثاً فقال لم أجعل اليها الا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت وعن عمر وابن مسعود أنها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي وقال الشافعي ان نوى ثلاثاً فلها ان تطلق ثلاثاً وان نوى غير ذلك

فهو يمين ، وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يمينا على وجهين

(أحدهما) يكون ظهاراً لان معناه أنت حرام علي كالميتة والدم فان تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الامر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم الميتة والدم)

(والثاني) يكون يمينا لان الاصل براءة الذمة فاذا أتى بلفظ محتمل ثبت به أقل الحكمين لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزيل عن الاصل الا بيقين، وعند الشافعي هو كقوله أنت علي حرام سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)

وجملة ذلك أن مايتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

(أحدها) مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان (أحدهما) مايرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو أنت طالق طلقة لاتلزمك أو لاتقع عليك فهذا لايصح بلفظه ولا بنيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق واذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته قال القاضي ونقل عبدالله عن أحمد مايدل على أنه اذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا انه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه بخلاف مقتضى اللفظ لا يبين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً (الفصل الثاني) أنه لايتقيد بالمجلس ويكون في يدها ما لم يفسخ أو يطأ وان جعل أمرها في يد غيرها فكذلك في الفصل الاول والثاني ووافق الشافعي في انه اذا جعله في يد غيرها أنه لا يتقيد بالمجلس لانه وكيل، واذا قال له جعلت امر امرأتي في يدك او جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي اوطلق امرأتي فالجميع سواء في انه لا يتقيد بالمجلس وقال اصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لانه نوع تخيير أشبه مالو قال اختاري

ولنا انه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع. اذا ثبت هذا فان له ان يطلق ما لم يفسخ أو يطأ وله ان يطلق ثلاثا وواحدة كالمرأة فان فسخ الوكالة بطلت كسائر الوكالات وكذلك ان وطئها لانه يدل على الفسخ أشبه مالو فسخ بالقول

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اختاري نفسك لم يكن لها ان تطلق أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك وليس لها ان تطلق الا مادامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه)

(الضرب الثاني) مايقبل لفظا ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه و بين الله تعالى وهو استثناء الاقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا ويستثني بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لان العدد نص فيما تناوله لايحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فان اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا اللفظ في غير مايصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته

وحكي عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينـه و بين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة،والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثا اسم عدد الثلاث لايجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فاذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالا يحتمله وانما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا فانا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لاتعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائي الأربع طوالق أو قال لهن أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ماذكرناه ولا يدين فيه لانه عنى باللفظ مالا يحتمل

(الضرب الثالث) مايصح نطقا واذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص

وجملة ذلك ان لفظ التخيير لا يقتضي بمطلقه اكثر من طلقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبدالله بن عمرو وقال ابو حنيفة هي واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه ولايكون الا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لا تبين الا بالثلاث الا ان تكون بعوض

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا تكون بائنا لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فاشبه مالو طلقها واحدة ولا تكون بائنا لانها طلقة،ويخالف قوله أمرك بيدك فانه للعموم لانه اسم جنس مضاف فيتناول جميع أمرها لـكن ان جعل لها اكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بلفظه بان يقول اختاري ما شئت او اختاري الطلقات ان شئت فلها ان تختار ذلك او جعله بنيته وهو ان ينوى بقوله اختاري عدداً فانه يرجع إلى ما نواه لأن قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدرها الى نيته كسائر الكنايات الخفية ، فان نوى ثلاثا اواثنتين اوواحدة فهو على ما نوى وان اطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثا فطلقت اقل منها وقع ما طلقته لانه يعتبر قولهما جميعاً كالوكيلين اذا طلق احدهما واحدة والآخر

اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل اذا كان لفظا وجها واحداً لانه وصل كلامه بما بين مراده، وإن كان بنيته قبل فيا بينه وبين الله تعالى لانه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفا إلى ما أراده دون مالم يرده، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين (إحداهما) يقبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية إفهامها (والثانية) لا يقبل لانه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن، فاما ان كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاق لزمه الطلاق لانه مقتضى اللفظ والنية الاخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل. ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح اذا كان نطقا بغير خلاف، وان نواه ولم يلفظ به دين، وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين قال في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال: اذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته

ثلاثا وليس لها ان تطلق الا مادامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه هذا قول أكثر أهل العلم ان التخيير على الفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك في رواية انه على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ او يطأ، واحتج ابن المنذر بقول النبي ﷺ « لعائشة اني ذاكر لك امراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري ابويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ولانه جعل امرها اليها اشبه مالو قال امرك بيدك

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة فروى النجاد باسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال قضى عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا وعن عبدالله بن عمر قال مادامت في مجلسها ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعاً ولانه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول، وأما الخبر فان النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي، فأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لها ان تطلق إلا ماداما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه)

(والرواية الاخرى) لاتقبل فانه قال اذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في نفسه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته، وقال اذا قال أنت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لا يصدق، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف . والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن ارادة الخاص بالعام شائع كثير، وارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص

(فصل) واذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لان لفظه عام، وان قالت له طلق نساءك فقال نسائي طوالق فكذلك، وحكي عن مالك أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها

ولنا أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فان أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين وقبل في الحكم في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه

وذلك ان لا يخرجا من الكلام الى غير ذكر الطلاق فان تفرقا عن ذلك الكلام الى كلام غيره بطل خيارها قال أحمد اذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ماداموا في ذلك الكلام فان طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه انه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور وقال أحمد الخيار على مخاطبة الكلام وأن تجاريه ويجاريها انما هو جواب كلام ان أجابته من ساعته وإلا فلا شيء، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فان قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها، وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه على أصله بان الزوج لا يملك الرجوع، وعندنا ان الزوج يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها، وان كان أحدهما قائماً فركب أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل لان القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون اعراضاً والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لان ذلك لا يبطل الفكرة، وإن تشاغلت بالصلاة بطل الخيار وان كانت في صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وان أضافت اليها ركعتين أخريين بطل خيارها وإن أكلت شيئا أو قالت بسم الله أو سبحت شيئاً يسيرا لم يبطل لان ذلك ليس باعراض وان قالت ادعوا لي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل وإن كانت راكبة فسارت لم يبطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ (فان جعل لها الخيار اليوم كله أوجعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها هذا المذهب)

جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص، وقال القاضي يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

(فصل) فان قال أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال انما أردت الطلاق في الحال لكن سبق لساني إلى الشرط طلقت في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لو قال قد طلقتها فان قال بعد ذلك كذبت وانما أردت طلاقها عند الشرط دين في ذلك ولم يقبل في الحكم لأنه رجوع عما أقر به

(فصل) وقول الخرقي : واستثنى شيئا بقلبه يدل بمفهومه على انه اذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لان الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه، والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعا لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الاعتاق ولا في الاقرار ولا

إذا جعل لها الخيار اليوم كله أو أكثر من ذلك أو متى شاءت فلها الخيار في تلك المدة وان قال اختاري إذا شئت أو متى شئت فلها ذلك لان هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات فان ردت ذلك أو جعل أمرها بيدها فردته بطل خيارها لانها انما ملكته بالوكالة فهي كالوكيل إذا رد الوكالة وان رجع فيما ملكها بطل أيضاً كما إذا رجع الموكل فيما وكل فيه ، وان وطئها فهو رجوع أيضاً لانه يدل على الرجوع أشبه ما لو رجع بالقول، ويحتمل ان لا تنفسخ الوكالة كما لو وكله في بيع دار وسكنها ذكره ابن أبي موسى وان قال اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك فان ردت الخيار في الاول بطل كله،وان قال لها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فان النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على ان خيارها لا يبطل بالتأخير،وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الاول لم يبطل في الثاني،وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الاولى أيضاً لانهما خياران في وقتين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسئلة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فاذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط،ولا نسلم أنهما خياران وانما هو خيار واحد في يومين،وفارق ما إذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فانهما خياران لان كل واحد ثبت بسبب مفرد

(فصل) ولو خيرها شهراً فاختارت ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار

الاخبار وانما هو مبين ان المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين) عاما عبارة عن تسعمائة وخمسين ، وقوله (انني براء مما تعبدون * إلا الذي فطرني) تبرؤ من غير الله فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولى عليه الا ويشبه به أسما وأفعال وحروف فالاسماء غير وسوى والافعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد فلو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وقع ثلاث والاكثرون على أن ذلك جائز وقد ذكرناه في الاقرار وذكرنا أن أهل العربية انما أجازوه في القليل من الكثير وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وقع اثنتان وان قال الا اثنتين وقع ثلاث وان قال طلقتين الا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) يقع طلقة (والثاني) طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أو لا ؟ على وجهين . وان قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه . وان قال أنت طالق خمسا إلا ثلاثا وقع ثلاث لان الاستثناء ان عاد إلى الخمس فقد استثنى الاكثر وان عاد الى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح، وان قال خمسا الا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) يقع ثلاث لان الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعا (والثاني)

ولنا أنها استوفت ماجعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ، ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل لان الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع، والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير لانه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الاول لم يبطل في بعد غد لانهما خياران ينفصل أحدهما عن صاحبه فلا يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحد فانه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه، وإن قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتداؤه من حين نطق به الى مثله من الغد لانه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوماً الى مثل تلك الساعة وان قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة، وخرج أبو الخطاب في كل مسئلة وجها مثل حكم الاخرى أي خرج في قوله أمرك بيدك وجها أنها لا تطلق أكثر من واحدة وأنها تتقيد بالمجلس بشرط ان لا يتشاغلا بما يقطع كلامهما، وفي قوله اختاري نفسك أنه لا يتقيد بالمجلس وان لها ان تطلق أكثر من واحدة عند الاطلاق قياساً لكل واحدة منهما على الاخرى

(فصل) فان خيرها فاختارت زوجها او ردت الخيار او الامر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول عمر ابن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة

يقع اثنتان ذكره القاضي لان الاستثناء يرجع الى ماملكه من الطلقات وهي الثلاث وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان

وان قال أنت طالق أربعا الا اثنتين فعلى الوجه الاول يصح الاستثناء ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضي ينبغي أن لايصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الاكثر

(فصل) فان قال أنت طالق اثنتين وواحدة الا واحدة ففيه وجهان (أحدهما) لايصح الاستثناء لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولان إلغاء وحده أولى من الغائه مع الغاء غيره ولان الاستثناء يعود الى الجملة الاخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء الجميع (والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا لواحدة من ثلاث وكذلك لو قال له علي مائة وعشرون درهما الا خمسين صح والاول أصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي

وان قال أنت طالق واحدة واثنتين الا واحدة فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف وان قال أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصفا الا طلقة فالحكم في ذلك كالحكم في المسئلة الاولى سواء وإن كان العطف بغير

رجعية وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال ان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجرده كسائر كناياته كقوله أنكحي من شئت

ولنا قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقاً وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني لمخبرك خبراً فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك ثم قال ان الله تعالى قال(ياأيها النبي قل لازواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها — حتى بلغ — ان الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما) فقلت في أي هذا أستأمر أبوي ؟ فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت متفق عليهما قال مسروق ما أبالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو الفاً بعد ان تختارني ولانها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد وقولهم ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته قلنا انما أراد بذلك تفويض الطلاق الى زوجته لا إيقاع الطلاق وصار ذلك كقوله طلقي نفسك فانه لا يقع بذلك طلاق والكناية مع النية لاترد على الصريح فأما ان نوى بقوله اختاري نفسك ايقاع الطلاق وقع كسائر الكنايات

واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق الا طلقة لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الاخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح ، وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين لم يصح الاستثناء لانه ان عاد الى الجملة التي تليه فهو رفع لجميعها وان عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعا إلا اثنتين وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه ان عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وان عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان [أحدهما] يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا ثلاثا من ثلاث وهذا وجه لاصحاب الشافعي وقول أبي حنيفة (والثاني) يصح الاستثناء في طلقة لان استثناء الاول جائز وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء اثنتين ويلغو في الثالثة بناء على أصلهم في أن استثناء الاكثر جائز وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي وان قال أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ففيه الوجهان وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضا [أحدهما] يلغو الاستثناء لان النصف يكمل فيكون مستثنيا للاكثر فيلغو (والثاني)

《 مسئلة 》 (ولفظة الامر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر الى نيته)

فلفظة الامر من الكنايات الظاهرة والخيار من الخفية وكلاهما يحتاج الى النية لما ذكرنا في الكناية الظاهرة قوله إنها تحتاج الى نية وهو قول مالك وقد ذكرناه فان قبلته بلفظ الكناية فقالت اخترت نفسي افتقر الى نيتها أيضاً كالزوج وان قالت طلقت نفسي وقع من غير نية لانه صريح فلم يحتج الى نية كقوله أنت طالق فان نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو فما فوض اليها الطلاق فلا يصح ان يوقعه وان نوى ولم تنو هي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق وان نويا جميعاً وقع ما نواه من العدد وان نوى احدهما أقل من الآخر وقع الاقل لان ما زاد انفرد به احدهما فلم يقع

《 مسئلة 》 (فان اختلفا في نيتها فقال لم تنو الطلاق باختيارك نفسك فقالت قد نويت فالقول قولها)

لانها أعلم بنيتها ولا نعلم ذلك الا من جهتها وان اختلفا في رجوعه فالقول قوله لانهما اختلفا فيما يختص فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في نيته

(فصل) وإن قال امرك بيدك او قال اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت واختاري في معناه ونحوه ان قالت أخذت أمري نص عليهما أحمد في رواية ابراهيم بن هانيء اذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى يبين وقال اذا قالت اخذت

يصح في طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها فان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الاول ويلغوا الثاني ، لاننا لو صححناه لكان مستثنيا للاكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الاكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طلقتان، ويحتمل أن يقع به الثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتا فيقبل ذلك في ايقاع طلاقه ، وان لم يقبل في نفيه كما لو قال أنت طالق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث ، ولو قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف في الاثبات ولم يكمل في النفي .

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء ولا يصح منه في الطلاق الا مسئلة واحدة على اختلاف فيها وهي قوله أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة ، فانه يصح اذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان فان قيل فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا لانه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين لم يصح لان استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح لانها أكثرها ، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لانها جميعها وان قال ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث لانه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقي

امري ليس بشيء قال واذا قال لامرأته اختاري فاختارت فقالت قبلت نفسي واخترت نفسي كان ابين قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق مالم يذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام اليه لان ذلك في حكم التفسير فاذا عري عن ذلك لم يصح وان قالت اخترت زوجي واخترت البقاء على النكاح او رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار وان قالت اخترت نفسي او أنوي ونوت وقع الطلاق ولان هذا يصلح ان يكون كناية من الزوج فيما إذا قال الحقي باهلك فكذلك منها وان قالت اخترت الازواج فكذلك لانهم لا يحلون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله أنكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار ثلاث مرات فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان ما يردد عليها ليفهمها وليست نيته ثلاثاً فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثاً فهي ثلاث فرد الامر الى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاث لانه كرر ما يقع به الطلاق فيكرر كما لو كرر الطلاق

ولنا أنه يحتمل التأكيد فاذا قصده قبلت نيته كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على انها واحدة تملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرر

اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الاولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر أنه يصح لان الاستثناء الاول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله الا واحدة الى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان والاول أولى لان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فاذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتا لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لانه يكون اثباتا من اثبات ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك الا متصلا بالكلام وقد ذكر في الاقرار والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط)

وجملة ذلك أنه اذا قال أنت طالق في شهر عينه كشهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الاولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رمضان لان ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع الا بعد زوال الاحتمال .

ولنا أنه جعل الشهر ظرفا للطلاق فاذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فاذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما ان قال ان لم أقضك حقك في شهر رمضان

التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع وروي عن احمد رحمه الله اذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة الا ان يقول اختاري اختاري وهذا يدل على انها تطلق ثلاثاً ونحوه قال الشعبي والنخعي واصحاب الرأي ومالك لان لفظة الواحدة إذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لانه توكيل والتوكيل لا يبطل بدخول العوض فيه وكذلك التحليل بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول

﴿مسئلة﴾ (وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع)

ويحتمل أن لا يقع لانه فوضه اليها بلفظ الصريح فلا يصح أن يوقع ما فوضه اليها ، ووجه الاول أنه فوض اليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح ولا يصح ماذكروه ولان التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون ايقاعه بلفظ الامر كما لو وكله فقال بع داري فباع بلفظ التمليك صح وكما لو قال لها اختاري نفسك فقالت طلقت نفسي فانه يقع مع اختلاف اللفظ

﴿مسئلة﴾ (وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة الا أن يجعل اليها أكثر منها)

قال أحمد رحمه الله إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث

فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لانه اذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل بفعله يمنع من الوطء قبل فعله لان الظاهر أنه على حنث لان الحنث بترك الفعل وليس بفاعله

ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لا فعلت كذا ولو صح ماذكره لوجب إيقاع الطلاق .

(فصل) ومتى جعل زمناً ظرفا للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه مثل أن يقول أنت طالق اليوم أو غدا أو في سنة كذا أو شهر المحرم لما ذكرنا فان قال في آخره أو أوسطه أو يوم كذا منه أو في النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين وان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو دخول شهر رمضان أو استقبال رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله اردت أوسطه أو آخره لا ظاهراً ولا باطناً لانه لا يحتمله لفظه وان قال بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه وان قال أنت طالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة

وإن نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة ثلاثاً فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو وقع واحدة لأنها اليقين لان النطق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال وهبتك لاهلك فان قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء، وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك)

الرواية الاولى هي المشهورة عن أحمد نص عليها وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك واسحاق وروي عن علي رضي الله عنه والنخعي إن قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية، وروي عن أحمد مثل ذلك وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها، وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة ومثله قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ثم

ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر فيه الى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً انه لفظ يحتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ثنتين وقوله انها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما ان نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع الى نيته في عددها كسائر الكنايات ولا بد

يستهل الا أن يكون نوى من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال وان قال أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أو اليوم الثالث

(فصل) واذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأتي الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة ويحيى الانصاري وربيعة ومالك اذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله أنت طالق اذا طلعت الشمس أو دخل رمضان طلقت في الحال لان النكاح لا يكون مؤقتا بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً

ولنا أن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت طالق الى رأس السنة قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولانه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق فانهم سلموه ، وقد احتج احمد بقول أبي ذر إن لي إبلا يرعاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول ، ولانه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع كما لو قال أنت طالق اذا قدم الحاج وليس هذا توقيتاً للنكاح وانما هو توقيت للطلاق وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق

(فصل) ولو قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع في الحال لان قوله أنت

من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد للكناية من ذلك . قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فان صفة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لاهلها

(فصل) فان باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وان نوى، وبه قال الثوري واسحاق وقال مالك تطلق واحدة وهي املك بنفسها لانه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه ما لو وهبها

ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لانه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد اسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني

(فصول في قول الزوج لامرأته أمرك بيدك)قد ذكرنا أن الزوج اذا قال لامرأته أمرك بيدك أنه في يدها ما لم يفسخ أو يطأ لان الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وان يفوضه الى المرأة ويجعله الى اختيارها لان النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه ومتى جعل أمر امرأته بيدها لم يتقيد بالمجلس روي ذلك عن علي رضي الله ، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر، وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس كقوله اختاري

طالق إيقاع في الحال، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق

ولنا قول ابن عباس وقول أبي ذر ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لايقاعه كقول الرجل أنا خارج الى سنة أي بعد سنة ، واذا احتمل الامرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ماذكرناه من وجهين :

(أحدهما) أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره وانما الغاية لأوله

(والثاني) أن ماذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك فان قال أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله ، وإن قال أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لان من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فان قال أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها ، وإن قال أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا اذا كانت مدخولا بها ، قال أحمد اذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها

(فصل) اذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله ،وإن قال في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه لانه آخره ، وقال ابو بكر في الاولى تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لان الشهر نصفان

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تنكل ولانه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لاجنبي فان رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي واسحاق وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لانه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو وكل في ذلك أجنبياً ولا يصح قولهم تمليكا لان الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وانما ينوب غيره فيه عنه وان سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل ايصال القبول به كالبيع ، وان وطئها الزوج كان رجوعا لانه نوع توكيل والتصرف فيما توكل فيه يبطل الوكالة وان ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة برد الوكيل .

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به ايقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الامر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والاوزاعي والشافعي وقال قتادة ان ردت فواحدة رجعية

ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما

أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح ، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فان ماعدا اليوم الاول لايسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لايسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاق لفظه فوجب أن لايصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه

(فصل) واذا قال اذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة فان ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالاهلة لقوله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فان حلف في أول الشهر فاذا مضي اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف في اثناء شهر عددت مابقي منه ثم حسبت بعد بالاهلة فاذا مضت أحد عشر شهراً نظرت مابقي من الشهر الاول فكلته ثلاثين يوما لان الشهر اسم لما بين هلالين فان تفرق كان ثلاثين يوما ، وفيه وجه آخر أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه احمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام ؟ قال يصوم ستين يوما وإن ابتدأ من شهر فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه وذلك انه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الاول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالاهلة فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزم أن يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال أردت بقولي سنة اذا انسلخ ذو الحجة قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال اذا مضت السنة فأنت طالق طلقت

أن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج الى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك

﴿مسئلة﴾ (فان قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية)

روي ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وروي عن علي أنها واحدة بائنة وبه قال ابو حنيفة واصحابه لان تمليكه اياها امرها يقتضي زوال سلطانه عنها فاذا قبلت ذلك الاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت انها ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث الا أن مالكا قال : اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا اراد واحدة أو اثنتين وحجتهم ان ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك الا بثلاث وفي قول مالك ان غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفي بها

ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكنايات الخفية وهذا اذا لم تنو الا واحدة فان نوت اكثر منها وقع ما نوت لانها تملك الثلاث بالتصريح فملكتها بالكنايات كالزوج وهكذا ان أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج ان كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث اذا أتت بها وان كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا تدخل علي ونحوها وقع ما نوت .قال احمد اذا قال لها امرك بيدك فقالت لا تدخل علي الا باذن سواء في ذلك ان قالت واحدة فواحدة وان قالت اردت ان اغيظه قبل منها يعني لا يقع شيء ، وكذلك ان جعل

بانسلاخ ذي الحجة لانه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة ، فان قال أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قبل لان السنة اسم لها حقيقة

(فصل) فان قال أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لأنه يملك إيقاعه في كل سنة فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فيقع في الحال طلقة لانه جعل السنة ظرفا للطلاق فتقع في أول جزء منها ، وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة ان دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت ، فان انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة ، فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لانه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن تقع في أولها فمنع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فاذا عادت الزوجية وقع في أولها ، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال ، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضي لا تطلق الا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة، واختلف في مبدأ السنة

امرها بيد اجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم ان طلق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة وقعت الثلاث وان كان بكناية خفية وقع ما نواه

﴿ باب ما يختلف به عدد الطلاق ﴾

(يملك الحر ثلاث طلقات وان كان تحته امة ويملك العبد اثنتين وان كانت تحته حرة)

وجملة ذلك ان الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو امة وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو امة روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال ابن عمر ايهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان وان كان تحته حرة وطلاق الامة اثنتان وان كان زوجها حراً،وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبداً وزوج الامة اثنتين وان كان حراً روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول ابن مسعود وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وابو حنيفة لما روت عائشة عن النبي ﷺ انه قال « طلاق الامة تطليقتان » رواه ابو داود وابن ماجه ولان المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالعدة

الثانية فظاهر ماذكره القاضي ان أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه لانه جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال ابو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم لانها السنة المعروفة فاذا علق مايتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى (أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام) وان قال أردت بالسنة اثنى عشراً قبل لأنها سنة حقيقة ، وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل منه في الحكم لانه خلاف الظاهر والاولى أن يخرج على روايتين لانه يحتمل مخالف الظاهر

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لاتطلق إلا أن يراه لانه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه مالو علقه على رؤية زيد

ولنا أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه السلام « اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف الى عرف الشرع كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء وفارق رؤية زيد فانه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لولم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لانه قد علم طلوعه بتمام العدد ، وان قال أردت اذا رأيته بعيني قبل لانها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فان رأى قبل ذلك لم تطلق لان هلال الشهر ما كان في أوله

ولنا ان الله خاطب الرجال بالطلاق فكان محله معتبراً بهم ولان الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال ابو داود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد اخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقروء الامة حيضتان وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة » وهذا نص ولان الحر يملك ان يتزوج اربعاً فملك طلقات ثلاثاً كما لو كان تحته حرة . ولا خلاف في ان الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحته امة طلاقه اثنتان، وانما الخلاف فيما اذا كان احد الزوجين حراً والآخر رقيقاً قال احمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه واحكامه كلها احكام العبد وهذا صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه يصح عتقه ولا ينكح الا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد ، وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار مكاتب ام سلمة طلق امراة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لانه عبد فثبت فيه احكام العبد

(فصل) قال احمد في رواية محمد بن الحكم العبد اذا كان نصفه حر أو نصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث تطليقات

ولا نناجعلها رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لانه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع ، فان قال أردت اذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لانه ليس بهلال واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل اذا استدار وقيل إذا بهر ضوؤه

(فصل) قال احمد اذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها اذا دخل العشر وقبل العشر أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن المثبت عن النبي ﷺ في العشر الاواخر انما أمره باجتنابها في العشر لان النبي ﷺ أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الاواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

(فصل) واذا علق طلاقها على شرط مستقبل ثم قال عجلت لك تلك الطلقة لم تتعجل لانها معلقة بزمن مستقبل فلم يكن له الى تغييرها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق

(فصل) اذا قال أنت طالق غداً اذا قدم زيد لم تطلق حتى يقدم لان اذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد في غد لم تطلق ، وإن قدم بعده لانه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق لان الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل الطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم ،

وكذلك كل مايجري بالحساب انما جعل له نكاح ثلاث لان عدد المنكوحات يتبعض فوجب ان يتبعض في حقه كالحد فكذلك كان له ان ينكح نصف ماينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا تمكن قسمته في حقه لان مقتضى حاله ان يكون له ثلاثة ارباع الطلاق وليس له ثلاثة ارباع فكمل في حقه ولان لاصل أثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق وانما خولف في حق من كمل الرق فيه ففيما عداه يبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا قال انت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا)

قال القاضي لاتختلف الرواية عن احمد فيمن قال لامرأته انت الطلاق انه يقع نواه أو لم ينوه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي وجهان (احدهما) انه غير صريح لانه مصدر والاعيان لاتوصف بالمصادر إلا مجازاً

ولنا ان الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالتصرف وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمي في العالمين وافنيت عمري عاما فعاما
فانت الطلاق وانت الطلاق وانت الطلاق ثلاثا تماما

قولهم انه مجاز قلنا نعم الا انه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه . اذا ثبت ذلك فانه اذا قال انت الطلاق او الطلاق لي لازم او الطلاق يلزمني او علي الطلاق فهو

وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لان الوقت يسمي يوما قال الله تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره) وإن ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان :

(أحدهما) نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لانه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا اذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطلوع فجره

(والثاني) لايقع الطلاق لان شرطه قدوم زيد ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فان شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والاول أولى وليس هذا شرطا انما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله أنت طالق اليوم الذي تصلي فيه الجمعة ، ولو قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فكذلك، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ، ولو قال أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان

(أحدهما) لاتطلق حتى يقدم زيد لان قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فانها لاتطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال اذا قدم زيد

(والثاني) أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياسا على المسئلة التي قبل هذه

بمثابة قوله الطلاق يلزمني لان من يلزمه شيء يضره فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه وانما ارادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف واقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع مانواه واحدة أو اثنتين او ثلاثا

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم ينو شيئا ففيه روايتان)

احداهما يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا وهي اختيار أبي بكر لان الالف واللام للاستغراق فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) انها واحدة لانه يحتمل ان تعود الالف واللام الى معهود يريد الطلاق الذي أوقعه ولان الالف واللام في أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق وإذا عقل الصبي الطلاق وأشباه هذا مما يراد به ذلك الجنس ولايفهم منه الاستغراق، فعند ذلك لا يحمل على التعميم الا بنية صارفة اليه ، قال شيخنا والاشبه في هذا جميعه ان يكون واحدة في حال الاطلاق لان أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون ان الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر احدهم ان يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق الا واحدة فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون الا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نووا واحدة

(فصل) فاما ان قال لامرأته انت طالق ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة ، لا نعلم بين أهل العلم

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم وطالق غداً طلقت واحدة لان من طلقت اليوم فهي طالق غداً ، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين في اليومين ، وإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا لانه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً لان النصف يكمل فيصير طلقة تامة ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضا واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لانه اذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لانه ما أوقعه ، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضا في المسئلة الاولى أيضا وهو مذهب الشافعي ، ذكر أصحابه فيها الوجهين

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فاختار القاضي ان الطلاق يقع في الحال لانه علقه بشرط محال فالغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة ، وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي

(فصل) اذا قال أنت طالق أمس ولا نية له فظاهر كلام احمد أن الطلاق لا يقع فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وانما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر ، وقال القاضي

فيه خلافا لان اللفظ صريح في الطلاق الثلاث والنية لا تعارض الصريح لانها أضعف من اللفظ كما لا يعارض النص القياس، ولان النية انما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلم يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال اردت واحدا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ونوى ثلاثا ففيه روايتان)

احداهما تطلق ثلاثا وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لان لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات ولانه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ العدد انه يصح تفسيره به فيقول انت طالق ثلاثا ولان قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير

(والرواية الثانية) لا تقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث كما لو قال انت واحدة. بيانه ان قوله انت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر ، والاولى أصح لما ذكرنا ، وفارق قوله انت حائض وطاهر لان الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطهر يمكن تعدده

(فصل) فان قال انت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع ثلاث لانه صريح بالمصدر والمصدر يقع على القليل

في بعض كتبه يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ، ووجه الاول أن الطلاق رفع الاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فان أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولانه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق ان قلبت الحجر ذهبا، وان قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فالحكم فيه كما لو قال أنت طالق أمس ، قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال اذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لان أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فانه يمكن أن يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد ، وان قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك ايقاع الطلاق في الحال مستنداً الى ذلك الزمان وقع في الحال، وان أراد الاخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وان لم يكن وجد وقع طلاقه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لانه فسره بمحتمل، ولم يشترط الوجود ، وان أراد أني كنت طلقتك أمس فكذبته لزمته الطلقة وعليها العدة من يومها لانها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها، وان مات ولم يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف القولين في المطلق ان قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وان قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا

والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وان اطلق فهي واحدة لانه اليقين وان قال انت طالق الطلاق وقع ما نواه ، وان لم ينو شيئا فذكر القاضي فيها روايتين

(احداهما) تقع الثلاث لان الالف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) أنها واحدة لما ذكرنا من أن الالف واللام تعود إلى المعهود

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم يقع الا واحدة)

لان لفظه لا يحتمل أكثر منها فاذا نوى ثلاثا فقد نوى مالا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق ، وقال أصحاب الشافعي تقع ثلاث في أحد الوجهين لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا لا يصح فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا يعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظه ، وفيه لاصحابنا أنه يقع ثلاث والاول أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا)

لان قوله هكذا صريح بالتشبيه بالاصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين فان قال أردت تعدد المتوقين قبل منه لانه

(فصل) وان قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا ان طلاقه وقع قبل الشهر لانه ايقاع الطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع الطلاق عند قدوم زيد لانه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه

ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فان أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطا وليس فيه حرف شرط ، وان قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وان قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه ، فان خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبينا أن الخلع وقع صحيحا ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائنا وان قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعوض الا أن يكون الطلاق رجعيا ، لان الرجعية يصح خلعها ، وان كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعيا فانه لا يقطع التوارث مادامت في العدة فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع طلاق ، فان قال أنت طالق قبل موتي بشهر

يحتمل ما يدعيه ، فأما ان قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي

(فصل) وان قال لاحدى امرأتيه أنت طالق واحدة بل هذه وأشار إلى الاخرى ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا لانه أوقعه بها كذلك أشبه مالو قال له علي هذا الدرهم بل هذا فانه يجب الدرهمان ولا يصح اضرابه عن الاول

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو طالق كألف أو بعدد الحصى أو القطر أو الرمل أو الريح أو التراب طلقت ثلاثا وان نوى واحدة)

لان هذا يقتضي عددا ولان للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وان قال كعدد الماء أو التراب وقع ثلاث ، وقال ابو حنيفة يقع واحدة بائن لان الماء والتراب من أسماء الاجناس لا عدد له

ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى ، وان قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا ، وان قال أنت طالق كمائة أو الف فهي ثلاث قال احمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان لم يكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد ، وانما شبهها بالالف وليس الموقع المشبه به

ولنا أن قوله كألف يشبه العدد خاصة لانه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق

فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لان الطلاق لا يقع في الماضي وان مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت في عدتها وان قال أنت طالق قبل موتي ولم يزد شيئا طلقت في الحال لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل الطلاق فوقع في أوله وان قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك، وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يأيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا وان لم يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت لان ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر ، فقال القاضي تتعلق الصفة باولهما موتا لان اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الاول واعتباره بالاول لا يفضي الى ذلك فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق فاذا طلقها لزمه اثنتان إذا كانت مدخولا بها وان كانت غير مدخول بها لزمته واحدة)

وجملة ذلك أنه إذا قال لمدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة

كعدد الالف ، وفي هذا انفصال عما قال ، وان قال أردت أنها كالف في صعوبتها دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أشد الطلاق او أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث وان لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة)

قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فان أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على انه إذا لم ينو تقع واحدة وذلك لان هذا الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافا فاذا وقعت الواحدة فهي رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة فيقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة ، ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا كقوله أنت طالق، وما ذكروه لا يصح لان الطلاق حكم فاذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة فان قال أنت طالق مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقع بائنا ، وقال أصحابه ان قال مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ووجه القولين ماتقدم

بالمباشرة وأخرى بالصفة لانه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فاذا وجد الشرط وقع الطلاق، وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تقع الثانية لأنها لاعدة عليها ولا تمكن رجعتها فلايقع طلاقها إلا بائنا فلا يقع الطلاق ببائن

(فصل) فان قال عنيت بقولي هذا انك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق سوى ماباشرتك به دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين (إحداهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر ان هذا تعليق الطلاق بشرط الطلاق ولان اخباره اياها بوقوع طلاقه بها لافائدة فيه (والوجه الثاني) يقبل قوله لانه يحتمل ماقاله فقبل كما لوقال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثاني التأكيد أو إفهامها

(فصل) فان قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله ان خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة ولو قال أولا ان خرجت فأنت طالق ثم قال ان طلقتك فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها لانه لم يطلقها بعد ذلك ولم يحدث عليها طلاقا لان ايقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع وان قال ان خرجت فأنت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاقي فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها

(فصل) وان قال لها كلما طلقت فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار فاذا قال لها بعد ذلك

ولنا انه لا يملك إيقاع البينونة فانها حكم وليس ذلك اليه وانما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فتثبت وان أراد اثباتها بدون ذلك لم تثبت، ويحتمل أن يكون ابتداء الطلاق عليه أو عليها لبعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زيد بالشك، فان قال أقصى الطلاق أو أكثره فكذلك في قياس المذهب، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لان أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين، وان قال أتم الطلاق وأكمله فواحدة إلا أنها تكون بنيته

(مسئلة) (وان قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان)

وبهذا قال أبو حنيفة لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وانما كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها، وقال زفر : تطلق واحدة لان ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط، ويحتمل أن تطلق ثلاثا وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه نطق بها فلم يجز إلغاؤها وكقوله بعتك هذا الثوب من أوله الى آخره

ولنا على ان ابتداء الغاية يدخل قوله خرجت من البصرة فانه يدل على انه كان فيها وأما انتهاء

أنت طالق وقع بها طلقتان إحداهما بالمباشرة والاخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لان الثانية لم تقع بايقاعه بعد عقد الصفة لان قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول وانما وقعت الثانية بهذا القول ، وان قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لانه قد طلقها ولم تقع الثالثة وان قال لها: كلما أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقتك فأنت طالق ، وذكر القاضي في هذه انه اذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله اذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق لان ذلك ليس بايقاع منه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فانه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فاذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله اذا طلقتك فأنت طالق وان قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثا ، فلو قال لها ان خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم خرجت وقعت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لان كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكلما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لان تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع

الغاية فلا يدخل بمقتضي اللفظ ولو احتمل الدخول وعدمه لم يقع الطلاق بالشك فان قال انت طالق مابين واحدة وثلاث وقعت لانها التي بينهما

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين وقعت الثلاث)

وان نوي موجبة عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين وان لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد وعند القاضي تطلق واحدة وان لم ينو وقع بأمرأة الحاسب طلقتان وبغيرها طلقه ويحتمل ان تطلق اذا قال انت طالق طلقة في طلقتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لانه بعبر في عن كقوله تعالى (ادخلي في عبادي) فتقدير الكلام طلقة مع طلقتين فان أقر بذلك على نفسه قبل منه وان قال أردت واحدة قبل أيضا وان كان حاسبا وقال القاضي لايقبل اذا كان عارفا بالحساب ووقع طلقتان لانه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله فانه لايبعد ان يريد بكلامه مايريده العامي وان لم يكن له نية وكان عارفاً بالحساب وقع طلقتان وقال الشافعي ان أطلق لم يقع الا واحدة لان لفظ الايقاع انما هو الواحدة ومازاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع وانما يقع الزائد بالقصد فاذا خلا عن القصد لم يقع الا ما أوقعه وقال بعض أصحابه كقولنا وقال أبو حنيفة لا يقع الا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد به واحدة او اثنتين لان الضرب انما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب وانما حصل

طلاقه ، ولانه اذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) فان قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (احداهما) بالمباشرة (والاخرى) بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لانها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فان طلقها اثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لانا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فيقطعه بمنع وقوعه

ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فيقع بها التي بعدها كالاولى فامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها فان الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها ، وإن كان الطلاق بعوض أو في غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها لانه لا يملك رجعتها ، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثا وعندهم لا تطلق لما ذكرناه في التي قبلها ، ولو قال لامرأته اذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها طلقت ثلاثا ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

منه الايقاع في واحدة فوقعت دون غيرها

ولنا ان هذا اللفظ موضوع فى اصطلاحهم لاثنين فاذ لفظ به واطلق وقع كما لوقال انت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فان اللفظ الموضوع لا يحتاج معه الى نية فأما ما قاله أبو حنيفة فانما ذاك في موضع الحساب بالاصل ثم صار مستعملا في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه فأما الجاهل بمقتضى ذلك الحساب اذا أطلق وقعت طلقة واحدة لان لفظ الايقاع انما هو لفظة واحدة وانما صار مصروفا الى اثنين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها فان نوى موجبه عند الحساب وهو لا يعرفه فقال ابن حامد لا يقع هو كالحاسب قياسا عليه لاشتراكهما في النية وعند القاضي تطلق واحدة لانه اذا لم يعرف موجبه لم يقصد ايقاعه فهو كالعجمي ينطق بالطلاق بالعربي لا يفهمه وهذا قول اكثر أصحاب الشافعي اذا لم يكن يعرف موجبه لانه لا يصح منه قصد ما لا يعرفه ويحتمل ان تطلق ثلاثا بناء على أن في معناها مع فالتقدير انت طالق طلقة مع طلقتين قال شيخنا ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين ان يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اولا والظاهر ان كان المتكلم بذلك ممن عرفهم ان في ههنا بمعنى مع وقعت الثلاث لان كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه ارادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه

(فصل) وإن قال لزوجته اذا طلقتك أو اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا فلا نص فيها ، وقال القاضي تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالمباشرة ويلغو المعلق لانه طلاق في زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص احمد وابي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال ابو العباس بن القاضي من أصحاب الشافعي ، وقال ابو العباس بن شريح وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فاثباتها يؤدي إلى نفيها فلا نثبت ، ولان إيقاعها يفضي الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى الى الدور وجب قطعه من أصله

ولنا انه طلاق من مكلف مختار في محل النكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ، ولان الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه يمنعه بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فانا ان قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لانه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق

(فصل) اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد وقال الشافعية يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق ايقاع فلا يجوز ايقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد دفعها ووقع اثنتين آخرتين فوقع الثلاث

ولنا أن ما لفظ به قبل الاضراب لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله له على درهم بل درهمان وقولهم لا يجوز ايقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن نخبره بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وان قل وقع طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز وأهل العراق وذلك لان ذكر مالا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه كالو قال نصفك طالق فان قال نصفي طلقة وقعت طلقة لان نصفي الشيء كله وان قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر أنه يقع طلقتان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين والغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى

طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي إلى دور ولا غيره ، وان قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت طالق للسنة أو قال للبدعة وبيان استحالته أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لان الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال اذا طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ثم يبطل ماذكروه بقوله اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها او ابنتها بشبهة فانه يرد عليه ماذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ماذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة ، وان قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثا ان طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعا وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضي بوقوع الطلقة الموقعة دون ماتعلق بها لان ماتعلق بها تابع ولا يجوز ابطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه اذا أعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال نصفي طلقتين وقعت طلقتان) لان نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين)

لان ثلاثة الانصاف طلقة ونصف وكمل النصف فصار طلقتين وهـذا وجه لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لانه جعل الانصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة لان إسقاط الطلاق الموقع من الاول في المجلس لاسبيل اليه وانما الاضافة الى الطلقة الواحدة غير صحيحة فلغت الاضافة وان قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لان نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فيصير طلقتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا ويحتمل ان تطلق طلقتين)

نص أحمد على وقوع الثلاث في رواية مهنا وقال أبو عبدالله بن حامد تقع طلقتان لان معناه ثلاثة انصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين وقيل بل لان النصف الثالث من طلقتين محال ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا ان نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعت ثلاثاً فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالف ظاهر اللفظ فانه على ماذكره يكون ثلاثة أنصاف

ثلثه إلا أحدهما فان سالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لان ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ههنا

(فصل) اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فانه تمليك واذا حضت فأنت طالق فانه طلاق بدعة، واذا طهرت فأنت طالق فانه طلاق سنة وهذا قول أبي حنيفة لان ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولان في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله، وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق، وان لم تدخلي فأنت طالق أو على تصديق خبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعلق على غير ذلك كقوله أنت طالق ان طلعت الشمس أو قدم الحاج أو ان لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لان حقيقة الحلف القسم وانما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أو لم أفعل ومالم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي فاذا قال لزوجته اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال اذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق في الحال على القول الثاني لانه ليس بحلف،

طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة وقولهم إنه مخالف قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فوجب ان يقع

(مسئلة) (وان قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة)

لانه لم يعطف بواو العطف فيدل على ان هذه الاجزاء من طلقة غير متغايرة وان الثاني ههنا يكون بدلا من الاول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم تتبعض المغايرة وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق إلا طلقة وكذلك ان قال نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لان هذه أجزاء للطلقة إلا ان يريد من كل طلقة جزءا فتطلق ثلاثاً ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين لانه يزيد على الطلقة نصف سدس طلقة ثم يكمل وان أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً وان قال انت طلقة وأنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في قوله أنت الطلاق إنه صريح في الطلاق وههنا مثله

(مسئلة) (وان قال نصف طلقة وثلث طلقة طلقت ثلاثاً)

ذكره اصحابنا لانه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة وظاهره أنها طلقات متغايرة ولانه لو كانت الثانية هي الاولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فان أهل العربية قالوا اذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الاول وان أعيد معرفاً بالألف واللام فالثاني هو الاول

وتطلق على الاول لانه حلف ، وان قال كلما كلمت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعا لانه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وان قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى ؛ وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ؛ وقال ابو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار الكلام فيكون تأكيدا لا حلفا

ولنا أنه تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقوله انه تكرار الكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فاذا كان في الاول حلفا فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى وأما التأكيد فانما يحمل عليه الكلام المكرر اذا قصده وههنا ان قصد افهامها لم يقع بالثاني شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق يعني بالثانية إفهامها فأما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع أكثر منها فاذا قال لها ذلك ثلاثا بانت بالمرة الثانية ولم تطلق بالثالثة فان جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها ان تكلمت فأنت طالق أو نحو ذلك لم تطلق بذلك لان شرط طلاقها انما كان بعد بينونتها

(فصل) وان قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا لما ذكرنا فان كانت احداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فاذا أعاده مرة ثالثة

لاعادته معرفاً وليس الثاني غير الاول لاعادته منكراً ولهذا قيل ان يغلب عسر يسرين وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه أولى

﴿مسئلة﴾ (واذا قال لاربع نسوة أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة)

اذا قال أوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة منهن طلقة كذلك قال الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم يكمل وان قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه احمد لان معناه أوقعت بينكن طلقة وان قال أوقعت بينكن طلقتين فكذلك ذكره ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وقال أبو بكر والقاضي يقع بكل واحدة طلقتان وعن أحمد مايدل عليه فانه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما أرى إلا قد بن منه ووجه ذلك انا اذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزء من طلقتين ثم يكمل والاول أولى لانه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة وانما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانما تقسم برءوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فانه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا خلاف فيها ولان فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك فاما ان أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على

لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن فلم تكن اعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهي غير زوجته فلم يوجد الشرط فان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعا فان جدد النكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لانه صار بهذا حالفاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها باعادة قوله في المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ويقوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لانها حين أعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالاضافة اليها كما لو قال لأجنبية ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لانه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لان هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وان قال بعد ذلك ان حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت عمرة لانه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لانه ما حلف بطلاقها بعد تعليقه طلاقها عليه فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لانه لم يحلف بطلاقهما انما حلف بطلاق عمرة وحدها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس

(فصل) وان قال لاحداهما ان حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك طلقت الثانية لان اعادته للثانية هو حلف بطلاق الاولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم ان اعاد

ماقال أبو بكر وان قال أوقعت بينكن ثلاثاً أو أربعاً فعلى قولنا يقع بكل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثاً ثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أوقعت بينكن خمساً وقع بكل واحدة طلقتان)

وبه قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة تطليقة وربع ثم يكمل وكذلك ان قال ستاً أو سبعاً أو ثمانياً وان قال أوقعت بينكن تسعا وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعاً

(فصل) فان قال اوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان الواو لا تقتضي ترتيبا وقيل يقع بها واحدة على الاولى خاصة كما اذا قال أوقعت بينكن ثلاثاً ذكره صاحب المجرد وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لان هذا يقتضي وقوع ثلاث على ماقدمنا وان قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة واوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً إلا التي لم يدخل بها فانها لا تطلق إلا واحدة لأنها بانت بالاولى فلم يلحقها ما بعدها

(فصل) فان قال لنسائه أنتن طالق ثلاثاً أو طلقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً نص عليه أحمد لان قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار

للاولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ثم اذا أعاده للاولى لم تطلق لان الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفاً بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما لان ذلك ليس بحلف بطلاقها انما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا ، وان قال للاولى ان حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال الاخرى مثل ذلك طلقت الاولى لان قوله الثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالاولى ثم ان أعاده للاولى طلقت الثانية ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الاخرى ، فان كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق صاحبتها باعادة ذلك لها لانه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائنا فهي كسائر الأجنبيات ، وان قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما ، ثم ان أعاد ذلك لاحداهما طلقت الاخرى ثم ان أعاده للاخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الاخرى الا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فانها اذا بانت صارت كالأجنبية ، ولو قال ذلك لامرأة ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضرتها بكل اعادة مرة حتى تكمل الثلاث ، وان قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ، ثم ان قال للاولى مثل ما قال لها أوقال للثانية مثل ماقال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لان الحلف في الموضعين انما هو بطلاق الثانية

لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثاً فانه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزءاً منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة

(فصل) إذا قال نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو دمك طالق طلقت ، متى طلق جزءاً من المرأة من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها ، وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثوروابن القاسم من أصحاب مالك وقال أصحاب الرأي ان أضافه الى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج طلقت وان أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لانه جزء تبقى الجملة بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة لاضافة الطلاق اليه كالسن والظفر

ولنا أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والاعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضي التحريم والاباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد ،وفارق ما قاسوا عليهفانه ليس يبقى فان الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما ولا تنقض منها الطهارة

ولو قال للاولى ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانية ان حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الاولى ثم متى أعاد احد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الاولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لاحداهما اذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الاولى ولم يحلف بطلاقها،ولو أعاد ذلك لها لم يقع طلاق بواحدة منهما وسواء تقدم القول للثانية على القول للاولى أو تأخر عنه

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة فقال ان حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة ، وان جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وان قال ان حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق طلقت كل واحدة منهن طلقتين لانه لما قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ، ولما قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال شعرك أوظفرك أو سنك طالق لم تطلق)

وبهذا قال أصحاب الرأي ويحتمل أن تطلق ذكره صاحب المحرر وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح بنكاحها فتطلق بطلاقه كالاصبع

ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة،وفارق الاصبع فانها لا تنفصل في حال السلامة والسن تزول من الصغير ويخلق غيرها وتنقلع من الكبير بخلاف الاصبع فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق واللبن

﴿ مسئلة ﴾ (وان أضافه الى الريق والحمل والدمع والعرق لم تطلق)

لا نعلم فيه خلافا لان هذه ليست من جسمها فان الريق والدمع والعرق فضلات والحمل وان كان متصلا بها الا ان مآله الى الانفصال فلذلك لم تطلق به وهو مودع فيها . قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) في بطن الام

﴿مسئلة﴾ (وان قال روحك طالق طلقت)

لان الحياة لا تبقى بدون روحها كالدم ، وقال أبو بكر لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام ان هذه الاشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح . جرد القول عنه مهنأ بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به

لانه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ، ولو كان مكان قوله ان كلما طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لان كلما تقتضي التكرار

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لانه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعا ، وان قال ان حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لان إن لا تقتضي التكرار ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى ، ولو قال كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وان قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة

(فصل) وإن قال لزوجته ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت ثم ان قال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد وان قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده ان حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد .

(فصل) وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جوابا له فاذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب

(فصل) فيما يخالف المدخول بها غيرها

﴿مسألة﴾ (إذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين الا أن ينوي بالثانية التأكيد أو افهامها)

إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف وان نوى بها افهامها أن الاولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق الا واحدة ، وان لم تكن له نية وقعت طلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي وقال في الآخر تطلق واحدة لان التكرار يكون للتأكيد والافهام ويحتمل الايقاع فلا نوقع طلقة بالشك

ولنا أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فاذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالاطلاق في المطلق اذا لم يوجد المقيد، فأما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة سواء نوى الايقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا وهذا قول عكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحاكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طلقتان وان قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثاً اذا كان متصلا لانه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثاً

والحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وان قام لانه طلاق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم

ولنا أنه حلف بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق ان أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلا لم يحنث وان لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله ان أخاك لعاقل وان شك في عقله لم يقع الطلاق لان الاصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك، وان قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث والا فلا، وان قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقا لم يحنث وان كان كاذبا حنث كما لو قال والله ما أكلته وان قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق وإن كان كاذبا طلقت ولو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لأكرمنك طلقت في الحال، ولو قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لاقومن طلقت المرأة وان قال ان حلفت بطلاق امرأتي فعبدي حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد

(فصل) وان قال انطلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال انطلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وان بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لانه اذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ماأحدث في عمرة طلاقا انما طلقت بالصفة

ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم يقع الا الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلا يقع الطلاق بها لانها غير زوجة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون اجماعاً

(فصل) فأما إن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل قوله نويت التوكيد لان التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين إن كانت مدخولا بها وإن كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها وعنه فيما إذا قال أنت طالق طلقة بل طلقة أوطالق بل طالق أنه لا يقع بالمدخول بها الا طلقة بناء على ما إذا قال له علي درهم بل درهم ذكره في المحرر)

كل طلاق مرتب في الوقوع يأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من واحدة لما ذكرنا ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها كقوله أنت طالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق وأنت طالق أوفطالق وأشباه ذلك لان هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الاولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائناً غير زوجة فلا تقع بها

السابقة على تعليقه طلاقها ، وان بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لانه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله ان طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق ، فان وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ، ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة ، وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما الا طلقة لان هذه المسئلة كالتي قبلها سواء فانه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ، ولو قال لعمرة ان طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة ان طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة وان طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لانها عكس التي قبلها ، ذكر هاتين المسئلتين القاضي في المجرد ، ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة ، وان طلق الثانية طلقت[1] طلقتين وطلقت الاولى طلقة ، وان قال كلما طلقتك فضرتك طالق ، ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت كل واحدة منها طلقة طلقة وان طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الاولى طلقة وتعليل ذلك على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

(١) في نسخة طلقت كل واحدة منهما طلقة

فأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادفها محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب، وان قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة او طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها اثنتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي)

وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في السريجية وقال أبو بكر وأبو الخطاب يقع اثنتان وهو قول أبي حنيفة لانه استكمال وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد ايقاعها فيه لكونه زمانا ماضياً وجب ايقاعها في أقرب الازمنة وهو معها ولا يلزم تأخرها الى ما بعدها لان قبله زمناً يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر الى البعيد

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيداً بعد عمرو كان كلامه صحيحاً يفيد تأخر المتقدم لفظاً عن المذكور بعده . وليس هذا طلاقاً في زمن ماض وانما يقع ايقاعه في المستقبل على الوجه الذي رتبه ، ولو قدر أن احداهما موقعة في زمن ماض

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة ، فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق وان طلقت عمرة فحفصة طالق وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فانه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقا فطلقت به عمرة بخلاف غيرها ، وان قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة ان طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فأنت طالق ، ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضا ، والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معا بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها ، وان قال لزينب ان طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة

لامتنع وقوعها ووقعت الاخرى وهذا تعليل القاضي لكونه لا يقع الا واحدة . قال شيخنا والاول من التعليلين أصح إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين)

اذا قال أنت طلق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان سواء في ذلك المدخول بها أو غيرها وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال أبو يوسف تقع واحدة لان الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء

ولنا أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معا فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثا ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فان الطلاق لا يقع بمجرد اللفظ به إذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها

(فصل) اذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وقعت طلقتان ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق طلقت ثلاثاً وبه قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه، وقال الثوري والشافعي لا يقع الا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها وذكره ابن أبي موسى في الارشاد وجهاً في المذهب

ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقوله انت طالق

مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقا إنما طلقنا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقها وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لان عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لانه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم، وان طلق حفصة طلقت ثلاثا لأنها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لانه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لانه تطليق لزينب لما ذكرناه ، وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها، وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الاولى طلقت ثلاثا وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لان تطليقه للاولى شرط الطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة اليهما لكونه واقعا بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقها، وان طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الاولى ثلاثا والثالثة طلقة وان طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

ثلاثا أو طلقة معها طلقتان، ويفارق ما إذا فرقها فانه لا يقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الاولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وههنا لا تقع الاولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا لحق به ولم يقع الاول مطلقا ولو كان يقع حين نطقه لم يلحقه شيء من ذلك، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات، فان قيل إنما أوقفنا أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لانه معبر له والعطف لا يعبر فلا يتوقف عليه ، ويتبين أنه وقع أول ما لفظ به وكذلك لو قال لها أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة ، قلنا ما لم يتم الكلام فهو عرضة التغيير اما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء ، واما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد واشباه هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع شيء آخر وأما اذا قال أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق احداهما بالاخرى ولو تعقب احداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الاخرى فلا وجه لوقوف إحداهما على الاخرى والمعطوف مع

(فصل) ولو قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ، ولو قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لان وقوع الطلاق بالصفة انما يكون تطليقا مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدي حر ، وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ، ولوقال لعبده ان أعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده ان لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة

(فصل) ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته ان كلمت رجلا فأنت طالق وان كلمت طويلا فأنت طالق وان كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا ، وان قال ان ولدت بنتا فأنت طالق ، وان ولدت سوداء فأنت طالق وان ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتا سوداء طلقت ثلاثا ، وان قال ان أكلت رمانة فأنت طالق ، وان أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين ، وان قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا لان كلما تقتضي التكرار وفي الرمانة نصفان فتطلق

المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لا تعلق لها بالاخرى فلا يصح قياسها عليها

(فصل) فان قال أنت طالق طلقتين ونصفاً فهي عندنا كالتي قبلها تقع الثلاث وقال مخالفونا تقع طلقتان

(فصل) وإذا قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أن أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجا قبلي طلقها دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والثاني) لا يقبل (والثالث) يقبل إن كان وجد ، والصحيح أنه لا يقبل إذا لم يكن وجد لانه لا يحتمل ما قاله .

(فصل) فان قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام تكرر للتأكيد كقوله عليه السلام « فنكاحها باطل باطل باطل » وإن قصد الايقاع وتكرر اللفظان طلقت ثلاثاً . وإن لم ينو شيئاً لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينها بحرف يقتضي المغايرة فلا تكن متغايرات ، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه غاير بينها وبين الاولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع . وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين

بأ كلهما طلقتين وبأ كل الرمانة طلقة فان نوى بقوله نصف رمانة نصفا مفرداً عن الرمانة المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى تأكل مانوى تعليق الطلاق به لان مبنى الايمان على النية

(فصل) فان قال ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وان دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فثلاثة اعبد احرار وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وان كان له أربع نسوة فقال ان طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدي حر ، وان طلقت اثنتين فعبدان حران ، وان طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وان طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الاربع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالاثنتين اثنان وبالثلاث ثلاثة و بالاربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الاربع فيهن ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل يعتق عشرة أيضا والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً لان فيهن أربعة صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وهذا أولى من الاول لان قائله لايعتبر صفة طلاق الواحدة

(إحداهما) يقبل وهو مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال انت طالق انت طالق والثانية لايقبل لان حرف العطف للمغايرة فلا يقبل منه مايخالف ذلك كما لايقبل في الثانية ولو قال انت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيهما كالتي عطفها بالواو فان غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها إرادة التوكيد لان كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد انما يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) فان قال انت مطلقة انت مسرحة انت مفارقة وقال اردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لانه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الالفاظ بل اعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وان قال انت طالقة ومسرحة ومفارقة وقال اردت التوكيد احتمل ان يقبل منه لان اللفظ اختلف بعطف بعضه على بعض توكيداً * فالفي قولها كذبا ومينا * ويحتمل ان لايقبل لان الواو تقتضي المغايرة فأشبه مالو كان بلفظ واحد

﴿ مسئلة ﴾ (والمعلق كالمنجز في حكم المدخول بها وغيرها)

فلو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال أبو يوسف

في غير الاولى ولا صفة التثنية في الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرر الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فانها توجد بضم الثانية الى الثالثة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدو الثانية والثالثة في صفة التثليث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لايجوز عده في تلك الصفة مرة أخري ولذلك لوقال كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال انها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثاني إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثا وكذلك في مسئلتنا لم تضم الاولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغي أن يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ماقبلها ثلاثة وهي مع ضمها الى الاولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ماقبلها أربع وفيها صفة التثليث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هي مع الاولى اثنتان وهي مع الثانية اثنتان وهي مع الثالثة اثنتان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلا وهذا مع الاطلاق

ومحمد وأصحاب الشافعي في احد الوجهين وقال أبو حنيفة تقع واحدة لان الطلاق المطلق اذا وجدت الصفة يكون كأنه اوقعه في الحال على تلك الصفة ولو أوقعه كذلك لم يقع الا واحدة

ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت فانها تطلق ثلاثا في قول الجميع

(مسئلة) (وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقة فدخلت طلقت طلقتين وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا وكذلك اذا قال طلقة مع طلقة فدخلت

(مسئلة) (وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار وان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت طلقة واحدة فبانت بها ولم تطلق غيرها)

وبهذا قال الشافعي وذهب القاضي الى انها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها للمهلة فتكون الاولى واقعة والثانية معلقة بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد لايقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط للثلاث فوقعت كما لو قال إن دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق

ولنا أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعلق الشرط

فأما ان نوى بلفظه غير مايقتضيه الاطلاق مثل أن ينوي بقوله اثنتين غير الواحدة فيمينه على مانواه ، ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الاول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبدا من عبيدي فجارية من جواري حرة وكلما أعتقت اثنين فجاريتان حرتان وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما أعتقت أربعة فأربع أحرارا ثم أعتق أربعة عتق من جواريه بعدد ماطلق من النساء على ما ذكرنا ، وان أعتق خمساً فعلى القول الاول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثاني يعتق إحدى وعشرون لان عتق الخامس عتق به ست لكونه واحدا وهو مع ماقبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لان ماقبله قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أوماتت وقع الطلاق بها في آخر أوقات الامكان

وجملة ذلك ان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضي زمنا ولا يدل عليه إلا من حيث ان الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ولا يقتضي تعجيلا فما علق عليه

بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لولم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولان الاولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لولم يعطف عليها ولانه جعل الاولى جزءاً للشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره ولانه لو قال ان دخل زيد داري فاعطه درهما ثم درهما لم يجز ان يعطيه قبل دخوله فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع فاما ان قال لمدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فيقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وذهب القاضي الى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به مابعد عنه دون مايليه ويجعل جزاءه ما لم يوجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت طلقت طلقتين بكل حال)

وان كرر ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقتضى وقوع الطلاق والثلاث دفعة واحدة والله أعلم

كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي فعلى هذا إذا قال ان لم اطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ولم يحنث بتأخيره لان كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فاذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لانه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين انه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها وبهذا قال ابوحنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، ولو قال ان لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لان تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه انما يكون في حياتهم جميعا وكذلك لو قال ان لم أعتق عبدي أو ان لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتا فأما ان عين وقتا بلفظه أو بنيته تعين وتعلقت يمينه به

قال أحمد رحمه الله إذا قال ان لم أضرب فلانا فأنت طالق ثلاثا فهو على ما أراد من ذلك وذلك لان الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فان مبني الايمان على النية لقول النبي ﷺ « انما لامرىء ما نوى »

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لان الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق ، وروى الاثرم عن أحمد مثل ذلك ، وقال الانصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها

(باب الاستثناء في الطلاق)

حكي عن أبي بكر انه لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على انه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي استثناء النصف وجهان

اذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناؤه وهو قول جملة أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا واحدة انها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق الا فلانة لم تطلق لان الطلاق لا يمكن رفعه بعد ايقاعه والاستثناء يرفعه لو صح وما ذكره من التحليل باطل بما يسلمه من الاستثناء في المطلقات وليس الاستثناء رفعا لما وقع اذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات والاعتاق ولا في الاقرار ولا في الاخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد في الكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما ، وقوله (انني براء مما تعبدون الا الذي فطرني) مقتضاه أنه لم يتبرأ من الله ، فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا الا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير ، وحرف الاستثناء المستولي عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالاسماء غير

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق وقولهم الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الاصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كالو طلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا انما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق

(فصل) اذا كان المعلق طلاقا بائنا فماتت لم يرثها لان طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته ، وإن ماتت لم يرثها وذلك لانها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الانصاري ويتخرج لنا أنهـا لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه

وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانهما لا يتوارثان ، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته ، وإن ماتت لم يرثها لانه في الاولى علق الطلاق على فعلها فاذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتهـا ، واذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه مالو نجزه في الحال ووجه الاول أنه طلاق في

وسوى ، والافعال ليس وعدا ، والحروف حاشا وخلا ، فبأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد فلو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وقع ثلاث والا كثرون على أن ذلك جائز ، إلا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الـكثير حكي ذلك عن جماعة من أئمة اللغة فاذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع اثنتان ولو قال إلا اثنتين وقع ثلاث ، وان قال طلقتين الا طلقة ففيه وجهان

[أحدهما] يقع طلقة (والثاني) طلقتان بناء على صحة استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو ثلاثا الا اثنتين أو خمسا الا ثلاثا أو ثلاثا الا ربع طلقة طلقت ثلاثا)

اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه وان قال ثلاثا الا اثنتين فعندنا يقع ثلاث بناء على أنه لا يصح استثناء الاكثر وسنذكر ذلك والخلاف فيه ودليل كل واحد من القولين في كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى وان قال أنت طالق خمسا الا ثلاثا وقع ثلاث لان الاستثناء ان عاد الى الخمس فقد استثنى الاكثر وان عاد الى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح ، وان قال خمسا الا طلقة ففيه وجهان [أحدهما] يقع ثلاث لان الـكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فـكأنه قال أنت طالق

مرض موته فمنعه ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء. ولان الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ماعلق عليه في مرضه فصار كالمباشرة له ، فأما ماذكر عن أبي حنيفة فحسن اذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لان تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها لتترك مالا بد لها من فعله ففعلته

(فصل) اذا حلف ليفعلن شيئا ولم يعين له وقتا بلفظه ولا بنيته فهو على التراخي أيضا فان لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربي لتأتينكم) وقال (قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم) ولما قال (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فان الآية أنزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال : قلت للنبي ﷺ أوليس كنت تحدثنا انا سنأتي البيت ونطوف به ؟ قال بلى «فأخبرتك أنك آتيه العام؟ » قلت لا قال « فانك آتيه ومطوف به »وهذا مما لاخلاف فيه نعلمه

(فصل) اذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ولم يطلقها طلقت اذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هذه المسئلة وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكى القاضي فيها وجهين هذا ووجها آخر أن الطلاق لايقع ، وحكي ذلك عن أبي بكر وابن شريح لان محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها مايقع الطلاق فيه .

أربعا (والثاني) يقع اثنتان ، ذكره القاضي لان الاستثناء يرجع الى ما ملكه من الطلقات وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان وان قال ثلاث الا ربع طلقة طلقت ثلاثا لان الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق اثنتين إلا واحدة فعلى وجهين ذكرناهما ، وذلك مبني على صحة استثناء النصف)

وان قال أنت طالق أربعاً إلا اثنتين فعلى الوجهين يصح الاستثناء ويقع طلقتان وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لان الاستثناء يرجع الى الثلاث فيكون استثناء الاكثر

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق ثلاثاً الا اثنتين الا واحدة ، فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين ؟ على وجهين) .

وجملة ذلك أن الاستثناء من الاستثناء لا يصح منه في الطلاق إلا هذه المسئلة فانه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان فان قيل فكيف أجزتم استثناء الثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا لانه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصارتا عبارة عن واحدة وان قلنا لا يصح استثناء النصف وقع الثلاث.

ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كموت أحدهما في اليوم وذلك لان معنى يمينه ان فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فاذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولهما موتا وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فان محل طلاقها يفوت بموته ومع ذلك فان الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا ، ولو قال لها أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم او ان لم اشتر لك اليوم ثوبا ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها أنت طالق إن لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان :

(أحدهما) في آخر اليوم (والثاني) بعد خروجه ، وإن قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم لانه جعل عدم طلاقها شرطا لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط

(فصل) وان قال لعبده ان لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان ، وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لانه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لان بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وان وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لانه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفت بيعه ، ولو قال ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لانه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فان عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لانه فات بيعه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث)

لانه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الاولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر أنه يصح لان الاستثناء الاول يلغو لكونه استثنى الجميع فيرجع قوله الا واحدة الى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان والاول أولى لان الاستثناء من الاثبات نفي ، ومن النفي اثبات ، فاذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لانه يكون اثباتاً من اثبات .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق وطالق الا واحدة أو طلقتين وواحدة الا واحدة أو طلقتين ونصفاً الا واحدة طلقت ثلاثا ويحتمل أن يقع طلقتان)

في هذه المسائل الثلاث وجهان :

(أحدهما) لا يصح الاستثناء لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكره استثناءها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولان الغاءه وحده أولى من الغائه والغاء غيره ولان الاستثناء يعود الى الجملة الاخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث في الحال اذا كان مدخولا بها)

انما كان كذلك لان كلما تقتضي التكرار قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة لعنت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطليقه لها فاذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلقة وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وان لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يلحقها طلاق فاما اذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فانها تطلق واحدة ولا يتكرر الا على قول أبي بكر في متى فانه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما الا أن متى وأي وقت يقتضيان الطلاق على الفور فمتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت في الحال وأما اذا ففيها وجهان (أحدهما) هي على الفور لانها اسم وقت فهي كمتى (والثاني) انها على التراخي لانها كثر استعمالها في الشرط فهي كان فعلى هذا اذا قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً لم تطلق الا في آخر جزء من حياة أحدهما ، وان قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أي وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا متواليات طلقت مرة واحدة لانه لم يحنث في المرة الاولى ولا الثانية لكونه حلف عقيبهما وحنث

(والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث وكذلك لو قال له علي مائة وعشرون الا خمسين صح والاول مذهب أبي حنيفة والشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق واحدة ، واثنتين الا واحدة)

فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء ، وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف فان كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق الا طلقة لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الاخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح ، وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين لم يصح لانه ان عاد إلى الجملة الاخيرة فهو رفع لجميعها وان عاد الى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعاً الا اثنتين فان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا واحدة احتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه عاد الى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث ، وان عاد الى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثاً الا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان (أحدهما) يلغو الاستثناء

في الثانية وان سكت بين كل يمينين سكوتا يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا وان قال ذلك بلفظة إذا وقلنا هي على الفور فهي كمتى والا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما

(فصل) والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة: إن واذا ومتى ومن وأي وكلما. فمتى علق الطلاق بايجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله إن خرجت وإذا خرجت ومتى خرجت وأي حين وأي زمان وأي وقت خرجت وكلما خرجت، ومن خرجت منكن وأيتكن خرجت فهي طالق فمتى وجد الخروج طلقت، وان مات أحدهما سقطت اليمين. فاما ان علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت ان على التراخي، ومتى وأي ومن وكلما على الفور لان قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضي أي زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع في الزمان كله فأي زمن دخلت وجدت الصفة، وإذا قال متى لم تدخلي فأنت طالق فاذا مضى عقيب اليمين زمن لم يدخل فيه وجدت الصفة فانها اسم لوقت الفعل فيقدر به ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت أي أي وقت دخلت، وأما ان فلا تقتضي وقتا فقوله ان لم تدخلي لا يقتضي وقتا إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله وأما إذا ففيها وجهان [أحدهما] هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطا بمعنى ان قال الشاعر:

استغن ما أغناك ربك بالغنى ... وإذا تصبك خصاصة فتجمل

ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنياً ثلاثاً من ثلاث وهذا وجه لاصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي يصح الاستثناء في طلقة لان استثناء الاول جائز وانما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده، وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء الثنتين وتلغو الثالثة بناء على أصلهم في ان استثناء الاكثر جائز وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي، وان قال انت طالق طلقتين الا طلقة وطلقة ففيه الوجهان، وان قال انت طالق ثلاثا الا طلقة ونصفا احتمل وجهين أيضاً احدهما يلغو الاستثناء لان النصف يكمل فيكون مستثنيا للاكثر فيلغو والثاني يصح في طلقة فيقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها، وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الأول ويلغو الثاني لانا لو صححناه لكان مستثنياً للاكثر فيقع به طلقتان، ويجيء على قول من أجاز استثناء الاكثر انه يصح فيها فيقع طلقة واحدة، وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل ان يلغو الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طلقتان ويحتمل ان يقع به الثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتاً فيقع ذلك في إيقاع طلاقه وان لم يقبل في نفيه كما لو طلق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث

فجزم بها كما يجزم بان ولانها تستعمل بمعنى متى وان،واذا احتملت الامرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال ، والوجه الآخر أنهـا على الفور وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لانها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فان متى يجازى بها ألا ترى الى قول الشاعر :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا ، وكذلك أي وسائر الحروف وليس في هذه الحروف مايقتضي التكرار إلا كلما ، وذكر أبو بكر في متى انها تقتضي التكرار أيضا لانها تستعمل للتكرار بدليل قوله

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولانها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أنها لا تقتضيه لانها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي مالا يقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لايمنع استعمالها في غيره مثل اذا وأي وقت فانهما يستعملان في الامرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم * واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم * واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها) وقال الشاعر :

قوم اذا الشر أبدى ناجذيه لهم   ساروا اليه زرافات ووحدانا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة وقعت الثلاث وان قال نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق)

وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة اضرب (احدها) مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان (احدهما) مايرفع حكم اللفظ كله مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وانت طالق طلقة لاتلزمك ولا تقع عليك فهذا لايصح بلفظه ولانيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغوا فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق واذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

(الضرب الثاني) مايقبل لفظا ولا يقبل نية لافي الحكم ولافيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الاقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل ان يقول انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لايصح لان العدد نص فيما يتناوله لايحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فان اللفظ اقوى من النية ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته ، وحكي عن بعض الشافعية انه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة،والفرق بينهما ان نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا اراد به البعض صح وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لايجوز

وكذلك أي وقت وأي زمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها الا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار الا بدليل كذلك متى

(فصل) وهذه الحروف اذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء اذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق وانما اختصت بالفاء لانها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به فان قال إن دخلت الدار فانت طالق لم تطلق حتى تدخل، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لانه لم يعلقه بدخول الدار لانه انما يتعلق بالفاء وهذه لافاء فيها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال

ولنا أنه أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به وانما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروه الغاؤه، وإن قال أردت الايقاع في الحال وقع لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لان معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول

التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فاذا اراد بذلك اثنين فقد اراد باللفظ مالا يحتمله وانما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته فاما مالا يحتمل فلا فانه لو عملنا بها فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع، ولو قال نسائي الاربع طوالق أو قال لهن اربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ماذكرناه ولا يدين فيه لانه عنى باللفظ مالا يحتمله

(الضرب الثالث) مايصح نطقا وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص العام واستعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل اذا كان لفظاً واحداً لانه وصل كلامه بما بين به مراده وان كان بنيته قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى لانه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفا الى ماأراده دون مالم يرده وهل يقبل ذلك في الحكم؟ يخرج على روايتين (احداهما) يقبل لانه فسر كلامه بما لا يحتمله فصح كما لو قال انت طالق انت طالق وأراد بالثانية افهامها

(والثانية) لا يقبل لانه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي والاول أولى ان شاء الله تعالى لان

النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وان سرق » وقال « صلهم وإن قطعوك واعطهم وإن حرموك » وإن قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فاذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الاخرى فمتى دخلت الاولى طلقت سواء دخلت الاخرى أو لم تدخل ولا تطلق بدخول الاخرى

وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ماقلناه ، وإن قال أردت جعل الثاني شرطا لطلاقها أيضا طلقت بكل واحد منهما لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ؛ وان قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية فهو على ماأراده ، وان قال أنت طالق ان دخلت الدار وان دخلت الاخرى طلقت بدخول احداهما لانه عطف شرطا على شرط ، فان قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لانه محتمل وطلقت بدخول الاولى وحدها ، وان قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فانت طالق فقد قيل لاتطلق إلا بدخولهما لانه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان لانه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الاول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد قال الفرزدق

ولكن نصفا لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم

أكثر نصوص القرآن العامة اريد بها الخصوص ، ومن شرط هذا ان تكون النية مقارنة للفظ وهو ان يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن فأما ان كانت متأخرة عن اللفظ مثل ان قال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بلفظه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاقي لزمه الطلاق لانه مقتضى اللفظ والنية الان خبرة نية لا لفظ معها فلا تعمل ، ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل ان يقول انت طالق ثم يصله بشرط اوصفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح اذا كان نطقا بغير خلاف وان نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم فيمن حلف لاتدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال اذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته والرواية الاخرى لايقبل فانه قال اذا قال لامرأته انت طالق ونوى في قلبه الى سنة تطلق ليس ينظر الى نيته وقال اذا قال انت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لايصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بان يحمل قوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان ارادة الخاص بالعام شائع كثير وارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ويمكن ان يقال هذا كله من جملة التخصيص

والتقدير سبني هؤلاء وسبيتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد ، وان قال ان دخلت الدار وأنت طالق طلقت لان الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء. فان قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقا شرطا لشيء ثم أمسكت دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وان جعل لهذا جزاء فقال ان دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لان الواو ههنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ـ وقوله ـ فقد رأيتموه وأنتم تنظرون) ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار طالقا فدخلت وهي طالق طلقت أخرى ، وان دخلتها غير طالق لم تطلق لان هذا حال فجرى مجرى قوله أنت طالق ان دخلت الدار راكبة ، وان قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطا بمنزلة قوله ان قمت وهذا يحكى عن أبي يوسف، ولانها لولم تكن للشرط كانت لغوا والاصل اعتبار كلام المكلف ، وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه لقسم لو تعلمون عظيم ـ ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وان قال أردت أن أجعل لها جوابا دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان أكلت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما جميعا سواء تقدم الأكل أو تأخر لان الواو للعطف ولا تقتضي ترتيبا ، وان قال ان أكلت أو لبست فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما لان أو لأحد الشيئين وكذلك ان قال ان أكلت أو إن لبست أولا أكلت ولا لبست وان قال أنت طالق لا أكلت ولبست لم تطلق إلا بفعلهما إلا على الرواية التي تقول يحنث بفعل بعض المحلوف عليه فانه يحنث بأحدهما ههنا ، وان قال أنت طالق ان أكلت فلبست أو ان

(فصل) اذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لان لفظه عام وان قالت له طلق نساءك فقال نسائي طوالق فكذلك وحكي عن مالك ان السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها

ولنا ان اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان ذلك الحكم هو للفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه،وكذلك لو كان اخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب ، فأما ان اخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين وقيل في الحكم وقيل في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لانه يخالف الظاهر من وجهين ولانها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز اخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضي يحتمل ان لا تطلق لان لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

أكلت ثم لبست لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس لان الفاء وثم للترتيب ، وان قال أنت طالق ان أكلت اذا لبست أو ان أكلت متى لبست أو ان أكلت ان لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل لان اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالاكل بعد اللبس ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لانه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله ، والشرط يتقدم المشروط قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال ان سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي اذا كان الشرط باذا كقولنا وفيما اذا كان بان مثل قوله ان شربت ان أكلت انها تطلق بوجودهما كيفما وجدا لان أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما اذا كان الشرط باذا ، والصحيح الاول وليس لاهل العرف في هذا عرف فان هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن [1] كسائر مسائل هذا الفصل

(فصل) فان قال أنت طالق أن قمت بفتح الهمزة فقال أبو بكر تطلق في الحال لان أن المفتوحة

(١) في نسخة عند أهل اللسان

﴿ باب الطلاق في الماضي والمستقبل ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال لزوجته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوي الايقاع وقع في الحال) لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه)

فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وانما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر وقال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق وهو مذهب الشافعي لانه وصف المطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ، ووجه الاول أن الطلاق رفع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فان أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولانه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق ان قلبت الحجر ذهباً ، والحكم في قوله أنت طالق قبل أن تزوجك كما إذا قال أنت طالق أمس

﴿ مسئلة ﴾ (وحكي عن أبي بكر أنه يقع إذا قال قبل أن أتزوجك ولا يقع إذا قال أنت طالق أمس)

قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال اذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لان أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور

ليست للشرط وانما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لانك قمت أو لقيامك كقول الله تعالى (يمنون عليك أن أسلموا — وتخر الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولداً — ويخرجون الرسول واياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) وقال القاضي : قياس قول أحمد انه ان كان نحويا وقع طلاقه وان لم يكن نحويا فهي للشرط لان العامي لا يريد بذلك الا الشرط ولا يعرف ان مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه . وحكي عن ابن حامد انه قال في النحوي أيضا لا يقع طلاقه بذلك الا أن ينويه لان الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعا

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع طلاقه في الحال (والثاني) يكون شرطا في حق العامي وتعليلا في حق النحوي (والثالث) يقع الطلاق الا أن لا يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لانه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده

وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار طلقت في الحال لان إذ للماضي ، ويحتمل أن لا يقع لان الطلاق لا يقع في زمن ماض فأشبه قوله أنت طالق أمس

(فصل) وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا في قول عامة أهل العلم . وخرج القاضي وجها في وقوعه بوجود أحدهما بناء على احدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئا ففعل

الوجود فانه يمكن أن يتزوجها ثانياً وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال أردت ان زوجا قبلي طلقها أو طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتمل الصدق في ظاهر كلام أحمد)

إذا أراد الاخبار أنه كان طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لانه فسره بما يحتمله وان اراد اني كنت طلقتك أمس فكذبته ازمتها الطلقة وعليها العدة من يومها لانها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق ؟ على وجهين)

بناء على اختلاف القولين في المطلق ان قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وان قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي شهر لم تطلق بغير خلاف من أصحابنا)

وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وان قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه

(مسئلة) (وان قدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا وقوعه فيه لانه ايقاع للطلاق بعد عقده)

وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع عند قدومه لانه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه

بعضه وهذا بعيد جداً يخالف الاصول ، ومقتضى اللغة والعرف وعادة أهل العلم فانه لا خلاف بينهم في المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعا ، وإذا اتفق العلماء على انه لايقع طلاقه لاخلاله بالترتيب في الشرطين المرتبين في مثل قوله إن أكلت ثم لبست فلاخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا مالو قال ان أعطيتني درهمين فانت طالق وإذا مضى شهران فانت طالق فانه لاخلاف في انها لا تطلق قبل وجودهما جميعا وكان قوله يقتضي أن يقع الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم ،وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما

وقد نص أحمد على انه إذا قال ان حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال إذا صمت يوما فأنت طالق انها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت ، وأما اليمين فانه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث الا بفعل جميعه ، وفي مسئلتنا مايقتضي تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما وجعلهما شرطا الطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته ، وما علق على شرط جعل جزاءاً وحكما له والجزاء لايوجد بدون شرطه ، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا .

ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل شهر رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فان أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا نسلم أنه جعل الشهر شرطاً وليس فيه حرف الشرط

(مسئلة) (وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائناً ثم قدم بعد الشهر بيومين صح الخلع و بطل الطلاق)

لانه صادفها بائنا وان قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع ولها الرجوع بالعوض الا أن يكون الطلاق رجعياً لان الرجعية يصح خلعها

(فصل) فان مات أحدهما بعد عقد الصفة بيومين ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق قدكان وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه الا أن يكون الطلاق رجعياً فانه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم تقع بالطلاق ،فان قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لان الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا الا أن يكون الطلاق رجعيا وتموت في عدتها

(مسئلة) (وان قال أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال)

لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع لاوله، وان قال قبل موتك أوموت زيد فكذلك وان قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وانما يقع ذلك في الجزء الذي

فصول في تعليق الطلاق

اذا قال لامرأته ان حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصدقها طلقت وان كذبها ففيه روايتان (احداهما) يقبل قولها لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله تعالى قال (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه وصار هذا كما قال الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا، ولانه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها

(والرواية الثانية) لا يقبل قولها ويختبرها النساء بادخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا، قال احمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء فتعطى قطنة وتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لان الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب واهل أحمد انما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل يعتبر يمينها اذا قلنا القول قولها؟ على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق

يليه الموت لان ذلك تصغير يقتضي الجزء الصغير الذي يبقى وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يا أيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقيني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا وان لم يضربه وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر فقال القاضي تتعلق الصفة بأولهما موتا لان اعتباره بالثاني يفضي الى وقوعه بعد موت الاول واعتباره بالاول لا يفضي الى ذلك فكان أولى

(مسألة) (وان قال أنت طالق بعد موتي او مع موتي لم تطلق نص عليه احمد)

وكذلك ان قال بعد موتك او مع موتك وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت احدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله

(مسألة) (وان تزوج امة ابيه ثم قال اذا مات ابي او اشتريتك فأنت طالق فمات ابوه او اشتراها لم يقع الطلاق)

اختاره القاضي لانه بالموت والشراء يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال انت طالق مع موتي ويحتمل ان تطلق اختاره ابو الخطاب لان الموت سبب ملكها وطلاقها

نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الاخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لانها مؤتمنة على نفسها ولا يجعل طلاق هذه بيدها وهذا مذهب الشافعي وغيره لانها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت باقراره، وإن قال ان حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فصدقها طلقتا باقراره، وإن كذبها طلقت وحدها، وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل لان معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وانما ائتمنت على نفسها في حيضها، وان قال قد حضت فأنكرت طلقتا باقراره، ولو قال لامرأتيه ان حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان، وإن صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضرتها غير مقبول في حقها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

(فصل) فان قال لاربع إن حضتن فأنتن طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان شرط طلاقهن حيض الاربع ولم يوجد، وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق

وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه وهذا اظهر إن شاء الله تعالى .

(فصل) وان قال الاب اذا مت فأنت حرة وقال الابن إذا مات ابي فأنت طالق وكانت تخرج من من الثلث فكذلك لان بعضها ينقل الى الورثة فيملك الابن جزءاً منها فينفسخ به النكاح فيكون ذلك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فان اجاز الورثة عتقها فذكر بعض اهل العلم ان هذا ينبني على الاجازة هل هي تنفيذ او عطية مبتدأة ؟ فان قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وان قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وكذلك ان اجاز الزوج وحده عتق ابنه فان كان على الاب دين يستغرق تركته لم يعتق . قال شيخنا والصحيح ان ذلك لا يمنع نقل التركة الى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح فان كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد اداء الدين عتقت وطلقت وان لم تخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الدين كما لو استغرق الدين التركة وان اسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لان النكاح انفسخ قبل اسقاطه .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان قال انت طالق لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء

واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن

(فصل) وان قال لهن كلما حاضت احداكن أو أيتكن حاضت فضرائها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ولم تطلق هي لانه لم يثبت حيض ضرة لها وان صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة لان لكل واحدة منها ضرة مصدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين ، وان صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين

(فصل) اذا قال لطاهر اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضا حكمنا بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضا في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض ، وان بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لا اعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا فان ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به وقد سبق الكلام معه في هذا ، وإن قال لحائض اذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض

فيه او لاقتلن فلانا الميت او لاصعدن السماء او لاطيرن او ان لم اصعد السماء ونحوه طلقت في الحال وقال ابو الخطاب في موضع لا تنعقد يمينه)

وجملة ذلك انه قد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم وجعل جواب القسم جوابا له فاذا قال انت طالق لاقومن وقام لم تطلق امرأته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث هذا قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري واصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وان قام لانه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم

ولنا انه حلف برفيه فلم يحنث كما او حلف بالله تعالى وان قال انت طالق ان اخاك لعاقل وكان اخوها عاقلا لم يحنث وان لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله ان اخاك لعاقل وان شك في عقله لم يقع الطلاق لان الاصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك وان قال انت طالق لا اكلت هذا الرغيف فأكله حنث والا فلا وان قال انت طالق ما اكلته لم يحنث ان كان صادقا ويحنث ان كان كاذبا كما لو قال والله ما اكلته وان قال انت طالق لولا ابوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق وان كان كاذبا لم تطلق ولو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال انت طالق لاكرمتك طلقت في الحال ولو قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لاقومن طلقت المرأة وان قال ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق لقد صمت امس عتق العبد

ولو قال لطاهر اذا تطهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبي يوسف وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسئلتين لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن اذا اسم زمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به ، ولو قال لطاهر اذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه أحمد لانه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك ، ولو قال لحائض اذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر وتطلق في الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية ابراهيم الحربي ، وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل

ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقربوهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمهن (فاذا تطهرن) أي اغتسلن ولانه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام موقوفا على وجود الغسل ولانها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهراً لانهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر

(فصل) فان قال لها اذا حضت حيضة فأنت طالق واذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت

رجعنا إلى مسائل الكتاب وهو ما إذا علقه على مستحيل كقوله أنت طالق لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لاقتلن الميت وقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق أو لم أبع عبدي فات العبد ولانه علق الطلاق على نفي فعل مستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني وقوع الطلاق لما ذكرناه وكذلك قوله أنت طالق لاصعدن السماء أو لاطيرن أو إن لم أصعد السماء أو أطير وذكر أبو الخطاب عن القاضي أنه لا تنعقد يمينه والصحيح أنه يحنث فان الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت) إلى قوله (وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين) ولانه لو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه وإن صعدت السماء أو إن شاء الميت أو البهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الآخر)

إذا علق الطلاق على فعل مستحيل كالذي ذكرناه ونحوه كقوله ان جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين وسواء كان مستحيلا عقلا أو عادة كقوله ان طرت أو صعدت السماء أو قلبت الحجر ذهباً او شربت ماء النهر كله أو حملت الجبل ففيه وجهان : (أحدهما) يقع الطلاق في الحال لانه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل وكما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثاني) لا يقع ، وهو الصحيح ، ولانه علق الطلاق بصفة لم توجد

حيضة طلقت واحدة ، فاذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها ، وان قال اذا حضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها

(فصل) فان قال اذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت اذا ذهب نصف الحيضة وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق اذا حاضت نصف عادتها لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ويحتمل أنه لايحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لاننا لانتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لاقل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة والجهل بقدر ذلك لايمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل

(فصل) وإن قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان كقول الله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة لانه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت اضافته الى احداهما كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وانما يخرج من أحدهما ، وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان

ولان ما يقصد تبعيده يعلق على المحال . قال الله تعالى في حق الكفار (لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) . وقال الشاعر

اذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

أي لا يأتيهم أبداً ، وقيل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لانه لاوجود له فلم تتعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع ، وان علقه على المستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لان له وجودا او قد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء وكرامات الاولياء فجاز تعلق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غداً فعلى وجهين)

وقال القاضي لا تطلق ، وقال أبو الخطاب يقع في الحال لانه علقه بشرط محال ، فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو للبدعة وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد الا بعد ذهاب اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي .

(فصل) في الطلاق في زمن مستقبل .

﴿ مسئلة ﴾ (اذا قال أنت طالق غداً أو يوم السبت في رجب طلقت بأول ذلك)

حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال إن حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر لاتنعقد هذه الصفة لانها مستحيلة فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الاول أولى لان فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ وتبعيد لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد مايتم به الطلاق يقيناً وغير هذا الوجه لايحصل به اليقين فان أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه وإذ ادعى ذلك قبل منه ، واذا قال أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق للطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة ويحتمل أن لايقع الطلاق لان هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ماعلق عليها ويحتمل أن يقع في الحال ويلغو الشرط بناء على ماذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

(فصل) واذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات ، وان وطىء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لانها ليست لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وان وطىء اثنتين طلقتا طلقتين طلقتين وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وان وطىء واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وان لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة واذا ماتت أخرى فكذلك ، وان مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

اذا قال أنت طالق في شهر عينه كشهر رجب وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الاولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وهو شهر جمادى ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رجب لان ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال

ولنا أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق فاذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فاذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما ان قال ان لم أقضك حقك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لانه اذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لايمنع من وطء زوجته قبل الحنث . وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لان الظاهر أنه على حنث لان الحنث ترك الفعل وليس بفاعل

ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لاجل اليمين كما لو حلف لافعلت كذا ولوصح ماذكره لوجب ايقاع الطلاق ، ولو قال أنت طالق غداً أو يوم السبت وقع الطلاق في أول جزء منه لما ذكرنا

《 مسئلة 》 (ولو قال أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر فكذلك لما ذكرنا وان قال أردت في آخره أو أوسطه أو يوم كذا من الشهر أو في النهار دون الليل قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

(احداهما) يقبل وهو الصحيح ولأن آخر الشهر منه فارادته لا تخالف ظاهر لفظه وكذلك

(فصل) فان قال ان لم تكوني حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت، وان أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لاقل من أربع سنين ولم يكن يطأها لم تطلق لانا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد، وان مضت أربع لسنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين، وان كان يطؤها وأتت بولد لا كثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت فان ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لايحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق، وان حاضت أو وجد مايدل على براءتها من الحمل طلقت، وان لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني ففيه وجهان (أحدهما) تطلق لان الاصل عدم الحمل قبل الوطء (والثاني) لا تطلق لان اليقين بقاء النكاح فلا يزول بشك واحتمال ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق وألا استبرأها ههنا بحيضة فان وجدت الحيضة على عادتها تبينا وقوع طلاقها، وان لم تأت في عادتها كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها وان قال ان كنت حاملا فأنت طالق فهي عكس المسألة التي قبلها في الموضع الذي يقع الطلاق ثم لايقع ههنا وفي الموضع الذي لايقع ثم يقع ههنا الا أنها إذا أتت بولد لا كثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان تعين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء لان الاصل عدمه قبله ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها نص عليه احمد قال القاضي يحرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لانه

وسطه اذ ليس أوله بأولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره أولى لانه متيقن وماقبله مشكوك فيه

(والثانية) لا يقبل لانه لو أطلق لتناول أوله فأما ان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو استقبال شهر رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله أردت أوسطه أو آخره ظاهراً أو باطناً لان لفظه لايحتمله. وان قال بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه. وان قال أنت طالق أول نهار من شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو الى رمضان أو الى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل الا ان يكون من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال. وان قال انت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة؟ على وجهين)

[أحدهما] تطلق واحدة لانها إذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده (والثاني) تطلق ثلاثا لان ذكره لأوقات الطلاق يدل على تعداده لعدم الفائدة ثم ذكر أوقاته بدون تعداد. وقيل في الاولى واحدة لما ذكرنا الوجه الاول وفي الثانية ثلاثا لان ذكره في وتكرارها يدل على تكرار الطلاق

بعدم المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال ابو الخطاب فيه رواية أخرى لايحرم الوطء لان الاصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل ، واذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكون الاستبراء بحيضة قال احمد في رواية أبي طالب اذا قال لامرأته متى حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض فاذا طهرت وطئها فان تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فان لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل، وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أقراء ولانه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والصحيح ماذكرناه لان المقصود معرفة براءة رحمها وقد حصل بحيضة ولهذا قال عليه السلام « لاتوطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » يعني تعلم براءتها بحيضة ولان ما يعلم به البراءة في حق الامة والحرة واحد لانه أمر حقيقي لايختلف بالحرية والرق ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لايجوز أن تعتدا بالقياس وهل تعتدا بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها ؟ على وجهين أصحهما الاعتداد به لانه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين (والثاني) لايعتد به لان الاستبراء لايتقدم على سببه ولانه لايعتد به في استبراء الامة .قال احمد إذا قال لامرأته اذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لان الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له فاذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به

(فصل) اذا قال ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه إذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي ، وحكي القاضي فيها وجهين هذا ووجها آخر أن الطلاق لا يقع وحكي ذلك عن أبي بكر وابن سريج لان محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه

ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كموت أحدهما في اليوم وذلك لان معنى يمينه ان فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فاذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولهما موتا وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فان محل الطلاق يفوت بموته ومع ذلك فان الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا فان قال لها أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم أو ان لم اشتر لك ثوبا اليوم ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، فان قال لها أنت طالق ان لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف في آخر اليوم في أحد الوجهين ، والوجه الآخر بعد خروج اليوم وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم لانه جعل عدم طلاقها شرطا لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط

اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وان ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وان ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها ، وان كانت الجارية أولهما ولادة طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وان قال لها ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان كنت حاملا بجارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية طلقت ثلاثا

وإن قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية ، ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها

(فصل) فان قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثا دفعة واحدة طلقت ثلاثا لان صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وان ولدتهم في دفعات من حمل واحد طلقت بالاولين وبانت بالثالث ولم تطلق ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن ابن حامد انها تطلق لان زمان البينونة زمن الوقوع ولا تنافي بينهما

(فصل) فان قال لعبده إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لانه قد فات بيعه وان دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لان بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وان وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لانه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفت بيعه ولو قال ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لانه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فان عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لانه قد فات بيعه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل يقع بها الطلاق؟ على وجهين) .

[أحدهما] يبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لانه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطلوع فجره

(والثاني) لا يقع الطلاق لان شرطه قدوم زيد ولم يوجد الا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فان شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وههنا شرطان فلا تطلق باحدهما والاول أولى ليس هذا شرطاً إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله

ولنا أن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق بائنا فلم يقع كما لو قال إذا مت فأنت طالق وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي انها لا تطلق فهذا أولى ، وان قال ان ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فانت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا ، وان ولدتهما في دفعتين وقع بالاول ماعلق عليه وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد، فان أشكل الاول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ولا تلزمه الثانية، والورع أن يلتزمها وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما

وان قال ان كان أول ماتلدين ذكر فانت طالق واحدة وان كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لانه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وان ولدتهما في دفعتين وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء

(فصل) فان كان له أربع نسوة فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا وان ولدن في دفعات وقع بضرائر الاولى طلقة طلقة فاذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يقع بهن طلاق لانها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها والزوج انما علق على ولادتها طلاق ضرائرها

(والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة لانهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل

أنت طالق اليوم الذي تصلي فيه الجمعة ، وان قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ، وكذلك لو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ولو قال أنت طالق في شهر رمضان ان قدم زيد فقدم زيد فيه ففيه وجهان

[أحدهما] لا تطلق حتى يقدم زيد لان قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل مالو قال أنت طالق ان قدم زيد فانها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال إذا قدم زيد

(والثاني) أنه ان قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر وهو أصح قياساً على المسألة التي قبل هذه

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق حتى يقدم لان اذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد فان لم يقدم زيد في غد لم تطلق وان قدم بعده لانه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد، وان ماتت غدوة وقدم بعد موتها لم تطلق لان الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخوله ذلك اليوم .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم واحدة لان من طلقت اليوم فهي طالق غدا

﴿مسئلة﴾ (فان أراد طالق اليوم وطالق غداً فتطلق طلقتين في اليومين فان قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا لانه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله

واحدة من الاثنين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه وتقع بالوالدة الاولى طلقة فاذا ولدت الثالثة بانت، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان، فاذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والاولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى مالم تنقض عدتها، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضي عدتها بذلك

وان قال كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين الوالدة بوضع ولدها الا الاولى، والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن وولادتهما ههنا وفي الاولى لا يقع لانهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق فكذلك الا انه يقع على الاولى طلقة بولادتها، فان كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الاول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسألة الثالثة، واذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثا وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين في المسألتين الاولبين وثلاثا ثلاثا في المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها. قال القاضي اذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الاولى ثانية، فان كانت كل واحدة منهما حاملا

(مسألة) (وان أراد نصف طلقة اليوم ونصفها غداً فتطلق اليوم واحدة وغدا الاخرى لان النصف يكمل فيصير طلقة تامة وان قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل وجهين

[أحدهما] لا تطلق الا واحدة لانه اذا قال نصفها اليوم كملت كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لانه ما أوقعه، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضا في المسألة الاولى وهو مذهب الشافعي، ذكر أصحابه فيها الوجهين، ويحتمل أن يقع اثنتان كالمسألة التي قبلها

(مسألة) (وان قال أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه)

إذا قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع طلاق إلا في أول ذلك الوقت، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تطلق في الحال لان قوله أنت طالق ايقاع في الحال وقوله الى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال لانه لا يقبل التأقيت.

ولنا أن ذلك قد روي عن ابن عباس وأبي ذر ولان هذا يحتمل أن يكون توقيتا لايقاعه كقول الرجل أنا خارج الى سنة أي بعد سنة واذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين.

باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً، ثم إذا ولدت الاولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فاذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا

(فصل) واذا قال لامرأته ان كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة لان اعادته تكليم لها وشرط لطلاقها فان أعاده ثالثة طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالاولى ولا يلحقها طلاق ثان، وان أعاده رابعة طلقت الثالثة، وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك أو فتحققي ذلك حنث لانه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوي كلاما مبتدأ، وان زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو اذهبي حنث لانه كلام، وان سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه احمد لانه كلمها، وان كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها باغماء أو جنون لاتسمع أو بعيدة لاتسمع كلامه أو صماء بحيث لاتفهم كلامه ولا تسمع أوحلف لايكلم فلانا فكلمه ميتا لم يحنث وقال ابو بكر يحنث في جميع ذلك لقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنا أن التكلم فعل يتعدى الى المتكلم، وقد قيل انه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باسماعه، فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال « ما أنتم باسمع لما أقول منهم » ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا فانهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي

[أحدها] أنه جعل الطلاق غاية ولا غاية لآخره وإنما الغاية لأوله (والثاني) ان ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك .

(فصل) فان نوى طلاقها في الحال الى سنة كذا وقع في الحال، لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله .

(فصل) وان قال أنت طالق من اليوم الى سنة طلقت في الحال لان من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فان قال أردت تكرير طلاقها من حين لفظت به الى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً اذا كانت مدخولا بها . قال أحمد اذا قال لها أنت طالق من اليوم الى سنة، يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها .

« مسئلة » (وان قال أنت طالق في آخر الشهر أو أول آخره طلقت في أول جزء من آخر يوم منه لانه آخره . وان قال في آخر أوله طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله)

وقال أبو بكر تطلق في المسئلتين بغروب شمس الخامس عشر منه لان الشهر نصفان أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فان ماعدا اليوم الاول لايسمى اول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لايسمى اوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاقه لفظه فوجب ان لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل عليه

ﷺ حكمة ذلك بأمر مختص به فيبقى الامر في حق من سواه على النفي ، وان حلف لا كلمت فلانا فكلمته سكران حنث لان السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه وان كلمته سكرانة حنث لان حكمها حكم الصاحي وان كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وان جنت هي ثم كلمته لم يحنث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم

(فصل) فان حلف لا يكلم انسانا فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لانه كلمه وانما لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه ، وان كلمه ولم يعرفه فان كانت يمينه بالطلاق حنث قال احمد في رجل حلف بالطلاق أن لا يكلم حماته فرآها بالليل فقال من هذا ؟ حنث قد كلمها ، وان كانت يمينه بالله أو يمينا مكفرة فالصحيح أنه لا يحنث لأنه لم يقصد تكليمه فأشبه الناسي ولانه ظن المحلوف عليه غيره فأشبه لغير اليمين ، وان سلم عليه حنث لانه كلمه بالسلام ، وان سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لانه كلمهم كلهم ، وان قصد بالسلام من عداه لم يحنث لانه انما كلم غيره وهو يسمع وان لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان (إحداهما) يحنث لانه كلمهم جميعهم وهو فيهم (والثانية) لا يحنث لانه لم يقصده ويمكن حمل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعتاق لانه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة ، فان كان الحالف إماما والمحلوف عليه مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لانه للخروج منها الا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم ما لو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لا يحنث بحال لان هذا لا يعد تكليما ولا يريده الحالف ، وان حلف

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اذا مضت سنة فأنت طالق طلقت اذا مضى اثنا عشر شهراً بالاهلة ويكمل الشهر الذي حلف الى تمام اثنى عشر شهراً بالاهلة)

لقوله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس) فان حلف في أول شهر فاذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه وان حلف في اثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالاهلة فاذا مضت أحد عشر شهراً بالاهلة نظرت ما بقي من الشهر الاول فكملت ثلاثين يوما لان الشهر اسم لما بين هلالين فان تفرق كان ثلاثين يوما، وفيه وجه آخر انه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام قال يصوم ستين يوما، وان ابتدأ من شهر فصام شهرين كانا ثمانية وخمسين يوما اجزأه وذلك لانه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب ان يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ، ووجه الاول انه امكن استيفاء أحد عشر شهراً بالاهلة فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزمه ان يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور وان قال اردت بقولي سنة اذا انسلخ ذو الحجة قبل لانه يقر على نفسه بما هو اغلظ

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اذا مضت السنة فانت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة)

لايكلم فلانا فكلم انسانا وفلانا يسمع يقصد بذلك اسماعه كما قال * اياك أعني واسمعي ياجارة * حنث نص عليه أحمد قال اذا حلف لايكلم فلانا فكلم انسانا وفلان يسمع يريد بكلامه اياه المحلوف عليه حنث لانه قد أراد تكليمه

وروي عن أبي بكرة مايدل على أنه لايحنث فانه كان حلف أن لايكلم أخاه زياداً فعزم زياد على الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال إن أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم يره أنه كلمه والاول الصحيح لانه أسمعه كلامه يريده به فأشبه مالو خاطبه به ولان المقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه

(فصل) فان كتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث إلا أن يكون قصد أن لايشافهه نص عليه أحمد وذكره الخرقي في موضع آخر وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولان القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب، ويحتمل أن لايحنث إلا أن ينوي ترك ذلك لان هذا ليس بتكليم حقيقة ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك الا أن ينويه فكذلك لايحنث به، ولو حلف لايكلمه فأرسل انسانا يسأل أهل العلم عن مسئلة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك، وإن حلف لايكلم امرأته فجامعها لم يحنث إلا أن تكون نيته هجرانها، قال أحمد في رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق

لانه لما عرفها بلام التعريف انصرفت الى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة وان قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لان السنة اثنا عشر شهراً حقيقة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال انت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة)

لانه يملك إيقاعه في كل سنة فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فتقع الاولى في الحال لانه جعل السنة ظرفا للطلاق فيقع في أول جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو راجعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت فان انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة له فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزوجه بها لانه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن يقع في أولها فمنع منه كونها غير محل للطلاق لعدم نكاحه حينئذ، فاذا عادت الزوجة وقع في أولها، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب زواجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة وعلى قول القاضي لاتطلق إلا بدخول السنة الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة، واختلف

أله أن يجامعها ولا يكلمها؟ فقال أي شيء كان بدو هذا أيسوؤها أو يغيظها فان لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها ، وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لان هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه اليه إلا أن ينوي حقيقة القراءة ، قال أحمد اذا حلف لا قرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفتيه فان أراد أن لا يعلم مافيه فقد علم مافيه وقرأه

(فصل) فان قال لامرأته ان بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت ان بدأتك بالكلام فعبدي حر انحلت يمينه لانه لما خاطبته بيمينها فاتته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فان بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً ، وإن بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه ان بدأها بالكلام في وقت آخر حنث لان ذلك يسمى بداية فتناوله يمينه إلا أن ينوي ترك البداية في هذا الوقت أو هذا المجلس فيتقيد به

(فصل) فان قال لامرأتيه ان كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث لان تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها

(والوجه الثاني) لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معا لانه علق طلاقها بكلامها

في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم على ما ذكرناه لانها السنة المعروفة فاذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة لقول الله تعالى (أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لانها سنة حقيقة ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين)

(أصحهما) أنه يقبل لما ذكرنا (والثانية) لا يقبل لانه يخالف الظاهر وإن قال أردت أن أبتدىء السنين من المحرم دين ولم يقبل في الحكم ذكره القاضي لانه خلاف الظاهر .قال شيخنا والاولى أنه يخرج على روايتين لانه محتمل مخالف للظاهر

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لان الوقت يسمى يوما قال الله تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره)

﴿مسئلة﴾ (وإن قدم ميتاً أو مكرهاً لم تطلق)

إذا كان محمولا لم تطلق لانه لم يقدم وإنما قدم به وهذا قول الشافعي ونقل عن أبي بكر أنه يحنث

لها فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي، وهكذا لو قال ان دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كالاولى وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به، فأما ماجرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كنحو ركبا دابتيهما و لبساثوبيهما وتقلدا سيفيهما واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما وأشباه هذا فانه يحنث اذا وجد منهما منفردين، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث لانه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين

(فصل) فان قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال يكون فيها محمد مع خالد، وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لان قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح ما قلناه لانه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من قطعه والرفع لا ينفي كونه حالا فان الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله تعالى (اقترب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون) وقال (الا استمعوه وهم يلعبون- وأخاف أن يأكله الذئب وأنتم عنه غافلون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته ، وكذلك لو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنت

لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل اليه ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام عند تحقيقه إذا أمكن فأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه، فأما إن قدم بنفسه لاكراه فعلى قول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمراً حتى إذا جاءوها) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (ادخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به، ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه وهذا فيما إذا طلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ويقيد بها

(فصل) فان قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحداً وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان القادم ممن لا يمنع القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لاحدهما أو غلام لاحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله جاهلا أو ناسياً وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك أنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق

راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال . ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) فان قال ان كلمتني الى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها ، فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول قد شئت لان مافي القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق ، وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط وانما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

على صفة ولم يكن يميناً فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس وإن كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وإن كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يمينا وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لاجلها من فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا ومتى اشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فان كان نوى ان لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لان اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج بغير اختيار منها فكانت كالمكره إذا لم يمكنها حفظه ومنعه وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو باختيارها

ولنا أنه أضاف الطلاق الى مشيئتها فأشبه ما لو قال حيث شئت ، وقال الشافعي في جميع الحروف ان شاءت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لاتقتضي زمانا وانما هي لمجرد الشرط فتتقيد بالفور بقضية التمليك . وقال الحسن وعطاء إذا قال أنت طالق ان شئت انما ذلك لها ماداما في مجلسهما

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كسائر التعليق ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتتقيد بالمجلس كخيار المجلس وان مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق لان شرط الطلاق لم يوجد ، وحكي عن أبي بكر انه يقع وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لانه لاحكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لايقع لانه زائل العقل فهو كالمجنون

وقال أصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما ان ايقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو طفل لم يقع لانه كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره

(فصل) وإن حلف لا أخذ حقك مني فأكره على دفعه أو أخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم وإن وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضي لايحنث وهو مذهب الشافعي لانه ما أخذه منه وإن قال لا تأخذ حقك علي حنث لانه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لا على الاسماء ولانه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذاً لحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائل) وإن كان اليمين من صاحب الحق فحلف لا اخذت حقي فالتفريع فيها كالتي قبلها فان تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لان هذا ليس معدوداً أخذاً ولا يبرأ بها الغريم منها ، وإن كانت اليمين لا أعطيك حقك فأخذه الحاكم منه كرها ودفعه إلى الغريم لم يحنث وان أكرهه على دفعه اليه خرج على الوجهين في المكره وان أعطاه باختياره حنث وان وضعه في حجره أوجيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لانه اعطاه وان دفعه الى الحاكم اختياراً ليدفعه الى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه الى الغريم حنث وقال القاضي لايحنث والمذهب انه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً

لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقع الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان (أحدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة (والثاني) لايقع بها لانه حال التعليق كأنه لايقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق

(فصل) فان قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق ان شئت اليوم تقيد به فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وان علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجها انه يقع بمشيئة أحدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فان قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فقالت قد شئت ان شاء أبي، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لانها لم تشأ فان المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قال أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت ان طلعت الشمس لم يقع، نص عليه أحمد على معنى هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم توجد منها مشيئة وانما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة، وان علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

فأشبه ما لو دفعه الى وكيله فأعطاه اياه ولان الايمان على الاسباب لا على الاسماء على ما ذكرناه فيما مضى

(فصل) وان قال ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما او مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج او جسم شفاف طلقت لانها رأته وان رأت خياله في ماء أو مرآة أو ضوءه على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره وان اكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

(باب تعليق الطلاق بالشروط)

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الاجنبي فلو قال ان تزوجت فلانة أو ان تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها وعنه تطلق

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في هذه المسألة فالمشهور عنه انه لا يقع الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي رضي الله عنه وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من فقهاء التابعين وروي عن أحمد رحمه الله مايدل علي وقوع الطلاق وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لانه يصح تعليقه على الاخطار فصح على

(فصل) فان قال أنت طالق الا أن تشائي أو يشاء زيد فقالت قد شئت لم تطلق وان أخرا ذلك طلقت وان جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد وكذلك ان مات فان خرس فشاء بالاشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق باشارته إذا علقه على مشيئته .

(فصل) فان قال أنت طالق واحدة الا أن تشائي ثلاثا فلم تشأ أو شاءت أقل من ثلاث طلقت واحدة وان قالت قد شئت ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق اذا شاءت ثلاثا لان الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة الا أن تشائي ثلاثا فلا تطلقي ولانه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئتها ثلاثا فكذلك اذا قال ثلاثا لانه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق الا أن تكرري بمشيئتك ثلاثا وقال القاضي فيها وجهان . [أحدهما] لا تطلق لما ذكرنا (والثاني) تطلق ثلاثا لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث اذا شاءتها كما لو قال له علي درهم الا أن يقيم البينة بثلاثة فخذ درهما الا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار » أي ان بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائي واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحدة على قول أبي بكر وعلى قولهم لا تطلق شيئا .

حدوث الملك كالوصية والاول اصح ان شاء الله تعالى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي هذا حديث حسن وهو أحسن ماروي في هذا الباب وعن عائشة ان رسول الله ﷺ قال « لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه الدار قطني وروى أبو بكر في الشافي عن الخلال عن الرمادي عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال « لا طلاق قبل نكاح » قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولان من لا يقع طلاقه بالمباشرة لا تنعقد له صفة كالمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون اجماعا قال أبو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان الطلاق اذا وقع قبل النكاح لا يقع والرواية الاولى اصح لانه تعليق للطلاق قبل الملك فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوج الاجنبية ودخلت فان الطلاق لا يقع بغير خلاف نعلمه كذلك هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لاجنبية ان قمت فانت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق)

رواية واحدة لا نعلم فيه خلافا لانه لم يضفه الى زمن يقع فيه الطلاق فأشبه مالو اسلم في معدوم ولم يذكر له أجلا يوجد السلم فيه

(فصل) فان قال أنت طالق لمشيئة فلان أو لرضاه أو له طلقت في الحال لان معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه أو ليرضى به كقوله هو حر لوجه الله أو لرضى الله ، فان قال أردت به الشرط دين ، قال القاضي يقبل في الحكم لانه محتمل ، فان ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي

(فصل) فان قال أنت طالق ان أحببت أو ان أردت أو ان كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وان لم يتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وان قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فانت طالق فقالت أنا أحب ذلك فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان

[أحدهما] لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها بمحبتها له كذب معلوم فلم يصلح دليلا على ما في قلبها

(والاحتمال الثاني) أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تكون إلا بالقلب

﴿ مسئلة ﴾ (وان علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده) لانه ازالة ملك بني على التغليب والسراية اشبه العتق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال عجلت ما علقته لم يتعجل)

لانه تعلق بالشرط فلم يكن له تغييره فان أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي زوجته وقع بها الطلاق المعلق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال سبق لساني بالشرط ولم ارده وقع في الحال)

لانه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة وهو يملك ايقاعه في الحال

(فصل) واذا تخالل الشرط وحكمه غيرهما تخللا منتظما كقوله انت طالق يازانية ان قمت لم يقطع التعليق وقال القاضي يحتمل ان يقطعه ويجعل كسكتة كما لو قال بينهما سبحان الله أو أستغفر الله ذكره صاحب المحرر

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال انت طالق ثم قال اردت ان قمت دين)

لانه أعلم بنيته وما ادعاه محتمل فأشبه مالو قال انت طالق ثم قال من وثاقي ولم يقبل في الحكم نص عليه لانه يدعي خلاف مايقتضيه اطلاق اللفظ وقال شيخنا في كتاب الكافي يخرج على روايتين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شاء الله تعالى طلقت وكذلك ان قال عبدي حر ان شاء الله تعالى عتق نص عليه احمد في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك والليث والاوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد مايدل على أن الطلاق لايقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد وقد قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول : اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله فهي طالق ، رواه أبو حفص باسناده وعن أبي بردة نحوه

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء الا في العتاق والطلاق ذكره ابو الخطاب وهذا نقل للاجماع ، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو اجماع ، ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه استثناء حكما في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح ، ولانه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك ان شاء الله أو تعليق على مالا سبيل الى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات والحديث لاحجة لهم فيه فان الطلاق والعتاق انشاء وليس بيمين حقيقة وان سمي بذلك فمجاز

(احداهما) لايقبل لماذكرنا والثانية يقبل لانه يحتمل اشبه مالو قال انت طالق ثم قال اردت من وثاقي وهذا مثله والله أعلم

(فصل) وادوات الشرط ست ان واذا ومتى ومن وأي وكلما

﴿ مسئلة ﴾ (وليس فيها مايقتضي التكرار الا كلما)

لان موضوعها للتكرار قال الله تعالى (كلما أوقدوا ناراً للحرب اطفأها الله) ولا نعلم في ذلك خلافا فأما متى ففيها وجهان

(احدهما) انها تقتضي التكرار ذكره أبو بكر لانها تستعمل للتكرار بدليل قول الشاعر

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولانها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه (الثاني) لاتقتضيه قال شيخنا وهو الصحيح لانها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي مالايقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لايمنع استعمالها في غيره مثل اذا وأي وقت فانهما يستعملان في الامرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم — واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم — واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها ؟) وقال الشاعر

قوم اذا الشر ابدى ناجذيه لهم طاروا اليه زرافات ووحدانا

لاتترك الحقيقة من أجله ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معلقا على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لا نعلم قلنا قد علمت مشيئة الله الطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال

(فصل) فان قال أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لان الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ولما ذكرناه في الفصل الاول .

(والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد لانه اذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » وفارق ما اذا لم يعلقه فانه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

(فصل) فان قال أنت طالق الا أن يشاء الله طلقت ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ، وان قال أنت طالق ان لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضا في الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع

وكذلك أي وقت وزمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك حتى

﴿ مسئلة ﴾ (وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم فاذا اتصلت بها صارت على الفور إلا ان وفي إذا وجهان)

متى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي فان قال إن قمت أو إذا قمت أو من قام منكن أو أي وقت قمت أو متى قمت أو كلما قمت فأنت طالق فمتى قامت طلقت لوجود الشرط وإن مات أحدهما قبل وجود الشرط سقط اليمين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اتصلت بها أي بلم صارت على الفور إلا ان فانها على التراخي لانها لا تقتضي وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله)

فاذا قال إن لم تدخلي الدار فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا عند تعذر إيقاعه بالموت أو ما يقوم مقامه

﴿مسئلة﴾ (وفي إذا وجهان)

(أحدهما) هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لانها تستعمل شرطا بمعنى ان. قال الشاعر:

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل *

فجزم بها كما يجزم بان ولانها تستعمل بمعنى متى وان واذا احتملت الامرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال (والآخر) انها على الفور وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لانها اسم لزمن

الطلاق ويحتمل أن لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، وان قال أنت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لانها ان دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا أن الله لم يشأه لانه لو شاءه لوجد فان ماشاء الله كان وكذلك ان قال أنت طالق لاتدخلي الدار ان شاء الله لما ذكرناه وان أراد بالاستثناء والشرط رده الى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ماذكرنا في المنجز وان لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه الى الدخول ويحتمل أن يرجع الى الطلاق

(فصل) فان علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق ان قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على مايستحيل عادة كقوله ان طرت أو صعدت الى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حملت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان: (أحدهما) يقع الطلاق في الحال لانه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قالت أنت طالق طلقة لاتقع عليك أو لاتنقص عدد طلاقك

(والثاني) لا يقع لانه علق الطلاق بصفة لم توجد ولان مايقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله :

اذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

مستقبل فتكون كمتى وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فان متى يجازي بها ألا ترى الى قول الشاعر

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا وكذلك أي وسائر الحروف ولم يخرجها ذلك عن كونها للفور في النفي

(فصل) وقولهم ان هذه الادوات الاربع في النفي تكون على الفور صحيح في كلما وأي ومتى فانها تعم الزمان فاذا قال كلما لم اطلقك أو أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك فانت طالق ثم مضي زمن يملك طلاقها فيه ولم يطلقها طلقت لوجود الصفة فانها اسم لوقت الفعل فيقدر بهذا ولهذا يصح السؤال به فتقول متى دخلت أو أي وقت دخلت أما من فليست من أسماء الزمان انما تعم الاشخاص فلا يظهر لي أنها تقتضي الفور لذلك فعلي هذا اذا قال من لم اطلقها منكن فهي طالق لم تطلق واحدة منهن الا ان يتعذر طلاقها كما قلنا في ان . . اذا قال ان لم اطلقك فانت طالق فان كل واحدة منها ليست من أسماء الزمان

(مسئلة) (وان تكرر القيام لم يتكرر الطلاق الا في كلما وفي متى في احد الوجهين وقد ذكرنا دليل الوجهين في مقتضى التكرار وعدمه)

(مسئلة) (فاذا قال اذا اكلت رمانة فانت طالق وكلما اكلت نصف رمانة فانت طالق فاكلت رمانة طلقت ثلاثا لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة فتطلق بكل نصف طلقة وبالرمانة طلقة ولو

أي لاآتيهم أبداً وقيل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لانه لاوجود له فلم تعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع ، وان علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لانه له وجود وقد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء عليهم السلام وكرامات الاولياء فجاز تعليق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده ، فاما ان علق طلاقها على نفي فعل المستحيل فقال أنت طالق ان لم تقتلي الميت أو تصعدي السماء طلقت في الحال لانه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني فوقع الطلاق كما لو قال أنت طالق ان لم أبع عبدي فمات العبد وكذلك لوقال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق في الحال لماذ كرناه ، وحكى ابو الخطاب عن القاضي أنه لايقع طلاقه كما لو حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن فانه لايحنث والصحيح أنه يحنث فان الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت - الى قوله - وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين) ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى

(فصل) واذا حلف لاشربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وان حلف لاشربت من هذا الاناء فصب منه في اناء آخر وشرب وكان الاناء كبيراً لايمكن الشرب به حنث أيضاً ، وان كان الشرب به ممكنا لم يحنث لان الاناء الصغير آلة للشرب فتصرف يمينه الى الشرب به بخلاف

جعل مكان كلما (ان) لم تطلق الا طلقتين بصفة النصف مرة وبالكمال مرة ولا تطلق بالنصف الآخر لانها لاتقتضي التكرار

﴿ مسألة ﴾ (ولو علق طلاقها على صفات ثلاث فاجتمعن في عين واحدة نحو ان يقول ان رأيت رجلا فأنت طالق وان رأيت أسود فانت طالق وان رأيت فقيها فانت طالق فرأت رجلا اسود فقيها طلقت ثلاثا)

لوجود الصفات الثلاث فيه أشبه مالو رأت ثلاثة فيهم الثلاث صفات

(فصل) وهذه الحروف الستة إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف الفاء في الجزاء كقوله أنت طالق ان دخلت الدار وان تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء الى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وانما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به .

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال ان لم أطلقك فأنت طالق لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية)

لان حرف ان موضوع للشرط لايقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي .

النهر والاناء الـكبير فانه لاتنصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه ولو حلف لايشرب من بردى فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث وان حلف لايشرب من ماء بردي فشرب من نهر يأخذ منه حنث، ذكر نحو ذلك القاضي لان بردى اسم لمكان خاص فاذا تجاوزه إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى، واذا كانت يمينه على مائه فماؤه ماؤه حيث كان وأين نقل ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة فأكله في غيرها حنث وان اغترف من بردى باناء ونقله الى مكان آخر فشرب به حنث في المسألتين جميعا لان اغتراف الماء من بردى، ولو حلف لايشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات، وان حلف لايشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لانه اذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف واذا نكره صار العموم فيتناول كل مايسمى فراتا وكل عذب فرات قال الله تعالى (وأسقيناكم ماء فراتا) وقال (ومايستوي البحران هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج) ومتى نوى بيمينه المحتمل الآخر انصرف اليه ويقبل منه ذلك لأنه قريب لاتبعد إرادته

(فصل) ولو حلف لايشتمه ولا يكلمه في المسجد ففعل ذلك في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث وان فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث ولو حلف لايضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ففعل والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث، وان كان الحالف في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد حنث لان الشتم والكلام قول يستقل به القائل فلا يعتبر فيه حضور

فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً بعينه ولم يطلقها كان على التراخي لا يحنث بتأخره لان كل زمن يمكن أن يفعل فيه ما حلف عليه فلم يفت الوقت، فاذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لانه لايمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه يقع إذا لم يبق من حياته مايتسع لتطليقها وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً، ولو قال ان لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لان تطليقه حفصة على وجه تنحل به يمينه انما يكون في حياتهم جميعاً، وكذلك إن قال إن لم أعتق عبدي أو إن لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً، فأما ان عين وقتاً بلفظه أو نيته تعين وتعلقت يمينه به

قال أحمد إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك لان الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وارادته فصار كالمصرح به في لفظه فان مبنى الايمان على النية لقول النبي ﷺ «وانما لامريء مانوى»

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لان الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق. وروى الاثرم عن أحمد مثل ذلك، وقال الانصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها

المشتوم فيوجد من الشاتم في المسجد وان لم يكن المشتوم فيه والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الافعال المذكورة فعل متعد محله المضروب والمقتول والمشجوج فاذا كان محلا في غير المسجد كان الفعل في غيره فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضي لا يحنث ، وان جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لانه لا يكون مقتولا حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لان القتل فعل القاتل ولهذا يصح الامر به والنهي عنه، قال الله تعالى (اقتلوا المشركين - ولا تقتلوا أولادكم) والامر والنهي انما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه اما الزهوق ففعل الله لا يؤمر به ولا ينهى عنه، ولا سبيل للآدمي إلا الى تعاطي سببه وهو شرط في القتل فاذا وجد تبينا أن الفعل المفضي اليه كان قتلا ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لاقتلنه فمات من جرح كان جرحه لم يبر ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضا ، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة لان القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه فامابنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد

(فصل) إذا قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت وان كانت كاذبة لم تطلق لان التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشرة من سرور أو غم ، وان

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال ان طلقتك فأنت طالق، وقولهم الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الاصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا انما يقع في زمن يمكن الوطء بعده بخلاف قوله ان وطئتك فأنت طالق .

(فصل) إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها فان مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب اذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته ، وإن ماتت لم يرثها وذلك لانها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الانصاري . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه ، وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم آت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانهما لا يتوارثان ، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته وان ماتت لم يرثها فانه في الاول علق الطلاق على فعلها فاذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه مالو نجزه في الحال ، ووجه الاول أنه طلاق في مرض موته فمنعه ميراثها ولم يمنعها كما لو طلقها

اخبرته به أخرى لم تطلق لان السرور انما يحصل بالخبر الاول فان كانت الاولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لان السرور انما يحصل بخبرها فكان هو البشارة ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن لان من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين) ولو قال من أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق فقال القاضي هو كالبشارة لاتطلق الا المخبرة الاولى الصادقة دون غيرها لان مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الاول

ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لان الخبر يكون صدقا وكذبا وأولا ومكررا وهو اختيار أبي الخطاب والاول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل

(فصل) وان قال أول من تقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين (أحدهما) يقع الطلاق والعتق لان الاول مالم يسبقه شيء وهذا كذلك (والثاني) لايقع طلاق ولا عتق لان الاول ماكان بعده شيء ولم يوجد ، فعلى هذا لايحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه وان قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر

ابتداء ولان الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشر له ، فأما ما ذكره عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لان تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه ، كما لو حلف عليها بترك مالا بد لها من فعله .

(فصل) إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا نيته فهو على التراخي أيضاً لان لفظه مطلقا بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربي لتأتينكم) وقال (قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم) وذلك على التراخي ولما قال الله (لتدخلن المسجد الحرام انشاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فان الآية نزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال قلت للنبي ﷺ أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت ونطوف به ؟ قال « بلى أفأخبرتك أنك آتيه العام ؟ » قلت لا قال « فانك آتيه ومطوف به » وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها فهل تطلق في الحال ؟ على وجهين) بناء على قولنا هي على الفور أو على التراخي وقد ذكرنا وجه القولين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضي زمن يمكن فيه طلاقها ثلاثا ولم يطلقها

وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قالوا في الاول لان الاول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به)

وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فانهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث لكونه أول من دخل وحده واذا لم يقل وحده فان لفظة الاول تتناول الجماعة كما ذكرنا وقال النبي ﷺ «أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين »

ولو قال : آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق

(فصل) وإذا حلف يمينا على فعل بلفظ عام وأراد به شيئا خاصا مثل ان حلف لا يغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لاقربت لي فراشا وأراد ترك جماعها أو قال ان تزوجت فعبدي حر وأراد امرأة معينة أو قال إن دخل إلي رجل أو قال أحد فامرأتي طالق وأراد رجلا بعينه أو حلف لا يأكل خبزا يريد خبز البر أو لا يدخل دارا يريد دار فلان أو قال ان خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى

طلقت ثلاثا) لان كلما تقتضي التكرار على ما بينا قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) فيقتضي زمن تكرار الطلاق بتكرار الصفة والصفة عدم طلاقه لها، فاذا مضى زمن يمكن فيه أن يطلقها ولم يفعل فقد وجدت الصفة فتقع واحدة وثانية وثالثة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يقع عليها طلاق

﴿ مسئلة ﴾ (ولو قال العامي أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط لان العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه، وان كان نحويا وقع في الحال لان أن المفتوحة ليست للشرط إنما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لانك دخلت الدار أو لدخولك الدار ، كقوله تعالى (يمنون عليك ان أسلموا - وتخر الجبال هداً ان دعوا للرحمن ولداً - ويخرجون الرسول واياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) قال القاضي هذا التفصيل قياس المذهب ، وحكي عن الخلال أن حكم النحوي حكم العامي في أنه لا يقع طلاقه بذلك الا أن ينويه لان الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعا ، وقال أبو بكر تطلق في الحال في حقهما جميعا عملا بمقتضى اللغة ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع في الحال في حقهما جميعا كقول أبي بكر (والثاني) يكون شرطا في حق العامي وتعليلا في حق النحوي على ما ذكره القاضي (والثالث) يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط فيقبل

الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فان ذلك يسمى مشيا قال النبي ﷺ لامرأة « ثم تستمشين » ويقال شربت مشيا ومشوا اذا شرب دواء يمشيه فان يمينه في ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، قال أحمد في الظهار فيمن قال لامرأته ان قربت لي فراشا فأنت علي كظهر أمي فجاءت فقامت على فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد بن الحسن لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله لأنه خلاف الظاهر

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية التوكيد

(فصل) وان حلف يمينا عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله في الحكم لان السبب دليل على صدقه، وان لم ينو شيئا فقد روي عن أحمد مايدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب، ذكره الخرقي فقال فان لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها فظاهر هذا ان يمينه مقصورة على محل السبب، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة

وروي عن أحمد مايدل على أن يمينه تحمل على العموم فانه قال فيمن قال لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لان اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع

ووجه الاول ان السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عدمها لدلالته

لانه لا يجوز صرف الكلام عن مقتضاه إلا بقصده، فان قال أنت طالق اذ دخلت الدار طلقت في الحال لان إذ للماضي ويحتمل أن لا يقع لان الطلاق لا يقع في زمن ماض كقوله أنت طالق أمس

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان قمت وأنت طالق طلقت في الحال لان الواو ليست جوابا للشرط. فان قال أردت بها الجزاء أو أردت أني أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت دين لان ماقاله محتمل وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين)

[إحداهما] لا يقبل لانه خلاف الظاهر (والثانية) يقبل لان قوله يحتمله وهو أعلم بمراده، وان جعل لهذا جزاء فقال ان دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لان الواو ههنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ولو قال ان دخلت الدار طالقا فأنت طالق فدخلت وهي طالق طلقت أخرى لان هذا حال فجرى مجرى قوله ان دخلت الدار راكبة.

(فصل) فان قال ان دخلت الدار أنت طالق لم تطلق حتى تدخل، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لانه لم يعلقه بدخول الدار بالفاء التي انما يتعلق بها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال

ولنا أنه أتى بحرف الشرط فيدل بذلك على أنه أراد التعليق وانما حذف الفاء وهي مرادة كما

عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع فانه يريد بيان الاحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال ان خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك او دعاه انسان الى غدائه فقال امرأتي طالق ان تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الاول ويحنث على الثاني ، وان حلف لعامل أن لايخرج إلا باذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل) وان قال ان دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لانسان إن دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لان قرينة حال المتكلم تدل على انه انما يحلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضا ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضا عن السبب كما في التي قبلها

(فصل) وإذا قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم لانه الحقيقة ، وحكي عنه انه لو قال اردت به الجماع لم يقبل في الحكم

ولنا أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان في العرف عبارة عن الجماع ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع في مثل قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة »

يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ومها أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب، وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروه إلغاؤه ، وان قال أردت الايقاع في الحال وقع لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ. وان قال أنت طالق وان دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لان معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة، وان زنى وان سرق » وقال ﷺ « صلهم وان قطعوك وأعطهم وان حرموك » ، وان قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين، فان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وان دخلت الاخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الاخرى أو لم تدخل ولا تطلق بالاخرى وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما ومقتضى اللغة ماقلناه، وان قال أردت جعل الثاني شرطاً لطلاقها أيضا طلقت بكل واحدة منهما لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وان قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية ، فهو على ما أراده، وان قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولهما لانه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق باحداهما أيهما كان لانه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الاول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد ، قال الفرزدق

فيجب حمله عند الاطلاق عليه كسائر الاسماء العرفية من الظعينة والراوية وأشباههما ولا يحنث حتي تغيب الحشفة في الفرج ، وان حلف ليجامعها أو لا يجامعها انصرف الى الوطء في الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وان أنزل لان مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه

وان حلف لافتضضتك فافتضها باصبع لم يحنث لان المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر وان حلف على امرأة لايملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لان إطلاق النكاح ينصرف اليه وان كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين فهو على وطئها لان قرينة الحال صارفة عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها

(فصل) وان قال ان أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي لانها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا تخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي لانه اذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لان الامر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره ، وان قال لها إن نهيتني عن نفع أمي فانت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئا لم يحنث لان إعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرما فلا يتناوله يمينه . ويحتمل أن يحنث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه

(فصل) فان قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل ، وان خرجت إلي الحمام ثم عدلت إلى غيره فقياس المذهب أنه

ولكن نصفا لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد .

(فصل) ولو قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قمت ويحكى هذا عن أبي يوسف لانها لو لم تكن للشرط لكانت لغواً ، والاصل اعتبار كلام المكلف وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه لقسم لو تعلمون عظيم ـ ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وإن قال أردت أن أجعل لها جوابا دين ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال إن قمت فقعدت فأنت طالق أو إن قمت ثم قعدت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد لانهما حرفا ترتيب وكذلك إن قال إن قعدت إذا قمت أو إن قعدت إن قمت لان اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالقعود بعد القيام

(فصل) وإن قال إن قمت إذا قعدت أو إن قمت إن قعدت لم تطلق حتى تقعد ثم تقوم وكذلك إن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت إن لبست أو إن أكلت متى لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم

يحنث لان ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالفت لفظه، ويحتمل أن لايحنث وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ماحلف عليه ويتناوله لفظه، وان خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما في القصد ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لانها خرجت إلى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لايكلم زيداً فكلم زيداً وعمراً (الثاني) لايحنث لانهاماخرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك ونقل الفضل بن زياد عن احمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أن لايخرج من بغداد إلا لنزهة فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة فقال النزهة لاتكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ماتقدم، وقال في رجل حلف بالطلاق أن لاياتي أرمينية إلا باذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذناعاما لم يحنث قال القاضي وهذا من كلام احمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان اذنا منها وله الخروج، وان كان بلفظ عام

(فصل) فان حلف ليرحلن من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد اليها لم يحنث إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع اليها لان الحالف على الخروج والرحيل وقد فعلها وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد اذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد مضت يمينه لاشيء عليه ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق إن لم نرحل من هذه

لانه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله والشرط يتقدم المشروط. قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتيني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي إذا كان الشرط باذا كقولنا وفيما إذا كان بان مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا قال لان أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط باذا. قال شيخنا والصحيح الاول وليس لاهل العرف في هذا عرف فان هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل اللسان والله أعلم.

﴿مسئلة﴾ (وإن قال إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان)

لان الواو لاتقتضي ترتيباً ولا تطلق بوجود أحدهما لأنها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعاً وعنه أنها تطلق بوجود أحدهما وخرجه القاضي وجهاً بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه والاول أصح وهذه الرواية بعيدة جداً تخالف الاصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل

الدار ان لم يدركه الموت ولم ينو شيئا هي الى أن تموت فان رحل لم يرجع ومعنى هذا أنه ان أدركه الموت قبل امكان الرحيل لم يحنث ، وان أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما فيقع بها الطلاق في آخر أوقات الامكان ، وأما قوله ان رحل لم يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضي هجران الدار على الدوام ونقل مهنا في رجل قال لامرأته ان وهبت كذا فأنت طالق فاذا هي قد وهبت قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي هذا محمول على أنه قال ان كنت وهبته والا فلا يحنث حتى تبتدي هبته لان اليمين تقتضي فعلا مستقبلا يحنث به وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه ونقل عنه أيضا في رجل قال لامرأته ان رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته ان أراد أن لا تدخلها حنث ، وان كان نوى اذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فان مبنى اليمين على النيات سيما والرؤية تطلق على العلم كقول الله تعالى (ألم تر كيف فعل ربك بعاد) ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لانه الذي تناوله لفظه ونقل عنه المروزي في رجل أقرض رجلا دراهم فحلف أن لا يقبلها ، وكان الرجل ميتا تعطى الورثة يعني اذا مات الحالف يعني الورثة ولا يبرأ بيمينه لانها ليست إبراء فلا يسقط الحق بها

(فصل) ولو قال امرأتي طالق ان كنت أملك الا مائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث فان نوى أني لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها وان قال ان كنت أملك أكثر من مائة فامرأتي طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لانه صادق

العلم فانه لا خلاف بينهم في أنه إذا علق الطلاق على شرطين مرتبين في مثل قوله إن قمت فقعدت أنه لا يقع بوجود أحدها فكذلك هنا ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتيني درهمين فأنت طالق أو إذا مضى شهران فأنت طالق فانه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً وكان قوله يقتضي الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما وقد نص أحمد رحمه الله في أنه إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق أو إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي يصوم فيه طلقت وأما اليمين فانه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه وفي مسئلتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين لتصريحه بهما وجعلها شرطا للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه كنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما والجزاء لا يوجد بدون شرطه والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا

(مسئلة) (وإن قال إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما)

لان أو لاحد الشيئين ، وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست لان

(فصل) فان قال لامرأته ياطالق أنت طالق إن دخلت الدار طلقت واحدة بقوله ياطالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار ، ولو قال أنت طالق ثلاثا ياطالق ان دخلت الدار فان كانت له نية رجع اليها وإلا وقعت واحدة بالنداء وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق يازانية ان دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف ، وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط اليهما في المسئلتين فلا يقع بهما في الحال شيء ، والاولى أن يرجع الشرط الى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لايوجد ذلك فيه

(فصل) فان قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرض في الحال طلقت في الحال ، وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطلق حتى تمرض لان هذا حال والحال مفعول فيه كالظرف ويكون الرفع لحنا لان الحال منصوب وان أطلق ونصب انصرف الى الحال لان مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفا لمعرفة فيكون حالا ، وان رفع فالاولى وقوع الطلاق في الحال ويكون ذلك وصفا لطالق الذي هو خبر المبتدا وان أمكن احتمل وجهين

(أحدهما) وقوع الطلاق في الحال لان قوله أنت طالق يقتضي وقوع الطلاق في الحال فقد تيقنا وجود المقتضي وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك

أو تقتضي تعليق الجزاء على واحد من المذكور ، كقوله سبحانه (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر)

(فصل في تعليقه بالحيض) قال الشيخ رحمه (إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض لان الصفة وجدت وكذلك حكمنا أنه حيض في المنع من الصلاة والصيام فان بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانا تبينا أن الصفة لم توجد

(فصل) وإذا قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه لأنها لا تحيض حيضة إلا بذلك ولا تعتد بالحيضة التي هي فيها لأنها ليست حيضة كاملة ، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت طلقة واحدة فاذا حاضت الثانية عند طهرها وإن قال إذا حضت حيضة فانت طالق ثم اذا حضت حيضتين فانت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة)

وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أن لا يقع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لانا لا نتيقن مضي نصف الحيض الا بذلك الا أن تطهر لاقل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة ،

(والثاني) لا يقع الا في حال مرضها لان ذكره المرض في سياق الطلاق يدل على تعليقه به وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالا

﴿ مسئلة ﴾ قال واذا قال أنت طالق اذا قدم فلان فقدم به ميتا أو مكرها لم تطلق)

أما اذا قدم به ميتا أو مكرها محمولا فلا تطلق لانه لم يقدم انما قدم به وهذا قول الشافعي، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد اذا حمل اليه ، ولو قال أنت طالق اذا دخل الطعام البلد طلقت اذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب الى غير فاعله الا مجازاً والكلام عند اطلاقه لحقيقته اذا أمكن ، وأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسه لاكراه فعلى قول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا الى جهنم زمراً حتى اذا جاءوها) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (أدخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرها وهذا فيما اذا أطلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه وتقيد بها

وحكي عن القاضي أنه يلغو قوله نصف حيضة فعلى هذا يتعلق طلاقها بأول الدم لانها لا نصف لها فيكون كقوله إذا حضت وقيل يلغو قوله نصف فهو كقوله اذا حضت حيضة ، والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة أو يوم فيكون له حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال اذا طهرت فأنت طالق وكانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر)

وهذا يحكى عن أبي يوسف ، وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من طهرها وكذلك قال في قوله اذا حضت فأنت طالق فكانت حائضاً أنها تطلق بما يتجدد من الحيض لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن اذا اسم لزمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا ، وهذا الطهر والحيض مستدام غير متجدد ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت الا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به فأما اذا قال اذا طهرت فأنت طالق وهي حائض طلقت بانقطاع الدم قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية ابراهيم الحربي وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في أنها لا تنقضي الا بالغسل

ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقربوهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمهن فاذا تطهرن أي اغتسلن ولانه قد ثبت لها أحكام الطهارات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام

(فصل) وإن قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها ، قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحدا ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان القادم ممن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله ، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لاحدهما أو غلام لاحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسيا أو جاهلا وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك لانه اذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ولم يكن يمينا فأشبه مالو علقه على طلوع الشمس ، وان كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وان كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وافاقته مثل أن يقصد طلاقها اذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يمينا ، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لاجلها عن فعل ماعلق الطلاق عليه كان يمينا ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وانما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

وقوفا على وجود الغسل ولانها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهراً لانهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

(مسألة) (واذا قالت قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها في أحد الروايتين بغير يمين لانها أمينة على نفسها)

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله قال (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول ماحرم الله عليها كتمانه وصار كقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ولانه معنى فيها لا يعرف الا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها (والرواية الثانية) لا يقبل قولها ويختبرها النساء بادخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا . قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء فتعطى قطنة فتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد ، قال أبو بكر وبهذا أقول لان الحيض يمكن التوصل الى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب ولعل أحمد انما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل تعتبر يمينها اذا قلنا القول قولها؟ على وجهين بناء على مااذا ادعت أن زوجها طلقها وأنكرها

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فان كان نوى أن لايخرج فقد حنث وان نوى أن لاتدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لان اليمين اذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالمكره اذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وان نوى فعله فقد وجد وحنث وان لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث الا اذا خرج بتفريطها في حفظه أو اختيارها

(فصل) فان حلف لاتأخذ حقك مني فأكره على دفعه اليه وأخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً ، وان أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم ، وان وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو الى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ماوجد وان أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه الى المستحق فأخذه فقال القاضي لايحنث وهو مذهب الشافعي لانه ماأخذه منه ، وان قال لاتأخذ حقك علي حنث لانه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله ابو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لاعلى الاسماء ، ولانه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذ الحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيبا) وان كانت اليمين من صاحب الحق فحلف لاأخذت حقي منك فالتفريع فيها كالتي قبلها

ولا يقبل قولها الا فى حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وهذه معك لامرأة أخرى قالت قد حضت من ساعتها تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لانها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره .

﴿مسئلة﴾ (ولو قال قد حضت فانكرته طلقت باقراره)

لانه أقر بما يوجب طلاقها فاشبه ما لو قال قد طلقتها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وكذبها طلقت وحدها)

لان قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة إلا أن تقيم بينة على حيضها وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم تقبل لان معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وانما اؤتمنت على نفسها في حيضها ، وإن قال قد حضت وأنكرت طلقتا باقراره .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا)

لانهما أقرتا وصدقهما فوجدت الصفة في حقهما وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهن لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان وإن كذب احداهما طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج

فان تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج الى الحالف فأخذه ولم يعلم انها فيه لم يحنث لان هذا ليس بمعدود أخذا ولا يبرأ به الغريم منها فان كانت اليمين لاأعطيتك حقك فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه الى الغريم لم يحنث ، وان أكرهه على دفعه اليه فدفعه خرج على الوجهين في المكره ، وان أعطاه باختياره حنث ، وان وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لانه أعطاه ، وان دفعه الى الحاكم اختياراً ليدفعه الى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه الى الغريم حنث وقال القاضي لايحنث وقياس المذهب أنه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً فأشبه مالو دفعه إلى وكيله فأعطاه إياه ولان الايمان على الاسباب لا على الاسماء على ماذكرناه فيما مضى

(فصل) فان قال ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طلقت لانها رأته وان رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره ، وان أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان الا أن يكون أراد بالثانية افهامها أن قد وقعت بها الاولى فتلزمه واحدة وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يلزمها مابعدها لانه ابتداء كلام)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية ايقاع طلقة ثانية

ضرتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضرتها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ذلك لاربع فقد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الاربع فان قلن قد حضن فصدقهن طلقن)

لانه قد وجد حيضهن بتصديقه وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان شرط طلاقهن حيض الاربع ولم يوجد وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يوجد إلا في نفسها وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق)

فقد جعل حيض كل واحدة منهن شرطاً لطلاق ضرائرها فقلن قد حضن فصدقهن طلقت كل واحدة منهن لان قولهن غير مقبول عليه في طلاق غيرهن وإن صدق واحدة منهن لم تطلق لانه لا ليس لها صاحبة ثبت حيضها وطلقت ضراتها طلقة طلقة لان لهن صاحبة قد ثبت حيضها وان صدق اثنتين طلقت كل

وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وان نوى بها افهامها أن الاولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق الا واحدة وان لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي ، وقال في الآخر تطلق واحدة لان التكرار يكون للتأكيد والافهام ويحتمل الايقاع فلا توقع طلقة بالشك

ولنا أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضي الوقوع بدليل مالو لم يتقدمه مثله وانما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فاذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام اذا لم يوجد المخصص وبالاطلاق في المطلق اذا لم يوجد المقيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق الا طلقة واحدة سواء نوى الايقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طلقتان ، وان قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا اذا كان متصلا لانه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا

ولنا انه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم تقع الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لاعدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلم يمكن وقوع الطلاق بها لانها غير زوجة وانما تطلق الزوجة ولأنه قول من سميناه من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فيكون اجماعا

(فصل) فان قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل

واحدة منهما طلقة لان كل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت المكذبتان طلقتين طلقتين لان لكل واحدة منهما ضرتين مصدقتين وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا لان لها ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لان لكل واحدة ضرتين مصدقتين

(فصل) إذا قال لامرأتيه ان حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير ان حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان ويكون كقوله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي فاجلدوا كل واحد منهم ثمانين جلدة ، ويحتمل أن يتعلق بها الطلاق بحيض احداهما حيضة لانه لما تعذر وجود الفعل منهما وجب اضافته إلى احداهما كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وإنما يخرج من احدهما . وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان حيضة وحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال ان حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر لا تنعقد هذه الصفة لانها مستحيلة فيصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الاول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محل سائغ وتبعيداً لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد مايقع به الطلاق يقينا وغير هذا الوجه لايحصل به اليقين فان أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه واذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال أردت ان تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق للطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة

قوله نويت التوكيد لان التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل

(فصل) وكل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطالق أو فطالق وأشباه ذلك لان هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الاولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها، وأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب

ولو قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها طلقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة

(فصل) وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك ذكره القاضي وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في المسئلة السريجية ، وقال أبو بكر يقع طلقتان وهو قول أبي حنيفة لانه استحال وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها في أقرب الازمنة اليه

ويحتمل أن يقع الطلاق لان هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها ويحتمل أن يقع الطلاق في الحال ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات وإن وطيء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لانها ليس لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وإن وطيء اثنتين طلقتا طلقتين وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيدا بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة وإذا ماتت أخرى فكذلك وإذا مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

(فصل في تعليقه بالحمل) قال شيخنا رحمه الله تعالى (اذا قال ان كنت حاملا فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين والا فلا)

ويعلم حملها بان تلد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين فيقع الطلاق لوجود شرطه ، وان ولدت لاكثر من أربع سنين لم تطلق لانا علمنا براءتها من الحمل وان ولدت لاكثر من ستة اشهر ولاقل من أربع سنين ولم يكن لها من يطؤها طلقت لانها كانت حاملا وان كان لها زوج يطؤها فولدت لاقل من ستة أشهر من حين وطئه طلقت لانا علمنا انه ليس من الوطء وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان يقين النكاح باق والظاهر

وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى مابعدها لان قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر الى البعيد مع إمكان القريب

ولنا ان هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو اعط زيداً بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا طلاقا في زمن ماض وانما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه ولو قدر ان إحداهما موقعة في زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الاخرى وحدها وهذا تعليل القاضي لكونه لايقع الا واحدة والاول من التعليل أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف يقع طلقة لان الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء

ولنا انه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثا، ولا نسلم ان الطلقة تقع مفردة فان الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به اذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال اذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فانها تطلق طلقتين لما ذكرنا

حدوث الولد من الوطء لان الاصل عدمه قبله

《 مسألة 》 (وان قال ان لم تكوني حاملا فانت طالق فهي بالعكس)

ففي كل موضع يقع الطلاق في التي قبلها لا يقع ههنا وفي كل موضع لايقع ثم يقع ههنا لانها ضدها الا اذا اتت بولد لا كثر من ستة اشهر ولاقل من أربع سنين هل يقع الطلاق ههنا ؟ فيه وجهان (احدهما) تطلق لان الاصل عدم الحمل قبل الوطء والثاني لا تطلق لان الاصل بقاء النكاح

《 مسألة 》 (ويحرم وطؤها قبل استبرائها في احدى الروايتين ان كان الطلاق بائنا نص عليه أحمد)

وكذلك يحرم في التي قبلها لاحتمال الحمل فغلب التحريم وقال القاضي يحرم الوطء وان كان الطلاق رجعيا سواء قلنا ان الرجعية مباحة أو محرمة لانه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الوطء لايحرم لان الاصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل فان استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكفي في الاستبراء حيضة قال أحمد في رواية أبي الخطاب اذا قال لامرأته متى حملت فانت طالق لا يقربها حتى تحيض فاذا طهرت وطئها فان تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فان لم يوجدن او خفي عليهن انتظر عليها تسعة اشهر غالب مدة الحمل، وذكر القاضي رواية اخرى انها تستبرأ بثلاثة قروء لانه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي قال شيخنا

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت اني أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين ، وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت اني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو ان زوجا قبلي طلقها دين وهل يقبل في الحكم؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والآخر) لا يقبل (والثالث) يقبل ان كان وجد وان لم يكن وجد لم يقبل والصحيح انه اذا لم يكن وجد لا يقبل لانه لا يحتمل ما قاله

(فصل) فان قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام « فنكاحها باطل باطل باطل » وان قصد الايقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا ، وان لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينها بحرف يقتضي المغايرة فلا يكن متغايرات ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه غاير بينها وبين الاولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها ، فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين (احداهما) يقبل وهي مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتاكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق

(والثانية) لا يقبل لان حرف العطف للمغايرة فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو ، وان

والصحيح ماذكرناه لان المقصود معرفة براءة رحمها وهو يحصل بحيضة بدليل قوله عليه السلام « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » يعني حتى تعلم براءتها من الحمل بحيضة ولان ما تعلم به البراءة في حق الامة والحرة واحد لانه امر حقيقي لا يختلف بالرق والحرية ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوزان يعدى بالقياس وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها؟ على وجهين (أصحهما) الاعتداد به لانه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين (والثاني) لا يعتد به لان الاستبراء لا يقدم على سببه ولانه لا يعتد به في استبراء الامة المملوكة قال أحمد اذا قال لامرأته اذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني اذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لان الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له فاذا وطئها اعتزلها لاحتمال ان تكون قد حملت من وطئه فطلقت به

(مسئلة) (واذا قال ان كنت حاملا بذكر فانت طالق واحدة وان كنت حاملا بانثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا لوجود الصفة)

ولو قال إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا جارية . ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها

غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق وطالق أوطالق وطالق فطالق ونحوذلك لم يقبل في شيء منها ارادة التوكيد لان كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد انما يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) ولو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لانه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة المغايرة بين الالفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وان قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقبل منه لان اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً كقوله * فألفى قولها كذبا ومينا * ويحتمل أن لا يقبل لان الواو تقتضي المغايرة فأشبه مالو كان بلفظ واحد

﴿مسئلة﴾ قال (وأذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث لانه نسق وهو مثل قوله أنت طالق ثلاثا)

وبهذا قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم مايدل عليه، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وابو ثور لايقع إلا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها

ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فتكون موقعا الثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت

(فصل) في تعليقه بالولادة إذا قال إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكراً ثم أنثى طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به. ذكره أبو بكر لان العدة انقضت بوضعه فصادفها الطلاق فلم يقع كما لو قال اذا مت فانت طالق، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن ابن حامد أنها تطلق لان زمن البينونة زمن الوقوع فلا تنافي بينهما، والصحيح الاول لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي انها لا تطلق فهذا أولى فان ولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثاً لوجود الشرطين.

﴿مسئلة﴾ (فان أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد فلا تلزمه الثانية لانه مشكوك فيه والورع أن يلتزمها)

وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، قال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما لانه يحتمل كل واحدة منهما احتمالا مساويا للاخرى فيقرع بينهما كما لو أعتق عبديه معا ثم نسيه فان قال ان كان أول ماتلدين ذكراً فانت طالق واحدة وان كان أنثى فانت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لانه لا أول فيهما فلم توجد الصفة وان ولدتهما دفعتين طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به الا على قول ابن حامد وقد ذكرناه

طالق ثلاثا أو طلقة معها طلقتان ، ويفارق ما اذا فرقها فانها لاتقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الاولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه، وههنا لاتقع الاولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا أو صفة لحق به ولم يقع الاول مطلقا ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك ، واذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقي لانه نسق أي غير مفترق،فان قيل انما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لأنه مغير له ، والعطف لايغير فلا يقف عليه ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به ولذلك لو قال لها أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة،قلنا مالم يتم الكلام فهو عرضة التغيير اما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط واما بما يمنع بعضه كالاستثناء واما بمايبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشباه هذا فيجب أن يكون واقفا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لانه لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع بها شيء آخر ، وأما إذا قال أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لاتتعلق إحداهما بالاخرى ولو تعقب احداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الاخرى ولا وجه لوقوف احداهما على الاخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع، ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لاتعلق لها بالاخرى فلا يصح قياسها عليها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا فرق بين أن تلده حياً أو ميتا)

لان الشرط ولادة ذكر أو أنثى وقد وجد، لان العدة تنقضي به وتصير به الجارية أم ولد كذلك هذا

(فصل) إذا قال ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان ولدت انثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وان ولدت انثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وان ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها إلا على قول ابن حامد وان كانت الجارية ولدت أولا طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام .

(فصل) فان كان له أربع نسوة ، فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا،وان ولدن في دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة فاذا ولدت الثانية بانت بوضع الولد ولم تطلق وهل يطلق سائرهن؟فيه احتمالان

[أحدهما] لايقع بهن طلاق لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائر لها والزوج إنما علق بولادتها طلاق ضرائرها .

(فصل) فان قال أنت طالق طلقتين ونصفا فهي عندنا كالتي قبلها يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقتان ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت طلقت ثلاثا في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال ابو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يقع واحدة لان الطلاق المعلق اذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة

ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتي قبلها ، وان قال اذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثا وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا

(فصل) وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ان دخلت الدار ، أو ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ، أو ان دخلت فأنت طالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها وبهذا قال الشافعي ، وذهب القاضي الى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها لانها المهلة فتكون الاولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق

(والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة طلقة لانهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه ، ويقع بالوالدة الاولى طلقة فاذا ولدت الثالثة بانت وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فاذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والاولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى مالم تنقض عدتها واذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضي عدتها بذلك ، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة منهن وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين الوالدة بوضع ولدها الا الاولى ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا وفي الأولى لا يقع لانهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق فكذلك إلا أنه لا يقع على الاولى طلقة بولادتها، فان كانت الثانية حاملا باثنتين فوضعت الاولى منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسئلة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنتين فكذلك فتطلق الرابعة وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين في المسئلتين الاوليين وثلاثا ثلاثا في المسئلة الثالثة ثم كلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها ، قال القاضي إذا كان له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان ، فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا

ولنا أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولان الاولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها، ولانه جعل الاولى جزاء الشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره، ولانه لو قال ان دخل زيد داري فأعطه درهما لم يجز أن يعطيه قبل دخوله فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع

(فصل) وإن قال لمدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وذهب القاضي الى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به مايعد عنه دون مايليه ويجعل جزاء مالم توجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ماوجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً، وإن قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق ثلاثا وهو ينوي واحدة فهي ثلاث)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه

جميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الاولى ثانية فان كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضا، ثم إذا ولدت الاولى تمام حملها انقضت عدتها به، وطلقت الثانية ثلاثا فاذا وضعت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به

(فصل) في تعليقه بالطلاق اذا قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة واخرى بالصفة ان كانت مدخولا بها لانه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فاذا وجد الشرط وقع الطلاق، وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تقع الثانية لانه لا عدة عليها ولا يمكن رجعتها فلا يقع طلاقها الا بائنا ولا يقع الطلاق بالبائن فان قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد طلاقا سوى ما باشرتك به دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

[احداهما] لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ولان اخباره اياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه

(والوجه الثاني) يقبل قوله لانه يحتمل ماقاله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق، وقال أردت بالثاني التأكيد أو افهامها .

﴿ مسئلة ﴾ (اذا قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق فقامت طلقت بقيامها

خلافا لان اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لانها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردها والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولان النية انما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله فلا يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحداً

(مسئلة) قال (وان طلق واحدة وهو ينوي ثلاثا فهي واحدة)

أما اذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة لان لفظه لا يحتمل أكثر منها، فاذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا فاسد فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا تعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظ، وأما اذا قال أنت طالق ونوى ثلاثا فهذا فيه روايتان

(احداهما) لا يقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة، بيانه أن قوله أنت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر

ثم طلقت بالصفة أخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة لان الصفة تطليقة لها وتعليقه لطلاقها بقيامها اذا اتصل به القيام تطليق لها.

(مسئلة) (ولو قال اولا ان قمت فانت طالق ثم قال ان طلقتك فانت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة ولم تطلق بتعليق الطلاق لانه لم يطلقها بعد ذلك)

لان هذا يقتضي ابتداء ايقاع ووقوع الطلاق ههنا بالقيام انما هو وقوع بصفة سابقة تعقد الطلاق شرطا

(مسئلة) (ولو قال ان قمت فانت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها ان كانت مدخولا بها لان الطلاق الواقع بها طلاقه فقد وجدت الصفة

(مسئلة) (وان قال كلما طلقتك فانت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار)

فاذا قال لها بعد أنت طالق طلقت طلقتين احداهما بالمباشرة والاخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لان الثانية لم تقع بايقاعه بعد عقد الصفة لان قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق، وهذا يقتضي تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول وانما وقعت الثانية بهذا القول، وان قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فانت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لانه قد طلقها ولم تقع الثالثة فان قال لها كلما أوقعت عليك طلاقي فانت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فانت طالق، وذكر القاضي في هذه أنه اذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله اذا أوقعت عليك طلاقاً فانت طالق لم تطلق

(والرواية الثانية) إذا نوى ثلاثا وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لانه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات ولانه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثا ولان قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لان الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطلاق يمكن تعدده

(فصل) فان قال أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع لانه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وان أطلق فهي واحدة لانه اليقين، وان قال أنت طالق الطلاق وقع ما نواه وان لم ينو شيئا فحكى فيها القاضي روايتين (إحداهما) يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا لان الالف واللام الاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) أنها واحدة لانه يحتمل أن تعود الالف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته ولان اللام في أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق - واذا عقل الصبي الطلاق - واغتسلت بالماء - وتيممت بالتراب - وقرأت العلم والحديث والفقه - هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة اليه، وهكذا لو قال لامرأته أنت الطلاق فان أحمد قال ان أراد ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي

لان ذلك ليس بايقاع منه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وفيه نظر فانه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فاذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله اذا طلقتك فانت طالق

﴿مسألة﴾ (وان قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب أو بصفة عقدها بعد ذلك أو قبله طلقت ثلاثاً لان الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة

(فصل) فان قال لها ان خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم خرجت وقع عليها طلقة بالخروج ثم وقعت عليها الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لان كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها اذا طلقتك فانت طالق ثم قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لان تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ولانه اذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فاما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة في جميع هذا. وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فان قال كلما طلقتك طلاقاً املك فيه رجعتك فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (احداهما) بالمباشرة (والاخرى) بالصفة الا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا يقع

واحدة وان لم ينو شيئا فكلام أحمد يقتضي أن تكون ثلاثا لانه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أي شيء بقي هي ثلاث ، وهذا اختيار أبي بكر ويخرج فيها انها واحدة بناء على المسئلة قبلها ووجه القولين ماتقدم ، ومما يبين انه يراد بها الواحدة قول الشاعر

فأنت الطلاق وأنت الطلاق   وأنت الطلاق ثلاثا تماما

فجعل المكرر ثلاثا ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعا

(فصل) ولو قال الطلاق يلزمني أو الطلاق لي لازم فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه . ولعلهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع به مانواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وان أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم ، وان قال علي الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني لان من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق ويخرج فيه في حالة الاطلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة لان أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون أن الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق إلا واحدة فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون الا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نووا الواحدة

بها ثانية لانها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فان طلقها ثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر :قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لانا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فنسقطه بمنع وقوعه

ولنا انه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فتقع التي بعدها كالاولى وامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها وان الثانية تقع وان امتنعت الرجعة لعجزه عنها وان كان الطلاق بعوض أو في غير المدخول بها لم يقع الا الطلقة التي باشرها بها لانه لا يملك رجعتها وان قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فانت طالق ثم وقع عليها طلقة بالمباشرة أو صفة طلقت ثلاثاً وعندهم لا تطلق لما ذكرنا في التي قبلها ولو قال لامرأته اذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فانت طالق فانت طالق فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وان قال كلما وقع عليك طلاقي أو ان وقع عليك طلاقي فانت طالق قبله ثلاثاً ثم قال أنت طالق فلا نص فيها)

وقال أبو بكر والقاضي تطلق ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنتان بالمعلق ، وهو قياس قول الشافعي وبعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق بالطلاق المنجز ويلغوا المعلق لانه طلاق في زمن ماض، وقال

(فصل) وان قال أنت طالق للسنة طلقت واحدة في وقت السنة ، وذهب أبو حنيفة الى انها تطلق ثلاثا في ثلاثة قروء بناء منه على ان هذا هو السنة وقد بينا ان طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه ، وان قال أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصبها فيه أيضا الا أن ينوي الثلاث فتكون ثلاثا لانه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التي قبلها

(فصل) وان قال العجمي بهشتم لبسيار طلقت امرأته ثلاثا نص عليه أحمد لان معناه أنت طالق كثيرا ، وان قال بهشتم فحسبت طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثا فتكون ثلاثا ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي : يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لان هذا صريح وذلك صريح فهما سواء . والصحيح انه يقع ما نواه لان معناها خليتك، وخليتك يقع بها ما نواه وكذا ههنا وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها في الطلاق وتعينها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده وان قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثا فهي ثلاث لانه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير وكذلك لو قال طلقتك

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين (أحدهما) من لا يقدر على الكلام كالاخرس اذا طلق بالاشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانه لا طريق إلى الطلاق إلا بالاشارة فقامت اشارته مقام الكلام من غير نية

أبو العباس بن سريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فاثباتها يؤدي الى نفيها فلا تثبت ولان ايقاعها يفضي الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما افضى الى الدور وجب قطعه من أصله

ولنا انه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيجب ان يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ولان الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه يمنعه بالكلية وتبطل مشروعيته وتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فانا اذا قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لانه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال انت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولانه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمنع من وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي الى دور ولا غيره وان قلنا بوقوع الثلاث فوجهه انه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال انت طالق طلقة لا تلزمك ولا تنقص عدد طلاقك أو قال للآيسة انت طالق للسنة أو للبدعة وبيان استحالته ان تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لان الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو اطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فانت طالق

كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان أشار الاخرس باصابعه الثلاث الى الطلاق طلقت ثلاثا لان اشارته جرت مجرى نطق غيره ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لاتكفي ، وان قال أنت طالق هكذا وأشار باصابعه الثلاث طلقت ثلاثا لان قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالاصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين وان قال أردت الاشارة بالاصبعين المقبوضتين قبل منه لانه يحتمل مايدعيه (الموضع الثاني) اذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وابو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لايقع به طلاق ، وان نواه لانه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة ان النبي ﷺ كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فاما ان كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي الشريف في الارشاد على روايتين (احداهما) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما

يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق قبله بعده محال لايصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال ان طلقتك فأنت طالق ثلاثاً لاتلزمك ثم يبطل ماذكروه بقوله اذا انفسخ نكاحك فانت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد مايفسخ نكاحها من رضاع او ردة او وطء امها أو ابنتها بشبهة فانه يرد ماذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ماذكروه ذريعة الى أن لايقع عليها الطلاق جملة وان قال انت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو أنت طالق اليوم ثلاثا او طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعاً وذلك ان الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب ان يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ماتعلق بها لان ماتعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه اذا اعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من ثلثه الا احدهما فان سالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لان ذلك ربما ادى الى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين ان يقول فغانم معه أو قبله أو بعده او يطلق كذا ههنا

(فصل) اذا قال ان طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال ان طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معاً حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وان بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لانه اذا طلق حفصة طلقت بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ما احدث في عمرة طلاقا انما طلقت بالصفة السابقة

ذكرنا (والثانية) لايقع الا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لان الكتابة محتملة فانه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الاهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى واذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين لانه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى، وان قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع، وان أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي ﷺ « ان الله عفا لامتي عما حدثت به أنفسها مالم تكلم أو تعمل به » فظاهر هذ أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله، ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ويحتمل أن لايقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناويا للطلاق والخبر انما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام، وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به

(فصل) وان كتبه بشيء لايبين مثل ان كتبه باصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام احمد أنه لا يقع، وقال ابو حفص العكبري يقع، ورواه الاثرم عن الشعبى لانه كتب حروف الطلاق وأشبه مالو كتبه بشيء يبين، والاول أولى لان الكتابة التي لاتبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لايقع فههنا أولى

على تعليقه طلاقها وان بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لانه احدث فيه طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله ان طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق فان وجدا معاً بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة انت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما الا طلقة لان هذه المسئلة كالتي قبلها سواء فانه بدأ بطلاق عمرة علي تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ولو قال لعمرة ان طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة ان طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة، وان طلق عمرة طلقت كل واحدة منها طلقة لانها عكس التي قبلها وذكرها بين المسئلتين القاضي في المجرد ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة، وان طلق الثانية طلقت كل واحدة منها طلقة، وان قال كلما طلقتك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت كل واحدة منها طلقة وإن طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الاولى طلقة وتعليل ذلك على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

(فصل) اذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب اذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لانه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر، وان كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وان لم ينو شيئاً وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظرنا فان كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاقه قبل وجود الشرط لانه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطا، وإن قال انني كتبته مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط وان كتب الى امرأته أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه، وان كتب اليها اذا وصلك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله اليها، وان ضاع ولم يصلها لم تطلق لان الشرط وصوله، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لانه ليس بكتاب وكذلك ان انطمس ما فيه لعرق أو غيره لان الكتاب عبارة عما فيه الكتابة، وان ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لايخرجه عن كونه كتابا ووصل باقيه طلقت لان الباقي كتاب وان تخرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لان الاسم باق فينصرف الاسم اليه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق، وان طلقت عمرة فحفصة طالق، وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها، وانما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق، وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك، وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت حفصة فيقع الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقا وطلقت به عمرة بخلاف غيرها ولو قال لزينب ان طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة ان طلقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فانت طالق ثم طلق زينب طلق الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً والدليل على أنه تطليق لحفصة انه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معاً بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها، وان قال لزينب ان طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقاً انما طلقتا بالصفة على تعليق

وان تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لان المقصود ذاهب فان قال لها اذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها اذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب فان قال أردت اذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

(فصل) ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول قيل له فان شهد حامل الكتاب؟ قال لا الا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لان الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت الا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام احمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها وان لم يشهدا به عند الحاكم لان أثره في حقها في العدة وجواز التزويج بعد انقضائها وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكتفى فيه بسماعها الشهادة، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لان الخط يشبه به ويزور ولهذا لم يقبله الحاكم، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفي بمعرفتها له من غير شهادة

وذكر القاضي أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة وهذا مذهب الشافعي والصحيح أن هذا ليس بشرط فان كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك فهذا أولى

الطلاق بتطليقها وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لان عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لانه وقع بها بصفة أحدثها فيها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها فعاد على حفصة وعمرة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم وان طلق حفصة طلقت ثلاثاً لانها طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لانه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهم طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لانه تطليق لزينب على ما ذكرناه وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الاولى طلقت ثلاثاً وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لان تطليقه للاولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة اليها لكونه واقعا بصفة احدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقهما وان طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الاولى ثلاثا والثالثة طلقة وان طلق الثالثة طلقت الاولى طلقتين وطلق كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وانما يستنيب فيهما وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال هذا كتابي كان لها أن يشهدا به

﴿ باب الطلاق بالحساب ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لها نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين: (أحدهما) أنه اذا طلق جزءاً منها (والثاني) اذا طلق جزءاً من طلقة فأما الاول فانه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من الف جزء منها أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأي الا أنه ان أضافه الى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج طلقت ، وإن أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لانه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة باضافة الطلاق اليه كالسن والظفر

(فصل) وان قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ولو قال لعبده ان قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لان وقوع الطلاق بالصفة انما يكون تطليقاً مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله ان طلقتك فعبدي حر وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده وكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ولو قال لعبده ان اعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده ان لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لنسائه الاربع ايتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على احداهن طلاقه طلق الجميع ثلاثا)

لانه اذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبها ووقوعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن الى ان تكمل الثلاث لكل واحدة منهن

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة احرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الاربع مجتمعات او متفرقات عتق خمسة عشر عبداً) وقيل يعتق عشرة بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالث ثلاثة وبالاربع أربعة وهذا غير صحيح فان

ولنا أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والاعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها مايقتضي التحريم والاباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد، وفارق ماقاسوا عليه فانه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فانهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسهما الطهارة

(الفصل) الثاني) اذا طلقها نصف تطليقة أو جزءا منها، وان قل فانه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم الا داود قال: لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وابو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق وذلك لان ذكر بعض مالا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق

(فصل) فان قال أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة لان نصفي الشيء كله، وان قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين لان ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فيكمل النصف فصارا طلقتين، وهذا وجه لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر انها لا تطلق إلا واحدة لانه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلقة ولا يصح لان إسقاط الطلاق الموقع من الاهل في المحل لا سبيل اليه وانما الاضافة الى الطلقة الواحدة غير صحيح فلغت الاضافة

قائل هذا لايعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الاولى ولفظه كلما تقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات وتسقط أيضاً صفة التثنية في الثالثة والرابعة، والصحيح انه يعتق خمسة عشر عبداً لان فيهن اربع صفات هن اربع فيقع اربعة وهن أربعة آحاد وهن اثنتان واثنتان فيعتق بذلك اربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة. وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لانها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فانها توجد بضم الاولى الى الثانية وبضم الثانية الى الثالثة وبضم الثالثة الى الرابعة، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثالثة وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة، وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة اخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة الثلاث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لايجوز عده في تلك الصفة مرة اخرى ولذلك لو قال كلما أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال انها تطلق ثالثة بان يضم الربع الثاني الى الربع الثالث فيصيران نصفا وكذلك في مسئلتنا لم تضم الاولى الى الرابعة

وان قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً آخر انه يقع طلقتان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى وان قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لان نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين . وان قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لان نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين

(فصل) وان قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة لانها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فقال أصحابنا يقع ثلاث لانه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولانها لو كانت الثانية هي الاولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فان اهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الاول وان أعيد معرفاً بالالف واللام فالثاني هو الاول كقوله تعالى (ان مع العسر يسراً * ان مع العسر يسراً) فالعسر الثاني هو الاول لاعادته معرفا واليسر الثاني غير الاول لاعادته منكراً ولهذا قيل لن يغلب عسر يسرين ، وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه الاولى

وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة لانه لم يعطف بواو العطف

فيصير ان اثنين وعلى سياق هذا القول ينبغي ان يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ماقبلها ثلاث وهي مع ضمها الى الاولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ماقبلها أربع ، وفيها صفة الثلاث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات مع الاولى اثنتان ومع الثالثة اثنتان فيعتق لذلك ستة فيصير الجميع اثنين وثلاثين ، قال شيخنا وما نعلم بهذا قائلا قال شيخنا ويحتمل ان لا يعتق الا أربعة كما لو قال كلما اعتقت اربعة فأربعة احرار لان هذا الذي يسبق الى اذهان العامة ، وهذه الاوجه التي ذكرناها مع الاطلاق ، فأما ان نوى باللفظه غير مايقتضيه الاطلاق مثل ان ينوي بقوله اثنين غير الواحدة فيبنيه على مانواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو جعل مكان كلما ان في المسئلة المذكورة لم يعتق الا عشرة بالواحد واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة لان إن لا تقتضي التكرار

(فصل) ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما اعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق الاثنين طلق الاربع على القول الصحيح ، وعلى القول الثاني يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فجارية من جواري حرة وكلما اعتقت اثنين فجاريتان حرتان

فيدل على أن هذه الاجزاء من طلقة غير متغايرة ولانه يكون الثاني ههنا بدلا من الاول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم يقتض المغايرة ، وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أوطلقة طلقة لم تطلق الا طلقة، فان قال أنت طالق نصفا وثلثا وسدسا لم يتم إلا طلقة لان هذه أجزاء الطلقة الا أن يريد من كل طلقة جزءا فتطلق ثلاثا

ولو قال أنت طالق نصفا وثلثا وربعا طلقت طلقتين لانه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل وان أراد من كل طلقة جزءا طلقت ثلاثا ، وان قال أنت طالقة أو أنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق وههنا مثله

(فصل) فان قال لأربع نسوة له أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة كذلك قال الحسن والشافعي وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكملت وان قال بينكن طلقتين فكذلك نص عليه احمد لان معناه أوقعت بينكن طلقة ، وان قال أوقعت بينكن طلقتين وقع بكل واحدة طلقة ذكره ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وقال ابو بكر والقاضي تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن احمد مايدل عليه فانه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن

وكلما اعتقت ثلاثة فثلاث احرار وكلما اعتقت أربعة فاربع احرار اعتق من جواريه بعدد ما اعتق من عبيده في المسئلة التي ذكرنا خمس عشرة على الصحيح وقيل عشر وقيل تسع عشرة وقيل عشرون لأنها مثلها ، وان اعتق خمساً فعلى القول الصحيح يعتق احدى وعشرون لان عتق الخامس عتق بصفة لكونه واحدا وهو وماقبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لان ماقبل ذلك قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية وعلى القول الآخر يعتق من جواريه خمس عشرة: بالواحد واحدة وبالثاني اثنتين وبالثالث ثلاث وبالرابع اربع وبالخامس خمس

(فصل)فان قال ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وان دخلها طويل فعبدان حران وان دخلها اسود فثلاثة أعبد أحرار ، وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل اسود عتق من عبيده عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال لامرأته إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين)

لانه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعت الصفات في مجيء الكتاب فوقع بها طلقتان،فان قال اردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بالطلاق الاول دين لانه يحتمل ماقاله فيدين فيه كما لو كرر قوله انت طالق وقال أردت بالثانية افهامها والتأكيد ويقبل قوله في الحكم في احدى الروايتين لما ذكرنا والاخرى لايقبل لظاهر اللفظ والله أعلم

ثلاث تطليقات ما أرى الا قد بن منه لاننا اذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزآن من طلقتين ثم تكمل والاول أولى لانه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة، وانما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالقرد فانما تقسم برؤوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فانه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها ولان ما ذكرناه أخذا باليقين فكان أولى من ايقاع طلقة زائدة بالشك، فان أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قاله ابو بكر، وان قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثا ثلاثا، وان قال أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان كذلك قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة طلقة وربع ثم تكمل، وكذلك ان قال ستا أو سبعا أو ثمانيا، وان قال أوقعت بينكن تسعا طلقن ثلاثا ثلاثا

(فصل) فان قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان الواو لا تقتضي ترتيبا، وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لان هذا

(فصل في تعليقه بالحلف)

اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي شرط كان الا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فانه تمليك وإذا حضت فأنت طالق فانه طلاق بدعة وإذا طهرت فأنت طالق فانه طلاق سنة وهو قول أبي حنيفة لان ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ولان الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله، وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على فعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخلي فأنت طالق، أو على تصديق خبره كقوله أنت طالق لقدوم زيد أو إن لم يقدم، فاما التعليق على غير ذلك كقوله انت طالق ان طلعت الشمس أو قدوم الحاج او إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لان حقيقة الحلف القسم، وانما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو والله لافعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت او ان لم افعل، وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسألة ﴾ (فاذا قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق)

ثم قال أنت طالق ان قمت أو دخلت الدار أو ان لم تدخلي الدار او ان لم يكن هذا القول حقا فأنت طالق طلقت في الحال لانه حلف بطلاقها فان قال ان طلعت الشمس أو قدم الحاج فأنت طالق

يقتضي وقوع ثلاث على ماقدمنا ، وان قال أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً الا التي لم يدخل بها فانها لا تطلق الا واحدة لأنها بانت بالاولى فلم يلحقها ما بعدها

(فصل) فان قال لنسائه أنتن طوالق ثلاثاً أو طلقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً نص عليه احمد لان قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثاً فانه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال لها شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق)

لان الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالاعضاء الثابتة وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح بنكاحها فتطلق به كالاصبع

ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة لم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فانه لا خلاف فيهما، وفارق الاصبع فانها لا تنفصل في حال السلامة ولان الشعر لا روح فيه ولا ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولان الحمل متصل بها ولا تطلق بطلاقه لان مآله الى الانفصال وهذه كذلك والسن في معناهما لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتقلع من الكبير

لم تطلق في الحال على الوجه الثاني وهو قول الشافعي واختاره ابن عقيل وتطلق على الاول وهو قول أبي الخطاب وقد ذكرنا دليل القولين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان حلفت فأنت طالق وأعاده مرة اخرى طلقت واحدة لان اعادته حلف وان أعاده ثلاثا طلقت ثلاثا)

لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة اخرى وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار للكلام فيكون تأكيدا لا حلفا

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق، وقوله انه تكرار للكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى، وأما التأكيد فانه يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده وههنا ان قصد افهامها فاما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع بها أكثر منها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان كلمتك فانت طالق واعاده ثلاثا طلقت ثلاثا) لوجود الصفة كالمسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم اعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا)

(فصل) وان أضافه الى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافا لان هذه ليست من جسمها وانما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها قال الله تعالى (وهو الذي أنشأ كم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) قيل مستودع في بطن الام وان أضافه الى الروح قال ابو بكر لا يختلف قول احمد في الطلاق والعتق والظهار والحرام ان هذه الاشياء لا تقع اذا ذكر أربعة أشياء الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه ان الروح ليست عضوا ولا شيئا يستمتع به

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق)

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لان النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك . والاصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ، ولانه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة ، والورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته ان كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها ان كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها ، وان شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لانه اذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل

لوجود شرطها وهو الحلف فان كانت احداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فاذا اعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن فلم يكن اعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهي غير زوجة فلم يوجد الشرط ، فان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فان جدد نكاح البائن ثم قال لها ان تكلمت فانت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لانه بهذا صار حالفا بطلاقهما وقد حلف بطلاق المدخول بها باعادة قوله في المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ، قال شيخنا ويقوى عندي انه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لانها حين اعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالاضافة اليها كما لو قال لأجنبية ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لانه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها

(فصل) فان كان له امرأتان حفصة وعمرة ، فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لان هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما ، وان قال بعد ذلك ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لانه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لانه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه ، فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لانه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس

لغيره . وحكي عن شريك أنه اذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لان التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر الى ما تفتقر اليه العبادات من النية ، ولانه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها مادامت في العدة ، فان راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق لانه متيقن للتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك أنه اذا طلق وشك في عدد الطلاق فانه يبني على اليقين نص عليه احمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لايدري واحدة أم ثلاثا ؟ قال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي لان مازاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق ، واذا ثبت هذا فانه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة، واذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية قال الخرقي: يحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا أنه حكي عنه أنه يلزمه الاكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها تيقن في التحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق

(فصل) إذا قال لاحداهما إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك طلقت الثانية لان إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية، ثم ان أعاده للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ، ثم إذا أعاده للاولى لم تطلق لان الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق واحدة منهما لان ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال ذلك للاخرى طلقت الأولى)

لان التعليق حلف وقد علق طلاق ضرتها فتطلق الاولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرتها فان أعاده للاولى طلقت الاخرى لذلك ، وكلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الاخرى وان كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق الاخرى باعادته لها لانه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال للمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاد ثانيا طلقت كل واحدة طلقتين) لان قوله ذلك حلف بطلاق كل واحدة منهما وحلفه بكل واحدة يقتضي طلاق اثنتين فطلقتا بحلفه بطلاق واحدة طلقة طلقة وبحلفه بطلاق الاخرى طلقة طلقة

وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فانه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول الا بغسل جميعه ، وفارق لزوم النفقة فانها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية لانها كانت باقية ولم يتيقن زوالها، وظاهر قول غير الخرقي من أصحابنا أنه اذا راجعها حلت له وهو قول ابي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور لان التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الادنى لا يثبت فيه حكم الاعلى كمن تيقن الحدث الاصغر لا يثبت فيه حكم الاكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة، فنظير مسئلتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره فان حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا ههنا ؛ ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه فان الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن التحريم بل شاك فيه متيقن للاباحة

(فصل) إذا رأى رجلان طائرا فحلف أحدهما بالطلاق انه غراب وحلف الآخر بالطلاق انه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لان يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله لان الاصل معه واليقين في جانبه ولو كان الحالف واحداً فقال ان كان غرابا فنساؤه طوالق وان كان حماما فعبيده احرار أو قال ان كان غرابا فزينب

(مسألة) (وان قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة منهما طلقة)

لان حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها إلا مرة فلا تطلق إلا طلقة

(فصل) وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما، ثم ان أعاد ذلك لاحداهما طلقت الاخرى ثم ان أعاده للاخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الاخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فانها إذا بانت صارت كالاجنبية، فان قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للاخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال، ثم ان قال للاولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة ، ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لان الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية. ولو قال للاولى ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للاخرى ان حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الاولى ، ثم متى أعاد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الاولى ثانية وكذلك الثالثة، ولا يقع بالثانية بهذا طلاق، ولو قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال للاخرى اذا حلفت بطلاق ضرتك فانت طالق لم تطلق واحدة منهما لانه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الاولى ولم يحلف بطلاقها ، ولو أعاد ذلك لها لم تطلق

طالق وان كان حماما فهند طالق ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه في شيء لانه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك ، فأما ان قال أحد الرجلين ان كان غرابا فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي انه يحرم عليهما لان أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها، وقال أصحاب الرأي والشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه وفارق الحانث في إحدى امرأتيه لانه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا انما تحقق حنثه في واحدة غير معينة وبالنظر الى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققنا ان احداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمنا عليه جميعاً وكذلك ههنا قد علمنا ان أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الانائين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين او لرجل واحد ، وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال اليه أبو عبيد فان ادعى كل واحد منهما انه علم الحال وانه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري

واحدة منهما وسواء تقدم القول الثانية على القول الاولى أو تأخر عنه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقال ان حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة وان جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وإن قال ان حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ولما قال ان حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة ولم يتم بحلفه بطلاق زينب شيء لانه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ولو كان مكان قوله ان كلما لطلقت كل واحدة منهن ثلاثا لان كلما تقتضي التكرار ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لانه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه لطلاق واحدة شرط لطلاقهن جميعا ولو قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لان ان لا تقتضي التكرار ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وان قال ذلك الاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة

(فصل) وان قال لزوجته ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال ان حلفت بطلاقك فعبدي

والحارث العكلي والثوري والشافعي لان كل واحد منهما يكن صدقه فيما ادعاه ، وان اقر كل واحد منهما انه الحانث طلقت زوجتاهما باقرارهما على أنفسهما وان أقر أحدهما حنث وحده وان ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال أحدهما ان كان هذا غرابا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدي حر نطار ولم يعلما حاله لم يحكم بعتق واحد من العبدين فان اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لان انكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بعتق الذي اشتراه واذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه ، وان لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده واحدهما حر ولم يعلم بعينه ويرجع في تعيينه الى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب وذهب القاضي الى انه يعتق الذي اشتراه في الموضعين لان تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعي

ولنا أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فان الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا الى الاصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما وانما ؟ اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فاذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما

حر طلقت ثم قال لعبده ان حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد ولو قال له ان حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده ان حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاده عتق العبد

(فصل) في تعليقه بالكلام إذا قال ان كلمتك فأنت طالق فتحققي ذلك طلقت لانه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن يريد بعد انقضاء كلامي هذا أو نحوه وكذلك ان زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو قال ان قمت فأنت طالق طلقت لانه كلمها بعد اليمين الا أن ينوي كلاما مبتدأ ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لان اتيانه به يدل على ارادته الكلام المنفصل عنها وان سمعها تذكره فقال الكاذب عليه لعنة حنث نص عليه أحمد لانه كلمها

(مسألة) (وان قال ان بدأتك بالكلام فأنت طالق

فقالت ان بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه لانها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء إلا أن ينوي أنه لا يبدؤها في مرة أخرى وبقيت يمينها معلقة فان بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً وان بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ، قال شيخنا : ويحتمل أن يحنث ببدايته إياها بالكلام في وقت آخر لان الظاهر ارادته ذلك بيمينه

(مسألة) (وإذا قال ان كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته أو حنث)

كانا له لحلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحدا فقال ان كان غرابا فعبدي حر وان لم يكن غرابا فأمتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعتق أحدهما فان ادعى أحدهما انه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) وان قال ان كان غرابا فهذه طالق وان لم يكن غرابا فهذه الاخرى طالق فطار ولم يعلم حاله فقد طلقت احداهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما لانهما محبوستان عليه لحقه ، وذهب أصحابنا الى انه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد ، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا لما سنذكره فيما اذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما ، فان قال هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الاخرى ، فان ادعت التي لم يعترف بطلاقها انها المطلقة فالقول قوله لانه منكر وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان كان غرابا فنساؤه طوالق وان لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فان قال كان غرابا طلق نساؤه ورق عبيده فان ادعى أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قوله وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال لم يكن

اذا كلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لانها كلمته وكذلك ان كاتبته أو راسلته إلا أن يكون قصد ألا تشافهه ، نص عليه أحمد ، وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولان القصد بالترك لكلامها اياه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالرسل والكتب ، ويحتمل أن لا يحنث الا ان ينوي ترك ذلك لان هذا القسم ليس بتكلم حقيقة ولانه لو حلف لتكلمنه لم يبرأ بذلك الا أن ينويه كذلك لا يحنث به فان أرسلت انسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أحدثت فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك

(مسئلة) (وان أشارت اليه احتمل وجهين)

(أحدهما) لا تطلق لانه لم يوجد الكلام (والثاني) تطلق لانه يحصل به مقصود الكلام والاول أولى

(مسئلة) (وان كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنوناً يسمع كلامها حنث)

لان السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه ولان المجنون يسمع الكلام أيضا ويحنث وكذلك ان كان صبيا يسمع ويعلم أنه مكلم حنث فأما ان جنت هي وكلمته لم يحنث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم وان كلمته سكرانة حنث لان حكمها حكم الصاحي وقيل لا يحنث لانه لا عقل لها

(مسئلة) (وان كلمته ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث) وقال أبو بكر يحنث لقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها

غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء فان ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله ، وان قال لا أعلم ما الطائر ؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وان وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم الا بعد موته ويمكن أن يقال على هذا أن مالا يصلح للتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولان الاماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قال لزوجاته احداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن)

وجملته أنه اذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فانها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة ، وبه

ولنا أن التكليم فعل يتعدى الى المكلم وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك الا باسماعه فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال «ما أنتم باسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها حجة لنا فانهم قالوا ذلك استبعادا وسؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي ﷺ ذلك بامر مختص به فيبقى الامر فيمن سواه على النفي وإن سلمت عليه حنث لانه كلام فان كان أحدهما اماما والآخر مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لانه للخروج منها الا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه كما لو سلم عليهم في غير الصلاة ، ويحتمل أن لا يحنث بحال لان هذا لا يعد تكليما ولا يريد ه الحالف

(فصل) فان حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما لو قال إياك اعني واسمعي ياجارة حنث نص عليه أحمد فقال اذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انساناً وهو يسمع يريد بكلامه اياه المحلوف عليه حنث لانه قد أراد تكليمه ، وروي عن أبي بكرة مايدل على أنه لا يحنث فانه حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فاراد زياد الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال ان أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والاول أصح لانه أسمعه كلامه يريده به فأشبه ما لو خاطبه به ولان مقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه

قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليهـا الطلاق لانه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لانه استيفاء ما ملكه

ولنا أن ماذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا مخالف لهما في الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ، وقد ثبت الاصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولان الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد اذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر باحدى نسائه والبداية باحداهن في القسم وكالشريكين اذا اقتسما ، ولانه طلق واحدة من نسائه لايعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية ، وأما الدليـل على أنهن لايطلقن جميعا أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها قولهم إنه كان يملك الايقاع والتعيين قلنا ملكه للتعيين بالايقاع لايلزم أن يملكه بعده كالوطلق واحدة بعينها وأنسيها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها لانه عينها بنيته فأشبه مالو عينها بلفظه وان قال انما أردت فلانة قبل منه لانه يحتمل ماقاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم مالو عينها بالتطليق

(فصل) واذا قال لنسائه احداكن طالق غداً فجاء غد طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ،

(فصل) فان حلف لايكلم امرأته فجامعها لم يحنث الا ان تكون نيته هجرانها قال أحمد في رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق إن له ان يجامعها ولا يكلمها فقال أي شيء كان به؟ وهذا يسوؤها أو يغيظها فان لم تكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها وان حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه حنث لان هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه اليه الا أن ينوي حقيقة القرآن قال أحمد اذا حلف لاقرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفتيه فان أراد أن يعلم مافيه فقد علم مافيه وقرأه

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لامرأتيه ان كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة منهما واحدا طلقتا ويحتمل ان لايحنث حتى تكلما جميعاً كل واحد منهما)

هذه المسئلة فيها وجهان (أحدهما) يحنث لان تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال ان حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها (والثاني) لايحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لانه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهين لاصحاب الشافعي وهو أولى انشاء الله إذا لم تكن له نية وهكذا ان قال ان دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كذلك لان الاصل بقاء النكاح قال شيخنا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحدة به فاما ماجرت العادة بانفراد الواحدة فيه بالواحد كنحو ركبا دابتيهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما

فان مات قبل الغد ورثته كلهن ، وإن ماتت احداهن ورثها لانها ماتت قبل وقوع الطلاق فاذا جاء غد أقرع بين الميتة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً ، وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احداهما طلقت الاخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية احداكما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الاجنبية ليست محلا للطلاق رتبت قوله فلا ينصرف قوله اليها وهذه قد كانت محلا للطلاق وارادتها بالطلاق ممكنة وإرادتهـا بالطلاق كارادة الاخرى وحدوث الموت بهـا لايقتضي في حق الاخرى طلاقا فتبقى على ماكانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق واذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فان وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه ، وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي لان له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين ، وان باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين ، فان وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى الى باقيه ان كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه

(فصل) واذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء واماء ونوى بذلك معينة انصرف اليها وان نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن ، وان لم ينوشيئا فقال ابو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق

واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجتيهما وأشباه هذا فانه يحنث اذا وجد منهما منفردين وما لم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين فاما ان قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فانه يحنث لانه يستحيل ان تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين

(مسئلة) (فان قال ان أمرتك فخالفتني فانت طالق)

فنهاها فخالفته لم يحنث الا أن ينوي مطلق المخالفة اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي لانها خالفت أمره لانهيه، وقال أبو الخطاب يحنث اذا لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي اذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لان الامر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره وان قال لها ان نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لاتعطها من مالي شيئاً لم يحنث لان اعطاءها من مالها لايجوز ولايجوز النفع به فيكون هذا النفع محرما فلا تتناوله يمينه ويحتمل أن يحنث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه .

(فصل) اذا قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد فيها مع خالد ، وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لان قوله ومحمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح الاول لانه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من فصله والرفع لاينفي كونه حالا فان الجملة من المبتدا والخبر تكون حالا كقوله (اقترب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون)

إماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وان تعدوا نعمة الله لاتحصوها - و - أحل لكم ليلة الصيام) ولان ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم مالو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة لان لفظ الواحد لايستعمل في الجمع الا مجازاً والكلام لحقيقته مالم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لانها اليقين فلايثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة)

أكثر أصحابنا على أنه اذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد عن احمد مايدل على أن القرعة لاتستعمل ههنا لمعرفة الحل وانما تستعمل لمعرفة الميراث فانه قال سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق؟ قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال وجماعة من روى عنه القرعة في المطلقة المنسية انما هو في التوريث فاما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذا في المسئلة في شيئين (أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية للتوريث (والثاني) في استعمالها فيها للحل ، أما الاول فوجهه

وقوله (الا استمعوه وهم يلعبون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع امكان وصله به ولو قال ان كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك اذا تأخر قوله محمد مع خالد ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وانا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته وكذلك لو قال أنت طالق ان كلمت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال ولو قال أنت طالق ان كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) وان قال ان كلمتني الى ان يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فانت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لانه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلايحنث بعدها فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين

(فصل في تعليقه بالاذن)

﴿ مسئلة ﴾ (اذا قال ان خرجت بغير اذني أو الا باذني أو حتى آذن لك فانت طالق ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير اذنه طلقت لخروجها بغير اذنه وعنه لاتطلق حتى ينوي الاذن في كل مرة)

لان إن لا تقتضي التكرار فتتناول الخروج في المرة الاولى

(مسئلة) (وان أذن لها من حيث لاتعلم فخرجت طلقت)

ماروى عبدالله بن حميد قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع: وة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لايدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الاربع وانذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولان الحقوق اذا تساوت على وجه لايمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء في القسمة والعبيد في الحرية ، وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له احداهما بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولان القرعة لاتزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ، ولا احتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها ، وقد قال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة: لاتحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين فحرمها مع أن الاصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فههنا أولى وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة في روزنة أو مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه وكذلك اذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسألة الطائر وشبهها فانه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لانهن محبوسات عليه وان أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج لانها

لانها اذا لم تعلم فليس باذن لان الاذن هو الاعلام ولم يعلمها ، ويحتمل أن لا تطلق لانه يقال اذن لها ولم تعلم .

﴿مسألة﴾ (وإن قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذني فانت طالق فخرجت الى غير الحمام طلقت سواء عدلت الى الحمام أو لم تعدل

وان خرجت تريد الحمام وغيره ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لانها خرجت الى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لايكلم زيدا وعمرا (والثاني) لا يحنث لانها ما خرجت الى غير الحمام بل الخروج مشترك

﴿مسألة﴾ (وان خرجت تريد الحمام ثم عدلت الى غيره)

فقياس المذهب أنه يحنث لان ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل أن لايحنث وهو قول الشافعي لانها لم تفعل ماحلف عليه وتناوله لفظه ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل اذا حلف بالطلاق أنه لايخرج من بغداد الالنزهة فخرج الى النزهة ثم مر الى مكة فقال النزهة لاتكون الى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما ذكرنا وقال في رجل حلف بالطلاق ان لايأتي ارمينية الا باذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول الي أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذنا عاما مالم يحنث . قال القاضي: وهذا من كلام احمد محمول

يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا اذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها ، وحل الزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة ، واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ولانها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال احداكن طالق ، ولانه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية اشبه العتق ، والصحيح ان شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لما قدمناه ، وفارق ما قاسوا عليه فان الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح للتعيين وفي مسئلتنا الطلاق واقع في معينة لامحالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر في غيرها فانهن اذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر وأشباه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا ههنا ، وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا

(فصل) فعلى قول أصحابنا اذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر وقوله في هذا مقبول لانه يقر على نفسه

على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان اذنا منها وله الخروج وان كان بلفظ عام .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لعامل ان لا يخرج الا باذنه فعزل فهل تنحل يمينه؟ على وجهين)

وهذا مبني على ما إذا حلف يميناً عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين ؟ على وجهين (أحدهما) أنها تختص به لان الظاهر أنه أراده فاختصت يمينه به كما لو نواه ، فعلى هذا تنحل يمينه لانه انما حلف عليه لكونه عاملا له ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ، وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فقال فيمن قال لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لان اللفظ دليل الحكم فيجب اعتباره في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع ووجه الاول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عمومها لدلالته عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع فانه يريد بيان الاحكام ولا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية الى معرفة الحكم في غير محل السبب ، فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال ان خرجت فانت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه انسان الى غدائه فقال امرأتي طالق ان تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الاول ويحنث على الثاني وان حلف

وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا تبينا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق لاصريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لانها اذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لايمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين

قال احمد في رواية الميموني اذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فان أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التي طلق فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكبر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك ان المطلقة غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع اليه واحدة منهما لا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(فصل) فان قال هذه المطلقة قبل منه وان قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لانه أقر بطلاق الاولى فقبل اقراره ثم قبل اقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الاولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه طلقن كلهن ، وان قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الاوليين وان قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى واحدى الاخريين وإن قال أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي هي كذلك وذكر انه قول الكسائي

لعامل ان لا يخرج الا باذنه او حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل أو طلق المرأة أو باع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل في تعليقه بالمشيئة)

• إذا قال أنت طالق ان شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت لان ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيعلق الحكم بما ينطق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع به طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة وقع الطلاق اعتباراً بالنطق وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها

(مسألة) (ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي)

نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما اذا قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه اذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط انما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

ولنا أنه أضاف الطلاق الى مشيئتها فاشبه ما لو قال حيث شئت وقال الشافعي في جميع الحروف ان شئت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري

وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الاولى والثالثة، وجه الاول أنه عطف الثانية على الاولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة وكان الشك في الاولين ويحتمل في هاتين المسئلتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الاولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود اليهما وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا اذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فان قال هي الثالثة طلقت وحدها، وان قال لم أطلقها طلقت الاولتان، وإن لم يبين أقرع بين الاولتين والثالثة، قال القاضي في المجرد وهذا أصح وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان، فان قال هي الاولى طلقت وحدها، وان قال ليست الاولى طلقت الآخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فان وطيء لم يكن تعيينا، وان ماتت احداهما لم يتعين الطلاق في الاخرى، وقال ابو حنيفة يتعين الطلاق في الاخرى لانها ماتت قبل ثبوت طلاقها

ولنا أن موت احداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كرضها، وان قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الاولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فان قال هما الاولتان تعين الطلاق فيهما، وان قال لم أطلق الاولتين تعين الآخرتان

وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لا تقتضي زمانا وانما هي لمجرد الشرط فتقيده بالفور يقتضيه وقال الحسن وعطاء في قوله انت طالق ان شئت انما ذلك ما داما في المجلس

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ويحتمل ان يقف على المجلس كالاختيار لانه تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري، والصحيح الاول وقد ذكرنا الفرق بين الاصل والفرع فان قيد المشيئة بوقت فقال انت طالق ان شئت اليوم تقيد به فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وان علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجها انه يقع بمشيئة احدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا

(مسئلة) (وان قال انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق)

لانها لم تشأ فان المشيئة أمر حقيقي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص أحمد على هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا قال لزوجته انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان انها قد ردت الامر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم يوجد منها مشيئة انما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة، وان علق الطلاق

وإن قال انما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الاولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن)

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة يقسم الميراث بينهن كلهن لانهن تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لانه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولأنهن قد تساوين ولا سبيل الى التعيين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبيدا في مرضه لا مال له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص . ولان توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقينا والوقف لا الى غاية حرمان لمن يستحق يقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظائر في الشرع

(فصل) فان مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وان مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها وان خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه . فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه

على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاءا) لان الصفة مشيئتهما ولا تطلق بمشيئة احدهما لعدم وجود الشرط

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شاء زيد فمات اوجن أو خرس قبل المشيئة لم تطلق)

لان شرط الطلاق لم يوجد وحكي عن أبي بكر انه يقع ولانه علقه على شرط فوقع في الحال كما لو قال انت طالق ان شاء الله وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع اذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار، وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه، لانه لا حكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لا يقع لانه زائل العقل اشبه المجنون ، وقال اصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه ، والفرق بينهما ان إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو صبي طفل لم يقع كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقع الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان

(احدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئته (والثاني)

لان علم ذلك انما يعرف من جهته ولان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها و لاصل عدمه وهل يستحلف على ذلك؟ فيه روايتان . فان قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها الا ببينة ، وان شهد اثنان من ورثته انه طلقها قبلت شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لان ميراث إحدى الزوجات لا يرجع الى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائرها ، وان ادعت احدى الزوجات انه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وان مات لم ترثه لاقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لاننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما اذا كان الطلاق يبينها ، فأما ان كان رجعيا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) واذا كان له أربع نسوة فطلق احداهن ثم نكح اخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الاربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات نص عليه أحمد أيضا ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة الى أن الباقي بين الاربع ، وزعم ابو عبيد انه قول أهل الحجاز

لا يقع بها لانه حال التعليق كان لا يقع الا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق الا ان يشاء زيد فمات اوجن اوخرس طلقت في الحال)

لانه أوقع الطلاق وعلق عقبه بشرط ولم يوجد واما اذا خرس فشاء بالاشارة خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما بناء على وقوع الطلاق باشارته اذا علقت على مشيئته

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فشاء ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا في أحد الوجهين)

لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث إذا شاءها زيد كما لو قال له على درهم الا ان تقيم بينة بثلاثة وخذ درهما الا ان تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار » أي ان بيع الخيار يثبت الخيار فيه بعد تفرقهما والثاني لا تطلق وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق اذا شاء ثلاثاً لان الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فلا تطلقي ولانه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئته ثلاثا وكذلك اذا قال ثلاثا لانه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئة زيد الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال انت طالق الا ان يكرر زيد مشيئته ثلاثا فاما ان لم يشأ زيد أو شاء أقل من ثلاث طلقت واحدة

وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ووجه الاقوال ماتقدم

وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيتهن طلق ثلاثا وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتي أباتها تخرج ولا ميراث لهـا . هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فانه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثا فالباقيتان رجعيتان يرثنه في العدة ويرثهن ومن انقضت عدتهامنهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

(فصل) اذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة ، وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه بالنسبة الى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لاننا علمنا أن منهن واحدة بائنا منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها ومنعها من التزوج بغيره لاجل اشتباهها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ان عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منهـا قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين تبيين لمـا كان واقعاً ، وان مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انت طالق ان شاء الله طلقت وان قال لامته انت حرة ان شاء الله عتقت وحكي عنه انه يقع العتق دون الطلاق)

نص أحمد رحمه الله على وقوع الطلاق والعتق في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك والليث والاوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد مايدل على ان الطلاق لا يقع ولا العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقها على مشيئة زيد ولقول النبي ﷺ « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ماروى ابو حمزة قال سمعت ابن عباس يقول اذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله فهي طالق رواه أبو حفص باسناده عن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وأبو سعيد قال كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا في كل شيء الا في الطلاق والعتاق ذكره ابو الخطاب وهذا نقل للاجماع فان قدرته انه قول بعضهم فقد انتشر ولم يعرف له مخالف فهو اجماع ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه انشاء حكم في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح او نقول ازالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال ابرأتك

قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق لان كل واحدة منهن يحتمل انها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته، والصحيح انه يلزم كل واحدة أطول الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل انها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً الا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال لان الرجعية زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لان الاصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه الا عدلان ونقل ابن منصور عن احمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق قال لا والله انما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان لم تكن بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان نقل ابو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح لانه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته، وان اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه فاذا طلق ثلاثا

انشاء الله او تعليق على مالاسبيل الى علمه فاشبه تعليقه على المستحيلات، والحديث لاحجة لهم فيه فان الطلاق انشاء وليس بيمين حقيقة وان سمي بذلك فمجاز لاتترك الحقيقة من أجله، ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معلقا على شرط يمكن فعله وتركه ومجرد قوله انت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا فلم يكن الاستثناء بعد يمين، وقولهم علقه على مشيئة لا نعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين اذن ان تطلق ولوسلمنا انها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال، وحكي عن أحمد انه يقع العتق دون الطلاق وعلله أحمد رحمه الله بان العتق لله سبحانه والطلاق ليس هو لله ولا فيه قربة اليه ولانه لو قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر فهذا تعليق للحرية على الملك وهو صحيح ولان من نذر العتق لزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لايلزمه الوفاء به فكما افترقا في النذر جاز ان يفترقا في اليمين

(مسئلة) (وان قال انت طالق الا ان يشاء الله طلقت) ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم.

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان لم يشأ الله أو مالم يشأ الله فعلى وجهين)

(احدهما) يقع في الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع الطلاق

(والثاني) لايقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله انت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه

وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها ، وتفتدي منه ان قدرت قال احمد لا يسعها أن تقيم معه ، وقال أيضا تفتدي منه بما تقدر عليه فان أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب ان قدرت ، وان شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن ، وقال الثوري وابو حنيفة وابو يوسف وابو عبيد تفر منه ، وقال مالك لا تتزين له ولا تبدي له شيئا من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهي مكرهة ، وروي عن الحسن والزهري والنخعي يستحلف ثم يكون الاثم عليه ، والصحيح ما قاله الاولون لان هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجنبيات وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجا باطلا وسلمت اليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطلقة ثلاثا

(فصل) ولو طلقها ثلاثا ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد و ، قال قتادة وابو حنيفة وابو يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ترثه لانها في حكم الزوجات ظاهراً

ولنا أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات ، وقال احمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب ، وان مات ولم يقر بطلاقها

(فصل) وان قال انت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت او لم تدخل لانها ان دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا ان الله لم يشأه لانه لو شاءه لوجد فان ماشاء الله كان وكذلك ان قال انت طالق لاتدخلي الدار ان شاء الله لما ذكرنا وان أراد بالاستثناء والشرط رده الى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ماذكرنا في المنجز وان لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه الى الدخول ويحتمل ان يرجع الى الطلاق

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان دخلت الدار فانت طالق ان شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين)

(احداهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولاينفعه الاستثناء لان الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ولما ذكرناه فيما اذا قال انت طالق ان شاء الله (والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد إذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » وفارق إذا لم يعلقه فانه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت طالق لرضى زيد أو مشيئته طلقت في الحال)

لان معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه كقوله هو حر لوجه الله أو لرضى الله فان قال أردت به الشرط دين قال القاضي ويقبل في الحكم لانه محتمل فان ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني لا يقبل لانه خلاف الظاهر

لأنه لا تأخذ ماليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها قيل له فان بعض الناس قال تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فاذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد الى الاول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذلك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي التهمة في نشوزها، ولان في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لايقتل قصداً فاما ان قصدت الدفع عن نفسها فآل الى نفسه فلا اثم عليها ولا ضمان في الباطن فاما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل مالم يثبت صدقها

(فصل) قال احمد اذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد انما أوجبه لانها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريما لانها محرمة وطئا ونكاحا فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل الى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئتها عالما بأني كنت طلقتها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه مايعتبر في الاقرار بالزنا

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الاول فهي عنده على مابقي من الثلاث)

(فصل) فان قال أنت طالق إن أحببت أو أردت أو كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد احببت أو اردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها الا من قبلها فيعلق الحكم بقولها كالمشيئة ويحتمل ان يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم تتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق

(مسألة) (وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فقالت أنا أحبه)

فقد توقف أحمد رحمه الله عنها وسئل فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان (أحدهما) لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبة ذلك وخبرها بحبها له كذب معلوم فلم يصح دليلا على ما في قلبها (والاحتمال الثاني) تطلق قاله القاضي وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه الا من لفظها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تكون إلا بالقلب. قال شيخنا والاولى أنها لا تطلق إن كانت كاذبة، وهذا الاحتمال الاول والله أعلم

وجملة ذلك أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الاول فهذه ترجع اليه على طلاق ثلاث باجماع أهل العلم قاله ابن المنذر (والثاني) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه ترجع اليه على مابقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه (والثالث) طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) ترجع اليه على مابقي من طلاقها وهذا قول الا كابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة وروي ذلك عن زيد وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وابوعبيد وابو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر

(والرواية الثانية) عن احمد أنها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لان وطء الزوج الثاني مثبت الحل فيثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لان الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم مادونها

ولنا أن وطء الثاني لايحتاج اليه في الاحلال للزوج الاول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه مالو رجعت اليه قبل وطء الثاني وقولهم ان وطء الثاني يثبت الحل لايصح لوجهين (أحدهما) منع كونه مثبتا للحل أصلا وانما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم

(فصل في مسائل متفرقة)

إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رئي في أول الشهر . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه لانه علق الطلاق على رؤية نفسه أشبه تعليقه على رؤية زيد

ولنا أن الرؤية في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع كما إذا قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف الى الصلاة الشرعية لا الى الدعاء وفارق رؤية زيد فانه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد لانه قد علم طلوعه إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا تطلق حتى تراه ويقبل قوله في ذلك لانها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤيته بعد الغروب فان رأت قبل ذلك لم تطلق لان هلال الشهر ماكان في أوله ولانا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول الشهر ، ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لانه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشهر فان قال أردت اذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لانه ليس بهلال ، واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل اذا استدار وقيل اذا بهر ضوؤه

(فصل) قال أحمد اذا قال لها انت طالق ليلة القدر يعتزلها اذا دخل العشر وقبل العشر أهل

بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وحتى للغاية وانما سمي النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللا تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلالا يستحق لعنا (والثاني) أن الحل انما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثا وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم إنه يهدم الطلاق ثلاثا بل هو غاية لتحريمه ومادون الثلاث لاتحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿ مسئلة ﴾ قال ﴿ واذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت الزوجة أومملوكة لان الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)

وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة ، وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فاذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر أيهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان ، وان كان تحته حرة وطلاق الامة اثنتان وان كان زوجها حراً وروي عن علي وابن مسعود أن الطلاق معتبر بالنساء فطلاق الامة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبدا وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وابو حنيفة لماروت

المدينة يرونها في السبع عشرة الا أن الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشرة الاواخر انما أمره باجتنابها في العشر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الاواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن يكون هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

(مسئلة) (وان قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبرته امرأتاه طلقت الاولى منهما الا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها)

انما طلقت الاولى وحدها لان التبشير خبر صدق تتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الاولى واشترطنا صدقها لانه متى علم أنه كذب زال السرور فان كانت الثانية هي الصادقة طلقت وحدها لان السرور انما حصل بخبرها هذا اذا أخبرته احداهما بعد الاخرى ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن لان من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحاً نؤتها أجرها مرتين)

(مسئلة) (وان قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق)

فكذلك عند القاضي تطلق المخبرة الاولى ان كانت صادقة وان كانت كاذبة احتمل أن لا تطلق

عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة تطليقتان وقرؤها حيضتان » رواه ابو داود وابن ماجة ولان المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالعدة

ولنا أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ولان الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال ابو داود راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الامة حيضتان وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة » وهذا نص ولان الحر يملك أن يتزوج أربعا فملك طلقات ثلاثا كما لو كان تحته حرة ولا خلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان وانما الخلاف فيما اذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقا

(فصل) قال أحمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد وهذا صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه يصح عتقه ولا ينكح الا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد

وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لانه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد

وهو ظاهر كلام القاضي لان الظاهر من حاله أنه أراد من أعلمتني ولا يحصل الا بالصدق ولذلك لو قال من بشرتني بقدومه فهي طالق لم تطلق الكاذبة وان كان السرور يحصل اذا جهل كذبها وان أخبرته أخرى طلقت في قول أبي الخطاب لانها مخبرة، ولم تطلق عند القاضي الثانية ولا الكاذبة كالبشارة سواء .

(فصل) اذا قال أول من يقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من نام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان نام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين (أحدهما) يقع الطلاق أو العتق لان الاول ما كان بعده شيء ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييأس من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه ، وان قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بمن قام في الاول بوقوعه على القليل والكثير قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به) وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهم آخر: لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فانه قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتق لكونه أول من دخل وحده واذا لم يقل وحده فان لفظة الاول تتناول الجماعة كما ذكرنا، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أول من يدخل الجنة

(فصل) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم العبد اذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثا ويطلق ثلاث تطليقات وكذلك كلما تجزأ بالحساب انما جعل له نكاح ثلاث لان عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحد فلذلك كان له أن ينكح نصف ماينكح الحر ونصف ماينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه لان مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل في حقه ، ولان الاصل اثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق وانما خولف فيمن كمل الرق في حقه ففي من عداه يبقى على الاصل

(فصل) اذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره لانها حرمت عليه بالطلاق تحريما لاينحل الا بزوج واصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم وهذا ظاهر المذهب ، وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس عن النبي ﷺ في المملوكين اذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لاأرى شيئا يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب ، ورواه الامام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد الاول وقال حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولاأعرفه وقد قال ابن المبارك من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لاأعرف عمرو بن مغيث ، قال ابو بكر إن صح الحديث

فقراء المهاجرين » ولو قال آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى ييأس من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق

(فصل) اذا قال ان دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لانسان ان دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لان قرينة حال المتكلم تدل على أنه انما حلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين أيضاً ويحتمل الحنث اخذاً بعموم اللفظ واعراضاً عن السبب

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب)

نقل ذلك عن احمد جماعة واختاره الخلال وصاحبه وهو قول ابي عبيد وعن احمد رواية اخرى انه لا يحنث في الطلاق والعتاق ايضاً وهو قول عطاء وعمرو بن دينار وابن ابي نجيح واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لقول الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ « ان الله تجاوز لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولانه احد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها

فالعمل عليه، وان لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول، قال احمد ولو طلق عبد زوجته الامة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان ان كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك الا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك الا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لان الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بايطرأ بعدهما كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث)

نص أحمد على هذا في رواية مهنا، وقال ابو عبد الله بن حامد تقع طلقتان لان معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل بل لان النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات،

وعن أحمد رواية ثالثة انه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك (والقول الثاني) للشافعي لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق ووجه الاولى ان الكفارة انما تجب لرفع الاثم ولا اثم على الناسي ولما ذكرنا من الآية والخبر واما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال انت طالق ان طلعت الشمس او قدم الحاج ولان هذا يتعلق به حق آدمي فيعلق الحكم به مع النسيان كالاتلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتاً أو لا يكلمه أو لا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتاً هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئاً أو أحاله به ففارقه ظنا منه أنه قد برئ خرج على الروايتين في الناسي والجاهل فان في الناسي روايتين والجاهل مقيس عليه)

لانه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل ذلك، وكذلك إن حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبياً أو حلف لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد للمخالفة اشبه الناسي

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث الا ان ينوي جميعه)

وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فانه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طلقة وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة ثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم انه محال قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع

(فصل) فان قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وان لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة ، قال احمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فان أراد الغلظة عليها يعني يريد ان تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه اذا لم ينو يقع واحدة وذلك لان الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافا الا أن الواحدة اذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق وما ذكروه لا يصح لان الطلاق حكم فاذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة ، وان قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائنا ، وقال صاحباه ان قال مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ، ووجه القولين ما تقدم ، ولانه لا يملك إيقاع البينونة فانها حكم وليس ذلك اليه وانما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة

هذه الرواية ظاهر المذهب نص احمد على ذلك في رواية حنبل وصالح فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لان الكل لا يكون بعضا والبعض لا يكون كلا وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف الى عائشة فترجله وهي حائض والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد والحائض ممنوعة من اللبث فيه وروي عن النبي ﷺ أنه قال لابي بن كعب «اني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة » فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها ولان يمينه تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالاثبات وعنه أنه يحنث إلا أن ينوي جميعه حكي ذلك عن مالك وهو اختيار الخرقي لان اليمين تقتضي المنع من تخلف فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي ونظير الحلف على ترك الشيء قوله سبحانه (لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم) وقوله (لا تدخلوا بيوت النبي) لا يكون النهي ممتثلا الا بترك الدخول كله فمتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه فكان مخالفا كالنهي عن الدخول والخلاف انما هو في اليمين المطلقة فأما ان نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى وكذلك ان اقترنت به قرينة تقتضي أحد الامرين تعلقت يمينه به كمن حلف لا شربت هذا النهر أو هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجها واحداً وفيه خلاف نذكره في موضعه بعد

سببها فيثبت ، وان أراد اثباتها بدون ذلك لم يثبت ، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع امر زائد بالشك ،وان قال أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لان أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين ، وان قال أتم الطلاق أو أكمله فواحدة الا انها تكون سنية لأنها أكمل الطلاق وأتمه

(فصل) وان قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا لان هذا يقتضي عددا ولان الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وان قال كعدد التراب او الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائنا لان الماء والتراب من أسماء الاجناس لاعدد له

ولنا ان الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصي ، وان قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وان قال أنت طالق كمائة أو ألف فهي ثلاث . قال أحمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ان لم تكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد وانما شبهها بالالف وليس الموقع للشبه به

ولنا ان قوله كألف تشبيه بالعدد خاصة لانه لم يذكر الا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليفعلن شيئاً أو ليدخلن الدار ، لم يبرأ إلا بفعل جميعه ، والدخول إلى الدار بجملته) .

لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا لان اليمين تناولت فعل الجميع فلم يبرأ إلا بفعله كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع لان اليمين على فعل شيء اخبار بفعله في المستقبل مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يدخل داراً فادخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أولا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أولا يشرب ماء هذا الكوز فشرب بعضه خرج على الروايتين فيمن فعل بعض المحلوف عليه ، وقد ذكرناه قبل هذه المسئلة

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث رجها واحداً)

لان فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف يمينه اليه وكذلك ان قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فانه يحنث بالبعض ، وبهذا قال أبو حنيفة وسلمة وأصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجموع وإعلقه على اسم جنس مضاف كقوله والله لا شربت ماء هذا النهر ، أو قال والله لا شربت الماء وهو قول

كعدد الف وفي هذا انفصال عما قال . وان قال أردت أنها طالقة كألف في صعوبتها دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وانما يدخل اذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طلقة لان ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ومحمد يقع الثلاث لانه نطق بها فلم يجز إلغاؤها

ولنا أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة فانه يدل على انه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك وان قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التي بينهما

أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر لا يحنث لان لفظه يقتضي جميعه فلم يحنث بفعل بعضه كالاداوة

ولنا أنه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت يمينه ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم وبهذا فارق ماء الاداوة فان نوى بيمينه فعل الجميع وكان في لفظه ما يقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع بلا خلاف فلو قال لا صمت يوما او لا صليت صلاة أو لا أكلت رغيفا أو قال لزوجته ان حضت حيضة فهذا وشبهه مما يدل على ارادة الجميع فوجب تعلق اليمين به

(فصل) إذا حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شربه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لان حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا يشرب من هذا الاناء فصب منه في غيره وشرب

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لان الشرب يكون من مائها لا منها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذا البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ، ويفارق الكوز فان الشرب في العرف منه لانه آلة الشرب بخلاف النهر ، وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو حلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة فشرب وأكل أنه يحنث فكذا في مسئلتنا

(فصل) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لانه من ماء الفرات وان حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان

[أحدهما] يحنث لان معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعي

(والثاني) لا يحنث ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فان عنه رواية أنه يحنث

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لانه يعبر بفي عن مع كقوله (ادخلي في عبادي) فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين فاذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وان قال أردت واحدة قبل أيضا حاسبا كان أو غير حاسب وقال القاضي اذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لانه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله فانه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريده العامي ، وان لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضي ان أطلق لم يقع إلا واحدة لان لفظ الايقاع انما هو بلفظ الواحدة ومازاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع ، وانما يقع الزائد بالقصد فاذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال ابو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم

وإنما قلنا إنه لا يحنث لان ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لا إلى الفرات ويزول باضافته اليه عن إضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات

﴿ مسألة ﴾ (وان حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل طعاما طبخاه فعلى روايتين)

[إحداهما] يحنث كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها (والثانية) لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه لم يلبس ثوبا كاملا ، وكذلك ان حلف لا يلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل داراً اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد ففعل ذلك هو وغيره فلبس الثوب أو دخل الدار أو أكل الطعام ففي هذا كله من الخلاف ما ذكرنا فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه ، فأما ان حلف لا يلبس مما خاطه زيد فانه يحنث بلبس ثوب خاطاه جميعا لانه لبس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد ، وان حلف لا يدخل داراً لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان بناء على ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وان حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه هو وغيره حنث إلا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي لا يحنث وذكر أبو الخطاب فيه احتمالين لان كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه هو وغيره

ولنا أن زيدا اشترى نصفه وهو طعام وقد أكله فأشبه مالو اشتراه زيد وخلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، فأما الثوب فلا نسلمه وان سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وان اشترى زيد نصفه مشاعا أو اشترى نصفه ثم اشترى آخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم ، فاما ان اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر ثم أكل أكثر من النصف حنث وجها واحداً بغير خلاف لانه أكل مما اشتراه زيد يقينا

يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لان الضرب انما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب، وانما حصل منه الايقاع في واحدة فوقعت دون غيرها

ولنا أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فاذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فان اللفظ الموضوع لا يحتاج معه الى نية، فأما ما قاله أبو حنيفة فانما ذلك في وضع الحساب في الاصل ثم صار مستعملا في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لان لفظ الايقاع انما هو لفظة واحدة وانما صار مصروفا الى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها، ولم يفرق أصحابنا في ذلك

وان أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان

[أحدهما] يحنث لانه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً (والثاني) لا يحنث لان الاصل عدم الحنث ولم يتيقن وان أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن لا يحنث وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم ما لو حلف لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى والله أعلم

﴿ باب التأويل في الحلف ﴾

ومعنى التأويل أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره فان كان الحالف ظالما لم ينفعه تأويله لقول رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » وان لم يكن ظالما نفعه تأويله نحو أن يحلف أنه أخي يريد بذلك أخوه في الاسلام أو يعني بالسقف والبناء السماء، وبالبساط والفراش الارض وبالاوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلانا أي ما ضربت رئته ولا ذكرته أي ما قطعت ذكره أو يقول جواري أحرار، يعني سفنه ونسائي طوالق يعني النساء الاقارب منه أو يقول ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجا ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية، ويعني بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفا وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والدجاجة الكبة من الغزل والفروج الدراعة والفرش صغار الابل والحصير الحبس والبارية السكين التي يبري بها، أو يقول والله ما أكلت من هذا شيئا ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله فهذا وأشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه إذا عناه بيمينه فهو تأويل لانه خلاف الظاهر .

(فصل) ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال

[أحدها] أن يكون مظلوما مثل أن يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال

بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اللفظ أو لا . والظاهر انه ان كان المتكلم بذلك ممن عرفهم ان في ههنا بمعنى مع وقع به ثلاث لان كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه ارادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه، فان نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه اذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق ايقاع فلا يجوز ايقاع الواحدة مرتين فيدل على انه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتتم الثلاث

مسلما منه ضرر فهذا له تأويله ، قال مهنا سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت ، قال ان كان المستحلف له ظالما فالنية نية صاحب الطلاق وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلفه، روى أبو داود باسناده عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر فاخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخي فخلى سبيله فأتينا رسول الله ﷺ فذكرنا ذلك له فقال « أنت كنت أصدقهم وأبرهم المسلم أخو المسلم » وقال النبي ﷺ « ان في المعاريض لمندوحة عن الكذب » يعني سعة المعاريض التي يوهم بها السامع غير ما عناه ، قال محمد بن سيرين الكلام أوسع من أن يكذب ظريف يعني لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض وخص الظريف بذلك يعني به الكيس الفطن فانه يفطن التاويل فلا حاجة به إلى الكذب

(الوجه الثاني) أن يكون الحالف ظالما كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه إلى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تاويله ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » رواه مسلم ولانه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين اذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفا من عاقبة اليمين الكاذبة ، فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك فصار التأويل وسيلة الى جحد الحقوق ، قال ابراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فورى في يمينه إلى شيء أجزأ عنه وان كان ظالما لم يجز عنه التأويل .

(الحال الثالث) أن لا يكون ظالماً ولا مظلوما فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فانه روي أن مهنا كان عنده هو والمروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي ان يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه ، وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا يريد ليس المروذي في كفه فلم ينكره أبو عبد الله .

ولنا ان ما لفظ به قبل الأضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثرهما بعده كقوله علي درهم بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك .قال أحمد فان قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لانه أراد رفع الاولى وايقاع الثانية فلم ترتفع الاولى ووقعت الثانية

ووجه الاول انه لو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ههنا، فعلى هذا القول ان نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان لانه قصد ايقاع طلقتين بلفظين فوقع كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وذكر القاضي احتمالا آخر انه لا يقع إلا طلقة لان اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوي به اثنتين . قال احمد ولو كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ثم قال للاخرى لا بل أنت طالق طلقتا جميعاً، ووجهه انه أوقع طلاق الاولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الاخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الاولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لان الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كرر

وروي أن مهنا قال اني أريد الخروج يعني السفر إلى بلده وأحب ان تسمعني الجزء الفلاني فاسمعه اياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل انك تريد الخروج فقال له مهنا قلت لك إني أريد الخروج الآن؟ فلم ينكر عليه ، وهو مذهب الشافعي ولا نعلم في هذا خلافا أيضاً ، وروى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان اذا طلب انسان ابراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت اليه الخادم فقالت اطلبوه في المسجد ، وقد كان النبي ﷺ يمزح ولا يقول الاحقا ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ماعناه فقال لعجوز« لا يدخل الجنة عجوز» يعني أن الله ينشئهن عربا أترابا، وقال أنس ان رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله احملني فقال رسول الله ﷺ «انا حاملوك على ولد ناقة» فقال وما أصنع بولد الناقة؟ قال «وهل تلد الابل الا النوق» رواه أبوداود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها « هو الذي في عينه بياض» فقالت يارسول الله انه لصحيح العين وأراد النبي ﷺ البياض الذي حول الحدقة وقال لرجل احتضنه من ورائه«من يشتري العبد؟» فقال يارسول الله تجدني اذا كاسدا قال « لكنك عند الله لست بكاسد » وهذا كله من التأويل والمعاريض ، وقد سماه النبي ﷺ حقاً فقال « لا أقول الا حقا » وروي عن شريح أنه خرج من عند ابن زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الامير ؟فقال تركته يأمر وينهى فلما مات قيل له كيف قلت ذلك؟ فقال تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع ، ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته أخرى فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال اشهدوا اني قد طلقت ثلاثاً فزوجوه فقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثاً قال ألم تعلموا أنه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن؟ قالوا بلى قال قد طلقت قالوا ماهذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته، ويروى عن الشعبي أنه كان في مجلس فنظر اليه رجل ظن أنه طلب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي ان له بيتا وشرفا فقيل للشعبي بعد ماذهب الرجل تعرفه ؟فقال لا ولكنه نظر

الاخبار بها ، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الاخرى ونظيره في الاقرار مالو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له علي درهم بل دينار لزماه جميعاً

ولو قال انت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة لأنها بانت الاولى فلم يقع بها ما بعدها، وان قال أنت طالق واحدة بل ثلاثا ان دخلت الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق وان نوى تعليق الثلاث حسب وقعت الواحدة في الحال وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) يتعلق الجميع بالشرط لانه بعدها فيعود اليهما (والثاني) تقع الواحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لانه انما ذكر الشرط عقيبها فتختص به

وان قال أنت طالق ان دخلت الدار بل هذه فدخلت الاولى طلقتا وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فان قال أردت أن الثانية تطلق ان دخلت الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله ، وان قال أردت انك تطلقين اذا دخلت الثانية الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله وكان طلاق الاولى وحدها معلقا على دخول كل واحدة منهما

إلي قيل فكيف اثنيت عليه؟ قال شرفه اذناه وبيته الذي يسكنه ، وروى أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من أنت فقال :

أنا ابن الذي لا ينزل الدهر قدره وإن نزلت يوما فسوف تعود
ترى الناس أفواجا على باب داره فنهم قيام حولها وقعود

فظنوه شريفا فخلوا سبيله ثم سألوا عنه فاذا هو ابن الباقلاني ، وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا تبرأ من عثمان وعلي فقال أنا من علي وعثمان بريء فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوماً كان أو غير مظلوم لان النبي ﷺ كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة اليه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أكل تمراً فقال لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فانها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك)

مثل أن يعلم ان عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله وكذلك ان قال ان لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة ولا يحنث اذا كانت نيته ذلك، وان نوى الاخبار بكيته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك وان أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الحالف ارادته فتنصرف يمينه اليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين عليها الى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكلا تمرا فحلف لتميزن نوى ما أكلت فأفردت كل نواة وحدها فالحكم فيها كالتي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فانه يدخل قصبا فينسجه فيه فيجلس عليها في البيت فلا يحنث)

(فصل) اذا قال أنت طالق طلقة لاتقع عليك أو طالق لا أو طالق طلقة لاينقص بها عدد طلاقك أو طالق لاشيء أو ليس بشيء طلقت واحدة لان ذلك رفع لجميع ماأوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع وان قال ذلك خبراً فهو كذب لان الواحدة اذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ، وان قال أنت طالق أولا لم يقع لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج من أن يكون لفظا لايقاع ، ويخالف ماقبل ذلك فانه ايقاع ويحتمل أن يقع لان لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لكون

لانه قدقعد على بارية في بيته ولم يدخله بارية انما أدخله قصبا وليس هو بارية

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليطبخن قدراً برطل ملح ويأكل منه فلا يجد طعم الملح فانه يسلق به بيضا ويأكل منه ولا يحنث) لان الصفة وجدت

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجد فيه بيضا وتفاحا فانه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا ويأكل منه ولا يحنث) لان ذلك ليس ببيض ولا تفاح

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان على سلم فحلف لانزلت اليك ولا صعدت إلى هذه ولا أقمت مكاني ساعة) يريد إذا كان له امرأتان إحداهما في الغرفة والاخرى أسفل (فلتنزل العليا وتصعد السفلى ثم ينزل إن شاء أو يصعد فتنحل يمينه) لان الصفة لم توجد

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لاأقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فانه ينتقل إلى سلم آخر وتنحل يمينه) لانه لم يقم عليه ولا صعد فيه ولا نزل منه انما نزل أو صعد من غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لاأقمت في هذا الماء ولا خرجت منه وكان الماء جاريا لم يحنث) لان الماء المحلوف عليه جرى وصار في غيره فلم يحنث سواء أقام أو خرج لانه انما يقف في غيره أو يخرج منه ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لان الايمان عندهم تبنى على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها ، وقال القاضي في كتاب آخر : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لان إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الماء واقفا حلّ منه مكرها) لئلا ينسب اليه فعل

﴿ مسئلة ﴾ (وان استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت عنده وديعة فانه يعني بما الذي ويبر في يمينه) لانه صادق

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ما فلان ههنا وعنى موضعا معينا بر في يمينه)

اصدقه في ذلك . وقد ذكرنا ما رواه مهنا انه كان هو والمروذي عند أحمد فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا ، يريد ليس هو في كفه فلم ينكره أبو عبد الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولو سرقت منه امرأته شيئا فحلف بالطلاق لتصدقني أسرقت مني شيئا أم لا وخانت

الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ماأوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالذي قبلها ، وان قال أنت طالق واحدة أولا فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي ، وقال محمد يقع واحدة لان قوله أولا يرجع الى مايليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع وليس بصحيح لان الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع اليها فصار كقوله أنت طالق أو لاشيء

أن تصدقه فانها تقول سرقت منك ماسرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلانا أو لا وكان قد رآه فانه يعني بما رأيته ما ضربت رئته

﴿ مسألة ﴾ (ولو حلف على امرأته لا سرقت مني شيئا فخانته في وديعته لم يحنث)

لان الخيانة ليست بسرقة الا أن ينوي ذلك فيحنث

(فصل) ولو قال ان كانت امرأتي في السوق فعبدي حر وان كان عبدي في السوق فامرأتي طالق وكانا جميعا في السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لانه لما حنث في اليمين الاولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كما لو قال ان كلمت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لان يمينه تعلقت بعبد معين وان لم يرد عبدا بعينه لم تطلق المرأة لانه لم يبق له عبد في السوق ، ولو كان في فيها تمرة فقال أنت طالق ان أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال انه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وان نوى الجميع لم يحنث بحال

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أجامعك اليوم وأنت طالق ان اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فاذا غابت الشمس اغتسل ان لم يكن أراد بقوله اغتسلت منك المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها فقال لايعجبني لانها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي انما كره احمد هذا لان السفر الذي يبيح الفطر السفر المباح المقصود وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح به الفطر لانه سفر بعيد مباح لقصد صحيح فان ارادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لايقصر فيها وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لاقصد له سوى الترخص فههنا أولى

(باب الشك في الطلاق)

﴿ إذا شك هل طلق أولا لم تطلق ﴾

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لان النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ، والاصل في هذا حديث عبدالله بن زيد عن النبي

(فصل) فان قال أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك لم تطلق نص عليه احمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله ، وان تزوج أمة أبيه ثم قال اذا مات أبي فأنت طالق فمات ابوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي لانه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتي واختار أبو الخطاب

ﷺ أنه سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال «لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ولانه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث . قال شيخنا والورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها ان كانت غير مدخول بها ، وقد انقضت عدتها وان شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لانه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لان التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر إلى ما تفتقر اليه العبادات من النية ولانه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة

﴿مسئلة﴾ (وان شك في عدد الطلاق بنى على اليقين لما ذكرنا وقال الخرقي إذا طلق فلم يدر واحدة طلق ام ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها مادامت في العدة فان راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق؟ لانه متيقن للتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك أن من طلق وشك في عدد الطلقات بنى على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لايدري واحدة ام ثلاثا فقال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان مازاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق اذا ثبت هذا فانه تبقى أحكامه احكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة وإذا رجع عادت الى ماكانت عليه قبل الطلاق وقال الخرقي يحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا انه حكي عنه انه يلزمه الا كثر من الطلاق المشكوك فيه وقولهما متيقن للتحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فانه لايزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول حتى يغسله جميعه وفارق لزوم النفقة فانها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية لانها كانت باقية وقد شككنا في زوالها

وظاهر قول سائر اصحابنا انه اذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لان التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم انواع (تحريم)

أنه يتم لان الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، وان قال ان اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين ، وان قال الاب اذا مت فأنت حرة وقال الابن اذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الاب وقع العتق والطلاق معا وان لم تخرج من الثلث فان بعضها ينتقل الى الورثة فيملك

تزيله الرجعة (وتحريم) يزيله نكاح جديد (وتحريم) يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الادنى لا يثبت فيه حكم الاعلى كمن تيقن الحدث الاصغر لا يثبت فيه حكم الاكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ماتيقنه من النجاسة فنظير مسئلتنا اذا تيقن نجاسة كم الثوب وشك في نجاسة سائره فان حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحده كذا ههنا ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع تيقنه فان الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو اذا متيقن للتحريم بل هو متيقن للاباحة شاك في التحريم وكذلك قال الخرقي فيمن حلف لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله وهذه المسئلة لا تخلو من أحوال ثلاث

(احدها) ان يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها اما ان يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحنث بلا خلاف بين أهل العلم لانه أكل التمرة المحلوف عليها

(الثاني) ان يتحقق انه لم يأكلها اما بان لا يأكل من التمر شيئا أو يأكل شيئاً يعلم انه غيرها فلا يحنث أيضا بلا خلاف ولا يلزمه اجتناب زوجته

(الثالث) أكل من التمر شيئاً واحدة أو أكثر الى ان لا يبقى منه الا واحدة ولم يدر أكلها أو لا فهذه مسئلة الخرقي ولا يتحقق حنثه لان الباقية يحتمل انها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الراي فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها الا في الوطء فان الخرقي قال يمنع من وطئها لانه شاك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر أبو الخطاب انها باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لان الاصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولان النكاح باق بحكمه فاثبت الحل كما لو شك هل طلق أولا؟ وان كانت يمينه ليأكلن هذه التمرة فلا يتحقق بره حتى يعلم انه أكلها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لامرأتيه احداكما طالق ينوي واحدة بعينها طلقت وحدها فان لم ينو اخرجت المطلقة بالقرعة)

أما إذا نوى واحدة بعينها فانها تطلق وحدها لانه عينها بنيته فاشبه ما لو عينها بلفظه فان قال انما أردت فلانة قبل منه لان ماقاله محتمل ولا يعرف الا من جهته وأما إن لم ينو واحدة بعينها فانها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا وقال

الابن جزءا منها ينفسخ به النكاح فيكون كلاهما جميعا في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فان أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبني على الاجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فان قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وان قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وهكذا ان أجاز الزوج وحده عتق أبيه فان كان على الاب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح

حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له ان يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لانه لايمكن إيقاعه ابتداء وتبيينه فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعينه لانه استيفاء ماملكه

ولنا أن ماذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولا مخالف لهما من الصحابة ولانه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الاصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولان الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر باحدى نسائه والبداية بأحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما ولانه طلق واحدة من نسائه لايعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية وأما الدليل على أنهن لايطلقن جميعاً انه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها، قولهم إنه كان يملك الايقاع والتعيين قلنا ملكه للتعيين بالايقاع لايلزم ان يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها فان مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم مالو عينها بالتطليق منهن وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لانه لايعلم المستحق منهن ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولانهن قد تساوين ولا سبيل الى التعيين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبيداً في مرضه لامال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهم بالنص لان في توريث الجميع توريث من لايستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان للمستحق يقينا والقرعة تسلم من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لنسائه احداكن طالق غداً طلقت واحدة منهن إذا جاء الغد وأخرجت بالقرعة)

فان مات قبل الغد ورثنه كلهن وإن ماتت إحداهن ورثها لانها ماتت قبل وقوع الطلاق فاذا جاء غد أقرع بين الميتة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احداهما طلقت كما لو قال لامرأته واجنبية إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الاجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله اليها وهذه قد كانت محلا للطلاق فارادتها بالطلاق ممكنة وارادتها بالطلاق كارادة الاخرى وحدوث الموت بها لايقتضي في حق الاخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول

أن ذلك لايمنع نقل التركة الى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح ، وان كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ، وان لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة ، وان أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لان النكاح انفسخ قبل اسقاطه

في تعليق الطلاق فاذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبد الآخر فان وقعت على المبيع لم يعتق منه شيء وعلى قول القاضي ينبغي ان يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي ان يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي لان له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين فان باع نصف العبد اقرع بينه وبين الباقين فان وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسري إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق الا نصفه

(فصل) وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء واماء ونوى معينة انصرف اليها وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق اماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وإن تعدوا نعمة الله لاتحصوها ـ و ـ أحل لكم ليلة الصيام) ولان ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال احداكن طالق وإحداكن حرة لان لفظ الواحد لايستعمل في الجمع الا مجازاً والكلام يحمل على حقيقته مالم يصرفه عنها دليل ولو تساوي الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لانها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلق واحدة وأنسيها فكذلك عند أصحابنا)

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها وتحل له الباقيات وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد مايدل على أن القرعة لاتستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فانه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق المرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق قال أكره ان أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت إن مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لان القرعة تصير على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث فأما في الحل فلا ينبغي ان يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذا في المسئلة في شيئين

(أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية في التوريث (والثاني) في استعمالها فيها للحل أما الاول فوجهه ماروى عبد الله بن حميد قال قال سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لايدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الاربع وأنذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولان الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز الا بالقرعة صح استعمالها لانها اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له احداهما بالقرعة كما لو اشتبهت أجنبية لم يكن له عليها عقد ولان القرعة لا تزيل التحريم عن المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ولاحتمال كون المطلقة غير من وقعت عليها القرعة ولهذا لو

(فصل) في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله اذا قال ان لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق أو أكل تمراً فقال ان لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فانها تعدله عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة الى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث اذا كانت نيته ذلك ، وان نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك ، وان أطلق فقياس

ذكران المطلقة غيرها حرمت عليه ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لعاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها وقال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر واحدة طلق ام ثلاثا؟ ومن حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة لا تحل له امرأته حتى يعلم انها ليست التي وقعت اليمين عليها فحرمها مع ان الاصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فههنا أولى وكذلك الحكم فيمن أوقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه فان جميع نسائه يحرمن عليه حتى يعلم المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وان أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزويج لانها يجوز أن تكون غير المطلقة ، وقال أصحابنا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها وأبيح الزوج من سواها كما لو طلق واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه ولانها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال احداكن طالق ولم يرد واحدة بعينها ولانه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق ، قال شيخنا والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا لما ذكرنا من الأدلة وتحرمان عليه كما لو اشتبهت امرأته باجنبية ، وفارق ما قاسوا عليه فان الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح للتعيين ، وفي مسئلتنا الطلاق واقع على معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر من غيرها فانهن إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها اندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث وكذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته باجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر واشباه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا ههنا وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا .

(مسئلة) (فعلى قول أصحابنا إن تبين أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة بان يذكر ذلك تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر ، وقوله في هذا مقبول لانه يقر على نفسه وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا ظهر لنا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهته لا يعرف الا من قبله

المذهب انه لايبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الحالف ارادة. فتنصرف يمينه اليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين الى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال ان لم تميزي نوى ماأكلت من نوى ماأكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها ، وان وقفت في ماء جار فحلف عليها ان خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضي قياس المذهب أنه يحنث الا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لان اطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو اقامتها فيه

﴿ مسألة ﴾ (إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين)

قال أحمد في رواية الميموني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فإن وقعت القرعة على واحدة ثم ذكر فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنها التي طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكثر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد تطلق المرأتان ولا ترجع اليه واحدة منهما لان الثانية حرمت بقوله وترثه ان مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما ان تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها والاولى بالقرعة

(فصل) إذا قال هذه المطلقة قبل منه لما ذكرنا وان قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لانه أقر بطلاق الأولى فقبل أقراره بطلاق الثانية ، ولم يقبل اضرابه عن اقراره بطلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن ، وان قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الاولتين وان قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى وإحدى الآخريين ، وان قال أنت طالق أو هذه أو هذه ، فقال القاضي هي كذلك وذكر أنه قول الكسائي وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الاولى والثالثة ، ووجه الاول أنه عطف الاولى على الثانية بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ولو قال طلقت هذه أو هذه طلقت الثالثة وكان الشك في الاولتين ويحتمل في هاتين المسئلتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الاولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود اليهما وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذه أو هذه وهذه طولب بالبيان فان قال هي الثالثة طلقت وحدها وان قال لم أطلقها طلقت الاولتان وان لم يبين أقرع بين الاولتين والثالثة ، قال القاضي في المجرد وهذا أصح ، وان قال ليست الأولى طلقت الاخيرتان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فان فعل لم يكن تعيينا وان ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الاخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق في الاخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها

ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وان قال طلقت هذه وهذه وهذه والظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الاولتان أم الآخرتان ؟ كما لو

وقال ابو الخطاب لايحنث لان الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لانها انما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لان الايمان عندهم تنبني على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لايحنث في هذه الايمان السابقة كلها ، ولو قال ان كانت امرأتي في السوق فعبدي حر ، وان كان عبدي في السوق فامرأتي

قال طلقت هاتين أو هاتين فان قال هما الاوليان تعين الطلاق فيهما وان لم يطلق الاوليين تعين الآخرتان وان قال انما أشك في طلاق الثانية والاخريين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء يحتمل قبل منه .

(فصل) فان مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها لم نورثها وان مات بعضهن قبله وبعضهن بعده فخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها وان خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه ، فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لان علم ذلك انما يعرف من جهته لان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه اياها والاصل عدمه وهل يستحلف في ذلك ؟ فيه روايتان ، فان قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معهـا فلا يقبل قولهم عليها الا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لان ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائرها وان ادعت احدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وان مات لم ترثه لاقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لانا لم نقبل قولها فيما عليها وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق يبينها فان كان رجعيا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق؟ فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة ، نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الاربع فأيتهن خرجت قرعتها حرمت وورثت الباقيات ، نص عليه أحمد أيضا وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة الى أن الباقي بين الاربع وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعا ، وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ، ووجه الأول ماتقدم وقد قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك لا يدري أيتهن طلق ثلاثا وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن

طالق فكانا جميعا في السوق فقبل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لانه لما حنث في اليمين الاولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال ان كانت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لان يمينه تعلقت بعبد معين وان لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة لانه لم يبق له عبد في السوق ولو كان

فالتي أبانها تخرج ولا ميراث لها هذا اذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فانه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثا والباقيات رجعيات يرثنه في العدة ويرثن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

(فصل) اذا طلق واحدة لا بعينها أو بعينها فان نسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه بالنسبة الى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح ماقاله لاننا علمنا أن منهن واحدة بائنامنه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها ومنعها من التزويج بغيره لاجل اشتباهها؟ ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو بقرعة فعدتها من حين طلقها لامن حين عينها، وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين يبين لما كان وقع فان مات الزوج قبل التعيين فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني، قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق، لان كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقينا الا بأطولهما وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعية فعليها عدة الوفاة بكل حال لانها زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لانه منكر ولان الاصل بقاء النكاح فان كان لها بما ادعته بينة قبلت ولا يقبل فيه إلا عدلان، ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق؟ قال: لا والله إنما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان عدمت البينة استحلف في أصح الروايتين نقلها أبو طالب عن أحمد لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعي عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر، ونقل ابن منصور عنه لا يستحلف في الطلاق لانه لا يقضي فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى

في فيها تمرة فقال أنت طالق ان أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لانسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك وديعة فانه يحلف ما لفلان عندي وديعة وينوي

زوجيتها فأنكرته فان اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرنا، فعلى هذا إذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك فأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت ولا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ولا تقيم معه وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف تفر منه وقال مالك لا تتزين له ولا تبدي له شيئاً من شعرها ولا يصيبها إلا مكرهة ، وروي عن الحسن والزهري والنخعي يستحلف ثم يكون الاثم عليه، والصحيح ما قاله الاولون لان هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجانب، وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية أو لو تزوجها تزويجا باطلا فسلمت اليه بذلك فالحكم في هذا كالحكم في المطلقة ثلاثاً

(فصل) ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ترثه لانها في حكم الزوجات ظاهراً

ولنا أنها تعلم انها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات وقال أحمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها ويعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب،وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها، قيل له فان بعض الناس قال تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزوج قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فاذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الحكم العقوبة والرد إلى الاول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذاك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولا في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا اثم عليها ولا ضمان في الباطن فأما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها

(فصل) قال أحمد إذا طلقها ثلاثاً فشهد أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد إنما أوجبه لانها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريما لانها محرمة وطأ ونكاحاً فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده لطلاقها يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة

بها الذي ويبر في يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فخاف عليها بالطلاق لتصدقني أسرقت مني ام لا وخافت أن تصدق، فانها تقول سرقت منك ماسرقت منك وتعني الذي سرقت منك، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلانا أو لا ؟ فانه يعني برأيت أي ضربت رئته، وذكرته أي قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أي الشجرة التي حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعني القباء ولا حصيراً وهو الحبس وأشباه هذا فمتى لم يكن ظالما فخاف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه ، ولو كانت له امرأة على

في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئتها عالما بأني كنت طلقتها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الاقرار بالزنا

(مسألة) (وإن طار طائر فقال إن كان هذا غرابا ففلانة طالق وإن لم يكن غرابا ففلانة طالق فهي كالمنسية والحكم فيها على ما ذكرنا فيها لانها في معناها والخلاف فيها على ما ذكرنا

(مسألة) (وإن قال إن كان الطائر غراباً ففلانة طالق وإن كان حماما ففلانة طالق لم يحكم بحنثه في واحدة منهما) لانه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح بالشك لانه يحتمل أنه غيرهما

(فصل) إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر أنه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لان يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله لان الاصل واليقين في جانبه

(فصل) فان قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثاً وقال الآخر إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثاً فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه، ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل يبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكن لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي أنه يحرم عليهما لان أحدهما حانث يقينا فامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها وقال أصحاب الرأي والشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا انما تحقق حنثه في واحدة غير معينة وبالنظر إلى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققنا أن إحداها حرام ولم يمكن تمييزها حرمنا عليه جميعاً وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الانائين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجل واحد أو لرجلين وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال اليه ابو عبيد فان ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري والحارث العكلي والثوري والشافعي لان كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث

درجة فخاف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فانها تنتقل عنها الى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليه لان نزولها انما حصل من غيرها ، وإن كان في يمينه ولا انتقلت عنها فانها تحمل مكرهة ، ولو كان في سلم وله امرأتان احداهما في الغرفة والاخرى في البيت السفلاني فخاف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الاخرى فان السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل ان شاء أو يصعد

طلقت زوجتاهما باقرارهما على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده فان ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف؟ على روايتين

(مسألة) (فان قال أحدهما إن كان غراباً فعبدي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بعتق واحد من العبدين)

لان الاصل بقاء الرق فان اشترى أحدهما عبد الآخر بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لان انكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه واقرار منه بعتق الذي اشتراه ، وإن اشترى من أقر بحريته عتق عليه، وإن لم يكن منه انكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده أحدهما حر لا يعلم عينه فيرجع في تعيينه إلى القرعة وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي يعتق الذي اشتراه في الموضعين لان تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه وهذا مذهب الشافعي

ولنا أنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فان الشرع سوغ له امساك عبده مع الجهل استناداً إلى الاصل فكيف يكون معترفاً مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما؟ وإنما اكتفينا في ابقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فاذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فأعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ، فان كان الحالف واحداً فقال إن كان غراباً فعبدي حر وإن لم يكن غرابا فامتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعتق أحدهما، فان ادعى أحدهما أنه الذي أعتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) فان قال إن كان غراباً فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يبين وعليه نفقة الجميع فان كان غراباً طلق نساؤه ورق عبيده فان ادعى العبيد أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قول السيد وهل يحلف؟ يخرج على روايتين ، وإن لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء فان ادعين أنه كان غراباً ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل قضي عليه بنكوله وإن قال لا أعلم ما الطائر فقياس المذهب أن يقرع بينهما فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أجامعك اليوم وأنت طالق ان اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فاذا غابت الشمس اغتسل ان لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر

فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والقرعة حل الملك ، والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته .

قال شيخنا ويمكن أن يقال على هذا إن ما لا يصلح لتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الاماء محرمات على الموروث تحريماً لا تزيله القرعة فلم يبحن للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

(مسئلة) (إذا قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال لحماته ابنتك طالق ، أوقال سلمى طالق ، واسم امرأته سلمى ، طلقت امرأته)

لانه لا يملك طلاق غيرها ولانه إزالة ملك أشبه مالو باع ماله ومال غيره صح في ماله دون غيره فان قال أردت الاجنبية لم يصدق .

قال أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فلا يقبل منه . وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسماهما فاطمة ماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود كأنه أراد في الرواية الاولى أن لا اصدقه في الحكم ، وفي الثانية يدين .

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين . وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال سلمى طالق وقال أردت أجنبية اسمها سلمى لان سلمى لا يتناول الاجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أن لا تطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه . أما إذا قال إحداكما فانه تناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله .

ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره به كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال سلمى طالق عند الشافعي ، ولا يصح ماذكروه من الفرق فان قوله إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما بعينها وسلمى يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محلا للطلاق وخطاب غيرها به عبث كما لو قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكن صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها فان النبي ﷺ لما قال للمتلاعنين « إحداكما كاذب » لم ينصرف إلا الى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان *فشركما لخيركما الفداء* لم ينصرف شرهما الا الى أبي سفيان وخيرهما الى النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من

مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي انما كره أحمد هذا لان السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحا ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هـذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لانه سفر بعيد

نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لان اللفظ محتمل له وان كان غير مقيد ، ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الاجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظالما أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف اليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته لانها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع بها كما لو نواها

﴿ مسئلة ﴾ (فان نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقت في إحدى الروايتين)

وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لانه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها

(والثانية) تطلق التي ناداها وحدها وهو قول الحسن والزهري وابي عبيد ، قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال: قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى ، قيل له ماتقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى وذلك لانه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يختلف كلام احمد أنها لا تطلق ، وقال الشافعي تطلق المجيبة وحدها لانها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لانه لم يخاطبها بالطلاق ولم يعترف بطلاقها، وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة غيرها فان المنوية تطلق بارادتها بالطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لان الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولان التي لم تجب مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال، فان قال علمت أنها غيرها وأردت طلاق المناداة طلقتا معا في قولهم جميعا ، وان قال أردت طلاق الثانية وحدها طلقت وحدها لقصده لها وخطابه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لقي أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق فاذا هي أجنبية طلقت زوجته)

نص عليه احمد وقال الشافعي لا تطلق لانه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق

ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق واحتمل أن لا تطلق لانه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وإن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يامطلقة أو لقي أمته فظنها أجنبيـة فقال أنت حرة أو تنحي ياحرة فقال ابو بكر فيمن لقي امرأة فقال تنحي يامطلقة أو ياحرة

مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا قصد له سوى الترخص فههنا أولى

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - إلى قوله - وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال « مره فليراجعها » متفق عليه وروى ابو داود عن عمر قال ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

﴿ مسألة ﴾ قال (والزوجة اذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد)

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها وذلك

وهو لا يعرفها فاذا هي زوجته أو أمته لايقع بهما طلاق ولا حرية لانه لم يردهما بذلك فلم يتم بهما شيء كسبق اللسان الى مالم يرده ويحتمل أن لاتعتق الامة لان عادة الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله ياحرة وتطلق الزوجة لعدم العادة في المخاطبة بقوله يامطلقة

﴿ كتاب الرجعة ﴾

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء — الى قوله — وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى (اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه اذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن

وأما السنة فروى ابن عمر قال : طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال « مره فليراجعها » متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها ، وأجمع أهل العلم على أن الحر اذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد اذا طلق واحدة أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

لان الرجعة انما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ولا نفقة لها ، وان رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجع اليه بطلقتين ، وان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثا بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وروت عائشة أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال « لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته » متفق عليه ، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطأ يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : اذا تزوجها

(مسألة) (اذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث أو العبد واحدة بغير عوض والامر يقتضي بينونتها فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت لما ذكرنا)

أجمع على ذلك أهل العلم وأجمعوا على انه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها وقد ذكرنا ان الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثا كالحرة وفيما اذا طلق الامة اثنتين خلاف ذكرناه فيما مضى ، ولا يعتبر في الرجعة رضا المرأة في ذلك لقول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) أي في العدة فجعل الحق لهم ، وقال سبحانه (فأمسكوهن بمعروف) فخاطب الازواج بالامر ولم يجعل لهن اختياراً ، ولان الرجعة امساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه وأجمع أهل العلم على هذا والعبد بعد الواحدة مالحر قبل الثلاث ، وقد أجمع العلماء على ان العبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة اذا وجدت شروطها ، فاذا طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لان طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

(مسألة) (وألفاظ الرجعة راجعت امرأتي أو رجعتها أو ارتجعتها أو رددتها أو أمسكتها)

لان هذه الالفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وقال (فامسكوهن بمعروف) يعني الرجعة ، والرجعة وردت بها السنة لقول النبي ﷺ « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم

تزوجها صحيحا لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الاول قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجا غيره) ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وانها لا تحل للاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وابو عبيدة وغيرهم

(فصل) ويشترط لحلها للاول ثلاثة شروط (أحدها) أن تنكح زوجا غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ليس بزوج، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لان الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه، ولان الفرج لا يجوز أن يكون محرما مباحا فسقط هذا

(الشرط الثاني) أن يكون النكاح صحيحا فان كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن

يسمونها رجعة والزوجة رجعية (قال شيخنا) ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق

(فصل) والاحتياط أن يقول اشهدا علي أني قد راجعت زوجتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي

(مسئلة) (فان قال نكحتها أو تزوجتها فليس هو بصريح فيها وهل تحصل الرجعة به؟ فيه وجهان)

(أحدهما) لا تحصل به لان هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا يحصل بالكناية كالنكاح

(والثاني) تحصل به الرجعة أومأ اليه احمد واختاره ابن حامد لان الاجنبية تباح به فالرجعية أولى فعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لان ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق

(فصل) فان قال راجعتك للمحبة أو للاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لانه أتى بالرجعة وبين سببها، وإن قال أردت أنني كنت أهينك أو أحبك وقد رددتك بفراقي الى ذلك فليس برجعة، وان أطلق ولم ينو شيئا صحت الرجعة ذكره القاضي لأنه أتى بصريح الرجعة وضم اليه ما يحتمل أن يكون سببها ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وهل من شرطها الاشهاد؟ على روايتين)

والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه ابو الخطاب وجها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ، ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه

ولنا قول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولان أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وانما هذا كقول النبي ﷺ « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولانه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة (الشرط الثالث) أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها لان النبي ﷺ علق الحل على ذواق العسيلة منهما ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لان الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار ، وان كان الذكر مقطوعا فان بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها والا فلا فان كان خصيا أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه لانه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الانزال وهو غير معتبر في الاحلال وهذا قول الشافعي

وجملة ذلك أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لان حكم الرجعية حكم الزوجات لما نذكره والرجعية امساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى الله تعالى الرجعة امساكا وتركها فراقاً وسراحاً فقال (فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) وفي رواية أخرى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وانما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد لها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم تحتج لذلك إلى ما يحتاج اليه ابتداء النكاح . فأما الاشهاد ففيه روايتان (احداهما) يجب ، وهذا أحد قولي الشافعي لان الله تعالى قال (فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم) فظاهر الامر الوجوب ولانه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع . (والرواية الثانية) لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لانها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ولان مالا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الاشهاد كالبيع وهذه أولى إن شاء الله تعالى ويحمل الامر على الاستحباب ويؤكد ذلك أن الامر بالشهادة عقيب قوله (أو فارقوهن) فهو يرجع إلى أقرب المذكورين يقيناً ولا تجب الشهادة فيه فكذلك ما قبله وهو قوله (فامسكوهن) بطريق الاولى ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الاشهاد فان قلنا هو شرط فانه يعتبر وجوده

قال أبو بكر: وقد روي عن أحمد في الخصي انه لا يحلها فان أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به؟ قال لا خصي يذوق العسيلة ، قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا انها تحل ، ووجه الاول ان الخصي لا يحصل منه الانزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لان الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الانزال فلا يحصل الاحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار

(فصل) واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فان وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما أو وأحدهما صائم فرضا لم تحل وهذا قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله عليه السلام «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وهذا قد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء ، وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ وأما وطء المرتدة فلا يحلها سواء وطئها في حال ردتها أو ردته أو وطيء المرتد المسلمة لانه ان لم يرجع المرتد منهما الى الاسلام تبين ان الوطء في غير نكاح وان عاد الى الاسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام لان سبب البينونة حاصل فيه وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك

حال الرجعة فان ارتجع بغير اشهاد لم يصح لان المعتبر وجودها في الرجعة دون الاقرار بها إلا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح

(مسئلة) (والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء ولعانه ويرث أحدهما صاحبه ان مات بالاجماع وان خالعها صح خلعه)

وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة . ولنا أنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من الزوج ونكاحه الذي هو سببه والنكاح باق ولا يأمن رجعته على أننا نمنع كونها محرمة .

(مسئلة) (ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتزين له وتتشرف له)

قال القاضي هذا ظاهر المذهب . قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه ، وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له له أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها وهذا مذهب أبي حنيفة لانها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق .

وعن احمد رحمه الله أنها ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وان أكرهها عليه فلها المهر ان لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك لانها مطلقة فكانت محرمة كما لو طلقها بعوض واحدة ولا حد عليه بالوطء وإن قلنا أنها محرمة لا ينبغي أن يلزمه مهر سواء

(فصل) فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولانه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر ، وان تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم إلا مالكا وأبا عبيد فانهما قالا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لانه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فانه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته ، قال القاضي ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لان من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فان الخلاف في المجامع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقديره بمجرد الرأي والتحكم وان كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم ، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحلها ولنا ظاهر الآية ولانه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم ، وان كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لانه لا يذوق العسيلة ولنا ظاهر الآية ولانه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل ، وقوله لا يذوق العسيلة لا يصح فان الجنون انما هو تغطية العقل وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن ان كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه

راجع أو لم يراجع لانه وطيء زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ويفارق ما إذا وطيء الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لانه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين اسلام الاول وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه وفي مسئلتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وهو المنصوص عن الشافعي لانه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء المختلعة في عدتها والاول أولى لظهور الفرق بينهما فان البائن ليست زوجة له وهذه زوجة يلحقها طلاقه وقياس الزوجة على الاجنبية في الوطء وأحكامه بعيدة .

(فصل) فاذا قلنا أنها مباحة حصلت الرجعة وطئها سواء نوى الرجعة أو لم ينو ، اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي ، قال بعضهم .. ويشهد ، وقال مالك واسحاق يكون رجعة إذا أراد به الرجعة لان هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الايلاء ولان الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الامة المبيعة في مدة الخيار وكما ينقطع به التوكيل في طلاقها

الحال لانه لايذوق العسيلة ولا تحصل اللذة ، ولعل ابن حامد انما أراد المجنون الذي هذه حاله فلا يكون ههنا اختلاف ، ولو وطيء مغمى عليها أو نائمة لاتحس بوطئه فينبغي أن لاتحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم

(فصل) ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فاذا هي امرأته أحلها لانه صادف نكاحاً صحيحاً ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لان التحريم ههنا لحقها وان استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لانه لايذوق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة)

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى انه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرناه في أول الباب وان طلق الحر امرأته الامة فهو كطلاق الحرة الا أن فيه خلافا ذكرناه فيما مضى وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها مالم يطلقها ثلاثا كالحرة

(فصل) ولا يعتبر في الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحا) فجعل الحق لهم وقال سبحانه (فامسكوهن بمعروف) فخاطب الازواج بالامر ولم

﴿ مسألة ﴾ (ولا تحصل بمباشرتها والنظر إلى فرجها والخلوة بها الشهوة)

نص عليه أحمد وخرجه ابن حامد على وجهين مبنيين على الروايتين في تحريم المصاهرة به أحدهما هو رجعة ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانه استمتاع يباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء (والثاني) ليس برجعة لانه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر فأما الخلوة بها فليست برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الاجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أن الرجعة لاتحصل بها لانها لا تبطل خيار المشتري للامة كاللمس لغير شهوة فأما اللمس لشهوة والنظر كذلك ونحوه فليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبهت الحديث معها

(فصل) وان قلنا ليست مباحة لم تحصل الرجعة بوطئها ولا تحصل إلا بالقول ، وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي ، وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود وأمر بالاشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح ولان غير القول فعل من قادر على القول لم تحصل به الرجعة كالاشارة من الناطق وهو رواية عن أحمد

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح)

فلو قال راجعتك ان شئت لم يصح لذلك ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح أيضاً لانه راجعها

يجعل لهن اختيارا ، ولان الرجعة إمساك المرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا

(فصل) والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالاجماع وان خالعها صح خلعه، وقال الشافعي في أحد قوليه لايصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة

ولنا أنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها ، والنكاح باق ولا نأمن رجعته وعلى اننا نمنع كونها محرمة

(فصل) وظاهر كلام الخرقي ان الرجعية محرمة لقوله وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا؟ فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل ، وقد روي عن أحمد مايدل على هذا وهو مذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك ، وقال القاضي ظاهر المذهب أنها مباحة قال أحمد في رواية أبي طالب لاتحتجب عنه وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ماكانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها وهذا مذهب أبي حنيفة لانها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق ووجه الاولى أنها طالقة واقعة فأثبتت التحريم كالتي بعوض ولا خلاف في أنه لاحد عليه بالوطء ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع او لم يراجع لانه وطيء زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق مالو وطيء الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لانه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين

قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح وان قال ان قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط فان راجعها في الردة من أحدهما لم يصح ، ذكره ابو الخطاب وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير النكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي ان قلنا بتعجيل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها وان قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ، فان أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لانا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه ولانه نوع امساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق وان لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابن حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد اسلام أحدهما

(فصل) قد ذكرنا أن من طلق طلاقا بغير عوض فله رجعة زوجته مادامت في العدة إذا كان طلاق الحر أقل من ثلاث أو العبد واحدة فعلى هذا ان كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثاني ، هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الاول وما عليه سائر أهل العلم أصح فان العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل مافي البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولان العدة لو انقضت بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي

اسلام المسلم الاول منهما وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه ، وفي مسئلتنا لاتبين إلا بانقضاء العدة فافترقا ، وقال ابو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها وهو المنصوص عن الشافعي لانه وطيء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر فان البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الاجنبية في الوطء وأحكامه بعيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث)

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها فان طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لان طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثاني)

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الاول وما عليه سائر أهل العلم أصح فان العدة لاتنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل مافي البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع في الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر ولا

حامل من زوج آخر ولا قائل به ، قال شيخنا وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال . لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح لانها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين)

وجملة ذلك أنه إذا انقطع حيض المرأة المعتدة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها فيه روايتان ذكرهما ابن حامد

[إحداهما] لا تنقضي حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه قال في العدد فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج وبه قال كثير من أصحابنا روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم وروي عن شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة لانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا ولان أكثر أحكام الحيض لاتزول إلا بالغسل فكذا هذا ، والرواية الثانية أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعي واختاره أبو الخطاب لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) والقرء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روي عن النبي ﷺ أنه قال « وقرء الامة الحيضان »

قائل به، وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج؟ قال لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

(فصل) إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد (إحداهما) لا تنقضي عدتها حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك، وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه قال في العدة فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج وهذا قول كثير من أصحابنا، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد، وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء، وروي عن شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا، ولان أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل وكذلك هذا

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء الحيض وقد زالت فيزول التربص، ونما روي عن النبي ﷺ أنه قال «وقرء الامة حيضتان» وقال «دعي الصلاة أيام اقرائك» يعني أيام حيضك ولان انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج

وقال «دعي الصلاة أيام اقرائك» أي أيام حيضك ولان انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج وحلها من غيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل فاما أن يقال بقول شريك إنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله تعالى (ثلاثة قروء) فان عدتها تصير أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل والله أعلم

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل؟ يحتمل وجهين

(أولهما) أن له رجعتها لأنها لم تنقض عدته فحكم نكاحه باق بأن يلحقها طلاقه وظهاره، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فانها تحرم عليه ويبقى سائر أحكام الزوجية ولانه يملك ارتجاعها اذا عادت الى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فاذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على ما مضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لانها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً فان له رجعتها في حيضها وإن كانت لا تعتد بها، وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها

وحلها لغيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون ونحوه لم تخل إما أن يقال بقول شريك انها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله (ثلاثة قروء) فانها تصير عدتها أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل فيكون رجوعا عن قولهم ، ويحمل قول الصحابة في قولهم حتى تغتسل أي يلزمها الغسل

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل يحتمل وجهين

(أولاهما) أنه له رجعتها لأنها لم تنقض عدتها فحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فانها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فاذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على مامضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجها واحداً ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول ، وان لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضا فان له رجعتها في حيضتها ، وان كانت لا تعتد بها ، وان حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك

من الثاني إذا رجعها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح فان بان من الاول احتمل أن لا يصح لانه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا تصح لانه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والاول أصح فان الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فان كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها ؟ لوشك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فههنا أولى فان راجعها بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته وإن بان من الاول لم تصح لان العدة انقضت بوضعه

(مسئلة) (وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولا تحل إلا بنكاح جديد) لقول الله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن) يريد الرجعة عند جماعة أهل التفسير في ذلك أي في العدة ، وأجمع أهل العلم على أن المرأة إذا طلقها زوجها فلم يرتجعها حتى انقضت عدتها أنها تبين منه فلا تحل له إلا بنكاح جديد

(مسئلة) (وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث)

وجملة ذلك أن المطلقة لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال (أحدها) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود اليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه

رجعتها في حلها من الثاني إذا رجعها في هذا الحل ثم بان أنه من الثاني لم يصح ، وان بان من الاول احتمل أن يصح لانه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا يصح لانه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والاول أصح فان الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيها إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فان كل صلاة يشك في أنها هي المنسية أو غيرها ولو شك في الحدث فتطهر بنوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فههنا أولى ، فان راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعته ، وان بان من الاول لم تصح الرجعة لان العدة انقضت بوضعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)

وجملته أن الرجعة لا تفتقر الى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات والرجعة امساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة امساكا وتركها فراقا وسراحا فقال (فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو

(والثاني) أن يطلقها ثلاثاً فتنكح زوجا غيره ويصيبها ثم يتزوجها الاول فهذه تعود بطلاق ثلاث باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر (الثالث) طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول ففيها روايتان (أظهرهما) أنها تعود اليه على ما بقي من الثلاث وهو قول الاكثر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبدالله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر (والرواية الثانية) عن أحمد أنها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لان وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها

ولنا أن وطء الثاني لا يحتاج اليه في الاحلال للزوج الاول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت اليه قبل وطء الثاني وقولهم ان وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين (أحدهما) منع كونه مثبتاً للحل أصلا وانما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وحتى للغاية وإنما سمى النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللا تجوزا بدليل أنه لعنه ومن أثبت حلالا لم يستحق لعنا (والثاني) أن

فارقوهن بمعروف) وفي آية أخرى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وانما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه الى البينونة فلم يحتج لذلك إلى مايحتاج اليه ابتداء النكاح، فأما الشهادة ففيها روايتان

(احداهما) تجب وهذا أحد قولي الشافعي لان الله تعالى قال (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم) وظاهر الامر الوجوب ولانه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع

(والرواية الثانية) لاتجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لانها لاتفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج، ولان مالا يشترط فيه الولي لايشترط فيه الاشهاد كالبيع وعند ذلك يحمل الامر على الاستحباب، ولاخلاف بين أهل العلم في أن السنة الاشهاد فان قلنا هي شرط فانه يعتبر وجودها حال الرجعة، فان ارتجع بغير شهادة لم يصح لان المعتبر وجودها في الرجعة دون الاقرار بها إلا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الرجعة لاتحصل إلا بالقول بقوله المراجعة أن يقول وهذا مذهب الشافعي لانها استباحة بضع مقصود أمر بالاشهاد فيه فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح

الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم انه يهدم الطلاق قلنا بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿مسألة﴾ (وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ردت اليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها في احدى الروايتين والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك أن زوج الرجعية إذا راجعها من حيث لا تعلم صحت المراجعة لانها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها فاذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها وتزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد لانه تزوج امرأة غيره وترد إلى الاول سواء دخل بها أو لم يدخل وهذا هو الصحيح وهو قول أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه. وروي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك، وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لان كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز العقد عليها في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها

ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الاول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها، إذا ثبت هذا فان كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الاول ولا شيء على الثاني وان كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لان هذا وطء شبهة وتعتد ولا تحل للاول حتى تنقضي عدتها منه فان كان أقام البينة

ولان غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالاشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن احمد

(والرواية الثانية) تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي قال بعضهم ويشهد ، وقال مالك واسحاق تكون رجعة اذا أراد به الرجعة لان هذه مدة تفضي الى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الايلاء ولان الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الامة المبيعة في مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا اذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لانه فعل محرم فلا يكون سببا للحل كوطء الحلال

(فصل) فأما ان قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر اليه فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه وجهان (أحدهما) هو رجعة وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لانه استمتاع يستباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء

(والثاني) أنه ليس برجعة لانه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر

قبل دخول الثاني بها ردت الى الاول بغير خلاف في المذهب وهي احدى الروايتين عن مالك ، وأما ان تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لانه وطيء امرأة غيره مع علمه

(فصل) وان لم يكن للمدعي بينة بالرجعة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله فان أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما وان اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كالحكم فيما اذا قامت به البينة سواء في أنها ترد اليه ، وان أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه المهر ان كان دخل بها أو نصفه ان كان لم يدخل بها لانه لا يصدق على المرأة في اسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة الى المدعي لانه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وانما يقبل في حقه ويكون القول قولها ، وهل هو مع يمينها أولا ؟ على وجهين . قال شيخنا ولا تستحلف لانها لو أقرت لم يقبل اقرارها فاذا أنكرت لم تجب اليمين وفيه وجه آخر أنها تجب عليها ، وان اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ نكاحه لان قولها انما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) لا يستحلف اختاره القاضي لانه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته (والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فان حلف فيمينه على نفي

فأما الخلوة بها فليس برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الاجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها لانها لا تبطل اختيار المشتري للأمة فلم تكن رجعة كالمس لغير شهوة، فأما المس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها.

(فصل) فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لان هذه الالفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وقال (فأمسكوهن بمعروف) يعني الرجعة والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ «مره فليراجعها» وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية، ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق، والاحتياط أن يقول راجعت امرأتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي، فان قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لان الرجعة ليست بنكاح وهل تحصل به الرجعة؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تحصل به الرجعة لان هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية

العلم لانه على نفي فعل الغير فاذا زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المنع من ردها انما كان لحق الثاني فاذا زال زال المنع وحكم بأنها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للاول مهر بحال، وذكر القاضي أن له عليها مهرا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق اذا رجعوا

ولنا أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فان مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها واقرارها بذلك وان ماتت لم يرثها لانها لا تصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك وان مات الزوج الثاني لم ترثه لانها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه

(مسئلة) وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكناً إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل الا ببينة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في وقت يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل ولولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه، ولانه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الانسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها قبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله

كالنكاح (والثاني) تحصل به الرجعة أومأ اليه احمد واختاره ابن حامد لانه تباح به الاجنبية فالرجعية أولى وعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لان ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق

(فصل) فان قال راجعتك للمحبة أو قال للاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لانه أتى بالرجعة وبين سببها وان قال أردت أنني كنت أهنتك أو أحبك وقد رددتك بفراقي الى ذلك فليس برجعة ، وان أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضي لانه اتى بصريح الرجعة وضم اليه مايحتمل أن يكون بيانا لسببها ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح ، ولو قال راجعتك ان شئت لم يصح كذلك ، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح لذلك ولانه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال ان قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط

(فصل) فان راجعها في الردة من أحدهما فذكر ابو الخطاب انه لايصح وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير النكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي ان قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لانها قد بانت

ﷺ فأما ماتنقضي به العدة فهو ثلاثة أقسام :

(الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وهو ينبني على الخلاف في اقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وهل الاقراء الحيض أو الطهر ، فان قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فأقل ماتنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلابد منها لمعرفة انقطاع حيضتها ولو صادفتها رجعته لم تصح ومن اعتبر الغسل في انقضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وإن قلنا القروء الحيض وأقل الطهر خمسة عشر يوما فأقل ماتنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين ، وإن قلنا القروء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان العدة تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فاذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها وان قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي ، فان كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وباربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وبستة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لانه لا يحتمل صدقها

بها ، وان قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ان أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لاننا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه ولأنه نوع امساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق ، وان لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابي حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما اذا راجعها بعد اسلام أحدهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال قد ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها ماادعت من ذلك ممكنا)

وجملة ذلك ان المرأة اذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ولانه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الانسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله ﷺ فأما ماتنقضي به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام

(القسم الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبني على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في القرء هل هي الحيض أو الاطهار ؟ فان قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من شهر لم يقبل الا ببينة)

لان شريحاً قال إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت مايحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها الانها اؤتمنت على ذلك وانما لم يصدقها في الشهر لان حيضها ثلاث مرات فيه يندر جداً فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه ، وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين لانه لا يتصور عنده في أقل من ذلك . وقال أبو حنيفة لا يقبل في أقل من ستين يوما وقال صاحباه لا يقبل في أقل من تسعة وثلاثين يوما ولحظتين لان أقل الحيض عندهم ثلاثة ايام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون ، والخلاف في هذا مبني على أقل الحيض وأقل الطهر وفي القرء ماهو ؟ ومما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ، ولا يتصور الا بما قلنا ، وأما اذا ادعت انقضاء عدتها في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى الى بينتها لاننا نعلم كذبها فان بقيت على

عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض، وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعته لم تصح ، ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وان قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوما ، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين . وان قلنا القروء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فان عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فاذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها ، وان قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي ، فان كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وبأربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وستة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لانه لا يحتمل صدقها

وان ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة لان شريحا قال اذا ادعت

دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فان بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لانها تدعي محالا، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لانه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لان ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كاخباره عن نيته فيما تعتبر فيه نيته .

(فصل) فان ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فان ادعته لتمام لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين امكان الوطء بعد العقد(١) لان أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لانه يكون نطفة أربعين يوما وعلقة مثل ذلك ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل ان يصير مضغة بحال، وهذا ظاهر قول الشافعي، فأما ان ادعت انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لان الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي القعدة فالقول قولها لانه يدعي ما يسقط النفقة والاصل وجوبها فلا يقبل الا ببينة ، فان ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لانها تقر على نفسها بما هو أغلظ وإن انعكس الحال فقال طلقتك في ذي القعدة فلي رجعتك قالت بل طلقتني في شوال

---

(١) قوله بعد العقد لانه لا يكمل في أقل من ذلك وان ادعت انها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين امكان الوطء بعد عقد النكاح اهـ من المغني

انها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله انها رأت مايحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة ، وقال له علي بن أبي طالب : قالون، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر ، فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث « ان المرأة اؤتمنت على فرجها » ولان حيضها في الشهر ثلاث حيض يندر جدا فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة، وقال الشافعي لايقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين ولا يقبل في أقل من ذلك بحال لانه لايتصور عنده أقل من ذلك

وقال النعمان لا تصدق في أقل من ستين يوما ، وقال صاحباه لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما لان أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما والخلاف في هذا ينبني على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر وفي القروء ما هي وقد سبق

ومما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما ان ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى الى بينتها لاننا نعلم كذبها ، فان بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فان بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لانها تدعي محالا وان ادعت

فلا رجعة لك فالقول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في اثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته ، إذا ثبت ذلك فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي عليها اليمين ، وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ اليه أحمد في رواية أبي طالب ، وقال القاضي قياس المذهب ان لايجب عليه يمين وقد أومأ اليه أحمد أيضاً فقال لايمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا تستحلف فيها كالحدود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فتجب اليمين فيه كالاموال فان نكلت عن اليمين فقال القاضي لايقضى بالنكول لانه لايصح بذله . قال شيخنا ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها على القول برد اليمين على المدعي لانه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوي جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالاصل في براءة الذمة في الدين وهو مذهب الشافعي

(فصل) إذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الاقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم فان قال بعد انقضاء عدتها كنت راجعتك في عدتك فأنكرت فالقول قولها باجماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والاصل عدمها وحصول البينونة .

انها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أوفي ما يمكن منها قبل قولها لانه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لان ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كاخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة

(القسم الثاني) أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعي وضع الحمل التام أو انها أسقطته قبل كماله فان ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لانه لا يكمل في أقل من ذلك ، وان ادعت انها اسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح لان أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لانه يكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا ظاهر قول الشافعي

(القسم الثالث) أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لان الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه الا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي الحجة فالقول قولها لانه يدعي ما يسقط النفقة والاصل وجوبها فلا يقبل الا ببينة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لانها تقر على نفسها بما هو أغلظ

﴿مسألة﴾ (إذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فالقول قولها)

وجملة ذلك أنه إذا كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لامكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل .

﴿مسألة﴾ وان سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فانكرها فالقول قوله) ذكره القاضي لما ذكرنا وهو أحد الوجوه لاصحاب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لاصحاب الشافعي لان الظاهر البينونة والاصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقاً كان كذلك مسبوقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قول من أنكره بخلاف ما قاسوا عليه .

﴿مسألة﴾ (وان تداعيا معاً قدم قولها)

لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعد انقضائها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل وقيل يقدم من تقع

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك فقالت بل طلقتني في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته، إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي عليها اليمين وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ اليه أحمد في رواية أبي طالب

وقال القاضي قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين وقد أومأ اليه أحمد فقال لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالاموال ، فان نكلت عن اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لانه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعي وذلك لانه لما وجد النكول منها ظاهر صدق الزوج وقوى جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالاصل في براءة الذمة في الدين، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وإذا ادعى الزوج في عدتها انه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الاقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وان قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك في عدتك فأنكرته فالقول قولها باجماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والاصل عدمها وحصول

له القرعة ذكره أبو الخطاب احتمالا والصحيح الاول

(فصل) فان اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لان الاصل معه فلا يزول الا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لانه إن أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها وان أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر وان انكرها فالقول قوله هذا إذا كان المهر غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى اصابتها فانكرته لم يرجع عليها بشيء لانه يقر لها به ولا يدعيه وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فان قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الاصابة ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا المولي والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه والاصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقا للاصل فقبل وفي مسئلتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو مار الى بينونته وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة والاصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للاصل فلم يقبل ولان المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحققنا الفسخ بعدم الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه الا ببينة وهل تشرع اليمين في حق من القول قوله ؟ على وجهين

البينونة فان كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته لم يقبل قوله لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لامكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها لم تقبل فان سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعتك أمس فقالت قد انقضت عدتي قبل دعواك فالقول قوله لان دعواه الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك في ابطاله ولو سبق فقال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فقال القاضي القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي ، وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لاصحاب الشافعي لان الظاهر البينونة والاصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقا قبل قوله مسبوقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قوله كما لو ادعى المولي والعنين اصابة امرأته فأنكرته وهذا لا يصح فانه قد انعقد سبب البينونة وهو نص اليها مالم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه والاصل عدمه فكان القول قول من ينكره بخلاف ماقاسوا عليه وان وقع القول منهما جميعا فلا رجعة لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال ابو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة والصحيح الاول

(فصل) والخلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلابها في ظاهر كلام الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع امورها وهذا قول الشافعي القديم وقال أبو بكر لارجعة له عليها الا ان يصيبها وبه قال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في الجديد لانها غير مصابة فلا يستحق رجعتها كالتي لم يخل بها ووجه الاول قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في أرحامهن ــ الى قوله ــ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم يستوف عدده فثبتت عليها الرجعة كالموطوءة ولانها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها وفارق التي لم يخل بها فانها بائن منه لاعدة لها ولا يلحقها طلاقه وانما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه والخلاف في هذا مبني على وجوب العدة بالخلوة من غير إصابة ويذكر في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) فان ادعى زوج الامة بعد عدتها فأنكرته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه وبذلك قال أبو حنيفة ومالك وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لان إقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل في رجعتها كالحرة إذا أقرت

ولنا ان قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل انكارها للرجعة كالحرة ولانه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الاصابة وإنما قبل قول السيد في النكاح لانه يملك انشاءه فملك الاقرار به بخلاف الرجعة وإن صدقته وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها لان حق السيد تعلق بها

(فصل) وان اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لان الاصل معه فلا يزول الا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لانه أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وانه لارجعة له عليها ، وان أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر في الموضعين لانها ان أنكرتها فهي مقرة أنها لاتستحق إلا نصف المهر وان أنكرها فالقول قوله هذا ان كان غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى اصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لانه يقر لها به ولا يدعيه ، وان كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فان قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الاصابة ولم تقبلوه ههنا؟قلنا لان المولي والعنين يدعيان مايبقي النكاح على الصحة ويمنع فسخه ، والاصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقا للاصل فقبل ، وفي مسئلتنا قد وقع مايرفع النكاح ويزيله وهو مازال بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة ، والاصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للاصل فلم يقبل ، ولان المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحقا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لوتحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله ههنا؟ على وجهين

وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فانه يقبل انكارها ولا يقبل تصديقها إذا ثبت هذا فان مولاها إذا علم صدق الزوج لم يحل له وطؤها ولا تزويجها وإن علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها فيما يثبت له حقا عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ماذكرعنها وأقرت بان عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله وإن طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطؤها في القبل وأدنى مايكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج وإن لم ينزل)

وجملة ذلك أن المرأة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد وقد أجمع أهل العلم على ان غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها لان الرجعة انما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) فبين سبحانه أنه لاعدة

(فصل) والخلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع أمورها وهذا قول الشافعي في القديم، وقال ابو بكر لا رجعة له عليها الا أن يصيبها وبه قال النعمان وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها

ولنا قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن — الى قوله — وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالمصابة ولانها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها وفارق التي لم يخل بها فانها بائن منه لاعدة لها، ولا يلحقها طلاقه وانما تكون الرجعة المعتدة التي يلحقها طلاقه

(فصل) وان ادعى زوج الامة بعد عدتها أنه كان راجعها في عدتها فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه احمد وبذلك قال ابو حنيفة ومالك، وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لان اقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل قوله في رجعتها كالحرة اذا أقرت

ولنا أن قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل في انكارها الرجعة كالحرة ولانه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الاصابة وانما قبل قول السيد في النكاح

عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لارجعة عليها ولا نفقة لها فان رغب فيها مطلقها فهو خاطب من الخطاب لاتحل له الا ان يتزوجها برضاها جديداً وترجع اليه بطلقتين فان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف ان لم تكن تزوجت غيره بغير خلاف فان طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره) في قول عامة أهل العلم وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولا خلاف بينهم في ان المطلقة ثلاثا بعد الدخول لاتحل حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وروت عائشة ان امرأة رفاعة القرظي جاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير وانه والله مامعه الامثل هذه الهدبة واخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال «تريدين ان ترجعي إلى رفاعة لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» متفق عليه وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه وجمهور العلماء على أنها لاتحل للزوج الاول حتى يطأها الثاني وطئاً يوجد فيه التقاء الختانين إلا ان سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا تزوجها تزويجا صحيحا لا يريد به احلالا فلا بأس ان يتزوجها قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا الا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجا غيره) ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لاتحل للاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج

لانه يملك انشاءه فملك الاقرار به بخلاف الرجعة ، وان صدقته هي وكذبه مولاها لم يقبل اقرارها لان حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في ابطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول انكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فانه يقبل انكارها ولا يقبل تصديقها . اذا ثبت هذا فان مولاها اذا علم صدق الزوج في رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وان علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها في مايثبت به حق عليها فقبل اقرارها ولو قال أخبرتني انقضاء عدتها ثم راجعها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ماذكر عنها وأقرت أن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وانما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة)

وبهذا قال ابو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان انها تستأنف العدة لانها طلقة واقعة في حق مدخول بها فاقتضت عدة كاملة كالاولى

على شيء سواه ولا يسوغ لاحد المصير الى غيره مع ماعليه جملة أهل العلم منهم على بن أبي طالب وابن عمر وابن عمرو وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وأبو عبيد وغيرهم

(فصل) ويشترط لحلها للاول ثلاثة شروط

(أحدها) ان تنكح زوجا غيره فلو كانت امة فوطئها سيدها لم تحل لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ليس بزوج

(الشرط الثاني) ان يكون نكاحا صحيحاً فلو كان فاسدا لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه

ولنا قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسداً لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولان أكثر أحكام التزويج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة واشباه ذلك وأما تسميته محللا فلقصد التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي

ولنا أنهما طلاقان لم يتخللهما اصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لان الفسخ في معنى الطلاق

(فصل) وان طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان (أحدهما) تبني على مامضى من العدة نقلها الميموني وهي اختيار أبي بكر وقول عطاء وأحد قولي الشافعي لانهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها فكانت العدة من الاول منهما كما لو لم يرتجعها ولان الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول

(والثانية) تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاوس وأبي قلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز واسحق وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الثوري أجمع الفقهاء على هذا

وحكى أبو الخطاب عن مالك ان قصد الاضرار بها بنت ولا استأنفت لان الله تعالى انما جعل الرجعة لمن أراد الاصلاح بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحا) والذي قصد الاضرار لم يقصد الاصلاح

عليه السلام «ماآمن بالقرآن من استحل محارمه وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولانه وطء في غير نكاح صحيح اشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لانه في غير نكاح

﴿مسئلة﴾ (ولو كانت امة فاشتراها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر اهل العلم ويحتمل ان تحل)

وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لان الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله عز وجل (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) صريح في تحريمها فلا نعول على ماخالفه ولان الفرج لايجوز ان يكون محرما مباحاً فسقط هذا

(الشرط الثالث) ان يطأها في الفرج لما ذكرنا من حديث عائشة فعلى هذا ان وطئها دون الفرج أوفي الدبر لم يحلها لانه علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وادناه تغييب الحشفة في الفرج وان لم ينزل لان أحكام الوطء تتعلق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار

(مسئلة) (فان كان مجبوبا قد بقي من ذكره قدر الحشفة فاولجه أحلها وإلا فلا)

وان وطئها زوج مراهق أحلها في قولهم الا مالكا وأبا عبيد فانهما قالا لايحلها ويروى ذلك عن الحسن لانه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير

ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فانه لايمكن

ولنا انه طلاق في نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق وهذا لان الطلقة الاولى شعثت النكاح والرجعة لمت شعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالاول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فانها تستأنف عدة كذا ههنا ويفارق الطلاق قبل الرجعة فانه جاء بعد طلاق مفض الى بينونة فان راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فانها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لانه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء اذا وطيء

(فصل) وان خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فان كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواه وان لم يكن دخل بها بنت على العدة الاولى في الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة لان النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فههنا أولى

ولنا انه طلاق من نكاح لم يصبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها وفارق الرجعة لانها ردت المرأة الى النكاح الاول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الاولى ولم يوجد فيه دخول فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الاولى فلانها انما تقطع حكمها النكاح وقد زال فيعود البناء ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت في عدتها وطلقها قبل وطء أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح وطيء فيه أشبه الطلاق في النكاح الاول

الوطء منه ولا تذاق عسيلته قال القاضي يشترط ان يكون له اثنتا عشرة سنة لان من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فان الخلاف في المجامعة ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ماورد الشرع باعتبارها وتقدير بمجرد الرأي والتحكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم)

نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحلها

ولنا ظاهر الآية لانه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم

(فصل) فان كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبدالله بن حامد لا يحلها لانه لا يذوق العسيلة .

ولنا ظاهر الآية ولانه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل وقوله (لا يذوق العسيلة) لا يصح فان المجنون إنما هو تغطية العقل وليس العقل شرطا في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم ، لكن ان كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه الحال لانها لا تذوق العسيلة ولا تحصل لها اللذة ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذا حاله

(فصل) ومتى وطيء الرجعية وقلنا إن الوطء لاتحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لانهما عدتان من رجل واحد فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الاولى لانها عدة من الطلاق فاذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء لانها عدة من وطء شبهة فان حبلت من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الاولى ولانها عدتان لواحد فأشبه مالو كانا بالاقراء، وتنقضي العدتان جميعا بوضع الحمل لانه لايتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لانها في عدة من الطلاق، ويحتمل أن لايتداخلا لانهما من جنسين، فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة، وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين مضى ترجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان فاذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية لانها من عدة الطلاق، ولو طلقها حاملا ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعا، ويحتمل أن تستأنف عدة للوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ماذكرنا سواء.

فلا يكون ههنا اختلاف وكوطء مغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرنا وحكاه ابن المنذر ويحتمل حصول الحل في ذلك كله لعموم النص، فان وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فاذا هي امرأته أحلها لانه صادف نكاحا صحيحا، ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لان التحريم ههنا لحقها فان استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لانه لم يذق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية

(فصل) فان كان خصيا أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه لانه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الانزال وهو غير معتبر في الاحلال وهذا قول الشافعي، قال أبو بكر وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فان أبا طالب سأله عن المرأة تتزوج الخصي تستحل به قال لا حتى تذوق العسيلة، قال أبو بكر والعمل على ماروا مهنا أنها تحل. ووجه الاول أن الخصي لا يحصل منه لانزال فلا تنال لذة الوطء فلا تذوق العسيلة، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لان الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس مظنة الانزال ولا يحصل الاحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار، والاولى ان شاء الله حصول الاحلال به لانه يحصل وطء المراهق الذي لا يحصل منه الانزال ولذلك تحل المراهقة التي لايتصور منها الانزال قبل البلوغ كذلك هذا وعلى هذا يمنع أن لا تذوق العسيلة إذا حصل منه الانتشار كغير البالغ ولدخوله في عموم الآية.

﴿ مسألة ﴾ (وان وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل)

لان الوطء في الدبر لا تذوق به العسيلة والوطء بالشبهة وبملك اليمين وطء من غير زوج فلا يدخل

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت اليه ولا يصيبها حتي تنقضي عدتها في احدى الروايتين ، والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك ان زوج الرجعية اذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لأنها لا تفتقر الى رضاها فلم تفتقر الى علمها كطلاقها فاذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى انه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وان نكاح الثاني فاسد لانه تزوج امرأة غيره وترد الى الاول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها .هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لان كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها

في عموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) فتبقى على المنع

(فصل) فان وطئها في ردته أو ردتها لم يحلها لانه ان عاد إلى الاسلام فقد وقع الوطء في نكاح غير تام لانعقاد سبب البينونة ان لم تسلم في العدة فلم يصادف الوطء نكاحا وهكذا لو اسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وان وطئها زوجها في حيض أو نفاس أو احرام أحلها وقال أصحابنا لا يحلها)

اشتراط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فعلى قولهم ان وطئها في حيض أو نفاس أو احرام أو صيام فرض من أحدهما أو منهما لم تحل ، وهو قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله عليه السلام « حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » وقد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء المباح وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو قول أبي حنيفة ومذهب الشافعي ، فأما وطء المرتدة فقد ذكرناه وأشرنا الى الفرق

(فصل) فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا لانه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر

ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الاول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها ، فاذا ثبت هذا فان كان الثاني مادخل بها فرق بينهما وردت الى الاول ولا شيء على الثاني وان كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لان هذا وطء شبهة ، وتعتد ولا تحل للاول حتى تنقضي عدتها منه ، وان أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت الى الاول بغير خلاف في المذهب وهو احدى الروايتين عن مالك ، وأما ان تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لانه وطيء امرأة غيره مع علمه ، فأما ان لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ولكن ان أنكراه جميعا فالنكاح صحيح في حقهما وان اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه ان كان قبله لانه لايصدق على المرأة في اسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة الى المدعي لانه لايقبل قول الزوج الثاني عليها وانما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أولا؟ على وجهين ، والصحيح أنها لاتستحلف لانها لو أقرت لم يقبل اقرارها فاذا أنكرت لم تجب اليمين بانكارها ، وان اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح لان قولها انما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) لايستحلف اختاره القاضي لانه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته

(مسألة) وان طلق العبد زوجته اثنتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق)

وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فاذا كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فاذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وزيد وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أن الطلاق بالنساء وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق ، والمختار أن الطلاق بالرجال والتفريع عليه . فعلى هذا إذا طلقها اثنتين حرمت عليه بالطلاق تحريما لا ينحل إلا بزوج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة وذكر حديث ابن عباس في المملوكين إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لاأرى شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب رواه الامام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد على الاول وقال في حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه وقال ابن المبارك من أبو حسن هذا لقد حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن

(والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولانه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فان حلف فيمينه على نفي العلم لانه على نفي فعل الغير فان زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المنع من ردها انما كان لحق الثاني فاذا زال زال المانع وحكم بانها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للاول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهراً وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق اذا رجعوا

ولنا أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فان مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها أو اقرارها بذلك، وإن ماتت لم يرثها لانها لا تصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه، ويرثها الزوج الثاني لذلك وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لانها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها اذا كان يعرف منها الصدق والصلاح وان لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها)

وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة اذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح

فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن غيث، قال أبو بكر ان صح الحديث فالعمل عليه وان لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول. قال أحمد ولو طلق عبد زوجته الامة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان ان كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعا لم يملك الا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك الا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزوج بها جاز وله طلقة واحدة لان الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يتغير حكمهما بما يطرأ بعدهما كما أن الطلقتين من العبد لما وقعتا محرمتين لم يتغير ذلك بالعتق بعدهما

﴿ مسئلة ﴾ (واذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله نكاحها اذا غلب على ظنه صدقها والا فلا)

وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة إذا مضى بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها اما بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن

ووطء، فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لان المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع الى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ؛ وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولا والورع أن لا ينكحها . ولنا أن الاصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها

(فصل) واذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها في حلها للاول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه اذا لم يقر بالخلوة بها ، فإن قال الزوج الاول أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لانه يقر على نفسه بتحريمها، فان عاد فاكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى لان الحل والحرمة من حقوق الله تعالى فاذا علم حلها له لم تحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي ولانه قد يعلم ما لم يكن علمه ، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لان المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم

(فصل) واذا طلقها طلاقا رجعيا وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لان الاصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر

يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لان المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها فاما ان لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولاً والورع أن لا ينكحها

ولنا أن الاصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها

(فصل) اذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكرها فالقول قولها في حلها للاول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها فان قال الزوج الاول أنا أعلم انه ما أصابها لم يحل له نكاحها لانه يقر على نفسه بتحريمها فان عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فاذا علم حلها لم تحرم بكذبه ، وهذا مذهب الشافعي ولانه قد يعلم ما لم يكن علمه ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لان المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم

(فصل) إذا طلقها طلاقا رجعياً وغاب فقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لان الاصل عدم الرجعة وحل النكاح ، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ولانه لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لان احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً

مشكوك فيه ، ولانه أمر لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لان احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي الى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً

(فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان بعد ما عقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار

كتاب الايلاء

الايلاء في اللغة الحلف يقال آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا . قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه   اذا صدرت منه الالية برت

ويقال تألى يتألى وفي الخبر « من يتأل على الله يكذبه » فأما الايلاء في الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون

﴿ مسئلة ﴾ قال (والمولي الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر)
وجملته أن شروط الايلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف

(فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان ذلك بعد العقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار

﴿ كتاب الايلاء ﴾

الايلاء في اللغة الحلف ، يقال آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا . قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه   إذا صدرت منه الألية برت

ويقال تألى يتألى وفي الخبر « من يتأل على الله يكذبه »

﴿ مسئلة ﴾ (وهو الحلف على ترك الوطء في موضوع الشرع والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون)

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط له أربعة شروط أحدها) الحلف على ترك الوطء في القبل لانه الذي يحصل الضرر به فان تركه بغير يمين لم يكن موليا) لان الايلاء الحلف

بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء «فأما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان احداهما) لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم

(والرواية الثانية) هو مول، وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لانها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولان تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى، والرواية الاولى هي المشهورة لان الايلاء المطلق انما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس يقسمون مكان يولون، وروي عن ابن عباس في تفسير يولون قال يحلفون بالله هكذا ذكره الامام أحمد، والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه لحقيقته ويدل على هذا

(مسألة) (فان تركه مضرا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم عليه بحكمه؟ على روايتين)

أما اذا تركه لعذر من مرض أو غيبة أو نحوه لم تضرب له مدة والا ففيه روايتان (احداهما) تضرب له مدة أربعة أشهر فان وطئها والا دعي بعدها الى الوطء فان امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء لانه أضربها بترك الوطء في مدة الايلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ما وجب أداؤه اذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجبا اذا حلف على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ولان وجوبه في الايلاء انما كان لدفع حاجة المرأة وازالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فان قيل فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا؟ قلنا بل له أثر فانه يدل على قصد الاضرار فيتعلق الحكم به وان لم يظهر منه قصد الاضرار اكتفينا بدلالته واذا لم يوجد الإيلاء احتجنا الى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمول فلا تضرب له مدة كما لو لم يقصد الاضرار ولان تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه اذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر وليس امتناعه باليمين أقوى من امتناعه بقصد الضرر لانه يمتنع بقصد الضرر وبلزومه الكفارة فلا يصح الالحاق اذا لم يحلف بما اذا حلف لقوة المانع والله أعلم

قول الله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) وانما يدخل الغفران في اليمين بالله، وأيضاً قول النبي ﷺ «من حلف بغير الله فقد أشرك» وقوله «ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف باطلاقه انما ينصرف الى القسم وانما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لايكون إيلاء لانه لايوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم، واذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت علي حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لانه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لانه لايلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفا بالوطء لان القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وان قال ان وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لايتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال ان وطئتك فلله علي صوم أمس وان قال ان وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا

وقال أبو حنيفة لايكون موليا لان الصلاة لايتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال ان وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق

﴿مسألة﴾ (وان حلف على ترك الوطء في الدبر أودون الفرج لم يكن موليا)

لانه إذا حلف على ترك الوطء في الدبر لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه لانه وطء محرم وقد اكد منع نفسه بيمينه وكذلك ان حلف على ترك الوطء دون الفرج لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولاضرر على المرأة في تركه

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لايجامعها الاجماع سوء يريد جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا)

لانه يمكنه الوطء الواجب عليه من غير حنث وان قال أردت وطأ لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لانه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وكذلك ان أراد به الوطء في الدبر أودون الفرج فكذلك وان لم يكن له نية فليس بمول لانه محتمل فلا يتعين مايكون به موليا، وان قال والله لاجامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لانه لم يحلف على ترك الوطء انما حلف على ترك صفته المكروهة.

﴿مسئلة﴾ (واذا حلف على ترك الوطء بلفظ لايحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لاأدخلت ذكري في فرجك وللبكر خاصة لاافتضضتك لم يدين فيه)

وجملته أن الالفاظ التي يكون بها موليا تنقسم ثلاثة أقسام .

(أحدها) ماهو صريح في الحكم والباطن جميعا كقوله والله لا أنيكك ولا أدخل أو أغيب

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج الى الماء والسترة وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية انه يكون موليا لانه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين: إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب، وان سلمنا فالفرق بينهما ان المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا، واذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لانه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة، فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن

(فصل) [الشرط الثاني] أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد، وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي اذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لانه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على ما زاد، وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق: من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وهذا مول فان الايلاء الحلف وهذا حالف

أو أولج ذكري في فرجك ولا اقتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة لا يدين فيها لانها لا تحتمل غير الايلاء .

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة الفاظ لاوطئتك ولا جامعتك ولاباضعتك ولاباعلتك ولاباشرتك ولاقربتك ولاأصبتك ولاأتيتك ولامسستك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لانها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فاتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال(من قبل أن تمسوهن) وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الاجسام وبالاصابة الاصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لانه حقيقة في غير الجماع وقال في لاباضعتك ليس بصريح لانه يحتمل أن يكون التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن موليا كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فاذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الايلاء ، ولان المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء . وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفيئة انها تكون في مدة الأربعة أشهر وظاهر الآية بخلافه فان الله تعالى قال (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا) فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه

اذ ثبت هذا فحكي عن ابن عباس ان المولي من يحلف على ترك الوطء أبدا أو مطلقا لانه اذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص غير حنث لم يكن موليا كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولان لأربعة الأشهر مدة تضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فاذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد . ودليل الوصف ماروي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول

ولنا أنه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد بعضه القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع لا يبطل بلفظ الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في الفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الفاظ الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الالفاظ لانها تستعمل في غيره وبه قال أبو حنيفة

(القسم الثالث) مالا يكون موليا فيها الا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لايجمع رأسي ورأسك شيء لاساقف رأسي رأسك لاسوءنك لاغيظنك لتطولن غيبتي عنك لامس جلدي جلدك لاقربت فراشك لاآويت معك لانمت عندك فهذه ان أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا والا فلا لان هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص في استعمالها فيه الا أن هذه الالفاظ منقسمة الى ما يفتقر الى نية الجماع والمدة معاً وهي قوله لاسوءنك أولاغيظنك أولتطولن غيبتي عنك فلا يكون موليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لان غيظها يوجد بترك الجماع فيما دون ذلك وسائر الالفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط فان قال والله لا أدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن موليا لان الوطء الذي تحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر فان قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان موليا لان الفيئة لا تحصل بدون ذلك (الشرط الثاني) أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم في ان الحلف بذلك إيلاء .

تطاول هذا الليل وازور جانبه | وليس الى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره | لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني | وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فكتب الى أمراء الاجناد ان لاتحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(فصل) وإذا علق الايلاء بشرط مستحيل كقوله : والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهبا أو يشيب الغراب فهو مول لان معنى ذلك ترك وطئها فان ما يراد احالة وجوده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) ومعناه لا يدخلون الجنة أبداً ، وقال بعضهم

إذا شاب الغراب أتيت أهلي | وصار القار كاللبن الحليب

وان قال والله لاوطئتك حتى تحبلي فهو مول لان حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول الا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لاتحمل في أربعة أشهر أو آيسة فأما ان كانت من ذوات الاقراء فلا يكون موليا لانه يمكن حملها ، قال القاضي واذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن موليا لان حملها ممكن

(مسئلة) (فان حلف بنذر او عتق أوطلاق لم يصر مولياً في الظاهر عنه وعنه يكون مولياً)

إذا حلف على ترك الوطء بغير اسم الله تعالى وصفة من صفاته مثل ان حلف بطلاق أو عتاق أوصدقة المال أو الحج أوالظهار ففيه روايتان :

[احداهما] لا يكون مولياً وهو قول الشافعي القديم

(والرواية الثانية) هو مول ، وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله تعالى ولان تعليق الطلاق والعتاق حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال ان وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال ، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها تجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لانه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق به حق الله تعالى .

(والرواية الأولى) هي المشهورة لان الايلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس (يقسمون) بدل يؤلون وروي عن ابن عباس في تفسير (يؤلون) قال يحلفون بالله ذكره الامام أحمد والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب

ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء ودليل استحالته قول مريم (أنى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا ؟) وقولهم (ياأخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا) ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد وأيضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ولان العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء فان قالوا يمكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الاول فلا يصح فانه لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان موليا ، ولو صح ماذكروه لم يكن موليا ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة ان وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه وقد قال أهل الطب ان المني اذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الادلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ماقالوه واذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لاأطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن موليا لانه ليس بحالف على ترك الوطء وانما هو حالف على قصد ترك الحبل به فان حتى تستعمل بمعنى السببية

(فصل) وان علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب (أحدها) مايعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فان لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك ان قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لان يمينه على أكثر من أربعة أشهر

القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه لحقيقته ويدل على هذا قول الله تعالى (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) وانما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضا قول النبي ﷺ « ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه وان سلمنا ان غير القسم حلف لكن الحلف باطلاقه إنما ينصرف الى القسم وانما يصرف الى غيره بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله وصفاته لا يكون إيلاء لانه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون ايلاء كالخبر بغير قسم واذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا الا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله ان وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون ايلاء لانه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال ان وطئتك فأنت زانية أو فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه لو وطئها لم يلزمه حق ولا يصير قاذفا بالوطء لان القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وأما قوله ان وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضي بعضه فلا يلزم بالنذر

(الثاني) ماالغالب أنه لايوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لايقدم في أربعة أشهر فيكون موليا لان الغالب أن ذلك لايوجد في أربعة أشهر فأشبه مالو قال والله لاوطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض انسان بعينه

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود في أربعة أشهر ويحتمل أن لايوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لايعلم قدره فهذا ليس بايلاء لانه لايعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك

(الرابع) أن يعلقه على مايعلم انه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه فهذا لايكون موليا لما ذكرناه ولانه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر فأشبه مالو قال والله لاوطئتك شهراً

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها وذلك ينقسم أقساما ثلاثة (أحدها) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله والله لا أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك فهذا ليس بايلاء لانه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه فأشبه الذي قبله (والثاني) أن يعلقه على محرم كقوله والله لاأطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو

كما لو قال ان وطئتك فلله علي صوم أمس. فلو قال ان وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لان الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال ان وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج الى الماء والسترة ، وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لانه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وان سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا واذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لانه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا اذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن (الشرط الثالث) أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي اذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لانه ممتنع عن الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على

تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أو نحوه فهذا ايلاء لانه علقه بممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا (الثالث) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا ايلاء لان أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر، وان قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جميلا لم يكن ايلاء لان فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما

(فصل) وان قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لانه يمكنه وطؤها بغير حنث ولانه محسن في كونه لزم نفسه اجتناب سخطها، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فانه لا يكون موليا، وان قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن موليا لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فان قال ذلك لها وهي صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا وان لم يرج برؤها صار موليا، وكذلك ان كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر صار موليا لان ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله، وان قال والله لا وطئتك

ما زاد وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى واسحاق من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير فتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وهذا مول لان الايلاء الحلف وهذا حالف

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر إذا حلف على أربعة فما دونها لا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الايلاء ولان المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في العنة إنها تكون في مدة أربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فان الله تعالى قال (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا) فعقب الفيئة عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه اذا ثبت هذا فقد حكي عن ابن عباس أن المؤلي من يحلف على ترك الوطء ابداً أو مطلقا لانه اذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص بغير الحنث فلم يكن موليا كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير الحنث ولان الاربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فاذا حلف على أكثر منها كان موليا كالابد ودليل الوصف ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول :

حائضا ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا لان ذلك محرم ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه منه بيمينه وان قال والله لا وطئتك طاهراً أولا وطئتك وطئا مباحا صار موليا لانه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لا وطئتك في قبلك ، وان قال والله لا وطئتك ليلا أو والله لا وطئتك نهارا لم يكن موليا لان الوطء يمكن بدون الحنث ، وان قال والله لا وطئتك في هذه البلدة أو في هذا البيت أو نحو ذلك من الامكنة المعينة لم يكن موليا، وهذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لانه حالف على ترك وطئها وانما انه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى في يمينه

(فصل) وان حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه انحل الايلاء ، قال الاثرم قيل لابي عبد الله: المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الاربعة الاشهر ؟ قال يذهب عنه الايلاء ولا يوقف بعد الاربعة وذهب الايلاء حين ذهبت اليمين وذلك لانه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه فأشبه من حلف واستثنى فان كان تكفيره قبل مضي الاربعة الاشهر انحل الايلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر ، وإن كفر بعد الاربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها اذا مضت مدة يمينه قبل وقفه

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس الى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا رب غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... واكرام بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فكتب الى أمراء الاجناد أن لا يحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(فصل) اذا علق الايلاء بشرط مستحيل كقوله والله لاوطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مول لان معنى ذلك ترك وطئها فان ما يراد احالة وجوده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) معناه لا يدخلون الجنة أبداً . وقال بعضهم

اذا شاب الغراب أتيت أهلي ... وصار القار كاللبن الحليب

(مسئلة) (أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل من أربعة أشهر)

كقوله والله لاوطئتك حتى ينزل عيسى بن مريم أو يخرج الدجال أو الدابة أو غير ذلك من اشراط الساعة أو ما عشت أو حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك او زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فانه يكون موليا فان الغالب ان ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبه ما لو قال والله لاوطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها والمرض بعينه ، وان قال والله لاوطئتك

(فصل) فان قال والله لاوطئنك ان شاء فلان لم يصر موليا حتى يشاء فاذا شاء صار موليا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعا من الوطء حتى يشاء فلا يكون موليا حتى يشاء ، وإن قال والله لاوطئتك ان شئت فكذلك ، وقال أصحاب الشافعي ان شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف إن فكان على التراخي كمشيئة غيرها فان قيل فهلا قلتم لايكون موليا فانه علق ذلك بارادتها فأشبه مالو قال لاوطئتك إلا برضاك؟ قلنا الفرق بينهما أنها اذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لايمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث ، واذا قال والله لاوطئتك إلا برضاك فما حلف إلا على ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في الحال الاخرى بغير حنث واذا طالبته بالفيئة فهو برضاها ، ولو قال والله لاوطئتك حتى تشائي فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون موليا بذلك ، وإن قال والله لاوطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن موليا

إلى قيام الساعة أو حتى آتي الهند أو نحوه فهو مؤل لانه معلوم أنه لايوجد ذلك في أربعة أشهر لان قيام الساعة له علامات تسبقه فقد علم أنه لايوجد في المدة المذكورة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لاوطئتك حتى تحبلي فهو مؤل)

لان حبلها من غير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وابو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمؤل إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن انها لاتحمل في أربعة أشهر أو تكون آيسة فاما ان كانت من ذوات الاقراء لم يكن مؤليا لان حملها ممكن

ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء ، ودليل استحالته قول مريم (أنى يكون لي ولد ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا ؟) ولولا استحالته لما نسبت نفسها إلى البغاء لوجود الولد وأيضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان الحبل او الاعتراف ولان العادة أن الحبل لايوجد من غير الوطء فان قالوا يمكن حبلها من وطء غيره أو باستدخال منيه قلنا أما الاول فلا فانه لو صرح به فقال لاوطئتك حتى تحبلي من غيري أو مادمت في نكاحي أو حتى تزني كان مؤليا ولو صح ماذكروه لم يكن مؤليا

وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة ان وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه ، وقد قال أهل الطب ان المني اذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الادلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ماقالوه واذا كان تعليقه على موتها أو موته ايلاء فتعليقه على حبلها من غير وطء أولى فان قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن مؤليا لانه ليس بحالف على ترك الوطء وانما حلف على ترك قصد الحبل به فان حتى تستعمل بمعنى السببية

لانه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الاربعة أشهر إمكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبه مالو قال والله لاوطئتك إلا أن تدخلي الدار وان قال والله لاوطئتك إلا أن تشائي لم يكن موليا وكان بمنزلة قوله الا برضاك أو حتى تشائي، وقال ابو الخطاب ان شاءت في المجلس لم يصر موليا وإلا صار موليا، وقال أصحاب الشافعي ان شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر موليا والا صار موليا لان المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها، وقال القاضي تنعقد يمينه فان شاءت انحلت وإلا فهي منعقدة

ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها لا عند إرادتها فأشبه مالو قال الا برضاك أو حتى تشائي ولانه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها، وأما قول القاضي فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم، وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاء ألان تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الاربعة الاشهر امكانا غير بعيد ليس بايلاء والله أعلم

(فصل) فان قال والله لاوطئتك فهو إيلاء لانه قول يقتضي التأبيد، وان قال والله لاوطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لان اللفظ يحتمله فانصرف اليه بنيته، وان نوى مدة قصيرة لم يكن ايلاء لذلك وان لم ينو شيئا لم يكن ايلاء لانه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير، فان قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر أو فاذا مضت فوالله لاوطئتك شهرين أو لاوطئتك شهرين فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان

(مسألة) (وان قال والله لاوطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليا حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر)

لان ذلك يقع على القليل والكثير فلا يصير موليا به فان نوى أكثر من أربعة أشهر صار موليا

(مسألة) (وان حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد أو نحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليا)

لانه لا يعلم قدره فهذا ليس بايلاء لكونه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولانه يمكنه وطؤها في غير البلدة المحلوف عليها وهذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لانه حالف على ترك وطئها

ولنا أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى في يمينه، فان علقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ونزول المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه، ولانه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر أشبه مالو قال والله لاوطئتك شهرا

(فصل) فان علقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها فهو منقسم ثلاثة أقسام

(أحدهما) ليس بمول لانه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو الا مدتهما ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه مالو اقتصر عليها .

(والثاني) يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لايمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبه مالوحلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا ايلاء أفضى الى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين فلا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم

(فصل) فان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك لم يكن موليا في الحال لانه لايلزمه بالوطء حق لكن ان وطئها صار موليا لانها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الاول لانه لايمكنه الوطء الا بان يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول ان قال وطئتك فوالله لادخلت الدار لم يكن[1] موليامن الاول فان وطئها انحل الايلاء لانه لم يبق ممتنعا من وطئها بيمين ولا غيرها وانما بقي ممتنعا باليمين من دخول الدار

ولنا أن يمينه معلقة بشرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولانه يمكنه الوطء من غير

(١) في نسخة يكون موليا

(أحدها) أن يعلقه على فعل مباح لامشقة فيه كقوله والله لا أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك ، فهذا ليس بايلاء لانه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه

(الثاني) أن يعلقه على محرم كقوله والله لاأطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أوتسقطي ولدك أوتتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً ونحوه فهذا إيلاء لانه علقه على ممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا

(الثالث) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة كقوله والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك أوجنيتك أو حتى تكفلي ولدي أو حتى تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا ايلاء لان أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر فان قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا او أفعل في حقك جميلا لم يكن ايلاء لان فعله ذلك ليس بمحرم ولاممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما .

(فصل) فان قال والله لاوطئتك الا برضاك لم يكن موليا لامكان وطئها بغير حنث ولانه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لاوطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فان قال والله لاوطئتك مريضة لم يكن موليا الا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أولا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر

حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا وكونه يصير موليا لايلزمه به شيء وانما يلزمه بالحنث ولو قال والله لاوطئتك في السنة الا مرة لم يصر موليا في الحال لانه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فاذا وطئها وقد بقي من السنة اكثر من أربعة أشهر صار موليا، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي، وظاهر مذهب الشافعي في قوله القديم يكون موليا في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه، وان قال والله لا وطئتك سنة إلا يوما فكذلك وبهذا قال أبو حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم ولذلك لو قال: صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ولو قال لا أكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوما منها

وفيه وجه آخر انه يصير موليا في الحال وهو قول زفر لان اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار بخلاف قوله لاوطئتك في السنة إلا مرة فان المرة لا تختص وقتا بعينه، ومن نصر الاول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيها ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لانه لو جازت له المطالبة في أثناء الاجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد الى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لايمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة فصار ذلك كقوله لاوطئتك في السنة إلا مرة والله أعلم

فان قال ذلك لها وهي صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا وان لم يرج برؤه فيها صار موليا، وكذلك ان كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر لان ذلك بمنزلة مالا يرجى زواله وان قال والله لا وطئتك حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة فرضا لم يكن موليا لان ذلك ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه بيمينه، وان قال والله لا وطئتك طاهرا أو لا وطئتك وطأ مباحا صار موليا لانه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لاوطئتك في قبلك وان قال والله لاوطئتك ليلا أو والله لاوطئتك نهاراً لم يكن موليا لان الوطء ممكن بدون الحنث

﴿ مسألة ﴾ (وان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك وان دخلت الدار فوالله لاوطئتك لم يكن موليا في الحال لانه لا يلزمه بالوطء حق لكن ان وطئها أو دخلت الدار صار موليا)

لانها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي ويحتمل أن يكون موليا، وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الاول لانه لا يمكنه الوطء الا أن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر ولانه علقه على شرط اذا وجد صار موليا فيصير موليا في الحال كذلك ههنا

ولنا أن يمينه معلقة على شرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولانه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا

(فصل) فان قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوي عاما آخر سواه ، وان قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لانها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الاخرى فأشبه ما لو اقر بدرهم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرهم فيكون ايلاء واحدا لها وقت واحد وكفارة واحدة ، وان نوى باحدى المدتين غير الاخرى في هذه أو في التي قبلها أو قال والله لا وطئتك عاما ثم والله لا وطئتك عاما آخر أو نصف عام آخر أو قال والله لا وطئتك عاما فاذا مضى فوالله لا وطئتك عاما فهما ايلاآن في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فاذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به

فان قال في المحرم والله لا وطئتك هذا العام ثم قال والله لا وطئتك عاما من رجب الى تمام اثنى عشر شهراً أو قال في المحرم والله لا وطئتك عاما ثم قال في رجب والله لا وطئتك عاما فهما إيلاآن في مدتين بعض إحداهما داخل في الاخرى فان فاء في رجب أوفيما بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب أو بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى وان فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لا وطئتك في السنة الا مرة لم يصر موليا في الحال)

لانه يمكنه الوطء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فان وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي وقال الشافعي في القديم يكون موليا في الحال لانه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر

ولنا أن يمينه معلقة بالاصابة فقبلها لا يكون حالفا لانه لا يلزمه بالوطء شيء وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء انما يلزمه بالحنث ، وقوله لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا ممنوع فيما إذا لم يطأ إلا وقد بقي من السنة أربعة أشهر فما دون

﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لا وطئتك في السنة إلا يوما فكذلك في أحد الوجهين)

وهو قول أبي حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم وكذلك لو قال صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ، وكذلك لو قال لا أكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوماً منها ، وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال لان اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ، ومدة الخيار بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فان المرة لا تختص وقتا بعينه ، ومن نصر الاول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لانه لو جازت له المطالبة لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل

(فصل) فان قال لأربع نسوة والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا ، فان قلنا يحنث فهو مول منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ،فان وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي ، وان طلق بعضهن أو مات لم ينحل الايلاء في البواقي

وان قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها ،فان وطيء ثلاثا صار موليا من الرابعة لانه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه ، وان مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لا يحنث بوطئهن وانما يحنث بوطء الاربع فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطيء واحدة حنث ولم ينحل الايلاء في البواقي لان الايلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولانه إذا وطيء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها ، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من

بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف مانحن فيه فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع حكم اليمين فيما بقي منها فصار كقوله لاوطئتك في السنة إلا مرة

(فصل) فان قال والله لاوطئتك عاما ثم قال والله لاوطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين الا أن ينوي عاما آخر سواه ، فان قال والله لاوطئتك عاما ثم قال والله لاوطئتك نصف عام أو قال والله لاوطئتك نصف عام ثم قال والله لاوطئتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لانها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الاخرى فأشبه مالو أقر بدرهم لرجل ثم أقر له بنصف درهم اوأقر بنصف درهم ثم بدرهم فيكون إيلاء واحداً لها وقت واحد وكفارة واحدة ، وان نوى باحدى المدتين غير الاخرى في هذه او في التي قبلها او قال والله لاوطئتك عاما فاذا مضى فوالله لاوطئتك عاما فهما إيلاآن في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر،أحدهما منجز والآخر متأخر فاذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به،فان قال في المحرم والله لاوطئتك هذا العام ثم قال في رجب والله لاوطئتك عاما فهما إيلاآن في مدتين بعض إحداهما داخل في الاخرى فان فاء في رجب او فيما بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين ويجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب او بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى ، وان فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

الرابعة ، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الاربع وقال أصحاب الرأي : يكون موليا منهن كلهن فان تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء ، وان وطيء بعضهن سقط الايلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا ، ولنا انه من لايحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتي يحلف عليها

(فصل) فان قال والله لاوطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها وان نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر موليا منهن في الحال فاذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منهن بالقرعة كالطلاق اذا أوقعه في مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن في الحال لانه لايمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث فان طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي ، وإن وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لانها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما اذا طلق واحدة او ماتت فانه لم يحنث ثم فبقي حكم يمينه فيمن بقي منهن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي أنه اذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لان لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم

(فصل)فان حلف على وطء امرأته عاما ثم كفر يمينه انحل الايلاء قال الاثرم قيل لابي عبد الله المولي يكفر يمينه قبل مضي أربعة أشهر قال يذهب عنه الايلاء ويوقف بعد الاربعة وذهب الايلاء حين ذهبت اليمين وذلك لانه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه فأشبه من حلف واستثنى ، فان كان تكفيره قبل مضي الاربعة الاشهر انحل الايلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر وان كفر بعد الاربعة وقبل الوقف صار كالحالف على أكثر منها اذا مضت يمينه قبل وقفه

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر أو فاذا مضت فلا وطئتك شهرين او لا وطئتك فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان

(أحدهما) ليس بمول لانه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو الا مدتهما ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه ما لو اقتصر عليها ، ويحتمل أن يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لايمكن الوطء بعد المدة الا بحنث في يمينه فأشبه مالو حلف على ذلك بيمين واحدة، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمتنع من الوطء طول دهره باليمين ولا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة أشهر لما ذكرنا من التعليلين هذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى

ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (ولم يتخذ صاحبة) وقوله (ولم يكن له كفواً أحد) وقوله (ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور) ولو قال انسان والله لاشربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أي اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم ، وان قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لان اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد وهذا مذهب الشافعي إلا أنه اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور في الطلاق

(فصل) فان قال والله لاوطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لان لفظة كل أزالت احتمال الخصوص ومتى حنث في البعض انحل الايلاء في الجميع كالتي قبلها ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لاتنحل في الباقيات

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولان اليمين الواحدة اذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه موليا منهن كلهن اذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(احداهما) يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد

(والثانية) يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي فاذا

﴿ مسألة ﴾ وان قال والله لاوطئتك ان شئت فشاءت صار موليا)

وبهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعا من الوطء حيث تشاء الا أن أصحاب الشافعي قالوا إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا وان أخرت المشيئة انحلت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف ان فكان على التراخي كمشيئة غيرها ، فان قيل فهلا قلتم لايكون موليا فانه علق ذلك بارادتها فأشبه مالو قال لا وطئتك الا برضاك ؟ قلنا الفرق بينهما أنها اذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لايمكنه الوطء بعد ذلك بغير حنث ، واذا قال والله لاوطئتك الا برضاك فما حلف الاعلى ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في حال رضاها بغير حنث واذا طالبته بالفيئة فهو برضاها ، وان قال والله لاوطئتك الا أن يشاء أبوك اوفلان لم يكن موليا لانه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الاربعة الاشهر امكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة أشبه مالو قال والله لا وطئتك الا أن تدخلي الدار

﴿ مسألة ﴾ (وان قال الا أن تشائي او الا باختيارك او الا أن تختاري لم يصر موليا وصار كقوله الا برضاك او حتى تشائي)

وقال ابو الخطاب ان شاءت في المجلس لم يصر موليا والاصار موليا وقال أصحاب الشافعي ان شاءت

وقف للاولى وطلقها ووقف للثانية فان طلقها وقف للثالثة فان طلقها وقف للرابعة، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للاخرى لان يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وان وطيء احداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات على ماقلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها

(فصل) فان قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق فان قلنا ليس هذا بايلاء فلا كلام وان قلنا هو ايلاء فهو مول منهن جميعا لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لانه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه، وان كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حقهن لانه لايمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سنذكره فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فاذا وطئها طلق ضرائرها وان وطيء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لانها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

على الفور عقيب كلامه لم يصر موليا والا صار موليا لان المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها ، وقال القاضي تنعقد يمينه فان شاءت انحلت والا فهي منعقدة

ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها الا عند ارادتها فأشبه مالو قال الا برضاك اوحتى تشائي ولانه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها، فأما قول القاضي فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وان أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك ايلاء لان تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة أربعة أشهر امكانا غير بعيد ليس بايلاء

(مسئلة) (وان قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن الا أن يريد واحدة بعينها وان أراد واحدة مبهمة فقال ابو بكر تخرج بالقرعة)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن واطلق كان موليا من جميعهن في الحال لانه لايمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث ، فان طلق واحدة منهن او ماتت كان موليا من البواقي فان وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما اذا طلق واحدة او ماتت فانه لم يحنث ثم فيبقى حكم يمينه في الباقيات منهن وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي أنه اذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض اصحاب الشافعي لان لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم

(فصل) الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لاوطئتك في الدبر لم يكن مؤليا لانه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وانما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وان قال والله لاوطئتك دون الفرج لم يكن مؤليا لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لاجامعتك الا جماع سوء سئل عما أراد فان قال أردت الجماع في الدبر فهو مؤل لانه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك ان قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مؤليا لانه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وان قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لانه لايمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وان لم تكن له نية فليس بمؤل لانه محتمل فلا يتعين مايكون به مؤليا وان قال والله لاجامعتك جماع سوء لم يكن مؤليا بحال لانه لم يحلف على ترك الوطء انما حلف على ترك صفته المكروهة

(فصل) الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان غير الزوجة لاحق لها في وطئه فلا يكون مؤليا منها كالاجنبية فان حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا لما ذكرنا

ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (لم يتخذ صاحبة ولا ولدا) وقوله (ولم يكن له كفوا أحد) ولو قال انسان والله لاشربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أي اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم فان قال نويت واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها لان اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد ، وان قال نويت واحدة مبهمة قبل منه لذلك ، وهذا مذهب الشافعي ولا يصير موليا منهن في الحال فاذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة ، وقال ابو بكر تخرج بالقرعة كما لو طلق واحدة من نسائه لا بعينها ومذهب الشافعي فيما اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور فيما إذا طلق واحدة بعينها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لاوطئت كل واحدة منكن كان موليا من جميعهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لان لفظة كل أزالت احتمال الخصوص وتنحل يمينه بوطء واحدة كالمسئلة التي قبلها)

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات لانه صرح بمنع نفسه من كل واحدة فأشبه مالو حلف على كل واحدة يمينا

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ولان اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها

وان حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مؤليا لذلك وبه قال الشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير مؤليا اذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لانه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان مؤليا كما لو حلف في الزوجية ، وحكي عن أصحاب الرأي انه ان مرت به امرأة فخاف ان لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وان قال إن تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لانه أضاف اليمين الى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزوجها

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وهذه ليست من نسائه ولان الايلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولان المدة تضرب له لقصده الاضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح لانه يمين فعلى هذا التعليل يصح الايلاء قبل النكاح والمنصوص انه لا يصح لما ذكرناه

(فصل) فان آلى من الرجعية صح إيلاؤه : وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر ابن حامد ان فيه رواية أخرى انه لا يصح ايلاؤه لان الطلاق يقطع مدة الايلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحة ابتداء أولى

ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح ايلاؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وان كانت في العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويجيء على قول الخرقي أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لان ظاهر كلامه ان الرجعية محرمة وهذا مذهب الشافعي لانها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولان الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة

ووجه الاول ان من صح ايلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين ايلائه كما لو لم تكن مطلقة ولانها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها، وفارق البائن فانها ليست زوجة ولا يصح الايلاء منها بحال فهي كسائر الاجنبيات

﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لا أطؤكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين)

وهذا ينبني على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه اولا ؟ فان قلنا يحنث فهو مؤل منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال فان وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي وان طلق بعضهن أو ماتت لم ينحل الايلاء في البواقي وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لانه يمكنه وطء واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها فان وطيء ثلاثا صار موليا من الرابعة لانه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وان ماتت بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لا يحنث إلا بوطء الاربع فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطيء واحدة يحنث ولم ينحل الايلاء في البواقي لان الايلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحرة المسلمة ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي وقال عطاء والزهري والثوري انما يصح الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى لانه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول، ويصح الايلاء من المجنونة والصغيرة الا أنه لايطالب بالفيئة في الصغر والجنون لانهما ليسا من أهل المطالبة فاما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لايصعد السماء، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لان المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة، فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة المعذور لان الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فاشبه المجبوب

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبي والمجنون فلا يصح ايلاؤهما لان القلم مرفوع عنهما ولانه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر، وأما العاجز عن الوطء فان كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح ايلاؤه لانه يقدر على الوطء فصح منه الامتناع منه وان كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد كما لو حلف أن لايقلب الحجارة ذهبا ولان الايلاء: اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فانه متعذر منه ولا تضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياسا على العاجز بمرض أو حبس وللشافعي في ذلك قولان والاول أولى لما ذكرنا، فاما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح ايلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره مايمكن الجماع به

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولانه اذا وطء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الاربع، وقال أصحاب الرأي يكون موليا منهن كلهن فان تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء وان وطيء بعضهن سقط الايلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا.

ولنا أن من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتي لم يحلف عليها

(فصل) وفي هذه المواضع التي قلنا يكون موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وان طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(فصل) ويصح ايلاء الذمي ويلزمه مايلزم المسلم إذا تقاضوا الينا وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وأبو ثور وان أسلم لم ينقطع حكم ايلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ومحمد ان حلف بالله لم يكن موليا لانه لايحنث إذا جامع لكونه غير مكلف ، وان كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مؤل لانه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولانه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان موليا كالمسلم ولان من صح طلاقه صح ايلاؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح ايلاؤه كالمسلم

(فصل) ولا يشترط في الايلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر وروي عن علي رضي الله عنه ليس في اصلاح إيلاء . وعن ابن عباس قال : انما الايلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لايكون إيلاء اذا أراد الاصلاح لولده

ولنا عموم الآية ولانه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان مؤليا كحال الغضب يحققه ان حكم الايلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار او لم يقصد كاستيفاء ديونها واتلاف مالها ولان الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضى فكذلك الايلاء ولان حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا فكذلك في الايلاء ، وأما اذا حلف ان لا يطأها حتى تفطم ولده فان أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل ، وان أراد فعل الفطام لم يكن مؤليا لانه ممكن قبل الاربعة الاشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مؤليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار

[إحداهما] يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد (والثانية) يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي واذا وقف للاولى فطلقها وقف للثانية فان طلقها وقف للثالثة فان طلقها وقف للرابعة وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للاخرى لان يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن فان وطيء إحداهن حين وقف لها أو قبلها انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات على ما قلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف الباقيات كما لو طلق التي وقف لها .

(فصل) فان قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق فان قلنا ليس هذا بايلاء فلا كلام وان قلنا هو إيلاء فهو مول منهن كلهن لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لانه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه فان كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حقهن لانه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق

(فصل) في الالفاظ التي يكون بها مؤليا وهي ثلاثة أقسام (أحدها) ماهو صريح في الحكم والباطن جميعا وهو ثلاثة ألفاظ قوله والله لاآتيك ولا أدخل ولاأغيب او أولج ذكري في فرجك ولا افتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لانها لاتحتمل غير الايلاء

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيا بينه و بين الله تعالى وهي عشرة ألفاظ لاوطئتك ولا جامعتك ولا أصبتك ولا باشرتك ولا مسستك ولا قربتك ولا أتيتك ولا باضعتك ولا باعلتك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لانها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فاتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال تعالى (من قبل أن تمسوهن)

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم و بالجماع اجتماع الاجسام ، وبالاصابة الاصابة باليد دين فيا بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيا عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لانه حقيقة في غير الجماع ، وقال في لاباضعتك ليس بصريح لانه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا انه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع ، وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الالفاظ لانها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

ضرائرها وكذلك ان راجع بعضهن كذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ولو كان الطلاق تاما فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجها في المدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سنذكره بعد ان شاء الله تعالى وان قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فاذا وطئها طلق ضرائرها وان وطء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لانها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان آلى من واحدة وقال للاخرى شركتك معها لم يصر موليا من الثانية لان اليمين بالله لا تصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين ، وقال القاضي يكون موليا منهما كما لو طلق واحدة ، وقال للاخرى شركتك معها ينوي به الطلاق والفرق بينهما أن الطلاق ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين وان قال ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى شركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية وان

(القسم الثالث) مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لايجمع رأسي ورأسك شيء لاساقف رأسي رأسك لاسوءنك لأغيظنك لتطولن غيبتي عنك لامس جلدي جلدك لاقربت فراشك لاأويت معك لانمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لان هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الالفاظ منقسمة إلى مايفتقر فيه الى نية الجماع والمدة معا وهي قوله لاسوأنك ولا غيظنك ولتطولن غيبتي عنك فلا يكون مؤليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لان غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر هذه الالفاظ يكون مؤليا بنية الجماع فقط، وإن قال والله ليطولن تركي لجماعك أو لوطئك او لاصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لانه صريح فيه، وإن قال والله لاجامعتك إلا جماعا ضعيفا لم يكن مؤليا إلا أن ينوي جماعا لايبلغ التقاء الختانين، وإن قال والله لاأدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن مؤليا لان الوطء الذي يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر، وإن قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان موليا لان الفيئة لاتحصل بدون ذلك

(فصل) وان قال لاحدى زوجتيه والله لاوطئتك ثم قال للاخرى أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية لان اليمين بالله لايصح الا بلفظ صريح من اسم أوصفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضي يكون موليا منهما وإن قال ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية فان قلنا ان ذلك إيلاء في الاولى صار إيلاء في الثانية لانها صارت في معناها والا فليس بإيلاء في واحدة منهما وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا، وقال أصحاب الرأي هو مول

ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها

قلنا إن ذلك ايلاء في الاولى صار ايلاء في الثانية لانها صارت في معناها والا فليس بايلاء في واحدة منهما وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا، وقال أصحاب الرأي هو مول.

ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها

ويصح الايلاء بكل لغة كالعجمية وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لان اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة والمولي هو الحالف بالله أو بصفته على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لايدري معناها لم يكن موليا وان نوى موجبها عند أهلها وكذلك الحكم اذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فان اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله اذا كان متكلما بغير لسانه لان الاصل عدم

(فصل) ويصح الايلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لان اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمؤلي هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن موليا ، وان نوى موجبها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فان اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لان الاصل عدم معرفته بها فاما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد او قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ومدة الايلاء في حق الاحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ، ولا فرق بين الحرة والامة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر وعن احمد رواية أخرى ان مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار ابي بكر ، وقول عطاء والزهري ومالك وإسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في مدة الايلاء ، وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الامة شهران ومن الحرة أربعة وقال الشعبي إيلاء الامة نصف إيلاء الحرة وهذا قول أبي حنيفة لان ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولانها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة

ولنا عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العنة ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لان العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الايلاء فان الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه

معرفته بها فأما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي في ايلائه بالعجمية لم يقبل قوله في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ولا يصح الايلاء الا من زوجته لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وان حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا اذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لانه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان موليا كما لو حلف في الزوجية وحكي عن أصحاب الرأي أنه من مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا وان قال تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لانه أضاف اليمين الى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزوجها

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وليست هذه من نسائه ولان الايلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولان المدة تضرب له لقصده الاضرار بها بيمينه فاذا كانت اليمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة والفيئة الجماع)

وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته الى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة فان أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة قال احمد في الايلاء يوقف عن الاكابر من أصحاب النبي ﷺ عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة، وروي ذلك عن ابي الدرداء وقال سليمان بن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الايلاء ، وقال سهيل ابن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فان فاء والا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي واسحاق وابوعبيد وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر ابن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والاوزاعي وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وروي ذلك عن عثمان وعلي وزيد وابن عمر وروي عن ابي بكر بن عبدالرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ولان هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم) ظاهر ذلك أن الفيئة بعد اربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه (وقوله سميع عليم) يقتضي ان الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما ولانها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولان هذه مدة لم

قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح والمنصوص عدم الصحة لما ذكرنا

(فصل) فان آلى من الرجعية صح إيلاؤه ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن حامد فيه رواية أخرى أنه لا يصح ايلاؤه لان الطلاق يقطع مدة الايلاء اذا طرأ فلان يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة واذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وان كانت في العدة ذكره ابن حامد وهو قول ابي حنيفة ويجيء على قول الخرقي أن لا يحتسب عليه بالمدة الا من حين راجعها لان الرجعية في ظاهر كلامه محرمة وهو مذهب الشافعي لانها معتدة أشبهت البائن ولان الطلاق اذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة ووجه الاول أنه من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ، ولانها

يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لا يقع إلا بعضيها (١) ولان مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلا ولا يستحق المطالبة الا بعد مضي الاجل كالدين

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى ضرب كمدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فان وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الايلاء كمن عليه دين دفعه قبل الاجل وهكذا ان وطيء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الايلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لانه فعل ماحلف عليه فان وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي

وقال ابو بكر يحنث وعليه الكفارة لانه فعل ما حلف عليه والاول أصح لانه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ويخرج بوطئه عن الايلاء لانه قدوفاها حقها وحصل منه في حقها مايحصل من العاقل وانما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وذكر القاضي مايدل على أنه يبقى موليا فانه قال إذا وطيء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لان وطأه الاول ماحنث به ، وإذا بقيت يمينه بقي الايلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزني

وينبغي أن يستأنف له مدة الايلاء من حين وطيء لانه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه وقيل تضرب له المدة إذا عقل لانه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالاول قال قد وفاها حقها فلم يبق الايلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الايلاء مع اليمين كالوحلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها

(١) في نسخة لا يقع بمضيها

مباحة واحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن فانها ليست زوجة ، ولا يصح الايلاء منها بحال فهي كسائر الاجنبيات

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت اوذمية حرة اوأمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحرة المسلمة ، ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده ، وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال عطاء والزهري والثوري انما الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى ولانه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ويصح الايلاء من الصغيرة والمجنونة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في حال الصغر والجنون لانهما ليستا من أهل المطالبة . فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كالوحلف

(فصل) وان وطىء العاقل ناسيا ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل ايلاؤه وذهبت يمينه وان قلنا لايحنث فهل ينحل ايلاؤه ؟على وجهين قياسا على المجنون وكذلك يخرج فيما اذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانت زوجته

وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ما حلف عليه ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الايلاء يحتمل وجهين (أحدهما) يخرج لان المرأة وصلت الى حقها فأشبه مالو وطيء (والثاني) لا يخرج من حكم الايلاء لانه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك والحكم فيما إذا وطيء وهو نائم كذلك لانه لايحنث به

(فصل) وان وطئها وطأ محرماً مثل أن وطئها حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرما أو صائما أو مظاهراً حنث وخرج من الايلاء وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لايخرج من الايلاء لانه وطء لايؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الايلاء كالوطء في الدبر ،ولا يصح هذا لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه انه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع انه ما وفاها حقها فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى،وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر انهما إذا وطئا فقد وفياها حقها وفارق الوطء في الدبر فانه لايحنث به وليس بمحل الوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ايلائه لان المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو

لا يصعد السماء ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لان المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة، فعلى هذا يفيء فيئة المعذور لان الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا يمكن المطالبة به فأشبه المجبوب

﴿ فصل ﴾ (الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الوطء وتلزمه الكفارة بالحنث مسلماً كان أو كافراً حراً أو عبداً سليما أوخصياً أومريضاً يرجى برؤه)

وجملة ذلك أنه يشترط أن يكون الايلاء من زوج لقول الله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم) ويشترط أن يكون مكلفاً فأما الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لان القلم مرفوع عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا الينا)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وان أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك ان أسلم سقط حكم يمينه وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف بالله لم يكن موليا لانه لا يحنث اذا جامع لكونه غير مكلف وان كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لانه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولانه مانع نفسه باليمين من

أمكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة، وان طرأ شيء من هذه الاعذار بعد الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه ، وان كان المانع من جهتها نظرنا فان كان حيضا لم يمنع ضرب المدة لانه لو منع لم يمكن ضرب المدة لان الحيض في الغالب لايخلو منه شهر فيؤدي ذلك الى إسقاط حكم الايلاء وان طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان (أحدهما) هو كالحيض لان أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هو كسائر الاعذار التي من جهتها لانه نادر غير معتاد فاشبه سائر الاعذار ، وأما سائر الاعذار التي من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها فمتى وجد منها شيء حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لان المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وان وجد شيء من هذه الاسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى لان قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة ، وان حنث وهربت من يده انقطعت المدة وان بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها ، فان قيل فهذه الاسباب منها ما لاصنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض، قلنا اذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما ان البائع اذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة الا من حين رجوع المرتد منهما إلى الاسلام ، وان طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث وحرم الوطء فاذا عاد إلى الاسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما او من أحدهما وكذلك ان أسلم أحد الزوجين الكافرين او خالعها ثم تزوجها والله أعلم

جماعها فكان موليا كالمسلم ولان من صح طلاقه صح إيلاؤه ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم فأما العاجز عن الوطء فان كان لعارض مرجو الزوال كالمرض والحبس صح إيلاؤه لانه يقدر على الوطء فصح منه للامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد كما لو حلف لا يقلب الحجارة ذهبا ولان الايلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لايمنعه بيمينه فانه متعذر منه ولا يضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياسا على العاجز بمرض أو حبس ، وفيئته لو قدرت لجامعتك لانه معذور فيفيء بلسانه كالعاجز بعذر يزول، وللشافعي في ذلك قولان والاول أولى لما ذكرنا فأما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكنه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون)

لان القلم مرفوع عنهما ولانه قول يجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر

(فصل) واذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فان طالبته فطلب الامهال فان لم يكن له عذر لم يمهل لانه حق توجه عليه لاعذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولان الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وانما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة فانه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بامهال، فان قال أمهلوني حتى آكل فاني جائع أو ينهضم الطعام فاني كظيظ او أصلي الفرض أو أفطر من صومي أمهل بقدر ذلك فانه يعتبر أن يصير الى حال يجامع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع الى بيته لان العادة فعل ذلك في بيته، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لان الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لانه انما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر ان لم يكن العذر قاطعا للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

(فصل) فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده وقال القاضي هذا قياس المذهب لانها رضيت باسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين اذا رضيت بعنته، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لانها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع، وان سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لان حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة

(فصل) والامة كالحرة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لان الحق

﴿ مسئلة ﴾ (وفي إيلاء السكران وجهان) بناء على طلاقه

(فصل) ولا يشترط في صحة الايلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود، وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر

وروي عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء، وعن ابن عباس قال: انما الايلاء في الغضب ونحوه عن الحسن والنخعي وقتادة، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الصلاح لولده

ولنا عموم الآية ولانه مانع لنفسه من جماعها بيمينه فكان مولياً كحال الغضب، يحققه أن حكم الايلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار أو لم يقصد كاستيفاء دينها واتلاف مالها ولان الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضاء فكذلك في الايلاء، وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فاذا أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول

لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لانه لاحق له ، فان قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها الا باذنه ، قلنا لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ، ولو أن المولي وطيء بحيث يوجد التقاء الختانين حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وان لم ينزل وانما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة او مجنونة فليس لهما المطالبة لان قولهما غير معتبر وليس لوليهما المطالبة لهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه ، فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم تحتسب عليه بالمدة لان المنع من جهتهما ، وان كان وطؤهما ممكنا فان أفاقت المجنونة او بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لان الحق لهما ثابت وانما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ ، وقال ابو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فان لم يمكن فاء بلسانه والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لان هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها

ولنا ان حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه ايلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فاما أن تفيء واما أن تطلق فان الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف

وإن أراد فعل الفطام لم يكن مولياً لانه ممكن قبل اربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً كما لو حلف أن لا يطأها حتى تدخل الدار

﴿مسئلة﴾ (ومدة الايلاء في الاحرار والرقيق سواء ، وعنه أنها في العبد على النصف)

يصح إيلاء العبد كما يصح من الحر قياساً عليه ولدخوله في عموم الآية ولا تختلف مدته فلا فرق بين الحرة والمسلمة والذمية والامة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى أن مدة الايلاء للعبد شهران وهو اختيار أبي بكر وقول عطاء والزهري ومالك واسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في الايلاء . وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الامة شهران ومن الحرة أربعة وقال أبو حنيفة إيلاء الامة نصف إيلاء الحرة لان ذلك تتعلق به البينونة فاختلف بالرق والحرية كالطلاق ولانها مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن تختلف برق الامة وحريتها كمدة العنة

ولنا عموم الآية ولانها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية ، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وابو عبيدة وأصحاب الرأي اذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئا لانه رجع من المغرب الى المشرق فسمي الجماع من المولي فيئة لانه رجع الى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطء دون الفرج او في الدبر لم يكن فيئة لانه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) واذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وابو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لان الله تعالى قال (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن

ولنا قول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين - الآية الى قوله - ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) وقال سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال النبي ﷺ « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولانه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافي الكفارة فان الله تعالى قد غفر لرسوله ﷺ ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « اني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه

ثم يبطل ذلك بعدة العنة ويخالف مدة العدة لان العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الايلاء فان الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد ولا تجوز الزيادة عليه في مطالبة العبد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حق لسيد الامة في طلب الفيئة والعفو عنها وانما ذلك اليها)

وجملة ذلك أن الحرة والامة سواء في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لان الحق لها لان الاستمتاع يحصل لها فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب، ولانه لا حق له، فان قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا باذنه ،قلنا لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لايستولدها لم يكن مولياً ولو أن المولي وطيء بحيث يوجب التقاء الختانين وجبت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل وانما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها ولنا في وجوب استئذانه منع

(فصل) وان كان الايلاء بتعليق عتق او طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر او عتق او صوم اوصلاة اوصدقة او حج او غير ذلك من الطاعات او المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لانه نذر لجاج وغضب فهذا حكمه ، وان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لان الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بايلاج الحشفة فيصير مستمتعا بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لان النزع ترك الوطء وترك الوطء ليس بوطء ، وقد ذكر القاضي ان كلام احمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين ، واللائق بمذهب احمد تحريمه لوجوه ثلاثة (أحدها) ان آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا فان النزع يلتذ به كما يلتذ بالايلاج فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع انه يفطر والتحريم ههنا أولى لان الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئا ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ، ولان لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطء الا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لايمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير حرم، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة او امرأته بأجنبية حرم الكل.

(الوجه الثاني) انه بالوطء يحصل الطلاق بعد الاصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه (الثالث) أن يتم به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطيء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فاذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطء ، وان لبث او تمم الايلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطأ بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لأنه حصل منه وطء محرم في

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا صح الايلاء ضربت له مدة أربعة أشهر)

وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطء فيهن فاذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته الى الحاكم أمره بالفيئة فان أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بمضي المدة

قال أحمد في الايلاء يوقف عن الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عن عمر ما يدل على ذلك وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة وروي ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان ابن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الايلاء وقال سهيل بن أبي صالح سألت اثنى عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فان فاء وإلا طلق وبه قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء ومسروق والحسن وقبيصة والنخعي

محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو اولج بعد النزع (والثاني) لايجب لانه تابع الايلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقوط المهر، وان نزع ثم اولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب، وان كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لانه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه مالو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لاشبهة فيه.

وذكر القاضي وجها انه لاحد عليهما لان هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء فان أكثر المسلمين يعلمون ان الطلاق الثلاث محرم للمرأة، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فان كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لانه زان محدود، وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لان وطأه وطء شبهة

(فصل) وان قال ان وطئتك فأنت علي كظهر أمي فقال احمد لايقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق التنبيه لان المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها واذا وطيء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء، ويحتمل أن أحمد انما أراد اذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً اذ لايصح تقديم الكفارة على الظهار لانه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه، وقد روى اسحاق قال قلت لاحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة قال ان جاءت تطالب فليس له أن يعضلها بعد مضي الاربعة الاشهر يقال له اما ان تفيء واما أن تطلق فان وطئها فقد وجب عليه كفارة وان أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه، فينبغي أن تحمل الرواية الاولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم

والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة. وروي ذلك أيضاً عن علي وعثمان وزيد وابن عمر وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية. ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ولان هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه وقوله سميع عليم يقتضي ان الطلاق مسموع ولا يكون المسموع الا كلاما ولانها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ولان هذه مدة لم يتقدمها ايقاع فلم يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لايقع بمضيها ولان مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً لها وتأجيلا فلا تستحق المطالبة الا بمضي الاجل كالدين

﴿ مسألة﴾ قال (أو يكون له عذر من مرض أو احرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها و نحو هذا وممن قال يفيء بلسانه اذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والثوري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائبا ولا تلزمه الفيئة بلسانه لان الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت

ولنا أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل أن اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في اثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لان الغرض أن يظهر رجوعه

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا تفتقر الى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والاجماع فلا تفتقر الى ضرب كمدة العدة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (فان كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسبت عليه بمدة وان كان ذلك بها لم يحتسب عليه وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله)

يعني إذا انقضت المدة وكان بالرجل عذر يمنع الوطء كحبسه واحرامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لان المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو امكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة وان طرأ شي من هذه الاعذار بعد الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه وان كان المانع من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وصيامها واعتكافها المفروضين واحرامها وغيبتها فان وجد منها حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لان المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها وان طرأ بها شيء من هذه الاسباب استؤنفت المدة ولم تبن على ما مضي لان قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة

(مسألة) (الا الحيض فانه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان)

قد ذكرنا ان المانع إذا كان من جهتها لا يحتسب عليه الا الحيض فانه يحتسب عليه ولا يمنع ضرب المدة إذا كان موجود اوقت الايلاء لانه لو منع لم يمكن ضرب المدة لان الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك الى اسقاط حكم الايلاء وان طرأ الحيض لم تقع المدة لما ذكرنا والنفاس مثل الحيض

عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فئت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ماذكر الخرقي وهو أحسن لان وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار واخبار بازالته للضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فئت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لان ذلك يزيل ماحصل بايلائه

(فصل) والاحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لان الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجبا عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لانه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الاول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء واما أن تطلق فان قال امهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فان علم أنه قادر على التكفير في الحال وانما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لان الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة وان لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لانها قريبة ولا يزاد على ذلك وان كان فرضه الصيام

في أحد الوجهين لان أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هو كسائر الاعذار التي من جهتها لانه نادر غير معتاد فاشبه سائر الاعذار فأما ان جنت وهربت من يده انقطعت المدة وان بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها فان قيل فهذه الاسباب منها مالاصنع لها فيه فلا ينبغي ان يقطع المدة كالحيض قلنا إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما ان البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم تتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو لغير عذر وان آلى في الردة لم تضرب له المدة الامن حين رجوع المرتد منهما الى الاسلام فان طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث وحرم الوطء فان عاد الى الاسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك ان اسلم احد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها

﴿مسئلة﴾ (وان طلقها في أثناء المدة انقطعت)

لانها صارت ممنوعة بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي لانها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فان عاد فتزوجها عاد حكم الايلاء من حين تزوجها وكذلك ان كان الطلاق رجعيا فراجعها استؤنفت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فتزوجها فان كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الايلاء لان مدة التربص أربعة أشهر وان كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فاما ان يفيء أو يطلق فان لم يطلق طلق عليه الحاكم وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة ان كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الايلاء وان استوفى عدد الطلاق لم يعد الايلاء

فطالب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لانه كثير ، ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم ، فان وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه لان هذا الوطء محرم عليهما

وقال القاضي : يلزمها التمكين وان امتنعت سقط حقها لان حقها في الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها

ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليلهم، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فان الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحدا ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه

(فصل) وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكنه أداؤه طولب بالفيئة لانه قادر عليها بأداء ما عليه فان لم يفعل أمر بالطلاق ، وان كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلما أمر بفيئة المعذور ، وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو حملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

(فصل) فان كان مغلوبا على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح

لان حكم النكاح الاول زال بالكلية ولهذا ترجم اليه في طلاق ثلاث فصار ايلاؤه في النكاح الاول كايلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يحصل من أقواله ثلاثة أقاويل قولان كالمذهبين وقول ثالث لا يعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لانها صارت بحال لو آلى منها لم يصح ايلاؤه فبطل حكم الايلاء منها كالمطلقة ثلاثا

ولنا انه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم اعتقها وتزوجها عاد الايلاء ولو كان المولي عبداً فاشترته امرأته ثم اعتقته وتزوجته عاد الايلاء ولو بانت الزوجة بردة أو اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديداً عاد الايلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك سواء عادت اليه بعد زوج ثان أو قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فبقي حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته ان دخلت الدار والله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها اجنبية ولا ينعقد الايلاء بالحلف على الاجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته

﴿مسئلة﴾ (وان انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة)

لان الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما تمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي

منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وان كان مجبوبا وقلنا يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها

(فصل) وإذا انقضت المدة فادعى انه عاجز عن الوطء فاذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وان لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لان التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعي ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فيئة أهل الاعذار

وفيه وجه آخر انه لا يقبل قوله لانه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والاصل سلامته منه ، وان ادعت انه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الاصابة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الامر ان المولي إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ، وهذا

لا تستحق الوطء في هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لانه انما يستحق عند امتناعه ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر وان لم يكن العذر قاطعا للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه ان يفيء بلسانه)

فيقول متى قدرت جامعتك أو نحو هذا وممن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء الا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائبا ولا تلزمه الفيئة بلسانه لان الضرر ترك الوطء ولا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج ان يقول قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت

ولنا ان القصد بالفيئة ترك ما قصد بنفس الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل ان اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها عند الحضور في اثباتها ولا يحتاج ان يقول ندمت لان الغرض ان يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي ان فيئة المعذور ان يقول فئت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن لان وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار

قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالاحسان وان كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فان فعل والا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الايلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الايلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها

ولنا انه أخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وانما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر

(فصل) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وانما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يطلق طلق الحاكم عليه)

وجملة الامر ان المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو

بازالته الضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فئت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته ان يقول لو قدرت لجامعتها لان ذلك يزيل ماحصل بايلائه والاحرام كالمرض فى ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار ومتي قدر على الفيئة وهي الجماع طولب به لانه تأخر للعذر فاذا زال العذر طولب به كالدين الحال فان لم يفعل أمر بالطلاق وهذا قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالاحسان فان كان قد فاء بلسانه في حال العذر ثم قدر على الوطء امر به فان فعل والا أمر بالطلاق

وهذا قول الشافعي وقال أبو بكر اذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الايلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزم فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الايلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب الا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها

ولنا أنه أخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه ان يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزال الضرر عنها وانما وعدها بالوفاء فلزمها الصبر عليه وانظاره كالغريم المعسر .

أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة لانه يحصل الوفاء بحقها بها فانه يفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لان ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فانه ماتعين مستحقه وهذا أصح في المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لانه حق لها وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

(فصل) والطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الاثرم قلت لابي عبدالله في المولي فان طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى ان فرقة الحاكم تكون بائنا ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً

(فصل) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته

﴿مسئلة﴾ (وإن كان مظاهراً فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام

ذكر شيخنا أن الظهار كالمرض في قياس قول الخرقي. وكذلك الاعتكاف المنذور ، وقد ذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنع الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لان الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجبا فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لانه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق

ووجه القول الاول أنه عاجز من الوطء بامر لا يمكنه الخروج منه فاشبه المريض . فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء واما أن تطلق فان قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فان علم أنه قادر على التكفير في الحال وانما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لان الحق حال عليه وانما يمهل للحاجة وان لم يعلم أمهل ثلاثة أيام فانها قريبة ولا يزاد على ذلك وان كان فرضه الصيام فطلب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لانه كثير ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم فان وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه لانه وطء محرم عليهما ، وقال القاضي : يلزمها التمكين ، وان امتنعت سقط حقها في الوطء وقد بذله لها ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا انه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليله ولا نسلم أن التحريم عليه دونها فان الوطء متى حرم على احدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحداً

وقال القاضي المنصوص عن احمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال ابو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو او طلق عليه الحاكم لانها فرقة لرفع الضرر فكان بائنا كفرقة العنة ، ولانها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لانه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال ابو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا ووجه الاول انه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الايلاء ويفارق فرقة العنة لانها فسخ لعيب وهذه طلقة ، ولانه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فانه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها واقلاعه عن الاضرار بها فافترقا والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان طلق عليه ثلاثا فهي ثلاث)

وجملة الامر أن المولي اذا امتنع من الفيئة والطلاق معا وقام الحاكم مقامه فانه يملك من الطلاق

ولوجاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس واحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه

(فصل) وان انقضت المدة وهومحبوس بحق يمكنه أداؤه طولب بالفيئة لانه قادر عليها باداء ماعليه فان لم يفعل أمر بالطلاق وان كان عاجزاً عن أدائه أوحبس ظلما أمر بفيئة المعذور وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أوحملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أوله عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

(فصل) فان كان مغلوبا على عقله بجنون اواغماء لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتتأخر المطالبة الى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ

﴿مسئلة﴾ وان قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدى فاني جائع أوحتى ينهضم الطعام أو أنام فاني ناعس أمهل بقدرذلك)

لانه عذر ولايمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال وكذلك ان قال أمهلوني حتى أفطر من صومي أمهل لذلك وان قال أمهلوني حتى أرجع الى بيتي أمهل لان العادة فعل ذلك في بيته

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لان قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرها مقامها فيه فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لان المنع من جهتها وإن كان وطؤهما ممكناً فأفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تممت المدة ثم لها المطالبة وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ لان الحق لها

مايملكه المولي واليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وان شاء ثلاثا وإن شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لان إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق مايملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فان حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده . قال ابو عبد الله اذا قال فرقت بينكما فانما هو فسخ ، واذا قال طلقت واحدة فهي واحدة واذا قال ثلاثا فهي ثلاث

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة اشهر كان الحكم كما حكمنا في الاول)

وجملة الامر أنه اذا طلق المولي أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها ، وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخري أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة فانه قال وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة

ثابت وانما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لاتضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن فان لم يمكن الوطء فاء بلسانه والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لان هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها

ولنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ومتى قصد الاضرار بهما بترك الوطء اثم ويستحب ان يقال له اتق الله فاما أن تفيء واما أن تطلق فان الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف)

﴿ مسئلة ﴾ فان لم يبق له عذر طلبت الفيئة وهي الجماع

وليس في هذا اختلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن الفيء الجماع كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود ، وبه قال عطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي اذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع الى فعل ماتركه .

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا جامع انحلت يمينه وعليه كفارتها)في قول أكثر أهل العلم منهم زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والثوري والنخعي وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن

في العدة ولا بعدها، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائنا ليس فيه رجعة، وقال ابو بكر في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعانا كانت أو غيره

(احداهما) تحرم على التأبيد واختارها (والثانية) له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام احمد مايقتضي تحريمها عليه، وقوله ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لانه قد صرح في سائر الروايات به، ولانه لم يوجد سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضي سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لاجل العنة لم تحرم عليه

وأما فرقة اللعان فانها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضي للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لايجوز اقرارها على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسئلتنا، وأما على قول الخرقي فان الطلاق اذا كان دون الثلاث فهو رجعي سواء أ كان من المولي أو الحاكم وهذا مذهب الشافعي لان الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولي كالوكيل، فان لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان وهذا مذهب الشافعي، وروي عن علي اذا سبق حد

المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لان الله تعالى قال (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن

ولنا قول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين ـ الى قوله ـ ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم) وقال سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال النبي ﷺ « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولانه حالف حانث في يمينه فقبلت منه الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها، والمغفرة لاتنافي الكفارة فان الله تعالى قد غفر لرسوله ماتقدم من ذنبه وماتأخر وقد كان يقول « اني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا اتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه

﴿مسألة﴾ (وادنى مايكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج) لان احكام الوطء تتعلق به فان وطىء في الدبر اودون الفرج لم تحصل الفيئة به لانه ليس بمحلوف عليه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) فان وطئها ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل إيلاؤه وان قلنا لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من زوجته ثم وجدها في فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانت زوجته وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ماحلف عليه، ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الايلاء ؟ يحتمل وجهين (احدهما) يخرج لان المرأة وصلت الى حقها فأشبه مالو وطىء (والثاني)

الايلاء حد الطلاق فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الايلاء فهي واحدة ويقتضيه مذهب الزهري وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الايلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولي الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان في العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لانه ليس بطلاق فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولي أو الحاكم ثلاثا لم تحل له إلا بعد زوج ثان واصابة ونكاح جديد . اذا ثبت هذا فانه اذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فان مدة الايلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لانها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فان راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فان كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الايلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفيء أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم في وقفه الاول فان طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فان طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه وهذا مذهب الشافعي ويقتضي مذهب أبي عبد الله بن حامد أنه اذا طلق استؤنفت

لايخرج من حكم الايلاء لانه ماوفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم تفعل به ذلك والحكم فيما اذا وطيء وهو نائم كذلك لأنه لايحنث به

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها في الفرج وطأ محرما مثل أن يطأ في الحيض أو النفاس أو الاحرام أو صيام فرض من أحدهما أو مظاهراً فقد فاء اليها)

لان يمينه انحلت فزال حكمها وزال عنها الضرر وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر قياس المذهب أن لايخرج من الايلاء لانه وطء لايؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الفيئة كالوطء في الدبر، والذي ذكره لايصح لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة، وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لايبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ماوفاها حقها فلأن يزول بحنثه فيها أولى، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها، وفارق الوطء في الدبر فانه لايحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان الايلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر عتق أو صوم أو صلاة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين التكفير لانه نذر لجاج أو غضب وهذا حكمه ، فان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لان الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بايلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قال تجوز الفيئة لان النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء، وقد ذكر القاضي ان كلام احمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين، قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجود ثلاثة:

(أحدها) ان آخر الوطء يحصل في أجنبية كما ذكرناه فان النزع يتلذذ به كما يلتذ بالايلاج فيكون في

المدة الاخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانيا فان فاء والأمر بالطلاق ونحو هذا مذهب مالك وأبي عبيد ، وان انقضت العدة قبل مدة الايلاء بانت وانقطع الايلاء فان راجع في العدة قبل مدة الايلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقتادة والاوزاعي ان الطلاق يهدم الايلاء وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرقي مثله ويحتمل انه يزيل حكمه بالكلية لانه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الايلاء كالو وطئها، والجواب عن هذا ان حكم اليمين باق في المنع من الوطء فيبقى الايلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفيئة فانها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو وقفناه بعد الاربعة أشهر فقال قد أصبتها فان كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه)

وهذا قول الشافعي لان الاصل بقاء النكاح ، والمرأة تدعي مايلزمه به رفعه وهو يدعي مايوافق الاصل ويبقيه فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهته

حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر، والتحريم ههنا اولى لان الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطأ والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ولان لمسها على وجه التلذذ محرم فمس الفرج بالفرج اولى بالتحريم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كالو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لايمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته باجنبية حرم الكل

(والوجه الثاني) أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الاصابة وهو طلاق بدعة فيكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم بتحقيق سببه

(الثالث) أنه يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطيء فعليه النزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لانها أجنبية فان فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطء وان لبث أو تمم الايلاج فلاحد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطأ في زوجته، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لانه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فاوجب المهر كما لو أولج بعد النزع (والثاني) لايجب لانه تابع الايلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في سقوط المهر، وان نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب، وان كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لانه ايلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه مالو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولامهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لاشبهة فيه ، وذكر القاضي وجهاً أنه لاحد عليهما لان هذا يخفى على كثير من الناس وهو وجه لاصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء لان أكثر

فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ماتدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الاثرم على أنه لا يلزمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر ، فاما ان كانت بكراً واختلفا في الاصابة أريت النساء الثقات فان شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وان شهدن ببكارتها فالقول قولها لانه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقي أنه لا يمين ههنا لقوله في باب العنين فان شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها

(فصل) ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها فنقبل قوله في الاصابة في الايلاء ولا نقبله في اثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الايلاء اكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت)

وجملة الامر أن المولي إذا أبان زوجته انقطعت مدة الايلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ

المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة، وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا نظرت فان كان هو العالم فلها المهر وعليه الحد ولا يلحقه النسب لانه زان محدود وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها ويلحقه النسب لان وطأه وطء شبهة

(فصل) فان قال ان وطئتك فانت علي كظهر أمي فقال أحمد لا يقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق التنبيه لان المطلقة ثلاثاً أعظم تحريماً من المظاهر منها فاذا وطىء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء ويحتمل ان أحمد أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها اخرى حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهرا اذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لانه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه وقد روى اسحاق قال قلت لاحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة فقال ان جاءت تطالب فليس له ان يعضلها بعد مضي الاربعة الاشهر فيقال له إما ان تفيء وإما ان تطلق فان وطئها فقد وجب عليه كفارة وان أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه فينبغي ان تحمل الرواية الاولى على الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله أعلم

(فصل) وان انقضت المدة وادعى أنه عاجز عن الوطء فان كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه الفيئة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وان لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لان العنة من العيوب التي لا يقف عليها غيره وهذا ظاهر نص

او طلاق ثلاث او بخلع او بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعي لانها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فان عاد فتزوجها عاد حكم الايلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ فان كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فادون لم يثبت حكم الايلاء لان مدة التربص أربعة أشهر وان كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فاما أن يفيء او يطلق ، وان لم يطلق طلق الحاكم عليه وهذا قول مالك ، وقال ابو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الايلاء ، وان استوفى عدد الطلاق لم يعد الايلاء لان حكم النكاح الاول زال بالكلية ولهذا يرجع اليه على طلاق ثلاث فصار إيلاؤه في النكاح الاول كايلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث لا يعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لانها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الايلاء منها كالمطلقة ثلاثا

ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق ، وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

الشافعي ولها ان تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد ان يفيء فيئة المعذور، وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والاصل سلامته منه ، وان اعترفت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الاصابة

(مسئلة) (وان لم يفيء واعفته المرأة سقط حقها ويحتمل ان لا يسقط ولها المطالبة بعد)

إذا عفت المرأة عن المطالبة بالفيئة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة قال القاضي هذا قياس المذهب لانها رضيت باسقاط حقها من الفسخ فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ويحتمل ان لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لانها ثبتت لدفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع ، فاما ان سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وجها واحداً لانها حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخر المطالبة كاستحقاق النفقة

(مسئلة) (وان لم تعفه أمر بالطلاق ان طلبت ذلك)

لقول الله سبحانه (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) وقال تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) فاذا امتنع من اداء الواجب فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان

(فصل) ولو آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها عاد الايلاء ، ولو كان المولي عبدا فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الايلاء ، ولو بانت الزوجة بردة او اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزوجا جديدا عاد الايلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، وسواء عادت اليه بعد زوج ثان او قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ماوجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته ان دخلت الدار فوالله لاجامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية، لا تنحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينعقد الايلاء بالحلف على الاجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو آلى منها واختلفا في مضي الاربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

إنما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فانهما لو اتفقا على

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلق واحدة فله رجعتها وعنه أنها تكون بائنة)

وجملة ذلك ان الطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الاثرم قلت لابي عبدالله في المولي فان طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها وعن أحمد رواية أخرى ان فرقة الحاكم تكون بائنا ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً وقال القاضي المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة، وقال أبو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لدفع الضرر فكانت بائنا كفرقة العنة ولانها لوكانت رجعية لم يندفع الضرر ،وقال أبوحنيفة يقع الطلاق بانقضاء المدة بائنا، ووجه الاول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الايلاء، ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة ولانه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فهذه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الاضرار بها فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين والاخرى يطلق الحاكم عليه)

اذا امتنع المولي من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر وليس للحاكم إجباره

وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف ، اما اذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الايلاء ولان الاصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للاصل ، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي وذهب أبو بكر الى أنه لا يمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه» ولانه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

(فصل) فان ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لان الايلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وان تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين

على أكثر من طلقة لانه يحصل الوفاء لحقها بها فانها تفضي الى البينونة والتخلص من ضرره ، وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبه قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لان ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هذا يحبسه أو يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الاخرى ان ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقه وهذا أصح في المذهب وهو اختيار الخرقي وليس للحاكم ان يأمره بالطلاق ولا يطلق عليه إلا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

﴿مسئلة﴾ (فان طلق واحدة فهو كطلاق المولي)

يعني إذا طلق الحاكم واحدة فهل هي رجعية أو بائنة؟ على روايتين لانه قام مقامه وناب عنه فكان حكمه حكم المولي وان طلق الحاكم ثلاثاً أو فسخ جاز لان المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق قام الحاكم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه المولي واليه الخيرة فيه وإن شاء طلق واحدة وان شاء اثنتين وان شاء ثلاثاً وان شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لان ايفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا ان الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فان حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة بيعده قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فانما هو فسخ وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال طلقت ثلاثا فهي ثلاث

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى ان المدة ما انقضت وادعت مضيها فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

وانما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فانهما لو اتفقا

(احداهما) تضرب له مدة أربعة أشهر فان وطئها وإلا دعي بعدها الى الوطء فان امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء، لانه أضر بها بترك الوطء في مدة الايلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ماوجب اداؤه اذا حلف على تركه وجب أداؤه اذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الوجب واجبا اذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها، ولان وجوبه في الايلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وازالة الضرر عنها وضرها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فان قيل فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا؟ قلنا بل له أثر فانه يدل على قصد الاضرار فيتعلق الحكم به وان لم يظهر منه قصد الاضرار اكتفي بدلالته واذا لم توجد اليمين احتجنا الى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقتضي لا لعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الاضرار، ولان تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه اذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم

على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه يصدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الايلاء، ولان الاصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للاصل ويكون ذلك مع يمينه في قول الخرقي وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر لا يمين عليه قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه اليمين كما لوادعى زوجية امرأة فانكرته، والاول أولى لقول النبي ﷺ اليمين على المدعى عليه ولانه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

﴿ مسألة ﴾ (فان ادعى انه وطئها فأنكرته وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه)

اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي لان الاصل بقاء النكاح والمرأة تدعي رفعه وهو يدعي مايوافق الاصل فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ماتدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الاثرم على انه لا يلزمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر فأما ان كانت بكرا واختلفا في الاصابة وادعت انها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بثيوبتها فالقول قوله وان شهدن ببكارتها فالقول قولها لانه لو وطئها زالت بكارتها، وظاهر كلام الخرقي انه لا يمين ههنا لانه قال في باب العنين فان شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها وقيل تجب عليها اليمين لاحتمال ان تكون العذرة عادت بعد زوالها وان لم يشهد بها احد فالقول قوله كما لو كانت ثيبا وهل يحلف؟ على وجهين مضى توجيههما

كتاب الظهار

الظهار مشتق من الظهر وانما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الاعضاء ، لان كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الاغلب فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى (وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالام في التحريم ، قال الله تعالى (ماهن أمهاتهم) وقال تعالى وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود باسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة . قالت تظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتقي الله فانه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال « يعتق رقبة » فقلت لا يجد قال « فيصوم شهرين متتابعين » فقلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال « فليطعم ستين مسكينا » قالت ماعنده من شيء يتصدق به قال « فاني سأعينه بعرق من تمر » فقالت يارسول الله فاني أعينه بعرق آخر قال « قد أحسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك » قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ما سف من خوص كالزنبيل الكبير ، وروي أيضاً باسناده عن سليمان بن يسار

(كتاب الظهار)

الظهار مشتق من الظهر وانما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الاعضاء لان كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الاغلب فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ومعناه ان الزوجة ليست كالام في التحريم قال الله تعالى (ماهن امهاتهم - وقال سبحانه - وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن امهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود باسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت تظاهر مني اوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ اشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتق الله فانه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال - يعتق رقبة - فقلت لا يجد فقال - يصوم شهرين متتابعين - فقلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال - فليطعم ستين مسكينا - قلت ماعنده من شيء يتصدق قال « فاني سأعينه بعرق من تمر - فقلت يارسول الله فاني سأعينه بعرق آخر قال - قد احسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك - قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ماسف من خوص كالزنبيل الكبير وروي أيضا باسناده عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء

عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء مالا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته الخبر فقال « أنت بذاك ياسلمة؟ » فقلت أنا بذاك يارسول الله وأنا صابر لحكم الله فاحكم فيّ ما أراك الله قال « حرر رقبة » قلت والذي بعثك بالحق ماأملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي قال « صم شهرين متتابعين » قلت وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا » قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين مالنا طعام قال « فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك - قال - فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم

(فصل) وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلما أو كافرا حرا او عبداً قال ابو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه . قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لانها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد منه كاليمين بالله تعالى ولان الكفارة وجبت لمافيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعا عنه وقد قيل لايصح ظهار العبد لان الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لايملك الرقاب

ولنا عموم الآية ولانه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر فأما إيجاب الرقبة فانما هو على من يجدها

مالايصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتي شيئا يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتي ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم البث ان نزوت عليها فلما أصبحت خرجت الى قومي فاخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي الى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت الى النبي ﷺ فاخبرته الخبر فقال « انت بذاك ياسلمة؟ » فقلت أنا بذاك يارسول الله وانا صابر لحكم الله فاحكم في ماأراك الله قال حرر رقبة قلت والذي بعثك بالحق ماأملك رقبة غيري وضربت صفحة رقبتي قال « فصم شهرين متتابعين » قلت وهل أصبت الا من الصيام ؟ قال « فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا » قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين مالنا طعام قال — فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك - قال - فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل انت وعيالك بقيتها » فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم

« مسئلة » (والظهاران يشبه امرأته أوعضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها او بعضو منها فيقول انت علي كظهر امي أو كيد اختي أو كوجه حماتي أو يقول ظهرك أو يدك علي كظهر

ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها كالمعسر فرضه الصيام ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يصح منه لان الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة التحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر الى النية فلا تصح منه كسائر العبادات

ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فاما ماذكروه فيبطل بكفارة الصيد اذا قتله في الحرم وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فانه يصح منه العتق والاطعام ، وانما لا يصح منه الصوم فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد ، والنية انما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كنايات الطلاق ومن يخنق في الاحيان يصح ظهاره في اوقاته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو اغماء او نوم أو غيره لا نعلم في هذا خلافا ، وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، ولا يصح ظهار المكره وبه قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابو يوسف يصح ظهاره والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك

(فصل) ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت او ذمية ممكنا وطؤها

أمي أو كيد اختي أو خالتي من نسب أو رضاع فمتى شبه امرأته بظهر من تحرم عليه على التأبيد فيقول انت علي كظهر أمي فهذا ظهار اجماعا)

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على ان تصريح الظهار ان يقول انت علي كظهر امي وفي حديث خويلة امرأة اوس بن الصامت انه قال لها انت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني)أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته واخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي وقال في القديم لا يكون الظهار الا بام وجدة لانها أم أيضاً لان اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالام فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الام واما الآية فقد قال فيها (وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً)وهذا موجود في مسئلتنا فجرى مجراه وتعلق الحكم بالام لا يمنع الحكم في غيرها إذا كانت مثلها .

(الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الاقارب كالامهات المرضعات والاخوات

أو غير ممكن ، و به قال مالك والشافعي ، وقال ابو ثور لايصح الظهار من التي لايمكن وطؤها لانه لايمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها

ولنا عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لزوجته أنت علي كظهر امي او كظهر امرأة أجنبية أو أنت علي حرام او حرم عضوا من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد فقال أنت علي كظهر أمي أو أختي او غيرهما فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب (أحدها) أن يقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت علي كظهر أمي ، وفي حديث خويلة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وابو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي

من الرضاعة وحلائل الاباء والابناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ماتقدم ويزيد في الامهات المرضعات في دخولها في عموم الامهات وسائرهن في معناها فيثبت فيهن حكمها

(فصل) وان قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ في معناه وان قال جملتك أو بدنك أوجسمك أوذاتك أوذلك علي كظهر أمي كان ظهاراً لانه أشار اليها فهو كقوله أنت وان قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لانه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لأنه ليس فيه مايدل على ان ذلك في حقه وليس بصحيح فانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه ،واما إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه او بعضو من اعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أوظهرك او رأسك او جلدك كظهر امي أو بدنها أورأسها اويدها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي وعن احمد رواية أخرى انه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لانه لوحلف بالله لايمس عضواً منها لايسري الى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لان تشبيهه بجملتها تشبيه بمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد

وقال أبو حنيفة ان شبهها بما يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن

وقال في القديم لا يكون الظهار إلا بام اوجدة لانها أم أيضا لان اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالام فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما اوجبه الله تعالى فيه

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الام فأما الآية فقد قال فيها (وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا) وهذا موجود في مسئلتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالام لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها اذا كانت مثلها

(الضرب الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الاقارب كالامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا ، والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الامهات المرضعات دخولها في عموم الامهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فثبت فيهن حكمها (الفصل الثاني) اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريما مؤقتا كاخت امرأته وعمتها او الاجنبية فعن احمد فيه روايتان

(إحداهما) انه ظهار وهو اختيار الخرقي وقول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لانها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهارا كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه الاول انه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالام ، ولان مجرد قوله أنت علي حرام ظهار إذا نوى به

لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً لانه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح

(فصل) فان قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها لم يكن مظاهراً لانها ليست من أعضاء الام الثابتة ولا يقع الطلاق باضافته اليها فكذلك الظهار وكذلك ان قال بروح أمي فان الروح لا توصف بالتحريم ولا هي محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدم فان قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس شيئا وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك .

(فصل) فان قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادة الظهار مثل أن يعلقه على شرط مثل أن يقول علي الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه أحد نوعي التحريم للزوجة فصح بالكناية مع البينة كالطلاق ويحتمل أن لا يثبت الظهار به لان الشرع انما ورد به بصريح لفظه ، وهذا ليس بصريح فيه ولانه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى .

الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل له النظر اليها ولمسها من غير شهوة ، وليس في وطء واحدة منها حد بخلاف مسئلتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا اقول

(فصل) وان شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أوقال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم ففي ذلك كله روايتان (احداهما) انه ظهار، قال الميموني قلت لاحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

(والرواية الثانية) ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه مالو قال أنت علي كمال زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين (إحداهما) فيه كفارة لانه نوع تحريم فأشبه ما لو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم أره يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل الاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله أنت علي كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى الظهار كان ظهاراً وان نوى اليمين كان يمينا وان لم ينو شيئا ففيه روايتان (إحداهما) هو ظهار (والاخرى) هو يمين ولم يتحقق عندي معنى ارادته الظهار واليمين والله أعلم

(فصل) فان قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ

(فصل) يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه وأخته وبنته لما روى أبو داود باسناده عن أبي تميم الهجيمي أن رجلا قال لامرأته يا أختي فقال رسول الله ﷺ « أختك هي ؟ » فكره ذلك ونهى عنه ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار لان النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك ولان هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم وفي الحديث عن النبي ﷺ الله عليه وسلم « أن ابراهيم عليه السلام أرسل اليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال انها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت علي كأمي كان مظاهراً فان قال أردت كأمي في الكرامة أو نحوه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

إذا قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعي واسحاق وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد ابن الحسن . وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية

في معناه ، وان قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك علي كظهر أمي كان ظهاراً لانه أشار اليها فهو كقوله أنت ، وان قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لانه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طالق ، وقال بعض الشافعية ليس بظهار لانه ليس فيه مايدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح لانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه

(فصل) وان قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وإسحاق ، وان نوى به الكرامة والتوقير أو انها مثلها في الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله في نيته ، وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما انه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية ككنايات الطلاق

ووجه الاول انه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً ، والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولان كونها مثل أمه في صفتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على انه انما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على انه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو

ككنايات الطلاق . (والثانية) هو ظهار لانه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً

قال شيخنا والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه ان وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا أخرجه مخرج الحلف فالحلف يراد الامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولان كونها مثل أمه في صفتها وكرامتها لا يتعلق بشرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذائها ويوجب اجتنابها وهو الظهار وإن عدم ذلك فليس بظهار لانه محتمل لغيره احتمالا كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحوه قول أبي ثور فأما إن قال أردت كأمي في الكرامة ونحو ذلك فانه يدين لان ماقاله محتمل ويقبل في الحكم في أصح الروايتين . اختاره شيخنا لانه لما احتمل الظهار وغيره ترجح عدم الظهار بدعوى الارادة ، (والثانية) لا يقبل لانه لما قال أنت علي كأمي اقتضي أن يكون عليه فيها تحريم فأشبه مالو قال أنت علي كظهر أمي

الظهار وان عدم هذا فليس بظهار لانه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحو هذا قول أبي ثور وهكذا لو قال أنت علي كأمي أو مثل أمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له الى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو مايقوم مقامها ، وان قال أمي امرأتي أومثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لامه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

(الفصل الثالث) أنه إذا قال أنت علي حرام فان نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبوحنيفة والشافعي ، وان نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق وان أطلق ففيه روايتان (احداهما) هو ظهار ذكره الخرقي في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وذكره ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي انهم قالوا : الحرام ظهار ، وروي عن أحمد مايدل على أن التحريم يمين، وروي عن ابن عباس انه قال ان التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عزوجل (ياأيها النبي لم تحرم ماأحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على أن التحريم اذا لم ينو به الظهار ليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، ووجه ذلك الآية المذكورة وان التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق ، ووجه الاول انه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وقولهم ان التحريم يتنوع قلنا الا ان تلك الانواع منتفية ولا يحصل بقوله منها الا الطلاق وهذا أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت كأمي أو مثل أمي ولم يقل علي ولا عندي فان نوى به الظهار كان ظهاراً لانه يحتمله)

قال شيخنا وحكمه كما إذا قال أنت علي كأمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي إن نواه أو كان مع الدليل الصارف له الى الظهار فهو ظهار وإلا فلا . وذكر أبو الخطاب فيها روايتين مثل قوله : أنت علي كأمي والاولى أن هذا ليس بظهار إذا أطلق لانه ليس بصريح في الظهار لكونه غير اللفظ المستعمل فيه فلا يكون ظهاراً بغير نية كما لو قال أنت كبيرة مثل أمي ولانه يحتمل التشبيه في التحريم وغيره فلا يجوز أن يتعين التحريم بغير نية فأما إن قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لامه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت علي كظهر أبي ففيه روايتان)

(احداهما) هو ظهار لانه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد أشبه الام وكذلك إن شبهها بظهر غيره من الرجال أوقال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم قال الميموني قلت لاحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى، فأما ان قال ذلك لحرمة عليه بحيض أو نحوه وقصد الظهار فهو ظهار وان قصد انها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه فان أطلق فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها ويحتمل انشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين

(فصل) فان قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد، قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين وتجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام احمد هذا، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان الظهار وتحريم المال لان التحريم تناولها وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك اذا اجتمعا

ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا، وفي قول أحمد هو يمين اشارة إلى التعليل بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة، وان نوى بقوله ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا

والرواية الثانية ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد وهل فيه كفارة؟ على روايتين (إحداهما) فيه كفارة لانه نوع تحريم أشبه مالو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم ار يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره وان قال انا عليك كظهر أمي أو حرام ونوى به الظهار فهل هو ظهار؟ على وجهين ذكره في المحرر

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت علي كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين)

إذا شبه امرأته بظهر من تحرم عليه تحريما مؤقتاً كاخت امرأته أو عمتها أو الاجنبية فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) أنه ظهار اختاره الخرقي وهو قول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لانها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحيض والمحرمة من نسائه، ووجه الرواية الاولى أنه شبهها بمحرمة فأشبه مالو شبهها بالأم ولان مجرد قوله أنت علي حرام إذا نوى به الظهار ظهار، والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل النظر اليها ولمسها لغير شهوة وليس في وطء واحدة منهما حد بخلاف مسئلتنا، واختار أبو بكر ان الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت علي كظهر البهيمة لم يكن مظاهراً)

لانه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه آخر أنه يكون مظاهراً كما لو شبهها بظهر أبيه

كفارة يمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص وعلى الرواية الاخرى التي تقول إن الحرام باطلاقه ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا أن ينوي الظهار

(فصل) وإن قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف الى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام ، وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي (والقول الثاني) اذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار ووجه قولهم أن قوله أنت علي حرام اذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا ينفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي

ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتي قبلها وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

(فصل) وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط كظهر أمي لانه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمي صفة له فان نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنت علي حرام فهو ظهار إلا ان ينوي طلاقاً أو يميناً فهل يكون ظهاراً أو ما نواه؟ على روايتين)

إذا نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب صريح الطلاق وكنايته، وان أطلق ففيه روايتان (إحداهما) أنه ظهار ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وحكاه ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي أنهم قالوا الحرام ظهار، وروي عن أحمد ما يدل على ان التحريم يمين وروي عن ابن عباس أنه قال التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على ان التحريم إذ لم ينو به الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي للآية المذكورة ولان التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق، ووجه الاولى أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه، قولهم ان التحريم يتنوع قلنا إلا ان تلك الانواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى، فأما ان قال ذلك لمحرمة عليه بحيض أو نحوه ونوى الظهار فهو ظهار وان قصد أنها محرمة عليه بذلك فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين

نوى به الظهار وكان الطلاق بائنا فهو كالظهار من الاجنبية لانه أتى به بعد بينونتها بالطلاق وإن كان رجعيا كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه أتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجة وإن نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لانه نوى الظهار بصريح الطلاق، وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معا سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لان الظهار سبق الطلاق

(فصل) فان قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهاراً ولم يكن طلاقا لان اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقا والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه . وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت، وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لانه بدأ به، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه مابدأ به

ولنا أنه أتى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقا لانه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجمع والظهار أولى بهذه اللفظة لان معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ماهو الاولى، أما الطلاق فان معناه الاطلاق وهو حل قيد النكاح وانما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطلقة مباحة وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد

(فصل) فان قال الحل علي حرام أوما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وان صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد قال أحمد فيمن قال ماأحل الله علي حرام من أهل ومال: عليه كفارة الظهار هو يمين ويجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لان التحريم يتناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا .

ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره منتقض بهذا وفي قول أحمد هو يمين اشارة الى التعليل بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة واحدة، فان نوى بقوله ماأحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه الا كفارة اليمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص، وعلى الرواية الاخرى التي تقول إن الحرام باطلاقه ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا ان ينوي الظهار

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف الى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام وان قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي، والقول الثاني إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد الا ان أبايوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار، ووجه قولهم ان قوله انت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق، وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا تنفي الطلاق كما لو قال قال أنت طالق كظهر أمي

ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ولهذا لو حكمنا بانه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس اليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وابداله بارادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ماذكرنا ثم ان الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به، ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الاولى

(الفصل الرابع) أنه اذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو بدنها او رأسها او يدها فهو مظاهر وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى انه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لانه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لان تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد ، وقال ابو حنيفة إن شبهها بما يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً لانه شبهها بعضو لا يحرم النظر اليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى

ولنا انه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتي قبلها ، وقولهم ان التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وان سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية

(فصل) وان قال انت طالق كظهر أمي طلقت وسقط قوله كظهر أمي لانه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمي صفة له فان نوى بقوله كظهر أمي تأكيدا للطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الاجنبية لانه أتى به بعد بينونتها بالطلاق وان كان رجعياً كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه أتى بلفظ الظهار في زمن هي زوجة ، وان نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لانه نوى الظهار بصريح الطلاق وان قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معا سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً لان الظهار سبق الطلاق .

(فصل) وان قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً لان اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقا ، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لانه بدأ به وان قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به

ولنا أنه أتى بلفظ الحرام ينوي به الظهار فكانت ظهارا كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقا لانه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجمع والظهار أولى بهذه اللفظة لان معناهما واحد وهو التحريم فيجب ان يغلب ماهو الاولى . أما الطلاق فان معناه الاطلاق وهو حل قيد النكاح وانما التحريم حكم

ولنا انه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها، وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح

(فصل) وان قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لانها ليست من أعضاء الام الثابتة ولا يقع الطلاق باضافته اليها فكذلك الظهار وكذلك لو قال كزوج أمي فان الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدمع ، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار . نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك

(فصل) فان قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على ارادته الظهار مثل أن يعلقه على شرط فيقول علي الحرام ان كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه

له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وابداله بارادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ثم ان الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الاولى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ويصح من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا)

كل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل مسلما كان أو كافراً حراً أو عبداً قال أبو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه ، قال شيخنا والاقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لانها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد يمينه كاليمين بالله تعالى ولان الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعا عنه فأما ظهار العبد فهو صحيح ، وقيل لا يصح ظهاره لان الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب .

ولنا عموم الآية ولانه مكلف يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر وأما إيجاب الرقبة فانما هو على من يجدها ولا ينفي الظهار في حق من لم يجدها كالمعسر فرضه الصيام ، ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح لان الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات

ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فاما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم

أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لأن الشرع انما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى

(فصل) يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود باسناده عن أبي تميمة الهجيمي أن رجلا قال لامرأته ياأخية فقال رسول الله ﷺ «أختك هي؟» فكره ذلك ونهى عنه ولأنه لفظ يشبه لفظ الظهار، ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار فان النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم. وفي الحديث عن النبي ﷺ أن ابراهيم عليه السلام أرسل اليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال: انها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

(الفصل الخامس) أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في ذلك اختلاف اذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالاطعام مثل ذلك وأنه

وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فانه يصح منه العتق وإنما لا يصح منه الصيام فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كنايات الطلاق ومن يخنق في الاحيان يصح ظهاره في إفاقته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو اغماء أو نوم أو غيره وبه قال الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا ولا يصح ظهار المكره، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو يوسف يصح ظهاره، والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذكره.

(مسألة) (ويصح من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطؤها أو غير ممكن)

وبه قال مالك والشافعي وقال أبو ثور لا يصح الظهار ممن لا يمكن وطؤها لان الظهار لتحريم وطئها وهو ممتنع منه بغير اليمين. ولنا عموم الآية ولانها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

(مسألة) فان ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين ويحتمل أن تلزمه كفارة الظهار

وممن روي عنه انه لا يصح الظهار منهما ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الامة كفارة تامة لانها مباحة

يحرم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي وذهب أبو ثور الى إباحة الجماع قبل التكفير بالاطعام وعن احمد ما يقتضي ذلك لان الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام

ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله اني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر ؟ فقال « ما حملك على ذلك يرحمك الله ؟ » قال رأيت خلخالها في ضوء القمر ، قال « فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام وترك النص عليهما لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها

(فصل) فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة والمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان

(احداهما) يحرم وهو اختيار أبي بكر وهو قول الزهري ومالك والاوزاعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن النخعي وهو أحد قولي الشافعي لان ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام

(والثانية) لا تحرم قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثوري واسحاق وأبي حنيفة

له فصح الظهار منها كالزوجة وعن الحسن والاوزاعي ان كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا لانه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله ، وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لان الامة على النصف من الحرة في كثير من احكامها وهذا من احكامها فيكون على النصف

ولنا قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهن به ولانه لفظ تعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الامة كالطلاق،ولان الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية ويلزمه كفارة يمين لانه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله ، قال نافع حرم رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله ان يكفر يمينه وعن أحمد عليه كفارة ظهار لانه أتى بالمنكر من القول والزور وكما لو قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي قال أبو بكر لا يتوجه هذا على مذهبه لانه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهارا ويحتمل ان لا يلزمه شيء قاله أبو الخطاب بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر ابي لا يلزمها شيء فان قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ - الى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الاخرى أن يلزمه كفارة ظهار لان التحريم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(مسئلة) (وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي لم تكن مظاهرة)

وجملة ذلك ان المرأة اذا قالت لزوجها انت علي كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلاناً فهو علي

وحكي عن مالك وهو القول الثاني للشافعي لانه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض

(فصل) ولا يصح الظهار من أمته ولا أم ولده . روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الامة كفارة تامة لانها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ، وعن الحسن والاوزاعي إن كان يطؤها فهو ظهار والا فلا لانه اذا لم يطأها فهو كتحريم ماله وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لان الامة على النصف من الحرة في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهن به ، ولانه لفظ يتعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الامة كالطلاق ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله ، قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية ، وروي عن أحمد أن على المظاهر من أمته كفارة ظهار ، وقال أبو بكر لا يتوجه هذا على مذهبه لانه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولكن عليه كفارة يمين لانه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله . قال نافع حرم رسول

كظهر أبي فليس ذلك بظهار قال القاضي لا تكون مظاهرة رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي وقال الزهري والاوزاعي هو ظهار روي ذلك عن الحسن والنخعي الا أن النخعي قال اذا قالت ذلك بعد ما تزوجت فليس بشيء ، ولعلهم يحتجون بانها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهرا كالرجل

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولانه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق، ولان الحل في المرأة حق الرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه. إذا ثبت ذلك فاختلف عن احمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الاثرم باسناده عن ابراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر ابي فسألت أهل المدينة فرأوا ان عليها الكفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالساً في المسجد أنا وعبد الله بن المغفل المزني فجاء رجل حتى جلس الينا فسألته من انت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة اعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهر أبي ان تزوجته ثم رغبت فيه بعد فاستفتت اصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها ان تعتق رقبة وتتزوجه فتزوجته واعتقتني ، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولانها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولان الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى والرواية الثانية عليها كفارة يمين

قال احمد قد ذهب عطاء مذهبا حسناً جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئاً كالطعام وما اشبهه

رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه ويحتمل أن لا يلزمه شيء بناء على قوله في المرأة اذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لا يلزمها شيء ، وإن قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ — الى قوله تعالى — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الاخرى أن تلزمه كفارة ظهار لان التحريم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الظهار مؤقتا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ شهر رمضان فاذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ولا يكون عائداً بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي وقوله الآخر لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث لان الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقا وهذا لم يطلق فأشبه مالو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وان بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقا لان هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فاذا وقته لم يتوقت كالطلاق

وهذا أقيس على مذهب احمد واشبه باصوله لانه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من امته وام ولده ولانه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولانه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من امته وماروي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز ان يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام احمد في رواية الاثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار وانما قال الاحوط أن يكفر وكذا قال ابن المنذر ولا شك أن الاحوط التكفير باغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف وعن أحمد رواية ثالثة لا شيء عليها وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف واذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فان طلقها اومات أحدهما قبل وطئها او أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لانها يمين فلم تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الايمان ويجوز تقديمها لذلك

﴿مسألة﴾ (وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير)

لانه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولانه ليس بظهار وانما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحريمها كما لو حرم طعامه وقيل ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير الحاقا بالرجل وليس بجيد لان الرجل ظهاره صحيح وظهار المرأة غير صحيح ولان حل الوطء حق للرجل فلك رفعه وهو حق عليها فلا تملك ازالته

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يعتبر عليه تقييده ولانه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح موقتا كالايلاء وفارق الطلاق فانه يزيل الملك وهو يوقع تحريما يرفعه التكفير لجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر لان الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لان تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريما مشبها بتحريم ظهر أمه على أننا نمنع الحكم فيها اذا ثبت هذا فانه لايكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعي، وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة، وقال ابو عبيد اذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لان العود العزم على الوطء

ولنا حديث سلمة بن صخر وانه لم يوجب عليه الكفارة الا بالوطء ولانها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولان المظاهر في وقت عازم على امساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار موقتا لعدم تأثير الوقت

(مسئلة) وان قال لاجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يكفر)

الظهار من الاجنبية صحيح سواء قال ذلك لامرأة بعينها او قال كل النساء علي كظهر امي وسواء اوقعه مطلقا أوعلقه على التزويج فقال كل امرأة تزوجها فهي علي كظهر امي ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتي يكفر يروى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق، ويحتمل ان لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي، وروي ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولان الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها في الاجنبية كالايلاء فان الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم - كما قال - للذين يؤلون من نسائهم) ولانها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولانه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولانه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله انه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي علي كظهر امي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى واما الآية فان التخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب ان الانسان انما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما ان تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم وأما الايلاء فانما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الاضرار بهن دون غيرهن والكفارة ههنا وجبت لقول المنكر والزور فلا يختص ذلك بنسائه، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين

(فصل) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي وان شاء زيد فأنت علي كظهر أمي فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً والا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه يمين فجاز تعليقه على شرط كالايلاء ولان أصل الظهار أنه كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولانه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتي الاخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الاخرى صار مظاهراً منهما جميعاً ، وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت علي كظهر أمي ثم قال للاجنبية أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الاجنبية ، ومن لا فلا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) فان قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه احمد فقال اذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين ، واذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله ، وقد قال

(أحدها) ان الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض

(الثاني) ان الطلاق يرفع العقد فلم يجز ان يسبقه وهذا لا يرفعه وانما تعلق الاباحة على شرط فجاز تقديمه واما الظهار من الامة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لانها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا قال كل أمرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي وقلنا بصحة الظهار من الاجنبية ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لانها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة وعنه ان لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروي ذلك عن إسحاق لان المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود اليها بعد التفكير عن الاولتين فكانت لها عليه كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء فان قال لاجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين (أحدها) لا يقبل لانه صريح للظهار فلا يقبل صرفه الى غيره (والثاني) يقبل لانها حرام عليه كما ان أمه عليه حرام

﴿مسئلة﴾ (وان قال لاجنبية أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء لانه صادق وان أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر)

النبي ﷺ « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وفي لفظ « من حلف فاستثنى فان شاء فعل وان شاء رجع غير حنث » رواه الامام أحمد وابو داود والنسائي ، وان قال أنت علي حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء اليهما في أحد الوجهين لان الاستثناء اذا تعقب جملا عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود اليه وحده ، وان قال أنت علي حرام إذا شاء الله أو الا ماشاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ماشاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء يرفع حكم الظهار لان الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء ، وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لان الفاء مقدرة ، وان قال إن شاء الله فأنت حرام صح أيضا والفاء زائدة ، وان قال أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يصر مظاهراً لأنه علقه على مشيئتين فلا يحصل باحدهما

﴿ مسألة ﴾ قال (فان مات أو ماتت او طلقها لم تلزمه الكفارة فان عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر لان الحنث بالعود وهو الوطء لان الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث)

الكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول (أحدها) أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات

أما إذا أراد تحريمها في الحال أو أطلق فلا شيء عليه لذلك وان أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لان لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الاجنبية وصار كقوله أنت علي كظهر أمي

﴿مسألة﴾ (ويصح الظهار معجلا ومعلقاً بشرط ومطلقاً وموقتا نحو ان يقول أنت علي كظهر أمي في شهر رمضان وان دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار وان أصابها فيه وجبت الكفارة عليه)

أما الظهار المطلق فهو ان يقول أنت علي كظهر أمي وقد سبق ذكره ويصح موقتا مثل ان يقول أنت علي كظهر أمي شهرا أوحتى ينسلخ شهر رمضان فاذا مضى الوقت زال الظهار وحلت بلا كفارة ولا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وابي ثور واحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث لان الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً وهذا لم يطلق فأشبه مالو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وان بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون مظاهراً مطلقاً لان هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فاذا وقته لم يتوقت

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يغير عليه تقييده ولانه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح

أحدهما أوفارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهذا قول عطاء والنخعي والاوزاعي والحسن والثوري ومالك وابو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب الكفارة ، وقد وجد ولان الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار ، وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لان ذلك هو العود عنده

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت باحدهما ولان الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الايمان ، والحنث فيها هوالعود وذلك فعل ماحلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس بحنث فيها ولافعل لماحلف على تركه فلاتجب به الكفارة ولانه لو كان الامساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر الموقت وان بر ، وقد نص الشافعي على أنها لاتجب عليه

إذا ثبت هذا فانه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك انفارقها سواء كان ذلك

مؤقتا كالايلاء وفارق الطلاق فانه يزيل الملك وهـذا يقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته ولايصح قول من أوجب الكفارة وان بر لان الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فيه فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لاتحرم عليه على التأبيد لان تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريماً مشبها بتحريم ظهر أمه على أنا نمنع الحكم فيها إذا ثبت هذا فانه لايكون عائدا إلا بالوطء في المدة وهذا المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لان العود العزم على الوطء

ولنا حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولانها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولان المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير التأقيت

(فصل) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو ان يقول الرجل ان دخلت الدار فانت علي كظهر أمي أو ان شاء زيد فانت علي كظهر أمي فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه يمين فجاز تعليقه على شرط كالايلاء ولان أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولانه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتي الاخرى فانت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الاخرى صار مظاهراً منهما جميعاً وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فانت علي كظهر أمي ثم قال للاجنبية

متراخيا عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وان لم يكفر كالمولي منها

(الفصل الثاني) انه اذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد، وقال قتادة اذا بانت سقط الظهار فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار والا عاد وبناه على الاقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر، ولانه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولان الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالايلاء

(الفصل الثالث) ان العود هو الوطء فمتى وطيء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك الا انها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة. وحكي

أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية ومن لا فلا وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي ان شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه أحمد فقال إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه ان شاء الله فليس عليه شيء هي يمين وقال ابن عقيل هو مظاهر ذكره في المحرر وإذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله وقد قال النبي ﷺ «من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وفي لفظ «من حلف فاستثنى فان شاء فعل وان شاء رجع غير حنث» رواه أبو داود والنسائي وان قال أنت علي حرام والله لا كلمتك ان شاء الله عاد الاستثناء اليهما في أحد الوجهين لان الاستثناء إذا تعقب جملا عاد الى جميعها إلا ان ينوي الاستثناء في بعضها فيعود اليه وحده وان قال انت علي حرام إذا شاء الله أو إلا ماشاء الله أو الى ان يشاء الله أو ماشاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ولان الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء وان قال ان شاء الله أنت حرام فهو استثناء لان الفاء مقدرة وان قال ان شاء الله فانت حرام صح أيضا والفاء زائدة وان قال أنت حرام ان شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يكن مظاهراً إلا أنه علقه على مشيئتين فلا يحصل باحدهما قال رضي الله عنه

(فصل) في حكم الظهار، يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير إذا كان التكفير بالعتق أو بالصيام وليس في ذلك اختلاف لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) قوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) وأكثر اهل العلم على ان التكفير بالاطعام مثل ذلك منهم

نحو ذلك عن الحسن والزهري وهو قول أبي حنيفة الا أنه لا يوجب الكفارة على من وطيء وهي عنده في حق من وطيء كمن لم يطأ

وقال القاضي وأصحابه : العود العزم على الوطء الا انهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء اذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء الا أبا الخطاب فانه قال اذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك يقول اذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ الا أن يكون يذهب الى قول طاوس اذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان اذا أراد أن يغشى كفر، واحتج من ذهب الى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدما عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصد، ولان الظهار تحريم فاذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً

عطاء والزهري والشافعي واصحاب الرأي وعن أحمد اباحة الوطء قبل التكفير بالاطعام لان الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام اختاره أبو بكر وهو قول أبي ثور لما ذكرنا

ولنا ماروى عكرمة عن ابن عباس ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل ان أكفر « فقال ماحملك على ذلك يرحمك الله؟ » قال رأيت خلخالها في ضوء القمر فقال « لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق والصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها

﴿مسئلة﴾ (وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ على روايتين)

(إحداهما) يحرم وهو قول أبي بكر وبه قال الزهري ومالك والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي لان ماحرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام (والثانية) لا يحرم قال أحمد ارجو ألا يكون به بأس وهو قول الثوري وإسحاق وابي حنيفة وحكي عن مالك ايضا وهو القول الثاني للشافعي لانه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء)

العود هو الوطء عند أحمد رحمه الله وهو اختيار الخرقي فمتى وطيء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيأمر بها من اراده ليستحله بها كما يأمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكي نحو ذلك عن الحسن والزهري ، وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطيء وهي عنده في حق من وطيء كمن لم يطأ .

وقال القاضي وأصحابه العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم إذا مات

وقال الشافعي العود امساكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي ابانتها فامساكها عود فيما قال ، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء اعادته

ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه « العائد في هبته » هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم ان العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ) فان قيل فهذا تأويل ثم هو رجوع الى ايجاب الكفارة بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ماذكرنا

وأما الامر بالكفارة عند العزم فانما أمر بها شرطا للحل كالامر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ماقاله والامساك ليس بضد له ، وقولهم ان الظهار يقتضي ابانتها لا يصح وانما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال (ثم يعودون لما قالوا) وثم للتراخي

أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فانه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا وقال مالك يقول إذا أجمع لزمته الكفارة ، فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس إذا تكلم لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما يحرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولانه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصده ولان الظهار تحريم فاذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً . وقال الشافعي العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي إبانتها فامساكها عود فيما قال . وقال داود : العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء إعادته .

ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه العائد في هبته هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم إن العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه ، قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقوله تعالى (إذا قمتم إلى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) فان قيل هذا تأويل وهو رجوع إلى وجوب الكفارة

والامساك غير متراخ ، وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير اعادة اللفظ ، ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في الهبة والعدة والعود لما نهى عنه ويدل على ابطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة الا بالحنث فيها وهو فعل ماحلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الايمان ، ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها الا به كالايلاء

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بالكفارة)

وجملته ان الظهار من الاجنبية يصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقا أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو

بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ماذكرنا ، وأما الامر بالكفارة عند العزم فانما أمر بها شرطاً للحل كالامر بالطهارة لمن أراد النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ماقاله والامساك ليس بضد له ، وقولهم إن الظهار يقتضي إبانتها ممنوع وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال (ثم يعودون) وثم للتراخي والامساك غير متراخ وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة للفظ ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في العدة والهبة والعود فيما نهي عنه، ويدل على إبطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة به كسائر الايمان ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالايلاء

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه فان عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر)

وجملة ذلك أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهو قول عطاء والنخعي والحسن والاوزاعي والثوري ومالك وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لانه سبب الكفارة وقد وجد ، ولان الكفارة وجبت لقول المنكر والزور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار . وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لان ذلك هو العود عنده.

قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولان الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الاجنبية كالايلاء فان الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم) كما قال (للذين يؤلون من نسائهم) ولانها ليست بزوجة لم يصح الظهار منها كأمته ولانه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولانه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

ولنا ما روى الامام أحمد باسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي فتزوجها ، قال عليه كفارة الظهار ولانها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى، أما الآية فان التخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب أن الانسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم، وأما الايلاء فانما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الاضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت ههنا لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بنسائه ، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين

[أحدهما] أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا يثبت بأحدهما ولان الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا تجب بغير الحنث كسائر الايمان والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبلها. إذا ثبت هذا فانه لا كفارة عليه إذا مات قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر

ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وان لم يكفر كالمولى منها ومتى طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول الحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد . وقال قتادة إذا بانت سقط الظهار فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه . وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عاد وبناه على الاقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني .

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر ولانه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولان الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالايلاء

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة)

(الثاني) أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الاباحة على شرط فجاز تقدمه وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة، نص عليه أحمد وهو قول عروة واسحاق لأنها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى، وروي ذلك عن إسحاق لان المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود اليها بعد التكفير عن الاولتين فكانت عليه لها كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء، ولو قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين [أحدهما] لا يقبل لأنه صريح الظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره (والثاني) يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتماسا) فان وطيء عصى ربه وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق حتى يكفر هذا قول أكثر أهل العلم.

روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي والنخعي وعبدالله ابن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور، وتلزمه الكفارة إذا وطئها وهو مجنون نص عليه في المجرد

﴿ مسئلة ﴾ (وتجزئه كفارة واحدة)

وهو قول الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين، وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لان الوطء يوجب كفارة والظهار يوجب أخرى، وقال أبوحنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط الاباحة بعد الوطء كما كانت قبله، وحكي عن بعض العلماء أن الكفارة تسقط لأنه قد فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطيء قبل التكفير فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فاما قولهم فات وقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شي وان تزوجها لانه صادق وان اراد في كل حال لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار)

أما إذا أراد بقوله لها أنت علي حرام الاخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه لانه صادق لكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول ولم يكن له نية فلا شي عليه لذلك وان أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لان لفظة الحرام إذ أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الاجنبية فصار كقوله أنت علي كظهر أمي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر)

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة امة كانت أو حرة فاذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي المذهب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ظاهر من امرأته الامة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له فان وطئها فعليه كفارة يمين)

وجملة ذلك أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة لعموم الآية فاذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وابو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، قال القاضي المذهب ماذكر الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد لقول الله تعالى [والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا] وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ، ولان الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولانها يمين انعقدت موجبة للكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الايمان ، وقال ابو بكر عبدالعزيز وابو الخطاب يسقط الظهار بملكه لها ، وان وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته ويقتضي قول أبي بكر وأبي الخطاب ههنا أن تباح قبل التكفير لانه اسقط الظهار وجعله يميناً كتحريم أمته ، فان أعتقها عن كفارته صح على القولين جميعاً فان تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لانه كفر عن ظهاره باعتاقها ولا يمتنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال إن ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك أمة فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها لم تحل له حتى يكفر

﴿ مسئلة ﴾ [وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة]

ما ذكر الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر، ولان الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولانها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الايمان، وقال أبو بكر عبدالعزيز يسقط الظهار بملكه لها وان وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبا لكفارة الظهار كما لو تظاهر منها وهي أمته، ويقتضي قول أبي بكر هذا أن تباح قبل التكفير لانه أسقط الظهار وجعله يمينا كتحريم امته فان أعتقها عن كفارته صح على القولين فان تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لانه كفر عن ظهاره باعتاقها ولا يمتنع اجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال ان ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك امة فأعتقها وان أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم تحل له حتى يكفر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة)

وجملته أنه اذا ظاهر من نسائه الاربع بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة اختاره ابو بكر وابن حامد والقاضي وبه قال مالك وإسحاق وأبو عبيد والشافعي في القديم ونقل عن أحمد من حلف أيمانا كثيرة فأراد التأكيد فكفارة واحدة فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان وهو قول الثوري والشافعي في الجديد، وقال أصحاب الرأي ان كان في مجلس فكفارة واحدة، وإن كان في مجالس فكفارات وعن أحمد مثل ذلك، وروي ذلك عن علي وعمرو بن دينار لانه قول يوجب تحريم الزوجة فاذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم كالطلاق

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها حرمت بالقول الاول ولانه لفظ يتعلق به كفارة فاذا تكرر كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وأما الطلاق فان ما زاد منه على الثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ما ذكروه، وأما الثالثة فانها تثبت تحريما زائداً وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لا يثبت به تحريم فنظير الظهار الطلقة الثالثة لا يثبت بما زاد عليها تحريم ولا يثبت له حكم كذلك الظهار، فاما ان كفر عن الاول ثم ظاهر لزمه الثاني كفارة بلا خلاف لان الظهار الثاني مثل الاول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالاول بخلاف ما قبل التكفير

﴿مسئلة﴾ (وان ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة، وان كان بكلمات فلكل واحدة كفارة)

إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق

من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول علي وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الانصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة لانه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به

ولنا عموم قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الاثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا فكان إجماعا، ولان الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فاذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر منها بكلمات فان كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر اثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو اثمها فلا يبقى لها حكم

(فصل) ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فان لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء. قال ابو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا، قال القاضي المذهب عندي ما ذكر الشيخ ابو عبد الله، وقال ابو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن

وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الانصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة، وعن أحمد مثل ذلك من المحرر لانه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه لكل واحدة كفارة كما لو أفردها

ولنا قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الاثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعا ولان الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فاذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر بكلمات فان كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر اثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحوا إثمها فلا يبقى لها حكم. فاما ان كرره بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فان لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء. قال ابو عبدالله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا قال القاضي المذهب عندي ماذكره الشيخ أبو عبدالله وقال ابو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة وإسحاق لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحدود وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها ايمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كالو كفر ثم ظاهر ولانها ايمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الاخرى فلا يكفرها كفارة واحدة كالاصل ولان الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فانه عقوبة تدرأ بالشبهات

(فصل) فان قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء في عقد واحد فكفارة

وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة واسحاق لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها ايمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر، ولانها ايمان لايحنث في إحداها بالحنث في الاخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالاصل، ولان الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فانه عقوبة تدرأ بالشبهات فاما ان ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة لان الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة

(فصل) اذا ظاهر من امرأة ثم قال لاخرى أشركتك معها أو أنت شريكتها او كهي ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منهما بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعي وان أطلق صار مظاهراً أيضاً اذا كان عقيب مظاهرته من الاولى ذكره ابو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه قال الشافعي لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الاولى، ولانه يحتمل أنها شريكتها في دينها أو في الخصومة أو في النكاح او سوء الخلق فلم تخصص بالظهار لا بالنية كسائر الكنايات

واحدة وان تزوجهن في عقود فكذلك في إحدى الروايتين لانها يمين واحدة، والاخرى لكل عقد كفارة فعلى هذا لو تزوج امرأتين في عقد وأخرى في عقد لزمته كفارتان لان لكل عقد حكم نفسه فتعلق بالثاني كفارة كالاول

﴿ فصل في كفارة الظهار وما في معناها ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (كفارة الظهار على الترتيب فيجب عليه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً)

والاصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) الآيتين . وقول النبي ﷺ لخولة حين ظاهر منها زوجها «يعتق رقبة» قالت لا يجد قال «فيصوم شهرين متتابعين» قالت يارسول الله انه شيخ كبير ما به صيام قال « فيطعم ستين مسكيناً » وهذا الترتيب لاخلاف فيه إذا كان المظاهر حرا فأما العبد فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها في ظاهر المذهب لما روى أبو هريرة ان رجلا قال يارسول الله وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله ﷺ « هل تجد رقبة تعتقها؟ » قال لا قال « فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين؟ » قال لا قال « فهل تستطيع اطعام ستين مسكيناً؟ » وذكر الحديث وهو صحيح متفق عليه وفي كفارة الوطء في رمضان رواية أنها على التخيير وقد ذكرنا ذلك في الصوم

﴿ مسئلة ﴾ (وكفارة القتل مثلها)

ولنا أن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء، فوجب تعليقه بالمذكور معه كجواب السؤال فيما اذا قيل له ألك امرأة فقال قد طلقتها وكالعطف مع المعطوف عليه والصفة مع الموصوف، وقولهم انه كناية لم ينوبها الظهار قلنا قد وجد دليل النية فيكتفي بها، وقولهم انه يحتمل قلنا ماذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وان بقي احتمال ما كان مرجوحا فلا يلتفت اليه كالاحتمال في اللفظ الصريح

﴿ مسئلة ﴾ قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل: الاولى أن كفارة المظاهر القادر على الاعتاق عتق رقبة لايجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، والاصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا -إلى قوله- فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته «يعتق رقبة» قلت لا يجد قال «فيصوم» وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك فمن وجد رقبة يستغني عنها أو وجد ثمنها فاضلا عن حاجته

لان التحرير والصيام منصوص عليهما في كتاب الله تعالى إلا الاطعام ففي وجوبه روايتان (إحداهما) لايجب لان الله تعالى لم يذكره في الكفارة (والثانية) يجب قياسا على كفارة الظهار والجماع في نهار شهر رمضان

﴿مسئلة﴾ (والاعتبار في الكفارة بحال الوجوب في إحدى الروايتين)

وهي ظاهر كلام الخرقي لانه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لايجزئه غيره وكذلك قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال أرأيت لو حنث وهو عبد ثم أعتق فانما يجلد جلد العبد وهذا أحد أقوال الشافعي، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره واعساره حال وجوبها عليه فان كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم تسقط باعساره بعد ذلك وان كان معسراً ففرضه الصوم فاذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة (والرواية الثانية) الاعتبار بأغلظ الاحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الاعتاق وهو قول ثان للشافعي لانه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه اغلظ الاحوال كالحج، وله قول ثالث ان الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الاداء كالوضوء

ولنا ان الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا عتق، ويفارق الوضوء فانه لو تيمم ثم وجد الماء لما بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء

ووجدها به لم يجزئه الا الاعتاق لان وجود المبدل اذا منع الانتقال الى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال الى التيمم

(المسئلة الثانية) أنه لايجزئه الا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار وسائر الكفارات هذا ظاهر المذهب وهو قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يجزيء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يجزيء ماتناوله الاطلاق

ولنا ما روى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ « أين الله؟ » فقالت في السماء فقال « من أنا » فقالت أنت رسول الله فقال ﷺ « اعتقها فانها مؤمنة » أخرجه مسلم والنسائي ، فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها

إنما الاعتبار باداء الصلاة فأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكروه فان قيل العبدكان ممن لاتجب عليه الرقبة ولا تجزئه في حال رقه فلما لم تجزئه لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا قلنا هذا ممالا أثر له

(فصل) وإذا قلنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وكان معسراً ثم ايسر فله الانتقال إلى العتق ان شاء وهو قول الشافعي على القول الذي يوافقنا فيه بان الاعتبار بحالة الوجوب لان العتق هو الاصل فوجب ان يجزئه كسائر الاصول وعن أحمد في العبد إذا اعتق لايجزئه غير الصوم وهذا على قولنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وهي حين حنث اختاره الخرقي لانه حنث وهو عبد فلم يكن يجزئه إلا الصوم فكذلك بعد وقد نص أحمد على أنه يكفر كفارة عبد قال القاضي وفي ذلك نظر ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به اجزأه وهذا منصوص الشافعي ومن أصحابه من قال كقول الخرقي ووجه ذلك أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحد وهذا على القول الذي لايجوز للعبد التكفير بالمال بأذن سيده فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الاولى لانه إذا جازله في حال رقه ففي حال حريته قد زال ذلك فلا حاجة إلى إذنه فأما ان قلنا الاعتبار في التكفير باغلظ الاحوال لم يكن له ان يكفر إلا بالمال انكان له مال فأما ان حلف وهو عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لاتجب قبل الحنث وانما وجبت وهو حر والله أعلم

(مسئلة) (فان شرع في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال اليه)

وبه قال الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ويحتمل ان يلزمه واليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد

مؤمنة فدل على انه لايجزيء عن الرقبة التي عليه الا مؤمنة ، ولانه تكفير بعتق فلم يجز الا مؤمنة ككفارة القتل والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقييده فانا أجمعنا على انه لايجزيء إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى

(المسئلة الثالثة) أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بينا لان المقصود تمليك العبد منافعه وتمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بينا فلا يجزيء الاعمى لانه لايمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لان اليدين آلة البطش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع في هذا ولا يجزيء المجنون جنونا مطبقا لانه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم أخذاً باطلاق اللفظ

ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزيء مايقع عليه الاسم كالاطعام فانه لايجزيء أن يطعم مسوساً ولا عفنا وإن كان يسمى طعاما والآية مقيدة بما ذكرناه

وأصحاب الرأي لانه قدر على الاصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها

ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فأشبه ما لو استمر العجز إلى مابعد الفراغ ولانه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالمستمتع يجد الهدى بعد الشروع في الايام السبعة ويفارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فان الصلاة تضاؤها يسير والمشقة في هذا أكبر

(فصل) وإذا قلنا الاعتبار بحال الوجوب فوقته في الظهار من حين العود لا وقت المظاهرة لان الكفارة لاتجب حتى يعود ووقته في اليمين من الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول بعد كمال النصاب

(فصل) إذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو بالاطعام لانه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها وليس له الصيام لانها عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولانه لا يصح منه في غير الكفارة فلايصح منه فيها ولايجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فان كانت في ملكه أو ورثها أجزأت عنه وان لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لان الكافر لايصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره بالاطعام إلا ان يقول لمسلم أعتق عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في إحدى الروايتين وان أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على مامضى لانه في معناه وان ظاهر وهو مسلم ثم ارتد وصام في ردته عن كفارته لم يصح وان كفر بعتق أو اطعام فقد اطلق أحمد القول

(فصل) ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلها ولامقطوع ابهام اليد أوسبابتها أو الوسطى لان نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء. ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لان نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة من يد جاز لان نفع الكفين باق وقطع أنملة الابهام كقطع جميعها فان نفعها يذهب بذلك لكونها أنملتين ، وإن كان من غير الابهام لم يمنع لان منفعتها لا تذهب فانها تصير كالاصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الابهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الاصبع أنملتان فهو كقطعها لانه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع احدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف أجزأت لان منفعة الجنس باقية فأجزأت في الكفارة كالاعور فاما ان قطعتا من وفاق أي من جانب واحد لم يجزىء لان منفعة المشي تذهب

ولنا أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بيناً فوجب أن يمنع أجزاءها كما لو قطعتا من وفاق وبخلاف العور فانه لا يضر ضرراً بينا والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فانه لو ذهب

أنه لا يجزئه وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فان أسلم تبينا أنه أجزأه وان مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته

(فصل) قال الشيخ رحمه الله فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها فاضلا عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الاصلية بثمن مثلها لزمه العتق أجمع أهل العلم على ذلك وأنه ليس له الانتقال إلى الصيام إذا كان مسلماً حراً

(مسئلة) (فان كانت له رقبة يحتاج الى خدمتها لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال الى الصيام سواء كان محتاجاً اليه او لم يكن لان الله تعالي شرط في الانتقال الي الصيام ان لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد واذ وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لان وجدان ثمنها كوجدانها

ولنا ان ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال الى البدل كمن وجد ماء يحتاج اليه للعطش يجوز له الانتقال الى التيمم فان كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لانه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فان عليه مشقة في أعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وان كان له خادم يخدم امرأته وهو ممن عليه خدمتها او كان له رقيق يتقوت بخراجهم لم يلزمه العتق لما ذكرنا

شمه أو قطعت أذناه معا أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس ولا يجزيء الاعرج اذا كان عرجا كثيراً فاحشاً لانه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ، وإن كان عرجا كثيراً لا يمنع الاخرى لانه قليل الضرر

(فصل) ويجزيء الاعور في قولهم جميعا ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لايجزيء لانه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدي فأشبه العمى والصحيح ماذكرناه فان المقصود تكميل الاحكام وتمليك العبد المنافع والعور لا يمنع ذلك ولأنه لايضر بالعمل فأشبه قطع إحدى الاذنين ويفارق العمى فانه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين فانه لايعمل باحداهما مايعمل بهما والاعور يدرك باحدى العينين مايدرك بهما . وأما الاضحية والهدي فانه لايمنع منها مجرد العور وانما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ولان الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والعتق لايمنع فيه إلا مايضر بالعمل ويجزيء المقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك وزفر لايجزيء لانهما عضوان فيهما الديه أشبها اليدين ولنا أن قطعهما لايضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزيء مقطوع الانف لذلك ويجزيء الاصم اذا فهم بالاشارة ويجزيء الاخرس اذا فهمت اشارته وفهم بالاشارة

(مسئلة) (فان كان له دار يسكنها او عقار يحتاج الى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق)

وان استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه ان يشتري به رقبة لزمه لانه واجد للرقبة وان كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة احداهما ويعتق الاخرى لزمه لانه لاضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء مايكفيه في لباسه ورقبة يعتقها لزمه ذلك وكذلك ان كانت له دار يمكنه بيعها وشراء مايكفيه لسكنى مثله ورقبة اوضيعة يفضل منها عن كفايته مايمكنه به شراء رقبة ويراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فاذا فضل عن ذلك شيء يمكنه شراء رقبة به لزمته الكفارة وان كان له دابة يحتاج الى ركوبها او كتب يحتاج اليها لم يلزمه العتق ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ماذكرنا وان كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لانه محتاج اليها وان امكنه بيعها وشراء سرية اخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لان الغرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما اذا كان بدون مثلها

(مسئلة وان وجد رقبة بثمن مثلها لزمه شراؤها وان كانت بزيادة تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لان عليه ضررا في ذلك وان كانت الزيادة لاتجحف بماله ففيه وجهان

(احدهما) يلزمه لانه قدر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا تجحف به فاشبه مالو بيعت بثمن مثلها

(والثاني) لايلزمه لانه لم يجد رقبة بثمن مثلها فاشبه العادم واصل الوجهين العادم للماء اذا وجده بزيادة على ثمن مثله فان وجد رقبة بثمن مثلها إلا انها رقبة رفيعة يمكن ان يشتري بثمنها رقابا من غير جنسها لزمه

وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يجزئ، لان منفعة الجنس ذاهبة فأشبه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لان الخرس نقص كثير يمنع كثيراً من الاحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم اشارته فيتضرر في ترك استعماله ، وان اجتمع الخرس والصمم فقال القاضي لا يجزئ، وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقصين فيه وذهاب منفعتي الجنس ووجه الاجزاء أن الاشارة تقوم مقام الكلام في الافهام ويثبت في حقه أكثر الاحكام فيجزىء في العتق كالذي ذهب شمه فاما الذي ذهب شمه فيجزئ لانه لا يضر بالعمل ولا بغيره

فأما المريض فان كان مرجو البرء كالحمى وما أشبهها أجزأ في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزئ، لان زواله يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه ، وأما نضو الخلق فان كان يتمكن معه من العمل أجزأ وإلا فلا ويجزىء الاحمق وهو الذي يخطىء على بصير ويصنع الاشياء لغير فائدة ويرى الخطأ صوابا ومن يخنق في الاحيان والخصي والمجبوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لان

شراؤها لانها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك ضررا وانما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكا لها

(مسئلة) (وان وهب له رقبة لم يلزمه قبولها)

لان عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه

(مسئلة) (وان كان ماله غائبا وامكنه شراؤها بنسيئة فقد ذكر شيخنا فيما اذا عدم الماء فبذل له بثمن في الذمة يقدر على ادائه في بلده وجهين

احدهما يلزمه شراؤه قاله القاضي لانه قادر على اخذه بما لا مضرة فيه وقال أبو الحسن التميمي لا يلزمه لان عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وربما تلف ماله قبل ادائه فيخرج ههنا على وجهين والاولى ان شاء الله انه لا يلزمه لذلك وان كان ماله غائبا ولم يمكنه شراؤها نسيئة فان كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال الى الصيام لان ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وان كان بعيداً لم يجز الانتقال الى الصيام في غير كفارة الظهار لانه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز في كفارة الظهارة؟ على وجهين

(احدهما) لا يجوز لوجود الاصل في ماله لوجود الكفارات (والثاني) يجوز لانه يحرم عليه المسيس، فجاز له الانتقال للحاجة فان قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال الى التيمم وان كان قادراً عليهما في بلده قلنا الطهارة تجب لاجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة الى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولاننا لو منعناه من التيمم لوجود العذر للقدرة على الماء في بلده بطلت رخصة التيمم فان كل احد يقدر على ذلك

(مسئلة) (ولا يجزىء في كفارة القتل الا رقبة مؤمنة)

لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر

مالا يضر بالعمل لايمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الاجزاء به كالسالم من العيوب

(فصل) ويجزىء عتق الجاني والمرهون وعتق المفلس عبده اذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر والخصي وولد الزنا لكمال العتق فيهم

(فصل) ولا يجزىء عتق المغصوب لانه لايقدر على تمكينه من منافعه ولا غائب غيبة منقطعة لايعلم خبره لانه لايعلم حياته فلا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لانه عتق صحيح ولايجزىء عتق الحمل لانه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم تجب فطرته ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته ولا عتق أم الولد لان عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والملك فيها غير كامل ولهذا لايجوز بيعها ، وقال طاوس والبتي يجزىء عتقها لانه عتق صحيح ولا يجزيء عتق مكاتب أدى من كتابته شيئا وسنذكر هذا في الكفارات ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر اذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر

المذهب وهو قول الحسن وبه قال مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وعن أحمد رواية ثانية انه يجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والثوري والنخعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار فوجب ان يجزىء ماتناوله الاطلاق

ولنا ماروى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فاتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة افاعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ « اين الله ؟ - قالت في السماء - قال - من انا؟ قالت انت رسول الله فقال رسول الله ﷺ - اعتقها فانها مؤمنة » اخرجه مسلم فعلل جواز اعتاقها عن الرقبة التي عليه بانها مؤمنة فدل على انه لايجزىء عن الرقبة التي عليه الا مؤمنة ولانه عتق في كفارة فلا يجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما ان الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل احكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلمين فناسب ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيلا لهذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الايمان فيها فيعلل بها ويتعدى ذلك الى كل عتق في كفارة يختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة فأما المطلق الذي احتجوا به فانه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) على المقيد في قوله (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وان لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس

(مسئلة) (ولا يجزيء الا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بينا)

لان المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع مايضر بالعمل ضرراً

وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وان كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن أو كبر أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن ، لان الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام ان لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد وان وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لان وجدان ثمنها كوجدانها .

ولنا أن ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج اليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم وان كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لانه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فان عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعا لكثير من حوائجه وان كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه اخدامها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم

بينا فلا يجزىء الاعمى لانه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد وكذلك مقطوع اليدين والرجلين أو اشلهما لان اليدين آلة البطش والرجلين آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما ولا يجزىء المجنون جنونا مطبقا لانه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن داود انه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم اخذا باطلاق اللفظ

ولنا ان هذا نوع كفارة فلم يجزىء مطلق ما يقع عليه الاسم كالاطعام فانه لا يجزىء ان يطعم مسوسا ولا عفنا وان كان يسمى طعاما والآية مقيدة بما ذكرناه

(مسألة) (لا يجزىء مقطوع اليد او الرجل ولا اشلهما ولا مقطوع ابهام اليد او سبابتها أو الوسطى)

لان نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لان نفع اليد يزول اكثره بذلك وان قطعت كل واحدة منهما من يد جاز لان نفع الكفين باق وقطع انملة الابهام كقطعها لان نفعها يذهب بذلك لكونها انملتين وان كان من غير الابهام لم يمنع لان منفعتها لا تذهب فانها تصير كالاصابع القصار حتى لو كانت اصابعه كلها غير الابهام قد قطعت من كل واحدة منها انملة لم يمنع وان قطع من الاصبع انملتان فهو كقطعها لانه يذهب بمنفعتها وهذا كله مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف اجزأ لان منفعة الجنس باقية فاجزأ في الكفارة كالاعور وأما ان قطعتا من وفاق اي من جانب واحد لم يجزىء لان منفعة الشيء تذهب

ولنا ان هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بينا فيمنع كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور فانه لا يضر ضرراً بينا

أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض التجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وان استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه ان يشتري به رقبة لزمه لانه واجد للرقبة وان كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الاخرى لزمه لانه لا ضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك وان كانت له دار يمكنه بيعها وشراء مايكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته مايمكنه شراء رقبة لزمه ويراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فاذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا وان كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لانه يحتاج اليها وان أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لان الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما اذا كان بدون ثمنها

(فصل) فان كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فان كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال إلى الصيام لان ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وان كان بعيداً لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لانه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار ؟ فيه وجهان

ولنا فيه منع وان سلم فالاعتبار بالضرر اولى بالاعتبار بمنفعة الجنس فانه لو ذهب شمه او قطعت أذناه معا اجزأ مع ذهاب منفعة الجنس

(مسألة) (ولا يجزىء المريض المأيوس من برئه كمرض السل)

لان برأه يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه وإن كان المرض يرجى زواله كالحمى ونحوها لم يمنع الاجزاء في الكفارة ولا يجزىء النحيف العاجز عن العمل لانه كالمريض المأيوس من برئه وان كان يتمكن من العمل أجزأ

(مسألة) (ولا يجزىء غائب)

لا يعلم خبره لانه مشكوك في حياته والاصل بقاء شغل الذمة فلا تبرأ بذلك وهو مشكوك في وجوده فيشك في اعتاقه فان قيل الاصل حياته قلنا إن الموت قد علم أنه لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فان تبين بعد هذا كونه حيا صح اعتاقه وتبينا براءة ذمته من الكفارة وإلا فلا وان لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لانه عتق صحيح :

(مسألة) (ولا يجزىء مجنون مطبق لانه لا يقدر على العمل)

(مسألة) (ولا يجزىء الاخرس)

وهو قول القاضي وبعض الشافعية قال شيخنا والاولى أنه متى فهمت اشارته وفهم اشارة غيره أنه يجزىء لان الاشارة تقوم مقام الكلام في الافهام وأحكامه كلها تثبت بإشارته فكذلك عتقه وكذلك الاخرس الذي تفهم إشارته ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وعن أحمد أنه لا يجزىء وبه قال

[أحدهما] لا يجوز لوجود الاصل في ماله فأشبه سائر الكفارات (والثاني) يجوز لانه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لموضع الحاجة، فان قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال الى التيمم وان كان قادراً عليهما في بلده لأن الطهارة تجب لاجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة الى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولاننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم فان كل أحد يقدر على ذلك

(فصل) وان وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال الى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه، وان وجد رقبة تباع بزيادة على ثمن المثل تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لان فيه ضرراً وان كانت لا تجحف بماله احتمل وجهين

[أحدهما] يلزمه لانه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به فأشبه مالو بيعت بثمن مثلها (والثاني) لا يلزمه لانه لم يجد رقبة بثمن مثلها أشبه العادم، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله فان وجد رقبة بثمن مثلها الا أنها رقبة رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقابا من

أصحاب الرأي لان منفعة الجنس ذاهبة فأشبه زائل العقل ولان الخرس نقص كبير يمنع كثيراً من الاحكام مثل القضا والشهادة وكثير من الناس لا تفهم اشارته فيتضرر بترك استعماله، والاول أولى ان شاء الله لما ذكرناه وذهاب منفعة الجنس لا يمنع الاجزاء كذهاب الشم وذهاب الشم لا يمنع الاجزاء لانه لا يضر بالعمل ولا بغيره ويجزىء مقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك وزفر لا يجزىء

ولنا أن قطعهما لا يضر بالعمل ضرراً بينا فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزىء مقطوع الانف لذلك.

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزيء عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها)

فأما ان علق عتقه للكفارة وأعتقه عند وجود الصفة أجزأه لانه أعتق عبده الذي يملكه عن كفارته ولا يجزيء عتق المدبر لان عتقه مستحق في غير الكفارة فلم يجزئه كالذي استحق عليه الاطعام في النفقة فدفعه في الكفارة .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من يعتق عليه بالقرابة)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى من يعتق عليه إذا ملكه ينوي بشرائه عتقه عن الكفارة عتق ولم يجزئه وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسانا لانه يجزيء عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشتري كغيره

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا

غير جنسها لزمه شراؤها لانها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك الثمن ضرراً وانما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكا لها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان أفطر فيها من عذر بنى وان أفطر من غير عذر ابتدأ)

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وانما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفي فعله لانه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لافعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين والثالث تكفي نية التتابع في الليلة الاولى

ولنا أنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالمتابعة بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فان ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخص وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع

اعتاق فلم يكن ممتثلا للامر ولان عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته أو كام الولد ويخالف المشتري البائع من وجهين (أحدهما) أن البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه وإنما يعتق باعتاق الشرع عن غير اختيار منه (الثاني) أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلاف ذلك

(فصل) إذا اشترى عبداً ينوي اعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لايمنع من الاجزاء في الكفارة وأخذ ارشه ثم اعتق العبد عن كفارته أجزأه وكان الارش له لان العتق انما وقع على العبد المعيب دون الارش فان اعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فاخذ أرشه فهو له كما لو اخذه قبل اعتاقه وعنه أنه يصرف الارش في الرقاب لانه أعتقه معتقداً أنه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى فكان الارش مصروفا في حق الله تعالى كما لو باعه كان الارش للمشتري فان علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى اعتقه كان الارش للمعتق لانه اعتقه معيبا عالما بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه لمن يعلم عيبه .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من اشتراه بشرط العتق)

في ظاهر المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقد روي عن معقل بن يسار مايدل عليه وذلك لانه اذا اشتراه بشرط العتق فالظاهر ان البائع نقصه من الثمن لاجل هذا الشرط فكانه أخذ عن العتق عوضا فلم يجزئه عن الكفارة . قال أحمد ان كانت رقبة واجبة لم تجزئه لانها ليست رقبة سليمة ولان عتقها مستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم يجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه

أهل العلم على أن الصائمة متتابعا إذا حاضت قبل اتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لان الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الاياس وفيه تغرير بالصوم لانها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين لانه بمنزلته في أحكامه ولان الفطر لا يحصل فيهما بفعلها وانما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والوجه الثاني) أن النفاس يقطع التتابع لانه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض ، لانه أندر منه ويمكن التحرز عنه وان أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً ، روي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهذا قول سعيد بن جبير والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي ، لانه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا انه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كافطار المرأة للحيض ، وماذكروه من الاصل ممنوع وان كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) لا يقطع

العتق عن الكفارة أو قال ان دخلت الدار فانت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته

(فصل) ولو قال رجل له أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لان الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة ، وذكر القاضي ان العتق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه وهذا فيه نظر فان المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي باعتاقه عنه وباذل العوض لم يطلب ذلك ، والصحيح أن اعتاقه عن المعتق والولاء له فان رد العشرة على باذلها ليكون العتق عن الكفارة لم يجز عنها لان العتق إذا وقع على صفة لم ينتقل عنها وان قصد العتق عن الكفارة وحدها وعزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق وأعتقه عن كفارته أجزأه

﴿مسألة﴾ (ولا أم ولده في الصحيح عنه)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الاوزاعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وعن احمد رواية أخرى أنها تجزيء يروى ذلك عن الحسن وطاوس والنخعي وعثمان البتي لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) ومعتقها قد حررها

ولنا أن عتقها مستحق بسبب آخر فلم تجز عنه كما لو اشترى قريبه أو عبداً بشرط العتق فاعتقه وكما لو قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار ونوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرنا فنقيس عليه ما اختلفنا فيه وولد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لان حكمه حكمها في العتق بموت سيدها

﴿مسألة﴾ (ولا يجزيء مكاتب قد أدى من كتابته شيئا في اختيار شيوخنا وعنه يجزيء وعنه لا يجزيء مكاتب بحال)

التتابع لانه مرض أباح الفطر أشبه المخوف (والثاني) يقطع التتابع لانه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر، فأما الحامل والمرضع فان أفطرتا خوفا على أنفسهما فهما كالمريض، وان أفطرتا خوفا على ولديهما ففيهما وجهان (أحدهما) لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما (والثاني) ينقطع لان الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء، وان أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لانه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض

(فصل) وان أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الامرين وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فانه قال في رواية الاثرم: كان السفر غير المرض وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان، وظاهر هذا انه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجها واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر

ووجه الاول انه فطر لعذر مبيح للفطر فلم ينقطع به التتابع كافطار المرأة بالحيض، وفارق الفطر لغير عذر فانه لا يباح، وان أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع او أفطر يظن أن الشمس قد

روي عن أحمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات:

(إحداهن) يجزىء مطلقا اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لان المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر ولانه رقبة فيدخل في عموم مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)

(والثانية) لا يجزىء مطلقا وهو قول مالك والشافعي وأبو عبيد لان عتقه مستحق بسبب آخر ولهذا لا يملك ابطال كتابته فأشبه أم الولد

(والثالثة) ان كان أدى شيئا من كتابته لم يجزئه ولا أجزأه وبه قال الليث والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي قال القاضي هو الصحيح لانه اذا أدى شيئا فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجز كما لو اعتق بعض رقبة واذا لم يؤد فقد اعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدبر ولو أعتق عبداً عن مال يأخذه من العبد لم يجز عن كفارته في قولهم جميعا.

(فصل) ولا يجزىء اعتاق الجنين في قول أكثر أهل العلم، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور يجزىء لانه آدمي مملوك يصح اعتاقه فصح عن الرقبة كالمولود

ولنا أنه لم يثبت له أحكام الدنيا بعد فانه لا يملك الا بالارث والوصية، ولا يشترط لهما كونه آدميا لكونه يثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال

(فصل) فان أعتق غيره عنه عبدا بغير اذنه لم يقع عن المعتق عنه اذا كان حيا وولاؤه للمعتق ولا

غابت ولم تغب أفطر، ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان (أحدهما) لا ينقطع لانه فطر لعذر (والثاني) يقطع التتابع لانه بفعل أخطأ فيه فأشبه مالو ظن انه قد أتم الشهرين فبان خلافه، وان أفطر ناسيا لوجوب التتابع أو جاهلا به أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد، وان أكره على الاكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر وان أكل خوفا فقال القاضي لا يفطر ولم يذكر غير ذلك وفيه وجه آخر انه يفطر، فعلى ذلك هل يقطع التتابع؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر فأشبه المرض (والثاني) ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعي لانه أفطر بفعله لعذر نادر

(فصل) وان أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لا يصلح لغيره، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره الى فراغه من الكفارة وان كان متعينا في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان أمكن، وان كان أياما من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة

يجزيء عن كفارته وان نوى ذلك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك أنه يجزىء اذا أعتق عن واجب على غيره بغير اذنه لانه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه دينا

ولنا انه عبادة من شرطها النية فلم يصح أداؤها عمن وجب عليه بغير أمره مع كونه من أهل الامر كالحج ولانه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام، وهكذا الخلاف فيمن كفر عنه بالاطعام، فاما الصيام فلا يجوز ان ينوب عنه اذنه ولا بغير اذنه لانه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فان جعل له عوضاً صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما لانه حصل العتق عنه بماله فأشبه مالو اشتراه ووكل البائع في إعتاقه عنه وإن لم يشترط عوضاً ففيه روايتان.

(احداهما) يقع العتق عن المعتق عنه ويجزيء عن كفارته وهو قول مالك والشافعي لانه أعتق عنه بأمره فصح كما لو شرط عوضاً.

(والاخرى) لا يجزيء والولاء للمعتق وهو قول أبي حنيفة لان العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل فلم يقع عن الموهوب له، ويفارق البيع لانه لا يشترط فيه القبض، فان كان المعتق عنه ميتاً وكان قد وصى بالعتق عنه صح لانه بأمره وان لم يوص فأعتق عنه أجنبي لم يصح لانه ليس بنائب عنه، وإن أعتق عنه وارثه فان لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق، وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لانه نائب عنه في ماله وأداء واجباته فان كانت عليه كفارة يمين فأطعم عنه جاز، وإن اعتق عنه ففيه وجهان

عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أصابها في ليالي الصوم أفسد مامضى من صيامه وابتدأ الشهرين)

وبهذا قال مالك والثوري وأبوعبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطيء نهارا ولانه تحريم للوطء لايختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن احمد ان التتابع لا ينقطع بهذا ويبني وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولان التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم الذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطيء ليلا ، وارتكاب النهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لايمنع صحته وإجزاءه كما لو وطيء قبل الشهرين أو وطيء ليلة أول الشهرين وأصبح صائما والاتيان بالصيام قبل التماس في حق هذا لاسبيل اليه سواء بنى أو استأنف

وان وطئها أو وطيء غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر وانقطع التتابع اجماعا إذا كان غير

(أحدهما) ليس له ذلك لانه غير متعين فجرى مجرى التطوع (والثاني) يجزيء لان العتق يقع واجباً لان الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبه المعين ولانه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالاطعام والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتي أو اكس صح إذا فعل رواية واحدة سواء ضمن له عوضاً أو لا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء الاعرج يسيراً)

لانه قليل الضرر بالعمل فان كان فاحشاً كثيراً لم يجز لانه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ويجزيء المجدع الانف والاذن ، وفي مجدع الاذنين خلاف ذكرناه ، ويجزيء المجبوب والخصي ومن يخنق في الاحيان والاصم لان هذا لا يضر بالعمل ، وتجزيء الرتقاء والكبيرة التي تقدر على العمل لان ما لا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فحصل الاجزاء به كالسالم من العيوب .

(فصل) ويجزيء عتق الجاني وان قتل قصاصاً والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقه

(فصل) ويجزي الاعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزيء لانه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدي فأشبه العمى ، والصحيح ما ذكرناه فان المقصود تمليك العبد المنافع وتكميل الاحكام والعور لا يمنع ذلك ، ولانه لا يضر بالعمل أشبه قطع إحدى الاذنين ، ويفارق العمى فانه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع احدى اليدين أو الرجلين فانه لا يعمل باحداهما ما يعمل بهما والاعور يدرك باحدى العينين ما يدرك بهما وأما الاضحية

معذور ،وان وطئها أو وطيء غيرها نهارا ناسيا أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لايعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسياً أشبه ما لو أكل ناسياً وان أبيح له الفطر لعذر فوطيء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان وطئها كان كوطئها ليلا هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وان وطيء غيرها ليلا لم ينقطع التتابع لان ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مخل باتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التتابع كالاكل ليلا ، وليس في هذا اختلاف نعلمه ، وان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لاخلاله بموالاة الصيام والا فلا ينقطع والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكينا على ما امر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت

والهدي فانه لا يمنع منها مجرد العور وانما يمنع انخساف العين لانها عضو مستطاب ولان الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والعتق لايمنع فيه إلا ما يضر بالعمل

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء عتق المدبر)

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي: لا يجزيء لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ولان بيعه عندهم غير جائز فهو كأم الولد

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولانه عبد كامل المنفعة لم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ولانه يجوز بيعه لان النبي ﷺ باع مدبراً ، وقد ذكرنا ذلك ، ولان التدبير اما أن يكون وصية أو عتقاً بصفة وأيهما كان فلا يمنع التكفير باعتاقه قبل وجود الصفة والصفة ههنا الموت ولم توجد ،ويجزيء المعلق عتقه بصفة قبل وجودها لان ملكه فيه تام ويجوز بيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز عتق ولد الزنا)

وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر وروي عن عطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي وحماد انه لا يجزيء لان أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ أنه قال «ولد الزنا شر الثلاثة » قال أبو هريرة ولأن امتع بسوط في سبيل الله أحب إلي منه رواه أبو داود

ولنا دخوله في مطلق قوله (فتحرير رقبة) ولانه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتق عن شيء ولا استحق عتقه بسبب آخر فاجزأ عتقه كولد الرشدة ، فأما الاحاديث الواردة في ذمه فاختلف

لما أمره رسول الله ﷺ بالصيام قالت امرأته يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام، قال «فليطعم ستين مسكينا» ، ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال « وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ » قال « فاطعم » فنقله إلى الاطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبهها في معناها ، ويجوز أن ينتقل الى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وان كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبه الشبق ولا يجوز أن ينتقل لاجل السفر لان السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي اليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الاطعام اطعام ستين مسكينا لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحداً في ستين يوما أجزاه ، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ، لان هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها كاليوم الاول .

ولنا قول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يطعم ستين مسكينا، فلم يجزئه كما لو دفعها اليه في يوم واحد ولانه لو جاز الدفع اليه في أيام لجاز في يوم

أهل العلم في تفسيرها فقال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي لايهاب السير فيه . وقال الخطابى عن بعض أهل العلم قال هو الثلاثة أصلا وعنصراً ونسباً لانه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء . قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقد جاء في بعض الاحاديث « هو شر الثلاثة اذا عمل عملهم» فان صح ذلك اندفع الاشكال . وفي الجملة هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة امامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في اجزاء عتقه عن الكفارة لانه من أحكام الدنيا

﴿ مسئلة ﴾ (ويجزيء الصغير)

وقال الخرقي لا يجزيء حتى يصلي ويصوم . قال القاضي لا يجوز اعتاق من له دون سبع سنين لانه لا تصح منه العبادات في ظاهر كلام أحمد ، ظاهر كلام الخرقي أن المعتبر العقل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق من الاتيان به بنيته واركانه فانه يجزيء في الكفارة وان لم يبلغ السبع ، وإن لم يوجد منه لم يجز في الكفارة وان كان كبيراً وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة وهو قول الحسن وعطاء والزهري والشافعي وابن المنذر لان المراد بالايمان ههنا الاسلام بدليل اعتاق الفاسق قال الثوري المسلمون مؤمنون كلهم عندنا في الاحكام وماندري ماهم عند الله وبهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ) والصبي محكوم باسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين ويغسل ويصلي عليه وان سبي

واحد كالزكاة وصدقة الفطر يحقق هذا ، ان الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الايام ، وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير)

وجملة الامر أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر ، حكاه عنهم الامام أحمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس اذا أعطوا في كفارة اليمين مدا من حنطة بالمد الاصغر مد النبي ﷺ ، وقال أبو هريرة يطعم مدا من أي الانواع كان وبهذا قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود باسناده عن عطاء عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت

منفرداً عن أبويه اجزأ عنه عتقه لانه محكوم باسلامه وكذلك ان سبي مع أحد أبويه ولوكان إحد أبوي الطفل كافراً والآخر مسلما اجزأ اعتاقه لانه محكوم باسلامه قال القاضي في موضع يجزىء اعتاق الصغير في جميع الكفارات إلا كفارة القتل فانها على روايتين وقال ابراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء إلا من صام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزىء ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الخرقي ان الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فما لم يحصل الصلاة والصيام لايحصل العمل قال مجاهد وعطاء في قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم وقال مكحول إذا ولد المولود فهو نسمة فاذا انقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلى فهو مؤمنة ولان الطفل لايصح منه عبادة لانه لا نية له فلم يجز في الكفارة كالمجنون ولان الصبى نقص يستحق به النفقة على القرابة فأشبه الزمانة قال شيخنا والقول الآخر أقرب الى الصواب والصحة ان شاء الله لان الايمان الاسلام وهو حاصل في حق الصبي الصغير ويدل على هذا ان معاوية بن الحكم السلمي أتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يارسول الله ان علي رقبة مؤمنة فقال رسول الله ﷺ «أين الله؟ » فاشارت برأسها إلى السماء قال « من انا؟ » فاشارت الى رسول الله وإلى السماء أي أنت رسول الله قال« أعتقها فانها مؤمنة »فحكم لها بالايمان بهذا القول

(مسئلة) (ولو ملك نصف عبد فاعتقه عن كفارته ثم اشترى باقيه فاعتقه اجزأه)

لانه اعتق رقبة كاملة في وقتين فاجزأ كما لو أطعم المساكين في وقتين الأعلى رواية وجوب الاستسعاء والصحيح في المذهب خلافها

أن النبي ﷺ أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكينا ، وروى الاثرم باسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع في رمضان أن النبي ﷺ أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به واذا ثبت في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولانه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الاذى ، وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الانواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الاذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقا من تمر » رواه الامام أحمد في المسند وأبو داود وغيرهما وروى الخلال باسناده عن يوسف بن عبدالله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ « فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر » وفي رواية أبي داود والعرق ستون صاعا وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس قال كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس « فمن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الأثرم بأسناده عن عمر رضي الله عنه قال أطعم عني صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولأنه اطعام المساكين فكان صاعا من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر

﴿ مسألة ﴾ (فان أعتقه عن كفارته وهو موسر فسرى إلى نصيب شريكه عتق)

ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الخلال وصاحبه وحكاه عن أحمد وهو قول أبي حنيفة لان عتق نصيب شريكه لم يحصل باعتاقه إنما حصل بالسراية وهو غير فعله وإنما هي من آثار فعله فأشبه مالو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة يحقق هذا أنه لم يباشر بالاعتاق إلا نصيبه فسرى إلى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتاق لم يعتق منه شيء ولانه إنما يملك اعتاق نصيبه لانصيب غيره ، وقال القاضي قول غيرهما من أصحابنا يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لأنه أعتق عبداً كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه والاول أصح ان شاء الله تعالى ولا نسلم أنه أعتق العبد كله وإنما أعتق نصفه وعتق الباقي عليه فأشبه شراء قريبه ولان إعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو نصيبه ويعتق نصفاً آخر وتكمل الكفارة ؟ ينبني على ما إذا أعتق نصفي عبدين ، وسنذكر ذلك فاما إن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه في نصيب شريكه ، وفي نصيب نفسه ماسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فان كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معيناً أو مشاعا عتق جميعه فان نوى به الكفارة أجزأ عنه لان اعتاقه بعض العبد اعتاق لجميعه وان نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره وهل يحتسب له بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

ولنا ماروى الامام أحمدثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي ﷺ المظاهر « أطعم هذا فان مدي شعير مكان مدبر » ، وهذا نص ويدل على أنه مدبر أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال لخوله امرأة أوس بن الصامت « اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكينا » وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال « اني سأعينه بعرق من تمر » قلت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر قال « قد احسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك » وروي أبو داود باسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فعرقان يكونان ثلاثين صاعا لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الاذى فأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث مايدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني ساعينه بعرق فقالت امرأته إني ساعينه بعرق آخر

(مسألة) ولو أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصف عبد ونصف أمة أجزأ عنه)

ذكره الخرقي قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم ، وقال أبو بكر بن جعفر لايجزئ لان المقصود من العتق تكميل الاحكام ولايحصل من اعتاق نصفين ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) كقول الخرقي (والثاني) كقول أبي بكر ، (والثالث) ان كان نصف الرقيق حراً أجزأ لانه يحصل تكميل الاحكام ، وان كان رقيقا لم يجز لانه لايحصل ، ووجه الاول أن الاشقاص كالاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير وبدليل الزكاة فاذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا وجبت الزكاة كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا اذا اشتركوا فيها قال شيخنا والاولى أنه لا يجزيء اعتاق نصفين اذا لم يكن الباقي منهما حراً لان اطلاق الرقبة انما ينصرف الى اعتاق الكاملة ولا يحصل من الشخصين مايحصل من الرقبة الكاملة في تكميل الاحكام وتخليص الآدمي من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به من الاحكام مايثبت باعتاق رقبة كاملة ، ويمتنع قياس الشخصين على الرقبة الكاملة ولهذا لو أمر انسانا بشراء رقبة أو بيعها أو باهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن يشقصه كذا ههنا

(فصل) فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين اذا قدر على الصيام وهذا اجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) ولحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر حرا كان أوعبداً ويستوي في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لانعلم فيه خلافا ، وأجمعوا على وجوب التتابع لانه شرط في الصيام وقد تناوله نص القرآن والسنة ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة ولا تجب نية التتابع ويكفي فعله لانه شرط

قال « فاطعمي بها عنه ستين مسكينا » فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائةوعشرين صاعا ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه اذا لم يجد سواه ولذلك لما أخبره بحاجته اليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لاحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لان النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعانته امرأته بآخر فصارا جميعا ثلاثين صاعا وسائر الاخبار تجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز وأخبارنا على الاجزاء وقد عضد هذا ان ابن عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائر ماذكرنا من الاخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار والله أعلم

(فصـل) وبقي الكلام في الاطعام في أمور ثلاث : كيفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأما كيفيته فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كل انسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد

وشرائط العبادات لاتحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لافعالها وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لان ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطا وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين ، والثالث تكفي نية التتابع في الليلة الاولى

ولنا أنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالتتابع بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فانه رخصة فافتقر إلى نية الترخص وماذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات

﴿ مسئلة ﴾ (فان تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس لم ينقطع التتابع وبنى على مامضى من صيامه)

وجملة ذلك أنه اذا تخلل صوم الظهار زمان لايصح صومه فيه عن الـكفارة مثـل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فان التتابع لاينقطع بهـذا ويبني على مامضى من صيامه ، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لانه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر لغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى

ولنا أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الـكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس فان قالوا الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لايبتدىء الصوم في حال الحمل ، ومن الحيض اذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدىء الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا لاينقطع التتابع به ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق مع

بعد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام ، قال أحمد أطعم شيئا كثيراً وصنع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولانه أطعم المساكين فاجزأه كما لو ملكهم

ولنا أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الاذى « أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » ولانه مال وجب للفقراء شرعا فوجب تمليكهم إياه كالزكاة فان قلنا يجزىء اشترط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجزئه أن يغديهم فقدم اليهم ستين مداً وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لان قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لان ذلك حكمها ، وقال القاضي ان علم أنه وصل الى كل واحد قدر حقه أجزأ وان لم يعلم لم يجزئه

عليه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فانه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ، وإن كان ناقصاً ، وأما شوال فلا يجوز أن يبتدأ من أوله لان أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع فيه من اليوم الثاني ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين ، وان بدأ من أول ذي الحجة الى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لانه بدأ من اولها ولو ابتدىء صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر ويصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ، وان كان ناقصاً لانه بدأه من اوله ، وأما شوال فان كان تاما صام يوما من ذي الحجة وان كان ناقصا صام يومين لانه لم يبدأه من أوله وان بدأ بالصيام من أول ايام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فانه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر ، وان قلنا لا يصح عن الفرض صام مكانها من صفر

(فصل) وإن أفطر لحيض او نفاس فقد أجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعا إذا حاضت قبل اتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لان الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الاياس وفيه تغرير بالصوم لانها ربما ماتت قبله ، والنفاس كالحيض في أنه لا ينقطع التتابع في أحد الوجهين لانه بمنزلته في أحكامه ولان الفطر لا يحصل فيهما بفعلها وانما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والثاني) أن النفاس يقطع التتابع لانه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر في العام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض لانه اندر منه ويمكن التحرز منه

(مسألة) (فان أفطر لمرض مخوف او جنون لم ينقطع التتابع)

لان الاصل شغل ذمته مالم يعلم وصول الحق إلى مستحقه ووجه الاول أنه دفع الحق الى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرىء منه كديون غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، وقيل له تكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة ؟ فلم ير بذلك بأسا وذلك لان الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطيء في أثناء الاطعام لم تلزمه اعادة مامضى منه ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لانه وطيء في أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام

ولنا أنه وطيء في أثناء مالا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

« مسألة » قال (ولو أعطى مسكينا مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأ في إحدى الروايتين)

وهذا مذهب الشافعي لانه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فاجزأ كما لو دفع اليه المدين في

روي ذلك عن ابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهو قول سعيد بن جبير والحكم والثوري وأصحاب الرأي لانه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا أنه أفطر بسبب لاصنع له فيه فلم يقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وماذكروه من الاصل ممنوع وان أفطر لجنون او اغماء لم ينقطع التتابع لأنه لاصنع له فيه فهو كالحيض

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك فطر الحامل والمرضع لخوفها على أنفسهما) لأنهما كالمريض

﴿ مسألة ﴾ (فان خافتا على ولديهما فأفطرتا ففيه وجهان)

(أحدهما) لاينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لايتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما (والثاني) ينقطع لأنه لأجل الخوف على غيرهما ، ولذلك يلزمها الفدية مع القضاء

﴿مسألة﴾ (وان افطر لغير عذر أوصام تطوعا أوقضاء أو نذراً أوعن كفارة أخرى لزمه الاستئناف)

لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لايصلح لغيره وإذا كان عليه نذر صوم غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وان كان متعينا أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان امكن وان كان أياما من كل شهر كيوم الخميس وأيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره

يومين (والاخرى) لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع اليه ثانيا في يومه كما لو دفعهما اليه من كفارة واحدة فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى ؟ ينظر فاذا كان أعلمه أنها عن كفارة فله الرجوع والا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ماذكرناه في الزكاة والرواية الاولى أقيس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يومين أجزأ ، ولانه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك اذا كان الدافع واحداً ولو دفع ستين مداً الى ثلاثين فقيراً من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين من كفارتين أجزأه ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزىء في الاخرى الا عن ثلاثين

(الامر الثاني) أن المجزىء في الاطعام ما يجزىء في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كانت قوته أو لم تكن وما عداها فقال القاضي لا يجزىء اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاصناف على ماجاء في الاحاديث التي رويناها ، ولانه الجنس المخرج في الفطرة

انقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلا ان لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض

﴿مسألة﴾ (وان افطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض غير المخوف فعلى وجهين)

إذا افطر لمرض غير مخوف يبيح الفطر ففيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقطع التتابع لانه مرض أباح الفطر أشبه المخوف (والثاني) يقطع التتابع لانه افطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر فان السفر مبيح للفطر فكلام أحمد محتمل الامرين واظهرهما أنه لا ينقطع التتابع فانه قال في رواية الأثرم كان السفر غير المرض ولا ينبغي ان يكون أوكد من رمضان فظاهر هذا أنه لا ينقطع التتابع وهذا قول الحسن ويحتمل ان ينقطع التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول يقطع التتابع وجهاً واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر والصحيح الاول لانه افطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم ينقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وفارق الفطر لغير عذر فانه لا يباح فان أكل يظن ان الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو افطر يظن ان الشمس قد غابت ولم تغب افطر ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان (احدهما) لا ينقطع لانه فطر لعذر (والثاني) ينقطع التتابع لانه بفعل اخطأ فيه فأشبه مالو ظن أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن ان الواجب شهر واحد وان أكره على الاكل والشرب بان اوجر الطعام والشراب لم يفطر وان أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر وفيه وجه آخر أنه يفطر فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر أشبه المرض (والثاني) يقطعه وهو مذهب الشافعي لانه افطر بفعله لعذر نادر والاول أولى

فلم يجزىء غيره كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده كالذرة والدخن والارز لان الله تعالى قال (من أوسط ماتطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيرا ، وإن كان أنقص لم يجزئه وهذا أجود

(فصل) والافضل عند أبي عبد الله إخراج الحب لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله لانه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على قدر المد قدراً يبلغ المد حباً أو يخرجه بالوزن لان للحب ريعاً فيكون في مكيال الحب أكثر مما في مكيال الدقيق

قال الأثرم قيل لابي عبد الله فيعطي البر والدقيق ؟ فقال أما الذي جاء فالبر ولكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعي : لا يجزىء لانه ليس بحال الكمال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالهريسة

ولنا قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) والدقيق من أوسط مايطعمه أهله ولان الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الاكل

(فصل) ويجوز ان يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ومن اثنائه بغير خلاف نعلمه لان الشهر اسم لما بين الهلالين والثلاثين يوما فايهما صام فقد أدى الواجب فان بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة اجزأه ذلك وان كانا ناقصين إجماعا وبه قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذان شهران متتابعان وان بداه من أثناء شهر فصام ستين يوما اجزأه بغير خلاف أيضا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوماً من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً لان الاصل اعتبار الشهور بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره وجب ان يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه ان لا يجزئه الا شهران بالعدد لانا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرا كان أو مسافراً لانه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال أبو حنيفة ان كان حاضرا اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشترط لرمضان وان كان في سفر اجزأه عن الكفارة دون رمضان وقال صاحباه تجزىء عن الكفارة دون رمضان حضرا أوسفرا

وفارق الهريسة فانها تتلف على قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسئلتنا وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان (إحداهما) يجزيء اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم فانه قال قلت لابي عبدالله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلثا دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك؟ قال ذلك أعجب الي وهو الذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر وهذا ان فعل فأرجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعام عشرة مساكين) فهذا قد اطعم عشرة مساكين وأوفاهم المد ؟ قال ارجو أن يجزئه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، ونقل الأثرم في موضع آخر ان احمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز ؟ قال لا ولكن براً او دقيقا بالوزن رطل وثلث لكل مسكين، فظاهر هذا انه لايجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبه الهريسة ، والاول احسن لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من اوسط ماتطعمون أهليكم) وهذا من اوسط مايطعم اهله وليس الادخار مقصوداً في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للاكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها

وأما الهريسة والكبولا ونحوها فلا يجزيء لانهما خرجا عن الاقتيات المعتاد الى حيز الادام ، وأما السويق فالصحيح انه لا يجزيء لذلك ، ويحتمل أن يجزيء لانه يقتات في بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق اقل من شيء يعمل من مد فان اخذ مد حنطة أو رطلا وثلثاً من الدقيق وصنعه خبزاً اجزأه ، وقال الخرقي يجزئه رطلان

وانا ان رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزيء عن رمضان لان النبي ﷺ قال « الاعمال بالنيات وانما لامريء ما نوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه، ولا فرق بين الحضر والسفر لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام رجع إلى الاصل فان سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وافطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لايستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصاب المظاهر منها ليلا أو نهارا انقطع التتابع)

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا) فامر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطيء نهارا ذاكرا ولانه تحريم للوطء لايختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف وروي عن أحمد ان التتابع لاينقطع بالوطء ليلا وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها، ولان التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذى قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطيء ليلا ،وارتكاب المنهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لايمنع صحته واجزاءه كما لو وطيء قبل الشهرين أو لو وطيء ليلة اول الشهرين وأصبح صائما والاتيان بالصيام قبل التماسين لاسبيل اليه سواء بنى أو استأنف وان وطئها أو وطيء غيرها في نهار الشهرين عامدا افطر وانقطع التتابع

قال القاضي : المد يجيء منه رطلان وذلك لان الغالب ان رطلين من الخبز لا نكون الا من مد وذلك بالرطل الدمشقي خمس اواق وأقل من خمس اوقية وهذا في البر ، فأما ان كان المخرج من الشعير فلا يجزئه الا ضعف ذلك على ما قررناه

(فصل) ولا تجزيء القيمة في الكفارة نقلها الميموني والأثرم وهو مذهب الشافعي وخرج بعض اصحابنا من كلام احمد رواية اخري انه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلا سأل احمد قال أعطيت في كفارة خمسة دوانيق فقال : لو استشرتني قبل ان تعطي لم اشر عليك ولكن اعط على ما بقي من الاثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي اعطى ، وهذا ليس برواية وانما سكت عن الذي اعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه

(الامر الثالث) ان مستحقي الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) والفقراء يدخلون فيهم لان فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف في هذا ، فأما الاغنياء فلا حق لهم في الكفارة سواء كانوا من اصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة او لم يكونوا لان الله تعالى خص بها المساكين ، واختلف اصحابنا في المكاتب فقال القاضي في المجرد وأبو الخطاب في الهداية : لايجوز دفعها اليه وهو مذهب الشافعي ، وقال الشريف ابو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما يجوز الدفع اليه وهو مذهب ابي حنيفة وأبي ثور لانه يأخذ من الزكاة لحاجته فأشبه المسكين

اجماعا إذا كان غير معذور وان وطئها أو وطيء غيرها نهارا ناسيا افطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان وعن أحمد رواية أخرى لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسيا أشبه ما لو أكل ناسيا ولو ابيح له الفطر لعذر فوطيء غيرها نهارا لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان كان وطئها كان كوطئها ليلا هل يقطع التتابع على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وإن وطيء غيرها ليلا لم ينقطع التتابع)

لان ذلك غير محرم عليه ولا هو يخل باتباع الصوم فلم يقطع التتابع كالاكل وليس في هذا اختلاف نعلمه فان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لاخلاله بموالاة الصيام وإلا لم ينقطع والله أعلم

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (فان لم يستطع لزمه اطعام ستين مسكيناً مسلما حرا صغيرا كان أو كبيرا إذا أكل الطعام) أجمع أهل العلم على ان المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام ان فرضه اطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لـكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه والزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان اوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصوم قالت امرأته يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال «فليطعم ستين مسكيناً» ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل اصبت ما اصبت الا من الصيام ؟ قال «فاطعم» فنقله الى الاطعام لما أخبره ان به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ويجوز ان ينتقل الى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وان كان مرجو الزوال لدخوله في قوله تعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً) ولانه لا يعلم ان له نهاية فأشبه الشبق ، ولا يجوز ان ينتقل لاجل السفر

ووجه الاول أن الله تعالى خص بها المساكين، والمكاتبون صنف آخر فلم يجز الدفع اليهم كالغزاة والمؤلفة ولان الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين وصرفت إلى من يحتاج اليها للاقتيات، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون في معنى المسكين، ويفارق الزكاة فان الاغنياء يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون، ولانه غني بكسبه او بسيده فأشبه العامل، ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لان نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة، ولا إلى أم ولد لانها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له، ولا إلى من تلزمه نفقته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة، وفي دفعها الى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة اليه

ولا يجوز دفعها الى كافر وبهذا قال الشافعي وخرج أبو الخطاب وجها في إعطائهم بناء على الرواية في إعتاقهم وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين) وأطلق فيدخلون في الاطلاق

ولنا أنه كافر فلم يجز الدفع اليه كمساكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأي والآية مخصوصة بأهل الحرب فنقيس عليهم سائر الكفار، ويجوز صرفها الى الصغير والكبير إن كان ممن يأكل الطعام واذا أراد صرفه إلى الصغير فانه يدفعه إلى وليه يقبض له فان الصغير لا يصح منه القبض، فأما من لا يأكل الطعام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز الدفع اليه لانه لا يأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة. وقال أبو الخطاب يجزيء لانه مسكين يدفع اليه من الزكاة فأشبه الكبير، واذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لانه يجوز أن يدفع اليه من زكاته

(فصل) ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فان بان غنيا فهل تجزئه؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة، وإن بان كافراً أو عبداً لم يجزئه وجها واحداً

لان السفر لا يعجزه عن الصيام وله نهاية ينتهي اليها وهو من أفعاله الاختيارية والواجب إطعام ستين مسكينا لا يجزئه أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحداً في ستين يوما اجزأه وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) يشترط في المساكين ثلاثة شروط الاسلام والحرية وان يكون قد أكل الطعام، والمساكين هم الذين تدفع اليهم الزكاة لحاجتهم المذكورون في أبواب الزكاة ويدخل في ذلك الفقراء لانهم وان كانوا في الزكاة صنفين فهم في غيرها صنف واحد لكونهم يأخذون لحاجتهم إلى ما يكفيهم أو ما تتم به كفايتهم (أحدها) اسلامهم فلا يجوز دفعها إلى كافر ذميا كان أو حربيا وبذلك قال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها إلى الذمي لدخوله في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولانه مسكين من أهل دار الاسلام فاجزأ الدفع اليه من الكفارة كالمسلم وروي نحوه عن الشعبي وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب بناء على جواز اعتاقه في الكفارة وقال الثوري يعطيهم إذا لم يجد غيرهم

ولنا انهم كفار فلم يجز اطعامهم كمساكين اهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه.

(الثاني) أن يكونوا أحرارا فلا يجوز دفعها الى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد ولا خلاف في أنه لا يجوز دفعها الى عبد لان نفقته واجبة على سيده، ولا الى أم ولد لذلك وبهذا قال مالك والشافعي واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها الى مكاتبه وغيره وقال أبو الخطاب يتخرج دفعها اليه بناء على جواز اعتاقه لانه يأخذ من الزكاة حاجته فاشبه المسكين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى وكذلك ان ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبنى على مامضى من صيامه)

وجملة ذلك أنه اذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فان التتابع لا ينقطع بهذا ويبني على مامضى من صيامه، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لانه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه اذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى.

ولنا أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس، فان قال والحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدي الصوم في حال الحمل ومن الحيض اذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدىء الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا فانه لا يقطع التتابع به ولا يجوز للمأموم مفارقة امامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقته قبل اتمامها، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر الا يوم النحر وحده، فعلى هذا ان أفطرها استأنف لانها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها اذا ثبت هذا فانه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ناقصا كان أو تاما. وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لان أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين يوما، وإن بدأ من أول ذي الحجة الى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لانه بدأ بالشهرين من أولهما، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر

ولنا ان الله تعالى عده صنفا في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لان حاجته من غير جنس حاجتهم فيدل على أنه ليس بمسكين والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية ولان المسكين يدفع اليه لتتم كفايته والمكاتب انما يأخذ لفكاك رقبته، وأما كفايته فانها حاصلة بكسبه وماله فان لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع اليه فاستغني بانفاقه عليه، ويفارق الزكاة فانها تصرف الى الغني والكفارة بخلافها

(الثالث) أن يكونوا أكلوا الطعام فان كان طفلا لم يأكل الطعام لم يدفع اليه في ظاهر كلام الخرقي وهو قول القاضي وهو ظاهر قول مالك فانه قال يجوز الدفع الى الفطيم وهذا إحدى الروايتين عن احمد والثانية يجوز دفعها الى الصغير الذي لم يطعم ويقبض له وليه وهذا الذي ذكره أبو الخطاب المذهب وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لانه حر مسلم محتاج فأشبه الكبير ولان أكله للكفارة ليس بشرط وهذا يصرف الكفارة الى ما يحتاج اليه مما تتم به كفايته فأشبه الكبير

ولنا قوله تعالى (فاطعام عشرة مساكين) وهذا يقتضي أكلهم له فاذا لم يعتبر حقيقة أكلهم وجب اعتبار امكانه ومظنته ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل ولانه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة

وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ناقصا كان أو تاما لانه بدأه من أوله وأما شوال فان كان تاما صام يوما من ذي الحجة مكان يوم الفطر وأجزأه ، وان كان ناقصا صام من ذي الحجة يومين لانه لم يبدأه من أوله ، وان بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فانه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر ، وان قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر

(فصل) ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ومن أثنائه لانعلم في هذا خلافا لان الشهر اسم لما بين الهلالين وللثلاثين يوما فأيهما صام فقد أدى الواجب ،فان بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة اجزأه ذلك تامين كانا او ناقصين اجماعا وبهذا قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وابو ثور وابو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذان

ولم يتعين الاطعام وهذا يفسد ماذكروه فاذا اجتمعت هذه الاوصاف في واحد جاز الدفع اليه كبيراً كان أو صغيرا محجورا عليه أوغير محجور عليه الا ان من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز دفعها الى الكافر) وقد ذكرناه ، ولا إلى من تلزمه مؤنته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة وفي دفعها الى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة اليه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز دفع الكفارة الى من ظاهره الفقر فان بان غنيا فهل يجزئه؟ فيه وجهان) بناء على الروايتين في الزكاة وان بان كافرا أوعبدا لم يجزئه وجها واحدا

﴿مسئلة﴾ (وان رددها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزئه الا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه وعنه يجزئه وان وجد غيره)

وجملة ذلك أن الواجب في كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا للآية لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئه أن يطعم مسكينا واحدا في ستين يوما ، وروي ذلك عن أحمد حكاه القاضي أبو الحسين لان هذا المسكين لم يستوف الا قوت يومه من هذه الكفارة فجاز أن يعطي منها كاليوم الاول، وعن احمد رواية ثالثة ان وجدهم لم يجزئه لانه أمكنه امتثال الامر بصورته ومعناه وان لم يجد غيره أجزأه لتعذر المساكين

ووجه الاولى قول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا لم يطعم الا واحدا فلم يمتثل الامر ولانه لم يطعم ستين مسكينا فلم يجزئه كما لو دفعها اليه في يوم واحد ولانه لو جاز الدفع اليه في أيام لجاز الدفع اليه في يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر ، يحقق هذا أن الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الايام وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين ، والمعنى في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا

شهران متتابعان ، وان بدأ من اثناء شهر فصام ستين يوما اجزأه بغير خلاف أيضا . قال ابن المنذر أجمع على هذا من نحفظ عنه من أهل العلم ، فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوما من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاما او ناقصا لان الاصل اعتبار الشهور بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه أن يقال لايجزئه الا شهران بالعدد لاننا

﴿مسئلة﴾ (وان دفع الى مسكين واحد في يوم من كفارتين أجزأه)

وهذا مذهب الشافعي وهو اختيار الخرقي لانه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع اليه المدين في يومين وفيه رواية أخرى أنه لايجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجز الدفع اليه ثانيا كما لو دفعها اليه من كفارة واحدة ، فعلى هذه الرواية يجزئه عن احدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى؟ ينظر فان كان اعلمه أنها عن كفارتين فله الرجوع والا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرنا في الزكاة ، والرواية الاولى أقيس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يوم أجزأه ولانه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك اذا كان الدافع واحدا ولو دفع ستين مدا الى ثلاثين مسكينا من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين فان دفع الستين من كفارتين خرج على الروايتين في المسئلة قبلها وهي اذا أطعم مسكينا واحدا مدين من كفارتين في يوم واحد .

﴿مسئلة﴾ (والمخرج في الكفارة مايجزىء في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كان قوت بلده أولم يكن) وما عداها فقال القاضي : لا يجزىء اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاوصاف على ما جاء في الاحاديث التي نذكرها ولانه الجنس المخرج في الفطرة فلم يجز غيره كما لو لم يكن قوت بلده

﴿مسئلة﴾ (فان كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والارز لم يجز اخراجه على قول القاضي

وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده لان الله تعالى قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج عن قوت بلده أجود منه فقد زاد خيرا

﴿مسئلة﴾ (واخراج الحب أفضل عند أبي عبدالله)

لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله لانه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على المد قدرا يبلغ المد حبا أو يخرجه بالوزن لان الحب يريع فيكون في مكيال الحب أكثر مما يكون في مكيال الدقيق قال الاثرم قيل لابي عبد الله فيعطي البر والدقيق قال أما الذي جاء فالبر ولكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز وقال الشافعي لايجزىء لانه ليس بحال الكمال لاجل مايفوت به من وجوه الانتفاع فأشبه الهريسة

لما ضممنا الى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان او مسافراً لانه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع ، وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال ابو حنيفة ان كان حاضراً اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشروط لرمضان وان كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال صاحباه يجزىء عن رمضان دون الكفارة سفراً وحضرا

ولنا أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزىء عن رمضان لان النبي ﷺ قال « انما الاعمال بالنيات وانما لامرىء مانوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر ، لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام رجع الى الاصل فان سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان المظاهر عبداً لم يكفر الا بالصيام واذا صام فلا يجزئه الا شهران متتابعان)

قد ذكرنا ان ظهار العبد صحيح و كفارته بالصيام لان الله تعالى قال (فمن لم يجد فصيام شهرين

ولنا قول الله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والدقيق من أوسط مايطعمه أهله ولان الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الاكل وفارق الهريسة فانها تفسد عن قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسئلتنا

﴿مسئلة﴾ (وفي الخبز روايتان)

(احداهما) يجزىء اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم فانه قال قلت لابي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلثا دقيقا وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب الي والذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر وهذا ان فعل فارجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعام عشرة مساكين) فهذا قد أطعمهم وأوفاهم المد قال أرجو أن يجزئ وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ونقل الاثرم في موضع آخر ان أحمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزا وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز قال لا ولكن برا أو دقيقا بالوزن رطل وثلث لكل مسكين فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكال والادخار فأشبه الهريسة ، قال شيخنا والاول أحسن لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا من أوسط مايطعم أهله وليس الادخار مقصودا في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للاكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها ، فأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزىء لانها خرجا عن الاقتيات المعتاد الى حيز الادام ، وأما السويق فيحتمل الا يجزىء لذلك ويحتمل أن يجزىء لانه يقتات

متتابعين) والعبد لايستطيع الاعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالا وظاهر كلام الخرقي انه لايجزئه غير الصيام سواء أذن لهسيده في التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكي هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي وعن احمد رواية اخرى إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز وهو مذهب الاوزاعى وأبي ثور لانه باذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال فجاز له ذلك كالحر وعلى هذه الروايةيجوزلهالتكفير بالاطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق ؟على روايتين (إحداهما) لايجوز وحكي هذا عن مالك وقال ارجو أن يجزئه الاطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجزئه الا الصيام وذلك لان العتق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد

(والرواية الثانية) له العتق وهو قول الاوزاعي واختارها ابو بكر لان من صح تكفيره بالاطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الارث كما لو اعتق من يخالفه في دينه ولان المقصود بالعتق اسقاط الملكية عن العبد وتمليكه نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه

ووجه الاولى ان العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره فلم يجزئه كما لو اعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وان أذن له سيده فيه لان فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو اذن موسر لحر معسر في التكفير من ماله وان كان عاجزاً عن الصيام فأذن

في بعض البلدان ولان السويق يجزىء في الفطرة فكذلك ههنا

﴿مسألة﴾ (ولا يجزىء من البر أقل من مد ولا من غيره أقل من مدين)

وجملة ذلك أن قدر الاطعام في الكفارات مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع تمر او شعير وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الاصغر مد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو هريرة يطعم مدا من أي الانواع كان ، وبه قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود باسناده عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكيناً ، وروى الاثرم باسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال «خذه وتصدق به» واذا ثبت هذا في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر قياساً عليه ولانه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة ؛ وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الانواع؛ وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لانها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الاذى، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطعم وسقا من تمر » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما وروى الخلال باسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ « فليطعم ستين مسكيناً وسقاً[1] من تمر » وفي رواية أبي داود

(١) لعله عرقاً

له سيده في التكفير بما شاء من العتق والاطعام فان له التكفير بالاطعام لان من لا يلزمه الاعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر، ولان عليه ضرراً في التزام المنة الكبيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فان عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبنى مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الاحوال؟ وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، وعلى كل حال فاذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله في عموم قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين) ولانه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وإسحاق، ولا نعلم لهم مخالفا إلا ماروي عن عطاء انه لو صام شهراً أجزأه وقاله النخعي ثم رجع عنه إلى قول الجماعة

(فصل) والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقي لانه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد؟ قال يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف، قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد، أي ثم أعتق فانما يجلد جلد العبد وهو أحد أقوال الشافعي، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فان كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم يسقط باعساره بعد ذلك، وان كان معسراً ففرضه الصوم فاذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال الى الرقبة

والعرق ستون صاعا، وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس قال: كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس «فمن لم يجد فنصف صاع من بر» وروى الأثرم باسناده عن عمر رضي الله عنه قال: أطعم عني صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولانه اطعام للمساكين فكان صاعا من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر

ولنا ما روى الامام أحمد ثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر «أطعم هذا فان مدي شعير مكان مد بر» وهذا نص ولانه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال لخويلة امرأة أوس ابن الصامت «اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكينا» وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال «اني سأعينه بعرق من تمر - قلت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر - قال أحسنت اذهبي فأطعمي

(والرواية الثانية) الاعتبار بأغلظ الاحوال من حين الوجوب الى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب الى حين التكفير لم يجزئه الا الاعتاق وهذا قول ثان للشافعي لانه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الحالين كالحج، وله قول ثالث ان الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الاداء كالوضوء

ولنا أن الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا أعتق ويفارق الوضوء فانه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء فان أداءه فعله وليس الاعتبار به وانما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكروه بالعبد إذا أعتق فانه لا يلزمه الانتقال الى العتق مع ماذكروه، فان قيل العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسئلتنا قلنا هذا لا أثر له

اذا ثبت هذا فانه اذا أيسر فأحب أن ينتقل الى الاعتاق جاز له في ظاهر كلام الخرقي فانه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدي لم يكن عليه الخروج الا أن يشاء. وهذا يدل على انه اذا شاء فله الانتقال اليه ويجزئه الا أن يكون الحانث عبدا فليس له الا الصوم وان عتق، وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لان العتق هو الاصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول، فأما ان استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال الى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب

بها عنه ستين مسكيناً وارجعي الى ابن عمك » وروى أبو داود باسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فالعرقان ثلاثون صاعا لكل مسكين نصف صاع ولانها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الاذى، وأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث ما يدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني سأعينه بعرق - فقالت امرأته اني سأعينه بعرق آخر - قال - فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً» فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به، وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه ولذلك لما أخبره بحاجته اليه أمره بأكله وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لاحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لان النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعانته امرأته بعرق آخر فصارا جميعاً ثلاثين صاعا كما فسر أبو سلمة بن عبد الرحمن وسائر الاحاديث يجمع بينها وبين اخبارنا بحملها على الجواز واخبارنا على الاجزاء، وقد عضد هذان ابن

الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ، وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي الى انه يلزمه العتق لانه قدر على الاصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها

ولنا انه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز الى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فانه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وههنا بخلافه ولانه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة

(فصل) اذا قلنا الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لان الكفارة لا تجب حتى يعود وقته في اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب

(فصل) فاذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو الاطعام لانه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها ولا يجزئ بالصيام لانه عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولانه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ، ولا يجزئه في العتق الا عتق رقبة مؤمنة فان كانت في ملكه أو ورثها اجزأت عنه وان لم يكن كذلك فلا سبيل له الى شراء رقبة مؤمنة لان الكافر لا يصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره بالاطعام الا أن يقول لمسلم اعتق عبدك عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في احدى الروايتين ، وان أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لانه في معناه ، وان ظاهر وهو مسلم ثم ارتد فصام في ردته عن كفارته لم يصح وان كفر بعتق أو اطعام فقد أطلق أحمد

عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الاخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من الخبز أقل من رطلين بالعراقي الا أن يعلم أنه مد)

وجملة ذلك أنه اذا أعطى المسكين رطلي خبز بالعراقي أجزأه ذكره الخرقي وذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم خمس أواقي وسبع أوقية لان ذلك لا يكون أقل من مد وقال القاضي المد يجيء منه رطلان لان الغالب أن رطلين من الخبز لا يكون أقل من مد فأما ان علم أنه مد بحيث يأخذ مداً من حنطة فيطحنه ويخبزه أو رطلا وثلثاً من دقيق الحنطة فيصنعه خبزاً فيجزئه وهذا في البر فاما ان كان من الشعير فلا يجزيه الا ضعف ما قدرنا أو يخبز نصف صاع شعير كما قلنا في البر ويخرجه فيجزئه

﴿مسئلة﴾ (فان أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه ويحتمل أن يجزئه لا يجزىء اخراج القيمة في الكفارة)

نقلها الميموني والاثرم وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازه الاوزاعي وأصحاب الرأي لان المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بذلك

القول انه لايجزئه ، وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فان أسلم تبينا انه أجزأه وان مات أو قتل تبينا انه لم يصح منه كسائر تصرفاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وطىء قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتماسا) ، فان وطىء عصى ربه لمخالفة أمره وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي وأبي مجلز والنخعي وعبدالله بن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور ، وروى الخلال عن الصلت بن دينار قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر ، قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً ، وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لان الوطء يوجب كفارة والظهار موجب للاخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط الاباحة بعد الوطء كما كانت قبله وحكي عن بعض الناس أن الكفارة تسقط لانه فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطىء قبل التكفير، فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولانه

وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ما روى الاثرم أن رجلا سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمس دوانيق فقال لو استشرتني قبل أن تعطي لم اشر عليك ولكن أعط ما بقي من الاثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطى وهذا ليس برواية وانما سكت عن الذي أعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه والمذهب الاول لظاهر قوله سبحانه (فاطعام ستين مسكيناً) ومن أخرج القيمة لم يطعم وقد ذكرناه في الزكاة

﴿مسئلة﴾ (وان غدى المساكين او عشاهم لم يجزئه وغنه يجزئه)

ظاهر المذهب في كيفية إطعام المساكين أن الواجب أن يملك كل انسان من المساكين القدر الواجب من الكفارة فلو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء كان ذلك بقدر الواجب أو أقل او أكثر ، ولو غدى كل واحد غداء لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام قال احمد اطعم شيئا كثيرا وضع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولانه أطعم

وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وأما قولهم فات وقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات عتقها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي لم تكن مظاهرة ولزمتها كفارة الظهار لانها قد أتت بالمنكر من القول والزور)

وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي أو قالت ان تزوجت فلانا فهو علي كظهر أبي فليس ذلك بظهار ، قال القاضي لا تكون مظاهرة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والاوزاعي هو ظهار وروي ذلك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قال إذا قالت ذلك بعد ما تزوج فليس بشيء ولعلهم يحتجون بانها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهراً كالرجل

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولانه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولان الحل في المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه اذا ثبت هذا فاختلف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الاثرم باسناده عن ابراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت ان تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي فسألت أهل المدينة فراوا أن عليها الكفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالسا في المسجد أنا وعبدالله بن مغفل المزني فجاء رجل حتى جلس الينا فسألته من أنت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهر أبي ان تزوجته

المساكين فأجزأه كما لو ملكهم ووجه الاول أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الاذى « أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » ولانه مال وجب للفقراء شرعا فوجب تمليكهم إياه كالزكاة فان قلنا يجزىء اشترط أن يغديهم ستين مدا فصاعدا ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وان قلنا لا يجزىء أن يغديهم فقدم اليهم ستين مدا وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لانه ملكهم التصرف فيه والامتناع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وان لم يقل بالسوية لان قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لان ذلك حكمها وقال القاضي ان علم أنه وصل الى كل واحد قدر حقه أجزأ وان لم يعلم لم يجزئه لان الاصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق الى مستحقه ، ووجه الاول أنه دفع الحق الى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرىء منه كديون غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقيل له يكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً والاخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة فلم ير بذلك بأساً وذلك لان

ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة وتزوجه فاعتقتني وتزوجته، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولانها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى (والرواية الثانية) ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف ولانه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الاقوال أو تحريم مما لا يصح منه الظهار فأشبه الظهار من أمته (والرواية الثالثة) عليها كفارة اليمين ، قال أحمد قد ذهب عطاء مذهبا حسنا جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئا مثل الطعام وما أشبهه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه باصوله لانه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده ولانه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولانه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من امته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز ان يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة احد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام احمد في رواية الاثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار انما قال الاحوط ان تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في ان الاحوط التكفير باغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم الحلال من غير ظهار فأشبه ما لو حرم امته او طعامه وهذا قول عطاء والله اعلم

(فصل) واذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فان طلقها او مات احدهما قبل وطئها أو اكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لانها يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الايمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الايمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير لانه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولانه ليس بظهار وانما هو تحريم

الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ولو وطىء في أثناء الاطعام لم يلزمه اعادة مامضى منه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لانه وطىء في أثناء الكفارة فوجب الاستئناف كالصيام

ولنا أنه وطء في أثناء ما لا يشترط فيه التتابع فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أوكما لو وطىء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

(فصل) ولا يجزىء الاخراج الا بنية وكذلك الاعتاق والصيام لقول النبي ﷺ «انما الاعمال بالنيات » ولان العتق يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف الى هذه الكفارة الا بنيته وصفتها ان ينوي العتق أو الاطعام أو الصيام عن الكفارة فان زاد الواجبة فهو تأكيد والا أجزأت نية الكفارة وان نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم تجزئه لان الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر

الحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه ، وحكي ان ظاهر كلام أبي بكر انها لا تمكنه قبل التكفير الحاقا بالرجل وليس ذلك بجيد لان الرجل الظهار منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولان الحل حق الرجل فملك رفعه والحل حق عليها فلا تملك ازالته والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي بذلك التأكيد أو الاستئناف أو اطلق نقله عن احمد جماعة واختاره ابو بكر وابن حامد والقاضي وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشعبي والزهري ومالك واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وهو قول الشافعي القديم ونقل عن احمد فيمن حلف ايمانا كثيرة فان أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة فمفهومه انه ان نوى الاستئناف فكفارتان وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال اصحاب الرأي ان كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وان كان في مجالس فكفارات وروي ذلك عن علي وعمرو ابن دينار وقتادة لانه قول يوجب تحريم الزوجة فاذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها قد حرمت بالقول الاول ولم يزد تحريمها ، ولانه لفظ يتعلق به كفارة فاذا كرره كفاه واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فما زاد على ثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ماذكروه وأما الثالثة فانها تثبت تحريما زائداً وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لا يثبت به تحريم فنظيره مازاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني، فأما ان كفر عن الاول ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة بلا خلاف لان الظهار الثاني مثل الاول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالاول بخلاف ماقبل التكفير

(فصل) والنية شرط في صحة الكفارة لقول النبي ﷺ « انما الاعمال بالنيات » ولان العتق

فوجب تمييزه وموضوع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي وقال به بعض أصحابه وقال بعضهم لا يجزىء حتى يستصحب النية وان كانت الكفارة صياماً اشترطت نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه لان النية تعينت لها وإن كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نسائه فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن احداهن وحلت له احداهن غير معينة لانه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان، وقياس المذهب أنه يقرع

يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف الى هذه الكفارة الا بنية وصفتها أن ينوي العتق أو الصيام أو الاطعام عن الكفارة فان زاد الواجبة كان تأكيداً وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وان نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يجزئه لان الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي ، وقال به بعض أصحابه ، وقال بعضهم لايجزيء حتى يستصحب النية وان كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نسا فأعتق عبداً عن ظهاره اجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لانه واجب من جنس واحد فاجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهن فتخرج بالقرعة المحلاة منهن وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محلة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن احداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لان كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك اذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة ، فأما ان كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان

بينهن فتخرج المحلة منهن بالقرعة، وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل ، وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محلة له أو محرمة عليه وان كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن احداهن ثم صام شهرين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى اجزأه وله الجميع من غير قرعة ولا تعيين ، وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لان كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك اذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة عن ظهارهن دفعة واحدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت من اجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين فقال أبو الخطاب لا تفتقر الى تعيين السبب . وبهذا قال الشافعي لانها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها الى تعيين سببها كما لو كان من جنس واحد)

ويمين فقال ابو الخطاب لا يفتقر الى تعيين السبب وهذا مذهب الشافعي لانها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة ادائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد ، وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزيء نية مطلقة ، وحكاه أصحاب الشافعي عن احمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر ، فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الاول قاله ابو بكر ، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فانه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر لزمه صوم يومين فان كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدري أهي من كفارة يمين او قضاء او نذر لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) واذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبدين لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه اجماعا

(الثاني) أن يقول أعتقت هذا عن احدى الكفارتين وهذا عن الاخرى من غير تعيين فينظر فان كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار او كفارتي قتل أجزأه ، وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار

وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا يجزىء بنية مطلقة وحكاه بعض أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر

فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها اجزأته كفارة واحدة على الوجه الاول قاله أبو بكر وعلى الوجه الثاني ينبغي ان يلزمه كفارات بعدد الاسباب كل واحد عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فانه يلزمه خمس صلوات، ولو علم ان عليه يوما لا يعلم هل هو من قضاء او من نذر لزمه صوم يومين فان كان عليه صيام ثلاثة أيام لا يدري اهي من كفارة او نذر او قضاء لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) اذا كان على رجل كفارتان فاعتق عنهما عبدين لم يخل من اربعة احوال (احدها) ان يقول اعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه اجماعا

(الثاني) ان يقول اعتقت هذا عن احدى الكفارتين وهذا عن الاخرى من غير تعيين فان كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار او قتل اجزأه وان كانتا من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على وجهين في اشتراط تعيين السبب فان قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما وان قلنا لا يشترط اجزأه عنهما

(الثالث) ان يقول اعتقتهما عن الكفارتين فان كانتا من جنس اجزأ عنهما و يقع كل واحد عن كفارة لان عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فاذا اطلق ذلك وجب حمله عليه وان

وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب ان قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما ، وان قلنا لا يشترط أجزأه عنهما

(الثالث) أن يقول أعتقتهما عن الكفارتين فان كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولان عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فاذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين

(الرابع) أن يعتق كل واحد عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني ذلك على أصل آخر وهو اذا أعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أولا؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لان الاشقاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منه العيب اليسير

وقال ابو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الاطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ولهم وجه ثالث وهو أنه ان كان باقيهما حرا أجزأ وإلا فلا لانه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الاحكام والتصرف ، وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا أن المعترض عليه أن يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعتق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر لم يجزئه فاذا قلنا لا يجزيء عتق النصفين لم يجزيء في

كانتا من جنسين خرج على الوجهين (الرابع) ان يعتق كل واحد منهما عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني على أصل آخر وهو اذا اعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه اولا؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لان الاشقاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان كمن ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منها العيب اليسير. وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الاطعام ولاصحاب الشافعي كهذين الوجهين، ولهم وجه ثالث وهو انه ان كان باقيهما حرا اجزأ والا فلا لانه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الاحكام والتصرف وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا ان المعترض عليه ان يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعتق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فاذا قلنا لا يجزيء عتق النصفين لم يجز في هذه المسئلة عن شيء من الكفارتين وان قلنا يجزيء وكانت الكفارتان من جنس اجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين والصحيح أنه يجزيء وجها واحداً لان عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لان الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده انت حر الساعة ان تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره ان تظاهر لانه قدم الكفارة على سببها المختص لم يجز كما لو قدم كفارة القتل على الجرح، ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي

هذه المسألة عن شيء من الكفارتين ، وان قلنا يجزئ وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين ، والصحيح أنه يجزئ وجها واحدا لان عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لان الحكم لايجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده أنت حر الساعة عن ظهاري ان تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره ان تظاهر لانه قدم الكفارة على سببها المختص فلم يجز كما لو قدم كفارة اليمين عليها أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي لم يجز التكفير قبل دخول الدار لانه تقديم للكفارة قبل الظهار فان أعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لان الظهار معلق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبده إن تظاهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أمي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الظهار؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة

(والثاني) لايجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولان النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لاتجزئ ، لانه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبده إن تظاهرت فأنت حر عن ظهاري فالحكم فيه كذلك لانه تعليق لعتقه على المظاهرة

لم يجز التكفير قبل دخول الدار لانه تقديم للكفارة قبل الظهار فان اعتق عبداً عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصارمظاهراً ولم يجزئه لان الظهار معلق على شرط ولوقال لعبده ان تظاهرت فانت حر عن ظهارى ثم قال لامرأته انت علي كظهر امي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الكفارة فيه وجهان

(احدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظها وقد نوى اعتاقه عن الكفارة (والثاني) لايجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهوالشرط ولان النية لم توجد عند عتق العبد والنية عند التعليق لا تجزئ لانه تقديم لها على سببها والله سبحانه وتعالى اعلم

آخر الباب ويتلوه باب اللعان انشاء الله تعالى، تم تسويد كتابة ذلك الكتاب في اليوم السادس من العشر الثانية من الشهر السابع من السنة السادسة من العشر الخامسة من المائة الثالثة من الالف الثاني من الهجرة النبوية على مهاجرها افضل الصلاة والسلام بقلم الفقير الى الله محمد بن حمد بن نصر الله بن فوزان بن نصر الله بن محمد بن عيسي بن حمد بن عيسي بن صقر بن مشعاب

ان تجد عيبا فسد الخللا جل من لاعيب فيه وعلا

تم بحمد الله وعونه الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير

(ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء التاسع وأوله (كتاب اللعان))

﴿ فهرس الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

(تم الفهرس ويليه الخطأ والصواب)

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الائمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء التاسع

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى

وهو مشتق من اللعن لان كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة ان كان كاذبا ، وقال القاضي سمي بذلك لان الزوجين لاينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والابعاد. والاصل فيه قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآيات ، وروى سهل بن سعد الساعدي أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ « قد أنزل

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللعان

قيل هو مشتق من اللعن لان كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً .

وقال القاضي سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والابعاد ، والاصل فيه قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآيات .

وروى سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ « قد أنزل الله عز وجل فيك وفي صاحبتك فاذهب فائت بها » قال سهل فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا

الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها » قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها. فطلقها ثلاثا بحضرة(١) رسول الله ﷺ متفق عليه، وروى ابو داود باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء هلال بن امية وهو احد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال يارسول الله اني جئت أهلي فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ماجاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم) الآيتين كلتيهما فسري عن رسول الله ﷺ فقال « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا » قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى فقال رسول الله ﷺ « ارسلوا اليها » فأرسلوا اليها فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاعنوا بينهما » فقيل لهلال اشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين، فلما كانت الخامسة قيل ياهلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فقال والله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات

(١) في نسخة قبل ان يأمره رسول الله (ص)

قال عويمر: كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها. فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه. وروى أبو داود باسناده عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية - وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم - فجاء من أرضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله ﷺ ما حدثه واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم) الآيتين كلتيهما فسري عن رسول الله ﷺ فقال « ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً » قال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى، فقال رسول الله ﷺ « ارسلوا اليها » فأرسلوا اليها فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال: والله لقد صدقت عليها. فقالت كذب. فقال رسول الله ﷺ « لاعنوا بينهما » فقيل لهلال اشهد فقال اشهد بالله فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل: ياهلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقال والله لا يعذبني الله عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم قيل لها: اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب

بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قلت والله لأفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال «ان جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال، وان جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به» فجاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول الله ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » قال عكرمة فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب، ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلى الله عليه وسلم « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا »

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (واذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها زنيت أو يازانية أو رأيتك تزنين ولم يأت بالبينة لزمه الحد إن لم يلتعن مسلما كان أو كافراً حراً كان أو عبداً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول:

(أحدها) في صفة الزوجين الذين يصح اللعان بينهما وقد اختلفت الرواية فيهما فروي أنه

فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها، وقال «إن جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به» فجاءت به جعداً أورق جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين، فقال رسول الله ﷺ « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » قال عكرمة فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب. ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي ﷺ « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً »

﴿مسئلة﴾ (إذا قذف الرجل زوجته بالزنا فله إسقاط الحد عنه باللعان)

وجملة ذلك ان الرجل إذا قذف زوجته المحصنة بالزنا وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته إلا ان يأتي ببينة أو يلاعن، فان لم يأت باربعة شهداء وامتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجب اللعان دون الحد فان أبي حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال (والذين

يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق . قال أحمد في رواية ابن منصور جميع الازواج يلتعنون الحر من الحرة والامة اذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرة والامة اذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان الا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف وروي هذا عن الزهري والثوري والاوزاعي وحماد وأصحاب الرأي ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ، وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب الحد ولا يلاعن وروي فيه حديث لا يثبت. كذلك قال الشافعي والساجي. لأن اللعان شهادة بدليل قوله سبحانه (ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) فاستثنى أنفسهم من الشهداء وقال تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات) فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة ، وان كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها لم يجب اللعان لانه يراد لاسقاط الحد بدليل قوله تعالى (ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله) ولا حد هنا فينتفي اللعان لانتفائه

وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهي الامة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لاسقاط القذف والتعزير لان الحد لا يجب واللعان انما يشرع لاسقاط حد أو نفي ولد فاذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان

يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا انفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه) الايات فلم يوجب بقذف الازواج إلا اللعان

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون) وهذا عام في الزوج وغيره وانما خص الزوج بان أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه ويدل عليه قول النبي ﷺ لهلال بن امية «البينة والاحد في ظهرك» وقوله له للملاعن «عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة» ولانه قاذف فلزمه الحد كما لو اكذب نفسه فلزمه إذا لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي

﴿مسئلة﴾ (وصفة اللعان ان يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير اليها)

ولا يحتاج مع الحضور والاشارة إلى تسمية ونسب كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، وان لم تكن حاضرة أسماها حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة وان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا . ثم تقول هي أشهد بالله ان زوجي هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه ان كان حاضراً وان كان غائبا اسمته ونسبته فاذا كملت أربع مرات تقول في الخامسة وأن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لقول

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ، ولان اللعان يمين فلا يفتقر الى ماشرطوه كسائر الايمان . ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن» وأنه يفتقر الى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والانثى

وأما تسميته شهادة فاقوله في يمينه أشهد بالله فسمى ذلك شهادة وان كان يميناً كما قال الله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله) ولان الزوج يحتاج الى نفي الولد فيشرع له طريقاً الى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها. وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة ، وما يخالفها شاذ في النقل

وأما قول الخرقي : واذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة . فيحتمل انه شرط هذا لوجوب الحد عليه لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك لان الحد يجب عليه بقذف المحصنة وان كان ذمياً أو فاسقاً ، فأما قوله مسلماً كان أو كافراً . ففيه نظر لانه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة والكافر لا يكون زوجا لمسلمة فيحتاج الى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين (أحدهما) انه أراد أن الزوج يلاعن زوجته وان كان كافراً فرد ذلك الى اللعان لا الى الحد (الثاني) انه أراد ما اذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فانه يلاعن

الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآيات ولما ذكرنا من حديث عويمر العجلاني وحديث هلال بن امية في أول الباب

﴿مسئلة﴾ (فان نقص أحدهما من الالفاظ الخمسة شيئاً أو بدأت باللعان قبله أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه لم يعتد به)

وجملة ذلك أنه يشترط في صحة اللعان شروط ستة (أحدها) استكمال اللفظات الخمسة فان نقص منها لفظة لم يصح لان الله تعالى علق الحكم عليها فلا يثبت بدونها ولانها بينة فلم يجز النقص من عددها كالشهادة (الثاني) ان يأتي كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فان بادر قبل ان يلقيه الامام عليه أو نائبه لم يصح كما لو حلف قبل ان يحلفه الحاكم (الثالث) أن يبدأ الزوج باللعان فان بدأت المرأة به قبله لم يعتد به لانه خلاف ماورد به الشرع وكذلك ان قدم الرجل اللعنة على شيء من الالفاظ الاربعة أو قدمت المرأة الغضب ،ولان لعان الرجل بينة الاثبات ولعان المرأة بينة الانكار فلم يجز تقديم الانكار على الاثبات (الرابع) ان يكون بحضرة الحاكم أو نائبه لانه يمين في دعوى فاعتبر فيه أمر الحاكم كسائر الدعاوى (الخامس) ان يشير كل واحد منهما الى صاحبه وان كان حاضراً أو يسميه أو ينسبه ان كان غائبا ولا يشترط حضورهما معا بل لو كان أحدهما غائبا عن صاحبه قبل،وان لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعذر جاز

(فصل) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها في انه يلاعنها. قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي بظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فان كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق لانها فرقة منه . كذلك قال الحسن وسعيد بن جبير وقتادة ومالك. وفيه رواية أخرى لا صداق لها لان الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما

(فصل) فان كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير المكلف كسائر الايمان . ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما . فان كان الزوج فله حالان (أحدهما) أن يكون طفلا (والثاني) أن يكون بالغاً زائل العقل فان كان طفلا لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لان القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر وان أتت امرأته بولد نظرنا فان كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه لان نعلم يحيط به بأنه ليس منه فان الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفي عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها

وان كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر لا يلحق به الا بعد البلوغ أيضاً لان الولد لا يخلق الا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالابعاد أو الغضب بالسخط فعلى وجهين)

وهذا الشرط السادس وهو ان يأتي بالالفاظ على صورة ما ورد في الشرع فان أبدل لفظا منها فظاهر كلام الخرقي أنه يجوز ان يبدل قوله من الصادقين بقوله لقد زنت لان معناهما واحد ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن، وان أبدل لفظ أشهد بلفظ من الفاظ اليمين فقال أقسم أو أحلف لم يعتد به وفيه وجه آخر أنه يعتد به ذكره أبو الخطاب لانه أتى بالمعنى فأشبه مالو أبدل إني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا. قال شيخنا والصحيح ان ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق ولان اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ فلم يجز بدله، ولهذا لم يجز أن يقدم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد ، وفيه وجه آخر أنه يعتد به لانه أتى بالمعنى أشبه ما قبله، فان أبدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجز لان لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في انفس الناس ولانه عدل عن المنصوص ، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لان معناهما واحد ، وان ابدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لان الغضب أغلظ ولهذا اختصت المرأة به لان اثمها أعظم والمعرة بزناها أقبح ، وان ابدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظ اللعنة بالابعاد، وان ابدل الرجل لفظ اللعنة بالغضب

من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ . وقال ابن حامد يلحق به . قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد وهذا مذهب الشافعي لان الولد يلحق بالامكان وان خالف الظاهر ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وان كان خلاف الظاهر وكذلك يلحق به اذا أتت به لأربع سنين مع ندرته . وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ فله نفي الولد واستلحاقه . فان قيل فاذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا الحاق لولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لا يثبت الا بسبب ظاهر ولان الحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك . فان قيل فان لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد وان كان بالغاً انتفى عنه اللعان . قلنا الا انه لا يجوز أن يبتديء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها

(الثاني) اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لان القلم عنه مرفوع أيضا وان أتت امرأته بولد فنسبه لاحق به لامكانه ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه وان ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك ولأحدهما بينة بما قال ثبت قوله وان لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر الصحة والسلامة وان عرفت له حالة جنون ولم تعرف له حالة افاقة فالقول قوله مع يمينه، وان عرفت له حالة جنون وحالة افاقة ففيه وجهان (أحدهما) القول قولها قال القاضي هذا قياس قول

احتمل ان يجوز لانه أبلغ واحتمل ان لا يجوز لمخالفة المنصوص، قال الوزير يحي بن محمد بن هبيرة: من الفقهاء من اشترط ان يراد بقوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج اليه لان الله سبحانه أنزل ذلك فبينه ولم يذكر هذا الاشتراط

﴿مسئلة﴾ (ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها فان عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه)

إذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز ان يلتعنا بغيرها لان اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية فلم يصح بغيرها كاذكار الصلاة، وان لم يحسنها بالعربية لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه ولا يلزمه التعلم لانه موضع حاجة كما قلنا في النكاح وهو أصح ان شاء الله تعالى، فان كان الحاكم يحسن لسانهما اجزأ ذلك، ويستحب ان يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما وان كان الحاكم لا يحسن فلا بد من ترجمان، قال القاضي ولا يجزىء في الترجمة أقل من عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي وفيه رواية أخرى أنه يجزىء قول عدل واحد ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وسنذكر ذلك في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وإذا فهمت اشارة الاخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا)

وجملة ذلك ان الاخرس والخرساء إذا كانا غير معلومي الاشارة والكتابة لم يصح لعانهما لانه

أصحابنا في الملفوف اذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتاً ، وقال الولي كان حياً ، (والوجه الثاني) أن القول قوله لان الاصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ولان الحد يسقط بالشبهة ولا يشبه هذا الملفوف لان الملفوف قد علم أنه كان حيا ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره في مسئلتنا أنه يعرف له حالة افاقة ولا يعلم منه ضدها وفي مسئلتنا قد تقدم له حالة جنون فيجوز ان تكون قد استمرت الى حين قذفه وأما ان كانت الزوجة غير مكافئة فقذفها الزوج نظرنا فان كانت طفلة لا يجامع مثلها فلا حد على قاذفها لانه قول يتيقن كذبه فيه وبراءة عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الدنيا زناة ولكنه يعزر للسبب لا للقذف فلا يحتاج في التعزير الى مطالبة لانه مشروع لتأديبه وللامام فعله اذا رأى ذلك فان كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فاذا بلغت فطالبت فلها الحد وله اسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لان اللعان يراد لاسقاط الحد أونفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه فان أتت بولد حكم ببلوغها لان الحمل أحد أسباب البلوغ ولانه لا يكون الا من نطفتها فمن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها وان قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه الى حال افاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل افاقتها لان هذا طريقه التشفي فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فاذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج اسقاطه باللعان فان أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن

لا يتصور منها لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة وان كانا معلومي الاشارة والكتابة فقد قال أحمد إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لانه لا تعلم مطالبتها وحكاه ابن المنذر عنه وعن أبي عبيد وإسحاق وأصحاب الرأي فكذلك ينبغي ان يكون في الاخرس وذلك لان اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ولان الحد يدرأ بالشبهات والاشارة ليست صريحة كالنطق ولا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته

وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه وهو مذهب الشافعي لانه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ويفارق الشهادة فانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة اليه فيها وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق ، قال شيخنا والاول أحسن لان موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشبهة ، ومقصود اللعان الاصلي نفي النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته وقولهم إن الشهادة تحصل من غيره قلنا قد لا تحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود عليه أو سماعه إياه

(فصل) فان قذف الاخرس ولاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر ولا يقبل انكاره له ويقبل انكاره للعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه

له ذلك لعدم الحاجة اليه لانه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه وان كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لان الولد إنما ينتفي باللعان من الزوجين وهذه لا يصح منها لعان ، وقد نص أحمد في الخرساء ان زوجها لا يلاعن فهذه أولى وقال الخرقي في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لانها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولان لعان الزوج وحده لا ينتفي به الولد فلا فائدة في مشروعيته ، وقال القاضي له أن يلاعن لنفي الولد لانه محتاج الى نفيه فشرع له طريق الى نفيه . وقال الشافعي له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولانه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كما لو كانت عاقلة

(فصل) فأما الاخرس والخرساء فان كانا غير معلومي الاشارة والكتابة فهما كالمجنونين فيما ذكرناه لانه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة ، وان كانا معلومي الاشارة والكتابة فقد قال أحمد اذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لانه لا تعلم مطالبتها ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وكذلك ينبغي أن يكون في الاخرس وذلك لان اللعان لفظ يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ، ولان الحد يدرأ بالشبهات والشهادة لنسبه صريحة كالنطق فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي

النسب ولا تعود الزوجية فان قال أنا ألاعن لسقوط الحد ونفي النسب كان له ذلك لانه إنما لزمه باقراره أنه لم يلاعن فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

(مسئلة) (وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالاشارة ؟ على وجهين)

(أحدهما) يصح لانه مأيوس من نطقه أشبه الاخرس (والثاني) لا يصح لانه ليس بأخرس فلم يكتف باشارته كغير المأيوس ذكر هذين الوجهين أبو الخطاب ، وذكر شيخنا فيما إذا قذف وهو ناطق ثم خرس وايس من نطقه أن حكمه حكم الاخرس الاصلي فان رجي عود نطقه انتظر به ذلك ويرجع فيه إلى قول عدلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وذكر أنه يلاعن في الحالين بالاشارة لان أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت ان نعم فرأوا أنها وصية ، قال شيخنا وهذا لا حجة فيه لانه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أولا ؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (والسنة أن يتلاعنا قياما بمحضر جماعة في الاوقات والاماكن المعظمة)

وجملة ذلك أنه يسن في اللعان أمور (أحدها) أن يتلاعنا قياما فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم فاذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة فانه يروى أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية « قم فاشهد أربع شهادات » ولانه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته وفي حديث ابن عباس فقام هلال فشهد

بشهادته ، وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه وهو مذهب الشافعي لأنه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ، ويفارق الشهادة لانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الاخرس ، وفي اللعان لايحصل الا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق والاول أحسن لان موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشبهة ، ومقصود اللعان الاصلي نفي النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ماينفيه ، ولا مايوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم ان الشهادة تحصل من غيره قلنا قد لا تحصل الا منه لاختصاصه برؤية المشهود له أو اسماعه اياه

(فصل) فان قذف الاخرس او لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره له ويقبل انكاره اللعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولاتعود الزوجية فان قال أنا ألاعن للحد ونفي النسب كان له ذلك لانه انما لزمه باقراره أنه لم يلاعن فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

(فصل) فان قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه فحكمه حكم الاصلي ، وان رجي عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ذلك ويرجع في معرفة ذلك الى قول عدلين من أطباء المسلمين وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالاشارة لان امامة بنت

ثم قامت فشهدت (الثاني) أن يكون بحضر جماعة من المسلمين لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروا مع حداثة أسنانهم فدل على أنه حضر جمع كثير لان الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعا للرجال ولان اللعان بني على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لان بينة الزنا التي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس ينبغي من هذا واجباً وبهذا كله قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (الثالث) أن يكون في الاوقات والاماكن المعظمة وهذا قول أبي الخطاب وهو مذهب الشافعي إلا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين (أحدهما) أن التغليظ به مستحب كالزمان (والثاني) أنه واجب لان النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ومعنى التغليظ بالمكان بمكة بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) أجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر وقال أبو الخطاب في موضع آخر بين الاذانين لان الدعاء بينهما لا يرد ، وقال القاضي لا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة لان الله تعالى أطلق الامر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان ولا يجوز تقييده الا بدليل ، ولان النبي ﷺ أمر رجلا باحضار امرأته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل ولو استحب ما ذكروه لفعله النبي ﷺ ولو فعله لنقل ولم يسع

أبي العاص أصمتت فقيل لها لفان كذا ولفلان كذا؟ فأشارت أن نعم فرأوا أنها وصية وهذا لاحجة فيه لانه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أو لا؟ وقال ابو الخطاب فيمن اعتقل لسانه وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالاشارة؟ على وجهين

(فصل) وكل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير الا أن يكون القاذف صبياً او مجنونا فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك قال الثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم

(الفصل الثاني) أنه لا لعان بين غير الزوجين فاذا قذف أجنبية محصنة حد ولم يلاعن، وان لم تكن محصنة عزر ولا لعان أيضاً ولا خلاف في هذا، وذلك لان الله تعالى قال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (والذين يرمون أزواجهم) ففيما عداهن يبقى على قضية العموم، وان ملك أمة ثم قذفها فلا لعان سواء كانت فراشا له أو لم تكن ولا حد عليه بقذفها ويعذر فان أتت بولد نظرنا فان لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه وان اعترف بوطئها صارت فراشا له واذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه وبهذا قال مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً له حتى يقر بولدها فاذا أقر به

تركه واهماله ولان النبي ﷺ انما دل حديثه في لعان أوس أنه انما كان في صدر النهار لقوله في الحديث فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ والغدو في أول النهار، وهذا اختيار شيخنا وأما قولهم إن النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة وان ثبت هذا فلعله كان بحكم الاتفاق لان مجلسه كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه، فان كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الايمان وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهم في المواضع التي يعظمونها اليهودي في البيعة، والنصراني في الكنيسة، والمجوسي في بيت النار، وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها أحلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان وان كانت المرأة المسلمة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لان ذلك أقرب المواضع اليه

(مسئلة) (فاذا بلغ كل واحدة منها الخامسة أمر الحاكم رجلا فأمسك يده على في الرجل وامرأة تضع يدها على في المرأة ثم يعظه فيقول اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الاخرة) لما روي ابن عباس في حديث المتلاعنين، قال فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه، وقال ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعا بها فشهدت بذلك أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ثم

صارت فراشا له ولحقه أولادها بعد ذلك لانها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً باباحته كالزوجة .

ولنا أن سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ «هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» متفق عليه وروى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه قال مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك اواتركوا ولان الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فاذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشا كالنكاح ولان المرأة انما سميت فراشاً تجوزا اما لمضاجعته لها على الفراش وأما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الامرين يحصل في الجماع وقياسهم الوطء على الملك لايصح لان الملك لايتعلق به تحريم المصاهرة ولايحصل منه الولد بدون الوطء ويفارق النكاح فانه لايراد للوطء ويتعلق به تحريم المصاهرة ولاينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه اذا ثبت هذا فان أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وان ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف عنه بذلك لما روى جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره ان تحمل فقال «اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها» قال فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد

ثم أمر بها فامسك على فيها فوعظها ، وقال ويلك كل شيء أهون عليك من غضب الله أخرجه الجوزجاني

(مسئلة) (وان يكون ذلك بحضرة الحاكم أو نائبه)

قد ذكرنا من شروط صحة اللعان أن يكون بحضرة الحاكم أو نائبه .

وهذا مذهب الشافعي لان النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته اليه ولاعن بينهما ولانه اما يمين واما شهادة وأيهما كان فمن شرطه الحاكم فان تراضى الزوجان بغير الحاكم فلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز لغير الحاكم كالحد

وقد حكى شيخنا في آخر كتاب القضاء في كتابه المشروح : إذا تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما أنه ينفذ حكمه في اللعان في ظاهر كلام أحمد ولذلك حكاه أبو الخطاب وقيل لاينفذ إلا في المال فيكون فيه روايتان (احداهما) لا ينفذ لما ذكرنا . (والثانية) ينفذ قياساً على حاكم الامام وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقي . وقال أصحاب الشافعي للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته لان له إقامة الحد عليهما

ولنا أنه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين ولا يسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة ثم لا يشبه اللعان الحد لان الحد زجر وتأديب ، واللعان إما شهادة وإما يمين ، فافترقا ، ولان اللعان درأ للحد وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو نفيه

حملت قال «قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها» رواه أبو داود ، وروي عن أبي سعيد أنه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق الي يعني ابنه ولحديث عمر الذي ذكرناه ولانه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الاحكام . وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به وان أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشاً لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولانه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء اذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل فههنا أولى ، وروي عن أحمد أنها تصير فراشاً لانه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين واذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لان من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق بخلاف العدة ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لانه لم يرض به فأشبه ولد المرأة

ولنا قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فخص بذلك الازواج ولانه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطىء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولان له طريقاً الى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج الى نفيه باللعان فلا يشرع ولانه اذا وطئ أمته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل أن يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالامكان فكيف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما)

فيبعث نائبه ويبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما وإن بعث نائبه وحده جاز لان الجمع غير واجب كما يبعث من يستحلفها في الحقوق.

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قذف رجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجزئه لعان واحد)

إنما لزمه لكل واحدة لعان لانه قذفها فلزمه لها لعان مفرد كما لو لم يقذف غيرها ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فان طالبن جميعاً أو تشاححن بدأ باحداهن بالقرعة وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح

وعنه يجزئه لعان واحد لان القذف واحد فيقول أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء من الزنا وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لانه يحصل المقصود بذلك والاول أصح لان اللعان أيمان فلا يتداخل لجماعة كالايمان في الديون

وعنه ان كان القذف بكلمة واحدة أجزأ لعان واحد ، لانه قذف واحد فخرج عن عهدته بلعان واحد كما لو قذف واحدة وإن قذفهن بكلمات أفرد كل واحدة بلعان لانه أفرد كل واحدة بقذف أشبه مالو قذف كل واحدة بعد لعان الاخرى

مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معاً لانه لايمكن جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب الحاقهما به معاً ، وكذلك ان أتت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين فاعترف بأحدهما ونفى الآخر

(فصل) واذا نكح امرأة نكاحا فاسداً ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحاً ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لاحاجة الى القذف لكونها أجنبية ويفارق سائر الاجنبيات لانه لايلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن ويفارق الزوجة فانه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه فاذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما واذا لاعن سقط الحد لانه لعان مشروع لنفي الحد فأسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وهل يثبت التحريم المؤبد؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبته لانه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة

(والثاني) لايثبته لان الفرقة لم تحصل به فانه لانكاح بينهما يحصل قطعه به بخلاف لعان

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يصح إلا بشروط ثلاثة)

(أحدها) أن يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أوكافرين أورقيقين أوفاسقين أوكان أحدهما كذلك في احدى الروايتين . اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي أنه يصح بين كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أوكافرين أو عدلين أو فاسقين أو رقيقين أو محدودين في قذف أوكان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق . قال أحمد في رواية اسحاق بن منصور جميع الازواج يلتعنون الحر من الحرة والامة إذا كانت زوجة وكذلك العبد من الحرة والامة إذا كانت زوجة وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان إلا بين زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف فان اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما لفوات الشرط ، روي هذا عن الزهري والثوري والاوزاعي وحماد وأصحاب الرأي ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ، وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب فى الحد ولا يلاعن ، وروي فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعي والساجي لان اللعان شهادة بدليل قوله تعالى (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) فاستثنى أنفسهم من الشهداء وقال (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) فلا تقبل ممن ليس من أهل الشهادة وإن كانت المرأة ممن لا تحد بقذفها لم يجب اللعان لانه يراد لاسقاط الحد بدليل قوله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد

الزوجة فإن الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لانه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لان النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه مالو لاعن أجنبية يظنها زوجته

(فصل) فلو أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية فهي كالمسئلة قبلها ان كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان والا حد ولم يلاعن وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن وهو قول عطاء ووجه المذهبين ماتقدم في التي قبلها ، وقال عثمان البتي له أن يلاعن وان لم يكن بينهما ولد ، وروي عن ابن عباس والحسن أنه يلاعنها لانه قذف مضاف الى حال الزوجية أشبه مالو كانت زوجته

ولنا أنه اذا كان بينهما ولد فيه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته ، واذا لم يكن له ولد فلا حاجة به اليه وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه مالو لم يضفه الى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لان من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة

أربع شهادات بالله) فلا حد ههنا فينتفي اللعان بانتفائه وذكر القاضي في المجرد ان من لا يجب الحد لقذفها وهي الامة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لاسقاط حد القذف والتعزير لان الحد لا يجب واللعان انما يشرع لاسقاط حد أو نفي ولد فاذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولان اللعان يمين فلا يفتقر إلى ماشرطوه كسائر الايمان ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ «لولا الايمان لكان لي ولها شأن» وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والانثى وأما تسميته شهادة فلقوله أشهد بالله فسمي ذلك شهادة وان كان يميناً كما قال تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله) ولان الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقا إلى نفيه كما لو كانت امرأته ممن تحد بقذفها وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل

(فصل) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وذلك لظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) فان كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق وعنه لاشيء لها وقد ذكر ذلك في كتاب الصداق والله أعلم

(والثاني) ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقي لان الولد عنده لاينتفي في حال الحمل ، ولان اللعان انما يثبت ههنا لاجل الولد فلم يجز أن يلاعن الا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة فانه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد

(فصل) اذا اشترى زوجته الامة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به ولم ينتف عنه الا بدعوى الاستبراء لانه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فصار كالزوج الثاني يلحق به الولد وان أمكن أن يكون من الاول ، وان لم يكن أقر بوطئها أو أقر به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطيء كان ملحقاً بالنكاح ان أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد؟ على وجهين

(فصل) اذا قذف مطالقته الرجعية فله لعانها سواء كان بينهما ولد أو لم يكن ، قال أبو طالب سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال : قال ابن عباس لايلاعن ويجلد ، وقال ابن عمر يلاعن مادامت في العدة قال وقول ابن عمر أجود لانها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن عمر لان الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها

(فصل) وان قذف زوجته ثم أبانها فله لعانها نص عليه أحمد سواء كان له ولد أو لم يكن روي

﴿مسألة﴾ (وان قذف أجنبية ثم تزوجها حد ولم يلاعن)

لانه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها وكذلك ان قال لها وهي زوجته زنيت قبل ان انكحك حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي وقال الحسن وزرارة بن أوفى وأصحاب الراي له ان يلاعن لانه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم)ولانه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ماقبل النكاح وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية كذلك وقال الشافعي ان لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد ففيه وجهان

ولنا أنه قذفها بزنا مضافا إلى حال البينونة أشبه ما لو قذفها وهي بائن، وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخانته، وان كان بينهما ولد فهو محتاج الى نفيه وههنا اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه ، فاما ان قذفها ولم يتزوجها فعليه للمحصنة الحد والتعزير لغيرها ولا لعان، ولا خلاف في هذا لان الله تعالى قال (والذين يرمون المحصنات) الآية خص الزوجات من عموم هذه الاية بقوله سبحانه (والذين يرمون ازواجهم)فيبقى فيما عداه على قضية العموم، وان ملك أمة وقذفها فلا لعان سواء كانت فراشا له أولم تكن ولاحد عليه ويعزر

ذلك عن ابن عباس وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم يجلد . وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي : لا حد ولا لعان ، لان اللعان انما يكون بين الزوجين وليس هذان بزوجين ، ولا يحد لانه لم يقذف أجنبية

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية واذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولانه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كان على النكاح الى حالة اللعان

(فصل) وان قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده أو قالت قذفني بعد ما بانت منه وقال بل قبله فالقول قوله لان القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته . وان قالت أجنبية قذفني فقال كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لان الاصل عدمها

(فصل) ولو قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحد ولا يلاعن لانه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها . وان قذفها بعد تزوجها بزنا أضافه الى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي . وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأي : له أن يلاعن لانه قذف امرأته فيدخل في

(فصل) فان قال لامرأته أنت طالق ثلاثا يا زانية فنقل مهنا قال سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا فقال يلاعن قلت فانهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة فقال بئس ما يقولون فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية ، فأما ان قال أنت طالق ثلاثا يا زانية فان كان بينهما ولد فانه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لانه يتعين اضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كانه قال لها بعد ابانتها زنيت اذ كنت زوجتي على ما نذكره

(مسئلة) (وان أبان زوجته ثم قذفها بزنا اضافه الى حال الزوجية فان كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان والا حد ولم يلاعن)

وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن وهو قول عطاء لانها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا أن هذا ولد يلحقه نسبه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح باقيا ، ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لا حاجة الى القذف لكونها أجنبية وتفارق سائر الاجنبيات فانه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن ، وقال عثمان البتي في هذه المسئلة له أن يلاعن وان لم يكن بينهما ولد وروي عن ابن عباس والحسن لانه قذف مضاف الى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته

ولنا انه اذا كان بينهما ولد فبه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته واذا لم يكن له

عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه قذف امرأته فأشبه مالو قذفها ولم يضفه الى ماقبل النكاح ،وحكى الشريف أبوجعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك. وقال الشافعي ان لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد ففيه وجهان

ولنا انه قذفها قذفا مضافا الى حال البينونة أشبه مالو قذفها وهي بائن ، وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخانته . وان كان بينهما ولد فهو محتاج الى نفيه وههنا اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه

(فصل) ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا يا زانية فنقل مهنا قال سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يازانية ثلاثا فقال يلاعن . قلت انهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة . قال : بئس مايقولون فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية

وأما في المسئلة الاولى فان كان بينهما ولد فانه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لانه يتعين اضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد ابانتها : زنيت اذ كنت زوجتي على ماقررناه

(الفصل الثالث) ان كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زنيت أو رأيتك تزنين سواء كان القاذف أعمى أو بصيرا نص عليه أحمد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور

ولد فلا حاجة به اليه وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه مالو لم يضفه الى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد ، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان ، وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لان من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة (والثاني) ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقي ، لان الولد عنده لا ينتفي في حال الحمل ، ولان اللعان ههنا انما يثبت لاجل الولد فلم يجز أن يلاعن الا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة فانه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد

(مسئلة) (وان قذفها في نكاح فاسد فهي كالمسئلة التي قبلها ان كان بينهما ولد فله لعانها وفيه وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية أشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح، ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لاحاجة الى القذف لكونها أجنبية ، ويفارق الزوجة فانه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خائنة وأفسدت فراشه فاذا كان له ولد فالحاجة موجودة فيهما.

وهو قول عطاء . وقال يحيى الانصاري وأبو الزناد ومالك لا يكون اللعان الا بأحد أمرين : اما رؤية واما انكار للحمل لان آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت باذني فلا يثبت اللعان الا في مثله

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية. وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية ولان اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والاخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله ، وسمعت بأذني وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لايثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناه على أصله في أن ذلك لايجب به الحد

ولنا أنه رام لزوجته بوطء في فرجها فأشبه مالو قذفها بالوطء في قبلها وأما ان قذفها بالوطء دون الفرج أو بشيء من الفواحش غير الزنا فلا حد عليه ولا لعان لانه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان كما لو قذفها بضرب الناس واذا هم

(الفصل الرابع) أنه اذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته الا أن يأتي ببينة أو يلاعن فان لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك

ومتى لاعن سقط الحد لانه لعان مشروع لنفي الولد فاسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان (أحدهما) يثبت لانه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة (والثاني) لا يثبت لان الفرقة لم تحصل به فانه لانكاح بينهما يثبت قطعه به بخلاف لعان الزوجة فان الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لانه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد ان النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لان النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه ما لو لاعن اجنبية يظنها زوجته

﴿مسئلة﴾ (وان أبان امراته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد اولم يكن نص عليه)

وروي ذلك عن الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وابي ثور وابن المنذر وقال الحارث العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم يجلد وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي لاحد عليه ولا لعان لان اللعان انما يكون بين زوجين وليس هذان بزوجين ولا يحد لانه لم يقذف أجنبية .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية واذا لم يلاعن وجب الحد لعموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولانه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو بقيا على النكاح الى حالة اللعان .

والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب اللعان دون الحد فان أبى حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات) الآيات فلم يوجب بقذف الازواج الا اللعان

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وهذا عام في الزوج وغيره ، وانما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه ، وأيضاً قول النبي ﷺ «البينة و لا حد في ظهرك » وقوله لما لاعن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ولانه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه اذ لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي ، فاما ان قذف غيرها كالكتابية والامة والمجنونة والطفلة فانه يجب عليه التعزير بذلك لانه أدخل عليهن المعرة بالقذف ولا يحد لهن حداً كاملا لنقصانهن بذلك ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة لانه لايوجب الحد ، قال القاضي وليس له اسقاط هذا التعزير باللعان لان اللعان اما لنفي النسب أو لدرء الحد وليس ههنا واحد منهما ، وقال الشافعي له اسقاطه باللعان لانه اذا ملك اسقاط الحد الكامل باللعان فاسقاط مادونه أولى ، وللقاضي أن يقول لايلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره مشروعيته لدفع مايقل ضرره كما لو قذف طفلة لايتصور وطؤها فانه يعزر تعزير السب والاذى وليس له اسقاطه باللعان كذا ههنا

(فصل) فان قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده أوقالت قذفني بعد مابنت منه وقال بل قبله فالقول قوله لان القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته. وان قالت أجنبية قذفتني قال كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لان الاصل عدمها

(فصل) اذا استبرأ زوجته الامة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به الا ان يدعي الاستبراء فينتفي عنه لانه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فكان كالزوج الثاني يلحق به الولد وان أمكن أن يكون من الاول ، وان لم يكن اقر بوطئها أو أقر به واتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطيء كان ملحقاً بالنكاح ان أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد؟ على وجهين

(فصل) وان قذف زوجته الرجعية صح لعانها سواء كان بينهما ولد اولم يكن قال أبوطالب سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال : قال ابن عباس لا يلاعن ويجلد وقال ابن عمر يلاعن ما كانت في العدة قال وقول ابن عمر اجود لانها زوجة وهو يرثها وترثه فهو يلاعن وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وأبوعبيد وابو ثور وأصحاب الرأي لان الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لولم يطلقها

(فصل) وكل موضع قلنا لا لعان فيه فالنسب لا حق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد

واما ان كان لاحد هؤلاء ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه وهذا قول الشافعي وهوظاهر كلام احمد في الامة والكتابية سواء كان لها ولد او لم يكن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

﴿مسألة﴾ قال (ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته)

يعني لا يتعرض له باقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك فان ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها . وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة أو محجوراً عليها ولا لولي الصغيرة وسيد الامة المطالبة بالتعزير من اجلها لان هذا حق ثبت للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص، فان أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فان لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فانه لا يشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً الا بعض أصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لازالة الفراش ، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لان ازالة الفراش تمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان من أجله ، وانما حصل ذلك ضمنا

والتعزير الا ان يكون القاذف صبياً أو مجنوناً فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك ، وبه قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر قال ولا احفظ عن غيرهم خلافهم

﴿مسألة﴾ (فان قذف زوجته صغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما)

وجملة ذلك ان الزوج اذا قذف امرأته واحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق او يمين فلا يصح من غير مكلف كسائر الايمان ولا يخلو غير المكلف من ان يكون الزوج او الزوجة او هما . فان كان الزوج فله حالان (احدهما) ان يكون طفلا (والثاني) ان يكون بالغا زائل العقل فان كان طفلا لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لان القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر وان اتت امرأته بولد وكان له دون عشر سنين لم يلحقه نسبه وكان منفياً عنه لان العلم يحيط بانه ليس منه فان الله عز وجل لم يجر العادة بأن يكون له ولد يدون ذلك فينتفي عنه كما لو اتت به المرأة لدون ستة اشهر منذ تزوجها وان كان ابن عشر فصاعدا فقال ابو بكر لايلحق به الا بعد البلوغ ايضاً لان الولد لايخلق الا من ماء الرجل والمرأة ولو انزل لبلغ وقال ابن حامد يلحق به . قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد وهو مذهب الشافعي لان الولد يلحق بالامكان وان خالف الظاهر ولهذا لو اتت بولد لستة اشهر من حين العقد لحق بالزوج وان كان خلاف الظاهر وكذلك يلحق به اذا اتت به لاربع سنين مع ندرته ، وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه باحد اسباب البلوغ فله نفي الولد او استلحاقه،فان قيل فاذا الحقتم به الولد فقد

فأما ان كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه وهذا مذهب الشافعي لان هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي ﷺ فأخبره أرسل اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولانه محتاج الى نفيه فشرع له طريق اليه كالو طالبته، ولان نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أصحاب الرأي لانه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد

(فصل) واذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل اتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع لان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه . وان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك وقال الشافعي : تبين بلعانه ويسقط التوارث وينفي الولد ويلزمها الحد الا أن تلتعن

ولنا انه مات قبل اكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل اكمال التعانه وذلك لان الشرع انما رتب هذه الاحكام على اللعان التام والحكم لا يثبت قبل كمال سببه . وان ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم ، وروي عن ابن عباس ان التعن لم يرث ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها

ولنا انها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فانه يقطع الزوجية على اننا قد ذكرنا انه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضاً فههنا أولى . فان قيل أليس قد قلتم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه

حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا الحاق الولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لا يثبت الا بسبب ظاهر ولان الحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك ؛ فان قيل فان لم يكن بالغا انتفى عنه الولد وان كان بالغاً انتفى عنه اللعان قلنا الا انه لا يجوز ان يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها .

(الثاني) اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لان القلم عنه مرفوع أيضاً ، وان أتت امرأته بولد فنسبه لاحق به لامكانه ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه ، وان ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه فأنكرت ذلك ولاحدهما بينة بما قال ثبت قوله وان لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حال علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر السلامة والصحة ، وان عرفت له حال جنون ولم تعرف له حال افاقة فالقول قوله مع يمينه ، وان عرفت له حال جنون وحالة افاقة ففيه وجهان (أحدهما) القول قولها قاله القاضي وهو قياس قول أصحابنا في الملفوف اذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتا وقال الولي كان حيا

(الوجه الثاني) أن القول قوله لان الاصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ولان الحد يسقط بالشبهة ولا يشبه هذا الملفوف لان الملفوف قد علم أنه كان حيا ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره

فى ذلك الزوجة؟ قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما ذكرنا ثم الفرق بينهما انه اذا نفى الولد تبينا انه لم يكن منه أصلا في حال من الاحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وانما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق . واذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود مايزيله فيكون موجودا حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى وان أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن

وقال الشافعي : ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن وهذا ينبني على أصل وهو ان اللعان انما يكون بين الزوجين فان لعان الرجل وحده لايثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك ، فأما ان كانت طالبت بالحد في حياتها فان أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فان طولب به فله اسقاطه باللعان . ذكره القاضي والا فلا لانه لاحاجة اليه مع عدم الطلب فانه لاحد عليه. وقال أصحاب الشافعي :ان كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه والا فلا لعدم الحاجة اليه

(فصل) واذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد سقط ولم يكن لورثته الطلب به . وقال أصحاب الشافعي يورث وان لم يكن طالب به لقول النبي ﷺ « من ترك حقاً فلورثته » ولانه حق ثبت له في الحياة يورث اذا طالب به فيورث وان لم يطالب به كحق القصاص

في مسئلتنا أنه يعرف له حالة افاقة ولا يعلم منه ضدها ، وفي مسئلتنا قد تقدمت له حالة جنون فيجوز أن يكون قد استمرت الى حين قذفه

فان كانت الزوجة غير مكافئة فقذفها الزوج فان كانت طفلة لايجامع مثلها فلا حد على قاذفها لانه قول يتيقن كذبه فيه وبراءة عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الدنيا زناة ولكنه يعزر للسب لا للقذف ولا يحتاج في التعزير الى مطالبة لانه مشروع لتأديبه للامام فعله اذا رأى ذلك فان كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فاذا بلغت فطالبت فلها الحد وله اسقاطه باللعان، وليس له لعانها قبل البلوغ لان اللعان يراد لاسقاط الحد او نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه ، وان أتت بولد حكم ببلوغها لان الحمل أحد أسباب البلوغ ولانه لايكون الا من نطفتها ومن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها فان قذف امرأته المجنونة بزنا وأضافه الى حال افاقتها او قذفها وهي عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل افاقتها لان هذا طريقه التشفي فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فاذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج اسقاطه باللعان ، وان أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة اليه لانه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه ، وان كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لايلاعن ويلحقه الولد لان الولد انما ينتفي باللعان من الزوجين وهذه لايصح

ولنا انه حد تعتبر فيه المطالبة فاذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة . والحديث يدل على ان الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك . وأما حق القصاص فانه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل الى المال بخلاف مانحن فيه . فأما ان طالب به ثم مات فانه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم لانه حق يثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وان عفى بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لانه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط باسقاط البعض لانه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص لان ذلك يفوت الى بدل ولو اسقطناه ههنا لسقط حق غير العافي الى غير بدل فعلى هذا لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصباتها غيره فله استيفاؤه وان كان زوجها عصبتها وليس لها أحد سواه سقط وان كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد بخلاف القصاص

(فصل) واذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين اقامة البينة لانهما بينتان فكانت له الخيرة في اقامة أيتهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولان كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالاخرى فانه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة

منها لعان ، وقد نص احمد في الخرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه اولى ، وقال الخرقي في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لانها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولان لعان الزوج وحده لا ينفى به الولد فلا فائدة في مشروعيته ، وقال القاضي له أن يلاعن لنفي الولد لانه محتاج الى نفيه فيشرع له طريق اليه ، وقال الشافعي له أن يلاعن ، وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولانه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كالعاقلة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الشرط الثاني) أن يقذفها بالزنا فيقول زنيت او يازانية او رأيتك تزنين وسواء قذفها بزنا في القبل او في الدبر لان كل قذف يجب به الحد ، وسواء في ذلك الاعمى والبصير نص عليه احمد ، وبهذا قال الثوري والشافعي وابو ثور وهو قول عطاء وقال يحيى الانصاري وابو الزناد ومالك لا يكون اللعان الا بأحد أمرين اما رؤية واما انكار الحمل لان آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت باذني فلا يثبت اللعان الا في مثله

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية ولان اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والاخذ بعموم

ويحصل بالبينة ثبوت زناها واقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان فان لاعنها ونفى ولدها ثم أراد اقامة البينة فله ذلك فاذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة وان أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فانه لا يلزم من الزنا كون الولد منه وان أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذاك لان الحد قد انتفى عنه باقامة البينة فلا حاجة اليه وان كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(فصل) وان قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لانه ثبت تصديقها اياه ولم يجب عليها الحد لان الحد لا يجب الا بالاقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين؟ قال أبو بكر فيه قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين كسائر الاقارير واختاره (والثاني) لا يثبت لانه لا يثبت به المقر به فلا يثبت به الاقرار به كرجل وامرأتين وان لم تكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة لان ذلك قريب فان أتى بالبينة والا حد الا أن يلاعن اذا كان زوجا فان قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذفان وكذلك ان اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لانه لا تنافي بينهما الا ان يكونا مؤرخين تاريخا واحداً فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته

اللفظ اولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله وسمعت باذني اذا ثبت ذلك فسواء قذفها بزنا في القبل او في الدبر وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناه على اصله في ان ذلك لا يجب به الحد

ولنا انه رام زوجته بوطء في فرجها فأشبه مالو قذفها بالوطء في قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال وطئت بشبهة او مكرهة فلا لعان بينهما) .

لانه لم يقذفها بما يوجب الحد وعنه ان كان ثم ولد لاعن لنفيه والا فلا لانه محتاج الى نفيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

لان هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال ان يريد انه من زوج آخر او من وطء شبهة او غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنيت فولدت هذا من الزنا هذا قذف يثبت به اللعان ، وان قال اردت انه لا يشبهني خلقا ولا خلقا فقالت بل اردت قذفي فالقول قوله لانه اعلم بمراده لاسيما وقد صرح بقوله لم تزن فان قال وطئت بشبهة والولد من الواطىء فلا حد عليه ايضا لانه لم يقذفها ولا قذف واطئها وان قال اكرهت على الزنا فلا حد عليه لانه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع لعدم القذف الذي هو من شرط اللعان ويلحقه نسب الولد وبهذا قال ابو حنيفة وذكر القاضي انه اذا قال اكرهت رواية اخرى ان له اللعان لانه محتاج الى نفي الولد بخلاف ما اذا قال وطئت بشبهة فانه يمكنه نفي الولد

(فصل) فان شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه فان أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك القذف لم تقبل لانها ردت لتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ولو انهما ادعيا عليه أنه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لانهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فان أضافا دعواهما الى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما أنه كان عدوا لهما حين شهدا عليه وان لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لانه لا يحكم عليه بشهادة عدوين وان كانا بعد الحكم لم يبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق وان شهدا أنه قذف امرأته وامنا لم تقبل شهادتهما لانها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد للكل وان شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لان لعانه لها ينبني على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بما لا يعترف به وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعاً وهو توفيره على أمهما (والثاني) تقبل لانهما لا يجران الى انفسهما نفعاً

(فصل) ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر انه أقر بذلك بالعجمية تمت الشهادة

بعرضه على القافة فيستغني بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع لعان امته لما امكن نفي ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان اللعان انما ورد به الشرع بعد القذف بقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية ولما لاعن النبي ﷺ بين هلال وامراته وبين عويمر العجلاني وامرأته انما كان بعد قذفه اياها ولا يثبت الحكم الا في مثله، ولان نفي اللعان انما ينتفي به الولد بعد تمامه منهما ولا يتحقق اللعان من المراة ههنا فأما ان قال وطئك فلان بشبهة وانت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها وقال القاضي ليس له نفيه باللعان وكذلك قال اصحاب الشافعي لانه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك ايضا

ولنا انه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها كما لو قال زنى بك فلان وما ذكروه لا يصح فانه قد لا يوجد قافة، وقد لا يعترف الرجل بما نسب اليه اويغيب او يموت فلا ينتفي الولد، وان قال ما ولدته وانما التقطته او استعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المراة الا ببينة وهذا قول الشافعي وابي ثور واصحاب الراي لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها، والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين. قال القاضي وكذلك لا تقبل دعواها في الولادة

لان الاختلاف في العربية والعجمية عائد الى الاقرار دون القذف ويجوز ان يكون القذف واحداً والاقرار به في مرتين ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر انه أقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه ، وان شهد أحدهما انه قذفها بالعربية وشهد الآخر انه قذفها بالعجمية أو شهد احدهما انه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر انه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما انه أقر انه قذفها بالعربية أو بالعجمية أو شهد أحدهما انه اقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر انه قذفها بالعجمية او يوم الجمعة او يوم الخميس وشهد الآخر انه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة وهو قول أبي بكر ومذهب ابي حنيفة لان الوقت ليس ذكره شرطا في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية

(والآخر) لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الاقرار بالقذف فانه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين

﴿مسألة﴾ قال (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً)

في هذه المسألة مسألتان (احداهما) أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل الا بلعانهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما؟ فيه روايتان

فيما إذا عاق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيه لتنقضي عدتها بها فعلى هذا لا يلحقه الولد إلا ان تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له فاذا ثبتت ولادتها لحقه نسبه لانه ولد على فراشه والولد للفراش وذكر القاضي في موضع آخر ان القول قول المرأة لقول الله تعالى (ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن) وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه لانه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولانه حكم معلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض فعلى هذا يلحقه النسب وهل له نفيه باللعان فيه وجهان (أحدهما) له نفيه لان انكاره لولادتها اياه إقرار بانها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره كذلك لانه تكذيب لنفسه (والثاني) له نفيه لانه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره

﴿مسألة﴾ (وان قال ذلك بعد ان ابانها فشهدت امرأة مرضية انه ولد على فراشه لحقه نسبه لان شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لانها مما لا يطلع عليها الرجال)

﴿مسألة﴾ (وان ولدت توأمين فاقر باحدهما ونفي الآخر لحقه نسبها ويلاعن لنفي الحد عنه وقال القاضي يحد)

(احداهما) أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول اصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال : كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ وهذا يقتضي امكان امساكها وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه امساكها ، ولان سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع الا بحكم الحاكم كفرقة العنة

(والرواية الثانية) تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي عبيد وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر ، وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً . رواه سعيد ولانه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ، ولان الفرقة لو لم تحصل الا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق اذا كرهاه كالتفريق للعيب والاعسار ، ولوجب أن الحاكم اذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول النبي ﷺ « لاسبيل لك عليها » يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى اعلامه لهما بحصول الفرقة وعلى كلتا الروايتين لاتحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لانها فرقة

إذا ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به لان الحمل الواحد لايجوز ان يكون بعضه منه وبعضه من غيره فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ولم يجعل ما اقر به تابعا لما نفاه لان النسب يحتاط لاثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره الحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه فعلى هذا ان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله اسقاطه باللعان وحكي عن القاضي أنه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لانه باستلحاقه اعترف بكونه في قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك ووجه الاول أنه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لايلزم من وجود الزنا كون الولد منه ولذلك لو أقرت بالزنا أوقامت به بينة لم ينتف الولد عنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد فان استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لانه لو نفاه للحقه فاذا سكت عنه كان أولى ولان امرأته متى أتت بولد لحقه مالم ينفه عنه باللعان وان نفى أحدهما وسكت عن الاخر لحقاه جميعاً فان قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لانه قد نفى أخاه وهما حمل واحد؟ قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان وان لم يثبت الوطء ولا ينتفي لامكان النفي فافترقا . فان أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لاقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الاول لان اللعان يتناول الاول وحده ولايحتاج في نفي الثاني إلى لعان ثان ويحتمل أنه ينتفي بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان لانهما حمل واحد وقد

حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول وحكي عن البتي أنه لايتعلق باللعان فرقة لما روي أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لايصح لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين ، وقال عمر المتلاعنان يفرق بينهما ثم لايجتمعان أبداً

وأما القول الآخر فلا يصح لان الشرع انما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وانما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان لفظ اللعان لايقتضي فرقة فانه اما ايمان على زناها أو شهادة بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق وانما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ولانه فسخ ثبت بايمان مختلفين فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ، ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب او العتق ، وقول الزوج اختاري وأمرك بيدك أو وهبتك لأهلك أو لنفسك وأشباه ذلك كثيراذا ثبت هذا فان قلنا ان الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل الا بعد اكمال اللعان منهما ، وان قلنا لا تحصل الا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما

لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان ذكره القاضي فان اقر بالثاني لحقه هو والاول لما ذكرناه وان سكت عن نفيه لحقاه أيضاً فاما ان نفى الولد باللعان ثم ولد آخر بعد ستة أشهر فهو من حمل آخر فانه لايجوز ان يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل واو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي بغير اللعان لانه حمل منفرد وان استلحقه أو ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان لانه يمكن ان يكون قد وطئها بعد وضع الاول وان لاعنها قبل وضع الاول فاتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج الى نفيه

(فصل) فان مات أحد التوأمين أوماتا معافله ان يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحي ولا يلاعن لنفي الحي لان الميت لايصح نفيه باللعان فان نسبه قد انقطع بموته ولا حاجة الى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فانه لايلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لانها حمل واحد

ولنا ان الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه واسقاط مؤنته كالحي وكما لوكان للميت ولد

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (الثالث) ان تكذبه الزوجة ويستمر ذلك الى انقضاء اللعان لان الملاعنة انما تنتظم من الزوجين واذا لم تكذبه لم تلاعنه فلا يصح اللعان فان صدقته أو سكتت

الا بعد كال لعانهما فان فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا وجوده كعدمه وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي لاتقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه ، وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن اذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحدمنهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة ، وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لان من أتى بالثلاث فقد أتى بالا كثر فيتعلق الحكم به

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لاقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولانها ايمان مشروعة لايجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فاذا حكم لم يصح حكمه كايمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولان الشرع انما ورد بالتفرق بعد كال السبب فلم يجز قبله كسائر الاسباب وماذكروه تحكم لادليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما اذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين اذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة اذا قال من سبق الى خمس اصابات فسبق الى ثلاثة وبسائر الاسباب فاما اذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما ، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما فألحق الولد بالمرأة ، وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال شهدت رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين أخرجها سعيد ، ومتى قلنا ان الفرقة لاتحصل الا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لان مايبطل النكاح لم يوجد فأشبه مالو لم يلاعن

لحقه النسب لان الولد للفراش وانما ينتفي عنه باللعان ولم يوجد اللعان لانتفاء شرطه فنفي النسب لاحق به ولا لعان في قياس المذهب ثم ان كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لان اللعان كالبينة انما تقام مع الانكار فان كان بعد لعانه لم تلاعن هي لانها لاتحلف مع الاقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا ان يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه وان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فان الحد يجب باقرار مرة وهذه الاصول تذكر في مواضعها ان شاء الله تعالى ولو أقرت اربعا وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينتفي وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها اياه فان أراد لعانها لنفي نسب فليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو ظاهر قول الخرقي وقول أصحاب الرأي وقال الشافعي له لعانها لنفي النسب فيها كلها لانها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفي ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلان يملك نفي ولدها أولى ووجه الاول ان نفي الولد انما يكون بلعانهما معا وقد تعذر اللعان منها لانها لا تستحلف على نفي ما تقر به فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان

(فصل) وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة هي طلاق لانها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقوله أنت طالق

ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولان اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ماينفسخ به النكاح ولانه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

(فصل) وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة انما حصلت باللعان لان لعنة الله وغضبه قد وقع باحدهما لتلاعنهما فان النبي ﷺ قال عند الخامسة « انها الموجبة » أي انها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لايجوز كما لايجوز أن يعلو المسلمة كافر ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها فان هذا الاحتمال متحقق فيه ، ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب باحدهما غير معين فيفضي الى علو ملعون لغير ملعونة أو الى امساكه لملعونة مغضوب عليها ، ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه فان الرجل ان كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رءوس الاشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها، وان كان كاذبا فقد أضاف الى ذلك بهتها وقذفها بهذه

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان)

وجملة ذلك أنه اذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل تمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع لان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه وان مات بعد ان أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك وقال الشافعي تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد الا ان تلتعن

ولنا انه مات قبل إكمال اللعان أشبه مالو مات قبل إكمال التعانه وذلك لان الشرع انما رتب هذه الاحكام على اللعان التام والحكم لا يثبت قبل كمال سببه وان ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم وروي عن ابن عباس ان التعن لم يرث ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها

ولنا أنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ، ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فانه يقطع الزوجية على أنا نقول إنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى فهاهنا أولى ، فان قيل فعندكم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ، قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما نذكره ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلا في حال من الاحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق فاذا ماتت قبل

الفرية العظيمة والمرأة ان كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الاشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وان كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته العار والفضيحة وأحوجته الى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل اليه من اساءته لايكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما وازالة الصحبة المتمحضة مفسدة ولانه ان كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلط على امساكها مع ماصنع من القبيح اليها ، وان كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني كذبت عليها ان أمسكتها

(المسئلة الثانية) أنها تحرم عليه باللعان تحريما موبداً فلا تحل له وان أكذب نفسه في ظاهر المذهب ولاخلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لاتحل له الا أن يكون قولا شاذاً وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضاً وجاءت الاخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لايجتمعان ابداً ، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبوعبيد وأبو ثور وأبو يوسف ، وعن أحمد رواية أخرى ان أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لانعلم أحداً رواها غيره ، وينبغي أن تحمل هذه الرواية على مااذا لم يفرق بينهما الحاكم فاما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله

وجود ما يزيله فيكون موجوداً حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى فان أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن ، وعند الشافعي ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن ، وهذا ينبني على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فان لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك فأما ان كانت طالبت بالحد في حياتها فان أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فاذ طولب به فله إسقاطه باللعان ، ذكره القاضي وإلا فلا فانه لا حاجة إليه مع عدم الطلب لانه لاحد عليه ، وقال أصحاب الشافعي ان كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان يسقط الحد عن نفسه والا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات الولد فله لعانها ونفيه لان شروط اللعان تتحقق بدون الولد فلا تنتفي بموته)

(فصل) إذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد لم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعي يورث وان لم يكن طالب به لقول النبي ﷺ « من ترك حقاً فلورثته » ولانه حق ثبت له في الحياة يورث اذا طالب به فيورث وان لم يطالب به كحق القصاص

ولنا أنه حد تعتبر فيه المطالبة فاذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة والحديث

وقد ذكرنا أن مذهب البتي أن اللعان لايتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب ان أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب، وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لان فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد ابن جبير ان أكذب نفسه ردت اليه مادامت في العدة

ولنا ماروى سهل بن سعد قال مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً رواه الجوزجاني في كتابه باسناده وروي مثل هذا عن الزهري ومالك ولانه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

(فصل) فان كانت أمة فاشتراها ملاعنها لم تحل له لان تحريمها تحريم مؤبد فحرمت به على مشتريها كالرضاع ولان المطلق ثلاثاً اذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج واصابة فههنا أولى لان هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولان تحريم الطلاق يختص النكاح وهذا لا يختص به وهذا مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ قال (وان أكذب نفسه فلها عليه الحد)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولانعلم لهم مخالفا وذلك لان اللعان

يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك، وأما حق القصاص فانه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل الى المال بخلاف هذا، فاما ان طالب به ثم مات فانه يرثه العصبات من النسب دون غيرهم لانه حق ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح، وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي، ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه، وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وان عفا بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لانه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط باسقاط البعض لانه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح، ويفارق حق القصاص لان ذلك يفوت الى بدل ولو أسقطناه ههنا لسقط في غير العافي إلى غير بدل

(فصل) واذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة لانهما سببان فكانت له الخيرة في إقامة أيهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولان كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالاخرى فانه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة ويحصل بالبينة ثبوت زناها وإقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان، فان لاعنها ونفى ولدها ثم أراد إقامة البينة فله ذلك فاذا اقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة، وان أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فانه لا يلزم من الزنا كون الولد منه، وان أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد

أقيم مقام البينة في حق الزوج فاذا أكذب نفسه بان ان لعانها كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بينة أقيمها بزناها اوأراد اسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه لان البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه وهذا فيما اذا كانت المقذوفة محصنة فان كانت غير محصنة فعليه التعزير

(فصل) ويلحقه نسب الولد سواء كان الولد حياً أوميتاً غنياً كان أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال الثوري اذا استلحق الولد الميت نظرنا فان كان ذا مال لم يلحقه لانه انما يدعي مالا وان لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأي : ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئاً لان نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فاذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده وتبعه نسب الميت

ولنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حياً أو كان له ولد ولان ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل أبوحنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الاصل تابعا للفرع وذلك باطل، فأما قول الثوري انه انما يدعي مالا قلنا انما يدعي النسب والميراث والمال تبع له ، فان قيل فهو

نفيه لم يكن له ذلك لان الحد قد انتفى عنه باقامة البينة فلا حاجة اليه وان كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وان قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لانه ثبت تصديقها اياه ولم يجب عليها لانه لا يجب الا باقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار فان لم يكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة لان ذلك قريب فان أتى بالبينة والاحد الا أن يلاعن اذا كان زوجا فان قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذفان وكذلك ان اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لانه لا تنافي بينهما الا أن يكونا مؤرخين تاريخاً واحداً فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته

(فصل) فان شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفهما لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه، وان أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك لم تقبل لانها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ،ولو أنهما ادعيا عليه انه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لأنهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فان أضافا دعواهما الى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما

متهم في أن غرضه حصول الميراث قلنا ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فاقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حياً وهو غني والاب فقير فاستلحقه فهو متهم في ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله فكذلك ههنا، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ههنا لانه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الاصل، قال القاضي ويتعلق باللعان أربعة أحكام: حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب ؛ وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

(فصل) فان لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فان أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال أنا ألاعن قبل منه لان اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة ، فان ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفا لان القذف الرمي بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك اكذابا لنفسه لانه مصر على رميها بالزنا وله اسقاط الحد باللعان، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا، فان قال مازنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد لان قوله مازنت تكذيب للبينة واللعان فلا تثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعة اذا ادعيت عليه فقال ماأودعتني فقامت عليه البينة بالوديعة فادعى الرد او التلف لم يقبل ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء ولا يستحق علي شيئا فقامت عليه البينة فادعى الرد اوالتلف قبل منه

لاعترافهما أنه كان عدواً لهما حين شهدا عليه وان لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لانه لا يحكم عليه بشهادة عدوين وان كان بعد الحكم لم تبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق ،وان شهدا أنه قذف امرأته وأمنا لم تقبل شهادتهما لانها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد في الكل ،وان شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم لاتقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لان لعانه لها ينبني على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بما لا يعترف به وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو توفره على أمهما (والثاني) تقبل لانهما لا يجران الى أنفسهما نفعا

(فصل) ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك بالعجمية ثبتت الشهادة لان الاختلاف في العجمية والعربية عائد الى الاقرار دون القذف ويجوز أن يكون القذف واحداً والاقرار في مرتين ولذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد آخر أنه قذفها

(مسئلة) قال (وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم نفي عنه إذا ذكره في اللعان)

وجملة ذلك أن الزوج اذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » ولا ينتفي عنه الا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة :

(أحدها) أن يوجد اللعان منهما جميعاً وهذا قول عامة أهل العلم ، وقال الشافعي ينتفي بلعان الزوج وحده لان نفي الولد انما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه وانما لعانها لدرء الحد عنها كما قال الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين) ولنا أن النبي ﷺ انما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج (والثاني) أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً

(الشرط الثالث) أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر . وقال مالك وأصحاب الرأي ان فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفي الولد عنه

بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لان الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف فيه كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية

(والثاني) لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم يثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الاقرار بالقذف فانه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين

(مسئلة) (وان لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلي سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقي وعن احمد انها تحبس حتى تقر او تلاعن)

اذا لاعن امرأته وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها والزوجية بحالها ، وبه قال الحسن والاوزاعي واصحاب الرأي ، وروي ذلك عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو اسحاق الجوزجاني وابن المنذر الى أن عليها الحد لقول الله تعالى

لان الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهي لا تقتضي ترتيبها ، ولان اللعان قد وجدمنهما جميعاً فأشبه مالو رتبت ، وعند الشافعي لايتم اللعان الا بالترتيب الا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة

ولنا أنه أتي باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة ولان لعان الرجل بينته لاثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للانكار فقدمت بينة الاثبات كتقديم الشهود على الايمان ، ولان لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك الا بلعان الرجل فاذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف

(الشرط الرابع) أن يذكر نفي الولد في اللعان فاذا لم يذكر لم ينتف الا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي وقال أبو بكر لايحتاج الى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش . ولان حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه

ولنا ان من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ولان غاية مافي اللعان أن يثبت زناها

(ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين) والعذاب الذي يدرؤه عنها لعانها هو الحد المذكور في قوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ولانه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا أنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لم يلاعن ودليل ذلك أن تحقيق زناها لايخلو إما أن يكون بلعان الزوج او بنكولها لايجوز ان يكون بلعان الزوج وحده لانه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولانه اما يمين واما شهادة وكلاهما لايثبت له الحق على غيره ولا يجوز ان يثبت بنكولها لان الحد لايثبت بالنكول فانه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها ، وذلك لان النكول يحتمل ان يكون لشدة خفرها او لثقله على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف مااعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم ان يصفوا صورة الفعل وان يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلا الى اسقاطه ، ولا يجوز ان يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لايقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ماعدا الاموال مع ان الشافعي لايرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضي به في أعظم الامور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطا ؟ ولانها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد . فلأن لايجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى ، ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لان مالا يقضى فيه باليمين المفردة لايقضى فيه باليمين

وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة . فأما حديث سهل بن سعد فقد روي فيه وكانت حاملا فأنكر حملها من رواية البخاري . وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هذا لابد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لانها من لفظات اللعان

وذكر الخرقي شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الاخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فانه لا يكون الا بعد القذف وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان ولدت امرأته توأمين وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به لان الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره . فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه لان النسب يحتاط لاثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطاً ولم نقطعه عنه احتياطاً لنفيه ؛ فان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله اسقاطه باللعان ، وحكي عن القاضي انه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لانه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك

مع النكول كسائر الحقوق ولان في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم أحدهما الى الآخر فان احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج ، والعذاب يجوز أن يكون الحبس او غيره فلا يتعين في الحد ، وان احتمل ان يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه ان الرجم على من زنى وقد أحصن اذا كانت بينة او كان الحمل او الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي انها تحبس حتى تلتعن او تقر اربعاً . قال احمد فان ابت المرأة ان تلتعن بعد التعان الزوج اجبرتها عليه وهبت ان احكم عليها بالرجم لانها لو اقرت بلسانها لم ارجمها اذا رجعت فكيف اذا ابت اللعان ؟ ولا يسقط النسب الا بالتعانهما جميعاً لان الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش

قال القاضي هذه الرواية اصح وهذا قول من وافقنا في انه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات) فيدل على انها اذا لم تشهد لا يدرا عنها العذاب

(والرواية الثانية) يخلى سبيلها وهو قول ابي بكر لانه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة ، فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي مالم يتم اللعان بينهما في قول عامة اهل العلم الا الشافعي فانه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل على ما نذكره

ووجه الاول انه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لايلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ولذلك لوأقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولدعنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد ، وان استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لانه لو نفاه للحقه فاذا سكت عنه كان أولى ، ولان امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان . وان نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعاً .فان قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لانه قد نفى أخاه وهما حمل واحد ؟ قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان وان كان لم يثبت الوطء ولا ينتفي لامكان للنفي فافترقا فان أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الاول لان اللعان تناول الاول وحده ويحتاج في نفي الثاني الى لعان ثان . ويحتمل انه ينتفي بنفيه من غير حاجة الى لعان ثان لانهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان . ذكره القاضي فان أقر بالثاني لحقه هو والاول لما ذكرناه . وان سكت عن نفيه لحقاه أيضاً فأما ان نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر فانه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل ، فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي بغير اللعان لانه حمل منفرد . وان استلحقه أو ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعرض للزوج حتى تطالبه امراته فان اراد اللعان من غير طلبها فان كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك والا فلا)

يعني لايتعرض له باقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك فان ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة او محجوراً عليها ولا لولي صغيرة وسيد امة المطالبة بالتعزير من اجلهما لان هذا حق ثبت للتشفي فلايقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص، فان اراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فان لم يكن هناك ولد يريد نفيه لم يكن له ان يلاعن، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل ان اقام البينة بزناها او ابرأته من قذفها او حد لها ثم اراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فانه لايشرع اللعان وهذا قول اكثر اهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً الا بعض اصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لازالة الفراش والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لان ازالة الفراش ممكنة بالطلاق والتحريم المؤبد ليس بمقصود شرع اللعان من اجله وانما حصل ضمناً . فأما ان كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي له ان يلاعن وهو مذهب الشافعي لان هلال بن امية لما قذف امراته واتى النبي ﷺ فأخبره ارسل النبي ﷺ اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولانه محتاج الى نفيه فيشرع له طريق اليه كما لو طالبته ولان نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد ويحتمل ان لايشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول اصحاب الراي لانه احد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد

لانه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول ، وان لاعنها قبل وضع الاول فأتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لانها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج الى نفيه

(فصل) وان مات أحد التوأمين أو ماتا معاً فله أن يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحي ولا يلاعن الا لنفي الحد لان الميت لا يصح نفيه باللعان فان نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة الى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فانه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لانهما حمل واحد

ولنا أن الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه واسقاط مؤنته كالحي وكما لو كان للميت ولد

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد)

وجملة ذلك أن الرجل اذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد اذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم وان كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم سواء كان له ولد

(فصل) فاذا تم اللعان بينهما ثبت اربعة احكام (احدها) سقوط الحد عنه او التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما

وجملة ذلك ان اللعان اذا تم سقط الحد الذي اوجبه القذف عن الزوج اذا كانت الزوجة محصنة والتعزير ان لم تكن محصنة لان هلال بن امية قال : والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها ولان شهادته اقيمت مقام بينته وبينته تسقط الحد كذلك لعانه ويحصل هذا بمجرد لعانه لذلك فان نكل عن اللعان او عن تمامه فعليه الحد وان ضرب بعضه فقال انا الاعن سمع ذلك منه لان ما اسقط كله اسقط بعضه كالبينة ، ولو نكلت المراة عن الملاعنة ثم بذلتها سمعت منها كالرجل فان قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما اذا تم اللعان سواء ذكر الرجل في لعانه او لم يذكره وان لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وايهما طالب حد له دون من لم يطالب كما لو قذف رجلا بالزنا بامراة معينة وبهذا قال ابو حنيفة ومالك الا في انه لا يسقط حده بلعانها

وقال بعض اصحابنا : القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لان هلال بن امية قذف زوجته بشريك بن السحماء فلم يحده النبي ﷺ ولا عزره له . وقال بعض اصحاب الشافعي يجب الحد لهما وهل يجب حد واحد او حدان؟ على وجهين ، وقال بعضهم لا يجب الا حد واحد قولا واحداً ولا خلاف بينهم انه اذا لاعن وذكر الاجنبي في لعانه انه يسقط حكمه عنه وان لم يذكره فعلى وجهين

أو لم يكن وسواء خلف مالا أو لم يخلف وذلك لان النسب حق للولد فاذا أقر به لزمه وسواء تقدم انكاره له أو لم يكن ولان سبب نفيه عنه نفيه له فاذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به

(فصل) والقذف على ثلاثة أضرب (واجب) وهو أن يرى امرأته تزني في طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها فاذا اتت بولد لستة أشهر من حين الزنا وأمكنه نفيه عنه لزمه قذفها ونفي ولدها لان ذلك يجري مجرى اليقين في أن الولد من الزاني فاذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه ونظر الى بناته واخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لازالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها (الثاني) أن يراها تزني أو يثبت عنده زناها وليس ثم ولد يلحقه نسبه أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا أو يخبره بزناها ثقة يصدقه أو يشيع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ويشاهده عندها او داخلا اليها أو خارجا من عندها او يغلب على ظنه فجورها فهذا له قذفها لانه روي عن عبد الله أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال: أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم جلدتموه، او قتل قتلتموه، او سكت سكت على غيظ، فذكر انه يتكلم او يسكت ولم ينكر عليه النبي ﷺ ولان النبي ﷺ لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا وان سكت جاز وهو أحسن لانه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج الى نفيه

ولنا ان اللعان بينة في احد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولان به حاجة الى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه وربما يحتاج الى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي ﷺ على صدق هلال بن امية بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها

(فصل) فان قذف امرأته وأجنبية او أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة او اللعان وان قذفهما بكلمة فكذلك الا انه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً او حدين على روايتين

(احداهما) يحد حداً واحداً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في القديم وزاد ابو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لانها حدود من جنس فوجب ان تتداخل كحد الزنا

(والثانية) ان طالبوا مجتمعين فحد واحد؛ وان طالبوا مفترقين فلكل واحد حد لانهم اذا اجتمعوا في الطلب أمكن ايفاؤهم بالحد الواحد واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه. وقال الشافعي في الجديد يقام لكل واحد حد بكل حال لانها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون

ولنا انه اذا قذفهما بكلمة واحدة يجزيء حد واحد لانه يظهر كذبه في قذفه وبراءة عرضهما من

(الحال الثالث) محرم وهو ماعدا ذلك من قذف أزواجه والاجانب فانه من الكبائر قال الله تعالى (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) وقال النبي ﷺ « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الاولين والآخرين » رواه ابو داود

قوله « وهو ينظر اليه » يعني يراه منه فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لانه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لانه يجوز أن يكون دخل سارقا او هاربا او لحاجة او لغرض فاسد فلم يمكنه ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها وفيه وجه آخر انه يجوز لان الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ولا لشبهه بغير والديه لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بني فزارة الى النبي ﷺ فقال ان امرأتي جاءت بولد اسود . يعرض بنفيه فقال له النبي ﷺ « هل لك من ابل؟» قال نعم قال «فما ألوانها ؟ » قال حمر قال «هل فيها من أورق؟» قال ان فيها أورقا قال «فأنى أتاها ذلك؟» قال عسى أن يكون نزعه عرق قال « فهذا عسى أن يكون نزعه

رميه بحد واحد فأجزأ كما لو كان القذف لواحد ، واذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لانهما قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد حد الاول وهكذا الحكم فيما اذا قذف أجنبيتين او أجنبيات والتفصيل فيه على ماذكرناه

(فصل) وان قال لزوجته يازانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف امها بكلمتين والحكم في الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه فان اجتمعتا في المطالبة ففي أيتهما يقدم وجهان

(أحدهما) الام لان حقها آكد لكونه لايسقط الا بالبينة ولان لها فضيلة الامومة

(والثاني) تقدم البنت لانه بدأ بقذفها ومتى حد لاحداهما ثم وجب عليه الحد للاخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الاولى فان قيل ان الحد ههنا حق لآدمي فلم لايوالى بينهما كالقصاص فانه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ولم نؤخره ؟ قلنا لان حد القذف لايتكرر بتكرر سببه قبل اقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه والقصاص يجوز ان يقطع أطرافه كلها في قصاص واحد فاذا جاز لواحد فلاثنين اولى

« مسئلة » (الثاني الفرقة بينهما وعنه لاتحصل حتى يفرق الحاكم بينهما)

وجملة ذلك ان الفرقة بين المتلاعنين لاتحصل الا بتلاعنهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم؟ فيه روايتان (أحداهما) لايعتبر وان الفرقة تحصل بمجرد لعانهما وهي اختيار ابي بكر وقول مالك وأبي

عرق » قال ولم يرخص له في الانتفاء منه. متفق عليه . ولان الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ولان دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوي لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي ﷺ فيه شبهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه وهذا اختيار أبي عبدالله بن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي

وذكر القاضي وأبو الخطاب ان ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لقول النبي ﷺ في حديث اللعان « ان جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه والصحيح الاول وهذا الحديث انما يدل على نفيه عنه مع ماتقدم من لعانه ونفيه اياه عن نفسه . فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلا على تصديقه وما تقدم من الاحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي . ولان هذا كان في موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضي لحوق نسب الولد بصاحبه وان كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد

وعن أبي سعيد انه قال يارسول الله انا نصيب من النساء ونحب الاثمان افنعزل عنهن ؟ قال « ان

عبيد وابي ثور وداود وزفر وابن المنذر ؛ وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال: المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً رواه سعيد .ولانه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ، ولان الفرقة لو لم تحصل الا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق اذا كرهاه كالتفريق للعنت والاعسار ولوجب ان الحاكم اذا لم يفرق بينهما ان يبقى النكاح مستمراً ؛ وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » يدل على هذا وعلى هذا تفريقه بينهما بمعنى اعلامه لهما حصول الفرقة

(والثانية) لاتحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أصحاب الراي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وهذا يقتضي ان الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل ان يأمره رسول الله ﷺ وهذا يقتضي امكان امساكها وأنه وقع طلاقه ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا امكنه امساكها ولان سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لا تقع الا بحكم حاكم كفرقة العنة وعلى كلتا الروايتين لاتحصل الفرقة قبل تمام لعانهما ، وقال الشافعي تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تتيقن المراة لانها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق . قال شيخنا ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول

الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » ولانه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق. وأما ان كان لا يطؤها الا دون الفرج أو في الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا انه ليس له نفيه لانه لا يأمن أن يسبق الماء الى الفرج فيعلق به وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وهو بعيد لانه من أحكام الوطء في الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام ودلالة عدم الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه ، فأما ان وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزاني مثل ان زنت في طهر أصابها فيه أو زنت فلم يعتزلها ولكنه كان يعزل عنها أو كان لا يطؤها الا دون الفرج أو كان الولد شبيهاً بالزاني دونه لزمه نفيه لان هذا مع الزنا يوجب نسبته الى الزاني بدليل ان النبي ﷺ حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحماء بشبهه له مع لعان هلال لها وقذفه اياها . وأما اذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزاري ، وكذلك ان عرف زناها ولم يعلم ان الولد من الزاني ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لان الولد للفراش وللعاهر الحجر

(فصل) فان أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصبها فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطىء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لان هذا ليس بزنا منها . وقياس المذهب انه ليس له نفيه ويلحقه النسب لان نفي الولد لا يكون الا باللعان ومن شرط اللعان القذف ولان اللعان لا يتم الا بايمان المرأة ولا يصح اللعان من المرأة ههنا لانها لا تكذب الزوج في اكراهها على ذلك وهذا قول أصحاب الرأي

وحكي عن البتي انه لا يتعلق باللعان فرقة لما روي ان العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين رواه عبدالله بن عمر وسهل بن سعد اخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما ان يفرق بين المتلاعنين ، وقال عمر المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً ، واما القول الآخر فلا يصح لان الشرع انما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان احدهما وانما فرق النبي ﷺ بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي ﷺ ولان لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فانه اما ايمان على زناها او شهادة بذلك ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم تحصل الفرقة وانما ورد الشرع بها بعد لعانهما فلا يجوز تعليقها على بعضه كما لم يجز تعليقها على بعض لعان الزوج ولانه فسخ ثبت لايمان مختلفين فلم يثبت بيمين احدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب او العتق وقول الزوج اختاري نفسك او امرك بيدك او وهبتك لاهلك اولنفسك واشباه ذلك كثير

اذا ثبت هذا فان قيل ان الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل الا بعد اكمال اللعان بينهما وان قلنا لا تحصل الا بتفريق الحاكم لم يجز له ان يفرق بينهما الا بعد كمال لعانهما فان فرق قبل ذلك كان

وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين (احداهما) له نفيه باللعان لانه محتاج الى نفيه فكان له نفيه كما لو زنت مطاوعة ، وهذا مذهب الشافعي وهذا انما يصح عند الشافعي لانه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده . وأما من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان ههنا والله تعالى أعلم

(مسئلة) قال (وان نفى الحمل في التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا فيما اذا لاعن امرأته وهي حامل ونفى حملها في لعانه . فقال الخرقي وجماعة لاينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولاينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لان الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا أوغيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولايجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال وأنه نفي حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالاول ولاخفاء بأنه كان حملا ولهذا قال النبي ﷺ «انظروها فان جاءت به» كذا وكذا قال ابن عبدالبر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولان الحمل مظنون بامارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك اقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الاحاديث وما خالف الحديث لايعبأ به كائناً ما كان ، وقال أبو بكر ينتفي الولد

تفريقه باطلا وجوده كعدمه . وبهذا قال مالك وقال الشافعي لاتقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه وقال ابوحنيفة ومحمد بن الحسن اذا فرق بينهما بعد ان لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات اخطأ السنة والفرقة جائزة وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لان من اتى بالثلاث فقد اتى بالاكثر فتعلق الحكم به

ولنا انه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لاقل من ثلاث او قبل لعان المرأة ولانها ايمان مشروعة لايجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فاذا حكم لم يصح حكمه كايمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولان الشرع انما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الاسباب وماذكروه تحكم لادليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما اذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة او بمن توجهت عليه اليمين اذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة اذا قال من سبق الى خمس اصابات فسبق الى ثلاثة وبسائر الاسباب فأما اذا تم اللعان فللحاكم ان يفرق بينهما من غير استئذانهما لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما والحق الولد بالمرأة وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال شهدت رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين أخرجهما

بزوال الفراش ولا يحتاج الى ذكره في اللعان احتجاجا بظاهر الاحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه، وقد ذكرنا ذلك فاما من قال ان الولد لا ينتفي الا بنفيه بعد الوضع فانه يحتاج في نفيه الى اعادة اللعان بعد الوضع، وقال ابو حنيفة ومن وافقه ان لاعنها حاملا ثم أتت بالولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون الا بين الزوجين وهذه قد بانت بلعانها في حال حملها، وهذا في الزامه ولدا ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له الى ذلك طريقا فلا يجوز سده وانما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا اليها فيه لان الولد الذي تأتي به يلحقه اذا لم ينفه فيحتاج الى نفيه وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفي ولدها والله أعلم

(فصل) وان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن احمد ومن اجاز نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لانا محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الاقرار به كالمولود واذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالاجماع ولان للشبه أثراً في الالحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك فاما ان سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان

سعيد ومتى قلنا ان الفرقة لا تحصل الا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح بحاله باق لان ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه مالو لم يلاعن

(فصل) وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي طلاق لانها فرقة من قبل الزوج تختص النكاح فكان طلاقا كالفرقة بقوله انت طالق

ولنا انها فرقة توجب تحريما مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ولان اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ما ينفسخ به النكاح ولانه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

(فصل) ذكر بعض اهل العلم ان الفرقة انما حصلت باللعان لان لعنة الله وغضبه قد وقع باحدهما لتلاعنهما فان النبي ﷺ قال عند الخامسة «انها الموجبة» اي انها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقيناً ففرقنا بينهما خشية ان يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لا يجوز كما لا يجوز ان يعلو المسلمة كافر ويمكن ان يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحها لمنعه من نكاح غيرها فان هذا الاحتمال متحقق فيه. ويحتمل ان يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة أو الغضب باحدهما غير معين فيفضي الى علو ملعون غير ملعونة او الى امساك ملعونة مغضوب عليها

تركه يحتمل أن يكون لانه لا يتحقق وجوده الا أن يلاعنها فان أبا حنيفة ألزمه الولد على ماأسلفناه

(فصل) واذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع امكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي قال أبو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة ان كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس ، وان كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل او يشرب او ينام ان كان ناعساً أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي ان حضرة الصلاة ويحرز ماله ان كان غير محرز وأشباه ذلك من أشغاله فان أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه ، وقال ابو حنيفة له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا لان النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته ، وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لانها جارية مجرى الولادة في الحكم ، وحكي عن عطاء ومجاهد ان له نفيه مالم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي ﷺ « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث ، وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والاخذ بالشفعة وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه ، وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لانه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لانه لم يتحقق ضرره اذا ثبت هذا فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم او بامكان النفي على وجهين بناء

ويحتمل ان سبب الفرقة النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه فان الرجل ان كان صادقا فقد اشاع فاحشتها وفضحها على رءوس الاشهاد واقامها مقام خزي وحقق عليها الغضب وقطع نسب ولدها وان كان كاذباً فقد اضاف الى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة والمرأة ان كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الاشهاد واوجبت عليه لعنة الله وان كانت كاذبة فقد افسدت فراشه وخانته في نفسها والزمته اللعان والفضيحة واحوجته الى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل اليه من اساءة لايكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع التزام الفرقة بينهما وازالة الصحبة المتمحضة مفسدة ولانه ان كان كاذبا عليها فلاينبغي ان يسلط على امساكها مع ماصنع من القبيح اليها وان كان صادقا فلاينبغي ان يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني كذبت عليها ان امسكتها

«مسئلة» (الثالث : التحريم المؤبد وعنه انه ان اكذب نفسه حلت له)

ظاهر المذهب ان الملاعنة تحرم على الملاعن تحريما مؤبداً فلا تحل له وان اكذب نفسه ولا خلاف بين اهل العلم في انه اذا لم يكذب نفسه انها لاتحل له الا ان يكون قولا شاذا فان اكذب نفسه فلذي رواه الجماعة عن احمد انها لاتحل له ايضا وجاءت الاخبار عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ان المتلاعنين لايجتمعان ابداً وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري

على المطالبة بالشفعة فان أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى انه لايعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم العلم، وان لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لان ذلك لايكاد يخفى عليه ،وان قال علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه او علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه لان هذا مما يخفى عليهم فأشبه مالو كان حديث عهد باسلام ، وان كان فقيها لم يقبل ذلك منه لانه مما لايخفى عليه ذلك ، ويحتمل أن يقبل منه لان الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام ، وقال أصحابنا لايقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالاسلام ، وهل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين ، وان كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس او الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته او بملازمة غريم يخاف فوته او غيبته نظرت فان كانت مدة ذلك قصيرة فأخره الى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لانه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح ، وان كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه فان لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فان لم يفعل بطل خياره لانه اذا لم يقدر على نفيه كان الاشهاد قائما مقامه كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلا عن الفيئة بالجماع فان قال لم أصدق المخبر عنه نظرت فان كان مستفيضا منتشراً لم يقبل قوله، وان لم يكن مستفيضا وكان المخبر مشهور

والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابوعبيد وابوثور وابو يوسف، وعن احمد رواية اخرى أنه ان اكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن اصحابه قال ابوبكر لانعلم احدا رواها غيره . قال شيخنا وينبغي ان تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق الحاكم فاما مع تفريق الحاكم بينهما فلاوجه لبقاء النكاح بحاله،وقد ذكرنا ان مذهب البتي ان اللعان لايتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب ان اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب.وبه قال ابوحنيفة ومحمد بن الحسن لان فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

ولنا ماروى سهل بن سعد قال مضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً رواه الجوزجاني باسناده في كتابه وروي مثل هذا عن الزهري ومالك ولانه تحريم لايرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

﴿مسئلة﴾ (واذا قلنا تحل له باكذاب نفسه فان لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح)

لان اللعان على هذا القول لايحرم على التأبيد وانما يؤمر بالطلاق كما يؤمر المولي به اذا لم يأت بالفيئة فاذا لم يأت بالطلاق بقي النكاح بحاله وزال الاجبار على الطلاق لتكذيبه نفسه كما لو امتنع

العدالة لم يقبل والا قبل، وان قال لم أعلم أن علي ذلك قبل قوله لانه مما يخفى، وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره، وان أقام من غير حاجة بطل لانه أخره لغير عذر وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ماذكرنا من قبل، وان أخر نفيه لغير عذر وقال أخرت نفيه رجاء أن يموت فاستر عليه وعلي بطل خياره لانه أخر نفيه مع الامكان لغير عذر

(فصل) فان هنيء به فأمن على الدعاء لزمه في قولهم جميعا، وان قال أحسن الله جزاءك او بارك الله عليك او رزقك الله مثله لزمه الولد وبهذا قال ابوحنيفة، وقال الشافعي لايلزمه لانه جازاه على قصده، واذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمنا له

ولنا أن ذلك جواب الراضي في العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء وان سكت كان اقراراً ذكره ابو بكر لان السكوت صلح دالا على الرضى في حق البكر وفي مواضع أخر فههنا أولى، وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر ابن عبد العزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال الحسن له أن يلاعن لنفيه مادامت أمه عنده يصير لها الولد ولو أقر به والذي عليه الجمهور أولى فانه أقر به فلم يملك جحده كما لو بانت منه أمه، ولانه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق

الاولى من الفيئة فأمر بالطلاق فعاد فأجاب الى الفيئة، وان وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها كالمطلقة دون الثلاث بغير عوض

﴿مسئلة﴾ (الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره ابوبكر، ينتفي عنه حملها وان لم يذكره وقال الخرقي لاينتفي حتى يذكره في اللعان)

وجملة ذلك أن الزوج اذا ولدت امرأته ولداً يمكن أن يكون منه فهو ولده في الحكم لقول رسول الله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا ينتفي عنه الا ان ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة (أحدها) أن يوجد اللعان منهما جميعا وهذا قول عامة أهل العلم؛ وقال الشافعي ينتفي بلعان الزوج وحده لان نفي الولد انما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه وانما لعانها لدرء الحد عنها كما قال الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين)

ولنا ان النبي ﷺ انما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج (الثاني) ان يكمل اللعان منهما جميعاً

(الثالث) أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة فان بدأت باللعان قبله لم يعتد به وبه قال ابو ثور وابن المنذر؛ وقال مالك واصحاب الرأي ان فعل اخطأ السنة والفرقة جائزة وينفى الولد عنه لان الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهي لا تقتضي ترتيباً ولان اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

وجملة ذلك ان المرأة اذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد مني أو قال ليس هذا ولدي فلا حد عليه لان هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال انه يريد انه من زوج آخر او من وطء بشبهة او غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان ، وان قال أردت انه لايشبهني خلقاً ولا خلقاً فقالت بل اردت قذفي فالقول قوله لانه اعلم بمراده لاسيما اذا صرح بقوله لم تزن ، وان قال وطئت بشبهة والولد من الواطيء فلا حد عليه أيضاً لانه لم يقذفها ولا قذف واطئها ، وان قال أكرهت على الزنا فلا حد أيضاً لانه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع لانه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد وبهذا قال ابو حنيفة

وذكر القاضي ان في هذه الصورة الآخرة رواية أخرى ان له اللعان لانه محتاج الى نفي الولد بخلاف ماإذا قال وطئت بشبهة فانه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لايشرع لعان أمته لما امكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان اللعان انما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم

ما ورتب ، وعند الشافعي لا يتم اللعان الا بالترتيب الا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظه من المرأة

ولنا أنه أتى باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة ولان لعان الرجل بينة لاثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للانكار فقدمت بينة الاثبات لتقديم الشهود على الايمان ولان لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل فاذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف

(الرابع) أن يذكر نفي الولد في اللعان فان لم يذكره لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي ، فاذا قال أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا يقول وما هذا الولد ولدي ، وتقول هي أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنا وهذا الولد ولده في كل لفظة ، وقال الشافعي لا تحتاج المرأة إلى ذكره لانها لا تنفيه

ولنا أنها أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطاً في لعانه كالزوج وقال أبو بكر لايحتاج إلى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش لان حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى ان لايدعي ولدها لاب ولا يرمى ولدها رواه أبو داود

يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية ، ولما لاعن النبي ﷺ بين هلال وامرأته كان بعد قذفه اياها وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته كان بعد قذفه اياها ولا يثبت الحكم لا في مثله ، ولان نفي اللعان انما ينتفي به الولد بتمامه منهما ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما ان قال وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها ، وقال القاضي ليس له نفيه باللعان وكذلك قال أصحاب الشافعي لانه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك ايضاً

ولنا انه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله الى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها كما لو قال زنى بك فلان وما ذكروه لا يصح فانه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب اليه او يغيب او يموت فلا ينتفي الولد ، وان قال ماولدته وانما التقطته او استعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المرأة الا ببينة وهذا قول الشافعي وابي ثور وأصحاب الرأي لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضي وكذلك لا تقبل دعواها للولادة فيما اذا علق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها ام ولد ويقبل قولها فيها لتقضي عدتها بها ، فعلى هذا لا يلحقه الولد الا أن تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له فاذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه لانه ولد على فراشه والولد للفراش

وفي حديث رواه مسلم عن عبدالله أن رجلا لاعن امرأة على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بامه .

ولنا أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ولان غاية مافي اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة فأما حديث سهل فقد روي فيه فكانت حاملا فأنكر حملها من رواية البخاري، وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة والزيادة من الثقة مقبولة ، فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لانها من لفظات اللعان ، وذكر الخرقي شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم بينهما لوقوع الاخرى أما على الرواية الاخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح ، وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا من شروط اللعان وقد ذكرناه

(فصل) متى كان اللعان لنفي الولد اشترط ذكره وقد مضى ذلك قال يشترط أن يقول هذا الولد من زنى وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لانه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقاً وخلقاً ولم يقتصر على قوله هو من زنى لانه قد يعتقد أن الوطء في النكاح الفاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً ولنا أنه نفي الولد في اللعان فانتفى به كما لو ذكر اللفظين، وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل

وذكر القاضي في موضع آخر ان القول قول المرأة لقول الله تعالى (ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولانه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولانه حكم يتعلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض فعلى هذا النسب لاحق به وهل له نفيه باللعان؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له نفيه لان انكاره لولادتها اياه اقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره لذلك لانه تكذيب لنفسه (والثاني) له نفيه لانه رام لزوجته ونافٍ لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره

(فصل) ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه لانه يعلم انه ليس منه فلم يلحقه كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لاننا نعلم انها علقت به قبل أن يتزوجها . وان كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه لانه لم يوجد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء وان كان له عشر لحقه ولدها لقول النبي ﷺ «واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وقال القاضي يلحق به اذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل لأن الجارية يولد لها لتسع فكذلك الغلام . وقال أبو بكر لا يلحقه حتى يبلغ لان الولد انما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ

ولا ينتفي اللعان بضم إحدى اللفظتين إلى الاخرى فانه اذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً وقد يريد أنه لا يشبهني خلقاً ولا خلقا وأنه من وطء فاسد

(مسئلة) (وان نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا في ذلك فقال الخرقي وجماعة لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لان الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالأم وبانه كان حملا ولهذا قال النبي ﷺ «انظروها فان جاءت به كذا وكذا» قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها، ولان الحمل مظنون بامارات تدل عليه ولهذا ثبت للحامل أحكام تخالف فيها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره، ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول الصحيح لموافقته ظواهر الاحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ به كائنا ما كان ، وقال أبو بكر ينتفي الولد بزوال الفراش، ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجا بظاهر الاحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه ، فأما من قال ان الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع فانه

ولنا انه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روي ان عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما الا اثنا عشر عاما . وأمر النبي ﷺ بالتفريق بينهم دليل على امكان الوطء الذي هو سبب الولادة . وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فان الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وقد تحيض لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع . ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ثم أتت امرأته بولد لستة اشهر من حين العقد او تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة اشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لان الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل . ألا ترى انكم قلتم اذا مضى زمان الامكان لحق الولد وان علم انه لم يحصل منه الوطء

ولنا انه لم يحصل امكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة ابن سنة أو كما لو ولدته لدون ستة اشهر . وفارق ما قاسوا عليه لان الامكان اذا وجد لم يعلم انه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ولا سبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على امكانه في النكاح ولم يجز حذف الامكان عن الاعتبار لانه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه به مع يقين كونه ليس منه ، وان ولدت امرأة مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم لانه يستحيل منه الانزال والايلاج . وان قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لانه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال اصحابنا يلحقه النسب لانه يتصور منه الايلاج وينزل ماءاً رقيقاً

يحتاج إلى اعادة اللعان بعد الوضع ، وقال أبو حنيفة ومن وافقه ان لاعنها حاملا ثم أتت بولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون إلا بين زوجين وهذه قد بانت بلعانها في حملها وهذا فيه الزامه ولداً ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا ، والله تعالى قد جعل له إلى ذلك سبيلا وطريقا فلا يجوز سده وانما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف اليها الزنا فيه لان الولد الذي يأتي به يلحقه اذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه ، وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفيه والله أعلم

(فصل) فان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن احمد ومن أجاز نفيه قال يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لانه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الاقرار به كالمولود ، واذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ، ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالاجماع ولان للشبه أثراً في الاستلحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به . فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك فأما ان سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان تركه يحتمل ان يكون لانه لا يتحقق وجوده الا ان يلاعنها فان ابا حنيفة ألزمه الولد على ما اسلفناه

ولنا أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك فأشبه مالو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد كما لو أولج اصبعه . وأما قطع ذكره وحده فانه يلحقه الولد لانه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد . ولاصحاب الشافعي اختلاف في ذلك على نحو ماذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور

وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لان الولد انما يلحق بالفراش اذا أمكن . ألا ترى انها اذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر ايصال المني الى قعر الرحم من المجبوب . ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لان الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً ولذلك يأخذ الشبه منهما واذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة اذا تصادقا انها استدخلت منيه وان الولد من ذلك المني يلحقه نسبه وما قال ذلك احد

(فصل) وان طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولداً ثم ولدت آخر قبل مضي ستة اشهر فهو من الزوج لاننا نعلم انهما حمل واحد فاذا كان احدهما منه فالآخر منه . وان كان بينهما اكثر من ستة اشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لانه لا يمكن ان يكون الولدان حملا واحداً وبينهما مدة الحمل فعلم انها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها اجنبية فهي كسائر الاجنبيات

(فصل) ومن شرط نفي الولد ان لا يوجد منه دليل على الاقرار به فان اقر به لم يملك نفيه في قول جماعة اهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وان اقر بتوأمه او نفاه وسكت عن توأمه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه وقد ذكرناه ولانه اذا اقر بأحدهما كان اقراراً بالآخر اذ لا يمكن ان يعلم الذي له منهما فاذا نفى الاخير كان رجوعا عن اقراره فلا يقبل منه ومثله اذا نفاه وسكت عن توأمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان هنىء به فسكت كان اقراراً ذكره أبو بكر) لان السكوت صلح دالا على الرضا في حق البكر فههنا اولى

﴿ مسئلة ﴾ (فان امن على الدعاء لزمه في قولهم جميعاً)

فان قال أحسن الله جزاءك اوبارك الله عليك او رزقك الله مثله لزمه الولد وبهذا قال ابوحنيفة وقال الشافعي لا يلزمه لانه جازاه على قصده واذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمناً له . ولنا ان ذلك جواب الراضي في العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء

﴿مسئلة﴾(وان اخر نفيه مع امكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك)

وبهذا قال الشافعي قال ابو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ماجرت به العادة ان كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس وان كان جائعا او ظمآن فحتى يأكل او يشرب اوينام ان كان ناعسا او

وان طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة اشهر من آخر اقرائها لحقه لاننا تيقنا انها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم انها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم ان لا يكون الدم حيضاً فلم تنقض عدتها به . وان اتت به لا كثر من ذلك لم يلحق بالزوج وهذا قول ابي العباس بن سريج .وقال غيره من اصحاب الشافعي يلحق به لانه يمكن ان يكون منه والولد يلحق بالامكان

ولنا انها اتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن ان لا يكون منه فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجة اوالعدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالامكان للحاقه وانما يكتفى بالامكان لنفيه وذلك لان الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بامكان الحكمة واحتمالها فاذا انتفى السبب وآثاره فينتفي الحكم لانتفائه ولايلتفت الى مجرد الامكان والله اعلم . فأما ان وضعته قبل انقضاء العدة لاقل من اربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه الا باللعان . وان وضعته لا كثر من اربع سنين من حين الطلاق وكان بائناً انتفى عنه بغير لعان لاننا علمنا انها علقت به بعد زوال الفراش .وان كان رجعياً فوضعته لا كثر من اربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لانها علقت به بعد البينونة وان وضعته لا كثر من اربع سنين منذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه روايتان (احداهما) لا يلحقه لانها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن (والثانية) يلحقه لانها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل في رواية فأشبه ماقبل الطلاق

(فصل) فان غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحاً في الظاهر

يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي ان حضرت الصلاة ويحرز ماله ان كان غير محرز واشباه هذا من اشغاله فان اخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه وقال ابو حنيفة له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا لان النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلتهما . وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لانها جارية مجرى الولادة في الحكم . وحكي عن عطاء ومجاهد ان له نفيه ما لم يعترف به كحالة الولادة .

ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ولان قول النبي ﷺ «الولد للفراش» عام خرج منه ماتفقنا عليه مع السنة الثابتة ففيما عداه يبقى على عموم الحديث، وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والاخذ بالشفعة، وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه. وما قاله عطاء يبطل ايضاً بما ذكرناه ولا يلزم عليه القصاص فانه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لانه لم يتحقق ضرره ؟ وهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم او بامكان النفي؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اخرته رجاء موته لم يعذر بذلك ويبطل خياره لانه اخر نفيه مع امكانه لغير عذر)

ودخل بها الثاني وأولدها اولاداً ثم قدم الاول فسخ نكاح الثاني وردت الى الاول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والاولاد له لانهم ولدوا على فراشه . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري واهل العراق وابن ابي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي واسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم الا ابا حنيفة قال : الولد للاول لانه صاحب الفراش لان نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الاجنبي

ولنا ان الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له دون غيره كولد الامة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبي فانه ليس له نكاح

(فصل) وان وطيء رجل امرأة لازوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي وجدت بخط ابي بكر انه لايلحق به لان النسب لايلحق الا في نكاح صحيح اوفاسد او ملك او شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ولانه وطء لايستند الى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء كالزنا والصحيح في المذهب الاول

قال احمد : كل من درأت عنه الحد الحقت به الولد ، ولانه وطء اعتقد الواطيء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا فانه لايعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان اختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطيء لانه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لم أعلم به او لم اعلم ان لي نفيه او لم اعلم ان ذلك على الفور وامكن صدقه قبل منه)

اذا اخر نفيه ثم ادعى انه لم يعلم بالولادة وامكن صدقه بان يكون في مكان يخفى عليه ذلك كن هو في محلة اخرى فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم العلم فان لم يمكن مثل ان يكون معها في الدار لم يقبل لان ذلك لايكاد يخفى عليه وان قال علمت ولادته ولم أعلم ان لي نفيه أو علمت ذلك او لم اعلم انه على الفور وكان من يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه لان هذا مما يخفى عليهم فأشبه مالو كان حديث عهد باسلام فان كان فقيها لم يقبل منه لانه مما لايخفى عليه ذلك ويحتمل ان يقبل منه لان الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام وقال اصحابنا لايقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالاسلام ويقبل من سائر الناس وفيه وجه آخر انه لايقبل والاول اولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان اخره لغيبة او مرض او شيء يمنعه ذلك لم يسقط نفيه)

وجملة ذلك انه اذا كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس او الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته او بملازمة غريم يخاف فوته او غيبته نظرت فان كانت مدة ذلك قصيرة فاخره الى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لانه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح وان كانت

وقال ابو بكر لايكون الولد للواطيء وانما يكون للزوج وهذا الذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة لان الولد للفراش . ولنا ان الواطيء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً . والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه . وان وطئت امرأته او امته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى اتت بولد لستة اشهر من حين الوطء لحق الواطيء وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول ابي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لان الولد للفراش .وان انكر الواطيء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لانه لايمكن الحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد .وان اتت بالولد لدون ستة اشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لاننا نعلم انه ليس من الواطيء . وان اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن ان يكون منهما لحق الزوج لان الولد للفراش وقد امكن كونه منه . وان ادعى الزوج انه من الواطيء فقال بعض اصحابنا يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما فان الحقته بالواطيء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وان الحقتـه بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في اصح الروايتين (والاخرى) له ذلك وان الحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وان لم توجد قافة او انـكر الواطيء الوطء او اشتبه على القافة لحق الزوج لان المقتضي للحاق النسب به متحقق ولم يوجد مايعارضه فوجب اثبات حكمه .ويحتمل ان يلحق الزوج بكل حال لان دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلايجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة

(فصل) وان اتت بولد فادعى انه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء

تتطاول ماامكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه وان لم يمكنه اشهد على نفسه انه ناف لولد امرأته فان لم يفعل بطل خياره لانه اذا لم يقدر على نفيـه قام الاشهاد مقامه كما يقيم المريض الفيئة بالقول بدلا عن الفيئة بالجماع

(فصل) فان قال لم أصدق المخبر به وكان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله وان لم يكن مستفيضاً وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل قوله والا قبل ، وان قال لم اعلم ان علي ذلك قبل قوله لانه ممـا يخفى وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وان اقام من غير حاجة بطل لانه اخر لغير عذر ، وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ماذكرنا من قبل وان اخره من غير عذر بطل وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة اهل العلم منهم مالك والشافعي وابن المنذر واصحاب الراي . وقال الحسن له أن يلاعن لنفيه مادامت امه عنده يصير لها الولد ولو اقر به ، والذي عليه الجمهور اولى فان اقر به فلم يملك جحده كما لو بانت منه امه ولانه اقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق

العدة لم يلحق بالاول بحال وان كان بعد اربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً. وان وضعته لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها (الثاني) لم يلحق به وينتفي عنهما وان كان لاكثر من ستة اشهر فهو ولده وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني ولاقل من اربع سنين من طلاق الاول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن الحقته به منهما فان الحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان الحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم أشهد بالله لقد زنت ويشير اليها وان لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يوقف عند الخامسة ويقال له اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فان أبى إلا أن يتم فليقل ولعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول هي أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ثم توقف عند الخامسة تخوف كما خوف الرجل فاذ أبت إلا أن تتم فلتقل وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)

في هذه المسئلة مسئلتان (احداهما) ان اللعان لايصح الا بمحضر من الحاكم او من يقوم مقامه وهذا مذهب الشافعي لان النبي ﷺ امر هلال بن امية ان يستدعي زوجته اليه ولاعن بينهما

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى اكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد ان كانت المراة محصنة او التعزير ان لم تكن محصنة)

اذا لاعن الرجل امراته ونفى ولده ثم اكذب نفسه لحقه الولد اذا كان حيا غنيا كان او فقيراً بغير خلاف بين اهل العلم وكذلك ان كان ميتاً. وبهذا قال الشافعي وابو ثور وقال الثوري اذا استلحق الولد الميت وكان ذا مال لم يلحقه لانه انما يدعي مالا وان لم يكن له مال لحقه وقال اصحاب الراي ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولايرث منه المدعي شيئاً لان نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فاذا كان له ولد كان مسلحقاً لوالده وتبعه نسب الميت

ولنا ان هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حياً او كان له ولد ولان ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل ابو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه فجعل الاصل تابعاً للفرع وذلك باطل فأما قول الثوري انه انما يدعي مالا قلنا نما يدعي النسب والميراث تبع له فان قيل فهو متهم في ان غرضه في حصول الميراث قلنا النسب لايمنع التهمة لحوقه بدليل انه لو كان له اخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث اخيه ولو كان الابن حيا غنياً والاب فقيراً فاستلحقه فهو متهم في ايجاب

ولانه اما يمين واما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وان تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد . وسواء كان الزوجان حرين او مملوكين في ظاهر كلام الخرقي . وقال اصحاب الشافعي :للسيد ان يلاعن بين عبده وأمته لان له اقامة الحد عليهما

ولنا انه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم او نائبه كاللعان بين الحرين .ولا نسلم ان السيد يملك اقامة الحد على أمته المزوجة . ثم لا يشبه اللعان الحد لان الحد زجر وتأديب واللعان اما شهادة واما يمين فافترقا . ولان اللعان داريء للحد وموجب له فجرى مجرى اقامة البينة على الزنا والحكم به او بنفيه . وان كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما وان بعث نائبه وحده جاز لان الجمع غير واجب

(فصل) ويستحب ان يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة اسنانهم فدل ذلك على انه حضره جمع كثير لان الصبيان انما يحضرون المجالس تبعا للرجال . ولان اللعان بني على التغليظ مبالغه في الردع به والزجر وفعله في الجماعة ابلغ في ذلك . ويستحب ان لا ينقصوا عن اربعة لان بينة الزنا الذي شرع اللعان من اجل الرمي به اربعة وليس شيء من هذا واجباً . ويستحب ان يتلاعنا قياما فيبدا الزوج فيلتعن وهو

نفقته على ابنه ويقبل قوله كذلك ههنا ثم كان ينبغي ان يثبت ههنا لانه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة و لا يلزم من انقطاع البيع انقطاع الاصل

قال القاضي يتعلق باللعان اربعة احكام حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب . وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد فاذا اكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب ولم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

(فصل) فان لم يكذب نفسه ولكن لم تكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فان أقيم عليه بعضه فأراد اللعان وقال أنا ألاعن قبل منه لان اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة فان ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفاً لان القذف الرمي بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به ولم يكن ذلك اكذابا لنفسه لانه مصر على رميها بالزنا وله اسقاط الحد باللعان ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا فأما ان قال مازنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه ، نص عليه أحمد لان قوله مازنت تكذيب للبينة واللعان فلا يثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعة إذا ادعيت عليه فقال ماأودعتني فقامت عليه البينة بالوديعة فادعى الرد أو التلف لم يقبل ولو أجاب بانه ماله عندي شيء أو لا يستحق علي شيئاً فقامت عليه البينة فادعى الرد أو التلف قبل منه

قائم فاذا فرغ قامت المراة فالتعنت وهي قائمة لماروي عن النبي ﷺ انه قال لهلال بن امية « قم فاشهد اربع شهادات » ولانه اذا قام شاهده الناس فكان ابلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجبا وبهذا كله قال ابو حنيفة والشافعي ولا اعلم فيه مخالفا

(فصل) قال القاضي ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان وبهذا قال ابو حنيفة لان الله تعالى اطلق الامر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده الا بدليل ولان النبي ﷺ امر الرجل باحضار امراته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل؛ وقال ابو الخطاب يستحب ان يتلاعنا في الازمان والاماكن التي تعظم وهذا مذهب الشافعي الا ان عنده في التغليظ بالمكان قولين (احدهما) ان التغليظ به مستحب كالزمان (والثاني) انه واجب لان النبي ﷺ لاعن عند المنبر فكان فعله بياناً اللعان ومعنى التغليظ بالمكان انهما اذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فانه اشرف البقاع ؛ وان كان في المدينة فعند منبر رسول الله ﷺ وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها ؛ واما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى(تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) واجمع المفسرون على ان المراد بالصلاة صلاة العصر قال ابو الخطاب في موضع او بين الاذانين لان الدعاء بينهما لايرد والصحيح الاول ولو استحب ذلك لفعله النبي ﷺ ولو فعله لنقل ولم يسغ تركه واهماله ، واما قولهم ان النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة . وان ثبت هذا فيحتمل انه كان بحكم الاتفاق لان مجلسه

﴿مسئلة﴾ (ويلزمه الحد اذا اكذب نفسه سواء اكذبها قبل لعانها او بعده)

وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الراي ولا نعلم لهم مخالفاً لان اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فاذا اكذب نفسه بان ان لعانه كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا اقل من ان يجب الحد الذي كان واجبا بالقذف المجرد فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بينة اقيمها بزناها او اراد اسقاط الحد عنه باللعان لم تسمع لان البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد اقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه . وهذا اذ كانت المقذوفة محصنة فان كانت غير محصنة فعليه التعزير .

(فصل) فيما يلحق من النسب، من اتت امراته بولد يمكن كونه منه وهو ان يأتي به بعد ستة اشهر منذ امكن اجتماعه بها ولاقل من اربع سنين منذ ابانها وهو ممن يولد لمثله كابن عشر سنين لحقه الولد لقول النبي ﷺ «الولد للفراش» ولان مع ذلك يمكن كونه منه وقدرناه بعشر سنين لقول النبي ﷺ «واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع» وقال القاضي يلحق به اذا اتت له تسعة اعوام ونصف مدة الحمل قياساً على الجارية وقال ابو بكر لايلحقه حتى يبلغ لان الولد انما يكون من الماء ولاينزل حتى يبلغ

كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه فان كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين . ويحتمل ان يغلظ في المكان لقوله في الايمان وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها النصراني في البيعة واليهودي في الكنيسة والمجوسي في بيت النار وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان وان كانت المسلمة حائضا وقلنا ان اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لان ذلك اقرب المواضع اليه

﴿ المسئلة الثانية في الفاظ اللعان وصفته ﴾ اما الفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما وصفته ان الامام يبدا بالزوج فيقيمه ويقول له قل اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير اليها ان كانت حاضرة ولايحتاج مع الحضور والاشارة الى نسبه وتسميته كما لايحتاج الى ذلك في سائر العقود . وان كانت غائبة اسماها ونسبها فقال امرأتي فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها فاذا شهد اربع مرات وقفه الحاكم وقال له اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وكل شيء اهون من لعنة الله ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لايبادر بالخامسة قبل الموعظة ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فان رآه يمضي في ذلك قال له قل وان لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي اشهد بالله ان زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه وان كان غائباً اسمته ونسبته فاذا كررت ذلك اربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فان رآها تمضي على ذلك قال لها قولي وان

ولنا انه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روي ان عمرو بن العاص وابنه لم يكن بينهما الا اثناعشر عاما وامر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم دليل على امكان الوطء الذي هو سبب الولادة . واما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فان الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة وقد تحيض لتسع والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع .

﴿مسئلة﴾ فاما ان اتت به لدون ستة اشهر مذ تزوجها او لاكثر من اربع سنين منذ ابانها لم يلحق الزوج لانا علمنا انها علقت به قبل النكاح ولايحتاج الى نفيه باللعان لان اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق احد الجائزين ونفي احد المحتملين ومالايجوز لايحتاج الى نفيه

﴿مسئلة﴾ (وان اقرت بانقضاء عدتها بالقروء ثم اتت به لاكثر من ستة اشهر لم يلحق بالزوج)

وهذا قول ابي العباس ابن شريح وقال غيره من اصحاب الشافعي يلحق به لانه يمكن ان يكون منه والولد يلحق بالامكان

غضب الله علي ان كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا

قال اسحاق بن منصور قلت لاحمد كيف يلاعن؟ قال على ما في كتاب الله يقول اربع مرات اشهد بالله اني فيما رميتها به لمن الصادقين ثم يوقف عند الخامسة فيقول لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة فيقال لها اتق الله فانها الموجبة توجب عليك العذاب فان حلفت قالت غضب الله عليها ان كان من الصادقين . وعدد هذه الالفاظ الخمسة شرط في اللعان فان اخل بواحدة منها لم يصح على ماذكرناه فيما مضى. وان ابدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقي انه يجوز ان يبدل قوله اني لمن الصادقين بقوله لقد زنت لان معناهما واحد ويجوز لها ابدال انه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وان ابدل لفظة اشهد بلفظ من الفاظ اليمين فقال احلف او اقسم او اولي لم يعتد به

وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتد به لانه أتى بالمعنى فأشبه ما لو ابدل اني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا والصحيح انه لايصح لان مااعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق . ولان اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات ابلغ في التغليظ فلم يجز تركه ولهذا لم يجز ان يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام اشهد

(والثاني) يعتد به لانه اتى بالمعنى اشبه ماقبله وللشافعي وجهان كهذين . وان ابدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجز لان لفظ اللعنة ابلغ في الزجر وأشد في انفس الناس ولانه عدل عن المنصوص . وقيل : يجوز لان معناهما واحد وان ابدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لان الغضب اغلظ ولهذا

ولنا انها اتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن ان لايكون منه فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجية اوالعدة واما بعدها فلايكتفى بالامكان للحاقه وانما يكتفى بالامكان لنفيه وذلك لان الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بامكان الحكمة واحتمالها فاذا انتفى السبب واثاره انتفى الحكم لانتفائه ولايلتفت الى مجرد الامكان . فأما ان طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة اشهر من آخر اقرائها لحق الزوج لأنا تيقنا انها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ويعلم انها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم ان لايكون الدم حيضا فلم تنقض عدتها به .

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها وهي حامل فولدت ثم ولدت آخر قبل مضي ستة اشهر فهو من الزوج)

لانا نعلم انهما حمل واحد فاذا كان احدهما منه فالآخر منه وان كان بينهما اكثر من ستة اشهر لم يلحق بالزوج وانتفى عنه من غير لعان لانه لا يمكن ان يكون الولدان حملا واحداً و بينهما مدة الحمل فعلم انها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها اجنبية فهي كسائر الاجنبيات

﴿مسئلة﴾ (او مع العلم بانه لم يجتمع بها)

خصت المرأة به لان المعرة بزناها اقبح واثمها بفعل الزنا اعظم من اثمه بالقذف . وان ابدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما اذا ابدل الرجل لفظة اللعنة بالابعاد .وان ابدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل ان يجوز لانه ابلغ واحتمل ان لايجوز لمخالفته المنصوص

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط ان يزاد بعد قوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا اراه يحتاج اليه لان الله سبحانه انزل ذلك وبينه ولم يذكر هذا الاشتراط

واما موعظة الامام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول اكثر اهل العلم لما روى ابن عباس قال لما كانت الخامسة قيل ياهلال اتق الله فانها الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة . وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لاافضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين . وروى ابو اسحاق الجوزجاني باسناده حديث المتلاعنين قال فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ثم امر به فأمسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شيء اهون عليك من لعنة الله ثم ارسل فقال لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ثم امر بها فأمسك على فيها وقال ويحك كل شيء اهون عليك من عذاب الله وذكر الحديث

(فصل) ويشترط في صحة اللعان شروط ستة (احدها) ان يكون بمحضر الامام او نائبه (الثاني) ان يأتي كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فان بادر به قبل ان يلقيه الامام عليه لم يصح كما لو حلف قبل ان يحلفه الحاكم (الثالث) استكمال لفظات اللعان الخمسة فان نقص منها لفظة

كالذي يتزوجها بحضرة الحاكم ويطلقها في المجلس قبل غيبته عنهم ثم اتت المراة بولد لستة اشهر او يتزوجها وبينهما مسافة لايصل اليها في المدة التي ولدت فيها كمشرقي يتزوج بمغربية ثم مضت ستة اشهر واتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يلحقه نسبه لان الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل الا ترى انكم قلتم اذا مضى زمان الامكان لحق الولد وان علم انه لم يحصل منه الوطء .

ولنا انه لم يحصل امكان الوطء في هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة الطفل او كما لو ولدته لدون ستة اشهر وفارق ماقاسوا عليه فان الامكان اذا وجد لم يعلم انه ليس منه قطعاً لجواز ان يكون وطئها من حيث لانعلم ولاسبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على امكانه في النكاح ولم يجز حذف الامكان عن الاعتبار لانه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه بدفع يقين كونه ليس منه .

لم يصح (الرابع) ان يأتي بصورته الاماذكرنا من الاختلاف في ابدال لفظة بمثلها في المعنى (الخامس) الترتيب فان قدم لفظة اللعنة على شيء من الالفاظ الاربعة او قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به(السادس)الاشارة من كل واحد منهما الى صاحبه ان كان حاضراً وتسميته ونسبته ان كان غائبا ولا يشترط حضورهما معا بل لو كان احدهما غائبا عن صاحبه مثل ان لاعن الرجل في المسجد والمراة على بابه لعدم امكان دخولها جاز

(فصل (واذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز ان يلتعنا بغيرها لان اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية . وان كانا لايحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة فان كان الحاكم يحسن لسانهما اجزأ ذلك . ويستحب ان يحضر معه اربعة يحسنون لسانهما . وان كان الحاكم لايحسن لسانهما فلا بد من ترجمان قال القاضي ولا يجزيء في الترجمة اقل من اثنين عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي لانه قال ولا يقبل في الترجمة عن اعجمي حاكم اليه اذا لم يعرف لسانه اقل من عدلين يعرفان لسانه وذكر ابو الخطاب رواية اخرى انه يجزيء قول عدل واحد وهو قول ابي حنيفة وسنذكر ذلك في موضع آخر ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد فاذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول وما هذا الولد ولدي وتقول هي اشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده)

وجملة ذلك انه متى كان اللعان لنفي ولد فلا بد من ذكره في لعانهما . وقال الشافعي لاتحتاج المراة الى ذكره لانها لاتنفيه وانما احتاج الزوج الى ذكره لنفيه وقال ابو بكر لايحتاج واحد منهما الى ذكره وينتفي بزوال الفراش

﴿مسئلة﴾ (او صبي دون عشر سنين او مقطوع الذكر والانثيين)

أما الصبي الذي له دون عشر سنين فقد ذكرناه في اول الفصل. واما مقطوع الذكر والانثيين فلا يلحق به الولد في قول عامة اهل العلم لانه يستحيل منه الايلاج والانزال. فان قطعت انثياه دون ذكره فكذلك لانه لاينزل ما يخلق منه الولد وقال اصحابنا يلحقه وفيه بعد قالوا لانه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقا

ولنا ان هذا لايخلق منه الولد عادة ولا وجد ذلك فاشبه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بايلاج لايخلق منه الولد فهو كما لو اولج اصبعه . فأما ان قطع ذكره وحده فقد قيل يلحقه الولد لانه يمكن ان يساحق فينزل مايخلق منه الولد فيدخل الماء الى فرج المرأة ولهذا الحقنا ولد الامة بسيدها اذا اعترف بوطئها فيما دون الفرج

ولنا ان من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمراة . والمرأة احد الزوجين فكان ذكر الولد شرطاً في لعانها كالزوج ولانهما متحالفان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين وظاهر كلام الخرقي انه يكتفى بقول الزوج وما هذا الولد ولدي ومن المرأة بقولها وهذا الولد ولده . وقال القاضي يشترط ان يقول هذا الولد من زنا وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لانه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقا وخلقا ولم نقتصر على قوله من زنا لانه قد يعتقد ان الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً

ولنا انه نفى الولد في اللعان فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين .وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي الاحتمال بضم احدى اللفظتين الى الاخرى فانه اذا اعتقد انه من وطء فاسد واعتقد ان ذلك زنا صح منه ان يقول اللفظين جميعاً وقد يريد انه لا يشبهني خلقا وخلقا أو أنه من وطء فاسد . فان لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه وان اراد نفيه اعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه

(فصل) واذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما واذا لاعنها سقط الحد عنه لهما سواء ذكر الرجل في لعانه او لم يذكره وان لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وأيهما طالب حد له ومن لم يطالب فلا يحد له كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة وبهذا قال ابوحنيفة ومالك الا في انه لا يسقط حده بلعانها. وقال بعض اصحابنا القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لان هلال بن امية قذف زوجته بشريك بن سحماء فلم يحده النبي ﷺ ولا عزره له وقال بعض اصحاب الشافعي يجب الحد وهل يجب حد واحد او حدان ؟ على وجهين.وقال

ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك كنحو ماذكرنا من الاختلاف عندنا . وقال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لان الولد انما يلحق بالفراش اذا امكن ، الا ترى انها اذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر اتصال المني الى قعر الرحم من المجبوب ولا معنى لقول من قال يجوز ان تستدخل المرأة مني الرجل فتحبل لان الولد مخلوق من مني الرجل والمراة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما واذا استدخلت المني بغير جماع لم يحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما، ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمراة اذا تصادقا انها استدخلت منيه وان الولد من ذلك المني يلحقه نسبه وماقال ذلك احد ، والذي ذكره ابن اللبان انما يصح اذا استدخلت منيه من غير مباشرة. فأما مع المباشرة والمساحقة فيمكن ان يحدث لها شهوة ينزل المني معها فتحبل فلا يشبه ماذكره من الاصل والله اعلم

(مسئلة) (وان طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ولأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها ففيه وجهان)

(أحدهما) لا يلحقه بنسبه وينتفي عنه بغير لعان لأنها علقت به بعد طلاقه فأشبهت البائن

بعضهم لا يجب الا حد واحد قولا واحداً . ولا خلاف بينهم انه اذا لاعن وذكر الاجنبي في لعانه انه يسقط عنه حكمه وان لم يذكره فعلى وجهين

ولنا ان اللعان بينة في احد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة . ولان به حاجة الى قذف الزاني لما افسد عليه من فراشه وربما يحتاج الى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي ﷺ على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب ان يسقط حكم قذفه ما اسقط حكم قذفها قياساً له عليها

(فصل) ولو قذف امرأته واجنبية او اجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة او اللعان . وان قذفهما بكلمة فكذلك الا انه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً او حدين ؟ على روايتين (احداهما) يحد حداً واحداً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في القديم . وزاد ابوحنيفة سواء كان بكلمة و بكلمات لانها حدود من جنس فوجب ان تتداخل كحدود الزنا (والثانية) ان طالبوا مجتمعين فحد واحد وان طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لانهم اذا اجتمعوا في الطلب امكن ايفاؤهم بالحد الواحد واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعي في الحد يقام لكل واحد حد بكل حال لانها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون

ولنا انه اذا قذفهما بكلمة واحدة يجزيء حد واحد لانه يظهر كذبه في قذفه و براءة عرضهما من رميه بحد واحد فأجزأ كما لو كان القذف لواحد . واذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لانهما قذفان

(والثاني) يلحقه لانها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل في رواية فأشبهت ما قبل الطلاق، فأما ان وضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة لم يلحق به لانها حملت به بعد زوال الفراش وكذلك ان كان الطلاق بائناً فوضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق فانه ينتفي عنه بغير لعان ولا يلحقه لذلك

(فصل) إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت الى الاول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والاولاد له لانهم ولدوا على فراشه ، روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي واسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة ، قال الولد للأول لأنه صاحب الفراش لان نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الأجنبي

ولنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبي فانه ليس له نكاح

لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد حد الاول . وهكذا الحكم فيما اذا قذف اجنبيتين او اجنبيات فالتفصيل فيه على ماذكرناه . وان قذف اربع نسائه فالحكم في الحد كذلك وان اراد اللعان فعليه ان يلاعن لكل واحدة لعانا مفرداً ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فان طالبن جميعاً وتشاححن بدأ باحداهن بالقرعة وان لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح . ويحتمل ان يجزئه لعان واحد فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الاربع من الزنا وتقول كل واحدة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لانه يحصل المقصود بذلك . والاول اصح لان اللعان ايمان فلا تتداخل لجماعة كالايمان في الديون

(فصل) ولو قال لزوجته يازانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف امها بكلمتين والحكم في الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه فان اجتمعا في المطالبة ففي ايتهما يقدم؟ فيه وجهان (احدهما) الام لان حقها آكد لكونه لا يسقط الا بالبينة ولان لها فضيلة الامومة (والثاني) تقديم البنت لانه بدأ بقذفها ومتى حد لاحداهما ثم وجب عليه الحد للاخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الاولى فان قيل ان الحد ههنا حق لآدمي فلم لا يوالى بينهما كالقصاص فانه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ولم نؤخره؟ قلنا لان حد القذف لايتكرر بتكرر سببه قبل اقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز ان تقطع الاطراف كلها في قصاص واحد فاذا جاز لواحد فلاثنين اولى

(فصل) وان قذف محصنا مرات فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا آخر او كرر القذف

(فصل) ولو وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ، وقال القاضي وجدت بخط أبي بكر أنه لا يلحق به لان النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ، ولانه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه الواطىء كالزنا ، والصحيح في المذهب الأول ، قال أحمد كل من درأت عند الحد ألحقت به الولد ولانه وطء اعتقد الواطىء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد ، وفارق وطء الزنا فانه لا يعتقد الحل فيه .

(فصل) ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء لانه يعتقد حله فلحق به النسب كالواطىء في نكاح فاسد وقال أبو بكر لا يكون الولد للواطىء وإنما يكون للزوج وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لان الولد للفراش .

ولنا أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما

بالاول لانهما حدان ترادف سببهما فتداخلا كالزنا مراراً وان قذفه فحد له ثم قذفه مرة اخرى بذلك الزنا فلا حد عليه لانه قد تحقق كذبه فيه بالحد فلا حاجة الى اظهار كذبه فيه ثانيا ولما جلد عمر ابا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة اعاد قذفه فهم عمر باعادة الحد عليه فقال له علي ان جلدته فارجم صاحبه فتركه، ولكنه يعزر تعزير السب والشتم. وذكر القاضي أن فيه رواية اخرى ان عليه الحد ثانيا لانه قذف ثان بعد اقامة الحد عليه فأشبه مالو قذفه بزنا ثان. واما ان قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر لانه قذف لمحصن لم يحد فيه فوجب ان يتعقبه الحد كالاول ولان سبب الحد وجد بعد اقامته فأعيد عليه كالزنا والسرقة. وعن احمد رواية اخرى لاحد عليه في الثاني لانه حد لصاحبه مرة فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الاول. وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم وهذه الرواية الثانية فيما اذا تقارب القذف الثاني من الحد، فاما اذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال لانه لا يجوز أن يكون حده مرة من اجله فوجب اطلاق عرضه له، ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا الا أنهم حكوا عن الشافعي فيما اذا اعاد القذف بزنا ثان قبل اقامة الحد قولين (احدهما) يجب حد واحد (والثاني) يجب حدان فاما ان قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فعليه الحد للقذف الاول ولا شيء عليه للثاني في قول ابي بكر وحكي نحو ذلك عن الزهري والثوري واصحاب الراي لانه لو قذف اجنبية قذفين لم يجب عليه اكثر من حد واحد واختار القاضي انه ان قذفها بالزنا الاول لم يكن عليه اكثر من حد واحد وليس له اسقاطه الا بالبينة، وان قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما اذا قذف الاجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر فان قلنا يجب حدان فطالبت المراة بموجب القذف الاول فأقام به بينة

لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه.

(فصل) وان وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطيء وانتفى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول أبي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لان الولد للفراش، وان أنكر الواطيء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لانه لا يمكن الحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد، وان أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لانا نعلم أنه ليس من الواطيء، فان اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لان الولد للفراش وقد أمكن كونه منه وان ادعى الزوج أنه من الواطيء فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالواطيء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين وان ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه، وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين، فان لم يوجد قافة أو اشتبه عليهم لحق الزوج لان المقتضي للحاق

سقط عنه حده ولم يجب في الثاني حد لانها غير محصنة وان لم يقم بينة حد لها ومتى طالبته بموجب الثاني فأقام به بينة او لاعنها سقط والا وجب عليه الحد ايضاً لان هذا القذف موجبه غير موجب الاول فان الاول موجبه الحد على الخصوص والثاني موجبه اللعان والحد وان بدات بالمطالبة بموجب الثاني فأقام بينة به أو لاعن سقط حده ولها المطالبة بموجب الاول فان اقام به بينة والا حد

قال القاضي : ان اقام بالثاني بينة سقط موجب الاول وهو مذهب الشافعي لانها صارت غير محصنة ولا يثبت لها حد المحصنات

ولنا ان سقوط احصانها في الثاني لايوجب سقوطه فيما قبل ذلك كما لو استوفى حده قبل اقامة البينة ولعل هذا ينبني على ما اذا قذف رجلا فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف ، وان لم يقم بينة عليهما ولم يلتعن للثاني لم يجب الا حد واحد نص عليه احمد . ولانهما حدان من جنسين ترادفا فلم يقم احدهما فتداخلا كما لو قذفها وهي اجنبية قذفين ولو قذف زوجته فحد لها ثم اعاد قذفها بذلك الزنا لم يحد لها لما ذكرنا في اعادة قذف الأجنبي لكن يعزر للاذى والسب وليس له اسقاط التعزير باللعان لانه تعزير سب لاتعزير قذف الا على الرواية التي تلزم الاجنبي حدان باعادة القذف فانه يلزمه ههنا حد وله اسقاطه باللعان . وان ولد له ولد بعد حده فذكرانه من ذلك الزنا فله اللعان لاسقاطه على كلتا الروايتين لانه محتاج الى نفيه ، وان قذفها في الزوجية قذفين بزناءين فليس عليه الا حد واحد ويكفيه لعان واحد لانه يمين فاذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة لكنه يحتاج ان يقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزناءين، وفارق ما اذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد لان اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الايمان . وان اقام

النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب اثبات حكمه، ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لان دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة

(فصل) فان أتت امرأته بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال ، وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً وان وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفي عنهما وان كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده، وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق بالزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه وان ادعى العزل الا أن يدعي الاستبراء وهل يحلف ؟ على وجهين)

من اعترف بوطء أمته في الفرج صارت فراشاً له فاذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه نسبه وبهذا قال

البينة بالاول سقط عنه موجب الثاني لانه زال احصانها ولا لعان الا ان يكون فيه نسب يريد نفيه وان اقامها بالثاني لم يسقط الحد الاول وله اسقاطه باللعان الا على قول القاضي فانه يسقط باقامة البينة على الثاني ؛ وان قذفها في الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لانه قد حققه بلعانه ويحتمل ان يحد كما لو قذفها به اجنبي وهو قول القاضي، ولو قذفها به اجنبي او بزنا غيره فعليه الحد في قول عامة اهل العلم منهم ابن عباس والزهري والشعبي والنخعي وقتادة ومالك والشافعي وابو عبيد ؛ وذكر ابو عبيد عن اصحاب الرأي انهم قالوا ان لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها وان نفاه فلا حد على قاذفها لانه منتف عن زوجها بالشرع

ولنا ماروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من رماها او ولدها فعليه الحد » رواه ابو داود وهذا نص فانه نص على من رماها مع ان ولدها منفي عن الملاعن شرعا ولانه لم يثبت زناها ولا زال احصانها فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وكما لو لم ينف ولدها . فأما ان اقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا او بغيره فلا حد عليه لانه قد زال احصانها ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها وانما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والاذى وهكذا كل من قامت البينة بزناه لاحد على قاذفه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه . وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لانها بانت منه باللعان وصارت اجنبية الا ان يضيف الزنا الى حال الزوجية فعند ذلك ان كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما

مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً حتى يقر بولدها فاذا أقر به صارت فراشاً ولحقه أولاده بعد ذلك لأنها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً باباحته كالزوجة

ولنا أن سعداً نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ، فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ، وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه قال مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلون لاتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا ، ولان الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فاذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشاً كالنكاح ، ولان المرأة إنما سميت فراشاً تجوزاً اما لمضاجعته لها على الفراش واما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الأمرين يحصل في الجماع ، وقياسهم الوطء على الملك لايصح لان الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تنعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه. إذا ثبت هذا فانه اذا أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وان ادعي أنه كان يعزل عنها لحقه النسب ولم ينتف عنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان التعن هو ولم تلتعن هي فلا حد عليها والزوجية بحالها)

وجملة ذلك انه اذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها وبه قال الحسن والاوزاعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني. وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وابو اسحاق الجوزجاني وابن المنذر الى ان عليها الحد لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات) والعذاب الذي يدرؤه لعانها هو الحد المذكور في قوله سبحانه (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ولانه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا انه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن. ودليل ذلك ان تحقيق زناها لا يخلو اما ان يكون بلعان الزوج او بنكولها او بهما لا يجوز ان يكون بلعان الزوج وحده لانه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولانه اما يمين واما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز ان يثبت بنكولها لان الحد لا يثبت بالنكول فانه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها وذلك لان النكول يحتمل ان يكون لشدة خفرها او لعقلة على لسانها اوغير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف مااعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم ان يصفوا صورة الفعل وان يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلا الى اسقاطه ولا يجوز ان يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا

بذلك لما روى جابر قال جاء رجل من الانصار إلى رسول الله ﷺ فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال له النبي ﷺ « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود ولما ذكرنا من حديث عمر وروي عن أبي سعيد أنه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، ولانه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الاحكام وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به ، فأما ان أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشاً لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص

وروي عن أحمد أنها تصير فراشاً لانه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لان من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها، وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولان الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق، ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لانه ولد لم يرض به فأشبه ولد المرأة

الاحوال مع ان الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضي به في اعظم الامور وأبعدها ثبوتا واسرعها سقوطا ولانها لو اقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها اولى . ولا يجوز ان يقضى فيه بهما لان ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولان ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم احدهما الى الآخر فان احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز ان يكون الحبس او غيره فلا يتعين في الحد وان احتمل ان يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه ان الحد على من زنا وقد احصن اذا كانت بينة او كان الحمل او الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي انها تحبس حتى تلتعن او تقر اربعاً . قال احمد : فإن ابت المرأة ان تلتعن بعد التعان الرجل اجبرتها عليه وهبت ان احكم عليها بالرجم لأنها لو اقرت بلسانها لم ارجمها اذا رجعت فكيف اذا ابت اللعان ؟ ولا يسقط النسب الا بالتعانهما جميعاً لان الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية اصح وهذا قول من وافقنا في انه لاحد عليها وذلك لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله)فيدل على انها اذا لم تشهد لا يندرىء عنها العذاب

(والرواية الثانية) يخلى سبيلها وهو قول ابي بكر لانه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي مالم يتم اللعان بينهما في قول عامة اهل العلم الا الشافعي فانه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك

ولنا قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فخص بذلك الازواج ولانه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطىء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولان له طريقا الى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج الى نفيه باللعان فلا يشرع ولانه لو وطيء امته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل ان يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالامكان فكيف مع الظهور ووجود نسبه؟ فان ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معا لانه لا يمكن جعل احدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب الحاقهما به معاً وكذلك لو اتت التي لم يعترف بوطئها بولدين توامين فاعترف باحدهما ونفى الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتقها او باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة اشهر من حين العتق او البيع فهو ولده)

لانها حملت به وهي فراش لان اقل الحمل ستة اشهر فاذا اتت به لاقل من ذلك علم ان حملها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان أقرت دون الاربع مرات)

وجملته ان الرجل اذا قذف امراته فصدقته واقرت بالزنا مرة او مرتين او ثلاثا لم يجب عليها الحد لانه لايثبت الا باقرار اربع مرات على مايذكر في الحدود ثم ان كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لان اللعان كالبينة انما يقام مع الانكار وان كان بعد لعانه لم تلاعن هي لانها لاتحلف مع الاقرار وحكمها حكم مالو امتنعت من غير اقرار وبهذا قال ابوحنيفة وقال الشافعي ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له ان يلاعن الا ان يكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه فان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على ان النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فان الحد باقرار مرة وهذه الاصول قد مضى اكثرها ولو اقرت اربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما اذا لم يكن ثم نسب ينفى وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وابو ثور واصحاب الراي فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له ان يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها اياه وان اراد لعانها لنفي نسب فظاهر قول الخرقي انه ليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو قول اصحاب الراي

وقال الشافعي له لعانها لنفي النسب فيها كلها لانها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفي ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها اولى ووجه الاول ان نفي الولد انما يكون بلعانهما معاً وقد تعذر اللعان منهما ولانها لاتستحلف على نفي ماتقربه فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان

(فصل) ولو قال لامرأته يازانية فقالت بك زنيت فلاحد عليها ولاعليه . وقال اصحاب الشافعي

كان قبل بيعها فيلحق النسب به كما لو لم يبعها وتصير ام ولد والبيع باطل لانها صارت ام ولد

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان لم يستبرئها فأتت به لاكثر من ستة اشهر فادعى المشتري انه منه سواء ادعاه البائع او لم يدعه)

لانه وجد منه سببه وهو الوطء ولم يوجد مايعارضه ولايمنعه فتعين احالة حكمه عليه والحاق الولد بمن وجد السبب منه سواء ادعاه البائع او لا

﴿ مسئلة ﴾ (وان استبرئت ثم اتت بولد لاكثر من ستة اشهر لم يلحقه نسبه)

لان الاستبراء يدل على براءتها من الحمل وقد امكن ان يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاستبراء مع قيام الدليل على ذلك ، فاما ان اتت به لاقل من ستة اشهر فقد علمنا انها كانت حاملا في زمن الاستبراء فيكون الاستبراء غير صحيح وتكون بمنزلة من لم يستبرئها وكذلك ان لم يستبرىء ولم يقر المشتري له به لانه ولد امة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له الا باقرار من المشتري

عليه حد القذف لانه يحتمل انها ارادت بذلك نفي الزنا عن نفسها كما يستعمل اهل العرف فيما اذا قال قائل سرقت قال معك سرقت اي انا لم اسرق لكونك انت لم تسرق

ولنا انها صدقته في قذفه اياها فأشبه مالو قال صدقت ولا حد عليها لان حد الزنا لايثبت الا بالاقرار اربع مرات وليس عليها حد القذف لانها لم تقذفه وانما اقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً بأن يظنها زوجته وهي عالمة انه اجنبي ولانه يحتمل ان تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه او انه لم يطأني سواك فان لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ولا يجب الحد مع الاحتمال ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال فان الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها . ولو قال يازانية فقالت انت ازنى مني فقال ابو بكر فيها كالتي قبلها لاحد على الزوج بتصديقها له ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها

وقال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ليس قولها قذفا قال الشافعي الا ان تريد القذف لانه يحتمل ان تريد انه اصابني وهو زوجي فان كان ذلك فهو ابلغ مني فيه . وقال القاضي عليها حد لقذفها ولا حد عليه لتصديقها اياه وقد اتت بصريح قذفه بالزنا فوجب عليها الحد كما لو قالت انت زان والاحتمال مع التصريح بالقذف لايمنع الحد كما لو قالت انت زان . فأما ان قال يازانية فقالت بل انت زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه عليه حد القذف الا ان المراة لاتملك اسقاط حدها الا بالبينة والزوج يملك اسقاطه ببينة او لعان

﴿ مسئلة ﴾ (فاما ان لم يكن البائع اقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال سواء ولدته لستة اشهر او لاقل منها)

لانه يحتمل ان يكون من غيره وان اتفقا على انه ولد البائع لحقه لان الحق لهما فيثبت باتفاقهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعاه البائع فهو عبد للمشتري)

لا يقبل دعوى البائع في الايلاد لان الملك انتقل الى المشتري في الظاهر فلا يقبل قول البائع فيما يبطل حقه كما لو باع عبداً ثم اقر انه كان اعتقه والقول قول المشتري مع يمينه لانه منكر . وهل يلحق البائع نسبه ؟ على وجهين (احدهما) يلحقه مع كونه عبداً للمشتري لانه يجوز ان يكون ابناً لواحد مملوكا لآخر كولد الامة المزوجة (والثاني) لايلحقه لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو اعتقه كان ابوه احق بميراثه منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء المجنون من لاملك له عليها ولا شبهة ملك فأتت بولد لم يلحقه نسبه

لانه لايسند الى ملك ولا اعتقاد اباحة فان اكرهها على الوطء فعليه مهر مثلها كالمكلف لان الضمان يستوي فيه المكلف وغيره والله اعلم

كتاب العدد

الاصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والاجماع .أما الكتاب فقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله تعالى(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وأما السنة فقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » وقال لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » في آي وأحاديث كثيرة وأجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة وانما اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) ولان العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين

(فصل) وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم وقال أبو حنيفة ان لم تكن من دينهم لم تلزمها لانهم لا يخاطبون بفروع الدين

كتاب العدد

الاصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وقوله سبحانه (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا) واما السنة فقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشر » وقال لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن ام مكتوم » في آي واحاديث كثيرة واجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة وانما اختلفوا في انواع منها

﴿ مسئلة ﴾ (كل امرأة فارقها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة بها فلا عدة عليها)

اجمع العلماء على ذلك لقول الله تعالى (ياايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها) ولان العدة انما وجبت في الاصل لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا

ولنا عموم الآيات ولانها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الامصار منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم الا ما روي عن مالك أنه قال تعتد من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة

(فصل) والمعتدات ثلاثة أقسام :

(معتدة) بالحمل وهي كل امرأة حامل من زوج اذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

(والثاني) معتدة بالقروء وهي كل معتدة من فرقة في الحياة أو وطء في غير نكاح اذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

(والثالث) معتدة بالشهور وهي كل من تعتد بالقرء اذا لم تكن ذات قرء لصغر أو اياس لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) وذات القرء اذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر الحمل وعدة الآيسة وكل من

(فصل) وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم . وقال ابو حنيفة ان لم يكن من دينهم لم يلزمها لانهم لايخاطبون بفروع الاسلام

ولنا عموم الآيات ولانها بائن بعد الدخول اشبهت المسلمة . وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الامصار منهم الثوري والشافعي وابو عبيد واصحاب الرأي وهو قول مالك . وروي عنه انه قال تعتد من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا) ولانها معتدة من الوفاة اشبهت المسلمة

﴿ مسئلة ﴾ (وان خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما او باحدهما مانع من الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجب والعنة او لم يكن الا ألا يعلم بها كالاعمى والطفل فلا عدة عليها)

وجملة ذلك ان العدة تجب على من خلا بها زوجها ولم يمسها ولا خلاف بين اهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فاما ان خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فان العدة تجب عليها روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والاوزاعي واسحاق واصحاب الرأي والشافعي في قديم قوله وقال في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى

توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)

(فصل) وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن عباس ان عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وابان بن عثمان واسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة ، رواه النسائي وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وأن عثمان قضى به رواه النسائي وابن ماجه

ولنا قول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولانها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي

(يأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ولانها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة فروى الامام احمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن اوفى قال قضى الخلفاء الراشدون ان من ارخى ستراً او اغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الأثرم ايضا عن عمر وعلي . وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعا وضعف احمد ماروي في خلاف ذلك وقد ذكرناه في الصداق ولانه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الاحكام المتعلقة كعقد الاجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لانه لم يوجد منها التمكين ولا فرق بين ان يخلو بها مع المانع من الوطء او مع عدمه وسواء كان المانع حقيقيا كالجب والعنه والرتق او شرعيا كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار لان الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الاصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وان لم يطأ وقد روي عن احمد ان الصداق لايكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة . وروي عنه ان صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على ان المانع متى كان متأكداً كالاحرام وشبهه مع كمال الصداق ولم تجب العدة لان الخلوة انما اقيمت مقام المسيس لانها مظنة له ومع المانع لاتتحقق المظنة

فانهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة مطلقة وهو أصح عنه

(فصل) والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي لان وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض

(فصل) والمزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك

ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم انما تجب لحفظ النسب لا يصح فانها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء

﴿ مسئلة ﴾ (الا ألا يعلم بها كالاعمى والطفل فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لان المظنة لا تتحقق وكذلك ان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها اولم تكن مطاوعة لعدم تحقق المظنة مع ظهور استحالة المسيس والمعتدات على ستة اضرب (احدها) اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن حرائر كن او اماء من فرقة الحياة او الممات)

كل امرأة حامل من زوج اذا فارقت زوجها بطلاق اوفسخ اوموته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهذا إجماع أهل المدينة إلا أنه روي عن ابن عباس وعن علي من وجه أن المتوفى عنها زوجها تعتد بأطول الاجلين وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله ، وقد روي أن ابن عباس رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ، وحكي عن اسحاق وحماد أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول وقالوا لو بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وروي عن أبي كعب قال قلت للنبي ﷺ (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) للمطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها ، قال « هي للمطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها وقال ابن مسعود من شاء باهلته

الامة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الامة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة اليها داعية فان المزني بها اذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب

(مسألة) قال رحمه الله تعالى (واذا طلق الرجل زوجته وقدخلا بهافعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها)

في هذه المسألة ثلاثة فصول (احدها) ان العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وان لم يمسها ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فأما ان خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فان مذهب أحمد وجوب العدة عليها وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في قديم قوليه وقال الشافعي في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء

أو لاعنته أن الآية التي فى سورة النساء القصرى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) نزلت بعد التي في سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً) يعني أن هذه الآية هي الاخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآية المتقدمة ويخص بها عمومها . وروى عبد الله بن الارقم أن سبيعة الاسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ؟ انك والله ماأنت بنا كح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قدحللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج إن بدا لي . متفق عليه . قال ابن عبد البر هذا حديث حسن صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روي عن ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة انما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الاشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي بهالعدةولانه لاخلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

(فصل) وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه وان ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لانها لا تكون واضعة لحملها حتى يخرج كله وان كان الحمل اثنين أو أكثر

الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الاثرم أيضاً عن الاحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعاً، وضعف أحمد ما روى في خلاف ذلك وقد ذكرناه في كتاب الصداق ولانه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الاحكام المتعلقة كعقد الاجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لانه لم يوجد منها التمكين

(فصل) وظاهر كلام الخرقي انه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه سواء كان المانع حقيقياً كالجب والعنة والفتق والرتق أو شرعياً كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار لان الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الاصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وان لم يطأ، وقد روي عن احمد ان الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة وروي عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وشبهه منع كمال الصداق ولم تجب العدة لان الخلوة انما أقيمت مقام المسيس لانها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة، وأما ان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعمى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لان المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس

(الفصل الثاني) ان عدة المطلقة اذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف

لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لان الحمل هو الجميع، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فانهما قالا تنقضي عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها قيل له أفتتزوج؟ قال لا قال قتادة خصم العبد، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى أن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فاذا علم وجود الحمل فقد تبين وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولانها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فان وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنه لم يبق معها حمل لان الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

﴿مسئلة﴾ (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان فان وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء انه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي به العدة؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم تخل من خمسة أحوال

(أحدها) أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس واليد والرجل فتنقضي به العدة بغير خلاف بينهم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن عدة المرأة تنقضي بالسقط اذا علم أنه

بين أهل العلم وذلك لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة، قال أحمد بن يحيى ثعلب القروء الاوقات الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لان كل واحد منهما يأتي لوقت. قال الشاعر:

كرهت العقر عقر بني تميم   اذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها وفي الحديث عن النبي ﷺ «دعي الصلاة أيام اقرائك فهذا الحيض» وقال الشاعر:

مورثة عزا وفي الحي رفعة   لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد فروي انها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي عبيد واصحاب الرأي، وروي ذلك عن ابي بكر الصديق وعثمان بن عفان رضي الله عنهما وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء قال القاضي الصحيح عن أحمد أن الاقراء الحيض واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار فقال في رواية النيسابوري كنت أقول إنه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى أن الاقراء الحيض وقال في رواية الاثرم كنت أقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر (والرواية الثانية) عن أحمد أن القروء الاطهار وهو قول

ولد وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأحمد واسحاق، قال الاثرم قلت لابي عبد الله اذا نكس في الخلق الرابع يعني تنقضي به العدة فقال إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن اذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لانه اذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

(الحال الثاني) ألقت نطفة او دما لاتدري هل هو ما يخلق منه آدمي اولا فهذا لايتعلق به شيء من الاحكام لانه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة ولا بالبينة

(الحال الثالث) ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الاول

(الحال الرابع) ألقت مضغة لاصورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فاختلفت الرواية عن أحمد فنقل مهنا وابو طالب أن عدتها لاتنقضي به ولا تصير به ام ولد لانه لم يبن فيه خلق آدمي أشبه الدم، وقد ذكر هذا قولا للشافعي وهو اختيار ابي بكر، ونقل الاثرم عن أحمد أن عدتها لاتنقضي به ولكن تصير أم ولد لانه مشكوك في كونه ولدا فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ولم يجز بيع الامة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطا ولا تنقضي

زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وابان بن عثمان وعمر ابن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وأبي ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت احدا من فقهائنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع أحمد الى أن القروء الاطهار قال في رواية الأثرم رأيت الاحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف و لاحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة احاديثها صحاح وقوية ، واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أي في عدتهن كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أي في يوم القيامة وانما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فان شاء طلق وان شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه وفي رواية ابن عمر « فطلقوهن في قبل عدتهن » ولانها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآيسة والصغيرة

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالاشهر فدل ذلك على أن الاصل الحيض كما قال تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا) الآية ولان المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض قال النبي ﷺ « تدع الصلاة أيام اقرائها » رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبي حبيش « انظري فاذا أتى قرؤك فلا تصلي واذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء الى القرء » رواه النسائي ولم يعهد

العدة احتياطا وقال حنبل انها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لانهم شهدوا بانه خلقة آدمي أشبه مالو تصور، قال شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية في العدة لانه لم يذكرها ولم يتعرض لها

(الحال الخامس) أن تضع مضغة لاصورة فيها ولم تشهد القوابل بانها مبتدأ خلق آدمي فلا تنقضي به العدة ولا تصير به الامة أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة فأشبه العلقة ولا تنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال سواء كان نطفة او علقة وسواء قيل إنه بدء خلق آدمي او لم يقل نص عليه احمد فقال: اما اذا كان علقة فليس بشيء انما هو دم لا تنقضي بها عدة ولا تعتق بها امة ولا نعلم في هذا مخالفا الا الحسن فانه قال : اذا علم انها حمل انقضت به العدة ، وفيه الغرة والاول أصح وعليه الجمهور

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتت بولد لايلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض به العدة وعنه تنقضي وفيه بعد)

اذا أتت بولد بعد أربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ او انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لانا نعلم انها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت أجنبية منه فأشبهت سائر الاجنبيات، فعلى هذا لاتنقضي به العدة وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها به كما لو أتت به لاقل من ستة أشهر منذ نكحها ، وقال ابو الخطاب هل تنقضي

في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة طلقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وغيره ، فان قالوا هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه وهو نص في عدة الامة فكذلك عدة الحرة ولان ظاهر قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة لانه يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولان العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الامة وذلك لان الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به ، فان قيل لا نسلم ان استبراء الامة بالحيضة وانما هو بالطهر الذي قبل الحيضة كذلك قال ابن عبد البر وقال قولهم ان استبراء الامة حيضة باجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت ان دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولان الاستبراء تعرف براءة الرحم وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولان العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل

به العدة ؟ على وجهين ، وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي لانه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة وان لم يلحق به كالولد المنفي باللعان ، وبهذا فارق الذي أتت به لاقل من ستة أشهر فانه ينتفي عنه يقينا ، ثم ناقضوا قولهم فقالوا لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الاول فالولد منتف عنهما ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما، وهذا أصح فان احتمال كونه منه لم يكف في اثبات نسب الولد منه مع انه يثبت بمجرد الامكان فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى ، وما ذكروه منتقض بما سلموه ، وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به قبل ستة أشهر غير صحيح فانه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو نكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا ، واما المنفي بلعان فاننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة اليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة اليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء العدة من الاحكام المتعلقة بها دونه فثبت

(فصل) فاما امرأة الطفل الذي لا يولد لمثله اذا مات عن زوجة فولدت لم يلحقه نسبه ولم تنقض به عدتها وتعتد بالاشهر وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال ابو حنيفة ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به ، وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة

يحققه ان العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه، فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيحتمل أنه اراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق سبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء الحيض

(الفصل الثالث) ان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين اهل العلم لان الله تعالى امر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ولان الطلاق انما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما ومن قال القروء الاطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال القروء الاطهار الا الزهري وحده قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه، وحكي عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم يحتسب ببقيته لانه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر اضر بها وأطول عليها، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لان تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير

وذكره ابن أبي موسى قال ابو الخطاب وفيه بعد، وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج امرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فانها لا تعتد بوضعه عندنا وعنده تعتد به، واحتج بقوله سبحانه (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقينا فلم يعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه . اذا ثبت هذا فان عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء بشبهة او كان من زنا لا يلحق بأحد لان العدة تجب من كل وطء فاذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لان العدة من رجلين لا يتداخلان، وان كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فانها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، وكذلك اذا طلق الخصي المجبوب امرأته او مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه، وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أن الولد يلحق به لانه قد يتصور منه الانزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة، والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لانه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ تسع سنين، وكذلك اذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم ثم طلقها في المجلس او تزوج

العلة معلولا وانما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فان الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج ان تعتد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة اطهار على الرواية الاخرى ، ولو قال لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الايقاع ولم يبق من الطهر الا زمن الوقوع فانها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق لان العدة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لانها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءا ، وان اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل وقد بقي منه بقية فالقول قولها لان قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج)

حكى أبو عبد الله بن حامد في هذه المسئلة روايتين (احداهما) أنها في العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال أحمد : عمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من

المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لم يلحقه ولا تنقضي به العدة وقد ذكرناه في الباب الذي قبله وذكرنا الخلاف فيه ، وانقضاء العدة مبني على لحوق النسب

﴿ مسئله ﴾ (وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثرها أربع سنين وعنه سنتان)

انما كان أقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الاثرم باسناده عن أبي الاسود أنه رفع الى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد ، ورواه الاثرم أيضا عن عكرمة ان ابن عباس قال ذلك قال عاصم الاحول قلت لعكرمة انه بلغنا ان عليا قال هذا قال فقال عكرمة لا ماقال هذا الا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة في المعارف ان عبدالملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وغالبه تسعة أشهر لان غالب النساء كذلك وهذا أمر معروف بين الناس ، وأكثر مدة الحمل أربع سنين هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك ، وروي عن احمد ان اقصى مدته سنتان روي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ،ولان التقدير انما يعلم بتوقيف او اتفاق ولا توقيف ههنا والاتفاق انما هو على ماذكرنا ، وقد وجد ذلك فان الضحاك بن مزاحم

الحيضة الثالثة ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري واسحاق وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة قال أبو بكر وروي عن أبي عبد الله أنها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وهذا قول الثوري وبه قال أبو حنيفة اذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض فان انقطع لاكثره انقضت العدة بانقطاعه. ووجه اعتبار الغسل قول الاكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والاوزاعي والشافعي في القديم لان الله تعالى قال (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولانه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه، قال القاضي اذا شرطنا الغسل أفاد عدمه اباحة الرجعة وتحريمها على الازواج فأما سائر الاحكام فانها تنقطع بانقطاع دمها

(فصل) وان قلنا القروء الاطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة وان طلقها حائضا انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة ، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وابان بن عثمان ومالك وأبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي

وهرم بن حبان حملت أم كل واحد منهما به سنتين ، وقال الليث أقصاه ثلاثين سنين حملت مولاة لعمر بن عبدالله ثلاث سنين ، وقال ابوعبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين

ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيه الى الوجود ، وقد وجد الحمل أربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين قال أحمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقي محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسين بن علي في بطن أمه أربع سنين وهكذا ابراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك ابوالخطاب واذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه ماوجد ولان عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك الا لانه غاية الحمل ، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما. اذا ثبت هذا فان المرأة اذا ولدت لاربع سنين فمادون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضي به

وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال وحكى القاضي هذا احتمالا في مذهبنا أيضا

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم عنهم باسناده ، ولفظ حديث زيد بن ثابت « اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها» وقولهم ان الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم ان كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فاذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها ان حضت فانت طالق ، اختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لانه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار ، ومنهم من قال ليس منها انما يتبين به انقضاؤها ولانا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كانت أمة فاذا اغتسلت من الحيضة الثانية)

أكثر أهل العلم يقولون عدة الامة بالقرء قرآن منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل مايتبين به الولد أحد وثمانون يوما وهو أقل ماتنقضي به العدة من الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها)

لان النبي ﷺ قال « ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين فاما بعد أربعة أشهر فليس فيه اشكال لانه يستكمل الخلق في الرابع

(فصل) الضرب الثاني المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة وشهران وخمسة أيام ان كانت أمة وسواء ماقبل الدخول وبعده

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها او غير مدخول بها سواء كانت بالغة او لم تبلغ لقول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وقال النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه . فان قيل الا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) قلنا انما خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن

واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

ولنا قول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » وقد ذكرناه وقول عمر وعلي وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا وهذا يخص عموم الآية ولانه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي فيه الامة الحرة كالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة الا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت فاذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في احدى الروايتين وفي الاخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التي تقول إن القروء الاطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر)

أجمع أهل العلم على هذا لان الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فان كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) وقال

تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسا على المطلقة في التخصيص لوجهين (أحدهما) ان النكاح عقد عمر فاذا مات انتهى والشيء اذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الاجارة بانقضائها والعدة من أحكامه

(الثاني) ان المطلقة اذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا يأمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بايجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظا لها اذا ثبت هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن مالك انها اذا كانت مدخولا بها وجبت أربعة أشهر وعشر فيها حيضة واتباع الكتاب والسنة أولى ولانه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة وهذا الخلاف مختص بذات القروء فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيهما

وأما الامة المتوفى عنها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم الا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الامة الا كعدة الحرة الا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر اللفظ وعمومه

سبحانه (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس في أن الاشهر الحرم معتبرة بالاهلة وان وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما ، وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تحتسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الاول تاما كان أو ناقصا لانه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة فاذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجها ثانيا ان جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لانه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال فاذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا واذا تعذر رجعوا الى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لابي حنيفة وأما التخريج الذي ذكرناه فانه لا يلزم تمام الشهر الاول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع

(فصل) وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت الى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحتسب بالساعات وانما تحتسب بأول الليل والنهار فاذا طلقها نهارا احتسبت من أول الليل الذي يليه وان

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الامة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

(فصل) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال فيجب عشرة أيام مع الليالي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي يجب عشر ليال وتسعة أيام لان العشرة تستعمل في الليالي دون الايام وإنما دخلت الايام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً . قلنا العرب تغلب حكم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بايامها كما قال الله تعالى لزكريا (آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) يريد بأيامها ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالي والايام ويقول القائل : سرنا عشراً يريد الليالي بأيامها فلم يجز نقلها عن العدة إلى الاباحة بالشك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن مات زوج الرجعية في عدتها استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق)

وهذا لا خلاف فيه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة ، وحكي في المحرر أنها تعتد أطول الاجلين وهو بعيد .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدتها لم تنتقل عن عدتها وتبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة)

وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الاجلين كما لو طلقها في مرض موته

طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لان حساب الساعات يشق فسقط اعتباره ولنا قول الله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن اما يقينا واما استظهارا فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والامة شهران)

اختلفت الروايات عن أبي عبدالله في عدة الامة فأكثر الروايات عنه انها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه باسناده وهذا قول عطاء والزهري وإسحاق وأحد قولي الشافعي لان الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران. ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة

(والرواية الثانية) ان عدتها شهر ونصف نقلها الميموني والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان للشافعي لان عدة الامة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وانما كانا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فاذا صرنا الى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد أجزأه إخراجه فان

ولنا قوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها . وذكر القاضي في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول الاجلين وليس بشيء فان الحمل تنقضي بوضعه كل عدة ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل لما ذكرناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الاجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة) نص على هذا أحمد وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر : تبني على عدة الطلاق لانه مات وليست زوجة له لانها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة . وعن أحمد مثل ذلك ، وعنه رواية ثالثة أنها تعتد عدة الوفاة فقط ذكر هاتين في المحرر لانها ترثه أشبهت الرجعية والاولى ظاهر المذهب ووجه ذلك أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ويلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم

(فصل) وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته ، وقال القاضي عليها عدة الوفاة إذا قلنا ترثه فتجب عليها عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول قبل قضاء العدة ورواه أبو طالب عن أحمد في التي انقضت عدتها ،

أراد الصيام مكانه صام يوما كا لا . ولانها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولانها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها

(والرواية الثالثة ان عدتها ثلاثة اشهر وروي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولانه استبراء للامة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الامة اذا ملكها أو مات سيدها ولان اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة اشهر في الحرة والامة جميعاً لان الحمل يكون نطفة اربعين يوما وعلقة أربعين يوما ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ولذلك كان استبراء الامة في حق سيدها ثلاثة أشهر ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لاجماع الصحابة لانهم اختلفوا على القولين الاولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث لانه يفضي الى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولانها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها

(فصل) واختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لان عائشة قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون وان كانت من نساء العرب فستون لانهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت ابي عبيدة بن عبدالله بن زمعة ولدت موسى بن عبدالله بن حسن بن حسن بن علي بن

وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين ، والصحيح انها لاعدة عليها لان الله تعالى قال (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (واللائي يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم تحضن) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولانها أجنبية تحل للازواج ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت وتخالف التي مات زوجها في عدتها فانها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ونمنع انها ترثه لانها لو ورثته لا أفضي إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فاما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلاعدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه فان كانت المطلقة البائن لا ترث كالامة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم يلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا لانهم عللوا نقلها الى عدة الوفاة بارثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة

(مسئلة) (وان ارتابت المتوفي عنها لظهور امارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تزل في عدتها حتى تزول الريبة وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسد به لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا)

أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال انه لن تلد بعد خمسين سنة الا عربية ولا تلد لستين الا قرشية وللشافعي قولان (أحدهما) يعتبر السن الذي يتيقن انه اذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة (والثاني) يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر ان نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن ، والصحيح ان شاء الله انه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فاذا انضم الى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ماسنذكره ان شاء الله ، وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً ، وان رأته بعد الستين فقد تيقن انه ليس بحيض لانه لم يوجد ذلك ، قال الخرقي فاذا رأته بعد الستين فقد تيقن انه ليس بحيض فعند ذلك لاتعتد به وتعتد بالاشهر كالتي لاترى دما

(فصل) وأقل سن تحيض فيه المرة تسع سنين لان المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روي عن الشافعي انه قال رايت جدة لها احدى وعشرون سنة فهذه إذا أسقطت من

وجملة ذلك أن المعتدة اذا ارتابت في عدتها بأن ترى امارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما وشكت هل هو حمل أم لا؟ لم تخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن تحدث بها الريبة قبل انقضاء عدتها فانها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الريبة فان بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زال وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالشهور أو بالاقراء ان كان فارقها في الحياة فان تزوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لانها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر ، ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح إذا كان بعد انقضاء العدة

(الثاني) أن تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لانه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها لانا شككنا في صحة النكاح ولانه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره ثم ينظر فان وضعت الولد لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل لانه نكحها وهي حامل وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به .

(الثالث) ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان (احدهما) لا يحل لها ان تتزوج وان فعلت لم يصح النكاح لانها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم تصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولاننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفا ولا يجوز كون النكاح موقوفا ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز أن يتزوج اختها لان نكاحها يكون موقوفا على إسلام الاولى

عمرها مدة الحلين في الغالب عاما ونصفا وقسمت الباقي بينها و بين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين ، فان رأت دما قبل ذلك فليس بحيض لانه لم يوجد من مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ماتكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به

(فصل) فان بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة اشهر في ظاهر قول الخرقي وهو قول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ماروى أبو طالب عن أحمد انها تعتد سنة، قال القاضي هذه الرواية أصح لانه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز ان يكون بها حمل منع حيضها فيجب ان تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) وهذه من اللائي لم يحضن ولان الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب مثل ان تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري مارفعه فانها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن

(والثاني) يحل لها النكاح ويصح لانا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ما حكمنا به بالشك الطارىء ولهذا لاينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود

(فصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها اخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين خرجت القرعة وان طلق واحدة بعينها وانسيها ففي قول اصحابنا الحكم فيها كذلك . والصحيح انه يحرم عليه الجميع وهو اختيار شيخنا وقد ذكرناه في باب الشك في الطلاق فان مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق أو الوفاة لان النكاح كان بائنا بيقين وكل واحدة منهن يجوز ان تكون المطلقة ويجوز ان تكون زوجة فوجب اقصى الاجلين إن كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه ان يصلي خمس صلوات لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وان طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ، وإن طلق ثلاثا وانسيهن فهو كما لو طلق واحدة

﴿ مسألة ﴾ (وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي عليها عدة الوفاة نص عليه وقال ابن حامد لاعدة عليها للوفاة لذلك فان كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجها واحدا)

أما إذا كان النكاح مجمعا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقدها والخلوة بها كالخلوة بالاجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة وان وطئها اعتدت لوطئها بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كالمزني بها من

﴿ مسـألة ﴾ قال (واذا طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة)

هذا قول الحسن والشعبي والضحاك واسحاق واصحاب الرأي وهذا احد اقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة امة سواء كانت بائنا او رجعية وهو قول مالك وابي ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائناً او كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولانه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد. وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لان سبب العدة الكاملة اذا وجد في اثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم

ولنا انها اذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب ان تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وان أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو أعتقت بعد مضي القرأين. ولان عدة الرجعية تنتقل الى عدة الوفاة لو مات فتنتقل الى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل الى عدة الوفاة فلا تنتقل الى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكرناه لمالك يبطل بما اذا مات زوج الرجعية فانها تنتقل الى عدة الوفاة

غير عقد فأما ان نكحها نكاحا مختلفا فيه فهو فاسد فان مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهو اختيار أبي بكر وقال أبو عبد الله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لانه نكاح لا يثبت فأشبه الباطل فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الاول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به العدة كالنكاح الصحيح بخلاف الباطل فانه لا يلحق به النسب وان فارقها في الحياة بعد الاصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ان كانت من ذوات الاقراء أو بثلاثة أشهر إن لم تكن ولا خلاف في ذلك ، وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بغير خلاف لان المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها ففي الفاسد أولى ، وإن كان بعد الخلوة قبل الاصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لانه أجري مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة وقال الشافعي لا عدة عليها لوجهين (احدهما) انها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل (والثاني) أن الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى ، وهذا مقتضى قول ابن حامد.

(فصل) (الثالث ذات القروء التي فارقها في الحياة بعد دخوله بها عدتها ثلاثة قروء ان كانت حرة وقرء ان كانت أمة)

أما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف بين أهل العلم لقول الله تعالى (والمطلقات

والفرق بين مانحن فيه وبين ما اذا حاضت الصغيرة ان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء وليس كذلك ههنا فان عدة الامة ليست ببدل ولذلك تبني الامة على مامضى من عدتها اتفاقا واذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق وتخالف الاستبراء فان الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تكمل الا ترى ان ام الولد اذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولان الاستبراء لايختلف بالرق والحرية بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا عتقت الامة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهي حرة.

وقد روى الحسن ان النبي ﷺ امر بريرة ان تعتد عدة الحرة وان طلقها العبد طلاقا رجعيا فاعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت او اقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة رجعية وان لم تفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فان اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة ام تبنى على مامضى من عدتها؟ على وجهين فان قلنا تستأنف فانها تستأنف عدة حرة، وان قلنا تبنى بنت على عدة حرة

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وأما الامة فعدتها بالقرء قرءان في قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبدالله بن عتبة والقاسم وسالم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

ولنا قول النبي ﷺ «قرء الامة حيضتان» ولانه قول من ذكرنا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا وهذا يخص عموم الآية ولانه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي الامة فيه الحرة كالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة الا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت

(مسئلة) (والقرء الحيض في أصح الروايتين (والثانية) هي الاطهار)

القرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة قال أحمد بن يحيى ثعلب القروء الاوقات الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لان كل واحد منهما يأتي لوقت قال الشاعر:

كرهت العقر عقر بني تميم ... اذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها وفي الحديث عن النبي ﷺ «دعي الصلاة أيام اقرائك فهذا الحيض» وقال الشاعر:

مورثة عزا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر، واختلف أهل العلم في المراد في قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) واختلفت

« مسئلة » قال (واذا طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها لاتدري مارفعه؟ اعتدت سنة)

وجملة ذلك ان الرجل اذا طلق امرأته وهي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر مارفعه؟ فانها تعتد سنة تسعة اشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لان هذه المدة هي غالب مدة الحمل فاذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة اشهر هذا قول عمر رضي الله عنه قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لاينكره منهم منكر علمناه وبه قال مالك والشافعي في احد قوليه وروي ذلك عن الحسن وقال الشافعي في قول آخر تتربص اربع سنين اكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة اشهر لان هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا

وقال في الجديد تكون في عدة ابداً حتى تحيض او تبلغ سن الاياس تعتد حينئذ بثلاثة اشهر وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري وابي الزناد والثوري وابي عبيد واهل العراق لان الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولانها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض

الرواية عن أحمد في ذلك فروي أنها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي وروي أيضا عن أبي بكر الصديق وعثمان ابن عفان وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء قال القاضي الصحيح عن احمد ان الأقراء الحيض واليه ذهب اصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار فقال في رواية النيسابوري كنت اقول انه الاطهار وانا اذهب اليوم الى ان الاقراء الحيض وقال في رواية الاثرم كنت أقول إنه الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر .

(والرواية الثانية) عن احمد ان القروء الاطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وابي ثور ، وقال ابو بكر بن عبد الرحمن ما ادركت احدا من فقهائنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع أحمد الى القرء والاطهار قال في رواية الاثرم رأيت الاحاديث عمن قال القرء الحيض تختلف والاحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح قوية واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أي في عدتهن كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أي في يوم القيامة وانما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في حديث ابن

ولنا الاجماع الذي حكاه الشافعي ولان الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة اشهر ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولان عليها في تطويل العدة ضرراً فانها تمنع من الازواج وتحبس دائماً ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فان قيل فاذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر انما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل مالو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة

(فصل) فان عاد الحيض اليها في السنة ولو في آخرها لزمها الانتقال إلى القروء لانها الاصل فبطل بها حكم البدل ، وان عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لان عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت ، وان حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان (أحدهما) لا تعود لان العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة (والثاني) تعود لانها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كالو حاضت في السنة

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت امة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة

هذه المسئلة مبنية على أصلين (أحدهما) ان الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟

عمر « فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فان شاء طلق وان شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء » متفق عليه ، وفي رواية ابن عمر: فطلقوهن في قبل عدتهن ولانها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب ان تعتبر عقيب الطلاق كعدة الآيسة والصغيرة ، ووجه الرواية الاولى قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالاشهر فيدل ذلك على أن الاصل الحيض كما قال تعالى (فان لم تجدوا ماء فتيمموا) ولان المعهود في لسان الشارع استعمال القرء بمعنى الحيض قال النبي ﷺ « تدع الصلاة أيام اقرائها » رواه ابو داود ، وقال لفاطمة بنت ابي حبيش « انظري فاذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء الى القرء » رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة طلقتان وقرؤها حيضتان » رواه ابو داود وغيره فان قالوا هذا يرويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبدالله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وابو بكر الخلال في جامعه ، وهو نص في عدة الامة فكذلك عدة الحرة ولان ظاهر قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب

(الثاني) ان عدة الامة الآيسة شهران فتتربص تسعة أشهر لان مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقياً فاذا يئست من الحمل اعتدت عدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التي جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفا ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة

﴿ مسئلة ﴾ قال وان عرفت مارفع الحيض؟ كانت في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به الا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات)

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده باسناده عن حبان بن منقذ[1] انه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له إنك ان مت ورثتك فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان ؟ فقالا نرى انها ان ماتت ورثها وان مات ورثته لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من الحيض ولا من الابكار اللائي لم يبلغن الحيض فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه ، وروى الأثرم باسناده عن محمد بن يحيى بن حبان انه كانت عند جده امرأتان

(١) حبان بن منقذ الانصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء

ثلاثة بل يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجبه ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولان العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الامة ، وذلك لان الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به فان قيل لانسلم ان استبراء الامة بالحيضة لذلك قال ابن عبد البر وانما هو بالطهر الذي قبل الحيضة وقال قولهم ان استبراء الامة حيضة باجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي ﷺ «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرىء بحيضة» ولان الاستبراء تعرف براءة الرحم وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولان العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالحيض كوضع الحمل يحققه ان العدة مقصودها براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيجوز انه أراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق يسبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم الحكم ولا يؤخذ الحكم قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء بالحيض

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها)

هاشمية وانصارية فطلق الانصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الانصارية لم أحض فاختصموا الى عثمان رضي الله عنه فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا - يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه

﴿مسألة﴾ قال (وان حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه لم تنقض عدتها الا بعد سنة بعد انقطاع الحيض)

وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في رجل طلق امراته فحاضت حيضة او حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه تجلس تسعة اشهر فاذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة اشهر فذلك سنة ولا نعرف له مخالفا. قال ابن المنذر قضى به عمر بين المهاجرين والانصار ولم ينكره منكر وقال الاثرم سمعت اباعبد الله يسئل عن الرجل يطلق امراته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها قال اذهب الى حديث عمر اذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فانها تنتظر سنة قيل له فحاضت دون السنة فقال ترجع الى الحيضة قيل له فان ارتفعت حيضتها ايضاً لا تدر مما ارتفعت؟ قال تقعد سنة اخرى وهذا قول كل من وافقنا في المسئلة الاولى وذلك لانها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب ان تنتقل الى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لان العدة

لا نعلم في ذلك خلافا بين أهل العلم لان الله تعالى أمر بثلاثة قروء فيتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا تعتد بها ولان الطلاق انما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسب بتلك الحيضة قرءا كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما

﴿ مسألة ﴾ (ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها، واذا طهرت من الحيضة الثالثة حلت في إحدى الروايتين، و لاخرى لاتحل حتى تغتسل)

حكى هاتين الروايتين ابو عبدالله بن حامد (إحداهما) انها في العدة مالم تغتسل يباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال قال احمد وعمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة روي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري واسحاق، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك له الرجعة، وان فرطت في الغسل عشرين سنة قال ابو بكر روى عن أبي عبدالله انها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي قد طهرت في وقتها وهذا قول الثوري، وقال ابو حنيفة اذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض، وان انقطع لا كثره انقضت العدة بانقطاعه، ووجه اعتبار الغسل أن قول الاكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا، ولانها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض

لا تنبني على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة او حيضتين ثم يئست انتقلت الى ثلاثة اشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً او شهرين ثم حاضت انتقلت الى ثلاثة قروء

(فصل) فان كانت عادة المرأة ان يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وان طالت لان هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم في هذا مخالفاً

(فصل) في عدة المستحاضة لاتخلو اما ان يكون لها حيض محكوم به بعادة اوتمييز او لا تكون كذلك فان كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها قال احمد المستحاضة تعتد ايام اقرائها التي كانت تعرف وان علمت ان لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة اشهر وان شكت في شيء تربصت حتى تستيقن ان القروء الثلاث قد انقضت وان كانت مبتدأة لاتمييز لها او ناسية لا تعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن احمد فيها روايتان :

(احداهما) ان عدتها ثلاثة اشهر وهو قول عكرمة وقتادة وابي عبيد لان النبي صلى الله عليه وسلم امر حمنة بنت جحش ان تجلس في كل شهر ستة ايام او سبعة فجعل لها حيضة في كل شهر

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة ، وانقطاع دمها . اختاره ابو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والاوزاعي والشافعي في القديم لقول الله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بوجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولانه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة وكذلك فيما نحن فيه قال القاضي اذا شرطنا الغسل أفاد عدمه الرجعة وتحريمها على الازواج فأما سائر الاحكام فانها تنقطع بانقطاع دمها

(فصل) ومن قال القرء الاطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءا ، وان بقي منه لحظة حسبها قرءا ، هذا قول كل من قال ان القروء الاطهار الا الزهري فانه قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه ، وحكي عن أبي عبيد أنه ان كان جامعها في الطهر لم تحتسب ببقيته لانه زمن حرم فيه الطلاق فلم تحتسب به من العدة كزمن الحيض

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم تحتسب ببقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لان تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا وانما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فان الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض أو ثلاثة اطهار على الرواية الاخرى ولو قال

تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر احكام الحيض فيجب ان تنقضي به العدة لان ذلك من احكام الحيض

(والرواية الثانية) تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لاتدري مارفعها قال احمد اذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لان به يتبين الحمل ، وهو قول مالك واسحاق لانها لم تتيقن لها حيضاً مع انها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها . وعلى الرواية الاولى ينبغي ان يقال اننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة ايام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة ايام من اول الثالث فقد انقضت عدتها وان قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مر لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض ان كانت حرة وبحيضتين ان كانت أمة)

وجملته ان الصغيرة التي لم تحض او البالغ التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة علماء الامصار منهم سعيد بن لمسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وابو عبيد واصحاب

لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك فانها لا تحتسب الذي وقع فيه الطلاق لان العدة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قارنه ، ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءا فان اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل قد بقي منه بقية فالقول قولها لان قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة

﴿ مسئلة ﴾ (والرواية الثانية القروء الاطهار وتعتد بالطهر الذي طلقها فيه قرءا فاذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت)

اذا طلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة، وان طلقها حائضا انقضت برؤية الدم من الحيضة الرابعة وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وأبان بن عثمان ومالك وأبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي من الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال، وحكى القاضي هذا الاحتمال في مذهبنا أيضا. ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم عنهم باسناده ولفظ حديث زيد بن ثابت اذا دخلت

الرأي واهل المدنية واهل البصرة وذلك لان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها ان تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءا ؟ فيه وجهان

(احدهما) تعتد به لانه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين (والثاني) لا تعتد به وهو ظاهر كلام الشافعي لان القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً فأما ان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتي حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ولا يمكن منع هذا الاصل لانه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال

(فصل) ولو حاضت حيضة اوحيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة اشهر لان العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر وان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم مامضى وتبين ان مارأته من الدم لم يكن حيضا لان الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لاقل من ستة اشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لانها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن ان يكون حادثا بعد انقضاء العدة بان تأتي به لستة اشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج

في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبريء منها ولا ترثه ولا يرثها وقولهم ان الدم يجوز أن يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم ان كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فاذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها ان حضت فأنت طالق واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لانه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار ومنهم من قال ليس منها انما يتبين به انقضاؤها لانا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين

(فصل) وكل فرقة بين زوجين في الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم، وروي عن ابن عباس أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لانها مفارقة في الحياة أشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والاوزاعي والشافعي، وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وابان بن عثمان واسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة،

وحكمنا بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثا وان اتت به لدون ذلك تبينا ان الدم ليس بحيض لانه لايجوز وجوده في مدة الحمل

(فصل) واذا ارتابت المعتدة ومعناه ان ترى امارات الحمل من حركة او نفخة ونحوهما وشكت هل هو حمل ام لا؟ فلا يخلو من ثلاثة احوال:

(احدها) ان تحدث به الريبة قبل انقضاء عدتها فانها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الريبة فان بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت وبان انه ليس بحمل تبينا ان عدتها انقضت بالقروء او الشهور فان زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لانها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر ويحتمل أنه اذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح لانا تبينا انها تزوجت بعد انقضاء عدتها

(الثاني) ان تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لانه وجد بعد قضاء العدة ظاهرا والحمل مع الريبة مشكوك فيه ولايزل به ما حكم بصحته لكن لايحل لزوجها وطؤها لاننا شككنا في صحة النكاح ولانه لايحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره ثم ننظر فان وضعت الولد لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل لانه نكحها وهي حامل وان اتت به لاكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح

(الحال الثالث) ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان (احدهما) لا يحل لها

ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة . رواه النسائي ، وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك ولان عثمان قضى به رواه النسائي وابن ماجه

ولنا قول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولانها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع ، وقول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر هو ضعيف مرسل ، وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فانهما قالا : عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة المطلقة وهو أصح عنه

(فصل) الرابع اللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر ان كن حرائر وان كن اماء فشهران وعنه ثلاثة أشهر وعنه شهر ونصف أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة الآيسة والصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فان كان الطلاق في أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) وقال سبحانه (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس في أن الاشهر الحرم معتبرة بالاهلة وان وقع الطلاق في اثناء شهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين

أن تتزوج وان تزوجت فالنكاح باطل لانها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم يصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولاننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفاً ولا يجوز كون النكاح موقوفاً، ولهذا لو اسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز ان يتزوج اختها لان نكاحها يكون موقوفاً على اسلام الاولى (والثاني) يحل لها النكاح ويصح لاننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ماحكم به بالشك الطارىء ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود

(فصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة وان طلق واحدة بعينها وأنسيها ففي قول أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح انه يحرم عليه الجميع فان مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق والوفاة لان النكاح كان ثابتا بيقين وكل واحدة منهن يجوز أن تكون هي المطلقة وأن تكون زوجاً فوجب أقصى الاجلين ان كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي، وان طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثا، وان طلق ثلاثا وأنسيهن فهو كالو طلق واحدة

بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما، وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تحسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الاول تاماً كان أو ناقصا لانه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة فاذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجها ثانيا أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لانه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثاني من نصف الشهر وكذلك الثالث

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال فاذا أمكن اعتبار الهلال اعتبر وإذا تعذر رجع إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة وأما التخريج الذي ذكر لأصحابنا فانه لا يلزم إتمام الشهر الاول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع

(فصل) وتحسب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف النهار أو نصف الليل اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال ابن حامد لا تحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فاذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه وان طلقها ليلا احتسبت من أول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لان حساب الساعات يشق فسقط اعتباره

ولنا قول الله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن

« مسألة » قال ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة

أجمع أهل العلم على ان عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها أو غير مدخول بها سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وقال النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه

فان قيل ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ؟) قلنا انما خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين (أحدهما) ان النكاح عقد عمر فاذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الاجارة بانقضائها والعدة من أحكامه (الثاني) ان المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا

اما يقينا واما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى، واختلفت الرواية في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران وهو الذي ذكره الخرقي رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كانت عدتها شهرين، رواه الاثرم عنه باسناده وهذا قول عطاء والزهري واسحاق وأحد أقوال الشافعي، لان الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرآن فبدلها شهران ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قروء كالحرة

(والرواية الثانية) أن عدتها شهر ونصف، نقلها الميموني والاثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه، وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان للشافعي لان عدة الأمة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فاذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد مكيل أخرجه فان أراد الصيام مكانه صام يوما كاملا ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة .

(والثالثة) أن عليها ثلاثة أشهر روي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحيى الانصاري وربيعة ومالك، وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولان اعتبار الشهور

يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظا لها

إذا ثبت هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن مالك أنها إذا كانت مدخولا بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولانه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالطلقة وهذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الامة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الامة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الامة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

(فصل) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ؛ وقال الاوزاعي يجب عشر ليالي وتسعة أيام لان العشر تستعمل في الليالي دون الايام وانما دخلت الايام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً قلنا العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى

ههنا للعلم ببراءة رحمها ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والامة جميعاً لان الحمل يكون نطفة أربعين يوما وعلقه أربعين يوما ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لاجماع الصحابة لانهم اختلفوا على القولين الاولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز احداث قول ثالث لانه يفضي إلى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولانها معتدة بغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القروء والمتوفى عنها زوجها

﴿ مسئلة ﴾ (وعدة أم الولد عدة الامة لانها امة مملوكة وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وامة اما إذا اعتدت بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة)

لان عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية وعدة الامة بالقروء قرآن فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً لانه لا يتبعض وان كانت عدتها بالشهور للوفاة وكان نصفها حراً اعتدت بثلاثة شهور وثمانية أيام واذا كان نصفها حراً فعدتها ثلاثة أرباع عدة الحرة فان قلنا عدة الامة شهران فعدتها شهران ونصف وان قلنا شهر ونصف فعدتها شهران وسبعة أيام ونصف وان قلنا عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة

﴿ مسئلة ﴾ (وحد الاياس خمسون سنة وعنه أن ذلك حده في نساء العجم وحده في نساء العرب ستون سنة) اختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لان

لزكريا (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالي والايام، ويقول القائل: سرنا عشراً، يريد الليالي بأيامها، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الاباحة بالشك

(فصل) وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة، وان مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته فانها تعتد أطول الاجلين من عدة الوفاة او ثلاثة قروء نص على هذا أحمد وبه قال الثوري وابو حنيفة ومحمد بن الحسن وقال مالك والشافعي وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لانه مات وليست زوجة له لانها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة

ولنا انها وارثة له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية. وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم وان مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض او بالشهور او بوضع الحمل او كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته، وقال القاضي عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه لانهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة، ورواه ابو طالب عن احمد في التي انقضت عدتها، وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين، والصحيح أنها لا عدة عليها لان الله تعالى قال (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن

عائشة رضي الله عنها قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون سنة وان كانت من نساء العرب فستون لانهن أقوى جبلة وطبيعة وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب ان هند ابنة أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة وقال يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعي قولان

(أحدهما) يعتبر السن الذي يتيقن أنها إذا بلغته لم تحض، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة

(والثاني) يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن وقال شيخنا الصحيح ان شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فاذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادراً وان رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالاشهر كالتي لا ترى دماً، وأما أقل سن تحيض له

فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - وقال - واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولانها أجنبية تحل للازواج ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت، وتخالف التي مات في عدتها فانها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم انها ترثه فانها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فاما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه أيضاً وان كانت المطلقة البائن لا ترث كالامة او الحرة يطلقها العبد او الذمية يطلقها المسلم والمختلعة او فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها او بعدها على قياس قول أصحابنا فهم علاوا نقلها إلى عدة الوفاة بارثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائناً فمات زوجها فانها تبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وقال الثوري وابو حنيفة عليها أطول الاجلين كما لو طلقها في مرض موته

ولنا قوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) ولانها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها، وذكر القاضي في المطلقة في المرض انها إذا كانت حاملا تعتد أطول الاجلين، وليس هذا بشيء

المرأة فقد ذكرناه في باب الحيض وذكرنا دليله فان رأته قبل ذلك اعتدت بالأشهر وان رأته بعد ذلك فالمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة وان لم يوجد ذلك لم تعتد به

(مسألة) (وان حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها اكمالها)

وجملة ذلك أن الصغيرة التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة بالاقراء في قول عامة فقهاء الامصار منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة وذلك لان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً؟ فيه وجهان

(أحدهما) تعتد به لانه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين

(والثاني) لا تعتد به وهو ظاهر كلام الشافعي لان القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فأما ان حاضت بعد انقضاء عدتها بالشهور ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه حدث بعد انقضاء العدة فأشبه ما لو حدث بعد طول الفصل ولا يمكن منع هذا الاصل لانه لو صح منعه لم يحصل للصغيرة الاعتداد بالشهور بحال.

لان وضع الحمل تنقضي به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على مانذكره في المسئلة التي تلي هذا إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها الا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة)

أجمع أهل العلم في جميع الاعصار على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها وكذلك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا أجلها وضع حملها إلا ابن عباس ، وروي عن علي من وجه منقطع انها تعتد باقصى الاجلين ، وقاله ابو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ويحكى عن حماد وإسحاق أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وروي عن أبي بن كعب قال قلت للنبي ﷺ (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) المطلقة ثلاثا أو

﴿ مسئلة ﴾ (وان يئست ذات القروء في عدتها انتقلت الى عدة الايسات ثلاثة أشهر)

لان العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر إتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر لانها عجزت عن الاصل فانتقلت إلى البدل كمن عجز عن الماء ينتقل الى التراب

فان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وبان لنا أن مارأته من الدم لم يكن حيضا لان الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل فولدت لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لأنها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لا تحيض فأما ان حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن حدوثه بعد العدة بأن تلد لستة أشهر منذ انقضت عدتها لم يلحق الزوج وحكمنا بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثا

﴿ مسئلة ﴾ (وان عتقت الامة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وان كانت بائناً بنت على عدة أمة) هذا قول الحسن والشعبي والضحاك واسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد أقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية وهو قول مالك وأبي ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يغير حكمها كما لو كانت بائناً أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولانه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لان سبب العدة الكاملة إذا وجد في اثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم حاضت

المتوفى عنها؟ قال «هي للمطلقة ثلاثا وللمتوفى عنها» وقال ابن مسعود من شاء باهلته أو لاعنته ان الآية التي في سورة النساء القصرى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) نزلت بعد التي في سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا) يعني ان هذه الآية هي الاخيرة فتقدم على ماخالفها من عموم الآيات المتقدمة ويخص بها عمومها

وروى عبد الله بن الارقم ان سبيعة الاسلمية أخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح؟ انك والله ماأنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزويج ان بدا لي متفق عليه، قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ماروي عن

ولنا أنها إذا أعتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق، وإن أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو عتقت بعد مضي القرأين ولأن الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر، والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكره مالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فانها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين مانحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء، وليس كذلك ههنا فان عدة الامة ليست ببدل ولذلك تبني الامة على ما مضى من عدتها اتفاقا وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترقا وتخالف الاستبراء فان الحرية لو قاربت سبب وجوبه لم يكمل ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا عتقت الامة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لانها بانت من زوجها وهي حرة وروى الحسن أن النبي ﷺ أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سيدها بنت على عدة حرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لانها عتقت في عدة رجعية وإن لم يفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فان اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أو تبنى على مامضى من عدتها؟ على وجهين فان قلنا تستأنف فانها تستأنف عدة حرة. وان قلنا تبني بنت على عدة حرة.

(فصل) (الخامس من ارتفع حيضها لا تدري مارفعه تعتد سنة تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة)

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته وهي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر

ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع ، ولانها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة ، يحققه ان العدة انما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الاشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي العدة ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

(فصل) واذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وان ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لانها لاتكون واضعة لحملها مالم يخرج كله وان كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لان الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فانهما قالا تنقضي عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة انه قال إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له فتتزوج ؟ قال لا قال قتادة خصم العبد، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى فان العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فاذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة

مارفعه فانها تعتد مدة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لان هذه غالب مدة الحمل فاذالم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر ، هذا قول عمر رضي الله عنه . قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لا ينكره منهم منكر علمناه ، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وروي ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لان هذه المدة هي التي تتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً . وحكى شيخنا مثل ذلك في المذهب ، وقال الشافعي في الجديد تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الاياس فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبي عبيد وأهل العراق ولان الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض

ولنا الاجماع الذي ذكرناه حكاه الشافعي ولان الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا يحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القروء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ولان عليها في تطويل العدة ضرراً فانها تمنع من الازواج وتحبس دائما ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه. وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فان قيل فاذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم بثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر انما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة رحمها بدليل مالو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمها العدة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة)

وهذا مبني على أن الحرة تعتد بتسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وأن عد

وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولانها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فان وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن انها لم يبق معها حمل لان الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

﴿ مسألة ﴾ قال (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك ان المرأة اذ ألقت بعد فرقة زوجها شيئا لم يخل من خمسة أحوال (أحدها) أن تضع مابان فيه خلق الآدمي من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضي بالسقط اذا علم انه ولد . وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأحمد واسحاق

قال الاثرم قلت لابي عبدالله اذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعني تنقضي به العدة فقال اذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن اذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لانه اذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

الامة شهران لان مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقياً فاذا يئست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين وعلى قولنا ان عدة الأمة شهر ونصف تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ومن جعل عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة سواء

(فصل) فان عاد الحيض اليها في السنة ولو في آخرها أو عاد الى الامة قبل انقضاء عدتها على ما فيها من الاختلاف لزمها الانتقال إلى القروء لأنها الاصل فبطل بها حكم البدل وان عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لان عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت، وان حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان (أحدهما) لا تعود لان العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة (والثاني) تعود لانها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة

(فصل) فان حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لاتدري مارفعه فهي كالمسئلة التي قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لاتدري مارفعه تجلس تسعة أشهر فان لم يتبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعلم له مخالفاً . قال ابن المنذر قضى به عمر بين المهاجرين والانصار لاينكره منكر ، وقال

(الحال الثاني) ألقت نطفة أو دما لاتدري هل هو مايخلق منه الآدمي أو لا فهذا لايتعلق به شيء من الاحكام لانه لم يثبت انه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة

(الحال الثالث) ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فنشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية بان بها انها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الاول لانه قد تبين بشهادة أهل المعرفة انه ولد

(الحال الرابع) اذا ألقت مضغة لاصورة فيها فشهد ثقات من القوابل انه مبتدأ خلق آدمي فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب ان عدتها لاتنقضي به ولا تصير به أم ولد لانه لم يبن فيه خلق آدمي فأشبه الدم وقد ذكر هذا قولا للشافعي وهو اختيار أبي بكر

ونقل الاثرم عن أحمد أن عدتها لاتنقضي به ولكن تصير أم ولد لانه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ولم يجز بيع الامة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها ام ولد احتياطاً ولاتنقضي العدة احتياطا ، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لانهم شهدوا بانه خلقة آدمي أشبه مالو تصور ، والصحيح ان هذا ليس برواية في العدة لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها ،

(الحال الخامس) أن تضع مضغة لاصورة فيها ولم تشهد القوابل بانها مبتدأ خلق آدمي فهذا لا

الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم ترتفع حيضتها ؟ قال أذهب الى حديث عمر اذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فإنها تنتظر سنة ، قيل له فحاضت دون السنة ؟ فقال ترجع الى الحيض ، قيل له فان ارتفعت حيضتها لاتدري مما ارتفعت ؟ قال تعتد سنة أخرى وهذا قول كل من روا قنا في المسئلة قبلها وذلك لانها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة ، لان العدة لاتبنى على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء

(فصل) فان كانت عادة المرأة أن يتباعد مابين حيضتيها لم تنقض عدتها إلا بثلاث حيضات ، وإن طالت لان هذه لم يرتفع حيضها ولم يتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم فيه مخالفاً

(مسئلة) (وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة اليائسة ثلاثة أشهر وعنه سنة)

اذا بلغت الجارية سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر وهو ظاهر قول الخرقي وقول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواه أبو طالب فخالف فيها أصحابه فروى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ، قال

تنقضي به عدة ولاتصير به أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولامشاهدة فأشبه العلقة فلاتنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال سواء كان نطفة أوعلقة وسواء قيل انه مبتدأ خلق آدمي أولم يقل نص عليه أحمد فقال أما اذا كان علقة فليس بشيء انما هي دم لا تنقضي به عدة ولا تعتق به أمة ولا نعلم مخالفا في هذا الا الحسن فانه قال اذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة، والاول أصح وعليه الجمهور، واقل ماتنقضي به العدة من الحمل ان تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها لان النبي ﷺ قال «ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك» ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين فاما مابعد الاربعة أشهر فليس فيه اشكال لانه منكس في الخلق الرابع

(فصل) واقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الاثرم باسناده عن أبي الاسود انه رفع الى عمر ان امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لارجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة اخرى لذلك الحد ورواه الاثرم أيضا عن عكرمة ان ابن عباس قال ذلك قال عاصم الاحول فقلت لعكرمة انا بلغنا ان عليا قال هذا فقال عكرمة لا ما قال هذا الا ابن عباس وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم

القاضي هذه الرواية أصح لانه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض حصلت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) وهذه من اللائي لم يحضن، ولان الاعتبار بحال المعتدة لابحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن تحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض لعشر سنين اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها فانها من ذوات القروء

(مسئلة) (وهكذا حكم المستحاضة الناسية)

وجملة ذلك القول في المستحاضة وهي لاتخلو اما أن تكون لها حيض محكوم بعادة أو تمييز أولا فان كان لها محكوم به فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها. قال أحمد المستحاضة تعتد أيام اقرائها التي تعرف فان علمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر، وإن شكت في شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت، وإن كانت مبتدأة لاتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن أحمد فيها روايتان

(احداهما) أن عدتها ثلاثة أشهر وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد لان النبي ﷺ أمر حمنة

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو طلقها او مات عنها لم تنكح حتى اتت بولد بعد طلاقه او موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به)

ظاهر المذهب ان أقصى مدة الحمل أربع سنين، به قال الشافعي وهو المشهور عن مالك وروي عن احمد أن اقصى مدته سنتان وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ولان التقدير انما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ههنا ولا اتفاق انما هو على ماذكرنا وقد وجد ذلك فان الضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين وقال الليث اقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين وقال أبو عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه

ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيه الى الوجود وقد وجد الحمل لاربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لاتزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل اربع سنين قبل أن تلد وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين وقال احمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين

بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة كل شهر، ولانا نحكم لها بحيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام وتثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي بها العدة لان ذلك من أحكام الحيض

(والرواية الثانية) تعتد سنة بمنزلة من ارتفع حيضها لاتدري مارفعه، قال أحمد اذا كانت اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لان به يتبين الحمل وهو قول مالك واسحاق لانها لم تتيقن لها حيضاً مع أنها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها، وعلى الرواية الاولى ينبغي أن يقال انا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها، وإن قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مضى لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسألة ﴾ (فأما التي عرفت مارفع الحيض من مرض ورضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به)

أما إذا عرفت ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن الاياس وقد ذكرناه فتعتد حينئذ عدة الآيسات وقد روى الشافعي في مسنده باسناده عن حبان بن منقذ أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكان لها منه بنيه ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له انك إن مت ورثتك فمضى الى عثمان وعنده علي وزيد

وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة اربع سنين وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن ابن علي في بطن أمه اربع سنين وهكذا ابراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك أبو الخطاب واذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لانه ماوجد ولان عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك الا لانه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما . اذا ثبت هذا فان المراة اذا ولدت لاربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به

(فصل) وان أتت بالولد لاربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لاننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات . ومفهوم كلام الخرقي أن عدتها لاتنقضي به لانه لاينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كما لو أتت به لاقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب هل تنقضي به العدة؟ على وجهين

وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي لانه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة، وان لم يلحق به كالولد المنفي باللعان وبهذا فارق الذي أتت به لاقل من ستة أشهر فانه ينتفي عنه يقيناً ثم ناقضوا قولهم

ابن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان فقالا نرى أنها ان ماتت ورثها وان مات ورثته لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الابكار اللائي لم يبلغن المحيض فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه .

وروى الاثرم باسناده عن محمد بن يحيي بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الانصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الانصارية لم أحض فاختصموا الى عثمان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه

﴿فصل﴾ (السادس امرأة المفقود الذى انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة أو بين الصفين اذا قتل قوم أو من غرق مركبه ونحو ذلك فانها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة)

وجملة ذلك أنه اذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين

أحدهما أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله ليلا ونهارا أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجة ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو من انكسر مركبه فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن

فقالوا لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولا كثر من أربع سنين من حين بانت من الاول فالولد منتف عنهما ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما وهذا أصح فان احتمال كونه منه لم يكف في اثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الامكان فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لاقل من ستة أشهر غير صحيح فانه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا.

وأما المنفي باللعان فانا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة اليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة اليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الاحكام المتعلقة بها دونه فثبتت

(فصل) وان أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي يلحق به مالم تتزوج أو **يبلغ أربع سنين وكلام الخرقي يحتمل ذلك فانه أطلق قوله اذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لانه ولد يمكن كونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح**

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت

زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للازواج قال الاثرم قيل لابي عبد الله تذهب الى حديث عمر قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا قال لا الا أن يكون انسان يكذب، وقلت له مرة ان انسانا قال لي أن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة وبه يقول مالك والشافعي في القديم الا أن مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت، وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لان غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه، وقد نقل عن أحمد أنه قال كنت أقول اذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرا تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة، وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبدا، ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولا، قال القاضي أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة وعندي أن المسئلة على روايتين، وقال أبو بكر الذي أقول به أن صح الاختلاف في المسئلة أن لا نحكم بحكم ثان الا بدليل على الانتقال، وان ثبت الاجماع فالحكم فيه على ما نص عليه. وظاهر المذهب

به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك، وان انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لانها ان كانت تدعي الاياس تبينا كذبها فان من تحمل ليست بآيسة وان كانت من اللائي لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لانه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملا

(فصل) واذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه، وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به

وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج بامرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فانها لا تعتد بوضعه عندنا، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه، اذا ثبت هذا فان عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد لان العدة تجب من كل وطء فاذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لان العدتين من رجلين لا يتداخلان، وان كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت

على ما حكيناه أولا نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الأثرم

وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لا تتزوج امرأة المفقود حتى تتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها » وروى الحكم وحماد عن علي لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه، ولأنه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهرها السلامة

ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني باسنادهما عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال له عمر أين كنت؟ فقال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين قال فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى غزاهم قوم مسلمون فكنت فيمن غنموه فقالوا لي أنت رجل من الانس وهؤلاء الجن فمالك ومالهم؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأية أرض الله تحب أن تصبح قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر الى الحرة فخيره عمر إن

بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فانها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء وكذلك اذا طاق الخصي المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على مابيناه ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لانه قد يتصور منه الانزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة ، والصحيح أن هـذا لايلحق به ولد لانه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لايمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل فانه لايلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الاول ثم استقبلت العدة من الثاني)

وجملة الامران المعتدة لايجوز لها أن تنكح في عدتها اجماعا أي عدة كانت لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، ولان العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ، وان تزوجت فالنكاح باطل لانها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم

شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لاحاجة لي فيها . قال أحمد يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف

وروى الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي في امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فان جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا ، فأما الحديث الذي رووه عن النبي ﷺ فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن وما رووه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا، ثم يحمل مارووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه وبين ما رويناه وقولهم انه شك في زوال الزوجية ممنوع فان الشك ما يتساوي فيه الامران والظاهر في مسئلتنا الهلاك

(فصل) وهل يعتبر ان يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان (احداهما) يعتبر ذلك لانه في حديث عمر الذي رويناه ، وقد قال أحمد هو أحسنها ، وذكر في حديث علي أنه يطلقها ولي زوجها (والثانية) لا يعتبر كذلك قاله ابن عمر وابن عباس وهو القياس فان ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ولانا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو

يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لاتصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الاول لانها ناشز ، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله ، وقال أبو حنيفة لاتنقطع لان كونها فراشاً لغير من له العدة لايمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فانها تعتد ، وان كانت فراشاً للزوج ، وقال القاضي ان وطئها عالما بانها معتدة وانها تحرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لانها لاتصير به فراشاً ولا يلحق به نسب ، وان كان جاهلا انها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لانها تصير به فراشاً ، والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشاً ينافي ذلك فوجب أن يقطعها فأما طريانه عليها فلا يجوز

ولنا أن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كالوجهل ، وقولهم انها لاتصير به فراشاً قلنا لكنه لايلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الاول فهما شيئان . اذا ثبت هذا فعليه فراقها فان لم يفعل وجب التفريق بينهما فان فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الاول لان حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فاذا أكملت عدة الاول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لانهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي

وقال أبو حنيفة يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الاول وعدة الثاني لان القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً

ولنا ماروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت

تيقنت وفاته ولانه قد وجد دليل هلاكه على وجه اباح التزويج لها وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبه ما لو شهد به شاهدان

﴿مسئلة﴾ (وهل تفتقر الى رفع الامر الى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة؟ على روايتين)

(احداهما) تفتقر لانها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة ، فعلى هذا يكون ابتداء المدة من آن ضربها الحاكم

(والثانية) لا تفتقر لانها مدة تعتبر لاباحة النكاح فلم تفتقر الى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره وبعد اثره ولان هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعية وجهان كالروايتين

﴿مسئلة﴾ (واذا حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن فلو طلق الاول صح طلاقه)

لانا حكمنا بالفرقة على أن الظاهر هلاكه فاذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بينة كاذبة ولذلك خير في أخذها وكذلك إن ظاهر او آلى او قذف لان نكاحه باق بدليل تخييره في أخذها ، وقال أبو الخطاب القياس أنا اذا حكمنا بالفرقة نفذ ظاهرا وباطنا فتكون امرأة

رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربهما عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطباً من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً

وروى باسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ماأفسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولانه حبس يستحقه الرجل على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة

(مسئلة) قال (وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين)

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد قضاء العدتين . فأما الزوج الاول فان كان طلاقه ثلاثا لم تحل له بهذا النكاح وان وطيء فيه لانه نكاح باطل ، وان كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين ، وان كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه

وعن احمد رواية أخرى أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد وهو قول مالك وقديم قولي

الثاني ولا خيار للاول لانها بانت منه بفرقة الحاكم في محل مختلف فيه فنفذ حكمه في الباطن كما لو فسخ نكاحها لعسرته أو عيبه فلهذا لم يقع طلاقه وان لم يحكم بفرقته باطنا فهي امرأة الاول ولا خيار له

(مسئلة) (فاذا فعلت ذلك يعني تربصت أربع سنين واعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت ثم قدم زوجها الاول فان كان قبل أن تتزوج فهي امرأته)

وقال بعض أصحاب الشافعي اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول والذي ذكرنا أولى لانا انما أبحنا لها التزويج لان الظاهر موته فاذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته فبان حيا ولانه أحد المالكين فأشبه مالك المال فان قدم بعد التزويج وكان قبل دخول الثاني بها فكذلك ترد اليه وليس على الثاني صداق لانا تبينا أن النكاح باطل ولم يتصل به دخول، قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وانما تخير بعد الدخول ، وهذا قول عطاء والحسن وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك واسحاق ، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير اخذه من عموم قول أحمد اذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته ، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خصوصه في رواية الاثرم وأنه لا يتخير الا بعد الدخول فتكون زوجة الاول رواية واحدة لان النكاح انما صح في الظاهر دون الباطن فاذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لانه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته، وتعود الى الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج

الشافعي لقول عمر لاينكحها أبداً ، ولانه استعجل الحق قبل وقته لحرمه في وقته كالوارث اذا قتل موروثه ولانه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان

وقال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه ولانه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولان العدة انما شرعت حفظا للنسب وصيانة للماء والنسب لاحق به ههنا فأشبه مالو خالعها ثم نكحها في عدتها وهذا حسن موافق للنظر

ولنا على اباحتها بعد العدتين انه لايخلو اما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لايقتضي التحريم بدليل مالو نكحها بلا ولي ووطئها ولانه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى ولان آيات الاباحة عامة كقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وقوله (والمحصنات من المؤمنات) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل، ماروي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه .

وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم الى قول علي فان علياً قال : اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول علي وقياسهم يبطل بما اذا زنى بها فانه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد، ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قدم بعد دخول الثاني بها خير الاول بين أخذها فتكون امرأته بالعقد الاول وبين صداقها وتكون زوجة الثاني)

وهذا قول مالك لاجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو رواه الجوزجاني والاثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم وقال علي ذلك في الحديث الذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا . فعلى هذا ان أمسكها الاول فهي زوجته بالعقد الاول، والمنصوص عن أحمد ان الثاني لا يحتاج الى طلاق لان نكاحه كان باطلا في الباطن وقال القاضي قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لان هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأمورا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الانكحة الفاسدة ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني ، وان لم يخترها الاول فانها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقدا جديدا . قال شيخنا : والصحيح أنه يجب أن تستأنف لها عقدا لا نا تبينا بطلان عقده بمجيء الاول ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فان زوجة الانسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها

﴿مسئلة﴾ (ويأخذ منه صداقها) أي يأخذ الزوج الاول من الزوج الثاني اذا تركها له صداقها لقضاء الصحابة بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يأخذ منه صداقها الذي أعطاها أو الذي أعطاها الثاني ؟ على روايتين)

قول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولانه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الاجنبي

(فصل) وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره ، والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لان نكاحها يفضي الى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أتت بولد يمكن أن يكون منهما أري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر)

وجملته انها اذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها لقوله سبحانه (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ثم ننظر فان كان يمكن أن يكون من الاول دون الثاني وهو أن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقضي عدتها به منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني، وان أمكن كونه من الثاني دون الاول وهو أن

اختلف عن أحمد فيما يرجع به فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذي ساق اليها هو ولانه أتلف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق اذا رجعوا عن الشهادة، فعلى هذا ان كان لم يدفع اليها الصداق لم يرجع بشيء وان كان دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المرأة عليه بما بقي عليه من صداقها ، وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لان الاتلاف من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم الا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الاول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد

(احداهما) يرجع به لانها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور، ولان ذلك يفضي الى أن يلزمه مهران بوطء واحد

(والثانية) لا يرجع لان الصحابة لم يقضوا بالرجوع فان سعيد بن المسيب روى أن عليا وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ثم تتزوج ان بدا لها ، فان جاء زوجها خير اما امرأته واما الصداق فان اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وتثبت عنده ، وان اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي

تأتي به لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثاني ولا كثر من أربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملحق بالثاني دون الاول فتنقضي به عدتها من الثاني ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثاني ههنا على عدة الاول لانه لايجوز أن يكون الحمل من انسان والعدة من غيره . وان أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الاول أري القافة فان ألحقته بالاول لحق به كما لوأمكن أن يكون منه دون الثاني وان ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لوأمكن كونه من الثاني دون الاول . فان أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لانه ان كان من الاول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الاول ليسقط الفرض بيقين . فأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه لانه لادليل على نسبته الى واحد منهما فأشبه ما لو كان مجنونا لم ينتسب الى واحد منهما . وقال أبوعبدالله بن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما . وان ألحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب أن تنقضي عدتها به منهما جميعاً لان نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما

وان نفته القافة عنهما فحكمه حكم مالو أشكل أمره وتعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ولا ينتفي عنهما بقول القافة لان عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش لافي النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها

فأما ان ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولاكثر من أربع سنين من فراق الاول لم

عدتها ، وان قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وترجع الى الاول رواه الجوزجاني ولان المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها وان قلنا يرجع عليها فان كان قد دفع اليها الصداق رجع به وان كان لم يدفعه اليها دفعه الى الاول ولم يرجع عليها بشيء وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ، وان قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به وان لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه ويدفع الى الاول صداقا آخر

(فصل) قال شيخنا (والقياس أن ترد الى الاول ولا خيار)

لان زوجها لم يطلقها ولم ينفسخ نكاحه فردت اليه كما لو تزوجت لبينة قامت بوفاته ثم تبين كذبها بقدومه الا أن يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فينفسخ نكاح الاول لان نكاحه انفسخ بحكم حاكم ووقوع نكاح الثاني بعد بطلان نكاح الاول وقضاء عدتها فأشبه مالو طلقها الاول فتكون زوجة الثاني بكل حال لذلك وعن أحمد توقف في أمره وقد ذكرناه فيما مضى والمذهب الاول أولى

(فصل) اذا فقدت الامة زوجها لغيبة ظاهرها الهلاك تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام ، وهذا اختيار أبي بكر، وقال القاضي تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن

يلحق بواحد منهما ولا تنقضي به عدتها منه لاننا نعلم انه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان واتمام العدة الاولى

(فصل) واذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب. وان كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر. وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له. وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فاشبه نكاح ذوات محارمه

(فصل) واذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه فله ان يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال لايحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولنا ان العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولايصان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح فاذا تزوجها انقطعت العدة لان المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز ان تكون زوجة معتدة فان وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ولاشيء عليها من الاولى لانها قد انقطعت وارتفعت وان طلقها قبل ان يمسها فهل تستأنف العدة أو تبني على مامضى؟ قال القاضي فيه روايتان (احداهما) تستأنف وهو قول أبي حنيفة لانه طلاق لايخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالاول (والثانية) لايلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه (ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

أحمد وهو قول الاوزاعي والليث لانها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الامة فيه على النصف من الحرة كعدة الوفاة.

ولنا أن الاربع السنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل في الامة والحرة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الاشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه وكالحمل نفسه، وبهذا ينتقض قياسهم فأما العبد فان كانت زوجته حرة فتربصها كتربص الحرة تحت الحر، وان كانت أمة فهي كالامة تحت الحر لان العدة معتبرة بالنساء دون الرجال فكذلك مدة التربص، وحكي عن الزهري ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحرة، والاولى ماقلناه لانه تربص مشرع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبهت العدة

(الثاني) من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة واباق العبد وطلب العلم والسياحة فان امرأته تبقى أبدا حتى تتيقن موته روى ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن ابي ليلى وأبو حنيفة والشافعي في الجديد، وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد وقال مالك، والشافعي

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها اتمام بقية العدة الاولى لان اسقاطها يفضي الى اختلاط المياه لانه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد، فان خلعها حاملا ثم تزوجها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفاً ولا تنقضي عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه، وان وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً لانه نكحها بعد قضاء عدة الاول، وان وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة اوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها هونا عدة لان العدة الاولى انقضت بوضع الحمل اذ لا يجوز ان تعتد الحامل بغير وضعه، وان كانت من ذوات القروء او الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني فان قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء او ثلاثة أشهر وان قلنا تبني اتمت العدة الاولى بقرأين أو شهرين

(فصل) وان طلقها طلاقا رجعيا ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الاولى برجعته لانه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني لانه طلاق من نكاح اتصل به المسيس وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبني على العدة الاولى فيه روايتان (اولاهما) أنها

في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للازواج لانه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع اولى. واحتجوا بحديث عمر الذي ذكرناه في المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم انكاره ونقل أحمد بن اصرم عن احمد إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله، وهذا يقتضي ان زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج، قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لان الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها فاذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده لغيبة ظاهرها الهلاك، والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل أربع سنين أو كما قبل التسعين ولان هذا التقدير بغير توقيف فلا ينبغي ان يصار اليه إلا بالتوقيف ولان تقدير هذا بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن غيبته ظاهرها الهلاك فلا يقاس عليه غيره

(فصل) فان كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته ان تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا ان يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها ان تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه. وأجمعوا ان امرأة الاسير لا تنكح حتى يعلم بقين وفاته هذا قول النخعي والزهري ويحيى الانصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي، وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته اوردته وبه قال الاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال الحسن اباقه طلاقه

تستأنف لان الرجعة ازالت شعث الطلاق الاول وردتها الى النكاح الاول فصار الطلاق الثاني طلاقا من نكاح اتصل به المسيس والثانية تبني لان الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة، فان فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أوغيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لان موجبه في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لانهما جنسان بخلاف الطلاق وان لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أولا ؟ فيه روايتان

(احداهما) تحصل به الرجعة فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء (والثانية) لاتحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لانه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لانهما من رجل واحد، وان حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الاولى ؟ على وجهين (أحدهما) تدخل لانهما من رجل واحد (والثاني) لاتدخل لانهما من جنسين فعلى هذا اذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وان وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان فان قلنا يتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل وان قلنا لايتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل، وتستأنف عدة الوطء بالقروء

(فصل) فان طلقها طلاقا رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا انها تبني على عدة

ولنا أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الانفاق من ماله على زوجته فحكمه في الفسخ حكم ماذكرنا إلا ان العبد نفقة زوجته على سيده أوفي كسبه فيعتبر تعذرالانفاق في محل الوجوب

﴿فصل﴾ إذا تزوج الرجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فان أحمد قال يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسين بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والنخعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبد العزيز حتى ينظر بها حمل اولا ، وانما قالوا ذلك لأنها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه وان كان للميت ولد أو أب أوجد لم يحتج إلى استبرائها لان الحمل لاميراث له وان كانت حاملا فقد تبين حملها فلم يحتج الى استبرائها لان الحمل معلوم، وان كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها ، وان كانت ممن يمكن حملها ولم يتبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرثه الا ان نتيقن وجوده حال موته وهذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

﴿مسئلة﴾ (ومن مات عنها زوجها أو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم مات أوطلق وان لم تجتنب ماتجتنبه المعتدات وعنه ان ثبت ذلك ببينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر)

والمشهور في المذهب أنه متى مات عنها أو طلقها زوجها فعدتها من يوم موته وطلاقه قال أبو بكر لاخلاف

الاول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الاول رجعتها في بقية عدتها منه لان الرجعة امساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لايمنع الزوج امساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح، وقيل ليس له رجعتها لانها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة، والصحيح الاول فان التحريم لايمنع الرجعة كالاحرام، ويفارق الردة لانها جارية الى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة، واذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لانها ليست منه، واذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه، وان كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لانها بالقروء فاذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني، وان كان الحمل ملحقاً بالثاني فانها تعتد به عن الثاني وتقدم عدة الثاني على الاول فاذا أكملتها شرعت في اتمام عدة الاول وله حينئذ أن يرتجعها لانها في عدته، وان أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الاجنبية أو المرتدة، والثاني له رجعتها لان عدتها منه لم تنقض، وتحريمها لايمنع رجعتها كالمحرمة

(فصل) اذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فان أحمد قال يعتزل امرأته

عن أبي عبد الله عليه ان العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا مارواه إسحاق بن ابراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر وروي ذلك عن ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويروى عن علي والحسن وقتادة وعطاء وخلاس بن عمرو ان عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة من اجتناب اشياء وما اجتنبتها

ولنا أنها لو كانت حائلا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ولانه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب ان تعتد به كما لو كان حاضراً ولان القصد غير معتبر في العدة بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتها من غير قصد ولم يعدم ههنا إلا القصد وسواء في هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه فان الاحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها فان الله تعالى قال (يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا - وقال يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء - وقال - فعدتهن ثلاثة أشهر - وقال - وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ان تشترط

حتى تحيض حيضة ، وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسن بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبدالعزيز والنخعي ومالك واسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبدالعزيز لايقربها حتى ينظر بها حمل أم لا وانما قالوا ذلك لانها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه فان كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج الى استبرائها لان الحمل لاميراث له ، وان كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتج الى استبرائها لان الحمل معلوم ، وان كانت آيسة لم يحتج الى استبرائها لليأس من حملها ، وان كانت ممن يمكن حملها ولم يبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث ، وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لانا لانتيقن وجوده حال موته هذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

(فصل) في أحكام المفقود اذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين (أحدهما) أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين الا أن يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها أن تطالب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الاسير لاتنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الانصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور واسحاق وأصحاب الرأي وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته وبه قال الاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وقال الحسن اباقه طلاقه

﴿مسئلة﴾ (وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة)

وبهذا قال الشافعي لان وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لانها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فابيح الاستمتاع منها بما دونه كالحيض (والثاني) لاتحل لان ماحرم الوطء حرم دواعيه كالاحرام

﴿ فصل ﴾ وكذلك المزني بها عدتها عدة الموطوءة بشبهة وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهو قول مالك لان المقصود به معرفة البراءة من الحمل فاشبه استبراء الامة ، وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لاعدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان العدة لحفظ النسب وقد روي عن علي رضي الله عنه مايدل على ذلك

ولنا انه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة واما وجوبها كعدة المطلقة فلانها حرة فاشبهت الموطوءة بشبهة ، وقولهم انما تجب لحفظ النسب قلنا لو وجب لذلك لما وجب على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الامة التي لايلحق ولدها بالبائع ولو وجب كذلك

ولنا أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الانفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ماذكرنا الا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الانفاق من محل الوجوب .

(الحال الثاني) أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وإباق العبد وطلب العلم والسياحة فلا تزول الزوجية أيضاً مالم يثبت موته . وروي ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد

وقال مالك والشافعي في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للازواج لانه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم انكاره

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد اذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ، قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لان الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر فاذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل الاربع سنين أو كما قبل

كان استبراء الامة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت فالحاجة اليها داعية فان المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوجة بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب

﴿ فصول تتعلق بالمفقود ﴾

إذا اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة مادام حيا وينفق عليها من ماله لانها محكوم لها بالزوجية فيجب لها النفقة كما لو علمت حياته ، فاذا تبين أنه كان حيا وقدم فلا كلام وان تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينونتها منه ويرجع عليها بالباقي لانا تبينا أنها انفقت مال غيره أو انفقت من ماله وهي غير زوجة له ، وان رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لان مدة العدة لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فاشبه ماقبل العدة واما مدة العدة فانها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فان موته متيقن، وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها اسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وان لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لانها لم تخرج من نكاحه ، فان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد، وقد روى الأثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر ينفق عليها من مال زوجها وقال ابن عباس إذاً يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فاذا جاء زوجها أخذت من ماله وان مات اخذت من نصيبها من الميراث وقالا ينفق عليها

التسعين ولان هذا التقدير بغير توقيف والتقدير لاينبغي أن يصار اليه الا بالتوقيف لان تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي الى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره

(القسم الثاني) أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للازواج .

قال الاثرم قيل لابي عبد الله تذهب الى حديث عمر ؟ قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا قال لا الا أن يكون انسان يكذب ، وقلت له مرة ان انسانا قال لي ان أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير . قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة

بعد في العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة اشهر وعشرا ، وان قلنا ليس لها ان تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تزوج، فان تزوجت سقطت نفقتها لانها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً، وان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في العدة فاذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً لانها باقية على النشوز وان عادت إلى مسكنه احتمل ان تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل انها لاتعود لانها ماسلمت نفسها اليه، وان عاد فتسلمها عادت نفقتها، ومتى انفق عليها ثم بان ان الزوج كان قدمات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها فان لم يرث شيئاً فهو عليها لانها انفقت من مال الوارث مالا تستحقه ، فاما نفقتها على الزوج الثاني فان قلنا لها ان تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم الانكحة الصحيحة وان قلنا ليس لها ان تتزوج فلا نفقة لها فان انفق لم يرجع بشيء لانه متطوع إلا ان يجبره الحاكم على ذلك فيحتمل ان يرجع بها لانه الزمه أداء ما لم يكن واجبا عليه ويحتمل ان لايرجع به لان ماحكم به الحاكم لايجوز نقضه مالم يخالف كتابا أو سنة او اجماعاً فان فارقها بتفريق الحاكم اوغيره فلا نفقة لها ، إلا ان تكون حاملا فينبني وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل اولها من اجله ؟ فان قلنا هي للحمل فلها النفقة لان نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الانفاق على ولده وان قلنا لها من اجله فلا نفقة لها لانها في غير نكاح صحيح فاشبه حمل الموطوءة بشبهة ، وإذا اتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لانها صارت فراشا له وقد علمنا ان الولد ليس من الاول لانها

وبه يقول مالك والشافعي في القديم الا أن مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت . وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لان غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول اذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبداً ويحتمل التورع ويكون المذهب ماقاله أولا

قال القاضي : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة . وعندي ان المسئلة على روايتين وقال أبوبكر الذي أقول به ان صح الاختلاف في المسئلة ان لايحكم بحكم ثان الا بدليل على الانتقال وان ثبت الاجماع فالحكم فيه على مانص عليه وظاهر المذهب على ماحكيناه أولا نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ماحكيناه من رواية الأثرم

وقال أبوقلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها » وروى الحكم وحماد عن علي لاتتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه لانه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كمالو كان ظاهر غيبته السلامة

تربصت بعد فقده اكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لان الولد منه، وعليها ان ترضعه اللبأ لان الولد لايقوم بدنه إلا به فان ردت إلى الاول فله منعها من رضاعه كما له ان يمنعها من رضاع أجنبي لان ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من رضاعه لان هذا حال ضرورة فان ارضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ويده وان ارضعته في غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها لانها ناشز وان كان باذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت باذنه

(فصل) في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها، متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزويجها الثاني ورثته وورثها وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لاننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير ، وذكر القاضي فيها رواية أنه يخير فيها، فعلى هذه الرواية حكمها حكم مالو دخل بها الثاني فأما إذا دخل بها الثاني وقدم زوجها الأول فاختارها ردت اليه وورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لانه لا زوجية بينهما ، وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه فان قلنا أن لها أن تزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها ، لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يختر هاورثها الثاني، هذا ظاهر قول أصحابنا. وأما على مااختاره شيخنا فانها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لايعلم أن الأول كان حياً ومتى علم أن الاول كان حياً ورثها وورثته الا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا

ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني باسنادهما عن عبيد بن عمير قال فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته الى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال عمر أين كنت ؟ قال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي أنت رجل من الانس وهؤلاء من الجن فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر الى الحرة ، فخيره عمر ان شاء امرأته وان شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها . قال احمد يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف

وروى الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي في امراة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فان جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان أيضاً وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا

فأما الحديث الذي رووه عن النبي ﷺ فلم يثبت ولم يذكره اصحاب السنن وما رووه عن

ترثه ولا يرثها، وعلى قول أبي الخطاب ان حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها دون الاول وان لم يحكم بوقوع الفرقة باطناً ورثت الاول وورثها دون الثاني ، فأيهما مات عنها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وان مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد ، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر ، وقال ابن حامد لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء ، فان ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الاول فان أكملتها اعتدت للآخر ، وان مات الاول أولا فكذلك ، وان مات الثاني أولا بدأت بعدته فان مات الاول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الأول فاذا أكملتها أتمت عدة الثاني ، وان علم موت أحدهما وجهل موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الاول لانه أسبق وأولى وان كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لان الولد منه ثم تبتدئ بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشر .

(فصل) إذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه نحو أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزوج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل وقال القاضي ان تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان (أحدهما) هو صحيح لانها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزوجها كما لو علمت ذلك

علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا . ثم يحمل ماروره على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ماروينا . وقولهم انه شك في زوال الزوجية ممنوع فان الشك ما تساوى فيه الامران والظاهر في مسئلتنا هلاكه

(فصل) وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان (احداهما) يعتبر ذلك لانه في حديث عمر الذي رويناه وقد قال أحمد هو أحسنها . وذكر في حديث علي أنه يطلقها ولي زوجها (والثانية) لا يعتبر ذلك . كذلك قال ابن عمر وابن عباس وهو القياس فان ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته . ولاننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولانه قد وجد دليل هلاكه على وجه اباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبه مالو شهد به شاهدان

(فصل) وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين (احداهما) يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لانها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة (والثاني) من حين انقطع خبره وبعد أثره لان هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعي وجهان كالروايتين

(والثاني) لا يصح لانها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عيناً في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالارث هل يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا ههنا ومذهب الشافعي مثل هذا .

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها والمرتابة قبل زوال الريبة .

(فصل) وان غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فان عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق ، وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الاثرم باسناده عن أبي المليح عن سهية أن زوجها صيفي بن فشيل نعى لها من قيذابيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الاول قدم فاتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا ثم قال كيف اقضي بينكما وأنا على هذه الحال ؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فلما قتل عثمان أتينا علياً فخير الزوج الاول بين الصداق والمرأة فاختار الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي الآخر ألفين فان حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليها لانها سبب في إيجابها وان شهدا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجده من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لانهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لانه أتلف ماله بغير إذنه .

(فصل) فان قدم زوجها الاول قبل أن تتزوج فهي امرأته ، وقال بعض أصحاب الشافعي اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول،والذي ذكرنا أولى لاننا انما أبحنالها التزويج لان الظاهر موته فاذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حياً ولانه أحد الملكين فأشبه ملك المال ، فاما ان قدم بعد أن تزوجت نظرنا فان كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الاول ترد اليه ولا شيء،قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وانما التخيير بعد الدخول وهذا قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك واسحاق ، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير وأخذه من عموم قول أحمد اذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته ، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه في رواية الاثرم وأنه لا تخيير الا بعد الدخول فتكون زوجة الاول رواية واحدة لان النكاح انما صح في الظاهر دون الباطن فاذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لانه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته وليس عليه صداق لانه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ويعود الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج ، وان قدم بعد دخول الثاني بها خير الاول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الاول وبين أخذ صداقها وتكون زوجة الثاني وهذا قول مالك لاجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي

(فصل) وان وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الاول ثم استأنفت العدة من الوطء ، إنما كان كذلك لان العدتين من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتتم عدة الاول وتجب للثاني عدة كاملة بعد قضاء عدة الأول

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت بائناً فأصابها المطلق عمداً فكذلك)

لانها قد صارت اجنبية منه فأشبه وطء الأجنبي ، وان أصابها بشبهة استأنفت العدة من الوطء ودخلت فيها بقية الاولى لان الوطء بالشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية الاولى في العدة الثانية

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ)

وجملة ذلك ان المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها اجماعا لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولان العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب فان تزوجت فالنكاح باطل لانها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه،ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط نفقتها وسكناها عن الزوج الأول لانها ناشز، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله،وقال أبو حنيفة لا ينقطع لان كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فانها تعتد وان كانت فراشاً للزوج ،

ساق هو رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم ، وقال علي ذلك في الحديث لذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا فعلى هذا ان أمسكها الاول فهي زوجته بالعقد الاول ، والمنصوص عن احمد أنه لا يحتاج الثاني الى طلاق لان نكاحه كان باطلا في الباطن ، وقال القاضي قياس قوله أنه يحتاج الى طلاق لان هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الانكحة الفاسدة ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني ، وان لم يخترها الاول فانها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقداً جديداً ، والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً لاننا تبينا بطلان عقده بمجيء الاول ، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فان زوجة الانسان لاتصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها وقال ابو الخطاب القياس اننا ان حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطنا فهي امرأة الثاني ولا خيار للاول لانها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبه مالو فسخ نكاحها لعسرته ، وان لم نحكم بفرقته باطنا فهي امرأة الاول ولا خيار له

(فصل) ومتى اختار الاول تركها فانه يرجع على الثاني بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولانه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها ، واختلف عن أحمد فيما يرجع به فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينهما وبين الصداق الذي ساق هو ولانه أتلف عليه المعوض فرجع عليه

وقال الشافعي ان وطئها عالماً بأنها معتدة وانه محرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لانها لا تصير به فراشا ولا يلحق به نسب ، وان كان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لانها تصير به فراشا ، والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشا ينافي ذلك فوجب ان يقطعها فأما طريانه عليها فلا يجوز

ولنا ان هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كالوجهل ، وقولهم إنها لا تصير به فراشا قلنا لكنه لا يلحق الولد الحادث من وطئه بالزوج الاول فهما سيان ، إذا ثبت هذا فعليه فراقها فان لم يفعل وجب التفريق بينهما.

﴿ مسألة ﴾ (ثم إذا فارقها بنت على عدة الاول ثم استأنفت العدة من الثاني إنما بنت على عدة الاول لان حقه أسبق ولان عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فاذا كملت عدة الاول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لانهما من رجلين ، وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة تتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الاول وعدة للثاني لان القصد معرفة براءة الرحم وهذا يحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

ولنا ماروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحت في عدتها فضربها عمر رضي الله عنه وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق

بالعوض كشهود الطلاق اذا رجعوا عن الشهادة فعلى هذا ان كان لم يدفع اليها الصداق لم يرجع بشيء وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لان اتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم الا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الاول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد احداهما يرجع به لانها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور (والثانية) لا يرجع بها وهو أظهر لان الصحابة لم يقضوا بالرجوع فان سعيد بن المسيب روى ان عمر وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها؟ أن تربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج ان بدا لها فان جاء زوجها خير اما امرأته واما الصداق فان اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وثابت عنده وان اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها وان قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفي عنها وترجع الى الاول رواه الجوزجاني ولان المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها فان قلنا يرجع عليها فان كان قد دفع اليها الصداق رجع به وان كان لم يدفعه لم يدفعه الى الاول ولم يرجع عليها بشيء، وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع وان قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به، وان لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه ويدفع الى الاول صداقا آخراً.

بينهما ثم قال .أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها يفرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً وروى باسناده عن علي انه قضى في التي تزوج في عدتها في انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما افسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولانه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز ان تكون المرأة في حبس رجلين كالزوجة

﴿ مسئلة ﴾ (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره)

قال شيخنا والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك ابيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لانه يفضي إلى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في ان النسب لا يلحق بواحد منهما.

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتت بولد من احدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر ايهما كان)

(فصل) وان اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين امره فلها النفقة مادام حياً وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لانها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته فاذا تبين انه مات أوفارقها فلها النفقة الى يوم موته او بينونتها منه ويرجع عليها بالباقي لانا تبينا أنها انفقت مال غيره أوانفقت من ماله وهي غير زوجة له وان رفعت أمرها الى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لان مدة التربص لم يحكم فيه بينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فان موته متيقن وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وان لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لانها لم تخرج بعد من نكاحه وان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد ، وقد روى الاثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر ينفق عليها من مال زوجها، وقال ابن عباس اذا يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فان جاء زوجها أخذت من ماله وان مات أخذت من نصيبها من الميراث وقالا ينفق عليها بعد في العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً وان قلنا ليس لها ان تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج فان تزوجت سقطت نفقتها لانها

وجملة ذلك ان التي تزوجت في عدتها اذا كانت حاملا انقضت عدتها بوضع حملها لقول الله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) فان كان يمكن ان يكون من الاول دون الثاني وهوان تأتي به لدون ستة اشهر من وطء الثاني واربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقضي عدتها منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني وان امكن كونه من الثاني دون الاول وهو ان تأتي به لستة اشهر فما زاد إلى اربع سنين من وطء الثاني ولاكثر من اربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملحق بالثاني وحده تنقضي به عدتها منه ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثاني ههنا لانه لا يجوز ان يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان امكن ان يكون منهما وهو ان تأتي به لستة اشهر فصاعدا من وطء الثاني ولاربع سنين فما دونها من بينونتها من الاول اري القافة معهما فان الحقته بالاول لحق به كما لو امكن ان يكون منه دون الثاني وان الحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو امكن ان يكون من الثاني دون الاول فان الحقته بهما لحق بهما)

ومقتضي المذهب ان تنقضي عدتها به منهما جميعا لان نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي ثبت نسبه منها فاما أن نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو اشكل امره فعلى هذا تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء لانه ان كان من الاول فقد اتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها ان تكمل عدة

بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً وان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في العدة فاذا انقضت فلم تعد الى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً لانها باقية على النشوز وان عادت الى مسكنه احتمل ان تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل الا تعود لانها ماسلمت نفسها اليه وان عاد فتسلمها عادت نفقتها ومتى انفق عليها ثم بان ان الزوج كان قدمات قبل ذلك حسب عليها ما انفق عليها من حين موته من ميراثها فان لم ترث شيئاً فهو عليها لانها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه فأما نفقتها على الزوج الثاني فان قلنا لها ان تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم غيره من الانكحة الصحيحة وان قلنا ليس لها ان تتزوج فلا نفقة لها فان انفق عليها لم يرجع بشيء لانه تطوع به الا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل ان يرجع بها لانه الزمه أداء مالم يكن واجباً عليه ويحتمل الا يرجع به لان ماحكم به الحاكم لايجوز نقضه مالم يخالف كتابا أو سنة أو اجماعا فان فرقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها الا أن تكون حاملا فينبني وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله؟ فان قلنا هي للحمل فلها النفقة لان نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الانفاق على ولده ، وان قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لانه في غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة ، واذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لانها صارت فراشاً له وقد علمنا أن الولد ليس من الاول لانها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لان الولد منه وعليها أن ترضعه اللبا لان الولد لايقوم بدنه الا به فان ردت الى الاول فله منعها من

الاول لتسقط الفرض بيقين ولا ينتفي الولد عنها لقول القافة لان عمل القافة ترجيح أحد صاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحدا فنفته القافة عنه لم ينتف بقولها فاما ان ولدت لدون ستة اشهر من وطء الثاني ولا كثر من اربع سنين من فراق الاول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي عدتها منه لانا نعلم أنه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فيجب عليها عدتان واتمام العدة الاولى

(مسئلة) (وللثاني ان ينكحها بعد انقضاء العدتين وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد)

اما الزوج الاول فان كان طلق ثلاثا لم تحل له بهذا النكاح وان وطيء فيه لانه نكاح باطل وان طلق دون الثلاث فله نكاحها بعد العدتين وان كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه

وأما الزوج الثاني ففيه روايتان (احداهما) تحرم عليه على التأبيد وبه قال مالك والشافعي في القديم لقول عمر رضي الله عنه لاينكحها ابدا ولانه استعجل الحق في غير وقته فحرمه في وقته كالوارث اذا قتل موروثه ولانه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان (والثانية) تحل له قال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه لانه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولان العدة انما شرعت حفظا للنسب وصيانة للماء

ارضاعه كما له أن يمنعها من رضاع أجنبي لان ذلك يشغلها عن حقوقه الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من ارضاعه لان هذا حال ضرورة ، فان أرضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ويده ، وان أرضعته في غير بيته بغير اذنه فلا نفقة لها لانها ناشز وان كن باذنه خرج على الروايتين فيما اذا سافرت لحاجتها باذنه

(فصل) في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها ، متى مات زوجها الاول أوماتت قبل تزوجها للثاني ورثته وورثها وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لاننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير

وقد ذكرنا: أن القاضي ذكر: أن فيها رواية أخرى أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكم مالو دخل بها الثاني ، فأما ان دخل الثاني بها نظرنا فان قدم الاول فاختارها وردت اليه ورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لانه لازوجية بينهما ، وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه فان قلنا لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يخترها ورثها الثاني هذا ظاهر قول أصحابنا ، وأما على مااختاره فانها لاترث الثاني ولا يرثها بحال الا أن يجدد لها عقداً أو لايعلم أن الاول كان حياً ومتى علم أن الاول كان حياً ورثها وورثته الا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها

والنسب لاحق به ههنا فاشبه مالو خالعها ثم نكحها في عدتها، قال شيخنا وهذا قول حسن موافق للنظر

ولنا على اباحتها بعد العدتين أنه لايخلوا اما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لايقتضي التحريم بدليل مالو نكحها بلا ولي ووطئها ولانه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا اولى ولان آيات الاباحة عامة كقوله تعالى (واحل لكم ماوراء ذلكم - وقوله - والمحصنات من المؤمنات) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل وماروى عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه وروى عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم الى قول علي فان عليا قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر: ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول علي وقياسهم يبطل بما اذا زنى بها فانه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه قول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولانه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الاجنبي

(فصل) اذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا يلحقه النسب وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فاشبه نكاح ذوات المحارم

وعلى قول أبي الخطاب ان حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وان مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر

وقال ابن حامد لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء فان ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الاول فاذا أكملتها اعتدت للآخر ، وان مات الاول أولا فكذلك ، وان مات الثاني أولا بدأت بعدته فاذا مات الاول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الاول فاذا أكملتها أتمت عدة الثاني ، وان علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الاول لانه أسبق وأولى ، وان كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لان الولد منه ثم تبتديء بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً

(فصل) واذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل . وقال القاضي ان تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء رجلان امرأة فعليها عدتان لها لحديث عمر وعلي الذي ذكرناه فيما اذا تزوجت في عدتها ولانهما حقان مقصودان لادميين فلم يتداخلا كالدينين

(فصل) اذا خالع الرجل امرأته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول الجمهور روي هذا عن سعيد بن المسيب وعطاء والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولنا أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فاذا تزوجها انقطعت العدة لان المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة

(فصل) إذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة لانهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فأشبها الطلقتين في وقت واحد

(مسئلة) (وان راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة من الطلاق الثاني لانه طلاق من نكاح اتصل به المسيس)

(مسئلة) (وان طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف؟ على روايتين)

(أولاهما) أنها تستأنف لان الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها إلى النكاح الاول فصار الطلاق الثاني طلاقا من نكاح اتصل به المسيس

(والثانية) تبني لان الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها

ففي صحة نكاحها وجهان (أحدهما) هو صحيح لانها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك .

(والثاني) لا يصح لانها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه . وأصل هذا من باع عيناً في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالارث هل يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا ههنا ومذهب الشافعي مثل هذا

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها

(فصل) ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه وبهذا قال قتادة . وقال الشافعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته لان الاصل البقاء فلا يزول عنه بالشك وانما صرنا الى اباحة التزويج لامرأته لاجماع الصحابة ولان بالمرأة حاجة الى النكاح وضرراً في الانتظار فاختص ذلك بها

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه . وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج

لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة فان فسخ النكاح قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لان موجبها في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لانهما جنسان بخلاف الطلاق وان لم يرتجعها بلفظه لكنه وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة ؟ فيه روايتان

(احداهما) تحصل فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء

(والثانية) لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لانه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لانهما من رجل واحد ، وان حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الاولى ؟ على وجهين

(احدهما) تدخل لأنهما من رجل واحد (والثاني) لا تدخل لانهما من جنسين فعلى هذا اذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وان وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان، وان قلنا تتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل وان قلنا لا تتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل وتستأنف عدة الوطء بالقروء

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلقها طلاقا بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها قبل دخوله بها فعلى روايتين)

(إحداهما) تستأنف ، وهو قول أبي حنيفة لانه طلاق لا يخلوا من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول (والثانية) لا يلزمها استئناف عدة، اختارها شيخنا ، وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه (ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم

(فصل) وان تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو ايلاء أو قذف صح تصرفه لان نكاحه باق ولهذا خير في أخذها وانما حكمنا باباحة تزويجها لان الظاهر موته فلايبطل في الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة

(فصل) واذا فقدت الامة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر . وقال القاضي تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الاوزاعي والليث لانها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الامة فيه على النصف من الحرة كالعدة ولنا أن الاربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ومدة الحمل في الحرة والامة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لاتدري مارفعه؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم. فأما العبد فان كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر وان كانت أمة فهي كالامة تحت الحر لان العدة معتبرة بالنساء دون الرجال وكذلك مدة التربص. وحكي عن الزهري ومالك انه يضرب له نصف أجل الحر والاولى ماقلناه لانه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبه العدة

فصل فان غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فان عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الاثرم باسناده عن أبي المليح عن سهية ان زوجها صيفي بن

عليهن من عدة تعتدونها)، وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها اتمام بقية العدة الاولى لان اسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه لانه يتزوج امرأة ويطؤها ويخالعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد

(فصل) وان خلعها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفاً ولا تنقضي عدتها قبل وضع حملها بغير خلاف نعلمه، وان وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً لانه نكحها بعد انقضاء عدة الاول، وان وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة لان العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه وان كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني وان قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وان قلنا تبني أتمت العدة الاولى بقرأين أو شهرين

(فصل) فان طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبني على عدة الاول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الاول رجعتها في بقية عدتها منه ، لان الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح، وقبل

فشيل نعى لها من قيذائيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الاول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا فقال كيف أقضي بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا علياً فخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فاختار الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي الآخر ألفين، فان حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليهما لانهما سبب في ايجابها .وان شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لانهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لانه أتلف ماله بغير اذنه

(فصل) واذا نكح رجل امرأة نكاحا متفقا على بطلانه مثل ان ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وان وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كما لو زنى بها من غير عقد . وان نكحها نكاحا مختلفاً فيه فهو فاسد فان مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبي بكر

وقال أبو عبدالله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لانه نكاح لا يثبت الحل فأشبه الباطل، فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء

ليس له رجعتها لانها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة . والصحيح الاول فان التحريم لا يمنع الرجعة كالاحرام، ويفارق الردة لانها جارية إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة ، وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لانها ليست منه وإذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه، وإن كانت معتدة بالحمل لم يكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لانها بالقروء فاذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني وتتقدم عدة الثاني عن الاول فاذا أكملتها شرعت في إتمام عدة الاول ، وله حينئذ أن يرتجعها لانها في عدته ، وإن أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان :

(أحدهما) ليس له ذلك لانها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الاجنبية أو المرتدة .

(والثاني) له رجعتها لان عدتها منه لم تنقض وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويجب الاحداد على المعتدة من الوفاة وهل يجب على البائن ؟ على روايتين ، ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا أو في نكاح فاسد أو بملك اليمين)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فانه قال لا يجب الاحداد وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف فيه السنة فلا يعرج عليه.

ووجه الاول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح ، وفارق الباطل فانه لايلحق به النسب،وان فارقها في الحياة بعدالاصابة اعتدت بعدفرقته بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلاخلاف لان المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ففي الفاسد أولى ، وان كان بعد الخلوة قبل الاصابة فالمنصوص عن احمد ان عليها العدة لانه مجرى مجري النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة، وقال الشافعي لاعدة عليها الوجهين (احدهما) أنها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل (والثاني) ان الخلوة عنده في النكاح الصحيح لاتوجب العدة ففي الفاسد أولى وهذا مقتضى قول ابن حامد

(فصل) في عدة المعتق بعضها ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة لان عدة الحامل لاتختلف بالرق والحرية وعدة الامة بالقروء قرءان فأدنى مايكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا لانه لايتبعض، وان كانت معتدة بالشهور اما للوفاة واما للاياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة فاذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال لان الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وان كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا ان عدة الامة شهر ونصف كان عدة المعتق نصفه شهرين وربعا وان قلنا عدة الامة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء ،وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الامة سواء لانهن اماء

﴿ مسئلة ﴾ (ويستوي في وجوبه الحرة والامة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأي لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لانهما غير مكلفتين)

ولنا عموم الاحاديث التي نذكرها إن شاء الله ولان غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنما يفترقان في الاثم فكذلك الاحداد ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها .

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجب على البائن ؟ على روايتين)

(احداهما) يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي .

(والثانية) لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قال الشافعي لان النبي ﷺ قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد إنما يجب في عدة الوفاة ، ولأنها معتدة من غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ، ولان الاحداد في عدة الوفاة لاظهار الاسف على فراق زوجها وموته فاما الطلاق فانه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكلفها الحزن عليه ولان المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فان زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره ، ووجه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأم الولد اذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة)

هذا المشهور عن احمد وهو قول ابن عمر وروي ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور، وروي عن احمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وسعيد ابن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبدالعزيز والزهري ويزيد بن عبد الملك والاوزاعي واسحاق لما روي عن عمرو بن العاص انه قال لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها اربعة أشهر وعشر رواه أبو داود ولانها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا كالزوجة الحرة ،وحكى أبوالخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة أيام ولم اجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن احمد وروي ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة ولانها حين الموت امة فكانت عدتها عدة الامة كما لو مات رجل عن زوجته الامة فعتقت بعد موته ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي ان عدتها ثلاث حيض لانها حرة تستبرىء فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة

ولنا أنه استبراء لزوال الملك عن الراقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء

الرواية الاولى أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لان العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه بخلاف الرجعية فانها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة . فأما الحديث فانما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ، ولهذا جاز الاحداد ههنا بالاجماع، فاذا قلنا يلزمها الاحداد فحكمها حكم المتوفى عنها زوجها من توقي الطيب والزينة في نفسها على ما نذكره إن شاء الله .

وذكر شيخنا في كتاب الكافي أن المختلعة كالبائن فيما ذكرنا من الخلاف والصحيح أنه لا يجب عليها لانها يحل لزوجها الذي خالعها أن يتزوجها في عدتها بخلاف البائن بالثلاث

﴿ مسئلة ﴾ (ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه)

لانها في حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحة نكاحا فاسداً لانها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له وتحزن على فقده وكذلك الموطوءة بشبهة والمزني بها، ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها والامة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها لقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً »

﴿ مسئلة ﴾ (والاحداد اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والملون من الثياب للتحسين)

المعتقات والمملوكات، ولانه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة فاشبه ما ذكرنا قال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا) ماهن بأزواج فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف. قال ابن المنذر ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال لا يصح، وقال الميموني رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال أين سنة النبي ﷺ في هذا وقال أربعة أشهر وعشر انما هي عدة الحرة من النكاح وانما هذه أمة خرجت من الرق الى الحرية ويلزم من قال بهذا أن يورثها وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه وانما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة. وأما قياسهم اياها على الزوجات فلا يصح فان هذه ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة

(فصل) ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك، وقال الشافعي في أحد قوليه يكفي طهر واحد اذا كان كاملا وهو ان يموت في حيضها فاذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على ان القروء الاطهار وهذا يرده قول النبي ﷺ «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»

وجملة ذلك أن الحادة يجب عليها اجتناب مايدعو إلى جماعها ويرغب في النظر اليها ويحسنها وذلك أربعة أمور (أحدها) الطيب ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الاحداد لقول النبي ﷺ «ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها نبذة من قسط أو اظفار» متفق عليه وروت زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها وقالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة اشهر وعشرا» متفق عليه ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة، ولا يحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما اشبهه لانه استعمال للطيب، فاما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لانه ليس بطيب (الثاني) اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام (أحدها) الزينة في نفسها فيحرم عليها ان تختضب وان تحمر وجهها بالكلكون وان تبيضه باسفيداج العرائس وان تجعل عليه صبراً يصفره وان تنقش وجهها وبدنها وان تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وان تكتحل بالاثمد من غير ضرورة لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب

وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الاثرم وهذا صريح فلا يعول على ماخالفه . ولان الواجب استبراء والذي يدل على البراءة هو الحيض فان الحامل لاتحيض فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول في الاستبراء على مالا دلالة عليه دون مايدل عليه وبناؤهم قولهم هذا على قولهم ان القروء الاطهار بناء للخلاف على الخلاف ، ليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد ام الولد قرءاً وخالفوا الحديث والمعنى ، فان قالوا ان بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة قلنا فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد فاذا تقرر هذا فان مات عنها وهي طاهر فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت وان كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لان استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت مؤيسة فبثلاثة أشهر)

وهذا المشهور عن احمد أيضاً وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة وأحد قولي الشافعي . وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا لاتستبرأ الحبلى في أقل من ثلاثة

ولا تكتحل » رواه النسائي وأبو داود وروت ام عطية أن رسول الله ﷺ قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه وعن ام سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها ؟ فقال رسول الله ﷺ « لا » مرتين او ثلاثاً متفق عليه وروت ام سلمة قالت دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً فقال « ماذا ياام سلمة » قلت انما هو صبر ليس فيه طيب قال « انه يشب الوجه لاتجعلنه إلا بالليل وتنزعينه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب » قالت قلت باي شيء امتشط؟ قال « بالسدر وتغلفين به رأسك » ولان الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو اليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه ، وحكي عن بعض الشافعية ان للسوداء ان تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فانه يزينها ويحسنها .فان اضطرت الحادة إلى الكحل بالاثمد للتداوي به فلها ان تكتحل ليلا وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت ام حكيم بنت اسد عن أمها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلاء فارسلت مولاة لها إلى ام سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل إلا ما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار . رواه أبو داود والنسائي وانما تمنع

أشهر فأعجبه قولهم وعن احمد رواية أخرى انها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي لان الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء

وذكر القاضي رواية ثالثة انها تستبرأ بشهرين كعدة الامة المطلقة ولم أر لذلك وجهاً ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرءين ولم نعلم به قائلا . وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الامة التي لاتحيض تستبرأ بشهر ونصف . ورواه حنبل عن احمد فانه قال : قال عطاء ان كانت لاتحيض فخمس وأربعون ليلة . قال عمي كذلك اذهب لان عدة الامة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن احمد الاول

قال احمد بن القاسم قلت لابي عبد الله كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وانما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً؟ فقال انما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فانه لايتبين في أقل من ذلك فان عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروه أن الحمل لايتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك ثم قال ألا تسمع قول ابن مسعود ان النطفة أربعين يوما ثم علقة أربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك

قال ابو عبد الله فاذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء فاما شهر فلامعنى فيه ولا نعلم به قائلا ، ووجه استبرائه بشهر أن الله تعالى جعل

من الكحل بالاثمد لانه الذي يحصل به الزينة، فاما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوها فلا بأس به لانه لازينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرها ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لانه انما منع منه في الوجه لانه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ « انه يشب الوجه » ولا تمنع من التنظيف بتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث ام سلمة ولانه يراد للتنظيف لا للطيب (القسم الثاني) زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الاحمر وسائر الملون للتحسين كالازرق الصافي والاخضر الصافي والاصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي ﷺ «لا تلبس ثوباً مصبوغاً» وقوله لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق فاما مالا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والاسود والاخضر المشبع فلا يمنع منه لانه ليس بزينة، وماصبغ غزله ثم نسج ففيه احتمالان (أحدهما) يحرم لبسه لانه أحسن وأرفع ولانه مصبوغ للحسن فاشبه ماصبغ بعد نسجه (والثاني) لايحرم لقول رسول الله ﷺ في حديث ام سلمة «الاثوب عصب» قال القاضي هو ماصبغ غزله قبل نسجه ولانه لم يصبغ وهو ثوب فاشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ والاول أصح، واما العصب فالصحيح انه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الانف: الورس والعصب نبتان باليمن لاينبتان إلا به فارخص النبي ﷺ للحادة في لبس ماصبغ بالعصب لانه في معنى ماصبغ لغير التحسين اما ماصبغ غزله للتحسين كالاحمر والاصفر فلامعنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه

الشهر مكان الحيضة ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء، وعدة الامة شهرين مكان قرأين وللامة المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر كما في حق من ارتفع حيضها، فان قيل فقد وجدتم مادل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر قلنا وههنا مايدل على البراءة وهو الاياس فاستويا

(مسألة) قال (وان ارتفع حيضها لا تدري مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة)

وفي هذه المسألة أيضا روايتان (احداهما) أنها تستبرأ بعشرة أشهر (والثانية) بسنة تسعة أشهر للحمل لانها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات، وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر وههنا جعل مكان الحيضة شهراً لان اعتبار تكرارها في الآيسة لتعلم براءتها من الحمل وقد علم براءتها منه ههنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس

(فصل) وان علمت مارفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبريء نفسها بحيضة

(القسم الثالث) الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ « ولا الحلي » وقال عطاء يباح حلي الفضة دون الذهب ولا يصح لعموم النهي ولان الحلي يزيدها حسناً ويدعو إلى مباشرتها قال الشاعر

وما الحلي إلا زينة لنقيصة تتم من حسن إذا الحسن قصرا

(مسألة) (ولا يحرم عليها الأبيض من الثياب وان كان حسنا)

سواء كان من قطن أو كتان أو صوف أو ابريسم لان حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما ان المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها ان تغير لونها وتشوه نفسها ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلي والاسود والاخضر المشبع لانه لا يراد للزينة اشبه الابيض، قال الخرقي وتجتنب النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لان المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك فان احتاجت إلى ستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة، ويحتمل ان لا تمنع من ذلك لانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وانما منعت منه المحرمة لانها ممنوعة من تغطية وجهها بخلاف الحادة ولان المحرمة يحرم عليها لبس القفازين بخلاف الحادة، ويجوز لها لبس الثياب المزعفرة وغيرها من الثياب المصبوغة والحلي، والحادة يحرم عليها ذلك فلا يصح القياس ولان المبتوتة لا يحرم عليها النقاب فان وجب عليها الاحداد فكذلك المتوفى عنها زوجها

(فصل) وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر

الا أن تصير آيسة فتستبريء نفسها استبراء الآيسات، وان ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستريبة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت حاملا فحتى تضع)

وهذه بحمد الله لاخلاف فيها فان الله تعالى قال (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقال النبي ﷺ « لاتوطأ حامل حتى تضع » ولان عدة الحرة والامة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة اذا كانت حاملا بوضع حملها وذلك لان المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ماذكرناه في المعتدة

(فصل) واذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لانها محرمة على المولى وليست له فراشا وانما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ، ولانه لم يزوجها حتى استبرأها فانه لايحل له تزويجها قبل استبرائها، فان طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضا وان طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة لانها قدصارت حرة في حال وجوب العدة عليها ، وان مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما

وابن مسعود وام سلمة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق قال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت روي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله تعالى (فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت رواهما أبو داود

ولنا ما روت فريعة بنت مالك بن سنان اخت أبي سعيد انها جاءت إلى رسول الله ﷺ فاخبرته ان زوجها خرج في طلب أعبد له ابقوا فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع إلى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله ﷺ « نعم » قالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو امر بي فدعيت له فقال رسول الله ﷺ « كيف قلت؟ » فرددت عليه القصة فقال « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » فاعتددت فيه أربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك في موطئه والاثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه . إذا ثبت هذا فانه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان لزوجها أو باجارة أو عارية لان النبي

ذكرناه ولانه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد اذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة ان كان طلاقها بائنا أو كانت متوفى عنها ، وان كانت رجعية بنت على عدة حرة على مامضى ، وان بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لانها عادت الى فراشه ، وقال ابو بكر لا يلزمها استبراء الا أن يردها السيد الى نفسه لان فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها مايردها اليه فأشبهت الامة غير الموطوءة

(فصل) فان مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا فعلى قول أبي بكر ليس عليها استبراء لان فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد اليه وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ولانه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من "عدة بيقين ، وعلى القول الآخر ان كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء لان السيد ان كان مات أولا فقدمات وهي زوجته ، وان كان مات آخراً فقدمات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه وان كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لانه يحتمل ان يكون السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ويحتمل انه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها الى فراشه فلزمها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين قال ابن عبد البر وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الامة من سيدها بحيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال فان جهل مابين موتهما فالحكم فيه كما لو علمنا ان بينهما شهرين وخمس ليال احتياطا لاسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط في الايجاب بين عدة حرة وحيضة فيما اذا علمنا أن بينهما

صلى الله عليه وسلم قال لفريعة « امكثي في بيتك » ولم تكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض ألفاظه « اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك » وفي لفظ « اعتدي حيث أتاك الخبر » فان أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت الى مسكنها أو اعتدت فيه وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها اتباعا للفظ الخبر الذي رويناه

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «امكثي في بيتك» واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فان قضايا الاعيان لاعموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فانه لايلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها

﴿مسئلة﴾ (إلا ان تدعو ضرورة إلى خروجها منه بان يحولها مالكه أو تخشى على نفسها)
وجملة ذلك أنها إذا خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية

شهرين وخمس ليال وقول أصحاب الشافعي في هذا القول مثل قولنا وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد

وقال ابن المنذر حكمها حكم الاماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة ان الزوج مات بعد المولى ، وقيل ان هذا قول ابي بكر عبد العزيز أيضاً والذي ذكرناه أحوط . فأما الميراث فانها لاترث من زوجها شيئاً لان الاصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك والفرق بين الارث والعدة أن ايجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها وايجاب الارث اسقاط لحق غيرها ولان الاصل تحريم النكاح عليها فلا يزول الا بيقين والاصل عدم الميراث لها فلا ترث الا بيقين فان قيل أفليس المفقود اذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك في ارثه قلنا الفرق بينهما أن الاصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الاصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثا فافترقا

(مسئلة) قال (وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة وكذلك ان أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها) .

لا يختلف المذهب في أن الاستبراء ههنا بحيضة في ذات القروء وهو قول الشافعي وهو قول الزهري والثوري فيمن اراد تزويج أمة كان يصيبها ، وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتي لايصيبها ، وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة

ولنا انها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل الى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولان هذه موطوءة وطئاً له حرمة فلم يجز ان تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة وهذا لأنه اذا وطئها

وجع فيها أو باجارة انقضت مدتها أومنعها السكنى تعدياً أو امتنع من اجارته أوطالب به أكثر من أجر المثل أو لم تجد ماتكتري به أولم تجد إلا من مالها فانها ان تنتقل لانها حال عذر ولايلزمها بذل أجرة المسكن وانما الواجب عليها السكنى لا تحصيل المسكن وإذا تعذرت السكنى سقطت وتسكن حيث شاءت ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى اقرب ما يمكنها النقلة اليه وهو مذهب الشافعي لانه قرب إلى موضع الوجوب أشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لايجد فيه أهل السهمان فانه ينقلها إلى موضع يجدهم فيه

ولنا أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلايجب كالو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف اذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ولان ما ذكروه اثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فان معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فان القصد نفع الاقرب وفي نقلها الى أقرب موضع يجده نفع الاقرب

سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم أفضى الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب وهذا لايحل ويخالف البيع فانها لاتصير به فراشاً ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضي الى اختلاط المياه ولهذا يصح في المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج

(فصل) فان لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا في ام الولد على ما شرحنا ومفهوم كلام الخرقي انها اذا كانت أمة لا يطؤها سيدها: لم يلزمها استبراء لانها ليست فراشاً لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ولان تركها للاستبراء لا يفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب بخلاف الموطوءة

(فصل) وان مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا في أم الولد لانها فراش لسيدها فأشبهت ام الولد الا أنها اذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة رواية واحدة لانها لا تصير حرة

(فصل) وان أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له اصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء لان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها

وقال النبي ﷺ « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها » ولم يذكر الاستبراء ولان الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته في عدتها

وقد روي عن احمد في الامة التي لا يطؤها: اذا أعتقها لا يتزوجها بغير استبراء لانه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء . والصحيح انه يحل له ذلك لانه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتي كان يصيبها ولان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل انه كان أصابها .

(فصل) ولا سكنى للمتوفى عنها اذا كانت حائلا رواية واحدة وان كانت حاملا فعلى روايتين ، وللشافعي فيها قولان (أحدهما) لها السكنى لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج) فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب ولان النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن الا باذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف في مال زوجها بغير اذنهم

ولنا أن الله تعالى انما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة فوجب أن لا تستحق منه أكثر من ذلك ، وأما اذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلانها حامل من زوجها فوجبت لها السكنى قياسا على المطلقة فأما الآية التي احتجوا بها فانها منسوخة ، وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى فقضية في عين يحتمل أن رسول ﷺ علم أن الوارث يأذن في ذلك أو تكون السكنى واجبة عليها ويتقيد ذلك بالامكان واذن الوارث من جملة ما يحصل به الامكان فاذا قلنا لها

والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم . ولانها تحل لمن تزوجها سواه فله أولى . ولانه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً فكذلك هذه فانه تارك لوطئها ولان وجوب الاستبراء في حق غيره انما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام احمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها

(فصل) وان اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكى ان الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه الى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال أبو عبد الله وبلغني ان المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله سبحان الله ما أعظم هذا؟ أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها الا تعتد من اجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الامة بحيضة من اجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فان كانت حاملا كيف يصنع؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي ﷺ « لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض » وهذا لا يدري أهي حامل أم لا؟ ما أسمج هذا؟ قيل له: ان قوما يقولون هذا فقال قبح الله هذا وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الاحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل

اذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها اذا لم يعتقها لانها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها او من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب. وقال الشافعي اذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها اذا اعتقها لانها ليست فراشاً وقد كان لسيدها تزويجها قبل

السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعا يمنعها السكنى حتى تقضي العدة وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء وان تعذر ذلك المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكنا من مال الميت فان لم يفعل أجبره الحاكم وليس لها أن تنتقل الا لعذر كما ذكرنا ، وان اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لان السكنى ههنا يتعلق بها حق الله سبحانه وتعالى فلم يجز اتفاقهما على ابطالها بخلاف سكنى النكاح فانه حق لهما ولان السكنى ههنا من الاحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد وليس لهم اخراجها الا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وهو أن يطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الاكثرين وقال ابن مسعود والحسن هي الزنا لقول الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) واخراجهن هو لاقامة حد الزنا ثم ترد الى مكانها

بيعها لجاز ذلك بعد بيعها . ولانها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك اذا أعتقها المشتري

ولنا عموم قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولانها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها . فأما ان أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره لانها حرة لم تكن فراشاً فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع وفارق الموطوءة فانها فراش يجب عليها استبراء نفسها اذا عتقت فحرم عليها النكاح كالمعتدة. وفارق ما اذا أراد سيدها نكاحها فانه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ولان هذا يتخذ حيلة على ابطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره

(فصل) واذا كانت امة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لانها خرجت عن كونها فراشا باستبرائه لها وان باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج الى استبراء لذلك وان باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها وان مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها اتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لانها لم تصر فراشاً للمشتري ولم يلزمها استبراء باعتاقه

(فصل) واذا كانت الامة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لان القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد

ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولانهما استبراءان من رجلين فاشبها العدتين وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين

ولنا أن الآية تقتضي الاخراج من المسكن وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الاقوال الفاحشة يقال أفحش الرجل في قوله ولهذا روي عن النبي ﷺ أنه قالت له عائشة يا رسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة - ثم النت له القول لما دخل قال - يا عائشة ان الله لا يحب الفحش ولا التفحش » اذا ثبت هذا فان الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها الى غيرها في الدار أو لم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها وقال بعض أصحابنا ينتقلون هم عنها لان سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ولان الفاحشة منها فكان الاخراج لها ، وان كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوهم دونها فانها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولان الذنب لهم فيخصون بالاخراج ، وان كان المسكن لغير الميت فيتبرع صاحبه باسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وان أبى أن يسكنها الا بالاجرة وجب بذلها من مال الميت الا أن يتبرع انسان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ملك امة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة ان كانت ممن تحيض او بوضع الحمل ان كانت حاملا او بمضي ثلاثة اشهر ان كانت من الآيسات او من اللائي لم يحضن)

وجملته ان من ملك أمة بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرا كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واصحاب الرأي وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لان الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلاحاجة الى الاستبراء وقال الليث ان كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك ، وقال عثمان البتي يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لانه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا

ولنا ماروى أبو سعيد أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض رواه احمد في المسند وعن رويفع بن ثابت قال اني لا أقول الا ماسمعته من رسول الله ﷺ سمعته يقول « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه أبو داود وفي لفظ قال سمعت رسول الله ﷺ يوم خيبر يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الاثرم ولانه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولانه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل

بيدلها ويلزمها الاعتداد به فان حولها مالك المسكان أو طلب أكثر من أجر المثل فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لانه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكناها به حق لها وليس بواجب عليها فان المسكن الذي كان تجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهم أو لغيرهم ، وان كانت تسكن في دارلها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز وعلى الورثة بذل الاجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لانه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها

(فصل) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة باسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وان منعت السكنى أو طلبوا منها الاجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الاجارة وسواء قدرت على الاجرة أو عجزت لانه انما تلزمها السكنى

كالعدة قال أبو عبدالله قد بلغني ان العذراء تحمل فقال له بعض اهل المجلس نعم قد كان في جيراننا ؛ وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي وماذكروه يبطل بما اذا اشتراها من امرأة او صبي أوممن تحرم عليه برضاع أوغيره وماذكره البتي لايصح لان الملك قد يكون بالسبي والارث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لايراد الا للاستمتاع فلا يجوز الا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لايصح تزويج معتدة ولامرتدة ولامجوسية ولاوثنية ولامحرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه فاما الصغيرة التي لايوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها وهو ظاهر كلام احمد وفي أكثر الروايات عنه قال تستبرأ وان كانت في المهد ؛ وروي عنه أنه قال ان كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ اذا كانت رضيعة ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة اذا كانت ممن تحيض والابثلاثة أشهر ان كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لايجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها

وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لان سبب الاباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فانه لانص فيه ولا معنى نص لان تحريم مباشرة الكبيرة انما كان لكونه داعيا الى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا في هذه فوجب العمل بمقتضى الاباحة فأمامن يمكن وطؤها فلاتحل قبلتها ولاالاستمتاع منها بمادون الفرج قبل الاستبراء الا المسبية على احدى الروايتين وقال الحسن لايحرم من المشتراة الافرجها وله أن يستمتع منها بماشاء مالم يمس لان النبي ﷺ انما نهى عن الوطء ولانه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض

لا تحصيل المسكن ، وان كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكنا آخر لم تلزمها السكنى به ولذلك ان أخرجت من المسكن الذي هي به أو خرجت لاي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواء سواء بذله الورثة أو غيرهم لانها انما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره ، وكذلك اذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها في مسكنها وبذل لها سواه وان طلبت مسكنا بأجرة أو بغيرها لزم الورثة تحصيله ان خلف الميت تركة تفي بذلك وتقدم على الميراث لانه حق على الميت فأشبه الدين ، فان كان على الميت دين يستغرق تركته ضربت بأجرة المسكن لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يخصها موضعا تسكنه ، وكذلك الحكم في المطلقة اذ احجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فانها تضرب بأجرة المسكن كمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملا فان قيل فهل لا قدمتم حق الغرماء لانه أسبق؟ قلنا لان حقها ثبت عليه بغير اختياره فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لانسان أو جنى عليه ، وإن مات وهي في مسكنه لم يجز اخراجها منه لان حقها تعلق

ولنا أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولانه لايأمن من كونها حاملا من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطل فيكون مستمتعاً بام ولد غيره وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض فأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمد لان كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ولانه داعية الى الوطء المحرم لاجل اختلاط المياه واشتباه الانساب فأشبهت المبيعة ، وروي عن أحمد أنه لايحرم لما روي عن ابن عمر أنه قال وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسي ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولانه لانص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لانها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وانما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره ، وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لايكون الا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء الا من حين ملك باقيها ، وان ملكها ببيع فيه الخيار انبني على نقل الملك في مدته فان قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع ، وان قلنا لاينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار ، وان كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع لان العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض؟ فيه وجهان (أحدهما) من حين البيع لان الملك ينتقل به (والثاني) من حين القبض لان القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، وان اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت الى السيد حلت له بغير استبراء لان ملكه ثابت على مافي يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه ، وان اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت الى سيده فعليه استبراؤها لان ملكه تجدد عليها اذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه الا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب .

بيع المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لانها انما تستحق السكنى اذا كانت حاملا ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضربها في السكنى لم يكن لهم ذلك، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لاضرر عليها فيه

(فصل) إذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فانها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ان كانت حاملا وإن كانت مطلقة من ذوات القرء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها في القرء فان لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهي تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهرا وبما بقي من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شيء لانه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فاذا ضربت بذلك فوافق الصواب لم يزد ولم ينقص استقر الحكم ويستأجر بما يحصل لها مكانا تسكنه فاذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت ، وإن كانت المدة أقل مما ضربت مثل ان وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت

فقال أصحابنا تباح للسيد بغير استبراء لانه يصير حكمها حكم المكاتب ان رق رقت وان عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناه وللمعنى فان المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه

(فصل) ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقي من استبرائها لما مضى ، وان استبرأها ثم اسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعي لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد اسلامها لان ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها

ولنا قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد في سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولانه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ولان الاستبراء انما وجب كيلا يفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو اقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبراؤها لانه تجديد ملك سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها ، فان كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان (احداهما) عليه الاستبراء وهو مذهب الشافعي لانه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء وهو قول أبي حنيفة اذا تقايلا قبل القبض لانه لا فائدة في الاستبراء مع تعين البراءة

(فصل) واذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ولكن ان طلقت بعد الدخول

ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها في صورة النقص ، ويحتمل أن لا ترجع به وتكون في ذمة زوجها لانا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم يكن لها الزيادة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تخرج ليلا وتخرج نهاراً لحوائجها سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها)

لما روى جابر قال طلقت خالتي ثلاثا فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيرا » رواه النسائي وأبو داود ، وروى مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا فاذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؟ فقال رسول الله ﷺ « تحدثن عند احداكن

أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي يجب عليه الاستبراء في هذا كله لانه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة

ولنا انه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة اذا حلت والمرهونة اذا فكت فانه لا خلاف في حلهما بغير استبراء ولان الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى

(فصل) وان اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد وقال هذه حيلة وضعها أهل الرأي لابد من استبراء

ووجه ذلك ان هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولان اسقاط الاستبراء ههنا ذريعة الى اسقاطه في حق من أراد اسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام . فاما ان كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لان ذلك قد حصل بالعدة ولانها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولانها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاً له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها اذا كانت خالية من زوج .وان اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لانها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء . وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين

وقال القاضي في المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لانهما من رجلين ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لانه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا .ولا يصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فان السيد ههنا ليس له استبراء

(فصل) وان كانت الامة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد لانه يحصل به

حتى إذا أردتن فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلا الا لضرورة ولأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه ، وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه وترجع إلى منزلها إذا فرغت

(فصل) والامة كالحرة في الاحداد والاعتداد في منزلها إلا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد امساكها نهاراً ويرسلها ليلا فان أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة اسكانها كالحرة سواء .

(فصل) والبدوية كالحضرية في الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فان انتقلت الحلة انتقلت معهم لانها لا يمكنها المقام وحدها، وان انتقل غير أهلها لزمها المقام مع أهلها ، وان انتقل

معرفة البراءة . فان قيل فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما وفي مسئلتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء

(فصل) واذا اشترى الرجل زوجته الامة لم يلزمه استبراؤها لانها فراش له فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لانه عتق بملكه له ولا تصير به الامة ام ولد ، أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الامة ام ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها لانه قد علم الحمل وزال الاشتباه

(فصل) وان وطيء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله لانه حق عليه فلا يسقط بعدوانه . فان لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبني على ما مضى من الاستبراء وان علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها لانه لم يستبرئها وان وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ولا يتبعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد

وقد روى ابو داود باسناده عن ابي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح[1] على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لقد هممت ان ألعنه لعناً يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له او كيف يستخدمه وهو لا يحل له » ومعناه انه ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده وان اتخذه مملوكا لم يحل

(١) هي المرأة الحبلى قد قاربت الولادة

أهلها انتقلت معهم الا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتتخير بين الاقامة والرحيل، وان هرب أهلها فخافت هربت معهم فان أمنت أقامت اقضاء العدة في منزلها

(فصل) فان مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما نذكره ، وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان لها فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به ، وإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الاقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال عنها إلى غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها ، وان مات بعده فلها الخيار بين البلدين)

إذا أذن المرأة زوجها في النقلة من بلد إلى بلد أو من دار إلى دار أخرى فمات قبل انتقالها من الدار وقبل خروجها من البلد لزمها الاعتداد في الدار وكذلك ان مات قبل خروجها من الدار لانها بيتها وسواء مات قبل نقل

له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيد في الولد ، وعن ابن عباس قال . نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن مافي بطونهن . رواه النسائي والترمذي

(فصل) ومن أراد بيع أمته فان كان لايطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع. قال احمد وان كانت لامرأة فاني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها، وان كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لان انتفاء الحمل معلوم ، وان كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها ، به قال النخعي والثوري . وعن احمد رواية أخرى لايجب عليه استبراؤها وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، ولان الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع فان الاستبراء في حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لايجب في الامة قبل البيع وبعده

ولنا ان عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروى عبدالله ابن عبيد بن عمير قال باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل ان يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه الى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال فبعتها قبل ان تستبرئها ؟ قال نعم ، قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا اليه فألحقوه به ولانه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال ان تكون ام ولد فيجب الاستبراء لازالة الاحتمال فان خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر لان الاصل عدم الحمل ولان عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الامة التي باعها قبل استبرائها الا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج الى ذلك ، وذكر أصحابنا الروايتين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها، والاولى ان ذلك لايجب في الآيسة

متاعها من الدار أو بعده لانها مسكنها مالم تنتقل عنها وان مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها لانها مسكنها وكذلك ان مات بعد وصولها إلى البلد الآخر على قياس ذلك ، وان مات وهي بينهما فهي مخيرة لانها لامسكن لها منهما فان الأولى خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكناً لها والثانية لم تسكن بها فهما سواء وكذلك ان مات بعد خروجها من البلد لما ذكرنا وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لانها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين ، فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال لانها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إياه وإقامتها معه فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة. فأما ان انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع إلى الثانية لانها صارت مسكنها بانتقالها اليها وانما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وان مات وهي في الثانية فقالت أذن لي زوجي في السكنى بهذا

لان علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والاصل عدمه فلا نثبت به حكما بمجرده

(فصل) واذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة (أحدها) ان يكون البائع أقر بوطئها عند البيع او قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر او يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فان الولد يكون للبائع والجارية ام ولد له والبيع باطل

(الحال الثاني) ان يكون احدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية ام ولد له

(الحال الثالث) ان تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لان الحمل تجدد في ملكه ظاهراً فان ادعاه كل واحد منهما فهو للمشتري لانه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه ، وان ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلا وان كذبه فالقول قول المشتري في ملك الولد لان الملك انتقل اليه ظاهراً فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع ان الجارية مغصوبة او معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال

(والثاني) لا يقبل لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو أعتقه كان ابوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما انه اخو صاحبه لم يقبل الا ببينة

(الحال الرابع) أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فان ادعاه البائع فاقر له المشتري لحقه وبطل البيع وان كذبه فالقول قول المشتري ، وان ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فالحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولانه

المكان وأنكر ذلك الورثة أو قالت إنما أذن لي زوجي في المجيء اليه لا في الاقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لانها أعرف بذلك منهم ، وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرم يسافر معها والامن على نفسها لقول رسول الله ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم من أهلها » أو كما قال

﴿ مسئلة ﴾ (وان سافر بها فمات في الطريق وهي قريبة لزمها العود)

لانها في حكم الاقامة وان تباعدت خيرت بين البلدين لان البلدين تساويا فكانت الخيرة اليها فيما المصلحة لها فيه لانها أخبر بمصلحتها .

(فصل) وان أذن لها زوجها في السفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما نذكره من التفصيل وإذا مضت إلى مقصدها فلها الاقامة حتى تقضي ما خرجت اليه وتنقضي حاجتها من تجارة أو غيرها فان كان خروجها لنزهة أو زيارة ولم يكن قدر لها مدة فانها تقيم اقامة

يحتمل كونه من كل واحد منهما وان ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغي ان يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لاننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها

(الحال الخامس) اذا أتت به لاقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فان ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء

(مسئلة) قال (وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة في غير منزلها والكحل بالاثمد والنقاب)

هذا يسمى الاحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في وجوبه على المتوفى عنها زوجها الا عن الحسن فانه قال لايجب الاحداد وهو قول شذ به عن اهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ويستوي في وجوبه الحرة والامة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأي لا احداد على ذمية ولا صغيرة لانهما غير مكلفتين

ولنا عموم الاحاديث التي سنذكرها ولان غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وانما يفترقان في الاثم فكذلك الاحداد ولان حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها

(فصل) ولا احداد على غير الزوجات كام الولد اذا مات سيدها قال ابن المنذر لا أعلمهم يختلفون في ذلك وكذلك الامة التي يطؤها سيدها اذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزني بها لقول النبي ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً» ولا احداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لانها في حكم الزوجات

المسافر ثلاثاً وان كان قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم اذنه فكان لها اقامة ما أذن لها فيه فاذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أوغيره أتمت العدة في مكانها وان أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمها الاقامة في مكانها لان الاعتداد وهي مقيمة أولى من الاتيان به في السفر، وان كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها .

(مسئلة) (وان أذن لها في الحج فاحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت في سفرها وان لم تخش وهي في بلدها أو قرية يمكنها العود أقامت لتقضي العدة في منزلها والا مضت في سفرها وان لم تكن أحرمت به أو أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم تخش الفوات)

وجملة ذلك أن المعتدة ليس لها أن تخرج الى الحج ولا غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وبه قال

لها ان تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا احداد على المنكوحة نكاحا فاسداً لانها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

(فصل) وتجتنب الحادة مايدعو الى جماعها ويرغب في النظر اليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء (أحدها) الطيب ولاخلاف في تحريمه عند من أوجب الاحداد لقول النبي ﷺ « لا تمس طيبا الا عند ادنى طهرها اذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط او اظفار» متفق عليه وروت زينب بنت ام سلمة قالت دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفى أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ، ولا يجوز لها استعمال الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لانه استعمال للطيب، فأما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لانه ليس بطيب (الثاني) اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

(أحدها) الزينة في نفسها فيحرم عليها ان تختضب وان تحمر وجهها بالكلكون وان تبيضه باسفيذاج العرايس وأن تجعل عليه صبراً يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وان تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالاسمد من غير ضرورة وذلك لماروت أم سلمة ان النبي ﷺ قال « المتوفى عنها

سعيد بن المسيب ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي فان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لانها فى حكم الاقامة ، وان تباعدت مضت فى سفرها ، وقال مالك ترد مالم تحرم ، والصحيح ماذكرنا لانه يضربها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وان رجعت، ويحد القريب بما لا تقصر اليه الصلاة والبعيد بما تقصر فيه قاله القاضي وهو قول أبي حنيفة الا انه لا يرى القصر الا فى مدة ثلاثة أيام ، فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام لزمها الرجوع اليه، وان كان فوق ذلك لزمها المضي الى مقصدها اذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام، وان كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي به مكان يمكنها الاقامة فيه لزمتها الاقامة وإلا مضت إلى مقصدها ، وقال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لانها صارت فى موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه مالو بعدت

ولنا على وجوب الرجوع على القريبة ما روى سعيد باسناده عن سعيد بن المسيب قال توفى أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن ولانه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن تعتد فلزمها كما لو لم تفارق البنيان

زوجها لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولاتختضب ولا تكتحل» رواه النسائي وأبوداود وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغاً الا ثوب عصب ولا تكتحل ولاتمس طيبا الا عند أدنى طهرها اذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه . وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان ابنتي توفي عنهازوجها وقداشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ «لا» مرتين أو ثلاثا متفق عليه ، وروت أم سلمة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمةوقدجعلت علي عيني صبراً فقال« ماذايا أم سلمة ؟ » قلت انماهو صبر ليس فيه طيب قال«انه يشب الوجه لاتجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب » قال قلت بأي شيء أمتشط قال «بالسدر تغلفين به رأسك» ولان الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو اليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه ، وحكي عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فانه يزينها ويحسنها ، وان اضطرت الحادة الى الكحل بالاثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلا وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينيها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها الى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحلي الا لما لابد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبوداود والنسائي ، وانما منع من الكحل بالاثمد لانه الذي تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوها فلا بأس به لانه لازينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرها، ولاتمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لانه انما منع منه في الوجه لانه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ « انه يشب الوجه ولا تمنع من

وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع لان عليها مشقة وتحتاج الى سفر طويل في رجوعها أشبهت من بلغت مقصدها ، وان اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك اذا كانت تصل الى منزلها في عدتها، ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كالبعيدة ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف بينهم لانه أمكنها الاعتداد فيه فهو كما لو لم تسافر منه

(فصل) ولو كان عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة في منزلها ، وان فاتها الحج لان العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به بعدها ، وان مات زوجها بعد احرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها فيه وكان وقت الحج متسعا لا يخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لامكان الجمع بين الحقين ، وان خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمها المقام ، وان فاتها لانها معتدة فلم يجز لها أن تنشيء سفرا كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

التنظيف بتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولانه يراد للتنظيف لا للطيب

(القسم الثاني) زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الاحمر وسائر الملون للتحسين كالازرق الصافي والاخضر الصافي والاصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي « لاتلبس ثوبا مصبوغا » وقوله « لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » فاما ملايقصد بصبغه حسنه كالكحلي والاسود والاخضر المشبع فلا تمنع منه لانه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان (أحدهما) يحرم لبسه لانه أرفع وأحسن ولانه مصبوغ للحسن فأشبه ماصبغ بعد نسجه (والثاني) لايحرم لقول رسول الله ﷺ في حديث أم سلمة « الا ثوب عصب » وهو ماصبغ غزله قبل نسجه ذكره القاضي ولانه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ، والاول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الانف الورس والعصب نبتان باليمن لاينبتان الا به فأرخص النبي ﷺ للحادة في لبس ماصبغ بالعصب لانه في معنى ماصبغ لغير التحسين أما ماصبغ غزله للتحسين كالاحمر والاصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وان كان رقيقا سواء كان من قطن أو كتان و ابريسم لان حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة اذا كانت حسنة الخلقة لايلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها

(القسم الثالث) الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ « ولا الحلي » ، وقال عطاء يباح حلي الفضة دون الذهب وليس بصحيح لان النهي عام ، ولان الحلي يزيد حسنها ويدعو الى مباشرتها قالت امرأة

وما الحلي الا زينة لنقيصة ... تتمم من حسن اذا الحسن قصرا

ولنا أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الاسبق منهما كما لو سبقت العدة ولان الحج آكد لانه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كالو ماتت زوجها بعد أن بعد سفرها اليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي اليه لما في بقائها على الاحرام من المشقة واحتمل أن تلزمها العدة في منزلها لانها أسبق ولانها فرطت وغلظت على نفسها فاذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك فان أدركته والا تحللت بعمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج وإن لم يمكنها السفر فهي كالمحصرة التي يمنعها زوجها من السفر وحكم الاحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف

﴿ مسئلة ﴾ (وأما المبتوتة فلا تجب عليها عدة الوفاة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه قال

(فصل) الثالث مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لان المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك واذا احتاجت الى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة

(فصل) والرابع المبيت في غير منزلها وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها عمر وعثمان رضي الله عنهما . وروي ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وام سلمة ، وبه يقول مالك والثوري والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي واسحاق . وقال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر

وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت ، وروي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله تعالى (فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن) قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت . رواهما ابو داود

ولنا ماروت فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله ﷺ فأخبرته ان زوجها خرج في طلب اعبد له فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع الى أهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله ﷺ « نعم » قالت فخرجت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني او امر بي فدعيت له فقال رسول الله ﷺ « كيف قلت ؟ » فرددت عليه القصة فقال «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً فلما كان عثمان بن عفان أرسل الي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك في موطئه والاثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه اذا ثبت هذا فانه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان مملوكا لزوجها أو

أصحابنا لا يتعين الموضع الذي تسكنه المبتوتة في الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل بل يتخير الزوج بين اقرارها في موضع طلاقها وبين نقلها الى مسكن مثلها لحديث فاطمة بنت قيس يذكر في النفقات إن شاء الله تعالى

والمستحب اقرارها لقوله سبحانه (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) ولان فيه خروجا من الخلاف فان الذين يرون لها السكنى يوجبون عليها الاعتداد في منزلها فان كان في بيت يملك الزوج سكناه يصلح لمثلها اعتدت فيه فان ضاق عنهما انتقل عنها الا انه يستحب سكناها في البيت الذي طلقها فيه وان اتسع الموضع لهما وأمكنها السكنى في موضع منفرد كالحجرة وعلو الدار وبينهما باب مغلق جاز وسكن الزوج في الباقي كالحجرة بين المتجاورين وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز وتركه أولى ولا يجوز مع عدم المحرم لان الخلوة لاجنبية محرمة وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فان لم يكن ثم

باجارة او عارية لان النبي ﷺ قال لفريعة « امكثي في بيتك » ولم تكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض ألفاظه « اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك » وفي لفظ « اعتدي حيث أتاك الخبر » فان اتاها الخبر في غير مسكنها رجعت الى مسكنها فاعتدت فيه ، وقال سعيد بن المسيب والنخعي لاتبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها اتباعا للفظ الخبر الذي رويناه

ولنا قوله عليه السلام « امكثي في بيتك » واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فان قضايا الاعيان لاعموم لها ثم لايمكن حمله على العموم فانه لايلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية اذا أتاها الخبر وهي فيها

(فصل) فان خافت هدما او غرقا او عدواً او نحو ذلك او حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو باجارة انقضت مدتها او منعها السكنى تعديا او امتنع من اجارته او طلب به أكثر من أجرة المثل او لم تجد ماتكتري به او لم تجد الا من مالها فلها ان تنتقل لانها حال عذر ولا يلزمها بذلك أجر المسكن وانما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن . واذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت ذكره القاضي . وذكر ابو الخطاب انها تنتقل الى أقرب مايمكنها النقلة اليه وهو مذهب الشافعي لانه أقرب الى موضع الوجوب فأشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لايجد فيه أهل السهمان فانه ينقلها الى أقرب موضع يجدهم فيه

ولنا ان الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف اذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ولان ماذكروه اثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فان معنى الاعتداد في بيتها لايوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فان القصد نفع الاقرب وفي نقلها الى أقرب موضع يجده نفع الاقرب فوجب لذلك

حاكم رجعت على الزوج وإن وجد الحاكم ففي رجوعها روايتان فان كان الزوج حاضراً ولم يمنعها المسكن فاكترت لنفسها مسكناً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع لأنها تبرعت بذلك وإن عجز الزوج عن اسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع منه مع المقدرة سكنت حيث شاءت

(باب في استبراء الاماء)

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع :

(أحدها) إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بمباشرة أو قبلة حتى يستبرئها إلا المسبية هل له الاستمتاع منها بما دون الفرج ؟ على روايتين)

من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل هذا قول الحسن وابن سيرين

(فصل) قال أصحابنا ولا سكنى للمتوفى عنها اذا كانت حائلا . رواية واحدة وان كانت حاملا فعلى روايتين وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان وجه الوجوب قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج) فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب . ولان النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن الا باذنهم كما انها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير اذنهم

ولنا ان الله تعالى انما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة ، والمسكن من التركة فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ولانها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثا . وأما اذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة . فأما الآية التي احتجوا بها فانها منسوخة

وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى فقضية في عين يحتمل انه عليه السلام علم ان الوارث يأذن في ذلك أو يكون الامر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالامكان واذن الوارث من جملة مايحصل الامكان به ، فاذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعاً يمنعها السكنى فيه حتى تقضي العدة وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء . وان تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكناً من مال الميت فان لم يفعل أجبره الحاكم وليس لها أن تنتقل من مسكنها الا لعذر كما ذكرنا وان اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لان هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لانها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على ابطالها بخلاف سكنى النكاح فانها حق لهما ولان السكنى ههنا من الاحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد ، وليس لهم ان

وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لان الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء وقال الليث إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك وقال عثمان البتي يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لانه لو زوجها لكان الاستبراء على السيد دون الزوج كذلك ههنا

ولنا ماروى أبو سعيد أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض رواه أحمد في المسند

وعن رويفع بن ثابت قال اني لاأقول إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ سمعته يقول « لايحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه أبو داود وفي لفظ قال سمعت رسول الله ﷺ يوم حنين يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه

يخرجوها الا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشه مبينة) وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه . روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الاكثرين

وقال ابن مسعود والحسن هي الزنا لقول الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) واخراجهن هو الاخراج لاقامة حد الزنا ثم ترد الى مكانها

ولنا ان الآية تقتضي الاخراج عن السكنى وهذا لايتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الاقوال الفاحشة . يقال أفحش فلان في مقاله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قالت له عائشة يارسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول فقال « ياعائشة ان الله لايحب الفحش ولا التفحش » اذا ثبت هذا فان الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم او لم يمكن نقلها الى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها . وقال بعض اصحابنا: ينتقلون هم عنها لان سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على انها تخرج فلا يعرج على ماخالفه ولان الفاحشة منها فكان الاخراج لها . وان كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فانها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولان الذنب لهم فيخصون بالاخراج

وان كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه باسكانها فيه لزمها الاعتداد به وان ابى أن يسكنها الا باجرة وجب بذلها من مال الميت الا ان يتبرع انسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به فان حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لانه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكناها

الاثرم ولانه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالبنت التي تحمل ولانه سبب وجب للاستبراء فلم تفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة قال أبو عبد الله قد بلغني أن العذراء تحمل فقال له بعض أهل المجلس نعم قد كان في جيراننا . وذكره بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما اذا اشتراها من امرأة أو صبي أو من تحرم عليه برضاع أو غيره وما ذكره البتي لايصح لان الملك قد يكون بالسبي والارث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب والفرق بين البيع والتزويج أن التزويج لايراد الا للاستمتاع فلا يجوز الا فيمن تحل له فوجب ان يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتده ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم الاستمتاع بالقبلة والنظر لشهوة)

به حق لها وليس بواجب عليها فان المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهما أو لغيرهم؛ وان كانت تسكن في دارها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو باجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الاجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لانه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها

(فصل) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة باسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وان منعت السكنى به أو طلبوا منها الاجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الاجارة وسواء قدرت على الاجرة أو عجزت عنها لانه انما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن؛ وان كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك ان أخرجت من المسكن الذي هي به او خرجت لاي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم لانها انما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره وكذلك اذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها في مسكنها و بذل لها سواه؛ وان طلبت مسكنا سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة او بغيرها ان خلف الميت تركة تفي بذلك ويقدم ذلك على الميراث لانه حق على الميت فأشبه الدين فان كان على الميت دين يستغرق

والاستمتاع بها فيما دون الفرج اذا لم تكن مسبية رواية واحدة وقال الحسن لا يحرم من المستبرأة الا فرجها وله ان يستمتع منها بما شاء مالم يمس لان النبي ﷺ انما نهى عن الوطء ولانه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض

ولنا انه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولانه لا يأمن كونها حاملا من بائعها فتكون ام ولد فلا يصح بيعها فيكون مستمتعا بأم ولد غيره وبهذا فارق الحائض فاما المسبية ففيها روايتان (احداهما) تحريم مباشرتها وهو ظاهر كلام الخرقي وهو الظاهر عن احمد اذا كان لشهوة قياسا على العدة ولانه داعية الى الوطء المحرم المفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب فأشبهت المبيعة والرواية الثانية لا يحرم لما روي عن ابن عمر انه قال وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسي ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولانه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لانها تحتمل ان تكون ام ولد البائع فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وانما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره

(مسئلة) (وسواء ملكها من صغير او كبير أو رجل أو امرأة أو مجبوب او من رجل قد استبرأها ثم لم يطأها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولانه يجوز ان تكون حاملا من غير البائع فوجب استبراؤها كالمسبية من امرأة

ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم في المطلقة اذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فانها تضرب باجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملا فان قيل فهلا قدمتم حق الغرماء لانه أسبق ؟ قلنا لان حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لانسان أو جني عليه ، وان مات وهي في مسكنه لم يجز اخراجها منه لان حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وان طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لانها انما تستحق السكنى اذا كانت حاملا ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى لم يكن لهم ذلك وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لاضرر عليها فيه

(فصل) واذ قلنا انها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فانها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ان كانت حاملا ، وان كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها في القروء فان لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر أو بما بقي من ذلك ان كان قد مضى من مدة حملها شيء لانه لايمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فاذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها

(مسألة) (وان اعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح غيره ان لم يكن بائعها يطؤها)

إذا اشترى امة فاعتقها قبل استبرائها لم يجز ان يتزوجها حتى يستبرئها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك وروى ان الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه الى جماعها قبل استبرائها وامره أبو يوسف ان يعتقها ويتزوجها ويطأها قال ابو عبد الله وبلغني ان المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها قال أبو عبد الله ماأعظم هذا ابطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها الا وتعتد من اجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الامة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان ثم يتزوجها فيطؤها يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فان كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة قال النبي ﷺ «لاتوطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض » وهذا لايدري اهي حامل أم لا ؟ ماأسمج هذا قيل له ان قوما يقولون هذا فقال قبح الله هذا وقبح من يقوله وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الادلة كفاية اذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها اذا لم يعتقها لانها ممن يجب استبراؤها فلم يجز ان تتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المستبرأة من رجل يطؤها او من رجل قد اشتراها ثم لم يطأها او ممن لايمكنه الوطء كالصبي والمجبوب والمرأة وقال الشافعي اذا اشتراها ممن لايطؤها فله تزويجها سواء اعتقها أو لم يعتقها وله ان يتزوجها اذا اعتقها لانها ليست فراشا وقد كان لسيدها تزويجها قبل

مكانا تسكنه اذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وان كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وان طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها في صورة النقص ويحتمل أن لا ترجع به ويكون في ذمة زوجها لاننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه

(فصل) وللمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً » رواه النسائي وأبو داود وروى مجاهد قال استشهد رجل يوم احد فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ وقلن يارسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند احدانا فاذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ «تحدثن عند احداكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلا الا لضرورة لان الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها وان كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه فاذا فرغت رجعت الى منزلها

بيعها لجاز ذلك بعد بيعها ولانها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز اكل أحد نكاحها فكذلك اذا اعتقها المشتري

ولنا عموم قوله عليه السلام «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولانها امة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها أما ان اعتقها في هذه الصورة فله تزويجها غيره لانها حرة لم تكن فراشا فأبيح لها النكاح كما لو اعتقها البائع وفارق الموطوءة فانها فراش يجب عليها استبراء نفسها فحرم عليها النكاح كالمعتدة وفارق ما اذا اراد سيدها نكاحها فانه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له ان يتزوجها كالمعتدة ولان هذا يتخذ حيلة على ابطال الاستبراء فحرم بخلاف تزويجها لغيره

(مسئلة) (والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها؟ على وجهين)

(احدهما) يجب وهو ظاهر كلام احمد في أكثر الروايات عنه فانه قال تستبرأ وان كانت في المهد وتحرم مباشرتها على هذه الرواية كالكبيرة لان الاستبراء يجب عليها بالمدة كذلك هذا

وروي عنه أنه قال ان كانت صغيرة تأتي شيئاً يسيرا إذا كانت رضيعة وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة ان كانت تحيض وإلا ثلاثة أشهر ان كانت ممن يوطأ ويحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لان سبب الاباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فانه لا نص فيه ولا معنى نص ولا يراد لبراءة الرحم ولا يوجد الشغل في حقها

(فصل) والامة كالحرة في الاحداد والاعتداد في المنزل الا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد امساكها نهارا وارسالها ليلا فان أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء

(فصل) والبدوية كالحضرية في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فان انتقلت الحلة انتقلت معهم لانها لا يمكنها المقام وحدها وان انتقل غير اهلها لزمها المقام معهم وان انتقل أهلها انتقلت معهم الا ان يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الاقامة والرحيل وان هرب أهلها فخافت هربت معهم وان أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها

(فصل) فان مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما سنذكره وان لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فان كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الاقامة فيها الا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها الى موضع سواها .

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى زوجته لم يلزمه استبراؤها لانها فراش له)

فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح ليكون عليه ولاءه لانه عتق بملكه ولا تصير به الجارية ام ولد أوهو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء تصير به الامة ام ولد ومتى تبين حملها فله وطؤها لانه قد تبين الحمل وزال الاشتباه

﴿مسئلة﴾ (أو عجزت مكاتبته حلت لسيدها بغير استبراء)

وبهذا قال أبو حنيفة وكذلك ان ارتدت امته ثم اسلمت أو زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها وقال الشافعي يجب عليه الاستبراء في هذا كله لانه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فاشبهت المشتراه

ولنا انه لم يتجدد ملكه عليها فاشبهت المحرمة إذا حلت وان فك امته من الرهن حلت بغير استبراء بغير خلاف فكذلك هذا ولان الاستبراء انما شرع لمعنى مظنته تجديد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى

﴿مسئلة﴾ (أو اسلمت امته المجوسية أو المرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو كان هو المرتد فاسلم فهي حلال بغير استبراء)

إذا ملك مجوسية أو وثنية فاسلمت قبل استبرائها لم تحل حتى يستبرئها أو يتم ما بقي من استبرائها لما مضى فان استبرأها ثم اسلمت حلت بغير استبراء وقال الشافعي لا تحل حتى يجدد استبراءها بعد اسلامها لان ملكه تجدد على استمتاعها فاشبه من تجدد ملكه على رقبتها

(مسئلة) قال (والمطلقة ثلاثا تتوقى الطيب والزينة والكحل بالاثمد)

اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الاحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي والثانية لايجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لان النبي ﷺ قال «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً» وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد انما يجب في عدة الوفاة، ولانها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولان الاحداد في عدة الوفاة لاظهار الاسف على فراق زوجها وموته، فأما الطلاق فانه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلامعنى لتكليفها الحزن عليه ولان المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فان زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها اذا كان من غيره

ووجه الرواية الاولى أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لان العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه، ويخرج على هذا الرجعية فانها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة، فأما الحديث فانما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ولهذا جاز الاحداد ههنا بالاجماع فاذا قلنا يلزمها الاحداد لزمها شيئان توقي

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» وهذا ورد في سبايا اوطاس وهن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولانه لم يتجدد ملكه عليها ولا اصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لوحلت المحرمة، ولان الاستبراء انما وجب كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب ومظنة ذلك تجديد الملك على رقبتها ولم يوجد

(مسئلة) (أو اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر امة فاستبرأها ثم أخذها سيده منه فانها تحل بغير استبراء لان ملكه ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه)

واما إذا اشترى مكاتبه امة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده ولم تكن من ذوات رحم المكاتب فعلى السيد استبراؤها لان ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك ما في يد مكاتبه فان كانت من ذوات محارمه فانها تباح للسيد بغير استبراء كذلك ذكره أصحابنا لانه يصير حكمها حكم المكاتب ان رق رقت وان عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم

(فصل) فان وطيء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها اثم والاستبراء باق بحاله لانه حق عليه فلا يسقط بعدوانه فان لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبني على ما مضى من الاستبراء وان علقت منه فتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع بها في حال حملها

الطيب والزينة في نفسها على ماقدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سنذكره ان شاء الله تعالى :

(فصل) واذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة ولانعلم بين أهل العلم خلافا فيه وان لم تكن حاملا ففيها روايتان :

(احداهما) لايجب لهاذلك وهوقول ابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو ابن ميمون وعكرمة واسحاق وأبو ثور وداود

(والثانية) يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي لقول الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقال تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فأوجب لهن السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها

لانه لم يستبرئها ، وان وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها قال احمد ولا يلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد وقد روى أبو داود باسناده عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على فسطاط فقال « لعله يريد ان يلم بها؟ - قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ - لقد هممت ان العنه لعنا يدخل معه قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ » ومعناه انه ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده وان اتخذه مملوكا له لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد وعن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن مافي بطونهن رواه النسائي

﴿مسألة﴾ (وان وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض اجزأ ويحتمل ان لايجزيء)

لايكون الاستبراء إلا بعد ملك المشترى لجميع الامة فلو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها فان ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فان قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع وان قلنا لاينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار وان كان المبيع معيباً فابتداؤه من حين البيع لان العيب لايمنع نقل الملك بغير خلاف ، فان ابتدأ الاستبراء بعد البيع وقبل القبض اجزأ في اظهر الوجهين لان الملك ينتقل به والثاني لايجزيء لان القصد معرفة براءتها من مال البائع ولا يحصل ذلك مع كونها في يده

﴿مسألة﴾ (وان باع امته ثم عادت اليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها وان كان قبله فعلى روايتين)

اما إذا عادت اليه بعد القبض وافتراقهما لزمه استبراؤها لانه تجديد ملك سواء كان المشتري لها

ولنا ماروت فاطمة بنت قيس ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها ان تعتد في بيت ام شريك — ثم قال — ان تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي في بيت ابن ام مكتوم » متفق عليه ، فان قيل فقد انكر عليها عمر وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندري أصدقت ام كذبت ، وقال عروة لقد عابت عائشة ذلك اشد العيب وقل انها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها ، وقال سعيد بن المسيب تلك امرأة فتنت الناس انها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الاعمى . قلنا أما مخالفة الكتاب فان فاطمة لما أنكروا عليها قالت بيني وبينكم كتاب الله قال الله تعالى (لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) فأي أمر يحدث بعد الثلاث فكيف تقولون لانفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم ان عمر قال لاندع كتاب ربنا فقد انكر احمد هذا القول عن عمر قال ولكنه قال لانجيز في ديننا قول امرأة وهذا مجمع على خلافه وقد اخذنا بخبر فريعة وهي امرأة وبرواية عائشة وازواج رسول الله ﷺ في كثير من الاحكام وصار اهل العلم الى خبر فاطمة هذا في كثير من الاحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة اذا لم تكن حاملا ونظر المرأة الى الرجال وخطبة الرجل على خطبة اخيه اذا لم تكن سكنت الى الاول

رجل أو امرأة وان كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية فعليه الاستبراء أيضاً في إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعي لانه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء وهذا قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لانه لافائدة في الاستبراء مع يقين البراءة

(مسئلة) (وإذا اشترى امة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها)

نص عليه أحمد وقال هذه حيلة وضعها أهل الرأي لابد من استبراء لانها تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كالولم تكن مزوجة ولان اسقاطه ههنا ذريعة إلى اسقاط الاستبراء في حق من أراد اسقاطه بان يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام

(مسئلة) (وان كان بعده لم يجب في أحد الوجهين)

اما إذا كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لان ذلك قد حصل بالعدة ولانها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولانها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاله فاجزأ ذلك كما لو استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج ، وان استبرأها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليه الاستبراء لانها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين وقال القاضي في المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لانهما من رجلين

واما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فانها تخالفهم في ذلك وهي اعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شيء وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال تلك امرأة فتنت الناس لئن كانت انما اخذت بما افتاها رسول الله ﷺ مافتنت الناس وان لنا في رسول الله ﷺ اسوة حسنة مع انها احرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث . وقول عائشة انها كانت في مكان وحش لايصح فان النبي ﷺ عالى بغير ذلك فقال « يابنة آل قيس انما السكنى والنفقة ماكان لزوجك عليك الرجعة » هكذا رواه الحميدي والأثرم . ولانه لو صح ماقالته عائشة او غيرها من التأويل مااحتاج عمر في رده الا ان يعتذر بأنه قول امرأة ثم فاطمة صاحبة القصة وهي اعرف بنفسها وبحالها وقد انكرت على من انكر عليها وردت على من رد خبرها او تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها وموافقتها ظاهر الخبر كما في سائر ماهذا سبيله

(فصل) قال اصحابنا ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق سواء قلنا لها السكنى اولم نقل بل يتخير الزوج بين اقرارها في الموضع الذي طلقها فيه وبين نقلها الى مسكن مثلها، والمستحب اقرارها لقوله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ولان فيه خروجا من

ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لانه علل فيما قبل الدخول بانها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا ولايصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فان السيد ههنا ليس له استبراء

(فصل) إذا كانت الامة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل آخر اجزأ استبراء واحد لانه يحصل به معرفة البراءة ، فان قيل فلو اعتقاها الزمتموها استبراءين قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو اعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئها وفي مسئلتنا هو معلل بتجديد الملك لاغير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب ان يتجدد الاستبراء الثاني إذا وطيء امته ثم أراد تزويجها لم يجزيء حتى يستبرئها ، وأن أراد بيعها فعلى روايتين، وان لم يكن بائعها يطؤها لم يجب استبراؤها في الموضعين . اما إذا أراد تزويجها وكان يطؤها وجب عليه استبراؤها قبل تزويجها وجها واحداً لان الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وهو قول الثوري والشافعي وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتي لايصيبها وتستبريء بحيضة وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة

ولنا أنها فراش لسيدها فلم يجز ان تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولأنها موطوءة وطأ له حرمة فلزمه استبراؤها قبل التزويج كالموطوءة بشبهة ، ولانه يفضي إلى أن يطأها سيدها اليوم وزوجها غداً فيفضي إلى اختلاط المياه، وهذا لا يحل ويفارق البيع فانها لا تصير المشتري فراشا حتى يستبرئها فلا يفضي إلى اختلاط المياه ، ولهذا يصح بيع المزوجة والمعتدة بخلاف تزويجها على أن لنا

الخلاف فان الذين ذكرنا عنهم ان لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها فان كانت في بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه فان ضاق عنهما انتقل عنها وتركه لها لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه ، وان اتسع الموضع لهما وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة او علو الدار اوسفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي لانهما كالحجرتين المتجاورتين وان لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز لان مع المحرم يؤمن الفساد، ويكره في الجملة لانه لا يؤمن النظر وان لم يكن معها محرم لم يجز لقول النبي ﷺ «لا يخلون رجل بامراة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان» وان امتنع من اسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فان كان الحاكم معدوما رجعت على الزوج وان كان الحاكم موجوداً فهل ترجع على روايتين . وان كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالاجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وان عجز الزوج عن اسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت وكذلك المتوفى عنها زوجها اذا لم يسكنها ورثته لانه انما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه فاذا لم تفعل لم يلزمها ذلك

في البيع منعا أيضاً أنه لا يجوز ، فان أراد بيعها وكان لا يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع ، قال أحمد وان كانت لامرأة فاني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها وان كان يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراء لان انتفاء الحمل معلوم وان كانت ممن يحمل وجب عليه استبراؤها في أصح الروايتين ، وبه قال النخعي والثوري والثانية لا يجب عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان عبدالرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ولان الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع ولان الاستبراء في حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا أن عمر أنكر على عبدالرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروي عبد الله بن عبيد بن عمير ، قال . باع عبدالرحمن جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال فبعتها قبل أن تستبرئها؟ قال نعم قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا اليه فألحقوه به ولانه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولانه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لازالة الاحتمال ولانه قد يشتريها من لا يستبرئها فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب فان باع فالبيع صحيح في الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولان عمر وعبدالرحمن لم يحكما بفساد البيع في الامة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا خرجت الى الحج فتوفي عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة فان كانت قد تباعدت مضت في سفرها فان رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها)

وجملته ان المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج الى الحج ولا الى غيره روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي والثوري . وان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لانها في حكم الاقامة . وان تباعدت مضت في سفرها . وقال مالك ترد مالم تحرم . والصحيح ان البعيدة لاترد لانه يضر بها وعليها مشقة ولابد لها من سفر وان رجعت، قال القاضي ينبغي أن يحد القريب بما لاتقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه لان ما لاتقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر . وهذا قول أبي حنيفة الا انه لا يرى القصر الا في مسيرة ثلاثة أيام فقال متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع اليه وان كان فوق ذلك لزمها المضي الى مقصدها والاعتداد فيه اذا كان بينها وبينه دون

إلى ذلك ، قال شيخنا وذكر أصحابنا الروايتين في كل امة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والاولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لان علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والاصل عدمه فلا يثبت به حكم بمجرده .

(فصل) إذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة

(أحدها) أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فان الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل

(والثاني) أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له

(الحال الثالث) أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولاقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ، ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لان الحمل تجدد في ملكه ظاهراً فان ادعاه كل واحد منهما فهو للمشترى لانه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه، وان ادعاه البائع وحده فصدقه المشترى لحقه وكان البيع باطلا وان كذبه فالقول قول المشترى في ملك الولد لان الملك انتقل اليه ظاهراً فلا تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغصوبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشترى فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال

(والثاني) لا يقبل لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو أعتقه كان أبوه أحق بماله منه ميراثا وكذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما بأخوة صاحبه لم يقبل إلا ببينة

ثلاثة أيام وان كان بينه وبينها ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الاقامة فيه لزمها الاقامة وان لم يمكنها الاقامة مضت الى مقصدها

وقال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لانها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو كانت قد بعدت

ولنا على وجوب الرجوع اذا كانت قريبة ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد بن المسيب قال توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن . ولانه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان . وعلى ان البعيدة لا يلزمها الرجوع ان عليها مشقه وتحتاج الى سفر في رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها . وان اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك اذا كانت تصل الى منزلها قبل انقضاء عدتها ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كما لو بعدت، ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك لانه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه

(الحال الرابع) أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري وقبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فان ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع وان كذبه فالقول قول المشتري ، وان ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبدالرحمن بن عوف ولانه يحتمل أن يكون من كل واحد منهما فان ألحقته بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع فتكون الجارية أم ولد للبائع لانا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

(الحال الخامس) أتت به لاقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فان ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء **(الموضع الثالث)** إذا أعتق أم ولده أو امته التي كان يصيبها أو مات عنها لزمها الاستبراء لانها صارت فراشا له فلم تحل لغيره قبل استبرائها لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء واذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لانها محرمة على المولى وليست له فراشا وانما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ولانه لم يزوجها حتى استبرأها فانه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها ، وفيه خلاف ذكرناه ، وكذلك ان أعتقها أو مات عن أمة كان يطؤها أو أعتقها فهي على ما ذكرنا ، فان زوجها فطلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضا لانه لم يوجد في حقها ما يوجب الاستبراء فان طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فلها عدة حرة كاملة ولانها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها ، وان مات سيدها وهي في عدة الزوج

(فصل) ولو كانت عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة في منزلها وان فاتها الحج لان العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به فى غير هذا العام. وان مات زوجها بعد احرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت فان كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما، وان خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وبهذا قال الشافعي. وقال أبوحنيفه يلزمها المقام وان فاتها الحج لانها معتدة فلم يجز لها أن تنشىء سفراً كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

ولنا انهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو كانت العدة اسبق. ولان الحج آكد لانه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها اليه. وان أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي اليه لما في بقائها في الاحرام من المشقة، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها لان العدة أسبق ولانها فرطت وغلظت على نفسها، فاذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك فان ادركته والا تحللت بعمل عمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج وان لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر كالتي يمنعها زوجها من السفر، وحكم الاحرام بالعمرة كذلك اذا خيف فوات الرفقة او لم يخف

عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه ولانه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد اذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة ان كان طلاقها بائناً وكانت متوفى عنها وان كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما ذكرنا، وان بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فأتمت عدتها ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لانها عادت الى فراشه وقال أبو بكر لايلزمها استبراء الا أن يردها السيد الى نفسه لان فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها مايردها اليه فأشبهت الامة التي لم يطأها

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات زوجها وسيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الوفاة حسب وليس عليها استبراء)

لان السيد ان كان مات أولا فقد مات وهي زوجة وان كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة حرة لانه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمتها عدة الحرائر لتخرج من العدة بيقين وكذلك على قول أبي بكر لانه ليس عليها عدة استبراء لان فرش سيدها قد زال عنها ولم تعد اليه فتلزمها عدة حرة لما ذكرنا.

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما أكثر من ذلك أو جهلت المدة فعليها بعد موت الآخر منهما أطول

(فصل) واذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ماذكرنا من التفصيل واذا مضت الى مقصدها فلها الاقامة حتي تقضي ماخرجت اليه وتنقضي حاجتها من تجارة أو غيرها وان كان خروجها لنزهة أو زيارة أولم يكن قدر لها مدة فانها تقيم اقامة المسافر ثلاثا وان قدر لها مدة فلها اقامتها لان سفرها بحكم اذنه فكان لها اقامة ماأذن لها فيه فاذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف او غيره أتمت العدة في مكانها وان أمكنها الرجوع لكن لايمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمتها الاقامة في مكانها لان الاعتداد وهي مقيمة أولى من الاتيان بها في السفر وان كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها

(فصل) وان أذن الزوج لها في الانتقال الى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها لانها بيتها وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده لانها مسكنها مالم تنتقل عنه وان مات بعد انتقالها الى الثانية اعتدت فيها لانها مسكنها وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله وان مات وهي بينهما فهي مخيرة لانها لامسكن لها منهما فان الاولى قد خرجت عنها منتقلة

الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة)

لانه يحتمل أن السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها الى فراشه فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين قال ابن عبدالبر وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بان عدة أم الولد من سيدها حيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال وقول أصحاب الشافعي في هذا الفصل كقولنا وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد وقال ابن المنذر حكمها حكم الاماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة أن لزوج مات بعد المولى وقيل إن هذا قول أبي بكر عبدالعزيز أيضاً والذي ذكرناه أحوط

(فصل) فأما الميراث فانها لا ترث من زوجها شيئاً لان الاصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك والفرق بين العدة والارث ان إيجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها وإيجاب الارث إسقاط لحق غيرها ولان الاصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين والاصل عدم الميراث لها فلا يزول إلا بيقين فان قيل أليس زوجة المفقود لو مات وقف ميراثه مع الشك في إرثه ؟ قلنا الفرق بينهما أن الاصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الاصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثاً فافترقا

(فصل) فان أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك في الحال من غير استبراء لان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها وقال ﷺ « ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن

فخرجت عن كونها مسكنا لها (والثانية) لم تسكن بها فهما سواء وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لانها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين فأما اذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال الى البلد الثاني بحال لانها انما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها اياه واقامتها معه فلو الزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لمانقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة فأما ان انتقلت الى الثانية ثم عادت الى الاولى لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع الى الثانية لانها صارت مسكنها بانتقالها اليها وانما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها وان مات وهي في الثانية فقالت اذن لي زوجي في السكنى بهذا المكان وأنكر ذلك الورثة أوقالت انما أذن لي زوجي في المجيء اليه لا في الاقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لانها

تعليمها ثم أعتقها وتزوجها ؛ ولم يذكر استبراء ولان الاستبراء لصيانة مائه وحفظ نسبه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعة في عدتها

وقد روي عن أحمد في الامة التي لا يطؤها: إذا أعتقها لا يتزوجها بغير استبراء ، لانه لو باعها لم تحل المشتري بغير استبراء ، والصحيح أنها لا تحل له لانه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتي كان يصيبها ولان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم يقل إنه كان قد أصابها ، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم ولانها تحل لمن يتزوجها سواه فله أولى ولانه لو استبرأها ثم أعتقها ثم تزوجها في الحال كان جائزاً حسناً فكذلك هذه فانه تارك لوطئها ولان وجوب الاستبراء في حق غيره انما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام أحمد محمول على من استبرأها ثم تزوجها قبل استبرائها .

(فصل) إذا كانت له أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لانها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائها وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك وان باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها فان مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها اتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لانها لم تصر فراشاً للمشتري ولم يلزمها استبراء باعتاقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراءان)

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لان القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب استبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد

ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولانهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين

﴿ فصل ﴾ قال شيخنا رحمه الله (والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملا)

أعرف بذلك منهم وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها والامن على نفسها لقول رسول الله ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذي محرم من اهلها أو كما قال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها زوجها أومات عنها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق اذا صح ذلك عندها وان لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة)

هذا المشهور في المذهب وأنه متى مات زوجها أوطلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه قال أبو

ولا خلاف في ذلك بحمد الله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع حملها » ولان عدة الحرة والامة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها ولان المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الوضع وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملا بأكثر من واحد فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه في المعتدة

﴿ مسئلة ﴾ (أو بحيضة إن كانت ممن تحيض)

وقد اختلف أهل العلم في أم الولد إذا مات عنها سيدها ولم تكن حاملا فالمشهور عن أحمد أن استبراءها يحصل بحيضة روي ذلك عن ابن عمر وعثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وروي عن احمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن ابن عبد العزيز والزهري والاوزاعي واسحاق لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال لاتفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر رواه أبو داود ولانها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشر كالزوجة الحرة . وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة أنها تعتد شهرين وخمسة أيام.

قال شيخنا ولم اجد هذه الرواية عن احمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن احمد وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة لانها حين الموت امة فكانت عدتها عدة أمة كما لومات رجل عن زوجته الامة فعتقت بعد موته ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري واصحاب الرأي ان عدتها ثلاث حيض لانها حرة تستبري، فكان استبراؤها ثلاث حيض كالحرة المطلقة

ولنا انه استبراء لزوال الملك عن الرقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ولانه استبراء الغير لزوجات والموطوءات فأشبه ماذكرنا قال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا) ماهن بازواج واما حديث عمرو بن

بكر لاخلاف عن أبي عبدالله اعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق الا ما رواه اسحاق بن ابراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وابي ثور وأصحاب الرأي وعن احمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا والا فعدتها من يوم يأتيها الخبر

العاص فضعيف قال ابن المنذر ضعف احمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال لا يصح وقال الميموني رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال اين سنة النبي ﷺ في هذا؟ وقال اربعة اشهر وعشر انما هي عدة الحرة من النكاح وانما هذه امة خرجت من الرق الى الحرية ويلزم من قال بهذا ان يورثها وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه وانما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة وأما قياسهم اياها على الزوجات فلا يصح فانها ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة

(فصل) ولا يكفي في الاستبراء طهر ولا بعض حيضة وهو قول أكثر أهل العلم وقال بعض اصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم انه مذهب مالك وقال الشافعي في احد قوليه يكفي طهر واحد اذا كان كاملا وهو ان يموت في حيضها فاذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الاطهار وهذا يرده قول رسول الله ﷺ «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه الاثرم وهذا صريح فلا يعول على ماخالفه ولان الواجب الذي يدل على البراءة هو الحيض لان الحامل لا تحيض فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز ان يعول في الاستبراء على ما لا دلالة فيه عليه دون ما يدل عليه وبناؤهم قولهم هذا على ان القروء الاطهار وبناء الخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءا ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد ام الولد قرءا فخالفوا الحديث والمعنى فان قالوا ان بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة قلنا فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءا عند احد اذا تقرر هذا فمات عنها وهي طاهر فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت فان كانت حائضا لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لان استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة

﴿ مسئلة ﴾ (او بمضي شهر ان كانت آيسة او صغيرة وعنه بثلاثة اشهر اختارها الخرقي)

يروى عن احمد رحمه الله في ذلك ثلاث روايات (أحدها) ثلاثة اشهر وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة واحد قولي الشافعي وسأل عمر بن العزيز اهل المدينة والقوابل فقالوا

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويروى عن علي والحسن وقتادة وعطاء الخراساني وخلاس بن عمرو أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة اجتناب اشياء وما اجتنبتها .

ولنا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ولانه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً ولان القصد غير معتبر في العدة بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا الا القصد

لا تستبرىء الحبلى في اقل من ثلاثة اشهر فاعجبه قولهم والثانية انها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي لان الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء وذكر القاضي رواية ثالثة انها تستبرأ بشهرين كعدة الامة المطلقة قال شيخنا ولم ار لذلك وجها ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلا وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الامة التي لا تحيض تستبرأ بشهر ونصف ورواه حنبل عن احمد انه قال . قال عطاء ان كانت لا تحيض فخمس واربعون ليلة قال عمي كذلك اذهب لان عدة الامة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن احمد الاول قال احمد بن القسم قلت لابي عبد الله كيف جعلت ثلاثة اشهر مكان حيضة وانما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال انما قلنا اشهر من أجل الحمل فانه لا يبين في أقل من ذلك فان عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع اهل العلم والقوابل فاخبروا ان الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر فاعجبه ذلك ثم قال الا تسمع قول ابن مسعود ان النطفة اربعين يوما ثم علقة اربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك قال ابو عبد الله فاذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء فاما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلا ووجه استبرائها بشهر ان الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة وكذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة اشهر مكان ثلاثة قروء وعدة الامة شهرين مكان قرأين وللامة المستبرأة التي ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب ان يكون مكان الحيضة ههنا شهراً كما في حق من ارتفع حيضها .

فان قيل فقد وجدتم ما دل على البراءة وهو تسعة أشهر قلنا وههنا ما يدل على البراءة وهو الاياس فاستويا

﴿ مسئلة ﴾ ١ ومن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة)

وفي هذه المسئلة روايتان : (إحداهما) أنها تستبرأ بعشرة أشهر (والثانية) بسنة، تسعة أشهر للحمل لانه غالب عادات النساء في الحمل ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات

وقد ذكرنا أن المختار عند احمد في الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر واختار ههنا أن جعل مكان

وسواء في هذا اجتنبت ماتجنبه المعتدات او لم تجتنبه فان الاحداد الواجب ليس بشرط في المدة فلو تركته قصداً او عن غير قصد لانقضت عدتها فان الله تعالى قال (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (فعدتهن ثلاثة أشهر) وقال (وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن)وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب الا يشترط.

كتاب الرضاع

الاصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والاجماع : واما الكتاب فقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

واما السنة فما روت عائشة ان النبي ﷺ قال « ان الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة» متفق عليه وفي لفظ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » رواه النسائي . وعن ابن عباس قال :قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة «لاتحل لي يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاعة» متفق عليه في اخبار كثيرة نذكر اكثرها ان شاء الله تعالى في تضاعيف الباب . واجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع . اذا ثبت هذا فان تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه فانه اذا حرمت الاخت فالبنت اولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية

الحيضة شهراً لان اعتبار تكرارها في الآيسة لنعلم براءتها من الحمل وقدعلمت براءتها منه ههنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس . فأما ان علمت مارفع حيضها من مرض أوغيره فانها لا تزال في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبريء نفسها بحيضة إلا أن تصير آيسة فتستبريء نفسها استبراء الآيسات فان ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستبرئة وقدذكرنا حكمها في العدد والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الرضاع

الاصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

واما السنة فاروت عائشة ان النبي ﷺ قال « ان الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه وفي لفظ «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» رواه النسائي وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة «لاتحل لي يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهي ابنة اخي من الرضاعة » متفق عليه في اخبار كثيرة نذكر أكثرها في تضاعيف الباب ان شاء الله تعالى وأجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع إذا ثبت ذلك فان تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت بالبينة فانه إذا حرمت الاخت فالبنت أولي وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لانها فرع على التحريم إذا كان

لانها فرع على التحريم اذا كان بسبب مباح . فأما بقية أحكام النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب اقوى منه فلا يقاس عليه في جميع احكامه وانما يشبه به فيما نص عليه فيه

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (والرضاع الذي لايشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً)

في هذه المسئلة مسئلتان : (احداهما) ان الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح في المذهب وروي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي. وعن احمد رواية ثانية ان قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروي ذلك عن علي وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي وزعم الليث ان المسلمين اجمعوا على ان قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه السلام «يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب »

بسبب مباح وأما بقية أحكام النسب من النفقة والارث والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما شبه به فيما نص عليه فيه

(مسئلة) (إذا حملت المرأة من رجل ثبت نسب ولدها منه فثاب لها لبن فارضعت به طفلا صار ولداً لهما في تحريم النكاح واباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية وأولاده وان سفلوا أولاد أولادهما وصارا أبويه واباؤهما اجداده وجداته وأخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته وأخوة الرجل وأخواته اعمامه وعماته وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد اولاده وان سفلوا فيصيرون اولادا لهما)

وجملة ذلك ان المرأة إذا حملت من رجل يثبت نسب ولدها منه وثاب لها منه لبن فارضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرضع ابنا للمرضعة بغير خلاف وصار أيضاً ابنا لمن نسب الحمل اليه فصار في التحريم واباحة النظر والخلوة ولداً لهما وأولاده من البنين والبنات وأولاد أولادهما وان نزلت درجتهم وجميع أولاد المرأة المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي نسب الحمل اليه من المرضعة وغيرها اخوة المرتضع واخواته واولاد أولادهما أولاد اخوته وأخواته وان نزلت درجتهم وام المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها أخواله واخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته واخوته اعمامه وأخواته عماته وجميع اقاربهما ينسبون إلى المرتضع كما ينسبون إلى ولدهما من النسب لان اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى

وعن عقبة بن الحارث انه تزوج ام يحي بنت ابى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « كيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما؟ » متفق عليه ، ولان ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لانه قول

(والرواية الثالثة) لا يثبت التحريم الا بثلاث رضعات وبه قال ابو ثور وابو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي ﷺ « لاتحرم المصة ولا المصتان » وعن ام الفضل بنت الحارث قالت : قال نبي الله ﷺ « لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » رواهما مسلم ، ولان مايعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث . وروي عن حفصة لايحرم دون عشر رضعات ، وروي ذلك عن عائشة لان عروة روى في حديث سهلة بنت سهيل فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا « أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها » وجه الاولى ماروي عن عائشة انها قالت أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى رسول الله ﷺ والامر على ذلك رواه مسلم . وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعي سالما خمس رضعات فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ماروبناه يخص مفهوم مارووه فنجمع بين الاخبار ونحملها على الصريح الذي رويناه

اقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل وفي التحريم به اختلاف ذكر في باب المحرمات في النكاح ، والحجة فيه ما روت عائشة ان افلح اخا أبي القعيس استاذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لاآذن له حتى استاذن رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني المرأة فقال « ائذني له فانه عمك تربت يمينك » قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ماتحرموا من النسب » متفق عليه وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فارضعت إحداهما جارية والاخرى غلاما هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال لا اللقاح واحد . قال مالك اختلف قديما في الرضاعة من قبل الاب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم ففارقوا ازواجهم ، فاما الولد المرتضع فان الحرمة تنتشر اليه وإلى اولاده وان نزلوا

(مسئلة) (ولا ينتشر إلى من في درجته من أخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آبائه وامهاته واعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على أبي المرتضع ولا أخيه ، ولاتحرم ام المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه فيجوز للمرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع وأخيه وعمه وخاله ، ولا يحرم على زوج المرضعة نكاح ام الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته ، ولا بأس ان يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها اخوة الطفل المرتضع واخواته) .

(فصل) واذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا لم يثبت التحريم لان الاصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك في وجود الطلاق وعدده

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعي، والمرجع في معرفة الرضعة الى العرف لان الشرع ورد بها مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم الى العرف فاذا ارتضع الصبي وقطع قطعا بينا باختياره كان ذلك رضعة فاذا عاد كانت رضعة أخرى فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي الى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فان لم يعد قريبا فهي رضعة، وان عاد في الحال ففيه وجهان

(أحدهما) أن الاول رضعة فاذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فانه قال أما ترى الصبي يرتضع من الثدي فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فاذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كما لو قطع باختياره (والوجه الآخر) أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي الا فيما اذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان لانه لو حلف لا أكلت اليوم الا أكلة واحدة فاستدام الاكل زمنا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون الى لون او انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد الا أكلة واحدة فكذا ههنا والاول أصح لان اليسير من السعوط والوجوز رضعة فكذا هذا

قال أحمد لا بأس ان يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وانما الرضاع بين الجارية وأخيه

(مسئلة) **(وان ارضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولداً لها وحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع في حقه في قول الخرقي وقال أبو بكر تثبت)**

قال أبو الخطاب وكذلك الولد المنفي باللعان الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ان من شرط ثبوت الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه ان يكون لبن حمل ينسب إلى الواطيء كالوطء في نكاح أو وطء بملك يمين أو شبهة ،فاما لبن الزاني والولد المنفي باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وقال أبو بكر عبدالعزيز ينشر الحرمة بينهما لانه معنى ينشر الحرمة فاستوى فيه مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه ان الوطء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن، ولانه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فينشرها إلى الواطيء كصورة الاجماع ،ووجه القول الاول ان التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت ماهو فرع لها، ويفارق تحريم ابنته من الزنا لانها من نطفته حقيقة بخلاف مسئلته،ويفارق تحريم المصاهرة فان التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم ام زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»

﴿ مسئلة ﴾ قال (والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور)

معنى السعوط أن يصب اللبن في أنفه من اناء أو غيره والوجور أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي ، واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور

(والثانية) لا يثبت بهما التحريم وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط لان هذا ليس برضاع وانما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولانه حصل من غير ارتضاع فأشبه مالو دخل من جرح في بدنه

ولنا ماروى ابن مسعود عن النبي ﷺ « لا رضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ولان هذا يصل به اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانشاز العظم مايحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه في التحريم ، والانف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم

(فصل) وانما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فانه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فان ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو جور أو استعط أو أوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لانا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في اكمال العدد ولو حلبت في اناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فانه لو أكل من

وقال أبو الخطاب في الولد المنفي باللعان انه في تحريم الرضاع على الملاعن كتحريم ولد الزنا على الزاني ، قال شيخنا ويحتمل ان لا يثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال لانه ليس بولده حقيقة ولا حكما ، فاما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها واقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاعة باللبن المباح ؛ وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لانها ربيبته فانها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك تحريم بناتها وبنات المرضع من العلماء كذلك

(مسئلة) (وان وطيء رجلان امرأة بشبهة فاتت بولد فارضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت بالقافة أو بغيرها)

لان تحريم الرضاع فرع على ثبوت النسب وان الحق بهما كان المرتضع ابنا لهما لان المرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وان لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما وإذا لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم أو نحو ذلك حرم عليهما تغليبا للحظر فانه يحتمل ان يكون منهما ويحتمل ان يكون ابن أحدهما فيحرم عليه اقاربه دون اقارب

طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات ، وان حلبت في اناء حلبات في خمسة أوقات ثم سقيه دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في اناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة . وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ماقلنا اعتباراً بخروجه منها لان الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه

ولنا ان الاعتبار بشرب الصبي له لانه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل الى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به وما وجد منه الا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وان سقته في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات ، فأما ان سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقي انه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متفرقات ولان المرجع في الرضعة الى العرف وهم لايعدون هذا رضعات فأشبه مالو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة فانه لايعد أكلات ، ويحتمل ان يخرج على ماإذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ماقدمنا

(فصل) وان عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايحرم به لزوال الاسم وكذلك على الرواية التي تقول لايثبت التحريم بالوجور لايثبت ههنا بطريق الاولى . ولنا انه واصل من الحلق يحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه .

الآخر فقد اختلطت اخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم اخته بعينها ثم اختلطت باجنبيات ، وان انتفى عنهما جميعاً بان تأتي به لدون ستة اشهر من وطئهما أو لاكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً ، فان كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة وتحرم أولادها عليهما أيضاً لانها ابنة موطوءتهما فهي ابنة لهما

﴿مسئلة﴾ (وان ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في ابن البكر وعنه ينشرها ذكرها ابن ابي موسى)

قال شيخنا والظاهر أنه قول ابن حامد ومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم) ولانه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ولان ألبان النساء خلقت لغذاء الاطفال وان كان هذا نادراً فجنسه معتاد (والرواية الثانية) لاينشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فاشبه لبن الرجال والاول أصح

﴿مسئلة﴾ (ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة وقال ابن حامد يوقف أمر الخنثى حتى يتبين امره)

وجملة ذلك أن ابنين لو ارتضعا من بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي

(فصل) فأما الحقنة فقال ابو الخطاب المنصوص عن احمد أنها لاتحرم وهومذهب ابي حنيفة ومالك ، وقال ابن حامد وابن ابي موسى تحرم وهذا مذهب الشافعي لانه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع

ولنا ان هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في احليله ، ولانه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجز اثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم فانه لايعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم وهذا لايحرم فيه الا ماأنبت اللحم وأنشز العظم ، ولانه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه مالو وصل من جرح

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذي لايخالطه سواه ، وسوى الخرقي بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره وبهذا قال الشافعي، وقال ابو بكر قياس قول احمد أنه لايحرم لانه وجور وحكي عن ابن حامد قال : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لان الحكم للاغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع. ووجه الاول أن اللبن

وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي وكذلك لو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنشر الحرمة بينه وبينها في قول عامتهم وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لانه لبن آدمي أشبه لبن المرأة ، وحكي عن بعض السلف أنهما اذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس ذلك صحيحا لان هذا لا يتعلق به تحريم الامومة فلا يثبت به تحريم الاخوة لان الاخوة فرع على الامومة، وكذلك لا يتعلق به تحريم الابوة ولان هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود الآدمي فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام، فان ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لانه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك ، وقال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف أمر الخنثى، فعلى هذا يثبت التحريم الى أن يتيقن كونه رجلا لانه لا يأمن كونه محرما

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين)

(أحدهما) أن يرتضع في الحولين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت هذا قول أكثر أهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة واليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك ، وروي عنه إن زاد شهراً جاز ، وروي شهران وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله سبحانه (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال ، وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة رضي الله عنها

متى كان طاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما ان صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لان هذا ليس بلبن مشوب ولا يحصل به التغذي ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم. وحكي عن القاضي ان التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لان أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبه مالو كان لونه ظاهراً . ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب ان لايثبت حكمه فيه

(فصل) وان حلب من نسوة وسقيه الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك اذا شيب بلبن آخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويحرم لبن الميتة كما يحرم ابن الحية لان اللبن لا يموت)

المنصوص عن احمد في رواية ابراهيم الحربي انه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وهو قول أبي ثور والاوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه احمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي لانه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كابن الرجل

ولنا انه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو

ترى رضاعة الكبير تحرم ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت : يا رسول الله انا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ : تأمر بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وان كان كبيرا ، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج رسول الله ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدا من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة والله ما ندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس رواه النسائي وأبو داود وغيرهما

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاعة حولين كاملين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما، وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي ﷺ فقالت يارسول الله انه أخي من الرضاع فقال رسول الله ﷺ « انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ « لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب والسنة وقول الصحابة

كانت حية ، ولأنه لافارق بين شربه في حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لاأثر له فان اللبن لايموت والنجاسة لاتمنع كما لو حلب في وعاء نجس ، ولانه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لايمنع ثبوت الحرمة لان ثديها لايزيد على الاناء في عدم الحياة وهي لاتزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة

(فصل) ولو حلبت المرأة لبنها في اناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما وبه قال أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وذلك لانه لبن امرأة في حياتها فأشبه مالو شربه وهي في الحياة

(مسئلة) قال (واذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات ابي هذا الحمل منها ومن غيرها، وان أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لان اللبن من الحمل الذي هو منه)

وجملة ذلك ان المرأة اذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرتضع ابناً للمرضعة بغير خلاف. وصار أيضاً ابنا لمن ينسب الحمل اليه فصار في التحريم

فقد روينا عن ابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن وبه استدل على أن أقل الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (وفصاله في عامين) فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية . اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما حصل التحريم ولو لم يفطم حتى يجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم يحرم لقوله عليه الصلاة والسلام « وكان قبل الفطام »

ولنا قوله سبحانه (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وروي عنه عليه الصلاة والسلام « لا رضاع الا ماكان في الحولين » والفطام معتبر بمدته لا بنفسه

(مسئلة) (فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت التحريم وقال أبو الخطاب اذا ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم وقال القاضي لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم)

ولا يصح هذا لان ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكمه باتصال ما لا اثر له به

(الثاني) (أن يرتضع خمس رضعات وعنه ثلاث يحرمن وعنه واحدة) الصحيح من المذهب أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدا روي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية ان قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروي ذلك عن

واباحة الخلوة ابناً لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وان نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع اولاد الرجل الذي انتسب الحمل اليه من المرضعه ومن غيرها اخوة المرتضع واخواته وأولاد أولادها اولاد اخوته وأخواته وان نزلت درجتهم . وأم المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها اخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده، وأمه جدته واخوته أعمامه، وأخواته عماته وجميع اقاربهما ينتسبون الى المرتضع كما ينتسبون الى ولدهما من النسب، لان اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة الى الرجل والى اقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل، وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب مايحرم نكاحه . والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ماروت عائشة ان أفلح اخا ابي القعيس استأذن علي بعد ماأنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني ولكن أرضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله ان الرجل ليس هو أرضعني ولكن ارضعتني امرأته قال «ائذني له فانه عمك تربت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول حرموا من الرضاع مايحرم من النسب . متفق عليه

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت احداهما جارية والاخرى غلاما هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال لا ، اللقاح واحد . قال مالك اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الاب ونزل

علي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم ، واحتجوا بقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »وعن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟ » متفق عليه ولانه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لانه قول (والرواية الثالثة) لا يحرم الا ثلاث رضعات وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي ﷺ « لا تحرم المصة ولا المصتان » وعن أم الفضل بنت الحارث قالت قال نبي الله ﷺ «لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان» رواهما مسلم ولان ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث ، وروي عن حفصة لا يحرم دون عشر رضعات وروي ذلك عن عائشة لان عروة روى في حديث سهلة فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا «أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها »

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي رسول الله ﷺ والامر

برجال من اهل المدينة في ازواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فان الحرمة تنتشر اليه والى اولاده وان نزلوا ولا تنتشر الى من في درجته من اخوته وأخواته ولا إلى اعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم على المرضعة نكاح ابي الطفل المرتضع ولا اخيه ولا عمه ولا خاله ولا يحرم على زوجها نكاح ام الطفل المرتضع ولا اخته ولا عمته ولا خالته . ولا بأس ان يتزوج اولاد المرضعة وأولاد زوجها اخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال احمد لا بأس أن يتزوج الرجل اخت اخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وانما الرضاع بين الجارية وأخته

اذا ثبت هذا فان من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول اكثر اهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة ، واليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك وروي عنه ان زاد شهراً جاز وروي شهران

وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً لقوله سبحانه (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم انه اراد الحمل في الفصال. وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم ويروى هذا عن عطاء والليث وداود

على ذلك رواه مسلم ، وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل « ارضعي سالما خمس رضعات » فتحرم بلبنها ولأنها فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فيجمع بين الاخبار بحملها على الصريح الذي رويناه

(مسئلة) (ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة فان عاد فأخذه فهي رضعة أخرى بعد ما بينهما أو قرب)

يشترط أن تكون الرضعات متفرقات ، وبه قال الشافعي والمرجع في معرفة الرضعة الى العرف لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على أنه ردهم إلى العرف فاذا ارتضع الصبي وقطع قطعا بينا باختياره كان ذلك رضعة فاذا عاد كانت رضعة أخرى فاما ان قطع لضيق نفس أو الانتقال من ثدي الى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة فان لم يعد قريبا فهي رضعة فان عاد في الحال ففيه وجهان (أحدهما) أن الاول رضعة فاذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فانه قال اما ترى الصبي يرضع من الثدي فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس ويستريح ؟ فاذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كما لو قطع باختياره .

لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت يارسول الله انا كنا نرى سالما ولداً فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا ، وقد أنزل الله فيهم ماقد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي ﷺ « أرضعيه » فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ تأمر بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وان كان كبيراً خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة: والله ماندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس ؟ رواه النسائي وأبو داود وغيرهما

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لاحكم لها بعدهما ، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي ﷺ فقالت يارسول الله انه أخي من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ « انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ « لايحرم من الرضاع الا مافتق الامعاء وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة فقد روينا عن علي وابن

(والوجه الآخر) أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي الا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان لانه لو حلف لا اكلت اليوم الا أكلة واحدة فاستدام الاكل زمنا أو قطع لشرب ماء أو انتقال من لون الى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد الا اكلة واحدة فكذا ههنا والاولى أولى لان اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا ، وقال ابن حامد إن قطع لعارض وعاد في الحال فهي رضعة وان تباعدا وانتقل من امرأة الى أخرى فهما رضعتان كما ذكرنا في الاكل

﴿ مسئلة ﴾ (والسعوط والوجور كالرضاع في أحدى الروايتين)

السعوط أن يصب في أنفه اللبن من إناء أو غيره فيدخل حلقه والوجور أن يصب في حلقه من غير الثدي) واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بهما كما يثبت بالرضاع ، وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور (والثانية) لايثبت التحريم بهما وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وعطاء الخراساني في السعوط لان هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولانه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو حصل من جرح في بدنه

ولنا ما روي ابن مسعود عن النبي ﷺ « لارضاع إلا ماأنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ولان هذا يصل اليه اللبن كما يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل بالرضاع فيجب أن يساويه في التحريم والانف سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم

عباس أن المراد بالحمل حمل البطن وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (وفصاله في عامين) فلو حمل على ماقاله ابو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام «وكان قبل الفطام»

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وروي عنه عليه السلام «لارضاع الا ما كان في الحولين» والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال ابو الخطاب لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم ، وقال القاضي لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم ولا يصح هذا لان ماوجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكم بايصال مالا أثر له به ، واشترط الخرقي نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه: أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطيء اما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة، فأما لبن الزاني او النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد ومذهب الشافعي ، وقال ابو بكر عبدالعزيز تنتشر الحرمة بينهما لانه معنى ينشر الحرمة فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء يحققه أن الواطيء حصل منه لبن وولد ثم ان

(فصل) وإنما يحرم من ذلك كالذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فانه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فان ارتضع دون الخمس وكمل الخمس بسعوط ووجور أو أسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لانا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في إكمال العدد ولو حلب في اناء لبنا دفعة واحدة ثم سقى الغلام في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فانه لو أكل من طعام خمس دفعات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات وان حلب في إناء خمس حلبات في خمسة أوقات ثم سقي دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة ، وحكي عن الشافعي في الصورتين عكس ما قلناه اعتبار بخروجه من المرأة لان الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه

ولنا أن الاعتبار بشرب الصبي له لانه المحرم ولهذا يثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة وان سقاه في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات فاما ان سقاه اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ، فظاهر قول الخرقي أنه رضعة واحدة لان المعتبر في الرضعة العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبه ما لو أكل الطعام لقمة بعد لقمة فانه لا يعد أكلات ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ماقدمناه

الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن ولانه رضاع ينشر الحرمة الى المرضعة فنشرها الى الواطيء كصورة الاجماع ، ووجه القول الاول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت ماهو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا لانهـا من نطفته حقيقة بخلاف مسئلتنا ويفارق تحريم المصاهرة فان التحريم ثم لايقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه « السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» فاما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضاً لانها ربيبته فانها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك

(فصل) واذا وطيء رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها وان ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما فالمرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وان انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لانه بابنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته وان لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر لانه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون

(فصل) فان عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت ههنا بطريق الأولى .

ولنا أنه واصل من الحلق يحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرقي وقال أبو بكر لا يثبت التحريم بهما) المنصوص عن أحمد في رواية ابراهيم الحربي في لبن الميتة أنه ينشر الحرمة ، وهو اختيار أبي بكر وقول أبي ثور والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو بكر الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا ، وهو مذهب الشافعي لانه لبن من ليس هو بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل

ولنا أنه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كحال الحياة ولانه لافارق بين شربه في حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له فان اللبن لايموت والنجاسة لا تؤثر كما لو حلب في إناء نجس ولانه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لان ثديها لا يزيد على الاناء في عدم الحياة وهي لاتزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة

أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت باجنبيات وان انتفى عنهما جميعاً بان تأتي به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لاكثر من أربع سنين اولدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لا كثر من اربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً فان كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ويحرم أولادهما عليهما أيضاً لانها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما

(فصل) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لانه لبن آدمي أشبه لبن الآدمية وحكي عن بعض السلف أنهما اذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح لان هذا لايتعلق به تحريم الامومة فلا يثبت به تحريم الاخوة لان الاخوة فرع على الامومة وكذلك لايتعلق به تحريم الابوة لذلك ولان هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فان ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لانه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك وقال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم الا أن يتبين كونه رجلا لانه لايأمن كونه محرما

(فصل) ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ثم ماتت فشرب به صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما ، وبه قال أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانه لبن امرأة حلب في حياتها فأشبه مالو شرب به وهي في الحياة .

﴿ مسألة ﴾ (ويحرم اللبن المشوب)

ذكره الخرقي والمشوب المختلط بغيره وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره في قول الخرقي وبه قال الشافعي وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لانه وجور وقال ابن حامد إن غلب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لان الحكم للاغلب ولانه يزول بذلك الاسم والمعنى ، ونحوه قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا ان كانت النار مست اللبن حتى انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ووجه الاول أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية فأما ان صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لان هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذي ولا انبات اللحم وانشاز العظم ، وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لان أجزاء اللبن حصلت في بطنه أشبه مالو كان لونه ظاهراً ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه

(فصل) فان حلب من نسوة وسقي الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب

(فصل) وان ثاب لامرأة لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة في أظهر الروايتين وهو قول ابن حامدومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) ولانه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ولان البان النساء خلقت لغذاء الاطفال فان كان هذا نادرا فجنسه معتاد

(والرواية الثانية) لاتنشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فأشبه لبن الرجال والاول أصح.

(فصل) اذا كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم يصرن أمهات له وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات وفيه وجه آخر لاتثبت الابوة لانه رضاع لم يثبت الامومة فلم يثبت الابوة كالارتضاع بلبن الرجل والاول أصح فان الابوة انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين واذا قلنا بثبوت الابوة حرمت عليه المرضعات لانه ربيبهن وهن موطوءات أبيه وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين [أحدهما] يصير جداً وأخوهن خالا لانه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو اخواته فأشبه ما لو كان من واحدة

بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك إذا شيب بلبن آخر

﴿ مسئلة ﴾ (والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه وقال ابن حامد ينشرها)

المنصوص عن أحمد ان الحقنه لاتحرم قاله ابو الخطاب وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وقال ابن حامد وابن أبي موسى يحرم وهو مذهب الشافعي لانه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في احليله ولانه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجز اثبات حكمه ويفارق فطر الصائم فانه لا يعتبر فيه اثبات اللحم ولا انشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما انبت اللحم وانشز العظم ولانه وصل الابن الى الباطن من غير الحلق أشبه مالو وصل من جرح .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا تزوج كبيرة لم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة احداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغيرة وعنه ينفسخ نكاحها) ، إذا تزوج كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبه قال الثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الاوزاعي نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة ولا يصح ذلك فان الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم ابدا

والآخر لايثبت ذلك لان كونه جدا فرع كون ابنته اما وكونه خالا فرع كون أخته أما ولم يثبت ذلك فلا يثبت الفرع وهذا الوجه يترجح في هذه المسئلة لان الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها . فان قلنا : يصير أخوهن خالا لم تثبت الخئولة في حق واحدة منهن لأنه لم يرتضع من لبن اخواتها خمس رضعات ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين

(فصل) اذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت اماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصر واحد من الزوجين اباً له لانه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلق زوجته ثلاثا وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن تزوجها الاول لانها صارت من حلائل الابناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به)

هذه المسئلة من فروع المسئلة التي قبلها وهو أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذي ثاب اللبن

لقول الله سبحانه (وأمهات نسائكم) ولم يشترط دخوله بها فأما الصغيرة ففيها روايتان

(إحداهما) نكاحها ثابت لأنها ربيبة ولم يدخل بامها فلا تحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)

(والرواية الثانية) ينفسخ نكاحها ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانها صارتا إماً وبنتا واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحها كما لو صارتا اختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً

ولنا أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لان نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحها به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ولان الجمع طرأ على نكاح الام والبنت فاختص الفسخ بنكاح الام كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها وفارق الاختين لانه ليست احداهما أولى بالفسخ من الاخرى وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما لان الدوام أقوى من الابتداء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحها على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الاولى ويثبت نكاح الثانية)

أما انفساخ نكاح الصغيرتين فلانها صارتا اختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحها كما لو

بوطئه فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ثم ارضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها فحرمت عليه لانها امه وبانت منه وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الاول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه ولو تزوجت امرأة صبياً فوجدت به عيباً ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لانها صارت من حلائل أبنائه . ولو زوج الرجل ام ولده او امته بصبي مملوك فأرضعته بابن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لانها صارت من حلائل أبنائه فان كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه لان من شرط جواز نكاح الحر الامة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فان زوج بها كان النكاح فاسداً وان ارضعته لم تحرم على سيدها لانه ليس بزوج في الحقيقة

(فصل) واذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال (احدها) ان يبقى لبن الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للاول سواء حملت من الثاني او لم تحمل لا نعلم فيه خلافا لان اللبن كان للاول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للاول (الثاني) أن لا تحمل من الثاني فهو للاول سواء زاد او لم يزد او انقطع ثم عاد او لم ينقطع (الثالث) أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة. قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من احفظ عنه وهو قول ابي حنيفة والشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع او اتصل لان لبن الاول ينقطع بالولادة من الثاني فان حاجة المولود الى

أرضعتها معاً، وهذا على الرواية الاولى التي تقول ينفسخ نكاح الكبيرة وحدها فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فانه يثبت نكاح الاخيرة من الصغيرتين لان الكبيرة لما أرضعت الصغيرة أولا انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الاخرى فلم تجتمع معها في النكاح فلم ينفسخ نكاحها

(فصل) إذا أرضعت الصغيرة أجنبية انفسخ نكاحهما أيضاً ، وهذا قول أبي حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ينفسخ نكاح الأخيرة وحدها لان سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه مالو تزوج إحدى الاختين بعد الآخرى

ولنا أنه جمع بين الاختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معا وفارق مالو عقد على واحدة بعد أخرى فان عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بانه لم يصح لحصلتا معاً في نكاحه وهما أختان لا محالة

(مسئلة) (وان أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الاولتين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع لانهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الثالثة لان رضاعها بعد انفساخ نكاح الكبيرة والصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف اخوتها جمعاً في النكاح)

(مسئلة) (وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعدها معاً بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً فيمتصان معاً أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيهما معاً انفسخ نكاح الجميع لانهن صرن أخوات في نكاحه)

اللبن تمنع كونه لغيره (الحال الرابع) أن يكون ابن الاول باقياً وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما جميعاً في قول اصحابنا وقال أبو حنيفة هو للأول مالم تلد من الثاني

وقال الشافعي ان لم ينته الحمل الى حال ينزل منه اللبن فهو للاول فان بلغ الى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان احدهما هو للاول والثاني هو لهما

ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في انها منه وبقاء لبن الاول يقتضي كون اصله منه فيجب ان يضاف اليهما كما لو كان الولد منهما (الحال الخامس) انقطع من الاول ثم ثاب بالحمل من الثاني فقال ابو بكر هو منهما وهو احد اقوال الشافعي اذا انتهى الحمل الى حال ينزل به اللبن وذلك لان اللبن كان للاول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر ان لبن الاول ثاب بسبب الحمل الثاني فكان مضافاً اليهما كما لو لم ينقطع . واختار ابو الخطاب انه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الاول . وقال ابو حنيفة هو للاول مالم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لان الحمل لا يقتضي اللبن وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه والكلام عليه قد سبق

لانها اذا أرضعت إحداهن منفردة لم ينفسخ نكاحها لانها منفردة ثم إذا أرضعت اثنتين بعد ذلك مجتمعات انفسخ نكاح الجميع لأنهن أخوات في النكاح ، هذا على الرواية الاولى ، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الام والاولى بالاجماع ثم ينفسخ نكاح الاثنتين لكونهما صارتا أختين معاً .

(مسئلة) (وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر)

لان تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد فانهن ربائب لم يدخل بأمهن وإن كان دخل بالام حرم الكل عليه على الابد لانهن ربائب مدخول بامهن .

(مسئلة) (وكل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وأخته وجدته وربيبته اذا أرضعت طفلة حرمتها عليه) لانها تصير ابنتها وكل رجل تحرم ابنته كأخيه وابنه وأبيه اذا أرضعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها لانها صارت ابنة من تحرم ابنته عليه ، وان أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لانها صارت ربيبة زوجها ، وان أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه ، ولو تزوج بنت عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار عم زوجته وان أرضعت الزوجة صارت عمته وان أرضعتهما جميعاً صار عمها وصارت عمته .

وان تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار خالها وان أرضعت الزوجة صارت عمته . وان تزوج بنت خاله فارضعت جدتهما الزوج صار عم زوجته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة، وان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة)

نص احمد على هذا كله، في هذه المسئلة فصول اربعة :

(الاول) انه متى تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبهذا قال الثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة وليس بصحيح فان الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبداً لقول الله سبحانه (وأمهات نسائكم) ولم يشترط دخوله بها، فأما الصغيرة ففيها روايتان

(احداهما) نكاحها ثابت لانها ربيبة ولم تدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)

(والرواية الثانية) ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانهما صارتا أما وبنتاً واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً

وان أرضعتها صارت خالته، وان تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صارت زوجته وان أرضعتها صارت خالة زوجها

(فصل) وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فان الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي يلزمه لها لانه قرره عليه بعد أن كان بعرض السقوط وفرق بينه وبين زوجته فلزمه ذلك كشهود الطلاق اذا رجعوا وانما لزمه نصف مهر الصغيرة لان نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ اذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أفسدت نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها)

لان فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً، فعلى هذا اذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاح الصغرى فعلى الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى لما ذكرنا، وبهذا قال الشافعي وحكي عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لانها أتلفت البضع فوجب ضمانه، وقال أصحاب الرأي ان كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق والا فلا يرجع بشيء وقال مالك لا يرجع بشيء

ولنا على أنه يرجع عليها بالنصف انها قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا أنه أمكن ازالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لان نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ، ولان الجمع طرأ على نكاح الام والبنت فاختص الفسخ بنكاح الام كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها،وفارق الاختين لأنه ليست احداهما أولى بالفسخ من الاخرى ، وفارق مالو ابتدأ العقد عليهما لان الدوام أقوى من الابتداء

(الفصل الثاني) انه ان كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الابد وانفسخ نكاحهما لان الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها فتحرم تحريماً مؤبداً ، وان كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمها

(الفصل الثالث) أن عليه نصف مهر الصغيرة لان نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ اذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً،وان كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها لانه استقر بدخوله بها استقراراً لايسقطه شيء ولذلك لايسقط بردتها ولا بغيرها

(الفصل الرابع) انه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن بعض أصحابه انه يرجع بجميع صداقها لانها أتلفت البضع فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي

ولنا على أبي حنيفة أن ماضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ولانها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فأشبه مالو قصدت الافساد .

ولنا على أن الزوج انما يرجع بالنصف انه لم يغرم إلا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولانه بالفسخ رجع اليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولان خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته .

(فصل) والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لانه انما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لانه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الاعيان

ولنا ان خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له بدليل مالو قتلت نفسها او ارتدت او ارضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعه فانها لاتغرم له شيئاً وانما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره ولانه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بالنصف ولان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذلك ههنا

(مسئلة) وان افسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها ويجب على زوجها وان افسده

ان كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق والا فلا يرجع بشيء ، وقال مالك لايرجع بشيء

ولنا على انه يرجع عليها بالنصف أنها قررته عليه وألزمته اياه وأتلفت عليه مافي مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع

ولنا على أبي حنيفة ان ماضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولانها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الافساد

ولنا على أن الزوج انما يرجع بالنصف أن الزوج لم يغرم الا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولانه بالفسخ يرجع اليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ماأخذ بدله مرة أخرى، ولان خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له وانما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته

(فصل) والواجب نصف المسمى لانصف مهر المثل لانه انما يرجع بما غرم والذي غرم نصف مافرض لها فرجع به وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لانه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ماملكه به كسائر الاعيان

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له بدليل مالو قتلت نفسها أو ارتدت او أرضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعه فانها لاتغرم له شيئاً وانما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره ، ولانه

غيرها وجب مهرها ولم يرجع به على احد ونص احمد على انه يرجع بالمهر كله)

قال القاضي وهومذهب الشافعي لان المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها ، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله انه لايرجع على من أفسده بعد الدخول بشيء لانه لم يقرر على الزوج شيئاً ولم يلزمه اياه فلم يرجع عليه بشيء كما لو افسدت المرأة نكاح نفسها ولانه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كما قبل الدخول ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضي وكذلك لايجب مهر المثل وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لانها قررته عليه وكذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها قبل الدخول ولم يوجد ذلك ههنا وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ولانه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل اما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذى فوته أو بالمهر الذى أداه : لايجوز أن يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها او بقتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها ولا يجوز ان يجب لها بدل ماأداه اليها لذلك ولانها ما أوجبته ولا لها اثر في ايجابه ولا تقريره

﴿مسئلة﴾ (وان افسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها)

لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بنصفه لان التلف لم يختص بالنصف ولان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ههنا

(فصل) وكل امرأة تحرم بنتها اذا أرضعت زوجته الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمها نصف الصداق، فان أرضعتها أمه صارت أخته ، وان أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته وان أرضعتها أخته صارت بنت أخته، وكل امرأة تحرم بنت زوجها اذا أرضعتها بابن زوجها حرمتها عليه، وعليها نصف مهرها كامرأة ابنه وامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة جده لانها ان أرضعتها امرأة أبيه بابنه صارت أخته وان أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت أبيه وان أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه وان أرضعتها امرأة جده بابنه صارت عمته أوخالته، وان أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بابن غيره لم تحرم عليه لانها صارت ربيبة زوجها، وان أرضعتها من لاتحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتهما احدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار عم زوجته وان أرضعت الزوجة صارت عمته وان أرضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر، وان تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار خالا لها وان أرضعت الزوجة صارت عمته، وان تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته وان أرضعتها صارت خالته ، وان تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته وان أرضعتها صارت خالة زوجها

قال شيخنا لانعلم بينهم خلافا في ذلك وان الزوج لايرجع عليها بشيء إذا كان اداه اليها ولا في أنها اذا افسدته قبل الدخول انه يسقط وانه يرجع عليها بما أعطاها

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحها فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى) ولا مهر للكبرى ان كان قبل الدخول لأنها افسدت نكاح نفسها وقدذكرنا وجه ذلك ان كان المفسدة غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (فلودبت الصغرى الى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد ، فان كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ولا مهر للصغيرة)

لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ولايرجع به على ما اخترناه وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به في مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها ، وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعليهما فينقسط الواجب عليهما وعليه مهر الكبيرة وثلاثة اعشار مهر الصغيرة ويرجع به على الكبيرة وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين

(فصل) وان تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتا له وان أرضعتها بابن غيره صارت ربيبة، فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد وان كان لم يدخل بها لم تحرم لانها ربيبة لم يدخل بامها، وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لانها من أمهات نسائه، وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد، وان طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وان كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها وان طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على مامضى، ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها ، وان كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها والا فلا .

(فصل) وان أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم مالو أرضعتها الكبيرة لانها صارت جدتها، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح، وان ارضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لانهما صارتا أختين فان كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما

(فصل ، وان ارضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم مالو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها والرجوع بالصداق على المرضعة التي افسدت النكاح، وان ارضعتها ام الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لانهما صارتا اختين ، فان كان لم يدخل بالكبيرة فله ان ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها وان كان دخل بالكبيرة فله نكاحها لان الصغيرة لا عدة عليها وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لانها قد صارت اختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم ان ارضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمة الكبيرة او خالتها والجمع بينهما محرم ، وكذلك ان ارضعتها أختها أو زوجة اخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت اخيه وكذلك ان ارضعتها اختها او بنت اختها ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأبيد لانه تحريم جمع الا إذا ارضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بامها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان لرجل خمس امهات اولاد لهن منه لبن فارضعن امرأة صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في احد الوجهين)

لأنها ارتضعت من لبنه خمس رضعات فكمل رضاعها من لبنه فصار ابا لها كما لو أرضعتها واحدة منهن والوجه الثاني لايصير ابا لها لانه رضاع لم تثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة كابن البهيمة ولا تحرم أمهات الاولاد لانه لم يثبت لهن أمومة

(فصل) فان ارضعن طفلا كذلك لم يصرن امهات له وصار المولى ابا له وهذا قول ابن حامد لانه

ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما وان كان قد دخل بالكبيرة فله نكاحها لان الصغيرة لا عدة عليها وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لانها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم ان ارضعتها جدة الكبيرة لانها تصير عمة الكبيرة أوخالتها والجمع بينهما محرم وكذلك الحكم ان أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لانها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه وكذلك ان أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأبيد لانه تحريم جمع الا اذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بامها

(فصل) ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها، وان كان بعد الدخول فنص أحمد على أنه يرجع عليه بالمهر كله وهو مذهب الشافعي لان المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها، والصحيح ان شاء الله تعالى أنه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء لانها لم تقرر على الزوج شيئاً ولم تلزمه اياه فلم يرجع عليها بشيء كما لو أفسدت نكاح نفسها، ولانه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول، ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضى ولذلك لا يجب مهر المثل، وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لانها قررته عليه ولذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها ولم يوجد ذلك ههنا وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، ولانه لو رجع بالمهر

ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفيه وجه آخر لاتثبت الابوة لانه رضاع لم يثبت الامومة فلم يثبت الابوة كالارتضاع بلبن الرجل، والاول اصح لان الابوة انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا قلنا بثبوت الابوة حرمت عليه المرضعات لانه ربيبهن وهن موطوءات أبيه.

(فصل) وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين:

(أحدهما) يصير جداً واخوهن خالا لانه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته فأشبه مالوكان من واحدة (والآخر) لايثبت ذلك لان كونه جداً فرع كون ابنته أما وكونه خالا فرع كون أخته أماً ولم يثبت فلا يثبت ذلك الفرع، وهذا الوجه يترجح في هذه المسئلة لان الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها. فان قلنا يصير أخوهن خالا لم تثبت الخؤولة في حق واحدة منهن لانه لم يرتضع من لبن أخواتها خمس رضعات ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من بنت المحرم خمس رضعات، ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين

(فصل) اذا كان لامرأة لبن من زوج فارضعت به طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار

بعد الدخول لم يخل اما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه : لايجوز أن يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها أو بقتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها ؛ ولا يجوز أن يجب له بدل ماأداه اليها لذلك ولانها ما أوجبته ولا لها أثر في ايجابه ولا أدائه ولا تقريره ، ولا نعلم بينهم خلافا في أنها اذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول أنه لايسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء ان كان أداه اليها ولا في انها اذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها وأنه يرجع عليها بما أعطاها ، فلودبت صغيرة الى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد ، فان كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها،ولا مهر للصغيرة لانها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على ما اخترناه ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لانها فسخت نكاحها ، وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما فينقسط الواجب عليهما،وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة ، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين

(فصل) وان أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من

لها منه لبن فارضعت منه الصبي رضعتين صارت أما له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ولم يصروا حد من الزوجين أباله لانه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما

(مسألة) (ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فارضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات) لانه لم تكمل عدد الرضعات لكل واحدة منهن وهل تحرم الصغرى ؟على وجهين أصحهما تحرم لانها ارتضعت من لبنه خمس رضعات وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماسا لان الرضعات الخمس محرمة وقد وجد من الاولى رضعتان ومن الثانية رضعتان والخامسة وجدت من الثالثة فيجب على الاولى خمس مهرها وعلى الثانية خمس وعلى الثالثة عشر

(مسألة) (فان كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فارضعن ثلاث نسوة له صغار حرمت الكبيرة)

لانها من جدات النساء وجدة الزوجة محرمة ولم ينفسخ نكاح الصغار لانهن لسن أخوات وانما هن بنات خالات وابن الربيبة لايحرم إلا بالدخول بالام وان كان دخل بالام حرم الصغار أيضاً لانهن ربائب مدخول بامهن وان لم يكن دخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أولا ؟ على روايتين بناء على ما إذا أرضعت زوجته الكبرى زوجته الصغرى فان الكبرى تحرم وهل ينفسخ نكاح الصغرى ؟ على روايتين ذكرنا توجيههما فيما مضى

لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فان سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الاول الخمس وعلى الثانية خمس وعشر ، وان سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في اناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فان لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ماقابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتيها فان كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لأنه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها اذ لا فائدة في أن يجب لها عليه مايرجع به عليها ، وان كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وان كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا ، وان كان قد دخل باحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثا واللاتي دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به ماأسلفناه من الخلاف ، وان حلبن في اناء فسقته احداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها أفسدت نكاحهن ويسقط مهرها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على أحد

﴿مسئلة﴾ (وان أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك؟ على وجهين)

(أحدهما) تحرم لانها صارت جدة بكون الصغيرة قد كمل لها خمس رضعات من لبن بناتها (والثاني) لاتصير جدة ولا ينفسخ نكاحها لان كونها جدة فرع على كون ابنتها اما ولم تثبت الامومة فما هو فرع عليها أولى ان لا يثبت وهذا أولى والله أعلم

(فصل) إذا تزوج كبيرة ثم طلقها فارضعت صغيرة بابنه صارت بنتاً له وان ارضعتها بلبن غيره صارت ربيبته فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لانها ربيبة لم يدخل بأمها وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعت امرأة له حرمت المرضعة على التأبيد لانها من امهات نسائه وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فارضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها فان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد وان طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فارضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وان كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها وان طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على مامضى

(فصل) ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم

وان كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فان كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه ، وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لايرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ، ولو ارضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتا لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الاوليين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسه لان رضعتها الاولى حصل بها التحريم لكمال الخمس بها والثانية لاأثر لها في التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نكاح الاكابر لانهن لم يصرن أمهات لها، ولو كان لامرأته الكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعا تصير به احداهن أما لها لحرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة على روايتين ، وان ارضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لاتحرم بهذا لان كونها جدة يبنى على كون ابنتها أما وما صارت واحدة من بناتها أما ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتها خمس رضعات وكذلك الحكم لو أرضعتها بنتها رضعة وبنت ابنها رضعة وبنات بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بابنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين (أصحهما) لايثبت تحريمها وفي الآخر يثبت فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن ، فان قيل فلم لايرجع عليهن على

ارضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليها وانفسخ نكاحها وان كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فارضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه لانها صارت امه من الرضاع وحرمت عليه لأنها صارت امه من الرضاع وان تزوجت بآخر ودخل بها ومات عنها لم يجز ان يتزوجها الاول لأنها صارت من حلائل الابناء لما ارضعت الصبي الذي تزوجت به

﴿ مسئلة ﴾ (ولو تزوجت الصبي اولا ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فارضعت به الصبي حرمت عليهما على الابد على الزوج الثاني لانها صارت من حلائل ابنائه وعلى الصبي لانها صارت امه

(فصل) ولو زوج رجل ام ولده اوامته بصبي مملوك فارضعته بابن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لانها صارت من حلائل ابنائه فان كان الصبي حرا لم يتصور هذا الفرع عندنا لانه لايصح نكاحه لأن من شرط نكاح الحر للامة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فان تزوج بها كان النكاح فاسداً وان ارضعته لم تحرم على سيدها لانه ليس بزوج في الحقيقة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله فان أفسد النكاح جماعة يسقط المهر عليهم فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن ام الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فان سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثا فعلى الاولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر وان سقاها واحدة شربتين وسقاها

عدد رءوسهن لكون الرضاع مفسداً فيستوي قليله وكثيره كما لو طرح النجاسة جماعة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا لان التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فان التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره ليكون القليل والكثير سواء في الافساد فنظير ذلك أن يشرب في الرضعة من احداهما أكثر مما يشرب من الاخرى

(فصل) اذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان مالزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الامة لان ذلك من جنايتها ، وان أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لانها ربيبة دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبداً لانها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لانها أفسدت على سيدها فان كان قد كاتبها رجع عليها لان المكاتبة يلزمها ارش جنايتها وان أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لانها صارت أخته ، وان أرضعت زوجة ابيه بلبنه حرمتها عليه لانها صارت بنت ابنه ويرجع الاب على ابنه بأقل الامرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها لان ذلك من جناية ام ولده ، وان أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لان كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما)

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما

ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فارضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في اناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فان لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ماقابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتيها فان كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لانه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة في ان يجب لها عليه مايرجع به عليها وان كان مختلفا وهو من جنس واحد تقاص منه بقدر اقلهما ووجبت الفضلة لصاحبها وان كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا وان كان قد دخل باحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن اثلاثا والتي دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به ما اسلفناه من الخلاف . وان حلبن في اناء فسقته احداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضرتيها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها افسدت نكاحهن ويسقط مهرها ان لم يكن

صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتا معاً ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لانها أفسدت نكاحهما وله أن ينكح من شاء منهما لان انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريماً مؤبداً وهذا على الرواية التي قلنا انها اذا أرضعت الصغيرة إختص الفسخ بالكبيرة ، فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فانه يثبت نكاح الاخيرة من الصغيرتين لان الكبيرة لما أرضعت الاولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الاخرى فلم تجتمع معهما في النكاح فلم ينفسخ نكاحها ، فأما ان كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد لانهما ربيبتان قد دخل بأمهما

(فصل) فان أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضاً وهذا قول أبي حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر ينفسخ نكاح الآخرة وحدها لان سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه مالو تزوج احدى الاختين بعد الاخرى

ولنا أنه جامع بين الاختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو ارضعتهما معاً وفارق مالو عقد على واحدة بعد الاخرى فان عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح لحصلتا معاً في نكاحه وهما أختان لامحالة

(فصل) وان أرضعتهما بنت الكبيرة فالحكم في الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها لان الكبيرة تصير جدة لهما ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن

دخل بها وإن كان دخل بها فلها مهرها لا يرجع به على أحد وان كانت كل واحدة من الكبار ارضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فان كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ولو أرضع الثلاث الصغيرة بابن الزوج فارضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتاً لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها وترجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الأولتين أربعة اخماسه وعلى الثالثة خمسه لان رضعتها الاولى هي التي حصل بها التحريم والثانية لا أثر لها ولا ينفسخ نكاح الا كابر لانهن لم يصرن امهات لها . فان قيل فلم لا ترجع به عليهن على عددهن لكون الرضاع مفسدا فيستوى قليله وكثيره كما لو طرح الجماعة نجاسة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا لان التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فان التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره لكون الكثير والقليل سواء في الافساد فنظير ذلك ان يشرب في الرضعة من إحداها أكثر مايشرب من الاخرى

(فصل) وان كانت له زوجة امة فارضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان مالزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الامة لان ذلك من جنايتها وان ارضعتها ام ولده افسدت نكاحها وحرمتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كن الاصاغر ثلاثا فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولا وثبت نكاح آخرهن رضاعا فان أرضعت احداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معا حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الاصاغر وتزوج من شاء من الاصاغر وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد)

انما حرمت الكبيرة لانها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولا لانهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الاخيرة لان رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جمعاً في النكاح ، وان أرضعت احداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معا بان تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معاً أو تحلب من لبنها في اناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع لانهن صرن اخوات في نكاحه وله أن يتزوج من شاء من الاصاغر لان تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد فانهن ربائب لم يدخل بامهن ، وان دخل بالكبيرة حرم الكل على الابد لانهن ربائب مدخول بامهن هذا على الرواية الاولى وعلى الاخرى لما أرضعت الاولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لانها صارت أمها واجتمعتا في نكاحه ثم ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها لانها منفردة بالرضاع في النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما

عليه لانها ربيبته دخل بامها وتحرم ام الولد عليه ابداً لانها من امهات نسائه ولا غرامة عليها لانها أفسدت على سيدها وان كانت مكاتبته رجع عليها لان المكاتبة يلزمها ارش جنايتها وان ارضعت امولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لانها صارت اخته وان أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لانها صارت بنت ابنه ويرجع الاب على ابنه باقل الامرين مما غرمه لزوجته او قيمتها لان ذلك من جناية ام ولده .وان أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لان كل واحدة منهما صارت بنت ام ولده

(فصل) قال رضي الله عنه إذا شك في الرضاع أو عدده بني على اليقين فلم يحرم لان الاصل عدم الرضاع في المسئلة الاولى وعدم وجود الرضاع المحرم في الثانية فهو كالو شك في وجود الطلاق أو عدده

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها وعنه أنها ان كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب فيه إلى قول ابن عباس)

وجملة ذلك أن الرضاع إذا شهدت به امرأة مرضعة حرم النكاح وثبت الرضاع بشهادتها وعنه رواية أخرى كالتي ذكرناها عن ابن عباس فان ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله قال ان كانت مرضية استحلفت وفارق أهله وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها أي يصيبها فيهما برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه القياس ولا يهتدي اليه رأي فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً وممن ذهب الى أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية طاوس

(فصل) فان أرضعتهن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الاصاغر حرمت الكبيرة بارضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها لانها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الاصاغر لانهن لم يصرن أخوات وانما هن بنات خالات وعلى الرواية الاخرى ينفسخ نكاح المرضعة الاولى لاجتماعها مع جدتها في النكاح ويثبت نكاح الاخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التي فسد نكاحها على التي أرضعتها وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها وان قلنا انه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الاولى لانها التي أفسدت نكاحها

(مسئلة) قال (واذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح اذا كانت مرضية وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية اخرى ان كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب في ذلك الى قول ابن عباس رضي الله عنه)

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع اذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لان الرجال اكمل من النساء ولا يقبل الا شهادة رجلين فالنساء اولى وعن احمد رواية ثالثة ان شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس واسحاق لان ابن عباس قال في امرأة زعمت انها أرضعت رجلا وأهله فقال ان كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، يعني يصيبها

والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا تقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم لان الرجال أكمل من النساء ولا تقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى وقال عطاء والشافعي لا يقبل من النساء أقل من أربع لان كل امرأتين كرجل، وقال أصحاب الرأي لا يقبل فيه إلا رجلان أورجل وامرأتان ، وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)

ولنا ماروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتينا النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه ، وفي لفظ رواه النسائي قال فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما خل سبيلها » وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة، وقال الزهري فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان بشهادة امرأة في الرضاع ، وقال الشعبي كان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولان هذه شهادة على عورة فتقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعلى الشافعي أنه معنى يقبل فيه قول

فيها برص عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدي اليه رأي فالظاهر انه لا يقوله الا توقيفاً . وقال عطاء وقتادة والشافعي لا يقبل من النساء أقل من اربع لان كل امرأتين كرجل. وقال اصحاب الرأي لا يقبل فيه الا رجلان أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال « كيف وقد زعمت انها قد ارضعتكما ؟ خل سبيلها » وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة

وقال الزهري : فرق بين اهل ابيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الاوزاعي فرق عثمان بين اربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الشعبي كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولان هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة وعلى الشافعي بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر

(فصل) ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من ان الامة السوداء قالت قد ارضعتكما فقبل النبي ﷺ شهادتها ولانه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فان قيل فانها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له قلنا ليس هذا من الامور المقصودة التي ترد بها الشهادة ، ألا ترى ان رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق امته قبل شهادتهما وان كان يحل لهما نكاحهما بذلك

النساء المنفردات فيقبل فيه امرأة منفردة كالخبر

(فصل) وتقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد ارضعتكما فقبل النبي ﷺ شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا يدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها كفعل غيرها فان قيل فانها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له قلنا ليس هذا من الامور المقصودة التي ترد بها الشهادة ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته أو أعتق امته قبلت شهادتهما وان حل لهما نكاحها بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح فان صدقته فلا مهر لها وان كذبته فلها نصف المهر

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لان قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا

فصل ولا تقبل الشهادة على الرضاع الا مفسرة فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لايقبل لان الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد ان هذا ارتضع من ثدي هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن الى جوفه في الحولين . فان قيل خلوص اللبن الى جوفه لاطريق له الى مشاهدته فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا اذا علم ان هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبي قد التقم ثديها وحرك فمه في الامتصاص وحلقه في الاجتراع حصل ظن يقرب الى اليقين ان اللبن قد وصل الى جوفه ، وما يتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفي فيه بالظاهر كالشهادة بالملك وثبوت الدين في الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة

ولو قال الشاهد أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها لايقبل لانه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدي وقد يأخذ الثدي ولا يمص فلابد من ذكر مايدل عليه . وان قال أشهد أن هذه ارضعت هذا فالظاهر انه يكتفي في ثبوت اصل الرضاع لان المرأة التي قالت قد أرضعتكما اكتفي بقولها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح فان صدقته المرأة فلا مهر لها وان كذبته فلها نصف المهر)

وجملته أن الزوج اذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة اذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لان قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولوجحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن امته أخته من النسب وما قاسوا عليه ممنوع وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني ذلك على علمه بصدقه فان علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه لان المحرم حقيقة الرضاع لا القول وان شك في ذلك لم يزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له اذا علم كذب نفسه روايتان ، والصحيح ما قلناه لان قوله ذلك إذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة إذا ثبت هذا فانه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها لانهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله لا تستحق فيه مهرا فأشبه مالو ثبت ذلك ببينة وان أكذبته فالقول قولها لان قوله غير مقبول عليها في اسقاط حقوقها فلزمه اقراره فيما هو حق له وهو يحرمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر

(فصل) وان قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح لما ذكرنا ولها المهر بكل حال لان المهر يستقر بالدخول ؛

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب وماقاسوا عليه غير مسلم وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فينبني ذلك على علمه بصدقه فان علم أن الامر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لايحرمها عليه لان المحرم حقيقة الرضاع لا القول وان شك في ذلك لم نزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له اذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ماقلناه لان قوله ذلك اذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة. اذا ثبت هذا فانه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلاشيء لها لانهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة وان أكذبته فالقول قولها لان قوله غير مقبول عليها في اسقاط حقوقها فلزمه اقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر

(فصل) فان قال هي عمتي أوخالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لاصغر منه أولمثله هي أمي أولا كبر منه أولمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد تحرم عليه لانه اقرار بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن

(فصل) وان قال هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي او أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي، وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لمن هي سنه هذه أمي أو لاكبر منه أو لمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد تحرم عليه لانه أقر بما يحرمها فقبل كما لو أمكن.

ولنا أنه أقر بما يتحقق كذبه فأشبه مالو قال أرضعتني وإياها حواء أو كما قال هذه حواء. وما ذكروه ينتقض بهذه الصور، ويفارق ما إذا أمكن فانه لايتحقق كذبه والحكم في الاقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الاقرار بالرضاع لانه في معناه

(فصل) إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لان شهادة الولد لوالده والوالد لولده لاتقبل، وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت وعنه لا تقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده وهي مقبولة في أصح الروايتين، وان ادعت ذلك المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته قبل في أصح الروايتين

(مسئلة) (وان كانت هي التي قالت هو أخي من الرضاع وأكذبها فهي زوجته في الحكم لانه لا يقبل قولها في فسخ النكاح)

ولنا أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال أرضعتني وإياها حواء. أوكما لو قال هذه حواء وما ذكروه منتقض بهذه الصور، ويفارق اذا أمكن فانه لا يتحقق كذبه والحكم في الاقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الاقرار بالرضاع لانه في معناه

(فصل) اذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لان شهادة الوالدة لولدها والوالد لوالده غير مقبوله، وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده، وفي ذلك روايتان: وان ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين:

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت المرأة هي التي قالت هي أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم)

وجملته أن المرأة اذا اقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ

لانه حق عليها ان كان قبل الدخول فلا مهر لها لانها تقر بأنها لا تستحقه وان كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لانه يقر بأنه حق لها، وان كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بانها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته في الوطء فلا مهر لها أيضا لاقرارها بأنها زانية مطاوعة، وان انكرت شيئا من ذلك فلها المهر لانه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لان قولها غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لان وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا وأنكر وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الامرين من المسمى أو مهر المثل لانه ان كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه، وان كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه لاعترافها بان استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وان كان اقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن اقرارها في ظاهر الحكم لان اقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل اقرارها على نفسه بتحريمه عليها، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (ولو قال الزوج هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم تحرم) لتحققنا كذبه وقد ذكرناه.

﴿ مسألة ﴾ (ولو تزوج رجل امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول وان

النكاح لانه حق عليها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لانها تقر بانها لا تستحقه فان كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لانه يقر بانه حق لها وان كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بانها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء فلامهر لها أيضاً لاقرارها بأنها زانية مطاوعة وان أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لانه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لان قولها عليه غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ماأقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لان وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا وجحدها ذلك،وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الامرين من المسمى أومهر المثل لانه ان كان المسمى أقل فلايقبل قولها في وجوب زائد عليه وان كان الاقل مهر المثل لم تستحق أكثرمنه لاعترافها بان استحقاقها له بوطئها لابالعقد فلاتستحق أكثر منه، وان كان اقرارها باخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن اقرارها في ظاهر الحكم لان اقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل اقرارها على نفسها بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن

زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما وان انقطع من الأول ثم ثاب بحملها من الثاني فكذلك عند أبي بكر وعند أبي الخطاب هو ابن الثاني وحده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال (أحدها) أن يبقى الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للاول سواء حملت من الثاني أو لم تحمل لانعلم فيه خلافا لان اللبن كان للاول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للاول (الثاني) أن لا تحمل من الثاني فهو للاول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع

(الثالث) أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي سواء زاد أولم يزد انقطع أو لم ينقطع، لان لبن الاول ينقطع بالولادة من الثاني فان حاجة المولود تمنع كونه لغيره (الرابع) أن يكون لبن الاول باقيا وزاد بالحمل من الثانى فاللبن منهما جميعاً في قول أصحابنا ، وقال أبو حنيفة هو للاول مالم تلد من الثاني ، وقال الشافعي ان لم ينته الحمل إلى حال ينزل به اللبن فهو للاول وان بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان (أحدهما) هو للاول والثاني هو لهما .

ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه وبقاء ابن الاول يقتضي كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما كما لوكان الولد منهما (الحال الخامس) انقطع من الاول ثم ثاب بالحمل من الثاني فقال أبو بكر هو منهما وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن وذلك لان اللبن كان للاول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الاول ثاب بسبب الحمل

صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه

[فصل] وان ادعى أحد الزوجين على الآخر انه اقر انه اخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لانها شهادة على الاقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه

[فصل] كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب وعمر ابن عبد العزيز رضي الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولان لبن الفاجرة ربما أفضى الى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها أماً لولده فيتعير بها ويتضرر طبعاً وتعيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها أما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها في محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحمق فانه يقال ان الرضاع يغير الطباع والله تعالى أعلم

الثاني فكان مضافا اليهما كما لو لم ينقطع، واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الاول، وقال أبو حنيفة هو للاول ما لم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لان الحمل لا يقتضي اللبن وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه وقد سبق الكلام عليه

(فصل) واذا ادعى احد الزوجين على الآخر انه اقر انه اخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لانها شهادة على الاقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه

(فصل) كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولان لبن الفاجرة ربما أفضى الى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها اما لولده فيتعير بها ويتضرر طبعا وتعيرا والارتضاع من المشركة يجعلها اما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها في محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحمق فانه يقال ان الرضاع يغير الطباع

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفساً الا ماآتاها) ومعنى قدر عليه أي ضيق عليه ومنه قوله سبحانه (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) اي يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء وقال الله تعالى (قد علمنا مافرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم)

وأما السنة فما روى جابر ان رسول الله ﷺ خطب الناس فقال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وابو داود . ورواه الترمذي باسناده عن عمرو بن الاحوص قال « ألا ان لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، الا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن في كسوتهن وطعامهن »وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه. وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وان ذلك مقدر بكفايتها وان نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وان ذلك بالمعروف وان لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه اذا لم يعطها اياه

(كتاب النفقات)

(يجب على الرجل نفقة زوجته ومالا غناء لها عنه وكسوتها ومسكنها بما يصلح لمثلها)

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا إلا ماآتاها) ومعنى قدر ضيق وقال سبحانه (قد علمنا مافرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم) ، واما السنة فاروى جابر ان رسول الله ﷺ خطب الناس فقال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم ورواه الترمذي باسناده عن عمرو بن الاحوص قال « إلا ان لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فاما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم ان تحسنوا اليهن في كسوتهن وطعامهن » وقال حديث حسن صحيح وجاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وان ذلك مقدر بكفايتها

وأما الاجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن اذا كانوا بالغين الا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده

(مسألة) قال ابو القاسم رحمه الله تعالى (وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناء بها عنه وكسوتها)

وجملة الامر ان المرأة اذا سلمت نفسها الى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً فان كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وان كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وان كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين ، وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر . وقال ابو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) والمعروف الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة ، وقال النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها

وان نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وان ذلك بالمعروف وان لها ان تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها اياه ، واتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على ازواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو ان المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من ان ينفق عليها كالعبد مع سيده ، فتى سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول وملبوس ومسكن

(مسألة) (وليس ذلك مقدراً لكنه معتبر بحال الزوجين جميعاً)

هكذا ذكره أصحابنا فان كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين وان كانا معسرين فعليه نفقة المتوسطين وان كان احدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين ايهما كان الموسر ، وقال أبو حنيفة ومالك تعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» والمعروف الكفاية ولانه سوى بين النفقة والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة وقال النبي ﷺ لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ولان نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ولانه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها ، وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها)

دون حال زوجها ، ولان نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها ، وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفساً الا ما آتاها) ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى

(فصل) والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال ابو حنيفة ومالك . وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وانما يختلفان في صفته وجودته لان الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وفيما تقوم به البنية وانما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ لان اقل ما يدفع في الكفارة الى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الاهل فقال سبحانه [من أوسط ماتطعمون اهليكم] وعلى الموسر مدان لان اكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين في كفارة الاذى. وعلى المتوسط مد ونصف، نصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فأمرها بأخذ مايكفيها من

ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان اولى

(فصل) والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لايختلف في الكثرة والقلة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات، وانما يختلفان في صفته وجودته لان الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وماتقوم به البنية وانما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة ،وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ لان أقل مايدفع في الكفارة مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الاهل فقال سبحانه (من اوسط ماتطعمون اهليكم) وعلى الموسر مدان ، لان أكثر ما اوجب الله سبحانه للواحد مدين في فدية الاذى ، وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الفقير ونصف نفقة الموسر

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فامرها باخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها ، ومن المعلوم ان قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لايزيد عنهما ولاينقص ولان الله تعالى قال (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال النبي ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وايجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وايجاب قدر الكفاية وان كان أقل من مد او رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك واجباً بالكتاب والسنة

غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها . ومن المعلوم ان قدر كفايتها لاينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولان الله تعالى قال [وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقال النبي ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وايجاب اقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وايجاب قدر الكفاية وإن كان اقل من مد أو من رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لان الكفارة لاتختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفارة وانما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لا يجب فيها الادم

(فصل) ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعي الواجب فيها الحب اعتباراً بالاطعام في الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقاً او سويقاً او خبزاً لم يلزمها قبوله كما لايلزم ذلك المسكين في الكفارة . قال بعضهم يجيء على قول أصحابنا انه لا يجوز وان تراضيا لانه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قوله تعالى من (اوسط ماتطعمون اهليكم) قال الخبز والزيت . وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر . ومن افضل ما تطعمونهن الخبز واللحم . ففسر اطعام الاهل بالخبز مع غيره من الأدم ، ولان الشرع ورد بالانفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير فوجب ان يرد الى العرف كما في القبض والاحراز وأهل العرف انما يتعارفون فيما بينهم في الانفاق على اهليهم الخبز والادم دون الحب ، والنبي ﷺ وصحابته انما كانوا ينفقون ذلك دون ماذكروه

واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لايصح لان الكفارة لاتختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفاية وانما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لايجب فيها الادم

(فصل) ولا يجب فيها الحب وقال الشافعي يجب فيها الحب اعتبارا بالايجاب في الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله كما لايلزم المسكين في الكفارة ، وقال بعضهم يجيء على قول أصحابنا أنه لايجوز وان تراضيا عليه لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قول الله تعالى (من اوسط ما تطعمون اهليكم) قال الخبز والزيت وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وافضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ففسر طعام الاهل بالخبز مع غيره من الادم ، ولان الشرع ورد بالايجاب مطلقا من غير تقدير ولا تقييد فوجب ان يرد إلى العرف كما في القبض والاحراز ، وأهل العرف انما يتعارفون فيما بينهم في الانفاق على اهليهم الخبز والادم دون الحب والنبي ﷺ وصحابته انما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكروه فكان ذلك هو الواجب ولانها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبيد ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه فمتى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته ، وفارق الاطعام فانها لا تتقدر بالكفاية ولايجب فيها الادم ، فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز حباً أو دراهم أودقيقا أوغير ذلك لم يلزمه بذله ولوعرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معارضة فلا يجبر واحد منهما على

فكان ذلك هو الواجب . ولانها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه فمتى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته ؛ وفارق الاطعام في الكفارة لأنها لاتتقدر بالكفاية ولا يجب فيها الادم . فعلى هذا لو طالبت مكان الخبز دراهم او حباً او دقيقاً او غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لانها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبوله كالبيع. وان تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض. ويفارق الطعام في الكفارة لانه حق الله تعالى وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه ، وان اعطاها مكان الخبز حباً او دقيقاً جاز اذا تراضيا عليه لان هذا ليس بمعاوضة حقيقة فان الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وانما صرنا الى ايجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

(فصل) ويرجع في تقدير الواجب الى اجتهاد الحاكم أو نائبه ان لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط

قبولها كالبيع وان تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض ويفارق الطعام في الكفارة فانه حق لله تعالى وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه وان اعطاها مكان الخبز حبا أو دقيقا جاز إذا تراضيا عليه لان هذا ليس بمعاوضة حقيقة فان الشارع لم يعين الواجب باكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب وانما صرنا إلى ايجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

(مسئلة) (فان تنازعا فيها رجع الامر إلى الحاكم)

وجملة ذلك ان الامر يرجع فى تقدير الواجب للزوجة إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه ان لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ماجرت العادة في حق أمثاله وكذلك الادم للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع الادم من الارز واللحم واللبن ومايطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشحم في آخر والشيرج في آخر وللمعسرة تحت المعسر من الادم ادونه كالباقلاء والخل والبقل والكامخ وماجرت به عادة أمثالهم ومايحتاج اليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط اوسط ذلك من الخبز والادام على حسب عادته

من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ماجرت به العادة في حق أمثاله وكذلك الادم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الادم من اللحم والارز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشيرج في آخر والمعسرة تحت المعسر من الادم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج اليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والادم كل على حسب عادته ، وقال الشافعي الواجب من جنس قوت البلد لايختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هوالدهن خاصة لانه أصلح للابدان وأجود في المؤنة لانه لايحتاج الى طبخ وكلفة ويعتبر الادم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الادم بالقوت فاذا قيل ان الرطل تكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك ، وفي كل يوم جمعة رطل لحم فان كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً ، وذكر القاضي في الادم مثل هذا وهذا مخالف لقول الله تعالى [لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله] ولقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر في الانفاق ، وفي هذا جمع بين مافرق الله تعالى ، وتقدير الادم بما ذكروه تحكم لادليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في انفاقهم فلا يعرج على مثل

وقال الشافعي الواجب من جنس قوت البلد لايختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هو الدهن خاصة لانه اصلح للابدان واجود في المؤنة لانه لايحتاج الى طبخ وكلفة ويعتبر الادم بغالب عادة اهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الادم بالقوت فاذا قيل ان الرطل يكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك وفي كل يوم جمعة رطل لحم فان كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئا وذكر القاضي مثل هذا في الادم وهذا مخالف لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) ولقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى انفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله تعالى بين الموسر والمعسر في الانفاق وفي هذا جمع بين مافرقه الله تعالى وتقدير الادم بما ذكروه تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في انفاقهم فلا يعرج على مثل هذا وقد قال ابن عمر من افضل ماتطعمون اهليكم الخبز واللحم والصحيح ماذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة الى ذلك ولان النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها باليسار والاعسار كالكسوة وحكم المكاتب والعبد كالمعسر لانهما ليسا بأحسن حالا منه ومن نصفه حر ان كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لانه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر

هذا ، وقد قال ابن عمر من أفضل ماتطعمون أهليكم الخبز واللحم والصحيح ماذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة الى ذلك ولان النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها بالايسار والاعسار كالكسوة

[فصل] وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لانهما ليس بأحسن حالا منه ومن نصفه حر ان كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لانه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر

[فصل] ويجب للمرأة ما تحتاج اليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لان ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما ان على المستأجر كنس الدار وتنظيفها فاما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لانه يراد للزينة ، وان طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة كدواء العرق لزمه لانه يراد للتطيب ، ومايراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجب عليه مايدعوه اليه ولا يجب عليه شراء الادوية ولا أجرة الطبيب لانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لايلزم المستأجر بناء مايقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد

﴿ مسئلة ﴾ **(ويجب عليه كسوتها باجماع أهل العلم)** لما ذكرنا من النصوص ولانها لا بد لها منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة

وهو قول أصحاب الشافعي ويرجع في ذلك الى اجتهاد الحاكم فيفرض لها قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وماجرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك نحو اجتهاده في المتعة للمطلقة كما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والقطن والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط المتوسط من ذلك وأقل مايجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غناء عنه دون ما للتجمل والزينة وذلك لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه وعليه مايحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فان كانت ممن عادته النوم في الاكسية والبسط فعليه لها لنومها ماجرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن الموسر على حسب يساره والمعسر على قدر اعساره والمتوسط بين ذلك على حسب العوائد

(مسئلة) **(وعليه مايعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها)**

لان ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما ان على المستأجر كنس الدار وتنظيفها ولا تجب عليه الادوية واجرة الطبيب لانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد

[فصل] وتجب عليه كسوتها باجماع أهل العلم لما ذكرنا من النصوص ولانها لا بد منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ووافق أصحاب الشافعي على هذا ويرجع في ذلك الى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وماجرت عادة أمثالها به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الامر كنحو اجتهاده في المتعة للمطلقة وكما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط المتوسط من ذلك فأقل مايجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لاغنى عنه دون ما للتجمل والزينة والاصل في هذا قول الله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه وقول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف »

(فصل) وعليه لها ماتحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فان كانت ممن عادته النوم في الاكسية والبساط فعليه لها لنومها ماجرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب ايساره والمعسر على قدر اعساره على حسب العوائد

(فصل) ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)

﴿مسئلة﴾ (فاما الطيب والخضاب والحناء ونحوه فلا يلزمه إلا ان يريد منها التزين به)

اما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه وان طلبه منها فهو عليه واما الطيب فما يراد لقطع السهوكة كدواء العرق يلزمه لانه يراد للتنظيف وما يراد للتلذذ أو الاستمتاع لايلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه اليه

(فصل) ويجب لها مسكن بدليل قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) فاذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح اولى قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن المعروف ان يسكنها في مسكن ولانها لاتستغني عن المسكن للسترة عن العيون في التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما واعسارهما لقول الله تعالى (من وجدكم) ولانه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجري مجرى النفقة والكسوة

﴿مسئلة﴾ (وان احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لاتخدم نفسها أولمرضها لزمه ذلك)

لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن العشرة بالمعروف ان يقيم لها خادما لانها مما يحتاج اليه في الدوام فاشبه النفقة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان لها خادم وإلا اقام لها خادما بشراء أو كراء أو عارية ولا يلزم الزوج ان يملكها خادما)

فاذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح أولى قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ولانها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما واعسارهما لقول الله تعالى [من وجدكم] ولانه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة

[فصل] فان كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوي الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى [وعاشروهن بالمعروف] ومن العشرة بالمعروف أن يقيم له خادما ولانه مما يحتاج اليه في الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لان المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن مالكا قال : ان كان لا يصلح المرأة الا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ونحوه قال أبو ثور اذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك اذا ثبت هذا فلا يكون الخادم الا ممن يحل له النظر اليها اما امرأة واما ذو رحم محرم لان الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب فيه وجهان الصحيح منهما جوازه لان استخدامهم مباح، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح اباحة النظر لهم [والثاني] لا يجوز لان في اباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس

لان المقصود الخدمة فاذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا اسكنها داراً باجرة جاز ولا يلزمه تمليكها مسكناً فان ملكها الخادم فقد زاد خيراً وان اخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً فان كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز وان طلبت منه اجر خادمها فوافقها جاز وان أبى وقال انا آتيك بخادم سواه فله ذلك إذا اتاها بمن يصلح لها . ولا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر اليها اما امرأة واما ذو رحم محرم لان الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز ان يكون خادم المسلمة من أهل الكتاب؟ فيه وجهان اصحهما جوازه لان استخدامهم مباح ولان الصحيح إباحة النظر لهم (والثاني) لا يجوز لان في اباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة

﴿مسئلة﴾ (وعليه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا في النظافة)

يجب على الزوج نفقة الخادم وكسوته مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن والسدر لرأسها لان ذلك مما يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم . فان احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد ، لان المستحق خدمتها في نفسها ويحصل ذلك بواحد) ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان لا يصلح المرأة إلا

ولا يتنظفون من النجاسة ولا يلزم الزوج أن يملكها خادما لان المقصود الخدمة فاذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه اذا أسكنها داراً بأجرة جاز، ولا يلزمه تمليكها مسكنا فان ملكها الخادم فقد زاد خيراً وان أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له او استأجره حراً كان أو عبداً وان كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز، وان طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز، وان قال لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخادم سواه فله ذلك اذا أتاها بمن يصلح، وان قالت انا أخدم نفسي وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك لان الاجر عليه فتعيين الخادم اليه ولان في اخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها، وان قال الزوج انا أخدمك بنفسي لم يلزمها لانها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما، وفيه وجه آخر انه يلزمها الرضى به لان الكفاية تحصل به

(فصل) وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفقة مثل مالامرة المعسر الا انه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر لان ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن ان احتاجت الى خف لتخرج الى شراء الحوائج لزمه ذلك

أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من خادم واحد ونحوه قال أبو ثور إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين.

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها والزيادة تراد لحفظ ملكها وللتجمل وليس عليه ذلك

(مسئلة) فان قالت أنا أخدم نفسي وآخذ مايلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك ولم يلزمه) لان الاجر عليه فتعيين الخادم اليه ولان في خدمة غيرها إياها توفيرها على حقوقه وترفهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها.

(مسئلة) (فان قال الزوج أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها) لانها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لان الكفاية تحصل به

(فصل) ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء، لانها زوجة بدليل قوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن) ولانه يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه فأشبه ما قبل الطلاق و للأدلة الدالة على وجوب نفقة الزوجة من الكتاب والسنة والاجماع

(مسئلة) (وأما البائن بفسخ أو طلاق فان كانت حاملا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها وعنه لها السكنى).

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً إما أن يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وفي

﴿ مسألة ﴾ قال (فان منعها مايجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبي ﷺ لهند حين قالت إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي ؟ فقال «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف»)

وجملته أن الزوج اذا لم يدفع الى امرأته مايجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع اليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير اذنه بدليل قول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » وهذا اذن لها في الاخذ من ماله بغير اذنه ورد لها الى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فان ظاهر الحديث دل على انه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه موضع حاجة فان النفقة لاغنى عنها ولا قوام الا بها فاذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى الى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها ، ولان النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة الى الحاكم والمطالبة بها في كل الاوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير اذن من هي عليه . وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات

بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك» إلا أن تكوني حاملا ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع وان كانت حائلا فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان

(احداهما) لا يجب لها ذلك وهو قول علي وابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمر بن ميمون وعكرمة واسحاق وأبو ثور وداود

(والثانية) يجب لها وهو قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء السبعة ومالك والشافعي لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فأوجب لها السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها ، وقال أكثر فقهاء العراق : لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود لانها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر أنه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه ، قال عروة لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقالت إنها كانت في مكان وحش نخيف على ناحيتها ، وقال سعيد بن المسيب تلك امرأة فتنت الناس بلسانها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الاعمى

وقتها عند بعض أهل العلم مالم يكن فرضها لها فلولم تأخذ حقها أفضى الى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فانه لايسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الاخذ الى الاسقاط

[فصل] ويجب عليه دفع نفقتها اليها في صدر نهار كل يوم اذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة فان اتفقا على تأخيرها جاز لان الحق لهـا فاذا رضيت بتأخيره جاز كالدين ، وان اتفقا على تعجيل نفقة عام او شهر او أقل من ذلك او أكثر او تأخيره جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره مااتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم في هذا خلاف علمناه فان سلم اليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها لانه دفع اليها ماوجب عليه دفعه اليها ، وان أبانها بعد وجوب الدفع اليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها لانها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وان عجل لها نفقة شهر او عام ثم طلقها او ماتت قبل انقضائه او بانت بفسخ او اسلام أحدهما او ردته فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر ، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال ابو حنيفة وابو يوسف لايسترجعها لانها صلة فاذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا انه سلم اليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني فاذا وجد مايمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها اياها فنشزت او عجل الزكاة الى الساعي فتلف ماله قبل الحول . وقولهم انها صلة قلنا بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية اذا دفع اليها نفقة

ولنا ماروت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى » فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك متفق عليه وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ « انظري يا ابنة قيس انما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » رواه الامام أحمد والأثرم والحميدي، قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها: قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج لانه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله تعالى مراده ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) ؟ وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس وجابر ومن وافقهم والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول صلى الله عليه وسلم فان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر أنه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فان أحمد أنكره وقال اما هذا فلا فانه قال لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا يرده الاجماع على قبول قول المرأة في الرواية فقد أجد تقول فريعة وهي امرأة وتخبر عائشة وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وصار خبر فاطمة إذا لم تكن حاملا مثل نظر المرأة الى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه اذا لم تكن سكنت إلى الاول وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فانها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون

سنتين ثم بانت باسلامه، فان لم يكن اعلمها انها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها لان الظاهر انه تطوع بها وان أعلمها ذلك انبنى على معجل الزكاة اذا أعلم الفقير انها زكاة معجلة ثم تلف المال وفي الرجوع بها وجهان كذلك ههنا . وكذلك ينبغي ان يكون في سائر الصور مثل هذا لانه تبرع بدفع مالا يلزمه من غير اعلام الآخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم اليها نفقة اليوم فسرقت او تلفت لم يلزمه عوضها لانه برىء من الواجب بدفعه فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها او الدين بعد اخذ صاحبه له

(فصل) واذا دفع اليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة مالم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها لانه حق لها فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها لان فيه تفويت حقه منها ونقصاً في استمتاعه بها

(فصل) وعليه دفع الكسوة اليها في كل عام مرة لانها العادة ويكون الدفع اليها في أوله لانه اول وقت الوجوب فان بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه ان يدفع اليها كسوة اخرى لان ذلك وقت الحاجة اليها وان بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها او استعمالها لم يلزمه ابدالها لانه ليس بوقت الحاجة الى الكسوة في العرف . وان مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان (احدهما) لايلزمه بدلها لانها غير محتاجة الى الكسوة

على شيء وقد رد على من ردعليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال تلك امرأة فتنت الناس بلسانها : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس وان لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث، وقول عائشة انها كانت في مكان وحش لا يصح فان النبي ﷺ علل بغير ذلك فقال « يا ابنة آل قيس إنما النفقة والسكنى ما كان لزوجك عليك الرجعة » هكذا رواه الحميدي والاثرم ولو صح ماقالته عائشة ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بانه قول امرأة وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وأما قول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا فقد قال اسماعيل بن اسحاق نحن نعلم أن عمر لا يقول لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله تعالى والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل في الامر بالانفاق وقد روى أبوداود وغيره باسنادهم عن ابن عباس في حديث المتلاعنين قال ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا بيت لها ولا قوت ولان هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة وتفارق الرجعية فانها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه بخلاف البائن

(فصل) ولا سكنى للملاعنة ولا نفقة أن كانت حائلا للخبر وكذلك ان كانت حاملا فنفى حملها وقلنا

(والثاني) يلزمه لان الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل انها لو بايت قبل ذلك لم يلزمه بدلها . ولو اهدي اليها كسوة لم تسقط كسوتها وان اهدي اليها طعام فأكلته وبقي قوتها الى الغد لم يسقط قوتها فيه وان كساها ثم طلقها قبل ان تبلى فهل له أن يسترجعها؟ فيه وجهان [أحدهما] له ذلك لانه دفعها للزمان المستقبل فاذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع اليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها [والثاني] ليس له الاسترجاع لانه دفع اليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع اليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل اكلها بخلاف النفقة المستقبلة

[فصل] واذا دفع اليها كسوتها فأرادت بيعها او التصدق بها وكان ذلك يضر بها او يخل بتجملها بها او بسترتها لم تملك ذلك كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها وان لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز لانها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع لان له استرجاعها لو طلقها في احد الوجهين بخلاف النفقة

(فصل) والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى

إنه ينتفي عنه أو قلنا انه ينتفي بزوال الفراش وان قلنا لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه وقلنا انه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لان ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن، فان نفى الحمل فانفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استحلقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع لانها فعلت ذلك على أنه لا أب له فاذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فان قيل النفقة لأجل الحمل نفقة الاقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف يرجع عليه بما يسقط عنه ؟ قلنا بل النفقة للحامل لاجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة وان سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة اليها ويتعلق به حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها

﴿مسئلة﴾ (فان طلق زوجته ولم ينفق عليها يظنها حائلا ثم تبين أنها كانت حاملا فعليه نفقة مامضى) لانا تبينا استحقاقها له فرجعت به عليه كالدين

﴿مسئلة﴾ (وان أنفق عليها يظنها حاملا وبانت حائلا مثل من ادعت الحمل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم أريت القوابل بعد ذلك)

لان الحمل يتبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل ليست حاملا رجع عليها بما أنفق لانها أخذت منه مالا تستحق فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها ، وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع بشيء لانه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده وان علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لانها أخذت النفقة مع علمها ببراءته منها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه ، وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها

(مسئلة) قال (فاذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

وجملته ان الرجل اذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى انها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين . وقال العنبري يحبس الى ان ينفق

ولنا قول الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فيتعين التسريح . وروى سعيد عن سفيان عن ابن أبي الزناد قال سألت سعيد ابن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم قال سنة ؟ قال سنة وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ . قال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى، ولانه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لانه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى، اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار وهذا أحد قولي الشافعي وقال حماد بن

بالزيادة ويرجع في مدة العدة اليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها فان قالت قد ارتفع حيضي فلم أدر ما رفعه فمدتها سنة ان كانت حرة، وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وان قالت لا أدري متى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها، وان قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لانه اليقين، وان قالت عادتي تختلف ولا أعلم رددناها إلى غالب عادات النساء في كل شهر قرء كما رددنا المتحيرة إلى ذلك في أحكامها كذلك هذه، فان بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده لأكثر من أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لانه من غيره وان كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فان كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها وان حملت في اثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذي حملت منه ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها وان وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة، وان قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها، وان وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطىء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة له عليه من أجله وان جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه النسب وفي وجوب النفقة عليه روايتان

أبي سليمان يؤجل سنة قياساً على العنين وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثا لانه قريب

ولنا ظاهر حديث عمر ولانه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب ولان سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير

(فصل) وان لم يجد النفقة الا يوما بيوم فليس ذلك اعساراً يثبت به الفسخ لان ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه، وان وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها وما يقوم به بدنها وإن كان صانعاً يعمل في الاسبوع بما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الاسبوع كله لم يثبت الفسخ لان هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وان تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لانه يمكن الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ لان ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وان مرض مرضا يرجى زواله في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وان كان ذلك يطول فلها الفسخ لان الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك ان كان لا يجد من النفقة الا يوما دون يوم فلها الفسخ لانها لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لا يجد الا بعض القوت

﴿مسألة﴾ (وهل تجب النفقة للحامل لحملها اولها من أجله ؟ على روايتين)

(إحداهما) تجب للحمل اختارها أبو بكر لانها تجب بوجوده وتسقط عند انقضائه فدل على أنها له (والثانية) تجب لها من أجله لانها تجب مع اليسار والاعسار فكانت لها كنفقة الزوجات ولانها لا تسقط بمضي الزمان فاشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان كالروايتين. وينبني على هذا الاختلاف فروع (منها) أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لانه ملكه وان قلنا لها فعلى الزوج لان نفقتها عليه ، وان كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقة لانه لا يلزمه نفقة ولده ، وان قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا وان كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطيء لانه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وان قلنا للحامل فلا نفقة عليه لانها ليست زوجة يجب الانفاق عليها، وان نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها لان نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه وان قلنا لها فلا نفقة لها لانها ناشز

(فصل) ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوما فيوما كما يلزمه دفع نفقة الرجعية وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه دفعها اليها حتى تضع لان الحمل غير متحقق ولهذا اوقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى (وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) ولانها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليها كالرجعية وماذكره لا يصح فان الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمتحقق، ولا يشبه هذا الميراث فان الميراث لا يثبت بمجرد الحمل فانه يشترط له الوضع والاستهلال بعد

وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لا يقوم بما دونها وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لان تلك الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك ان أعسر بالادم، وان أعسر بالكسوة فلها الفسخ لان الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها، وان أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان (أحدهما) لها الخيار لانه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة (والثاني) لا خيار لها لان البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذي ذكر القاضي، وان أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون

(الحال الثاني) أن يمتنع من الانفاق مع يساره فان قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لان النبي ﷺ أمر هنداً بالاخذ ولم يجعل لها الفسخ وان لم تقدر رافعته الى الحاكم فيأمره بالانفاق ويجبره عليه فان أبى حبسه فان صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فان لم يجد الا عروضا أو عقاراً باعها في ذلك، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا الا بتسليم لان بيع مال الانسان لا ينفذ الا باذنه أو اذن وليه ولا ولاية على الرشيد

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي ما يكفيك» ولم يفرق ولان ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم

الوضع ولا يوجد ذلك قبله ولاننا لا نعلم صفة الحمل ووجود شرط توريثه بخلاف مسئلتنا فان النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه. إذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع اليها فان كان حملا فقد استوفت حقها وان بان أنها ليست حاملا رجع عليها سواء دفع اليها بحكم حاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشرط وعنه لا يرجع، والصحيح الاول لانه دفعه على أنه واجب فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين، وان أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لانها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال غالباً أشبه الرضاع وقد ثبت الاصل بالخبر المذكور

﴿مسئلة﴾ (واما المتوفى عنها زوجها فان كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة في مدة العدة لان النكاح قد زال بالموت وان كانت حاملا ففيها روايتان)

(إحداهما) لها السكنى والنفقة لانها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة (والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لانه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي وهذه الرواية اصح

(فصل) ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها

والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وان تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والاخذ من المال عند امتناعه وان لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الاخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك اذا لم تجد ما تنفق سواه وينفق على المرأة يوما بيوم ، وبهذا قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر

ولنا أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة من شهر

[فصل] وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي الخطاب ، واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الفسخ في المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا ولان الموسر في مظنة امكان الاخذ من ماله ، واذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر

ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع من الانفاق، ولان الانفاق عليها من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا أولى بالفسخ فانه اذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ولان في الصبر

أو فرق بينهما قبل الوطء فلاعدة عليها وان كان بعده فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى ان كانت حائلا لانه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده اولى ، وان كانت حاملا فعلى ما ذكرنا فان قلنا لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق لانه إذا وجب بعد التفريق فقبله اولى، ومتى انفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها بشيء لانه ان كان عالما بعدم الوجوب فهو متطوع به وان لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع به كما لو انفق على أجنبية ، وكل معتدة من وطء من غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها ان كان يلحق الواطيء نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملا كانت اولا لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه

(فصل) ولا تجب على الزوج نفقة الناشز فان كان لها منه ولد اعطاها نفقة ولدها، والنشوز معصيتها اياه فيما يجب عليها مما أوجبه الشرع بسبب النكاح ، فمتى امتنعت من فراشه أو من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو خرجت من منزله بغير اذنه أو ابت السفر معه إذا لم تشترط بلدها فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم منهم الشعبي وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وقال الحكم لها النفقة قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بان نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها

ولنا ان النفقة انما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها اليه ولانه إذا منعها النفقة

ضرراً أمكن ازالته بالفسخ فوجبت ازالته ، ولانه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما اذا أدى ثمن المبيع فانه لافرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن، وعيب الاعسار انما جوز الفسخ لتعذر الانفاق بدليل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له انسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ وقولهم انه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا قلنا وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطى ماينفقه فاستويا

(فصل) ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فان كانت موسرة فله ذلك لان من عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وان كانت معسرة لم يكن له ذلك لان قضاء الدين انما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لايفضل عنها ، ولان الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيجب انظارها بما عليها

(فصل) وكل موضع ثبت لها الفسخ لاجل النفقة لم يجز الا بحكم الحاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له التفريق الا أن تطالب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه وبهذا قال الشافعي وابن المنذر

كان لها منعه التمكين فكذلك إذا منعته التمكين كان له منعها النفقة كما قبل الدخول، ويخالف المهر فانه يجب بمجرد العقد وكذلك لو مات احدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة فاما نفقة ولدها منه فهي واجبة عليه فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه دفعها اليها إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة وكذلك اجر رضاعها يلزمه تسليمه اليها لانه اجر ملكته عليه بالارضاع لا في مقابلة الاستمتاع فلا يزول بزواله

(فصل) وإذا سقطت نفقتها بالنشوز فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها وان كان غائبا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الامكان ،ولو ارتدت سقطت نفقتها فان عادت إلى الاسلام عادت بمجرد عودها لان المرتدة انما سقطت نفقتها لخروجها عن الاسلام فاذا عادت اليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته وكذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها وهو غائب لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ههنا

(فصل) إذا خالعت المرأة زوجها وهي حامل ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كالمطلقة ثلاثا وهي حامل لان الحمل ولده فعليه نفقته وان ابرأته من الحمل عوضا في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه في الخلع وذكرنا الخلاف فيه ولا تبرأ حتى تفطمه إذا كانت قد ابرأته من نفقة

وقال مالك هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر في عدتها لانه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولي وامرأته اذا امتنع من الفيئة والطلاق

ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه أشبهت فرقة العنة، فاما ان أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة فان راجعها وهو معسر أو امتنع من الانفاق عليها ولم يمكن الاخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لان المقتضى له باق أشبه ماقبل الطلاق

[فصل] وان رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك انفاقه ثم بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك انفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي ظاهر كلام احمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لانها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيناً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنينا

ولنا أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولايصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط واذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به ، وان أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لاعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ لان وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ولو

الحمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لان البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لان المطلق إذا كان له عرف انصرف اليه، وان اختلفا في مدة الرضاع انصرف الى حولين لقول الله سبحانه (وفصاله في عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) ثم قال تعالى (فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما) فدل على أنه لايجوز فصاله قبل الحولين إلا بتراض منهما وتشاور ، وان قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو اولى لانه اقطع للنزاع وابعد من اللبس والاشتباه ، ولو ابرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك الى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي انما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لانها في حكم المالكة لها لانها التي تقبضها وتستحقها وتتصرف فيها فانها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي اجر رضاعها اياه وهي الآخذة لها المتصرفة فيها فصارت كملك من املاكها فصح جعلها عوضا ، فاما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح ان تعاوض به في الخلع لانه ليس هو لها ولافي حكم ماهو لها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويجب دفع النفقة اليها في صدر نهار كل يوم وذلك إذا طلعت الشمس)

تزوجته عالمة باعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي ان لاتملك الفسخ باعساره به لانها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط

(فصل) اذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لانه لم يسلم اليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع لم يجب تسليمه اليه وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ماتنفقه على نفسها لان في حبسها بغير نفقة اضرارا بها، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه انما يملك حبسها اذا كفاها المؤنة وأغناها عما لابد لها منه ولحاجته الى الاستمتاع الواجب عليها فاذا انتفى الامران لم يملك حبسها

(فصل) ومن ترك الانفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان ديناً في ذمته سواء تركه لعذر او غير عذر في أظهر الروايتين وهذا قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر والرواية الاخرى تسقط نفقتها مالم يكن الحاكم قد فرضها لها وهذا مذهب ابي حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها اذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ، لان نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها فتسقط كنفقة الاقارب

ولنا ان عمر رضي الله عنه كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى ولأنها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضي

لانه أول وقت الحاجة فان اتفقا على تأخيرها أو تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة جاز لان الحق لها لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره ما اتفقا عليه كالدين ولاخلاف بين أهل العلم في هذا فيما علمنا

﴿مسئلة﴾ (فان طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر)

لانه طلب غير الواجب فلم يلزم الآخر لانها معاوضة فلا يجبر عليها واحد منهما كالبيع ، وإن تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض

﴿مسئلة﴾ (وعليه كسوتها في كل عام مرة)

لانه العادة ويكون الدفع اليها في أوله لانه أول وقت الوجوب

﴿مسئلة﴾ (فاذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها)

إذا تلفت الكسوة أو سرقت بعد قبضها لم يلزمه عوضها لأنها قبضت حقها فلم يلزمه غيره كالدين إذا وفاها إياه ثم ضاع منها

﴿مسئلة﴾ (وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الاخرى ويحتمل أن لا يلزمه)

وجملة ذلك أنه إذا دفع اليها كسوة العام بريء منها كما إذا دفع اليها نفقة اليوم فان بليت قبل ذلك لكثرة خروجها ودخولها أو استعمالها لم يلزمه ابدالها لانه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في

الزمان كأجرة العقار والديون ، قال ابن المنذر هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ولا يزول ماوجب بهذه الحجج الا بمثلها ، ولانها عوض واجب فأشبهت الاجرة وفارق نفقة الاقارب فانها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لنزجية الحال فاذا مضى زمنها استغني عنها فأشبه مالو استغنى عنها بيساره وهذه بخلاف ذلك .. اذا ثبت هذا فانه ان ترك الانفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وان تركها لاعساره لم يلزمه الا نفقة المعسر لان الزائد سقط باعساره

[فصل] ويصح ضمان النفقة ماوجب منها وما يجب في المستقبل اذا قلنا انها تثبت في الذمة ، وقال الشافعي يصح ضمان ماوجب وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ومبنى الخلاف على ضمان مالم يجب اذا كان مآله الى الوجوب فعندنا يصح وعندهم لا يصح وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان

[فصل] وان أعسر بنفقة الخادم أو الادم أو المسكن ثبت ذلك في ذمته وبهذا قال الشافعي وقال القاضي لا يثبت لانه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزائد عن الواجب عليه

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً وفارق الزائد عن نفقة المعسر فانه يسقط بالاعسار

العرف ، وإن مضى الزمان الذي يبلى في مثله بالاستعمال ولم يبل فهل يلزمه بدلها؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لانها غير محتاجة إلى الكسوة (والثاني) يلزمه لان الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ولو أهدى اليها كسوة لم تسقط كسوتها وكذلك لو أهدى اليها طعام فأكلته وبقي قوتها الى الغد لم يسقط قوتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة؟ على وجهين) (أحدهما) له الرجوع لانه دفعها للزمان المستقبل فاذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع اليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها (والثاني) ليس له الاسترجاع لانه دفع اليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع اليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها فيجوز لها بيعها وهبتها والصدقة بها وغير ذلك)

لانها حقها فملكت التصرف فيه كسائر مالها فان عاد ذلك عليها بضرر في بدنها ونقص في استمتاعها فلا تملكه لانها تفوت حقه بذلك ، وكذلك الحكم في الكسوة في أحد الوجهين قياساً على النفقة واحتمل المنع لان له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة

(فصل) واذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم وبهذا قال ابو العالية ومحمد بن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم لانها أنفقت مالا تستحق وان فضل لها شيء فهو لها وان فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وان لم يكن لها شي من ذلك كان الفضل ديناً عليها والله أعلم

(فصل) وان أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه أصحها ليس لها الفسخ وهو اختيار ابن حامد (والثاني) لها الفسخ وهو اختيار ابي بكر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها (والثالث) ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وان كان بعد الدخول لم تملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه مالو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه

ولنا أنه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالنفقة الماضية ، ولان تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ولانه لانص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسرا به وليس

﴿مسئلة﴾ (وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة مامضى سواء تركها لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين) وبه قال الحسن والشافعي واسحاق وابن المنذر والرواية الاخرى تسقط ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها وهو مذهب أبي حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ولان نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها أشبهت نفقة الاقارب

ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولانها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضي الزمان كأجرة العقار والديون قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج الا بمثلها وفارق نفقة الاقارب فانها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لتزجية الحال فاذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره وهذا بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا فانه إن ترك النفقة عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لاعساره لم يلزمه الا نفقة المعسر لان الزائد سقط بالاعسار

(فصل) والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى

(فصل) قال الشيخ رحمه الله إذا بذلت المرأة تسليم نفسها اليه وهي ممن يوطأ مثلها أو يتعذر

الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ولا يصح قياسه على النفقة لان الضرورة لاتندفع الا بها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه واذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجها واحداً لأنها رضيت به كذلك وكذلك ان علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لانها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعيبه .

(فصل) ونفقة الامة المزوجة حق لها ولسيدها لان كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولايملك واحد منهما اسقاطها لان في سقوطها باسقاط أحدهما ضرراً بالآخر وان أعسر الزوج بها فلها الفسخ لانه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة وان لم تفسخ فقال القاضي لسيدها الفسخ لان عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فان أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع في الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لان الدين خالص حقه لاحق لها فيه وانما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها بها بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لانها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب فان كانت معتوهة انفق المولى وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج وان كانت عاقلة قال لها السيد ان أردت النفقة فافسخي النكاح والا فلا نفقة لك عندي .

وطؤها لمرض أو حيض أو رتق أو نحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً يمكنه الوطء أو لا يمكنه كالمجبوب والعنين والمريض)

وجملته أن المرأة إذا بذلت تسليم نفسها وهي ممن يوطأ مثلها لزم زوجها نفقتها لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سلمت نفسها وهي ممن يتعذر وطؤها لرتق أو حيض أو نفاس أو لكونها نضوة الخلق لايمكنه وطؤها لذلك أو لمرضها لزمته نفقتها أيضا وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها)

لان الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها وان منع من الوطء فان قيل فالصغيرة التي لا يمكن وطؤها إذا سلمت نفسها لا تجب نفقتها قلنا الصغيرة لها حال يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعا تاما والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء ، وكذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ولا يجب تسليم الصغيرة إذا طلبها فان قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب نفقتها فكذلك هؤلاء ، قلنا تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لايجب عليهن التمكين مما فيه ضرر، فان ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وان ادعت

(فصل) وان اختلف الزوجان في الانفاق عليها أوفي تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لانها منكرة والاصل معها وان اختلفا في التمكين الموجب للنفقة أوفي وقته فقالت كان ذلك من شهر فقال بل من يوم فالقول قوله لانه منكر والاصل معه وان اختلفا في يساره فادعته المرأة أوالزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أوقالت كنت موسراً وأنكر ذلك فان عرف له مال فالقول قولها والا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وان اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهر فقالت بل منذ عام فالقول قوله، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان مقيما معها فالقول قوله، وان كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها الى الحاكم.

ولنا أن قوله يوافق الاصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لانها دعاو في المال فاشبهت دعوى الدين ولان النبي ﷺ قال « ولكن اليمين على المدعى عليه» وان دفع الزوج الى امرأته نفقة وكسوة أوبعث به اليها فقالت انما فعلت ذلك تبرعا وهبة وقال بل وفاء للواجب علي فالقول قوله لانه أعلم بنيته أشبه مالو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته وان طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت

عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعها لانه موضع حاجة ويجوز النظر الى العورة للحاجة والشهادة .

﴿ مسألة ﴾ (وان أسلمت نفسها وهي صغيرة وجبت عليه نفقتها اذا كانت كبيرة يمكن وطؤها)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا نفقة لها وهو قول مالك لان الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم يلزمه نفقتها كما لو كانت صغيرة

ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرا ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهة الزوج فهو كما لو تعذر لغيبته بخلاف ما اذا كانت صغيرة فانها لم تسلم نفسها تسليما صحيحاً ولم تبذل ذلك وكذلك اذ كان يتعذر عليه الوطء اذا كان مريضا أو مجبوبا أو عنيناً لان التمكين وجد من جهتها وانما تعذر من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت اليه نفسها وهو كبير فهرب، اذا ثبت هذا فان الولي يجبر على نفقتها من مال الصبي لان النفقة عليه وانما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وزكواته

﴿ مسألة ﴾ (فان كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسليمها اليه اذا طلبها)

وبهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزني والنخعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو نص الشافعي وقال في موضع لو قيل لها النفقة كان مذهبا وهو قول الثوري لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها ولم يمنع وجوب النفقة كالمرض .

نفقتك ورجعتك وقالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لان الاصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لاقراره بعدمها وان رجع فصدقها فله الرجعة لانها مقرة له بها وان قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لان الاصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لانها حق الله تعالى فالقول قولها فيها وان عاد فصدقها سقطت رجعته ووجبت لها النفقة هذا في ظاهر الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلمه من حقيقة الامر دون ماقاله

(فصل) وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم ترى القوابل بعد ذلك لان الحمل يبين بعد ثلاثة اشهر الا ان تظهر براءتها من الحمل بالحيض او بغيره فتنقطع نفقتها كما تنقطع اذا قال القوابل ليست حاملا ويرجع عليها بما أنفق لانها اخذت منه ما لاتستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها

وعن احمد رواية أخرى لا يرجع عليها لانه انفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد اذا تبين فساده . وان علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لانها اخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو اخذتها من ماله بغير علمه . وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها اكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ويرجع في مدة العدة اليها لانها

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ما ذكروه وتفارق المريضة فان الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ولان من لا تمكن الزوج من نفسها لا تلزمه نفقتها فهذه أولى لان تلك يمكن الزوج قهرها ووطؤها كرهاً وهذه لا يمكن فيها ذلك بحال وعلى هذا لا يجب على الزوج تسلمها ولا تسليمها اليه إذا طلبها لانه لا يمكنه استيفاء حقه منها

(مسألة) (وان بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله) .

وجملة ذلك أن المرأة إذا بذلت التسليم والزوج غائب لم تستحق النفقة لانها بذلته في حال لا يمكنه التسلم فيه فان مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فان سار اليها أو وكل من يسلمها اليه فوصل وتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ وان لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول اليها وتسلمها فيه لان الزوج امتنع من تسلمها وإمكان ذلك وبذلها اياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً فاما ان غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن غيبته لانها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها مايسقطها

(فصل) فان سلمت الصغيرة التي يمكن وطؤها نفسها أو المجنونه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وان

اعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها . فان قالت قد ارتفع حيضي ولم ادر مارفعه فعدتها سنة ان كانت حرة وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وان قالت لا أدري متى آخرها رجعنا الى عادتها فحسبنا لها بها . وان قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لانه اليقين وان قالت عادتي تختلف ولا اعلم رددناها الى غالب عادات النساء في كل شهر قرء لأنا رددنا المتحيرة الى ذلك في احكامها فكذلك هذه . وان بان انها حامل من غيره مثل أن تلده بعد اربع سنين فلانفقة عليه لمدة حملها لانه من غيره. وان كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فان كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة الى انقضائها وان حملت في أثناء عدتها فلها النفقة الى الوطء الذي حملت ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها . وان وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة وان قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها . وان وطئها بعد انقضاء عدتها او وطيء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لايلحقه نسب الولد ولانفقة عليه من اجله وان جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه ،وفي وجوب النفقة عليه روايتان

لم يتسلمها لمنعها نفسها أو لمنع أوليائها فلانفقة لها عليه كالكبيرة وان غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم لان وليها يقوم مقامها وان بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم لها نفقة لانه لاحكم لكلامها

(مسئلة) (وان منعت نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها وان تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطالب فلا نفقة لها وان طال مقامها على ذلك)

فان النبي ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولان النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فاذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً

(فصل) ولو بذلت تسليمها غير تام بان تقول أسلم اليك نفسي في منزلي دون غيره أو في المنزل الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا ان تكون قد اشترطت ذلك في العقد لانها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع اسلم اليك السلعة على ان تتركها في موضعها أو في مكان بعينه فان شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لانها فعلت الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد امته المزوجة في الليل دون النهار استحقت النفقة بخلاف الحرة فانها لو بذلت نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئاً لانها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك ان امكنته من استمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (إلا ان تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها)

(مسئلة) قال (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والاناث اذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم)

الاصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقول الله تعالى [فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن] أوجب اجر رضاع الولد على أبيه . وقال سبحانه (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال سبحانه (وقضى ربك أن لاتعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا) ومن الاحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه . وروت عائشة ان النبي ﷺ قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » رواه أبو داود . وأما الاجماع فحكى ابن المنذر قال أجمع اهل العلم على ان نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة اولاده الاطفال الذين لا مال لهم . ولان ولد الانسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله

اذا ثبت هذا فان الام تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها اذا لم يكن له اب وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه لا نفقة عليها ولا لها لانها ليست عصبة لولدها

وجملة ذلك ان المرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لان تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى ان يتسلم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا سلمه المشتري ثم اعسر بالثمن فانه يمكنه الرجوع فيه فلهذا الزمناه تسليم صداقها اولا وجعلنا لها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لانه إذا سلم اليها الصداق ثم امتنعت من التسليم أمكن الرجوع فيه . إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لانها امتنعت لحق فان قيل فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها ، قلنا الفرق بينهما ان امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الامتناع لصغر وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب عليه فاشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فانه لا يسقط نفقتها عنه ولو تعذر لصغرها لم يلزمه نفقتها

﴿مسئلة﴾ (وان كان بعد الدخول فكذلك في أحد الوجهين قياساً على ماقبل الدخول (والثاني) ليس لها ذلك كما لو سلم المبيع إلى المشتري ثم أراد منعه بعد ذلك)

﴿مسئلة﴾ (فاما الصداق المؤجل فليس لها منع نفسها حتى تقبضه كالثمن المؤجل في البيع وقد ذكرنا هذه المسائل في كتاب الصداق بابسط من هذا وذكرنا الخلاف فيها فاختصرنا ههنا)

﴿مسئلة﴾ (وان سلمت الامة نفسها ليلا أو نهاراً فهي كالحرة في وجوب النفقة)

وجملة ذلك ان زوج الامة لايخلو اما ان يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فان كان حرا فنفقتها

ولنا قوله سبحانه (وبالوالدين احسانا) وقال النبي ﷺ لرجل سأله من أبر ؟ قال « أمك ثم امك ثم امك ثم اباك ثم الاقرب فالاقرب» رواه أبوداود .ولانها أحد الوالدين وأشبهت الاب ، ولان بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الاب .فإن اعسر الاب وجبت النفقة على الام ولم ترجع بها عليه ان ايسر . وقال ابو يوسف ومحمد ترجع عليه . ولنا ان من وجب عليه الانفاق بالقرابة لم يرجع به كالاب

[فصل] ويجب الانفاق على الاجداد والجدات وان علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي. وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لان الجد ليس بأب حقيقي

ولنا قوله سبحانه (وعلى الوارث مثل ذلك) ولانه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فيدخل فيهم ولد البنين وقال [ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد] وقال [ملة أبيكم ابراهيم] ولان بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين

[فصل] ويشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط [احدها] أن يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن انفاق غيرهم فان كانوا موسرين بمال او كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة

عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على ازواجهن البالغين والامة داخلة في عموم ولانها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة ، وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته كذلك ،قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان على العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال أصحاب الرأي إذا بوأها بيتاً، وحكي عن مالك أنه قال ليس عليه نفقتها لان النفقة مواساة وليس هو من أهلها وكذلك لايجب عليه نفقة اقاربه ولازكاة ماله

ولنا أنه عوض واجب في النكاح فوجب على العبد كالمهر، والدليل على أنها عوض أنها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وبذلك فارقت نفقة الاقارب. إذا ثبت وجوبها على العبد فانها تلزم سيده لان السيد أذن في النكاح المفضي إلى ايجابها، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أنها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لانه لم يمكن ايجابها في ذمته ولارقبته ولاذمة سيده ولا اسقاطها فلم يبق إلا ان تتعلق بكسبه، وقال القاضي تتعلق برقبته لان الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وارش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي

ولنا أنه دين اذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله وقولهم انه في مقابلة الوطء لايصح فانه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وانما تجب بالتمكين وليس

(الثاني) أن تكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه اما من ماله واما من كسبه . فأما من لايفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال «اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته » وفي لفظ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » حديث صحيح

وروى ابو هريرة ان رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك ــ قال عندي آخر قال ــ تصدق به على ولدك ــ قال عندي آخر قال ــ تصدق به على زوجك ــ قال عندي آخر قال ــ تصدق به على خادمك ــ قال عندي آخر قال ــ أنت أبصر » رواه ابو داود ، ولانها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة

(الثالث) أن يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فان لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك ، وان امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

(أحدها) ان يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لانه لاولاية بينهما ولا ارث فأشبه الاجنبيين ، ولان العبد لامال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغني بها عن نفقة غيره

ذلك بجناية ولاقائم مقامها، وقول من قال انه تعذر ايجابها في ذمة السيد غير صحيح فانه لا مانع من ايجابها وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر

﴿مسألة﴾ (وان كانت تأوي اليه ليلا وعند السيد نهاراً فعلى كل واحد منهما النفقة بقدر مقامها عنده)

وقد تقدم ذكر هذه المسئلة ، وقد ذكرنا ان النفقة تجب في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فيجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم أنها مملوكته ولم تجب نفقتها على غيره في هذا الزمن ، فعلى هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لانها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها في زمن دون غيره

ولنا أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا امكنت من نفسها في غير اوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فانها لم تبذل الواجب فتكون ناشزا وهذه ليست ناشزا ولا عاصية

(فصل) وإذا طلق الامة طلاقا رجعيا فلها النفقة في العدة لانها زوجة فان ابانها وهي حائل فلا نفقة لها لانها لو كانت حرة لم تجب لها نفقة فالامة أولى وان كانت حاملا فلها النفقة لقول الله تعالى

(الثاني) أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لاحدهما على صاحبه وذكر القاضي في عمودي النسب روايتين (احداهما) تجب النفقة مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لانها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ولأنه يعتق على قريبه فيجب عليه الانفاق عليه كما لو اتفق دينهما

ولنا انها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ولانهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتفارق نفقة الزوجات لانها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والاجرة، وكذلك تجب مع الرق فيهما او في أحدهما ، وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوي الرحم المحرم فانهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولان هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته اليه وعقله عنه وارثه منه

(الثالث) ان يكون القريب محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه فينظر فان كان الاقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به لان الاقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالانفاق وان كان الاقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودي النسب وجبت نفقته على الموسر . ذكر القاضي في أب معسر وجد موسر ان النفقة على الجد ، وقال في ام معسرة وجدة موسرة النفقة على

(وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) نص على هذا أحمد وبه قال إسحاق وقد ذكرنا في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل؟ على روايتين عن أحمد رحمه الله إحداهما أنها للحمل فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحامل البائن لان الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وعلى الرواية الاخرى تجب وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

(فصل) فان كان المطلق عبداً فطلقها طلاقاً ثانياً وهي حامل انبنى وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك وروي ذلك عن الشعبي لانه لا يجب عليه نفقة ولده وان قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الاوزاعي للآية ولانها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً

(فصل) والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيده أو في ضريبته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد القن، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسرا فنفقة الموسرين وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي يجب فيه نفقة المعسرين ، لان النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد لان الحرية إما شرط فيه أو سبب له ولم يكمل وهذا اختيار المزني ، وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع إلحاقا لأحد الحكمين بالآخر .

الجدة وقد قال أحمد لا يدفع الزكاة الى ولد ابنته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان ابني هذا سيد » فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، واذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم وهذا مذهب الشافعي ، وان كان من غير عمودي النسب لم تجب النفقة عليه اذا كان محجوبا قال القاضي وأبو الخطاب في ابن فقير وأخ موسر لا نفقة عليهما لان الابن لا نفقة عليه لعسرته . والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ، ولان قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له فاذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم ويتخرج في كل وارث لولا الحجب اذا كان من يحجبه معسراً وجهان :

[أحدهما] لا نفقة عليه لأنه ليس بوارث أشبه الاجنبي [والثاني] عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للارث والانفاق والمانع من الارث لا يمنع من الانفاق لأنه معسر لا يمكنه الانفاق فوجوده بالنسبة الى الانفاق كعدمه

[فصل] فأما ذوو الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فان كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه احمد فقال الخالة والعمة لا نفقة عليهما ، قال القاضي لا نفقة لهم رواية واحدة وذلك لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فان المال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب يخرج فيهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض لأنهم

ولنا أنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض

(فصل) وحكم المكاتب في نفقة الزوجات حكم العبد القن لانه عبد مابقي عليه درهم ويجب عليه نفقة زوجته من كسبه ، لان نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والاعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ،ولان نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها مايسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لان نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه أو تطوعت بحج أو صوم أو احرمت بحج منذور في الذمة بغير إذنه فلا نفقة لها)

لا تجب نفقة الناشز في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف فيه إلا الحكم ولعله قاسه على المهر ولا يصح القياس ،لان النفقة وجبت في مقابلة التمكين من نفسها فاذا لم يوجد منها التمكين لا تستحقها بخلاف المهر فانه يجب بمجرد العقد ، وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة وقد ذكرناه ، فأما إذا سافرت المرأة بغير اذن زوجها فان نفقتها تسقط لانها ناشز وكذلك ان انتقلت من منزله بغير إذنه وان سافرت في حاجة نفسها باذنه سقطت نفقتها ، ذكره الخرقي لانها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء أربها فأشبه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً

وارثون في تلك الحال قال ابن أبي موسى هذا يتوجه على معنى قوله والاول هو المنصوص عنه فأما عمود النسب فذكر القاضي مايدل على أنه يجب الانفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الارحام كاب الام وابن البنت أومن غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وان سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الاب الادنى .

(فصل) ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الاحكام في ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقي فانه أوجب نفقتهم مطلقا اذا كانوا فقراء وله ماينفق عليهم ، وقال القاضي لايشترط في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين (احداهما) تلزمه نفقته لانه فقير (والثانية) ان كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزمه نفقته وهذا القول يرجع الى أن الذي لايقدر على كسب مايقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الاحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وانما الروايتان فيمن لاحرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه وقال الشافعي يشترط نقصانه اما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة ، وقال أبو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ونحوه قال مالك الا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لانفقة لهن وان طلقن ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحاً ولانه

معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لانها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة، ويحتمل أن لاتسقط نفقتها وان لم يكن معها لانها مسافرة باذنه أشبه مالوسافرت في حاجته وسواء كان سفرها للتجارة أو حج تطوع أو زيارة وان أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لانها في معنى المسافرة فان أحرمت به باذنه فقال القاضي لهاالنفقة والصحيح أنها كالمسافرة لانها باحرامها مانعة له من التمكين

﴿ مسألة ﴾ (وان بعثها في حاجته فهي على نفقتها)

لانها سافرت في شغله ومراده وان أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لانها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كصيام رمضان، وان قدمت الاحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مثل مافي المحرمة بحج التطوع لانها فوتت عليه التمكين بشيء تستغنى عنه ، فان اعتكفت فالقياس أنه كسفرها ان كان بغير اذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير اذنه فيما ليس واجباً باصل الشرع وان كان باذنه فلا نفقة لها على قول الخرقي وعند القاضي لهاالنفقة، وان صامت رمضان لم تسقط نفقتها لانه واجب مضيق باصل الشرع لايملك منعها منه فهو كالصلاة، ولانه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وان كان تطوعا لم تسقط

والدأو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كالو كان زمنا أو مكفوفا فأما الوالد فان أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً اذا لم يكن ذا كسب وللشافعي في ذلك قولان ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزمن

[فصل] ومن كان له أب من أهل الانفاق لم تجب نفقته على سواه لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وقال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن] وقال النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة على أبيهم دونها ولا خلاف في هذا نعلمه الا أن لاصحاب الشافعي فيما اذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين [أحدهما] ان النفقة على الاب وحده [والثاني] عليهما جميعاً لتساويهما في القرب

ولنا أن النفقة على الاب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ماعداه

(فصل) ويلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج الى النكاح وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في اعفاف الاب الصحيح ، وجه آخر أنه لايجب ، وقال أبو حنيفة لايلزم الرجل اعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لان ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للاب كالحلواء ولانه أحد الابوين فلم يجب ذلك له كالام

ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء لانه

نفقتها لانها لم تأت مايمنعه من استمتاعها فانه يمكنه تفطيرها ووطؤها إلا أن يريد ذلك منها فتمنعه فتسقط نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب .

(مسئلة) (وان أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين)

(أحدهما) لها النفقة ، ذكره القاضي لان أحمد نص على أنه ليس له منعها (والثاني) أنه ان كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر باذنه لم تسقط نفقتها لانه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب اذن في سببه وان كان النذر في نكاحه بغير اذنه فلا نفقة لها لانها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها اليه وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت باذنه فلها النفقة لانها أدت الواجب باذنه فأشبه مالو صامت المعين باذنه في وقته وان صامت بغير اذنه فقال القاضي لا نفقة لها لانها يمكنها تأخيره فانه على التراخي وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وان كان وقته مضيقاً مثل ان قرب رمضان آخر فعليه نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان

(مسئلة) (وان اختلفا في نشوزها فادعى أنها نشزت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها) لان الاصل عدم النشوز

(مسئلة) (وكذلك ان ادعى تسليم النفقة اليها فأنكرته فالقول قولها كذلك)

لا يستضر بفقدها وانما يشبه الطعام والادم، وأما الام فانما اعفافها بتزويجها اذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا في ذلك. اذا ثبت هذا فانه يجب اعفاف من لزمت نفقته من الآباء والاجداد فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب الا أن يكون أحدهما من جهة الاب والآخر من جهة الام فيقدم الذي من جهة الاب وان بعد لانه عصبة، والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الانفاق والاستحقاق

(فصل) واذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه حرة، وان شاء ملكه أمة أو دفع اليه مايتزوج به حرة أو يشتري به أمة، وليس للاب التخيير عليه الا أن الاب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الاب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الاب كفؤاً يقدم تعيينها، وان اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الاكثر لانه انما يلزم أقل مايحصل به الكفاية ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها وليس له أن يزوجه أمة لان فيه ضرراً عليه وهو ارقاق ولده والنقص في استمتاعه، وان رضي الاب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة، واذا زوجه زوجة او ملكه أمة فعليه نفقته ونفقتها، ومتى أيسر الاب لم يكن للولد استرجاع مادفعه اليه ولا عوض مازوجه به لانه دفعه اليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة، وان زوجه

(مسئلة) (وان اختلفا في بذل التسليم فقالت بذلت لك تسليم نفسي فأنكرها فالقول قوله) لانه منكر والأصل عدم التسليم

(فصل) وان أعسر الزوج بنفقتها أو بعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة ديناً في ذمته، وعن أحمد مايدل على أنها لا تملك الفسخ باعساره والاول المذهب، اذا منع الرجل نفقة امرأته لعسرته وعدم مايفقه خيرت بين الصبر عليه وبين فراقه روي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز وربيعة وحماد ومالك وعبدالرحمن بن مهدي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وعن أحمد أنها لا تملك الفسخ بالاعسار والاول المذهب وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين، وقال العنبري يحبس الى أن ينفق

ولنا قول الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فتعين التسريح، وروى سعيد عن سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال نعم قلت سنة قال سنة؟ وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ قال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بان ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى، ولانه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء

أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الامة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لانه فوت ذلك على نفسه وان ماتتا فعليه اعفافه ثانياً لانه لا صنع له في ذلك

(فصل) قال أصحابنا وعلى الاب إعفاف ابنه اذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا الى اعفافه وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجب ذلك عليه ، ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه اعفافه عند حاجته اليه كأبيه قال القاضي وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم لان احمد قد نص في العبد يلزمه أن يزوجه اذا طلب ذلك والا بيع عليه وكل من لزمه اعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الاعفاف الا بذلك ، وقد روي عن احمد انه لا يلزم الاب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها

﴿ مسألة ﴾ قال (وكذلك الصبي اذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه)

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه اذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن ابي ليلى وأبو ثور . وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لا أب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن احمد النفقة على العصبات وبه قال الاوزاعي واسحاق وذلك لما

والضرر فيه أقل لانه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال حماد بن أبي سليمان يؤجل سنة قياسا على العنين ، وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك الشهر ونحوه ، وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثا لانه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر رضي الله عنه ولانه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فأثبت الفسخ في الحال كالعيب ولان سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير

(فصل) فان لم يجد الا نفقة يوم بيوم فليس ذلك اعسارا يثبت به الفسخ ، لان ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وان وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها وما يقوم به بدنها وان كان صانعا يعمل في الاسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الاسبوع كله لم يثبت الفسخ ، لان هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وان تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لانه يمكنه الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب وكذلك ان عجز عن الاقتراض أياما يسيرة ، ولان ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وان مرض مرضا يرجى برؤه في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وان كان ذلك يطول فلها الفسخ لان

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته . احتج به احمد وقال ابن المنذر روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء، ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل . وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مالك والشافعي وابن المنذر لا نفقة الا على المولودين والوالدين لان النبي ﷺ قال الرجل سأله عندي دينار قال « أنفقه على نفسك ــ قال عندي آخر ؟ قال ــ أنفقه على أهلك ــ قال عندي آخر قال ــ أنفقه على خادمك ــ قال عندي آخر ؟ قال ــ أنت أعلم به » ولم يأمره بانفاقه على غير هؤلاء، ولان الشرع انما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف — ثم قال — وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجب على الاب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ماأوجب على الوالد

وروي أن رجلا سأل النبي ﷺ من أبر ؟ قال « أمك وأباك وأختك وأخاك » وفي لفظ « ومولاك الذي هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولا » رواه أبو داود وهذا نص لان النبي ﷺ ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً وما احتج به ابو حنيفة حجة عليه فان اللفظ عام

الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك ان كان لايجد من النفقة الا يوماً دون يوم لانها لايمكنها الصبر على هذا فهو كمن لايجد الا بعض القوت وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لا يقوم بما دونها فان أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لان تلك الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها

(مسألة) (وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته وترك المطالبة جاز)

لان الحق لها وتكون النفقة ديناً في ذمته ثم إن بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك انفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك وبه قال الشافعي وقال القاضي : كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لانها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيناً عالمة بعيبه أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنيناً

ولنا أن وجوب النفقة تتجدد كل يوم فتجدد لها الفسخ ولا يصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع ، وكذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به وان أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لاعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ لان وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقه فان

في كل ذي رحم فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الارث فكذلك في الانفاق . وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل انه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ولهذا لم يذكر الوالد والاجداد وأولاد الاولاد ، وقولهم لايصح القياس قلنا انما أثبتناه بالنص ثم انهم قد ألحقوا أولاد الاولاد بالاولاد مع التفاوت فبطل ماقالوه إذا ثبت هذا فانه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الأرحام على مامضى بيانه فان كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه احمد في رواية ابن زياد فقال يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى لاتجب النفقة على الوارث ههنا لقول احمد العمة والخالة لانفقة لها الا أن القاضي قال هذه الرواية محمولة على العمة من الام فانه لايرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقي ان على الرجل نفقة معتقه لانه وارثه ومعلوم ان المعتق لايرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه او لابيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح ان شاء الله لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث

تزوجته عالمة باعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا تملك الفسخ باعساره لانها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط .

(فصل) وإذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لانه لم يسلم اليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع لم يجب تسليمه اليه وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه عليها لان في حبسها بغير نفقة اضرارا بها ، وإن كانت موسرة لم يكن له حبسها لانه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب له عليها فاذا انتفى الامران لم يملك حبسها

(مسئلة) (وإن أعسر بنفقة الخادم أو النفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط أو الادم فلا فسخ لها وتكون النفقة دينا في ذمته ، وقال القاضي تسقط)

إذا أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون وكذلك إن أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط فلا فسخ لها لان الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها وكذلك إن أعسر بنفقة الخادم أو الادم كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويثبت ذلك في ذمته ، وكذلك إن أعسر بالسكنى وقلنا لا يثبت لها الفسخ)

وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي لايثبت لأنه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزوائد عن الواجب عليه

« مسألة » قال (فان كان للصبي أم وجد فعلى الام ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة)

وجملته انه اذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر ارثهما منه ، وان كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر ارثهم منه فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد لانهما يرثانه كذلك وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لأنه ينفرد بالتعصيب فأشبه الاب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن احمد أن النفقة على العصبات خاصة

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) والام وارثة فكان عليها بالنص ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الام كالوراثة

(فصل) وان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث ، وقال ابو حنيفة النفقة عليهما سواء لانهما سواء في القرب ، وان كان ام وابن فعلى الام السدس والباقي على الابن ، وان كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال ابو حنيفة النفقة على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث النفقة على الابن لأنه العصبة ، وان كانت له ام وبنت فالنفقة بينهما أرباعا لانهما يرثانه كذلك ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي النفقة على البنت لانها تكون عصبة مع

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً وهذا فيما عدا الزائد على نفقة المعسر فان ذلك يسقط بالاعسار

«مسألة» (وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ ؟ يحتمل وجهين)

إذا أعسر بأجرة المسكن فلها الخيار في أحد الوجهين لانه مما لا بد منه أشبه النفقة والكسوة (والثاني) لا خيار لها لان البنية تقوم بدونه ، وهذا الوجه الذي ذكره القاضي ، وإن أعسر بالصداق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد (والثاني) لها الفسخ اختاره أبو بكر لانه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها (والثالث) إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وان كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه وهذا المشهور في المذهب واختار شيخنا الرواية الاولى لانه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالنفقة الماضية ولان تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح وكذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسراً به وليس الاكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسراً به ولا يصح قياسه على النفقة لان الضرورة لاتندفع

أخيها ، وان كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين النفقة على ابن البنت لأنه ذكر

ولنا قول الله تعالى [وعلى الوارث مثل ذلك] فرتب النفقة على الارث فيجب أن تترتب في المقدار عليه وايجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلامعنى لايجابها عليه دون البنت الوارثة

(مسألة) قال (فان كانت جدة وأخا فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الاخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة وكما أن الباقي للاخ فكذلك الباقي من النفقه عليه وعند من لايرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فان اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لابوين وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء كان في المسألة

إلا انها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه ، وإذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجها واحدا لانها رضيت به كذلك ، وكذا إن علمت عسرته فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لانها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كالورضيت بعنته

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر زوج الامة فرضيت لم يكن لسيدها الفسخ ويحتمل أن له ذلك)

وجملة ذلك أن نفقة الامة المزوجة حق لها ولسيدها لان كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منها طلبها إذا امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما اسقاطها لان في سقوطها باسقاط أحدهما ضررا بالآخر فعلى هذا إن أعسر الزوج فلها الفسخ لانه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة، وإن لم تفسخ فقال القاضي : لسيدها الفسخ لان عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فان أنفق عليها سيدها محتسبا بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لان الدين خالص حقه لا حق لها فيه وإن تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها به بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لانها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعنة فان كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندي

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر زوج الصغيرة أو المجنونة لم يكن لوليها الفسخ)

رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل وان اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث

(فصل) فان اجتمع أبوا أم فالنفقة على أم الام لانها الوارثة وان اجتمع أبوا أب فعلى أم الاب السدس والباقي على الجد وان اجتمع جد وأخ فهما سواء وان اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً وقال الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها الا المسئلة الاولى فالنفقة عليهما بالسوية وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم

(فصل) فان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه فان انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الانفاق وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وان بان بنتا رجعت على أخيها بفضل نفقتها لان من له الفضل ادى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه فاذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان بخلافه

(فصل) فان كان له قرابتان موسران واحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا انه ان كان المحجوب من عمودي النسب فالظاهر ان الحجب لا يسقط النفقة عنه وان كان من غيرهما فلا نفقة عليه فعلى هذا اذا كان له أبوان وجد والاب معسر كان الاب كالمعدوم فيكون على الام ثلث النفقة

لانه فسخ نكاحها فلم يكن له ذلك كالفسخ بالعيب، ويحتمل أن يملك الفسخ لانه فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ لتعذر الثمن

(فصل) وإن اختلف الزوجان في الانفاق عليها أو في تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لانها منكرة والاصل معها، وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك فان عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وان اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهرين قالت بل منذ عام فالقول قوله، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان مقيما معها فالقول قوله وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها الى الحاكم

ولنا أن قوله يوافق الاصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لانها دعاو في المال فأشبهت دعوى الدين ولان النبي ﷺ قال « ولكن اليمين على المدعى عليه » وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به اليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة قال بل وفاء للواجب علي فالقول قوله لانه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه فاختلف هو وغريمه في نيته، وإن طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك قالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لان الاصل بقاء النفقه وعدم المسقط

والباقي على الجد وان كان معهم زوجة فكذلك وان قلنا لانفقة على المحجوب فليس على الام ههنا الا ربع النفقة ولا شيء على الجد وان كان أبوان واخوان وجد والاب معسر فلاشيء على الاخرين لانهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الام الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لايجب على الام الا السدس لانه لو كان الاب معدوما لم ترث الا السدس وان قلنا إن كل محجوب لانفقة عليه فليس على الام الا السدس ولاشيء على غيرها وان لم يكن في المسئلة جد فالنفقة كلها على الام على القول الاول وعلى الثاني ليس عليها الا السدس وان قلنا إن على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودي النسب فعلى الام السدس والباقي على الجد والاخوين أثلاثا كما يرثون اذا كان الاب معدوما وان كان بعض من عليه النفقة غائبا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض فاذا قدم فعليه وفاؤه

[فصل] ومن لم يفضل عن قوته الا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي ﷺ في حديث جابر «اذا كان احدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان كان له فضل فعلى عياله فان كان له فضل فعلى قرابته» ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة فقدمت على مجرد المواساة ولذلك وجبت مع يسارهما واعسارهما ونفقة القريب بخلاف ذلك ولان نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ثم من بعدها نفقة الرقيق لانها تجب مع اليسار والاعسار

لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لاقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقته فله الرجعة لانها مقرة لديها ، ولو قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة قالت بل وأنا حامل فالقول قولها فيها فان عاد فصدقها سقطت رجعته ووجبت لها النفقة هذا في ظاهر الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلمه من حقيقة الامر دون ما قاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن منعها النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذنه لقول النبي ﷺ لهند حين قالت ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »

وجملة ذلك أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع اليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه باذنه وبغير إذنه لما ذكرنا من حديث هند وهو اذن لها في الاخذ من ماله بغير اذنه ورد لها إلى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فان ظاهر الحديث دل على أنه كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لانه موضع حاجة فان النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فاذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعا لحاجتها ولان النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق الرافعة إلى الحاكم والمطالبة

فقدمت على مجرد المواساة ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب فان اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الاب على الجد والابن على ابنه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يستوي الاب والجد والابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب

ولنا أن الاب والابن أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالاب مع الاخ وإن اجتمع ابن وجد أو اب وابن ابن احتمل وجهين [أحدهما] تقديم الابن والاب لانهما أقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولايسقط ارثهما بحال والجد وابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينهما لانهما سواء في الارث والتعصيب والولادة وان اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والارث والولادة والتعصيب ويحتمل فيهما مايحتمل في الاب والابن على ما سنذكره

[فصل] وان اجتمع أب وابن فقال القاضي ان كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم لان نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والاب قد يقدر عليه وان كان الابن كبيراً والاب زمن فهو أحق لان حرمته آكد وحاجته أشد ويحتمل تقديم الابن لان نفقته وجبت بالنص وان كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه:

[أحدها] التسوية بينهما لتساويهما في القرب وتقابل مرتبتهما [والثاني] تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص (والثالث) تقديم الاب لتأكد حرمته. وان اجتمع ابوان ففيهما الوجوه الثلاثة (احدها)

بها في كل الاوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو ان نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن الحاكم فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فانه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الاخذ إلى الاسقاط

(مسئلة) (فان لم تقدر اجبره الحاكم وحبسه فان صبر على الحبس ولم ينفق أخذ الحاكم النفقة من ماله فدفعها إلى المرأة فان لم يجد إلا عروضا أو عقارا باعه في ذلك)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا لان بيع مال الانسان لاينفذ إلا باذنه أو إذن وليه ولاولاية على الرشيد

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك » ولم يفرق ولان ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وان تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وان لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الاخذ أخذها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم يجد ما ينفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم وبه قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر

التسوية لما ذكرنا [والثاني] تقديم الام لانها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي اضعف وأعجز [والثالث] تقديم الاب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله واضافة النبي ﷺ الولد وماله اليه بقوله « أنت ومالك لأبيك » والاول أولى ، ولن اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لاستوائهما في استحقاق ميراثه والصحيح ان الجد احق لان له مزية الولادة والابوة ولان ابن ابنه يرثه ميراث ابن ويرث الاخ ميراث اخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد . وان كان مكان الاخ ابن اخ اوعم فالجد اولى بكل حال

[فصل] والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة على ماذكرناه في الزوجة لانها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة وقد قال النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فان احتاج الى خادم فعليه اخدامه كما قلنا في الزوجة لان ذلك من تمام كفايته

(مسألة) قال (وعلى المعتق نفقة معتقه اذا كان فقيراً لانه وارثه)

هذا مبني على الاصل الذي تقدم وان النفقة تجب على الوارث والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه

ولنا ان هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها أكثر من شهر

(مسألة) (فان غيب ماله وصبر على الحبس فلها الفسخ إذا لم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على النفقة من مال الغائب في ظاهر قول الخرقي واختيار ابي الخطاب)

واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الفسخ في المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا ولان الموسر في مظنة الاخذ من ماله وإذا امتنع فربما لا يمتنع في غده بخلاف المعسر

ولنا ان عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الانفاق ولان الانفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا أولى بالفسخ فانه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ، ولان في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته دفعاً للضرر ولانه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين المعسر والموسر كأداء ثمن المبيع فانه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ولان عيب الاعسار انما جوز الفسخ لتعذر الانفاق بدليل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ، وقولهم إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا قلنا وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى وأن يقترض أو يعطي ماينفقه فاستويا

(مسألة) (وان غاب زوجها ولم يترك لها نفقة فان قدرت له على مال أخذت بقدر حاجتها

نفقته اذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه . وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لاتجب عليه نفقة بناء على اصولهم التي ذكرناها

ولنا قول الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال النبي ﷺ «امك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك ادناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقا واجباً ورحماً موصولا» ولانه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالاب . ويشترط في وجوب الانفاق عليه الشروط المذكورة في غيره

[فصل] فان مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بين في باب الولاء . ويجب على السيد نفقة اولاد عتيقه اذا كان له عليهم ولاء لانه عصبتهم ووارثهم، وعليه نفقة أولاد معتقه اذا كان أبوهم عبداً كذلك فان أعتق ابوهم فانجر الولاء الى معتقه صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه اذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه اذا كان فقيراً لانه لايرثه فان كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربي عبداً ثم يسبي العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لانه يرثه

(مسألة) قال (واذا زوجت الامة لزم زوجها أو سيده ان كان مملوكا نفقتها)

وجملته ان زوج الامة لايخلو اما أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فان كان حراً

لحديث هند، وان لم تقدر ولاقدرت على الاستدانة عليه فلها الفسخ إلا عند القاضي فيما إذا لم يثبت اعساره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، لان الفسخ ثبت لعيب الاعسار ولم يثبت الاعسار ههنا وقد دللنا على جواز الفسخ في المسئلة التي قبلها ، وهذه مثلها بل هي أولى لان الحاضر ربما إذا أطال عليه الحبس انفق وهذا قد تكون غيبته بحيث لايعلم خبره فيكون الضرر فيه أكثر

(فصل) ومن وجب عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فله ذلك ان كانت موسرة لان من له عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء وهذا من ماله وان كانت معسرة لم يكن له ذلك لان قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته وهذا لايفضل عنها ولان الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) فيجب انظارها بما عليها

(فصل) إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم ، وبه قال أبو العالية وابن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لانها أنفقت مالا تستحق وان فضل لها شيء أخذته وان فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وان لم يكن لها شيء كان الفضل ديناً عليها والله أعلم .

فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والامة داخلة في ء ومهن، ولانها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال أصحاب الرأي اذا بوأها بيتاً . وحكي عن مالك انه قال : ليس عليه نفقتها لان النفقة مواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله

ولنا انها عوض واجب في النكاح فوجبت على العبد كالمهر، والدليل على انها عوض انها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وفارق نفقة الاقارب . اذا ثبت وجوبها على العبد فانها تلزم سيده لان السيد أذن له في النكاح المفضي إلى ايجابها ، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى انها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لانه لم يمكن ايجابها في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه وقال القاضي تتعلق برقبته لان الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وارش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها او يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي

ولنا انه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله . وقولهم انه في مقابلة الوطء غير

(مسئلة) (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم الحاكم)

كل موضع وجب لها الفسخ لاجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له الفسخ إلا أن تطالب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر في عدتها لانه تفريق لامتناع، من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق

ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه أشبهت فرقة العنة ، فأما ان أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة فان راجعها وهو معسر أو امتنع من الانفاق عليها ولم يمكن الاخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لبقاء المقتضي له أشبه ماقبل الطلاق

باب نفقة الاقارب والمماليك

يجب على الانسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته ، والاصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال سبحانه (وقضى ربك أن لا تعبدوا

صحيح فانه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وانما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها . وقول من قال انه تعذر ايجابه في ذمة السيد غير صحيح فانه لامانع من ايجابه وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر

(مسئلة) قال (وان كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)

هذه المسئلة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فتجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم انها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لانها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة اذا بذلت نفسها في احد الزمانين دون الآخر

ولنا انه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها في غير اوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فانها لم تبذل الواجب فتكون ناشزاً وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية

إلا إياه وبالوالدين إحسانا) ومن الإحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما، وأما السنة فقول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه، وروت عائشة أن النبي ﷺ قال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» رواه أبو داود، وأما الاجماع فحكاه ابن المنذر وقال أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الاطفال الذين لا مال لهم، ولان ولد الانسان بعضه وهو بعض والده كما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله، إذا ثبت هذا فان الام تجب نفقتها ويجب عليها نفقة ولدها إذا لم يكن له أب، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه لا نفقة لها ولا عليها لانها ليست عصبة لولدها

ولنا قوله سبحانه (وبالوالدين إحسانا) وقال النبي ﷺ لرجل سأله من أبر؟ قال «أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الاقرب فلاقرب» رواه أبو داود ولانها أحد الولدين فأشبهت الاب ولان بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العفو فأشبهت الاب فان أعسر الاب وجبت النفقة على الام ولم ترجع بها عليه ان أيسر، وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه

ولنا ان من وجب عليه الانفاق بالقرابة لم يرجع به كالاب

(مسألة) قال (فان كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده حراً كان أو عبداً ونفقتهم على سيدهم)

يعني الامة ليس على زوجها نفقة ولده منها وان كان حراً لان ولد الامة عبد لسيدها فان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم فان العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لاولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا انفاق وكل ذلك للسيد، وقد رويت عن ابي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه ، فعلى هذا تكون نفقتهم عليه، ولو أعتق الولد سيده أو عتق عتقه بولادته او تزوج الامة على انها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها اذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الانفاق

[فصل] واذا طلق الأمة طلاقا رجعياً فلها النفقة في العدة لانها زوجة ، وان أبانها وهي حائل فلا نفقة لها لانها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالامة أولى ، وان كانت حاملا فلها النفقة لقوله تعالى [وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن] نص على هذا احمد وبه قال اسحاق ، وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان هل هي للحمل او للحامل بسببه؟ [احداهما] هي للحمل فعلى هذا لاتجب للمملوكة الحامل البائن نفقة لان الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

﴿ مسألة ﴾ (ويلزمه نفقة سائر آبائه وان علوا وأولاده وان سفلوا)

وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لان الجد ليس بأب حقيقي .

ولنا قوله سبحانه (وعلى الوارث مثل ذلك) ولانه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فيدخل فيهم ولد البنين وقال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) وقال (ملة أبيكم ابراهيم) ولان بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالدين القريبين

(فصل) ويشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط (أحدها) ان يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن انفاق غيرهم فان كانوا موسرين بمال أو كسب يكفيهم فلا نفقة لهم لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة (الثاني) أن يكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه اما من ماله واما من كسبه فأما من لايفضل عنه شيء فلا يجب عليه شيء لما روى جابر أن النبي ﷺ قال « اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته » وفي لفظ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » حديث صحيح وروى أبو هريرة أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك » قال عندي آخر قال « تصدق به على

[فصل] وان طلق العبد زوجته الحامل طلاقا بائناً انبنى على وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك . وروي ذلك عن الشعبي لأنه لاتجب عليه نفقة ولده ، وان قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الاوزاعي لان الله تعالى قال (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) ولانها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً

(فصل) والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر مافيه من الحرية وباقيها على سيده أو في ضريبته أو في رقبته على ماذكرنا في العبد، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسراً فنفقة الموسرين وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي تجب فيه نفقة المعسرين لان النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد لان الحرية اما شرط فيه او سبب له فلم يكمل وهذا اختيار المزني ، وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع إلحاقا لأحد الحكمين بالآخر

ولنا انه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض . فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه لان النفقة تنبني على الميراث ، وعند المزني تلزمه كلها لانها لاتتبعض ، وعند الشافعي لايلزمه شيء لان حكمه حكم العبيد وقد سبق الكلام في هذا

ولدك» قال عندي آخر قال «تصدق به على زوجك» قال عندي آخر قال «تصدق به على خادمك» قال عندي آخر قال «أنت أبصر» ، رواه أبو داود ولانها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة

(والثالث) ان يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي ان يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فان لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة كذلك

(فصل) ولا يشترط في نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الاحكام في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي لا يشترط ذلك في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين (إحداهما) تلزم نفقته لانه فقير (والثانية) أنه ان كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى ان الذي لايقدر على كسب مايقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الاحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وانما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيديه ، وقال الشافعي يشترط نقصانه اما من طريق الحكم او من طريق الخلقة وقال ابو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس على العبد نفقة والده حرة كانت الزوجة أو أمة)

أما اذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وليس على العبد نفقة أقاربه الاحرار لان نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ؛ وأما اذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لانهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم

(فصل) وحكم المكاتب في نفقة الزوجات والاولاد والاقارب حكم العبد القن لأنه عبد مابقي عليه درهم الا أنه اذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه لان نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والاعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ، ولان نفقة المرأة لاتسقط عن أحد من الناس اذا لم يوجد منها مايسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لأن نفقة المكاتب لاتجب على سيده فنفقة امرأته أولى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الاحرار فلا تجب عليه لانها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لاتجب عليه الزكاة في ماله ولا الفطرة في بدنه فان كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لانهم يتبعونها في الحرية ، وان كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الام أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة

تزوج ونحوه قال مالك إلا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لانفقة لهن وان طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» ولم يستثن منهم صحيحا ولا بالغا ولانه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كما لوكان زمنا، ووافق ابوحنيفة على وجوب نفقة الوالد وان كان صحيحا إذا لم يكن ذا كسب وللشافعي في ذلك قولان

ولنا أنه والد محتاج فاشبه الزمن

﴿ مسئلة ﴾ (وتلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر اولا كعمته وعتيقه وحكي عنه ان لم يرثه الآخر فلا نفقة له)

ظاهر المذهب ان النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرها وهو الذي ذكره الخرقي وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وأبو ثور ، وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لاأب له نفقته واجر رضاعه على الرجال دون النساء، وكذلك روي عن أبيه عن أحمد النفقة على العصبات وبه قال الاوزاعي وإسحاق، وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته احتج به أحمد قال ابن المنذر وروي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء ، ولانها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل ، وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم

﴿ مسألة ﴾ قال (وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب)

وجملته أن المكاتب اذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فان كان من زوجة وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها في الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما في يديها لانهم في حكم نفسها ونفقتها مما في يديها فكذلك على ولدها . وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لانهم عبيد لسيد المكاتبة ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وان أراد المكاتب التبرع بالانفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك لان فيه تغريراً بمال سيده ، وإن كان من أمة لسيده جاز لانه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده ، وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لأنه في الحال بمنزلة أمه وأمه مملوكة لسيدها ، ويحتمل أن لا يجوز لان

لقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقال مالك والشافعي وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين لان النبي ﷺ قال لرجل سأله عندي دينار قال « انفقه على نفسك ـ قال عندي آخر قال ـ انفقه على ولدك ـ قال عندي آخر قال ـ انفقه على زوجتك ـ قال عندي آخر قال ـ انفقه على خادمك ـ قال عندي آخر قال ـ أنت أبصر » رواه أبو داود ولم يأمره بانفاقه على غير هؤلاء ولان الشرع انما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ثم قال (وعلى الوارث مثل ذلك) فاوجب على الاب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه واوجب على الوارث مثل ما اوجب على الوالد وروي ان رجلا سأل النبي ﷺ من ابر ؟ قال « أمك وأباك وأختك واخاك » وفي لفظ « ومولاك الذي هو اذناك حقا واجبا ورحما موصولا » رواه أبو داود وهذا نص لان النبي ﷺ الزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقا واجبا، وما احتج به ابو حنيفة حجة عليه فان اللفظ عام في كل ذي رحم محرم فيكون حجة عليه فيمن عدا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الارث فكذلك في الانفاق وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل انه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ولهذا لم يذكر الوالد والاجداد وأولاد الاولاد، وقولهم لا يصح القياس قلنا انما اثبتناه بالنص ثم إنهم قد الحقوا أولاد الاولاد بالاولاد مع التفاوت فبطل ماقالوا . إذا ثبت هذا فانه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الارحام على ما نذكره

(فصل) فان كان اثنان يرث أحدهما قريبه ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه أحمد في رواية

فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو ، تؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليها من مال سيده ويصير حراً .

﴿ مسألة ﴾ قال (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته)

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه لان ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولان هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فان أمه أمة للمكاتب وليس له من الاحرار أقارب فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولانه لاضرر على السيد في انفاق المكاتب على ولده من أمته لانه إن أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها وان عجز ورق عاد اليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه انما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه

(فصل) وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته الا باذن سيده لان ملكه غير تام وعلى السيد ضرر في تسريه بها لما فيه من التغرير بها، وان أذن له سيده في ذلك جاز لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو أذن لعبده القن، وإن وطىء بغير إذنه فلا حد عليه لانه وطىء مملوكته فان أولدها في الموضعين صارت أم ولد له ليس له بيعها ولا بيع ولده فان عتق عتق ولدها وصارت الامة أم ولده تعتق بموته وان

ابن زياد فقال يلزم الرجل نفقة بنت عمه ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث ههنا لانها قرابة ضعيفة لكونها لا يثبت التوارث من الجهتين لقول أحمد العمة والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الام فانه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وذكر الخرقي أن على الرجل نفقة معتقه لانه وارث ، ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا يلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخيه كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى لقول الله سبحانه وتعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث

﴿ مسألة ﴾ (فأما ذوو الارحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكرها القاضي وقال أبو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم روايتان)

أما ذوو الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فان كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه أحمد فقال الخالة والعمة لا نفقة عليهما قال القاضي لا نفقة لهم رواية واحدة لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فان المال يصرف اليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم

وقال ابو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات

رق رقت هي وولدها وصارت أمة لسيدة والمكاتب وولده عبدان له ويلزم المكاتب الانفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده لانهم ملك له فلزمه الانفاق عليهم كبهائمه

﴿ باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج ﴾

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

(أحدهما) أن تكون كبيرة يمكن وطؤها فان كانت صغيرة لاتحتمل الوطء فلا نفقة لها وبهذا قال الحسن وبكر بن عبدالله المزني والنخعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو المنصوص عن الشافعي وقال في موضع لوقيل لها النفقة كان مذهبا وهذا قول الثوري لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ماذكروه ويفارق المريضة فان الاستمتاع بها ممكن

وذوي الفروض لانهم وارثون في تلك الحال . قال ابن أبي موسى هذا يتوجه على معنى قوله ، والاول هو المنصوص عنه ، وأما عمود النسب فذكر القاضي مايدل على أنه يجب الانفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الارحام كأبي الام وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين اووارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية تقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد ، وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الاب الادنى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر ميراثهم منه لان الله تعالى رتب النفقة على الارث لقوله سبحانه وعلى الوارث مثل ذلك فيجب أن يترتب في المقدار عليه)

وجملة ذلك أن الصبي إذا لم يكن له أب فالنفقة على وارثه لماذكرنا فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ؛ وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة عليهم على قدر ارثهم منه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد)

لانهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لانه يتفرد بالتعصيب فأشبه الاب ، وقد ذكرنا عن أحمد رواية أخرى أن النفقة على العصبات خاصة ، ووجه الاول ماذكرنا من الآية والام وارثة فكان عليها بالنص ولانه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به العصبة دون الام كالوراثة

وانما نقص بالمرض ولان من لاتمكن الزوج من نفسها لايلزم الزوج نفقتها فهذه أولى لان تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها وهذه لايمكن ذلك فيها بحال

(الشرط الثاني) أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما ان منعت نفسها أومنعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً فان النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولان النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فاذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول أسلم اليك نفسي في منزلي دون غيره أو في الموضع الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد لانها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع أسلم اليك السلعة على أن تتركها في موضعها أو في مكان بعينه وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لانها سلمت التسليم الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحقت النفقة وفارق الحرة فانها لو بذلت تسليم نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئا لانها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك ان أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعا لم تستحق شيئاً لذلك

(فصل) وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن

(فصل) فان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما اثلاثا كالميراث ، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لاستوائهما في القرب ، وان كانت أم وابن فعلى الام السدس والباقي على الابن ، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة عليهما نصفين ، وعند أبي حنيفة هي على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي في المسائل الثلاث : النفقة على الابن لانه العصبة فان كانت له أم وبنت فالنفقة عليهما أرباعا كميراثهما منه وبه قال ابوحنيفة ، وعند الشافعي النفقة على البنت لانها تكون عصبة مع أخيها فان كان له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي النفقة على الابن في أحد الوجهين لانه ذكر

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فرتب النفقة على الارث فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لايجابها عليه دون البنت الوارثة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اجتمع جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الاخ لان ميراثهما منه كذلك وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكما أن للجدة السدس من الميراث فكذلك عليها سدس النفقة والباقي على الاخ لان باقي الميراث له وعند من لايرى النفقه على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فان اجتمع بنت وأخت

غيبته لانها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها مايسقطها وان غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه لانه لم يوجد الموجب لها فان بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته لانها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه لكن ان مضت الى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم الى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فان سار اليها أو وكل من يسلمها اليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقه حينئذ وان لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول اليها ويسلمها فيه لان الزوج امتنع من تسلمها مع امكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أومجنونة فسلمت نفسها اليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وان لم يتسلمها لمنعها نفسها أومنع أوليائها فلا نفقة لها عليه وان غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم فان وليها يقوم مقامها وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لانه لاحكم لكلامها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير فان لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

يعني اذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع

أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة او أخت وأم او بنت وبنت ابن أوأخت لابوين وأخت لاب أو ثلاث أخوات مفترقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث فيذلك سواء كان في المسئلة رد او عول أو لم يكن ، وعلى هذا تحسب ما آتاك من المسائل . فان اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث

(فصل) فان اجتمع معها أبو أم فالنفقة على أم الام لانها الوارثة ، وإن اجتمع أم أب وأب فعلى الاب السدس والباقي على الجد ، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء ، وإن اجتمعت أم وجد وأخ فالنفقة عليهم أثلاثاً وعند الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسئلة الاولى فالنفقة عليهما بالسوية وقد مضى الكلام في هذا

(فصل) فان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه على قدر ميراثه فان انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الانفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه فلوكان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة ، وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لان من له الفضل أدى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه فاذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان خلافه

(مسئلة) (إلا أن يكون له أب فتكون النفقة عليه وحده)

نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها وبهذا قال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لانفقة لها وهو قول مالك لان الزوج لايتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة صغيرة

ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته ، وفارق ما اذا غابت أو كانت صغيرة فانها لم تسلم نفسها تسليما صحيحاً ولم تبذل ذلك فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي لان النفقة على الصبي، وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وقيم متلفاته وزكواته . وان لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا في حق الكبير فان كان له مال وامتنع الولي من الانفاق أجبره الحاكم بالحبس فان لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها فان لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الانفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ماذكرنا في حق الكبير وذكر القاضي في الكبير أنه لايفرق بينهما فكذلك ههنا مثله لانهما سواء في وجوب الانفاق عليهما فكذلك في أحكامه

(فصل) وان بذلت الرتقاء أو الحائض والنفساء أو النضوة الخلق التي لايمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها ، وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها لان الاستمتاع ممكن ولا

لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وقال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة عليه دونها ولا خلاف في هذا نعلمه إلا أن لاصحاب الشافعي فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين (أحدهما) أن النفقة على الاب وحده (والثاني) عليهما لانهما سواء في القرب

ولنا أن النفقة على الاب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه

(مسئلة) (ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما وهكذا ذكره القاضي وأبو الخطاب)

لان الابن لا نفقة عليه لعسرته والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ولان قرابته ضعيفة لاتمنع شهادته له فاذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم . قال شيخنا ويتخرج في كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان (أحدهما) لا نفقة عليه لانه غير وارث أشبه الاجنبي (والثاني) عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للارث والانفاق والمانع من الارث لا يمنع من الانفاق لانه معسر لايمكنه الانفاق فوجوده بالنسبة الى الانفاق كعدمه

(مسئلة) (ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة عليها يعني على الجدة)

وجملة ذلك أن الوارث القريب إذا كان معسراً وكان البعيد الموسر من عمودي النسب كهذه المسئلة وجبت نفقته على الموسر ذكر القاضي في أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد ، وقال في

تفريط من جهتها ، وان منع من الوطء ويفارق الصغيرة فان لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاما ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب فان قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء قلنا لان تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر فان ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به او نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وان ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعهما لانه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة

« مسئلة » قال (وان طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة الى أن يدفع اليها صداقها)

وجملته أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لان تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فانه يمكنه الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لانه إذا سلم اليها الصداق ثم امتنعت من

أم معسرة وجدة موسرة: النفقة على الجدة وقد قال أحمد لا تدفع الزكاة إلى ولد ابنته لقول النبي ﷺ للحسن « ان ابني هذا سيد » فسماه ابنه وهو ابن بنته وإذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم مع حاجتهم وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أن المحجوب إذا كان من عمودي النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه في المسئلة قبل هذا الفصل، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه في الظاهر فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والاب معسر فالاب كالمعدم فيكون على الام ثلث النفقة والباقي على الجد ، وإن كان معهم زوجة فكذلك ، وإن قلنا لا نفقة على المحجوب فليس على الام ههنا الا ربع النفقة ولا شيء على الجد، وإن كان أبوان وأخوان وجد والاب معسر فلا شيء على الاخوين لانهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الام الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لا يجب على الام الا السدس لانه لو كان الاب معدوما لم ترث إلا السدس ، وإن قلنا ان كل محجوب لا نفقة عليه فعلى الام السدس حسب ولا شيء على غيرها وان لم يكن في المسئلة جد فالنفقة كلها على الام على القول الاول وعلى الثاني ليس عليها الا السدس وان قلنا ان على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودي النسب فعلى الام السدس والباقي على الجد والاخوين اثلاثاً كما يرثون اذا كان الاب معدوما . فان كان بعض من

تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لانها امتنعت لحق فان قيل فلو امتنعت لصغر او مرض لم تلزمه نفقتها قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الامتناع للصغر وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب لها عليه فأشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فانه لاتسقط نفقتها عنه، ولو تعذر لصغرها لاتلزمه نفقتها

(فصل) إذا سافرت زوجته بغير اذنه سقطت نفقتها عنه لانها ناشز، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه، وإن سافرت باذنه في حاجته فهي على نفقتها لانها سافرت في شغله ومراده وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها لانها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا ان يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لانها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة ويحتمل أن لاتسقط نفقتها، وإن لم يكن معها لانها مسافرة باذنه أشبه مالو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع او زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير اذنه سقطت نفقتها لانها في معنى المسافرة، وان أحرمت به باذنه فقال القاضي لها النفقة والصحيح انها كالمسافرة لانها باحرامها مانعة له من التمكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه. وان أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها

عليه النفقة غائباً وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فامكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض فاذا قدم فعليه وفاؤه

(مسألة) (ومن كان صحيحاً مكلفاً لاحرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته؟ على روايتين)

(إحداهما) تجب اذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب لعموم قول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» ولم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ولانه ولد فقير فاستحق النفقة على والده الغني كالزمن (والثانية) لاتجب وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الولد الذكر فأما الجارية فقال أبو حنيفة لاتسقط نفقتها حتى تتزوج ونحوه قول مالك لانه في مظنة الكسب يقدر عليه غالباً أشبه الغني والاول أولى

(مسألة) (ومن لم يفضل عنده الانفقة شخص واحد بدأ بالاقرب فالاقرب فان كان له أبوان جعله بينهما)

إذا لم يفضل عن الرجل إلا نفقة شخص واحد وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي ﷺ في حديث جابر «إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان له فضل فعلى عياله فان كان له فضل فعلى قرابته» ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعارضة فقدمت على مجرد المواساة وكذلك وجبت مع يساره وإعساره بخلاف نفقة القريب ثم من بعدها نفقة الرقيق لانها تجب مع اليسار والاعسار فقدمت على مجرد المواساة ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب

(مسألة) (فان كان له ابوان فهو بينهما)

النفقة لانها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان. وإن قدمت الاحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع لانها فوتت عليه التمكين بشيء مستغنى عنه

فصل فان اعتكفت فالقياس انه كسفرها ان كان بغير اذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير اذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وان كان باذنه فلا نفقة لها على قول الخرقي. وقال القاضي لها النفقة، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة ولانه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه وان كان تطوعا لم تسقط نفقتها لانها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فانه يمكنه تفطيرها ووطؤها فان أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب وان كان صوما منذوراً معلقاً بوقت معين فقال القاضي لها النفقة لان احمد نص على انه ليس له منعها ويحتمل انه ان كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر باذنه لم تسقط نفقتها لانه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن في سببه وان كان النذر في نكاحه بغير اذنه فلا نفقة لها لانها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها اليه. وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت باذنه فلها النفقة لانها أدت الواجب باذنه فأشبه مالو صامت

هذا أحد الوجوه لتساويهما في القرب (والثاني) تقدم الام لانها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي أضعف واعجز (والثالث) يقدم الاب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله واضافة النبي ﷺ الولد وماله اليه بقوله «أنت ومالك لابيك» والاول أولى

(مسئلة) (وان كان معهما ابن فقال القاضي ان كان الابن صغيراً أو مجنونا قدم)

لان نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والكبير في مظنة الكسب وان كان الابن كبيراً والاب زمن فهو أحق لان حرمته آكد وحاجته أشد ويحتمل تقديم الابن لان نفقته وجبت بالنص وان كانا صحيحين فقيرين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) التسوية لتساويهما في القرب (والثاني) تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص (والثالث) تقديم الوالد لتأكد حرمته

(مسئلة) (وان كان له اب وجد أو ابن وابن ابن فالاب والابن احق)

وقال أصحاب الشافعي يستوي الاب والجد في أحد الوجهين وكذلك الابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب

ولنا ان الابن والاب أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالاب مع الاخ

(فصل) وان اجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احتمل وجهين (احدهما) تقديم الابن والاب

المعين في وقته وان صامت بغير اذنه فقال القاضي لا نفقة لها لانها يمكنها تأخيره فانه على التراخي وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وان كان وقته مضيقا مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان

(مسألة) قال (واذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة الا أن تكون حاملا)

وجملة الامر أن الرجل اذا طلق امرأته طلاقا بائناً فاما ان يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك الا أن تكوني حاملا» ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، وان كانت حائلا فلا نفقة لها. وفي السكنى روايتان (إحداهما) لها ذلك وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية (والرواية الثانية) لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب وقول علي وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور

لانهما أقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط ارثهما بحال والجد وابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينهما لانهما سواء في الارث والتعصيب والولادة والاول اولى فان اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والارث والولادة والتعصيب ويحتمل تقديم الابن لان نفقته ثبتت بالنص ولانه يسقط تعصيب الجد ويحتمل تقديم الجد لتأكد حرمته بالابوة وان اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لتساويهما في استحقاق الميراث والصحيح تقديم الجد لان له مزية الولادة والابوة ولان ابن ابنه يرثه ميراث ابن والاخ ميراث أخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد وان كان مكان الاخ ابن أخ أو عم فالجد أحق بكل حال لانه يقدم عليهما في الميراث

(مسئلة) (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين)

وقيل في عمودي النسب روايتان ذكرهما القاضي (إحداهما) تجب مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لانها نفقة مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوك ولانه يعتق عليه فيجب عليه الانفاق عليه كما لو اتفق دينهما

ولنا انها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ولانهما لا يتوارثان فلم يجب لاحدهما على الآخر نفقة القرابة كما لو كان أحدهما رقيقا ويفارق نفقة الزوجات لانها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافها اختلاف الدين كالصداق والاجرة وكذلك يجب

وداود وقال أكثر الفقهاء العراقيين لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري لان ذلك يروى عن عمر وابن مسعود . ولانها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال «ليس لك عليه نفقة ولا سكنى» فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك متفق عليه . وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ « انظري يا ابنة قيس انما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » رواه الامام احمد والأثرم والحميدي وغيرهم

قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج لانه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ولا شيء يدفع ذلك . ومعلوم انه أعلم بتأويل قول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولو لم

مع افتراقهما أو في أحدهما وكذلك نفقة المماليك ولان هذه النفقة صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كاداء زكاته اليه وعقله عنه وإرثه منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ترك الانفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه)

لان نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة واحياء النفس وتزجية الحال وقد حصل له ذلك في الماضي بدونها فان كان الحاكم قد فرضها فينبغي أن تلزمه لانها تأكدت بفرض الحاكم فلزمته كنفقة الزوجة

(فصل) ويلزم الرجل اعفاف أبيه إذا احتاج إلى النكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في اعفاف الاب الصحيح وجه أنه لا يجب ، وقال أبو حنيفة لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لان ذلك من الملاذ فلم تجب للاب كالحلوى، ولانه أحد الابوين فلم يجب ذلك له كالام

ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلوى فانه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والادم ، وأما الام فان اعفافها إنما هو بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفء لها ونحن نقول بوجوبه عليه وهم يوافقونا في ذلك إذا ثبت ذلك . فانه يجب اعفاف من وجبت نفقته من الآباء والاجداد فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب إلا ان يكون أحدهما من جهة الاب والآخر من جهة الام فيقدم الذي من جهة الاب وان بعد لانه عصبة والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الانفاق والاستحقاق

يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ فان قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن عمر انه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فان احمد أنكره وقال أما هذا فلا ولكن قال لانقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرده الاجماع على قبول قول المرأة في الرواية فأي حجة في شيء يخالفه الاجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة . قال اسماعيل بن اسحاق نحن نعلم أن عمر لايقول لاندع كتاب ربنا الا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة اذا كانت حاملا بقوله سبحانه (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لانفقة لهن لاشتراطه الحمل في الامر بالانفاق

وقد روى أبو داود وغيره من الائمة باسنادهم عن ابن عباس قال : ففرق رسول الله ﷺ بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لابيت لها عليه ولا قوت ، ولان هذه محرمة عليه تحريماً لاتزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية وفارقت الرجعية في ذلك، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والاجماع ولانها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه

(فصل) فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر وكذلك إن كانت حاملا فنفى حملها وقلنا انه ينتفي عنه أو قلنا انه ينتفي بزوال الفراش ، وإن قلنا لاينتفي بنفيه أولم ينفه

(فصل) وإذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه وان شاء ملكه امة أو دفع اليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة وليس للاب التخيير عليه إلا أن الاب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الاب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤاً و لأب غيره قدم تعينها فان اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الاكثر لانه إنما يلزمه أقل مايحصل به الكفاية وليس له أن يزوجه قبيحة ولا يملكه إياها ولا كبيرة لااستمتاع فيها ولان يزوجه امة لان فيه ضرراً بارقاق ولده والنقص في استمتاعه فان رضي الاب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد وكذلك لم يكن للموسر أن يتزوج امة ، ومتى أيسر الاب لم يكن للولد استرجاع مادفعه اليه ولاعوض مازوجه به لانه دفعه اليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة فان زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الامة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لانه فوت ذلك على نفسه فان ماتتا فعليه اعفافه ثانياً لانه لاصنع له في ذلك ، وعلى الاب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا إلى الاعفاف ذكره أصحابنا وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجب ذلك .

ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته اليه كأبيه ، قال القاضي وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم وغيرهم ، لان أحمد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك والا بيع عليه .

وقلنا انه يلحقه نسبه فاما السكنى والنفقة لان ذلك للحمل أولها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن فان نفى الحمل فأنفقت امه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع لانها فعلت ذلك على انه لا أب له فاذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فان قيل النفقة لأجل الحمل نفقة الاقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه قلنا بل النفقة للحامل من أجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة، وان سلمنا انها للحمل الا أنها مصروفة اليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها

[فصل] فأما المعتدة من الوفاة فان كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة لان النكاح قد زال بالموت وان كانت حاملا ففيها روايتان

[احداهما] لها السكنى والنفقة لانها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة [والثانية] لا سكنى لها ولا نفقة لان المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي وهذه الرواية أصح

(فصل) وهل تجب نفقة الحمل[1] للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان [احداهما] تجب للحمل اختارها أبو بكر لانها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له

(١) في نسخة نفقة الحامل

(مسألة) (ومن لزمته نفقة رجل فهل يلزمه نفقة امرأته؟ على روايتين)

كل من لزمه اعفاف رجل لزمته نفقة امرأته . لانه لا يتمكن من الاعفاف إلا بذلك ، وقد روي عن أحمد أنه لا يلزم الاب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها .

(فصل) والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة كما ذكرنا في الزوجة لانها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة ، وقد قال النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فان احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا في الزوجة لان ذلك من تمام الكفاية

(فصل) ويجب على المعتق نفقة عتيقه على قولنا إن النفقة تجب على الوارث على ما قررناه والمعتق وارث عتيقه فوجبت عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لاتجب عليه نفقته بناء على أصولهم المذكورة

ولنا قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وقول النبي ﷺ « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقاً واجباً ورحماً موصولا »ولانه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالاب، ويشترط في وجوب الانفاق عليه الشروط المذكورة في غيره

[والثانية] تجب لها من أجله لانها تجب مع اليسار والاعسار فكانت له كنفقة الزوجات ، ولانها لاتسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان كالروايتين، وينبني على هذا الاختلاف فروع منها أنها اذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لأنه مالكه ، وإن قلنا لها فعلى الزوج لان نفقتها عليه ، وإن كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقته لانه لاتلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا ، وإن كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطيء لانه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع، وان قلنا للحامل فلا نفقة عليه لانها ليست زوجة يجب الانفاق عليها ، وإن نشزت امرأة انسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها لان نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا لها فلا نفقة لها لانها ناشز .

[فصل] ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوما فيوما كما يلزمه دفع نفقة الرجعية ، وقال الشافعي في أحد قوليه لايلزمه دفعها اليها حتى تضع لان الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى [وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن] ولانها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليه كالرجعية،وما ذكروه غير صحيح فان الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع

(فصل) فان مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ماذكرناه في الولاء ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لانه عصبتهم ووارثهم وعليه نفقة أولاد معتقيه إذا كان أبوهم عبداً كذلك فان أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتق صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط وليس على العتيق نفقة معتقه وان كان فقيراً لانه لايرثه ، فان كان واحد منهما مولى الآخر فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لانه يرثه

(فصل) وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أوامة لان الحرة ولدها أحرار وليس على العبد نفقة أقاربه الاحرار لان نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها وان كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لانهم يتبعونها فتكون نفقتهم على مالكهم

(فصل) ونفقة أولاد المكاتب الاحرار وأقاربه لا تجب عليه لانها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها وكذلك لاتجب عليه الزكاة في ماله فان كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لانهم يتبعونها في الحرية، وان كان لهم أقارب أحرار كجد وأخ حر مع الام أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كالمعدوم بالنسبة إلى النفقة ، فأما ولد المكاتب من امته فنفقتهم عليه لان ولده من أمته تابع له يعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أنه ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولان هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فان أمه امة للمكاتب وليس له من الاحرار أقارب

في الدية فهو كالمتحقق ولا يشبه هذا الميراث فان الميراث لا يثبت الا بمجرد الحمل فانه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع ولا يوجد ذلك قبله ولا ننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسئلتنا فان النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه، فاذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها ودفع اليها ان كان حملا فقد استوفت حقها وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها سواء دفع اليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لا يرجع، والصحيح أنه يرجع لانه دفعه على أنه واجب فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين، وإن أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن، ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لانها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع وقد ثبت الاصل بالخبر

(فصل) ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلا لانه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى، وإن كانت حاملا فعلى ما ذكرنا من قبل فان قلنا لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق لانه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها لانه ان كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع به وإن لم يكن عالما فهو مفرط فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية وكل معتدة من الوطء في

فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولانه لا ضرر على السيد في انفاق المكاتب على ولده من أمته لانه إذا أدى وعتق فقد [illegible] في مال الكتابة وليس للسيد أكثر منه وان عجز ورق عاد اليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه انما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه

(فصل) فأما ولد المكاتب اذا كان من زوجته المكاتبة فانهم يتبعونها في الكتابة ويكون حكمهم حكمها ان رقت رقوا وان عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها بما في يديها لانهم في حكم نفسها ونفقتها على نفسها مما في يدها فكذلك نفقة ولدها، وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لانهم عبيد لسيد المكاتبة فان أراد المكاتب التبرع بالنفقة على ولده من امة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة فليس له ذلك لان فيه تغريراً بمال سيده، وان كان من أمة لسيده جاز لانه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده وان كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لانه في الحال بمنزلة امه وامه مملوكة لسيدها واحتمل أن لا يجوز لان فيه تغريراً ويحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليه من مال سيده ويصير حراً

(فصل) ويجب نفقة ظئر الصبي على من تلزمه نفقته، لان نفقة ظئر الصغير كنفقة الكبير ويختص وجوب النفقة بالاب وحده كالكبير

(مسئلة) (وليس له منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك)

غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملا كانت أو حائلا لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه

﴿مسألة﴾ قال (واذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه)

أما إذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثا وهي حامل لان الحمل ولده فعليه نفقته وان أبرأته من الحمل عوضا في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه في الخلع ويبرأ حين تفطمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد الى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لان البراءة المطلقة تنصرف الى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لان المطلق اذا كان له عرف انصرف الى العرف، وان اختلفا في مدة الرضاع انصرف الى حولين لقوله سبحانه (وفصاله في عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) ثم قال (فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح

إذا طلبت الام رضاع ولدها بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الاب مرضعة متبرعة أو لم يجد، قال أصحاب الشافعي ان كانت في حبال الزوج فللزوج منعها من رضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الاحيان، وان استأجرها على رضاعه لم يجز لان المنافع حق له فلا يجوز ان يستأجر ماهو أو بعضه حق له، وان ارضعت الولد فهل لها اجر المثل؟ على وجهين وان كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فاراد انتزاعه منها ليسلمه الى من يرضعه باجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك، وان وجد متبرعة أو مرضعة بدون اجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لانه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، وقال ابو حنيفة ان طلبت الاجرة لم يلزم الاب بذلها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لانه امكن الجمع بين الحقين فلم يجز الاخلال باحدهما

ولنا قوله سبحانه (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين) فقدمهن على غيرهن وهذا خبر يراد به الامر وهو عام في كل والدة وقوله (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن)

ولنا على جواز الاستئجار انه عقد اجارة يجوز مع غير الزوج إذا اذن فيه فجاز مع الزوج كاجارة نفسها للخياطة، وقولهم ان المنافع مملوكة له لا يصح فانه لو ملك منفعة الحضانة لملك اجبارها عليها ولم يجز اجارة نفسها لغيره باذنه ولكانت الاجرة له وانما امتنع اجارة نفسها لاجنبي بغير اذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الزمان ولهذا جازت باذنه وإذا استأجرها فقد اذن لها في اجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي، اما الدليل على وجوب تقديم الام إذا

عليهما) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين الا بتراض منهما وتشاور وان قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو أحسن لانه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك الى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي انما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لانها في حكم المالكة لها لانها هي القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فانها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها وهي الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كمالك من أملاكها فصح جعلها عوضاً، فاما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح ان يعارض به في الخلع لانه ليس هو لها ولا هو في حكم ما هو لها

(مسألة) قال (والناشز لا نفقة لها فان كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها)

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح وأصله من الارتفاع مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزاً، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه الى مسكن مثلها أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم منهم الشعبي وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وقال الحكم لها النفقة وقال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف هؤلاء الا الحكم ولعله يحتج بان نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها

طلبت أجر المثل على المتبرعة فما ذكرنا من الآيتين، ولان الام أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الاجنبية رضاعه بأجر مثلها ولان في رضاع غيرها تفويتاً لحق الام من الحضانة واضراراً بالولد ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والاضرار بالولد لغرض اسقاط حق أوجبه الله تعالى على الاب، وقول أبي حنيفة يفضي الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الام في إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه. فأما إن طلبت الام أكثر من أجر مثلها ووجد الاب من يرضعه باجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لانها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في قوله تعالى (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) وان لم يجد مرضعة الا بتلك الاجرة فالام أحق لانهما تساوتا في الاجر فقدمت الام كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

(فصل) وإن طلبت المزوجة باجنبي ارضاع ولدها بأجر مثلها باذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لان الام انما منعت من الارضاع لحق الزوج فاذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إليه

(فصل) وان أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت الى زيادة نفقة لزمه لقول الله

ولنا أن النفقة انما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها اليه واذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فاذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، ويخالف المهر فانه يجب بمجرد العقد ولذلك لومات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما اذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لانها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة له وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه اليها لانه أجر ملكته عليه بالارضاع لا في مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله

[فصل] وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها ، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله او حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الامكان . ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فان عادت إلى الاسلام عادت نفقتها بمجرد عودها لان المرتدة انما سقطت نفقتها بخروجها عن الاسلام فاذا عادت اليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ههنا والله أعلم

تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولانها تستحق عليه قدر كفايتها فاذا زادت حاجتها زادت كفايتها

﴿مسألة﴾ (وان امتنعت من رضاعه لم تجبر الا أن يضطر اليها ويخشى عليه)

ليس للزوج اجبار أم الولد على ارضاعه دنية كنت أو شريفة وسواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة قال شيخنا ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك اذا كانت مفارقة خلافا وكذلك إن كانت مع الزوج عندنا ، وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له اجبارها على ذلك وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه وان كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قول الله تعالى (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) واذا اختلفا فقد تعاسرا ولان الاجبار على الرضاع إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما لا يجوز أن يكون لحق الزوج فانه لا يملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به، ولا يجوز أن يكون لحق الولد لانه لو كان له لزمها بعد الفرقة ولانه مما يلزم الوالد لولده فلزم الاب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما لان ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض

(باب من أحق بكفالة الطفل)

كفالة الطفل وحضانته واجبة لانه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته لان فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط. ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه لانه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره؟ ولا الفاسق لانه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته لانه ينشأ على طريقته. ولا الرقيق وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك في حر له ولد حر من أمة: الام أحق به إلا أن تباع فتنتقل فيكون الاب أحق به لانها أم مشفقة فأشبهت الحرة

ولنا انها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت، ولا تثبت لكافر على مسلم وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري، وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي تثبت له لما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع ابن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتي فقال النبي ﷺ « اقعد ناحية — وقال لها — اقعدي ناحية — وقال — ادعواها »

ولانه لو كان لها لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حالة الانفاق وعدم التعاسر فأما ان اضطر الولد اليها بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب عليها التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن أحد غيرها

﴿مسئلة﴾ ولا يجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة]

﴿مسئلة﴾ [وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر اليها]

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له منعها كالخروج من منزله فأما ان اضطر اليه بأن لا توجد من ترضعه غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

[فصل] فان أرادت إرضاع ولدها فكلام الخرقي يحتمل وجهين:

فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي ﷺ « اللهم اهدها » فمالت إلى أبيها فأخذها ، رواه أبو داود

ولنا انها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ولانها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى فان ضرره أكثر فانه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الاسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر . والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روي على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال . قال ابن المنذر ويحتمل أن النبي ﷺ علم انها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه فأما من بعضه حر فان لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له لانه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وان كان بينهما مهايأة فقياس قول احمد ان له الحضانة في أيامه لانه قال كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شيء . وهذا اختيار أبي بكر . وقال الشافعي لا حضانة له لانه كالقن عنده . وهذا أصل قد تقدم

(مسئلة) قال (والام أحق بكفالة الطفل والمعتوه اذا طلقت)

وجملته ان الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل او معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول يحيى الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي

[أحدهما] له منعها لعموم لفظه في هذه المسئلة وهو قول الشافعي لانه يخل بالاستمتاع منها فأشبه ولد غيرها [والثاني] ليس له منعها فانه قال إلا أن تشاء الام أن ترضعه بأجر مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين] وهو خبر يراد به الامر وهو عام في كل والدة ، وقال أصحاب الشافعي يحمل على المطلقات ولا يصح ذلك لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الاول انه يخل باستمتاعه . قلنا : ولكن لا يفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه بدفع ما له فيه واجب لا سيما اذا تعلق به حق الولد مع كونه مع أمه وحق الام في الجميع بينهما وبين ولدها ؛ وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى والاول ظاهر كلام القاضي أبي يعلى .

(فصل) فان أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضي المدة لان منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه أشبه مالو اشترى أمة مستأجرة ، وان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضى الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ، ولانه

وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم والاصل فيه ماروى عبدالله بن عمرو بن العاص ان امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » رواه أبوداود . ويروى أنابا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير لهمنك . رواه سعيد في سننه . ولانها أقرب اليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وانما يدفعه الى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه

(فصل) فان لم تكن الام من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها او بعضها فهي كالمعدومة وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق ولو كان الابوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما لانهما كالمعدومين

(فصل) ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الخيرة في الاقامة عند من شاء من أبويه فان كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ويستحب أن لاينفرد عنهماولا يقطع بره عنهما . وان كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه لانه لايؤمن أن يدخل عليهامن يفسدهاويلحق العار بهاوبأهلهاوان لم يكن لها أب فلوليها وأهلهامنعهامن ذلك

يجوز له الوطء مع اذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقه

(فصل) فان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع باذن زوجها جاز ولزم العقد لان الحق لهما لايخرج عنهما . وإن أجرتها بغير اذنه لم يصح لتضمنه تفويت حق زوجها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر يصح لانه يتأول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا انه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله وعلى السيد الانفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوتهم بالمعروف نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو ذر عن النبي ﷺ أنه قال «اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم مايغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم عليه » متفق عليه . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل مالا يطيق » رواه الشافعي في مسنده . وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ، ولانه لابد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته

[فصل] والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده او دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لحديث ابي هريرة ، والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله «فليطعمه

(مسألة) قال (واذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما)

وجملته ان الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو أولى به قضى بذلك عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة لا يخير لكن قال أبو حنيفة اذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالاب أحق به ومالك يقول الام أحق به حتى يثغر . وأما التخيير فلا يصح لان الغلام لاقول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع

ولنا ماروى ابو هريرة ان النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد باسناده والشافعي وفي لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة الى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة وقد نفعني ؟ فقال له النبي ﷺ « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه فانطلقت به . رواه ابو داود ، ولأنه اجماع الصحابة فروي عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، وروي عن عمارة الجرمي انه قال خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع او ثمان ، وروي نحو ذلك عن ابي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة

مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين فحملنا خبر أبي هريرة على الاجزاء وحديث أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه ان كان له كسب وان ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه او يجعله برسم نفقة خدمته وينفق عليه من ماله لان الكل ماله فان جعل نفقته في كسبه وكانت وفق الكسب صرفها اليه وان فضل من الكسب شيء فهو لسيده وان أعوز فعليه تمامه ، وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والمستحب أن يلبسه من لباسه لحديث أبي ذر ، ويستحب أن يسوي بين عبيده الذكور في الكسوة والاطعام وبين إمائه إن كن للخدمة أو للاستمتاع وإن كان فيهن من هو للخدمة ومن هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من هي للاستمتاع في الكسوة لانه للعرف ولان غرضه تجميل من يستمتع بها بخلاف الخادمة

﴿ مسألة ﴾ [وعليه تزويجهم اذا طلبوا ذلك]

وهذا احد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجبر عليه لان فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يلزمه كاطعام الحلواء

ولنا قول الله تعالى [وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم] والامر يقتضي الوجوب ولا يجب الا عند الطلب وروى عكرمة عن ابن عباس قال من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها او عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب اعفافها لما لحق السيد

ولم تنكر فكانت اجماعا ، ولان التقديم في الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لان حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها اذ لم يمكن اعتبارها بنفسها فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الاكرام وضده فمال إلى أحد الابوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لانها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالامر بالصلاة ، ولان الام قدمت في حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته لانها أعرف بذلك وأقوم به فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره

[فصل] ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه فان عاد فاختار الاول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه لانه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه في المأكول والمشروب وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لاينقطع عنهما ، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة لانه لامزية لاحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة فاذا قدم بها ثم اختار الآخر رد اليه لاننا قدمنا اختياره الثاني على الاول فعلى القرعة التي هي بدل أولى

[فصل] فان كان الاب معدوما أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الاب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لان علياً رضي الله عنه خير عمارة الجرمي

الاثم بفعلهما ولانه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمت اجابته كالمحجور عليه للسفه ولان النكاح مما تدعوا الحاجة اليه غالبا ويتضرر بفواته فاجبر عليه كالنفقة ولانه يخاف من ترك اعفافه الوقوع في المحظور بخلاف الحلواء . اذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه او تمليكه امة يتسراها وله ان يزوجه امة لان نكاح الامة مباح للعبد من غير شرط ولا يجب عليه تزويجه الا عند طلبه لان هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة اليه ولا نعلم حاجته الا بطلبه ولا يجوز تزويجه الا باختياره اذا كان عبدا كبيراً واذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلا لان اذنه في النكاح اذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ماقدمناه

﴿ مسئلة ﴾ (الا الامة إذا كان يستمتع بها)

وجملته ان السيد مخير في الامة بين تزويجها اذا طلبت ذلك وبين الاستمتاع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره لان المقصود قضاء الحاجة وازالة ضرر الشهوة وذلك يحصل باحدهما فلم يتعين الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون)

وهو مايشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذر ولان ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ [ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات]

بين أمه وعمه ، ولانه عصبة فأشبه الاب وكذلك إن كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات فان كان الابوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذي ذكرناه في الابوين فان كان الابوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضي لاحضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته في بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين

(فصل) وانما يخير الغلام بشرطين (أحدهما) أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فان كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر

(الثاني) أن لايكون الغلام معتوها فان كان معتوها كان عند الام ولم يخير لان المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ولذلك كانت الام أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبي فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الام وبطل اختياره لانه انما خير حين استقل بنفسه فاذا زال استقلاله بنفسه كانت الام أولى لانها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفوليته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا بلغت الجارية سبع سنين فالاب أحق بها)

وقال الشافعي تخير كالغلام لان كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ، وقال

لان العادة جارية بذلك ولان عليهم في ترك ذلك ضرراً ولايحل الاضرار بهم

﴿ مسئلة ﴾ [ويداويهم اذا مرضوا]

اذا مرض المملوك او زمن او عمي او انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والانفاق عليه لان نفقته تجب بالملك ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع المرض والعمى والزمانة فتجب نفقته معهما لعموم النصوص المذكورة

﴿ مسئلة ﴾ [وإذا ولي احدهم طعامه أطعمه معه فان أبى أطعمه منه]

لما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال «إذا كفى احدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجاسه معه فان أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخاري ومعنى ترويغ اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ودفعها اليه ولانه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه اياه وقد قال الله تعالى [وإذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه] ولان نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

﴿ مسئلة ﴾ [ولا يسترضع الامة لغير ولدها الا ان يكون فيها فضل عن ريه]

لان فيه اضراراً بولدها لنقصه في كفايته وصرف اللبن المخلوق له الى غيره مع حاجته اليه فلم يجز كما لو اراد ان ينقص الكبير عن كفايته ومؤنته فان كان فيها فضل عن ري ولدها جاز لانه

أبو حنيفة الام أحق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك الام أحق بها حتى تزوج أو يدخل بها الزوج لانها لاحكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الام أحق بها كما قبل السبع

ولنا أن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها لانها تحتاج إلى حفظ والاب أولى بذلك فان الام تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولانها اذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع وانما تخطب الجارية من أبيها لانه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لان الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لانه لايحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها اليه ولا على سن البلوغ لان قولها حينئذ معتبر في اذنها وتوكيلها واقرارها واختيارها بخلاف مسئلتنا ولا يصح قياس مابعد السبع على ماقبلها لما ذكرنا في دليلنا

(فصل) اذا كانت الجارية عند الام أو عند الاب فانها تكون عنده ليلا ونهاراً لان تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الاخراج منه ولايمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط لان الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر ، وإن مرضت فالام أحق بتمريضها في بيتها ، وإن كان الغلام

ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استبقاؤه كالفاضل من كسبه أو كما لو مات ولدها وبقي لبنها

﴿ مسئلة ﴾ [ولا يجبر العبد على المخارجة وان اتفقا عليها جاز]

معنى المخارجة أن يضرب عليه خراجا معلوما يؤديه إلى سيده وما فضل للعبد لان ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وإن طلب العبد ذلك وأباه السيد لم يجبر عليه لما ذكرنا فان اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجرة وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجا فروي أن الزبير كان له الف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم

وجاء أبو لؤلؤة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ، ثم ينظر فان كان ذا كسب فجعل عليه بقدر ما يفضل عن كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فان لها به نفعاً فان العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في النفقة ويتسع به ، وان وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز وكذلك ان كلف من لا كسب له المخارجة لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب فانكم متى كلفتموه الكسب سرق ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فانكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ولانه متى كلف غير ذي الكسب خراجا كلفه مايغلبه وقد قال النبي ﷺ « لا تكلفوهم مايغلبهم وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه

عند الام بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلا ويأخذه الاب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة لان القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه ، وإن كان عند الاب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لان منعه من ذلك اغراء بالعقوق وقطيعة الرحم وإن مرض كانت الام أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به كالصغير وإن مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عندموته سواء كان ذكراً أو أنثى لان المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده فمشي ولده اليه أولى . فأما في حال الصحة فان الغلام يزور أمه لانها عورة فسترها أولى والام تزور ابنتها لان كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستروستر الجارية أولى لان الام قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية

(فصل) واذا أراد أحد الابوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لان في المسافرة بالولد اضرارا به وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا أوالبلد الذي ينتقل اليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة لان في السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب اليه لان فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذي ينتقل اليه آمناً وطريقه آمن فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الاب كل يوم ويرونه فتكون الام على حضانتها . وقال القاضي اذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الاقامة وهو قول

(مسألة) (ومتى امتنع السيد من الواجب عليه وطلب العبد البيع لزمه بيعه)

وجملة ذلك أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لان بقاء ملكه عليه مع الاخلال بسد خلاته اضرار به وازالة الضرر واجبة فوجب إزالته وكذلك أجبنا المرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها وقد روي في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال « عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني » وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده وطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد روى أبو داود عن أحمد أنه قيل له استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يكتسي ويطعمها مما يأكل ؟ قال لا تباع وان أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني ، وقال عطاء واسحاق في العبد يحسن اليه سيده وهو يستبيع لا يبيعه لان الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الانفاق عليها .

(مسئلة) (وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته)

له تأديب عبده وامته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز وليس له ضربه على غير ذنب ولا أن يضربه ضربا مبرحا وان أذنب ولا لطمه في وجهه ، وقد روي

بعض أصحاب الشافعي لان ذلك في حكم الاقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا . ولان مراعاة الاب له ممكنة والمنصوص عن احمد ماذكرناه وهو أولى لان البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر، وبما ذكرناه من تقديم الاب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي وقال أصحاب الرأي ان انتقل الاب فالام أحق به وإن انتقلت الام إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق وإن انتقلت إلى غيره فالاب أحق .

وحكي عن أبي حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالاب أحق وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق لان في البلد يمكن تعليمه وتخريجه

ولنا انه اختلف مسكن الابوين فكان الاب احق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكروه لايصح لان الاب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فإذا لم يكن في بلده ضاع فأشبه مالو كان في قرية ، وان انتقلا جميعاً الى بلد واحد فالام باقية على حضانتها وكذلك إن أخذه الاب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الام حضانتها ، وغير الام ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الاب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة

عن ابن مقرن المزني قال لقد رأيتني سابع سبعة مالنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي ﷺ باعتاقها وروي عن أبي مسعود قال كنت أضرب غلاما لي وإذا رجل من خلفي يقول اعلم أبا مسعود اعلم أبا مسعود فالتفت فاذا النبي ﷺ يقول « اعلم أبا مسعود لله أقدر عليك منك على هذا الغلام »

﴿ مسئلة ﴾ (والعبد التسري بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له التسري بها إلا باذنه)

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي وأبي ثور، وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، وللشافعي فيه قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولا ، وقال القاضي يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو تمليك يمين لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، وروى الاثرم عن ابن عمر باسناده أنه كان لايرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ، ولان العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر، وقولهم إن العبد لايملك المال ممنوع ، فان النبي ﷺ قال « من باع عبداً وله مال» فجعل المال له ولانه آدمي فيملك المال كالحر وذلك لانه بآدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم تكن أم أو تزوجت الام فأم الاب أحق من الخالة)

في هذه المسئلة فصلان (احداهما) أن الام اذا تزوجت سقطت حضانتها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن أنها لاتسقط بالتزويج

ونقل مهنا عن أحمد اذا تزوجت الام وابنها صغير أخذ منها، قيل له فالجارية مثل الصبي؟ قال لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وازالها عن الغلام . ووجه ذلك ماروي أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمي وأنا أخذتها ، وقال زيد بنت أخي لان رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ «الخالة أم» وسلمها إلى جعفر .رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهي مزوجة

والرواية الاولى هي الصحيحة . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل لقول رسول الله ﷺ للمرأة « أنت أحق به مالم تنكحي» ولانها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الاب أحظ له ولان منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة فانما قضى بها لخالتها لان زوجها من أهل الحضانة ولانه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر

تعالى خلق الاموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات ، قال الله تعالى (خلق لكم مافي الارض جميعا) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكاليف والعبادات فيكون أهلا للملك وكذلك ملك في النكاح ،وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لاحياة فيها باعتبار ما له إلى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

ولا يجوز له التسري إلا باذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له وطؤها حتى يأذن له فيه لان ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا باذن سيده فان اذن له فقال تسراها أواذنت لك في وطئها أو مادل عليه ابيح له ، وما ولده من التسري فحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها وان تسرى بغير اذن سيده فالولد ملك لسيده

(فصل) وإذا اذن له السيد في أكثر من واحدة فله التسري بما شاء نص عليه أحمد لان من جاز له التسري جاز له بغير حصر كالحر وان اذن له وأطلق فله التسري واحدة وكذلك إذا اذن له في التزويج لم يجز ان يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال أبو ثور إذا اذن له في التزويج فعقد على اثنتين في عقد جاز

ولنا ان الاذن المطلق يتناول أقل مايقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الاصل

بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى . وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لانه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الام إذا كانت متزوجة للاب ، ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للام أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقي ان التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل أن لا تسقط الا بالدخول وهو قول مالك لان به تشتغل عن الحضانة

ووجه الاول قول النبي ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » وقد وجد النكاح قبل الدخول ولان بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها

(الفصل الثاني) ان الام إذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الاب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور ، وروي عن أحمد ان الاخت والخالة أحق من الاب ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الاب وهو قول الشافعي القديم لانها تدلي بأم وأم الاب تدلي به فقدم من يدلي بالام كتقديم أم الام على أم الاب ولان النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال « الخالة أم »

ولنا أن أم الاب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الام ، ولان لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الام فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً في الجملة وليس النزاع فيه انما النزاع في الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم تدلي بأم قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الام على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وان علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة فأما أم أبي الام فلا حضانة لها لانها تدلي بأبي الام ولا حضانة له ولا لمن أدلى به

(فصل) فان اجتمعت أم أم وأم اب فأم الام أحق وان علت درجتها لان لها ولادة وهي تدلي بالام التي تقدم على الاب فوجب تقديمها عليها كتقديم الام على الاب ، وعن احمد ان أم الاب أحق وهو قياس قول الخرقي لانه قدم خالة الاب على خالة الام وخالة الاب أخت أمه وخالة الام أخت أمها فاذا قدم أخت أم الاب دل على تقديمها وذلك لانها تدلي بعصبة مع مساواتها للاخرى في الولادة فوجب تقديمها كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام ، وانما قدمت الام على الاب لانها التي تلي الحضانة بنفسها فكذلك أمه فانها أنثى تلي بنفسها فقدمت لما ذكرناه

كما لو اذن له في طلاق امرأته لم يكن له ان يطلق أكثر من طلقة ولان الزائد عن الواحدة يحتمل ان يكون غير مراد فيبقى على اصل التحريم كما لو شك في أصل الاذن

(فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد ان يتسرى إذا اذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع إذا اذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هانيء ويعقوب بن بختان ولم

(مسألة) قال (والاخت من الاب أحق من الاخت من الام وأحق من الخالة)

وجملته انه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والامهات وان علوا انتقلت الى الاخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن لانهن شاركن في النسب وقدمن في الميراث ولان العمات والخالات انما يدلين بأخوة الآباء والامهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة فالمدلي إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان اولى . وأولى الاخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لأب ثم من كان لأم نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال أبوحنيفة الاخت من الام أولى من الاخت من الاب وهو قول المزني وابن سريج لانها أدلت بالام فقدمت على المدلية بالاب كأم الام مع أم الاب وقال ابن سريج تقدم الخالة على الاخت من الاب لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان

ولنا ان الاخت من الاب أقوى في الميراث فقدمت كالاخت من الابوين ولا تخفى قوتها فانها أقيمت مقام الاخت من الابوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، وما ذكروه من الادلاء لا يلزم لان الاخت تدلي بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ولهما تعصيب فكانت أولى والله أعلم

(مسألة) قال (وخالة الاب أحق من خالة الام)

وجملته انه إذا عدمت الامهات والآباء والاخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات . نص عليه احمد ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات لانه قدم خالة الاب وهي أخت أمه على خالة الام وهي اخت امها فيدل ذلك على تقديم قرابة الاب على قرابة الام ولانهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام

وقال القاضي مراد الخرقي بقوله خالة الاب أي الخالة من الاب تقدم على الخالة من الام كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام لان الخالات أخوات الام فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الاخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات ، فان قلنا بتقديم الخالات فاذا انقرضن فالعمات بعدهن ، وان قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن ، فاذا عدمن انتقلت إلى خالات الاب على قول الخرقي وعلى القول الآخر إلى خالات الام ، وهل يقدم خالات الاب على عماته ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا في الخالات والعمات ، فأما عمات الام فلا حضانة لهن لانهن يدلين بأبي الام وهو رجل من ذوي الارحام لاحضانة له ولا لمن أدلى به

ار عنه خلاف هذا فظاهره انه إذا تسرى باذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياساً على النكاح ، وقال القاضي يحتمل أنه أراد بالتسري ههنا التزويج وسماه تسريا

(فصل) وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة وأولاهم الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الأخ من الابوين ثم الأخ من الاب ثم بنوهم وان سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الاب ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعي ، وقال بعض أصحابه لا حضانة لغير الآباء والاجداد لانهم لامعرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالاجانب

ولنا أن علياً وجعفراً اختصما في حضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولان لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالاب والجد، وفارق الاجانب فانهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ولان الاجانب تساووا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والاجداد ويقومون مقام الاب في التخيير للصبي بينه وبين الام أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية اذا بلغت سبعاً الا ابن العم فان الجارية لاتسلم اليه إذا بلغت سبعاً لانه ليس بمحرم لها

(فصل) فأما الرجال من ذوي الارحام كالخال والاخ من الام وأبي الام وابن الاخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لانه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات ولا حضانة الا يدلي بهم كأم أبي الام وابنة الخال وابنة الاخ من الام لانهن يدلين بمن لاحضانة له فاذا لم تثبت للمدلي فللمدلين به أولى، فان لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين (أحدهما) هم أولى لان لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم (والثاني) لاحق لهم في الحضانة وينتقل الامر إلى الحاكم والاول أولى

(فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء)

أولى الكل بها الام ثم أمهاتها وان علون يقدم منهن الاقرب فالاقرب لانهن نساء ولادتهن متحققة فهي في معنى الام . وعن أحمد ان ام الاب وأمهاتها مقدمات على أم الام ، فعلى هذه الرواية يكون الاب أولى بالتقديم لانهن يدلين به فيكون الاب بعد الام ثم أمهاته والاولى هي المشهورة عند اصحابنا وان المقدم الام ثم أمهاتها ثم الاب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الاب ثم أمهاته وان كن غير وارثات لانهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف ام أبي الام

وحكي عن احمد رواية اخرى ان الاخت من الام والخالة أحق من الاب فتكون الاخت من الابوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات، والاولى هي المشهورة في المذهب فاذا انقرض الآباء والامهات انتقلت الحضانة إلى الاخوات، وتقدم الاخت من الابوين ثم الاخت من الاب ثم الاخت

مجازاً ويكون له بعد الرجوع فيما ملك عبده وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لانه ماله بفعل أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه

من الام وتقدم الاخت على الاخ لانها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من في درجتها من الرجال كالام تقدم على الاب وأم الاب على أبي الاب وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لانها تلي الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه

وفيه وجه آخر انه يقدم عليها لانه عصبة بنفسه والاول أولى وفي تقديم الاخت من الابوين أو من الاب على الجد وجهان. وإذا لم تكن أخت فالاخ للابوين أولى ثم الاخ للاب ثم أبناؤهما ولا حضانة للاخ للام لما ذكرنا فاذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الاخوات، ولا حضانة للاخوال فاذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الاعمام كتقديم الاخوات على الاخوة ثم العم للابوين ثم العم للاب ولا حضانة للعم من الام، ثم أبناؤهما ثم إلى خالات الاب على قول الخرقي وعلى القول الآخر إلى خالات الام ثم إلى عمات الاب ولا حضانة لعمات الام لانهن يدلين باب الام ولا حضانة له، وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة

(فصل) فان تركت الام الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان (أحدهما) تنتقل إلى الاب لان أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فاذا أسقطت حقها سقط فروعها (والثاني) تنتقل إلى أمها وهو أصح لان الاب أبعد فلا تنتقل الحضانة اليه مع وجود أقرب منه كما لا تنتقل إلى الاخت وكونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها وهكذا الحكم في الاب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين وان كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الاخت من الابوين حقها لم يسقط حق الاخت من الاب لان استحقاقها من غير جهتها وليست فرعا عليها

(مسئلة) قال (واذا أخذ الولد من الام اذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة والمزني قال ان كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها لان الزوجية قائمة فأشبه مالو كانت في صلب النكاح

ولنا أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن وقولهم إنها زوجة قلنا إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل وعقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج

(فصل) وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل ان عتق الرقيق وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ

(فصل) وعليه اطعام بهائمه وسقيها والقيام بها ولا انفاق عليها وما تحتاج اليه من علفها وسقيها أو

الصغير عاد حقهم من الحضانة لان سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع فاذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف)

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له المنع كالخروج من منزله، فان اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته

(فصل) فان أرادت ارضاع ولدها منه فكلام الخرقي يحتمل وجهين (أحدهما) أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعي لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه مالو كان الولد من غيره (والثاني) ليس له منعها فانه قال وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وهذا خبر يراد به امر وهو عام في كل والدة، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا في الوجه الاول إنه يخل باستمتاعه قلنا ولكن لايفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعا كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الام في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى

(فصل) وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة وله منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لان منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه فأشبه مالو اشترى أمة مستأجرة أو داراً مشغولة، فان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع، وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضاء الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن الولي فيه ولانه يجوز له الوطء مع إذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر الصبي ويسقط حقوقه

اقامة من يرعاها لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ قال « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي اطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الارض » متفق عليه

(فصل) وان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع باذن زوجها جاز ولزم العقد لان الحق لهما ولايخرج عنهما وان آجرتها بغير اذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها؛ وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر يصح لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر

(مسئلة) قال (وعلى الاب أن يسترضع لولده الا أن تشاء الام أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين:

[أولهما] أن رضاع الولد على الاب وحده وليس له اجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم اجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة] والمشهور عن مالك أنها ان كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قوله تعالى [وان تعاسرتم فسترضع له أخرى] واذا اختلفا فقد تعاسرا ولان الاجبار على الرضاع لايخلو اما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أولهما: لايجوز أن يكون لحق الزوج فانه لايملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به، ولايجوز أن يكون لحق الولد فان ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولانه مما يلزم الوالد لولده فلزم الاب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة، ولايجوز أن يكون لهما لان مالا مناسبة فيه لايثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض ولانه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر

[الفصل الثاني] ان الام اذا طلبت ارضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الاب مرضعة متبرعة أو لم يجد، وقال أصحاب الشافعي ان كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من ارضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الاحيان وان استأجرها على رضاعه لم يجز لان المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له وان أرضعت الولد فهل

(مسئلة) (ولايحملها ما لا تطيق)

لانها في معنى العبد وقد منع النبي ﷺ تكليف العبد مالا يطيق، ولان فيه تعذيب الحيوان الذي

لها أجر المثل على وجهين وان كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه الى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لانه لايلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة ان طلبت الاجر لم يلزم الاب بذلها لها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الاخلال بأحدهما

ولنا على الاول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كاجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم إن المنافع مملوكة له غير صحيح فانه لو ملك منفعة الحضانة لملك اجبارها عليها ولم تجز اجارة نفسها لغيره باذنه ولكانت الاجرة له وانما امتنعت اجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الاوقات ولهذا جازت باذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي، وأما الدليل على وجوب تقديم الام إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله سبحانه (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ولان الام أحنى وأشفق ولبنها امرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الاجنبية رضاعه بأجر مثلها ولان في رضاع غيرها تفويتاً لحق الام من الحضانة واضراراً بالولد لايجوز تفويت حق الحضانة الواجب والاضرار بالولد لغرض اسقاط حق أوجبه الله تعالى على الاب، وقول أبي حنيفة يفضي الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الام في ارضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه فأما ان طلبت الام أكثر من أجر مثلها ووجد الاب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لانها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله (فسترضع له أخرى) وإن لم يجد مرضعة الا بمثل تلك الاجرة فالام أحق لانهما تساوتا في الاجر فكانت الام أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

(فصل) وان طلبت ذات الزوج الاجنبي ارضاع ولدها بأجرة مثلها باذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لان الام انما منعت من الارضاع لحق الزوج فاذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك

(فصل) وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولانها تستحق عليه قدر كفايتها فاذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم

له حرمة في نفسه ولايجلب من لبنها ما يضر بولدها لان كفايته واجبة على مالكه وان أمه مخلوق

باب نفقة المماليك

﴿ مسئلة ﴾ قال رحمه الله (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والاجماع : أما السنة فما روى أبو ذر عن النبي ﷺ انه قال « اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم مايغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم » متفق عليه

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « للملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل مالا يطيق » رواه الشافعي في مسنده وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ولأنه لابد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله عليه السلام « للملوك طعامه وكسوته بالمعروف » والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله «فليطعمه مما يأكل » فجمعنا بين الخبرين وحملنا خبر أبي هريرة على الاجزاء وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته لان الكل ماله فان جعل نفقته في كسبه فكانت وفق الكسب صرفه اليها وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيده وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها . وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والاولى أن يلبسه من لباسه لقوله عليه السلام « وليلبسه مما يلبس » ويستحب أن يساوي بين عبيده الذكور في الكسوة والاطعام وبين امائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يزيدها للاستمتاع في الكسوة لان ذلك حكم العرف ولان غرضه تجميل من يزيدها للاستمتاع بخلاف الخادمة

(فصل) اذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل فان لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « اذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه فان أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين » رواه البخاري ومعنى ترويغ اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها اليه ولأنه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه إياه ، وقد قال الله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) الآية ولان نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

له فاشبه ولد الأمة فان امتنع عن الانفاق عليها أجبر على ذلك فان أبى أو عجز اجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مما تذبح ، وقال أبو حنيفة لايجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر

(فصل) ولا يكلفه من العمل مالا يطيق وهو مايشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذر ولان ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الاضرار به

(فصل) ولا يجبر المملوك على المخارجة ومعناه أن يضرب عليه خراجا معلوما يؤديه وما فضل للعبد لان ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وإن طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضاً فان اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجره وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجا فروي أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ، ثم ينتظر فإن كان ذا كسب يجعل عليه بقدر مايفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فان لهما به نفعاً فان العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك ان كان من لا كسب له المخارجة لم يجز لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لاتكلفوا الصغير الكسب فانكم متى تكلفوه الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فانكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ولانه متى كلف غير ذي الكسب خراجا كلفه مايغلبه وقد قال النبي ﷺ « لاتكلفوهم مايغلبهم » وربما حمله ذلك على ان يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه

[فصل] وان مرض المملوك أو زمن أو عمي أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والانفاق عليه لان نفقته تجب بالملك ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب

« مسألة » قال (وان زوج المملوك اذا احتاج الى ذلك)

وجملة ذلك أنه يجب على السيد اعفاف مملوكه اذا طلب ذلك وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لايجبر عليه لان فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كطعام الحلواء

ولنا قوله تعالى [وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم] والامر يقتضي الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب . وروي عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب اعفافهما لما لحق السيد الاثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمته اجابته كالمحجور عليه للسفه ولان

لان البهيمة لايثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى أنه لايصح منها الدعوى ولا ينصب عنها خصم فصارت كالزرع والشجر

النكاح مما تدعو اليه الحاجة غالباً ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء . اذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها وله أن يزوجه عند طلبه لان هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة اليه ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره فان اجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز فأما الامة فالسيد مخير بين تزويجها اذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره لان المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما .

(فصل) واذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلا لان اذنه في النكاح اذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ماقدمنا

﴿ مسألة ﴾ قال (فان امتنع أجبر على بيعه اذا طلب المملوك ذلك)

وجملته أن السيد اذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لان بقاء ملكه عليه مع الاخلال بسد خلاته اضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجبت إزالته ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها

وقد روي في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال « عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني » وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه وقد نص عليه احمد . قال ابو داود قيل لابي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يلبس ويطعمها مما يأكل ؟ قال لاتباع وإن أكثرت من ذلك الا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني ، وقال عطاء واسحاق في العبد يحسن اليه سيده وهو يستبيع : لايبيعه لان الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الانفاق عليها

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس عليه نفقة مكاتبه الا أن يعجز)

لاخلاف في أن المكاتب لاتلزم سيده نفقته لان الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب اكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيها فلا يملك استخدامه ولا اجارته ولا اعارته ولا أخذ كسبه ولا ارش الجناية عليه ولا يلزمه اداء ارش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه فاذا عجز عاد رقيقاً قناً وعاد اليه ملك نفعه واكسابه فعادت عليه نفقته كما لو اشتراه بعد بيعه

ولنا أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان اجباره عليها كنفقة العبد فان عجز عن الانفاق

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس له أن يسترضع الامة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريه)

أما اذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لايفضل عنه فليس له ذلك لان فيه اضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها الى غيره مع حاجته اليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته فان كان فيها فضل عن ري ولدها جاز لانه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها وكما لو مات ولدها وبقي لبنها

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا رهن المملوك أنفق عليه سيده)

وذلك لقول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ونفقته من غرمه» ولانه ملك الراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن وقد ذكرت هذه المسئلة في باب الرهن

﴿مسألة﴾ قال (واذا أبق العبد فلمن جاء به الى سيده ما أنفق عليه)

انما كان كذلك لان نفقة العبد على سيده وقد قام الذي جاء به مقام سيده في الواجب عليه فرجع به عليه كما لو أذن له ، وقال الشافعي لايرجع بشيء لانه متبرع بانفاق لم يجب عليه

ولنا أنه أدى عنه ماوجب عليه عند تعذر ادائه منه فرجع به عليه كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الانفاق على امرأته مايجب عليه من النفقة ويتخرج أن لايرجع بشيء بناء على الرواية الاخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده أو الوديعة أو الجمال اذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر

(فصل) وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز وليس له ضربه على غير ذنب ولا ضربه ضربا مبرحا وإن أذنب، ولا لطمه في وجهه وقد روي عن ابن مقرن المزني قال لقد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي ﷺ باعتاقها فأعتقناها . وروي عن أبي مسعود قال كنت اضرب غلاما لي فاذا رجل من خلفي يقول «اعلم أبا مسعود اعلم ابامسعود » فلتفت فاذا النبي ﷺ يقول « اعلم أبا مسعود ان الله أقدر عليك منك على هذا الغلام»

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والانفاق عليها ماتحتاج اليه من علفها أو إقامة من يرعاها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الارض» متفق عليه. فان امتنع من الانفاق عليها أجبر على ذلك فان أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مما يذبح . وقال أبو حنيفة لايجبره السلطان بل يأمره به

وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه

كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر لان البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى انه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزرع والشجر

ولنا انها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد ويفارق نفقة الشجر والزرع فانها لا تجب فان عجز عن الانفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته وان عطبت البهيمة فلم ينتفع بها فان كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والانفاق عليها وان كانت مما لا يؤكل أجبر على الانفاق عليها كالعبد الزمن على ما ذكرناه فيما مضى ولا يجوز ان يحمل البهيمة ما لا تطيق لانها في معنى العبد وقد منع النبي ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق. لان فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه وإضراراً به وذلك غير جائز ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها لان كفايته واجبة على مالكه ولابن أمه مخلوق له فأشبه ولد الامة

كتاب الجراح

يعني كتاب الجنايات وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به . والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان ، وسموا الجنايات على الاموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافا

(فصل) وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا

إذا اعسر بنفقة امرأته فان عطبت البهيمة فلم ينتفع بها فان كانت مما لا يؤكل اجبر على الانفاق عليها كالعبد الزمن وان كانت ما يؤكل خير بين ذبحها والانفاق عليها على ما ذكرناه

(كتاب الجنايات)

الجنايات كل فعل عدوان على نفس او مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الابدان وسموا الجنايات على الاموال غصبا ونهبا وسرقة وخيانة واتلافا واجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) وقال (وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا إلا خطأ) وقال (ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم) الآية واما السنة فروى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد ان لا آله إلا الله وأني رسول الله إلا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه والمفارق للجماعة » متفق عليه وروى عثمان وعائشة

لوليه سلطاناً) وقال تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ) وقال (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) الآية .

وأما السنة فروى عبدالله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « لايحل دم امرىء مسلم يشهد ان لا إله إلا الله واني رسول الله إلا باحدى ثلاث : الثيب الزاني، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » متفق عليه ، وروى عثمان وعائشة عن النبي ﷺ مثله في آي وأخبار سوى هذه كثيرة ، ولا خلاف بين الامة في تحريمه فان فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر اهل العلم وقال ابن عباس ان توبته لاتقبل للآية التي ذكرناها وهي من آخر مانزل. قال ابن عباس ولم ينسخها شيء ولان لفظ الآية لفظ الخبر والاخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لان خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقا

ولنا قول الله تعالى (إن الله لايغفر أن يشرك به ويغفر مادون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا في المشيئة . وقال تعالى (ان الله يغفر الذنوب جميعاً) وفي الحديث عن النبي ﷺ « ان رجلا قتل مائة رجل ظلماً ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله اليهم ملكا فقال قيسوا مابين القريتين فالى أيهما كان

عن النبي ﷺ مثله في آي واخبار كثيرة ولاخلاف بين الامة في تحريمه فان فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله ان شاء عذبه وان شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم وقال ابن عباس لا تقبل توبته للاية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل ولم ينسخها شيء ولان لفظ الآية لفظ الخبر والاخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لان خبر الله تعالى لايكون إلا صدقا

ولنا قول الله تعالى (ان الله لا يغفر ان يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا في المشيئة وقال تعالى (ان الله يغفر الذنوب جميعاً) وفي الحديث عن النبي ﷺ « ان رجلا قتل مائة رجل ظلما ثم سئل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن خرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائبا فادركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله عز وجل ملكا فقال قيسوا ما بين القريتين فالى أيهما أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها» أخرجه مسلم ولان التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى والآية محمولة على من قتله مستحلا ولم يتب أو على ان هذا جزاؤه ان جازاه الله وله العفو ان شاء وقوله لا يدخلها النسخ قلنا يدخلها التخصيص والتأويل

(مسألة) (والقتل على أربعة اضرب عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ)

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى عمد وشبه عمد وخطأ روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال

أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب الى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها » ولان التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى ، والآية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه وله العفو إذا شاء . وقوله لايدخلها النسخ قلنا لكن يدخلها التخصيص والتأويل

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والقتل على ثلاثة أوجه عمد وشبه العمد وخطأ)

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى هذه الاقسام الثلاثة روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » رواه أبو داود وفي لفظ «قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ماذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسما رابعا وهو ماأجري مجرى الخطأ نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله أو يقع عليه من علو والقتل بالسبب كحفر البئر ونصل السكين وقتل غير المكاف أجري

الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فاما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « ألا ان في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصى مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » رواه أبو داود وفي لفظ « قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه شيخنا في هذا الكتاب أربعة أقسام فزاد ما أجري مجرى الخطأ على ماذكرناه وكذلك قسمه أبو الخطاب وهو ان ينقلب النائم على شخص فيقتله ومن يقتل بالسبب كحفر البئر ونحوه وكذلك قتل غير المكلف وهذه الصور عند الاكثرين من قسم الخطأ اعطوه حكمه

(مسألة) (والعمد ان يقتله بما يغلب على الظن موته به عالما بكونه آدميا معصوما وهو تسعة أقسام)

(أحدها) ان يجرحه بما له مور في البدن من حديد أو غيره مثل ان يجرحه بسكين أو يغرزه بمسلة أو ما في معناه مما يحدد ويجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب والقصب والعظم فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيرا فمات فهو قتل عمد لا اختلاف فيه بين العلماء فيما علمنا فاما ان جرحه جرحا صغيراً كشرطة الحجام أو غرزه بابرة أو شوكة أو جرحه جرحا صغيراً بكبر في غير مقتل فمات في الحال ففي كونه عمدا وجهان (أحدهما) لا قصاص فيه قاله ابن حامد لان الظاهر أنه لم يمت منه ولانه لا يقتل غالبا أشبه العصى والسوط

الخطأ وان كان عمداً وهذه الصورة التي ذكرها عند الاكثرين من قسم الخطأ فان صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من أهل القصد الصحيح فسموه خطأ فاعطوه حكمه وقد صرح الخرقي بذلك فقال في الصبي والمجنون عمدهما خطأ

﴿ مسئلة ﴾ قال (فالعمد ما ضرب به بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف)

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

[أحدهما] أن يضربه بمحدد وهو مايقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيراً فمات فهو قتل عمد لاخلاف فيه بين العلماء فيما علمناه، فاما ان جرحه جرحا صغيراً كشرطة الحجام أوغرزة بابرة أو شوكة نظرت، فان كان في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الاذن فمات فهو عمد أيضا لان الاصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل وإن كان في غير مقتل نظرت فان كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير لأن

(والثاني) فيه القصاص لان المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل مالو قطع شحمة اذنه أو أنملته ولانه لما لم يمكن ادارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محددا ولا يعتبر ظهور الحكمة في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمنا مع ان العمد لايخلو من احاد لآ ة والفعل بسرعة الافضاء وابطائه ولان في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فاشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه لم يفرق بين الصغير والكبير وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي من التفصيل نحو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان بقي من ذلك ضمنا حتى مات أو كان الغرز بها في مقتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض)

اما إذا كان الجرح في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ أو أصل الاذن فمات فهو عمد محض يجب به القصاص وكذلك ان بالغ في إدخال الابرة ونحوها في البدن لانه يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير، وان بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لان الظاهر أنه مات به، قاله أصحابنا وقيل لايجب به القصاص لانه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة ان القتل لايحصل به غالبا لما افترق بين موته في الحال وموته متراخيا كسائر مالايجب به قصاص

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع سلعة من أجنبي بغير اذنه فمات فعليه القود لانه جرحه بغير اذنه جرحا لايجوز له

هذا يشتد ألمه ويفضي الى القتل كالكبير ، وان كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفا كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا ان بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لان الظاهر أنه مات منه وان مات في الحال ففيه وجهان (أحدهما) لاقصاص فيه قاله ابن حامد لان الظاهر أنه لم يمت منه ولانه لايقتل غالبا فاشبه العصا والسوط ، والتعليل الاول أجود لانه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهرا كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالبا لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخيا عنه كسائر ما لا يجب به القصاص (والثاني) فيه القصاص لان المحدد لايعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة اذنه،أوقطع أنملته،ولانه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغابة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ولايعتبر ظهور الحكم في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما اذا بقي ضمنا مع أن العمد لايختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الافضاء وابطائه،ولان في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبي حنيفة وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

(النوع الثاني) القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً ، وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي

فكان عليه القود إذا تعمد كغيره وان قطعها حاكم من صغير أو وليه فمات فلا قود لان له فعل ذلك وقد فعله لمصلحته فأشبه مالو ختنه

(الثاني) ان يضربه بمثقل فوق عمود الفسطاط أو بما يغلب على الظن موته به كاللت والكوذين والسندان أو حجر كبير أو يلقي عليه حائطا أو سقفا أو يلقيه من شاهق أو يكرر الضرب بصغير أو يضربه في مقتل أوفي حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أوحر أو برد أو نحوه

وجملة ذلك انه إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهو عمد موجب للقصاص وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف وأبو محمد وقال الحسن لاقود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لاقود إلا ان يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان،واحتج بقول النبي ﷺ « الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل » فسماه عمد الخطأ واوجب فيه الدية دون القصاص ولان العمد لايمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولايمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) وهذا مقتول ظلما وقوله سبحانه (كتب عليكم القصاص في القتلى) وروى أنس أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول

ليلى ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وقال الحسن لاقود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لاقود في ذلك الا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبي ﷺ «الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل» فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولان العمد لايمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولايمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح

ولنا قول الله تعالى [ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا] وهذا مقتول ظلما ، وقال الله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى)

وروى أنس ان يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين متفق عليه وروى أبو هريرة قال قام رسول الله ﷺ فقال « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما يودى واما أن يقاد » متفق عليه ولانه يقتل غالبا فاشبه المحدد ، وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لانه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد مايشبههما ، وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فاننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فاذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولانه لايصح ضبطه بالجرح بدليل مالوقتله بالنار أو بمثقل الحديد اذا ثبت هذا فان هذا النوع يتنوع أنواعاً

الله ﷺ بين حجرين متفق عليه ، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله ﷺ فقال « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما ان يقاد » متفق عليه ولانه يقتل غالبا أشبه المحدد وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لانه ذكر العصى والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما أشبههما وقولهم لايمكن ضبطه ممنوع فانا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به وإذا شككنا لم نوجبه مع الشك والجرح الصغير قد سبق القول فيه ولانه لايصح ضبطه بالجرح بدليل مالوقتله بالنار، والمراد بعمود الفسطاط الذي ذكره ههنا العمد التي تتخذها العرب لبيوتها وفيها دقة وانما حد الموجب للقصاص بفوق عمود الفسطاط لان النبي ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود الفسطاط فقتلتها وجنينها قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لاتحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وان كان أعظم منه كعمد الخيام فهو كبير يقتل غالبا فيجب فيه القصاص، ومن هذا النوع أن يلقي عليه جداراً أو صخرة أو خشبة عظيمة أو يلقيه من شاهق فيهلكه ففيه القود لانه يقتل غالبا، ومن ذلك أن يضربه بمثقل صغير أو حجر صغير أو يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف المضروب لمرض أو صغر أو في حر مفرط أو برد شديد بحيث يقتله بتلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا فقتله ففيه القود لانه قتله بما يقتل غالبا أشبه المثقل

(أحدها) أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالبا سواء كان من حديد كالات والسندان والمطارقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرقي الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعني العمد التي يتخذها الاعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالبا فلم يردها الخرقي ، وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لان النبي ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها قضى النبي ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها ، والعاقلة لاتحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وإن كان أعظم منه فهو عمد لانه يقتل غالبا ، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطا أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ماأشبه مما يهلكه غالبا فيهلكه ففيه القود لانه يقتل غالبا

(النوع الثاني) أن يضربه بمثقل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير او يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر او البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا ففيه القود لانه قتله بما يقتل مثله غالبا فأشبه الضرب بمثقل كبير ، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالبا فعليه القود ، وإن لم يكن كذلك في جميع ماذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لانه لم يمت به وكذلك ان مسه بالكبير ولم يضربه به لان الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل

الكبير وان لم يكن كذلك ففيه الدية لانه عمد الخطأ إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لانه لم يمت به وكذلك ان مسه بالكبير ولم يضربه به لان الدية انما تجب بالقتل وليس هذا قتلا

(النوع الثالث) (ألقاه في زبية أسد أو أنهشه كلبا أو سبعا أو حية أو ألسعه عقربا من القواتل ونحو ذلك فقتله فيجب به القصاص)

اذا جمع بينه وبين أسد أو نحو في مكان ضيق كزبية أو نحوها فقتله فهو عمد فيه القصاص اذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله وان فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لان السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله فان ألقاه مكتوفا بين يدي الاسد أو النمر في فضاء فقتله فعليه القود وكذلك ان جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود ، وقال القاضي لاضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لان الاسد والحية يهربان من الآدمي ، ولان هذا سبب غير ملجيء

ولنا أن هذا يقتل غالبا فكان عمداً محضا كسائر الصور ، وقولهم إنهما يهربان لا يصح فان الاسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي له ليأكله ؟ والحية انما تهرب في مكان واسع أما اذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة ، وقد ذكر القاضي فيمن ألقي

(النوع الثالث) أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان (أحدهما) أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة او شيء بحيث يرتفع عن الارض فيختنق ويموت فهذا عمدسواء مات في الحال أو بقي زمنا لان هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين (والضرب الثاني)أن يخنقه وهو على الارض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا ان فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي ، وان فعله في مدة لايموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيراً في العادة بحيث لايتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لانه بمنزلة لمسه ، وان خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود لانه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح وان تنفس وصح ثم مات فلا قود لان الظاهر انه لم يمت منه فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات

(النوع الرابع) أن يلقيه في مهلكة وذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالبا فيموت فهو عمد (الثاني) أن يلقيه في نار أو ماء يغرقه ، ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء أو النار واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه

مكتوفا في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فانه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر ؛ والصحيح أنه لاقصاص ههنا ويجب الضمان لانه فعل به فعلا متعمداً تلف به لانه يقتل مثله غالبا وان أنهشه حية او سبعا فقتله فعليه القود اذا كان ذلك مما يقتل غالبا فان كان مما لايقتل غالبا كثعبان الحجاز او سبع صغير ففيه وجهان (احدهما) فيه القود لان الجرح لايعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولان الحية من جنس مايقتل غالبا

(والثاني) هو شبه عمد لانه لايقتل غالبا اشبه الضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير وان ألسعه عقربا من القواتل فقتلته فهو كالوأنهشه حية يوجب القصاص لانه يقتل غالبا، فان كتفه والقاه في ارض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض

ولنا انه فعل به فعلا لايقتل مثله غالبا فافضى الى إهلاكه اشبه مالو ضربه بعصا فمات وكذلك ان القاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء اليه فان كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه في ذلك الوقت فمات به فهو عمد محض وان كانت الزيادة غير معلومة اما لكونها تحتمل الوجودوعدمه اولا تعهد أصلا فهو شبه عمد

(النوع الرابع) القاه في ماء يغرقه اونار لايمكنه التخلص منها اما لكثرة الماء والنار واما لعجزه

مربوطا أو منعه الخروج أو كونه في حفيرة لايقدر على الصعود منها ونحو هذا أو القاه في بئر ذات نفس فمات به عالما بذلك فهذا كله عمد لانه يقتل غالبا، وان القاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية لان هذا الفعل لم يقتله، وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، وان تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بادنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لان هذا لايقتل غالبا وهل يضمنه؟ فيه وجهان (أحدهما) لايضمنه لانه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه [والثاني] يضمنه لانه جان بالالقاء المفضي الى الهلاك، وترك التخلص لايسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع امكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء لانه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد، وأما النار فيسيرها يهلك وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله انا قادر على التخلص أو نحو هذا لان النار لها حرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به أو أذهبت عقله بألمها وروعتها، وان القاه في لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان [أحدهما] عليه القود لانه ألقاه في مهلكة فهلك فأشبه مالو غرق فيها (والثاني) لاقود عليه لانه لم يهلك بها أشبه مالو قتله آدمي آخر، وان القاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لان الذي فعله لايقتل غالبا وعليه ضمانه لانه هلك بفعله

عن التخلص لمرض او ضعف أو صغر أو كونه في حفرة لايقدر على الصعود منها ونحو هذا او القاه في بئر ذات نفس فمات عالما بذلك فهذا كله عمد لانه يقتل غالبا، وان القاه في ماء يسير فقدر على الخروج منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا شيء فيه لان هذا الفعل لم يقتله وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، فان تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بادنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لان هذا لايقتل غالباً وهل يضمنه؟ فيه وجهان

(احدهما) لايضمنه لانه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمنه كما لو القاه في ماء يسير لكن يضمن ماأصابت النار منه

(والثاني) يضمنه لانه جان بالالقاء المفضي الى الهلاك وترك التخلص لايسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع امكانه او جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء اليسير لانه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة واما النار فيسيرها مهلك وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله أنا قادر على التخلص او نحو هذا لان النار لها حرارة شديدة فربما ازعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به أو اذهبت عقله بألمها وروعتها

(الخامس) (خنقه بحبل او غيره او سد فمه وانفه او عصر خصيتيه حتى مات)

اذا منع خروج نفسه بأن يخنقه بحبل او غيره وهو نوعان (احدهما) ان يخنقه بان يجعل في عنقه

(الضرب الثالث) ان يجمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق كزبية ونحوها فيقتله فهذا عمد فيه القصاص اذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وان فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لان السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله ،وان القاه مكتوفا بين يدي الاسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود وكذلك ان جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود ، وقال القاضي لاضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لان الاسد والحية يهربان من الآدمي ولان هذا سبب غير ماجيء

ولنا أن هذا يقتل غالباً فكان عمداً محضاً كسائر الصور ، وقولهم انهما يهربان غير صحيح فان الاسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي اليه ليأكله ؟ والحية انما تهرب في مكان واسع أما إذا ضاق المكان فالغالب انها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة

وقد ذكر القاضي فيمن ألقي مكتوفا في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فانه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر، والصحيح انه لاقصاص ههنا ويجب الضمان لانه فعل به فعلا متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالباً،وان انهشه حية أو سبعاً فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالباً فان كان مما لايقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان [أحدهما] فيه القود لان

خراطة ثم يعلقه في خشبة او شيء بحيث يرتفع عن الارض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال او بقي زمنا لان هذا اوحى انواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله في اللصوص واشباههم من المفسدين

(الثاني) ان يخنقه وهو على الارض بيديه او حبل او يغمه بوسادة او شيء يضعه على فيه وانفه او يضع يديه عليهما فيموت فهذا ان فعل به ذلك في مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي ، وان كان في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ ويلتحق بذلك مالو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالبا ، وان لم يكن كذلك فهو شبه عمد الا ان يكون ذلك يسيراً في الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لانه بمنزلة لمسه ، ومتى خنقه وتركه متألما حتى مات ففيه القود لانه مات من سراية جنايته فهو كسراية الجرح وان تنفس وصح ثم مات فلا قود لان الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات

(السادس) حبسه ومنعه الطعام او الشراب حتى مات جوعا وعطشا في مدة يموت في مثلها غالبا فعليه القود لان هذا يقتل غالبا، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والاحوال فاذا عطشه في شدة الحر مات في الزمن القليل وان كان ريان والزمن بارد او معتدل لم يمت الا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه ، فان كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود وان كان في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ

الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولأن الحية من جنس ما يقتل غالباً (والثاني) هو شبه العمد لأنه لا يقتل غالباً أشبه الضرب بالعصا والحجر . وان كتفه وألقاه في ارض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد، وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض

ولنا أنه فعل به فعلا لا يقتل مثله غالباً عمداً فأفضى إلى هلاكه أشبه مالو ضربه بعصا فمات ، وكذلك ان ألقاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء اليه. فأما ان كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض وان كانت غير معلومة إما لكونها محتمل الوجود وعدمه أو لا تعهد أصلا فهو شبه عمد

(الضرب الرابع) أن يحبسه في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لأن هذا يقتل غالباً وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والاحوال فاذا كان عطشان في شدة الحر مات في الزمن القليل وان كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه وان كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود ، وان كان لا يموت في مثلها غالباً ففيه القود وان كان لا يموت في مثلها غالباً فهو عمد الخطأ وان شككنا فيها لم يجب القود لاننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

(النوع الخامس) أن يسقيه سما او يطعمه شيئاً قاتلا فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً ، وان خلطه بطعام وقدمه اليه فأكله أو أهداه اليه او خلطه بطعام رجل ولم

وان شككنا فيها لم يجب القود لانا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

(السابع) سقاه سما لا يعلم به أو خلطه بطعام فأطعمه أو خلطه بطعامه فأكله وهو لا يعلمه فمات فعليه القود إذا كان مثله يقتل غالباً وقال الشافعي في أحد قوليه لاقود عليه لانه أكله مختاراً فاشبه مالو قدم اليه سكينا فطعن بها نفسه ، ولان أنس بن مالك روى ان يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها النبي ﷺ وبشر بن البراء فلم يقتلها النبي ﷺ قال وهل تجب الدية ؟ فيه قولان ، قلنا حديث اليهودية حجة لنا فإن أبا سلمة قال فيه فمات بشر فأمر بها النبي ﷺ فقتلت أخرجه أبو داود ولان هذا يقتل غالبا ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً فاوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فاما حديث انس فلم يذكر فيه ان أحداً مات منه ولا يجب القصاص إلا ان يقتل به ويجوز ان يكون النبي ﷺ لم يقتلها قبل ان يموت بشر فلما مات أرسل اليها النبي ﷺ فاعترفت فقتلها فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ، ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ويجوز ان يترك قتلها لكونها ماقصدت قتل بشر انما قصدت قتل النبي ﷺ فاختل العمد بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين فانها لا تقدم إلى الانسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فاشبه ما لو قدم

ذلك فأكله فعليه القود لانه يقتل غالباً . وقال الشافعي في أحد قوليه لاقود عليه لانه أكله مختاراً فأشبه مالو قدم اليه سكيناً فطعن بها نفسه . ولان انس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها النبي ﷺ ولم يقتلها النبي ﷺ . قال وهل يجب القود ؟ فيه قولان

ولنا خبر اليهودية فان أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء فأمر بها النبي ﷺ فقتلت . أخرجه أبو داود ولان هذا يقتل غالباً ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه ان أحداً مات منه . ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ويجوز أن يكون النبي ﷺ لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء فلما مات ارسل اليها النبي ﷺ فسألها فاعترفت فقتلها ، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء انما قصدت قتل النبي ﷺ فاختل العمد بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين لانها لاتقدم الى إنسان ليقتل بها نفسه انما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبه مالو قدم اليه السم وهو عالم به . فأما ان خلط السم بطعام نفسه وتركه في منزله فدخل انسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لانه لم يقتله وانما الداخل قتل نفسه فأشبه مالو حفر في داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الآكل مثل أن يعلم ظالما يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئراً في داره ليقع فيها اللص

اليه السم وهو عالم به ، فأما ان أكله وهو عالم به وهو بالغ عاقل فلا ضمان عليه كما لو قدم اليه سكينا فوجأ بها نفسه

(مسألة) (فان خلط السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله فأكله فلا ضمان عليه)

لانه لم يقتله وانما الداخل قتل نفسه فاشبه ما لو حفر في داره بئرا فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الداخل مثل ان يعلم ان ظالما يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئرا في داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ولو دخل رجل باذنه فأكل الطعام المسموم بغير اذنه لم يضمنه لذلك

(مسألة) (وان ادعى القاتل بالسم إنني لم أعلم أنه سم قاتل لم يقبل قوله في أحد الوجهين)

لان السم من جنس ما يقتل غالبا فاشبه مالو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه (والثاني) لاقود عليه لانه لايجوز ان يخفى عليه أنه قاتل وهذا شبهة ليسقط بها القود فيكون شبه عمد

(فصل) فان سقي إنسانا سما أو خلطه بطعامه فأكل وهو لا يعلم به وهو مما لا يقتل مثله غالبا فهو شبه عمد فان اختلف فيه هل يقتل غالبا أولا وثم بينة تشهد عمل بها وان قالت تقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير ذلك عمل على حسب ذلك فان لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي لان

إذا دخل ليسرق منها . ولو دخل رجل باذنه فأكل الطعام المسموم بغير اذنه لم يضمنه لذلك . وإن خلطه بطعام رجل أو قدم اليه طعاما مسموما وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه لانه أكله عالما بحاله فأشبه مالو قدم اليه سكينا فوجأ بها نفسه . وإن سقى انسانا سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد . فان اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا؟ وثم بينة تشهد عمل بها وان قالت البينة هو يقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير هذا عمل على حسب ذلك . وان لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي لان الاصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولانه أعلم بصفة ماسقى . وإن ثبت انه قاتل فقال لم أعلم انه قاتل ففيه وجهان (أحدهما) عليه القود لان السم من جنس مايقتل به غالباً فأشبه مالو جرحه وقال لم اعلم انه يموت منه (والثاني) لاقود عليه لانه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذه شبهة يسقط بها القود

﴿النوع السادس﴾ أن يقتله بسحر يقتل غالباً فيلزمه القود لانه قتله بما يقتل غالباً فأشبه ما لو قتله بسكين ، وان كان مما لا يقتل غالباً أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص لانه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا

﴿النوع السابع﴾ أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً وذلك أربعة أضرب (أحدها) أن يكره رجلا على قتل آخر فيقتله فيجب القصاص على المكره والمكره جميعاً وبهذا قال مالك . وقال ابو حنيفة ومحمد يجب القصاص على المكره دون المباشر لقوله عليه الصلاة والسلام «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما

الاصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولانه أعلم بصفة ما يسقي فان ثبت انه قاتل فقال لم أعلم به ففيه الوجهان المذكوران

(الثامن) ان يقتله بسحر يقتل غالبا فيلزمه القود لانه قتله بما يقتل غالبا فاشبه قتله بالسكين وان كان مما لا يقتل غالبا أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص لانه عمد الخطأ فاشبه ضرب العصا

(التاسع) ان يشهدا على رجل بقتل عمد أو زنا أو ردة فيقتل بذلك ثم يرجعا ويقولا عمدنا قتله أو يقول الحاكم علمت كذبهما وعمدت قتله أو يقول ذلك الولي فهذا كله عمد محض موجب للقصاص إذا كملت شروطه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاقصاص عليهما لانه بسبب غير ملجىء فلا وجب القصاص كحفر البئر

ولنا ما روى القاسم بن عبد الرحمن ان رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وغرمهما دية يده، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القصاص كالمكره وكذلك الحاكم إذا حكم على على رجل بالقتل عالما بذلك متعمدا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو ان الولي الذي باشر قتله اقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص لا اعلم

استكرهوا عليه ولان المكره آلة للمكره بدليل وجوب القصاص على المكره ونقل فعله اليه فلم يجب على المكره كما لو رمى به عليه فقتله ، وقال زفر يجب على المباشر دون المكره لان المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل ، وقال الشافعي يجب على المكره وفي المكره قولان ، وقال أبو يوسف لايجب على واحد منهما لان المكره لم يباشر القتل فهو كحافر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمي به على انسان

ولنا على وجوبه على المكره أنه تسبب الى قتله بما يفضي اليه غالباً فأشبه ما لو ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية

ولنا على وجوبه على المكره أنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه مالو قتله في المخمصة ليأكله وقولهم ان المكره ملجأ غير صحيح فانه متمكن من الامتناع ولذلك أثم بقتله وحرم عليه وانما قتله عند الاكراه ظناً منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله ، وإن صار الامر إلى الدية وجبت عليهما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومحمد لادية على المكره بناء منهما على أنه آلة وقد بينا فساده وانما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الاحرام والمباشر والردء كالمباشر في المحاربة فعلى هذا إن أحب الولي قتل أحدهما وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو عنه فله ذلك

فيه خلافاً فان اقر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص لانه باشر القتل عمداً وعدوانا وينبغي ان لايجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما اذا لم يقر لانه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظاهرا فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لان الجميع متسببون وان صار الامر الى الدية فهي عليهم اثلاثا ويحتمل ان يتعلق الحكم بالحاكم وحده لان سببه أخص من سببهم فان حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فاشبه المباشر مع المتسبب فان كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه فأقر الوكيل بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده لانه المباشر للقتل عمدا ظلما من غير اكراه فتعلق الحكم به كما لو قتل في غير هذه الصورة وان لم يعترف بذلك فالحكم يتعلق بالولي كما لو باشره

(فصل) قال رضي الله عنه وشبه العمد ان يقصد الجناية بما لايقتل غالبا فيقتل اما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء يسير أو يقتله بسحر لايقتل غالبا وسائر مالايقتل غالبا أو يصيح بصبي أومعتوه وهما على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد اذا قتل لانه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل واخطأ في القتل فهذا لاقود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم وجعله مالك عمدا في بعض ماحكي عنه موجبا للقصاص

(الضرب الثاني) اذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة لاقصاص عليهما لانه تسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ماروى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وغرمهما دية يده ولانهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً فوجب عليهما القصاص كالمكره

(الضرب الثالث) الحاكم اذا حكم على رجل بالقتل عالماً بذلك متعمداً فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص لا أعلم فيه خلافا فان أمر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص لانه باشر القتل عمداً وعدواناً وينبغي أن لايجب على غيره شيء لانهم متسببون والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما اذا لم يقر لانه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلماً فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لان الجميع متسببون وإن صار الامر إلى الدية فهي عليهم أثلاثاً ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده لان تسببه أخص من تسببهم فان حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فأشبه المباشر مع المتسبب، ولو كان الولي المقر

لانه ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولانه قتله بفعل عمده فكان عمدا كما لو غرزه بابرة وحكي عنه مثل قول الجماعة وقال أبو بكر عبد العزيز تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر جنايات العمد

ولنا ماروى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى النبي ﷺ « ان دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها » متفق عليه فاوجب ديتها على العاقلة، والعاقلة لاتحمل العمد وأيضاً قول النبي ﷺ « الا ان في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والحجر والعصى مائة من الابل » وفي لفظ ان النبي ﷺ قال « عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه » رواه أبو داود وهذا نص وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الاولان ثبتا بالكتاب ولانه قتل لايوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ

(فصل) والخطأ على ضربين (احدهما) ان يرمي الصيد ويفعل ماله فعله فيئول الى اتلاف انسان معصوم فعليه الكفارة والدية على العاقلة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان القتل الخطأ ان يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي والاصل في وجوب الدية والكفارة قول الله سبحانه وتعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة

بالتعمد لم يباشر القتل وانما وكل فيه نظرت في الوكيل فان أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده لانه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به كما لو أمر بالقتل في غير هذه الصورة وان لم يعترف بذلك فالحكم متعلق بالولي كما لو باشره والله أعلم

« مسئله » (قال ففيه القود اذا اجتمع عليه الاولياء وكان المقتول حراً مسلما)

أجمع العلماء على أن القود لا يجب الا بالعمد ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد اذا اجتمعت شروطه خلافا وقد دلت عليه الآيات والاخبار بعمومها فقال الله تعالى [ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) وقال تعالى [كتب عليكم القصاص في القتلى] وقال تعالى [ولكم في القصاص حياة] يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل فتبقى الحياة فيمن أريد قتله وقيل ان القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفا منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين وقال الله تعالى [وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس] الآية . وقال النبي ﷺ « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدى » متفق عليه

مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا له عهد لقول الله تعالى (فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ولا قصاص في شيء من هذا لان الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصا وقال النبي ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى

(الضرب الثاني) ان يقتل في دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما أو يرمي الى صف الكفار فيصيب مسلما او يتترس من الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين ان لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم فهذا تجب به الكفارة روي ذلك عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعي وأبو حنيفة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان

(إحداهما) تجب وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وقال عليه السلام « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصى مائة من الابل » .ولانه قتل مسلما خطأ فوجبت ديته كما لو كان في دار الاسلام (والثانية) لا تجب الدية لقول الله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذي رووه وهذا ظاهر المذهب .

وروى أبو شريح الخزاعي قال : قال رسول الله ﷺ « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فان أراد الرابعة فخذوا على يديه أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية » رواه ابو داود وفي لفظ « فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا الدية أو يقتلوا » وقال عليه السلام « العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول » وفي لفظ « من قتل عامدا فهو قود » رواه ابو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه « من قتل عامداً فهو قود ومن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل منه صرف ولا عدل » وقول الخرقي اذا اجتمع عليه الاولياء يعني اذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو عفى واحد منهم سقط كله ، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاراه ، وقولهم اذا كان المقتول حراً مسلماً يعني مكافئاً للقاتل فاذا كان القاتل حراً مسلما اشترط كون المقتول حراً مسلما لتحقق المكافئة بينهما فان الكافر لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله وإن كان مجدع الاطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوي الخلق أو كان بالعكس وكذلك إن تفاوتا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر والسلطان والسوقة ونحو هذا من الصفات لم يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلوناها ، وقول النبي ﷺ « المؤمنون

﴿ مسئلة ﴾ (والذي أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله أو يقتل بالسبب مثل أن يحفر بئراً أو ينصب سكيناً أو حجراً فيئول إلى اتلاف إنسان وعمد الصبي والمجنون) فهذا كله لا قصاص فيه والدية على العاقلة وعليه الكفارة في ماله لانه خطأ فيكون هذا حكمه لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ويقتل الجماعة بالواحد إذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد أوجب القصاص عليه ، روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقتلون وتجب الدية عليهم والمذهب الاول يروي ذلك عن ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس وروي ذلك عن معاذ وابن الزبير والزهري أنه يقتل منهم واحد ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية لان كل واحد منهم مكافىء له فلا يستوفى أبداً إلا ببدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ولان الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ومقتضاه أنه لايؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولان التفاوت في الاوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد فالتفاوت في العدد أولى قال ابن المنذر لاحجة مع من أوجب قتل الجماعة بواحد

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من

تكافأ دماؤهم » ولان اعتبار التساوي في الصفات والفضائل يفضي الى اسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض

(فصل) ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الاسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلماً عامداً عالماً باسلامه فعليه القود سواء كان قد هاجر او لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الاسلام فان لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمدا قتله أو خطأ وان كان قد هاجر ثم عاد الى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن احمد رواية كقوله ولو قتل رجلا أسيراً مسلما في دار الحرب لم يضمنه الا بالدية عمدا قتله او خطأ

ولنا ما ذكرنا من الآيات والاخبار ولانه قتل من يكافئه عمداً ظلما فوجب عليه القود كالو قتله في دار الاسلام ولان كل دار يجب فيها القصاص اذا كان فيها إمام يجب وان لم يكن فيها إمام كدار الاسلام .

(فصل) وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وقال مالك الامر عندنا أن يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك الى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الانسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بقول عمر في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لاقتلتهم به وبقياسه على المحارب

أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعا لانها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ويفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولان القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

﴿ مسألة ﴾ (وان جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء في القصاص والدية)

وجملة ذلك أنه لا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة أو أوضحه أحدهما وشجه الآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لان اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين اذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم ، لان الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في اسقاط الحكم لان الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولان الجراح

ولنا عموم قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا وقول النبي ﷺ « فاهله بين خيرتين » ولانه قتيل في غير المحاربة فكان أمره الى وليه كسائر القتلى وقول عمر لاتدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم.

(فصل) واذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو انه قتله دفعا عن نفسه أو انه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قوله الا ببينة ولزمه القصاص ، روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه انه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال ان لم يأت باربعة شهداء فليعط برمته ولان الاصل عدم مايدعيه فلايثبت بمجرد الدعوى وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولادية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا ياأمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر مايقولون ؟ فقال يا أمير المؤمنين اني ضربت فخذي امرأتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر مايقول؟قالوا ياامير المؤمنين انه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فاخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال إن عادوا فعد رواه سعيد في سننه ، وروي عن الزبير أنه كان يوما

إذا صارت نفساً سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو قطع اطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات

(فصل) إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل نقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه ثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وان يعفوا عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث وان برأت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برأ جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفوا عن الذي برأ جرحه ويأخذ منه دية جرحه وان ادعى الموضح أن جرحه برأ قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فان صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة اليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكيه ، لان الاصل عدم البرء فيها لكن ان اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في انكار ذلك لان له أن يقتلهما سواء برأت أو لم تبرأ وان اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها وان كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثيها وان شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بوجوبها وللولي أخذها منهما ان صدقهما وان لم يصدقهما وعفى إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لانه يدعي

قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا أعطنا شيئا فألقى اليهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة، ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصاً أو في حد يوجب قتله وان ثبت ذلك ببينة فكذلك

﴿مسألة﴾ قال (وشبه العمد ماضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلا الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلاقود في هذا والدية على العاقلة)

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبا إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز واليد وسائر مالا يقتل غالبا اذا قتل فهو شبه عمد لانه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل وأخطأ في القتل فهذا لاقود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ولانه ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولانه قتله بفعل عمده فكان عمداً كما لو غرزه بابرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر الجنايات .

أكثر من ذلك وتقبل شهادتهما ان كانا فدتابا وعدلا لانهما لايجران إلى أنفسهما بذلك نفعاً فيسقط القصاص ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة

﴿مسألة﴾ (وان قطع أحدهما يده من الكوع والآخر من المرفق فهما قاتلان)

أما إذا برأت جراحة الاول قبل قطع الثاني فالقاتل الثاني وحده وعليه القود أو الدية كاملة ان عفا عن قتله فله قطع يد الاول أو نصف الدية ، وان لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس أو الدية ان عفا عنهما وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الاول في النفس لان قطع الثاني قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه ، وقال مالك ان قطعه الثاني عقيب قطع الاول قتلا جميعاً وان عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالقاتل هو الثاني وحده وان عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللاولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه

ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كانا في يدين ولان القطع الثاني لا يمنع حياته بعده فلا يسقط حكم ماقبله كما لو كانا في يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته فان الألم الحاصل بالقطع الاول لم يزل وإنما انضم اليه الالم الثاني فضعفت النفس عن احتمالهما فزهقت بهما فكان القتل بهما، ويخالف الاندمال فانه لا يبقى

ولنا ماروى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى النبي ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ، فاوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل عمداً ، وأيضاً قول النبي ﷺ «الا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل» وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه » رواه أبو داود وهذا نص ، وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الاولان ثبتا بالكتاب ولانه قتل لايوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ

﴿ مسئلة ﴾ (قال والخطأ على ضربين احدهما ان يرمي الصيد او يفعل ما يجوز له فعله فيؤول الى اتلاف حر مسلما كان او كافراً فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة)

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به اصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمي صيداً أو هدفا فيصيب انسانا فيقتله قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي فهذا الضرب من الخطأ

معه الالم الذي حصل في الاعضاء الشريفة فافترقا ، وان ادعى الاول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه القصاص في اليد أو نصف الدية وان كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لان قتله واجب ، وان عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية وان كذب الولي الاول حلف وكان له قتله ، لان الاصل عدم ما ادعاه وان ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الاول اذا ادعى ذلك

(مسئلة) (وان فعل أحدهما فعلا لاتبقى معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ويعزر الثاني ، وان شق الاول بطنه أو قطع يده ثم ضرب الثاني عنقه فالثاني هو القاتل وعلى الاول ضمان ما أتلف بالقصاص والدية)

وجملة ذلك أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فان كانت الاولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته وابانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالاول هو القاتل لانه لا يبقى مع جنايته حياة والقود عليه خاصة ويعزر الثاني كما لو جنى على ميت وان عفا الولي الى الدية فهي على الاول وحده ، وان كان جرح الاول تبقى الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لانه لم يخرج بجرح الاول عن حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة ان عفا عنه ثم ينظر في جرح الاول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه

تجب به الدية على العاقلة والكفارة في مال القاتل بغير خلاف نعلمه، والاصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد لقول الله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ولا قصاص في شيء من هذا لان الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصاً وقال النبي ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى

(فصل) وان قصد فعلا محرما فقتل آدمياً مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدميا معصوما فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضاً لانه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعي، وكذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره، ويتخرج على قول أبي بكر أن هذا عمد لقوله فيمن رمى نصرانيا فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه قصد فعلا محرما قتل به انسانا

والعفو على ديته أو العفو مطلقا، وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الارش وأعاجلنا عليه القصاص لان الثاني بفعله قطع سراية الاول فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا، ولو كان جرح الاول يفضي الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لانه فوت حياة مستقرة وقتل من هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنا فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال اعهد الى الناس فعهد اليهم وأوصى وجعل الخلافة الى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه لما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء علته

مسئلة (فان رماه من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقده فالقصاص على الثاني)

لانه فوت حياته قبل المصير إلى حياة ييئس فيها من حياته فأشبه ما لو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه وبهذا قال الشافعي ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لان كل واحد منهما سبب للاتلاف

ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التي ذكرناها وما ذكروه باطل بالاصول المذكورة

مسئلة (وان ألقاه في لجة فالتقمه الحوت فالقود على الرامي في أحد الوجهين)

اذا كانت اللجة لا يمكنه التخلص منها فالقود على الرامي لانه ألقاه في مهلكة هلك بها من غير

﴿ مسألة قال (والضرب الثاني أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم اسلامه الى أن يقدر على التخلص الى أرض الاسلام فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)

هذا الضرب الثاني من الخطأ وهو أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلما ولا خلاف في أن هذا خطأ لايوجب قصاصاً لانه لم يقصد قتل مسلم فأشبه مالو ظنه صيداً فبان آدميا إلا أن هذا لاتجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة ، وروي هذا عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعي والثوري وابو ثور وابو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وقال عليه السلام «ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الابل » ولانه قتل مسلما خطأ فوجبت ديته كما لو كان في دار الاسلام

ولنا قول الله تعالى (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية وتركه

واسطة يمكن احالة الحكم عليها أشبه ما لو مات بالغرق أو هلك بوقوعه على صخرة (والثاني) لا قود عليه لانه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر ، فأما ان ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لان الذي فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لانه هلك بفعله

﴿مسألة﴾ (وان أكره انسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما)

وقال أبو حنيفة يجب القصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور صار بالاكراه بمنزلة الآلة والقصاص انما يجب على مستعمل الآلة لا على الآلة ، وقال أبو يوسف لا يجب على واحد منهما لان الآمر غير مباشر انما هو متسبب والقصاص لا يجب على المتسبب مع المباشر دليله الدافع مع الحافر والمأمور مسلوب الاختيار ، وقال زفر يجب على المأمور ولا يجب على الآمر لان المأمور مباشر فيجب عليه وحده كالدافع مع الحافر

ولنا على أبي حنيفة أن المأمور قاتل فوجب عليه القصاص كما لو لم يأمر ، والدليل على أنه قاتل أنه ضرب بالسيف ولان القتل جرح أو فعل يتعقبه الزهوق وهذا كذلك ولانه يأثم اثم القاتل وقولهم انه بمنزلة الآلة لا يصح فانه يأثم والآلة لا تأثم وقولهم انه مسلوب الاختيار لا يصح فانه قصد استبقاء نفسه بقتل هذا ، وهذا يدل على قصده واختيار نفسه ولا خلاف في أنه يأثم ولو سلب الاختيار لم يأثم كالمجنون ، والدليل على أن الآمر قاتل أنه تسبب إلى قتله بما

ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذي رووه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقتل مسلم بكافر)

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أي كافر كان . روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبدالعزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وابن شبرمة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي يقتل المسلم بالذمي خاصة قال احمد: الشعبي والنخعي قالا دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم وإن قتله يقتل به هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم سبحان الله ماهذا القول ؟ واستبشعه وقال: النبي ﷺ يقول « لا يقتل مسلم بكافر » وهو يقول يقتل بكافر فأي شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب، وبما روى ابن البيلماني أن النبي ﷺ أقاد مسلما بذمي وقال « أنا أحق من وفى بذمته » ولانه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

ولنا قول النبي ﷺ « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

يفضي اليه غالباً فوجب عليه القصاص كما لو أنهشه حية أو أسداً أو رماه بسهم ولانه ألجأه إلى الهلاك أشبه ما لو ألقاه عليه .

(مسئلة) (وإن أمر من لا يميز أو مجنوناً أو عبده الذي لا يعلم أن القتل محرم فقتل فالقصاص على الآمر)

إذا أمر عبده بقتل رجل وكان العبد ممن لا يعلم تحريم القتل كمن نشأ في غير بلاد الاسلام وجب القصاص على الآمر ، فأما إن أقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله ، ومتى كان عالما بذلك فالقصاص على العبد ، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير واذا لم يكن عالما أدب العبد ، ونقل أبو طالب عن أحمد قال : يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت لان العبد سوط المولى وسيفه ، كذا قال علي وأبو هريرة قال علي رضي الله عنه يستودع السجن، وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعا وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لانه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه القصاص كما لو علم العبد خطر القتل

ولنا أن العبد إذا لم يكن عالما بخطر القتل فهو معتقد إباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فقتل انسانا ولان حكمة القصاص الزجر والردع ولا يحصل ذلك في معتقد الاباحة وإذا لم يجب عليه وجب على السيد لانه آلة لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه

رواه الامام أحمد وأبو داود ، وفي لفظ [لايقتل مسلم بكافر] رواه البخاري وأبو داود، وعن علي رضي الله عنه قال من السنة أن لايقتل مسلم بكافر رواه الامام أحمد ولانه منقوص بالكفر فلايقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا، وحديثهم ليس له اسناد قاله أحمد وقال الدارقطني يرويه ابن البيلماني وهو ضعيف اذا أسند فكيف اذا أرسل؟ والمعنى في المسلم أنه مكافيء للمسلم بخلاف الذمي، فأما المستأمن فوافق ابو حنيفة الجماعة في أن المسلم لايقاد به وهو المشهور عن أبي يوسف ، وعنه يقتل به لما سبق في الذمي . ولنا أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي مع ماذكرنا من الدليل في التي قبلها

(فصل) فان قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل أو جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح فقال أصحابنا يقتص منه وهو قول الشافعي لان القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ولأنه حق وجب عليه قبل اسلامه فلم يسقط باسلامه كالدين ويحتمل أن لايقتل به وهو قول الاوزاعي لقول النبي ﷺ « لايقتل مسلم بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولان اسلامه لو قارن السبب منع عمله فاذا طرأ سقط حكمه

(فصل) وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله لان التكافؤ معدوم حال الجناية وعليه دية مسلم لان اعتبار الارش بحالة استقرار الجناية بدليل مالو قطع

حية فقتلته أو ألقاه في زبية أسد فأكله ، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فالقصاص على العبد لامكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ، ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أو أعجمياً لايعلم خطار القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الآمر دون المباشر ، فأما ان أمره بزنا أو سرقة ففعل لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص

(مسئلة) (وان أمر كبيرا عاقلا عالما بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل)

لا نعلم فيه خلافا لانه قاتل ظلما فوجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أمر السلطان بقتل انسان بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وان لم يعلم فعلى الآمر)

إذا كان المأمور يعلم أن المأمور بقتله لا يستحق القتل فالقصاص عليه لانه غير معذور في فعله فان النبي ﷺ قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه » فلزم القصاص كما لو أمره غير السلطان وان لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور معذور لوجوب طاعة الامام في غير المعصية ، والظاهر أنه لايأمر الا بالحق وان كان الآمر غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال علم أو لم يعلم لانه لا يلزمه

يدي رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة ، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان ، ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار وهذا قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي . وللسيد أقل الامرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته لان نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها لان الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها ، وان كان الاقل الدية لم يستحق أكثر منها لان نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه . وذكر القاضي ان أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ان على الجاني قيمته للسيد وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية وهذا اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب

قال أبو الخطاب من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمي ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات فعلى الجاني قيمته للسيد لان حكم القصاص معتبر بحال الجناية دون حال السراية فكذلك الدية ، والاول أصح إن شاء الله لأن سراية الجرح مضمونة فاذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان . وقول احمد فيمن فقأ عيني عبد عليه قيمته للسيد لا خلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره أحمد ، ولان الواجب مقدر بما تفضي اليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل ان من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم

طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فان اليه القتل في الردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس اليه شيء من ذلك

(فصل) إذا أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وقد ذكرناه وإن وجبت الدية كانت عليهما فان كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي الضمان عليه دون الامام لان الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور يعتقد تحريمه فلم يكن له أن يقبل أمره فاذا قبله لزمه الضمان لانه قتل من لا يحل له قتله . قال شيخنا وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فان كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكره القاضي وان كان مقلداً فلا ضمان عليه لان له تقليد الامام فيما رآه وان كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد عبده الذي لا يعتقد تحريم القتل به

(مسئلة) (وان أمسك انساناً لآخر فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت في احدى الروايتين)

أما وجوب القصاص على القاتل فلا خلاف فيه لانه قتل من يكافئه عمداً بغير حق وأما الممسك فان لم يعلم ان القاتل يقتله فلا شيء عليه لانه متسبب والقاتل مباشر فيسقط حكم المتسبب ، وان أمسكه ليقتله مثل ان أمسكه حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فروي عنه انه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن

يلزم الجاني أكثر من دية ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة . فأما ان جرح مرتداً أو حربياً فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم لان الجرح غير مضمون فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لانها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ثم مات من جراحه . وأما اليد فالصحيح انه لا قصاص فيها ، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها لان القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله . وللشافعي في وجوب القصاص قولان

ولنا انه قطع هو قتل لم يجب به القتل فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل ، وفارق ما قاسوا عليه فان القطع لم يصر قتلا وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ضمان فيه لانه تبين انه قتل لغير معصوم (والثاني) تجب لان سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الامرين من ديته أو دية النفس ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان لان الردة قطعت حكم السراية فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل آخر له (والثاني) يجب أقل الامرين لانه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة اولى . ولانه قطع صار قتلا فلم يجب أكثر من

علي وروي عن أحمد انه يقتل أيضا وهو قول مالك قال سليمان بن موسى الاجتماع فينا ان يقتلا لانه لولم يمسكه ماقدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه ، وقال أبو حنيفة والشافعي وابن ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لان النبي ﷺ قال « ان أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله » والممسك غير قاتل ولان الامساك سبب غير ملجيء فاذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك انه يقتله

ولنا ما روى الدار قطني باسناده عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال اذا امسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي امسك لانه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فانا نفعل به ذلك حتى يموت

(فصل) فان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم ادركه الثاني فقتله فان كان الاول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لانه حبسه على القتل ، وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي امسكه غير عالم وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال، والأول أصح لانه الحابس له بفعل فأشبه الحابس بامساكه ، فان قيل فلم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لا تعتبرون ارادة القتل في الجارح قلنا اذا مات من الجرح فقد مات

دية كما لو لم يرتد وفارق أصل الوجه الاول فانه لم يصر قتلا ولان الاندمال والقتل منع وجود السراية والردة منعت ضمانها ولم تمنع جعلها قتلا ، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا

(فصل) وان قطع مسلم يد نصراني فتمجس وقلنا لا يقر فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وان قلنا يقر عليه وجبت دية مجوسي ، وان قطع يد مجوسي فتنصر ثم مات وقلنا يقر وجبت دية نصراني ويجيء على قول أبي بكر والقاضي أن تجب دية نصراني في الاولى ودية مجوسي في الثانية كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتباراً بحال الجناية

(فصل) وإن قطع يد مسلم فارتد ثم أسلم ومات وجب القصاص على قاتله نص عليه أحمد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم . وقال القاضي يتوجه عندي انه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه ؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي لان القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها في الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين أحدهما في الاسلام والآخر في الردة فمات منهما

ولنا انه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لانها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فانه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت ، فأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل

من سرايته وأثره فيعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الاثر وفي مسئلتنا انما كان موته بامر غير السراية والفعل ممكن له فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه

(مسألة) (وان كتفه وطرحه في أرض مسبعة او ذات حيات فقتلته فحكمه حكم الممسك)

ذكره القاضي وقد مضى الكلام فيه قال شيخنا والصحيح انه لا قصاص فيه لانه مما لا يقتل غالبا وتجب فيه الدية لانه فعل به فعلا متعمداً لا يقتل غالبا فتلف به فهو شبه عمد وهكذا ذكره في كتاب الكافي

(فصل) وان اشترك في القتل اثنان لا يجب القصاص على احدهما كالاب والاجنبي في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد والخاطيء والعامد ففي وجوب القصاص على الشريك روايتان اظهرهما وجوبه على شريك الاب والعبد وسقوطه عن شريك الخاطيء ظاهر المذهب وجوب القصاص على شريك الاب وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعن احمد رواية اخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطيء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل

ولنا أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وقولهم ان فعل الاب غير موجب ممنوع فانه يقتضي الايجاب لكونه تمحض عمدا

وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منها ، فأما إن كان زمن الردة لاتسري في مثله الجناية ففيه الدية أو القصاص . وقال الشافعي في أحد قوليه لاقصاص فيه لأنه انتهى إلى حال لومات لم يجب القصاص

ولنا انهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت فأشبه مالو لم يرتد وان كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لانه فوت نفساً معصومة

(فصل) وان جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحاً آخر ثم أسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لان الجرح في الحالين كجرح رجلين . وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته ولو قطع طرفه في ردته أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتي قبلها

(فصل) ويقتل الذمي بالمسلم لان النبي ﷺ قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الانصار على أوضاح لها ولانه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى . ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت فلو قتل النصراني مجوسياً أو يهوديا قتل به نص عليه احمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا

عدوانا والجناية به أعظم اثما واكبر جرما ولذلك خصه الله تعالى بالنهي فقال (ولاتقتلوا أولادكم) ثم قال (ان قتلهم كان خطأ كبيرا) ولما سئل النبي ﷺ عن اعظم الذنب قال « ان تجعل لله نداً وهو خلقك ثم أن تقتل ولدك خشية ان يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ولانه قطع الرحم التي امر الله بوصلها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه وانما امتنع الوجوب في حق الاب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمنع عمله في المحل الذي لامانع فيه واما شريك الخاطىء ففيه روايتان (احداهما) يجب القصاص فهو كمسئلتنا ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الايجاب فان فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمد الوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق الروح بخلاف مسئلتنا وكذلك كل شريكين امتنع القصاص في حق احدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالاب وشريكه كالمسلم والذمي في قتل ذمي والحر والعبد في قتل العبد اذا كان القتل عدوانا فان القصاص لايجب على المسلم ولا على الحر ويجب على الذمي والعبد اذا قلنا بوجوبه على شريك الاب لان امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لايتعدى الى فعل شريكه فلم يسقط القصاص عنه وقد روي عن ابي عبد الله انه سئل عن حر وعبد قتلا عبدا عمدا قال اما الحر فلا يقتل بالعبد والعبد ان شاء سيده اسلمه والافداه

قتله ، قيل فكيف يقتل به وديتهما مختلفة؟ فقال أذهب الى أن النبي ﷺ قتل رجلا بامرأة يعني انه قتله بها مع اختلاف ديتهما ولانهما تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي

فصل ولا يقتل ذمي بحربي لا نعلم فيه خلافا لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مسلم أو ذمي وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحاب الشافعي يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفا عنه لانه لا ولاية له في قتله ، وقال بعضهم يجب القصاص دون الدية لانه لا قيمة له. ولنا انه مباح الدم أشبه الحربي ولان من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي كالحربي

(فصل) وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله الى الامام فيجب القود على من قتله سواه كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه

ولنا أنه مباح الدم وقتله متحتم فلم يضمن كالحربي ، ويبطل ماقاله بالمرتد وفارق القاتل فان قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وههنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله

بنصف قيمة العبد وظاهر هذا ان لاقصاص على العبد فيخرج مثل هذا في كل قتل شارك فيه من لايجب عليه القصاص

(فصل) فان اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ فالصحيح من المذهب انه لاقصاص على البالغ وبهذا قال الحسن والازاعي واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن القود يجب على البالغ العاقل حكاه ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي وروي عن قتادة والزهري وحماد لان القصاص عقوبة يجب عليه جزاء لفعله فتى كان فعله عمداً وعدوانا وجب عليه القصاص ولا نظر الى فعل شريكه بحال ولانه شارك في القتل عمدا عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وذلك لان الانسان انما يؤخذ بفعل نفسه لا بفعل غيره فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفردا فتى تمحض عمدا عدوانا وكان المقتول مكافئا له وجب عليه القصاص وبنى الشافعي قوله على أن عمد الصبي والمجنون اذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالابوة

ولنا أنه شارك من لا أثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ولان الصبي والمجنون ليس لهما قصد صحيح ولهذا لا يصح اقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ولهذا تحمله العاقلة فيكون الاولى عدم وجوب القصاص

(فصل) ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ويقدم القصاص على القتل بالردة لانه حق آدمي ، وان عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فان أسلم المرتد فهي في ذمته ، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضا ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالاسلام ولنا أنه كافر فيقتل بالذمي كالاصلي، وقولهم ان أحكام الاسلام باقية غير صحيح فانه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها وأما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم فانه يدل على تغليظ كفره وانه لا يقر على ردته لسوء حاله فاذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى

(فصل) وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به لان التكافؤ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وان قتل من يعرفه ذميا أو عبداً وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص لانه قتل من يكافئه عمداً عدوانا فلزمه القصاص كما لو علم حاله وفارق من علمه حربياً لانه لم يعمد إلى قتل معصوم

« مسألة » قال (ولا حر بعبد)

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبدالعزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي وإسحاق وابو ثور ويروى عن سعيد

(فصل) ولا يجب القصاص على شريك الخاطيء في قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن عليه القصاص يحكي عن مالك لانه شارك في القتل عمدا عدوانا فأشبه شريك العامد ولان مؤاخذته بفعله وفعله عمد عدوان

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يجب به القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ولان كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا إذا أقمنا فعل الخاطيء مقام فعل العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب والله أعلم

« مسئلة » وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان

وصورة ذلك ان يجرحه أسد او نمر أو جرحه انسان ثم جرح هو نفسه متعمدا فهل يجب على شريكه قصاص فيه وجهان ذكرهما أبوعبدالله بن حامد واختلف فيه عن الشافعي وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه لانه شارك من لا قصاص عليه فلم يلزمه القصاص كشريك الخاطيء ولانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ولانه اذا لم يجب على شريك الخاطيء وفعله مضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى (والوجه الثاني) عليه القصاص وهو قول أبي بكر ، وروي عن أحمد أنه قال اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه

ابن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والاخبار لقول النبي ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ولانه آدمي معصوم فأشبه الحر

ولنا ماروى الامام أحمد باسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال من السنة أن لايقتل حر بعبد وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « لايقتل حر بعبد » رواه الدارقطني ولانه لايقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلايقتل به كالاب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب إذا ملك مايؤدي والعمومات مخصوصات بهذا فنقيس عليه

(فصل) ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن النخعي وداود أنه يقتل به لماروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه » رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها

ولنا ماذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال لولم أسمع رسول الله ﷺ يقول « لايقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقدته منك » رواه النسائي وعن علي رضي الله عنه أن رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عاما ومحى اسمه من المسلمين رواه سعيد والخلال وقال احمد ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة ، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

القصاص لانه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الاب فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ منه كأن أراد ضرب غيره فأصاب نفسه فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطىء

(مسئلة) (ولو جرحه انسان عمداً فداوى جرحه بسم أو خاطه في اللحم أو فعل ذلك وليه أو الامام فمات ففي وجوب القصاص على الجارح وجهان)

اذا جرحه انسان فتداوى بسم وكان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح وينظر في الجرح فان كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وان لم يكن موجباً فلوليه الارش وان كان السم لايقتل غالباً وقد يقتل ففعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطىء وان لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية واذا كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطاء أيضا لانه لم يقصد القتل انما قصد التداوي فيكون كالذي قبله واحتمل أن يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في المسئلة قبلها وان جرح رجلا فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم مالو شرب سماً يجوز أن يقتل على مامضى فيه ، وان خاطه غيره بغير إذنه كرهاً فهما قاتلان عليهما القود وان خاطه وليه والامام وهو ممن لاولاية عليه فهما كالاجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما ، لان لهما جائز إذ لهما مداوته فيكون ذلك خطأ وهل على الجارح القود ؟ فيه وجهان

عن أبي بكر وعمر أنهما قالا من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين فأما حديث سمرة فلم يثبت قال احمد: الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة ، وقال عنه أحمد انما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولان الحسن أفتى بخلافه فانه يقول لايقتل الحر بالعبد ، وقال إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

(فصل) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بسيده لانه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفى ولي الجناية إلى المال فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لانه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لانه سلم اليه ماتعلق حقه به ، وإن قال ولي الجناية بعه وادفع إلي ثمنه لم يلزمه ذلك لانه لم يتعلق بذمته شيء ، وانما تعلق بالرقبة التي سلمها فبرىء منها ، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن ، وان امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع ، وان عفى عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان احداهما يملكه بذلك لانه يملك إتلافه فكان مالكا له كسائر أمواله (والثانية) لايملكه لانه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال لان العوض الذي عفى لاجله لم يصح له فكان له عوضه كالعقود الفاسدة

باب شروط القصاص

وهي أربعة (أحدها) أن يكون الجاني مكلفاً فأما الصبي والمجنون فلا قصاص عليهما ، لاخلاف بين أهل العلم في أنه لاقصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمى عليه ونحوهما لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق » ولان القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولانهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ

(فصل) فان اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني كنت صبياً حال الجناية ، وقال ولي الجناية كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لان الاصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص وان قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه أيضاً لذلك ، وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لان الاصل السلامة وكذلك ان عرف له حال جنون ثم عرف زواله قبل القتل وان ثبت لاحدهما ما ادعاه ببينة حكم له وان أقاما بينتين تعارضتا فان شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي كنت سكران وقال القاتل كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لانه أعرف بنفسه ، ولان الأصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل مايحرم عليه فأما ان قتله وهو عاقل ثم جن لم

(فصل) ويجري القصاص بين العبيد في النفس في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عمر ابن عبدالعزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة ، وروي عن أحمد رواية أخرى أن من شرط القصاص تساوي قيمتهم ، وإن اختلفت قيمهم لم يجر بينهم قصاص وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فان كانت أقل فلا وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس ليس بين العبيد قصاص في نفس ولا جرح لانهم أموال

ولنا أن الله تعالى قال (ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد) وهذا نص من الكتاب فلا يجوز خلافه لان تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والانوثية

(فصل) ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبدالعزيز وسالم والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لان الاطراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولان التساوي في الاطراف معتبر في جريان القصاص بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى . ولنا قول الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية ولأنه أحد نوعي القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص في النفس

يسقط عنه سواء ثبت ذلك ببينه أو اقرار ، لان رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه لان رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع

(مسئلة) (وفي السكران وشبهه روايتان (أصحهما) وجوبه عليه)

إذا قتل السكران وجب عليه القصاص ، ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أن وجوب القصاص عليه مبني على طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ولانه غير مكلف فأشبه الصبي .

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا ان قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولانه حكم لو لم يوجب عليه القصاص والحد لافضي إلى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب مايسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا وفارق الطلاق لانه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل فان شرب أو أكل مايزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه وان كان يزول قريباً ويعود من غير تداو فهو كالسكران على ما فصل فيه

(فصل) (الثاني) أن يكون المقتول معصوما فلا يجب القصاص بقتل حربي لا نعلم فيه خلافاً ولا

(فصل) واذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد وله استيفاؤه والعفو عنه

(فصل) ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به لان القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ولان التكافؤ موجود حال وجود الجناية وهي السبب فاكتفي به ، ولو جرح حر ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد لانه حين وجوب القصاص حر

(فصل) واذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فان عفى إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لانه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداه بأقل الامرين من قيمته أو قيمة المقتول لانه إن كان الاقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لانها بدل عنه ، وإن كان الاقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لانها بدل عنه ، وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه لزمه ارش الجناية بالغاً ما بلغ لانه اذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته فان قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليهم القصاص فان اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وإن عفى إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها و يفديه سيده فان اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لان له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم ، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فان قتله سقط حقه وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فان كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالاول منهما لان حقه أسبق فان عفى عنه الاول

يجب بقتله دية ولا كفارة لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ، ولان الله تعالى أمر بقتله فقال تعالى (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وسواء كان القاتل مسلماً أو ذمياً لما ذكرنا وكذلك المرتد لايجب بقتله قصاص ولا دية ولا كفارة وان قتله ذمي ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفي عنه لانه لاولاية له في قتله ، وقال بعضهم يجب القصاص دون الدية لانه لاقيمة له .

ولنا أنه مباح الدم أشبه الحربي ولان من لايضمنه المسلم لايضمنه الذمي كالحربي وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله إلى الامام فيجب القتل على من قتله سواه كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه

ولنا أنه مباح الدم قتله متحتم فلم يضمن كالحربي ويبطل ماقاله بالمرتد وفارق القاتل فان قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وههنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع مسلم أو ذمي يد مرتد أوحربي فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع لانه لم يجن على معصوم وان رمى حربياً فأسلم قبل أن يقع السهم فلا شيء عليه لانه رمى رمياً مأموراً به

قتل الثاني وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر ، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الاول عن القصاص الى مال تعلق برقبة العبد وللثاني أن يقتص لان تعلق المال بالرقبة لايسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون ، وان قتله الآخر سقط حق الاول من القيمة لانه لم يبق محل يتعلق به ، وان عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضاً ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم نقدم الاول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لان القصاص لايتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، فان قيل فحق الاول أسبق قلنا لايراعى السبق كما لو أتلف أموالا لجماعة واحداً بعد واحد، فأما ان قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو، فان عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما الى القيمة لان القصاص لايتبعض ؛ وان قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهما كان ويسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتهما جميعاً برقبته

(فصل) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما لان الكل عبيد فيدخلون في عموم قوله تعالى [والعبد بالعبد] فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك مايؤدي أو لم يملك الا اذا قلنا إنه اذا ملك

وان رمى مرتداً فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص لانه رمى من ليس بمعصوم أشبه الحربي وفي وجوب الدية وجهان) (أحدهما) لاتجب قياساً على الحربي (والثاني) تجب لان الذمي ههنا محرم لما فيه من الافتيات على الامام .

(مسئلة) (ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين)

لانها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ثم مات من جراحه وأما اليد فالصحيح أنه لاقصاص فيها ، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها ، لان القطع سنقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله وللشافعي في وجوب القصاص قولان .

ولنا أنه قطع صار قتلا لم يجب به القتل فلم يجب به القطع كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ماقاسوا عليه فان القطع لم يصر قتلا وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لاضمان فيه لانه قتل لغير معصوم (والثاني) يجب لان سقوط حكم سراية الجرح لايسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الامرين من ديته أو دية النفس فيه وجهان

مايؤدي فقد صار حراً فانه لا يقتل بالعبد لانه حر فلا يقتل بالعبد ، وان أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضاً لانه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته الا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به ، وقال ابو حنيفة اذا قتل العبد مكاتباً له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لانه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص الا لمن يثبت حقه في الطرفين

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله تعالى [العبد بالعبد] ولأنه لو كان قناً لوجب بقتله القصاص فاذا كان مكاتباً كان أولى كما لو لم يخلف وارثاً، وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ولا نسلمه

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ويقتل لنقضه للعهد)

يعني الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم لان الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما ولانه لا يحد بقذفه فلا يقتل بقتله كالاب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد فان قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ماروي أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة فنخسه بها فرماها ثم أراد اكراهها على الزنا فرفع إلى عمر رضي الله عنه فقال ما على هذا صالحناهم فقتله وصلبه . وروي في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافي الامان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء

(أحدهما) تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان، لان الردة قطعت حكم السراية فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل الآخر له (والثاني) يجب أقل الامرين لانه لو لم يرتد، لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة أولى ولانه قطع صار قتلا فلا يوجب أكثر من دية كما لو لم يرتد وفارق الوجه الاول فانه لم يصر قتلا ،ولان الاندمال والقتل منع وجود السراية والردة منعت ضمانها ولم يمنع جعلها قتلا وللشافعي من التفصيل نحو ما قلنا

﴿مسألة﴾ (وان عاد إلى الاسلام ثم مات وجب القصاص على قاتله)

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وقال القاضي يتوجه عندي ان زمن الردة ان كان مما تسري فيه الجناية لم يجب القصاص في النفس وهل يجب في الطرف الذي قطع في اسلامه؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي لان القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها في الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه احدهما في الاسلام والآخر في الردة فمات منهما

ولنا أنه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لانها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فانه يحتمل ان يموت بمرض أو سبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فاما الدية فتجب كاملة ويحتمل وجوب نصفها لانه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فيوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان

الجزية وفيه رواية أخرى أنه لا ينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولي الامر

(فصل) وان قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به لانا لا نقتل المسلم بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لا نقتل نصف الحر بعبد وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر وان قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به لان القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما مستويان

(فصل) ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والاخبار ولان المؤمنين تتكافؤ دماءهم ولا نعلم في هذا خلافا، وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكى اليه عاملا أنه قطع يده ظلما لئن كنت صادقا لاقيدنك منه، وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه وروى أبو داود قال خطب عمر فقال اني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه الي اقصه منه فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته تقصه منه؟ قال اي والذي نفسي بيده أقصه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ولان المؤمنين تتكافؤ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجري القصاص بينهما كسائر الرعية.

(فصل) وإذا قتل القاتل غير ولي الدم فعلى قاتله القصاص ولورثة الاول الدية في تركة الجاني الاول وبهذا قال الشافعي، وقال الحسن ومالك يقتل قاتله ويبطل دم الاول لانه فات محله

وجرح نفسه فمات منها، فاما ان كان زمن الردة لا تسري في مثله الجناية ففيه الدية والقصاص وقال الشافعي في أحد قوليه لا قصاص فيه لانه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص

ولنا أنهما متكافئان في حال الجناية والسراية والموت فاشبه ما لو لم يرتد، وان كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لانه فوت نفسا معصومة

(فصل) وان جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم اسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لانه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك، وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل ان قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لان الجرح في الحالين كجرح رجلين، وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال اسلامه؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته، ولو قطع طرفه في ردته اولا فاسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيها كالتي قبلها

(فصل) وان قطع مسلم يد نصراني فتمجس وقلنا لا يقر فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وان قلنا يقر عليه وجبت دية مجوسي وان قطع يد مجوسي فتنصر ثم مات وقلنا يقر وجبت دية نصراني، ويجيء على قول أبي بكر والقاضي ان تجب دية نصراني في الاولى ودية مجوسي في الثانية كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فاسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتبارا بحال الجناية وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

فأشبه مالو قتل العبد الجاني وروي عن قتادة وأبي هاشم لاقود على الثاني لانه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزاني المحصن

ولنا على وجوب القصاص على قاتله أنه محل لم يتحتم قتله ولم يبح لغير ولي الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين

ولنا على وجوب الدية في تركة الجاني الاول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء أوحدث مانع ، وفارق العبد الجاني فانه ليس له مال ينتقل اليه، فان عفا أولياء الثاني على الدية أخذوها ودفعوها الى ورثة الاول فان كانت عليه ديون ضم ماقبضوا من الدية الى سائر تركته ثم ضرب أولياء المقتول الاول مع سائر أهل الديون في تركته وديته. وإن أحال ورثة المقتول الثاني ورثة المقتول الاول بالدية على القاتل الثاني صحت الحوالة ، ويتخرج أن تجب دية القتيل الاول على قاتله ابتداء لانه أتلف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجاني وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية في تركته وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يسقط حق ولي الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم

(فصل) الثالث ان يكون المجني عليه مكافئا للجاني وهو ان يساويه في الدين والحرية أو الرق فيقتل الحر المسلم بالحر المسلم ذكرا كان أو انثى لقول الله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد)

(مسئلة) (ويقتل العبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتها أو اختلفت)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى ان من شرط القصاص تساوي قيمتهم وان اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص، وينبغي ان يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فان كانت أقل فلا وهذا قول عطاء وقال ابن عباس ليس في العبيد قصاص في نفس ولا جرح لانهم أموال

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) وهذا نص الكتاب فلا يجوز خلافه ولان تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والانوثية

(فصل) ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس. به قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لان الاطراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولان التساوي في الاطراف معتبر في جريان القصاص بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى

(مسألة) قال (والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد)

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والاصل في هذا قول النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» ولان القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولانهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ

(فصل) فان اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني كنت صبيا حال الجناية وقال ولي الجناية كنت بالغا فالقول قول الجاني مع يمينه اذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك فان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لان الاصل السلامة وكذلك ان عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل، وإن ثبتت لاحدهما بينة بما ادعاه حكم له، وإن أقاما بينتين تعارضتا فان شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي كنت سكران وقال القاتل كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لانه أعرف بنفسه ولان الاصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه

(فصل) فان قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو اقرار

ولنا قول الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين) الآية ولانه أحد أنواع القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص في النفس

(فصل) واذا وجب القصاص في طرف العبد فللعبد استيفاؤه والعفو عنه دون السيد

(فصل) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وام الولد ويقتل المدبر وام الولد بكل واحد منهم لان الكل عبيد فيدخلون في قوله تعالى (والعبد بالعبد) وقد دل على كون المكاتب عبدا قول النبي ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وسواء كان قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك ما يؤدي أو لم يملك إلا إذا قلنا إنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فلا يقتل بالعبد لان الحر لا يقتل بالعبد وان أدى ثلاثة أرباع الكتابة لم يقتل أيضاً إذا قلنا إنه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته إلا باداء جميع الكتابة قال يقتل به، وقال أبو حنيفة إذا قتل العبد مكاتب له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لانه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (العبد بالعبد) ولانه لو كان قنا لوجب عليه القصاص فاذا كان مكاتبا كان أولى كما لو لم يخلف وارثا وما ذكروه فيني على أصولهم ولا نسلمه

(فصل) إذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل لان الحر لا يقتل بالعبد لعدم التكافؤ ولانه

لان رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يتم عليه حال جنونه لان رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحا رجع

(فصل) ويجب القصاص على السكران اذا قتل حال سكره ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب ان وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه وفيه روايتان ، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون .

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولانه حكم لولم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولايلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ولانه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل، فأما ان شرب أوأكل مايزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونا فلا قصاص عليه وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه

لايحد بقذفه فلا يقتل به كالاب مع الابن وعليه قيمته ويقتل لنقض العهد ان قلنا ينتقض عهده وفيه روايتان ذكرناهما في موضع ذلك وعلى الرواية الاخرى لايقتل وعليه قيمته ويؤدب بامر الامام أو نائبه

(فصل) وان قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به لان المسلم لا يقتل بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لا نقتل نصف الحر بعبد وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر وان قتل من نصفه حر مثله قتل به لان القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما متساويان

﴿مسئلة﴾ (ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر)

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية رواه سعيد وروي نحوه عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب الى القول الثاني يحتج بقول علي

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (الحر بالحر) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت ان النبي ﷺ قتل يهوديا رض رأس جارية من الانصار وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن وان الرجل يقتل بالمرأة وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لانه قصاص

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يقتل والد بولده وإن سفل)

وجملته أن الاب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبه قال ربيعة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ، وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر آي الكتاب والاخبار الموجبة لقصاص ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب ان يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين . وقال ابن المنذر قد رووا في هذا أخباراً ، وقال مالك ان قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به وإن ذبحه أوقتله قتلا لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه اقيد به

ولنا ماروى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولأن النبي ﷺ قال « أنت ومالك لأبيك» وقضيةهذه الاضافة تمليكه اياه فاذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة في درء القصاص لانه يدرأ بالشبهات ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغي ان يتسلط بسببه على اعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الاب سائر الناس فانهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والاب بخلافه

واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الابدال لاعبرة به في القصاص بدليل ان الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما وتقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لانه لا يخلو اما أن يكون رجلا أو امرأة

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد لا يقتل العبد بالعبد الا ان تستوي قيمتهما ، ولا عمل عليه وقد ذكرناه)

﴿ مسألة ﴾ (ويقتل الكافر بالمسلم)

لان النبي ﷺ قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الانصار على اوضاح لها ولانه إذا قتل بمثله فمن هو فوقه أولى وكذلك يقتل العبد بالحر والمرتد بالذمي وان عاد الى الاسلام نص عليه لذلك

(فصل) ويقتل المرتد بالذمي ويقدم القصاص على القتل بالردة لانه حق آدمي وان عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فان أسلم المرتد فهو في ذمته وان قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من مسلم أو ذمي فعليه القصاص فيه أيضا وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالاسلام

(فصل) والجد وإن علا كالأب في هذا وسواء كان من قبل الأب او من قبل الام في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب وقال الحسن بن حي يقتل به

ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه، والجد من قبل الاب كالجد من قبل الام لان ابن البنت يسمى ابناً قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحسن « إن ابني هذا سيد »

﴿مسئلة﴾ (قال والأم في ذلك كالأب)

هذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب ، وروي عن احمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الام فان مهنا نقل عنه في ام ولد قتلت سيدها عمداً تقتل، قال من يقتلها؟ قال ولدها . وهذا يدل على ايجاب القصاص على الأم بقتل ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين (احداهما) ان الام تقتل بولدها لانه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالاخ ،والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقتل والد بولده » ولانها أحد الوالدين فأشبهت الأب ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الاب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الاب المخالف في الدين أو الرقيق والجدة

ولنا انه كافر فيقتل بالذمي الاصلي وقولهم أن احكام الاسلام باقية غير صحيح فانه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، واما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم لانه يدل على تغليظ كفره وانه لا يقر على ردته لسوء حاله فاذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى ولا يمنع اسلامه وجوب القصاص عليه لانه بعد استقرار وجوب القصاص عليه والاصل في كل واجب بقاؤه فاشبه مالو قتله وهو عاقل ثم جن

(مسئلة) (ولا يقتل مسلم بكافر أي كافر كان)

هذا قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وابن شبرمة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر ،وقال النخعي والشعبي واصحاب الرأي يقتل المسلم بالذمي خاصة قال احمد الشعبي والنخعي قالا:دية المجوسي والنصراني مثل دية المسلم وان قتله يقتل به سبحان الله هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم ماهذا القول؟واستبشعه وقال:النبي صلى الله عليه وسلم يقول« لا يقتل مسلم بكافر » وهو يقول يقتل بكافر فأي شيء أشد من هذا؟واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها لقوله تعالى(النفس بالنفس) وقوله(الحر بالحر) وبما روى ابن البيلماني ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد مسلما بذمي وقال «انا احق من وفى بذمته » ولانه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

وإن علت في ذلك كالأم وسواء في ذلك من قبل الأب او من قبل الام لما ذكرنا في الجد

(فصل) وسواء كان الوالد مساويا للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لان انتفاء القصاص لشرف الابوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أوقتل المسلم أباه الكافر او قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الابوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(فصل) وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لانه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وان ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لانه شريك الأب في قتل ابنه وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لان النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به كالو أقر له بحق سواه أو كما لوادعاه واحد فألحق به ثم جحده وان رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لان رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لانه شارك الاب وان عفى عنه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل الحاقه باحدهما لم يجب القصاص وان نفيا نسبه لم ينتف بقولهما وان نفاه

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم لا يقتل مؤمن بكافر» رواه أحمد وابو داود وفي لفظ « لا يقتل مسلم بكافر » رواه البخاري وأبو داود وعن علي انه قال من السنة ان لا يقتل مؤمن بكافر رواه الامام احمد ولانه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن والعمومات مخصوصات بحديثنا وحديثهم ليس له اسناد قاله احمد وقال الدارقطني : يرويه ابن البيلماني وهو ضعيف اذا اسند فكيف اذا ارسل ؟ والمعنى في المسلم انه مكافىء للمسلم بخلاف الذمي ووافق أبو حنيفة الجماعة في المستأمن ان المسلم لا يقاد به وهو المشهور عن أبي يوسف وعنه يقتل به لما سبق في الذمي

ولنا انه ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي مع ماذكرنا من الادلة في الادلة التي قبلها

(فصل) ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت اديانهم او اختلفت فيقتل النصراني باليهودي والمجوسي نص عليه احمد في النصراني يقتل بالمجوسي اذا قتله قتل فكيف يقتل به واديانهما مختلفة؟ قال اذهب الى ان النبي ﷺ قتل رجلا بأمرأة يعني انه قتله بها مع اختلاف دينهما ولانهما تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى مجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (ولا يقتل حر بعبد)

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن الشعبي وروي عن سعيد بن

(أحدهما) لم ينتف بقوله لانه لحقه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وفارق التى قبلها من وجهين : (أحدهما) إذا رجع عن دعواه لحق الاخر وههنا لا يلحق بذلك . (والثاني) ان ثبوت نسبه ثم بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا يثبت بالاشتراك في الوطء فلا ينتفي بالجحد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء .

(فصل) ولو قتل أحد الابوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لانه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لانه إذا لم يجب بالجناية عليه فلان لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه او من يشاركه في الميراث او لم يكن لانه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه واذا لم يثبت بعضه سقط كله لانه لا يتبعض وصار كما لو عفى بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه فان لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص في قول اكثر اهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري لا يقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح فأشبه الامة

ولنا عمومات النص ولانهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل به كالأجنبيين ، وقوله إنه ملكها غير صحيح فانها حرة وانما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة

المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي انه يقتل به لعموم الآيات والاخبار لقول النبي ﷺ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولانه آدمي معصوم اشبه الحر

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن علي رضي الله عنه انه قال من السنة ان لايقتل حر بعبد وعن ابن عباس ان النبي ﷺ قال « لايقتل حر بعبد »رواه الدار قطني ولانه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به كالاب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به كالمكاتب اذا ملك مايؤدي والعمومات مخصوصة بهذا فنقيس عليه

(مسئلة) (إلا أن يجرحه وهو مثله او يقتله ثم يسلم القاتل او الجارح او يعتق فيموت المجروح فانه يقتل به)

وجملة ذلك أن الاعتبار في التكافؤ بحالة الوجوب كالحد فعلى هذا اذا قتل ذمي ذميا او جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح أوقتل عبد عبداً أوجرحه ثم عتق القاتل او الجارح ومات المجروح وجب القصاص لانهما متكافئان حال الجناية ولان القصاص قدوجب فلا يسقط بما طرأ كما لوجن

(فصل) ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم وحكي عن النخعي وداود انه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة قال ان النبي ﷺ قال « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه» رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها

ولهذا تجب ديتها ثلثه ويرثها ورثتها ولا يرث منها الا قدر ميراثه ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

(فصل) ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئا من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءا منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص لان مامنع مقارناً أسقط طارئاً وتجب الدية ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا

(فصل) واذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لان الوالد لايقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص، وان اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لان السيد لايقتل بعبده

(فصل) ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فان كانت الزوجية بينهماموجودة حال قتل الاول فالقصاص على قاتل الثاني دون الاول لان القتيل الثاني ورث جزءاً من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لانه قتله بحق، وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما

ولنا ماذكرناه في التي قبلها وعن عمر رضي الله عنه انه قال لو لم اسمع رسول الله ﷺ يقول «لايقاد المملوك من مولاه والوالد من ولده لاقدته منك» رواه النسائي وعن علي رضي الله عنه ان رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة ونفاه عاما ومحي اسمه من المسلمين رواه سعيد والخلال قال احمد ليس بشيء من قبل اسحاق بن أبي فروة ورواه عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا «من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين» فاما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد :الحسن لم يسمع من سمرة انما هي صحيفة وقال غيره : انما سمع الحسن من سمرة ثلاثة احاديث ليس هذا منها ولان الحسن افتى بخلافه فانه يقول لايقتل الحر بالعبد وقال اذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

(فصل) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر وسيده لانه اذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولي الجناية الى المال فله ذلك ويتعلق ارشها برقبته لانه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص فان شاء سيده ان يسلمه الى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لانه سلم اليه ماتعلق حقه به وان قال ولي الجناية بعه وادفع الي ثمنه لم يلزمه ذلك لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما يتعلق بالرقبة التي سلمها فبرىء منها وفيه وجه آخر انه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن، وان امتنع من تسليمه

فضل لاحدهما فهو له على أخيه ، وان لم تكن الزوجية بين الابوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لانه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله فان بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه لانه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن او ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه ، وان تشاحا في المبتدىء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الاول لانه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهذا قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما تساويا في الاستحقاق فيصيرا الى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولا إما بمبادرة أو قرعة ورثه في قياس المذهب ان لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وان كان محجوبا عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر، وان عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً وسقط عنه ماوجب عليه من الدية وان تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الام الفضل على قاتل الاب لان عقل الام نصف عقل الاب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما في استحقاقه لسقوط الديتين اذا تساوتا ولانه لا سبيل الى استيفائهما واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف فلا يجوز فتعين السقوط ، وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه. فاذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه ، وان كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما

واختار فداءه فهل تلزمه قيمته او ارش الجناية ؟ على روايتين تذكران في غير هذا الموضع

(مسئلة) (وان جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلما بسراية الجرح لم يقتل به قاتله لعدم التكافؤ حال الجناية وعليه دية مسلم لان اعتبار الارش بحال استقرار الجناية وهذا قول ابن حامد بدليل مالو قطع يدي رجل ورجليه فسرى الى نفسه ففيه دية واحدة ولو اعتبر حال الجناية وجب ديتان ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب القود لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار وهو قول ابن حامد كالمسئلة قبلها ومذهب الشافعي وللسيد اقل الامرين من نصف قيمته او نصف دية حر والباقي لورثته لان نصف قيمته ان كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها لان الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها وان كان الاقل الدية لم يستحق أكثر منها لان نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وهو العتق وذكر القاضي ان احمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم عتق ومات ان على الجاني قيمته للسيد وهذا يدل على ان الاعتبار بحال الجناية وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب

قال ابو الخطاب من قطع يد ذمي ثم اسلم ومات ضمنه بدية ذمي ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات فعلى الجاني قيمته للسيد لان حكم القصاص معتبر بحال الجناية دن حال السراية

صاحبه سقط القصاص عنه لانه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله

(فصل) أربعة اخوة قتل الاول الثاني والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لانه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الاول وقد كان للرابع نصف قصاص الاول فرجع نصف قصاصه اليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للاول قتل الثالث لانه لم يرث من دم نفسه شيئاً فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث مايرثه عن أخيه الثاني وإن عفا عنه الى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها وان كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها

(مسئلة) قال (ويقتل الولد بكل واحد منهما)

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، وحكى أصحابنا عن احمد رواية ثانية أن الابن لايقتل بأبيه لانه ممن لاتقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالاب مع ابنه والمذهب أنه يقتل به للآيات والاخبار وموافقة القياس ولان الاب أعظم حرمة وحقا من الاجنبي فاذا قتل بالاجنبي فبالاب أولى ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالاجنبي ولا يصح قياس الابن على الاب

وكذلك الدية والاول أصح ان شاء الله تعالى قاله شيخنا لان سراية الجرح مضمونة فاذا اتلفت حرا مسلما وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد عليه قيمته للسيد لاخلاف فيه وانما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره احمد ولان الواجب مقدر بما تفضي اليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل ان من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع الى نفسه لم يلزم الجاني اكثر من دية ولو قطع اصبعا فسرى الى نفسه لوجبت الدية كاملة فكذلك اذا سرت الى نفس حر مسلم تجب دية كاملة فاما ان قطع يد مرتد أو حربي فسرى ذلك الى نفسه لم يجب قصاص ولا دية ولا كفارة سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم لان الجرح غير مضمون فلم تضمن سرايته بخلاف التي قبلها

(مسئلة) (وان رمى مسلم ذميا عبدا فلم يقع السهم به حتى عتق واسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم اذا مات من الرمية

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وقال ابو بكر يجب القصاص لانه قتل مكافئا له عمداً عدواناً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلما كذلك حال الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الاصابة بدليل ما لو رمى فلم يصبه حتي ارتد أو مات لم يلزمه شيء، ولو رمى عبداً كافراً فعتق أو أسلم غرمه بدية حر مسلم.

لان حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الوالد مع الولد وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي ﷺ [أحدهما] أنه قال «لا يقاد الاب من ابنه ولا الابن من أبيه» (والثاني) أنه كان يقيد الاب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه رواه الترمذي وهذان الحديثان أما الحديث الاول لانعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلا وان كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقتل الجماعة بالواحد)

وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص اذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يقتلون به وتجب عليهم الدية وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين

ولنا على درء القصاص أنه لم يقصد إلى نفس مكافئة فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربياً أو مرتدا فأسلم وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لان الاصابة ناشئة عن ارسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح

ولنا أن الاصابة حصلت في حر فكان ضمانه ضمان الاحرار كما لو قصد هدفا أو طائراً فأصاب حراً ثم يبطل بما اذا رمى حياً فأصابه ميتاً أو عبداً صحيحاً فأصابه بعد قطع يديه لم تجب ديته لورثته وعنده تجب لمولاه ولو رمى كافراً فأصابه السهم بعد أن أسلم كانت ديته لورثته المسلمين وعند أبي حنيفة لورثته الكفار

ولنا أنه مات مسلماً حراً فكانت ديته للمسلمين كما لو كان مسلما حال الرمي فوجوب المال معتبر بحال الاصابة لانه يدل على المحل فيعتبر عن المحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس مسلم حر والقصاص جزء الفعل فيعتبر الفعل فيه والاصابة معا لانهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

(فصل) ولو قطع يد عبد ثم عتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان

(أحدهما) الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها اقل الامرين من ديته او ارش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة الى السيد اعتباراً بحال الجناية لانها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي اسلم بدية ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها الى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لان الدية

والزهري أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لان كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ولان الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولان التفاوت في الاوصاف يمنع بدليل ان الحر لا يؤخذ بالعبد والتفاوت في العدد أولى قال ابن المنذر لاحجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا، وعن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعا ولانها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ويفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولان القصاص لو سقط بالاشتراك أدى الى التسارع الى القتل به فيؤدي الى إسقاط حكمة الردع والزجر

(فصل) ولا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه رجل جرحا والآخر مائة أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لان اعتبار التساوي يفضي الى سقوط القصاص عن المشتركين إذ لا يكاد

لا تخلو من ان تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فان كانت له وجب ان تكون لورثته المسلمين كسائر امواله واملاكه كالذي كسبه بعد جرحه، وان كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار

(فصل) وإن قطع ألف عبد قيمته الف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد، وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لانه انما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لان الجناية يراعى فيها حال وجودها وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه

(فصل) فان قطع يد عبد فاعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لانها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه العبد لسيده اذ قلنا ان العبد يضمن بما نقصه ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته أو نصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل الى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها او نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها أقل الامرين من أرش القطع او دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول ابي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيده

جرحان يتساويان من كل وجه ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم لان الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في انتفاء الحكم ولان الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولان الجراح إذا صارت نفسا سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد الاترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات

(فصل) إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث فان برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذي برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه فان ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فان صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة اليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكه لان الاصل عدم البرء فيها لكن ان اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في إنكار ذلك لان له ان يقتلهما سواء

اعتبارا بحال جنايته وان سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين خطأ وعمداً ولكن يجب القصاص في الرجل لانه قطعها من حر فان قتص منه وجب نصف الدية لانه مات من جنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية وللسيد اقل الامرين من نصف القيمة او نصف الدية فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة وان عفا ورثته عن القصاص فلهم ايضا نصف الدية فان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية وان سرى الجرحان الى نفسه فلا قصاص على الاول لانه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لان المجني عليه حر في حال استقرار الجناية وعلى الثاني القصاص في النفس اذا كانا عمدا القطع لانه شارك في القتل عمدا عدوانا فهو كشريك الاب ويتخرج ان لاقصاص عليه في النفس لان الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الاب وان عفا عنه الى الدية فعليه نصف دية حر وان قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان وان قلنا لا يجب في النفس وجب في الرجل

(فصل) وإن قطع عين عبد ثم عتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الاول سواء اندمل جرحه أو سرى وأما الآخران فعليهما القصاص في الطرفين ان وقف قطعهما أو ديتهما

برئت أولم تبرأ ، وان اختار الدية لم يلزمها أكثر من ثلثيها وان كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها فان شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بوجوبها وللولي أخذها منهما ان صدقهما وان لم يصدقهما وعفا الى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لانه لايدعي أكثر من ذلك وتقبل شهادتهما له ان كانا قد تابا وعدلا لانهما لايجران الى أنفسهما بذلك نفعا فيسقط القصاص عنه ولايلزمه أكثر من أرش موضحة

(فصل) إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت فان كانت جراحة الاول برئت قبل قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة ان عفا عن قتله وله قطع يد الاول أو نصف الدية وان لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس وان عفا الى الدية وجبت عليهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الاول في النفس لان قطع الثاني قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه وقال مالك ان قطعه الثاني عقيب قطع الاول قتلا جميعا وإن عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللاولياء أن يقسموا على أيهما شاؤا ويقتلوه

ان عفا عنهما ، وان سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس لان جنايتهما صارت نفسا وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف ذكرناه وان عفا عنهما فعليهما الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان (أحدهما) أقل الامرين من نصف القيمة أو ثلث الدية على قياس قول أبي بكر لانه بالقطع استحق نصف القيمة فاذا صارت نفسا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الامرين

(والثاني) له أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لان الجناية اذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت اليه ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الاول الا ثلث القيمة ولا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات فانه يكون للاول ثلث القيمة وإن كان ارش الجناية نصف القيمة فاذا قلنا بالوجه الاول قطع أصبعه أو هشمه، أو الجانيان في الحرية قطعا يديه فالدية عليهم أثلاثا للسيد منها أقل الامرين من ارش الاصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثا وكان للسيد منها أقل الامرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له في الفرعين أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية

(فصل) فان كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحرية فمات فعليهم الدية وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الامرين من ارش الجنايتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الامرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية .

(فصل) فان كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين

ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كان في يدين ولان القطع الثاني لا يمنع جنايته بعده فلا يسقط حكم ما قبله كما لو كان في يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته فان الالم الحاصل بالقطع الاول لم يزل وانما انضم اليه الالم الثاني فضعفت النفس عن احتمالها فزهقت بهما فكان القتل بهما ويخالف الاندمال فانه لا يبقى معه الالم الذي حصل في الاعضاء الشريفة فاختلفا، فان ادعى الاول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه القصاص في اليد أو نصف الدية، وان كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لان قتله واجب، وان عفا عنه الى الدية فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية وان كذب الولي الاول حلف وكان له قتله لان الاصل عدم ما ادعاه ولو ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الاول إذا ادعى ذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (واذ قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم)

وجملته ان الجماعة اذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وقال الحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلك وجها في مذهب احمد لانه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون

الاقل من ارش الجناية أو ربع الدية، وان كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الامرين من ارش الجنايات أو ثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الاقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية فالدية عليهم فللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين

(فصل) وإن قطع يده ثم عتق فقطع آخر رجله ثم عاد الاول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية فان كان قبل الاندمال فعلى الجاني الاول القصاص في النفس دون اليد لانه قطعها في رقه، فان اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد لانه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرش الطرف قبل الاندمال فان الطرف داخل في النفس في الارش، فان اختاروا العفو فعليه الدية دون ارش الطرف لان ارش الطرف يدخل في النفس، وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو ارش الطرف والباقي للورثة، وأما الثاني فعليه القصاص في الرجل لان القتل قطع سرايتها فصار كما لو اندملت، فان عفا عنه فعليه نصف الدية وان كان الثاني هو الذي قتله قبل الاندمال فعليه القصاص في النفس وهل يقطع طرفه؟ على روايتين فان عفا الورثة فعليه دية واحدة وأما الاول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه، وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان ويكون على الاول نصف القيمة لسيده وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية

(فصل) وإذا قطع رجل يد عبد ثم أعتقه ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان لانه انما

بالواحد وهذا تنبيه على أن الاطراف لاتؤخذ بطرف واحد لان الاطراف يعتبر التساوي فيها بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصتها ولا أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ، ولا يمينا بيسار ولا يسارا بيمين، ولا نساوي بين الطرف والاطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فاننا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها ولانه يعتبر في القصاص في الاطراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس ، ولان الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كيلا يتخذ وسيلة الى كثرة القتل، والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا في غاية الندرة فلا حاجة الى الزجر عنه ولان إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد، وإيجابه عن المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك الا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها الى تكلف ، فايجاب القصاص للزجر عنها يكون منعا لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته واطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الاصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه وانما خولف هذا الاصل في الانفس زجراً عن

قطع يد عبده وانما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وان مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه لان الجناية كانت على مملوكه، وفي وجوب الضمان وجهان (أحدهما) لا يجب شيء لانه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ، ولاننا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه ، وهذا مقتضى قول أبي بكر (والثاني) يضمنه بما زاد على ارش القطع من الدية لانه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن كما لو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط ارش القطع لانه في ملكه ويجب الزائد لورثته فان لم يكن وارث سواه وجب لبيت المال ولا يرث السيد شيئاً لان القاتل لا يرث

﴿مسئلة﴾ (ولو قتل من يعرفه ذمياً عبداً فبان أنه قد عتق وأسلم فعليه القصاص)

لانه قتل من يكافئه بغير حق أشبه ما لو علم حاله

﴿مسئلة﴾ (وإن كان يعرفه مرتداً فكذلك عند أبي بكر)

لما ذكرنا قال ويحتمل أن لا يلزمه الا الدية لانه لم يقصد قتل معصوم فلم يلزمه قصاص كما لو قتل في دار الحرب من يظنه حربياً فبان أنه بعد أن أسلم

(فصل) (الرابع أن لا يكون أبا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده وان سفل والاب والام في ذلك سواء)

وجملة ذلك أن الاب لا يقتل بولده ولا بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين

الاشتراك الذي يقع القتل به غالبا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولان النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك

ولنا ماروي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الاول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولانه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالانفس، وأما اعتبار التساوي فمثله في الانفس فاننا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلما بكافر ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الاطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وانما يفوت تبعا ولذلك كانت ديتهما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فان ديتهما مختلفة ، وأما اعتبار التساوي في الفعل فانما اعتبر في اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع فاذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه فلايجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وانما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه اليها فزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لايستوفى من الطرف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه ، ولا يجوز تجاوزه وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه. اذا ثبت هذا فانما يجب القصاص على المشتركين في الطرف اذا اشتركوا فيه

وولد البنات ، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده ولا بولد ولده عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال ابن نافع وابن عبدالحكم وابن المنذر يقتل به لظاهر آي الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص، ولانهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالاجنبيين ، وقال ابن المنذر قد رووا في هذا الباب أخباراً وقال مالك إن قتله حذفا بالسيف ونحوه لم يقتل به ، وان ذبحه أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد الى قتله دون تأديبه أقيد به .

ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولان النبي ﷺ قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الاضافة تمليكه إياه فاذا لم تثبت حقيقة الملكية ثبتت الاضافة شبهة في درء القصاص لانه يدرأ بالشبهات ولانه سبب ايجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ، ويفارق الاب سائر الناس فانهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والاب بخلافه

على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر إما بأن يتعهد وا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشهادة أو يكرهوا انسانا على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على منصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين، فان قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد اليه مرة مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها، وان كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ قال (وإذا قتل الاب وغيره عمداً قتل من سوى الاب)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وعن أحمد رواية اخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل

ولنا انه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي، ولا نسلم ان فعل الاب غير موجب فانه يقتضي الايجاب لكونه تمحض عمداً

(فصل) والجد وإن علا كالاب في هذا وسواء كان من قبل الاب أو من قبل الام في قول أكثر مسقطي القصاص عن الاب، وقال الحسن بن حي يقتل به

ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ولان ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا تملكه، والجد من قبل الام كالذي من قبل الاب، وقال النبي ﷺ «ان ابني هذا سيد»

(فصل) ويستوي في ذلك الاب والام في الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الاب، وعن أحمد ما يدل على أنه لا يسقط عن الام فان مهنأ نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمدا تقتل قال من يقتلها؟ قال ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين

(احداهما) أن الام تقتل بولدها لانها لا ولاية لها عليه أشبه الاخ، والصحيح الاول لقول النبي ﷺ «لا يقتل والد بولده ولانها أحد الابوين فأشبهت الاب ولانها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الاب بقتل ولده الكبير الذي لا ولاية له عليه وعن الاب المخالف في الدين أو الرقيق، والجدة وإن علت في ذلك كالام وسواء في ذلك من قبل الاب أو من قبل الام لما ذكرنا في الجد

(فصل) وسواء في ذلك اتفاقهما في الدين والحرية واختلافهما فيه لان انتفاء القصاص لشرف

عدواناً والجناية به أعظم اثما وأكثر جرما ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه فقال (ولا تقتلوا أولادكم — ثم قال — ان قتلهم كان خطأ كبيراً) ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب قال «أن تجعل لله نداً وهو خالقك، ثم أن تقتل ولدك خشية ان يطعم معك» فجعله اعظم الذنوب بعد الشرك ولانه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه وانما امتنع الوجوب في حق الاب لمعنى مختص بالمحل لالقصور في سبب الوجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لامانع فيه. وأما شريك الخاطيء فلنا فيه منع ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الايجاب فان فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالاب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عمداً عدواناً فان القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الاب لان امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لايتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً قال أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد ان شاء سيده اسلمه وإلا فداه بنصف قيمة

الابوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر ولده العبد لم يجب القصاص لشرف الابوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(فصل) إذا تداعى نفسان نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما فلاقصاص عليهما لانه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وإن ألحقه القافة باحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لانه شريك الاب في قتل الابن، وإن رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لان النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به كما لو أقرا له بحق سواه أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده، وان رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لان رجوعه لا يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لانه شارك الاب، وان عفا عنه فعليه نصف الدية، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل الحاقه باحدهما لم يجب القصاص، وإن نفيا نسبه لم ينتف بقوله لانه لحق بالفراش فلا ينتفي الا باللعان وفارق التي قبلها من وجهين

(أحدهما) أن أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وههنا لا يلحق بذلك

العبد وظاهر هذا انه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص

﴿مسألة﴾ قال (واذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما لان عمدهما خطأ)

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب انه لا قصاص عليه وبهذا قال الحسن والاوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد رواية اخرى ان القود يجب على البالغ العاقل حكاها ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي وروي ذلك عن قتادة والزهري وحماد لان القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ولانه شارك في القتل عمداً عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وذلك لان الانسان انما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً فمتى تمحض عمداً عدوانا وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص. وبنى الشافعي قوله على ان فعل الصبي والمجنون

(والثاني) ان ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا ثبت بالاشتراك فلا ينتفي بالجحد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء

﴿مسئلة﴾ (ويقتل الولد بكل واحد منهما في اظهر الروايتين)

هذا قول جماعة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد ان الابن لا يقتل بأبيه لانه لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه، والصحيح أنه يقتل به للآيات والاخبار وموافقة القياس ولان الاب اعظم حرمة وحقا من الاجنبي فاذا قتل بالاجنبي فبالاب أولى ولانه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي، ولا يصح قياس الابن على الإب لان حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الولد مع الوالد، وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي ﷺ انه قال « لا يقاد الاب من ابنه ولا الابن من أبيه » والثاني: أنه كان يقيد الاب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه، وهذا الحديث لا نعرفه ولم نجده في كتاب السنن المشهورة ولا نظن له اصلا فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته

﴿مسئلة﴾ (ومتى ورث ولده القصاص أو شيئاً منه أو ورث القاتل شيئاً من دمه سقط القصاص فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص)

إذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وانما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالابوة

ولنا انه شارك من لامأثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطيء ولان الصبي والمجنون لاقصد لهما صحيح ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ وهذا معنى قول الخرقي عمدهما خطأ اي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه ومدار ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة . إذا ثبت هذا فان الدية تجب عليهم أثلاثا على كل واحد منهم ثلثها لان الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه والمحل التالف واحد فكانت ديته واحدة ولانها تتقدر بقدره أما القصاص فانما كمل في كل واحد لانه جزاء الفعل وافعالهم متعددة فتعدد في حقهم وكمل في حق كل واحد كما لو قذف جماعة واحداً إلا ان الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالا لان فعله عمد والعاقلة لاتحمل العمد وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما لان عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية وتكون مؤجلة عاما لان الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاما ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله لان فعلهما خطأ والقاتل الخاطيء والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة لانها لاتجب بدلا عن المحل ولهذا لم تختلف وانما وجبت تكفيراً للفعل ومحواً لأثره فوجب تكميلها كالقصاص

لانه لو وجب لوجب لولده، ولايجب للولد قصاص على أبيه لانه إذا لم يجب بالجناية عليه فلان لايجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو انثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه في الميراث أولم يكن لانه لوثبت القصاص لوجب له جزء منه ولايمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله لانه لا يتبعض وصار كالو عفا بعض مستحقي القصاص عن نصيبه منه، فان لم يكن للمقتول ولد منها وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ، وقال الزهري لايقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح أشبه الامة

ولنا عموم النصوص ولانهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل به كالاجنبيين، قوله إنها ملكه غير صحيح فانها حرة وانما ملك منفعة الاستمتاع فاشبه المستأجرة ولهذا تجب عليه ديتها ويرثها ورثتها ولايرث منها إلا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

(مسئلة) (ولو قتل رجل اخا زوجته فورثته ثم ماتت فورثها ولده سقط عنه القصاص وسواء كان لها ولد من غيره اولا)

لان القصاص فيما ورثه ولده فيسقط جميعه لان القصاص لا يتبعض فاشبه مالو عفا أحدالشريكين وكذلك لو قتلت المرأة اخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا

«مسألة» قال (ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر)

هذا قول عامة اهل العلم، منهم: النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية. أخرجه سعيد. وروي مثل هذا عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي رضي الله عنه ولأن عقلها نصف عقله فاذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله.

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (الحر بالحر) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت أن النبي ﷺ قتل يهودياً رضّ رأس جارية من الأنصار. وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان وان الرجل يقتل بالمرأة، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الأبدال لا عبرة به

(فصل) ولو قتل رجل اخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئاً لم يجب القصاص لما ذكرنا

(فصل) وإذا قتل أحد ابوي المكاتب المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لان الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والد قصاص، وان اشترى المكاتب أحد ابويه ثم قتله لم يجب القصاص لان السيد لا يقتل بعبده.

(مسألة) (ولو قتل أباه أو اخاه فورثه أخواه ثم قتل احدهما صاحبه سقط القصاص عن الاول لانه ورث بعض دم نفسه)

(مسألة) (وان قتل أحد الابنين اباه والآخر امه وهي زوجة الاب سقط القصاص عن الاول لذلك وله ان يقتص من أخيه ويرثه لان القتل بحق لا يمنع الميراث)

إذا قتل أحد الابنين اباه والآخر امه والزوجية بينهما موجودة حال قتل الاول فالقصاص على القاتل الثاني دون الاول لان القتيل الثاني ورث جزءاً من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لانه قتل بحق وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما فضل لاحدهما فهو على أخيه

في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينيهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(فصل) ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لانه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى

« مسألة » قال (ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح)

وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الاطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالانثى والانثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور واسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لأن التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

(فصل) وان لم تكن زوجة الاب فعلى كل واحد منهما القصاص لاخيه لانه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فان بادر احدهما فقتل أخاه فقد استوفى حقه وسقط عنه القصاص لانه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث إلا ان يكون المقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه ان لم يكن له وارث سواه فان تشاحا في المبتدىء منهما بالقتل احتمل ان يبدأ بقتل القاتل الاول لانه اسبق واحتمل ان يقرع بينهما وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما تساويا في الاستحقاق فصرنا الى القرعة وايهما قتل صاحبه اولا اما بمبادرة او قرعة ورثه في قياس المذهب ان لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وان كان محجوبا عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر وان عفى أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العفي ورثه أيضاً وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وان تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الام الفضل على قاتل الاب لان عقلها نصف عقل الاب ويتخرج ان يسقط القصاص عنهما في استحقاقه كسقوط الديتين إذا تساوتا ولانه لا سبيل إلى استيفائهما معا واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف لا يجوز فتعين السقوط وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه فاذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه وللابن ان يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال ابيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه وان كان لكل واحد منهما بنت فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لانه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه

ولنا أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فان التكافؤ معتبر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة لان المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الاصابع بكاملة الاصابع وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما ولهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك .

« مسئلة » قال (وإذا قتلاه وأحدهما مخطىء والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما وعلى العامد نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطىء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة)

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وقال تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به) وأما السنة فقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » واجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصا ، وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن أحمد أن عليه القصاص ، وحكي ذلك عن مالك لانه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

القصاص وورث مال أبيها الذي قتله أخوه ونصف مال أخته ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل ابوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية أبيه

(فصل) أربعة أخوة قتل الاول الثاني والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لانه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الاول وحده وقد كان للرابع نصف قصاص الاول فرجع نصف قصاصه اليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان الاول قتل الثالث لانه لم يرث من دم نفسه شيئا فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث ما ورثه عن أخيه الثاني فان عفا عنه الى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها وان كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها

(مسألة) (وان قتل من لا يعرفه وادعى كفره لم يقبل)

لانه محكوم باسلامه بالدار ولهذا يحكم باسلام اللقيط ويكون القول قول الولي وكذلك ان ادعى رقه لان الاصل الحرية والرق طارىء وكذلك لو ضرب ملفوفا فقده وادعى أنه كان ميتا لم يقبل لان الاصل الحياة وان قطع طرف انسان وادعى شلله لم يقبل لان الاصل السلامة

(مسئلة) (وان قتل رجلا في داره وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله دفعا عن نفسه وأنكر وليه فالقول قول الولي)

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ولان كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا اذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب .

(فصل) وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما ابو عبدالله ابن حامد وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه انسان عمداً إما قبل ذلك او بعده فيموت منهما او يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً فيموت منهما فهل يجب على المشارك له قصاص؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه، وقال أصحاب الرأي لاقصاص عليه لانه شارك من لايجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطئ ، ولانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولانه اذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون فلأن لايجب على شريك من لايضمن فعله أولى

(والوجه الثاني) عليه القصاص وهو قول ابي بكر ، وروي عن احمد انه قال: اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص لانه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الاب ، فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب

وجملة ذلك انه اذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه اوأنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قوله الا ببينة ولزمه القصاص اذا انكروليه روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال ان لم يأت باربعة شهداء فليعط برمته ولان الاصل عدم مايدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى فاما ان اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولادية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغدى اذ جاء رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا ياأمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا فقال له عمر مايقولون؟ فقال ياأمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر مايقول؟ قالوا ياأمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال ان عادوا فعد رواه سعيد في سننه وروي عن الزبير انه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا اعطنا شيئا فاعطاهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو اقر بقتله قصاصا أو في حد يوجب قتله وان ثبت ببينة فكذلك

نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحي فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين ،وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطىء

(فصل) فان جرحه انسان فتداوى بسم فمات نظرت فان كان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد ان جرح وتنظر في الجرح فان كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وان لم يكن موجباً له فلوليه الارش ، وان كان السم لايقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطىء واذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية ، وان كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً لانه لم يقصد القتل انما قصد التداوي فيكون كالذي قتله واحتمل ان يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله ، وان جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم مالو شرب سما يجوز ان يقتل على مامضى فيه وان خاطه غيره بغير اذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وان خاطه وليه أو الامام وهو ممن لاولاية عليه فهما كالاجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لان فعلهما جائز لهما اذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ وهل على الجارح القود؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطىء

(مسئلة) (وان تجارح اثنان وادعى كل واحد منهما انه جرح صاحبه دفعا عن نفسه وأنكر الآخر وجب القصاص والقول قول المنكر)

لان سبب القصاص قد وجد وهو الجرح والاصل عدم مايدعيه الاخر وقال شيخنا يجب الضمان لذلك والقول قول كل واحد منهما مع يمينه في نفي القصاص لان ما يدعيه محتمل فيندرىء به القصاص لانه يندرىء بالشبهات هذا الذي ذكره في كتاب الكافي والاول اقيس لانه لو كان دعوى ماينمع القصاص اذا احتمل مانع منه لما وجب القصاص في المسائل المتقدمة والحكم بخلافه والله أعلم

(فصل) أجمع أهل العلم على ان القود لا يجب الا بالعمد ولا نعلم في وجوبه بقتل العمد اذا اجتمعت شروطه وانتفت الموانع خلافا وقد دل عليه الآيات والاخبار بعمومها فقال تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) وقال تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) وقال تعالى (ولكم في القصاص حياة) يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع الاقدام على القتل خوفا على نفسه من القتل فتبقى الحياة فيمن أريد قتله ، وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ، وقال النبي ﷺ « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل واما أن يفدى » متفق عليه وروى أبو شريح الخزاعي قال قال رسول الله ﷺ « من أصيب بدم فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فان أراد الرابعة فخذوا على يديه ان يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية » رواه أبو داود

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله وان كان مجدع الاطراف معدوم الحواس

﴿ مسألة ﴾ قال (ودية العبد قيمته وان بلغت ديات)

أجمع اهل العلم ان في العبد الذي لاتبلغ قيمته دية الحر قيمته وان بلغت قيمته دية الحر او زادت عليها فذهب احمد رحمه الله الى ان فيه قيمته بالغة مابلغت وان بلغت ديات عمداً كان القتل او خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبدالعزيز واياس بن معاوية والزهري ومكحول ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وابو حنيفة ومحمد لاتبلغ به دية الحر ، وقال ابو حنيفة ينتقص عن دية الحر ديناراً او عشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق وهذا اذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت في يده فان قيمته تجب وان زادت على دية الحر واحتجوا بأنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لان الله تعالى لما أوجب في الحر دية لاتزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على ان دية العبد المنقوص لايزاد عليها فنجعل مالية العبد معياراً لقدر الواجب فيه مالم يزد على الدية فاذا زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كارش مادون الموضحة يجب فيه ماتخرجه الحكومة مالم يزد على ارش الموضحة فنرده اليها

ولنا انه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة مابلغت كالفرس او مضمون بقيمته فكانت جميع

والقاتل صحيح سوي الخلق أو كان بالعكس وكذلك ان تفاوتا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر ونحو ذلك لايمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلوناها ، وقول النبي ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ولان اعتبار التساوي في الصفات والفضائل يفضي إلى اسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض .

(فصل) ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والاخبار التي ذكرناها لانعلم في هذا خلافا وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا اليه عاملا أنه قطع يده ظلماً لئن كنت صادقا لاقدتك منه وثبت أن عمر كان يقيد من نفسه وروي أبو داود قال خطب عمر فقال اني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلي أقصه منه فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته أتقصه منه؟ قال إي والذي نفسي بيده أقصه وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه ولان المؤمنين تتكافأ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجري القصاص بينهما كسائر الرعية

(فصل) ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الاسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلماً عالماً باسلامه عامداً فعليه القود سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة

القيمة كما لو ضمنه باليد ويخالف الحر فانه ليس بمضمون بالقيمة وانما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه ولان ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهـذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا ، وقد حكى ابو الخطاب عن احمد رحمه الله رواية أخرى انه لايبلغ بالعبد دية الحر والمذهب الاول

(باب القود)

القود القصاص ولعله انما سمي بذلك لان المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده الى القتل فسمي القتل قوداً لذلك

لايجب القصاص بالقتل في غير دار الاسلام فان لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمداً قتله أو خطأ، وان كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجل أسيراً مسلماً في دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية ولم يجب القود عمداً قتله أو خطأً

ولنا ما ذكرنا من الآيات والاخبار ولانه قتل من يكافئه عمداً ظلماً فوجب عليه القود كما لو قتله في دار الاسلام ولان كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وان لم يكن فيها إمام كدار الاسلام

(فصل) وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وقال مالك الامر عندنا ان يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك الى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الانسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بحديث عمر رضي الله عنه في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به وبقياسه على المحارب

ولنا عموم قوله تعالى (فقد جعلنا لوليه سلطاناً) ، وقول النبي ﷺ « فأهله بين خيرتين » ولانه قتيل في غير المحاربة فكان أمره الى وليه كسائر القتلى ، وقول عمر لاقدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم .

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون من يستحقه مكلفاً فان كان صبياً أو مجنونا لم يجز استيفاؤه ويحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون اذا كان من يستحق القصاص واحداً غير مكلف صغيراً أو مجنونا كصبي قتلت أمه وليست زوجة لابيه فالقصاص له وليس لابيه ولا لغيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي ،وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس ،وذكر أبو الخطاب في موضع في الاب روايتين وفي موضع وجهين (أحدهما) كقولهما ولان القصاص أحد بدلي النفس فكان للاب استيفاؤه كالدية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لان الاول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش مثله)

وجملته انه اذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فان كانت الاولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أي مافي بطنه وابانتها منه او ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فلاول هو القاتل لانه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت ، وان عفا الولي الى الدية فهي على الاول وحده وان كان جرح الاول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير ابانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لانه لم يخرج الاول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة ان عفا عنه ، ثم ننظر في جرح الاول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقاً وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الارش وانما جعلنا عليه القصاص لان فعل الثاني قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولا اعلم فيه مخالفا ولو كان جرح الاول يفضي الى الموت لامحالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة

ولنا أنه لا يملك ايقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولان القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب فافترقا ولان الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فانه يجوز العفو إلى الدية والصلح إلى مال أكثر منها أو أقل والدية بخلاف ذلك

(فصل) وكل موضع يجب تأخير الاستيفاء فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها فان قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين قلنا لان في تخليته تضييعا للحق لانه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه (أحدها) أن قضاء الدين لا يجب مع الاعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ههنا واجب وإنما تعذر المستوفي (الثاني) أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس (الثالث) أنه قد استحق قتله وفيه تفويت نفسه ونفعه فاذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا لان في القصاص حقا للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا ينفذ وصاياه من الدية ويقضي ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة

مثل خرق المعى أو ام الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لانه فوت حياة مستقرة وقيل هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعلم الطبيب انه ميت فقال اعهد الى الناس فعهد اليهم وأوصى وجعل الخلافة الى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده واجمعوا على قبول وصاياه وعهده ، فلما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء علته

[فصل] اذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله لانه فوت حياته قبل المصير الى حال يئس فيها من حياته فأشبه ما لو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه ، وبهذا قال الشافعي ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان . [أحدهما] كقولنا (والثاني) الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف .

ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التي ذكرناوما ذكروه باطل بهذه الاصول المذكورة

الميت في يد إنسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه ، ولو كان القصاص لحي في طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلي سبيله له لم يجز لان الكفالة لاتصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل ، فان تعذر إحضار المكفول به فلا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولان فيه تغريراً بحق المولى عليه فانه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق

(مسئلة) (وان كانا محتاجين إلى النفقة فهل لوليهما العفو إلى الدية ؟ يحتمل وجهين)

إذا وجب القصاص لصغير أو مجنون فليس لوليه العفو عن القصاص إلى غير مال لانه لا يملك اسقاط حقه وكذلك ان عفا إلى مال وكان الصبي في كفاية وقد ذكرناه ، فان كان فقيراً محتاجا إلى النفقة جاز ذلك في أحد الوجهين ، قال القاضي وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز لانه لا يملك اسقاط قصاصه ونفقته في بيت المال ، والصحيح الاول فان وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه اذا لم يحصل ، واما اذا كان مستحق القصاص مجنونا فقيراً فلوليه العفو الى المال لانه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها افاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي

(مسئلة) (وان قتلا قاتل أبيهما أو قطعا قاطعهما قهراً احتمل أن يسقط حقهما واحتمل أن تجب دية أبيهما في مال الجاني ويرجع ورثة الجاني على عاقلتهما)

اذا وثب الصبي أو المجنون على القاتل فقتله أو على القاطع فقطعه ففيه وجهان :

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يده ولا رجلاه في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى قال انه لا هل أن يفعل به كما فعل فان عفا عنه الولي فعليه دية واحدة)

وجملة ذلك أن الرجل اذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسئلة في حالين (أحدهما) أن يختار الولي القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء فروي عنه لا يستوفى الا بالسيف في العنق وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا قود الا بالسيف » رواه ابن ماجه ولان القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فانه لو صار الامر الى الدية لم تجب الا دية النفس ولان القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل واتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته باتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فانه لا يقتل بمثله . والرواية الثانية عن أحمد قال انه لا هل أن يفعل به كما فعل يعني أن المستوفي أن يقطع أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى [وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به] وقوله سبحانه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن النبي ﷺ رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من

(أحدهما) يصير مستوفياً لحقه لانه عين حقه أتلفه فأشبه مالو كانت وديعة عند رجل (والثاني) لايصير مستوفياً لحقه لانه ليس من أهل الاستيفاء فتجب له دية أبيه في مال الجاني لان عمد الصبي خطأ وعلى عاقلته دية القاتل كما لو أتلف أجنبياً بخلاف الوديعة فانها لو تلفت من غير تعد برىء منها المودع ولو هلك من غير فعل لم يبرأ من الجناية

(مسئلة) (وان اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة كالعبد سقط حقهما وجهاً واحداً لانه لا يمكن ايجاب ديته على العاقلة فلم يكن الا سقوطه

(فصل) الثاني اتفاق جميع الاولياء على استيفائه وليس لبعضهم الاستيفاء دون بعض) لانه يكون مستوفيا لحق غيره بغير اذنه ولا ولاية عليه فأشبه الدين

﴿ مسئلة ﴾ (فان فعل فلا قصاص عليه)

وبه قال ابو حنيفة وهو احد قولي الشافعي والقول الآخر عليه القصاص لانه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص باتلاف بعض النفس بدليل مالو اشترك الجماعة في قتل واحد

ولنا انه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولانه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالاصل، ويفارق اذا قتل الجماعة واحدا فانا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس وانما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها وان سلمنا وجوبه

الانصار بين حجرين» ولأن الله تعالى قال (والعين بالعين) وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» ولان القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفي منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره . فأما حديث « لا قود الا بالسيف » فقال أحمد ليس اسناده بجيد

(الحال الثاني) أن يصير الامر الى الدية اما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب دية الاطراف المقطوعة ودية النفس لانه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه مالو قتله غيره ولهذا لم يسقط القصاص فيه

ولنا أنه قتل قبل استقرار الجرح فدخل ارش الجراحة في ارش النفس كما لو سرت الى نفسه والقصاص في الاطراف على إحدى الروايتين لا يجب وان وجب فان القصاص لا يشبه الدية لان سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

(فصل) ومتى قلنا له ان يستوفي بمثل ما فعل بوليه فاحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وان قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك لانه تارك بعض حقه وان قطع بعض أطرافه ثم عفا الى الدية لم يكن له ذلك لان جميع مافعل بوليه لايجب به الا دية واحدة فلا يجوز ان يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية فان فعل فله ما بقي من الدية فان لم يبق

عليه لقتل بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ذلك ههنا

(مسئلة) (وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجاني في احد الوجهين وفي الآخر لهم ذلك في تركة الجاني ويرجع ورثة الجاني على قاتله)

وجملة ذلك انه يجب للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الاولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني او في تركة الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان

(احدهما) يرجع على قاتل الجاني لانه اتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثاني) يرجع في تركة الجاني كما لو اتلفه اجنبي او عفا شريكه عن القصاص، وقولنا اتلف محل حقه يبطل بما اذا اتلف مستأجره او غريمه او امرأته أو كان المتلف اجنبيا، ويفارق الوديعة فانها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجني عليه وانما له عليه حق فأشبه مالو اتلف غريمه ، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بدية موروثهم الاقدر حقه منها، فعلى هذا لو كان الجاني اقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان قتلها احدهما بغير اذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت علي أخيه الا نصف

منها شيء فلا شيء له، وان قلنا ليس له أن يستوفي الا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل مافعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لان فعل الجاني في الاطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا الى الدية لم يكن له الاتمامها وان قطع ماتجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء وان قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية لانه لا يستحق أكثر من دية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه شيء لانه لو قتله لم يلزمه شيء فاذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لايلزمه شيء ولانه فعل بعض مافعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل ما فعل به

[فصل] فان قطع يديه ورجليه أوجرحه جرحا يوجب القصاص إذا انفرد فسرى الى النفس فله القصاص في النفس وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسئلة (إحداهما) ليس له قطع الطرف وهو مذهب ابي حنيفة لان ذلك يفضي الى الزيادة على ماجناه الاول والقصاص يعتمد المماثلة، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع (والثانية) يجب القصاص في الطرف فان مات به والاضربت عنقه وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في اول المسئلة، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وأنه لايصح تخريجه على الروايتين في المسئلة لافضاء هذا الى الزيادة بخلاف المسئلة والصحيح

المرأة ولا يمكن ان يرجع على ورثة المرأة بشيء لان أخاه الذى قتلها أتلف جميع الحق، وهذا يدل على ضعف هذا الوجه، ومن فوائده أيضا صحة ابراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته وان قلنا يرجع على ورثة الجاني صح ابراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل مورثهم بقسط اخيه العافي وان قلنا يرجع على شريكه ملك مطالبته وصح ابراؤه ولم يكن لورثة الجاني مطالبته بشيء (ومنها) اننا اذا قلنا يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الاخذ منها سواء امكن ورثته أن يستوفوا من الشريك او لم يمكنهم وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً او معسراً

(فصل) وان عفا بعضهم سقط القصاص وان كان العافي زوجا أو زوجة، أجمع اهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل لما نذكره. والقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الانساب والاسباب الرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يكن لاحد عليه سبيل وهذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي وقال الحسن وقتادة والزهري وابن شبرمة والليث والاوزاعي ليس للنساء عفو والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لاصحاب الشافعي لانه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث انه لذوى الانساب دون الزوجين لان النبي ﷺ قال «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين ان يقتلوا او يأخذوا العقل»

تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه مالو قطعه ثم قتله ولان زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء الا بضربتين

(فصل) وان جرحه جرحا لاقصاص فيه ولايلزم فوات الحياة به مثل ان أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أورجله من نصف ساقه فمات منه أوقطع يداً ناقصة الاصابع أوشلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل مثل مافعل وليس له أن يقتص الا في العنق بالسيف ذكره أبو بكر والقاضي، وقال غيرهما فيه رواية أخرى أن له أن يقتص بمثل ما فعله لانه صار قتلا فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رض رأسه بحجر فقتله به، والصحيح الاول لان هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لوقطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له ان يستوفي من يساره، وفارق ماإذا رض رأسه فمات لان ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قتل وقطع والقطع لايوجب قصاصا فبقي مجرد القتل فاذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعا لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراما وسواء في هذا ماإذا قطع ثم قتل عقيبه وبين ماإذا قطع فسرى الى النفس

(فصل) فأما قطع اليمنى ولايمنى للقاطع أواليد ولا يد له أوقلع العين ولا عين له فمات المجني عليه فانه يقتل بالسيف في العنق ولاقصاص في طرفه ولا أعلم فيه خلافا لان القصاص انما يكون من

وادله ذوو رحمه وذهب بعض أهل المدينة الى ان القصاص لايسقط بعفو بعض الشركاء، وقيل هو رواية عن مالك لان حق غير العافي لم يرض باسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «فأهله بين خيرتين» وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي ﷺ «من يعذرني من رجل بلغ اذاه في أهلي وماعلمت على أهلي الا خيرا وما كان يدخل على أهلي الا معي» يريد عائشة وقال له أسامة يارسول الله أهلك ولا نعلم الا خيرا وروى زيد بن وهب ان عمر أتي برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي اخت القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود، وفي رواية عن زيد قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية وروى قتادة ان عمر رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء اولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ماتقول ؟ فقال انه قد احرز من القتل فضرب على كتفه فقال كنيف ملىء علما، والدليل على ان القصاص لجميع الورثة ماذكرناه في مسئلة القصاص بين الصغير والكبير ولان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة واذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه، وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة، ومتى ثبت انه حق مشترك بين جميعهم سقط باسقاط من كان من أهل الاسقاط

مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولان القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ولا سبيل اليه ولانه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفيا رجلا ممن لم يقطع له مثلها أو اذنا بدلا عن عين وهذا غير جائز وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله

[فصل] وان قتله بغير السيف مثل ان قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفي القصاص بمثل فعله؟ فيه روايتان (احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لايستوفي الا بالسيف في العنق وبه قال أبوحنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على احدى الروايتين عنده أو جرحه فمات، ووجه الروايتين ماتقدم في أول المسئلة ولان هذا لاتؤمن معه الزيادة على مافعله الجاني فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فانه لا يستوفي بمثله ولان هذا لا يقتل به المرتد فلايستوفي به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو بالسحر، ولاتفريع على هذه الرواية فأما على الرواية الاخرى فانه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف وهذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لانه قتله بذلك فله قتله بمثله

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحا أو قطع منه طرفا فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فانه لايكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل الى ضرب عنقه فكذا ههنا

(فصل) وان قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله أو جرعه خمراً أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا

منهم لان حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فاذا سقط سقط جميعه لانه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق ولان القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض مبناه على الدور والاسقاط فاذا اسقط بعضهم سرى الى الباقي كالعتق، والمرأة أحد المستحقين فسقط باسقاطها كالرجل، ومتى عفا احدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقا او الى الدية وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهم مخالفا ممن قال بسقوط القصاص وذلك لان حقه من القصاص سقط بغير رضاه فيثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه اومات ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود والا فلا قود وعليهم ديته)

وجملة ذلك أنه اذا قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص سواء حكم به الحاكم او لم يحكم وبهذا قال أبوحنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لايجب القصاص لان فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه

ولنا انه قتل معصوما مكافئا له عمداً يعلم ان لاحق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم والاختلاف لا يسقط القصاص فانه لو قتل مسلما بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله، فأما ان قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي في احد قوليه عليه القصاص

ويعدل الى القتل بالسيف، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجها آخر أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه الى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر، وان حرقه فقال بعض أصحابنا لا يحرق لان التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ «لا يعذب بالنار الا رب النار» ولانه داخل في عموم الخبر، وهذا مذهب أبي حنيفة، وقال القاضي الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق:

(احداها) يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» وحملوا الحديث الاول على غير القصاص في المحرق

(فصل) اذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا فان عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته وبهذا قال ابو حنيفة وقال مالك والشافعي وابن المنذر وابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لانه قطع طرفا من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها

ولنا انه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه او كما لو قطعه أجنبي، فأما ان قطعه ثم قتله احتمل ان يضمنه أيضاً لانه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا

لانه قتل عمد عدوان لمن لاحق له في قتله

ولنا انه معتقد ثبوت حقه فيه مع ان الاصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل اذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه، ولا فرق بين ان يكون الحاكم قد حكم بالعفو اولم يحكم به لان الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده، وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو اولم يعلم وقد بينا الفرق بينهما، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية اما لكونه معذورا واما للعفو عن القصاص فانه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصا ويجب عليه الباقي، فان كان الولي عفا الى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليه وان كان عفا الى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية وقيل فيه ان حق العافي من الدية على القاتل ولا يصح لان الحق لم يبق متعلقا بعينه وانما الدية واجبة في ذمته فلم تنتقل الى القاتل كما لو قتل غريمه

﴿ مسألة ﴾ (وسواء كان الجميع حاضرين او بعضهم غائب لما ذكرناه)،

(فصل) فان كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو الى مال وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك الشافعي وابن المنذر وروي عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه الى السلطان

ولنا قوله تعالى (فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في

لم يعف عنه لان العفو احسان فلا يكون موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه وهو قول ابي حنيفة لانه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه اذا كان القتل مستحقاً أولى

فأما القصاص فلا يجب في الطرف بحال ولا نعلم في هذا خلافا لان القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة ههنا متحققة لانه متحقق لاتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه اتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم المكافآت . فأما ان كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى وان قطع طرفا غير الذي قطعه الجاني كان الجاني قطع يده فقطع المستوفي رجله احتمل أن يكون بمنزلة مالو قطع يده لان ديتهما واحدة واحتمل أن تلزمه دية الرجل لان الجاني لم يقطعها فأشبه مالو لم يقطع يده

(فصل) فأما ان كانت الزيادة في الاستيفاء لانه الطرف مثل ان استحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمداً من مفصل أو شجة يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة ، وان كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة فعليه ارش الزيادة الا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لانه حصل بفعل الجاني، فان اختلفا هل فعله خطأ أو عمداً ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لان هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده ، وان قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من

تفسيرها أي بعد أخذه الدية وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ « لا اعفي من قتل بعد أخذه الدية » ولانه قتل معصوما مكافئا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل

(فصل) واذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم يلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور وقال مالك والليث والاوزاعي يضرب ويحبس سنة

ولنا أنه انما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنونا فليس للبالغ العاقل استيفاء حتى يصيرا مكلفين في المشهور وعنه له ذلك)

وجملة ذلك ان ورثة القتيل اذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود الا باذن الباقين فان كان بعضهم غائبا انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيرا او مجنونا فظاهر مذهب احمد انه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وابو يوسف واسحاق ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، وعن أحمد رواية أخرى للكبار والعقلاء استيفاؤه وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وابو حنيفة لان الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصا

جهتك فالقول قول المقتص منه لانه منكر فان سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة الى نفس المقتص منه فمات أو الى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط او برد شديد فسرى فقال القاضي على المقتص نصف الدية لانه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليهما نصفين كما لو جرحه جرحا في حال ردته وجرحا بعد اسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما اذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة لان الفعل كله محرم بخلاف قطع الاصبعين فان أحدهما مباح

(فصل) قال القاضي ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي لانه أمر يفتقر الى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان اذا كان القصاص في النفس لان رجلا أتى النبي ﷺ برجل يقوده بنسعة فقال ان هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ « اذهب فاقتله » رواه مسلم بمعناه ولان اشتراط حضور السلطان لايثبت الا بنص أو اجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب أن يحضر شاهدين

وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك ولان ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية

ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لاحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان لحاضر وغائب ولانه احد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية والدليل على ان الصغير والمجنون فيه حقا اربعة أمور

(احدها) أنه لو كان منفردا لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردا كولاية النكاح

(الثاني) أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقا عند الموت لم يكن مستحقا بعده كالرقيق اذا أعتق بعد موت أبيه

(الثالث) انه لو صار الامر الى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما استحق بدله كالاجنبي

(الرابع) انه لو مات الصغير لاستحق ورثته ولو لم يكن حقا له لم يرثه كسائر مالا يستحقه

وأما ابن ملجم فقد قيل انه قتله لكفره لانه قتل عليا مستحلا لدمه معتقدا كفره متقربا الى الله تعالى بذلك وقيل قتله لسعيه في الارض بالفساد واظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق اذا قتله وقتله متحتم وهو الى الامام والحسن هو الامام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وان قدرنا انه قتله قصاصا فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض؟

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من ورث المال ورث القصاص على حسب ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الارحام)

لانه حق يستحقه الوارث من جهة مورثه فاشبه المال

لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء ، واذا أراد الولي الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها فان كانت كالة منعها الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال « إن الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وان كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لانها تفسد البدن وربما منعت غسله وان عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر وان كان السيف صارما غير مسموم نظر في الولي فان كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه لقوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقال عليه السلام (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية » ولانه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا امكنه كسائر الحقوق وان لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل لانه عاجز عن استيفاء حقه ، فان ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه وان أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر . وان قال أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لان هذا مما يجوز الخطأ في مثله . وان كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لان مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم ان أراد العود ففيه وجهان [أحدهما] لا يمكن منه لانه تبين منه انه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل العود إلى مثل فعله (والثاني) يمكن منه قاله القاضي لان الظاهر تحرزه

(مسألة) ومن لا وارث له وليه الامام ان شاء اقتص وان شاء عفا الا ان يفعل من ذلك ما يرى فيه المصلحة للمسلمين فان أحب القصاص فله ذلك وان احب العفو الى مال فله ذلك وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا، وهذا قول أصحاب الرأي لانهم لا يرون العفو إلى مال الا برضى الجاني

(فصل) واذا اشترك جماعة في قتل واحد فعفي عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفي عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سوا اتلفه واحد أو جماعة وقال ابن ابي موسى فيه رواية أخرى ان على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه يجب عليه دية عينه وهو دية كاملة والصحيح الاول لان الواجب بدل المتلف ولا يختلف باختلاف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته الفمان حرا لم يملك العفو على أكثر من الدية واما القصاص فهو عقوبة على الفعل فيتعدد بعدده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الثالث) ان يؤمن في الاستيفاء التعدي الى غير القاتل فلو وجب القصاص على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبأ لا نعلم في ذلك خلافا وسواء كان القصاص في النفس او في الطرف اما في النفس فلقول الله تعالى (فلا يسرف في القتل) وقتل

عن مثل ذلك ثانياً . وان كان الولي لايحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لانه حقه فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه فان لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال

قال بعض أصحابنا يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص لان هذا من المصالح العامة فان لم يحصل ذلك فالاجرة على الجاني لانها اجرة لايفاء الحق الذي عليه فكانت عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويحتمل أن تكون على المقتص لانه وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع والذي على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ولانه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وان قال الجاني أنا أقتص لك من نفسي لم يلزم تمكينه ولم يجز ذلك له لان الله تعالى قال [ولا تقتلوا أنفسكم] ولان معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفي له كالبائع لا يستوفي من نفسه

(فصل) وان كان القصاص لجماعة من الاولياء وتشاحوا في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم فان لم يتفقوا على واحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم لان الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ولا يجوز له الاستيفاء بغير اذنهم لان الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير اذنهم . وان لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

الحامل قتل لغير الحامل فيكون اسرافا وروى ابن ماجة باسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال حدثنا نساء ومعاذ بن جبل وابو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال « اذا قتلت المرأة عمدا لم تقتل حتى تضع مافي بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع مافي بطنها وحتى تكفل ولدها » وهذا نص ولان النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا « ارجعي حتى تضعي ما في بطنك » ثم قال لها « ارجعي حتى ترضعيه » ولان هذا اجماع من أهل العلم لانعلم فيه اختلافا وأما القصاص في الطرف فلاننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية الى الجاني والى زيادة في حقه فلان نمنع منه خشية السراية الى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى ولان في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام واذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لان الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيرا ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبر ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلان يؤخر لحفظه بعد وضعه اولى الا ان يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرر الاستيفاء منها فيستوفى وان وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء منها لانه يستغنى عنها بلبن المرضعة وكذلك ان كانت مترددة أو نساء يتناوبنه يرضعنه او أمكن أن يسقى من لبن شاة او نحوها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر في اختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة

(مسألة) قال (وان كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المتفوه ثلاث ديات الا أن يريدوا القود فيقيدوا و أخذوا من ماله ديتين)

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار ان شاء عفا وأخذ ثلاث ديات دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه وان شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وان أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه وأن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه وان أحب قطع طرفا واحداً وأخذ دية الباقي وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لان حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفا

(فصل) فان اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل و كانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين وان اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل عدم مضيها وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لانه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والاصل عدم ذلك فان كانت للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته وان كان للولي بينة ببرئه

(مسألة) وحكم الحد في ذلك حكم القصاص لما ذكرنا من الحديث ولانه في معنى القصاص

(مسألة) وان ادعت الحمل ففيه وجهان

(احدهما) تحبس حتى يبين حملها لان للحمل امارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب ان يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته ولانه امر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض (والثاني) انها ترى اهل الخبرة ذكره القاضي فان شهدن بحملها اخرت وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها فان اشكل على القوابل او لم يوجد من يعرف ذلك اخرت حتى يتبين لانا اذا اسقطنا القصاص من خوف الزيادة فتأخيره أولى

(مسألة) (وان اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها)

وقال أبو الخطاب يجب على السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الاثم ان كانا عالمين أو كان منهما تفريط وان علم أحدهما أو فرط فالاثم عليه فان لم تلق الولد فلا ضمان فيه لانا لا نعلم جرده وحياته وان انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش فيه مثله ففيه غرة وان انفصل حيا لوقت يعيش مثله فيه ثم مات من الجناية وجبت ديته وينظر فان كان الامام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامرين أو باحدهما أو كان الولي عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لانه مباشر والحاكم الذي مكنه صاحب سبب فكان الضمان على المباشر دون المسبب كالحافر مع الدافع

حكم له أيضاً . وان تعارضتا قدمت بينة الولي لانها مثبتة للبرء . ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يكن لهما بينة لان الاصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها . وان قطع اطرافه فمات واختلفا هل برأ قبل الموت او مات بسراية الجرح او قال الولي انه مات بسبب آخر كأن لدغ أو ذبح نفسه او ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما اذا قتله سواء وأما إذا مات بقتل أوسبب آخر ففيه وجهان [أحدهما] تقديم قول الجاني لان الظاهر بقاء الجناية والاصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه [والثاني] القول قول ولي الجناية لان الاصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما فان كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحه قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لان الجرح سبب للموت فقد تحقق ، والاصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل ، وهذا كله مذهب الشافعي

فان علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لان المباشر معذور فكان الضمان على المسبب كالسيد إذا امر عبده الاعجمي الذي لا يعرف تحريم القتل به وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء وقال القاضي ان كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وان كانا غير عالمين فالضمان على الحاكم لانه الذي يعرف الاحكام والولي انما يرجع إلى حكمه واجتهاده وان كانا جاهلين ففيه وجهان (أحدهما) الضمان على الامام كما لو كانا عالمين (والثاني) على الولي وهو مذهب الشافعي وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لانه المباشر والسبب غير ملجيء فكان الضمان عليه كالدافع مع الحافر وكما لو امر من يعلم تحريم القتل به فقتل وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وهو اختيار شيخنا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ولا يستوفي القصاص الا بحضرة السلطان وحكاه عن ابي بكر وهو مذهب الشافعي لانه امر يفتقر الى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل ان يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس لان رجلا أتى النبي ﷺ برجل يقوده بنسعة فقال ان هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ « اذهب فاقتله » رواه مسلم بمعناه ولان اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو اجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب ان يحضر شاهدين لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء

﴿مسئلة﴾ (وعليه تفقد الآلة فان كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول)

وقد روى شداد بن اوس ان رسول الله ﷺ قال « ان الله كتب الاحسان على كل شيء

«مسئلة» قال (ولو رمى وهو مسلم كافرا عبدا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه)

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وقال أبو بكر يجب القود لانه قتل مكافئا له ظلما عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلما حال الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الجناية بدليل مالو رمى مسلما حيا فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم، وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لان الاصابة ناشئة عن ارسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح. فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد

ولنا على درء القصاص أنه لم يتعمد الى نفس مكافئته له حال الرمي فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربيا أو مرتداً فأسلم وعلى أبي حنيفة أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الاحرار كما لو قصد صيداً وماقاله يبطل بما اذا رمى حيا فأصابه ميتا، أو صحيحا فأصابه معيبا

ولنا على أن ديته تجب لورثته دون سيده، انه اذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار ان مات مسلما حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ولأن الميراث انما

فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته» رواه مسلم ويمنعه من الاستيفاء بآلة مسمومة لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله، فان عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر لفعله مالا يجوز

(مسئلة) (وينظر السلطان في الولي فان كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة مكنه منه)

لقول الله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) وقال عليه الصلاة والسلام «من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية» ولانه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ولان المقصود التشفي وتمكينه منه أبلغ في ذلك

(مسئلة) (وان كان الولي لايحسن الاستيفاء امره بالتوكيل)

لانه عاجز عن استيفاء حقه فيوكل من يحسن فان ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فابانه فقد استوفى حقه وان أصاب غيره واقر بتعمد ذلك عزر فان قال اخطأت وكانت الضربة قريبا من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لان هذا مما يجوز الخطأ في مثله وان كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لان مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم ان أراد العود ففيه وجهان (أحدهما) لايمكن منه لانه ظهر منه انه لايحسن الاستيفاء ويحتمل ان يعود الى مثل فعله (والثاني) يمكن منه قاله القاضي لان الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيا

يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل مالو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فيعتبر بالمحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والاصابة معا لانهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

(فصل) ولم يفرق الخرقي بين كون الكافر ذميا أو غيره الا أنه يتعين التفريق فيه فمتى رمى الى حربي في دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفيه الكفارة لانه رمي مندوب اليه مأمور به فأشبه مالو قتله في دار الحرب يظنه حربيا وكان قد أسلم وكتم اسلامه وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل لانه نوع خطأ فكذلك ههنا ولو رمى مرتداً في دار الاسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه لانه مفرط بارسال سهمه عليه لان قتل المرتد الى الامام لا الى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم.

[فصل] ولو رمى حربيا فترس بمسلم فأصابه فقتله نظرنا فان كان تترس به بعد الرمي ففيه الكفارة وفي الدية على عاقلة الرامي روايتان كالتي قبلها وإن تترس به قبل الرمي لم يجز رميه الا أن يخاف على المسلمين فيرمي الكافر ولا يقصد المسلم فاذا قتله ففي ديته أيضا روايتان وان رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته لانه لم يجز له رميه

(فصل) ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان (أحدهما) الواجب

(مسئلة) (فان احتاج الوكيل الى اجرة فمن مال الجاني فقد قيل يؤخذ العوض من بيت المال)

قال بعض أصحابنا يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص لان هذا من مصالح العامة فان لم يحصل ذلك فالاجرة على الجاني لانها اجرة لايفاء الحق الذي عليه فكانت الاجرة عليه كاجرة الكيال في بيع المكيل ويحتمل ان تكون على المقتص لانه وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع والذي على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد ان يقتص من نفسه لم يمكن منه ولانه لو كانت عليه أجرة الوكيل لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه وان قال الجاني انا اقتص لك من نفسي لم يلزم تمكينه ولم يجز له ذلك قال الله تعالى (ولا تقتلوا انفسكم) ولان معنى القصاص ان يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يكن هو المستوفي له كالبائع لا يستوفي من نفسه

(مسئلة) (والولي مخير بين الاستيفاء بنفسه ان كان يحسن وبين التوكيل)

لان الحق له فيتصرف فيه على حسب اختياره كسائر الحقوق وقيل ليس له ان يستوفي في الطرف بنفسه بحال لانه لا يؤمن ان يجني عليه بما لا يمكن تلافيه وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن منه كالقصاص في النفس

(مسئلة) (وان تشاح اولياء المقتول في الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة)

إذا تشاح الاولياء في التولي للاستيفاء امروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم ولم يجز ان يتولاه

دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الامرين من ديته أو ارش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية لانها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي أسلم بدية ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لان الدية لاتخلو من أن تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فان كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذي كسبه بعد جرحه وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار .

(فصل) وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لانه انما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده ، وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لان الجناية يراعى فيها حال وجودها . وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه وتصرف الى السيد لانه استحق أقل الامرين من ديته أو ارش الجرح والدية ههنا أقل الامرين وما ذكروه ينتقض بما اذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح فان الواجب دية النفس لادية الجرح

جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم فان لم يتفقوا على أحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم لان الحقوق اذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة امر الباقون بتوكيله ولايجوز له الاستيفاء بغير اذنهم فان لم يتفقوا على التوكيل منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

(فصل) قال رحمه الله ولا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف في احدى الروايتين والاخرى يفعل به كما فعل فلو قطع يديه ثم قتله فعل به كذلك وان قتله بحجر أو غرقه أو غير ذلك فعل به مثل فعله وان قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه فمات فعل به كفعله فان مات وإلا ضربت عنقه وقال القاضي يقتل ولا يزاد على ذلك رواية واحدة وجملة ذلك ان الرجل إذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه فالكلام في المسئلة في حالين أحدهما ان يختار الولي القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء فروي عنه لايستوفي إلا بالسيف في العنق وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لاقود إلا بالسيف » رواه ابن ماجه ولان القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فانه لو صار الامر الى الدية لم يجب الادية النفس ولان القصد من القصاص في النفس تعطيل واتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعذيبه باتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فانه لايقتل بمثله (والرواية الثانية) عن أحمد أنه قال إنه لاهل ان يفعل به كما فعل

(فصل) وإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لانها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو مانقصه القطع لسيده ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته أو نصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته، وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته ، وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها أقل الامرين من ارش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنايته، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأ ولكن يجب القصاص في الرجل لانه قطعها من حر فان اقتص منه وجب نصف الدية لانه مات من جنايته وقد استوفى منه مايقابل نصف الدية وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو نصف الدية ، فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة وان عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية ، وان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية وان سرى الجرحان الى نفسه فلا قصاص على الاول لانه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لان المجني عليه حر

يعني ان المستوفي ان يقطع أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقوله سبحانه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولان النبي ﷺ رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الانصار بين حجرين ولان الله تعالى قال (والعين بالعين) وهذا قد قلع عينه فيجب ان يقلع عينه لظاهر الآية وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه » ولان القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فيجب ان يستوفى منه مثل مافعل كما لو ضرب العنق آخر غيره فاما حديث « لاقود الا بالسيف » فقال أحمد ليس اسناده بجيد (الحال الثاني) أن يصير الامر الى الدية اما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أوغير ذلك فالواجب دية واحدة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب دية الاطراف المقطوعة ودية النفس لانه لما قطع سراية الجرح بقتله صار كالمستقر فاشبه ما لو قتله غيره

ولنا انه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل ارش الجراحة في ارش النفس كما لو سرت الى نفسه والقصاص في الاطراف لايجب على احدى الروايتين وان وجب فان القصاص لا يشبه الدية لان سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

في حال قرار الجناية وعلى الثاني القصاص في النفس اذا كان عمد القطع لانه شارك في القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الاب، ويتخرج أن لاقصاص عليه في النفس لان الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الاب، وان عفا عنه الى الدية فعليه نصف دية حر وان قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان، وان قلنا لا يجب في النفس وجب في الرجل

(فصل) وان قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الاول سواء اندمل جرحه او سرى وأما الآخران فعليهما القود في الطرفين ان وقف قطعهما او ديتهما ان عفا عنهما وان سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس لان جنايتهما صارت نفسا وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف وقد ذكرناه، وان عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان

(أحدهما) أقل الامرين من نصف القيمة أو ثلث الدية هذا قياس قول ابي بكر لانه بالقطع استحق نصف القيمة فاذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الامرين

(والثاني) له أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لان الجناية اذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت اليه، ألا ترى انه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الاول الا ثلث القيمة فلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم

(فصل) وإذا قلنا للولي أن يستوفي مثل مافعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وان قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله جاز لانه تارك بعض حقه وان قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك لان جميع مافعل به لم يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية، فان فعل فله مابقي من الدية فان لم يبق منها شيء فلاشيء له وان قلنا ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق فاستوفى بمثل مافعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لان فعل الجاني في الاطراف لم يوجب شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفى وان قطع طرفا واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها وان قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية لانه لا يستحق أكثر من الدية وقد فعل مايوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه شيء فاذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولانه فعل بعض مافعل موليه فلم يلزمه شيء لانه لوقتله لم يلزمه شيء كما لوقلنا إن له أن يستوفي مثل مافعل به

(فصل) فان قطع يديه أو رجليه أو جرحه جرحا يوجب القصاص اذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص في النفس، وهل له أن يستوفى القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة (إحداهما) ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبي حنيفة، لان ذلك يفضي إلى الزيادة على جناية الاول والقصاص يعتمد المماثلة فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده

مات فانه يكون للاول ثلث القيمة ، وان كان ارش الجناية نصف القيمة فاذا قلنا بالوجه الاول فلو كان الاول قطع أصبعيه او هشمه والجانيان في الحرية قطعا يده فالدية عليهم أثلاثا للسيد منها أقل الامرين من ارش الاصبع وهو عشر القيمة او ثلث الدية، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثا و كان للسيد منها أقل الامرين من جميع قيمته او ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له في الموضعين أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية

(فصل) فان كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحرية فمات فعليهم الدية وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الامرين من ارش الجنايتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الامرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية

(فصل) وان كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين الأقل من ارش الجناية أو ربع الدية وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وان كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الأمرين من ارش الجنايات وثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية ، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية فالدية عليهم وللسيد فيها بحساب ماذكرنا على اختلاف الوجهين

(فصل) فان قطع يده ثم أعتق فقطع آخر رجله ثم عاد الاول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية ، فان كان قبل

من نصف الذراع (والثانية) يجب القصاص في الطرف فان مات وإلا ضربت عنقه، وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسئلة ، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وانه لا يصح تخرجه على الروايتين في المسئلة لافضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسئلة ، قال شيخنا والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه مالو قطعه ثم قتله ، ولان زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين .

(فصل) فان جرحه جرحا لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به كالجائفة أو قطع اليد من نصف الذراع أو الرجل من نصف الساق فمات منه أو قطع يداً ناقصة الاصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل ما فعل ولا يقتص إلا بالسيف في العنق ذكره أبو بكر والقاضي ، وقال غيرهما فيه رواية أخرى أن له أن يقتص بمثل فعله لانه صار قتلا فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رض رأسه بحجر فقتله به، والصحيح الاول لان هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يقطع يساره، وفارق ما إذا رض رأسه فمات لان ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قطع وقتل والقطع لا يوجب قصاصاً فبقي مجرد القتل فاذا

الاندمال فعلى الجاني الاول القصاص في النفس دون اليد لانه قطعها في رقه، فان اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد لانه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وارش الطرف قبل الاندمال فان الطرف داخل في النفس في الارش . وان اختاروا العفو فعليه الدية دون ارش الطرف لان ارش الطرف يدخل في النفس وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو ارش الطرف والباقي للورثة، وأما الثاني فعليه نصف القصاص في الرجل لان القتل قطع سرايتها فصار كما لو اندملت فان عفا عنه فعليه القصاص في النفس وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين . فان عفا الورثة فعليه دية واحدة وأما الاول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه . وان كان القاتل ثالثا فقد استقر القطعان ويكون على الاول نصف القيمة لسيده وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية

(فصل) وإذا قطع رجل يد عبده ثم أعتقه ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان لانه انما قطع يد عبده وانما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وان مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه لان الجناية كانت على مملوكه وفي وجوب الضمان وجهان (أحدهما) لا يجب شيء لانه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه مالو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه (والثاني) يضمنه بما زاد على ارش القطع

جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء في هذا ماإذا قطع ثم قتل عقيبه وبين ماإذا قطع فسرى إلى النفس

(فصل) فأما ان قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قطع العين ولا عين له فمات المجني عليه فانه يقتل بالسيف في العنق ولا قصاص في طرفه لا أعلم فيه خلافا ،لان القصاص إنما يكون في مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولان القصاص فعل مثل فعل الجاني ولا سبيل اليه ولانه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلا ممن لم يقطع له مثلها وهذا غير جائز

(فصل) وان قتله بغير السيف مثل ان قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفى القصاص بمثل مافعله على روايتين (إحداهما) يستوفى وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وهو مذهب أبي حنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده او جرحه فمات ووجه الروايتين ما تقدم في اول المسألة ولان هذا لا يؤمن معه الزيادة على مافعله القاتل فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فانه لا يستوفى بمثله ولان هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفى به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو السحر ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الرواية الاخرى، فانه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ، وهذا أحد قولي الشافعي (والقول الثاني) أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لانه قتله بذلك فله قتله بمثله

من الدية لانه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن كالو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط ارش القطع لانه في ملكه ويجب الزائد لورثته فان لم يكن له وارث سواه وجب لبيت المال ولا يرث السيد شيئاً لان القاتل لا يرث

﴿مسألة﴾ قال (واذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد فتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما وان أراد ولي الاول القود والثاني الدية أقيد للاول وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله . وكذلك إن أراد أولياء الاول الدية والثاني القود)

وجملة ذلك انه اذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما وان أراد أحدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله سواء كان المختار للقود الثاني أو الاول وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين فان بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان . وقال ابوحنيفة ومالك يقتل بالجماعة ليس لهم الا ذلك فان طلب بعضهم الدية فليس له، وان بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحا أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فانه لايكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه

(مسألة) (فان قتله بمحرم في نفسه كتجريع الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف رواية واحدة) اذا قتله بما يحرم لعينه كتجريع الخمر واللواط أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا ويقتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهاً أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت) .

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر وان حرقه فقال بعض أصحابنا لايحرق لان التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ « لايعذب بالنار الا رب النار » وهذا داخل في عموم الخبر وهذا مذهب أبي حنيفة وقال القاضي الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق (احداهما) يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن عازب قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه وحملوا الحديث الاول على غير القصاص

(مسألة) (ولا يجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من أطرافه فان فعل فلا قصاص فيه وتجب فيه ديته سواء عفا عنه أو قتله)

اذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها

وقال الشافعي لا يقتل إلا بواحد سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا لانه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق

ولنا على أبي حنيفة قول النبي ﷺ « فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين :إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل » فظاهر هذا ان أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فاذا اتفقوا على القتل وجب لهم وان اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر. ولأنهما جنايتان لا يتداخلان اذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخلا في العمد كالجنايات على الاطراف وقد سلموها

ولنا على الشافعي انه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضي المستحقان به عنهما فيكتفى به كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي باخذه عنهما، ولانهما رضيا بدون حقهما فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء أو ولي الحر بالعبد وولي المسلم بالكافر ،وفارق ما إذا كان القتل خطأ فان الجناية تجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح فان الجماعة قتلوا بالواحد لئلا يؤدي الاشتراك الى اسقاط القصاص تغليظا للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسئلتنا ينعكس هذا فانه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد وان قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كاسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية

نظرنا فان عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لانه قطع طرفاً من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعا من يد استحق قطعها

ولنا أنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبي ،فأما ان قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لانه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا لم يعف لان العفو احسان فلا يكون موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لانه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه اذا كان القتل مستحقاً أولى، فأما القصاص فلا يجب في الطرف بحال ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة ههنا متحققه لانه مستحق لاتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه اتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم المكافأة ، فأما ان كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى وان قطع طرفاً غير الذي قطعه الجاني كان الجاني قطع يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده لاستواء ديتهما واحتمل أن تلزمه دية الرجل لان الجاني لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده .

(فصل) فأما ان كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف مثل أن يستحق قطع أصبع فقطع اثنتين

[فصل] وان طلب كل ولي قتله بوليه مستقلا من غير مشاركة قدم الاول لان حقه أسبق ولان المحل صار مستحقاً له بالقتل الاول فان عفا ولي الاول فلولي الثاني قتله وإن طالب ولي الثاني قبل طلب الاول بعث الحاكم الى ولي الاول فأعلمه وإن بادر الثاني فقتله أساء وسقط حق الاول الى الدية وان كان ولي الاول غائباً اوصغيراً أو مجنوناً انتظر وإن عفا أولياء الجميع الى الديات فلهم ذلك وان قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أقرع بينهم فقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم وان بادر غيره فقتله استوفى حقه ويسقط حق الباقين الى الدية وإن قتلهم متفرقا وأشكل الأول أو ادعى كل ولي أنه الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم باقراره وان لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم.

(فصل) وان قطع يمني رجلين فالحكم فيه كالحكم في الانفس على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف إلا أن اصحاب الرأي قالوا يقاد لهما جميعا ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين وهذا لا يصح لانه يفضي الى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ولم يرد الشرع به ولا له نظير يقاس عليه

(فصل) وان قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع الى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما فاذا تشاحا في المستوفى للقتل قتل بالذي قتله لان وجوب القتل عليه أسبق فان القتل بالذي قطعه

فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمداً من مفصل أو شجة يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة وإن كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفى هاشمة فعليه ارش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لانه حصل بفعل الجاني، فان اختلفا هل فعله عمداً أو خطأ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لان هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بمقصده، وإن قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك فالقول قول المقتص منه لانه منكر فان سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة الى نفس المقتص منه أو الى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى الى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط أو برد شديد فسرى فقال القاضي على المقتص نصف الدية لانه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليها نصفين كما لو جرحه جرحا في ردته وجرحاً بعد اسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي. قال شيخنا: ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة لان الفعل كله محرم بخلاف قطع الاصبعين

(فصل) فأما إن قطع بعض أعضائه ثم قتله بعد أن برأت الجراح مثل من قطع يديه ورجليه فبرأت جراحته ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار ان شاء عفا وأخذ ثلاث ديات لنفسه ويديه ورجليه لكل واحد دية وان شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لاطرافه، وإن أحب قطع أطرافه

إنما وجب عند السراية وهي متأخرة عن قتل الآخر، وأما القطع فان قلنا إنه يستوفى منه مثل مافعل فانه يقطع له أولا ثم يقتل للذي قتله ويجب للاول نصف الدية وان قلنا لا يستوفي القطع وجبت له الدية كاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال لأن القطع إنما يدخل في القتل عند استيفاء القتل فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجوب مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر، ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس فانه تقطع يده أولا ثم يقتل، وسواء تقدم القطع أو تأخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يقتل ولا يقطع لانه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع فأشبه مالو كانا لواحد.

ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدي رجلين، وما ذكره من القياس غير صحيح لانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ومن نوافقه على هذا في رواية فقد حصل الاجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل في الاصل فكيف نقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه فنقول قطع وقتل فيستوفى منه مثل مافعل كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه فانه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

(فصل) وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ويميناً لآخر وكان قطع الأصبع أسبق قطعت أصبعه

الاربعة وأخذ دية نفسه، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه، وان أحب قطع طرفا واحدا وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لان حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم خلافا في هذا

(فصل) فان اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين، وان اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل عدم مضيها، وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لانه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والاصل عدم ذلك، فان كانت للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته، وان كانت للولي ببرئه حكم له أيضا فان تعارضتا قدمت بينة الولي لانها مثبتة للبرء ويحتمل أن يكون القول قول الجاني اذا لم يكن لهما بينة لان الاصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها، وان قطع أطرافه فمات واختلفا هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال الولي انه مات بسبب آخر كأن لدغ أو ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما اذا مات بغير سبب كالحكم فيما اذا قتله سواء، وأما اذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان

(أحدهما) تقديم قول الجاني لان الظاهر بقاء الجناية والاصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه

(والثاني) القول قول ولي الجناية لان الاصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد مايزيلهما

قصاصاً وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع ذكره القاضي وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه وجد بعض حقه فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتاف مثليا لرجل فوجد بعض المثل وقال أبو بكر يخير بين القصاص ولا شيء له معه وبين الدية هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة لانه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الاصبع قطعت يمينه قصاصا ولصاحب الاصبع ارشها ويفارق هذا ما اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره لأن قطع اليد لايمنع التكافؤ في النفس بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها وأن ديتهما واحدة ونقص الاصبع يمنع التكافؤ في اليد بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلاحيف اقتص منه)

وجملة ذلك أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والاجماع أما النص فقول الله تعالى (والجروح قصاص) وروى أنس بن مالك أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا إلا القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبي ﷺ « يا أنس كتاب الله القصاص»

فان كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحته قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لان الجرح سبب للموت وقد تحقق والاصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح مما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل او لا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) فان قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شيء لهم سواه

وجملة ذلك أنه اذا قتل واحد اثنين أو أكثر فاتفق أولياؤهم على قتله بهم قتل لهم لان الحق لهم وقد رضوا به ولا شيء لهم سواه لان الحق لا يتسع لاكثر من واحد فان أراد أحدهم القود والآخرون الدية قتل لمن اختار القود وأعطي الباقون دية قتلاهم من مال القاتل سواء كان المختار للقود الاول أو الثاني أو من بعده وسواء قتلهم دفعة واحدة أو دفعتين أو دفعات فان بادر أحدهم فقتله وجب للباقين دية قتلاهم في ماله أيهم كان وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة وليس لهم إلا ذلك فان طلب بعضهم الدية فليس له وان بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقين لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد وقال الشافعي لا يقتل الا بواحد سواء

قال فعفا القوم فقال النبي ﷺ « إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » متفق عليه وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ولان ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه

(فصل) ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء:

(أحدها) أن يكون عمداً محضاً فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعا ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس وهي الاصل ففيما دونها أولى ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالبا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لانه شبه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية

(الثاني) التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه لأنه لا تأخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن .

(الثالث) امكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لان الله تعالى قال (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقال (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولان دم الجاني

اتفقوا على الطلب للقصاص أو لم يتفقوا لانه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق

ولنا على أبي حنيفة قول النبي ﷺ « فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا العقد » فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فاذا اتفقوا على القتل وجب لهم وان اختار بعضهم الدية وجبت له بظاهر الخبر ولانهما جنايتان لا تتداخلان اذا كانتا خطأ أو إحداهما فلم تتداخل في العمد كالجناية على الاطراف وقد سلموها

ولنا على الشافعي انه محل تعلقت به حقوق لا يتسع لها مع رضى المستحقين به عنها فيكتفي به كما لو قتل عبد عبيداً خطأ فرضي سيد هم باخذه عنهم ولانهم رضوا بدون حقهم فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء وولي الحر بالعبد والمسلم بالكافر وفارق ما اذا كان القتل خطأ فان ارش الجناية يجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة وما ذكره أبو حنيفة ومالك فلا يصح لان الجماعة انما قتلوا بالواحد لئلا يؤدي الاشتراك الى اسقاط القصاص تغليظا للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسئلتنا ينعكس هذا فانه اذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ولا يزاد بقتل الثاني والثالث بادر الى قتل من يريد قتله فيصير هذا كاسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية

(مسئلة) (وان تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال اقيد للاول)

معصوم إلا في قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لانها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه وهذا لاخلاف فيه نعلمه.

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه في العظام عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعي والزهري والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. إذا ثبت هذا فان الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافا وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي. وقال بعض أصحابه: لاقصاص فيها لانه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولانه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعاً وانما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر مافوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة ارشها مقدر لا قصاص فيه

لان حقه أسبق ولان المحل صار مستحقا له بالقتل الاول فان عفى ولي الاول فلولي الثاني قتله وان طالب ولي الثاني قبل طلب الاول بعث الحاكم إلى ولي الاول فأعلمه، وان بادر الثاني فقتله فقد أساء وسقط حق الاول إلى الدية فان كان ولي الاول غائبا أوصغيراً أو مجنونا انتظر، وإن عفى أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك فان قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفي اقرع بينهم فيقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم فان بادر غيره فقتله استوفى حقه وسقط حق الباقين الى الدية فان قتلهم متفرقا وأشكل الاول وادعى ولي كل واحد أنه الاول ولا بينة لهم فأقر القاتل لاحدهم قدم باقراره والا أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم

﴿مسئلة﴾ (وإن قتل وقطع طرفاً قطع طرفه أولا ثم قتل لولي المقتول سواء تقدم القتل أو تأخر)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يقتل ولا يقطع لانه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع فأشبه ما لو كان لواحد

ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم تتداخلا كقطع يدي رجلين وما ذكره من القياس لا يصح فانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا في رواية فقد حصل الاجماع منا ومنه على انتفاء التداخل في الاصل فكيف نقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه فنقول قطع وقتل فيستوفى منه مثل ما فعل كما لو فعله برجل واحد بقصد المثلة ويثبت الحكم في محل

(فصل) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لان القتل انما استوفي بالسيف لانه آلته وليس ثمة شيء يخشى التعدي اليه فيجب أن يستوفى مادون النفس بآلته ويتوقى مايخشى منه الزيادة الى محل لايجوز استيفاؤه ولاننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فان كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي في ذلك الا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه فان لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة ، وان كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام احمد انه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه اذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لايمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه الا نائب الامام أو من يستنيبه ولي الجناية وهذا مذهب الشافعي لانه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفي الحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بان يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي

(فصل) وإذا اراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر حلقه ويعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أوخيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بخط بسواد أوغيره ، يأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشاجة ويجرها الى آخرها ويأخذ مثل الشجة طولا وعرضا ولا يراعى العمق لان حده العظم ولو روعي العمق لتعذر الاستيفاء

النزاع بطريق التنبيه فانه اذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى

(فصل) فاما ان قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع الى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما فاذا تشاحا في المستوفي لقتل قتل بالذي قتله لان وجوب القتل عليه به أسبق فان القتل بالذي قطعه انما وجب عند السراية وهي متأخرة عن قتل الآخر وأما القطع فان قلنا انه يستوفي منه مثل مافعل فانه يقطع له أولا ثم يقتل للذي قتله ويجب للاول نصف الدية وان قلنا لا يستوفي القطع وجبت له الدية كاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال لان القطع انما يدخل في القتل عند استيفاء القتل فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجود مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسرف

(فصل) وان قطع أصبعاً من يمين لرجل ويميناً لآخر وكان قطع الاصبع أسبق قطعت أصبعه قصاصاً وخير الآخر بين العفو الى الدية وبين القصاص وأخذ دية الاصبع ، ذكره القاضي وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه وجد بعض حقه فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل وقال أبو بكر يتخير بين القصاص ولا شيء له معه وبين الدية هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة لانه لايجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الاصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الاصبع ارشها ويفارق هذا ما اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره لان قطع اليد لايمنع التكافؤ في النفس

لان الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى في الطرف مثله وان اختلفا في الصغر والكبر والدقة والغلظ ويراعى الطول والعرض لانه ممكن فان كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة، وان كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت ان استوعب رأس الشاج كله وهي بعض رأس المشجوج لانه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني لان الجميع رأسه وان كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فانه يستوفي الشجة من جميع رأس الشاج ولايجوز أن ينزل الى جبهته لانه يقتص في عضو آخر غير العضو الذي جنى عليه وكذلك لاينزل الى قفاه لماذكرناه ولايستوفي بقية الشجة في موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفيا لموضحتين وواضعا للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فيماذا يصنع فذكر القاضي أن ظاهر كلام أبي بكر أنه لاارش له فيما بقي كيلا يجتمع قصاص ودية في جرح واحد، وهذا مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو الى دية موضحة وقال أبو عبدالله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش ما بقي وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع فعلى هذا تقدر شجة الجاني من الشجة في رأس المجني عليه ويستوفي ارش الباقي فان كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة وان زادت أو نقصت عن هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة

بدليل انا نأخذ كامل الاطراف بناقصها فان ديتهما واحدة وبعض الاصبع يمنع التكافؤ في اليد بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما، وإن عفا صاحب اليد قطعت الاصبع لصاحبها إن اختار قطعها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قطع أيدي جماعة فحكمهم حكم القتل على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف) إلا أن أصحاب الرأي قالوا اذا قطع يمني رجلين يقاد لهما جميعاً ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين وهذا لا يصح لانه يفضي الى ايجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ولم يرد الشرع به ولا نظير له يقاس عليه

باب العفو عن القصاص

أجمع أهل العلم على اجازة العفو عن القصاص وانه أفضل والأصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في سياق قوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية إلى قوله (فمن تصدق به فهو كفارة له) قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني بعفو صاحب الحق عنه وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته.

وأما السنة فان أنس بن مالك قال مارأيت رسول الله ﷺ رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر

كاملة لئلا يفضي إلى إيجاب القصاص ودية موضحة في موضحة واحدة فان أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أي الطرفين شاء لانه جنى عليه في ذلك الموضع كله واذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر فاذا اندملت موضحته استوفي منه القصاص في موضع الاندمال لانه موضع الجناية وان ادعى الخطأ فالقول قوله لانه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة فان قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانا لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة؟ قلنا لان المستوفى لم يكن جناية انما الجناية الزائد والزائد لوانفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ماليس بجناية بخلاف مااذا كانت كلها عدواناً فان الجميع جناية واحدة

[فصل] واذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأحب أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره احتمل أن يمنع منه لانه يأخذ موضحتين بواحدة ودينهما مختلفة واحتمل الجواز لانه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أوشين فلا يفعل ولاصحاب الشافعي كهذين فان كان رأس المجني عليه أكبر فاوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر

فيه بالعفو رواه أبو داود ، وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم

﴿ مسئلة ﴾ (والواجب بقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية في ظاهر المذهب والخيرة في ذلك الى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا الى غير شيء والعفو أفضل لما ذكرنا)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في موجب العمد فروي عنه ان موجبه القصاص عينا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل عمداً فهو قود » ولقوله سبحانه (كتب عليكم القصاص) والمكتوب لا يتخير فيه ولانه متلف يجب به البدل فكان معيناً كسائر أبدال المتلفات وبه قال النخعي ومالك وأبو حنيفة، قالوا ليس للاولياء إلا القتل إلا أن يصطلحا على الدية برضى الجاني ، والمشهور في المذهب ان الواجب أحد شيئين وان الخيرة في ذلك الى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء قتل البعض اذا كان القاتلون جماعة لان كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لانهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما باسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، ومتى اختار الاولياء أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة فان لهم هذا متى رضي الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وهي رواية عن مالك لقول الله تعالى (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء

موضحته ولا أرش لذلك وجها واحداً لانه ترك الاستيفاء مع امكانه وان عفا الى الارش فله ارش موضحتين وان شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الاخرى

[فصل] وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه فكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد وان كانت في الساق لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ لانه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس الى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس

(فصل) وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فاراد ان يستوفي من وسط الرأس فيما بين الاذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجزه الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز لان الرأس عضو واحد فاذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز اتمام استيفائها في مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد وإن امكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجها واحداً

اليه باحسان) قال ابن عباس كان في بني اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كتب عليكم القصاص في القتلى)الآية ، (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) والعفو أن يقبل في العمد الدية فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بمعروف ويؤدي اليه المطلوب باحسان(ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) مما كتب على من قبلكم رواه البخاري ، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى و إما أن يقاد» متفق عليه . وروى أبو شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » رواه أبو داود وغيره ولان القتل المضمون اذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال كما لو عفا بعض الورثة ويخالف سائر المتلفات لان بدلها يجب من جنسها وههنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فاذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك لانه أسقط بعض حقه، ولان القاتل أمكنه احياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ماذكروه بما اذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما ، وأما الخبر الذي ذكروه فالمراد به وجوب القود ونحن نقول به وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا موجبه القصاص فله العفو الى الدية والعفو مطلقا فاذا عفا مطلقا لم يجب شيء وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لانه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه فمتى عفا عن القصاص مطلقاً الى غير مال لم يجب شيء اذا قلنا الواجب القصاص عيناً ، فان عفا عن الدية لم يصح عفوه لانها لم تجب وإن قلنا الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن

(مسئلة) قال (وكذلك اذا قطع منه طرفا من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل اذا كان الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله)

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بقوله تعالى (العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة

[أحدها] أن يكون عمداً على ماأسلفناه [والثاني] أن يكون المجني عليه مكافئا للجاني بحيث يقاد به لو قتله [والثالث] ان يكون الطرف متساويا للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يشترط التساوي في الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض لان اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية [والرابع] الاشتراك في الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا اصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها [الخامس] امكان الاستيفاء من غير حيف وهو ان يكون القطع من مفصل فان كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية ، فقال إني أريد القصاص ؟ قال « خذ الدية بارك الله لك فيها » ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجه

القصاص مطلقا أو الى الدية وجبت الدية لان الواجب غير معين ، فاذا ترك أحدهما تعين الآخر وان اختار الدية سقط القصاص ولم يملك طلبه لان الواجب أحد شيئين فاذا تعين أحدهما سقط الآخر فان اختار القصاص تعين لذلك فان اختار بعد ذلك العفو الى الدية فله ذلك ذكره القاضي لان القصاص أعلى فكان له الانتقال الى الادنى ويكون بدلا عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى ان الواجب القصاص عينا وله العفو الى الدية ويحتمل انه ليس له ذلك لانه أسقطها باختياره القود فلم يعد اليها وعنه ان الواجب القصاص عينا وله العفو الى الدية وإن سخط الجاني لما ذكرنا

(فصل) اذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بارش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لانهما إن لم يعرفا قدر الارش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الابل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع ، ولذلك لو باعه شيئاً بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح فان قدر الارش بذهب أو فضة فباعه به صح

(فصل) ومتى كان القصاص لمجنون أو لصغير لم يجز العفو إلى غير مال للولي لانه لا يملك إسقاط حقه وقد ذكرناه .

(فصل) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لانه ليس بمال ، وإن أراد المفلس

(فصل) وفي قطع اليد ثمان مسائل [أحدها] قطع الاصابع من مفاصلها فالقصاص واجب لان لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف؛ وان اختار الدية فله نصفها لان في كل أصبع عشر الدية [الثانية] قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لانه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه وإن أراد قطع الاصابع فميه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهذا اختيار أبي بكر لانه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه ان امتناع قطع الاصابع إذا قطع من الكوع انما كان لعدم المقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف (والثاني) له قطع الاصابع ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة . ويفارق ما إذا قطع من الكوع لانه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه يجمع بين القصاص والارش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع (والثاني) له ارش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كسائر ما هذا حاله . وان اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى

[الثالثة] قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها [الرابعة] قطع من نصف الذراع فليس له

القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء وإن أراد العفو الى غير مال انبني على الروايتين إن قلنا ان الواجب القصاص عينا فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين لم يملكه لان المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال اسقاط له بعد وجوبه وتعينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس ، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع انه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر ان أحمد نص على ذلك وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى

(مسئلة) (وان مات القاتل وجبت الدية في تركته)

لانه تعذر استيفاء القصاص من غير اسقاط فوجبت الدية كقتل غير المكافي. وان لم يخلف تركة سقط الحق لتعذر استيفائه

(مسئلة) (وان قطع اصبعا عمدا فعفا عنه ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية وان عفا على غير مال فلا شيء له على ظاهر كلامه ويحتمل ان له تمام الدية وان عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد)

أن يقطع من ذلك الموضع لانه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان، ويخرج ايضاً في جواز قطع الاصابع وجهان، فان قطعها لم يكن له حكومة في الكف لانه أمكنه أخذه قصاصاً فلم يكن له طلب ارشه كما لو كانت الجناية من الكوع

(الخامسة) قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لانه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز له العدول إلى غيره وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد

(السادسة) قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد والثاني له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين (السابعة) قطع من المنكب فله القصاص لانه مفصل وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد

(الثامنة) خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكتف فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فان قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفي وإلا صار الامر إلى الدية ، وفي جواز الاستيفاء

وجملة ذلك انه إذا جنى على إنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص كالاصبع فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك ان القصاص يجب لان الجناية صارت نفساً ولم يعف عنها

ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ماعفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الاولياء ولان الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع امكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد فاسلم ثم مات منها ثم ينظر فان كان عفا على مال فله الدية كاملة وان عفا على غير مال وجبت الدية إلا ارش الجرح الذي عفا عنه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لان الجناية صارت نفساً وحقه في النفس لا فيما عفا عنه وانما سقط القصاص للشبهة، وان قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لان الجناية لاتختص القطع وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع ظاهر كلام أحمد انه لايجب شيء وبه قال ابو يوسف ومحمد لانه قطع غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية اوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وانما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه عشر الدية لان الجناية اوجبته فاذا عفا سقط ماوجب دون ما لم يجب فاذا صارت نفساً وجب بالسراية ما لم يعف عنه ولم يسقط ارش الجرح إذا لم يعف وانما تكملت الدية بالسراية

من المرفق أوما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره ومثل هذه المسائل في الرجل، والساق كالذراع ؛ والفخذ كالعضد، والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف

﴿ مسئله ﴾ قال (وليس في المأ ومة ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لانها تجمعه فالشجة الواصلة اليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة في البدن وهي التي تصل إلى الجوف وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روي عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير . وممن لم ير في ذلك قصاصاً مالك والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه لاقصاص في المأمومة وقاله مكحول والزهري والشعبي ، وقال عطاء والنخعي لا قصاص في الجائفة

وروى ابن ماجه في سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ انه قال «لاقود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة» ولانهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام

(فصل) وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء في ذلك ما دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهي الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال

(فصل) فان كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص لان القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كال الدية ، وان عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس الا ارش الجرح ، ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لايجب كال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يدا فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، فان قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبي بكر لا يسقط قصاص في النفس لان القصاص لم يجب فهو كالجائفة ومن جوز القصاص من الكوع اسقط القصاص في النفس كما لو كان القطع من الكوع ، وقال المزني لايصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يدا فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها لان القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية ولا يصح لان دية الجرح انما وجبت بالجناية اذ هي السبب ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل برئه كان ارش الطرف لبائعه لا لمشتريه وتأخير المطالبة به لايلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا يملك المطالبة به ويصح اسقاطه كذا ههنا

(فصل) وان قطع اصبعا فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الى الكف ثم اندمل لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس ولان القصاص سقط في الاصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها

الشافعي . فأما مافوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص إلا ماروي عن ابن الزبير انه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه، وممن قال به عطاء وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف ذلك ولانهما جراحتان لا تؤمن الزيادة فيهما أشبها المأمومة والجائفة وأما مادون الموضحة فقد روي عن مالك وأصحاب الرأي ان القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق . ولنا انها جراحة لا تنتهي إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة، ولانه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام . وبيان ذلك انه ان اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه وان اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا لانه قد يكون لحم المشجوج كثيراً بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج أو سمحاقه ولاننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد

(فصل) وان كانت الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يقتص على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فانه انما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لان سكين الجاني وصلت الى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فانه لم يضع سكينه في الكوع ، وهل له أرش ما زاد على الموضحة ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر لانه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة

الكاملة ثم ان كان العفو الى الدية وجبت دية اليد كاملة، وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما اذا سرت الى النفس، فعلى هذا يجب ههنا دية الكف الا دية الاصبع ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها وقد قال القاضي ان القياس فيما اذا قطع اليد ثم سرى الى النفس ان يجب نصف الدية فيلزمه ان يقول مثل ذلك ههنا

(فصل) فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال الجاني عفوت مطلقا أو عفوت عنها وعن سرايتها قال بل عفوت الى مال أو عفوت عنها دون سرايتها فالقول قول المجني عليه أو وليه ان كان الخلاف معه)

لان الاصل عدم العفو عن الجميع وقد ثبت العفو عن البعض باقراره فيكون القول في عدم سواه قوله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتل الجاني العافي عمدا فلوليه القصاص أو الدية كاملة وقال القاضي له القصاص أو تمام الدية)

اذا قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتل العافي فلوليه القصاص وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لا قصاص لان العفو حصل عن بعضه فلا يقتل به كما لو سرى القطع الى نفسه

ولنا ان القتل انفرد عن القطع فعفوه عن القطع لا يمنع ما وجب بالقتل كما لو كان القاطع غيره

وكما في الانفس اذا قتل المسلم بالكافر والعبد بالحر (والثاني) له أرش ما زاد على الموضحة أختاره ابن حامد وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيه فانتقل الى البدل كما لو قطع أصبعيه ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة لان الزياده ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسئالتنا

(مسئلة) قال (وتقطع الاذن بالاذن)

أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن وذلك لقول الله تعالى (والاذن بالاذن) ولانها تنتهي الى حد فاصل فأشبهت اليد، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الاصم بكل واحدة منهما لتساويهما فان ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص فيها وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لان الثقب ليس بعيب وانما يفعل في العادة للقرط والتزين به فان كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لان الثقب اذا انخرم صار نقصاً فيها والثقب في غير محله عيب، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية الا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى العيب ويتركه من أذن الجاني، وفي وجوب الحكومة له في قدر النقب وجهان وان قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني ، وتقدير ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف

وان اختار الدية فقال القاضي ان كان العفو عن الطرف الى غير دية فله بالقتل نصف الدية وهو ظاهر مذهب الشافعي لان القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص، ولذلك لو أراد القصاص كان له ان يقطع ثم يقتل ولو صار الامر الى الدية لم يجب إلا دية واحدة وقال ابو الخطاب له العفو الى دية كاملة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم احدهما في الآخر كما لو اندمل ولان القتل موجوب للقتل فاوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو، وفارق السراية فانها لم توجب قتلا ولان السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

(مسئلة) (واذا وكل رجلا في القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه وهل يضمن العافي ؟ يحتمل وجهين ويتخرج ان يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل في أحد الوجهين لانه غره والآخر لا يرجع به ويكون الواجب حالا في ماله، وقال أبو الخطاب يكون على عاقلته)

اذا وكل من يستوفي القصاص صح نص عليه أحمد فان وكله ثم غاب وعفا الموكل عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فان كان عفوه بعد القتل لم يصح لان حقه قد استوفي وان كان قبله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء وان كان قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لاضمان

والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يجري القصاص في البعض لانه لاينتهي الى حد

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع ، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكره

(فصل) وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تؤخذ بها لانها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الاعضاء [والثاني] تؤخذ بها لان المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

[فصل] وان قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي يجب القصاص وهو قول الثوري والشافعي واسحاق لانه وجب بالابانة وقد وجدت الابانة ، وقال ابو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لانها لم تبن على الدوام فلم يستحق ابانة اذن الجاني دواما ، وان سقطت بعد ذلك قريبا أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ وعلى قول أبى بكر اذا لم تسقط له دية الاذن وهو قول أصحاب الرأي وكذلك قول الاولين اذا اختار الدية ، وقال مالك لاعقل لها اذا عادت مكانها فأما ان قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه ، وان قطع أذن انسان فاستوفى

على الوكيل فانه لاتفريط منه فان العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا ضمان عليه لان عفوه لم يصح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقا له فلم يلزمه ضمان ولان العفو احسان فلا يقتضي وجوب الضمان (والثاني) عليه الضمان لان قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو امر عبده الاعجمي بقتل معصوم ، وقال غير أبي بكر يخرج في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين وهل ينعزل بعزل الموكل قبل علمه اولا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين ، فان قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لانه قتل من يجب قتله بأمر مستحقه وان قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لان الوكيل قتل من يعتقد اباحة قتله بسبب هو معذور فيه فاشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربيا وتجب الدية على الوكيل لانه لو علم لوجب عليه القصاص فاذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قبل علمه باسلامه ويرجع بها على الموكل لانه غره بتسليطه على القتل وتفريطه في ترك اعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في انكاح بحرية أمة ويحتمل أن لا يرجع عليه ، لان العفو احسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه بخلاف الغار بالحرية ، فعلى هذا تكون الدية في مال الوكيل اختاره القاضي وتكون حالة لانه متعمد للقتل لكونه قصده وانما سقط عنه القصاص لمعنى آخر فهو كقتل الاب ، وقال أبو الخطاب

منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت وطالب المجني عليه ابانتها لم يكن له ذلك لان الابانة قد حصلت، والقصاص قد استوفى فلم يبق له قبله حق، فاما ان كان المجنى عليه لم يقطع جميع الاذن انما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لانه استحق ابانة جميعها ولم يكن أبانه، والحكم في السن كالحكم في الاذن

(فصل) ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سنه فهل تلزمه ابانتها؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمي هل هو نجس أو طاهر؟ إن قلنا هو نجس لزمته ازالتها مالم يخف الضرر بازالتها كما لو جبر عظمه بعظم نجس، وان قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها وهذا اختيار أبي بكر وقول عطاء بن أبي رباح وعطاء الخراساني وهو الصحيح لانه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله فاما ان قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه ابانتها لانها طاهرة على الروايتين جميعا لانها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ولا قصاص فيها . قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لانه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والانف بالانف)

وأجمعوا على جريان القصاص في الانف أيضاً للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى

تكون على عاقلته لانه أجري مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً، وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ليس بعمد محض ولهذا لم يجب به القصاص فيكون عمدا لخطأ فتحمله العاقلة وهذا اختيار شيخنا وقد دل على ذلك خبر المرأة التي قتلت جارتها وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالدية على عاقلتها، فعلى قول القاضي ان كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، فان قيل فلم قلتم فيما اذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به في وجه؟ قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا، وان قلنا ان الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن يسقط الديتان لانه لافائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة ويحتمل أن يجب ذلك، لان الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه وإنما يتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه ولانه قد يكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه، وان أحال ورثة الجاني على الوكيل صح فان كان الجاني أقل دية مثل أن يكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لانه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً

بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لايشم لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح، كما تؤخذ أذن السميع باذن الاصم ،وان كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح مالم يسقط منه شيء لان ذلك مرض فان سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح الا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح مثل مابقي منه أو يأخذ ارش ذلك، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو مالان منه دون قصبة الانف لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ،وإن قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وفيه وجه آخر أنه لايجب مع القصاص حكومة كيلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية،وقياس قول أبي بكر أنه لايجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الاذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجنى عليه لكبره ،ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بالايسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد

ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه وان كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة ،لان الموكل لايستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل .

﴿مسئلة﴾ (وان عفا قاتله بعد الجرح صح وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية)

لان الحق له فصح العفو عنه كماله وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والاوزاعي فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد ، وقال أصحاب الشافعي اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان (أحدهما) أنه وصيه فيبنى على الوصية للقاتل وفيه قولان (أحدهما) لايصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح (والثاني) يصح فان خرج من الثلث سقطت والا سقط منها بقدر الثلث ووجب الباقي(والقول الثاني) ليس بوصية لانه اسقاط في الحياة فلم يصح ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع ،إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لا يخرج لان موجب العمد القود في احدى الروايتين أو أحد شيئين في الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ولذلك صح العفو من المفلس الى غير مال ، وأما جناية الخطأ فاذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو

﴿ مسئلة ﴾ قال (والذكر بالذكر)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى [والجروح قصاص] ولان له حداً ينتهي اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالانف ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لان ماوجب فيه القصاص من الاطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ويؤخذ كل واحد من المختون والاغلف بصاحبه لان الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهي كالمعدومة

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك لانه لا منفعة فيهما لان العنين لايطأ ولا ينزل والخصي لايولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء فهما كالاشل ولان كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة ، وقال ابو الخطاب يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لانهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وإنما عدم الانزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كاذن الاصم وأنف الاخشم ، وقال القاضي لايؤخذ ذكر الفحل بالخصي

الابراء أو غير ذلك ، فان خرجت من الثلث صح عفوه عن الجميع وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز والاوزاعي وإسحاق لان الوصية ههنا بمال

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أبرأه من الدية أو وصى له بها فهي وصية لقاتل هل تصح لقاتل ؟ على روايتين) (احداهما) تصح لكونها له لانها بدل عنه وتعتبر من الثلث كبقية أمواله هكذا ذكره في كتاب المقنع ولم يفرق بين العمد والخطأ والذي ذكره في كتاب المغني ماذكر في التي قبل هذه المسئلة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحتمل أن يصح عفوه عن المال ولا وصية به لقاتل ولا غيره اذا قلنا انه يحدث على ملك الورثة لانه يكون مال غيره فلم يكن له التصرف فيه كسائر أموال الورثة)

(مسئلة) (وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته أو العبد من الجناية المتعلق ارشها برقبته لم يصح) لانه أبرأه من حق على غيره أشبه مالو أبرأ زيداً من دين على عمرو، وإن أبرأ العاقلة أو السيد صح لانه أبرأهما من حق عليهما فصح كالدين الواجب عليهما

(مسئلة) (وإن وجب لعبد قصاص في الطرف أو جرح أو تعزير قذف فله طلبه والعفو عنه) لانه مختص به وليس ذلك لسيده لانه ليس يحق له إلا أن يموت العبد فاذا مات العبد انتقل عنه الى السيد وصح عفوه عنه .

لتحقق نقصه والا ياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان

(أحدهما) يؤخذ به غيره لأنه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي والصحيح الاول فانه اذا ترددت الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص لان الاصل عدمه فلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

(فصل) ويؤخذ بعضه ببعضه ويعتبر ذلك بالاجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ماذكرناه في الانف والاذن

(مسئلة) قال (والانثيان بالانثيين)

ويجري القصاص في الانثيين لما ذكرنا من النص والمعنى لانعلم فيه خلافا فان قطع احداهما وقال أهل الخبرة انه يمكن أخذها مع سلامة الاخرى جاز فان قالوا لايؤمن تلف الاخرى لم تؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الدية ، وان أمن تلف الاخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه في غيرهما

باب مايوجب القصاص فيما دون النفس

كل من أقيد بغيره في النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا لأن النفس أعلى فاذا أقيد في الأعلى ففي الادنى بطريق الاولى وعنه لا قصاص بين العبيد في الاطراف لانها أموال وقد ذكرناه والمذهب الاول ، ومن لايجري القصاص بينهما في النفس لا يجري بينهما في الطرف كالاب مع ابنه والحر مع العبد والمسلم مع الكافر فلا يقطع طرفه بطرفه لعدم المكافأة فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالانثى والانثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ولا العبد بالعبد ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لان التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل ان الصحيحة لاتؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فلذا لايؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى

ولنا ان من جرى القصاص بينهما في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فلن التكافؤ معتبر بدليل ان المسلم لايقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة لان

(فصل) وفي القصاص في شفري المرأة وجهان (أحدهما) لاقصاص فيهما لانه لحم لامفصل له ينتهي اليه فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين هذا قول القاضي

[والثاني] فيهما القصاص لان انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العين وهذا قول أبي الخطاب ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

[فصل] وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله لاننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي وإن اختار الدية و كان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين فيكون له حكومة في المقطوع وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والانثيين وإن يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والانثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله

(فصل) يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر ، هذا ظاهر مذهب الشافعي وقال المزني لا قصاص فيها لانها لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى (والجروح قصاص) ولان لهما حداً ينتهيان اليه فجرى القصاص فيهما كالذكر والانثيين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتقلع العين بالعين).

أجمع أهل العلم على القصاص في العين وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين

المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها اذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الاصابع بكاملة الاصابع وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفسين لاختلاف محليهما ولهذا يستوي بدلهما فعلم أنها ليست بناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك

(مسئلة) (ولا يجب إلا بمثل الموجب في النفس وهو العمد المحض كما لايجب في النفس إلا بذلك ووجوب القصاص فيما دون النفس والاطراف اذا أمكن ثابت بالنص والاجماع)

أما النص فقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية . وروى أنس بن مالك ان الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا إلا القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لاتكسر ثنيتها ، فقال النبي ﷺ « ياأنس كتاب الله القصاص » قال فعفا القوم فقال النبي ﷺ « إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » متفق عليه . وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن ولان مادون النفس كالنفس في الحاجة الى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه .

(فصل) فأما الخطأ فلا قصاص فيه اجماعا لانه لا يوجب القصاص في النفس وهي الاصل ففيما

والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه والاصل فيه قول الله تعالى (والعين بالعين) ولأنها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والاعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه

(فصل) فان قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه لانه لا يمكن المماثلة فيه وان لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من اذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن اعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما إلى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال انسان عينه وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز وإن لم يمكن الا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فان ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يصح فان اللطمة لا يقتص منها منفردة

دونها أولى ولا يجب في شبه العمد وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لانه شبه عمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية والصحيح الاول والآية مخصوصة بالخطأ فكذلك هذا ولانه لا يجب به القصاص في النفس فكذلك الجراح

﴿مسئلة﴾ (وهو نوعان)(أحدهما) الاطراف فتؤخذ العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل بالرجل

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بالآية وبخبر الربيع الذي ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط)(أحدها) أن يكون القطع من مفصل أو له حد ينتهي اليه كمارن الانف وهو مالان منه فان قطع القصبة أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص في أحد الوجهين وفي الآخر يقتص من حد المارن ومن الكوع والكعب وهل يجب له ارش الباقي ؟ على وجهين

أجمعوا على جريان القصاص في الانف للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والاقنى بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لا شم له لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الاصم فان

فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة ان كانت دون الموضحة ولان اللطمة إذا لم تمكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الامن من إفساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى ولانه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة وقال القاضي لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالبا فان كانت لا تذهب به غالبا فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لانه فعل لا يفضي إلى الفوات غالبا فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس . وقال أبو بكر يجب القصاص بكل حال لعموم قوله [والعين بالعين] ولأن اللطمة إذا أسالت انسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الافضاء إلى التلف غالبا

(فصل) فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت فان أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك وإن لم يمكن الا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كالوجرح هاشمة فانه يقتص موضحة ويأخذ ارش باقي جرحه وعلى قول أبي بكر لا يستحق مع القصاص ارش

وقال القاضي اذا اقتص منه يعني لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله وان تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجني عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وهذا بناء على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا

كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح ما لم يسقط منه شيء لان ذلك مرض فان سقط منه شيء لم يؤخذ به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيؤخذ من الصحيح مثل ما بقي منه أو يأخذ ارش ذلك والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو مالان منه دون القصبة لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع فان قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ، وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كيلا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك لقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف : وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي ، وان قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بمثله ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى حد

(فصل) وتؤخذ العين بالعين للآية ولا يشترط التساوي في الصغر والكبر والصحة والمرض لان اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية

(فصل) وان شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لانها لاقصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ماذكرنا في اللطمة، وان كانت الشجة فوق الموضحه فله أن يقتص موضحة وهل له ارش الزيادة عليها؟ فيه وجهان وان ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه مايزيله من غير أن يجني على الحدقة، وان شجه موضحة فله أن يقتص منها وحكم القصاص في البصر على ماذكرنا من قبل. واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع كلها فقال بعضهم لا قصاص فيه لانه لايجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع الى التي تليها فأذهبها عندهم وقال بعضهم يجب القصاص ههنا قولا واحداً لان ضوء العين لاتمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كماذكرنا فيما قبل هذا

(فصل) إذا قلع الاعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء. وقال الحسن والنخعي ان شاء اقتص وأعطاه نصف دية. وقال مالك ان شاء اقتص وان شاء أخذ دية كاملة

وقال مسروق والشعبي وابن سيرين وابن مغفل والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر له القصاص ولا شيء عليه وان عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى (والعين بالعين) وجعل النبي ﷺ في العينين الدية ولانها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان

(فصل) وتؤخذ الاذن بالاذن، أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن وقد دلت الآية على ذلك ولانها تنتهي إلى حد فاصل فأشبهت اليد وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بمثلها وبأذن الاصم وتؤخذ أذن الاصم بكل واحد منهما لتساويهما فان ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص فيهما وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لان الثقب ليس بعيب وانما يفعل في العادة للقرط والتزين به فان كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لان الثقب إذا انخرم صار نقصا فيها والثقب في غير محله عيب ويخير الجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من إذن الجاني وفي وجوب الحكومة له في قدر النقص وجهان، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني بقدر ما قطع من أذنه ويقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف وعلى حسب ذلك، وقال بعض أصحاب الشافعي لايجري القصاص في البعض لانه لا ينتهي إلى حد

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكروه

(فصل) وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة، وهل تؤخذ الصحيحة بها؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تؤخذ بها لانها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الاعضاء

ولنا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما ولم نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ولانه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . وأما إذا قطع يد الاقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما بخلاف عين الاعور فان النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت في الاعور مثله ولهذا صح عتقه في الكفارة دون الأقطع . فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص مع إمكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً .ولو قلع الاعور إحدى عيني الصحيح خطأً لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضي لتضعيف الدية

(فصل) ولو قلع الاعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً . وان عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأً أو عفا بعض مستحقي القصاص لانه ذهب بجميع بصره فأشبه ما لو قلع عيني صحيح

(فصل) وان قلع الاعور عيني صحيح فقال القاضي هو مخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لانه قد أخذ جميع بصره فان اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية » لانه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الاشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . وقال القاضي يقتضي الفقه أن يلزمه ديتان إحداهما للعين التي تقابل عينه والدية

(والثاني) تؤخذ بها لان المقصود منها جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

(فصل) فان قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي يجب القصاص وهو قول الثوري والشافعي واسحاق لانه وجب بالابانة وقد وجدت ، وقال أبو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لانها لم تبن على الدوام فلم يستحق ابانة اذن الجاني دواما فان سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ وعلى قول أبي بكر إذا لم تسقط له دية الاذن وهو قول أصحاب الرأي ، وكذلك قول الاولين اذا اختار الدية وقال مالك لا عقل لها إذا عادت مكانها فأما ان قطع بعض أذنه فالتصق فله ارش الجرح ولا قصاص فيه ، وإن قطع أذن انسان فاستوفى منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت فطلب المجني عليه ابانتها لم يكن له ذلك لان الابانة قد حصلت والقصاص قد استوفي فلم يبق قبله حق فأما إن كان المجني عليه لم يقطع جميع الاذن انما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لانه استحق ابانة جميعها ولم يكن أبانه والحكم في السن كالحكم في الاذن

(فصل) ومن ألصق أذنه بعد ابانتها أو سنه فهل تلزم ابانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الادمي هل هو نجس أو طاهر ؟ ! ان قلنا هو نجس لزمته ازالتها مالم يخف الضرر بذلك كالوجبر ساقه بعظم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه ازالتها اختاره أبو بكر . وهو قول عطاء بن

الثانية لاجل العين الناتئة لانها عين أعور والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المغنى

(فصل) وان قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية . نص عليه أحمد لانه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ويحتمل انه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الاشل يداً صحيحة ولان الزيادة ههنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى (والعين بالعين)

[فصل] وان قطع الاقطع يد من له يدان فعليه القصاص وان قطعت رجل الاقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لان يد الاقطع لاتقوم مقام يديه في الانتفاع والبطش ولا يجزىء في العتق عن الكفارة بخلاف عين الاعور فانها تقوم مقام عينيه جميعاً وقال القاضي ان كانت المقطوعة اولا قطعت ظلما أو قصاصا ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة وان كانت الاولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان [إحداها] نصف الدية والثانية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة واما ان قطع الاقطع يد من ليس باقطع فان قلنا ان في يد الاقطع دية كاملة فلا قصاص وان قلنا لاتكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ماذكرناه اولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين

أبي رباح وعطاء الخراساني وهو الصحيح لانه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله فأما إن قطع بعض اذنه فالتصقت لم يلزمه إبانتها على الروايتين جميعاً لانها لم تصر ميتة لعدم ابانتها ولا قصاص فيها قاله القاضي وهذا مذهب الشافعي لانه لا تمكن المماثلة في المقطوع منها

﴿مسئله﴾ (وتقلع العين بالعين)

اجمع اهل العلم على القصاص في العينين يروى ذلك عن مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وروي عن علي رضي الله عنه لقول الله تعالى (والعين بالعين) ولانها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة وعين الكبير بعين الصغير والاعمش ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة لانه ياخذ أكثر من حقه وتؤخذ القائمة بالصحيحة لانها دون حقه كما تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولا ارش له معها لان التفاوت في الصفة

(فصل) فان قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص باصبعه لانه لا تمكن المماثلة فيه فان لطمه فأذهب ضوء عينه لم يجز ان يقتص منه باللطمة لان المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من أذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالجه بما يذهب بصره من غير ان يقلع عينه وسنذكر ذلك وذكر القاضي انه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فان ذهب ضوء عينه والا كان له ان يذهبه بما نذكره وهو مذهب الشافعي ولا يصح هذا فان اللطمة لايقتص منها منفردة فلا يقتص منها

ينتقض بما إذا قطعت الاولى قصاصا، والقياس على عين الاعور غير صحيح لما بينهما من الفرق، فاما ان قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له الا نصف الدية رواية واحدة وان قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا في المذهب ولا في غيره لان نفع كل أذن لا يتعلق بالاخرى

[فصل] ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى [والجروح قصاص] ولانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل وهذا مذهب الشافعي، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهما لانهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لانه يمنع أخذ احدهما بالآخر كالاذن إذا عدم السمع منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والسن بالسن)

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع ولان القصاص فيها ممكن لانها محدودة في نفسها فوجب فيها القصاص كالعين، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لانه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص ارش الباقي؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا يقتص إلا من سن من اتغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه

اذا سرت الى العين كالشجة دون الموضحة ولان اللطمة اذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الامن من افساد العضو ففي العين مع وجود ذلك اولى ولانه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة له كالموضحة، وقال القاضي لا يجب القصاص الا ان تكون اللطمة تذهب بذلك غالبا فان كانت لا تذهب بالنظر غالبا فذهبت بها فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لانه فعل لا يفضي الى الفوات غالبا فلم يجب به القصاص بكل حال لعموم قوله تعالى (والعين بالعين) ولان اللطمة اذا أسالت العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر فيه الافضاء الى التلف غالبا

(فصل) فان لطم عينه فذهب بصرها او ابيضت وشخصت فان أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك وان لم يمكن الاذهاب بعض ذلك مثل ذهاب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كما لو جرحه هاشمة فانه يقتص موضحة ويأخذ ارش باقي جرحه ، وعلى قول أبي بكر لا يستحق مع القصاص ارش وقال القاضي اذا لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله فان تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وبناء هذا على ان اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا

ثغر فهو مثغور فاذا نبتت قيل أثغر واتغر لغتان، وان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر، ثم ان عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجني كما لو قلع شعرة ثم نبتت، وان عادت مائلة عن محلها أو تغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لانها لو لم تعد ضمن السن فاذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وفي ربعها ربعها وعلى هذا ، وان عادت والدم يسيل ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله، وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فان قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن فان مات المجني عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص لان الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لان القلع موجود والعود مشكوك فيه، ويحتمل أنه اذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شيء لان العادة عودها فاشبه مالو حلق شعره فمات قبل نباته، فاما ان قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له في الحال لان الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال القاضي يسئل أهل الخبرة فان قالوا لاتعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر، واذا ثبت هذا فانها ان لم تعد بعد فلا كلام وان عادت لم يجب قصاص ولا دية ، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤخذ السن بالسن)

وهو اجماع أهل العلم للآية وحديث الربيع ولان القصاص فيها ممكن لانها محدودة في نفسها وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة والمكسورة بالصحيحة لانه يأخذ بعض حقه وهل له ارش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما

(فصل) ولا يقتص الا من سن من اثغر اي سقطت رواضعه ثم نبتت يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور فاذا نبتت قيل اثغر واتغر لغتان، وان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي لانها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، فان عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كما لو قلع شعره ثم نبت ، وان عادت مائلة عن محلها اومتغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لانها لو لم تعد ضمن السن فاذا عادت ناقصة ضمن ما نقص وإن عادت قصيرة ضمن ما نقص بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وعلى هذا الحساب، وان عادت والدم يسيل ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله، وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فان قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه مخير بين القصاص او الدية ، فان مات المجنى عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص لان الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لان القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل انه إذا مات قبل مجيء وقت عودها ان لا يجب شيء لان العادة عودها فأشبه ما لو حلق شعره فمات قبل

الشافعي وقال في الآخر لايسقط الارش لان هذه السن لاتستخلف عادة فاذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لاينتظر عودها في الضمان

ولنا أنها سن عادت فسقط الارش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها اذا وجدت ، فعلى هذا ان كان أخذ الارش رده وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصاً لأنه لم يقصد العدوان ، وإن عادت سن الجاني دون سن المجنى عليه ففيه وجهان [أحدهما] لاتقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة وانما قال الله تعالى [السن بالسن] والثاني تقلع وإن عادت مرات لانه قلع سنه وأعدمها فكان له اعدام سنه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

[فصل] وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لان سن المجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان

(مسألة) قال (وان كسر بعضها برد من سن الجاني مثله)

وجملته أن القصاص جار في بعض السن لان الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص ولان ماجرى القصاص في جملته جرى في بعضه اذا أمكن كالاذن فيقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ

نباته ، فأما ان قلع سن من قد اثغر وجب القصاص له في الحال لان الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، وقال القاضي يسئل أهل الخبرة فان قالوا لاتعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر . اذا ثبت هذا فانها ان لم تعد فلا كلام وان عادت لم يجب قصاص ولا دية وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يسقط الارش لان هذه السن لاتستخلف عادة فاذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لاينتظر عودها في الضمان

ولنا انها سن عادت فسقط الارش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لايمنع ثبوت حكمها اذا وجدت فعلى هذا ان كان اخذ الارش رده وان كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصا لانه لم يقصد العدوان ، وان عادت سن الجاني دون سن المجني عليه لم تقلع في احد الوجهين لئلا يأخذ سنين بسن وانما قال الله تعالى (السن بالسن) والثاني تقلع وان عادت مرات لانه اعدم سنه بالقلع فكان له اعدام سنه ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان قلع سنا فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لان سن المجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب علي الجاني ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان

النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضي إلى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجني عليه ، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة فانا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص، ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لان توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل، فان قيل فقد أجزتم القصاص في الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو ؟ قلنا وهم السراية إلى النفس لاسبيل إلى التحرز منه فلو اعتبرناه في المنع لسقط القصاص في الأطراف بالكلية فسقط اعتباره . أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول انما منع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي بعض الذراع فانه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سناً ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه وصدعها أو قلعها أو كسر أكثر مما كسر فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المماثلة ، وتارة نقول إن السراية في بعض العضو انما منع اذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة وفي وقت افراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية

(فصل) ومن قلع سناً زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الاسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم وإما إلى الشفة و كانت للجاني مثلها في موضعها فللمجني عليه القصاص أو أخذ حكومة في

(مسألة) (ويؤخذ الجفن بالجفن)

لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه يمكن الاقتصاص فيه لانتهائه الى مفصل وهذا مذهب الشافعي ويؤخذ جفن البصير بمثله وبجفن الضرير ويؤخذ جفن الضرير بمثله وبجفن البصير لانهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لا يمنع أخذ احدهما بالآخر كاذن الاصم

(مسألة) (وتؤخذ الشفة بالشفة)

وهي ماجاوز الذقن والخدين علوا وسفلا لقول الله تعالى والجروح قصاص ولان لها حداً تنتهي اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان للآية ولان له حداً ينتهي اليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافا ولا يؤخذ لسان ناطق بأخرس لانه أفضل منه ويؤخذ الاخرس بالناطق لانه دون حقه ويؤخذ بعض اللسان بالبعض لانه امكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب

(مسألة) (وتؤخذ اليد باليد)

لقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقد اجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف للآية ولحديث الربيع ويشترط لذلك ثلاثة شروط

سنه وإن لم يكن له مثلها في محلها فليس للمجنى عليه إلا الحكومة وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الاخرى ففيه وجهان (أحدهما) لاتؤخذ الكبرى بالصغرى لان الحكومة فيهما أكبر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها .

(والثاني) تؤخذ بها لانهما سنان متساويان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالاخرى كالأصليتين ، ولان قول الله تعالى (والسن بالسن) عام فيدخل فيه محل النزاع ، وإن قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بماثبت بالنص واختلاف القيمة لايمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والانثى في النفس والاطراف ، على أن كبر السن لايوجب كثرة قيمتها فان السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لافي القيمة ولان كبر السن الاصلية لايزيد قيمتها فالزائدة كذلك

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حداً ينتهي اليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافا،ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لانه أفضل منه ويؤخذ الاخرس بالناطق لانه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لانه أمكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب

(احدها) (١) الامن من الحيف وهو ان يكون القطع من مفصل فان كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه لما روى نمر بن جابر عن أبيه ان رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية فقال انى اريد القصاص فقال « خذ الدية بارك الله لك فيها » ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجه .

وفي قطع اليد ثمان مسائل (احدها) قطع الاصابع من مفاصلها فالقصاص واجب فيها لان لها مفاصل ويمكن القصاص فيها من غير حيف وان اختار الدية فله نصفها لان في كل أصبع عشر الدية

(الثانية) قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لانه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه، وان اراد قطع الاصابع ففيه وجهان

(احدهما) ليس له ذلك اختاره أبو بكر لانه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه ان امتناع قطع الاصابع اذا قطع من الكوع انما كان لعدم المقتضي او وجود مانع وايهما كان فهو متحقق اذا كان القطع من نصف الكف (والثاني) له قطع الاصابع ذكره اصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يأخذون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة، ويفارق ما اذا قطع من الكوع لانه امكنه استيفاء حقه فلم يجز العدول الى غيره وهل له حكومة في نصف الكف؟ فيه وجهان

(١) هكذا في الاصل ولم يذكرهنا غير شرط واحد وقد عدها في المغني خمسة وجعل الشرط المذكور هنا خامس الخمسة فليراجعها من شاء في المغني صحيفة ٤١٦

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ماجاوز الذقن والخدين علواً وسفلا لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حداً ينتهي اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي. حكي عن ابن سيرين وشريك أن احداهما تؤخذ بالاخرى لانهما يستويان في الخلقة والمنفعة

ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل . فعلى هذا كل ما انقسم الى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانثيين لاتؤخذ احداهما بالاخرى

(فصل) وما انقسم الى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالاسفل ولا الاسفل بالأعلى لما ذكرنا ولاتؤخذ أصبع بأصبع الا أن يتفقا في الاسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى . والوسطى والسفلى لاتؤخذان بغيرهما ، ولا تؤخذ السن بالسن الا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها لما ذكرناه

(أحدهما) ليس له ذلك لانه يجمع بين القصاص والارش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع (والثاني) له ارش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كما لو ماهذا حاله، وإن اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لا يوجب اكثر من نصف الدية فما دونه اولى

(الثالثة) قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية ولا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها

(الرابعة) قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لانه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه وله نصف لدية وحكومة في المقطوع من الذراع وهل له القطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ، ومن جوز القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان، ويخرج أيضا في جواز قطع الاصابع وجهان فان قطع منها لم يكن له حكومة في الكف لانه امكنه أخذه قصاصا فلم يكن له طلب ارشه كما لو كانت الجناية من الكوع

(الخامسة) قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لانه امكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز العدول الى غيره ، وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة الساعد

(السادسة) قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة الساعد

(فصل) ومالا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه لان الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها، ولا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله، فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود سقط في الاولى باسقاط صاحبها ، وفي الثانية باذن صاحبها في قطعها وديتهما متساوية ، وهذا قول أبي بكر ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الاخرى عدوانا لسقط القصاص لأنهما تداويا في الالم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا، ولان ايجاب القصاص يفضي الى قطع يدي كل واحد منهما واذهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه، وكل واحد من القطعين مضمون بسرايته لانه عدوان ، وقال ابن حامد ان كان أخذها عدوانا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وان أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية لرضا صاحبها ببذلها واذنه في قطعها ، وفي وجوبه في الاولى وجهان (أحدهما) يسقط لما ذكرنا (والثاني) لا يسقط لانه رضي بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع الى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه اياه فعلى هذا له القصاص الا أنه لا يقتص الا بعد اندمال الاخرى وللجاني دية يده فاذا وجب للمجنى عليه دية يده و كانت الديتان واحدة تقاصا وان كانت احداهما أكبر من الاخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه

(فصل) واذا قال المقتص للجاني اخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول

و بعض العضد (والثاني) له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين، وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين

(السابعة) قطع من المنكب فالواجب القصاص لانه مفصل اذا لم يخف جائفة وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد

(الثامنة) خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكتف فيرجع فيه الى اثنين من ثقات أهل الخبرة فان قالوا يمكن الاستيفاء من غير ان تصير جائفة استوفى والا صار الامر الى الدية وفي جواز الاستيفاء من المرفق او ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره، ومثل هذه المسائل في الرجل فالساق كالذراع، والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف ، فتقاس عليها الا ص والمعنى

(مسئلة) (ويؤخذ كل واحد من الاصابع والكف والمرفق والذكر والانثيين بمثله)

لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولما ذكرنا في اليد باليد ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في ان القصاص يجري في الذكر ولان له حداً ينتهي اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لان ما وجب فيه القصاص من الاطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر، ويؤخذ كل واحد من المجبوب والأغلف بصاحبه لان القلفة زيادة يستحق إزالتها فهي كالمعدومة، ويؤخذ كل واحد من الخصي

أبي بكر يجزيء ذلك سواء قطعها عالما بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد ان أخرجها عمداً عالماً بأنها يساره وانها لاتجزيء فلا ضمان على قاطعها ولا قود لانه بذلها باخراجه لها لا على سبيل العوض وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لافرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه اياه ، ويفارق هذا ما لو قطع يد انسان وهو ساكت لانه لم يوجد منه البذل ويعزر في المقتص فان فعل ذلك عالماً بالحال عذر لانه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص في اليمين ؟ على وجهين (أحدهما) يسقط لان قاطع اليسار تعدى بقطعها ولانه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الاخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فانه لا يملك قطع يمينه

(والوجه الثاني) أنه لا يسقط وهو مذهب الشافعي ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الحد مبني على الاسقاط بخلاف القصاص (والثاني) أن اليسار لا تقطع في السرقة وان عدمت يمينه لانه يفوت منفعة الجنس في الحد بخلاف القصاص (والثالث) أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فانه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه ، فان قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر ؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلهذا جمعنا بينهما وفي مسئلتنا احدهما غير مستحق فلم نجمع بينهما فاذا اندملت

والعينين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي، ويؤخذ بعضه ببعض ويعتبر بالاجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف وما زاد ونقص فبحساب ذلك كالانف والاذن على ما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجري القصاص في الانثيين لما ذكرنا من النص والمعنى)

ولا نعلم فيه خلافا فان قطع احداهما وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها مع سلامة الاخرى جاز وان قالوا لا يؤمن تلف الاخرى لم يقتص منها خشية الحيف ويجب فيها نصف الدية وان أمن تلف الاخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى كاليدين

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجري القصاص في الألية والشفر ؟ على وجهين)

يجب القصاص في الأليين الناتئين بين الفخذ والظهر بجانبي الدبر في أحد الوجهين وهو ظاهر مذهب الشافعي والوجه الثاني لا يجب وهو قول المزني لانها لحم متصل بلحم أشبه لحم الفخذ ، ووجه الاول قوله تعالى (والجروح قصاص) ولان لهما حداً ينتهيان اليه فجرى القصاص فيهما كالذكر

﴿ مسئلة ﴾ (وفي القصاص في شفري المرأة وجهان)

(أحدهما) لا قصاص فيهما لانه لحم لا مفصل له ينتهي اليه فأشبه لحم الفخذين وهو قول القاضي (والثاني) فيهما القصاص لان انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العينين وهو قول أبي الخطاب ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

اليسار قطعنا اليمين فان سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ويجب في تركته دية اليمين لتعذر الاستيفاء فيها بموته وان قال المقتص منه لم أعلم أنها اليسار أو ظننت أنها تجزىء عن اليمين نظرت في المستوفي فان علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لانه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها

ولنا أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البدل فكانت مضمونة عليه ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له في اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فاذا اندملت فله قطع اليمين فان عفا وجب بدلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني ، وإن اختلفا في بذلها فقال الجاني انما بذلتها بدلا عن اليمين . وقال المجنى عليه بذلتها في غير عوض أو قال أخرجتها دهشة ، فقال بل عالما ، فالقول قول الجاني لانه أعلم بنيته ولان الظاهر أن الانسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعا مع أن عليه قطعا مستحقا وهذا مذهب الشافعي وإن

(فصل) فان قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فطالب القصاص لم يجب اليه في الحال ونقف الأمر حتى تبين حاله لانا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي وان اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين وتكون له حكومة في المقطوع وان كان قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والانثيين وان يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والانثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله

﴿مسألة﴾ (وإذا وضح انساناً فذهب ضوء عينه أو سمعه أو شمه فانه يوضحه فانه جرح يمكن الاقتصاص منه من غير حيف)

لان له حداً ينتهي اليه ثم إن ذهب ذلك ، وإلا استعمل فيه ما يذهبه من غير أن يجني على حدقته أو أذنه أو أنفه لانه يستوفي حقه من غير زيادة فيعالج بما يذهب بصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعها إلى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها حتى سال إنسان عينه ، وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز ، وكذلك السمع والشم ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على هذه الاعضاء سقط القصاص لتعذر المماثلة ولان توهم الزيادة يسقط القود فحقيقته أولى

كان باذل اليسار مجنونا مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالما وبالدية ان كان مخطئا لان بذل المجنون ليس بشبهة . وان كان من له القصاص مجنونا ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج اليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً لانه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البدل له ولا ضمان عليه لانه أتلفها ببذل صاحبها ، لكن ان كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتها،وان وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الاخرى وان قطع الاخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين ، لأن حقه متعين فيها فاذا أخذها قهرا سقط حقه كما لو أتلف وديعته. (والثاني) لايسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لايصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة اذا أتلفها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل اذا تلفت بذلك واليد بخلافه فانها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الصغير وكذلك الحكم فيهما اذا قتلا قاتل أبيهما عمداً وان اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع اصبع ونحوها سقط حقهما لان ذلك يقتضي الدية في ذمتهما ولهما في ذمة الجاني مثل ذلك فيتقاصان وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمي والرجل والمرأة فان قلنا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو اتلفا وديعتهما وان قلنا لا يكونان مستوفيين يتقاص

(فصل) وإن شجه دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف علمناه لانها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا فان كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة فان ذهب ضوء العين والا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجني على الحدقة ، واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع فقال بعضهم لا قصاص فيه لانه لا يجب بالسراية عندهم كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التي تليها فأذهبها وقال بعضهم يجب القصاص ههنا قولا واحداً لان ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر بما ذكرنا في مثل هذا

(فصل) (الشرط الثاني المماثلة في الموضع) فيؤخذ كل واحدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشفتين والاجفان بمثلها لان القصاص يعتمد المماثلة هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن ابن سيرين وشريك أن احداهما تؤخذ بالاخرى لاستوائهما في الخلقة والمنفعة

ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل ، وكذلك كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانثيين لا تؤخذ احداهما بالاخرى ، وكذلك كل ما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى لذلك

من الديتين بقدر الادنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون وان كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجها واحداً و كانت دية من استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجاني مؤجلة

(فصل) وسراية القود غير مضمونة ومعناه أنه اذا قطع طرفا يجب القود فيه فاستوفى منه المجني عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفي شيء، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة: عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله وقال غيره هي على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ولانها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على انه مضمون انه مضمون بالقطع الاول لانه في مقابلته

ولنا ان عمر وعليا رضي الله عنهما قالا من مات من حد او قصاص لا دية له الحق قتله رواه سعيد بمعناه ولانه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فانه ليس ما فعله مستحقا اذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته الى النفس بان يموت منها او الى ما دونها مثل ان يقطع اصبعا فتسري الى كفه

﴿مسألة﴾ (وتؤخذ الاصبع والسن والانملة بمثلها في الموضع والاسم ولا تؤخذ أنملة بأنملة الا أن يتفقا في الموضع والاسم) ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما

﴿مسألة﴾ فلو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من آخر ليس له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته وبين أن يصبر حتى تقطع العليا ثم يقتص من الوسطى) لانه يستوفي حقه بذلك

(فصل) فان قطع من ثالث السفلى فللاول أن يقتص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا جميعاً أو واحداً بعد واحد، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا قصاص الا في العليا لانه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافىء حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده

ولنا أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كالحامل إذا جنت ثم وضعت ويفارق عدم التكافؤ لانه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم نجب اليه لان في استيفائه اتلاف أنملة لا يستحقها وقيل لهما اما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الاول فان اقتص فلكما القصاص، وإن عفا فلا قصاص لكما وإما ان ترضيا بالعقل فان جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني حكم الثاني مع الاول فان عفا فلكما العقل وان قالا نحن نصبر وننتظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو

(فصل) وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف لانها اثر الجناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم إن سرت الى النفس ومالا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان يهشمه في رأسه فيذهب ضوء عينيه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم وان سرت الى مايمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان قطع اصبعا فتآكلت اخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص ايضا في قول إمامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء لاقصاص في الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لايجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما فمرق منه الى آخر

ولنا ان ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ولانه احد نوعي القصاص فأشبه ماذكرنا وفارق ماذكروه فان ذلك فعل وليس بسراية ولانه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع ابهامه فقطع سبابته وجب القصاص ولو ضرب ابهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيهما فافترقا ولان الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الاخرى فأما ان قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص في المقطوعة حسب والارش في الشلاء ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لاقصاص فيهما ويجب أرشهما جميعاً لان حكم السراية لاينفرد عن الجناية بدليل مالو سرت إلى النفس فاذا لم يجب القصاص في إحداهما لم يجب في الأخرى .

نحوه ثم نقتص لم يمنعنا من ذلك فان قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا ، وإن قطع الاصبع كلها فعليه القصاص في الانملة الثالثة وعليه ارش العليا للاول وارش السفلى على الجاني لصاحبها ، وإن عفا الجاني عن قصاصها وجب ارشها يدفعه اليه ليدفعه إلى المجني عليه

(فصل) فان قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الاصبع فللاول قطع العليا لان حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ ارش العليا من الجاني فان بادر الثاني فقطع الانملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للاول وله الارش على الجاني ، وان كان قطع الانملتين أولا قدمنا صاحبهما في القصاص ووجب لصاحب العليا ارشها ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للاول ويأخذ الارش للعليا ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فان عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا لان ديتهما واحدة ، وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع ارش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لان ديتهما واحدة واسم الانملة يشملهما فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الاخرى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها لعدم التماثل وان تراضيا عليه لم يجز)

وجملة ذلك أن ما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيهما لان الدماء لا تستباح بالاباحة

ولنا أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كالتي تسري إلى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره وفارق الاصل لان السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمها وههنا بخلافه ولان ماذكره غير صحيح فان القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ووجب في النفس فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ماقاله، اذا ثبت هذا فان الارش يجب في ماله ولا تحمله العاقلة لانه جناية عمد وانما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع والشلل فاذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وان اقتص من الاصبع فله في الاصابع الباقية أربعون من الابل ويتبعها ماحاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان (أحدهما) يتبعها في الارش ولا شيء فيه (والثاني) فيه الحكومة لان مايقابل الاربع تبعها في الارش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الارش فلم يتبعها

(فصل) ولا يجوز القصاص في الطرف الا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء والحسن قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه اذا سرى الى النفس يفعل كما فعل، وهذا قول الشافعي

والبذل ولذلك لو بذلها ابتداء لم يحل له أخذها ولا يحل لاحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره بذله

﴿مسئلة﴾ (فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود)

لان القود سقط في الاولى باسقاط صاحبها وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها وديتهما متساوية وهذا قول أبي بكر وكذلك لو قطعها تعديا سقط القصاص لانهما تساويا في الدية والالم والاسم فتقاصا وتساقطا ولان ايجاب القصاص يفضي الى قطع يدي كل واحد منهما واذهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا ولا تفريع على هذا القول لوضوحه وكل واحد من القطعين مضمون سرايته لانه عدوان وقال ابن حامد ان كان أحدهما عدوانا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه وان أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية لرضى صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها وفي وجوبه في الاولى وجهان (أحدهما) يسقط لما ذكرناه (والثاني) لايسقط لانه رضي بتركه بعوض لم يثبت له فكان له الرجوع الى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه اياه فعلى هذا له القصاص بعد اندمال الأخرى وللجاني دية يده فاذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى كالرجل مع المرأة وجب الفضل لصاحبه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها أجزأت على قول أبي بكر سواء قطعها عالماً بها أو جاهلا)

قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يارسول الله أقدني قال «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال النبي ﷺ «ليس لك شيء عجلت» رواه سعيد مرسلا ولان القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ

ولنا ماروى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح ورواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولان الجرح لا يدرى أقتل هو ام ليس بقتل؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ماحكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني وفي سياقه فقال يارسول الله عرجت فقال رسول الله ﷺ «قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك» ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفي نفس الحديث مايدل على ان استقادته قبل البرء معصية لقوله «قد نهيتك فعصيتني» وما ذكروه ممنوع وهو مبني على الخلاف .

(فصل) فان اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال ابو حنيفة والشافعي بل هي مضمونة لانها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص

ولنا الخبر المذكور ولأنه استعجل مالم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه وبهذا فارق

وعلى قول ابن حامد ، وان أخرجها عمداً عالما أنها يساره وأنها لا تجزئ فلا ضمان على قاطعها ولا قود لانه بذلها باخراجه لها لا على سبيل العوض وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لافرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه اياه ويفارق هذا ماإذا قطع يد انسان وهو ساكت لانه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص فان فعل ذلك عالما بالحال عزر لانه ممنوع منه لحق الله تعالى وهل يسقط القصاص في اليمنى ؟ على وجهين (أحدهما) يسقط لان قاطع اليسار تعدى بقطعها فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فانه لا يملك قطع يمينه (والوجه الثاني) لا يسقط وهو مذهب الشافعي وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من وجوه ثلاثة (أحدها) أن الحد مبني على الاسقاط بخلاف القصاص (الثاني) أن اليسار لا تقطع في السرقة وان عدمت يمينه لانه يفوت منفعة الجنس بخلاف القصاص (والثالث) أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فانه لا يسقط وينتقل إلى البدل ولكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه فان قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلهذا جمعنا بينهما وفي مسئلتنا أحدهما غير مستحق فلا نجمع بينهما فاذا اندملت اليسار قطعنا اليمين فان سرى قطع اليسار الى نفسه كانت هدراً ويجب في تركته دية اليمنى لتعذر الاستيفاء فيها بموته

من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفي فهما هدر . وقال ابوحنيفة يجب ضمان كل واحد منهما لان سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان فيسقطان ، وقال الشافعي إن مات المجني عليه أولا ثم مات الجاني كان قصاصاً لانه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني عليه ، وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر يكون موت الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية ، فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لاضمان فيه ، وعند ابي حنيفة يجب ضمان سرايته ، وعند الشافعي إن سرت الجناية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ماتقدم من الخلاف

(فصل) وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لانه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لانه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لانه استوفى بالقطع ماقيمته دية وهو يداه وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء لان القصاص قد سقط بموته والدية لايمكن إيجابها لما ذكرنا ، وإن كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حياً

(فصل) ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابي والعفو إلى ارش الجرح وفي قدره وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وان أخرجها دهشة أو ظناً منه أنها تجزىء فعلى القاطع ديتها ان علم أنها يسار وأنها لاتجزىء ويعزر) .

وقال بعض الشافعية عليه القصاص لانه قطعها مع العلم بانه ليس له قطعها

ولنا أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وان كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لانه بذلها له على وجه البذل فكانت مضمونة عليه لانه لو كان عالماً بها كانت مضمونة عليه وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال والقصاص باق له في اليمين ولا يقتص حتى تندمل اليسار فان عفا وجب بدلها ويتقاصان وان سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بدية كاملة وقد تعذر قطع اليمنى ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني ، فان اختلفا في بذلها فقال الجاني إنما بذلها بدلا عن اليمين ، وقال المجني عليه بذلتها بغير عوض أو قال أخرجتها دهشة قال بل عالماً فالقول قول الجاني لانه أعلم بنيته ، ولان الظاهر أن الانسان لايبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقا ، وهذا مذهب الشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان من عليه القصاص مجنونا مثل من يجن بعد وجوب القصاص عليه

(أحدهما) نصف الدية لانه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلماً

(والثاني) له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها ؛ وإن كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال انبنى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودي فله ههنا نصف الدية وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له ههنا لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ، ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهاً واحداً لان دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجاني امرأة على رجل فالحكم على ماذكرنا سواء لان ديتها نصف دية الرجل

(فصل) اذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية وأما الآخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع نقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الاقدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لانه يأخذ صحيحة بمقطوعة وان قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لانه قد استوفى ماقيمته دية وان اختار قتلهما فله ذلك

فعلى قاطعها القود ان كان عالما بها وانها لاتجزىء لانه قطعها تعديا بغير حق وان جهل أحدهما فعليه الدية لان بذل المجنون ليس بشبهة)

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان من له القصاص مجنونا ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج اليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً) .

لانه لايصح منه الاستيفاء ولا يجوز البذل له ولا ضمان عليه لانه أتلفها ببذل صاحبها لكن ان كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فتكون للمجنون ديتها

(فصل) فان وثب المجنون عليه فقطع يده التي لاقصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الاخرى وان قطع الاخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين ، لان حقه متعين فيها فإذا أخذها قهراً سقط حقه كما لو أتلف وديعته (والثاني) لايسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لان المجنون لايصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها لانها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الحكم في الصغير فان اقتصا مما لاتحمله العاقلة سقط حقهما وجهاً واحداً وقد ذكرناه

(فصل) الثالث استواؤهما في الصحة والكمال لان القصاص يعتمد المماثلة فلاتؤخذ صحيحة بشلاء

(فصل) ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملا وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف: أما في النفس فلقول الله تعالى (فلا يسرف في القتل) وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون إسرافاً

وروى ابن ماجه باسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال ثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة ابن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها» وهذا نص ولان النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا «ارجعي حتى تضعي ما في بطنك - ثم قال لها - ارجعي حتى ترضعيه» ولان هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا

وأما القصاص في الطرف فلأ ننا نمنعنا الاستيفاء فيه خشية السراية الى الجاني أو إلى زيادة في حقه فلأن نمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة اولى وأحرى. ولان في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام. وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لان الولد لا يعيش إلا به في الغالب ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين. ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى إلا ان يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها فيستوفى. وان وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لانه يستغنى بها عنها وان كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه او أمكن أن يسقى من لبن شاة

ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا ذات اظفار بما لا اظفار لها ولا عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس، لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح باشل إلا ما حكى داود أنه أوجب ذلك لاشتراكهما في الاسم فاخذ به كالأذنين

ولنا أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه نفعه كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكره قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم يوجب القصاص في العينين مع قوله تعالى (والعين بالعين) لاجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له اربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لانها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف، وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لانه أخذ كامل بناقص، وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان؟ فان قلنا له أن يقتص فله الحكومة في الشلاء وارش ما تحتها من الكف وهل يدخل ما تحت الاصابع الصحاح في قصاصها أو تجب به حكومة؟ فيه وجهان:

أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة

(فصل) وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان (أحدهما) تحبس حتى يتبين حملها لان للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ماادعته. ولانه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض (والثاني) ذكره القاضي انها ترى أهل الخبرة فان شهدن بحملها أخرت وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها

(فصل) وان اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الاثم إن كانا عالمين أو كان منهما تفريط وان علم أحدهما أو فرط فالاثم عليه ثم ننظر فان لم تلق الولد فلا ضمان فيه لأنا لم نتحقق وجوده وحياته. وان انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش في مثله ففيه غرة وان انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية، وعلى من يجب ضمانه؟ ننظر فان كان الامام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامرين أو بأحدهما أو كان الولي عالماً بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لانه مباشر والحاكم الممكن له صاحب سبب ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع، وان علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لان المباشر معذور فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء، وقال القاضي إن كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم لانه الذي يعرف الاحكام والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده. وان كانا جاهلين ففيه وجهان (أحدهما) الضمان على الامام كما لو كانا عالمين (والثاني) على الولي وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها ذكره ابن حامد لان الزائدة عيب ونقص في المعنى فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والجراح، واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لانها زيادة، فعلى هذا ان كان للمجني عليه أيضا أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما وان كانت في غير محلها ولم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني وهل يملك قطع الاصابع؟ ينظر فان كانت الزائدة ملصقة باحدى الاصابع فليس له قطع تلك الاصبع لان في قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الاصابع الأربع؟ على وجهين وان لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس؟ على وجهين، وان كانت الزائدة نابتة في أصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها وان كانت نابتة في السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الانامل في أحد الوجهين ويأخذ ارش الانملة التي تعذر قطعها في احد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق . وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لانه المباشر والسبب غير ملجيء فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل . وقد ذكرنا مايقتضي التفريق والله أعلم

﴿مسألة﴾ قال (واذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلاقود)

لانعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أورجل أولسان صحيح بأشل الا ماحكي عن داود أنه أوجب ذلك لان كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالاذنين

ولنا أن الشلاء لانفع فيها سوى الجمال فلايؤخذ بها مافيه نفع كالصحيحة لاتؤخذ بالقائمة وماذكره قياس وهو لايقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى (العين بالعين) لاجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لايجب ذلك فيما لانص فيه أولى

(فصل) وان قطع إذنا شلاء أو انفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان (احدهما) لايؤخذ به كسائر الاعضاء (والثاني) يؤخذ به لان نفعه لايذهب بشلله فان نفع الاذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع ونفع الانف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح في الجمال والنفع فوجب اخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعي قولان كالوجهين:

(فصل) وان قطع ذو يد لها اظفار يد من لا اظفار له لم يجز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة وان كانت المقطوعة ذات اظفار الا أنها خضراء أومستحشفة أخذت بها السليمة لان ذلك علة ومرض والمرض لايمنع القصاص بدليل انا نأخذ الصحيح بالسقيم

﴿مسألة﴾ (ولا تؤخذ عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس ولا ذكر صحيح بأشل) لانها ليست مماثلة لها ولانه يأخذ أكثر من حقه فاشبهت اليد الصحيحة بالشلاء لا تؤخذ بها

﴿مسئلة﴾ (ولا يؤخذ ذكر فحل بذكر خصي ولاعنين)

ذكره الشريف وهو قول مالك لانه لامنفعة فيهما فان ذكر العنين لايوجد منه وطء ولاانزال والخصي لايولد له ولا يكاد يقدر على الوطء ولا ينزل فهما كالأشل ، ولان كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة، ويحتمل أن يؤخذ بهما قال أبو الخطاب يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لانهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وانما عدم الانزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له اربع أوثلاث أو قطع من له اربع اصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لانها فوق حقه وهل له ان يقطع من اصابع الجاني بعدد اصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها اصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز اخذ الصحيحة بها لانه اخذ كامل بناقص وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان فان قلنا له ان يقتص فله الحكومة في الشلاء وارش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الاصابع الصحاح في قصاصها اوتجب فيه حكومة؟ على وجهين

(فصل) وان قطع اليد الكاملة ذو يد فيها اصبع زائدة وجب القصاص فيها ذكره ابو عبد الله ابن حامد لان الزائدة عيب ونقص في المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج واختار القاضي أنها لاتقطع بها وهومذهب الشافعي لانها زيادة، فعلى هذا إن كان للمجني عليه أيضا أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجبا قصاص لاستوائهما وان كانت في غير محلها أو لم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني ، وهل يملك قطع الاصابع ؟ ننظر فان كانت الزائدة ملصقة بأحد الاصابع فليس له قطع تلك الاصبع لان في قطعها اضرارا بالزائدة وهل له قطع الاصابع الاربع ؟ على وجهين، وان لم تكن ملصقة بواحدة منهن فها . له قطع الخمس؟على وجهين وان كانت الزائدة نابتة في أصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة في السفلى أو

من القصاص بهما كأذن الاصم وانف الاخشم ، وقال القاضي لايؤخذ ذكر الفحل بالخصي لتحقق نقصه والاياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان (أحدهما) يؤخذ به الصحيح لانه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخطأ ، والصحيح الاول لانه إذا ترددت الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص لان الاصل عدمه فلايجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عنته، ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

﴿مسئلة﴾ (الامارن الاشم الصحيح فانه يؤخذ بانف الاخشم الذي لا يشم)

لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح كما تؤخذ اذن السميع باذن الاصم لكون ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص في الاذن، ويؤخذ الصحيح بالمخروم والمستحشف لان كونه مستحشفا مرض فلا يمنع من أخذه به لانه يقوم مقام الصحيح

﴿مسئلة﴾ (وتؤخذ أذن السميع باذن الاصم لما ذكرنا)

وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ بها الصحيحة ؟ كاليد الشلاء وسائر الاعضاء والثاني تؤخذ بها لان المقصود جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

الوسطى فله قطع ما فوقها من الا نامل في أحد الوجهين ويأخذ أرش الانملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

(فصل) وإن قطع ذو يد لها اظفار يد من لا اظفار له لم يجز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة، وان كانت المقطوعة ذات أظفار إلا انها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة لان ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم

(مسئلة) قال (وان كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها ، وان شاء عفا وأخذ دية يده)

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. وان اختار القصاص سئل أهل الخبرة فان قالوا انه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لانه لا يجوز أخذ نفس بطرف وان أمن هذا فله القصاص لانه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص ارش لان الشلاء كالصحيحة في الخلقة وانما نقصت في الصفة فلم يكن له ارش كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب عندي له ارش مع القصاص على قياس قوله

(مسئلة) (ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله إذا أمن من قطع الشلاء التلف)

إذا كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فان شاء المجني عليه أخذ الدية فله أخذ دية لانعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي، وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فان قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ، ويدخل الهواء الى البدن فيفسده سقط القصاص لانه لا يجوز أخذ نفس بطرف، وان أمن هذا فله القصاص لانه رضي بدون حقه فكان له ذلك كالو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والحر من العبد ولا يجب له مع القصاص ارش لان الشلاء كالصحيحة في الخلقة وانما نقصت في الصفة فلم يكن له ارش كالصورتين المذكورتين. واختار أبو الخطاب أن له الارش مع القصاص على قياس قوله في عين الاعور إذا قلعت لانه أخذ الناقص بالزائد والاول أصح ، وهو اختيار الخرقي فان إلحاق هذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس

(فصل) وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لان الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالاخرى كالصحيحة بالصحيحة

في عين الاعور والاول أصح فان الحاق هذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من الحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس

(فصل) وتؤخذ الشلاء بالشلاء اذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لان الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالاخرى كالصحيحة بالصحيحة

(فصل) وتؤخذ الناقصة بالناقصة اذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجنى عليه لانهما تساوتا في الذات والصفة، فاما ان اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الابهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت يد أحدهما ناقصة أصبعا والاخرى ناقصة تلك الاصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعا وهل له أرش أصبعه الزائدة؟ فيه وجهان ولا يجوز أخذ الاخرى بها لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

(فصل) ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة لانها دون حقه وهل له أخذ دية الاصابع الناقصة ؟ على وجهين (أحدهما) له ذلك وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد

(والثاني) ليس له مع القصاص ارش . وهو مذهب ابي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد ، وقال القاضي قياس قوله سقوط القصاص كقوله فيمن

﴿مسئلة﴾ وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه)

لانهما تساوتا في الذات والصفة ، فان اختلفا فكان المقطوع من يد احدهما الابهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجب القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت إحداهما ناقصة أصبعاً والاخرى ناقصة تلك الاصبع وغيرها جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً وهل له أخذ أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان . ولا يجوز أخذ الاخرى بها لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

﴿مسئلة﴾ (وتؤخذ الناقصة بالكاملة لانها دون حقه وهل له أخذ دية الاصابع الناقصة؟ على وجهين).

(احدهما) له ذلك وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد (والثاني) ليس له مع القصاص ارش . وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد

وقال القاضي قياس قوله سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس هذا كذلك لانه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة او كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ، ويفارق القاطع من نصف الذراع لانه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

قطعت يده من نصف الذراع وليس كذلك لانه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو اخذ الشلاء بالصحيحة، ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه اقتصاص من موضع الجناية. هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

(فصل) وإن كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين . في يد المجنى عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة لانها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين ، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص في الصورة الاولى لان الاصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لان الزائدة لا عبرة بها ، وقال غيره ان لم تكن الزائدة في محل الاصلية فلا قصاص أيضاً لان الاصبعين مختلفتان، وإن كانت في محل الاصلية فقال القاضي يجري القصاص وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة، وهذا فيه نظر فانها متى كانت في محل الاصلية كانت أصلية لان الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل الاصابع ، وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية، فان قالوا معنى كونها زائدة انها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع ، قلنا ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين، وأما ميلها عن

(فصل) وان كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين وفي يد المجني عليه اصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لاعبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين، وان قطع من له خمس اصابع اصلية كف من له اربع اصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس اصابع اصلية فلا قصاص في الصورة الاولى لان الاصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لان الزائدة لا عبرة بها ، وقال غيره ان لم تكن الزائدة فى محل الاصلية فلا قصاص أيضا لان الاصبعين مختلفان ، وان كانت في محل الاصلية فقال القاضي يجري القصاص وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة،
قال شيخنا وهذا فيه نظر لأنها متى كانت في محل الاصلية كانت أصلية لان الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل الاصابع وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية ، فان قالوا معنى كونها زائدة انها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع، قلنا ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين وأما ميلها عن سمت الاصابع فانها ان لم تكن نابتة من محل الاصبع المعدومة فسد قولهم انها في محلها وان كانت نابتة في موضعها وانما مال رأسها أو اعوجت فهو مرض لا يخرجها عن كونها اصلية

(فصل) اذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص على ما نذكره في سراية الجناية وان بادر صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسري الى سائر جسده ثم اندمل

الاصابع فانها ان لم تكن نابتة في محل الاصبع المعدومة فسد قولهم انها في محلها وإن كانت نابتة في موضعها وانما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لايخرجها عن كونها أصلية

(فصل) واذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص وإن بادرها صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسري إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص في الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه فيما قطعه المجنى عليه لانه تلف بفعله ، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لايجب بحال لان فعل المجنى انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ويكون عليه نصف الدية ، وإن قطع المجنى عليه موضع الاكلة نظرت فان قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لانه سراية جرحه خاصة ، وإن كان في لحم حي فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفا من سرايتها

(فصل) واذا قطع أنملة لها طرفان احداهما زائدة والأخرى أصلية فان كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها ، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها في قول ابن حامد وعلى قول غيره لاقصاص فيها وله دية أنملة ، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء ، وان قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لان القصاص حقه. فلا يجبر على تعجيل استيفائه

جرحه، فعلى الجاني القصاص في الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه في قطعه المجني عليه لانه تلف بفعله ، وان لم تندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل ان لايجب بحال لان فعل المجنى عليه انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وان قطع المجني عليه موضع الاكلة نظرت فان قطع لحما ميتا ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لانه سراية جرحه خاصة وان كان في لحم حي فمات فهو كما لو قطعها خوفا من سرايتها وقد ذكرناه

(فصل) اذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائده والاخرى أصلية فان كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضا اخذت بها وان لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة وان كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين اخذت بها في قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لاقصاص فيها وله دية أنملة وان ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء وان قال انا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لانه القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في شلل العضو وصحته فالقول قول المجنى عليه في أحد الوجهين)

لان الظاهر من الناس سلامة الاعضاء، وخلق الله تعالى لهم صفة الكمال، والثاني القول قول الجاني لأن الاصل براءة ذمته من دية عضو سالم ولانه لو كان سالما لم يخف لانه يظهر فيراه الناس

(فصل) ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللاول القصاص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاقصاص الا في العليا لانه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده

ولنا أن تعذر القصاص لايصال محله بغيره لايمنعه اذا زال الاتصال كما لوجنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ لانه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطالب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه لان في استيفائه اتلاف أنملة لايستحقها وقيل لهما إما أن تصبرا حتى تعلما مايكون من الاول فان اقتص فلكما القصاص وان عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فاذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الاول ، وان عفا فلهما العقل فان قالا نحن نصبر وننظر بالقصاص ان تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم يمنعا من ذلك ، وان قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع الى صاحب العليا وان قطع الاصبع كلها فعليه القصاص في الانملة الثالثة وعليه ارش العليا للأول وارش السفلى على الجاني لصاحبها وان عفا الجاني عن قصاصها وجب ارشها يدفعه اليه ليدفعه إلى المجنى عليه

(فصل) قال رحمه الله وان قطع بعض لسانه أو مارنه او شفته أو حشفته او أذنه اخذ مثله يقدر بالاجزاء كالنصف والثلث والربع لقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقال أبو الخطاب لا يؤخذ بعض اللسان بالبعض ذكره صاحب المحرر

ولنا انه يؤخذ جميعه بجميعه فأخذ بعضه ببعضه كالانف ولا يؤخذ بالمساحة لانه يفضي الى أخذ لسان الجاني جميعه ببعض لسان المجني عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر بعض سنه برد من سن الجاني مثله اذا أمن قلعها)

يجري القصاص في بعض السن لحديث الربيع حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص ويقدر ذلك بالاجزاء النصف بالنصف وكل جزء بمثله ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجني عليه ويكون القصاص بالمبرد لتؤمن الزيادة فاما لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن ينصدع أو ينقلع أو ينكسر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة انه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لان توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل فان قيل فقد أجزتم القصاص في الاطراف مع توهم سرايتها الى النفس فلم منعتم منها لتوهم السراية منه الى بعض العضو قلنا وهم السراية الى النفس لاسبيل الى التحرز منه فلو اعتبرناه في المنع أفضى الى

(فصل) وان قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الاصبع فللأول قطع العليا لان حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ ارش العليا منه فان بادر الثاني فقطع الانملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الارش على الجاني ، وان كان قطع الانملتين أولا قدمنا صاحبهما في القصاص للاول وله الارش على الجاني ، وان بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الارش للعليا ، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فان عفا الى الدية تقاصا وتساقطا لان ديتهما واحدة . وان اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع ارش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لان ديتها واحدة واسم الانملة يشملها فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الاخرى

(مسألة) قال (واذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل)

وجملته أن ورثة القتيل اذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود الا باذن الباقين فان كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب احمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ

سقوط القصاص في الاطراف بالكلية فسقط اعتباره اما السراية الى بعض العضو فتارة نقول انما يمنع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي من بعض الذراع فانه يحتمل أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سنا ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه وصدعها أو قطعها أو كسر أكثر مما كسر من سنه فقد زاد على المثل والقصاص يعتمد المماثلة وتارة نقول ان السراية في بعض العضو انما تمنع اذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة او مسمومة وفي وقت افراط الحر والبرد تحرزا من السراية

(فصل) وان قلع سنا زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الاسنان خارجة عنها الى داخل الفم أو الى الشفة وكانت للجاني مثلها في موضعها فللمجني عليه القصاص أو حكومة في سنه وان لم يكن له مثلها في محلها فليس له الا الحكومة وان كانت احدى الزائدتين أكبر من الاخرى ففيه وجهان (احدهما) لا تؤخذ بها لان الحكومة فيها أكثر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها (والثاني) تؤخذ بها لانهما سنان متساويتان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالاخرى كالاصليتين ولان الله تعالى قال (والسن بالسن) وهو عام فيدخل فيه محل النزاع وان قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبد وبين الذكر والانثى في النفس والاطراف على ان كبر السن لا يوجب كبر قيمتها فان السن الزائدة نقص

الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف واسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله . وعن احمد رواية أخرى: للكبار العقلاء استيفاؤه ، وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وابو حنيفة لان الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك ، ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية

ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية ، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور (أحدها) أنه لو كان منفرداً لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح (والثاني) أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً بعده كالرقيق اذا عتق بعد موت أبيه (والثالث) أنه لو صار الامر الى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالاجنبي (الرابع) أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه فأما ابن ملجم فقد قيل انه قتله بكفره لانه قتل عليا مستحلا لدمه معتقداً كفره متقربا بذلك إلى الله تعالى ، وقيل قتله لسعيه في الارض بالفساد واظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتل وقتله متحتم وهو إلى الامام والحسن هو الامام ولذلك لم ينتظر

وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لافي القيمة ولان كبر السن الاصلية لايزيد في قيمتها فالزائدة كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقتص من السن حتى ييأس من عودها وهي سن من قد أثغر اي سقطت رواضعه ثم نبتت فان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال لانها تعود بحكم العادة فلم يجب ضمانها كالشعر

﴿ مسئلة ﴾ (فان عاد بدل السن على صفتها في موضعها فلاشيء على الجاني وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل اهل الخبرة فان قالوا قد يئس من عودها خير المجني عليه بين القصاص وبين دية السن

(مسئلة) (وان مات المجني عليه قبل الاياس من عودها فلاقصاص)

لان الاستحقاق غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درء القصاص وتجب الدية لان القطع موجود والعود مشكوك فيه

(مسئلة) (فان قطع سن كبير فقال القاضي يسأل اهل الخبرة) فان قالوا لا تعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت معلوم لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت فان لم تعد وجب القصاص

(مسئلة) (وان اقتص من سن فعادت غرم سن الجاني لانه قد تبين ان القصاص لم يكن يجب ويضمنها بالدية دون القصاص لانه لم يقصد التعدي وان عادت سن الجاني رد ما أخذ اذا لم تعد سن المجنى عليه

(مسئلة) (وان عادت سن المجني عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجاني أرش نقصها بالحساب)

الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وان قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض

(فصل) وان كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتلت أمه وليست زوجة لابيه فالقصاص له وليس لابيه ولا غيره شفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس وذكر أبو الخطاب في موضع في الاب روايتين وفي موضع وجهين (أحدهما) كقولنا لان القصاص أحد بدلي النفس فكان للاب استيفاؤه كالدية

ولنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولان القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب له فافترقا ولان الدية انما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فانه يجوز العفو إلى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل، والديه بخلاف ذلك

(فصل) وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها . فان قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين ؟ قلنا لان في تخليته تضييعاً للحق فانه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين

في نصفها نصف ديتها ونحو ذلك وان عادت والدم يسيل منها أو مائلة عن محلها ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله، وقد ذكرنا هذه المسائل في مسئلة ويؤخذ السن بالسن

(فصل) قال رحمه الله النوع الثاني الجراح فيجب القصاص في كل جرح ينتهي الى عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم لقول الله تعالى (والجروح قصاص) فيجب في كل جرح ينتهي إلى عظم يمكن استيفاؤه من غير زيادة كالموضحة في الرأس والوجه وذلك لان الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والفخذ والساق يجب فيها القصاص في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه لا قصاص فيها لانه لا مقدر فيها وهو غير صحيح لمخالفته قوله تعالى (والجروح قصاص) ولانه أمكن استيفاؤه بغير حيف ولا زيادة لكونه ينتهي إلى عظم فأشبه الموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعا وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه .

(فصل) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها، لان القتل إنما استوفي بالسيف لانه آلته وليس ثم شيء يخشى التعدي اليه

المعسر من وجوه أحدها أن قضاء الدين لايجب مع الاعسار فلا يحبس بما لايجب والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى (الثاني) أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس (الثالث) أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه فاذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفا رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا لان في القصاص حقاً للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد انسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه ولو كان القصاص في لحي طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لان الكفالة لاتصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر احضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولان فيه تغريراً بحق المولى عليه فانه ربما خلي سبيله فهرب فضاع الحق

(فصل) فان قتله بعض الاولياء بغير اذن الباقين لم يجب عليه قصاص وبهذا قال ابو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي والقول الاخير عليه القصاص لانه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص باتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد

ولنا انه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولانه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالاصل ويفارق إذا قتل الجماعة واحداً فانا

فيجب أن يستوفى فيما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لايجوز استيفاؤه ولانا منعنا القصاص بالكاية فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فان كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه، فان لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة ، وان كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لايمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الامام أو من يستنيبه ولي الجناية وهو مذهب الشافعي لانه لايؤمن مع العداوة وقصد التشفي أن يحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب القصاص فيما سوى ذلك من الشجاج والجروح كما دون الموضحة أو أعظم منها وممن روي عنه منع القصاص فيا دون الموضحة الحسن وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه فيما فوقها عمر بن عبدالعزيز وعطاء والنخعي والزهري والحكم وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً أوجب القصاص فيما فوق الموضحة إلا ما روي عن ابن

لانوجب القصاص بقتل بعض النفس وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجيعها وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ههنا

إذا ثبت هذا فإن للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالومات القاتل أو عفا بعض الاولياء ،وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أوفي تركة الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان (أحدهما) يرجع على قاتل الجاني لانه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثاني) يرجع في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص ، وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبياً ويفارق الوديعة فإنها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجني عليه وإنما له عليه حق فأشبه مالو قتل غريمه ، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بديةمورثهم إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان فقتلها أحدهما بغير اذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل

وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لان أخاه الذي قتلها أتلف جميع الحق . وهذا يدل على ضعف هذا الوجه . ومن فوائده أيضاً صحة ابراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته

الزبير أنه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه ،قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً خالف ذلك ولانها جراحات لاتؤمن الزيادة فيها فأشبه الجائفة وأما مادون الموضحة فقد روي عن مالك أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق وروي نحوه عن أصحاب الرأي

ولنا أنها جراحة لاتنتهي إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالجائفة ولانه لايؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام وبيان ذلك أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى الى أن يأخذ أكثر من حقه وان اعتبر مقدار العمق أفضى الى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا لانه قد يكون لحم المشجوج كثيراً بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ولاننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها

(فصل) ولا قصاص في المأمومة من شجاج الرأس ولا في الجائفة، والمأمومة هي التي تصل الى جلدة الدماغ والجائفة هي التي تصل الى الجوف وليس فيهما قصاص عند احد من أهل العلم نعلمه الا ماروي عن ابن الزبير أنه أقص من المأمومة فانكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً أقص منها قبل ابن الزبير ، وروي عن علي رضي الله عنه لاقصاص في المأمومة وهو قول مكحول والزهري والشعبي وقال عطاء والنخعي لاقصاص في الجائفة ، وروى ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبد المطلب

فان قلنا يرجع على ورثة الجاني صح ابراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافي وان قلنا يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الأخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً أو معسراً

« مسئلة » قال (ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن الى القصاص سبيل وان كان العافي زوجا أو زوجة)

أجمع أهل العلم على اجازة العفو عن القصاص وانه أفضل والاصل فيه الكتاب والسنة : أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله (كتب عليكم القصاص في القتلى : فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - الى قوله - والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له) قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني يعفو صاحب الحق عنه . وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته . وأما السنة فان أنس بن مالك قال مارأيت رسول الله ﷺ رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو . رواه أبوداود . وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص فعفا القوم

عن النبي ﷺ أنه قال «لاقود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة» ولانها جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام »

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن تكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص موضحة بغير خلاف بين أصحابنا) .

وهو مذهب الشافعي لانه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فانه إنما وضع السكين في موضع وضعها الجاني ، لان سكين الجاني وصلت إلي العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فانه لم يضع سكينه في الكوع .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا شيء له مع القصاص على قول أبي بكر)

لانه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة وكما في الانفس إذا قتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر ، وقال ابن حامد له مابين دية موضحة ودية تلك الشجة ، وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل كما لو قطع أصبعيه فلم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة وفارق الشلاء بالصحيحة فان الزيادة ثم من حيث المعنى وليست مميزة بخلاف مسئلتنا فيأخذ في الهاشمة خمساً من الابل وفي المنقلة عشرا

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر قدر الجرح بالمساحة فلو أوضح إنساناً في بعض رأسه مقدار ذلك البعض جميع رأس الشاج وزيادة كان له أن يوضحه في جميع رأسه وفي الأرش الزائد وجهان)

إذا ثبت هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والاسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد اليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي ، وروي معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي . وقال الحسن وقتادة والزهري وابن شبرمة والليث والاوزاعي: ليس للنساء عفو ، والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح . ولهم وجه ثالث انه لذوي الانساب دون الزوجين لقول النبي ﷺ « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » وأهله ذوو رحمة

وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لان حق غير العافي لا يرضى باسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا عموم قوله عليه السلام « فأهله بين خيرتين » وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي ﷺ « من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في أهلي وما علمت على أهلي الا خيراً ، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه الا خيراً وما كان يدخل على أهلي الا معي » يريد عائشة . وقال له أسامة يارسول الله أهلك ولا نعلم الا خيراً . وروى زيد بن وهب أن عمر أتي برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي ، فقال عمر الله أكبر

وجملة ذلك انه إذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر أزاله ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها إلى آخرها فيأخذ مثل الشجة طولا وعرضاً ولا يراعي العمق لان حده العظم ولو روعي لتعذر الاستيفاء ، لان الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى الطرف بمثله وان اختلفا في الصغر والكبر والرقة والغلظة فان كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة وان كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت وان استوعبت رأس الشاج كله لانه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني لان الجميع رأس وان كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فانه يستوفي الشجة في جميع رأس الشاج ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته لانه يقتص في عضو آخر غير العضو المجني عليه ولا ينزل الى قفاه لما ذكرنا ولا يستوفي بقية الشجة في موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفياً موضحتين واضعاً للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فماذا يصنع؟ فذكر القاضي ان ظاهر كلام أبي بكر أنه لا أرش له فيما بقي كيلا يجمع بين قصاص ودية في جرح واحد ، وهذ مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفا في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة ، وقال ابن حامد وبعض أصحابنا

عتق القتيل رواه ابو داود ، وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية

وروى قتادة أن عمر رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ماتقول ؟ قال انه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً . والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ماذكرناه في مسئلة القصاص بين الصغير والكبير، ولان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فاذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة، ومتى ثبت انه حق مشترك بين جميعهم سقط باسقاط من كان من أهل الاسقاط منهم لان حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فاذا سقط سقط جميعه لأنه مما لايتبعض كالطلاق والعتاق ، ولان القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض مبناه على الدرء والاسقاط فاذا أسقط بعضهم سرى الى الباقي كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط باسقاطها كالرجل ، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقاً أو الى الدية وبهذا قال ابوحنيفة والشافعي ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص وذلك لان حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات وما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه

(فصل) فان قتله الشريك الذي لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص

له أرش مابقي وهو مذهب الشافعي ، لان القصاص تعذر فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع ، فعلى هذا تقدر شجة الجاني من الشجة في رأس المجني عليه ويستوفى أرش الباقي فان كانت بقدر ثلثيها فله أرش ثلث موضحة وان زادت على هذا أو نقصت فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضي إلى ايجاب القصاص ودية موضحة وان أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحة من أي الطرفين شاء لانه جنى عليه في ذلك الموضع كله وان استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر، فاذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص في موضع الاندمال لانه موضع الجناية ، وان ادعى الخطأ فالقول قوله لانه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة ، فان قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة قلنا لان المستوفى لم يكن جناية انما الجناية الزائد، والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ماليس بجناية بخلاف ما اذا كانت كلها عدواناً فان الجميع جناية واحدة

(فصل) إذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأراد أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره منع من ذلك لانه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة ، ويحتمل

سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وبهذا قل ابو حنيفة وابو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لايجب القصاص لان له فيه شبهة لوقوع الخلاف

ولنا انه قتل معصوما مكافئاً له عمداً يعلم انه لاحق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم والاختلاف لايسقط القصاص فانه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله ، وأما ان قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال ابوحنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه عليه القصاص لانه قتل عمد عدوان لمن لاحق له في قتله

ولنا انه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه مع أن الاصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل اذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو او لم يحكم به لان الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده ، وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص فانه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصاً ويجب عليه الباقي فان كان الولي عفا الى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليهم ، وان كان عفا الى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية ، وقيل فيه ان حق العافي من الدية على القاتل لايصح لان الحق لم يبق متعلقاً بعينه وانما الدية واجبة في ذمته فلم تنتقل الى القاتل كما لو قتل غريمه

الجواز لانه لايجاوز موضع الجناية ولا قدرها ، فان قال أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أوشين لم يجز ولأصحاب الشافعي كهذين القولين، فان كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهاً واحداً لانه ترك الاستيفاء مع امكانه ، وان عفا الى الارش فله أرش موضحتين ، وان شاء اقتص من إحداهما وأخذ أرش الاخرى

(فصل) فان كانت الجناية في غير الرأس والوجه وكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد إلى العضد وان كانت في الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لانه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس الى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس

(فصل) اذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضا شجة لايتسع لها مثل موضعها من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الاذنين لكونه يتسع لمثل تلك الشجة ففيه وجهان (أحدهما) لايجوز لانه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل الشجة ، واحتمل الجواز لان الرأس عضو واحد فاذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته

(فصل) فان كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو إلى مال وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر . وروي عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل. وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه إلى السلطان

ولنا قوله تعالى (فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في تفسيرها أي بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبدالله قال قال رسول الله ﷺ «لا أعفي من قتل بعد أخذه الدية » ولانه قتل معصوما مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل

(فصل) وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم تلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور . وقال مالك والليث والاوزاعي يضرب ويحبس سنة

ولنا انه انما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ

(فصل) وإذا وكل من يستوفي القصاص صح توكيله نص عليه أحمد رحمه الله ، فان وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فان كان عفوه بعد القتل لم يصح لان حقه قد استوفي وان كان قتله وقد علم الوكيل به فتعمد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء .وان قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لاضمان على الوكيل لانه لاتفريط منه فان العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه . وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان (أحدهما) لاضمان عليه لان عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل

جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز إتمام استيفائها من مؤخر رأس الجاني ، وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد ، وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً

(فصل) قال (وإذا اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح موجب للقصاص وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديدة على يده ويتحاملوا عليها جميعاً حتى تبين فعلى جميعهم القصاص في أشهر الروايتين وهي التي ذكرها الخرقي)

وبذلك قال مالك وأبو ثور وقال الحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر لا يقطع يدان بيد واحدة وهي الرواية الاخرى لانه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الاطراف لا تؤخذ بطرف واحد لان الاطراف يعتبر التساوي فيها بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يميناً بيسار ولا يساراً بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فانا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها ولانه يعتبر في القصاص في الاطراف التساوي في نفس

مستحقاً له فلم يلزمه ضمان ولأن العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان (والثاني) عليه الضمان لان قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الاعجمي بقتل معصوم

وقال غير أبي بكر في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل هل ينعزل بعزل الموكل أو لا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين ، فان قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لانه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه . وان قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لان الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربياً ، وتجب الدية على الوكيل لانه لو علم لوجب عليه القصاص فاذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه باسلامه ويرجع بها على الموكل لانه غره بتسليطه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة او تزوج معيبة. ويحتمل ان لا يرجع عليه لان العفو احسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل وهذا اختيار أبي الخطاب لان هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً

وقال القاضي هو في مال الوكيل لانه عن عمد محض وهذا لا يصح لانه لو كان عمداً محضا لأوجب القصاص ، ولانه يشترط في العمد المحض ان يكون عالماً بحال المحل وكونه معصوما ولم يوجد هذا ، وان قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقي ودل عليه خبر المرأة التي قتلت جاريتها وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالدية على عاقلتها ، واختلف أصحاب الشافعي على هذين

القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب الآخر لم يجب القصاص بخلاف النفس ولان الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كي لا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا في غاية الندرة فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولان ايجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد وايجابه على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك الا عن صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف فايجاب القصاص الزجر عنها يكون منعاً لشيء لا يكاد يقع لصعوبته واطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس ، يحققه أن وجوب القصاص في الطرف والنفس على الجماعة بواحد على خلاف الاصل لكونه أخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه ، وإنما خولف هذا الاصل زجراً عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالبا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولان النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك

ولنا ما روي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا بآخر فقالا

الوجهين فعلى قول القاضي ان كان الموكل عفا الى الدية فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، فان قيل فقد قلتم فيما اذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به في وجه، قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا، وان قلنا ان الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفا لكل واحد منهم بغير فائدة، ويحتمل أن يجب ذلك لان الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه وانما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه، ولانه قد تكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل الى الوكيل قدر ما غرمه، وان أحال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بدية وليهم صح، فان كان الجاني أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها احالة الموكل بديتها لانه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعا ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه، وان كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني احالة الموكل بدية المرأة لان الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل

(فصل) وإذا جني على الانسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكي عن مالك أن القصاص واجب لان الجناية صارت نفسا ولم يعف عنها

هو السارق وأخطأنا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية يد الاول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة، ولانه أحد نوعي القصاص فيؤخذ فيه الجماعة بالواحد كالأنفس، وأما اعتبار التساوي فانه في الانفس فانا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلماً بكافر ولا حراً بعبد، وأما أخذ صحيح الاطراف بمقطوعها فلان الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وانما يؤخذ تبعا ولذلك كانت ديتها واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فان ديتهما مختلفة، وأما اعتبار التساوي في الفعل فانما اعتبر في اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع فاذا قطع كل واحد منهما من جانب فان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل الآخر فلا يجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وانما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه اليها فيزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لا يستوفي من الطرف الا في المفصل الذي قطع الجاني منه ولا يجوز مجاوزته في النفس لو قتله بجرح في جنبه أو بطنه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه . إذا

ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الاولياء ، ولان الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها فنظرنا فان كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الذي عفا عنه وبهذا قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لان الجناية صارت نفساً وحقه في النفس لا فيما عفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وإن قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لان الجناية لا تختص بالقطع ، وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وبه قال أبو يوسف ومحمد لانه قطع غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونه كما لو لم يعف وانما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه نصف الدية لان الجناية أوجبت نصف الدية فاذا عفا سقط ما وجب دون ما لم يجب فاذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ولم يسقط أرش الجرح فيما اذا لم يعف وانما تكملت الدية بالسراية

(فصل) فان كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى الى النفس فلوليه القصاص لان القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية ، وان عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس الا أرش الجرح ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يداً فندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو الا

ثبت هذا فان الجناية إنما تجب على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم من فعل الآخر اما بان شهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعوا عن الشهادة أو يكرهوا انسانا على قطع طرف فيجب قطع المكرهين والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين ونحو ذلك

﴿مسألة﴾ (وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل واحد من جانب فلا قصاص عليهم رواية واحدة)

لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ (وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية)

سراية الجناية مضمونة بغير خلاف لانها أثر جناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم ان سرت إلى النفس أو ما لا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن هشمه في رأسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس، وفي ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى ، وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن قطع أصبعاً فتآكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص أيضا في قول امامنا

على نصف الدية ، وان قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبي بكر لايسقط القصاص في النفس لان القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص في النفس كما لو كان القطع من الكوع ، وقال المزني لايصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها لان القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح لان دية الجرح انما وجبت بالجناية اذ هي السبب ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لالمشتريه وتأخير المطالبة به لايلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لاتملك المطالبة به ويصح العفو عنه كذا ههنا

(فصل) إن قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لاقصاص لان العفو حصل عن بعضه فلا يقتل به كما لو سرى القطع إلى نفسه

ولنا أن القتل انفرد عن القطع فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وان اختار الدية فقال القاضي ان كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية وهو ظاهر مذهب الشافعي لان القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ولو صار الأمر الى الدية لم يجب إلا دية واحدة ، وقال أبو الخطاب له العفو إلى دية كاملة وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لان القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر كما لو اندمل، ولان القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو ، وفارق السراية فانها لم توجب قتلا ، ولان السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن، وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما إلى شخص فمرق منه إلى آخر

ولنا أن ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس ولانه أحد نوعي القصاص فأشبه ماذكرنا، وفارق ماذكروه فان ذلك فعل وليس بسراية ولانه لوقصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع ابهامه فقطع سبابته وجب القصاص، ولو ضرب ابهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيها فافترقا، ولان الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى احداهما فمرق الى الاخرى

﴿مسئلة﴾ (وان شل ففيه ديته)

وبهذا قال مالك والشافعي قالوا يجب الارش في الثانية التي شلت والقصاص في الاولى ، وقال

(فصل) وان قطع أصبعاً فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الجناية إلى الكف ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس ، ولان القصاص سقط في الاصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ثم ان كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجني عليه ثم سرى إلى نفسه ، فعلى هذا تجب ههنا دية الكف لا دية الأصبع ، ذكره ابو الخطاب وهو مذهب الشافعي ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شيء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها ، وقد قال القاضي ان القياس فيما إذا قطع اليد ثم سرى الى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

(فصل) فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية ، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والاوزاعي ، وقال أصحاب الشافعي اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان (أحدهما) أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل وفيها قولان (أحدهما) لا يصح فتجب دية النفس الا دية الجرح (والثاني) يصح فان خرجت من الثلث سقط والا سقط منها ماخرج من الثلث ووجب الباقي (والقول الثاني) ليس بوصية لانه اسقاط في الحياة فلا يصح وتلزمه دية النفس الا دية الجرح .

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع . اذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يخرج من الثلث أو لم يخرج لان ما جب العمد القود في احدى الروايتين أو أحد شيئين في الرواية الاخرى فما تعينت الدية ولا تعلقت الوصية بمال ولذلك صح العفو من المفلس الى

أبو حنيفة لا يجب القصاص فيها ويجب ارشهما جميعاً لان حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت الى النفس فاذا لم يجب القصاص في احداها لم يجب في الاخرى . ولنا أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته اذا سرت كالتي تسري الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره ، وفارق الاصل لان السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمها وههنا بخلافه ولان ماذكره غير صحيح فان القطع إذا سرى الى النفس وجب القصاص في النفس وسقط في القطع فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله. إذا ثبت ذلك فان الارش يجب في ماله فلا تحمله العاقلة لانه جناية عمد وانما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع فاذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وان اقتص من الاصبع فله في الاصابع الباقية أربعون من الابل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل ارشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان (أحدهما) يتبعها في الارش. فلا شيء له فيه (والثاني)

غير مال وأما جناية الخطأ فاذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الابراء أو غيرها فان خرجت من الثلث صح عفوه في الجميع وان لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث، وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبدالعزيز والاوزاعي واسحاق لان الوصية ههنا بمال

(فصل) فان اختلف الجاني والولي أو المجني عليه فقال الجاني عفوت مطلقا وقال المجني عليه بل عفوت الى مال أو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها قال بل عفوت عنها دون ما يحدث منها فالقول قول المجني عليه أو وليه ان كان الخلاف معه، لان الاصل عدم العفو عن الجميع وقد ثبت العفو عن البعض باقراره فيكون القول في عدم سقوطه قوله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الاولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك وان أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك)

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى وأما ان أحبوا قتل البعض فلهم ذلك لان كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لانهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما باسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا، واما اذا اختاروا أخذ الدية من القاتل او من بعض القتلة فان لهم هذا من غير رضا الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعي وعطاء ومجاهد واسحاق وابو ثور وابن المنذر، وقال النخعي ومالك وابو حنيفة ليس للاولياء الا القتل الا أن يصطلحا على الدية برضا الجاني. وعن مالك رواية أخرى كقولنا واحتجوا بقوله تعالى (كتب عليكم القصاص) والمكتوب لا يتخير فيه ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر ابدال المتلفات ولنا قول الله تعالى (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) قال ابن

فيه الحكومة لان مايقابل الاربع يتبعها في الارش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الارش فلم يتبعها

﴿ مسئلة ﴾ (وسراية القود غير مضمونة فلو قطع اليد قصاصاً فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع)

وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة: عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله، وقال غيره هي على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه

عباس كان في بني اسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كتب عليكم القصاص في القتلى) الآية (فمن عفي له من أخيه شيء) فالعفو أن تقبل في العمد الدية (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي اليه المطلوب (باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من قبلكم) رواه البخاري

وروى ابو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ فقال «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد» متفق عليه

وروى أبو شريح أن النبي ﷺ قال «ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية» رواه ابو داود وغيره، ولان القتل المضمون اذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال كما لو عفا بعض الورثة ويخالف سائر المتلفات لان بدلها يجب من جنسها وهنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فاذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك لأنه أسقط بعض حقه، ولان القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ماذكروه بما اذا كان رأس الشاج أصغر او يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما

(فصل) واختلفت الرواية في موجب العمد فروي عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عيناً لقوله عليه السلام «من قتل عمداً فهو قود» ولما ذكروه في دليلهم، وروي أن موجبه أحد شيئين القصاص او الدية لما ذكرناه قبل هذا ولان الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلا عنها لاعن بدلها كالقصاص. وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ونحن نقول به ويخالف القتل سائر المتلفات لان بدلها لايختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا موجبه القصاص عيناً فله العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فاذا عفا مطلقاً لم يجب شيء وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم تجب

ولانها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الاول لانه في مقابلته

ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما قال من مات من حد أو قصاص لادية له الحق قتله رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فانه ليس مافعله مستحقاً: إذا ثبت هذا فلافرق بين سرايته الى النفس بان يموت منها أو الى مادونها مثل أن يقطع أصبعاً فتسري الى كفه

﴿مسئلة﴾ (ولا يقتص في الطرف إلا بعد برئه)

في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء والحسن قال ابن المنذر كل من أحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء وبناء على قولنا أنه إذا سرى إلى النفس يفعل به كما لو

الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه، وان عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء. فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه لانها لم تجب، وإن قلنا الواجب أحد شيئين لابعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو الى الدية وجبت الدية لان الواجب غير معين فاذا ترك أحدهما وجب الآخر وان اختار الدية سقط القصاص وان اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفو على الدية؟ قال القاضي له ذلك لان القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الادنى ويكون بدلا عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الاولى أن الواجب القصاص عيناً وله العفو الى الدية ويحتمل انه ليس له ذلك لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد اليها

(فصل) واذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بارش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لانهما انلم يعرفاقدر الارش فالثمن مجهول وان عرفا عدد الابل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع ولذلك لو باعه شيئاً بجمل جذع غير معروف الصفة لم يصح، وان قدر الارش بذهب او فضة وباعه به صح.

(فصل) اذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو الى غير مال لانه لايملك اسقاط حقه، وإن أحب العفو الى مال والصبي كفاية من غيره لم يجز لان فيه تفويت حقه من غير حاجة فان كان فقيراً محتاجا ففيه وجهان:

(أحدهما) له ذلك لحاجته الى المال لحفظه قال القاضي هذا أصح (والثاني) لا يجوز لانه لا يملك اسقاط قصاصه واما حاجته فان نفقته في بيت المال والصحيح الاول فان وجوب النفقة في بيت المال لايغنيه اذا لم يحصل فاما ان كان مستحق القصاص مجنونا فقيراً فلوليه العفو على المال لانه ليست حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله

(فصل) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لانه ليس بمال وان أراد المفلس

فعل وهذا قول الشافعي قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يارسول أقدني قال «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال له النبي ﷺ «ليس لك شيء انك عجلت» رواه سعيد مرسلا ولان القصاص في الطرف لايسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ

ولنا ماروى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجرح حتى يبرأ المجروح رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ ولان الجرح لا يدرى أقتل هو أو لا فينبغي ان ينتظر ليعلم ماحكمه فقد رواه وفي سياقه فقال يارسول الله عرجت فقال « قد نهيتك فعصيتني فابعدك الله وبطل عرجك » ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة

القصاص لم يكن لغرمائه اجباره على تركه وان أحب العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء وإن أراد العفو على مال انبنى على الروايتين ان قلنا الواجب القصاص فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء وإن قلنا الواجب أحد شيئين لم يملك لان المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال اسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس وان عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر ان أحمد نص على هذا وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى

(فصل) وإذا قتل من لا وارث له فالامر إلى السلطان فان أحب القصاص فله ذلك وان أحب العفو على مال فله ذلك وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا وهذا قول أصحاب الرأي الا أنهم لا يرون العفو على مال إلا برضا الجاني .

(فصل) وإذا اشترك الجماعة في القتل فعفي عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة والصحيح الاول لان الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته الفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فانه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده

عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفي نفس الحديث مايدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله «قد نهيتك فعصيتني» وماذكروه ممنوع وهو مبني الخلاف

﴿مسئلة﴾ (فان فعل ذلك سقط حقه من سرايته فلو سرى الى نفسه كان هدراً ولو سرى القصاص الى نفس الجاني كان هدراً أيضاوقال الشافعي هي مضمونة لانها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص)

ولنا الخبر المذكور ولانه استعجل مالم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه . وبهذا فارق من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعا فمات الجاني والمستوفي فهما هدر. وقال أبو حنيفة يجب ضمان كل واحد منهما لان سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان وقال الشافعي ان مات المجني عليه أولا ثم مات الجاني كان قصاصاً به لانه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني عليه وان مات الجاني فكذلك في احد الوجهين وفي الآخر يكون موت الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية فاما ان

«مسئلة» قال (وان قتل من للاولياء ان يقيدوا به فبذل القاتل اكثر من الدية على ان لا يقاد فللأولياء قبول ذلك)

وجملته أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافا لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة وماصولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروينا أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فابى ذلك وقتله ولانه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع ولانه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض

«مسئلة» قال (واذا امسك رجلا وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت)

يقال أمسك ومسك ومسك وقد جمع الخرقي بين اللغتين فقال إذا أمسك وحبس الماسك وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً ولاخلاف في أن القاتل يقتل لانه قتل من يكافئه عمداً بغير حق وأما الممسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلاشيء عليه لانه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وان أمسكه له ليقتله مثل ان ضبطه له حتى ذبحه له فاختلفت الرواية فيه عن احمد فروي عنه أنه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن علي وروي عن أحمد أنه يقتل أيضا، وهو قول مالك قال سليمان بن أبي موسى: الاجماع فينا أن يقتل لانه لو لم يمسكه ماقدر على قتله وبامساكه

سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه وعند ابي حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعي ان سرت الجناية فهي مضمونة وان سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبني ذلك على ما تقدم من الخلاف

(فصل) وان اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لانه اقتص بعد جواز القصاص فعلى هذا لوقطع يدي رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لانه مات من جنايته وقال ابن أبي موسى إذا جرحه فبرأ ثم انتقض فمات فلا قود فيه

ولنا أن الجناية لو سرت الى النفس قبل الاندمال وجب القصاص فكذلك بعده وان عفا الى الدية فلا شيء له لانه استوفى بالقطع ماقيمته دية وهو يداه وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضا شيء لان القصاص قدسقط بموته والدية لا يمكن ايجابها لما ذكرنا وان كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار

يمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبي ﷺ قال «ان اعتى الناس على الله من قتل غير قاتله والممسك غير قاتل» ولان الامساك سبب غير ملجئ فاذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو يعلم الممسك أنه يقتله

ولنا ماروى الدارقطني باسناده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك» ولانه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل به ذلك حتى يموت

(فصل) وان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله نظرت فان كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لانه حبسه على القتل وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم وفيه وجه آخر ليس عليه الا القطع بكل حال والأول أصح لانه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بامساكه فان قيل لم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لاتعتبرون ارادة القتل في الخارج قلنا اذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره فنعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الأثر وفي مسئلتنا انما كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له عليه فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه

(مسئلة) قال (ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجميا لايعلم أن القتل محرم قتل السيد وان كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد)

انما ذكر الخرقي كونه أعجمياً وهو الذي لايفصح ليتحقق منه الجهل وانما يكون الجهل في حق

بين القصاص في النفس وبين العفو الى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أوغيره وجب نصف الديه في تركة الجاني أوماله ان كان حيا

(فصل) ولوقطع كتابي يد مسلم فبرأ واقتص ثم انتقض جرح المسلم ومات فلوليه قتل الكتابي والعفو إلى ارش الجرح وفي قدره وجهان :

(أحدهما) نصف الدية لانه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلما

(والثاني) له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها وان كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه الى مال انبنى على الوجهين وان قلنا تعتبر قيمة يد اليهودي فله ههنا نصف الدية وان قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلاشيء له ههنا لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا الى

من نشأ في غير بلاد الاسلام فأما من أقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير وان كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد قال أحمد يضرب ويؤدب ونقل عنه أبو طالب قال يقتل الولي ويحبس العبد حتى يموت لان العبد سوط المولى وسيفه كذا قال علي وأبو هريرة وقال علي رضي الله عنه يستودع السجن وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعاً وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لانه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل

ولنا أن العبد اذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد اباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان انساناً ولان حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك في معتقد الاباحة واذا لم يجب عليه وجب على السيد لانه آلة له لا يمكن ايجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه حية أو كلباً أو ألقاه في زبية أسد فأكله ويفارق هذا ما اذا علم خطر القتل فان القصاص على العبد لامكان ايجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب الى القتل

(فصل) ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الآمر دون المباشر ولو امره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص

(فصل) ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر فان كان القاتل يعلم انه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر لانه غير معذور في فعله فان النبي ﷺ قال «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وعنه عليه السلام انه قال «من امركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه» فلزمه القصاص كما لو امره غير السلطان فان لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور معذور لوجوب طاعة الامام فيما ليس بمعصية والظاهر انه لا يأمر الا بالحق وان امره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال علم اولم يعلم لانه لا يلزمه طاعته وليس له القتل

الدية لم يكن له شيء وجها واحداً لان دية ذلك دية المسلم ولو كان الجاني امرأة فالحكم على ما ذكرنا سواء لان ديتها نصف دية الرجل

(فصل) إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فللولي قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية، وأما الآخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع قطعها من

بحال بخلاف السلطان فان اليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق اذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس اليه شيء من ذلك وان اكرهه السلطان على قتل احد او جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وان وجبت الدية كانت عليهما فان كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً او حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي الضمان عليه دون الامام لان الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره فاذا قتله لزمه الضمان لانه قتل من لا يحل له قتله وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فان كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكر القاضي وان كان مقلداً فلا ضمان عليه لان له تقليد الامام فيما رآه وان كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد الذي لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم

كتاب الديات

الاصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع:

أما الكتاب فقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الا أن يصدقوا) الآية

وأما السنة فروى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه « وان في النفس مائة من الابل » رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل

المرفق ثم عفا فله دية الاقدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لانه يأخذ صحيحة بمقطوعة وان قطع أيديهما وهما صحيحان أو قطع رجلان يديه فقطع أيديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليهما العفو الى الدية لانه قد استوفى ما قيمته دية وان اختار قتلهما فله ذلك

﴿ كتاب الديات ﴾

الاصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه « وفي النفس مائة من الابل » رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد

العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب ان شاء الله، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ودية الحر المسلم مائة من الابل)

أجمع أهل العلم على أن الابل أصل في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الابل وقد دلت عليه الاحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطا وسنذكرها ان شاء الله . وظاهر كلام الخرقي أن الاصل في الدية الابل لاغير وهذا إحدى الروايتين عن احمد رحمه الله ذكر ذلك ابو الخطاب وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر . وقال القاضي لايختلف المذهب أن أصول الدية الابل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لايختلف المذهب فيها وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة ، وبه قال الثوري وابن ابي ليلى وابو يوسف ومحمد لان عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن «وان في النفس المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق ألف دينار» رواه النسائي وروى ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً . رواه ابو داود وابن ماجه ، وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار

لانه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله تعالى وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ (كل من أتلف إنسانا أو جزءاً منه بمباشرة أو سبب فعليه ديته سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأمنا أو مهادنا

لماذكرنا من الآية وفيها (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله) وعبر عن الذمة بالميثاق وحديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبي ﷺ كتاباً إلى أهل اليمن ذكر فيه الديات وأجمع أهل العلم على ذلك في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان القتل عمداً محضاً فهي في مال الجاني حالة)

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة ، وهذا يقتضيه الاصل وهو ان بدل المتلف يجب على المتلف وارش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ - قال نعم قال - اما انه لا يجني عليك ولا تجني عليه » ولان موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فانه لو كسب كان كسبه لغيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والاكساب ، وإنما خولف هذا الاصل في قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : ألا ان الابل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة » رواه ابو داود

ولنا قول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل » ولأن النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيناً كعوض الاموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلا عن الابل، والخلاف في كونها أصلا ، وحديث عمرو بن شعيب يدل على ان الاصل الابل فان إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الابل ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للابل ولا كان لغلاء الابل أثر في ذلك ولا لذكره معنى

وقد روي انه كان يقوم الابل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل ان دية الذمي أربعة آلاف درهم ودية نصف الدية فكان ذلك اربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم

(فصل) فاذا قلنا هي خمسة أصول فان قدرها من الذهب ألف مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاء ألفان ولم يختلف القائلون بهذه الاصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها الا الورق فان الثوري وابا حنيفة وصاحبيه قالوا قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي ان عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف

وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفاً عنه ورفقاً به والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ . إذا ثبت هذا فانها تجب حالة وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لانها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد

ولنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وإنما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولان القصد التخفيف عن العاقلة الذين لم يصدر منهم جناية وحملوا اداء مال مواساة فلاق بحالهم التخفيف عنهم ، وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء ، وأما العمد فانما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما جرى مجراه فعلى عاقلته)

دية شبه العمد على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين والزهري وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور : هي على القاتل في ماله واختاره أبو بكر عبدالعزيز لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولانها

ولان الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل ان نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتان وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعي في قول ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عمر ولان الدينار معدول باثني عشر درهماً بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما، وعلى المتوسط دينارين او أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير ديناراً أو اثنا عشر درهماً وهذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة ، ولانه لايلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر كما ان السائمة من بهيمة الانعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره ، قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي ﷺ حديث مسند ولا مرسل وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه

(فصل) وعلى هذا أي شيء أحضره من عليه الدية من القاتل او العاقلة من هذه الاصول لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لانها أصول في قضاء الواجب يجزيء واحد منها فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم ، وان قلنا الاصل الابل خاصة فعليه تسليمها اليه سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها الى غيرها فللآخر منعه لان الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المثليات المتلفة ، وان

دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد

ولنا ما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ،ولانه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ، ويخالف العمد لانه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل ، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا نعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا الدية حالة لانها بدل متلف ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا ،وتخالف الدية سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم ، وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعا ، وأما دية الخطأ فلا نعلم خلافا في أنها على العاقلة،قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الاخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى

أعوزت الابل ولم توجد الا بأكثر من ثمن المثل فله العدول الى الف دينار أو اثني عشر الف درهم وهذا قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد تجب قيمة الابل بالغة مابلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الابل ، ولان ماضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الامثال ولان الابل اذا أجزأت اذا قلت قيمتها ينبغي أن تجزيء وان كثرت قيمتها كالدنانير اذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن نقول إذا غلت الابل كلها، فأما ان كانت الابل موجودة بثمن مثلها الا أن هذا لم يجده لكونها في غير بلده ونحو ذلك فان عمر قوم الدية من الدراهم اثنى عشر الفاً والف دينار

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أنه لاتعتبر قيمة الابل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فان لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر الف درهم أو الف دينار لان عمر قوم الابل على أهل الذهب الف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر الفاً فدل على أن ذلك قيمتها ولان هذه ابدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل . والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات

ولنا قول النبي ﷺ «في النفس المؤمنة مائة من الابل» وهذا مطلق فتقييده يخالف اطلاقه فلم يجز الا بدليل ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر في

بدية الخطأ على العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به ولان النبي ﷺ جعل دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد روينا من الحديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ والحكمة في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فايجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة ايجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والاعانة له تخفيفا عنه إذا كان معذوراً في فعله

(فصل) فأما الكفارة ففي مال القاتل لا يدخلها تحمل وقال أصحاب الشافعي تكون في بيت المال في أحد الوجهين لأنها تكثر فايجابها عليه يجحف به

ولنا أنها كفارة فاختصت بمن وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما ولان الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره ، وتفارق الدية فانها انما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولان النبي ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتلة ، وما ذكروه لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه

(أحدها) أن الدية لم تجب في بيت المال انما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الاصل

(الثانى) أن الدية كثيرة فايجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها

(الثالث) أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فايجابها على غيره قطع للمواساة ويوجب على الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز

حديثه إن الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر الفا دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ في عصر رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فايجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولان النبي ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ ، واجمع عليه اهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما ، وجمع بين مافرقه الشارع وازالة للتخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لان اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية او جذعة يشق جداً فيكون تغليظا للدية في الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ماقصده الشارع وورد به ، ولان العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد النبي ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الاخلال به لان ماورد به الشرع مطلقا انما يحمل على العرف والعادة فاذا أريد به مايخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً في الشريعة وإيهامهم ان حكم الله خلاف ماهو حكمه على الحقيقة والنبي ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم) فكيف يحمل قوله على الالباس والالغاز؟ هذا مما لايحل، ثم لو حمل الامر على ذلك لكان الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه ، ولان الابل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولانها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها

(فصل) ولا يلزم القاتل شيء من دية الخطأ وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة لانها وجبت عليهم اعانة له فلا يزيدون عليه فيها

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى عليهم جميعها ولانه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الامام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه لحق فبان مظلوما ، ولان الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة الى ايجاب شيء من الدية عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ألقى انساناً على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته أو طلب انساناً بسيف مجرد فهرب فوقع في شيء تلف به بصيراً أو ضريراً، أو حفر بئراً في فنائه أو وضع حجراً أو صب ماء في طريقه أو بالت فيها دابته ويده عليها أو رمى فيها قشر بطيخ فتلف به انسان وجبت عليه ديته)

يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فاذا ألقى إنساناً على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته فعليه ضمانه لانه تلف بعدوانه فأشبه مالو جنى عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلب انساناً بالسيف مشهورا فهرب منه فتلف في هربه ضمنه)

سواء سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صغيراً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل

كالابل في السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثنى عشر الفاً ، وقد قيل ان قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر دية الكتابي أربعة آلاف ، وقولهم انها ابدال محل واحد فلنا أن نمنع ونقول البدل إنما هو الابل وغيرها معتبر بها وان سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فانه لا يعتبر تساويهما وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فانما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لاتجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسئلتنا

فان قيل هذا حجة عليكم لقولكم ان الابل هي الاصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة . قلنا إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لان البدل يتبع الاصل ولا يتبع الاصل البدل على أنا نقول انما صير إلى التقدير بهذا لان عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير اليه كيلا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الابل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الاصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الابل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لاتعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاء والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب

البصير الا أن ينخسف به سقف فان فيه وفي الصغير والمجنون والاعمى قولين لانه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه

ولنا انه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب له سكيناً أو سم طعامه ووضعه وما ذكروه يبطل بهذه الأصول ، وان طلبه بشيء يخيفه به كالكلب ونحوه فهو كما لو طلبه بسيف مشهور لانه في معناه .

(فصل) ولو شهر سيفاً في وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته، فان صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فان تعمد ذلك فهو شبه عمد والا فهو خطأ ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان، ولنا انه تسبب إلى اتلافه فضمنه كالصبي

(فصل) وان قدم انساناً الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدمه، لان الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته وان عمد الرامي رميه فالضمان عليه لانه باشر وذلك متسبب فأشبه المسك والقاتل ، وان لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته وان كان خطأ لانه قتله .

من كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوي الأبدال كلها وكل حلة بردتان فيكون أربعمائة برد

(فصل) ولا يقبل في الابل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لان وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ،فاذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي أخذ من كل واحد من جنس ما عنده ، وان كان عند واحد صنفان ففيه وجهان (احدهما) يؤخذ من كل صنف بقسطه (والثاني) يؤخذ من الاكثر فان استويا دفع من أيهما شاء فان دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب وان كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق،وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد فان لم يكن في البلد إبل وجب من غالب ابل أقرب البلاد اليه فان كانت إبله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من جنس ما عنده لانه بدل متلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم

ولنا قول النبي ﷺ « في النفس المؤمنة مائة من الابل » أطلق الابل فمن قيدها احتاج إلى دليل . ولانها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات،ولانها حق ليس سببه المال فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالسلم فيه والقرض . ولان المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر في فنائه بئراً لنفسه أو في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو صب فيه ماء أو رمى قشر بطيخ فهلك به انسان ضمنه)

لانه تلف بعدوانه وروي عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري والشافعي واسحاق

﴿ مسئلة ﴾ (وان بالت فيها دابته فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان اذا كان راكباً أو قائداً أو سائقا)

لانه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها ، وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لانه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فهو كما لو أتلفت برجلها،ويفارق ما اذا تلفت بيدها أو فمها لانه يمكنه حفظها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر بئراً ووضع آخر حجراً أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فالضمان على واضع الحجر وناصب السكين دون الحافر، لان الحجر كالدافع له واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده)

وبهذا قال الشافعي ولو وضع رجل حجراً ثم حفر آخر عنده بئراً او نصب سكينا فعثر بالحجر فسقط عليها فهلك احتمل ان يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل ان يضمن الحافر وناصب السكين لان

بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فانها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الاغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله . وقولهم انها مواساة غير صحيح وانما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف وانما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوي إبل والواجب بجنايته إبل مطاقة فتواسيه في تحملها ، ولانها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

(مسألة) قال (وان كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالة أرباعا : خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة)

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا قضية الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وارش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ » قال نعم قال « اما انه لا يجني عليك ولا تجني عليه » ولان موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فانه لو كسب كان كسبه له دون غيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والاكساب وانما خولف

فعلها متأخر عن فعله فأشبه مالو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان ر أماله آخر فسال مافيه كان الضمان على الآخر منهما ، وان وضع انسان حجراً أو حديدة في ملكه اوحفر فيه بئراً فدخل انسان بغير اذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لانه لم يتعد وانما الداخل هلك بعدوان نفسه، وإن وضع حجراً في ملكه ونصب اجنبي فيه سكينا او حفر بئراً بغير اذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين اوفي البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما اذ لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه وان اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم فلو وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما انسان فهلك فالدية على عواقلهم اثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف لان السبب حصل من الثلاثة اثلاثا فوجب الضمان عليهم سواء ، وان اختلفت افعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بها، وقال زفر على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لان فعله مساو لفعلهما وان حفر انسان بئراً ونصب آخر فيها سكينا فوقع انسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع ، وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص احمد على ان الضمان عليهما قال أبو بكر لانهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا ان يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة

(فصل) وان حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره باذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد وكذلك

هذا الاصل في قتل المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفا عنه ورفقا به والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ إذا ثبت هذا فانها تجب حالة، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لانها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد

ولنا أن ماوجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وانما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولان القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية وحملوا أداء مال مواساة فالارفق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء وأما العمد فانما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك واختلفت الرواية في مقدارها فروى جماعة عن أحمد انها أرباع كما ذكر الخرقي وهو قول الزهري وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة، وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسي والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله

ان حفرها في موات او وضع حجراً او نصب شركا او شبكة أو منجلا ليصيد بها لانه لم يتعد بذلك وان فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان ماتلف به لانه متعد وسواء اذن له الامام أولم يأذن لانه ليس للامام ان يأذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الامام لضمن مايتلف به فان كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها يضر بالمسلمين ضمن وان حفر في مكان لا يضر بالمسلمين وكان حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام ان يأذن في الانتفاع بمالا ضرر فيه بدليل انه يجوز ان يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبتاع فيه

ولنا انه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصالحهم فضمن كما لو لم يأذن الامام ولا نسلم ان للامام ان يأذن في هذا فانما يأذن في القعود لان ذلك لا يدوم ويمكن ازالته في الحال فأشبه القعود فى المسجد ولان القعود جائز من غير اذن الامام فكذلك الحفر

(فصل) وان حفر بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ضمن ماتلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن مايقابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان ضمن ثلثي التالف لانه تعدى في نصيب شريكه وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لانه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كالوجرحه احدهما جرحا وجرحه الآخر جرحين

ﷺ قال «من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوه وان شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وماصولحوا عليه فهولهم» وذلك لتشديد القتل رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال «الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها» رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهم وعن عمرو بن شعيب أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فاخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك في موطئه ووجه الاول ماروى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض ولانه قول ابن مسعود ولانه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والاضحية

(فصل) والخلفة الحامل وقول النبي ﷺ «في بطونها أولادها» تأكيد وقلما تحمل الاثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفة تجزئ في الدية وقد قيل لاتجزئ الا ثنية لان في بعض الفاظ الحديث أربعون خلفة مابين ثنية عامها الى بازل ولان سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الاولى لان النبي ﷺ أطلق الخلفة والخلفة هي الحامل فيقتضي أن تجزئ كل حامل ولو أحضرها خلفة فأسقطت قبل قبضها فعليه بدلها فان أسقطت بعد قبضها أجزأت لانه برئ منها بدفعها

ولنا انه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان فى ملك غيره والشركة أوجب تعدية لجميع الحفر فكان موجب الجميع الضمان ويبطل ماذكره أبو يوسف بمالو حفره فى طريق مشترك فان له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع والحكم فيما اذا اذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما اذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لايباح الحفر ولا التصرف حتي يأذن الجميع

(فصل) وان حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيها انسان او دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير اذنه فلا ضمان على الحافر لانه لاعدوان منه وان دخل باذنه والبئر ظاهرة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا لان الواقع هو الذي أهلك نفسه فاشبه مالو قدم اليه سكينا فقتل بها نفسه فان كان الداخل اعمى أو كانت في ظلمة لايبصرها الداخل او غطى رأسها فلم يعلم الداخل حتى وقع فيها ضمنه وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقالوا في الآخر لايضمنه لانه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه ، وإن اختلفا فقال صاحب الدار ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لانه منكر ، وإن قال كانت مكشوفة وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع لان الظاهر معه

(فصل) فان اختلفا في حملها رجع الى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة الى القوابل وان تسلمها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها وقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الظاهر اصابتهم وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل

(مسألة) (قال وان كان القتل شبه عمدا فكما وصفت في اسنانها إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها)

وجملته أن القول في اسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين

(أحدها) أنها على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور هي على القاتل في ماله، واختاره ابو بكر عبد العزيز لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولانها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد

فان الظاهر انها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الاصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك .

(مسألة) (وإن غصب صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية وإن مات بمرض فعلى وجهين) لانه تلف في يده العادية

(أحدها) يضمنه كالعبد الصغير ، (والثاني) لا يضمنه لانه حر لا تثبت اليد عليه في الغصب أشبه الكبير

(مسألة) (وإن اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)

روي هذا عن علي رضي الله ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ لان الصدمة لا تقتل غالباً فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ولا فرق بين البصيرين ، والاعميين ، والبصير والاعمى ، فان كان امرأتين حاملين فهما كالرجلين فان اسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها لانهما اشتركتا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في الجنينين، فان أسقطت إحداهما دون الاخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل واحدة منهما عتق رقبتين ، وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين

(مسألة) (وإن كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر)

ولنا ماروى ابو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ولانه نوع قتل لا يوجب قصاصاً فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد المحض لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وارادته القتل وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم في انها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وابو هاشم وعبدالله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقد حكي عن قوم من الخوارج انهم قالوا الدية حالة لانها بدل متلف ، ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا وتخالف الدية سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعا

(فصل) ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم لانها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة

وجملة ذلك أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرساً والآخر غيره مقبلين كانا أو مدبرين ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه واسحاق ، وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر لان التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح انسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما

ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة اذا ثبت هذا فان قيمة الدابتين ان تساوتا تقاصتا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها فان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو احداهما فالضمان على اللاحق لانه الصادم والآخر مصدوم

﴿مسئلة﴾ (إلا أن يكون أحدهما يسير والآخر واقفاً فعلى السائر ضمان الواقف ودابته)

نص أحمد على هذا لان السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه فان مات هو أو دابته فهو هدر لانه أتلف نفسه ودابته ، وإن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لان التلف حصل من فعلهما

ولنا أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فان الخوارج لا يعتد بخلافهم ، إذا ثبت هذا فان كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلا موجباً او عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فان كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل ان قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لان تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي . واما ان كان الجرح ساريا مثل ان قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لانها إذا سرت فما استقر الارش إلا عند الاندمال هكذا ذكر القاضي وأصحاب الشافعي وقال ابو الخطاب تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لان الارش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما

(فصل) وإذا كان الواجب دية فانها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس او دية الطرف كدية جدع الانف أو الاذنين او قطع الذكر أو الانثيين ، وإن كان دون الدية نظرنا . فان كان ثلث الدية كدية المأمومة او الجائفة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حالا ، وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى والباقي في آخر السنة الثانية ، وان كان أكثر من الثلثين كدية ثمان

﴿مسألة﴾ (إلا أن يكون في طريق ضيق قاعداً أو واقفاً فلا ضمان عليه فيه وعليه ضمان ما تلف به)

إذا كان الواقف متعديا بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لان التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به انسان

﴿مسألة﴾ (وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما)

لانه متعد بذلك وتلفهما بسبب جنايته

﴿مسألة﴾ (وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر انسانا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته)

لا يخلو ذلك من حالين (أحدهما) أن يكون المقتول واحداً منهم (والثاني) أن يكون من غيرهم فان كان من غيرهم فالدية على عواقلهم أثلاثاً لان العاقلة تحمل الثلث فما زاد وسواء قصدوا رمي واحد بعينه أو قصدوا رمي جماعة أو لم يقصدوا ذلك لانهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ ، وان قصدوا رمي جماعة أو واحداً بعينه فهو شبه عمد لان قصد الواحد بالمنجنيق لا يكاد يفضي الى اتلافه فيكون شبه عمد تحمله العاقلة في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة شبه العمد فلا تحمله ههنا .

(الحال الثاني) أن يصيب واحداً منهم فعلى كل واحد كفارة ولا تسقط عمن أصابه الحجر لانه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره ، وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه

أصابع وجب الثلثان في السنتين والباقي في آخر الثالثة ،وان كان أكثر من دية مثل ان ذهب سمع انسان ففي كل سنة ثلث لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث ، وان كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لان كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه وان كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة لانها لاتحمل مادون الثلث ويجب حالا لانه بدل متلف لاتحمله فكان حالا كالجناية على المال .

(فصل) وفي الدية الناقصة كدية المرأة والكتابي وجهان (أحدهما) تقسم في ثلاث سنين لانها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة (والثاني) يجب منها في العام الاول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لان هذه تنقص عن الدية فلم تقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي كالوجهين وان كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسي وهو ثمان مائة درهم ودية الجنين وهي خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانها لاتحمل مادون الثلث فأشبه دية السن والموضحة إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جناية واحدة وتكون دية الام على الوجهين، بان قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الام في العام الاول لانها دية أخرى ويحتمل أن تجب مع باقي دية الأم في العام الثاني وان قلنا دية الأم في ثلاث سنين

(أحدها) ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث دية المقتول لورثته لان كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالاجانب وهذا ينبني على أن جناية المرء على نفسه وأهله خطأ تحمل عقلها عاقلته

(الوجه الثاني) ان ما قابل فعل المقتول ساقط لايضمنه أحد لانه شارك في اتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي

(الثالث) أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين . قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسئلة المتصادمين قال شيخنا والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر ، وقد روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه في مسئلة القارصة والقامصة والواقصة قال الشعبي وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت احداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لانها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا ولان المقتول شارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحدا من غيرهم فان رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الاول تجب ديتهما على عواقلهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم كفارتان ، وعلي الوجه الثاني يجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلي عاقلة كل واحد

فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أولا؟ على وجهين فإذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم لانهما ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى ، لان تلفها موجب جناية واحدة

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الابل تؤخذ في ثلاث سنين أخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماساً كما ذكر الخرقي ، وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون ، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود وقال الخطابي روي أن النبي ﷺ ودى الذي قتل بخيبر بمائة من ابل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض ، وروي عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي واسحاق أنها أرباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون

من الميتين ثلث الدية صاحبه ويلغى فعل نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد منهم نصف الدية و يجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه

﴿ مسألة ﴾ (وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم في الصحيح من المذهب الا على الوجه الذي اختاره أبو الخطاب فانهم اذا كانوا أربعة فقتل الحجر أحدهم فانه يجب على عاقلة كل واحد من الثلاثة الباقين ثلث الدية لانهم تحملونها كلها فأما ان كانوا أكثر من أربعة أو كان المقتول من غيرهم وهم أربعة فان الدية حالة في أموالهم لان المقتول يلغى فعله في نفسه ويكون هدرا لانه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا لان التأجيل في الديات انما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا دون الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثلث ، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها لان الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح الاول لان كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة انما شرع للتخفيف على الجاني فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما ذكرناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث وقوله انه فعل واحد قلنا بل هي أفعال فان فعل كل واحد غير فعل الآخر وانما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحاً فمات النفس بجميعها اذا ثبت هذا فالضمان معلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشب اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهما في قوس انسان ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع

ابن لبون وعشرون بنت مخاض ، وقال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون بني لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بني لبون ذكور رواه أبو داود وابن ماجة وقال أبو ثور الديات كلها أخماس كدية الخطأ لانها بدل متلف فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه العمد والخطأ أخماس لان شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماساً كدية الخطأ

ولنا ماروى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة ولان ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة اذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب ولأن موجبهما واحد فيصير كانه أوجب أربعين ابنة مخاض ولان ماقلناه الاقل فالزيادة عليه لاتثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لانهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي من أسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الخطأ على العاقلة قال ابن المنذر أجمع على هذا

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى انسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا شيء له وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه)

أما اذا كانت الجناية عمداً فلا شيء له اجماعا وان كانت خطأ فكذلك في احدى الروايتين قياسا على العمد ولما روي أن عامر بن الاكوع يوم خيبر رجع سيفه عليه فقتله ولم ينقل أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو كانت واجبة لبينها النبي ﷺ ولنقل ظاهراً (والرواية الثانية) أن ديته على عاقلته لورثته ودية طرفه لنفسه وهو ظاهر كلام الخرقي ذكره فيما اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل أحدهم لما روي أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ديته على عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد ولم يعرف له مخالف ولانه قتل خطأ فكانت ديته على عاقلته كما لو قتل غيره والاول أصح في القياس ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا من حديث عامر بن الاكوع حين رجع سيفه عليه يوم خيبر فمات ولان وجوب الدية على العاقلة على خلاف الاصل مواساة للجاني وتخفيفا عنه وليس ههنا على الجاني شيء يخفف عنه ولا يقتضي النظر ان تكون جنايته على نفسه على غيره ويفارق هذا مااذا كانت الجناية علي غيره فانه لو لم تحمله العاقلة لاجحف به وجوب الدية لكثرتها وقال القاضي الرواية الثانية

كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبتت الاخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به وقد جعل النبي ﷺ دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الاحاديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ، والمعنى في ذلك ان جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فايجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والاعانة له تخفيفاً عنه اذا كان معذوراً في فعله وينفرد هو بالكفارة

(فصل) ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين فان عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فاتبعهم على ذلك أهل العلم، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا ومالا تحمله العاقلة يجب حالا لأنه بدل متلف فلزم المتلف حالا كقيم المتلفات، وفارق الذي تحمله العاقلة فانه يجب مواساة فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله وعدل به عن الاصل في التأجيل كما عدل به عن الاصل في الزامه غير الجاني

(فصل) ولا يلزم القاتل شيء من الدية وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة هو كواحد من العاقلة لانها وجبت عليهم اعانة له فلا يزيدون عليه فيها

أظهر عنه فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة هي الوارثة لم يجب شيء لانه لا يجب للانسان شيء على نفسه فان كان بعضهم وارثاً سقط عن الوارث ما يقابل ميراثه فان كانت جنايته على نفسه شبه عمد فهو كالخطأ في أحد الوجهين وفي الآخر لا تحمله العاقلة بحال

(مسألة) (وإن نزل رجل في بئر فخر عليه آخر فمات الاول من سقطته فعلى عاقلته ديته)

وجملة ذلك أنه إذا نزل رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص، وإن كان مما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد، وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة، وإن مات الثاني بوقوعه على الاول فدمه هدر لانه مات بفعله، وقد روى علي بن رباح اللخمي ان رجلا كان يقود أعمى فوقعا في بئر خر البصير فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الاعمى فكان الاعمى ينشد في الموسم

يا أيها الناس لقيت منكرا * هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا؟ * خرا معا كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي واسحاق قال شيخنا: ولو قال قائل ليس على الاعمى ضمان البصير لانه الذي قاده الى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الاعمى الا أن يكون مجمعاً عليه فلا يجوز مخالفة الاجماع، ويحتمل انه انما لم يجب الضمان على القائد لوجهين

ولنا ماروى ابو هريرة أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها . متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الامام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلوما ولان الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة الى إيجاب شي من الدية عليه

(فصل) والكفارة في مال القاتل لايدخلها تحمل ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين تكون في بيت المال لانها تكثر فيجابها في ماله يجحف به

ولنا أنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما ، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره، ويفارق الدية فانها انما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ، ولان النبي ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل وما ذكروه لاأصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه

(أحدها) أن الدية لم تجب في بيت المال لانها انما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الاصل

(الثاني) أن الدية كثيرة فايجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها

(الثالث) أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فايجابها

(أحدهما) أنه مأذون فيه من جهة الاعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً في داره باذنه فتلف بها

(الثاني) أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون فانه لا يضمن ما تلف بها ، وإن مات الثاني فدمه هدر لانه لا صنع لغيره في هلاكه

(مسئلة)(وإن وقع عليهما ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلة الثالث ديته)

لانه تلف من سقطته ، وان مات الاول من سقطتهما فديته على عاقلتهما لانه مات بوقوعهما عليه ودية الثاني على الثالث لانه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته، ودم الثالث هدر لانه لا صنع لغيره في هلاكه هذا اذا كان الوقوع هو الذي قتله ، فان كان البئر عميقاً يموت الواقع بمجرد وقوعه لم يجب ضمان على أحد لان كل واحد منهم مات بوقعته لا بفعل غيره ، وإن احتمل الامرين فكذلك لان الاصل عدم الضمان .

(مسئلة) (وإن كان الاول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث)

لانه لا فعل له ووجبت ديته على الثاني في أحد الوجهين لانه هو جذبه وباشره بذلك والمباشرة تقطع حكم المتسبب كالحافر مع الدافع (والثاني) ديته على الاول والثاني نصفين لان الاول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في اتلافه ، ودية الثاني على عاقلة الاول في أحد الوجهين لانه هلك بجذبته ، وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الاول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه

على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لايجوز

(فصل) وذكر أصحابنا ان الدية تغلظ بثلاثة أشياء اذا قتل في الحرم والشهور الحرم واذاقتل محرما وقد نص احمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام ، فأما ان قتل ذارحم محرم فقال ابو بكر تغلظ ديته ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد أنها لاتغلظ ، وقال أصحاب الشافعي تغلظ بالحرم والاشهر الحرم وذي الرحم المحرم وفي التغليظ بالاحرام وجهان ، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر ابن زيد وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق. واختلف القائلون بالتغليظ في صفته فقال أصحابنا تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان . قال احمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعي : صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ لاغير ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فاذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة، وتغليظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة اسنان الابل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كان قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث

كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الاول ذكره القاضي (والوجه الثاني) يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم، وأما الاول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الاوجه الثلاثة لانه مات من جذبته وجذبة الثاني لثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته

(فصل) وإن جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع لانه لم يفعل شيئا في نفسه ولا غيره وفي ديته وجهان (أحدهما) أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه (والثاني) على عاقلة الاول والثاني والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم، وأما الاول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين

(والثاني) يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه

(والثالث) يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الاوجه الثلاثة المذكورة في الاول سواء ، وأما الثالث ففيه مثل هذه الاوجه الثلاثة ووجهان آخران

الدية المخففة وعند مالك تغلظ على الاب والام والجددون غيرهم، واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئا وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولان ماأوجب التغليظ أوجبه في الاسنان دون القدر كالضمان ولايجمع بين تغليظين لان[1] ماأوجب التغليظ بالضمان اذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والاحرام في قتل الصيد وعلى أنه لايغلظ بالاحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه. واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف والفين تغليظاً للحرم، وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث وعن ابن عباس أن رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت اجماعا، وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولانه قول التابعين القائلين بالتغليظ، واحتجوا على التغليظ في العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الاسباب لان ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد، وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وأبي حنيفة والجوزجاني وابن المنذر، وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعن

[1] في نسخة إلا ما أوجب

(أحدهما) أن ديته بكمالها على الثاني لانه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله (والثاني) أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه

(فصل) وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فان كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ما يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض، وان شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضا لان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وان كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لان غيره لم يفعل فيه شيئا وانما هلك بفعله وعليه دية الثالث لانه قتله بوقوعه عليه ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الاول على الثلاثة أثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خر رجل في زبية أسد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثاً وجذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فالقياس أن دم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلة الثاني دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع، وفيه وجه آخر أن دية الثالث على عاقلة الاول والثاني نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا)

الحكم في هذه المسئلة أنه لا شيء على الرابع لانه لم يفعل شيئا وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثاً ودم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني

ابن عبد العزيز لان النبي ﷺ قال «في النفس المؤمنة مائة من الابل لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثقال» وفي حديث أبي شريح أن النبي ﷺ قال «وأنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى فلم يزد النبي ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره وقول الله عز وجل (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان وفي كل حال ولان عمر رضي الله عنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه ولم يزد على مائة، وروى الجوزجاني باسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيي من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر الف درهم فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر الف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما قال ابن المنذر وليس بثابت ماروي عن الصحابة في هذا ولو صح فقول عمر يخالفه وقوله أولى من قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس

(فصل) ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم وقال أصحاب الشافعي تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لانها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم وليس بصحيح لانها ليست محلا للمناسك

في أحد الوجهين وفي الآخر على الاول والثاني نصفين، هذه تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعاني أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا وجذب الثاني ثالثا ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقال للاول ربع الدية لانه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فاني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال هو كما قال رواه سعيد بن منصور ثنا أبو عوانة وأبو الاحوص عن سماك بن حرب عن أنس بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب فذهب أحمد الى ذلك توقيفا على خلاف القياس وقد ذكر بعض أهل العلم ان هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وانه ضعيف والقياس ماقلناه فلا ينتقل عنه إلى مالا يدرى ثبوته ولا معناه

﴿مسألة﴾ (ومن اضطر الى طعام انسان أو شرابه وليس به مثل ضرورته فمنعه حتى مات ضمنه نص عليه)

وجملة ذلك ان من أخذ طعام انسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك او هلكت بهيمته فعليه ضمان ماتلف به لانه سبب هلاكه وكذلك ان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولانه اذا اضطر فصار احق به ممن هو في يده وله اخذه قهرا فاذا

فأشبهت سائر البلدان، ولا يصح قياسها على الحرم لان النبي ﷺ قال « أي بلد هذا؟ أليست البلدة الحرام؟ - قال - فان دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة وقال النبي ﷺ « ان أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وان كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فانه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج اليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه

﴿ مسألة ﴾ قال (والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث)

في هذه المسئلة خمس مسائل : ﴿ الاولى ﴾ أن العاقلة لا تحمل العبد يعني إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور، وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لانه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه

منعه اياه تسبب الى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لانه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا وقال القاضي يكون على عاقلته لان هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد وان لم يطلبه منه لم يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه، وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه انجاء انسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك انه يجب عليه ضمانه قياسا على ما اذا طلب الطعام فمنعه اياه مع غناه عنه حتى هلك

ولنا ان هذا لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلا يضمنه كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على المسئلة التي ذكرها غير صحيح لانه في الاولى منعه منعا كان سببا في هلاكه فيضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا

(مسئلة) (وان افزع انسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه)

وجملة ذلك انه اذا ضرب انسانا حتى أحدث فان عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية قال أحمد لا اعرف شيئا يدفعه وبه قال اسحاق وعنه لا شيء عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان الدية انما تجب لاتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان لانها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعاً ولان قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ببول أو غائط أو ريح قاله القاضي وكذلك الحكم فيما اذا افزعه حتى أحدث والاولى ان شاء الله التفريق بين الريح وغيرها لان كان قضاء عثمان في الغائط والبول لان ذلك افحش فلا يقاس عليه

ولنا ماروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً» وروي عن ابن عباس موقوفا عليه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ، ولان الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولانه حيوان لاتحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس وبهذا فارق الحر

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أنها لاتحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه اولا يجب ولا خلاف في أنها لاتحمل دية مايجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لاتحمل العمد بكل حال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لاقصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لانها جناية لاقصاص فيها أشبهت جناية الخطأ

ولنا حديث ابن عباس ولانها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الاب على ابنه ، ولان حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضي ، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فانه لاقصاص فيه ولا تحمله العاقلة

(فصل) وان اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان (أحدهما) تحمله العاقلة لانه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ (والثاني) لاتحمله لانه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً فأشبه من لاقصاص له ، ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي

(فصل) اذا أكره رجلا على قتل انسان فقتله فصار الامر الى الدية فهي عليهما لانهما كالشريكين ولو أكره رجل امرأة على الزنا فحملت وماتت من الولادة ضمنها لانها ماتت بسبب فعله وتحمله العاقلة الا ان لايثبت ذلك الا باعترافه فتكون الدية عليه لان العاقلة لاتحمل اعترافا ولذلك ان شهد شاهدان على رجل بقتل عمد فقتل ثم رجعا عن الشهادة لزمهما الضمان كالشريكين في الفعل ويكون الضمان في مالهما لاتحمله العاقلة لانها لاتحمل الاعتراف وهذا ثبت باعترافهما

(فصل) اذا قتل رجلا وادعى انه كان عبداً أو القى عليه حائطا وادعى انه كان ميتا وانكر وليه فالقول قول الولي مع يمينه وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك

ولنا أن الاصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل مسلما وادعى انه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ماذكره ، وان قطع عضوا وادعى شلله أوقلع عينا وادعى عماها وانكر المجني عليه فالقول قوله لان الاصل السلامة وهكذا لو قطع ساعدا وادعى انه لم يكن عليه كف او ساقا وادعى انه لم يكن لها قدم ، وقال القاضي ان اتفقا على انه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه والا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه فانه لايخفى على أهله وجيرانه ومعامليه

لاتحمله العاقلة لانه عمد قتله ، وقال أبو الخطاب تحمله العاقلة لانه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل مالو قتل في دار الحرب مسلماً يظنه حربياً فانه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعي في أحد قوليه لاتحمله لانه عمد يجوز تأديبهما عليه فأشبه القتل من البالغ

ولنا أنه لايتحقق منهما كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولانه قتل لايوجب القصاص لأجل العذر فأشبه الخطأ وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكروه ويبطل ماذكروه بشبه العمد

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أنها لاتحمل الصلح ومعناه أن يدعي عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لانه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه ، وقال القاضي معناه أن يصالح الاولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الاول أولى لان هذا عمد فيستغني عنه بذكر العمد، وممن قال لاتحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس به ولانه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ أنها لاتحمل الاعتراف وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه

وصفة أداء الشهادة عليه انه كان يتبع الشخص ببصره ويتوقى مايتوقاه البصير ويتجنب البئر واشباهه في طريقه ويعدل في المعطفات خلف من يطلبه

ولنا ان الاصل السلامة فكان القول قول من يدعيها كما لو اختلفا في اسلام المقتول في دار الاسلام وفي حياته ، قولهم لايتعذر اقامة البينة عليه قلنا وكذلك لايتعذر اقامة البينة على مايدعيه الجاني فايجابها عليه اولى من ايجابها على من يشهد له الاصل ، ثم البطل بسائر المواضع التي سلموها ، فان قالوا ههنا مايثبت ان الاصل وجود البصر ، قلنا الظاهر يقوم مقام الاصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته واسلامه

(فصل) ومن ادب ولده او امرأته في النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فافضى الى تلفه لم يضمنه لانه أدب مأذون فيه شرعا فلم يضمن ماتلف به كالحد والتعزير

﴿ مسئلة ﴾ (ويتخرج وجوب الضمان على ماقاله فيما اذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينا او ماتت فعلى عاقلته الدية)

وجملة ذلك ان السلطان اذا بعث الى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينا فمات ضمنه لما روي ان عمر رضي الله عنه بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فبينا هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما انت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول ياأبا

عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافا وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبدالعزيز والزهري وسليمان بن موسى والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث بن عباس فيه ولانه لو وجب عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل اقرار شخص على غيره ولانه يتهم في أن يواطيء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها ، اذا ثبت هذا فانه يلزمه مااعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم

وقال ابو ثور وابن عبد الحكم لايلزمه شيء ولا يصح اقراره لانه مقر على غيره لا على نفسه ولانه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل

ولنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح اقراره كما لو أقر باتلاف مال أو بما لاتحمل ديته العاقلة ولأنه محل مضمون فيضمن اذا اعترف به كسائر المحال وانما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فاذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

(المسئلة الخامسة) انها لاتحمل مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك واسحاق وعبد العزيز وعمر بن أبي سلمة ، وبه قال الزهري وقال لا تحمل الثلث أيضاً ، وقال الثوري وابو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقها لان النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف

الحسن فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك افزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، ولو فزعت المرأة فماتت وجبت ديتها أيضا ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لاتضمن المرأة لان ذلك ليس بسبب لهلاكها في العادة

ولنا انها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت .

قوله انه ليس بسبب عادة قلنا اذا كانت حاملا فهو سبب للاسقاط والاسقاط سبب للهلاك ثم لا يعتبر في الضمان كونه سببا معتاداً فان الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك في العادة ومتى أفضت اليه وجب الضمان وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدي الضمان ان كان ظالما لها وان كانت هي الظالمة فاحضرها عند الحاكم فينبغي ان لايضمنها لانها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولانه استوفى حقه فلم يضمن ماتلف به كالقصاص ولكن يضمن جنينها لانه تلف بفعله فأشبه مالو اقتص منها

﴿ مسئلة ﴾ (وان سلم ولده الى السابح ليعلمه فغرق لم يضمنه ويحتمل ان تضمنه العاقلة)

اما اذا سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لانه سلمه اليه

عشر الدية ولا تحمل مادون ذلك لأنه ليس فيه ارش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل الكثير والقليل لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وانما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي ﷺ « الثلث كثير » فما دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري لان النبي ﷺ جعل الثلث كثيراً ، فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا اذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جميعا موجب جناية تزيد على الثلث وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة .

(فصل) وتحمل العاقلة دية الطرف اذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في المسئلة التي قبل هذا وحكي عن الشافعي انه قال في القديم لاتحمل مادون الدية لان ذلك يجري مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لاتجب فيه كفارة

ايحتاط في حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط في حفظه وقال القاضي قياس المذهب انه لا يضمنه لانه فعل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ما تلف به كما اذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتاداً فتلف به فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لان الكبير في يد نفسه لاينسب التفريط في هلاكه الى غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أمر انسانا أن ينزل بئراً أو يصعد شجرة فهلك بذلك لم يضمنه) لانه لم يجن ولم يتعد فأشبه ما لو أذن له ولم يأمره إلا أن يكون الآمر السلطان فهل يضمنه ؟ على وجهين

(أحدهما) لا يضمنه كغيره (والثاني) يضمنه لانه يخاف منه إذا خالفه وهو مأمور بطاعته إلا أن يكون المأمور صغيراً لا يميز فيضمنه لانه تسبب إلى إتلافه .

(مسئلة) (وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على انسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمنه)

لان ذلك بغير فعله ووضعه ذلك كان في ملكه ، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لانه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه ما لو بنى حائطاً مائلا

(مسئلة) (وإن أخرج جناحاً الى الطريق أو ميزاباً فسقط على انسان فأتلفه ضمنه)

لان اخراج الجناح إلى الطريق غير جائز لانه تصرف في غير ملكه اذا كان الطريق نافذاً أو غير نافذ ولم يأذن فيه أصحابه اذا سقط على شيء فأتلفه ضمنه لانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق وكذلك الحكم في الميزاب وفي ذلك اختلاف وتفصيل ذكرناه في الغصب والله أعلم

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولان الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس، لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ماذكرنا وما ذكره يبطل بما اذا جنى على الاطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها

(فصل) وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها مابلغ ارشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لانها دون الثلث ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه نص عليه احمد لأنه دون الثلث ، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة نص عليه لان وجوب ديتهما حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة

(فصل) وإن كان الجاني ذمياً فعقله على عصبته من أهل دينه المعاهدين في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وفي الاخرى لا يتعاقلون لان المعاقلة ثابت في حق المسلم على خلاف الاصل تخفيفاً عنه ومعونة له فلا يلحق به الكافر لان المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعونة من الذمي ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبقى في حق الذمي على الاصل . ووجه الرواية الاولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصبته المسلمون لانهم لا يرثونه ولا الحربيون لان الموالاة والنصرة منقطعة بينهم ،

باب مقادير ديات النفس

دية الحر المسلم مائة من الابل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فهذه الخمس أصول في الدية اذا أحضر من عليه الدية شيئاً منها لزم قبوله

وجملة ذلك أنا اذا قلنا إن هذه الخمس أصول في الدية اذا أحضر من عليه الدية من القاتل أو العاقلة شيئاً منها لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لانها أصول في قضاء الواجب يجزيء واحد منها فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم وكذلك الحكم في الحال اذا قلنا انها أصل

(فصل) ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن الابل أصول في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الابل وقد دلت عليه الاحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمرو في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسنذكرها ان شاء الله تعالى .

قال القاضي لا يختلف المذهب ان أصول الدية الابل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها ، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس والفقهاء السبعة ، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف، ومحمد بن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن «وان في النفس

ويحتمل أن يعقلوا عنه اذا قلنا انهم يرثونه لانهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً ولا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لانهم لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما

(فصل) وإن تنصر يهودي أو تهود نصراني وقلنا إنه يقر عليه عقل عنه عصبته من أهل الدين الذي انتقل اليه وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين وإن قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لأنه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة وتكون جنايته في ماله وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لا تحملها العاقلة

(فصل) ولو رمى ذمي صيداً ثم اسلم ثم اصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون لانه لم يكن مسلماً حال رميه، ولا المعاهدون لانه قتله وهو مسلم فيكون في مال الجاني، وهكذا لو رمي وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم انسانا لم يعقله أحد. ولو جرح ذمي ذمياً ثم اسلم الجارح ومات المجروح وكان ارش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من اهل الذمة وما زاد على ارش الجرح لا يحمله أحد ويكون في مال الجاني كما ذكرنا، وإن لم يكن ارش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد. ويحتمل أن تحمل الدية كلها العاقلة في المسئلتين لان

المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق الف دينار » رواه النسائي وروى ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر الفا، رواه أبو داود وابن ماجة وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب الف دينار، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال: ألا ان الابل قد غلت قال فقوم على أهل الذهب الف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر الفاً وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء الفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الحلل روايتان)

(احداهما) ليست أصلا لقول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل. (والثانية) أنها أصل لما ذكرنا من قول عمر حين قام خطيباً فجعل على أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وهذا كان بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وكل حلة بردان

﴿ مسئلة ﴾ (وعن أحمد رحمه الله أن الابل هي الاصل خاصة)

وهذا ظاهر كلام الخرقي وذكرها أبو الخطاب عن أحمد وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر لقول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط مائة من الابل » ولان النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل ولانه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعينا كعوض الاموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلا

الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسئلة الاولى إذا كان عمداً ويحتمل أن لاتحمل العاقلة شيئا لان الارش انما يستقر باندمال الجرح أو سرايته

(فصل) إذا تزوج عبد معتقة فأولدها اولاداً فولاؤهم لمولى امهم وا ـ جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصبته ووارثه فان أعتق ابوه ثم سرت الجناية او رمى بسهم فلم يقع السهم حتى اعتق ابوه لم يحمل عقله أحد لان موالي الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالي الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون ارش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ماقلنا في المسئلة التي قبلها

(فصل) وإن جنى الرجل على نفسه خطأ او على اطرافه ففيه روايتان . قال القاضي اظهرهما ان على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه او ارش جرحه لنفسه إذا كان اكثر من الثلث وهذا قول الاوزاعي وإسحاق لما روي إن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هي يد من ايدي المسلمين لم يصبها اعتداء على احد ولم نعرف له مخالفاً في عصره ولانها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلته كما لو قتل غيره . فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء لانه لايجب للانسان شيء على نفسه وان كان بعضهم وارثاً سقط عنه مايقابل نصيبه وعليه مازاد على نصيبه وله ما بقي ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه

من الابل وانما الخلاف في كونها أصلا وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الاصل الابل فان ايجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الابل ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن ايجابها تقويما للابل ، ولا كان لغلاء الابل أثر في ذلك ولا لذكره معنى . وقد روي أنه كان يقوم الابل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل ان دية الذمي أربعة آلاف وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف

(فصل) اذا قلنا إن الاصول خمسة فان قدرها ما ذكرنا في المسئلة في أول الباب ولم يختلف القائلون بهذه الاصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق فان الثوري وأبا حنيفة قالوا : قدرها من الورق عشرة آلاف ، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ولان الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتا درهم وبما ذكرناه قال الحسن وعروة مالك والشافعي في قول وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولان الدينار معدول باثني عشر درهما بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير دينارين أو اثني عشر درهما وهذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة لانه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر

(والرواية الثانية) جنايته هدر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وهي اصح لان عامر بن الاكوع بارز مرحباً يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يبلغنا ان النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبي ﷺ . ولانه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد ولان وجوب الدية على العاقلة انما كان مواساة للجاني وتخفيفاً عنه وليس على الجاني ههنا شيء يحتاج إلى الاعانة والمواساة فيه فلا وجه لايجابه . ويفارق هذا ما اذا كانت الجناية على غيره فانه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها . فأما ان كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ؟ على وجهين (أحدهما) هي كالخطأ لانها تساويه فيما اذا كانت على غيره (والثاني) لا تحمله العاقلة لانه لاعذر له فأشبه العمد المحض

(فصل) وأما خطأ الامام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف اذا كان مما تحمله العاقلة وما حصل باجتهاده ففيه روايتان (إحداهما) على عاقلته أيضا لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فاجهضت جنينها فقال عمر لعلي عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك ولانه جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره (والثانية) هو في بيت المال وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي حنيفة وإسحاق لان الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده فايجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ولانه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته في مال الله سبحانه وللشافعي قولان كالروايتين

كما أن السائمة من بهيمة الانعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره قال ابن عبد البر: ليس في جعل الدية عشرة آلاف عن النبي ﷺ حديث مرسل ولا مسند وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه

(مسئلة) (وإذا قلنا ان الابل هي الاصل خاصة فعلى من عليه الدية تسليمها الى مستحقها سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه)

لان الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المتلفات المثلية ، وان اعوزت الابل أو لم توجد الا بأكثر من ثمن المثل فله العدول الى الف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي في القديم وقال في الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الابل ولان ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته عند تعذره كذوات الامثال ولان الابل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها فينبغي أن تجب ، وان كثرت قيمتها كالدنانير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن يقول إذا غلت الابل كلها فأما ان كانت الابل موجودة بثمن مثلها الا أن هذا لم يجدها لكونها في غير بلده فان عمر قوم الدية من الدراهم باثني عشر ألفا ومن الذهب ألف دينار

(مسئلة) (فان كان القتل عمدا أو شبه عمد وجبت أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس

« مسألة » قال (وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فان كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته)

هذا في الجناية التي تؤدي بالمال اما لكونها لا توجب الا المال واما لكونها موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال فان جناية العبد تتعلق برقبته اذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده. أو لا يجب شيء ولا يمكن الغاؤها لانها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر ولان جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى، ولا يمكن تعلقها بذمته لانه يفضي إلى الغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لانه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد ولان الضمان موجب جنايته فتتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون او أكثر فان كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته او يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وإسحاق، وروي ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد لانه إن دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وان سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به، ولان حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها، وإن طالب المجني عليه بتسليمه اليه وأبى ذلك سيده

وعشرون لبون بنت وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها)

اختلفت الرواية عن أحمد في مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع وكذلك ذكره الخرقي وهو قول الزهري وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها، وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة رضي الله عنهم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « من قتل مؤمناً متعمداً دفع الى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وان شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة » وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها » رواه الامام أحمد وأبو داود وعن عمرو بن شعيب ان رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك في الموطأ. ووجه الاول ماروى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنت لبون وخمساً وعشرين بنت مخاض

لم يجبر عليه لما ذكرنا وان دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله وقال بعه وادفع الي ثمنه فهل يلزم السيد ذلك؟ على روايتين . وأما ان كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان (احداهما) ان سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو ارش جنايته وبين أن يسلمه لانه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فان حق المجني عليه لا يزيد على العبد فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته

(والرواية ثانية) يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بارش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لانه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فاذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين . ووجه الرواية الاولى ان الشرع قد جعل له فداءه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

(فصل) فان كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك لانه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى . ولانه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر ولانه إذا عفي عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجاني جناية موجبة للمال . وفيه رواية أخرى انه يملكه لانه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه

(فصل) قال أبو طالب سمعت أبا عبدالله يقول إذا امر غلامه فجنى فعليه ما جنى وان كان أكثر من ثمنه ان قطع يد حر فعليه دية يد الحر وان كان ثمنه أقل . وان امره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه

ولانه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والاضحية والخلفة الحامل وقول النبي ﷺ « في بطونها أولادها » تأكيد وهل يعتبر في الخلفات كونها ثنايا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يعتبر لان النبي ﷺ أطلق الخلفات ولم يقيدها فأي ناقة حملت فهي خلفة تجزىء في الدية واعتبار السن تقييد لا يصار اليه إلا بدليل (والثاني) يشترط لان في بعض الفاظ الحديث « أربعون خلفة ما بين ثنية عامها إلى بازل » ولان سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الاول والثنية التي لها خمس سنين ودخلت السادسة وقلما تحمل الاثنية ولو أحضرها خلفة سقطت قبل قبضها فعليه بدلها

(فصل) فان اختلفا في حملها رجع إلى أهل الخبرة كما يرجع إلى حمل المرأة في القوابل وان تسلمها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها فقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الظاهر إصابتهم وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل

(مسألة) (وان كان القتل خطأ وجبت اخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)

لا يختلف المذهب ان دية الخطأ أخماس كما ذكرنا وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبدالعزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي

قيمة جنايته . وان كانت اكثر من ثمنه لانه بأمره، وكان علي وأبو هريرة يقولان إذا أمر عبده أن يقتل فانما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد . وقال احمد حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاس ان علياً قال إذا أمر الرجل عبده فقتل انما هو كسوطه او كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولانه فوت شيئاً بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره

(فصل) فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض فالجاني بين أولياء الجنايات بالحصص وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي . وروي عن شريح انه قال يقضى به لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة لانها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجناية على المملوك الذي لم يجن وقال شريح في عبد شج رجلا ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الاول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع الى الثالث الا أن يفديه الأوسط

ولنا انهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الاول أولى لان حقه أسبق، ولا يصح القياس على الملك فان حق المجني عليه أقوى بدليل انهما لو وجدا دفعة واحدة قدم حق المجني عليه، ولان حق المجني عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فافترقا

(فصل) وان اعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ماتعلق به من الارش لانه اتلف محل الجناية

هي أخماس إلا انهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود قال الخطابي روي أن النبي ﷺ ودى الذي قتل بخيبر بمائة من أبل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض، وروي عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي وإسحاق أنها أرباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض، قال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشر بني لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قضى ان من قتل خطأ فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بني لبون ذكور، رواه أبو داود وابن ماجه، وقال أبو ثور الديات كلها اخماس كدية الخطأ لانها بدل متلف فلا يختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه ان دية العمد مغلظة ودية شبه الخطأ والعمد اخماس لان شبه العمد تحمله العاقلة فكان اخماساً كدية الخطأ

ولنا ماروى عبدالله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنت لبون » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه. ولان ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب ولان موجبهما واحد فيصير كانه أوجب أربعين ابنة مخاض، ولان ما قلناه الاقل والزيادة

على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله، وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما اذا اختار امساكه بعد الجناية لانه امتنع من تسليمه باعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن احمد انه ان أعتقه عالماً بجنايته فعليه الدية يعني دية المقتول وان لم يكن عالما بجنايته فعليه قيمة العبد وذلك لانه اذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما اذا لم يعلم فانه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه اكثر من قيمة مافوته

(فصل) فان باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فان كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الاول وان لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعاقلة العمومة وأولادهم وان سفلوا في احدى الروايتين عن ابي عبدالله، والرواية الاخرى الاب والابن والاخوة وكل العصبة من العاقلة)

العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية تسمى عقلا لانها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل انما سميت العاقلة لانهم يمنعون عن القاتل والعقل المنع ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لانه يمنع من الاقدام على المضار، ولا خلاف بين اهل العلم في ان العاقلة العصبات وان غيرهم من الاخوة من الام وسائر ذوي الارحام

عليه لاتثبت إلا بتوقيف على من ادعاه الدليل، فاما قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لأنهم لم يدعوا القتل إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي من اسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ، وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

(مسئلة) (ويؤخذ في البقر النصف مسنات والنصف أتبعة وفي الغنم النصف ثنايا والنصف اجذعة إذا كانت الغنم ضأنا)لان دية الابل من الاسنان المقدرة في الزكاة فكذلك للبقر والغنم

(مسئلة) (ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك اذا كان سليما من العيوب وقال أبو الخطاب تعتبر ان تكون القيمة لكل بعير مائة وعشرين درهما، وظاهر هذا أنه يعتبر في الأصول كلها ان تبلغ دية من الأثمان والاول أولى)

الصحيح أنه لاتعتبر قيمة الابل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها وهو ظاهر كلام الخرقي وسواء قلت قيمتها أو كثرت وهو ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا ان مذهب أحمد ان تؤخذ مائة من الابل قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فان لم يقدر على ذلك ادى اثني عشر الف درهم أو الف دينار لان عمر قوم الابل على أهل الذهب الف مثقال وعلى أهل الورق اثني عشر الف درهم فدل على ان ذلك قيمتها ولان هذه أبدال محل واحد فيجب ان تتساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات

والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا وعن احمد في ذلك روايتان (احداهما) كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه واخوته وعمومته وأبناؤهم .وهذا اختيار ابي بكر والشريف ابي جعفر وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ ان عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً الا ما فضل عن ورثتها وان قتلت فعقلها بين ورثتها . رواه ابو داود ولانهم عصبة فأشبهوا الاخوة ، يحققه ان العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ولان العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الاقرب فالاقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا اولى بتحمل عقله

(والرواية الثانية) ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة وهو قول الشافعي لما روى ابو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى فقتلتها فاختصموا الى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه .وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة . رواه ابو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر بن عبدالله قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ «ميراثها لزوجها وولدها» رواه ابو داود

اذا ثبت هذا في الاولاد قسنا عليه الوالد لانه في معناه ولان مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل

ولنا قول النبي ﷺ « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا مطلق فتقييده يخالف اطلاقه فلم يجب الا بدليل ولانها كانت تؤخذ على عهد النبي ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف، وقول عمر في حديثه ان الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر الفاً دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك وقد كانت تؤخذ في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فايجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولان النبي ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ وأجمع عليه أهل العلم، واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما وجمع بين ما فرق الشارع وازالة التخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ لان اعتبار ابنة مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جدا فيكون تغليظا لدية الخطأ وتخفيفا لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع وورد به، ولان العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد رسول الله ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر فيها ذلك لنقل ولم يجز الاخلال به لان ما ورد الشرع به مطلقاً انما يحمل على العرف والعادة فاذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وايضاحه لئلا يكون تلبيسا في الشريعة وإيهامهم ان حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) فكيف يحمل قولهم على الالباس والالغاز هذا لايحل ثم لو حمل الامر على ذلك لكان ذكر الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو لكون

شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الانفاق على الآخر اذا كان محتاجا والآخر موسراً وعتق عليه اذا ملكه فلا تجب في ماله دية كما لم يجب في مال القاتل. وظاهر كلام الخرقي ان في الاخوة روايتين كالولد والوالد، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا اعلم فيه عن غيرهم خلافا

(فصل) فان كان الولد ابن ابن عم او كان الوالد والد[1] مولى او عصبة مولى فانه يعقل في ظاهر كلام احمد قاله القاضي. وقال أصحاب الشافعي لا يعقل لانه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك

ولنا انه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فاذا وجد مع ما لا يثبت به الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه مع القرابة الاخرى بدليل انه يلي نكاحها مع ان الابن لا يلي النكاح عندهم

(فصل) وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانهم عصبة يرثون المال اذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبي ﷺ قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها، ولان الموالى من العصبات فأشبهوا المناسبين

[1] في نسخة أو كان الولد أو الوالد

اختلاف أسنانها مظنة لاختلاف القيم فاقيم مقامه ولان الابل الاصل في الدية فلا يعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق، ولانها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالابل في السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل كانت تؤخذ قبل ان تغلو ويقومها عمر وقيمتها أكثر من اثنى عشر الفا وقد قيل ان قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر دية الكتابي اربعة آلاف، وقولهم انها أبدال محل واحد فلنا ان نمنع ونقول البدل انما هو الابل وغيرها معتبر بها وان سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فانه لا يعتبر تساويهما، وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم، وأما بدل القرض والمتلف فانما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب الا عند العجز عنه بخلاف مسئلتنا، فان قيل فهذا حجة عليكم لقولكم ان الابل هي الاصل وغيرها بدل عنها فيجب ان يساويها كالمثل والقيمة، قلنا اذا ثبت لنا هذا ينبغي ان يقوم غيرها بها ولا نقوم هي بغيرها لان البدل يتبع الاصل ولا يتبع الاصل البدل على انا نقول إنما صيرالى التقدير بهذا لان عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير اليه كيلا يؤدي الى التنازع والاختلاف في قيمة الابل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الاصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الابل مع وجودها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المقرض فاعتبر كل واحد من بدليه به والمالية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته، وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاء والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من

(فصل) ولا يدخل في العقل من ليس بعصبة ولا يعقل المولى من اسفل وبه قال ابو حنيفة وأصحاب مالك . وقال الشافعي في أحد قوليه يعقل لانهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالاخوين . ولنا انه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي . وماذكروه يبطل بالذكر مع الانثى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على ان يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لاعشيرة له ينضم الى عشيرة فيعد نفسه معهم وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم . ولنا انه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح

(فصل) ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يتحملون جميع الدية فان عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين . ولنا ان النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة[1] ولانه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ أولى من قضاء عمر ، على انه ان صح ماذكر عنه فيحتمل انهم كانوا عشيرة القاتل

(١) في نسخة على عصبة العاقلة

كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوى الابدال كلها .

(مسئلة) (ويؤخذ في الحلل المتعارف من ذلك باليمن)

وهي مائتا حلة كل حلة بردان فتكون أربعمائة بردة ، فان تنازعا جعلت قيمة كل حلة ستين درهما ليبلغ قيمة الجميع اثني عشر الف درهم .

(فصل) ولا يقبل في الابل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لان وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة فاذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي أخذ من كل واحد من جنس ما عنده وان كان عندواحد صنفان ففيه وجهان (أحدهما) يؤخذ من كل صنف بقسطه (والثاني) يؤخذ من الاكثر فان استويا دفع من أيهما شاء فان دفع من غير ابله خيرا من ابله أو مثلها جاز كما لو أخرج في الزكاة خيرا من الواجب، وان كان ادون لم يقبل الا أن يرضى المستحق، وان لم يكن له ابل فمن غالب ابل البلد فان لم يكن في البلد ابل وجبت من غالب ابل أقرب البلاد اليه فان كانت ابله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من صنف ما عنده لانه بدل متلف فلا يؤخذ فيه معيب كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم

(فصل) ويشترك في العقل الحاضر والغائب وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وانما هي بين الحاضرين ولان في قسمته على الجميع مشقة ، وعن الشافعي كالمذهبين ولنا الخبر وانهم استووا في التعصيب والارث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ، ولانه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية

(فصل) ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالاقرب يقسم على الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك ابداً حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الاقرب فالاقرب كالميراث سواء ، وإن قلنا للآباء والابناء من العاقلة بدىء بهم لانهم أقرب، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم لانه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح ، وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالاب ؟ على وجهين (أحدهما) يقدم لانه يقدم في الميراث فقدم في العقل كتقديم الاخ على ابنه (والثاني) يستويان لان ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم في التعصيب ،والاول أولى ان شاء الله تعالى لان قرابة الام تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لان القرابتين تنقسم الى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إن كان أخا من أم فانه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا مفردا يرث السدس بالاخوة ويرث بالتعصيب

ولنا قول النبي ﷺ في النفس المؤمنة مائة من الابل أطلق الابل فمن قيدها احتاج الى دليل ولانها بدل متلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات ، ولانها حق ليس سببه المال فلم يعتبر فيه كونه من جنس ماله كالسلم فيه والقرض ولان المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فانها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الاغنياء فيما أنعم الله عليهم به فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله وقولهم انها مواساة لا يصح وانما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف ، وانما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا تجب من جنس أموالهم اذا لم يكونوا ذوي ابل والواجب بجنايته ابل ،طلقة فتواسيه في تحملها ولانها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

(فصل) ودية المرأة نصف دية الرجل، إذا كانت المرأة حرة مسلمة فديتها نصف دية الحر المسلم أجمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وحكى غيرهما عن ابن علية والاصم أنهما قالا ديتها كدية الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا قول شاذ يخالف اجماع الصحابة وسنة النبي ﷺ فان في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وهو أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له

﴿ مسئلة ﴾ (وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى ثلث الدية فاذا زادت صارت على النصف)

ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الاخرى فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ من أم على غيره ، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الاخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره وبما ذكرناه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لان النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة

ولنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الاقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لاننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك

(فصل) ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وان كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل فان قريشا وان كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الادنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد؟ لكن ان كان من فخذ واحد يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف للعلم بانه متحمل على أي وجه كان وان لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال ، لان المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث بمعنى أنه

روي هذا عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة والزهري وقتادة وربيعة ومالك قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكي عن الشافعي في القديم وقال الحسن يستويان الى النصف ، وروي عن علي رضي الله عنه أنها على النصف فيما قل أو أكثر ، وروي ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في ظاهر مذهبه. واختاره ابن المنذر لانهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ولانها جناية لها ارش فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد ، وروي عن ابن مسعود أنه قال تعاقل المرأة الرجل الى نصف عشر الدية فاذا زاد علي ذلك فهي علي النصف كأنها تساويه في الموضحة ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ما سواه قال ربيعة قلت لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة؟ قال عشر قلت ففي أصبعين قال عشرون قلت ففي ثلاث أصابع؟ قال ثلاثون قلت ففي أربع قال عشرون قال فقلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال هكذا السنة يا ابن أخي وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ رواه سعيد ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم اذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك الا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولان ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والانثى بدليل الجنين فانه يستوي فيه دية الذكر والانثى، فأما الثلث

يؤخذ ميراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه وان وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال كذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لاتكلف من المال مايجحف بها ويشق عليها لانه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة، ولانه لو كان الاجحاف مشروعا كان الجاني أحق به لانه موجب جنايته وجزاء فعله فاذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى، واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون على قدر مايطيقون، فعلى هذا لايتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك ، لان التقدير لايثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لانه أقل مال يتقدر في الزكاة فكان معتبراً بها . ويجب على المتوسط ربع مثقال لان مادون ذلك تافه لكون اليد لاتقطع فيه وقد قالت عائشة رضي الله عنها لاتقطع اليد في الشيء التافه وما دون ربع دينار لاقطع فيه وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة أكثر مايجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لاقله حد ، لان ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة، قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك ؛ والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار اليه بتوقيف ولا

نفسه نفيه روايتان (احداهما) يستويان فيه لانه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به (والثانية) يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية ويجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولان الثلث في حد الكثرة لقوله عليه الصلاة والسلام « والثلث كثير » ولان العاقلة تحمله فدل على أنه مخالف لما دونه ، فأما دية نساء سائر أهل الاديان فقال أصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهم الى الثلث لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولان الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل الى ثلث دية الرجل المسلم لانه القدر الكثير الذي ثبت له التنصيف في الاصل وهو دية وهكذا ارش جراحة المسلمين

(مسئلة) (ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وذلك ثلاثة أرباع دية الذكر لانه يحتمل الذكورية والانوثية)

وهذا قول أصحاب الرأي وعند الشافعي الواجب دية أنثى لانها اليقين فلا يجب الزائد بالشك

ولنا أنه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين

توقيف فيه وانه يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه ، فقال بعضهم يتكرر الواجب في الاعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على الغني دينارا و نصفاً وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار لانه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم لايتكرر لان في إيجاب زيادة على النصف ايجابا لزيادة على أقل الزكاة فيكون مضراً ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لانه حال الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة وان اجتمع من عدد العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل انسان على حسب مايراه وان قل وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ماعلى الغني ويعم بذلك جميعهم وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير الى الشيء التافه ولانه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لان مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لايخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فمن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما

(فصل) ويقاد به الذكر والانثى لانهما لايختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما فأما جراحه فان كانت دون الثلث استوى الذكر والانثى لان أدنى حاليه أن يكون امرأة وهي تساوي الذكر على ما بينا وفيما زاد ثلاثة أرباع حر ذكر

(فصل) ودية الكتابي نصف دية المسلم إذا كان حرا ونساؤهم على النصف من دياتهم هذا ظاهر المذهب وهو قول عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب وعنه أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فروى عنه صالح أنه قال : كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه ، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي واسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف» وروي أن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم

وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة : ديته كدية المسلم ، وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم ، وقال ابن عبد البر هو قول سعيد بن المسيب والزهري

لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الايجاب ، وان خصه بالتحكم أفضى الى انه يخير بين ان يوجب على انسان شيئاً بشهوته من غير دليل وبين ان لا يوجب عليه ولا نظيره وربما ارتشى من بعضهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لايؤدي شيئاً مع التساوي من كل الوجوه .

(فصل) ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لانعلم في هذا خلافا لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فاشبه الزكاة وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لأنه خرج عن اهلية الوجوب فأشبه مالو مات قبل الحول .

ولنا انه حق تدخله النيابة لايملك اسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ماقبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لانه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبياً فبلغ أو مجنوناً فأفاق عند الحول وجب عليه كذلك ويحتمل أن لايجب لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر اذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال « دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم » ولان الله سبحانه ذكر في كتابه دية المسلم وقال (ودية مسلمة إلى أهله) وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولانه حر ذكر معصوم فتكمل ديته كالمسلم

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قضى أن عقل اهل الكتاب نصف عقل المسلمين رواه الامام أحمد وفي لفظ دية المعاهد نصف دية الحر قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا ولا بأس باسناده وقد قال به أحمد وقول رسول الله ﷺ أولى . فأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن والظاهر أنه ليس بصحيح وحديث عمر انما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح يزيل الاشكال وفيه جمع للاحاديث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدما على قول عمر وغيره بغير اشكال فقد كان عمر رضي الله عنه اذا بلغه عن النبي ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لاحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ ، وأما ما احتج به الآخرون فان الصحيح من حديث عمرو بن شعيب مارويناه أخرجه الائمة في كتبهم دون ماروه ، وأما مارووه من قول الصحابة فقد روي عنهم خلافه فيحمل قولهم في ايجاب الدية

﴿مسألة﴾ قال (وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية)

أكثر أهل العلم على أنه لامدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لايعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لايلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل وذكره ابو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الاول لان تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة، ولانها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لاجناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له مالا يقدر عليه ولأننا أجمعنا على انه لايكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لايكون له شيء أصلا.

وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لان فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة

(فصل) ويعقل المريض اذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ اذا لم يبلغ حد الهرم لانهما من أهل النصرة والمواساة وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان

كاملة على سبيل التغليظ . قال أحمد انما غلظ عثمان الدية عليه لانه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية، ومثل هذا ماروي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال عمر لحاطب : اني أراك تجيعهم لاغرمنك غرماً يشق عليك فغرمه مثلي قيمتها .

﴿ مسألة ﴾ (وجراحاتهم على النصف من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم قياساً عليهم)

قال الاثرم قيل لابي عبد الله جني على مجوسي في عينه وفي يده؟ قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده؟ قال بالنصف من ديته

﴿ مسألة ﴾ (ونساؤهم على النصف من دياتهم)

لا نعلم في هذا خلافاً قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولانه لما كان دية نساء المسلمين على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب قياساً عليهم.

﴿ مسألة ﴾ (ودية المجوسي والوثني ثمان مائة درهم)

ذهب أكثر أهل العلم في دية المجوسي قال أحمد ما أقل من اختلف في دية المجوسي وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي واسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي : ديته كدية المسلم لانه آدمي حر معصوم فأشبه المسلم

(أحدهما) لايعقلان لانهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لايجب عليهما الجهاد ولا يقتلان اذا كانا من أهل الحرب وكذلك يخرج في الاعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى

(والثاني) يعقلون لانهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا ينتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال فان لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدهما) أن من لاعاقلة له هل يؤدي من بيت المال أو لا ؟ فيه روايتان : (احداهما) يؤدى عنه وهو مذهب الزهري والشافعي لان النبي ﷺ ودى الانصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال ، وروي أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر ياأمير المؤمنين لايطل دم امرىء مسلم فأدى ديته من بيت المال ولان المسلمين يرثون من لاوارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه

(والثانية) لايجب ذلك لان بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لايجب عليهم ولان العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فكان اجماعا وقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يعني في اخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لاتحل لنا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا بالكتابي لنقصان ديته وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل وسواء كان المجوسي ذميا أو مستأمنا لانه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم وجراح كل واحد معتبرة من ديته كالمسلم

﴿ مسألة ﴾ (فأما عبدة الاوثان وسائر من ليس له كتاب كالترك ومن عبد مااستحسن فلا ذمة لهم وإنما تحقن دماؤهم بالامان)فاذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي لانها أقل الديات فلا ينقص عنها ولانه كافر ذو عهد لا تحل منا كحته فأشبه المجوسي

﴿ مسألة ﴾ (ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه)

من لم تبلغه الدعوة من الكفار ان وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير ان يعطى امانا فلا ضمان فيه لانه لا عهد له ولا ايمان فاشبه امرأة الحربي وابنه الصغير وإنما حرم قتله لتبلغه الدعوة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو الخطاب ان كان ذادين فديته دية أهل دينه وهو مذهب الشافعي لانه محقون الدم أشبه من له امان والاول أولى فان هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم

كعصبة هذا . فأما قتيل الانصار فغير لازم لان ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وانما النبي ﷺ تفضل عليهم وقولهم انهم يرثونه قلنا ليس صرفه الى بيت المال ميراثاً بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم لا يجب العقل على الوارث اذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الاولى اذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة أو في ثلاث سنين؟ على وجهين (أحدهما) في ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة (والثاني) يؤدى دفعة واحدة وهذا أصح لان النبي ﷺ أدى دية الانصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولان الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر بدل المتلفات وانما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع

(الفصل الثاني) اذا لم يمكن الاخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا أحد قولي الشافعي لان الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل انه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فان الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد ويتخرج ان تجب الدية على

ولانه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان فاما ان كان له عهد ففيه دية أهل دينه فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لانه اليقين والزيادة مشكوك فيها

(فصل) ودية العبد والامة قيمتهما بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر أجمع أهل العلم على ان في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته فان بلغت قيمته دية أو زادت عليها فذهب أحمد رحمه الله في المشهور عنه الى ان فيه قيمته بالغة ما بلغت عمداً كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز واياس بن معاوية والزهري ومكحول ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة ومحمد لا يبلغ به دية الحر وحكاها أبو الخطاب رواية عن أحمد وقال أبو حنيفة ينقص عن دية الحر ديناراً وعشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق هذا اذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد مثل ان يغصب عبداً فيموت في يده فان قيمته تجب وان زادت على دية الحر واحتجوا بانه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لان الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو اشرف لخلوه عن نقص الرق كان تنبيهاً على ان العبد المنقوص لا يزاد عليها فتجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه ما لم يزد على الدية فان زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كارش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ما لم يزد على ارش الموضحة فنرده اليها

القاتل اذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله (ودية مسلمة إلى أهله)ولان قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فاذا لم يؤخذ ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولان الامر دائر بين ان يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف لايجوز الاول لان فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني ولان اهدار الدم المضمون لانظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر فان المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله والذمي الذي لاعاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهما ثم أسلم او كان مسلماً فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه ثم أصاب بسهم انسانا فقتله كانت الدية في ماله لتعذر حمل عاقلته عقله كذلك ههنا فنحرر منه قياساً فنقول : قتيل معصوم في دار الاسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة وهذا أولى من اهدار دماء الاحرار في أغلب الاحوال فانه لايكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل إلى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء ويفوت حكم إيجاب الدية ، وقولهم إن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع وانما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه ، وان سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم اما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ماذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل ان تعذر حمل جميعها أو باقيها ان حملت العاقلة بعضها والله أعلم

ولنا انه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة مابلغت كالفرس اومضمون بقيمته فكانت جميع القيمة مضمونة كالمضمون باليد ويخالف الحر فانه ليس مضمونا بالقيمة وانما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه ولان ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا

(فصل) ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد قال الخطابي أجمع عوام الفقهاء على ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه الا ابراهيم النخعي فانه قال في المكاتب يودى بقدر ماأدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه وقد روى أبو داود في سننه والامام احمد في مسنده حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبي عبد الله قال حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في المكاتب يقتل أنه يودى ماأدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وقال الخطابي إذا صح الحديث وجب القول به اذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه

﴿مسألة﴾ (وفي جراحه ان لم يكن مقدرا في الحر مانقصه بعد التئام الجرح كسائر الاموال وان كان مقدراً في الحر فهو مقدر في العبد من قيمته ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وعنه انه يضمن بما نقص اختاره الخلال وجملة ذلك ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبرا لما فات بالجناية ولا تجبر الا بإيجاب مانقص

«مسألة» (قال ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب ، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فان صالحا روى عنه أنه قال كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه ، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال « دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف» وروي عن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم، وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة ديته كدية المسلم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم ، وقال ابن عبد البر: وهو قول سعيد بن المسيب والزهري لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم » ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم فقال (ودية مسلمة إلى أهله) وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم

من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لان حق المجني عليه قد انجبر فلا تجب له زيادة على مافوته الجاني عليه هذا هو الاصل ولا نعلم فيه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي فان كان الفائت بالجناية مؤقتا في الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان (إحداهما) ان فيه أيضاً مانقصه بالغا ما بلغ وذكر أبو الخطاب أنه اختيار الخلال وروى الميموني عن أحمد أنه قال انما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس وروي هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لان ضمانه ضمان الاموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم ولان ما ضمن بالقيمة بالغا ما بلغ ضمن نقصه بما نقص كسائر الاموال ولان مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان نفسه بالدية المؤقتة ففي الوقت يبقى فيهما على مقتضى الدليل والرواية الاخرى ان ماكان موقتا في الحر فهو موقت في العبد من قيمته ففي يده أو عينه أو شفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين اوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه وروي هذا عن علي رضي الله عنه وروي نحوه عن سعيد بن المسيب وبه قال ابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشافعي والثوري قال أحمد هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون ما اصيب به العبد فهو على مانقص من قيمته والظاهر ان هذا لو كان قول علي لما احتج احمد إلا به دون غيره الا ان ابا حنيفة والثوري قالا ما أوجب الدية من الحر

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قضى ان عقل الكتابي نصف عقل المسلم رواه الامام أحمد ، وفي لفظ دية المعاهد نصف دية الحر قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ولا بأس باسناده ، وقد قال به احمد وقول رسول الله ﷺ أولى ولانه نقص مؤثر في الدية فأثر في تنصيفها كالانوثة ، وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ، والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فانما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ففيه جمع للاحاديث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدما على قول عمر وغيره بغير اشكال فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لاحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ؟ فاما مااحتج به الآخرون فان الصحيح من حديث عمرو بن شعيب مارويناه أخرجه الأئمة في كتبهم دون ماروه ، وأما ماروه من أقوال الصحابة فقد روي عنهم خلافه فنحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال احمد انما غلظ عثمان الدية عليه لانه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية

يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني وبين ان لايضمنه شيئا لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد وروي عن اياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمدا أو قلع عينه هو له وعليه ثمنه ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم يعرف له من الصحابة مخالف ولانه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر ولان أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الاربع عند مالك وماوجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه كالحر وعلى أبي حنيفة قول علي وان هذه الاعضاء فيها مقدر فوجب ذلك مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الاعضاء وقولهم انه اجتمع البدل والمبدل لواحد لا يصح لان القيمة ههنا بدل العضو واحدة والرواية الاولى اقيس وأولى ان شاء الله تعالى ولم يثبت ماروي عن علي وان ثبت فقد روي عن ابن عباس خلافه فلا يبقى حجة والقياس على الحر لايصح لانهم لم يسووا بينه وبين الحر فيما ليس فيه مقدر شرعي فانهم أوجبوا فيه مانقصه وان كان في عضو فيه مقدر شرعي فانهم اوجبوا فيه ما نقصه وان كان في عضو فيه مقدر كالجناية على الاصبع من غير قطع اذا نقصت قيمته العشر أو اكثر بخلاف الحر وقد ذكرنا دليل ذلك في صدر المسئلة

(فصل) والامة مثل العبد فيما ذكرنا وفيه من الخلاف مافيه الا أنها تشبه بالحرة ولاتفريع على الرواية الاولى فاما على الثانية فان بلغت قيمتها احتمل ان ترد الى النصف فيكون في ثلاثة أصابع ثلاثة

ومثل هذا ماروي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال لحاطب اني أراك تجيعهم لأغرمنك غرما يشق عليك فأغرمه مثلي قيمتها . فامادیات نسائهم فعلى النصف من دياتهم لانعلم في هذا خلافا ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولانه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم

(فصل) وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها كتغليظ ديات المسلمين . قال حرب قلت لابي عبد الله فان قتل ذمياً في الحرم قال يزاد أيضاعلى قدره كما يزاد على المسلم ، وقال الاثرم قيل لابي عبدالله جني على مجوسي في عينه وفي يده ، قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال بالنصف من ديته

﴿مسألة﴾ قال (فان قتلوا عمدا أضعفت الدية على قاتله المسلم لازالة القود)

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه هذا يروى عن عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه ان رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الف دينار فصار اليه

اعشار قيمتها وفي أربعة اصابع خمسها كما ان المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فاذا بلغت الثلث ردت إلى النصف والامة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كارش الحرة، ويحتمل أن لا ترد الى النصف لان ذلك في الحرة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كل مازاد نقصها وضررها زاد في ضمانها فاذا خولف في الحرة بقينا في الامة على وفق الاصل

﴿مسألة﴾ (ومن نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وكذلك في جراحه)

وجملة ذلك ان من نصفه حر إذا جنى عليه الحر فلا قود عليه لانه ناقص بالرق فاشبه مالو كان كله رقيقا وان كان قاتله عبداً اقيد منه لانه أكمل من الجاني ، وان كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما، وفي ذلك كله اذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمداً وان كان خطأ ففي ماله نصف قيمته لان العاقلة لاتحمل العبد والنصف على العاقلة لانها دية حر في الخطأ ، وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من ارشها يبلغ ثلث الدية مثل ان يقطع أنفه أو يديه وان قطع احدى يديه فالجميع على الجاني لان نصف دية اليد ربع ديته فلا تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث

﴿مسألة﴾ (وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه أو اذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملك السيد عنه وان قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمته مقطوع الذكر وملك سيده باق عليه)

احمد اتباعاً له وله نظائر في مذهبه فانه اوجب على الاعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه واوجب على سارق التمر مثلي قيمته حين درأ عنه القطع ، وهذا حكم النبي ﷺ في سارق التمر فيثبت مثله ههنا ، ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمي مسلما لم تضعف الدية عليه لان القصاص عليه واجب في الموضعين ، وجمهور أهل العلم على ان دية الذمي لا تضاعف بالعمد لعموم الاثر فيها ولانها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم أو كما لو كان القاتل ذميا ولا فرق في الدية بين الذمي وبين المستأمن لان كل واحد منهما كتابي معصوم الدم، وأما المرتد والحربي فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما

﴿ مسألة ﴾ قال (ودية المجوسي ثماني مائة درهم ونساؤهم على النصف)

وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد ما أقل ما اختلف في دية المجوسي ؟ وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي واسحاق ، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي ﷺ «سنوابهم سنة أهل الكتاب» وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم لانه آدمي حر معصوم فاشبه المسلم

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فكان اجماعا وقوله «سنوابهم سنة أهل الكتاب» يعني في أخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنا ، ولا

وفي ذلك اختلاف ذكرناه وعلى الرواية الاخرى يلزمه مانقص من قيمته ودليلها ماسبق

(فصل) ودية الجنين الحر المسلم إذا سقط ميتاً غرة عبد أو امة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا ذكراً كان أو انثى ، وهو نصف عشر الدية)

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالاضافة والصفة أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه قال مهلهل

كل قتيل في كليب غره حتى ينال القتل آل مره

وجملة ذلك ان في جنين الحرة المسلمة غرة هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر رضي الله عنه وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقد روي ان عمر استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة ، وعن أبي هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ ان دية جنينها عبد أو أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه ، والغرة عبد أو امة سميا بذلك لانهما من أنفس الاموال، والاصل في الغرة الخيار، فان قيل فقد روي في هذا الخبر «او فرس أو بغل» قلنا هذا لم يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل والحديث الصحيح انما فيه عبد اوامة

يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي لنقصان دينه وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة من دية الرجل وسواء كان المجوسي ذمياً او مستأمناً لأنه محقون الدم ونساؤهم على النصف من دياتهم باجماع وجراح كل واحد معتبرة من ديته ، وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لازالة القود نص عليه احمد قياساً على الكتابي

(فصل) فأما عبدة الاوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ومن عبد ما استحسن فلا دية[1] لهم وانما تحقن ماؤهم بالامان فاذا قتل من له امان منهم فديته دية مجوسي لانها أقل الديات فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لاتحل مناكحته فأشبه المجوسي

(فصل) ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير ان يعطى اماناً فلا ضمان فيه لأنه لاعهد له ولا ايمان فأشبه امرأة الحربي وابنه الصغير وانما حرم قتله ليبلغه الدعوة وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو الخطاب يضمن بما يضمن به أهل دينه وهو مذهب الشافعي لأنه محقون الدم أشبه من له أمان ، والاول اولى فان هذا ينتقض بصبيان اهل الحرب ومجانينهم ولأنه كافر لاعهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين . فأما اذا كان له عهد فله دية أهل دينه فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه

[1] في نسخة فلا ذمة لهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر اجمع اهل العلم على ان دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما

(فصل) وانما تجب الغرة إذا سقط من الضربة، ويعلم ذلك بان يسقط عقيب الضرب أو تبقى متألمة إلى ان يسقط ،ولو قتل حاملا ولم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة واذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وحكي عن الزهري ان عليه غرة لان الظاهر أنه قتل الجنين فوجبت الغرة كما لو اسقطت

ولنا انه لايثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لايصح لهوصية ولا ميراث ولان الحركة يجوز ان تكون لريح في البطن سكنت فلا يجب الضمان بالشك، واما إذا القته ميتا فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء القته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة ان القته بعد موتها لم يضمنه لانه يجري مجرى اعضائها وبموتها سقط حكم اعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه كما لو سقط في حياتها ولانه لو سقط حياً ضمنه فكذلك إذا سقط ميتاً كما لو أسقطته في حياتها، وما ذكروه غير صحيح لانه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كاعضائها ولانه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حياً، فان ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة وبه قال الشافعي ، وقال مالك وابن المنذر لاتجب

عن ابن علية والاصم انهما قالا ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا قول شاذ يخالف اجماع الصحابة وسنة النبي ﷺ فان في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وهي أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ماذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ماقدمنا في موضعه

﴿ مسألة ﴾ قال (وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى ثلث الدية فان جاوز الثلث فعلى النصف)

روي هذا عن عمر وابن عمر وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة ابن الزبير والزهري وقتادة والاعرج وربيعة ومالك، قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة ، وحكي عن الشافعي في القديم وقال الحسن يستويان إلى النصف ، وروي عن علي رضي الله عنه انها على النصف فيما قل وكثر وروي ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعي في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر لانهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ، ولانها جناية لها ارش

حتى تلقيه لان النبي ﷺ إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً فأشبه مالو لم يظهر منه شيء .

ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه، ويفارق مالو لم يظهر منه شيء فانه لم يتيقن قتله ولا وجوده وكذلك إن ألقت يدا أو رجلا أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمي تجب الغرة لانا تيقنا أنه من جنين ، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لان ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لان الاصل براءة الذمة ولذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فان أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لانه لا يعلم أنه جنين ، وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة ، وإن شهدن أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان (أصحهما) لا شيء فيه لانه لم يتصور فلم يجب فيه شيء كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك (والثاني) فيه غرة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالمضغة والعلقة

(فصل) والغرة عبد أو أمة وهو قول أكثر أهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس لان الغرة اسم لذلك وقد جاء في حديث أبي هريرة قال : قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة أو أمة أو فرس أو بغل، وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لانه روي في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل في ولدها مائة شاة رواه أبو داود ، وروي عن عبد الملك

مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد وروي عن ابن مسعود أنه قال تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية فاذا زاد على ذلك فهي على النصف لانها تساويه في الموضحة

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ماسواه . وقال ربيعة قلت لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال عشر ، قلت ففي أصبعين ؟ قال عشرون ، قلت ففي ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت ففي أربع ؟ قال عشرون قال قلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال هكذا السنة ياابن أخي وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ رواه سعيد بن منصور ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك الا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولأن مادون الثلث يستوي فيه الذكر والانثى بدليل الجنين فانه يستوي فيه الذكر والانثى، فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين

(احداهما) يستويان فيه لأنه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به ، وروي أنهما يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولان الثلث في حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثلث والثلث كثير »

(فصل) فأما دية نساء سائر أهل الاديان فقال أصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث

ابن مروان أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارا فاذا كان مضغة فأربعين فاذا كان عظما فستين فاذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين فان تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار، وقال قتادة إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثي غرة

ولنا قضاء رسول الله ﷺ في املاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خالفها، وذكر الفرس والبغل وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة وهو متروك في البغل بغير خلاف فكذلك في الفرس والحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه وهو متفق عليه وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت إلى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع وكذلك قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولهما. إذا ثبت هذا فانه يلزمه الغرة فان أراد دفع بدلها ورضي المدفوع اليه جاز لانه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لان الحق لهما فلا يقبل بدلها الا برضاهما

(فصل) وقيمة الغرة خمس من الابل وذلك نصف عشر الدية روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما ، وبه قال النخعي والشعبي وربيعة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ولان ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات وهو ارش موضحة ودية السن فرددناه اليه، فان قيل فقد وجب في

لعموم قوله عليه السلام « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولان الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين، ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل الى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذي يثبت فيه التنصيف في الاصل وهو دية المسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودية العبد والامة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك)

قد تقدم شرح هذه المسئلة فيما مضى ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد قال الخطابي اجمع عوام الفقهاء على ان المكاتب عبد مابقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه الا ابراهيم النخعي فانه قال في المكاتب يؤدي بقدر مادى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد، وروي فى ذلك شيء عن علي رضي الله عنه وقد روى ابو داود في سننه والامام أحمد في مسنده قال حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبي عبد الله قال حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال : قضى رسول الله ﷺ في المكاتب يقتل انه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد . قال الخطابي واذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخا او معارضاً بما هو أولى منه

الأعلة ثلاثة أبعرة وثلث ذلك دون ما ذكروه قلنا الذي نص عليه صاحب الشريعة صلى الله عليه وسلم ارش الموضحة وهو خمس من الابل ، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم ، وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما فالمتعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لانه موضع حاجة وإذا اتفق نصف عشر الدية من الاصول كلها بأن تكون قيمتها خمسا من الابل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام ، وان اختلفت قيمة الابل ونصف عشر الدية من غيرها مثل ان كانت قيمة الابل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالابل لانها الاصل ، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فتجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فان اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به ، فان كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هي عليه بما شاء منهما لان الخيرة الى الجاني في دفع ما شاء من سائر الاصول ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الابل على قول الخرقي وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم

(فصل) والغرة موروثة عنه كأنه سقط حيا لانها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته، كما لو قتل بعد الولادة وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي، وقال الليث : لاتورث بل يكون بدله لامه كعضو من أعضائها فأشبه يدها .

ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حيا ثم مات وقوله انه كعضو

﴿مسألة﴾ قال (ودية الجنين اذا سقط من الضربة ميتا وكان من حرة مسلمة غرة عبد او أمة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا)

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالاضافة والصفة أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه ، قال مهلهل

كل قتيل في كليب غره حتى ينال القتل الى مره

في هذه المسألة فصول خمسة (أحدها) ان في جنين الحرة المسلمة غرة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة ، قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها عبد أو امة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة سميا بذلك لانهما من أنفس الأموال والاصل في الغرة الخيار

فان قيل فقد روي في هذا الخبر «أو فرس او بغل» قلنا هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه عبد أو أمة

من أعضائها لا يصح لانه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة من أجله بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه، ولان كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي ، فعلى هذا إذا أسقطت جنينا ميتاً ثم ماتت فانها ترث نصيبها من الغرة ثم يرثها ورثتها ، وان اسقطته حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فانها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها ، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات ، أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته ، وإن اختلف وراثهما في أولهما موتاً فحكمها حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه ، ويجيء على قول الخرقي في المسئلة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه ، وإن ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم ألقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الاول دية إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته اذا مات ، وإن كانت الام قد ماتت بعد الاول وقبل الثاني فان دية الاول ترث منها الام والجنين الثاني ثم إذا ماتت الام ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته وان ماتت الام بعدهما ورثتهما جميعاً

(فصل) إذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه ضمان آدمي فتعدد بتعدده كالديات

فأما قول الخرقي : من حرة مسلمة . فانما أراد ان جنين الحرة المسلمة لايكون إلا حراً مسلماً فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وان كانت أمه كافرة أو امة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فان جنينها منه محكوم باسلامه وفيه الغرة ولا يرث منها شيئاً لانه مسلم . ولد السيد من امته وولد المغرور من امة حر ، وكذلك لو وطئت الامة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة ، فأما ان كان الجنين محكوما برقه لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه ، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكوما بكفره ففيه عشر دية أمه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

قال ابن المنذر ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لان جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان ابوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابي من المجوسية والمجوسي من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما دية فنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال لان ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو انثى لان السنة لم تفرق بينهما وبه يقول الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة اهل العلم ، ولو ضرب بطن كتابية حاملا من كتابي فأسلم احد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام احمد ومذهب الشافعي لان الضمان معتبر بحال استقرار الجناية والجنين محكوم باسلامه عند استقرارها ، وفي قول ابي بكر وأبي الخطاب فيه عشر دية كتابية لان

وإن ألقتهم أحياء لوقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحد منهم دية كاملة ، وإن كان بعضهم حيا فمات وبعضهم ميتاً ففي الحي دية وفي الميت غرة

(فصل) ويستوي في ذلك الذكر والانثى في أنه يجب في كل واحد غرة لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة وهو يطلق على الذكر والانثى ولان المرأة تساوي الذكر فيما دون الثلث

(مسئلة) (ولا يقبل في الغرة خنثى ولا معيب ولا من له دون سبع سنين)

وجملة ذلك أن الغرة تجب سليمة من العيوب وأن قل العيب لانه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة ولان الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ، ولا يقبل فيها هرمة ولا معيبة ولا خنثى ولا خصي وإن كثرت قيمته لان ذلك عيب ، ولا من له دون سبع سنين قاله القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي لانه محتاج إلى من يكفله ويحضنه وليس من الخيار ، وظاهر كلام الخرقي أن سنها غير مقدر وهو قول أبي حنيفة وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة لانه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لانها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وماذكروه من الحاجة الى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ولان بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له أصل يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة واقضى للحاجة ، وكونه لا يدخل على النساء ان أريد به النساء الاجنبيات فلا حاجة إلى

الجناية عليه في حال الغرة ، وان ضرب بطن امة فأعتقت ثم ألقت الجنين فعلى قول ابن حامد والقاضي فيه غرة وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر قيمة امه لان الجناية عليه في حال كونه عبداً ويمكن منع كونه عبداً ويمكن منع كونه صار حراً لان الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الامرين من الغرة او عشر قيمة امه لان الغرة ان كانت اكثر لم يستحق الزيادة لانها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وان كانت أقل لم يكن له اكثر منها لان النقص حصل باعتاقه فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له اقل الامرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين ، فأما ان ضرب بطن الامة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت فان اسقطته حياً لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه احمد ، وان كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لانه حر على قول ابن حامد وعلى قول ابي بكر عليه عشر قيمة امه ، وان اسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة امه لاننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل ان تجب عليه الغرة لان الاصل بقاء حياته فأشبه مالو اعتق امه

(الفصل الثاني) ان الغرة انما تجب اذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب او ببقائها متألمة إلى ان يسقط ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها او ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك وقتادة والاوزاعي

دخوله عليهن ، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح فان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات) الى قوله (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من منعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي درهمين لا يعد فواتاً ولا خسراناً

(فصل) ولا يعتبر لون الغرة ، وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء

ولنا أن النبي ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق والسواد غالب على عبيدهم وامائهم ولانه حيوان تجب ديته فلم يعتبر لونه كالابل في الدية

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة امه ذكراً كان أو أنثى)

وجملته أنه إذا كان جنين الامة مملوكا نسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعي والزهري . وقال زيد بن أسلم يجب فيه عشر قيمة غرة وهو خمسة دنانير ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً أو عشر قيمته إن كان أنثى لان الغرة الواجبة في جنين الحرة هي نصف عشر دية الرجل

والشافعي واسحاق وابن المنذر وحكي عن الزهري أن عليه الغرة لان الظاهر أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت .

ولنا أنه لايثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لاتصح له وصية ولاميراث ولان الحركة يجوز ان تكون لريح في البطن سكنت ولايجب الضمان بالشك فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لانه يجري مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها ولانه لو سقط حيا ضمنه فكذلك اذا سقط ميتاً كما لو اسقطته في حياتها وما ذكروه ليس بصحيح لانه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت لم يضمنه كاعضائها ولانه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لوخرج حيا فاما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ، وبه قال الشافعي وقال مالك وابن المنذر لاتجب الغرة حتى تلقيه لان النبي ﷺ انما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئا أشبه مالو لم يظهر منه شيء.

ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء لأنه لم يتيقن قتله ولاوجوده وكذلك ان ألقت يداً أورجلا أورأساً اوجزءاً من اجزاء الآدمي وجبت الغرة لان

وعشر دية الانثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ولانه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً أو عشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة ، وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورية والانوثية كجنين الحرة ، ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة ، وما ذكروه من مخالفة الاصل معارض بأن مذهبهم يفضي إلى تفضيل الانثى على الذكر وهو خلاف الاصول ولانه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ومخالفتهم أشد من مخالفتنا لانا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه وإذا كان حيا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف انسان الاربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الانثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمة أمه تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له إذا ثبت هذا فان قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه يقوم حين أسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه مثل ذلك

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال

تيقنا انه من جنين وان ألقت رأسين أواربع أيد لم يجب أكثر من غرة لان ذلك يجوز ان يكون من جنين واحد ويجوز ان يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لان الاصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر فان أسقطت ماليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لانا لا نعلم أنه جنين وان ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية ففيه غرة وان شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان (أصحهما) لاشيء فيه لانه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك (والثاني) فيه غرة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة

(الفصل الثالث) أن الغرة عبد أو أمة، وهذا قول أكثر اهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس لان الغرة اسم لذلك وقد جاء في حديث ابي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة عبد او امة اوفرس اوبغل وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لانه روي في حديث عن النبي ﷺ انه جعل في ولدها مائةشاة رواه ابوداود وروي عن عبد الملك بن مروان انه قضى في الجنين اذا أملاص بعشرين ديناراً فاذا كان مضغة فاربعين فاذا كان عظما فستين فاذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين فان تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار قال قتادة اذا كان علقة فثلث غرة واذا كان مضغة فثلثي غرة

ولنا قضاء رسول الله ﷺ في املاص المرأة بعبد او امة وسنة رسول الله ﷺ قاضية على

الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجالب ثم مات فان الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولان قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كالوقطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها

(فصل) وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وام الولد اذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الامة لانه مملوك فأما جنين المعتق بعضها فهو مثلها فيه من الحرية مثل مافيها واذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة امه لسيده

(فصل) وان وطيء امة بشبهة أو غر بامة فزوجها واحبلها فضربها ضارب فألقت جنينا فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته وعلى الواطيء عشر قيمتها لسيدها لانه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة امه فلما انعتق بسبب الوطيء نقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فالزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أوأقل

(فصل) اذا أسقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو مافي الجنين الذمي فان الحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ما عليه وان الحق بمسلم فعليه تمام الغرة وان ضرب بطن نصرانية فاسقطت فادعت أو ادعى ورثته انه من مسلم حملت به من وطيء شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة وان كان ما تحمله العاقلة فاعترفت أيضا فالغرة عليها وان أنكرت حلفت وعليها مافي جنين

ماخالفها وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر انه وهم فيه وهو متروك في البغل بغير خلاف وكذلك في الفرس وهذا الحديث الذي ذكرناه اصح ماروي فيه وهو متفق عليه وقد قال به اكثر اهل العلم فلايلتفت الى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع وكذلك قتادة وقول رسول الله ﷺ احق بالاتباع من قولهما اذا ثبت هذا فانه تلزمه الغرة فان اراد دفع بدلها ورضي المدفوع اليه جاز لانه حق آدمي فجاز ماتراضيا عليه وايهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لان الحق فيها فلايقبل بدلها الابرضاهما وتجب الغرة سالمة من العيوب وان قل العيب لانه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة لان الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولايقبل فيها هرمة ولاضعيفة ولاخنثى ولا خصي وان كثرت قيمته لان ذلك عيب ولايتقدر سنها في ظاهر كلام الخرقي وهو قول ابي حنيفة وقال القاضي وابو الخطاب واصحاب الشافعي لايقبل فيها من له دون سبع سنين لانه يحتاج الى من يكفله له ويحضنه وليس من الخيار وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لايقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة لانه لايدخل على النساء ولاابنة عشرين لانها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب ان لايقبل وماذكروه من الحاجة الى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ولان بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا

الذميين والباقي على الجاني لانه ثبت باعترافه والعاقلة لاتحمل اعترافا وان اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه وان أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع ايمانهم انا لانعلم ان هذا الجنين من مسلم ولايلزمها اليمين مع البت لانها يمين على النفي في فعل الغير فاذا اختلفوا وجبت دية ذمي لان الاصل ان ولدها تابع لها ولان الاصل براءة الذمة وان كان مما لاتحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني ان الجنين من ذمي بوطيء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين لان الجنين محكوم باسلامه فان الولد للفراش

(فصل) اذا كانت الامة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لانه اتلف آدميا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة امه ويسقط ضمان نصيبه لانه ملكه وان اعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم اسقطت عتق نصيبه منه ومن والدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الام وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث امه منه بقدر مافيها من الحرية والباقي لورثته هذا قول القاضي وقياس قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب لايجب على الضارب ضمان ماأعتقه لانه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه والأعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الام حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان الاتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه مالو جرح

وبنية وأقدر على التصرف وانفع في الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء ان أريد به النساء الاجنبيات بلاحاجة إلى دخوله عليهن وان أريد به سيدته فليس بصحيح فان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم -الى قوله- ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء الى ماهو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة لا يعد فوتا ولا خسرانا ولا يعتبر لون الغرة ، وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لاتكون الا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء

ولنا أن النبي ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ولانه حيوان يجب دية فلم يعتبر لونه كالابل في الدية

(الفصل الرابع) أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الابل ، روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما ، وبه قال النخعي والشعبي وربيعة وقتادة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، ولان ذلك أقل ماقدره الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه اليه فان قيل فقد وجب في الانملة ثلاثة أبعرة وثلث وذلك دون ما ذكرتموه قلنا الذي نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة وهو خمس من الابل ، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف

حربيا فأسلم ثم مات بالسراية ولان موته يحتمل ان يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته والاصل براءة ذمته وان كان المعتق موسرا سرى العتق اليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثة عنه وعلى قياس قول أبي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة امه ولا يضمن امه لانه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها وان كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه لان العتق لم يسر اليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة امه ويكون لسيده اعتباراً بحال الجناية وكذلك الحكم في ضمان الام اذا ماتت من الضربة وان كان المعتق موسرا سرى العتق اليها وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الام ولا يضمن نصف الجنين لانه يدخل في ضمان الام كما يدخل في بيعها وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة امه وليس عليه ضمان نصيبه لانه ملكه حال الجناية عليه وأما ضمان الام ففي احد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الامرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم عتق ومات

(فصل) ولو ضرب بطن امته ثم اعتقها ثم اسقطت جنينا ميتا لم يضمنه في قياس قول أبي بكر لان

قيمة الغرة الواجبة في المسلم وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً واذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لانه موضع حاجة وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بان تكون قيمتها خمساً من الابل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام ،وان اختلفت قيمة الابل ونصف عشر الدية من غيرها مثل ان كانت قيمة الابل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالابل لانها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فان اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فان كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها بمن هي عليه بما شاء منهما ، لان الخيرة إلى الجاني في دفع ماشاء من الأصول ويحتمل أن تقوم بادناها على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الابل على قول الخرقي وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم

(الفصل الخامس) أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً لانها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة ، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الليث لاتورث بل تكون بدله لأمه لانه كعضو من أعضائها فأشبه يدها

ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات وقوله إنه عضو من أعضائها لا يصح لانه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه

جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم تضمن سرايتها كما لو جرح مرتدا فاسلم ثم مات ولان موت الجنين يحتمل انه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق مايوجب الضمان وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئا لان اعتبار الجناية بحال استقرارها ،ولو كانت الامة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معا فولدت جنينا ميتا فعلى قول أبي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة امه لشريكه لان كلا منهما جنى على الجنين ونصفه لشريكه فسقط عنه ضمانه ولزمه ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة امه اعتبارا بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للام منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئا

(مسئلة) (وان ضرب بطن امة فعتقت ثم اسقطت الجنين ففيه غرة)

على قول ابن حامد والقاضي لانه كان حرا اعتبارا بحال الاستقرار وعلى قول أبي بكر وابي الخطاب فيه عشر قيمة امه اعتبارا بحال الجناية لانها كانت في حال كونه عبدا ويمكن منع كونه صار حرا لان الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره فعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعلى قول ابن حامد يكون الواجب فيه أقل الامرين من الغرة وعشر قيمة امه لان الغرة ان كانت أكثر لم يستحق الزيادة لانها زادت بالحرية الحاصلة لزوال ملكه وان كانت أقل لم يكن له أكثر منها لان النقص حصل باعتاقه فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فاعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له

واقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها ، ولان كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثته وان ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وان خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وان ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وان خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته وان اختلف وراثهما في أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه ويجيء على قول الخرقي في المسئلة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه وان ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم ألقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثها الآخر ثم يرثه ورثته ان مات وان كانت الام قد ماتت بعد الاول وقبل الثاني فان دية الأول ترث منها الأم والجنين الثاني ثم إذا ماتت الام ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته ، وان ماتت الام بعدهما ورثتهما جميعاً .

(فصل) وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه ضمان آدمي فتعدد

أقل الامرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين فاما ان ضرب بطن الامة فاعتق السيد جنينها وحده نظرت فان اسقطته حيا لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه احمد وان كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لانه حر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر عليه عشر قيمة امه وان اسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة امه لانا لا نعلم كونه حيا حال اعتاقه ويحتمل ان تجب عليه الغرة لان الاصل بقاء حياته فاشبه مالو اعتق امه

(فصل) إذا ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة ثم عتق أبوه ثم اسقطت جنينا ومات احتمل ان تكون ديتها في مال الجاني على ما تقدم ذكره واحتمل ان تكون الدية على مولى الام وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجناية وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الاب واقاربه اعتبارا بحال الاسقاط وان ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم اسلم ثم اسقطت لم تحمله عاقلته وان ماتت معه فكذلك لان عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه لانه كان حين الجناية ذميا وأهل الذمة لا يعقلون عنه لانه حين الاسقاط مسلم ويحتمل ان يكون عقله على عاقلته من أهل الذمة في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجناية ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر لانه حين الجناية محكوم بكفره وعلى قياس قول ابن حامد يجب فيه غرة كاملة ويكون عقله وعقل امه على عاقلته المسلمين اعتبارا بحال الاستقرار

(مسئلة) (وان كان الجنين محكوما بكفره ففيه عشر دية)

بتعدده كالديات وان ألقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحدة دية كاملة وان كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففي الحي دية وفي الميت غرة

(فصل) وتحمل العاقلة دية الجنين اذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو امة على عصبة القاتلة وان كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة وقال الشافعي تحمله العاقلة على كل حال بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجناية على الجنين ليست بعمد لانه لا يتحقق وجوده ليكون مقصوداً بالضرب .

ولنا أن العاقلة لا تحمل مادون الثلث على ماذكرناه وهذا دون الثلث وإذا مات وحده أو من جناية عمد فدية أمه على قاتلها فكذلك ديته لان الجناية لا يحمل بعض ديتها الجاني وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمداً فسرت الجناية الى النفس

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى) .

وجملة ذلك أنه اذا كان جنين الامة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة امه هذا قول الحسن وقتادة

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لم أحفظ عن غيرهم خلافهم لان جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية امه فكذلك جنين الكافرة إلا ان أصحاب الرأي يرون دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا اعتبر أكثرهما دية فيجب عشر دية كتابية على كل حال)

لان ولد المسلم من الكافرة يعتبر باكثرهما دية كذا ههنا ولان الضمان إذا وجد في احد أبويه مايوجب وفي الآخر مايسقط غلب الايجاب بدليل مالو قتل المحرم صيدا متولدا من مأكول وغيره ولا فرق فيما ذكرنا بين الذكر والانثى لان السنة لم تفرق بينهما وبه يقول الشافعي وإسحاق وابو ثور واصحاب الرأي وعامة أهل العلم

(فصل) ولو ضرب بطن كتابية حامل من كتابي فاسلم أحد أبويه ثم اسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي لان الضمان بحال استقرار الجناية والجنين محكوم باسلامه عند استقرارها وفي قول أبي بكر وابي الخطاب فيه عشر دية كتابية لان الجناية عليه في حال كفره

﴿ مسئلة ﴾ (وان سقط الجنين حيا ثم مات ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا)

إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله وهو ان تضعه لستة اشهر فصاعدا وإلا فحكمه حكم الميت هذا

ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعي والزهري، وقال زيد بن أسلم يجب فيه نصف عشر غرة وهو خمسة دنانير. وقال الثوري وأبو حنيفة واصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى لان الغرة واجبة في جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الانثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف عشر الواجب فيه اذا كان ذكراً كبيراً وعشر الواجب اذا كان أنثى كجنين الحرة، وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته اذا كان حياً

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والانوثة كجنين الحرة ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر مايجب في أمه كجنين الحرة وما ذكروه من مخالفة الاصل معارض بأن مذهبهم يفضي الى تفضيل الانثى على الذكر وهو خلاف الاصول. ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه اذا كان ميتاً بأمه واذا كان حياً بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف انسان الاربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الانثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لانظير له. اذا ثبت هذا فان قيمة أمه

قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان في الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لانه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فاشبه قتله بعد وضعه وفي هذه المسائل ثلاثة فصول

(أحدها) انه انما يضمن بالدية إذا وضعته حيا فمن علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء ثبت باستهلاله أو ارتضاعه أو تنفسه أو عطاسه أوغير ذلك مما تعلم به حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي، وروي عن احمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بان يستهل وهذا قول الزهري وقتادة ومالك وإسحاق وروي معنى ذلك عن عمر وابن عباس والحسن بن علي وجابر بن عبدالله رضي الله عنهم لقول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث وورث » مفهومه أنه لايرث إذا لم يستهل ، والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي لان النبي ﷺ قال « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها) فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ والاصل في تسمية الصياح استهلالا ان من عادة الناس إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضا فسمي صياح المولود استهلالا لانه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه

معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار مايوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فان الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولان قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها

(فصل) وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد اذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الامة لأنه مملوك ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لان العاقلة لاتحمل عبداً بحال، فأما جنين المعتق بعضها فهو كهي فيه من الحرية مثل مافيها فاذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيده

(فصل) وإن وطىء أمة بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنيناً فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما انعتق بسبب الوط. فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة او أكثر منها او أقل

ولنا أنه قدعلمت حياته ناشبه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور فان شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه ضرب منه فهو كصياحه ، واما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لانه قد يتحرك بالاختلاج وبسبب آخر وهو خروجه من مضيق فان اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته

(الفصل الثاني) انه انما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال أو موته أو بقاؤه متألما الى ان يموت أو بقاء امه متألمة إلى ان تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه أو بقي ضمنا حتى مات، وان القته حيا فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة وان لم تكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الاول وعليه الدية كاملة ويؤدب الثاني وان بقي الجنين حيا وبقي زمناسالما لا الم به لم يضمنه الضارب لان الظاهر أنه لم يمت من جنايته

(الفصل الثالث) ان الدية انما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة اشهر فصاعدا فان كان لدون ذلك ففيه غرة كما لوسقط ميتاوبهذا قال المزني، وقال الشافعي فيه دية كاملة لا تاعلمناحياته وقدتلف من جنايته

ولنا أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاوكالمذبوح، وقولهم ماعلمنا حياته قلنا وإذا أسقط ميتا وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضا

(فصل) اذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو مافي جنين الذمي فان ألحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ماعليه وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت او ادعى ورثته انه من مسلم حملت به من وطء شبهة او زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة، وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها وإن أنكرت حلفت وعليها مافي جنين الذميين والباقي على الجاني لأنه ثبت باعترافه، والعاقلة لاتحمل اعترافا، وإن اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع ايمانهم اننا لانعلم ان هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم اليمين على البت لانها يمين على النفي في فعل الغير فاذا حلفوا وجبت دية ذمي لان الاصل ان ولدها تابع لها ولان الاصل براءة الذمة ، وإن كان مما لاتحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمي بوطء شبهة او زنا فالقول قول ورثة الجنين لان الجنين محكوم باسلامه فان الولد للفراش

(فصل) واذا كانت الامة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لأنه أتلف آدمياً ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لانه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الام وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر مافيها من الحرية

(مسئلة) (وان اختلفا في حياته ولا بينة لهما ففي أيهما يقدم قوله ؟ وجهان)

(أحدهما) يقدم قول الولي لان الاصل حياته فان الجنين إذا بلغ أربعة اشهر نفخ فيه الروح

(والثاني) قول الجاني لان الاصل براءة ذمته من الدية الكاملة

(فصل) إذا ادعت المرأة على رجل أنه ضربها فأسقط جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الضرب ، وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون اسقطت فالقول قوله أيضا مع يمينه لانه لا يعلم أنها أسقطت، ولا يلزمه اليمين على البت لانها يمين على نفي فعل الغير والاصل عدمه ، وإن ثبت الاسقاط والضرب ببينة أو اقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربه فان كانت أسقطته عقيب ضربه فالقول قولها لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الاسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك ، وإن أسقطت بعد الضرب بأيام وكانت متألمة إلى حين الاسقاط فالقول قولها ، وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب انسانا فلم يبق متألماً ولا ضمنا ومات بعد أيام ، وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لان الاصل عدمه ، وإن كانت متألمة في بعض المدة فادعى أنها برأت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها لان الاصل بقاؤه ، وإن ثبت اسقاطها من الضربة

والباقي لباقي ورثته هذا قول القاضي وقياس قول ابي بكر وابي الخطاب لايجب على الضارب ضمان ماأعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه والاعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الام حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهذا أصح إن شاء الله لان الاتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه مالو جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ولان موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته والاصل براءة ذمته وإن كان المعتق موسراً سرى العتق اليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان، فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثة عنه وعلى قياس قول ابي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لانه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه لان العتق لم يسر اليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه يكون لسيده اعتباراً بحال الجناية، وكذلك الحكم في ضمان الام إذا ماتت من الضربة، وان كان المعتق موسرا سرى العتق اليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الام، ولا يضمن نصف الجنين لانه يدخل في ضمان الام كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف

فادعت سقوطه حيا وأنكرها فالقول قوله مع يمينه الا أن تقوم لها بينة باستهلاله لان الاصل عدم ذلك وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله فأنكرها فالقول قولها مع يمينها لان ذلك لا يعلم الامن جهتها ولا يمكن اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها، وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بخلافها قدمت بينتها لانها مثبتة فقدمت على النافية لان المثبتة معها زيادة علم، وإن ادعت أنه مات عقيب اسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها لان الاصل عدم حياته، وإن أقام كل واحد منها بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لان معها زيادة علم، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألما حتى مات فأنكر فالقول قوله لان الاصل عدم التألم، فان أقاما بينتين قدمت بينتها لان معها زيادة علم، ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال غالباً لان الغالب أنه لا يشهد الولادة الا النساء والاستهلال يتصل بها، وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال، وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة فالدية في مال الجاني لا تحمله العاقلة لانها لا تحمل اعترافاً، وإن كانت مما تحمل العاقلة فيه الغرة فهي على العاقلة وباقي الدية في مال القاتل

(فصل) وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل براءة

عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لانه مالكه حال الجناية عليه ، أما ضمان الام ففي أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الامرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات

(فصل) ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه في قياس قول ابي بكر لان جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم يضمن سرايتها كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولان موت الجنين يحتمل انه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئاً لان اعتبار الجناية بحال استقرارها ، ولو كانت الامة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معا فوضعت جنيناً ميتاً فعلى قول ابي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه لان كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للام منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئاً

(فصل) إذا ضرب ابن المعتقة الذي ابوه عبد بطن امرأة ثم أعتق ابوه ثم أسقطت جنيناً وماتت احتمل أن تكون ديتهما في مال الجاني على ما تقدم ذكره ، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الاب

ذمته من الزائد على دية الانثى، فان كان لاحدهما بينة قدم بها وإن كان لهما بينتان وجبت دية الذكر لان البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفي ، فان قيل فينبغي أن تجب ديتها ، قلنا لا تجب دية الانثى لان المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها فان ادعى الاستهلال منها ثبت ذلك بالبينتين ، وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فاذا حلفوا كان عليهم دية الانثى وغرة ان كانت تحمل الغرة ، وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافه ، وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لانها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والاصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك وتجب الغرة في الذي لم يستهل

(فصل) إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنينا فان كان القاؤهما متقاربا أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين لان الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل فسرى القطع الى نفسه ، ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة ، وان ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة، وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسئل القوابل فان قلن انها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية

وأقاربه اعتباراً بحال الاسقاط ، وان ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلته وان ماتت معه فكذلك لان عاقلته المسلمين لايعقلون عنه لانه كان حين الجناية ذمياً وأهل الذمة لايعقلون عنه لانه حين الاسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله في قياس قول ابي بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجناية ويكون في الجنين مايجب في الجنين الكافر لانه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان ضرب بطنها فألقت جنينا حيا ثم مات من الضربة ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا اذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا)

هذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لانه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه . وفي هذه المسئلة ثلاثة فصول

(أحدها) انه انما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء

ولنا أن الجنين انما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق في أنه ينفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لانه لا يحيى إذا وضعته لاقل من ستة أشهر ، والكلام فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والاسقاط مدة طويلة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه ، وأما ان ألقت اليد وزال الالم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدا فاندملت ثم مات صاحبها ثم ينظر فان ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش لمثله ففي اليد نصف غرة لان في جميعه غرة ففي يده نصف ديته ، وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيه قبلها أري القوابل ههنا، فان قلن انها يد من لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة وإن قلن انها يد من خلقت فيه الحياة ولم يمض له ستة أشهر وجب فيه نصف الغرة لانها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم تنفخ فيه الروح، وإن أشكل الامر عليهن وجب نصف الغرة لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

(فصل) وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ذلك لانها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث

ثبتت باستهلاله او ارتضاعه او بنفسه او عطاسه او غيره من الامارات التي تعلم بها حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي ، وروي عن احمد انه لايثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهذا قول الزهري وقتادة ومالك وإسحاق ، وروي معنى ذلك عن عمر رضي الله عنه وابن عباس والحسن ابن علي وجابر رضي الله عنهم لقول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث وورث » مفهومه أنه لايرث إذا لم يستهل . والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي لان النبي ﷺ قال « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخا إلا مريم وابنها » فلا يجوز غير ماقاله رسول الله ﷺ والاصل في تسمية الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً فسمي صياح المولود استهلالا لانه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه

ولنا أنه علمت حياته فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور لان شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا تثبت به حكم الحياة لانه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق فان اللحم يختلج سيما اذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته

(الفصل الثاني) أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال

من الغرة شيئا لان القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته ، فان كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره فعليه غرة لا يرث منها شيئاً لما ذكرنا

(فصل) وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لانها جناية على حيوان يملك بيعه اسقطت جنينه أشبه جنين الامة وهذا لايصح لان الجناية على الامة تقدر من قيمتها في ظاهر المذهب ففي يدها نصف قيمتها وفي موضحتها نصف عشر قيمتها وقد وافق أبو بكر على ذلك فقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها . والبهيمة انما يجب بالجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولان الامة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من قيمتها بخلاف البهيمة

(فصل) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب والورق لم تختلف بعمد ولا خطأ ، وإن كان من الابل وجبت في العمد أرباعا على احدى الروايتين ، وفي الاخرى يجب خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمساها خلفات وفي الخطأ تجب أخماسا فان لم تمكن قسمته مثل أن يوضحه عمدا فانه يجب أربعة أرباعا والخامس من أحد الاجناس الاربعة قيمته ربع قيمة الاربع ، وإن قلنا بالرواية الاخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة ويعتبر قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة ، وإن كانت خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسة من كل جنس بعير ، وإن كان

وموته متألما إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه اوبقي ضمناً حتى مات وان القته حياً فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة ، وان لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الاول وعليه الدية كاملة وعلى الثاني الادب وان وقع الجنين حياً ثم بقي زمناً سالما لاألم به لم يضمنه الضارب لان الظاهر أنه لم يمت من جنايته

(الفصل الثالث) أن الدية الكاملة انما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألما وبهذا قال المزني ، وقال الشافعي فيه دية كاملة لاننا علمنا حياته ، وقد تلف من جنايته

ولنا انه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً وكالمذبوح وقولهم اننا علمنا حياته قلنا واذا سقط ميتاً وله ستة اشهر فقد علمنا حياته ايضاً

(فصل) واذا ادعت امرأة على انسان انه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل عدم الضرب وان اقر بالضرب او قامت به بينة وانكر ان تكون اسقطت فالقول قوله ايضاً مع يمينه لانه لايعلم انها اسقطت ولا تلزمه اليمين على البت لانها يمين على فعل الغير والأصل عدمه ،وان ثبت الاسقاط والضرب ببينة او اقرار فادعى انها اسقطته من غير

الواجب دية أمة وقلنا تجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة وإن قلنا أرباعا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الاربعة وثلثها، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا أن قيمة كل بعير مائة وعشرون درهما أو عشرة دنانير فلا فائدة في تعيين أسنانها،وإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل أن كانت العشرة الدنانير تساوي مائة درهم فقياس قولهم إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم الجني عليه قبوله لانه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فلزمه قبول ما يساويها

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وذكر أصحابنا ان القتل تغلظ ديته بالحرم والاحرام والاشهر الحرم والرحم المحرم فيزاد لكل واحد ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الاربع وجب ديتان وثلث)

وجملة ذلك ان الدية تغلظ بثلاثة أشياء: اذا قتل في الحرم والاشهر الحرم واذا قتل محرما، ونص احمد على التغليظ فيما اذا قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام ، فأما إن قتل ذا رحم محرم فقال ابو بكر تغلظ ديته ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد انها لاتغلظ ، وقال أصحاب الشافعي تغلظ بالحرم والاشهر الحرم وذي الرحم، وفي التغليظ بالاحرام وجهان، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق واختلف القائلون بالتغليظ في صفته فقال أصحابنا يغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الاربع وجبت ديتان وثلث

ضربة نظرنا فان كانت اسقطت عقيب ضربه فالقول قولها، لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح ان يكون سبباً له وان ادعى انها ضربت نفسها او شربت دواء او فعل ذلك غيرها فحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لان الأصل عدم ذلك وان اسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فان كانت متألمة الى حين الاسقاط فالقول قولها وان لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب انساناً فلم يبق متألما ولا ضمنا ومات بعد ايام وان اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لان الاصل عدمه وان كانت متألمة في بعض المدة فادعى انها برئت وزال المها وانكرت ذلك فالقول قولها ، لان الاصل بقاؤه وان ثبت اسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وانكرها فالقول قوله مع يمينه الا ان تقوم لها بينة باستهلاله ، لان الاصل عدم ذلك وان ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وانكرها فالقول قولها مع يمينها ، لان ذلك لا يعرف الا من جهتها ولا يمكن اقامة البينة عليه فتقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها وان اقامت بينة باستهلاله واقام الجاني بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها لانها مثبتة فتقدم على النافية لان المثبتة معها زيادة علم وان ادعت انه مات عقيب اسقاطه وادعى انه عاش مدة فالقول قولها ، لان الاصل عدم حياته وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لان معها زيادة علم وان ثبت انه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وانكر ذلك فالقول قوله لان الاصل عدم التألم وان اقاما بينتين قدمت بينتها لان معها زيادة علم ويقبل في استهلال

قال احمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الحرم في الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ . وقال أصحاب الشافعي صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فاذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وتغليظها في الذهب والفضة أن ينظر كم قيمة أسنان الابل غير مغلظة وقيمتها مغلظة؟ ثم يحكم بزيادة ما بينهما كانت قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث الدية المخففة ، وعند مالك تغلظ في الاب والام والجد دون غيرهم واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا ، ولان ما أوجب التغليظ أوجبه في الاسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين لان ما أوجب التغليظ بالضمان اذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والاحرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالاحرام لان الشرع لم يرد بتغليظه . واحتج أصحابنا بما روى ابن ابي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم

وعن ابن عمر انه قال : من قتل في الحرم او ذا رحم او في الشهر الحرام فعليه دية وثلث .

الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء امه متألمة قول امرأة واحدة لانه مما لايطلع عليه الرجال فان الغالب انه لايشهد الولادة الا النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وامراضه وقوته وضعفه دون الرجال وان اعترف الجاني باستهلاله او مايوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة وكانت الدية في مال الجاني لان العاقلة لاتحمل اعترافا وان كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة وباقي الدية في مال القاتل

(فصل) وان انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه ، لان الأصل عدم الاستهلال من الذكر وبرآءته من الزائد على دية الانثى فان كان لأحدهما بينة قدم بها ، وان كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر لان البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفي ، فان قيل فينبغي أن تجب دية الذكر والانثى قلنا لا تجب دية الانثى ، لان المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها وان ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين وان لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فاذا حلفوا كانت عليهم دية الانثى وغرة إن كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لاتحمله العاقلة لانه ثبت باعترافه وان اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم

وعن ابن عباس أن رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فثبت اجماعا وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولانه قول التابعين القائلين بالتغليظ. واحتجوا على التغليظ في العمد أنه اذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الاسباب لان ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف

﴿ مسئلة ﴾ (وظاهر كلام الخرقي أن الدية لاتغلظ لشيء من ذلك وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابي حنيفة وابن المنذر)

وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم لان النبي ﷺ قال « في النفس المؤمنة مائة من الابل » لم يزد على ذلك ، وعلى أهل الذهب ألف مثقال . وفي حديث ابي شريح أن النبي ﷺ قال « وأنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » وهذا القتيل كان بمكة في حرم الله تعالى ولم يزد النبي ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره . وقال الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وهذا يقتضي أن تكون الدية واحدة في كل مكان وكل حال ولان عمر أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه لم يزد على مائة

يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لانها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة في الذي لم يستهل

(فصل) إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فان كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين، لان الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه مالو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم ان كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وان بقي حيا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسأل القوابل فان قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وان قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية

ولنا أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على مادل عليه حديث الصادق المصدوق في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لانه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والاسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه، واما ان ألقت اليد وزال الالم ثم القت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يداً فاندملت ثم مات صاحبها ثم ننظر فان ألقته ميتاً اولوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة لان في جميعه غرة ففي يده نصف

وروى الجوزجاني باسناده عن ابي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم ان ناساً كانوا يقولون إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألفاً فألغى عمر ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما . قال ابن المنذر وليس بثابت ماروي عن الصحابة في هذا ولو صح ففعل عمر في حديث قتادة أولى وهو مخالف لغيره فيقدم على قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس

(فصل) ولا تغلظ الدية بموضع غير حرم مكة وقال أصحاب الشافعي تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لانها مكان يحرم صيده فأشبهت حرم مكة ولا يصح القياس لانها ليست محلا للمناسك فأشبهت سائر البلدان . ولا يصح قياسها على الحرم لان النبي ﷺ قال « أي بلد هذا ؟ أليست البلدة؟ ـ قال ـ فان دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وهذا يدل على انه أعظم البلاد حرمة . وقال النبي ﷺ « ان أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم، ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل في الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فانه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا مايحتاج اليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه

ديته وإن القته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أوعاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أري القوابل ههنا فان قلن انها يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة وان قلن انها يد من خلقت فيه الحياة ومضي له ستة أشهر ففيه نصف الدية وان قيل انها يد من خلقت فيه الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لانها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح وان أشكل الامر عليهن وجب نصف الغرة لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

(مسئلة) قال (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيا او ميتا)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم الحسن وعطاء والزهري والحكم ومالك والشافعي واسحاق قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من اهل العلم اوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنينا الرقبة مع الغرة ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وقال ابو حنيفة لاتجب الكفارة لان النبي ﷺ لم يوجب الكفارة حين اوجب الغرة

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - وقال - وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) وهذا الجنين ان كان من مؤمنين أو أحد

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل مسلم كافراً عمداً ضعفت الدية على قاتله لازالة القود كما حكم عثمان رضي الله عنه)

روى احمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فذهب اليه احمد رحمه الله وله نظائر في مذهبه فانه أوجب على الاعور اذا قلع عين صحيح مماثلة لعينه دية كاملة لما درأ عنه القصاص وأوجب على سارق الثمر المعلق مثلي قيمته لما درأ عنه القطع . وذهب جمهور العلماء إلى ان دية الذمي في العمد والخطأ واحد لعموم الاخبار فيها وكما لو قتل حر عبداً عمداً فانه لاتضعف القيمة عليه ولانه بدل متلف فلم يتضاعف بالعمد كسائر الابدال

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وإن جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالاقل من قيمته او ارش جنايته او تسليمه ليباع في الجناية)

وجملة ذلك ان جناية العبد اذا كانت موجبة للمال او كانت موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال تتعلق برقبته لانه لايخلو من ان تتعلق برقبته او ذمته او ذمة سيده او لايجب شيء ولا يمكن إلغاؤها لانها جناية آدمي فوجب اعتبارها كجناية الحر ، ولان جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فالعبد اولى ولا يمكن تعليقها بذمته لانه يفضي إلى إلغائها او تأخير حق المجني عليه

أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعا يرثه ورثته المؤمنون ولا يرث الكافر منه شيئاً وان كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ولانه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لايمنع وجوبها كقوله عليه السلام «في النفس المؤمنة مائة من الابل» وذكر الدية في مواضع ولم يذكر الكفارة ولان النبي ﷺ قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يذكر كفارة وهي واجبة كذا ههنا وانما كان كذلك لان الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتفى بها وإن ألقت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة كما أن في كل جنين غرة أو دية وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة فألقت جنينا فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلا واحداً وان ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد في كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة

(مسئلة) قال (واذا شربت الحامل دواء فألقت به جنينا فعليها غرة لاترث منها شيئا وتعتق رقبة)

ليس في هذه الجملة اختلاف بين اهل العلم نعلمه الا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ماقدمنا وذلك لانها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولاترث من الغرة شيئاً لان القاتل لايرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما

إلى غير غاية ولا بذمة السيد لانه لم يجن فتعين تعليقها برقبة العبد ولان الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم لايخلو ارش الجناية من ان يكون بقدر قيمته او أقل او أكثر فان كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين ان يفديه بارش جنايته او يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن واسحاق، وروي ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد لانه إن دفع ارش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وإن سلم العبد فقد ادى المحل الذي تعلق الحق به ولان حق المجني عليه لايتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها وإن طالب المجني عليه السيد بتسليمه اليه لم يجبر عليه السيد لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان)

(إحداهما) هي كالتي قبلها يخير بين تسليمه أو أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته لانه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته والرواية الثانية يلزمه تسليمه أو أن يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لانه اذا عرض للبيع ربما رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فاذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الاولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

قدمنا ولو كان الجاني المسقط للجنين اباه أوغيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئا ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما

(فصل) وان جنى على بهيمة فالقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لانه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الامة وهذا لايصح لان الجناية على الامة تقدر من قيمتها في يدها نصف قيمتها وفي موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة انما يجب في الجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولان الامة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك

«مسئلة» قال (واذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله)

اما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم لان كل واحد منهم مشارك في اتلاف آدمي معصوم والكفارة لاتتبعض فكملت في حق كل واحد منهم ثم لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يقتل واحداً منهم (والثاني) أن يقتل واحداً من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثا لان العاقلة تحمل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمي واحد بعينه أو رمي جماعة أو لم

﴿ مسئلة ﴾ (وان سلمه اليه السيد فأبى ولي الجناية قبوله وقال بعه أنت وادفع ثمنه الي فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين)

(احداهما) لايلزمه لانه اذا سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ، ولان حق المجني عليه لايتعلق بأكثر من الرقبة ، وقد أداها . (والثانية) يلزمه لان الجناية تقتضي وجوب أرشها وأرشها هو قيمة العبد

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى عمداً فعفا الولي على القصاص على رقبته فهل يملكه بغير رضا السيد؟ على روايتين)

(احداهما) لايملكه لانه اذا لم يملكه بالجناية فلأن لايملكه بالعفو أولى ، ولانه أحد من عليه قصاص فلا يملك بالعفو كالحر ولانه اذا عفا عن القصاص انتقل حقه الى المال فصار كالجاني جناية موجبة المال (والثانية) يملكه لانه مملوك استحق اتلافه فاستحق ابقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه

(فصل) قال ابو طالب سمعت أبا عبدالله يقول اذا أمر غلامه فجنى فعليه ماجنى ، وان كان أكثر من ثمنه، وان قطع يد حر فعليه يد الحر ، وان كان ثمنه أقل وان أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمة جنايته ، وان كان أكثر من ثمنه ، وان قطع يد حر لانه بأمره وكان علي وابو هريرة يقولان اذا أمر عبده أن يقتل فانما هو سوطه يقتل المولى ويحبس العبد ، وقال احمد بن بهز ثنا حماد بن سلمة ثنا قتادة عن حلاس ان علياً قال : اذا أمر الرجل عبده فقتل انما هو

يقصدوا ذلك إلا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ وان قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد لان قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي الى اتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة الا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا (الثاني) أن يصيب رجلا منهم فعلى كل واحد كفارة ايضاً ولا تسقط عمن اصابه الحجر لانه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره ، وأما الدية ففيها ثلاثة اوجه (احدها) ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول لان كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالاجانب وهذا ينبني على احدى الروايتين في ان جناية المرء على نفسه او أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته

(الوجه الثاني) ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد لانه شارك في اتلاف حقه فلم يضمن ماقابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته اوعبده وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي

(الثالث) أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين ، قال ابو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسئلة المتصادمين ، والذي ذكره القاضي احسن وأصح في النظر وقد روي نحوه عن علي رضي الله عنه في مسئلة القارصة والقامصة والواقصة ، قال الشعبي وذلك ان ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت احداهن على عنق اخرى وقرصت الثالثة المركوبة

كسوطه أو كسيفه يقتل المولى ، والعبد يستودع السجن ولانه فوت شيئاً بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص وان كان بعضها بعد بعض)

وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي ،وعن شريح أنه قال يقضى لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة لانها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كجناية المملوك الذي لم يجز ، وقال شريح في عبد شج رجلا ثم آخر ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الاول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع إلى الثالث

ولنا انهم تساووا في سبب تعلق الحق فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الاول أولى لان حقه أسبق

﴿ مسئلة ﴾ (وان عفا أحدهما أو مات المجني عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق الباقين بجميع العبد أو بحصتهم منه ؟ على وجهين)

(أحدهما) يستحق جميع العبد لان سبب استحقاقه موجود وانما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر له وقد زال المزاحم فثبت له الحق جميعه لوجود المقتضي وزوال المانع فهو كالوجنى على انسان ففداه سيده ثم جنى

فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية اثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لانها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا ولان المقتول مشارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحداً من غيرهم وان رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلها أثلاثا وعلى كل واحد كفارتان وعلى الوجه الثاني تجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله في نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد من الميتين نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم)

هذا هو الصحيح في المذهب سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدراً لانه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا لان التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقلة لانها لا تحمل مادون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها، لان الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح هو الاول، لان كل واحد منهم يختص

على آخر (والثاني) لا يستحق الا حصته لانه لم يثبت له قبل العفو الا حصته فكذلك بعده لان العفو عما يلزم السيد عفو عنه لا عن غيره

(فصل) فان أعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ماتعلق به من الارش لانه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما اذا اختار امساكه بعد الجناية لانه منع من تسليمه باعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه، ونقل ابن منصور عن احمد انه ان أعتقه عالما بجنايته فعليه دية المقتول، وان لم يكن عالما بها فعليه قيمة العبد لانه اذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما اذا لم يعلم فانه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة مافوته

(فصل) وان باعه او وهبه صح لماذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فان كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الاول وان لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات

(مسئلة) (وان جرح العبد حراً فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة العبد عشر دية الحر واختار السيد فداءه وقلنا يفديه بقيمته صح العفو في ثلثه)

لانه ثلث ما مات عنه ويبقى الثلثان للورثة، وان قلنا يفديه بديته صح العفو في خمسة أسداسه

بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل، ومادون الثلث يسير على ماأسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث ،وأما قوله إنه فعل واحد قلنا بل هي أفعال ، لان فعل كل واحد غير فعل الآخر وإنما موجب الجميع واحد فأشبه مالو جرحه كل واحد جرحا فاتت النفس بجميعها. إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهما في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع .

(فصل) إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه لانه قتله فضمنه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص وان كان مما لايقتل غالباً فهو شبه عمد وان وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة، ان مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لانه مات بفعله وقد روى علي بن رباح اللخمي أن رجلا كان يقود أعمى فوقع في بئر خر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الاعمى ينشد في الموسم

يا أيها الناس لقيت منكراً * هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا؟ * خرّا معاً كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي واسحاق ، ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لانه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك

والورثة سدسه لان العفو صح في شيء من قيمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقي للورثة الف الا عشرة أشياء تعدل شيئين اجبر وقابل يصر ألف يعدل اثنى عشر شيئاً فالشيء إذاً يعدل نصف سدس الدية وللورثة شيئان فتعدل السدس والله أعلم.

(فصل في الجناية على العبد) إذا قتل عبد مثله عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فان عفا إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لانه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول لانه ان كان الاقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لانها بدل عنه وان كان الاقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لانها بدل عبده وعنه رواية أخرى أن سيده ان اختار فداءه فداه بأرش الجناية بالغا مابلغ وقد ذكرناه

(فصل) فان قتل عشرة اعبد عبداً عمداً فعليهم القصاص فان اختار السيد قتلهم فله ذلك وان عفا إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها أو يفديه سيده وان اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض فله ذلك لان له قتل الجميع والعفو عنهم،وان قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فان قتله سقط حقه وان عفا الى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فان كانا لرجلين فكذلك إلا ان القاتل يقتل بالاول منهما لان حقه اسبق فان عفا عنه الاول قتل بالثاني وان

لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه الا أن يكون مجمعا عليه فلا تجوز مخالفة الاجماع ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين (أحدهما) أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ماتلف به كما لو حفر له بئراً في داره باذنه فتلف بها (الثاني) أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبه مالو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون فانه لايضمن ماتلف بها

(فصل) فان سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معا فدم الأول هدر لانه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثاني ان مات لانه قتله بجذبته فان تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعا فلاشيء على الثالث وعلى عاقلة الثاني ديته في أحد الوجهين لانه جذبه وباشره بالجذب والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع (والثاني) ديته على عاقلة الاول والثاني نصفين، لان الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في اتلافه

ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين لانه هلك بجذبته وان هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الاول ذكره القاضي (والوجه الثاني) يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر احدهم، وأما الاول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة لانه مات من جذبته وجذبة الثاني الثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول، وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته، وان جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلاشيء على الرابع لانه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره، وفي ديته وجهان (أحدهما) أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه (والثاني) على عاقلة

قتلها دفعة واحدة اقرع بين السيدين فمن وقعت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر وان عفا عن القصاص او عفا سيد القتيل الاول الى مال تعلق برقبة العبد وللثاني ان يقتص لان تعلق المال بالرقبة لايسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون فان قتله الآخر سقط حق الاول من القيمة لانه لم يبق محل يتعلق به وان عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم يقدم الاول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لان القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، فان قيل فحق الاول اسبق قلنا لا يراعى السبق كما لو اتلف اموالا لجماعة واحدا بعد واحد

(فصل) فان قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو فان عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة لان القصاص لايتبعض فان قتل عبدين لرجل واحد فله ان يقتص منه لاحدهما أيهما كان وسقط حقه من الاخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتها جميعاً برقبته

الاول والثاني والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم، وأما الاول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين (الثاني) يجب على عاقلتها ثلثاها ويسقط ماقابل فعل نفسه (الثالث) يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الاوجه المذكورة في الاول سواء، وأما الثالث ففيه مثل هذه الاوجه الثلاثة ووجهان آخران (أحدهما) أن ديته بكمالها على الثاني لانه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله (والثاني) أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه.

(فصل) وان وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فان كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله او اسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض، وان شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضا لان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وان كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لان غيره لم يفعل فيه شيئاً وانما هلك بفعله وعليه دية الثالث لانه قتله بوقوعه عليه ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الاول على الثلاثة أثلاثا

﴿باب ديات الاعضاء ومنافعها﴾

وهي نوعان (أحدها) الشجاج وهي ما كان في الرأس والوجه وسنذكرها في بابها (الثاني) ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين (احدها) قطع عضو (والثاني) قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان (احدها) ماذكرنا (والثاني) تفويت منفعة كاذهاب السمع والبصر والشم والذوق والعقل ونحو ذلك

﴿ من اتلف ما في الانسان منه شيء واحد ففيه الدية، وهو الذكر والانف واللسان الناطق ولسان الصبي الذي يحركه بالبكاء﴾

وجملة ذلك ان كل عضو لم يخلق الله سبحانه منه إلا واحدا كالانف واللسان فيه دية كاملة لان في اتلافه اذهاب منفعة الجنس واذهابها كالنفس

﴿مسئلة﴾ (وما فيه منه شيئان ففيهما الدية وفي أحدهما نصفها كالعينين والاذنين والشفتين واللحيين وثديي المرأة وتندوتي الرجل واليدين والرجلين والخصيتين والاليتين)

لان في اتلافهما اذهاب منفعة الجنس فكان فيهما الدية وفي أحدهما نصفها وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وقد روى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب له وكان في كتابه «وفي الانف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل

(فصل) وان هلكوا بامر في البئر مثل أسد كان فيه وكان الاول جذب الثاني والثاني جذب الثالث والثالث جذب الرابع فقتلهم الاسد فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثا، ودم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الاول والثاني نصفين، وهذه المسئلة تسمى مسئلة الزبية وقد روى حنش الصنعاني ان قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا فجذب الثاني ثالث ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقال للاول ربع الدية لانه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فاني اجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال «هو كما قال» رواه سعيد بن منصور قال حدثنا أبو عوانة وأبو الاحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب فذهب أحمد الى ذلك توقيفا على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه

(فصل) ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فاذا حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه انسان أو دابة ضمنه لانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه، روي عن شريح

الواحدة نصف الدية» رواه النسائي ورواه ابن عبدالبر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه الا قليلا، وعن أحمد في الشفة السفلى ثلثا الدية وفي العليا ثلثها يروى هذا عن زيد بن ثابت لان النفع بالسفلى أعظم لانها تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام، والاول أصح لقول أبي بكر الصديق وعلي رضي الله عنهما ولان كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها في أحدهما كاليدين ولا عبرة بزيادة النفع كاليمنى مع اليسرى

﴿مسئلة﴾ (وفي المنخرين ثلثا الدية وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة)

وجملة ذلك أن ما في البدن منه ثلاثة ففيها الدية وفي كل واحد ثلثها وذلك المنخران والحاجز بينهما وبهذا قال اسحاق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من الاصابع والاجفان، وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة حكاها أبو الخطاب قال أحمد في كل زوجين من الانسان الدية وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبها اليدين ولانه بقطع المنخرين اذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين، فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة، وعلى الاول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفي قطع

أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والشعبي وحماد والثوري والشافعي واسحاق، وان وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لان واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي، ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل ان يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل ان يضمن الحافر وناصب السكين لان فعلهما متأخر عن فعله فأشبه مالو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه انسان وأماله آخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما، وان وضع انسان حجراً أو حديدة في ملكه أو حفر فيه بئرا فدخل انسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لانه لم يتعد وانما الداخل هلك بعدوان نفسه ،وإن وضع حجراً في ملكه ونصب اجنبي فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين او في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه، وان اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم، وان وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما انسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف ، لان السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم وان اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان

جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة ، وان شق الحاجز ففيه حكومة وان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر والاول أظهر لان ما كان فيه ثلاثة أشياء ينبغي أن يوزع على جميعها كما وزعت الدية أرباعا على ما هو أربعة أشياء كأجفان العينين وانصافا على ما هو اثنان كاليدين

﴿ مسألة ﴾ (وفي الاجفان الاربعة الدية وفي كل واحد ربعها) كما ذكرنا فيما فيه منه اثنان

﴿ مسألة ﴾ وفي أصابع اليدين الدية وكذلك أصابع الرجلين وفي كل أصبع عشرها)

لانها عشر الدية على عددها كما قسمت على عدد الاجفان ولما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل أصبع » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه وهذه سواء » يعني الابهام والخنصر أخرجه البخاري

﴿ مسألة ﴾ (وفي كل أنملة ثلث عقلها)

لان في كل أصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الاصبع عليها كما قسمت دية اليد على الاصابع بالسوية الا الابهام فانها مفصلان ففي كل مفصل نصف عقلها وهو خمس من الابل

﴿ مسألة ﴾ (وفي الظفر خمس دية الاصبع وهكذا ذكره أبو الخطاب)

يعني إذا قلعه ولم يعد والتقديرات يرجع فيها إلى التوقيف فان لم يكن فيها توقيف فالقياس أن فيه حكومة كسائر الجراح التي ليس فيها مقدر

جرحين فمات بهما وقال زفر على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لان فعله مساو لفعلهما، وان حفر انسان بئراً ونصب آخر فيها سكينا فوقع إنسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما قال أبو بكر لانهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة .

(فصل) وان حفر بئراً في ملك نفسه او في ملك غيره باذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد بحفرها وان حفرها في موات لم يضمن لانه غير متعد بحفرها وكذلك ان وضع حجراً او نصب شركا او شبكة او منجلا ليصيد بها ، وان فعل شيئاً من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لانه متعد ، وسواء أذن له الامام فيه او لم يأذن فانه ليس للامام الاذن فيما يضر بالمسلمين ،ولو فعل ذلك الامام لضمن ماتلف به لتعديه ، وان كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك وان حفر في موضع لاضرر فيه نظرنا فان حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها سواء حفرها باذن الامام او غير اذنه ، وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الانتفاع بما لاضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفره في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن

﴿مسألة﴾ (وفي كل سن خمس من الابل إذا قلعت ممن قد أثغر يعني ألقى أسنانه ثم عادت والاضراس والانياب كالاسنان ويحتمل أن يجب فيها دية واحدة)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الاسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن ،وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم «في السن خمس من الابل» رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال« في الاسنان خمس خمس» رواه أبو داود، فأما الاضراس فأكثر أهل العلم على أنها مثل الاسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو حنيفة ومحمد ابن الحسن ، وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الاضراس ببعير بعير ، وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت في الاضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء رواه مالك في موطئه وعن عطاء نحوه ، وحكي عن أحمد أن فيها دية واحدة فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن في كل سن خمسا من الابل وورود الحديث به فيكون في الاسنان والانياب ستون بعيرا لان فيه أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً

له الامام،ولا نسلم ان للامام أن يأذن في هذا وانما يأذن في القعود لان ذلك لايدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولان القعود جائز من غير إذن الامام بخلاف الحفر ، وان حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق او لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لانه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد ، وذكر بعض أصحابنا أنه لايضمن إذا كان باذن الامام ، وان كان بغير إذنه ففيه روايتان

(إحداهما) لايضمن فان احمد قال في رواية إسحاق بن ابراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لايضمن

(والثانية) يضمن أومأ اليه احمد لانه افتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية والصحيح هو الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب استئذان الامام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لانه لايكاد يوجد من يتحمل كافة استئذانه وكافة الحفر معا فتضيع هذه المصلحة فوجب اسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه او وضع سراج او رم شعث فيه وأشباه ذلك ، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ماذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق او في واسع يضر بالمارة او بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ماتلف به ، وان

في كل ضرس بعيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر ما في البدن ولانها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ولان الاضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا في الارش

ولنا ما روى أبو داود باسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الاصابع سواء الثنية والضرس سواء والاسنان سواء هذه وهذه سواء » وهذا نص وقوله في الاحاديث المتقدمة « في الاسنان خمس خمس » ولم يفصل يدخل في عمومها الاضراس لانها أسنان ولان كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان ، وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال لا أعتبرها بالاصابع ، فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الاخبار وقول أكثر أهل العلم أولى ، وأما على قول عمر ان في كل ضرس بعيراً فيخالف القياس والاخبار جميعا فانه لا يوجب الدية الكاملة وانما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الاعضاء المتجانسة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (إذا قلعت ممن قد ثغر وهو الذي ابدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت سنه لم يعد بدلها) يقال ثغر واثغر إذا كان كذلك فأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء

بنى في طريق واسع في موضع لايضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج اليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله أذن فيه الامام او لم يأذن ، ويحتمل ان يعتبر إذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لايضمن ماتلف به لا أعلم فيه خلافا ، وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الامام لان مصلحته لايعم وجودها بخلاف غيره ، وان سقف مسجداً او فرش بارية فيه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله او علق فيه قنديلا او بنى فيه حائطا فتلف به شيء فلا ضمان عليه ، وقال أصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بغير إذن الامام ضمن في أحد الوجهين، وقال ابوحنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولان هذا مأذون فيه من جهة العرف لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على سيده لان الجناية هي

هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينظر عودها فان مضت مدة ييأس من عودها وجبت ديتها قال أحمد يتوقف سنة لانها الغالب في نباتها وقال القاضي إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية ، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها فان أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها ديتها بقدر ما نقص وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيه بقدر ما ذهب منها كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وإن نبتت أطول من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب وقيل لا شيء فيها لان هذا زيادة والصحيح الاول لان ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها ، وإن نبتت مائلة عن صف الاسنان حيث لا ينتفع بها ففيها ديتها لان ذلك كذهابها، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي (احداهما) فيها دية (والثانية) حكومة كما لو سودها من غير قلعها وإن مات الصبي قبل اليأس من عودها فعلى وجهين (أحدهما) لا شيء له لان الظاهر أنه لو عاش عادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره (والثاني) فيه الدية لانه قلع سنا ييأس من عودها فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وإن قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لان الظاهر

الحفر في حال رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه .

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد اعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ماقاسوا عليه ، لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

(فصل) وإذا حفر إنسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ماتلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يضمن ماقابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لانه تعدى في نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لانه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجباً لجميع الضمان ويبطل ماذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فان له فيها حقاً ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لايباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع

(فصل) وإذا حفر بئراً في ملك إنسان أو وضع فيه مايتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان

أنها لا تعود فان عادت لم تجب الدية وان كان قد أخذها ردها وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك لا يرد شيئاً لان العادة أنها لا تعود فمتى عادت هبة من الله مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا انه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر وان عادت ناقصة أومشوهة فحكمها حكم سن الصغير اذا عادت على ماذكرنا ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك فهي كسن الكبير اذا عادت

(فصل) وان قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض فكانت منافعها باقية من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك ان ذهب بعض منافعها وبقي بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكملت ديتها كاليد المريضة ويد الكبير وان ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على مانذكره ان شاء الله تعالى ، وان قلع سنا فيها داء آكلة فان لم يذهب شيء من اجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة، وان سقط من اجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي وان كانت أحد ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

(فصل) وان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود الى مدة الى

مايتلف به ففيه وجهان (أحدهما) يبرأ لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ماتلف به فاذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الاذن بالحفر (والآخر) لاينتفي عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالابراء كسائر الأسباب، ولان حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والابراء لايزيل ذلك، لأن مامضى لايمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها، ولان وجوب الضمان ليس بحق للمالك الابراء منه كما لو أبرأه غير المالك ولانه ابراء مما لم يجب فلم يصح كالابراء من الشفعة قبل البيع.

(فصل) وان استأجر أجيراً لحفر في ملك غيره بغير اذنه وعلم الاجير ذلك فالضمان عليه وحده لانه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل، وان لم يعلم فالضمان على المستأجر لانه غره فتعلق الضمان به كالاثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه، ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو ليبني له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء والزهري وقتادة وأصحاب الرأي ويشبه مذهب الشافعي لقول النبي ﷺ «البئر جبار» ولانه لم يتلفه وانما فعل الاجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه فأشبه مالو فعله تبرعا من عند نفسه إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده أو صبياً بغير إذن وليه فيضمنه لانه متعد باستعماله متسبب إلى اتلاف حق غيره.

ما كانت عليه انتظرت اليها فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها، وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جني على يد فرضت ثم برأت، وان بقي فيها اضطراب ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا وعلى الاول حكومة لجنايته، وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا وان قالوا يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضي الى اهدار الجناية وان عادت سقطت الحكومة كما ذكرنا في غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب دية اليد والرجل في قطعهما من الكوع والكعب فان قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية وقال القاضي في الزائد حكومة)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين والرجلين ووجوب نصفها في احداهما وقد روي عن معاذ بن جبل ان النبي ﷺ قال «في اليدين الدية وفي الرجلين الدية» وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم «وفي اليد خمسون من الابل» واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها لان الله تعالى لما أمر بقطع يد السارق كان الواجب قطعها من الكوع فان قطع يده من فوق الكوع فقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه في رواية أبي طالب وهذا قول عطاء وقتادة وابن أبي ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعي وظاهر مذهبه عند أصحابه انه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لان اسم اليد لها الى الكوع ولان المنفعة المقصودة في اليد من

(فصل) فان حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لانه لاعدوان منه وان دخل باذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً ، لان الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبه مالو قدم اليه سيف فقتل به نفسه وان كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لايبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه ، وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر لايضمنه لانه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ماذكروه وان اختلفا فقال صاحب الدار ماأذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لانه منكر وان قال كانت مكشوفة وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع، لان الظاهر معه فان الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك ، لان الاصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولان الاصل عدم تغطيتها.

(فصل) وإذا بنى في ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لانه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ، ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به ،

البطش والاخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع فيجب في الزائد حكومة قال أبو الخطاب وهو قول القاضي

ولنا ان اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) ولما نزلت آية التيمم مسح الصحابة الى المناكب وقال ثعلب اليد الى المنكب وفي عرف الناس ان جميع ذلك يسمى يدا فاذا قطعها من فوق الكوع فما قطع الا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها فأما قطعها في السرقة فلان المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعا له كما يقال قطع ثوبه اذا قطع جانبا منه وقولهم ان الدية تجب في قطعها من الكوع قلنا ولذلك تجب بقطع الاصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب بقطع الاصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل مايجب في قطع حشفته وأما اذا قطع يده من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانيا حكومة لانه وجبت عليه دية اليد بالقطع الاول فوجب بالثاني حكومة كما لو قطع الاصابع ثم قطع الكف أو كما لوفعل ذلك اثنان

(فصل) وان كان له كفان في زراع او يدان على عضد واحداها باطشة دون الاخرى او احداهما أكثر بطشا أو في سمت الذراع والاخرى منحرفة عنه أو احداهما تامة والاخرى ناقصة فالاولى هي الاصلية والاخرى زائدة ففي الاصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً وفي الزائد حكومة سواء قطعها مفردة او مع الاصلية وعلى قول ابن حامد لاشيء فيها لانها عيب فهي كالسلعة في اليدوان استويا من

وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا وان بناه في ملكه مستويا أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وان مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وان مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أوالى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فان لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه مالو سقط من غير ميل فان أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين (أحدهما) أن يطالب بنقضه (والثاني) أن لا يطالب به فان لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه مالو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أن عليه الضمان ، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور واسحاق لانه متعد بتركه مائلا فضمن ماتلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أوكان مائلا الى ملكه وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وقال أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن ، لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم

كل الوجوه وكانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولاتجب دية اليد كاملة لانها لا نفع فيها فهما كاليد الشلاء وان كانتا باطشتين ففيهما جميعا دية اليد وهل تجب حكومة مع ذلك؟ على وجهين بناء على ان الزائدة هل فيها حكومة اولا؟ وان قطع احداهما فلاقود لاحتمال ان تكون هي الزائدة فلاتقطع الاصلية بها وفيها نصف مافيهما لتساويهما وان قطع أصبعاً من إحداهما وجب ارش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وان قطع ذواليد التي لها طرفان وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد لان هذا نقص لايمنع القصاص كالسلعة في اليد وعلى قول غيره لايجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا نقطع احداهما لانا لانعرف الاصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية

(فصل) وفي الرجلين الدية بغير خلاف وفي احداهما نصفها لما ذكرنا من الحديث والمعنى في اليدين وفي تفصيلها كما ذكرنا من التفصيل في اليدين ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين في اليدين وفي قدم الاعرج ويد الاعسم الدية لان العرج لمعنى في غير القدم والعسم اعوجاج في الرسغ وليس ذلك عيبا في قدم ولا كف فلم يمنع كمال الدية فيهما وذكر أبو بكر ان في كل واحد منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لانهما لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء فان كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرنا في اليدين وان كانت احدى القدمين أطول من الاخرى وكان الطويل مساويا للرجل الاخرى فهو الاصلي وان كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الاخرى فهو

المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر لاضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه مالو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولانه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق، لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أوأجله له الامام لم يسقط عنه الضمان، لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لايملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان امكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا امكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لانه امكنه النقض وان كان المالك محجوراً عليه لسفه او صغر او جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس اهلا للمطالبة وان طولب وليه او وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب احدهم بنقضه احتمل وجهين (احدهما) لايلزمه شيء لانه لايمكنه نقضه بدون اذنهم فهو كالعاجز عن نقضه .

الاصلي وان كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشيامستقيما فهما الاصليتان وإن لم يمكنه فقطع وأمكنه المشي على القصيرتين فهما الاصليان والآخران زائدتان فان اشل الطويلين ففيهما الدية لان الظاهر انهما الاصليان فان قطعها قاطع فأمكنه المشي على القصيرين تبين انهما الاصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

﴿ مسئلة ﴾ (وفي مارن الانف وحشفة الذكر وحلمتي الثديين دية العضو كاملة)

في الانف الدية اذا قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البر عمن يحفظه من أهل العلم وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وفي الانف اذا أوعب جدعا الدية وفي رواية مالك في الموطأ اذا أوعى جدعا يعني استوعب واستوصل ولانه عضو فيه جمال ومنفعة ليس في البدن منه الا شيء واحد فاشبه اللسان

(فصل) وانما الدية في مارنه وهو مالان منه هكذا قال الخليل وغيره ولانه يروى عن طاوس انه قال : كان في كتاب رسول الله ﷺ في الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية وفي بعضه اذاقطع بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك يروى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ويحتمل ان يجب على من استوعب الانف جدعا دية وحكومة في القصبة)

اذا قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب ويحتمل ان يجب في المارن الدية وحكومة

(والثاني) يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه والزامهم النقض فصار بذلك مفرطا وأما ان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد واما جماعة فالحكم على ماذكرنا الا أن المطالبة للمالك او ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق الا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه او فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك اسقاطه ، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بابرائه وتاجيله الا أن يرضى بذلك جميعهم لان الحق لجميعهم

(فصل) واذا تقدم الى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لانه ليس بملك له ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه وأقبضه . وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد واذا وجب الضمان وكان التالف به آدميا فالدية على عاقلته . فان أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل الا أن يثبت ذلك ببينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لان العاقلة لا تحمل اعترافا وكذلك ان أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ماذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر . والظاهر لا تثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه

في القصبة وهذا مذهب الشافعي لان المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « في الانف اذا أوعب جدعا الدية » ولانه عضو واحد فلم يجب فيه أكثر من دية واحدة كالذكر اذا قطع من أصله وبهذا يبطل ماذكروه ويفارق اذا قطع لسانه وقصبته لانهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما في الآخر أما العضو الواحد فلا يبعد ان يجب في جميعه مايجب في بعضه كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وفي الثدي كاملة في حلمته ، فأما إن قطع الانف وماتحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فأشبه مالو قطع الذكر واللحم الذي تحته

﴿مسئلة﴾ (وفي الذكر الدية) اجمع أهل العلم على ذلك لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الذكر الدية» وذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب سواء في الدية لعموم الحديث وسواء قدر على الجماع أولم يقدر وفي حشفة الذكر الدية وهو قول جماعة من أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً لان منفعته تكمل بالحشفة كما

وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لانه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وان خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف فأشبه المائل

(فصل) واذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا او ساباطا فسقط او شيء منه على شي فأتلفه فعلى المخرج ضمانه وقال أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت، وان كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فتقسم الضمان عليهما

ولنا أنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلا الى الطريق فأتلف أو أقام خشبة في ملكه مائلة الى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط ولانه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات ولان هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولاننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما أتلفه، وان فعل ذلك باذنهم فلا ضمان عليه لانه مباح له غير متعد فيه

تكمل منافع اليد بالاصابع فكملت الدية بقطعها كالاصابع، وإن قطع الذكر كله او الحشفة وبعض العصبة لم يجب أكثر من الدية كما لو قطع الاصابع وبعض الكف

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الثديين الدية)

ولا نعلم خلافا في ان في ثديي المرأة الدية وفي الواحد منهما نصف الدية قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولان فيهما جمالا ونفعاً فأشبها اليدين والرجلين

﴿ مسئلة ﴾ (وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما)

نص عليه احمد وروي نحو هذا عن الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه. ونحوه قال قتادة: اذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية

ولنا انه ذهب منهما ماتذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالاصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة ان بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالاصابع في الكف وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما

(فصل) وان أخرج ميزابا إلى الطريق فسقط على انسان أوشيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال ابو حنيفة وحكي عن مالك أنه لايضمن ماأتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ماتلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ماتلف به لانه كله في غير ملكه

ولنا ماسبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح فانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئا يضر به فأشبه مالو أخرج إلى ملك آدمي معين بغير إذنه فاما ان أخرج إلى ملك آدمي معين شيئا من جناح او ساباط أو ميزاب او غيره فهو متعد ويضمن ماتلف به لا أعلم فيه خلافا

(فصل) واذا بالت دابته في طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان اذا كان راكبا لها أو قائدا أو سائقا لها لانه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب انه لايضمن ماتلف بذلك لانه لايد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ماتلف به كما لو اتلفت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ماأتلفت بيدها وفمها لانه يمكنه حفظهما

وإن ضربها فأشلها ففيهما الدية كما لو أشل يديه ، وإن جنى عليها من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا ان الجناية سبب قطع اللبن فعليه ماعلى من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه ارشه لان الاصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرها أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما

[مسئلة] (وفي ثديي الرجل وهما التندوتان الدية)

وبه قال اسحاق وحكي ذلك قولا للشافعي لانه ذهب بالجمال من منفعة فلم يجب دية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء ، وقال الزهري في حلمة الرجل خمس من الابل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا ان ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كسائر الاعضاء ولانهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجب فيهما الدية كاليدين ولانه أذهب الجمال على الكمال فوجبت فيهما الدية كالشعور الاربعة عند ابي حنيفة و كأذني الاصم وأنف الاخشم عند الجميع ويفارق العين القائمة لانه ليس فيهما جمال كامل ولانها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على انسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن لان ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه ويحتمل أن يضمن اذا وضعها متطرفة لانه نسب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطه مائلا

(فصل) وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط في حفظه . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يضمنه لانه فعل ماجرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ماتلف به كما اذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتاداً فتلف به . فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لان الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره

(فصل) واذا طلب انساناً بسيف مشهور فهرب منه فتلف في هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبياً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخسف به سقف فان فيه وفي الصغير والمجنون والاعمى قولان لانه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه

ولنا انه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه في

وما في اللثة منها يسمى سنخاً فاذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومة كما لو قطع انسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ،وإن قلعها الاول بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها ،وإن فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ ففيه ديتها وحكومة لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف ، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره إن كان ذهب النصف وجب نصف الارش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش، فان قلع الثاني سنخها نظرنا فان كان الاول كسرها عرضاً فليس على الثاني للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل أصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثاني يده من الكوع،وإن كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقلع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي من كسر الاول كما لو قطع الاول أصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله، فان اختلف الثاني والمجني عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجني عليه لان الاصل سلامة السن ، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك باخواتها فان

منزله وما ذكره يبطل بهذه الاصول، ولانه تسبب الى إهلاكه فأشبه مالو انخسف من تحته سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشيء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم مالو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه .

(فصل) ولو شهر سيفاً في وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله؛ أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فان فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان . ولنا أنه سبب اتلافه فضمنه كالصبي

(فصل) وإن قدم انسانا الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدمه لان الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وإن عمد الرامي رميه فالضمان عليه لانه مباشر وذاك متسبب فأشبه المسك والقاتل وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته إن كان خطأ لانه قتله

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة قد توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمها

لم يكن لها شيء تعتبر به ولم يمكن ان يعرف ذلك من أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته ويحتمل أن يجب على من استوعب جدعها دية وحكومة في القصبة وهذا مذهب الشافعي وقد ذكر كقطع اليد من نصف الساعد

﴿ مسئلة ﴾ (وفي العينين الدية)

أجمع أهل العلم على ذلك وعلى ان في العين الواحدة نصفها لقول النبي ﷺ «وفي العينين الدية» وروي عن النبي ﷺ انه قال « وفي العين الواحدة خمسون من الابل » رواه مالك في الموطأ ولان العينين من أعظم الجوارح نفعاً فكانت فيهما الدية وفي أحدهما نصفها كاليدين . اذا ثبت هذا فيستوي في ذلك الصغيرتان والكبيرتان والمليحتان والقبيحتان والصحيحتان والمريضتان والحولاء والرمصاء فان كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية وإن نقص من البصر نقص من الدية بقدره

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الاذنين الدية)

روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومالك في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى فيهما حكومة لان الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس

ولنا أن في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الاذنين الدية » ولان عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية ، فان قيل فقد روي عن أبي بكر الصديق أنه قضى في الاذن بخمسة عشر بعيراً قلنا لم يثبت

ضمان ماتلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل ويكون الضمان في مالهما لاتحمله عاقلتهما لانها لاتحمل اعترافا وهذا يثبت باعترافهما

وقد روي عن علي رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر فقالا يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق انما هذا هو السارق فاغرمهما دية الاول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ولم يقبل قولهما في الثاني . وإن أكره رجل رجلا على قتل انسان فقتله فصار الامر الى الدية فهي عليهما لانهما كالشريكين ولهذا وجب القصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها لانها ماتت بسبب فعله وتحملها العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك الا(١) باعترافه فتكون الدية عليه لان العاقلة لاتحمل اعترافا

(١) في نسخة بدون الا

(فصل) اذا بعث السلطان الى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه لماروي أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فبينا هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فالقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر اصحاب النبي ﷺ فاشار بعضهم ان ليس عليك شيء إنما انت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا ابا الحسن؟ فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك افزعتها فألقته فقال عمر اقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك، ولو فزعت

ذلك قاله ابن المنذر ولان ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية وفي احدهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما

﴿ مسئلة ﴾ (وفي اللحيين الدية)

وهما العظمان اللذان فيهما الاسنان السفلى لان فيهما نفعاً وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافي البدن منه شيئان، وفي احدهما نصفها كاحدى اليدين والرجلين ونحوهما مما في البدن منه شيئان

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الاليتين الدية)

قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الاليتين الدية وفي كل واحد منهما نصفها منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ولانهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجبت فيهما الدية وفي احداهما نصفها كاليدين، والاليتان هما ماعلا وأشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا إلى العظم الذي تحتهما ، وفي ذهاب بعضهما بقدره لان ماوجب فيه الدية وجب في بعضه بقدره فان جهل المقدار وجبت حكومة لانه نقص لم يعرف قدره

المرأة فماتت لوجبت ديتها ايضا ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لا تضمن المرأة لان ذلك ليس بسبب الى هلاكها في العادة

ولنا انها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها او نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت وقوله انه ليس بسبب عادة قلنا ليس كذلك فانه سبب للاسقاط والاسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين في الضمان كونه سببا معتاداً فان الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك في العادة ومتى افضت اليه وجب الضمان، وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدي الضمان إن كان ظالما لها وان كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لانها سبب احضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولانه استوفى حقه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ويضمن جنينها لانه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها

(فصل) ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لانه سبب هلاكه وان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولانه إذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فاذا منعه اياه تسبب الى اهلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كلام

﴿مسئلة﴾ (وفي الانثيين الدية)

لا نعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي البيضتين» الدية ولان فيهما الجمال والمنفعة فان النسل يكون بهما فشبها اليدين، وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن في الصلب الدية وفي الأنثيين الدية وفي إحداهما نصف الدية في قول أكثر أهل العلم وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها لان نفع اليسرى أكثر لان النسل يكون منها

ولنا أن ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما ذوا عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالاصابع وما ذكروه ينتقض بالاصابع، وكذلك الاجفان تستوي ديتهما مع اختلاف نفعهما ثم يحتاج الى إثبات الذي ذكره وان رض أنثييه أو اشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره وان قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية لان ذلك نفعهما فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين وان قطع احداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

﴿مسئلة﴾ (وفي اسكتي المرأة الدية)

والاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم وأهل اللغة يقولون الشفران

أحمد أن الدية في ماله لانه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا، وقال القاضي تكون على عاقلته لان هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه العمد، وان لم يطلبه منه لم يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه وكذلك كل من رأى إنسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء، وقال أبو الخطاب قياس المسئلة الاولى وجوب ضمانه لانه لم ينجه من الهلاك مع امكانه فيضمنه كما لو منعه الطعام والشراب

ولنا أنه لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلم يضمنه كما لو يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسئلة غير صحيح لانه في المسئلة منعه منعاً كان سببا في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا

(فصل) ومن ضرب إنسانا حتى احدث فان عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية، وقال أحمد لا أعرف شيئا يدفعه وبه قال اسحاق وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا شيء فيه لان الدية انما تجب لاتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك، وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان لانها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا ولان قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث

حاشيتا الاسكتان كما ان أشفار العينين أهدابهما وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها وقضى به محمد بن سفيان إذا بلغا العظم وذلك لان فيهما جمالا ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيئان، وفي احداهما نصف الدية كما ذكرنا في غيرهما، وان جنى عليهما فاشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة أو محفوظة أو غير محفوظة لانهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيه جميع ما ذكرنا كسائر اعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها لان الرتق عيب في غيرها فلم ينقص ذلك من ديتها كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين والحفظ هو الختان في حق المرأة

﴿مسئلة﴾ (وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك عانة الرجل)

لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه فان أخذ منه شيء مع فرج المرأة وذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الانف أو الشفتين من اللحم الذي حولها

﴿مسئلة﴾ (وفي اللسان الدية اذا كان ناطقا)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأصحاب الرأي واهل الحديث وغيرهم

(فصل) إذا ادعى القاتل ان المقتول كان عبداً أوضرب ملفوفا فقده أو القى عليه حائطا أو ادعى أنه كان ميتا وأنكر وليه ذلك فالقول قول الولي مع يمينه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك

ولنا أن الاصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل من كان مسلما وادعى انه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ماذكره، وهكذا لوقتل في دار الاسلام انسانا وادعى أنه كان كافراً وأنكر وليه فالقول قول الولي لان الدار دار الاسلام ولذلك حكمنا باسلام لقيطها، وان قطع عضوا وادعى شلله أوقلع عينا وادعى عماها وأنكر الولي فالقول قول المجني عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لوقطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أوقطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم، وقال القاضي ان اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه والا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو لان هذا مما لا يتعذر اقامة البينة عليه فانه لايخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى مايتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه

وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي اللسان الدية» ولان فيه جمالا ومنفعة فاشبه الانف فاما الجمال فقد روي عن النبي ﷺ عن الجمال فقال «في اللسان» ويقال جمال الرجل في لسانه والمرء باصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان الاصورة ممثلة أو بهيمة مهملة، وأما النفع فان به تبلغ الاغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضى الحاجات وتتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الاعضاء نفعا وأتمها جمالا فايجاب الدية في غيره تنبيه على إيجابها فيه، وإنما تجب الدية في اللسان الناطق وأما الاخرس فسنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى

(فصل) فان قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب لانه لسان لا كلام فيه فأشبه الاخرس

ولنا أن ظاهره السلامة وإنما لم يتكلم لانه لايحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير ويخالف الاخرس فانه علم ان لسانه أشل الا ترى ان اعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية ؟ فان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه فلم تجب فيه الدية لان الظاهر أنه لا يقدر على الكلام فهو كلسان الاخرس وان كبر فنطق ببعض الحروف وجبت فيه بقدر ماذهب من الحروف لاننا تبينا أنه كان ناطقا وان كان قد بلغ الى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلادية فيه لان الظاهر أنه لو كان صحيحا لتحرك، وان لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية لان الظاهر سلامته وان

ولنا ان الاصل السلامة فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا في اسلام المقتول وحياته وقولهم لا تتعذر إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لا تتعذر اقامة البينة على ما يدعيه الجاني فايجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الاصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها ، فان قالوا ههنا ما ثبت أن الاصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الاصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته واسلامه

(فصل) وان زاد في القصاص من الجراح وقال إنما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجني عليه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المقتص منه لان الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان (والثاني) القول قول المقتص لان الاصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل ، والاول أصح فان الجرح سبب وجوب الضمان وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه أوقتله وادعى أنه وجده مع أهله أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه .

قطع لسان كبير وادعى أنه كان اخرس ففيه ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو بعد قطعه من الخلاف .

(فصل) وفي اجفان العينين الدية وفي أحدها ربع الدية لان كل عدد تجب في جميعه الدية يجب في الواحد منها بحصته كالاصابع وهذا قول الثوري والشافعي واصحاب الرأي وعن مالك انه لا مقدر فيها بل يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم

ولنا انها اعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تكن العين وتقيها وتحفظها من الحر والبرد ولولاها لقبح منظرها فوجبت فيها الدية كاليدين وعن الشعبي انه يجب في الاعلى ثلثا الدية وفي الاسفل ثلثها لانه اكثر نفعا

ولنا ان كل عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصة في الواحد منه كالاصابع فان قلع العينين باشفارها وجبت ديتان لانهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجب باتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية في اشفار عين الاعمى وهي الأجفان لان ذهاب بصره عيب في غير الأجفان فلم يمنع وجوب الدية فيهما كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية في الانف .

﴿مسئلة﴾ (وفي قطع بعض المارن والاذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والانملة وشق الحشفة طولا بالحساب من ديته يقدر بالاجزاء كالثلث والربع ثم يؤخذ مثله من الدية)

لان ما وجبت الدية في جميعه وجبت في بعضه فان كان الذاهب النصف وجب نصف الدية وان كان الثلث وجب ثلثها ، وان كان أقل او أكثر وجب بحساب ذلك كما تقسط دية اليد على الأصابع .

﴿ باب ديات الجراح ﴾

الجراح تتنوع نوعين (أحدهما) الشجاج وهي ما كان في رأس أو وجه (النوع الثاني) ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين (أحدهما) قطع عضو (والثاني) قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان (أحدهما) ماذكرنا (والثاني) تفويت منفعة كتفويت السمع والبصر والعقل

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (ومن أتلف ما في الانسان منه شيء واحد ففيه الدية وما فيه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية)

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى في الانسان منه الا واحداً كاللسان والانف والذكر والصلب ففيه دية كاملة لان اتلافه اذهاب منفعة الجنس واذهابها كاتلاف النفس، ومافيه منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين والاذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثديين والأليتين ففيهما الدية كاملة لان في اتلافهما اذهاب منفعة الجنس وفي احداهما نصف لان في اتلافه اذهاب نصف منفعة الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ، وقد روي عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب له في كتابه «وفي الانف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية» رواه النسائي وغيره ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء وما فيه متفق عليه عند العلماء الا قليلا

﴿مسئلة﴾ (وفي شلل العضو واذهاب نفعه والجناية على الشفتين بحيث لا يطبقان على الاسنان الدية) لانه عطل نفعهما فاشبه مالو اشل يده وكذلك ان استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الاسنان لأنه عطل جمالها .

(فصل) وان جنى على يديه فأشلهما وجبت ديتهما لانه فوت منفعتهما فهو كما لو أعمى عينيه أوأخرس لسانه وان اشل الذكر ففيه ديته لانه ذهب بنفعه أشبه مالو أشل لسانه وكذلك ان اشل انثييه كما لو اشل يديه وكذلك إن جنى على الاسكتين فأشلهما ففيهما الدية كما لو جنى على الشفتين فأشلها ففيهما الدية وكذلك الاصابع إذا أشلهما لما ذكرنا وسائر الاعضاء الا الاذن والأنف وسنذكرهما إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وفي تسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته وعنه في تسويد السن ثلث ديتها وقال أبو بكر فيها حكومة)

اذا جنى على سنه فسودها فحكي عن أحمد في ذلك روايتان

(فصل) ومافي الانسان منه أربعة أشياء ففيها الدية وفي كل واحد منها ربع الدية وهو اجفان العينين وأهدابها ومافيه منه عشرة ففيها الدية وفي كل واحد منها عشرها وهي أصابع اليدين وأصابع الرجلين ومافيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية وفي الواحد ثلثها وهو المنخران والحاجز بينهما وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة لان المنخرين شيئان من جنس فكان فيهما الدية كالشفتين وليس في البدن شيء من جنس يزيد على الدية الا الاسنان فان في كل سن خمسا من الابل فتزيد على الدية وقد روي أنه ليس فيها الا الدية قياساً على سائر مافي البدن والصحيح الاول لان الخبر عن النبي ﷺ ورد بايجاب خمس في كل سن فيجب العمل به وان خالف القياس

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي العينين الدية)

أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية وفي العين الواحدة نصفها لقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية » ولانه ليس في الجسد منهما إلا شيئان ففيهما الدية وفي احداهما نصفها كسائر الاعضاء التي كذلك ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « وفي العين الواحدة خمسون من الابل » رواه مالك في موطئه ، ولان العينين من أعظم الجوارح نفعاً وجمالا فكانت فيهما الدية وفي احداهما نصفها كاليدين. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ومليحتين أو قبيحتين أو

(إحداهما) تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقي وروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبد الملك بن مروان والنخعي ومالك والليث والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي (والرواية الثانية) عن أحمد أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه وهو اقيس لانه لم يذهبها بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت وهذا قول أبي بكر

ولنا أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعا ولانه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع اذن الاصم وأنف الاخشم والظفر كذلك قياساً على السن وعن أحمد (رواية ثالثة) ان في تسويد السن ثلث ديتها والتقدير لايثبت إلا بالتوقيف

(فصل) فاما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لانه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وان اخضرت احتمل ان يكون كتسويدها لانه ذهب بجمالها واحتمل ان لايكون فيه إلا حكومة لان ذهاب جمالها لتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ما نذكره ان شاء الله تعالى وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب في قلعها ديتها كما لو صفرها

صحيحتين أو مريضتين أو حولاوين أو رمصتين فإن كان فيهما بياض لاينقص البصر لم تنقص الدية وان نقص البصر نقص من الدية بقدره وفي ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت باذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما وفي ذهاب بصر أحدهما نصف الدية كما لو أشل يداً واحدة وليس في إذهابهما بنفعها أكثر من دية كاليدين

(فصل) وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته لأنه ذهب بسبب جنايته وان لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه ديته لانه ذهب بسبب فعله وان اختلفوا في ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة لان لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر ومعرفة بحالها بخلاف السمع وان لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بان يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته فان طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب وإلا حكم له، واذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة لايرجى عوده وجبت الدية ، وان قالوا يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر اليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فان عاد البصر سقطت عن الجاني وان لم يعد استقرت الدية وان مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فان ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث ، لان الأصل معه وان جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الاول الدية أو القصاص

(فصل) فان جنى على سنه فذهبت حدتها وكانت ففي ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة لأنها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة وان ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وان قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كما لو كسر منها جزءا

(مسألة) (وفي العضو الاشل من اليد والرجل والذكر والثدي ولسان الاخرس والعين القائمة وشحمة الاذن وذكر الخصي والعنين والسن السوداء والثدي دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الانف واليد والاصبع الزائدتين حكومة وعنه ثلث ديته)

أما اليد الشلاء وهي اليابسة التي ذهبت منها منفعة البطش وكذلك الرجل مثلها في الحكم قياساً عليها والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة والسن السوداء فعن احمد رحمه الله فيهن حكومة لانه لايمكن ايجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة وعنه فيهن ثلث الدية لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها وفي السن السوداء إذا قلعت بثلث ديتها رواه النسائي وأخرجه أبو داود في العين وحدها وهو قول عمر ورواه قتادة عن خلاس عن عبدالله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن أبيه عن ابن عباس ان عمر رضي الله عنه قضى في العين القائمة إذا قلعت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت بثلث دية كل واحد منهن ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة وقولهم لا يمكن ايجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه

لانه أذهب البصر فلم يزد وعلى الثاني حكومة لانه أذهب عينا لاضوء لها يرجى عودها وان قال الاول عاد ضوؤها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر ، لان الأصل معه فإن صدق المجني عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني وان قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لان انتظار ذلك إلى غير غاية يفضي إلى إسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والأصل يؤيده فان عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب ردما اخذ منه لانا تبينا أنه لم يكن واجباً

(فصل) وان جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففي ذلك حكومة وان ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه لأنه لايعرف ذلك إلا من جهته وان ذكر أن إحداها نقصت عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص فيباعد عنه فكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه حتى تنتهي فإذا انتهت علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ثم يعلمه عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما فان كانتا سواء فقد صدق وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر مابينهما وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له فيردد حتى تستوي المسافة بين الجانبين والأصل في هذا ماروي عن علي رضي الله عنه، قال ابن المنذر

(فصل) قال القاضي قول أحمد في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لايمكنه ان يعض بها شيئا أوكانت تتفتت فاما ان كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيه كمال ديتها سواء قلت منفعتها بان يعجز عن عض الاشياء الصلبة أو لم يعجز لانها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الاعضاء وليس على من سودها إلا حكومة وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الاخبار وقضاء عمر وقول أكثر أهل العلم ولانه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كتسويد الوجه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن البيضاء إذا قلعت ونبتت مكانها سوداء لمرض فيها فإن القاضي وأصحاب الشافعي سلموا انها لاتكمل ديتها

(فصل) فان نبتت اسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة لان هذا جنس خلق على هذه الصورة اشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعاً وان نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة فإن قالوا ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها كمال ديتها وان قالوا ذلك لمرض فعلى قالعها ثلث ديتها أو حكومة وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ويحتمل ان يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا لان المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في نقص ديتها كما لو كان طارئا

أحسن ماقيل في ذلك ماقاله علي رضي الله عنه أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم أمر فخط عند ذلك ثم امر بعينه فعصبت الاخرى وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء فأعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر

قال القاضي واذا زعم أهل الطب أن بصره يقل اذا بعدت المسافة ويكثر اذا قربت وأمكن هذا في المذارعة عمل عليه وبيانه أنهم اذا قالوا إن الرجل اذا كان يبصر الى مائة ذراع ثم أراد أن يبصر الى مائتي ذراع احتاج للمائة الثانية الى ضعفي مايحتاج اليه للمائة الاولى من البصر فعلى هذا اذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها وهذا لا يكاد ينضبط في الغالب وكل مالا ينضبط ففيه حكومة . وان جنى على عينيه فندرتا أو اذا حولتا او اعمشتا ففي ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت . والجناية على الصبي والمعتوه كالجناية على البالغ والعاقل وانما يفترقان في أن البالغ خصم لنفسه والخصم للصبي والمجنون وليهما فاذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولي عنهما فان بلغ الصبي وأفاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) وفي لسان الاخرس روايتان أيضا كاليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر إذا شلا وذكر الخصي والعنين إذا قلنا لا تكمل ديتهما واشباه هذا كله يتخرج على روايتين (إحداهما) فيه ثلث الدية والاخرى حكومة

(فصل) فاما اليد والرجل والاصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة وقال القاضي هو في معنى اليد الشلاء فيخرج على الروايتين والذي ذكره شيخنا أصح لانه لا تقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله لان هذه الزوائد لاجمال فيها إنما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص بالقيمة فكيف يصح قياسه على مايحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافا كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل ان لايجب فيه شيء لما ذكرنا

(فصل) قد ذكرنا ان في الاصبع الزائدة حكومة وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت ان فيها ثلث دية الاصبع وذكر القاضي انه قياس المذهب على رواية ايجاب ثلث دية اليد في اليد الشلاء والاول أصح على ما ذكرنا ولا يصح قياسها على اليد الشلاء لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم

(فصل) واختلفت الرواية في قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدي دون حلمته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته وكذلك شحمة الاذن وعن أحمد في ذلك كله

(فصل) وفي عين الاعور دية كاملة وبذلك قال الزهري ومالك والليث وقتادة واسحاق . وقال مسروق وعبدالله بن مغفل والنخعي والثوري وابو حنيفة والشافعي فيها نصف الدية لقوله عليه السلام «وفي العين خمسون من الابل» وقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية» يقتضي أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد او اثنان في وقت واحد او في وقتين وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ولان ماضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالاذن ويحتمل هذا كلام الخرقي لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية لم يفرق

ولنا أن عمر وعثمان وعليا وابن عمر قضوا في عين الاعور بالدية ولم نعلم لهم في الصحابة مخالفا فيكون اجماعا ولان قلع عين الاعور تتضمن اذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز أن يكون قاضيا وشاهداً ويجزىء في الكفارة وفي الاضحية إذا لم تكن العوراء مخسوفة فوجب في بصره دية كاملة كما في العينين فان قيل فلو صح هذا لم يجب في ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية لانه لم ينقص قلنا لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الثاني بدليل مالو جنى عليهما فاحولتا او عمشتا او نقص ضوؤها فانه يجب أرش النقص ولا تنقص

حكومة وهذا هو الصحيح لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على مافيه تقدير لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته انما بقي بعض مافيه الدية أو أصل ما فيه الدية فاما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي ان تجب الحكومة فيه وجهاً واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي إلى ان يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما

(مسئلة) (وعنه في ذكر الخصي والعنين كمال ديته)

أما ذكر العنين فاكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الذكر الدية » ولانه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ وذكر القاضي فيه عن أحمد روايتين (إحداهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لا تكمل ديته وهو قول قتادة لان منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ واختلفت الرواية في ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد ابن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ولان منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه (والثانية) لا يجب فيه وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرآي وقتادة وإسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين ولان المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالاشل والجماع يذهب في الغالب بدليل ان البهائم يذهب جماعها بخصائها والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي ان الجماع في ذكر العنين ابعد منه في ذكر الخصي واليأس من الانزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين

ديتهما بذلك ولان النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية كالذي ذكرنا

(فصل) وان قلع الاعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة او قلع المماثلة للصحيحة خطأ فليس عليه الا نصف الدية لا أعلم فيه مخالفا لان ذلك هو الاصل ، وان قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه وعليه دية كاملة وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في إحدى روايتيه ، وقال في الاخرى عليه نصف الدية ولا قصاص، وقال المخالفون في المسئلة الاولى: له القصاص لقوله تعالى (والعين بالعين) وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولانه لو قلعها غيره لم يجب فيها الا نصف الدية فلم يجب عليه الا نصفها كالعين الاخرى

ولنا أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة فكان اجماعاً

(فصل) وان قلع الاعور عيني صحيح العينين فليس عليه الا دية عمداً كان او خطأ ، وذكر القاضي أن قياس المذهب وجوب ديتين (إحداهما) في العين التي استحق بها قلع عين الاعور (والاخرى) في الاخرى لانها عين أعور

ولنا قول النبي ﷺ «في العينين الدية» ولانه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً ولانه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنه وماذكره القاضي لا يصح لان

﴿مسئلة﴾ (فإذا قلنا لا تكمل الدية في قطع ذكر الخصي ان قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان وإن قطع الانثيين ثم قطع الذكر لزمته دية واحدة للانثيين وفي الذكر حكومة أو ثلث الدية)

قال القاضي ونص احمد على هذا وان قطع نصف الذكر بالطول فقال أصحابنا فيه نصف الدية والاولى ان تجب الدية كاملة لانه ذهب بمنفعة الجماع به فوجبت الدية كاملة كما لو اشله او كسر صلبه فذهب جماعه وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ماكان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية وان خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة وان ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك

﴿مسئلة﴾ (وان اشل الانف او الاذن او عوجهما ففيه حكومة وفي قطع الاشل منهما كمال الدية)

إذا ضرب انفه فاشله ففيه حكومة وان قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته وكذلك الاذن اذا جنى عليها فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الاعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر في ذلك ديتها وكذلك قوله في الانف اذا أشله لان ماوجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل

ولنا ان نفع الاذن باق بعد استحشافها وجمالها فان نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام

وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الاخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا اليها لاجماع الصحابة عليها ففيما عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليها فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له الا قلع عينه لانه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من اذهاب بصره وهذا مبني على ماتقدم من قضاء الصحابة ، ولان عين الاعور تقوم مقام العينين وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ونصف الدية للعين الاخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

(فصل) وإن قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل فله نصف الدية أو القصاص من مثلها لانه عضو أمكن القصاص من مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة . وعن أحمد رواية أخرى أن الاولى إن كانت قطعت ظلماً وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها وإن قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الاعور والصحيح الاول لان هذا أحد العضوين الذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء وكما لو كانت الاولى أخذت قصاصاً أو في غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الاعور لوجوه ثلاثة

(أحدها) أن عين الاعور حصل بها مايحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة والاحكام إلا تفاوتاً يسيراً بخلاف أقطع اليد والرجل

(والثاني) أن عين الاعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الاولى وهىنا اختلفا

(الثالث) أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار اليه بمجرد الرأي ولا توقيف

في صماخه وهذا باق بعد شللها فان قطعها قاطع بعد شللها ففيها ديتها لانه قطع اذن نافيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكما لو قلع عينا عمياء او حولاء وكذلك الانف نفعه جمع الرائحة ومنع وصول الهوام الى دماغه وهذا باق بعد الشلل بخلاف سائر الاعضاء فان جنى على الانف فعوجه او غير لونه ففيه حكومة في قولهم جميعا وكذلك الاذن اذا عوجها أو غير لونها ففيها حكومة كالانف

(فصل) فان قطع الانف الا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطع الجلدة ففيه ديته لانه قطع جميعه بعضه بالمباشرة وبعضه بالسبب فأشبه مالو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه وان رده فالتحم ففيه حكومة لانه لم يبن وان ابانه فرده فالتحم فقال أبو بكر ليس فيه الا حكومة كالذي قبلها وقال القاضي فيه ديته وهو مذهب الشافعي لانه ابان انفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولان ماأبين قد نجس فيلزمه ان يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ، ووجوب ابانته لان اجزاء الآدمي كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة فكذلك اجزاؤه

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب الدية في انف الاخشم والمخزوم)

فيه فيصار اليه ولا نظير له فيقاس عليه والمصير اليه تحكم بغير دليـل فيجب اطراحه ، وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لان منفعة كل أذن لا تتعلق بالاخرى بخلاف العينين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الاشفار الاربعة الدية وفي كل واحد منها ربع الدية)

يعني أجفان العينين وهي أربعة ففي جميعها الدية لان فيها منفعة الجنس وفي كل واحد منها ربع الدية لان كل ذي عدد تجب في جميعه الدية تجب في الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والاصابع وبهـذا قال الحسن والشعبي وقتادة وأبو هاشم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد لانه لم يعلم تقديره عن النبي ﷺ والتقدير لا يثبت قياساً

ولنا انها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها يطبقه اذا شاء ويفتحه اذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدين ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياساً فاذا ثبت هذا فان في أحدها ربع الدية . وحكي عن الشعبي أنه يجب في الاعلى ثلثا دية العين وفي الاسفل ثلثها لانه أكثر نفعاً

ولنا أن كل ذي عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصة في الواحد منه كاليدين والاصابع وما ذكره يبطل باليمين مع اليسرى والاصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان لانهما جنسان

لان انف الاخشم لاعيب فيه وإنما العيب في غيره فوجبت ديته كانف غير الاخشم وأما المخزوم فانفه كامل غير أنه معيب فاشبه العضو المريض ولذلك تجب في اذن الاصم لان الصمم نقص في غير الاذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الاجفان وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

(مسئلة) (وان قطع أنفه فذهب شمه وجبت ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر وكذلك إذا قطع أذنه فذهب سمعه يجب ديتان لان السمع في غير الاذن فهو كالبصر مع الاجفان والنطق مع الشفتين)

(مسئلة) (وسائر الاعضاء اذا اذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة كالعين إذا قلعت فذهب ضوؤها لم يجب إلا دية واحدة)

لان الضوء فيها ومثل ذلك سائر الاعضاء إذا اذهبها بنفعها لم يجب إلا دية واحدة لان نفعها فيها فدخلت ديته في ديتها ولان منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة كما لو قتله لم يجب إلا ديته

(فصل) في دية المنافع قال الشيخ رحمه الله في كل حاسة دية كاملة وهي السمع والبصر والشم والذوق لاخلاف في وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على ان في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والاوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك

تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجبت باتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين، وتجب الدية في أشفار عين الأعمى لان ذهاب بصره عيب في غير الاجفان فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لايمنع وجوب الدية في الانف

(فصل) وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية وهو الشعر الذي على الاجفان وفي كل واحد منها ربعها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي فيه حكومة

ولنا أن فيها جمالا ونفعا فانها تقي العينين وترد عنهما وتحسن العين وتجملها فوجبت فيها الدية كالاجفان وان قطع الاجفان باهدابها لم يجب أكثر من دية لان الشعر يزول تبعاً لزوال الاجفان فلم تفرد بضمان كالاصابع اذا قطع اليد وهي عليها

(مسئلة) قال (وفي الأذنين الدية)

روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومالك في احدى الروايتين عنه، وقال في الاخرى فيهما حكومة لان الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس

ولنا أن في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الاذنين الدية » ولان عمر وعلياً قضيا

والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وقد روي ان النبي ﷺ قال « وفي السمع الدية » وروى أبو المهلب عن أبي قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر بأربع ديات والرجل حي ولانها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر، وان ذهب السمع من احدى الاذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من احدى العينين

(مسئلة) (وفي البصر الدية)

لان كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت باذهاب نفعهما كاليدين اذا أشلهما وفي ذهاب بصر احداهما نصف الدية كما لو اشل يداً واحدة، وليس في اذهابهما بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين، وان جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته لانه ذهب بسبب جنايته وان لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه الدية لانه ذهب بسبب فعله

(مسئلة) (وفي الشم الدية)

لانه حاسة يختص بمنفعة فكان في ذهابها الدية كسائر الحواس ولا نعلم في هذا خلافا قال القاضي في كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال « وفي المشام الدية »

(فصل) وفي الذوق الدية وكذلك قال أبو الخطاب لان الذوق حاسة فأشبه الشم وقياس المذهب

فيهما بالدية، فان قيل فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى في الاذن بخمسة عشر بعيراً قلنا لم يثبت ذلك قاله ابن المنذر ، ولان ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين وفي احداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما، ولان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض احداهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربعها وعلى هذا الحساب سواء قطع من أعلى الاذن أو أسفلها أو اختلف في الجمال أو لم يختلف كما أن الاسنان والاصابع تختلف في الجمال والمنفعة ودياتها سواء

وقد روي عن احمد رحمه الله في شحمة الاذن ثلث الدية والمذهب الاول وتجب الدية في أذن الاصم لان الصمم نقص في غير الاذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لايؤثر في دية الاجفان وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً

(فصل) فان جنى على أذنه فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الاعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : في ذلك ديتها لان ماوجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنا أن نفعها باق وبعد استحشافها وجمالها فان نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام في صماخه وهذا باق بعد شللها، فان قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها لانه قطع أذنا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكما لو قلع عينا عمشاء أو حولاء

أنه لا دية فيه فانه لا يختلف فى أن لسان الاخرس لا دية فيه ، وقد نص أحمد على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الاولى ، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن فى لسان الاخرس حكومة وان ذهب الذوق بذهابه قال شيخنا : والصحيح ان شاء الله أنه لا دية فيه لان فى اجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه اجماعا على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بمفرده لان كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل فى منفعته دونه كسائر الاعضاء ولا تفريع على هذا القول

(مسئلة) (وكذلك تجب فى الكلام والعقل والمشي والاكل والنكاح)

إذا جني عليه فخرس وجبت ديته لان كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد

(مسئلة) (وفى ذهاب العقل الدية)

ولا نعلم فيه خلافا روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما واليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء. وفى كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفى العقل الدية» ولانه أكبر المعاني قدرا وأعظم الحواس نفعاً فانه يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل به في التكليف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي السمع اذا ذهب من الاذنين الدية)

لاخلاف في هذا . قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والاوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافا لهم . وقد روي عن معاذ أن النبي ﷺ قال « وفي السمع الدية » وروى ابو المهلب عن أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر بأربع ديات والرجل حي، ولانها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الاذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لان السمع في غيرهما فأشبه مالو قلع أجفان عينيه فذهب بصره بخلاف العين اذا قلعت فذهب بصره فان البصر في العين فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد

(فصل) وإن اختلفا في ذهاب سمعه فانه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والاصوات المزعجة فان ظهر منه انزعاج أو التفات أو مايدل على السمع فالقول قول الجاني مع يمينه لان ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعي وحلف لجواز أن يكون ماظهر منه

وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وآداء العبادات فكان بايجاب الدية أحق من بقية الحواس فان نقص عقله نقصاً معلوما وجب بقدره

(فصل) فان ذهب عقله بجناية لا توجب ارشا كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لاغير وان أذهبه بجناية توجب أرشا كالجراح او قطع عضو وجبت الدية وارش الجرح وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد، وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم يدخل الاقل منهما في الاكثر فان كانت الدية أكثر من ارش الجرح وجبت وحدها وإن كان ارش الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لان ذهاب العقل تختل معه منافع الاعضاء فدخل ارشها فيه كالموت

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الارشان كما لو أوضحه فذهب بصره أوسمعه ، ولانه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب شمه لم يدخل ارشها في دية الانف والاذن مع قربها منها فهنا أولى، وما ذكروه لا يصح لانه لو دخل أرش الجرح في دية العقل لم يجب ارشه إذا زاد على دية العقل كما أن دية الاعضاء كلها مع القتل لا يجب أكثر من دية النفس فلا يصح قولهم ان منافع الاعضاء تبطل بذهاب العقل فان المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانهما مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محلها

اتفاقا وإن لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر أنه غير سميع وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر، وإن ادعى ذلك في احداهما سدت الاخرى وتغفل على ماذكرنا فان ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة، وإن ادعى نقصه في أحدهما سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول اني لاأسمع فاذا قال اني لاأسمع غير عليه الصوت والكلام فان بان أنه يسمع وإلا فقد كذب فاذا انتهى الى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول اني لاأسمع فاذا قال ذلك غير عليه الكلام فان تغيرت صفته لم يقبل قوله وان لم تتغير صفته حلف وقبل قوله ومسحت المسافتان ونظر مانقصت العليلة فوجب بقدره فان قال اني أسمع العالي ولا أسمع الخفي فهذا لايمكن تقديره فتجب فيه حكومة

(فصل) فان قال أهل الخبرة أنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظر اليها وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر، ومتى عاد السمع فان كان قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعده ردت على ماقلنا في البصر

(فصل) فان جنى عليه فاذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع ارش الجرح قال أبو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وسمعه وبصره ولسانه فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حي، ولانه أذهب منافع في كل واحد منها دية فوجبت عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فان مات من الجناية لم يجب الا دية واحدة لان ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الاعضاء

(مسئلة) (وفي ذهاب المشي الدية) لانها منفعة مقصودة فوجبت فيها الدية كالكلام

(فصل) وفي كسر الصلب الدية إذا لم ينجبر لما روي في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الصلب الدية» وعن سعيد بن المسيب قال: مضت السنة ان في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ وبه قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهري ومالك. وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس في كسر الصلب دية الا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعة لانه عضو لم تذهب منفعته فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء

ولنا الخبر ولانه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت فيه الدية بمفرده كالانف، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ولا يجب أكثر من دية لانها منفعة تلزم كسر الصلب غالبا فأشبه ما لو قطع رجليه

(مسئلة) (وفي ذهاب الاكل الدية) لانها منفعة مقصودة فوجبت فيه الدية كالشم والنكاح

(مسئلة) (فان كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية)

روي ذلك عن علي رضي الله عنه لانه نفع مقصود فأشبه ذهاب المشي، وإن ذهب جماعه ومشيه

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي قرع الرأس اذا لم ينبت الشعر الدية وفي شعر اللحية الدية اذا لم ينبت وفي الحاجبين الدية اذا لم تنبت)

هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعا وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا ففي كل واحد منهما دية وهذا قول ابي حنيفة والثوري . وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة ، وروي عن علي وزيد بن ثابت أنهما قالا في الشعر فيه الدية ، وقال مالك والشافعي فيه حكومة واختاره ابن المنذر لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كاذن الاصم وأنف الاخشم وماذكروه ممنوع فان الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها وينتقض ماذكروه بالاصل الذي قسنا عليه ويفارق اليد الشلاء فانه ليس جمالها كاملا

(فصل) وفي أحد الحاجبين نصف الدية لان كل شيئين فيهما الدية ففي أحدهما نصفها كاليدين وفي بعض ذلك أو ذهاب شيء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديته يقدر بالمساحة كالاذنين ومارن الانف، ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة أو جميلة أو قبيحة أو كونها من

وجبت ديتان في ظاهر كلام أحمد في رواية ابنه عبد الله لانهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة فاذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن أحمد فيهما دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صلبه فعادت احدى المنفعتين دون الاخرى لم يجب الا دية الا أن تنقص الاخرى فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لنقصها لذلك ، وإن ادعى ذهاب جماعه فقال رجلان من أهل الخبرة ان مثل هذه الجناية تذهب الجماع فالقول قول المجني عليه مع يمينه لانه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ومذهب الشافعي في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب ، وإن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية، ويروى هذا عن مجاهد قال بعض أصحاب الشافعي هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لانه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما واحتمل أن لا تجب الدية كاملة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها

﴿ مسألة ﴾ (ويجب في الحدب)

تجب الدية في الحدب لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الصلب الدية » ولانه أبطل عليه منفعة مقصودة وجمالا أشبه ما لو أذهب مشيه

صغير أو كبير لان سائر مافيه الدية من الاعضاء لايفترق الحال فيه بذلك وإن أبقى من لحيته مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان

(أحدهما) يؤخذ بالقسط لانه محل يجب في بعضه بحصته فأشبه الاذن ومارن الانف

(والثاني) تجب الدية كاملة لانه أذهب المقصود كله فأشبه مالو أذهب ضوء العينين ، ولان جنايته ربما أحوجت الى اذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سبباً لذهاب الكل فأوجبت ديته كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجة الرأس الى ماذهب بضوء عينه .

(فصل) ولا تجب الدية في شيء من هذه الشعور الا بذهابه على وجه لايرجى عوده مثل أن يقلب على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لايعود ،وإن رجي عوده الى مدة انتظر اليها وان عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب فان عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لايرجى

(فصل) ولا قصاص في شيء من هذه الشعور لان اتلافها انما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار فلا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه

(مسئلة) **(وفي الصعر الدية وهو أن يضربه فيصير الوجه الى جانب)**

وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوي منه عنقه قال الله تعالى (ولا تصعر خدك للناس) أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كامالة وجه البعير الذي به الصعر، فمن جنى على انسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة روي ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال الشافعي : ليس فيه الا حكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة

ولنا ما روى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال:وفي الصعر الدية ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان اجماعا ولانه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية كسائر المنافع ،وقولهم لم تذهب منفعة لايصح فانه لا يقدر على النظر امامه واتقاء ما يحذره اذا مشى واذا نابه أمر أودهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليتعرف ما يريد نظره ويتعرف ما يضره مما ينفعه

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات أو ابتلاع الماء عليه شاقا فيه حكومة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها ، وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى وان بقي مع ذلك ففيه الدية لانه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن

﴿ مسئلة ﴾ **(وفي تسويد الوجه إذا لم يزل الدية وقال الشافعي فيه حكومة) لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر**

ولنا أنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لوقطع أذني الاصم أو أنف الأخشم وقوله ليس

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي المشام الدية)

يعني الشم في اتلافه الدية لانه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس ولانعلم في هذا خلافا . قال القاضي في كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ انه قال « وفي المشام الدية » فان ادعى ذهاب شمه اغتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنة فان هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجاني مع يمينه ، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجني عليه كقولهم في اختلافهم في السمع ، وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لانه لايتوصل إلى معرفة ذلك الا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالاقراء ويجب له من الدية ماتخرجه الحكومة ، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعد أخذها ردها لانا تبينا أنه لم يكن ذهب وإن رجي عود شمه الى مدة انتظر اليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من احدى عينيه

(فصل) وفي الانف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن عبدالبر وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال «وفي الانف إذا أوعب جدعا الدية » وفي رواية مالك في الموطأ « اذا أوعي جدعا » يعني إذا استوعب واستؤصل ولانه عضو فيه جمال

بنظير لمقدر ممنوع فانه نظير لقطع الاذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بايجاب الدية أولى ، فان زال السواد رد ما أخذه لسواده لزوال سبب الضمان ، فأما ان صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لانه لم يذهب بالجمال على الكمال

﴿مسألة﴾ (وإذا لم يستمسك الغائط والبول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة)

وجملة ذلك أنه إذا ضرب بطنه فلم يستمسك الغائط أو المثانة فلم يستمسك البول وجب فيه الدية وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفاً الا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى أن فيها ثلث الدية لانها باطنة فهي كافضاء المرأة ، والصحيح الاول لان كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بها كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر ، وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة

﴿مسألة﴾ (وفي نقص شيء من ذلك ان علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوما ويفيق يوما أو ذهاب بصر احدى العينين أو سمع احدى الاذنين) لان ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه كالاصابع واليدين

ومنفعة ليس في البدن منه إلا شيء واحد فكانت فيه الدية كاللسان ،وانما الدية في ما رنه وهو ما لان منه هكذا قال الخليل وغيره لانه يروى عن طاوس أنه قال كان في كتاب رسول الله ﷺ «في الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية» ولان الذي يقطع فيه ذلك فانصرف الخبر اليه فان قطع بعضه ففيه بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك منه كما قلنا في الاذنين ، وقد روي هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي،وان قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية وفي المنخرين ثلثاها وفي الحاجز بينهما الثلث قال أحمد في الوترة(١) الثلث وفي الحرمة في كل واحد منهما الثلث ، وبهذا قال اسحاق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر مافيه عدد من جنس من اليدين والاصابع والاجفان الأربعة، وحكى أبو الخطاب وجها آخر ان في المنخرين الدية وفي الحاجز بينهما حكومة لقول احمد في كل زوجين من الانسان الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لان المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبها اليدين ولانه بقطع المنخرين اذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين ، فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وان قطع معه الحاجز ففيه حكومة وان قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة وعلى الاول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية ، وفي قطع جزء من الحاجز أو احد المنخرين بقدره من ثلث

(١) هي حجاب بين المنخرين

(فصل) وإن نقص الذوق نقصا يتقدر بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس وهي الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة فاذا لم يدرك أحدها وأدرك الباقي ففيه خمس الدية وفي اثنين خمساها وفي ثلاث ثلاثة أخماسها وإن لم يدرك واحدة فعليه الدية اذا قلنا تجب الدية في ذهاب الذوق والا ففيه حكومة

(مسألة) (وفي بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفاً) يعتبر ذلك بحروف المعجم هي ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فان مخرجها مخرج اللام والالف فمهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره لان الكلام يتم ، بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية وفي الحرفين نصف سبعها وفي الاربعة سبعها،ولا فرق بين ماخف على اللسان من الحروف أو ثقل لان كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ويحتمل ان تقسم الدية على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفوية وهي الباء والميم والفاء والواو ،ودون حروف الحلق الستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ،فهذه عشرة بقي ثمانية عشر حرفا للسان تقسم ديته عليها لان الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فاذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ، ففي الواحد نصف تسع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وان جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته،وينبغي ان يجب بقدره من

الدية يقدر بالمساحة فان شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة فان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر

(فصل) وان قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب وهذا مذهب مالك ويحتمل أن تجب الدية في المارن وحكومة في القصبة وهذا مذهب الشافعي لان المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه

ولنا قوله عليه السلام «في الانف إذا أوعب جدعا الدية» ولانه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية كالذكر إذا قطع من أصله وماذكروه يبطل بهذا ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته لانهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع وكذلك أصابع الرجل وفي الثدي كله ما في حلمته فأما ان قطع الانف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فاشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته

(فصل) فان ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته كما قلنا في الاذن وقول الشافعي ههنا كقوله في الاذن على ما مضى شرحه وتبيانه وان ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه

ثمانية وعشرين وجهاً واحداً وان ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير ارش الحرف لان الضمان انما يجب لما تلف وان ذهب حرف فابدل مكانه حرفا آخر كان يقول درهم فصار يقول دلهم او دعهم اودبهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لان ما يبدل لا يقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها فان جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضا لانه أصل وان جنى عليه جان فاذهب بعض الحروف وجنى عليه آخر فاذهب بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الاول ببصر احدى العينين وذهب الآخر ببصر الاخرى وان كان الثغ من غير جناية عليه فذهب انسان بكلامه كله فان كان مأيوساً من ذهاب لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف وان كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية الكاملة لان الظاهر زوالها وكذلك الكبير إذا امكن ازالة لثغته بالتعليم

(مسألة) (وان لم يعلم قدره مثل ان صار مدهوشا يفزع مما لا يفزع ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره) فيجب فيه ماتخرجه الحكومة لانه لاتقدير فيه

(مسألة) (فان نقص سمعه أو بصره أو شمه أو حصل في كلامه تمتمة أو عجلة أو فأفأة ففيه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية)

لان المنفعة باقية فان جنى عليه جان آخر فاذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليه آخر فاذهب بصرها فان نقص ذوقه نقصاً غير مقدر بان يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره أو سمعه نقصاً لا يتقدر

حكومة في قولهم جميعا وفي قطعه بعد ذلك دية كاملة وان قطعه الاجدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطعه ففيه دية لانه قطع جميعه بعضه بالمباشرة وباقيه بالتسبب فاشبه ما لو سرى قطع بعضه الى قطع جميعه وان رده فالتحم ففيه حكومة لانه لم يبن وإن أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر ليس فيه إلا حكومة كالتي قبلها ، وقال القاضي فيه دية وهذا مذهب الشافعي لانه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولان ما أبين قد نجس فلزمه أن يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب إبانته لأن أجزاء الآدمي كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه .

(فصل) وان قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الاذن والبصر مع أجفان العينين والنطق مع الشفتين وان قطع أنف الاخشم وجبت ديته لان ذلك عيب في غير الانف فاشبه ما ذكرنا

« مسألة » قال (وفي الشفتين الدية)

لاخلاف بين أهل العلم أن في الشفتين الدية وفي كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه له رسول الله ﷺ « وفي الشفتين الدية » ولانهما عضوان ليس في البدن مثلهما فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانهما طبق

﴿مسألة﴾ (وان نقص مشيه أو انحنى قليلا أو تقلصت شفته بعض التقلص أو تحركت سنه أو ذهب اللبن من ثدي المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة) لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وان قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية)

اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فان استويا مثل ان يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كالو قطع إحدى عينيه فذهب بصرها وان ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كان قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الاكثر وهو نصف الدية في الحالين لان كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً فاذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف الا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية؟ ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية

﴿مسألة﴾ (وان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع الآخر بقيته فذهب بقية الكلام فعلى الاول نصف الدية وعلى الثاني نصفها ويحتمل ان يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان)

في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) على الثاني نصف الدية وهذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان السالم نصف اللسان وباقيه اشل بدليل ذهاب نصف الكلام (والثاني) عليه نصف

على الفم تقيانه مايؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام فان فيهما بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين وظاهر المذهب أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروي هذا عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما واليه ذهب أكثر الفقهاء وروي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن في العليا ثلث الدية وفي السفلى الثلثين ، لان هذا يروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والزهري ، ولان المنفعة بهما أعظم لانها التي تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لاحركة فيها .

ولنا قول أبي بكر وعلي رضي الله عنهما ، ولان كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصفها كسائر الاعضاء ، ولان كل ذي عدد وجبت فيه الدية سوي بين جميعه فيها كالاصابع والاسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ماذكرنا من الأصل

(فصل) فان ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما لانه أتلف منفعتهما فوجبت ديتهما كما لو أشل يديه وان تقلصتا فلم تنطبقا على الاسنان أو استرختا فصارتا لاتنفصلان عن الاسنان ففيهما الدية لانه عطل منفعتهما وجمالهما وإن تقلصتا بعض التقلص وجبت الحكومة لأن منافعهما لم تبطل بالكلية

(فصل) حد الشفة السفلى من أسفل ماتجافى عن الاسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن وحد العليا من فوق ماتجافى عن الاسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز ، وحدهما طولا طول الفم الى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما

الدية وحكومة للربع الاشل لانه لو كان جميعه اشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية فاذا كان بعضه اشل ففي ذلك البعض حكومة أيضاً (والثالث) عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب نصف كلامه فوجب عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بان ببعضه أشل لان العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفا واليد إذا كان بطشها ضعيفاً

(فصل) وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته وإن قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر عليه نصف الدية لانه لم يقطع إلا نصف لسانه

ولنا أنه ذهب بثلاثة أرباع الكلام فلزمته ثلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان في الاول ولانه لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقاء اللسان لزمته ثلاثة أرباع الدية فلان يجب بقطع نصف اللسان اولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديته لانه ذهب بثلاثة أرباع مافيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب ثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه

(فصل) إذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجني عليه من مثل ماجنى عليه فذهب من كلام الجاني

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي اللسان المتكلم به الدية)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة واصحاب الرأي وأصحاب الحديث وغيرهم وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي اللسان الدية» ولان فيه جمالا ومنفعة فأشبه الأنف فأما الجمال فقد روي أن النبي ﷺ سئل عن الجمال فقال « في اللسان » ويقال جمال الرجل في لسانه والمرء باصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان الا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما النفع فان به تبلغ الاغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضي به الحاجات وتتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الأعضاء نفعاً وأتمها جمالا فايجاب الدية في غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية في لسان الناطق فان كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

(فصل) وفي الكلام الدية فاذا جنى عليه فخرس وجبت ديته، لان كل ماتعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد فأما ان جنى عليه فأذهب ذوقه فقال أبو الخطاب فيه الدية، لان الذوق

مثل ماذهب من كلام المجني عليه أو أكثر فقد استوفى حقه ولاشيء في الزائد من سراية القود وهي غير مضمونة وان ذهب أقل فللمقتص دية مابقي لانه لم يستوف بدله

(فصل) إذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لان ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية وان ذهب بعض الكلام نظرت فان كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب فان كان احدهما أكثر وجب الاكثر على مامضى وان لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية وان كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة وان قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين وقال القاضي ان كانا متساويين ففيهما الدية وان كان احدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة

ولنا ان هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد لان الحكومة لايخرج بها شيء اذا كانت الزيادة عيبا

﴿مسئلة﴾ (وان قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب إلا دية وان ذهبا مع بقاء اللسان وجبت ديتان)
اذا جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وان قطع لسانه فذهبا معا لم يجب إلا

حاسة فأشبه الشم ، وقياس المذهب أنه لادية فيه فانه لايختلف في أن لسان الأخرس لاتجب فيه الدية ،وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ولو وجب في الذوق دية لوجبت في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال قد نص الشافعي على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن في لسان الآخر حكومة وان ذهب الذوق بذهابه والصحيح ان شاء الله أنه لادية فيه لأن في إجماعهم على أن لسان الاخرس لا تكمل الدية فيه إجماعا على أنها لا تكمل في ذهاب الذوق بمفرده لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل بمنفعته دونه كسائر الأعضاء ولا تفريع على هذا القول فاما على الاول فاذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وان نقص نقصا غير مقدر بأن يحس المذاق كله الا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره نقصا لايتقدر وان كان نقصاً يتقدر بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس وهي الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة ويدرك بالباقي ففيه خمس الدية وفي اثنتين خمساها وفي ثلاث ثلاثة أخماسها، وان لم يدرك بواحدة ونقص الباقي فعليه خمس الدية وحكومة لنقص الباقي ، وان قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية لاتلافه الذوق وان جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وان قطعه فذهبا معاً ففيه دية واحدة لانهما يذهبان تبعاً لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل انسانا لم تجب الا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففي كل منفعة دية

دية واحدة لانهما يذهبان تبعا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل انسانا لم يجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففي كل منفعة دية

(فصل) فان جنى على لسانه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وان كان قد قبض الدية ردها وان قطع لسانه فعاد لم تجب الدية وان كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرد لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنها هبة مجددة

ولنا أنه عاد ماوجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر مايعود وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لان الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده وان عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضاً لذلك

❁ مسئلة ❁ (وان كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه ديتان لاجل ذهاب المشي والجماع)

وعن أحمد فيها دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه

(فصل) وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ماذهب يعتبر ذلك بحروف المعجم وهي ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فان مخرجها مخرج اللام والالف فمهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره لان الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية ، وفي الحرفين نصف سبعها ، وفي الاربعة سبعها ولافرق بين ماخف من الحروف على اللسان وما ثقل لان كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالاصابع ، ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو دون حروف الحلق الستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين فهذه عشرة بقي ثمانية عشر حرفا للسان تقسم ديته عليها لان الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فاذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ففي الواحد نصف تسع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته وينبغي أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجها واحداً وان ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف لان الضمان انما يجب لما تلف ، وان ذهب حرف فأبدل مكانه حرفا آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم أودعهم أوديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لان ماتبدل لايقوم مقام الذاهب

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في نقص سمعه وبصره فالقول قول المجني عليه مع يمينه)

لان ذلك لايعرف الا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة

(فصل) فان ادعى ان احدى عينيه نقص ضوؤها عصبت المريضة واطلقت الصحيحة ونصب له شخص وتباعد عنه فكلما قال قد رأيته ووصف لونه علم صدقه حتى ينتهي فاذا انتهت رؤيته علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ثم يعلم عند المسافتين وتذرعان ويقابل بينهما فان كانا سواء فقد صدق وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر مابينهما وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم انه قصر مسافة المريضة لتكثير ماوجب له فيردد حتى تستوي المسافة بين الجانبين والاصل في هذا ماروي عن علي رضي الله عنه قال ابن المنذر أحسن ماقيل في ذلك ماقاله علي أمر بعينه فعصبت وأعطي رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم أمر فخط عند ذلك ثم أمر بعينه الاخرى فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطي رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء فاعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر قال القاضي واذا زعم أهل الطب ان بصره يقل اذا بعدت المسافة ويكثر اذا قربت وامكن هذا في المذارعة عمل عليه وبيانه أنهم اذا قالوا ان الرجل اذا كان يبصر الى مائة ذراع ثم اراد ان يبصر

في القراءة ولا غيرها فان جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضاً لانه أصل وان لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة او تمتمة او فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لان المنفعة باقية وان جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وان أذهب الاول بعض الحروف وأذهب الثاني بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الاول ببصر إحدى العينين وذهب الآخر ببصر الاخرى وان كان ألثغ من غير جناية عليه فذهب انسان بكلامه كله فان كان مأيوسا من زوال لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف وان كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لان الظاهر زوالها وكذلك الكبير اذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم

(فصل) اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فان استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قلع إحدى عينيه فذهب بصرها ، وان ذهب من أحدهما أكثر من الاخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه او قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الاكثر وهو نصف الدية في الحالين لان كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً فاذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ألاترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب

الى مائتي ذراع احتاج المائة الثانية الى ضعفي مايحتاج اليه المائة الاولى من البصر فعلى هذا اذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها قال شيخنا وهذا لايكاد ينضبط في الغالب وكل مالا ينضبط فيه حكومة وان جنى على عينيه فندرتا أواحولتا أو عمشتا ففي ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت والجناية على الصبي والمجنون كالجناية على البالغ والعاقل لكن يفترقان في ان البالغ العاقل خصم لنفسه والخصم للصبي والمجنون وليهما فاذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولي عنهما فان بلغ الصبي وافاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) فان ادعى المجني عليه نقصا في سمع أحد اذنيه سددنا العليلة واطلقنا الصحيحة وأقمنا من يصيح بحدثه وهو متباعد الى حيث يقول أني لا أسمع فاذا قال ذلك غير عليه الصوت والكلام فان بان أنه يسمع والا فقد كذب فاذا انتهى الى آخر سماعه قدرت المسافة وسدت الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول اني لا أسمع فاذا قال ذلك غير عليه الكلام فان تغيرت صفته لم يقبل قوله وان لم تتغير صفته حلف وقبل قوله وتمسح المسافتان وينظر ما نقص العليلة فيجب بقدره فان قال إني اسمع العالي ولا أسمع الخفي فهذا لايمكن تقديره فيجب فيه حكومة

(فصل) فان قال أهل الخبرة انه يرجى عود سمعه الى مدة انتظر اليها وان لم يكن لذلك غاية لم ينتظر

نصف الدية ، وان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فان قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) عليه نصف الدية هذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام (والثاني) عليه نصف الدية وحكومة للربع الاشل لانه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أوثلث الدية فاذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضا (الثالث) عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب ربع كلامه فوجبت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفا واليد إذا كان بطشها ناقصا وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته فان قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر عليه نصف الدية لانه لم يقطع الانصف لسانه

ولنا أنه ذهب ثلاثة ارباع الكلام فلزمه ثلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الاول ولانه لو أذهب ثلاثة ارباع الكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية فلان تجب بقطع نصف اللسان في الاول أولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديته لانه ذهب بثلاثة أرباع مافيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة ارباع كلامه مع بقاء لسانه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في ذهاب بصره أري أهل الخبرة فيرجع في ذلك الى قول مسلمين عدلين منهم لان لهما طريقا الى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر بخلاف السمع فان لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بان يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء الى عينه في أوقات غفلته فان طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب والاحكم له واذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة لايرجي عوده وجبت الدية وان قالوا يرجى عوده الى مدة عينوها انتظر اليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فان لم يعد استقرت على الجاني الدية فان مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فان جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الاول الدية أو القصاص لانه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لانه أذهب عيناً لاضوء لها يرجى عود ضوئها وان قال الاول عاد ضوؤها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر لان الاصل معه وان صدق المجني عليه الاول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني فأما ان قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا يعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لان انتظار ذلك الى غير غاية يفضي الى اسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والاصل يؤيده فان عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ماأخذ منه لاننا تبينا أنه لم يكن واجبا

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في ذهاب سمعه فانه يتغفل ويصاح به وينتظر اضطرابه ويتأمل عند صوت

(فصل) وإذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجني عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجاني مثل ماذهب من كلام المجني عليه وأكثر فقد استوفى حقه ولا شيء في الزائد لأنه من سراية القود وسراية القود غير مضمونة ، وان ذهب اقل فللمقتص دية ما بقي لأنه لم يستوف بدله .

(فصل) وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة لاتجب لأنه لسان لا كلام فيه فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس

ولنا أن ظاهره السلامة وانما لم يتكلم لانه لايحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير، ويخالف الاخرس فانه علم أنه اشل الا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية ؟ وان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية لان الظاهر أنه لايقدر على الكلام ويجب فيه ما يجب

الرعد والاصوات المزعجة فان ظهر منه ازعاج أو التفات او مايدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه)

لان ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعي وحلف لجواز ان يكون ماظهر منه اتفاقاً وان لم يوجد شيء من ذلك فالقول قول المجني عليه مع يمينه لان الظاهر عدم السمع وحلف لجواز ان يكون احترز وتصبر وان ادعى ذلك فى احداهما سدت الاخرى وتغفل على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى ذهاب شمه جربناه بالروائح الطيبة والمنتنة فان هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه وان لم يبن منه ذلك فالقول قول المجني عليه)

اقولنا فى اختلافهم فى السمع والبصر وان ادعى المجني عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لانه لا يتوصل إلى معرفة ذلك الا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالاقراء ويجب له من الدية ماتخرجه الحكومة، وان ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وان كان بعد أخذها ردها لانا تبينا انه لم يكن ذهب وان رجي عود شمه الى مدة أنظر اليها وان ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من احدى عينيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا فى ذهاب ذوقه أطعم الاشياء المرة فان عبس للطعم المر سقطت دعواه)

لظهور مايدل على خلاف ما ادعاه والا فالقول قوله مع يمينه لانه لايعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تجب دية الجرح حتى يندمل لانه لايدرى أقتل هو أم ليس بقتل فينبغي ان ينتظر حكمه وما الواجب فيه ولهذا لايجوز الاستيفاء في العمد قبل الاندمال فكذلك لايجوز أخذ الدية قبله فنقول أحد موجبي الجناية فلا يجوز قبل الاندمال كالآخر .

في لسان الاخرس، وان كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ماذهب من الحروف لاننا تبينا أنه كان ناطقا، وان كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه لان الظاهر انه لو كان صحيحا لتحرك وان لم يبلغ الى حد يتحرك ففيه الدية لأن الظاهر سلامته، وان قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل ماذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ماذكرناه فيما مضى

(فصل) وان جنى عليه فذهب كلامه أوذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وان كان قد اخذ الدية ردها وان قطع لسانه فعاد لم تجب الدية ايضا وان كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرد الدية لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة

ولنا انه عاد ماوجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر مايعود وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لان الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد الى اللسان وانما عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها، وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ماتجب الدية فيه بانفراده وان عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضا لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييئس من عودها)

لان ذلك مما يعود فلا يجب شيء مع احتمال العود كالشعر وانما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة انها لاتعود ابدا

﴿ مسئلة ﴾ (فلو قطع سن كبير أوظفرا ثم نبت أو رده فالتحم فلم تجب الدية)

نص أحمد في السن على ذلك في رواية جعفر بن محمد وهو قول أبي بكر والظفر في معناها وقال القاضي تجب ديتها وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع انفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب عليه حكومة لنقصها ان نقصت وضعفها ان ضعفت، وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لانها ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع، وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فان قلنا يجب فلا شيء على قالعها لانه قد أحسن بقلع مايجب قلعه وان قلنا لايجب قلعها احتمل ان تؤخذ ديتها لما ذكرنا واحتمل ان لا تؤخذ ديتها لانه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة. فاما ان جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فثبتت وجبت ديتها وجها واحدا لان سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئا، وان قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لانها ليست سناله ولا هي من بدن ولكن يجب فيها حكومة لانها جناية ازالت جماله ومنفعته فاشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم فقامه إنسان فانفتح

(فصل) واذا كان للسانه طرفان فقطع أحدها فذهب كلامه ففيه الدية لان ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية وان ذهب بعض الكلام نظرت فان كان الطرفان متساويين وكان ماقطعه بقدر ماذهب من الكلام وجب وان كان أحدها أكبر وجب الأكثر على مامضى ، وان لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ماذهب من اللسان من الدية وان كان أحدها منحرفاً عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة وان قطع جميع اللسان وجبت الدية ، من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين او مختلفين وقال القاضي ان كانا متساويين ففيهما الدية وان كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة .

ولنا أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لان الحكومة لايخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيباً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي كل سن خمس من الابل إذا قلعت ممن قد أثغر والأضراس والأنياب كالأسنان)

لانعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الاسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روي ذلك عن عمر

الجرح وزال التحامه، ويحتمل أن لايجب شيء لانه أزال ماليس من بدنه فاشبه مالو قلع انف الذهب الذي جعله المجدوع مكان انفه، والاول أولى لان هذا كان قد التحم بخلاف انف الذهب فانه يمكن اعادته كما كان وهذا اذا اعاده قد لا يلتحم

﴿ مسئلة ﴾ (وان ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته)

لزوال سببها وان كان قد اخذها ردها لانا تبينا انه اخذها بغير حق

﴿ مسئلة ﴾ (وان عاد ناقصا أو عادت السن أوالظفر قصيراً أو متغيرا فله أرش نقصه)

لانه نقص حصل بجنايته أشبه مالو نقصه مع بقائه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قلع سنا صغيرا ويئس من عودها وجبت ديتها)

لانه أذهبها بجنايته اذهابا مستمرا فوجبت ديتها كسن الكبير وقال القاضي فيها حكومة لان العادة عودها فلم تكمل ديتها كالشعر، والصحيح الاول لان الشعر لو لم يعد وجبت ديته مع ان العادة عوده

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في الظفر اذا نبت على صفته خمسة دنانير وان نبت متغيرا عشرة)

والتقديرات بابها التوقيف ولانعلم فيه توقيفا والقياس انه لاشيء فيه اذا عاد على صفته وإن نبت متغيرا ففيه حكومة

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المجني عليه فادعى الجاني عود ماأذهبه فانكر الولي فالقول قوله)

لان الاصل عدم العود، وان جنى على سنه اثنان فاختلفا فالقول قول المجني عليه في قدر ماأتلف كل واحد منهما لان ذلك لايعرف الا من جهته فاشبه مالو ادعي نقص سمعه او بصره

ابن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ «في السن خمس من الابل» رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « في الاسنان خمس خمس » رواه أبو داود ، فأما الاضراس والانياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الاضراس ببعير بعير وعن سعيد بن المسيب أنه قال لو كنت أنا لجعلت في الاضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك في موطئه وعن عطاء نحوه ، وحكي عن أحمد رواية أن في جميع الاسنان والاضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن في كل سن خمساً من الابل وورد الحديث به فيكون في الاسنان ستون بعيراً ، لان فيه اثني عشر سناً أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً في كل ضرس بعيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر ما في البدن ولأنها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ولان

(فصل) قال رضي الله عنه (وفي كل واحد من الشعور الاربعة الدية وهي شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين)

وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة وروي عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما انهما قالا في الشعر الدية وقال مالك والشافعي فيه حكومة واختاره ابن المنذر لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الاصم وأنف الأخشم وقولهم لا منفعة فيه ممنوع فان الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى اجفانها وما ذكروه ينتقض بالاصل الذي قسنا عليه واليد الشلاء ليس جمالها كاملا

«مسألة» (وفي كل حاجب نصفها وفي كل هدب ربعها)

وجملة ذلك أن في إحدى الحاجبين نصف الدية لان كل شيئين فيهما الدية في أحدهما نصفها كاليدين وفي كل هدب ربعها لان الدية إذا وجبت في أربعة اشياء وجب في كل واحد ربعها كالاجفان

«مسألة» (وفي بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة كالاذنين ومارن الانف ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أو كبير) لان سائر ما فيه الدية من الاعضاء لا تفترق الحال فيه بذلك

الاضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا في الارش .

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الاصابع سواء والاسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء » وهذا نص وقوله في الاحاديث المتقدمة « في الاسنان خمس خمس » ولم يفصل يدخل في عمومها الاضراس لانها أسنان ولان كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال لا اعتبرها بالاصابع فأما ماذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الاخبار وقول أكثر أهل العلم أولى، وأما على قول عمر إن في كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعا والاخبار فانه لايوجب الدية الكاملة وانما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الاعضاء المتجانسة ، وانما يجب هذا الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها، يقال ثغر وأثغر واتغر إذا كان كذلك، فأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فان مضت مدة ييئس من عودها وجبت ديتها قال أحمد يتوقف سنة لانه الغالب في نباتها .

(مسئلة) (وانما تجب ديته اذا أزاله على وجه لايعود)

مثل ان يقلب على رأسه ماء حاراً فيتلف منبت الشعر فينقطع بالكلية بحيث لا يعود وان رجي عوده إلى مدة انتظر اليها

(مسئلة) (فان عاد سقطت الدية)

اذا عاد قبل أخذ الدية لم تجب فان عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده ومالا يرجى

(مسئلة) (وان بقي من لحيته مالاجمال فيه أو من غيره من الشعور ففيه وجهان)

(أحدهما) يؤخذ بالقسط لانه محل يجب في بعضه بحصته فاشبه الاذن ومارن الانف (والثاني) تجب الدية كاملة لانه أذهب المقصود كله فاشبه مالو أذهب ضوء العينين ولان جنايته ربما احوجت إلى اذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سببا لذهاب الكل فاوجب ديته كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجة الرأس الى ما اذهب ضوء عينه

(مسئلة) (ولاقصاص في شيء من هذه الشعور)

لان اتلافها انما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار ولا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه

(مسئلة) (وان قلع الجفن بهدبه لم يجب إلا دية الجفن)

لان الشعور تزول تبعا لزوال الاجفان فلم يجب فيه شيء كالاصابع إذا قطع الكف وهي عليه

وقال القاضي اذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية وان نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك سبب الجناية عليها فان أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر مانقص، وكذلك ان كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيها بقدر ماذهب منها كما لو كسر من سنه ذلك القدر وان نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب وقيل فيها وجه آخر لاشيء فيها لان هذا زيادة والصحيح الاول لان ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها وان نبتت مائلة عن صف الاسنان بحيث لاينتفع بها ففيها ديتها لان ذلك كذهابها وان كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها وان نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها ، وان نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي

(احداهما) فيها ديتها (والثانية) فيها حكومة كما لو سودها من غير قلعها ، وان مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان

(احدهما) لاشيء له لان الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره

(والثاني) فيها الدية لأنه قلع سناً وأيس من عودها فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وان قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لان الظاهر أنها لاتعود فان عادت لم تجب

﴿مسألة﴾ (وان قلع اللحيين بما عليها من الاسنان وجبت ديتها ودية الاسنان)

ولم تدخل دية الاسنان في اللحيين كما تدخل دية الاصابع في اليد لوجوه (احدها) ان الاسنان ليست متصلة باللحيين ، إنما هي مغرزة فيها بخلاف الاصابع (الثاني) ان أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الاصابع مع الكف فان اسم اليد يشملها (الثالث) أن اللحيين يوجدان منفردين عن الاسنان فانهما يوجدان قبل وجود الاسنان ويبقيان بعد قلعها بخلاف الكف مع الاصابع

﴿مسألة﴾ (وان قطع كفا باصابعه لم يجب إلا دية الاصابع)

لدخول الجميع في مسمى اليد وكما لو قطع ذكراً بحشفته لم يجب إلا دية الحشفة لدخولها في مسمى الذكر

﴿مسألة﴾ (وان قطع كفا عليه بعض الاصابع دخل ما حاذى الاصابع في ديتها وعليه ارش باقي الكف)

لان الاصابع لو كانت سالمة كلها لدخل ارش الكف كله في دية الاصابع فكذلك ماحاذى الاصابع السالمة يدخل في ديتها وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل في ديته فوجب ارشه كما لو كانت الاصابع كلها مقطوعة

﴿مسألة﴾ (وان قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها) كما لو قطع كفا باصابعها أو قطع جفناً بهدبه

(فصل) وفي عين الاعور دية كاملة نص عليه وبذلك قال الزهري ومالك والليث وقتادة وإسحاق وقال مسروق وعبدالله بن مغفل والنخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي فيها نصف الدية لقوله عليه

الدية وان كان قد أخذها ردها . وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يرد شيئاً لان العادة أنها ، تعود فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة فلا يسقط بذلك ماوجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا انه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر ، وان عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير اذا عادت على ماذكرنا ، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييئس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك سقطت الدية وردت إن كانت أخذت كسن الكبير اذا عادت

(فصل) وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة لان ذلك هو المسمى سناً وما في اللثة منها يسمى سنخاً فاذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومة كما لو قطع انسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وان قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها ، وان فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف ، وان كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وان كان ذهب النصف وجب نصف الارش وان كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش

الصلاة والسلام « وفي العين خمسون من الابل » وقوله عليه السلام « وفي العينين الدية » يقتضي ان لايجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجب عليه دية لوجب فيهما دية ونصف، ولان ما يضمن بنصف الدية مع نظيره يضمن به مع ذهابه كالاذن ويحتمل هذا كلام الخرقي لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق

ولنا ان عمر وعثمان وعليا وابن عمر قضوا في عين الاعور بالدية ولا نعلم لهم في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ولان قلع عين الاعور يتضمن اذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو اذهبه من العينين، ودليل ذلك أنه يحصل بها مايحصل بالعينين فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز ان يكون قاضياً ويجزيء في الكفارة وفي الاضحية إذا لم تكن العين مخسوفة فوجب في بصره دية كاملة كذى العينين، فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يجب في ذهاب إحدى العينين نصف الدية لانه لم ينقص، قلنا لانه لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الباقي بدليل مالوجنى عليها فاحولها أو عمشها أو نقص ضوؤها فانه يجب ارش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ولان النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية، قلت ولولا ماروي عن الصحابة لكان القول الآخر اولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع احدى الاذنين وما ذكر من المعاني فهو موجود فيما اذا ذهب سمع أحد الاذنين ولم يوجبوا في الباقي دية كاملة

فان قلع الثاني بقيتها بسنخها نظرنا فان كان الاول كسرها عرضاً فليس على الثاني للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل أصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثاني يده من الكوع ، وان كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقطع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي لما كسره الاول كما لو قطع الاول أصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله ، فان اختلف الثاني والمجنى عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجني عليه لان الأصل سلامة السن ، وان انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك باخواتها فان لم يكن لها شيء يعتبر به ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته

(فصل) وإن قلع سناً مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكمل ديتها كاليد المريضة ويد الكبير ، وإن ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ماسنذكره ان شاء الله تعالى ، وان قلع سناً فيها داء أو آكلة فان لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة لانها كاليد المريضة وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي ، وإن كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

﴿مسألة﴾ (وإن قلع الاعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة)

إذا قلع الاعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافاً لان ذلك هو الاصل ، وان قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في احدى روايتيه وقال في الاخرى عليه نصف الدية ولا قصاص ، وقال المخالفون في المسألة الاولى له القصاص لقوله تعالى (والعين بالعين) وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولانه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب فيه إلا نصفها كالعين الاخرى

ولنا ان عمر وعثمان رضي الله عنهما قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعاً ولاننا منعناه من اتلاف ضوء يضمن بدية كاملة فوجبت عليه دية كاملة كما لو قلع عيني سليم ثم عمي الجاني ويحتمل ان يقلع عينه ويعطى نصف الدية لان ذلك يروى فيه أثر وقد روي عن علي رضي الله عنه في الرجل اذا قتل امرأة يقتل بها ويعطى نصف الدية

(مسئله) (وان قلع عيني صحيح عمداً خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين الدية)

إذا قلع الاعور عيني صحيح عمداً فان شاء قلع عينه ولا شيء له لان عينه فيها دية كاملة لما ذكرنا من قضاء الصحابة رضي الله عنهم فيها بالدية ولانه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من اذهاب بصره

(فصل) فان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود إلى مدة الى ما كانت عليه انتظرت اليها فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برأت ، وان بقي فيها اضطراب ففيها حكومة ، وان قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبله وعلى الاول حكومة لجنايته وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا وان قالوا يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضي الى اهدار الجناية فان عادت سقطت الحكومة لما ذكرنا في غيرها

(فصل) فان قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد وهذا قول أبي بكر وعلى قول القاضي تجب ديتها وهو مذهب الشافعي ، وقد ذكرنا توجيههما فيما اذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لنقصها ان نقصت أو ضعفها ان ضعفت ، وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لانها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع ، وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فان قلنا يجب قلعها فلا شيء على قالعها لانه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه وان قلنا لايجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها لانه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة فأما ان جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فنبتت وجب ديتها وجها واحدا لان سنه ذهبت

وهو مبني على قضاء الصحابة وان عين الاعور تقوم مقام العينين وأكثر أهل العلم على ان له القصاص ونصف الدية للعين الاخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم فاما ان قلعها خطأ فليس له إلا الدية كما لو قلعهما صحيح العينين وذكر القاضي فيما إذا قلعها عمداً ان قياس المذهب وجوب ديتين إحداهما في العين التي استحق بها قلع عين الاعور والاخرى في الاخرى لانها عين الاعور

ولنا قول النبي ﷺ «وفي العينين الدية» ولانه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القالع صحيحا ولانه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنيه وما ذكره القاضي لا يصح لان وجوب الدية في احدى عينيه لايجعل الاخرى عين أعور على ان وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا اليها لاجماع الصحابة عليها فيما عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما

(مسألة) (وفي يد الاقطع نصف الدية وكذلك في رجله وعنه فيها دية كاملة وان اختار القصاص فله ذلك) لانه عضو أمكن القصاص في مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع اذن من له اذن واحدة

وعن أحمد رواية اخرى ان الاولى ان كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها وان قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة فاشبه

بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئاً وان قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لانها ليست سنا له ولاهي من بدنه ولكن يجب فيها حكومة لانها جناية أزالت جماله ومنفعته فأشبه مالو خاط جرحه بخيط فالتحم فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح وزال التحامه ويحتمل أن لا يجب شيء لانه أزال ماليس من بدنه أشبه مالو قلع الانف الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه

(فصل) وان جنى على سنه فسودها فحكي عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان (إحداها) تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقي ويروى هذا عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبدالملك بن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز ابن ابي سلمة والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي

(والرواية الثانية) عن أحمد أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه لانه لم يذهب بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت

ولنا أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعا ولانه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع أذن الاصم وأنف الاخشم فاما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لانه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وان اخضرت احتمل أن يكون كتسويدها لانه يذهب بجمالها واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لان ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ماسنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة تجب في قلعها ديتها كما لو صفرها

(فصل) وان جنى على سنه فذهبت حدتها وكالت ففي ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك

قلع عين الاعور والصحيح الاول لان هذا أحد العضوين الذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء وكما لوكانت الاولى أخذت قصاصاً أو في غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الاعور لثلاثة وجوه

(احدها) ان عين الاعور حصل فيها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة والاحكام إلا اختلافا يسيرا بخلاف اقطع اليد والرجل (والثاني) ان عين الاعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الاولى وههنا اختلاف (الثالث) ان هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار اليه بمجرد الرأي ولا توقيف فيه فيصار اليه ولا نظير له فيقاس عليه فالمصير اليه تحكم بغير دليل فيجب اطراحه فاما ان قطعت اذن من قطعت اذنه أو منخر من قطع منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لان منفعة كل اذن لا تتعلق بالاخرى بخلاف العينين

دية كاملة لانها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة وان ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وان قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كما لو كسر منها جزء

(فصل) وفي اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهما الاسنان السفلى لان فيهما نفعاً وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافي البدن منه شيئان وفي أحدهما نصفها كالواحد مما في البدن منه شيئآن وان قلعهما بما عليهما من الاسنان وجبت عليه ديتهما ودية الاسنان ولم تدخل دية الاسنان في ديتهما كما تدخل دية الاصابع في دية الوجه لوجوه ثلاثة :

(أحدها) ان الاسنان مغروزة في اللحيين غير متصلة بهما بخلاف الاصابع (والثاني) ان كل واحد من اللحيين والاسنان ينفرد باسمه ولا يدخل احدهما في اسم الآخر بخلاف الاصابع والكف فان اسم اليد يشملهما (والثالث) ان اللحيين توجدان قبل وجود الاسنان في الخلقة وتبقيان بعد ذهابها في حق الكبير ومن تقلعت اسنانه عادة بخلاف الاصابع والكف

﴿ باب الشجاج وكسر العظام ﴾

الشجة اسم لجرح الرأس والوجه خاصة وهي عشر، خمس لامقدر فيها (اولها) الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تشقه قليلا ولاتدميه (ثم البازلة) وهي الدامية التي يخرج منها دم يسير (ثم الباضعة) وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم (المتلاحمة) وهي التي تترك في اللحم ثم السمحاق التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة في ظاهر المذهب

وجملة ذلك ان الشجاج عشر خمس لا توقيت فيها، أولها الحارصة قاله الاصمعي وهي التي تشق الجلد قليلا يعني تقشر شيئاً يسيرا من الجلد لايظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا وقال بعضهم هي الحرصة ثم البازلة وهي التي ينزل منها الدم أي يسيل وتسمى الدامية أيضاً والدامعة لقلة سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولا كثيراً تزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق ثم السمحاق وهي التي تصل الى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاه وهي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه وهذه الشجاج الخمس لا توقيت فيها في ظاهر المذهب وهو قول أكثر الفقهاء يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن أحمد رواية أخرى ان في الدامية بعيرا وفي الباضعة بعيرين، في المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة ابعرة لان ذلك يروى عن زيد بن ثابت وروي عن علي رضي الله عنه في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة والصحيح الاول فانها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن

﴿مسألة﴾ قال (وفي اليدين الدية)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في احداهما، وروي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية» وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي اليد خمسون من الابل» ولان فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة كاملة وليس في البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها بدليل أن الله تعالى لما قال (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) كان الواجب قطعهما من الكوع وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فان قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية اليد نص عليه احمد في رواية أبي طالب وهذا قول عطاء وقتادة والنخعي وابن أبي ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لان اسم اليد لها الى الكوع، ولان المنفعة المقصودة في اليد من البطش والاخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف فتجب في الزائد حكومة كما لو قطعه بعد قطع الكف قال ابو الخطاب وهذا قول القاضي

روي عن مكحول قال قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الابل ولم يقض فيما دونها ولأنه لم يثبت فيها مقدر له بتوقيف ولا قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة وذكر القاضي انه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها فان كانت بقدر النصف وجب نصف ارش الموضحة وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا الا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة فاذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها فيوجب ثلثي ارش الموضحة وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجب النصف فيوجب الاكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لانه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب فيها والدليل على إيجاب هذا المقدار ان هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بقدره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا: وهذا لا نعلمه مذهباً لاحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح لان هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه فانه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقت ديته ففيه حكومة أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي ﷺ عليه بين قدر ديته كقوله «في الانف وفي اللسان الدية» وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالاليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرناه فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه

ولنا أن اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة الى المناكب ، وقال ثعلب اليد الى المنكب وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً فاذا قطعها من فوق الكوع فما قطع الا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها ، فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له كما يقال قطع ثوبه اذا قطع جانباً منه وقولهم إن الدية تجب في قطعها من الكوع قلنا وكذلك تجب بقطع الاصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الاصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته فأما اذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة لانه وجبت عليه دية اليد بالقطع الاول فوجبت بالثاني حكومة كما لو قطع الاصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان

(فصل) فان جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها لانه فوت منفعتها فلزمته ديتها كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لسانه ، وإن جنى على يده فعوجها أو نقص قوتها أو شانها فعليه حكومة لنقصها ، وإن كسرها ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها ان شانها ذلك وإن عادت معوجة فالحكومة أكثر لان شينها أكثر ، وإن قال الجاني أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لانها جناية ثانية ، فان كسرها تعديا ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكومة في اعوجاجها

كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الاعضاء وكسر العظام فليس فيه الا الحكومة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وخمس فيها مقدر أولها الموضحة وهي التي توضح العظم أي تبرزه والوضح البياض) يعني أنها أبدت وضح العظم أي بياضه وأجمع أهل العلم على أن ارشها مقدر قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الابل» وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « في المواضح خمس خمس » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن وانما يجب ذلك في موضحة الحر فأما موضحة العبد فقد ذكرنا الخلاف فيها وموضحة المرأة كموضحة الرجل فيما يجب فيها عند أحمد رحمه الله لان المرأة تساوي جراحها جراح الرجل الى ثلث الدية وعند الشافعي أن موضحة المرأة انما يجب فيها نصف ما وجب في موضحة الرجل بناء على مذهبه في أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في القليل والكثير والحديث الذي ذكرناه حجة عليه وفيه كفاية وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء وهو ظاهر المذهب روي ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهري وربيعة وأبو حنيفة والشافعي واسحاق ، وعن أحمد أن في موضحة الوجه عشرة أبعرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب لان شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة وقال مالك : إذا كانت في أنف أو في اللحي الاسفل ففيها حكومة لانها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن

لان ذلك استقر حين انجبرت عوجاء وهذه جناية ثانية والجبر الثاني لها دون الاولى ولا يشبه هذا ما اذا ذهب ضوء عينه ثم عاد لاننا تبينا أن الضوء لم يذهب وانما حال دونه حائل وههنا بخلافه وتجب الحكومة في الكسر الثاني لانها جناية ثانية ويحتمل أن لا تجب لانه أزال ضرر العوج منها فكان نفعا فأشبه مالو جنى عليه بقطع سامة أزالها عنه

(فصل) فان كان له كفان في ذراع أو يدان على عضد واحداهما باطشة دون الاخرى أو احداهما أكثر بطشاً أو في سمت الذراع والاخرى منحرفة عنه أو احداهما تامة والاخرى ناقصة فالاولى هي الاصلية والاخرى زائدة ففي الاصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً والاخرى زائدة فيها حكومة سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الاصلية ، وعلى قول ابن حامد لاشيء فيها لانها عيب فهي كالسامة في اليد وان استويا من كل الوجوه فان كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولا تجب دية اليد كاملة لانهما لا نفع له فيهما فهما كاليد الشلاء وان كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد وهل يجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيها حكومة ام لا ؟ وان قطع إحداهما فلا قود لاحتمال ان تكون هي الزائدة فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف مافيهما إذا قطعتا لتساويهما وان قطع أصبعاً من أحديهما وجب أرش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وان قطع ذو اليد التي لها طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيها على قول ابن حامد ، لان هذا نقص لا يمنع القصاص كالسامة في اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا تقطع إحداهما لانا لانعرف الأصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية فأما

ولنا عموم الاحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : الموضحة في الرأس والوجه سواء ولانها موضحة فكان ارشها خمساً من الابل كغيرها مما سلموه ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الكبيرة والصغيرة وما ذكره مالك لا يصح فان الموضحة في الصدر أكثر ضرراً وأقرب الى القلب ولا مقدر فيها ولان ماقاله مخالف لظاهر النص ، وقد روي عن أحمد أنه قال موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر انما معناه والله أعلم أنها أولى بايجاب الدية فانها إذا وجبت في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الابل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى وحمل كلام أحمد على هذا أولى من من حمله على ما يخالف الخبر والاثر وقول أكثر أهل العلم بغير توقيف ولا قياس صحيح

(فصل) ويجب ارش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يشمل الجميع وحد الموضحة ما أفضى الى العظم ولو بقدر ابرة ذكره ابن القاسم والقاضي

(فصل) وليس في الموضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم امامنا ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ابن عبد البر ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر ، على ذلك جماعة العلماء الا الليث بن سعد قال الموضحة تكون في الجسد أيضا وقال الاوزاعي

ان كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ماذكرناه في اليدين فان كانت احدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساويا للرجل الأخرى فهو الاصلي وان كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الأخرى فهو الأصلي وان كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيما فهما الأصليان وان لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشي على القصيرين فهما الأصليان والآخران زائدان وان أشل الطويلتين ففيهما الدية ، لان الظاهر أنهما الاصليان فان قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرتين تبين أنهما الأصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة)

أما ثديا المرأة ففيهما ديتها ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا وفي الواحد منهما نصف الدية قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وممن حفظنا ذلك عنه الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولان فيهما جمالا ومنفعة فأشبها اليدين والرجلين وفي أحدهما نصف الدية لان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما نص عليه أحمد

في جراحة الجسد : على النصف من جراحة الرأس ، وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً

ولنا أن اسم الموضحة انما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس وقول الخليفتين الراشدين الموضحة في الرأس والوجه سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه ولان الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم ايجاب ذلك في سائر البدن يفضي الى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الاوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لا نص فيه ولا يقتضيه القياس فيجب اطراحه

(مسئلة) (فان عمت الرأس ونزلت الى الوجه فهل هي موضحة أو موضحتان ؟ على وجهين)

إذا أوضحه في رأسه ومدها الى وجهه فعلى وجهين (أحدهما) هي موضحة واحدة لان الوجه والرأس سواء في الموضحة فصارا كالعضو الواحد (والثاني) هما موضحتان لانه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا ذكر شيخنا في الكتاب المشروح قال : إذا عمت الرأس ولم يذكره في كتابيه المغني والكافي أطلق القول فيما إذا كان بعضها في الرأس وبعضها في الوجه وإن لم تعم الرأس فيها الوجهان وهو الذي يقتضيه الدليل المذكور والله أعلم

(مسئلة) (وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة من الابل ارش موضحتين)

لانهما موضحتان فان خرق ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا موضحة واحدة فيجب ارش موضحة

رحمه الله وروى نحو هذا الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري ان ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية

ولنا أنه ذهب منهما ماتذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالاصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالاصابع في الكف وان قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتها وان حصل جائفتان وجبت دية وثلثان وان ضربها فأشلها ففيهما الدية كما لو أشل يديه وان جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلها فقال أصحابنا فيهما حكومة وهذا قول أصحاب الشافعي ويحتمل أن تجب ديتهما لانه ذهب بنفعهما فأشبه مالو أشلهما وهذا ظاهر قول مالك والثوري وقتادة وان جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ماعلى من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه لان الاصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك وان جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما

(فصل) فاما ثديا الرجل وهما الثندوتان ففيهما الدية وبهذا قال اسحاق وحكي ذلك قولا للشافعي

فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز فان اندملتا ثم ازال الحاجز بينهما فعليه ارش ثلاث مواضح لانه استقر عليه ارش الاولتين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة وإن اندملت احداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الاخرى فعليه ارش موضحتين

(مسئلة) (فان خرقه أجنبي فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثاني ارش موضحة)

لان فعل احدهما لا ينبني على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وإن أزاله المجني عليه وجب على الاول ارش موضحتين لان ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره

(مسئلة) (فان اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجني عليه)

إذا قال الجاني أنا شققت ما بينهما وقال المجني عليه بل أنا أو أزالها آخر سواء كان القول قول المجني عليه لان سبب ارش موضحتين قد وجد والجاني يدعي زواله والمجني عليه ينكره فالقول قول المنكر لان الاصل معه . ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فان قطع الرابعة عاد إلى عشرين فان اختلفا في قاطعها فالقول قول المجني عليه لما ذكرنا وهذا على مذهبنا لان عندنا أن جراح المرأة تساوي جراح الرجل الى الثلث فاذا زادت صارت الى النصف

(مسئلة) (وإن خرق ما بينهما في الباطن بأن قطع اللحم الذي بينهما وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان)

(أحدهما) يلزمه ارش موضحتين لانفصالهما في الظاهر

وقال النخعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه ذهب بالجمال من غير منفعة فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء ، وقال الزهري في حلمة الرجل خمس من الابل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية

ولنا أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كاليدين ولأنه أذهب الجمال فوجبت الدية كالشعور الاربعة عند أبي حنيفة وكأذني الاصم وأنف الاخشم عند الجميع، ويفارق العين القائمة لانه ليس فيها جمال كامل ولانها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسئلتنا

﴿مسئلة﴾ قال (وفي الاليتين الدية)

قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الأليتين الدية وفي كل واحدة منهما نصفها منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ، ولانهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين والاليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا إلى العظم الذي

(والثاني) ارش موضحة لانصالهاني الباطن، وان جرحه جراحا واحدة أوضحه في طرفها وباقيها دون الموضحة ففيه ارش موضحتين لان ما بينهما ليس بموضحة

﴿مسئلة﴾ (وإن شج جميع رأسه سمحاقا الا موضعاً منه أوضحه فعليه ارش موضحة)

إذا شجه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضهادون الموضحة لم يلزمه أكثر من ارش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك فلأن لايلزمه في الايضاح في البعض أكثر من ذلك أولى وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة ، وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم الهاشمة وهي التي توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الابل)

سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على ان ارشها مقدرة بعشر من الابل روى ذلك قبيصة بن ذويب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قول الثوري وأصحاب الرأي الاانهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم الف درهم وكان الحسن لايوقت فيها شيئا ، وحكي عن مالك انه قال لا اعرف الهاشمة لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر والنظر يدل على قول الحسن اذلا سنة فيها ولا إجماع ولم ينقل عن النبي ﷺ فيها تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة

تحتها ، وفي ذهاب بعضهما بقدره لان ما جبت الدية فيه وجب في بعضه بقدره فان جهل المقدار وجبت حكومة لانه نقص لم يعرف قدره

(فصل) وفي الصلب الدية اذا كسر فلم ينجبر لما روي في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الصلب الدية » وعن سعيد بن المسيب أنه قال: مضت السنة أن في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ وممن قال بذلك زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهري ومالك، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس في كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعة لانه عضو لم تذهب منفعته فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء

ولنا الخبر ولانه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت الدية فيه بمفرده كالانف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ولا يجب أكثر من دية لانها منفعة تلزم كسر الصلب غالباً فأشبه مالو قطع رجليه ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضاً . روي ذلك عن علي رضي الله عنه لانه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه ، وان ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان في ظاهر كلام احمد رحمه الله في رواية ابنه عبد الله لانهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة فاذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن احمد فيهما دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه وان جبر صلبه فعادت احدى المنفعتين دون الاخرى لم يجب الا دية الا أن تنقص الاخرى

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لايعرف له مخالف في عصره ولانها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة

(فصل) والهاشمة في الوجه والرأس خاصة كما ذكرنا في الموضحة فان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الابل على ماذكرنا من التفصيل فى الموضحة وتنوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لانه لوكان جميعها هاشمة أجزأ ارشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب ارشها فلا ينتقض ذلك بما زاد من الارش في غيرها

(مسئلة) (فان ضربه بمثقل فهشمه من غير ان يوضحه ففيه حكومة ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف)

لان الارش المقدر وجب في هاشمة معها موضحة وفي الواجب فيها وجهان

(أحدهما) حكومة لانه كسر عظم لاجرح معه فأشبه كسر قصبة الانف (والثاني) فيها خمس من الابل لانه لو أوضح وهشم لوجب عشر خمس في الايضاح وخمس في الهشم فاذا وجد احدهما وجب خمس كالايضاح وحده

(فصل) فان أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن فهما

فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك ، وإن ادعى ذهاب جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة ان مثل هذه الجناية يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لانه لايتوصل إلى معرفة ذلك الا من جهته، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام احمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ومذهب الشافعي يجب في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب وان أشل رجليه ففيهما دية أيضاً وان أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية وهذا يروى عن مجاهد . قل بعض أصحاب الشافعي هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لانه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما ، ويحتمل أن لاتجب الدية كاملة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الذكر الدية)

أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الذكر الدية» ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالانف واللسان وفي شلله ديته لانه ذهب بنفعه أشبه مالو أشل لسانه، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب، سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية لعموم الحديث ، ولانه غير

هاشمتان لان الهشم انما يكون تبعا للايضاح فاذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فانها ليست تبعا لغيرها فافترقا

(مسئلة) (ثم المنقلة وهي التي توضح وتهشم وتنقل عظامها وفيها خمس عشرة من الابل)

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج الى نقل العظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من اهل العلم

حكاه ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي المنقلة خمس عشرة من الابل» وفي تفصيلها مافي تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى

(مسئلة) (ثم المأمومة وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وتسمى ام الدماغ وتسمى المأمومة آمة)

قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون الآمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة الى ام الدماغ وهي جلدة فيها الدماغ تسمى ام الدماغ لانها تحوطه وتجمعه فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمة ومأمومة وارشها ثلث الدية في قول عامة اهل العلم الا مكحولا فانه قال ان كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ ففيها ثلثها

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم «وفي المأمومة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك وروي نحوه عن علي ولانها شجة فلم يختلف ارشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر

مأيوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضي فيه عن احمد روايتين

(احداهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لاتكمل ديته وهو مذهب قتادة لان منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل ، وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ،واختلفت الرواية فى ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ولان منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه(والثانية) لا تجب فيه وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقتادة واسحاق لماذكرنا فى ذكر العنين ولان المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم يكمل ديته كالاشل،والجماع يذهب في الغالب بدليل ان البهائم يذهب جماعها بخصائها،والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي ان الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصي واليأس من الانزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لاتكمل لدية في ذكر الخصي ان قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أوقطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان فان قطع الانثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه الادية واحدة في الانثيين وفى الذكر حكومة لانه ذكر خصي قال القاضي ونص احمد على هذا وان قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ذكره اصحابنا والاولى أن تجب الدية كاملة لانه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه

الشجاج ، ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد نفيها مافي المأمومة ، قال القاضي لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في ارشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لايسلم صاحبها في الغالب

(فصل) فان أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الاول ارش موضحة وعلى الثاني خمس تمام ارش الهاشمة وعلى الثالث خمس تمام ارش المنقلة وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام ارش المأمومة

(فصل) وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى باطن الجوف من بطن أو ظهر أوصدر اونحر وهذاقول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة والكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي الا مكحولا قال فيها فى العمد ثلثا الدية

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم «وفى الجائفة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ولانها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر ارشها بالعمد والخطا كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الاعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، وذكر ابن عبدالبر ان مالكا وأبا حنيفة والشافعي والبتى وأصحابهم اتفقوا على ان الجائفة لاتكون الا في الجوف وقال ابن القاسم الجائفة ماأفضى الى الجوف ولو بغرز ابرة

وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية وإن خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك

(مسئلة) قال (وفي الانثيين الدية)

لانعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي البيضتين الدية» ولان فيهما الجمال والمنفعة فان النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدين وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة ان في الصلب الدية وفي الانثيين الدية وفي احداهما نصف الدية في قول اكثر اهل العلم، وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها لان نفع اليسرى أكثر لان النسل يكون بها

ولنا ان ماوجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما ذو عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالاصابع، وماذكروه ينتقض بالاصابع والأجفان تستوي دياتها مع اختلاف نفعها ثم يحتاج الى اثبات ذلك الذي ذكره، وان رض انثييه أو اشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره فان قطع انثييه فذهب نسله لم يجب اكثر من دية لان ذلك نفعهما فلم

(فصل) وان أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجاني ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير، وان خرق ما بينهما أجنبي أو المجني عليه فعلى الاول ثلثا الدية وعلى الاجنبي الثاني ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجني عليه، وان احتاج الى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجني عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولي المجني عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلاشيء عليه في خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية

(مسئلة) (وان خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر فهي جائفتان)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، وقتادة ومجاهد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر لاأعلمهم يختلفون في ذلك وحكي عن بعض أصحاب الشافعي انه قال هي جائفة واحدة وحكي أيضاً عن أبي حنيفة لان الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن الى الجوف وهذه الثانية انما نفذت من الباطن الى الظاهر

ولنا ماروى سعيد بن المسيب ان رجلا رمى رجلا بسهم فانفذه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بثلثي الدية ولامخالف له فيكون اجماعا أخرجه سعيد بن منصور في سننه وروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان عمر رضي الله عنه قضى في الجائفة اذا نفذت الى الجوف بارش جائفتين ولانه انفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو انفذه بضربتين، وما ذكروه لايصح فان الاعتبار بوصول الجرح الى

تزدد الدية بذهابه منهما كالبصر مع ذهاب العينين والبطش مع ذهاب الرجلين، وان قطع احداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

(مسئلة) قال (وفي الرجلين الدية)

أجمع اهل العلم على ان في الرجلين الدية وفي إحداهما نصفها روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال قتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وقدذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم وفي تفصيلها مثل ماذكرنا من التفصيل في اليدين سواء ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين في اليدين

(فصل) وفي قدم الاعرج ويد الاعسم الدية لان العرج لمعنى في غير القدم والعسم الاعوجاج في الرسغ وليس ذلك عيبا في قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن في كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لان هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء .

الجوف لا بكيفية ايصاله اذ لا أثر لصورة لفعل مع التساوي في المعنى ولان ماذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وانما الغالب والعادة وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما ان العادة والغالب حصولها بالحديد ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ماذكروه بمالو ادخل يده في جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فانه يلزمه ارش جائفة بغير خلاف نعلمه ولذلك يخرج فيمن أوضح انسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهي موضحتان وان هشمه هاشمة لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ماأشبهه

(فصل) فان ادخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لان ذلك ليس بجوف

(مسئلة) (وان طعنه في خده فوصل الى فيه ففيه حكومة)

لان باطن الفم حكمه حكم الظاهر لاحكم الباطن ويحتمل ان تكون جائفة لانه جرح وصل الى جوف فأشبه مالو وصل الى البطن

(فصل) فان طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا وقال الشافعي في احد قوليه هو جائفة لانه قد وصل الى جوف وقد ذكرنا ان باطن الفم في حكم الظاهر بخلاف الجوف ، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة، وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كمالو جرح في وجنته فانفذه الى فيه في الحكم والخلاف ، وان جرحه في ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لانه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول اليه بخلاف غيره

(مسئلة) (وان جرحه في وركه فوصل الجرح الى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح الى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة وحكومة لجرح القفا والورك)

﴿مسئلة﴾ قال (وفي كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الابل وفي كل أنملة منها ثلث عقلها الا الابهام فانها مفصلان ففي كل مفصل منها خمس من الابل)

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وبه قال مسروق وعروة ومكحول والشعبي وعبدالله بن معقل والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وأصحاب الحديث ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى في الابهام بثلث غرة وفى التي تليها باثنتي عشرة وفي الوسطى بعشر وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروي عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي ﷺ لآل حزم وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل أخذ به وترك قوله الاول وعن مجاهد فى الابهام خمس عشرة وفى التي تليها ثلاث عشرة وفى التي تليها عشر وفى التي تليها ثمان وفى التي تليها سبع

ولنا ماروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل أصبع أخرجه الترمذي وقال حديث صحيح رواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي ﷺ وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « هذه وهذه سواء» يعني الابهام والخنصر أخرجه البخاري وأبو داود ، وفى كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم «وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر

إذا جرحه في فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فاجافه فيه أو جرح الكتف ومد السكين حتى بلغ الصدر فاجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجرح لان الجرح في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة، وان أوضحه فوصل إلى قفاه فعليه دية موضحة لانه أوضحه وعليه حكومة لجرح القفا كما لو انفرد

(مسئلة) (وان اجافه ووسع آخر الجرح فهما جائفتان وعلى كل واحد منهما ارش جائفة)

لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره لان فعل الانسان لا ينبني على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب باذنه أو اذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه

(مسئلة) (وان وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة) لان جنايته لم تبلغ الجائفة

(فصل) وان ادخل السكين في الجائفة ثم اخرجها عزر ولا شيء عليه وان خاطها فجاء آخر فقطع الخيط وأدخل السكين فيها قبل ان تلتحم عزر أشد من التعزيز الذي قبله وغرم ثمن الخيوط واجر الخياط ولم يلزمه ارش جائفة لانه لم يجفه

(مسئلة) (وان التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة اخرى عليه ارشها)

لانه عاد إلى الصحة فصار كالذي لم يجرح وان التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وان فتق غير ما التحم فليس عليه ارش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل

من الابل » ولانه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء فى الدية كالأسنان والاجفان وسائر الاعضا . ودية كل أصبع مقسومة على أناملها وفى كل أصبع ثلاث أنامل الا الابهام فانها أنملتان ففي كل أنملة من غير الابهام ثلث عقل الابهام ثلاثة أبعرة وثلث ، وفى كل أنملة من الابهام خمس من الابل نصف ديتها وحكي عن مالك أنه قال الابهام أيضا ثلاث أنامل إحداها باطنة وليس هذا بصحيح فان الاعتبار بالظاهر فان قوله عليه السلام «فى كل أصبع عشر من الابل» يقتضي وجوب العشر فى الظاهر لانها هي الاصبع التي يقع عليها الاسم دون مابطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها ، والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيها وحصول الاتفاق عليهما

(فصل) وفى الاصبع الزائدة حكومة وبذلك قال الثوري والشافعى وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الاصبع وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية ايجاب الثلث فى اليد الشلاء والاول أصح لان التقدير لايصار اليه الا بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف وليس ذلك ههنا لان اليد الشلاء يحصل بها الجمال والاصبع الزائدة لاجمال فيها فى الغالب ولان جمال اليد الشلاء لايكاد يختلف والاصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفها وحسنها وقبحها فكيف يصح قياسها على اليد ؟

ان يلتحم منها شيء ، وان فتق بعض ما التحم في الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك

(فصل) ومن وطيء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ، ومعنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمني وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا ان هذا بعيد لانه يبعد ان يذهب بالوطء مابينهما من الحاجز فانه حاجز غليظ قوي . والكلام في ذلك فى أمرين (أحدهما) في أصل وجوب الضمان (والثاني) في قدره اما الاول فان الضمان أنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية

ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح اذنه فلم يضمن ماتلف بسرايته كما لو اذنت في مداواتها بما يفضي إلى ذلك ، وكقطع السارق واستيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا . إذا ثبت هذا فانه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع ارش الجناية ويكون ارش الجناية في ماله ان كان عمداً محضاً وهو ان يعلم أنها لا تطيقه وان وطأه يفضيها ، فاما ان علم ذلك وكان مما يحتمل ان لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال ان العاقلة لاتحمل عمد الخطأ فيكون في ماله (الثاني) في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبه قال قتادة

﴿مسألة﴾ قال (وفي البطن اذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفي المثانة اذا لم يستمسك البول الدية)

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولم أعلم فيه مخالفاً إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى فيها ثلث الدية والصحيح الاول لان كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وان فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجنايه واحدة .

﴿مسألة﴾ قال (وفي ذهاب العقل الدية)

لا نعلم في هذا خلافا وقد روي عن عمر وزيد رضي الله عنهما واليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي العقل الدية » ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فان به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي مايضره ويدخل به في التكاليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات فكان بايجاب الدية

وأبو حنيفة وقال الشافعي تجب الدية كاملة وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز لانه اتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع اسكتيها

ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولان هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم انها تمنع الوطء وأما قطع الاسكتين فانما اوجب الدية لانه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فاشبه الشفتين

(فصل) فان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي تجب دية وحكومة لانه فوت منفعتين فلزمه ارشهما كما لو فوت كلامه وذوقه

ولنا أنه اتلاف عضو واحد لم يفت غير منافعه فلم يضمنه باكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وماقاله لايصح لانه لو أوجب دية المنفعتين لاوجب ديتين لان استطلاق البول موجب لدية والافضاء عنده موجب للدية منفرداً ولم يقل به وإنما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فانا لا نعلم احداً اوجب في الافضاء حكومة فان اندمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ماحصل من النقص

أحق من بقية الحواس فان نقص عقله نقصاً معلوما مثل ان صار يجن يوما ويفيق يوما فعليه من الدية بقدر ذلك لان ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه بقدره كالاصابع وان لم يعلم مثل ان صار مدهوشاً أو يفزع مما لا يفزع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة

(فصل) فان أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لاغير وان أذهبه بجناية توجب أرشا كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد، وقال ابو حنيفة والشافعي في القديم يدخل الاقل منهما في الاكثر فان كانت الدية أكثر من ارش الجرح وجبت وحدها، وإن كان ارش الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لان ذهاب العقل تختل معه منافع الاعضاء فدخل ارشها فيه كالموت

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الارشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب سمعه أو شمه لم يدخل ارشهما في دية الانف والاذن مع قربهما منهما فههنا أولى وما ذكروه لا يصح لانه لو دخل ارش الجرح في دية العقل لم يجب ارشه اذا زاد على دية العقل كما أن دية الاعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم إن منافع الاعضاء تبطل بذهاب العقل فان المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه

(فصل) وان أكره امرأة على الزنا فافضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لانه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما تلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه ارش البكارة مع ذلك؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يلزمه لان ارش البكارة داخل في مهر المثل فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو ارش عوض البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجة (والثانية) يضمنه لانه محل اتلفه بعدوانه فلزمه ارشه كما لو اتلفه باصبعه فاما المطاوعة على الزنا اذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها وقال الشافعي يضمن لان المأذون فيه الوطء دون الفتق فاشبه مالو قطع يدها

ولنا أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كارش بكارتها ومهر مثلها وكما لو اذنت في قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها وفارق ما إذا اذنت في وطئها فقطع يدها لان ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته.

(فصل) وان وطىء امرأة بشبهة فافضاها فعليه ارش إفضائها مع مهر مثلها لان الفعل انما اذن فيه اعتقاداً ان المستوفي له هو المستحق فاذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما اتلف كما لو اذن في اخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب لها أكثر الامرين من مهر مثلها أو ارش افضائها لان الارش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا

بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لاتضمن منافع الميت وأعضاؤه واذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محلها

(فصل) فان جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع ارش الجرح قال ابو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حي ولأنه أذهب منافع في كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فان مات من الجناية لم يجب الا دية واحدة لان ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الاعضاء

(مسئلة) قال (وفي الصعر الدية والصعر أن يضربه فيصير وجهه في جانب)

أصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي عنقه وقول الله تعالى (ولا تصعر خدك للناس) أي لاتعرض عنهم بوجهك تكبرا كامالة وجه البعير الذي به الصعر فمن جنى على انسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة روي ذلك عن زيد بن ثابت وقال الشافعي ليس فيه الا حكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة

ولنا ماروى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال : وفي الصعر الدية ولم يعرف له في الصحابة

ولنا ان هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدلها فيها كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والارش يجب لاتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه

(فصل) وان استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع افضائهما فعليه ديتها والمهر وقال أبو حنيفة في الموطوءة بشبهة لايجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك

(فصل) وفي الضلع بعير وفي الترقوتين بعيران روى سعيد عن مطر عن قتادة عن سليمان بن عمر وسفيان بن زيد بن اسلم عن اسلم عن عمر في الضلع جمل والترقوة جمل وقال الخرقي في الترقوة بعيران فظاهر قوله ان في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة ابعرة وهذا قول زيد بن ثابت والترقوة العظم المستدير حول العنق من النحر الى الكتف ولكل واحد ترقوتان وقال القاضي المراد بقول الخرقي الترقوتان معا وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الالف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير وهذا قول عمر رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة وإسحاق وهو قول للشافعي والمشهور من قوله عند أصحابه ان في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر لانه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه ارش مقدر كسائر اعضاء البدن ولان التقدير انما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس في هذا توقيف ولا قياس وروي عن الشعبي ان في الترقوة اربعين دينارا وقال عمرو بن

مخالف فكان اجماعا ولانه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح فانه لايقدر على النظر أمامه واتقاء مايحذره اذا مشى واذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليعرف مايريده نظره ويتعرف ماينفعه ويضره

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها وان صار بحيث لايمكنه ازدراد ريقه فهذا لايكاد يبقى فان بقي مع ذلك ففيه الدية لانه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن

« مسئلة » قال (وفي اليد الشلاء ثلث ديتها وكذلك العين القائمة والسن السوداء)

اليد الشلاء التي ذهب منها منفعة البطش والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة واختلفت الرواية عن احمد فيهما وفي السن السوداء فعنه في كل واحدة ثلث ديتها وروي هـذا عن ابن الخطاب ومجاهد وبه قال اسحاق ، وعن زيد بن ثابت في العين القائمة مائة دينار . والرواية الثالثة عن احمد في كل واحدة حكومة وهذا قول مسروق الزهري ومالك والشافعي وأبي ثور والنعمان وابن المنذر لانه لايمكن إيجاب دية كاملة لـكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيهـا فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة

شعيب في الترقوتين الدية وفى إحداهما نصفها لانهما عضوان ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكانت فيهما الدية كاليدين

ولنا قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فانها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم إنها لا تختص بجمال ومنفعة فان جمال هذه العظام ونفعها لا يوجـد في غيرها ولا مشارك لها فيه وأما قول عمرو بن شعيب فمخالف للاجماع فانا لا نعلم احدا قبله ولا بعده وافقه فيه

«مسئلة» (وفي كل واحد من الذراع والزند والعضد والساق بعيران)

قال القاضي في الزند أربعة أبعرة لان فيها أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة لما تقدم

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم أنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر في احد الزندين إذا كسر فكتب اليه عمر إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعـة من الابل ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان اجماعا

(فصل) ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر قول الخرقي وهو قول أكثر أهل العـلم وقال القاضي في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة وفي الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة أبعرة فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداها لا مقدر فيه

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية ، وفي اليد الشلاء اذا قطعت ثلث ديتها ، وفي السن السوداء اذا قلعت ثلث ديتها . رواه النسائي وأخرجه ابو داود في العين وحدها مختصراً وقول عمر رضي الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب قضى في العين القائمة اذا خسفت واليد الشلاء اذا قطعت والسن السوداء اذا كسرت ثلث دية كل واحدة منهن ولانها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لايمكن إيجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه

(فصل) قال القاضي قول أحمد رحمه الله في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لايمكنه أن يعض بها الاشياء أو كانت تفتت فاما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها الا لونها ففيها كال ديتها سواء قات منفعتها بان عجز عن عض الاشياء الصلبة بها أو لم يعجز لانها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الاعضاء وليس على من سودها الا حكومة وهذا مذهب الشافعي والصحيح من مذهب أحمد مايوافق ظاهر كلامه لظاهر الاخبار وقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقول أكثر أهل العلم ولانه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فان القاضي وأصحاب الشافعي سلموا أنها لاتكمل ديتها

وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي في كل واحد من الذراع والعضد بعيران وزاد أبو الخطاب عظم القدم لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك وهذا الخبر ان صح فهو مخالف لما ذهبوا اليه فلا يصلح دليلا عليه قال شيخنا : والصحيح ان شاء الله أنه لا تقدير في غير الخمس الضلع والترقوتين والزندين لان التقدير انما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها وانما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففي ما عداه يبقى على مقتضى الدليل

﴿مسئلة﴾ (وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصعص ففيه الحكومة) ولا نعلم فيها مخالفا ، وإن خالف فيها أحد فهو قول شاذ لا يستند الى دليل يعتمد عليه ولا يصار اليه وخرزة الصلب ان أريد بها كسر الصلب ففيه الدية وقال القاضي فيه حكومة وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فان كان قيمته وهو صحيح عشرون وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر ديته)

(فصل) فان نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة لان هذا جنس خلق على هذه الصورة فأشبه من خلق أسود الجسم والرجه جميعا وإن نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة فان قالوا ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كمال ديتها، وان قالوا ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها أوحكومة وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا لان المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في بعض ديتها كما لو كان طارئا .

(فصل) وفي لسان الاخرس روايتان أيضا كالروايتين في اليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر إذا كان أشلا وذكر الخصي والعنين إذا قلنا : لا تكمل ديتهما وأشباه هذا فكله يخرج على الروايتين (إحداهما) فيه ثلث ديته والاخرى حكومة

(فصل) فاما اليد أو الرجل أو الاصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة ، وقال القاضي هذا في معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها يخرج على الروايتين والذي ذكرناه أصح لأنه لاتقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله لان هذه الزوائد لاجمال فيها انما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص به القيمة فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذي

وهذا الذي ذكره في تفسير الحكومة قول أهل العلم لا نعلم بينهم فيه خلافا، وبه قال الشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وغيرهم ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجرح لوكان عبداً لم يجرح هذا الجرح؟ فاذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وان قالوا تسعون فعشر الدية وان زاد أو نقص فعلى هذا المثال وانما كان كذلك لان جملته مضمونة بالدية فاجزاؤه مضمونة منها كما أن المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن كان ارش عيبه مقدرا من الثمن فيقال كم قيمته لا عيب فيه؟ فاذا قالوا عشرة فيقال كم قيمته وفيه العيب؟ فاذا قيل تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن يرد من الثمن عشره أي قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت في المشهور من المذهب .

(مسئلة) الا أن يكون في شيء فيه مقدر فلا يبلغ به ارش المقدر فان كانت في الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها ارش الموضحة فلو جرحه في وجهه سمحاقا فنقصته عشر قيمته فمقتضي الحكومة وجوب عشر من الابل ودية الموضحة خمس)

يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافا كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرنا.

(فصل) واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته وكذلك شحمة الاذن وعن احمد في ذلك كله حكومة والصحيح في هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على مافيه تقدير لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته انما بقي بعض مافيه الدية أو اصل مافيه الديه فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي أن تجب الحكومة فيه وجها واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم

« مسئلة » قال (وفي إسكتي المرأة الدية)

الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه احاطة الشفتين بالفم وأهل اللغة يقولون الشفران حاشيتا الاسكتين كما أن اشفار العين أهدابها وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها وقضى به محمد بن سفيان اذا بلغ العظم لان فيهما جمالا ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسه فوجبت فيهما الدية كسائر مافيه منه شيئان وفي إحداهما نصف

فههنا يعلم غلط المقوم لان الجراحة لو كانت موضحة لم يزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس أولى وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنا ما كان لانها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن

ولنا أنها بعض الموضحة لانه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب في بعض الشيء أكثر مما يجب فيه ولان الضرر في الموضحة أكبر والشين أعظم والمحل واحد فاذا لم يزد ارش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على أن لا يزاد ما دونها عليها وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته مثاله جرح أنملة فبلغ ارشها بالحكومة خمسا من الابل فانه يرد الى دية الانملة وان كان في أصبع فبلغ ما زاد على العشر بالحكومة رد الى العشر وان جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على ارش الجائفة وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة لان المحل مختلف فان قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه قلنا انما وجبت دية النفس دية عن الروح وليست الاطراف بعضها بخلاف مسئلتنا هذا ذكره القاضي ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله الا أن تكون الجناية في وجه أو رأس فلا يجاوز به ارش الموقت

الدية كما ذكرنا في غيرهما وان جنى عليها فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر او ثيب أو صغيرة أو كبيرة مخفوضة أو أو غير مخفوضة لانهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لان الرتق عيب في غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين والخفض هو الختان في حق المرأة .

(فصل) وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك في عانة الرجل لانه لامقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه فان أخذ منه شيء مع فرج المرأة أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو اخذ مع الأنف والشفتين شيء من اللحم الذي حولهما .

« مسئلة » قال (وفي موضحة الحر خمس من الابل سواء كان من رجل أو امرأة والموضحة في الرأس والوجه سواء وهو التي تبرز العظم)

هذه من شجاج الرأس او الوجه وليس في الشجاج مافيه قصاص سواها ولا يجب المقدر في اقل منها وهي التي تصل إلى العظم سميت موضحة لانها ابدت وضح العظم وهو بياضه وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الابل» رواه

(فصل) إذا خرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر ارش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب ارش الموضحة وقال القاضي يجب أن ينقص عنها شيئا على حسب ما يؤدي اليه الاجتهاد وهذا مذهب الشافعي وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي والمقنع لئلا يجب في بعضها ما يجب في جميعها ووجه قول الخرقي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة وانما سقط الزائد على ارش الموضحة لمخالفته النص أو تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الاصل ولان ما ثبت بالتنبيه يجوز ان يساوي المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كما أنه لما نص على وجوب فدية الاذى في حق المعذور لم يلزم زيادتها في حق من لا عذر له ولا يمتنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل بدليل وجوب دية الاصابع مثل دية اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه فان قيل هذا وجب بالتقدير الشرعي لا بالتقويم قلنا إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدي اليه وفي الجملة فالحكومة دليل على ترك العمل بها في الزائد لمعنى مقصود في المساوي فيجب العمل بها لعدم المعارض ثم وان صح ما ذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ما تزول به المساواة المحدودة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له

(فصل) ولا يكون التقويم الا بعد برء الجرح لان ارش الجرح المقدر انما يستقر بعد برئه

(مسئلة) فان كانت الجراحة مما لا تنقص شيئا بعد الاندمال مثل أن قطع أصبعاً زائدة أو يداً أو

ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن ، وقول الخرقي في موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد وقوله سواء كان من رجل أو امرأة يعني انهما لا يختلفان في ارش الموضحة لانها دون ثلث الدية وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد، وعند الشافعي ان موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على ان جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في الكثير والقليل وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى. وعموم الحديث الذي رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفاية واكثر اهل العلم على ان الموضحة في الراس والوجه سواء روي ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهري وربيعة وعبيد الله بن الحسن وابو حنيفة والشافعي واسحاق وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال تضعف موضحة الوجه على موضحة الراس فيجب في موضحة الوجه عشر من الابل ، لان شينها اكثر وذكره القاضي رواية عن احمد وموضحة الراس يسترها الشعر والعمامة وقال مالك اذا كانت في الانف او في اللحي الاسفل ففيها حكومة لانها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الاحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما الموضحة في الراس والوجه سواء ولانها موضحة فكان ارشها خمسا من الابل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة وما ذكروه لمالك لا يصح فان الموضحة في الصدر اكثر ضرراً واقرب الى القلب ولا مقدر فيها وقد روي عن احمد رحمه الله انه قال موضحة الوجه احرى ان يزاد في ديتها وليس معنى هذا انه يجب فيها اكثر والله اعلم انما معناه انها اولى بايجاب الدية فانه اذا وجب في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الابل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من

قطع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنا فالجاني محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا أو بط خراجا ويحتمل أن يضمن قال القاضي نص أحمد على هذا لان هذا جزء من مضمون فلم يعر عن ضمان كما لو أتلف مقدر الارش فزاد به جمالا أو لم ينقصه شيئا ، فعلى هذا يقوم في أقرب الاحوال الى البرء لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الاحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن قوم عند الوضع لانه أقرب الاحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن

(مسئلة) (فان لم ينقص في تلك الحال قوم حال جريان الدم)

لانه لا بد من نقص للخوف عليه ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال تنقصه ذهاب لحيته وإن أتلف سنا زائدة قوم وليست له سن زائدة ولا خلفها أصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة فان كانت المرأة اذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب

حمله على ما يخالف الخبر والاثر وقول أكثر أهل العلم، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح

(فصل) ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر ابرة ذكره ابن القاسم والقاضي فان شجه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ارش موضحة فلأن لا يلزمه في الايضاح في البعض أكثر من ذلك اولى، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة وان كانت منقلة وما دونها او مأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة او مأمومة لما ذكرنا .

(فصل وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر اهل العلم منهم امامنا ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ، قال ابن عبدالبر ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر قال على ذلك جماعة العلماء الا الليث بن سعد قال الموضحة تكون في الجسد أيضاً ، وقال الاوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً

ولنا أن اسم الموضحة انما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس ، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة في الوجه والرأس سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه ، ولان الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الاوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب اطراحه

(فصل) وإن أوضحه في رأسه وجر السكين الى قفاه فعليه ارش موضحة وحكومة لجرح القفا لان القفا ليس بموضع الموضحة وان أوضحه في رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين

لحيتها يسيرا وان قدرناها ابن أربعين نقصها كثيرا قدرناها ابن عشرين لانه أقرب الاحوال الى حال المجني عليه فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فانا نقومه فى أقرب أحوال النقص الى حال الاندمال والاول أصح ان شاء الله تعالى فان هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فاصفر وجهه حالة اللطمة أو احمر ثم زال وتقدير المرأة رجلا لا يصح لان اللحية زين للرجل وعيب فى المرأة وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح وكذلك تقدير السن فى حالة يراد زوالها بحالة يكره لا يجوز فان الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فانما يوجب ادنى ما يمكن ايجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره

(فصل) فان لطمه على وجهه فلم يؤثر فى وجهه فلا ضمان لانه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه

(أحدهما) أنها موضحة واحدة لان الوجه والرأس سواء في الموضحة فصار كالعضو الواحد

(والثاني) هما موضحتان لأنه أوضحه فى عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا

(فصل) وان أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه ارش موضحتين لانهما موضحتان فان أزال الحاجز الذي بينهما وجب ارش موضحة واحدة لانه صار الجميع بفعله موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما ، وان اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه ارش ثلاث مواضح لأنه استقر عليه ارش الاولين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة ، وإن تآكل مابينهما قبل اندمالهما فزال لم يلزمه أكثر من ارش واحدة لان سراية فعله كفعله وان اندملت احداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الاخرى فعليه ارش موضحتين ، وان أزال الحاجز أجنبي فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثاني ارش موضحة لان فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وان أزاله المجنى عليه وجب على الاول ارش موضحتين لان ماوجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره ، فان اختلفا فقال الجاني أنا شققت مابينهما وقال المجنى عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه لان سبب ارش موضحتين قد وجد والجاني يدعي زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر والاصل معه ، وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان

﴿ باب العاقلة وما تحمله ﴾

(عاقلة الانسان عصباته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء إلا عمودي نسبه آباؤه وأبناؤه وعنه أنهم من العاقلة أيضاً)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في العاقلة فروي عنه أنهم جميع العصبات من النسب والولاء يدخل فيهم الآباء والابناء والاخوة وسائر العصبات من العمومة وأبنائهم اختاره أبو بكر والشريف أبو جعفر ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ ان عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا الا ما فضل عن ورثتها وان قتلت فعقلها بين ورثتها ، رواه أبو داود ولانهم عصبة فاشبهوا سائر العصبات ، يحققه ان العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ولان العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الاقرب فالاقرب وأبناؤه وآباؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا اولى بتحمل عقله ، وفيه رواية ثانية ان الآباء والابناء ليسوا من العاقلة وهو قول الشافعي لما روى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل رسول الله ﷺ ميراثها لبنيها والعقل

(أحدهما) يلزمه ارش موضحتين لانفصالهما في الظاهر (والثاني) ارش موضحة لاتصالهما في الباطن، وان جرحه جراحا واحدة وأوضحه في طرفيها وباقيها دون الموضحة ففيه ارش موضحتين لان ما بينهما ليس بموضحة

(مسئلة) قال (وفي الهاشمة عشر من الابل وهي التي توضح العظم وتهشمه)

الهاشمة هي التي تتجاوز الموضحة فتهشم العظم سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن ارشها مقدر بعشر من الابل روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت، وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قال الثوري وأصحاب الرأي الا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً، وحكي عن مالك انه قال لا أعرف الهاشمة لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا اجماع، ولأنه لم ينقل فيها عن النبي ﷺ تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لم نعرف له مخالفاً في عصره فكان اجماعا ولانها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة

على العصبة وفي رواية عن جابر بن عبدالله قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ «ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود. إذا ثبت هذا في الاولاد قسنا عليه الوالد لانه في معناه ولان مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهم له ولا شهادته لهم ووجب على كل واحد منهم الانفاق على الآخر إذا كان محتاجا والآخر موسراً فلا يجب في ماله دية كما لم تجب في مال القاتل وفيه رواية ثالثة ان الاخوة ليسوا من العاقلة كالوالد والولد وهي ظاهر كلام الخرقي، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا نعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) فان كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والولد مولى أو عصبة مولى فانه يعقل في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي وقال أصحاب الشافعي لا يعقل لانه والد وولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك

ولنا أنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فاذا وجد مع ما لا يثبت الحكم اثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه في القرابة الاخرى بدليل انه يلي نكاحها مع ان الابن لا يلي النكاح عندهم

(فصل) وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته وبهذا قال عمر ابن عبدالعزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب، ولا يعتبر ان يكونوا وارثين في الحال بل

(فصل) والهاشمة في الرأس والوجه خاصة على ماذكرنا في الموضحة وان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الابل على ماذكرنا في الموضحة من التفصيل، وتستوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة ، وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لانه لو كان جميعها هاشمة اجزأ ارشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب ارشها فلا ينقص ذلك بما اذا زاد من الارش في غيرها ، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لان الارش المقدر وجب في هاشمة يكون معها موضحة وفي الواجب فيها وجهان

(أحدهما) فيها خمس من الابل لانه لو أوضح وكسر لوجبت عشر : خمس في الايضاح وخمس في الكسر فاذا وجد الكسر دون الايضاح وجب خمس (والثاني) تجب حكومة لأنه كسر عظم لاجرح معه فأشبه كسر قصبة الانف

(فصل) فان أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن فهما هاشمتان لان الهشم انما يكون تبعاً للايضاح فاذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فانها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

﴿مسئلة﴾ قال (وفي المنقلة خمس عشرة من الابل وهي التي توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها)

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم

متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبي ﷺ قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا مافضل عن ورثتها ولان الموالي من العصبات فاشبهوا المناسبين

(فصل) العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية سميت عاقلة لانها تعقل لسان ولي المقتول وقيل انما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والمنع العقل ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لانه يمنع من الاقدام من المضار، ولاخلاف بين أهل العلم في ان العاقلة العصبات وان غيرهم من الاخوة من الام وسائر ذوي الارحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا من العاقلة ولا يعقل المولى من أسفل وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك وقال الشافعي في أحد قوليه يعقل لانهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالآخرين

ولنا انه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي وما ذكروه يبطل بالذكر مع الانثى والصغير مع الكبير والعاقل مع المجنون

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف آخر على ان يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لاعشيرة له ينضم إلى العشيرة فيعد نفسه منهم وبهذا قال الشافعي ،وقال أبو حنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث وقال مالك اذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين هو معهم

ليلتئم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم «وفي المنقلة خمس عشرة من الابل» وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى

(مسئلة) قال (وفي المأمومة ثلث الدية وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وفي الآمة مثل مافي المأمومة)

المأمومة والآمة شيء واحد ، قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة الى أم الدماغ سميت أم الدماغ لانها تحوطه وتجمعه فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمة ومأمومة يقال ام الرجل آمة ومأمومة وارشها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم الا مكحولا فانه قال إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ ففيها ثلثها

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم وفي المأمومة ثلث الدية . وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ، وروي نحوه عن علي ولانها شجة فلم يختلف ارشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج

(فصل) وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة وفيها مافي المأمومة قال القاضي لم يذكر أصحابنا

ولنا أنه معنى يتعلق بالتعصيب فلا يستحق بذلك كولاية النكاح

(فصل) ولامدخل لاهل الديوان في العاقلة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يتحملون جميع الدية فان عدموا فالاقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الاعطية إلى ثلاث سنين

ولنا ان النبي ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة ولانه معنى لايستحق به الميراث فلم يحمل به العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ اولى من قضاء عمر على أنه ان صح ما ذكر عنه فيحتمل انهم كانوا عشيرة القاتل

(مسئلة) (وليس على فقير ولاصبي ولا زائل العقل ولا امرأة ولاخنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء من الدية وعنه ان الفقير يحمل من العقل)

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة واجمعوا على ان الفقير لايلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل، وعن أحمد مثل ذلك وحكاها أبو الخطاب لانه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني، والصحيح الاول لان تحمل العقل مواساة فلا تلزم الفقير

الدامغة لمساواتها المأمومة في ارشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لايسلم صاحبها في الغالب

(فصل) فان أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الاول ارش موضحته وعلى الثاني خمس تمام ارش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام ارش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام ارش المأمومة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى الجوف)

وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي الا مكحولا قال فيها في العمد ثلثا الدية

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم « وفي الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ، ولانها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر ارشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الاعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، والجائفة ماوصل الى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره

كالزكاة ولانها وجبت على العاقلة تخفيفا على القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لاجناية منه وفي ايجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له مالا يقدر عليه ولانا أجمعنا على أنه لايكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئاً منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أولا يكون له شيء اصلا، واما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لان فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة وكذلك المخالف في الدين ليس هو من أهل النصرة أيضاً

(مسئلة) (ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر)

وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وانما هي من الحاضرين ولان في قسمه على الجميع مشقة وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا الخبر وانهم استووا في التعصيب والارث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ولانه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية

(فصل) ويعقل المريض اذا لم يبلغ حد الزمانة، والشيخ اذا لم يبلغ حد الهرم لانهما من أهل النصرة والمواساة، وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان (أحدهما) لا يعقلان لانهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان اذا كانا من اهل الحرب، وكذلك يخرج في الاعمى لانه مثلهما في هذا المعنى (والثاني) يعقلون لانهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا منتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي كمذهبنا

وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي والبتي وأصحابهم اتفقوا على ان الجائفة لاتكون الا في الجوف ، قال ابن القاسم الجائفة ماأفضى الى الجوف ولو بمغرز ابرة ، فأما ان خرق شدقه فوصل الى باطن الفم فليس بجائفة لان داخل الفم حكمه حكم الظاهر لاحكم الباطن وإن طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا

وقال الشافعي في أحد قوليه هو جائفة لانه قد وصل إلى جوف وهذا ينتقض بما اذا خرق شدقه، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة ، وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه في وجنته فأنفذه إلى فيه في الحكم والخلاف، وان جرحه في ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول اليه بخلاف غيره

(فصل) وان أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجاني مابينهما أو ذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لاغير ، وإن خرق مابينهما أجنبي أو المجنى عليه فعلى الاول ثلثا الدية وعلى الاجنبي الثاني ثلثها ويسقط ماقابل فعل المجني عليه ، وإن احتاج إلى خرق مابينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه او غيره بأمره او خرقها ولي المجنى عليه لذلك او الطبيب بامره فلاشيء في خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية ، وان أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره لان فعل الانسان

(مسئلة) (وخطأ الامام والحاكم في احكامه في بيت المال وعنه على عاقلته)

لان خطأه يكثر في احكامه فايجاب مايجب به على عاقلته يجحف بهم، وبه قال الاوزاعي والثوري وأبو حنيفة واسحاق ولان الامام والحاكم نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان ارش جنايته في مال الله سبحانه وللشافعي قولان كالروايتين وفيه رواية أخرى انه يجب على عاقلته لما روي ان عمر رضي الله عنه بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فاسقطت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضي الله عنه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما أنت وال ومؤدب فقال علي ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وان كانوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك أفزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لاتبرح حتى تقسمها على قومك

(مسئلة) (وهل يتعاقل أهل الذمة؟ على روايتين)

(احداهما) يتعاقلون قياساً على المسلمين لان قرابتهم تقتضي التوريث فاقتضت التعاقل كالمسلمين ولان دياتهم ديات احرار معصومين فاشبهت ديات المسلمين (والثانية) لا يتعاقلون لان حمل العاقلة ثبت على خلاف الاصل لحرمة قرابة المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم لانهم لايساوونهم في الحرمة

(مسئلة) (ولا يعقل حربي عن ذمي ولا ذمي عن حربي)

لاينبني على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب باذنه أو أذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وان وسعها جان آخر في الظاهر دون الباطن أوفي الباطن دون الظاهر فعليه حكومة لان جنايته لم تبلغ الجائفة وان أدخل السكين في الجائفة ثم أخرجها عزر ولا أرش عليه ، وان كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الاول الذي قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لانه لم يجفه وان فعل ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط لانه بالالتحام عاد الى الصحة فصار كالذي لم يجرح ، وان التحم بعضها دون بعض ففتق ماالتحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا وان فتق غير ماالتحم عليه فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء وان فتق بعض ماالتحم في الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك

(فصل) وان جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجاف فيه او جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجراح لان الجراح في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو أوضحه في رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فانه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا

(فصل) فان أدخل حديدة أو خشبة أو يده في دبر انسان فخرق حاجزاً في الباطن فعليه حكومة

لانه لا يرث بعضهم من بعض فلا يعقل بعضهم عن بعض كغير العصبات وفي الميراث احتمال أنهما يتوارثان فيخرج في التعاقل مثل ذلك ولا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لانه لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين ويحتمل ان يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما فان تهود نصراني او تنصر يهودي وقلنا انه يقر عقل عنه عصبته من أهل الدين الذي انتقل اليه وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين وان قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لانه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه احد لانه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة فتكون جنايته في ماله وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لا تحملها العاقلة

(مسئلة) (ومن لا عاقلة له أو لم يكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه ان كان ذميا) لان بيت المال لا يعقل عنه وان كان مسلما ففيه روايتان

(احداهما) يؤدى عنه من بيت المال وهو مذهب الزهري والشافعي لان النبي ﷺ ودى الانصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال وروي ان رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم فأدى ديته من بيت المال ولان المسلمين يرثون من لا وارث

ولا يلزمه أرش جائفة لان الجائفة ماخرقت من الظاهر الى الجوف وهذه بخلافه وكذلك لو أدخل السكين في جائفة انسان فخرق شيئاً في الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (فان جرحه في جوفه فخرج من الجانب الاخر فهما جائفتان)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر لا أعلمهم يختلفون في ذلك، وحكي عن بعض أصحاب الشافعي أنه قال هي جائفة واحدة، وحكي أيضا عن أبي حنيفة لان الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن الى الجوف وهذه الثانية انما نفذت من الباطن إلى الظهر

ولنا ماروى سعيد بن المسيب أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه فقضى ابو بكر رضي الله عنه بثلثي الدية ولا مخالف له فيكون اجماعا أخرجه سعيد بن منصور في سننه وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قضى في الجائفة اذا نفذت الجوف بأرش جائفتين لانه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين وماذكروه غير صحيح فان الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى ولان ماذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وانما العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها

له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه (والثانية) لا يجب ذلك لأن بيت المال فيه حق النساء والصبيان والمجانين والفقراء ومن لاعقل عليه فلا يجب صرفه فيما لا يجب عليهم ولان العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو لعصبة هذا فأما قتيل الانصار فغير لازم لان ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وانما النبي ﷺ تفضل بذلك عليهم وقولهم انهم يرثونه قلنا ليس صرفه الى بيت المال ميراثا بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لاوارث له من أهل الذمة الى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم ان العقل لا يجب على الوارث اذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وان لم يكن وارثا فعلى الرواية الاولى اذا لم يكن له عاقلة اديت الدية كلها عنه من بيت المال وان كان له عاقلة لاتحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل يؤدى من بيت المال دفعه واحدة او في ثلاث سنين؟ على وجهين (احدهما) في ثلاث سنين كما يؤخذ من العاقلة (والثاني) يؤدي دفعة واحدة وهو الصحيح لان النبي ﷺ أدى دية الانصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولان الدية بدل متلف لاتؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر ابدال المتلفات وانما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم ولا حاجة الى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع

(فصل) فان لم يمكن الاخذ من بيت المال فليس علي القاتل شيء وهذا احد قولي الشافعي ولان الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل أنها لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم ولاتجب علي غير

بالحديد ، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ماذكروه بما لو أدخل يده في جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فانه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه وكذلك يخرج فيمن أوضح انسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهي موضحتان فان هشمه هاشمة لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ما أشبهه

(فصل) فان أدخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لان ذلك ليس بجوف

«مسئلة» قال (ومن وطيء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية)

معنى الفتق خرق مابين مسلك البول والمني ، وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا أن هذا بعيد لانه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فانه حاجز غليظ قوي والكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في أصل وجوب الضمان (والثاني) في قدره . أما الاول فان الضمان انما يجب بوطء الصغيرة او النحيفة التي لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية

ولنا انه وطء مستحق فلم يجب ضمان ماتلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ماتلف بسرايته كما لو أذنت في مداواتها بما يفضي الى ذلك وكقطع السارق أو استيفاء

من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فان الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا ان وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد قال شيخنا ويحتمل ان تجب في مال القاتل اذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله تعالى (ودية مسلمة) الى أهله ولان قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فاذا لم يوجد ذلك بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل ولان الامر دائر بين ان يطل دم المقتول وبين ايجاب ديته على المتلف لا يجوز الاول لان فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني ولان اهدار الدم المضمون لا نظير له وايجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر وقد قالوا في المرتد تجب الدية في ماله لما لم يكن عاقلة والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهما ثم أسلم أو كان مسلما فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر الى موالي أبيه ثم أصاب سهمه انسانا فقتله قتيل في دار الاسلام معصوم تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصور وهذا أولى من اهدار دماء الاحرار في غالب الاحوال فانه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل الى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء وتفوت حكمة ايجاب الدية قولهم ان الدية تجب على العاقلة عنه ابتداء ممنوع وانما تجب على القاتل ثم تحملها العاقلة وان سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل ان تعذر حمل جميعها أو باقيها ان حملت العاقلة بعضها

القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا . اذا ثبت هذا فانه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع ارش الجناية ويكون ارش الجناية في ماله إن كان عمداً محضاً وهو أن يعلم انها لاتطيقه وأن وطأه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال ان العاقلة لاتحمل عمد الخطأ فانه يكون في ماله

(الفصل الثاني) في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة، وقال الشافعي تجب الدية كاملة وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز لانه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها

ولنا ماروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولان هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم انها تمنع الوطء ، وأما قطع الاسكتين فانما أوجب الدية لانه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه قطع الشفتين

(فصل) وان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي تجب دية وحكومة لانه فوت منفعتين فلزمه ارشهما كما لو فوت كلامه وذوقه

ولنا انه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لايصح لانه لو أوجب دية المنفعتين لاوجب ديتين، لان استطلاق

(فصل) ولو رمى ذمي صيداً ثم أسلم ثم أصاب السهم آدميا فقتله لم يعقله المسلمون لانه لم يكن مسلما حال رميه ولا المعاهدون لانه قتل مسلما فتكون الدية في مال الجاني وهكذا الورمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم انسانا لم يعقله احد ولو جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان ارش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ومازاد على ارش الجرح لايحمله أحد ويكون في مال الجاني لما ذكرنا فان لم يكن ارش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم اذا جرح مسلم ثم ارتد ويحتمل ان تحمل العاقلة الدية كلها في المسألتين لان الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسألة الاولى اذا قتله عمداً ويحتمل ان لاتحمل العاقلة شيئا لان الارش انما يستقر باندمال الجرح وسرايته

(فصل) إذا تزوج عبد معتقة فاولدها أولاداً فولاؤهم لمولى امهم فان جنى أحدهم فالعقل على مولى امه لانه عصبته ووارثه فان عتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالي الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالي الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا ان يكون ارش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ما قلناه في المسألة التي قبلها

(مسألة) (ولا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولاصلحاً ولا اعترافاً ولا مادون ثلث الدية ويكون

البول موجب الدية والافضاء عنده موجب الدية منفرداً ولم يقل به وانما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فاننا لانعلم أحداً أوجب في الافضاء حكومة

(فصل) وان اندمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ماحصل من النقص .

(فصل) وان أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لانه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ماأتلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه ارش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان (إحداهما) لايلزمه لان أرش البكارة داخل في مهر المثل فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو عوض ارش البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجة (والثانية) يضمنه لانه محل أتلفه بعدوانه فلزمه ارشه كما لو أتلفه باصبعه ، فأما المطاوعة على الزنا اذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها ، وقال الشافعي يضمن لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق فأشبه مالو قطع يدها

ولنا انه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كارش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت في قطع يدها فسرى القطع الى نفسها وفارق ما إذا أذنت في وطئها فقطع يدها لأن ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته

(فصل) وأن وطيء امرأة بشبهة فأفضاها فعليه ارش افضائها مع مهر مثلها لان الفعل انما أذن

ذلك في مال الجاني حالا إلا غرة الجنين اذا مات مع امه فان العاقلة تحملها مع دية امه وإن ماتا منفردين لم تحملهما العاقلة لنقصهما عن الثلث)

وجملة ذلك ان العاقلة لاتحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه اولا يجب ولا خلاف في انها لاتحمل دية مايجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لاقصاص فيها فاشبهت جناية الخطأ

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » وروي عن ابن عباس موقوفاً ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجبة للقصاص وجناية الاب على ابنه ولان حمل العاقلة انما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفا عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق المواساة ولا التخفيف فلم يوجد فيه المقتضي وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الاب ابنه فانه لاقصاص فيه ولا تحمله العاقلة

(فصل) فان اقتص بحديدة مسمومة فسرى الى النفس ففيه وجهان (أحدهما) تحمله العاقلة لانه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ (والثاني) لا تحمله لانه قتل بالة يقتل مثلها غالباً فاشبه من له القصاص ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفى عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي لا تحمله العاقلة لانه عمد قتله وقال أبو الخطاب تحمله لانه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قتل في

فيه اعتقاداً أن المستوفي له هو المستحق فاذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد انه مستحقه فبان انه غيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو ارش افضائها لان الارش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا

ولنا ان هذه جناية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والارش يجب لاتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه

(فصل) وان استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع افضائهما فعليه ديتهما والمهر وقال أبوحنيفة في الموطوءة بشبهة لايجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي الضلع بعير وفي الترقوة بعيران)

ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت والترقوة هو العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة في ظاهر قول الخرقي ، وقال القاضي المراد بقول الخرقي الترقوتان معاً وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الالف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير وهذا قول عمر بن

دار الحرب مسلما يظنه حربيا فانه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولاتحمل العاقلة العبد يعني اذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لانه ادمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه

ولنا حديث ابن عباس ولان الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولانه حيوان لاتحمل العاقلة دية أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس

(فصل) ولاتحمل الصلح ومعناه ان يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لانه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه وقال القاضي معناه ان يصالح الاولياء عن دم العمد إلى الدية والتفسير الاول اولى لان هذا عمد يستغني عنه بذكر العمد وممن قال لاتحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولانه لو حملته العاقلة ادى إلى ان يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله

الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة واسحاق وهو قول للشافعي والمشهور من قوليه عند أصحابه أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر لانه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه ارش مقدر كسائر أعضاء البدن ولان التقدير انما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس في هذا توقيف ولا قياس وروي عن الشعبي ان في الترقوة أربعين ديناراً وقال عمرو بن شعيب في الترقوتين الدية وفي احديهما نصفها لانهما عضوان فيهما جمال ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين.

ولنا قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فانها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم إنها لا تختص بجمال ومنفعة فان جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه، وأما قول عمرو بن شعيب فمخالف للاجماع فاننا لا نعلم أحداً قبله ولا بعده وافقه فيه

﴿مسألة﴾ قال (وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان)

قال القاضي: يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة لأن فيهما أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة لما تقدم

(فصل) ولا تحمل الاعتراف وهو ان يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافا وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهري والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولانه لو وجب عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولانه متهم في ان يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها إذا ثبت هذا فانه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول الاكثرين وقال أبو ثور وابن عبد الحكم لا يلزمه شيء ولا يصح إقراره لانه مقر على غيره لا على نفسه ولانه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل

ولنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ولانه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر باتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة ولانه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وانما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فاذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

(فصل) ولا تحمل العاقلة مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز بن أبي سلمة وقال الزهري لا تحمل الثلث أيضاً وقال الثوري وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقها لان النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل

ولنا ماروى سعيد ثنا هشيم ثنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر في أحد الزندين إذا كسر فكتب له عمر إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الابل ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان اجماعاً

(فصل) ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقي وهو قول اكثر أهل العلم وقال القاضي في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة وفي عظم الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وماعداها لا مقدر فيه وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من اصحاب القاضي في كل واحد من الذراع والعضد بعيران وزاد أبو الخطاب عظم القدم لماروى سليمان بن يسار ان عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير وان كان فيها دحور فبحساب ذلك وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا اليه فلايصلح دليلا عليه والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير في غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين لان التقدير انما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها وانما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفاً وإن خالف فيها مخالف فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولا يصار اليه

مادون ذلك ولانه ليس فيه ارش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل القليل والكثير لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية ان لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر الجنايات والمتلفات وانما خولف في الثلث تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي ﷺ « الثلث كثير » ففيما دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري لان النبي ﷺ جعل الثلث كثيراً فاما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع امه من الضربة لكون ديتهما جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية ادمي كاملة

(فصل) وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في الفصل الذي قبل هذا وحكي عن الشافعي انه قال في القديم لاتحمل ما دون الدية لان ذلك يجرى مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لايجب فيه كفارة

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولان الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس ولانه كثير يجب ضمانا لحر اشبه ماذكرنا وما ذكروه يبطل بما إذا جنى على الاطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها

(مسئلة) قال (والشجاج التي لا توقيت فيها أولها الحارصة وهي التي تحرص الجلد)

يعني تشقه قليلا وقال بعضهم هي الحارصة ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم البازلة وهي التي يسيل منها الدم ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة ثم الموضحة، هكذا وقع في النسخ التي وصلت الينا : الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ولعله من غلط الكاتب والصواب الحارصة ثم البازلة ثم الباضعة هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم ولان الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم وتسمى الدامعة لقلة سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين؟ ويدل على صحة ماذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيرا وفي الباضعة بعيرين وقول الخرقي والشجاج يعني جراح الرأس والوجه فانه يسمى شجاجا خاصة دون جراح سائر البدن والشجاج المسماة عشر خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها وخمس لا توقيت فيها قال الاصمعي أولها الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلا يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب اذا شقه قليلا ثم البازلة وهي التي يبزل منها الدم أي يسيل وتسمى الدامية

(فصل) وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما يبلغ ارشه ثلث دية الرجل كدية أنفها ،فاما ما دون ذلك كدية يدها فلا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لانها دون الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وتحمل غرة الجنين)

إذا مات مع أمه فان العاقلة تحملها مع دية أمه نص عليه لان ديتها وجبت في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة ولا تحملها ان مات منفرداً أو مات قبل موت امه نص عليه أحمد لانه دون الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وتحمل جناية الخطأ عن الحر إذا بلغت الثلث) وحكي عن الشافعي لا تحمل ما دون الدية وقد ذكرناه وذكرنا دليله

﴿ مسئلة ﴾ (قال أبو بكر ولا تحمل العاقلة شبه العمد ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين)

وهي رواية عن أحمد وبه قال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وهي على القاتل في ماله لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض، ولانها دية مغلظة فاشبهت دية العمد وهكذا يجب ان يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد (والثانية) تحملها العاقلة ذكرها الخرقي وهي ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب

أيضاً والدامعة ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولا كثيرا يزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق، ثم السمحاق وهي التي تصل الى قشرة رقيقه فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا، وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاة وهي التي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهي التي تقشر تلك الجلدة وتبدي وضح العظم أي بياضه وهي أول الشجاج الموقتة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحمد وهو قول أكثر الفقها يروى ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ومالك والاوزاعي والشافعي واصحاب الرأي وروي عن احمد رواية أخرى ان في الدامية بعيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق اربعة ابعرة لان هذا يروى عن زيد بن ثابت وروي عن علي في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة والصحيح الاول لانها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن . وروي عن مكحول قال قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الابل ولم يقض فيما دونها ولانه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة ، وذكر القاضي انه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة الى جانبها قدرت هذه الجراحة منها، فان كانت بقدر النصف وجب نصف ارش الموضحة

الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداها الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ، ولانه نوع قتل لا يوجب القصاص فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ، ويخالف العمد المحض فانه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وارادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو الاسنان وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنها تجب مؤجلة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا الدية حالة لأنها بدل متلف ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً والدية تخالف سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعاً

(مسئلة) (وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيحمل كل انسان ما يسهل ولا يشق)

وجملة ذلك انه لاخلاف بين أهل العلم في ان العاقلة لا تكلف من المقل ما يجحف بها ويشق عليها

إن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فتوجب ماتخرجه الحكومة ، فاذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثي ارش الموضحة ، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف فنوجب الاكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لانه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على ايجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بمقداره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي وهذا لانعلمه مذهباً لأحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ماذكروه فانه لاتجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيرا

(مسئلة) قال (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرا لما وقتت ديته ففيه حكومة)

أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي ﷺ على ارشه وبين قدر ديته كقوله « في الأنف الدية وفي اللسان الدية » وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالاليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرنا ذلك أيضاً فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الاعضاء وكسر العظام المذكورة فليس فيه إلا الحكومة

لانه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة ، ولانه لوكان الاجحاف مشروعا كان الجاني أحق به لانه موجب جنايته وجزاء فعله فاذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى ، واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال احمد يحملون على قدر ما يطيقون فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك لان التقدير لايثبت الا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسئلة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات ، وعن أحمد رواية أخرى انه يفرض على الموسر نصف مثقال لانه أقل مايتقدر في الزكاة فكان معتبراً بها ويجب على المتوسط ربع مثقال لان مادون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه بدليل قول عائشة رضي الله عنها لايقطع في الشيء التافه وما دون ربع دينار لاقطع فيه ، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لاقله حد لان ذلك يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك ، والصحيح الاول لما ذكرنا من أن التقدير انما يصار اليه بتوقيف فيه وانما يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالبعد والقرب لذلك

(مسئلة) (واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه فقال بعضهم يتكرر الواجب في الاحوال الثلاثة فيكون الواجب على الغني فيها ديناراً ونصفاً وعلى المتوسط ثلاثة ارباع دينار)

﴿مسئلة﴾ قال (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كان قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته)

هذا الذي ذكره الخرقي رحمه الله في تفسير الحكومة قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافا وبه قال الشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وغيرهم، قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى ان معنى قولهم حكومة أن يقال اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح فاذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها كما ان المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن كان ارش عيبه مقدراً من الثمن فيقال كم قيمته لا عيب فيه فقالوا عشرة فيقال كم قيمته وفيه العيب فاذا قيل تسعة علم انه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد

لانه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم لا يتكرر لان في الايجاب زيادة على النصف ايجاب الزيادة على أول الزكاة فيكون مضراً، ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لانه حال الوجوب فاعتبر الحول عنده كالزكاة، وان اجتمع من العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل انسان على حسب مايراه وان قل، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ماعلى الغنى ويعم بذلك جميعهم وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير الى الشيء التافه ولانه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه

ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا كالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فلا يصح لان مشقة زيادة الواجب أعظم من الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد منهم وسهولة الواجب عليهم، ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فان خصه بالاجتهاد ففيه مشقة عليه وربما لا يحصل له معرفة الاولى منهم بذلك فيتعذر الايجاب وان خصه بالتحكم أفضى الى أنه يتخير بين ان يوجب على انسان شيئاً بشهوته من غير دليل وبين ان لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم وأتهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي شيئا مع التساوي من كل الوجوه

﴿مسئلة﴾ (ويبدأ بالاقرب فالاقرب فمتى اتسعت اموال الاقربين لها لم يتجاوزهم والا تنقل الى من يليهم)

من اثمن عشره أي قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت

﴿مسئلة﴾ قال (وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص لا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به أرش الموقت)

يعني لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديته ولو نقصته اقل من العشر مثل ان نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر ديته إلا إذا شجه دون الموضحة فبلغ ارش الجراح بالحكومة اكثر من ارش الموضحة لم يجب الزائد، فلو جرحه في وجهه سمحاقاً فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الابل ودية الموضحة خمس فههنا يعلم غلط المقوم، لان الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع انها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس اولى وهذا قول اكثر اهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك انه يجب ماتخرجه الحكومة كائنا ما كان لانها جراحة لامقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن .

وجملة ذلك انه يبدأ في قسمة الدية بين العاقلة بالاقرب فالاقرب فيقسم على الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك ابدا حتى اذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الاقرب فالاقرب كالميراث سواء، وان قلنا الآباء والابناء من العاقلة بدىء بهم لانهم أقرب ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم الى من بعدهم لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم الاقرب فالاقرب كالميراث وولاية النكاح، وهل يقدم من يدلي بالابوين على من يدلي بالاب؟ على وجهين (أحدهما) يقدم كالميراث وكتقديم الاخ على ابنه (والثاني) يستويان لان ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر لقرابة الام في التعصيب والاول أولى ان شاء الله تعالى لان قرابة الام تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم وذلك لان القرابتين تنقسم الى ماينفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم اذا كان أخا لام فانه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا منفردا أرث السدس بالاخوة وورث بالتعصب ببنوة العم، وحجب احدى القرابتين لا يؤثر في حجب الاخرى فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ لأم على غيره، والى مالا تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم من أبوين من ابن عم من أب لا تنفرد احدى القرابتين بميراث عن الآخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره، وبما ذكرنا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم لان النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة ولنا انه حكم تعلق بالتعصيب فوجب ان يقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث والخبر لاحجة فيه لانا نقسمه على الجماعة اذا لم يف به الاقرب فنحمله على ذلك

ولنا انها بعض الموضحة لانه لو أوضحه لقطع ماقطعته هذه الجراحة ولا يجوز ن يجب في بعض الشيء اكثر مما يجب فيه ، ولان الضرر في الموضحة اكثر والشين اعظم والمحل واحد فاذا لم يزد ارش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على ان لا يزيد مادونها عليها، واما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته مثاله جرح انملة فبلغ أرشها بالحكومة خمسا من الابل فانه يرد الى دية الانملة ، وان جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة ومالم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة لان المحل مختلف، فان قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه قلنا انما وجبت دية النفس عوضا عن الروح وليست الاطراف بعضها بخلاف مسئلتنا هذا ذكره القاضي ، ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله الا أن تكون الجناية في رأس او وجه فلا يجاوز به أرش الموقت

(فصل) واذا أخرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش الموضحة اوزيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب أرش الموضحة ، وقال القاضي يجب أن تنقص عنها شيئا على حسب مايؤدي اليه الاجتهاد وهذا مذهب الشافعي لئلا يجب في بعضها مايجب في جميعها ، ووجه قول الخرقي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة وانما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص او تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الاصل، ولان ماثبت بالتنبيه يجوز أن يساوي

﴿ مسئلة ﴾ (وان تساوى جماعة في القرب وزع القدر الذي يلزمهم بينهم)

لانهم استووا في القرابة المقتضية للعقل عنه فتساووا في حكمه كسائر الاحكام وقد ذكرنا ذلك في مسئلة وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر

(فصل) ولا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل الا ان يعلم أنهم من قوم يدخلون كلهم في العقل ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وان كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل فان قريشا وان كانوا كلهم يرجعون الى أب واحد الا ان قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون الى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبتهم الى الاب الادنى، الا ترى ان الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد لكن ان كان من نخذ يعلم ان جميعهم يتحملون وجب ان يتحمل جميعهم سواء عرف أحدهم أو لم يعرف للعلم بانه متحمل على أي وجه كان وان لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال لان المسلمين يرثونه إذا لم يكن وارث بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فلذلك يعقلونه على هذا الوجه فان وجدله من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال لذلك، فان قيل فهذا ينتقض بالذمي الذي لاوارث له فان ميراثه لبيت المال ولا يعقلون عنه، قلنا انما لم يعقلون عنه لوجود المانع وهو اختلاف الدين ولذلك لا يعقله عصباته المسلمون

المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كما أنه لما نص على وجوب فدية الاذى في حق المعذور ولم تلزم زيادتها في حق من لاعذر له ولا يمتنع أن يجب في البعض مايجب في الكل بدليل وجوب دية الاصابع مثل دية اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل مافي جميعه، فإن قيل هذا وجب بالتقدير الشرعي لا بالتقويم ، قلنا اذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه و الاجتهاد المؤدي اليه ، وفي الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ثم وان صح ماذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ماتحصل به المساواه المحذورة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له والله أعلم

(فصل) ولا يكون التقويم الا بعد برء الجرح لان أرش الجرح المقدر انما يستقر بعد برئه فإن لم تنقصه الجناية شيئا بعد البرء مثل ان قطع اصبعا اويداً زائدة او قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنا فلا شيء على الجاني لان الحكومة لاجل جبر النقص ولا نقص ههنا فأشبه مالو لطم وجهه فلم يؤثر ، وان زادته الجناية حسنا فالجاني محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا و بط خراجا ، ويحتمل ان يضمن قال القاضي نص احمد على هذا لان هذا جزء مضمون فلم يعر عن

﴿ مسئلة ﴾ (وما تحمله العاقلة يجب مؤجلا في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه ان كان دية كاملة)

لاخلاف بين أهل العلم في أن دية الخطأ على العاقلة حكاه ابن المنذر وأنها مؤجلة في ثلاث سنين فان عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفاً واتبعهم أهل العلم على ذلك لانه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ابتداؤها من حين حكم الحاكم لانها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة

ولنا انه مال مؤجل فكان ابتداء اجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فان الخوارج لايعتد بخلافهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان الواجب ثلث الدية وجب في رأس الحول الأول وان كان نصفها كدية اليد وجب في رأس الحول الأول الثلث وباقيه في رأس الحول الثاني وان كان دية امرأة أو كتابي فكذلك ويحتمل أن يقسم في ثلاث سنين ، وان كان أكثر من دية كالوجنى عليه فأذهب سمعه وبصره لم يزد في كل حول على الثلث) .

وجملة ذلك أن الواجب إذا كان دية كاملة فانها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الانف والاذنين، وان كان دون الدية نظرنا فان كان الثلث كدية المأمومة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حال لان العاقلة لاتحمل حالا وإن كان نصف الدية أو ثلثيها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى

ضمان كما لو أتلف مقدر الارش فازداد به جمالا او لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم في أقرب الاحوال الى البرء لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الاحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن قوم عند الوضع لانه أقرب الاحوال التي أمكن تقويمه الى كونه في البطن ، وان لم ينقص في تلك الحال قوم والدم جار لانه لابد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضي ولاصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا : وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته وإن أتلف سناً زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها اصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة ، فان كانت المرأة اذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وإن قدرناها ابن اربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين لانه اقرب الاحوال الى حال المجني عليه فأشبه تقويم الجرح الذي لاينقص بعد الاندمال فانا نقومه في اقرب احوال النقص الى حال الاندمال، والأول أصح ان شاء الله فان هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب ، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم انما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فصفر لونه حال اللطمة أو احمر ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلا لايصح لأن اللحية زين للرجل وعيب فيها وتقدير مايعيب بما يزين لايصح ،

والباقي في آخر السنة الثانية ، وان كان أكثر من دية مثل ان ذهب سمع انسان وبصره ففي كل سنة ثلث لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه اذا زاد على الثلث ،وان كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لان كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه،وان كان الواجب دون ثلث الدية كدية الاصبع لم تحمله العاقلة لانها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالا لانه متلف لا تحمله فكان حالا كالجناية على المال

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت الدية ناقصة كدية المرأة والكتابي ففيها وجهان)

(أحدهما) تنقسم في ثلاث سنين بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة (والثاني) يجب منها في العام الاول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لان هذه تنقص عن الدية فلم تنقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب ابي حنيفة وللشافعي كالوجهين،فان كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسي وهي ثمانمائة درهم ودية الجنين وهي خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانه ينقص عن الثلث فأشبه دية السن والموضحة الا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جناية واحدة وتكون دية الام على الوجهين،فان قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الام في العام الاول لانها دية أخرى ويحتمل أن يجب مع باقي دية الام في العام الثاني وان قلنا دية الام في ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أو لا؟على وجهين ،اذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الام لانهما ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ، ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى لان تلفهما موجب جناية واحدة

وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تكره لا يجوز فان الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فانما يوجب أدنى ما يمكن ايجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره

(فصل) وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لانه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لانه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم وأنف الأخشم وقال الشافعي ليس فيه إلا حكومة لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر وقد ذكرنا انه نظير لقطع الاذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بايجاب الدية أولى وإن زال السواد رد ما أخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقي وإن صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونها على ما ذكرنا من التفصيل فيها

«مسئلة» قال (وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبد ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الأمة)

﴿مسئلة﴾ (وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال وفي القتل من حين الموت وقال القاضي ان لم يسر الجرح الى شيء فحوله من حين القطع)

وجملة ذلك أنه اذا كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلا موجباً أو عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فان كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لان تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي وأما ان كان الجرح ساريا مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك الى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لانها اذا سرت فما استقر الارش الا من حين الاندمال هكذا ذكره القاضي وأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لان الارش لا يستقر الا بالاندمال فيهما

﴿مسئلة﴾ (ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه)

من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم في هذا خلافا لانه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة وإن كان ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لانه خرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول ولنا أنه حق تدخله النيابة لا يملك اسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ما قبل الحول لانه لم يجب ولم يستمر الشرط الى حين الوجوب فأما ان كان فقيراً عند القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لانه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبيا

وجملته ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبراً لما فات بالجناية ولا ينجبر إلا بايجاب مانقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لان حق المجني عليه قد انجبر فلا يجب له زيادة على مافوته الجاني عليه هذا هو الاصل ولا نعلم فيه خلافا فيما ليس فيه مقدر شرعي فان كان الفائت بالجناية موقتاً في الحر كيده وموضحته ففيه عن احمد روايتان (احداهما) ان فيه أيضاً مانقصه بالغاً مابلغ وذكر ابو الخطاب ان هذا اختيار الخلال ، وروى الميموني عن احمد انه قال انما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس وروي هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لان ضمانه ضمان الاموال فيجب فيه مانقص كالبهائم ولأن ماضمن بالقيمة بالغاً مابلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الاموال ولان مقتضي الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه

فبلغ أو مجنونا فأفاق عند الحول وجب عليه لذلك ويحتمل أن لا يجب لانه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر اذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

﴿ مسألة ﴾ (وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة)

لانه لم يتحقق منه كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولانه قتل لا يوجب القصاص لاجل العذر فأشبه الخطأ وعنه في الصبي العاقل أن عمده في ماله وهو أحد قولي الشافعي لانه عمد يجوز تأديبه عليه فأشبه القتل من البالغ والاول أولى وما ذكروه ينتقض بشبه العمد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب كفارة القتل ﴾

من قتل نفساً محرمة خطأ أو ما أجري مجرى الخطأ أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه الكفارة

الاصل في كفارة القتل قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) الآية وأجمع اهل العلم على ان على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً او انثى ويجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل او تسبب الى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة لا تجب بالتسبب لانه ليس بقتل ولانه ضمن بدله بغير مباشرة القتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة

ولنا انه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ولانه سبب لاتلاف الآدمي يتعلق به ضمان فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكبا فأوطأ دابته انساناً وقياسهم ينتقض بالاب اذا اكره انسانا على قتل ابنه فان الكفارة تجب عليه من غير مباشرة وفارق العاقلة فانها تحمل من غيرها ولم يصدر منها قتل ولا تسبب اليه وقولهم ليس بقتل ممنوع قال القاضي ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا اخطأنا او تعمدنا وهذا يدل على ان القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لانه وان قصد القتل فهو جار مجرى الخطأ في انه لا يجب به القصاص

في ضمان بقيته بالدية الموقتة ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل ، وظاهر المذهب ان ما كان موقتاً في الحر فهو موقت في العبد ففي يده او عينه او أذنه اوشفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالانف واللسان واليدين والرجلين والعينين والاذنين اوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه روي هذا عن علي رضي الله عنه وروي نحوه عن سعيد بن المسيب وبه قال ابن سيرين وعمر بن العزيز والشافعي والثوري وبه قال ابوحنيفة قال احمد هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج احمد فيه إلا به دون غيره إلا ان أبا حنيفة والثوري قالا ما أوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني وبين أن لا يضمنه شيئاً لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد ، وروي عن اياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمداً أو فقأ عينه هو له وعليه ثمنه .

ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولانه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر . ولان اطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما يوجب في شجاجه مقدر وجب في اطرافه مقدر كالحر .

﴿مسئلة﴾ (ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعكرمة والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد ان على المشتركين كفارة واحدة حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي ثور وحكي عن الاوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ومن تتناول الواحد والجماعة ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة وإنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين إذا كان المقتول واحداً ككفارة الصيد الحرمي

ولنا أنها لا تتبعض وهي من موجب قتل الادمي فكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص وتخالف كفارة الصيد فانها تجب بدلا ولهذا تجب في ابعاضه فكذلك الدية

﴿مسئلة﴾ (ولو ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه الكفارة)

تجب الكفارة بالقاء الجنين الميت اذا كان من ضرب بطنها وبه قال الحسن وعطاء والزهري والنخعي والحكم ومالك الشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة لا تجب وقد مضت هذه المسئلة في دية الجنين

﴿مسئلة﴾ (مسلما كان المقتول أو كافراً حراً أو عبداً)

تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستأمنا وبهذا قال أكثر أهل العلم وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) فمفهومه أنه لا كفارة في غير

وعلى ابي حنيفة قول علي ولان هذه الاعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الاعضاء، ولان من صمنت يده بمقدر ضمنت يداه بجنايه من غير أن يملكه كالحر. وقولهم انه اجتمع البدل والبدل لواحد ليس بصحيح لان القيمة ههنا بدل العضو وحده ولو كان بدلا عن الجملة لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه وبدل تسع اصابع بدلا عن تسعة اعشاره والامر بخلافه، والامة مثل العبد في ذلك الا انها تشبه بالحرة واذا بلغت ثلث قيمتها احتمل ان جنايتها ترد الى النصف فيكون في ثلاث اصابع ثلاثة اعشار قيمتها وفي اربعة اصابع خمسها كما ان المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فاذا بلغت الثلث ردت الى النصف والامة امرأة فيكون ارشها من قيمتها كارش الحرة. ويحتمل ان لا يرد الى النصف لان ذلك في الحرة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كلما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها فاذا خولف هذا في الحرة بقينا في الامة على وفق الاصل

ولنا قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) والذمي له ميثاق وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب ولانه آدمي مقتول ظلما فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم

﴿مسئلة﴾ (وتجب الكفارة بقتل العبد)

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لاتجب لانه مضمون بالقيمة اشبه البهيمة

ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولانه مؤمن فاشبه الحر ويفارق البهائم بذلك

﴿مسئلة﴾ (وسواء كان القاتل كبيراً عاقلا أو صبياً أو مجنونا حراً أو عبداً)

إذا كان القاتل صبياً أو مجنوناً وجبت الكفارة في أموالهما وكذلك الكافر تجب عليه الكفارة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم لانها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصوم والصلاة وقياساً على كفارة اليمين

ولنا انه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية ويفارق الصوم والصلاة فانهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية اشبهت نفقة الاقارب وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون لانها تتعلق بالقول ولا قول لهما وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل ان العتق يتعلق باحبالهما دون اعتاقهما بقولهما وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة له كالحدود والحر والعبد سواء لدخولهما في عموم الآية

﴿مسئلة﴾ (ويكفر العبد بالصيام لانه) لامال له وقد ذكرنا كفارة العبد فيما مضى

(فصل) ومن قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده كافراً أو رمى الى صف الكفار فاصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة)

(فصل) وإذا جنى على العبد في رأس او وجه دون الموضحة فنقصته اكثر من ارشها وجب مانقصته ويحتمل ان يرد الى نصف عشر قيمته كالحر اذا زاد ارش شجته التي دون الموضحة على نصف عشر ديته والاول اولى لان هذه جراحة لاموقت فيها فكان الواجب فيها مانقص كما لو كانت في غير رأسه ولان الاصل وجوب مانقص خولف في القدر ففي هذا يبقى على الاصل

« مسئلة » قال (وان كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى)

وهذا قول اصحاب الرأي . وقال الشافعي الواجب دية انثى لانها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ولنا انه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين

(فصل) فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر لاستواء الذكر والانثى في ذلك وان زاد على الثلث مثل ان قطع يده ففيه ثلاثة ارباع دية يد الذكر سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ويقاد به الذكر والانثى لانهما لايختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما

﴿ مسئلة ﴾ (فاما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغي والصائل فلا كفارة فيه)

وجملة ذلك ان كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصاً وحداً لانه قتل مأمور به والكفارة لا تجب لمحو المأمور به واما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لانه كقتل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة فلذلك وجبت الكفارة فيها وقال قوم الخطأ محرم لا أثم فيه وقيل ليس بمحرم لان المحرم ما أثم فاعله. وقوله تعالى (وماكان لمؤمن ان يقتل مؤمناً إلا خطأ) هذا استثناء منقطع وإلا في موضع لكن والتقدير لكن قد يقتله خطأ وقيل إلا بمعنى ولا أي ولا خطأ وهذا يبعد لان الخطأ لا يتوجه اليه النهي لعدم امكان التحرز منه وكونه لايدخل تحت الوسع ولانها لو كانت بمعنى ولا لكانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله مايصلح عطفه عليه فاما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه لانهم ليس لهم ايمان ولا امان وانما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً ينتفع بهم وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فاشبهوا من قتله مباح

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجب لان ضمان نفسه لايجب فلم تجب الكفارة به كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم ووجه الاول عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه آدمي مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقرب إلى الصواب ان شاء الله تعالى فان عامر بن الاكوع قتل نفسه خطأ فلم يأمر النبي ﷺ فيه بكفارة فاما قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) فانما

﴿مسألة﴾ قال (وإن كان المجني عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود وعلى الجاني ان كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا في جراحه وان كان خطأ فعليه نصف قيمته وعلى عاقلته نصف الدية)

يعني لا قود على قاتله اذا كان نصفه حراً لانه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر كما لو كان كله رقيقا وان كان قاتله عبدا اقتل به لانه أكمل من الجاني وان كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما وفي ذلك كله اذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته اذا كان عمداً لان العاقلة لا تحمل العمد وان كان خطأ ففي ماله نصف قيمته لان العاقلة لا تحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية لانها دية حر في الخطأ والعاقلة تحمل ذلك. وهكذا الحكم في جراحه اذا كان قدر الدية من ارشها يبلغ ثلث الدية مثل ان يقطع انفه او يديه وان قطع احدى يديه فعقل جميعها على الجاني في ماله لان عليه نصف دية اليد وهو ربع ديته لاجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية وعليه ربع قيمته

أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله (ودية مسلمة إلى أهله) وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الاكوع

﴿مسألة﴾ (وفي العمد وشبهه روايتان (إحداهما) لا كفارة فيه اختارها أبو بكر والقاضي والاخرى فيه الكفارة)

المشهور في المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال مالك والثوري ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وعن احمد رواية أخرى تجب فيه الكفارة وحكي ذلك عن الزهري وهو قول الشافعي لما روى واثلة بن الاسقع قال اتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد اوجب بالقتل فقال « اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولانها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد اولى لانه أعظم جرما وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم

ولنا مفهوم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ثم ذكر قتل العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه وروي ان سويد بن الصامت قتل رجلا فاوجب النبي ﷺ القود ولم يوجب كفارة وعمرو بن امية الضمري قتل رجلين كانا في عهد النبي ﷺ فوداهما النبي ﷺ ولم يأمره بكفارة ولانه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل ويحتمل أنه كان شبه عمد ويحتمل أنه أمرهم بالاعتاق تبرعا ولذلك أمر غير القاتل بالاعتاق وما ذكروه من المعنى لا يصح لانها وجبت في الخطأ لتمحو إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك ايجابها في موضع عظم الاثم فيه بحيث لا يرتفع بها.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر لان هذا من أنواع العمد

(فصل) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب أوالورق لم يختلف بعمد لا خطأ وان كان من الابل ، جب في العمد أرباعا على إحدى الروايتين وفي الاخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع وخمساها خلفات وفي الخطأ يجب اخماساً فان لم يمكن مثل ان يوضحه عمداً فانه يجب اربعة ارباعا والخامس من احد الاجناس الاربعة قيمته ربع قيمة الاربع وان قلنا بالرواية الاخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقة و نصف قيمة جذعة . وان كان خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسة من كل جنس بعير وان كان الواجب دية انملة وقلنا يجب من ثلاثة اجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة . وان قلنا ارباعا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الاربعة وثلثها وان كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند اصحابنا قيمة كل بعير مائه وعشرون درهماً او عشرة دنانير ولا فائدة في تعيين اسنانها فان اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل ان كانت العشرة دنانير تساوي مائة درهم فقياس قولهم انه اذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجني عليه قبوله لانه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول ما يساويها والله اعلم

(فصل) فاما شبه العمد فقال شيخنا تجب فيه الكفارة ولم أعلم لاصحابنا فيه قولا لكن مقتضى الدليل ماذكرناه لانه اجري مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة ولان القاتل انما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء اصلا ولم يرد الشرع بهذا وقد ذكر في الكتاب المشروح رواية أنه كالعمد لان ديته مغلظة وهي اختيار أبي بكر لان عنده ان الدية فيه يحملها القاتل فقد أشبه العمد في ذلك فكان حكمه حكمه

(فصل) وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص القرآن سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أوكافراً فان لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضاً فان لم يستطع ففيه روايتان (إحداهما) يثبت الصيام في ذمته ولايجب شيء آخر لان الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره (والثانية) يجب إطعام ستين مسكيناً عند العجز عن الصوم ككفارة الظهار والفطر في رمضان وان لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه فعلى هذه الرواية ان عجز عن الاطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي في هذا قولان كالروايتين والله اعلم

تم بحمد الله وعونه الجزء التاسع من كتابي المغني والشرح الكبير

(ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء العاشر منهما وأوله (باب القسامة))

فهرس الجزء التاسع من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

﴿ تم الفهرس ويليه الخطأ والصواب ﴾

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء العاشر

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسما وقسامة ومعناه حلف حلفا ، والمراد بالقسامة ههنا الايمان المكررة في دعوى القتل . قال القاضي هي الايمان اذا كثرت على وجه المبالغة . قال وأهل اللغة يذهبون الى انها القوم الذين يحلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل زور وعدل ورضى، وأي الامرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف ، والاصل في القسامة ماروى يحيى بن سعيد الانصاري عن بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة ورافع بن خديج ان محيصة بن مسعود وعبدالله بن سهل انطلقا الى خيبر فتفرقا في النخيل فقتل عبدالله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء اخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة

بسم الله الرحمن الرحيم

باب القسامة

وهي الايمان المكررة في دعوى القتل ، والقسامة مصدر أقسم قسامة ومعناه حلف حلفا ، والمراد بالقسامة ههنا الايمان المكررة في دعوى القتل ، وقال القاضي هي الايمان اذا كثرت على وجه المبالغة ، قال وأهل اللغة يذهبون الى انها القوم الذين يحلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل عدل ورضى، وأي الأمرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف ، والاصل في القسامة ماروي عن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج ان محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا الى خيبر فتفرقا في النخيل فقتل عبدالله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن وأبناء عمه حويصة ومحيصة إلى النبي ﷺ فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر الكبر » أو قال

ومحيصة الى النبي ﷺ فتكلم عبد الرحمن في امر أخيه وهو اصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر الكبر — او قال — ليبدأ الا كبر » فتكلما في امر صاحبهما فقال النبي ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فقالوا امر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال « فتبرئكم يهود بايمان خمسين منهم » قالوا يارسول الله قوم كفار ضلال قال فوداه رسول الله ﷺ من قبله . قال سهل فدخلت مربداً لهم فركضتني ناقة من تلك الابل متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (اذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (الاول) في انه اذا وجد قتيل في موضع فادعى اولياؤه قتله على رجل او جماعة ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ان كانت لهم بينة حكم لهم بها والا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر ، وقال ابو حنيفة وأصحابه اذا ادعى اولياؤه قتله على اهل المحلة او على معين فللولي ان يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يميناً : والله ماقتلناه ولا علمنا قاتله فان نقصوا عن الخمسين كررت الايمان عليهم حتى تتم فاذا حلفوا وجبت الدية على باقي الخطة فان لم يكن وجبت على سكان الموضع . فان لم يحلفوا حبسوا حتى

« ليبدأ الأكبر » فتكلما في أمر صاحبهما فقال رسول الله ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فقالوا أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال « فتبرئكم يهود بايمان خمسين منهم » قالوا يارسول الله قوم كفار ضلال قال فوداه رسول الله ﷺ من قبله قال سهل فدخلت مربداً لهم فركضتني ناقة من تلك الابل » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يثبت إلا بشروط أربعة : أحدها دعوى القتل ذكراً كان المقتول أو أنثى حراً أو عبداً مسلماً أو ذميا وأما الجراح فلا قسامة فيها)

دعوى القتل شرط في القسامة ولا تسمع الدعوى إلا محررة بأن يقول ادعي ان هذا قتل وليي فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه عمد ، ويصف القتل فان كان عمداً قال قصد اليه بسيف أو بما يقتل مثله غالباً ، فان كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل فان أنكر وثم بينة حكم بها وإلا صار الامر الى الايمان ، وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول قتله هذا وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له عين واحداً فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد (الحال الثاني) أن يقول تعمد هذا وهذا كان خاطئاً فهو يدعي قتلا غير موجب للقود فيقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من مال الخاطيء (الحال الثالث) أن يقول عمد هذا ولا أدري أكان قتل الثاني عمداً أو خطأ فقيل لا تسوغ القسامة

يحلفوا أو يقروا لما روي أن رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضي الله عنه خمسين يميناً وقضى بالدية على اقربهما يعني اقرب الحيين فقالوا والله ما وقت ايماننا أموالنا ولا اموالنا ايماننا . فقال عمر حقنتم بأموالكم دماءكم

ولنا حديث عبدالله بن سهل وقول النبي ﷺ « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم .وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولان الاصل في المدعى عليه براءة ذمته ولم يظهر كذبه فكان القول قوله كسائر الدعاوى . ولانه مدعى عليه فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبي ﷺ أولى من قول عمر وأحق بالاتباع . ثم قصة عمر يحتمل انهم اعترفوا بالقتل خطأ وأنكروا العمد فاحلفوا على العمد ثم انهم لا يعملون بخبر النبي ﷺ المخالف للاصول وقد صاروا ههنا الى ظاهر قول عمر المخالف للاصول وهو ايجاب الايمان على غير المدعى عليه وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الايمان، قال ابن المنذر: سن النبي ﷺ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وسن القسامة في القتيل الذي وجد بخيبر وقول اصحاب الرأي خارج عن هذه السنن

(فصل) ولا تسمع الدعوى على غير معين فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد

ههنا لانه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً فيكون موجبها الدية عليهما ويحتمل أن يكون عامداً فلا يسوغ ههنا ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا ، فان عاد فقال علمت ان الآخر كان عامدا فله أن يعين واحداً ويقسم عليه ، وإن قال كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ويسئل الآخر فان أنكر ثبتت القسامة وإن أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية في ماله لانه ثبت باقراره لا بالقسامة ، وقال القاضي يكون على عاقلته والاول أصح لان العاقلة لاتحمل اعترافا (الحال الرابع) أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمد أوأحدهما خاطئاً والآخر شبه العمد فله أن يقسم عليهما ، فان ادعى انه قتل وليه عمداً فسئل عن تفسيره العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على مافسره به لانه أخطأ في وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزني عن الشافعي لايحلف عليه لانه بدعوى العمد برأ العاقلة فلم تسمع دعواه بعد ذلك مايوجب عليهم المال

ولنا ان دعواه قد تحررت وانما غلط في تسمية شبه العمد عمدا وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبيين نوع القتل لم يعتد باليمين لان الدعوى لاتسمع غير محررة فكأنه أحلفه قبل الدعوى ولانه انما يحلفه ليوجب له مايستحقه فاذا لم يعلم مايستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح

(فصل) قال القاضي يجوز للاولياء أن يقسموا على القاتل اذا غلب على ظنهم انه قتله وإن كانوا

غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسمع ويستحلف خمسون منهم لان الانصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يعينوا القاتل فسمع رسول الله ﷺ دعواهم

ولنا أنها دعوى في حق فلم تسمع على غير معين كسائر الدعاوى، فأما الخبر فان دعوى الانصار التي سمعها رسول الله ﷺ لم تكن الدعوى التي بين الخصمين المختلف فيها فان تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم أو تعذر حضوره عندنا وقد بين النبي ﷺ أن الدعوى لاتصح الا على واحد بقوله « تقسمون على رجل منهم فيدفع اليكم برمته» وفي هذا بيان أن الدعوى لاتصح على غير معين

(فصل) فأما ان ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة فحكمها حكم سائر الدعاوى في اشتراط تعيين المدعى عليه وأن القول قوله لانعلم فيه خلافا

(الفصل الثاني) أنه إذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان :

(إحداهما) لايحلف المدعى عليه ولايحكم عليه بشيء ويخلى سبيله هذا الذي ذكره الخرقي ههنا وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمدا لانها دعوى فيما لايجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود ولانه لايقضى في هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود

غائبين عن مكان القتل لان النبي ﷺ قال للانصار « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وكانوا بالمدينة والقتل بخيبر ،ولان الانسان أن يحلف على غالب ظنه كما ان من اشترى من انسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف انه لايستحقه لان الظاهر انه ملك الذي باعه وكذلك اذا وجد شيئاً بخطه أو خط أبيه ودفتره جاز أن يحلف، وكذلك اذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري انه معيب وأراد رده كان له ان يحلف انه باعه بريئاً من العيب، ولا ينبغي أن يحلف المدعي إلا بعد الاستثبات وغلبة ظن يقارب اليقين ، وينبغي للحاكم أن يقول لهم اتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا) ويعرفهم مافي اليمين الكاذبة وظلم البريء وقتل النفس بغير الحق ويعرفهم ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وهذا كله مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وسواء كان المقتول ذكراً أو أنثى حراً أو عبداً مسلما أو ذميا)

أما اذا كان المقتول مسلما حراً فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى عليه مسلما أو كافراً فان الاصل في القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر فاتهم اليهود بقتله فأمر النبي ﷺ بالقسامة وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له في حاله أو دونه ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ، وقال الزهري والثوري ومالك والاوزاعي لا قسامة في العبد لانه مال فلم تجب القسامة فيه كالبهيمة

(والثانية) يستحلف وهو الصحيح وهو قول الشافعي لعموم قوله عليه السلام «اليمين على المدعى عليه» وقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن على اليمين على المدعي عليه» ظاهر في إيجاب اليمين ههنا لوجهين (أحدهما) عموم اللفظ فيه (والثاني) أن النبي ﷺ ذكره في صدر الخبر بقوله «لادعى قوم دماء رجال وأموالهم — ثم عقبه بقوله — ولكن اليمين على المدعى عليه» فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث ولا يجوز اخراجه منه إلا بدليل أقوى منه ولانها دعوى في حق آدمي فيستحلف فيها كدعوى المال ولانها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالاصل المذكور، إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة وعن أحمد أنه يشرع خمسون يمينا لانها دعوى في القتل فكان المشروع فيها خمسون يميناً كما لو كان بينهم لوث وللشافعي قولان في هذا كالروايتين

ولنا أن قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعي عليه» ظاهر في أنها يمين واحدة من وجهين (أحدها) أنه وحد اليمين فينصرف الى واحدة (والثاني) أنه لم يفرق في اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة في الدم والمال، ولانها يمين يعضدها الظاهر والاصل فلم تغلظ كسائر الايمان ولانها يمين مشروعة في جنبة المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الايمان، وبهذا فارق ما ذكروه، فان نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب، وقال أصحاب

ولنا انه قتل موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر بخلاف البهيمة فانه لا قصاص فيها ويقسم على العبد سيده لانه المستحق لدمه، وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن لان الرق ثابت فيهم، فان كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً والحر يقتل عبداً فلاقسامة فيه في ظاهر قول الخرقي وهو قول مالك لان القسامة انما تكون فيما يوجب القود وقال القاضي فيهما القسامة وهو قول الشافعي واصحاب الرأي لانه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم، ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد والكافر كالبينة، ووجه قول الخرقي انه قتل لا يوجب القصاص فأشبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه بدليل ان العبد لو اتهم بقتل سيده وجبت القسامة اذا كان القتل موجباً للقصاص ذكره القاضي لانه لايجوز قتله قبل ذلك ولو لم يكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة

(فصل) وإن قتل عبد المكاتب فللمكاتب أن يقسم على الجاني لانه مالك العبد يملك التصرف فيه وفي بدله وليس لسيده انتزاعه منه وله شراؤه منه، ولو اشترى المأذون له في التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه لان ما اشتراه المأذون يملكه سيده دونه ولهذا يملك انتزاعه منه، وإن عجز المكاتب قبل أن يقسم فلسيده أن يقسم لانه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم، ولو ملك السيد عبده أو أم ولده عبداً فقتل فالقسامة للسيد سواء قلنا يملك العبد

الشافعي ان نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي فحلف خمسين يمينا واستحق القصاص ان كانت الدعوى عمداً والدية ان كانت موجبة للقتل لان يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة أو الاقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما

ولنا أن القتل لم يثبت ببينة ولا اقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل ولا يصح إلحاق الايمان مع النكول ببينة ولا اقرار لأنها أضعف منها بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمهما فيكون بدلا عنهما والبدل أضعف من المبدل ولا يلزم من ثبوت الحكم بالاقوى ثبوته بالاضعف ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص لانه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بالشاهد واليمين ويحتاط له ويدرأ بالشبهات والدية بخلافه ، فاما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعي فيحلف يمينا واحدة ويستحقها كما لو كانت الدعوى في مال والله أعلم

(مسئلة) قال (فان كان بينهم عداوة ولوث فادعى أولياؤه على واحد منهم الأولياء على قاتله خمسين يمينا واستحقوا دمه اذا كانت الدعوى عمدا)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(الاول) في اللوث المشترط في القسامة واختلفت الرواية عن أحمد فيه فروي عنه أن اللوث

بالتمليك أو لا يملك لانه ان لم يملك فالملك لسيده وان ملك فهو ملك غير ثابت ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ولا يجوز له التصرف بغير اذن سيده بخلاف المكاتب ، وان أوصى لام ولده ببدل العبد صحت الوصية وان كان لم يجب بعد كما تصح الوصية بثمرة لم تخلق والقسامة للورثة لانهم القائمون مقام الموصي في اثبات حقوقه فاذا حلفوا ثبت لها البدل بالوصية فان لم يحلفوا لم يكن لها أن تحلف كما اذا امتنع الورثة باليمين مع الشاهد لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه

(فصل) والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه في دعوى القتل والدعوى عليه لانه إذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنكول عن اليمين لم تلزمه في حال حجره لان اقراره بالمال في الحال غير مقبول بالنسبة الى أخذ شيء من ماله في الحال على ما عرف في موضعه

(فصل) ولو جرح مسلم فارتد فمات على الردة فلا قسامة فيه لان نفسه غير مضمونة ولا قسامة فيما دون النفس ولان ماله يصير فيأ والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له، وان مات مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بكر ليس له أن يقسم وان أقسم لم يصح لان ملكه يزول عن ماله وحقوقه فلا يبقى مستحقا للقسامة وهذا قول المزني ولان المرتد قد أقدم على الكفر الذي لا ذنب أعظم منه فلا يستحق بيمينه دم مسلم ولا يثبت بها قتل، وقال القاضي الاولى أن تعرض عليه القسامة فان أقسم وجبت الدية وهذا قول الشافعي لان استحقاق المال بالقسامة حق له فلا يبطل

هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو مابين الانصار ويهود خيبر وما بين القبائل والاحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل ومابين الشرطة واللصوص وكل مَن بينه و بين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله ، نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه في حياته شيء يعني ضغنا يؤخذون به ، ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة إلا أنه قال في الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة واللوث على طائفة القتيل . اذا ثبت هذا فانه لا يشترط مع العداوة أن لا يكون في الموضع الذي به القتيل غير العدو نص عليه أحمد في رواية مهنا التي ذكرناها وكلام الخرقي يدل عليه أيضا ، واشترط القاضي أن لا يوجد القتيل في موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم ، وهذا مذهب الشافعي لان الانصاري قتل في خيبر ولم يكن فيها الا اليهود وجميعهم أعداء ولانه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير ثم ناقض القاضي قوله فقال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتيل ان كان في القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو .

ولنا أن النبي ﷺ لم يسأل الانصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لانها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لاخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتيار

بردته كاكتساب المال بوجوه الاكتساب وكفره لا يمنع يمينه لان الكافر تصح يمينه ويعرض عليه في الدعاوى فان حلف ثبت القصاص أو الدية ، فان عاد الى الاسلام كان له وان مات كان فيئا والصحيح ان شاء الله ما قاله أبو بكر لان مال المرتد اما أن يكون ملكه قد زال عنه واما موقوف وحقوق المال حكمها حكمه ، فان قلنا يزول ملكه فلاحق له وان قلنا هو موقوف فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه كيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ولا يستوفى مع الشك ؟ فأما ان ارتد قبل موت موروثه لم يكن وارثاً ولا حق له وتكون القسامة لغيره من الوراث فان لم يكن للميت وارث سواه فلاقسامة فيه لما ذكرنا ، فان عاد الى الاسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل في القسامة لانه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له ، وقال القاضي لا تعود القسامة اليه لانها استحقت على غيره وان ارتد رجل فقتل عبده أو قتل عبده ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم فان عاد الى الاسلام عادت القسامة لانه يستحق بدل العبد

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الجراح فلا قسامة فيها)

لا قسامة فيما دون النفس من الاطراف والجراح لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي لان القسامة تثبت في النفس لحرمتها فاختصت بها دون الاطراف كالكفارة

منها ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها وقول الانصار ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ولان اشتراكهم في العداوة لايمنع من وجود اللوث في حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكروه من الاحتمال لاينفي اللوث فان اللوث لايشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا ينافيه الاحتمال ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج إلى الايمان ولو اشترط نفي الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة لأنه يحتمل أن القاتل غيره ولا على الجماعة كلهم لانه يحتمل أن لايشترك الجميع في قتله (والرواية الثانية) عن أحمد أن اللوث مايغلب على الظن صدق المدعي وذلك من وجوه (أحدها) العداوة المذكورة (والثاني) أن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم فان ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، لأن الاصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة (الثالث) أن يزدحم النـاس في مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث فانه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته في بيت المال، وهذا قول اسحاق وروي ذلك عن عمر وعلي فان سعيداً روى في سننه عن ابراهيم قال قتل رجل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال علي ياأمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال قال أحمد فيمن وجد مقتولا في المسجد الحرام

ولانها تثبت حيث كان المجني عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه وتعيين قاتله ومن قطع طرفه يمكنه ذلك وحكم الدعوى فيـه حكم الدعوى في سائر الحقوق، البينة على المدعي واليمين على المنكر يميناً واحدة لانها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد كالدعوى في المال (الثاني) اللوث وهو العداوة الظاهرة كنحو ما كان بين الانصار وأهل خيبر وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضا بثأر في ظاهر المذهب، اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في اللوث فروي عنه أن العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما كان بين الانصار ويهود خيبر وما بين القبائل والاحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين البغاة وأهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه في حياته شيء يعني ضغنا يؤخذون به ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة الا أنه قد قال في الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة التي القتيل من غيرها سواء كان القتال بالتحام أو مراماة بالسهام وان لم تبلغ السهام فاللوث على طائفة القتيل اذا ثبت هذا فانه لا يشترط مع العداوة ان لا يكون في الموضع الذي به القتيل غير العدو نص عليه أحمد في رواية مهنا التي ذكرناها وكلام الخرقي يدل عليه أيضا واشترط القاضي أن يوجد القتيل في موضع عدو

بنظر من كان بينه وبينه شيء في حياته يعني عداوة يؤخذون فلم يجعل الحضور لوثاً وإنما جعل اللوث العداوة ، وقال الحسن والزهري فيمن مات في الزحام: ديته على من حضر لان قتله حصل منهم . وقال مالك دمه هدر لانه لايعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز انه كتب اليه في رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله فكتب اليهم ان من القضايا قضايا لايحكم فيها الا في الدار الآخرة وهذا منها

(الرابع) أن يوجد قتيل لايوجد بقربة الا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن انه قتله مثل أن يرى رجلا هاربا يحتمل أنه القاتل او سبعاً يحتمل ذلك فيه

(الخامس) أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من احداهما فاللوث على الاخرى ذكره القاضي فان كانوا بحيث لاتصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل هذا قول الشافعي

وروي عن احمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما اذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك ، وقال ابن أبي ليلى على الفريقين جميعاً لانه يحتمل انه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن احمد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم. فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح وإن كان فيهم من لاجرح فيه فهل عليه من الديات شيء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد

لا يختلط بهم غيرهم وهذا مذهب الشافعي لان الانصاري قتل في خيبر ولم يكن بها الا اليهود وجميعهم اعداء ولانه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير ثم ناقض قوله فقال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتيل فقال ان كان في القوم من بينه وبينه عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو

ولنا أن النبي ﷺ لم يسأل الانصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا؟ مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لانها كانت املاكا للمسلمين يقصدونها لاخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتيار منها ويبعد ان تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها وقول الانصار ليس لنا بخيبر عدو الا اليهود يدل على أنها قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ولان اشتراكهم في العداوة لايمنع من وجود اللوث في حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله فلأن لا يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكروه من الاحتمال لا ينفي اللوث فان اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه فلا ينافيه الاحتمال ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج الى الايمان ولو اشترط نفي الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة لاحتمال أن القاتل غيره ولا على الجماعة كلهم لانه يحتمل أن لا يشترك الجميع في قتله والرواية الثانية عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي ذلك من وجوه

(السادس) أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن احمد روايتان (احداهما) أنه لوث لانه يغلب على الظن صدق المدعي في دعواه فأشبه العداوة

(والثانية) ليس بلوث لانها شهادة مردودة فلم تكن لوثاً كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين

(أحدهما) ليس بلوث لانه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الاطفال والمجانين (والثاني) يثبت بها اللوث لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الاذن في دخول الدار وقبول الهدية ونحوها وهذا مذهب الشافعي ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن احمد انها لوث لانها يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت العداوة . وروي أن هذا ليس بلوث وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام لان اللوث انما يثبت بالعداوة بقضية الانصاري القتيل بخيبر ولا يجوز القياس لان الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس في المظان لان الحكم انما يتعدى بتعدي سببه والقياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والاحوال والاشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها

(أحدها) العداوة المذكورة

(الثاني) أن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم فان ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان الاصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة

(الثالث) أن يزدحم الناس في مضيق فيوجد بينهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث فانه قال فيمن مات من الزحام يوم الجمعة : فديته في بيت المال وهذا قول اسحاق ، وروي ذلك عن عمر وعلي فان سعيداً روى في سننه عن ابراهيم قال قتل رجل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال : بينتكم على من قتله فقال علي يا أمير المؤمنين لا تطل دم امرىء مسلم ان علمت قاتله والا فاعط ديته من بيت المال وقال أحمد فيمن وجد مقتولا في المسجد الحرام ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته يعني عداوة فلم يجعل الحضور لوثاً وانما جعل اللوث العداوة وقال الحسن والزهري فيمن مات في الزحام ديته على من حضر لان قتله حصل منهم ، وقال مالك دمه هدر لانه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة فيه ، وقد روي عن عمر بن عبدالعزيز أنه كتب اليه في رجل وجد قتيلا ولم يعرف قاتله فكتب اليهم إن من القضايا قضايا لا يحكم فيها الا في الدار الآخرة وهذا منها

(الرابع) أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن قتله مثل أن يرى رجلا هاربا يحتمل انه قاتل او سبعاً يحتمل ذلك فيه

ولا تعديته بتعديها ولأنه يعتبر في التعدية والقياس التساوي بين الاصل والفرع في المقتضي ولا سبيل الى يقين التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها فعلى هذه الرواية حكم هذه الصور حكم غيرها مما لالوث فيه

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثا عند أحد علمائنا قوله وان شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين أو شهد أحدهما أن هذا قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله أو شهد أحدهما أن هذا قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لم تثبت الشهادة ولم يكن لوثاً هذا قول القاضي واختياره والمنصوص عن احمد فيما اذا شهد أحدهما بقتله والآخر بالاقرار بقتله أنه يثبت القتل واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا وفيما اذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لأنهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته ، وقال الشافعي هو لوث في هذه الصورة في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها فلم يكن لوثاً كالصورة الاولى

(فصل) وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر وبهذا قال مالك والشافعي وعن احمد أنه شرط وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري لأنه اذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه

(الخامس) أن تقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الاخرى . ذكره القاضي فان كانوا بحيث لا يصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل وهذا قول الشافعي ، وروي عن احمد ان عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما إذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك . وقال ابن أبي ليلى :عقله على الفريقين جميعاً لأنه يحتمل انه مات من فعل اصحابه فاستوى الجميع فيه وعن أحمد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم : فدية المقتولين على المجروحين يسقط منها دية الجراح وان كان فيهم من لاجرح فيه فهل عليه من الديات شيء؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد

(السادس) ان يشهد بالقتل عبيد ونساء ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) انه لوث لانه يغلب على الظن صدق المدعي فأشبه العداوة (والثانية) ليس بلوث لانها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار وان شهد به فساق او صبيان ففيه وجهان (أحدهما) ليس بلوث لانه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الاطفال والمجانين (والثاني) يثبت بها اللوث لانها شهادة فغلب على الظن صدق المدعي فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الادب في دخول الدار وقبول الهدية ونحوها وهذا مذهب الشافعي . ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب. فهذه الوجوه قد ذكر عن احمد انها لوث لانها تغلب على الظن صدق المدعي اشبهت العداوة .وروي ان هذا ليس بلوث وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام

ولنا أن النبي ﷺ لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا ؟ ولان القتل يحصل بما لا أثر له كغم الوجه والخنق وعصر الخصيتين وضربة الفؤاد فأشبه من به أثر ومن به أثر قد يموت حتف أنفه لسقطته او صرعته أو يقتل نفسه فعلى قول من اعتبر الاثر ان خرج الدم من أذنه فهو لوث لانه لايكون الا بالخنق له أو أمر أصيب به ، وان خرج من أنفه فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين

(الفصل الثاني) ان القسامة لاتثبت مالم يتفق الاولياء على الدعوى فان كذب بعضهم بعضاً فقال أحدهم قتله هذا وقال الآخر لم يقتله هـذا أو قال بل قتله هـذا الآخر لم تثبت القسامة نص عليه احمد وسواء كان المكذب عدلا أو فاسقاً . وذكر عن الشافعي أن القسامة لاتبطل بتكذيب الفاسق لان قوله غير مقبول

ولنا أنه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه فقبل كما لو ادعى دينا لهما وانما لايقبل قوله على غيره فأما على نفسه فهو كالعدل لانه لايتهم في حقها فأما ان لم يكذبه ولم يوافقه في الدعوى مثل أن قال أحدهما قتله هذا وقال الآخر لانعلم قاتله فظاهر كلام الخرقي ان القسامة لاتثبت لاشتراطه ادعاء الاولياء على واحد وهذا قول مالك وكذلك إن كان أحـد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب أو ادعيا جميعاً على واحد ونكل أحدهما عن الايمان لم يثبت القتل في قياس قول الخرقي ومقتضى

لان اللوث انما يثبت بالعداوة بقضية الانصاري القتيل بخيبر ولا يجوز القياس عليها لان الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس على المظان لان الحكم انما يتعدى بتعدي سببه والقياس بالمظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والاحوال والاشخاص فلايمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديها ولانه يعتبر في التعدية والقياس التساوي بين الاصل والفرع والمقتضي ولا سبيل الى تغير التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها . فعلى هذه الرواية حكم هذه الصور حكم غيرها مما لالوث فيه

(فصل) وان شهد رجلان على رجل أنه قتل احد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثا عند أحد علمنا قوله وان شهدا ان هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين او شهد احدهما ان هذا قتله وشهد الآخر انه اقر بقتله او شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه قتله بسكين لم تكمل الشهادة ولم يكن لوثاً . هذا قول القاضي واختياره . والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد احدهما بقتله والآخر بالاقرار بقتله انه يثبت القتل واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا وفيما إذا شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه قتله بسكين لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته

وقال الشافعي هو لوث في هذه الصورة في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا انها شهادة مردودة للاختلاف فيها فلم تكن لوثاً كالصورة الاولى

قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة وكذلك مذهب الشافعي لان أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة كما لو كان أحد الوارثين امرأة أو صغيراً فعلى قولهم يحلف المدعي خمسين يميناً ويستحق نصف الدية لان الايمان ههنا بمنزلة البينة ولا يثبت شيء من الحق الا بعد كمال البينة فأشبه ما لو دعى أحدهما ديناً لا بيهما فانه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة وذكر ابو الخطاب فيما اذا كان أحدهما غائباً أن الاول فيه وجهان (أحدهما) أنه يحلف خمساً وعشرين يميناً وهذا قول ابن حامد لان الايمان مقسومة عليه وعلى أخيه بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين في الدعوى ولا يحلف الانسان عن غيره فلا يلزمه أكثر من حصته فاذا حضر الغائب أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً لأنه يبني على أيمان أخيه، وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسئلة أن الاول يحلف خمسين يميناً وهل يحلف الثاني خمسين أو خمساً وعشرين؟ على وجهين (أحدهما) يقول يحلف خمسين لان أخاه لم يستحق إلا بخمسين فكذلك هو

ولنا أنهما لم يتفقا في الدعوى فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ولان الحق في محل الوفاق انما يثبت بايمانهما التي أقيمت مقام البينة ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر في الايمان كما في سائر الدعاوى فعلى هذا إن قدم الغائب فوافق أخاه أو عاد من لم يعلم فقال قد عرفته هو الذي عينه أخي أقسما حينئذ، وإن قال أحدهما قتله هذا وقال الآخر قتله هذا وفلان فعلى قول الخرقي لا تثبت القسامة لانها لا تكون إلا على واحد وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ويستحقان نصف الدية

(فصل) وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر وبهذا قال مالك والشافعي. وعن احمد انه شرط وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري لانه اذا لم يكن به أثر احتمل انه مات حتف أنفه

ولنا أن النبي ﷺ لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا؟ ولان القتل يحصل بما لا أثر له كغم الوجه والخنق وعصر الخصيتين وضربة الفؤاد فأشبه من به أثر، ومن به أثر قد يموت حتف انفه لسقطته او صرعته أو يقتل نفسه. فعلى قول من اعتبر الأثر ان خرج الدم من اذنه فهو لوث لانه لا يكون الا لخنق او أمر اصيب به، وان خرج من انفه فهل يكون لوثا على وجهين

﴿مسئلة﴾ (فاما قول القتيل فلان قتلني فليس بلوث)

هذا قول أكثر اهل العلم منهم الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي. وقال مالك والليث هو لوث لان قتيل بني اسرائيل قال قتلني فلان فكان حجة. ويروى هذا القول عن عبد الملك بن مروان

ولنا قول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» ولانه يدعي حقاً لنفسه فلم يقبل قوله كما لو لم يمت، ولانه خصم فلم تكن دعواه لوثاً كالولي فأما قتيل بني إسرائيل فلا حجة فيه فانه لا قسامة فيه فان ذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى عليه السلام حيث احياه الله تعالى بعد موته وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيه ولم يكن الله تعالى لينطقه بالكذب بخلاف الحي ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم، ثم ذاك في تبرئة المتهمين فلا يجوز تعديته الى تهمة البريئين

ولا يجب القود لأنه انما يجب في الدعوى على واحد ويحلفان جميعاً على هذا الذي اتفقا عليه على حسب دعواهما ويستحقان نصف الدية ولا يجب أكثر من نصف الدية لان أحدهما يكذب الآخر في النصف الآخر فبقي اللوث في حقه في نصف الدم الذي اتفقا عليه ولم يثبت في النصف الذي كذبه أخوه فيه ولا يحلف الآخر على الآخر لان أخاه كذبه في دعواه عليه، وان قال أحدهما قتل ابي زيد وآخر لا أعرفه وقال الآخر قتله عمرو وآخر لا أعرفه لم تثبت القسامة في ظاهر قول الخرقي لانها لا تكون الا على واحد ولانهما ما اتفقا في الدعوى على واحد ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا في الدعوى عليه والحق انما ثبت في محل الوفاق بايمان الجميع فكيف يثبت في الفرع بايمان البعض؟ وقال ابو بكر والقاضي تثبت القسامة وهذا مذهب الشافعي لانه ليس ههنا تكذيب فانه يجوز أن يكون الذي جهله كل واحد منهما هو الذي عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذي عينه خمسين يمينا ويستحق ربع الدية فان عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذي جهله وهو الذي عينه اخي حلف أيضاً على الذي حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية ويحلف خمسا وعشرين يمينا لانه يبني على ايمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء وفيه وجه آخر انه يحلف خمسين يمينا لان أخاه حلف خمسين يمينا وللشافعي في هذا قولان كالوجهين ويجيء في المسئلة وجه آخر وهو أن الاول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يمينا لانه انما يحلف على ما يستحقه والذي

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمداً فقال الخرقي لا يحكم له بيمين ولا غيرها وعن احمد انه يحلف يميناً واحدة وهي الاولى . وان كان خطأ حلف يمينا واحدة)

إذا ادعى القتل مع عدم اللوث لم يخل من حالين (احدهما) إذا وجد قتيل في موضع فادعى اولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم يكن بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ان كانت لهم بينة حكم لهم بها وإلا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر . وقال ابو حنيفة وأصحابه : اذا ادعى اولياؤه قتله على أهل المحلة او على معين فللولي ان يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يميناً والله ما قتلناه ولا علمنا قاتله فاذا نقصوا عن الخمسين كررت الايمان عليهم حتى تتم فاذا حلفوا وجبت الدية على باقي الخطة فان لم يكن وجبت على سكان الموضع فان لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا لما روي ان رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضي الله عنه خمسين يميناً وقضى بالدية على أقربهما يعني اقرب الحيين فقالوا : والله ماوقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا ايماننا . فقال عمر حقنتم بأموالكم دماءكم

ولنا حديث عبد الله بن سهل وقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولان المدعى عليه الاصل براءة ذمته ولم يظهر كذبه فكان القول قوله كسائر الدعاوى

يستحقه النصف فيكون عليه نصف الايمان كما لو حلف أخوه معه ، وان قال كل واحد منهما الذي كنت جهلته غير الذي عينه أخي بطلت القسامة التي أقسماها لان التكذيب يقدح في اللوث فيرد كل واحد منهما ماأخذ من الدية ، وان كذب احدهما اخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذي لم يكذب

(فصل) وان قال الولي بعد القسامة غلطت ماهذا الذي قتله او ظلمته بدعواي القتل عليه اوقال كان هذا المدعى عليه في بلد آخر يوم قتل وليي وكان بينهما بعد لا يمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسامة ولزمه رد ماأخذه لانه مقر على نفسه فقبل إقراره ، وان قال ماأخذته حرام سئل عن ذلك فان قال أردت أنني كذبت في دعواي عليه بطلت قسامته أيضا وإن قال أردت ان الايمان تكون في جنبة المدعى عليه كمذهب ابي حنيفة لم تبطل القسامة لانها ثبتت باجتهاد الحاكم فيقدم على اعتقاده وان قال هذا مغصوب وأقر بمن غصب منه لزمه رده عليه ولا يقبل قوله على من أخذه منه لان الانسان لا يقبل إقراره على غيره وإن لم يقر به لاحد لم ترفع يده عنه لانه لم يتعين مستحقه ، وإن اختلفا في مراده بقوله فالقول قوله لانه اعرف بقصده

(فصل) وإن أقام المدعى عليه بينة انه كان يوم القتل في بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكن مجيئه

ولانه مدعى عليه فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى وقول النبي ﷺ اولى من قول عمر وأحق بالاتباع . ثم قضية عمر يحتمل انهم اعترفوا بالقتل خطأ وأنكروا العمد فأحلفوا على العمد ثم انهم لا يعلمون بخبر النبي ﷺ المخالف للاصول وقد صاروا ههنا الى ظاهر قول عمر المخالف للاصول وهو ايجاب الايمان على غير المدعى عليه وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الايمان

قال ابن المنذر : سن النبي ﷺ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وسن القسامة في القتيل الذي وجد بخيبر ، وقول اصحاب الرأي خارج عن هذه السنن

(فصل) ولا تسمع الدعوى على غير معين فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسمع ويستحلف خمسون منهم لان الانصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يعينوا القاتل فسمع رسول الله ﷺ دعواهم

ولنا انها دعوى في حق فلم تسمع على غير معين كسائر الدعاوى فأما الخبر فان دعوى الانصار التي سمعها رسول الله ﷺ لم تكن الدعوى التي بين الخصمين المختلف فيها فان تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم أو تعذر حضوره عندنا وقد بين النبي ﷺ ان الدعوى لا تصح الا على واحد بقوله « تقسمون على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » وفي هذا بيان ان الدعوى لا تصح على غير معين

منه اليه في يوم واحد بطلت الدعوى ، وإن قالت البينة نشهد ان فلانا لم يقتله لم تسمع هذه الشهادة لانه نفي مجرد فان قالا ماقتله فلان بل قتله فلان سمعت لانها شهدت باثبات تضمن النفي فسمعت كما لو قالت ماقتله فلان لانه كان يوم القتل في بلد بعيد

(فصل) فان جاء رجل فقال ماقتله هذا المدعى عليه بل أنا قتلته فكذبه الولي لم تبطل دعواه وله القسامة ولا يلزمه رد الدية إن كان أخذها لانه قول واحد ولا يلزم المقر شيء لانه أقر لمن يكذبه وان صدقه الولي او طالبه بموجب القتل لزمه رد ماأخذه وبطلت دعواه على الاول لان ذلك جرى مجرى الاقرار ببطلان الدعوى وهل له مطالبة المقر؟ فيه وجهان

(أحدهما) له مطالبته لانه أقر له بحق فملك مطالبته به كسائر الحقوق (والثاني) ليس له مطالبته لان دعواه على الاول انفراده بالقتل ابراء لغيره فلا يملك مطالبة من أبرأه، والمنصوص عن احمد رحمه الله أنه يسقط القود عنهما وله مطالبة الثاني بالدية فانه قال في رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال ماقتله هذا انا قتلته فالقود يسقط عنهما والدية على الثاني ، ووجه ذلك ماروي أن رجلا ذبح رجلا في خربة وتركه وهرب وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم فأخذ على تلك الحال وجيء به إلى عمر رضي الله عنه فأمر بقتله فقال القاتل في نفسه ياويله قتلت نفساً ويقتل بسببي آخر فقام فقال أنا قتلته ولم يقتله هذا

[فصل] فأما ان ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة فهي كسائر الدعاوى في اشتراط تعيين المدعى عليه وان القول قوله لا نعلم فيه خلافاً (الحال الثاني) انه اذا ادعى القتل ولم يكن عداوة ولا لوث فانه لايحكم على المدعى عليه بيمين ولا بشيء في احدى الروايتين ويخلى سبيله هذا الذي ذكره الخرقي، سواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً لانها دعوى فيما لايجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود، ولانه لايقضى في هذه الدعوى بالنكول فلم يحلف فيها كالحدود (والثانية) يستحلف وبه قال الشافعي وهو الصحيح لعموم قوله عليه السلام « اليمين على المدعى عليه» وقوله عليه السلام «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ظاهر في ايجاب اليمين ههنا لوجهين (أحدهما) عموم اللفظ فيه (والثاني) ان النبي ﷺ ذكره في صدر الخبر بقوله «لادعى قوم دماء رجال وأموالهم — ثم عقبه بقوله — ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود الى المدعى عليه المذكور في الحديث ، ولايجوز اخراجه منه الا بدليل أقوى منه، ولانها دعوى في حق آدمي فيستحلف كدعوى المال ولانها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فيجب اليمين فيها كالاصل المذكور . اذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة وعن أحمد انه يشرع خمسون يمينا لانها دعوى في القتل فيشرع فيها خمسون يميناً كما لو كان بينهم لوث وللشافعي فيها كالروايتين

فقال عمر إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفساً ، ودرأ عنه القصاص ، ولان الدعوى على الاول شبهة في درء القصاص عن الثاني وتجب الدية عليه لاقراره بالقتل الموجب لها وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الاثر بصحته

(الفصل الثالث) أن الاولياء اذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين في حق المدعين أو لا فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه إن قتله وثبت حقهم قبله، فان لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء وبهذا قال يحيى بن سعيد وربيعة وابو الزناد ومالك والشافعي وقال الحسن يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يميناً ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي لفظ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » رواه الشافعي في مسنده . وروى أبو داود باسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الانصار أن النبي ﷺ قال لليهود وبدأ بهم « يحلف منكم خمسون رجلا » فأبوا فقال للانصار « استحقوا » قالوا نحلف على الغيب يارسول الله فجعلها رسول الله ﷺ على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم ولانها يمين في دعوى فوجبت في جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى

وقال الشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل بالله ماقتلناه ولا علمنا قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر بذلك ولم نعرف له في الصحابة

ولنا ان قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» ظاهر في أنها يمين واحدة لوجهين (أحدهما) أنه وحد اليمين فينصرف الى واحدة (الثاني) انه لم يفرق في اليمين المشروعة في الدم والمال ولانها يمين يعضدها الظاهر والاصل فلم تغلظ كسائر الايمان، ولانها يمين مشروعة في جنبة المنكر ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الايمان وبهذا فارق ماذكروه

(فصل) فان نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب ، وقال أصحاب الشافعي ان نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي فحلف خمسين يميناً واستحق القصاص أو الدية ان كانت الدعوى عمداً موجباً للقتل لان يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة أو الاقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما

ولنا أن القتل لم يثبت ببينة ولا أقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل ولا يصح الحاق الايمان مع النكول ببينة ولا اقرار لانها أضعف منها بدليل انها لاتشرع الا عند عدمهما فتكون بدلا عنهما والبدل أضعف من المبدل ولا يلزم من ثبوت الحكم بالاقوى ثبوته بالاضعف ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص لانه لايثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بالشاهد واليمين ويحتاط له ويدرأ بالشبهات والدية بخلافه ، فاما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو يرد اليمين على المدعي

مخالفاً فكان اجماعا وتكلموا في حديث سهل بما روى ابو داود عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن عبد الرحمن ونجيد بن قبطي أحد بني حارثة. قال محمد بن ابراهيم وايم الله ماكان سهل بأعلم منه ولكنه كان أسن منه قال والله ماقال رسول الله ﷺ احلفوا على مالا علم لكم به ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الانصار «انه وجد بين ابياتكم قتيل فدوه» فكتبوا يحلفون بالله ماقتلوه ولا يعلمون له قاتلا فوداه رسول الله ﷺ من عنده

ولنا حديث سهل وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطئه وعمل به وما عارضه من الحديث لايصح لوجوه (أحدها) نه نفي فلا يرد به قول المثبت (والثاني) أن سهلا من أصحاب رسول الله ﷺ شاهد القصة وعرفها حتى انه قال ركضتني ناقة من تلك الابل والآخر يقول برأيه وظنه من غير ان يرويه عن أحد ولا حضر القصة (والثالث) ان حديثنا مخرج في الصحيحين متفق عليه وحديثهم بخلافه

(الرابع) انهم لايعملون بحديثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الانصار ولم يذكر لهم صحبة فهو أدنى لهم من حديث محمد بن ابراهيم وقد خالف الحديثين جميعاً فكيف يجوز ان يعتمد عليه؟ وحديث «اليمين على المدعى عليه» لم ترد به هذه القصة لانه يدل على ان الناس لايعطون بدعواهم وهنا قد أعطوا بدعواهم، على ان حديثنا أخص

فيحلف يمينا واحدة ويستحقها كما لو كانت الدعوى في مال وسواء كانت الدعوى عمداً أو خطأ فان العمد متى تعذر ايجاب القصاص فيه وجب به المال وتكون الدعوى ههنا كسائر الدعاوى والله علم

﴿الثالث﴾ اتفاق الاولياء في الدعوى فان ادعى بعضهم وأنكر بعض لم تثبت القسامة)

من شرط ثبوت القسامة اتفاق الاولياء على الدعوى فان كذب بعضهم بعضاً فقال أحدهم قتله هذا وقال الآخر لم يقتله هذا أو قال بل قتله هذا الآخر لم تثبت القسامة نص عليه أحمد، وسواء كان المكذب عدلا أو فاسقا، وعن الشافعي ان القسامة لاتبطل بتكذيب الفاسق لان قوله غير مقبول

ولنا انه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه فقبل كما لو ادعيا دينا لهما وانما لايقبل قوله على غيره وأما على نفسه فهو كالعدل لانه لايتهم في حقها، فاما ان لم يكذبه ولم يوافقه في الدعوى مثل ان قال أحدهما قتله هذا وقال الآخر لانعلم قاتله فظاهر قوله ههنا ان القسامة لاتثبت وهو ظاهر كلام الخرقي لاشتراط دعاء الاولياء على واحد وهذا قول مالك، وكذلك ان كان أحد الوليين غائبا فادعى الحاضر دون الغائب أو ادعيا جميعا على واحد ونكل احدهما عن الايمان لم يثبت القتل في قياس قول الخرقي، ومقتضى قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة وكذلك مذهب الشافعي لان أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة كما لو كان احد الوارثين امراة أو صغيراً، فعلى قولهم يحلف المدعي خمسين يمينا ويستحق نصف الدية لان الايمان ههنا بمنزلة البينة لايثبت

منه فيجب تقديمه ثم هو حجة عليهم لكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير بينة ولا يمين منهم، وقد رواه ابن عبد البر باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة » وهذه الزيادة يتعين العمل بها لان الزيادة من الثقة مقبولة ولانها ايمان مكررة فيبدأ فيها بايمان المدعين كاللعان. اذا ثبت هذا فان أيمان القسامة خمسون مرددة على ماجاءت به الاحاديث الصحيحة وأجمع عليه أهل العلم لا نعلم أحداً خالف فيه

(الفصل الرابع) أن الاولياء اذا حلفوا استحقوا القود اذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع روي ذلك عن ابن الزبير وعن عمر بن عبد العزيز وبه قال مالك وابو ثور وابن المنذر . وعن معاوية وابن عباس والحسن واسحاق لا تجب بها الدية لقول النبي ﷺ لليهود «إما أن تدوا صاحبكم وإما أن تؤذنوا بحرب من الله » ولان أيمان المدعين انما هي بغلبة الظن وحكم الظاهر فلا يجوز اشاطة الدم بها لقيام الشبهة المتمكنة منها ولانها حجة لايثبت بها النكاح ولا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا قول النبي ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » وفي رواية مسلم « فيسلم اليكم » وفي لفظ « وتستحقون دم صاحبكم » فأراد دم القاتل لان دم القتيل ثابت لهم

شيء من الحق الا بعد كمال البينة فأشبه مالو ادعى أحدهما دينا لا بيهما فانه لا يستحق نصيبه من الدين الاان يقيم بينة كامله

ولنا انهما لم يتفقا في الدعوى فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ولان الحق في محل الوفاق انما ثبت بايمانهما التي اقيمت مقام البينة ولا يجوز ان يقوم أحدهما مقام الآخر في الايمان كما في سائر الدعاوى فعلى هذا ان قدم الغائب فوافق أخاه أو عاد من لم يعلم فقال قد عرفته هو الذي عينه أخي اقسما حينئذ وان قال أحدهما قتله هذا وقال الآخر قتله هذا وفلان فعلى قول الخرقي لا تثبت القسامة لانها لا تكون الا على واحد وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ويستحقان نصف الدية ولا يجب القود لانه انما يجب في الدعوى على واحد ويحلفان جميعا على هذا الذي اتفقا عليه على حسب دعواهما ويستحقان نصف الدية ولا يجب اكثر من نصف الدية لان أحدهما يكذب الآخر في النصف الآخر فبقي اللوث في حقه في نصف الدم الذي اتفقا عليه ولم يثبت في النصف الذي كذبه أخوه فيه، ولا يحلف الآخر على الآخر لان أخاه كذبه في دعواه عليه، وان قال أحدهما قتل أبي زيد وآخر لا أعرفه وقال الآخر قتله عمرو وآخر لا أعرفه لم تثبت القسامة في ظاهر قول الخرقي لانها لا تكون الا على واحد ولانهما مااتفقا في الدعوى على أحد ولا يمكن ان يحلفا على من لم يتفقا على الدعوى عليه والحق انما يثبت في محل الوفاق بايمان الجميع فكيف يثبت في الفرع بايمان البعض؟ وقال أبو بكر والقاضي تثبت القسامة وهذا مذهب الشافعي لانه ليس ههنا تكذيب فانه يجوز ان يكون الذي جهله كل واحد منهما

قبل اليمين والرمة الحبل الذي يربط به من عليه القود، ولانها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة . وقد روى الاثرم باسناده عن عامر الاحول أن النبي ﷺ أقاد بالقسامة الطائفة وهذا نص ولان الشارع جعل القول قول المدعي مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى

(مسئلة) قال (فان لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء)

هذا ظاهر المذهب وبه قال يحيى بن سعيد الانصاري وربيعة وأبو الزناد ومالك والليث والشافعي وأبو ثور وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الرأي

ولنا قول النبي ﷺ « فتبرئكم يهود بايمان خمسين منهم » أي يتبرءون منكم وفي لفظ قال فيحلفون خمسين يمينا ويبرءون من دمه، وقد ثبت ان النبي ﷺ لم يغرم اليهود وانه أداها من عنده ولانها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الايمان، ولان ذلك اعطاء بمجرد الدعوى فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل فان قول الانسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال وسائر الحقوق، ولان في ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق

هو الذي عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذي عينه خمسين يميناً ويستحق ربع الدية وان عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذي جهلته وهو الذي عينه أخي حلف أيضا على الذي حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية، ويحلف خمسا وعشرين يمينا لانه يبني على ايمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء، وفيه وجه آخر يحلف خمسين لان أخاه حلف خمسين يمينا ، وللشافعي في هذا قولان كالوجهين ، ويجيء في المسئلة وجه آخر ان الاول لا يحلف أكثر من خمس وعشرين يمينا لانه انما يحلف على ما يستحقه والذي يستحقه النصف فيكون عليه نصف الايمان كما لو حلف أخوه معه ، وان قال كل واحد منهما الذي كنت جهلته غير الذي عينه أخي بطلت القسامة التي أقسماها لان التكذيب يقدح في اللوث فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية ، وان كذب احدهما اخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذي لم يكذب

(فصل) إذا قال الولي بعد القسامة غلطت ما هذا الذي قتله ، أو ظلمته بدعواى القتل عليه أو قال كان هذا المدعى عليه في بلد آخر يوم قتل وليي وكان بينهما بعد ولا يمكنه أن يقتله اذا كان فيه بطلت القسامة ولزمه رد ما أخذه لانه مقر على نفسه فقبل اقراره، وان قال ما أخذته حرام سئل عن ذلك فان قال أردت انني كذبت في دعواي عليه بطلت قسامته أيضا ، فان قال أردت أن الايمان تكون في جنبة المدعى عليه كمذهب أبي حنيفة لم تبطل القسامة لانها تثبت باجتهاد الحاكم فيقدم على اجتهاده ، وان قال هذا مغصوب وأقر بمن غصبه منه لزمه رده عليه ولا يقبل قوله على من

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال)

يعني أدى ديته لقضية عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر فأبى الانصار أن يحلفوا وقالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فوداه النبي ﷺ من عنده كراهية ان يطل دمه، فان تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء لان الذي يوجبه عليهم اليمين وقد امتنع مستحقوها من استيفائها فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال

(فصل) وان امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا وعن أحمد رواية أخرى أنهم يحبسون حتى يحلفوا وهو قول أبي حنيفة

ولنا أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يحبس عليها كسائر الايمان، إذا ثبت هذا فانه لا يجب القصاص بالنكول لانه حجة ضعيفة فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي ويديه الامام من بيت المال نص عليه أحمد وروى عنه حرب بن اسماعيل أن الدية تجب عليهم وهذا هو الصحيح وهو اختيار أبي بكر لانه حكم ثبت بالنكول فيثبت في حقهم ههنا كسائر الدعاوى ولأن وجوبها في بيت المال يفضي إلى اهدار الدم واسقاط حق المدعين مع امكان جبره فلم يجز كسائر الدعاوى ولانها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها فلم تخل من وجوب شيء على المدعى

أخذ منه لان الانسان لا يقبل اقراره على غيره وان لم يقر به لاحد لم ترفع يده عنه لانه لم يتعين مستحقه وإن اختلفا في مراده فالقول قوله لانه أعرف بقصده

(فصل) وإن أقام المدعى عليه بينة أنه كان يوم القتل في بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكن مجيئه منه اليه في يوم واحد بطلت الدعوى، وان قالت البينة نشهد أن فلاناً لم يقتله لم تسمع هذه الشهادة لانه نفي مجرد ، فان قالا ما قتله فلان بل قتله فلان سمعت لانها شهدت باثبات تضمن النفي فسمعت كما لو قالت ما قتله فلان لانه كان يوم القتل في بلد بعيد

(فصل) فان جاء انسان فقال ما قتله المدعى عليه بل أنا قتلته فكذبه الولي لم تبطل دعواه وله القسامة ولا يلزمه رد الدية وإن كان أخذها لانه قول واحد ولا يلزم المقر شيء لانه أقر لمن يكذبه وان صدقه الولي أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ما أخذ وبطلت دعواه على الاول لان ذلك جرى مجرى الاقرار ببطلان الدعوى وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له مطالبته لانه أقر له بحق فملك مطالبته به كسائر الحقوق (والثاني) ليس له مطالبته لان دعواه على الاول انفراده بالقتل ابراء لغيره فلا يملك مطالبة من أبرأه والمنصوص عن أحمد أنه يسقط القود عنهما وله مطالبة الثاني بالدية فانه قال في رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقاد منه فقام رجل فقال ما قتله هذا أنا قتلته فالقود يسقط عنهما والدية على الثاني، ووجه ذلك ما روي أن رجلا

عليه كما في سائر الدعاوى وههنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ولم يجبر على اليمين لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية، وقال أصحاب الشافعي إذا نكل المدعى عليهم ردت الايمان على المدعين إن قلنا موجبها المال فان حلفوا استحقوا وإن نكلوا فلاشيء لهم، وان قلنا موجبها القصاص فهل ترد على المدعين؟ فيه قولان وهذا القول لايصلح لان اليمين انما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعي فلا ترد عليه كما لاترد على المدعى عليه إذا نكل المدعي عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ولانها يمين مردودة على أحد المتداعيين فلاترد على من ردها كدعوى المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا شهدت البينة العادلة ان المجروح قال دمي عند فلان فليس ذلك بموجب للقسامة مالم يكن لوث)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وقال مالك والليث هو لوث لان قتيل بني اسرائيل قال قتلني فلان فكان حجة، وروي هذا القول عن عبد الملك بن مروان

ولنا قول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» ولانه يدعي حقا لنفسه فلم يقبل قوله كما لو لم يمت ولانه خصم فلم تكن دعواه لوثا كالولي، فأما قتيل بني إسرائيل فلا حجة فيه فانه لاقسامة فيه ولان ذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى عليه السلام حيث

ذبح رجلا في خربة وتركه وهرب وكان قصاب يذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده عليها الدم فأخذ على تلك الحال وجيء به الى عمر فأمر بقتله، فقال القاتل في نفسه ياويله قتلت نفسا ويقتل بسببي آخر فقام فقال أنا قتلته لم يقتله هذا فقال عمر : ان كان قد قتل نفساً فقد أحيا نفساً، ودرأ عنه القصاص، ولان الدعوى على الاول شبهة في درء القصاص عن الثاني وتجب الدية عليه لاقراره بالقتل الموجب لها، وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الاثر بصحته

(الرابع) أن يكون في المدعين رجال عقلاء ولا مدخل للنساء والصبيان والمجانين في القسامة عمداً كان القتل أو خطأ أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الاولياء أو مدعى عليهم لان الايمان حجة على الحالف والصبي لا يثبت بقوله حجة، ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لا يقبل قوله في حق غيره أولى، والمجنون في معناه لانه غير مكلف فلا حكم لقوله وأما النساء فاذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن وبهذا قال ربيعة والثوري والليث والاوزاعي، وقال مالك لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد. قال ابن القاسم : ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعدا كما انه لا يقتل الا بشاهدين، وقال الشافعي يقسم كل وارث بالغ لانها يمين في دعوى فتشرع في حق النساء كسائر الايمان

حياه الله تعالى بعد موته وانطقه بقدرته بما اختلفوا فيه ولم يكن الله لينطقه بالكذب بخلاف الحي ولاسبيل الى مثل هذا اليوم ثم ذاك في تنزيه المتهمين فلا يجوز تعديتها الى تهمة البريئين

﴿ مسئلة ﴾ قال (والنساء والصبيان لا يقسمون)

يعني إذا كان المستحق نساء وصبيانا لم يقسموا : أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الاولياء أو مدعى عليهم لان الايمان حجة للحالف والصبي لا يثبت بقوله حجة، ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لايقبل قوله في حق غيره أولى ، وأما النساء فاذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة والثوري والليث والاوزاعي وقال مالك لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد ، قال ابن القاسم ولايقسم في العمد الا اثنان فصاعدا كما أنه لا يقتل الا بشاهدين وقال الشافعي يقسم كل وارث بالغ لانها يمين في دعوى فتشرع في حق النساء كسائر الايمان

ولنا قول النبي ﷺ يقسم خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم ولانها حجة يثبت بها قتل العمد فلاتسمع من النساء كالشهادة ولأن الجناية المدعاة التي تجب القسامة عليها هي القتل ولا مدخل للنساء في إثباته وانما يثبت المال ضمنا فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها فان ذلك لايثبت بشاهد ويمين ولا بشهادة رجل وامرأتين وان كان مقصودها المال، فأما ان

ولنا قول النبي ﷺ « يقسم خمسون رجلا منكم ويستحقون دم صاحبكم » ولانها حجة يثبت بها قتل العمد فلم تسمع من النساء كالشهادة ، ولان الجناية المدعاة التي تجب القسامة عليها هي القتل ولا مدخل للنساء في اثباته وانما يثبت المال ضمنا، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها فان ذلك لا يثبت بشاهد ويمين ولا بشهادة رجل وامرأتين وان كان مقصودها المال، فأما ان كانت المرأة مدعى عليها القتل فان قلنا انه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضاً لان ذلك مختص بالرجال ، وان قلنا يقسم المدعى عليه فينبغي أن تستحلف لانها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا وانما هي كتبرئتها منه فتشرع في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث، فعلى هذا إذا كان في الاولياء نساء ورجال اقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وإن كان منهم صبيان ورجال بالغون أو كان منهم حاضرون وغائبون فان القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب ويبلغ الصبي لان الحق لا يثبت الا بالبينة الكاملة ، والبينة ايمان الاولياء كلهم والايمان لا تدخلها النيابة ولان الحق ان كان قصاصا فلا يمكن تبعيضه فلا فائدة في قسامة الحاضر والبالغ ، وإن كان غيره فلا يثبت إلا بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض أيضا ، وقال القاضي ان كان القتل عمداً لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير ولا الحاضر حتى يقدم الغائب لان حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئا في الحال ، وإن كان موجبا للمال كالخطأ وشبه العمد فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية وهذا قول

كانت المرأة مدعى عليها القتل فان قلنا إنه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضا لان ذلك مختص بالرجال وإن قلنا يقسم المدعى عليه فينبغي أن تستحلف لانها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا وإنما هي لتبرئتها منه فتشرع في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث فعلى هذا إذا كان في الاولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء وان كان فيهم صبيان ورجال بالغون او كان فيهم حاضرون وغائبون فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب فكذلا لا تثبت حتى يبلغ الصبي لان الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة والبينة أيمان الاولياء كلهم والايمان لا تدخلها النيابة ولأن الحق إن كان قصاصا فلا يمكن تبعيضه فلا فائدة في قسامة الحاضر البالغ وإن كان غيره فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض أيضا وقال القاضي ان كان القتل عمدا لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير ولا الحاضر حتى يقدم الغائب لان حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئا في الحال وان كان موجبا للمال كالخطأ وعمد الخطأ فللحاضر المكاف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية، وهذا قول أبي بكر وابن حامد ومذهب الشافعي واختلفوا في كم يقسم الحاضر؟ فقال ابن حامد يقسم بقسطه من الايمان فان كان الاولياء اثنين اقسم الحاضر خمسا وعشرين يمينا وان كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يمينا وان كانوا أربعة اقسم ثلاثة عشر يمينا وكلما قدم غائب أقسم بقدر ماعليه واستوفى حقه لانه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه وكذلك إذا غاب بعضهم كما في سائر الحقوق ولانه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية فلا يلزمه أكثر من قسطه من الايمان، وقال أبو بكر

أبي بكر ومذهب الشافعي، واختلفوا في كم يقسم الحاضر؟ فقال ابن حامد يقسم بقسطه من الايمان وان كان الاولياء اثنين أقسم الحاضر خمسة وعشرين يمينا، وان كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يميناً، وان كانوا أربعة أقسم ثلاث عشرة يمينا وكلما قدم غائب أقسم بقدر ما عليه واستوفى حقه لأنه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه فكذلك إذا غاب بعضهم كما في سائر الحقوق ولأنه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية فلا يلزمه أكثر من قسطه من الايمان وقال أبو بكر يحلف الاول خمسين يمينا وهو قول الشافعي لان الحكم لا يثبت الا بالبينة الكاملة والبينة هي الايمان كلها، وكذلك لو ادعى أحدهما دينا لابيهما لم يستحق نصيبه منه الا بالبينة المثبتة لجميعه ولان الخمسين في القسامة كاليمين الواحدة في سائر الحقوق، ولو ادعى مالا له فيه شركة له به شاهد يحلف يمينا كاملة فاذا قدم الثاني أقسم خمسا وعشرين يمينا وجها واحداً عند أبي بكر لانه يبني على أيمان أخيه المتقدمة وقال الشافعي فيه قول آخر يحلف خمسين يمينا أيضا لان أخاه انما استحق بخمسين فكذلك هو، وحكي ذلك عن أبي بكر والقاضي أيضا فاذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول ابي بكر يحلف سبع عشرة يمينا لانه يبني على ايمان اخويه وكذلك على احد قولي الشافعي وعلى الثاني يقسم خمسين يمينا وان قدم رابع فهل يحلف ثلاثة عشر يمينا او خمسين؟ فيه قولان

يحلف الاول خمسين يمينا وهذا قول الشافعي ولان الحكم لايثبت الا بالبينة الكاملة والبينة هي الايمان كلها ولذلك لو ادعى أحدهما دينا لابيهما لم يستحق نصيبه منه الا بالبينة المثبتة لجميعه ولأن الخمسين في القسامة كاليمين الواحدة في سائر الحقوق، ولو ادعى مالا له فيه شركة له به شاهد لحلف يمينا كاملة كذلك هذا فاذا قدم الثاني أقسم خمسا وعشرين يمينا وجها واحداً عند ابي بكر لأنه يبني على أيمان اخيه المتقدمة وقال الشافعي فيه قول آخر انه يقسم خمسين يميناً ايضا لأن اخاه إنما استحق بخمسين فكذلك هو فاذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول ابي بكر يقسم سبع عشرة يمينا لانه يبني على ايمان اخويه وعلى قول الشافعي فيه قولان (احدهما) انه يقسم سبع عشرة يمينا (والثاني) خمسين يمينا وان قدم رابع كان على هذا المثال والله اعلم

(فصل) والخنثى المشكل يحتمل ان يقسم لان سبب القسامة وجد في حقه وهو كونه مستحقاً للدم ولم يتحقق المانع من يمينه ويحتمل ان لاقسامة عليه لانه لايعقل من العقل ولا يثبت القتل بشهادته اشبه المرأة

«مسئلة» قال (واذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يمينا)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن تجب عليه أيمان القسامة فروي أنه يحلف من العصبة الوارث

(فصل) والخنثى المشكل يحتمل أن يقسم لان سبب القسامة وجد في حقه وهو الاستحقاق من الدية ولم يتحقق المانع من يمينه ويحتمل أن لا يقسم لانه لا يحمل من العقل فلا يثبت القتل بيمينه كالمرأة

﴿مسئلة﴾ (وذكر الخرقي من شروط القسامة أن تكون الدعوى عمداً يوجب القصاص إذا ثبت القتل وأن تكون الدعوى على واحد)

لايختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد وبهذا قال الزهري ومالك وبعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لانها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة وقول ابي ثور نحو هذا

ولنا قول النبي ﷺ «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته» فخص بها الواحد ولانها بينة ضعيفة خولف بها الاصول في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الاصل فيما عداه وبيان مخالفة الاصل بها انها تثبت باللوث واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعي والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها؟ ولان الايمان ثبتت ابتداء في سائر الدعاوى في جانب المدعى عليه وهذه بخلافه وبيان ضعفها انها تثبت بقول المدعي ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في اثبات حق لغيره فلأن يمنع من قبول قوله وحده في اثبات حق له أولى وأحرى وفارق البينة فانها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لايثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً

منهم وغير الوارث خمسون رجلا كل واحد منهم يمينا واحدة وهذا قول لمالك فعلى هذا يحلف الوراث منهم الذين يستحقون دمه فان لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة يؤخذ الاقرب منهم فالاقرب من قبيلته التي ينتسب اليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول فاما من عرف انه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم مثل أن يكون الرجل قرشياً والمقتول قرشي ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا يقسم لاننا نعلم ان الناس كلهم من آدم ونوح وكلهم يرجعون إلى أب واحد ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس فان لم يوجد من نسبه خمسون رددت الايمان عليهم وقسمت بينهم فان انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين لقول النبي ﷺ للأنصار « يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » وقد علم النبي ﷺ انه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا فانه لا يرثه إلا أخوه او من هو في درجته او أقرب منه نسبا ولانه خاطب بهذا بني عمه وهم غير وارثين

(والرواية الثانية) لا يقسم إلا الوراث وتعرض الايمان على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب مواريثهم هذا ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وقول الشافعي لانها يمين في دعوى حق فلا تشرع في حق غير المتداعيين كسائر الايمان فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر ارثهم فان انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول اثنين او أخا وزوجا حلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة بنين وجداً او أخوين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يمينا لان تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم ، وإن

فلا يدفعون عنها ضرراً ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفي بالشبهات . اذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرقي فيطرد قوله في أن القسامة لا تسوغ إلا في حق واحد ، وعند غيره من أصحابنا أن القسامة تجري فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا على جماعة وهذا قول مالك والشافعي فعلى هذا اذا ادعى على رجلين على أحدهما لوث دون الآخر حلف على من عليه اللوث خمسين يميناً واستحق الدية عليه وحلف على الآخر يميناً واحدة وبرىء ، وإن نكل عن اليمين فعليه نصف الدية وإن ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر إلا أحدهم حلف على الحاضر منهم خمسين يميناً واستحق ثلث الدية فاذا حضر الثاني ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف عليه خمسين يميناً أيضاً ويستحق ثلث الدية لان الحق لا يثبت على أحد الرجلين إلا بما يثبت على صاحبه كالبينة فانه يحتاج إلى إقامة البينة الكاملة على الثاني كاقامتها على الاول

(والثاني) يحلف عليه خمساً وعشرين يميناً لانهما لو حضرا معاً لحلف عليهما خمسيناً حصة كل واحد منهما خمس وعشرون وهذا الوجه ضعيف فان اليمين لا تقسم عليهم اذا حضروا ولو حلف على كل واحد منفرداً حصته من الايمان لم يصح ولم يثبت له حق وانما الايمان عليهم جميعهم وتتناولهم

خلف أخا من أب وأخا من أم فعلى الاخ من الام سدس الايمان ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع ايمان وعلى الاخ من الاب اثنتان وأربعون وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا سواء تساووا في الميراث واختلفوا فيه لان ماحلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى وعن مالك أنه قال ينظر إلى من عليه أكثر اليمين فيجبر عليه ويسقط عن الآخر

ولنا على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبي ﷺ للانصار تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم وأكثر ماروي عنه في الايمان خمسون ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين وهذا خلاف النص ولانها حجة للمدعين فلم تزد على مايشرع في حق الواحد كالبينة ويفارق اليمين على المدعى عليه فانها ليست حجة للمدعي ولانها لم يمكن قسمتها فكملت في حق واحد كاليمين المنكسرة في القسامة فانها تجبر وتكمل في حق كل واحد لكونها لاتتبعض ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعتاق وماذكره مالك لايصح لانه اسقاط لليمين عمن عليه بعضها فلم يجز كالو تساوى الكسران بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها او على كل واحد من الثلاثة ثلثها وبالقياس على من عليه أكثرها ولان اليمين في سائر الدعاوى تكمل في حق كل واحد ويستوي من له في المدعى كثير وقليل كذا ههنا ولانه يفضي الى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عمن وجبت عليه فلم يجز ذلك كاليمين الكاملة و كالجزء الأكثر

(فصل) فان كان فيهم من لاقسامة عليه بحال وهو النساء سقط حكمه فاذا كان ابن وبنت

تناولا واحداً ولانها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لايقسم على الاول أكثر من سبع عشرة يميناً وإن قيل انما حلف بقدر حصته وحصة الثالث فينبغي أن يحلف أربعاً وثلاثين يميناً ، واذاقدم الثالث ففيه وجهان

(أصحها) يحلف عليه خمسين يميناً ويستحق ثلث الدية (والآخر) يحلف سبع عشرة يميناً وإن حضروا جميعاً حلف عليهم خمسين يميناً واستحق الدية عليهم أثلاثاً وهذا التفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الايمان وذلك أنها أقيمت مقام البينة فاشترط حضور من أقيمت عليه كالبينة وكذلك إن ردت الايمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لان الايمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره إلا أن يوكل وكيلا فيقوم مقام الموكل

(فصل) ويبدأ في القسامة بايمان المدعين فيحلفون خمسين يميناً ، الكلام في هذا الفصل في أمرين

(أحدهما) أن الايمان تشرع في حق المدعين أولا فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه أنه قتلهم ويثبت حقهم فان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبريء وهذا قول يحيى بن

حلف الابن الخمسين كلها وان كان أخ وأخت لام وأخ وأخت لاب قسمت الايمان بين الاخوين على أحد عشر على الاخ من الام ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ثم يجبر الكسر عليهما فيحلف الاخ من الاب سبعا وثلاثين يميناً والاخ من الام أربع عشرة يمينا

(فصل) فان مات المستحق انتقل إلى وارثه ماعليه من الايمان وكانت الايمان بينهم على حسب مواريثهم ويجبر الكسر فيها عليهم كما ينجبر في حق ورثة القتيل، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الايمان بين ورثته فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يمينا فان مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم فكان على كل واحد منهم ستة ايمان وان خلف ابنين حلف كل واحد تسعة أيمان وانما قلنا هذا لان الوارث يقوم مقام الموروث في إثبات حججه كما يقوم مقامه في استحقاق ماله وهذا من حججه ولذلك يملك إقامة البينة والحلف في الانكار ومع الشاهد الواحد في دعوى المال، وان كان موته بعد شروعه في الايمان فحلف بعضها فان ورثته يستأنفون الايمان ولا يبنون على أيمانه لان الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ولانه لايجوز أن يستحق أحد بيمين غيره ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الايمان ثم مات لانه يستحق المال ارثا عنه لا بيمينه ولانه إذا حلف الوارثان كل واحد خمسا وعشرين يمينا فان الدية تستحق بيمينهما لانهما يشتركان في الايمان ويستحق كل واحد بقدر أيمانه، ولا يستحق بيمين غيره وإن كان اجتماع العدد شرطا في استحقاقها

سعيد وربيعة وأبي الزناد والليث ومالك والشافعي وقال الحسن يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يميناً ويبرءون فان أبوا أن يحلفوا استحلف خمسين من المدعين أن حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم، وفي لفظ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» رواه الشافعي في مسنده

وروى ابو داود باسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الانصار ان النبي ﷺ قال ليهود وبدأ بهم «يحلف منكم خمسون رجلا» فأبوا فقال للانصار «استحقوا» قالوا نحلف على الغيب يارسول الله فجعلها رسول الله ﷺ على اليهود ابتداء ولأنه وجد بين أظهرهم ولانها يمين فى دعوى فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى، وقال الشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل بالله ماقتلنا ولا علمنا قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا وتكلموا في حديث سهل بما روى ابو داود عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن عبد الرحمن بن بجيد بن قنطى أحد بني حارثة قال ابن ابراهيم وايم الله ما كان سهل بأعلم منه ولكنه كان أسن منه قال والله ماقال رسول الله ﷺ «احلفوا على مالا علم لكم به» ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الانصار انه وجد

(فصل) ولو حلف بعض الايمان ثم جن ثم أفاق فانه يتمم ولا يلزمه الاستئناف لان أيمانه وقعت موقعها ويفارق الموت لان الموت يتعذر معه اتمام الايمان منه وغيره لايبنى على يمينه وههنا يمكنه أن يتمها اذا أفاق ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم اذا حلفه بعض الايمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها ومالا يبطله التفريق لايبطله تخلل الجنون له كالسعي بين الصفا والمروة ، وإن حلف بعض الايمان ثم عزل الحاكم وولي غيره أتمها عند الثاني ولم يلزمه استئنافها لان الايمان وقعت موقعها وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم انظاره فأنظره بني على مامضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا

(فصل) اذا ردت الايمان على المدعى عليهم وكان عمداً لم تجز على أكثر من واحد فيحلف خمسين يميناً وإن كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لاقسامة في هذا لان القسامة من شرطها اللوث والعداوة انما أثرها في تعمد القتل لافي خطئه فان احتمال الخطأ في العمد وغيره سواء وقال غيره من أصحابنا فيه قسامة وهو قول الشافعي لان اللوث لايختص العداوة عندهم فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة فاذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يميناً

وقال بعض أصحابنا تقسم الايمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين إلا أنها ههنا تقسم بالسوية لان المدعى عليهم متساوون فيها فهم كبني الميت وللشافعي قولان كالوجهين والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ « تبرئكم يهود بخمسين يميناً » وفي لفظ قال « فيحلفون لكم خمسين يميناً ويبرءون من دمه » ولأنهم أحد المتداعيين في القسامة فتقسط الايمان على عددهم كالمدعين وقال مالك يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا خمسين يميناً فان لم يبلغوا خمسين رجلا رددت على من حلف منهم حتى تكمل خمسين يميناً فان لم يوجد أحد يحلف إلا الذي ادعي عليه حلف وحده خمسين يميناً لقول النبي ﷺ « فتبرئكم يهود بخمسين يميناً »

ولنا أن هذه أيمان يبرىء بها كل واحد نفسه من القتل فكان على كل واحد خمسون كما لو

بين أبنائكم قتيل فدوه فكتبوا يحلفون بالله ماقتلوه ولا يعلمون له قاتلا فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده

ولنا حديث سهل وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطئه وعمل به وما عارضه من الحديث لايصح لوجوه

(أحدها) انه نفي فلا يرد به قول المثبت (والثاني) أن سهلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شاهد القصة وعرفها حتى انه قال : ركضتني ناقة من الابل والآخر يقول برأيه وظنه من غير ان يرويه عن أحد ولا حضر القصة

(والثالث) ان حديثنا مخرج في الصحيحين وحديثهم بخلافه

(الرابع) انهم لايعلمون بحديثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه

ادعي على كل واحد وحده قتيل ولأنه لايبرىء المدعى عليه حال الاشتراك إلا مايبرئه حال الانفراد ولان كل واحد منهم يحلف على غير ماحلف عليه صاحبه بخلاف المدعين فان ايمانهم على شيء واحد فلا يلزم من تلفيقها تلفيق مايختلف مدلوله أو مقصوده

(مسئلة) قال (وسواء كان المقتول مسلما أو كافراً حراً أو عبداً اذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه اذا ثبت عليه القتل لأن القسامة توجب القود إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية)

أما اذا كان المقتول مسلماً حراً فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى عليه مسلماً أو كافراً فان الاصل في القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر فاتهم اليهود بقتله فأمر النبي ﷺ بالقسامة وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له في حاله ففيه القسامة وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري والثوري ومالك والاوزاعى لاقسامة في العبد فانه مال فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة

ولنا أنه قتل موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر وفارق البهيمة فانها لاقصاص فيها ويقسم على العبد سيده لانه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن لان الرق ثابت فيهم وإن كان القاتل ممن لاقصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً والحر يقتل عبداً فلا قسامة فيه في ظاهر قول الخرقي وهو قول مالك لان القسامة انما تكون فيما يوجب القود، وقال القاضي فيهما القسامة وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم، ولان ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد الكافر كالبينة

ولنا أنه قتل لايوجب القصاص فأشبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه بدليل أن العبد اذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة اذا كان القتل موجباً للقصاص ذكره القاضي لانه لايجوز قتله قبل ذلك ولو لم يكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة

فيه؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الانصار لم يذكر لهم صحبة فهو أدنى حالا من حديث محمد ابن ابراهيم وقد خالف الحديثين جميعاً فكيف يجوز أن يعتمد عليه وحديث اليمين على المدعى عليه لم يرد به هذه القضية لانه يدل على أن الناس لايعطون بدعواهم وههنا قد أعطوا بدعواهم على أن حديثنا أخص منه فيجب تقديمه وهو حجة عليهم لكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير بينة ولا يمين منهم

وقد رواه ابن عبد البر باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة » وهذه الزيادة يتعين العمل بها لان الزيادة

(فصل) وإن قتل عبد المكاتب فللمكاتب أن يقسم على الجاني لانه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفي بدله وليس لسيده انتزاعه منه وله شراؤه منه ولو اشترى المأذون له في التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه لان مايبتاعه المأذون يملكه سيده دونه ولهذا يملك انتزاعه منه ، وإن عجز المكاتب قبل أن يقسم فلسيده أن يقسم لانه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر اذا مات قبل أن يقسم ولو ملك السيد عبده أو أم ولده عبداً فقتل فالقسامة للسيد سواء قلنا يملك العبد بالتمليك أو لا يملك لانه ان لم يملك فالملك لسيده وإن ملك فهو ملك غير ثابت ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ولا يجوز له التصرف بغير اذن سيده بخلاف المكاتب ، وإن أوصى لام ولده ببدل العبد صحت الوصية وإن كان لم يجب بعد كما تصح الوصية بثمرة لم تخلق والقسامة للورثة لانهم القائمون مقام الموصي في اثبات حقوقه فاذا حلفوا ثبت لها البدل بالوصية وإن لم يحلفوا لم يكن لها أن تحلف كما اذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه

(فصل) والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه في دعوى القتل والدعوى عليه إلا أنه اذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنكول عن اليمين لم يلزمه في حال حجره لان اقراره بالمال في الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله في الحال على ماعرف في موضعه

(فصل) ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه لان نفسه غير مضمونة وانما يضمن الجرح ولا قسامة فيما دون النفس ولان ماله يصير فيئاً والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له وإن مات مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة فقال ابو بكر ليس له أن يقسم وان أقسم لم يصح لان ملكه يزول عن ماله وحقوقه فلا يبقى مستحقاً للقسامة وهذا قول المزني ولان المرتد قد أقدم على الشرك الذي لاذنب أعظم منه فلا يستحق بيمينه دم مسلم ولا يثبت بها قتل ، وقال القاضي الاولى أن تعرض عليه القسامة فان أقسم وجبت الدية وهذا قول الشافعي لان استحقاق المال بالقسامة حق عليه فلا يبطل بردته كاكتساب المال بوجوه الاكتساب وكفره لا يمنع يمينه فان الكافر تصح يمينه وتعرض عليه في الدعاوى فان حلف ثبت القصاص أو الدية فان عاد إلى الاسلام كان له وإن مات كان فيئاً والصحيح ان شاء الله ماقال أبو بكر لان مال المرتد إما أن يكون ملكه

من الثقة مقبولة ولأنها أيمان مكررة فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان . اذا ثبت هذا فان أيمان القسامة خمسون على ماجاءت به الاحاديث الصحيحة . وأجمع عليه أهل العلم لانعلم أحداً خالف فيه

(الأمر الثاني) أن الايمان تختص بالوراث دون غيرهم هذا ظاهر المذهب وظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وهو قول الشافعي لانها يمين في دعوى حق فلا تشرع في حق غير المتداعيين كسائر الايمان فعلى هذه الرواية يقسم بين الورثة من الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر ارثهم ان كانوا جماعة وان كان واحداً حلفها فان انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول

قد زال عنه وإما موقوف، وحقوق المال حكمها حكمه فان قلنا بزوال ملكه فلا حق له وان قلنا هو موقوف فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه فكيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ولا يستوفى مع الشك ؟ وأما إن ارتد قبل موت موروثه لم يكن وارثاً ولا حق له وتكون القسامة لغيره من الوراث وإن لم يكن للميت وارث سواه فلا قسامة فيه لما ذكرنا ، وإن عاد إلى الاسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل في القسامة لانه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له ، وقال القاضي لا تعود القسامة اليه لانها استحقت على غيره ، وإن ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم فان عاد إلى الاسلام عادت القسامة لانه يستحق بدل العبد

(فصل) ولا قسامة فيما دون النفس من الاطراف والجوارح ولا أعلم بين أهل العلم في هذا خلافا ، وممن قال لا قسامة في ذلك مالك وابو حنيفة والشافعي، وذلك لان القسامة تثبت في النفس لحرمتها فاختصت بها دون الاطراف كالكفارة ولانها تثبت حيث كان المجني عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه وتعيين قاتله ومن قطع طرفه يمكنه ذلك وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق والبينة على المدعي واليمين على من أنكر يميناً واحدة ولانها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد كالدعوى في المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد)

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد وبهذا قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لانها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة وهذا نحو قول أبي ثور

ولنا قول النبي ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فخص بها الواحد ولانها بينة ضعيفة خولف بها الاصل في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الاصل فيما عداه ، وبيان

ابنين أو أخا وزوجا حلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن يحلف الزوج ثلاثة عشر يميناً والابن ثمانية وثلاثين يميناً لان تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم فان كانوا ثلاثة بنين أو جداً وأخوين جبر الكسر فحلف كل واحد سبع عشرة يميناً ، وإن خلف أخا من أب وأخا من أم فعلى الاخ من الام سدس الايمان ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان وعلى الاخ من الاب اثنان وأربعون وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يحلف كل

مخالفة الاصل بها أنها تثبت باللوث واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعي والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها ؟ ولان الايمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداء في جانب المدعى عليه وهذا بخلافه، وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعي ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في اثبات حق لغيره فلأن يمنع من قبول قوله وحده في اثبات حقه لنفسه أولى وأحرى، وفارق البينة فانها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً ولا يدفعون عنها ضراً ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفي بالشبهات .

اذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرقي فيطرد قوله في أن القسامة لا تشرع إلا في حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجري فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة وهذا قول مالك والشافعي ، فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لوث حلف على من عليه اللوث خمسين يميناً واستحق نصف الدية عليه وحلف الآخر يميناً واحدة وبرئ ، وإن نكل عن اليمين فعليه نصف الدية ، وإن ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر إلا واحد منهم ، حلف على الحاضر منهم خمسين يميناً واستحق ثلث الدية ، فاذا حضر الثاني ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف عليه خمسين يميناً أيضاً ويستحق ثلث الدية لان الحق لا يثبت على أحد الرجلين إلا بما يثبت على الآخر كالبينة فانه يحتاج إلى إقامة البينة الكاملة على الثاني كاقامتها على الاول

(والثاني) يحلف عليه خمساً وعشرين يميناً لانهما لو حضرا معاً **حلفا عليه** خمسين يميناً حصة هذا منها خمس وعشرون وهذا الوجه ضعيف فان اليمين لا تقسم عليهم اذا حضروا ، ولو حلف كل واحد منفرداً حصته من الايمان لم يصح ولم يثبت له حق وانما الايمان عليهم جميعاً وتتناولهم تناولا واحداً ، ولأنها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لا يقسم على الاول اكثر من سبع عشرة يميناً وكذلك على الثاني لان هذا القدر هو حصة من الايمان فعلى كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمساً وعشرين يميناً ، وإن قيل انما حلف بقدر حصته وحصة الثالث فينبغي أن يحلف أربعاً وثلاثين ، واذا قدم الثالث ففيه الوجهان

واحد من المدعين خمسين يميناً سواء تساووا في الميراث أو اختلفوا فيه لان ماحلفه الواحد اذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى وعن مالك انه قال ينظر إلى من عليه أكثر اليمين فيجبر عليه ويسقط عن الآخر

ولنا على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبي ﷺ للانصاريين « تحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم » وأكثر ماروي عنه في الايمان خمسون ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين وهذا خلاف النص ، ولأنها حجة للمدعين فلم تزد على مايشرع في حق الواحد كالبينة ويفارق اليمين

(أصحهما) يحلف عليه خمسين يميناً ويستحق ثلث الدية (والآخر) يحلف سبع عشرة يميناً، وإن حضروا جميعاً حلف عليهم خمسين يميناً واستحق الدية عليهم أثلاثاً وهذا التفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الايمان وذلك لانها أقيمت مقام البينة فاشترط حضور من أقيمت عليه كالبينة وكذلك إن ردت الايمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لان الايمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره إلا أن يوكل وكيلا فيقوم حضوره مقام موكله

(فصل) وإن قال المدعي قتله هذا ورجل آخر لاأعرفه وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يميناً واستحق نصف الدية فان تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية، وإن قال قتله هذا ونفر لاأعلم عددهم لم تجب القسامة لأنه لايعلم كم حصته من الدية

(فصل) ولا تسمع الدعوى إلا محررة بأن يقول ادعي ان هذا قتل وليي فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ويصف القتل فان كان عمداً قال قصد اليه بسيف أو بما يقتل مثله غالباً، فان كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل وإن أنكر وثم بينة حكم بها وإلا صار الأمر الى الايمان، وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة احوال (أحدها) أن يقول قتله هذا وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له عين واحداً فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد (الحال الثاني) أن يقول تعمد هذا وهذا كان خاطئاً فهو يدعي قتلا غير موجب للقود فيقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من عاقلة المخطيء (الحال الثالث) أن يقول عمد هذا ولا أدرى أكان قتل الثاني عمداً او خطأ؟ فقيل لاتسوغ القسامة هنا لانه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً فيكون موجبها الدية عليهما ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوغ القسامة عليهما ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا، فان عاد فقال علمت ان الآخر كان عامداً فله ان يعين واحداً ويقسم عليه، وإن قال كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ويسئل فان أنكر ثبتت القسامة وإن اقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية في ماله لانه ثبت باقراره لا بالقسامة، وقال القاضي يكون على عاقلته والاول أصح لان العاقلة لاتحمل اعترافا

على المدعى عليه فانها ليست حجة للمدعي ولانها لم يمكن قسمتها فكملت في حق كل واحد كاليمين المنكسرة في القسامة فانها تجبر وتكمل في حق كل واحد لكونها لاتتبعض ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعتق، وما ذكره مالك لايصح لانه اسقاط لليمين عمن عليه بعضها فلم يجز كما لو تساوى الكسران بأن يكون على كل واحد نصفها أو ثلثها إن كانوا ثلاثة وبالقياس على من عليه أكثرها، ولان اليمين في سائر الدعاوى تكمل في حق كل واحد ويستوي من له في المدعى قليل وكثير كذا ههنا ولانه يفضي إلى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عمن وجبت عليه فلم يجز ذلك كاليمين الكاملة وكالجزء الاكبر

(الحال الرابع) أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمد او احدهما خاطىء والآخر شبه العمد فله أن يقسم عليهما ، فان ادعى انه قتل وليه عمداً فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على مافسره به لانه اخطأ في وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزني عن الشافعي لايحلف عليه لانه بدعوى العمد برأ العاقلة فلا تسمع دعواه بعد ذلك مايوجب عليهم المال

ولنا ان دعواه قد تحررت وانما غلط في تسمية شبه العمد عمدا وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به ، ولو احلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين لان الدعوى لا تسمع غير محررة فكأنه حلفه قبل الدعوى، ولانه انما يحلفه ليوجب له مايستحقه فاذا لم يعلم مايستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح

(فصل) قال القاضي يجوز للاولياء أن يقسموا على القاتل اذا غلب على ظنهم انه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لان النبي ﷺ قال للانصار « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » وكانوا بالمدينة والقتل بخيبر، ولان الانسان يحلف على غالب ظنه كما ان من اشترى من انسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف انه لايستحقه لان الظاهر انه ملك الذي باعه وكذلك اذا وجد شيئاً بخطه أو خط أبيه ودفتره جاز له أن يحلف وكذلك اذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب وأراد رده كان له ان يحلف انه باعه بريئاً من العيب، ولا ينبغي ان يحلف المدعي إلا بعد الاستثبات وغلبة ظن يقارب اليقين ، وينبغي للحاكم ان يقول لهم اتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم (إن الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمناً قليلا) ويعرفهم مافي اليمين الكاذبة وظلم البريء وقتل النفس بغير الحق ويعرفهم ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويستحب أن يستظهر في ألفاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول :والله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، فان اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو تالله بالجر كما تقتضيه العربية فان قاله مضموما أو منصوبا فقد لحن ،قال القاضي ويجزئه تعمده أو لم يتعمده لانه لحن لايحيل المعنى وهو قول الشافعي وما زاد على هذا تأكيد ، ويقول لقد قتل فلان ابن فلان

(فصل) فان كان فيهم من لاقسامة عليه بحال وهو النساء سقط حكمه فاذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها وان كان اخ وأخت لأم وأخ وأخت لأب قسمت الايمان بين الاخوين على احد عشر: على الاخ من الام ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ثم يجبر الكسر عليهما فيحلف الاخ من الاب سبعاً وثلاثين يميناً والاخ من الام أربع عشرة يمينا

(فصل) فان مات المستحق انتقل الى وارثه ماعليه من الايمان وكانت الايمان بينهم على حسب مواريثهم ويجبر الكسر فيها عليهم كما يجبر في حق ورثة القتيل . فان مات بعضهم قسم نصيبه من الايمان بين ورثته فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يميناً ، فان مات بعضهم قبل

الفلاني -ويشير اليه- فلاناً ابني أو اخي منفرداً بقتله ما شركه غيره. وان كانا اثنين قال منفردين ماشركهما غيرهما. ثم يقول عمداً أو خطأ. وبأي اسم من أسماء الله أو صفة من صفات ذاته حلف أجزا إذا كان إطلاقه ينصرف الى الله تعالى. ويقول المدعى عليه في اليمين: والله ماقتلته ولا شاركت في قتله ولا أحدثت شيئاً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قتل نفسا محرمة أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وكان الفعل خطأ فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى ان على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة)

الاصل في كفارة القتل قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) الآية وأجمع اهل العلم على ان على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً او أنثى وتجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب الى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور وبهذا قال مالك والشافعي. وقال ابو حنيفة لا تجب بالتسبب لانه ليس بقتل ولانه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة

ولنا انه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ولانه سبب لاتلاف الآدمي يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته انساناً وقياسهم ينتقض بالاب إذا أكره انساناً على قتل ابنه فان الكفارة تجب عليه من غير مباشرة، وفارق العاقلة فانها تتحمل عن غيرها ولم يصدر منها قتل ولا تسبب اليه.

وقولهم ليس بقتل ممنوع قال القاضي: ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا او تعمدنا وهذا يدل على ان القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لانه ان قصد به القتل فهو جار مجرى الخطأ في انه لا يجب به القصاص

أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم فكان على كل واحد منهم ستة أيمان، وان خلف اثنين حلف كل واحد تسعة أيمان. وانما قلنا هذا لان الوارث يقوم مقام الموروث في إثبات حججه كما يقوم مقامه في استحقاق ماله وهذا من حججه ولذلك يملك إقامة البينة والحلف في الانكار ومع الشاهد الواحد في دعوى المال، فان كان موته بعد شروعه في الايمان فحلف بعضها فان ورثته يستأنفون الايمان ولا يبنون على ايمانه لان الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ولانه لا يجوز أن يستحق أحد شيئاً بيمين غيره ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الايمان ثم مات لانه لا يستحق المال إرثا عنه، لا بيمينه، ولا بما إذا حلف الوارثان كل واحد منهما خمساً وعشرين يمينا فان الدية تستحق

(فصل) وتجب الكفارة بقتل العبد وبه قال ابو حنيفة والشافعي . وقال مالك لا تجب به لانه مضمون بالقيمة أشبه البهيمة. ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) لانه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولانه مؤمن فاشبه الحر. ويفارق البهائم بذلك

(فصل) وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستأمناً ، وبهذا قال أكثر اهل العلم. وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) فمفهومه ان لا كفارة في غير المؤمن. ولنا قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) والذمي له ميثاق وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب . ولانه آدمي مقتول ظلماً فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم

(فصل) وإذا قتل الصبي والمجنون وجبت الكفارة في أموالهما وكذلك الكافر وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة لا كفارة على واحد منهم لانها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصلاة والصيام

ولنا انه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية، وتفارق الصوم والصلاة لانهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية أشبهت نفقات الاقارب . وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون لانها تتعلق بالقول ولا قول لهما وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل ما لا يتعلق بالقول بدليل ان العتق يتعلق باحبالهما دون اعتاقهما بقولهما ، وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة عليه كالحدود

(فصل) ومن قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده كافراً أو رمى الى صف الكفار فأصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)

(فصل) ومفهوم كلام الخرقي ان كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصاً أو حداً لانه قتل مأمور به والكفارة لا تجب لمحو المأمور به . وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لانه كفعل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة محترمة

بيمينها لانهما يشتركان في الايمان ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ولا يستحق بأيمان غيره وان كان اجتماع العدد شرطا في استحقاقهما

(فصل) ولو حلف بعض الايمان ثم جن ثم أفاق فانه يتمم ولا يلزمه الاستئناف لان ايمانه وقعت موقعها بخلاف الموت فان الموت يتعذر معه اتمام الايمان منه وغيره لا يبني على يمينه وههنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق ولا يبطل بالتفريق بدليل ان الحاكم إذا أحلفه بعض الايمان ثم تشاغل عنه لم يبطل ويتمها وما لا يبطله التفريق لا يبطله تخلل الجنون كالسعي بين الصفا والمروة . وان حلف بعض الايمان

فلذلك وجبت الكفارة فيها . وقال قوم الخطأ محرم ولا إثم فيه وقيل ليس بمحرم لان المحرم ما أثم فاعله وهذا لا إثم فيه وقوله تعالى (وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً إلا خطأ) هذا استثناء منقطع وإلا في موضع لكن: التقدير لكن قد يقتله خطأ، وقيل الا بمعنى ولا أي ولا خطأ وهذا يبعد لان الخطأ لا يتوجه اليه النهي لعدم إمكان التحريم منه وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولانها لو كانت بمعنى ولا كانت عاطفة للخطأ على ماقبله وليس قبله مايصلح عطفه عليه

وأما قتل نساء اهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه لانه ليس لهم ايمان ولا أمان وانما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً ينتفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فاشبهوا من قتله مباح

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا تجب لان ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء اهل الحرب وصبيانهم

ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه آدمي مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره والاول اقرب الى الصواب ان شاء الله فان عامر بن الاكوع قتل نفسه خطأ ولم يأمر النبي ﷺ فيه بكفارة ، وقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) انما أريد بها اذا قتل غيره بدليل قوله (ودية مسلمة الى اهله) وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الاكوع

(فصل) ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة وهذا قول اكثر أهل العلم منهم الحسن وعكرمة والنخعي والحارث العكلي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية اخرى ان على الجميع كفارة واحدة وهو قول ابي ثور وحكي عن الاوزاعي وحكاه ابو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر اصحابه ، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ومن يتناول الواحد والجماعة

ثم عزل الحاكم وولي غيره أتمها عند الثاني ولم يلزمه استئنافها لان الايمان وقعت موقعها ، وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم إنظاره فأنظره بنى على مامضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا

(فصل) وإذا حلف الاولياء استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً الا أن يمنع منه مانع ، روي ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبدالعزيز وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر ، وعن معاوية وابن عباس والحسن وإسحاق لا يجب بها الا الدية لقول النبي ﷺ لليهود « إما أن تدوا صاحبكم وإما أن تؤذنوا بحرب من الله ورسوله » ولان ايمان المدعين انما هي لغلبة الظن وحكم الظاهر فلا يجوز اشاطة الدم بها لقيام الشبهة المتمكنة ولانها حجة لا يثبت بها النكاح فلا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين، وللشافعي قولان كالمذهبين

ولم يوجب الا كفارة واحدة ودية، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة ولانها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول كـكفارة الصيد الحرمي

ولنا انها لا تتبعض وهي من موجب قتل الآدمي فـكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص وتخالف كفارة الصيد فانها تجب بدلا ولهذا تجب في أبعاضه وكذلك الدية

(فصل) اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فعليه الكفارة وبه قال الحسن وعطاء والزهري والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة لا تجب وقدمضت هذه المسئلة في دية الجنين

(فصل) والمشهور في المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال الثوري ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وعن أحمد رواية أخرى تجب فيه الكفارة وحكي ذلك عن الزهري وهو قول الشافعي لما روى واثلة بن الاسقع قال أتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار» ولانها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى لانه أعظم إثما وأكبر جرما وحاجته الى تكفير ذنبه أعظم

ولنا مفهوم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ثم ذكر قتل العمد ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه وروي أن سويد بن الصامت قتل رجلا فأوجب النبي ﷺ عليه القود ولم يوجب كفارة، وعمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي ﷺ فوداهما النبي ﷺ ولم يوجب كفارة، ولانه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن، وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل، ويحتمل أنه كان شبه عمد ويحتمل أنه امرهم بالاعتاق تبرعا ولذلك أمر غير القاتل بالاعتاق، وما ذكروه من المعنى لا يصح لانها وجبت في الخطأ فتمحو اثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الاثم فيه بحيث لا يرتفع بها، إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر لان هذا من أنواع العمد .

ولنا قول النبي ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته — وفي رواية مسلم — ويسلم اليكم — وفي لفظ — وتستحقون دم صاحبكم» وأراد دم القاتل لان دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين، والرمة الحبل الذي يربط به من عليه القود، ولانها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة، وقد روى الأثرم باسناده عن عامر الاحول أن النبي ﷺ اقاد بالقسامة بالطائف وهذا نص، ولان الشارع جعل القول قول المدعي مع يمينه احتياطا للدم فان لم يجب القود سقط هذا المعنى

﴿مسئلة﴾ (وعن احمد يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا كل واحد يميناً)

اختلفت الرواية عن احمد فيمن تجب عليه ايمان القسامة فروي انها تختص بالذكور من الوراث وهو ظاهر المذهب وقد ذكرناه وروي عنه رواية ثانية انه يحلف من العصبة وغير الوارث خمسون

(فصل) وتجب الكفارة في شبه العمد ولم أعلم لاصحابنا فيه قولا لكن مقتضى الدليل ماذكرناه ولانه أجري مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة ولان القاتل انما لم يحمل شيئا من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلا ولم يرد الشرع بهذا

(فصل) وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو كافراً فان لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضا فان لم يستطع ففيه روايتان:

(إحداهما) يثبت الصيام في ذمته ولا يجب شيء آخر لان الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره (والثاني) يجب اطعام ستين مسكينا لانها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين فكان فيها إطعام ستين مسكينا عند عدمها ككفارة الظهار والفطر في رمضان وان لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه فعلى هذه الرواية ان عجز عن الاطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي قولان في هذا كالروايتين والله أعلم

﴿مسألة﴾ قال (وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه الا عدلان)

وجملته أن ما أوجب القصاص في نفس كالقتل العمد العدوان من المكافئ أو في طرف كقطعه من مفصل عمداً ممن يكافئه فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين عدلين ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شاهد ويمين الطالب لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا وذلك لان القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر أو حر أو عبد لان العقوبة يحتاط لدرئها ، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه لا يقبل في الشهادة على القتل الا شهادة أربعة وهذا مذهب الحسن لانها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن

رجلا كل واحد يمينا واحدة وهذا قول لمالك فعلى هذا يحلف الوراث منهم الذين يستحقون دمه فان لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة يؤخذ الاقرب منهم فالاقرب من قبيلته التي ينتسب اليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول ، فأما من عرف انه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم مثل أن يكون الرجل قرشياً والمقتول قرشي ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا يقسم لاننا نعلم ان الناس كلهم من آدم ونوح وكلهم يرجعون الى اب واحد ، ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس فان لم يوجد من نسبه خمسون رددت الايمان عليهم وقسمت عليهم فان انكسرت بينهم عليهم جبر كسرها

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فانه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الاربعة في زنا البكر ولا قتل فيه ولانه انفرد بوجوب الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ماليس مثله

﴿مسئلة﴾ قال (وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب)

وجملته أن ما كان موجبه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد في حق من لا يكافئه والجائفة والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطئ وأشباه هذا فانه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر لا يثبت أيضا الا بشهادة عدلين ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين لانها شهادة على قتل أو جناية على آدمي فلم تسمع من النساء كالقسم الأول يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل في القسامة في العمد ولم يكن لهن مدخل في القسامة على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن في الشهادة على دم بحال

ولنا أنها شهادة على مايقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والاجارة وفارق قتل العمد فانه موجب للعقوبة التي يحتاط باسقاطها فاحتيط في الشهادة على أسبابها وفي مسئلتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه

(فصل) ولو ادعى جناية عمد وقال عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لانه انما يعفو عن شيء ثبت له ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وإن ثبت القتل إما بشاهدين او باقرار المدعى عليه صح العفو لان الحق ثبت له بوجود القتل وانما خفي ثبوته عمن لم يعلم ذلك

عليهم حتى تبلغ خمسين لقول النبي ﷺ للانصار « يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » وقد علم النبي ﷺ انه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا فانه لا يرثه الا اخوه أو من هو في درجته أو أقرب منه نسباً ولانه خاطب بهذا ابني عمه وهما غير وارثين

(فصل) ويستحب أن يستظهر في ألفاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول : والله الذي لا إله الا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور فان اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله او تالله بالجر كما تقتضيه العربية فان قاله مضموما أو منصوبا فقد لحن ، قال القاضي ويجزئه تعمده أو لم يتعمده لانه لحن لا يحيل المعنى وهو قول الشافعي وما زاد على هذا تأكيد ويقول لقد قتل فلان بن فلان الفلاني —ويشير اليه— فلاناً ابني أو اخي منفرداً بقتله ما شركه غيره وان كانا اثنين قال منفردين بقتله ماشركهما غيرهما ، ثم يقول عمداً او خطأ وبأي اسم من أسماء الله سبحانه أو صفة من صفات ذاته

فاذا علم ذلك علم أنه كان ثابتا من حين وجد القتل فيكون العفو مصادفا لحقه الثابت فينفذ كما لو أعتق عبداً ينازعه فيه منازع ثم ثبت انه كان ملكه حين العتق

(فصل) ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهدين نحو أن يقولا نشهد أنه ضربه فقتله او فمات منه فان قالا ضربه بالسيف فمات او فوجدناه ميتا او فمات عقيبه اوقالا ضربه بالسيف فأسال دمه او فأنهر دمه فمات مكانه لم يثبت القتل لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر وقد روي عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل فقال أشهد انه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه فأعاد الرجل قوله الاول فقال له شريح قم فلا شهادة لك ،وإن كانت الشهادة بالجرح فقالا ضربه فأوضحه او فاتضح منه او فوجدناه موضحاً من الضربة قبلت شهادتهما وإن قالا ضربه فاتضح رأسه او وجدناه موضحا او فأسال دمه ووجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لانه ان كان في رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ماشهدا به منهما ، وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه وان قالا اوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالا لا نعلم قدرها او موضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لانها لا تختلف باختلافها ، وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة ، وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر ، وإن قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها وتجب دية اليدين لانها لا تختلف باختلاف اليدين

(فصل) إذا شهد أحدهما انه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر انه اقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ

حلف أجزأ اذا كان اطلاقه ينصرف الى الله تعالى ، ويقول المدعى عليه في اليمين والله ماقتلته ولا شاركت في قتله ولا فعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته

﴿مسئلة﴾ (فان لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء)

هذا ظاهر المذهب وهو الذي ذكره الخرقي وبه قال يحيى الانصاري وربيعة وأبو الزناد والليث والشافعي وأبو ثور ،وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهوقول أصحاب الرأي

ولنا قول النبي ﷺ « فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » اي يبرءون منكم وفي لفظ قال « فيحلفون خمسين يمينا ويبرءون من دمه» وقد ثبت ان النبي ﷺ لم يغرم اليهود وانه اداها من عنده ولانها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الايمان ولان ذلك إعطاء بمجرد

ثبت القتل لان البينة قد تمت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل المشهود عليه عن صفته فان أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت باقراره وإن أقر بقتل الخطأ وأنكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك؟ يخرج فيه وجهان وان صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه، وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لايدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئاً من ديته في هذه المواضع كلها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببينة وفي بعضها القاتل مقر بانها في ماله دون مال عاقلته، وإن قال أحد الشاهدين أشهد انه أقر بقتله عمدا وقال الآخر أشهد أنه أقر بقتله خطأ ثبت القتل أيضا لانه لاتنافى بين شهادتيهما لانه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ويقر عند الآخر بقتل الخطأ فثبت إقراره بالقتل دون صفته ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا في التي قبلها، وإن شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر انه قتله خطأ ثبت القتل أيضا دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ويكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك وإن شهد أحدهما انه قتله غدوة وقال الآخر عشية وقال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بعصا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو بكر يثبت القتل بذلك لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته فاشبه التي قبلها والاول أصح لان كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه فان القتل غدوة غير القتل عشية ولا يتصور ان يقتل غدوة ثم يقتل عشية ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا بخلاف العمد والخطأ لان الفعل واحد والخلاف في نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر وإن شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لايثبت وهو مذهب الشافعي لان احدهما شهد بغير ماشهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

الدعوى فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل فان قول الانسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال وسائر الحقوق ولان في ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع كغيره من الحقوق

(فصل) وإذا ردت الايمان على المدعى عليهم وكان عمداً لم يجز على أكثر من واحد فيحلف خمسين يمينا وإن كانت على غير عمد كالخطأ وشبه العمد فلا قسامة في ظاهر كلام الخرقي لان القسامة من شرطها اللوث والعداوة وهي إنما تؤثر في تعمد القتل لا في خطئه فان احتمال الخطأ في العدو وغيره سواء وقال غيره من أصحابنا فيه قسامة وهو قول الشافعي لان اللوث لا يختص العداوة عندهم فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة فاذا ادعى على جماعة حلف كل واحد منهم خمسين يمينا وقال بعض أصحابنا تقسم الايمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين إلا انها ههنا تقسم بالسوية لان المدعى

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلاتنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كالوشهد احدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل خطأ او كما لو شهد احدهما ان له عليه الفاً وشهد الآخر انه اقر بألف له .

(فصل) إذا قتل رجل عمداً قتلا يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلا اوفاسقا لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك فان احد الولين اذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا مالو كان عبد بين شريكين فشهد احدهما ان شريكه اعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيبه وان انكره الآخر فان كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لاتقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه فاذا حلف ثبتت حصته من الدية وان كان الشاهد مقبول القول حلف الجاني معه وسقط عنه الحق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد اسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين ولانه انما يحلف على مايدعى عليه ولا يدعي عليه غير الدية

(فصل) واذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين نظرت فان كانت الجراح مندملة فشهادتهما مقبولة لانهما لايجران الى انفسهما نفعا وان كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما لجواز ان تصير نفسا فتجب الدية لهما بشهادتهما فان شهدا في تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فاعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين (أحدهما) لاتقبل لان الشهادة ردت للتهمة فلا تقبل وان زالت التهمة كالفاسق اذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته (والثاني) تقبل لان سبب التهمة قد تحقق زواله وللشافعي وجهان كهذين وان شهد وارثا المريض بمال ففي قبول شهادتهما له وجهان

عليهم متساوون فيها فهم كبني الميت وللشافعي قولان كالوجهين والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ «تبرئكم يهود بخمسين يمينا» وفي لفظ قال «فيحلفون لكم خمسين يمينا ويبرءون من دمه» ولانهم أحد المتداعيين في القسامة فتقسط الايمان على عددهم كالمدعين ، وقال مالك يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان لم يبلغوا خمسين رجلا رددت على من حلف منهم حتى تكمل خمسين يمينا فان لم يجد أحداً يحلف إلا الذي ادعى عليه حلف وحده خمسين يمينا

ولنا أن هذه أيمان يبرئ بها كل واحد نفسه من القتل فكان على كل واحد خمسون كالو ادعى على كل واحد وحده قتيل ولانه لايبرىء المدعى عليه حال الاشتراك إلا مايبرئه حالة الانفراد ولان كل واحد منهم يحلف على غير ماحلف عليه صاحبه بخلاف المدعين فان أيمانهم على شيء واحد فلا يلزم من تلفيقها تلفيق مايختلف مدلوله ومقصوده

(احدهما) تقبل لانهما يثبتان المال للمريض وان مات انتقل اليهما عنه فاشبهت الشهادة للصحيح بخلاف الجناية فانها اذا صارت نفسا وجبت الدية لهما بها (والوجه الثاني) لا تقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث وان شهد للمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالاخوين يشهدان لاخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان مايطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما وان شهد على رجل بالجراح الموجبة للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه وان كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمد أو العبد سمعت شهادة العاقلة بجرح الشهود لانهما لا يدفعان عن انفسهما ضررا فان موجب هذه الجراحة القصاص أو المال في ذمة الجاني وكذلك ان كان الشاهدان يشهدان على اقراره بالجرح لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجراح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فان كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفسا فتحملها العاقلة وان كانت بعده قبلت لانها لا تحمل مادون الثلث وان كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة في الحال وانما يصيران من العاقلة التي تتحمل ان لو مات من هو أقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضي لانهما ليسا من العاقلة وانما يصيران منها بموت القريب والظاهر حياته وفارق الفقير اذا شهد لان الغنى ليست عليه أمارة فان المال غاد ورائح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرنا ويحتمل أن يسوى بين المسلمين لان كل واحد منهما ليس من العاقلة في الحال وانما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فهما سواء واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحي بل الموت أقرب فانه لابد منه وكل حي ميت وكل نفس ذائقة الموت وليس كل فقير

﴿مسئلة﴾ (فان لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال)

يعني أدى ديته لقضية عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر فأبى الانصار أن يحلفوا وقالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فوداه النبي ﷺ من عنده كراهية أن يطل دمه فان تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء لان الذي توجه عليهم اليمين، وقد امتنع مستحقوها من استيفائها فلم يجب لهم شيء كدعوى المال

﴿مسئلة﴾ (وإن طلبوا أيمانهم فنكلوا لم يحبسوا وهل تلزمهم الدية او تكون في بيت المال؟ على روايتين)

إذا امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا، وعن احمد رواية أخرى انهم يحبسون حتى يحلفوا وهو قول ابي حنيفة

ولنا انها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يحبس عليها كسائر الايمان. إذا ثبت هذا

يستغني فما ثبت في إحدى الصورتين يثبت في الاخرى فيثبت فيهما جميعاً وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصورتين إلى الاخرى

(فصل) اذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الاولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً ، وإن صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لان الاولين بطلت شهادتهما لتكذيبه لهما ورجوعه عما شهدا له به والآخران لاتقبل شهادتهما لانهما عدوان للأولين ولانهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وإن صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لانه بتصديق الاولين مكذب للآخرين وتصديقه للآخرين تكذيب للأولين وهما متهمان لما ذكرناه ، فان قيل كيف تتصور هذه المسألة والشهادة انما تكون بعد الدعوى ؟ فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم ؟ قلنا قد يتصور ان يشهدوا قبل الدعوى اذا لم يعلم الولي من قتله ؟ ولهذا روي عن النبي ﷺ أنه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » وهذا معنى ذلك

فانه لايجب القصاص بالنكول لانه حجة ضعيفة فلا يناط بها الدم كالشاهد واليمين قال القاضي ويديه الامام من بيت المال نص عليه احمد وروى عنه حرب بن اسماعيل أن الدية تجب عليهم وهذا هو الصحيح وهو اختيار ابي بكر لانه حكم يثبت بالنكول فيثبت في حقهم ههنا كسائر الدعاوى ولان وجوبها في بيت المال يفضي إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين مع إمكان جبره فلم يجز كما في سائر الدعاوى وههنا لولم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ولم يجبر على اليمين لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية ، وقال أصحاب الشافعي إذا نكل المدعى عليهم ردت الايمان على المدعين إن قلنا موجبها المال فان حلفوا استحقوا وإن نكلوا فلا شيء لهم ، وإن قلنا موجبها القصاص فهل ترد على المدعين؟ فيه قولان وهذا القول لايصح لان اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعي فلا ترد عليه كما لاترد على المدعى عليه إذا نكل المدعي عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ولانها يمين مردودة على أحد المتداعيين فلا ترد على من ردها كدعوى المال

كتاب قتال أهل البغي

والاصل في هذا الباب قول الله سبحانه (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله - إلى قوله - إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم) ففيها خمس فوائد

(أحدها) أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الايمان فانه سماهم مؤمنين (الثانية) انه اوجب قتالهم (الثالثة) انه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله (الرابعة) انه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم (الخامسة) ان الآية افادت جواز قتال كل من منع حقا عليه ، وروى عبدالله بن عمرو قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فان جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » رواه مسلم ، وروى عرفجة قال : قال رسول الله ﷺ « ستكون هنات وهنات - ورفع صوته - ألا ومن خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان » فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم) وروى عبادة بن الصامت قال : بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكره وأن لاننازع الامر أهله، وروي عن النبي ﷺ أنه

﴿ باب قتال أهل البغي ﴾

والاصل في هذا قول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله — إلى قوله — انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم) ففيها خمس فوائد

(أحدها) أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الايمان فانه سماهم مؤمنين (الثانية) انه أوجب قتالهم (الثالثة) أنه أسقط قتالهم اذا فاءوا إلى أمر الله (الرابعة) أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم اذا فاءوا إلى أمر الله (الخامسة) ان الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه

وروى عبد الله بن عمرو قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أعطى اماما صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه مااستطاع فان جاء أحد ينازعه فاضربوا عنق الآخر » رواه مسلم . وروى عرفجة قال قال رسول الله ﷺ « ستكون هنات وهنات «ورفع صوته» ألا من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » فكل من ثبتت امامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم)

قال « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية » رواه ابن عبدالبر من حديث ابي هريرة وابي ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة فان أبا بكررضي الله عنه قاتل مانعي الزكاة وعلي قاتل أهل الجمل وصفين وأهل النهروان

والخارجون عن قبضة الامام اصناف أربعة (أحدها) قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء قطاع طريق ساعون في الارض بالفساد يأتي حكمهم في باب مفرد

(الثاني) قوم لهم تأويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم فهؤلاء قطاع طريق في قول أكثر أصحابنا وهو مذهب الشافعي لان ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة ولاننا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة في سقوط ضمان ما أتلفوه افضى إلى إتلاف أموال الناس، وقال ابو بكر لافرق بين الكثير والقليل وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الامام

(الثالث) الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعليا وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين انهم بغاة حكمهم حكمهم وهذا قول ابي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ومالك يرى استتابتهم فان تابوا وإلا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم، وذهبت طائفة من

وروى عبادة بن الصامت قال : بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكره وأن لا ننازع الامر أهله

وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية » رواه ابن عبد البر من حديث ابي هريرة وابي ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة فان أبا بكر رضي الله عنه قاتل مانعي الزكاة، وعلي رضي الله عنه قاتل أهل الجمل وأهل صفين وأهل النهروان

﴿ مسئلة ﴾ (وهم القوم الذين يخرجون على الامام بتأويل سائغ ولهم منعة وشوكة)

الخارجون عن قبضة الامام أصناف أربعة (أحدها) قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء قطاع الطريق ساعون في الارض بالفساد وقد ذكرنا حكمهم

(الثاني) قوم لهم تأويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالعشيرة ونحوهم فهؤلاء حكمهم حكم الصنف الذي قبلهم في قول أكثر الاصحاب ومذهب الشافعي لان ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة، ولا ننا لو أثبتنا للعدد اليسير

أهل الحديث إلى انهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين و تباح دماؤهم وأموالهم فان تحيزوا فى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار، وان كانوا في قبضة الامام استتابهم كاستتابة المرتدين فان تابوا وإلا ضربت أعناقهم وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون لما روى ابوسعيد قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، ينظر في النصل فلا يرى شيئاً، وينظر في القدح فلا يرى شيئاً وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويمارى في الفوق» رواه مالك في موطئه والبخاري في صحيحه وهو حديث صحيح ثابت الاسناد وفي لفظ قال «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فان قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة» رواه البخاري وروى معناه من وجوه، يقول فكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منها بشيء كذلك خروج هؤلاء من الدين يعني الخوارج . وعن أبي امامة انه رأى رءوساً منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب النار شر قتلى تحت أديم السماء خير قتلى من قتلوه ثم قرأ (يوم تبيض وجوه وتسود وجوه) الى آخر الآية فقيل له أنت سمعته من رسول الله ﷺ؟ قال لو لم أسمعه الا مرة اومرتين او ثلاثا او أربعاً حتى عد سبعاً

حكم البغاة في سقوط ضمان ما أتلفوه أفضى إلى اتلاف أموال الناس، وقال ابو بكر لا فرق بين الكثير والقليل وحكمهم حكم البغاة اذا خرجوا عن قبضة الامام

(الثالث) الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون علياً وعثمان وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول الفقهاء المتأخرين من أصحابنا أنهم بغاة لهم حكمهم وهذا قول ابي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث وأما مالك فيرى استتابتهم فان تابوا وإلا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم، وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين تباح دماؤهم وأموالهم فان تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار، وإن كانوا في قبضة الامام استتابهم كاستتابة المرتدين فان تابوا وإلا قتلوا وكانت أموالهم فيأ لا يرثهم ورثتهم المسلمون لما روى ابو سعيد قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول «يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ينظر في النصل فلا يرى شيئاً، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويتمارى في الفوق» وهو حديث صحيح ثابت الاسناد رواه البخاري ومالك في موطئه. وفي لفظ قال «يخرج في آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الاسلام كما يمرق السهم

ماحدثتكموه ،قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه ابن ماجه عن سهل عن ابن عيينة عن أبي غالب انه سمع أبا امامة يقول شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء وخير قتلى من قتلوا ، كلاب اهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار ، قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً ، قلت يا أبا أمامة هذا شيء تقوله ؟ قال بل سمعت رسول الله ﷺ

وعن علي رضي الله عنه في قوله تعالى (قل هل ننبئكم بالأخسرين أعمالا) قال هم أهل النهروان وعن ابي سعيد في حديث آخر عن النبي ﷺ قال « هم شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لاقتلنهم قتل عاد » وقال «لا يجاوز إيمانهم حناجرهم» وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولا يرون تكفيرهم قال ابن المنذر لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم وجعلهم كالمرتدين، وقال ابن عبد البر في الحديث الذي رويناه : قوله « يتمارى في الفوق » يدل على انه لم يكفرهم لانهم علقوا من الاسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه ، وروي عن علي أنه لما قاتل أهل النهر قال لاصحابه لاتبدءوهم ؟ بالقتال وبعث اليهم اقيدونا بعبدالله بن خباب قالوا كلنا قتله فحينئذ استحل قتالهم لاقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم وذكر ابن عبد البر عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن أهل النهر أكفار هم؟ قال من الكفر فروا قيل فمنافقون ؟ قال إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلا قيل فما هم ؟ قال هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا وبغوا علينا وقاتلونا فقتلناهم، ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن أحسنوا إساره فان عشت

من الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فان قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخاري، وروي معناه من وجوه ، يقول كما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منهما شيء كذلك خروج هؤلاء من الدين يعني الخوارج

وعن أبي امامة انه رأى رؤساً منصوبة على درج مسجد دمشق فقال: كلاب النار، شر قتلى تحت أديم السماء ، خير قتلى من قتلوه ، ثم قرأ (يوم تبيض وجوه وتسود وجوه) إلى آخر الآية فقيل له أنت سمعته من رسول الله ﷺ ؟ قال لو لم أسمعه الامرة أو مرتين أو ثلاثا أو أربعا حتى عد سبعاً ماحدثتكموه قال الترمذي هذا حديث حسن ورواه مالك عن سهل عن ابن عيينة عن أبي غالب أنه سمع أبا أمامة يقول شر قتلى تحت اديم السماء وخير قتلى من قتلوه ، كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار كانوا مسلمين فصاروا كفارا . قلت يا أبا امامة هذا شيء تقوله ؟ قال بل سمعت رسول الله ﷺ وعن علي في قوله تعالى (قل هل ننبئكم بالأخسرين اعمالا) قال هم أهل النهروان وعن أبي سعيد في حديث آخر عن النبي ﷺ قال « هم شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لاقتلنهم قتل عاد » وقيل لا يجاوز ايمانهم حناجرهم ، وأكثر الفقهاء على انهم بغاة ولا يرون تكفيرهم، قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وجعلهم كالمرتدين ، وقال ابن عبد البر في الحديث الذي رويناه قوله عليه السلام « يتمارى في الفوق » يدل على أنه لم يكفرهم لانهم علقوا من الاسلام بشيء بحيث يشك في

فأنا ولي دمي ، وإن مت فضربة كضربتي،وهذا رأي عمر بن عبد العزيز فيهم وكثير من العلماء والصحيح إن شاء الله ان الخوارج يجوز قتلهم ابتداء والاجازة على جريحهم لامر النبي ﷺ بقتلهم ووعده بالثواب من قتلهم فان عليا رضي الله عنه قال: لولا أن ينظروا لحدثتكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد ﷺ ولان بدعهم وسوء فعالهم يقتضي حل دمائهم بدليل ماأخبر به النبي ﷺ من عظم ذنبهم وانهم شر الخلق والخليقة وانهم يمرقون من الدين وانهم كلاب النار ، وحثه على قتلهم واخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبي ﷺ بالكف عنهم وتورع كثير من أصحاب رسول الله ﷺ عن قتالهم ولا بدعة فيهم

(الصنف الرابع) قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج في كفهم الى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين نذكر في هذا الباب حكمهم، وواجب على الناس معونة إمامهم في قتال البغاة لما ذكرنا في اول الباب ولانهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغي وظهر الفساد في الارض

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (واذا اتفق المسلمون على امام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا ودفعوا بأسهل مايندفعون به)

وجملة الأمر أن من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معونته لما ذكرنا من الحديث والاجماع ،وفي معناه من ثبتت إمامته بعهد النبي ﷺ او بعهد امام قبله اليه فان أبا بكر ثبتت امامته باجماع الصحابة على بيعته وعمر ثبتت امامته بعهد ابي بكر اليه وأجمع الصحابة على قبوله

خروجهم ؛ وروي أن عليا لما قاتل أهل النهر قال لاصحابه لاتبدؤهم بالقتال وبعث اليهم اقيدونا بعبد الله بن خباب قالوا كلنا قتله فحينئذ استحل قتالهم لاقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم وذكر ابن عبد البر عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن أهل النهر أكفارهم ؟ قال من الكفر فروا قيل فمنافقون؟ قال إن المنافقين لايذكرون الله إلا قليلا قال فماهم؟قال هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم، ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن احسنوا اساره وان عشت فانا ولي دمي وان مت فضربة كضربتي .وهذا رأي عمر بن عبد العزيز فيهم وكثير من العلماء، وقال شيخنا رحمه الله والصحيح ان شاء الله تعالى ان الخوارج يجوز قتلهم فان عليا رضي الله عنه قال لولا أن ينظروا لحدثتكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد ﷺ ولان بدعهم وسوء فعالهم يقتضي حل دمائهم بدليل ماأخبر به النبي ﷺ من عظم ذنبهم وانهم شر الخلق والخليقة وأنهم يمرقون من الدين وأنهم كلاب النار ، وحثه على قتالهم واخباره بأنه لو ادركهم لقتلهم قتل عاد فلا يجوز الحاقهم بمن أمر النبي ﷺ بالكف عنهم، وتورع كثير من أصحاب رسول الله ﷺ عن قتالهم ولا بدعة فيهم

ولو خرج رجل على الامام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له واذعنوا بطاعته وتابعوه صار إماماً يحرم قتاله والخروج عليه فان عبدالملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعا وكرها فصار اماما يحرم الخروج عليه وذلك لما في الخروج عليه من شق عصى المسلمين واراقة دمائهم وذهاب أموالهم،ويدخل الخارج عليه في عموم قوله عليه السلام « من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » فمن خرج على من ثبتت امامته باحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب الا أن يخاف كلبهم فلا يمكن ذلك في حقهم،فاما ان أمكن تعريفهم عرفهم ذلك وأزال مايذكرونه من المظالم وأزال حججهم،فان لجوا قاتلهم حينئذ لان الله تعالى بدأبالامر بالاصلاح قبل القتال فقال سبحانه (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهمافان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله) وروي أن علياً رضي الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لايبدءوهم بالقتال ثم قال ان هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله اكبر ياثارات عثمان فقال اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم ، وروى عبدالله بن شداد ابن الهادي ان علياً لما اعتزلته الحرورية بعث اليهم عبدالله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف،فان ابوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال،وانما كان كذلك لان المقصود

﴿الصنف الرابع﴾ (قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج في كفهم الى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين يذكر في الباب حكمهم)

وجملة الامر ان من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت امامته ووجبت معونته لما ذكرنا من النص في أول الباب مع الاجماع على ذلك وفي معناه من ثبتت امامته بعهد من النبي ﷺ أو بعهد امام قبله اليه ، فان ابابكر رضي الله عنه ثبتت امامته باجماع الصحابة على بيعته وعمر ثبتت امامته بعهد أبي بكر إليه واجماع الصحابة على قبوله ، ولو خرج رجل على إمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى اقروا له وأذعنوا بطاعته وبايعوه صار اماما يحرم قتاله والخروج عليه ، فان عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعا وكرها وصار إماما يحرم الخروج عليه،وذلك لما في الخروج عليه من شق عصا المسلمين وإراقة دمائهم وذهاب اموالهم، ويدخل الخارج عليه في عموم قوله عليه الصلاة والسلام «من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان » فمن خرج على من ثبتت إمامته باحد هذه الوجوه باغيا وجب قتاله

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى الامام أن يراسلهم ويسألهم ماينقمون منه ويزيل مايذكرونه من مظلمة ويكشف من شبهة فان فاؤا والا قاتلهم)

وجملة ذلك أن الامام لايجوز له قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب إلا

كفهم ودفع شرهم لاقتالهم فاذا أمكن بمجرد القول كان اولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فان سألوا الانظار نظر في حالهم وبحث عن أمرهم، فان بان له ان قصدهم الرجوع الى الطاعة ومعرفة الحق امهلهم، قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، فان كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به او خديعة الامام او ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لانه لايأمن أن يصير هذا طريقاً الى قهر اهل العدل ولا يجوز هذا وان أعطوه عليه مالا لانه لايجوز أن يأخذ المال على اقرارهم على مالايجوز اقرارهم عليه وان بذل له رهائن على انظارهم لم يجز أخذها لذلك ولان الرهائن لايجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً، وان كان في أيديهم أسرى من أهل العدل واعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الامام واستظهر للمسلمين فان أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم اطلقت رهائنهم وان قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم لانهم لايقتلون بقتل غيرهم فاذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الاسارى منهم، وان خاف الامام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم الى أن تمكنه القوة عليهم لانه لايأمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة اهل العدل ثم يقاتلهم، وان سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وماهم عليه ويكفوا

أن يخاف كلبهم فلا يمكن ذلك في حقهم، فأما إن أمكن تعريفهم عرفهم ذلك وأزال مايذكرونه من المظالم وأزال حججهم فان لجوا قاتلهم حينئذ لان الله تعالى بدأ بالامر بالاصلاح قبل القتال فقال سبحانه (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله)

وروي أن علياً رضي الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لايبدءوهم بالقتال ثم قال: ان هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله أكبر ياثارات عثمان فقال اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم. وروى عبد الله بن شداد بن الهادي أن علياً لما اعتزله الحرورية بعث إليهم عبد الله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف

(فصل) فان ابوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال وانما كان ذلك لان المقصود كفهم ودفع شرهم لاقتالهم فاذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فان فاؤا والا قاتلهم لقوله سبحانه (فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله)

﴿مسئلة﴾ (وعلى رعيته معونته على حربهم) للآية

﴿مسئلة﴾ (فان استنظروه مدة رجا رجوعهم فيها أنظرهم ويكشف عن حالهم ويبحث عن أمرهم فان بان له أن قصدهم الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أمهلهم، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

﴿مسئلة﴾ (فان ظن أنها مكيدة لم ينظرهم وقاتلهم)

اذا ظهر له أن استنظارهم مكيدة ليجتمعوا على قتاله وان لهم مدداً ينتظرونه ليتقووا به اوخديعة

عن المسلمين نظرت فان لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له ان قاتلهم تركهم ، وان قوي عليهم لم يجز اقرارهم على ذلك لانه لايجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الامام ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضي الى قهر الامام العادل ومن معه ، ثم ان أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتالهم لان المقصود دفعهم لاهلهم ولان المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة ، وان حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر يجوز لان علياً رضي الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال اياكم وصاحب البرنس فقتله رجل وانشأ يقول

وأشعث قوام بآيات ربه   قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه   فخر صريعاً لليدين وللفم
على غير شيء غير أن ليس تابعا   علياً ومن لم يتبع الحق يظلم
يناشدني حم والرمح شاجر   فهلا تلا حم قبل التقدم

وكان السجاد حامل راية أبيه ولم يكن يقاتل فلم ينكر علي قتله ولانه صار ردءاً لهم

ولنا قول الله تعالى (ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم) والاخبار الواردة في قتل المسلم والاجماع على تحريمه وانما خص من ذلك ماحصل ضرورة دفع الباغي والصائل فيما عداه يبقى على العموم والاجماع فيه ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والاجهاز على جريحهم مع أنهم انما تركوا القتال عجزاً عنه ومتى ماقدروا عليه عادوا اليه فمن لايقاتل تورعاً عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك

الامام ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره عاجلهم بالقتال لانه لايأمن أن يصير هـذا طريقاً إلى قهر أهل الحق والعدل وهذا لايجوز ، وان أعطوه عليه مالا لانه لايجوز أن يأخذ المال على اقرارهم على مالا يحل اقرارهم عليه ، وان بذلوا له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك ولان الرهائن لايجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً ، وان كان في أيديهم أسارى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الامام واستظهر للمسلمين فان اطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم وان قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم لانهم لايقتلون بقتل غيرهم واذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما يخلى الاسارى منهم ، وان خاف الامام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم لانه لايأمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العـدل ثم يقاتلهم وان سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وماهم عليه ويكفوا عن المسلمين نظرت فان لم تعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له ان قاتلهم تركهم وان قوي عليهم لم يجز اقرارهم على ذلك لانه لايجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الامام ولا يأمن قوة شوكتهم بحيث يفضي إلى قهر الامام العادل ومن معه ، ثم ان أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم لان المقصود دفعهم ولان الدفع اذا حصل بغير القتـل لم يجز القتل من غير حاجة وإن حضر معهم من لايقاتل لم يجز قتله ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر يجوز

أولى ولأنه مسلم لم يحتج إلى دفعه ولاصدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام «لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث» فاما حديث علي في نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليه فان نهي علي أولى من فعل من خالفه ولا يمتثل قول الله تعالى ولا قول رسوله ولا قول امامه ، وقولهم لم ينكر قتله قلنا لم ينقل الينا أن علياً علم حقيقة الحال في قتله ولا حضر قتله فينكره وقد جاء أن عليا رضي الله عنه حين طاف في القتلى رآه فقال السجاد ورب الكعبة هذا الذي قتله بره بابيه وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ورأى كعب بن سور فقال يزعمون انما خرج الينا الرعاع وهذا الخبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الانكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم ولان القصد من قتالهم كفهم وهذا كاف لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم

(فصل) وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر يقاتلون مقبلين ويتركون مدبرين لان قتالهم للدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل انسان جاز دفعه وقتاله وان أتى على نفسه ولذلك قلنا في أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا .

لان علياً رضي الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال : اياكم وصاحب البرنس فقتله رجل وأنشأ يقول :

وأشعث قوام بآيات ربه كثير التقى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه فخر صريعاً لليدين وللفم
على غير ذنب غير أن ليس تابعاً علياً ومن لا يتبع الحق يظلم
يناشدني حم والرمح شاجر فهلا تلا حم قبل التقدم

وكان السجاد حامل راية أبيه ولم يكن يقاتل فلم ينكر علي قتله ولانه صار رداءاً لهم

ولنا قوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) والاخبار الواردة في تحريم قتل المسلم والاجماع على تحريمه وانما خص من ذلك ماحصل ضرورة دفع الباغي والصائل ففيما عداه يبقى على العموم والاجماع ، ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والاجهاز على جريحهم مع انهم انما تركوا القتال عجزاً عنه ومتى ماقدر عليه عادوا اليه ، فمن لايقاتل تورعا عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى ، ولانه مسلم لم يحتج إلى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه الصلاة والسلام « لايحل دم امرىء مسلم إلا باحدى ثلاث » فأما حديث علي في نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليهم فان نهي علي أولى من فعل من خالفه ولم يمتثل قول الله تعالى ولاقول رسوله ولاقول امامه وقولهم فلم ينكر قتله قلنا لم ينقل الينا أن علياً علم حقيقة الحال في قتله ولاحضر قتله فينكره ، وقد جاء أن علياً رضي الله عنه حين طاف في القتلى رآه فقال السجاد ورب الكعبة هذا الذي قتله بره بابيه وهذا يدل على انه لم يشعر بقتله ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون انما خرج الينا الرعاع وهذا

(فصل) ولا يقاتل البغاة بما يعم اتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة لانه لا يجوز قتل من لا يقاتل وما يعم اتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل فان دعت الى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم اتلافه جاز ذلك وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة اذا تحصن الخوارج فاحتاج الامام الى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ما كان لهم عسكر ومالم ينهزموا وان رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله.

(فصل) قال أبو بكر وإذا اقتتلت طائفتان من اهل البغي فقدر الامام على قهرهما لم يعن واحدة منهما لانهما جميعاً على الخطأ وان عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم اليه أقربهما الى الحق فان استويا اجتهد برأيه في ضم احداهما ولا يقصد بذلك معونة احداهما بل الاستعانة على الاخرى فاذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم الى الطاعة لانهم قد حصلوا في امانه، وهذا مذهب الشافعي ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ولا بمن يري قتلهم مدبرين وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب

الخبر بين أظهرهم ويجوز ان يكون تركه الانكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم ولان القصد من قتالهم كفهم وهذا كاف لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم

(فصل) واذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل الحر البالغ يقاتلون مقبلين ويتركون مدبرين لان قتالهم للدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل انسان جاز دفعه وقتاله وان أتى على نفسه ولذلك قلنا في أهل الحرب اذا كان معهم النساء والصبيان قوتلوا وقتلوا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقاتلهم بما يعم اتلافه كالمنجنيق والنار إلا لضرورة)

لانه لا يجوز قتل من لا يقاتل وما يعم اتلافه يقع على من لا يقاتل فان دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص الا برميهم بما يعم اتلافه جاز وهذا قول الشافعي وقال ابو حنيفة اذا تحصن الخوارج واحتاج الامام الى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك ما كان لهم عسكر وما لم ينهزموا وان رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله

(فصل) قال ابو بكر اذا اقتتلت طائفتان من أهل البغي فقدر الامام على قهرهما لم يعن واحدة منهما لانهما جميعاً على الخطأ وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم اليه أقربهما إلى الحق فان استويا اجتهد برأيه في ضم احداهما ولا يقصد بذلك معونة احداهما بل الاستعانة على الآخر فاذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة لانهم قد حصلوا في أمانه وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستعين في حربهم بكافر ولا بمن يرى قتلهم مدبرين)

وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لا بأس ان يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين وصنف آخر منهم اذا كان أهل العدل هم الظاهرين على من يستعينون به

الرأي لا بأس أن يستعين عليهم باهل الذمة والمستأمنين وصنف آخر منهم إذا كان أهل العدل هم الظاهرين على من يستعينون به

ولنا ان القصد كفهم وردهم الى الطاعة دون قتلهم وان دعت الحاجة الى الاستعانة بهم فان كان يقدر على كفهم استعان بهم وان لم يقدر لم يجز

(فصل) وإذا أظهر قوم رأي الخوارج مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين واموالهم الا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الامام ولم يسفكوا الدم الحرام فحكي القاضي عن أبي بكر أنه لا يحل بذلك قتلهم ولا قتالهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل الفقه، وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز فعلى هذا حكمهم في ضمان النفس والمال حكم المسلمين وان سبوا الامام أوغيره من أهل العدل عزروا لانهم ارتكبوا محرما لا حد فيه وان عرضوا بالسب فهل يعزرون؟ على وجهين وقال مالك في الاباضية وسائر أهل البدع يستتابون فان تابوا والا ضربت أعناقهم قال اسماعيل بن اسحاق رأي مالك قتل الخوارج واهل القدر من أجل الفساد الداخل في الدين كقطاع

ولنا ان القصد كفهم وردهم الى الطاعة لا قتلهم وهؤلاء يقصدون قتلهم فان دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم فان كان يقدر على كفهم عن فعل مالا يجوز استعان بهم وان لم يقدر لم يجز

﴿مسئلة﴾ (وهل يجوز ان يستعين عليهم بسلاحهم وكراعهم؟ على وجهين)

(احدهما) لا يجوز لانه لا يحل أخذ مالهم لكونه معصوما بالاسلام وانما أبيح قتالهم لردهم الى الطاعة يبقى المال على العصمة كمال قاطع الطريق الا ان تدعو ضرورة فيجوز كما يجوز أكل مال الغير في المخمصة (والوجه الثاني) يجوز قياساً على اسلحة الكفار

﴿مسئلة﴾ (وذكر القاضي ان احمد اومأ الى جواز الانتفاع به حال الحرب)

وهذا احد الوجهين الذين ذكرناهما ولا يجوز في غير قتالهم وهو قول أبي حنيفة لان هذه الحال لا يجوز فيها اتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم فجاز الانتفاع به كسلاح اهل الحرب، وقال الشافعي لا يجوز ذلك الا من ضرورة اليه لانه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير اذنه كغيره من اموالهم ومتى انقضت الحرب وجب رده اليهم كما ترد سائر اموالهم لقول رسول الله ﷺ «لا يحل مال امريء مسلم الا عن طيب نفس منه» والله اعلم

[مسئلة] (ولا يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريح)

وجملة ذلك ان أهل البغي إذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بالقاء السلاح أو بالهزيمة إلى فئة أو الى غير فئة وإما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فانه يحرم قتالهم واتباع مدبرهم وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت لهم فئة يلجأون اليها جاز قتل مدبرهم وأسرهم والاجازة على جريحهم، فأما اذا لم تكن لهم فئة لا يقتلون ولكن يضربون ضربا وجيعاً

الطريق فان تابوا والا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم واما من رأى تكفيرهم فمقتضى قوله أنهم يستتابون فان تابوا والا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد وحجتهم قول النبي ﷺ « فأينما لقيتموهم فاقتلوهم » وقوله عليه السلام « لان ادركتهم لاقتلنهم قتل عاد » وقوله ﷺ في الذي أنكر عليه وقال انها لقسمة ما اريد بها وجه الله لابي بكر « اذهب فاقتله » ثم قال لعمر مثل ذلك فأمر بقتله قبل قتاله وهو الذي قال يخرج من ضئضىء هذا قوم يعني الخوارج وقول عمر لصبيغ لو وجدتك محلوقا لضربت الذي فيه عيناك بالسيف يعني لقتلتك وانما يقتله لكونه من الخوارج فان النبي ﷺ قال « سيماهم التسبيد» يعني حلق رءوسهم واحتج الاولون بفعل علي رضي الله عنه فانه روي عنه أنه كان يخطب يوما فقال رجل بباب المسجد لا حكم الا لله فقال علي كلمة حق اريد بها باطل ثم قال لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله تعالى ولا نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم معنا ولا نبدأكم بقتال وروى ابو يحيى قال صلى علي رضي الله عنه صلاة فناداه رجل من الخوارج (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين) فاجابه علي رضي الله عنه (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك

ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ، ذكر هذا في الخوارج ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعي لانه متى لم يقتلهم اجتمعوا وعادوا الى المحاربة

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال يوم الجمل « لا يذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا — أو بابه — فهو آمن ولا يتبع مدبر » وروي نحو ذلك عن عمار وعن علي انه ودى قوما من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين . وعن أبي امامة قال شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون موليا ولا يسلبون قتيلا

وروى القاضي في شرحه عن عبد الله بن مسعود ان النبي ﷺ قال « يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على أمتي؟» فقلت الله ورسوله أعلم فقال « لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم » لان المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالصائل ولا يقتلون لما يخاف في ثاني الحال كما لو لم تكن لهم فئة ، فعلى هذا إذا قتل انسانا منع من قتله ضمنه لانه قتل معصوما لم يؤمر بقتله ويجب عليه القصاص في أحد الوجهين لانه قتل مكافئاً معصوما (والثاني) لا يجب لان في قتلهم اختلافا بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لانه مما يندريء بالشبهات ، وأما أسيرهم فان دخل في الطاعة خلي سبيله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يغنم لهم مال ولا يسبى لهم ذرية)

ولا نعلم في تحريمه بين أهل العلم خلافا لما ذكرنا من حديث أبي امامة وابن مسعود ولانهم معصومون وانما ابيح من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم وقد روي ان علياً يوم الجمل قال من عرف شيئا من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب

الذين لايوقنون) وكتب عدي بن أرطاة الى عمر بن عبد العزيز ان الخوارج يسبونك فكتب اليه ان سبوني فسبوهم أواعفوا عنهم وان شهروا السلاح فاشهروا عليهم وان ضربوا فاضربوا ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين معه في المدينة فلأن لايتعرض لغيرهم اولي وقد روي في خبر الخارجي الذي انكر عليه ان خالداً قال يارسول الله الا أضرب عنقه؟ قال «لعله يصلي؟» قال رب مصل لاخير فيه قال « إني لم اومر ان انقب عن قلوب الناس »

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان آل ما دفعوا به الى نفوسهم فلا شيء على الدافع وان قتل الدافع فهو شهيد)

وجملته انه إذا لم يمكن دفع اهل البغي إلا بقتلهم جاز قتلهم ولاشيء على من قتلهم من اثم ولا ضمان ولا كفارة لانه فعل ما امر به وقتل من احل الله قتله وامر بمقاتلته وكذلك ما اتلفه اهل العدل على أهل البغي حال الحرب من المال لاضمان فيه لأنهم إذا لم يضمنوا الانفس فالاموال أولى

علي قد اخذ قدراً وهو يطبخ فيها فجاء صاحبها ليأخذها فسأله الذي يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبيخ فأبى وكبه وأخذها وهذا من جملة مانقم الخوارج من علي فانهم قالوا انه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم وان حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم فقال لهم ابن عباس أفتسبون أمكم عائشة رضي الله عنها أم تستحلون منها ماتستحلون من غيرها، فان قلتم ليست أمكم كفرتم وان قلتم انها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم يعني بقوله انكم ان جحدتم انها أمكم فقد قال الله تعالى (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم) فان لم تكن أماً لكم لم تكونوا من المؤمنين، ولان قتال البغاة انما هو كدفعهم وردهم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم الا ماحصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق ويبقى حكم المال والذرية على أصل العصمة وما أخذ من سلاحهم وكراعهم لم يرد اليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أسر من رجالهم حبس حتى تنقضي الحرب ثم يرسل)

وجملة ذلك ان حكم من أسر منهم انه يخلى سبيله ان دخل في الطاعة وان أبى ذلك وكان رجلا جلداً من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلي سبيله وشرط عليه أن لايعود إلى القتال

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسر صبي أو امرأة فهل يفعل به ذلك او يخلى سبيله في الحال؟ يحتمل وجهين)

(أحدهما) يخلى سبيلهم في الحال (والثاني) يحبسون لان فيه كسر قلوب البغاة والاول أصح

(فصل) فان أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى اهل العدل بأسارى البغاة فان قتل أهل البغي أسارى أهل العدل لم يجز لأهل العدل قتل أساراهم لأنهم لايقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم فان أبى اهل البغي مفاداة الاسرى الذين معهم وحبسوهم

فان قتل العادل كان شهيداً لانه قتل في قتال أمر الله تعالى به بقوله (فقاتلوا التي تبغي) وهل يغسل ويصلي عليه؟ فيه روايتان إحداهما) لا يغسل ولا يصلي عليه لانه شهيد معركة امر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الكفار (والثانية) يغسل ويصلى عليه وهو قول الاوزاعي وابن المنذر ولان النبي ﷺ امر بالصلاة على من قال لا إله إلا الله واستثنى قتيل الكفار في المعركة ففي ماعداه يبقى على الاصل ولان شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله اكثر وقد جاء أنه يشفع في سبعين من أهل بيته وهذا لا يلحق به في فضله فلا يثبت فيه مثل حكمه فان الشيء انما يقاس على مثله.

(فصل) وليس على أهل البغي أيضا ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وفي الآخر يضمنون ذلك لقول أبي بكر لاهل الردة: تدون قتلانا ولاندي قتلاكم ولانها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح فوجب ضمانه كالذي تلفت في غير حال الحرب

ولنا ماروى الزهري أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فاجمعوا على أن لا

احتمل ان لا يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا الى تخليص أساراهم بحبس الاسارى الذين معهم واحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون لان الذنب في حبس أسارى أهل العدل لغيرهم

مسئلة (واذا انقضى الحرب فمن وجد ماله في يد انسان أخذه)

لما ذكرنا من قول علي: من عرف شيئا أخذه ولانه مال معصوم بالاسلام فأشبه مال غير البغاة

مسئلة (ولا يضمن أهل العدل ما أتلفوه عليهم حال الحرب من نفس او مال وهل يضمن البغاة ما أتلفوه على اهل العدل في الحرب؟ على روايتين)

وجملة ذلك انه اذا لم يمكن دفع اهل البغي إلا بقتلهم جاز ولا شيء على من قتلهم من اثم ولا ضمان ولا كفارة لانه فعل ما أمر به وقتل من احل الله قتله وكذلك ما أتلفه اهل العدل على أهل البغي حال الحرب من المال لا ضمان فيه لانهم اذا لم يضمنوا الا نفس فالاموال اولى

(فصل) وان قتل العادل كان شهيداً لانه قتل في قتال أمره الله تعالى به بقوله سبحانه (فقاتلوا التي تبغي) وهل يغسل ويصلى عليه؟ فيه روايتان [إحداهما] لا يغسل ولا يصلى عليه لانه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الكفار [والاخرى] يغسل ويصلى عليه وهو قول الاوزاعي وابن المنذر لان النبي ﷺ امر بالصلاة على من قال لا اله الا الله واستثنى قتيل الكفار في المعركة فيما عداه يبقى على الاصل ولان شهيد معركة الكفار اجره اعظم وفضله اكثر وقد جاء انه يشفع في سبعين من اهل بيته وهذا لا يلحق به في فضله فلا يثبت فيه مثل حكمه لان الشيء انما يقاس على مثله

(فصل) وليس على أهل البغي ايضا ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال وبه قال ابو حنيفة والشافعي في احد قوليه وعن احمد رواية ثانية أنهم يضمنون وهو القول الثاني للشافعي

يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يغرم ما لا أتلفه بتأويل القرآن ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الاخرى كأهل العدل ولان تضمينهم يفضي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب فاما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه فان عمر قال له أما ان يَدوا قتلانا فلا فان قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله فوافقه أبو بكر ورجع الى قوله فصار أيضا إجماعا حجة لنا ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئا من ذلك وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن وثابت بن أقرم ثم أسلم فلم يغرم شيئا ثم لو وجب التغريم في حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا فان أولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ فكيف يصح الحاقهم بهم ؟ فاما ماأتلفه بعضهم على بعض في غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى متلفه ضمانه ، وبهذا قال الشافعي ولذلك لما قتل الخوارج عبدالله بن خباب أرسل اليهم علي أقيدونا من عبد الله بن خباب ولما قتل ابن ماجم عليا في غير المعركة أقيد به وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل أحداً من أهل العدل في غير المعركة؟ فيه وجهان :

لقول ابي بكر رضي الله عنه لأهل الردة : تدون قتلانا ولا ندي قتلاكم ولانها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح فوجب ضمانه كالذي تلف في غير حال الحرب

ولنا ما روى الزهري انه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على ان لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يلزم مالا اتلفه بتأويل القرآن . ولانها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ماأتلفت على الاخرى كأهل العدل ولان تضمينهم يفضي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلا يشرع كتضمين اهل الحرب . فأما قول ابي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه فان عمر قال له اما ان يدوا قتلانا فلا فان قتلانا قتلوا في سبيل الله على ما امر الله فوافقه أبو بكر ورجع الى قوله فصار إجماعا حجة ولم ينقل انه غرم أحداً شيئا من ذلك وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن وثابت بن ارقم ثم اسلم فلم يغرم شيئا ثم لو وجب التغريم في حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا فان اولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ فكيف يصح إلحاقهم به ؟

مسئلة (ومن أتلف في غير حال الحرب شيئاً ضمنه سواء كان قبل الحرب او بعده)

وبهذا قال الشافعي ولذلك لما قتل الخوارج عبدالله بن خباب ارسل اليهم علي اقيدونا من عبدالله بن حباب ولما قتل ابن ملجم علياً في غير المعركة قتل به وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل احداً من أهل العدل في غير المعركة ؟ فيه وجهان [احدهما] يتحتم لانه قتل باشهار السلاح والسعي في الارض بالفساد فاشبه قطاع الطريق [والثاني] لا يتحتم وهو الصحيح لقول علي رضي الله عنه ان شئت اعفو وان شئت استقدت. فاما الخوارج فالصحيح على ماذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص على واحد منهم ولا ضمان عليه في ماله

(أحدهما) يتحتم لانه قتل باشهار السلاح والسعي في الارض بالفساد فيحتم قتله كقاطع الطريق (والثاني) لا يتحتم وهو الصحيح لقول علي رضي الله عنه ان شئت أن اعفو وان شئت استقدت فاما الخوارج فالصحيح على ماذكرنا إباحة قتلهم فلاقصاص على قاتل أحد منهم ولاضمان عليه في ماله

﴿مسئلة﴾ قال (واذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب له ذرية)

وجملته أن اهل البغي اذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بالقاء السلاح وإما بالهزيمة الى فئة أو الى غير فئة واما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فانه يحرم قتلهم واتباع مدبرهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت لهم فئة يلجئون اليها جاز قتل مدبرهم واسيرهم والاجازة على جريحهم وان لم يكن لهم فئة لم يقتلوا لكن يضربون ضرباً وجيعاً ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ذكروا هذا في الخوارج ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعي لانه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا إلى المحاربة

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال يوم الجمل لا يذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا او بابه فهو آمن ولا يتبع مدبر وقد روي نحو ذلك عن عمار وعن علي رضي

(فصل) ومن قتل من اهل البغي غسل وصلي عليه وبهذا قال الشافعي وقال اصحاب الرأي ان لم يكن لهم فئة صلي عليهم وان كانت لهم فئة لم يصل عليهم لانه يجوز قتلهم في هذه الحالة فلم يصل عليهم كالكفار

ولنا قول النبي ﷺ « صلوا على من قال لا إله إلا الله » رواه الخلال في جامعه ولانهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو لم تكن لهم فئة . وما ذكروه ينتقض بالزاني المحصن والمقتص منه والقاتل في المحاربة

(فصل) ولم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصلى على الخوارج فانه قال أهل البدع أن مرضوا فلا تعودوهم وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم ، وقال أحمد رضي الله عنه الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم قد ترك النبي ﷺ الصلاة بأقل من هذا وذكر أن النبي ﷺ نهى أن تقاتل خيبر ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل فلم يصل عليه النبي ﷺ فقيل له فان كان في قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصلي عليه قال أنا لا أشهده يشهده من شاء وقال مالك : لا يصلى على الاباضية ولا القدرية وسائر أهل الاهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم ، والاباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبد الله بن أباض صاحب مقالتهم والازارقة أصحاب نافع بن الازرق والنجدات أصحاب نجدة الحروري والبيهسية أصحاب بيهس والصفرية قيل انهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة

الله عنه انه ودي قوما من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن ابي امامة أنه قال شهدت صفين وكانوا لايجيزون على جريح ولا يقتلون موليا ولا يسلبون قتيلا وقد ذكر القاضي في شرحه عن عبدالله بن مسعود ان النبي ﷺ قال « ياابن ام عبد ماحكم من بغي على أمتي ؟ » فقلت الله ورسوله أعلم فقال لايتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم ولان المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتالهم كالصائل ولا يقتلون لما يخاف في الثاني كما لو لم تكن لهم فئة . إذا ثبت هذا فان قتل إنسان من منع من قتله ضمنه لانه قتل معصوما لم يؤمر بقتله وفي القصاص وجهان

(أحدهما) يجب لانه مكافيء معصوم (والثاني) لايجب لان في قتلهم اختلافا بين الائمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لانه مما يندريء بالشبهات ، وأما أسيرهم فان دخل في الطاعة خلي سبيله وان أبى ذلك وكان رجلا جلدا من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلي سبيله وشرط عليه أن لايعود إلى القتال وإن لم يكن الاسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلي سبيلهم ولم يحبسوا في أحد الوجهين ، وفي الآخر يحبسون لان فيه كسراً لقلوب البغاة ، وان أسر كل واحد من الفريقين اسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل باسارى أهل البغي وإن قتل اهل البغي أسارى اهل العدل لم يجز لاهل العدل قتل أساراهم لانهم لايقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم وان أبى البغاة مفاداة الاسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لاهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أساراهم بحبس من معهم ويحتمل أن لايجوز حبسهم ويطلقون لان الذنب في حبس أسارى أهل العدل لغيرهم

والحرورية نسبوا الى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها قال أبو بكر بن عياش : لا أصلي على الرافضي لانه يزعم أن عمر كافر ولا على الحروري لانه يزعم أن عليا كافر ، وقال الفريابي : من سب أبا بكر فهو كافر لا يصلى عليه ، ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الاسلام ولا يرون الصلاة عليهم فلا يصلى عليهم كالكفار من أهل الذمة وغيرهم لانهم مرقوا من الدين فأشبهوا المرتدين

(فصل) والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وانما هم مخطئون في تأويلهم والامام وأهل العدل مصيبون في قتالهم فهم جميعاً كالمجتهدين من الفقهاء في الاحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافا فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الامام لم تقبل شهادتهم لانهم فساق ، وقال أبو حنيفة يفسقون بالبغي وخروجهم ولكن تقبل شهادتهم لان فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة والاختلاف في ذلك يذكر في كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى

(فصل) ذكر القاضي أنه لا يكره للعادل قتل ذوي رحمه الباغين لانه قتل بحق أشبه اقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد الى ذلك قال شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم في تحريمه بين اهل العلم خلافا وقد ذكرنا حديث ابي امامة وابن مسعود، ولانهم معصومون وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم ماحصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وماعداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روي أن عليا رضي الله عنه يوم الجمل قال من عرف شيئا من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب علي قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها فجاء صاحبها ليأخذها فسأله الذي يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبيخ فأبى وكبه وأخذها، وهذا من جملة مانقم الخوارج من علي فانهم قالوا انه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم فقال لهم ابن عباس أفتسبون أمكم ؟ يعني عائشة ام تستحلون منها ماتستحلون من غيرها ؟فان قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وإن قلتم انها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم، يعني بقوله انكم إن جحدتم انها أمكم فقد قال الله تعالى (النبي اولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم) فان لم تكن أما لهم لم يكونوا من المؤمنين، ولان قتال البغاة انما هو لدفعهم وردهم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ماحصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق وبقي حكم المال والذرية على أصل العصمة ، وما أخذ من كراعهم وسلاحهم لم يرد اليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به . وذكر القاضي ان احمد أومأ إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب ولا يجوز في غير قتالهم وهذا قول أبي حنيفة لان هذه الحال يجوز فيها اتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم فجاز الانتفاع به كسلاح اهل الحرب . وقال الشافعي لا يجوز ذلك إلا من ضرورة إليه لانه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه كغيره من أموالهم

لقول الله تعالى (وإن جاهداك على أن تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) وقال الشافعي كف النبي ﷺ أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه وقال بعضهم لا يحل ذلك لان الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فان قتله فهل يرثه ؟ على روايتين (احداهما) يرثه اختارها أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة لانه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص والقتل في الحد (والثانية) لا يرثه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لقاتل شيء » فأما الباغي إذا قتل العادل فلا يرثه وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يرثه لانه قتل بتاويل أشبه قتل العادل الباغي

ولنا أنه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ماإذا قتله العادل لانه قتله بحق وقال قوم إذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وان قصد ضربه ليصير غير ممتنع فجرحه ومات من هذا الضرب ورثه ولانه قتله بحق وهذا قول ابن المنذر وهو أقرب الاقاويل

﴿ مسئلة ﴾ **(وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج أو جزية لم يعد عليهم ، ولا على صاحبه)**

إذا غلب أهل البغي على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فاذا ظهر

وقال أبو الخطاب في هذه المسئلة وجهان كالمذهبين ، ومتى انقضت الحرب وجب رده اليهم كما ترد اليهم سائر أموالهم لقول النبي ﷺ « لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه » وروى أبو قيس ان علياً رضي الله عنه نادى من وجد ماله فليأخذه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن قتل منهم غسل وكفن وصلي عليه)

يعني من أهل البغي وبهذا قال مالك والشافعي ؛ وقال أصحاب الرأي إن لم يكن لهم فئة صلي عليهم وان كانت لهم فئة لم يصل عليهم لانه يجوز قتلهم في هذه الحال فلم يصل عليهم كالكفار

ولنا قول النبي ﷺ «صلوا على من قال لا إله إلا الله » رواه الخلال في جامعه ، ولانهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو لم يكن لهم فئة .وماذكروه ينتقض بالزاني المحصن والمقتص منه والقاتل في المحاربة

(فصل) لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وظاهر كلام أحمد رحمه الله انه لا يصلى على الخوارج فانه قال أهل البدع ان مرضوا فلا تعودوهم وان ماتوا فلا تصلوا عليهم . وقال أحمد : الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم قد ترك النبي ﷺ الصلاة بأقل من هذا . وذكر أن النبي ﷺ نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل فلم يصل عليه النبي ﷺ فقيل انه كان في قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصلي عليه قال «أنا لا أشهده يشهده من شاء »

أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغي لم يطالبوا بشيء مما جبوه ولم يرجع به على من أخذ منه وروي نحو هذا عن ابن عمر وسلمة بن الاكوع وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم وقال أبو عبيد على من أخذوا منه الزكاة الاعادة لان أخذها ممن لا ولاية له صحيحة فأشبه ما لو اخذها آحاد الرعية

ولنا أن علياً رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه وكان ابن عمر إذا اتاه ساعي نجدة الحروري دفع اليه الزكاة وكذلك سلمة بن الاكوع ولان في ترك الاحتساب بها ضرراً عظيما ومشقة كبيرة فانهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة فلو لم يحتسب بما أخذوه ادى الى ثنا الصدقات في تلك المدة كلها

﴿ مسئلة ﴾ (ومن ادعى دفع زكاته اليهم قبل بغير يمين) قال أحمد لا يستحلف الناس على صدقاتهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى ذمي دفع جزيته اليهم لم يقبل الا ببينة)

لانهم غير مأمونين ولان ما يجب عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم فيه كأجرة الدار

ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول لان الظاهر أن البغاة لا يدعون الجزية لهم فكان القول قولهم

وقال مالك : لا يصلى على الاباضية ولا القدرية وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم . والاباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبدالله بن اباض صاحب مقالتهم ، والازارقة أصحاب نافع بن الازرق ، والنجدات أصحاب نجدة الحروري ، والبيهسية اصحاب بيهس ، والصفرية قيل أنهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا إلى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها . وقال أبوبكر بن عياش : لا أصلي على الرافضي لانه زعم ان عمر كافر ولا على الحروري لانه يزعم ان علياً كافر . وقال الفريابي من شتم أبابكر فهو كافر لا يصلى عليه

ووجه ترك الصلاة عليهم انهم يكفرون اهل الاسلام ولا يرون الصلاة عليهم فلا يصلى عليهم كالكفار من أهل الذمة وغيرهم ولانهم مرقوا من الدين فأشبهوا المرتدين

(فصل) والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وانما هم يخطئون في تأويلهم والامام وأهل العدل مصيبون في قتالهم فهم جميعا كالمجتهدين من الفقهاء في الاحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا وهذا قول الشافعي ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافا ، فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الامام فلا تقبل شهادتهم لانهم فساق وقال ابوحنيفة يفسقون بالبغي وخروجهم على الامام ولكن تقبل شهادتهم لان فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ويذكر ذلك في كتاب الشهادة إن شاء الله تعالى

(فصل) ذكر القاضي انه لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي لانه قتل بحق فأشبه إقامة الحد عليه وكرهت طائفة من اهل العلم القصد إلى ذلك وهو أصح إن شاء الله لقول الله تعالى (وإن

لان الظاهر معهم ولانه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم اقامة البينة على كل عام فيؤدي ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى دفع خراجه اليهم فهل يقبل بغير بينة ؟ على وجهين)

(احدهما) يقبل لانه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة (والثاني) لا يقبل لانه عوض فأشبه الجزية

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز شهادتهم)

لانهم أخطؤا في فروع الاسلام باجتهادهم فاشبه المجتهدين من الفقهاء في الاحكام وإذا لم يكونوا من اهل البدع قبلت شهادتهم كأهل العدل وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ما ينقض من حكم غيره)

إذا نصب اهل البغي قاضيا يصلح للقضاء فهو كقاضي اهل العدل ينفذ من احكامه ما ينفذ من احكام قاضي اهل العدل ويرد منه ما يرد فان كان ممن يستحل دماء أهل العدل واموالهم لم يجز قضاؤه لانه ليس بعدل وهذا قول الشافعي وقال ابو حنيفة لا يجوز قضاؤه بحال لان اهل البغي يفسقون ببغيهم والفسق ينافي القضاء

جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) وقال الشافعي كف النبي ﷺ أباحذيفة وعتبة عن قتل ابيه وقال بعضهم لا يحل ذلك لان الله تعالى امر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فان قتله فهل يرثه؟ على روايتين

(إحداهما) يرثه هذا قول ابي بكر ومذهب ابي حنيفة لانه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص والقتل في الحج (والثانية) لا يرثه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام «ليس لقاتل شيء» وأما الباغي إذا قتل العادل فلا يرثه وهذا قول الشافعي، وقال ابو حنيفة يرثه لانه قتله بتأويل أشبه قتل العادل الباغي

ولنا انه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ، وفارق ما إذا قتله العادل لانه قتله بحق، وقال قوم إذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وان قصد ضربه ليصير غير ممتنع فجرحه ومات من هذا الضرب ورثه لانه قتله بحق، وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الاقاويل

﴿مسئلة﴾ قال (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم)

وجملته ان اهل البغي إذا غلبوا على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فاذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغي لم يطالبوا بشيء مما جبوه ولم يرجع به

ولنا انه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق به كاختلاف الفقهاء إذا ثبت هذا فانه إذا حكم بما لا يخالف نصاً ولا اجماعا نفذ حكمه وان خالف ذلك نقض حكمه كقاضي اهل العدل، فان حكم بسقوط الضمان على اهل البغي فيما اتلفوه حال الحرب جاز حكمه لانه موضع اجتهاد، وان كان حكمه فيما اتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لانه مخالف للاجماع، وان حكم على اهل العدل بوجوب الضمان فيما اتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للاجماع وان حكم بوجوب ضمان ما اتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه، وان كتب قاضيهم الى قاضي اهل العدل جاز قبول كتابه لانه قاض ثابت القضايا نافذ الاحكام، والاولى انه لا يقبله كسراً لقلوبهم وقال اصحاب الرأي لا يجوز وقد سبق الكلام في هذا فأما الخوارج إذا ولوا قاضيا لم يجز قضاؤه لان أقل أحوالهم الفسق وهو يمنع القضاء ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه لان هذا مما يتطاول وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده الانكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعاً للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة

(فصل) وإذا ارتكب أهل البغي في حال امتناعهم ما يوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار، وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر وقال أبو حنيفة: إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من تاجر أو أسر لانهم خارجون عن دار الامام وأشبهوا من في دار الحرب

ولنا عموم الآيات والاخبار ولان كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها تجب الحدود فيه

على من أخذ منه ، روي نحو هذا عن ابن عمر وسلمة بن الاكوع وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم . وقال ابو عبيد على من أخذوا منه الزكاة الاعادة لانه أخذها ممن لا ولاية له صحيحة فأشبه مالو أخذها آحاد الرعية

ولنا ان علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه وكان ابن عمر إذا أتاه ساعي نجدة الحروري دفع اليه زكاته وكذلك سلمة بن الاكوع ، ولان في ترك الاحتساب بها ضرراً عظيما ومشقة كثيرة فانهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة فلو لم يحتسب بما أخذوه أدى إلى ثنا الصدقات في تلك المدة كلها

فاذا ثبت هذا فاذا ذكر أرباب الصدقات انهم قد أخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين ، قال احمد لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، وان ادعى اهل الذمة دفع جزيتهم لم تقبل بغير بينة لانهم غير مأمونين ، ولان ما يجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول لان الظاهر أن البغاة لايدعون الجزية لهم فكان القول قولهم لان الظاهر معهم ، ولانه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم إقامة البينة على كل عام فيؤدي ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين ، وان ادعى من عليه الخراج دفعه اليهم ففيه وجهان [أحدهما] يقبل لانه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة [والثاني] لا يقبل لانه عوض فأشبه الجزية وان كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية لانه عوض على غير مسلم فهو كالجزية ولانه احد الخراجين فأشبه الجزية

عند وجود أسبابها كدار أهل العدل، ولانه زان أو سارق ولا شبهة في زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذي في دار العدل، وهكذا القول فيمن أتى حدا في دار الحرب فانه يجب عليه لكن لا يقام الا في دار الاسلام على ما ذكرناه في موضعه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استعانوا بأهل الذمة فأعانوهم انتقض عهدهم الا أن يدعوا أنهم ظنوا أنه تجب عليهم معونة من استعان بهم من المسلمين ونحو ذلك فلا ينتقض عهدهم)

اذا استعان البغاة باهل الذمة في قتال أهل العدل وقاتلوا معهم فقد ذكر ابو بكر فيهم وجهين (أحدهما) ينتقض عهدهم لانهم قاتلوا أهل الحق فانتقض عهدهم كمالو انفردوا بقتالهم (والثاني) لا ينتقض لان أهل الذمة لايعرفون الحق من المبطل فيكون ذلك شبهة لهم وللشافعي قولان كالوجهين فان قلنا ينتقض عهدهم صاروا كاهل الحرب، فيما نذكره وان قلنا لاينتقض عهدهم فحكمهم حكم أهل البغي في قتل مقبلهم والكف عن اسيرهم ومدبرهم وجريحهم ،وان أكرههم البغاة على معونتهم او ادعوا ذلك قبل منهم لانهم تحت ايديهم وقدرتهم ،وكذلك ان قالوا ظننا ان من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته لان ماادعوه محتمل فلا ينتقض عهدهم مع الشبهة

(فصل) ويغرمون ماأتلفوه من نفس ومال حال القتال وغيره بخلاف أهل البغي فانهم لا يضمنون

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ماينقض من حكم غيره)

يعني إذا نصب أهل البغي قاضيا يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ماينفذ من احكام اهل العدل ويردمنه مايرد فان كان ممن يستحل دماء اهل العدل واموالهم لم يجز قضاؤه لانه ليس بعدل وهذا قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة لايجوز قضاؤه بحال لان اهل البغي يفسقون ببغيهم والفسق ينافي القضاء

ولنا انه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق كاختلاف الفقهاء، فاذا ثبت هذا فانه إذا حكم بما لايخالف إجماعا نفذ حكمه ، وإن خالف ذلك نقض حكمه فقاضي أهل البغي اولى ، وان حكم بسقوط الضمان عن اهل البغي فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لانه موضع اجتهاد وان كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لانه مخالف للاجماع وان حكم على اهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للاجماع ،وان حكم بوجوب ضمان ماأتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه ، وإن كتب قاضيهم إلى قاضي اهل العدل جاز قبول كتابه لانه قاض ثابت القضايا نافذ الاحكام، والاولى ان لايقبله كسراً لقلوبهم،وقال اصحاب الرأي لايقبله لان قضاءه لايجوز وقد سبق الكلام في هذا ، فاما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يجز قضاؤه لان اقل أحوالهم الفسق والفسق ينافي القضاء ويحتمل ان يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه لان هذا مما يتطاول وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده الانكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعا للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة

ماأتلفوا حال الحرب لانهم اتلفوه بتأويل سائغ وهؤلاء لاتأويل لهم ولان سقوط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة وأهل الذمة لاحاجة بنا الى ذلك فيهم

﴿ مسألة ﴾ (وان استعانوا بأهل الحرب وآمنوهم لم يصح امانهم وابيح قتلهم)

اذا استعان أهل البغي بالكفار لم يخل من ثلاثة أصناف [أحدها] أهل الذمة وقد ذكرنا حكمهم (الثاني) أهل الحرب فاذا استعانوا بهم وآمنوهم وعقدوا لهم ذمة لم يصح واحد منهما لان الامان من شرط صحته التزام كفهم عن المسلمين وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ولاهل العدل قتلهم كمن لم يؤمنوه سواء وحكم اسيرهم حكم اسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما البغاة فلا يجوز لهم قتلهم لانهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم

[الثالث] المستأمنون فمتى استعانوا بهم فاعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لانهم تركوا الشرط وهو كفهم عن المسلمين،فان فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض أمانهم لان لهم عذرا وان ادعوا الاكراه لم يقبل الا ببينة لان الاصل عدمه فان ادعوا انهم ظنوا انه يجب عليهم معونة من

(فصل) وان ارتكب أهل البغي في حال امتناعهم مايوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر وقال ابو حنيفة إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر او أسير لانهم خارجون عن دار الامام فأشبهوا من في دار الحرب

ولنا عموم الآيات والاخبار ولان كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها كدار اهل العدل . ولانه زان او سارق لا شبهة في زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذي في دار العدل، وهكذا نقول فيمن أتى حداً في دار الحرب فانه يجب عليه لكن لا يقام إلا في دار الاسلام على ماذكرناه في موضعه

(فصل) وإذا استعان اهل البغي بالكفار فلا يخلو من ثلاثة أصناف (أحدهم) اهل الحرب فاذا استعانوا بهم أو آمنوهم او عقدوا لهم ذمة لم يصح واحد منها لان الامان من شرط صحته الزام كفهم عن المسلمين وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ، ولاهل العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء وحكم أسيرهم حكم أسير سائر اهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما اهل البغي فلا يجوز لهم قتلهم لانهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم

(الصنف الثاني) المستأمنون فمتى استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لانهم تركوا الشرط وهو كفهم عن المسلمين فان فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم لان لهم عذرا و إن ادعوا الاكراه لم يقبل قولهم إلا ببينة لان الاصل عدمه

استعان بهم من المسلمين انتقض عهدهم ولم يكن ذلك عذراً لهم والفرق بينهم وبين أهل الذمة ان أن أهل الذمة أقوى حكماً لان عهدهم مؤبد ولا يجوز نقضه بخوف الخيانة منهم ويلزم الامام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان أظهر قوم رأي الخوارج ولم يجتمعوا الحرب لم يتعرض لهم)

مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم الا انهم لم يجتمعوا الحرب ولم يخرجوا عن قبضة الامام ولم يسفكوا الدم الحرام، فحكى القاضي عن أبي بكر انه لا يحل بذلك قتلهم ولا قتالهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل الفقه روي ذلك عن عمر ابن عبدالعزيز فعلى هذا حكمهم في ضمان النفس والمسلمين

﴿مسئلة﴾ (وان سبوا الامام عزرهم وكذلك إن سبوا غيره من أهل العدل)

لانهم ارتكبوا محرما لا حد فيه وان عرضوا بالسب فهل يعزرون ؟ على وجهين ، وقال مالك في الاباضية وسائر أهل البدع يستتابون فان تابوا والا ضربت اعناقهم قال اسماعيل بن إسحاق رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفساد الداخل فى الدين كقطاع الطريق فان تابوا والا

(الصنف الثالث) أهل الذمة فاذا أعانوهم وقاتلوا معهم ففيهم وجهان ذكرهما أبو بكر [أحدهما] ينتقض عهدهم لانهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كما لو انفردوا بقتالهم [والثاني] لا ينتقض لان أهل الذمة لا يعرفون المحق من المبطل فيكون ذلك شبهة لهم وللشافعي قولان كالوجهين ، فان قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وان قلنا لا ينتقض عهدهم فحكمهم حكم أهل البغي في قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم إلا انهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره بخلاف أهل البغي فانهم لا يضمنون ما أتلفوا حال الحرب لانهم أتلفوه بتأويل سائغ وهؤلاء لا تأويل لهم ولانه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم، وان أكرههم البغاة على معونتهم لم ينتقض عهدهم وان ادعوا ذلك قبل قولهم لانهم تحت أيديهم وقدرتهم . وان قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته لم ينتقض عهدهم، وان فعل ذلك المستأمنون انتقض عهدهم، والفرق بينهما ان أهل الذمة أقوى حكماً لان عهدهم مؤبد ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم ويلزم الامام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك

(فصل) وإذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين لزمهم ضمان ما أتلفوه سواء تحيزوا أو صاروا في منعة أو لم يصيروا ذكره أبو بكر. قال القاضي : وهو ظاهر كلام احمد ، وقال الشافعي : حكمهم حكم أهل البغي فيما أتلفوه من الأنفس والاموال لان تضمينهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع الى الاسلام فأشبهوا أهل البغي . ولنا ماروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لاهل الردة حين رجعوا تردون علينا ما أخذتم منا ولا نرد عليكم ما أخذنا منكم وان تدوا

قتلوا على افسادهم لا على كفرهم، وأما من رأى تكفيرهم فمقتضى قوله انهم يستتابون فان تابوا والا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد، وحجتهم قول النبي ﷺ في الذي انكر عليه وقال انها قسمة ما أريد بها وجه الله لابي بكر «اذهب فاقتله» ثم قال لعمر مثل ذلك فأمر بقتله قبل قتاله وهو الذي قال «يخرج من ضئضىء هذا قوم» يعني الخوارج وقول عمر لضبيع لو وجدتك محلوقا لضربت الذي فيه عيناك بالسيف يعنى لقتلتك وانما يقتله لكونه من الخوارج فان النبي ﷺ قال سيماهم التسبيد يعني حلق رءوسهم واحتج الاولون بفعل علي رضي الله عنه فروي عنه انه كان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد لا حكم الا لله فقال علي كلمة حق اريد بها باطل ثم قال لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم الفيء مادامت أيديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال، وروى أبو يحيى قال صلى علي صلاة فناداه رجل (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين) فأجابه علي (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) وكتب علي بن ارطاة الى عمر بن عبد العزيز ان الخوارج يسبونك فكتب اليه ان سبوني فسبوهم او اعفوا عنهم وان شهروا السلاح فاشهروا وان ضربوا فاضربوا ، ولان النبي ﷺ لم يتعرض للمنافقين الذين معه في المدينة فلأن يتعرض لغيرهم أولى

قتلانا ولا ندي قتلاكم قالوا نعم ياخليفة رسول الله فقال عمر كل ماقلت كما قلت الا أن يدوا ما قتل منا فلا لانهم قوم قتلوا في سبيل الله و استشهدوا ولانهم أتلفوه بغير تأويل فاشبهوا أهل الذمة فاما القتلى فحكمهم فيهم حكم أهل البغي لما ذكرنا من خبر أبي بكر وعمر ولان طليحة الاسدي قتل عكاشة بن محصن الاسدي وثابت بن أثرم فلم يغرمهما وبنو حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئا ، ويحتمل أن يحمل قول احمد وكلامه في المال على وجوب رد ما في أيديهم دون ما أتلفوه وعلى من أتلف من غير أن يكون له منعة أو أتلف في غير الحرب وما أتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه لانه اذا سقط ذلك عن أهل البغي كيلا يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلا يؤدي الى التنفير عن الاسلام أولى ولانهم اذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فاشبهوا أهل الحرب ويحمل قول ابي بكر على ما بقي في أيديهم من المال فيكون مذهب احمد ومذهب الشافعي في هذا سواء وهذا أعدل وأصح ان شاء الله تعالى فاما من لا منعة له فيضمن ما أتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين او اهل الذمة لانه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه فبقي المال والنفس بالنسبة اليه على عصمته ووجوب ضمانه والله أعلم

وقد روي في خبر الخارجي الذي أنكر عليه ان خالدا قال يارسول الله الا أضرب عنقه قال « لا لعله يصلي ؟ » قال رب مصل لا خير فيه قال « أني لم اومر ان انقب على قلوب الناس »

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنوا جناية أو اتوا حدا أقامه عليهم)

لان ابن ملجم جرح عليا فقال أطعموه واسقوه واحبسوه فان عشت فانا ولي دمي اعفو ان شئت وان شئت استقدت وان مت فاقتلوه ولا تمثلوا به

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقتتلت طائفتان لعصبية أو طلب رئاسة فهما ظالمتان وتضمن كل واحدة منهما ما اتلفت على الاخري)

لانها اتلفت نفسا معصومة أو مالا معصوما هذا اذا لم تكن واحدة منهما في طاعة الامام فان كانت احداهما في طاعة الامام تقاتل بأمره فهي محقة وحكم الاخرى حكم من يقاتل الامام لانهم يقاتلون من اذن له الامام في قتالهم فاشبه المقاتل لجيش الامام فيكون حكمهم حكم البغاة

كتاب المرتد

المرتد هو الراجع عن دين الاسلام إلى الكفر قال الله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقال النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وأبي موسى وابن عباس وخالد وغيرهم ولم ينكر ذلك فكان إجماعا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ارتد عن الاسلام من الرجال والنساء وكان بالغا عاقلا دعي اليه ثلاثة أيام وضيق عليه فان رجع وإلا قتل)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) انه لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل روي ذلك عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما وبه قال الحسن والزهري والنخعي ومكحول وحماد ومالك والليث والاوزاعي والشافعي وإسحاق . وروي عن علي والحسن وقتادة انها تسترق لا تقتل ولان أبا بكر استرق نساء بني حنيفة وذراريهم وأعطى عليا منهم امرأة فولدت له محمد بن الحنفية ، وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا. وقال أبو حنيفة تجبر على الاسلام بالحبس والضرب ولا تقتل لقول النبي ﷺ «لا تقتلوا امرأة» ولأنها لا تقتل بالكفر الاصلي فلا تقتل بالطارىء كالصبي

باب حكم المرتد

المرتد هو الذي يكفر بعد اسلامه قال الله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقال النبي ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه» وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتدين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وأبي موسى وابن عباس وخالد رضي الله عنهم وغيرهم فلم ينكر فكان اجماعا

﴿ مسئلة ﴾ (فمن اشرك بالله تعالى او جحد ربوبيته أو وحدانيته أو صفة من صفاته أو اتخذ صاحبة أو ولداً أو جحد نبياً أو كتابا من كتب الله أو شيئاً منه أو سب الله سبحانه وتعالى او رسوله كفر)

وجملة ذلك ان المرتد هو الراجع عن دين الاسلام الى الكفر فمن اقر بالاسلام ثم انكره وانكر الشهادتين او احداهما كفر بغير خلاف

﴿ مسئلة ﴾ (فان جحد وجوب العبادات الخمس او شيئا منها او احل الزنا او الخمر او شيئاً من المحرمات الظاهرة المجمع على تحريمها لجهل عرف ذلك فان كان ممن لا يجهل ذلك كفر)

وجملة ذلك انه قد مضى شرح حكم وجوب الصلاة وغيرها من العبادات الخمس في كتاب

ولنا قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » رواه البخاري وأبو داود وقال النبي ﷺ «لايحل دم امرىء مسلم إلا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه وروى الدارقطني ان امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها إلى النبي ﷺ فامر ان تستتاب فان تابت والا قتلت ولأنها شخص مكلف بدل دين الحق بالباطل فيقتل كالرجل واما نهي النبي ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الاصلية فانه قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة اصلية ولذلك نهى الذين بعثهم الى ابن ابي الحقيق عن قتل النساء ولم يكن فيهم مرتد ويخالف الكفر الاصلي الطارىء بدليل ان الرجل يقر عليه ولا يقتل أهل الصوامع والشيوخ والمكافيف ولاتجبر المرأة على تركه بضرب ولا حبس، والكفر الطارىء بخلافه والصبي غير مكلف بخلاف المرأة، واما بنو حنيفة فلم يثبت ان من استرق منهم تقدم له اسلام ولم يكن بنو حنيفة اسلموا كلهم وانما أسلم بعضهم، والظاهر أن الذين أسلموا كانوا رجالا فنهم من ثبت على اسلامه منهم ثمامة بن اثال ومنهم من ارتد منهم الدجال الحنفي

(الفصل الثاني) ان الردة لاتصح إلا من عاقل فاما من لاعقل له كالطفل الذي لاعقل له والمجنون ومن زال عقله باغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء يباح شربه فلاتصح ردته ولا حكم لكلامه بغير

الصلاة و لا خلاف بين اهل العلم في كفر من ترك الصلاة جاحداً لوجوبها اذا كان ممن لايجهل مثله ذلك فان كان ممن لايعرف الوجوب كحديث الاسلام والناشىء بغير دار الاسلام او بادية بعيدة عن الامصار واهل العلم لم يحكم بكفره وعرف ذلك وثبتت له ادلة وجوبها فان جحدها بعد ذلك كفر واما اذا كان الجاحد ناشئاً بين المسلمين في الامصار بين اهل العلم فانه يكفر بمجرد جحدها وكذلك الحكم في مباني الاسلام كلها وهي الزكاة والصيام والحج لانها مباني الاسلام وأدلة وجوبها لاتكاد تخفى اذ كان الكتاب والسنة مشحونين بادلتها والاجماع منعقد عليها فلا يجحدها الا معاند للاسلام ممتنع من التزام الاحكام غير قابل لكتاب الله تعالى وسنة رسوله واجماع الامة وكذلك من اعتقد حل شيء أجمع المسلمون على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه كلحم الخنزير والزنا والخمر واشباه هذا مما لاخلاف فيه كفر اذا كان قد نشأ بين المسلمين وهو ممن لايجهل مثله ذلك وقد ذكرناه في تارك الصلاة

(فصل) ومن سب الله تعالى أو رسوله كفر سواء كان جادا أو مازحا وكذلك من استهزأ بالله سبحانه وتعالى أو بآياته أو برسله أو كتبه لقوله تعالى (ولئن سألتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون؟ لاتعتذروا قد كفرتم بعد ايمانكم) وينبغي أن لايكتفى من الهازىء بذلك بمجرد الاسلام حتى يؤدب أدبا يزجره عن ذلك لانه اذا لم يكتف ممن سب رسول الله ﷺ بالتوبة فهذا أولى

خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن المجنون اذا ارتد في حال جنونه أنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود اذا طلب أولياؤه وقد قال النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» أخرجه أبوداود والترمذي وقال حديث حسن ولانه غير مكلف فلم يؤاخذ بكلامه كما لو لم يؤاخذ به في اقراره ولا طلاقه ولا اعتاقه وأما السكران والصبي العاقل فنذكر حكمهما فيما بعد ان شاء الله

(الفصل الثالث) انه لايقتل حتى يستتاب ثلاثا هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وعطاء والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي ، وروي عن احمد رواية أخرى انه لاتجب استتابته لكن تستحب وهذا القول الثاني للشافعي وهو قول عبيد بن عمير وطاوس ويروى ذلك عن الحسن لقول النبي ﷺ « من بدل دينه فقتلوه » ولم يذكر استتابته.

وروي أن معاذاً قدم على ابي موسى فوجد عنده رجلا موثقاً فقال ماهذا ؟ قال رجل كان يهوديا فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود قال لاأجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله قال اجلس قال لاأجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل متفق عليه ولم يذكر استتابته ولانه يقتل لكفره فلم تجب استتابته كالاصلي ولانه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله ضمن وقال عطاء إن كان مسلما أصليا لم يستتب وان كان أسلم ثم ارتد استتيب

(فصل) فان استحل قتل المعصومين وأخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل كفر لما ذكرنا وإن كان بتأويل كالخوارج فقد ذكرنا أن كثيراً من العلماء لم يحكموا بكفرهم مع استحلالهم دماء المسلمين وأموالهم وفعلهم ذلك متقربين الى الله تعالى وكذلك لم يحكم بكفر ابن ملجم مع قتله أفضل الخلق في زمنه ولا يكفر المادح له على ذلك أيضاً المتمني مثل فعله وهو عمران بن حطان قال يمدحه لقتل علي

يا ضربة من تقي ما أراد بها إلا ليبلغ عند الله رضوانا
اني لاذكره يوما فاحسبه أوفى البرية عند الله ميزانا

وقد عرف من مذهب الخوارج تكفير كثير من الصحابة ومن بعدهم واستحلال دمائهم وأموالهم واعتقادهم التقرب إلى ربهم بقتلهم ومع هذا لم يحكم أكثر الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك يخرج في كل محرم استحل بتأويل مثل هذا فقد روي أن قدامة بن مظعون شرب الخمر مستحلا فأقام عمر عليه الحد ولم يكفره وكذلك ابو جندل بن سهيل وجماعة شربوا الخمر بالشام مستحلين لها مستدلين بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فلم يكفروا وعرفوا تحريمها فتابوا وأقيم عليهم حدها فيخرج فيمن كان مثلهم مثل حكمهم وكذلك كل جاهل بشيء يمكن أن يجهله لايحكم بكفره حتى يعرف ذلك وتزول عنه الشبهة ويستحله بعد ذلك ، وقد

ولنا حديث أم مروان أن النبي ﷺ امر ان يستتاب وروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن ابن محمد بن عبد الله بن عبد القاريء عن ابيه انه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى فقال له عمر هل كان من معربة خبر؟ قال نعم رجل كفر بعد اسلامه فقال مافعلتم به؟ قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثا فاطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله؟ اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم ارض إذ بلغني، ولو لم تجب استتابته لما بريء من فعلهم ولأنه أمكن استصلاحه فلم يجز اتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس واما الامر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة بدليل ماذكرنا وأما حديث معاذ فانه قد جاء فيه وكان قد استتيب

ويروى ان ابا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه، وفي رواية فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك فجاء معاذ فدعاه وابى فضرب عنقه. رواهن ابو داود ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم اذا ثبت وجوب الاستتابة فمدتها ثلاثة أيام روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال مالك واسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر ان تاب في الحال والا قتل مكانه وهذا أصح قوليه وهو قول ابن المنذر لحديث أم مروان ومعاذ ولانه مصر على كفره أشبه بعد الثلاث، وقال الزهري يدعى ثلاث مرات فان أبى ضربت عنقه وهذا يشبه قول الشافعي، وقال النخعي يستتاب أبداً وهذا يفضي الى أن لا يقتل أبداً وهو مخالف للسنة والاجماع، وعن علي انه استتاب رجلا شهراً

قال احمد من قال الخمر حلال فهو كافر يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه وهذا محمول على من لايخفى على مثله تحريمه لما ذكرنا، فأما إن أكل لحم الخنزير أو ميتة أو شرب خمراً لم يحكم بردته بمجرد ذلك سواء فعله في دار الحرب أو دار الاسلام لانه يجوز أن يكون فعله معتقداً تحريمه كما يفعل غير ذلك من المحرمات

(فصل) والاسلام شهادة ان لا إله الا الله وأن محمداً رسول الله واقام الصلوات الخمس، وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت فمن أقر بهذا فهو مسلم وتجري عليه أحكام الاسلام ومن أنكر هذا أو شيئاً منه كفر لان الاقرار بالجميع واجب بالاتفاق ولا يكون مسلماً إلا بذلك فمن أنكر ذلك لم يكن مسلماً ومن أنكر البعض كان كمن أنكر الجميع لانه اذا أنكر البعض كان البعض الآخر كالمعدوم والدليل على ذلك أن من ترك ركناً من أركان الصلاة عامداً بطلت وكان وجود باقي الاركان كالمعدوم ولهذا قال النبي ﷺ للمسيء في صلاته «ارجع فصل فانك لم تصل» فجعل وجود صلاته كعدمها حيث ترك بعض أركانها وقال تعالى (كذبت قوم نوح المرسلين) وانما كذبوا نوحا وحده فكان تكذيبهم إياه كتكذيبهم جميع المرسلين، وعلى هذا لو جحد حكما من أحكام الاسلام مجمعاً عليه كان كمن جحده جميعه

ولنا حديث عمر ولان الردة انما تكون لشبهة ولا تزول في الحال فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها وأولى ذلك ثلاثة ايام للأثر فيها وانها مدة قريبة وينبغي ان يضيق عليه في مدة الاستتابة ويحبس لقول عمر هلا حبستموه وأطعمتموه كل يوم رغيفاً؟ ويكرر دعايته لعله يتعطف قلبه فيراجع دينه

(الفصل الرابع) انه ان لم يتب قتل لما قدمنا ذكره وهو قول عامة الفقهاء ويقتل بالسيف لانه آلة القتل ولا يحرق بالنار، وقد روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه أمر بتحريق المرتدين وفعل ذلك بهم خالد والاول أولى لقول النبي ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه ولا تعذبوا بعذاب الله» يعني النار أخرجه البخاري وابو داود وقال النبي ﷺ «ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة»

(الفصل الخامس) ان مفهوم كلام الخرقي انه اذا تاب قبلت توبته ولم يقتل اي كفر كان وسواء كان زنديقاً يستسر بالكفر او لم يكن وهذا مذهب الشافعي والعنبري ويروى ذلك عن علي وابن مسعود وهو إحدى الروايتين عن احمد واختيار ابي بكر الخلال وقال انه أولى على مذهب ابي عبدالله

(والرواية الاخرى) لاتقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته وهو قول مالك والليث واسحاق وعن ابي حنيفة روايتان كهاتين واخبار ابو بكر انه لاتقبل توبة الزنديق لقول الله تعالى (إلا الذين

﴿مسئلة﴾ (ومن ترك شيئاً من العبادات الخمس تهاوناً لم يكفر وعنه يكفر)

وقد ذكرنا توجيه الروايتين في باب من ترك الصلاة فأما الحج فلا يكفر بتأخيره بحال لان في وجوبه على الفور خلافا بين العلماء على ماذكر في موضعه

﴿مسئلة﴾ (ومن ارتد عن الاسلام من الرجال والنساء وهو بالغ عاقل دعي اليه ثلاثة أيام وضيق عليه فان لم يتب قتل)

الكلام في هذه المسئلة في خمسة فصول: (أحدها) أنه لافرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل، وروي ذلك عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وبه قال الحسن والزهري والنخعي ومكحول وحماد ومالك والليث والشافعي واسحاق وروي عن علي والحسن وقتادة انها تسترق ولا تقتل لان أبا بكر استرق نساء بني حنيفة وذراريهم وأعطى علياً امرأة منهم فولدت له محمد بن الحنفية وهذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا وقال أبو حنيفة تجبر على الاسلام بالحبس والضرب ولا تقتل لقول النبي ﷺ «لاتقتلوا امرأة» ولأنها لاتقتل بالكفر الاصلي فلاتقتل بالطارئ كالصبي

ولنا قول النبي ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه» رواه البخاري وأبو داود، وقال عليه الصلاة والسلام «لايحل دم امرئ مسلم إلا باحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه

تابوا واصلحوا وبينوا) والزنديق لاتظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته لانه كان مظهرا للاسلام مسراً للكفر فاذا وقف على ذلك فاظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو إظهار الاسلام واما من تكررت ردته فقد قال الله تعالى (ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا) وروى الأثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة أن رجلا من بني سعد مر على مسجد بني حنيفة فاذاهم يقرءون برجز مسيلمة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتي بهم فاستتابهم فتابوا فخلى سبيلهم الا رجلا منهم يقال له ابن النواحة قال قد أتيت بك مرة فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله ووجه الرواية الاولى قول الله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف)

وروي ان رجلا سار رسول الله ﷺ ماساره به حتى جهر رسول الله ﷺ فاذا هو يستأذنه في قتل رجل من المسلمين فقال رسول الله ﷺ «أليس يشهد ان لا إله الا الله ؟» قال بلى ولا شهادة له ، قال «أليس يصلي ؟» قال بلى ولا صلاة له فقال رسول الله ﷺ «أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم» وقد قال الله تعالى (إن المنافقين في الدرك الاسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً الا الذين تابوا)

وروي أن مخش بن حمير كان في النفر الذين أنزل الله فيهم (ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب) فأتى النبي ﷺ وتاب إلى الله تعالى فقبل الله توبته وهو الطائفة التي عني الله تعالى

وروى الدارقطني ان امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها الى النبي ﷺ فأمر أن تستتاب فان تابت وإلا قتلت ولانها شخص مكلف بدل دين الحق بالباطل فتقتل كالرجل وأما نهي النبي ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الاصلية قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية وكذلك نهى النبي ﷺ الذين بعثهم إلى ابن أبي الحقيق عن قتل النساء ولم يكن فيهم مرتد ويخالف الكفر الاصلي الطارئ بدليل أن الرجل يقر عليه ولا يقتل الشيوخ ولا المكافيف ولا تجبر المرأة على تركه بضرب ولا حبس والكفر الاصلي بخلافه والصبي غير مكلف بخلاف المرأة وأما بنو حنيفة فلم يثبت أن من استرق منهم تقدم له اسلام ولم يكن بنو حنيفة أسلموا كلهم وانما أسلم بعضهم والظاهر أن الذين أسلموا كانوا رجالا فمنهم من ثبت على اسلامه منهم ثمامة بن أثال ومنهم من ارتد منهم الدجال الحنفي

(الفصل الثاني) ان الردة لاتصح الا من عاقل فأما الطفل الذي لايعقل والمجنون ومن زال عقله بنوم أو إغماء أو شرب دواء مباح شربه فلا تصح ردته ولا حكم لكلامه بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المجنون اذا ارتد في حال جنونه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود اذا طلب أولياؤه ، وقد قال النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق» أخرجه

بقوله (ان نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة) فهو الذي عفا الله عنه وسأل الله تعالى ان يقتل في سبيله ولا يعلم بمكانه فقتل يوم اليمامة ولم يعلم موضعه ولان النبي ﷺ كف عن المنافقين بما اظهروا من الشهادة مع اخبار الله تعالى له بباطنهم بقوله تعالى (ويحلفون بالله إنهم لمنكم وماهم منكم ولكنهم قوم يفرقون) وغيرها من الآيات وحديث ابن مسعود حجة في قبول توبتهم مع استسرارهم بكفرهم واما قتله ابن النواحة فيحتمل انه قتله لظهور كذبه في توبته لانه اظهرها وتبين انه ما زال عما كان عليه من كفره ويحتمل أنه قتله لقول النبي ﷺ له حين جاء رسولا لمسيلمة «لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتك» فقتله تحقيقا لقول رسول الله ﷺ فقد روي انه قتله لذلك.

وفي الجملة فالخلاف بين الائمة في قبول توبتهم في الظاهر من أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت احكام الاسلام في حقهم وأما قبول الله تعالى لها في الباطن وغفرانه لمن تاب واقلع ظاهراً أم باطنا فلا خلاف فيه فان الله تعالى قال في المنافقين (الا الذين تابوا واصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين وسوف يؤت الله المؤمنين أجراً عظيما)

(فصل) وقتل المرتد الى الامام حراً كان او عبداً وهذا قول عامة أهل العلم الا الشافعي في أحد الوجهين في العبد فان لسيده قتله لقول النبي ﷺ « اقيموا الحدود على ماملكت ايمانكم » ولان حفصة قتلت جارية سحرتها ولانه حق الله تعالى فملك السيد اقامته على عبده كجلد الزاني

أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولأنه غير مكلف فلم يؤاخذ بكلامه كما لم يؤاخذ به في اقراره ولا طلاقه ولا عتاقه . وأما السكران والصبي العاقل فيذكر حكمهما فيما بعد ان شاء الله تعالى

(الفصل الثالث) أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعطاء والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهذا أحد قولي الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى لاتجب استتابته قيل تستحب وهو القول الثاني للشافعي وبه قال عبيد بن عمير وطاوس ويروى عن الحسن لقول النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » ولم يذكر استتابته

وروي أن معاذاً قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلا موثقاً فقال ماهذا ؟ قال رجل كان يهوديا فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود فقال لاأجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فامر به فقتل . متفق عليه ولم يذكر استتابته ، ولأنه يقتل لكفره فلم تجب استتابته كالاصلي ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله ضمن ، وقال عطاء ان كان مسلماً أصلياً لم يستتب ، وإن كان أسلم ثم ارتد استتيب

وانا حديث أم مروان فان النبي ﷺ أمر أن تستتاب وروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن ابن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى فقال له عمر هل كان من مغربة خبر ؟ قال نعم رجل كفر بعد اسلامه فقال مافعلتم به ؟ قال قربناه فضربنا

ولنا انه قتل لحق الله تعالى فكان إلى الامام كرجم الزاني وكقتل الحر . واما قوله « واقيموا الحدود » فلا يتناول القتل للردة فانه قتل لكفره لاحداً في حقه ، واما خبر حفصة فان عثمان تغيظ عليها وشق ذلك عليه . واما الجلد في الزنا فانه تأديب وللسيد تأديب عبده بخلاف القتل فان قتله غير الامام اساء ولا ضمان عليه لانه محل غير معصوم وسواء قتله قبل الاستتابة او بعدها لذلك وعلى من فعل ذلك التعزير لاساءته وافتياته

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكان ماله فيئا بعد قضاء دينه)

وجملته ان المرتد اذا قتل او مات على ردته فانه يبدأ بقضاء دينه وارش جنايته ونفقة زوجته وقريبه لان هذه الحقوق لايجوز تعطيلها واولى مايوجد من ماله وما بقي من ماله فهو فيء يجعل في بيت المال . وعن احمد رواية أخرى تدل على انه لورثته من المسلمين وعنه انه لقرابته من اهل الدين الذي انتقل اليه وقد مضت هذه المسئلة مستوفاة في الفرائض بما اغنى عن ذكرها ههنا

(فصل) ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته في قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم، فعلى هذا ان قتل او مات زال ملكه بموته وان راجع الاسلام فملكه باق له وقال ابو بكر يزول ملكه بردته وان راجع الاسلام عاد اليه تمليكا مستأنفاً لان عصمة

عنقه فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثاً فأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله اللهم لم أحضر ولم آمر ولم أرض إذ بلغني، ولو لم تجب استتابته لما برىء من فعلهم ولأنه أمكن استصلاحه فلم يجز اتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس، وأما الامر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة بدليل ما ذكرناه ، وأما حديث معاذ فانه قد جاء فيه وكان قد استتيب، ويروى أن أبا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه وفي رواية فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك فجاء معاذ فدعاه وابى فضربت عنقه رواهن أبو داود ، ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم إذا ثبت وجوب الاستتابة فمدتها ثلاثة أيام روي ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال مالك وإسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ان تاب والا قتل مكانه وهذا أصح قوليه وهو قول ابن المنذر لحديث أم مروان لانه مصر على كفره أشبه بعد الثلاث، وقال الزهري يدعى ثلاث مرات فان أبى ضربت عنقه وهذا يشبه قول الشافعي ، وقال النخعي يستتاب أبدا وهذا يفضي الى أنه لايقتل أبدا وهو مخالف للسنة والاجماع وعن علي أنه استتاب رجلا شهرا

ولنا حديث عمر ولأن الردة انما تكون لشبهة ولا تزول في الحال فوجب ان ينظر مدة يرتئي فيها وأولى كل ذلك ثلاثة أيام للأثر فيها وانها مدة قريبة وينبغي أن يضيق عليه في مدة

نفسه وماله انما تثبت باسلامه فزوال إسلامه يزيل عصمتهما كما لو لحق بدار الحرب ولان المسلمين ملكوا اراقة دمه بردته فوجب ان يملكوا ماله بها وقال اصحاب ابي حنيفة ماله موقوف إن اسلم تبينا بقاء ملكه وإن مات او قتل على ردته تبينا زواله من حين ردته قال الشريف ابو جعفر هذا ظاهر كلام احمد وعن الشافعي ثلاثة أقوال كهذه الثلاثة

ولنا انه سبب يبيح دمه فلم يزل ملكه كزنا المحصن والقتل لمن يكافئه عمداً وزوال العصمة لايلزم منه زوال الملك بدليل الزاني المحصن والقاتل في المحاربة واهل الحرب فان ملكهم ثابت مع عصمتهم ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه لكن يباح قتله لكل احد من غير استتابة واخذ ماله لمن قدر عليه لانه صار حربيا حكمه حكم اهل الحرب وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا في دارهم عن طاعة امام المسلمين زالت عصمتهم في انفسهم واموالهم لان الكفار الاصليين لاعصمة لهم في دارهم فالمرتد اولى

(فصل) ويؤخذ مال المرتد فيجعل عند ثقة من المسلمين وان كان له اماء جعلن عند امرأة ثقة لانهن محرمات عليه فلا يمكن منهن . وذكر القاضي انه يؤجر عقاره وعبيده واماءه والاولى ان لايفعل لان مدة انتظاره قريبة ليس في انتظاره فيها ضرر فلا يفوت عليه منافع ملكه فيما لا يرضاه من اجلها فانه ربما راجع الاسلام فيمتنع عليه التصرف في ماله باجارة الحاكم له، وإن لحق بدار الحرب او تعذر قتله مدة طويلة فعل الحاكم مايرى الحظ فيه من بيع الحيوان الذي يحتاج الى النفقة وغيره واجارة مايرى ابقاءه والمكاتب يؤدي الى الحاكم فاذا أدى عتق لانه نائب عنه

الاستتابة ويحبس لقول عمر: هلا حبستموه وأطعمتوه كل يوم رغيفاً ؟ وتتكرر دعايته لعله ينعطف قلبه فيراجع دينه . (الفصل الرابع) ان لم يتب قتل لما تقدم ذكره وهو قول عامة الفقهاء

﴿ مسئلة ﴾ (ويقتل بالسيف لانه آلة القتل ولا يحرق بالنار)

وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه أمر بتحريق المرتدين وفعل ذلك بهم خالد والأولى أولى لقول النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه ولا تعذبوا بعذاب الله » يعني النار أخرجه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة »

(الفصل الخامس) أن مفهوم كلام المصنف في هذه المسئلة إذا تاب قبلت توبته وسنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقتله الا الامام أو نائبه حراً كان المرتد أو عبداً)

وهذا قول عامة أهل العلم الا الشافعي في أحد الوجهين في العبد أن لسيده قتله ، وعن أحمد رحمه الله أن له قتله في الردة وقطعه في السرقة لقول النبي ﷺ « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » ولان حفصة قتلت جارية سحرتها وابن عمر قطع عبدا سرق ولانه حد لله تعالى فملك السيد إقامته كحد الزاني .

ولنا أنه قتل لحق الله تعالى فكان الى الامام كقتل الحر ، فأما قوله « أقيموا الحدود على ما

(فصل) وتصرفات المرتد في ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف ان أسلم تبينا ان تصرفه كان صحيحاً ، وان قتل او مات على ردته كان باطلا وهذا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي بكر تصرفه باطل لان ملكه قد زال بردته وهذا أحد اقوال الشافعي ، وقال في الآخر ان تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الاقوال الثلاثة ، وان تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه

ولنا ان ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفا كتبرع المريض

(فصل) وان تزوج لم يصح تزوجه لانه لايقر على النكاح وما منع الاقرار على النكاح منع انعقاده كنكاح الكافر المسلمة ، وان زوج لم يصح تزويجه لان ولايته على موليته قد زالت بردته وان زوج أمته لم يصح لان النكاح لايكون موقوفا ولان النكاح وان كان في الامة فلا بد في عقده من ولاية صحيحة بدليل ان المرأة لايجوز أن تزوج أمتها وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له فانه ادنى حالا من الفاسق الكافر

(فصل) وان وجد من المرتد سبب يقتضي الملك كالصيد والاحتشاش والاتهاب والشراء وإيجار نفسه إجارة خاصة أو مشتركة ثبت الملك له لانه أهل للملك وكذلك تثبت أملاكه . ومن قال ان ملكه يزول لم يثبت له ملكا لانه ليس بأهل للملك ولهذا زالت أملاكه الثابتة له فان راجع الاسلام

ملكت أيمانكم » فلا يتناول القتل في الردة فانه قتل لكفره لا حدا في حقه ، وأما خبر حفصة فان عثمان تغيظ عليها وشق عليه، فأما الجلد في الزنا فانه تأديب عبده بخلاف القتل وقد ذكرنا ذلك في الحدود

﴿ مسألة ﴾ (فان قتله غيره بغير إذنه اساء وعزر لاساءته وافتياته على الامام ولا ضمان عليه) لانه محل غير معصوم وسواء قتله قبل الاستتابة او بعدها لذلك

﴿مسئلة﴾ (وان عقل الصبي الاسلام صح اسلامه وردته وعنه يصح اسلامه دون ردته وعنه لا يصح منهما شيء حتى يبلغ)

والمذهب الاول يصح اسلام الصبي في الجملة وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق وابن ابي شيبة وابو ايوب، وقال الشافعي وزفر لا يصح اسلامه حتى يبلغ لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ » حديث حسن ولانه قول تثبت به الاحكام فلم يصح من الصبي كالهبة والعتق ولانه احد من رفع عنه القلم فلم يصح اسلامه كالنائم والمجنون ولانه غير مكلف اشبه الطفل

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » وقوله « امرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم الا بحقها وحسابهم على الله » وقال عليه الصلاة والسلام « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكراً واما كفورا » وهذه الاخبار يدخل في عمومها الصبي ولان الاسلام عبادة محضة فصحت

احتمل أن لايثبت له شيء أيضاً لان السبب لم يثبت حكمه . واحتمل ان يثبت الملك له حينئذ لان السبب موجود وإنما امتنع ثبوت حكمه لعدم أهليته فاذا وجدت تحقق الشرط فيثبت الملك حينئذ كما تعود اليه أملاكه التي زالت عنه عند عدم أهليته . فعلى هذا إن مات أو قتل ثبت الملك لمن ينتقل اليه ملكه لان هذا في معناه

(فصل) وان لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه كالحكم فيمن هو في دار الاسلام إلا أن ما كان معه من ماله يصير مباحا لمن قدر عليه كما أبيح دمه ، وأما أملاكه وماله الذي في دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه .وقال ابوحنيفة يورث ماله كما لو مات لانه قد صار في حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه

ولنا انه حي فلم يورث كالحربي الاصلي وحل دمه لايوجب توريث ماله بدليل الحربي الاصلي وانما حل ماله الذي معه لانه زال العاصم له فاشبه مال الحربي الذي في دار الحرب وأما الذي في دار الاسلام فهو باق على العصمة كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الاسلام أو عند مودعه

من الصبي العاقل كالصلاة والحج ،ولان الله تعالى دعا عباده الى دار السلام وجعل طريقها الاسلام وجعل من لم يجب دعوته في الجحيم والعذاب الاليم ، فلا يجوز منع الصبي من اجابة دعوة الله تعالى مع اجابته اليها وسلوكه طريقها ولا الزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها ولان ما ذكرناه اجماع فان علياً رضي الله عنه أسلم صبيا وقال

سبقتكم إلى الاسلام طرا صبيا ما بلغت اوان حلمي

ولهذا قيل : اول من اسلم من الرجال ابو بكر ، ومن الصبيان علي ، ومن النساء خديجة ، ومن العبيد بلال ، وقال عروة أسلم علي والزبير وهما ابنا ثمان سنين وبايع النبي ﷺ ابن الزبير لسبع أو ثمان سنين ولم يرد النبي ﷺ على أحد اسلامه من صغير أو كبير ،فأما قوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة » فلا حجة لهم فيه فانه يقتضي أن لا يكتب عليه ذنب والاسلام يكتب له لا عليه ويسعد به في الدنيا والآخرة فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وإن لم تجب عليه وكذلك غيرها من العبادات المحضة،فان قيل فالاسلام يوجب عليه الزكاة في ماله ونفقة قريبه المسلم ويحرمه ميراث قريبه الكافر ويفسخ نكاحه ، قلنا اما الزكاة فانها نفع لانها سبب الزيادة والنماء وتحصين المال والثواب،واما الميراث والنفقة فأمر متوهم وهو مجبور بميراثه من أقاربه المسلمين وسقوط نفقة أقاربه الكفار ثم هذا الضرر مغمور في جنب ما يحصل له من سعادة الدنيا والآخرة وخلاصه من شقاء الدارين والخلود في الجحيم منزل منزلة الضرر في أكل القوت المتضمن فوت ما يأكله وكلفة تحريك فيه لما كان بقاؤه لم يعد ضررا والضرر في مسئلتنا في جنب ما يحصل من النفع أدنى من ذلك بكثير

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك الصلاة دعي اليها ثلاثة أيام فان صلى والا قتل جاحداً تركها أو غير جاحد)

قد سبق شرح هذه المسئلة في باب مفرد لها ولا خلاف بين أهل العلم في كفر من تركها جاحداً لوجوبها ، إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك فان كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث الاسلام والناشيء بغير دار الاسلام او بادية بعيدة عن الامصار وأهل العلم لم يحكم بكفره وعرف ذلك وتثبت له ادلة وجوبها فان جحدها بعد ذلك كفر، وأما اذا كان الجاحد لها ناشئا في الامصار بين أهل العلم فانه يكفر بمجرد جحدها ، وكذلك الحكم في مباني الاسلام كلها وهي الزكاة والصيام والحج لانها مباني الاسلام وأدلة وجوبها لا تكاد تخفى إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بادلتها والاجماع منعقد عليها فلا يجحدها إلا معاند للاسلام يمتنع من التزام الاحكام غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا اجماع امته

(فصل) ومن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه كلحم الخنزير والزنا وأشباه هذا مما لا خلاف فيه كفر لما ذكرنا في تارك الصلاة ، وان استحل قتل المعصومين وأخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل فكذلك وان كان بتأويل

(فصل) واشترط الخرقي لصحة اسلامه : أن يكون له عشر سنين لان النبي ﷺ أمر بضربه على الصلاة لعشر، وأن يكون ممن يعقل الاسلام ومعناه أن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وهذا لا خلاف في اشتراطه فان الطفل الذي لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الاسلام وانما كلامه لقلقة بلسانه لا يدل على شيء، فأما اشتراط العشر فان أكثر المصححين لاسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد لان المقصود متى حصل لم يحتج إلى زيادة عليه ، وروي عن أحمد إذا كان ابن سبع سنين فاسلامه اسلام وذلك لان النبي ﷺ قال « مروهم بالصلاة لسبع » فدل على أن ذلك حد لامرهم وصحة عباداتهم فيكون حدا لصحة اسلامهم، وقال ابن أبي شيبة إذا أسلم وهو ابن خمس سنين جعل اسلامه اسلاما ولعله يقول ان علياً عليه السلام أسلم وهو ابن خمس لانه قد قيل انه قد مات وهو ابن ثمان وخمسين سنة فعلى هذا يكون اسلامه وهو ابن خمس لان مدة النبي منذ بعث إلى أن مات ثلاث وعشرون سنة وعاش علي بعده ثلاثين سنة فذلك ثلاث وخمسون فاذا ضممنا اليها خمساً كانت ثمانياً وخمسين وقال أبو أيوب أجيز اسلام ابن ثلاث سنين من اصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه وهذا لا يكاد يعقل الاسلام ولا يدري ما يقول ولا يثبت لقوله حكم فان وجد ذلك منه ودلت أحواله وأقواله على معرفة الاسلام وعقله اياه صح منه كغيره

﴿مسئلة﴾ (وإن أسلم ثم قال لم أدر ما قلت لم يلتفت إلى قوله وأجبر على الاسلام)

متى حكمنا بصحة اسلام الصبي لمعرفتنا بفعله بأدلته فرجع وقال لم أدر ما قلت لم يقبل قوله ولم يبطل اسلامه الاول ، وروي عن أحمد أنه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام

كالخوارج فقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء لم يحكموا بكفرهم مع استحلالهم دماء المسلمين وأموالهم وفعلهم لذلك متقربين به إلى الله تعالى وكذلك لم يحكم بكفر ابن ملجم مع قتله أفضل الخلق في زمنه متقربا بذلك، ولا يكفر المادح له على هذا المتمني مثل فعله فان عمران بن حطان قال فيه يمدحه لقتل علي

يا ضربة من تقي ما أراد بها ... الا ليبلغ عند الله رضوانا
إني لاذكره يوما فأحسبه ... او فى البرية عند الله ميزانا

وقد عرف من مذهب الخوارج تكفير كثير من الصحابة ومن بعدهم واستحلال دمائهم واموالهم واعتقادهم التقرب بقتلهم الى ربهم ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك يخرج في كل محرم استحل بتأويل مثل هذا، وقد روي ان قدامة بن مظعون شرب الخمر مستحلا لها فأقام عمر عليه الحد ولم يكفره وكذلك ابو جندل بن سهيل وجماعة معه شربوا الخمر بالشام مستحلين لها مستدلين بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فلم يكفروا وعرفوا تحريمها فتابوا وأقيم عليهم الحد، فيخرج فيمن كان مثلهم مثل حكمهم وكذلك كل جاهل بشيء يمكن أن يجهله لايحكم بكفره حتى يعرف ذلك وتزول عنه الشبهة ويستحله بعد ذلك

وقد قال أحمد من قال الخمر حلال فهو كافر يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه وهذا محمول على من لايخفى على مثله تحريمه لما ذكرنا، فأما ان اكل لحم خنزير او ميتة أو شرب خمراً لم يحكم بردته

قال أبو بكر هذا قول محتمل لان الصبي في مظنة النقص فيجوز أن يكون صادقا قال والعمل على الاول لانه قد ثبت عقله للاسلام ومعرفته به بأفعاله أفعال العقلاء وتصرفاته تصرفاتهم وتكلمه بكلامهم وهذا يحصل به معرفة عقله، ولهذا اعتبرنا رشده بعد بلوغه بأفعاله وتصرفاته، وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من أقواله وأفعاله وأحواله فلا يزول ما عرفناه بمجرد دعواه، وهكذا كل من تلفظ بالاسلام أو اخبر عن نفسه ثم أنكر معرفته بما قال لم يقبل انكاره وكان مرتدا نص عليه أحمد في مواضع، فعلى هذا اذا ارتد صحت ردته وأجبر على الاسلام وهو قول أبي حنيفة والظاهر من مذهب مالك، وعند الشافعي لا يصح اسلامه ولا ردته وقد روي أنه يصح اسلامه ولا تصح ردته لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ » وهذا يقتضي أنه لا يكتب عليه ذنب ولاشيء ولو صحت ردته لكتبت، وأما الاسلام فلا يكتب عليه انما يكتب له ولان الردة أمر يوجب القتل فلم يثبت حكمه في حق الصبي كالزنا، ولان الاسلام إنما صح منه لانه تمحض مصلحة فأشبه الوصية والتدبير، والردة تمحضت مضرة ومفسدة فلم يلزم صحتها، منه فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد فاذا بلغ فان أصر على الكفر كان مرتدا حينئذ

(مسئلة) (ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز ثلاثة أيام من وقت بلوغه فان ثبت على كفره قتل)

وجملة ذلك ان الصبي لايقتل اذا ارتد سواء قلنا بصحة ردته اولا لان الغلام لا يجب عليه عقوبة

بمجرد ذلك سواء فعله في دار الحرب او دار الاسلام لانه يجوز أن يكون فعله معتقداً تحريمه كما يفعل غير ذلك من المحرمات

(مسئلة) قال (وذبيحة المرتد حرام وان كانت ردته الى دين أهل الكتاب)

هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال إسحاق: ان تدين بدين اهل الكتاب حلت ذبيحته ويحكى ذلك عن الاوزاعي لان علياً رضي الله عنه قال من تولى قوما فهو منهم

ولنا انه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثني ولانه لاتثبت له احكام اهل الكتاب اذا تدين بدينهم فانه لا يقر بالجزية ولا يسترق ولايحل نكاح المرتدة، وأما قول علي: فهو منهم فلم يرد به انه منهم في جميع الاحكام بدليل ماذكرنا ولانه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بني تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليهم للنصارى ودخولهم في دينهم ومع إقرارهم بما صولحوا عليه فلأن لايعتقد ذلك في المرتدين اولى . اذا ثبت هذا فانه اذا ذبح حيواناً لغيره بغير اذنه ضمنه بقيمته حياً لانه اتلفه عليه وحرمه وان ذبحه باذنه لم يضمنه لانه اذن في إتلافه

بدليل انه لايتعلق به حكم الزنا والسرقة وسائر الحدود ولا يقتل قصاصا فاذا بلغ وثبت على ردته ثبت حكم الردة حينئذ فيستتاب ثلاثاً فان تاب والاقتل سواء قلنا انه كان مرتداً قبل بلوغه أو لم نقل وسواء كان مسلما اصليا فارتد أو كان كافراً فاسلم صبيا ثم ارتد

[مسئلة] (ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يصحو ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فان مات في سكره مات كافراً وعنه لاتصح ردته)

اختلفت الرواية عن احمد في ردة السكران فروي عنه انها تصح قال ابو الخطاب وهو اظهر الروايتين عنه وهو مذهب الشافعي وعنه لاتصح ردته وهو قول أبي حنيفة لان ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد والسكران لايصح عقده فاشبه المعتوه ولانه زائل العقل فلم تصح ردته كالنائم والمجنون ولانه غير مكلف فاشبه المجنون

ووجه الرواية الاولى أن الصحابة قالوا في السكران اذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد المفتري وأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره وأقاموا مظنتها مقامها ولانه يقع طلاقه فصحت ردته كالصاحي، وقولهم ليس بمكلف ممنوع فان الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر اركان الاسلام، ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف، ولان السكران لايزول عقله بالكلية ولهذا يتقي المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما يضره ويزول سكره عن قريب من الزمان فأشبه الناعس بخلاف المجنون ، واما استتابته فتؤخر إلى حين صحوه فيكمل عقله ويفهم ما يقال له وتزول شبهته ان كان قد قال الكفر معتقداً له كما تؤخر استتابته إلى حين زوال شدة عطشه وجوعه ويؤخر الصبي

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصبي اذا كان له عشر سنين وعقل الاسلام فأسلم فهو مسلم)

وجملته ان الصبي يصح اسلامه في الجملة وبهذا قال ابو حنيفة وصاحباه واسحاق وابن ابي شيبة وأبو ايوب. وقال الشافعي وزفر لا يصح اسلامه حتى يبلغ لقول النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ» حديث حسن. ولانه قول تثبت به الاحكام فلم يصح من الصبي كالهبة ولانه احد من رفع القلم عنه فلم يصح اسلامه كالمجنون والنائم ولانه ليس بمكلف اشبه الطفل

ولنا عموم قوله عليه السلام «من قال لا إله إلا الله دخل الجنة» وقوله «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله» وقال عليه السلام «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه او ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفوراً» وهذه الاخبار يدخل في عمومها الصبي، ولان الاسلام عبادة محضة فصحت من الصبي العاقل كالصلاة والحج، ولان الله تعالى دعا عباده إلى دار السلام وجعل طريقها الاسلام وجعل من لم يجب دعوته في الجحيم والعذاب الاليم فلا يجوز منع الصبي من إجابة دعوة الله مع إجابته اليها وسلوكه طريقها ولا إلزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها، ولان ماذكرناه اجماع فان عليا رضي الله عنه أسلم صبيا وقال

سبقتكم إلى الاسلام طراً   صبيا ما بلغت أوان حلم

إلى حين بلوغه وكمال عقله ولان القتل جعل للزجر ولا يحصل في حال سكره وإن قتله قاتل في حال سكره لم يضمنه لأن عصمته زالت بردته وإن مات أو قتل لم يرثه ورثته، ولا يقتل حتى يتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فان استمر سكره أكثر من ثلاث لم يقتل حتى يصحو ثم يستتاب عقيب صحوه فان تاب والا قتل في الحال

(فصل) فان أسلم في سكره صح اسلامه كما صحت ردته ثم يسئل بعد صحوه فان ثبت على إسلامه فهو مسلم من حين أسلم لان إسلامه صح وانما يسئل استظهاراً فان مات بعد إسلامه في سكره مات مسلماً ويصح اسلامه في سكره سواء كان أصلياً أو مرتداً لأنه إذا صحت ردته مع أنها محض مضرة وقول باطل فلأن يصح إسلامه الذي هو محض مصلحة أولى، ويتخرج أن لا يصح فان من لا تصح ردته لا يصح اسلامه كالمجنون

(فصل) ولا تصح ردة المجنون ولا إسلامه لانه لا قول له فان ارتد في صحته ثم جن لم يقتل في حال جنونه لانه يقتل بالاصرار على الردة والمجنون لا يوصف بالاصرار ولا يمكن استتابته، ولو وجب عليه القصاص فجن قتل لان القصاص لا يسقط عنه بسبب من جهته وههنا يسقط برجوعه ولان القصاص انما يسقط بسبب من جهة المستحق له فنظير مسئلتنا ان يجن المستحق للقصاص فانه لا يستوفى في حال جنونه .

ولهذا قيل اول من أسلم من الرجال ابو بكر ومن الصبيان علي ومن النساء خديجة ومن العبيد بلال ، وقال عروة أسلم علي والزبير وهما ابنا ثمان سنين وبايع النبي ﷺ ابن الزبير لسبع او ثمان سنين ولم يرد النبي ﷺ على أحد اسلامه من صغير ولا كبير فاما قول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث » فلا حجة لهم فيه فان هذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذلك والاسلام يكتب له لا عليه ويسعد به في الدنيا والآخرة فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وان لم تجب عليه وكذلك غيرها من العبادات المحضة فان قيل فان الاسلام يوجب الزكاة عليه في ماله ونفقة قريبه المسلم ويحرمه ميراث قريبه الكافر ويفسخ نكاحه قلنا اما الزكاة فانها نفع لانها سبب الزيادة والنماء وتحصين المال والثواب . وأما الميراث والنفقة فامر متوهم وهو مجبور بميراثه من اقاربه المسلمين وسقوط نفقة اقاربه الكفار ثم ان هذا الضرر مغمور في جنب مايحصل له من سعادة الدنيا والآخرة وخلاصه من شقاء الدارين والخلود في الجحيم فينزل منزلة الضرر في أكل القوت المتضمن فوت ما يأكله وكلفة تحريك فيه لما كان بقاؤه به لم يعد ضرراً والضرر في مسئلتنا في جنب مايحصل من النفع أدنى من ذلك بكثير

اذا ثبت هذا فان الخرقي اشترط لصحة اسلامه شرطين (أحدهما) ان يكون له عشر سنين لان النبي ﷺ أمر بضربه على الصلاة لعشر

(والثاني) أن يعقل الاسلام ومعناه أن يعلم ان الله تعالى ربه لاشريك له وان محمداً عبده

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته أو من سب الله تعالى أو رسوله أو الساحر؟ على روايتين :(إحداهما) لاتقبل توبته ويقتل بكل حال والاخرى تقبل توبته كغيره)

مفهوم كلام الشيخ رحمه الله أن المرتد إذا تاب تقبل توبته ولم يقتل أي كافر كان وهو ظاهر كلام الخرقي سواء كان زنديقا أولم يكن وهذا مذهب الشافعي والعنبري ويروى ذلك عن علي وابن مسعود وهو إحدى الروايتين عن احمد واختيار ابي بكر الخلال وقال إنه اولى على مذهب ابي عبد الله (والرواية الاخرى) لاتقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته وهو قول مالك والليث واسحاق وعن ابي حنيفة روايتان كهاتين واختيار أبي بكر انها لاتقبل لقول الله تعالى (إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا) والزنديق لا يظهر منه ما يبين به رجوعه وتوبته لأنه كان مظهراً للاسلام مسراً للكفر فاذا أظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو إظهار الاسلام وأما من تكررت ردته فقد قال الله تعالى (إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا) وروى الاثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة ان رجلا من بني سعد مر على مسجد بني حنيفة فاذا هم يقرءون برجز مسيلمة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتي بهم فاستتابهم

ورسوله وهذا لاخلاف في اشتراطه فان الطفل الذي لايعقل لايتحقق منه اعتقاد الاسلام وانما كلامه لقلقة بلسانه لايدل على شيء وأما اشتراط العشر فان أكثر المصححين لاسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين وحكاه ابن المنذر عن أحمد لان المقصود متى ما حصل لاحاجة الى زيادة عليه وروي عن احمد اذا كان ابن سبع سنين فاسلامه اسلام وذلك لان النبي ﷺ قال « مروهم بالصلاة لسبع » فدل على أن ذلك حد لامرهم وصحة عباداتهم فيكون حداً لصحة اسلامهم

وقال ابن أبي شيبة اذا اسلم وهو ابن خمس سنين جعل اسلامه اسلاما ولعله يقول ان علياً عليه السلام اسلم وهو ابن خمس سنين لانه قد قيل انه مات وهو ابن ثمان وخمسين . فعلى هذا يكون اسلامه وهو ابن خمس لان مدة النبي ﷺ منذ بعث الى ان مات ثلاث وعشرون سنة وعاش علي بعد ذلك ثلاثين سنة فذلك ثلاث وخمسون فاذا ضممت اليها خمساً كانت ثمانياً وخمسون

وقال ابو ايوب اجيز إسلام ابن ثلاث سنين ، من اصاب الحق من صغير او كبير اجزناه وهذا لايكاد يعقل الاسلام ولا يدري مايقول؟ ولا يثبت لقوله حكم فان وجد ذلك منه ودلت احواله وأقواله على معرفة الاسلام وعقله اياه صح منه كغيره والله اعلم

فتابوا فخلى سبيلهم الا رجلا منهم يقال له ابن النواحة قال اتيت بك مرة فزعمت انك قد تبت واراك قد عدت فقتله ووجه الرواية الاولى قول الله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) وروي ان رجلا سار رسول الله ﷺ فلم يدر ماساره به فاذا هو يستأذنه في قتل رجل من المنافقين فقال رسول الله ﷺ «اليس يشهد ان لا اله الا الله ؟ » قال بلى ولا شهادة له قال« أليس يصلي ؟» قال بلى ولا صلاة له فقال رسول ﷺ « أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم» وقد قال الله تعالى (ان المنافقين في الدرك الاسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً الا الذين تابوا) وروي ان مخش بن حمير كان في النفر الذين انزل فيهم (ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب) فأتى النبي ﷺ وتاب الى الله تعالى فقبل توبته وهو الطائفة التي عفا الله عنها بقوله سبحانه (ان نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة)وروي انه سأل الله تعالى ان يقتل شهيداً في سبيله ولا يعلم بمكانه فقتل يوم اليمامة ولم يعلم موضعه ولان النبي ﷺ كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة مع اخبار الله تعالى له بباطنهم بقوله تعالى(يحلفون بالله انهم لمنكم وماهم منكم ولكنهم قوم يفرقون) وغيرها من الآيات وحديث ابن مسعود حجة في قبول توبتهم مع اسرارهم بكفرهم فأما قتل ابن النواحة فيحتمل انه قتله لظهور كذبه في توبته لانه أظهرها وتبين انه مازال عما كان عليه من كفره ويحتمل انه قتله لقول النبي ﷺ له حين جاء رسولا لمسيلمة« لولا ان الرسل لاتقتل لقتلتك» تحقيقا لقول رسول الله ﷺ فقد روي انه قتله لذلك

(فصل) فأما من سب الله سبحانه وتعالى ورسوله فروى القاضي عن أحمد انه قال لاتوبة لمن سب رسول الله ﷺ وذكر أبو الخطاب رواية أخرى ان توبته مقبولة لقول الله تعالى (قل للذين

﴿مسئلة﴾ قال (فان رجع وقال لم أدر ماقلت لم يلتفت الى قوله وأجبر على الاسلام)

وجملته ان الصبي اذا اسلم وحكمنا بصحة اسلامه لمعرفتنا بعقله بادلته فرجع وقال لم ادرماقلت لم يقبل قوله ولم يبطل اسلامه الاول . وروي عن احمد انه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام قال ابو بكر هذا قول محتمل لان الصبي في مظنة النقص فيجوز ان يكون صادقا قال والعمل على الاول لانه قد ثبت عقله للاسلام ومعرفته به بافعاله افعال العقلاء وتصرفاته تصرفاتهم وتكلمه بكلامهم وهذا يحصل به معرفة عقله ولهذا اعتبرنا رشده بعد بلوغه بافعاله وتصرفاته وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من افعاله واقواله واحواله فلا يزول ماعرفناه بمجرد دعواه وهكذا كل من تلفظ بالاسلام او اخبر عن نفسه به ثم انكر معرفته بما قال لم يقبل انكاره وكان مرتداً نص عليه احمد في مواضع . اذا ثبت هذا فانه اذا ارتد صحت ردته وبهذا قال ابو حنيفة وهو الظاهر من مذهب

كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) ولحديث مخش ابن حمير ولان من زعم ان لله ولداً فقد سب الله تعالى بدليل قول النبي ﷺ إخباراً عن ربه تعالى انه قال «شتمني ابن آدم وما ينبغي له ان يشتمني اما شتمه اياي فزعم ان لي ولداً » وتوبته مقبولة بغير خلاف واذا قبلت توبة من سب الله تعالى فمن سب نبيه ﷺ اولى أن تقبل توبته

(فصل) وهل تقبل توبة الساحر؟ فيه روايتان (احداهما) لايستتاب وهو ظاهر مانقل عن الصحابة رضي الله عنهم فانه لم ينقل عن أحد منهم انه استتاب ساحراً وفي الحديث الذي رواه هشام عن عروة عن عائشة ان امرأة جاءتها فقالت يا أم المؤمنين ان عجوزا ذهبت بي الى هاروت وماروت فقلت علماني السحر فقالا اتقي الله ولا تكفري فانك على رأس أمرك فقلت علماني السحر فقالا اذهبي الي ذلك التنور فبولي فيه ففعلت فرأيت كأن فارسا مقنعا في الحديد خرج مني حتى طار فغاب في السماء فرجعت اليهما فخبرتهما فقالا : ذلك ايمانك وذكرت باقي القصة الى ان قالت والله ياأمير المؤمنين ماصنعت شيئاً غير هذا ولا أصنعه أبداً فهل لي من توبة ؟ قالت عائشة رأيتها تبكي بكاء شديداً فكانت في أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون تسألهم هل لها من توبة ؟ فما افتاها أحد إلا ابن عباس قال ان كان احد من ابويك حيا فبريه وأكثري من عمل البر مااستطعت ولان السحر معنى في قلبه لايزول بالتوبة فيشبه من لم يتب

(والرواية الثانية) يستتاب فان تاب قبلت توبته فان الله تعالى قبل توبة سحرة فرعون وجعلهم من أوليائه في ساعة ولان الساحر لو كان كافراً فأسلم صح اسلامه وتوبته فاذا صحت التوبة منهما صحت من احدهما كالكفر ولان الكفر والقتل ماهو الا بعمله بالسحر بدليل الساحر اذا أسلم والعمل به تمكن التوبة منه وكذلك اعتقاد مايكفر باعتقاده تمكن التوبة منه كالشرك

مالك وعند الشافعي لايصح اسلامه ولا ردته . وقد روي عن احمد انه يصح اسلامه ولاتصح ردته لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ » وهذا يقتضي ان لايكتب عليه ذنب ولا شيء ولو صحت ردته لكتبت عليه

وأما الاسلام فلا يكتب عليه انما يكتب له ولان الردة أمر يوجب القتل فلم يثبت حكمه في حق الصبي كالزنا ولان الاسلام انما صح منه لانه تمحض مصلحة فأشبه الوصية والتدبير والردة تمحضت مضرة ومفسدة فلم تلزم صحتها منه فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد فاذا بلغ فان أصر على الكفر كان مرتداً حينئذ

(مسئلة) قال (ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام فان ثبت على كفره قتل)

وجملته أن الصبي لايقتل سواء قلنا بصحة ردته أو لم نقل لان الغلام لايجب عليه عقوبة بدليل أنه لايتعلق به حكم الزنا والسرقة في سائر الحدود ولايقتل قصاصاً فاذا بلغ فثبت على ردته ثبت حكم الردة حينئذ فيستتاب ثلاثا فان تاب والا قتل سواء قلنا إنه كان مرتداً قبل بلوغه او لم نقل وسواء كان مسلماً أصلياً فارتد أو كان كافراً فأسلم صبياً ثم ارتد

(فصل) والخلاف بين الائمة في قبول توبتهم انما هو في الظاهر من أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت أحكام الاسلام في حقهم فأما قبول الله تعالى لها في الباطن وغفران ذنوبهم لمن تاب وأقلع ظاهراً وباطناً فلا خلاف فيه فان الله تعالى قال في المنافقين (إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فاولئك مع المؤمنين وسوف يؤتي الله المؤمنين أجراً عظيما)

[مسئلة] (وتوبة المرتد اسلامه وهو أن يشهد أن لاإله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله الا أن تكون ردته بانكار فرض أو احلال محرم أو جحد نبي أو كتاب أو إلى دين من يعتقد أن محمداً بعث الى العرب خاصة فلايصح اسلامه حتى يقر بما جحده ويشهد أن محمداً بعث الى العالمين أو يقول انا بريء من كل دين يخالف الاسلام)

من ثبتت ردته باقرار او بينة فتوبته أن يشهد أن لاإله الا الله ولا يكشف عن صحة ماشهد به عليه ويخلى سبيله ولا يكلف الاقرار لما نسب اليه لقول النبي ﷺ « أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لاإله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله » متفق عليه . ولان هذا يثبت به اسلام الكافر الاصلي فكذلك اسلام المرتد ولا حاجة مع ثبوت اسلامه إلى الكشف عن صحة ردته وهذا يكفي فيمن كانت ردته بجحد الوحدانية أو جحد رسالة محمد ﷺ أو جحدهما معاً ، فأما من كفر بغير هذا فلا يحصل اسلامه إلا بالاقرار بما جحده فمن أقر برسالة محمد ﷺ وأنكر انه مبعوث إلى العالمين فلا يثبت اسلامه حتى يشهد أن محمداً رسول الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجر عليهما ولا على أحد من أولادهما ممن كانوا قبل الردة رق)

وجملته ان الرق لايجري على المرتد سواء كان رجلا أو امرأة وسواء لحق بدار الحرب او اقام بدار الاسلام وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة اذا لحقت المرتدة بدار الحرب جاز استرقاقها لان ابابكر سبى بني حنيفة واسترق نساءهم وأم محمد بن الحنفية من سبيهم

ولنا قول النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه لا يجوز اقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ولم يثبت ان الذين سباهم ابو بكر كانوا اسلموا ولا ثبت لهم حكم الردة . فان قيل فقد روي عن علي ان المرتدة تسبى قلنا هذا الحديث ضعيف ضعفه احمد فاما اولاد المرتدين فان كانوا ولدوا قبل الردة فانهم محكوم باسلامهم تبعاً لآبائهم ولا يتبعونهم في الردة لان الاسلام يعلو وقد تبعوهم فيه فلا يتبعونهم في الكفر فلا يجوز استرقاقهم صغاراً لانهم مسلمون ولا كباراً لانهم ان ثبتوا على اسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وان كفروا فهم مرتدون حكمهم حكم آبائهم في الاستتابة وتحريم الاسترقاق . واما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره لانه ولد بين ابوين كافرين ويجوز استرقاقه لانه ليس بمرتد نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي وابي بكر ويحتمل ان لا يجوز استرقاقهم لان آباءهم لا يجوز استرقاقهم ولانهم لا يقرون بالجزية فلا يقرون بالاسترقاق وهذا

بعث الى الخلق اجمعين او تبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الاسلام ، فان زعم ان محمدا رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الاقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله لانه اذا اقتصر على الشهادتين احتمل انه أراد ما اعتقدوه وإن ارتد بجحود فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده ويعيد الشهادتين لانه كذب الله ورسوله بما اعتقده وكذلك إن جحد نبياً أو آية من كتاب الله تعالى او كتابا من كتبه او ملكا من ملائكته الذين ثبت انهم ملائكة الله او استباح محرما فلا بد في اسلامه من الاقرار بما جحده ، وأما الكافر بجحد الدين من أصله اذا شهد أن محمداً رسول الله واقتصر على ذلك ففيه روايتان (احداهما) يحكم باسلامه لأنه روي ان يهوديا قال أشهد ان محمداً رسول الله ثم مات فقال النبي ﷺ « صلوا على صاحبكم » ولانه يقر برسالة محمد ﷺ فيما جاء به وقد جاء بتوحيده

(والثانية) إن كان مقراً بالتوحيد كاليهود حكم باسلامه لان توحيد الله ثابت في حقه وقد ضم اليه الاقرار برسالة محمد ﷺ فكمل اسلامه وان كان غير موحد كالنصارى والمجوس وعبدة الاوثان لم يحكم باسلامه حتى يشهد ان لا إله الا الله وبهذا جاءت أكثر الاخبار وهو الصحيح لان من يجحد شيئين لايزول جحدهما الا باقراره بهما جميعاً وإن قال أشهد ان النبي رسول الله لم يحكم باسلامه لأنه يحتمل انه يريد غير نبينا . وان قال أنا مؤمن او أنا مسلم فقال القاضي يحكم باسلامه

مذهب الشافعي . وقال ابو حنيفة : ان ولدوا في دار الاسلام لم يجز استرقاقهم ، وان ولدوا في دار الحرب جاز استرقاقهم

ولنا انهم لم يثبت لهم حكم الاسلام فجاز استرقاقهم كولد الحربيين بخلاف آبائهم .فعلى هذا إذا وقع في الاسر بعد لحوقه بدار الحرب فحكمه حكم سائر اهل دار الحرب وان كان في دار الاسلام لم يقر بالجزية وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقه بدار الحرب لم يقر بها لانه انتقل إلى الكفر بعد نزول القرآن .فاما من كان حملا حين ردته فظاهر كلام الخرقي انه كالحادث بعد كفره وعند الشافعي هو كالمولود لانه موجود ولهذا يرث

ولنا ان اكثر الاحكام انما تتعلق به بعد الوضع فكذلك هذا الحكم

(مسئلة) قال (ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت من الاسلام بعد البلوغ استتيب ثلاثا فان لم يتب قتل)

قوله :الذين وصفت يعني الذين ولدوا قبل الردة فانهم محكوم باسلامهم فلا يسترقون ومتى قدر على الزوجين او على أولادهما استتيب منهم من كان بالغاً عاقلا فان لم يتب قتل ومن كان غير بالغ انتظرنا بلوغه ثم استتبناه فان لم يتب قتل وينبغي أن يحبس حتى لا يهرب

بهذا وإن لم يأت بلفظ الشهادتين لانهما اسمان لشيء معلوم معروف وهو الشهادتان فاذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما

وروى المقداد انه قال يارسول الله : إن لقيت رجلا من الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال اسلمت أفأقتله يا رسول الله بعد أن قالها ؟ قال « لا تقتله فان قتلته فانه بمنزلتك قبل أن تقتله وانك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قالها » وعن عمران ابن حصين قال : أصاب المسلمون رجلا من بني عقيل فأتوا به النبي ﷺ فقال يا محمد اني مسلم فقال رسول الله ﷺ « لو كنت قلت وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح » رواهما مسلم ويحتمل أن هذا في الكافر الاصلي أو من جحد الوحدانية أما من كفر بجحد نبي أو كتاب أو فريضة أو نحو هذا فانه لا يصير مسلماً بذلك لانه ربما اعتقد أن الاسلام ما هو عليه فان أهل البدع يعتقدون أنهم هم المسلمون ومنهم من هو كافر

[مسئلة] (واذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الاسلام صار بذلك مرتداً ويجبر على الاسلام)

نص عليه أحمد في رواية جماعة ونقل عن أحمد أنه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام لانه يحتمل الصدق فلا يراق دمه بالشهادة والاول أولى لانه قد حكم باسلامه فلم يقبل اذا رجع كما لو طالت مدته

[مسئلة] (واذا مات المرتد فأقام وارثه بينة أنه صلى بعد الردة حكم باسلامه)

(فصل) ومتى ارتد اهل بلد وجرت فيه أحكامهم صاروا دار حرب في اغتنام اموالهم وسبي ذراريهم الحادثين بعد الردة وعلى الامام قتالهم فان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل أهل الردة بجماعة الصحابة ولان الله تعالى قد أمر بقتال الكفار في مواضع من كتابه وهؤلاء أحقهم بالقتال لان تركهم ربما اغرى امثالهم بالتشبه بهم والارتداد معهم فيكثر الضرر بهم واذا قاتلهم قتل من قدر عليه ويتبع مدبرهم ويجاز على جريحهم وتغنم اموالهم وبهذا قال الشافعي. وقال ابو حنيفة لا تصير دار حرب حتى تجمع فيها ثلاثة أشياء : أن تكون متاخمة لدار الحرب لا شيء بينهما من دار الاسلام (الثاني) أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمن (الثالث) ان تجري فيها أحكامهم

ولنا انها دار كفار فيها احكامهم فكانت دار حرب كما لو اجتمع فيها هذه الخصال او دار الكفرة الاصليين

(فصل) وان قتل المرتد من يكافئه عمداً فعليه القصاص نص عليه احمد والولي مخير بين قتله والعفو عنه فان اختار القصاص قدم على قتل الردة سواء تقدمت الردة او تأخرت لانه حق آدمي وإن عفا على مال وجبت الدية في ماله وان كان القتل خطأ وجبت الدية في ماله لانه لا عاقلة له قال القاضي وتؤخذ منه الدية في ثلاث سنين لانها دية الخطأ فان قتل او مات أخذت من ماله في الحال لان الدين المؤجل يحل بالموت في حق من لا وارث له ، ويحتمل ان تجب الدية عليه حالة لانها انما أجلت في حق العاقلة تخفيفا عليهم لانهم يحملون عن غيرهم على سبيل المواساة فاما الجاني فتجب عليه حالة لانها بدل عن متلف فكانت حالة كسائر ابدال المتلفات

متى صلى الكافر حكم باسلامه أصلياً كان أو مرتداً جماعة أو فرادى في دار الحرب أو في دار الاسلام ، وقال الشافعي يحكم باسلامه اذا صلى في دار الحرب ولا نحكم باسلامه في دار الاسلام لانه يحتمل أنه صلى رياء وتقية .

ولنا أن ما كان اسلاما في دار الحرب كان اسلاما في دار الاسلام كالشهادتين واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وأما سائر أركان الإسلام من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم باسلامه به فان المشركين كانوا يحجون في عهد رسول الله ﷺ حتى منعهم فقال «لا يحج بعد العام مشرك» والزكاة صدقة وهم يتصدقون وقد فرض على نصارى بني تغلب من الزكاة مثلا ما يؤخذ من المسلمين فلم يصيروا بذلك مسلمين وأما الصيام فلكل أهل دين صيام ولان الصيام ليس بفعل انما هو امساك عن أفعال مخصوصة وقد يتفق هذا من الكافر كاتفاقه من المسلم ولا عبرة بالنية فانها أمر باطن لا علم به بخلاف الصلاة فانها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ويختص بها أهل الاسلام ولا يثبت بها الاسلام حتى يأتي بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار من استقبال قبلتنا والركوع والسجود ولا يحصل بمجرد القيام لانهم يقومون في صلاتهم اذا ثبت هذا فانه متى مات المرتد فأقام وارثه بينة أنه صلى بعد ردته حكم لهم بالميراث الا أن يثبت أنه ارتد بعد صلاته أو تكون ردته بجحد فريضة

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أسلم من الابوين كان أولاده الاصاغر تبعا له)

وبهذا قال الشافعي وقال اصحاب الرأي إذا أسلم ابواه او أحدهما وادرك فابى الاسلام أجبر عليه ولم يقتل، وقال مالك ان اسلم الاب تبعه اولاده وإن اسلمت الام لم يتبعوها لان ولد الحربيين يتبع أباه دون امه بدليل المولبين اذا كان لهما ولد كان ولاؤه لمولى أبيه دون مولى امه ولو كان الاب عبداً أو الام مولاة فاعتق العبد لجر ولاء ولده الى مواليه ولان الولد يشرف بشرف ابيه وينتسب إلى قبيلته دون قبيلة امه فوجب ان يتبع أباه في دينه اي دين كان، وقال الثوري إذا بلغ خير بين دين ابيه ودين امه فايهما اختاره كان على دينه ولعله يحتج بحديث الغلام الذي اسلم ابوه وأبت أمه أن تسلم فخيره النبي ﷺ بين أبيه وأمه

ولنا ان الولد يتبع ابويه في الدين فان اختلفا وجب ان يتبع المسلم منهما كولد المسلم من الكتابية ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ويترجح الاسلام باشياء منها انه دين الله الذي رضيه لعباده وبعث به رسله دعاة لخلقه اليه ومنها انه تحصل به السعادة في الدنيا والآخرة ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق وأداء الجزية وفي الآخرة من سخط الله وعذابه ومنها ان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ومن لا يعرف حاله فيها واذا كان محكوما باسلامه أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل كولد المسلمين ولانه مسلم فاذا رجع عن إسلامه وجب قتله لقوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » وبالقياس على غيره

أو كتاب أو نبي أو ملك أو نحو ذلك من البدع التي ينسب أهلها الى الاسلام فانه لا يحكم باسلامه بصلاته لانه يعتقد وجوب الصلاة ويعتقدها مع كفره فأشبه فعله غيرها

[مسئلة] (ولا يبطل احصان المسلم بردته ولا عباداته التي فعلها في اسلامه اذا عاد الى الاسلام)

يعني اذا كان محصناً فارتد ثم أسلم لم يصر غير محصن بل متى زنا رجم لانه يثبت له حكم الاحصان والاصل بقاء ما كان على ما كان ولا تبطل عباداته التي فعلها في اسلامه اذا عاد الى الاسلام لانه فعلها على وجهها وبرئت ذمته منها فلم تعد الى ذمته كديون الآدميين وان كان قد حج حجة الاسلام قبل ردته لم يجب عليه اعادتها اذا عاد الى الاسلام لما ذكرنا

[فصل] قال الشيخ رحمه الله (ومن ارتد لم يزل ملكه بل يكون موقوفاً وتصرفاته موقوفة فان أسلم ثبت ملكه وتصرفاته والا بطلت)

لا يحكم بزوال ملك المرتد بردته في قول أكثر أهل العلم فعلى هذا ان قتل او مات زال ملكه بموته وان راجع الاسلام فملكه باق له فعلى هذا تصرفاته في ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوفة ان اسلم تبينا ان تصرفه كان صحيحا فان قتل او مات كان باطلا وقال مالك يزول ملكه بردته فان راجع الإسلام رد اليه تمليكا مستأنفا لان عصمة نفسه وماله انما تثبت

ولنا على مالك ان الام أحد الابوين فيتبعها ولدها في الاسلام كالاب بل الام اولى به لانها أخص به لانه مخلوق منها حقيقة وتختص بحمله ورضاعه ويتبعها في الرق والحرية والتدبير والكتابة ولان سائر الحيوانات يتبع الولد أمه دون أبيه وهذا يعارض ماذكره . وأما تخيير الغلام فهو في الحضانة لافي الدين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك من مات من الابوين على كفره قسم له الميراث وكان مسلما بموت من مات منهما)

يعني إذا مات أحد أبوي الولد الكافرين صار الولد مسلما بموته وقسم له الميراث وأكثر الفقهاء على انه لايحكم باسلامه بموتهما ولا موت احدهما لانه يثبت كفره تبعا ولم يوجد منه اسلام ولا ممن هو تابع له فوجب إبقاؤه على ما كان عليه ولانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه انه أجبر أحداً من اهل الذمة على الاسلام بموت ابيه مع انهم لم يخل زمنهم عن موت بعض اهل الذمة عن يتيم

ولنا قول النبي ﷺ « كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » متفق عليه فجعل كفره بفعل ابويه فاذا مات احدهما انقطعت التبعية فوجب ابقاؤه على الفطرة التي ولد عليها ولان المسئلة مفروضة فيمن مات ابوه في دار الاسلام وقضية الدار الحكم باسلام أهلها

باسلامه فزوال اسلامه يزيل عصمتهما كما لو لحق بدار الحرب ولان المسلمين ملكوا اراقة دمه بردته فوجب أن يملكوا أمواله بها وقال أصحاب أبي حنيفة ماله موقوف ان أسلم تبينا بقاء ملكه وان مات أوقتل تبينا زواله من حين ردته ، وقال الشريف ابو جعفر : هذا ظاهر كلام احمد وعن الشافعي الاقوال الثلاثة .

ولنا ان الردة سبب يبيح دمه كزنا المحصن، وقتل من يكافئه عمداً لايلزم منه زوال الملك بدليل الزاني المحصن والقاتل في المحاربة فان ملكهم ثابت مع عدم عصمتهم ، ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه لكن يباح لكل احد قتله بغير استتابة وأخذ ماله لمن قدر عليه لانه صار حربياً حكمه حكم أهل الحرب، ولو ارتد جماعة وامتنعوا في دارهم عن طاعة الامام زالت عصمتهم في أنفسهم وأموالهم لان الكفار الاصليين لاعصمة لهم في دارهم فالمرتدون أولى

(فصل) فأما على قول أبي بكر فتصرف المرتد باطل لان ملكه قد زال بردته وهذا أحد أقوال الشافعي وعن الشافعي قول آخر انه ان تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الاقوال الثلاثة وان تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه

ولنا ان ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفا كتبرع المريض

ولذلك حكمنا باسلام لقيطها وانما ثبت الكفر للطفل الذي له ابوان فاذا عدما أو أحدهما وجب ابقاؤه على حكم الدار لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها، وانما قسم له الميراث لان اسلامه انما ثبت بموت أبيه الذي استحق به الميراث فهو سبب لهما فلم يتقدم الاسلام المانع من الميراث على استحقاقه، ولان الحرية المعلقة بالموت لاتوجب الميراث فيما اذا قال سيد العبد له إذا مات ابوك فانت حر فمات ابوه فانه يعتق ولا يرث فيجب أن يكون الاسلام المعلق بالموت لايمنع الميراث وهذا فيما اذا كان في دار الاسلام لانه متى انقطعت تبعيته لابويه او أحدهما ثبت له حكم الدار، فامادار الحرب فلا نحكم باسلام ولد الكافرين فيها بموتهما ولا موت أحدهما لان الدار لايحكم باسلام أهلها وكذلك لم نحكم باسلام لقيطها

﴿مسئلة﴾ قال (ومن شهد عليه بالردة فقال ماكفرت فان شهد ان لا إله الا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين:

(أحدهما) أنه إذا شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته فانكر لم يقبل انكاره واستتيب فان تاب والا قتل وحكي عن بعض اصحاب أبي حنيفة أن إنكاره يكفي في الرجوع الى الاسلام ولا يلزمه النطق بالشهادة لأنه لو أقر بالكفر ثم أنكره قبل منه ولم يكلف الشهادتين كذا ههنا

(فصل) وان تزوج لم يصح تزوجه لانه لايقر على النكاح ومامنع الاقرار على النكاح منع انعقاده كنكاح الكافر المسلمة وان زوج موليته لم يصح لان ولايته على موليته قد زالت بردته وكذلك ان زوج امته لان النكاح لايكون موقوفاً ولان النكاح وان كان في الامة فلا بد في عقده من ولاية صحيحة بدليل ان المرأة لايجوز ان تزوج امتها وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له فانه أدنى حالا من الفاسق الكافر

(فصل) ويؤخذ مال المرتد فيترك عند ثقة من المسلمين فان كان له اماء جعلن عند امرأة ثقة لانهن محرمات عليه فلا يمكن منهن، وذكر القاضي انه يؤجر عقاره وعبيده واماءه، قال شيخنا والاولى ان لايفعل ذلك لان مدة انتظاره قريبة ليس في انتظاره فيها ضرر فلا يفوت عليه منافع ملكه فيما لايرضاه من أجلها فانه ربما راجع الاسلام فيمتنع عليه التصرف في ماله باجارة الحاكم له، وان لحق بدار الحرب اوتعذر قتله مدة طويلة فعل الحاكم له مايرى الحظ فيه من بيع الحيوان الذي يحتاج الى النفقة وغيره واجارة مايرى ابقاءه والمكاتب يؤدي الى الحاكم ويعتق بالاداء لانه نائب عنه

﴿مسئلة﴾ (ويقضى ديونه واروش جناياته وينفق على من تلزمه مؤنته)

يعنى اذا مات أو قتل فانه يبدأ بقضاء ديونه وارش جنايته ونفقة زوجته واقاربه الذين تلزمه مؤنتهم لان هذه الحقوق لايجوز تعطيلها وأولى مايؤخذ من ماله في الصحيح من المذهب وعنه

ولنا ماروى الاثرم باسناده عن علي رضي الله عنه أنه أتي برجل عربي قد تنصر فاستتابه فابى ان يتوب فقتله وأتي برهط يصلون وهم زنادقة وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول فجحدوا وقالوا ليس لنا دين إلا الاسلام فقتلهم ولم يستتبهم ثم قال أتدرون لم استتبت النصراني؟ استتبته لانه أظهر دينه، فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فانما قتلتهم لانهم جحدوا وقد قامت عليهم البينة ولانه قد ثبت كفره فلم يحكم باسلامه بدون الشهادتين كالكافر الاصلي، ولان انكاره تكذيب للبينة فلم تسمع كسائر الدعاوى، فاما إذا أقر بالكفر ثم أنكر فيحتمل أن نقول فيه كمسئلتنا وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وماثبت بالبينة لم يثبت بقوله فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا لو ثبت بقوله فرجع كف عنه وان ثبت ببينة لم يقبل رجوعه

(فصل) وتقبل الشهادة على الردة من عدلين في قول أكثر اهل العلم، وبه يقول مالك والاوزاعي والشافعي واصحاب الرأى قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً خالفهم الا الحسن قال لا يقبل في القتل الا أربعة لانها شهادة بما يوجب القتل فلم يقبل فيها الا أربعة قياساً على الزنا

ولنا انها شهادة في غير الزنا فقبلت من عدلين كالشهادة على السرقة، ولا يصح قياسه على الزنا فانه لم يعتبر فيه الأربعة لعلة القتل بدليل اعتبار ذلك في زنا البكر ولا قتل فيه وإنما العلة

انه لورثته من المسلمين وعنه انه لورثته من أهل الدين الذي انتقل اليه وقد ذكرنا ذلك في الفرائض

(فصل) واذا وجد من المرتد سبب يقتضي الملك كالصيد والاحتشاش والاتهاب والشراء وايجار نفسه اجارة خاصة او مشتركة ثبت الملك له لانه أهل الملك ولذلك بقيت أملاكه الثابتة له ومن قال ان ملكه يزول لم يثبت له ملكا لانه ليس بأهل للملك ولهذا زالت املاكه الثابتة، فان اسلم احتمل ان لا يثبت له شيء أيضا لان السبب لم يثبت حكمه واحتمل ان يثبت الملك له حينئذ لان السبب موجود وإنما امتنع ثبوت حكمه لعدم أهليته فاذا وجدت تحقق الشرط فيثبت الملك حينئذ كما تعود اليه املاكه التي زالت عنه عند عود أهليته، فعلى هذا ان مات أو قتل انتقل الملك الى من ينتقل اليه ماله لان هذا في معناه

(فصل) وان لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه حكم من هو في دار الاسلام الا ان ما كان معه من ماله يصير مباحاً لمن قدر عليه كما أبيح دمه، واما املاكه وماله الذي في دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه وقال أبو حنيفة يورث ماله كما لو مات لانه قد صار في حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه

ولنا انه حي فلم يورث كالحربي الاصلي وحل دمه لا يوجب توريث ماله بدليل الحربي الاصلي وانما حل ماله الذي معه لانه زال العاصم له فأشبه مال الحربي الذي في دار الحرب واما الذي في دار الاسلام فهو باق على العصمة كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الاسلام او عند مودعه

﴿ مسئلة ﴾ (وما اتلف من شيء ضمنه ويتخرج في الجماعة الممتنعة ان لا يضمن ما اتلفه)

كونه زنا ولم يوجد ذلك في الردة ثم الفرق بينهما أن القذف بالزنا يوجب ثمانين جلدة بخلاف القذف بالردة .

(الفصل الثاني) انه إذا ثبتت ردته بالبينة أوغيرها فشهد ان لاإله الا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن صحة ماشهد عليه به وخلي سبيله ولايكلف الاقرار بما نسب اليه لقول النبي ﷺ «امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عزوجل» متفق عليه ولان هذا يثبت به إسلام الكافر الاصلي فكذلك اسلام المرتد ولاحاجة مع ثبوت اسلامه الى الكشف عن صحة ردته، وكلام الخرقي محمول على من كفر بجحد الوحدانية أو جحد رسالة محمد ﷺ او جحدهما معاً ، فأما من كفر بغير هذا فلا يحصل إسلامه إلا بالاقرار بما جحده ومن اقر برسالة محمد ﷺ وانكر كونه مبعوثاً إلى العالمين لا يثبت إسلامه حتى يشهد أن محمداً رسول الله الى الخلق اجمعين أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الاسلام وان زعم ان محمداً رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الاقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله لانه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أنه أراد ما اعتقده، وان ارتد بجحود فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده ويعيد الشهادتين لانه كذب الله ورسوله بما اعتقده ، وكذلك ان جحد نبيا او آية من كتاب الله تعالى أو كتابا من كتبه او ملكا من ملائكته الذين ثبت انهم ملائكة الله، او استباح محرما فلا بد في

اذا ارتدقوم فأتلفوا مالا للمسلمين لزم ضمان ماأتلفوه سواء تحيزوا وصاروا في منعة أولم يصيروا ذكره أبو بكر قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي حكمهم حكم أهل البغي فيما اتلفوه من الانفس والاموال لأن تضمينهم يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الاسلام فأشبهوا أهل البغي

ولنا ماروي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال لاهل الردة حين رجعوا تردون علينا ما أخذتم مناولا نرد عليكم ما اخذنا منكم وان تدوا قتلانا ولاندي قتلاكم قالوا نعم يا خليفة رسول الله قال عمر كل ماقلت كما قلت الا أن يدوا ماقتل منا فلا لانهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا ، ولانهم اتلفوه بغير تأويل فأشبهوا اهل الذمة، فاما القتلى فحكمهم حكم اهل البغي لما ذكرنا من خبر ابي بكر وعمر ولان طليحة الاسدي قتل عكاشة بن محصن وثابت بن ارقم الاسديين فلم يغرمهما وبنوحنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرمواشيئاً، ويحتمل ان يحمل قول احمد وكلامه في المال على وجوب رد ماهو في ايديهم دون مااتلفوه وعلى من اتلف من غير ان تكون له منعة او اتلف في غير الحرب وما اتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه لانه اذا سقط ذلك عن اهل البغي كيلايؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلايؤدي الى التنفير عن الاسلام اولى لانهم اذا امتنعوا صاروا كفارا ممتنعين بدارهم فأشبهوا اهل الحرب ويحمل قول ابي بكر على ما بقي في ايديهم من المال فيكون مذهب احمد ومذهب الشافعي في هذا سواء وهذا اعدل واصح ان شاء الله تعالى، فامامن لامنعة له

إسلامه من الاقرار بما جحده . واما الكافر بجحد الدين من اصله إذا شهد ان محمداً رسول الله واقتصر على ذلك ففيه روايتان :

(إحداهما) يحكم باسلامه لانه روي ان يهوديا قال اشهد ان محمداً رسول الله ثم مات فقال النبي ﷺ «صلوا على صاحبكم» ولانه لايقر برسالة محمد ﷺ الا وهو مقر بمن ارسله وبتوحيده لانه صدق النبي ﷺ فيما جاء به وقد جاء بتوحيده

(الثانية) أنه إن كان مقراً بالتوحيد كاليهود حكم باسلامه لأن توحيد الله ثابت في حقه وقد ضم اليه الاقرار برسالة محمد ﷺ فكمل إسلامه، وإن كان غير موحد كالنصارى والمجوس والوثنيين لم يحكم باسلامه حتى يشهد أن لاإله إلا الله ، وبهذا جاءت أكثر الاخبار وهو الصحيح لأن من جحد شيئين لايزول جحدهما إلا باقراره بهما جميعاً ، وإن قال أشهد أن النبي رسول الله لم نحكم باسلامه لانه يحتمل أن يريد غير نبنا ، وإن قال أنا مؤمن أو أنا مسلم فقال القاضي يحكم باسلامه بهذا ، وإن لم يلفظ بالشهادتين لانهما اسمان لشيء معلوم معروف وهو الشهادتان فاذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما ، وروى المقداد انه قال يارسول الله أرأيت إن لقيت رجلا من

فيضمن ما اتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين او اهل الذمة لانه لامنعة له ولا يكثر ذلك منه فبقي المال والنفس بالنسبة اليه على عصمته ووجوب ضمانه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا اسلم فهل يلزمه قضاء ماترك من العبادات؟ على روايتين)

(احداهما) عليه القضاء لانها عبادة واجبة التزم بوجوبها واعترف به في زمن اسلامه فلزم قضاؤها عند فواتها كغير المرتد (والثانية) لايلزمه قضاؤها لقول الله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) ولانه كافر اسلم فلم يلزمه قضاء العبادات التي كانت في كفره كالحربي ولان ابا بكر لم يأمر المرتدين حين اسلموا بقضاء مافاتهم

﴿مسئلة﴾ (واذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجز استرقاقهما ولا استرقاق اولادهما الذين ولدوا في الاسلام ومن لم يسلم منهم قتل ويجوز استرقاق من ولد بعد الردة وهل يقرون على كفرهم ؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان الرق لايجرى على المرتد سواء كان رجلا او امرأة وسواء لحق بدار الحرب او اقام بدار الاسلام وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة اذا لحقت المرتدة بدار الحرب جاز استرقاقها لان ابا بكر سبى بني حنفية واسترق نساءهم وام محمد بن الحنفية منهم

ولنا قول النبي ﷺ من بدل دينه فاقتلوه ولانه لايجوز اقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ولم ينقل ان الذين سباهم ابو بكر رضي الله عنه كانوا أسلموا ولا ثبت لهم حكم الردة، فان قيل فقد روي عن علي رضي الله عنه ان المرتدة تسبى قلنا هذا الحديث ضعفه احمد، فأما اولاد المرتدين فان كانوا ولدوا قبل الردة فانهم محكوم باسلامهم تبعاً لابائهم ولا يتبعونهم في الردة لان الاسلام يعلو وقد تبعوهم فيه فلا يتبعونهم

الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال أسلمت أفأقتله يارسول الله بعد أن قالها ؟ قال « لاتقتله فان قتلته فانه بمنزلتك قبل أن تقتله وانك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قالها » وعن عمران بن حصين قال أصاب المسلمون رجلا من بني عقيل فأتوا به النبي ﷺ فقال يا محمد اني مسلم فقال رسول الله ﷺ « لو كنت قلت وانت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح » رواهما مسلم ويحتمل ان هذا في الكافر الأصلي أو من جحد الوحدانية اما من كفر بجحد نبي أو كتاب أو فريضة ونحوها فلا يصير مسلماً بذلك لانه ربما اعتقد ان الاسلام ماهو عليه فان أهل البدع كلهم يعتقدون انهم هم المسلمون ومنهم من هو كافر

(فصل) واذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الاسلام فقد صار مرتداً ويجبر على الإسلام نص عليه احمد في رواية جماعة ، ونقل عن احمد انه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام لانه يحتمل الصدق فلا يراق دمه بالشبهة والأول أولى لانه قد حكم باسلامه فيقتل اذا رجع كما لو طالت مدته

(فصل) واذا صلى الكافر حكم باسلامه سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام أوصلى جماعة

في الكفر فلا يجوز استرقاقهم صغاراً لانهم مسلمون ولا كباراً لانهم ان ثبتوا على اسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وإن كفروا فهم مرتدون حكمهم حكم آبائهم في الاستتابة وتحريم الاسترقاق، وأما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره لانه ولد بين أبوين كافرين، ويجوز استرقاقه لانه ليس بمرتد نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر، ويحتمل أن لا يجوز استرقاقهم لان آباءهم لا يجوز استرقاقهم ولانهم لا يقرون بالجزية فلا يقرون بالاسترقاق وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن ولدوا في دار الاسلام لم يجز استرقاقهم وإن ولدوا في دار الحرب جاز استرقاقهم كولد الحربيين بخلاف آبائهم فعلى هذا إذا وقع في الأسر بعد لحوقه بدار الحرب فحكمه حكم سائر أهل الحرب وإن كان في دار الاسلام لم يقر بالجزية وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقة بدار الحرب لم يقر بها لانه انتقل إلى الكفر بعد نزول القرآن، فأما من كان حملا حال ردته فظاهر كلام الخرقي أنه كالحادث بعد كفره وعند الشافعي هو كالمولود ولهذا يرث

ولنا أن أكثر الاحكام انما تتعلق بعد الوضع فكذلك هذا الحكم، وهل يقر من ولد بعد الردة على كفره ؟ فيه روايتان (احداهما) يقر كأولاد اهل الحرب (والثانية) لا يقرون فاذا أسلموا رقوا لانهم أولاد من لا يقر على كفره فلا يقرون على كفرهم كالموجودين قبل ردتهم

(فصل) ومن لم يسلم من الذين كانوا موجودين قبل الردة فقدر عليهم أو على آبائهم استتيب منهم من كان بالغاً عاقلا فمن لم يتب قتل ومن لم يبلغ انتظر بلوغه فان لم يتب قتل إذا استتيب وينبغي أن يحبس حتى لا يهرب

(فصل) ومتى ارتد أهل بلد وجرت فيهم أحكامهم صاروا دار حرب في اغتنام أموالهم وسبي

أو فرادى ، وقال الشافعي إن صلى في دار الحرب حكم باسلامه وإن صلى في دار الاسلام لم يحكم باسلامه لانه يحتمل انه صلى رياء وتقية

ولنا أن ما كان اسلاما في دار الحرب كان اسلاما في دار الاسلام كالشهادتين ولان الصلاة ركن يختص به الاسلام فحكم باسلامه به كالشهادتين واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وسواء كان أصلياً أو مرتداً ، وأما سائر الاركان من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم باسلامه به فان المشركين كانوا يحجون في عهد رسول الله ﷺ حتى منعهم النبي ﷺ فقال « لا يحج بعد العام مشرك » والزكاة صدقة وهم يتصدقون وقد فرض على نصارى بني تغلب من الزكاة مثلي مايؤخذ من المسلمين ولم يصيروا بذلك مسلمين ؛ وأما الصيام فلكل اهل دين صيام ولان الصيام ليس بفعل انما هو امساك عن افعال مخصوصة في وقت مخصوص وقد يتفق هذا من الكافر كاتفاقه من المسلم ولا عبرة بنية الصيام لانها امر باطن لا علم لنا به بخلاف الصلاة فانها افعال تتميز عن افعال الكفار ويختص بها اهل الاسلام ولا يثبت الاسلام حتى يأتي بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار من استقبال قبلتنا والركوع والسجود ولا يحصل بمجرد القيام لانهم يقومون في صلاتهم ولا فرق بين الأصلي والمرتد في هذا لان ماحصل به الاسلام في الاصلي حصل به في حق المرتد

ذراريهم الحادثين بعد الردة ، وعلى الامام قتالهم فان أبا بكر رضي الله عنه قاتل أهل الردة بجماعة من الصحابة ولان الله تعالى قد أمر بقتال الكفار في مواضع من كتابه وهؤلاء أحقهم بالقتال لان تركهم ربما أغرى أمثالهم بالتشبه بهم والارتداد معهم فيكثر الضرر بهم، وإذا قاتلهم قتل من قدر عليه ويتبع مدبرهم ويجاز على جريحهم وتغنم أموالهم وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : لا تصير دار حرب حتى يجتمع فيها ثلاثة أشياء: ان تكون متاخمة لدار الحرب لا شيء بينهما من دار الاسلام (الثاني) لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمن (الثالث) أن تجري فيها أحكامهم

ولنا أنها دار كفار فيها أحكامهم فكانت دار حرب كما لو اجتمع فيها هذه الخصال أو دار الكفرة الاصليين .

(فصل) وإن قتل المرتد من يكافئه عمداً فعليه القصاص نص عليه احمد والولي مخير بين قتله والعفو عنه فان اختار القصاص قدم على قتل الردة سواء تقدمت الردة أو تأخرت لانه حق آدمي وان عفا على مال وجبت الدية في ماله وكذلك ان كان القتل خطأ تجب الدية في ماله أيضاً لانه لا عاقلة له قال القاضي : وتؤخذ منه الدية في ثلاث سنين لانها دية الخطأ وإن قتل او مات اخذت من ماله في الحال لان الدين المؤجل يحل بالموت في حق من لا وارث له ويحتمل ان تجب الدية حالة عليه لانها انما أجلت في حق العاقلة تخفيفاً عليهم لانهم يحملون عن غيرهم على سبيل المواساة **فأما** الجاني فتجب عليه حالة لانها بدل عن متلف فكانت حالة كسائر ابدال المتلفات

كالشهادتين ، فعلى هذا لو مات المرتد فأقام ورثته بينة انه صلى بعد ردته حكم لهم بالميراث إلا أن يثبت انه ارتد بعد صلاته أو تكون ردته بجحد فريضة او كتاب او نبي او ملك او نحو ذلك من البدع التي ينتسب اهلها الى الاسلام فانه لايحكم باسلامه بصلاته لانه يعتقد وجوب الصلاة ويفعلها مع كفره فأشبه فعله غيرها والله اعلم

(فصل) واذا أكره على الاسلام من لا يجوز إكراهه كالذمي والمستأمن فأسلم لم يثبت له حكم الاسلام حتى يوجد منه مايدل على اسلامه طوعا مثل ان يثبت على الاسلام بعد زوال الاكراه عنه فان مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وان رجع الى دين الكفر لم يجز قتله ولا اكراهه على الاسلام وبهذا قال ابوحنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن يصير مسلماً في الظاهر وإن رجع عنه قتل اذا امتنع عن الاسلام لعموم قوله عليه السلام « أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ولانه أتى بقول الحق فلزمه حكمه كالحربي اذا اكره عليه

ولنا انه اكره على مالا يجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالمسلم اذا اكره على الكفر والدليل على تحريم الاكراه قوله تعالى (لا إكراه في الدين) وأجمع اهل العلم على ان الذمي اذا أقام

(فصل) ومن اسلم من الابوين كان اولاده الأصاغر تبعاً له وبهذا قال الشافعي وقال اصحاب الراي إذا اسلم ابواه أو احدهما وأدرك فأبى الاسلام أجبر عليه ولم يقتل، وقال مالك ان اسلم الاب تبعه أولاده وان اسلمت الام لم يتبعوها لان ولد الحربين يتبع أباه دون امه بدليل المولبين إذا كان لهما ولد كان ولاؤه لمولى ابيه دون أمه ولو كان الاب عبداً والأم مولاة فأعتق العبد لجر ولاء ولده إلى مواليه، ولان الولد يشرف بشرف ابيه وينسب إلى قبيلته دون قبيلة امه فوجب ان يتبع اباه في دينه اي دين كان ، وقال الثوري إذا بلغ خير بين دين ابيه ودين امه فأيهما اختاره كان على دينه ولعله يحتج بحديث الغلام الذي اسلم ابوه وابت أمه ان تسلم فخيره النبي ﷺ بين أبيه وامه

ولنا ان الولد يتبع ابويه في الدين فاذا اختلفا وجب أن يتبع المسلم منهما كولد المسلم من الكتابية ولان الاسلام يعلو ولا يعلى، ويترجح بأشياء (منها) انه دين الله الذي رضيه لعباده وبعث به رسله ودعا خلقه اليه (ومنها) انه تحصل به السعادة في الدنيا والآخرة ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق واداء الجزية وفي الآخرة من سخط الله وعذابه (ومنها) أن الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ومن لا تعرف حاله فيها ، وإذا كان محكوما باسلامه أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل كولد المسلمين ولانه مسلم فاذا رجع عن اسلامه وجب قتله لقوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » وبالقياس على غيره

ولنا على مالك أن الام أحد الابوين فتبعها ولدها في الاسلام كالاب بل الام أولى لانها أخص به لانه مخلوق منها حقيقة وتختص بحمله ورضاعه ويتبعها في الرق والحرية والتدبير والكتابة ولان سائر الحيوانات يتبع الولد أمه دون أبيه وهذا يعارض ماذكره، وأما تخيير الغلام فهو في الحضانة لا في الدين

على ماعوهد عليه والمستأمن لايجوز نقض عهده ولا إكراهه على مالم يلتزمه ولانه أكره على مالا يجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالاقرار والعتق وفارق الحربي والمرتد فانه يجوز قتلهما واكراههما على الاسلام بأن يقول إن اسلمت وإلا قتلناك فمتى أسلم حكم باسلامه ظاهراً وإن مات قبل زوال الاكراه عنه فحكمه حكم المسلمين لانه أكره بحق فحكم بصحة مايأتي به كما لو أكره المسلم على الصلاة فصلى، وأما في الباطن فيما بينهم وبين ربهم فان من اعتقد الاسلام بقلبه وأسلم فيما بينه وبين الله تعالى فهو مسلم عند الله موعود بما وعد به من أسلم طائعاً، ومن لم يعتقد الاسلام بقلبه فهو باق على كفره لا حظ له في الاسلام سواء في هذا من يجوز اكراهه ومن لايجوز اكراهه فان الاسلام لايحصل بدون اعتقاده من العاقل بدليل ان المنافقين كانوا يظهرون الاسلام ويقومون بفرائضه ولم يكونوا مسلمين

(فصل) ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر لم يصر كافراً وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن هو كافر في الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون إن مات ولا يغسل ولا يصلي عليه وهو مسلم فيما بينه وبين الله لانه نطق بكلمة الكفر فأشبه المختار

(فصل) ومن مات من الابوين الكافرين على كفره قسم للولد الميراث وكان مسلماً بموت من مات منهما وأكثر الفقهاء على أنه لا يحكم باسلامه بموتهما ولا بموت أحدهما لانه ثبت كفره تبعاً ولم يوجد منه اسلام ولا ممن هو تابع له فوجب بقاؤه على ما كان عليه لانه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه أنه أجبر أحداً من أهل الذمة على الاسلام بموت أبيه مع أنه لم يخل زمنه عن موت بعض أهل الذمة عن بنيهم

ولنا قول النبي ﷺ «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» متفق عليه فجعل كفره بفعل أبويه فاذا مات احدهما انقطعت التبعية فوجب ابقاؤه على الفطرة التي ولد عليها ولان المسئلة مفروضة فيمن مات أبوه في دار الاسلام وقضية الدار الحكم باسلام اهلها وكذلك حكمنا باسلام لقيطها وانما ثبت الكفر للطفل الذي له ابوان فاذا عدما او احدهما وجب ابقاؤه على حكم الدار لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها وانما قسم له الميراث لان اسلامه انما ثبت بموت ابيه الذي استحق به الميراث فهو سبب لهما فلم يتقدم الاسلام المانع من الميراث على استحقاقه ولان الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له اذا مات ابوك فأنت حر فمات ابوه فانه يعتق ولا يرث فيجب ان يكون الاسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث وهذا فيما إذا كان في دار الاسلام لانه متى قطعت تبعيته لابويه او احدهما ثبت له حكم الدار فأما دار الحرب فلا يحكم باسلام ولد الكافر فيها بموتهما ولا موت احدهما لان الدار لا يحكم باسلام اهلها ولذلك لم يحكم باسلام لقيطها

ولنا قول الله تعالى (إلا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله) وروي ان عماراً أخذه المشركون فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه ثم أتى النبي ﷺ وهو يبكي فأخبره فقال له النبي ﷺ « إن عادوا فعد » وروي ان الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين فما منهم أحد إلا اجابهم إلا بلال فانه كان يقول أحد أحد وقال النبي ﷺ « عفي لامتي عن الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه قول اكره عليه بغير حق فلم يثبت حكمه كما لو اكره على الاقرار وفارق ما اذا اكره بحق فانه خير بين أمرين يلزمه أحدهما فأيهما اختاره ثبت حكمه في حقه، فاذا ثبت انه لم يكفر فمتى زال عنه الاكراه أمر باظهار اسلامه فان اظهره فهو باق على اسلامه وإن اظهر الكفر حكم انه كفر من حين نطق به لاننا تبينا بذلك انه كان منشرح الصدر بالكفر من حين نطق به مختاراً له ، وإن قامت عليه بينة انه نطق بكلمة الكفر وكان محبوساً عند الكفار ومقيداً عندهم في حالة خوف لم يحكم بردته لان ذلك ظاهر في الاكراه ، وإن شهدت انه كان آمناً حال نطقه به حكم بردته ، فان ادعى ورثته رجوعه الى الاسلام لم يقبل إلا ببينة لان الاصل بقاؤه على ما هو عليه ، وإن شهدت البينة عليه بأكل لحم الخنزير

(فصل) وتثبت الردة بشيئين : الاقرار والبينة فمتى شهد بالردة على المرتد من ثبتت الردة بشهادته فأنكر لم يسمع انكاره واستتيب فان تاب وإلا قتل ، وحكي عن بعض اصحاب ابي حنيفة ان انكاره يكفي في الرجوع إلى الاسلام ولا يلزمه النطق بالشهادة لانه لو اقر بالكفر ثم انكره قبل منه ولم يكلف الشهادتين فكذلك هذا

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل عربي فاستتابه فأبى ان يتوب فقتله واتى برهط يصلون وهم زنادقة وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول فجحدوا وقالوا ليس لنا دين الا الاسلام فقتلهم ولم يستتبهم ثم قال: تدرون لم استتبت النصراني؟ استتبته لانه اظهر دينه فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فانما قتلتهم لانهم جحدوا وقد قامت عليهم البينة ولانه قد ثبت كفره فلم يحكم باسلامه بدون الشهادتين كالكافر الاصلي ولان انكاره تكذيب للبينة فلم يسمع كسائر الدعاوى فأما إذا اقر بالكفر ثم انكر فيحتمل ان القول فيه كمسئلتنا ، وإن سلمنا فالفرق بينهما ان الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا والسرقة وتقبل الشهادة على الردة من عدلين في قول اكثر اهل العلم منهم مالك والشافعي والاوزاعي واصحاب الرأي قال ابن المنذر ولا نعلم احداً خالفهم الا الحسن قال : لا يقبل في القتل إلا اربعة لانها شهادة بما يوجب القتل فلم يقبل فيها الا أربعة قياساً على الزنا .

ولنا انها شهادة بغير الزنا فقبلت من عدلين كالشهادة على السرقة ولا يصح قياسه على الزنا فلم

لم يحكم بردته لانه قد يأكله معتقداً تحريمه كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها ، وإن قال بعض ورثته آكله مستحلا له او اقر بردته حرم ميراثه لانه مقر بأنه لايستحقه ويدفع الى مدعي اسلامه قدر ميراثه لانه لايدعي اكثر منه ويدفع الباقي الى بيت المال لعدم من يستحقه، فان كان في الورثة صغير او مجنون دفع اليه نصيبه ونصيب المقر بردة الموروث لانه لم تثبت ردته بالنسبة اليه

(فصل) ومن أكره على كلمة الكفر فالافضل له ان يصبر ولا يقولها وان أتى ذلك على نفسه لما روي خباب عن رسول الله ﷺ قال «ان كان الرجل ممن قبلكم ليحفر له في الارض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق باثنين مايمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد مادون عظمه من لحم ما يصرفه ذلك عن دينه» وجاء في تفسير قوله تعالى (قتل اصحاب الاخدود النار ذات الوقود إذ هم عليها قعود وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود) أن بعض ملوك الكفار اخذ قوما من المؤمنين فخد لهم أخدوداً في الارض واوقد فيه ناراً ثم قال من لم يرجع عن دينه فالقوه في النار فجعلوا يلقونهم فيها حتى جاءت امرأة على كتفها صبي لها فتقاعست من اجل الصبي فقال الصبي ياامه اصبري فانك علي الحق فذكرهم الله تعالى في كتابه ، وروي الاثرم عن ابي عبد الله انه سئل عن

يعتبر فيه إلا أربعة لعلة القتل بدليل اعتبار ذلك في زنا البكر ولا قتل فيه وانما العلة كونه زنا ولم يوجد ذلك في الردة ثم الفرق بينهما ان القذف بالزنا يوجب ثمانين جلدة بخلاف القذف بالردة

(فصل) واذا أكره على الاسلام من يجوز اكراهه كالذمي والمستأمن فأسلم لم يثبت له حكم الاسلام حتى يوجد منه مايدل على اسلامه طوعا مثل أن يثبت على الاسلام بعد زوال الاكراه عنه وإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يجز قتله ولا إكراهه على الاسلام وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن يصير مسلماً في الظاهر وإن رجع عنه قتل اذا امتنع من الاسلام لعموم قوله عليه السلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لاإله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » ولانه أتى بقول الحق فلزمه حكمه كالحربي اذا أكره عليه .

ولنا انه أكره على مالا يجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالمسلم اذا أكره على الكفر والدليل على تحريم الاكراه قول الله تعالى (لاإكراه في الدين) وأجمع أهل العلم على ان الذمي اذا قام على ماهو عليه والمستأمن لايجوز نقض عهده ولا إكراهه على مالم يلتزمه ولأنه أكره على مالايجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالاقرار والعتق وفارق الحربي والمرتد فانه يجوز قتلهما واكراههما على الاسلام بان يقول ان أسلمت والا قتلناك فمتى أسلم حكم باسلامه ظاهراً وإن مات قبل زوال الاكراه عنه فحكمه حكم المسلمين لانه أكره بحق فحكم بصحة مايأتي به كما لو أكره المسلم على الصلاة فصلى . وأما في الباطن فبينهم وبين ربهم فمن اعتقد الاسلام بقلبه وأسلم فيما بينه وبين ربه فهو مسلم

الرجل يؤسر فيعرض على الكفر ويكره عليه اله أن يرتد؟فكرهه كراهة شديدة وقال مايشبه هذا عندي الذين انزلت فيهم الآية من اصحاب النبي ﷺ أولئك كانوا يرادون على الكلمة ثم يتركون يعملون ماشاءوا وهؤلاء يريدونهم على الاقامة على الكفر وترك دينهم وذلك لان الذي يكره على كلمة يقولها ثم يخلى لاضرر فيها وهذا المقيم بينهم يلتزم باجابتهم الى الكفر المقام عليه واستحلال المحرمات وترك الفرائض والواجبات وفعل المحظورات والمنكرات ، وإن كان امرأة تزوجوها واستولدوها اولاداً كفاراً وكذلك الرجل وظاهر حالهم المصير الى الكفر الحقيقي والانسلاخ من الدين الحنيفي

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يفيق ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فان مات في سكره مات كافراً)

اختلفت الرواية عن احمد في ردة السكران فروي عنه انها تصح قال ابو الخطاب وهو اظهر الروايتين عنه وهو مذهب الشافعي وعنه لا يصح وهو قول ابي حنيفة لان ذلك يتعلق بالاعتقاد

عند الله موعود بما وعد به من أسلم طائعاً ومن لم يعتقد الاسلام بقلبه فهو باق على كفره لاحظ له في الاسلام وسواء في هذا من يجوز اكراهه ومن لايجوز فان الاسلام لايحصل بدون اعتقاده من العاقل بدليل ان المنافقين كانوا يظهرون الاسلام ويقومون بفرائضه ولم يكونوا مسلمين

(فصل) ومن أكره على الكفر لم يصر كافراً وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن هو كافر في الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون إن مات ولا يغسل ولايصلى عليه وهو مسلم فيما بينه وبين الله تعالى لانه نطق بكلمة الكفر فأشبه المختار

ولنا قول الله تعالى (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله) وروى ان عماراً أكرهه المشركون فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه ثم أتى النبي ﷺ وهو يبكي فأخبره فقال له النبي ﷺ « ان عادوا فعد »

وروي أن الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين فما منهم أحد إلا أجابهم الا بلالا فانه كان يقول أحد أحد وقال النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يثبت في حقه كما لو أكره على الاقرار وفارق ماإذا أكره بحق فانه خير بين أمرين يلزمه أحدهما فأيهما اختاره ثبت حكمه في حقه فإذا ثبت انه لم يكفر فمتى زال عنه الاكراه أمر باظهار اسلامه فان أظهره فهو باق على اسلامه وإن أظهر الكفر حكم انه كفر من حين نطق به لأننا تبينا بذلك انه كان منشرح الصدر بالكفر من حين نطق به مختاراً له وإن قامت عليه بينة انه نطق بكلمة الكفر وكان محبوساً عند الكفار ومقيداً عندهم في حالة خوف لم يحكم بردته

والقصد والسكران لا يصح عقده ولا قصده فأشبه المعتوه ولانه زائل العقل فلم تصح ردته كالنائم ولانه غير مكلف فلم تصح ردته كالمجنون والدليل على انه غير مكلف ان العقل شرط في التكليف وهو معدوم في حقه ولهذا لم تصح استتابته

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا في السكران : إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفتري فأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره واقاموا مظنتها مقامها ولانه يصح طلاقه فصحت ردته كالصاحي وقولهم ليس بمكلف ممنوع فان الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر اركان الاسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف ولان السكران لا يزول عقله بالكلية ولهذا يتقي المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما يضره ويزول سكره عن قرب من الزمان فاشبه الناعس بخلاف النائم والمجنون واما استتابته فتؤخر إلى حين صحوه ليكمل عقله ويفهم مايقال له وتزال شبهته ان كان قد قال الكفر معتقداً له كما تؤخر استتابته الى حين زوال شدة عطشه وجوعه ويؤخر الصبي الى حين بلوغه وكمال عقله ولان القتل جعل للزجر ولا يحصل الزجر في حال سكره وان قتله قاتل في حال سكره لم يضمنه لان عصمته زالت بردته وان مات اوقتل لم يرثه ورثته ولا يقتله حتى يتم له ثلاثة أيام ابتداؤها

لان ذلك ظاهر في الاكراه ، وإن شهدت انه كان آمناً حال نطقه بردته فان ادعى ورثته رجوعه إلى الاسلام لم يقبل إلا ببينة لان الاصل بقاؤه على ماهو عليه وإن شهدت البينة عليه بأكل لحم الخنزير لم يحكم بردته لانه قد يأكله معتقداً تحريمه كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها ، وإن قال بعض ورثته أكله مستحلا له او أقر بردته حرم ميراثه لانه مقر بانه لا يستحقه ويدفع إلى مدعي اسلامه قدر ميراثه لانه لا يدعي أكثر منه ويدفع الباقي الى بيت المال لعدم من يستحقه فان كان في الورثة صغير أو مجنون دفع اليه نصيبه ونصيب المقر بردة الموروث لانه لم تثبت ردته بالنسبة اليه

(فصل) ومن أكره على كلمة الكفر فالافضل أن يصبر ولا يقولها وإن أتى ذلك على نفسه لما روى خباب عن رسول الله ﷺ قال « إن كان الرجل ممن قبلكم ليحفر له في الارض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق باثنتين ما يمنعه ذلك عن دينه ويمشط بامشاط الحديد مادون عظمه من لحم مايصرفه ذلك عن دينه » وجاء في تفسير قوله تعالى (قتل أصحاب الاخدود النار ذات الوقود إذ هم عليها قعود . وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود) ان بعض ملوك الكفار أخذ قوما من المؤمنين فحفر لهم أخدوداً في الارض وأوقدوا فيها ناراً ثم قال من لم يرجع عن دينه فالقوه في النار فجعلوا يلقونهم فيها حتى جاءت امرأة على كتفها صبي لها فتقاعست من أجل الصبي فقال ياأمه اصبري فانك على الحق فذكرهم الله تعالى في كتابه

وروى الاثرم عن ابي عبد الله انه سئل عن رجل يؤسر فيعرض على الكفر ويكره عليه أله ان يرتد؟ فكرهه كراهة شديدة وقال مايشبه هذا عندي الذي أنزلت فيهم الآية من أصحاب النبي ﷺ

من حين ارتد ، فان استمر سكره اكثر من ثلاث لم يقبل حتى يصحو ثم يستتاب عقيب صحوه فان تاب والا قتل في الحال وان اسلم في سكره صح اسلامه ثم يسأل بعد صحوه فان ثبت على اسلامه فهو مسلم من حين اسلم لان اسلامه صحيح وان كفر فهو كافر من الآن لان اسلامه صح وانما يسأل استظهاراً وان مات بعد إسلامه في سكره مات مسلماً

(فصل) ويصح إسلام السكران في سكره سواء كان كافراً اصليا اومرتداً لانه اذا صحت ردته مع انها محض مضرة وقول باطل فلان يصح اسلامه الذي هو قول حق ومحض مصلحة اولى فان رجع عن اسلامه وقال لم ادر ماقلت لم يلتفت إلى مقالته وأجبر على الاسلام فان اسلم وإلا قتل ويتخرج أن لا يصح اسلامه بناء على القول بان ردته لاتصح فان من لاتصح ردته لايصح اسلامه كالطفل والمعتوه

(فصل) ولا تصح ردة المجنون ولا إسلامه لانه لا قول له وان ارتد في صحته ثم جن لم يقتل في حال جنونه لانه يقتل بالاصرار على الردة والمجنون لايوصف بالاصرار ولا يمكن استتابته ولو وجب عليه القصاص فجن قتل لان القصاص لايسقط عنه بسبب من جهته وههنا يسقط برجوعه ولان القصاص

أولئك كانوا يرادون على الكلمة ثم يتركون يعملون ماشاءوا وهؤلاء يريدونهم على الاقامة على الكفر وترك دينهم وذلك ان الذي يكره على الكلمة يقولها ثم يخلى لاضرر فيها وهذا المقيم بينهم يلتزم باجابتهم الى الكفر المقام عليه واستحلال المحرمات وترك الفرائض والواجبات وفعل المنكرات والمحظورات وإن كانت امرأة يزوجونها ويستولدونها أولاداً كفاراً وكذلك الرجل وظاهر حالهم المصير الى الكفر الحقيقي والانسلاخ من الدين الحنيفي

(فصل) ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم اقيم عليه حده وبهذا قال الشافعي سواء لحق بدار الحرب في ردته او لم يلحق بها ، وقال قتادة في مسلم احدث حدثاً ثم لحق بالروم ثم قدر عليه ان كان ارتد دريء عنه الحد وان لم يكن ارتد أقيم عليه ونحو هذا قال ابو حنيفة والثوري الا حقوق الناس لان ردته احبطت عمله فأسقطت ماعليه من حقوق الله تعالى كمن فعل ذلك في حال شركه فانه لم يثبت حكمه في حقه . واما قوله الاسلام «يجب ماقبله» فالمراد به مافعله في كفره لانه لو أراد ماقبل ردته أفضى الى كون الردة التي هي اعظم الذنوب مكفرة للذنوب وان من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم فتكفر ذنوبه وتسقط حدوده

(فصل) فأما فعله في ردته فقد نقل مهنا عن احمد قال : سألته عن رجل ارتد عن الاسلام فقطع الطريق ثم لحق بدار الحرب وأخذه المسلمون قال تقام عليه الحدود ويقتص منه وسألته عن رجل ارتد فلحق بدار الحرب فقتل بها مسلماً ثم رجع تائباً وقد أسلم فاخذه وليه يكون عليه القصاص؟ فقال قد زال عنه الحكم لانه انما قتل وهو مشرك ثم توقف بعد ذلك وقال لاأقول في هذا شيئاً

انما يسقط بسبب من جهة المستحق له فنظير مسئلتنا أن يجن المستحق للقصاص فانه لايستوفي حال جنونه

(فصل) ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم أقيم عليه حده وبهذا قال الشافعي سواء لحق بدار الحرب في ردته أو لم يلحق بها . وقال قتادة في مسلم احدث حدثاً ثم لحق بالروم ثم قدر عليه ان كان ارتد درىء عنه الحد وان لم يكن ارتد أقيم عليه ونحو هذا قال أبو حنيفة والثوري إلا حقوق الناس لان ردته أحبطت عمله فأسقطت ما عليه من حقوق الله تعالى كمن فعل ذلك في حال شركه . ولان الاسلام يجب ماقبله

ولنا انه حق عليه فلم يسقط بردته كحقوق الآدميين . وفارق ما فعله في شركه فانه لم يثبت حكمه في حقه . وأما قوله الاسلام «يجب ماقبله» فالمراد به ما فعله في كفره لانه لو أراد ما قبل ردته أفضى الى كون الردة التي هي أعظم الذنوب مكفرة للذنوب وان من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم فتكفر ذنوبه وتسقط حدوده

(فصل) فاما مافعله في ردته فقد نقل مهنا عن احمد قال سألته عن رجل ارتد عن الاسلام فقطع الطريق وقتل النفس ثم لحق بدار الحرب فاخذه المسلمون فقال تقام فيه الحدود ويقتص منه وسألته عن رجل ارتد فلحق بدار الحرب فقتل بها مسلماً ثم رجع تائباً وقد اسلم فأخذه وليه يكون عليه

وقال القاضي ماأصاب في ردته من نفس او مال او جرح فعليه ضمانه سواء كان في منعة وجماعة او لم يكن لانه التزم حكم الاسلام باقراره فلم يسقط بجحده كما لايسقط ما التزمه عند الحاكم بجحده . قال شيخنا والصحيح ان ماأصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب او كونه في جماعة ممتنعة لايضمنه لما ذكرناه فيما تقدم في مسئلة وما أتلف من شيء ضمنه وما فعله قبل هذا اخذ به اذا كان مما يتعلق به حق آدمي كالجناية على نفس او مال لانه في دار الاسلام فلزمه حكم جنايته كالذمي والمستأمن واما من ارتكب حداً خالصاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة فانه ان قتل بالردة سقط ماسوى القتل من الحدود لانه متى اجتمع مع القتل حد انتفى بالقتل ، وان رجع الى الاسلام أخذ بحد الزنا والسرقة لانه من اهل دار الاسلام فأخذ بهما كالذمي والمستأمن . فأما حد الخمر فيحتمل انه لايجب عليه لانه كافر فلا يقام عليه حد الخمر كسائر الكفار ويحتمل ان يجب لانه أقر بحكم الاسلام قبل ردته وهذا من أحكامه فلم يسقط بجحده بعده

(فصل) ومن ادعى النبوة او صدق من ادعاها فقد ارتد لان مسيلمة لما ادعى النبوة فصدقه قومه صاروا بذلك مرتدين وكذلك طليحة الاسدي ومصدقوه وقال النبي ﷺ «لاتقوم الساعة حتى يخرج ثلاثون كذابون كلهم يدعي انه رسول الله»

(فصل) قال رحمه الله والساحر الذي يركب المكنسة فتسير به في الهواء ونحوه يكفر ويقتل فاما الذي يسحر بالادوية والتدخين ويسقي شيئاً يضر فلا يكفر ولا يقتل ولكن يعذر ويقتص منه

القصاص؟ فقال قد زال عنه الحكم لانه انما قتل وهو مشرك وكذلك ان سرق وهو مشرك ثم توقف بعد ذلك وقال لا أقول في هذا شيئاً

وقال القاضي ماأصاب في ردته من نفس او مال او جرح فعليه ضمانه سواء كان في منعة وجماعة او لم يكن لانه التزم حكم الاسلام باقراره فلم يسقط بجحده كما لا يسقط ماالتزمه عند الحاكم بجحده والصحيح ان ما أصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب أو كونه في جماعة ممتنعة لا يضمنه لما ذكرناه في آخر الباب الذي قبل هذا وما فعله قبل هذا أخذ به إذا كان مما يتعلق به حق آدمي كالجناية على نفس او مال لانه في دار الاسلام فلزمه حكم جنايته كالذمي والمستأمن . وأما ان ارتكب حداً خالصاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة فانه ان قتل بالردة سقط ما سوى القتل من الحدود لانه متى اجتمع مع القتل حد اكتفي بالقتل وان رجع الى الاسلام اخذ بحد الزنا والسرقة لانه من اهل دار الاسلام فأخذ بهما كالذمي والمستأمن وأما حد الخمر فيحتمل ان لايجب عليه لانه كافر فلايقام عليه حد الخمر كسائر الكفار . ويحتمل أن يجب لانه أقر بحكم الاسلام قبل ردته وهذا من أحكامه فلم يسقط بجحده بعده والله اعلم

(فصل) ومن ادعى النبوة أو صدق من ادعاها فقد ارتد لان مسيلمة لما ادعى النبوة فصدقه قومه صاروا بذلك مرتدين وكذلك طليحة الاسدي ومصدقوه. وقال النبي ﷺ « لاتقوم الساعة حتى يخرج ثلاثون كذابون كلهم يزعم انه رسول الله»

ان فعل مايوجب القصاص . وجملة ذلك ان السحر عقد ورقى وكلام يتكلم به ويكتبه أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أوقلبه أوعقله من غير مباشرة له وله حقيقة فمنه مايقتل ومايمرض وما يأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها ومنه ما يفرق به بين المرء وزوجه وما يبغض أحدهما إلى الآخر أو يحبب بين اثنين وهذا قول الشافعي وذهب بعض اصحابه إلى أنه لاحقيقة له انما هو تخييل قال الله تعالى (يخيل اليه من سحرهم أنها تسعى) وقال أصحاب أبي حنيفة ان كان شيئاً يصل الى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز ان يحصل منه ذلك فاما ان يحصل المرض والموت من غير ان يصل الى بدنه شيء فلا يجوز ذلك لانه لو جاز لبطلت معجزات الانبياء عليهم السلام لان ذلك يخرق العادات فاذا جاز من غير الانبياء بطلت معجزاتهم وأدلتهم

ولنا قول الله تعالى (قل أعوذ برب الفلق من شر ما خلق ومن شر غاسق اذا وقب ومن شر النفاثات في العقد) يعني السواحر اللاتي يعقدن في سحرهن وينفثن عليه ولولا ان السحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة منه وقال الله تعالى (يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت) الى قوله (فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه) وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ سحر حتى إنه ليخيل اليه أنه يفعل الشيء وما يفعله وأنه قال لها ذات يوم «أشعرت ان

(فصل) ومن سب الله تعالى كفر سواء كان مازحاً او جاداً وكذلك من استهزأ بالله تعالى او بآياته او برسله او كتبه . قال الله تعالى (ولئن سألتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون ؟ لاتعتذروا قد كفرتم بعد ايمانكم)وينبغي أن لا يكتفى من الهازىء بذلك بمجرد الاسلام حتى يؤدب ادبا يزجره عن ذلك فانه إذا لم يكتف ممن سب رسول الله ﷺ بالتوبة فممن سب الله تعالى اولى

﴿ فصل في السحر ﴾

وهو عقد ورقى وكلام يتكلم به او يكتبه او يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور او قلبه اوعقله من غير مباشرة له ، وله حقيقة فمنه مايقتل وما يمرض وما ياخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها ، ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه وما يبغض احدهما الى الآخر او يحبب بين اثنين وهذا قول الشافعي، وذهب بعض اصحابه الى انه لا حقيقة له انما هو تخييل لان الله تعالى قال (يخيل اليه من سحرهم انها تسعى) وقال اصحاب ابي حنيفة ان كان شيئاً يصل الى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك . فأما أن يحصل المرض والموت من غير ان يصل الى بدنه شيء فلا يجوز ذلك لانه لو جاز لبطلت معجزات الانبياء عليهم السلام لان ذلك يخرق العادات ، فاذا جاز من غير الانبياء بطلت معجزاتهم وأدلتهم

الله افتاني فيما استفتيته؟ إنه اتاني ملكان فجلس أحدهما عند رأسي والآخر عند رجلي فقال ماوجع الرجل ؟قال مطبوب قال من طبه ؟ قال لبيد بن الاعصم في مشط ومشاطة في جف طلعة ذكر في بئر ذي اروان» ذكره البخاري وغيره. جف الطلعة وعاؤها والمشاطة الشعر الذي يخرج من شعر الرأس أو غيره اذا مشط ، فقد اثبت لهم سحرا، وقد اشتهر بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على اتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متوترا لا يمكن جحده، وروي من أخبار السحرة مالا يكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه ، واما ابطال المعجزات فلا يلزم من هذا لانه لا يبلغ ماتأتي به الانبياء عليهم السلام وليس يلزم ان ينتهي الى أن تسعى العصا والحبال

(فصل) وتعليم السحر وتعلمه حرام لا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم قال أصحابنا ويكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو اباحته،وروي عن أحمد مايدل على أنه لا يكفر فان حنبلا روى عنه قال قال عمي في العراف والكاهن والساحر:أرى ان يستتاب من هذه الافاعيل كلها فانه عندي في معنى المرتد فان تاب وراجع يعني خلي سبيله قلت له يقتل؟ قال لا لعله يراجع قلت له لم لا تقتله ؟ قال اذا كان يصلي لعله يتوب ويرجع، وهذا يدل على أنه لم يكفره لانه لو كفره لقتله،وقوله في معنى المرتد

ولنا قول الله تعالى (قل اعوذ برب الفلق من شر ما خلق ومن شر غاسق إذا وقب ومن شر النفاثات في العقد) يعني السواحر اللاتي يعقدن في سحرهن وينفثن عليه ولولا ان السحر له حقيقة لما أمر الله تعالى بالاستعاذة منه. وقال الله تعالى (يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت — إلى قوله — فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه) وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ سحر حتى انه ليخيل اليه انه يفعل الشيء وما يفعله وانه قال لهاذات يوم « اشعرت ان الله عالى افتاني فيما استفتيته؟ انه اتاني ملكان فجلس احدهما عند رأسي والآخر عند رجلي فقال ماوجع الرجل؟ قال مطبوب قال من طبه؟ قال لبيد بن الاعصم في مشط ومشاطة في جف طلعة ذكر في بئر ذي اروان » ذكره البخاري وغيره . جف الطلعة وعاؤها والمشاطة الشعر الذي يخرج من شعر الرأس او غيره إذا مشط. فقد أثبت لهم سحراً

وقد اشتهر بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جحده . وروي من أخبار السحرة ما لايكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه . واما إبطال المعجزات فلا يلزم من هذا لانه لايبلغ مايأتي به الانبياء عليهم السلام وليس يلزم ان ينتهي الى ان تسعى العصي والحبال

إذا ثبت هذا فان تعلم السحر وتعليمه حرام لا نعلم فيه خلافاً بين اهل العلم . قال اصحابنا :

يعني في الاستتابة وقال أصحاب أبي حنيفة ان اعتقد ان الشياطين تفعل له مايشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر وقال الشافعي ان اعتقد مايوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب السبعة انها تفعل مايلتمس او اعتقد حل السحر كفر لان القرآن نطق بتحريمه وثبت بالنقل المتواتر والاجماع وإلا فسق ولم يكفر لان عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها بمحضر من الصحابة ولو كفرت لصارت مرتدة يجب قتلها ولم يجز استرقاقها ولانه شيء يضر بالناس فلم يكفر بمجرده كاذاهم ووجه قول الاصحاب قول الله تعالى (واتبعوا ماتتلوا الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان — الى قوله — وما يعلمان من أحد حتى يقولا انما نحن فتنة فلا تكفر) وقوله تعالى (وما كفر سليمان) أي ما كان ساحرا كفر بسحره وقولهما انما نحن فتنة فلا تكفر أي لا تتعلمه فتكفر بذلك وقد ذكرنا حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ان الساحرة سألت أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون هل لها من توبة فما افتاها أحد

(فصل) وحد الساحر القتل روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وحفصة وجندب بن عبدالله وجندب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز وهو قول أبي حنيفة، ومالك ولم ير الشافعي عليه القتل بمجرد السحر وهو قول ابن المنذر ورواية عن أحمد وقد ذكرناها ووجهها ماذكرنا من حديث عائشة في المدبرة التي سحرتها فباعتها، ولان النبي ﷺ قال «لايحل دم امرىء مسلم إلا باحدى ثلاث:

ويكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه او إباحته . وروي عن احمد مايدل على انه لا يكفر فان حنبلا روى عنه قال قال عمي في العراف والكاهن والساحر: ارى ان يستتاب من هذه الافاعيل كلها فانه عندي في معنى المرتد فان تاب وراجع يعني يخلى سبيله. قلت له يقتل؟ قال لا ، يحبس لعله يرجع قلت له لم لاتقتله ؟قال إذا كان يصلي لعله يتوب ويرجع.وهذا يدل على انه لم يكفره لانه لو كفره لقتله . وقوله في معنى المرتد يعني في الاستتابة

وقال اصحاب أبي حنيفة : ان اعتقد أن الشياطين تفعل له مايشاء كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر . وقال الشافعي :ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وانها تفعل ما يلتمس أو اعتقد حل السحر كفر لان القرآن نطق بتحريمه وثبت بالنقل المتواتر والاجماع عليه، وإلا فسق ولم يكفر لان عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها بمحضر من الصحابة ولو كفرت لصارت مرتدة يجب قتلها ولم يجز استرقاقها ، ولانه شيء يضر بالناس فلم يكفر بمجرده كأذاهم

ولنا قول الله تعالى (واتبعوا ماتتلوا الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا ــ إلى قوله ــ وما يعلمان من أحد حتى يقولا أنما نحن فتنة فلا تكفر) اي وما كفر سليمان اي وما كان ساحراً كفر بسحره، وقولهما إنما نحن فتنة فلا تكفر أي لاتتعلمه فتكفر بذلك وقد روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ان امرأة جاءتها فجعلت تبكي بكاء شديداً وقالت ياأم المؤمنين ان عجوزاً ذهبت بي إلى هاروت وماروت فقلت علماني السحر فقالا اتقي الله ولا تكفري فانك

كفر بعد ايمان أو زنا بعد احصان او قتل نفس بغير حق» ولم يصدر منه احد الثلاثة فوجب أن لايحل دمه

ولنا ما روى جندب بن عبدالله عن النبي ﷺ انه قال (حد الساحر ضربه بالسيف) قال ابن المنذر رواه اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف وروى سعيد وابو داود في كتابيهما عن بجالة قال كنت كاتبا لجزء بن معاوية عم الاحنف بن قيس اذ جاء كتاب عمر قبل موته بسنة : اقتلوا كل ساحر فقتلنا ثلاث سواحر في يوم ، وهذا اشتهر فلم ينكر فكان إجماعاً وقتلت حفصة جارية لها سحرتها وقتل جندب بن كعب ساحرا كان يسحر بين يدي الوليد بن عقبة ولانه كافر فيقتل للخبر المروي

(فصل) والسحر الذي ذكرنا حكمه هو الذي يعد في العرف سحرا مثل فعل لبيد بن الاعصم حين سحر النبي ﷺ في مشط ومشاطة، وروينا في مغازي الاموي ان النجاشي دعا السواحر فنفخن في احليل عمارة بن الوليد فهام مع الوحش فلم يزل معها الى امارة عمر بن الخطاب فامسكه انسان فقال خلني وإلا مت فلم يخله فمات من ساعته ،وبلغنا ان بعض الامراء أخذ ساحرة فجاء زوجها كأنه محترق فقال قولوا لها تحل عني فقالت ائتوني بخيوط وباب فأتوها به فجلست على الباب وجعلت تعقد فطار بها الباب فلم يقدروا عليها،فهذا وأمثاله مثل ان يعقد الرجل المتزوج فلا يطيق وطء امرأته هو السحر المختلف في حكم صاحبه

على رأس امرك فقلت علماني السحر فقالا اذهبي الى ذلك التنور فبولي فيه ففعلت فرأيت كأن فارسا مقنعا في الحديد خرج مني حتى طار فغاب في السماء فرجعت اليهما فأخبرتهما فقالا ذلك إيمانك فذكرت باقي القصة - الى أن قالت - والله يا ام المؤمنين ماصنعت شيئا غير هذا ولا أصنعه ابداً فهل لي من توبة قالت عائشة ورأيتها تبكي بكاء شديداً فطافت في أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون تسألهم هل لها من توبة ؟ فما أفتاها أحد الا ان ابن عباس قال لها ان كان أحد من أبويك حيا فبريه وأكثري من عمل البر ما استطعت ، وقول عائشة قد خالفها فيه كثير من الصحابة وقال علي رضي الله عنه الساحر كافر ويحتمل ان المدبرة تابت فسقط عنها القتل والكفر بتوبتها ويحتمل انها سحرتها بمعنى انها ذهبت إلى ساحر سحر لها

(فصل) وحد الساحر القتل روي ذلك عن عمر وعثمان بن عفان وابن عمر وحفصة وجندب ابن عبدالله وجندب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبدالعزيز وهو قول ابي حنيفة ومالك ولم ير الشافعي عليه القتل بمجرد السحر وهو قول ابن المنذر ورواية عن احمد قد ذكرناها فيما تقدم ، ووجه ذلك أن عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة سحرتها ولو وجب قتلها لما حل بيعها ، ولان النبي ﷺ قال « لايحل دم امريء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد إيمان او زنا بعد إحصان او قتل نفس بغير حق » ولم يصدر منه احد الثلاثة فوجب أن لايحل دمه

ولنا ماروى جندب بن عبدالله عن النبي ﷺ أنه قال « حد الساحر ضربه بالسيف » قال ابن المنذر رواه اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف ، وروى سعيد وابو داود في كتابيهما عن بجالة قال كنت كاتبا لجزء بن معاوية عم الاحنف بن قيس إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة : اقتلوا كل ساحر فقتلنا ثلاث سواحر في يوم ، وهذا اشتهر فلم ينكر فكان اجماعا وقتلت حفصة جارية لها سحرتها وقتل جندب بن كعب ساحرا كان يسحر بين يدي الوليد بن عقبة ولانه كافر فيقتل للخبر الذي رووه

(فصل) وهل يستتاب الساحر فيه روايتان (احداهما) لايستتاب وهو ظاهر مانقل عن الصحابة فانه لم ينقل عن أحد منهم انه استتاب ساحراً ، وفي الحديث الذي رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ان الساحرة سألت أصحاب النبي ﷺ وهم متوافرون هل لها من توبة فما أفتاها أحد ، ولان السحر معنى في قلبه لايزول بالتوبة فيشبه من لم يتب (والرواية الثانية) يستتاب فان تاب قبلت توبته لانه ليس بأعظم من الشرك والمشرك يستتاب ومعرفته السحر لا تمنع قبول توبته فان الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (فاما الذي يسحر بالادوية والتدخين وسقي شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل)

لان الله تعالى وصف الساحرين الكافرين بانهم يفرقون بين المرء وزوجه فيختص الكفر بهم ويبقى من سواهم من الذين يسحرون بالادوية والتدخين على أصل العصمة لايجب قتلهم ولا يكفرون بسحرهم لكن يعزرون ان ارتكبوا معصية ويقتص منهم مايوجب القصاص كما يقتص من غيرهم من المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ (واما الذي يعزم على الجن ويزعم أنه يجمعها فتطيعه فلا يكفر ولا يقتل)

قبل توبة سحرة فرعون وجعلهم من أوليائه في ساعة ، ولان الساحر لو كان كافراً فأسلم صح إسلامه وتوبته فاذا صحت التوبة منهما صحت من أحدهما كالكفر ، ولان الكفر والقتل انما هو بعمله بالسحر لا بعلمه بدليل الساحر إذا أسلم والعمل به يمكن التوبة منه، وكذلك اعتقاد ما يكفر باعتقاده يمكن التوبة منه كالشرك ، وهاتان الروايتان في ثبوت حكم التوبة في الدنيا من سقوط القتل ونحوه فاما فيما بينه وبين الله تعالى وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فيصح فان الله تعالى لم يسد باب التوبة عن احد من خلقه ومن تاب الى الله قبل توبته لا نعلم في هذا خلافا

(فصل) والسحر الذي ذكرنا حكمه هو الذي يعد في العزف سحراً مثل فعل لبيد بن الاعصم حين سحر النبي ﷺ في مشط ومشاطة .ورويناً في مغازي الاموي ان النجاشي دعا السواحر فنفخن في احليل عمارة بن الوليد فهام مع الوحش فلم يزل معها إلى امارة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمسكه انسان فقال خلني وإلا مت فلم يخله فمات من ساعته ، وبلغنا أن بعض الامراء أخذ ساحرة فجاء زوجها كأنه محترق فقال قولوا لها تحل عني فقالت ائتوني بخيوط وباب فجلست على الباب حين أتوها به وجعلت تعقد وطار بها الباب فلم يقدروا عليها ، فهذا وامثاله مثل أن يعقد الرجل المتزوج فلا يطيق وطء زوجته هو السحر المختلف في حكم صاحبه ، فاما الذي يعزم على المصروع ويزعم أنه يجمع الجن ويأمرها فتطيعه فهذا لا يدخل في هذا الحكم ظاهراً ، وذكره القاضي وابو الخطاب في جملة السحرة ، وأما من يحل السحر فان كان بشيء من القرآن او شيء من الذكر والاقسام والكلام الذي لا بأس به فلا بأس به وان كان بشيء من السحر فقد توقف احمد عنه قال الأثرم سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل يزعم أنه يحل السحر فقال قد رخص فيه بعض الناس، قيل لابي عبدالله انه يجعل في الطنجير ماء ويغيب فيه ويعمل كذا فنفض يده كالمنكر وقال ماأدري ماهذا ، قيل له فترى أن يؤتى مثل هذا يحل السحر ؟ فقال ماأدري ماهذا

وروي عن محمد بن سيرين انه سئل عن امرأة يعذبها السحرة فقال رجل اخط خطا عليها واغرز السكين عند مجمع الخط واقرأ القرآن فقال محمد ماأعلم بقراءة القرآن بأساً على حال ولا ادري

وذكره أبو الخطاب في السحرة الذين يقتلون وكذلك ذكره القاضي . فاما الذي يحل بالسحر فان كان بشيء من القرآن أو شيء من الذكر والاقسام والكلام المباح فلا بأس به فان كان بشيء من السحر فقد توقف أحمد عنه، قال الأثرم سمعت أبا عبدالله يسئل عن رجل يزعم أنه يحل السحر فقال قد رخص فيه بعض الناس، قيل لابي عبدالله انه يجعل في الطنجير ماء ويغيب فيه ويعمل كذا فنفض يده كالمنكر وقال ماادري ماهذا ،قيل له فترى ان يؤتى مثل هذا يحل السحر؟ فقال ما ادري ماهذا ، وروي عن محمد بن سيرين أنه سئل عن أمرأة تعذبها السحرة فقال رجل اخط خطا عليها واغرز السكين عند مجمع الخط واقرأ القرآن فقال محمد ماأعلم بقراءة القرآن بأسا على حال ولا أدري

ما الخط والسكين . وروي عن سعيد بن المسيب في الرجل يؤخذ عن امراته فيلتمس من يداويه فقال انما نهى الله عما يضر ولم ينه عما ينفع وقال ايضاً ان استطعت ان تنفع اخاك فافعل. فهذا من قولهم يدل على ان المعزم ونحوه لم يدخلوا في حكم السحرة ولانهم لا يسمون به وهو مما ينفع ولا يضر

(فصل) فأما الكاهن الذي له رئي من الجن تأتيه بالاخبار، والعراف الذي يحدس ويتخرص فقد قال احمد في رواية حنبل في العراف والكاهن والساحر ارى ان يستتاب من هذه الافاعيل، قيل له يقتل؟ قال لا ، يحبس لعله يرجع قال والعرافة طرف من السحر والساحر اخبث لان السحر شعبة من الكفر. وقال الساحر والكاهن حكمهما القتل أو الحبس حتى يتوبا لانهما يلبسان امرهما وحديث عمر اقتلوا كل ساحر وكاهن وليس هو من امر الاسلام، وهذا يدل على ان كل واحد منهما فيه روايتان (احداهما) انه يقتل اذا لم يتب (والثانية) لا يقتل لان حكمه اخف من حكم الساحر وقد اختلف فيه فهذا بدرء القتل عنه اولى

(فصل) فأما ساحر أهل الكتاب فلا يقتل لسحره الا ان يقتل به وهو مما يقتل به غالباً فيقتل قصاصاً ، وقال ابو حنيفة يقتل لعموم ما تقدم من الاخبار ولانه جناية اوجبت قتل المسلم فأوجبت قتل الذمي كالقتل

ولنا أن لبيد بن الاعصم سحر النبي ﷺ فلم يقتله ولان الشرك أعظم من سحره ولا يقتل به والاخبار وردت في ساحر المسلمين لانه يكفر بسحره وهذا كافر أصلي، وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر والتكلم به وينتقض بالزنا من المحصن فانه لا يقتل به الذمي عندهم ويقتل به المسلم والله أعلم

ما الخط والسكين، وروي عن سعيد بن المسيب في الرجل يؤخذ عن امرأته فيلتمس من يداويه فقال انما نهى الله عما يضر ولم ينه عما ينفع وقال أيضاً ان استطعت ان تنفع أخاك فافعل فهذا من قولهم يدل على ان المعزم ونحوه لم يدخلوا في حكم السحرة لأنهم لا يسمون به وهو مما ينفع ولا يضر

(فصل) فأما الكافر الذي له رئي من الجن يأتيه بالاخبار، والعراف الذي يحدس ويتخرص فقد قال أحمد في رواية حنبل في العراف والساحر والكاهن أرى ان يستتاب من هذه الافاعيل، قيل له يقتل قال لا، يحبس لعله يرجع، قال والعرافة طرف من السحر والساحر اخبث لان السحر شعبة من الكفر وقال الساحر والكاهن حكمهما القتل أو الحبس حتى يتوبا لانهما يلبسان أمرهما وحديث عمر اقتلوا كل ساحر وكاهن وليس هو من أمر الاسلام، وهذا يدل على ان كل واحد فيه روايتان (إحداهما) أنه يقتل إذا لم يتب (والثانية) لا يقتل لان حكمه أخف من حكم الساحر وقد اختلف فيه فهذا بدرء القتل عنه أولى

(فصل) فأما ساحر أهل الكتاب فلا يقتل لسحره إلا ان يقتل به ويكون مما يقتل غالباً فيقتل قصاصا، وقال أبو حنيفة يقتل لعموم ما تقدم من الاخبار ولانه جناية أوجبت قتل المسلم فاوجبت قتل الذمي كالقتل قصاصا

ولنا ان لبيد بن الاعصم سحر النبي ﷺ فلم يقتله ولان الشرك أعظم من سحره فلا يقتل به والاخبار وردت في ساحر المسلمين لانه يكفر بسحره وهذا كافر أصلي وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر والتكلم به وينتقض بالزنا من المحصن فانه لا يقتل به الذمي عندهم ويقتل به المسلم والله أعلم

كتاب الحدود

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام بدليل قول الله تعالى (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا) وقال تعالى والذين لايدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما ،يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً)

وروى عبد الله بن مسعود قال: سألت رسول الله ﷺ أي الذنب أعظم؟ قال « أن تجعل لله نداً وهو خلقك ـ قال قلت ثم اي ؟ قال ـ أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك ـ قال قلت ثم أي ؟ـ قال أن تزني بحليلة جارك » أخرجه البخاري ومسلم، وكان حد الزاني في صدر الاسلام الحبس للثيب والاذى بالكلام من التقريع والتوبيخ للبكر لقوله سبحانه (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما)

قال بعض أصحاب أهل العلم المراد بقوله (من نسائكم) الثيب لان قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله (للذين يؤلون من نسائهم) ولا فائدة في اضافته ههنا نعلمها إلا اعتبار الثيوبة ، ولأنه قد ذكر عقوبتين احداهما أغلظ من الاخرى فكانت الاغلظ للثيب والاخرى للابكار كالرجم

كتاب الحدود

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب الحد إلا على بالغ عاقل عالم بالتحريم)

أما البلوغ والعقل فلا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد وصحة الاقرار لانهما قد رفع القلم عنهما قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، وفي حديث ابن عباس في قصة ماعز أن النبي ﷺ سأل قومه « أمجنون هو ؟ » قالوا ليس به بأس . وروي ان النبي ﷺ قال له حين أقر عنده « أبك جنون ؟ » وروى ابو داود باسناده قال اتي عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها علي بن أبي طالب فقال ما شأن هذه ؟ فقالوا مجنونة بني فلان زنت فأمر بها عمر أن ترجم ، فقال ارجعوا بها ثم أتاه فقال يا أمير المؤمنين أما علمت ان القلم قد رفع عن ثلاثة : عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يعقل ؟ قال بلى ، قال فما بال هذه ؟ قال لا شيء ، قال فأرسلها فأرسلها ، قال فجعل عمر يكبر . ولانه اذا سقط عنه التكليف في العبادات والاثم في المعاصي فالحد المبني على الدرء بالشبهات أولى بالاسقاط

(فصل) ولا يجب على النائم لما ذكرنا من الحديث ، فلو زنى بنائمة أو استدخلت ذكر نائم

والجلد ثم نسخ هذا بما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال « خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا . البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم وابو داود : فان قيل فكيف ينسخ القرآن بالسنة؟ قلنا قد ذهب بعض أصحابنا الى جوازه لان الكل من عند الله وان اختلفت طرقه ، ومن منع ذلك قال ليس هذا نسخاً انما هو تفسير للقرآن وتبيين له لان النسخ رفع حكم ظاهره الاطلاق ، فأما ما كان مشروطا بشرط وزال الشرط لايكون نسخاً وههنا شرط الله تعالى حبسهن الى أن يجعل لهن سبيلا فبينت السنة السبيل فكان بياناً لا نسخاً ويمكن أن يقال ان نسخه حصل بالقرآن فان الجلد في كتاب الله والرجم كان فيه فنسخ رسمه وبقي حكمه

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (واذا زنى الحر المحصن أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى يرجمان ولا يجلدان)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة

(أحدها) في وجوب الرجم على الزاني المحصن رجلا كان أو امرأة وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الامصار في جميع الاعصار ولا نعلم فيه مخالفاً الا الخوارج فانهم قالوا الجلد للبكر والثيب لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحدة منهما مائة جلدة)

إن وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه لانه مرفوع عنه القلم ، ولو أقر حال نومه لم يلتفت الى اقراره لان كلامه ليس بعتبر . ولا يدل على صحة مدلوله

(فصل) فان كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر في افاقته انه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة انه زنى في افاقته فعليه الحد لانعلم فيه خلافا وبه قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لان الزنا الموجب للحد وجد منه في حال افاقته وهو مكلف والقلم غير مرفوع عنه واقراره وجد في حال اعتبار كلامه ، فان اقر في افاقته ولم يضفه الى حال أو شهدت عليه البينة بالزنى ولم تضفه الى حال افاقته لم يجب الحد لانه يحتمل انه وجد في حال جنونه فلم يجب الحد مع الاحتمال، وقد روى ابوداود في حديث المجنونة التي أتي بها عمر أن علياً قال هذه معتوهة بني فلان لعل الذي أتاها أتاها في بلائها ، فقال عمر لاأدري فقال علي وأنا لاأدري

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب الحد إلا على عالم بالتحريم)

قال عمر وعلي وعثمان لا حد إلا على من علمه وبهذا قال عامة اهل العلم ، وقد روى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنا بالشام فقال رجل زنيت البارحة ، قالوا ماتقول ؟ قال ماعلمت ان الله حرمه فكتب بها الى عمر فكتب إن كان يعلم ان الله حرمه فحدوه وإن لم يكن علم فاعلموه فان عاد

وقالوا لايجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لاخبار آحاد يجوز الكذب فيها ولان هذا يفضي الى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز

ولنا انه قد ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله في أخبار تشبه المتواتر وأجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ على ما سنذكره في أثناء الباب في مواضعه إن شاء الله تعالى وقد أنزله الله تعالى في كتابه وانما نسخ رسمه دون حكمه فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ان الله تعالى بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده فاخشي ان طال بالناس زمان ان يقول قائل مانجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنا اذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وقد قرأ بها (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) متفق عليه وأما آية الجلد فنقول بها فان الزاني يجب جلده فان كان ثيبا رجم مع الجلد والآية لم تتعرض لنفيه والى هذا اشار علي رضي الله عنه حين جلد شراحة ثم رجمها وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ثم رجمتها بسنة رسول الله ﷺ ثم لو قلنا إن الثيب لايجلد لكان هذا تخصيصا للآية العامة وهذا سائغ بغير خلاف فان عمومات القرآن في الاثبات كلها مخصصة وقولهم إن هذا نسخ ليس بصحيح وإنما هو تخصيص ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التي ذكرها عمر

فارجموه، وسواء جهل تحريم الزنا أو تحريم عين المرأة مثل أن يزف اليه غير امرأته فيظنها زوجته أو يدفع اليه جارية فيظنها جاريته فيطؤها فلا حد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يقيم الحد إلا الامام أو نائبه)

لانه حق لله تعالى فيفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن من استيفائه الحيف فوجب تفويضه الى نائب الله تعالى في خلقه ولان النبي ﷺ كان يقيم الحد في حياته وخلفاؤه بعده ولا يلزم حضور الامام اقامته لان النبي ﷺ قال « واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأمر برجم ماعز ولم يحضر وأتي بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » وجميع الحدود في هذا سواء حد القذف وغيره لانه لايؤمن فيه الحيف والزيادة على الواجب ويفتقر الى الاجتهاد فأشبه سائر الحدود

﴿ مسئلة ﴾ (إلا السيد فان له إقامة الحد بالجلد خاصة على رقيقه القن وهل له القتل في الردة والقطع في السرقة ؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان للسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه القن في قول اكثر العلماء، روي نحو ذلك علي وابن مسعود وابن عمر وأبي حميد وأبي أسيد الساعديين وفاطمة بنت رسول الله ﷺ وعلقمة والاسود والزهري وهبيرة والحسن بن أبي مريم وأبي ميسرة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر

رضي الله عنه وقد روينا أن رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم وقالوا ليس في كتاب الله الا الجلد وقالوا الحائض أوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة أوكد فقال لهم عمر وأنتم لا تأخذون الا بما في كتاب الله ؟ قالوا نعم قال فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها أين تجدونه في كتاب الله تعالى ؟ واخبروني عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونصبها؟فقالوا انظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئا مما سألهم عنه في القرآن فقالوا لم نجده في القرآن قال فكيف ذهبتم اليه ؟ قالوا لان النبي ﷺ فعله وفعله المسلمون بعده فقال لهم فكذلك الرجم وقضاء الصوم فان النبي ﷺ رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون وامر النبي صلى الله عليه وسلم بقضاء الصوم دون الصلاة وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه . إذا ثبت هذا فمعني الرجم أن يرمي بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت ولان اطلاق الرجم يقتضي القتل به كقوله تعالى (لتكونن من المرجومين) وقد رجم رسول الله ﷺ اليهوديين اللذين زنيا وماعزاً والغامدية حتى ماتوا .

(فصل) واذا كان الزاني رجلا أقيم قائما ولم يوثق بشيء ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببينة أو اقرار لا نعلم فيه خلافا لان النبي ﷺ لم يحفر لماعز قال أبو سعيد لما أمر رسول الله ﷺ برجم

وقال ابن أبي ليلى أدركت بقايا الانصار يجلدون ولائدهم في مجالسهم الحدود اذا زنوا ، وعن الحسن بن محمد أن فاطمة حدت جارية لها زنت وعن ابراهيم ان علقمة والاسود كانا يقيمان الحدود على من زنا من خدم عشائرهم روى ذلك سعيد في سننه ، وقال اصحاب الرأي ليس له ذلك لان الحدود الى السلطان ولان من لا يملك اقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد كالصبي ولأن الحد لا يجب إلا ببينة أو اقرار وتعتبر لذلك شروط من عدالة الشهود ومجيئهم مجتمعين أو في مجلس واحد وذكر حقيقة الزنا وغير ذلك من الشروط التي تحتاج الى فقيه يعرفها ويعرف الخلاف فيها وكذلك الاقرار ، فينبغي أن يفوض ذلك الى الامام أو نائبه كحد الاحرار ولانه حد هو حق الله تعالى فيفوض الى الامام كالقتل والقطع

ولنا ماروى سعيد ثنا سفيان عن أيوب بن موسى عن سعيد بن سعيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت الرابعة فليجلدها وليبعها ولو بضفير » وقال حدثنا أبو الاحوص ثنا عبد الاعلى عن أبي جميلة عن علي عن النبي ﷺ أنه قال « وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » ورواه الدارقطني ولان السيد يملك تأديب أمته وتزويجها فملك اقامة الحد عليها كالسلطان وبهذا فارق الصبي إذا ثبت هذا فانما يملك الحد بشروط أربعة

ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ماحفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا رواه أبو داود ولان الحفر له ودفن بعضه عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه فوجب أن لاتثبت وان كان امرأة فظاهر كلام احمد أنها لايحفر لها أيضاً وهو الذى ذكره القاضي في الخلاف وذكر في المجرد أنه ان ثبت الحد بالاقرار لم يحفر لها وان ثبت بالبينة حفر لها الى الصدر، قال أبو الخطاب وهذا أصح عندي وهو قول أصحاب الشافعي لما روى أبو بكر وبريدة أن النبي ﷺ رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة رواه أبو داود ولأنه استر لها ولا حاجة الى تمكينها من الهرب لكون الحد ثبت بالبينة فلا يسقط بفعل من جهتها بخلاف الثابت بالاقرار فانها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه لأن رجوعها عن اقرارها مقبول.

ولنا ان أكثر الاحاديث على ترك الحفر فان النبي ﷺ لم يحفر للجهنية ولا لماعز ولا لليهوديين والحديث الذي احتجوا به غير معمول به ولايقولون به فان التي نقل عنه الحفر لها ثبت حدها باقرارها ولاخلاف بيننا فيها فلايسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له. إذا ثبت هذا فان ثياب المرأة تشد عليها كيلا تنكشف وقدروى أبو داود باسناده عن عمران بن حصين قال فأمر بها النبي ﷺ فشدت عليها ثيابها ولان ذلك استر لها

(فصل) والسنة ان يدور الناس حول المرجوم فان كان الزنا ثبت ببينة فالسنة ان يبدأ الشهود

(أحدها) أن يكون جلداً كحد الزنا والشرب وحد القذف، فأما القتل في الردة والقطع في السرقة فلا يملكها الا الامام، وهذا قول أكثر أهل العلم وفيها رواية أخرى أن السيد يملكهما وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قول النبي ﷺ «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» وروي أن ابن عمر قطع عبداً سرق وكذلك عائشة، وعن حفصة أنها قتلت أمة لها سحرتها ولان ذلك حداً يشبهه الجلد

ولنا أن الاصل تفويض الحد إلى الامام لانه حق لله تعالى فيفوض إلى نائبه كما في حق الاحرار ولما ذكره أصحاب أبي حنيفة وإنما فوض إلى السيد الجلد خاصة لانه تأديب والسيد يملك تأديب عبده وضربه على الذنب وهذا من جنسه وإنما افترقا في أن هذا مقدر والتأديب غير مقدر، وهذا لا أثر له في منع السيد منه بخلاف القطع والقتل فانهما اتلاف لجملته أو بعضه الصحيح ولا يملك السيد هذا من عبده ولا شيئاً من جنسه والخبر الوارد في حد السيد عبده انما جاء في الزنا خاصة وانما قسنا عليه ما يشبهه من الجلد وقوله «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» انما جاء في سياق الحد في الزنا فان أول الحديث عن علي رضي الله عنه قال: أخبر النبي ﷺ بأمة له فجرت فأرسلني اليها فقال «اجلدها الحد - قال فانطلقت فوجدتها لم تجف من دمها فرجعت اليه فقال - أفرغت؟ - فقلت وجدتها لم تجف من دمها، قال - إذا جفت من دمها فاجلدها الحد وأقيموا الحدود على ما

بالرجم وإن كان ثبت باقرار بدأ به الامام او الحاكم إن كان ثبت عنده ثم يرجم الناس بعده وروى سعيد باسناده عن علي رضي الله عنه انه قال: الرجم رجمان فما كان منه باقرار فاول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس ولان فعل ذلك أبعد لهم من التهمة في الكذب عليه فان هرب منهم وكان الحد ثبت ببينة اتبعوه حتى يقتلوه؛ وإن كان ثبت باقرار تركوه لما روي ان ماعز بن مالك لما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟» رواه ابوداود ولأنه يحتمل الرجوع فيسقط عنه الحد فان قتله قاتل في هربه فلا شيء عليه لحديث ابن أنيس حين قتل ماعزاً ولانه قد ثبت زناه باقراره فلا يزول ذلك باحتمال الرجوع وان لم يقتل وأتي به الامام فكان مقيما على اعترافه رجمه وان رجع عنه تركه

(الفصل الثاني) أنه يجلد ثم يرجم في إحدى الروايتين فعل ذلك علي رضي الله عنه وبه قال ابن عباس وابي بن كعب وأبوذر ذكر ذلك عبد العزيز عنهما واختاره وبه قال الحسن واسحاق وداود وابن المنذر (والرواية الثانية) يرجم ولا يجلد روي عن عمر وعثمان انهما رجما ولم يجلدا، وروي عن ابن مسعود انه قال إذا اجتمع حدان لله تعالى فيهما القتل أحاط القتل بذلك، وبهذا قال النخعي والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي واختار هذا ابو اسحاق الجوزجاني وابو بكر

ملكت أيمانكم» فالظاهر أنه انما أراد ذلك الحد وشبهه، وأما فعل حفصة فقد أنكره عثمان عليها وشق عليه، وما روي عن ابن عمر فلا نعلم ثبوته عنه

﴿مسئلة﴾ (ولا يملك اقامته على من بعضه حر ولا أمته المزوجة)

وقال مالك والشافعي يملك السيد اقامة الحد على الامة المزوجة لعموم الخبر ولانه مختص بملكها وانما يملك الزوج بعض منافعها فأشبهت المستأجرة

ولنا ما روي عن ابن عمر أنه قال: إذا كانت الامة ذات زوج رفعت إلى السلطان، وإن لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن ولا نعرف له مخالفاً في عصره ولان نفعها مملوك لغيره مطلقاً أشبهت المشتركة ولان المشترك انما منع من اقامة الحد عليه لانه يقيمه في غير ملكه لان الجزء الحر أو المملوك لغيره ليس بمملوك له وهذا شبهه لان محل الحد هو محل استمتاع الزوج وهو بدنها فلا يملكه والخبر مخصوص بالمشترك فنقيس عليه والمستأجرة اجارتها مؤقتة تنقضي، ويحتمل أن نقول لا يملك اقامة الحد عليها في حال اجارتها لانه ربما أفضى إلى تفويت حق المستأجر وكذلك الأمة المرهونة يخرج فيها وجهان

(فصل) ويشترط أن يكون السيد بالغاً عاقلا عالماً بالحدود وكيفية اقامتها لان الصبي والمجنون ليسا من أهل الولايات والجاهل بالحد لا يمكنه اقامته على الوجه الشرعي فلا يفوض اليه

الاثرم ونصراه في سننهما لان جابراً روى ان النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال « واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» متفق عليه ولم يأمره بجلدها وكان هذا آخر الامرين من رسول الله ﷺ فوجب تقديمه قال الأثرم سمعت ابا عبدالله يقول: في حديث عبادة انه اول حد نزل وان حديث ماعز بعده رجمه رسول الله ﷺ ولم يجلده وعمر رجم ولم يجلد ونقل عنه اسماعيل بن سعيد نحو هذا؛ ولانه حد فيه قتل فلم يجتمع معه جلد كالردة ولان الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ماسواه فالحد اولى

ووجه الرواية قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب والتغريب في حق البكر فوجب الجمع بينهما وإلى هذا أشار علي رضي الله عنه بقوله جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ ، وقد صرح النبي ﷺ بقوله في حديث عبادة «والثيب بالثيب الجلد والرجم» وهذا الصريح الثابت بيقين لايترك إلا بمثله ، والاحاديث الباقية ليست صريحة فانه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل ان التغريب يجب بذكره في هذا الحديث وليس بمذكور في الآية ولانه زان فيجلد كالبكر ولانه قد شرع في حق البكر عقوبتان الجلد والتغريب فيشرع في حق المحصن أيضا عقوبتان الجلد والرجم فيكون الرجم مكان التغريب فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد أولا ثم يرجم فان والى بينهما جاز لان اتلافه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان السيد فاسقاً أو امرأة فله اقامته في ظاهر كلامه ويحتمل أن لا يملكه) في الفاسق وجهان (أحدهما) لايملكه لان هذه ولاية فنافاها الفسق كولاية التزويج (والثاني) يملكه لانها ولاية استفادها بالملك فلم ينافها الفسق كبيع العبد وفي المرأة أيضاً وجهان (أحدهما) لاتملكه لانها ليست من أهل الولايات (والثاني) تملكه لان فاطمة جلدت أمة لها وعائشة قطعت أمة لها سرقت وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ولانها مالكة تامة الملك من أهل التصرفات أشبهت الرجل وفيه وجه ثالث أن الحد يفوض إلى وليها لانه يزوج أمتها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يملكه المكاتب لانه ليس من أهل الولاية ، وفيه وجه أنه يملكه) لانه يستفاد بالملك فأشبه سائر تصرفاته

﴿ مسئلة ﴾ (وسواء ثبت ببينة أو اقرار)

إذا ثبت باعتراف فللسيد اقامته ان كان يعترف الاعتراف الذي يثبت به الحد وشروطه، وإن ثبت ببينة اعتبر ان تثبت عند الحاكم لان البينة تحتاج إلى البحث في العدالة ومعرفة شروط سماعها ولفظها ولا يقوم بذلك إلا الحاكم ، وقال القاضي يعقوب : إن كان السيد يحسن سماع البينة ويعرف شروط العدالة جاز أن يسمعها ويقيم الحد بها كما يقيمه بالاقرار وهذا ظاهر نص الشافعي لانها أحد مايثبت به الحد فأشبهت الاقرار .

مقصود فلا تضر الموالاة بينهما وإن جلده يوما ورجمه في آخر جاز فان عليا رضي الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة ثم قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ

(الفصل الثالث) ان الرجم لايجب إلا على المحصن باجماع أهل العلم وفي حديث عمر: إن الرجم حق على من زنا وقد أحصن وقال النبي ﷺ « لايحل دم امريء مسلم إلا باحدى ثلاث » ذكر منها « او زنا بعد إحصان » وللاحصان شروط سبعة

(أحدها) الوطء في القبل ولا خلاف في اشتراطه لان النبي ﷺ قال « الثيب بالثيب الجلد والرجم »والثيابة تحصل بالوطء في القبل فوجب اعتباره ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي عن الوطء لايحصل به احصان سواء حصلت فيه خلوة او وطء فيما دون الفرج او في الدبر او لم يحصل شيء من ذلك لان هذا لاتصير به المرأة ثيبا ولاتخرج به عن حد الابكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام بمقتضى الخبر ولا بد من أن يكون وطئا حصل به تغييب الحشفة في الفرج لان ذلك حد الوطء الذي يتعلق به أحكام الوطء

(الثاني)أن يكون في نكاح لان النكاح يسمى إحصانا بدليل قول الله تعالى (والمحصنات من النساء) يعني المتزوجات ولا خلاف بين أهل العلم في ان الزنا ووطء الشبهة لايصير به الواطئ محصنا ولا نعلم خلافا في أن التسري لايحصل به الاحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح ولا تثبت فيه أحكامه

(.الثالث) أن يكون النكاح صحيحا وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك

﴿ مسئلة ﴾ (وان ثبت بعلمه فله اقامته نص عليه ، ويحتمل أن لا يملكه كالامام)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه أن السيد لا يقيمه بعلمه وهذا قول مالك لان الامام لا يقيمه بعلمه فالسيد أولى ولان ولاية الامام للحد أقوى من ولاية السيد لكونها متفقاً عليها وثابتة بالاجماع فاذا لم يثبت الحد في حقه بالعلم فههنا أولى ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يقيمه بعلمه لانه قد ثبت عنده فملك اقامته كما لو أقر به ولانه يملك تأديب عبده بعلمه وهذا يجري مجرى التأديب ويفارق الحاكم لان الحاكم متهم لايملك محل اقامته وهذا بخلافه وهذا ظاهر المذهب

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقيم الامام الحد بعلمه)

هذا ظاهر المذهب روي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : له اقامته بعلمه وهو قول أبي ثور وعن أحمد رحمه الله نحو ذلك لانه اذا جازت له اقامته بالبينة والاعتراف الذي لا يفيد فيما يفيد العلم أولى

ولنا قول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال سبحانه (فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وقال عمر أو كان الحبل أو الاعتراف.ولانه لا يجوز له أن يتكلم

والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور يحصل الاحصان بالوطء في نكاح فاسد وحكي ذلك عن الليث والاوزاعي لان الصحيح والفاسد سواء في أكثر الاحكام مثل وجوب المهر والعدة وتحريم الربيبة وأم المرأة ولحاق الولد فكذلك في الاحصان

ولنا انه وطء في غير ملك فلم يحصل به الاحصان كوطء الشبهة ولا نسلم ثبوت ماذكروه من الاحكام وإنما ثبتت بالوطء فيه وهذه ثبتت في كل وطء وليست مختصة بالنكاح إلا أن النكاح ههنا صار شبهة فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء (الرابع) الحرية وهي شرط في قول أهل العلم كلهم إلا أبا ثور قال: العبد والامة هما محصنان يرجمان إذا زنيا إلا أن يكون إجماع يخالف ذلك وحكي عن الاوزاعي في العبد تحته حرة هو محصن يرجم إذا زنا وان كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والاجماع فان الله تعالى قال (فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والرجم لاينتصف وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الاجماع المنعقد قبله إلا أن يكون إذا عتقا بعد الاصابة فهذا فيه اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالي وقد وافق الاوزاعي على أن العبد إذا وطيء الامة ثم عتقا لم يصيرا محصنين وهو قول الجمهور وزاد فقال في المملوكين إذا أعتقا وهما متزوجان ثم وطئها الزوج :لايصيران محصنين بذلك الوطء وهو أيضاً قول شاذ خالف أهل العلم به فان الوطء وجد منهما حال كمالهما فأحصنهما كالصبيين إذا بلغا (الشرط الخامس والسادس)

به ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفاً يلزمه حد القذف فلم تجز اقامة الحد لقول غيره ولانه اذا حرم النطق به فالعمل به أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقام الحدود في المساجد)

لما روى حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ نهى أن يستقاد في المسجد وأن ينشد فيه الاشعار وأن تقام فيه الحدود لانه لا يؤمن أن يحدث من المحدود شيء يتلوث به المسجد فان أقيم فيه سقط الفرض لحصول المقصود وهو الزجر ولان المرتكب للنهي غير المحدود فلم يمنع ذلك سقوط الفرض عنه كما لو اقتص في المسجد

﴿ مسئلة ﴾ (ويضرب الرجل قائما)

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يضرب جالسا قال أبو الخطاب ، وقد روى حنبل أنه يضرب قاعداً لان الله تعالى لم يأمر بالقيام ولانه مجلود في حد اشبه المرأة

ولنا قول علي رضي الله عنه : لكل موضع من الجسد حظ الا الوجه والفرج ، وقال للجلاد اضرب واوجع واتق الرأس والوجه ولان قيامه وسيلة الى اعطاء كل عضو حظه من الضرب وقوله ان الله لم يأمر بالقيام قلنا ولم يأمر بالجلوس ولم يذكر الكيفية فعلمناها من دليل آخر ولا يصح قياس الرجل على المرأة في هذا لان المرأة يقصد سترها ويخشى هتكها . اذا ثبت هذا فانه يضرب

البلوغ والعقل فلو وطيء وهو صبي او مجنون ثم بلغ او عقل لم يكن محصنا هذا قول أكثر أهل العلم ومذهب الشافعي ، ومن أصحابه من قال يصير محصناً وكذلك العبد إذا وطيء في رقه ثم عتق يصير محصناً لان هذا وطء يحصل به الاحلال للمطلق ثلاثاً فحصل به الاحصان كالموجود حال الكمال

ولنا قوله عليه السلام « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فاعتبر الثيوبة خاصة ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله وهو خلاف الاجماع ويفارق الاحصان الاحلال لان اعتبار الوطء في حق المطلق يحتمل أن يكون عقوبة له بتحريمها عليه حتى يطأها غيره ولان هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس فاعتبره الشارع زجراً عن الطلاق ثلاثاً وهذا يستوي فيه العاقل والمجنون بخلاف الاحصان فانه اعتبر لكمال النعمة في حقه فان من كملت النعمة في حقه كانت جنايته أفحش وأحق بزيادة العقوبة والنعمة في العاقل البالغ أكمل والله أعلم

(الشرط السابع) أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري وإسحاق قالوه في الرقيق، وقال مالك :إذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبي إذا وطيء الكبيرة لم يحصنها ونحوه عن الاوزاعي واختلف عن الشافعي فقيل له قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) ان الكامل يصير محصناً وهذا قول ابن المنذر لانه حر بالغ عاقل وطيء في نكاح صحيح فصار محصناً كما لو كان

بسوط ، وحكي عن بعضهم ان حد الشرب يقام بالايدي والنعال واطراف الثياب لما روى ابوهريرة ان النبي ﷺ اتي برجل قد شرب فقال « اضربوه » قال ابو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه رواه ابو داود

ولنا ان النبي ﷺ قال « اذا شرب الخمر فاجلدوه » والجلد انما يفهم من اطلاقه الضرب بالسوط والخلفاء الراشدون ضربوا فيه بالسياط وكذلك غيرهم فصار اجماعاً ولانه جلد في حد فكان بالسوط كغيره

فأما حديث أبي هريرة فكان في بدء الاسلام ثم جلد النبي ﷺ واستقرت الامور فقد صح ان النبي ﷺ جلد اربعين وجلد أبو بكر اربعين وجلد عمر ثمانين وفي حديث ابن عمر قال ائتوني بسوط فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق فأخذه عمر فمسحه بيده ثم قال لاسلم ائتني بسوط غير هذا فأتاه به تاما فأمر عمر بقدامة فجلد. اذا ثبت هذا فان السوط يكون وسطاً لاحديداً فيجرح ولاخلعا فلا يؤلم لماروي ان رجلا اعترف عند النبي ﷺ فأتى بسوط مكسور فقال فوق هذا فأتي بسوط حديد لم يكسر بموته فقال بين هذين رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا وروي عن أبي هريرة مسندا وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين يعني وسطا لا شديد فيقتل ولا ضعيف فلا يردع

﴿ مسئلة ﴾ (ولايمد ولا يربط ولايجرد قال ابن مسعود ليس في ديننا مد ولاقيد ولا تجريد)

الآخر مثله . وقال بعضهم : انما القولان في الصبي . فاما العبد فانه يصير محصنا قولا واحداً إذا كان كاملا

ولنا انه وطء لم يحصن به أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسري ولانه متى كان أحدهما ناقصاً لم يكمل الوطء فلا يحصل به الاحصان كما لو كانا غير كاملين وبهذا فارق ماقاسوا عليه

(فصل) ولا يشترط الاسلام في الاحصان وبهذا قال الزهري والشافعي، فعلى هذا يكون الذميان محصنين فان تزوج المسلم ذمية فوطئها صارا محصنين . وعن احمد رواية أخرى ان الذمية لا تحصن المسلم . وقال عطاء والنخعي والشعبي ومجاهد والثوري هو شرط في الاحصان فلا يكون الكافر محصنا ولا تحصن الذمية مسلماً لان ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » ولانه إحصان من شرطه الحرية فكان الاسلام شرطا فيه كاحصان القذف وقال مالك كقولهم الا أن الذمية تحصن المسلم بناء على اصله في انه لا يعتبر الكمال في الزوجين ، وينبغي أن يكون ذلك قولا للشافعي

ولنا ماروى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له ان رجلا منهم وامرأة زنيا وذكر الحديث فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما متفق عليه ولان الجناية بالزنا استوت من المسلم والذمي فيجب أن يستويا في الحد، وحديثهم لم يصح ولا نعرفه في مسند

وجلد أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد بل يكون عليه القميص والقميصان، وان كان عليه فرو أوجبة محشوة نزعت لانه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب قال أحمد لو تركت عليه ثياب الشتاء مابالى بالضرب ، وقال مالك يجرد لان الامر بجلده يقتضي مباشرة جسمه

ولنا قول ابن مسعود ولم نعلم عن أحد من الصحابة خلافه والله تعالى لم يأمر بتجريده وانما أمر بجلده ومن جلد من فوق الثوب فقد جلد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يبالغ في ضربه بحيث يشق الجلد)

لان المقصود ادبه لا هلاكه، ويفرق الضرب على اعضائه وجسده فيأخذ كل عضو منه حصته ويكثر منه في مواضع اللحم كالأليتين والفخذين ويتقي المقاتل وهي الرأس والوجه والفرج من المرأة والرجل جميعا لقول علي رضي الله عنه لكل موضع من الجسد حظ الا الوجه والفرج لان ماعدا الاعضاء الثلاثة ليس بمقتل فأشبه الظهر ولان الرأس مقتل فأشبه الوجه ولانه ربما ادى في رأسه الى ذهاب سمعه أو بصره اوعقله اوقتله والمقصود ادبه لا قتله

﴿ مسئلة ﴾ (والمرأة كذلك فيما ذكرنا من صفة الجلد الا انها تضرب جالسة وتشد عليها ثيابها وتمسك يداها لئلا تنكشف)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك وقال أبو يوسف تحد المرأة قائمة كاللعان

وقيل هو موقوف على ابن عمر ثم يتعين حمله على إحصان القذف جمعاً بين الحديثين فان راويهما واحد وحديثنا صريح في الرجم فيتعين حمل خبرهم على الاحصان الآخر

فان قالوا : انما رجم النبي ﷺ اليهوديين بحكم التوراة بدليل انه راجعها فلما تبين له ان ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم وفيها أنزل الله تعالى (إنا انزلنا التوراة فيها هدى و نور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا) قلنا انما حكم عليهم بما انزل الله اليه بدليل قوله تعالى (فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) ولانه لا يسوغ للنبي ﷺ الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك لساغ لغيره ، وانما راجع التوراة لتعريفهم ان حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم وانهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا فان حكم الله في وجوب الرجم ان كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم، فقد ثبت وجود الاحصان فيهم فانه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الاحصان منه، وان منعوا ثبوت الحكم في حقهم فلم حكم به النبي ﷺ ؟ ولا يصح القياس على احصان القذف لان من شرطه العفة وليست شرطا ههنا

(فصل) ولو ارتد المحصن لم يبطل احصانه فلو أسلم بعد ذلك كان محصنا . وقال ابو حنيفة رضي الله عنه يبطل لان الاسلام عنده شرط في الاحصان وقد بينا انه ليس بشرط ثم هذا داخل في عموم قوله عليه السلام « أو زنى بعد إحصان » ولانه زنا بعد الاحصان فكان حده الرجم كالذي لم

ولنا قول علي ويفارق اللعان فانه لا يؤدي الى كشف العورة وما عدا الاعضاء الثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (والجلد في الزنا أشد الجلد ثم جلد القذف ثم الشرب ثم التعزير)

وكذلك قال أصحابنا وقال مالك كلها واحد لان الله تعالى أمر بجلد الزاني والقاذف أمراً واحداً ثم مقصود جميعها واحد وهو الزجر فيجب تساويها في الصفة، وعن أبي حنيفة التعزير اشدها ثم حد الزاني ثم الشرب ثم حد القذف

ولنا ان الله تعالى خص الزنا بمزيد تأكيد بقوله (ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله) فاقتضى مزيد تأكيد ولا يمكن ذلك في العدد فجعل في الصفة، ولان مادونه أخف منه في العدد فلا يجوز ان يزيد عليه في ايلامه ووجعه وهذا دليل على ان ماخف في عدده كان أخف في صفته ولان مادونه أخف منه عددا فلا يجوز ان يزيد عليه في ايلامه ووجعه لانه يفضي الى التسوية أو زيادة القليل على الم الكثير

﴿ مسئلة ﴾ (وان رأى الامام الجلد في حد الخمر بالجريد والنعال فله ذلك)

لما ذكرنا من حديث أبي هريرة قال أتي النبي ﷺ برجل قد شرب فقال « اضربوه » قال أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعلين والضارب بثوبه، رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (قال اصحابنا ولا يؤخر الحد للمرض فان كان جلدا وخشي عليه من السوط أقيم

يرتد . فأما ان نقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب بعد إحصانه فسبي واسترق ثم أعتق احتمل ان لايبطل إحصانه لانه زنى بعد إحصانه فأشبه من ارتد . واحتمل ان يبطل لانه بطل بكونه رقيقا فلا يعود إلا بسبب جديد بخلاف من ارتد

(فصل) وإذا زنى وله زوجة له منها ولد فقال ماوطئتها لم يرجم وبهذا قال الشافعي. وقال ابو حنيفة يرجم لان الولد لايكون إلا من وطء فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد

ولنا ان الولد يلحق بامكان الوطء واحتماله، والاحصان لا يثبت الا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت مايكتفى فيه بالامكان وجود ماتعتبر فيه الحقيقه وهو أحق الناس بهذا فانه قال لو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها فيه فأتت بولد لحقه مع العلم بأنه لم يطأها في الزوجية فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه، وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت احصانها لذلك

(فصل) ولو شهدت بينة الاحصان انه دخل بزوجته فقال أصحابنا يثبت الاحصان به لان المفهوم من لفظ الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة . وقال محمد بن الحسن لا يكتفى به حتى تقول جامعها أو باضعها أو نحوه لان الدخول يطلق على الخلوة بها ولهذا تثبت بها أحكامه وهذا أصح القولين ان شاء الله تعالى فأما اذا قالت جامعها أو باضعها فلا نعلم خلافا في ثبوت الاحصان وهكذا ينبغي اذا قالت وطئها فان قالت باشرها أو مسها أو أصابها أو أتاها فينبغي أن لايثبت به الاحصان لان هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيراً فلايثبت به الاحصان الذي يندرىء بالاحتمال

باطراف الثياب والعثكول ويحتمل ان يؤخر للمرض المرجو زواله

اما اذا كان الحد رجما لم يؤخر لانه لافائدة فيه اذا كان قتله متحتما واذا كان جلداً فالمريض على ضربين

(احدهما) يرجى برؤه فقال اصحابنا يقام عليه الحد ولايؤخر فان خشي عليه من السوط ضرب بسوط يؤمن معه التلف فان خيف من السوط أقيم بالعثكول وهذا قول أبي بكر وبه قال إسحاق وأبو ثور لان عمر رضي الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك في الصحابة ولم ينكروه فكان اجماعا، ولان الحد واجب على الفور فلا يؤخر ماأوجبه الله تعالى بغير حجة قال القاضي ظاهر قول الخرقي تأخيره لقوله من يجب عليه الحد وهو صحيح عاقل وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لحديث علي رضي الله عنه في التي هي حديثة عهد بنفاس ولان في تأخيره اقامة الحد على الكمال من غير اتلاف فكان اولى، وأما حديث عمر في جلد قدامة فانه يحتمل انه كان مرضا خفيفا لايمنع من اقامة الحد على الكمال ولهذا لم ينقل عنه انه خفف عنه في السوط وانما اختار له سوطاً وسطا كالذي يضرب به الصحيح، ثم ان فعل النبي ﷺ يقدم على فعل عمر مع أنه اختيار علي وفعله وكذلك الحكم في تأخيره في الحر والبرد المفرط (الضرب الثاني) المريض الذي لايرجى برؤه فهذا يقام عليه الحد في الحال ولايؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير

(فصل) وإذا جلد الزاني على انه بكر ثم بان محصنا رجم لما روى جابر أن رجلا زنى بامرأة فأمر به رسول الله ﷺ فجلد الحد ثم اخبر انه محصن فرجم رواه ابو داود. ولانه ان وجب الجمع بينهما فقد أتى ببعض الواجب فيجب إتمامه، وان لم يجب الجمع بينهما تبين انه لم يأت بالحد الواجب فيجب ان يأتي به

(مسئلة) قال (ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما ويدفنان)

لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال الامام احمد سئل علي رضي الله عنه عن شراحة وكان رجمها فقال اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم وصلى علي على شراحة؛ وقال مالك من قتله الامام في حد لا يصلي عليه لان جابراً قال في حديث ماعز فرجم حتى مات فقال له النبي ﷺ خيراً ولم يصل عليه. متفق عليه

ولنا ماروى ابو داود باسناده عن عمران بن حصين في حديث الجهنية فأمر بها النبي ﷺ فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها فقال عمر يارسول الله أتصلي عليها وقد زنت؟ فقال «والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها؟» ورواه الترمذي وفيه فرجمت وصلى عليها وقال حديث حسن صحيح. وقال النبي ﷺ «صلوا على من قال لا إله الا الله» ولانه مسلم لو مات قبل الحد صلي عليه فيصلى عليه بعده كالسارق وأما خبر ماعز فيحتمل أن النبي ﷺ لم يحضره او اشتغل عنه بأمر أو غير ذلك فلا يعارض مارويناه

وشمراخ النخل فان خيف عليه من ذلك جمع ضغثاً فيه مائة شمراخ فضربه ضربة واحدة وبهذا قال الشافعي وانكر مالك هذا وقال قد قال الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا جلده واحدة

ولنا ماروى ابو امامة بن سهل بن حنيف عن بعض اصحاب رسول الله ﷺ ان رجلا اشتكى حتى ضني فدخلت عليه امرأة فهش لها فوقع بها فسئل رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ ان يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة، رواه أبو داود والنسائي وقال ابن المنذر في اسناده مقال، ولانه لا يخلو من ان يقام عليه الحد على ماذكرنا أولا يقام اصلا او يضرب ضربا كاملا: لا يجوز تركه بالكلية لانه يخالف الكتاب والسنة ولا ان يجلد جلداً تاما لانه يفضي الى اتلافه فتعين ماذكرناه، وقولهم هذا جلده واحدة قلنا يجوز ان يقام ذلك في حال العذر كما قال الله تعالى في حق ايوب (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) وهذا أولى من ترك حده بالكلية أو قتله بما لا يوجب القتل

(فصل) واذا وجب الحد على حامل لم يقم عليها حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أوغيره قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان الحامل لا ترجم حتى تضع، وروى بريدة ان امرأة من بني غامد قالت يارسول الله طهرني قال «وماذاك» قالت انها حبلى من زنا قال «انت» قالت نعم فقال «لها ارجعي حتى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا زنى الحر البكر جلد مائة وغرب عاما)

يعني لم يحصن وان كان ثيباً وقد ذكرنا الاحصان وشروطه ، ولاخلاف في وجوب الجلد على الزاني اذا لم يكن محصناً وقد جاء بيان ذلك في كتاب الله تعالى بقوله سبحانه (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجاءت الاحاديث عن النبي ﷺ موافقة لما جاء به الكتاب، ويجب مع الجلد تغريبه عاما في قول جمهور العلماء . روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وبه قال أبي وابو داود وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم واليه ذهب عطاء وطاوس والثوري وابن ابي ليلى والشافعي واسحاق وابو ثور ، وقال مالك والاوزاعي يغرب الرجل دون المرأة لان المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولانها لاتخلو من التغريب بمحرم او بغير محرم : لايجوز التغريب بغير محرم لقول النبي ﷺ « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم والآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا معذي محرم » ولان تغريبها بغير محرم اغراء لها بالفجور وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى الى تغريب من ليس بزان ونفي من لاذنب له وان كلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به كما لو زاد ذلك على الرجل ، والخبر الخاص في التغريب انما هو في حق الرجل وكذلك فعل الصحابة رضي الله عنهم ، والعام يجوز تخصيصه لانه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فانه دل بمفهومه على انه ليس على الزاني

تضعي مافي بطنك » قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبي ﷺ قال قد وضعت الغامدية فقال « إذا لانرجمها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه يانبي الله قال فرجمها رواه مسلم وأبو داود ، وروي ان امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه فهم عمر برجمها وهي حامل فقال معاذ ان كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجمها وعن علي مثله، ولان في اقامة الحد عليها في حال حملها اتلافاً لمعصوم ولا سبيل اليه وسواء كان الحد رجماً او غيره لانه لايؤمن تلف الولد من سراية الضرب وربما سرى الى نفس المضروب فيفوت الولد بفواته، فاذا وضعت الولد فان كان الحد رجما لم ترجم حتى تسقيه اللبأ لان الولد لايكاد يعيش الابه ، ثم ان كان له من يرضعه او تكفل احد برضاعه رجمت والا تركت حتى تفطمه لما ذكرنا من حديث الغامدية ولما روى أبو داود باسناده عن بريدة ان امرأة اتت النبي ﷺ فقالت اني فجرت فوالله اني لحبلى فقال لها « ارجعي حتى تلدي » فرجعت فلما ولدت أتت بالصبي فقال « ارجعي فأرضعيه حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء يأكله فأمر بالصبي فدفع الى رجل من المسلمين وأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجمت وأمر بها فصلي عليها ودفنت. وان لم يظهر حملها لم تؤخر لاحتمال ان تكون حملت من الزنا لان النبي ﷺ رجم اليهودية والجهنية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس « اذهب الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها، ورجم علي رضي

أ كثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمته لان الحد وجب زجراً عن الزنا وفي تغريبها اغراء به وتمكين منه مع انه قد يخصص في حق الثيب باسقاط الجلد في قول الاكثرين فتخصيصه ههنا أولى ، وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن لايجب تغريب لان علياً رضي الله عنه قال حسبهما من الفتنة أن ينفيا، وعن ابن المسيب ان عمر غرب ربيعة بن أمية ابن خلف في الخمر الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لاأغرب مسلماً بعد هذا أبداً ، ولان الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب فايجاب التغريب زيادة على النص

ولنا قول النبي ﷺ « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وروى ابو هريرة وزيد بن خالد أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ فقال أحدهما ان ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته واني افتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت رجالا من اهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة وتغريب عام والرجم على امرأة هذا فقال النبي ﷺ « والذى نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل على ابنك جلد مائة وتغريب عام » وجلد ابنه مائة وغربه عاما وأمر أنيساً الأسلمي ان يأتي امرأة الآخر فان اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها متفق عليه ، وفي الحديث انه قال : سألت رجالا من أهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على ان هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله

الله عنه شراحة ولم يستبرئها، وان ادعت الحمل قبل قولها كما قبل قول الغامدية، فان كان الحد جلدا فاذا وضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد وان كانت في نفاسها أو ضعيفة يخاف تلفها لم يقم عليها الحد حتى تطهر وتقوى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة وذكر القاضي أنه ظاهر كلام الخرقي وقال أبو بكر يقام عليها الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف فان خيف عليها من السوط اقيم بالعثكول وأطراف الثياب لان النبي ﷺ أمر بضرب المريض الذي زنى فقال « خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة »

ولنا ماروى علي رضي الله عنه أنه قال ان امة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني ان اجلدها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان انا جلدتها ان اقتلها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال «احسنت» رواه مسلم وأبو داود ولفظه قال فأتيته فقال ياعلي « افرغت؟ » فقلت اتيتها ودمها يسيل فقال «دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم اقم عليها الحد» وفي حديث أبي بكرة ان المرأة انطلقت فولدت غلاما فجاءت به النبي ﷺ فقال لها « انطلقي فتطهري من الدم » رواه أبو داود ولانه لو توالى عليه حدان فاستوفى أحدهما لم يستوف الثاني حتى يبرأ من الاول

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا مات المحدود في الجلد فالحق قتله ولايجب على أحد ضمانه جلدا كان أو غيره) لانه حد وجب لله عزوجل فلم يود من مات به كالقطع في السرقة وهذا قول مالك وأصحاب

تعالى وقضاء رسوله ﷺ وقد قيل ان الذي قال له هذا هو ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ولان التغريب فعله الخلفاء الراشدون ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا ولان الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب وكذلك في حق البكر ، وماروه عن علي لايثبت لضعف رواته وارساله ، وقول عمر لاأغرب بعده مسلماً فيحتمل انه اراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه ، وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس لان ما كان حداً في الرجل يكون حداً في المرأة كسائر الحدود ، وقول مالك فيما يقع لي أصح الاقوال وأعدلها ، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لايصح لانه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد ويمكن قلب هذا القياس بانه حد فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل كسائر الحدود

(فصل) ويغرب البكر الزاني حولا كاملا فان عاد قبل مضي الحول أعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافراً ويبني على مامضى ، ويغرب الرجل إلى مسافة القصر لان مادونها في حكم الحضر بدليل انه لايثبت في حقه أحكام المسافرين ولا يستبيح شيئاً من رخصهم فأما المرأة فان خرج معها محرمها نفيت الى مسافة القصر وان لم يخرج معها محرمها فقد نقل عن احمد أنها تغرب الى مسافة القصر كالرجل وهذا مذهب الشافعي

الرأي وبه قال الشافعي اذا لم يزد في حد الخمر على الاربعين وان زاد على الاربعين فمات فعليه الضمان لان ذلك تعزير انما يفعله الامام برأيه ، وفي قدر الضمان قولان (أحدهما) نصف الدية لانه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون فكان عليه نصف الضمان (والثاني) تقسط الدية على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الاربعين روي عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت لاقيم حدا على أحد فيموت فأجد في نفسي الا اصاحب الخمر لومات وديته لان النبي ﷺ لم يسنه

ولنا أنه حد وجب لله تعالى فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود ومازاد على الاربعين فهو من الحد على ماذكره ، وان كان تعزيرا فالتعزير يجب فهو بمنزلة الحد ، وأما حديث علي فقد صح عنه أنه قال جلد رسول الله ﷺ أربعين وأبو بكر أربعين وثبت الحد بالاجماع فلم يبق فيه شبهة

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في سائر الحدود أنه اذا أتي بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لايضمن من تلف بها لانه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به ولانه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوبا الى الله سبحانه

﴿مسئلة﴾ (وان زاد على الحد سوطا او أكثر فتلف ضمنه وهل يضمن جميع الدية أو نصفها؟ على وجهين)

إذا زاد على الحد فتلف المحدود وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لانه تلف بعدوانه فاشبه مالو ضربه في غير الحد ، قال أبو بكر وفي قدر الضمان وجهان (أحدهما) كمال الدية لانه قتل حصل من جهة الله تعالى وعدوان الضارب فكان الضمان على العادي كما لوضرب مريضا سوطا فمات به ولانه

وروي عن احمد انها تغرب الى دون مسافة القصر لتقرب من اهلها فيحفظونها ويحتمل كلام احمد أن لايشترط في التغريب مسافة القصر فانه قال في رواية الاثرم ينفي من عمله الى عمل غيره وقال ابو ثور وابن المنذر لو نفي الى قرية أخرى بينهما ميل او أقل جاز . وقال إسحاق يجوز أن ينفى من مصر الى مصر ونحوه قال ابن أبي ليلى لان النفي ورد مطلقاً غير مقيد فيتناول أقل مايقع عليه الاسم ، والقصر يسمى سفراً ويجوز فيه التيمم والنافلة على الراحلة ولا يحبس في البلد الذي نفي اليه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس

ولنا انه زيادة لم يرد بها الشرع فلا تشرع كالزيادة على العام

(فصل) واذا زنى الغريب غرب الى بلد غير وطنه وان زنى في البلد الذي غرب اليه غرب منه إلى غير البلد الذي غرب منه لان الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان ولانه قد أنس بالبلد الذي سكنه فيبعد عنه .

(فصل) ويخرج مع المرأة محرمها حتى يسكنها في موضع ثم ان شاء رجع اذا أمن عليها وان شاء أقام معها حتى يكمل حولها وان ابى الخروج معها بذلت له الاجرة قال اصحابنا وتبذل من مالها لان هذا من مؤنة سفرها ويحتمل ان لايجب ذلك عليها لان الواجب عليها التغرب بنفسها فلم يلزمها زيادة عليه كالرجل ولان هذا من مؤنة إقامة الحد فلم يلزمها كأجرة الجلاد، فعلى هذا تبذل

تلف بعد وان وغيره أشبه ما لو القى على سفينة موقرة حجراً فغرقها (والثاني) عليه نصف الضمان لانه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فوجب نصف الدية حسب كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في احد قوليه وقال في الآخر يجب من الدية بقدر ماتعدى به تقسط الدية على الاسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمدا لان الضمان يجب في الخطأ والعمد، ثم ينظر فان كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير امر فالضمان على عاقلته لان العدوان منه وكذلك ان قال له الامام اضرب ما شئت، وان كان له من يعد عليه فزاد في العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعمد ذلك أو اخطأ في العدد لان الخطأ منه، وان امره الامام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضي الضمان على الامام، وقياس المذهب انه ان اعتقد وجوب طاعة الامام وجهل تحريم الزيادة فالضمان على الامام وان كان عالما بذلك فالضمان عليه كما لو امره الامام بقتل رجل ظلما فقتله ، وكل موضع قلنا يضمن الامام فهل يلزم عاقلته او بيت المال؟ فيه روايتان (إحداهما) هو في بيت المال لان خطأه يكثر فلو وجب ضمانه على عاقلته اجحف بهم قال القاضي هذا اصح (والثاني) هو على عاقلته لانها وجبت بخطائه فكانت على عاقلته كما لو رمى صيداً فقتل آدميا، ويحتمل ان تكون الروايتان فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ اما إذا تعمدها فهذا ظلم قصده فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال كما لو تعمد جلد من لاحد عليه، واما الكفارة التي تلزم الامام فلا يحملها عنه غيره لانها عبادة فلا

الأجرة من بيت المال وعلى قول اصحابنا ان لم يكن لها مال بذلت من بيت المال فان ابى محرمها الخروج معها لم يجبر وان لم يكن لها محرم غربت مع نساء ثقات والقول في اجرة من يسافر معها منهن كالقول في اجرة المحرم فان اعوز فقد قال احمد تبقى بغير محرم وهو قول الشافعي لانه لاسبيل إلى تأخيره فأشبه سفر الهجرة والحج اذا مات محرمها في الطريق ويحتمل ان يسقط النفي إذا لم يجد محرماً كما يسقط سفر الحج اذا لم يكن لها محرم فان تغريبها اغراء لها بالفجور وتعريض لها للفتنة وعموم الحديث مخصوص بعموم النهي عن سفرها بغير محرم

(فصل) ويجب ان يحضر الحد طائفة من المؤمنين لقول الله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) قال اصحابنا والطائفة واحد فما فوقه وهذا قول ابن عباس ومجاهد والظاهر انهم ارادوا واحداً مع الذي يقيم الحد لان الذي يقيم الحد حاصل ضرورة فيتعين صرف الامر الى غيره وقال عطاء وإسحاق اثنان فان ارادا به واحداً مع الذي يقيم الحد فهو مثل القول الأول وان ارادا اثنين غيره فوجهه ان الطائفة اسم لما زاد على الواحد واقله اثنان . وقال الزهري ثلاثة لان الطائفة جماعة واقل الجمع ثلاثة وقال مالك اربعة لانه العدد الذي يثبت به الزنا وللشافعي قولان كقول الزهري ومالك وقال ربيعة خمسة وقال الحسن عشرة وقال قتادة نفر واحتج اصحابنا بقول ابن عباس ولأن اسم الطائفة يقع على الواحد بدليل قول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا) ثم قال

تتعلق بغير من وجد منه سببها ولانها كفارة لفعله فلا تحصل إلا بتحمله إياها ولهذا لا يدخلها التحمل بحال

﴿مسئلة﴾ (وإذا كان الحد رجماً لم يحفر له رجلا كان او امرأة في احد الوجهين)

سواء ثبت ببينة أو اقرار اما إذا كان الزاني رجلا لم يوثق بشيء ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببينة او اقرار لانعلم فيه خلافا لان النبي ﷺ لم يحفر لما عز قال ابو سعيد لما امر رسول الله ﷺ برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ماحفرنا له ولا اوثقناه ولكنه قام لنا رواه ابو داود ولان الحفر له ودفن بعضه عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه فوجب ان لا يثبت

﴿مسئلة﴾ (واما المرأة فان كان ثبت باقرارها لم يحفر لها وان ثبت ببينة حفر لها الى الصدر)

ظاهر كلام احمد ان المرأة لايحفر لها ايضا وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف وذكر في المجرد انه ان ثبت الحد باقرارها لم يحفر لها وان ثبت بالبينة حفر لها الى الصدر قال ابو الخطاب وهذا أصح عندي وهو قول أصحاب الشافعي لما روى أبو بكرة وبريدة ان النبي ﷺ رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة رواه أبو داود ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب لكون الحد ثبت بالبينة فلا يسقط بفعل من جهتها بخلاف الثابت بالاقرار فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه لان رجوعها عن إقرارها مقبول

(فأصلحوا بين اخويكم) وقيل في قوله تعالى (ان نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة) انه محسن بن حمير وحده ولا يجب ان يحضر الامام ولا الشهود وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال ابو حنيفة ان ثبت الحد ببينة فعليها الحضور والبداءة بالرجم وان ثبت باعتراف وجب على الامام الحضور والبداءة بالرجم لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال الرجم رجمان فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس رواه سعيد باسناده ولانه إذا لم تحضر البينة ولا الامام كان ذلك شبهة والحد يسقط بالشبهات .

ولنا أن النبي ﷺ أمر برجم ماعز والغامدية ولم يحضرهما والحد ثبت باعترافهما وقال «يا أنيس اذهب الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» ولم يحضرها ولانه حد فلم يلزم أن يحضره الامام ولا البينة كسائر الحدود ولا نسلم أن تخلفهم عن الحضور ولا امتناعهم من البداءة بالرجم شبهة وأما قول علي رضي الله عنه فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة قال احمد سنة الاعتراف أن يرجم الامام ثم الناس ، لا نعلم خلافا في استحباب ذلك والاصل فيه قول علي رضي الله عنه وقد روي في حديث رواه ابو بكر عن النبي ﷺ أنه رجم امرأة فحفر لها إلى التندوة ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال « ارموا واتقوا الوجه» أخرجه ابو داود

(فصل) ولا يقام الحد على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا او غيره لا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع وقد روى بريدة أن امرأة من بني

ولنا ان أكثر الاحاديث على ترك الحفر فان النبي ﷺ لم يحفر للجهنية ولا لليهوديين والحديث الذي احتجوا به غير معمول به ولا يقولون به فان التي نقل عنه الحفر لها ثبت حدها باقرارها ولا خلاف بيننا فيها فلا يسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم إياه ، إذا ثبت هذا فان ثياب المرأة تشد عليها لئلا تنكشف وقد روى أبو داود باسناده عن عمران بن حصين قال فأمر بها النبي ﷺ فشدت عليها ثيابها ولان ذلك استر لها

﴿مسئلة﴾ (ويستحب ان يبدأ الشهود بالرجم وان ثبت بالاقرار استحب ان يبدأ الامام) السنة ان يدور الناس حول المرجوم فان كان الزنا ثبت ببينة استحب ان يبدأ الشهود بالرجم وان كان ثبت باقرار بدأ به الامام أو الحاكم ان كان ثبت عنده ثم يرجم الناس بعده وقد روى سعيد باسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال الرجم رجمان فما كان منه باقرار فاول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فاول من يرجم البينة ثم الناس ولان فعل ذلك ابعد لهم من التهمة في الكذب عليه

﴿مسئلة﴾ (ومتى رجع المقر بالحد عن اقراره قبل منه ، وإن رجع في أثناء الحد لم يتمم) وجملة ذلك أن من شرط إقامة الحد بالاقرار البقاء عليه إلى تمام الحد فان رجع عن اقراره كف عنه وبهذا قال عطاء ويحيى بن يعمر والزهري وحماد ومالك والثوري واسحاق وأبو حنيفة وأبو يوسف وقال الحسن وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى يقام عليه الحد لا يترك لان ماعزا هرب

غامد قالت يارسول الله طهرني قال « وماذاك؟ » قالت انها حبلى من زنا قال « أنت ؟» قالت نعم فقال لها « ارجعي حتى تضعي مافي بطنك » قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبي ﷺ فقال قد وضعت الغامدية فقال إذا لانرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من ترضعه فقام رجل من الانصار فقال إلي ارضاعه يانبي الله قال فرجمها رواه مسلم وابو داود وروي أن امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه فهم عمر برجمها وهي حامل فقال له معاذ ان كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجمها وعن علي مثله ولان في اقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم ولا سبيل اليه وسواء كان الحد رجما او غيره لانه لايؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع فيفوت الولد بفواته فاذا وضعت الولد فان كان الحد رجما لم ترجم حتى تسقيه اللبأ لان الولد لايعيش إلا به ثم ان كان له من يرضعه او تكفل أحد برضاعه رجمت وإلا تركت حتى تفطمه لما ذكرنا من حديث الغامدية ولما روى ابو داود باسناده عن بريدة أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت إني فجرت فوالله اني لحبلى فقال لها «ارجعي حتى تلدي» فرجعت فلما ولدت أتته بالصبي فقال « ارجعي فارضعيه حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء يأكله فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين فأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجمت وأمر بها فصلي عليها ودفنت وان لم يظهر حملها لم تؤخر لاحتمال أن تكون حملت من

فقتلوه ، وروي أنه قال ردوني إلى رسول الله ﷺ فان قومي هم غروني من نفسي وأخبروني أن النبي ﷺ غير قاتلي فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه رواه أبو داود ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته ولانه حق وجب باقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق ، وحكي عن الاوزاعي أنه إن رجع حد للفرية على نفسه ، وإن رجع عن السرقة أو الشرب ضرب دون الحد

ولنا أن ماعزا هرب فذكر للنبي ﷺ فقال « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » قال ابن عبد البر : ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم أن ماعزا لما هرب فقال لهم ردوني إلى رسول الله ﷺ قال « فهلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟» ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه

وعن بريدة قال : كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما أو قال لو لم يرجعا بعد اعترافهما لم يطلقهما وإنما رجمهما عند الرابعة رواه أبو داود ولان رجوعه شبهة والحد يدرأ بالشبهات ولان الاقرار أحد بينتي الحد فيسقط بالرجوع عنه كالبينة إذا رجعت قبل اقامة الحد وفارق سائر الحقوق فانها لا تدرأ بالشبهات وإنما لم يجب ضمان ماعز على الذين قتلوه بعد هربه لانه ليس بصريح في الرجوع

﴿ مسئلة ﴾ (وإن رجم ببينة فهرب لم يترك وإن كان باقرار ترك)

الزنا لان النبي ﷺ رجم اليهودية والجهنية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لانيس « اذهب إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم علي شراحة ولم يستبرئها، وان ادعت الحمل قبل قولها كما قبل النبي ﷺ قول الغامدية، وإن كان الحد جلداً فإذا وضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد ، وإن كانت في نفاسها او ضعيفة يخاف تلفها لم يقم عليها الحد حتى تطهر وتقوى وهذا قول الشافعي وابي حنيفة وذكر القاضي انه ظاهر كلام الخرقي وقال ابو بكر يقام عليها الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف فان خيف عليها من السوط أقيم بالعثكول يعني شمراخ النخل وأطراف الثياب لان النبي ﷺ امر بضرب المريض الذي زنا فقال « خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة »

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال ان أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان أنا جلدتها ان أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « أحسنت ؟ » رواه مسلم والنسائي وابوداود ولفظه قال فأتيته فقال « ياعلي أفرغت ؟ » فقلت أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد » وفي حديث ابي بكرة ان المرأة انطلقت فولدت غلاما فجاءت به النبي ﷺ فقال لها « انطلقي فتطهري من الدم » رواه ابوداود ولانه

إذا ثبت الحد عليه باقراره فهرب لم يتبع لقول رسول الله ﷺ « هلا تركتموه؟ » وإن لم يترك وقتل لم يضمن لان النبي ﷺ لم يضمن ماعزا من قتله ولان هربه ليس بصريح في رجوعه فان قال ردوني إلى الحاكم وجب رده ولم يجز اتمام الحد فإن أتم فلا ضمان على من أتمه لما ذكرنا في هربه وإن رجع عن اقراره وقال كذبت في اقراري أو رجعت عنه أو لم أفعل ما أقررت به وجب تركه فان قتله قاتل بعد ذلك فعليه ضمانه لانه قد زال اقراره بالرجوع عنه فصار كمن لم يقر ولا قصاص على قاتله لان العلماء اختلفوا في صحة رجوعه فكان اختلافهم شبهة درىء به القصاص ولان صحة الرجوع مما يخفى فيكون ذلك عذرا مانعاً من وجوب القصاص فأما إن رجم ببينة فهرب لم يترك لان زناه ثبت على وجه لا يبطل برجوعه فلم يؤثر فيه هربه كسائر الاحكام والله أعلم

(فصل) وإذا اجتمعت حدود لله تعالى فيها قتل استوفي وسقط سائرها إذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام :(أحدها) أن تكون خالصة لله تعالى فهي نوعان (أحدها) أن يكون فيها قتل مثل أن يسرق ويزني وهو محصن ويشرب ويقتل في المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرها وهذا قول ابن مسعود وعطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي ومالك وحماد وأبي حنيفة وقال الشافعي تستوفى جميعها لان ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصاً

ولنا قول ابن مسعود قال سعيد ثنا حسان بن منصور ثنا مجالد عن عامر عن مسروق عن

لو توالى عليه حدان فاستوفى أحدهما لم يستوف الثاني حتى يبرأ من الاول ولان في تأخيره إقامة الحد على الكمال من غير إتلاف فكان اولى

(فصل) والمريض على ضربين (أحدهما) يرجى برؤه فقال أصحابنا يقام عليه الحد ولا يؤخر كما قال ابو بكر في النفساء وهذا قول اسحاق وابي ثور لان عمر رضي الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان اجماعا ولان الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة قال القاضي وظاهر قول الخرقي تأخيره لقوله فيمن يجب عليه الحد: وهو صحيح عاقل، وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لحديث علي رضي الله عنه في التي هي حديثة عهد بنفاس وما ذكرناه من المعنى ، وأما حديث عمر في جلد قدامة فانه يحتمل انه كان مرضاً خفيفاً لا يمنع من إقامة الحد على الكمال ولهذا لم ينقل عنه انه خفف عنه في السوط وانما اختار له سوطا وسطا كالذي يضرب به الصحيح ثم ان فعل النبي ﷺ يقدم على فعل عمر مع انه اختيار علي وفعله وكذلك الحكم في تأخيره لاجل الحر والبرد المفرط

(الضرب الثاني) المريض الذي لا يرجى برؤه فهذا يقام عليه في الحال ولا يؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فان خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ

عبد الله قال : إذا اجتمع حدان أحدها القتل أحاط القتل بذلك ، وقال ابراهيم يكفيه القتل وثنا هشيم انا حجاج عن ابراهيم والشعبي وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك ، وهذه أقوال انتشرت في عهد الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكان اجماعا ولانها حدود لله فيها قتل فسقط ما دونه كالمحارب إذا قتل وأخذ المال فانه يكتفى بقتله ولان هذه الحدود تراد لمجرد الزجر ومع القتل لا حاجة إلى زجره لانه لا فائدة فلا يشرع فيه ويفارق القصاص فان فيه غرض التشفي والانتقام ولا يقصد فيه مجرد الزجر إذا ثبت هذا فانه اذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة أو لترك الصلاة فينبغي أن يقتل للمحاربة ويسقط الرجم لان في القتل للمحاربة حق آدمي في القصاص ، وانما اثرت المحاربة تحتمه وحق الآدمي يجب تقديمه

(النوع الثاني) أن لا يكون فيها قتل فان كانت من جنس مثل أن زنى أو سرق أو شرب مراراً قبل اقامة الحد عليه أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه . قال ابن المنذر . أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم عطاء والزهري ومالك وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو يوسف وأبو ثور وهو مذهب الشافعي فان أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى ففيها حدها لا نعلم فيه خلافا ، وقد سئل رسول الله ﷺ عن الامة تزني قبل أن تحيض فقال « اجلدوها ان زنت ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها » ولان تداخل الحدود انما يكون مع اجتماعها والحد الثاني وجب بعد سقوط الحد الاول باستيفائه ، وان كانت من أجناس استوفيت كلها من غير خلاف

فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعي وأنكر مالك هذا وقال قد قال الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا جلدة واحدة

ولنا ماروى ابو امامة بن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب النبي ﷺ أن رجلا منهم اشتكى حتى ضني فدخلت عليه امرأة فهش لها فوقع بها فسئل له رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة. رواه ابو داود والنسائي وقال ابن المنذر في اسناد مقال ولانه لايخلو من أن يقام الحد على ماذكرنا أولايقام أصلا او يضرب ضربا كاملا لايجوز تركه بالكلية لانه يخالف الكتاب والسنة ولا يجوز جلده جلداً تاما لانه يفضي إلى اتلافه فتعين ماذكرناه وقولهم هذا جلدة واحدة قلنا يجوز أن يقام ذلك في حال العذر مقام مائة كما قال الله تعالى في حق أيوب (وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث) وهذا أولى من ترك حده بالكلية أو قتله بما لايوجب القتل

﴿مسألة﴾ قال (واذا زنا العبد والامة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ولم يغربا)

وجملته أن حد العبد والامة خمسون جلدة بكرين كانا او ثيبين في قول أكثر الفقهاء منهم عمر وعلي وابن مسعود والحسن والنخعي ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي والبتي والعنبري وقال ابن

ويبدأ بالاخف فالاخف فاذا شرب وزنى وسرق حد للشرب أولا ثم حد للزنا ثم قطع للسرقة، وان أخذ المال في المحاربة قطع لذلك ويدخل فيه القطع للسرقة لان محل القطعين واحد فتداخلا كالقتلين، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة لان كل واحد منهما ثبت بنص القرآن ثم بحد الشرب ولنا أن حد الشرب أخف فيقدم كحد القذف ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه فانه منصوص عليه في السنة ومجمع على وجوبه وهذا التقدير على سبيل الاستحباب ولو بدأ بغيره جاز ووقع الموقع ولايوالي بين هذه الحدود لانه ربما أفضى الى تلفه بل متى برأ من حد أقيم عليه الذي يليه

﴿مسألة﴾ (وأما حقوق الآدميين فتستوفى كلها سواء كان فيها قتل أو لم يكن)

ويبدأ بغير القتل وهي القصاص وحد القذف فهذه تستوفى كلها ويبدأ بأخفها فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لانها حقوق لآدميين أمكن استيفاؤها فوجب كسائر حقوقهم وهذا قول الاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة يدخل ما دون القتل فيه لما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك رواه سعيد في سننه وقياساً على الحدود الخالصة لله تعالى ولنا أن ما دون القتل حق لآدمي فلم يسقط به كديونهم وفارق حق الله تعالى فانه مبني على المسامحة

﴿مسألة﴾ (فان اجتمعت مع حدود الله بدىء بها)

عباس وطاوس وابو عبيد إن كانا مزوجين فعليهما نصف الحد ولا حد على غيرهما لقول الله تعالى (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فدليل خطابه أنه لا حد على غير المحصنات وقال داود على الامة نصف الحد اذا زنت بعد ما زوجت وعلى العبد جلد مائة بكل حال وفي الامة اذا لم تزوج روايتان (احداهما) لا حد عليها (والاخرى) تجلد مائة لان قول الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) عام خرجت منه الامة المحصنة بقوله فاذا أحصن (فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فيبقى العبد والامة التي لم تحصن على مقتضى العموم ويحتمل دليل الخطاب في الامة أن لا حد عليها لقول ابن عباس ، وقال ابو ثور اذا لم يحصنا بالتزويج فعليهما نصف الحد وإن أحصنا فعليهما الرجم لعموم الاخبار فيه ولانه حد لا يتبعض فوجب تكميله كالقطع في السرقة

ولنا ماروى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن ابي هريرة وزيد بن خالد وسئل قالوا سئل رسول الله ﷺ عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال « اذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير » متفق عليه قال ابن شهاب وهذا نص في جلد الامة اذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه وداود وجعل داود عليها مائة اذا لم تحصن وخمسين اذا كانت محصنة خلاف ماشرع الله تعالى فان الله تعالى ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها فجعل الرجم على المحصنة والجلد على البكر وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة واتباع شرع الله أولى

اذا اجتمعت حدود الله تعالى وحدود الآدميين فهذه ثلاثة أنواع

(أحدها) أن لا يكون فيها قتل فهذه تستوفى كلها وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وعن مالك أن حد الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين

ولنا انهما حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ولا نسلم استواءهما فان حد الشرب أربعون وحد القذف ثمانون وان سلم استواؤهما لم يلزم تداخلهما لان ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولهما في حد الزاني لان الاقل مما يتداخل يدخل في الاكثر وفارق القتلين والقطعين فان المحل يفوت بالاول فيتعذر استيفاء الثاني وهذا بخلافه فعلى هذا يبدأ بحد القذف لانه اجتمع فيه معنيان خفته وكونه حقا لآدمي صحيح إلا إذا قلنا حد الشرب أربعون فانه يبدأ به لخفته ثم بحد القذف وايهما قدم فالآخر يليه ثم بحد الزنا لانه لا اتلاف فيه ثم بالقطع هكذا ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يبدأ بالقطع قصاصا لانه حق آدمي يتمحض فاذا برأ حد للقذف إذا قلنا هو حق آدمي ثم بحد الشرب فاذا برأ حد للزنا لان حق الآدمي يجب تقديمه لتأكده

(النوع الثاني) ان تجتمع حدود الله تعالى وحدود لآدمي وفيها قتل فان حدود الله تعالى تدخل في القتل سواء كان من حدود الله تعالى كالرجم في الزنا والقتل في المحاربة أو الردة أو لحق آدمي كالقصاص لما قدمنا . واما حقوق الآدمي فتستوفى كلها ثم ان كان القتل حقا لله تعالى استوفيت

وأما دليل الخطاب فقد روي عن ابن مسعود رحمه الله أنه قال احصانها اسلامها وأقراؤها بفتح الالف ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلا إذا لم يكن للتخصيص بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ومتى كانت له فائدة أخرى لم يكن دليلا مثل ان يخرج مخرج الغالب أو لتنبيه أولمعنى من المعاني وقد قال الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم) ولم يختص التحريم باللاتي في حجوركم وقال (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وحرم حلائل الابناء من الرضاع وأبناء الابنا وقال (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وأبيح القصر بدون الخوف وأما العبد فلافرق بينه وبين الأمة فالتنصيص على أحدهما يثبت حكمه في حق الآخر كما أن قول النبي ﷺ «من اعتق شركا له في عبد» ثبت حكمه في حق الامة ثم إن المنطوق أولى منه على كل حال وأما أبو ثور فخالف نص قوله تعالى (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وعمل به فيما لم يتناوله النص وخرق الاجماع في إيجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الاجماع في تكميل الجلد على العبيد وتضعيف حد الابكار على المحصنات

(فصل) ولاتغريب على عبد ولا أمة، وبهذا قال الحسن وحماد ومالك واسحاق وقال الثوري وأبو ثور يغرب نصف عام لقوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وحد ابن عمر مملوكة له ونفاها الى فدك وعن الشافعي قولان كالمذهبين واحتج من أوجبه بعموم قوله عليه السلام «والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»

الحقوق كلها متوالية لانه لابد من فوات نفسه فلا فائدة في التأخير وان كان القتل حقا لآدمي انتظر باستيفاء الثاني برؤه من الاول لوجهين (أحدهما) ان الموالاة بينهما يحتمل ان تفوت نفسه قبل القصاص فيفوت حق الآدمي (والثاني) ان العفو جائز فتأخيره يحتمل ان يعفو الولي فيحيى بخلاف القتل حقا لله سبحانه

(النوع الثالث) ان يتفق الحقان في محل واحد كالقتل والقطع قصاصا وحدا فاما القتل فان كان فيه ماهو خالص لحق الله تعالى كالرجم في الزنا وما هو حق لآدمي كالقصاص قدم القصاص لتأكد حق الآدمي وإن اجتمع القتل في المحاربة والقصاص بدئ باسبقهما لان القتل في المحاربة فيه حق لآدمي أيضاً فقدم اسبقهما فان سبق القتل في المحاربة استوفي ووجب لولي المقتول الآخر ديته في مال الجاني وان سبق القصاص قتل قصاصا ولم يصلب لان الصلب من تمام الحد وقد سقط الحد بالقصاص فسقط الصلب كما لو مات ويجب لولي المقتول في المحاربة ديته لان القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص فصار الوجوب الى الدية وهكذا لو مات القاتل في المحاربة وجبت الدية في تركته لتعذر استيفاء القتل من القاتل ولو كان القصاص سابقا فعفى ولي المقتول استوفي القتل للمحاربة سواء عفى مطلقا أو إلى الدية وهذا مذهب الشافعي وأما القطع فاذا اجتمع وجوب القطع في يد اورجل قصاصا

ولنا الحديث المذكور في حجتنا ولم يذكر فيه تغريبا ولو كان واجباً لذكره لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقته وحديث علي رضي الله عنه أنه قال «يأيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من احصن منهم ومن لم يحصن فان أمة لرسول الله ﷺ زنت فامرني أن اجلدها » وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يذكر أنه غربها واما الآية فانها حجة لنا لان العذاب المذكور في القرآن مائة جلدة لا غير فينصرف التنصيف اليه دون غيره بدليل أنه لم ينصرف إلى تنصيف الرجم ولان التغريب في حق العبد عقوبة لسيده دونه فلم يجب في الزنا كالتغريم، بيان ذلك أن العبد لاضرر عليه في تغريبه لأنه غريب في موضعه ويترفه بتغريبه من الخدمة ويتضرر سيده بتفويت خدمته والخطر بخروجه من تحت يده والكلفة في حفظه والانفاق عليه مع بعده عنه فيصير الحد مشروعاً في حق غير الزاني والضرر على غير الجاني ومافعل ابن عمر في حق نفسه وإسقاط حقه وله فعل ذلك من غير زنا ولا جناية فلا يكون حجة في حق غيره

(فصل) واذا زنى العبد ثم عتق حد حد الرقيق لأنه انما يقام عليه الحد الذي وجب عليه، ولو زنى حر ذمي ثم لحق بدار الحرب ثم سبي واسترق حد حد الاحرار لانه وجب عليه وهو حر، ولو كان أحد الزانيين رقيقا والآخر حراً فعلى كل واحد منهما حده ، ولو زنى بكر بثيب حد كل واحد منهما حده لان كل واحد منهما إنما تلزمه عقوبة جنايته، ولو زنى بعد العتق وقبل العلم به فعليه حد الاحرار لانه زنى وهو حر، وان أقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بحريته ثم علمت بعد تمم عليه حد الاحرار، وإن

وحدا قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه وسواء تقدم سببه أو تأخر ، وان عفا ولي الجناية استوفى الحد فاذا قطع يدا وأخذ المال في المحاربة قطعت يده قصاصا وينتظر برؤه فاذا برأ قطعت رجله للمحاربة لانهما حدان وانما قدم القصاص في القطع دون القتل لان القطع في المحاربة حد محض وليس بقصاص والقتل فيهما يتضمن القصاص ولهذا لو فات القتل في المحاربة وجبت الدية ولو فات القطع لم يجب له بدل ، وإذا ثبت أنه تقدم القصاص على القطع في المحاربة فقطع اليد قصاصا فان رجله تقطع وهل تقطع يده الاخرى؟ نظرنا فان كان المقطوع بالقصاص قد كان مستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقي من العضوين اللذين استحق قطعهما لان محل القطع ذهب بعارض حادث فلم يجب قطع بدله كما لو ذهب بعدوان أو مرض، وعلى هذا لو ذهب العضوان جميعا سقط القطع عنه بالكلية، وان كان سبب القطع قصاصا سابقا على محاربته أو كان المقطوع غير العضو الذي وجب قطعه في المحاربة مثل ان وجب عليه القصاص في يساره بعد وجوب قطع يمناه في المحاربة فهل تقطع اليد الاخرى للمحاربة ؟ على وجهين بناء على الروايتين في قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه ان قلنا تقطع ثم قطعت ههنا وإلا فلا ، وان سرق وأخذ المال في المحاربة قطعت يده اليمنى لاسبقهما فان كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقام واحد وحسمتا

عفا السيد عن عبده لم يسقط عنه الحد في قول عامة اهل العلم الا الحسن قال يصح عفوه وليس بصحيح لأنه حق لله تعالى فلا يسقط باسقاط سيده كالعبادات وكالحر إذا عفا عنه الامام

(فصل) وللسيد اقامة الحد بالجلد على رقيقة القن في قول أكثر العلماء روي نحو ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابي حميد وابي أسيد الساعديين وفاطمة ابنة النبي ﷺ وعلقمة والاسود والزهري وهبيرة بن مريم وأبي ميسرة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر

وقال ابن أبي ليلى : أدركت بقايا الانصار يجلدون ولائدهم في مجالسهم الحدود إذا زنوا . وعن الحسن بن محمد أن فاطمة حدت جارية لها زنت ،وعن ابراهيم ان علقمة والاسود كانا يقيمان الحدود على من زنى من خدم عشائرهم روى ذلك سعيد في سننه

وقال أصحاب الرأي : ليس له ذلك لان الحدود الى السلطان ولان من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد كالصبي،ولان الحد لا يجب إلا ببينة أو إقرار ويعتبر لذلك شروط من عدالة الشهود ومجيئهم مجتمعين أو في مجلس واحد وذكر حقيقة الزنا وغير ذلك من الشروط التي تحتاج الى فقيه يعرفها ويعرف الخلاف فيها والصواب منها وكذلك الاقرار ، فينبغي أن يفوض ذلك إلى الامام أو نائبه كحد الاحرار ولانه حد هو حق لله تعالى فيفوض إلى الامام كالقتل والقطع

ولنا ما روى سعيد حدثنا سفيان عن أيوب بن موسى عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرة عن

وهل تقطع يسرى يديه للسرقة؟ على الروايتين فان قلنا تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة لانهما حدان وان كانت السرقة سابقة قطعت يمناه للسرقة ولا تقطع رجله للمحاربة حتى تبرأ يده وهل تقطع يسرى يديه للمحاربة على وجهين

(فصل) وان سرق وقتل في المحاربة ولم يأخذ المال قتل حتما ولم يصلب ولم تقطع يده لانهما حدان فيهما قتل فدخل مادون القتل فيه ولم يصلب لان الصلب من تمام حد قاطع الطريق اذا أخذ المال مع القتل ولم يوجد وهذان حدان كل واحد منهما منفصل عن صاحبه فاذا اجتمعا تداخلا، وان قتل في المحاربة جماعة قتل بالاول حتما وللباقين ديات اوليائهم لان قتله استحق بقتل الاول وتحتم بحيث لا يسقط فتعينت حقوق الباقين في الدية كما لو مات

(فصل) ومن قتل أو أتى حدا خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يستوف منه فيه ولكن لا يبايع ولا يشارى حتى يخرج فيقام عليه الحد

وجملة ذلك ان من قتل خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يستوف منه فيه، هذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه، واما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن احمد فيه روايتان (إحداهما) لا يستوفى من الملتجيء الى الحرم فيه (والثانية) يستوفى وهذا مذهب أبي حنيفة لان المروي عن النبي ﷺ النهي عن القتل بقوله

النبي ﷺ انه قال « إذا زنت أمة أحدكم فتيقن زناها فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت فليجلدها ولا يثرب بها فان عادت الرابعة فليجلدها وليبعها ولو بضفير » وقال حدثنا أبو الاحوص حدثنا عبد الأعلى عن أبي جميلة عن علي عن النبي ﷺ انه قال « وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » رواه الدارقطني ولان السيد يملك تأديب أمته وتزويجها فملك إقامة الحد عليها كالسلطان وفارق الصبي

إذا ثبت هذا فانما يملك إقامة الحد بشروط أربعة (أحدها) أن يكون جلداً كحد الزنا والشرب وحد القذف، فأما القتل في الردة والقطع في السرقة فلا يملكها إلا الامام وهذا قول أكثر أهل العلم وفيها وجه آخر ان السيد يملكها وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قول النبي ﷺ « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وروي أن ابن عمر قطع عبداً سرق وكذلك عائشة، وعن حفصة انها قتلت أمةلها سحرتها ولان ذلك حد أشبه الجلد، وقال القاضي : كلام أحمد يقتضي ان في قطع السارق روايتين

ولنا ان الاصل تفويض الحد الى الامام لانه حق لله تعالى فيفوض إلى نائبه كما في حق الاحرار ولما ذكره أصحاب أبي حنيفة وانما فوض الى السيد الجلد خاصة لانه تأديب والسيد يملك تأديب عبده وضربه على الذنب وهذا من جنسه، وانما افترقا في أن هذا مقدر والتأديب غير مقدر وهذا لا أثر له في منع السيد

عليه السلام « فلا يسفك فيها دم » وحرمة النفس أعظم فلا يقاس عليها غيرها ولان الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب السيد عبده، والاولى ظاهر المذهب وظاهر قول الخرقي، قال أبو بكر هذه مسئلة وجدتها لحنبل عن عمه ان الحدود كلها تقام في الحرم إلا القتل والعمل على ان كل جان دخل الحرم لم يقم عليه الحد حتى يخرج منه، وقال مالك والشافعي وابن المنذر يستوفى منه لعموم الامر بجلد الزاني وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « ان الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فارا بجزية ولادم » وقد أمر النبي ﷺ بقتل ابن خطل وهو متعلق باستار الكعبة حديث صحيح ولانه حيوان ابيح قتله لعصيانه فأشبه الكلب العقور

ولنا قول الله تعالى (ومن دخله كان آمنا) يعني الحرم بدليل قوله تعالى (فيه آيات بينات مقام ابراهيم) والخبر أريد به الامر لانه لو أريد الخبر لافضى إلى وقوع الخبر خلاف المخبر وقال النبي ﷺ « ان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسفك فيها دماً ولا يعضد بها شجرة فان أحد ترخص لقتال رسول الله ﷺ فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم وانما اذن لي ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالامس فليبلغ الشاهد الغائب» وقال النبي ﷺ «ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض وانما احلت لي

منه بخلاف القطع والقتل فانهما إتلاف لجملته أو بعضه الصحيح ولا يملك السيد هذا من عبده ولا شيئاً من جنسه والخبر الوارد في حد السيد عبده انما جاء في الزنا خاصة وانما قسنا عليه ما يشبهه من الجلد، وقوله «أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم» انما جاء في سياق الجلد في الزنا فان أول الحديث عن علي قال أخبر النبي ﷺ بأمة لهم فجرت فأرسلني اليها فقال «اجلدها الحد» قال فانطلقت فوجدتها لم تجف من دمها فرجعت اليه فقال «أفرغت؟» فقلت وجدتها لم تجف من دمها قال «إذا جفت من دمها فاجلدها الحد، وأقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم» قال فالظاهر انه انما أراد ذلك الحد وشبهه، وأما فعل حفصة فقد أنكره عثمان عليها وشق عليه وقوله أولى من قولها وماروي عن ابن عمر فلا نعلم ثبوته عنه (الشرط الثاني) أن يختص السيد بالمملوك فان كان مشتركا بين اثنين أو كانت الامة مزوجة أو كان المملوك مكاتباً او بعضه حراً لم يملك السيد اقامة الحد عليه، وقال مالك والشافعي يملك السيد اقامة الحد على الامة المزوجة لعموم الخبر، ولانه مختص بملكها وانما يملك الزوج بعض نفعها فأشبهت المستأجرة

ولنا ما روي عن ابن عمر انه قال اذا كانت الامة ذات زوج رفعت الى السلطان وان لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن ولم نعرف له مخالفا في عصره فكان اجماعاً ولان نفعها مملوك لغيره مطلقا اشبهت المشتركة ولان المشترك انما منع من اقامة الحد عليه

ساعة من نهار ثم عادت الى حرمتها فلا يسفك فيه دم» متفق عليها، والحجة فيه من وجهين (أحدهما) أنه حرم سفك الدم بها على الاطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على أنه أراد العموم فانه لو أراد سفك الدم الحرام لم تختص به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً (والثاني) قوله «انما حلت لي ساعة من نهار» ثم عادت حرمتها ومعلوم أنه انما أحل له سفك دم حلال في غير الحرم فحرمها الحرم ثم احلت له ساعة ثم عادت الحرمة ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به بقوله «فان أحد ترخص بقتال رسول الله ﷺ فقولوا ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم» وهذا يدفع مااحتجوا به من قتل ابن خطل فانه من رخصة رسول الله ﷺ التي منع الناس أن يقتدوا به فيها وبين أنها له على الخصوص وما رووه من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الاشدق يرد به قول رسول الله ﷺ حين روى له أبو شريح هذا الحديث وقول رسول الله ﷺ أحق أن يتبع، وأما جلد الزاني وقطع السارق والأمر بالقصاص فانما هو مطلق في الامكنة والأزمنة فانه يتناول مكاناً غير معين ضرورة أنه لابد من مكان فيمكن إقامته في مكان غير الحرم ثم لو كان عاما فانما رويناه خاصا يختص به مع أنه قد خص مما ذكروه الحامل والمريض المرجو برؤه فتأخر الحد عنه وتأخر قتل الحامل فجاز أن يخص أيضاً بما ذكرناه، والقياس على الكلب العقور لايصح فان ذلك طبعه الأذى فلم يحرمه الحرم ليدفع اذاه عن أهله، وأما الآدمي فالأصل فيه الحرمة وحرمته عظيمة وإنما أبيح لعارض فأشبه الصائل من الحيوانات المباحة من

لانه يقيمه في غير ملكه فان الجزء الحر أو المملوك لغيره ليس بمملوك له وهو يقيم الحد عليه وهذا يشبهه لان محل الحد هو محل استمتاع الزوج وهو بدنها فلا يملكه والخبر مخصوص بالمشترك فنقيس عليه والمستأجرة إجارتها مؤقتة تنقضي ويحتمل أن نقول لايملك اقامته عليها في حال إجارتها لانه ربما أفضى إلى تفويت حق المستأجر وكذلك الامة المرهونة يخرج فيها وجهان

(الشرط الثالث) أن يثبت الحد ببينة او اعتراف فان ثبت باعتراف فللسيد إقامته إذا كان يعرف الاعتراف الذي يثبت به الحد وشروطه ، وإن ثبت ببينة اعتبر ان يثبت عند الحاكم لان البينة تحتاج الى البحث عن العدالة ومعرفة شروط سماعها و لفظها ولا يقوم بذلك إلا الحاكم ،وقال القاضي يعقوب ان كان السيد يحسن سماع البينة ويعرف شروط العدالة جاز أن يسمعها ويقيم الحد بها كما يقيمه بالاقرار وهذا ظاهر نص الشافعي لانها أحد مايثبت به الحد فأشبهت الاقرار ولا يقيم السيد الحد بعلمه وهذا قول مالك لانه لايقيمه الامام بعلمه فالسيد اولى فان ولاية الامام للحد أقوى من ولاية السيد لكونها متفقاً عليها وثابتة بالاجماع واذا لم يثبت الحد في حقه بالعلم فههنا اولى وعن أحمد رواية أخرى انه يقيمه بعلمه لانه قد ثبت عنده فملك إقامته كما لو أقر به، ويفارق الحاكم لان الحاكم متهم ولا يملك محل إقامته وهذا بخلافه

(الشرط الرابع) أن يكون السيد بالغاً عاقلا عالماً بالحدود وكيفية إقامتها لان الصبي والمجنون

المأكولات فان الحرم يعصمها . إذا ثبت هذا فانه لايبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى ويقال له اتق الله واخرج إلى الحل يستوفى منك الحق الذي قبلك فاذا خرج استوفي حق الله منه وهذا قول جميع من ذكرناه، وانما كان كذلك لانه لو أطعم أو أووي لتمكن من الاقامة دائما فيضيع الحق الذي عليه وإذا منع من ذلك كان وسيلة إلى خروجه فيقام فيه حق الله تعالى وليس علينا إطعامه كما أن الصيد لايصاد في الحرم وليس علينا القيام به ، قال ابن عباس رحمه الله من أصاب حداً فلجأ إلى الحرم فانه لايجالس ولا يبايع ولا يؤوى ويأتيه الذي يطلبه فيقول أي فلان اتق الله فاذا خرج من الحرم أقيم عليه الحد ، رواه الأثرم، فان قتل من له عليه قصاص في الحرم او أقام حد الجلد أو قتل أو قطع طرفا أساء ولا شيء عليه لأنه استوفى حقه في حال لم يكن له استيفاؤه فيه فأشبه مالو اقتص في حر شديد أو برد مفرط .

﴿ مسألة ﴾ (فان فعل ذلك في الحرم استوفي منه فيه)

وجملة ذلك أن من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصاً فانه يقام عليه حدها لانعلم فيه خلافا ، وقد روى الأثرم باسناده عن ابن عباس أنه قال من أحدث حدثاً في الحرم أقيم عليه ماأحدث فيه من شيء وقد امر الله تعالى بقتال من قاتل في الحرم فقال تعالى (ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم) فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم ، ولان

ليسا من أهل الولايات والجاهل بالحد لا يمكنه إقامته على الوجه الشرعي فلا يفوض اليه، وفي الفاسق وجهان (أحدهما) لا يملكه لان هذه ولاية فنافاها الفسق كولاية التزويج (والثاني) يملكه لان هذه ولاية استفادها بالملك فلم ينافها الفسق كبيع العبد ، وإن كان مكاتباً ففيه احتمالان (احدهما) لا يملكه لانه ليس من اهل الولاية (والثاني) يملكه لانه يستفاد بالملك فأشبه سائر تصرفاته ، وفي المرأة ايضاً احتمالان (أحدهما) لا يملكه لانها ليست من اهل الولايات (والثاني) تملكه لان فاطمة جلدت امة لها وعائشة قطعت امة لها سرقت وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ولانها مالكة تامة الملك من أهل التصرفات أشبهت الرجل، وفيه وجه ثالث ان الحد يفوض إلى وليها لانه يزوج أمتها ومولاتها فملك اقامة الحد على مملوكتها

(فصل) وان فجر بامة ثم قتلها فعليه الحد وقيمتها وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال ابو يوسف اذا وجبت عليه قيمتها أسقطت الحد عنه لانه يملكها بغرامته لها فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد

ولنا ان الحد وجب عليه فلم يسقط بقتل المزني بها كما لو كانت حرة فغرم ديتها، وقولهم انه يملكها غير صحيح لانه انما غرمها بعد قتلها ولم يبق محلا للملك ثم لو ثبت انه ملكها فانما ملكها بعد وجوب الحد فلم يسقط عنه الحد كما لو اشتراها، ولو زنى بامة ثم اشتراها لم يسقط عنه الحد مع

أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي كغيرهم حفظاً لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم فلو لم يشرع الحد في حق من ارتكب الحد في الحرم لتعطلت حدود الله تعالى في حقهم وفاتت هذه المصالح التي لابد منها ولا يجوز الاخلال بها ، ولان الجاني في الحرم هاتك لحرمته فلا تنتهض الحرمة لتحريم دمه وصيانته بمنزلة الجاني في دار الملك لايعصم لحرمة الملك بخلاف الملتجيء اليها لجناية صدرت منه في غيرها .

(فصل) فأما حرم مدينة النبي ﷺ فلا يمنع إقامة حد ولا قصاص ، لأن النص انما ورد في حرم الله تعالى ،وحرم المدينة دونه في الحرمة فلا يصح قياسه عليه وكذلك سائر البقاع لاتمنع من استيفاء حق ولا إقامة حد ، لأن أمر الله تعالى باستيفاء الحقوق وإقامة الحد مطلق في الأمكنة والأزمنة خرج منها الحرم لمعنى لايلفى في غيره لأنه محل الانساك وقبلة المسلمين وفيه بيت الله المحجوج وأول بيت وضع للناس ومقام ابراهيم وآيات بينات فلا يلحق به سواه ولا يقاس عليه لانه ليس في معناه والله سبحانه أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتى حداً في الغزو لم يستوف منه في أرض العدو حتى يرجع إلى دار الاسلام فيقام عليه)

وجملة ذلك أن من أتى حداً من الغزاة أو مايوجب قصاصاً في أرض الحرب لم يقم عليه حتى

ثبوت حقيقة الملك له فههنا اولى ، ولو زنى بامة ثم غصبها فأبقت من يده ثم غرمها لم يسقط عنه الحد لانه اذا لم يسقط بالملك المتفق عليه فبالمختلف فيه أولى

(فصل) واذا زنى من نصفه حر ونصفه رقيق فلا رجم عليه لانه لم تكمل الحرية فيه وعليه نصف حد الحر خمسون جلدة ونصف حد العبد خمس وعشرون فيكون عليه خمس وسبعون جلدة ويغرب نصف عام نص عليه احمد ، ويحتمل أن لا يغرب لان حق السيد في جميعه في جميع الزمان ونصيبه من العبد لاتغريب عليه فلا يلزمه ترك حقه في بعض الزمان بما لايلزمه ولا تأخير حقه بالمهايأة من غير رضاه ، وإن قلنا بوجوب تغريبه فينبغي أن يكون زمن التغريب محسوبا على العبد من نصيبه الحر وللسيد نصف عام بدلا عنه، وما زاد من الحرية او نقص منها فبحساب ذلك فان كان فيها كسر مثل أن يكون ثلثه حراً فمقتضى ماذكرناه أن يلزمه ثلثا جلد الحر وهو ست وستون جلدة وثلثان فينبغي أن يسقط الكسر لان الحد متى دار بين الوجوب والاسقاط سقط ، والمدبر والمكاتب وأم الولد بمنزلة القن في الحد لانه رقيق كله ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «المكاتب عبد مابقي عليه درهم »

﴿مسألة﴾ قال (والزاني من أتى الفاحشة من قبل أو دبر)

لاخلاف بين أهل العلم في ان من وطئ امرأة في قبلها حراما لاشبهة له في وطئها أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه ، والوطء في الدبر مثله في كونه زنا لانه وطء في فرج امرأة لاملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء في القبل ولان الله تعالى قال (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم) الآية ثم بين النبي ﷺ أنه قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

يقفل فيقام عليه حده وبهذا قال الأوزاعي واسحاق وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد في كل موضع ، لأن امر الله تعالى باقامته مطلق في كل مكان وزمان إلا أن الشافعي قال اذا لم يكن امير الجيش الامام او امير اقليم ليس له اقامته يؤخر حتى يأتي الامام لان إقامة الحدود اليه وكذلك ان كان بالمسلمين حاجة إلى المحدود او قوة به او شغل عنه أخر وقال ابو حنيفة لاحد ولا قصاص في دار الحرب ولا اذا رجع .

ولنا على وجوب الحد امر الله تعالى ورسوله به وعلى تأخيره ماروى بسر بن ابي ارطاة أنه اتى برجل في الغزاة قد سرق جنيبة فقال لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا تقطع الأيدي في الغزاة» لقطعتك اخرجه ابو داود وغيره، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فروى سعيد باسناده عن الاحوص بن حكيم عن ابيه ان عمر كتب إلى الناس ان لا يجلدن امير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حداً وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار

والوطء في الدبر فاحشة بقوله تعالى في قوم لوط (أتأتون الفاحشة؟) يعني الوطء في أدبار الرجال ويقال أول مابدأ قوم لوط بوطء النساء في أدبارهن ثم صاروا الى ذلك في الرجال

(فصل) وان وطىء ميتة ففيه وجهان (أحدهما) عليه الحد وهو قول الاوزاعي لأنه وطء في فرج آدمية فأشبه وطء الحية ولانه اعظم ذنبا وأكثر إثما لانه انضم الى فاحشة هتك حرمة الميتة (والثاني) لاحد عليه وهو قول الحسن قال ابو بكر وبهذا أقول لان الوطء في الميتة كلا وطء لانه عضو مستهلك ولانها لايشتهى مثلها وتعافها النفس فلا حاجة الى شرع الزجر عنها والحد انما وجب زجراً واما الصغيرة فان كانت ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد لانها كالكبيرة في ذلك وإن كانت ممن لايصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة ، قال القاضي لاحد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعاً لانها لا يشتهى مثلها فاشبه مالو أدخل اصبعه في فرجها وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشراً لا حد عليها ، والصحيح أنه متى أمكن وطؤها وامكنت المرأة من امكنه الوطء فوطئها ان الحد يجب على المكلف منهما فلايجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر لان التحديد انما يكون بالتوقيف ولاتوقيف في هذا وكون التسع وقتا لامكان الاستمتاع غالبا لا يمنع وجوده قبله كما ان البلوغ يوجد في خمسة عشر عاما غالبا ولم يمنع من وجوده قبله .

(فصل) وان تزوج ذات محرمه فالنكاح باطل بالاجماع فان وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد واسحاق وابو أيوب وابن أبي خيثمة ، وقال أبو حنيفة والثوري لا حد عليه لانه وطء تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى اخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة انه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد

وعن أبي الدرداء ، مثل ذلك وعن علقمة قال كنا في جيش في أرض الروم ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبة فشرب الخمر فأردنا أن نحده فقال حذيفة اتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم ، وأتي سعد بأبي محجن يوم القادسية وقد شرب الخمر فأمر به إلى القيد فلما التقى الناس قال ابو محجن .

كفى حزناً أن تطرد الخيل بالقنا واترك مشدوداً علي وثاقيا

وقال لابنة حفصة امرأة سعد اطلقيني ولك الله علي ان سلمني الله ان ارجع حتى اضع رجلي في القيد وان قتلت استرحتم مني ، قال فحلته حتى التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ إلى الناس قال وصعدوا به فوق العذيب ينظر إلى الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفطة فوثب ابو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء ثم اخذ رمحاً فجعل لايحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم وجعل الناس يقولون هذا ملك لما يرونه يصنع وجعل سعد يقول الصبر صبر البلقاء والطعن طعن

النكاح الذي هو سبب للاباحة فاذا لم يثبت حكمه وهو الاباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات.

ولنا انه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة والعقد ههنا باطل محرم وفعله جناية تقتضي العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ثم يبطل بالاستيلاء عليها فان الاستيلاء سبب للملك في المباحات وليس بشبهة ،وأما اذا اشترى اخته من الرضاع فلنا فيه منع وان سلمنا فان الملك المقتضي للاباحة صحيح ثابت وانما تخلفت الاباحة لمعارض بخلاف مسئلتنا فان المبيح غير موجود لان عقد النكاح باطل والملك به غير ثابت فالمقتضي معدوم فافترقا فاشبه مالو اشترى خمراً فشربه اوغلامافوطئه . إذاثبت هذا فاختلف في الحد فروي عن احمد انه يقتل على كل حال ، وبهذا قال جابر بن زيد واسحاق وابو أيوب وابن أبي خيثمة وروى اسماعيل بن سعيد عن احمد في رجل تزوج امرأة ابيه أو بذات محرم فقال يقتل ويؤخذ ماله الى بيت المال

(والرواية الثانية) حده حد الزاني وبه قال الحسن ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر ووجه الأولى ماروى البراء قال لقيت عمي ومعه الراية فقلت الى أين تريد ؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ

أبي محجن وأبو محجن في القيد فلما هزم العدو رجع أبو محجن حتى وضع رجله في القيد فأخبرت ابنة حصفة سعداً بما كان من أمره فقال سعد لا والله لا أضرب اليوم رجلا ابلى الله المسلمين على يديه ماأبلاهم فخلى سبيله ، فقال ابو محجن قد كنت أشربها إذ تقام علي الحد وأطهر منها فأما إذ بهرجتني فوالله لاأشربها ابداً . وهذا اتفاق لم يظهر خلافه فأما إذا رجع فانه يقام عليه الحد لعموم الآيات والاخبار وإنما أخر لعارض كما يؤخر لمرض أو شغل فاذا زال العارض أقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه ولهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا

(فصل) وتقام الحدود في الثغور بغير خلاف نعلمه لانها من بلاد الاسلام والحاجة داعية إلى زجر أهلها كالحاجة إلى زجر غيرهم ، وقد كتب عمر إلى أبي عبيدة أن يجلد من شرب الخمر ثمانين وهو بالشام وهو من الثغور .

باب حد الزنا

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام بدليل قوله تعالى (ولا تقربو الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا)وقال تعالى(والذين لايدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا)وعن عبدالله بن مسعود

إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله، رواه أبو داود والجوزجاني وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وسمى الجوزجاني عمه الحارث بن عمرو

وروى الجوزجاني وابن ماجه باسنادهما عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من وقع على ذات محرم فاقتلوه» ورفع الى الحجاج رجل اغتصب أخته على نفسها فقال احبسوه وسلوا من ههنا من اصحاب النبي ﷺ فسألوا عبد الله بن ابي مطرف فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من تخطى المؤمنين فخطوا وسطه بالسيف» وهذه الاحاديث أخص مما ورد في الزنا فتقدم، والقول فيمن زنى بذات محرمه من غير عقد كالقول فيمن وطئها بعد العقد

(فصل) وكل نكاح اجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة او معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً إذا وطىء فيه عالماً بالتحريم فهو زنا موجب للحد المشروع فيه قبل العقد وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة وصاحباه لاحد فيه لما ذكروه في الفصل الذي قبل هذا وقال النخعي يجلد مائة ولا ينفى

ولنا ما ذكرناه فيما مضى، وروى أبو نصر المروذي باسناده عن عبيد بن نضيلة قال رفع الى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت في عدتها فقال هل علمتما؟ فقالا: لا، قال لو علمتما لرجمتكما فجلده أسواطا ثم فرق بينهما، وروى أبو بكر باسناده عن خلاس قال رفع الى علي عليه السلام امرأة تزوجت ولها زوج كتمته فرجمها وجلد زوجها الآخر مائة جلدة فان لم يعلم تحريم ذلك فلا حد عليه لعذر الجهل ولذلك درأ عمر عنهما الحد لجهلهما

قال سألت رسول الله ﷺ أي الذنب؟ اعظم قال «ان تجعل لله ندا وهو خلقك» قال قلت ثم أي قال «ان تقتل ولدك مخافة ان يطعم معك» قال قلت ثم أي قال «ان تزاني حليلة جارك» متفق عليه وكان حد الزاني في صدر الاسلام الحبس في البيت والأذى بالكلام من التقريع والتوبيخ للبكر لقوله سبحانه (واللائي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا واللذان يأتيانها منكم فاذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما) قال بعض أهل العلم المراد بقوله من نسائكم الثيب لان قوله من نسائكم اضافة الى زوجية كقوله (للذين يؤلون من نسائهم) ولا فائدة في اضافته ههنا نعلمها الا اعتبار الثيوبة ولانه قد ذكر عقوبتين

(احداهما) اغلظ من الاخرى فكانت الاغلظ للثيب والاخرى للبكر كالرجم والجلد ثم نسخ هذا بما روى عبادة بن الصامت ان النبي ﷺ قال «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» رواه مسلم فان قيل فكيف ينسخ القرآن بالسنة؟ قلنا قد ذهب اصحابنا الى جوازه لان الكل من عند الله وان اختلفت طريقه ومن منع ذلك قال ليس هذا نسخاً انما هو تفسير للقرآن وتبيين له لان النسخ رفع حكم ظاهره الاطلاق

(فصل) ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولاشهود ونكاح الاخت في عدة اختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ونكاح المجوسية وهذا قول أكثر أهل العلم لان الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبه

(فصل) ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور يجب . ولنا انه فرج له فيه ملك فلا يحد بوطئه كالمكاتبة والمرهونة

(فصل) وان اشترى امه أو أخته من الرضاعة ونحوهما ووطئها فذكر القاضي عن اصحابنا ان عليه الحد لانه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد بالوطء كفرج الغلام . وقال بعض أصحابنا لا حد فيه وهو قول أصحاب الرأي والشافعي لانه وطء في فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه فلم يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة . فأما ان اشترى ذات محرمه من النسب ممن يعتق عليه ووطئها فعليه الحد لا نعلم فيه خلافا لان الملك لا يثبت فيها فلم توجد الشبهة

(فصل) فان زفت اليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه لا نعلم فيه خلافا وان لم يقل له هذه زوجتك أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته أو جاريته فوطئها

فأما ما كان مشروطاً بشرط وزال الشرط لايكون نسخا وههنا شرط الله سبحانه حبسهن الى ان يجعل الله لهن سبيلا فبينت السنة السبيل فكان بيانا لا نسخا ويمكن ان يقال ان نسخه حصل بالقرآن فان الجلد كان في كتاب الله تعالى والرجم كان فيه فنسخ رسمه وبقي حكمه

﴿ مسئلة ﴾ (اذا زنى الحر المحصن فحده الرجم حتى يموت وهل يجلد قبل الرجم ؟ على روايتين)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (احدها) في وجوب الرجم على الزاني المحصن رجلا كان أو امرأة هذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين من بعدهم من علماء الامصار في جميع الاعصار ولا نعلم احداً خالف فيه الا الخوارج فانهم قالوا الجلد للبكر والثيب لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وقال لايجوز ترك كتاب الله تعالى الثابت بالقطع واليقين لاخبار آحاد يجوز الكذب فيها ولان هذا يفضي الى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز

ولنا انه قد ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله في اخبار تشبه المتواتر واجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ على مانذكره في اثناء الباب في موضعه ان شاء الله تعالى قد انزله الله تعالى في كتابه وانما نسخ رسمه دون حكمه فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال ان الله تعالى بعث محمداً ﷺ بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده فأخشى ان طال بالناس زمان يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنى اذا احصن من الرجال

أو دعا زوجته أو جاريته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها او اشتبه عليه ذلك لعماه فلا حد عليه وبه قال الشافعي وحكي عن ابي حنيفة ان عليه الحد لانه وطىء في محل لا ملك له فيه

ولنا انه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه فأشبه ما لو قيل له هذه زوجتك ولان الحدود تدرأ بالشبهات وهذه من أعظمها فأما إن دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة او لم يكن لانه لا يعذر بهذا فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه او عبده فبان أجنبياً

(فصل) ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا . قال عمر وعثمان وعلي لا حد إلا على من علمه وبهذا قال عامة اهل العلم فان ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالاسلام والناشىء ببادية قبل منه لانه يجوز ان يكون صادقا وان كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لان تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه وان ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله لان عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة ولان مثل هذا يجهل كثيراً ويخفى على غير اهل العلم

(فصل) فان وطىء جارية غيره فهو زان سواء كان باذنه أو غير اذنه لان هذا مما لا يستباح بالبذل والاباحة وعليه الحد إلا في موضعين (أحدهما) الاب اذا وطىء جارية ولده فانه لا حد عليه

والنساء اذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وقد قرأتها (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) متفق عليه وأما آية الجلد فنقول بها فان الزاني يجب جلده فان كان ثيباً رجم مع الجلد والآية لم تتعرض الى كيفية والى هذا أشار علي رضي الله عنه حين جلد ثم رجمها جلدتها بكتاب الله ثم رجمتها بسنة رسول الله ثم لو قلنا ان الثيب لا تجلد لكان هذا شراحة تخصيصا للآية العامة وهذا سائغ بغير خلاف فان عمومات القرآن في الاثبات كلها مخصصة وقولهم ان هذ نسخ ليس بصحيح وانما هو تخصيص ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه وقد روينا ان رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم وقالوا ليس في كتاب الله الا الجلد وقالوا الحائض اوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة اوكد فقال لهم عمر وانتم لا تأخذون الا بما في كتاب الله ؟ قالوا نعم قال فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات وعدد ركعاتها واركانها وواجباتها اين تجدونه في كتاب الله ؟ واخبروني عما تجب الزكاة فيه ونصبها ومقاديرها ؟ قالوا انظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئاً مما سألهم عنه في القرآن فقالوا لم نجده في القرآن قال فكيف ذهبتم اليه؟ قالوا لان النبي ﷺ فعله وفعله المسلمون بعده فقال لهم فكذلك الرجم وقضاء الصوم فان النبي ﷺ رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون وأمر النبي ﷺ بقضاء الصوم دون الصلاة وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه . اذا ثبت هذا فمعنى

في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور وابن المنذر عليه الحد إلا ان يمنع منه اجماع لانه وطء في غير ملك أشبه وطء جارية أبيه

ولنا انه وطء تمكنت الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة والدليل على تمكن الشبهة قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال ولده اليه وجعله له فاذا لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات ولان القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك والاوزاعي ومن وافقهما قد اشتهر قولهم ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك اجماعا ولا حد على الجارية لان الحد انتفى عن الواطيء لشبهة الملك فينتفي عن الموطوءة كوطء الجارية المشتركة ولأن الملك من قبيل التضايفات اذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر فكذلك شبهته ولا يصح القياس على وطء جارية الاب لانه لاملك للولد فيها ولا شبهة ملك بخلاف مسئلتنا . وذكر ابن ابي موسى قولا في وطء جارية الاب والام انه لايحد لانه لايقطع بسرقة ماله أشبه الاب والاول أصح وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه

(الموضع الثاني) اذا وطيء جارية امرأته باذنها فانه يجلد مائة ولا يرجم إن كان ثيباً ولا يغرب إن كان بكراً وإن لم تكن أحلتها له فهو زان حكمه حكم الزاني بجارية الاجنبي ، وحكي عن النخعي انه يعزر ولا حد عليه لانه يملك امرأته فكانت له شبهة في مملوكتها . وعن عمر وعلي وعطاء وقتادة

الرجم ان يرمى بالحجارة وغيرها حتى يموت بذلك قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على ان المرجوم يداوم عليه الرجم حتى يموت ولان اطلاق الرجم يقتضي القتل به لقوله تعالى (لتكونن من المرجومين) وقد رجم رسول الله ﷺ اليهوديين للذين زنيا وماعزا والغامدية حتى ماتوا

(الفصل الثاني)انه يجلد ثم يرجم في احدى الروايتين فعل ذلك علي رضي الله عنه وبه قال ابن عباس وأبي بن كعب وأبو ذر رضي الله عنهم واختاره وذكر ذلك أبو بكر عبد العزيز عنهم وبه قال الحسن وداود وابن المنذر

(والرواية الثانية) يرجم ولا يجلد روي عن عمر وعثمان انهما رجما ولم يجلدا وروي عن ابن مسعود انه قال اذا اجتمع حدان لله فيهما القتل احاط القتل بذلك وبهذا قال النخعي والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي واختاره الجوزجاني والاثرم ونصراه في سننهما لان جابراً روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال «واغد ياأنيس إلى إمرأة هذا فان اعترفت فارجمها» متفق عليه ولم يأمره بجلدها وكان هذا آخر الامرين من رسول الله ﷺ فيجب تقديمه ، قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول في حديث عبادة انه اول حديث نزل وان حديث ماعز بعده رجمه رسول الله ﷺ ولم يجلده وعمر رجم ولم يجلد ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا ولانه حد فيه قتل فلم يجتمع معه جلد كالردة ولان الحدود اذا اجتمعت

والشافعي ومالك انه كوطء الاجنبية سواء أحلتهاله او لم تحلها لانه لاشبهة له فيها فأشبه وطء جارية أخته ولانه اباحة لوطء محرمة عليه فلم يكن شبهة كاباحة سائر الملاك

وعن ابن مسعود والحسن ان كان استكرهها فعليه غرم مثلها وتعتق فان كانت طاوعته فعليه غرم مثلها ويملكها لان هذا يروى عن النبي ﷺ وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح

ولنا ماروى ابو داود باسناده عن حبيب بن سالم ان رجلا يقال له عبد الرحمن بن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة فقال لأقضين فيك بقضية رسول الله ﷺ إن كانت أحلتها لك جلدناك مائة وان لم تكن أحلتها لك رجمناك بالحجارة فوجدوها أحلتها له فجلده مائة ، وإن علقت من هذا الوطء فهل يلحقه النسب ؟ على روايتين

(احداهما) يلحق به لانه وطء لايجب به الحد فاحق به النسب كوطء الجارية المشتركة (والاخرى) لايلحق به لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك أشبه الزنا المحض

(فصل) ولا حد على مكرهة في قول عامة أهل العلم . روي ذلك عن عمر والزهري وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لقول رسول الله ﷺ « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

وفيها قتل سقط ماسواه فالحد الواحد اولى ووجه الرواية الاولى قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب والتغريب في حق البكر فوجب الجمع بينهما والى هذا اشار علي بقوله جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله وقدصرح النبي ﷺ بقوله في حديث عبادة « والثيب بالثيب الجلد والرجم » وهذا الصريح الثابت بيقين لايترك الا بمثله والاحاديث الباقية ليست صريحة فانه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل ان التغريب يجب بذكره في هذا الحديث وليس بمذكور في الآية ولانه زان فيجلد كالبكر ولانه قد شرع في حق البكر عقوبتان الجلد والتغريب فيكون الجلد في مكان التغريب فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد اولا ثم يرجم فان والى بينهما جاز لان اتلافه مقصود فلا تضر الموالاة بينهماوان جلده يوما ثم رجمه في آخر جاز كما فعل علي رضي الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة

(الفصل الثالث) ان الرجم لايجب الا على المحصن باجماع أهل العلم وفي حديث عمر ان « الرجم حق على من زنى وقد احصن » وقال النبي ﷺ « لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث » ذكر منها « اوزنا بعد احصان »

﴿ مسئلة ﴾ (والمحصن من وطىء امرأته في قبلها في نكاح صحيح وهما بالغان عاقلان حران فان اختل شرط منها فلا احصان لواحد منهما)

يشترط للاحصان شروط سبعة (احدها) الوطء في القبل ولاخلاف في اشتراطه لان النبي ﷺ قال « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيابة تحصل بالوطء في القبل فوجب اعتباره ولاخلاف في ان النكاح

وعن عبد الجبار بن وائل عن ابيه ان امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد رواه الأثرم قال وأتي عمر باماء من اماء الامارة استكرههن غلمان من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء

وروى سعيد باسناده عن طارق بن شهاب قال : أتي عمر بامرأة قد زنت فقالت انى كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم علي فخلى سبيلها ولم يضربها ولان هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين الاكراه بالالجاء وهو ان يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه نص عليه احمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته ان يسقيها فقال لها امكنيني من نفسك قال هذه مضطرة . وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان امرأة استسقت راعياً فأبى ان يسقيها إلا ان تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر فقال لعلي ماترى فيها ؟ قال انها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها

(فصل) وإن أكره الرجل فزنى فقال أصحابنا عليه الحد . وبه قال محمد بن الحسن وابو ثور لان الوطء لايكون إلا بالانتشار والاكراه ينافيه فاذا وجد الانتشار انتفى الاكراه فيلزمه الحد كما لو أكره على غير الزنا فزنى ، وقال ابو حنيفة إن أكرهه السلطان فلا حد عليه وإن أكرهه غيره حد استحساناً ، وقال الشافعي وابن المنذر لاحد عليه لعموم الخبر ، ولان الحدود تدرأ

الخالي عن الوطء لايحصل به احصان سواء حصلت فيه خلوة او وطء فيما دون الفرج او في الدبر او لم يحصل شيء من ذلك لان هذا لا تصير به المرأة ثيباً ولا تخرج به عن حد الابكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام بمقتضى الخبر ولا بد ان يكون وطأ حصل به تغييب الحشفة في الفرج لان ذلك الوطء الذي تتعلق به أحكامه

(الثاني) ان يكون في نكاح لان النكاح يسمى احصاناً بدليل قوله تعالى (والمحصنات من النساء) يعني المتزوجات ولا خلاف بين اهل العلم في ان وطء الزنا ووطء الشبهة لا يصير به الواطيء محصناً ولا نعلم خلافاً في ان التسري لا يحصل به الاحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح ولا تثبت فيه أحكامه .

(الثالث) ان يكون النكاح صحيحاً وهو قول أكثر اهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور يحصل الاحصان بالوطء في نكاح فاسد ، وحكي ذلك عن الليث والاوزاعي لان الصحيح والفاسد سواء في أكثر الاحكام من وجوب المهر والعدة وتحريم الربيبة وام المرأة ولحاق الولد فكذلك الاحصان

ولنا أنه وطء في غير ملك فلم يحصل به الاحصان كوطء الشبهة ولا نسلم ثبوت ما ذكروه من الاحكام وانما ثبت بالوطء فيه وهذه ثبتت في كل وطء وليست مختصة بالنكاح الا ان النكاح ههنا صار شبهة فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء

بالشبهات والاكراه شبهة فيمنع الحد كما لو كانت امرأة يحققه ان الاكراه اذا كان بالتخويف اويمنع ماتفوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة فاذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه وقولهم ان التخويف ينافي الانتشار لايصح لان التخويف بترك الفعل والفعل لايخاف منه فلا يمنع ذلك وهذا أصح الاقوال ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن تلوط قتل بكرا كان أو ثيبا في إحدى الروايتين والأخرى حكمه حكم الزاني)

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط وقد ذمه الله تعالى في كتابه وعاب من فعله وذمه رسول الله ﷺ فقال الله تعالى (ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد من العالمين . أئنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء؟ بل أنتم قوم مسرفون) وقال النبي ﷺ « لعن الله من عمل عمل قوم لوط لعن الله من عمل عمل قوم لوط ، لعن الله من عمل عمل قوم لوط » واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في حده فروي عنه ان حده الرجم بكراً كان او ثيباً وهذا قول علي وابن عباس وجابر بن زيد وعبدالله بن معمر والزهري وابي حبيب وربيعة ومالك واسحاق وأحد قولي الشافعي

(الرابع) الحرية وهي شرط في قول جميع اهل العلم الا ابا ثور قال : العبد والامة هما محصنان يرجمان اذا زنيا الا ان يكون الاجماع يخالف ذلك ، وحكي عن الاوزاعي في العبد تحته حرة هو محصن يرجم اذا زنى ، وان كان تحته امة لم يرجم وهذه اقوال تخالف النص والاجماع فان الله تعالى قال (فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والرجم لا يتنصف وايجابه كله يخالف النص مع مخالفة الاجماع المنعقد قبله الا أن يكون إذا عتقا بعد الاصابة فهذا فيه اختلاف سنذكره ان شاء الله ، وقد وافق الاوزاعي على ان العبد إذا وطىء الامة ثم عتقا لم يصيرا محصنين وهو قول الجمهور وزاد فقال في المملوكين : إذا عتقا وهما متزوجان ثم وطئها الزوج لا يصيران محصنين بذلك ، وهذا أيضاً قول شاذ خالف أهل العلم به فإن الوطء وجد منهما حال كمالهما فحصنهما كالصبيين إذا بلغا

(الشرط الخامس والسادس) البلوغ والعقل فلو وطىء وهو صبي أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصناً . هذا قول اكثر أهل العلم وقول الشافعي ومن اصحابه من قال يكون محصناً وكذلك العبد إذا وطىء ثم عتق يصير محصناً لان هذا وطء يحصل به الاحلال للمطلق ثلاثاً فحصل به الاحصان كالموجود حال الكمال

ولنا قوله عليه السلام « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فاعتبر الثيوبة خاصة ، ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله وهو خلاف الاجماع ، ويفارق الاحصان

وقتادة والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور وهو المشهور من قولي الشافعي لان النبي ﷺ قال «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان» ولانه إيلاج فرج آدمي في فرج آدمي لاملك له فيه ولاشبهة ملك فكان زنا كالايلاج في فرج المرأة. إذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية والاخبار فيه ولأنه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة ، وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه أمر بتحريق اللوطي وهو قول ابن الزبير لما روى صفوان بن سليم عن خالد بن الوليد انه وجد في بعض ضواحي العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة فكتب الى أبي بكر فاستشار أبو بكر رضي الله عنه الصحابة فيه فكان علي أشدهم قولا فيه فقال مافعل هذا الا أمة من الامم واحدة وقد علمتم ما فعل الله بها أرى أن يحرق بالنار فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك فحرقه وقال الحكم وأبو حنيفة لاحد عليه لانه ليس بمحل الوطء أشبه غير الفرج .

ووجه الرواية الأولى قول النبي ﷺ «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به» رواه أبو داود وفي لفظ « فارجموا الأعلى والاسفل » ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم أجمعوا على قتله وإنما اختلفوا في صفته ، واحتج احمد رضي الله عنه بقول علي عليه السلام وأنه كان يرى رجمه ولان الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغي ان يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم

الاحلال لان اعتبار الوطء في حق المطلق يحتمل أن يكون عقوبة له بتحريمها عليه حتى يطأها غيره لان هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس فاعتبره الشارع زجراً عن الطلاق الثلاث ، وهذا يستوي فيه العاقل والمجنون بخلاف الاحصان فانه اعتبر لكمال النعمة فان من كملت النعمة في حقه كانت جنايته أفحش واحق بزيادة العقوبة والنعمة في العاقل البالغ أكمل

(الشرط السابع) ان يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري واسحاق قالوه في الرقيق ، وقال مالك : إذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبي إذا وطىء الكبيرة لم يحصنها ، ونحوه عن الاوزاعي ، واختلف عن الشافعي فقيل له قولان (احدهما) كقولنا (والثاني) الكامل يصير محصناً وهو قول ابن المنذر ، وذكر ابن أبي موسى نحو ذلك في الارشاد فقال : إذا وطىء الحر البالغ حرة صغيرة في نكاح صحيح صار محصناً دونها وإذا وطىء الصبي الحر الصغير الكبيرة صارت محصنة دونه كما أنه لا يجب على الصغير الحد ويجب على الكبير

ولنا انه وطء لم يحصن احد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسري ولانه متى كان أحدهما ناقصا لم يكمل الوطء فلا يحصل به الاحصان كما لو كانا غير كاملين وبهذا فارق ما قاسوا عليه

﴿مسئلة﴾ (ويثبت الاحصان للذميين وهل تحصن الذمية مسلماً ؟ على روايتين)

وقول من اسقط الحد عنه يخالف النص والاجماع،وقياس الفرج على غيره لايصح لما بينهما من الفرق إذا ثبت هذا فلافرق بين أن يكون في مملوك له أو أجنبي لان الذكر ليس بمحل لوطء الذكر فلا يؤثر ملكه له ولو وطئ زوجته أو مملوكته في دبرها كان محرما ولا حد فيه لان المرأة محل للوطء في الجملةوقدذهب بعض العلماء الى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط

(فصل) وان تدالكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « اذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان» ولاحد عليها لانه لايتضمن إيلاجا فاشبه المباشرة دون الفرج وعليهما التعزير لأنه زنا لاحد فيه فاشبه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع ولوباشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيا دون الفرج فلا حد عليه لما روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله أني لقيت امرأة فاصبت منها كل شيء الا الجماع فانزل الله تعالى (أقم الصلاة) الآية فقال الرجل ألي هذه الآية؟فقال «لمن عمل بها من امتي» رواه النسائي ولو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أو لا فلاحد عليهما فان قالا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولهما ، وبه قال الحكم وحماد والشافعي وأصحاب الرأي وان شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحدان لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر لان الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ويحتمل أن يسقط الحد اذا لم يعلم كونها أجنبية منه لان ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه

لا يشترط الاسلام في الاحصان ، وبه قال الزهري والشافعي فعلى هذا يكون الذميان محصنين فان تزوج المسلم ذمية فوطئها صارا محصنين وفيه رواية أخرى ان الذمية لا تحصن المسلم ، وقال عطاء والنخعي والشعبي ومجاهد والثوري هو شرط في الاحصان فلا يكون الكافر محصناً ولا تحصن الذمية مسلماً لان ابن عمر روى ان النبي ﷺ قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » ولانه احصان من شروطه الحرية فكان الاسلام شرطاً فيه كاحصان القذف وقال مالك كقولهم إلا ان الذمية تحصن المسلم بناء على أصله في انه لا يعتبر الكمال في الزوجين وينبغي ان يكون ذلك قولا للشافعي

ولنا ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر انه قال : جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له ان رجلا وامرأة زنيا وذكر الحديث فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما متفق عليه ولان الجناية بالزنا استوت من المسلم والذمي فيجب ان يستويا في الحد ، وحديثهم لم يصح ولا نعرفه في مسند وقيل هو موقوف على ابن عمر ثم يتعين حمله على احصان القذف جمعاً بين الحديثين فان راويهما واحد وحديثنا صريح في الرجم فيتعين حمل خبرهم على الاحصان الآخر فان قالوا انما رجم رسول الله ﷺ اليهوديين بحكم التوراة بدليل انه راجعها فلما تبين له ان ذلك حكم الله تعالى عليهم اقامه فيهم وفيها انزل الله سبحانه (انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أتى بهيمة أدب وأحسن أدبه وقتلت البهيمة)

اختلفت الرواية عن احمد في الذي يأتي البهيمة فروي عنه أنه يعزر ولا حد عليه روي ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي والحكم ومالك والثوري وأصحاب الرأي واسحاق وهو قول للشافعي . والرواية الثانية حكمه حكم اللائط سواء وقال الحسن حده حد الزاني ، وعن ابي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة لقول رسول الله ﷺ « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » رواه أبوداود ووجه الرواية الاولى أنه لم يصح فيه نص ولايمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي لانه لاحرمة لها وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه الى الحد فان النفوس تعافه وعامتها تنفر منه فبقي على الاصل في انتفاء الحد، والحديث يرويه عمرو بن أبي عمرو ولم يثبته أحمد ، وقال الطحاوي هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه وهو الذي روي عنه قال أبوداود هذا يضعف الحديث عنه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يأتي البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن أبي عمرو في ذلك ولان الحد يدرأ بالشبهات فلا يجوز ان يثبت بحديث فيه هذه الشبهة والضعف .وقول الخرقي ادب واحسن أدبه يعني يعزر ويبالغ في تعزيره لانه وطء في فرج محرم لا شبهة له فيه لم يوجب الحد فاوجب التعزير كوطء الميتة

للذين هادوا) قلنا إنما حكم عليهم بما أنزل الله عز وجل اليه بدليل قوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) ولانه لا يسوغ للنبي ﷺ الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك له ساغ لغيره وانما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم وأنهم تاركون شريعتهم مخالفون لحكمهم ثم هذا حجة لنا فان حكم الله في وجوب الرجم ان كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الاحصان فيهم فانه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الاحصان فيه وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم فلم حكم به النبي ﷺ ؟ ولا يصح القياس على احصان القذف لان من شرطه العفة وليست شرطاً ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان لرجل ولد من امرأة فقال ما وطئتها لم يثبت احصانه ولا يرجم إذا زنى)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجم لان الولد لا يكون إلا من وطء فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد .

ولنا ان الولد يلحق بامكان الوطء واحتماله والاحصان لا يثبت الا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالامكان وجود ما يعتبر فيه الحقيقة وهو أحق الناس بهذا فانه قال لو تزوج امرأة بحضرة الحاكم في مجلسه ثم طلقها فيه فأتت بولد لحقه مع العلم بأنه لم يطأها في الزوجية

(فصل) ويجب قتل البهيمة وهذا قول أبي سلمة بن عبد الرحمن وأحد قولي الشافعي وسواء كانت مملوكة له أو لغيره مأكولة أو غير مأكولة قال أبوبكر الاختيار قتلها وان تركت فلا بأس وقال الطحاوي ان كانت مأكولة ذبحت والالم تقتل وهذا قول ثان للشافعي لان النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » ولم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ولا بين ملكه وملك غيره، فان قيل الحديث ضعيف ولم يعملوا به في قتل الفاعل الجاني ففي حق حيوان لاجناية منه أولى، قلنا إنما يعمل به في قتل الفاعل على احدى الروايتين لوجهين (أحدهما) أنه حد والحدود تدرأ بالشبهات وهذا اتلاف مال فلاتؤثر الشبهة فيه (والثاني) أنه اتلاف آدمي وهو أعظم المخلوقات حرمة فلم يجز التهجم على إتلافه إلا بدليل في غاية القوة ولا يلزم مثل هذا في اتلاف مال ولا حيوان سواه . إذا ثبت هذا فان الحيوان إن كان للفاعل ذهب هدراً وان كان لغيره فعلى الفاعل غرامته لانه سبب اتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها ثم ان كانت مأكولة فهل يباح أكلها على وجهين وللشافعي أيضا في ذلك وجهان

(احدهما) يحل أكلها لقول الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الانعام) ولانه حيوان من جنس يجوز أكله ذبحه من هو من اهل الذكاة فحل اكله كما لو لم يفعل به هذا الفعل ولكن يكره اكله لشبهة التحريم

فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه؟ وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج فأنكرت ان يكون وطئها لم يثبت احصانها لذلك

(فصل) ولو شهدت بينة الاحصان أنه دخل بزوجته فقال أصحابنا يثبت الاحصان به لان المفهوم من لفظ الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة وقال محمد بن الحسن لا يكتفى به حتى تقول جامعها أو باضعها أو نحوها لان الدخول يطلق على الخلوة بها ولهذا تثبت بها أحكامه قال شيخنا وهذا أصح القولين ان شاء الله تعالى، اما إذا قالت جامعها أو باضعها أو نحوه فلا نعلم خلافا في ثبوت الاحصان وكذلك ينبغي إذا قالت وطئها وان قالت باشرها أومسها أو اصابها أو أتاها فينبغي ان لا يثبت به الاحصان لان هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيراً فلايثبت به الاحصان الذي يندرئ بالاحتمال

(فصل) وإذا جلد الزاني على أنه بكر ثم بان محصنا رجم لما روى جابر أن رجلا زنى بامرأة فأمر به رسول الله ﷺ به فجلد الحد ثم أخبر أنه محصن فرجم رواه أبو داود، ولانه ان وجب الجمع بينهما فقد أتى ببعض الواجب فيجب اتمامه وان لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب

(فصل) وإذا رجم الزانيان غسلا وصلي عليهما ودفنا اذا كانا مسلمين ، اما غسلهما ودفنهما فلا خلاف فيه بين أهل العلم، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما قال الامام أحمد سئل علي عن شراحة وكان رجمها فقال اصنعوا بها ما تصنعون بموتاكم وصلى علي عليها وقال مالك من قتله الامام في حد فلا

(والوجه الثاني) لايحل أكلها لما روي عن ابن عباس انه قيل له ماشأن البهيمة؟قال ماأراه قال ذلك إلا انه كره أكلها وقد فعل بها ذلك الفعل،ولانه حيوان يجب قتله لحق الله تعالى فلم يجز أكله كسائر المقتولات ، واختلف في علة قتلها فقيل انما قتلت لئلا يعير فاعلها ويذكر برؤيتها

وقد روى ابن بطة باسناده عن النبي ﷺ انه قال « من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قالوا يارسول الله مابال البهيمة ؟ قال « لايقال هذه وهذه » وقيل لئلا تلد خلقاً مشوهاً ، وقيل لئلا تؤكل واليه أشار ابن عباس في تعليله ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة ، فأما إن أقر الفاعل فان كانت البهيمة له ثبت باقراره وإن كانت لغيره لم يجز قتلها بقوله لانه اقرار على ملك غيره فلم يقبل كما لو أقر بها لغير مالكها،وهل يثبت هذا بشاهدين عدلين واقرار مرتين او يعتبر فيه مايعتبر في الزنا على وجهين نذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والذي يجب عليه الحد ممن ذكرت من أقر بالزنا أربع مرات)

وجملته ان الحد لايجب الا باحد شيئين اقرار او بينة فان ثبت باقرار اعتبر اقرار أربع مرات وبهذا قال الحكم وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي وقال الحسن وحماد ومالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر يحد باقرار مرة لقول النبي ﷺ « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » واعتراف

يصلى عليه لان جابرا قال في حديث ماعز فرجم حتى مات فقال له النبي ﷺ خيراً ولم يصل عليه متفق عليه ، ووجه الاول ماروى أبو داود باسناده عن عمران بن الحصين في حديث الجهنية فأمر بها النبي ﷺ فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها فقال عمر يارسول الله تصلي عليها وقد زنت؟ فقال والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعهم وهل وجدت افضل من ان جادت بنفسها؟» ورواه الترمذي وفيه فرجمت وصلي عليها وقال حديث حسن صحيح وقال النبي ﷺ «صلوا على من قال لاإله إلا الله» ولانه مسلم لو مات قبل الحد صلي عليه فصلي عليه بعده كالسارق واما حديث ماعز فيحتمل ان النبي ﷺ لم يحضره أو اشتغل عنه بأمر أو غير ذلك فلا يعارض مارويناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان زنى الحر غير المحصن جلد مائة وغرب عاما إلى مسافة القصر وان كان ثيبا)

ولا خلاف في وجوب الجلد على الزاني إذا لم يكن محصنا وقد جاء بيان ذلك في كتاب الله تعالى بقوله سبحانه وتعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجاءت الاحاديث عن النبي ﷺ موافقة لما جاء به الكتاب،ويجب مع الجلد تغريبه عاما في قول الجمهور روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وعن أبي وأبي ذر وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم واليه ذهب عطاء وطاوس وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو ثور،وقال مالك والاوزاعي يغرب الرجل دون المرأة لان المرأة محتاج إلى حفظ وصيانة ولانها لاتخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم: لايجوز بغير محرم لقول رسول الله

مرة اعتراف وقد أوجب عليها الرجم به ورجم الجهنية وانما اعترفت مرة ، وقال عمر ان الرجم حق واجب على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل او الاعتراف ولأنه حق فيثبت باعتراف مرة كسائر الحقوق

ولنا ماروى ابو هريرة قال : أتى رجل من الأسلميين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال يارسول الله اني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يارسول الله اني زنيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال « أبك جنون ؟ » قال لا ، قال « فهل أحصنت ؟ » قال نعم ، فقال رسول الله ﷺ « ارجموه » متفق عليه، ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ لانه لايجوز ترك حد وجب لله تعالى ، وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله ﷺ « انك قد قلتها أربع مرات فبمن؟ » قال بفلانة رواه ابو داود وهذا تعليل منه يدل على ان اقرار الاربع هي الموجبة

وروى ابو برزة الاسلمي أن أبا بكر الصديق قال له عند النبي ﷺ إن أقررت اربعاً رجمك رسول الله ﷺ وهذا يدل من وجهين (أحدهما) ان النبي صلى الله عليه وسلم اقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لايقر على الخطأ

ﷺ « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولان تغريبها بغير محرم اغراء لها بالفجور وتضييع لها وان غربت بمحرم افضى الى تغريب من ليس بزان ونفي من لا ذنب له وان كانت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به كما لو زاد ذلك على الرجل، والخبر الخاص في التغريب إنما هو في حق الرجل وكذلك فعل الصحابة رضي الله عنهم والعام يجوز تخصيصه لانه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فانه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمه لان الحد وجب زجرا عن الزيادة وفي تغريبها اغراء به وتمكين منه مع أنه قد يخصص في حق الثيب باسقاط الجلد في قول الاكثرين فتخصيصه ههنا اولى قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لايجب التغريب لان عليا رضي الله عنه قال حسبهما من الفتنة ان ينفيا وعن ابن المسيب ان عمر غرب ربيعة بن أمية بن خلف في الخمر الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لاأغرب مسلما بعد هذا ابدا ولان الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب فايجاب التغريب زيادة على النص

ولنا قول النبي ﷺ « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وروى أبو هريرة وزيد بن خالد ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ فقال أحدهما ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وانني افتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت رجالا من أهل العلم فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب

(الثاني) انه قد علم هذا من حكم النبي ﷺ لولا ذلك ماتجاسر على قوله بين يديه ، فأما أحاديثهم فان الاعتراف لفظ المصدر يقع على القليل والكثير وحديثنا يفسره ويبين ان الاعتراف الذي يثبت به كان أربعاً

(فصل) وسواء كان في مجلس واحد او مجالس متفرقة ، قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن الزاني يردد أربع مرات قال نعم على حديث ماعز هو أحوط قلت له في مجلس واحد او في مجالس شتى ؟ قال أما الاحاديث فليست تدل الا على مجلس واحد الا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر عن عبد الله ابن بريدة عن ابيه وذاك عندي منكر الحديث ، وقال ابو حنيفة لايثبت إلا بأربع اقرارات في أربعة مجالس لان ماعزاً أقر في أربعة مجالس

ولنا أن الحديث الصحيح انما يدل على انه أقر اربعاً في مجلس واحد وقد ذكرنا الحديث . ولانه إحدى حجتي الزنا فاكتفى به في مجلس واحد كالبينة

(فصل) يعتبر في صحة الاقرار أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة لان الزنا يعبر عما ليس بموجب للحد . وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال لماعز « لعلك قبلت او غمزت او نظرت » قال لا . قال أفنكتها » لايكني ؟ قال نعم قال فعند ذلك أمر برجمه رواه البخاري . وفي رواية عن ابي

عام والرجم على امرأة هذا ، فقال النبي ﷺ « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: على ابنك جلد مائة وتغريب عام » وجلد ابنه وغربه عاما وأمر أنيسا الاسلمي يأتي امرأة الآخر فان اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها متفق عليه وفي الحديث فسألت رجلا من أهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، وهذا يدل على ان هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله وقضاء رسوله ﷺ وقد قيل ان الذي قال لهم هذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، ولان التغريب فعله الخلفاء الراشدون ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعا، ولان الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب فكذلك في حق البكر وما رووه عن علي لايثبت لضعف راويه وإرساله وقول عمر لا اغرب بعده مسلما فامله أراد تغريبه في الخمر الذي اصابت الفتنة ربيعة فيه . قال شيخنا وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس لان ما كان حداً في الرجل يكون حداً في المرأة كسائر الحدود، وقول مالك فيما يقع لي أصح الاقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لايصح لانه يستوى الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد ويمكن قلب هذا القياس بانه حد فلا تزاد فيه المرأة على ماعلى الرجل كسائر الحدود

(فصل) ويغرب البكر الزاني حولا فان عاد قبل مضي الحول اعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافرا ويبني على مامضى، ويغرب الرجل الى مسافة القصر لان مادونها في حكم الحضر بدليل انه لايثبت في حقه احكام المسافرين ولا يستبيح شيئا من رخصهم

هريرة قال « آفنكتها ؟ -قال نعم قال-حتى غاب ذاك منك في ذاك منها ؟ » قال نعم قال « كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر » قال نعم . قال « فهل تدري ما الزنا؟ » قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا » وذكر الحديث رواه ابو داود

(فصل) فان اقر انه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة وابو يوسف لاحد عليه لانا صدقناها في انكارها فصار محكوما بكذبه

ولنا ماروى ابو داود باسناده عن سهل بن سعد الساعدي عن النبي ﷺ ان رجلا أتاه فأقر عنده انه زنى بامرأة فسماها له فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت ان تكون زنت فجلده الحد وتركها، ولان انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل اقراره كما لو سكتت او كما لو لم يسأل ولان عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه وهو قول عمر اذا كان الحبل او الاعتراف ، وقولهم اننا صدقناها في انكارها لايصح فاننا لم نحكم بصدقها وانتفاء الحد انما كان لعدم المقتضى وهو الاقرار او البينة لالوجود التصديق بدليل مالو سكتت أو لم تكمل البينة . اذا ثبت هذا فان الحر والعبد والبكر والثيب في الاقرار سواء لانه أحد حجتي الزنا فاستوى فيه الكل كالبينة

﴿مسئلة﴾ (وعنه ان المرأة تنفى الى دون مسافة القصر).

وقيل عنه ان خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر وان لم يخرج معها محرمها فنقل عن أحمد ان المرأة تغرب الى مسافة القصر كالرجل وهذا مذهب الشافعي وروي عنه أنها تغرب الى دون مسافة القصر لتقرب من أهلها فيحفظوها، ويحتمل كلام احمد ان لا يشترط في التغريب مسافة القصر فيها فانه قال في رواية الاثرم ينفى من عمله إلى عمل غيره وقال أبو ثور وابن المنذر لو نفي من قرية إلى قرية اخرى بينهما ميل أو أقل جاز وقال إسحاق يجوز من مصر إلى مصر ونحوه قال ابن أبي ليلى لان النفي ورد مطلقا غير مقدر فيتناول أقل مايقع عليه الاسم، والقصر يسمى سفرا تجوز فيه صلاة النافلة على الراحة ولا يحبس في البلد الذي نفى اليه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس

ولنا أنها زيادة لم يرد بها الشرع فلم تشرع كالزيادة على العام

(فصل) وإن زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه وان زنى في البلد الذي غرب اليه غرب منه الى غير البلد الذي غرب منه لان الامر بالتغريب حيث كان لانه قد انس بالبلد الذي يسكنه فيبعد عنه

﴿مسئلة﴾ (ويخرج مع المرأة محرمها ليسكنها في موضع ثم ان شاء رجع إذا أمن عليها وان شاء اقام معها حتى يكمل حولها ، وإن أبى الخروج معها بذلت له الاجرة)

قال اصحابنا : وتبذل من مالها لان هذا من مؤونة سفرها ويحتمل ان لا يجب ذلك عليها لان الواجب عليها التغريب بنفسها فلم يلزمها زيادة عليه كالرجل ولان هذا من مؤونة اقامة الحد فلم يلزمها كأجرة الجلاد . فعلى هذا تبذل الاجرة من بيت المال وعلى قول اصحابنا إن لم يكن لها مال بذلت

﴿ مسألة ﴾ قال (وهو بالغ صحيح عاقل)

أما البلوغ والعقل فلا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد وصحة الاقرار لان الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولا حكم لكلامهما . وقد روي عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم . وعن المجنون حتى يعقل » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وفي حديث ابن عباس في قصة ماعز أن النبي ﷺ سأل قومه «أمجنون هو» قالوا ليس به بأس . وروي ان النبي ﷺ قال له حين اقر عنده «أبك جنون ؟ » وقد روى ابو داود باسناده قال : أتي عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها اناساً فامر بها عمر ان ترجم فمر بها علي بن ابي طالب رضي الله عنه فقال ماشأن هذه ؟ قالوا مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر ان ترجم فقال ارجعوا بها ثم أتاه فقال ياأمير المؤمنين اما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ . وعن الصبي حتى يعقل، قال بلى ! قال فمابال هذه ؟ قال لاشيء قال فأرسلها قال فأرسلها قال فجعل عمر يكبر

(فصل) فان كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر في إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه

من بيت المال فان ابى محرمها الخروج معها لم يجبر ، وإن لم يكن لها محرم غربت مع نساء ثقات والقول في أجرة من يسافر معها منهن كالقول في أجرة المحرم فان اعوز فقال أحمد تنفى بغير محرم وهو قول الشافعي لانه لا سبيل إلى تأخيره فأشبه سفر الهجرة والحج إذا مات المحرم في الطريق ، ويحتمل ان يسقط النفي إذا لم تجد محرما كما يسقط سفر الحج إذا لم يكن لها محرم فان تغريبها على هذه الحال اغراء لها بالفجور وتعريض لها للفتنة وعموم الحديث مخصوص بعموم النهي عن سفرها بغير محرم

(فصل) ويجب ان يحضر الحد طائفة من المؤمنين لقول الله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) قال أصحابنا : والطائفة واحد فما فوقه وهذا قول ابن عباس ومجاهد ، والظاهر أنهم أرادوا واحدا مع الذي يقيم الحد لان الذي يقيم الحد حاصل ضرورة فيتعين صرف الامر إلى غيره ، وقال عطاء واسحاق اثنان فان اراد به واحداً مع الذي يقيم الحد فهو كالقول الاول وإن اراد اثنين غيره فوجهه ان الطائفة اسم لما زاد على الواحد واقله اثنان ، وقال الزهري ثلاثة لان الطائفة جماعة وأقل الجمع ثلاثة ، وقال مالك اربعة لانه العدد الذي يثبت به الزنا وللشافعي قولان كقولي الزهري ومالك ، وقال ربيعة خمسة وقال الحسن عشرة وقال قتادة نفر واحتج اصحابنا بقول ابن عباس فان اسم الطائفة يقع على الواحد بدليل قول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ـ ثم قال ـ فأصلحوا بين أخويكم) وقيل في قوله تعالى (ان نعف عن طائفة منكم) إنه محشي بن حمير وحده ولا يجب

بينة انه زنى في إفاقته فعليه الحد لانعلم في هذا خلافاً ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الزنا الموجب للحد وجد منه في حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه واقراره وجد في حال اعتبار كلامه ، فان أقر في إفاقته ولم يضفه إلى حال أو شهدت عليه البينة بالزنا ولم تضفه إلى حال إفاقته لم يجب الحد لانه يحتمل انه وجد في حال جنونه فلم يجب الحد مع الاحتمال ، وقد روى أبو داود في حديث المجنونة التي أتي بها عمر ان علياً قال ان هذه معتوهة بني فلان لعل الذي أتاها اتاها في بلائها فقال عمر لاأدري فقال علي وأنا لاأدري

(فصل) والنائم مرفوع عنه القلم ، فلو زنى بنائمة او استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه ، لان القلم مرفوع عنه ولو أقر في حال نومه لم يلتفت إلى اقراره لان كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله . فاما السكران ونحوه فعليه حد الزنا والسرقة والشرب والقذف ان فعل ذلك في سكره لان الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عليه حد الفرية لكون السكر مظنة لها ولأنه تسبب إلى هذه المحرمات بسبب لايعذر فيه فأشبه من لاعذر له ويحتمل أن لايجب الحد لانه غير عاقل فيكون ذلك شبهة في درء مايندرىء بالشبهات ولان طلاقه لايقع في رواية فأشبه النائم والأول أولى لان اسقاط الحد عنه يفضي إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ماأحب فلا يلزمه شيء ولان السكر مظنة لفعل المحارم وسبب اليه فقد تسبب إلى فعلها حال

أن يحضر الامام ولا الشهود وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال أبو حنيفة ان ثبت الحد ببينة فعليها الحضور والبداءة بالرجم، وإن ثبت باعتراف وجب على الامام الحضور والبداءة بالرجم لماروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : الرجم رجمان فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس رواه سعيد باسناده ولانه إذا لم يحضر البينة ولا الامام كان في ذلك شبهة والحد يسقط بالشبهات

ولنا ان النبي ﷺ امر برجم ماعز والغامدية ولم يحضرهما والحد ثبت باعترافهما وقال «يا أنيس اذهب الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يحضرها ولانه حد فلم يلزم ان يحضره الامام ولا البينة كسائر الحدود ولا نسلم ان تخلفهم عن الحضور ولا امتناعهم من البداءة بالرجم شبهة ، وأما قول علي رضي الله عنه فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة قال أحمد : سنة الاعتراف ان يرجم الامام ثم الناس ولا نعلم خلافاً في استحباب ذلك والاصل فيه قول علي ، وقد روي في حديث رواه ابو بكر عن النبي ﷺ انه رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال « ارموا واتقوا الوجه » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الزاني رقيقاً فحده خمسون جلدة بكل حال ولا يغرب)

حد العبد والامة خمسون جلدة بكرين كانا او ثيبين في قول أكثر العلماء منهم

صحوه فأما أن أقر بالزنا وهو سكران لم يعتبر إقراره لانه لايدري مايقول ؟ ولا يدل قوله على صحة خبره فأشبه قول النائم والمجنون وقد روى بريدة ان النبي ﷺ استنكه ماعزاً رواه ابو داود وانما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أو لا ؟ ولو كان السكران مقبول الاقرار لما احتيج الى تعرف براءته منه

(فصل) فأما قوله وهو صحيح ففسره القاضي بالصحيح من المرض يعني ان الحد لايجب عليه في مرضه وان وجب فانه انما يقام عليه الحد بما يؤمن به تلفه، فان خيف ضرر عليه ضرب ضربة واحدة بضغث فيه مائة شمراخ او عود صغير، ويحتمل انه اراد الصحيح الذي يتصور منه الوطء فلو اقر بالزنا من لايتصور منه كالمجنون فلا حد عليه لاننا نتيقن انه لايتصور منه الزنا الموجب للحد ولو قامت به بينة فهي كاذبة وعليها الحد نص عليه احمد، وان اقر الخصي او العنين فعليه الحد وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لانه يتصور منه ذلك فقبل اقراره به كالشيخ الكبير

(فصل) وأما الأخرس فان لم تفهم اشارته فلا يتصور منه اقرار، وان فهمت إشارته فقال القاضي عليه الحد وهو قول الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر، لان من صح اقراره بغير الزنا صح اقراره به كالناطق وقال أصحاب أبي حنيفة لايحد باقرار ولا بينة لان الاشارة تحتمل مافهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه مما يندرىء بالشبهات ولا يجب بالبينة لاحتمال أن يكون له شبهة لايمكنه التعبير عنها ولا يعرف كونها شبهة ويحتمل كلام الخرقي ان لايجب الحد

عمر وعلي وابن مسعود والحسن والنخعي ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي والبتي والعنبري وقال ابن عباس وابو عبيد إن كانا مزوجين فعليهما نصف الحد ولا حد على غيرهما لقول الله تعالى (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فيدل بخطابه على انه لا حد على غير المحصنات، وقال داود : على الامة نصف الحد إذا زنت بعد ما زوجت، وعلى العبد جلد مائة بكل حال وفي الامة إذا لم تتزوج روايتان (احداهما) لا حد عليها (والاخرى) تجلد مائة لان قول الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) عام خرجت منه الامة المحصنة بقوله (فاذا احصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فيبقى العبد والامة التي لم تحصن على مقتضى العموم، ويحتمل دليل الامر في الخطاب ان لا حد عليها كقول ابن عباس وقال ابو ثور : إذا لم يحصنا بالتزويج فعليهما نصف الحد، وإن أحصنا فعليهما الرجم لعموم الاخبار فيه ولانه حد لا يتبعض فوجب تكميله كالقطع في السرقة

ولنا ما روى ابن شهاب عن عبيدالله بن عبد الله وزيد بن خالد قالوا : سئل رسول الله ﷺ عن الامة إذا زنت ولم تحصن فقال « إذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير » متفق عليه قال ابن شهاب : وهذا نص في جلد الامة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه وداود وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن وخمسين إذا كانت محصنة خلاف

باقراره لأنه غير صحيح ولأن الحد لايجب مع الشبهة والاشارة لاتنتفي معها الشبهات فأما البينة فيجب عليه بها الحد لأن قوله معها غير معتبر .

(فصل) ولا يصح الاقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا ولا نعلم من أهل العلم خلافا في ان اقرار المكره لايجب به حد وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته او ضربته او أوثقته ، رواه سعيد وقال ابن شهاب في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد ولأن الاقرار انما ثبت به المقر به لوجود الداعي الى الصدق وانتفاء التهمة عنه فان العاقل لايتهم بقصد الاضرار بنفسه ومع الاكراه يغلب على الظن انه قصد باقراره دفع ضرر الاكراه فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل

(فصل) فان اقر انه وطىء امرأة وادعى أنها امرأته وأنكرت المرأة أن يكون زوجها نظرنا فان لم تقر المرأة بوطئه اياها فلا حد عليه لانه لم يقر بالزنا ولامهر لها لانها لاتدعيه ، وان اعترفت بوطئه إياها وأقرت بانه زنى بها مطاوعة فلا مهر عليه أيضاً ولا حد على واحد منهما إلا أن يقر أربع مرات لان الحد لايجب بدون أربع مرات ، وان ادعت أنه أكرهها عليه أو اشتبه عليها فعليه المهر لانه أقر بسببه فقد روى مهنا عن احمد أنه سأله عن رجل وطىء امرأة وزعم انها زوجته وانكرت هي ان يكون زوجها واقرت بالوطء قال فهذه قد اقرت على نفسها بالزنا ولكن يدرأ عنه الحد

ما شرع الله تعالى فان الله تعالى ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها فجعل الرجم على المحصنة والجلد على البكر وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة واتباع شرع الله تعالى أولى ، واما دليل الخطاب فقد روي عن ابن مسعود أنه قال احصانها اسلامها وقرأها بفتح الالف ثم دليل الخطاب انما يكون دليلا إذا لم تكن للتخصيص بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ، ومتى كانت له فائدة أخرى لم يكن دليلا مثل ان يخرج مخرج الغالب او للتنبيه او لمعنى من المعاني ولهذا قال الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) ولم يختص التحريم باللائي في حجورهم وقال (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وحرم حلائل الابناء من الرضاع وأبناء الابناء وقال (ليس عليكم ان تقصروا من الصلاة ان يفتنكم الذين كفروا) وابيح القصر بدون الخوف ، وأما العبد فلا فرق بينه وبين الامة فالتنصيص على احدهما يثبت حكمه في حق الآخر كما ان قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد ثبت حكمه في حق الامة » ثم المنطوق أولى منه على كل حال ، واما ابو ثور فخالف نص قوله تعالى (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وعمل به فيما لم يتناوله النص وخرق الاجماع في ايجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الاجماع في تكميل الجلد على العبد وتضعيف حد الابكار على المحصنات

(فصل) ولا تغريب على عبد ولا أمة وبهذا قال الحسن وحماد ومالك واسحاق وقال الثوري

بقوله إنها امرأته ولا مهر عليه ويدرأ عنها الحد حتى تعترف مراراً قال احمد وأهل المدينة يرون عليها الحد يذهبون لقول النبي صلى الله عليه وسلم « واغد يا انيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وقد تقدم الجواب عن قولهم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا ينزع عن اقراره حتى يتم عليه الحد)

وجملته ان من شرط اقامة الحد بالاقرار البقاء عليه الى تمام الحد فان رجع عن اقراره اوهرب كف عنه ، وبهذا قال عطاء ويحيى بن يعمر والزهري وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابوحنيفة وابو يوسف وقال الحسن وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى يقام عليه الحد ولا يترك لأن ماعزاً هرب فقتلوه ولم يتركوه وروي انه قال ردوني الى رسول الله ﷺ فان قومي هم غروني من نفسي واخبروني ان رسول الله ﷺ غير قاتلي فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه أخرجه أبو داود ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته ولانه حق وجب باقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق وحكي عن الاوزاعي أنه ان رجع حد للفرية على نفسه وان رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد

ولنا ان ماعزاً هرب فذكر للنبي ﷺ فقال « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » قال ابن عبد البر ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم ان ماعزاً لما

وابو ثور يغرب نصف عام لقوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وجلد بن عمر مملوكا ونفاه إلى فدك ، وعن الشافعي قولان ، واحتج من أوجبه بعموم قوله عليه السلام « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »

ولنا الحديث المذكور في حجتنا ولم يذكر فيه تغريباً ولو كان واجباً لذكره لانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وحديث علي رضي الله عنه أنه قال: يا أيها الناس أقيموا على ارقائكم الحد من أحصن ومن لم يحصن فان امة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني ان اجلدها فذكر الحديث رواه ابو داود ولم يذكر انه غربها واما الآية فانها حجة لنا فان العذاب المذكور في القرآن مائة جلدة لاغير فينصرف التنصيف اليه دون غيره بدليل انه لم ينصرف إلى تنصيف الرجم ولان التغريب في حق العبد عقوبة لسيده دونه فلم يجب في الزنا كالتغريم ثم بيان ذلك أن العبد لا ضرر عليه في تغريبه لانه غريب في موضعه ويترفه بتغريبه من الخدمة ويتضرر سيده بتفويت خدمته والخطر بخروجه من تحت يده والكلفة في حفظه والانفاق عليه مع بعده عنه فيصير الحد مشروعاً في حق غير الزاني والضرر على غير الجاني وما فعل ابن عمر ففي حق نفسه واسقاط حقه وله فعل ذلك من غير زنا ولا جناية فلا يكون حجة في حق غيره

(فصل) إذا زنى العبد ثم عتق فعليه حد الرقيق لانه انما يقام عليه الحد الذي وجب عليه ولو زنى

هرب فقال لهم ردوني الى رسول الله ﷺ فقال «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟» **في هذا أوضح** الدلائل على انه يقبل رجوعه وعن بريدة قال كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك لورجعا بعد اعترافهما أو قال لو لم يرجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما عند الرابعة رواه أبوداود ولان رجوعه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولان الاقرار احدى بينتي الحد فيسقط بالرجوع عنه كالبينة اذا رجعت قبل إقامة الحد وفارق سائر الحقوق فانها لاتدرأ بالشبهات وانما لم يجب ضمان ماعز على الذين قتلوه بعد هربه لانه ليس بصريح في الرجوع . اذا ثبت هذا فانه إذا هرب لم يتبع لقول النبي ﷺ «هلا تركتموه؟» وان لم يترك وقتل لم يضمن لان النبي ﷺ لم يضمن ماعزاً من قتله ولان هربه ليس بصريح في رجوعه وان قال ردوني الى الحاكم وجب رده ولم يجز إتمام الحد فان أتم فلاضمان على من أتمه لماذكرنا في هربه وان رجع عن اقراره وقال كذبت في اقراري أو رجعت عنه أو لم أفعل ماأقررت به وجب تركه فان قتله قاتل بعد ذلك وجب ضمانه لانه قد زال اقراره بالرجوع عنه فصار كمن لم يقر ولاقصاص على قاتله لان أهل العلم اختلفوا في صحة رجوعه فكان اختلافهم شبهة دارئة للقصاص ولأن صحة الاقرار مما يخفي فيكون ذلك عذراً مانعاً من وجوب القصاص .

حر ذمي ثم لحق بدار الحرب ثم سبي فاسترق حد حد الاحرار لانه وجب عليه وهو حر ، ولو كان احد الزانيين رقيقا والآخر حرا فعلى كل واحد منهما حده لان كل واحد منهما انما تلزمه عقوبة جنايته ، ولو زني بعد العتق وقبل العلم به فعليه حد الاحرار لانه زنى وهو حر وان اقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بحريته ثم علمت بعد تمم عليه حد الاحرار وان عفى السيد عن عبده لم يسقط عنه الحد في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه قال يصح عفوه وليس بصحيح لانه حق لله تعالى فلا يسقط باسقاط سيده كالعبادات وكالحر اذا عفا عنه الامام

(فصل) فان فجر بامة ثم قتلها فعليه الحد وقيمتها وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبوثور وقال أبو يوسف اذا وجبت عليه قيمتها اسقطت الحد عنه لانه يملكها بغرامته اياها فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد

ولنا ان الحد وجب عليه فلم يسقط بقتل المزني بها كما لو كانت حرة فغرم ديتها وقوله إنه يملكها غير صحيح لانه انما غرمها بعد قتلها ولم يبق محلا للملك ثم لو ثبت أنه ملكها فانما ملكها بعد وجوب الحد فلم يسقط عنه كما لو اشتراها

﴿مسئلة﴾ (وان كان نصفه حر الحده خمس وسبعون جلدة ويغرب نصف عام ويحتمل ان لا يغرب اما الرجم فلا يجب عليه وان كان محصنا)

لان الحرية لم تكمل فيه وعليه نصف حد الحر خمسون جلدة ونصف حد العبد خمس وعشرون

﴿مسئلة﴾ قال (أو يشهد عليه أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول يصفون الزنا)

ذكر الخرقي في شهود الزنا سبعة شروط:

(أحدها) أن يكونوا أربعة وهذا إجماع لاخلاف فيه بين أهل العلم لقول الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وقال تعالى (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذا لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقال سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي باربعة شهداء؟ فقال النبي ﷺ «نعم» رواه مالك في الموطأ وابو داود في سننه.

(الشرط الثاني) ان يكونوا رجالا كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافا الا شيئا يروى عن عطاء وحماد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو شذوذ لا يعول عليه لان لفظ الاربعة إسم لعدد المذكورين ويقتضي أن يكتفي فيه باربعة. ولاخلاف في ان الاربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفي بهم وان أقل ما يجزيء خمسة وهذا خلاف النص ولان في شهادتهن شبهة لتطرق الضلال اليهن قال الله تعالى (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) والحدود تدرأ بالشبهات

فيكون عليه خمس وسبعون جلدة ويغرب نصف عام نص عليه أحمد ويحتمل ان لا يغرب لان حق السيد في جميعه في كل الزمان ونصيبه من العبد لا تغريب عليه فلا يلزمه ترك حقه في بعض الزمان بما لا يلزمه ولا تأخير حقه بالمهايأة من غير رضاه، وان قلنا بوجوب تغريبه فينبغي ان يكون زمن التغريب محسوبا على العبد من نصيبه الحر وللسيد نصف عام بدلا عنه وما زاد عن الحرية أو نقص عنها فبحساب ذلك، فان كان فيها كسر مثل ان يكون ثلثه حرا فيلزم بمقتضى ما ذكرنا ان يلزمه ثلثا حد الحر وهو ست وستون جلدة وثلثان فينبغي ان يسقط الكسر لان الحد متى دار بين الوجوب والاسقاط سقط، والمدبر والمكاتب وام الولد بمنزلة القن في الحد لانه رقيق كله وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»

﴿مسئلة﴾ (وحد اللوطي كحد الزاني سواء وعنه حده الرجم بكل حال)

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط وقد ذمه الله تعالى في كتابه وعاب من فعله وذمه رسول الله ﷺ فقال تعالى (ولوطا إذ قال لقومه أتاتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد من العالمين أئنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون) وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط» واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في حده فروي عنه ان حده الرجم بكرا كان أو ثيبا وهذا قول علي وابن عباس وجابر بن زيد وعبيد الله ابن معمر والزهري وأبي حبيب وربيعة ومالك وإسحاق وأحد قولي الشافعي (والرواية الثانية)

(الشرط الثالث) الحرية فلا تقبل فيه شهادة العبيد ولا نعلم في هذا خلافا إلا رواية حكيت عن احمد أن شهادتهم تقبل وهو قول ابي ثور لعموم النصوص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحر

ولنا انه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لانه يندريء بالشبهات

(الشرط الرابع) العدالة ولا خلاف في اشتراطها فان العدالة تشترط في سائر الشهادات فههنا مع مزيد الاحتياط أولى فلا تقبل شهادة الفاسق ولا مستور الحال الذي لاتعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً

(الخامس) أن يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي لان أهل الذمة كفار لاتتحقق العدالة فيهم ولا تقبل روايتهم ولا أخبارهم الدينية فلا تقبل شهادتهم كعبدة الاوثان

(الشرط السادس) أن يصفوا الزنا فيقولوا رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة والرشاء في البئر وهذا قول معاوية بن ابي سفيان والزهري والشافعي وابي ثور وابن المنذر واصحاب الرأي لما روي في قصة ماعز انه لما أقر عند النبي ﷺ بالزنا فقال « أنكتها؟» فقال نعم فقال « حتى غاب

ان حده حد الزنا وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والنخعي وقتادة والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد ابن الحسن وهو المشهور من قولي الشافعي لان النبي ﷺ قال « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » ولانه ايلاج في فرج آدمي لاملك له فيه ولاشبهة ملك فكان زنا كالايلاج في فرج المرأة . اذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية والاخبار فيه لانه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه أمر بتحريق اللوطي وهو قول ابن الزبير لما روى صفوان بن سليم عن خالد بن الوليد أنه وجد في بعض ضواحي العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة فكتب إلى أبي بكر فاستشار أبو بكر الصحابة فيه فكان علي أشدهم قولا فيه فقال مافعل هذا إلا امة من الامم واحدة وقد علمتم ما فعل الله بها ارى ان يحرق بالنار فكتب أبو بكر الى خالد فحرقه وقال الحكم وأبو حنيفة لاحد عليه لانه ليس بمحل للوطء أشبه غير الفرج ووجه الرواية الاولى قول النبي ﷺ « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »رواه أبو داود وفي لفظ فارجموا الاعلى والاسفل ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم أجمعوا على قتله وانما اختلفوا في صفته واحتج أحمد بعلي رضي الله عنه أنه كان يرى رجمه ولان الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغي ان يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم وقول من اسقط الحد عنه يخالف النص والاجماع وقياس الفرج على غيره لايصح لما بينهما من الفرق. اذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يكون في مملوكه له

ذلك منك في ذلك منها كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر؟ » قال نعم واذا اعتبر التصريح في الاقرار كان اعتباره في الشهادة أولى

وروى ابو داود باسناده عن جابر قال : جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا فقال النبي ﷺ « ائتوني بأعلم رجلين منكم » فأتوه بابني صوريا فنشدهما « كيف تجدان أمر هذين في التوراة ؟ » قالا نجد في التوراة اذا شهد أربعة انهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما . قال « فما يمنعكم ان ترجموهما ؟ » قالا ذهب سلطاننا وكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود فجاء أربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة فأمر النبي ﷺ برجمهما . ولانهم اذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لايوجب الحد فاعتبر كشفه . قال بعض أهل العلم يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لاقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد، فان شهدوا انهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى والتشبيه تأكيد . وأما تعيينهم المزني بها أو الزاني إن كانت الشهادة على امرأة ومكان الزنا فذكر القاضي انه يشترط لئلا تكون المرأة ممن اختلف في اباحتها ، ويعتبر ذكر المكان لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل الذي شهد به الآخر ولهذا سأل النبي ﷺ ماعزاً فقال « انك أقررت أربعاً فبمن؟ »

وقال ابن حامد لايحتاج إلى ذكر هذين لانه لايعتبر ذكرهما في الاقرار ولم يأت ذكرهما في

أو أجنبي لان الذكر ليس بمحل لوطء الذكر فلا يؤثر ملكه له ، ولو وطيء زوجته أو مملوكته في دبرها كان محرما ولاحد فيه لان المرأة محل للوطء في الجملة وقد ذهب بعض العلماء الى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط

﴿مسئلة﴾ (ومن أتى بهيمة فحده حد اللوطي عند القاضي واختار الخرقي وأبو بكر أنه يعزر وتقتل البهيمة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الذي يأتي البهيمة فروي عنه أنه يعزر ولا حد عليه اختاره الخرقي وأبو بكر وروي ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي والحكم ومالك والثوري وأصحاب الرأي وإسحاق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) حكمه حكم اللائط سواء، وقال الحسن حده حد الزاني وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة لقول رسول الله ﷺ « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » رواه أبو داود . ووجه الرواية الاولى أنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي لانه لاحرمة لها وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه إلى الحد فان النفوس تعافه وعامتها تنفر منه فيبقى على الاصل في انتفاء الحد والحديث يرويه عمرو بن أبي عمرو ولم يثبته احمد وقال الطحاوي هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه وهو الذي روى عنه قال أبو داود هذا يضعف الحديث عنه قال اسماعيل بن سعيد سألت

الحديث الصحيح وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان ولان مالا يشترط فيه ذكر الزمان لايشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ويبطل ماذكره بالزمان

(الشرط السابع) مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد ذكره الخرقي فقال: وإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم،وإن جاء بعضهم بعدان قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي والبتي وابن المنذر لايشترط ذلك لقول الله تعالى (لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء) ولم يذكر المجلس وقال تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت) ولان كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل اذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات

ولنا ان أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر ولانه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات

وأما الآية فانها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا ولان قوله (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) لايخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً لايجوز أن يكون مطلقاً

أحمد عن الرجل يأتي البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن أبي عمرو في ذلك ولان الحد يدرأ بالشبهات فلايجوز ان يثبت بحديث فيه هذه الشبهة والضعف لكنه يعزر ويبالغ في تعزيره لانه وطء في فرج محرم لاشبهة له فيه لم يوجب الحد فاوجب التعزير كوطء الميتة

(فصل) وتقتل البهيمة وهذا قول أبي سلمة بن عبدالرحمن وأحد قولي الشافعي وسواء كانت مملوكة له أو لغيره مأكولة أو غير مأكولة، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد في وجوب قتلها روايتين وقال أبو بكر الاختيار قتلها وان تركت فلا بأس، وقال الطحاوي ان كانت مأكولة ذبحت وإلا لم تقتل وهذا القول الثاني للشافعي لان النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة. ووجه الاول الحديث المذكور وفيه الامر بقتل البهيمة فلم يفرق بين كونها مأكولة وغير مأكولة ولابين ملكه وملك غيره،فان قيل الحديث ضعيف ولم يعملوا به في قتل الفاعل الجاني ففي حق حيوان لا جناية منه اولى،قلنا إنما لم يعمل به في قتل الفاعل على إحدى الروايتين لوجهين (أحدهما) لانه حد والحد يدرأ بالشبهات وهذا اتلاف مال فلا تؤثر الشبهة فيه (الثاني) أنه اتلاف آدمي وهو أعظم المخلوقات حرمة فلم يجز التهجم على اتلافه إلا بدليل في غاية القوة ولايلزم مثل هذا في اتلاف مال ولا حيوان سواه،فعلى هذا ان كان الحيوان للفاعل ذهبت هدراً وان كان لغيره فعلى الفاعل غرامته لانه سبب اتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها

لانه يمنع من جواز جلدهم لانه مامن زمن إلا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو بكمالهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم المأمور به فيكون تناقضاً، واذا ثبت انه مقيد فاولى ماقيد بالمجلس لان المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة ولهذا ثبت فيه خيار المجلس واكتفي فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه، اذا ثبت هذا فانه لايشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم، وقال مالك وابو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لانهم لم يجتمعوا في مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا في مجلس واحد

ولنا قصة المغيرة فان الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وانما حدوا لعدم كمالها وفي حديثه أن أبا بكرة قال: أرأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه؟ قال عمر اي والذي نفسي بيده ولانهم اجتمعوا في مجلس واحد أشبه مالو جاءوا مجتمعين ولان المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرناه واذا تفرقوا في مجالس فعليهم الحد لان من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)

(فصل) واذا لم تكمل شهود الزنا فعليهم الحد في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وذكر ابو الخطاب فيهم روايتين، وحكي عن الشافعي فيهم قولان (أحدهما) لاحد عليهم لانهم شهود فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق

﴿مسئلة﴾ (وكره احمد أكل لحمها وهل يحرم؟ على وجهين)

وللشافعي أيضا في ذلك وجهان (أحدهما) يحل أكلها لقول الله تعالى (احلت لكم بهيمة الانعام) ولانه حيوان ذبحه من هو أهل للذكاة يجوز اكله فاشبه ما لو لم يفعل به هذا الفعل ولكن يكره أكله لشبهة التحريم (والثاني) لايحل أكلها لما روي عن ابن عباس أنه قيل له ماشأن البهيمة؟ قال ما اراه قال ذلك إلا انه كره أكلها وقد فعل بها هذا الفعل، ولانه حيوان يجب قتله لحق الله تعالى فلم يجز أكله كسائر المقتولات، واختلف في علة قتلها فقيل انما قتلت لئلا يعير فاعلها ويذكر برؤيتها وقد روى ابن بطة باسناده عن النبي ﷺ أنه قال «من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة» قالوا يارسول الله ما بال البهيمة. قال «لا يقال هذه وهذه» وقيل لئلا تلد خلقا مشوها وقيل لئلا تؤكل واليه اشار ابن عباس في تعليله ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة فاما ان اقر الفاعل فان كانت البهيمة له ثبت باقراره وان كانت لغيره لم يجز قتلها بقوله لانه اقرار على ملك غيره فلم يقبل كما لو اقر بها لغير مالكها وهل يثبت هذا بشاهدين عدلين واقرار مرة ويعتبر فيه ما يعتبر في الزنا على وجهين نذكرهما في موضعهما ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ولا يجب الحد إلا بشروط ثلاثة (أحدها) أن يطأ في الفرج قبلا أو دبراً).

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وهذا يوجب الجلد على كل رام لم يشهد بما قال أربعة ، ولانه اجماع الصحابة فان عمر جلد أبا بكرة وأصحابه حين لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد

وروى صالح في مسائله باسناده عن أبي عثمان النهدي قال : جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة ابن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستكبر ذلك عمر ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ماعندك ياسلح العقاب؟ وصاح به عمر صيحة فقال ابو عثمان والله لقد كدت يغشى علي فقال : ياأمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد ﷺ قال فأمر بأولئك النفر فجلدوا

وفي رواية أن عمر لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي زياد فقال عمر أرى شابا حسناً وأرجو أن لايفضح الله على لسانه رجلاً من أصحاب محمد رسول الله ﷺ فقال ياأمير رأيت أستاً تنبو ونفساً يعلو ورأيت رجليها فوق عنقه كأنهما أذنا حمار ولا أدري ماوراء ذلك ؟ فقال عمر الله أكبر وأمر بالثلاثة فضربوا . وقول عمر ياسلح العقاب معناه انه يشبه سلح العقاب الذي يحرق كل شيء أصابه كذلك هذا توقع العقوبة باحد الفريقين لامحالة إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد أصحابه فان قيل فقد خالفهم ابو بكرة وأصحابه الذين شهدوا ، قلنا لم يخالفوا في وجوب الحد عليهم انما خالفوهم في صحة ماشهدوا به ولانه رام بالزنا لم يأت بأربعة شهداء فيجب عليه الحد كما لو لم يأت باحد

لاخلاف بين أهل العلم في أن من وطىء امرأة في قبلها حراما لاشبهة له في وطئها أنه يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه والوطء في الدبر مثله في كونه زنا لانه وطء في فرج امرأة لاملك له ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء في القبل ، ولان الله تعالى قال (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم) الآية ثم بين النبي ﷺ أنه قد جعل لهن سبيلا «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» والوطء في الدبر فاحشة لقول الله تعالى في قوم لوط (أتأتون الفاحشة؟) يعني الوطء في ادبار الرجال ويقال أول مابدأ قوم لوط بوطء النساء في أدبارهن ثم صاروا إلى ذلك في الرجال

﴿ مسئلة ﴾ (وأقل ذلك تغييب الحشفة في الفرج) لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بمادونه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطىء دون الفرج فلا حد عليه)

لما روى ابن مسعود أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال إني وجدت امرأة في البستان فأصبت منها كل شيء غير أني لم أنكحها فافعل بي ماشئت فقرأ عليه (وأقم الصلاة طرفي النهار وزلفا من الليل ان الحسنات يذهبن السيئات) الآية رواه النسائي وعليه التعزير لانه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فأشبه ضرب الناس والتعدي عليهم ، وظاهر الحديث يدل على أنه لاتعزير عليه إذا جاء تائباً ، لان النبي ﷺ لم يفعله ، ويفارق ضرب الناس والتعدي عليهم لانه حق آدمي

(فصل) وإن كملوا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات (احداهن) عليهم الحد وهو قول مالك قال القاضي هذا الصحيح لانها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة

(والثانية) لاحد عليهم وهو قول الحسن والشعبي وأبي حنيفة ومحمد لان هؤلاء قدجاؤا بأربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية لان عددهم قد كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم فأشبه مالو شهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم

(الثالثة) إن كانوا عمياناأو بعضهم جلدوا وإن كانوا عبيداً أو فساقا فلاحد عليهم وهو قول الثوري واسحاق لان العميان معلوم كذبهم لانهم شهدوا بما لم يروه يقيناً والآخرون يجوز صدقهم وقد كمل عددهم فأشبهوا مستوري الحال ،وقال أصحاب الشافعي ان كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والرق والفسق الظاهر ففيهم قولان وان كان لمعنى خفي فلا حد عليهم لان ما يخفى على الشهود فلا يكون ذلك تفريطاً منهم بخلاف مايظهر ، وان شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع لان شهادة النساء في هذا الباب كعدمها ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وهذا يقوي رواية ايجاب الحد على الاولين وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عمياناً أو احدهم لان المرأتين يحتمل صدقهما وهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتت المرأة المرأة فلا حد عليهما)

اذا تدالكت امرأتان فهما ملعونتان لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان» ولا حد عليهما لانه لايتضمن إيلاجا فأشبه المباشرة دون الفرج وعليهما التعزير لانه زنا لاحد فيه فأشبه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع .

(فصل) ولو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أولا فلا حد عليهما ، فان قالا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولهما ، وبه قال الحكم وحماد والشافعي وأصحاب الرأي، فان شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فقيل عليهما الحد ان لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر لان الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ويحتمل ان لايجب الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية منه لان مادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه .

(فصل) الثاني انتفاء الشبهة فان وطيء جارية ولده أو جارية له فيها شرك أو لولده فلا حد عليه، وجملة ذلك أن من وطيء جارية ولده فانه لاحد عليه في قول أكثر اهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور وابن المنذر عليه الحد إلا ان يمنع منه اجماع لانه وطء في غير ملك اشبه وطء جارية ابيه

من اهل الشهادة في الجملة والاعمى كاذب يقينا وليس من اهل الشهادة على الافعال فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى .

(فصل) وان رجعوا عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين وهو قول ابي حنيفة (والثانية) يحد الثلاثة دون الراجع وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد لانه اذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولان في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة الشهود عليه وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفا من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فناسب ذلك نفي الحد عنه ، وقال الشافعي يحد الراجع دون الثلاثة لانه مقر على نفسه بالكذب في قذفه ، واما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وانما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع ومن وجب الحد بشهادته لم يكن قاذفا فلم يحد كما لو لم يرجع

ولنا انه نقص العدد بالرجوع قبل اقامة الحد فلزمهم الحد كما لو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة، وقولهم وجب الحد بشهادتهم يبطل بما اذا رجعوا كلهم وبالراجع وحده فان الحد وجب ثم سقط ووجب الحد عليهم بسقوطه ولان الحد اذا وجب على الراجع مع المصلحة في رجوعه واسقاط الحد عن المشهود عليه بعد وجوبه واحيائه المشهود عليه بعد إشرافه على التلف فعلى غيره أولى

ولنا انه وطء تمكنت الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطء الامة المشتركة، والدليل على تمكن الشبهة قول النبي ﷺ « انت ومالك لأبيك » فأضاف مال ولده اليه وجعله له فاذا لم تثبت حقيقة الملك فلا اقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات ولان القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك والاوزاعي ومن وافقهما قد اشتهر قولهم ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك إجماعا وكذلك ان كان لولده فيها شرك لما ذكرنا ولا حد على الجارية لان الحد انتفى عن الواطىء لشبهة الملك فينتفي عن الموطوءة كوطء الجارية المشتركة ولان الملك من قبيل المتضايفات اذا ثبت في احد المتضايفين ثبت في الآخر فكذلك شبهته ولا يصح القياس على وطء جارية الأب لانه لا ملك للولد فيها ولا شبهة ملك بخلاف مسئلتنا وحكي عن ابن ابي موسى قول في وطء جارية الأب والأم انه لا يحد لانه لا يقطع بسرقة ماله اشبه الاب والاول اصح وعليه عامة اهل العلم فيما علمنا

(فصل) ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور يجب . ولنا انه فرج له فيه ملك فلا يجد بوطئه كالمكاتبة والمرهونة .

﴿ مسئلة ﴾ (أو وجد امرأة نائمة على فراشه ظنها امرأته او جاريته ، او دعا الضرير امرأته او جاريته فأجابه غيرها فوطئها فلا حد عليه)

(فصل) واذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت واثنان أنه زنى بها في بيت آخر أو شهد كل اثنين عليه بالزنا في بلد غير البلد الذي شهد به صاحباهما أو اختلفوا في اليوم فالجميع قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك والشافعي واختار أبو بكر انه لاحد عليهم وبه قال النخعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانهم كملوا أربعة

ولنا أنه لم يكمل اربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وحدهما فأما المشهود عليه فلا حد عليه في قولهم جميعاً وقال أبو بكر عليه الحد وحكاه قولا لاحمد وهذا بعيد فانه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة فلم يجب الحد ولان جميع مايعتبر له البينة يعتبر كمالها في حق واحد فالموجب للحد أولى لانه مما يحتاط له ويندريء بالشبهات، وقد قال أبو بكر انه لو شهد اثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنى بسوداء فهم قذفة ذكره القاضي عنه وهذا ينقض قوله

(فصل) وان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد اثنان انه زنى بها في زاوية منه اخرى وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين، وان كانتا متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا حد عليه لان شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا في المكان فأشبه ما لو اختلفا في البيتين وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة سواء تقاربت الزاويتان او تباعدتا .

وجملة ذلك ان من زفت اليه غير زوجته وقيل له هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلاحد عليه لانعلم فيه خلافا . وان لم يقل له هـذه زوجتك او وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته او جاريته فوطئها او دعا زوجته فجاءته غيرها فوطئها يظنها المدعوة او اشتبه عليه ذلك لعماه يعتقدها زوجته فلاحد عليه وبه قال الشافعي وحكي عن ابي حنيفة ان عليه الحد لانه وطء في محل لاملك له فيه

ولنا انه وطء اعتقد إباحته بما تعذر مثله فيه فأشبه مالو قيل له هـذه زوجتك ولان الحدود تدرأ بالشبهات وهـذه من أعظمها، فأما ان دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له شبهة كالجارية المشتركة او لم يكن لانه لايعذر بهذا فأشبه مالو قتل رجلا يظنه ابنه فبان اجنبياً .

﴿ مسئلة ﴾ (او وطيء في نكاح مختلف في صحته أو وطيء امرأته في دبرها اوحيضها او نفاسها) لايجب الحد بالوطء في نكاح مختلف في صحته كنكاح المتعة والشغار والنكاح بلا ولي والتحليل والنكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة اختها والخامسة في عدة الرابعة والبائن ؛ ونكاح المجوسية وهذا قول اكثر اهل العلم لان الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات وحكي عن ابن حامد وجوب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي والمذهب الاول قال ابن المنذر اجمع

ولنا أنهما اذا تقاربتا امكن صدق الشهود بان يكون ابتداء الفعل في احداهما وتمامه في الاخرى او ينسبه كل اثنين الى احدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فانه لا يمكن كون المشهود به فعلا واحداً ، فان قيل فقد يمكن ان يكون المشهود به فعلين فلم أوجبتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات؟ قلنا ليس هذا بشبهة بدليل مالو اتفقوا على موضع واحد فان هذا يحتمل فيه والحد واجب واقول في الزمان كاقول في هذا وإنه متى كان بينهما زمن متباعد لا يمكن وجود الفعل الواحد في جميعه كطرفي النهار لم تكمل شهادتهم ومتى تقاربا كملت شهادتهم والله اعلم .

(فصل) وإن شهد اثنان انه زنى بها في قميص أبيض وشهد اثنان انه زنى بها في قميص احمر او شهد اثنان انه زنى بها في ثوب كتان وشهد اثنان انه زنى بها في ثوب خز كملت شهادتهم وقال الشافعي لا تكمل لتنافي الشهادتين

ولنا أنه لا تنافي بينهما فانه يمكن ان يكون عليه قميصان فذكر كل اثنين واحداً وتركا ذكر الآخر ويمكن ان يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص احمر واذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب

(فصل) وإن شهد اثنان انه زنى بها مكرها وشهد اثنان انه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها اجماعا فان الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد ، وفي الرجل وجهان

كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان الحدود تدرأ بالشبهات وكذلك ان وطىء امرأته في دبرها او جاريته فهو محرم ولا يجب به الحد لان المرأة محل للوطء في الجملة ، وقد ذهب بعض العلماء الى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد والوطء في الحيض والنفاس صادف ملكا فكان شبهة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حد على من لم يعلم بتحريم الزنا)

قال عمر وعلي وعثمان لا حد إلا على من علمه وهو قول عامة اهل العلم فان ادعى الجهل بالتحريم وكان يحتمل ان يجهله كحديث العهد بالاسلام والناشيء ببادية قبل منه لانه يجوز ان يكون صادقاً وان كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشيء بين المسلمين واهل العلم لم يقبل لان تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه فان ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله لان عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة ولان مثل هذا يجهل كثيراً ويخفى على غير اهل العلم .

﴿ مسئلة ﴾ (او اكره على الزنا فلا حد عليه وقال اصحابنا إن اكره الرجل فزنى حد)

لا يجب الحد على مكرهة على الزنا في قول عامة أهل العلم روي ذلك عن عمر والزهري وقتادة والثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لقول رسول الله ﷺ « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .» رواه النسائي وعن عبد الجبار بن وائل عن ابيه ان امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد رواه الاثرم قال وأتي عمر باماء من اماء

(أحدهما) لاحد عليه وهو قول أبي بكر والقاضي وأكثر الاصحاب وقول أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان البينة لم تكمل على فعل واحد فان فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ولان كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين وذلك يمنع قبول الشهادة أو يكون شبهة في درء الحد ولا يخرج عن ان يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر الا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما مكرهة في الآخر وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ولان شاهدي المطاوعة قاذفان لها ولم تكمل البينة عليها فلا تقبل شهادتهما على غيرها

(والوجه الثاني) يجب الحد عليه اختاره ابو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد ، ووجه ثان للشافعي لان الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما إنما هو في فعلها لا في فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه وفي الشهود ثلاثة أوجه (أحدها) لاحد عليهم وهو قول من اوجب الحد على الرجل بشهادتهم (والثاني) عليهم الحد لانهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم (والثالث) يجب الحد على شاهدي المطاوعة لانهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها ولا يجب على شاهدي الاكراه لانهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وانما انتفى عنه الحد للشبهة

الامارة استكرههن غلمان من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء ، وروى سعيد باسناده عن طارق بن شهاب قال : اتي عمر بامرأة قد زنت قالت اني كنت نائمة فلم استيقظ الا برجل قد جثم علي فخلى سبيلها ولم يضربها ، ولان هذه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين الاكراه بالالجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه نص عليه احمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته ان يسقيها فقال لها امكنيني من نفسك قال هذه مضطرة ، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان امرأة استسقت راعياً فأبى ان يسقيها الا ان تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك الى عمر فقال لعلي ما ترى فيها ؟ قال انها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها ، فان اكره الرجل فزنى فقال اصحابنا عليه الحد وبه قال محمد بن الحسن وابو ثور لان الوطء لا يكون الا بالانتشار والاكراه ينافيه فاذا وجد الانتشار انتفى الاكراه فيلزمه الحد كما لو اكره على غير الزنا فزنى ، وقال ابو حنيفة ان اكرهه السلطان فلا حد عليه وان اكرهه غيره حد استحساناً ، وقال الشافعي وابن المنذر لا حد عليه لعموم الخبر ولان الحدود تدرأ بالشبهات والاكراه شبهة فيمنع الحد كما لو كانت امرأة ، يحققه ان الاكراه إذا كان بالتخويف او بمنع ما تفوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة فاذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، وقولهم ان التخويف ينافي الانتشار لا يصح لان التخويف بترك الفعل والفعل لا يخاف منه فلا يمنع ذلك وهذا أصح الاقوال ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطيء ميتة او ملك امة او اخته من الرضاع فوطئها فهل يحد او يعزر ؟ على وجهين)

(فصل) وإذا تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه بالزنا لم يسقط الحد وقال ابوحنيفة يسقط لان شرط صحة البينة الانكار وما كمل الاقرار

ولنا قول الله تعالى (فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا) وبين النبي ﷺ السبيل بالحد فتجب إقامته ولان البينة تمت عليه فوجب الحد كما لو لم يعترف ولان البينة إحدى حجتي الزنا فلم يبطل بوجود الحجة الاخرى أو بعضها كالاقرار، يحققه أن وجود الاقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها فلا يقدح فيها كتزكية الشهود وثناء عليهم، ولا نسلم اشتراط الانكار وإنما يكتفي بالاقرار في غير الحد إذا وجد بكماله وههنا لم يكمل فلم يجز الاكتفاء به ووجب سماع البينة والعمل بها، وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الاربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه اقراراً تاماً ثم رجع عن اقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه، وقوله يقتضي خلاف ذلك .

(فصل) وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد، لا نعلم في هذا خلافا بين من اعتبر اقرار أربع مرات وهو قول أصحاب الرأي لان إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق إحداهما بالاخرى كالاقرار بعض مرة

إذا وطىء ميتة فعليه الحد في أحد الوجهين وهو قول الاوزاعي لانه وطء في فرج آدمية أشبه وطء الحية ولانه اعظم ذنباً وأكثر اثما لانه انضم إلى فاحشته هتك حرمة الميتة (والثاني) لا حد عليه وهو قول الحسن، قال ابو بكر وبهذا اقول لان الوطء في الميتة كلا وطء لانه عوض مستهلك ولانها لا يشتهى مثلها وتعافها النفس فلا حاجة الى شرع الزاجر عنها، واما اذا ملك أمة او أخته من الرضاع فوطئها فذكر القاضي عن أصحابنا ان عليه الحد لانه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد بالوطء فيه كفرج الغلام وقال بعض أصحابنا لا حد فيه وهو قول اصحاب الرأي . الشافعي لانه وطء في فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه فلم يجب الحد عليه كالوطء في الجارية المشتركة فأما ان اشترى ذات محرمه من النسب ممن يعتق عليه ووطئها فعليه الحد لا نعلم فيه خلافا لان الملك لا يثبت فيها فلم توجد الشبهة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وطىء في نكاح مجمع على بطلانه كنكاح المزوجة والمعتدة والخامسة وذوات المحارم من النسب والرضاع فعليه الحد)

إذا تزوج ذات محرمه فالنكاح باطل بالاجماع فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد واسحاق ، وقال ابوحنيفة والثوري لا حد عليه لانه وطء تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها وبيان الشبهة انه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذي هو سبب للاباحة فإذا لم يثبت

(فصل) وإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد

ولنا ان كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود جاز مع غيبتهم كسائر الشهادات واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم

(فصل) وإن شهدوا بزنا قديم او أقر به وجب الحد وبهذا قال مالك والاوزاعي والثوري واسحاق وابو ثور ، وقال ابو حنيفة لاأقبل بينة على زنا قديم وأحده بالاقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبي موسى مذهباً لاحمد لما روي عن عمر انه قال: أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فانما هم شهود ضغن ولان تأخيره للشهادة الى هذا الوقت يدل على التهمة فيدرأ ذلك الحد

ولنا عموم الآية وانه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق والحديث رواه الحسن مرسلا ومراسيل الحسن ليست بالقوية والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة والحد لايسقط بمطلق الاحتمال فانه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا

حكمه وهو الاباحة بقيت صورته دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات .

ولنا انه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد ، وصورة المبيح انما تكون شبهة إذا كانت صحيحة والعقد ههنا باطل محرم وفعله جناية تقتضي العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ثم يبطل بالاستيلاء عليها فان الاستيلاء سبب للملك في المباحات وليس بشبهة ، وأما إذا اشترى أخته من الرضاع فهو ممنوع وإن سلمناه فان الملك المقتضي للاباحة صحيح ثابت وانما تخلفت الاباحة لمعارض بخلاف مسئلتنا فان المبيح غير موجود فان عقد النكاح باطل والملك به غير ثابت فالمقتضي معدوم فهو كما لو اشترى خمراً فشربه . إذا ثبت هذا فاختلف في الحد فروي عن احمد انه يقتل على كل حال وبهذا قال جابر بن زيد واسحاق وابو أيوب وابن أبي خيثمة ، وروى اسماعيل بن سعيد عن احمد في رجل تزوج امرأة ابيه فقال يقتل ويؤخذ ماله إلى بيت المال (والرواية الثانية) حده حد الزنا وبه قال الحسن ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر ، ووجه الاولى ماروى البراء قال : لقيت عمي ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ الى رجل زوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه وآخذ ماله رواه ابو داود والجوزاني والترمذي ، وقال حديث حسن وسمى الجوزجاني عمه الحارث بن عمرو ، وروى الجوزجاني وابن ماجه باسنادهما الى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « من وقع على ذات محرم فاقتلوه » ورفع إلى الحجاج رجل اغتصب اخته على نفسها فقال احبسوه وسلوا من ههنا من اصحاب رسول الله ﷺ فسألوا عبد الله ابن ابي مطرف فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «من تخطى المؤمنين فخطوا رأسه بالسيف» وهذه

(فصل) وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع لانعلم فيه اختلافا ونص عليه احمد واحتج بقضية أبي بكرة حين شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى وشهد الجارود وصاحبه على قدامة ابن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى، ولان الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به إلى تقدم دعوى كالعبادات، يبينه أن الدعوى في سائر الحقوق انما تكون من المستحق وهذا لاحق فيه لاحد من الآدميين فيدعيه ، فلو وقفت الشهادة على الدعوى لامتنعت إقامتها . اذا ثبت هذا فان من عنده شهادة على حد فالمستحب أن لا يقيمها لان النبي ﷺ قال «من ستر عورة مسلم في الدنيا ستره الله في الدنيا والآخرة » وتجوز اقامتها لقول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) ولان الذين شهدوا بالحد في عصر النبي ﷺ وأصحابه لم تنكر عليهم شهادتهم به ، ويستحب للامام وغيره التعريض بالوقوف عن الشهادة بدليل قول عمر لزياد : اني لأرى رجلا أرجو أن لا يفضح الله على يديه رجلا من أصحاب رسول الله ﷺ ولان تركها أفضل فلم يكن باس بدلالته على الفضل . وقد روي أن رجلا سال عقبة ابن عامر فقال إن لي جيرانا يشربون الخمر افارفعهم إلى السلطان ؟ فقال عقبة بن عامر إني سمعت رسول الله ﷺ يقول « من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة »

. الاحاديث مما ورد في الزنا فتقدم، والقول فيمن زنى بذات محرمه من غير عقد كالقول فيمن وطئها بعد العقد

(فصل) وكل عقد اجمع على بطلانه كنكاح الخامسة او مزوجة او معتدة او نكاح المطلقة ثلاثا إذا وطىء فيه عالماً بالتحريم فهو زنا موجب للحد المشروع فيه قبل العقد ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وصاحباه لاحد فيه لما ذكروه فيما إذا عقد على ذوات محارمه. وقال النخعي يجلد مائة ولا ينفى

ولنا ما ذكرناه فيما مضى وروى ابو نصر المروزي باسناده عن عبيد بن نضيلة قال : رفع الى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت في عدتها فقال هل علمتما ؟ قالا لا قال لو علمتما لرجمتكما فجلده اسواطاً ثم فرق بينهما ، وروى ابو بكر باسناده قال : رفع إلى علي عليه السلام امرأة تزوجت ولها زوج كتمته فرجمها وجلد زوجها الاخير مائة جلدة ، فان لم يعلم تحريم ذلك فلا حد عليه لعذر الجهل ولذلك درأ عمر عنهما الحد لجهلهما .

﴿ مسئلة ﴾ (أو استأجر امرأة للزنا او لغيره فزنى بها او زني بامرأة له عليها القصاص او بصغيرة او مجنونة او بامرأة ثم تزوجها او بأمة ثم اشتراها او امكنت العاقلة البالغة من نفسها مجنوناً أو صغيراً فوطئها فعليهم الحد)

إذا استأجر امرأة لعمل شيء فزنى بها او استأجرها ليزني بها وفعل ذلك او زنى بامرأة ثم تزوجها او أمة ثم اشتراها فعليهما الحد ، وبه قال أكثر أهل العلم وقال ابو حنيفة لا حد عليهما في هذه المواضع إلا إذا استأجرها لعمل شيء لان ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها .

(فصل) وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود ، وبهذا قال الشعبي والثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك عليها الحد لان شهادة النساء لامدخل لها في الحدود فلا تسقط بشهادتهن

ولنا ان البكارة تثبت بشهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً لان الزنا لايحصل بدون الايلاج في الفرج ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة لان البكر هي التي لم توطأ في قبلها واذا انتفى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بان المشهود عليه بالزنا مجبوب، وانما لم يجب الحد على الشهود لكمال عدتهم مع احتمال صدقهم فانه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت عذرتها فيكون ذلك شبهة في درء الحد عنهم غير موجب له عليها فان الحد لايجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة لان شهادتها مقبولة فيما لايطلع عليه الرجال . فأما إن شهدت بانها رتقاء أو ثبت ان الرجل المشهود عليه مجبوب فينبغي أن يجب الحد على الشهود لانه يتيقن كذبهم في شهادتهم بأمر لايعلمه كثير من الناس فوجب عليهم الحد

ولنا عموم الآية والاخبار ووجود المعنى المقتضي لوجوب الحد ، وقوله ان ملكه لمنفعتها شبهة لا يصح فانه إذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له ومطاوعتها إياه فلان لايسقط بملك محل آخر اولى وأما اذا استأجر امرأة للزنا لم تصح الاجارة فوجود ذلك كعدمه فأشبه وطء من لم يستأجرها ، وأما اذا زنى بامرأة له عليها قصاص فعليه الحد لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك أشبه ما لو لم يكن له عليها قصاص وكما لو كان له عليها دين ، واما اذا زنى بامرأة ثم تزوجها او بأمة ثم اشتراها فانه ما وجب عليه الحد بوطء مملوكته ولا زوجته وإنما وجب بوطء أجنبية فتغير حالها لا يسقطه كما لو ماتت ، وأما اذا أمكنت المكلفة من نفسها صغيراً او مجنوناً فوطئها او استدخلت ذكر نائم فعليها الحد دونه ، وقال ابو حنيفة لا حد عليها لان فعل الصبي والمجنون ليس زنا فلم يجب عليها الحد اذا أمكنته منه كما لو أمكنته من ادخال أصبعه في فرجها .

ولنا أن سقوط الحد عن احد الواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر كما لو زنى المستأمن بمسلمة او زنى بمجنونة او نائمة ، وقولهم ليس بزنا لا يصح لانه لا يلحق به النسب وانما لم يجب الحد عليه لعذره وزوال تكليفه ، وكذلك الحكم في الرجل يظن ان المرأة زوجته فيطؤها وهي تعلم أنه أجنبي وفي المرأة تظنه زوجها وهو يعلم أنها أجنبية

(فصل) فأما الصغيرة فان كانت ممن يمكن وطؤها فهو زنا يوجب الحد لانها كالكبيرة في ذلك وان كانت ممن لا تصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة على ما ذكرنا ، وقال القاضي لا حد على من وطىء صغيرة لم تبلغ تسعاً لانها لا يشتهى مثلها أشبه ما لو أدخل اصبعه في فرجها ، وكذلك لو استدخلت المرأة ذكر صبي لم يبلغ عشراً فلا حد عليها . قال شيخنا والصحيح انه متى وطىء من امكن وطؤها

(فصل) اذا شهد أربعة على رجل انه زنى بامرأة وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها لم يجب الحد على أحد منهم، وهذا قول ابي حنيفة لان الاولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم والآخرون تتطرق اليهم التهمة ، واختار ابو الخطاب وجوب الحد على الشهود الاولين لان شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها وهذا قول أبي يوسف، وذكر ابو الخطاب في صدر المسئلة كلاما معناه لا يحد أحد منهم حد الزنا وهل يحد الاولون حد القذف ؟ على وجهين بناء على القاذف اذا جاء بجيء الشاهد هل يحد؟ على روايتين

(فصل) وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ويدخل فيه اللواط ووطء المرأة في دبرها لانه زنا ، وعند ابي حنيفة يثبت بشاهدين بناء على أصله في انه لا يوجب الحد وقد بينا وجوب الحد به ويخص هذا بان الوطء في الدبر فاحشة بدليل قوله تعالى (أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد من العالمين ؟) وقال الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم) فاذا وطئت في الدبر دخلت في عموم الآية ووطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به لم يثبت إلا بشهود أربعة وإن قلنا لا يوجب إلا التعزير ففيه وجهان

او امكنت المرأة من يمكنه الوطء فوطئها أن الحد يجب على المكلف منهما ولا يصح تحديد ذلك بتسع ولا عشر لان التحديد انما يكون بالتوقيف ولا توقيف في هذا ، وكون التسع وقتاً لامكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده قبله كما ان البلوغ يوجد في خمس عشرة عاما غالباً ولا يمنع من وجوده قبله

(فصل) الثالث ان يثبت الزنا ولا يثبت الا بأحد شيئين (احدهما) ان يقر اربع مرات في مجلس او مجالس وهو بالغ عاقل ويصرح بذكر حقيقة الوطء ولا ينزع عن اقراره حتى يتم الحد،

لا يثبت الزنا الا باقرار أو بينة فان ثبت باقرار اعتبر اقرار اربع مرات وبهذا قال الحكم وابن ابي ليلى واصحاب الرأي، وقال الحسن وحماد ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يحد باقراره مرة لقول رسول الله ﷺ « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » واعتراف مرة اعتراف وقد أوجب عليها الرجم به ورجم الجهنية وانما اعترفت مرة، وقال عمر ان الرجم حق واجب على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل او الاعتراف ولانه حق فثبت باعتراف مرة كالاقرار بالقتل

ولنا ما روى أبو هريرة قال أتى رجل من الاسلميين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ قال « أبك جنون ـ قال لا ـ قال هل أحصنت ؟ ـ قال نعم فقال رسول الله ﷺ ـ ارجموه » متفق عليه

(أحدهما) يثبت بشاهدين لانه لايوجب الحد فيثبت بشاهدين كسائر الحقوق

(والثاني) لايثبت بأربعة وهو قول القاضي لانه فاحشة ولانه إيلاج في فرج محرم فأشبه الزنا ، وعلى قياس هذا كل وطء لايوجب الحد ويوجب التعزير كوطء الامة المشتركة وأمته المزوجة فان لم يكن وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين وجهاً واحداً لانه ليس بوطء فأشبه سائر الحقوق

(فصل) ولا يقيم الامام الحد بعلمه ، روي ذلك عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر له إقامته بعلمه وهو قول ابي ثور لانه اذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذي لايفيد إلا الظن فبما يفيد العلم أولى

ولنا قول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى (فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقال عمر : اوكان الحبل او الاعتراف ولانه لايجوز له أن يتكلم به ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفا يلزمه حد القذف فلم تجز إقامة الحد به كقول غيره ولانه اذا حرم النطق

ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ لانه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى ، وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله ﷺ « انك قد قلتها أربع مرات فبمن ؟ » قال بفلانة رواه ابو داود وهذا تعليل منه يدل على أن اقرار الاربع هو الموجب ، وروى ابو برزة الاسلمي ان ابا بكر الصديق قال له عند النبي ﷺ ان أقررت اربعاً رجمك رسول الله ﷺ وهذا يدل من وجهين (أحدهما) أن النبي ﷺ أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لانه لا يقر على الخطأ (الثاني) أنه قد علم هذا من حكم النبي ﷺ لولا ذلك ما تجاسر على قوله بين يديه ، فأما أحاديثهم فان الاعتراف لفظ المصدر يقع على القليل والكثير وحديثنا يفسره ويبين أن الاعتراف الذي يثبت به كان أربعاً

(فصل) وسواء كان في مجلس واحد أو مجالس متفرقة ، قال الاثرم سمعت ابا عبدالله يسأل عن الزاني يردد أربع مرات؟ قال نعم على حديث ماعز هو احوط ، قلت له في مجلس واحد أو في مجالس شتى ؟ قال اما الاحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد إلا على ذلك الشيخ بشير بن المهاجر عن عبدالله بن بريدة عن أبيه وذلك عندي منكر الحديث ، وقال أبو حنيفة لا يثبت إلا باربع اقرارات في أربعة مجالس لان ماعزاً أقر في أربعة مجالس

ولنا ان الحديث الصحيح انما يدل أنه اقر أربعا في مجلس واحد وقد ذكرنا الحديث ولانه أحد حجتي الزنا فاكتفي به في مجلس واحد كالبينة

(فصل) ويعتبر في صحة الاقرار ان يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة، لان الزنا يعبر به عن ماليس بموجب للحد وقد روى ابن عباس ان النبي ﷺ قال لماعز « لعلك قبلت أو غمزت ؟» قال لا قال

به فالعمل به أولى . فاما السيد اذا علم من عبده أو جاريته مايوجب الحد عليه فهل له إقامته عليه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لايملك إقامته عليه لما ذكرنا في الامام ولان الامام اذا لم يملك إقامته بعلمه مع قوة ولايته والاتفاق على تفويض الحد اليه فغيره أولى

(والثاني) يملك ذلك لان السيد يملك تأديب عبده بعلمه وهذا يجري مجرى التأديب ولان السيد أخص بعبده وأتم ولاية عليه وأشفق من الامام على سائر الناس

(فصل) واذا أحبلت امرأة لازوج لها ولا سيد لم يلزمها الحد بذلك، وتسأل فان ادعت انها أكرهت او وطئت بشبهة او لم تعترف بالزنا لم تحد وهذا قول ابي حنيفة والشافعي ، وقال مالك عليها الحد اذا كانت مقيمة غير غريبة إلا أن تظهر أمارات الاكراه بان تأتي مستغيثة أو صارخة لقول عمر رضي الله عنه : والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصناً اذا قامت بينة او كان الحبل او الاعتراف

« افنكتها ؟ » قال نعم قال « حتى غاب ذاك منك في ذاك منها ؟ » قال نعم قال « كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر؟» قال نعم قال «أتدري ما الزنا ؟ » قال نعم اتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا وذكر الحديث رواه أبو داود

(فصل) وان اقر أنه زني بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لاحد عليه لانا صدقناها في انكارها فصار محكوما بكذبه

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن سهل بن سعد عن النبي ﷺ ان رجلا اتاه فاقر عنده أنه زنى بامرأة فسماها له فبعث رسول الله ﷺ الى المرأة فسألها عن ذلك فانكرت ان تكون زنت فجلده الحد وتركها، ولان انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل اقراره كالو سكتت أو كما لو لم تسأل ولان عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه وهو قول عمر اذا كان الحبل أو الاعتراف ، وقولهم انا صدقناها في انكارها غير صحيح فانا لم نحكم بصدقها وانتفاء الحد انما كان لعدم المقتضى وهو الاقرار أو البينة لا لوجود التصديق بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة . اذا ثبت هذا فان الحر والعبد والبكر والثيب في الاقرار سواء لانه أحد حجتي الزنا فاستوى الكل فيه كالبينة

(فصل) ويشترط ان يكون المقر بالغا عاقلا ولاخلاف في اعتبار ذلك في وجوب الحد وصحة الاقرار لان الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولاحكم لكلامهما لما روى علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

(فصل) والنائم مرفوع عنه القلم، فلو زنى بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه

وروي ان عثمان أتي بامرأة ولدت لستة أشهر فأمر بها عثمان ان ترجم فقال علي ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وهذا يدل على انه كان يرجمها بحملها ، وعن عمر نحو من هذا

وروي عن علي رضي الله عنه انه قال يا أيها الناس : إن الزنا زنا آن زنا سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ، وزنا العلانية أن يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعا

ولنا انه يحتمل انه من وطء اكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو فعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر فقد وجد ذلك . وأما قول الصحابة فقد اختلفت الرواية عنهم فروى سعيد حدثنا خلف بن خليفة ثنا هاشم ان امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت اني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد

الزنى حال نومه فلا حد عليه لان القلم مرفوع عنه ، ولو أقر في حال نومه لم يلتفت الى اقراره لان كلامه غير معتبر ولا يدل على صحة مدلوله؛ واما السكران ونحوه فعليه حد الزنى والسرقة والشرب والقذف اذا فعله في حال سكره لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عليه حد الفرية لكون السكر مظنتها ولانه تسبب الى هذه المحرمات بسبب لا يعذر فيه فاشبه من لا عذر له ، وفيه وجه آخر لا يجب عليه الحد لانه غير عاقل فيكون ذلك شبهة في درء ما يندري بالشبهات ولان طلاقه لا يقع في رواية فاشبه النائم ، والاول اولى لان اسقاط الحد عنه يفضي الى ان من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ما احب فلا يلزمه شيء ولان السكر مظنة لفعل المحارم وسبب اليه فقد تسبب الى فعلها حال صحوه فاما ان اقر بالزنا وهو سكران لم يعتبر اقراره لانه لا يدري مايقول ولا يدل قوله على صحة خبره فاشبه قول النائم والمجنون وقد روى بريدة أن النبي ﷺ استنكه ماعزا ، رواه ابو داود وانما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران اولا ولو كان السكران مقبول الاقرار لما احتيج الى تعرف براءته منه

(فصل) واما الاخرس فان لم تفهم اشارته فلا يتصور منه اقرار وان فهمت اشارته فقال القاضي عليه الحد وهو قول الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبو ثور وابن المنذر لان من صح اقراره بغير الزنا صح اقراره به كالناطق وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحد باقرار ولا بينة لان الاشارة تحتمل مافهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه مما يندريء بالشبهات ولا يجب بالبينة لاحتمال ان يكون له شبهة لم يمكنه التعبير عنها ولم يعرف كونها شبهة ويحتمل كلام الخرقي ان لا يلزمه الحد باقراره لانه شرط ان يكون صحيحا وهذا غير صحيح ولان الحد لا يجب بالشبهة فاما الاشارة فلا تنتفي معها الشبهات وأما البينة فيجب عليه بها الحد لان قوله معها غير معتبر

وروى البراء بن صبرة عن عمر انه أتي بامرأة حامل فادعت انها أكرهت فقال خل سبيلها وكتب الى أمراء الاجناد ان لا يقتل أحد إلا باذنه. وروي عن علي وابن عباس انهما قالا: إذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل

وروى الدارقطني باسناده عن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر انهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت. ولا خلاف في أن الحد يدرأ بالشبهات وهي متحققة ههنا

(فصل) واذا استأجر امرأة لعمل شيء فزنى بها أو استأجرها ليزني بها وفعل ذلك أو زنى بامرأة ثم تزوجها او اشتراها فعليهما الحد وبه قال اكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة لا حد عليهما في هذه المواضع لان ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها

ولنا عموم الآية والاخبار ووجود المعنى المقتضي لوجوب الحد، وقولهم ان ملكه منفعتها شبهة ليس بصحيح فانه إذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له ومطاوعتها إياه فلأن لا يسقط بملكه نفع محل آخر أولى، وما وجب الحد عليه بوطء مملوكته وانما وجب بوطء أجنبية فتغير حالها لا يسقطه كما لو ماتت

(فصل) ولا يصح الاقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنى لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنى ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ان اقرار المكره لا يجب به حد، وروي عن عمر رضي الله عنه قال ليس الرجل مأمونا على نفسه اذا جوعته أو ضربته أو أوثقته رواه سعيد وقال ابن شهاب في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد ولان الاقرار انما يثبت به المقر به لوجود الداعي الى الصدق وانتفاء التهمة عنه فان العاقل لا يتهم بقصد الاضرار بنفسه ومع الاكراه يغلب على الظن ان اقراره لدفع ضرر الاكراه فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل

(فصل) وان اقر بوطء امرأة وادعى أنها امرأته فانكرت المرأة الزوجية نظرنا فان لم تقر المرأة بوطئه اياها فلا حد عليه لانه لم يقر بالزنى ولا مهر لها لانها لا تدعيه، وان اعترفت بوطئه اياها واعترفت بانه زنى بها مطاوعة فلا مهر عليه أيضاً ولا حد على واحد منهما الا ان يقر اربع مرات لان الحد لا يجب بدون اقرار اربع، وان ادعت أنه أكرهها عليه أو اشتبه عليه فعليه المهر لانه اقر بسببه وقد روى مهنا عن أحمد انه سأله عن رجل وطيء امرأة وزعم أنها زوجته وأنكرت هي ان يكون زوجها واقرت بالوطء فقال هذه قد أقرت على نفسها بالزنا ولكن يدرأ عنه الحد بقوله انها امرأته ولا مهر عليه وادرأ عنها الحد حتى تعترف مرارا، قال احمد وأهل المدينة يرون عليها الحد يذهبون الى قول النبي ﷺ « واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وقد تقدم الجواب عن قولهم

(فصل) ولا ينزع عن اقراره حتى يتم الحد لان من شروط اقامة الحد بالاقرار البقاء عليه على تمام الحد فان رجع عن اقراره أو هرب كف عنه وبهذا قال عطاء ويحيى بن يعمر والزهري وحماد ومالك والشافعي والثوري وإسحاق وابو حنيفة وابو يوسف وقال الحسن وسعيد بن جبير وابن

(فصل) وإذا وطىء امرأة له عليها القصاص وجب عليه الحد لانه حق له عليها فلا يسقط الحد عنه كالدين

﴿مسئلة﴾ قال (ولو رجم باقرار فرجع قبل أن يقتل كف عنه وكذلك ان رجع بعد أن جلد وقبل كمال الحد خلي)

قد تقدم شرح هذه المسئلة وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن إقراره ترك وكذلك ان أتى بما يدل على الرجوع مثل الهرب لم يطلب لان ماعزاً لما هرب قال النبي ﷺ « هلا تركتموه ؟ » ولان من قبل رجوعه قبل الشروع في الحد قبل بعد الشروع فيه كالبينة

(فصل) ويستحب للامام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالاقرار التعريض له بالرجوع اذا تم والوقوف عن إتمامه إذا لم يتم كما روي عن النبي ﷺ انه أعرض عن ماعز حين اقر عنده ثم

ابي ليلى يقام الحد ولا يترك لان ماعزا هرب فقتلوه وروي انه قال ردوني الى رسول الله ﷺ فان قومي هم غروني من نفسي واخبروني ان النبي ﷺ غير قاتلي فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه رواه ابو داود وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحدود

﴿مسئلة﴾ (ومتى رجع المقر بالحد عن اقراره قبل منه) وقد ذكرنا الخلاف فيه والله اعلم

(الثاني) ان يشهد عليه اربعة رجال احرار عدول يصفون الزنا ويجيئون في مجلس واحد سواء جاءوا مجتمعين او متفرقين

يشترط في شهود الزنا سبعة شروط ذكرها الخرقي (احدها) ان يكونوا اربعة وهذا اجماع ليس فيه اختلاف بين اهل العلم لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وقال تعالى (لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذلم يأتوا بالشهداء فاولئك عندالله هم الكاذبون) وقال سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ ارأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا امهله حتى آتي باربعة شهداء ؟ فقال النبي ﷺ « نعم »رواه مالك في الموطأ وابو داود

(الشرط الثاني) ان يكونوا رجالا كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء وحماد انه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو قول شاذ لا يعول عليه لان لفظ الاربعة اسم لعدد المذكورين ويقتضي ان يكتفى فيه باربعة ولاخلاف في ان الاربعة اذا كان بعضهم نساء انه لا يكتفى بهم وان اقل ما يجزيء خمسة وهذا خلاف النص ولان في شهادتهن شبهة لتطرق الضلال اليهن قال الله تعالى (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) والحدود تدرأ بالشبهات

(الشرط الثالث) الحرية فلا تقبل شهادة العبيد ولا نعلم في ذلك خلافا الا رواية حكيت عن

جاءه من الناحية الاخرى فأعرض عنه حتى تم إقراره أربعاً ثم قال « لعلك قبلت لعلك لمست » وروي انه قال للذي أقر بالسرقة « ما إخالك فعلت » رواه سعيد عن سفيان عن يريد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي ﷺ وقال حدثنا هشيم عن الحكم بن عتيبة عن يزيد ابن أبي كبشة عن أبي الدرداء انه أتي بجارية سوداء سرقت فقال لها أسرقت ؟ قولي لا فقالت لا فخلى سبيلها . ولا بأس أن يعرض بعض الحاضرين له بالرجوع او بأن لا يقر

وروينا عن الاحنف انه كان جالساً عند معاوية فأتي بسارق فقال له معاوية أسرقت؟ فقال له بعض الشرطة اصدق الامير فقال الاحنف الصدق في كل المواطن معجزة فعرض له بترك الاقرار . وروي عن بعض السلف انه قال لا يقطع ظريف يعني به انه إذا قامت عليه بينة ادعى شبهة تدفع عنه القطع فلا يقطع . ويكره لمن علم حاله أن يحثه على الاقرار لما روي عن النبي ﷺ انه قال لهزال وقد كان قال لماعز بادر الى رسول الله ﷺ قبل أن ينزل فيك قرآن « ألا سترته بثوبك كان خيراً لك ؟ » رواه سعيد ، وروى باسناده أيضاً عن سعيد بن المسيب قال جاء ماعز بن مالك الى عمر بن الخطاب فقال له انه أصاب فاحشة فقال له أخبرت بهذا احداً قبلي قال لا قال فاستتر بستر الله وتب الى الله فان

احمد وهو قول ابي ثور لعموم النصوص فيه ولانه عدل مسلم ذكر فتقبل شهادته كالحر

ولنا أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لانه يندرئ بالشبهات

(الشرط الرابع) العدالة ولا خلاف في اشتراطها فانها تشترط في سائر الشهادات فههنا مع مزيد الاحتياط فيها اولى فلا تقبل شهادة الفاسق ولا مستور الحال الذي لا تعلم عدالته لجواز ان يكون فاسقا

(الشرط الخامس) ان يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي لان أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة فيهم فلا تقبل رواياتهم ولا أخبارهم الدينية ولا تقبل شهادتهم كعبدة الاوثان

(الشرط السادس) ان يصفوا الزنى فيقولوا رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة والرشاء في البئر وهذا قول معاوية بن أبي سفيان والزهري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لما روينا في قصة ماعز أنه لما اقر عند النبي ﷺ بالزنى فقال « انكتها؟ - فقال نعم قال - حتى غاب ذلك منك في ذلك منها كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر؟ » قال نعم واذا اعتبر التصريح في الاقرار كان اعتباره في الشهادة اولى وروى أبو داود باسناده عن جابر قال جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا فقال رسول الله ﷺ « ائتوني باعلم رجلين منكم » فأتوه بابني صوريا فنشدهما « كيف تجدان امر هذين في التوراة؟ » قالا إذا شهد أربعة انهم راوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما قال « فما يمنعكم ان ترجموها ؟ » قالوا ذهب سلطاننا وكرهنا القتل فدعا رسول الله ﷺ بالشهود فجاء

الناس يرون ولا يغيرون والله يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به احداً فانطلق الى ابي بكر فقال له مثل ماقال عمر فلم تقره نفسه حتى أتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك

﴿مسألة﴾ قال (ومن زنى مراراً ولم يحد فحد واحد)

وجملته أن ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر اذا تكرر قبل اقامة الحد أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم منهم عطاء والزهري ومالك وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وهو مذهب الشافعي وان أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى ففيها حدها لا نعلم فيه خلافا وحكاه ابن المنذر عمن يحفظ عنه وقد سئل رسول الله ﷺ عن الامة تزني قبل ان تحصن قال « ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها » ولان تداخل الحدود انما يكون مع اجتماعها وهذا الحد الثاني وجب بعد سقوط الاول باستيفائه ، وان كانت الحدود من اجناس مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر

أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة فأمر النبي ﷺ برجمهما ولانهم اذا لم يصفوا الزنا أحتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه قال بعض أهل العلم يجوز للشهود ان ينظروا الى ذلك منهما لاقامة الشهادة عليهما فيحصل الردع بالحد فان شهدوا انهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى والتشبيه تأكيد

(فصل) فأما تعيين المزني بها إن كانت الشهادة على رجل او الزاني إن كانت الشهادة على امرأة ومكان الزنا فذكر القاضي أنه يشترط لئلا تكون المرأة ممن اختلف في إباحتها ويعتبر ذكر المكان لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل الذي شهد به الآخر ولهذا سأل النبي ﷺ « إنك أقررت أربعاً فبمن ؟ » وقال ابن حامد لا يعتبر ذكر هذين لانه لا يعتبر ذكرهما في الاقرار ولم يأت ذكرهما في الحديث الصحيح وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان ولأن مالا يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ويبطل ما ذكروه بالزمان

(الشرط السابع) مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد ذكره الخرقي فقال : وإن جاءوا أربعة متفرقين والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي والبتي وابن المنذر لا يشترط ذلك لقول الله تعالى (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء) ولم يذكر المجلس ، وقال تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت) ولان كل شهادة مقبولة إذا اتفقت مقبولة إذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات

ولنا أن أبا بكرة ونافعاً وسهل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد

أقيمت كلها الا ان يكون فيها قتل فإن كان فيها قتل اكتفي به لانه لا حاجة معه الى الزجر بغيره وقد قال ابن مسعود: ما كانت حدود فيها قتل الا احاط القتل بذلك كله، وان لم يكن فيها قتل استوفيت كلها ويبدء بالأخف فالأخف فيبدأ بالجلد ثم بالقطع ويقدم الأخف في الجلد على الأثقل فيبدأ في الجلد بحد الشرب ثم بحد القذف ان قلنا انه حق لله تعالى ثم بحد الزنا وان قلنا ان حد القذف حق لآدمي قدمناه ثم بحد الشرب ثم بحد الزنا

(مسئلة) قال (وإذا تحاكم الينا أهل الذمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى عليهم)

وجملة ذلك انه إذا تحاكم الينا اهل الذمة او استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين إحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم سواء كانوا من اهل دين واحد او من اهل اديان. هذا المنصوص عن أحمد وهو قول النخعي وأحد قولي الشافعي، وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية اخرى انه يجب الحكم بينهم وهذا القول الثاني للشافعي واختيار المزني لقول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولانه يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين

زياد لحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر ولانه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات، وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم يذكروا العدالة وصفة الزنا ولأن قوله (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) لا يخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً لا يجوز أن يكون مطلقاً لانه يمنع من جواز جلدهم لانه ما من زمن إلا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو بكمالهم ان كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم المأمور به فيكون متناقضاً، وإذا ثبت أنه مقيد بالمجلس لان المجلس كله بمنزلة الحالة الواحدة ولهذا ثبت فيه خيار المجلس واكتفي فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه إذا ثبت هذا فانه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا في مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا في مجلس واحد

ولنا قصة المغيرة فان الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وانما حدوا لعدم كمالها في المجلس وفي حديثه أن أبا بكرة قال أرأيت لو جاء آخر يشهد أكنت ترجمه؟ قال عمر: اي والذي نفسي بيده ولانهم اجتمعوا في مجلس واحد أشبه ما لو جاءوا مجتمعين ولان المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرنا وإذا تفرقوا في مجالس فعليهم الحد لان من شهد بالزنا ولم تكمل الشهادة يلزمه الحد لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم أو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة

ولنا قول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم) فخيره بين الأمرين ولاخلاف في أن هذه الآية نزلت فيمن وادعه رسول الله ﷺ من يهود المدينة ولانهما كافران فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين ، والآية التي احتجوا بها محمولة على من اختار الحكم بينهم لقوله تعالى (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) جمعاً بين الآيتين فانه لايصار الى النسخ مع إمكان الجمع فاذا ثبت هذا فانه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الاسلام للآيتين ولانه لايجوز له الحكم إلا بالقسط كما في حق المسلمين ومتى حكم بينهما ألزمهما حكمه ، ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذه به لانه انما دخل في العهد بشرط التزام أحكام الاسلام . قال احمد لايبحث عن أمرهم ولا يسئل عن امرهم إلا أن يأتوا هم فان ارتفعوا الينا أقمنا عليهم الحد على مافعل النبي ﷺ وقال أيضاً حكمنا يلزمهم وحكمنا جائز على جميع الملل ولا يدعوهما الحاكم فان جاءوا حكمنا بحكمنا . إذا ثبت هذا فانه إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرما يوجب عقوبة مما هو محرم عليهم في دينهم

أو لم يكملها فهم قذفة وعليهم الحد)

إذا لم يكمل شهود الزنا فعليهم الحد في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر أبو الخطاب فيهم روايتين وحكي عن الشافعي فيهم قولان (أحدهما) لا حد عليهم لانهم شهود فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وهذا يوجب الجلد على كل رام لم يشهد بما قال أربعة ولانه إجماع الصحابة فان عمر جلد أبا بكرة وأصحابه حين لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة فلم ينكره احد

وروى صالح باسناده عن ابي عثمان النهدي قال جاء رجل إلى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك عمر ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ما عندك ياسلح العقاب؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان : والله لقد كدت يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين: رأيت أمراً قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد قال فأمر بأولئك النفر فجلدوا ، وفي رواية أن عمر لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي زياد فقال عمر ارى شابا حسناً وارجو الا يفضح الله على لسانه رجلا من اصحاب محمد ﷺ فقال : يا امير المؤمنين رأيت استا تنبو ونفساً يعلو ورأيت رجليها فوق عنقه كأنهما أذنا حمار ولا ادري ما وراء ذلك فقال عمر : الله اكبر الله اكبر وامر بالثلاثة فضربوا ، وقول عمر ياساح العقاب معناه انه يشبه ساح العقاب الذي يحرق كل شيء اصابه كذلك هو يوقع العقوبة بأحد الفريقين لا محالة ، إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد اصحابه، فان قيل فقد خالفهم ابو بكرة واصحابه الذين شهدوا قلنا لم يخالفوا في وجوب الحد عليهم إنما خالفوهم في صحة ما شهدوا به ولانه

كالزنا والسرقة والقذف والقتل فعليه إقامة حده عليه فإن كان زنا جلد إن كان بكراً وغرب عاما وإن كان محصناً رجم لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ أتي بيهوديين فجرا بعد إحصانهما فأمر بهما فرجما ، وعن ابن عمر ان اليهود جاءوا إلى النبي ﷺ فقالوا له ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال رسول الله ﷺ « ماتجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ » فقالوا نفضحهم ويجلدون قال عبدالله بن سلام كذبتم إن فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ماقبلها وما بعدها فقال عبدالله بن سلام ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقالوا صدق يامحمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما متفق عليه ، وروى أنس أن يهوديا قتل جارية على اوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين متفق عليه. وان كان يعتقد إباحته كشرب الخمر لم يحد لانه لا يعتقد تحريمه فلم يلزمه عقوبته كالكفر ، وان تظاهر به عزر لأنه أظهر منكراً في دار الاسلام فعزر عليه كالمسلم

(فصل) وان تحاكم مسلم وذمي وجب الحكم بينهم بغير خلاف لانه يجب دفع ظلم كل واحد منهما عن صاحبه

رام بالزنا لم يأت بأربعة شهداء فيجب عليه الحد كما لو لم يأت بأحد

﴿مسئلة﴾ (وان كانوا فساقاً او عميانا او بعضهم فعليهم الحد وعنه انه لاحد عليهم)

إذا كانوا اربعة غير مرضيين كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات

(احداهن) عليهم الحد وهو قول مالك قال القاضي وهو الصحيح لانها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو لم يكمل العدد

(والثانية) لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبي وابي حنيفة ومحمد لان هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية ولان عددهم قد كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم

(الثالث) إن كانوا عمياناً أو بعضهم جلدوا وإن كانوا عبيداً أو فساقاً فلا حد عليهم وهو قول الثوري واسحاق لان العميان معلوم كذبهم لكونهم شهدوا بما لم يروه يقيناً والآخرون يجوز صدقهم وقد كمل عددهم فاشبهوا مستوري الحال.

وقال أصحاب الشافعي إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والرق والفسق الظاهر ففيهم قولان وإن كان لمعنى خفي فلا حد عليهم لأن ما يخفى على الشهود فلا يكون ذلك تفريطاً منهم بخلاف ما يظهر ، فإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع لان شهادة النساء في هذا الباب كعدمها وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وهذا يقوي رواية ايجاب الحد على الاولين وينبه على ايجاب الحد فيما إذا كانوا عمياناً أو بعضهم لان المرأتين يحتمل صدقهما وهما من أهل الشهادة في الجملة والاعمى كاذب يقيناً وليس من أهل الشهادة على الافعال فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قذف بالغ حراً مسلما او حرة مسلمة جلد الحد ثمانين)

القذف هو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الامة والاصل في تحريمه الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال سبحانه (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) وأما السنة فقول النبي ﷺ « اجتنبوا السبع الموبقات قالوا وما هن يارسول الله قال « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » متفق عليه والمحصنات هنها العفائف ، والمحصنات في القرآن جاءت بأربعة معان (أحدها) هذا (والثاني) بمعنى المزوجات كقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وقوله تعالى (محصنات غير مسافحات (والثالث)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان أحدهم زوجا حد الثلاثة ولاعن الزوج ان شاء)

لان الزوج لا تقبل شهادته على امرأته لانه بشهادته مقر بعداوته لها فلا تقبل شهادته عليها فيبقى الشهود ثلاثة فيحدون كما حد شهود المغيرة بن شعبة ولان الله سبحانه قال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد اثنان انه زنى بها في بيت أو بلد واثنان أنه زنا بها في بيت أو بلد آخر فهم قذفة وعليهم الحد وعنه يحد المشهود عليه وهو بعيد)

وجملة ذلك أنه إذا شهد اثنان أنه زنا بها في هذا البيت واثنان انه زنا بها في بيت آخر وشهد كل اثنين عليه بالزنا في بلد غير البلد الذي شهد صاحباهما أو اختلفوا في اليوم فالجميع قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك والشافعي ، واختار أبو بكر : أنه لا حد عليهم وبه قال النخعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانهم كملوا أربعة

ولنا انه لم يكمل اربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان واما المشهود عليه فلا حد عليه في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر عليه الحد ، وحكاه قولا لأحمد وهو بعيد لانه لم يثبت زنا واحد بشهادة اربعة فلم يجب الحد ولأن جميع ما يعتبر له البينة يعتبر كمالها في حق واحد فالموجب للحد اولى لانه مما يحتاط له ويدرء بالشبهات وقد قال ابو بكر انه لو شهد اثنان انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنا بسوداء فهم قذفة ذكره القاضي وهذا ينقض قوله

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد اثنان انه زنى بها في زاوية منه اخرى كملت شهادتهم ان كانت الزاويتان متقاربتين وحد المشهود عليه)

بمعنى الحرائر كقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وقوله سبحانه (والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) وقوله (فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب) (والرابع) بمعنى الاسلام كقوله (فاذا أحصن) قال ابن مسعود احصانها اسلامها . وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن اذا كان مكلفاً ، وشرائط الاحصان الذي يجب الحد بقذف صاحبه خمسة العقل والحرية والاسلام والعفة عن الزنا وأن يكون كبيراً يجامع مثله ، وبه يقول جماعة العلماء قديماً وحديثاً سوى ماروي عن داود أنه اوجب الحد على قاذف العبد ، وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى قالوا اذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد والاول أولى لان من لايحد قاذفه اذا لم يكن له ولد لايحد وله ولد كالمجنونة ، واختلفت الرواية عن احمد في اشتراط البلوغ فروي عنه انه شرط وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي لانه أحد شرطي التكليف فأشبه العقل ، ولان زنا الصبي لايوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون

وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لاحد عليه لان شهادتهم لم تكمل ولانهم اختلفوا في المكان اشبه مالو اختلفا في البيتين ، فأما ان كانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين وعلى قول ابي بكر تكمل الشهادة سواء تقاربت الزاويتان او تباعدتا

ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود بان يكون ابتداء الفعل في إحداها وتمامه في الأخرى أو ينسبه كل اثنين إلى احدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا بخلاف ماإذا كانتا متباعدتين فانه لايمكن كون المشهود به فعلا واحداً ، فان قيل فقد يمكن أن يكون المشهود به فعلين فلم أوجبتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات ، قلنا ليس هذا شبهة بدليل مالو اتفقوا على موضع واحد فان هذا يحتمل فيه والحد واجب والقول في الزمان كالقول في هذا متى كان بينهما زمن متباعد لايمكن وجود الفعل الواحد في جميعه كطرفي النهار لم تكمل شهادتهم ومتى تقاربا كملت شهادتهم .

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد اثنان أنه زنى بها في قميص أبيض وشهد آخران أنه زنى بها في قميص أحمر كملت شهادتهم ويحتمل أن لا تكمل كما لو شهد كل اثنان أنه زنى بها في بيت غير الذي شهد به صاحباهما)

وكذلك ان شهد اثنان انه زنى بها في قميص كتان أو شهد اثنان أنه زنى بها في قميص خز تكمل الشهادة ، وقال الشافعي لاتكمل لتنافي الشهادتين .

ولنا انه لاتنافي بينهما فانه يمكن أن يكون عليه قميصان فذكر كل اثنين واحداً وتركا ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص أحمر وإذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب .

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد أنه زنى بها مطاوعة وشهد آخران أنه زنى بها مكرهة فلا حد عليها اجماعا ، لان الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد وفي الرجل وجهان .

(والثانية) لايشترط لانه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الكبير وهذا قول مالك واسحاق فعلى هذه الرواية لابد أن يكون كبيراً يجامع مثله وأدناه أن يكون للغلام عشر وللجارية تسع

(فصل) ويجب الحد على قاذف الخصي والمجبوب والمريض المدنف والرتقاء والقرناء ، وقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لاحد على قاذف مجبوب قال ابن المنذر وكذلك الرتقاء ، وقال الحسن لاحد على قاذف الخصي لان العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد انما يجب لنفي العار

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) والرتقاء داخلة في عموم هذا ولانه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ولان امكان الوطء أمر خفي لايعلمه كثير من الناس فلاينتفي العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض

(فصل) ويجب الحد على القاذف في غير دار الاسلام وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لاحد عليه لانه في دار لاحد على أهلها

(أحدهما) لاحد عليه وهو قول أبي بكر والقاضي وأكثر الأصحاب وهو قول أبي حنيفة واحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لان البينة لاتكمل على فعل واحد فان فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ولان كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين وذلك يمنع قبول الشهادة أو يكون شبهة في درء الحد ولا يخرج عن ان يكون كل واحد منهما مكذبا للآخر إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في احدهما ومكرهة في الآخر وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ، ولان شاهدي المطاوعة قاذفان لها ولا تكمل البينة عليها فلا تقبل شهادتهم على غيرها والوجه الثاني يجب الحد على الرجل اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد ووجه ثان للشافعي ، لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما إنما هو في فعلها لافي فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يحد الجميع أوشاهدا المطاوعة ؟ على وجهين)

في الشهود ثلاثة أوجه (أحدها) لاحد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم (والثاني) عليهم الحد لانهم شهدوا بالزنا فلم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم (والثالث) يجب الحد على شاهدي المطاوعة لانهما قذفا المرأة بالزنا فلم تكمل شهادتهما عليها ولايجب على شاهدي الاكراه لانهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وانما انتفى عنه الحد للشبهة وعند أبي الخطاب يحد الزاني المشهود عليه دون المرأة والشهود وقد ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد أربعة فرجع أحدهم فلا شيء على الراجع ويحد الثلاثة وان كان رجوعه بعد الحد فلا حد على الثلاثة ويغرم الرابع ربع ماأتلفوه).

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون) الآية ولانه مسلم مكلف قذف محصناً فأشبه من في دار الاسلام

فصل) وقدر الحد ثمانون اذا كان القاذف حراً للآية والاجماع رجلا كان أو امرأة ويشترط أن يكون بالغا عاقلا غير مكره لان هذه مشترطة لكل حد

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بينة)

وجملته ان يعتبر لاقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان:

(احدهما) مطالبة المقذوف لانه حق له فلايستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه (الثاني) أن لا يأتي ببينة لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) فيشترط في جلدهم عدم البينة وكذلك يشترط عدم الاقرار من المقذوف لأنه في معنى البينة ، فان كان القاذف زوجا اعتبر شرط ثالث وهو امتناعه من اللعان ولانعلم خلافا في هذا كله وتعتبر استدامة الطلب إلى اقامة

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن الشهادة أو واحد منهم ففيهم روايتان (احداهما) يجب الحد على الجميع لانه نقص عدد الشهود فلزمهم الحد كما لو كانوا ثلاثة وان رجعوا كلهم فعليهم الحد لانهم يقرون انهم قذفة ، وهو قول أبي حنيفة (والثانية) يحد الثلاثة دون الراجع اختارها ابو بكر وابن حامد لانه اذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد لان في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة الشهود وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفا من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فناسب ذلك نفي الحد عنه ، وقال الشافعي يحد الراجع دون الثلاثة لانه أقر على نفسه بالكذب في قذفه واما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وانما سقط بعد وجوبه برجوع الرابع ومن وجب الحد بشهادته لم يكن قاذفا فلم يحد كما لو لم يرجع احد .

ولنا انه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد فلزمهم الحد كما لو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة وقولهم وجب الحد بشهادتهم يبطل بما إذا رجعوا كلهم وبالراجع وحده فان الحد وجب ثم سقط ووجب الحد بسقوطه ولان الحد إذا وجب على الراجع مع المصلحة في رجوعه باسقاط الحد عن المشهود عليه بعد وجوبه واحيائه المشهود عليه بعد اشرافه على التلف فعلى غيره أولى. فأما ان كان رجوعه بعد الحد فلا حد على الثلاثة لان إقامة الحد كحكم الحاكم لاتسقط برجوع الشاهد بعده وعلى الراجع ربع ما تلف بشهادتهم ويذكر ذلك في الرجوع عن الشهادة ان شاء الله تعالى .

(فصل) وإذا ثبتت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه لم يسقط الحد وقال ابو حنيفة يسقط لان صحة البينة يشترط لها الانكار وما كمل بالاقرار .

ولنا قول الله (فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت اويجعل الله لهن سبيلا)

الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال الحسن واصحاب الرأي لا يسقط بعفوه لانه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود

ولنا انه حق لايستوفى الا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص وفارق سائر الحدود فانه لا يعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها وحد السرقة انما تعتبر فيه المطالبة بالمسروق لا باستيفاء الحد ولانهم قالوا تصح دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولايقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف فدل على أنه حق لآدمي

(فصل) وإذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لان مطالبته قبل البلوغ لاتوجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لانه حق شرع للتشفي فلم يقم غيره مقامه في استيفائه كالقصاص، فاذا بلغ وطالب أقيم عليه حينئذ ولو قذف غائباً لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب الا أن يثبت أنه طالب في غيبته ويحتمل أن لاتجوز اقامته في غيبته بحال لأنه يحتمل أن يعفو بعد

وبين النبي ﷺ «السبيل بالحد فتجب إقامته ولان البينة تمت عليه فوجب الحد كما لو لم يعترف ولان البينة احد حجتي الزنا فلم تبطل بوجود الحجة الاخرى وبعضها كالاقرار يحققه ان وجود الاقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها فلا يقدح فيها كتزكية الشهود والثناء عليهم ولا نسلم اشتراط الانكار وانما يكتفى بالاقرار في غير الحد إذا وجد بكماله وههنا لم يكمل فلم يجب الاكتفاء به ووجب سماع البينة والعمل بها وعلى هذا لوأقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ولو تمت البينة وأقر على نفسه اقراراً تاما ثم رجع عن اقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه وقوله يقتضي خلاف ذلك

(فصل) فان شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد لانعلم في ذلك خلافا بين من اعتبر اقرار اربع مرات وهو قول أصحاب الرأي لان احدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق أحداهما بالأخرى كالاقرار بعض مرة.

(فصل) فان كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايقام الحد لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد

ولنا أن كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود جاز الحكم مع غيبتهم كسائر الشهادات واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم.

(فصل) وان شهدوا بزنا قديم أو أقر به وجب الحد، وبهذا قال مالك والاوزاعي والثوري واسحاق وأبو ثور وقال ابو حنيفة لاأقبل بينة على زنا قديم واحده بالاقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن موسى مذهباً لأحمد لما روي عن عمر انه قال ايما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فانما هم شهود ضغن ولان تأخيره للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة فيدرأ ذلك الحد

ولنا عموم الآية وانه حق ثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق والحديث

المطالبة فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه يندرىء بالشبهات ولو قذف عاقلا فجن بعد قذفه وقبل طلبه لم تجز اقامته حتى يفيق ويطالب وكذلك ان اعمي عليه فان كان قد طالب به قبل جنونه واعمائه جازت اقامته كما لو وكل في استيفاء القصاص ثم جن او أغمي عليه قبل استيفائه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان القاذف عبدا أو أمة جلد أربعين بأدون من السوط الذي يجلد به الحر)

اجمع اهل العلم على وجوب الحد على العبد إذا قذف الحر المحصن لانه داخل في عموم الآية وحده اربعون في قول أكثر اهل العلم روي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه قال ادركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك إذا قذف الا أربعين وروي خلاس(١) أن علياً قال في عبد قذف حراً نصف الجلد وجلد ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عبدا قذف

مرسل رواه الحسن ومراسيل الحسن ليست بالقوية والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة والحد لايسقط بمجرد الاحتمال فانه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا.

(فصل) وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع لانعلم فيه اختلافا ونص عليه احمد واحتج بقصة أبي بكرة حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى وشهد الجارود وصاحبه على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى، ولان الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به إلى تقدم دعوى كسائر العبادات يبينه أن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحقين وهذا لاحق فيه لاحد من الآدميين فيدعيه فلو وقفت الشهادة به على الدعوى لامتنع اقامتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا الشهود نص عليه)

وبهذا قال الشعبي والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك عليها الحد، لان شهادة النساء لامدخل لها في الحدود فلا يسقط بشهادتهن

ولنا ان البكارة تثبت بشهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهرا لان الزنا لايحصل بدون الايلاج في الفرج ولايتصور ذلك مع بقاء البكارة لان البكر هي التي لم توطأ في قبلها وإذا انتفى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بان المشهود عليه بالزنا مجبوب وانما لم يجب الحد على الشهود لكمال عدتهم مع احتمال صدقهم بانه يحتمل ان يكون وطئها ثم عادت عذرتها فيكون ذلك شبهة في درء الحد عنهم غير موجب له عليها فان الحد لايجب بالشبهات ويكتفي بشهادة امرأة واحدة لان شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال فأما ان شهدت بأنها رتقاء أو ثبت ان الرجل المشهود عليه مجبوب فينبغي أن يجب الحد على الشهود لأنه يتيقن كذبهم في شهادتهم بامر لا يعلمه كثير من الناس فوجب عليهم الحد.

(١) خلاس بن عمرو الهجري روى عن علي وعمار وعائشة وأبي هريرة، روى عنه قتادة ومالك بن دينار وعوف قال جرير كان مغيرة لايعبأ بحديث خلاس، وقال أبو أيوب لا ترو عن خلاس فانه صحفي وقال صالح بن أحمد قال أبي كان يحيى بن سعيد يتوقى أن يحدث عن خلاس عن علي خاصة وأظن أنه قد حدث عنه بحديث، وقال الجوزجاني: سألت أحمد يعني ابن حنبل عن خلاس فقال يقال روايته عن علي كتاب وقال يحيى بن معين خلاس بن عمرو ثقة

حراً ثمانين وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز ولعلهم ذهبوا الى عموم الآية والصحيح الاول للاجماع المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم ولانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا وهو يخص عموم الآية وقد عيب على أبي بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين وقال عبد الله بن عامر بن ربيعة ما رأينا احداً قبله جلد العبد ثمانين، وقال سعيد حدثنا بن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن ابيه قال حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً في فرية ثمانين فانكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال لي عبد الله بن عامر بن ربيعة اني رأيت والله عمر بن الخطاب ما رأيت أحداً جلد عبداً في فرية فوق اربعين إذا ثبت انه اربعون فانه يكون بدون السوط الذي يجلد به الحر لانه لما خفف في قدره خفف في سوطه كما أن الحدود في انفسها كلما قل منها كان سقوطه أخف فالجلد في الشرب اخف منه في القذف وفي القذف أخف منه في الزنا ويحتمل ان يساوي العبد الحر في السوط لانه على النصف ولا يتحقق التنصيف الا مع المساواة في السوط

﴿مسألة﴾ (وان شهد اربعة انه زنى بامرأة وشهد أربعة آخرون أنهم هم الزناة بها لم يحد المشهود عليه وهل يحد الشهود الاولون حد الزنا ؟ على روايتين)

(إحداهما) لا يجب الحد على واحد منهم ، وهذا قول أبي حنيفة لأن الاولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم والآخرون تتطرق اليهم التهمة (والثانية) يجب الحد على الشهود الاولين اختارها أبو الخطاب لان شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها ، وهذا قول أبي يوسف وذكر أبو الخطاب في صدر المسألة كلاما معناه لا يحد احد منهم حد الزنا وهل يحد الاولون حد القذف ؟ على وجهين بناء على القاذف اذا جاء مجيء الشاهد هل يحد على روايتين

(فصل) وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ويدخل فيه اللواط ووطء المرأة في دبرها لانه زنا وعند أبي حنيفة يثبت بشاهدين بناء على أصله بانه لا يوجب الحد وقد بينا وجوب الحد به ويخص هذا بان الوطء في الدبر فاحشة بدليل قوله تعالى (أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين ؟ وقال تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) فاذا وطئت في الدبر دخلت في عموم الآية . واما وطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به لم يثبت الا بشهود أربعة ، وإن قلنا لا يوجب الا التعزير ففيه وجهان :

(احدهما) يثبت بشاهدين لانه لا يوجب الحد فيثبت بشاهدين كسائر الحقوق (والثاني) لا يثبت الا باربعة وهو قول القاضي لانه فاحشة ولانه ايلاج في فرج محرم فأشبه الزنا وعلى قياس هذا كل وطء يوجب التعزير ولا يوجب الحد كوطء الامة المشتركة وامته المزوجة فان لم يكن وطئا كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين وجها واحداً لانه ليس بوطء اشبه سائر الحقوق

(فصل) وإذا قذف ولده وان نزل لم يجب الحد عليه سواء كان القاذف رجلا أو امرأة، وبهذا قال عطاء والحسن والشافعي واسحاق واصحاب الرأي، وقال عمر بن عبد العزيز ومالك وأبو ثور وابن المنذر عليه الحد لعموم الآية ولانه حد فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا

ولنا انه عقوبة تجب حقاً لآدمي فلا يجب للولد على الوالد كالقصاص أو نقول انه حق لا يستوفى إلا بالمطالبة باستيفائه فاشبه القصاص ولان الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص ولان الابوة معنى يسقط القصاص فمنعت الحد كالرق والكفر وهذا يخص عموم الآية وما ذكروه ينتقض بالسرقة فان الاب لا يقطع بسرقة مال ابنه والفرق بين القذف والزنا ان حد الزنا خالص لحق الله تعالى لاحق للآدمي فيه وحد القذف حق لآدمي فلا يثبت للابن على ابيه كالقصاص وعلى انه لو زنا بجارية ابنه لم يجب عليه حد. إذا ثبت هذا فانه لو قذف ام ابنه وهي أجنبية منه فماتت قبل استيفائه لم يكن لابنه المطالبة بالحد لان ما منع ثبوته ابتداء أسقطه طارئا كالقصاص وإن كان لها

﴿مسألة﴾ (وان حملت امرأة لازوج لها ولا سيد لم تحد بذلك بمجرده لكنها تسأل فان ادعت انها اكرهت ووطئت بشبهة أو لم تعترف بالزنا لم تحد)

وهذا قول ابي حنيفة والشافعي، وقال مالك عليها الحد إذا كانت مقيمة غير غريبة الا أن تظهر امارات الاكراه بأن تأتي مستغيثة أو صارخة لقول عمر رضي الله عنه والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف، وروي ان عثمان اتى بامرأة ولدت لستة أشهر فامر بها عثمان ان ترجم فقال علي ليس لك عليها سبيل. قال الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وهذا يدل على انه كان يرجمها بحملها، وعن عمر نحو من هذا وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال أيها الناس إن الزنا زناآن زنا سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي وزنا العلانية أن يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام أول من يرمي، وهذا قول سادة الصحابة لم يظهر لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعا

ولنا أنه يحتمل انه من وطء اكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها اما بفعلها أو فعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر وقد وجد ذلك، واما قول الصحابة فقد اختلفت الرواية عنهم فروى سعيد ثنا خلف بن خليفة ثنا أبو هشام ان امرأة رفعت الى عمر رضي الله عنه ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت إني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد، وروى النوال بن سبرة عن عمر انه أتي بامرأة حامل فادعت أنها اكرهت فقال خل سبيلها وكتب الى امراء الاجناد أن لا يقتل أحد الا باذنه، وروي عن علي وابن عباس انهما قالا اذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل وروى الدارقطني باسناده عن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر أنهم

ابن آخر من غيره كان له استيفاؤه اذا ماتت بعد المطالبة به لان الحد يملك بعض الورثة استيفاءه كله بخلاف القصاص وأما قذف سائر الاقارب فيوجب الحد على القاذف في قولهم جميعاً

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال له يالوطي سئل عما أراد فان قال أردت أنك من قوم لوط فلا شيء عليه وإن قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فهو كمن قذف بالزنا)

في هذه المسئلة فصلان:

(أحدهما) ان من قذف رجلا بعمل قوم لوط اما فاعلا وإما مفعولا فعليه حد القذف وبه قال الحسن والنخعي والزهري ومالك وابو يوسف ومحمد بن الحسن وابو ثور، وقال عطاء وقتادة وابو حنيفة لاحد عليه لانه قذف بما لا يوجب الحد عنده وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى،

قالوا إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت ولاخلاف ان الحد يدرأ بالشبهات وهي متحققة ههنا

(فصل) ويستحب للامام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالاقرار التعريض له بالرجوع اذا تم والوقوف عن اتمامه اذا لم يتم كما روي عن النبي ﷺ انه اعرض عن ماعز حين اقر عنده ثم جاءه من الناحية الاخرى فاعرض عنه حتى تم اقراره أربعا ثم قال «لعلك قبلت لعلك لمست» وروي أنه قال للذي أقر بالسرقة «ما اخالك فعلت» رواه سعيد عن سفيان عن يزيد بن خصفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي ﷺ وقال ثنا هشيم عن الحكم بن عتبة عن يزيد بن أبي كبشة عن ابي الدرداء انه اتي بجارية سوداء سرقت فقال لها اسرقت؟ قولي لا فقالت لا فخلى سبيلها، ولا بأس ان يعرض بعض الحاضرين بالرجوع أو بان لايقر وروينا عن الاحنف انه كان جالسا عند معاوية فاتي بسارق فقال له معاوية اسرقت؟ فقال له بعض الشرطة اصدق الامير فقال الاحنف الصدق في كل المواطن معجزة فعرض له بترك الاقرار

وروي عن بعض السلف انه قال: لايقطع ظريف يعني أنه اذا قامت عليه بينة ادعى شبهة فدفع عنه القطع فلا يقطع، ويكره لمن علم حاله أن يحثه على الاقرار لما روي عن النبي ﷺ انه قال لهزال وقد كان قال لماعز بادر إلى رسول الله ﷺ قبل ان ينزل فيك قرآن «ألا سترته بثوبك كان خيراً لك؟» رواه سعيد

وروى باسناده أيضاً عن سعيد بن المسيب قال جاء ماعز بن مالك إلى عمر بن الخطاب فقال له إنه أصاب فاحشة فقال له أخبرت بهذا أحداً قبلي؟ قال لا قال فاستر يستر الله وتب إلى الله فان الناس يعيرون ولا يغيرون والله يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به أحداً فانطلق إلى أبي بكر فقال له مثل ماقال عمر فلم تقره نفسه حتى أتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك

وكذلك لو قذف امرأة انها وطئت في دبرها او قذف رجلا بوطء امرأة في دبرها فعليه الحد عندنا وعند ابي حنيفة لاحد عليه ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في وجوب حد الزنا على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه ، فاما إن قذفه باتيان بهيمة انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله ، فمن أوجب الحد على فاعله أوجب حد القذف على القاذف به ومن لا فلا ، وكل مالا يجب الحد بفعله لايجب الحد على القاذف به كما لو قذف انسانا بالمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة او قذف امرأة بالمساحقة او بالوطء مستكرهة لم يجب الحد على القاذف، ولانه رماه بما لايوجب الحد فاشبه مالو قذفه باللمس والنظر وكذلك لو قال يا كافر يافاسق ياسارق يامنافق يافاجر ياخبيث ياأعور يا أقطع ياأعمى ابن الزمن الاعمى الاعرج فلا حد في ذلك كله لانه قذف بما لايوجب الحد فلم يوجب الحد كما لو قال يا كاذب يانمام ولا نعلم في هـذا خلافا بين أهـل العلم ولـكنه يعزر لسب الناس واذاهم فاشـبه مالو قذف من لايوجب قذفه الحد

(باب القذف)

وهو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الامة والاصل في تحريمه الـكتاب والسنة . أما الـكتاب فقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال سبحانه (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) وأما السنة فقول النبي ﷺ « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا : وماهن يارسول الله ؟ قال « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وا كل الربا وا كل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » متفق عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قذف حراً محصنا فعليه جلد ثمانين جلدة ان كان القاذف حراً واربعين ان كان عبداً وقذف غير المحصن يوجب التعزير)

المحصنات في القرآن جاءت بأربعة معان (احدها) العفائف وهو المراد ههنا .

(الثاني) بمعنى المزوجات كقوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وقوله تعالى (محصنات غير مسافحات)

(والثالث) بمعنى الحرائر كقوله تعالى (فمن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات) وقوله تعالى (والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الـكتاب من قبلكم) وقوله [فعليهن نصف ما على المحصنات]

(والرابع) بمعنى الاسلام كقوله (فاذا أحصن) قال ابن مسعود إحصانها إسلامها . وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف محصناً إذا كان القاذف مكلفاً

(الفصل الثاني) انه اذا قال أردت انك من قوم لوط فاختلفت الرواية عن احمد فروى عنه جماعة انه يجب عليه الحد بقوله يالوطي ولا يسمع تفسيره بما يحيل القذف وهذا اختيار ابي بكر ونحوه قال الزهري ومالك (والرواية الثانية) أنه لاحد عليه نقلها المروذي ونحو هذا قال الحسن والنخعي قال الحسن اذا قال نويت أن دينه دين لوط فلا حد عليه ، وإن قال أردت انك تعمل عمل قوم لوط فعليه الحد، ووجه ذلك انه فسر كلاما بما لا يوجب الحد فلم يجب عليه حد كما لو فسره به متصلا بكلامه وروي عن احمد رواية ثالثة انه اذا كان في غضب قال انه لأهل ان يقام عليه الحد لان قرينة الغضب تدل على إرادة القذف بخلاف حال الرضا، والصحيح في المذهب الرواية الاولى لان هذه الكلمة لا يفهم منها إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فيه كقوله يازاني ولان قوم لوط لم يبق منهم أحد فلا يحتمل أن ينسب اليهم

(فصل) وإن قال أردت انك على دين لوط او انك تحب الصبيان أو تقبلهم أو تنظر اليهم أو انك تتخلق باخلاق قوم لوط في انديتهم غير اتيان الفاحشة أو انك تنهى عن الفاحشة كنهي لوط عنها او نحو ذلك خرج في هـذا كله وجهان بناء على الروايتين المنصوصتين في المسئلة لان هذا في معناه

﴿مسئلة﴾ (والمحصن هو الحر المسلم العاقل العفيف الذي يجامع مثله، وهل يشترط البلوغ ؟ على روايتين)

فهذه الخمسة شروط الاحصان وبه يقول جماعة الفقهاء قديماً وحديثا سوى ماروي عن داود انه أوجب الحد على قاذف العبد . وقال ابن أبي موسى إذا قذف أم ولد رجل وله منها ولد حد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى قالوا إذا قذف ذمية لها ولد مسلم يحد ، وقال ابن أبي موسى إذا قذف مسلم ذمية تحت مسلم او لها منه ولد حد في إحدى الروايتين، والاول أولى لان ما لا يحد قاذفه اذا لم يكن له ولد لا يحد وله ولد كالمجنونة

واختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط البلوغ فروي عنه انه شرط وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه احد شرطي التكليف فأشبه العقل، ولان زنا الصبي لا يوجب عليه الحد فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون (والثانية) لا يشترط لانه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الكبير وهذا قول مالك واسحاق ، فعلى هذه الرواية لابد أن يكون كبيراً يجامع مثله وأدناه أن يكون للغلام عشر وللجارية تسع

(فصل) ويجب بقذف المحصن ثمانون جلدة إذا كان القاذف حراً وأربعون ان كان عبداً كما ذكره وقد أجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف محصناً وأن حده ثمانون ان كان حراً وقد دل عليه قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وان كان القاذف عبداً فحده أربعون جلدة ، وأجمعوا على وجوب الحد على العبد إذا قذف محصناً لدخوله في

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك من قال يامعفوج)

المنصوص عن احمد فيمن قال يامعفوج ان عليه الحد وكلام الخرقي يقتضي انه يرجع إلى تفسيره فان فسره بغير الفاحشة مثل ان قال أردت يامفلوج أو يامصابا دون الفرج ونحو هذا فلا حد عليه لانه فسره بما لاحد فيه وإن فسره بعمل قوم لوط فعليه الحد كما لو صرح به ووجه القولين ماتقدم في التي قبلها

(فصل) وكلام الخرقي يقتضي ان لايجب الحد على القاذف إلا بلفظ صريح لايحتمل غير القذف وهو أن يقول يازاني أو ينطق باللفظ الحقيقي في الجماع، فاما ماعداه من الالفاظ فيرجع فيه إلى تفسيره لما ذكرنا في هاتين المسئلتين . فلو قال لرجل يا مخنث او لامرأة ياقحبة وفسره بما ليس بقذف مثل أن يريد بالمخنث أن فيه طباع التأنيث والتشبه بالنساء وبالقحبة انها تستعد لذلك فلاحد عليه وكذلك اذا قال يافاجرة ياخبيثة

وحكى ابو الخطاب فى هذا رواية أخرى انه قذف صريح ويجب به الحد والصحيح الاول قال احمد في رواية حنبل لاأرى الحد إلا على من صرح بالقذف والشتيمة قال ابن المنذر الحد على من

عموم الآية وحده اربعون في قول اكثر العلماء فروي عن عبدالله بن عامر بن ربيعة انه قال : ادركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك إذا قذف الا اربعين . وروى خلاس ان علياً قال في عبد قذف حراً عليه نصف الحد ، وجلد أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عبداً قذف حراً ثمانين وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز عملا بعموم الآية ، والصحيح الاول للاجماع المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم ولانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من حد الحر كحد الزنا وهذا يخص عموم الآية وقد عيب على ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين فقال عبد الله بن عامر بن ربيعة مارأيت أحداً جلد العبد ثمانين قبله

وقال سعيد ثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً في فرية ثمانين فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال لي عبد الله بن عامر بن ربيعة اني رأيت والله عمر بن الخطاب فما رأيت احداً جلد عبداً في فرية فوق اربعين

قال الخرقي ويكون بدون السوط الذي يجلد به الحر لانه لما خفف في عدده خفف في سوطه كما أن الحدود في نفسها كلما قل منها كان سوطه أخف ، وظاهر ما ذكره شيخنا انه يكون بسوط الحر فيتساووا في الجلد ليتحقق التنصيف لانه انما يتحقق بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وقذف غير المحصن يوجب التعزير فاذا قذف مشركا أو عبداً أو مسلما له دون عشر سنين أو مسلمة لها دون تسع أو من ليس بعفيف فعليه التعزير)

نصب الحد نصباً ولانه قول غير الزنا فلم يكن صريحاً في القذف كقوله يافاسق وإن فسر شيئاً من ذلك بالزنا فلا شك في كونه قذفا

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في التعريض بالقذف مثل أن يقول لمن يخاصمه ماأنت بزان مايعرفك الناس بالزنا ياحلال ابن الحلال، أو يقول ماأنا بزان ولا أمي بزانية فروى عنه حنبل لاحد عليه وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابي بكر وبه قال عطاء وعمرو بن دينار وقتادة والثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روي أن رجلا قال للنبي ﷺ إن امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد ولا غيره، وقد فرق الله تعالى بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض في العدة وحرم التصريح فكذلك في القذف ولان كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفا كقوله يافاسق

وروى الأثرم وغيره عن احمد أن عليه الحد وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال اسحاق لان عمر حين شاورهم في الذي قال لصاحبه ماأنا بزان ولا أمي بزانية فقالوا قد مدح اباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه فجلده الحد، وقال معمر إن عمر كان يجلد الحد في التعريض

وروى الأثرم ان عثمان جلد رجلا قال لآخر ياابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه والوذر قدر اللحم يعرض له بكمر الرجال ولان الكناية مع القرينة الصارفة إلى أحد محتملاتها كالصريح الذي

لانه لما انتفى وجوب الحد عن القاذف وجب التأديب ردعا له عن أعراض المعصومين وكفاً له عن أذاهم

(فصل) ويجب الحد على قاذف الخصي والمجبوب والمريض المدنف والرتقاء والقرناء . وقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لا حد على قاذف مجبوب . قال ابن المنذر وكذلك الرتقاء . وقال الحسن لا حد على قاذف الخصي لان العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف، والحد انما يجب لنفي العار

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) والرتقاء داخلة في عموم الآية ولانه قاذف محصنا فيلزمه الحد كالقاذف للقادر على الوطء ولان إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفي العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض

(فصل) ويجب الحد على القاذف في غير دار الاسلام وبهذا قال الشافعي. وقال اصحاب الرأي لاحد عليه لانه في دار لا حد على أهلها .ولنا عموم الآية ولانه مسلم مكلف حر قذف محصنا فأشبه من في دار الاسلام

(فصل) ويشترط لاقامة الحد على القاذف شرطان (أحدهما) مطالبة المقذوف لانه حق له فلا يستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه (الثاني) ان لا يأتي ببينة لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية ولذلك يشترط عدم إقرار المقذوف لانه في معنى البينة . وان كان القاذف زوجا اعتبر شرط آخر وهو امتناعه من اللعان، ولا نعلم في هذا كله خلافا ويعتبر استدامة

لايحتمل إلا ذلك المعنى ولذلك وقع الطلاق بالكناية فان لم يكن ذلك في حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف إلى القذف فلا شك في انه لايجوز قذفا

وذكر ابو الخطاب من صور التعريض أن يقول لزوجة آخر قد فضحته وغطيت رأسه وجعلت له قروناً وعلقت عليه أولاداً من غيره وأفسدت فراشه ونكست رأسه وذكر في جميع ذلك روايتين وذكر ابو بكر عبد العزيز ان أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد في التعريض

(فصل) وإن قال لرجل ياديوث يا كشحان فقال احمد يعزر قال ابراهيم الحربي الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته ، وقال ثعلب القرطبان الذي يرضى ان يدخل الرجال على امرأته وقال القرنان والكشحان لم أرهما في كلام العرب ومعناه عند العامة مثل معنى الديوث او قريباً منه فعلى القاذف به التعزير على قياس قوله في الديوث لانه قذفه بما لاحد فيه

وقال خالد بن يزيد عن أبيه في الرجل يقول للرجل ياقرنان اذا كان له اخوات او بنات في الاسلام ضرب الحد يعني انه قاذف لهن

وقال خالد عن أبيه القرنان عند العامة من له بنات والكشحان من له أخوات يعني والله أعلم اذا كان يدخل الرجال عليهن والقواد عند العامة السمسار في الزنا، والقذف بذلك كله يوجب التعزير لانه قذف بما لايوجب الحد

الطلب إلى إقامة الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال الحسن وأصحاب الرأي لايسقط بعفوه لانه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود

ولنا انه حد لا يستوفى إلا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص . وفارق سائر الحدود فانه لايعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها ، فأما حد السرقة فانما يعتبر فيه المطالبة بالمسروق لا استيفاء الحد ولانهم قالوا تصح دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولا يقبل رجوعه بعد الاعتراف فدل على انه حق لآدمي

(فصل) واذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لان مطالبته قبل البلوغ لاتوجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لانه حق شرع للتشفي فلم يقم غيره مقامه في استيفائه كالقصاص فاذا بلغ وطالب اقيم حينئذ، ولو قذف غائباً لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب الا ان يثبت انه طالب في غيبته، ويحتمل أن لا تجوز إقامته في غيبته بحال لانه يحتمل ان يعفو بعد المطالبة فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه يندرىء بالشبهات ، ولو جن المقذوف بعد قذفه وقبل طلبه لم تجز إقامته حتى يفيق ويطالب وكذلك إن اغمي عليه فان كان قد طالب به قبل جنونه وإغمائه جازت إقامته كما لو وكل في استيفاء القصاص ثم جن او أغمي عليه قبل استيفائه

(فصل) واذا قذف ولده لم يجب عليه الحد وان نزل سواء كان القاذف رجلا أو امرأة وبهذا

(فصل) واذا نفى رجلا عن أبيه فعليه الحد نص عليه احمد وكذلك اذا نفاه عن قبيلته وبهذا قال ابراهيم النخعي واسحاق وبه قال ابوحنيفة والثوري وحماد اذا نفاه عن أبيه وكانت أمه مسلمة وإن كانت ذمية او رقيقة فلا حد عليه لان القذف لها ، ووجه الاول ماروى الاشعث بن قيس عن النبي ﷺ أنه كان يقول « لاأوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الاجلدته » وعن ابن مسعود أنه قال لاجلد الا في اثنين . رجل قذف محصنة او نفى رجلا عن أبيه وهذا لايقوله الا توقيفاً ، فامان نفاه عن أمه فلا حد عليه لانه لم يقذف أحداً بالزنا ، وكذلك ان قال ان لم تفعل كذا فلست بابن فلان فلا حد فيه لان القذف لايتعلق بالشرط ، والقياس يقتضي أن لايجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته ولان ذلك لايتعين فيه الرمي بالزنا فأشبه مالو قال للأعجمي انك عربي ، ولو قال للعربي أنت نبطي او فارسي فلاحد فيه وعليه التعزير نص عليه لانه يحتمل انك نبطي اللسان او الطبع ، وحكي عن احمد رواية أخرى أن عليه الحد كما لو نفاه عن أبيه ، والاول أصح وبه قال مالك والشافعي لانه يحتمل غير القذف احتمالا كثيراً فلا يتعين صرفه اليه ، ومتى فسر شيئاً من ذلك بالقذف فهو قاذف

(فصل) واذا قذف رجل رجلا فقال آخر صدقت فالمصدق قاذف أيضاً في أحد الوجهين لان تصديقه ينصرف الى ماقاله ، بدليل مالو قال لي عليك الف فقال صدقت كان اقراراً بها ، ولو قال اعطني

قال الحسن وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال عمر بن عبد العزيز ومالك وأبو ثور وابن المنذر عليه الحد لعموم الآية ولانه حد فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا

ولنا انه عقوبة تجب حقا لآدمي فلا تجب للولد على الوالد كالقصاص او نقول انه حق لايستوفى الا بالمطالبة باستيفائه فأشبه القصاص ولان الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب الابن على ابيه كالقصاص ولان الابوة معنى يسقط القصاص فمنعت الحد كالكفر وبهذا خص عموم الآية ، ثم ماذكروه ينتقض بالسرقة فان الاب لا يقطع بالسرقة من مال ابنه ، والفرق بين القذف والزنا ان حد الزنا خالص لحق الله تعالى لاحق للآدمي فيه وحد القذف حق لآدمي فلا يثبت للابن على ابيه كالقصاص وعلى انه لو زنى بجارية ابنه لم يجب عليه حد

اذا ثبت هذا فانه لو قذف ام ابنه وهي أجنبية منه فماتت قبل استيفائه لم يكن لابنه المطالبة لان مامنع ثبوته ابتداء أسقطه طارئاً كالقصاص فان كان لها ابن آخر من غيره كان له استيفاؤه اذا ماتت بعد المطالبة به لان الحد يملك بعض الورثة استيفاءه كله بخلاف القصاص وأما قذف سائر الاقارب فيوجب الحد على القاذف في قولهم جميعاً

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال زنيت وأنت صغيرة وفسره بصغر عن تسع لم يحد والاخرج على روايتين) أما إذا فسره بصغر عن تسع سنين فانه لا يحد فانه لا يجب بقذفها الحد على ما ذكرنا وكذلك

ثوبي هذا فقال صدقت كان اقراراً وفيه وجه آخر لايكون قاذفاً وهو قول زفر لانه يحتمل أن يريد بتصديقه في غير القذف ، ولو قال أخبرني فلان انك زنيت لم يكن قاذفا سواء كذبه المخبر عنه او صدقه وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انه يكون قاذفا اذا كذبه الآخر وبه قال عطاء ومالك ونحوه عن الزهري لأنه أخبر بزناه

ولنا أنه انما أخبر انه قد قذف فلم يكن قذفا كما لو شهد على رجل انه قد قذف رجلا

(فصل) وان قال أنت أزنى من فلان او أزنى الناس فهو قاذف له وهل يكون قاذفاً للثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) يكون قاذفاً له أختاره القاضي لانه أضاف الزنا اليهما وجعل (احدهما) فيه أبلغ من الآخر فان لفظة افعل للتفضيل فيقتضي اشتراك المذكورين في اصل الفعل وتفضيل احدهما على الآخر فيه كقوله اجود من حاتم (والثاني) يكون قاذفا للمخاطب خاصة لان لفظة افعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى (أفمن يهدي الى الحق أحق أن يتبع ام من لايهدي إلا أن يهدى) وقال تعالى (فأي الفريقين أحق بالامن؟ — وقال لوط ـ بناتي هن اطهر لكم) اي من أدبار الرجال ولا طهارة فيهم ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي ليس بقذف للاول ولا للثاني الأن يريد به القذف

ولنا ان موضوع اللفظ يقتضي ماذكرناه فحمل عليه كما لو قال أنت زان

(فصل) وان قال زنأت مهموزاً فقال ابو بكر وابو الخطاب هو قذف لان عامة الناس لايفهمون

ان قذف صغيراً له دون عشر سنين وإن لم يفسره بذلك وفسره بما زاد عليه خرج على الروايتين في اشتراط البلوغ فان قلنا هو شرط في الاحصان لم يحد وعليه التعزير وإن قلنا ليس بشرط لزمه الحد كالبالغ لانه قذف محصناً

(فصل) فان اختلف القاذف والمقذوف فقال القاذف كنت صغيراً حين قذفتك وقال المقذوف كنت كبيراً فذكر القاضي أن القول قول القاذف لان الاصل الصغر وبراءة الذمة من الحد فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخين مختلفين فهما قذفان موجب أحدهما التعزير والآخر الحد وان ثبتا تاريخاً واحداً وقالت احداهما وهو صغير وقالت الاخرى وهو كبير تعارضتا وسقطتا وكذلك لو كان تاريخ بينة المقذوف قبل تاريخ بينة القاذف

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لحرة مسلمة زنيت وأنت نصرانية او أمة ولم تكن كذلك فعليه الحد)

إذا قال زنيت اذ كنت مشركا أواذ كنت رقيقاً فقال المقذوف ما كنت رقيقاً ولا مشركا نظرنا فان ثبت أنه كان مشركا اورقيقا فهي كالتي قبلها وان ثبت أنه لم يكن كذلك فعليه الحد لانه يعلم كذبه في وصفه بذلك، وإن لم يثبت واحد منهما وجب عليه الحد في احدى الروايتين، لان الاصل عدم الشرك والرق و لان الاصل الحرية واسلام اهل دار الاسلام (والثانية) لايجب لان الاصل براءة ذمته ، وأما اذا قال زنيت وانت مشرك فقال المقذوف اردت قذفي بالزنا والشرك معا وقال القاذف بل أردت قذفك بالزنا اذ

من ذلك الا القذف فكان قذفا كما قال زنيت ، وقال ابن حامد ان كان عامياً فهو قذف لانه لايريد به الا القذف ، وان كان من اهل العربية لم يكن قذفاً لان معناه في العربية طاعت فالظاهر انه يريد موضوعه ولاصحاب الشافعي في كونه قذفاً وجهان ، وان قال زنأت في الجبل فالحكم فيه كما لو قال زنأت ولم يقل في الجبل، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن ليس بقذف قال الشافعي ويستحلف على ذلك

ولنا انه اذا كان عامياً لايعرف موضوعه في اللغة تعين مراده في القذف ولم يفهم منه سواه فوجب أن يكون قذفاً كما لو فسره بالقذف أو لحن لحناً غير هذا

(فصل) فان قال لرجل يازانية أو لامرأة يازاني فهو صريح في قذفهما اختاره أبو بكر ، وهو مذهب الشافعي واختار ابن حامد أنه ليس بقذف إلا أن يفسره به وهو قول أبي حنيفة لانه يحتمل أن يريد بقوله يازانية أي ياعلامة في الزنا كما يقال للعالم علامة وللكثير الرواية راوية ولكثير الحفظ حفظة

ولنا أن ما كان قذفا لاحد الجنسين كان قذفا للآخر كقوله زنيت بفتح التاء وكسرها لهما جميعاً ولان هذا اللفظ خطاب لهما وإشارة اليهما بلفظ الزنا وذلك يغني عن التمييز بتاء التأنيث وحذفها وكذلك لو قال للمرأة ياشخصاً زانياً أو للرجل يانسمة زانية كان قاذفا ، وقولهم إنه يريد بذلك أنه

كنت مشركا فقال أبو الخطاب القول قول القاذف وهو قول بعض الشافعية لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها، وقوله وانت مشرك مبتدأ وخبر وهو حال لقوله زنيت كقوله تعالى (الا استمعوه وهم يلعبون) وقال القاضي : يجب الحد وهو قول بعض الشافعية لان قوله زنيت خطاب في الحال والظاهر أنه أراد زناه في الحال وهكذا ان قال زنيت وانت عبد، فأما إن قال زنيت وقال اردت انه زنى وهو مشرك فقال الخرقي يجب عليه الحد ، وكذلك ان كان عبداً لانه قذفه في حال كونه حراً مسلماً محصناً وكذلك يقتضي وجوب الحد عليه لعموم الآية ووجود المعنى، فاذا ادعى مايسقط الحد عنه لم يقبل منه كما لو قذف كبيراً ثم قال اردت انه زنى وهو صغير ، فأما إن قال زنيت في شركك أو وأنت مشرك ففيه وجهان

(احدهما) لا حد عليه وهو قول الزهري وأبي ثور واصحاب الرأي ، وعن احمد رواية أخرى وعن مالك أنه يحد وهو قول الثوري لان القذف وجد في حال كونه محصناً . ووجه الاول أنه أضاف القذف إلى حال ناقصة أشبه ما لو قذفه في حال الشرك ولانه قذفه بما لا يوجب الحد على المقذوف أشبه ما لو قذفه بالوطء دون الفرج ، وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقاً، فان قال زنيت وأنت صبي أو صغير سئل عن الصغر فان فسره بما لا يجامع مثله ففيها الوجهان ، وإن فسره بصغر يجامع في مثله خرج على الروايتين في اشتراط البلوغ للاحصان

(فصل) وان قذف مجهولا وادعى انه رقيق او مشرك وقال المقذوف بل أنا حر مسلم

علامة في الزنا لايصح فان ما كان اسما للفعل اذا دخلته الهاء كانت للمبالغة كقولهم حفظة للمبالغة في الحفظ وراوية للمبالغة في الرواية وكذلك همزة ولمزة وصرعة ولان كثيراً من الناس يذكر المؤنث ويؤنث المذكر ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مراداً بما يراد باللفظ الصحيح

(فصل)وإذاقال لرجل زنيت بفلانة كان قاذفا لهما وقد نقل عن أبي عبدالله انه سئل عن رجل قال لرجل يانا كح امه ماعليه؟ قال ان كانت امه حية فعليه الحد للرجل ولامه حد ، وقال مهنا سألت أبا عبدالله إذا قال الرجل لرجل يازاني ابن الزاني قال عليه حدان قلت أبلغك في هذا شيء قال مكحول قال فيه حدان وان أقر إنسان أنه زنى بامرأة فهو قاذف لها سواء ألزمه حد الزنا باقراره أو لم يلزمه ، وبهذا قال ابن المنذر وأبو ثور ويشبه مذهب الشافعي ،وقال أبو حنيفة لايلزمه حد القذف لانه يتصور منه الزنا بها من غير زناها لاحتمال أن تكون مكرهة أو موطوءة بشبهة

ولنا ماروى ابن عباس أن رجلا من بكر بن ليث أتى النبي ﷺ فأقر أنه زنى بامرأة أربع مرات فجلده مائة وكان بكراً ثم سأله البينة على المرأة فقالت كذب والله يارسول الله فجلده حد الفرية

فالقول قوله ، وقال ابو بكر القول قول القاذف في الرق لان الاصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين

ولنا أن الاصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت الى ماخالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحيله

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قذف محصناً فزال احصانه قبل اقامة الحد عليه لم يسقط الحد عن القاذف)

وبهذا قال الثوري وابو ثور والمزني وداود ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاحد عليه لان الشروط تجب استدامتها الى حال اقامة الحد بدليل انه لو ارتد او جن لم يقم الحد لان وجود الزنا يقوي قول القاذف ويدل على تقدم الفسق منه فأشبه الشهادة اذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها

ولنا ان الحد قد وجب وتم بشروطه فلم يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها او سرق عيناً فنقصت قيمتها او ملكها او كما لو جن المقذوف بعد المطالبة، وقولهم ان الشروط تعتبر استدامتها قلنا الشروط ههنا للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب وقد وجب الحد بدليل انه ملك المطالبة به وتبطل الاصول التي ذكروها بالاصول التي قسنا عليها ، وأما إذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد وانما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة فأشبه مالو غاب من له الحد، فان ارتد من وجب له الحد لم يملك المطالبة لان حقوقه واملاكه تزول او تكون موقوفة، وفارق الشهادة فان العدالة شرط للحكم بها فيعتبر وجودها الى حين الحكم بها بخلاف مسئلتنا فان العفة شرط للوجوب فلاتعتبر الا الى حين الوجوب

(فصل) ولو وجب الحد على ذمي أو مرتد ملحق بدار الحرب ثم عاد لم يسقط عنه وقال ابو حنيفة يسقط

ولنا انه حد وجب فلم يسقط بدخول دار الحرب كما لو كان مسلماً دخل بأمان

(فصل)ويحد من قذف ابن الملاعنة نص عليه احمد، وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن

ثمانين والاحتمال الذي ذكره لاينفي الحد بدليل مالو قال ياناك امه فانه يلزمه الحد مع احتمال أن يكون فعل ذلك بشبهة، وقد روي عن أبي هريرة أنه جلد رجل قال لرجل ذلك ويتخرج لنا مثل قول أبي حنيفة بناء على ماإذا قال لامرأته يازانية فقالت بك زنيت فان أصحابنا قالوا لاحد عليها في قولها بك زنيت لاحتمال وجود الزنا به مع كونه واطئاً بشبهة ولا يجب الحد عليه لتصديقها إياه وقال الشافعي عليه الحد دونها وليس هذا باقرار صحيح .

ولنا أنها صدقته فلم يلزمه حد كما لو قالت صدقت، ولو قال يازانية قالت أنت ازنى مني فقال ابو بكر هي كالتي قبلها في سقوط الحد عنه ويلزمها له ههنا حد القذف بخلاف التي قبلها لانها اضافت اليه الزنا وفي التي قبلها أضافته الى نفسها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قذف رجلا فلم يتم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف)

وبهذا قال الثوري وأبو ثور والمزني وداود وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لاحد عليه، لان

والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وجمهور العلماء ولا نعلم فيه خلافاً، وقد روي ان النبي ﷺ قضى في الملاعنة أن ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد رواه ابو داود ولان حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها به حد، ومن قذف ابن الملاعنة فقال هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى، وكذلك ان قال هو من الذي رميت به، فاما ان قال ليس هو ابن فلان يعني الملاعن وأراد أنه منفي عنه شرعاً فلا حد عليه لانه صادق

(فصل) فاما ان ثبت زناه ببينة او اقرار او حد للزنا فلا حد على قاذفه لانه صادق ولان احصان المقذوف قد زال بالزنا . ولو قال لمن زنى في شركه او من كان مجوسياً تزوج بذات محرم بعد أن أسلم يازاني فلا حد عليه اذا فسره بذلك . وقال مالك عليه الحد لانه قذف مسلماً لم يثبت زناه في اسلامه

ولنا انه قذف من ثبت زناه اشبه مالو ثبت زناه في الاسلام ولانه صادق ومقتضى كلام الخرقي وجوب الحد عليه لقوله ومن قذف من كان مشركا وقال اردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت إلى قوله وحد .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (والقذف محرم لما ذكرنا من الآية والخبر والاجماع إلا في موضعين (أحدهما) ان يرى امرأته تزني في طهر لم يصبها فيه فيعتزلها وتأتي بولد يمكن أن يكون من الزاني فيجب عليه قذفها ونفيه لان ذلك يجري مجرى اليقين في ان الولد من الزاني لكونها أتت به لستة أشهر من حين الوطء فاذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث اقاربه وورثوا منه ونظر إلى بناته وأخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لازالة ذلك، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الاولين والآخرين » رواه أبو داود وقوله «وهو ينظر اليه » يعني يراه منه فكما حرم على المرأة ان تدخل على قوم من ليس منهم فالرجل مثلها وكذا لو أقرت بالزنا ووقع في نفسه صدقها فهو كما لو رآها

الشروط تعتبر استدامتها إلى حالة إقامة الحد بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم الحد ولان وجود الزنا منه يقوي قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها

ولنا أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بامة ثم اشتراها أو سرق عيناً فنقصت قيمتها أو ملكها وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة، وقولهم إن الشروط تعتبر استدامتها لا يصح فإن الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب وقد وجب الحد بدليل انه ملك المطالبة ويبطل بالأصول التي قسنا عليها، وأما إذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به فأشبه ما لو غاب من له الحد، وان ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لان حقوقه وأملاكه تزول أو تكون موقوفة وفارق الشهادة فإن العدالة شرط للحكم بها فيعتبر وجودها إلى حين الحكم بها بخلاف مسئلتنا فان العفة شرط للوجوب فلا تعتبر إلا الى حين الوجوب

(الثاني) ان لا تأتي بولد يجب نفيه مثل ان يراها تزني ولا تأتي بولد يلحقه نسبه أو يكون ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا أو استفاض زناها في الناس أو أخبره ثقة ورأي رجلا يعرف بالفجور يدخل عليها فيباح قذفها لانه يغلب على ظنه فجورها ولا يجب لانه يمكنه مفارقتها وقد روى علقمة أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال له ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فذكر أنه يتكلم أو يسكت فلم ينكر عليه النبي ﷺ والسكوت ههنا اولى ان شاء الله تعالى لانه استر ولان قذفها يلزم منه ان يحلف احدهما كاذبا أو يقر فيفتضح)

﴿مسئلة﴾ (وان أتت بولد يخالف لونه لونهما لم يبح نفيه بذلك وقال أبو الخطاب ظاهر كلامه اباحته)

إذا اتت بولد يخالف لونه لونهما ويشبه رجلا غير والديه لم يبح نفيه بذلك لما روى أبو هريرة قال جاء رجل من بني فزارة الى النبي ﷺ فقال ان امرأتي جاءت بولد اسود يعرض بنفيه فقال له النبي ﷺ «هل لك من ابل» قال نعم قال فما الوانها؟ قال حمر قال هل فيها من اورق؟ قال ان فيها الورق قال فاني أتاها ذلك؟ قال عسى ان يكون نزعه عرق قال وهذا عسى ان يكون نزعه عرق» قال ولم يرخص له في الانتفاء منه متفق عليه ولان الناس كلهم من آدم وحواء والوانهم وخلقهم مختلفة ولولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على صفة واحدة ولان دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوي لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي ﷺ شبها بينا بعتبة الحق الولد بالفراش وترك الشبه وهذا اختيار أبي عبدالله بن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي وذكر القاضي وأبو الخطاب ان ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لقول النبي ﷺ في حديث اللعان « ان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به » فاتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه والصحيح الاول وهذا الحديث انما يدل على نفيه

(فصل) ولو وجب الحد على ذمي او مرتد فلحق بدار الحرب ثم عاد لم يسقط عنه وقال ابو حنيفة يسقط. ولنا أنه حد وجب فلم يسقط بدخول دار الحرب كما لو كان مسلما دخل بامان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قذف مشركا أو عبداً او مسلما له دون العشر سنين او مسلمة لها دون التسع سنين ادب ولم يحد)

قد ذكرنا ان الاسلام والحرية وادراك سن يجامع مثله في مثله شروط لوجوب الحد على قاذفه فاذا انتفى أحدها لم يجب الحد على قاذفه ولكن يجب تاديبه ردعاً له عن أعراض المعصومين وكفاله عن أذاهم. وحد الصبي الذي لم يجب الحد بقذفه أن يبلغ الغلام عشراً والجارية تسعاً في إحدى الروايتين. وقد سبق ذكر ذلك

عنه مع ما تقدم من لعانه ونفيه اياه عن نفسه فجعل الشبه مرجحا لقوله دليلا على تصديقه وما تقدم من الاحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي، ولان هذا كان في موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضي لحوق النسب بصاحبه وان كان يعزل عن امرأته لم يبح له نفيه لما روى أبو سعيد أنه قال يارسول الله انا نصيب النساء ونحب الاثمان افنعزل عنهن؟ فقال « ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها» ولانه قد يسبق من الماء مالايحس به فيعلق »

(فصل) ولايجوز قذفها بخبر من لايوثق بخبره لانه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير ان يستفيض زناها لانه يجوز ان يكون دخل سارقاً أو هارباً أو لحاجة أو لغرض فاسد فلم تمكنه ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال ان يكون اعداؤها اشاعوا ذلك عنها، وفيه وجه أنه يجوز لان الاستفاضة أقوى من خبر الثقة

(فصل) قال رحمه الله والفاظ القذف تنقسم الى صريح وكناية فالصريح قوله يازاني ياعاهر زنى فرجك مما لايحتمل غير القذف فلا يقبل قوله بما يحيله لانه صريح فيه فأشبه التصريح بالطلاق

﴿مسئلة﴾ (وان قال يالوطي أو يامعفوج فهو صريح في المنصوص عن أحمد وعليه الحد)

إذا قذفه بعمل قوم لوط اما فاعلا أو مفعولا به فعليه حد القذف وبه قال الحسن والنخعي والزهري ومالك وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال عطاء وقتادة وأبو حنيفة لاحد عليه لانه قذف بما لايوجب الحد عنده، وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى وكذلك لو قذف امرأة أنها وطئت في دبرها أو قذف رجلا بوطء امرأة في دبرها فعليه الحد عندنا وعند أبي حنيفة لاحد عليه، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في وجوب حد الزنى على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه، فان قذف رجلا باتيان بهيمة انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله فمن اوجب عليه الحد اوجب حد القذف على قاذفه ومن لا فلا، وكل ما لا يجب الحد بفعله لا يجب الحد على القاذف به كما لو قذف انساناً بالمباشرة فيما دون الفرج أو بالوطء بالشبهة أوقذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة لم يجب الحد على القاذف لانه رماه بما لايوجب الحد فاشبه ما لو قذفه باللمس والنظر وكذلك لو قال

(فصل) فان اختلف القاذف والمقذوف فقال القاذف كنت صغيراً حين قذفتك. وقال المقذوف كنت كبيراً فذكر القاضي ان القول قول القاذف لان الاصل الصغر وبراءة الذمة من الحد فان أقام القاذف بينة انه قذفه صغيراً وأقام المقذوف بينة أنه قذفه كبيراً وكانتا مطلقتين او مؤرختين تاريخين مختلفين فهما قذفان موجب أحدهما التعزير (والثاني) الحد، وان بينتا تاريخاً واحداً وقالت احداهما وهو صغير وقالت الاخرى وهو كبير تعارضتا وسقطتا وكذلك لو كان تاريخ بينة المقذوف قبل تاريخ بينة القاذف

﴿مسئلة﴾ قال (ومن قذف من كان مشركا وقال أردت انه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحد القاذف اذا طالب المقذوف وكذلك من كان عبدا)

انما كان كذلك لانه قذفه في حال كونه مسلماً محصنا وذلك يقتضي وجوب الحد عليه لعموم الآية

يا كافر يافاسق ياسارق يامنافق يافاجر ياخبيث يااعور يااقطع يااعمى يامقعد ياابن الزمن الاعمى الاعرج فلا حد في ذلك كله لانه قذفه بما لا يوجب الحد فهو كما لو قال يا كاذب يانمام ولانعلم في هذا خلافا بين أهل العلم ولكنه يعزر لسب الناس وأذاهم فاشبه مالو قذف من لا يوجب قذفه الحد

﴿مسئلة﴾ (فان قال اردت بقولي يالوطي أنك تعمل عمل قوم لوط فقال الخرقي لاحد عليه وهو بعيد)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروى عنه جماعة أنه يجب عليه الحد بقوله يا لوطي ولا يسمع تفسيره بما يحيل القذف وهو اختيار أبي بكر ونحوه قال الزهري ومالك (والثانية) لاحد عليه نقلها المروذي ونحو هذا قال الحسن والنخعي، قال الحسن اذا قال نويت ان دينه دين لوط فلاحد عليه، وان قال اردت أنه يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد. ووجه ذلك أنه فسر كلامه بما لا يوجب الحد فلم يجب عليه حد كما لو فسره به متصلا بكلامه. وعن احمد رواية ثالثة أنه اذا كان في غضبه قال انه لاهل ان يقام عليه الحد لان قرينة الغضب تدل على ارادة القذف بخلاف حال الرضاء والصحيح في المذهب الرواية الاولى لان هذه الكلمة لايفهم منها إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فيه كقوله يازاني ولان قوم لوط لم يبق منهم أحد فلا يحتمل ان ينسب اليهم

﴿مسئلة﴾ (فان قال اردت أنك تعمل عمل قوم لوط غير اتيان الرجال احتمل وجهين)

نحو ان يقول اردت أنك على دين لوط أو أنك تحب الصبيان وتقبلهم أو تنظر اليهم أوانك تتخلق باخلاق قوم لوط في انديتهم غير اتيان الفاحشة او انك تنهى عن الفاحشة كنهي لوط عنها ونحو ذلك خرج في ذلك كله وجهان بناء على الروايتين المنصوصتين في المسئلة المذكورة لان هذا في معناه

(فصل) وان قال يامعفوج فالمنصوص عن أحمد ان عليه الحد وكلام الخرقي يقتضي انه يرجع إلى تفسيره فان فسره بغير الفاحشة مثل ان قال اردت يامفلوج أو مصابا دون الفرج ونحو ذلك فلاحد عليه لانه فسره بما لاحد فيه، وان فسره بعمل قوم لوط فعليه الحد كما لو صرح به ووجه القولين ماتقدم في التي قبلها

ووجود المعنى فاذا ادعى مايسقط الحد عنه لم يقبل منه كما لو قذف كبيراً ثم قال أردت انه زنى وهو صغير فاما ان قال له زنيت في شركك فلا حد عليه وبه قال الزهري وابو ثور وأصحاب الرأي. وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية أخرى . وعن مالك أنه يحد وبه قال الثوري لان القذف وجد في حال كونه محصناً

ولنا أنه أضاف القذف إلى حال ناقصة أشبه مالو قذفه في حال الشرك ولانه قذفه بما لا يوجب الحد على المقذوف فأشبه مالو قذفه بالوطء دون الفرج وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقاً فقال زنيت في حال رقك او قال زنيت وانت طفل ، وان قال زنيت وأنت صبي اوصغير سئل عن الصغر فان فسره بصغر لايجامع في مثله فهي كالتي قبلها ، وإن فسره بصغر يجامع في مثله فعليه الحد في إحدى الروايتين ، وان قال زنيت إذ كنت مشركا او إذ كنت رقيقاً فقال المقذوف ما كنت مشركا ولا رقيقاً نظرنا فان ثبت انه كان مشركا او رقيقا فهي كالتي قبلها ، وإن ثبت انه لم يكن رقيقاً كذلك وجب الحد على القاذف وان لم يثبت واحد منهما ففيه روايتان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لست بولد فلان فقد قذف امه)

إذا نفى رجلا عن أبيه فعليه الحد لانه قذف امه نص عليه احمد الا أنه يسأل عما اراد فان فسره بالقذف فهو قاذف وان كان منفيا باللعان ثم استلحقه أبوه فهو قذف أيضاً نص عليه، وان لم يكن استلحقه فلا حد لان النبي ﷺ نفى الولد المنفي باللعان عن أبيه الا ان يفسره بان امه زنت فيكون قاذفا وان لم يكن كذلك فهو قذف في الظاهر للام لانه لايكون لغير أبيه الا بزنى امه ويحتمل ان لايكون قذفا لانه يجوز أن يريد أنك لاتشبهه في كرمه وأخلاقه وكذلك ان نفاه عن قبيلته ، وبهذا قال النخعي وإسحاق وبه قال أبو حنيفة والثوري وحماد اذا نفاه عن امه وكانت امه مسلمة حرة، وان كانت ذمية أو رقيقة فلا حد عليه لان القذف لها ووجه الاول ماروى الاشعث بن قيس عن النبي ﷺ انه كان يقول « لااوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الاجلدته» وعن ابن مسعود أنه قال لاجلد الا في اثنين رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه وهذا لايقوله الا توقيفاً فاما ان نفاه عن امه فلا حد عليه لانه لم يقذف احدا بالزنى، وكذلك إن قال إن لم تفعل كذا فلست بابن فلان لان القذف لايتعلق بالشرط قال شيخنا والقياس يقتضي ان لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته لان ذاك لايتعين فيه الرمي بالزنا فاشبه ما لوقال للاعجمي إنك عربي

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لست بولدي فعلى وجهين)

(احدهما) أنه يكون قذفاً لها لانه إذا لم يكن ولده كان لغيره فأشبه مالو قال لاجنبي لست بولد فلان فانه يكون قذفاً لامه كذا ههنا

(والثاني) لا يكون قاذفاً قاله القاضي لأن للرجل أن يغلظ لولده في القول والفعل

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلانة فهو قاذف له لانه أضاف اليه الزنا بصفة المبالغة وهذا قول أبي بكر

(احداهما) يجب الحد لان الاصل عدم الشرك والرق ، ولان الاصل الحرية واسلام أهل دار الاسلام (والثانية) القول قول القاذف لان الاصل براءة ذمة القاذف . وان قال زنيت وانت مشرك فقال المقذوف أردت قذفي بالزنا والشرك معاً وقال القاذف بل اردت قذفك بالزنا إذ كنت مشركا فالقول قول القاذف اختاره ابو الخطاب وهو قول بعض الشافعية لان الخلاف في بينته وهو أعلم بها، وقوله وأنت مشرك مبتدأ وخبر وهو حال لقوله زنيت كقول الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) . وقال القاضي يجب الحد وهو قول بعض الشافعية لان قوله زنيت خطاب في الحال فالظاهر انه أراد زناه في الحال وهكذا ان قال زنيت وأنت عبد وان قذف مجهولا وادعى انه رقيق او مشرك فقال المقذوف بل أنا حر مسلم فالقول قوله ، وقال ابو بكر القول قول القاذف في الرق لان الاصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين

وأما الثاني ففيه وجهان (احدهما) يكون قاذفاً له اختاره القاضي لانه أضاف الزنا اليهما وجعل أحدهما فيه ابلغ من الآخر فان لفظة أفعل التفضيل تقتضي اشتراك المذكورين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه كقوله أجود من حاتم

(والثاني) يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعل تستعمل للمنفرد بالفعل كقوله تعالى (أفمن يهدي إلى الحق أحق أن يتبع أمن لا يهدي إلا أن يهدى ؟) وقال تعالى (فأي الفريقين أحق بالأمن؟) وقال لوط (بناتي هن أطهر لكم) اي من أدبار الرجال ولا طهارة فيهم وقال الشافعي وأصحاب الرأي ليس بقذف للاول ولا للثاني إلا أن يريد به القذف وهو قول ابن حامد

ولنا أن موضوع اللفظ يقتضي ما ذكرنا فحمل عليه كما لو قال أنت زان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لرجل يازانية أو لامرأة يازان أو قال زنت يداك ورجلاك فهو صريح في القذف في قول أبي بكر وليس بصريح عند ابن حامد)

أما إذا قال لرجل يازانية أو لامرأة يازان فاختار ابو بكر انه صريح في قذفهما وهو مذهب الشافعي واختار ابن حامد انه ليس بقذف الا ان يفسره به وهو قول ابي حنيفة لانه يحتمل انه يريد بقوله يازانية أي يا علامة في الزنا كما يقال للعالم علامة وللكثير الرواية راوية وللكثير الحفظ حفظة

ولنا ان ما كان قذفا لأحد الجنسين كان قذفاً للآخر كقوله زنيت بفتح التاء وبكسرها لهما جميعاً ولأن هذا اللفظ خطاب لهما واشارة اليهما بلفظ الزنا وذلك يغني عن التمييز بتاء التانيث وحذفها وكذلك لو قال للمرأة ياشخصاً زانياً وللرجل يانسمة زانية كان قاذفاً ، وقولهم انه يريد بذلك انه علامة في الزنا لا يصح فان ما كان اسماً للفعل إذا دخلته الهاء كانت للمبالغة كقولهم حفظة وراوية للمبالغة في الرواية كذلك همزة ولمزة وصرعة ولان كثيراً من الناس يذكر المؤنث ويؤنث المذكر ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مراداً بما يراد باللفظ الصحيح ،وان قال زنت يداك اورجلاك لم يكن قاذفاً في ظاهر المذهب وهو قول ابن حامد لان زنا هذه الاعضاء لا يوجب الحد بدليل

ولنا ان الاصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت الى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحيله وكما لو ادعى أنه مشرك، فان قيل الاسلام يثبت بقوله أنا مسلم بخلاف الحرية قلنا انما يثبت الاسلام بقوله في المستقبل وأما الماضي فلا يثبت بما جاء بعده فلا يثبت كونه مسلماً حال القذف بقوله في حال النزاع فاستويا

﴿مسئلة﴾ قال (ويحد من قذف الملاعنة)

نص احمد على هذا وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وجمهور الفقهاء ولا نعلم فيه خلافا وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قضى في الملاعنة أن لا ترمى ولا يرمى ولدها فعليه الحد رواه أبو داود ولان حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها به حد، ومن قذف ابن الملاعنة فقال هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى وكذلك ان قال هو من الذي رميت به فأما ان قال ليس هو ابن فلان يعني الملاعن واراد أنه منفي عنه شرعا فلا حد عليه لانه صادق .

قول النبي ﷺ « العينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش ، والرجلان تزنيان وزناهما المشي » ويصدق ذلك الفرج او يكذبه وفيه وجه آخر انه يكون قذفاً لانه اضاف الزنى إلى عضو منه فأشبه ما لو اضافه إلى الفرج والاولى ان يرجع إلى تفسيره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال زنأت في الجبل مهموزاً فهو صريح عند ابي بكر ، وقال ابن حامد ان كان يعرف العربية فليس بصريح)

إذا قال زنأت في الجبل بالهمز فهو صريح عند ابي بكر وابي الخطاب لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك إلا القذف فكان قذفاً كما لو قال زنيت وقال ابن حامد ان كان عامياً فهو قذف لانه لا يريد به إلا القذف وإن كان من اهل العربية لم يكن قذفاً لأن معناه في العربية طلعت كقول الشاعر * وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * فالظاهر انه يريد موضوعه ولأصحاب الشافعي في كونه قذفاً وجهان، وإن قال زنأت ولم يقل في الجبل فالحكم كالتي قبلها ، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن ليس بقذف ، قال الشافعي ويستحلف على ذلك

ولنا أنه إذا كان عامياً لا يعرف موضوعه في اللغة تعين مراده في القذف ولم يفهم منه سواه فوجب ان يكون قذفاً كما لو فسره بالقذف او لحن لحناً غير هذا

(فصل) إذا قال لرجل زنيت بفلانة كان قذفاً لهما وقد نقل عن ابي عبد الله انه سئل عن رجل قال لرجل يا ناكح أمه ما عليه ؟ قال إن كانت أمه حية فعليه للرجل حد ولأمه حد ، وقال مهنا : سألت أبا عبد الله إذا قال الرجل للرجل يازاني ابن الزاني ؟ قال : عليه حدان قلت أبلغك في هذا

(فصل) فاما ان ثبت زناه ببينة أواقرار أو حد بالزنا فلاحد على قاذفه لانه صادق ولان احصان المقذوف قد زال بالزنا ، ولو قال لمن زنى في شركه أو لمن كان مجوسيا تزوج بذات محرمه بعدأن أسلم يازاني فلا حد عليه إذا فسره بذلك ، وقال مالك عليه الحد لأنه قذف مسلما لم يثبت زناه في اسلامه

ولنا انه قذف من ثبت زناه أشبه مالو ثبت زناه في الاسلام ولأنه صادق والذي يقتضيه كلام الخرقي وجوب الحد عليه لقوله ومن قذف من كان مشركا وقال أردت انه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحد

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قذفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة اذا كانت الأم في الحياة)

وإن قذفت أمه وهى ميتة مسلمة كانت أو كافرة حرة أوامة حد القاذف إذا طالب الابن وكان حراً مسلما، أما إذا قذفت وهي في الحياة فليس لولدها المطالبة لان الحق لها فلايطالب به غيرها ولا

شيء ؟ قال مكحول قال فيه حدان،وإن أقر انسان أنه زنى بامرأة فهو قاذف لها سواء لزمه حد الزنا باقراره أو لم يلزمه ، وبهذا قال ابن المنذر وأبو ثور ونسبه مذهبا للشافعي ، وقال أبو حنيفة لايلزمه حد القذف لأنه يتصور منه الزنا بغير زناها لاحتمال أن تكون مكرهة أو موطوءة بشبهة

ولنا ماروى ابن عباس أن رجلا من بكر بن ليث أتى النبي ﷺ فأقر أنه زنى بامرأة أربع مرات فجلده النبي ﷺ مائة وكان بكراً ثم سأله البينة على المرأة فقال كذب والله يارسول الله فجلده حد الفرية ثمانين ، والاحتمال الذي ذكره لا ينافي الحد بدليل مالو قال يانايك أمه فانه يلزمه الحد مع احتمال أن يكون فعل ذلك بشبهة ، وقد روي عن أبي هريرة أنه جلد رجلا قال لرجل ذلك ويتخرج لنا مثل قول أبي حنيفة بناء على ما إذا قال لامرأته يازانية فقالت بك زنيت ، فان أصحابنا قالوا لا حد عليها في قولها : بك زنيت ، لاحتمال وجود الزنا به مع كونه واطئاً بشبهة ولايجب الحد عليه لتصديقها إياه وقال الشافعي عليه الحد دونها وليس هذا باقرار صحيح

ولنا أنها صدقته فلم يلزمه حد كما لو قال يازانية أنت أزنى مني فقال أبو بكر هي كالتي قبلها في سقوط الحد ويلزمها له ههنا حد القذف بخلاف التي قبلها فانها أضافت الزنا اليه ، وفي التي قبلها أضافته إلى نفسها .

﴿ مسألة ﴾ (والكنايات نحو قوله لامرأته قد فضحته وغطيت أو نكست رأسه وجعلت له قروناً وعلقت عليه أولاداً من غيره وأفسدت فراشه أويقول لمن يخاصمه ياحلال ابن الحلال مايعرفك الناس بالزنا ياعفيفة أو يافاجرة ياقحبة ياخبيثة أو يقول لعربي يانبطي يا فارسي يارومي ، أو يسمع رجلا يقذف رجلا فيقول صدقت أو اخبرني فلان انك زنيت وكذبه الآخر فهذا كناية ان فسره بمايحتمله غير القذف قبل قوله في أحد الوجهين وفي الآخر هذا كله صريح)

يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجوراً عليها أوغير محجور عليها لانه حق يثبت للتشفي، فلايقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص وتعتبر حصانتها لان الحق لها فتعتبر حصانتها كما لو لم يكن لها ولد، واما إن قذفت وهي ميتة فان لولدها المطالبة لانه قدح في نسبه ولانه بقذف أمه ينسبه الى أنه من زنا ولا يستحق ذلك بطريق الارث ولذلك تعتبر الحصانة فيه ولا تعتبر الحصانة في امه لان القذف له وقال أبو بكر لايجب الحد بقذف ميتة بحال وهو قول أصحاب الرأي لانه قذف لمن لاتصح منه المطالبة فأشبه قذف المجنون وقال الشافعي ان كان الميت محصنا فلوليه المطالبة وينقسم بانقسام الميراث وان لم يكن محصنا فلا حد على قاذفه لانه ليس بمحصن فلايجب الحد بقذفه كما لو كان حيا، واكثر اهل العلم لا يرون الحد على من يقذف محصنا حيا ولا ميتاً لانه اذا لم يحد بقذف غير المحصن اذا كان حيا فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى

ولنا قول النبي ﷺ في الملاعنة «ومن رمى ولدها فعليه الحد» يعني من رماه بأنه ولد زنا وإذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك فبقذف غيره أولى ولان اصحاب الرأي اوجبوا الحد على من نفى

ظاهر كلام الخرقي أن الحد لا يجب على القاذف إلا باللفظ الصريح الذي لا يحتمل غير القذف وهو أن يقول يازاني أو ينطق باللفظ الحقيقي في الجماع، فأما ماعداه من الالفاظ فيرجع فيه إلى تفسيره كما ذكر في قوله يالوطي يامعفوج، فلو قال لرجل يامخنث ولامرأة ياقحبة وفسره بما ليس بقذف نحو أن يريد بالمخنث أن فيه طباع التأنيث والتشبه بالنساء وياقحبة أنها تستعد لذلك فلا حد عليه وكذلك إذا قال يا فاجرة يا خبيثة.

وحكى أبو الخطاب في هذا رواية أخرى أنه كله صريح يجب به الحد، والصحيح الأول.

قال احمد في رواية حنبل: لا ارى الحد إلا على من صرح بالقذف والشتيمة، وقال ابن المنذر الحد على من نصب الحد نصباً ولانه قول يحتمل غير الزنا فلم يكن صريحاً في القذف كقوله: يافاسق، وكذلك إذا قال أردت بالنبطي نبطي اللسان أو فارسي الطبع او رومي الخلقة فانه لاحد عليه، وعنه فيمن قال يافارسي أنه يحد لأنه جعله لغير أبيه؛ والاول اصح لانه يحتمل ما ذكرناه فلا يكون قذفاً وكذلك إن قال افسدت عليه فراشه اي خرقت فراشه أو اتلفته، وفي قوله علقت عليه اولاداً من غيره أي التقطت ولداً وذكرت انه ولده فان فسر شيئاً من ذلك بالزنا فلاشك في كونه قذفاً. ومن صور التعريض أن يقول لزوجة الآخر قد فضحته وغطيت او نكست رأسه وجعلت له قروناً وعلقت عليه اولاداً من غيره وأفسدت فراشه فذكر ابو الخطاب في جميع ذلك روايتين، وذكر أبو بكر عبد العزيز أن أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد في التعريض

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في التعريض بالقذف مثل ان يقول لمن يخاصمه ماأنت بزان مايعرفك الناس بالزنا ياحلال ابن الحلال اويقول ماانا بزان ولا امي بزانية فروى عنه حنبل انه لاحد عليه وهوظاهر كلام الخرقي واختيار ابي بكر وبه قال عطاء وعمرو بن دينار وقتادة والثوري والشافعي وابو ثور

رجلا عن ابيه إذا كان أبواه حربين مسلمين أو كانا ميتين ، والحد انما وجب للولد لان الحد لا يورث عندهم ، فاما ان قذفت امه بعد موتها وهو مشرك او عبد فلا حد عليه في ظاهر كلام الخرقي سواء كانت الام حرة مسلمة أو لم تكن وقال أبو ثور واصحاب الرأي إذا قال لكافر اوعبد لست لابيك وأبواه حران مسلمان فعليه الحد وإن قال لعبد امه حرة وابوه عبد لست لأبيك فعليه الحد وإن كان العبد للقاذف عند أبي ثور ، وقال اصحاب الرأي يصح (١) أن يحد المولى لعبده واحتجوا بأن هذا قذف لامه فيعتبر احصانها دون احصانه لانها لو كانت حية كان القذف لها فكذلك إذا كانت ميتة ولأن معنى هذا ان أمك زنت فاتت بك من الزنا فاذا كان من الزنا منسوبا اليها كانت هي المقذوفة دون ولدها .

ولنا ما ذكرناه ولأنه لو كان القذف لها لم يجب الحد لأن الكافر لا يرث المسلم والعبد لا يرث الحر ولأنهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال فيثبت أن القذف له فيعتبر احصانه دون إحصانها والله أعلم .

(١) في نسخة يستقبح

واصحاب الرأي وابن المنذر لما روي ان النبي ﷺ قال له رجل ان امرأتي ولدت غلاماً اسود يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد ولا غيره ، وقد فرق الله تعالى بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض وحرم التصريح وكذلك في القذف ولان كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفاً كقوله يا فاسق . وروى الاثرم وغيره ان عليه الحد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال اسحاق لان عمر حين شاورهم في الذي قال لصاحبه ما أبي بزان ولا أمي بزانية فقالوا قد مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه فجلده الحد وروى الاثرم أن عثمان جلد رجلا قال لآخر يا ابن سافة (٢) الوذر يعرض له بزنا امه والوذر قدر اللحم يعرض بكمر الرجال ولان الكناية مع القرينة الصارفة إلى أحد محتملاتها كالتصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى ولذلك وقع الطلاق بها ، فأما ان لم يكن في حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف الى القذف فلا شك في أنه لا يكون قذفا

(فصل) فأما ان قال لرجل يا ديوث يا كشحان فقال أحمد يعزر قال ابراهيم الحربي الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته وقال ثعلب القرطبان الذي يرضى ان يدخل الرجال على نسائه وقال القرنان والكشحان لم ارهما في كلام العرب ومعناه عند العامة مثل معنى الديوث أو قريباً منه فعلى القاذف به التعزير على قياس قوله في الديوث لانه قذفه بما لا حد فيه وقال خالد بن يزيد عن أبيه في الرجل يقول للرجل يا قرنان اذا كان له أخوات أو بنات في الاسلام ضرب الحد يعني أنه قاذف لهن وقال خالد عن أبيه القرنان عند العامة من له بنات والكشحان من له أخوات يعني والله أعلم اذا كان يدخل الرجال عليهن والقواد عند العامة السمسار في الزناء والقذف بذلك كله يوجب التعزير لانه قذف بما لا يوجب الحد

﴿ مسئلة ﴾ (أو يسمع رجلا يقذف فيقول صدقت أو أخبرني فلان أنك زنيت وكذبه

(فصل) وان قذفت جدته فقياس قول الخرقي أنه كقذف امه ان كانت حية فالحق لها ويعتبر إحصانها وليس لغيرها المطالبة عنها وإن كانت ميتة فله المطالبة اذا كان محصناً لان ذلك قدح في نسبه ، فأما إن قذف أباه او جده او أحداً من أقاربه غير أمهاته بعد موته لم يجب الحد بقذفه في ظاهر كلام الخرقي لانه انما اوجب بقذف أمه حقاً له لنفي نسبه لاحقاً للميت ولهذا لم يعتبر إحصان المقذوفة واعتبر إحصان الولد ، ومتى كان المقذوف من غير أمهاته لم يتضمن نفي نسبه فلم يجب الحد وهذا قول ابي بكر وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي إن كان الميت محصناً فلوليه المطالبة به وينقسم انقسام الميراث لانه قذف محصناً فيجب الحد على قاذفه كالحي

ولنا انه قذف من لا يتصور منه المطالبة فلم يجب الحد بقذفه كالمجنون او نقول قذف من لا يجب الحد له فلم يجب كقذف غير المحصن وفارق قذف الحي فان الحد يجب له

الآخر فهو كناية اذا فسره بما يحتمله غير القذف قبل في قوله في احد الوجهين وفي الآخر صريح)

اذا سمع رجلا يقذف فقال صدقت فالمصدق قاذف في أحد الوجهين لان تصديقه ينصرف الى ما قاله ، بدليل ما لو قال لي عليك الف فقال صدقت كان اقراراً بها ، ولو قال اعطني ثوبي هذا قال صدقت كان اقراراً ، وفيه وجه آخر لا يكون قاذفاً وهو قول زفر لانه يحتمل أن يكون أراد تصديقه في غير القذف ، ولو قال اخبرني فلان انك زنيت لم يكن قاذفاً سواء صدقه المخبر عنه او كذبه وبه قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي، وفيه وجه آخر انه يكون قاذفا اذا كذبه الآخر وذكره ابو الخطاب وبه قال عطاء ومالك ونحوه عن الزهري لانه اخبر بزناه

ولنا انه انما اخبر انه مقذوف فلم يكن قذفا كما لو شهد على رجل انه قذف رجلا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قذف اهل بلد او جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزر ولم يحد)

لانه لا عار على المقذوف بذلك للقطع بكذب القاذف ويعزر على ما اتى به من المعصية والزور فهو كما لو سبهم بغير القذف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لامرأته يا زانية قالت بك زنيت لم تكن قاذفة)

لانها صدقته فيما قال فلم يجب عليه حد كما لو قالت صدقت ، ولا يجب عليها حد القذف لانه يمكن الزنا منها به من غير أن يكون زانياً بأن يكون قد وطئها بشبهة ولا يجب عليها حد الزنا لانها لم تقر أربع مرات

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال لرجل اقذفني فقذفه فهل يحد أو يعزر ؟ على وجهين)

وهذا مبني على الاختلاف في حد القذف إن قلنا هو حق لله تعالى وجب عليه ولم يسقط بالاذن فيه كالزنا ، وإن قلنا هو حق لآدمي لم يجب عليه الحد كما لو أذن في اتلاف ماله ويعزر لانه فعل محرما لا حد فيه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قذف أم النبي ﷺ قتل مسلما كان أو كافراً)

يعني ان حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه أحمد، وحكى ابو الخطاب رواية أخرى ان توبته تقبل وبه قال ابو حنيفة والشافعي مسلماً كان او كافراً لان هذا منه ردة والمرتد يستتاب وتصح توبته

ولنا ان هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير ام النبي ﷺ ولانه لو قبلت توبته وسقط حده لكان اخف حكما من قذف آحاد الناس لان قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من اقامته . واختلفت الرواية عن احمد فيما اذا كان القاذف كافراً فأسلم فروي انه لا يسقط باسلامه لانه حد قذف فلم يسقط بالاسلام كقذف غيره ، وروي انه يسقط لانه لو سب الله تعالى في كفره ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه اولى، ولان الاسلام يجب ماقبله والخلاف في سقوط القتل عنه فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة فان الله تعالى يقبل التوبة من الذنوب كلها ، والحكم في قذف النبي ﷺ كالحكم في قذف امه لان قذف امه انما اوجب القتل لكونه قذفا للنبي ﷺ وقدحا في نسبه

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قذفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة إذا كانت الام في الحياة ، وان قذفت وهي ميتة مسلمة كانت أو كافرة حرة أو أمة حد القاذف إذا طالب الابن وكان حراً مسلماً ذكره الخرقي ، وقال أبو بكر لا يجب الحد بقذف ميتة)

أما إذا قذفت وهي في الحياة فليس لولدها المطالبة لان الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كان محجوراً عليها أو غير محجور عليها لأنه حق ثبت للتشفي فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص،وتعتبر حصانتها لان الحق لها فتعتبر حصانتها كما لو لم يكن لها ولد ، وأما ان قذفت وهي ميتة فان لولدها المطالبة لانه قدح في نسبه لانه بقذف أمه ينسبه الى أنه من زنا ولا يستحق ذلك بطريق الارث فلذلك تعتبر الحصانة فيه ولا تعتبر الحصانة في أمه لان القذف له ، وقال أبو بكر : لا يجب الحد بقذف ميتة بحال وهو قول أصحاب الرأي لانه قذف لمن لا تصح منه المطالبة فأشبه قذف المجنون ، وقال الشافعي ان كان الميت محصنا فلوليه المطالبة وينقسم بانقسام الميراث ، وان لم يكن محصناً فلا حد على قاذفه لانه ليس بمحصن فلا يجب الحد بقذفه كما لو كان حياً ، وأكثر أهل العلم لا يرون الحد على من لم يقذف محصناً حيا ولا ميتا لانه اذا لم يحد بقذف غير المحصن اذا كان حيا فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى

ولنا قول النبي ﷺ في ابن الملاعنة « من رمى ولدها فعليه الحد » يعني من رماه بأنه ولد زنا ، واذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك فبقذف غيره أولى، ولان أصحاب الرأي أوجبوا الحد على من نفى رجلا عن أبيه اذا كان أبواه حرين مسلمين وان كانا ميتين والحد انما وجب للولد لان الحد لا يورث عندهم ، فأما ان قذفت أمه بعد موتها وهو مشرك أو عبد فلا حد عليه في ظاهر

(فصل) وقذف النبي ﷺ وقذف امه ردة عن الاسلام وخروج عن الملة وكذلك سبه بغير القذف إلا ان سبه بغير القذف يسقط بالاسلام لان سب الله تعالى يسقط بالاسلام فسب النبي ﷺ أولى وقد جاء في الاثر « إن الله تعالى يقول شتمني ابن آدم وما ينبغي له ان يشتمني اما شتمه إياي فقوله اني اتخذت ولداً وانا الاحد الصمد لم ألد ولم أولد » ولا خلاف في ان اسلام النصراني القائل لهذا القول يمحو ذنبه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد اذا طالبوا أو واحد منهم)

وبهذا قال طاوس والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وابو حنيفة وصاحباه وابن ابي ليلى واسحاق وقال الحسن وابو ثور وابن المنذر لكل واحد حد كامل . وعن احمد مثل

كلام الخرقي سواء كانت الام حرة مسلمة أو لم تكن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال لكافر أو عبد لست لأبيك وأبواه حران مسلمان فعليه الحد، وان قال لعبد أمه حرة وأبوه عبد لست لابيك فعليه الحد، وان كان العبد للقاذف عند أبي ثور، وقال أصحاب الرأي يستقبح أن يحد المولى لعبده واحتجوا بأن هذا قذف لامه فيعتبر احصانها دون احصانه لانها لو كانت حية كان القذف لها فكذلك اذا كانت ميتة ولان معنى هذا ان أمك زنت فأتت بك من الزنا واذا كان الزنا منسوبا اليها كانت هي المقذوفة دون ولدها

ولنا ما ذكرناه ولانه لو كان القذف لها لم يجب الحد لان الكافر لا يرث المسلم والعبد لا يرث الحر ولانهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال فثبت ان القذف له فيعتبر احصانه دون احصانها

(فصل) فان قذفت جدته فقياس قول الخرقي أنه كقذف امه ان كانت حية فالحق لها وتعتبر حصانتها وليس لغيرها المطالبة عنها، وان كانت ميتة فله المطالبة إذا كان محصنا لان ذلك قدح في نسبه، فأما ان قذف أباه أو جده أو أحداً من أقاربه غير أمهاته بعد موته لم يجب الحد بقذفه في ظاهر كلام الخرقي لانه انما وجب الحد بقذف أمه حقا له لنفي نسبه لا حقا للميت ولهذا لم يعتبر احصان المقذوفة واعتبر احصان الولد واذا كان المقذوف من غير أمهاته لم يتضمن نفي نسبه فلم يجب الحد وهذا قول أبي بكر وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ان كان الميت محصنا فلوليه المطالبة به وينقسم انقسام الميراث لانه قذف محصنا فيجب الحد على قاذفه كالحي

ولنا أنه قذف من لا يتصور منه المطالبة فلم يجب الحد بقذفه كالمجنون أو نقول قذف من لا يجب الحد له فلم يجب كقذف غير المحصن وفارق قذف الحي فان الحد يجب له

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المقذوف سقط الحد عن القاذف)

اذا كان قبل المطالبة بالحد ولم يجب، وان مات بعد المطالبة قام وارثه مقامه ولانه حق له

ذلك وللشافعي قولان كالروايتين، ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة، ولان الذين شهدوا على المغيرة قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً واحداً ولانه قذف واحد فلم يجب إلا حد واحد كما لو قذف واحداً ولان الحد انما وجب بادخال المعرة على المقذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المعرة فوجب أن يكتفى به بخلاف ما اذا قذف كل واحد قذفا مفرداً فان كذبه في قذف لا يلزم منه كذبه في آخر ولا تزول المعرة عن أحد المقذوفين بحده للآخر، فاذا ثبت هذا فانهم إن طلبوه جملة حد لهم وإن طلبه واحد أقيم الحد لان الحق ثابت لهم على سبيل البدل فايهم طالب به استوفى وسقط فلم يكن لغيره الطلب به كحق المرأة على أوليائها تزويجها اذا قام به واحد سقط عن الباقين وإن أسقطه أحدهم فلغيره

يجب بالمطالبة أشبه رجوع الاب فيما وهب ولده وكالشفعة تسقط بموت الشفيع قبل المطالبة دون ما بعدها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قذف ام النبي ﷺ قتل مسلما كان او كافراً)

يعني ان حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه أحمد، وحكي أبو الخطاب رواية أخرى أن توبته تقبل، وبه قال ابو حنيفة والشافعي مسلما كان أو كافراً لان هذا منه ردة والمرتد يستتاب وتصح توبته.

ولنا أن هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي ﷺ ولانه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكماً من قذف آحاد الناس لان قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من إقامته واختلفت الرواية فيما اذا كان القاذف كافراً فأسلم فروي انه لا يسقط باسلامه لأنه حد قذف فلم يسقط بالاسلام كقذف غيرها، وروي أنه يسقط لانه لو سب الله سبحانه وتعالى في كفره ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى ولان الاسلام يجب ما قبله والخلاف في سقوط القتل عنه، فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة فان الله تعالى يقبل التوبة من الذنوب كلها والحكم في قذف النبي صلى الله عليه وسلم كالحكم في قذف امه لان قذف امه إنما أوجب القتل لكونه قذفا للنبي ﷺ وقدحا في نسبه.

(فصل) وقذف النبي ﷺ وقذف امه ردة عن الاسلام وخروج عن الملة وكذلك سبه بغير القذف إلا أن سبه بغير القذف يسقط بالاسلام لان سب الله سبحانه وتعالى يسقط بالاسلام فسب النبي ﷺ أولى وقد جاء في الاثر ان الله تعالى يقول «شتمني ابن آدم وما ينبغي له أن يشتمني أما شتمه إياي فقوله اني اتخذت ولداً وانا لم ألد ولم أولد» ولا خلاف في أن اسلام النصراني القائل لهذا القول يصح.

المطالبة به واستيفاؤه لان المعرة عنه لم تزل بعفو صاحبه وليس للعافي الطلب به لأنه قد أسقط حقه منه وروي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى انهم ان طلبوه دفعة واحدة فحد واحد، وكذلك ان طلبوه واحداً بعد واحد إلا انه ان لم يقم حتى طلبه الكل فحد واحد، وان طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم وهذا قول عروة لانهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه لجميعهم، وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا إسقاطهم

(فصل) وان قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد، حد وبهذا قال عطاء والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة والشافعي. وقال حماد ومالك لا يجب إلا حد واحد لانها جناية توجب حداً فاذا تكررت كفى حد واحد كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء او شرب انواعا من المسكر

ولنا انها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص وفارق ماقاسوا عليه فانه حق لله تعالى

(فصل) وإذا قال لرجل يا ابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة فان كانا ميتين ثبت الحق

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا أو واحد منهم وعنه ان طالبوا متفرقين حد لكل واحد حداً)

أما اذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فالمشهور في المذهب أنه لا يلزمه الا حد واحد اذا طالبوا أو واحد منهم، وبهذا قال طاوس والزهري والشعبي والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وأبو حنيفة وصاحباه وابن ابي ليلى واسحاق وعنه رواية ثانية أنه يحد لكل واحد حدا كاملا وبه قال الحسن وأبو ثور وابن المنذر، وللشافعي قولان كالروايتين. ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات.

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) لم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ولان الذين شهدوا على المغيرة قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر الاحداً واحداً، ولانه قذف واحد فلم يجب الا حد واحد كما لو قذف واحداً ولان الحد انما وجب بادخال المعرة على المقذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المعرة فوجب ان يكتفى به بخلاف ما اذا قذف كل واحد قذفا مفرداً فان كذبه في قذف لا يلزم منه كذبه في الآخر ولا تزول المعرة عن أحد المقذوفين بحده الآخر. اذا ثبت هذا فانهم ان طالبوا جملة حد لهم وان طلبه واحد أقيم الحد لان الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفي وسقط فلم يكن لغيره الطلب به كحق المرأة على أوليائها في تزويجها اذا قام به واحد سقط عن الباقين وان أسقطه احدهم فلغيره المطالبة به واستيفاؤه لان المعرة لم تزل عنه بعفو صاحبه وليس للعافي الطلب به لانه قد اسقط حقه منه وعن احمد رواية ثالثة انهم ان طلبوه دفعة واحدة فحد واحد وكذلك ان طلبوه واحدا بعد

لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وجهاً واحداً . وان قال يا زاني ابن الزاني فهو قذف لهما بكلمتين ، فان كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد ، وان كان ميتا فالظاهر في المذهب انه لايجب الحد بقذفه ، وان قال يازاني ابن الزانية وكانت أمه في الحياة فلكل واحد حد ، وان كانت ميتة فالقذفان جميعاً له وإن قال زنيت بفلانة فهو قذف لهما بكلمة واحدة ، وكذلك اذا قال يانا كح أمه ويخرج فيه الروايات الثلاث والله أعلم

(فصل) وان قذف رجلا مرات فلم يحد فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات،وان قذفه فحد ثم أعاد قذفه نظرت،فان قذفه بذلك الزنا الذي حد من أجله لم يعد عليه الحد في قول عامة أهل العلم ،وحكي عن ابن القاسم انه أوجب حداً ثانياً،وهذا يخالف اجماع الصحابة فان أبا بكر لما حد بقذف المغيرة أعاد قذفه فلم يروا عليه حداً ثانياً فروى الأثرم باسناده عن[1] ظبيان بن عمارة قال شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر انه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال شاط ثلاثة أرباع

(١) ظبيان بن عمارة روى عن علي وروى عنه سويد بن نجيح أبو قطبة

واحد الا انه ان لم يقم حتى طلبه الكل فحد واحد وان طلبه فأقيم له ثم طلبه آخر اقيم له وكذلك جميعهم وهذا قول عروة لانهم اذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه لجميعهم فاذا طلبه واحد منهم كان استيفاؤه له وحده فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا اسقاطهم .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قذفهم بكلمات حد لكل واحد حداً) .

وبهذا قال عطاء والشعبي وقتادة وابن ابي ليلى وابو حنيفة والشافعي وقال حماد ومالك لايجب الا حد واحد لانها جناية توجب حدا فاذا تكررت كفى حد واحد كما لو سرق من جماعة او زنى بنساء او شرب أنواعا من المسكر

ولنا انها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص وفارق ماقاسوا عليه فانه حق لله تعالى

(فصل) اذا قال لرجل ياابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة ، فان كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وجهاً واحداً ، وان قال يازاني ابن الزاني فهو قذف لهما بكلمتين فان كان أبوه حيا فلكل واحد منهما حد وان كان ميتاً فالظاهر في المذهب انه لايجب الحد بقذفه وان قال يازاني ابن الزانية وكانت أمة في الحياة فلكل واحد حد ، وان كانت ميتة فالقذفان جميعاً له ،وان قال زنيت بفلانة فهو قذف لهما بكلمة واحدة وكذلك اذا قال يانا كح امه ويخرج فيها الروايات الثلاث

﴿ مسئلة ﴾ (وان حد للقذف فأعاده لم يعد عليه الحد اما اذا قذف رجل مرات ولم يحد فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات،وان قذفه فحد ثم أعاد قذفه وكان قذفه بذلك الزنا الذي حد من أجله لم يعد عليه الحد في قول عامة أهل العلم وحكي عن ابن القسم انه اوجب حداً ثانياً وهذا يخالف إجماع الصحابة فان ابا بكرة لما حد بقذف المغيرة أعاد قذفه فلم يروا عليه حداً ثانياً فروى الأثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة قال شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر انه زنى

المغيرة بن شعبة وجاء زياد فقال ماعندك؟ فلم يثبت فأمر بهم فجلدوا وقال شهود زور فقال أبو بكرة أليس ترضى ان أتاك رجل عدل يشهد برجمه؟ قال نعم والذي نفسي بيده فقال أبو بكرة وأنا اشهد انه زان فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال علي ياأمير المؤمنين انك ان أعدت عليه الجلد أوجبت عليه الرجم وفي حديث آخر فلا يعاد في فرية جلد مرتين

قال الاثرم قلت لأبي عبدالله قول علي ان جلدته فارجم صاحبك قال كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبوعبد الله وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته في الحديث فأعجبني ثم قال يقول اذا جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهداً آخر. فأما ان حد له ثم قذفه بزنا ثان نظرت، فان قذفه بعد طول الفصل لحد ثان لانه لا يسقط حرمة المقذوف بالنسبة الى القاذف أبداً بحيث يمكن من قذفه بكل حال وان قذفه عقيب حده ففيه روايتان :

(احداهما) يحد أيضا لانه قذف لم يظهر كذبه فيه بحد فيلزم فيه حد كما لو طال الفصل ولأن سائر اسباب الحد اذا تكررت بعد ان حد للاول ثبت للثاني حكمه كالزنا والسرقة وغيرهما من الاسباب (والثانية) لايحد لانه قد حد له مرة فلم يحد له بالقذف عقبه كما لو قذفها بالزنا الاول

(فصل) وإذا قال من رماني فهو ابن الزانية فرماه رجل فلا حد عليه في قول احد من اهل العلم وكذلك ان اختلف رجلان في شيء فقال احدهما الكاذب هو ابن الزانية فلا حد عليه نص عليه أحمد لانه لم يعين احداً بالقذف وكذلك ما أشبه هذا ولو قذف جماعة لا يتصور صدقه في قذفهم مثل ان يقذف أهل بلدة كثيرة بالزنا كلهم لم يكن عليه حد لانه لم يلحق العار باحد غير نفسه للعلم بكذبه.

(فصل) وان ادعى على رجل أنه قذفه فانكر لم يستحلف ، وبه قال الشعبي وحماد والثوري وأصحاب الرأي وعن احمد رحمه الله انه يستحلف حكاها ابن المنذر وهو قول الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابي ثور وابن المنذر لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه ولانه حق لآدمي فيستحلف فيه كالدين . ووجه الاولى أنه حد فلا يستحلف فيه كالزنا والسرقة فان نكل عن اليمين لم يقم عليه الحد لان الحد يدرأ بالشبهات فلا يقضى فيه بالنكول كسائر الحدود

فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبة وجاء زياد فقال ماعندك ؟ فلم يثبت فأمر بهم فجلدوا وقال شهود زور فقال أبو بكرة اليس ترضى ان اتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال نعم والذي نفسي بيده قال أبو بكرة وأنا أشهد انه زان فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال علي ياأمير المؤمنين انك ان اعدت عليه الجلد اوجبت عليه الرجم وفي حديث آخر فلا يعاد في فرية جلد مرتين قال الاثرم قلت لابي عبدالله قول علي ان جلدته فارجم صاحبك قال كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبو عبد الله وكنت انا أفسره على هذا حتى رأيته في الحديث فأعجبني ثم قال يقول إذا

﴿مسألة﴾ قال (ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ الى الحرم لم يبايع ولم يشار حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد)

وجملته ان من جنى جناية توجب قتلا خارج الحرم ثم لجاء اليه لم يستوف منه فيه، وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد واسحاق والشعبي وأبي حنيفة واصحابه واما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن احمد فيه روايتان (إحداهما) لا يستوفى من الملتجيء الى الحرم فيه (والثانية) يستوفى وهو مذهب أبي حنيفة لان المروي عن النبي ﷺ النهي عن القتل بقوله عليه السلام «فلا يسفك فيها دم» وحرمة النفس أعظم فلا يقاس غيرها عليها ولان الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب السيد عبده والاولى ظاهر كلام الخرقي وهي ظاهر المذهب قال ابو بكر هذه مسئلة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه ان الحدود كلها تقام في الحرم الا القتل والعمل على أن كل جان دخل الحرم لم يقم عليه حد جنايته حتى يخرج منه، وان هتك حرمة الحرم بالجناية فيه هتكت حرمته باقامة الحد عليه فيه، وقال مالك والشافعي وابن المنذر يستوفى منه فيه لعموم الامر بجلد الزاني وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فاراً بجزية ولا دم» وقد امر النبي ﷺ بقتل ابن خطل وهو متعلق باستار الكعبة حديث حسن صحيح ولانه حيوان أبيح دمه لعصيانه فأشبه الكلب العقور

ولنا قول الله تعالى (ومن دخله كان آمنا) يعني الحرم بدليل قوله (فيه آيات بينات مقام ابراهيم) والخبر اريد به الامر لانه لو اريد به الخبر لافضى الى وقوع الخبر خلاف المخبر وقال النبي ﷺ «ان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء مسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دما ولا يعضد بها شجرة فان احد ترخص لقتال رسول الله ﷺ فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم وإنما أذن لي ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالامس فليبلغ الشاهد الغائب، وقال النبي ﷺ « ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض وإنما احلت لي ساعة من نهار ثم عادت الى حرمتها فلا يسفك فيها دم» متفق عليهما فالحجة فيه من وجهين (أحدهما) أنه حرم سفك الدم بها على الاطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على أنه اراد العموم فانه لو أراد سفك الدم الحرام لم يختص

جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهداً آخر، فأما ان حد له ثم قذفه بزنا ثان نظرت فان قذفه بعد طول الفصل فحد ثان لانه لا يسقط حرمة المقذوف بالنسبة الى القاذف ابداً بحيث يتمكن من قذفه بكل حال، وان قذفه عقيب حده ففيه روايتان.

(احداهما) يحد ايضا لانه قذف لم يظهر كذبه فيه بحد فيلزمه فيه حد كما لو طال الفصل ولان

به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً (والثاني) قوله «إنما حلت لي ساعة من نهار ثم عادت حرمتها» ومعلوم أنه انما أحل له سفك دم حلال في غير الحرم فحرمها الحرم ثم أحلت له ساعة ثم عادت الحرمة ثم اكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به فيه بقوله «فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم» وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل بن حنظل فانه من رخصة رسول الله ﷺ التي منع الناس أن يقتدوا به فيها وبين أنها له على الخصوص وما رووه من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الاشدق يرد به قول رسول الله ﷺ حين روى له أبو شريح هذا الحديث، وقول رسول الله ﷺ أحق أن يتبع، وأما جلد الزاني وقطع السارق والامر بالقصاص فانما هو مطلق في الامكنة والازمنة فانه يتناول مكانا غير معين ضرورة أنه لا بد من مكان فيمكن إقامته في مكان غير الحرم ثم لو كان عموما فان ما رويناه خاص يخص به مع أنه قد خص مما ذكروه الحامل والمريض المرجو برؤه فتأخر الحد عنه وتأخر قتل الحامل فجاز أن يخص أيضا بما ماذكرناه والقياس على الكلب العقور غير صحيح فان ذلك طبعه الاذى فلم يحرمه الحرم ليدفع اذاه عن اهله فاما الآدمي فالاصل فيه الحرمة وحرمته عظيمة وانما ابيح لعارض فاشبه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات فان الحرم يعصمها، اذا ثبت هذا فانه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى ويقال له اتق الله واخرج إلى الحل ليستوفى منك الحق الذي قبلك فاذا خرج استوفي حق الله منه وهو قول جميع من ذكرناه، وانما كان كذلك لانه لو أطعم واوي لتمكن من الاقامة دائما فيضيع الحق الذي عليه وإذا منع من ذلك كان وسيلة الى خروجه فيقام فيه حق الله تعالى وليس علينا اطعامه كما ان الصيد لا يصاد في الحرم وليس علينا القيام به قال ابن عباس رحمه الله من أصاب حداً ثم لجأ الى الحرم فانه لا يجالس ولا يبايع ولا يؤوى ويأتيه من يطلبه فيقول أي فلان اتق الله فاذا خرج من الحرم أقيم عليه الحد رواه الاثرم فان قتل من له عليه القصاص في الحرم وأقام حداً بجلد أوقتل أوقطع طرف أساء ولا شيء عليه لانه استوفى حقه في حال لم يكن له استيفاؤه فيه فاشبه ما لو اقتص في شدة الحر أو برد مفرط

سائر اسباب الحد إذا تكررت بعد ان حد للأول ثبت للثاني حكمه كالزنا والسرقة وغيرهما من الاسباب (والثانية) لا يحد لانه قد حد له مرة فلم يحد له بالقذف عقيبه كما لو قذفه بالزنا الأول

(فصل) اذا قال من رماني فهو ابن الزانية فرماه رجل فلا حد عليه في قول احد من اهل العلم وكذلك ان اختلف رجلان في شيء فقال احدهما الكاذب هو ابن الزانية فلا حد عليه، نص عليه احمد لانه لم يعين احدا بالقذف وكذلك ما اشبه هذا .

(فصل) اذا ادعى على رجل انه قذفه فأنكر لم يستحلف وبه قال الشعبي وحماد والثوري

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن قتل أو أتى حدا في الحرم أقيم عليه في الحرم)

وجملته أن من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصا فانه يقام عليه حدها لا نعلم فيه خلافا وقد روى الاثرم باسناده عن ابن عباس أنه قال من احدث حدثا في الحرم أقيم عليه ما احدث فيه من شيء وقد امر الله تعالى بقتال من قاتل في الحرم فقال تعالى (ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم) فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم ولان أهل الحرم يحتاجون الى الزجر عن ارتكاب المعاصي كغيرهم حفظا لأنفسهم وأموالهم واعراضهم فلو لم يشرع الحد في حق من ارتكب الحد في الحرم لتعطلت حدود الله تعالى في حقهم وفاتت هذه المصالح التي لا بد منها ولا يجوز الاخلال بها ولأن الجاني في الحرم هاتك لحرمته فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيانته بمنزلة الجاني في دار الملك لا يعصم لحرمة الملك بخلاف الملتجيء اليها بجناية صدرت منه في غيرها.

(فصل) فاما حرم مدينة النبي ﷺ فلا يمنع إقامة حد ولا قصاص لان النص انما ورد في حرم الله تعالى وحرم المدينة دونه في الحرمة فلا يصح قياسه عليه وكذلك سائر البقاع لا تمنع من استيفاء حق ولا إقامة حد لان امر الله تعالى باستيفاء الحقوق واقامة الحد مطلق في الامكنة والازمنة خرج منها الحرم لمعنى لا يكفي في غيره لانه محل الانساك وقبلة المسلمين وفيه بيت الله المحجوج وأول بيت وضع للناس ومقام ابراهيم وآيات بينات فلا يلتحق به سواه ولا يقاس عليه ما ليس في معناه والله أعلم.

وأصحاب الرأي وعن احمد انه يستحلف حكاها ابن المنذر وهو قول الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابي ثور وابن المنذر لقول النبي ﷺ ولكن اليمين على المدعى عليه ولانه حق لآدمي فيستحلف فيه كالدين ووجه الاول انه حد فلا يستحلف فيه كالزنا والسرقة فان نكل عن اليمين لم يقم عليه الحد لان الحد يدرأ بالشبهات فلا يقضى فيه بالنكول كسائر الحدود.

باب القطع فى السرقة

والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وأما السنة فروت عائشة أن رسول الله ﷺ قال « تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا » وقال النبي ﷺ « انما هلك من كان قبلكم بانهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » متفق عليهما في اخبار سوى هذين نذكرها ان شاء الله تعالى في مواضعها، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (واذا سرق ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمة ثلاثة دراهم طعاما كان أو غيره وأخرجه من الحرز قطع)

وجملته ان القطع لايجب الا بشروط سبعة :

(أحدها) السرقة ومعنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية والاستتار ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك ، فان اختطف أو اختلس لم يكن سارقا ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية ، قال أقطع المختلس لانه يستخفي بأخذه فيكون سارقاً ، وأهل الفقه

باب القطع فى السرقة

الاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، اما الكتاب فقول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) واما السنة فروت عائشة ان رسول الله ﷺ قال « تقطع اليد في ربع دينار » فصاعدا وقال النبي ﷺ « انما هلك من كان قبلكم بانهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » متفق عليه في أخبار سوى هذه نذكرها ان شاء الله تعالى في مواضعها، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب إلا بسبعة شروط) (أحدها) السرقة وهي أخذ المال على وجه الاختفاء ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك

﴿مسئلة﴾ ولا قطع على منتهب ولا مختلس ولا غاصب ولا خائن ولا جاحد وديعة ولا عارية وعنه يقطع جاحد العارية)

لا يقطع مختطف ولا مختلس عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية قال اقطع المختلس ولانه يستخفي باخذه فيكون سارقا، وأهل الفقه والفتوى من علماء الامصار على خلافه وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « ليس على الخائن ولا المختلس قطع » وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ « ليس على

والفتوى من علماء الامصار على خلافه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ليس على الخائن ولا المختلس قطع » وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ « ليس على المنتهب قطع » رواهما أبو داود وقال لم يسمعها ابن جريج من أبي الزبير ، ولان الواجب قطع السارق وهذا غير سارق . ولان الاختلاس نوع من الخطف والنهب وانما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السارق

واختلفت الرواية عن أحمد في جاحد العارية فعنه عليه القطع وهو قول اسحاق لما روي عن عائشة ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي ﷺ بقطع يدها فأتى أهلها أسامة فكلموه فكلم النبي ﷺ فقال النبي ﷺ « الا أراك تكلمني في حد من حدود الله تعالى ؟ » ثم قام النبي ﷺ خطيباً فقال « انما هلك من كان قبلكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد ﷺ لقطعت يدها » قالت فقطع يدها ، قال أحمد لاأعرف شيئاً يدفعه ، متفق عليه ، وعنه لاقطع عليه وهو قول الخرقي وأبي اسحاق بن شاقلا وأبي الخطاب وسائر الفقهاء وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول رسول الله ﷺ « لا قطع على الخائن » ولان الواجب قطع السارق ،والجاحد غير سارق وانما هو خائن فأشبه جاحد الوديعة ، والمرأة التي كانت تستعير المتاع انما قطعت لسرقتها لا بجحدها ألا ترى قوله « إذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه - وقوله - والذي نفسي بيده لو كانت

المنتهب قطع» وعنه ﷺ انه قال « ليس على الخائن والمختلس قطع » رواهما أبو داود وقال لم يسمعها ابن جريج من أبي الزبير ولان الواجب قطع السارق وهذا غير سارق ولان الاختلاس نوع من الخطف والنهب، انما استخفى في ابتداء اختلاسه بخلاف السارق

(فصل) ولا يقطع جاحد الوديعة ولا غيرها من الامانات لانعلم فيه خلافا فاما جاحد العارية فقد اختلف عن أحمد رحمه الله فيه فعنه أنه يقطع وهو قول إسحاق لما روت عائشة قالت كانت امرأة تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي ﷺ بقطع يدها فأتى اهلها اسامة فكلموه فكلم النبي ﷺ فقال النبي ﷺ « الا اراك تكلمني في حد من حدود الله ؟ » ثم قام النبي ﷺ خطيبا فقال « انما هلك من كان من قبلكم بانه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها » قالت فقطع يدها ، قال أحمد لا اعرف شيئاً يدفعه متفق عليه وعن أحمد رواية ثانية أنه لا قطع عليه وهو قول الخرقي وأبي إسحاق بن شاقلا وأبي الخطاب وسائر الفقهاء وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول رسول ﷺ «لاقطع على الخائن» ولان الواجب قطع السارق والخائن ليس بسارق فاشبه جاحد الوديعة فاما المرأة التي كانت تستعير المتاع فانما قطعت لسرقتها لا لجحدها؛ الا تسمع قوله « اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وقوله « والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها» وفي بعض الفاظ

فاطمة بنت محمد لقطعت يدها » وفي بعض ألفاظ رواية هذه القصة عن عائشة ان قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت وذكرت القصة رواه البخاري، وفي حديث انها سرقت قطيفة فروى الاثرم باسناده عن مسعود بن الاسود قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ أعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا الى رسول الله ﷺ فقلنا نحن نفديها بأربعين اوقية قال « تطهر خير لها » فلما سمعنا لين قول رسول الله ﷺ أتينا أسامة فقلنا كلم لنا رسول الله ﷺ وذكر الحديث نحو سياق عائشة ، وهذا ظاهر في ان القصة واحدة وانها سرقت فقطعت بسرقتها وانما عرفتها عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً كما لو عرفتها بصفة من صفاتها، وفيما ذكرنا جمع بين الاحاديث وموافقة لظاهر الاحاديث والقياس وفقهاء الامصار فيكون أولى ، فأما جاحد الوديعة وغيرها من الامانات فلا نعلم احدا يقول بوجوب القطع عليه

(الشرط الثاني) أن يكون المسروق نصابا ولا قطع في القليل في قول الفقهاء كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعي، والخوارج قالوا يقطع في القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال « لعن الله السارق، يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده » متفق عليه ، ولأنه سارق من حرز فتقطع يده كسارق الكثير

ولنا قول النبي ﷺ « لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا » متفق عليه وإجماع الصحابة على ما

رواة هذه القصة عن عائشة ان قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت وذكر القصة رواه البخاري وفي حديث أنها سرقت قطيفة فروى الاثرم باسناده عن مسعود بن الاسود قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ اعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا الى النبي ﷺ فقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال « تطهر خير لها » فلما سمعنا لين كلام رسول الله ﷺ اتينا اسامة فقلنا كلم لنا رسول الله ﷺ وذكر الحديث بنحو سياق حديث عائشة وهذا ظاهر في ان القصة واحدة وانها سرقت فقطعت لسرقتها وانما عرفتها عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك ولا يلزم ان يكون ذلك سببا كما لو عرفتها بصفة من صفاتها، وفيما ذكرناه جمع بين الاحاديث وموافقة لظاهر الاحاديث والقياس وفقهاء الامصار فيكون اولى

﴿ مسئلة ﴾ (ويقطع الطرار وهو الذي يبط الجيب وغيره ويأخذ منه وعنه لا يقطع)

قال احمد الطرار سرا يقطع وان اختلس لم يقطع ، ومعنى الطرار الذي يسرق من جيب الرجل أو كمه أو صفنه وسواء بط ما أخذ منه المسروق أو قطع الصفن فأخذه أو ادخل يده في الجيب فاخذ مافيه فان عليه القطع ، وروي عن احمد في الذي يأخذ من جيب الرجل وكمه لاقطع عليه وفي ذلك روايتان (إحداهما) يقطع لانه سرق من حرز (والثانية) لا يقطع كالمختلس

سنذكره وهذا يخص عموم الآية والحبل يحتمل أن يساوي ذلك وكذلك البيضة يحتمل ان يراد بها بيضة السلاح وهي تساوي ذلك

واختلفت الرواية عن أحمد في قدر النصاب الذي يجب القطع بسرقته فروى عنه أبواسحاق الجوزجاني انه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا قول مالك وإسحاق

وروى عنه الأثرم أنه ان سرق من غير الذهب والفضة ماقيمته ربع دينار او ثلاثة دراهم قطع فعلى هذا يقوم غير الأثمان بادنى الامرين من ربع دينار او ثلاثة دراهم، وعنه ان الاصل الورق ويقوم الذهب به فان نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبي ثور وقالت عائشة لاقطع الا في ربع دينار فصاعداً. وروي هذا عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز والاوزاعي والشافعي وابن المنذر لحديث عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ قال «لاقطع الا في ربع دينار فصاعداً» وقال عثمان البتي تقطع اليد في درهم فما فوقه وعن ابي هريرة وأبي سعيد ان اليد تقطع في أربعة دراهم فصاعداً وعن عمر أن الخمس لاتقطع الا في الخمس وبه قال سليمان بن يسار وابن أبي ليلى وابن شبرمة وروي ذلك عن الحسن وقال أنس قطع ابو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم رواه الجوزجاني باسناده وقال عطاء وابوحنيفة

(فصل) الثاني ان يكون المسروق مالا محترما سواء كان مما يسرع اليه الفساد كالفاكهة والبطيخ اولا وسواء كان ثمينا كالمتاع والذهب أو غير ثمين كالخشب والقصب وكذلك يقطع بسرقة الاحجار والصيد والنورة والجص والزرنيخ والتوابل والفخار والزجاج وغيره وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة لاقطع على سارق الطعام الرطب الذي يتسارع اليه الفساد كالفواكه والطبائخ لقول النبي ﷺ «لاقطع في ثمر ولا كثر» رواه أبو داود ولان هذا معرض للهلاك اشبه ما لم يحرز، ولاقطع فيما كان أصله مباحا في دار الاسلام كالصيود والخشب الا في الساج والابنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فانه يقطع به وماعدا هذا لايقطع به لانه يوجد كثيراً مباحا في دار الاسلام فاشبه التراب، ولاقطع في القرون وان كانت معمولة لان الصنعة لاتكون غالبة عليها بل القيمة لها بخلاف معمول الخشب ولا قطع عنده في التوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح والحجارة واللبن والزجاج والفخار وقال الثوري مايفسد في يومه كالثريد واللحم لاقطع فيه

ولنا عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال «ومن سرق منه شيئاً بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع» رواه أبو داود وغيره وروي ان عثمان رضي الله عنه أتي برجل قد سرق اترجة فأمر بها عثمان فاقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع رواه

وأصحابه لاتقطع اليد الا في دينار او عشرة دراهم لما روى الحجاج[1] بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لاقطع الا في عشرة دراهم » وروى ابن عباس قال قطع رسول الله ﷺ يد رجل في مجن قيمته دينار اوعشرة دراهم وعن النخعي لاتقطع اليد الا في أربعين درهما

ولنا ماروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم متفق عليه ، قال ابن عبدالبر هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لايختلف أهل العلم في ذلك،وحديث ابي حنيفة الاول يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضاً والحديث الثاني لادلالة فيه على انه لايقطع بما دونه فان من أوجب القطع بثلاثة دراهم أوجبه بعشرة،ويدل هذا الحديث على ان العرض يقوم بالدراهم لان المجن قوم بها ولان ما كان الذهب فيه أصلا كان الورق فيه أصلا كنصب الزكاة والديات وقيم المتلفات . وقد روى أنس أن سارقاً سرق مجنا مايسرني انه لي بثلاثة دراهم او مايساوي ثلاثة دراهم فقطعه ابو بكر،واتي عثمان برجل قدسرق أترجة فأمر بها عثمان فاقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع

(فصل) واذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص ففيه القطع . وان كان فيه غش او تبر يحتاج الى تصفية لم يجب القطع حتى يبلغ مافيه من الذهب ربع دينار لان السبك ينقصه،وان سرق ربع دينار قراضة او تبراً خالصاً او حايا ففيه القطع نص عليه احمد في رواية الجوزجاني قال : قلت

سعيد ولان هذا مال يتمول عادة ويرغب فيه فيقطع سارقه اذا اجتمعت الشروط كالمجفف ولان ماوجب القطع في معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة،وحديثهم اراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فانه مفسر له وتشبيهه بغير المحرز لايصح لان غير المحرز مضيع وهذا محفوظ ولهذا افترق سائر الاموال بالحرز وعدمه،وقولهم يوجد مباحاً في دار الاسلام ينتقض بالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر المعادن

﴿ مسئلة ﴾ (ويقطع بسرقة العبد الصغير في قول عامة أهل العلم)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم الحسن ومالك والثوري والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي،والصغير الذي يقطع بسرقته هو الذي لايميز فان كان كبيرا لم يقطع سارقه الا ان يكون نائما أو مجنونا أو اعجميا لايميز بين سيده وغيره في الطاعة فيقطع سارقه، وقال ابو يوسف لايقطع سارق العبد وان كان صغيرا لان من لايقطع بسرقته كبيرا لايقطع بسرقته صغيرا كالحر

ولنا انه سرق مالا مملوكاً تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات وفارق الحر فانه ليس بمال ولا مملوك وفارق الكبير لانه لا يسرق وانما يخدع بشيء فان كان المسروق في حال نومه او جنونه ام ولد ففي قطع سارقها وجهان (أحدهما) لايقطع لانها لا يحل بيعها ولا نقل الملك

---

(١) قال يحيى ابن معين: الحجاج بن أرطاة كوفي ليس بالقوي دلس عن محمد ابن عبدالله العزرمي عن عمرو بن شعيب فلا يحتج بحديثه ، قال احمد كان الحجاج من الحفاظ فقيل له فلم هو ليس عند الناس بذلك ؟ قال لان في حديثه زيادة على حديث الناس ليس يكاد له حديث الا فيه زيادة وقال يحيى ابن سعيد هو مضطرب الحديث

له كيف يسرق ربع دينار؟ فقال قطعة ذهب او خاتماً او حلياً وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي وذكر القاضي في وجوب القطع احتمالين (أحدهما) لاقطع عليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الدينار اسم للمضروب

ولنا أن ذلك ربع دينار لانه يقال دينار قراضة ومكسر أودينار خالص ولأنه لا يمكنه سرقة ربع دينار مفرد في الغالب إلا مكسوراً وقد اوجب عليه القطع بذلك ولانه حق لله تعالى تعلق بالمضروب فتعلق بما ليس بمضروب كالزكاة، والخلاف فيما اذا سرق من المكسور والتبر مالايساوي ربع دينار صحيح، فان بلغ ذلك ففيه القطع. والدينار هو المثقال من مثاقيل الناس اليوم وهو الذي كل سبعة منها عشرة دراهم وهو الذي كان على عهد رسول الله ﷺ وقبله ولم يتغير، وانما كانت الدراهم مختلفة فجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل فهي التي يتعلق القطع بثلاثة منها إذا كانت خالصة مضروبة كانت او غير مضروبة على ماذكرناه في الذهب وعند أبي حنيفة ان النصاب انما يتعلق بالمضروب منها وقد ذكر مادل عليه ويحتمل ماقاله في الدراهم لان اطلاقها يتناول الصحاح المضروبة بخلاف ربع الدينار على اننا قد ذكرنا فيها احتمالا متقدما فهنا أولى، ومافوم من غيرهما بهمافلا قطع فيه حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحاً لان اطلاقها ينصرف الى المضروب دون المكسر

فيها فاشبهت الحرة (والثاني) يقطع لانها مماوكة تضمن بالقيمة فاشبهت القن وحكم المدبر حكم القن لانه يجوز بيعه ويضمن بقيمته، فاما المكاتب فلا يقطع سارقه لان ملك سيده ليس بتام عليه لكونه لايملك منافعه ولا استخدامه ولا اخذ ارش الجناية عليه ولو جنى السيد عليه لزمه له الارش ولو استوفى منافعه كرهاً لزمه عوضها ولو حبسه لزمه اجرة مدة حبسه او انظاره مقدار تلك المدة، ولايجب القطع لاجل ملك المكاتب في نفسه لان الانسان لايملك نفسه فاشبه الحر فاما ان سرق مال المكاتب فعليه القطع لان ملك المكاتب ثابت في مال نفسه الا ان يكون السارق سيده فلا قطع عليه لان له في ماله حقا وشبهة تدرأ الحد ولذلك لو وطيء جاريته لم يحد

﴿مسئلة﴾ (ولايقطع بسرقة حر وان كان صغيراً وعنه انه يقطع بسرقة الصغير)

ظاهر المذهب انه لايقطع بسرقة الحر الصغير وبهذا قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي وابن المنذر وعن احمد رواية ثانية انه يقطع بسرقة الصغير وذكرها ابو الخطاب وهو قول الحسن والشعبي ومالك وإسحاق لانه غير مميز اشبه العبد

ولنا انه ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالكبير النائم

﴿مسئلة﴾ (فان كان عليه حلي او ثياب تبلغ نصابا لم يقطع وبه قال ابو حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي)

وفيه وجه آخر انه يقطع حكاه ابو الخطاب وبه قال ابو يوسف وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه سرق نصابا من المال فأشبه ما لو سرقه منفرداً

(الشرط الثالث) أن يكون المسروق مالا فان سرق ماليس بمال كالحر فلا قطع فيه صغيراً كان أو كبيراً وبهذا قال الشافعي والثوري وابو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبي ومالك واسحاق يقطع بسرقة الحر الصغير لانه غير مميز أشبه العبد . وذكره ابو الخطاب رواية عن احمد

ولنا انه ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالكبير النائم ، اذا ثبت هذا فانه إن كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصابا لم يقطع وبه قال ابو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر ابو الخطاب وجهاً آخر انه يقطع وبه قال ابو يوسف وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولانه سرق نصابا من الحلي فوجب فيه القطع كما لو سرقه منفرداً

ولنا انه تابع لما لاقطع في سرقته أشبه ثياب الكبير ولان يد الصبي على ماعليه بدليل أن مايوجد مع اللقيط يكون له وهكذا لو كان الكبير نائما على متاع فسرقه ومتاعه لم يقطع لان يده عليه

(فصل) وإن سرق عبداً صغيراً فعليه القطع في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم الحسن ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وابو حنيفة ومحمد . والصغير الذي يقطع بسرقته هو الذي لايميز فان كان كبيراً لم يقطع سارقه إلا أن يكون نائما أو مجنونا او أعجمياً لايميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيقطع سارقه ، وقال ابو يوسف

ولنا انه تابع لما لا قطع في سرقته فأشبه ثياب الكبير ولأن يد الصبي على ما عليه بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له وهكذا لو كان الكبير نائما على متاع فسرقه وثيابه لم يقطع لأن يده عليه

(فصل) وإن سرق ماء فلا قطع فيه قاله ابو بكر وابو اسحاق بن شاقلا لانه لا يتمول عادة ولا نعلم فيه خلافاً فان سرق كلأ أو ملحا فقال ابو بكر لا قطع عليه لانه مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فأشبه الماء، وقال ابو اسحاق عليه القطع لانه يتمول عادة فأشبه التبن والشعير، واما الثلج فقال القاضي هو كالماء لانه ماء جامد فأشبه الجليد

قال شيخنا والاشبه انه كالملح لانه يتمول عادة فأشبه الملح المنعقد من الماء ، واما التراب فان كان مما تقل الرغبات فيه كالمعد للتطيين والبناء فلا قطع فيه لانه لا يتمول وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الارمني الذي يعد للدواء او المعد للغسل به او الصبغ كالمغرة احتمل وجهين

(احدهما) لا قطع فيه لانه من جنس مالا يتمول اشبه الماء

(والثاني) فيه القطع لانه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فيه فأشبه العود الهندي ولا يقطع بسرقة السرجين لانه إن كان نجساً فلا قيمة له وإن كان طاهراً فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه اشبه التراب الذي للبناء وما عمل من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لانه يتمول عادة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقطع بسرقة مصحف وعند ابي الخطاب يقطع)

لايقطع سارق العبد وان كان صغيراً لان من لايقطع بسرقته كبيراً لايقطع بسرقته صغيراً كالحر . ولنا انه سرق مالا مملوكا تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات، وفارق الحر فانه ليس بمال ولا مملوك ، وفارق الكبير لان الكبير لايسرق وانما يخدع بشيء الا أن يكون في حال زوال عقله بنوم أو جنون فتصح سرقته ويقطع سارقه ، فان كان المسروق في حال نومه أو جنونه أم ولد ففي قطع سارقها وجهان

(أحدهما) لايقطع لانها لايحل بيعها ولا نقل الملك فيها فأشبهت الحرة

(والثاني) يقطع لانها مملوكة تضمن بالقيمة فأشبهت القن، وحكم المدبر حكم القن لانه يجوز بيعه ويضمن بقيمته، فأما المكاتب فلا يقطع سارقه لان ملك سيده ليس بتام عليه لكونه لايملك منافعه ولا استخدامه ولا أخذ ارش الجناية عليه،ولو جنى السيد عليه لزمه له الارش،ولو استوفى منافعه كرها لزمه عوضها ولو حبسه لزمه أجرة مثله مدة حبسه أو انظاره مقدار مدة حبسه ولا يجب القطع لاجل ملك المكاتب في نفسه لان الانسان لايملك نفسه فأشبه الحر ، وإن سرق من مال المكاتب شيئاً فعليه القطع لان ملك المكاتب ثابت في مال نفسه إلا أن يكون السارق سيده فلا قطع عليه لان له في ماله حقاً وشبهة تدرأ الحد ولذلك لو وطىء جاريته لم يحد

قال ابو بكر والقاضي لا قطع فيه وهو قول ابي حنيفة لان المقصود منه ما فيه من كلام الله تعالى وهو مما لا يجوز اخذ العوض عنه ، واختار ابو الخطاب وجوب قطعه ، وقال هو ظاهر كلام احمد فانه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه فقال كلما بلغت قيمته ثلاثة دراهم قطع ، وهذا قول مالك والشافعي وابي ثور وابن المنذر لعموم الآية في كل سارق ولانه متقوم تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع بسرقته ككتب الفقه

﴿ مسئلة ﴾ (ويقطع بسرقة سائر كتب العلم)

ولا نعلم فيه خلافاً بين اصحابنا في القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية لعموم الأدلة

(فصل) فان قلنا لا يقطع بسرقة المصحف وكان عليه حلية تبلغ نصابا خرج فيه وجهان

(احدهما) لا يقطع وهو قياس قول ابي اسحاق بن شاقلا ومذهب ابي حنيفة لان الحلي تابع لما لا يقطع بسرقته فأشبهت ثياب الحر

(والثاني) يقطع وهو قول القاضي لانه سرق نصابا من الحلي فأشبه مالو سرقه منفردا واصل هذين الوجهين من سرق صبياً عليه حلي

(فصل) وإن سرق عيناً موقوفة وجب القطع لانها مملوكة للموقوف عليه ويحتمل أن لايقطع بناء على الوجه الذي يقول إن الموقوف لا يملكه الموقوف عليه ، فعلى هذا إن كان وقفاً غير معين لم يقطع بسرقته ،

(فصل) وإن سرق ماء فلا قطع فيه قاله ابو بكر وأبو اسحاق بن شاقلا لانه مما لايتمول عادة ولا أعلم في هذا خلافا، وإن سرق كلأ أو ملحاً فقال ابو بكر لاقطع فيه لانه مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فأشبه الماء

وقال ابو اسحاق بن شاقلا فيه القطع لانه يتمول عادة فأشبه التبن والشعير، وأما الثلج فقال القاضي هو كالماء لانه ماء جامد فأشبه الجليد والاشبه انه كالملح لانه يتمول عادة فهو كالملح المنعقد من الماء، وأما التراب فان كان مما تقل الرغبات فيه كالذي يعد للتطيين والبناء فلا قطع فيه لانه لايتمول، وان كان مما له قيمة كثيرة كالطين الارمني الذي يعد للدواء أو المعد للغسل به أو الصبغ كالمغرة احتمل وجهين (أحدهما) لاقطع فيه لانه من جنس مالا يتمول أشبه الماء

(والثاني) فيه القطع لانه يتمول عادة ويحمل الى البلدان للتجارة فيه فأشبه العود الهندي ، ولا يقطع بسرقة السرجين لانه إن كان نجساً فلا قيمة له وان كان طاهراً فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه فأشبه التراب الذي للبناء ، وما عمل من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لانه يتمول عادة

(فصل) وما عدا هذا من الاموال ففيه القطع سواء كان طعاما أو ثيابا أو حيواناً أو أحجاراً أو قصباً أو صيداً أو نورة اوجصاً اوزرنيخاً أو توابل أو فخاراً أو زجاجاً أو غيره وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال ابو حنيفة لا قطع على سارق الطعام الرطب الذي يتسارع اليه الفساد كالفواكه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقطع بسرقة آلة لهو ولا محرم كالخمر)

لا يقطع بسرقة آلة لهو كالطنبور والمزمار والشبابة وإن بلغت قيمته مفصلا نصاباً وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب الشافعي إن كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصاباً ففيه القطع وإلا فلا لأنه سرق ما قيمته نصاباً لا شبهة له فيه من حرز مثله وهو من أهل القطع فوجب قطعه كما لو كان ذهباً مكسوراً

ولنا انه آلة للمعصية بالاجماع فلم يقطع بسرقته كالخمر ولأن له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة مانعة من القطع كاستحقاقه مال ولده فان كانت عليه حلية تبلغ نصاباً فلا قطع فيه أيضاً في قياس قول أبي بكر لانه متصل بما لا قطع فيه أشبه الخشب والاوتار وقال القاضي فيه القطع وهو مذهب الشافعي لانه سرق نصاباً من حرزه أشبه المنفرد

(فصل) ولا يقطع بسرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء سرقه من مسلم أو كافر وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع وإن كان مسلما لأنه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهمهم

ولنا أنها عين محرمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير ولأن مالا يقطع بسرقته من المسلم لايقطع بسرقته منا لذمي كالميتة والدم ، وماذكروه ينتقض بالخنزير ولااعتبار به فان الاعتبار بحكم الاسلام وهو يجري عليهم دون أحكامهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سرق آنية فيها الخمر أو صليباً أو صنم ذهب لم يقطع وعند أبي الخطاب يقطع)

والطبائخ لقول رسول الله ﷺ « لا قطع في ثمر ولا كثر » رواه أبو داود ولان هذا معرض للهلاك اشبه مالم يحرز . ولا قطع فيما كان أصله مباحا في دار الاسلام كالصيود والخشب الا في الساج والابنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فانه يقطع به وما عدا هذا لا يقطع به لانه يوجد كثيراً مباحا في دار الاسلام فأشبه التراب . ولا قطع في القرون وان كانت معمولة لان الصنعة لاتكون غالبة عليها بل القيمة لها بخلاف معمول الخشب، ولا قطع عنده في التوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح والحجارة واللبن والفخار والزجاج . وقال الثوري مايفسد في يومه كالثريد واللحم لاقطع فيه

ولنا عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال « ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » رواه أبو داود وغيره . وروي ان عثمان رضي الله عنه أتي برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع ، رواه سعيد ولان هذا مال يتمول في العادة ويرغب فيه فيقطع سارقه إذا اجتمعت الشروط كالمجفف ولان ماوجب القطع في معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة ، وحديثهم أراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فانه مفسر له وتشبيهه بغير المحرز لا يصح لان غير المحرز مضيع وهذا محفوظ ولهذا افترق سائر الاموال بالحرز وعدمه ، وقولهم يوجد مباحا في دار الاسلام ينتقض بالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر المعادن ، والتراب قد سبق القول فيه

إذا سرق اناء فيه خمر يقطع وهو مذهب الشافعي كما لو سرقه ولا شيء فيه ، وقال غيره من أصحابنا لا يقطع لانه متصل بما لا قطع فيه فأشبه ما لو سرق شيئاً مشتركا بينه وبين غيره بحيث تبلغ قيمته بالشركة نصاباً وقال ابن شاقلا لو سرق اداوة فيها ماء لم يقطع لا تصالها بما لا قطع فيه ووجه الأول أنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة له فيه أشبه مالو سرقه فارغا ، وإن سرق صليباً أو صنما من ذهب أو فضة يبلغ نصاباً متصلا فقال القاضي لا قطع فيه وهو قول أبي حنيفة ، وقال ابو الخطاب يقطع سارقه وهو مذهب الشافعي ، ووجه الوجهين ما تقدم فيما إذا سرق آلة لهو محلاة والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ان التي قبلها له كسره بحيث لا يبقى له قيمة تبلغ نصابا وههنا لو كسر الذهب والفضة بكل وجه لم تنقص قيمته عن النصاب ولأن الذهب والفضة جوهرهما غالب على الصنعة المحرمة فكانت الصناعة فيها مغمورة بالنسبة إلى قيمة جوهرهما وغيرهما بخلافهما فتكون الصناعة غالبة عليه فيكون تابعاً للصناعة المحرمة فأشبه الاوتار

(فصل) ولو سرق اناء من ذهب أو فضة قيمته نصاباً إذا كان منكسرا فعليه القطع لانه غير مجمع على تحريمه وقيمته بدون الصناعة المختلف فيها نصاب وان سرق اناء معداً لحمل الخمر ووضعه فيه ففيه القطع لان الاناء لا تحريم فيه وإنما يحرم عليه نيته وقصده فأشبه ما لو سرق سكيناً معدة للذبح

(فصل) فان سرق مصحفا فقال أبو بكر والقاضي لاقطع فيه وهو قول أبي حنيفة لان المقصود منه مافيه من كلام الله وهو مما لايجوز أخذ العوض عنه، واختار أبو الخطاب وجوب قطعه وقال هو ظاهر كلام أحمد فانه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه فقال كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية في كل سارق ولانه متقوم تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع بسرقته ككتب الفقه ولا خلاف بين أصحابنا في وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فان كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف (أحدهما) لا يقطع وهذا قياس قول أبي إسحاق بن شاقلا ومذهب أبي حنيفة لان الحلي تابعة لما لا يقطع بسرقته أشبهت ثياب الحر (والثاني) يقطع وهو قول القاضي لانه سرق نصابا من الحلي فوجب قطعه كما لو سرقه منفرداً ، وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلي

(فصل) وان سرق عينا موقوفة وجب القطع عليه لانها مملوكة للموقوف عليه ، ويحتمل أن لايقطع بناء على الوجه الذي يقول ان الموقوف لايملكه الموقوف عليه

(الشرط الرابع) أن يسرق من حرز ويخرجه منه وهذا قول أكثر أهل العلم وهذا مذهب عطاء والشعبي وأبي الاسود الدؤلي وعمر بن عبد العزيز والزهري وعمرو بن دينار والثوري ومالك

الخنازير أو سيفاً يعد لقطع الطريق ولو سرق منديلا في طرفه دينار مشدود يعلم به فعليه القطع وإن لم يعلم به فلا قطع فيه لانه لم يقصد سرقته فأشبه مالو تعلق بثوبه ، وقال الشافعي يقطع لانه سرق نصابا فأشبه مالو سرق ما لا يعلم أن قيمته نصاب والفرق بينهما أنه علم بالمسروق ههنا وقصد سرقته بخلاف الدينار فانه لم يرده ولم يقصد أخذه فلا يؤاخذ به بايجاب الحد عليه

(فصل) الثالث أن يسرق نصابا وهو ثلاثة دراهم أو قيمة ذلك من الذهب والعروض، وعنه أنه ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو ما يبلغ قيمة أحدهما من غيرهما وعنه لا تقوم العروض إلا بالدراهم فلا يجب القطع بسرقة دون النصاب في قول الفقهاء كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوارج فانهم قالوا يقطع في القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده » متفق عليه، ولانه سارق من حرز فتقطع يده كسارق الكبير

ولنا قول النبي ﷺ « لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعداً » متفق عليه واجماع الصحابة على ما سنذكره وهذا يخص عموم الآية ، والحبل يحتمل أن يساوي ذلك ، وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح وهي تساوي ذلك، واختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في قدر النصاب الذي

والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن احد من أهل العلم خلافهم إلا قولا حكي عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع ، وعن الحسن مثل قول الجماعة ،وحكي عن داود أنه لايعتبر الحرز لان الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه

قال ابن المنذر وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ماذكرناه فهو كالاجماع والاجماع حجة على من خالفه ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل النبي ﷺ عن الثمار فقال « ماأخذ في غير اكمامه فاحتمل ففيه قيمته ومثله معه، وما كان في الخزائن ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن » رواه ابو داود وابن ماجه وغيرهما ، وهذا الخبر يخص الآية كما خصصناها في اعتبار النصاب ، إذا ثبت اعتبار الحرز والحرز ماعد حرزاً في العرف فانه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم انه رد ذلك الى اهل العرف لانه لاطريق إلى معرفته الا من جهته فيرجع اليه كما رجعنا اليه في معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك

إذا ثبت هذا فان من حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الاغلاق والاقفال الوثيقة في العمران ، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصفر والنحاس والرصاص في الدكاكين والبيوت المقفلة في العمران او يكون فيها حافظ فيكون جرزاً وان كانت مفتوحة ، وان لم تكن مغاقة ولا فيها حافظ فليست بحرز . وان كانت فيها خزائن مغاقة فالخزائن حرز لما فيها وما خرج عنها

يجب القطع بسرقته فروى عنه أبو اسحاق الجوزجاني أنه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا قول مالك واسحاق وروى عنه الاثرم أنه إن سرق من غير الذهب والفضة ماقيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع وعنه أن الاصل الورق ويقوم الذهب به فان نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبي ثور وقالت عائشة لاقطع الا في ربع دينار فصاعداً ، وروي هذا عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والاوزاعي والشافعي وابن المنذر لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال « لا قطع الا في ربع دينار فصاعداً » وقال عثمان البتي تقطع اليد في درهم فما فوقه وعن أبي هريرة وأبي سعيد ان اليد تقطع في اربعة دراهم فصاعداً، وعن عمر رضي الله عنه ان الخمس لا تقطع الا في الخمس وبه قال سليمان بن يسار وابن ابي ليلى وابن شبرمة . وروي ذلك عن الحسن وقال انس رضي الله عنه قطع ابو بكر في مجن قيمته خمس دراهم رواه الجوزجاني باسناده وقال عطاء وابو حنيفة واصحابه لا تقطع اليد الا في دينار أو عشرة دراهم لما روى الحجاج ابن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال « لاقطع الا في عشرة دراهم » وروى ابن عباس قال قطع رسول الله ﷺ يد رجل في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وعن النخعي لا تقطع اليد الا في اربعين درهما

فليس بمحرز ، وقد روي عن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق يسرق منه أراه : سارقا ، وهذا محمول على ان أهله فيه . فأما البيوت التي في البساتين أو الطرق او الصحراء فان لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة او مفتوحة لان من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لايعد حافظا له، وان أغلق عليه ، وان كان فيها أهلها أو حافظ فهي حرز سواء كانت مغلقة أو مفتوحة ، واذا كان لابسا للثوب أو متوسداً له نائما او مستيقظا أو مفترشا له أو متكئا عليه في أي موضع كان من البلد أوبرية فهو محرز بدليل ان رداء صفوان سرق وهو متوسد له فقطع النبي ﷺ سارقه ،وان تدحرج عن الثوب زال الحرز ان كان نائما، وان كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز البزازين وقماش الباعة وخبز الخبازين بحيث يشاهده وينظر اليه فهو محرز وان نام أو كان غائبا عن موضع مشاهدته فليس بمحرز وان جعل المتاع في الغرائر وعلم عليها ومعها حافظ يشاهدها فهي محرزة والا فلا

(فصل) والخيمة والخركاه ان نصبت وكان فيها أحد نائما او منتبها فهي محرزة وما فيها لانها هكذا تحرز في العادة وان لم يكن فيها أحد ولاعندها حافظ فلا قطع على سارقها ، وممن أوجب القطع في السرقة من الفسطاط الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي الا أن أصحاب الرأي قالوا يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط .ولنا انه محرز بما جرت به العادة أشبه مافيه

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه قيمته ثلاثة دراهم متفق عليه قال ابن عبد البر هذا اصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف اهل العلم في ذلك وحديث أبي حنيفة الاول يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، والذي روي عن الحجاج ضعيف أيضا والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه فان من اوجب القطع بثلاثة دراهم أوجبه بعشرة ويدل هذا الحديث على ان العرض يقوم بالدراهم لان المجن قوم بها ولان ما كان الذهب فيه أصلا كان الورق فيه اصلا كنصب الزكوات والديات وقيم المتلفات ، وقد روى أنس أن سارقا سرق مجنا ما يسرني انه لي بثلاثة دراهم أو ما يساوي ثلاثة دراهم فقطعه أبو بكر وأتي عثمان برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فقومت فبلغت قيمتها ربع دينار فقطع

(فصل) وإذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص ففيه القطع وان كان فيه غش أو تبر يحتاج الى تصفية لم يجب القطع حتى يبلغ ما فيه من الذهب ربع دينار لان السبك ينقصه وان سرق ربع دينار قراضة أو تبراً خالصاً او حليا ففيه القطع نص عليه احمد في رواية الجوزجاني قال قلت له كيف يسرق ربع دينار فقال قطعة ذهب او خاتما او حليا وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي وذكر القاضي في وجوب القطع احتمالين

(احدهما) لا قطع عليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الدينار اسم للمضروب

(فصل) وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائح من القصب أو الخشب اذا كان في السوق حارس وحرز الخشب والحطب والقصب في الحظائر وتعبئة بعضه على بعض وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ماجرت به العادة الا ان يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزا وان لم يقيد

(فصل) والابل على ثلاثة أضرب : باركة وراعية وسائرة فاما الباركة فان كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة وان لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً اليها أومستيقظا بحيث يراها فهي محرزة ، وإن كان نائما أو مشغولا عنها فليست محرزة لان العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولان حل المعقولة ينبه النائم والمشتغل وان لم يكن معها احد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة او لم تكن . وأما الراعية فحرزها بنظر الراعي اليها فما غاب عن نظره او نام عنه فليس بمحرز لان الراعية انما تحرز بالراعي ونظره . وأما السائرة فان كان معها من يسوقها فحرزها نظره اليها سواء كانت مقطرة اوغيرمقطرة وما كان منها بحيث لايراه فليس بمحرز وان كان معها قائد فحرزها ان يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها اذا التفت وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايحرز القائد الا التي زمامها بيده لانه يوليهاظهره ولا يراها الا نادراً فيمكن اخذها من حيث لايشعر

ولنا أن العادة في حفظ الابل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وامساك زمام الاول فكان ذلك حرزاً لها كالتي زمامها في يده فان سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعا قيمته نصاب قطع وكذلك

ولنا ان ذلك ربع دينار لانه يقال له دينار قراضه ومكسور أو دينار خلاص ولانه لايمكنه سرقة ربع دينار مفرد في الغالب إلا مكسوراً ، وقد أوجب عليه القطع بذلك ولانه حق لله تعالى تعلق بالمضروب فتعلق بما ليس بمضروب كالزكاة والخلاف فيما إذا سرق من المكسور والتبر مالا يساوي ربع دينار صحيح فان بلغ ذلك ففيه القطع ، والدينار هو المثقال من مثاقيل الناس اليوم وهو الذي كل سبعة منها عشرة دراهم وهو الذي كان على عهد رسول الله ﷺ وقبله ولم يتغير وانما كانت الدراهم مختلفة فجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل فهي التي يتعلق القطع بثلاثة منها إذا كانت خالصة مضروبة كانت او غير مضروبة على ماذكرناه في الذهب وعند أبي حنيفة ان النصاب انما يتعلق بالمضروب منها ، وقد ذكر مادل عليه ويحتمل ماقاله في الدراهم لان اطلاقها يتناول الصحاح المضروبة بخلاف ربع الدينار على انا قد ذكرنا فيها احتمالا متقدما فههنا اولى وما قوم من غيرهما بهما فلا قطع فيه حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحا لان اطلاقها ينصرف الى المضروب دون المكسر

﴿ مسئلة ﴾ (وان سرق نصابا ثم نقصت قيمته او ملكه ببيع او هبة او غيرهما لم يسقط القطع)

اذا نقصت قيمة العين عن النصاب بعد إخراجها من الحرز لم يسقط القطع وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يسقط لان النصاب شرط فتعتبر استدامته

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولانه نقص حدث في العين فلم يمنع

ان سرق الحمل وان سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لانه في يد صاحبه وان لم يكن صاحبه نائما عليه قطع وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاقطع عليه لان مافي الحمل محرز به فاذا أخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز

ولنا ان الجمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرق من حرز مثله فا شبه مالو سرق المتاع ولانسلم ان سرقة الحرز من حرزه لاتوجب القطع فانه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه وهذا التفصيل في الابل التي في الصحراء فاما التي في البيوت والمكان المحصن على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالحكم في الابل على ماذكرناه من التفصيل فيها

(فصل) واذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه في قول عامتهم وإن كان ثم حافظ فقال احمد ليس على سارق الحمام قطع . وقال في رواية ابن منصور لايقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع قاعد مثل ماصنع بصفوان وهذا قول ابي حنيفة لانه ماذون للناس في دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخواله ولان دخول الناس اليه يكثر فلا يتمكن الحافظ من حفظ مافيه . قال القاضي وفيه رواية أخرى أنه يجب القطع اذا كان فيه حافظ وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ فيجب قطع سارقه كما لو كان في بيت والاول أصح

القطع كما لو حدث باستعماله ، والنصاب شرط لوجوب القطع فلا تعتبر استدامته كالحرز وماذكره يبطل بالحرز فانه لو زال الحرز لم يسقط عنه القطع وسواء نقصت قيمتها بعد الحكم اوقبله لان سبب الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ . فأما ان نقص النصاب قبل الاخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل تمام السبب وسواء نقصت بفعله او بغير فعله . فان وجدت ناقصة ولم يدر هل كانت ناقصة حين السرقة او حدث النقص بعدها لم يجب القطع لان الوجوب لايثبت مع الشك في شرطه ولان الاصل عدمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ملك العين المسروقة بهبة او بيع او غير ذلك من أسباب الملك وكان ملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده لم يجب القطع)

وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافا ، وان ملكها بعده لم يسقط القطع عند مالك والشافعي وإسحاق ، وقال أصحاب الرأي يسقط لانها صارت ملكه فلا يقطع في عين هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها ولان المطالبة شرط والشروط يعتبر دوامها ولم يبق لهذه العين مطالب

ولنا ما روى الزهري عن ابن صفوان عن صفوان بن امية انه نام في المسجد وتوسد رداءه فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه الى النبي ﷺ فأمر به النبي ﷺ ان يقطع فقال صفوان

وهذا يفارق مافي البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما، فاما ان كان صاحب الثياب قاعدا عليها أو متوسداً لها أو جالساً وهي بين يديه يحفظها قطع سارقها بكل حال كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسد له ، وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب . إما الحمامي وإماغيره حافظا لها على هذا الوجه قطع سارقها لانها محرزة وإن لم تكن كذلك فقال القاضي إن نزع الداخل ثيابه على ماجرت به العادة ولم يستحفظها لأحد فلا قطع على سارقها ولا غرم على الحمامي لانه غير مودع فيضمن ولا هي محرزة فيقطع سارقها وإن استحفظها الحمامي فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ فان تشاغل عنها أو ترك النظر اليها فسرقت فعليه الغرم لتفريطه ولا قطع على السارق لانه لم يسرق من حرز ، وإن تعاهدها الحمامي بالحفظ والنظر فسرقت فلا غرم عليه لعدم تفريطه وعلى السارق القطع لانها محرزة وهذا مذهب الشافعي وظاهر مذهب احمد انه لاقطع عليه في هذه الصورة لما تقدم قال ابن المنذر قال احمد أرجو ان لاقطع عليه لانه مأذون للناس في دخوله ، ولو استحفظ رجل آخر متاعه في المسجد فسرق فان كان قد فرط في مراعاته ونظره اليه فعليه الغرم اذا كان التزم حفظه واجابه إلى ماسأله وإن لم يجبه لكن سكت لم يلزمه غرم لأنه ماقبل الاستيداع ولا قبض المتاع ولا قطع على السارق في الموضعين لانه غير محرز وإن حفظ المتاع بنظره اليه وقربه منه فسرق فلا غرم عليه وعلى السارق القطع لانه سرق من حرز ويفارق المتاع في الحمام فان الحفظ فيه غير ممكن

يارسول الله لم ارد هذا ، ردائي عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ « فهلا كان قبل ان تأتيني به ؟ » رواه ابن ماجه والجوزجاني وفي لفظ قال فأتيته فقلت اتقطعه من أجل ثلاثين درهم ؟ انا ابيعه وانسئه ثمنها قال « فهلا كان قبل ان تأتيني به ؟ » رواه الاثرم وأبو داود فهذا يدل على انه لو وجد قبل رفعه اليه لدرأ القطع وبعده لا يسقطه ، وقولهم ان المطالبة شرط قلنا هي شرط الحكم لا شرط القطع بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع وقد زالت المطالبة

﴿مسألة﴾ (وإن دخل الحرز فذبح شاة قيمتها نصاب فنقصت عن النصاب ثم اخرجها لم يقطع)

لان من شرط وجوب القطع أن يخرج من الحرز العين وهي نصاب ولم يوجد الشرط

﴿ مسألة ﴾ (وان سرق فرد خف قيمته منفرداً درهمان وقيمته مع الآخر اربعة لم يقطع)

لانه لم يسرق نصابا فلم يوجد الشرط

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشتركوا في سرقة نصاب قطعوا سواء أخرجوه جملة او اخرج كل واحد جزءا)

إذا اشترك جماعة في سرقة نصاب قطعوا ذكره الخرقي وهو قول أصحابنا وبه قال مالك وابو ثور وقال الثوري وابو حنيفة والشافعي واسحاق لاقطع عليهم الا ان تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا لان كل واحد لم يسرق نصابا فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب . قال شيخنا : وهذا القول احب الي لان القطع ههنا لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب والاحتياط باسقاطه

لان الناس يضع بعضهم ثيابه عند ثياب بعض ويشتبه على الحمامي صاحب الثياب فلا يمكنه منع أخذها لعدم علمه بمالكها

(فصل) وحرز حائط الدار كونه مبنياً فيها اذا كانت في العمران أو كانت في الصحراء وفيها حافظ فان أخذ من أجزا الحائط أو خشبه نصابا في هذه الحال وجب قطعه لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزاً لنفسه وإن هدم الحائط ولم يأخذه فلا قطع عليه فيه كما لو أتلف المتاع في الحرز ولم يسرقه، فان كانت الدار بحيث لا تكون حرزاً لما فيها كدار في الصحراء لا حافظ فيها فلا قطع على من أخذ من حائطها شيئا لانها اذا لم تكن حرزاً لما فيها فلنفسها أولى . وأما باب الدار فان كان منصوبا في مكانه فهو محرز سواء كان مغلقاً أو مفتوحا لانه هكذا يحفظ وعلى سارقه القطع اذا كانت الدار حرزة بما ذكرناه وأما أبواب الخزائن في الدار فان كان باب الدار مغلقا فهي محرزة سواء كانت مفتوحة أو مغلقة ، وإن كان مفتوحا لم تكن محرزة إلا أن تكون مغلقة أو يكون في الدار حافظ والفرق بين باب الدار وباب الخزانة أن أبواب الخزائن تحرز بباب الدار وباب الدار لا يحرز إلا بنصبه ولا يحرز بغيره وأما حلقة الباب فان كانت مسمورة فهي محرزة وإلا فلا لانها تحرز بتسميرها

(فصل) وإن سرق باب مسجد منصوبا أو باب الكعبة المنصوب أو سرق من سقفه شيئاً أو تأزيره ففيه وجهان

أولى من الاحتياط بإيجابه ولانه مما يدرأ بالشبهات ، واحتج من اوجبه بأن النصاب احد شرطي القطع فاذا اشترك الجماعة كانوا كالواحد قياسا على هتك الحرز ولان سرقة النصاب فعل يوجب القطع فاستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله وبين ان يخرج كل واحد منهم جزءا ونص أحمد على هذا وقال مالك : ان انفرد كل واحد منهم بجزء لم يقطع واحد منهم كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص .

ولنا انهم اشتركوا في هتك الحرز واخراج النصاب فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلا فحملوه وفارق القصاص فانه يعتمد المماثلة ولا توجد المماثلة الا ان توجد افعالهم في جميع اجزاء اليد وفي مسئلتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة والحاجة الى الزجر عن اخراج المال موجودة وسواء دخلا الحرز معاً او دخل أحدهما فاخرج بعض النصاب ثم دخل الآخر فأخرج باقيه لانهما اشتركا في هتك الحرز واخراج النصاب فوجب عليهما القطع كما لو حملاه معا

(فصل) فان كان أحد الشريكين مما لا قطع عليه كأبي المسروق منه قطع شريكه في أحد الوجهين كما لو شاركه في قطع يد ابنه والثاني لا يقطع وهو أصح لان سرقتهما جميعاً صارت علة لقطعهما وسرقة الاب لا تصلح موجبة للقطع لانه أخذ ماله اخذه بخلاف قطع يد ابنه فان الفعل تمحض

(أحدهما) عليه القطع وهو مذهب الشافعي وأبو القاسم صاحب مالك وابي ثور وابن المنذر لانه سرق نصابا محرزاً بحرز مثله لاشبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمي

(والثاني) لاقطع عليه وهو قول أصحاب الرأي لانه لامالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله فانه لايقطع بسرقة ذلك وجهاً واحداً لكونه مما ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال احمد لايقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها ، وقال القاضي هذا محمول على ماليست بمخيطة لانها انما تحرز بخياطتها . وقال أبو حنيفة لاقطع فيها بحال لما ذكرنا في الباب

(فصل) واذا أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر فعليه القطع وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال صاحباه لاقطع عليه لان المنفعة تحدث في ملك الآجر ثم تنتقل إلى المستأجر

ولنا انه هتك حرزاً وسرق منه نصابا لاشبهة له فوجب القطع كما لو سرق من ملك المستأجر وما قالاه لانسلمه ، ولو استعار داراً فنقبها المعير وسرق مال المستعير منها قطع أيضاً وبهذا قال الشافعي في أحد الوجهين وقال ابو حنيفة لاقطع عليه لان المنفعة ملك له فما هتك حرز غيره ولان له الرجوع متى شاء وهذا يكون رجوعا

ولنا ماتقدم في التي قبلها ولا يصح ماذكره لان هذا قد صار حرزاً لمال غيره لايجوز له الدخول اليه وانما يجوز له الرجوع في العارية والمطالبة برده اليه

عدوانا وانما سقط القصاص لفضيلة الأب لالمعنى في فعله وههنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب ان لايجب القطع به كاشتراك العامد والخاطىء، فأما ان أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الأب لانه انفرد بما يوجب القطع فان أخرج الأب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان ، وان اعترف اثنان بسرقة نصاب ثم رجع احدهما فالقطع على الآخر لانه اختص بالاسقاط فيختص بالسقوط ويحتمل أن يسقط عن شريكه ،لان السبب السرقة منهما وقد اختل أحد جزأيها وكذلك لو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان .

﴿ مسئلة ﴾ (وان هتك اثنان حرزاً ودخلاه فأخرج أحدهما نصابا وحده أو دخل أحدهما فقدمه إلى باب النقب وأدخل الآخر يد فأخرجه قطعا)

أما إذا هتك اثنان حرزا ودخلاه فأخرج أحدهما نصابا وحده فقال أصحابنا القطع عليهما . وبه قال أبو حنيفة وصاحباه اذا أخرج نصابين وقال مالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر يختص القطع بالمخرج لانه هو السارق ، وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب فما نصابين فعند أصحابنا وأبي حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما وعند الشافعي وموافقيه لاقطع على من لم يخرج نصابا وان أخرج أحدهما نصابا والآخر دون النصاب فعند أصحابنا عليهما القطع وعند

(فصل) وإن غصب بيتاً فأحرز فيه ماله فسرقه منه أجنبي أو المغصوب منه فلا قطع عليه لانه لاحكم بحرزه اذا كان متعديا به ظالما فيه

(فصل) واذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئاً نظرت، فان سرقه من الموضع الذي أنزله فيه أو موضع لم يحرزه عنه لم يقطع لانه لم يسرق من حرز ، وإن سرق من موضع محرز دونه نظرت فان كان منعه قراه فسرق بقدره فلا قطع عليه أيضا ، وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع وقد روي عن احمد انه لاقطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الاولبين وقال أبوحنيفة لاقطع عليه بحال لان الضيف بسطه في بيته وماله فأشبه ابنه

ولنا انه سرق مالا محرزاً عنه لاشبهة له فيه فلزمه القطع كالأجنبي، وقوله انه بسطه فيه لا يصح فانه أحرز عنه هذا المال ولم يبسطه فيه وتبسطه في غيره لايوجب تبسطه فيه كما لو تصدق على مسكين بصدقة أو أهدى الى صديقه هدية فانه لا يسقط عنه القطع بالسرقة من غير ماتصدق به عليه أو أهدى اليه

(فصل) وإذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة او العارية او المال الذي وكل فيه فسرقه أجنبي فعليه القطع لانه لم فيه مخالفا لانه ينوب مناب المالك في حفظ المال وإحرازه ويده كيده وان غصب عيناً وأحرزها أو سرقها وأحرزها فسرقها سارق فلا قطع عليه، وقال مالك عليه القطع لانه سرق نصابا من حرز مثله لاشبهة له فيه وللشافعي قولان كالمذهبين، وقال أبو حنيفة كقولنا في السارق وكقولهم في الغاصب

الشافعي القطع على مخرج النصاب وحده وعند أبي حنيفة لاقطع على واحد منهما لان المخرج لم يبلغ نصبا بعدد السارقين وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم .

﴿ مسئلة ﴾ (فان نقبا حرزا فدخل أحدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الآخر يده فأخرجه فقال أصحابنا قياس قول أحمد أن القطع عليهما) .

وقال الشافعي القطع على الخارج لانه مخرج للمتاع وقال ابو حنيفة لاقطع على واحد منهما

ولنا انهما اشتركا في هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً فأخرجاه ، وان وضعه في النقب فمد الآخر يده فأخرجه فأخذه فالقطع عليهما ونقل عن الشافعي في هذه المسئلة قولان كالمذهبين في الصورة التي قبلها .

(فصل) قال أحمد في رجلين دخلا دارا احدهما في سفلها جمع المتاع وشده بحبل والآخر في علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لانهما اشتركا في اخراجه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان رماه الداخل إلى خارج فأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده)

وان اشتركا في النقب ، لان الداخل اخرج المتاع وحده فاختص القطع به .

﴿ مسئلة ﴾ (وان نقب احدهما ودخل الآخر فأخرجه فلا قطع عليهما ويحتمل ان يقطعا)

ولنا انه لم يسرق المال من مالكه ولا ممن يقوم مقامه فأشبه مالو وجده ضائعاً فأخذه وفارق السارق من المالك او نائبه فانه أزال يده وسرق من حرزه

(فصل) وإن سرق نصابا او غصبه فأحرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله فلا قطع عليه عند أحد سواء أخذه سرقة او غيرها لانه أخذ ماله ، وان سرق غيره ففيه وجهان

(أحدهما) لاقطع فيه لان له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز ولان له شبهة في أخذ قدر ماله لذهاب بعض العلماء الى جواز أخذ الانسان قدر دينه من مال من هو عليه

(والثاني) عليه القطع لانه سرق نصابا من حرزه لاشبهة له فيه ، وانما يجوز له أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذ ماله وهذا أمكنه أخذ ماله فلم يجز له أخذ غيره ، وكذلك الحكم إذا أخذ ماله وأخذ من غيره نصابا متميزاً عن ماله فان كان مختلطاً بماله غير متميز منه فلا قطع عليه لانه أخذ ماله الذي له أخذه وحصل غيره مأخوذا ضرورة أخذه فيجب أن لايقطع فيه ولان له في أخذه شبهة والحد يدرأ بالشبهات فاما ان سرق منه مالا آخر من غير الحرز الذي فيه ماله او كان له دين على انسان فسرق من ماله قدر دينه من حرزه نظرت فان كان الغاصب او الغريم باذلا لما عليه غير ممتنع من أدائه او قدر المالك على أخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب او الغريم فعليه القطع لانه لاشبهة له فيه ، وان عجز عن استيفاء دينه اوأرش جنايته فسرق قدر دينه اوحقه فلاقطع عليه وقال القاضي عليه القطع بناء على أصلنا في أنه ليس له أخذ قدر دينه

وإنما لم يقطعا لان الاول لم يسرق والثاني لم يهتك الحرز وانما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه مالو نقب رجل وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه، ويحتمل ان يقطعا لانهما اشتركا في سرقة نصاب أشبه مالو دخلا معا فاخرج احدهما المتاع

﴿ مسئلة ﴾ (إلا ان ينقب احدهما ويذهب فيأتي الآخر من غير علم فيسرق فلا قطع)

لأنه لم يهتك الحرز ومن شرط وجوب القطع هتكه فقد فات الشرط فيفوت المشروط .

(فصل) فان اشترك رجلان في النقب ودخل احدهما فاخرج المتاع وحده او اخذه وناوله لآخر خارجا من الحرز فالقطع على الداخل وحده لانه اخرج المتاع وحده مع مشاركته في النقب وبهذا قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر وقال ابو حنيفة لاقطع عليهما ، لان الداخل لم ينفصل عن الحرز ويده على السرقة فلم يلزمه القطع كما لو اتلفه داخل الحرز

ولنا أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه فوجب عليه القطع كما لو خرج به بخلاف مالو أتلفه لانه لم يخرجه من الحرز .

﴿فصل﴾ الرابع أن يخرجه من الحرز ، يشترط أن يسرق من حرز ويخرجه منه وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشعبي وأبو الاسود الديلي وعمر بن عبدالعزيز والزهري وعمرو بن دينار

ولنا ان هذا مختلف في حله فلم يجب الحد به كما لو وطىء في نكاح مختلف في صحته وتحريم الاخذ لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف والحدود تدرأ بالشبهات، فان سرق أكثر من دينه فهو كالمغصوب منه اذا سرق أكثر من ماله على مامضى

(فصل) ولابد من اخراج المتاع من الحرز لما قدمنا من الاجماع على اشتراطه فمتى أخرجه من الحرز وجب عليه القطع سواء حمله الى منزله او تركه خارجا من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله او رمى به الى خارج الحرز او شد فيه حبلا ثم خرج فمده به او شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها او تركه في نهر جار فخرج به ففي هذا كله يجب القطع لانه هو المخرج له اما بنفسه واما بآلته فوجب عليه القطع كما لو حمله فأخرجه وسواء دخل الحرز فأخرجه او نقبه ثم أدخل اليه يده او عصا لها شجنة فاجتذبه بها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاقطع عليه الا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لانه لم يهتك الحرز بما أمكنه فأشبه المختلس

ولنا انه سرق نصابا من حرز مثله لاشبهة له فيه وهو من أهل القطع فوجب عليه كما لو كان البيت ضيقاً ويخالف المختلس فانه لم يهتك الحرز، وان رمى المتاع فأطارته الريح فأخرجته فعليه القطع لانه متى كان ابتداء الفعل منه لم يؤثر فعل الريح كما لو رمى صيداً فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد حل، ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقعت في المرمى احتسب به وصار هذا كما لو ترك

والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن احد من أهل العلم خلافهم إلا قولا حكي عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع فلم يخرج به من الحرز: عليه القطع وعن الحسن مثل قول الجماعة وحكي عن داود أنه لا يعتبر الحرز لان الآية لاتفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه قال ابن المنذر ليس في خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ماذكرناه فهو كالاجماع والاجماع حجة على من خالفه وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الثمر فقال « ماأخذ من غير اكمامه واحتمل ففيه قيمته ومثله معه، وما كان في الجران ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن » رواه أبو داود وابن ماجه وهذا الخبر يخص الآية كما خصصناها في اعتبار النصاب.

﴿ مسئلة ﴾ (فان سرق من غير حرز فلا قطع عليه) لفوات شرطه مثل أن يجد حرزاً مهتوكا أو بابا مفتوحا فيأخذ منه فلا قطع عليه لذلك.

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخل الحرز فاتلف فيه نصابا ولم يخرجه فلا قطع عليه)

لانه لم يسرق لـكن يلزمه ضمانه لانه أتلفه ولا يقطع حتى يخرجه من الحرز فمتى أخرجه من الحرز فعليه القطع سواء حمله إلى منزله أو تركه خارجا من الحرز.

﴿ مسئلة ﴾ (وان ابتلع جوهراً أو ذهباً فخرج به أو نقب ودخل فترك المتاع على بهيمة فخرجت به

المتاع في الماء فجرى به فأخرجه ، ولو أمر صبياً لايميز فأخرج المتاع وجب عليه القطع لانه آلة له فاما ان ترك المتاع على دابة فخرجت بنفسها من غير سوقها او ترك المتاع في ماء راكد فانفتح فخرج المتاع او على حائط في الدار فأطارته الريح ففي ذلك وجهان

(أحدهما) عليه القطع لان فعله سبب خروجه فأشبه مالو ساق البهيمة او فتح الماء وحلق الثوب في الهواء (والثاني) لاقطع عليه لان الماء لم يكن آلة للاخراج وانما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله والبهيمة لها اختيار لنفسها

(فصل) وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار او الخان الى الصحن فان كان باب البيت مغلقا ففتحه او نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز ، وان لم يكن مغلقا فما أخرجه من الحرز ، وقد قال احمد إذا اخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الاولى

(فصل) قال احمد الطرار سراً يقطع ، وان اختلس لم يقطع ، ومعنى الطرار الذي يسرق من جيب الرجل او كمه او صفنه وسواء بط ما أخذ منه المسروق او قطع الصفن فأخذه او أدخل يده في الجيب فأخذ مافيه فان عليه القطع ، وروي عن احمد في الذي يأخذ من جيب الرجل وكمه لاقطع عليه فيكون في ذلك روايتان

أوفي ماء جار فأخرجه أو قال لصغير أو معتوه ادخل فأخرجه ففعل فعليه القطع)

أما إذا دخل الحرز فابتلع جوهرة أو ذهباً وخرج فان لم يخرج ما ابتلعه فلا قطع عليه لانه أتلفه في الحرز ، وان خرج ففيه وجهان (أحدهما) يجب لانه أخرجها في وعائها فأشبه اخراجها في كمه (والثاني) لايجب القطع لانه ضمنها بالبلع فكان اتلافا لها ولانه ملجأ الى اخراجها لانه لا يمكنه الخروج بدونها، وان ترك المتاع على دابة فخرجت بنفسها من غير سوقها أو ترك المتاع في ماء راكد فانفتح فخرج المتاع أو على حائط في الدار فأطارته الريح ففي ذلك وجهان (أحدهما) عليه القطع لان فعله سبب خروجه فأشبه مالو ساق البهيمة او فتح الماء وحلق الثوب في الهواء (والثاني) لاقطع عليه لان الماء لم يكن آلة للاخراج وإنما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله والبهيمة لها اختيار لنفسها، فأما ان ساق الدابة فخرجت بالمسروق او تركه في ماء جار فخرج به فعليه القطع لانه هو المخرج اما بنفسه واما بآلته فوجب عليه القطع كما لو حمله فاخرجه وكذلك لو أمر صبياً لايميز أو معتوهاً فأخرجه فعليه القطع لانه آلة له .

(فصل) وسواء دخل الحرز فاخرجه أو نقبه ثم أدخل اليه يده أو عصا لها شجنة فاجتذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاحد عليه إلا أن يكون البيت صغيراً لايمكنه دخوله لانه لم يهتك الحرز بما أمكنه فأشبه المختلس .

ولنا انه سرق نصابا من حرز مثله لاشبهة له فيه وهو من أهل القطع فوجب عليه كما لو كان

(فصل) وإذا دخل السارق حرزاً فاحتلب لبنا من ماشية وأخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاقطع عليه لانه من الاشياء الرطبة ، وقد مضى الكلام معه في هذا، وان شربه في الحرز او شرب منه ماينقص النصاب فلا قطع عليه لانه لم يخرج من الحرز نصابا، وإن ذبح الشاة في الحرز او شق الثوب ثم أخرجها وقيمتها بعد الشق والذبح نصاب فعليه القطع وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاقطع عليه في الشاة لان اللحم لايقطع عنده بسرقته والثوب ان شقه شقاً كثيره فلاقطع فيه لان صاحبه مخير بين أن يضمنه قيمة جميعه فيكون قد أخرجه وهو ملك له وقد تقدم الكلام معه في هذه الاصول ، وان دخل الحرز فابتلع جوهرة وخرج فلم تخرج فلا قطع عليه لانه أتلفها في الحرز وان خرجت ففيه وجهان

(أحدهما) يجب لانه أخرجها في وعائها فأشبه اخراجها في كمه (والثاني) لايجب لانه ضمنها بالبلع فكان اتلافا لها ولانه ملجأ إلى اخراجها لانه لايمكنه الخروج بدونها، وان تطيب في الحرز بطيب وخرج ولم يبق عليه من الطيب ما اذا جمع كان نصابا فلا قطع عليه لان مالا يجتمع قد أتلفه باستعماله فأشبه مالو أكل الطعام، وان كان يبلغ نصابا فعليه القطع لانه أخرج نصابا وذكر فيه وجه آخر فيما اذا كان ما تطيب به يبلغ نصابا فعليه القطع وان نقص ما يجتمع عن النصاب لانه أخرج نصابا والاول اولى وان جر خشبة فألقاها بعد أن أخرج بعضها من الحرز فلا قطع عليه سواء

البيت ضيقا ويخالف المختلس لانه يهتك الحرز ، وان رمى المتاع فاطارته الريح فأخرجته فعليه القطع لانه متى كان ابتداء الفعل منه لم يؤثر فعل الريح كما لو رمى صيداً فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد حل، ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقعت في المرمى احتسب به وصار هذا كما لو ترك المتاع في الماء فجرى به فأخرجه .

(فصل) إذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن فان كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز وإن لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز، وقد قال احمد إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الاولى

(فصل) إذا دخل السارق الحرز فاحتلب لبناً من ماشية وأخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لانه من الاشياء الرطبة وقد مضى الكلام معه في هذا وإن شربه في الحرز أو شرب منه فانتقص النصاب فلا قطع عليه لانه لم يخرج من الحرز نصاباً، وان ذبح الشاة في الحرز أو شق الثوب ثم أخرجها وقيمتها بعد الشق والذبح نصاب فعليه القطع وبه قال الشافعي وقال الثوري لا قطع عليه في الشاة لان اللحم لايقطع بسرقته عنده والثوب ان شقه كثيره فلاقطع فيه لأن صاحبه مخير بين[1] أن يضمنه قيمة جميعه فيكون قد أخرجه وهو ملكه وقد تقدم الكلام معه في هذه الأصول ،وان تطيب وخرج ولم يبق عليه من الطيب ما إذا جمع كان نصابا فلاقطع عليه

(١) كذا بالاصل ونسخ المغني

خرج منها ما يساوي نصابا اولم يكن لان بعضها لاينفرد عن بعض، وكذلك لو أمسك الغاصب طرف عمامته والطرف الآخر في يد مالكها لم ضمنها : وكذلك اذا سرق ثوبا او عمامة فأخرج بعضهما

(فصل) وإذا نقب الحرز ثم دخل فاخرج مادون النصاب ثم دخل فاخرج مايتم به النصاب نظرت فان كان في وقتين متباعدين اوليلتين لم يجب القطع لان كل واحدة منهما سرقة مفردة لاتبلغ نصابا وكذلك ان كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة . وان تقاربا وجب قطعه لانها سرقة واحدة واذا بني فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض اولى

(الشرط الخامس والسادس والسابع) كون السارق مكلفا وثبتت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنتفي الشبهات ويذكر ذلك في مواضعه

﴿ مسألة ﴾ قال (الا أن يكون المسروق ثمراً أو كثراً فلا قطع فيه)

يعني به الثمر في البستان قبل ادخاله الحرز فهذا لاقطع فيه عند أكثر الفقهاء كذلك الكثر المأخوذ من النخل وهو جمار النخل . روي معنى هذا القول عن ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور ان كان من ثمر او بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر ان لم يصح خبر رافع قال ولا أحسبه ثابتا ، واحتجا بظاهر الآية وبقياسه على سائر المحرزات ولنا ماروى رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال « لاقطع في ثمر ولا كثر » أخرجه ابو داود

لأن مالا يجتمع قد أتلفه باستعماله فأشبه مالو أكل الطعام ، وإن كان يبلغ نصابا فعليه القطع لأنه أخرج نصابا وذكر فيه وجه آخر فيما إذا كان ما تطيب به يبلغ نصابا فعليه القطع وإن نقص مايجتمع عن النصاب لأنه أخرج نصابا والاول أولى لانه حين الاخراج ناقص عن النصاب ، وإن جر خشبة فألقاها بعد أن خرج بعضها من الحرز فلا قطع عليه سواء خرج منها ما يساوي نصابا أو لا لان بعضها لا ينفرد عن البعض وكذلك لو أمسك الغاصب طرف عمامته والطرف الآخر في يد مالكها لم يضمنها وكذلك لو سرق ثوبا أو عمامة فأخرج بعضها

(فصل) فان نقب الحرز ثم دخل فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما بقي من النصاب وكان في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لان كل واحدة منها سرقة منفردة لا تبلغ نصابا وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة وإن تقاربا وجب القطع لانها سرقة واحدة ولانه إذا بني فعل أحد الشريكين على فعل شريكه إذا سرقا نصاباً فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى

﴿ مسئلة ﴾ (والحرز ما جرت العادة بحفظ المال فيه ويختلف باختلاف الاموال والبلدان وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه)

الحرز ما عد حرزاً في العرف فانه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم انه

وابن ماجه وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمرو عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن الثمر المعلق فقال «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع» وهذا يخص عموم الآية. ولان البستان ليس بحرز لغير الثمر فلا يكون حرزا له كما لو لم يكن محوطا فاما ان كانت نخلة او شجرة في دار محرزة فسرق منها نصابا ففيه القطع لانه سرق من حرز والله أعلم

(فصل) وإن سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه وبه قال اسحاق للخبر المذكور وقال أحمد لا أعلم سببا يدفعه وقال اكثر الفقهاء لا يجب فيه اكثر من مثله قال ابن عبدالبر لا أعلم أحدا من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر بانه كان حين كانت العقوبة في الاموال ثم نسخ ذلك

ولنا قول النبي ﷺ وهو حجة لا تجوز مخالفته الا بمعارضة مثله أو أقوى منه وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للفسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالاجماع ثم هو فاسد من وجه آخر لقوله ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع فقد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه وهذا يبطل ماقاله، وقد احتج أحمد بان عمر أغرم حاطب بن أبي بلتعة حين انتحر غلمانه ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها، وروى الاثرم الحديثين في سننه قال أصحابنا وفي

رد ذلك إلى أهل العرف لانه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فرجع اليه كما رجعنا اليه في معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك. إذا ثبت ذلك فحرز الأثمان والجواهر والقماش في الدور والدكاكين في العمران وراء الابواب والاغلاق الوثيقة، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصفر والنحاس والرصاص في الدكاكين والبيوت المقفلة في العمران أو يكون فيها حافظ فيكون حرزا وإن كانت مفتوحة إن لم تكن مغلقة ولا فيها حافظ فليست بحرز وإن كانت فيها خزائن مغلقة فالخزائن حرز لما فيها وما خرج عنها فليس بحرز

وقد روي عن احمد في البيت الذي ليس عليه غلق فسرق منه: أراه سارقا وهذا محمول على أن أهله فيه فاما البيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء فان لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لان من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظاً له وإن أغلق عليه، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهو حرز سواء كانت مغلقة أو مفتوحة وإذا كان لابساً للثوب أو متوسداً له نائما أو مستيقظاً أو مفترشاً له أو متكئاً عليه في أي موضع كان من البلد أو برية فهو محرز بدليل رداء صفوان سرق وهو متوسده فقطع النبي ﷺ سارقه وان تدحرج عن الثوب زال الحرز ان كان نائما، وان كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز

الماشية تسرق من المرعى من غير ان تكون محرزة مثلا قيمتها للحديث وهو ماجاء في سياق حديث عمرو بن شعيب ان السائل قال الشاة الحريسة منهن يانبي الله ؟ قال « ثمنها ومثله معه والنكال وما كان في المراح ففيه القطع اذا كان ما يأخذ من ذلك ثمن المجن »هذا لفظ رواية ابن ماجه وماعدا هذين لا يغرم باكثر من قيمته أو مثله إن كان مثليا هذا قول اصحابنا وغيرهم الا أبا بكر فانه ذهب الى ايجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه قياساً على الثمر المعلق وحريسة الجبل واستدلا بحديث حاطب

ولنا أن الاصل وجوب غرامة المثلي بمثله والمتقوم بقيمته بدليل المتلف والمغصوب والمنتهب والمختلس وسائر ماتجب غرامته خولف في هذين الموضعين للاثر ففيما عداه يبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف ويحسم فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب وحسمت)

لا خلاف بين أهل العلم في أن السارق أول ما يقطع منه يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع وفي قراءة عبدالله بن مسعود(فاقطعوا أيمانهما) وهذا إن كان قراءة والا فهو تفسير ،وقد روي عن أبي بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع

البزازين وقماش الباعة وخبز الخبازين بحيث يشاهده وينظر اليه فهو محرز وان نام أو كان غائباً عن موضع مشاهدته فليس بمحرز وان جعل المتاع في الغرائر وعكم عليها ومعها حافظ يشاهدها فهي محرزة والا فلا .

(فصل) والخيمة والخركاة ان نصبت وكان فيها أحد نائما أو منتبهاً فهي محرزة وما فيها لانها هكذا تحرز في العادة وإن لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلاقطع على سارقها، وممن أوجب القطع في السرقة من الفسطاط الثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي إلا أن أصحاب الرأي قالوا: يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط.ولنا أنه محرز بما جرت به العادة أشبه ما فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز البقل والباقلا ونحوه وقدوره وراء الشرائج إذا كان في السوق حارس)

والشرائج تكون من القصب والخشب

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز الخشب والحطب الحظائر)

وكذلك القصب وتعبئة بعضه على بعض وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ماجرت العادة إلا أن يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزاً وإن لم يقيد

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز المواشي الصير وحرزها في المراعى بالراعي ونظره اليها)

ولا مخالف لهما في الصحابة، ولان البطش بها أقوى فكانت البداية بها أردع ولانها آلة السرقة فناسب عقوبته باعدام آلتها وإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى وبذلك قال الجماعة الا عطاء حكي عنه أنه تقطع يده اليسري لقوله سبحانه (فاقطعوا أيديهما) ولانها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى، وروي ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف قول جماعة فقهاء الامصار من أهل الفقه والاثر من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وهو قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال في السارق «اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله» ولانه في المحاربة الموجبة قطع عضوين انما تقطع يده ورجله ولا تقطع يداه فنقول: جناية أوجبت قطع عضوين فكانا رجلا ويداً كالمحاربة ولان قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ولا يدفع عن نفسه فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذي لا يشتمل على هذه المفسدة أولى. وأما الآية فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الاولى وفي قراءة عبد الله (فاقطعوا أيمانهما) وانما ذكر بلفظ الجمع لان المثنى إذا أضيف الى المثنى ذكر بلفظ الجمع كقوله تعالى (فقد صغت قلوبكما) إذا ثبت هذا فانه تقطع رجله اليسرى لقول الله تعالى (أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) ولان قطع اليسرى أرفق به لانه يمكنه المشي على خشبة ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشي بحال، وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول أكثر أهل العلم وفعل ذلك

فما غاب منها عن مشاهدته فقد خرج عن الحرز لان الراعية هكذا تحرز

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز حمولة الابل بتقطيرها وقائدها وسائقها إذا كان يراها)

الابل على ثلاثة أضرب: باركة وراعية وسائرة فأما الباركة فان كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً اليها أو مستيقظاً بحيث يراها فهي محرزة وإن كان نائما أو مشغولا عنها فليست محرزة لان العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن المعقولة تنبه النائم والمشتغل، وإن لم يكن معها أحد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن. وأما الراعية فحرزها بنظر الراعي اليها فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز لان الراعية انما تحرز بالراعي ونظره. وأما السائرة فان كان معها من يسوقها فحرزها بنظره اليها سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة فما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز وإن كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها وتكون بحيث يراها إذا التفت وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر

ولنا أن العادة في حفظ الابل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الاول فكان ذلك حرزاً

عمر رضي الله عنه وكان علي رضي الله عنه يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقباً يمشي عليها وهو قول أبي ثور .

ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة فيقطع من المفصل كاليد وإذا قطع حسم وهو ان يغلى الزيت فاذا قطع غمس عضوه في الزيت لتنسد أفواه العروق لئلا ينزف الدم فيموت . وقد روي ان النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة فقال « اقطعوه واحسموه » وهو حديث فيه مقال قاله ابن المنذر وممن استحب ذلك الشافعي وأبو ثور وغيرهما من اهل العلم ويكون الزيت من بيت المال لان النبي ﷺ أمر به القاطع وذلك يقتضي أن يكون من بيت المال فان لم يحسم فذكر القاضي أنه لاشيء عليه لان عليه القطع لامداواة المحدود، ويستحب للمقطوع حسم نفسه فان لم يفعل لم يأثم لانه ترك التداوي في المرض وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ويقطع السارق باسهل ما يمكن فيجلس ويضبط لئلا يتحرك فيجني على نفسه وتشد يده بحبل وتجر حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع ثم يوضع بينهما سكين حاد ويدق فوقها بقوة ليقطع في مرة واحدة أو توضع السكين على المفصل وتمد مدة واحدة وان علم قطع أوحى من هذا قطع به .

(فصل) ويسن تعليق اليد في عنقه لما روى فضالة بن عبيد ان النبي ﷺ اتي بسارق فقطعت

لها كالتي زمامها في يده فان سرق من احمال الجمال السائرة المحرزة متاعا قيمته نصاب قطع وكذلك إن سرق الحمل وإن سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه في يد صاحبه وإن لم يكن صاحبه عليه قطع وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه لأن ما في الحمل محرز به فاذا اخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز

ولنا أن الجمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرقه من حرز مثله فأشبه ما لو سرق المتاع ولا نسلم ان سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فانه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه وهذا التفصيل في الابل التي في الصحراء فأما التي في البيوت والمكان المحصن على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالحكم في الابل على ما ذكرنا من التفصيل فيها

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز الثياب في الحمام بالحافظ) فان سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه في قول عامتهم وان كان ثم حافظ فقال احمد ليس على سارق الحمام قطع . وقال في رواية ابن منصور لا يقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان وهذا قول أبي حنيفة لانه مأذون للناس في دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله ولأن دخول الناس اليه يكثر فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه، وفيه رواية اخرى انه يجب القطع إذا كان فيه

يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه رواه أبو داود وابن ماجه وفعل ذلك علي رضي الله عنه ولان فيه ردعا وزجرا

(فصل) ولا تقطع في شدة حر ولا برد لان الزمان ربما أعان على قتله والغرض الزجر دون القتل، ولا تقطع حامل حال حملها ولا بعد وضعها حتى ينقضي نفاسها لئلا يفضي الى تلفها وتلف ولدها ولا يقطع مريض في مرضه لئلا يأتي على نفسه، ولو سرق فقطعت يده ثم سرق قبل اندمال يده لم يقطع ثانياً حتى يندمل القطع الاول وكذلك لو قطعت رجله قصاصاً لم تقطع اليد في السرقة حتى تبرأ الرجل فان قيل أليس لو وجب عليه قصاص في اليد الاخرى لقطعت قبل الاندمال والمحارب تقطع يده ورجله دفعة واحدة وقد قلتم في المريض الذي وجب عليه الحد لا ينتظر برؤه فلم خالفتم ذلك ههنا؟ قلنا القصاص حق آدمي يخاف فوته وهو مبني على الضيق لحاجته اليه ولان القصاص قد يجب في يد ويجب في يدين وأكثر في حالة واحدة فلهذا جاز أن نوالي بين قصاصين ونخالف لان كل معصية لها حد مقدر لا تجوز الزيادة عليه فاذا والى بين حدين صار كالزيادة على الحد فلم يجز. وأما قطاع الطريق فان قطع اليد والرجل حد واحد بخلاف ما نحن فيه. وأما تأخير الحد للمريض ففيه منع وان سلمنا فان الجلد يمكن تخفيفه فيأتي به في المرض على وجه يؤمن معه التلف والقطع لا يمكن تخفيفه.

حافظ حكاها القاضي وهو قول مالك والشافعي واسحاق وابي ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ فيجب قطع سارقه كما لو كان في البيت. قال شيخنا: والصحيح الاول وهذا يفارق ما في البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما، فأما ان كان صاحب الثياب قاعداً عليها أو متوسداً لها او جالساً وهي بين يديه يحفظها قطع سارقها بكل حال كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسده، وكذلك ان كان صاحب الثياب اما الحمامي واما غيره حافظاً لها على هذا الوجه قطع سارقها لأنها محرزة وان لم تكن كذلك فقال القاضي ان نزع الداخل ثيابه على ما جرت به العادة ولم يستحفظها لا حد فلا قطع على سارقها ولا غرم على الحمامي لانه غير مودع فيضمن ولا هي محرزة فيقطع سارقها، وان استحفظها الحمامي فهو مودع تلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ فان تشاغل عنها وترك النظر اليها فسرقت فعليه الغرم لتفريطه ولا قطع على السارق لانه لم يسرق من حرز وإن تعاهدها الحمامي بالحفظ والنظر فسرقت فلا غرم عليه لعدم تفريطه وعلى السارق القطع لانها محرزة وهذا مذهب الشافعي وظاهر مذهب أحمد أنه لا قطع عليه أيضا في هذه الصورة لما تقدم. قال ابن المنذر قال احمد ارجو ان لا قطع عليه لانه مأذون للناس في دخوله. ولو استحفظ رجل آخر متاعه في المسجد فسرق فان كان قد فرط في مراعاته ونظره اليه فعليه الغرم إذا كان التزم حفظه واجابه الى ما سأله وان لم يجبه لكن سكت لم يلزمه غرم لانه ما قبل الاستيداع ولا قبض المتاع، ولا قطع على السارق في الموضعين لانه غير محرز، وإن حفظ المتاع بنظره اليه وقربه منه فسرق فلا غرم عليه وعلى السارق القطع لانه سرق من حرز

(فصل) واذا سرق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميعها وتداخلت حدودها لانه حد من حدود الله تعالى فاذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا، وذكر القاضي فيما اذا سرق من جماعة وجاءوا متفرقين رواية أخرى أنها لاتتداخل ولعله يقيس ذلك على حد القذف، والصحيح أنها تتداخل لان القطع خالص حق الله تعالى فتتداخل كحد الزنا والشرب وفارق حد القذف فانه حق لآدمي ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقط بالعفو عنه، فأما إن سرق فقطع ثم سرق ثانياً قطع ثانيا سواء سرق من الذي سرق منه أولا أو من غيره وسواء سرق تلك العين التي قطع بها أو غيرها وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها مرة ثانية إلا أن يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمراً، واحتج بان هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمي فاذا تكرر سببه في العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف

ولنا انه حد يجب بفعل في عين فتكرره في عين واحدة كتكرره في الاعيان كالزنا وما ذكره يبطل بالغزل اذا نسج والرطب اذا أتمر ولا نسلم حد القذف فانه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد وإن قذفه بذلك الزنا عقيب حده لم يحد لان الغرض اظهار كذبه وقد ظهر وههنا الغرض ردعه عن السرقة ولم يرتدع بالاول فيردع بالثاني كالمودع اذا سرق عيناً أخرى

(فصل) ومن سرق ولا يمنى له قطعت رجله اليسرى كما يقطع في السرقة الثانية وإن كانت يمناه شلاء ففيها روايتان

ويفارق المتاع في الحمام فان الحفظ فيه غير ممكن لان الناس يضع بعضهم ثيابه عند ثياب بعض ويشتبه على الحمامي صاحب الثياب فلا يمكنه منع اخذها لعدم علمه بمالكها

﴿ مسئلة ﴾ (وحرز الكفن في القبر على الميت فلو نبش قبرا واخذ الكفن قطع)

روي عن ابن الزبير أنه قطع نباشا، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابو حنيفة والثوري لا قطع عليه لان القبر ليس بحرز لان الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ والكفن لا يوضع في القبر لذلك ولانه ليس بحرز لغيره فلا يكون حرزا لغيره، ولان الكفن لا مالك له ولانه لا يخلو اما ان يكون ملكا للميت او لوارثه وليس ملكا لواحد منهما لان الميت لا يملك شيئا ولم يبق اهلا للملك والوارث انما يملك ما فضل عن حاجة الميت ولانه لا يجب القطع الا بمطالبة المالك او نائبه ولم يوجد ذلك

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) وهذا سارق ولأن عائشة رضي الله عنها قالت: سارق امواتنا كسارق احيائنا وما ذكروه لا يصح فان الكفن يحتاج الى تركه في القبر دون غيره ويكتفي به في حرزه الا ترى انه لا يترك الميت في غير القبر من غير ان يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف عنه؟ وقولهم انه لا مالك له ممنوع بل هو مملوك للميت لانه كان مالكا

(أحداهما) تقطع رجله اليسرى لان الشلاء لا نفع فيها ولا جمال فأشبهت كفاً لا أصابع عليه قال ابراهيم الحربي عن احمد فيمن سرق ويمناه جافة تقطع رجله

(والرواية الثانية) أنه يسئل أهل الخبرة فان قالوا إنها اذا قطعت رقأ دمها وانحسمت عروقها قطعت لانه أمكن قطع يمينه فوجب كما لو كانت صحيحة وإن قالوا لا يرقأ دمها لم تقطع لانه يخاف تلفه وقطعت رجله وهذا مذهب الشافعي، وإن كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة ففيها وجهان

(أحدهما) لا تقطع وتقطع الرجل لان الكف لا تجب فيه دية اليد فأشبه الذراع

(والثاني) تقطع لان الراحة بعض ما يقطع في السرقة فاذا كان موجوداً قطع كما لو ذهب الخنصر أو البنصر، وإن ذهب بعض الاصابع نظرنا فان ذهب الخنصر والبنصر أو ذهبت واحدة سواهما قطعت لان معظم نفعها باق وإن لم يبق الا واحدة فهي كالتي ذهب جميع أصابعها وإن بقي اثنتان فهل تلحق بالصحيحة أو بما قطع جميع أصابعها؟ على وجهين والاولى قطعها لان نفعها لم يذهب بالكلية

(فصل) ومن سرق وله يمنى فقطعت في قصاص أو ذهبت بأكلة أو تعدى عليه متعد فقطعها سقط القطع ولا شيء على العادي إلا الادب وبهذا قال مالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي، وقال قتادة يقتص من القاطع وتقطع رجل السارق وهذا غير صحيح فإن يد السارق ذهبت والقاطع قطع عضواً غير معصوم وإن قطعها قاطع بعد السرقة وقبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع ثم ثبت ذلك فكذلك، ولو شهد بالسرقة فحبسه الحاكم ليعدل الشهود فقطعه قاطع ثم عدلوا فكذلك، وإن لم

له في حياته ولا يزول ملكه الا عما لا حاجة به اليه ووليه يقوم مقامه في المطالبة كقيام ولي الصبي في الطلب بماله. إذا ثبت هذا فلا بد من اخراج الكفن من القبر لانه الحرز فان اخرجه من اللحد ووضعه في القبر فلا قطع عليه فيه لانه لم يخرجه من الحرز وأشبه ما لو نقل المتاع في البيت من جانب الى جانب فان النبي ﷺ سمى القبر بيتاً

(فصل) والكفن الذي يقطع بسرقته ما كان مشروعا فان كفن الرجل في اكثر من ثلاث لفائف او المرأة في اكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو ترك في تابوت فسرق التابوت او ترك معه طيبا مجموعا او ذهباً او فضة اوجوهرا لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لانه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه

(فصل) وهل يفتقر في قطع النباش الى المطالبة؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) يفتقر الى المطالبة كسائر المسروقات فعلى هذا المطالب الوارث لانه يقوم مقام الميت في حقوقه وهذا من حقوقه

(والثاني) لا يفتقر الى طلب لان الطلب في السرقة من الاحياء شرط لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يئس من ذلك ههنا.

يعدلوا وجب القصاص على القاطع وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه لان صدقهم محتمل فيكون ذلك شبهة

ولنا انه قطع طرفا ممن يكافئه عمداً بغير حق فلزمه القطع كما لو قطعه قبل إقامة البينة

(فصل) وإن سرق فقطع الجذاذ يساره بدلا عن يمينه أجزأت ولا شيء على القاطع إلا الادب وبهذا قال قتادة والشعبي وأصحاب الرأي وذلك لان قطع يمنى السارق يفضي إلى تفويت منفعة الجنس وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع واذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئا عن القطع الواجب فلا يجب على فاعله قصاص وقال أصحابنا في وجوب قطع يمين السارق وجهان وللشافعي فيما اذا لم يعلم القاطع كونها يساراً أو ظن أن قطعها يجزىء قولان

(أحدهما) لا تقطع يمين السارق كيلا تقطع يداه بسرقة واحدة

(والثاني) تقطع كما لو قطعت يسراه قصاصاً فأما القاطع فتفق أصحابنا والشافعي على أنه إن قطعها عن غير اختيار من السارق أو كان السارق أخرجها دهشة او ظناً منه أنها تجزىء وقطعها القاطع عالما بانها يسراه وأنها لا تجزىء فعليه القصاص وإن لم يعلم أنها يسراه او ظن أنها مجزئة فعليه ديتها، وإن كان السارق أخرجها مختاراً عالما بالامرين فلا شيء على القاطع لانه أذن في قطعها فأشبه غير السارق والمختار عندنا ماذكرناه والله أعلم

(فصل) وحرز جدار الدار كونه مبنياً فيها إذا كانت في العمران او كانت في الصحراء وفيها حافظ فان أخذ من اجزاء الجدار او خشبة تبلغ نصابا في هذه الحال وجب قطعه لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزا لنفسه، وان هدم الحائط ولم يأخذه فلا قطع فيه كما لو تلف المتاع في الحرز ولم يسرقه وإن كانت الدار بحيث لا تكون حرزا لما فيها كدار في الصحراء لا حافظ لها فلا قطع على من اخذ من جدارها شيئا لأنها إذا لم تكن حرزا لما فيها فلنفسها اولى

﴿مسئلة﴾ (وحرز الباب تركيبه في موضعه)

سواء كان مغلقا او مفتوحا لانه هكذا يحفظ وعلى سارقه القطع إذا كانت الدار محرزة بما ذكرناه ، واما ابواب الخزائن في الدار فان كان باب الدار مغلقا فهي محرزة سواء كانت مغلقة او مفتوحة وان كان مفتوحا لم تكن محرزة الا ان تكون مغلقة او يكون في الدار حافظ والفرق بين الدار وباب الخزانة أن ابواب الخزائن تحرز بباب الدار وباب الدار لا يحرز الا بنصبه ولا يحرز بغيره ، وأما حلقة الباب فان كانت مسمورة فهي كحرزه والا فلا لأنها تحرز بتسميرها

﴿مسئلة﴾ (فلو سرق رتاج الكعبة أو باب مسجد او تأزيره قطع)

إذا سرق باب مسجد منصوبا او باب الكعبة المنصوب او سرق من سقفه شيئا او تأزيره ففيه وجهان (احدهما) عليه القطع وهو مذهب الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل)

يعني إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله لم يقطع منه شيء آخر وحبس وبهذا قال علي رضي الله عنه والحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري وأصحاب الرأي .وعن أحمد انه تقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس

وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قطعا يد أقطع اليد والرجل وهذا قول قتادة ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وروي عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز انه تقطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة ويقتل في الخامسة لان جابراً قال جيء إلى النبي ﷺ بسارق فقال «اقتلوه» فقالوا يارسول الله انما سرق فقال « اقطعوه » قال فقطع ثم جيء به الثانية فقال «اقتلوه » قالوا يارسول الله انما سرق قال« اقطعوه» فقطع ثم جيء به الثالثة فقال« اقتلوه »فقالوا يارسول الله انما سرق قال «اقطعوه» قال ثم أتي به الرابعة فقال « اقتلوه» قالوا يارسول الله انما سرق قال «اقطعوه» ثم أتي به الخامسة قال « اقتلوه» قال فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ، رواه أبو داود

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في السارق «وإن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق

لانه سرق نصابا محرزا بحرز مثله لاشبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمي (والثاني) لا قطع عليه وهو قول أصحاب الرأي لانه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع كحصر المسجد وقناديله فانه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحدا ولانه مما ينتفع به الناس فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال وقال احمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها قال القاضي : هذا محمول على ما ليست بمخيطة لانها اذا لم تحرز بخياطتها وقال ابو حنيفة لا قطع فيها بحال لما ذكرنا في الباب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سرق قناديل المسجد او حصره فعلى وجهين)

(احدهما) يقطع لان المسجد حرز لها فقطع بسرقتها كالباب

(والثاني) لا يقطع وهو قول ابي حنيفة لان له فيه حقا وشبهة فأشبه السرقة من بيت المال، ولانه لا مالك له من المخلوقين ، وهذا اصح ان شاء الله تعالى . وذكر شيخنا في كتاب المغني انه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحدا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن نام انسان على ردائه في المسجد فسرقه سارق قطع)

لان النبي ﷺ قطع سارق رداء صفوان، وإن مال رأسه عنه فسرقه لم يقطع لانه لم يبق محرزا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سرق من السوق غزلا وثم حافظ قطع) لان حرزه بحافظه فاذا سرقه قطع كما يقطع بسرقة الثياب من الحمام إذا كان ثم حافظ

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سرق من النخل او الشجر من غير حرز فلا قطع عليه ويضمن عوضهما مرتين

فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » ولان اليسار تقطع قوداً فجاز قطعها في السرقة كاليمنى ولانه فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقد قال النبي ﷺ « اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر»

ولنا ما روى سعيد حدثنا ابومعشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه ماترون في هذا ؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته إذاً وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ ؟ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فرده إلى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلداً شديداً ثم أرسله

وروي عنه انه قال اني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ولا رجلا يمشي عليها ولان في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حد كالقتل، ولانه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى في المرة الثانية لانها آلة البطش كاليمنى وانما لم تقطع للمفسدة في قطعها لان ذلك بمنزلة الاهلاك فانه لا يمكنه أن يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ولا يزيلها عنه ولا يدفع عن نفسه ولا يأكل ولا يبطش ، وهذه المفسدة حاصلة بقطعها في المرة الثالثة فوجب أن يمنع قطعها كما منعه في المرة الثانية . وأما حديث جابر ففي حق شخص استحق القتل بدليل ان النبي ﷺ أمر به في أول مرة وفي كل مرة وفعل ذلك في الخامسة . ورواه النسائي وقال حديث منكر

وأما الحديث الآخر وفعل أبي بكر وعمر فقد عارضه قول علي وقد روي عن عمر انه رجع إلى

يعني بذلك الثمر في البستان قبل ادخاله الحرز . وهذا قول أكثر الفقهاء وكذلك جمار النخل ويسمى الكثر ، وروي معنى هذا القول عن ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور ان كان من بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر إذا لم يصح خبر رافع ولا احسبه ثابتاً واحتجا بظاهر الآية وبقياسه على سائر المحرزات

ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال « لا قطع في ثمر ولا كثر » اخرجه ابو داود وابن ماجه ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله ﷺ انه سئل عن الثمر المعلق فقال « من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » وهذا يخص عموم الآية ولان البستان ليس بحرز لغير الثمر فلم يكن حرزا له كما لو لم يكن محفوظا ، فأما إن كانت شجرة في دار محرزة فسرق منها نصابا فعليه القطع والله أعلم

(فصل) وإذا سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه وبه قال اسحاق للخبر المذكور، قال أحمد لا أعلم شيئاً يدفعه ، وقال أكثر الفقهاء لا يجب أكثر من مثله قال ابن عبد البر لا أعلم أحداً من

قول علي فروى سعيد حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عابد قال أتي عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فأمر به عمر أن تقطع رجله فقال علي انما قال الله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً)الآية وقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها إما ان تعزره وإما أن تستودعه السجن فاستودعه السجن

(فصل) وان سرق من يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الاصابع أو كانت يداه صحيحتين فقطعت اليسرى او شلت قبل قطع يمناه لم تقطع يمناه على الرواية الاولى وتقطع على الثانية وان قطع يسراه قاطع متعمداً فعليه القصاص لانه قطع طرفاً معصوما ، وان قطعه غير متعمد فعليه ديته ولا تقطع يمين السارق وبه قال ابو ثور وأصحاب الرأي وفي قطع رجل السارق وجهان أصحهما لا يجب لانه لم يجب بالسرقة وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضي قطع رجله كما لو كان المقطوع يمينه (والثاني) تقطع رجله لانه تعذر قطع يمينه فقطعت رجله كما لو كانت اليسرى مقطوعة حال السرقة وان كانت يمناه صحيحة ويسراه ناقصة نقصاً يذهب بمعظم نفعها مثل أن يذهب منها الابهام او الوسطى او السبابة احتمل أن يكون كقطعها وينتقل الى رجله وهذا قول أصحاب الرأي واحتمل أن تقطع يمناه لان له يداً ينتفع بها اشبه مالو قطعت خنصرها ، وان كانت يداه صحيحتين ورجله اليمنى شلاء أو مقطوعة فلا اعلم فيها قولا لأصحابنا ويحتمل وجهين (احدهما) تقطع يمينه وهو مذهب

من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر بانه كان حين كانت العقوبة في الاموال ثم نسخ ذلك .

ولنا أن قول النبي ﷺ حجة لا تجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالاجماع ثم هو فاسد من وجه آخر لقوله ومن سرق منه شيئاً بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع فقد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه وهذا يبطل ماقاله وقد احتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب بن أبي بلتعة حين نحر غلمانه ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها روى الاثرم الحديثين في سننه قال أصحابنا وفي الماشية تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزة : مثلا قيمتها لان في سياق حديث عمرو بن شعيب أن السائل قال الشاة الحريسة منهن يانبي الله ؟ قال «ثمنها ومثله معه والنكال وما كان من المراح ففيه القطع إذا كان ما أخذ من ذلك ثمن المجن» هذا لفظ رواية ابن ماجه وما عدا هذين لا يضمن بأ كثر من قيمته أو مثله ان كان مثلياً ، هذا قول أصحابنا وغيرهم إلا أبا بكر فانه ذهب إلى غرامة المسروق من غير حرز بمثليه قياساً على الثمر المعلق وحريسة الجبل واستدلا بحديث حاطب .

ولنا أن الأصل وجوب غرامة المثلي بمثله والمتقوم بقيمته بدليل التلف والمغصوب والمنتهب

الشافعي لانه سارق له يمنى فقطعت عملا بالكتاب والسنة ولانه سارق له يدان فتقطع يمناه كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى

(والثاني) لايقطع منه شيء وهو قول اصحاب الرأي لان قطع يمناه يذهب بمنفعة المشي من الرجلين، فأما ان كانت رجله اليسرى شلاء ويداه صحيحتان قطعت يده اليمنى لانه لا يخشى تعدي ضرر القطع الى غير المقطوع، وعلى قياس هذه المسئلة لو سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء لم يقطع منه شيء لذلك، وأنكر هذا ابن المنذر وقال: اصحاب الرأي بقولهم هذا، خالفوا كتاب الله بغير حجة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحر والحرة والعبد والأمة في ذلك سواء)

أما الحر والحرة فلا خلاف فيهما وقد نص الله تعالى على الذكر والانثى بقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولانهما استويا في سائر الحدود فكذلك في هذا وقد قطع النبي ﷺ سارق رداء صفوان وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة

فأما العبد والامة فان جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على انهما يجب قطعهما بالسرقة إلا ما حكي عن ابن عباس انه قال لا قطع عليهما لانه حد لايمكن تنصيفه فلم يجب في حقهما كالرجم ولانه حد فلا يساوي العبد فيه الحر كسائر الحدود

والمختلس وسائر ما تجب غرامته خولف في هذين الموضعين للاثر ففيما عداهما يبقى على الأصل.

﴿ مسئلة ﴾ (قال أبو بكر ما كان حرزاً لمال فهو حرز لمال آخر قياساً لاحدهما على الآخر والصحيح خلاف ذلك) لانا إنما رجعنا في الحرز إلى العرف والعادة أن الجواهر والدراهم والدنانير لاتحرز في الصير والحظائر ومن أحرزها أو نحوها في ذلك عد مفرطا فكان العمل بالمعروف أولى

(فصل) واذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئا نظرت، فان كان من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع لم يحرزه عنه لم يقطع لانه لم يسرق من حرز وان سرق من موضع محرز دونه فان كان منعه فرآه سرق بقدره فلا قطع عليه أيضا وان لم يمنع فرآه فعليه القطع، وقد روي عن أحمد أنه لاقطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الأوليين وقال أبو حنيفة لاقطع عليه بحال لان المضيف بسطه في بيته وماله فأشبه ابنه.

ولنا أنه سرق مالا محرزاً عنه لاشبهة له فيه فلزمه القطع كالاجنبي وقوله انه بسطه فيه لا يصح فانه أحرز عنه هذا المال ولم يبسطه فيه وبسطه في غيره لايوجب بسطه فيه كما لو تصدق على مسكين بصدقة أو أهدى إلى صديقه هدية فانه لايسقط عنه القطع بالسرقة من غير ماتصدق به عليه أو اهدى اليه

(فصل) وإذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذي وكل فيه فسرقه أجنبي فعليه القطع لانعلم فيه مخالفا لانه ينوب مناب المالك في حفظ المال واحرازه ويده كيده وان

ولنا عموم الآية ، وروى الاثرم ان رقيقاً لحاطب بن ابي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فأمر كثير بن الصلت ان تقطع أيديهم ثم قال عمر والله اني لأراك تجيعهم ولكن لأغرمنك غرماً يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك؟ قال أربعمائة درهم قال عمر اعطه ثمانمائة درهم

وروى القاسم بن محمد عن أبيه ان عبداً أقر بالسرقة عند علي فقطعه وفي رواية قال كان عبداً يعني الذي قطعه علي، رواه الامام احمد باسناده وهذه قصص تنتشر ولم تنكر فتكون اجماعا وقولهم لا يمكن تنصيفه قلنا ولا يمكن تعطيله فيجب تكميله وقياسهم نقلبه عليهم فنقول حد فلا يتعطل في حق العبد والامة كسائر الحدود ، وفارق الرجم فان حد الزاني لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فان حد السرقة يتعطل بتعطيله

(فصل) ويقطع الآبق بسرقته وغيره روي ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك والشافعي . وقال مروان وسعيد بن العاصي وأبو حنيفة لا يقطع لان قطعه قضاء على سيده ولا يقضى على الغائب

ولنا عموم الكتاب والسنة وانه مكلف سرق نصابا من حرز مثله فيقطع كغير الآبق. وقولهم انه قضاء على سيده لا يسلم فانه لا يعتبر فيه إقرار السيد ولا يضر إنكاره وانما يعتبر ذلك من العبد ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز على ماعرف في موضعه

غصب عينا وأحرزها أو سرقها وأحرزها فسرقها سارق فلا قطع عليه وقال مالك عليه القطع لانه سرق نصابا من حرز مثله لاشبهة له فيه وللشافعي قولان كالمذهبين وقال أبو حنيفة كقولنا في السارق وكقول مالك في الغاصب .

ولنا أنه لم يسرق المال من مالكه ولا ممن يقوم مقامه فأشبه مالو وجده ضائعا فأخذه وفارق السارق من المالك أو نائبه فانه أزال يده الشرعية وسرق من حرزه.

(فصل) فان غصب شيئا فأحرز فيه ماله فسرقه منه أجنبي فلا قطع عليه لانه لاحكم لحرزه اذا كان متعديا به ظالما فيه.

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (الخامس انتفاء الشبه فلا يقطع بالسرقة من مال ابنه وان سفل ولا الولد من مال أبيه وان علا والاب والام في ذلك سواء) .

وجملة ذلك أن الوالد لايقطع بالسرقة من مال ولده وان سفل وسواء في ذلك الاب والأم والابن والبنت والجد والجدة من قبل الاب والأم هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور وابن المنذر القطع على كل سارق بظاهر الكتاب إلا أن يجمعوا على شيء فيستثنى .

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وقول النبي ﷺ «إن أطيب ماأكل الرجل من

(فصل) وان أقر العبد بسرقة مال في يده فأنكر ذلك سيده وقال هذا مالي فالمال لسيده ويقطع العبد وبهذا قال الشافعي. وقال ابو حنيفة لا قطع عليه لانه لم تثبت سرقته للمال فلم يجب قطعه كما لو أنكره المسروق منه ولانه إذا لم يقبل إقراره في المال ففي الحد الذي يندرىء بالشبهات اولى

ولنا انه أقر بالسرقة وصدقه المسروق منه فقطع كالحر. ويحتمل أن لا يجب القطع لان الحد يدرأ بالشبهات وكون المال محكوما به لسيده شبهة

(فصل) ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ويقطع الذمي بسرقة مالهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا. فأما الحربي إذا دخل الينا مستأمناً فسرق فانه يقطع أيضا. وقال ابن حامد لا يقطع وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا، وقد نص احمد على انه لا يقام عليه حد الزنا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا انه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف، يحققه أن القطع يجب صيانة للاموال وحد القذف يجب صيانة للاعراض فاذا وجب في حقه احدهما وجب الآخر، فأما حد الزنا فلم يجب لانه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه

اذا ثبت هذا فان المسلم يقطع بسرقة ماله وعند أبي حنيفة لا يجب. ولنا انه سرق مالا معصوما من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمي ويقطع المرتد إذا سرق لان احكام الاسلام جارية عليه

كسبه وان ولده من كسبه» وفي لفظ «فكلوا من كسب أولادكم» ولا يجوز قطع الانسان بقطع ما أمر النبي ﷺ بأخذه ولا أخذ ما جعله النبي ﷺ مالا له مضافا اليه ولان الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الانسان من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله.

(فصل) ولا يقطع الابن وان سفل بسرقة مال والده وان علا وبه قال الحسن والشافعي واسحاق والثوري وأصحاب الرأي وظاهر قول الخرقي أنه يقطع لانه لم يذكره فيمن لا قطع عليه وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه يقاد بقتله ويحد بالزنا بجاريته فيقطع بسرقته ماله كالأجنبي ووجه الاول أن بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ولان النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز اتلافه حفظا للمال وأما الزنا بجاريته ففيه منع وان سلم فانما وجب عليه الحد لأنه لا شبهة له فيها.

﴿مسئلة﴾ (ولا يقطع العبد بالسرقة من مال سيده في قول الجميع ووافقهم أبو ثور فيه وحكي عن داود انه يقطع لعموم الآية.

ولنا ماروى السائب بن يزيد قال شهدت عمر بن الخطاب قد جاءه عبدالله بن عمر والحضرمي بغلام له فقال إن غلامي هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ماسرق؟ قال سرق مرآة امرأتي ثمنها ستون درهما فقال ارسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم، ولكنه لو سرق من غيره قطع وفي لفظ

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقطع السارق وان وهبت له السرقة بعد اخراجها)

وجملته ان السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك، فان ملكها قبله لم يجب القطع لان من شرطه المطالبة بالمسروق وبعد ملكه له لا تصح المطالبة ، وان ملكها بعده لم يسقط القطع وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق . وقال أصحاب الرأي يسقط لأنها صارت ملكه فلا يقطع في عين هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها ولان المطالبة شرط والشروط يعتبر دوامها ولم يبق لهذه العين مطالب

ولنا ماروى الزهري عن ابن صفوان عن أبيه انه نام في المسجد وتوسد رداءه فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه الى النبي ﷺ فأمر به النبي ﷺ أن يقطع فقال صفوان يارسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ « فهلا قبل أن تأتيني به؟ » رواه ابن ماجه والجوزاني وفي لفظ قال فأتيته فقلت أتقطعه من أجل ثلاثين درهماً ؟ أنا أبيعه وأنسئه ثمنها قال « فهلا كان قبل أن تأتيني به؟» رواه الاثرم وأبو داود . فهذا يدل على انه لو وجد قبل رفعه اليه لدرأ القطع وبعده لا يسقطه . وقولهم ان المطالبة شرط ، قلنا هي شرط الحكم لا شرط القطع بدليل انه لو استرد العين لم يسقط القطع وقد زالت المطالبة

قال ما لكم سرق بعضه بعضاً لاقطع عليه رواه سعيد، وعن ابن مسعود ان رجلا جاءه فقال عبد لي سرق قباء لعبد لي آخر فقال لاقطع مالك سرق مالك وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفها أحد فتكون اجماعا وهذا يخص عموم الآية ولان هذا اجماع من أهل العلم لانه قول من سمينا من الائمة ولم يخالفهم في عصرهم أحد فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لايجوز ترك اجماع الصحابة بقول واحد من التابعين

(فصل) وأم الولد والمدبر والمكاتب كالقن في هذا وبه قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله لانه عبد مابقي عليه درهم، وكل من لا يقطع الانسان بسرقة ماله لايقطع عبده بسرقة ماله كآبائه وأولاده وغيرهم وقال أبو ثور يقطع بسرقة من عدا سيده ونحوه قول مالك وابن المنذر .

ولنا حديث عمر رضي الله عنه ، ولان مالهم ينزل منزلة ماله في قطعه فكذلك في قطع عبده .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقطع مسلم بالسرقة من بيت المال) .

يروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأصحاب الرأي، وقال حماد ومالك وابن المنذر يقطع لظاهر الكتاب.

ولنا ماروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فلم يقطعه وقال « مال الله سرق بعضه بعضاً » ويروى ذلك عن عمر رضي الله

(فصل) وان أقر المسروق منه ان المسروق كان ملكا للسارق أو قامت به بينة او أن له فيه شبهة او ان المالك أذن له في أخذها او انه سبلها لم يقطع لاننا تبينا انه لم يجب بخلاف ما لو وهبه إياها فان ذلك لايمنع كون الحد واجباً وإن أقر له بالعين سقط القطع أيضاً لان إقراره يدل على تقدم ملكه لها فيحتمل أن تكون له حال أخذها . والمنصوص عن احمد ان القطع لايسقط لانه ملك تجدد سببه بعد وجوب القطع أشبه الهبة ولان ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد وجوبه فلم يسقط بها كالهبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقصت قيمتها قطع)

وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة يسقط القطع لان النصاب شرط فتعتبر استدامته ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولانه نقص حدث في العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله ، والنصاب شرط لوجوب القطع فلا تعتبر استدامته كالحرز وما ذكره يبطل بالحرز فانه لو زال الحرز او ملكه لم يسقط عنه القطع وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده لان سبب الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ . فأما ان نقص النصاب قبل الاخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل تمام السبب وسواء نقصت بفعله أو بغير فعله . وان وجدت ناقصة ولم يدر هل كانت ناقصة حين السرقة أو حدث النقص بعدها ؟ لم يجب القطع لان الوجوب لايثبت مع الشك في شرطه ولان الاصل عدمه

عنه وسأل ابن مسعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال أرسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حق ، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا مغيرة عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه كان يقول ليس على من سرق من بيت المال قطع ولان له في المال حقاً فيكون شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له فيه شركة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقطع بالسرقة من مال له فيه شرك أو لأحد ممن لايقطع بالسرقة منه)

كالاب لايقطع بسرقة مال ابنه والعبد لايقطع بسرقة مال سيده فكذلك اذا سرق من مال لابنه فيه شرك أو لسيده فلا قطع عليه لذلك .

(فصل) ومن سرق من الوقف أو من غلته وكان من الموقوف عليهم كالمسكين يسرق من مال وقف المساكين أو من قوم معينين عليهم وقف لم يقطع لانه شريك ، وان كان من غيرهم قطع لانه لاحق له فيه فان قيل فقد قلتم لايقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غني وفقير فلم فرقتم ههنا؟ قلنا لان للغني في بيت المال حقاً بدليل قول عمر رضي الله عنه مامن أحد إلا وله في هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فانه لاحق للغني فيه .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سرق من الغنيمة ممن له حق أو لولده او لسيده لم يقطع)

لما ذكرنا من المسئلة قبلها .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قطع فان كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها وإن كانت تالفة فعليه قيمتها سواء كان موسراً أو معسراً)

لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها اذا كانت باقية، فأما إن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها او مثلها ان كانت مثلية قطع أو لم يقطع موسراً كان أو معسراً، وهذا قول الحسن والنخعي وحماد والبتي والليث والشافعي واسحاق وابي ثور وقال الثوري وابو حنيفة لا يجتمع الغرم والقطع، ان غرمها قبل القطع سقط القطع وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم

وقال عطاء وابن سيرين والشعبي ومكحول لا غرم على السارق اذا قطع ووافقهم مالك في المعسر ووافقنا في الموسر. قال ابو حنيفة في رجل سرق مرات ثم قطع: يغرم الكل إلا الاخيرة وقال ابو يوسف لا يغرم شيئاً لانه قطع بالكل فلا يغرم شيئاً منه كالسرقة الاخيرة، واحتج بما روي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ انه قال « اذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه » ولان التضمين يقتضي التمليك والملك يمنع القطع فلا يجمع بينهما

ولنا انها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها اذا كانت تالفة كما لو لم يقطع ولان القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك، وحديثهم يرويه سعد بن ابراهيم عن منصور وسعد بن ابراهيم مجهول قاله ابن المنذر وقال ابن عبد البر الحديث

وحكى عن ابن أبي موسى أنه يحرق رحله كالغال، وان لم يكن من الغانمين ولا أحد ممن ذكرنا فسرق منها قبل إخراج الخمس لم يقطع لان له في الخمس حقا، وان اخرج الخمس فسرق من أربعة الاخماس قطع وان سرق من الخمس لم يقطع لان له فيه شركة فان قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله ورسوله لم يقطع، وان سرق من غيره قطع الا ان يكون من أهل ذلك الخمس

﴿مسئلة﴾ (وهل يقطع أحد الزوجين بالسرقة من مال الآخر المحرز عنه؟ على روايتين)

(إحداهما) لا قطع عليه وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لقول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن عمرو الحضرمي حين قال له ان غلامي سرق مرآة امرأتي أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم، واذا لم يقطع عبده بسرقة مالها فهو اولى ولان كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب ويتبسط في مال الآخر عادة فاشبه الوالد والولد (والثانية) يقطع وهو مذهب مالك وابي ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي لعموم الآية ولانه سرق مالا محرزا عنه لا شبهة له فيه فاشبه الاجنبي وللشافعي كالروايتين وقول ثالث ان الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة لانه لاحق له فيه ولا تقطع بسرقة ماله لان لها النفقة فيه، فاما ان لم يكن مال أحدهما محرزا عن الآخر لم يقطع رواية واحدة لانه لم يسرق من حرز

﴿مسئلة﴾ (ويقطع سائر الاقارب بالسرقة من مال اقاربهم كالاخوة والاخوات ومن عداهم)

ليس بالقوى ، ويحتمل أنه أراد ليس عليه أجرة القاطع وما ذكروه فهو بناء على أصولهم ولا نسلمها لهم

(فصل) واذا فعل في العين فعلا نقصها به كقطع الثوب ونحوه وجب رده ورد نقصه ووجب القطع ، وقال ابو حنيفة إن كان نقصاً لا يقطع حق المغصوب منه اذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه ، وإن كان يقطع حق الملك كقطع الثوب وخياطته فلا ضمان عليه ويسقط حق المسروق منه من العين ، وإن كان زيادة في العين كصبغه أحمر او أصفر فلا ترد العين ولا يحل له التصرف فيها ، وقال أبو يوسف ومحمد ترد العين وبنى هذا على أصله في أن الغرم يسقط عنه القطع . وأما اذا صبغه فقال لا يرده لانه لو رده لكان شريكا فيه بصبغه ولا يجوز أن يقطع فيما هو شريك فيه وهذا ليس بصحيح لان صبغه كان قبل القطع فلو كان شريكا بالصبغ لسقط القطع وإن كان يصير شريكا بالرد فالشركة الطارئة بعد القطع لا تؤثر كما لو اشترى نصفه من مالكه بعد القطع ، وقد سلم ابو حنيفة انه لو سرق فضة فضربها دراهم قطع ولزمه ردها . وقال صاحباه لا يقطع ويسقط حق صاحبها منها بضربها وهذا شيء بيناه على أصولهما في أن تغيير اسمها يزيل ملك صاحبها وأن ملك السارق لها يسقط القطع عنه وهو غير مسلم لهما

(مسألة) قال (وإذا أخرج النباش من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع)

روي عن ابن الزبير انه قطع نباشاً وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابو حنيفه والثوري لا قطع عليه لان

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقطع بالسرقة من ذي رحم وحكاه ابن أبي موسى في الارشاد مذهباً لاحمد لانها قرابة تمنع النكاح وتبيح النظر وتوجب النفقة اشبه قرابة الولادة

ولنا أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع لغير ذي الرحم وبهذا فارق قرابة الولادة

﴿ مسئلة ﴾ (ويقطع المسلم بالسرقة من مال الذمي والمستأمن ويقطعان بسرقة ماله)

اما قطع المسلم بالسرقة من مال الذمي وقطع الذمي بالسرقة من مال مسلم فلا نعلم فيه خلافا وبه قال الشافعي واصحاب الرأي واما الحربي اذا دخل الينا مستأمنا فسرق فانه يقطع أيضاً وقال ابن حامد لا يقطع وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه حد لله تعالى فلا يقام الحد عليه كالزنا ونص احمد على أنه لا يقام عليه حد الزنا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه حد يطالب به فوجب كحد القذف يحققه ان القطع يجب صيانة للاموال وحد القذف يجب صيانة للاعراض فاذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر ، فاما الزنا فانما لم يجب لانه يجب به قتله لنقض العهد ولا يجب مع القتل حد سواه اذا ثبت هذا فان المسلم يقطع بسرقة ماله وعند أبي حنيفة لا يجب

القبر ليس بحرز لان الحرز مايوضع فيه المتاع للحفظ والكفن لايوضع في القبر لذلك ولانه ليس بحرز لغيره فلا يكون حرزاً له، ولان الكفن لامالك له لانه لايخلوا إما أن يكون ملكا للميت أو لوارثه وليس ملكا لواحد منهما لان الميت لايملك شيئاً ولم يبق أهلا للملك والوارث انما ملك مافضل عن حاجة الميت، ولانه لايجب القطع إلا بمطالبة المالك أو نائبه ولم يوجد ذلك

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فقطعوا أيديهما) وهذا سارق فان عائشة رضي الله عنها قالت: سارق أمواتنا كسارق أحيائنا وما ذكروه لايصح فان الكفن يحتاج إلى تركه في القبر دون غيره ويكتفى به في حرزه ألا ترى انه لايترك الميت في غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف عنه وقولهم انه لامالك له ممنوع بل هو مملوك الميت لانه كان مالكا له في حياته ولا يزول ملكه إلا عما لا حاجة به اليه ووليه يقوم مقامه في المطالبة كقيام ولي الصبي في الطلب بماله. اذا ثبت هذا فلا بد من اخراج الكفن من القبر لانه الحرز فان أخرجه من اللحد ووضعه في القبر فلا قطع فيه لانه لم يخرجه من الحرز فأشبه مالو نقل المتاع في البيت من جانب إلى جانب فان النبي ﷺ سمى القبر بيتاً

(فصل) والكفن الذي يقطع بسرقته ما كان مشروعا فان كفن الرجل في أكثر من ثلاث

ولنا أنه سرق مالا معصوماً لاشبهة له فيه من حرز مثله فوجب قطعه كسرقة مال الذمي ويقطع المرتد اذا سرق فان أحكام الاسلام جارية عليه

﴿مسئلة﴾ (ومن سرق عيناً وادعى أنها ملكه لم يقطع وعنه يقطع وعنه لا يقطع الا ان يكون معروفا بالسرقة)

من ثبتت عليه السرقة ببينة فانكر لم يسمع انكاره، وان قال أحلفوه لي أني سرقت منه لم يحلف لان السرقة قد ثبتت بالبينة وفي احلافه عليها قدح في الشهادة فان قال الذي أخذته ملكي كان لي عنده وديعة أو رهنا أو ابتعته منه أو وهبه لي او اذن لي في أخذه أو غصبه مني أو من أبي أو بعضه لي فالقول قول المسروق منه مع يمينه لان اليد ثبتت له فان حلف سقطت دعوى السارق ولا قطع عليه لان صدقه محتمل ولهذا أحلفنا المسروق منه وان نكل قضينا عليه بنكوله وهذا إحدى الروايات عن احمد وهو منصوص الشافعي وعن احمد رواية أخرى أنه يقطع لان سقوط القطع بدعواه يؤدي الى ان لايجب قطع سارق فتفوت مصلحة الزجر وعنه رواية ثالثة أنه إن كان معروفاً بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه والاسقط عنه القطع والاولى اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات وافضاؤه الى سقوط القطع لايمنع اعتباره كما ان الشرع اعتبر في شهادة الزنا شروطا لايكاد يقع معها اقامة حد ببينة ابدا على أنه لايفضي اليه لازما فان السراق لا يعلمون هذا ولا يهتدون اليه في الغالب وانما يختص بعلم هذا الفقهاء الذين لايسرقون غالبا فان لم يحلف المسروق منه سقط القطع وجها واحدا لانه يقضى عليه بالنكول

لفائف أوالمرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه في تابوت فسرق التابوت أوترك معه طيباً مجموعا أو ذهباً أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لانه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه

(فصل) وهل يفتقر في قطع النباش إلى المطالبة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر إلى المطالبة كسائر المسروقات فعلى هذا المطالب الورثة لانهم يقومون مقام الميت في حقوقه وهذا من حقوقه

(والثاني) لايفتقر إلى طلب لان الطلب في السرقة من الاحياء شرع لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يئس من ذلك ههنا

(مسئلة) قال (ولا يقطع في محرم ولا آلة لهو)

يعني لايقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء سرقه من مسلم أو ذمي وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع وإن كان مسلماً لانه مال لهم أشبه مالو سرق دراهمهم

ولنا أنها عين محرمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير ولان مالا يقطع بسرقته من مال المسلم لايقطع بسرقته من الذمي كالميتة والدم وما ذكروه ينتقض بالخنزير ولا اعتبار به فان الاعتبار بحكم الاسلام

(مسئلة) (واذا سرق المسروق منه مال السارق أو المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذي فيه العين المسروقة أو المغصوبة لم يقطع وان سرق من غير ذلك او سرق من مال من له عليه دين قطع الا ان يعجز عن اخذه منه فيسرق قدر حقه فلا يقطع وقال القاضي يقطع)

اذا سرق من مال انسان أو غصبه فأحرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله فلا قطع فيه عند أحد سواء أخذه سرقة أو غيرها لانه أخذ ماله وان سرق غيره ففيه وجهان (أحدهما) لاقطع عليه لان له شبهة في هتك الحرز واخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز ولان له شبهة في أخذ قدر ماله لذهاب بعض أهل العلم الى جواز أخذ الانسان قدر دينه من مال من هو عليه (والثاني) عليه القطع لانه سرق نصابا من حرزه لاشبهة له فيه وانما يجوز له أخذ قدر ماله اذا عجز عن أخذ ماله وهذا امكنه أخذ ماله فلم يجز له أخذ غيره وكذلك الحكم اذا أخذ ماله وأخذ نصابا من غيره متميزاً عن ماله فان كان مختلطا بماله غير متميز منه فلا قطع عليه لانه أخذ ماله الذي له اخذه وحصل غيره ماخوذاً ضرورة اخذه فيجب ان لايضمه فيه ، ولان له في اخذه شبهة والحد يدرأ بالشبهات فاما ان سرق منه مالا من غير الحرز الذي فيه ماله او كان له دين على انسان فسرق من ماله قدر دينه من حرزه نظرت فان كان الغاصب أو الغريم باذلا لما عليه غير ممتنع من ادائه او قدر المالك على اخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب او الغريم فعليه القطع لانه لاشبهة له فيه ، وان عجز عن استيفاء

وهو يجري عليهم دون أحكامهم وهكذا الخلاف معه في الصليب اذا بلغت قيمته مع تأليفه نصابا وأما آلة اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيه وإن بلغت قيمته مفصلا نصابا وبهذا قال ابو حنيفة، وقال أصحاب الشافعي إن كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصابا ففيه القطع وإلا فلا لانه سرق ماقيمته نصاب لاشبهة له فيه من حرز مثله وهو من أهل القطع فوجب قطعه كما لو كان ذهباً مكسوراً

ولنا انه آلة للمعصية بالاجماع فلم يقطع بسرقته كالخمر ولان له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة مانعة من القطع كاستحقاقه مال ولده، فان كانت عليه حلية تبلغ نصابا فلا قطع فيه أيضاً في قياس قول أبي بكر لانه متصل بما لا قطع فيه فأشبه الخشب والاوتار وقال القاضي فيه القطع وهو مذهب الشافعي لانه سرق نصابا من حرزه فأشبه المنفرد

(فصل) وان سرق صليباً من ذهب او فضة يبلغ نصابا متصلا فقال القاضي لاقطع فيه وهو قول ابي حنيفة وقال ابو الخطاب يقطع سارقه وهو مذهب الشافعي ووجه المذهبين ماتقدم والفرق بين هذه المسئلة وبين التي قبلها ان التي قبلها له كسره بحيث لاتبقى له قيمة تبلغ نصاباً وههنا لو كسر الذهب والفضة بكل وجه لم تنقص قيمته عن النصاب ولان الذهب والفضة جوهرهما غالب على الصنعة المحرمة فكانت الصناعة فيهما مغمورة بالنسبة الى قيمة جوهرهما وغيرهما بخلافهما فتكون الصناعة غالبة عليه فيكون تابعاً للصناعة المحرمة فأشبه الاناء ولو سرق إناء من ذهب او فضة قيمته نصاب

دينه او ارش جنايته فسرق قدر دينه او حقه فلا قطع عليه وقال القاضي عليه القطع بناء على اصلنا في انه ليس له اخذ قدر دينه

ولنا ان هذا مختلف في حله فلم يجب الحد به كالوطء في نكاح مختلف فيه وتحريم الاخذ لايمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف والحدود تدرأ بالشبهات فان سرق اكثر من دينه فهو كالمغصوب منه اذا سرق اكثر من دينه على ما مضى

(فصل) ومن قطع بسرقة عين فعاد فسرقها قطع ، اذا سرق سارق فقطع ثم سرق ثانيا قطع ثانيا سواء سرق من الذي سرق منه أو من غيره وسواء سرق تلك العين التي قطع بسرقتها أو غيرها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها مرة ثانية الا ان يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمرا واحتج بان هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمي فاذا تكرر سببه في العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف

ولنا أنه حد يجب بفعل في عين فتكرره في عين واحدة كتكرره في الاعيان كالزنا وما ذكروه يبطل بالغزل اذا نسج وبالرطب إذا أتمر ولا نسلم حد القذف فانه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد، وان قذفه بذلك الزنا حد ، وان قذفه بذلك الزنا عقيب حده لم يحد لان الغرض اظهار كذبه وقد ظهر وههنا الغرض ردعه عن السرقة ولم يرتدع فيردع بالثاني كما لو سرق عينا أخرى

اذا كان متكسراً فعليه القطع لانه غير مجمع على تحريمه وقيمته بدون الصناعة المختلف فيها نصاب، وان سرق إناء معداً لحمل الخمر ووضعه فيه ففيه القطع لان الاناء لاتحريم فيه وإنما يحرم عليه بنيته وقصده فأشبه مالو سرق سكينا معدة لذبح الخنازير او سيفاً يعده لقطع الطريق، وان سرق اناءفيه خمر يبلغ نصابا فقال ابو الخطاب يقطع وهو مذهب الشافعي لانه سرق نصابا من حرز مثله لاشبهة له فيه وقال غيره من أصحابنا لايقطع لانه تبع لما لاقطع فيه فأشبه مالو سرق مشتركا بينه وبين غيره قال ابو إسحاق بن شاقلا ولو سرق إداوة او اناء فيه ماء فلا قطع فيه كذلك، ولو سرق منديلافي طرفه دينار مشدود فعلم به فعليه القطع وان لم يعلم به فلا قطع فيه لانه لم يقصد سرقته فأشبه مالو تعلق بثوبه وقال الشافعي يقطع لانه سرق نصابا فأشبه مالو سرق مالم يعلم أن قيمته نصاب والفرق بينهما أنه علم بالمسروق ههنا وقصد سرقته بخلاف الدينار فانه لم يرده ولم يقصد أخذه فلا يؤاخذ به بايجاب الحد عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده لأنه أخذ ماله أخذه ولا الوالدة فيما أخذت من مال ولدها ولا العبد فيما سرق من مال سيده)

وجملته ان الوالد لايقطع بالسرقة من مال ولده وان سفل وسواء في ذلك الاب والام والابن والبنت والجد والجدة من قبل الاب والام وهذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب

(فصل) فان سرق مرات قبل القطع اجزأ حد واحد عن جميعها وتداخلت حدودها لانه حد من حدود الله فاذا اجتمعت اسبابه تداخل كحد الزنا، وذكر القاضي فيما اذا سرق من جماعة وجاءوا متفرقين رواية أخرى أنها لاتتداخل ولعله يقيس ذلك على حد القذف والصحيح أنها تتداخل لان القطع خالص حق لله تعالى فيتداخل كحد الزنا والشرب، وفارق حد القذف فانه لآدمي ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقط بالعفو عنه

﴿مسئلة﴾ (ومن أجر داره أو اعارها ثم سرق منها مال المستعير أو المستأجر قطع)

اذا سرق مال المستأجر من العين المستأجرة فعليه القطع وبهذا قال الشافعي، وأبو حنيفة وقال صاحباه لاقطع عليه لان المنفعة تحدث في ملك المؤجر ثم تنتقل الى المستأجر

ولنا انه هتك حرزا وسرق منه نصابا لا شبهة له فيه فوجب القطع كما لو سرق من ملك المستأجر وما قالاه غير مسلم

﴿مسئلة﴾ (وان استعار دارا فنقبها المعير وسرق مال المستعير منها قطع ايضا)

وبهذا قال الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة لاقطع عليه لان المنفعة ملك له فما هتك حرز غيره ولان له الرجوع متى شاء وهذا يكون رجوعا

الرأي، وقال ابو ثور وابن المنذر: القطع على كل سارق بظاهر الكتاب الا أن يجمعوا على شيء فيستثني

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وقول النبي ﷺ « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » وفي لفظ «فكلوا من كسب أولادكم» ولا يجوز قطع الانسان بأخذ ما أمر النبي ﷺ بأخذه ولا أخذ ماجعله النبي ﷺ مالا له مضافا اليه ولان الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله، وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه في قولهم جميعاً ووافقهم ابو ثور فيه وحكي عن داود انه يقطع لعموم الآية

ولنا ماروى السائب بن يزيد قال: شهدت عمر بن الخطاب وقد جاءه عبد الله بن عمرو بن الحضرمي بغلام له فقال: ان غلامي هذا سرق فقطع يده فقال عمر ماسرق؟ قال سرق مرآة امرأتي ثمنها ستون درهما فقال ارسله لاقطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم ولكنه لو سرق من غيره قطع وفي لفظ قال مالكم سرق بعضه بعضا لاقطع عليه رواه سعيد، وعن ابن مسعود ان رجلا جاءه فقال عبد لي سرق قباء لعبد لي آخر فقال لا قطع مالك سرق مالك وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفها أحد فتكون إجماعا وهذا يخص عموم الآية، ولان هذا اجماع من أهل العلم لانه قول من سمينا من الأئمة ولم يخالفهم في عصرهم أحد فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لايجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين

ولنا ما تقدم في التي قبلها ولايصح ماذكروه لان هذا قد صار حرزا لمال غيره فلا يجوز له الدخول اليه وانما يجوز له الرجوع في العارية والمطالبة برده اليه

(فصل) قال احمد رحمه الله لاقطع في المجاعة، يعني ان المحتاج اذا سرق ما يأكله لاقطع عليه لانه كالمضطر وروى الجوزجاني عن عمر انه قال لاقطع في عام سنة وقال سألت أحمد عنه فقلت تقول به؟ فقال أي لعمري اذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة، وعن الاوزاعي مثل ذلك وهذا محمول على من لايجد مايشتري به ما يأكله وقد روي عن عمر رضى الله عنه ان غلمان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة للمزني فامر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب اني اراك تجيعهم فدرأ عنهم الحد لما ظنه يجيعهم فأما الواجد لما يأكله والواجد لما يشتري به فعليه القطع وان كان بالثمن الغالي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

فصل ولاقطع على المرأة اذا منعها الزوج قدر كفايتها أو كفاية ولدها اذا أخذت من ماله سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه لانها تستحق قدر ذلك فالزائد يكون مشتركا بما تستحق أخذه

(فصل) السادس ثبوت السرقة بشهادة عدلين او اقرار مرتين ولاينزع عن اقراره حتى يقطع

وجملة ذلك ان القطع انما يجب باحد شيئين بينة او اقرار لاغير، فاما البينة فيشترط فيها ان يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما او ذمياً وقد ذكرنا ذلك في شهود الزنا بما

(فصل) والمدبر وأم الولد والمكاتب كالقن في هذا وبه قال الثوري وإسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله لانه عبد ما بقي عليه درهم ، وكل من لا يقطع الانسان بسرقة ماله لا يقطع عبده بسرقة ماله كآبائه وأولاده وغيرهم كل على أصله وقال ابو ثور يقطع بسرقة مال من عدا سيده ونحوه قول مالك وابن المنذر

ولنا حديث عمر رضي الله عنه ولان مالهم ينزل منزلة ماله في قطعه فكذلك في قطع عبده

(فصل) ولا يقطع الابن وان سفل بسرقة مال والده وان علا وبه قال الحسن والشافعي واسحاق والثوري وأصحاب الرأي، وظاهر قول الخرقي انه يقطع لانه لم يذكره في من لاقطع عليه وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه يحد بالزنا بجاريته ويقاد بقتله فيقطع بسرقة ماله كالاجنبي: ووجه الاول ان بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه فلم يقطع بسرقة ماله كالاب ولان النفقة تجب في مال الاب لابنه حفظا له فلا يجوز إتلافه حفظا للمال، واما الزنا بجاريته فيجب به الحد لانه لاشبهة له فيها بخلاف المال

(فصل) فأما سائر الاقارب كالاخوة والاخوات ، ومن عداهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله وبه قال الشافعي ، وقال ابوحنيفة لايقطع بالسرقة من ذي رحم لانها قرابة تمنع النكاح وتبيح النظر وتوجب النفقة أشبه قرابة الولادة

يغني عن اعادته ههنا ويشترط ان يصفا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الاختلاف فيه فيقولان نشهد أن هـذا سرق كذا قيمته كذا من حرز ويصفا الحرز فان كان المسروق منه غائبا فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان ان يرفعا في نسبه فيقولان من حرز فلان بن فلان ابن فلان بحيث يتميز عن غيره فاذا اجتمت هذه الشروط وجب القطع في قول عامتهم ، وقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان قطع السارق يجب اذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا مايوجب القطع واذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما على ما مضى في الشهادة بالزنا واذا شهد بسرقة مال غائب فان كان له وكيل حاضر فطالب بقطع السارق والا فلا وقال القاضي يحبس ولا يقطع حتى يحضر الغائب

(فصل) واذا اختلف الشاهدان في الوقت أو الزمان أو المسروق فشهد أحدهما انه سرق يوم الخميس والآخر انه سرق يوم الجمعة او شهد احدهما أنه سرق من هذا البيت والآخر انه سرق من هذا البيت الآخر او قال احدهما سرق ثوراً وقال الاخر سرق بقرة او قال الآخر سرق حماراً لم يقطع في قولهم جميعا وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان قال احدهما سرق ثوباً أبيض وقال الآخر اسود أو قال احـدهما سرق هروياً وقال الآخر سرق مرويا لم يقطع ايضا وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لانهما لم يتفقا على الشهادة بشي واحد فأشبه مالو اختلفا في الذكورية

ولنا انها قرابة لاتمنع الشهادة فلا تمنع القطع كقرابة غيره وفارق قرابة الولادة بهذا

(فصل) وان سرق أحد الزوجين من مال الآخر فان كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه وان سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان

(إحداهما) لاقطع عليه وهي اختيار ابي بكر ومذهب ابي حنيفة لقول عمر رضي الله عنه لعبدالله ابن عمرو بن الحضرمي حين قال له ان غلامي سرق مرآة امرأتي ارسله لاقطع عليه خادمكم أخذ متاعكم واذا لم يقطع عبده بسرقة مالها فهو اولى ولان كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب ولا تقبل شهادته له ويتبسط في مال الآخر عادة فأشبه الوالد والولد

(والثانية) يقطع وهو مذهب مالك وأبي ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي لعموم الآية ولانه سرق مالا محرزاً عنه لاشبهة له فيه أشبه الاجنبي وللشافعي كالروايتين وقول ثالث ان الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة لانه لاحق له فيه ولا تقطع بسرقة ماله لان لها النفقة فيه

(فصل) ولاقطع على من سرق من بيت المال إذا كان مسلما ، ويروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأصحاب الرأي وقال حماد ومالك وابن المنذر يقطع لظاهر الكتاب.

ولنا ماروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فدفع ذلك الى النبي ﷺ فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضاً ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وسأل ابن مسعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال ارسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حق

والانوثية وقال أبو الخطاب يقطع وهو قول أصحاب الرأي لان الاختلاف لم يرجع الى نفس الشهادة فيحتمل ان احدهما غاب على ظنه انه هروي والآخر انه مروي أو كان الثوب فيه سواد وبياض قال ابن المنذر اللون أقرب الى الظهور من الذكورية والانوثية فاذا كان اختلافهم فيما يخفى يبطل شهادتهما ففيما يظهر أولى ويحتمل ان احدهما ظن المسروق ذكراً وظنه الآخر انثى وقد أوجب هذا رد شهادتهما فكذلك ههنا (الامر الثاني) الاعتراف ويشترط فيه ان يعترف مرتين روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة، وقال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لانه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه التكرار كحق الآدمي

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن أبي أمية المخزومي ان النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف فقال له «ما إخالك سرقت» قال بلى فأعاد عليه مرتين او ثلاثا فأمر به فقطع ولو وجب القطع باول مرة لما اخره وروى سعيد عن هشيم وسفيان وأبي الاحوص وأبي معاوية عن الاعمش عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال شهدت عليا واتاه رجل فاقر بالسرقة فرده وفي لفظ فانتهره وفي لفظ فسكت عنه وقال غير هؤلاء فطرده ثم

وقال سعيد حدثنا هشيم أخبرنا مغيرة عن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول ليس على من سرق من بيت المال قطع ولان له في المال حقا فيكون شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له فيه شركة ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده أو لمن لا يقطع بسرقة ماله لم يقطع لذلك ، وان لم يكن من الغانمين ولا أحدا من هؤلاء الذين ذكرنا فسرق منها قبل إخراج الخمس لم يقطع لان له في الخمس حقا ، وان أخرج الخمس فسرق من الاربعة الاخماس قطع، وان سرق من الخمس لم يقطع، وان قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله تعالى ورسوله لم يقطع ، وان سرق من غيره قطع إلا أن يكون من أهل ذلك الخمس

(فصل) وان سرق من الوقف أو من غلته وكان من الموقوف عليهم مثل أن يكون مسكينا سرق من وقف المساكين أو من قوم معينين عليهم وقف فلا قطع عليه لانه شريك وان كان من غيرهم قطع لانه لا حق له فيه فان قيل فقد قلتم لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غني وفقير فلم فرقتم ههنا ؟ قلنا لأن للغني في بيت المال حقا ولهذا قال عمر رضي الله عنه مامن احد الا وله في هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فانه لاحق للغني فيه

(فصل) قال أحمد لاقطع في المجاعة يعني أن المحتاج اذا سرق ما يأكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر وروى الجوزجاني عن عمر أنه قال لاقطع في عام سنة وقال سألت احمد عنه فقلت تقول به؟ قال أي

عاد بعد ذلك فأقر فقال له علي شهدت على نفسك مرتين وأمر به فقطع وفي لفظ قد اقررت على نفسك مرتين ومثل هذا يشتهر فلم ينكر ولانه يتضمن اتلافا في حد فكان من شرطه التكرار كحد الزنا ولانه أحد حجتي القطع فيعتبر فيه التكرار كالشهادة وقياسهم ينتقض بالزنا عند من اعتبر التكرار ويفارق حق الآدمي لان حقه مبني على الشح والضيق ولا يقبل رجوعه عنه بخلاف مسئلتنا

(فصل) ويعتبر ان يذكر في اقراره شروط السرقة من النصاب والحرز واخراجه منه، والحر والعبد في هذا سواء نص عليه أحمد لعموم النص فيهما ولما روى الاعمش عن القاسم عن أبيه أن عليا قطع عبداً اقر عنده بالسرقة وفي رواية قال كان عبداً يعني الذي قطعه علي ويعتبر ان يقر مرتين. وروى مهنا عن احمد : اذا اقر العبد انه سرق أربع مرات قطع فظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات ليكون على النصف من الحر، والاول أصح لخبر علي ولانه اقرار بحد فاستوى فيه الحر والعبد كسائر الحدود

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينزع عن اقراره حتى يقطع)

هذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن أبي ليلى وداود لايقبل رجوعه لانه لو أقر لآدمي بحد قصاص لم يقبل رجوعه عنه

ولنا قول النبي ﷺ للسارق «ما إخالك سرقت» يعرض له ليرجع ولان حديثه ثبت بالاعتراف فقبل رجوعه عنه كحد الزنا ولان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه شبهة لاحتمال ان يكون كذب

لعمري لاأقطعه اذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة وعن الاوزاعي مثل ذلك وهذا محمول على من لايجد مايشتريه أو لايجد مايشتري به فان له شبهة في أخذ ما يأكله أومايشتري به ما يأكله ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أن غلمان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة المزني فامر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب اني أراك تجيعهم فدرأ عنهم القطع لماظنه يجيعهم فاما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشتري به ومايشتريه فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ولا قطع على المرأة اذا منعها الزوج قدر كفايتها أو كفاية ولدها فاخذت من ماله سواء أخذت قدر ذلك أو اكثر منه لانها تستحق قدر ذلك فالزائد يكون مشتركا بما يستحق اخذه ، ولاعلى الضيف إذا منع قراه فأخذ ايضاً من مال المضيف لذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقطع إلا بشهادة عدلين أو اعتراف مرتين)

وجملة ذلك أن القطع انما يجب باحد امرين بينة أو اقرار لاغير، فأما البينة فيشترط فيها أن يكونا

على نفسه في اعترافه ولانه أحد حجتي القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة ولان حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كما لو رجع الشهود وفارق حق الآدمي لانه مبني على الشح والضيق ، ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم في حق الادمي لم يبطل برجوعهم ولم يمنع استيفاءها ، اذا ثبت هذا فانه اذا رجع قبل القطع سقط القطع ولم يسقط غرم المسروق لانه حق آدمي ، ولو أقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع ، وإن كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتممه ان كان يرجى برؤه لكونه قطع الاقل وان قطع الأكثر فالمقطوع بالخيار ان شاء قطعه ويستريح من تعليق كفه ولايلزم القاطع قطعه لان قطعه تداو وليس بحد

(فصل) قال احمد لابأس بتلقين السارق ليرجع عن اقراره وهذا قول عامة الفقهاء روي عن عمر انه اتي بسارق فسأله أسرقت ؟ قل لافقال لافتركه وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وابن مسعود وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال أسحاق وأبو ثور، وقدروينا ان النبي ﷺ قال للسارق « ما إخالك سرقت » وقال لماعز « لعلك قبلت او لمست » وعن علي ان رجلا أقرعنده بالسرقة فانتهره. ولا بأس بالشفاعة في السارق اذا لم يبلغ الامام فانه روي عن النبي ﷺ انه قال «تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد وجب» وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد يفعل ذلك دون السلطان فاذا بلغ الامام فلا اعفاه الله ان أعفاه، وممن رأى ذلك عمار وابن عباس وسعيد بن جبير والزهري والاوزاعي وقال مالك ان لم يعرف بشر فلا باس ان يشفع له ما لم يبلغ الامام وأما من عرف بشر وفساد فلا أحب ان يشفع له ولكن يترك حتى يقام عليه الحد وأجمعوا على انه إذا بلغ

رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما أوذميا وقد ذكرنا ذلك في الشهادة في الزنا بما أغنى عن اعادته ههنا، ويشترط أن يصفا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الاختلاف فيه فيقولان نشهد ان هذا سرق كذا قيمته كذا من حرز ويصفا الحرز ، وان كان المسروق منه غائبا فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان أن يرفعا في نسبه فيقولان من حرز فلان ابن فلان ابن فلان بحيث يتميز من غيره فاذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع في قول عامتهم . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان قطع السارق يجب إذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا مايوجب القطع ، وإذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما على ما مضى في الشهادة بالزنا واذا شهدا بسرقة مال غائب . فان كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق وإلا فلا .

(فصل) وإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان أو المسروق فشهد احدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة أوشهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت و شهد الآخر أنه

الامام لم تجز الشفاعة فيه لان ذلك اسقاط حق وجب لله تعالى وقد غضب النبي ﷺ حين شفع اسامة في المخزومية التي سرقت وقال « أتشفع في حد من حدود الله تعالى ؟ » وقال ابن عمر من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه

(فصل) السابع مطالبة المسروق منه بما له وقال أبو بكر ليس ذلك بشرط

وجملة ذلك ان السارق لا يقطع وان اعترف أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو بكر : ولا يفتقر الى دعوى ولا مطالبة وهذا قول مالك وابي ثور وابن المنذر لعموم الآية ولان موجب القطع ثبت فوجب من غير مطالبة كحد الزنا

ولنا ان المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل ان مالكه اباحه اياه أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم او اذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة وعلى هذا يخرج الزنا فانه لا يباح بالاباحة ولان القطع أوسع في الاسقاط الا ترى انه إذا سرق مال ابيه لم يقطع ولو زنى بجاريته حد ؟ ولان القطع شرع لصيانة مال الآدمي فله به تعلق فلم يستوف من غير حضور مطالب به والزنا حق لله تعالى محض فلم يفتقر إلى طلب به . إذا ثبت هذا فان وكيل الغائب يقوم مقامه في الطلب وقال القاضي إذا أقر بسرقة مال غائب حبس حتى يحضر الغائب لأنه يحتمل ان يكون قد اباحه ولو اقر بحق مطلق لغائب لم يحبس لانه لا حق عليه لغير الغائب ولم يأمر بحبسه فلم يحبس وفي مسئلتنا تعلق به حق الله تعالى وحق الآدمي فحبس لما عليه من حق الله تعالى ، فان كانت العين في يده أخذها الحاكم وحفظها للغائب وإن لم يكن في يده شيء فاذا جاء الغائب كان الخصم فيها

(فصل) ولو اقر بسرقة لرجل فقال المالك لم تسرق مني ولكن غصبتني او كان لي قبلك وديعة فجحدتني لم يقطع لان اقراره لم يوافق دعوى المدعي، وبهذا قال ابو ثور واصحاب الرأي وإن

سرق من هذا البيت او قال احدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة أو قال سرق ثوراً وقال الآخر سرق حماراً لم يقطع في قولهم جميعاً ، وبه قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ، وإن قال أحدهما سرق ثوبا أبيض وقال الآخر أسود أوقال احدهما سرق هرويا فقال الآخر مرويا لم يقطع أيضا ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لانهما لم يتفقا على الشهادة بشيء واحد فاشبه ما لو اختلفا في الذكورية والانوثية . وقال أبو الخطاب يقطع وهو قول أبي حنيفة وأصحاب الرأي لان الاختلاف لم يرجع الى نفس الشهادة ويحتمل أن احدهما غاب على ظنه أنه هروي والآخر انه مروي أو كان الثوب فيه سواد وبياض . قال ابن المنذر الاول أقرب الى الظهور من الذكورية والانوثية فاذا كان اختلافهما فيما يخفى يبطل شهادتهما ففيما يظهر أولى ، ويحتمل ان احدهما ظن المسروق ذكراً وظنه الآخر انثى فقد اوجب هذا رد شهادتهما فكذلك ههنا (الثاني) الاعتراف فيشترط فيه أن يعترف مرتين روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة وقال عطاء والثوري وابو حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لانه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه التكرار كحق الآدمي

أقر انه سرق نصابا من رجلين فصدقه احدهما دون الآخر او قال الآخر بل غصبتنيه او جحدتنيه لم يقطع وبه قال اصحاب الرأي وقال ابو ثور يقطع

ولنا أنه لم يوافق على سرقة نصاب فلم يقطع كالتي قبلها وان وافقاه جميعا قطع وان حضر احدهما فطالب ولم يحضر الآخر لم يقطع لان ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده ، وإن أقر انه سرق من رجل شيئا فقال الرجل قدفقدته من مالي فينبغي ان يقطع لما روي عن عبد الرحمن بن ثعلبة الانصاري عن أبيه أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء الى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فطهرني فأرسل اليهم النبي ﷺ فقالوا انا افتقدنا جملا لنا فأمر به النبي ﷺ فقطعت يده، قال ثعلبة انا انظر اليه حين وقعت يده وهو يقول الحمد لله الذي طهرني منك أردت ان تدخلي جسدي النار رواه ابن ماجه

﴿مسألة﴾ (وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وحسمت وهو ان تغمس في زيت مغلي فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكف وحسمت)

لا خلاف بين اهل العلم في ان السارق اول ما يقطع منه يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع وفي قراءة عبد الله بن مسعود (فقطعوا أيمانهما) وهذا إن كان قراءة والا فهو تفسير ، وقد روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما في الصحابة ولان البطش بها أقوى فكانت البداءة بها اردع ولانها آلة السرقة فناسبت عقوبته باعدام آلتها، وإذا سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى وبذلك قال الجماعة الا عطاء حكي عنه أنه تقطع

ولنا ما روى أبوداود باسناده عن أبي امية المخزومي أن النبي ﷺ اتي بلص قداعترف فقال له «وما إخالك سرقت» قال بلى فاعاد عليه مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع ولو وجب القطع باول مرة لما أخره ، وروى سعيد عن هشيم وسفيان وأبي الاحوص وأبي معاوية عن الاعمش عن عبدالرحمن ابن القاسم عن أبيه قال شهدت علياً وأتاه رجل فاقر بالسرقة فرده وفي لفظ فانتهره وفي لفظ فسكت عنه وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فاقر فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين فأمر به فقطع وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين، ومثل هذا يشتهر فلم ينكر ولانه يتضمن إتلافاً في حد فكان من شرطه التكرار كحدالزنا ولانه أحد حجتي القطع فيعتبر فيه التكرار كالشهادة وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار ، ويفارق حق الآدمي لان حقه مبني على الشح والتضييق ولا يقبل رجوعه عنه بخلاف مسئلتنا

(فصل) ويعتبر أن يذكر في اقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وإخراجه منه

(فصل) والحر والعبد في هذا سواء نص عليه احمد وذلك لعموم النص فيهما ولما روى الاعمش عن القاسم عن ابيه ان علياً قطع عبداً أقر عنده بالسرقة وفي رواية قال كان عبداً يعني الذي قطعه علي ، ويعتبر أن يقر مرتين وروى مهنا عن احمد إذا أقر العبد اربع مرات انه سرق قطع وظاهر

يده اليسرى لقوله سبحانه (فاقطعوا أيديهما) ولأنها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى ، وروي ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف قول جماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وقول ابي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال في السارق « إذا سرق فقطعوا يده ثم ان سرق فقطعوا رجله » ولانه في المحاربة الموجبة قطع عضوين انما تقطع يده ورجله ولا تقطع يداه فنقول جناية اوجبت قطع عضوين فكانا يدا ورجلا كالمحاربة ولان قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ولا يدفع عن نفسه فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذي لا يشتمل على هذه المفسدة أولى، وأما الآية فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الاولى ، وفي قراءة عبد الله (فاقطعوا أيمانهما) وانما ذكر بلفظ الجمع لان المثنى إذا أضيف إلى المثنى ذكر بلفظ الجمع كقوله تعالى (فقد صغت قلوبكما) إذا ثبت هذا فانه تقطع رجله اليسرى لقول الله تعالى (أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) ولان قطع اليسرى أرفق به لانه يمكنه المشي على خشبة ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشي بحال، وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول اكثر اهل العلم وفعل ذلك عمر رضي الله عنه وكان علي رضي الله عنه يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقبا يمشي عليها وهو قول أبي ثور

ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة فيقطع من المفصل كاليد ، واذا قطع حسم وهو أن يغلى الزيت فاذا قطع غمس عضوه في الزيت لتنسد أفواه العروق لئلا ينزف الدم فيموت وقد روي أن

هذا انه اعتبر اقراره أربع مرات ليكون على النصف من الحر والاول اصح لخبر علي ولانه اقرار بحد فاستوى في عدده الحر والعبد كسائر الحدود

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ينزع عن اقراره حتى يقطع)

هذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن ابي ليلى وداود لايقبل رجوعه لأنه لو اقر لآدمي بقصاص أو حق لم يقبل رجوعه عنه

ولنا قول النبي ﷺ للسارق «ما إخالك سرقت» عرض له ليرجع ولانه حد لله تعالى ثبت بالاعتراف فقبل رجوعه عنه كحد الزنا ولان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عنه شبهة لاحتمال ان يكون كذب على نفسه في اعترافه ولانه احد حجتي القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة ولان حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كما لو رجع الشهود، وفارق حق الآدمي فانه مبني على الشح والضيق ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لم يبطل برجوعهم ولم يمنع استيفاءها

إذا ثبت هذا فانه إذا رجع قبل القطع سقط القطع ولم يسقط غرم المسروق لانه حق آدمي، ولو

النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة فقال «اقطعوه واحسموه» وهو حديث فيه مقال قاله ابن المنذر وممن استحب ذلك الشافعي وأبو ثور وغيرهما من اهل العلم

(فصل) ويقطع السارق بأسهل ما يمكن فيجلس ويضبط لئلا يتحرك فيجني على نفسه وتشد يده بحبل ويجر حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع ثم توضع بينهما سكين حادة ويدق فوقها بقوة ليقطع في مرة واحدة أو توضع السكين على المفصل وتمد مدة واحدة وان علم قطع اوحى من هذا قطع به

(فصل) ويسن تعليق اليد في عنقه لما روى فضالة بن عبيد ان النبي ﷺ أتي بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه رواه أبو داود وابن ماجه وفعل ذلك علي رضي الله عنه ولان فيه ردعاً وزجراً.

(فصل) ولا يقطع في شدة حر ولا برد لان الزمان ربما اعان على قتله والغرض الزجر دون القتل، ولا يقطع مريض في مرضه لئلا يأتي ذلك على نفسه، ولو سرق فقطعت يده ثم سرق قبل اندمال يده لم يقطع ثانيا حتى يندمل القطع الاول وكذلك لو قطعت رجله قصاصا لم تقطع اليد في السرقة حتى تبرأ الرجل فان قيل أليس لو وجب عليه قصاص في اليد الاخرى لقطعت قبل الاندمال والمحارب تقطع يده ورجله دفعة واحدة وقد قلتم في المريض الذي وجب عليه الحد لا ينتظر برؤه فلم خالفتم ذلك ههنا؟ قلنا القصاص حق آدمي يخاف فوته وهو مبني على الضيق لحاجته اليه ولان القصاص قد يجب في يد ويجب في يدين واكثر في حالة واحدة فلهذا جاز ان يوالى بين قصاصين بخلاف الحد فان كل معصية لها حد مقدر ولا يجوز الزيادة عليه فاذا والى بين حدين صار

اقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع ، وان كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتممه ان كان يرجى برؤه لكونه قطع قليلا وان قطع الأكثر فالمقطوع بالخيار ان شاء تركه وان شاء قطعه ليستريح من تعليق كفه ، ولا يلزم القاطع قطعه لان قطعه تداو وليس بحد

(فصل) قال أحمد لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره وهذا قول عامة الفقهاء . روي عن عمر انه أتي برجل فسأله أسرقت؟ قل لا فقال لا فتركه وروي معنى ذلك عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وابن مسعود وأبي الدرداء وبه قال اسحاق وأبو ثور . وقد روينا ان النبي ﷺ قال للسارق « ما إخالك سرقت » وقال لماعز « لعلك قبلت أو لمست » وعن علي رضي الله عنه ان رجلا أقر عنده بالسرقة فانتهره وروي انه طرده وروي انه رده ، ولا بأس بالشفاعة في السارق مالم يبلغ الامام فانه روي عن النبي ﷺ انه قال « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد وجب »

وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد : يفعل ذلك دون السلطان فاذا بلغ الامام فلا أعفاه الله إن أعفاه . وممن رأى ذلك الزبير وعمار وابن عباس وسعيد بن جبير والزهري والاوزاعي . وقال مالك ان لم يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له مالم يبلغ الامام وأما من عرف بشر وفساد فلا

كالزيادة على الحد فلم يجز ، فأما قطاع الطريق فان قطع اليد والرجل حد واحد بخلاف ما نحن فيه وأما تأخير الحد للمرض فممنوع وإن سلم فان الجلد يمكن تخفيفه فيؤتى به في المرض على وجه يؤمن معه التلف والقطع لا يمكن تخفيفه

﴿مسئلة﴾ (فان عاد حبس ولم يقطع وعنه أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة ورجله اليمنى في الرابعة)

وجملة ذلك أنه إذا سرق بعد قطع يديه ورجليه لم يقطع منه شيء آخر وحبس وبهذا قال علي رضي الله عنه والحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس ، وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قطعا يد أقطع اليد والرجل وهو قول قتادة ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وروي عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة ويقتل في الخامسة لان جابرا قال : جيء الى النبي ﷺ بسارق فقال « اقتلوه » قالوا يا رسول الله انما سرق قال « اقطعوه » قال فقطع ثم جيء به الثانية فقال « اقتلوه » فقالوا يا رسول الله انما سرق فقال « اقطعوه » قال فقطع ثم جيء به الثالثة فقال « اقتلوه » قالوا يارسول الله انما سرق قال « اقطعوه » قال ثم أتي به الرابعة فقال « اقتلوه » . قالوا يا رسول الله انما سرق قال « اقطعوه » ثم أتي به الخامسة فقال « اقتلوه » فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر رواه أبو داود والنسائي ، وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال في السارق « ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ولان

أحب ان يشفع له أحد ولكن يترك حتى يقام الحد عليه . وأجمعوا على انه اذا بلغ الامام لم تجز الشفاعة فيه لان ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى وقد غضب النبي ﷺ حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال « أتشفع في حد من حدود الله تعالى؟» وقال ابن عمر من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا)

وبهذا قال مالك وأبو ثور وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق لاقطع عليهم الا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا لان كل واحد لم يسرق نصابا فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب وهذا القول أحب إلي لان القطع ههنا لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب والاحتياط باسقاطه أولى من الاحتياط بايجابه لانه مما يدرأ بالشبهات

واحتج أصحابنا بأن النصاب احد شرطي القطع فاذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد قياساً على هتك الحرز ولان سرقة النصاب فعل يوجب القطع فاستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله وبين أن يخرج كل واحد منه جزءاً

اليسار تقطع قودا فجاز قطعها في السرقة كاليمنى ولانه فعل أبي بكر رضي الله عنهما ، وقد قال النبي ﷺ « اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر »

ولنا ماروى سعيد ثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب رضي الله عنه أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه ماترون في هذا؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته إذاً وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ بأي شيء يقوم على حاجته؟ فرده إلى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال مثل ماقال أول مرة فجلده جلداً شديداً ثم أرسله وروي عنه أنه قال إني لاستحي من الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ولا رجلا يمشي عليها ولان في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حد كالقتل ، ولانه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى في المرة الثالثة لأنها آلة البطش كاليمنى وإنما لم تقطع للمفسدة في قطعها لان ذلك بمنزلة الاهلاك فانه لايمكنه أن يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ولا يزيلها عنه ولا يدفع عن نفسه ولا يأكل ولا يبطش وهذه المفسدة حاصلة بقطعها في المرة الثالثة ، فأما حديث جابر ففي حق رجل استحق القتل بدليل أن النبي ﷺ أمر به في أول مرة وفي كل مرة وقال النسائي فيه : حديث منكر وأما الحديث الآخر فلم يذكره أصحاب السنن ولم نعلم صحته وفعل أبي بكر وعمر قد عارضه قول علي وروي عن عمر أنه رجع إلى قول علي فروى سعيد حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبدالرحمن

ونص أحمد على هذا، وقال مالك ان انفرد كل واحد بجزء منه لم يقطع واحد منهم كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص

ولنا انهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلا فحملوه، وفارق القصاص فانه تعتمد المماثلة ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد وفي مسئلتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال وسواء دخلا الحرز معاً او دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ثم دخل الآخر فأخرج باقيه لانهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً

(فصل) فان كان احد الشريكين ممن لا قطع عليه كأبي المسروق منه قطع شريكه في أحد

بن عائذ قال أتي عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فأمر به عمر أن تقطع رجله فقال علي انما قال الله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) إلى آخر الآية وقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزره أو تستودعه السجن فاستودعه السجن

﴿مسئلة﴾ (ومن سرق وليس له يد يمنى قطعت رجله اليسرى وان سرق وله يمنى فذهبت سقط القطع، وان ذهبت يده اليسرى لم تقطع اليمنى على الرواية الأولى وتقطع على الاخرى)

اذا سرق ولا يمنى له قطعت رجله اليسرى كما تقطع في السرقة الثانية فان كانت يمناه شلاء ففيه روايتان (احداهما) تقطع رجله اليسرى لان الشلاء لانفع فيها ولا جمال فأشبهت كفا لا أصابع عليه قال ابراهيم الحربي عن أحمد فيمن سرق ويمناه جافة تقطع رجله (والثانية) أنه يسئل أهل الخبرة فان قالوا إنها اذا قطعت رقأ دمها وانحسمت عروقها قطعت لانه أمكن قطع يمينه فوجب كما لو كانت صحيحة وان قالوا لا يرقأ دمها لم تقطع لانه يخاف تلفه وتقطع رجله وهذا مذهب الشافعي، فان كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة ففيها وجهان (أحدهما) لا تقطع وتقطع الرجل لان الكف لا يجب فيه دية اليد فاشبه الذراع (والثاني) تقطع لان الراحة بعض ما يقطع في السرقة فاذا كان موجوداً قطع كما لو ذهب الخنصر أو البنصر، وان ذهب بعض الاصابع وكان الذاهب الخنصر أو البنصر أو واحدة سواهما قطعت لان معظم نفعها باق، وان لم يبق الا واحدة فهي كالتي ذهب جميع أصابعها وان بقي اثنتان فهل تلحق بالصحيحة أو بما قطع جميع أصابعها؟ على وجهين والأولى قطعها لان نفعها لم يذهب بالكلية

﴿مسئلة﴾ (وان سرق وله يمنى فذهبت سقط القطع)

أما اذا سرق وله يمنى قطعت في قصاص أو ذهبت بأكلة أو تعدى عليها متعد فقطعها سقط القطع ولا شيء على العادي إلا الأدب

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قتادة يقتص من القاطع وتقطع رجل السارق وهذا غير صحيح فان يد السارق ذهبت والقاطع قطع عضواً غير معصوم، وان قطعها قاطع بعد السرقة وقبل ثبوتها والحكم بالقطع ثم ثبت ذلك فكذلك، ولو شهد بالسرقة فحبسه الحاكم ليعدل

الوجهين كما لو شاركه في قطع يد ابنه (والثاني) لا يقطع وهو أصح لان سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما وسرقة الاب لا تصلح موجبة للقطع لانه أخذ ما له أخذه بخلاف قطع يد ابنه فان الفعل تمحض عدوانا وانما سقط القصاص لفضيلة الاب لا لمعنى في فعله وههنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به كاشتراك العامد والخاطىء، وإن أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الاب، لانه انفرد بما يوجب القطع وإن أخرج الاب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان، وإن اعترف اثنان بسرقة نصاب ثم رجع أحدهما فالقطع على الآخر لانه اختص بالاسقاط فيختص بالسقوط ويحتمل أن يسقط عن شريكه لان السبب السرقة منهما وقد اختل أحد جزأيها وكذلك لو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان

(فصل) قال احمد في رجلين دخلا دارا أحدهما في سفلها جمع المتاع وشده بحبل والآخر في علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لانهما اشتركا في اخراجه، وإن دخلا جميعاً فأخرج

الشهود فقطعه قاطع ثم عدلوا فكذلك وان لم يعدلوا وجب القصاص على القاطع، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه، لأن صدقهم محتمل فيكون ذلك شبهة.

ولنا أنه قطع طرفا ممن يكافئه عمداً بغير حق فلزمه القطع كما لو قطعه ولم تقم بينة.

﴿مسئلة﴾ (وان ذهبت يده اليسرى أو كانت مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الاصابع او شلت قبل قطع يمناه لم تقطع يمناه على الرواية الأولى وتقطع على الثانية).

(فصل) وان قطع قاطع يسراه عمداً فعليه القود لانه قطع طرفاً معصوما وان قطعه غير متعمد فعليه ديته ولا تقطع يمين السارق، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي وفيه وجه آخر أنها تقطع بناء على قطعها في المرة الثالثة وان قلنا لا تقطع فهل تقطع رجله؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يجب لانه لم يجب بالسرقة وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضي قطع رجليه كما لو كان المقطوع يمينه (والثاني) تقطع رجله لانه تعذر قطع يمينه فقطعت رجله كما لو كانت اليسرى مقطوعة حال السرقة وان كانت يمناه صحيحة ويسراه ناقصة نقصا يذهب بمعظم نفعها مثل أن تذهب منها الوسطى او السبابة أو الابهام احتمل انه كقطعها وينتقل إلى رجله، وهذا قول أصحاب الرأي واحتمل أن تقطع يمناه لان له يداً ينتفع بها أشبه مالو قطعت خنصرها، وان كانت يداه صحيحتين ورجله اليمنى شلاء أو مقطوعة فقال شيخنا لا أعلم فيها قولا لأصحابنا ويحتمل وجهين (احدهما) تقطع يمينه وهو مذهب الشافعي لانه سارق له يمنى فقطعت عملا بالكتاب والسنة ولانه سارق له يدان فقطعت يمناه كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى (والثاني) لا يقطع منه شيء وهو قول أصحاب الرأي، لان قطع يمناه يذهب بمنفعة المشي من الرجلين فأما ان كانت رجله اليسرى شلاء ويداه صحيحتان قطعت

أحدهما المتاع وحده فقال أصحابنا القطع عليهما وبه قال ابو حنيفة وصاحباه اذا أخرج نصابين، وقال مالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر القطع على المخرج وحده لانه هو السارق ، وإن أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب فما نصابين فعند أصحابنا وابي حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما، وعند الشافعي وموافقيه لا قطع على من لم يخرج نصابا فان أخرج احدهما نصابا والآخر دون النصاب فعند أصحابنا عليهم القطع وعند الشافعي القطع على مخرج النصاب وحده وعند أبي حنيفة لا قطع على واحد منهما لان المخرج لم يبلغ نصبا بعدد السارقين وقد ذكرنا وجه ماقلنا فيما تقدم وإن نقبا حرزاً ودخل احدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الخارج يده فأخرجه فقال أصحابنا قياس قول احمد ان القطع عليهما، وقال الشافعي القطع على الخارج لانه مخرج المتاع ، وقال ابو حنيفة لاقطع على واحدمنهما

ولنا انهما اشتركا في هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً فأخرجاه وإن وضعه في النقب فمد الآخر يده فأخذه فلقطع عليهما ، ونقل عن الشافعي في هذه المسئلة قولان كالمذهبين في الصورة التي قبلها

(فصل) وإن نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما

يده اليمنى لانه لايخشى تعدي ضرر القطع إلى غير المقطوع ، وعلى قياس هذه المسئلة لو سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء لم يقطع منه شيء لذلك وانكر هذا ابن المنذر ، وقال : اصحاب الرأي بقولهم هذا خالفوا كتاب الله وسنة رسوله .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا وجب قطع يمناه فقطع القاطع يسراه بدلا عن يمينه أجزأت ولا شيء على القاطع إلا الأدب) وهو قول الشعبي وأصحاب الرأي لان قطع يمنى السارق يفضي الى تفويت منفعة الجنس وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع فاذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئا عن القطع الواجب فلا يجب على فاعله قصاص، وقال اصحابنا في وجوب قطع يمنى السارق وجهان وللشافعي فيما اذا لم يعلم القاطع كونها يساراً وظن أن قطعها يجزىء قولان (احدهما) لاتقطع يمين السارق كيلا تقطع يداه بسرقة واحدة (والثاني) تقطع كما لو قطعت يسراه قصاصا ، فأما القاطع فاتفق اصحابنا وأصحاب الشافعي على أنه ان قطعها من غير اختيار من السارق أو كان السارق أخرجها دهشة أو ظنا منه أنها تجزىء وقطعها القاطع عالما بأنها يسراه وانها لاتجزىء فعليه القصاص وإن لم يعلم أنها يسراه أو ظن أنها مجزئة فعليه ديتها ، وان كان السارق اخرجها مختاراً عالما بالامرين فلا شيء على القاطع لانه أذن في قطعها فأشبه غير السارق والذي اختاره شيخنا ماذكرناه في أول الفصل .

﴿مسئلة﴾ (ويجتمع القطع والضمان فترد العين المسروقة الى مالكها وان كانت تالفة غرم قيمتها وقطع)

لايختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية وإن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أومثلها إن كانت مثلية قطع أولم يقطع موسراً كان أو معسراً، وهذا قول الحسن والنخعي وحماد والبتي والليث والشافعي واسحاق وأبي ثور وقال الثوري وأبو حنيفة لايجتمع الغرم

لان الاول لم يسرق والثاني لم يهتك الحرز وانما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه مالو نقب رجل وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه وإن نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضاً على واحد منهما وإن كان المأمور صبياً مميزاً لان المميز له اختيار فلا يكون آلة للآمر كما لو أمره بقتل انسان فقتله وإن كان غير مميز وجب القطع على الآمر لأنه آلته، وإن اشترك رجلان في النقب ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز أورمى به إلى خارج الحرز فأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده لانه مخرج المتاع وحده مع المشاركة في النقب وبهذا قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر وقال ابو حنيفة لاقطع عليهما لان الداخل لم ينفصل عن الحرز ويده على السرقة فلم يلزمه القطع كما لو أتلفه داخل الحرز

ولنا أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه فوجب عليه القطع كما لو خرج به ويخالف اذا أتلفه فانه لم يخرجه من الحرز .

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه)

وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال ابو بكر يقطع ولا يفتقر إلى دعوى ولا مطالبة وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية ولان موجب القطع ثبت فوجب من غير مطالبة كحد الزنا

والقطع، ان غرمها قبل القطع سقط القطع وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم وقال عطاء وابن سيرين والشعبي ومكحول لاغرم على السارق إذا قطع ووافقهم مالك في المعسر ووافقنا في الموسر . قال أبو حنيفة في رجل سرق مرات ثم قطع يغرم الكل الا الاخيرة، وقال أبو يوسف لا يغرم شيئا لانه قطع بالكل فلا يغرم شيئاً منه كالسرقة الاخيرة واحتجا بما روي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ أنه قال «إذا أقيم الحد على السارق فلاغرم عليه» ولان التضمين يقتضي التمليك والملك يمنع القطع فلا يجمع بينهما

ولنا أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع ولان القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك وحديثهم يرويه سعد بن ابراهيم عن ابن منصور وسعد بن ابراهيم مجهول قاله ابن المنذر، وقال ابن عبد البر الحديث ليس بالقوي ويحتمل انه أراد ليس عليه أجرة القاطع وما ذكروه فهو بناء على أصولهم ولا نسلمها لهم .

(فصل) اذا فعل في العين فعلا نقصها به كقطع الثوب ونحوه وجب رده ورد نقصه ووجب القطع وقال أبو حنيفة ان كان نقصا لا يقطع حق المغصوب منه إذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه وان كان يقطع حق المالك كقطع الثوب وخياطته فلاضمان عليه ويسقط حق المسروق منه من العين وان كان زيادة في العين كصبغه احمر أو اصفر فلا يرد العين ولا يحل له التصرف فيها وقال أبو يوسف ومحمد يرد العين وبنى هذا على أصله في ان الغرم يسقط عنه القطع، وأما إذا صبغه فقال لا يرده لانه

ولنا أن المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل أن مالكه اباحه إياه او وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم او أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة ، وعلى هذا يخرج الزنا فانه لا يباح بالاباحة ولان القطع أوسع في الاسقاط ألا ترى انه اذا سرق مال ابنه لم يقطع ؟ ولو زنى بجاريته حد ولان القطع شرع لصيانة مال الآدمي فله به تعلق فلم يستوف من غير حضور مطالب به ، والزنا حق لله تعالى محض فلم يفتقر إلى طلب به . اذا ثبت هذا فان وكيل المالك يقوم مقامه في الطلب ، وقال القاضي اذا أقر بسرقة مال غائب حبس حتى يحضر الغائب لانه يحتمل أن يكون قد أباحه ولو أقر بحق مطلق لغائب لم يحبس لانه لا حق عليه لغير الغائب ولم يأمر بحبسه فلم يحبس وفي مسئلتنا تعلق به حق الله تعالى وحق الآدمي فحبس لما عليه من حق الله تعالى فان كانت العين في يده أخذها الحاكم وحفظها للغائب وإن لم يكن في يده شيء فاذا جاء الغائب كان الخصم فيها

(فصل) ولو أقر بسرقة من رجل فقال المالك لم تسرق مني ولكن غصبتني او كان لي قبلك وديعة فجحدتني لم يقطع لان إقراره لم يوافق دعوى المدعي وبهذا قال ابو ثور وأصحاب الرأي وان أقر أنه سرق نصابا من رجلين فصدقه أحدهما دون الآخر او قال الآخر بل غصبتنيه او جحدتنيه لم يقطع وبه قال أصحاب الرأي ، وقال ابو ثور إذا قال الآخر غصبتنيه او جحدتنيه قطع

ولنا أنه لم يوافق على سرقة نصاب فلم يقطع كالتي قبلها ، وإن وافقاه جميعاً قطع وان حضر أحدهما فطالب ولم يحضر الآخر لم يقطع لان ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده وان أقر أنه سرق من رجل شيئاً فقال الرجل قد فقدته من مالي فينبغي أن يقطع لما روي عن عبد الرحمن بن ثعلبة الانصاري عن أبيه أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله ﷺ فقال

لو رده لكان شريكا فيه بصبغه ولا يجوز ان يقطع فيما هو شريك فيه وهذا ليس بصحيح لان صبغه كان قبل القطع فلو كان شريكا بالصبغ لسقط القطع وإن كان يصير شريكا بالرد فالشركة الطارئة بعد القطع لا تؤثر كما لو اشترى نصفه من مالكه بعد القطع ، وقد سلم أبو حنيفة أنه لو سرق فضة فضربها دراهم قطع ولزمه ردها وقال صاحباه لا يقطع ويسقط حق صاحبها منها بضربها وهذا شيء بنيناه على أصولهما في ان تغيير اسمها يزيل ملك صاحبها وان ملك السارق لها يسقط القطع عنه وهو غير مسلم لهما .

(فصل) ويستوي في وجوب الحد على السارق الحر والحرة والعبد والامة ولا خلاف في وجوب الحد على الحر والحرة لقول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولانهما استويا في سائر الحدود فكذلك في هذا وقد قطع النبي ﷺ سارق رداء صفوان وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة فاما العبد والامة فان جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على وجوب القطع عليهما بالسرقة الا ما حكي عن ابن عباس انه قال لا قطع عليهما لانه حد ولا يمكن تنصيفه فلم يجب في حقهما كالرجم ولانه حد فلا يساوي العبد فيه الحر كسائر الحدود

ولنا عموم الآية وروى الاثرم أن رقيقا لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فامر كثير بن الصلت ان يقطع أيديهم ثم قال عمر والله اني لأراك تجيعهم ولكن لأغرمنك

يارسول الله إني سرقت جملا لبني فلان فطهرني فأرسل النبي ﷺ اليهم فقالوا انا افتقدنا جملا لنا فامر به النبي ﷺ فقطعت يده قال ثعلبة انا أنظر اليه حين وقعت يده وهو يقول الحمد لله الذي طهرني منك أردت أن تدخلي جسدي النار أخرجه ابن ماجه

(فصل) ومن ثبتت سرقته ببينة عادلة فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره، وإن قال أحلفوه لي اني سرقت منه لم يحلف لان السرقة قد ثبتت بالبينة وفي احلافه عليها قدح في الشهادة، وان قال الذي أخذته ملك لي كان لي عنده وديعة او رهنا او ابتعته منه او وهبه لي أو أذن لي في أخذه او غصبه مني او من أبي او بعضه لي فالقول قول المسروق منه مع يمينه لان اليد ثبتت له فان حلف سقطت دعوى السارق ولا قطع عليه لأنه يحتمل ما قال ولهذا أحلفنا المسروق منه ، وان نكل قضينا عليه بنكوله وهذه إحدى الروايتين وهو منصوص الشافعي ؛ وعن أحمد رواية أخرى أنه يقطع لان سقوط القطع بدعواه يؤدي الى أن لا يجب قطع سارق فتفوت مصلحة الزجر، وعنه رواية ثالثة أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه وإلا سقط عنه القطع، والاول أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات وإفضاؤه الى سقوط القطع لا يمتنع اعتباره كما أن الشرع اعتبر في شهادة الزنا شروطا لا يقع معها اقامة حد ببينة أبداً على انه لا يفضي اليه لازما فان الغالب من السراق انهم لا يعلمون هذا ولا يهتدون اليه ، وانما يختص بعلم هذا الفقهاء الذين لا يسرقون غالبا، وان لم يحلف المسروق منه قضي عليه وسقط الحد وجها واحداً

غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك؟ قال أربعمائة درهم قال عمر أعطه ثمانمائة درهم، وروى القاسم عن ابيه ان عبداً أقر بالسرقة عند علي فقطعه ، وفي رواية قال كان عبداً يعني الذي قطعه علي رواه الامام أحمد في مسنده وهذه قصص تنتشر وتشهر ولم تنكر فتكون إجماعا، وقولهم لا يمكن تنصيفه قلنا ولا يمكن تعطيله فيجب تكميله وقياسهم نقلبه عليهم فنقول حق فلا يتعطل في حق العبد والامة كسائر الحدود، وفارق الرجم فان حد الزنا لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فان حد السرقة يتعطل بتعطيله

(فصل) ويقطع الآبق بسرقته روي ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك والشافعي وقال مروان وسعيد بن العاص وأبو حنيفة لا يقطع لان قطعه قضاء على سيده ولا يقضى على الغائب ولنا عموم الكتاب والسنة وأنه مكلف سرق نصابا من حرز مثله فيقطع كغير الآبق ، وقولهم انه قضاء على سيده ممنوع فانه لا يعتبر فيه اقرار السيد ولا يضر انكاره وإنما يعتبر ذلك من العبد ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز على ما ذكر في موضعه

﴿مسئلة﴾ (وهل يجب الزيت الذي يحسم به من بيت المال أو من مال السارق ؟ على وجهين)

(أحدهما) من بيت المال لان النبي ﷺ أمر به القاطع في حديث سارق الشملة فقال « اقطعوه واحسموه » ولانه من المصالح وذلك يقتضي ان يكون من بيت المال فان لم يحسم فذكر القاضي أنه لا شيء عليه لان عليه القطع لا مداواة المحدود (والثاني) من مال السارق لانه مداواته فكان في ماله كمداواته في مرضه، ويستحب للمقطوع حسم نفسه فان لم يفعل لم يأثم لانه ترك التداوي في المرض وهذا مذهب الشافعي

كتاب قطاع الطريق

الاصل في حكمهم قول الله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا او يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) وهذه الآية في قول ابن عباس وكثير من العلماء نزلت في قطاع الطريق من المسلمين وبه يقول مالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن ابن عمر أنه قال نزلت هذه الآية في المرتدين ، وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وعبد الكريم لان سبب نزولها قصة العرنيين وكانوا ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة فاستاقوا ابل الصدقة فبعث النبي ﷺ من جاء بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وألقاهم في الحرة حتى ماتوا قال أنس فأنزل الله تعالى في ذلك (انما جزاء الذين يحاربون الله)الآية أخرجه ابوداود والنسائي ولان محاربة الله ورسوله انما تكون من الكفار لا من المسلمين

ولنا قول الله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها ويسقط عنهم القتل والقطع في كل حال والمحاربة قد تكون من المسلمين بدليل

باب حد المحاربين

وهم قطاع الطريق

والاصل في حكمهم قول الله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أويصلبوا أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض) وهذه الآية في قول ابن عباس وكثير من العلماء نزلت في قطاع الطريق من المسلمين وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن ابن عمر أنه قال نزلت هذه الآية في المرتدين وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وعبد الكريم لان سبب نزولها قصة العرنيين وكانوا ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة واستاقوا إبل الصدقة فبعث النبي ﷺ من جاء بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم والقاهم في الحرة حتى ماتوا، قال أنس فانزل الله تعالى في ذلك (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية أخرجه أبو داود والنسائي ولان محاربة الله ورسوله انما تكون من الكفار لا من المسلمين

ولنا قول الله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها ويسقط عنهم القتل والقطع في كل حال والمحاربة قد تكون من المسلمين بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين أمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فائذنوا بحرب من الله ورسوله)

قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين * فان لم تفعلوا فائذنوا بحرب من الله ورسوله)

﴿ مسألة ﴾ قال (المحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة)

وجملته ان المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة (أحدها) أن يكون ذلك في الصحراء، فان كان ذلك منهم في القرى والامصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخرقي انهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحاق لان الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق انما هو في الصحراء ولان من في المصر يلحق به الغوث غالباً فتذهب شوكة المعتدين ويكونون مختلسين والمختلس ليس بقاطع ولا حد عليه ، وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور لتناول الآية بعمومها كل محارب ولان ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفاً وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى

﴿ مسألة ﴾ (وهم الذين يعرضون للناس بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة، فاما من يأخذه على وجه السرقة فليس بمحارب)

المحاربون الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد ان شاء الله تعالى يعتبر لهم ثلاثة شروط : (أحدها) لايكون ذلك في الصحراء

﴿ مسألة ﴾ (وان فعلوا ذلك في البنيان لم يكونوا محاربين)

في قول الخرقي وقد توقف أحمد رحمه الله فيهم فظاهر كلام احمد أنهم غير محاربين ، وبه قال أبو حنيفة والثوري لان الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق انما هو في الصحراء ولان من في المصر يلحق به الغوث غالبا فتذهب شوكة المعتدين ويكونون مختلسين والمختلس ليس بقاطع ولاحد عليه، وقال أبو بكر وكثير من اصحابنا حكمهم في المصر والصحراء واحد ، وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي وابو ثور لتناول الآية بعمومها كل محارب، ولان ذلك إذا وجد في المصر كان اعظم جوراً وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى، وذكر القاضي ان هذا إن كان في المصر بحيث لو كبسوا دارا فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا جاءهم الغوث فليس هؤلاء قطاع طريق لانهم في موضع يلحقهم الغوث عادة فان حضروا قرية أو بلدة ففتحوه وغلبوا على أهله أو محلة مفردة بحيث لايلحقهم الغوث عادة فهم محاربون لانهم لايلحقهم الغوث عادة فأشبه قطاع الطريق في الصحراء

(الشرط الثاني) ان يكون معهم سلاح فان لم يكن سلاح فليسوا محاربين لانهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافا، فان عرضوا بالعصي والحجارة فهم محاربون وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ليسوا بمحاربين لانهم لا سلاح معهم

وذكر القاضي ان هذا ان كان في المصر مثل أن كبسوا داراً فكان اهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لانهم في موضع يلحقهم الغوث عادة، وان حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله او محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة فهم محاربون لانهم لا يلحقهم الغوث فأشبه قطاع الطريق في الصحراء

(الشرط الثاني) أن يكون معهم سلاح فان لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لانهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافا، فان عرضوا بالعصي والحجارة فهم محاربون وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لانه لا سلاح معهم

ولنا ان ذاك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فاشبه الحديد

(الشرط الثالث) أن يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً، فاما ان أخذوه مختفين فهم سراق وان اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم وكذلك ان خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئا فليسوا بمحاربين لانهم لا يرجعون الى منعة وقوة، وإن خرجوا على عدد يسير فقهروهم فهم قطاع طريق

﴿ مسئلة ﴾ قال (فمن قتل منهم وأخذ المال قتل وان عفا صاحب المال وصلب حتى يشتهر ودفع الى أهله، ومن قتل منهم ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب وإن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقام واحد ثم حسمتا وخلي)

ولنا ان ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فاشبه الحد

(الشرط الثالث) ان يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً، فاما ان أخذوه مختفين فهم سراق وان اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم وكذلك ان خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئاً فليسوا بمحاربين لانهم لا يرجعون الى منعة وقوة، وان خرجوا على عدد يسير فقهروهم فهم قطاع طريق

﴿مسئلة﴾ (فاذا قدر عليهم فمن كان منهم قد قتل من يكافئه وأخذ المال قتل حتما وصلب حتى يشتهر وقال أبو بكر يصلب قدر ما يقع عليه اسم الصلب وعن أحمد أنه يقطع مع ذلك)

وجملة ذلك ان المحارب اذا قتل من يكافئه وأخذ المال قتل حتما وصلب حتى يشتهر، روي نحو هذا عن ابن عباس وبه قال قتادة وأبو مجلز وحماد والليث والشافعي، وعن أحمد أنه إذا قتل واخذ المال قتل وقطع لان كل واحدة من الجنايتين توجب حداً منفرداً فاذا اجتمعا وجب حدهما معا كما لو زنى وسرق وذهبت طائفة الى ان الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفي لأن أو تقتضي التخيير كقوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) **وهذا قول سعيد بن المسيب ومجاهد وعطا والحسن والضحاك والنخعي وأبي الزناد وأبي ثور وداود**

روينا نحو هذا عن ابن عباس ، وبه قال قتادة ومجلز وحماد والليث والشافعي واسحاق وعن احمد إنه إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع لان كل واحدة من الجنايتين توجب حداً منفرداً فاذا اجتمعا وجب حدهما معاً كما لو زنى وسرق ، وذهبت طائفة الى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفي لان أو تقتضي التخيير كقوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابي الزناد وأبي ثور وداود ، وروي عن ابن عباس ما كان في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار ، وقال أصحاب الرأي ان قتل قتل وان أخذ المال قطع وان قتل وأخذ المال فالامام مخير بين قتله وصلبه وبين قتله وقطعه وبين أن يجمع له ذلك كله لانه قد وجد منه مايوجب القتل والقطع فكان للامام فعلهما كما لو قتل وقطع في غير قطع طريق ، وقال مالك اذا قطع الطريق فرآه الامام جلداً ذا رأي قتله ، وان كان جلداً لا رأي له قطعه ولم يعتبر فعله

ولنا على أنه لايقتل إذا لم يقتل قول النبي ﷺ «لايحل دم امرىء مسلم إلا باحدى ثلاث: كفر بعد إيمان أو زنا بعد احصان أوقتل نفس بغير حق» فاما أو فقد قال ابن عباس مثل قولنا فاما أن يكون

وروي عن ابن عباس ما كان في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار وقال أصحاب الرأي إن قتل قتل وان أخذ المال قطع وان قتل وأخذ المال فالامام مخير بين قتله وصلبه وبين قتله وقطعه وبين أن يجمع ذلك كله لانه قد وجد منه مايوجب القتل والقطع فكان للامام فعلهما كما لو قتل وقطع في غير قطع طريق، وقال مالك اذا قطع الطريق فرآه الامام جلداً ذا رأي قتله وان كان جلداً لارأي له قطعه ولم يعتبر فعله

ولنا على أنه لا يقتل اذا لم يقتل قول النبي ﷺ « لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان أو زنا بعد احصان أوقتل نفس بغير حق » فاما أو فقد قال ابن عباس مثل قولنا فاما ان يكون توقيفا أو لغة وأيهما كان فهو حجة يدل عليه أنه بدأ بالاغلظ فالاغلظ وعرف القرآن فيما أريد به التخيير البداءة بالاخف ككفارة اليمين وما أريد به الترتيب بدأ بالاغلظ ككفارة الظهار والقتل، ويدل عليه ايضا ان العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ولذلك اختلف حكم الزاني والقاذف والسارق وقد سووا بينهم ههنا مع اختلاف جناياتهم، وهذا يرد على مالك فانه انما اعتبر الجلد والرأي دون الجنايات وهو مخالف للأصول التي ذكرناها، واما قول أبي حنيفة فلايصح لان القتل لو وجب لحق الله تعالى لم يخير الامام فيه كقطع السارق وكما لو انفرد بأخذ المال ولان حدود الله تعالى إذا كان فيها قتل سقط سائرها كما لو سرق وزنى وهو محصن وقد روي عن ابن عباس قال وادع رسول الله ﷺ أبا برزة[1] الاسلمي فجاء ناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحابه فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف وقيل انه رواه أبو داود وهو كالمسند وهو نص . اذا

(١) في المغنى أبا بردة

توقيفاً أو لغة وأيهما كان فهو حجة يدل عليه أنه بدأ بالاغلظ فالاغلظ ، وعرف القرآن فما اريد به التخيير البداءة بالاخف ككفارة اليمين وما أريد به الترتيب بدئ فيه بالاغلظ فالاغلظ ككفارة الظهار والقتل ويدل عليه أيضاً أن العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ، ولذلك اختلف حكم الزاني والقاذف والسارق وقد سووا بينهم مع اختلاف جناياتهم ، وهذا يرد على مالك فانه انما اعتبر الجلد والرأي دون الجنايات وهو مخالف للاصول التي ذكرناها

وأما قول ابي حنيفة فلا يصح لان القتل لو وجب لحق الله تعالى لم يخير الامام فيه كقطع السارق وكما لو انفرد باخذ المال، ولان الحدود لله تعالى اذا كان فيها قتل سقط مادونه كما لو سرق وزنى وهو محصن

وقد روي عن ابن عباس قال : وادع رسول الله ﷺ أبا بردة(١) الاسلمي فجاء ناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحابه فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف وقيل انه رواه ابو داود وهذا كالمسند وهو نص. فاذا ثبت هذا فان قاطع الطريق لايخلو من أحوال خمس

(١) في الشرح أبا برزة

ثبت هذا فان قاطع الطريق لايخلو من خمسة أحوال (الاولى) اذا قتل وأخذ المال فانه يقتل ويصلب في ظاهر المذهب وقتله متحتم لا يدخله عفو أجمع على هذا كل أهل العلم حكاه ابن المنذر وروي ذلك عن ابن عمر وبه قال سليمان بن موسى والزهري ومالك واصحاب الرأي ولانه حد من حدود الله فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود

﴿مسئلة﴾ (وان قتل من لا يكافئه فهل يقتل ؟ على روايتين)

(احداهما) لايعتبر بل يؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والاب بالابن لان هذا القتل حق لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة (والثانية) تعتبر المكافأة لقول النبي ﷺ « لا يقتل مسلم بكافر» والحد فيه انحتامه بدليل أنه لو مات قبل القدرة عليه سقط عنه الانحتام ولم يسقط القصاص فعلى هذه الرواية اذا قتل المسلم ذمياً والحر عبداً وأخذ ماله قطعت يده ورجله لاخذه المال وغرم دية الذمي وقيمة العبد وان قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته ونفي، وذكر القاضي أنه انما يتحتم قتله اذا قتله ليأخذ المال وان قتله لغير ذلك مثل ان يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم ، واذا قتل صلب لقول الله تعالى (أو يصلبوا) والكلام فيه في ثلاثة امور (أحدها) في وقته وهو بعد القتل وبهذا قال الشافعي وقال الاوزاعي ومالك والليث وأبو حنيفة وأبو يوسف يصلب حياً ثم يقتل مصلوبا، يطعن بالحربة لان الصلب عقوبة وانما يعاقب الحي لا الميت ولانه جزاء على المحاربة فيشرع في الحياة كسائر الاجزية ولان الصلب بعد قتله يمنع دفنه وتكفينه فلا يجوز

ولنا ان الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظا والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف فيجب تقديم الاول في اللفظ كقوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) ولان القتل اذا اطلق على لسان الشرع

(الاولى) اذا قتل وأخذ المال فانه يقتل ويصلب في ظاهر المذهب وقتله متحتم لايدخله عفو . أجمع على هذا كل أهل العلم قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . روي ذلك عن عمر وبه قال سليمان بن موسى والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولانه حد من حدود الله تعالى فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود، وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول ؟ فيه روايتان

(احداهما) لايعتبر بل يؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والاب بالابن لان هذا القتل حد لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة

(والثانية) تعتبر المكافأة لقول النبي ﷺ « لايقتل مسلم بكافر » والحد فيه انحتامه بدليل انه لو تاب قبل القدرة عليه سقط الانحتام ولم يسقط القصاص ، فعلى هذه الرواية اذا قتل المسلم ذمياً أو الحر عبداً أو أخذ ماله قطعت يده ورجله من خلاف لأخذه المال وغرم دية الذمي وقيمة العبد وإن قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته ونفي ، وذكر القاضي انه انما يتحتم قتله اذا قتله ليأخذ المال ، وإن قتله لغير ذلك مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم واذا قتل صلب لقول الله تعالى (أو يصلبوا) والكلام فيه في ثلاثة أمور

كان قتلا بالسيف ولهذا قال النبي ﷺ « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتل » وحسن القتل هو القتل بالسيف وفي صلبه حياً تعذيب له وقد نهى النبي ﷺ عن تعذيب الحيوان ، وقولهم انه جزاء على المحاربة قلنا لو شرع لردعه لسقط بقتله كما تسقط سائر الحدود مع القتل وانما شرع الصلب ردعا لغيره ليشتهر امره وهذا يحصل بصلبه بعد قتله ، وقولهم يمنع تكفينه ودفنه قلنا هذا لازم لهم لانهم يتركونه بعد قتله مصلوبا

(الثاني) في قدره ولا توقيت فيه الا قدر ما يشتهر امره هكذا ذكره الخرقي وقال ابو بكر يصلب قدر ما يقع عليه اسم الصلب لان احمد لم يوقت في الصلب شيئاً ، والصحيح توقيته بما ذكره الخرقي من الشهرة لان المقصود يحصل به وقال الشافعي وأبو حنيفة يصلب ثلاثا وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز مع انه في الظاهر يفضي الى تغيره ونتنه واذى المسلمين برائحته ونظره ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه فلا يجوز بغير دليل

(الثالث) في وجوبه وهو واجب حتم في حق من قتل واخذ المال لايسقط بعفو ولا غيره وقال أصحاب الرأي ان شاء الامام صلب وان شاء لم يصلب

ولنا حديث ابن عباس ان جبريل نزل بأن من قتل واخذ المال صلب ولانه شرع حدا فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود . اذا ثبت هذا فانه اذا اشتهر انزل ودفع الى اهله فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن

(فصل) فان مات قبل قتله لم يصلب لان الصلب من تمام الحد وقد فات الحد بموته فيسقط

(أحدها) في وقته ووقته بعد القتل وبهذا قال الشافعي وقال الاوزاعي ومالك والليث وابو حنيفة وابو يوسف يصلب حياً ثم يقتل مصلوبا، يطعن بالحربة لان الصلب عقوبة وانما يعاقب الحي لا الميت ولانه جزاء على المحاربة فيشرع في الحياة كسائر الأجزية ولان الصلب بعد قتله يمنع تكفينه ودفنه فلا يجوز

ولنا ان الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظا والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف فيجب تقديم الاول في اللفظ كقوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) ولان القتل اذا أطلق في لسان الشرع كان قتلا بالسيف ولهذا قال النبي ﷺ « إن الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتل » وأحسن القتل هو القتل بالسيف وفي صلبه حياً تعذيب له وقد نهى النبي ﷺ عن تعذيب الحيوان ، وقولهم انه جزاء على المحاربة قلنا لو شرع لردعه لسقط بقتله كما يسقط سائر الحدود مع القتل، وانما شرع الصلب ردعا لغيره ليشتهر أمره وهذا يحصل بصلبه بعد قتله ، وقولهم يمنع تكفينه ودفنه قلنا هذا لازم لهم لانهم يتركونه بعد قتله مصلوبا

(الثاني) في قدره ولا توقيت فيه إلا قدر مايشتهر أمره قال ابو بكر لم يوقت احمد في الصلب فأقول يصلب قدر مايقع عليه الاسم والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة لان المقصود يحصل به ، وقال الشافعي يصلب ثلاثا وهو مذهب ابي حنيفة وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز مع أنه في

ما هو من تمامه، وان قتل في المحاربة بمثقل قتل كما لو قتل بمحدد لاستوائهما في وجوب القصاص بهما وان قتل بآلة لايجب القصاص بالقتل بها كالسوط والعصا والحجر الصغير فالظاهر أنهم يقتلون ايضا لانهم دخلوا في العموم

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى جناية توجب القصاص فيما دون النفس فهل يتحتم استيفاؤه؟ على روايتين)

إذا جرح المحارب جرحاً في مثله القصاص فهل يتحتم فيه القصاص؟ على روايتين (إحداهما) لايتحتم لان الشرع لم يرد بشرع الحد في حقه بالجراح فان الله تعالى ذكر في حدود المحاربين القتل والصلب والقطع والنفي فلم يتعلق بالمحاربة غيرها فلا يتحتم بخلاف القتل فانه حد فتحتم كسائر الحدود فحينئذ لايجب فيه أكثر من القصاص (والثانية) يتحتم لان الجراح تابعة للقتل فيثبت فيها مثل حكمه ولانه نوع قود اشبه القود في النفس والاولى اولى، فان جرحه جرحاً لاقصاص فيه كالجائفة فليس فيه إلا الدية ، وان جرح انسانا وقتل آخر اقتص منه للجراح وقتل للمحاربة وقال أبو حنيفة تسقط الجراح لان الحدود اذا اجتمعت وفيها قتل سقط ماسوى القتل

ولنا أنها جناية يجب بها القصاص في غير المحاربة فيجب بها في المحاربة كالقتل ولا نسلم أن القصاص في الجراح حد إنما هو قصاص متمحض فأشبه ما لو كان الجرح في غير المحاربة ، وان سلمنا أنه حد فانه مشروع مع القتل فلم يسقط به كالصلب وقطع اليد والرجل عندهم .

﴿ مسئلة ﴾ (وحكم الردء حكم المباشر) .

الظاهر يفضي إلى تغيره ونتنه وأذى المسلمين برائحته ونظره ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه فلا يجوز بغير دليل

(الثالث) في وجوبه وهذا واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال لا يسقط بعفو ولا غيره وقال أصحاب الرأي: إن شاء الامام صلب وإن شاء لم يصلب

ولنا حديث ابن عباس أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب ولانه شرع حداً فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود. اذا ثبت هذا فانه اذا اشتهر أنزل ودفع الى أهله فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن

(فصل) وإن مات قبل قتله لم يصلب لان الصلب من تمام الحد وقد فات الحد بموته فيسقط ماهو من تتمته ، وإن قتل في المحاربة بمثقل قتل كما لو قتل بمحدد لانهما سواء في وجوب القصاص بهما ، وان قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها كالسوط والعصا والحجر الصغير فظاهر كلام الخرقي أنهم يقتلون أيضاً لانهم دخلوا في العموم

(الحال الثاني) قتلوا ولم يأخذوا المال فانهم يقتلون ولا يصلبون . وعن احمد رواية أخرى أنهم يصلبون لانهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كالذين أخذوا المال، والاولى أصح لان الخبر

وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس على الردء الا التعزير ، ولان الحد يجب بارتكاب المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود .

ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمة، ولان المحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء بخلاف سائر الحدود فعلى هذا اذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم فيجب قتل الكل وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم كما لو فعل الامرين كل واحد منهم .

(فصل) وان كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره في قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة يسقط عن جميعهم ويصير القتل للاولياء ان شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا لان حكم الجميع واحد فالشبهة في فعل واحد شبهة في حق الجميع .

ولنا أنها شبهة اختص بها واحد فلم يسقط الحد عن الباقين كما لو اشتركوا في وطء امرأة وما ذكروه لا أصل له، فعلى هذا لاحد على الصبي والمجنون وان باشرا القتل واخذا المال لانهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ماأخذا من المال في اموالهما ودية قتلهما على عاقلتهما ولا شيء على الردء لهما لانه إذا لم يثبت ذلك للمباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى ، وان كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لانهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة ،

(فصل) فان كان فيهم امرأة ثبت لها حكم المحاربة فمتى قتلت أو اخذت المال فحكمها حكم

المروي فيهم قال فيه « ومن قتل ولم يأخذ المال قتل » ولم يذكر صلباً ولان جنايتهم باخذ المال مع القتل تزيد على الجناية بالقتل وحده فيجب أن تكون عقوبتهم أغلظ، ولو شرع الصلب ههنا لاستويا والحكم في تحتم القتل وكونه حداً ههنا كالحكم فيه اذا قتل وأخذ المال

(فصل) واذا جرح المحارب جرحا في مثله قصاص فهل يتحتم فيه القصاص ؟ على روايتين

(احداهما) لا يتحتم لان الشرع لم يرد بشرع الحد في حقه بالجراح فان الله تعالى ذكر في حدود المحاربين القتل والصلب والقطع والنفي فلم يتعلق بالمحاربة غيرها فلا يتحتم بخلاف القتل فانه حد فتحتم كسائر الحدود فحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص

(والثانية) يتحتم لان الجراح تابعة للقتل فيثبت فيها مثل حكمه ، ولانه نوع قود أشبه القود في النفس والاولى أولى ، وإن جرحه جرحا لا قصاص فيه كالجائفة فليس فيه إلا الدية ، وإن جرح انسانا وقتل آخر اقتص منه للجراح وقتل للمحاربة ، وقال ابو حنيفة تسقط الجراح لان الحدود اذا اجتمعت وفيها قتل سقط ماسوى القتل

ولنا أنها جناية يجب بها القصاص في غير المحاربة فيجب بهـا في المحاربة كالقتل ولا نسلم ان

قطاع الطريق ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب عليها الحد ولا على من معها لانها ليست من أهل المحاربة فأشبهت الصبي والمجنون .

ولنا أنها تحد في السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل، وتخالف الصبي والمجنون لانها مكلفة يلزمها سائر القصاص وسائر الحدود فيلزمها هذا الحد كالرجل . إذا ثبت هذا فانها ان باشرت القتل أو أخذ المال ثبت حكم المحاربة في حق من معها لانهم رد، لها، وان فعل ذلك غيرها ثبت حكمه في حقها لانها رد، له كالرجل سواء ، وان قطع أهل الذمة الطريق أو كان مع المسلمين المحاربين ذمي فهل ينتقض عهدهم بذلك ؟ فيه روايتان ، فان قلنا ينتقض عهدهم حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال وان قلنا لا ينتقض عهدهم حكمنا عليهم بما يجب على المسلمين .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قتل ولم يأخذ المال قتل وهل يصلب؟ على روايتين)

(إحداهما) يصلبون لانهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كالذين أخذوا المال (والثانية) لا يصلبون وهي أصح لان الخبر المروي فيهم قال فيه « ومن قتل ولم يأخذ المال قتل » ولم يذكر صلباً ولان جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد على الجناية بالقتل وحده فيجب أن تكون عقوبتهم اغلظ ولو شرع الصلب ههنا لاستويا والحكم في تحتم القتل وكونه حداً ههنا كالحكم فيه إذا قتل وأخذ المال

﴿ مسئلة ﴾ (ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقام واحد وحسمتا)

وهـذا معنى قوله سبحانه (من خلاف) وإنما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذي قطعنا به يمين السارق ثم قطعنا رجله اليسري لتتحقق المخالفة . ويكون أرفق به في امكان مشيه ولا ينتظر اندمال

القصاص في الجراح حد وانما هو قصاص متمحض فأشبه مالو كان الجرح في غير المحاربة، وإن سلمنا انه حد فانه مشروع مع القتل فلم يسقط به كالصلب وكقطع اليد والرجل

(الحال الثالث) أخذ المال ولم يقتل فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهذا معنى قوله سبحانه (من خلاف) وانما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذي قطعنا به يمنى السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتتحقق المخالفة وليكون أرفق به في امكان مشيه، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً يبدأ بيمينه فتقطع وتحسم ثم برجله لان الله تعالى بدأ بذكر الايدي ولا خلاف بين أهل العلم في انه لا يقطع منه غير يد ورجل اذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين ، فأما إن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع في قطع طريق أو سرقة أو قصاص أو لمرض فمقتضى كلام الخرقي سقوط القطع عنه سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو بالعكس لان قطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس إما منفعة البطش أو المشي أو كليهما وهذا مذهب ابي حنيفة ، وعلى الرواية التي تستوفي أعضاء السارق الاربعة يقطع مابقي من أعضائه فان كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمنى يديه ولم يقطع غير ذلك وجهاً واحداً وهو مذهب

اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً يبدأ بيمينه فتقطع وتحسم ثم برجله ، لان الله تعالى بدأ بذكر الايدي، ولاخلاف بين أهل العلم في أنه لا يقطع منه غير يد ورجل اذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين.

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقطع منهم إلا من أخذ مايقطع السارق في مثله) .

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر للامام أن يحكم عليه حكم المحارب لانه محارب لله ورسوله يسارع في الأرض بالفساد فيدخل في عموم الآية ، ولانه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب .

ولنا قول النبي ﷺ «لاقطع إلا في ربع دينار فصاعدا» ولم يفصل ولان هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل يغلظ بالانحتام كذلك ههنا يغلظ بقطع الرجل معها ولا يتغلظ بما دون النصاب ، وأما الحرز فهو معتبر فانهم لو أخذوا مالا مضيعاً لاحافظ له لم يجب القطع ، فان اخذوا مالا يبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا في السرقة، وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأي أنه لايجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا، ويشترط ايضاً أن لاتكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ما ذكرنا في المسروق

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت يمينه مقطوعة او مستحقة في قصاص او شلاء قطعت رجله اليسرى وهل تقطع يسرى يديه؟ ينبني على الروايتين في قطع يسرى السارق في المرة الثالثة)

إذا كان معدوم اليد او الرجل اما لكونه قد قطع في قطع طريق او سرقة اوقصاص او بمرض او تكون مستحقة في قصاص او شلاء قطعت رجله اليسرى كما لو كانت يمناه موجودة وكذلك

الشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه وجد في محل الحد مايستوفى فاكتفي باستيفائه كما لو كانت اليد ناقصة بخلاف التي قبلها ، وان كان ماوجب قطعه أشل فذكر أهل الطب أن قطعه يفضي إلى تلفه لم يقطع وكان حكمه حكم المعدوم ، وان قالوا لايفضي إلى تلفه ففي قطعه روايتان ذكرناهما في قطع السارق

(الحال الرابع) اذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا

(الحال الخامس) اذا تابوا قبل القدرة عليهم ويأتي ذكر حكمهما ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يقطع منهم الا من أخذ مايقطع السارق في مثله)

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال مالك وابو ثور للامام أن يحكم عليه حكم المحارب لانه محارب لله ولرسوله ساع في الارض بالفساد فيدخل في عموم الآية، ولانه لايعتبر الحرز فكذلك النصاب

ولنا قول النبي ﷺ « لاقطع الا في ربع دينار » ولم يفصل ولان هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل يغلظ بالانحتام كذلك ههنا

ان كانت يده اليمنى موجودة ورجله اليسرى معدومة فانا نقطع الموجود منهما حسب، ويسقط في المعدوم لان ماتعلق به الغرض معدوم فسقط كالغسل في الوضوء، وهل تقطع يسرى يديه ينبني؟ على الروايتين في قطع يسرى السارق في المرة الثالثة ، فان قلنا تقطع ثم قطعت ههنا، وان قلنا لاتقطع وهو المختار سقط قطعها لان قطعها يفضي إلى تفويت منفعة البطش وان كان ماوجب قطعه اشل فذكر اهل الطب ان قطعه يفضي الى تلفه لم يقطع وكان حكمه حكم المعدوم وان قالوا لايفضي الى تلفه ففي قطعه روايتان ذكرناهما في قطع السارق .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن لم يقتل ولا اخذ المال نفي وشرد فلا يترك يأوي إلى بلد ، وعنه ان نفيه تعزيره بما يردعه) .

وجملته ان المحاربين إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولا اخذوا المال فانهم ينفون من الأرض لقوله سبحانه (أو ينفوا من الأرض) يروى عن ابن عباس ان النفي يكون في هذه الحالة وهو قول النخعي وقتادة وعطاء الخراساني، والنفي هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلايتركون يأوون بلداً ، يروى نحو هذا عن الحسن والزهري ، وعن ابن عباس انه ينفى من بلده الى غيره كنفي الزاني ، وبه قال طائفة من اهل العلم . قال ابو الزناد كان منفى الناس الى باضع من ارض الحبشة وذلك اقصى تهامة اليمن وقال مالك يحبس في البلد الذي نفي اليه كقوله في الزاني وقال ابو حنيفة يحبس حتى يحدث توبة ونحو هذا قال الشافعي فانه قال في هذه الحال يعزرهم الامام وان رأى ان يحبسهم حبسهم وقيل عنه النفي طلب الامام لهم ليقيم فيهم حدود الله وروي ذلك عن ابن عباس وقال ابن شريح يحبسهم في غير بلدهم وهذا مثل قول مالك ، لان تشريدهم إخراج لهم إلى مكان يقطعون فيه الطريق

تتغلظ بقطع الرجل معها ولا تتغلظ بما دون النصاب ، وأما الحرز فهو معتبر فانهم لو أخذوا مالا مضيعاً لاحافظ له لم يجب القطع وان أخذوا مايبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا في السرقة وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأي انه لايجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا، ويشترط أيضاً ان لاتكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ماذكرنا في السروق

﴿مسئلة﴾ قال (ونفيهم ان يشردوا فلا يتركوا يأوون في بلد)

وجملته أن المحاربين اذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا فانهم ينفون من الارض لقول الله تعالى (أو ينفوا من الارض) ويروى عن ابن عباس ان النفي يكون في هذه الحالة وهو قول النخعي وقتادة وعطاء الخراساني، والنفي هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلداً ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري وعن ابن عباس انه ينفى من بلده الى بلد غيره كنفي الزاني وبه قال طائفة من أهل العلم، قال ابو الزناد كان منفى الناس الى باضع من أرض الحبشة وذلك أقصى

ويؤذون به الناس فكان حبسهم اولى وعن احمد رواية اخرى حكاها ابو الخطاب معناها ان نفيهم طلب الامام لهم فاذا ظفر بهم عزرهم بما يردعهم .

ولنا ظاهر الآية فان النفي الطرد والابعاد والحبس إمساك وهما يتنافيان فأما نفيهم إلى مكان غير معين فلقوله تعالى (أو ينفوا من الأرض) وهذا يتناول نفيه من جميعها وما ذكروه يبطل بنفي الزاني فانه ينفى إلى مكان يحتمل أن يوجد فيه الزنا ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم فيحتمل أن تتقدر مدته بما يظهر فيه توبتهم وتحسن سيرتهم ويحتمل أن ينفوا عاما كنفي الزنا .

﴿مسئلة﴾ (ومن تاب منهم قبل القدرة عليه سقطت عنه حدود الله تعالى من الصلب والقطع والنفي وانحتام القتل وأخذوا بحقوق الآدميين من الانفس والجراح والاموال الا أن يعفى له عنها)

لا نعلم في هذا خلافا . وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ، والأصل في هذا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) فاما إن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء من الحدود للآية فأوجب عليهم الحد ثم استثنى التائبين بعد القدرة فمن عداهم يبقى على قضية العموم لانه اذا تاب قبل القدرة فالظاهر انها توبة إخلاص، وبعدها الظاهر انها تقية من إقامة الحد عليه ولان في قبول توبته وإسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيباً في توبته والرجوع عن محاربته وإفساده فناسب ذلك الاسقاط عنه، وأما بعدها فلا حاجة إلى ترغيبه لانه قد عجز عن الفساد والمحاربة

(فصل) فان فعل المحارب ما يوجب حداً لايختص المحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة

تهامة اليمن ، وقال مالك يحبس في البلد الذي ينفى اليه كقوله في الزاني ، وقال ابو حنيفة نفيه حبسه حتى يحدث توبة ونحو هذا قال الشافعي فانه قال في هذه الحال يعزرهم الامام ، وإن رأى أن يحبسهم حبسهم ، وقيل عنه النفي طلب الامام لهم ليقيم فيهم حدود الله تعالى وروي ذلك عن ابن عباس، وقال ابن شريح يحبسهم في غير بلدهم وهذا مثل قول مالك وهذا أولى لان تشريدهم اخراج لهم إلى مكان يقطعون فيه الطريق ويؤذون به الناس فكان حبسهم أولى ، وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية أخرى معناها أن نفيهم طلب الامام لهم فاذا ظفر بهم عزرهم بما يردعهم

ولنا ظاهر الآية فان النفي الطرد والابعاد والحبس امساك وهما يتنافيان فأما نفيهم إلى غير مكان معين فلقوله سبحانه (أو ينفوا من الارض) وهذا يتناول نفيه من جميعها وما ذكروه يبطل بنفي الزاني فانه ينفى الى مكان يحتمل أن يوجد منه الزنا فيه ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم فيحتمل أن تتقدر مدته بما تظهر فيه توبتهم وتحسن سيرتهم ويحتمل أن ينفوا عاما كنفي الزاني

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى وأخذوا بحقوق الآدميين من الانفس والجراح والاموال الا أن يعفى لهم عنها)

لانعلم في هذا خلافا بين أهل العلم وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وابو ثور، والاصل

فذكر القاضي أنها تسقط بالتوبة لانها حدود الله تعالى فسقطت التوبة كحد المحاربة إلا حد القذف فانه لايسقط لانه حق آدمي ولان في إسقاطها ترغيباً في التوبة، ويحتمل أن لاتسقط لانها لاتختص المحاربة فكانت في حقه كهي في حق غيره ، فان أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة لم يسقط الحد الاول لان التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وجب عليه حد سوى ذلك فتاب قبل إقامته لم يسقط عنه ،وعنه أنه يسقط بمجرد التوبة قبل إصلاح العمل)

من تاب وعليه حد من المحاربين وأصلح ففيه روايتان (إحداهما) يسقط عنه لقول الله تعالى (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما) وذكر حديث السارق ثم قال (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه) وقال النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لاذنب له »ومن لاذنب له لاحد عليه وقال في ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه؟» ولانه خالص حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد المحارب

(والثانية) لايسقط وهو قول مالك وابي حنيفة وأحد قولي الشافعي لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهو عام في التائب وغيره وقال الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولان النبي ﷺ رجم ماعزا والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة ، وقد

في هذا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم)فعلى هذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والنفي ويبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال والدية لما لاقصاص فيه . فأما ان تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء من الحدود لقول الله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) فأوجب عليهم الحد ثم استثنى التائبين قبل القدرة فمن عداهم يبقى على قضية العموم ولانه اذا تاب قبل القدرة فالظاهر أنها توبة اخلاص، وبعدها الظاهر أنها تقية من اقامة الحد عليه ولان في قبول توبته واسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيباً في توبته والرجوع عن محاربته وافساده فناسب ذلك الاسقاط عنه وأما بعدها فلا حاجة الى ترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة

(فصل) وإن فعل المحارب ما يوجب حدا لا يختص المحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة فذكر القاضي أنها تسقط بالتوبة لانها حدود لله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة الا حد القذف فانه لا يسقط لانه حق آدمي ،ولان في اسقاطها ترغيباً في التوبة ، ويحتمل ان لا تسقط لانها

جاءوا تائبين يطلبون التطهير باقامة الحد ، وقد سمى النبي ﷺ فعلهم توبة فقال في حق المرأة «لقد تابت توبة لو قسمت على أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو بن سمرة إلى النبي ﷺ فقال يارسول الله إني سرقت جملا لبني فلان فطهرني وقد أقام رسول الله ﷺ عليه الحد،ولان الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل ولانه مقدور عليه فلم يسقط الحد عنه كالمحارب بعد القدرة عليه فان قلنا يسقط الحد بالتوبة فهل يسقط بمجرد التوبة او بها مع إصلاح العمل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط بمجردها وهو ظاهر قول أصحابنا لانها توبة مسقطة للحد فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه (والثاني يعتبر اصلاح العمل لقول الله تعالى (فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما) وقال تعالى (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه) فعلى هذا الوجه يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق توبته وصلاح نيته وليست مقدرة بمدة معلومة ، وقال بعض أصحاب الشافعي مدة ذلك سنة وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز

﴿ مسئلة ﴾ (ومن مات وعليه حد سقط عنه) لفوات محله كما يسقط غسل ماذهب من أعضاء الطهارة في الوضوء والغسل

﴿فصل﴾(ومن أريدت نفسه أو حرمته او ماله فله الدفع عن ذلك بأسهل مايعلم دفعه به فان لم يحصل إلا بالقتل فله ذلك ولا شيء عليه ، وان قتل كان شهيداً ، وهل يلزمه الدفع عن نفسه؟ على روايتين وسواء كان الصائل آدميا او غيره ، وان دخل رجل منزله متلصصا او صائلا فحكمه حكم ماذكرنا)

وجملة ذلك أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب المنزل أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح او لم يكن لانه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب المنزل مطالبته بترك التعدي كما لو

لا تختص المحاربة فكانت في حقه كهي في حق غيره ، وان أتى حدا قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الاول لان التوبة انما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره

(فصل) وإن تاب من عليه حد من غير المحاربين واصلح ففيه روايتان

(احداهما) يسقط عنه لقول الله تعالى (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما، فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما) وذكر حد السارق ثم قال (فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه) وقال النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه وقال في ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » ولانه خالص حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد المحارب .

(والرواية الثانية) لا يسقط وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام في التائبين وغيرهم وقال تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولان النبي ﷺ رجم ماعزا والغامدية وقطع الذي اقر بالسرقة وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير باقامة الحد وقد سمى رسول الله ﷺ فعلهم توبة فقال في حق المرأة « لقد

غصب منه شيئاً فان خرج بالامر لم يكن له ضربه لان المقصود إخراجه، وقد روي عن ابن عمر أنه رأى لصاً فأصلت عليه السيف قال الراوي فلو تركناه لقتله، وجاء رجل إلى الحسن فقال لص دخل بيتي ومعه حديدة أقتله ؟ قال نعم باي قتلة قدرت أن تقتله

ولنا أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكن أخذه بغير القتل وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على أنه قصد إيقاع الفعل، فان لم يخرج بالامر فله ضربه باسهل مايعلم أنه يندفع به لان المقصود دفعه، فاذا اندفع بقليل فلا حاجة إلى أكثر منه، فان علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لان الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب هاربا لم يكن له قتله ولا اتباعه كالبغاة ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه لانه كفي شره، وان ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بالقصاص او الدية لانه في حال لا يحل له ضربه وقطع اليد غير مضمون، فان مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وان عاد اليه بعد قطع رجله فقطع يده الاخرى فاليدان غير مضمونتين فان مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس ، وقياس المذهب أن يضمن نصف الدية لان الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحدا كما لو جرح رجل رجلا جراحات وجرحه آخر جرحا واحداً ومات كانت ديته بينهما نصفين ، ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا هذا فان لم يمكنه دفعه إلا بالقتل او خاف أن يبدره بالقتل ان لم يعاجله بالدفع فله ضربه بما يقتله ويقطع طرفه ، وما أتلف منه فهو هدر لانه يتلف لدفع شره فلم يضمنه كالباغي ولانه اضطر صاحب المنزل إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه

تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو بن سمرة إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فطهرني وقد أقام رسول الله ﷺ الحد عليهم ، ولان الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل ولانه مقدور عليه فلم يسقط عنه الحد بالتوبة كالمحارب بعد القدرة عليه، فان قلنا بسقوط الحد بالتوبة فهل يسقط بمجرد التوبة أو بها مع اصلاح العمل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط بمجردها وهو ظاهر قول أصحابنا لانها توبة مسقطة للحد فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه

(والثاني) يعتبر اصلاح العمل لقول الله تعالى (فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) وقال (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه) فعلى هذا القول يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق توبته وصلاح نيته وليست مقدرة بمدة معلومة ، وقال بعض أصحاب الشافعي : مدة ذلك سنة وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز .

وإن قتل صاحب المنزل فهو شهيد لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » رواه الخلال باسناده ولانه قتل لدفع ظالم فكان شهيداً كالعادل إذا قتله الباغي

(فصل) وكل من عرض لانسان يريد ماله او نفسه فحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله من دفعهم بأسهل ما يمكن دفعه به ، فان كان بينهما نهر كبير أو خندق او حصن لا يقدرون على اقتحامه فليس له رميهم ، فان لم يمكن إلا بقتالهم فله قتالهم وقتلهم . قال احمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك: قاتلهم تمنع نفسك ومالك، وقال عطاء في المحرم يلقاه اللصوص يقاتلهم أشد القتال ، وقال ابن سيرين ما أعلم احداً ترك قتال الحزورية واللصوص تأثماً إلا ان يجبن ، وقال الصلت بن طريف قلت للحسن إني أحرج في هذه الوجوه، أخوف شيء عندي يلقاني اللصوص يعرضون لي في مالي فان كففت يدي ذهبوا بمالي ، وإن قاتلت اللص ففيه ما قد علمت ، قال أي بني من عرض لك في مالك فان قتلته فالى النار ، وإن قتلك فشهيد، ونحو ذلك عن أنس والنخعي والشعبي، وقال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها قال إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها فقاتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها وذكر حديثاً يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلا أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودى أبداً ، ولانه إذا جاز الدفع عن ماله الذي يجوز له بذله وإباحته فدفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى. اذا ثبت هذا فانه يجب عليها أن تدفع عن نفسها ان أمكنها ذلك لان التمكين منها محرم وفي ترك الدفع نوع تمكين فاما من أريد ماله فلا يجب عليه الدفع لان بذل المال مباح

(فصل) وحكم الردء من القطاع حكم المباشر وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس على الردء الا التعزير لان الحد يجب بارتكاب المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود

ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمة وذلك لان المحاربة مبنية على حصول المنعة بالمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله الا بقوة الردء بخلاف سائر الحدود، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم فيجب قتل جميعهم وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم كما لو فعل الامرين كل واحد منهم

(فصل) وإن كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره في قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة يسقط الحد عن جميعهم ويصير القتل للاولياء إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا لان حكم الجميع واحد فالشبهة في فعل واحد شبهة في حق الجميع

ولنا أنها شبهة اختص بها واحد فلم يسقط الحد عن الباقين كما لو اشتركوا في وطء امرأة وما ذكروه لا أصل له، فعلى هذا لا حد على الصبي والمجنون وان باشرا القتل وأخذا المال لانهما ليسا

﴿ مسئلة ﴾ (فان أريدت نفسه لم يلزمه الدفع)

لان النبي ﷺ قال في الفتنة «اجلس في بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك» وفي لفظ «فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل» وفي لفظ «كن كخير ابني آدم» ولان عثمان رضي الله عنه لم يدفع عن نفسه وترك القتال مع إمكانه، فان قيل قلتم في المضطر إذا وجد ما يدفع به الضرورة لزمه الاكل منه في أحد الوجهين،[1] قلنا الاكل يحيي به نفسه من غير تفويت غيره[2] فلزمه كالاكل في المخمصة

(والثاني) لا يلزمه لانه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال وفيه رواية أخرى يلزمه الدفع عن نفسه لانه لا يجوز إقرار المنكر مع إمكان دفعه. والاولى إن شاء الله أنه يلزمه الدفع عن حرمته ولا يلزمه الدفع عن ماله لانه يجوز له بذله، فان أريدت نفسه فالاولى في الفتنة ترك الدفع لما ذكرنا من الاحاديث والاثر في دفع اللصوص، واذا صالت عليه بهيمة ففيه روايتان أولاهما وجوب الدفع إذا أمكنه كما لو خاف من سيل او نار وأمكنه أن يتنحى عن ذلك، وإن أمكنه الهرب ففيه وجهان (أولاهما) يلزمه كالاكل في المخمصة (والثاني) لا يلزمه كالدفع بالقتال

(فصل) واذا صال على انسان صائل يريد نفسه اوماله ظلما أو يريد امرأة ليفجر بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع، ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لان النبي ﷺ قال «انصر اخاك ظالما او مظلوما» وفي حديث «ان المؤمنين يتعاونون على القتال» ولانه لولا التعاون لذهبت اموال الناس وانفسهم لان قطاع الطريق اذا انفردوا باخذ مال انسان ولم يعنه غيره فانهم يأخذون اموال الكل واحدا واحداً وكذلك غيرهم

(فصل) اذا وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه لما روي ان عمر رضي الله عنه بينما

(١) فلم لم تقولوا ذلك ههنا اه من المغني

(٢) وههنا فى احياء نفسه فوات نفس غيره فلم يجب عليه فأما ان أمكنه الهرب فهل يلزمه ؟ فيه وجهان أحدهما يلزمه لانه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره اه من المغني

من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذا من المال في أموالهما ودية قتيلهما على عاقلتهما ولا شيء على الردء لهما لانه إذا لم يثبت ذلك للمباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الاولى، وان كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم في حق الردء ثبت بالمحاربة

(فصل) وان كان فيهم امرأة ثبت في حقها حكم المحاربة فمتى قتلت وأخذت المال فحدها حد قطاع الطريق وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايجب عليها الحد ولا على من معها لانها ليست من أهل المحاربة كالرجل،فأشبهت الصبي والمجنون ولنا أنها تحد في السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل وتخالف الصبي والمجنون ولانها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود فلزمها هذا الحد كالرجل. اذا ثبت هذا فانها ان باشرت القتل أو أخذ المال ثبت حكم المحاربة في حق من معها لانهم ردء لها وان فعل ذلك غيرها ثبت حكمه في حقها لانها ردء له كالرجل سواء ، وان قطع أهل الذمة الطريق أو كان مع المحاربين المسلمين ذمي فهل ينتقض عهدهم بذلك ؟ فيه روايتان ، فان قلنا ينتقض عهدهم حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال ، وإن قلنا لاينتقض عهدهم حكمنا عليهم بما نحكم على المسلمين

(فصل) واذ أخذ المحاربون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى فان كانت الاموال موجودة

هو يتغدى يوما إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ماطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا يا أمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا مع امرأته فقال عمر مايقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذ امرأته بالسيف، فان كان بينهما أحد فقد قتله فقال لهم عمر ما يقول ؟ قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر إن عادوا فعد. رواه هشيم عن مغيرة عن ابراهيم أخرجه سعيد، فان كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها، وان كانت مكرهة فعليه القصاص، فأما ان قتل رجلا وادعى انه وجده مع امرأته فقتلها أو قتله فقال علي ان جاءوا باربعة شهداء والا فليعط برقبته، فعلى هذا يفتقر الى أربعة شهود لحديث علي، وروي انه يكفي شاهدان لان البينة تشهد على وجوده مع المرأة وهذا يثبت بشاهدين وانما الذي يحتاج الى أربعة الزنا وهذا لايحتاج الى اثبات الزنا ، فان قيل فحديث عمر في الذي وجد مع امرأته رجلا ليس فيه بينة وكذلك روي أن رجلا من المسلمين خرج غازيا وأوصى بأهله رجلا فبلغ الرجل أن يهوديا يختلف إلى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد

واشعث غره الاسلام مني ... خلوت بعرسه ليل التمام
أبيت على ترائبها ويضحي ... على جرداء لاحقة الحزام
كأن مواضع الربلات منها ... فئام ينهضون الى فئام

فقام اليه فقتله فرفع ذلك الى عمر فاهدر دمه، فالجواب ان ذلك ثبت عنده باقرار الولي، وإن لم تكن بينة فادعى علم الولي بذلك فالقول قول الولي مع يمينه

ردت إلى مالكها وان كانت تالفة أو معدومة وجب ضمانها على آخذها وهذا مذهب الشافعي ومقتضى قول أصحاب الرأي أنها ان كانت تالفة لم يلزمهم غرامتها كقولهم في المسروق اذا قطع السارق ووجه المذهبين ماتقدم في السرقة ويجب الضمان على الآخذ دون الردء لان وجود الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب، ولو تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان لاختص ذلك بالمباشر دون الردء لذلك ولو وجب الضمان في السرقة لتعلق بالمباشر دون الردء لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فان قتل رجل رجلا وادعى انه قد هجم منزله فلم يمكنه دفعه الا بالقتل لم يقبل قوله الا ببينة وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة او عيارة أولا يعرف بذلك فان شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا الى هذا بسلاح مشهور فضربه هذا فقد هدر دمه وان شهدوا أنهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحاً أو ذكروا سلاحاً غير مشهور لم يسقط القود بذلك لأنه قد يدخل لحاجة ومجرد الدخول المشهود به لايوجب اهدار دمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان عض انسان انسانا فانتزع يده من فيه فسقطت ثناياه ذهبت هدرا)

وبهذا قال أبو حنيفه والشافعي وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله ان رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقطت بعض اسنان العاض فاختصما الى شريح فقال شريح انزع يدك من في السبع وابطل اسنانه وحكي عن مالك وابن أبي ليلى عليه الضمان لقول النبي ﷺ في السن خمس من الابل

ولنا ماروى يعلى بن امية قال كان لي أجير فقاتل رجلا فعض احدهما يد الآخر قال فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع احدى ثنيتيه فأتى النبي ﷺ فاهدر ثنيته فحسبت انه قال: قال النبي ﷺ افيدع يده في فمك تقضمها قضم الفحل » متفق عليه ولانه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه فلم يضمن كالو صال عليه فلم يمكنه دفعه الا بقطع عضوه وحديثهم يدل على دية السن اذا قلعت ظلما وهذه لم تقلع ظلما وسواء كان المعضوض ظالماً او مظلوماً لأن العض محرم الا ان يكون العض مباحاً له مثل ان يمسكه في موضع يتضرر بامساكه او يعصر يده بما لايقدر على التخلص من ضرره الا بعضه فيعضه فماسقط من أسنانه ضمنه لانه عاد وكذلك لو عض احدهما يد الآخر ولم يمكن المعضوض تخليص يده الا بعضه فله عضه ويضمن الظالم منهما ماتلف من المظلوم وما تلف من الظالم كان هدراً وكذلك الحكم فيما اذا عضه في غير يده أو عمل به غير العض افضى الى تلف شيء من الفاعل لم يضمنه وقد روى محمد بن عبيد الله أن غلاما أخذ قمعا من اقماع الزياتين فادخله بين رجلي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخبط برجله فوقع على الغلام فكسر بعض اسنانه فاختصموا الى شريح فقال شريح لاعقل الكلب الهرار قال القاضي يخلص المعضوض يده بأسهل مايمكنه فان امكنه فك لحييه بيده

(فصل) اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام (القسم الاول) أن تكون خالصة لله تعالى فهي نوعان (أحدهما) أن يكون فيها قتل مثل أن يسرق ويزني وهو محصن ويشرب الخمر ويقتل في المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرها وهذا قول ابن مسعود وعطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي وحماد ومالك وابي حنيفة ، وقال الشافعي يستوفى جميعها الا ان ماوجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصاً

ولنا قول ابن مسعود قال سعيد حدثنا حسان بن علي حدثنا مجالد عن عامر عن مسروق عن عبد الله قال : اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك ، وقال ابراهيم يكفيه القتل

وقال حدثنا هشيم أخبرنا حجاج عن ابراهيم والشعبي وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك وهذه أقوال انتشرت في عصر الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكانت اجماعا ، ولانها حدود لله تعالى فيها قتل فسقط مادونه كالمحارب اذا قتل وأخذ المال فانه يكتفى بقتله ولا يقطع ، ولان هذه الحدود تراد لمجرد الزجر ومع القتل لاحاجة إلى زجره ولا فائدة فيه فلا يشرع ، ويفارق القصاص فان فيه غرض التشفي والانتقام ولا يقصد منه مجرد الزجر . اذا ثبت هذا فانه اذا وجد ماوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة أو لترك الصلاة فينبغي أن يقتل للمحاربة ويسقط الرجم لان في القتل للمحاربة حق آدمي في القصاص وانما أثرت المحاربة في تحريمه وحق الآدمي يجب تقديمه

الاخرى فعل وان لم يمكنه لكمه على فكه فان لم يمكنه فله ان يبعج بطنه وان أتى على نفسه ، قال شيخنا والصحيح ان هذا الترتيب غير معتبر وله ان يجذب يده اولا لان النبي ﷺ لم يستفصل ولانه لايلزمه ترك يده في فم العاض حتى يتحيل بهذه الاشياء المذكورة ولان جذب يده تخليص وماحصل من سقوط الاسنان حصل ضرورة التخليص الجائز ولكم فكه جناية غير التخليص وربما تضمنت التخليص وربما اتلفت الاسنان التي لم يحصل العض بها فكانت البداءة بجذب يده اولى وينبغي انه متى امكنه جذب يده فعدل الى لكم فكه فأتلف سنا ضمنه لامكان التخلص بما هو أولى منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان نظر في بيته من خصاص الباب أو نحوه فخذف عينه ففقأها فلا شيء عليه)

وجملة ذلك أن من اطلع في بيت إنسان من ثقب أو شق باب أونحوه فرماه صاحب الدار بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يكن عليه جناح ولا يضمنها ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمنها لانه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من امرأته مادون الفرج لم يجز قلع عينه فبمجرد النظر أولى .

ولنا ماروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لو أن امرأ اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » وعن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في جحر من باب النبي ﷺ يحك رأسه بمدرى في يده فقال النبي ﷺ « لو علمت أنك تنظرني لطعنت - أو لطعنت بها عينك » متفق عليهما ، ويفارق ماقاسوا عليه لان من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب فانه يرى من غير علم به ثم الخبر أولى من القياس ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يعتبر في هذا أنه

(النوع الثاني) أن لا يكون فيها قتل فإن جميعها يستوفى من غير خلاف نعلمه ويبدأ بالأخف فالاخف فاذا شرب وزنى وسرق حد للشرب أولا ثم حد للزنا ثم قطع للسرقة، وإن أخذ المال في المحاربة قطع لذلك ويدخل فيه القطع للسرقة ولان محل القطعين واحد فتداخلا كالقتلين وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة لان كل واحد منهما ثبت بنص القرآن ثم يحد للشرب

ولنا أن حد الشرب أخف فيقدم كحد القذف ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه في السنة ومجمع على وجوبه وهذا التقديم على سبيل الاستحباب ولو بدأ بغيره جاز ووقع الموقع ولا يوالي بين هذه الحدود لانه ربما افضى الى تلفه بل متى برأ من حد أقيم الذي يليه

(القسم الثاني) الحدود الخالصة للآدمي وهو القصاص وحد القذف فهذه تستوفى كلها ويبدأ بأخفها فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لانها حقوق للآدميين أمكن استيفاؤها فوجب كسائر حقوقهم وهذا قول الاوزاعي والشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل ما دون القتل فيه احتجاجا بقول ابن مسعود وقياساً على الحدود الخالصة لله تعالى

ولنا أن ما دون القتل حق لآدمي فلم يسقط به كديونهم وفارق حق الله تعالى فانه مبني على المسامحة

(القسم الثالث) أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين وهذه ثلاثة أنواع

(احدها) أن لا يكون فيها قتل فهذه تستوفى كلها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وعن مالك أن حدي الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين

ولنا أنهما حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ولا نسلم استواءهما فان حد الشرب اربعون وحد القذف ثمانون، وان سلم استواؤهما لم يلزم تداخلهما لان ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولهما في حد الزنا لان الاقل مما يتداخل يدخل في الاكثر، وفارق القتلين والقطعين لان المحل يفوت بالاول فيتعذر استيفاء الثاني وهذا بخلافه، فعلى هذا يبدأ بحد القذف لانه اجتمع فيه معنيان خفته وكونه حقاً لآدمي شحيح الا إذا قلنا حد الشرب اربعون فانه

لا يمكنه دفعه إلا بذلك لظاهر الخبر، وقال ابن حامد يدفعه باسهل ما يمكنه دفعه يقول له أولا انصرف فان لم يفعل أشار اليه أنه يحذفه فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى، فإن ترك الاطلاع ومضى لم يجز رميه لأن النبي ﷺ لم يطعن الذي اطلع ثم انصرف، ولانه ترك الجناية فأشبه من عض ثم ترك العض لم يجز قلع أسنانه وسواء كان المكان المطلع منه صغيراً كثقب أو شق أو واسعاً كنقب كبير، وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك، والأولى أنه لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح، لان التفريط من تارك الباب مفتوحا والظاهر أن من ترك الباب مفتوحاً أنه يستتر لعلمه أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه فلم يجز [illegible]يه كداخل الدار [illegible]ن اطلع

يبدأ به لخفته ثم بحد القذف وأيهما قدم فالآخر يليه ثم بحد الزنا فانه لا اتلاف فيه ثم بالقطع هكذا ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يبدأ بالقطع قصاصا لانه حق آدمي متمحض فاذا برأ حد للقذف اذا قلنا هو حق آدمي ثم بحد الشرب فاذا برأ حد للزنا لان حق الآدمي يجب تقديمه لتأكده

(النوع الثاني) أن تجتمع حدود لله تعالى وحدود لآدمي وفيها قتل فان حدود الله تعالى تدخل في القتل سواء كان من حدود الله تعالى كالرجم في الزنا والقتل للمحاربة أو الردة أو لحق آدمي كالقصاص لما قدمناه، وأما حقوق الآدمي فتستوفى كلها ثم ان كان القتل حقا لله تعالى استوفيت الحقوق كلها متوالية لانه لا بد من فوات نفسه فلا فائدة في التأخير، وإن كان القتل حقا لآدمي انتظر باستيفائه الثاني برأه من الاول لوجهين (أحدهما) ان الموالاة بينهما يحتمل ان تفوت نفسه قبل القصاص فيفوت حق الآدمي (والثاني) أن العفو جائز فتأخيره يحتمل ان يعفو الولي فيحيا بخلاف القتل حقا لله سبحانه

(النوع الثالث) ان يتفق الحقان في محل واحد ويكون تفويتا كالقتل والقطع قصاصاً وحداً فان كان فيه ما هو خالص لحق الله تعالى كالرجم في الزنا وما هو حق لآدمي كالقصاص قدم القصاص لتأكد حق الآدمي وان اجتمع القتل للقتل في المحاربة والقصاص بدئ بأسبقهما لان القتل في المحاربة فيه حق لآدمي أيضا فيقدم أسبقهما فان سبق القتل في المحاربة استوفي ووجب لولي المقتول الآخر ديته في مال الجاني، وإن سبق القصاص قتل قصاصاً ولم يصلب لان الصلب من تمام الحد وقد سقط الحد بالقصاص فسقط الصلب كما لو مات، ويجب لولي المقتول في المحاربة ديته لان القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص فصار الوجوب الى الدية، وهكذا لو مات القاتل في المحاربة وجبت الدية في تركته لتعذر استيفاء القتل من القاتل، ولو كان القصاص سابقا فعفا ولي المقتول استوفي للمحاربة سواء عفا مطلقا او إلى الدية وهذا مذهب الشافعي، وأما القطع فاذا اجتمع وجوب القطع في يد أو رجل قصاصاً وحداً قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه سواء تقدم سببه أو تأخر وان عفا ولي الجناية استوفي الحد فاذا قطع يدا وأخذ المال في المحاربة قطعت يده قصاصا وينتظر برؤه فاذا برأ قطعت رجله للمحاربة لانهما حدان وانما قدم القصاص في القطع دون القتل لان القطع في المحاربة حد محض وليس بقصاص والقتل فيها يتضمن القصاص ولهذا لو فات القتل في المحاربة وجبت الدية ولو فات القطع لم يجب له بدل، وإذا ثبت أنه يقدم القصاص على القطع في المحاربة فقطع يده

فرماه صاحب الدار فقال المطلع ماتعمدته لم يضمنه على ظاهر كلام أحمد، لأن الاطلاع قد وجد والرامي لايعلم مافي قلبه وعلى قول ابن حامد يضمنه لانه لم يدفعه بما هو أسهل وكذلك لو قال لم أر شيئاً حين اطلعت، وان كان المطلع أعمى لم يجز رميه لانه لايرى شيئاً ولو كان إنسان عريانا في طريق لم يكن له رمي من نظر اليه لانه المفرط، وان كان المطلع في الدار من محارم النساء اللائي فيها، فقال

قصاصا فان رجله تقطع وهل تقطع يده الاخرى ؟ نظرنا فان كان المقطوع بالقصاص قد كان يستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقي من العضوين اللذين استحق قطعهما لان محل القطع ذهب بعارض حادث فلم يجب قطع بدله كما لو ذهبت بعدوان أو بمرض، وعلى هذا لو ذهب العضوان جميعاً سقط القطع عنه بالكلية، وإن كان سبب القطع قصاصاً سابقا على محاربته أو كان المقطوع غير العضو الذي وجب قطعه في المحاربة مثل ان وجب عليه القصاص في يساره بعد وجوب قطع يمناه في المحاربة فهل تقطع اليد الاخرى للمحاربة ؟ على وجهين بناء على الروايتين في قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه ان قلنا تقطع ثم قطعت ههنا والا فلا ، وإن سرق وأخذ المال في المحاربة قطعت يده اليمنى لاسبقهما فان كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقام واحد وحسمتا، وهل تقطع يسرى يديه للسرقة؟ على الروايتين فان قلنا تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة لانهما حدان ، وإن كانت السرقة سابقة قطعت يمناه للسرقة ولا تقطع رجله للمحاربة حتى تبرأ يده وهل تقطع يسرى يديه للمحاربة ؟ على وجهين

(فصل) وإن سرق وقتل في المحاربة ولم يأخذ المال قتل حتما ولم يصلب ولم تقطع يده لانهما حدان فيهما قتل فدخل ما دون القتل فيه ولم يصلب لان الصلب من تمام حد قاطع الطريق إذا أخذ المال مع القتل ولم يوجد وهذان حدان كل واحد منهما منفصل عن صاحبه ، فاذا اجتمعا تداخلا وان قتل في المحاربة جماعة قتل بالاول حتما وللباقين ديات اوليائهم لان قتله استحق قتل الاول وتحتم بحيث لا يسقط فتعينت حقوق الباقين في الدية كما لو مات

(فصل) إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ متاعهم لم تقبل شهادتهما لانهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن قالا نشهد ان هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما ولم يسألهما الحاكم هل قطع عليكما معه أم لا لانه لا يسألهما مالم يدع عليهما ، وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما لم تقبل شهادته لانه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه ، وإن شهد شاهدان ان هؤلاء عرضوا لنا في الطريق وقطعوها على فلان قبلت شهادتهما لانه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكراه

بعض أصحابنا ليس لصاحب الدار رميه الا أن يكن متجردات فيصرن كالاجانب ، وظاهر الخبر أن لصاحب الدار رميه سواء كان فيها نساء أو لم يكن لانه لم يذكر انه كان في الدار التي اطلع فيها على النبي ﷺ نساء وقوله « لو ان امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته » عام في الدار التي فيها نساء وغيرها

(فصل) وليس لصاحب الدار رمي الناظر بما يقتله ابتداء فان رماه بحجر يقتله أو حديدة تقتله ضمنه بالقصاص لانه إنما له مايقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها دون مايتعدى إلى غيرها فان لم يندفع المطلع برميه بالشيء اليسير جاز رميه بأكبر منه حتى يأتي ذلك على نفسه وسواء كان الناظر في الطريق أو ملك نفسه أو غير ذلك .

كتاب الاشربة

الخمر محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه - الى قوله - فهل أنتم منتهون؟) وأما السنة فقول النبي ﷺ « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » رواه أبو داود والامام أحمد وروى عبد الله بن عمر ان النبي ﷺ قال « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه » رواه أبو داود، وثبت عن النبي ﷺ تحريم الخمر باخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر واجمعت الامة على تحريمه، وانما حكي عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معديكرب وابي جندل بن سهيل أنهم قالوا هي حلال لقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية وتحريم الخمر وأقاموا عليهم الحد لشربهم اياها فرجعوا إلى ذلك فانعقد الاجماع فمن استحلها الآن فقد كذب النبي ﷺ لانه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريمه فيكفر بذلك ويستتاب فان تاب والا قتل

وروى الجوزجاني باسناده عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر فقال له عمر ما حملك على ذلك؟ فقال ان الله عز وجل يقول (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) وإني من المهاجرين الاولين من أهل بدر وأحد فقال عمر للقوم أجيبوا الرجل فسكتوا عنه فقال لابن عباس أجبه فقال انما أنزلها الله تعالى عذراً للماضين لمن شربها قبل أن تحرم وأنزل (انما الخمر

باب حد المسكر

الخمر محرم بالكتاب والسنة والاجماع. اما الكتاب فقول الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون) والآية التي بعدها الى قوله (فهل أنتم منتهون) واما السنة فقول النبي ﷺ « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » رواه الامام احمد وأبوداود، وروى عبد الله بن عمر ان النبي ﷺ قال « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه » رواه أبوداود وثبت عن النبي ﷺ تحريم الخمر بأخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر واجمعت الامة على تحريمه، وإنما حكي عن قدامة ابن مظعون وعمرو بن معديكرب وأبي جندل بن سهل أنهم قالوا هي حلال لقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية وتحريم الخمر واقاموا عليهم الحد لشربهم إياه فرجعوا الى ذلك فانعقد الاجماع فمن استحلها الآن فقد كذب النبي ﷺ لانه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريمه فيكفر بذلك ويستتاب فان تاب

والميسر والانصاب) حجة على الناس ثم سأل عمر عن الحد فيها فقال علي بن أبي طالب اذا شرب هذى واذا هذى افترى فاجلدوه ثمانين فجلده عمر ثمانين جلدة

وروى الواقدي أن عمر قال له أخطأت التأويل يا قدامة اذا اتقيت اجتنبت ماحرم الله عليك وروى الخلال باسناده عن محارب بن دثار أن أناساً شربوا بالشام الخمر فقال لهم يزيد بن أبي سفيان شربتم الخمر ؟ قالوا نعم بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم إلى عمر بن الخطاب فكتب اليه إن أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم الى الليل ، وان أتاك ليلا فلا تنتظر بهم نهاراً حتى تبعث بهم إلي لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم الى عمر فشاور فيهم الناس فقال لعلي ماترى؟ فقال أرى أنهم قد شرعوا في دين الله مالم يأذن الله فيه فان زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ماحرم الله وإن زعموا أنها حرام فاجلدوهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله ، وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفتري بعضنا على بعض فجلدهم عمر ثمانين ثمانين . اذا ثبت هذا فالمجمع على تحريمه عصير العنب اذا اشتد وقذف زبده وما عداه من الاشربة المسكرة فهو محرم وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

(مسألة) قال (ومن شرب مسكراً قل أو كثر جلد ثمانين جلدة اذا شربها وهو مختار لشربها وهو يعلم أن كثيرها يسكر)

الكلام في هذه المسألة في فصول :

(أحدها) أن كل مسكر حرام قليله وكثيره وهو خمر حكمه حكم عصير العنب في تحريمه ووجوب

والا قتل روى الجوزجاني باسناده عن ابن عباس ان قدامة بن مظعون شرب الخمر فقال له عمر : ماحملك على ذلك فقال أن الله عز وجل يقول [ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا] الآية واني من المهاجرين الاولين من أهل بدر وأحد فقال عمر للقوم أجيبوا الرجل فسكتوا عنه فقال لابن عباس اجبه فقال انما أنزلها الله عذراً للماضين لمن شربها قبل أن تحرم وأنزل (إنما الخمر والميسر) حجة على الناس ، ثم سأل عمر عن الحد فيها فقال علي بن ابي طالب إذا شرب هذى واذا هذى افترى فاجلدوا ثمانين فجلده عمر ثمانين ؛ وروى الواقدي ان عمر قال له أخطأت التأويل ياقدامة اذا اتقيت اجتنبت ماحرم الله عليك ، وروى الخلال باسناده عن محارب بن دثار أن اناساً شربوا بالشام الخمر فقال لهم يزيد بن ابي سفيان شربتم الخمر ؟ قالوا نعم يقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم الى عمر بن الخطاب فكتب اليه ان أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم الى الليل وإن اتاك ليلا فلاتنتظر بهم نهاراً حتى تبعث بهم إلي لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم الى عمر فشاور فيهم الناس فقال لعلي ماترى؟ فقال ارى انهم

الحد على شاربه ، وروي تحريم ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وأبي بن كعب وأنس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابو ثور وابوعبيد واسحاق ، وقال ابو حنيفة في عصير العنب اذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب اذا طبخ وان لم يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيعاً كان أو مطبوخا كل ذلك حلال الا مابلغ السكر ، فأما عصير العنب اذا اشتد وقذف زبده و طبخ فذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب اذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »

ولنا ماروى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « ماأسكر كثيره فقليله حرام » رواهما ابو داود والأثرم وغيرهما وعن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « كل مسكر حرام - قال - وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام » رواه ابو داود وغيره ، وقال عمر رضي الله عنه نزل تحريم الخمر وهي من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ماخامر العقل متفق عليه . ولانه مسكر أشبه عصير العنب فأما حديثهم فقال احمد ليس في الرخصة في المسكر حديث صحيح ، وحديث ابن عباس رواه سعيد عن مسعر عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس قال : والمسكر من كل شراب ، وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة باحاديث معلولة ذكرناها مع عللها ، وذكر الأثرم أحاديثهم التي يحتجون

قد شرعوا في دين الله مالم يأذن الله فيه فان زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد احلوا ماحرم الله وان زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله وقد أخبرنا الله بحد ما يفتري بعضنا على بعض قال فجلدهم عمر ثمانين ثمانين . اذا ثبت هذا فالمجمع على تحريمه عصير العنب اذا اشتد وقذف زبده وما عداه من الاشربة المسكرة فهو محرم وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام من أي شيء كان ويسمى خمراً حكمه حكم عصير العنب في تحريمه ووجوب الحد على شاربه)

روي تحريم ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وأبي ابن كعب وأنس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد واسحاق ، وقال أبو حنيفة في عصير العنب اذا طبخ وذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وان لم يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيعاً كان أو مطبوخا كل ذلك حلال الا ما بلغ السكر ، فأما عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده أو طبخ فذهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب اذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »

بها عن النبي ﷺ والصحابة فضعفها كلها وبين عللها وقد قيل إن خبر ابن عباس موقوف عليه مع انه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب فانه يروي هو وغيره عن النبي ﷺ انه قال «كل مسكر حرام»

(الفصل الثاني) أنه يجب الحد على من شرب قليلا من المسكر او كثيراً ولا نعلم بينهم خلافا في ذلك في عصير العنب غير المطبوخ، واختلفوا في سائرها فذهب إمامنا إلى التسوية بين عصير العنب وكل مسكر وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي وقالت طائفة لا يحد إلا أن يسكر، منهم ابو وائل والنخعي وكثير من أهل الكوفة وأصحاب الرأي وقال ابو ثور من شربه معتقداً تحريمه حد ومن شربه متأولا فلا حد عليه لانه مختلف فيه فأشبه النكاح بلا ولي

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال «من شرب الخمر فاجلدوه» رواه ابو داود وغيره وقد ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره ولانه شراب فيه شدة مطربة فوجب الحد بقليله كالخمر، والاختلاف فيه لا يمنع وجوب الحد فيها بدليل مالو اعتقد تحريمها وبهذا فارق النكاح بلا ولي ونحوه من المختلف فيه، وقد حد عمر قدامة بن مظعون وأصحابه مع اعتقادهم حل ماشربوه والفرق بين هذا وبين سائر المختلف فيه من وجهين

(أحدهما) ان فعل المختلف فيه ههنا داعية إلى فعل ما أجمع على تحريمه وفعل سائر المختلف فيه يصرف عن جنسه من المجمع على تحريمه (الثاني) أن السنة عن النبي ﷺ قد استفاضت بتحريم هذا المختلف فيه فلم يبق فيه لأحد عذر في اعتقاد إباحته بخلاف غيره من المجتهدات. قال احمد بن

ولنا ماروى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «ماأسكر كثيره فقليله حرام» رواهما ابو داود والاثرم وغيرهما وعن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول «كل مسكر حرام وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام» رواه أبوداود وغيره وقال عمر رضي الله عنه نزل تحريم الخمر وهي من العنب والتمر والعسل والبر والشعير، والخمر ماخامر العقل متفق عليه، ولانه مسكر فأشبه عصير العنب فأما حديثهم فقال احمد ليس في الرخصة في المسكر حديث صحيح وحديث ابن عباس رواه سعيد عن مسعر عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس قال والسكر من كل شراب، وقال ابن المنذر جاء اهل الكوفة باحاديث معلولة ذكرناها مع عللها وذكر الاثرم أحاديثهم التي يحتجون بها عن النبي ﷺ والصحابة فضعفها كلها وبين عللها، وقد قيل ان خبر ابن عباس موقوف عليه مع انه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب فانه يروي هو وغيره عن النبي ﷺ أنه قال «كل مسكر حرام»

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز شربه للذة ولا للتداوي ولا لعطش ولا غيره إلا أن يضطر اليه لدفع لقمة غص بها فيجوز)

القاسم سمعت أبا عبدالله يقول في تحريم المسكر عشرون وجهاً عن النبي ﷺ في بعضها «كل مسكر خمر» وبعضها «كل مسكر حرام»

(فصل) وان ثرد في الخمر او اصطبغ به او طبخ به لحما فأكل من مرقته فعليه الحد لان عين الخمر موجودة وكذلك ان لت به سويقاً فأكله، وإن عجن به دقيقاً ثم خبزه فأكله لم يحد لان النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره، وإن احتقن بالخمر لم يحد لانه ليس بشرب ولا أكل ولانه لم يصل إلى حلقه فأشبه مالو داوى به جرحه، وان استعط به فعليه الحد لانه اوصله إلى باطنه من حلقه ولذلك نشر الحرمة في الرضاع دون الحقنة، وحكي عن احمد ان علي من احتقن به الحد لانه اوصله إلى جوفه، والاول اولى لما ذكرناه والله أعلم

(الفصل الثالث) في قدر الحد وفيه روايتان (إحداهما) انه ثمانون وبهذا قال مالك والثوري وابو حنيفة ومن تبعهم لاجماع الصحابة فانه روي أن عمر استشار الناس في حد الخمر فقال عبدالرحمن ابن عوف اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وابي عبيدة بالشام وروي ان علياً قال في المشورة: انه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفتري. روى ذلك الجوزجاني والدارقطني وغيرهما

(والرواية الثانية) ان الحد أربعون وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي لان علياً جلد الوليد بن عقبة أربعين ثم قال جلد النبي ﷺ أربعين وابو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلي رواه مسلم، وعن أنس قال أتي رسول الله ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من

لايجوز شربه للذة لما ذكرنا ولا للتداوي بها لذلك، فان فعل فعليه الحد وقال أبو حنيفة يباح شربها للتداوي، وللشافعي وجهان كالمذهبين، وله وجه ثالث يباح للتداوي دون العطش لانها حال ضرورة فابيح فيها كدفع الغصة وسائر ما يضطر اليه

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن طارق بن سويد انه سأل النبي ﷺ وقال انما أصنعها للدواء فقال «انه ليس بدواء ولكنه داء» وباسناده عن مخارق ان النبي ﷺ دخل على أم سلمة وقد نبذت نبيذاً في جرة فخرج والنبيذ يهدر فقال «ماهذا؟» فقالت فلانة اشتكت بطنها فنقعت لها فدفعه برجله فكسره وقال «ان الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء» ولانه محرم لعينه فلم يبح للتداوي كلحم الخنزير، ان شربها للعطش وكانت ممزوجة بما يروي من العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند المخمصة وكاباحتها لدفع الغصة، وقد روينا في حديث عبد الله بن حذافة أنه حبسه طاغية الروم في بيت فيه ماء ممزوج بخمر ولحم خنزير مشوي ليأكله ويشرب الخمر وتركه ثلاثة ايام فلم يفعل ثم اخرجوه حين خشوا موته فقال والله لقد كان الله احله لي فاني مضطر ولكن لم اكن

أربعين ثم أتي به ابو بكر فصنع مثل ذلك ثم اتي به عمر فاستشار الناس في الحدود فقال ابن عوف أقل الحدود ثمانون فضربه عمر متفق عليه ، وفعل النبي ﷺ حجة لايجوز تركه بفعل غيره ، ولا ينعقد الاجماع على ماخالف فعل النبي وابي بكر وعلي رضي الله عنهما فتحمل الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز فعلها إذا رآه الامام

(الفصل الرابع) ان الحد انما يلزم من شربها مختاراً لشربها فان شربها مكرها فلا حد عليه ولا اثم سواء أكره بالوعيد والضرب او ألجىء إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فان النبي ﷺ قال « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وكذلك المضطر اليها لدفع غصة بها إذا لم يجد مائعاً سواها فان الله تعالى قال في آية تحريم (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وإن شربها لعطش نظرنا، فان كانت ممزوجة بما يروي من العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند المخمصة وكاباحتها لدفع الغصة . وقد روينا في حديث عبد الله بن حذافة انه أسره الروم فحبسه طاغيتهم في بيت فيه ماء ممزوج بخمر ولحم خنزير مشوي ليأكله ويشرب الخمر وتركه ثلاثة أيام فلم يفعل ثم أخرجوه حين خشوا موته فقال والله لقد كان الله أحله لي فاني مضطر ولكن لم أكن لاشمتكم بدين الاسلام ، وإن شربها صرفا أو ممزوجه بشيء يسير لايروي من العطش أو شربها للتداوي لم يبح له ذلك وعليه الحد ، وقال ابو حنيفة يباح شربها لهما وللشافعية وجهان كالمذهبين ، ووجه ثالث يباح شربها للتداوي دون العطش لانها حال ضرورة فأبيحت فيها لدفع الغصة وسائر مايضطر اليه

أشمتكم بدين الاسلام وان كانت صرفا اوممزوجة بشيء يسير لايروي من العطش لم تبح وعليه الحد وقال أبو حنيفة تباح وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه حال ضرورة

ولنا أن العطش لايندفع به فلم يبح كما لو تداوى بها فيما لايصلح له فاما شربها لدفع الغصة فيجوز كما يجوز أكل الميتة في حال المخمصة ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شربه مختاراً عالما أن كثيره يسكر قليلا كان أو كثيراً فعليه الحد ثمانين جلدة وعنه أربعون)

ولا نعلم بينهم خلافا في عصير العنب غير المطبوخ ،واختلفوا في سائرها فمذهب احمد التسوية بين عصير العنب وغيره من المسكرات وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي، وقالت طائفة لايحد إلا أن يسكر ،منهم ابو وائل والنخعي وكثير من أهل الكوفة وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور من شربه معتقداً تحريمه حد، ومن شربه متأولا فلا حد عليه لانه مختلف فيه فأشبه النكاح بلا ولي

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « من شرب الخمر فاجلدوه » رواه ابو داود وغيره وقد

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن طارق بن سويد انه سأل رسول الله ﷺ فقال انما أصنعها للدواء فقال «انه ليس بدواء ولكنه داء» وباسناده عن مخارق أن النبي ﷺ دخل على أم سلمة وقد نبذت نبيذاً في جرة فخرج والنبيذ يهدر فقال « ماهذا ؟ » فقالت فلانة اشتكت بطنها فنقعت لها فدفعه برجله فكسره وقال « ان الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء » ولانه محرم لعينه فلم يبح للتداوي كلحم الخنزير ولان الضرورة لاتندفع به فلم يبح كالتداوي بها فيما لاتصلح له

(الفصل الخامس) أن الحد انما يلزم من شربها عالما أن كثيرها يسكر فأما غيره فلا حد عليه لانه غير عالم بتحريمها ولا قاصد الى ارتكاب المعصية بها فأشبه من زفت اليه غير زوجته وهذا قول عامة أهل العلم ، فاما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد عليه أيضاً لان عمر وعثمان قالا لاحد إلا على من علمه ولانه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر ، واذا ادعى الجهل بتحريمها نظرنا فان كان ناشئا ببلد الاسلام بين المسلمين لم تقبل دعواه لان هذا لايكاد يخفى على مثله فلا تقبل دعواه فيه وإن كان حديث عهد باسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة عن البلدان قبل منه لانه يحتمل ماقاله

(فصل) ولا يجب الحد حتى يثبت شربه باحد شيئين الاقرار أو البينة ويكفي في الاقرار مرة واحدة في قول عامة أهل العلم لانه حد لايتضمن اتلافا فأشبه حد القذف ، واذا رجع عن اقراره قبل رجوعه لانه حد لله سبحانه فقبل رجوعه عنه كسائر الحدود ولايعتبر مع الاقرار وجود رائحة

وحكي عن ابي حنيفة لاحد عليه إلا أن توجد رائحة ولا يصح لانه أحد بينتي الشرب فلم يعتبر معه وجود الرائحة كالشهادة ولانه قد يقر بعد زوال الرائحة عنه ، ولانه اقرار بحد فاكتفي به كسائر الحدود

ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره ولانه شراب فيه شدة مطربة فوجب الحد بقليله كالخمر والاختلاف فيها لايمنع وجوب الحد فيها بدليل مالو اعتقد تحريمها ، وبهذا فارق النكاح بلا ولي وغيره من المختلف فيه وقد حد عمر رضي الله عنه قدامة بن مظعون وأصحابه مع اعتقادهم حل ماشربوه والفرق بين هذا وبين سائر المختلف فيه من وجهين

(أحدهما) أن فعل المختلف فيه ههنا داعية الى فعل ما أجمع على تحريمه وفعل سائر المختلف فيه يصرف عن جنسه من المجمع على تحريمه (الثاني) ان السنة عن النبي ﷺ قد استفاضت بتحريم المختلف فيه فلم يبق فيه لأحد عذر في اعتقاد إباحته بخلاف غيره من المجتهدات . قال احمد بن القاسم سمعت ابا عبدالله يقول في تحريم المسكر عشرون وجها عن النبي ﷺ في بعضها « كل مسكر خمر » وبعضها « كل مسكر حرام »

(فصل) وحده ثمانون في احدى الروايتين ، وبهذا قال مالك والثوري وأبو حنيفة ومن تبعهم لاجماع الصحابة فانه روي ان عمر استشار الناس في حد الخمر فقال عبد الرحمن اجعله كأخف

(فصل) ولا يجب الحد بوجود رائحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري وابو حنيفة والشافعي ، وروى ابو طالب عن احمد أنه يحد بذلك وهو قول مالك لان ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر

وروي عن عمر انه قال : اني وجدت من عبيدالله ريح شراب فأقر انه شرب الطلا فقال عمر اني سائل عنه فان كان يسكر جلدته ولان الرائحة تدل على شربه فجرى مجرى الاقرار والاول أولى لان الرائحة يحتمل انه تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها أو ظنها لا تسكر أو كان مكرهاً أو أكل نبقا بالغاً أو شرب شراب التفاح فانه يكون منه كرائحة الخمر واذا احتمل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات وحديث عمر حجة لنا فانه لم يحده بوجود الرائحة ولو وجب ذلك لبادر اليه عمر والله أعلم

(فصل) وإن وجد سكران أو تقيأ الخمر فعن احمد لاحد عليه لاحتمال أن يكون مكرهاً أو لم يعلم أنها تسكر وهذا مذهب الشافعي ورواية ابي طالب عنه في الحد بالرائحة يدل على وجوب الحد ههنا بطريق الاولى لان ذلك لايكون الا بعد شربها فاشبه مالو قامت البينة عليه بشربها

وقد روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا المغيرة عن الشعبي قال : لما كان من أمر قدامة ما كان جاء علقمة الخصي فقال أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها فضربه الحد

وروى حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان وأتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أحدهما انه رآه شربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فأمر علي عبدالله بن جعفر فضربه رواه مسلم وفي روايةله فقال: عثمان لقد تنطعت في الشهادة ، وهذا بمحضر من علماء الصحابة وسادتهم ولم ينكر فكان إجماعا ولانه يكفي في الشهادة عليه أنه شربها ولا يتقيؤها أولا يسكر منها حتى يشربها

الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به الى خالد وأبي عبيدة بالشام ، وروي أن عليا قال في المشورة إنه اذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفتري روى ذلك الجوزجاني والدارقطني وغيرهما (والرواية الثانية) أن الحد أربعون وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي لان علياً رضي الله عنه جلد الوليد بن عقبة اربعين ثم قال جلد النبي ﷺ اربعين وأبو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلي رواه مسلم، وعن أنس قال أتي رسول الله ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحوا من اربعين ثم أتي به ابو بكر فصنع مثل ذلك ثم أتي به عمر فاستشار الناس في الحدود فقال ابن عوف أقل الحدود ثمانون فضربه عمر متفق عليه وفعل النبي ﷺ حجة لايجوز تركه لفعل غيره ولا ينعقد الاجماع على ما خالف فعل النبي ﷺ وأبي بكر وعلي رضي الله عنهما فتحمل الزيادة على أنها تعزير يجوز فعلها إذا رآها الامام

(فصل) وانما يلزم الحد من شربها مختاراً لشربها فان شربها مكرها فلا حد عليه ولا اثم سواء أكره بالوعيد أو الضرب أو ألجئ إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فان النبي ﷺ قال

(فصل) وأما البينة فلا تكون إلا رجلين عدلين مسلمين يشهدان أنه مسكر ولا يحتاجان إلى بيان نوعه لانه لاينقسم إلى ما يوجب الحد وإلى مالا يوجبه بخلاف الزنا فانه يطلق على الصريح وعلى دواعيه ولهذا قال النبي ﷺ « العينان تزنيان واليدان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه » فلهذا احتاج الشاهدان الى تفسيره وفي مسئلتنا لايسمى غير السكر مسكراً فلم يفتقر إلى ذكر نوعه ولا يفتقر في الشهادة إلى ذكر عدم الاكراه ولا ذكر علمه أنه مسكر لان الظاهر الاختيار والعلم وما عداهما نادر بعيد فلم يحتج إلى بيانه ولذلك لم يعتبر ذلك في شيء من الشهادات ولم يعتبره عثمان في الشهادة على الوليد بن عقبة ولا أعتبره عمر في الشهادة على قدامة بن مظعون ولا في الشهادة على المغيرة بن شعبة ولو شهدا بعتق أو طلاق لم يفتقر إلى ذكر الاختيار كذا ههنا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات في جلده فالحق قتله يعني ليس على أحد ضمانه)

وهذا قول مالك وأصحاب الرأي، وبه قال الشافعي ان لم يزد على الاربعين وان زاد على الاربعين فمات فعليه الضمان لان ذلك تعزير إنما يفعله الامام برأيه وفي قدر الضمان قولان (أحدهما) نصف الدية لانه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون فكان عليه نصف الضمان (والثاني) تقسط الدية على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الاربعين وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات وديته ، لان النبي ﷺ لم يسنه لنا .

ولنا أنه حد وجب لله فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الاربعين قد ذكرنا أنه من الحد وان كان تعزيراً فالتعزير يجب فهو بمنزلة الحد وأما حديث علي فقد صح عنه أنه قال جلد رسول الله ﷺ اربعين وأبو بكر أربعين وثبت الحد بالاجماع فلم تبق فيه شبهة .

« عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه النسائي وكذلك من اضطر اليها لدفع غصة بها إذا لم يجد مائعا سواها فان الله تعالى قال في آية التحريم (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وكذلك ان شربها لعطش شديد وكانت ممزوجة بما يروي من العطش فانها تباح بذلك عند الضرورة كما تباح الميتة في المخمصة .

(فصل) فاذا ثرد في الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحما فأكل من مرقه فعليه الحد لان عين الخمر موجودة وكذلك ان لت به سويقاً فأكله فان عجن به دقيقاً فخبزه وأكله لم يحد لان النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق الا أثره ، وإن احتقن بالخمر لم يحد لانه ليس بشرب ولا أكل ولانه لم يصل الى حلقه فأشبه مالو داوى به جرحه فان استعط به فعليه الحد لانه أوصله الى باطنه من حلقه ولذلك نشر الحرمة في الرضاع دون الحقنة، وحكي عن أحمد أن على من احتقن به الحد لانه أوصله إلى جوفه والاول أولى لما ذكرنا

(فصل) ويشترط لوجوب الحد على من شربها ان يعلم ان كثيرها يسكر فان لم يعلم فلا حد عليه لانه غير عالم بالتحريم ولا قصد ارتكاب المعصية بها فأشبه من زفت اليه غير امرأته وهذا قول عامة

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في سائر الحدود انه إذا أتي بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لايضمن من تلف بها وذلك لانه فعلها بأمر الله وامر رسوله فلا يؤاخذ به ولانه نائب عن الله تعالى فكان التاف منسوبا إلى الله تعالى وان زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لانه تلف بعدوانه فأشبه مالو ضربه في غير الحد قال أبو بكر وفي قدر الضمان قولان (أحدهما) كمال الدية لانه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب فكان الضمان على العادي كما لو ضرب مريضاً سوطاً فمات به ولانه تلف بعدوان وغيره فأشبه مالو ألقى على سفينة موقرة حجراً فغرقها (والثاني) عليه نصف الضمان لانه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فكان الواجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر يجب من الدية بقسط ماتعدى به تقسط الدية على الاسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمداً لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد، ثم ينظر فان كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير أمر فالضمان على عاقلته، لان العدوان منه، وكذلك ان قال الامام له اضرب ماشئت فالضمان على عاقلته وان كان له من يعد عليه فزاد في العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعمد ذلك أو أخطأ في العدد لان الخطأ منه وان أمره الامام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضي الضمان على الامام وقياس المذهب أنه إن اعتقد وجوب طاعة الامام وجهل تحريم الزيادة فالضمان على الامام وان كان عالماً بذلك فالضمان عليه كما لو أمره الامام بقتل رجل ظلماً فقتله وكل موضع قلنا يضمن الامام فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان.

أهل العلم فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد فيه أيضا لان عمر وعثمان قالا لا حد الا على من علمه ولانه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر، ومتى ادعى الجهل بتحريمها وكان ناشئاً ببلد الاسلام بين المسلمين لم تقبل دعواه لان هذا لا يكاد يخفى على مثله فلم تقبل دعواه فيه وإن كان حديث عهد بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة عن البلد قبل منه لانه يحتمل ما قاله

﴿ مسئلة ﴾ (والرقيق على النصف من ذلك)

أي على النصف من حد الحر وهو أربعون ان قلنا إن الحد ثمانون ويستوي في ذلك العبد والامة وعلى الرواية الاخرى عشرون

(فصل) ويجلد العبد والامة بدون سوط الحر ذكره الخرقي لانه لما خفف عنه في عدده خفف عنه في صفته كالتعزير مع الحد ويحتمل أن يكون سوطه كسوط الحر لانه انما يتحقق التنصيف اذا كان السوط مثل السوط، أما إذا كان نصفاً في عدده وأخف منه في سوطه كان أقل من النصف والله سبحانه قد أوجب النصف بقوله (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)

﴿ مسئلة ﴾ (والذمي لا يحد بشربه في الصحيح عنه)

لانه يعتقد حله فلم يحد بفعله كنكاح المجوس ذوات محارمهم، وعنه يحد لانه شرب مسكراً عالماً به مختاراً أشبه شارب النبيذ إذا اعتقد حله

(أحدهما) هو في بيت المال لان خطأه يكثر فلو وجب ضمانه على عاقلته أجحف بهم قال القاضي هذا أصح (والثانية) هو على عاقلته لانها وجبت بخطئه فكانت على عاقلته كما لو رمى صيداً فقتل آدمياً ويحتمل أن تكون الروايتان انما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ. أما إذا تعمدها فهذا ظلم قصده فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال كما لو تعمد جلد من لا حد عليه، وأما الكفارة التي تلزم الامام فلا يحملها عنه غيره لانها عبادة فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها ولانها كفارة لفعله فلا تحصل إلا بتحمله إياها ولهذا لا يدخلها التحمل بحال

(فصل) ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو روي هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي وبه قال الثوري وابو حنيفة والشافعي لان المقصود الزجر والتنكيل وحصوله باقامة الحد عليه في صحوه أتم فينبغي أن يؤخر اليه

(فصل) وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ ويختلف معه في وقوع طلاقه ويمنع صحة الصلاة منه هو الذي يجعله يخلط في كلامه مالم يكن قبل الشرب ويغيره عن حال صحوه ويغلب على عقله، ولا يميز بين ثوبه وثوب غيره عند اختلاطهما، ولا بين نعله ونعل غيره ونحو هذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وابو ثور، وزعم ابو حنيفة أن السكران هو الذي لا يعرف السماء من الارض ولا الرجل من المرأة

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون) نزلت في أصحاب رسول الله ﷺ حين قدموا رجلا منهم في الصلاة فصلى بهم وترك في قراءته ماغير المعنى وقد كانوا قاموا إلى الصلاة عالمين بها وعرفوا امامهم وقدموه ليؤمهم وقصد إمامتهم والقراءة لهم

(فصل) ولا يجب الحد حتى يثبت شربه باحد شيئين الاقرار أو البينة ويكفي الاقرار مرة واحدة في قول عامة أهل العلم لانه لا يتضمن اتلافاً فأشبه حد القذف، ومتى رجع عن اقراره قبل رجوعه لانه حد لله سبحانه فقبل رجوعه كسائر الحدود ولا يعتبر مع الاقرار وجود الرائحة وحكي عن أبي حنيفة لا حد عليه الا أن توجد الرائحة

ولنا انه أحد بينتي الشرب فلم يعتبر معه وجود الرائحة كالشهادة ولانه قد يقر بعد زوال الرائحة عنه ولانه اقرار بحد فاكتفي به كسائر الحدود

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجب الحد بوجود الرائحة؟ على روايتين)

لا يجب الحد برائحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي وعن أحمد أنه يحد بذلك رواها عنه أبو طالب وهو قول مالك لان ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر، وروي عن عمر أنه قال اني وجدت من عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلاء فقال عمر اني سائل عنه فان كان يسكر جلدته، ولان الرائحة تدل على شربه فجرى مجرى الاقرار والاول أولى لان الرائحة يحتمل أنه تمضمض بها او ظنها ماء فلما صارت في فيه مجها أو ظنها لا تسكر او كان مكرها او أكل نبقا بالغا او شرب شراب التفاح فانه يكون منه كرائحة الخمر وإذا

وقصدوا الائتمام به وعرفوا أركان الصلاة فأتوا بها ودلت الآية على أنه مالم يعلم مايقول فهو سكران، وروي أن النبي ﷺ أتي بسكران فقال «ماشربت؟» فقال ماشربت إلا الخليطين، وأتي بآخر سكران فقال ألا أبلغ رسول الله ﷺ أني ماسرقت ولا زنيت فهؤلاء قدعرفوا رسول الله ﷺ واعتذروا اليه وهم سكارى، وفي حديث حمزة عم النبي ﷺ حين غنته قينة وهو سكران

الا يا حمز للشرف النواء وهن معقلات بالفناء

وكان علي أناخ شارفين له بفناء البيت الذي فيه حمزة فقام اليها فبقر بطونها واجتث أسنمتها فذهب علي فاستعدى عليه رسول الله ﷺ فجاء رسول الله ﷺ فاذا حمزة محمرة عيناه فلامه النبي ﷺ فنظر اليه والى زيد بن حارثة فقال وهل أنتم الا عبيد لأبي؟ فانصرف عنه رسول الله فقد فهم ماقالت القينة في غنائها وعرف الشارفين وهو في غاية سكره، ولان المجنون الذاهب العقل بالكلية يعرف السماء من الارض والرجل من المرأة مع ذهاب عقله ورفع القلم عنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويضرب الرجل في سائر الحدود قائما بسوط لا خلق ولا جديد ولا يمد ولا يربط ويتقى وجهه)

قوله في سائر الحدود يعني جميع الحدود التي فيها الضرب . وفي هذه المسئلة ثلاث مسائل (أحدها) أن الرجل يضرب قائما وبه قال ابوحنيفة والشافعي وقال مالك يضرب جالساً رواه حنبل عن احمد لان الله تعالى لم يأمر بالقيام ولانه مجلود في حد فأشبه المرأة

ولنا قول علي رضي الله عنه لكل موضع في الجسد حظ يعني في الحد الا الوجه والفرج، وقال للجلاد اضرب واوجع واتق الرأس والوجه ولان قيامه وسيلة الى اعطاء كل عضو حظه من

احتمل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات وحديث عمر حجة لنا فانه لم يكتف بوجود الرائحة ولو وجب ذلك لبادر اليه عمر

(فصل) وإن وجد سكران او تقيأ الخمر فعن أحمد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرها او لم يعلم أنها تسكر وهذا مذهب الشافعي، ورواية أبي طالب عنه في الحد بالرائحة تدل على وجوب الحد ههنا بطريق الاولى لان ذلك لا يكون الا بعدشربها فأشبه ما لو قامت البينة عليه بشربها وقدروى سعيد ثنا هشيم ثنا المغيرة عن الشعبي قال لما كان من أمر قدامة ما كان جاء علقمة الخصي قال أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها فضربه الحد، وروى حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان واتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أحدهما أنه رآه شربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فأمر علي عبد الله بن جعفر فضربه رواه مسلم وفي رواية قال له عثمان لقد تنطعت في الشهادة وهذا بمحضر من علماء الصحابة وسادتهم فلم ينكر فكان اجماعاً ولانه يكتفى بالشهادة عليه أنه شربها ولا يتقايؤها أو لا يسكرمنها حتى يشربها

الضرب وقوله ان الله لم يأمر بالقيام قائما ولم يأمر بالجلوس ولم يذكر الكيفية فعلمناها من دليل آخر ولا يصح قياس الرجل على المرأة في هذا لان المرأة يقصد سترها ويخشى هتكها . اذا ثبت هذا فان الضرب يفرق على جميع جسده ليأخذ كل عضو منه حصته ويكثر منه في مواضع اللحم كالأليتين والفخذين ويتقي المقاتل وهي الرأس والوجه والفرج من الرجل والمرأة جميعاً وقال مالك يضرب الظهر وما يقاربه وقال ابو يوسف يضرب الرأس أيضا لان علياً لم يستثنه

ولنا على مالك قول علي ولان ماعدا الاعضاء الثلاثة ليس بمقتل فاشبهت الظهر ، وعلى أبي يوسف أن الرأس مقتل فأشبه الوجه ولانه ربما ضربه في رأسه فذهب بسمعه وبصره وعقله او قتله والمقصود أدبه لاقتله وقولهم لم يستثنه علي ممنوع فقد ذكرنا عنه إنه قال اتق الرأس والوجه ولو لم يذكره صريحا فقد ذكره دلالة لانه في معنى ما استثناه فيقاس عليه

(المسئلة الثانية) أنه لا يمد ولا يربط ولا نعلم عنهم في هذا خلافا قال ابن مسعود ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد، وجلد اصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد ولا تنزع عنه ثيابه بل يكون عليه الثوب والثوبان ، وان كان عليه فرو أو جبة محشوة نزعت عنه لانه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب قال أحمد لو تركت عليه ثياب الشتاء مابالى بالضرب وقال مالك يجرد لان الامر بجلده يقتضي مباشرة جسمه

ولنا قول ابن مسعود ولم يعلم عن احد من الصحابة خلافه والله تعالى لم يأمر بتجريده انما أمر بجلده ومن جلد فوق الثوب فقد جلد

(المسئلة الثالثة) ان الضرب بالسوط ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذا في غير حد الخمر فأما حد الخمر فقال بعضهم يقام بالايدي والنعال وأطراف الثياب وذكر بعض أصحابنا أن للامام فعل ذلك إذا رآه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ أتي برجل قد شرب فقال «اضربوه» قال فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه رواه أبو داود

(فصل) وأما البينة فلا تكون الا رجلين عدلين مسلمين يشهدان أنه شرب مسكرا ولا يحتاجان الى بيان نوعه لانه لا ينقسم الى ما يوجب الحد والى مالا يوجبه بخلاف الزنا فانه يطلق على الصريح وعلى دواعيه ولهذا قال النبي ﷺ « العينان تزنيان واليدان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه» فلهذا احتاج الشاهد الى تفسيره وفي مسئلتنا لا يسمى غير المسكر مسكراً فلم يفتقر الى ذكر نوعه، ولا يفتقر في الشهادة الى ذكر عدم الاكراه ولا ذكر علمه أنه مسكر لان الظاهر الاختيار والعلم وما عداهما نادر فلم يحتج الى إثباته ولذلك لم يعتبر في شيء من الشهادات ولم يعتبره عثمان في الشهادة على الوليد بن عقبة ولا عمر في الشهادة على قدامة بن مظعون ولا في الشهادة على المغيرة بن شعبة ولو شهد بعتق او طلاق لم يفتقر إلى ذكر الاختيار كذا ههنا

ولنا أن النبي ﷺ قال «إذا شرب الخمر فاجلدوه» والجلد إنما يفهم من اطلاقه الضرب بالسوط ولانه أمر بجلده كما امر الله تعالى بجلد الزاني فكان بالسوط مثله والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط وكذلك غيرهم فكان إجماعا، فاما حديث أبي هريرة فكان في بدء الامر ثم جلد النبي ﷺ واستقرت الامور فقد صح أن النبي ﷺ جلد أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وجلد علي الوليد ابن عقبة أربعين، وفي حديث جلد قدامة حين شرب أن عمر قال ائتوني بسوط فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير فاخذه عمر فمسحه بيده ثم قال لأسلم أنا احدثك انك ذكرت قرابته لأهلك ائتني بسوط غير هذا فأتاه به تاما فامر عمر بقدامة فجلد. إذا ثبت هذا فان السوط يكون وسطا لا جديداً فيجرح ولا خلقا فيقل ألمه لما روي أن رجلا اعترف عند رسول الله ﷺ بالزنا فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فاتي بسوط مكسور فقال «فوق هذا» فأتي بسوط جديد لم تكسر ثمرته فقال «بين هذين» رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا، وروي عن أبي هريرة مسنداً وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين وهكذا الضرب يكون وسطا لا شديد فيقتل ولا ضعيف فلا يردع، ولا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم قال احمد لا يبدي أبطه في شيء من الحدود يعني لا يبالغ في رفع يده فان المقصود ادبه لا قتله

﴿ مسألة ﴾ قال (وتضرب المرأة جالسة وتمسك يداها لئلا تنكشف)

وبهذا قال ابوحيفة والشافعي ومالك وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف تحد قائمة كما تلاعن

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال تضرب المرأة جالسة والرجل قائماً ولان المرأة عورة وجلوسها استر لها، ويفارق اللعان فانه لا يؤدي الى كشف العورة وتشد عليها ثيابها لئلا ينكشف شيء من عورتها عند الضرب

﴿مسئلة﴾ (والعصير إذا اتت عليه ثلاثة أيام حرم إلا ان يغلي قبل ذلك فيحرم نص عليه)

اما اذا غلي العصير كغليان القدر وقذف بزبده فلا خلاف في تحريمه، وان اتت عليه ثلاثة أيام ولم يغل فقال أصحابنا هو حرام وقال أحمد اشربه ثلاثا ما لم يغل فاذا اتت عليه أكثر من ثلاثة أيام فلا تشربه، وأكثر أهل العلم يقولون هو مباح ما لم يغل ويسكر لقول رسول الله ﷺ « اشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً » اخرجه أبو داود، ولان علة تحريمه الشدة المطربة وانما ذلك في المسكر خاصة. ووجه الاول ماروى أبو داود باسناده عن ابن عباس ان النبي ﷺ كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم أو يهراق، وروى الشالنجي باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « اشربوا العصير ثلاثا ما لم يغل» وقال ابن عمر اشربه ما لم يأخذه شيطانه قيل وفي كم يأخذه شيطانه؟ قال في ثلاث ولان الشدة تحصل في الثلاث غالبا وهي خفية تحتاج

(فصل) اشد الضرب في الحد ضرب الزاني ثم حد القذف ثم حد الشرب ثم التعزير وقال مالك كلها واحد لان الله تعالى امر بجلد الزاني والقاذف أمراً واحداً ومقصود جميعها واحد وهو الزجر فيجب تساويها في الصفة ، وعن أبي حنيفة التعزير أشدها ثم حد الزاني ثم حد الشرب ثم حد القذف .

ولنا أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد بقوله سبحانه (ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله) فاقتضى ذلك مزيد تأكيد فيه ولا يمكن ذلك في العدد فتعين جعله في الصفة ، ولان ما دونه اخف منه عدداً فلا يجوز ان يزيد عليه في إيلامه ووجعه لانه يفضي إلى التسوية بينهما أو زيادة القليل على ألم الكثير .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر)

هذا على الرواية التي تقول إن حد الحر في الشرب ثمانون فحد العبد والامة نصفها أربعون وعلى الرواية الاخرى حدهما عشرون نصف حد الحر بدون سوط الحر لانه لما خفف عنه في عدده خفف عنه في صفته كالتعزير مع الحد ، ويحتمل ان يكون سوطه كسوط الحر لانه إنما يتحقق التنصيف إذا كان السوط مثل السوط اما إذا كان نصفا في عدده واخف منه في سوطه كان أقل من النصف والله تعالى قد أوجب النصف بقوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)

(فصل) ولا تقام الحدود في المساجد وبهذا قال عكرمة والشعبي وابو حنيفة ومالك والشافعي واسحاق وكان ابن ابي ليلى يرى إقامته في المسجد

ولنا ماروى حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ نهى ان يستقاد في المسجد وان تنشد فيه

الى ضابط فجاز جعل الثلاث ضابطا لها ، قال شيخنا ويحتمل ان يكون شربه بعد الثلاث اذا لم يغل مكروها غير محرم فان احمد لم يصرح بالتحريم وقال في موضع اكرهه وذلك لان النبي ﷺ لم يكن يشربه بعد ثلاث

﴿ مسئلة ﴾ (وقال أبو الخطاب عندي ان كلام احمد في ذلك محمول على عصير الغالب أنه يتخمر في ثلاثة أيام)

(فصل) وكذلك النبيذ مباح مالم يغل أو يأتي عليه ثلاثة أيام والنبيذ ما يلقى فيه تمر أو زبيب أو نحوهما ليحلوا به الماء وتذهب ملوحته فلا بأس به مالم يغل أو يأتي عليه ثلاثة أيام لما روينا عن ابن عباس ، وقال ابو هريرة علمت ان رسول الله ﷺ كان يصوم فتحينت فطره بنبيذ صنعته في دباء ثم اتيته به فاذا هو ينش فقال «اضرب بهذا الحائط فان هذا شراب من لا يؤمن بالله واليوم الآخر» رواه أبو داود ولانه اذا بلغ ذلك صار مسكراً وكل مسكر حرام

الاشعار وان تقام فيه الحدود، وروي عن عمر انه اتي برجل فقال اخرجاه من المسجد فاضربادوعن علي انه اتي بسارق فقال ياقنبر أخرجه من المسجد فاقطع يده ولان المساجد لم تبن لهذا انما بنيت للصلاة وقراءة القرآن وذكر الله تعالى ولا نأمن ان يحدث من المحدودحدث فينجسه ويؤذيه وقد امر الله تعالى بتطهيره فقال (ان طهر بيتي للطائفين والقائمين والركع السجود)

﴿مسئلة﴾ قال(والعصير اذا أتت عليه ثلاثة أيام فقد حرم الا أن يغلى قبل ذلك فيحرم)

أما إذا غلي العصير كغليان القدر وقذف بزبده فلا خلاف في تحريمه، وان أتت عليه ثلاثة أيام ولم يغل فقال أصحابنا هو حرام وقال احمد اشربه ثلاثا ما لم يغل فاذا أتى عليه أكثر من ثلاثة أيام فلاتشربه، واكثر اهل العلم يقولون هو مباح مالم يغل ويسكر لقول رسول الله ﷺ « اشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً » رواه أبو داود ولأن علة تحريمه الشدة المطربة وإنما ذلك في المسكر خاصة .

ولنا ماروى ابو داود باسناده عن ابن عباس ان النبي ﷺ كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم او يهراق ، وروى الشالنجي باسناده عن النبي ﷺ انه قال «اشربوا العصير ثلاثا مالم يغل »وقال ابن عمر اشربه مالم يأخذه شيطانه قيل وفي كم يأخذه شيطانه؟ قال في ثلاث ولان الشدة تحصل في الثلاث غالبا وهي خفية تحتاج الى ضابط فجاز جعل الثلاث ضابطاً لها، ويحتمل ان يكون شربه فيما زاد على الثلاثة إذا لم يغل مكروها غير محرم فان احمد لم يصرح بتحريمه وقال في موضع اكرهه وذلك لان النبي ﷺ لم يكن يشربه بعد ثلاث وقال ابو الخطاب عندي ان كلام احمد في ذلك محمول على عصير الغالب انه يتخمر في ثلاثة أيام

﴿مسئلة﴾ (ولا يكره ان يترك في الماء تمر او زبيب ونحوه ليأخذ ملوحته مالم يشتد او يأتي عليه ثلاث) لما ذكرنا في الفصل الذي قبله

﴿مسئلة﴾ (ولا يكره الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت)

يجوز الانتباذ في الاوعية كلها وعن أحمد أنه يكره الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت لان النبي ﷺ نهى عن الانتباذ فيها والدباء اليقطين والحنتم الجرار والنقير الخشب والمزفت الذي يطلى بالزفت والصحيح أنه لا يكره لما روى بريدة ان رسول الله ﷺ قال (نهيتكم عن ثلاث وانا آمركم بهن نهيتكم عن الاشربة ان لا تشربوا الا في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكرا» رواه مسلم وهذا دليل على نسخ النهي ولا حكم للمنسوخ

(فصل) وما طبخ من النبيذ والعصير قبل غليانه حتى صار غير مسكر كالدبس ورب الخروب وغيرهما من المربيات والسكر فهو مباح لان التحريم انما ثبت في المسكر ففيما عداه يبقى على اصل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك النبيذ)

يعني ان النبيذ مباح مالم يغل أو تأتي عليه ثلاثة ايام والنبيذ مايلقى فيه تمر أو زبيب او نحوهما ليحلو به الماء وتذهب ملوحته فلا بأس به ما لم يغل او تأتي عليه ثلاثة ايام لما روينا عن ابن عباس، وقال ابوهريرة علمت ان رسول الله ﷺ كان يصوم فتحينت فطره بنبيذ صنعته في دباء ثم اتيته به فاذا هو ينش فقال اضرب بهذا الحائط فان هذا شراب من لا يؤمن بالله واليوم الآخر» رواه ابوداود ولانه إذا بلغ ذلك صار مسكراً وكل مسكر حرام

(فصل) والخمر نجسة في قول عامة أهل العلم لان الله تعالى حرمها لعينها فكانت نجسة كالخنزير وكل مسكر فهو حرام نجس لما ذكرنا

(فصل) وماطبخ من العصير والنبيذ قبل غليانه حتى صار غير مسكر كالدبس ورب الخرنوب وغيرهما من المربيات والسكر فهو مباح لان التحريم انما ثبت في المسكر ففيما عداه يبقى على اصل الاباحة وما أسكر كثيره فقليله حرام سواء ذهب منه الثلثان او اقل او اكثر قال ابو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه قال لا بأس به قيل لاحمد انهم يقولون انه يسكر قال لا يسكر ولو كان يسكر ما أحله عمر

(فصل) ولا بأس بالفقاع وبه قال اسحاق وابن المنذر ولا أعلم فيه خلافا لانه لا يسكر وإذا ترك يفسد بخلاف الخمر والاشياء على الاباحة ما لم يرد بتحريمها حجة

(فصل) ويجوز الانتباذ في الاوعية كلها وعن أحمد انه كره الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت لان النبي ﷺ نهى عن الانتباذ فيها، والدباء هو اليقطين والحنتم الجرار والنقير الخشب

الاباحة وما اسكر كثيره فقليله حرام سواء ذهب منه الثلثان أو اقل أو اكثر قال أبو داود سألت احمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثه وبقي ثلثه قال لا بأس به قيل لاحمد إنهم يقولون إنه يسكر قال لايسكر لوكان يسكر ماأحله عمر

﴿مسئلة﴾ (ويكره الخليطان وهو ان ينبذ شيئين كالتمر والزبيب)

لان النبي ﷺ نهى عن الخليطين، وقال أحمد الخليطان حرام وقال في رجل ينقع الزبيب والتمر الهندي والعناب ونحوه ينقعه غدوة ويشربه عشية للدواء: اكرهه لانه نبيذ ولكن يطبخه ويشربه على المكان وقد روى أبو داود باسناده عن رسول الله ﷺ أنه نهى ان ينبذ الرطب والبسر جميعا ونهى ان ينتبذ التمر والزبيب جميعا، وفي رواية انتبذوا كل واحد على حدة وعن أبي قتادة قال نهى النبي ﷺ ان يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب ولينتبذ كل واحد منهما على حدة متفق عليه قال القاضي يعني احمد بقوله هو حرام اذا اشتد وأسكر واذا لم يسكر لم يحرم وهذا هو الصحيح ان شاء

والمزفت الذي يطلى بالزفت والصحيح الاول لما روى بريدة ان رسول الله ﷺ قال « نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن نهيتكم عن الاشربة ان لا تشربوا الا في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً » رواه مسلم وهذا دليل على نسخ النهي ولا حكم للمنسوخ

(فصل) ويكره الخليطان وهو ان ينبذ في الماء شيآن لان النبي ﷺ نهى عن الخليطين وقال احمد الخليطان حرام وقال في الرجل ينقع الزبيب والتمر الهندي والعناب ونحوه ينقعه غدوة ويشربه عشية للدواء: اكرهه لانه نبيذ ولكن يطبخه ويشربه على المكان، وقد روى أبو داود باسناده عن رسول الله ﷺ أنه نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعاً ونهى ان ينبذ الزبيب والتمر جميعاً وفي رواية « وانتبذ كل واحد على حدة.» وعن أبي قتادة قال نهى النبي ﷺ ان يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب ولينبذ كل واحد منهما على حدة متفق عليه قال القاضي يعني احمد بقوله هو حرام إذا اشتد وأسكر وإذا لم يسكر لم يحرم وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى وانما نهى النبي ﷺ لعلة اسراعه الى السكر المحرم فاذا لم يوجد لم يثبت التحريم كما انه عليه السلام نهى عن الانتباذ في الاوعية المذكورة لهذه العلة ثم أمرهم بالشرب فيها ما لم توجد حقيقة الاسكار فقد دل على صحة هذا ما روي عن عائشة قالت كنا ننبذ لرسول الله ﷺ فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليها الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجه وأبو داود، فلما كانت مدة الانتباذ قريبة وهي يوم وليلة لا يتوهم الاسكار فيها لم يكره فلو كان مكروها لما فعل هذا في بيت النبي ﷺ له فعلى هذا لا يكره ما كان في المدة اليسيرة ويكره ما كان في مدة يحتمل إفضاؤه الى الاسكار ولا يثبت التحريم ما لم يغل أو تمضي عليه ثلاثة أيام

الله وانما نهى النبي ﷺ لعلة اسراعه الى السكر المحرم فاذا لم يوجد لم يثبت التحريم كما أنه عليه السلام نهى عن الانتباذ في الأوعية المذكورة لهذه "علة ثم أمرهم بالشرب فيها ما لم توجد حقيقة الاسكار وقد دل على صحة هذا ماروي عن عائشة قالت كنا ننبذ لرسول الله ﷺ فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه غدوة رواه أبو داود وابن ماجه فلما كانت مدة الانتباذ قريبة وهي يوم وليلة لا يتوهم الاسكار فيها لم يكره ولو كان مكروها لما فعل هذا في بيت النبي ﷺ له فعلى هذا لا يكره ما كان في المدة اليسيرة ويكره ما كان في مدة يحتمل افضاؤه الى الاسكار ولا يثبت التحريم ما لم يغل أو تمضي عليه ثلاثة أيام

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بأس بالفقاع وبه قال اسحاق وابن المنذر) قال شيخنا ولا أعلم فيه خلافاً لانه لا يسكر واذا ترك يفسد بخلاف الخمر والاشياء على الاباحة ما لم يرد بتحريمها حجة

(فصل) والخمرة اذا افسدت فصيرت خلا لم تحل، وان قلب الله عينها فصارت خلا فهي حلال

﴿مسألة﴾ قال (والخمرة اذا أفسدت فصيرت خلا لم تزل عن تحريمها وان قلب الله عينها فصارت خلا فهي حلال)

روي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال الزهري ونحوه قول مالك وقال الشافعي إن القي فيها شيء يفسدها كالملح فتخللت فهي على تحريمها، وان نقلت من شمس الى ظل أو من ظل الى شمس فتخللت ففي اباحتها قولان ، وقال أبو حنيفة تطهر في الحالين لان علة تحريمها زالت بتخليلها فطهرت كما لو تخللت ، بنفسها يحققه ان التطهير لا فرق فيه بين ما حصل بفعل الله تعالى وفعل الآدمي كتطهير الثوب والبدن والارض ونحو هذا قول عطاء وعمرو بن دينار والحارث العكلي وذكره أبو الخطاب وجها في مذهبنا فقال وان خللت لم تطهر وقيل تطهر

ولنا ما روى أبو سعيد قال كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله انه ليتيم قال « أهريقوه » رواه الترمذي وقال حديث حسن وعن أنس قال : سئل رسول الله ﷺ انتخذ الخمر خلا ؟ قال « لا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم

وعن ابي طلحة انه سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فقال «أهرقها» قال أفلا أخللها؟ قال « لا » رواه ابو داود وهذا نهي يقتضي التحريم ولو كان إلى استصلاحها سبيل لم تجز إراقتها بل أرشدهم اليه سيما وهي لأيتام يحرم التفريط في أموالهم، ولانه اجماع الصحابة فروي أن عمر رضي الله عنه صعد المنبر فقال لايحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى هو تولى افسادها ولا بأس على مسلم ابتاع من أهل الكتاب خلا مالم يتعمد لافسادها فعند ذلك يقع النهي ،رواه ابو عبيد في الاموال بنحو من هذا المعنى وهذا قول يشتهر لانه خطب به الناس على المنبر فلم ينكر. فأما اذا انقلبت بنفسها فانها تطهر وتحل في قول جميعهم فقد روي عن جماعة من الاوائل أنهم اصطبغوا بخل خمر منهم علي وابو الدرداء وابن عمر وعائشة ورخص فيه الحسن وسعيد بن جبير وليس في شيء من أخبارهم انهم اتخذوه خلا ولا انه انقلب بنفسه لكن قد بينه عمر بقوله لايحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله

روي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال الزهري ونحوه قول مالك وقال الشافعي ان القي فيها شيء يفسدها كالملح فتخللت فهي على تحريمها وان نقلت من شمس الى ظل أو من ظل الى شمس فتخللت ففي اباحتها قولان وقال أبو حنيفة تطهر في الحالين لان علة تحريمها زالت بتخليلها فطهرت كما لو تخللت بنفسها يحققه ان التطهير لافرق فيه بين ماحصل بفعل الله تعالى وفعل الآدمي كتطهير الثوب والبدن والارض ونحو هذا قول عطاء وعمرو بن دينار والحارث العكلي وذكره أبو الخطاب وجهاً في مذهبنا

هو يتولى افسادها ولانها اذا انقلبت بنفسها فقد زالت علة تحريمها من غير علة خلفتها فطهرت كالماء اذا زال تغيره بمكثه، واذا ألقى فيها شيء تنجس بها ثم اذا انقلبت بقي ما ألقي فيها نجساً فنجسها وحرمها، فاما ان نقلها من موضع الى آخر فتخللت من غير أن يلقي فيها شيئاً فان لم يكن قصد تخليلها حلت بذلك لانها تخللت بفعل الله تعالى فيها، وإن قصد بذلك تخليلها احتمل أن تطهر لانه لافرق بينهما إلا القصد فلا يقتضي تحريمها ويحتمل أن لا تطهر لانها خللت فلم تطهر كما لو ألقي فيها شيء

(مسئلة) قال (والشرب في آنية الذهب والفضة حرام)

هذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن معاوية بن قرة انه قال لابأس بالشرب من قدح فضة وحكي عن الشافعي قول انه مكروه غير محرم لان النهي لما فيه من التشبه بالاعاجم فلا يقتضي التحريم

ولنا قول النبي ﷺ «الذي يشرب في آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم» وقال «لاتشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة» أخرجهما البخاري ومقتضى نهيه التحريم وقد توعد عليه بنار جهنم فان معنى قوله «يجرجر في بطنه نار جهنم» اي هذا سبب لنار جهنم لقول الله تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً) فلم يبق في تحريمه اشكال

وقد روي ان حذيفة استسقى فأتاه دهقان باناء من فضة فرماه به فلو أصابه لكسر منه شيئاً ثم قال انما رميته به لأني نهيته عنه وذكر هذا الخبر وهذا يدل على انه فهم التحريم من نهي رسول الله ﷺ حتى استحل عقوبته لمخالفته اياه

(فصل) ويحرم اتخاذ الآنية من الذهب والفضة واستصناعها لان ماحرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالطنبور والمزمار، ويستوي في ذلك الرجال والنساء لعموم الحديث، ولان علة تحريمها السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء وهذا معنى يشمل الفريقين وانما أبيح للنساء التحلي للحاجة إلى التزين للازواج فتختص الاباحة به دون غيره؟ فان قيل لو كانت العلة ماذكرتم لحرمت آنية الياقوت ونحوه مما هو أرفع من الاثمان، قلنا تلك لايعرفها الفقراء فلا تنكسر قلوبهم باتخاذ الاغنياء لها لعدم معرفتهم بها، ولان قلتها في نفسها تمنع اتخاذها فيستغنى بذلك عن تحريمها بخلاف الاثمان

ولنا ما روى أبو سعيد قال كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله إنه ليتيم قال «اهريقوه» رواه الترمذي وقال حديث حسن وعن أنس قال سئل رسول الله ﷺ ايتخذ الخمر خلا؟ قال «لا» رواه مسلم والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن أبي طلحة أنه سأل رسول الله ﷺ عن ايتام ورثوا خمرا فقال «اهرقها» قال: افلا اخللها؟ قال «لا» رواه أبو داود وهذا نهي يقتضي التحريم ولو كان الى استصلاحها سبيل لم تجز

﴿مسئلة﴾ قال (ان كان قدح عليه ضبة فشرب من غير موضع الضبة فلا بأس)

وجملة ذلك أن الضبة من الفضة تباح بثلاثة شروط (أحدها) ان تكون يسيرة (الثاني)أن تكون من الفضة فأما الذهب فلا يباح وقليله وكثيره حرام . وروي عن ابي بكر انه رخص في يسير الذهب (الثالث) أن يكون للحاجة أعني أنه جعلها لمصلحة وانتفاع مثل أن تجعل على شق أو صدع وان قام غيرها مقامها ، وقال القاضي ليس هذا بشرط ويجوز اليسير من غير حاجة إذا لم يباشر بالاستعمال، وانما كره أحمد الحلقة ونحوها لانها تباشر بالاستعمال، وممن رخص في ضبة الفضة سعيد بن جبير وميسرة وزاذان وطاوس والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي واسحاق وقال قد وضع عمر بن عبدالعزيز فاه بين ضبتين وكان ابن عمر لايشرب من قدح فيه حلقة فضة ولا ضبة منها ، وكره الشرب في الاناء المفضض علي بن الحسين وعطاء وسالم والمطلب بن عبدالله بن حنطب ونهت عائشة أن يضبب الآنية أو يحلقها بالفضة ونحو ذلك قول الحسن وابن سيرين ولعل هؤلاء كرهوا ماقصد به الزينة أو كان كثيراً أو يستعمل فيكون قولهم وقول الاولين واحداً ولا يكون في المسئلة خلاف ، فأما اليسير كتشعيب القدح ونحوه فلا بأس لان النبي ﷺ كان له قدح فيه سلسلة من فضة شعب بها ، رواه البخاري بمعناه ولان ذلك يسير من الفضة فأشبه الخاتم وكره أحمد أن يباشر موضع الضبة بالاستعمال فلا يشرب من موضع الضبة لانه يصير كالشارب من اناء فضة وكره الحلقة من فضة لان القدح يرفع بها فيباشرها بالاستعمال وكذلك ماأشبهه .

(فصل) ولا بأس بقبيعة السيف من فضة لما روى انس قال كانت قبيعة سيف رسول الله ﷺ فضة ، رواه الاثرم وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال هشام بن عروة كان سيف الزبير محلى بالفضة أنا رأيته ، ولا بأس بالخاتم من الفضة لان النبي ﷺ كان له خاتم من فضة ثم لبسه أبو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى سقط منه في بئر أريس وصح ذلك عنهم وقال سعيد البس الخاتم

اراقتها بل ارشدهم اليه سيما وهي لأيتام يحرم التفريط في أموالهم ولانه إجماع الصحابة فروي ان عمر رضي الله عنه صعد المنبر فقال لايحل خل خمر افسدت حتى يكون الله تعالى هو الذي تولى افسادها ولا بأس على مسلم ابتاع من أهل الكتاب خلا مالم يتعمد لافسادها، رواه أبو عبيد في الاموال بنحو من هذا المعنى وهذا قول يشتهر لانه خطب به الناس على المنبر فلم ينكر، فاما اذا انقلبت بنفسها فانها تطهر وتحل في قول جميعهم فقد روي عن جماعة من الاوائل أنهم اصطبغوا بخل خمر منهم علي وأبو الدرداء ورخص فيه الحسن وسعيد بن جبير وليس في شيء من أخبارهم أنهم اتخذوه خلا ولانه انقلب بنفسه لكن قد بينه عمر بقوله لايحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى هو الذي يتولى

وأخبر أني أفتيتك بذلك فقد روى ابو ريحانة عن النبي ﷺ انه كره عشر خلال وفيها الخاتم إلا لذي سلطان قال أحمد انما هذا يرويه اهل الشام وحدث احمد بحديث ابي ريحانة فلما بلغ الخاتم تبسم كالمتعجب ثم قال اهل الشام وانما قال احمد ذلك لان الاحاديث قد صحت عن النبي ﷺ واستفاضت بإباحته واجمع عليه اصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم من العلماء فاذا جاء حديث شاذ يخالف ذلك لم يعرج عليه وان صح ذلك حمل على التنزيه .

(فصل) قال الاثرم قيل لأبي عبد الله الحلية لحمائل السيف؟ فسهل فيها وقال قد روي سيف محلى ولانه من حلية السيف فأشبه القبيعة ، ولذلك يخرج في حلية الدرع والمغفر والخوذة والخف والران ولانه في معناه وقيل لابي عبدالله حلقة المرآة فضة ورأس المـكحلة فضة وما اشبه هذا قال كل شيء يستعمل مثل حلقة المرآة فأنا أكرهه لانه يستعمله فان المرآة ترفع بحلقتها ثم قال إنما هذا تأويل تأولته أنا .

(فصل) ولا يباح شيء من ذلك اذا كان ذهبا إلا أنه قد روي أنه تباح قبيعة السيف قال أحمد قد روي أنه كان لعمر سيف فيه سبائك من ذهب وروى الترمذي باسناده عن مزيدة العصري قال دخل رسول الله ﷺ يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة وقال هذا حديث غريب ولا يباح الذهب في غير هذا الا لضرورة كأنف الذهب وما ربط به اسنانه اذا تحركت وقال ابو بكر يباح يسير الذهب قياساً له على الفضة لـكونه احد الثمنين فأشبه الآخر وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع

إفسادها ولانها اذا انقلبت بنفسها فقد زالت علة تحريمها من غير علة خلفتها فطهرت كالماء اذا زال تغيره بمـكثه ، واذا القي فيها شيء ينجس بها ثم انقلبت بقي ما القي فيها نجسا فنجسها وحرمها فاما ان نقلها من موضع الى آخر فتخللت من غير ان يلقي فيها شيئاً فان لم يكن قصد تخليلها حلت بذلك لانها تخللت بفعل الله تعالى فيها، وان قصد بذلك تخليلها احتمل ان تطهر لانه لافرق بينهما الا القصد فلا يقتضي تحريمها ويحتمل ان لا تطهر لانها خللت فلم تطهر كما لو القي فيها شيء

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يبلغ بالتعزير الحد)

التعزير هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها كوطء الشريك الجارية المشتركة أو امته الزوجة أو جارية ابنه أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها أو وطء أجنبية دون الفرج أو سرقة مادون النصاب أو من غير حرز او النهب أو الغصب أو الاختلاس أو الجناية على انسان بما لا يوجب حدا ولا قصاصا ولا دية، أو شتمه بما ليس بقذف ونحو ذلك يسمى تعزيرا لانه منع من الجناية . والاصل في التعزير المنع ومنه التعزير بمعني النصرة لانه منع لعدوه من أذاه ، واختلف عن أحمد في قدره فروي عنه أنه لا يزاد على عشر جلدات نص احمد على هذا في مواضع وبه قال إسحاق لما روى ابو بردة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه

(والرواية الثانية) لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الخرقي فيحتمل أنه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول ابي حنيفة والشافعي فعلى هذا لا يبلغ به أربعين سوطاً لانها حد العبد في الخمر والقذف وهذا قول أبي حنيفة ، وان قلنا ان حد الخمر أربعون لم يبلغ به عشرين سوطا في حق العبد وأربعين في حد الحر وهذا مذهب الشافعي فلا يزاد العبد على تسعة عشر سوطا ولا الحر على تسعة وثلاثين سوطا ، وقال ابن أبي ليلى وابو يوسف أدنى الحدود ثمانون فلا يزاد في التعزير على تسعة وسبعين ، ويحتمل كلام احمد والخرقي انه لا يبلغ بكل جناية حداً مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها ، وروي عن احمد مايدل على هذا فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد مائة الا سوطا لينقص عن حد الزنا وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به أدنى الحدود لما روي عن النعمان ابن بشير في الذي وطيء جارية امرأته باذنها يجلد مائة وهذا تعزير لانه في حق المحصن وحده انما هو الرجم ، وعن سعيد بن المسيب عن عمر في أمة بين رجلين وطئها أحدهما يجلد الحد الا سوطا واحداً رواه الاثرم واحتج به احمد، قال القاضي هذا عندي من نص احمد لا يقتضي اختلافا في التعزير بل المذهب أنه لا يزاد على عشر جلدات اتباعا للأثر الا في وطء جارية امرأته لحديث النعمان ، وفي الجارية المشتركة لحديث عمر وما عداهما يبقى على العموم لحديث ابي بردة وهذا قول حسن ، واذا

باب التعزير

وهو التأديب وهو واجب في كل معصية لاحد فيها ولا كفارة كالاستمتاع الذي لا يوجب الحد واتيان المرأة المرأة وسرقة مالا يوجب القطع والجناية على الناس بما لا قصاص فيه والقذف بغير الزنا ونحوه والنهب والغصب والاختلاس، وسمي تعزيراً لانه يمنع من الجناية والاصل في التعزير المنع ومنه التعزير بمعنى النصرة لانه منع لعدوه من اذاه

ثبت تقدير أكثره فليس أقله مقدراً لانه لو تقدر لكان حداً ولان النبي ﷺ قدر أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه الى اجتهاد الامام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص ، وقال مالك يجوز أن يزاد التعزير على الحد اذا رأى الامام لماروي أن معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه ، وروى احمد باسناده أن عليا أتي بالنجاشي قد شرب خمراً في رمضان فجلده ثمانين الحد، وعشرين سوطا لفطره في رمضان ، وروي أن أبا الاسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة فأتي بسارق قد كان جمع المتاع في البيت ولم يخرجه فقال ابو الاسود أعجلتموه المسكين فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى سبيله

ولنا حديث ابي بردة ، وروى الشالنجي باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » ولان العقوبة على قدر الاجرام والمعصية . والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الامرين عقوبة أعظمها ، وما قالوه يؤدي الى أن من قبل امرأة حراما يضرب أكثر من حد الزنا وهذا غير جائز لان الزنا مع عظمه وفحشه لايجوز أن يزاد على حده فما دونه اولى، فاما حديث معن فيحتمل انه كانت له ذنوب كثيرة فادب على جميعها أو تكرر منه الاخذ او كان ذنبه مشتملا على جنايات أحدها تزويره والثاني أخذه لمال بيت المال بغير حقه والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره وغير هذا . وأما حديث النجاشي فان عليا ضربه الحد لشربه ثم عزره، عشرين لفطره فلم يبلغ بتعزيره حداً ، وقد ذهب احمد الى هذا وروي أن من شرب الخمر في رمضان يحد ثم يعزر لجنايته من وجهين والذي يدل على صحة ماذكرناه ماروي ان عمر رضي الله عنه كتب الى أبي موسى أن لايبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا

(فصل) والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ؛ ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لان الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ولان الواجب أدب والتأديب لايكون بالاتلاف

(فصل) والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الامام ، وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي ليس بواجب لان رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال إني لقيت امرأة فأصبت منها مادون أن أطأها

﴿ مسئلة ﴾ (ومن وطيء جارية امرأته فعليه الحد الا ان تكون قد احلتها له فيجلد مائة وهل يلحقه نسب ولدها؟ على روايتين)

اما إذا وطيء جارية امرأته باذنها فانه يجلد مائة ولا يرجم ان كان ثيبا وان كان بكرا لم يغرب وان لم تكن احلتها له فهو زان حكمه حكم الزاني بجارية الاجنبي، وحكي عن النخعي انه يعزر ولا حد عليه لانه يملك امرأته فكانت له شبهة في مملوكتها، وعن عمر وعلي وعطاء وقتادة ومالك والشافعي

فقال «أصليت معنا ؟» قال نعم فتلا عليه (ان الحسنات يذهبن السيآت) وقال في الانصار «اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » وقال رجل للنبي ﷺ في حكم حكم به للزبير أن كان ابن عمتك فغضب النبي ﷺ ولم يعزره على مقالته ، وقال له رجل ان هذه لقسمة ماأريد بها وجه الله فلم يعزره

ولنا ان ما كان من التعزير منصوصاً عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام المصلحة فيه او علم انه لاينزجر إلا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد .

(فصل) واذا مات من التعزير لم يجب ضمانه وبهذا قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي يضمنه لقول علي ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئا ان الحق قتله إلا حد الخمر فان رسول الله ﷺ لم يسنه لنا وأشار علي عمر بضمان التي اجهضت جنينها حين أرسل اليها

ولنا انها عقوبة مشروعة للردع والزجر فلم يضمن من تلف بها كالحد ، وأما قول علي في دية من قتله حد الخمر فقد خالفه غيره من الصحابة فلم يوجبوا شيئاً به ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء فكيف يحتج به مع ترك الجميع له ؟ وأما قوله في الجنين فلا حجة لهم فيه فان الجنين الذي تلف لاجناية منه ولا تعزير عليه فكيف يسقط ضمانه؟ ولو ان الامام حد حاملا فأتلف جنينها ضمنه مع ان الحد متفق عليه بينا على انه لايجب ضمان المحدود اذا تلف به

(فصل) وليس على الزوج ضمان الزوجة اذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز ولا على المعلم اذا أدب صبيه الادب المشروع وبه قال مالك وقال الشافعي وابو حنيفة يضمن ووجه المذهبين ماتقدم في التي قبلها . قال الخلال اذا ضرب المعلم ثلاثا كما قال التابعون وفقهاء الامصار وكان ذلك ثلاثا فليس بضامن ، وإن ضربه ضربا شديداً مثله لايكون أدبا للصبي ضمن لانه قد تعدى في الضرب . قال القاضي وكذلك يجيء على قياس قول أصحابنا اذا ضرب الاب او الجد الصبي تأديباً فهلك او الحاكم او أمينه او الوصي عليه تأديباً فلا ضمان عليهم كالمعلم

(فصل) وإن قطع طرفا من انسان فيه أكلة او سلعة باذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه وإن قطعه مكرها فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص سواء كان القاطع اماما او غيره لان هذه جراحة تؤدي إلى التلف والاكلة إن كان بقاؤها مخوفا فقطعها مخوف ، وإن كان من قطعت منه صبياً او مجنوناً

أنه كوطيء الاجنبية سواء احلتها له أو لم تحلها لانه لاشبهة له فيها فأشبه جارية اخته ولانه إباحة لوطء محرمة عليه فلم تكن شبهة كاباحة سائر الملاك وعن ابن مسعود والحسن ان كان استكرهها فعليه غرم مثلها وتعتق وإن كانت طاوعته فعليه غرم مثلها ويملكها لان هذا يروى عن النبي ﷺ وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن حبيب بن سالم ان رجلا يقال له عبد الرحمن بن حنين وقع

وقطعها أجنبي فعليه القصاص لانه لاولاية له عليه وإن قطعها وليه وهو الاب أو وصيه او الحاكم او أمينه المتولي عليه فلا ضمان عليه لانه قصد مصلحته وله النظر في مصالحه فكان فعله مأموراً به فلم يضمن ماتلف به كما لو ختنه فمات،والسلعة غدة بين اللحم والجلد تظهر في البدن كالجوزة وتكون في الرأس والبدن وهي بكسر السين ،والسلعة بفتح السين الشجة

(فصل) واذا ختن الولي الصبي في وقت معتدل في الحر والبرد لم يلزمه ضمان إن تلف به لانه فعل مأمور به في الشرع فلم يضمن ماتلف به كالقطع في السرقة ، وإن كان رجلا او امرأة لم يختتنا فأمر السلطان بهما فختنا فان كان ممن زعم الاطباء انه يتلف بالختان أو الغالب تلفه به فعليه الضمان لانه ليس له ذلك فيهما وإن كان الاغلب السلامة فلا ضمان عليه اذا كان في زمن معتدل ليس بمفرط الحر والبرد وبهذا قال الشافعي، وزعم ابو حنيفة ومالك انه ليس بواجب لانه روي عن النبي ﷺ انه قال « الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء »

ولنا انه قطع عضو صحيح من البدن يتألم بقطعه فلم يقطع الا واجبا كاليد والرجل ولانه يجوز كشف العورة من أجله ولو لم يكن واجبا ماجاز ارتكاب المحرم من أجله . فأما الخبر فقد قيل هو ضعيف وعلى ان الواجب يسمى سنة فان السنة مارسم ليحتذى ولا يجب إلا بعد البلوغ فان لم يفعله وإلا أجبره الحاكم عليه

(فصل) اذا أمر السلطان انسانا بالصعود في سور او نزول في بئر او نحوه فعطب به فقال القاضي وأصحاب الشافعي على السلطان ضمانه لان عليه طاعة امامه فاذا أفضت طاعته إلى الهلاك فكانه ألجأه اليه ولو كان الآمر غير الامام لم يضمن لان طاعته غير لازمة فلم يلجئه اليه وإن أمره السلطان بالمضي في حاجة فعثر فهلك لم يضمنه لان المشي ليس بسبب للهلاك في الاعم الاغلب بخلاف ماذكرناه أولا فعلى هذا إن كان أمره الموجب للضمان لمصلحة المسلمين فالضمان في بيت المال،وإن كان لمصلحة نفسه فالضمان عليه أو على عاقلته إن كان مما تحمله عاقلته ، وإن أقام الامام الحد في شدة حر او برد أو ألزم انسانا الختان في ذلك فهل يضمن ماتلف يحتمل وجهين

(مسألة) قال (واذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه فضربه فقتله فلا ضمان عليه)

وجملته ان الانسان إذا صالت عليه بهيمة فلم يمكنه دفعها الا بقتلها جاز له قتلها اجماعا وليس

على جارية امرأته فرفع الى النعمان بن بشير وهو أمير الكوفة فقال لأقضين فيك بقضية رسول الله ﷺ إن كانت أحلتها لك جلدتك مائة وان لم تكن احلتها لك رجمتك بالحجارة فوجدوها احلتها له فجلدوه مائة

عليه ضمانها إذا كانت لغيره وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه ضمانها لانه أتلف مال غيره لاحياء نفسه فكان عليه ضمانه كالمضطر الى طعام غيره إذا أكله وكذلك قالوا في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك اباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل

ولنا انه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد ولانه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف، ولانه قتله لدفع شره فأشبه العبد وذلك لانه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فأشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها ، وفارق المضطر فان الطعام لم يلجئه الى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ولهذا لو قتل المحرم صيداً لصياله لم يضمنه ولو قتله لاضطراره اليه ضمنه ،ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب القصاص وغير المكلف كالمكلف في هذا ، وقولهم لا يملك اباحة نفسه قلنا والمكلف لا يملك اباحة دمه ولو قال ابحت دمي لم يبح على انه إذا صال فقد ابيح دمه بفعله فيجب ان يسقط ضمانه كالمكلف

(مسئلة) قال (واذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل مايخرجه به ، فان علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة فان آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه وان قتل صاحب الدار كان شهيدا)

وجملته أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير اذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لانه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئاً، فان خرج بالامر لم يكن له ضربه لان المقصود اخراجه ، وقد روي عن ابن عمر أنه رأى لصاً فأصلت عليه السيف قال فلو تركناه لقتله ، وجاء رجل الى الحسن فقال لص دخل بيتي ومعه حديدة أقتله ؟ قال نعم بأي قتلة قدرت ان تقتله

ولنا أنه أمكن ازالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكن أخذه بغير القتل ، وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على قصد ايقاع الفعل ، فان لم يخرج بالامر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به لان المقصود دفعه فاذا اندفع بقليل فلا حاجة الى أكثر منه فان

(مسئلة) (وهل يلحقه نسب ولدها إذا حملت من هذا الوطء ؟ على روايتين)

(احداهما) يلحق لانه وطء لا يجب به الحد فلحق به النسب كوطء الجارية المشتركة (والاخرى) لا يلحق به لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك أشبه الزنا المحض

(مسئلة) (ولا يسقط الحد بالاباحة في غير هذا الموضع) لعموم النصوص الدالة على وجوب الحد على الزاني وانما سقط الحد في هذا الموضع لحديث النعمان

علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لان الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه كأهل البغي ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له ان يثني عليه لانه كفي شره ، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية لانه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون، فان مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وإن عاد اليه بعد قطع رجله فقطع يده الاخرى فاليدان غير مضمونتين، وإن مات فعليه ثلث الدية كالو مات من جراحة ثلاثة أنفس فقياس المذهب ان يضمن نصف الدية لان الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحدا كما لو جرح رجل رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحداً ومات كانت ديته بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا ههنا، فأما ان لم يمكنه دفعه الا بالقتل أو خاف ان يبدره بالقتل ان لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر لانه تلف لدفع شره فلم يضمنه كالباغي ولانه اضطر صاحب الدار الى قتله فصار كالقاتل لنفسه، وان قتل صاحب الدار فهو شهيد لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد» رواه الخلال باسناده ولانه قتل لدفع ظالم فكان شهيداً كالعادل إذا قتله الباغي

(فصل) وكل من عرض لانسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ماذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل مايمكن دفعهم به فان كان بينه وبينهم نهر كبير أو خندق أو حصن لا يقدرون على اقتحامه فليس له رميهم، وان لم يمكن الا بقتالهم فله قتالهم وقتلهم قال احمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك ، وقال عطاء في المحرم يلقى اللصوص قال يقاتلهم أشد القتال ، وقال ابن سيرين ما أعلم احداً ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما إلا ان يجبن ، وقال الصلت بن طريف قلت للحسن اني أحرج في هذه الوجوه أخوف شيء عندي يلقاني المصلون يعرضون لي في مالي فان كففت يدي ذهبوا بمالي وان قاتلت المصلي ففيه ماقد علمت؟ قال أي بني من عرض لك في مالك فان قتلته فالى النار وان قتلك فشهيد، ونحو ذلك عن انس والشعبي والنخعي وقال احمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال إذا علمت أنه لايريد الانفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها وذكر حديثا يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير ان رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لايودى أبداً ، ولانه إذا جاز الدفع عن ماله الذي يجوز بذله واباحته فدفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لاتباح بحال أولى . إذا ثبت

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يزاد في التعزير على عشر جلدات في غير هذا الموضع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في قدر التعزير فروي عنه انه لايزاد على عشر جلدات نص عليه في مواضع وهو قول اسحاق لما روى أبو بردة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يجلد احد فوق عشرة أسواط الا في حد من حدود الله» متفق عليه

هذا فانه يجب عليها أن تدفع عن نفسها ان امكنها ذلك لان التمكين منها محرم وفي ترك الدفع نوع تمكين فأما من اريدت نفسه أو ماله فلا يجب عليه الدفع لقول النبي ﷺ في الفتنة « اجلس في بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك » وفي لفظ « فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » ولان عثمان ترك القتال مع امكانه مع ارادتهم نفسه، فان قيل فقد قلتم في المضطر إذا وجد ما يدفع به الضرورة لزمه الأكل منه في احد الوجهين فلم لم تقولوا ذلك ههنا ؟ قلنا لان الأكل يحيي به نفسه من غير تفويت نفس غيره وههنا في إحياء نفسه فوات نفس غيره فلم يجب عليه فاما ان أمكنه الهرب فهل يلزمه؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه لانه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فلزمه كالأكل في المخمصة (والثاني) لا يلزمه لانه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال

(فصل) وإذا صال على انسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما أو يريد امرأة ليزني بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع، ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لان النبي ﷺ «قال انصر أخاك ظالما أو مظلوماً » وفي حديث « إن المؤمنين يتعاونون على الفتان » ولانه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وانفسهم لان قطاع الطريق إذا انفردوا باخذ مال انسان لم يعنه غيره فانهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً وكذلك غيرهم

(فصل) وإذا وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية لما روي ان عمر رضي الله عنه بينما هو يتغدى يوماً إذ قبل رجل يعدوا ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل واقبل جماعة من الناس فقالوا ياأمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا مع امرأته فقال عمر مايقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف فان كان بينهما أحد فقد قتله فقال لهم عمر ما يقول؟ قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته فاصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر ان عادوا فعد رواه هشيم عن مغيرة عن ابراهيم أخرجه سعيد وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها وان كانت مكرهة فعليه القصاص، وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته فانكر وليه فالقول قول الولي لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته فاذا مع امرأته رجل فقتلها وقتله قال علي ان جاء باربعة شهداء والا فليعط برمته ولان الاصل عدم مايدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى، واختلفت الرواية في البينة فروي أنها اربعة شهداء لخبر علي ولما روى أبو هريرة

(والرواية الثانية) لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الخرقي فيحتمل انه اراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، فعلى هذا لا يبلغ به اربعين سوطا لانها حد العبد في الخمر وهذا قول أبي حنيفة وان قلنا ان حد الخمر اربعون لم يبلغ به عشرين سوطا في حق العبد وأربعين

ان سعداً قال يارسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي باربعة شهداء ؟ فقال النبي ﷺ « نعم » وروي انه يكفي شاهدان لان البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين وإنما الذي يحتاج الى الاربعة الزنا وهذا لايحتاج الى اثبات الزنا، فان قيل لحديث عمر في الذي وجد مع امرأته رجلا ليس فيه بينة وكذلك روي أن رجلا من المسلمين خرج غازيا وأوصى باهله رجلا فبلغ الرجل أن يهوديا يختلف الى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد :

وأشعث غره الاسلام مني ... خلوت بعرسه ليل التمام

أبيت على ترائبها ويضحي ... على جرداء لاحقة الحزام

كأن مواضع الربلات منها ... فئام ينهضون إلى فئام

فقام اليه فقتله فرفع ذلك الى عمر فاهدر دمه ولم يطالب فالجواب أن ذلك ثبت عنده باقرار الولي ،وان لم تكن بينة فادعى علم الولي بذلك فالقول قول الولي مع يمينه

(فصل) ولو قتل رجل رجلا وادعى انه قد هجم منزلي فلم يمكنني دفعه الا بالقتل لم يقبل قوله الا ببينة وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة اوعيارة اولا يعرف بذلك،فان شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا الى هذا بالسلاح المشهور فضربه هذا فقد هدر دمه وان شهدوا انهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحا اوذكروا سلاحا غير مشهور لم يسقط القود بذلك لانه قد يدخل لحاجة ومجرد الدخول المشهود به لايوجب اهدار دمه ،وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما اني جرحته دفعا عن نفسي حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرحه لان كل واحد منهما مدع على الآخر ماينكره والاصل عدمه

(فصل) ولو عض رجل يد آخر فله جذبها من فيه فان جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان فيها ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله ان رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض اسنان العاض فاختصما الى شريح فقال شريح انزع يدك من في السبع وأبطل اسنانه ، وحكي عن مالك وابن ابي ليلى عليه الضمان لقول النبي ﷺ «في السن خمس من الابل»

ولنا ما روى يعلى بن أمية قال كان لي أجير فقاتل انسانا فعض أحدهما يد الآخر قال فانتزع

في حق الحر وهذا مذهب الشافعي فلا يزاد العبد على تسعة عشر سوطا ولا الحر على تسعة وثلاثين وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ادنى الحدود ثمانون فلا يزاد في التعزير على تسعة وسبعين ويحتمل كلام احمد والخرقي ان لايبلغ بكل جناية حداً مشروعاً في جنسها ويجوز ان يزيد على حد غير جنسها ،فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز ان يجلد مائة الاسوطا لينقص عن حد الزنا وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به ادنى الحدود لما ذكرنا من حديث النعمان بن بشير في الذي وطىء جارية امرأته باذنها انه يجلد

المعضوض يده من في العاض فانتزع احدى ثنيتيه فأتى النبي ﷺ فاهدر ثنيته فحسبت أنه قال قال النبي ﷺ « أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل؟ » متفق عليه ولانه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه فلم يضمن كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه الا بقطع عضوه ، وحديثهم يدل على دية السن اذا قلعت ظلماً وهذه لم تقلع ظلماً وسواء كان المعضوض ظالماً أو مظلوما لان العض محرم ، إلا أن يكون العض مباحاً مثل أن يمسكه في موضع يتضرر بامساكه أو يعض يده ونحو ذلك مما لا يقدر على التخلص من ضرره إلا بعضه فيعضه فما سقط من أسنانه ضمنه لانه عاد والعض مباح ولذلك لو عض أحدهما يد الآخر ولم يمكن المعضوض تخليص يده إلا بعضه فله عضه ويضمن الظالم منهما ماتلف من المظلوم وما تلف من الظالم هدر ، وكذلك الحكم فيما اذا عضه في غير يده أو عمل به عملا غير العض أفضى إلى تلف شيء من الفاعل لم يضمنه ، وقد روى محمد بن عبدالله أن غلاما أخذ قمعاً من أقماع الزياتين فأدخله بين فخذي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخبط برجله فوقع على الغلام فكسر بعض أسنانه فاختصموا الى شريح فقال شريح لأعقل الكلب الهرار ، قال القاضي يخلص المعضوض يده بأسهل ما يمكن فان أمكنه فك لحييه بيده الاخرى فعل وان لم يمكنه لكمه في فكه فان لم يمكنه جذب يده من فيه فان لم يخلص فله أن يعصر خصيتيه فان لم يمكنه فله أن يبعج بطنه وان أتى على نفسه ، والصحيح أن هذا الترتيب غير معتبر وله أن يجذب يده من فيه أولا ، لأن النبي ﷺ لم يستفصل ولانه لايلزمه ترك يده في فم العاض حتى يتحيل بهذه الاشياء المذكورة ولان جذب يده مجرد تخليص ليده وما حصل من سقوط الاسنان حصل ضرورة التخليص الجائز ولكم فكه جناية غير التخليص وربما تضمنت التخليص وربما أتلفت الاسنان التي لم يحصل العض بها وكانت البداءة بجذب يده اولى ، وينبغي أنه متى أمكنه جذب يده فعدل الى لكم فكه فأتلف سناً ضمنه لامكان التخلص بما هو أولى منه .

(فصل) ومن اطلع في بيت إنسان من ثقب او شق باب او نحوه فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يضمنها لانه لو دخل منزله ونظر فيه او نال من امرأته مادون الفرج لم يجز قلع عينه فمجرد النظر أولى .

ولنا ماروى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لو ان امرأ اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » وعن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في جحر من باب النبي ﷺ ورسول الله ﷺ يحك رأسه بمدرى في يده فقال رسول الله ﷺ «لو علمت أنك تنظرني

مائة وهذا تعزير لانه في حق المحصن انما هو الرجم ، وعن سعيد بن المسيب عن عمر في امة بين رجلين وطئها احدهما يجلد الحد الاسوط واحداً رواه الاثرم ، واحتج به أحمد قال القاضي هذا عندي من نص أحمد لايقتضي اختلافا في التعزير بل المذهب انه لايزاد على عشر جلدات اتباعا للاثر الافي وطء

لطمت أو لطخت بها في عينك متفق عليهما ، ويفارق ماقاسوا عليه لان من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب فانه يرى من غير علم به ثم الخبر أولى من القياس وظاهر كلام أحمد انه لايعتبر في هذا أنه لايمكنه دفعه الا بذلك لظاهر الخبر وقال ابن حامد يدفعه بأسهل مايمكنه دفعه به فيقول له أولا انصرف فان لم يفعل أشار اليه يوهمه انه يحذفه فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى

(فصل) فأما ان ترك الاطلاع ومضى لم يجز رميه ، لان النبي ﷺ لم يطعن الذى اطلع ثم انصرف ولانه ترك الجناية فأشبه من عض ثم ترك العض لم يجز قلع أسنانه وسواء كان المطلع منه صغيراً كثقب أو شق أو واسعاً كثقب كبير وذكر بعض أصحابنا ان الباب المفتوح كذلك والأولى أنه لايجوز حذف من نظر من باب مفتوح لان التفريط من تارك الباب مفتوحاً والظاهر أن من ترك بابه مفتوحاً أنه يستتر لعلمه أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه فلم يجز رميه كداخل الدار، وان اطلع فرماه صاحب الدار فقال المطلع ماتعمدت الاطلاع لم يضمنه على ظاهر كلام أحمد ، لان الاطلاع قد وجد والرامي لايعلم مافي قلبه وعلى قول ابن حامد يضمنه لانه لم يدفعه بما هو أسهل وكذلك لو قال لم أر شيئاً حين اطلعت ، وان كان المطلع أعمى لم يجز رميه لأنه لايرى شيئاً ولو كان انسان عرياناً في طريق لم يكن له رمي من نظر اليه لانه المفرط ، وان كان المطلع في الدار من محارم النساء اللائي فيها فقال بعض أصحابنا ليس لصاحب الدار رميه الا أن يكن متجردات فيصرن كالاجانب وظاهر الخبر ان لصاحب الدار رميه سواء كان فيها نساء أو لم يكن لانه لم يذكر أنه كان في الدار التي اطلع فيها على النبي ﷺ نساء وقوله « لو أن امرأ اطلع عليك بغير اذن فخذفته » عام في الدار التي فيها نساء وغيرها

(فصل) وليس لصاحب الدار رمي الناظر بما يقتله ابتداء فان رماه بحجر يقتله أو حديدة ثقيلة ضمنه بالقصاص لانه انما له مايقلع به العين المبصرة التي حصل الاذى منها دون مايتعدى الى غيرها فان لم يندفع المطلع برميه بالشيء اليسير جاز رميه بأكثر منه حتى يأتي ذلك على نفسه وسواء كان الناظر في الطريق او ملك نفسه او غير ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه)

يعني إذا لم تكن يد أحد عليها فان كان صاحبها معها او غيره فعلى من يده عليها ضمان ماأتلفته من نفس او مال ونذكر ذلك في المسئلة التي تلي هذه ، وان لم تكن يد أحد عليها فعلى مالكها ضمان

جارية امرأته لحديث النعمان وفي الجارية المشتركة لحديث عمر وما عداهما يبقى على العموم لحديث أبي بردة وهذا قول حسن ، اذا ثبت تقدير أكثره فليس اقله مقدراً لانه لو يقدر لكان حداً ولان النبي ﷺ قدر أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه الى اجتهاد الامام أو الحاكم فيما يراه وما يقتضيه

ماأفسدته من الزرع ليلا دون النهار وهـذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز فقال الليث يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها اوقدر ماأتلفته كالعبد اذا جنى وقال ابو حنيفة لاضمان عليه بحال لقول النبي ﷺ «العجماء جرحها جبار» يعني هدرا ولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يلزمه الضمان كما لو كان نهاراً او كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ماروى مالك عن الزهري عن حزام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ : ان على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبدالبر ان كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول، ولان العادة من أهل المواشي ارسالها في النهار للرعي وحفظها ليلا وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ ، وان أتلفت نهاراً كان التفريط من اهـل الزرع فكان عليهم ، وقد فرق النبي ﷺ بينهما وقضى على كل انسان بالحفظ في وقت عادته ، وأما غير الزرع فلا يضمن لان البهيمة لاتتلف ذلك عادة فلا يحتاج إلى حفظها بخلاف الزرع

(فصل) قال بعض أصحابنا انما يضمن مالكها ما أتلفته ليلا إذا كان التفريط منه بارسالها ليلا أو ارسلها نهاراً ولم يضمها ليلا او ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أما اذا ضمنها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف . قال القاضي هـذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي . أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغـير حافظ عن الزرع فان فعله فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي

(فصل) وان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالـكها ماأتلفته ليلا كان او نهاراً مالم تكن يده عليها ، وحكي عن شريح أنه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلا بالضمان على صاحبها وقرأ شريح (اذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفش لايكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لانه مفرط بارسالها

ولنا قول النبي ﷺ « العجماء جرحها جبار » متفق عليه أي هدر ، وأما الآية فان النفش هو الرعي بالليل، فكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم طبعاً بالرعي وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه

حال الشخص وقال مالك يجوز ان يزاد التعزير على الحد اذا رأى الامام لما روي ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه، وروى أحمد باسناده

(فصل) ومن اقتنى كلبا عقوراً فأطلقه فعقر انسانا او دابة ليلا او نهاراً او خرق ثوب انسان فعلى صاحبه ضمان ما أتلفه لانه مفرط باقتنائه إلا أن يدخل انسان داره بغير إذنه فلا ضمان فيه لانه متعد بالدخول متسبب بعدوانه الى عقر الكلب له وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه ، وان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان ولغ في اناء انسان او بال لم يضمنه مقتنيه لان هذا لا يختص به الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار وان لم يكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب اذا لم يكن عقوراً ولو ان الكلب العقور او السنور حصل عند انسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بسببه

(فصل) وان اقتنى حماما او غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حبا لم يضمنه لانه كالبهيمة والعادة ارساله

﴿ مسألة ﴾ قال (وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها ماأصابت من نفس أو جرح أو مال وكذلك ان قادها أو ساقها)

وهذا قول شريح وابي حنيفة والشافعي وقال مالك لاضمان عليه لقول النبي ﷺ « العجماء جرحها جبار » ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ « الرجل جبار » رواه سعيد باسناده عن هزيل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولانه يمكنه حفظها عن الجناية اذا كان راكبها او يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثهم محمول على من لا يد له عليها

﴿ مسألة ﴾ قال (وما جنت برجلها فلا ضمان عليه)

وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جناية بهيمة يده عليها فيضمنها كجناية يده .

ولنا قول النبي ﷺ « الرجل جبار » ولانه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها، فأما ان كانت جنايتها بفعله مثل ان كبحها بلجامها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك ضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان ضمانها عليه ، ولو كان السبب في جنايتها غيره

ان عليا أتي بالنجاشي قد شرب خمراً في رمضان فضربه ثمانين الحد وعشرين سوطا لفطره في رمضان وروي ان ابا الاسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة فأتي بسارق قد كان جمع المتاع في البيت ولم يخرجه فقال أبو الاسود اعجلتم المسكين فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلى سبيله

مثل أن نخسها او نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لان ذلك هو السبب في جنايتها

(فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منهما لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منهما صغيراً أو مريضاً او نحوهما ويكون الثاني المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه، وان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد لو انفرد ضمن فاذا اجتمعا ضمنا، وان كان معهما او مع أحدهما راكب ففيه وجهان (أحدهما) الضمان عليهم جميعاً لذلك (والثاني) على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفاً ويحتمل ان يكون على القائد لانه لاحكم للراكب مع القائد

(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فأما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي ان لا تضمن جنايته الا ان يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية ولو كان مع الدابة ولدها لم تضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه

(فصل) وان وقفت الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد او رجل او فم لانه متعد بوقفها فيه وان كان الطريق واسعاً ففيه روايتان

(احداهما) يضمن وهو مذهب الشافعي لان انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة وكذلك لو ترك في الطريق طينا فزلق به انسان ضمنه

(والثانية) لا يضمن لانه متعد بوقفها في الطريق الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين لانه متعد بتركه في الطريق

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اصطدم الفارسان فماتت الدابتان ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر)

وجملته ان على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس او دابة او مال سواء كانت الدابتان فرسين او بغلين او حمارين او جملين او كان احدهما فرساً والآخر غيره سواء كانا مقبلين او مدبرين، وبهذا قال ابو حنيفة وصاحباه واسحاق وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر لان التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح انسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما

ولنا ان كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وانما هو قربها الى محل الجناية فلزم الآخر

ولنا حديث أبي بردة وهو صحيح متفق عليه وروى الشالنجي باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » ولان العقوبة على قدر الاجرام والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز ان يبلغ في اهون الامرين عقوبة اعظمهما وما قالوه يفضي الى ان

ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة. اذا ثبت هذا فان قيمة الدابتين ان تساوتا تقاصا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها

(فصل) فان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو أو احداها فالضمان على اللاحق لانه الصادم والآخر مصدوم فهو بمنزلة الواقف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر قيمة دابة الواقف)

نص أحمد على هذا لان السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه وان مات هو أو دابته فهو هدر لانه اتلف نفسه ودابته ، وان انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لان التلف حصل من فعلهما وان كان الواقف متعديا بوقوفه مثل ان يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لان التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به انسان .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تصادم نفسان يمشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)

روي هذا عن علي رضي الله عنه والخلاف ههنا في الضمان كالخلاف فيما اذا اصطدم الفارسان إلا انه لاتقاص ههنا في الضمان لانه على غير من له الحق لكون الضمان على عاقلة كل واحد منهما وان اتفق ان يكون الضمان على من له الحق مثل أن تكون العاقلة هي الوارثة أو يكون الضمان على المتصادمين تقاصا ، ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ لان الصدمة لاتقتل غالباً فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ، ولا فرق بين البصيرين والاعميين والبصير والاعمى ، فان كانتا امرأتين حاملتين فهما كالرجلين فان أسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها لانهما اشتركتا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في الجنين ، وإن أسقطت احداهما دون الاخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل واحدة عتق رقبتين ، وإن أسقطتا معاً ولم تمت المرأتان ففي مال كل واحدة ضمان نصف الجنينين بغرة اذا سقطا

من قبل امرأة حراما يضرب أكثر من حد الزنا وهذا غير جائز لان الزنا مع عظمه وفحشه لا يجوز ان يزاد على حده فما دونه اولى ، فاما حديث معن فامله كانت له ذنوب كثيرة فادب على جميعها أو تكرر منه الاخذ او كان ذنبه مشتملا على جنايات (أحدها) تزويره (والثاني) أخذه لمال بيت المال بغير حقه (والثالث) فتحه باب هذه الحيلة لغيره وغير هذا ، واما حديث النجاشي فان عليا ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين لفطره فلم يبلغ بتعزيره حداً وقد ذهب احمد الى هذا ورأى ان من

ميتين وعتق رقبتين ، وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين

(فصل) وإن اصطدم عبدان فماتا هدرت قيمتها لان قيمة كل واحد منهما تعلقت برقبة الآخر فسقطت بتلفه ، وإن مات أحدهما تعلقت قيمته برقبة الحي فان هلك قبل استيفاء القيمة سقطت لفوات محلها، وإن تصادم حر وعبد فماتا تعلقت دية الحر برقبة العبد ثم انتقلت إلى قيمة العبد ووجبت قيمة العبد في تركة الحر فيتقاصان، فان كانت دية الحر أكثر من قيمة العبد سقطت الزيادة لانها لا متعلق لها ، وإن كانت قيمة العبد أكثر أخذ الفضل من تركة الجاني وفي مال الحر عتق رقبة ولاشيء على العبد لان تكفيره بالصوم فيفوت بفواته، وإن مات العبد وحده فقيمته في ذمة الحر لان العاقلة لا تحمل العبد ، وإن مات الحر وحده تعلقت ديته برقبة العبد وعليه صيام شهرين متتابعين وإن مات العبد قبل استيفاء الدية سقطت ، وإن قتله أجنبي فعليه قيمته ويتحول ما كان متعلقاً برقبته الى قيمته لانها بدله وقائمة مقامه وتستوفى ممن وجبت عليه

(مسئلة) قال (واذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقتا فعلى المنحدرة قيمة السفينة المصاعدة أو ارش ما نقصت إن أخرجت الا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها)

وجملته أن السفينتين اذا اصطدمتا لم تخلوا من حالين (أحدهما) ان تكونا متساويتين كاللتين في بحر أو ماء واقف أو كانت احداهما منحدرة والاخرى مصاعدة فنبدأ بما اذا كانت احداهما منحدرة والاخرى مصاعدة لانها مسئلة الكتاب ولا يخلوا من حالين

(أحدهما) ان يكون القيم بها مفرطا بان يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه ان يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل او لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلى المنحدر ضمان المصاعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصاعدة بمنزلة الواقف، وإن غرقتا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعد أو ارش

شرب الخمر في رمضان يحد ثم يعزر لجنايته من وجهين والذي يدل على صحة ماذكرناه ماروي أن عمر رضي الله عنه كتب الى أبي موسى ان لايبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا

(فصل) والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لان الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ولان الواجب أدب والتاديب لا يكون بالاتلاف وإن رأى الامام العفو عنه جاز

مانقصت إن لم تتلف كلها إلا أن يكون التفريط من المصعد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد لانه المفرط ، وإن لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لايدخل في وسعه ضبطها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها

(الحال الثاني) أن يكونا متساويتين فان كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كما قلنا في الفارسين يصطدمان، وإن لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعي في حال عدم التفريط قولان (أحدهما) عليهما الضمان لانهما في أيديهما فلزمهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان لغلبة الفرسين لهما

ولنا ان الملاحين لايسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه مالو نزلت صاعقة أحرقت السفينة وبخالف الفرسين فانه ممكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وإن كان أحدهما مفرطا وحده فعليه الضمان وحده فان اختلفا في تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع وعند الشافعي أنهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه كقوله في اصطدام الفارسين على مامضى

(فصل) فان كان القيمان مالكين للسفينتين بما فيهما تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله وإن كانا أجيرين ضمنا ولا تقاص ههنا لان من يجب له غير من يجب عليه، وان كان في السفينتين أحرار فهلكوا وكانا قد تعمد المصادمة وذلك مما يقتل غالباً فعليهما القصاص، وإن كانوا عبيداً فلا ضمان على القيمين اذا كانا حرين وإن لم يتعمدا المصادمة او كان ذلك مما لايقتل غالباً وجبت دية الاحرار على عاقلة القيمين وقيمة العبيد في أموالهما، وإن كان القيمان عبدين تعلق الضمان برقبتهما فان تلفا جميعاً سقط الضمان واما مع عدم التفريط فلا ضمان على أحد، وان كان في السفينتين ودائع ومضاربات لم تضمن لان الامين لا يضمن مالم يوجد منه تفريط أو عدوان . وإن كانت السفينتان باجرة فهما أمانة أيضاً لاضمان فيهما وإن كان فيهما مال يحملانه باجرة إلى بلد آخر فلا ضمان لان الهلاك بامر غير مستطاع

[فصل] وان كانت احدى السفينتين قائمة والاخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة، وعلى السائرة ضمان الواقفة ان كان مفرطا ولا ضمان عليه ان لم يفرط على ماقدمنا

(فصل) والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب اذا رآه الامام وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي ليس بواجب لان رجلا جاء النبي ﷺ فقال « اني لقيت امرأة فاصبت منها مادون أن أطأها فقال « أصليت معنا ؟ » قال نعم فتلى عليه (ان الحسنات يذهبن السيئات) وقال في الانصار « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » وقال رجل للنبي ﷺ في حكم حكم به للزبير: أن كان ابن عمتك؟ نغضب النبي ﷺ فلم يعزره على مقالته وقال له رجل : ان هذه لقسمة ماأريد بها وجه الله

(فصل) وان خيف على السفينة الغرق فالقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره، وان ألقى متاع غيره بغير أمره ضمنه وحده. وان قال لغيره ألق متاعك فقبل منه لم يضمنه له لانه لم يلتزم ضمانه. وان قال ألقه وأنا ضامن له أو وعلي قيمته لزمه ضمانه له لانه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال أعتق عبدك وعلي ثمنه، وان قال ألقه وعلي وعلى ركبان السفينة ضمانه فألقاه ففيه وجهان:

(أحدهما) يلزمه ضمانه وحده وهذا نص الشافعي وهو الذي ذكره أبو بكر لانه التزم ضمانه جميعه فلزمه ما التزمه، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن الا حصته وانما اخبر عن الباقين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان، وإن التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل وإن قال القه على أن اضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد اذنوا لي في ذلك فألقاه ثم أنكروا الاذن فهو ضامن لجميعه. وإن قال ألقي متاعي وتضمنه لي؟ فقال نعم فالقاه ضمنه له وان قال الق متاعك وعلي ضمان نصفه وعلى أخي ضمان مابقي فالقاه فعليه ضمان النصف وحده ولاشيء على الآخر لانه لم يضمن

(فصل) وإذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يغرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أولعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وإن كان عمد خطأ مثل ان يأخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحا أو يصلح مسماراً فنقب موضعا فهذا عمد الخطأ وذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلا مباحا فأفضى الى التلف لما لم يرده فاشبه مالورمى صيداً فأصاب آدمياً ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لايتلفها فأتلفها فهوعمد الخطأ وفيه ما فيه والله اعلم

ولنا ان ما كان من التعزير منصوصا عليه كوطء جارية امرأته وجارية مشتركة فيجب امتثال الامر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه اذارأى الامام المصلحة فيه أوعلم انه لاينزجر الا به وجب فانه زجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد، وان رأى الامام العفو عنه جاز لما ذكرنا من النصوص والله أعلم وان كان التعزير لحق آدمي فطلبه لزم اجابته كسائر حقوق الآدميين

﴿ مسئلة ﴾ (وان استمنى بيده لغيرحاجة عزر) لانه معصية وان فعله خوفا من الزنا فلا شيء عليه لانه لوفعل ذلك خوفا على بدنه لم يلزمه شيء ففعله خوفا على دينه أولى

كتاب الجهاد

روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « انتدب الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه الاجهاد في سبيلي وايمان بي وتصديق برسولي فهو علي ضامن ان أدخله الجنة او ارجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلا ما نال من أجر أو غنيمة » متفق عليه ولمسلم « مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم » وعن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ « لغدوة في سبيل الله او روحة خير من الدنيا وما فيها » رواه البخاري

﴿مسألة﴾ قال (والجهاد فرض على الكفاية اذا قام به قوم سقط عن الباقين)

معنى فرض الكفاية الذي إن لم يقم به من يكفي أثم الناس كلهم ، وان قام به من يكفي سقط عن سائر الناس فالخطاب في ابتدائه يتناول الجميع كفرض الاعيان ثم يختلفان في ان فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له ، وفرض الاعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره . والجهاد من فروض الاعيان لقول الله تعالى (انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله) ثم قال (إلا تنفروا يعذبكم عذابا أليما) وقوله سبحانه (كتب عليكم القتال) وروى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال « من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبة من النفاق »

كتاب الجهاد

روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « انتدب الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاد في سبيلي وإيمان بي وتصديق برسولي فهو علي ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلا ما نال من أجر أو غنيمة» متفق عليه . ولمسلم « مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم » وعن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لغدوة أو روحة في سبيل الله خير من الدنيا ومافيها» رواه البخاري

﴿ مسئلة﴾ (وهو فرض كفاية إذا قام بهقوم سقط عن الباقين)

معنى فرض الكفاية الذي إذا قام به من يكفي سقط عن سائر الناس وان لم يقم به من يكفي أثم الناس كلهم فالخطاب في ابتدائه يتناول الجميع كفرض الاعيان ثم يختلفان في ان فرض الكفاية يسقط بفعل البعض وفرض الاعيان لا يسقط عن احد بفعل غيره ، والجهاد من فروض الكفايات في قول عوام أهل العلم ،وحكي عن ابن المسيب انه فرض عين لقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله — ثم قال — إلا تنفروا يعذبكم عذابا أليما) وقال سبحانه (كتب

ولنا قول الله تعالى (لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى) وهذا يدل على أن القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم ، وقال الله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا) ولان رسول الله ﷺ كان يبعث السرايا ويقيم هو وسائر اصحابه فاما الآية التي احتجوا بها فقد قال ابن عباس نسخها قوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) رواه الاثرم وابو داود ويحتمل أنه أراد حين استنفرهم النبي ﷺ الى غزوة تبوك وكانت إجابتهم إلى ذلك، واجبة عليهم ولذلك هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وأصحابه الذين خلفوا حتى تاب الله عليهم بعد ذلك، وكذلك يجب على من استنفره الامام لقول النبي ﷺ « واذا استنفرتم فانفروا » متفق عليه. ومعنى الكفاية في الجهاد أن ينهض للجهاد قوم يكفون في قتالهم إما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من أجل ذلك او يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعا بحيث إذا قصدهم العدو حصلت المنعة بهم ويكون في الثغور من يدفع العدو عنها ويبعث في كل سنة جيش يغيرون على العدو في بلادهم

(فصل) ويتعين الجهاد في ثلاثة مواضع

(أحدها) اذا التقى الزحفان وتقابل الصفان حرم على من حضر الانصراف وتعين عليه المقام لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً - وقوله - واصبروا إن الله مع

عليكم القتال) وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال « من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبة من النفاق » رواه أبو داود

ولنا قول الله تعالى (لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم ، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة ، وكلا وعد الله الحسنى) وهذا يدل على ان القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم ، وقال تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة) ولان رسول الله ﷺ كان يبعث السرايا ويقيم هو وأصحابه . فأما الآية التي احتجوا بها فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما نسخها قوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) رواه الاثرم وأبو داود . ويحتمل انه أراد حين استنفرهم النبي ﷺ الى غزوة تبوك وكانت إجابتهم إلى ذلك واجبة عليهم ولذلك هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وأصحابه الذين خلفوا حتى تاب الله عليهم ، وكذلك يجب على من استنفره الامام لقول النبي ﷺ « وإذا استنفرتم فانفروا » متفق عليه

ومعنى الكفاية في الجهاد أن ينهض للجهاد قوم يكفون في قتالهم إما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من اجل ذلك أو يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعا بحيث إذا قصدهم العدو حصلت المنعة بهم ويكون في الثغور من يدفع العدو عنها ويبعث في كل سنة جيش يغيرون على العدو

الصابرين) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزاً إلى فئة فقد باء بغضب من الله)

(الثاني) إذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم

(الثالث) اذا استنفر الامام قوما لزمهم النفير معه لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا مالكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم إلى الارض؟) الآية والتي بعدها ، وقال النبي ﷺ « اذا استنفرتم فانفروا »

(فصل) ويشترط لوجوب الجهاد سبعة شروط: الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والسلامة من الضرر ووجود النفقة ، فأما الاسلام والبلوغ والعقل فهي شروط لوجوب سائر الفروع ولان الكافر غير مأمون في الجهاد والمجنون لا يتأتى منه الجهاد والصبي ضعيف البنية ، وقد روى ابن عمر قال عرضت على رسول الله ﷺ يوم احد وانا ابن اربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة متفق عليه ، وأما الحرية فتشترط لما روي ان النبي ﷺ كان يبايع الحر على الاسلام والجهاد ويبايع العبد على الاسلام دون الجهاد ولان الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة فلم تجب على العبد كالحج ، وأما الذكورية فتشترط لما روت عائشة قالت قلت يا رسول هل على النساء جهاد ؟ فقال « جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة » ولانها ليست من اهل القتال لضعفها وخورها ، ولذلك لا يسهم لها ولا يجب على خنثى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب إلا على ذكر حر مكلف مستطيع وهو الصحيح الواجد لزاده وما يحمله إذا كان بعيداً)

يشترط لوجوب الجهاد سبعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والسلامة من الضرر ووجود النفقة ، فأما الاسلام والبلوغ والعقل فهي شروط لوجوب سائر الفروع ، ولان الكافر غير مامون في الجهاد ، والمجنون لايتأتى منه الجهاد ، والصبي ضعيف البنية ، وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة . متفق عليه ، وأما الحرية فتشترط لما روي ان النبي ﷺ كان يبايع الحر على الاسلام والجهاد ويبايع العبد على الاسلام دون الجهاد ، ولان الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة فلم تجب على العبد كالحج ، وأما الذكورية فتشترط لما روت عائشة رضي الله عنها قالت قلت يارسول الله هل على النساء جهاد ؟ فقال « جهاد لاقتال فيه ، الحج والعمرة » ولانها ليست من أهل القتال لضعفها وخورها ولذلك لا يسهم لها ، ولا يجب على خنثى مشكل لانه لايعلم كونه ذكراً فلا يجب عليه مع الشك في شرطه ، وأما السلامة من الضرر فمعناه السلامة من العمى والعرج والمرض وذلك شرط لقول الله سبحانه (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) ولان هذه الاعذار يمنعه من الجهاد ، فاما العمى فمعروف ، وأما العرج فالمانع منه هو الفاحش الذي يمنع المشي الجيد

مشكل لانه لا يعلم كونه ذكراً فلا يجب مع الشك في شرطه ، وأما السلامة من الضرر فمعناه السلامة من العمى والعرج والمرض وهو شرط لقول الله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) ولان هذه الاعذار تمنعه من الجهاد ، فأما العمى فمعروف ، وأما العرج فالمانع منه هو الفاحش الذي يمنع المشي الجيد والركوب كالزمانة ونحوها ، وأما اليسير الذي يتمكن معه من الركوب والمشي وانما يتعذر عليه شدة العدو فلا يمنع وجوب الجهاد لانه ممكن منه فشابه الاعور ، وكذلك المرض المانع هو الشديد فأما اليسير منه الذي لا يمنع امكان الجهاد كوجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع الوجوب لانه لا يتعذر معه الجهاد فهو كالعور ، وأما وجود النفقة فيشترط لقول الله تعالى (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله) ولان الجهاد لا يمكن الا بآلة فيعتبر القدرة عليها فان كان الجهاد على مسافة لا تقصر فيها الصلاة اشترط ان يكون واجدا للزاد ونفقة عائلته في مدة غيبته وسلاح يقاتل به ولا تعتبر الراحلة لانه سفر قريب ، وإن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة اعتبر مع ذلك الراحلة لقول الله تعالى (ولا على الذين إذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزناً أن لا يجدوا ما ينفقون)

(فصل) واقل ما يفعل مرة في كل عام لان الجزية تجب على اهل الذمة في كل عام وهي بدل عن

والركوب كالزمانة ونحوها ، اما اليسير الذي يتمكن معه من الركوب والمشي وانما يتعذر عليه شدة العدو فلا يمنع وجوب الجهاد لانه ممكن منه فاشبه الاعور ، والمرض المانع هو الشديد ، فاما اليسير الذي لايمنع الجهاد كوجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع الوجوب كالعور ، وأما وجود النفقة فيشترط لقول الله تعالى [ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لايجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله] ولان الجهاد لايمكن إلا بآلة فاعتبرت القدرة عليها ، فان كان الجهاد على مسافة قريبة اشترط أن يجد الزاد ونفقة عياله في مدة غيبته وسلاحا يقاتل به ، ولا تعتبر الراحلة لقرب السفر ، وان كانت المسافة تقصر فيها الصلاة اعتبر مع ذلك الراحلة لقول الله تعالى [ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما احملكم عليه تولوا واعينهم تفيض من الدمع حزنا ألا يجدوا ما ينفقون]

﴿مسئلة﴾ (وأقل مايفعل مرة في كل عام إلا ان تدعو الحاجة إلى تأخيره)

أقل ما يفعل الجهاد في كل عام مرة لان الجزية تجب على أهل الذمة مرة في كل عام وهي بدل عن النصرة فكذلك مبدلها وهو الجهاد فان دعت الحاجة إلى تأخيره مثل ان يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة أو يكون متنظراً لمدد يستعين به أو يكون في الطريق اليهم مانع أو ليس فيها علف أو ماء أو يعلم من عدوه حسن الرأي في الاسلام ويطمع في اسلامهم ان أخر قتالهم ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه في ترك القتال فيجوز تركه بهدنة وبغير هدنة فان النبي ﷺ قد صالح قريشاً عشر سنين واخر

النصرة فكذلك مبدلها وهو الجهاد فيجب في كل عام مرة الا من عذر مثل ان يكون بالمسلمين ضعف في عدد او عدة او يكون ينتظر المدد يستعين به أو يكون الطريق اليهم فيها مانع أو ليس فيها علف او ماء أو يعلم من عدوه حسن الرأي في الاسلام فيطمع في اسلامهم ان اخر قتالهم ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه في ترك القتال فيجوز تركه بهدنة فان النبي ﷺ قد صالح قريشاً عشر سنين وأخر قتالهم حتى نقضوا عهده واخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة، وان دعت الحاجة الى القتال في عام أكثر من مرة وجب ذلك لانه فرض كفاية فوجب منه ما دعت الحاجة اليه

﴿مسئلة﴾ قال (قال أبو عبد الله لا أعلم شيئا من العمل بعد الفرائض أفضل من الجهاد)

روى هذه المسئلة عن أحمد جماعة من أصحابه قال الاثرم قال أحمد لا نعلم شيئاً من ابواب البر افضل من السبيل ، وقال الفضل بن زياد سمعت ابا عبد الله وذكر له امر العدو فجعل يبكي ويقول ما من أعمال البر افضل منه ، وقال عنه غيره ليس يعدل لقاء العدو شيء ومباشرة القتال بنفسه أفضل الاعمال والذين يقاتلون العدو هم الذين يدفعون عن الاسلام وعن حريمهم فأي عمل أفضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون قد بذلوا مهج أنفسهم ، وقد روى ابن مسعود قال : سألت رسول الله ﷺ أي الاعمال أفضل ؟ قال « الصلاة لمواقيتها » قلت ثم أي؟ قال « ثم بر الوالدين » قلت ثم أي؟

قتالهم حتى نقضوا عهده واخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة، وان دعت الحاجة الى القتال في عام أكثر من مرة وجب لانه فرض كفاية فوجب منه ما تدعو الحاجة اليه

﴿ فصل ﴾ (ومن حضر الصف من أهل فرض الجهاد أو حضر العدو بلده تعين عليه)

وجملة ذلك ان الجهاد يتعين في ثلاثة مواضع (أحدها) اذا التقى الزحفان وتقابل الصفان يحرم على من حضر الانصراف ويتعين عليه المقام لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا - وقوله - يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار) الآية (الثاني) إذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم (الثالث) إذ استنفر الامام قوما لزمهم النفير معه لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا مالكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم إلى الارض ؟) الآية ولقول النبي ﷺ « وإذا استنفرتم فانفروا » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وأفضل ما يتطوع به الجهاد)

قال أحمد رحمه الله لا أعلم شيئاً من العمل بعد الفرائض افضل من الجهاد روى ذلك عنه جماعة من أصحابه قال الاثرم قال أحمد لا نعلم شيئاً من أبواب البر أفضل من السبيل وقال الفضل بن زياد سمعت أبا عبدالله وذكر له أمر الغزو فجعل يبكي ويقول مامن أعمال البر افضل منه وقال عنه غيره ليس يعدل لقاء العدو شيء ومباشرة القتال بنفسه افضل الاعمال والذين يقاتلون العدو هم الذين

قال « الجهاد في سبيل الله » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال سئل رسول الله ﷺ أي الاعمال أفضل ؟ أو أي الاعمال خير ؟ قال « ايمان بالله ورسوله » قيل ثم أي شيء ؟ قال « الجهاد سنام العمل » قيل ثم أي ؟ قال « حج مبرور » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وروى أبو سعيد الخدري قال قيل يا رسول الله اي الناس أفضل قال « مؤمن مجاهد في سبيل الله بنفسه وماله » متفق عليه ، وعن ابن عباس ان النبي ﷺ قال « الا اخبركم بخير الناس ؟ رجل ممسك بعنان فرسه في سبيل الله » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى الخلال باسناده عن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « والذي نفسي بيده ما بين السماء والارض من عمل أفضل من جهاد في سبيل الله او حجة مبرورة لا رفث فيها ولا فسوق ولا جدال » ولان الجهاد بذل المهجة والمال ونفعه يعم المسلمين كلهم صغيرهم وكبيرهم قويهم وضعيفهم ذكرهم وأنثاهم وغيره لا يساويه في نفعه وخطره فلا يساويه في فضله وأجره

﴿مسألة﴾ قال (وغزو البحر أفضل من غزو البر)

وجملته ان الغزو في البحر مشروع وفضله كثير قال أنس بن مالك نام رسول الله ﷺ ثم استيقظ وهو يضحك قالت أم حرام فقلت ما يضحكك يا رسول الله ؟ قال « ناس من أمتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الاسرة - او - مثل الملوك على الاسرة » متفق

يدفعون عن الاسلام وعن حريمهم فاي عمل افضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون قد بذلوا مهج أنفسهم ، وقد روى ابن مسعود رضي الله عنه قال سألت رسول الله ﷺ اي الاعمال أفضل ؟ قال « الصلاة بمواقيتها - قلت ثم أي ؟ قال - بر الوالدين - قلت - ثم أي ؟ قال - الجهاد في سبيل الله » متفق على معناه وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى ابو هريرة قال سئل رسول الله ﷺ اي الاعمال افضل ؟ اواي الاعمال خير ؟ قال « الايمان بالله ورسوله - قيل ثم اي شيء ؟ قال - الجهاد سنام العمل - قيل ثم اي قال - حج مبرور » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى ابو سعيد قال قيل يارسول الله أي الناس أفضل قال « من يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله » متفق عليه وعن ابن عباس ان النبي ﷺ قال « الا اخبركم بخير الناس ؟ رجل ممسك بعنان فرسه في سبيل الله » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى الخلال باسناده عن الحسن قال قال رسول الله ﷺ « والذي نفسي بيده ما بين السماء والارض من عمل افضل من جهاد في سبيل الله أو حجة مبرورة لا رفث فيها ولا فسوق ولا جدال » ولان الجهاد بذل المهجة والمال ونفعه يعم المسلمين كلهم صغيرهم وكبيرهم وقويهم وضعيفهم ذكرهم وانثاهم وغيره لا يساويه في نفعه وخطره فلا يساويه في فضله.

عليه قال ابن عبد البر أم حرام بنت ملحان اخت ام سليم خالة رسول الله ﷺ من الرضاعة ارضعته اخت لها ثالثة ولم نر هذا عن أحد سواه واظنه انما قال هذا لان النبي ﷺ كان ينام في بيتها وينظر الى شعرها ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب ، وروى ابو داود باسناده عن ام حرام عن النبي ﷺ أنه قال « المائد في البحر الذي يصيبه القيء له اجر شهيد والغرق له أجر شهيدين » وروى ابن ماجه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « شهيد البحر مثل شهيدي البر والمائد في البحر كالمتشحط في دمه في البر وما بين الموجتين كقاطع الدنيا في طاعة الله وان الله وكل ملك الموت بقبض الارواح إلا شهيد البحر فانه يتولى قبض ارواحهم ويغفر لشهيد البر الذنوب كلها الا الدين ويغفر لشهيد البحر الذنوب والدين » ولان البحر أعظم خطراً ومشقة فانه بين العدو وخطر الغرق ولا يتمكن من الفرار الا مع اصحابه فكان افضل من غيره

(فصل) وقتال اهل الكتاب افضل من قتال غيرهم وكان ابن المبارك يأتي من مرو لغزو الروم فقيل له في ذلك فقال ان هؤلاء يقاتلون على دين وقد روي عن النبي ﷺ انه قال لأم خلاد « ان ابنك له أجر شهيدين » قالت ولم ذاك يارسول الله ؟ قال « لانه قتله أهل الكتاب » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ [وغزو البحر أفضل من البر]

غزو البحر مشروع وفضله كبير قال انس بن مالك نام رسول الله ﷺ ثم استيقظ وهو يضحك قالت ام حرام فقلت ما يضحكك يارسول الله؟ قال « ناس من امتي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الاسرة - أو - مثل الملوك على الاسرة » متفق عليه قال ابن عبد البر: ام حرام بنت ملحان أخت ام سليم خالة رسول الله ﷺ من الرضاعة ارضعته أخت لها ثالثة ولم يرو هذا عن أحد سواه واظنه انما قال هذا لان النبي ﷺ كان ينام في بيتها وينظر إلى شعرها ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب وروى ابو داود باسناده عن ام حرام عن النبي ﷺ انه قال « المائد في البحر الذي يصيبه القيء له اجر شهيد والغرق له اجر شهيدين » وروى ابن ماجه باسناده عن النبي ﷺ انه قال « شهيد البحر مثل شهيدي البر والمائد في البحر كالمتشحط في دمه في البر وما بين الموجتين كقاطع الدنيا في طاعة الله وان الله وكل ملك الموت بقبض الارواح إلا شهيد البحر فانه يتولى قبض ارواحهم ويغفر لشهيد البر الذنوب كلها إلا الدين ويغفر لشهيد البحر الذنوب والدين» ولان البحر اعظم خطراً ومشقة فانه بين خطر العدو وخطر الغرق ولا يتمكن من الفرار إلا مع اصحابه فكان افضل من غيره

[فصل] وقتال اهل الكتاب افضل من قتال غيرهم وكان ابن المبارك رضي الله عنه يأتي من مرو لغزو الروم فقيل له في ذلك فقال ان هؤلاء يقاتلون على دين وقد روي عن النبي ﷺ انه قال لام خلاد « ان ابنك له اجر شهيدين » قالت ولم ذاك يارسول الله ؟ قال « لانه قتله اهل الكتاب » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويغزى مع كل بر وفاجر)

يعني مع كل امام قال ابو عبد الله وسئل عن الرجل يقول انا لا أغزو ويأخذه ولد العباس انما يوفر الفيء عليهم فقال سبحان الله هؤلاء قوم سوء هؤلاء القعدة مثبطون جهال فيقال ارأيتم لو ان الناس كلهم قعدوا كما قعدتم من كان يغزو ؟ أليس كان قد ذهب الاسلام ؟ ما كانت تصنع الروم وقد روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الجهاد واجب عليكم مع كل أمير براً كان او فاجراً » وباسناده عن انس قال قال رسول الله ﷺ « ثلاث من أصل الايمان : الكف عمن قال لا إله الا الله لا نكفره بذنب ولا نخرجه من الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل آخر أمتي الدجال والايمان بالأقدار » ولان ترك الجهاد مع الفاجر يفضي الى قطع الجهاد وظهور الكفار على المسلمين واستئصالهم وظهور كلمة الكفر وفيه فساد عظيم قال الله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض)

(فصل) قال أحمد لا يعجبني ان يخرج مع الامام أو القائد إذا عرف بالهزيمة وتضييع المسلمين وانما يغزو مع من له شفقة وحيطة على المسلمين فان كان القائد يعرف بشرب الخمر والغلول يغزى معه إنما ذلك في نفسه ويروى عن النبي ﷺ « إن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر »

﴿ مسئلة ﴾ (ويغزى مع كل بر وفاجر)

يعني مع كل امام براً كان او فاجراً وقد سئل أحمد عن الرجل يقول انا لاأغزو ويأخذه ولد العباس انما يوفر الفيء عليهم فقال سبحان الله هؤلاء قوم سوء هؤلاء القعدة مثبطون جهال فيقال ارأيتم لو أن الناس كلهم قعدوا كما قعدتم من كان يغزو ؟ أليس كان قد ذهب الاسلام ؟ ما كانت تصنع الروم ؟ وقد روى أبو داود باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « الجهاد واجب عليكم مع كل أمير براً كان أو فاجراً » وباسناده عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ثلاث من أصل الايمان الكف عمن قال لا إله إلا الله لا نكفره بذنب ولا نخرجه من الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار » ولان ترك الجهاد مع الفاجر يفضي إلى قطعه وظهور الكفار على المسلمين واستئصالهم وظهور كلمة الكفار وفيه فساد عظيم ، قال الله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض)

(فصل) قال أحمد لا يعجبني أن يخرج مع الامام أو القائد إذا عرف بالهزيمة وتضييع المسلمين وإنما يغزو مع من له شفقة وحيطة على المسلمين فان كان يعرف بشرب الخمر والغلول يغزى معه إنما ذلك في نفسه ويروى عن النبي ﷺ « ان الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر »

﴿ مسئلة ﴾ (ويقاتل كل قوم من يليهم من العدو) .

[فصل] ولا يستصحب الامير معه مخذلا وهو الذي يثبط الناس عن الغزو ويزهدهم في الخروج اليه والقتال والجهاد مثل أن يقول الحر أو البرد شديد والمشقة شديدة ولا تؤمن هزيمة هذا الجيش وأشباه هذا ولا مرجفاً وهو الذي يقول قد هلكت سرية المسلمين وما لهم مدد ولا طاقة لهم بالكفار والكفار لهم قوة ومدد وصبر ولا يثبت لهم أحد ونحو هذا ولا من يعين على المسلمين بالتجسس للكفار وإطلاعهم على عورات المسلمين ومكاتبتهم باخبارهم ودلالتهم على عوراتهم أو ايواء جواسيسهم ولا من يوقع العداوة بين المسلمين ويسعى بالفساد لقول الله تعالى (ولكن كره الله انبعاثهم فثبطهم وقيل اقعدوا مع القاعدين لو خرجوا فيكم مازادوكم إلا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة) ولان هؤلاء مضرة على المسلمين فيلزمه منعهم، وإن خرج معه أحد هؤلاء لم يسهم له ولم يرضخ وإن أظهر عون المسلمين لانه يحتمل ان يكون أظهره نفاقا وقد ظهر دليله فيكون مجرد ضرر فلا يستحق مما غنموا شيئاً وان كان الامير أحد هؤلاء لم يستحب الخروج معه لأنه اذا منع خروجه تبعاً فمتبوعا أولى ولأنه لاتؤمن المضرة على من صحبه

﴿مسئلة﴾ قال (ويقاتل كل قوم من يليهم من العدو)

الاصل في هذا قول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) ولان الاقرب

الأصل في هذا قول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) ولأن الاقرب أكثر ضرراً وفي قتاله دفع ضرره عن المقاتل له وعمن وراءه ولان الاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة في المسلمين لاشتغالهم عنه قيل لأحمد رحمه الله: يحكون عن ابن المبارك أنه قيل له تركت قتال العدو عندك وجئت إلى ههنا قال؟ هؤلاء أهل كتاب؟ فقال أبو عبد الله سبحان الله ماأدري ماهذا القول يترك العدو عنده ويجيء إلى ههنا؟ أفيكون هذا؟ أو يستقيم هذا؟ وقد قال الله تعالى [قاتلوا الذين يلونكم من الكفار] ولو أن أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد وهذا والله أعلم إنما فعله ابن المبارك لكونه متبرعا بالجهاد والكفاية حاصلة بغيره من أهل الديوان واجناد المسلمين والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية فكان له أن يجاهد حيث شاء ومع من شاء. إذا ثبت هذا فإن كان له عذر في البداية بالابعد لكونه أخوف أو لمصلحة في البداية به لقربه وامكان الفرصة منه أو لكون الاقرب مهادنا أو يمنع مانع من قتاله فلا بأس بالبداية بالابعد للحاجة.

(فصل) وأمر الجهاد موكول إلى الامام واجتهاده ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك وينبغي أن يبتدىء بترتيب قوم في اطراف البلاد يكفون من بازائهم من المشركين ويأمر بعمل حصونهم وحفر خنادقهم وجميع مصالحهم ويؤمر في كل ناحية أميراً يقلدهم امر الحرب وتدبير الجهاد ويكون ممن له رأي وعقل ونجدة وبصر بالحرب ومكايدة العدو مع أمانة ورفق بالمسلمين ونصح لهم وإنما يبدأ

أكثر ضرراً وفي قتاله دفع ضرره عن المقابل له وعمن وراءه والاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة في المسلمين لاشتغالهم عنه ، قيل لاحمد يحكون عن ابن المبارك انه قيل له تركت قتال العدو عندك وجئت الى ههنا ؟ قال هؤلاء أهل الكتاب فقال ابو عبد الله سبحان الله ما أدري ماهذا القول ؟ يترك العدو عنده ويجيء الى ههنا أفيكون هذا ؟ او يستقيم هذا وقد قال الله تعالى (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) لوان أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد وهذا والله أعلم انما فعله ابن المبارك لكونه متبرعا بالجهاد والكفاية حاصلة بغيره من أهل الديوان وأجناد المسلمين والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية فكان له ان يجاهد حيث شاء ومع من شاء . اذا ثبت هذا فان كان له عذر في البداية بالابعد لكونه أخوف او لمصلحة في البداية به لقربه وامكان الفرصة منه او لكون الاقرب مهادناً او يمنع من قتاله مانع فلا بأس بالبداية بالابعد لكونه موضع حاجة

(فصل) وأمر الجهاد موكول الى الامام واجتهاده ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك وينبغي أن يبتديء بترتيب قوم في أطراف البلاد يكفون من بازائهم من المشركين ويأمر بعمل حصونهم وحفر خنادقهم وجميع مصالحهم ويؤمر في كل ناحية أميراً يقلده أمر الحروب وتدبير الجهاد ويكون ممن له رأي وعقل ونجدة وبصر بالحرب ومكايدة العدو ويكون فيه أمانة ورفق ونصح للمسلمين ، وانما يبدأ بذلك لانه لايأمن عليها من المشركين ، ويغزو كل قوم من يليهم الا ان يكون في بعض الجهات من

بذلك لانه لايأمن عليها من المشركين ، ويغزو كل قوم من يليهم إلا ان يكون في بعض الجهات من لايكفيه من يليه فينجدهم بقوم آخرين ويكونون معهم ويوصي من يؤمره أن لايحمل المسلمين على مهلكة ولا يامرهم بدخول مطمورة يخاف أن يقتلوا تحتها فان فعل ذلك فقد أساء ويستغفر الله تعالى ولا عقل عليه ولا كفارة إذا أصيب واحد منهم بطاعته لانه فعل ذلك باختياره ، فان عدم الامام لم يؤخر الجهاد لان مصلحته تفوت بتأخيره ، وان حصلت غنيمة قسموها على موجب الشرع ، قال القاضي وتؤخر قسمة الاماء حتى يقوم إمام احتياطاً للفروج فان بعث الامام جيشاً وأمر عليهم اميراً فقتل أو مات فللجيش ان يؤمروا احدهم كما فعل أصحاب النبي ﷺ في جيش مؤتة لما قتل أمراؤهم أمروا عليهم خالد بن الوليد فبلغ النبي ﷺ فرضي امرهم وصوب رأيهم وسمى خالداً يومئذ «سيف الله»

[فصل] قال احمد قال عمر رضي الله عنه وفروا الاظفار في ارض العدو فانه سلاح قال احمد يحتاج اليها في ارض العدو ألا ترى انه إذا اراد أن يحل الحبل اوالشيء فاذا لم يكن له اظفار لم يستطع وقال عن الحكم بن عمرو امرنا رسول الله ﷺ ان لا نحفي الاظفار في الجهاد فان القوة الاظفار

[فصل] قال احمد يشيع الرجل إذا خرج ولا يتلقونه شيع علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك ولم يتلقه ، وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه شيع يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام ويزيد راكب وأبو بكر رضي الله عنه يمشي فقال

لايفي به من يليه فينقل اليهم قوما من آخرين ويتقدم إلى من يؤمره ان لايحمل المسلمين على مهلكة ولا يأمرهم بدخول مطمورة يخاف أن يقتلوا تحتها فان فعل ذلك فقد أساء ويستغفر الله تعالى وليس عليه عقل ولا كفارة اذا أصيب واحد منهم بطاعته لانه فعل ذلك باختياره ومعرفته فان عدم الامام لم يؤخر الجهاد لان مصلحته تفوت بتأخيره وإن حصلت غنيمة قسمها أهلها على موجب الشرع. قال القاضي ويؤخر قسمة الاماء حتى يظهر امام احتياطا للفروج فان بعث الامام جيشاً وأمر عليهم أميراً فقتل او مات فللجيش أن يؤمروا أحدهم كما فعل أصحاب النبي ﷺ في جيش مؤتة لما قتل أمراؤهم الذين أمرهم النبي ﷺ أمروا عليهم خالد بن الوليد فبلغ النبي ﷺ فرضي أمرهم وصوب رأيهم وسمى خالداً يومئذ «سيف الله»

(فصل) قال احمد قال عمر وفروا الاظفار في أرض العدو فانه سلاح ، قال احمد يحتاج اليها في أرض العدو الا ترى انه اذا أراد ان يحل الحبل او الشيء فاذا لم يكن له اظفار لم يستطع وقال عن الحكم بن عمرو أمرنا رسول الله ﷺ ان لانحفي الاظفار في الجهاد فان القوة الاظفار

(فصل) قال احمد يشيع الرجل اذا خرج ولا يتلقونه شيع علي رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك ولم يتلقه

وروي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه شيع يزيد بن ابي سفيان حين بعثه إلى الشام

له يزيد ياخليفة رسول اما ان تركب واما ان انزل انا فامشي معك فقال لا أركب ولا تنزل اني أحتسب خطاي هذه في سبيل الله تعالى،وشيع أبو عبد الله أبا الحارث الصائغ ونعلاه في يديه وذهب الى فعل أبي بكر رضي الله عنه اراد ان تغبر قدماه في سبيل الله وقال عن عوف بن مالك الخثعمي عن النبي ﷺ « من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار» قال أحمد ليس للخثعمي صحبة وهو قديم

﴿ مسئلة ﴾ (وتمام الرباط أربعون يوما وهو لزوم الثغر للجهاد)

معنى الرباط الاقامة بالثغر مقويا للمسلمين على الكفار والثغر كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم وأصله من رباط الخيل لان هؤلاء يربطون خيولهم وهؤلاء يربطون خيولهم كل يعد لصاحبه فسمي المقام بالثغر رباطاً وان لم يكن خيل،وفيه فضل عظيم وأجر كبير قال أحمد ليس يعدل الجهاد والرباط شيء والرباط دفع عن المسلمين وعن حريمهم وقوة لاهل الثغر ولاهل الغزو فالرباط عندي أصل الجهاد وفرعه والجهاد افضل منه للعناء والتعب والمشقة وقدروي في فضل الرباط اخبار منها ماروى سلمان رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول« رباط ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه فان مات جرى عليه عمله الذي كان يعمل وأجري عليه رزقه وأمن الفتان» رواه مسلم وعن فضالة بن عبيد رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قال« كل ميت يختم على عمله الا المرابط في سبيل الله فانه

ويزيد راكب وابو بكر رضي الله عنه يمشي فقال له يزيد ياخليفة رسول الله اما ان تركب واما ان انزل انا فأمشي معك، قال لا أركب ولا تنزل انني أحتسب خطاي هذه في سبيل الله . وشيع ابو عبدالله ابا الحارث الصائغ ونعلاه في يديه وذهب إلى فعل ابي بكر اراد ان تغبر قدماه في سبيل الله . وقال عن عوف بن مالك الخثعمي عن النبي ﷺ « من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار » قال احمد ليس للخثعمي صحبة وهو قديم

(مسئلة) قال (وتمام الرباط أربعون يوما)

معنى الرباط الاقامة بالثغر مقويا للمسلمين على الكفار والثغر كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم وأصل الرباط من رباط الخيل لان هؤلاء يربطون خيولهم وهؤلاء يربطون خيولهم كل يعد لصاحبه فسمي المقام بالثغر رباطا وإن لم يكن فيه خيل وفضله عظيم وأجره كبير ، قال احمد ليس يعدل الجهاد عندي والرباط شيء والرباط دفع عن المسلمين وعن حريمهم وقوة لاهل الثغر ولاهل الغزو فالرباط أصل الجهاد وفرعه والجهاد أفضل منه للعناء والتعب والمشقة

وقد روي في فضل الرباط أخبار منها ماروى سلمان قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « رباط

ينمو له عمله الى يوم القيامة ويؤمن من فتان القبر » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن عثمان بن عثمان رضي الله عنه انه قال على المنبر: اني كنت كتمتكم حديثا سمعته من رسول الله ﷺ كراهية تفرقكم عني ثم بدالي ان أحدثكموه ليختار امرؤ منكم لنفسه سمعت رسول الله ﷺ يقول « رباط يوم في سبيل الله خير من الف يوم فيما سواه من المنازل » رواه أبو داود والاثرم وغيرهما . إذا ثبت هذا فان الرباط يقل ويكثر فكل مدة اقامها بنية الرباط فهي رباط قلت أو كثرت ولهذا قال النبي ﷺ « رباط يوم — ورباط ليلة » قال أحمد يوم رباط وليلة رباط وساعة رباط وقال عن أبي هريرة رضي الله عنه من رابط يوما في سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ومن زاد زاده الله ، وروى سعيد باسناده عن أبي هريرة قال رباط يوم في سبيل الله أحب الي من ان أوافق ليلة القدر في أحد المسجدين مسجد الحرام ومسجد رسول الله ﷺ ومن رابط أربعين يوما فقد استكمل الرباط وتمام الرباط أربعون يوما روي ذلك عن أبي هريرة رضي الله عنه وقد ذكرنا خبر أبي هريرة ، وروى أبو الشيخ في كتاب الثواب باسناده عن النبي ﷺ انه قال « تمام الرباط أربعون يوما » وروى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قدم على عمر بن الخطاب من الرباط فقال له كم رابطت قال ثلاثين يوما قال عزمت عليك الارجعت حتى تتمها أربعين يوما فان رابط أكثر فله أجره كما قال أبو هريرة ومن زاد زاده الله

(فصل) وأفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا لأنهم أحوج ومقامه به انفع قال أحمد رحمه

ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه فان مات جرى عليه عمله الذي يعمل ، واجري عليه رزقه وأمن الفتان » رواه مسلم

وعن فضالة بن عبيد ان رسول الله ﷺ قال « كل ميت يختم على عمله إلا المرابط في سبيل الله فانه ينمو له عمله الى يوم القيامة ويؤمن من فتان القبر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال على المنبر اني كنت كتمتكم حديثا سمعته من رسول الله ﷺ كراهية تفرقكم عني ثم بدا لي ان احدثكموه ليختار امرؤ منكم لنفسه سمعت رسول الله ﷺ يقول « رباط يوم في سبيل الله خير من الف يوم فيما سواه من المنازل » رواه ابو داود والاثرم وغيرهم اذا ثبت هذا فان الرباط يقل ويكثر فكل مدة أقامها بنية الرباط فهو رباط قل اوكثر ولهذا قال النبي ﷺ «رباط يوم - ورباط ليلة» قال احمد يوم رباط وليلة رباط وساعة رباط وقال عن ابي هريرة ومن رابط يوما في سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ومن زاد زاده الله، وروى سعيد ابن منصور باسناده عن عطاء الخراساني عن ابي هريرة رباط يوم في سبيل الله أحب الي من أن أوافق ليلة القدر في احد المسجدين مسجد الحرام او مسجد رسول الله ﷺ ومن رابط اربعين يوما فقد استكمل الرباط وتمام الرباط أربعون يوما روي ذلك عن ابي هريرة وابن عمر وقد ذكرنا خبر ابي هريرة وروى أبو الشيخ في كتاب الثواب باسناده عن النبي ﷺ أنه قال « تمام الرباط أربعون

الله : أفضل الرباط اشدهم كلبا وقيل لابي عبد الله فاين أحب اليك ان ينزل الرجل باهله؟ قال كل مدينة معقل المسلمين مثل دمشق وقال أرض الشام أرض المحشر ودمشق موضع يجتمع الناس اليه اذا غابت الروم ، قيل لابي عبد الله فهذه الاحاديث التي جاءت « ان الله تكفل لي باهل الشام» ونحو هذا قال ما أكثر ماجاء فيه ، وقيل له ان هذا في الثغور فأنكره وقال أرض القدس أين هي ولا يزال أهل الغرب ظاهرين ؟هم أهل الشام ففسر أحمد الغرب في هذا الحديث بالشام وهو صحيح رواه مسلم وانما فسره بذلك لان الشام يسمى مغرباً لانه مغرب للعراق كما يسمى العراق مشرقاً ولهذا قيل ولاهل المشرق ذات عرق وقد جاء في حديث مصرحاً به « لاتزال طائفة من امتي ظاهرين على الحق لايضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم بالشام » وفي حديث مالك بن يخامر عن معاذ رضي الله عنه قال «وهم بالشام» رواه البخاري وروى في تاريخه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « لاتزال طائفة بدمشق ظاهرين» وقد روي في الشام أخبار كثيرة منها حديث عبد الله بن حوالة الازدي رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال « ستجندون أجناداً جنداً بالشام وجنداً بالعراق وجنداً باليمن فقلت خر لي يارسول الله قال عليك بالشام فانها خيرة الله من ارضه يجتبي اليها خيرته من عباده فمن أبى فليلحق باليمن ويشق من غدره فان الله تكفل لي بالشام وأهله» رواه أبو داود بمعناه وكان أبو ادريس اذا روى هذا الحديث قال ومن تكفل الله به فلا ضيعة عليه وروي عن الاوزاعي قال اتيت المدينة فسألت من

يوما » وروي عن نافع عن ابن عمر انه قدم على عمر بن الخطاب من الرباط فقال له كم رابطت؟ قال ثلاثين يوما قال عزمت عليك الا رجعت حتى تتمها أربعين يوما، وان رابط أكثر فله أجره كما قال أبو هريرة ومن زاد زاده الله.

(فصل) وافضل الرباط المقام باشد الثغور خوفا لانهم أحوج ومقامه به انفع قال احمد أفضل الرباط اشدهم كلبا وقيل لابي عبد الله فأين احب اليك ان ينزل الرجل بأهله ؟ قال كل مدينة معقل للمسلمين مثل دمشق وقال أرض الشام أرض المحشر ودمشق (١) موضع يجتمع اليه الناس إذا غلبت الروم قيل لأبي عبد الله فهذه الاحاديث التي جاءت « ان الله تكفل لي بالشام » ونحو هذا قال ما أكثر ماجاء فيه وقيل له ان هذا في الثغور فانكره وقال أرض القدس أين هي؟ ولا يزال اهل الغرب ظاهرين هم أهل الشام ففسر احمد الغرب في هذا الحديث بالشام وهو حديث صحيح رواه مسلم وانما فسره بذلك لان الشام يسمى مغربا لانه مغرب للعراق كما يسمى العراق مشرقا ولهذا قيل ولاهل المشرق ذات عرق وقد جاء في حديث مصرحا به « لاتزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم بالشام »

وفي الحديث عن مالك بن يخامر عن معاذ بن جنبل قال وهم بالشام رواه البخاري في صحيحه وفي خبر عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لاتزال طائفة بدمشق ظاهرين » أخرجه البخاري

(١) قال شيخنا تقي الدين الزريراني طاب ثراه وجدت نسخة بالشام من المغني وفيها ههنا فصل في فصل دمشق

بها من العلماء ؟ فقيل محمد بن المنكدر ومحمد بن كعب القرظي ومحمد بن علي بن عبدالله بن العباس ومحمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب فقلت والله لا بد أن بهذا قبلهم فدخلت اليه فأخذ بيدي وقال من أي اخواننا انت ؟قلت من أهل الشام قال من أيهم ؟ قلت من أهل دمشق قال حدثني أبي عن جدي عن رسول الله ﷺ انه قال « يكون للمسلمين ثلاث معاقل فمعقلهم في الملحمة الكبرى التي تكون بعمق انطاكية دمشق، ومعقلهم من الدجال بيت المقدس، ومعقلهم من يأجوج ومأجوج طورسيناء » رواه أبو نعيم في الحلية وعن أبي الدرداء رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قال « ان فسطاط المسلمين يوم الملحمة بالغوطة الى جانب مدينة يقال لها دمشق من خير مدائن الشام » رواه أبو داود

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحب نقل أهله اليه وقال رسول الله ﷺ « رباط يوم في سبيل الله خير من الف يوم فيما سواه من المنازل)

قد ذكرنا هذا الحديث وهو صحيح رواه أبو داود وغيره واراد بالثغر ههنا الثغر المخوف وهذا قول الحسن والاوزاعي لما روى يزيد بن عبد الله قال قال: عمر رضي الله عنه لاتنزلوا المسلمين ضفة البحر رواه الاثرم ، ولان الثغور المخوفة لايؤمن ظفر العدو بها وبمن فيها واستيلاؤهم على الذرية والنساء

في التاريخ ، وقد رويت في الشام أخبار كثيرة منها حديث عبدالله بن حوالة الازدي ان النبي ﷺ قال « ستجندون أجناداً جنداً بالشام وجنداً بالعراق وجنداً باليمن » فقلت خر لي يارسول الله قال عليك بالشام فانها خيرة الله من أرضه يجتبي اليها خيرته من عباده فمن أبى فليلحق باليمن ويشق من غدره فان الله تكفل لي بالشام وأهله » رواه ابو داود بمعناه وكان ابو ادريس اذا روى هذا الخبر قال ومن تكفل الله به فلا ضيعة عليه

وروي عن الاوزاعي قال : أتيت المدينة فسألت من بها من العلماء؟ فقيل محمد بن المنكدر ومحمد بن كعب القرظي ومحمد بن علي بن عبدالله بن العباس ومحمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقلت والله لأبدأن بهذا قبلهم فدخلت إليه فأخذ بيدي وقال من أي اخواننا أنت؟ قلت من أهل الشام قال من أيهم ؟ قلت من أهل دمشق قال حدثني أبي عن جدي عن رسول الله ﷺ أنه قال « يكون للمسلمين ثلاث معاقل فمعقلهم في الملحمة الكبرى التي تكون بعمق أنطاكية دمشق، ومعقلهم من الدجال بيت المقدس، ومعقلهم من يأجوج ومأجوج طورسيناء » رواه ابونعيم في الحلية وفي خبر آخر عن أبي الدرداء ان رسول الله ﷺ قال « ان فسطاط المسلمين يوم الملحمة بالغوطة الى جانب مدينة يقال لها دمشق من خير مدائن الشام» أخرجه ابوداود ، وروى سعيد بن منصور في سننه باسناده عن ابي النضر ان عوف بن مالك أتى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله أوصني قال

قيل لابي عبد الله رحمه الله فتخاف على المنتقل بعياله الى الثغر الاثم ؟ قال كيف لا أخاف الاثم وهو يعرض ذريته للمشركين؟ وقال كنت آمر بالتحول بالاهل والعيال الى الشام قبل اليوم فانا انهى عنه الآن لان الامر قد اقترب، وقال لابد لهؤلاء القوم من يوم قيل فذلك في آخر الزمان قال فهذا آخر الزمان قيل له فالنبي ﷺ كان يقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها قال هذا للواحدة ليس الذرية قال الشيخ رحمه الله وهذا من كلام أحمد محمول على ان غير أهل الثغر لا يستحب لهم الانتقال بأهلهم الى ثغر مخوف فأما أهل الثغر فلا بد لهم من السكنى بأهلهم لولا ذلك لخربت الثغور وتعطلت وخص الثغر المخوف بالكراهة لان الخوف عليها أكثر ولان الغالب من غير المخوفة سلامتها وسلامة أهلها

(فصل) ويستحب لاهل الثغر ان يجتمعوا في مسجد واحد بحيث اذا حضر النفير صادفهم مجتمعين فيبلغ الخبر جميعهم ويراهم عين الكفار فيعلم كثرتهم فيخوف بهم لانهم اذا كانوا متفرقين رأى الجاسوس قلتهم، وروي عن الاوزاعي انه قال في المساجد التي بالثغر لو ان لي عليها ولاية لسمرت أبوابها حتى تكون صلاتهم في مسجد واحد حتى اذا جاء النفير وهم متفرقون لم يكونوا مثلهم اذا كانوا في موضع واحد

(فصل) في الحرس في سبيل الله وفيه ثواب عظيم وفضل كبير قال ابن عباس رضي الله عنهما سمعت رسول الله ﷺ «يقول عينان لاتمسهما النار عين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس في سبيل الله » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وعن سهل بن الحنظلية أنهم ساروا مع رسول

«عليك بجبل الخمر» قال وما جبل الخمر ؟ قال «ارض المحشر» وباسناده عن عطاء الخراساني بلغني ان رسول الله ﷺ قال «رحم الله اهل المقبرة» ثلاث مرات فسئل عن ذلك فقال «تلك مقبرة تكون بعسقلان» فكان عطاء يرابط بها كل عام أربعين يوما حتى مات، وروى الدارقطني في كتابه المخرج على الصحيحين باسناده عن ابن عمر ان النبي ﷺ صلى على مقبرة فقيل له يا رسول الله أي مقبرة هي ؟ قال «مقبرة بأرض العدو يقال لها عسقلان يفتتحها ناس من امتي يبعث الله منها سبعين الف شهيد فيشفع الرجل في مثل ربيعة ومضر ولكل عروس وعروس الجنة عسقلان» وباسناده عن ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا اتى النبي ﷺ فقال اني اريد ان اغزو ؟ فقال «عليك بالشام واهله ثم الزم من الشام عسقلان فانها إذا دارت الرحى في امتي كان اهلها في راحة وعافية »

(فصل) ومذهب ابي عبد الله كراهة نقل النساء والذرية الى الثغور المخوفة وهو قول الحسن والأوزاعي لما روى يزيد بن عبدالله قال : قال عمر لاتنزلوا المسلمين ضفة البحر رواه الاثرم باسناده ولان الثغور المخوفة لايؤمن ظفر العدو بها وبمن فيها واستيلاؤهم على الذرية والنساء قيل لابي عبدالله فتخاف على المنتقل بعياله الى الثغر الاثم ؟ قال كيف لااخاف الاثم وهو يعرض ذريته للمشركين ؟ وقال كنت آمر بالتحول بالاهل والعيال الى الشام قبل اليوم فأنا انهى عنه الآن لان الامر قد اقترب وقال لابد لهؤلاء القوم من يوم قيل فذلك في آخر الزمان قال فهذا آخر الزمان قيل فالنبي ﷺ

الله ﷺ يوم حنين فأطنبوا السير حتى كان عشية قال من يحرسنا الليلة ؟» قال أنس بن أبي مرثد الغنوي أنا يارسول الله قال « فاركب » فركب فرساً له وجاء إلى رسول الله ﷺ فقال له « استقبل هذا الشعب حتى تكون في أعلاه ولا نغرن من قبلك الليلة» فلما اصبحنا جاء رسول الله ﷺ إلى مصلاه فركع ركعتين ثم قال « هل أحسستم فارسكم ؟ » قالوا لا فثوب بالصلاة فجعل رسول الله ﷺ يصلي وهو يلتفت الى الشعب حتى إذا قضى رسول الله ﷺ قال « ابشروا قد جاء فارسكم » فاذا هو قد جاء حتى إذا وقف على رسول الله ﷺ قال اني انطلقت حتى كنت في أعلى هذا الشعب حيث أمرني رسول الله ﷺ فلما اصبحت اطلعت الشعبين كليهما فنظرت فلم ار أحداً فقال له رسول الله « هل نزلت الليلة ؟ » قال لا إلا مصلياً أو قاضي حاجة فقال له رسول الله ﷺ « قد أوجبت فلا عليك أن لاتعمل بعدها » رواه ابوداود ، وعن عثمان رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « حرس ليلة في سبيل الله أفضل من ألف ليلة قيام ليلها وصيام نهارها » رواه ابن سنجر

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب الهجرة على من يعجز عن إظهار دينه في دار الحرب وتستحب لمن قدر عليه)

الهجرة هي الخروج من دار الكفر الى دار الاسلام قال الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي انفسهم قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا ألم تكن ارض الله واسعة فتهاجروا فيها ؟) الآيات . وروي عن النبي ﷺ انه قال « أنا بريء من مسلم بين مشركين »

كان يقرع بين نسائها فأيتهن خرج سهمها خرج بها قال هذا للواحدة ليس الذرية. وهذا من كلام احمد محمول على ان غير اهل الثغر لايستحب لهم الانتقال بأهلهم الى ثغر مخوف فأما اهل الثغر فلا بد لهم من السكنى بأهلهم لولا ذلك لخربت الثغور وتعطلت وخص الثغور المخوفة بدليل انه اختار سكنى دمشق ونحوها مع كونها ثغراً لان الغالب سلامتها وسلامة اهلها .

[فصل] ويستحب لاهل الثغر ان يجتمعوا في المسجد الاعظم لصلواتهم كلها ليكون اجمع لهم واذا حضر النفير صادفهم مجتمعين فيبلغ الخبر جميعهم ، وان جاء خبر يحتاجون إلى سماعه او أمر يراد اعلامهم به يعلمونه ويراهم عين الكفار فيعلم كثرتهم فيخوف بهم . قال احمد ان كانوا متفرقين يرى الجاسوس قلتهم . قال وبلغني عن الاوزاعي أنه قال في المساجد التي بالثغر لوأن لي عليها ولاية لسمرت أبوابها ولم يقل لخربتها حتى تكون صلاتهم في موضع واحد حتى اذا جاء النفير وهم متفرقون لم يكونوا مثلهم اذا كانوا في موضع واحد

(فصل) وفي الحرس في سبيل الله فضل كبير قال ابن عباس سمعت رسول الله ﷺ يقول « عينان لاتمسها النار عين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس في سبيل الله » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وقال النبي ﷺ « رحم الله حارس الحرس » وعن سهل بن الحنظلية أنهم ساروا مع رسول الله ﷺ يوم حنين فأطنبوا السير حتى كان عشية قال «من يحرسنا الليلة؟» قال

رواه أبوداود والنسائي والترمذي ، ومعناه لا يكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا أوقدت في آي وأخبار سوى هذين كثير

(فصل) وحكم الهجرة باق لاينقطع إلى يوم القيامه في قول عامة أهل العلم ، وقال قوم قد انقطعت الهجرة لان النبي ﷺ قال « لاهجرة بعد الفتح » وقال « قد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » وروي ان صفوان بن أمية لما أسلم قيل له لادين لمن لم يهاجر فأتى المدينة فقال له النبي ﷺ « ماجاء بك أبا وهب ؟» قال قيل انه لادين لمن لم يهاجر قال «ارجع أبا وهب الى أباطح مكة أقروا على مساكنكم فقد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » روى ذلك كله سعيد

ولنا ما روى معاوية رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاتنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها » رواه أبوداود ، وروي عن النبي ﷺ قال « لا تنقطع الهجرة ما كان الجهاد » رواه سعيد وغيره مع إطلاق الآيات والاخبار الدالة عليها ، وتحقق المعنى المقتضي لها في كل زمان

وأما الاحاديث الأول فأراد بها لا هجرة بعد الفتح من بلد قد فتح ، وقوله لصفوان «ان الهجرة قد انقطعت » يعني من مكة لان الهجرة الخروج من بلد الكفار فإذا فتح لم يبق بلد الكفار فلا تبقى منه هجرة ، وهكذا كل بلد فتح لاتبقى منه هجرة إنما الهجرة النبية

أنس بن أبي مرثد الغنوي أنا يارسول الله قال «فاركب» فركب فرساً له وجاء إلى رسول الله ﷺ فقال له «استقبل هذا الشعب حتى تكون في أعلاه ولا نغرن من قبلك الليلة» فلما أصبحنا جاء رسول الله ﷺ الى مصلاه فركع ركعتين ثم قال «هل أحسستم فارسكم الليلة؟» قالوا لا فثوب بالصلاة فجعل رسول الله ﷺ يصلي وهو يلتفت إلى الشعب حتى إذا قضى رسول الله ﷺ صلاته وسلم قال «أبشروا قد جاءكم فارسكم» فاذا هو قد جاء حتى وقف على رسول الله ﷺ فقال اني انطلقت حتى كنت في أعلى هذا الشعب حيث أمرني رسول الله ﷺ فلما أصبحت اطلعت الشعبين كليهما فنظرت فلم أر أحداً فقال له رسول الله ﷺ «هل نزلت الليلة؟» قال لا الامصلياً اوقاضياً حاجة فقال له رسول الله ﷺ «قد أوجبت فلاعليك أن لا تعمل بعدها» رواه ابو داود، وعن عثمان رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «حرس ليلة في سبيل الله افضل من الف ليلة قيام ليلها وصيام نهارها» رواه ابن سنجر

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعا الا باذنهما)

روي نحو هذا عن عمر وعثمان وبه قال مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وسائر أهل العلم وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله أجاهد؟

(فصل) والناس في الهجرة على ثلاثة أضرب [أحدها] من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولا يمكنه إظهار دينه أو لا يمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة لقول الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم؟ قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها؟ فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً) وهذا وعيد شديد يدل على الوجوب، ولان القيام بواجب دينه واجب على من قدر عليه والهجرة من ضرورة الواجب وتتمته وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب

[الثاني] من لا هجرة عليه وهو من يعجز عنها إما لمرض أو إكراه على الاقامة أو ضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لا هجرة عليه لقول الله تعالى (إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفواً غفوراً) فهذه لا توصف باستحباب لعدم القدرة عليها

(الثالث) من تستحب له ولا تجب عليه وهو من يقدر عليها لكنه يتمكن من إظهار دينه مع إقامته في دار الكفار فيستحب له ليتمكن من جهادهم وتكثير المسلمين ومعونتهم ويتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم ورؤية المنكر بينهم، ولا تجب عليه لامكان اقامة واجب دينه بدون الهجرة وقد كان العباس عم النبي ﷺ رضي الله عنه مقيما بمكة مع إسلامه

فقال « ألك أبوان ؟ - قال نعم قال - ففيهما فجاهد » وعن ابن عباس عن النبي ﷺ مثله رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وفي رواية فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان قال « ارجع اليهما فاضحكهما كما أبكيتهما » وعن ابي سعيد أن رجلا هاجر الى رسول الله ﷺ فقال له رسول الله ﷺ « هل لك باليمن أحد ؟ » قال نعم أبواي قال « أذنا لك ؟ » قال لا قال « فارجع فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد وإلا فبرهما » رواهن ابو داود ولان بر الوالدين فرض عين ، والجهاد فرض كفاية وفرض العين يقدم فاما ان كان أبواه غير مسلمين فلا اذن لهما وبذلك قال الشافعي وقال الثوري لا يغزو إلا باذنهما لعموم الاخبار

ولنا ان أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يجاهدون وفيهم من له ابوان كافران من غير استئذانهما منهم ابو بكر الصديق وابو حذيفة بن عتبة بن ربيعة كان مع النبي ﷺ يوم بدر وابوه رئيس المشركين يومئذ قتل ببدر وابو عبيدة قتل أباه في الجهاد فانزل الله تعالى [لا تجدقوما] الآية وعموم الاخبار مخصص بما رويناه فاما ان كان أبواه رقيقين فعموم كلام الخرقي يقتضي وجوب استئذانهما لعموم الاخبار ولانهما ابوان مسلمان فأشبها الحرين ويحتمل أن لا يعتبر اذنهما لانه لا ولاية لهما وان كانا مجنونين فلا اذن لهما لانه لا يمكن استئذانهما

وروي ان نعيم النحام حين أراد أن يهاجر جاءه قومه بنو عدي فقالوا له أقم عندنا وأنت على دينك ونحن نمنعك ممن يريد أذاك واكفنا ما كنت تكفينا وكان يقوم بيتامى بني عدي وأراملهم فتخلف عن الهجرة مدة ثم هاجر بعد وقال له النبي ﷺ « قومك كانوا خيراً لك من قومي لي : قومي أخرجوني وأرادوا قتلي وقومك حفظوك ومنعوك » فقال يارسول الله قومك أخرجوك الى طاعة الله وجهاد عدوه وقومي ثبطوني عن الهجرة وطاعة الله او نحو هذا القول

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجاهد من عليه دين لا وفاء له ، ومن أحد أبويه مسلم إلا باذن غريمه وأبيه الا أن يتعين عليه الجهاد فانه لا طاعة لهما في ترك فريضة)

من كان عليه دين حال أو مؤجل لم يجز له الخروج إلى الغزو الا باذن غريمه الا أن يترك وفاء أو يقيم به كفيلا أو يوثقه برهن وبهذا قال الشافعي ، ورخص مالك في الغزو لمن لا يقدر على قضاء دينه لانه لا تتوجه عليه المطالبة به ولا حبسه من أجله فلم يمنع من الغزو كما لو لم يكن عليه دين

ولنا أن الجهاد تقصد منه الشهادة التي تفوت بها النفس فيفوت الحق بفواتها ، وقد روي أن رجلا جاء الى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله إن قتلت في سبيل الله صابراً محتسباً يكفر عني خطاياي ؟ قال « نعم إلا الدين فان جبريل قال لي ذلك »

وأما اذا تعين عليه الجهاد فلا إذن لغريمه لانه تعلق بعينه فكان مقدما على ما في ذمته كسائر فروض الاعيان ، ولكن يستحب له أن لا يتعرض لمظان القتل من المبارزة والوقوف في أول المقاتلة لان فيه تغريراً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خوطب بالجهاد فلا اذن لهما وكذلك كل الفرائض لا طاعة لهما في تركها)

يعني اذا وجب عليه الجهاد لم يعتبر إذن والديه لانه صار فرض عين وتركه معصية ولا طاعة لاحد في معصية الله وكذلك كل ماوجب مثل الحج والصلاة في الجماعة والجمع والسفر للعلم الواجب قال الاوزاعي لاطاعة للوالدين في ترك الفرائض والجمع والحج والقتال لأنها عبادة تعينت عليه فلم يعتبر اذن الابوين فيها كالصلاة ولان الله تعالى قال (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولم يشترط اذن الوالدين

(فصل) وإن خرج في جهاد تطوع باذنهما فمنعاه منه بعد سيره وقبل وجوبه فعليه الرجوع لانه معنى لو وجد في الابتداء منع فاذا وجد في أثنائه منع كسائر الموانع إلا ان يخاف على نفسه في الرجوع أو يحدث له عذر من مرض او ذهاب نفقة أو نحوه فان أمكنه الاقامة في الطريق والا مضى مع الجيش فاذا حضر الصف تعين عليه بحضوره ولم يبق لهما اذن ، وإن كان رجوعهما عن الاذن بعد تعين الجهاد عليه لم يؤثر رجوعهما شيئاً ، وإن كانا كافرين فاسلما ومنعاه كان ذلك كمنعهما بعد اذنهما سواء وحكم

بتفويت الحق ، فان ترك وفاء أو اقام كفيلا فله الغزو بغير اذن نص عليه أحمد فيمن ترك وفاء لان عبدالله بن عمرو بن حرام خرج الى احد وعليه دين كثير فاستشهد وقضاه عنه ابنه جابر بعلم النبي ﷺ ولم يلمه النبي ﷺ على ذلك ولم ينكر فعله بل مدحه وقال « مازالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتموه » وقال لابنه جابر « أشعرت ان الله أحيا أباك وكلمه كفاحا »

(فصل) ومن كان أبواه مسلمين لم يجاهد بغير اذنهما تطوعا روي نحو ذلك عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وسائر أهل العلم لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله أجاهد ؟ قال « ألك أبوان؟ » قال نعم قال « ففيهما فجاهد » وروى ابن عباس نحوه قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وفي رواية قال : جئت ابايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان قال « ارجع اليهما فاضحكهما كما أبكيتهما » وعن ابي سعيد ان رجلا هاجر الى رسول الله ﷺ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هل لك باليمن احد ؟ » قال نعم ابواي ، قال « أذنا لك ؟ » قال لا ، قال « فارجع فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد والا فبرهما » رواهن ابو داود ، ولان بر الوالدين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفرض العين يقدم وكذلك ان كان أحدهما مسلماً لم يجاهد بغير إذنه لان بره فرض عين فقدم على الجهاد كالابوين، فأما ان كانا غير مسلمين فلا اذن لهما وهذا قول الشافعي وقال الثوري لايغزو إلا باذنهما لعموم الإخبار .

الغريم يأذن في الجهاد ثم يمنع منه حكم الوالد على مافصلناه ، فاما ان حدث للانسان في نفسه عذر من مرض او عمى او عرج فله الانصراف سواء التقى الزحفان او لم يلتقيا لانه لايمكنه القتال ولا فائدة في مقامه

(فصل) وإن أذن له والداه في الغزو وشرطا عليه ان لايقاتل فحضر القتال تعين عليه وسقط شرطهما كذلك قال الاوزاعي وابن المنذر لانه صار واجباً عليه فلم يبق لهما في تركه طاعة ولو خرج بغير اذنهما فحضر القتال ثم بدا له الرجوع لم يجز له ذلك

(فصل) ومن عليه دين حال او مؤجل لم يجز له الخروج الى الغزو إلا باذن غريمه الا ان يترك وفاء او يقيم به كفيلا او يوثقه برهن وبهذا قال الشافعي ورخص مالك في الغزو لمن لايقدر على قضاء دينه لانه لاتتوجه المطالبة به ولا حبسه من اجله فلم يمنع من الغزو كما لو لم يكن عليه دين

ولنا ان الجهاد تقصد منه الشهادة التي تفوت بها النفس فيفوت الحق بفواتها وقد جاء ان رجلا جاء الى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله ان قتلت في سبيل الله صابراً محتسباً تكفر عني خطاياي ؟ قال « نعم الا الدين فان جبريل قال لي ذلك » رواه مسلم . وأما إذا تعين عليه الجهاد فلا اذن لغريمه لانه تعلق بعينه فكان مقدما على مافي ذمته كسائر فروض الاعيان ولكن يستحب له ان لايتعرض لمظان القتل من المبارزة والوقوف في اول المقاتلة لان فيه تغريراً بتفويت الحق، وإن ترك وفاء او

ولنا أن أصحاب النبي ﷺ كانوا يجاهدون وفيهم من أبواه كافران ولم يستأذنهما منهم أبو بكر الصديق وأبو حذيفة بن عتبة كان مع النبي ﷺ يوم بدر وأبوه رئيس المشركين يومئذ وأبو عبيدة قتل أباه في الجهاد فأنزل الله تعالى (لاتجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر) الآية وهذا يخص عموم الاخبار فان كانا رقيقين فعموم كلامه ههنا يقتضي وجوب استئذانهما وهو ظاهر كلام الخرقي لظاهر الاخبار ولانهما مسلمان اشبها الحرين ويحتمل أن لايعتبر اذنهما لانه لاولاية لهما فان كانا مجنونين فلا اذن لهما لعدم اعتبار قولهما .

(فصل) فان تعين عليه الجهاد سقط اذنهما وكذلك كل فرائض الاعيان لاطاعة لهما في تركها لان تركها معصية ولا طاعة لاحد في معصية الله وكذلك كل ماوجب كالحج وصلاة الجماعة والجمع والسفر للعلم الواجب لانها فرض عين فلم يعتبر إذن الابوين فيها كالصلاة ولان الله تعالى قال (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولم يشترط اذن الوالدين .

(فصل) فان خرج في جهاد تطوع باذنهما فمنعاه منه بعد سيره وقبل تعينه عليه فعليه الرجوع لانه معنى لو وجد في الابتداء منع فمنع إذا وجد في أثنائه كسائر الموانع إلا أن يخاف على نفسه في الرجوع أو يحدث له عذر من مرض أو نحوه فان أمكنه الاقامة في الطريق وإلا مضى مع الجيش وإذا حضر الصف تعين عليه لحضوره وسقط اذنهما وان كان رجوعهما عن الاذن بعد تعين الجهاد عليه لم يؤثر

اقام كفيلا فله الغزو بغير إذن نص عليه احمد فيمن ترك وفاء لان عبد الله بن حرام ابا جابر بن عبد الله خرج الى احد وعليه دين كثير فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبي ولم يذمه النبي ﷺ على ذلك ولم ينكر فعله بل مدحه وقال « مازالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتموه » وقال لابنه جابر « أشعرت ان الله أحيا اباك وكلمه كفاحا »

(مسئلة) قال (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون لان الدعوة قد بلغتهم ويدعى عبدة الاوثان قبل أن يحاربوا)

أما قوله في أهل الكتاب والمجوس لا يدعون قبل القتال فهو على عمومه لان الدعوة قد انتشرت وعمت فلم يبق منهم من لم تبلغه الدعوة إلا نادر بعيد ، وأما قوله يدعى عبدة الاوثان قبل أن يحاربوا فليس بعام فان من بلغته الدعوة منهم لايدعون وإن وجد منهم من لم تبلغه الدعوة دعي قبل القتال ، وكذلك إن وجد من أهل الكتاب من لم تبلغه الدعوة دعوا قبل القتال

قال احمد إن الدعوة قد بلغت وانتشرت ولكن إن جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك على هذه الصفة لم يجز قتالهم قبل الدعوة وذلك لما روى بريدة قل : كان النبي ﷺ اذا بعث أميراً على سرية او جيش أمره بتقوى الله في خاصته وبمن معه من المسلمين وقال « اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال فأيتهن أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الاسلام فان

شيئاً وان كانا كافرين فأسلما ومنعاه كان كمنعهما بعد اذنهما سواء ، وحكم الغريم يأذن في الجهاد ثم يمنع منه حكم الوالد على ما فصلناه ، فأما ان حدث للانسان في نفسه مرض أو عمى أو عرج فله الانصراف سواء التقى الصفان أولا لانه لايمكنه القتال فلا فائدة في مقامه .

(فصل) فان أذن له والداه في الجهاد وشرطا عليه أن لايقاتل فحضر القتال تعين عليه وسقط شرطهما كذلك قال الاوزاعي وابن المنذر لانه صار واجباً عليه فلم يبق لهما في تركه طاعة ولو خرج بغير اذنهما فحضر القتال ثم بدا له الرجوع لم يجز له ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للمسلمين الفرار من ضعفهم إلا متحرفين لقتال أو متحيزين إلى فئة فان زاد الكفار فلهم الفرار إلا أن يغلب على ظنهم الظفر)

وجملة ذلك أنه إذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرم الفرار لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا) وقوله سبحانه (يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الادبار) الآية ، وقد عد النبي ﷺ الفرار من الزحف من الكبائر وحكي عن الحسن والضحاك أن هذا كان يوم بدر خاصة ولا يجب في غيرها .

أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم ابوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم» رواه أبو داود ومسلم وهذا يحتمل انه كان في بدء الامر قبل انتشار الدعوة وظهور الاسلام فأما اليوم فقد انتشرت الدعوة فاستغني بذلك عن الدعاء عند القتال قال احمد كان النبي ﷺ يدعو الى الاسلام قبل ان يحارب حتى أظهر الله الدين وعلا الاسلام ولا أعرف اليوم أحداً يدعى قد بلغت الدعوة كل أحد فالروم قد بلغتهم الدعوة وعلموا مايراد منهم وانما كانت الدعوة في اول الاسلام وان دعا فلا بأس وقد روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق وهم غارون آمنون وإبلهم تسقى على الماء فقتل المقاتلة وسبى الذرية متفق عليه وعن الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن الديار من ديار المشركين يبيتون فيصيبون من نسائهم وذراريهم فقال «هم منهم» متفق عليه وقال سلمة بن الاكوع امر رسول الله ﷺ أبا بكر فغزونا ناساً من المشركين فبيتناهم رواه أبو داود. ويحتمل ان يحمل الامر بالدعوة في حديث بريدة على الاستحباب فانها مستحبة في كل حال وقد روي ان النبي ﷺ أمر علياً حين اعطاه الراية يوم خيبر وبعثه الى قتالهم ان يدعوهم وهم ممن بلغتهم الدعوة رواه البخاري ودعا خالد بن الوليد طليحة الاسدي حين تنبأ فلم يرجع فاظهره الله عليه ودعا سلمان أهل فارس. فاذا ثبت هذا فان كان المدعو من اهل الكتاب أو مجوساً دعاهم الى

ولنا أن الأمر مطلق والخبر عام فلا يجوز التقييد والتخصيص إلا بدليل، وإنما يجب الثبات بشرطين (أحدهما) أن لا يزيد الكفار على ضعف المسلمين فان زادوا جاز الفرار لقول الله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين) وهذا وان كان لفظه لفظ الخبر فهو أمر بدليل قوله (الآن خفف الله عنكم) ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد للعشرة الى غلبة الاثنين تخفيفاً ولان خبر الله تعالى صدق لايقع بخلاف مخبره وقد علم أن الظفر والغلبة لايحصل للمسلمين في كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين فما دون فعلم انه أمر وفرض ولم يأت شيء ينسخ هذه الآية في كتاب ولا سنة فوجب الحكم بها، قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت (إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين) فشق ذلك على المسلمين حين فرض عليهم أن لا يفر واحد من عشرة ثم جاء تخفيف فقال (الآن خفف الله عنكم - إلى قوله - يغلبوا مائتين) فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ماخفف من العدد، رواه أبو داود وقال ابن عباس من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فما فر (الثاني) ان لا يقصد بفراره التحيز الى فئة ولا التحرف لقتال فان قصد أحد هذين أبيح له لان الله تعالى قال (إلا متحرفا لقتال أو متحيزاً إلى فئة) ومعنى التحرف للقتال أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن مثل أن ينحاز من مواجهة الشمس أو الريح إلى استدبارهما أو من نزول إلى علو او من معطشة إلى موضع

الاسلام فان أبوا دعاهم الى اعطاء الجزية فان أبوا قاتلهم وان كانوا من غيرهم دعاهم الى الاسلام فان أبوا قاتلهم ومن قتل منهم قبل الدعاء لم يضمن لانه لا إيمان له ولا أمان فلم يضمن كنساء من بلغته الدعوة وصبيانهم.

(مسئلة) قال (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ويقاتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا)

وجملته ان الكفار ثلاثة أقسام (قسم) أهل كتاب وهم اليهود والنصارى ومن اتخذ التوراة والانجيل كتابا كالسامرة والفرنج ونحوهم فهؤلاء تقبل منهم الجزية ويقرون على دينهم إذا بذلوها لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) (وقسم) لهم شبهة كتاب وهم المجوس فحكمهم حكم أهل الكتاب في قبول الجزية منهم واقرارهم بها لقول النبي ﷺ «سنوا بهم سنة اهل الكتاب» ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذين القسمين (وقسم) لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب وهم من عدا هذين القسمين من عبدة الاوثان ومن عبد ما استحسن وسائر الكفار فلا تقبل منهم الجزية ولا يقبل منهم سوى الاسلام هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي. وروي عن احمد ان

ماء أو يفر بين أيديهم لتنتقض صفوفهم أو تنفرد خيلهم من رجالتهم أو ليجد فيهم فرصة أو ليستند إلى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوماً في خطبته اذ قال ياسارية بن زنيم الجبل ظلم الذئب من استرعاه الغنم فانكرها الناس، فقال علي رضي الله عنه دعوه فلما نزل سألوه عما قال لهم فلم يعترف به وكان بعث سارية إلى ناحية العراق لغزوهم فلما قدم ذلك الجيش أخبروا أنهم تواعدوهم يوم الجمعة فظفر عليهم فسمعوا صوت عمر فتحيزوا الى الجبل فنجوا من عدوهم وانتصروا عليهم وأما التحيز إلى فئة فهو ان يصير إلى فئة من المسلمين ليكون معهم فيقوى بهم على عدوه وسواء بعدت المسافة أو قربت قال القاضي لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز اليها ونحوه ذكر أصحاب الشافعي لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « إني فئة لكم » وكانوا بمكان بعيد عنه وقال عمر رضي الله عنه انا فئة كل مسلم وكانوا بالمدينة وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان رواهما سعيد، وقال عمر رضي الله عنه رحم الله أبا عبيد لو كان تحيز إلي لكنت له فئة. وإذا خشي الاسر فالاولى ان يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه للاسر لانه يفوز بالثواب والدرجة الرفيعة ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة، فان استأسر جاز لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ بعث عشرة عينا وأمر عليهم عاصم بن ثابت فنفرت

الجزية تقبل من جميع الكفار الا عبدة الأوثان من العرب . وهو مذهب ابي حنيفة لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق فيقرون ببذل الجزية كالمجوس ، وحكي عن مالك أنها تقبل من جميع الكفار الا كفار قريش لحديث بريدة الذي في المسئلة قبل هذه وهو عام ولأنهم كفار فأشبهوا المجوس .

ولنا عموم قوله تعالى (اقتلوا المشركين) وقول النبي ﷺ « امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله» خص منهما اهل الكتاب بقوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) والمجوس بقوله «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» فمن عداها يبقى على مقتضى العموم ولان الصحابة رضي الله عنهم توقفوا في اخذ الجزية من المجوس ولم يأخذ عمر منهم الجزية حتى روى له عبد الرحمن بن عوف ان النبي ﷺ قال «سنوا بهم سنة اهل الكتاب» وثبت عندهم ان النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر وهذا يدل على انهم لم يقبلوا الجزية ممن سواهم فانهم إذا توقفوا فيمن له شبهة كتاب ففيمن لا شبهة له أولى ثم أخذ الجزية منهم للخبر المختص بهم فيدل على انهم لم يأخذوها من غيرهم ولان قول النبي ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» يدل على اختصاص اهل الكتاب ببذل الجزية إذ لو كان عاما في جميع الكفار لم يختص اهل الكتاب باضافتها اليهم ولانهم تغلظ كفرهم لكفرهم بالله وجميع كتبه ورسله ولم تكن لهم شبهة فلم يقروا ببذل الجزية كقريش وعبدة الاوثان من العرب ولان تغليظ

اليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجؤا إلى فدفد. فقالوا لهم انزلوا فاعطونا أيديكم ولكم العهد والميثاق ان لا نقتل منكم أحداً فقال عاصم اما انا فلا أنزل في ذمة مشرك فرموهم بالنبل فقتلوا عاصما مع سبعة معه ونزل اليهم ثلاثة على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة فلما استمكنوا منهم اطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها متفق عليه فعاصم أخذ بالعزيمة وخبيب وزيد أخذا بالرخصة وكلهم محمود غير مذموم ولا ملوم

(فصل) فان كان العدو أكثر من ضعف المسلمين فغلب على ظن المسلمين الظفر فالاولى لهم الثبات لما في ذلك من المصلحة ويجوز لهم الانصراف لانهم لا يأمنون العطب والحكم علق على مظنته وهو كونهم أقل من نصف عدوهم ولذلك لزمهم الثبات إذا كانوا أكثر من النصف وان كان غلب على ظنهم الهلاك فيه ويحتمل ان يلزمهم الثبات اذا غلب على ظنهم الظفر لما فيه من المصلحة فان غلب على ظنهم الهلاك في الاقامة والسلامة في الانصراف فالاولى لهم الانصراف وان ثبتوا جاز لان لهم غرضاً في الشهادة مع جواز الغلبة أيضاً وان غلب على ظنهم الهلاك في الاقامة والانصراف فالاولى لهم الثبات لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محتسبين فيكونوا افضل من المولين ولانه يجوز ان يغلبوا أيضا فقد قال تعالى (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله) الآية ولذلك صبر عاصم وأصحابه فقاتلوا حتى أكرمهم الله بالشهادة

الكفر له اثر في تحتم القتل وكونه لايقر بالجزية بدليل المرتد ، وأما المجوس فان لهم شبهة كتاب والشبهة تقوم مقام الحقيقة فيما يبنى على الاحتياط فحرمت دماؤهم ولم يثبت حل نسائهم وذبائحهم لان الحل لايثبت بالشبهة ولان الشبهة لما اقتضت تحريم دمائهم اقتضت تحريم ذبائحهم ونسائهم ليثبت التحريم في المواضع كلها تغليباً له على الاباحة ولا نسلم أنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق

(مسئلة) قال (وواجب على الناس اذا جاء العدو ان ينفروا المقل منهم والمكثر ولا يخرجوا الى العدو الا باذن الامير الا أن يفجأهم عدو غالب يخافون كلبه فلا يمكنهم أن يستأذنوه)

قوله المقل منهم والمكثر يعني به والله أعلم الغني والفقير أي مقل من المال ومكثر منه ومعناه ان النفير يعم جميع الناس ممن كان من أهل القتال حين الحاجة الى نفيرهم لمجيء العدو اليهم ولا يجوز لاحد التخلف الا من يحتاج الى تخلفه لحفظ المكان والاهل والمال ومن يمنعه الامير من الخروج او من لاقدرة له على الخروج او القتال وذلك لقول الله تعالى (انفروا خفافاً وثقالا) وقول النبي ﷺ «اذا استنفرتم فانفروا» وقد ذم الله تعالى الذين أرادوا الرجوع إلى منازلهم يوم الاحزاب فقال تعالى (ويستأذن فريق منهم النبي يقولون ان بيوتنا عورة وماهي بعورة إن يريدون إلا فراراً) ولانهم اذا جاء العدو

[فصل] فان جاء العدو بلداً فلاهله التحصن منهم وان كانوا أكثر من نصفهم ليلحقهم مدد أوقوة ولا يكون ذلك توليا ولا فرارا إنما التولي بعد اللقاء فان لقوهم خارج الحصن فلهم التحيز الى الحصن لانه بمنزلة التحرف للقتال أو التحيز الى فئة وان غزوا فذهبت دوابهم فليس ذلك عذرا في الفرار لان القتال ممكن للرجالة وان تحيزو إلى جبل ليقاتلوا فيه رجالة فلا بأس لانه تحرف للقتال وان ذهب سلاحهم فتحيزوا إلى مكان يمكنهم القتال فيه بالحجارة والتستر بالشجر ونحوه أولهم في التحيز اليه فائدة جاز

(فصل) وان فروا قبل احراز الغنيمة فلاشيء لهم اذا أحرزها غيرهم لان ملكها لمن احرزها وان ادعوا أنهم فروا متحيزين إلى فئة أو متحرفين للقتال فلا شيء لهم أيضاً لذلك وان فروا بعد احراز الغنيمة لم يسقط سهمهم منها لانهم ملكوا الغنيمة بحيازتها فلم يزل ملكهم عنها بفرارهم

(مسئلة) (فان القي في مركبهم نار فاشتعلت فيه فالذي يغلب على ظنهم السلامة فيه من المقام أو إلقاء أنفسهم في الماء فالاولى لهم فعله وان استوى عندهم الامران فقال أحمد رحمه الله كيف شاء صنع)

قال الاوزاعي هما موتتان فاختر ايسرهما وعنه يلزمهم المقام ذكرها ابوالخطاب لانهم اذا رموا أنفسهم بالماء كان موتهم بفعلهم واذا أقاموا فموتهم بفعل غيرهم

(فصل) قال رضي الله عنه (ويجوز تبييت الكفار ورميهم بالمنجنيق وقطع المياه عنهم وهدم حصونهم)

معنى تبييت الكفار كبسهم ليلا وقتلهم وهم غارون قال أحمد لابأس بالبيات وهل غزو

صار الجهاد عليهم فرض عين فوجب على الجميع فلم يجز لاحد التخلف عنه فاذا ثبت هذا فانهم لا يخرجون إلا باذن الامير لان أمر الحرب موكول اليه وهو أعلم بكثرة العدو وقلتهم ومكامن العدو وكيدهم فينبغي أن يرجع الى رأيه لانه أحوط للمسلمين الا أن يتعذر استئذانه لمفاجأة عدوهم لهم فلا يجب استئذانه لان المصلحة تتعين في قتالهم والخروج اليهم لتعين الفساد في تركهم ولذلك لما أغار الكفار على لقاح النبي ﷺ فصادفهم سلمة بن الاكوع خارجا من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير إذن فمدحه النبي ﷺ وقال « خير رجالتنا سلمة بن الاكوع » وأعطاه سهم فارس وراجل

(فصل) وسئل احمد عن الامام إذا غضب على الرجل فقال احرج عليك أن لا تصحبني فنادى بالنفير يكون إذنا له؟ قال لا انما قصد له وحده فلا يصحبه حتى يأذن له، قال واذا نودي بالصلاة والنفير فان كان العدو بالبعد انما جاءهم طليعة للعدو صلوا ونفروا اليهم واذا استغاثوا بهم، وقد ورد العدو أغاثوا ونصروا وصلوا على ظهور دوابهم ويؤمون والغياث عندي أفضل من صلاة الجماعة والطالب والمطلوب في هذا الموضع يصلي على ظهر دابة وهو يسير أفضل إن شاء الله تعالى، واذا سمع النفير وقد أقيمت الصلاة يصلي ويخفف ويتم الركوع والسجود ويقرأ بسور قصار وقد نفر من أصحاب رسول الله ﷺ وهو جنب يعني غسيل الملائكة حنظلة بن الراهب قال ولا يقطع الصلاة اذا كان فيها واذا جاء النفير والامام يخطب يوم الجمعة لا ترى أن ينفروا؟ قال ولا تنفر الخيل الا على حقيقة

الروم الا بالبيات؟ قال ولا نعلم احدا كره بيات العدو وذلك لما روى الصعب بن جثامة الليثي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن الديار من ديار المشركين يبيتون فيصيبون من نسائهم وذراريهم فقال « هم منهم » متفق عليه وقد قال سلمة بن الاكوع رضي الله عنه أمر رسول الله ﷺ ابا بكر رضي الله عنه فغزونا ناساً من المشركين فبيتناهم رواه أبو داود، فان قيل فقد نهى النبي ﷺ عن قتل النساء والذرية، قلنا هذا محمول على التعمد لقتلهم قال أحمد أما ان يتعمد قتلهم فلا قال وحديث الصعب بعد نهيه عن قتل النساء لان نهيه عن قتل النساء حين بعث الى ابن أبي الحقيق وعلى ان الجمع بينهما يحمل النهي على التعمد والاباحة على ماعداه ويجوز رميهم بالمنجنيق لان النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف، وظاهر كلامه ههنا أنه يجوز مع الحاجة وعدمها للحديث وممن رأى ذلك الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقد روي عن عمرو بن العاص انه نصب المنجنيق على الاسكندرية ولان القتال به معتاد اشبه الرمي بالسهام ويجوز رميهم بالنار وهدم حصونهم وقطع المياه عنهم وان تضمن ذلك اتلاف النساء والصبيان لحديث الصعب بن جثامة في البيات وهذا في معناه ولان النبي ﷺ نصب المنجنيق وهو يهدم الحصون عادة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز احراق نحل ولا تغريقه)

هذا قول عامة أهل العلم منهم الاوزاعي والليث والشافعي وقيل لمالك أنحرق بيوت نحلهم؟ فقال

ولا تنفر على الغلام اذا أبق إذا أنفروهم فلا يكون هلاك الناس بسبب غلام، واذا نادى الامام الصلاة جامعة لامر يحدث فيشاور فيه لم يتخلف عنه أحد الا من عذر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يدخل مع المسلمين من النساء الى ارض العدو الا الطاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى كما فعل النبي ﷺ)

وجملته أنه يكره دخول النساء الشواب أرض العدو لانهن لسن من أهل القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الخور والجبن عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن فيستحلون ماحرم الله منهن وقد روى حشرج بن زياد عن جدته ام أبيه انها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله ﷺ فبعث الينا فجئنا فرأينا منه الغضب فقال «مع من خرجتن؟» فقلنا يارسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين به في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق فقال «قمن» حتى اذا فتح الله خيبر اسهم لنا كما أسهم للرجال فقلت لها ياجدة ماكان ذلك؟ قالت تمراً قيل للاوزاعي هل كانوا يغزون معهم بالنساء في الصوائف؟ قال لا إلا بالجواري، فأما المرأة الطاعنة في السن وهي الكبيرة اذا كان فيها نفع مثل سقي الماء ومعالجة الجرحى فلا بأس به لما روينا من الخبر وكانت ام سليم ونسيبة بنت كعب تغزوان مع النبي ﷺ فاما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليمامة وقالت الربيع كنا نغزو مع النبي ﷺ لسقي الماء ومعالجة الجرحى

ما النحل فلا ادري ماهو؟ ومقتضى مذهب أبي حنيفة اباحته لان فيه غيظا لهم واضعافا فاشبه قتل بهائمهم حال قتالهم

ولنا ماروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال ليزيد بن ابي سفيان حين بعثه اميرا على القتال بالشام ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قدم عليه ابن اخيه من غزاة غزاها فقال لعلك حرقت حرثا؟ قال نعم قال لعلك حرقت نحلا؟ قال نعم قال لعلك قتلت صبيا قال نعم قال ليكن غزوك كفافا اخرجهما سعيد ونحو ذلك عن ثوبان ولان النبي ﷺ نهى عن قتل النحلة ولانه افساد فيدخل في عموم قوله تعالى (وإذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لايحب الفساد) ولانه حيوان ذو روح فلم يجز قتله ليغيظهم كنسائهم وصبيانهم. فاما أخذ العسل وأكله فمباح لانه من الطعام المباح، وهل يجوز أخذ الشهد كله؟ فيه روايتان [إحداهما] لايجوز لان فيه هلاك النحل [والثانية] يجوز لان هلاكه انما يحصل ضمنا غير مقصود فاشبه قتل النساء في البيات

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز عقر دابة ولا ذبح شاة إلا لاكل يحتاج اليه)

اما عقر دوابهم في غير حال الحرب لمغايظتهم والافساد عليهم فلا يجوز سواء خفنا اخذهم لها او

وقال أنس كان رسول الله ﷺ يغزوا بام سليم ونسوة معها من الانصار يسقين الماء ويداوين الجرحى . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح فإن قيل فقد كان النبي ﷺ يخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه وخرج بعائشة مرات قيل تلك امرأة واحدة يأخذها لحاجته اليها ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته ولا يرخص لسائر الرعية لئلا يفضي إلى ماذكرنا

(فصل) ينبغي للامير أن يرفق بجيشه ويسير بهم سير أضعفهم لئلا يشق عليهم وإن دعت الحاجة إلى الجد في السير جاز له فان النبي ﷺ جد في السير جداً شديداً حين بلغه قول عبد الله بن أبي (ليخرجن الأعز منها الأذل) ليشتغل الناس عن الخوض فيه وإن عمر جد في السير حين استصرخ على صفية امرأته، ولا يميل الامير مع موافقيه في المذهب والنسب على مخالفيه فيهما لئلا يكسر قلوبهم فيخذلونه عند حاجته اليهم، ويكثر المشاورة لذوي الرأي من أصحابه فان الله تعالى قال (وشاورهم في الامر) ويتخير المنازل لاصحابه واذا وجد رجل رجلا قد أصيبت فرسه ومع الآخر فضل استحب له حمله ولم يجب نص عليه احمد فان خاف تلفه فقال القاضي يجب عليه بذل فضل مركوبه ليحيي به صاحبه كما يلزمه بذل فضل طعامه للمضطر اليه وتخليصه من عدوه

(فصل) وسئل احمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما يغزوان عليه يركب هذا عقبة وهذا عقبة ماسمعت فيه بشيء وأرجو ان لايكون به باس قيل له أيما أحب اليك ؟ يعتزل الرجل في الطعام

لم نخف وبهذا قال الليث والاوزاعي والشافعي وابو ثور وقال ابوحنيفة ومالك يجوز لان فيه غيظالهم وإضعافا لقوتهم فاشبه قتلها حال قتالهم

ولنا ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في وصيته ليزيد حين بعثه أميراً : يايزيد لا تقتل صبياً ولا امرأة ولا هرماً ولا تخربن عامراً ولاتعقرن شجراً مثمراً ولادابة عجماء ولاشاة إلا لمأكلة ولاتحرقن نحلا ولاتغرقنه ولا تغلل ولا تجبن فان النبي ﷺ نهى عن قتل شيء من الدواب صبرا ، ولانه حيوان ذو حرمة فاشبه قتل النساء والصبيان، فاما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيف أمكن بخلاف حالهم إذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيان في البيات وفي المطمورة إذا لم يتعمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم، وقتل بهائمهم حال القتال يتوصل به الى قتلهم وهزيمتهم وقد روي ان حنظلة بن الراهب عقر فرس أبي سفيان به يوم أحد فرمت به فخلصه ابن شعوب وليس في هذا خلاف

(فصل) فاما عقرها للاكل فان كانت الحاجة داعية اليه ولا بد منه فمباح لان الحاجة تبيح مال المعصوم فمال الكفار اولى، وان لم تكن الحاجة داعية وكان الحيوان لايراد إلا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيود فحكمه حكم الطعام في قول الجميع لانه لايراد لغير الأكل وتقل قيمته فاشبه الطعام، وان كان مما يحتاج اليه في القتال كالخيل لم يجز ذبحه للأكل في قولهم جميعاً وان كان غير

أو يرافق ؟ قال يرافق هذا أرفق يتعاونون واذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره فلا بأس بالنهد قد تناهد الصالحون كان الحسن اذا سافر أتى معهم ويزيد أيضاً بعد ما يلقي ومعنى النهد أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئاً من النفقة يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه ويأكلون جميعاً وكان الحسن البصري يدفع إلي وكيلهم مثل واحد منهم ثم يعود فيأتي سراً بمثل ذلك يدفعه اليه

وقال احمد ماأرى ان يغزو ومعه مصحف يعني لايدخل به أرض العدو لقول رسول الله ﷺ « لاتسافروا بالقرآن إلى أرض العدو » رواه ابو داود والاثرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا غزا الامير بالناس لم يجز لاحد أن يتعلف ولا يحتطب ولا يبارز علجا ولا يخرج من العسكر ولا يحدث حدثا الا باذنه)

يعنى لايخرج من العسكر لتعلف وهو تحصيل العلف للدواب ولا لاحتطاب ولا غيره إلا باذن الامير لقول الله تعالى (انما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله) واذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه) ولان الامير أعرف بحال الناس وحال العدو ومكامنهم ومواضعهم وقربهم وبعدهم فاذا خرج خارج بغير اذنه لم يأمن ان يصادف كميناً للعدو فيأخذوه او طليعة لهم او يرحل الامير بالمسلمين ويتركه فيهلك ، واذا كان باذن الامير لم يأذن لهم إلا إلى مكان أمن وربما يبعث معهم من

ذلك كالبقر والغنم لم يبح وهذا ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي ظاهر كلام أحمد اباحته لان هذا الحيوان في باب الأكل مثل الطعام فكان مثله في اباحته كالطير واذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده لانه انما ابيح له ما يأكله دون غيره قال عبد الرحمن بن معاذ كلوا لحم الشاة وردوا اهابها إلى المغنم. ووجه الاول ما روى سعيد عن أبي الاحوص عن سماك بن حرب عن ثعلبة بن الحكم قال اصبنا غنما للعدو فانتهبناها فنصبنا قدورنا فمر النبي ﷺ بالقدور وهي تغلي فأمر بها فاكفئت ثم قال لهم « ان النهبة لاتحل » ولان هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح بها انفس الغانمين ويمكن حملها الى دار الاسلام بخلاف الطير والطعام لكن ان اذن الامير فيها جاز لما روى عطية بن قيس قال كنا إذا خرجنا في سرية فاصبنا غنما نادى منادي الامام الا من أراد ان يتناول شيئاً من هذه الغنم فليتناول انا لانستطيع سياقتها رواه سعيد وكذلك قسمها لما روى معاذ رضي الله عنه قال غزونا مع النبي ﷺ خيبر فاصبنا غنما فقسم بيننا النبي ﷺ طائفة وجعل بقيتها في المغنم رواه أبو داود

وروى سعيد باسناده ان رجلا نحر جزورا بارض الروم فلما بردت قال أيها الناس خذوا من لحم هذا الجزور فقد اذنا لكم فقال مكحول ياغساني ألا تأتينا من لحم هذا الجزور فقال ياأبا عبدالله ألا ترى ماعليها من النهبى ؟ قال مكحول لانهبى في الماذون فيه

الجيش من يحرسهم ويقاتل لهم ، وأما المبارزة فيجوز بإذن الامير في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه لم يعرفها وكرهها

ولنا ان حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر باذن النبي ﷺ وبارز علي عمرو بن عبد ود في غزوة الخندق فقتله، وبارز مرحباً يوم حنين ، وقيل بارزه محمد بن مسلمة وبارزه قبل ذلك عامر بن الاكوع فاستشهد ، وبارز البراء بن مالك مرزبان الدارة فقتله وأخذ سلبه فبلغ ثلاثين ألفاً ، وروي عنه انه قال قتلت تسعة وتسعين رئيساً من المشركين مبارزة سوى من شاركت فيه ،وبارز شبر بن علقمة اسواراً فقتله فبلغ سلبه اثني عشر ألفا فنفله إياه سعد ولم يزل أصحاب النبي ﷺ يبارزون في عصر النبي ﷺ وبعده ولم ينكره منكر فكان ذلك اجماعا وكان ابو ذر يقسم ان قوله تعالى (هذان خصمان اختصموا في ربهم) نزلت في الذين تبارزوا يوم بدر وهم حمزة وعلي وعبيدة بارزوا عتبة وشيبة والوليد بن عتبة وقال ابو قتادة بارزت رجلا يوم حنين فقتلته. اذا ثبت هذا فانه ينبغي ان يستأذن الامير في المبارزة إذا أمكن ، وبه قال الثوري واسحاق ورخص فيها مالك والشافعي وابن المنذر لخبر أبي قتادة فانه لم يعلم انه استأذن النبي ﷺ وكذلك اكثر من حكينا عنهم المبارزة لم يعلم منهم استئذان .

ولنا ان الامام اعلم بفرسانه وفرسان العدو ومتى برز الانسان الى من لا يطيقه كان معرضاً نفسه للهلاك فيكسر قلوب المسلمين فينبغي ان يفوض ذلك الى الامام ليختار للمبارزة من يرضاه لها

قال شيخنا ولم يفرق اصحابنا بين جميع البهائم في هذه المسئلة، ويقوى عندي ان ما عجز المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار كالخيل جاز عقره واتلافه لانه مما يحرم إيصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بلا عوض اولى بالتحريم ، وان كان مما يصلح للاكل فللمسلمين ذبحه والاكل منه مع الحاجة وعدمها ، وما عدا هذين القسمين لا يجوز اتلافه لانه مجرد افساد واتلاف وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة

﴿ مسئلة ﴾ (وفي حرق شجرهم وزرعهم وقطعه روايتان (إحداهما) يجوز ان لم يضر بالمسلمين (والثانية) لا يجوز إلا ان لا يقدر عليهم الا به او يكونوا يفعلونه بنا وكذلك رميهم بالنار وفتح الماء ليغرقهم

وجملة ذلك ان الزرع والشجر ينقسم ثلاثة اقسام (احدها) ماتدعو الحاجة الى اتلافه كالذي يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يستترون به من المسلمين أو يحتاج الى قطعه لتوسعة الطريق او تمكن من قتال أو سد شيء او اصلاح طريق او ستارة منجنيق او غيره او لا يقدر عليهم الا به او يكونوا يفعلون ذلك بنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف نعلمه

(الثاني) مايتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفهم او يستظلون به أويا كلون

فيكون اقرب إلى الظفر وجبر قلوب المسلمين وكسر قلوب المشركين فان قيل فقدا بحتم له ان ينغمس في الكفار وهو سبب لقتله قلنا إذا كان مبارزاً تعلقت قلوب الجيش به وارتقبوا ظفره فان ظفر جبر قلوبهم وسرهم وكسر قلوب الكفار، وإن قتل كان بالعكس والمنغمس يطلب الشهادة لا يترقب منه ظفر ولا مقاومة فافترقا وأما مبارزة أبي قتادة فغير لازمة فانها كانت بعد التحام الحرب، رأى رجلا يريد ان يقتل مسلما فضربه ابو قتادة فالتفت إلى ابي قتادة فضمه ضمة كاد يقتله وليس هذا هو المبارزة المختلف فيها بل المختلف فيها ان يبرز رجل بين الصفين قبل التحام الحرب يدعو الى المبارزة فهذا هو الذي يعتبر له اذن الامام لان عين الطائفتين تمتد إليها وقلوب الفريقين تتعلق بهما وايهما غلب سر اصحابه وكسر قلوب اعدائه بخلاف غيره . إذا ثبت هذا فالمبارزة تنقسم ثلاثة اقسام مستحبة ومباحة ومكروهة، أما المستحبة فاذا خرج علج يطلب البراز استحب ان يعلم من نفسه القوة والشجاعة مبارزته باذن الامير لان فيه رداً عن المسلمين واظهاراً لقوتهم، والمباح أن يبتدىء الرجل الشجاع بطلبها فيباح ولا يستحب لانه لا حاجة اليها ولا يأمن أن يغلب فيكسر قلوب المسلمين الا انه لما كان شجاعا واثقا من نفسه أبيح له لانه بحكم الظاهر غالب والمكروه ان يبرز الضعيف المنة الذي لا يثق من نفسه فتكره له المبارزة لما فيه من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهراً

من ثمره او تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فاذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم لما فيه من الاضرار بالمسلمين

(الثالث) ما عدا هذين القسمين مما لاضرر فيه بالمسلمين فلا نفع سوى غيظ الكفار والاضرار بهم ففيه روايتان (احداهما) لايجوز لحديث ابي بكر رضي الله عنه ووصيته وقد روي نحو ذلك مرفوعا الى النبي ﷺ ولان فيه اتلافا محضاً فلم يجز كعقر الحيوان ، وبه قال الاوزاعي والليث وأبو ثور

(والرواية الثانية) يجوز وبه قال مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر ، قال اسحاق التحريق سنة اذا كان أنكى في العدو ولقول الله تعالى (ماقطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين]

وروى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله ﷺ حرق نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة فانزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة) ولها يقول حسان

وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير

متفق عليه. وعن الزهري قال : فحدثني عروة قال فحدثني اسامة ان رسول الله ﷺ كان عهد اليه فقال «أغر على أبناء صباحا وحرق» رواه أبو داود ، قيل لأبي مسهر أبناء؟ قال نحن أعلم هي يبنا فلسطين والصحيح انها أبناء كما جاءت الرواية وهي قريبة من أرض الكرك في أطراف الشام في الناحية التي قتل فيها أبوه ، فأما يبنا فهي من أرض فلسطين ولم يكن اسامة ليصل اليها ولا أمره النبي ﷺ

(فصل) إذا خرج كافر يطلب البراز جاز رميه وقتله لانه مشرك لاعهد له ولا أمان له فابيح قتله كغيره إلا ان تكون العادة جارية بينهم ان من خرج يطلب المبارزة لا يعرض له فيجري ذلك مجرى الشرط، وإذا خرج اليه أحد يبارزه بشرط ان لايعينه عليه سواه وجب الوفاء بشرطه لان المؤمنين عند شروطهم فان انهزم المسلم تاركا للقتال أو مثخنا بجراحته جاز لكل أحد قتاله لان المسلم إذا صار إلى هذه الحال فقد انقضى قتاله، وإن كان المسلم شرط عليه ان لايقاتل حتى يرجع الى صفه وفى له بالشرط إلا أن يترك قتاله أو ثخنه بالجراح فيتبعه ليقتله او يجيز عليه فيجوز ان يحولوا بينه وبينه فان قاتلهم قاتلوه لانه اذا منعهم انقاذه فقد نقض أمانه ، وإن أعان الكفار صاحبهم فعلى المسلمين ان يعينوا صاحبهم أيضاً ويقاتلون من اعان عليه ولا يقاتلونه لانه ليس بصنع من جهته، فان كان قد استنجدهم او علم منه الرضا بفعلهم صار ناقضاً لامانه وجاز لهم قتله وذكر الاوزاعي انه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم وإن أثخن بالجراح قيل له فخاف المسلمون على صاحبهم؟ قال وإن لان المبارزة انما تكون هكذا ولكن لو حجزوا بينهما وخلوا سبيل العلج قال فان أعان العدو صاحبهم فلا بأس ان يعين المسلمون صاحبهم

ولنا ان حمزة وعلياً أعانا عبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة حين أثخن عبيدة

(فصل) وتجوز الخدعة في الحرب للمبارز وغيره لان النبي ﷺ قال « الحرب خدعة » وهو حديث حسن صحيح

بالاغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير اليها لتوسطها في البلاد وبُعدها من أطراف الشام ، فما كان النبي ﷺ ليأمره بالتغرير بالمسلمين فكيف يحمل الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى ؟

(فصل) ومتى قدر على العدو لم يجز تحريقه بالنار بغير خلاف نعلمه وقد كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يأمر بتحريق أهل الردة بالنار وفعله خالد بن الوليد بأمره . فأما اليوم فلا نعلم فيه خلافا بين الناس ، وقد روى حمزة الأسلمي ان رسول الله ﷺ امره على سرية قال فخرجت فيها فقال ان أخذتم فلانا فاحرقوه بالنار فوليت فناداني فرجعت فقال « ان أخذتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه فانه لايعذب بالنار إلا رب النار » رواه أبو داود وسعيد ، وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ نحو حديث حمزة

فأما رميهم بالنار قبل أخذهم فان أمكن أخذهم بدونها لم يجز لانهم في معنى المقدور عليه وأما عند العجز عنهم بغيرها فجائز في قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والثوري والشافعي

وقد روى سعيد باسناده عن صفوان بن عمرو وجرير بن عثمان ان جنادة بن أبي أمية الازدي وعبد الله بن قيس الفزاري وغيرهما من ولاة البحر ومن بعدهم كانوا يرمون العدو من الروم وغيرهم بالنار ويحرقونهم هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء ، قال عبد الله بن قيس لم يزل أمر المسلمين على ذلك

وروي أن عمرو بن عبدود بارز علياً كرم الله وجهه فلما أقبل عليه قال علي ما برزت لاقاتل اثنين فالتفت عمرو فوثب عليه فضربه فقال عمرو خدعتني فقال علي الحرب خدعة

(فصل) قال أحمد اذا غزوا في البحر فاراد رجل أن يقيم بالساحل يستأذن الوالي الذي هو على جميع المراكب ولا يجزئه أن يستأذن الوالي الذي في مركبه

(مسئلة) قال (ومن أعطي شيئاً يستعين به في غزاته فما فضل فهو له فان لم يعط لغزاة بعينها رد ما فضل في الغزو)

وجملته ان من أعطي شيئاً من المال يستعين به في الغزو لم يخل اما أن يعطى لغزوة بعينها او في الغزو مطلقاً، فان أعطي لغزوة بعينها فما فضل بعد الغزو فهو له هذا قول عطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وكان ابن عمر اذا أعطى شيئاً في الغزو يقول لصاحبه اذا بلغت وادي القرى فشأنك به، ولانه أعطاه على سبيل المعاونة والنفقة لا على سبيل الاجارة فكان الفاضل له، كما لو وصى أن يحج عنه فلان حجة بألف، وإن أعطاه شيئاً لينفقه في سبيل الله او في الغزو مطلقاً ففضل منه فضل أنفقه في غزاة أخرى لانه أعطاه الجميع لينفقه في جهة قربة فلزمه انفاق الجميع فيها كما لو وصى ان يحج عنه بألف

وكذلك الحكم في فتح البثوق عليهم لغرقهم وان قدر عليهم بغيره لم يجز إذا تضمن ذلك إتلاف النساء والذرية الذين يحرم إتلافهم قصداً، وان لم يقدر عليهم إلا به جاز كما يجوز البيات المتضمن لذلك

(فصل) قال الاوزاعي: اذا كان العدو في المطمورة فعلمت انك تقدر عليهم بغير النار فأحب الي ان يكف عن النار وان لم يمكن ذلك وأبوا أن يخرجوا فلا أرى بأساً وان كان معهم ذرية قد كان المسلمون يقاتلون بها ونحو ذلك قال سفيان وهشام يدخن عليهم قال أحمد أهل الشام أعلم بهذا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ظفر بهم لم يقتل صبي ولا امرأة ولا راهب ولا شيخ فان ولا أعمى، لا رأي لهم الا ان يقاتلوا)

إذا ظفر بالكفار لم يجز قتل صبي لم يبلغ بغير خلاف لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان، متفق عليه ولان الصبي يصير رقيقا بنفس السبي ففي قتله إتلاف المال واذا سبي منفرداً صار مسلماً فاتلافه اتلاف من يمكن جعله مسلماً، والبلوغ يحصل بثلاثة أشياء الاحتلام وهو خروج المني من ذكر الرجل او قبل المرأة في يقظة او منام ولا خلاف فيه وقد دل عليه قوله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) وقال ﷺ لمعاذ «خذ من كل حالم ديناراً» وقال «لا يتم بعد احتلام» رواهما ابو داود

(والثاني) نبات الشعر الخشن حول القبل وهو علامة على البلوغ لما روى عطية القرظي قال: كنت من سبي قريظة فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فكنت فيمن لم

(فصل) ومن أعطى شيئاً ليستعين به في الغزو فقال احمد لايترك لاهله منه شيئاً لانه ليس بملكه إلا أن يصير الى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله فيبعث إلى عياله منه ولا يتصرف فيه قبل الخروج لئلا يتخلف عن الغزو فلا يكون مستحقاً لما أنفقه إلا ان يشتري منه سلاحا أو آلة الغزو فإن قصد إعطاءه لمن يغزو به فقال احمد لايتخذ منه سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً لانه انما أعطيها لينفقها في جهة مخصوصة وهي الجهاد

(مسألة) قال (وإذا حمل الرجل على دابة فاذا رجع من الغزو فهي له إلا أن يقول هي حبيس فلا يجوز أن تباع إلا أن تصير في حال لاتصلح فيه للغزو فتباع وتجعل في حبيس آخر وكذلك المسجد اذا ضاق بأهله اذا كان في مكان لا ينتفع به جاز أن يباع ويجعل في مكان ينتفع به وكذلك الاضحية اذا أبدلها بخير منها)

قوله حمل الرجل على دابة يعني أعطيها ليغزو عليها فاذا غزى عليها ملكها كما يملك النفقة المدفوعة اليه إلا ان تكون عارية فتكون لصاحبها او حبيساً فتكون حبيساً بحاله . قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس عتيق في سبيل الله فأضاعه صاحبه الذي كان عنده فأردت ان أشتريه وظننته بائعه برخص فسألت رسول الله ﷺ فقال « لاتشتره ولا تعد في صدقتك ، وإن أعطاكه بدرهم فان العائد في

ينبت رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعن كثير بن السائب قال حدثني أبناء قريظة انهم عرضوا على النبي ﷺ فمن كان منهم محتلما او نبتت عانته قتل ، ومن لا ترك أخرجه الاثرم وحكي عن الشافعي أن هذا بلوغ في حق الكفار لانه لايمكن الرجوع الى قولهم في الاحتلام وعدد السنين وليس بعلامة عليه في المسلمين لامكان ذلك فيهم

ولنا قول ابي بصرة وعقبة بن عامر رضي الله عنهما حين اختلف في بلوغ قرع المهري: انظروا فإن كان قد أشعر فقسموا له فنظر اليه بعض القوم فاذا هو قد أنبت فقسموا له ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً، ولان ما كان علما على البلوغ في حق الكافر كان علما عليه في حق المسلم كالاحتلام والسن وقولهم انه يتعذر في حق الكافر معرفة الاحتلام والسن . قلنا لايتعذر معرفة السن في الذمي الناشيء بين المسلمين ثم تعذر المعرفة لايوجب جعل ماليس بعلامة علامة بغير الاثبات

(الثالث) بلوغ خمس عشرة سنة لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني في المقاتلة قال نافع فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا الحديث فقال هذا فصل ما بين الرجل وبين الغلمان متفق عليه وهذه العلامات الثلاث في حق الذكر والانثى وتزيد الانثى بالحمل والحيض فمن لم يوجد فيه علامة منهن فهو صبي يحرم قتله

صدقته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه وهذا يدل على انه ملكه لولا ذلك ماباعه ويدل على انه ملكه بعد الغزو لانه أقامه للبيع بالمدينة ولم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع في الحال فدل على انه أقامه للبيع بعد غزوه عليه وذكر احمد نحواً من هذا الكلام وسئل متى يطيب له الفرس ؟ قال اذا غزا عليه ، قيل له فان العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب إلى خمس فراسخ ثم رجع؟ قال لا حتى يكون غزا ، قيل له فحديث ابن عمر اذا بلغت وادي القرى فشأنك به قال ابن عمر كان يصنع ذلك في ماله ورأى انه انما يستحقه اذا غزا عليه وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وسالم والقاسم ويحيى الانصاري ومالك والليث والثوري ونحوه عن الأوزاعي قال ابن المنذر ولا اعلم أحداً يقول ان له يبيعه في مكانه وكان مالك لا يرى أن ينتفع بثمنه في غير سبيل الله إلا ان يقول له شأنك به ماأردت

ولنا حديث عمر وليس فيه ما اشترط مالك ، فاما اذا قال هي حبيس فلا يجوز بيعها وقد سبق شرح هذه المسئلة في باب الوقف ويأتي شرح حكم الاضحية في بابها إن شاء الله

(فصل) قال احمد لا يركب دواب السبيل في حاجة ويركبها ويستعملها في سبيل الله ولا يركب في الامصار والقرى ولا بأس ان يركبها ويعلفها وأكره سباق الرمك على الفرس الحبيس وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه ولا يباع الفرس الحبيس إلا من علة اذا عطب يصير للطحن ويصير ثمنه في مثله أو

(فصل) ولا تقتل امرأة ولا شيخ فان وبذلك قال مالك وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق ومجاهد ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ولا تعتدوا) يقول تقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير ، وقال الشافعي في أحد قوليه وابن المنذر يجوز قتل الشيوخ لقول النبي ﷺ « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ولانه يدخل في عموم قوله تعالى (اقتلوا المشركين) ولانه كافر لا نفع في حياته فيقتل كالشاب

ولنا ان النبي ﷺ قال « لاتقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلا ولا امرأة » رواه ابو داود ، وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه اوصى يزيد حين وجهه الى الشام فقال : لاتقتل امرأة ولا صبياً ولا هرما ، وعن عمر رضي الله عنه أنه أوصي سلمة بن قيس فقال لاتقتل امرأة ولا صبياً ولا شيخاً هرما رواهما سعيد ولانه ليس من أهل القتال فلا يقتل كالمرأة ، وقد أوماً النبي ﷺ الى هذه العلة في المرأة فقال « مابالها قتلت وهي لا تقاتل؟ » والآية مخصوصة بما روينا ولانه قد خرج عن عمومها المرأة والشيخ الهرم في معناها وحديثهم أراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال ومعونة عليه برأي او تدبير جمعاً بين الاحاديث ، ولان حديثنا خاص في الشيخ الهرم ، وحديثهم عام في الشيوخ والخاص يقدم على العام . وقياسهم ينتقض بالعجوز التي لانفع فيها ، ولا يقتل خنثى مشكل لانه لايعلم كونه رجلا

ينفق ثمنه على الدواب الحبيس واذا أراد ان يشتري فرساً ليحمل عليه فقال احمد يستحب شراؤها من غير الثغر ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب

﴿مسألة﴾ قال (واذا سبي الامام فهو مخير ان رأى قتلهم ، وان رأى من عليهم وأطلقهم بلا عوض، وان رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم وان رأى فادى بهم؛ وان رأى استرقهم أي ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل)

وجملته ان من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب (أحدها) النساء والصبيان فلا يجوز قتلهم ويصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبي لان النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان . متفق عليه وكان عليه السلام يسترقهم اذا سباهم

(الثاني) الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية فيخير الامام فيهم بين أربعة أشياء القتل والمن بغير عوض والمفاداة بهم واسترقاقهم

(الثالث) الرجال من عبدة الاوثان وغيرهم ممن لا يقر بالجزية فيخير الامام فيهم بين ثلاثة أشياء القتل أو المن والمفاداة ولا يجوز استرقاقهم ، وعن احمد جواز استرقاقهم وهو مذهب الشافعي وبما ذكرنا في اهل الكتاب . قال الاوزاعي والشافعي وأبو ثور وعن مالك كمذهبنا وعنه لا يجوز المن بغير عوض لانه لامصلحة فيه وانما يجوز للامام فعل ما فيه المصلحة ،وحكي عن الحسن وعطاء وسعيد

(فصل) ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب والخلاف فيهم كالخلاف في الشيخ وحجتهم فيه ولنا ان الزمن والاعمى ليسا من اهل القتال أشبها المرأة ولان في حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه وستمرون على أقوام في صوامع لهم احتبسوا أنفسهم فيها فدعهم حتى يميتهم الله على ضلالتهم ولانهم لا يقاتلون تدينا فأشبهوا من لا يقدر على القتال

(فصل) ولا يقتل العبيد وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ « أدركوا خالداً فمروه أن لا يقتل ذرية ولا عسيفاً وهم العبيد » ولانهم يصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبي أشبهوا النساء والصبيان

(فصل) ومن قاتل مما ذكرنا جميعهم جاز قتله . لانعلم فيه خلافا لان النبي ﷺ قتل يوم قريظة امرأة ألقت رحى على محمود بن سلمة

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : مر النبي ﷺ بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال « من قتل هذه ؟ » قال رجل أنا يارسول الله قال « ولم ؟ » قال نازعتني قائم سيفي قال فسكت ولان النبي ﷺ وقف على امرأة مقتولة فقال « مابالها قتلت وهي لاتقاتل؟» وفيه دليل على انه انما نهى عن قتل المرأة اذا لم تقاتل وكذلك من كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأي يعين به في الحرب جاز قتله لان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وهو شيخ لاقتال فيه وكانوا خرجوا به معهم

ابن جبير كراهة قتل الاسرى وقالوا لومن عليه أو فاداه كما صنع باسارى بدر ولان الله تعالى قال (فشدوا الوثاق فاما مناً بعد واما فداء) فخير بين هذين بعد الاسر لا غير ، وقال أصحاب الرأي ان شاء ضرب أعناقهم وان شاء استرقهم لا غير ولا يجوز من ولا فداء لان الله تعالى قال (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم — بعدقوله— فاما مناً بعد وإما فداء) و كان عمر بن عبدالعزيز وعياض ابن عقبة يقتلان الاسارى

ولنا على جواز المن والفداء قول الله تعالى (فاما مناً بعد وإما فداء) وأن النبي ﷺ من على ثمامة ابن أثال وأبي عزة الشاعر وأبي العاص بن الربيع وقال في أسارى بدر « لوكان مطعم بن عدي حياً ثم سألني في هؤلاء النتنى لاطلقتهم له» وفادى أسارى بدر و كانوا ثلاثة وسبعين رجلا كل رجل منهم باربعمائة وفادى يوم بدر رجلا برجلين وصاحب العضباء برجلين . وأما القتل فلأن النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة وهم بين الستمائة والسبعمائة وقتل يوم بدر النضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط صبرا وقتل أبا عزة يوم احد وهذه قصص عمت واشتهرت وفعلها النبي ﷺ مرات وهو دليل على جوازها ولان كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الاسرى فان منهم من له قوة ونكاية في المسلمين وبقاؤه ضرر عليهم فقتله أصلح ومنهم الضعيف الذي له مال كثير ففداؤه

يتيمنون به ويستعينون برأيه فلم ينكر النبي ﷺ قتله ولان الرأي من أعظم المعونة في الحرب وربما كان أبلغ من القتال كما قال المتنبي

الرأي قبل شجاعة الشجعان ... هو أول وهي المحل الثاني
فاذا هما اجتمعا لنفس مرة ... بلغت من العلياء كل مكان
ولربما طعن الفتى أقرانه ... بالرأي قبل تطاعن الفرسان

وقد جاء عن معاوية رضي الله عنه انه قال لمروان والاسود امددتما عليا بقيس بن سعد وبرأيه ومكايدته فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل ما كان باغيظ لي من ذلك ، فأما المريض فيقتل إذا كان ممن لوكان صحيحاً قاتل لانه كالاجهاز على الجريح فان كان مأيوسا من برئه فهو بمنزلة الزمن فلا يقتل لانه لا يخاف منه أن يصير الى حال يقاتل فيها

(فصل) فأما الفلاح الذي لايقاتل فينبغي ان لايقتل لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال «اتقوا الله في الفلاحين الذين لاينصبون لكم الحرب» وقال الاوزاعي لايقتل الحراث إذا علم انه ليس من المقاتلة وقال الشافعي يقتل الا أن يؤدي الجزية لدخوله في عموم المشركين

ولنا قول عمر ولان الصحابة رضي الله عنهم لم يقتلوهم حين فتحوا البلاد ولانهم لايقاتلون أشبهوا الشيوخ والرهبان

أصلح، ومنهم حسن الرأي في المسلمين يرجى اسلامه بالمن عليه أو معونته للمسلمين بتخليص أسراهم والدفع عنهم فالمن عليه أصلح، ومنهم من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان والامام أعلم بالمصلحة فينبغي ان يفوض ذلك إليه وقوله تعالى (اقتلوا المشركين) عام لا ينسخ به الخاص بل ينزل على ما عدا المخصوص ولهذا لم يحرموا استرقاقه ، فأما عبدة الاوثان ففي استرقاقهم روايتان (إحداهما) لا يجوز وهو مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز في العجم دون العرب بناء على قوله في أخذ الجزية .

ولنا أنه كافر لا يقر بالجزية فلم يقر بالاسترقاق كالمرتد . وقد ذكرنا الدليل عليه. إذا ثبت هذا فان هذا تخيير مصلحة واجتهاد لا تخيير شهوة فمتى رأى المصلحة في خصلة من هذه الخصال تعينت عليه ولم يجز العدول عنها ومتى تردد فيها فالقتل أولى . قال مجاهد في أميرين (أحدهما) يقتل الاسرى وهو افضل وكذلك قال مالك . وقال اسحاق الاثخان أحب إلي الا ان يكون معروفاً يطمع به في الكثير .

(فصل) وان أسلم الاسير صار رقيقا في الحال وزال التخيير وصار حكمه حكم النساء ، وبه قال الشافعي في احد قوليه وفي الآخر يسقط القتل ويتخير بين الخصال الثلاث لما روي ان أصحاب رسول الله ﷺ أسروا رجلا من بني عقيل فمر به النبي ﷺ فقال يا محمد علام أخذت وأخذت

﴿ مسئلة ﴾ (فان تترسوا بهم جاز رميهم ويقصد المقاتلة)

اذا تترسوا في الحرب بالنساء والصبيان ومن لا يجوز قتله جاز رميهم ويقصد المقاتلة لان النبي صلى الله عليه وسلم رماهم بالمنجنيق ومعهم النساء والصبيان ولان كف المسلمين عنهم يفضي الى تعطيل الجهاد لانهم متى علموا ذلك تترسوا بهم عند خوفهم وسواء كانت الحرب ملتحمة أولا لان النبي ﷺ لم يكن يتحين بالرمي حال التحام الحرب

(فصل) ولو وقفت امرأة في صف الكفار أو على حصنهم فشتمت المسلمين أو تكشفت لهم جاز رميها قصداً لما روى سعيد حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة قال لما حاصر رسول الله صلى لله عليه وسلم الطائف أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقالت « ها دونكم فارموا » فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذاك منها ويجوز النظر إلى فرجها للحاجة إلى رميها لانه من ضرورته وكذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط لهم السهام أو تسقيهم الماء أو تحرضهم على القتال لانها في معنى المقاتل وكذلك الحكم في الصبي والشيخ وسائر من منعنا قتله منهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان تترسوا بالمسلمين لم يجز رميهم إلا ان يخاف على المسلمين فيرميهم ويقصد الكفار)

إذا تترسوا بمسلم ولم تدع حاجة إلى رميهم لكون الحرب غير قائمة أو لامكان القدرة عليهم بدونه أو للأمن من شرهم لم يجز رميهم فان رماهم فأصاب مسلما فعليه ضمانه وان دعت الحاجة الى

سابقة الحاج فقال أخذت بجريرة حلفائك من ثقيف فقد أسرت رجلين من اصحابي فمضى النبي ﷺ فناداه يامحمد يامحمد فقال له «ماشأنك؟» فقال اني مسلم فقال «لو قلتها وأنت تملك أمرك لأفلحت كل الفلاح» وفادى به النبي ﷺ الرجلين رواه مسلم ولأنه سقط القتل باسلامه فبقي باقي الخصال على ما كانت عليه.

ولنا انه أسير يحرم قتله فصار رقيقاً كالمرأة والحديث لاينافي رقه فقد يفادى بالمرأة وهي رقيق كما روى سلمة بن الاكوع انه غزا مع ابي بكر فنفله امرأة فوهبها للنبي ﷺ فبعث بها إلى اهل مكة وفي ايديهم أسارى ففداهم بتلك المرأة الا انه لايفادى به ولا يمن عليه الا باذن الغانمين لانه صار مالا لهم ويحتمل ان يجوز المن عليه لانه كان يجوز المن عليه مع كفره فمع اسلامه اولى لان الاسلام حسنة يقتضي اكرامه والانعام عليه لامنع ذلك في حقه ولا يجوز رده الى الكفار الا ان يكون له مايمنعه من المشركين من عشيرة او نحوها وإنما جاز فداؤه لانه يتخلص به من الرق ، فاما إن اسلم قبل أسره حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به سواء أسلم وهو في حصن اوجوف اومضيق اوغير ذلك لانه لم يحصل في أيدي الغانمين بعد

(فصل) فان سأل الاسارى من اهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك في نسائهم وذراريهم لانهم صاروا غنيمة بالسبي . واما الرجال فيجوز ذلك فيهم ولا يزول التخيير الثابت فيهم وقال أصحاب الشافعي يحرم قتلهم كما لو اسلموا

رميهم للخوف على المسلمين جاز رميهم للضرورة ويقصد الكفار فان لم يخف على المسلمين لكن لم يقدر عليهم إلا بالرمي فقال الاوزاعي والليث لايجوز رميهم وهو ظاهر كلامه في هذا الكتاب لقول الله تعالى « ولولا رجال مؤمنون ونساء مؤمنات » الآية قال الليث ترك فتح حصن يقدر على فتحه أفضل من قتل مسلم بغير حق وقال القاضي يجوز رميهم حال قيام الحرب لان تركه يفضي إلى تعطيل الجهاد فعلى هذا ان قتل مسلما فعليه الكفارة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان وجههما يذكر في موضعه وقال أبو حنيفة لادية ولا كفارة فيه لانه رمي أبيح مع العلم بحقيقة الحال فلم يوجب شيئاً كرمي من أبيح رميه

ولنا قوله تعالى (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه قتل معصوما بالايمان وهو من أهل الضمان أشبه مالو لم يتترس به

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أسر أسيراً لم يجز له قتله حتى يأتي به الامام الا أن يمتنع من السير معه ولا يمكنه إكراهه)

لايجوز لمن أسر أسيراً قتله حتى يأتي به الامام فيرى فيه رأيه لانه اذا صار أسيراً فالخيرة فيه الى الامام وقد روي عن أحمد كلام يدل على إباحة قتله فانه قال لايقتل أسير غيره إلا أن يشاء الوالي

ولنا انه بدل لاتلزم الاجابة اليه فلم يحرم قتلهم كبدل عبدة الاوثان

(فصل) وإذا أسر العبد صار رقيقاً للمسلمين لانه مال لهم استولى عليه فكان للغانمين كالبهيمة وان رأي الامام قتله لضرر في بقائه جاز قتله لان مثل هـذا لا قيمة له فهو كالمرتد. وأما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان كالشيخ والزمن والاعمى والراهب فلا يحل سبيهم لان قتلهم حرام ولانفع في اقتنائهم.

(فصل) ذكر ابو بكر ان الكافر إذا كان مولى مسلم لم يجز استرقاقه لان في استقراره تفويت ولاء المسلم المعصوم وعلى قوله لايسترق ولده أيضاً إذا كان عليه ولاء لذلك، وإن كان معتقه ذمياً جاز استرقاقه لان سيده يجوز استرقاقه فاسترقاق مولاه أولى وهذا مذهب الشافعي، وظاهر كلام الخرقي جواز استرقاقه لانه يجوز قتله وهو من اهل الكتاب فجاز استرقاقه كغيره ولان سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه وهو الاستيلاء عليه مع كون مصلحة المسلمين في استرقاقه ولانه إن كان المسبي امرأة او صبياً لم يجز فيه سوى الاسترقاق فيتعين ذلك فيه وماذكره يبطل بالقتل فانه يفوت الولاء وهوجائز فيه وكذلك من عليه ولاء لذمي يجوز استرقاقه وقولهم ان سيده يجوز استرقاقه غير صحيح فان الذمي لايجوز استرقاقه ولاتفويت حقوقه وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا

فمفهومه ان له قتل أسيره بغير إذن الوالي لان له ان يقتله ابتداء فكان له قتله دواما كما لو هرب منه او قاتله، فان امتنع الاسير أن ينقاد معه فله إكراهه بالضرب وغيره فان لم يمكن إكراهه فله قتله وكذلك إن خافه او خاف هربه وإن امتنع من الانقياد معه بجرح او مرض فله قتله وتوقف احمد عن قتله والصحيح الاول كالتذفيف على الجريح ولان تركه حياً ضرر على المسلمين وتقوية للكفار فتعيين القتل كحالة الابتداء وكجريحهم إذا لم يأسره. فأما أسير غيره فلا يجوز قتله إلا ان يصير إلى حال يجوز قتله لمن اسره وقد روى يحيى بن أبي بكير ان النبي ﷺ قال «لايتعاطين احدكم اسير صاحبه إذا أخذه فيقتله» رواه سعيد فان قتل اسيره او اسير غيره قبل ذلك اساء ولاضمان عليه وبه قال الشافعي وقال الاوزاعي ان قتله قبل ان يأتي به الامام لم يضمنه وإن قتله بعد ذلك ضمنه لانه اتلف من الغنيمة ماله قيمة فضمنه بقيمته كما لو قتل امرأة

ولنا ان عبد الرحمن بن عوف أسر امية بن خلف وابنه علياً يوم بدر فرآهما بلال فاستصرخ الانصار عليهما حتى قتلوهما ولم يغرموا شيئاً ولانه اتلف ماليس بمال فلم يغرمه كما لو اتلفه قبل ان يأتي به الامام ولانه اتلف مالاقيمة له قبل ان يأتي به الامام فلم يغرمه كما لو اتلف كلبا فأما إن قتل امرأة أو صبياً ضمنه لانه صار رقيقاً بنفس السبي

﴿مسألة﴾ قال (وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة)

يعني من صار منهم رقيقاً بضرب الرق عليه أوفودي بمال فهو كسائر الغنيمة يخمس ثم يقسم أربعة أخماسه بين الغانمين لا نعلم في هذا خلافاً فان النبي صلى الله عليه وسلم قسم فداء اسارى بدر بين الغانمين ولانه مال غنمه المسلمون فاشبه الخيل والسلاح ، فان قيل فالاسر لم يكن للغانمين فيه حق فكيف تعلق حقهم ببدله قلنا انما يفعل الامام في الاسترقاق ما يرى فيه المصلحة لانه لم يصر مالا فاذا صار مالا تعلق حق الغانمين به لانهم أسروه وقهروه وهذا لا يمنع،الا ترى ان من عليه الدين اذا قتل قتلا يوجب القصاص كان لورثته الخيار فاذا اختاروا الدية تعلق حق الغرماء بها

﴿ مسألة ﴾ قال (وانما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب او مجوسا فاما ماسوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغي رجالهم إلا الاسلام أو السيف أو الفداء)

قد ذكرنا فيما تقدم أن غير أهل الكتاب لا يجوز استرقاق رجالهم في احدى الروايتين .

(فصل) فأما النساء والصبيان فيصيرون رقيقاً بالسبي ومنع أحمد من فداء النساء بالمال لأن في بقائهن تعريضاً لهن للاسلام لبقائهن عند المسلمين وجوز أن يفادى بهن أسارى المسلمين ، لان النبي ﷺ فادى بالمرأة التي أخذها من سلمة بن الاكوع ولان في ذلك استنقاذ مسلم متحقق اسلامه

(فصل)ومن أسر أسيرا فادعى أنه كان مسلما لم يقبل قوله إلا ببينة لانه يدعي امرا الظاهر خلافه يتعلق به اسقاط حق تعلق برقبته،فان شهد له واحد حلف معه وخلي سبيله وقال الشافعي لا يقبل إلا شهادة عدلين لانه ليس بمال ولا يقصد منه المال

ولنا ماروى عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يوم بدر «لايبقى منهم أحد الا أن يفدى أو يضرب عنقه » فقال عبد الله بن مسعود الا سهيل بن بيضاء فاني سمعته يذكر الاسلام فقال النبي ﷺ « إلا سهيل بن بيضاء »فقبل شهادة عبدالله وحده

﴿ مسألة ﴾ (ويخير الامير في الاسرى بين القتل والاسترقاق والمن والفداء بمسلم أو بمال وعنه لايجوز بمال إلا غير الكتابي ففي استرقاقه روايتان ولايجوز ان يختار الا الاصلح للمسلمين)

وجملة ذلك ان من اسر من دار الحرب على ثلاثة أضرب (أحدها) النساء والصبيان فلا يجوز قتلهم بغير خلاف ويصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبي لان النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان متفق عليه و كان عليه الصلاة والسلام يسترقهم اذا سباهم

(الثاني) الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية فيتخير الامام فيهم بين أربعة أشياء القتل والمن بغير عوض والمفاداة بهم واسترقاقهم

(الثالث) الرجال ممن لا يقر بالجزية فيخير الامام فيهم بين القتل والمن والفداء ولا يجوز

فاحتمل تفويت غرضية الاسلام من أجله ولا يلزم من ذلك احتمال فواتها لتحصيل المال فأما الصبيان فقال احمد لايفادى بهم وذلك لان الصبي يصير مسلما باسلام سابيه فلا يجوز رده إلى المشركين وكذلك المرأة إذا أسلمت لم يجز ردها إلى الكفار بفداء ولا غيره لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن) ولان في ردها اليهم تعريضاً لها للرجوع عن الاسلام واستحلال ما لايحل منها وان كان الصبي غير محكوم باسلامه كالذي سبي مع أبويه لم يجز فداؤه بمال وهل يجوز فداؤه بمسلم؟ يحتمل وجهين

(فصل) ولم يجوز أحمد بيع شيء من رقيق المسلمين لكافر سواء كان الرقيق مسلما أو كافراً وهذا قول الحسن قال أحمد ليس لاهل الذمة ان يشتروا مما سبى المسلمون شيئاً قال وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه أمراء الامصار هكذا حكى أهل الشام وليس له إسناد وجوز أبو حنيفة والشافعي ذلك لانه لايمنع من اثبات يده عليه فلا يمنع من ابتدائه كالمسلم.

ولنا قول عمر ولم ينكر فيكون اجماعا ولان فيه تفويتاً للاسلام الذي يظهر وجوده فانه إذا بقي رقيقاً للمسلمين الظاهر اسلامه فيفوت ذلك ببيعه لكافر بخلاف ماإذا كان رقيقاً لكافر في ابتدائه فانه لم يثبت له هذه الغرضية والدوام يخالف الابتداء لقوته.

استرقاقهم في إحدى الروايتين اختارها الخرقي وهو قول الشافعي [والثانية] يجوز استرقاقهم لانه كافر اصلي أشبه أهل الكتاب ويحتمل ان يكون جواز استرقاقهم مبنياً على أخذ الجزية منهم فان قلنا بجوازها جاز استرقاقهم وإلا فلا وقال أبو حنيفة يجوز في العجم دون العرب بناء على قوله في أخذ الجزية منهم

ولنا أنه كافر لايقر بالجزية فلم يجز استرقاقه كالمرتد، والدليل على أنه لا يقر بالجزية يذكر في باب عقد الذمة ان شاء الله تعالى

(فصل) وبما ذكرنا في أهل الكتاب قال الاوزاعي والشافعي وأبو ثور وعن مالك كمذهبنا وعنه لايجوز المن بغير عوض لانه لامصلحة فيه وانما يجوز الامام فعل ما فيه المصلحة وحكي عن الحسن وعطاء وسعيد بن جبير كراهية قتل الاسرى وقالوا لو من عليه او فاداه كما صنع باسارى بدر ولان الله تعالى قال (فشدوا الوثاق فاما مناً بعد واما فداء) فخيره بعد الاسر بين هذين لاغير وقال أصحاب الرأي ان شاء قتلهم وان شاء استرقهم لاغير ولافداء لان الله تعالى قال (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) بعد قوله (فاما مناً بعد واما فداء) وكان عمر بن عبد العزيز وعياض بن عقبة يقتلان الأسارى

ولنا على جواز المن والفداء الآية المذكورة وان النبي ﷺ من على ثمامة بن اثال وأبي عزة الشاعر وأبي العاص بن الربيع وقال في أسارى بدر «لو كان مطعم بن عدي حيا ثم سألني هؤلاء

(فصل) ومن أسر اسيراً لم يكن له قتله حتى يأتي به الامام فيرى فيه رأيه لانه إذا صار أسيراً فالخيرة فيه إلى الامام ، وقد روي عن أحمد كلام يدل على إباحة قتله فانه قال لايقتل أسير غيره إلا أن يشاء الوالي فمفهومه ان له قتل أسيره بغير إذن الوالي لان له ان يقتله ابتداء فكان له قتله دواما كما لو هرب منه او قاتله ، فان امتنع الاسير ان ينقاد معه فله اكراهه بالضرب وغيره فان لم يمكنه اكراهه فله قتله وان خافه أو خاف هربه فله قتله أيضاً وان امتنع من الانقياد معه لجرح او مرض فله قتله أيضاً وتوقف احمد عن قتله، والصحيح انه يقتله كما يذفف على جريحهم ولان تركه حياً ضرر على المسلمين وتقوية للكفار فتعين القتل كحالة الابتداء إذا أمكنه قتله وكجريحهم إذا لم يأسره . فاما اسير غيره فلا يجوز له قتله إلا أن يصير إلى حال يجوز قتله لمن اسره وقد روى يحيى بن أبي كثير ان النبي ﷺ قال « لا يتعاطين احدكم اسير صاحبه اذا اخذه فيقتله » رواه سعيد فان قتل اسيره أو اسير غيره قبل ذلك اساء ولم يلزمه ضمانه وبهذا قال الشافعي وقال الأوزاعي ان قتله قبل ان يأتي به الامام لم يضمنه ، وان قتله بعد ذلك غرم ثمنه لانه أتلف من الغنيمة ماله قيمة فضمنه كما لو قتل امرأة .

ولنا ان عبد الرحمن بن عوف اسر أمية بن خلف وابنه علياً يوم بدر فرآهما بلال فاستصرخ الانصار عليهما حتى قتلوهما ولم يغرموا شيئاً ولانه اتلف ماليس بمال فلم يغرمه كما لو اتلفه قبل ان

النتنى لاطلقتهم له »وفادى اسرى بدر وفادى يوم أحد رجلا برجلين وصاحب العضباء برجلين وأما القتل فان النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة وقتل يوم بدر النضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط صبرا وقتل أبا عزة يوم أحد وهذه قصص اشتهرت وعلمت وفعلها النبي صلى الله عليه وسلم مرات وهو دليل على جوازها، ولان كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الاسرى فان فيهم من له قوة ونكاية في المسلمين فقتله أصلح، ومنهم الضعيف الذي له مال كثير ففداؤه اصلح ومنهم حسن الرأي في المسلمين يرجى اسلامه بالمن عليه أو معونته للمسلمين بتخليص اسراهم أو الدفع عنهم فالمن عليه أصلح ومنهم من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان والامام أعلم بالمصلحة ففوض ذلك اليه . إذا ثبت ذلك فان هذا تخيير مصلحة واجتهاد لا تخيير شهوة فمتى رأى المصلحة في خصلة لم يجز اختيار غيرها لانه يتصرف لهم على سبيل النظر لهم فلم يجز له ترك مافيه الحظ كولي اليتيم ومتى حصل عنده تردد في هذه الخصال فالقتل اولى قال مجاهد في اميرين (احدهما) يقتل الاسرى وهو افضل وكذلك قال مالك وقال اسحاق الاثخان احب إلي إلا ان يكون معروفاً يطمع به في الكثير فمتى رأى القتل ضرب عنقه بالسيف لقول الله تعالى [فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب] ولان النبي صلى الله عليه وسلم امر بضرب اعناق الذين قتلهم ولا يجوز التمثيل به لما روى بريدة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا امر رجلا على جيش اوسرية قال « اغزوا

يأتي به الامام ولانه اتلف مالا قيمة له قبل ان يأتي به الامام فلم يغرمه كالو اتلف كلبا فاما ان قتل امرأة او صبياً غرمه لانه صار رقيقاً بنفس السبي .

(فصل) ومن اسر فادعى انه كان مسلما لم يقبل قوله إلا ببينة لانه يدعي امراً الظاهر خلافه يتعلق به اسقاط حق يتعلق برقبته فان شهد له واحد حلف معه وخلي سبيله وقال الشافعي لا تقبل الا شهادة عدلين لانه ليس بمال ولا يقصد منه المال

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود ان النبي ﷺ قال يوم بدر « لا يبقى منهم أحد الا ان يفدى او يضرب عنقه » فقال عبد الله بن مسعود الا سهيل بن بيضاء فاني سمعته يذكر الاسلام فقال النبي ﷺ « الا سهيل بن بيضاء » فقبل شهادة عبد الله وحده

﴿ مسألة ﴾ قال (وينفل الامام ومن استخلفه الامام كما فعل النبي ﷺ في بدأته الربع بعد الخمس وفي رجعته الثلث بعد الخمس)

النفل زيادة تزاد على سهم الغازي ومنه نفل الصلاة وهو ما زيد على الفرض وقول الله تعالى (ووهبنا له اسحاق ويعقوب نافلة) كأنه سأل الله ولداً فأعطاه ما سأل وزاده ولدا لولد والمراد بالبداية ههنا ابتداء دخول الحرب والرجعة رجوعه عنها والنفل في الغزو ينقسم ثلاثة أقسام

بسم الله قاتلوا من كفر بالله ولا تعذبوا ولا تمثلوا » وان اختار الفداء جاز ان يفدي بهم اسارى المسلمين وجاز بالمال لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل الامرين وفيه رواية اخرى أنه لا يجوز بمال كما لا يجوز بيع رقيق المسلمين للكفار في إحدى الروايتين ولانه اذا لم يجز ان نبيعهم السلاح لما فيه من تقويتهم على المسلمين فبيع انفسهم اولى ومنع احمد رحمه الله من فداء النساء بالمال لان في بقائهن تعريضا لهن للاسلام لبقائهن عند المسلمين وجوز ان يفادى بهن اسارى المسلمين لان النبي ﷺ فادى بالمرأة التي اخذها من سلمة بن الاكوع ولان في ذلك استنقاذ مسلم متحقق اسلامه فاحتمل تفويت غرضية الاسلام من أجله ولا يلزم من ذلك احتمال فدائها لتحصيل المال

فأما الصبيان فقال احمد لا يفادى بهم لان الصبي يصير مسلما باسلام سابيه فلا يجوز رده إلى المشركين وكذلك المرأة اذا أسلمت لا يجوز ردها إلى الكفار لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن) وان كان الصبي غير محكوم باسلامه كمن سبي مع أبويه فلا يجوز فداؤه بمال كالمرأة ويجوز فداؤه بمسلم في أحد الوجهين

(فصل) ومن استرق منهم او بلغ فودي بمال وكان الرقيق والمال للغانمين حكمه حكم الغنيمة . لا نعلم في هذا خلافا فان النبي صلى الله عليه وسلم قسم فداء أسارى بدر بين الغانمين ولانه مال غنمه المسلمون أشبه الخيل والسلاح، فان قيل فالاسير لم يكن للغانمين فيه حق فكيف تعلق حقهم ببدله ؟

(أحدها) هذا الذي ذكره الخرقي وهو ان الامام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازيا بعث بين يديه سرية تغير على العدو ويجعل لهم الربع بعد الخمس فما قدمت به السرية من شيء أخرج خمسه ثم أعطى السرية ما جعل لهم وهو ربع الباقي وذلك خمس آخر ثم قسم ما بقي في الجيش والسرية معه فاذا قفل بعث سرية تغير وجعل لهم الثلث بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسه ثم اعطى السرية ثلث ما بقي ثم قسم سائره في الجيش والسرية معه وبهذا قال حبيب بن مسلمة والحسن والاوزاعي وجماعة ويروى عن عمرو بن شعيب أنه قال لا نفل بعد رسول الله ﷺ ولعله يحتج بقوله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) فخصه بها وكان سعيد بن المسيب ومالك يقولان لا نفل الا من الخمس وقال الشافعي يخرج من خمس الخمس لما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ بعث سرية فيها عبد الله بن عمر فغنموا إبلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً متفق عليه ولو أعطاهم من اربعة الاخماس التي هي لهم لم يكن نفلا وكان من سهامهم

ولنا ما روى حبيب بن مسلمة الفهري قال: شهدت رسول الله ﷺ نفل الربع في البداءة والثلث في الرجعة وفي لفظ ان رسول الله ﷺ كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس إذا قفل رواهما أبو داود وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداءة الربع وفي القفول الثلث رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب وفي لفظ قال كان رسول الله صلى الله

قلنا انما يفعل الامام في الاسير ما يرى فيه المصلحة لانه لم يصر مالا فاذا صار مالا تعلق حق الغانمين به لانهم أسروه وقهروه وهذا غير ممتنع ألا ترى أن من عليه دين إذا قتل قتلا يوجب القصاص كان لورثته الخيار بين القتل والعفو إلى الدية فاذا اختاروا الدية تعلق حق الغرماء بها

(فصل) فان سأل الاسارى من اهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك في صبيانهم ونسائهم لانهم صاروا غنيمة بالسبي ويجوز في الرجال ولا يزول التخيير الثابت فيهم قال أصحاب الشافعي يحرم قتلهم كما لو أسلموا

ولنا انه بدل تجوز الاجابة اليه فلم يحرم قتلهم كبدل عبدة الاوثان

(فصل) واذا أسر العبد صار رقيقاً للمسلمين لانه مال لهم استولي عليه فكان للغانمين كالبهيمة فان رأى الامام قتله لضرر في ابقائه جاز لان مثل هذا لا قيمة له فهو كالمرتد، وأما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان كالشيخ والزمن والاعمى والراهب فلا يحل سبيهم لان قتلهم حرام ولا نفع في اقتنائه

(فصل) ذكر ابو بكر ان الكافر إذا كان مولى مسلم لم يجز استرقاقه لان في استرقاقه تفويت ولاء المسلم المعصوم، وعلى قوله لا يسترق ولده أيضاً إذا كان عليه ولاء لذلك، وان كان معتقه ذمياً

عليه وسلم ينفلهم إذا خرجوا بادين الربع وينفلهم إذا قفلوا الثلث رواه الخلال باسناده، وروى الاثرم باسناده عن جرير بن عبد الله البجلي أنه لما قدم على عمر في قومه قال له عمر هل لك ان تأتي الكوفة ولك الثلث بعد الخمس من كل ارض وشيء؟ وذكره ابن المنذر أيضاً عن عمر وقال ابراهيم النخعي ينفل السرية الثلث والربع يضريهم بذلك، فأما قول عمرو بن شعيب فان مكحولا قال له حين قال لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر له حديث حبيب بن مسلمة: شغلك أكل الزبيب بالطائف. وما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ثبت للائمة بعده ما لم يقم على تخصيصه به دليل، فأما حديث ابن عمر فهو حجة عليهم فان بعيراً على اثني عشر يكون جزءا من ثلاثة عشر وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين وجزء من ثلاثة عشر أكثر فلا يتصور أخذ الشيء من اقل منه يحققه ان الاثني عشر إذا كانت أربعة أخماس والبعير منها ثلث الخمس فكيف يتصور أخذ ثلث الخمس من خمس الخمس؟ فهذا محال فتعين ان يكون ذلك من غيره او ان النفل كان للسرية دون سائر الجيش على ان ما رويناه صريح في الحكم فلا يعارض بشيء مستنبط يحتمل غير ما حمله عليه من استنبطه. إذا ثبت هذا فظاهر كلام أحمد أنهم انما يستحقون هذا النفل بالشرط السابق فان لم يكن شرطه لهم فلا فانه قيل له أليس قد نفل رسول الله صلى الله عليه وسلم في البداءة الربع وفي الرجوع الثلث؟ قال نعم ذاك إذا نفل وتقدم القول فيه، فعلى هذا إن رأى الامام ان لا ينفلهم شيئاً فله ذلك وإن رأى أن ينفلهم دون الثلث

جاز استرقاقه لان سيده يجوز استرقاقه فاسترقاق مولاه اولى وهذا مذهب الشافعي، وظاهر كلام الخرقي جواز استرقاقه لانه لا يجوز قتله وهو من أهل الكتاب فجاز استرقاقه كغيره، ولان سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه وهو الاستيلاء عليه مع كون مصلحة المسلمين في استرقاقه ولانه ان كان السبي امرأة او صبياً لم يجز فيه سوى الاسترقاق فيتعين ذلك فيه، وما ذكروه يبطل بالقتل فانه يفوت الولاء وهو جائز فيه، وكذلك يجوز استرقاق من عليه ولاء الذمي وقوله ان سيده الذمي يجوز استرقاقه غير صحيح فان الذمي لا يجوز استرقاقه ولا تفويت حقوقه وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان أسلموا رقوا في الحال)

يعني إذا أسلم الاسير صار رقيقاً في الحال وزال التخيير فيه وصار حكمه حكم النساء وبه قال الشافعي في أحد قوليه لانه أسير يحرم قتله فصار رقيقاً كالمرأة وفيه قول آخر أنه يحرم قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امريء مسلم الا باحدى ثلاث» ويتخير بين الخصال الثلاث الباقية المن والفداء والاسترقاق وهو القول الثاني للشافعي لانه إذا جاز المن عليه في حال كفره ففي حال اسلامه أولى لان الاسلام حسنه يقتضي اكرامه والانعام عليه لا منع ذلك في حقه وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى، ولا يجوز رده الى الكفار الا أن يكون له من يمنعه من المشركين

والربع فله ذلك لأنه إذا جاز ان لا يجعل لهم شيئاً جاز ان يجعل لهم شيئاً يسيراً ولا يجور ان ينفل أكثر من الثلث نص عليه أحمد وهو قول مكحول والاوزاعي والجمهور من العلماء، وقال الشافعي لا حد للنفل بل هو موكول الى اجتهاد الامام لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل مرة الثلث وأخرى الربع وفي حديث ابن عمر نفل نصف السدس فهذا يدل على أنه ليس للنفل حد لا يتجاوزه الامام فينبغي أن يكون موكولا إلى اجتهاده

ولنا أن نفل النبي صلى الله عليه وسلم انتهى إلى الثلث فينبغي ان لا يتجاوزه وما ذكره الشافعي يدل على أنه ليس لاقل النفل حد وأنه يجوز ان ينفل اقل من الثلث والربع ونحن نقول به على ان هذا القول مع قوله ان النفل من خمس الخمس تناقض، فان شرط لهم الامام زيادة على الثلث ردوا اليه، وقال الاوزاعي لا ينبغي ان يشرط النصف فان زادهم على ذلك فليف لهم به ويجعل ذلك من الخمس وإنما زيد في الرجعة على البداءة في النفل لمشقتها فان الجيش في البداءة ردء للسرية تابع لها والعدو خائف وربما كان غاراً وفي الرجعة لا ردء للسرية لان الجيش منصرف عنهم والعدو مستيقظ كلب قال أحمد في البداءة إذا كان ذاهباً الربع وفي القفلة إذا كان في الرجوع الثلث لانهم يشتاقون إلى أهليهم فهذا أكبر

(القسم الثاني) ان ينفل الامام بعض الجيش لعنائه وبأسه وبلائه او لمكروه تحمله دون سائر

من عشيرة او نحوها، وانما جاز فداؤه لانه يتخلص به من الرق، فاما ان أسلم قبل أسره حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به سواء أسلم وهو في حصن او جوف او مضيق او غير ذلك لانه لم يحصل في أيدي الغانمين

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سبي من أطفالهم منفرداً او مع أحد أبويه فهو مسلم. ومن سبي مع أبويه فهو على دينهما)

المسبي من أطفال المشركين ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) أن يسبى منفرداً عن ابويه فيصير مسلما بالاجماع لان الدين انما يثبت له تبعاً، وقد انقطعت تبعيته لابويه لانقطاعه عنهما واخراجه عن دارهما ومصيره الى دار الاسلام تبعاً لسابيه المسلم فكان تابعاً له في دينه

(الثاني) أن يسبى مع أحد أبويه فيحكم باسلامه أيضاً وبه قال الاوزاعي وقال ابو الخطاب يتبع أباه، وقال القاضي فيه روايتان أشهرهما أنه يحكم باسلامه [والثانية]يتبع أباه، وقال ابوحنيفة والشافعي يكون تابعا لابيه في الكفر لانه لم ينفرد عن أحد أبويه فلم يحكم باسلامه كما لو سبي معهما وقال مالك ان سبي مع أبيه تبعه لان الولد يتبع أباه في الدين كما يتبعه في النسب وان سبي مع أمه فهو مسلم لانه لا يتبعها في النسب فكذلك في الدين

الجيش قال أحمد في الرجل يأمره الامير يكون طليعة اوعنده يدفع اليه رأساً من السبي او دابة قال إذا كان رجل له عناء ويقاتل في سبيل الله فلا بأس بذلك ذلك أنفع لهم يحرض هو وغيره يقاتلون ويغنمون ، وقال إذا نفذ الامام صبيحة المغار الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتي بشيء فللوالي أن يخص بعض هؤلاء الذين جاءوا بشيء دون هؤلاء وظاهر هذا ان له إعطاء من هذه حاله من غير شرط ،وحجةهذا حديث سلمة بن الاكوع انه قال أغار عبدالرحمن بن عيينة على ابل رسول الله ﷺ فاتبعتهم فذكر الحديث فاعطاني رسول الله ﷺ سهم الفارس والراجل رواه مسلم وابوداود وعنه ان النبي ﷺ أمر أبابكر قال فبيتنا عدونا فقتلت ليلتئذ تسعة أهل ابيات وأخذت منهم امرأة فنفلنيها أبو بكر فلما قدمت المدينة استوهبها مني رسول الله صلى الله عليه وسلم فوهبتها له رواه مسلم بمعناه

(القسم الثالث) أن يقول الامير من طلع هذا الحصن أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا او من جاء باسير فله كذا فهذا جائز في قول أكثر اهل العلم منهم الثوري قال أحمد إذا قال من جاء بعشر دواب او بقر او غنم فله واحد فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم ومن جاء بشيء أعطاه بقدره، قيل له إذا قال من جاء بعلج فله كذا وكذا فجاء بعلج يطيب له ما يعطى؟ قال نعم وكره مالك هذا القسم ولم يره وقال قتالهم على هذا الوجه انما هو للدنيا وقال هو وأصحابه لا نفل الا بعد احراز الغنيمة قال مالك ولم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » الا بعد أن برد القتال

ولنا قول النبي ﷺ « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » رواه مالك فمفهومه أنه لايتبع أحدهما لان الحكم متى علق بشيئين لايثبت باحدهما ولانه يتبع سابيه منفرداً فيتبعه مع أحد ابويه قياساً على مالو أسلم أحد الابوين،تحقيقه ان كل شخص غلب حكم اسلامه منفرداً غلب مع أحد الابوين كالمسلم من الابوين

(الثالث) أن يسبى مع احد أبويه فيكون على دينهما وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال الاوزاعي يكون مسلماً لان السابي أحق به لكونه مالكه بالسبي وزالت ولاية أبويه عنه وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما فكان اولى به منهما

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » وهما معه وملك السابي له لايمنع اتباعه لأبويه بدليل مالو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ينفسخ النكاح باسترقاق الزوجين وان سبيت المرأة وحدها انفسخ نكاحها وحلت لسابيها)

إذا سبي المتزوج من الكفار لم يخل من ثلاثه احوال (احدها) أن يسبى الزوجان معاً فلا ينفسخ نكاحهما وبهذا قال أبو حنيفة والاوزاعي ويحتمل أن ينفسخ وبه قال مالك والثوري والليث والشافعي

ولنا ما تقدم من حديث حبيب وعبادة وما شرطه عمر لجويبر بن عبد الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » ولان فيه مصلحة وتحريضاً على القتال فجاز كاستحقاق الغنيمة وزيادة السهم للفارس واستحقاق السلب، وما ذكروه يبطل بهذه المسائل وقوله ان النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل السلب للقاتل بعد أن برد القتال قلنا قوله ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله فهو بالنسبة اليها كالمشروط في أول الغزاة قال القاضي ولا يجوز هذا إلا إذا كان فيه مصلحة المسلمين وان لم يكن فيه فائدة لم يجز لانه إنما يخرج على وجه المصلحة فاعتبرت الحاجة فيه كأجرة الحمال والحافظ. إذا ثبت هذا فان النفل لايختص بنوع من المال وذكر الخلال انه لانفل في الدراهم والدنانير وهو قول الاوزاعي لان القاتل لايستحق شيئاً منها فكذلك غيره .

ولنا حديث حبيب بن مسلمة وعبادة وجرير فان النبي ﷺ جعل لهم الثلث والربع وهو عام في كل ماغنموه ولانه نوع مال فجاز النفل فيه كسائر الاموال واما القاتل فإنما نفل السلب وليست الدراهم والدنانير من السلب فلم يستحق غير ماجعل له

(فصل) نقل ابو داود عن احمد انه قال له إذا قال من رجع الى الساقة فله دينار والرجل يعمل في سياقة الغنم قال لم يزل اهل الشام يفعلون هذا وقد يكون في رجوعهم إلى الساقة وسياقة الغنم منفعة قيل له فان اغار على قرية فنزل فيها والسبي والدواب والخرثي معهم في القرية ويمنع الناس من جمعه

وأبو ثور لقول الله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) والمحصنات المتزوجات [الا ماملكت أيمانكم] بالسبي قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه نزلت هذه الآية في سبي أوطاس ، وقال ابن عباس رضي الله عنهما الا ذوات الازواج من المسبيات ولانه استولى على محل حق الكافر فزال ملكه كما لو سباها وحدها

ولنا ان الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق ، والآية نزلت في سبايا أوطاس وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن ، وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الاسلام فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه

(الحال الثاني) أن تسبى المرأة وحدها فينفسخ النكاح بلاخلاف علمناه والآية دالة عليه وقد روى أبو سعيد الخدري قال أصبنا سبايا يوم أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فنزلت [والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم] رواه الترمذي وقال حديث حسن الا أن أبا حنيفة قال اذا سبيت المرأة وحدها ثم سبي زوجها بعدها بيوم لم ينفسخ النكاح ، ولنا ان السبي المقتضي للفسخ وجد فانفسخ النكاح كما لو سبيت قبله بشهر

(الحال الثالث) سبي الرجل وحده فلا ينفسخ النكاح لانه لانص فيه ولا القياس يقتضيه وقد سبى النبي ﷺ سبعين رجلا من الكفار يوم بدر فمن على بعضهم وفادى بعضاً فلم يحكم عليهم بفسخ

الكسل لايخافون عليه العدو فيقول الامام من جاء بعشرة أثواب فله ثوب ولمن جاء بعشرة رءوس رأس ؟ قال ارجو ان لايكون به بأس قيل له فان قال من جاء بعدل من دقيق الروم فله دينار يريده لطعام السبي ماترى في اخذ الدينار ؟ فلم ير به بأساً قيل فالامام يخرج السرية وقد نفلهم جميعاً فلما كان يوم المغار نادى من جاء بعشرة رءوس فله رأس ومن جاء بكذا فله كذا فيذهب الناس فيطلبون فما ترى في هذا النفل قال لابأس به إذا كان يحرضهم على ذلك مالم يستغرق الثلث قلت فلا باس بنفلين في شيء واحد قال نعم مالم يستغرق الثلث غير مرة سمعته يقول ذلك .

(فصل) ويجوز للامام ونائبه أن يبذلا جعلا لمن يد له على ما فيه مصلحة للمسلمين مثل طريق سهل أو ماء في مفازة او قلعة يفتحها أو مال يأخذه او عدو يغير عليه أو ثغرة يدخل منها لانعلم في هذا خلافا لانه جعل في مصلحة فجاز كاجرة الدليل وقد استأجر النبي ﷺ وأبو بكر في الهجرة من دلهم على الطريق، ويستحق الجعل بفعل ماجعل له الجعل فيه سواء كان مسلما أو كافراً من الجيش أو من غيره فان جعل له الجعل مما في يده وجب ان يكون معلوما لانها جعالة بعوض من مال معلوم فوجب ان يكون معلوما كالجعالة في رد الآبق وإن كان الجعل من مال الكفار جاز ان يكون مجهولا جهالة لاتمنع التسليم ولا تفضي إلى التنازع لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه وهو مجهول لان الغنيمة كلها مجهولة ولانه مما تدعو الحاجة اليه والجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة فان جعل له جارية معينة ان دله على قلعة يفتحها مثل ان جعل له بنت رجل عينه من اهل

أنكحتهم ، ولاننا اذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما اذا سبيا معاً مع الاستيلاء على محل حقه فلأن لا ينفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء عليه أولى

وقال ابو الخطاب اذا سبي احد الزوجين انفسخ النكاح ولم يفرق وبه قال ابو حنيفة لان الزوجين افترقت بهما الدار وطرأ الملك على احدهما فانفسخ النكاح كما لو سبيت المرأة وحدها ، وقال الشافعي ان سبي و استرق انفسخ نكاحه وان من عليه او فودي لم ينفسخ ، ولنا ما ذكرناه وأن السبي لم يزل ملكه عن ماله في دار الحرب فلم يزل عن زوجته كما لو لم يزل عن امته

(فصل) ولم يفرق اصحابنا في سبي الزوجين بين ان يسبيهما رجل واحد او رجلان وينبغي ان يفرق بينهما فانهما اذا كانا مع رجلين كان مالك المرأة منفرداً بها ولا زوج معها فتحل له لقوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم)

وذكر الاوزاعي ان الزوجين إذا سبيا فهما على النكاح في المقاسم فان اشتراهما رجل فله أن يفرق بينهما إن شاء أويقرهما على النكاح

ولنا ان تجدد الملك في الزوجين لرجل لا يقتضي جواز الفسخ كما لو اشترى زوجين مسلمين ، إذا ثبت هذا فانه لايحرم التفريق بينهما في القسمة والبيع لان الشرع لم يرد بذلك

القلعة لم يستحق شيئاً حتى يفتح القلعة لان جعالة شيء منه اقتضت إشتراط فتحها فاذا فتحت القلعة عنوة سلمت إليه إلا ان تكون قد أسلمت قبل الفتح فانها عصمت نفسها باسلامها فتعذر دفعها إليه فتدفع إليه قيمتها فان النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح اهل مكة عام الحديبية على ان من جاءه مسلما رده إليهم فجاء نساء مسلمات منعه الله من ردهن، ولو كان الجعل رجلا من اهل القلعة فاسلم قبل الفتح عصم ايضاً نفسه ولم يجز دفعه وكان لصاحب الجعل قيمته وان كان إسلام الجارية او الرجل بعد اسرهم سلما إليه ان كان مسلما وان كان كافراً فله قيمتهما لان الكافر لا يبتدىء الملك على مسلم، وإن ماتا قبل الفتح او بعده فلا شيء له لأنه عاق حقه بشيء معين وقد تلف بغير تفريط فسقط حقه كالوديعة، وفارق ما إذا اسلما فان تسليمهما ممكن لكن منع الشرع منه وان كان الفتح صلحاً فاستثنى الامام الجارية او الرجل وسلمهما صح وإن وقع الصلح مطلقاً طلب الجعل من صاحب القلعة وبذلت له قيمتهما فان سلما إلى الامام سلمهما إلى صاحبهما وإن ابى عرض على مشترطها قيمتها فان أخذها أعطيها وتم الصلح، وإن ابى فقال القاضي يفسخ الصلح لانه حق قد تعذر امضاء الصلح لان صاحب الجعل سابق ولا يمكن الجمع بينه وبين الصلح ونحو هذا مذهب الشافعي ولصاحب القلعة أن يحصنها مثلما كانت من غير زيادة ويحتمل ان يمضي الصلح وتدفع إلى صاحب الجعل قيمته لانه تعذر دفعه اليه مع بقائه فدفعت اليه قيمته كما لو اسلم الجعل قبل الفتح او أسلم بعده وصاحب الجعل كافر، وقولهم ان حق صاحب الجعل سابق قلنا إلا ان المفسدة في فسخ الصلح أعظم لان ضرره يعود على الجيش كله

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجوز بيع من استرق منهم للمشركين؟ على روايتين)

لا يجوز بيع شيء من رقيق المسلمين لكافر سواء كان مسلما او كافراً وهذا قول الحسن، وقال احمد ليس لأهل الذمة أن يشتروا مما سبى المسلمون قال وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه امراء الامصار هكذا حكى اهل الشام، وعنه انه يجوز ذلك وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه لا يمنع من إثبات يده عليه فلا يمنع من ابتدائه كالمسلم، ولانه رد الكافر إلى الكفار فجاز كالمفاداة بهم قبل الاسترقاق والاول اولى لانه قول عمر رضي الله عنه ولم ينكره منكر فكان إجماعا ولان فيه تفويتاً للاسلام الذي يظهر وجوده فانه إذا بقي رقيقاً للمسلمين الظاهر انه يسلم فيفوت ذلك ببيعه لكافر بخلاف ما إذا كان رقيقاً لكافر في ابتدائه فانه لم تثبت له هذه الغرضية

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يفرق في البيع بين ذي رحم محرم إلا بعد البلوغ على احدى الروايتين)

أجمع أهل العلم على ان التفريق بين الام وولدها الطفل غير جائز منهم مالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم لما روى ابو أيوب قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب، وقال النبي ﷺ « لا توله والدة عن ولدها » قال احمد لا يفرق بين الام وولدها وان

وربما عاد على غيره من المسلمين في كون هذه القامة يتعذر فتحها بعد ذلك ويبقى ضررها على المسلمين ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد فان ضرر صاحب الجمل انما هو في فوات عين الجمل وتفاوت مابين عين الشيء وقيمته يسير سيما وهو في حق شخص واحد ومراعاة حق المسلمين أجمعين بدفع الضرر الكثير عنهم أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم او من غيرهم ولهذا قلنا فيمن وجد ماله قبل قسمه فهو أحق به فان وجده بعد قسمته لم يأخذه إلا بثمنه لئلا يؤدي إلى الضرر بنقص القيمة أو حرمان من وقع ذلك في سهمه

(فصل) قال احمد والنفل من اربعة أخماس الغنيمة هذا قول أنس بن مالك وفقهاء الشام منهم رجاء بن حيوة وعبادة بن نسي وعدي بن عدي ومكحول والقاسم بن عبد الرحمن ويزيد بن أبي مالك ويحيى بن جابر والاوزاعي وبه قال اسحاق وابو عبيد ، وقال ابو عبيد والناس اليوم على هذا ، قال احمد وكان سعيد بن المسيب ومالك بن أنس يقولان لا نفل إلا من الخمس فكيف خفي عليهما هذا مع علمهما ؟

وقال النخعي وطائفة إن شاء الامام نفلهم قبل الخمس وإن شاء بعده ، وقال ابو ثور وانما النفل قبل الخمس، واحتج من ذهب إلى هذا بحديث ابن عمر الذي أوردناه

ولنا ماروى معن بن يزيد السلمي قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا نفل إلا بعد الخمس» رواه ابو داود وابن عبد البر وهذا صريح . وحديث حبيب بن مسلمة ان النبي ﷺ كان ينفل

رضيت وذلك والله أعلم لما فيه من الاضرار بالولد ولان المرأة قد ترضى بما فيه ضررها ثم يتغير قلبها فتندم ، ولا يجوز التفريق بين الاب وولده هذا قول اصحاب الرأي والشافعي

وقال مالك والليث يجوز وبه قال بعض الشافعية لانه ليس من اهل الحضانة بنفسه ولانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لان الام أشفق منه

ولنا انه أحد الأبوين أشبه الام ولا نسلم انه ليس من اهل الحضانة ، ولا فرق بين أن يكون الولد بالغاً أو طفلا في ظاهر كلام الخرقي وإحدى الروايتين عن أحمد لعموم الخبر ولان الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير ولهذا حرم عليه الجهاد إلا باذنها (والثانية) يختص تحريم التفريق بالصغير وهو قول الاكثرين منهم مالك والاوزاعي والليث وأبو ثور وهو قول الشافعي لان سلمة بن الاكوع أتى بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له ولم ينكر التفريق بينهما ولان الاحرار يتفرقون بعد الكبر فان المرأة تزوج ابنتها وتفارقها فالعبيد أولى ، واختلفوا في حد الكبر الذي يجوز التفريق فعن أحمد رحمه الله حده بلوغ الولد وهو قول سعيد بن عبد العزيز واصحاب الرأي وقول للشافعي ، وقال مالك اذا أثغر وقال الاوزاعي والليث اذا استغنى عن أمه ونفع نفسه وللشافعي قول اذا صار ابن سبع أو ثمان ، وقال أبو ثور اذا كان يلبس وحده ويتوضأ وحده لانه

الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس ، وحديث جرير حين قال له عمر ولك الثلث بعد الخمس ولان النبي ﷺ نفل الثلث ولا يتصور اخراجه من الخمس ولان الله تعالى قال (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يقتضي ان يكون الخمس خارجا من الغنيمة كلها ، وأما حديث ابن عمر فقد رواه شعيب عن نافع عن ابن عمر قال : بعثنا رسول الله ﷺ في جيش قبل نجد وابتعث سرية من الجيش فكان سهمان الجيش اثني عشر بعيراً ونفل أهل السرية بعيراً بعيراً فكانت سهمانهم ثلاثة عشر بعيراً فهذا يمكن ان يكون نفلهم من اربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش كما ينفل السرايا ويتعين حمل الخبر على هذا لانه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك نفلا وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الاخماس وهو خلاف الآية والاخبار

(فصل) وكلام احمد في أن النفل من أربعة الاخماس عام لعموم الخبر فيه ويحتمل ان يحمل على القسمين الاولين من النفل ، فاما القسم الثالث وهو ان يقول من جاء بشيء فله كذا او من جاء بعشرة رءوس فله رأس منها فيحتمل أن يستحق ذلك من الغنيمة كلها لانه ينزل بمنزلة الجعل فاشبه السلب فانه غير مخموس، ويحتمل في القسم الثاني وهو زيادة بعض الغانمين على سهمه لغنائه ان يكون من خمس الخمس المعد للمصالح لان عطية هذا من المصالح والمذهب المنصوص عليه الاول لان عطية سلمة ابن الاكوع سهم الفارس زيادة على سهمه انما كانت من أربعة الاخماس والله أعلم

اذا كان كذلك استغنى عن أمه ولذلك خير الغلام بين أمه وأبيه اذا كان كذلك ولانه جاز التفريق بينهما بتخييره فجاز ببيعه وقسمته

ولنا ماروي عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال « لا يفرق بين الوالدة وولدها » فقيل الى متى ؟ قال « حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ولان من دون البلوغ يولى عليه أشبه الطفل

(فصل) فان فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح البيع لان النهي لمعنى في غير المعقود عليه فأشبه البيع في وقت النداء ولنا ماروى أبو داود في سننه عن علي رضي الله عنه انه فرق بين الام وولدها فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك ورد البيع والاصل ممنوع وما ذكروه لا يصح فانه نهي عنه لما يلحق المبيع من الضرر فهو لمعنى فيه

(فصل) والجد والجدة في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما كالأبوين لان الجد أب والجدة أم ولذلك يقومان مقام الابوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة فقاما مقامهما في تحريم التفريق ويستوي في ذلك الجد والجدة من قبل الاب والام لان لهم ولادة ومحرمية فاستووا في ذلك كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض

(فصل) ويحرم التفريق بين الاخوة في القسمة والبيع أيضاً كما يحرم بين الولد ووالده وبهذا

(مسئلة) قال (ويرد من نفل على من معه في السرية اذ بقوتهم صار اليه)

هذا في الصورة التي ذكرها الخرقي وهي القسم الاول من أقسام النفل وهو إذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع فدفع النفل الى بعضهم وخصه به أو جاء بعضهم بشيء فنفله ولم يأت بعضهم بشيء فلم ينفله شارك من نفل من لم ينفل نص عليه أحمد لان هؤلاء انما أخذوا بقوة هؤلاء ولانهم استحقوا النفل على وجه الاشاعة بينهم بالشرط السابق فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة ، فأما في القسمين الآخرين اللذين لم يذكرهما الخرقي مثل أن يخص بعض الجيش بنفل لغنائه أو يجعله له كقوله: من جاء بعشرة رءوس فله رأس فجاء واحد بعشرة دون الجيش فان من نفل يختص بنفله دون غيره لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خص من قتل بسلب قتيله اختص به ولما خص سلمة بن الاكوع بسهم الفارس والراجل اختص به وكذلك اختص بالمرأة التي نفلها اياه أبو بكر دون الناس ولان هذا جعل تحريضاً على القتال وحثاً على فعل ما يحتاج المسلمون اليه ليحمل فاعله كافة فعله رغبة فيما جعل له فلو لم يختص به فاعله ما خاطر أحد بنفسه في فعله ولا حصلت مصلحة النفل فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنفله كثواب الآخرة

(مسئلة) قال (ومن قتل منا أحداً منهم مقبلا على القتال فله سلبه غير مخموس قال ذلك الامام أو لم يقل)

في هذه المسئلة فصول ستة :

قال أصحاب الرأي وقال مالك والليث والشافعي وابن المنذر لايحرم لانها قرابة لاتمنع قبول شهادته فلم يحرم التفريق كابن العم

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم «مافعل غلامك ؟» فأخبرته فقال « رده رده» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وروى عبد الرحمن بن فروخ عن أبيه قال كتب الينا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لاتفرقوا بين الاخوين ولا بين الام وولدها في البيع ،ولانه ذو رحم محرم فحرم التفريق بينهما كالوالد والولد وانما يحرم التفريق بينهما في حال الصغر وما بعده فيه الروايتان كالاصل ،والاولى الجواز لان النبي صلى الله عليه وسلم أهديت له مارية وأختها سيرين فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت .

(فصل) فأما سائر الاقارب فظاهر كلام الخرقي جواز التفريق بينهم وقال غيره من أصحابنا لايجوز التفريق بين ذوي رحم محرم كالعمة مع ابن أخيها والخالة مع ابن أختها لما ذكرنا من القياس والاولى جواز التفريق لان الاصل حل البيع والتفريق ولا يصح القياس على الاخوة لانهم أقرب

(أحدها) ان القاتل يستحق السلب في الجملة ولا نعلم فيه خلافا والاصل فيه قول النبي ﷺ « من قتل كافراً فله سلبه » رواه الجماعة عن النبي ﷺ منهم انس وسمرة بن جندب وغيرهما وروى أبو قتادة قال خرجنا مع رسول الله ﷺ عام خيبر فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه ضربة فادركه الموت ثم ان الناس رجعوا وقال رسول الله ﷺ « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » قال فقمت فقلت من يشهد لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مالك يا أبا قتادة ؟ » فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله سلب ذلك القتيل عندي فارضه منه فقال ابو بكر الصديق لاها الله إذا تعمد الى اسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صدق فأسلمه اليه » قال فأعطانيه متفق عليه وعن انس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين « من قتل قتيلا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا فأخذ اسلابهم » رواه أبو داود .

(الفصل الثاني) ان السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ كالعبد والمرأة والصبي والمشرك وروي عن ابن عمر ان العبد إذا بارز باذن مولاه فقتل لم يستحق السلب ويرضخ له منه وللشافعي

ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث وهم أقرب فيبقى من عداهم على الاصل ، فأما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهما عند أحد علمناه لعدم النص فيهم وامتناع قياسهم على المنصوص وكذلك يجوز التفريق بين الام من الرضاع وولدها والاخت وأخيها لما ذكرنا ولان قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على الآخر ولا نفقة ولا ميراثا فاشبهت الصداقة

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا حصر الامام حصناً لزمه مصابرته اذا رأى المصلحة فيها)

اذا حصر الامام حصناً لزمه مصابرته ولا ينصرف عنه إلا بخصلة من خصال خمس (أحدها) أن يسلموا فيحرزوا بالاسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » (الثانية) أن يبذلوا مالا على الموادعة فيجوز قبوله منهم سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجاً مستمراً يؤخذ منهم كل عام ، فان كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوها لزم قبولها منهم وحرم قتالهم لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) فان بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة في قبوله قبله ولا يلزمه اذا لم ير المصلحة (الثالثة) أن يفتحه (الرابعة) أن يرى المصلحة في الانصراف إما لضرر في الاقامة وإما لليأس منه أو لغير ذلك فينصرف عنهم لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئاً فقال « إنا قافلون ان شاء الله غدا » فقال المسلمون أنرجع ولم نفتحه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اغدوا على القتال » فغدوا عليه فأصابهم الجراح ، فقال لهم

فيمن لاسهم له قولان (أحدهما) لا يستحق السلب لان السهم آكد منه للاجماع عليه فاذا لم يستحقه فالسلب أولى .

ولنا عموم الخبر وانه قاتل من اهل الغنيمة فاستحق السلب كذا السهم ولان الامير لو جعل جعلا لمن صنع شيئاً فيه نفع للمسلمين لاستحقه فاعله من هؤلاء فالذي جعله النبي صلى الله عليه وسلم أولى وفارق السهم لانه علق على المظنة ولهذا يستحق بالحضور ويستوي فيه الفاعل وغيره والسلب مستحق بحقيقة الفعل وقد وجد منه ذلك فاستحقه كالمجعول له جعلا على فعل إذا فعله فان كان القاتل ممن لا يستحق سهما ولا رضخا كالمرجف والمخذل والمعين على المسلمين لم يستحق السلب وان قتل وهذا مذهب الشافعي لانه ليس من اهل الجهاد ، وان بارز العبد بغير إذن مولاه لم يستحق السلب لانه عاص وكذلك كل عاص مثل من دخل بغير اذن الامير

وعن احمد فيمن دخل بغير اذن انه يؤخذ منه الخمس وباقيه له جعله كالغنيمة ويخرج في العبد المبارز بغير اذن سيده مثله ويحتمل ان يكون سلب قتيل العبد له على كل حال لان ما كان له فهو لسيده ففي حرمانه السلب حرمان سيده ولا معصية منه

(الفصل الثالث) ان السلب للقاتل في كل حال الا أن ينهزم العدو ، وبه قال الشافعي وابو ثور وداود وابن المنذر وقال مسروق إذا التقى الزحفان فلا سلب له انما النفل قبل وبعد ونحوه قول نافع

رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنا قافلون غداً » فأعجبهم ، فقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه (الخامسة) أن ينزلوا على حكم حاكم وسنذكره في موضعه ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أسلم منهم أحرز دمه وماله وأولاده الصغار)

متى أسلم أهل الحصن أو بعضهم أحرز دمه وماله واولاده الصغار كما ذكر لقول النبي ﷺ في الحديث المذكور «فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها» ويحرز أولاده الصغار من السبي لانهم تبع له ولذلك يحكم باسلامهم تبعاً لاسلامه وكذلك كل من أسلم في دار الحرب وان دخل دار الاسلام فأسلم وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين ولم يجز سبيهم وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة ما كان في يده من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار ترك له وما كان من أولاده وامواله بدار الحرب جاز سبيهم لانهم لم يثبت اسلامهم باسلامه لاختلاف الدارين بينهم ولهذا إذا سبي الطفل وأبواه في دار الكفر لم يتبعهما وتبع سابيه في الاسلام وما كان من أرض أو دار فهو فيء وكذلك زوجته إذا كانت كافرة وما على بطنها فيء

ولنا ان اولاده اولاد مسلم فوجب ان يتبعوه في الاسلام كما لو كانوا معه في الدار ولان ماله مال مسلم ولا يجوز اغتنامه كما لو كان في دار الاسلام ، وبذلك يفارق مال الحربي واولاده وما ذكره ابو حنيفة لا يلزم فانا نجعله تبعاً للسابي لانا لا نعلم بقاء ابويه فاما اولاده الكبار فلا يعصمهم لانهم لا يتبعونه ولا يعصم

كذلك قال الاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز وأبوبكر بن أبي مريم السلب للقاتل مالم تمتد الصفوف بعضها الى بعض فاذا كان كذلك فلا سلب لاحد

ولنا عموم قوله عليه السلام «من قتل قتيلا فله سلبه» ولان ابا قتادة انما قتل الذي اخذ سلبه في حال التقاء الزحفين ألا تراه يقول فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين وكذلك قول أنس فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ اسلابهم وكان ذلك بعد التقاء الزحفين لان هوازن لقوا المسلمين فجأة فالحموا الحرب قبل ان تتقدمها مبارزة

وروى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن صفوان بن عمرو عن عبد الرحمن بن جبير بن نفير عن ابيه عن عوف بن مالك قال غزونا إلى طرف الشام فامر علينا خالد بن الوليد فانضم الينا رجل من امداد حمير فقضي لنا انا لقينا عدونا فقاتلونا قتالا شديداً وفي القوم رجل من الروم على فرس له أشقر وسرج مذهب ومنطقة ملطخة وسيف مثل ذلك فجعل يحمل على القوم ويغري بهم فلم يزل المددي يحتل لذلك الرومي حتى مر به فاستقفاه فضرب عرقوب فرسه بالسيف ثم وقع فاتبعه ضربا بالسيف حتى قتله فلما فتح الله الفتح اقبل بسلب القتيل وقد شهد له الناس أنه قاتله فاعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائره فلما قدم المدينة استعدى رسول الله ﷺ فدعا خالدا فقال رسول الله ﷺ

زوجته لذلك فان سبيت صارت رقيقة ولم ينفسخ نكاحه برقها ولكن يكون حكمها في النكاح وفسخه حكم مالو لم تسب على ماذكر في نكاح اهل الشرك فان كانت حاملا من زوجها لم يجز استرقاق الحمل وكان حراً مسلما وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يحكم برقه مع امه لانه اسرى اليه العتق سرى اليه الرق كسائر اعضائها

ولنا أنه محكوم بحريته واسلامه فلم يجز استرقاقه كالمنفصل بخلاف الاعضاء فانها لا تنفرد عن حكم الاصل

(فصل) اذا أسلم الحربي في دار الحرب وله مال وعقار أو دخل اليها مسلم فابتاع عقاراً ومالا فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه وكان له وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يغنم العقار وأما غيره فما كان في يده أو يد مسلم لم يغنم، واحتج بأنها بقعة من دار الحرب فجاز اغتنامها كما لو كانت لحربي . ولنا انه مال مسلم فاشبه مالو كانت في دار الاسلام

(فصل) اذا استأجر المسلم أرضاً من حربي ثم استولى عليها المسلمون فهي غنيمة ومنافعها للمستأجر لان المنافع ملك المسلم، فان قيل فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية اذا كان قد أسلم زوجها وفي استرقاقها ابطال حق زوجها؟ قلنا يجوز استرقاقها لانها كافرة ولا أمان لها فجاز استرقاقها كما لو لم تكن زوجة مسلم ولا يبطل نكاحه بل هو باق ولان منفعة النكاح لا تجري مجرى الاموال بدليل انها لا تضمن باليد فلا يجوز أخذ العوض عنها بخلاف حق الاجارة

(فصل) اذا أسلم عبد الحربي أو أمته وخرج الينا فهو حر وإن أسر سيده وأولاده وخرج الينا

« ما منعك يا خالد أن تدفع إلى هذا سلب قتيله؟ » قال استكثرته له قال « فادفعه اليه » وذكر الحديث ورواه أبوداود

(الفصل الرابع) انه انما يستحق السلب بشروط أربعة:

(أحدها) ان يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتالهم فاما ان قتل امرأة او صبيا أو شيخا فانياً او ضعيفاً مهيناً ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستحق سلبه لا نعلم فيه خلافاً وان كان احد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه لانه يجوز قتله ومن قتل أسيراً له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك

(الثاني) إن يكون المقتول فيه منفعة غير مثخن بالجراح فان كان مثخنا بالجراح فليس لقاتله شيء من سلبه، وبهذا قال مكحول وجرير بن عثمان والشافعي لان معاذ بن عمرو بن الجموح أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ولم يعط ابن مسعود شيئاً، وان قطع يدي رجل ورجليه وقتله آخر فالسلب للقاطع دون القاتل لان القاطع هو الذي كفى المسلمين شره، وان قطع يديه او رجليه وقتله الآخر فالسلب للقاطع في احد الوجهين لانه عطله فاشبه الذي قتله والثاني سلبه في الغنيمة لانه ان كانت رجلاه سالمتين فانه يعدو ويكثر وان كانت يداه سالمتين فانه يقاتل بهما فلم يكف القاطع شره كله ولا يستحق القاتل سلبه لانه مثخن بالجراح، وان قطع يده ورجله من خلاف فكذلك وان قطع احدى يديه واحدى رجليه ثم قتله آخر

فهو حر والمال له والسبي رقيقه، وإن أسلم وأقام بدار الحرب فهو على رقه، وإن أسلمت أم ولد الحربي وخرجت الينا عتقت واستبرأت نفسها وهذا قول أكثر العلماء، قال ابن المنذر وقال به كل من نحفظ عنه من أهل العلم إلا أن أبا حنيفة قال في أم الولد تزوج ان شاءت من غير استبراء وأهل العلم على خلافه لانها أم ولد عتقت فلم يجز أن تزوج قبل الاستبراء كما لو كانت لذمي، وروى سعيد بن منصور باسناده عن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق العبيد اذا جاءوا قبل مواليهم وعن أبي سعيد الاعسم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العبد وسيده قضيتين قضى ان العبد اذا خرج من دار الحرب قبل سيده انه حر فان خرج سيده بعد لم يرد عليه، وقضى ان السيد إذا خرج قبل العبد ثم خرج العبد رد على سيده رواه سعيد، وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد علينا أبا بكرة وكان عبداً لنا أتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر ثقيف فأسلم فأبى أن يرده علينا وقال « هو طليق الله ثم طليق رسوله » فلم يرده علينا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سألوا الموادعة بمال أو غيره جاز ان كانت المصلحة فيه) وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان نزلوا على حكم حاكم جاز اذا كان حراً مسلما بالغا عاقلا من أهل الاجتهاد)

اذا نزل أهل الحصن على حكم حاكم جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر بني قريظة ورضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم الى ذلك، والكلام فيه في فصلين (أحدهما) في صفة

فسلبه غنيمة ويحتمل انه للقاتل لانه قاتل لمن لم يكف المسلمين شره ، وان عانق رجل رجلا فقتله آخر فالسلب للقاتل ، وبهذا قال الشافعي وقال الاوزاعي هو للمعانق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (من قتل قتيلا فله سلبه) ولانه كفى المسلمين شره فاشبه ما لولم يعانقه الآخر وكذلك لوكان الكافر مقبلا على رجل يقاتله فجاء آخر من ورائه فضربه فقتله فسلبه لقاتله بدليل قصة قتيل أبي قتادة

(الثالث) ان يقتله او يثخنه بجراح تجعله في حكم المقتول قال احمد لا يكون السلب الا للقاتل وان أسر رجلا لم يستحق سلبه سواء قتله الامام أو لم يقتله وقال مكحول لايكون السلب الالمن أسر علجاً أوقتله وقال القاضي اذا أسر رجلا فقتله الامام صبراً فسلبه لمن أسره لان الاسر اصعب من القتل فاذا استحق سلبه بالقتل كان تنبيها على استحقاقه بالاسر قال وان استبقاه الامام كان له فداؤه أو رقبته وسلبه لانه كفى المسلمين شره

ولنا ان المسلمين أسروا اسرى يوم بدر فقتل النبي صلى الله عليه وسلم عقبة والنضر بن الحارث واستبق سائرهم فلم يعط من أسرهم اسلابهم ولا فداءهم وكان فداؤهم غنيمة ولان النبي ﷺ إنما جعل السلب للقاتل وليس الآسر بقاتل ولان الامام مخير في الاسرى ولو كان لمن أسره كان أمره اليه دون الامام (الرابع) أن يغرر بنفسه في قتله، فأما ان رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له قال أحمد السلب للقاتل إنما هو في المبارزة لايكون في الهزيمة وان حمل جماعة من المسلمين

الحاكم (والثاني) في صفة الحكم ، فأما الحاكم فيتعين فيه سبعة أوصاف : الاسلام والحرية والذكورية والعقل والبلوغ والعدالة والاجتهاد كما يشترط في حاكم المسلمين، ولا يشترط البصر لان عدمه لايضر في مسئلتنا لان المقصود رأيه ومعرفته المصلحة في أحد أقسام الحكم وهذا لايضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فانه لايستغني عن البصر ليعرف المدعي من المدعى عليه والشاهد من المشهود عليه والمقر من المقر له ويعتبر من الفقه مايتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ويجوز ذلك ولا يحتاج ان يكون مجتهداً في جميع الاحكام التي لاتعلق لها بهذا وقد حكم سعد ابن معاذ ولم يثبت أنه كان عالماً بجميع الاحكام، فان حكم رجلان جاز ويكون الحكم ما اجتمعا عليه وان جعلوا الحكم إلى رجل يعينه الامام جاز لانه لايختار إلا من يصلح وان نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين اليهم لم يجز لانهم ربما اختاروا من لايصلح، وان عينوا رجلا يصلح فرضيه الامام جاز لان بني قريظة عينوا سعد بن معاذ فرضيه النبي ﷺ واجاز حكمه وقال « لقد حكمت بحكم الله » وان مات من اتفقوا عليه فاتفقوا على غيره ممن يصلح قام مقامه وان لم يتفقوا وطلبوا حكما لايصلح ردهم الى مأمنهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا وكذلك ان رضوا باثنين فمات أحدهما فاتفقوا على من يقوم مقامه جاز وإلا ردوا إلى مأمنهم وكذلك إذا رضوا بتحكيم من لاتجتمع الشرائط فيه ووافقهم الامام عليه ثم بان أنه لايصلح لم يحكم ويردون إلى مأمنهم كما كانوا

على واحد فقتلوه فالسلب في الغنيمة لانهم لم يغزوا بأنفسهم في قتله ، وإن اشترك في قتله اثنان فظاهر كلام احمد أن سلبه غنيمة فانه قال في رواية حرب له السلب اذا انفرد بقتله

وحكى ابو الخطاب عن القاضي أنهما يشتركان في سلبه لقوله « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا يتناول الواحد والجماعة ولانهما اشتركا في السبب فاشتركا في السلب

ولنا أن السلب انما يستحق بالتغرير في قتله ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين فلم يستحق به السلب كما لو قتله جماعة ولم يبلغنا أن النبي ﷺ شرك بين اثنين في سلب فان اشترك اثنان في ضربه وكان أحدهما أبلغ في قتله من الآخر فالسلب له لان أبا جهل ضربه معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء وأتيا النبي ﷺ فاخبراه فقال « كلاكما قتله » وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ، وإن انهزم الكفار كلهم فأدرك انسان منهزما منهم فقتله فلا سلب له لانه لم يغرر في قتله ، وإن كانت الحرب قائمة فانهزم أحدهم فقتله انسان فسلبه لقاتله لان الحرب فر وكر ، وقد قتل سلمة بن الاكوع طليعة للكفار وهو منهزم فقال النبي ﷺ « من قتله ؟ » قالوا سلمة بن الاكوع قال « له سلبه أجمع » وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور وداود وابن المنذر السلب لكل قاتل لعموم الخبر واحتجا بحديث سلمة هذا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحكم إلا بما فيه الحظ المسلمين من القتل والسبي والفداء فان حكم بالمن لزم قبوله في أحد الوجهين)

إذا حكم بقتل مقاتلتهم وسبي ذراريهم نفذ حكمه لان سعد بن معاذ حكم في قريظة بذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة » وان حكم بالفداء جاز لان الامام يخير في الاسرى بين القتل والمن والفداء والاسترقاق فكذلك الحاكم ، وان حكم عليهم باعطاء الجزية لم يلزم حكمه لان عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت إلا بالتراضي ولذلك لا يملك الامام إجبار الاسير على إعطاء الجزية ، وان حكم بالمن على المقاتلة وسبي الذرية فقال القاضي يلزم حكمه وهو مذهب الشافعي لان الحكم اليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالامام في الاسرى واختار أبو الخطاب ان حكمه لايلزم لان عليه ان يحكم بما فيه الحظ ولاحظ في المن ، وان حكم بالمن على الذرية فينبغي ان لايجوز لان الامام لايملك المن على الذرية إذا سبوا فكذلك الحاكم ويحتمل الجواز لان هؤلاء لايتعين السبي فيهم بخلاف من سبي فانه يصير رقيقاً بنفس السبي

﴿مسئلة﴾ (وان حكم بقتل أو سبي فاسلموا عصموا دماءهم وفي استرقاقهم وجهان)

إذا حكم عليهم بالقتل والسبي جاز للامام المن على بعضهم لان ثابت بن قيس سأل في الزبير ابن باطا من قريظة وماله وأولاده رسول الله صلى الله عليه فاجابه ، ويخالف مال الغنيمة إذا حازه الامام لان ملكهم قد استقر عليه ومتى أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لانهم

ولنا أن ابن مسعود ذفف على ابي جهل فلم يعطه النبي ﷺ سلبه وأمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث صبرا ولم يعط سلبهما من قتلهما ، وقتل بني قريظة صبراً فلم يعط من قتلهم اسلابهم وانما أعطى السلب من قتل مبارزا أو كفى المسلمين شره وغرر في قتله والمنهزم بعد انقضاء الحرب قد كفى المسلمين شر نفسه ولم يغرر قاتله بنفسه في قتله فلم يستحق سلبه كالاسير . وأما الذي قتله سلمة فكان متحيزاً إلى فئة وكذلك من قتل حال قيام الحرب فانه إن كان منهزما فهو متحيز الى فئة وراجع إلى القتال فاشبه الكار فان القتال فر وكر . اذا ثبت هذا فانه لا يشترط في استحقاق السلب ان تكون المبارزة باذن الامير لان كل من قضي له بالسلب في عصر النبي ﷺ ليس فيهم من نقل الينا انه اذن له في المبارزة مع أن عموم الخبر يقتضي استحقاق السلب لكل قاتل إلا من خصه الدليل

(الفصل الخامس) أن السلب لا يخمس روي ذلك عن سعد بن ابي وقاص ، وبه قال الشافعي وابن المنذر وابن جرير وقال ابن عباس يخمس وبه قال الاوزاعي ومكحول لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه)

وقال اسحاق إن استكثر الامام السلب خمسه وذلك اليه لما روى ابن سيرين أن البراء بن مالك بارز مرزبان الزارة بالبحرين فطعنه فدق صابه وأخذ سواريه وسلبه فلما صلى عمر الظهر أتى أباطلحة

فلم يجز استرقاقهم بخلاف الاسير، وان أسلموا بعد الحكم عليهم بالقتل سقط لان من أسلم فقد عصم دمه ولم يجز استرقاقهم لانهم أسلموا قبل استرقاقهم قال أبو الخطاب ويحتمل ان يجوز كالو أسلموا بعد الاسر ويكون المال على ما حكم فيه وان حكم بان المال للمسلمين كان غنيمة لانهم أخذوه بالقهر والحصر

﴿باب ما يلزم الامام والجيش﴾

﴿ مسئلة ﴾ (يلزم الامام عند مسير الجيش تعاهد الخيل والرجال فما لا يصلح للحرب يمنعه من الدخول)

يستحب للامام أو الامير إذا أراد الغزو ان يعرض الجيش ويتعاهد الخيل والرجال فلا يدع فرساً حطما وهو الكسير ولا قحما وهو الكبير ولا ضرعا وهو الصغير ولا هزيلا يدخل معه أرض العدو لئلا ينقطع فيها وربما كان سبباً للهزيمة

﴿مسئلة﴾ (ويمنع المخذل والمرجف)

والمخذل هو الذي يفند الناس عن الغزو ويزهدهم في الخروج اليه والقتال ومثل من يقول الحر أو البرد شديد والمشقة شديدة ولا يؤمن هزيمة هذا الجيش ونحو هذا والمرجف هو الذي يقول قد هلكت سرية المسلمين وما لهم مدد ولا طاقة لهم بالكفار والكفار لهم قوة ومدد وصبر ولا يثبت

في داره فقال انا كنا لانخمس السلب وإن سلب البراء قدبلغ مالا وأنا خامسه فكان أول سلب خمس في الاسلام سلب البراء . رواه سعيد في السنن وفيها أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفاً

ولنا ما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب ، رواه أبو داود وعموم الاخبار التي ذكرناها وخبر عمر حجة لنا فانه قال إنا كنا لانخمس السلب وقول الراوي كان اول سلب خمس في الاسلام يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر صدرا من خلافته لم يخمسوا سلباً واتباع ذلك اولى ، قال الجوزجاني لااظنه يجوز لاحد في شيء سبق فيه من الرسول صلى الله عليه وسلم شيء إلا اتباعه ولا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الآية وإذاثبت هذا فان السلب من أصل الغنيمة وقال مالك يحتسب من خمس الخمس .

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل مطلقاً ولم ينقل عنه انه احتسب به من خمس الخمس ولانه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج إلى معرفة قيمته وقدره ولم ينقل ذلك ولان سببه لايفتقر إلى اجتهاد الامام فلم يكن من خمس الخمس كسهم الفارس والراجل

(الفصل السادس) أن القاتل يستحق السلب قال ذلك الامام أو لم يقل ، وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور وقال ابو حنيفة والثوري لايستحقه إلا أن يشرطه

لهم أحد واشباه هذا ولا يأذن لمن يعين على المسلمين بالتجسس للكفار واطلاعهم على عورات المسلمين ولا لمن يوقع العداوة بين المسلمين ويسعى بالفساد بينهم ولا لمن يعرف بالنفاق والزندقة لقول الله تعالى (فان رجعك الله إلى طائفة منهم فاستأذنوك للخروج فقل لن تخرجوا معي أبداً ولن تقاتلوا معي عدوا ـ وقوله تعالى ـ ولكن كره الله انبعاثهم فثبطهم وقيل اقعدوا مع القاعدين لو خرجوا فيكم ما زادوكم إلا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة) قيل معناه لاوقعوا بينكم الاختلاف وقيل لاسرعوا في تفريق جمعكم ولان في حضورهم ضرراً فيجب صيانة المسلمين عنه ولا يأذن لطفل ولالمجنون لان دخولهم تعرض للهلاك بغير فائدة ويجوز ان يأذن لمن اشتد من الصبيان لان فيهم معونة ونفعاً

﴿مسئلة﴾ (ويمنع النساء الاطاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى)

يكره دخول النساء الشواب أرض العدو لانهن لسن من أهل القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الجبن والخور عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن فيستحلون ما حرم الله منهن

وقد روى حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه انها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله ﷺ فبعث الينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال « مع من خرجتن؟ » فقلنا يارسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين به في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول

الامام له ، وقال مالك لايستحقه إلا أن يقول الامام ذلك ولم ير أن يقول الامام ذلك إلا بعد انقضاء الحرب على ماتقدم من مذهبه في النفل وجعلوا السلب ههنا من جملة الانفال

وقد روي عن احمد مثل قولهم وهو اختيار ابي بكر ، واحتجوا بما روى عوف بن مالك أن مدديا اتبعهم فقتل علجاً فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال « لاتعطه ياخالد » رواه سعيد وابو داود وأنا اختصرته . ورويا باسنادهما عن شبر بن علقمة قال بارزت رجلا يوم القادسية فقتلته وأخذت سلبه فأتيت به سعداً فخطب سعد أصحابه وقال إن هذا سلب شبر خير من اثني عشر ألفاً وانا قد نفلناه اياه ولو كان حقاً له لم يحتج إلى نفله ، ولان عمر أخذ الخمس من سلب البراء ولو كان حقاً له لم يجز أن يأخذ منه شيئاً ولان النبي ﷺ دفع سلب أبي قتادة اليه من غير بينة ولا يمين

ولنا قول النبي ﷺ « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا من قضايا رسول الله ﷺ المشهورة التي عمل بها الخلفاء بعده، وأخبارهم التي احتجوا بها تدل على ذلك فان عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددي فقال له عوف أما تعلم أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى ، وقول عمر انا كنا لانخمس السلب يدل على أن هذه قضية عامة في كل غزوة وحكم مستمر لكل قاتل وانما أمر النبي ﷺ خالداً أن لايرد على المددي عقوبة حين أغضبه عوف بتقريعه خالداً بين

السهام ونسقي السويق فقال «قمن» حتى إذا فتح الله خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال ، قلت لها ياجدة ما كان ذاك ؟ قالت تمراً

قيل للأوزاعي هل كانوا يغزون معهم بالنساء في الصوائف ؟ قال لا إلا بالجواري ، فأما المرأة الطاعنة في السن وهي الكبيرة إذا كان فيها نفع مثل سقي الماء ومعالجة الجرحى فلا بأس به لمارويناه من الخبر وقد كانت أم سليم ونسيبة بنت كعب تغزوان مع النبي ﷺ فأما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليمامة

وقالت الربيع كنا نغزو مع النبي ﷺ لسقي الماء ومعالجة الجرحى . وقال أنس كان رسول الله (ص) يغزو بأم سليم ونسوة معها من الانصار يسقين الماء ويداوين الجرحى قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، فان قيل فقد كان النبي (ص) يخرج معه من تقع عليه القرعة من نسائه ، قلنا تلك امرأة واحدة يأخذها للحاجة اليها ويجوز مثل ذلك للامير عند حاجته ، ولا يرخص لسائر الرعية لئلا يفضي إلى ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستعين بمشرك الا عند الحاجة اليه)

لما روت عائشة قالت خرج رسول الله (ص) إلى بدر حتى اذا كان بحرة الوبر أدركه رجل من المشركين كان يذكر منه جراءة ونجدة فسر المسلمون به فقال يا رسول الله جئت لأتبعك وأصيب

يديه . وقوله قد أنجزت لك ماذكرت لك من أمر رسول الله ﷺ وأما خبر شبر فانما أنفذ له سعد ماقضى له به رسول الله ﷺ وسماه نفلا لانه في الحقيقة نفل لانه زيادة على سهمه

وأما أبو قتادة فان خصمه اعترف له به وصدقه فجرى مجرى البينة ولان السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الامام واجتهاده فلم يفتقر إلى شرطه كالسهم. اذا ثبت هذا فان احمد قال لايعجبني أن يأخذ السلب إلا باذن الامام وهو قول الاوزاعي ، وقال ابن المنذر والشافعي له أخذه بغير اذن لانه استحقه بجعل النبي صلى الله عليه وسلم له ذلك ولا يأمن إن أظهره عليه ان لا يعطاه ، ووجه قول احمد انه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ أمره فيه إلا باذن الامام كأخذ سهمه ويحتمل أن يكون هذا من احمد على سبيل الاستحباب ليخرج من الخلاف لا على سبيل الايجاب، فعلى هذا إن أخذه بغير اذن ترك الفضيلة وله ماأخذه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والدابة وما عليها من آلتها من السلب اذا قتل وهو عليها وكذلك ماعليه من السلاح والثياب وان كثر ، فان كان معه مال لم يكن من السلب وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أن الدابة ليست من السلب)

وجملته ان السلب ما كان القتيل لابساً له من ثياب وعمامة وقلنسوة ومنطقة ودرع ومغفر

معك فقال له رسول الله (ص) « أتؤمن بالله ورسوله ؟» قال لا قال« فارجع فانا لانستعين بمشرك» ثم مضى رسول الله (ص) حتى إذا كان بالبيداء أدركه ذلك الرجل فقال له رسول الله(ص) « أتؤمن بالله ورسوله؟» قال نعم قال« فانطلق» متفق عليه

وروى الامام أحمد باسناده عن عبد الرحمن بن حبيب قال أتيت رسول الله (ص) وهو يريد غزوة أنا ورجل من قومي ولم نسلم فقلنا إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهداً لانشهده معهم قال «فأسلمتما؟» قلنا لا قال «فانا لانستعين بالمشركين على المشركين» قال فأسلمنا وشهدنا معه ، وهذا اختيار ابن المنذر والجوزجاني في جماعة من أهل العلم

وعن أحمد مايدل على جواز الاستعانة بهم ، وكلام الخرقي يدل على جواز الاستعانة بهم عند الحاجة وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب وبه قال الشافعي لما روى الزهري ان رسول الله (ص) استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم رواه سعيد ، وروي ان صفوان بن أمية خرج مع النبي (ص) يوم حنين وهو على شركه فأسهم له وأعطاه من سهم المؤلفة ، وذكر الحديث

إذا ثبت هذا فيشترط أن يكون من يستعان به حسن الرأي في المسلمين فان كان غير مأمون عليهم لم تجز الاستعانة بهم لاننا إذا منعنا الاستعانة بمن لا يؤمن من المسلمين كالمخذل و المرجف فالكافر أولى

وبيضة وتاج واسورة وران وخف بما في ذلك من حلية ونحو ذلك لان المفهوم من السلب اللباس وكذلك السلاح من السيف والرمح والسكين واللت ونحوه لانه يستعين به في قتاله فهو أولى بالاخذ من اللباس وكذلك الدابة لانه يستعين بها فهي كالسلاح وأبلغ منه ، ولذلك استحق بها زيادة السهمان بخلاف السلاح ، فأما المال الذي معه في كمرانه وخريطته فليس بسلب لانه ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب، وكذلك رحله واثاثه وما ليست يده عليه من ماله ليس من سلبه وبهذا قال الاوزاعي ومكحول والشافعي إلا أن الشافعي قال مالا يحتاج اليه في الحرب كالتاج والسوار والطوق والهميان الذي للنفقة ليس من السلب في أحد القولين لانه مما لايستعان به في الحرب فاشبه المال الذي في خريطته

ولنا أن في حديث البراء انه بارز مرزبان الزارة فقتله فبلغ سواراه ومنطقته ثلاثين ألفاً فخمسه عمر ودفعه اليه

وفي حديث عمرو بن معديكرب انه حمل على اسوار فطعنه فدق صلبه وصرعه فنزل اليه فقطع يده وأخذ سوارين كانتا عليه ويلمقاً من ديباج وسيفاً ومنطقة فسلم ذلك له ولانه ملبوس له فاشبه ثيابه ولانه داخل في اسم السلب فأشبه الثياب والمنطقة ويدخل في عموم قول النبي ﷺ « فله سلبه » واختلفت الرواية عن احمد في الدابة فنقل عنه أنها ليست من السلب وهو اختيار ابي بكر لان

(فصل) ويستحب أن يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال قلما كان رسول الله [ص] يخرج في سفر الا يوم الخميس

﴿ مسئلة ﴾ (ويرفق بهم في المسير فيسير بهم سير أضعفهم لئلا يشق عليهم فان دعت الحاجة الى الجد في السير جاز)

لان النبي [ص] جد في السير حين بلغه قول عبد الله بن أبي ليخرجن الأعز منها الأذل ليشغل الناس عن الخوض فيه ،ويعد لهم الزاد لانه لابد منه في الغزو وفي غيره وبه قوامهم ويقوي نفوسهم بما يخيل اليهم من أسباب النصر لانه مما يطمعهم في عدوهم ،ويعرف عليهم العرفاء وهو أن يكون لكل طائفة من يكون كالمقدم عليهم ينظر في حالهم ويفتقدهم ويعقد لهم الألوية والرايات ، ويجعل لكل طائفة لواء لما روى ابن عباس ان أبا سفيان حين أسلم قال النبي (ص) للعباس احبسه على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها قال فحبسته حيث امرني رسول الله [ص] ومرت به القبائل على راياتها وهو مخير في ألوانها لكنه يغاير ألوانها ليعرف كل قوم رايتهم

ويجعل لكل طائفة شعاراً يتداعون به عند الحرب لئلا يقع بعضهم على بعض وهي علامة بينهم يعرفونها ، ويتخير لهم من المنازل أصلحها لهم ويتتبع مكانها فيحفظها لئلا يؤتوا منها ، ولا يغفل الحرس والطلائع ليحفظهم من البيات ، ويبعث العيون على العدو حتى لايخفى عليه امرهم فيحترز منهم ويتمكن

السلب ماكان على يديه والدابة ليست كذلك فلا يدخل في الخبر ، قال وذكر عبدالله حديث عمرو ابن معدي يكرب فأخذ سواريه ومنطقته ولم يذكر فرسه

ولنا ماروى عوف بن مالك قال : خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله للمسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ من السلب قال عوف فأتيته فقلت له ياخالد أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى . رواه الاثرم

وفي حديث شبر بن علقمة أنه أخذ فرسه كذلك قال احمد هو فيه ولان الفرس يستعان بها في الحرب فاشبهت السلاح وما ذكروه يبطل بالرمح والقوس والالت فانها من السلب وليست ملبوسة اذا ثبت هذا فان الدابة وما عليها من سرجها ولجامها وتجفيفها وحلية إن كانت عليها وجميع آلتها من السلب لانه تابع لها ويستعان به في الحرب وانما يكون من السلب اذا كان راكباً عليها وإن كانت في منزله أو مع غيره أو منفلتة لم تكن من السلب كالسلاح الذي ليس معه، وإن كان راكباً عليها فصرعه عنها أو أشعره عليها ثم قتله بعد نزوله عنها فهي من السلب وهكذا قول الاوزاعي وإن كان ممسكا بعنانها غير راكب عليها فعن احمد فيها روايتان

من الفرصة فيهم ، ويمنع جيشه من الفساد والمعاصي ومن التجارة المانعة لهم من القتال ، ولان المعاصي من أسباب الخذلان ، ويعد ذا الصبر بالاجر والنفل ترغيباً في الجهاد ، ويخفي من أمره ماأمكن اخفاؤه لئلا يعلم به عدوه فقد كان النبي ﷺ اذا أراد غزوة ورى بغيرها ويشاور ذا الرأي منهم لقول الله تعالى (وشاورهم في الامر) وكان النبي ﷺ أكثر الناس مشاورة لأصحابه

(فصل) واذا وجد رجل رجلا قد أصيبت فرسه ومعه فرس فضل استحب حمله ولم يجب نص عليه فان خاف تلفه فقال القاضي يجب عليه بذل فضل مركوبه ليحيي به صاحبه كما يلزمه بذل فضل طعامه للمضطر اليه وتخليصه من عدوه ، ويصف جيشه لقول الله تعالى (ان الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفاً كأنهم بنيان مرصوص)

ويجعل في كل جنبة كفؤاً لما روى أبو هريرة قال كنت مع النبي ﷺ فجعل خالداً على احدى الجنبتين وجعل الزبير على الاخرى وجعل اباعبيدة على الساقة ، ولان ذلك احوط للحرب وأبلغ في إرهاب العدو ، ولا يميل مع قريبه وذي مذهبه على غيره لئلا تنكسر قلوبهم فيخذلوه عند الحاجة ويراعي أصحابه ويرزق كل واحد بقدر حاجته

(فصل) ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا او يعطوا الجزية لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولايدينون دين الحق من

(احداهما) من السلب وهو قول الشافعي لانه متمكن من القتال عليها فاشبهت سيفه أو رمحه في يده (والثانية) ليست من السلب وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال لانه ليس براكب عليها فأشبه مالو كانت مع غلامه، وإن كان على فرس وفي يده جنيبة لم تكن الجنيبة من السلب لانه لايمكنه ركوبهما معاً

(فصل) ولا تقبل دعوى القتل إلا ببينة، وقال الاوزاعي يعطى السلب إذا قال أنا قتلته ولا يسئل بينة لان النبي ﷺ قبل قول ابي قتادة

ولنا قول النبي ﷺ «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه» متفق عليه. وأما ابو قتادة فان خصمه أقر له فاكتفي باقراره، قال احمد ولا يقبل إلا شاهدان، وقالت طائفة من أهل الحديث يقبل شاهد ويمين لانها دعوى في المال ويحتمل أن يقبل شاهد بغير يمين لان النبي ﷺ قبل قول الذي شهد لابي قتادة من غير يمين، ووجه الاول أن النبي ﷺ اعتبر البينة واطلاقها ينصرف إلى شاهدين ولانها دعوى للقتل فاعتبر شاهدان كقتل العمد

(فصل) ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة وهذا قول الاوزاعي وكرهه الثوري وابن المنذر لما فيه من كشف عوراتهم

الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) والمجوس حكمهم في قبول الجزية منهم حكم أهل الكتاب لقول النبي صلى الله عليه وسلم «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذين القسمين. فاما من سواهم من الكفار كعبدة الاوثان ونحوهم فلا يقبل منهم إلا الاسلام في ظاهر المذهب وفيه اختلاف يذكر في باب عقد الذمة إن شاء الله تعالى

(فصل) ومن بلغته الدعوة من الكفار يجوز قتاله من غير دعاء ومن لم تبلغه الدعوة يدعى قبل القتال، ولا يجوز قتالهم قبل الدعاء لما روى بريدة قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميراً على سرية او جيش امره بتقوى الله في خاصته وبمن معه من المسلمين، وقال «اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى إحدى ثلاث خصال فأيتهن أجابوك اليها فقبل منهم وكف عنهم: ادعهم إلى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم» رواه مسلم وهذا والله أعلم كان في بدء الامر قبل انتشار الدعوة وظهور الاسلام فاما اليوم فقد انتشرت الدعوة واستغني بذلك عن الدعاء عند القتال

قال احمد ان الدعوة قد بلغت وانتشرت لكن ان جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك بهذه الصفة لم يجز قتالهم قبل الدعوة، ومن بلغته الدعوة يجوز قتالهم قبل ذلك، وان دعاهم فحسن لما ذكرنا من الحديث

ولنا قول النبي ﷺ في قتيل سلمة بن الاكوع « له سلبه أجمع » وقال « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا يتناول جميعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعطاهم الأمان منا من رجل أو امرأة أو عبد جاز أمانه)

وجملته أن الامان اذا أعطي أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار ذكراً كان أو أنثى حراً كان أوعبداً وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابن القاسم وأكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقال ابو حنيفة وابو يوسف لايصح أمان العبد إلا أن يكون مأذوناً له في القتال لانه لايجب عليه الجهاد فلا يصح أمانه كالصبي ولانه مجلوب من دار الكفر فلا يؤمن أن ينظر لهم في تقديم مصلحتهم

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل منه صرف ولاعدل » رواه البخاري وروى فضيل بن يزيد الرقاشي قال جهز عمر بن الخطاب جيشاً فكنت فيه فحصرنا موضعاً فرأينا انا سنفتحها اليوم وجعلنا نقبل ونروح فبقي عبد منا فراطنهم وراطنوه فكتب لهم الأمان في صحيفة وشدها على سهم ورمى بها اليهم فأخذوها وخرجوا فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فقال العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته

وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وأمره بقتالهم ان يدعوهم وهم ممن قد بلغته الدعوة رواه البخاري ودعا خالد بن الوليد طليحة حين ادعى النبوة فلم يرجع فأظهره الله عليه ودعا سلمان أهل فارس

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز أن يبذل جعلا لمن يدله على طريق او قلعة او ماء ويجب أن يكون معلوما إلا أن يكون من مال الكفار فيجوز أن يكون مجهولا)

لا نعلم خلافا في أنه يجوز للامام ونائبه أن يبذل جعلا لمن يدله على مافيه مصلحة للمسلمين مثل طريق سهل او ماء في مفازة او قلعة يفتحها او مال يأخذه او عدو يغير عليه او ثغرة يدخل منها . لانعلم في هذا خلافا لانه جعل في مصلحة فجاز كاجرة الدليل ، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم وابو بكر رضي الله عنه في الهجرة من دلهم على الطريق ، ويستحق الجعل بفعل ماجعل له فيه سواء كان مسلماً او كافراً من الجيش او من غيره ، فان جعل له الجعل مما في يده وجب أن يكون معلوما لانها جعالة بعوض من مال معلوم فوجب أن يكون معلوما كالجعالة في رد الآبق ، فان كان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا لايمنع التسليم ولا يفضي الى التنازع لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه وهو مجهول لان الغنيمة كلها مجهولة ولانه مما تدعو الحاجة اليه ، والجعالة انما تجوز بحسب الحاجة

ذمتهم رراه سعيد ولانه مسلم مكلف فصح امانه كالحر وما ذكروه من التهمة يبطل بما إذا اذن له في القتال فانه يصح أمانه وبالمرأة فان أمانها يصح في قولهم جميعاً قالت عائشة ان كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز وعن أم هانئ أنها قالت يا رسول الله اني اجرت احمائي وأغلقت عليهم وان ابن أمي أراد قتلهم فقال لها رسول الله ﷺ « قد أجرنا من اجرت يا أم هانئ انما يجير على المسلمين ادناهم » رواهما سعيد واجارت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص بن الربيع فامضاه رسول الله ﷺ .

(فصل) ويصح أمان الاسير إذا عقده غير مكره لدخوله في عموم الخبر ولأنه مسلم مكلف مختار فاشبه غير الاسير وكذلك أمان الاجير والتاجر في دار الحرب، وبهذا قال الشافعي وقال الثوري لايصح امان احد منهم

ولنا عموم الحديث والقياس على غيرهم فأما الصبي المميز فقال ابن حامد فيه روايتان:

(احداهما) لا يصح امانه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه غير مكلف ولا يلزمه بقوله حكم فلايلزم غيره كالمجنون .

(والرواية الثانية) يصح أمانه وهو قول مالك وقال ابو بكر يصح امانه رواية واحدة وحمل رواية المنع على غير المميز واحتج بعموم الحديث ولانه مسلم مميز فصح امانه كالبالغ وفارق المجنون فانه لاقول له أصلا .

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط له جارية معينة على قلعة يفتحها نحو أن يشرط له بنت فلان من أهل القلعة لم يستحق شيئاً حتى يفتح القلعة)

لان جعالة شيء منها اقتضت اشتراط فتحها فتى فتحت القلعة عنوة سلمت اليه فان ماتت قبل الفتح او بعده فلا شيء له لانه تعلق حقه بمعين وقد تلفت بغير تفريط فسقط حقه كالوديعة ، وان أسلمت قبل الفتح فله قيمتها لانها عصمت نفسها باسلامها فتعذر دفعها اليه فاستحق القيمة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل مكة عام الحديبية على ان من جاءه مسلما رده اليهم فجاءه نساء مسلمات فمنعه الله من ردهن وكذلك لو كان الجعل رجلا فأسلم قبل الفتح لانه عصم نفسه فلم يجز دفعه اليه وله قيمته كالجارية وان كان اسلامهما بعد الفتح سلما اليه ان كان مسلما لانهما أسلما بعد أسرهما فصارا رقيقين ، وان كان كافراً فله قيمتهما لانه لايجوز للكافر أن يبتدئ الملك على المسلم وانما لم تجب له القيمة اذا ماتا وتجب اذا أسلما لان تسليمهما ممكن اذا أسلما لكن منع الشرع منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان فتحت صلحا ولم يشترطوا الجارية فله قيمتها ان رضي بها وإن أبى الا الجارية وأبى صاحب القلعة تسليمها فقال القاضي يفسخ الصلح)

(فصل) ولايصح امان كافر وان كان ذمياً لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم» فجعل الذمة للمسلمين فلاتحصل لغيرهم ولانه متهم على الاسلام واهله فاشبه الحربي ولايصح امان مجنون ولاطفل لان كلامه غير معتبر ولا يثبت به حكم ولا يصح أمان زائل العقل بنوم او سكر او اغماء لذلك ولانه لايعرف المصلحة من غيرها فاشبه المجنون ولايصح من مكره لانه قول اكره عليه بغير حق فلم يصح كالاقرار

(فصل) ويصح امان الامام لجميع الكفار وآحادهم لان ولايته عامة على المسلمين ويصح أمان الامير لمن أقيم بازائه من المشركين فأما في حق غيرهم فهو كآحاد المسلمين لان ولايته على قتال أولئك دون غيرهم ويصح امان آحاد المسلمين للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير لان عمر رضي الله عنه اجاز إمان العبد لاهل الحصن الذي ذكرنا حديثه ولايصح أمانه لاهل بلدة ورستاق وجمع كثير لان ذلك يفضي الى تعطيل الجهاد والافتيات على الامام.

(فصل) ويصح امان الامام للاسير بعد الاستيلاء عليه لان عمر رضي الله عنه لما قدم عليه بالهرمزان أسيراً قال لابأس عليك ثم أراد قتله فقال له انس قد امنته فلا سبيل لك عليه وشهد الزبير بذلك فعدوه امانا رواه سعيد ولان للامام المن عليه والامان دون ذلك فأما آحاد الرعية فليس له ذلك، وهذا مذهب الشافعي وذكر ابوالخطاب أنه يصح أمانه لان زينب ابنة رسول الله صلى الله

لانه قد تعذر امضاء الصلح لان حق صاحب الجعل سابق ولا يمكن الجمع بينه وبين الصلح ونحو هذا مذهب الشافعي ولصاحب القلعة أن يحصنها مثلما كانت من غير زيادة ويحتمل أن لا يكون له إلا قيمتها ويمضي الصلح لانه تعذر دفعها اليه مع بقائها فدفعت اليه القيمة كما لو أسلمت قبل الفتح قولهم ان حق صاحب الجعل سابق قلنا الا ان المفسدة في فسخ الصلح أعظم لان ضرره يعود على الجيش كله وربما تعدى الى غيره من المسلمين في كون هذه القلعة يتعذر فتحها بعد ذلك ويبقى ضررها على المسلمين ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد فان ضرر صاحب الجعل انما هو في فوات عين الجعل وتفاوت مابين عين الشيء وقيمته يسير لاسيما وهو في حق شخص واحد ومراعاة حق المسلمين بدفع الضرر الكثير عنهم أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم أو من غيرهم ولهذا قلنا لمن وجد ماله قبل قسمه انه أحق به فان وجده بعد قسمه لم يأخذه الا بثمن لئلا يؤدي الى الضرر بنقض القسمة أو حرمان من وقع ذلك في سهمه

﴿ مسئلة ﴾ وله ان ينفل في البداءة الربع بعد الخمس وفي الرجعة الثلث بعده وذلك أنه اذا دخل الجيش بعث سرية تغير وإذا رجع بعث اخرى فما اتت به اخرج خمسه وأعطى السرية ما جعل لها وقسم الباقي للجيش والسرية معاً)

النفل الزيادة على السهم المستحق ومنه نفل الصلاة وهو ما زيد على الفرض وقول الله تعالى

عليه وسلم أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم أمانها وحكي هذا عن الاوزاعي .

ولنا ان امر الاسير مفوض إلى الامام فلم يجز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك كقتله وحديث زينب في امانها انما صح باجازة النبي ﷺ

(فصل) واذا شهد للأسير اثنان او أكثر من المسلمين انهم أمنوه قبل إذا كانوا بصفة الشهود وقال الشافعي لاتقبل شهادتهم لانهم يشهدون على فعل أنفسهم

ولنا انهم عدول من المسلمين غير متهمين اشهدوا بامانة فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم انه أمنه وما ذكروه لا صح فان النبي ﷺ قبل شهادة المرضعة على فعلها في حديث عقبة بن الحارث وان شهد واحد إني أمنته فقال القاضي قياس قول احمد انه يقبل كما لو قال الحاكم بعد عزله كنت حكمت لفلان على فلان بحق قبل قوله وعلى قول ابي الخطاب يصح امانه فقبل خبره به كالحاكم في حال ولايته وهذا قول الاوزاعي ويحتمل أن لايقبل لانه ليس له أن يؤمنه في الحال فلم يقبل اقراره به كما لو أقر بحق على غيره وهذا قول الشافعي وابي عبيدة

(فصل) اذا جاء المسلم بمشرك ادعى انه أسره وادعى الكافر انه أمنه ففيها ثلاث روايات

[إحداهن] القول قول المسلم لان الاصل معه فان الاصل اباحة دم الحربي وعدم الامان

(والثانية) القول قول الاسير لانه يحتمل صدقه وحقن دمه فيكون هذا شبهة تمنع من قتله وهذا

(ووهبنا له إسحاق ويعقوب نافلة) كأنه سأل الله ولداً فأعطاه ماسأل وزاده الله ولد الولد ، والمراد بالبداءة هنا ابتداء دخول دار الحرب والرجعة رجوعه عنها ، والنفل في الغزو ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) هذا وهو ان الامام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازيا بعث بين يديه سرية تغير على العدو ويجعل لهم الربع بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسه ثم أعطى السرية ما جعل لهم وهو ربع الباقي ثم قسم مابقي في الجيش والسرية معاً فاذا قفل بعث سرية تغير وجعل لهم الثلث بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسه ثم أعطى السرية ثلث مابقي ثم قسم سائره في الجيش والسرية معه وبهذا قال حبيب بن مسلمة والحسن والاوزاعي وجماعة من أهل العلم

وروي عن عمرو بن شعيب انه لا نفل بعد رسول الله ﷺ ولعله احتج بقوله تعالى (قل الانفال لله والرسول) فخصه بها ، وكان ابن المسيب ومالك يقولان :لا نفل إلا من الخمس . وقال الشافعي يخرج من خمس الخمس لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ بعث سرية فيها عبد الله بن عمر فغنموا إبلا كثيراً فكانت سهمانهم اثني عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً متفق عليه . ولو أعطاهم من أربعة أخماس الغنيمة التي هي لهم لم يكن نفلا وكان من سهمانهم

ولنا ماروى حبيب بن مسلمة الفهري قال شهدت رسول الله (ص) نفل الربع في البداءة والثلث

اختيار ابي بكر والثالثة يرجع الى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه فان كان الكافر ذا قوة معه سلاحه فالظاهر صدقه ، وان كان ضعيفاً مسلوبا سلاحه فالظاهر كذبه فلا يلتفت إلى قوله وقال أصحاب الشافعي لا يقبل قوله وإن صدقه المسلم لانه لا يقدر على امانه فلا يقبل اقراره به

ولنا انه كافر لم يثبت أسره ولا نازعه فيه منازع فقبل قوله في الامان كالرسول

(فصل) ومن طلب الامان ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الاسلام وجب أن يعطاه ثم يرد الى مأمنه لا نعلم في هذا خلافاً وبه قال قتادة ومكحول والاوزاعي والشافعي وكتب عمر بن عبدالعزيز بذلك الى الناس ، وذلك لقول الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه) قال الاوزاعي هي الى يوم القيامة ويجوز عقد الامان للرسول والمستأمن لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤمن رسل المشركين ولما جاءه رسولا مسيلمة قال «لولا ان الرسل لا تقتل لقتلتكما» ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا فتفوت مصلحة المراسلة ، ويجوز عقد الامان لكل واحد منهما مطلقاً ومقيداً بمدة سواء كانت طويلة او قصيرة بخلاف الهدنة فانها لا تجوز الا مقيدة لان في جوازها مطلقا تركا للجهاد وهذا بخلافه قال القاضي ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية . قال ابو بكر وهذا ظاهر كلام احمد لانه قيل له قال الاوزاعي لا يترك المشرك في دار الاسلام الا أن يسلم او يؤدي فقال احمد اذا أمنته فهو على ما أمنته وظاهر هذا انه خالف قول الاوزاعي

في الرجعة ، وفي لفظ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس إذا قفل . رواهما أبوداود

وعن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداءة الربع وفي القفول الثلث ، رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وروى الأثرم باسناده عن جرير بن عبد الله البجلي أنه لما قدم على عمر في قومه قال له عمر هل لك أن تأتي الكوفة ولك الثلث بعد الخمس من كل أرض وشيء ؟ فأما قول عمرو بن شعيب فان مكحولا قال له حين قال لا نفل بعد رسول الله ﷺ وذكر له حديث حبيب بن سلمة : شغلك أكل الزبيب بالطائف ، وما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ثبت للأئمة بعده مالم يقم على تخصيصه به دليل

وأما حديث ابن عمر فهو حجة عليهم فان بعيراً على اثني عشر يكون جزءاً من ثلاثة عشر ، وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين جزءا وجزء من ثلاثة عشر أكثر فلا يتصور أخذ الشيء من أقل منه فيتعين أن يكون من غيره أو ان النفل كان للسرية دون سائر الجيش ، على انما رويناه صريح في الحكم ولا يعارض بشيء مستنبط يحتمل غير ما حمله عليه من استنبطه

إذا ثبت هذا فظاهر كلام احمد انهم انما يستحقون هذا بالشرط السابق فان لم يكن شرطه لهم

وقال ابو الخطاب عندي انه لايجوز أن يقيم سنة بغير جزية وهذا قول الاوزاعي والشافعي لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) ووجه الاول ان هذا كافر أبيح له الاقامة في دار الاسلام من غير التزام جزية فلم تلزمه جزية كالنساء والصبيان ولان الرسول لو كان ممن لايجوز أخذ الجزية منه يستوي في حقه السنة فما دونها في أن الجزية لاتؤخذ منه في المدتين فاذا جازت له الاقامة في أحدهما جازت في الاخرى قياساً لها عليها . وقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية) أي يلتزمونها ولم يرد حقيقة الاعطاء وهذا مخصوص منها بالاتفاق فانه يجوز له الاقامة من غير التزام لها ولان الآية تخصصت بما دون الحول فتقيس على المحل المخصوص

(فصل) وإذا دخل حربي دار الاسلام بأمان فأودع ماله مسلماً أو ذمياً أو أقرضهما إياه ثم عاد إلى دار الحرب نظرنا فان دخل تاجراً أو رسولا أو متنزهاً أو لحاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الاسلام فهو على امانه في نفسه وماله لانه لم يخرج بذلك عن نية الاقامة بدار الاسلام فأشبه الذمي إذا دخل لذلك ، وإن دخل مستوطناً بطل الامان في نفسه وبقي في ماله لانه بدخوله دار الاسلام بأمان ثبت الامان لماله الذي معه فاذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب بقي في ماله لاختصاص المبطل بنفسه فيخص البطلان به فان قتل فانما يثبت الامان لماله تبعاً فاذا بطل في المتبوع بطل في التبع قلنا بل

فلا ، قيل له أليس قد نفل النبي ﷺ في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث ؟ قال نعم ذاك اذا نفل وتقدم القول فيه ، فعلى هذا إن رأى الإمام أن لاينفلهم فله ذلك ، وان رأى أن ينفلهم دون الثلث والربع فله ذلك لانه إذا جاز ترك النفل كله جاز ترك البعض

ولا يجوز أن ينفل اكثر من الثلث نص عليه أحمد وهذا قول مكحول والاوزاعي وجمهور العلماء ، وقال الشافعي لا حد للنفل بل هو موكول الى اجتهاد الامام لان النبي (ص) نفل مرة الثلث ومرة الربع ، وفي حديث ابن عمر نفل نصف السدس فهذا يدل على انه ليس للنفل حد لايتجاوزه الامام فينبغي أن يكون موكولا الى اجتهاده

ولنا ان نفل النبي ﷺ انتهى إلى الثلث فينبغي أن لايتجاوزه ، وما ذكره الشافعي يدل على انه ليس لأقل النفل حد وانه يجوز ان ينفل أقل من الثلث والربع ونحن نقول به ، على أن هذا القول مع قوله ان النفل من خمس الخمس تناقض ، فان شرط لهم الامام زيادة على الثلث ردوا اليه

وقال الاوزاعي لا ينبغي أن يشترط النصف فان زادهم على ذلك فليف لهم به ويجعل ذلك من الخمس وإنما زيد في الرجعة على البداءة في النفل لمشقتها فان الجيش في البداءة ردء للسرية تابع لها والعدو خائف وربما كان غارا وفي الرجعة لاردء للسرية لان الجيش منصرف عنهم والعدو مستيقظ كلب قال أحمد في البداءة إذا كان ذاهباً الربع . في القفلة إذا كان في الرجوع الثلث لانهم يشتاقون إلى أهاليهم فهذا أكثر

يثبت له الامان لمعنى وجد فيه وهو ادخاله معه وهذا يقتضي ثبوت الامان له وإن لم يثبت في نفسه بدليل ما لو بعثه مع مضارب له او وكيل فانه يثبت الامان ولم يثبت الامان في نفسه ولم يوجد فيه ههنا ما يقتضي الامان فيه فبقي على ما كان عليه ولو اخذه معه الى دار الحرب لنقض الامان فيه كما ينتقض في نفسه لوجود المبطل منهما فإذا ثبت هذا فان صاحبه ان طلبه بعث اليه وإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما صح تصرفه وإن مات في دار الحرب انتقل الى وارثه ولم يبطل الامان فيه، وقال أبو حنيفة يبطل فيه وهو قول الشافعي لانه قد صار لوارثه ولم يعقد فيه، أماناً فوجب ان يبطل فيه كسائر أمواله

ولنا ان الامان حق له لازم متعلق بالمال فاذا انتقل إلى الوارث انتقل لحقه كسائر الحقوق من الرهن والضمين والشفعة وهذا اختيار المزني ولانه مال له أمان فينتقل إلى وارثه مع بقاء الامان فيه كالمال الذي مع مضاربه وإن لم يكن له وارث صار فيئا لبيت المال فان كان له وارث في دار الاسلام فقال القاضي لا يرثه لاختلاف الدارين والاولى أنه يرثه لان ملتهما واحدة فيرثه كالمسلمين وإن مات المستأمن في دار الاسلام فهو كما لو مات في دار الحرب سواء لان المستأمن حربي تجري عليه أحكامهم وإن رجع الى دار الحرب فسبي واسترق فقال القاضي يكون ماله موقوفا حتى يعلم آخر أمره بموت أو غيره فان مات كان فيئا لان الرقيق لا يورث وان عتق كان له وان لم يسترق ولكن من عليه الامام

(القسم الثاني) ان ينفل الامام بعض الجيش لغنائه وبأسه وبلائه أو لمكروه تحمله دون سائر الجيش قال أحمد في الرجل يأمره الامير يكون طليعة أو عنده يدفع اليه رأسا من السبي أو دابة قال إذا كان رجل له غناء أو يقاتل فلا بأس ذلك أنفع لهم يحرض هو وغيره ويقاتلون ويغنمون وقال إذا نفذ الامام صبيحة المغار الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتي بشيء فللوالي ان يخص بعض هؤلاء الذين جاءوا بشيء دون هؤلاء وظاهر هذا ان له إعطاء من هذا حاله من غير شرط وحجة هذا حديث سلمة بن الاكوع أنه قال اغار عبدالرحمن بن عيينة على إبل رسول الله ﷺ فاتبعتهم فذكر الحديث فأعطاني رسول الله ﷺ سهم الفارس والراجل رواه مسلم وعنه ان النبي ﷺ أمر أبا بكر قال فبيتنا عدونا فقتلت ليلتئذ تسعة أهل ابيات وأخذت منهم امرأة فنفلنيها أبو بكر فلما قدمت المدينة استوهبنيها النبي ﷺ فوهبتها له رواه مسلم

(القسم الثالث) ان يقول الامير من طلع هذا الحصن أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا فهذا جائز في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري قال أحمد اذا قال من جاء بعشر دواب أو بقر أو غنم فله واحد فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم ومن جاء بشيء أعطاه بقدره قيل له إذا قال من جاء بعلج فله كذا وكذا فجاء بعلج يطيب له ما يعطى؟ قال نعم وكره مالك هذا القسم ولم يره وقال قتالهم على هذا الوجه إنما هو للدنيا وقال هو وأصحابه

أو فاداه فماله له وان قتله فماله لورثته وان لم يسب ولكن دخل دار الاسلام بغير أمان ليأخذ ماله جاز قتله وسبيه لان ثبوت الامان لماله لا يثبت الامان له كما لو كان ماله وديعة بدار الاسلام وهو مقيم بدار الحرب

(فصل) واذا سرق المستأمن في دار الاسلام أو قتل أو غصب ثم عاد الى وطنه في دار الحرب ثم خرج مستأمنا مرة ثانية استوفي منه ما لزمه في امانه الاول وان اشترى عبداً مسلما فخرج به الى دار الحرب ثم قدر عليه لم يغنم لانه لم يثبت ملكه عليه لكون الشراء باطلا ويرد بائعه الثمن الى الحربي لانه حصل في أمان فان كان العبد تالفا فعلى الحربي قيمته ويترادان الفضل

(فصل) واذا دخلت الحربية الينا بامان فتزوجت ذمياً في دارنا ثم أرادت الرجوع لم تمنع اذا رضي زوجها أو فارقها وقال أبو حنيفة تمنع

ولنا أنه عقد لا يلزم الرجل المقام به فلا يلزم المرأة كعقد الاجارة

﴿مسألة﴾ قال (ومن طلب الامان ليفتح الحصن ففعل فقال كل واحد منهم أنا المعطى لم يقتل واحد منهم)

وجملته أن المسلمين اذا حصروا حصنا فناداهم رجل آمنوني أفتح لكم الحصن جاز أن يعطوه أمانا فان زياد بن لبيد لما حصر النجير قال الاشعث بن قيس أعطوني الامان لعشرة أفتح لكم

لا نفل إلا بعد إحراز الغنيمة وقال مالك : ولم يقل رسول الله ﷺ « من قتل قتيلا فله سلبه » إلا بعد أن برد القتال

ولنا ما تقدم من حديث حبيب وعبادة وما شرطه عمر لجرير بن عبدالله وقول النبي ﷺ « من قتل قتيلا فله سلبه » ولان فيه تحريضا على القتال فجاز كاستحقاق الغنيمة وزيادة السهم للفارس واستحقاق السلب وما ذكره يبطل بهذه المسائل، وقوله ان النبي ﷺ إنما جعل السلب للقاتل بعد ان برد القتال قلنا قوله ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله فهو بالنسبة اليها كالمشروط في أول الغزاة، قال القاضي لا يجوز هذا إلا إذا كان فيه مصلحة للمسلمين فان لم تكن فيه فائدة لم يجز لانه إنما يخرج على وجه المصلحة فاعتبرت الحاجة فيه كاجرة الحمال والحافظ . إذا ثبت هذا فان النفل لا يختص بنوع من المال وذكر الخلال أنه لا نفل في الدراهم والدنانير وهو قول الاوزاعي لان القاتل لا يستحق شيئاً منها فكذلك غيره

لنا حديث حبيب بن مسلمة وعبادة فان النبي ﷺ جعل لهم الثلث والربع وهو عام في كل ما غنمه ولانه نوع مال فجاز النفل فيه كسائر الاموال وأما القاتل فانما نفل السلب وليست الدراهم والدنانير من السلب فلم يستحق غير ما جعل له

(فصل) نقل أبو داود عن أحمد أنه قال له: اذا قال من رجع إلى الساقة فله دينار والرجل

الحصن ففعلوا فان أشكل الذي أعطي الامان وادعاه كل واحد من أهل الحصن فان عرف صاحب الامان عمل على ذلك ، وان لم يعرف لم يجز قتل واحد منهم لان كل واحد منهم يحتمل صدقه وقد اشتبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة اليه فحرم الكل كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة أو أخته بأجنبيات او اشتبه زان محصن برجال معصومين وبهذا قال الشافعي ولا اعلم فيه خلافا وفي استرقاقهم وجهان

(أحدهما) يحرم وذكر القاضي ان أحمد نص عليه وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا في القتل فان استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم

(والثاني) يقرع بينهم فيخرج صاحب الامان بالقرعة ويسترق الباقون قاله أبو بكر لان الحق لواحد منهم غير معلوم فيقرع بينهم كما لو اعتق عبداً من عبيده واشكل ويخالف القتل فانه اراقة دم تندرىء بالشبهات بخلاف الرق ولهذا يمنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق . وقال الاوزاعي إذا أسلم واحد من اهل الحصن قبل فتحه اشرف علينا ثم اشكل فادعى كل واحد منهم انه الذي أسلم : يسعى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته وقياس مذهبنا أن فيها وجهين كالتي قبلها .

(فصل) قال احمد إذا قال الرجل كف عني حتى أدلك على كذا فبعث معه قوم ليدلهم فامتنع من الدلالة فلهم ضرب عنقه لان امانه بشرط ولم يوجد وقال احمد إذا لقي علجاً فطلب منه الامان

يعمل في سياقة الغنم قال لم يزل أهل الشام يفعلون هذا وقد يكون في رجوعهم الى الساقة وسياقة الغنم منفعة،قيل له فان اغار على قرية فنزل فيها والسبي والدواب والخرثي معهم في القرية ويمنع الناس من جمعه الكسل لايخافون عليه العدو فيقول الامام من جاء بعشرة أثواب فله ثوب ومن جاء بعشرة رءوس فله رأس قال أرجو ان لايكون به بأس،قيل له فان قيل من جاء بعدل من دقيق الروم فله دينار يريده لطعام السبي ما ترى في أخذ الدينار؟فما رأى به بأساً،قيل فالامام يخرج السرية وقد نفلهم جميعاً فلما كان يوم المغار نادى من جاء بعشرة رءوس فله رأس ومن جاء بكذا فله كذا فذهب الناس فطلبوا فما ترى في هذا النفل ؟ قال لا بأس به اذا كان يحرضهم على ذلك ما لم يستغرق الثلث قلت لا بأس بنفلين في شيء واحد قال نعم ما لم يستغرق الثلث سمعته غير مرة يقول ذلك

(فصل) قال أحمد والنفل من أربعة اخماس الغنيمة،هذا قول أنس بن مالك وفقهاء الشام منهم رجاء بن حيوة وعبادة بن نسي وعدي بن عدي ومكحول والقاسم بن عبد الرحمن ويزيد بن أبي مالك ويحيى بن جابر والاوزاعي وبه قال اسحاق وأبو عبيد قال أبو عبيد والناس اليوم على هذا،قال أحمد وكان سعيد بن المسيب ومالك بن أنس يقولان لا نفل الا من الخمس فكيف خفي عنهما هذا مع علمهما ؟ وقال النخعي وطائفة ان شاء الامام نفلهم قبل الخمس وان شاء بعده وقال أبو ثور إنما النفل قبل الخمس واحتج من ذهب الى هذا بحديث ابن عمر الذي أوردناه

فلا يؤمنه لانه يخاف شره وان كانوا سرية فلهم أمانه يعني ان السرية لا يخافون من غدر العلج قتالهم بخلاف الواحد وان لقيت السرية اعلاجا فادعوا أنهم جاءوا مستأمنين فان كان معهم سلاح لم يقبل قولهم لأن حملهم السلاح يدل على محاربتهم وان لم يكن معهم سلاح قبل قولهم لأنه يدل على صدقهم .

(فصل) إذا دخل حربي دار الاسلام بغير أمان نظرت فان كان معه متاع يبيعه في دار الاسلام وقد جرت العادة بدخولهم الينا تجاراً بغير امان لم يعرض لهم، وقال احمد إذا ركب القوم في البحر فاستقبلهم فيه تجار مشركون من ارض العدو يريدون بلاد الاسلام لم يعرضوا لهم ولم يقاتلوهم وكل من دخل بلاد المسلمين من اهل الحرب بتجارة بويع ولم يسأل عن شيء وان لم تكن معه تجارة فقال جئت مستأمناً لم يقبل منه وكان الامام مخيراً فيه ونحو هذا قال الأوزاعي والشافعي ، وإن كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح في المركب الينا فهو لمن أخذه في احدى الروايتين والأخرى يكون فيئاً .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن دخل إلى أرضهم من الغزاة فارسا فنفق فرسه قبل احراز الغنيمة فله سهم راجل ومن دخل راجلا فاحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم الفارس)

وجملة ذلك ان الاعتبار في استحقاق السهم بحالة الاحراز فان أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل وان أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس سواء دخل فارسا أو راجلا قال احمد أنا أرى

ولنا ما روى معن بن يزيد السلمي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا نفل الا بعد الخمس» رواه أبو داود وابن عبد البر وهذا صريح وحديث حبيب بن أبي مسلمة ان النبي ﷺ كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس وحديث جرير حين قال له عمر لك الثلث بعد الخمس ولان النبي ﷺ نفل الثلث ولا يتصور إخراجه من الخمس ولان الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) يقتضي ان يكون الخمس خارجاً من الغنيمة كلها وأما حديث ابن عمر فقد رواه شعيب عن نافع عن ابن عمر قال بعثنا رسول الله ﷺ في جيش قبل نجد وابتعث سرية من الجيش فكان سهمهان الجيش اثني عشر بعيرا ونفل أهل السرية بعيراً بعيراً فكانت سهمانهم ثلاثة عشر بعيرا فهذا يمكن ان يكون نفلهم من أربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش كما يفعل السرايا ويتعين حمل هذا الخبر على هذا لانه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك نفلا وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الاخماس وهو خلاف الآية والاخبار

(فصل) وكلام أحمد في ان النفل من أربعة الاخماس عام لعموم الخبر فيه ويحتمل أن يحمل على

ان كل من شهد الوقعة على اي حالة كان يعطى إن كان فارسا ففارس وان كان راجلا فراجل لان عمر قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي واسحاق وأبوثور ونحوه قال ابن عمر . وقال أبو حنيفة الاعتبار بدخول دار الحرب فان دخل فارسا فله سهم فارس وان نفق فرسه قبل القتال، وان دخل راجلا فله سهم الراجل وان استفاد فرسا فقاتل عليه

وعنه رواية أخرى كقولنا قال احمد كان سليمان بن موسى يعرضهم اذا أدربوا الفارس فارس والراجل راجل لانه دخل في الحرب بنية القتال فلا يتغير سهمه بذهاب دابته أو حصول دابة له كما لو كان بعد القتال

ولنا ان الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حال القتال فيسهم له مع الوجود فيه ولا يسهم له مع العدم كالآدمي والاصل في هذا أن حالة استحقاق السهم حالة تقتضي الحرب بدليل قول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك بخلاف ما قبل ذلك فان الاموال في أيدي أصحابها ولاندري هل يظفر بهم أولا ؟ ولانه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء لم يستحق شيئا ولو وجد مدد في تلك الحال أو انفلت اسير فلحق بالمسلمين أو أسلم كافر فقاتلوا استحقوا السهم فدل على ان الاعتبار بحالة الاحراز فوجب اعتباره دون غيره

القسمين الاولين من النفل ، فأما القسم الثالث وهو أن يقول من جاء بشيء فله كذا أو من جاء بعشرة رءوس فله رأس منها فيحتمل أن يستحق ذلك من الغنيمة كلها لانه ينزل منزلة الجعل فأشبه السلب فانه غير مخموس ويحتمل في القسم الثاني وهو زيادة بعض الغانمين على سهمه أن يكون من خمس الخمس المعد للمصالح لان عطية هذا من المصالح والمذهب الاول لان عطية سلمة بن الاكوع سهم الفارس زيادة على سهمه انما كان من أربعة الاخماس

(فصل) قال الخرقي ويرد من نفل على من معه في السرية إذ بقوتهم صار اليه

ومعناه اذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع فخص به بعضهم أو جاء بعضهم بشيء فنفله ولم يأت بعضهم بشيء فلم ينفله شارك من نفل من لم ينفل، وقد نص أحمد على هذا لان هؤلاء انما أخذوا بقوة هؤلاء ولانهم استحقوا النفل على وجه الاشاعة بينهم بالشرط السابق فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة ، فأما النفل في القسمين الاخيرين مثل أن يخص بعض الجيش بنفل لغنائه أو يجعله له كقوله من جاء بعشر رءوس فله رأس فجاء واحد بعشرة دون سائر الجيش فيختص بنفله دون غيره لان النبي ﷺ لما خص من قتل بسلب قتيله اختص به ولما خص سلمة بن الاكوع بسهم الفارس والراجل اختص به ولذلك اختص بالمرأة التي نفلها إياه أبو بكر دون الناس ولان هذا جعل تحريضاً على القتال وحثاً على فعل مايحتاج المسلمون اليه لتحمل فاعله كلفة فعله رغبة فيما جعل له فلو لم يختص به فاعله ماخاطر أحد بنفسه فيه ولا حصلت مصلحة النفل فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنفله كثواب الآخرة

﴿مسئلة﴾ قال (ويعطى ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه)

أكثر أهل العلم على ان الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وللراجل سهم . قال ابن المنذر هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين وحسين بن ثابت وعوام علماء الاسلام في القديم والحديث منهم مالك ومن تبعه من اهل المدينة والثوري ومن وافقه من اهل العراق والليث بن سعد ومن تبعه من اهل مصر والشافعي وأحمد واسحاق وابو ثور وابو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة للفرس سهم واحد لما روى مجمع بن حارثة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على اهل الحديبية فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما رواه أبو داود . ولانه حيوان ذو سهم فلم يزد على سهم كالآدمي

ولنا ماروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم سهمان لفرسه وسهم له متفق عليه ، وعن ابي رهم وأخيه انهما كانا فارسين يوم خيبر فأعطيا ستة أسهم أربعة أسهم لفرسيهما وسهمين لهما رواه سعيد بن منصور وعن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى الفارس ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما.

وقال خالد الحذاء لايختلف فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم هكذا للفرس سهمين ولصاحبه

(فصل) قال رضي الله عنه ويلزم الجيش طاعة الامير والنصح له والصبر معه لقول الله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم) وقول النبي ﷺ «من أطاعني فقد أطاع الله ومن أطاع أميري فقد أطاعني ومن عصاني فقد عصى الله ومن عصى أميري فقد عصاني » رواه النسائي .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لاحد أن يتعلف ولا يحتطب ولا يبارز ولا يخرج من العسكر ولا تحدث حدثا إلا باذن الامير)

يعني لايخرج لتعلف وهو تحصيل العلف ولا احتطاب ولا غيره إلا باذن الامير لقول الله تعالى (انما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله واذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه) ولان الامير أعرف بحال الناس وحال العدو ومكامنهم وقربهم وبعدهم فاذا خرج أحد بغير اذنه لم يأمن أن يصادف كميناً للعدو أو طليعة لهم فيأخذوه أو يرحل الامير ويدعه فيهلك فاذا كان باذن الامير لم يأذن لهم إلا الى مكان آمن وربما يبعث معهم من الجيش من يحرسهم

(فصل) فأما المبارزة فتجوز باذن الامير في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهها . ولنا ان حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر باذن النبي ﷺ وبارز علي عمرو بن عبدود في غزوة الخندق وبارز مرحباً يوم خيبر وقيل بارزه محمد بن مسلمة وبارز البراء بن مالك مرزبان المرازبه فقتله

سهما وللراجل سهما ، وكتب عمر بن عبد العزيز الى عبدالحميدبن عبدالرحمن أما بعدفان سهمان الخيل مما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين للفرس وسهما للراجل ولعمري لقد كان حديثا ما اشعر ان أحداً من المسلمين هم بانتقاض ذلك فمن هم بانتقاض ذلك فعاقبه والسلام عليك رواهما سعيد والاثرم وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا وانه أجمع عليه فلا يعول على ماخالفه فاما حديث مجمع فيحتمل انه اراد أعطى الفارس سهمين لفرسه وأعطى الراجل سهما يعني صاحبه فيكون ثلاثة أسهم على ان حديث ابن عمر أصح منه ، وقد وافقه حديث ابي رهم وأخيه وابن عباس وهؤلاء أحفظ وأعلم وابن عمر وابو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان وأخبروا عن أنفسهم انهم اعطوا ذلك فلا يعارض ذلك بخبر شاذتعين غلطه او حمله على ما يخالف ظاهره وقياس الفرس على الآدمي غير صحيح لان أثرها في الحرب أكثر وكلفتها أعظم فينبغي أن يكون سهمها أكثر

(مسئلة) قال (الا أن يكون فرسه هجينا فيعطى سهما له وسهما لفرسه)

الهجين الذي أبوه عربي وأمه برذونة والمقرف الذي ابوه برذونة وأمه عربية قالت هند بنت النعمان بن بشير

وماهند إلا مهرة عربية سليلة أفراس تحللها بغل
فان ولدت مهراً كريماً فبالحري وان يك أقراف فما أنجب الفحل

وأخذ سلبه فبلغ ثلاثين ألفا ، وروي عنه إنه قال قتلت تسعة وتسعين رئيساً من المشركين مبارزة سوى من شاركت فيهم ولم يزل اصحاب النبي ﷺ يبارزون في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده لم ينكره منكر فكان اجماعا وكان أبو ذر يقسم ان قوله تعالى (هذان خصمان اختصموا في ربهم) نزلت في الذين تبارزوا يوم بدر وهم حمزة وعلي وعبيدة بارزوا عتبة وشيبة والوليد بن عتبة رواه البخاري . اذا ثبت هذا فانه ينبغي أن يستأذن الامير في المبارزة اذا امكن وبه قال الثوري وإسحاق ورخص فيها مالك والشافعي وابن المنذر لان أبا قتادة قال بارزت رجلا يوم حنين وقتلته ولم يعلم انه استأذن النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك اكثر من حكينا عنهم المبارزة لم نعلم منهم استئذانا

ولنا ان الامام اعلم بفرسانه وفرسان عدوه ، ومتى برز الانسان لمن لا يطيقه كان معرضاً نفسه للهلاك فتنكسر قلوب المسلمين فينبغي ان يفوض ذلك الى الامام ليختار للمبارزة من يرضاه لها فيكون اقرب الى الظفر وجبر قلوب المسلمين وكسر قلوب الكافرين ، فان قيل فقد ابحتم له ان ينغمس في الكفار وهو سبب قتله قلنا إذا كان مبارزاً تعلقت قلوب الجيش به وارتقبوا ظفره ، فان ظفر جبر قلوبهم وسرهم وكسر قلوب الكافرين وان قتل كان بالعكس والمنغمس يطلب الشهادة لا يترقب منه ظفره ولا مقاومته

وأراد الخرقي بالهجين ههنا ماعدا العربي والله أعلم، وقد حكي عن احمد انه قال الهجين البرذون واختلفت الرواية عنه في سهمانها فقال الخلال تواترت الروايات عن أبي عبد الله في سهام البرذون انه سهم واحد واختاره ابو بكر والخرقي وهو قول الحسن. قال الخلال: وروى عنه ثلاثة منقطعون انه يسهم للبرذون مثل سهم العربي، واختاره الخلال وبه قال عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي والثوري لان الله تعالى قال (والخيل والبغال) وهذه من الخيل ولان الرواة رووا ان النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهما وهذا عام في كل فرس ولانه حيوان ذو سهم فاستوى فيه العربي وغيره كالآدمي

وحكى ابو بكر عن احمد رحمه الله رواية ثالثة ان البراذين ان أدركت ادراك العراب أسهم لها مثل الفرس العربي والا فلا وهذا قول ابن ابي شيبة وابن ابي خيثمة وابي ايوب والجوزجاني لانها من الخيل وقد عملت عمل العراب فاعطيت سهما كالعربي

وحكى القاضي رواية رابعة انه لايسهم لها وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمي لانه حيوان

فافترقا وأما مبارزة أبي قتادة فغير لازمة فانها كانت بعد التحام الحرب رأى رجلا يريد أن يقتل مسلماً فضربه ابو قتادة فالتفت إلى أبي قتادة فضمه ضمة كاد يقتله وليس هذا هو المبارزة المختلف فيها بل المبارزة المختلف فيها ان يبرز رجل بين الصفين قبل التحام الحرب يدعو إلى المبارزة فهذا هو الذي يتعين له اذن الامام لان أعين الطائفتين تمتد اليهما وقلوب الفريقين تتعلق بهما بخلاف غير ذلك.

﴿ مسئلة ﴾ (فان دعى كافر إلى البراز استحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة أن يبارزه باذن الامير).

المبارزة تنقسم ثلاثة أقسام مستحبة ومباحة ومكروهة (فالمستحبة) إذا خرج كافر يطلب البراز فيستحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة أن يبارزه باذن الامير، لان فيه رداً عن المسلمين وإظهاراً لقوتهم (والمباحة) أن يبتدىء الرجل الشجاع فيطلبها فتباح ولا تستحب لانه لاحاجة اليها ولا يؤمن ان يغلب فيكسر قلوب المسلمين الا أنه لما كان شجاعا واثقا من نفسه أبيحت له لانه بحكم الظاهر غالب، (والمكروهة) أن يبرز الضعيف البنية الذي لايثق من نفسه فتكره له المبارزة لما فيه من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهراً.

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط الكافر ان لايقاتله غير الخارج اليه فله شرطه)

إذا خرج كافر يطلب البراز فشرط ان لايعين الذي يبارزه غيره فله شرطه لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) ولقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ويجوز رميه وقتله قبل المبارزة لانه كافر لاعهد له ولا امان فأبيح قتله كغيره الا أن تكون العادة جارية بينهم أن من خرج يطلب المبارزة لايعرض له فيجري ذلك مجرى الشرط.

لايعمل عمل الخيل العراب فأشبه البغال ، ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لايقارب العتاق منها لما روى الجوزجاني باسناده عن ابي موسى انه كتب إلى عمر بن الخطاب انا وجدنا بالعراق خيلا عراضاً دكنا فما ترى يا أمير المؤمنين في سهمانها فكتب اليه تلك البراذين فما قارب العتاق منها فاجعل له سهما واحداً والغ ماسوى ذلك

ولنا ماروى سعيد باسناده عن ابي الاقمر قال : اغارت الخيل على الشام فادركت العراب من يومها وادركت الكوادن ضحى الغد ، وعلى الخيل رجل من همذان يقال له المنذر بن ابي حميضة فقال لا أجعل الذي أدرك من يومه مثل الذي لم يدرك ففضل الخيل فقال عمر هبلت الوادعي امه امضوها على ماقال ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا اقول

وروى مكحول ان النبي ﷺ أعطى الفرس العربي سهمين واعطى الهجين سهما رواه سعيد أيضاً ولان نفع العربي وأثره في الحرب أفضل فيكون سهمه أرجح كتفاضل من يرضخ له واما قولهم انه من الخيل فانا والخيل في نفسها تتفاضل فتتفاضل سهمانها واما قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفرس سهمين من غير تفريق فانا هذه قضية في عين لاعموم لها فيحتمل انه لم يكن فيها برذون وهو الظاهر فانها من خيل العرب ولا براذين فيها ودل على صحة هذا انهم لما وجدوا البراذين بالعراق اشكل عليهم أمرها وان عمر فرض لها سهما واحداً وامضى ماقال المنذر بن ابي حميضة في تفضيل

﴿ مسئلة ﴾ (فان انهزم المسلم أو أثخن بالجراح جاز الدفع عنه)

اذا انهزم المسلم تاركا القتال أو مثخناً بالجراح جاز لكل أحد قتال الكافر لان المسلم اذا صار الى هذه الحال فقد انقضى قتاله والامان انما كان حال القتال وقد زال وان كان المسلم شرط عليه ان لايقاتل حتى يرجع الى صفه وفي له بالشرط الا أن يترك قتاله أو يثخنه بالجراح فيتبعه ليقتله أو يجهز عليه فيجوز ان يحولوا بينه وبينه ، وان قاتلهم قاتلوه لانه اذا منعهم انقاذه فقد نقض أمانه وان أعان الكفار صاحبهم فعلى المسلمين أن يعينوا صاحبهم ويقاتلوا من أعان عليه ولا يقاتلون المبارز لانه ليس بسبب من جهته فان كان قد استنجدهم أو علم منه الرضا بفعلهم انتقض امانه وجاز قتاله وذكر الاوزاعي أنه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم وان أثخن بالجراح قيل له فخاف المسلمون على صاحبهم قال وان ، لان المبارزة انما تكون هكذا ولكن لو حجزوا بينهما وخلوا سبيل العلج قال فان أعان العدو صاحبهم فلا بأس ان يعين المسلمون صاحبهم

ولنا أن حمزة وعلياً أعانا عبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة حين أثخن عبيدة .

(فصل) وتجوز الخدعة في الحرب للمبارز وغيره ، لان النبي ﷺ قال « الحرب خدعة وهو حديث حسن صحيح ، وروي ان عمرو بن عبدود لما بارز علياً رضي الله عنه قال علي مابرزت لاقاتل اثنين فالتفت عمرو فوثب عليه فضربه فقال عمرو خدعتني فقال الحرب خدعة .

العراب عليها ، ولو كان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بينهما لم يخف ذلك على عمر ولا خالفه ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن انكاره عليه سيما وابنه هو راوي الخبر فكيف يخفى ذلك عليه ؟ ويحتمل انه فضل العراب أيضاً فلم يذكره الراوي لغلبة العراب وقلة البراذين ويدل على صحة هذا التأويل خبر مكحول الذي رويناه وقياسها على الآدمي لايصح لان العربي منهم لا أثر له في الحرب زيادة على غيره بخلاف العربي من الخيل على غيره والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يسهم لأكثر من فرسين)

يعني إذا كان مع الرجل خيل أسهم لفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهم ولم يزد على ذلك ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لايسهم لاكثر من فرس واحد لانه لايمكن أن يقاتل على أكثر منها فلم يسهم لما زاد عليها كالزائد عن الفرسين

ولنا ماروى الاوزاعي ان رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لايسهم للرجل فوق فرسين وان كان معه عشرة أفراس ، وعن ازهر بن عبدالله أن عمر بن الخطاب كتب الى ابي عبيدة بن الجراح أن يسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة سهم ولصاحبها سهم فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهي جنائب رواهما سعيد في سننه ولان به إلى الثاني حاجة فإن ادامة ركوب واحد تضعفه وتمنع القتال عليه فيسهم له كالاول بخلاف الثالث فانه مستغنى عنه

(فصل قال أحمد واذا غزوا في البحر فأراد رجل ان يقيم بالساحل يستأذن الوالي الذي هو على جميع المراكب ولا يكفيه أن يستأذن الوالي الذي في مركبه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتله المسلم فله سلبه) .

اما استحقاق سلب القتيل في الجملة فلا نعلم فيه خلافاً وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم من قتل كافراً فله سلبه ، رواه جماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم منهم انس وسمرة بن جندب وغيرهما ، وروي ابو قتادة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه ضربة فأدركه الموت ثم إن الناس رجعوا وقال رسول الله ﷺ « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » قال فقمت فقلت من يشهد لي ؟ فقال لي رسول الله ﷺ « مالك ياأباقتادة ، فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يارسول سلب ذلك القتيل عندي فارضه منه فقال أبو بكر الصديق لاها الله إذا تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسول الله يعطيك سلبه فقال رسول الله ﷺ « صدق فأسلمه اليه » قال فأعطانيه متفق عليه ، وعن أنس قال قال رسول

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان)

نص احمد على هذا وظاهره انه لا يسهم للبعير مع امكان الغزو على فرس وعن احمد انه يسهم للبعير سهم ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره ، وحكي نحو هذا عن الحسن لان الله تعالى قال (فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولانه حيوان تجوز المسابقة عليه بعوض فيسهم له كالفرس يحققه ان تجويز المسابقة بعوض انما ابيحت في ثلاثة اشياء دون غيرها لانها آلات الجهاد فأبيح اخذ الرهن في المسابقة بها تحريضا على رياضتها وتعلم الاتقان فيها ولا يزاد على سهم البرذون لانه دونه ولا يسهم له الا ان يشهد الوقعة عليه ويكون مما يمكن القتال عليه ، فاما هذه الابل الثقيلة التي لا تصلح الا للحمل فلا يستحق راكبها شيئا لانها لا تكر ولا تفر فراكبها ادنى حال من الراجل ، واختار ابو الخطاب انه لا يسهم له بحال وهو قول اكثر الفقهاء قال ابن المنذر اجمع كل من احفظ عنه من اهل العلم ان من غزا على بعير فله سهم راجل كذلك قال الحسن ومكحول والثوري والشافعي واصحاب الرأي وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى لان النبي ﷺ لم ينقل عنه انه اسهم لغير الخيل من البهائم وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيراً ولم تخل غزاة من غزواته من الابل بل هي كانت غالب دوابهم فلم ينقل عنه أنه أسهم لها ولو أسهم لها لنقل وكذلك من بعد النبي ﷺ من خلفائه

الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين « من قتل قتيلا فله سلبه » فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا فأخذ اسلابهم ، رواه ابو داود .

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من قتل قتيلا فله سلبه غير مخموس إذا قتله حال الحرب منهمكا على القتال غير مثخن وغرر بنفسه في قتله وعنه لا يستحقه إلا من شرط له) .

الكلام في هذه المسئلة في فصول (إحداها) في أن القاتل يستحق السلب وقد ذكرناه

(الثاني) ان السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ كالعبد والمرأة والصبي والمشرك وقال ابن أبي موسى من بارز بغير إذن الامام لم يستحق السلب ذكره في الارشاد وروي عن ابن عمر أن العبد إذا بارز باذن مولاه لم يستحق السلب ويرضخ له منه وللشافعي فيمن لا سهم له قولان

(احدهما) لا يستحق السلب لان السهم آكد منه للاجماع عليه فاذا لم يستحقه فالسلب أولى

ولنا عموم الخبر ولانه قاتل من أهل الغنيمة فاستحق السلب كذي السهم ولان الامير لو جعل جعلا لمن منع شيئاً فيه نفع للمسلمين لاستحقه فاعله من هؤلاء فالذي جعله النبي ﷺ أولى وفارق السهم لانه علق على المظنة ولهذا يستحق بالحضور ويستوي فيه الفاعل وغيره والسلب يستحق بحقيقة الفعل وقد وجد منه ذلك فاستحقه كالمجعول له جعلا على فعل إذا فعله فان كان القاتل ممن لا يستحق سهما ولا رضخا كالمرجف والمخذل والمعين على المسلمين لم يستحق السلب وان قتل وهو قول الشافعي لانه

وغيرهم مع كثرة غزواتهم لم ينقل عن أحد منهم فيما علمناه انه اسهم لبعير ولو اسهم لبعير لم يخف ذلك ولانه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر فلم يسهم كالبغل والحمار

(فصل) وما عدا الخيل والابل من البغال والحمير والفيلة وغيرها لا يسهم لها بغير خلاف وإن عظم غناؤها وقامت مقام الخيل لان النبي ﷺ لم يسهم لها ولا أحد من خلفائه ولانها مما لا تجوز المسابقة عليه بعوض فلم يسهم لها كالبقر

(فصل) وينبغي للامام أن يتعاهد الخيل عند دخول الحرب فلا يدخل إلا شديداً ولا يدخلها حطما ولا ضعيفا ولاضرعا ولا أعجف زارحا فان شهد أحد الرقة على واحد من هذه لم يسهم له وبه قال مالك وقال الشافعي يسهم له كما يسهم للمريض

ولنا أنه لاينتفع به فلم يسهم له كالرجل المخذل والمرجف ولانه حيوان يتعين منع دخوله فلم يسهم له كالمرجف ، وأما المريض الذي لا يتمكن من القتال فان خرج بمرضه عن كونه من أهل الجهاد كالزمن والاشل والمفلوج فلا سهم له لانه لم يبق من اهل الجهاد وإن لم يخرج بمرضه عن ذلك كالمحموم ومن به الصداع فانه يسهم له لانه من أهل الجهاد ويعين برأيه وتكثيره ودعائه

﴿مسألة﴾ قال (ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه في سهمه)

وجملته أن الغازي إذا مات أو قتل نظرت فان كان قبل حيازة الغنيمة فلا سهم له لانه مات

ليس من أهل الجهاد وكذلك ان بارز العبد بغير إذن مولاه لايستحق السلب لانه عاص وكذلك كل عاص مثل من دخل بغير إذن الامير وعن أحمد فيمن دخل بغير إذن انه يؤخذ منه الخمس وباقيه له كالغنيمة ويخرج مثل ذلك في العبد المبارز بغير إذن سيده ويحتمل ان يكون سلب قتيل العبد له على كل حال لان ما كان له فهو لسيد ففي حرمانه حرمان سيده ولم يعص

(الفصل الثالث) السلب للقاتل في كل حال إلا ان ينهزم العدو وبه قال الشافعي وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال مسروق إذا التقى الزحفان فلا سلب له انما النفل قبل وبعد ونحوه قول نافع وكذلك قال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وأبو بكر بن أبي مريم: السلب للقاتل مالم تمتد الصفوف بعضها الى بعض فاذا كان كذلك فلاسلب لاحد

ولنا عموم قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه ولان أباقتادة انما قتل الذي أخذ سلبه في حال التقاء الزحفين الاتراه يقول فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين؟ وكذلك قول أنس قتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ اسلابهم وكان ذلك بعد التقاء الزحفين لان هوازن لقوا المسلمين فجأة فالحموا الحرب قبل تقدم مبارزة

قبل ثبوت ملك المسلمين عليها وسواء مات حال القتال أو قبله وإن مات بعد ذلك فسهمه لورثته، وقال أبو حنيفة إن مات قبل احراز الغنيمة في دار الاسلام أو قسمها في دار الحرب فلا شيء له لان ملك المسلمين لا يتم عليها إلا بذلك، وقال الاوزاعي إن مات بعد ما يدرب قاصدا في سبيل الله قبل أو بعد أسهم له وقال الشافعي وأبو ثور ان حضر القتال أسهم له سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها وإن لم يحضر فلا سهم له ونحوه قال مالك والليث

ولنا أنه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ملكها وثبوت اليد عليها فلم يستحق شيئاً وان مات بعدها فقد مات بعد الاستيلاء عليها في حال لو قسمت صحت قسمتها وكان له سهمه منها فيجب ان يستحق سهمه فيها كما لو مات بعد احرازها في دار الاسلام. إذا ثبت انه يستحقه فيكون لورثته كسائر املاكه وحقوقه

(مسألة) قال (ويعطى الرجل سهما)

لا خلاف في ان الراجل سهماً وقد جاء عن النبي ﷺ انه اعطى الراجل سهما فيما تقدم من الاخبار ولان الراجل يحتاج إلى اقل مما يحتاج اليه الفارس وغناؤه دون غنائه فقتضى ذلك ان يكون سهمه دون سهمه

(فصل) وسواء كانت الغنيمة من فتح حصن او من مدينة او من جيش وبهذا قال الشافعي وقال الوليد بن مسلم سالت الاوزاعي عن اسهام الخيل من غنائم الحصون فقال كانت الولاة من قبل

(الفصل الرابع) انه انما يستحق السلب بشروط اربعة

[أحدها] ان يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم فأما ان قتل امرأة أو صبيا أو شيخا فانيا أو ضعيفاً مهينا ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستحق سلبه لانعلم فيه خلافاً وان كان أحد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه لجواز قتله ومن قتل أسيراً له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك

[الثاني] ان يكون المقتول فيه منعة غير مثخن بالجراح فان كان مثخنا فليس لقاتله شيء من سلبه وبهذا قال مكحول وجرير بن عثمان والشافعي لان معاذ بن عمرو بن الجموح أثبت ابا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ولم يعط ابن مسعود شيئاً

[الثالث] أن يقتله أو يثخنه بالجراح فيجعله في حكم المقتول فيستحق سلبه لحديث معاذ ابن عمرو بن الجموح

[الرابع] ان يغرر بنفسه في قتله فان رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له قال أحمد السلب للقاتل انما هو في المبارزة لايكون في الهزيمة وان حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه فسلبه غنيمة لأنهم لم يغرروا بانفسهم في قتله

(فصل) وانما يستحق السلب إذا قتله حال الحرب فان انهزم الكفار كلهم فادرك انسانا منهزما

عمر بن عبد العزيز الوليد وسليمان لا يسهمون الخيل من الحصون ويجعلون الناس كلهم رجالة حتى ولي عمر بن عبد العزيز فأنكر ذلك وامر باسهامها من فتح الحصون والمدائن ووجه ذلك ان النبي ﷺ قسم غنائم خيبر للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم وهي حصون ولان الخيل ربما احتيج اليها بان ينزل اهل الحصن فيقاتلوا خارجا منه ويلزم صاحبه مؤنة له فيقسم له كما لو كان في غير حصن

(مسئلة) قال (ويرضخ للمرأة والعبد)

معناه انهم يعطون شيئاً من الغنيمة دون السهم ولا يسهم لهم سهم كامل ولا تقدير لما يعطونه بل ذلك الى اجتهاد الامام فان رأى التسوية بينهم سوى بينهم وان رأى التفضيل فضل

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك والثوري والليث والشافعي وإسحاق وروي ذلك عن ابن عباس وقال أبو ثور يسهم للعبد وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن والنخعي لما روي عن الاسود بن يزيد انه شهد فتح القادسية عبيد فضرب لهم سهامهم ولان حرمة العبد في الدين كحرمة الحر وفيه من الغناء مثل مافيه فوجب ان يسهم له كالحر ، وحكي عن الاوزاعي ليس للعبد سهم ولا رضخ إلا أن يجيئوا بغنيمة أو يكون لهم غناء فيرضخ لهم ، قال ويسهم للمرأة لما روي جرير بن زياد عن جدته انها حضرت فتح خيبر قالت فأسهم لنا رسول الله ﷺ كما أسهم

فقتله فلا سلب له لانه لم يغرر في قتله، وان كانت الحرب قائمة فانهزم أحدهم فقتله انسان فله سلبه لان الحرب كروفر وقد قتل سلمة بن الاكوع طليعة للكفار وهو منهزم وقال النبي ﷺ «من قتله ؟» قالوا ابن الاكوع قال «له سلبه أجمع» وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وداود وابن المنذر السلب لكل قاتل لعموم الخبر واحتجاجا بحديث سلمة هذا

ولنا ان ابن مسعود ذفف على أبي جهل فلم يعطه النبي ﷺ سلبه وأمر بقتل عقبه بن أبي معيط والنضر ابن الحارث صبراً ولم يعط سلبهما من قتلهما وقتل بني قريظة صبراً فلم يعط من قتلهم اسلابهم وانما أعطي السلب من قتل مبارزاً وكفى المسلمين شره وغرر في قتله والمنهزم بعد انقضاء الحرب قد كفى المسلمين شر نفسه ولم يغرر قاتله بنفسه في قتله فهو كالاسير وأما الذي قتله سلمة فكان متحيزاً الى فئة وكذلك من قتل حال قيام الحرب فانه وان كان منهزما فهو متحيز الى فئة وراجع الى القتال فأشبه الكار فان القتال كروفر. إذا ثبت هذا فانه لايشترط في استحقاق السلب ان تكون المبارزة باذن الامير لان كل من قضي له بالسلب في عصر النبي ﷺ ليس فيهم من نقل الينا انه أذن له في المبارزة مع ان عموم الخبر يقتضي استحقاق السلب لكل قاتل الامن خصه الدليل

(الفصل الخامس) ان السلب لايخمس روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه وبه قال الشافعي وابن المنذر وقال ابن عباس يخمس وبه قال الاوزاعي ومكحول لعموم قوله تعالى (واعلموا

للرجال وأسهم أبو موسى في غزوة تستر لنسوة معه وقال أبو بكر بن أبي مريم أسهمن النساء يوم اليرموك ، وروي سعيد باسناده عن ابن شبل ان النبي ﷺ ضرب لسلهة بنت عاصم يوم حنين بسهم فقال رجل من القوم أعطيت سهلة مثل سهمي .

ولنا ماروي عن ابن عباس انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزوا بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن رواه مسلم ، وروي سعيد عن يزيد بن هارون ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن المرأة والملوك يحضران الفتح ألهما من المغنم شيء ؟ قال يحذيان وليس لهما شيء ، وفي رواية قال ليس لهما سهم وقد يرضخ لهما ، وعن عمير مولى أبي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي فكلموا في رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبر أني مملوك فأمر لي بشيء من خرثي المتاع رواه ابو داود واحتج به احمد ولانهما ليسا من اهل القتال فلم يسهم لهما كالصبي ، قالت عائشة يارسول الله هل على النساء جهاد ؟ قال « نعم جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة »

وقال عمر بن أبي ربيعة :

كتب القتل والقتال علينا وعلى المحصنات جر الذيول

ولان المرأة ضعيفة يستولى عليها الخور فلا تصلح للقتال ولهذا لم تقتل اذا كانت حربية ، فأما ماروي في إسهام النساء فيحتمل ان الراوي سمي الرضخ سهماً بدليل أن في حديث حشرج انه

أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) وقال اسحاق ان استكثر الامام السلب خمسه وذلك اليه لماروى ابن سيرين ان البراء ابن مالك بارز مرزبان المرازبة بالبحرين فطعنه فدق صلبه وأخذ سواريه وسلبه ، فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة في داره فقال إنا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا وأنا خامسه ، فكان أول سلب خمس في الاسلام سلب البراء . رواه سعيد في السنن وفيها ان سلب البراء بلغ ثلاثين ألفاً

ولنا ماروى عوف بن مالك وخالد بن الوليد أن النبي ﷺ قضى في السلب للقاتل ولم يخمس السلب . رواه أبوداود ، وخبر عمر حجة لنا فانه قال إنا كنا لانخمس السلب وقول الراوي كان أول سلب خمس في الاسلام يعني ان النبي ﷺ وأبا بكر وعمر صدراً من خلافته لم يخمسوا سلباً واتباعهم أولى ، قال الجوزجاني: لا أظنه يجوز لأحد في شيء سبق فيه من رسول الله ﷺ شيء الا اتباعه ولا حجة في قول احد مع قول رسول الله ﷺ ، وماذكرناه يصلح ان يخصص به عموم الآية اذا ثبت هذا فان السلب من أصل الغنيمة ، وقال مالك يحسب من خمس الخمس

ولنا ان النبي ﷺ قضى به للقاتل مطلقاً ولم ينقل عنه انه احتسب به من خمس الخمس ، ولانه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج الى معرفة قيمته وقدره ولم ينقل ذلك ، ولان سببه لايفتقر الى اجتهاد الامام فلم يكن من خمس الخمس كسهم الراجل والفارس

جعل لهن نصيباً تمراً ولو كان سهماً مااختص التمر ولان خيبر قسمت على اهل الحديبية نفر معدودين في غير حديثها ولم يذكرن منهم ويحتمل انه أسهم لهن مثل سهام الرجال من التمر خاصة أو من المتاع دون الارض ، وأما حديث سهلة فان في الحديث انها ولدت فأعطاها النبي صلى الله عليه وسلم لها ولولدها فبلغ رضخهما سهم رجل ولذلك عجب الرجل الذي قال أعطيت سهلة مثل سهمي ، ولو كان هذا مشهوراً من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ماعجب منه

(فصل) والمدبر والمكاتب كالقن لانهم عبيد فان عتق منهم قبل انقضاء الحرب أسهم لهم وكذلك إن قتل سيد المدبر قبل تقضي الحرب وهو يخرج من الثلث عتق وأسهم له وأما من بعضه حر فقال أبو بكر يرضخ له بقدر مافيه من الرق ويسهم له بقدر مافيه من الحرية فاذا كان نصفه حراً أعطي نصف سهم ورضخ له نصف الرضخ لان هذا مما يمكن تبعيضه يقسم على قدر مافيه من الحرية والرق والميراث ، وظاهر كلام أحمد انه يرضخ له لانه ليس من اهل وجوب القتال فأشبه الرقيق

(فصل) والخنثى المشكل يرضخ له لانه لم يثبت انه رجل يقسم له ولانه ليس من اهل وجوب الجهاد فأشبه المرأة ويحتمل أن يقسم له نصف سهم ونصف الرضخ كالميراث فان انكشف حاله فتبين انه رجل أتم له سهم رجل سواء انكشف قبل تقضي الحرب أو بعده أو قبل القسمة أو بعدها لانا تبينا انه كان مستحقاً للسهم وانه أعطي دون حقه فاشبه مالو أعطي بعض الرجال دون حقه غلطا

(الفصل السادس) ان القاتل يستحق السلب قال الامام ذلك او لم يقله وبه قال الاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وأبوعبيد وابو ثور

وقال ابو حنيفة والثوري لايستحقه الا ان يشرطه الامام وكذلك قال مالك ولم ير أن يقول الامام ذلك إلا بعد انقضاء الحرب على ما تقدم من مذهبه في النفل وجعلوا السلب ههنا من جملة الانفال ، وقد روي عن احمد مثل قولهم وهو اختيار ابي بكر لما روى عوف بن مالك ان مدديا تبعهم فقتل علجاً فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه فذكر ذلك لرسول الله (ص) فقال « لاتعطه ياخالد » رواه سعيد وأبو داود بمعناه بأطول من هذا

وروينا باسنادهما عن شبر بن علقمة قال بارزت رجلا يوم القادسية فقتلته وأخذت سلبه فأتيت به سعداً فخطب سعد أصحابه وقال ان هذا سلب شبر خير من اثني عشر الفاً وانا قد نفلناه اياه ولو كان حقاً لم يحتج أن ينفله ولان عمر أخذ الخمس من سلب البراء ولو كان حتماً له لم يجز أن ياخذ منه شيئاً ولان النبي (ص) دفع سلب ابي قتادة اليه من غير بينة ولا يمين

ولنا قول رسول الله ﷺ «من قتل قتيلا فله سلبه» وهذا من قضايا رسول الله ﷺ المشهورة التي عمل بها الخلفاء بعده ، وأخبارهم التي احتجوا بها تدل على ذلك فان عوف بن مالك احتج على خالد حين اخذ بعض سلب المددي فقال له عوف أما تعلم ان النبي ﷺ قضى بالسلب للقاتل ؟ قال

(فصل) والصبي يرضخ ولا يسهم له وبه قال الثوري والليث وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وعن القاسم وسالم في الصبي يغزو به ليس له شيء، وقال مالك يسهم له اذا قاتل وأطاق ذلك ومثله قد بلغ القتال لانه حر ذكر مقاتل فيسهم له كالرجل، وقال الاوزاعي يسهم له وقال أسهم رسول الله ﷺ للصبيان بخيبر وأسهم أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب

وروى الجوزجاني باسناده عن الوضين بن عطاء قال حدثتني جدتي قالت: كنت مع حبيب بن مسلمة وكان يسهم لأمهات الاولاد لما في بطونهن

ولنا ماروي عن سعيد بن المسيب قال: كان الصبيان والعبيد يحذون من الغنيمة اذا حضروا الغزو في صدر هذه الامة

وروى الجوزجاني باسناده ان تميم بن قرع المهدي كان في الجيش الذين فتحوا الاسكندرية في المرة الآخرة قال فلم يقسم لي عمرو من الفيء شيئاً، وقال غلام لم يحتلم حتى كاد يكون بين قومي وبين أناس من قريش في ذلك ثائرة فقال بعض القوم فيكم أناس من أصحاب رسول الله ﷺ فاسألوهم فسألوا أبا نضرة الغفاري وعقبة بن عامر فقالا انظروا فان كان قد أشعر فقسموا له فنظر إلي بعض القوم فاذا أنا قد أنبتت فقسم لي قال الجوزجاني هذا من مشاهير حديث مصر وجيده ولانه ليس من أهل القتال

بلى، وقول عمر إنا كنا لا نخمس السلب يدل على ان هذه قضية عامة في كل غزوة وحكم مستمر لكل قاتل وانما امر النبي ﷺ خالداً انلايرد على المددي عقوبة حين اغضبه عوف بتمريعه خالداً بين يديه، وقوله قد أنجزت لك ما ذكرت لك من امر رسول الله ﷺ

وأما خبر شبر فانما أنفذ له سعد ما قضى له به رسول الله ﷺ وسماه نفلا لانه في الحقيقة نفل لانه زيادة على سهمه، وأما ابو قتادة فان خصمه اعترف له به وصدقه فجرى مجرى البينة ولان السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الامام واجتهاده فلم يفتقر إلى شرطه كالسهم

اذا ثبت هذا فان احمد قال لايعجبني ان يأخذ السلب الا باذن الامام وهو قول الاوزاعي، وقال ابن المنذر والشافعي له اخذه بغير اذن لانه استحقه بجعل النبي ﷺ له ذلك ولا يأمن ان اظهره عليه ان لا يعطاه

ووجه قول احمد انه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ امره فيه الا باذن الامام كأخذ سهمه، ويحتمل ان يكون هذا من احمد على سبيل الاستحباب ليخرج من الخلاف لا على سبيل الايجاب، فعلى هذا ان اخذه بغير اذن ترك الفضيلة وله ما اخذه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع أربعته وقتله آخر فسلبه للقاطع دون القاتل)

لان القاطع هو الذي كفى المسلمين شره ولان معاذ بن عمرو بن الجموح أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي ﷺ بسلبه لمعاذ

فلم يسهم له كالعبد ولم يثبت ان النبي ﷺ قسم لصبي بل كان لايجيزهم في القتال فان ابن عمر قال عرضت على النبي ﷺ وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وانا ابن خمس عشرة فاجازني وما ذكروه يحتمل أن الراوي سمى الرضخ سهما بدليل ماذكرناه

(فصل) فان انفرد بالغنيمة من لايسهم له مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا أو صبيان أو عبيد وصبيان أخذ خمسه وما بقي لهم ويحتمل أن يقسم بينهم للفارس ثلاثة أسهم والراجل سهم لانهم تساووا فاشبهوا الرجال الاحرار ويحتمل أن يقسم بينهم على مايراه الامام من المفاضلة لانهم لاتجب التسوية بينهم مع غيرهم فلا تجب مع الانفراد قياساً لاحدى الحالتين على الاخرى وإن كان فيهم رجل حر أعطي سهما وفضل عليهم بقدر مايفضل الاحرار على العبيد والصبيان في غير هذا الموضع ويقسم الباقي بين من بقي على مايراه الامام من التفضيل لان فيهم من له سهم بخلاف التي قبلها

«مسئلة» قال (ويسهم للكافر إذا غزا معنا)

اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الامام باذنه فروي عن احمد انه يسهم له كالمسلم وبهذا قال الاوزاعي والزهري والثوري واسحاق قال الجوزجاني هذا مذهب أهل الثغور وأهل العلم بالصوائف

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتله اثنان فسلبه غنيمة)

هذا ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية حرب له السلب إذا انفرد بقتله . وقال القاضي انهما يشتركان في سلبه لقوله « من قتل قتيلا فله سلبه » وهو يتناول الاثنين ، ولانهما اشتركا في السبب فاشتركا في السلب

ولنا ان السلب انما يستحق بالتغرير في قتله ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين أشبه مالو قتله جماعة ولم يبلغنا ان النبي ﷺ شرك بين اثنين في سلب ، فان اشترك اثنان في ضربه وكان احدهما أبلغ في قتله من الآخر فالسلب له لان معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء ضربا أباجهل وأتيا النبي ﷺ فأخبراه فقال « كلا كما قتله » وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسره وقتله الامام فسلبه غنيمة)

إذا أسر رجلا لم يستحق سلبه سواء قتله الامام أو لم يقتله ، وقال مكحول : لا يكون السلب إلا لمن أسر علجاً أو قتله

وقال القاضي اذا اسر رجلا فقتله الامام صبراً فسلبه لمن اسره لان الاسر أصعب من القتل فاذا استحق سلبه بالقتل كان تنبيها على استحقاقه بالاسر قال وان استبقاه الامام كان له فداؤه أو رقبته وسلبه لانه كفى المسلمين شره

ولنا ان المسلمين أسروا اسرى يوم بدر فقتل النبي صلى الله عليه وسلم عقبة والنضر بن الحارث

والبعوث ، وعن احمد لايسهم له وهو مذهب مالك والشافعي وابي حنيفة لانه من غير أهل الجهاد فلم يسهم له كالعبد ولكن يرضخ له كالعبد

ولنا ماروى الزهري ان رسول الله ﷺ استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم . رواه سعيد في سننه ، وروي ان صفوان بن أمية خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر وهو على شركه فاسهم له وأعطاه من سهم المؤلفة ولان الكفر نقص في الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق وبهذا فارق العبد فان نقصه في دنياه وأحكامه ، وإن غزا بغير اذن الامام فلا سهم له لانه غير مأمون على الدين فهو كالمرجف وشر منه ، وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم لاخمس فيها لان هذا اكتساب مباح لم يؤخذ على وجه الجهاد فكان لهم لاخمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب ويحتمل أن يؤخذ خمسه والباقي لهم لانه غنيمة قوم من أهل دار الاسلام فأشبه غنيمة المسلمين

(فصل) ولا يستعان بمشرك وبهذا قال ابن المنذر والجوزجاني وجماعة من أهل العلم ، وعن احمد مايدل على جواز الاستعانة به وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً عند الحاجة وهو مذهب الشافعي لحديث الزهري الذي ذكرناه وخبر صفوان بن أمية ويشترط أن يكون من يستعان به حسن الرأي في المسلمين فان كان غير مأمون عليهم لم تجزئه الاستعانة به لاننا اذا معنا الاستعانة بمن لايؤمن من المسلمين مثل المخذل والمرجف فالكافر أولى

واستبقى سائرهم فلم يعط من أسرهم اسلابهم ولا فداءهم وكان فداؤهم غنيمة ولان النبي صلى الله عليه وسلم انما جعل السلب للقاتل وليس الاسر بقتل ولان الامام مخير في الاسرى ولو كان لمن اسره كان امره اليه دون الامام

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع يده ورجله وقتله آخر فسلبه غنيمة وقيل هو للقاتل)

اذا قطع يده ورجله وقتله آخر فالسلب للقاطع في أحد الوجهين لانه عطله فأشبه الذي قتله (والثاني) هو غنيمة لانه لم ينفرد احدهما بقتله ولايستحقه القاتل لانه مثخن بالجراح وقيل هو للقاتل لعموم الخبر وكذلك ان قطع يديه أو رجليه وان قطع احدى يديه أو احدى رجليه ثم قتله آخر احتمل ان يكون سلبه غنيمة لانهما اشتركا في قتله فلم ينفرد به احدهما واحتمل انه للقاتل لانه قتل من من لم يكتف المسلمون شره وان عانق رجلا فقتله آخر فالسلب للقاتل وبهذا قال الشافعي وقال الاوزاعي هو للمعانق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من قتل قتيلا فله سلبه» ولانه كفى المسلمين شره اشبه مالو لم يعانقه الآخر وكذلك لو كان الكافر مقبلا على رجل يقاتله فجاء آخر من ورائه فضربه فقتله فسلبه لقاتله بدليل قصة قتيل أبي قتادة

ووجه الاول ماروت عائشة قالت خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بدر حتى اذا كان بحرة الوبر أدركه رجل من المشركين كان يذكر منه جزاءة ونجدة فسر المسلمون به فقال يارسول الله جئت لاتبعك وأصيب معك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتؤمن بالله ورسوله» قال لا قال « فارجع فلن أستعين بمشرك » قالت ثم مضى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كان بالبيداء أدركه ذلك الرجل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتؤمن بالله ورسوله؟ » قال نعم قال «فانطلق» متفق عليه . ورواه الجوزجاني وروي الامام احمد باسناده عن عبد الرحمن بن حبيب قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوة أنا ورجل من قومي ولم نسلم فقلنا إنا لنستحي أن يشهد قومنا مشهداً لانشهده معهم قال« فأسلمتما؟ » قلنا لا قال « فانا لانستعين بالمشركين على المشركين » قال فأسلمنا وشهدنا معه ولانه غير مأمون على المسلمين فأشبه المخذل والمرجف ، قال ابن المنذر والذي ذكر انه استعان بهم غير ثابت

(فصل) ولا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس ولا للراجل سهم راجل كما لايبلغ بالتعزير الحد ويفضل الامام بين اهل الرضخ مايرى فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقي الماء وتداوي الجرحى وتنفع على غيرها ، فان قيل هلا سويتم بينهم كما سويتم بين اهل السهمان ؟قلنا السهم منصوص عليه غير موكول الى اجتهاد الامام فلم يختلف كالحد ودية الحر

(فصل) ولا تقبل دعوى القتل الا ببينة وقال الاوزاعي يعطي السلب إذا قال انا قتلته ولا يسأل بينة لان النبي صلى الله عليه وسلم قبل قول أبي قتادة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم« من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه»متفق عليه وأما أبو قتادة فان خصمه اعترف له فاكتفي باقراره قال أحمد لايقبل الا شاهدان وقالت طائفة من أهل الحديث يقبل شاهد ويمين لانها دعوى في المال ويحتمل ان يقبل شاهد بغير يمين لان النبي صلى الله عليه وسلم قبل قول الذي شهد لابي قتادة من غير يمين ووجه الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر البينة واطلاقها ينصرف الى شاهدين ولانها دعوى للقتل فاعتبر شاهدان كدعوى قتل العمد

﴿ مسألة ﴾ (والسلب ما كان عليه من ثياب وحلي وسلاح والدابة بآلتها وعنه ان الدابة ليست من السلب ونفقته وخيمته ورحله غنيمة)

سلب القتيل ما كان لابسه من ثياب وعمامة وقلنسوة ومنطقة ودرع ومغفر وبيضة وتاج وأسورة وران وخف بما في ذلك من حلية لان المفهوم من السلب اللباس وكذلك السلاح من السيف والرمح واللت والقوس ونحوه لانه يستعين به في قتال فهو أولى بالاخذ من اللباس فأما المال الذي معه في هميانه وخريطته فليس بسلب لانه ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب وكذلك

والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود الى اجتهاد الامام فختلف كالتعزير وقيمة العبد

(فصل) وفي الرضخ وجهان (احدهما) من اصل الغنيمة لانه استحق بالمعاونة في تحصيل الغنيمة فأشبه أجرة النقالين والحافظين لها (والثاني) هو من أربعة الاخماس لانه استحق بحضور الوقعة فأشبه سهام الغانمين وللشافعي قولان كهذين

(فصل) أول مايبدأ في قسمة الغنائم بالاسلاب فيدفعها الى أهلها لان صاحبها معين ثم بمؤنة الغنيمة من أجرة النقال والحمال والحافظ والمخزن ثم بالرضخ على أحد الوجهين وفي الآخر بالخمس ثم بالانفال من اربعة الاخماس ثم يقسم بقية اربعة الاخماس بين الغانمين وانما قدمنا قسمة اربعة الاخماس على قسمة الخمس لستة معان (أحدها) ان أهلها حاضرون واهل الخمس غائبون (الثاني) ان رجوع الغانمين الى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة واهل الخمس في اوطانهم فكان الاشتغال بقسم نصيبهم ليعودوا الى اوطانهم أولى (الثالث) ان الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعبهم فصاروا بمنزلة من استحقها بعوض واهل الخمس بخلافه فكان اهل الغيمة أولى (الرابع) انه اذا قسم الغنيمة بين الغانمين أخذ كل انسان نصيبه فحمله واهتم به وكفى الامام مؤنته ، والخمس اذا قسم ليس له من يكفي الامام مؤنته فلا تحصل الفائدة بقسمته بل كان يحمله مجتمعاً فصار يحمله متفرقا فكان تأخير قسمته أولى (الخامس) ان الخمس لايمكن قسمه بين أهله كلهم لانه يحتاج الى معرفتهم وعددهم ولا يمكن ذلك مع

رحله وإناؤه وما ليست يده عليه من ماله وبه قال الاوزاعي ومكحول والشافعي الا أن الشافعي قال مالا يحتاج اليه في الحرب كالتاج والسوار والطوق والهميان الذي للنفقة ليس من السلب في أحد القولين لانه مما لا يستعان به في الحرب فأشبه المال الذي في خريطته

ولنا ان البراء بارز مرزبان المرازبة فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفا فخمسه عمر ودفعه اليه وفي حديث عمرو بن معدي كرب إنه حمل على سوار فطعنه فدق صلبه فصرعه فنزل اليه فقطع يده وأخذ سوارين كانا عليه ويلمقا من ديباج وسيفاً ومنطقة فسلم ذلك اليه ولانه من ملبوسه أشبه ثيابه ولانه داخل في اسم السلب اشبه الثياب والمنطقة ويدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «فله سلبه» واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الدابة فنقل عنه انها ليست من السلب اختاره أبو بكر لان السلب ما كان على بدنه والدابة ليست كذلك فلا تدخل في الخبر وذكر أبو عبد الله حديث عمرو بن معدي كرب فأخذ سواريه ومنطقته يعني ولم يذكر الدابة ونقل عنه انها من السلب وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي لما روى عوف بن مالك قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعدله المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله للمسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ من السلب قال عوف فأتيته فقلت ياخالد أما علمت ان

غيبتهم (السادس) ان الغانمين ينتفعون بسهامهم ويتمكنون من التصرف فيها لحضورهم بخلاف اهل الخمس

« مسئلة » قال (واذا غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس فكان لسيده ويرضخ للعبد)

أما الرضخ للعبد فكما تقدم وأما الفرس التي تحته فيستحق مالكها سهمها ، فان كان معه فرسان او أكثر أسهم لفرسين ويرضخ للعبد نص على هذا أحمد وقل ابو حنيفة والشافعي لايسهم للفرس لانه تحت من لايسهم له فلم يسهم له كما لو كان تحت مخذل

ولنا انه فرس حضر الوقعة وقوتل عليه فاستحق السهم كما لو كان السيد راكبه . إذا ثبت هذا فان سهم الفرس ورضخ العبد لسيده لانه مالكه ومالك فرسه وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه وفارق فرس المخذل لان الفرس له فاذا لم يستحق شيئاً بحضوره فلأن لايستحق بحضور فرسه أولى

(فصل) وان غزا الصبي على فرس أو المرأة أو الكافر اذا قلنا لايستحق إلا الرضخ لم يسهم للفرس في ظاهر قول اصحابنا لانهم قالوا لايبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس وظاهر هذا انه يرضخ له ولفرسه مالا يبلغ سهم الفارس ولان سهم الفرس له فاذا لم يستحق السهم بحضوره فبفرسه أولى بخلاف العبد فان الفرس لغيره .

رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال بلى رواه الاثرم وفي حديث شبر بن علقمه أنه أخذ فرسه كذلك قال أحمد كقوله فيه ولان الفرس يستعان بها في الحرب فأشبهت السلاح وماذكروه يبطل بالرمح والقوس والات فانها من السلب وليست ملبوسة. إذا ثبت هذا فان الدابة وما عليها من سرجها ولجامها وتحقيبها وحلية ان كانت عليه وجميع آلتها من السلب لانه تابع لها ويستعان به في الحرب وانما تكون من السلب إذا كان راكبا عليها فان كانت في منزله أو مع غيره أو منفلتة لم تكن من السلب كالسلاح الذي ليس معه وان كان عليها فصرعه عنها أو أشعره عليها ثم قتله بعد نزوله عنها فهي من السلب وهذا قول الاوزاعي وان كان ممسكا بعنانها غير راكب عليها فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) هي سلب وهو قول الشافعي لانه متمكن من القتال عليها فاشبهت سيفه ورمحه في يده (والثانية) ليست من السلب وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ليس براكب عليها فاشبه ما لو كانت مع غلامه وان كان على فرس وفي يده جنيبة لم تكن الجنيبة من السلب لانه لايمكنه ركوبهما معاً

(فصل) ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة وهذا قول الاوزاعي وكرهه الثوري وابن المنذر لما فيه من كشف عوراتهم

ولنا قول النبي ﷺ في قتيل سلمة بن الاكوع له سلبه أجمع وقل «من قتل قتيلا فله سلبه» وهذا يتناول جميعه

(فصل) ويكره نقل رءوس المشركين من بلد الى بلد والمثلة بقتلاهم وتعذيبهم لما روى سمامة

(فصل) وإذا غزا المرجف أو المخذل على فرس فلا شيء له ولا للفرس لما ذكرنا وان غزا العبد بغير اذن سيده لم يرضخ له لانه عاص بغزوه فهو كالمخذل والمرجف وان غزا الرجل بغير إذن والديه أو بغير اذن غريمه استحق السهم لأن الجهاد يتعين عليه بحضور الصف فلا يبقى عاصيا فيه بخلاف العبد .

(فصل) ومن استعار فرساً ليغزو عليه ففعل فسهم الفرس للمستعير ، وبهذا قال الشافعي لانه يتمكن من الغزو عليه باذن صحيح شرعي فاشبه ما لو استأجره . وعن احمد رواية أخرى أن سهم الفرس لمالكه لانه من نمائه فاشبه ولده ، وبهذا قال بعض الحنفية وقال بعضهم لاسهم للفرس لان مالكه لم يستحق سهما فلم يستحق للفرس شيئا كالمخذل والمرجف والاول اصح لانه فرس قاتل عليه من يستحق سهما وهو مالك لنفعه فاستحق سهم الفرس كالمستأجر ولان سهم الفرس مستحق بمنفعته وهي للمستعير باذن المالك فيها وفارق النماء والولد فانه غير مأذون له فيه فاما ان استعاره لغير الغزو ثم غزا عليه فهو كالفرس المغصوب على ما سنذكره .

(فصل) فان غصب فرسا فقاتل عليه فسهم الفرس لمالكه نص عليه أحمد وقال بعض الحنفية لايسهم للفرس وهو وجه لاصحاب الشافعي وقال بعضهم سهم الفرس للغاصب وعليه اجرته لمالكه لانه آلة فكان الحاصل بها لمستعملها كله كما لو غصب منجلا فاحتش بها أو سيفا فقاتل به

ابن جندب قال كان النبي ﷺ يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة وعن عبدالله قال قال رسول الله ﷺ « ان أعف الناس قتلة أهل الايمان » رواهما أبو داود وعن شداد بن اوس عن النبي ﷺ أنه قال « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة» رواه النسائي وعن عقبة بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق رضي الله عنه برأس بناق البطريق فانكر ذلك فقال ياخليفة رسول فانهم يفعلون ذلك بنا قال « فاستنان بفارس والروم » لايحمل الي رأس فانما يكفي الكتاب والخبر وقال الزهري لم يحمل إلى النبي ﷺ رأس قط وحمل الى أبي بكر فأنكره واول من حملت اليه الرءوس عبدالله بن الزبير ويكره رميها في المنجنيق نص عليه أحمد وإن فعلوا ذلك لمصلحة جاز لما روينا ان عمرو بن العاص حين حاصر الاسكندرية ظفر أهلها برجل من المسلمين فاخذوا رأسه فجاء قومه عمراً متغضبين فقال لهم عمرو خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه فارموا به اليهم في المنجنيق ففعلوا ذلك فرمى أهل الاسكندرية رأس المسلم إلى قومه

(فصل) (ولا يجوز الغزو إلا بأذن الامير الا ان يفجأهم عدو يخافون كلبه)

اذا جاء العدو لزم جميع الناس ممن هو من أهل القتال الخروج اليهم اذا احتيج اليهم ولا يجوز لاحد التخلف إلا من يحتاج الى التخلف لحفظ المكان والاهل والمال ومن يمنعه الامير الخروج ومن لاقدرة له على الخروج لقول الله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) وقول النبي ﷺ «وإذا استنفرتم فانفروا» وقد ذم الله

ولنا أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم فاستحق السهم كما لو كان مع صاحبه وإذا ثبت أن له سهما كان لمالكه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وما كان للفرس كان لمالكه وفارق مايحتش به فانه لاشيء له ولان السهم مستحق بنفع الفرس ونفعه لمالكه فوجب ان يكون مايستحق به له والحمد لله

(فصل) ومن استأجر فرسا ليغزو عليه فغزى عليه فسهم الفرس له لانعلم فيه خلافا لانه ستحق لنفعه استحقاقا لازما فكان سهمه له كالكه

(فصل) فان كان المستأجر والمستعير ممن لاسهم له ، اما لكونه لا شيء له كالمرجف والمخذل أوممن يرضخ له كالصبي فحكمه حكم فرسه على ماذكرنا وان غصب فرساً فقاتل عليه احتمل أن يكون حكمه حكم فرسه لان الفرس يتبع الفارس في حكم فيتبعه إذا كان مغصوبا قياساً على فرسه ، واحتمل ان يكون سهم الفرس لمالكه لان الجناية من راكبه والنقص فيه فيختص المنع به وبما هو تابع له وفرسه تابعة له لان ما كان لها فهو له والفرس ههنا لغيره وسهمها لمالكها فلا ينقص سهمها بنقص سهمه كما لو قاتل العبد على فرس لسيده ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيده خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما فيما إذا غصب فرسا فقاتل عليه لأنه ههنا بمنزلة المغصوب .

تعالى الذين أرادوا الرجوع إلى منازلهم يوم الاجزاب فقال (ويستأذن فريق منهم النبي يقولون ان بيوتنا عورة وما هي بعورة ان يريدون إلا فرارا) ولانهم يصير الجهاد عليهم فرض عين اذا جاء العدو فلا يجوز لاحد التخلف عنه . اذا ثبت هذا فانهم لايخرجون إلا بأذن الاميرلان أمر الحرب موكول اليه وهو أعلم بقلة العدو وكثرتهم ومكامنهم وكيدهم فينبغي ان يرجع الى رأيه لانه أحوط للمسلمين إلا ان يتعذر استئذانه لمفاجأة عدوهم فلا يجب استئذانه حينئذ لان المصلحة تتعين في قتالهم والخروج اليهم لتعين الفساد في تركهم ولذلك لما اغار الكفار على لقاح النبي ﷺ فصادفهم سلمة ابن الاكوع خارجاً من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير اذن فمدحه النبي ﷺ وقال « خير رجالنا سلمة بن الاكوع » وأعطاه سهم فارس وراجل وكذلك ان عرضت لهم فرصة يخافون فوتها ان تركوها حتى يستأذنوا الامير فلهم الخروج بغير اذنه لئلا تفوتهم

(فصل) وسئل أحمد عن الامام اذا غضب على الرجل فقال أحرج عليك ان لاتصحبني فنادى بالنفير يكون اذنا له؟ قال لا انما قصد له وحده فلا يصحبه حتى يأذن له، قل وإذا نودي بالصلاة والنفير فان كان العدو بالبعد انما جاءهم طليعة العدو صلوا ونفروا اليهم وإذا استغاثوهم وقد جاء العدو اغاثوا ونصروا وصلوا على ظهور دوابهم ويؤمون الغياث عندي أفضل من صلاة الجماعة والطالب والمطلوب في هذا الموضع يصلي على ظهر دابته وهو يسير ان شاء الله واذا سمع النفير وقد أقيمت الصلاة يصلي ويخفف ويتم الركوع والسجود ويقرأ بسور قصار وقد نفر من أصحاب النبي ﷺ وهو جنب

(فصل) ولا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض في القسمة الا أن ينفل بعضهم من الغنيمة نفلا على ماذكرنا في الانفال فاما غير ذلك فلا لأن النبي ﷺ قسم للفارس ثلاثه أسهم وللراجل سهما وسوى بينهم ولانهم اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية فتجب التسوية كسائر الشركاء

(فصل) وان قال الامام من أخذ شيئا فهو له جاز في إحدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي قال احمد في السرية تخرج فيقول الوالي من جاء بشيء فهو له ومن لم يجيء بشيء فلاشيء له: الانفال الى الامام ما فعل من شيء جاز لان النبي ﷺ قال في يوم بدر «من أخذ شيئا فهو له» ولان على هذا غزوا ورضوا به

(والرواية الثانية) لايجوز وهو القول الثاني للشافعي لان النبي ﷺ كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده ولان ذلك يفضي الى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو بهم فلايجوز ولان الاغتنام سبب الاستحقاق لها على سبيل التساوي فلا يزول ذلك بقول الامام كسائر الاكتساب، واما قضية بدر فانها منسوخة فانهم اختلفوا فيها فانزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول)

«مسئلة» قال (واذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب من أسر حظ)

وجملة ذلك ان الغنيمة لمن حضر الوقعة فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين او أسير ينفلت من الكفار فيلحق بجيش المسلمين أو كافر يسلم فلاحق لهم فيها وبهذا قال الشافعي وقال

يعني حنظلة بن الراهب غسيل الملائكة قال ولايقطع الصلاة إذا كان فيها، وإذا جاء النفير والامام يخطب يوم الجمعة لانرى ان ينفروا قال ولا تنفر الخيل الاعلى حقيقة ولا تنفر على الغلام اذا أبق إذا نفروهم ولا يكون هلاك الناس بسبب غلام واذا نادى الامام الصلاة جامعة لامر يحدث فيشاور فيه لم يتخلف عنه أحد الا لعذر

(فصل) وسئل أحمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما يغزوان عليه يركب هذا عقبة وهذا عقبة فقال ماسمعت فيه بشيء وأرجو أن لايكون به بأس قيل له أيما أحب اليك يعتزل الرجل في الطعام أو يرافق؟ قال يرافق هذا أرفق يتعاونون واذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره ولا بأس بالنهد قد تناهد الصالحون كان الحسن إذا سافر القى معهم ويزيد أيضاً بعد مايلقي ومعنى النهد أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئاً من النفقة يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه ويأكلون جميعاً وكان الحسن يدفع إلى وكيلهم مثل واحد منهم ثم يعود فيأتي سراً بمثل ذلك يدفعه اليه قال أحمد ماأرى أن يغزو ومعه مصحف يعني لايدخل به أرض العدو لقول النبي ﷺ «لاتسافروا بالقرآن إلى أرض العدو رواه أبو داود والاثرم .

(فصل) ومن أعطي شيئاً يستعين به في غزاته فما فضل فهو له إذا كان قد أعطي لغزوة بعينها

أبو حنيفة في المدد إن لحقهم قبل القسمة أو احرازها بدار الاسلام شاركهم لان تمام ملكها بتمام الاستيلاء وهو الاحراز الى دار الاسلام أو قسمتها فمن جاء قبل ذلك فقد ادركها قبل ملكها فاستحق منها كما لو جاء في اثناء الحرب وان مات أحد من العسكر قبل ذلك فلاشيء له لما ذكرنا وقد روى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى سعد أسهم لمن أتاك قبل ان تتفقأ قتلى فارس

ولنا ماروى أبو هريرة أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه قدموا على رسول الله ﷺ بخيبر بعد ان فتحها فقال أبان اقسم لنا يارسول الله فقال رسول الله ﷺ « اجلس ياأبان » ولم يقسم له رسول الله ﷺ . رواه ابو داود وعن طارق بن شهاب ان أهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم أهل الكوفة فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة. رواه سعيد في سننه وروي نحوه عن عثمان في غزوة أرمينية ولانه مدد لحق بعد تقضي الحرب أشبه مالو جاء بعد القسمة او بعد احرازها بدار الاسلام ولان سبب ملكها الاستيلاء عليها وقد حصل قبل مجيء المدد، وقولهم ان ملكها باحرازها إلى دار الاسلام ممنوع بل هو بالاستيلاء وقد استولى عليها الجيش قبل المدد وحديث الشعبي مرسل يرويه المجالد وقد تكلم فيه ثم هم لايعملون به ولا نحن فقد حصل الاجماع منا على خلافه فكيف يحتج به ؟

هذا قول عطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وكان ابن عمر إذا أعطى شيئاً في الغزو يقول لصاحبه إذا بلغت وادي القرى فشأنك به ولانه اعطاه على سبيل المعاونة والنفقة لا على سبيل الاجارة فكان الفاضل له كما لو وصى له أن يحج عنه فلان حجة بألف وان أعطاه شيئاً لينفقه في سبيل الله او في الغزو مطلقاً ففضل منه فضل أنفقه في غزاة أخرى لانه أعطاه الجميع لينفقه في جهة قربة فلزمه انفاق الجميع فيها كما لو وصى أن يحج عنه بالف .

(فصل) ومن أعطي شيئاً يستعين به في الغزو فقال احمد لايترك لاهله منه شيئاً لانه ليس بملكه إلا أن يصير الى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله فيبعث الى عياله منه ولا يتصرف فيه قبل الخروج لئلا يتخلف عن الغزو فلا يكون مستحقاً لما انفقه الا أن يشتري منه سلاحا او آلة الغزو فان قصد اعطاءه لمن يغزو به فقال أحمد لايتخذ منها سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً لانه انما أعطيها لينفقها في جهة مخصوصة وهي الجهاد .

(فصل) واذا اعطي الرجل دابة ليغزو عليها فاذا غزا عليها ملكها كما يملك النفقة المدفوعة اليه الا أن تكون عارية فتكون لصاحبها اوحبسا فيكون حبساً بحاله قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس عتيق في سبيل الله فاضاعه صاحبه الذي كان عنده فأردت ان اشتريه وظننت انه بائعه برخص فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «لاتشتره ولا تعد في صدقتك وان اعطاكه بدرهم فان العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه» متفق عليه، وهذا يدل على انه ملكه لولا ذلك ماباعه

(فصل) وحكم الاسير يهرب إلى المسلمين حكم المدد سواء قاتل او لم يقاتل وقال ابو حنيفة لا يسهم له إلا ان يقاتل لانه لم يأت للقتال بخلاف المدد

ولنا أن من استحق اذا قاتل استحق وإن لم يقاتل كالمدد وسائر من حضر الوقعة

(فصل) وإن لحقهم المدد بعد تقضي الحرب وقبل حيازة الغنيمة أو جاءهم أسير فظاهر كلام الخرقي انه يشاركهم لانه جاء قبل احرازها ، وقال القاضي تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها فعلى هذا لا يسهم لهم ، وإن حازوا الغنيمة ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم فادركهم المدد فقاتلوا معهم فقد نص احمد على انه لا شيء للمدد فانه قال اذا غنم المسلمون غنيمة فلحقهم العدو وجاء المسلمين مدد فقاتلوا العدو معهم حتى سلموا الغنيمة فلا شيء لهم في الغنيمة لانهم انما قاتلوا عن أصحابهم ولم يقاتلوا عن الغنيمة لان الغنيمة قد صارت في أيديهم وحووها ، قيل له فان أهل المصيصة غنموا ثم استنقذ منهم العدو فجاء أهل طرسوس فقاتلوا معهم حتى استنقذوه فقال أحب إلي ان يصطلحوا ، أما في الصورة الاولى فان الاولين قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتهم فكانت لهم دون من قاتل معهم ، وأما في الصورة الثانية فانما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها في المرة الثانية فينبغي ان يشتركوا فيها لان الاحراز الاول قد زال باخذ الكفار لها ويحتمل ان الاولين قد ملكوها بالحيازة الاولى ولم يزل ملكهم باخذ الكفار لها منهم فلهذا أحب احمد ان يصطلحوا عليها

ويدل على انه ملكه بعد الغزو لانه أقامه للبيع بالمدينة ولم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع في الحال فدل على انه اقامه للبيع بعد غزوه عليه ذكر احمد نحو هذا الكلام وسئل متى تطيب له الفرس ؟ قال إذا غزا عليه قيل له فان العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب إلى خمس فراسخ ثم رجع ؟ قال لا حتى يكون غزا قيل له فحديث ابن عمر إذا بلغت وادي القرى فشأنك به قال ابن عمر كان يضع ذلك في ماله وروي انه انما يستحقه اذا غزا عليه وهذا قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك وسالم والقاسم والانصاري والليث والثوري ونحوه عن الاوزاعي قال ابن المنذر ولم اعلم ان احداً قال له ان يبيعه في مكانه وكان مالك لا يرى ان ينتفع بثمنه في غير سبيل الله إلا ان يقول له شأنك به ما اردت .

ولنا ان حديث عمر ليس فيه ما اشترط مالك فأما ان قال هي حبس فلا يجوز بيعها وسنذكر ذلك في الوقف ان شاء الله تعالى ،

(فصل) قال احمد لا يركب دواب السبيل في حاجة ويركبها ويستعملها في سبيل الله ولا يركب في الامصار والقرى ولا بان يركبها ويعلفها واكره سباق الرمك على الفرس الحبس وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه ، وإذا أراد أن يشتري فرساً ليحمل عليه فقال أحمد يستحب شراؤها من غير الثغر ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن بعثه الامير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة أسهم له)

هذا مثل الرسول والدليل والطليعة والجاسوس وأشباههم يبعثون لمصلحة الجيش فانهم يشاركون الجيش وبهذا قال ابو بكر بن أبي مريم وراشد بن سعد وعطية بن قيس ، قالوا وقد تخلف عثمان يوم بدر فاجرى له رسول الله ﷺ سهما من الغنيمة ، ويروى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يعني يوم بدر فقال « ان عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله واني أبايع له » فضرب له رسول الله ﷺ بسهمه ولم يضرب لاحد غاب غيره رواه ابو داود ، وعن ابن عمر قال انما تغيب عثمان عن بدر لانه كانت تحته ابنة رسول الله ﷺ وكانت مريضة فقال له النبي ﷺ « ان لك أجر رجل ممن شهد بدراً وسهمه » رواه البخاري ولانه في مصلحتهم فاستحق سهما من غنيمتهم كالسرية مع الجيش والجيش مع السرية

(فصل) وسئل أحمد عن قوم خلفهم الامير في بلاد العدو وغزا وغنم ولم يمر بهم فرجعوا أهل يسهم لهم ؟ قال نعم يسهم لهم لان الامير خلفهم قيل له فان نادى الامير من كان ضعيفا فايتخلف فتخلف قوم فصاروا إلى لؤلؤة وفيها المسلمون فأقاموا حتى قفلوا ، فقال إذا كانوا قعدا تجشموا إلى مأمن لهم لم يسهم لهم ، ولو تخلفوا وأقاموا في موضع خوف أسهم لهم ، وقال في قوم خلفهم الامير وأغار في جلد الخيل

﴿ مسئلة ﴾ (وان دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فغنموا فعن أحمد فيها ثلاث روايات)

[إحداهن] ان غنيمتهم كغنيمة غيرهم يخمسه الامام ويقسم باقيه بينهم هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي لعموم قوله سبحانه (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية ، والقياس على ما إذا دخلوا باذن الامام

[والثانية] هو لهم من غير أن يخمس وهو قول أبي حنيفة لانه اكتساب مباح من غير جهاد فأشبه الاحتطاب فان الجهاد باذن الامام أو من طائفة لهم منعة وقوة ، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب

[والثالثة] انه لا حق لهم فيه

قال أحمد في عبد أبق الى الروم ثم رجع ومعه متاع : العبد لمولاه وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين ، لانهم عصاة بفعلهم فلم يكن لهم فيه حق والاولى أولى

قال الاوزاعي لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذين كانوا مع مسلمة كسر مركب بعضهم فأخذ المشركون ناساً من القبط فكانوا خدماً لهم فخرجوا يوما إلى عيد لهم وخلفوا القبط في مركبهم وشرب الآخرون ورفع القبط القلاع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم فلم يضعوا قلاعهم حتى

فقال إن أقاموا في بلد العدو حتى رجع اسهم لهم، وان رجعوا حتى صاروا إلى مأمنهم فلا شيء لهم، قيل له فان اعتل رجل او اعتلت دابته وقد أدرب، فقال له الامير أقم اسهم لك او انصرف إلى أهلك اسهم لك فكرهه وقال هذا ينصرف إلى أهله فكيف يسهم له ؟

(فصل) يجوز قسم الغنائم في دار الحرب وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وابو ثور وقال أصحاب الرأي لا تنقسم إلا في دار الاسلام لان الملك لا يتم عليها إلا بالاستيلاء التام ولا يحصل الا باحرازها في دار الاسلام وان قسمت أساء قاسمها وجازت قسمته لانها مسئلة مجتهد فيها فاذا حكم الامام فيها بما يوافق قول بعض المجتهدين نفذ حكمه

ولنا ماروى ابو إسحاق الفزاري قال : قلت للاوزاعي هل قسم رسول الله ﷺ شيئاً من الغنائم بالمدينة ؟ قال لا أعلمه إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ويقسمونها في أرض عدوهم ولم يقفل رسول الله ﷺ عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خمسه وقسمه من قبل أن يقفل من ذلك غزوة بني المصطلق وهوازن وخيبر ولان كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الاسلام ، ولان الملك ثبت فيها بالقهر والاستيلاء فصحت قسمتها كما لو أحرزت بدار الاسلام ، والدليل على ثبوت الملك فيها أمور ثلاثة

أتوا بيروت فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر نفلوهم القباع وكل شيء جاءوا به الا الخمس ، رواه سعيد والاثرم ، فان كانت الطائفة ذات منعة غزوا بغير اذن الامام ففيهم روايتان (إحداهما) لا شيء لهم وهو فيء المسلمين (والثانية) يخمس والباقي لهم وهي أصح ، ووجه الروايتين ماتقدم ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة وهو ان الجميع لهم لكونه اكتسابا مباحا من غير جهاد

(فصل) قال الخرقي ولا يتزوج في أرض العدو الا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم ومن اشترى جارية لم يطأها في الفرج وهو في أرضهم

قال شيخنا رحمه الله تعالى يريد والله أعلم من دخل أرض العدو بأمان ، فأما ان كان في جيش المسلمين فله ان يتزوج لما روي عن سعيد بن أبي هلال انه بلغه ان رسول الله ﷺ زوج أسماء بنت عميس أبا بكر وهم تحت الرايات ، أخرجه سعيد ولان الكفار لا يد لهم عليه أشبه من في دار الاسلام ، وأما الاسير فظاهر كلام احمد انه لا يحل له التزوج مادام أسيراً لانه منعه من وطء امرأته اذا أسرت معه مع صحة نكاحهما وهذا قول الزهري فانه قال لا يحل للاسير أن يتزوج ما كان في ارض المشركين ولان الاسير اذا ولد له ولد كان رقيقاً لهم ولا يأمن ان يطأ امرأته غيره منهم ، وسئل أحمد عن اسير أسرت معه امرأته أيطؤها؟ فقال كيف يطؤها ولعل غيره منهم يطؤها ؟ قال الاثرم قلت له فلعلها تعلق بولد فيكون معهم فقال وهذا ايضا

وأما الذي يدخل اليهم بأمان كالتاجر ونحوه فهو الذي اراد الخرقي ان شاء الله تعالى فلا ينبغي

(أحدها) إن سبب الملك الاستيلاء التام وقد وجد فاننا أثبتنا أيدينا عليها حقيقة وقهرناهم ونفيناهم عنها والاستيلاء يدل على حاجة المستولي فيثبت الملك كما في المباحات

(الثاني) ان ملك الكفار قد زال عنها بدليل أنه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة ولا يصح تصرفهم فيها، ولم يزل ملكهم إلى غير مالك إذ ليست في هذه الحال مباحة علم ان ملكهم زال إلى الغانمين

(الثالث) انه لو أسلم عبد الحربي ولحق بجيش المسلمين صار حراً وهذا يدل على زوال ملك الكافر وثبوت الملك لمن قهره وبهذا يحصل الجواب عما ذكروه

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا سبوا لم يفرق بين الوالد وولده ولا بين الوالدة وولدها)

أجمع أهل العلم على ان التفريق بين الام وولدها الطفل غير جائز هذا قول مالك في أهل المدينة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وابي ثور وأصحاب الرأي فيه، والاصل فيه ماروى ابو ايوب قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» أخرجه الترمذي، وقال حديث حسن غريب، وقال النبي ﷺ «لا توله

له ان يتزوج لانه لا يأمن ان تأتي امرأته بولد فيستولي عليه الكفار وربما نشأ بينهم فيصير على دينهم فان غلبت عليه الشهوة ابيح له نكاح مسلمة لانه حال ضرورة ويعزل عنها كيلا تأتي بولد ولا يتزوج منهم لانها تغلبه على ولدها فيتبعها على دينها

قال القاضي قول الخرقي هذا نهي كراهة لا نهي تحريم لان الله تعالى قال (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولان الاصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم وانما كرهنا له التزوج منهم مخافة ان يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففي تزويجه تعريضه لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة اذا تزوج منهم لان الظاهر ان امرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما ان حكم الاسلام يغلب للاسلام فيما اذا اسلم احد الابوين او تزوج مسلم ذمية، واذا اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج في ارضهم مخافة ان يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه

﴿ مسألة ﴾ (ومن أخذ من دار الحرب طعاماً او علفاً فله اكله وعلف دابته بغير اذن وليس له بيعه فان باعه رد ثمنه في المغنم)

اجمع اهل العلم الا من شذ منهم على ان للغزاة اذا دخلوا ارض الحرب ان يأكلوا ماوجدوا من الطعام ويعلفوا دوابهم من علفهم منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي والقاسم وسالم والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري لا يؤخذ الا باذن الامام وقال سليمان بن موسى لا يترك الا أن ينهى عنه الامام فيتبع نهيه

والدة عن ولدها » قال احمد لايفرق بين الام وولدها وان رضيت وذلك والله أعلم لما فيه من الاضرار بالولدولان المرأة قدترضى بما فيه ضررها ثم يتغير قلبها بعد ذلك فتندم لايجوزالتفريق بين الاب وولده وهذا قول أصحاب الرأي ومذهب الشافعي وقال بعض أصحابه يجوز وهو قول مالك والليث لانه ليس من أهل الحضانة بنفسه ولانه لانص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لان الام أشفق منه

ولنا انه أحد الابوين فأشبه الام ولا نسلم انه ليس من أهل الحضانة ، وظاهر كلام الخرقي انه لافرق بين كون الولد كبيراً بالغاً او طفلا وهذا إحدى الروايتين عن احمد لعموم الخبر ولان الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير ولهذا حرم عليه الجهاد بدون اذنهما

(والرواية الثانية) يختص تحريم التفريق بالصغير وهو قول أكثر اهل العلم منهم سعيد بن عبدالعزيز ومالك والاوزاعي والليث وابو ثور وهو قول الشافعي لان سلمة بن الاكوع أتى بامرأة وابنتها فنفله ابو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له ولم ينكر التفريق بينهما ولان النبي ﷺ أهديت اليه مارية واختها سيرين فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت ولان الاحرار يتفرقون بعد الكبر فان المرأة تزوج ابنتها فالعبيد أولى وبما ذكرناه يتخصص عموم حديث النهي واختلفوا في حد الكبر الذي يجوز معه التفريق فروي عن احمد يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد وهو قول سعيد ابن عبدالعزيز وأصحاب الرأي وقول الشافعي ، وقال مالك إذا أثغر وقال الاوزاعي والليث اذا استغنى

ولنا ما روى عبد الله بن أبي أوفى قال اصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل ياخذ منه مقدار مايكفيه ثم ينصرف. رواه سعيد وأبو داود

وروي ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر إنا اصبنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان اتقدم في شيء من ذلك فكتب اليه دع الناس ياكلون ويعلفون فمن باع منهم شيئاً بذهب او فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين ، رواه ابو سعيد

وقد روى عبد الله بن مغفل قال دلي جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت والله لااعطي احداً منه شيئاً فالتفت فاذا رسول الله ﷺ يضحك فاستحييت منه ، متفق عليه ، ولان الحاجة تدعو إلى هذا وفي المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم فانه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الاسلام ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ولا يمكن قسمة ما يأخذه الواحد منهم ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأبيح لهم ذلك فمن أخذ من الطعام شيئاً مما يقتات أو يصلح به القوت من الادم أو غيره أو العلف لدابته فهو أحق به سواء كان له مايستغني به عنه أو لا . ويكون أحق بما يأخذه من غيره فان فضل منه ما لاحاجة به اليه رده على المسلمين لانه انما أبيح له مايحتاج اليه ،وان أعطاه أحد من أهل الجيش مايحتاج اليه جاز له أخذه وصار أحق به من غيره

عن امه ونفع نفسه وقال الشافعي في أحد قوليه اذا صار ابن سبع سنين او ثمان سنين وقال ابو ثور اذا كان يلبس وحده ويتوضأ وحده لانه إذا كان كذلك يستغني عن أمه وكذلك خير الغلام بين أمه وأبيه اذا صار كذلك ولانه جاز التفريق بينهما بتخييره فجاز ببيعه وقسمته

ولنا ماروي عن عبادة بن الصامت ان النبي ﷺ قال « لا يفرق بين الوالدة وولدها » فقيل الى متى ؟ قال « حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ولأن مادون البلوغ مولى عليه فأشبه الطفل

(فصل) وان فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يصح البيع لان النهي لمعنى في غير المعقود عليه فأشبه البيع في وقت النداء

ولنا ماروى ابو داود في سننه باسناده عن علي رضي الله عنه انه فرق بين الام وولدها فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك ورد البيع والاصل ممنوع ولا يصح ماذكروه فانه نهى عنه لما يلحق المبيع من الضرر فهو لمعنى فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (والجد في ذلك كالأب والجدة فيه كالأم)

وجملة ذلك ان الجد والجدة في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما كالابوين لان الجد أب والجدة أم ولذلك يقومان مقام الابوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة فقاما مقامها في تحريم التفريق

وان باع شيئاً من الطعام أو العلف رد قيمته في الغنيمة لما ذكرنا من حديث عمر وبه قال سليمان بن موسى والثوري والشافعي ، وكره القاسم وسالم ومالك بيعه ، وقال القاضي لايخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره فان باعه لغيره فالبيع باطل لانه باع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ورفض البيع فان تعذر رده رد قيمته أو ثمنه ان كان اكثر من قيمته إلى المغنم

وان باعه لغاز لم يخل من أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به او بغيره فان باعه بمثله فليس هذا بيعاً في الحقيقة انما سلم اليه مباحا وأخذ مثله مباحا ، ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذه وصار احق به من غيره لثبوت يده عليه ، فعلى هذا لو باع صاعاً بصاعين او افترقا قبل القبض جاز ، وان باعه به نسيئة او أقرضه اياه فأخذه فهو أحق به ولا يلزمه ايفاؤه فان وفاه أو رده اليه عادت اليد اليه وان باعه بغير الطعام والعلف فالبيع غير صحيح ويصير المشتري احق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه وان أخذه منه وجب رده اليه

﴿فصل﴾ (وان وجد دهنا فهو كسائر الطعام)

لما ذكرنا من حديث عبد الله بن مغفل ولانه طعام فاشبه البر والشعير وان كان غير مأكول فاحتاج ان يدهن به أو يدهن دابته فظاهر كلام أحمد جوازه إذا كان من حاجة قال في زيت الروم اذا كان من ضرورة أو صداع فلا بأس فاما التزين فلا يعجبني وقال الشافعي ليس له دهن دابته من جرب الا بالقيمة لان ذلك لاتعم الحاجة اليه ويحتمل

ويستوي في ذلك الجد والجدة من قبل الاب والام لان للجميع ولادة ومحرمية فاستووا في ذلك كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يفرق بين أخوين ولا أختين)

وجملته انه يحرم التفريق بين الاخوة في القسمة والبيع وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والليث والشافعي وابن المنذر يجوز لانها قرابة لاتمنع قبول الشهادة فلم يحرم التفريق كقرابة ابن العم

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت احدهما فقال لي رسول الله ﷺ «مافعل غلامك ؟» فأخبر به فقال «رده رده» رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب وروى عبدالرحمن بن فروخ عن أبيه قال كتب الينا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لاتفرقوا بين الاخوين ولا بين الام وولدها في البيع لانه ذو رحم محرم فلم يجز التفريق بينهما كالولد والوالد

(فصل) ويجوز التفريق بين سائر الاقارب في ظاهر كلام الخرقي وقال غيره من أصحابنا لايجوز التفريق بين ذوي رحم محرم كالعمة مع ابن أخيها والخالة مع ابن أختها لما ذكرنا من القياس

ولنا ان الاصل حل البيع والتفريق ، ولا يصح القياس على الاخوة لانهم أقرب ولذلك يحجبون

كلام أحمد مثل هذا لانه ليس بطعام ولا علف ووجه الاول ان هذا مما يحتاج اليه لاصلاح نفسه ودابته أشبه الطعام والعلف وله أكل ما يتداوى به ويشرب الشراب من الجلاب والسكنجبين وغيرهما عند الحاجة اليه لانه من الطعام وقال أصحاب الشافعي ليس له تناوله لانه ليس من القوت ولا يصلح به القوت ولانه لايباح مع عدم الحاجة اليه فلم يبح مع الحاجة كغير الطعام

ولنا أنه طعام احتيج اليه أشبه الفواكه وما ذكروه يبطل بالفاكهة وإنما اعتبرنا الحاجة ههنا لان هذا لا يتناول في العادة الا عند الحاجة اليه

(فصل) وللغازي ان يطعم دوابه ورقيقه مما يجوز له الاكل منه سواء كانوا للقنية أو للتجارة قال أبو داود قلت لابي عبدالله يشتري الرجل السبي في بلاد الروم يطعمهم من طعام الروم ؟ قال نعم وروى عنه ابنه عبد الله أنه قال سألت أبي عن الرجل يدخل بلاد الروم ومعه الجارية والدابة للتجارة أيطعمها يعني الجارية وعلف الدابة ؟ قال لا يعجبني ذلك فان لم يكن للتجارة فلم ير به بأسا فظاهر هذا أنه لايجوز إطعام ما كان للتجارة لانه ليس مما يستعين به على الغزو وقال الخلال رجع أحمد عن هذه الرواية وروى عنه جماعة بعد هذا أنه لا بأس به وذلك لان الحاجة داعية اليه فاشبه مالا يراد به التجارة

(فصل) قال أحمد ولا يغسل ثوبه بالصابون لان ذلك ليس بطعام ولا علف ويراد للتحسين والزينة ولا يكون في معناهما ولو كان مع الغازي فهد وكلب للصيد لم يكن له اطعامه من الغنيمة

غيرهم عن الميراث فيبقى فيمن عداهم على مقتضى الاصل فاما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه لعدم النص فيهم وامتناع القياس على المنصوص وكذلك يجوز التفريق بين الام من الرضاع وولدها والاخت واختها لذلك ولان قرابة الرضاع لاتوجب عتق أحدهما على صاحبه ولا نفقة ولا ميراثا فلم تمنع التفريق كالصداقة

(فصل) واذا كان في المغنم من لايجوز التفريق بينهم وكان قدرهم حصة واحد من الغانمين دفعوا إلى واحد وان كان فيهم فضل فرضي برد قيمة الفضل جاز وان لم يكن ذلك بيعوا جملة وقسم ثمنهم او يجعلوا في الخمس ويجوز التفريق بينهم في العتق والفداء لان العتق لا تفرقة فيه في المكان والفداء تخليص فهو كالعتق

﴿مسألة﴾ قال (ومن اشترى منهم وهم مجتمعون فتبين أن لانسب بينهم رد إلى المقسم الفضل الذي فيه بالتفريق)

وجملته أن من اشترى من المغنم اثنين أو أكثر وحسبوا عليه بنصيبه بناء على انهم أقارب يحرم التفريق بينهم فبان انه لانسب بينهم وجب عليه رد الفضل الذي فيهم على المغنم لان قيمتهم تزيد بذلك فان اشترى اثنين بناء على ان احداهما ام الاخرى لايحل له الجمع بينهما في الوطء ولا بيع احداهما

فان أطعمه غرم قيمة ماأطعمه لان هذا يراد للتفرج والزينة وليس مما يحتاج اليه في الغزو بخلاف الدواب

(فصل) ولا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من دواب المغنم لما روى رويفع بن ثابت الانصاري عن رسول الله ﷺ أنه قال «من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه ومن كان يؤمن بالله واليوم والاخر فلايلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى إذا اخلقه رده فيه» رواه سعيد

(فصل) ولا يجوز الانتفاع بجلودهم واتخاذ النعل والجرب منها ولا الخيوط ولا الحبال وبهذا قال ابن محيريز ويحيى بن أبي كثير واسماعيل بن عياش والشافعي ورخص في اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان بن موسى ورخص مالك في الابرة وفي الحبل يتخذ من الشعر والنعل والخف يتخذ من جلود البقر .

ولنا ماروى قيس بن أبي حازم ان رجلا أتى رسول الله ﷺ بكمة شعر من المغنم فقال يارسول الله انا نعمل الشعر فهبها لي فقال «نصيبي منها لك» رواه سعيد وروي عن النبي ﷺ أنه قال «أدوا الخيط والمخيط فان الغلول نار وشنار يوم القيامة» ولان ذلك من الغنيمة ولاتدعو الى أخذه حاجة عامة فاشبه الثياب

(فصل) فاما كتبهم فان كانت مما ينتفع به ككتب الطب واللغة والشعر فهي غنيمة وان كانت

دون الاخرى فكانت قيمتها قليلة لذلك ، فان بان ان احداهما أجنبية من الاخرى أبيح له وطؤهما وبيع احداهما فتكثر قيمتهما فيجب رد الفضل كما لو اشتراها فوجدمعها حلياً أو ذهباً فتكثر قيمتهما وكما لو أخذ دراهم فبانت اكثر مما حسب عليه

(مسئلة) قال (ومن سبي من أطفالهم منفرداً أو مع أحد أبويه فهو مسلم ومن سبي مع أبويه فهو على دينهما)

وجملته انه اذا سبي من لم يبلغ من أولاد الكفار صار رقيقاً ولا يخلوا من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يسبي منفرداً عن ابويه فهذا يصير مسلماً اجماعا لان الدين انما يثبت له تبعاً وقد انقطعت تبعيته لابويه لانقطاعه عنهما واخراجه عن دارهما ومصيره إلى دار الاسلام تبعاً لسابيه المسلم فكان تابعاً له في دينه

(الثاني) ان يسبى مع أحد أبويه فانه يحكم باسلامه أيضاً وبهذا قال الاوزاعي وقال ابو حنيفة والشافعي يكون تابعاً لابيه في الكفر لانه لم ينفرد عن أحد ابويه فلم يحكم باسلامه كما لو سبي معهما وقال مالك إن سبي مع أبيه يتبعه لان الولد يتبع اباه في الدين كما يتبعه في النسب وإن سبي مع أمه فهو مسلم لانه لايتبعها في النسب فكذلك في الدين

مما لاينتفع به ككتب التوراة والانجيل وأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسله غسل وهو غنيمة وإلا فلا ولا يجوز بيعها

(فصل) وان أخذوا من الكفار جوارح للصيد كالفهد والبزاة فهي غنيمة تقسم

وان كانت كلابا لم يجز بيعها وان لم يردها أحد من الغانمين جاز إرسالها وإعطاؤها غير الغانمين وان رغب فيها بعض الغانمين دون بعض دفعت اليه ولم تحسب عليه لانها لاقيمة لها وان رغب فيها الجميع أو جماعة كثيرة فامكن قسمها قسمت عدداً من غير تقويم، وان تعذر ذلك أو تنازعوا في الجيد منها فطلبه كل واحد منهم أقرع بينهما وان وجدوا خنازير قتلوها لانها مؤذية ولا نفع فيها وان وجدوا خمراً اراقوه فان كان في أوعيته نفع للمسلمين أخذوها وإلا كسروها لئلا يعودوا إلى استعمالها

﴿ مسئلة ﴾ فان فضل معه منه شيء فادخله البلد رده في الغنيمة إلا ان يكون يسيرا فله أكله في إحدى الروايتين)

أما الكثير فيجب رده بغير خلاف علمناه لان ما كان مباحا له في حال الحرب فاذا أخذه على وجه ففضل منه كثير الى دار الاسلام فقد أخذ مالايحتاج اليه فيلزمه رده لان الاصل تحريمه لكونه مشتركا بين الغانمين فهو كسائر المال وإنما ابيح منه مادعت الحاجة اليه فما زاد يبقى على أصل التحريم ولهذا لم يبح بيعه وأما اليسير ففيه روايتان

ولنا قول النبي ﷺ « كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » فمفهومه انه لايتبع أحدهما لان الحكم متى علق بشيئين لايثبت باحدهما ولانه يتبع سابيه منفرداً فيتبعه مع أحد ابويه قياسا على مالو أسلم احد الابوين، يحققه ان كل شخص غلب حكم اسلامه منفرداً غلب مع أحد الابوين كالمسلم من الابوين

(الثالث) ان يسبى مع ابويه فانه يكون على دينهما وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وقال الاوزاعي يكون مسلماً لان السابي أحق به لكونه مالكه بالسبي وزالت ولاية ابويه عنه وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما فكان أولى به منهما

ولنا قوله عليه السلام « فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » وهما معه وملك السابي له لايمنع اتباعه لابويه بدليل مالو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين

(فصل) واذا سبي المتزوج من الكفار لم يخل من ثلاثة أحوال

(احدها) ان يسبى الزوجان معاً فلا ينفسخ نكاحهما وبهذا قال ابوحنيفة والاوزاعي، وقال مالك والثوري والليث والشافعي وابو ثور ينفسخ نكاحهما لقوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) والمحصنات المزوجات (الا ماملكت أيمانكم) بالسبي قال ابو سعيد الخدري نزلت هذه الآية في سبي أوطاس ، وقال ابن عباس الاذوات الازواج من المسبيات ولانه استولى على محل حق الكافر فزال ملكه كما لو سباها وحدها

(إحداهما) يجب رده أيضاً اختاره أبو بكر وهو قول أبي حنيفة وابن المنذر وأبي ثور وهو أحد قولي الشافعي لما ذكرنا في الكثير ولان النبي ﷺ قال « ادوا الخيط والمخيط » ولانه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبح في دار الاسلام كالكثير وكما لو أخذه في دار الاسلام

(والثانية) يباح وهو قول مكحول وخالد بن معدان وعطاء الخراساني ومالك والاوزاعي ، قال أحمد اهل الشام يتساهلون في هذه وقد روى القاسم بن عبد الرحمن عن بعض اصحاب النبي ﷺ قال كنا نأكل الجزر في الغزو ولا نقسمه حتى ان كنا لنرجع الى رحالنا وأخرجتنا منه مملوءة رواه ابو داود وسعيد ، وعن عبد الله بن يسار السلمي قال دخلت على رجل من اصحاب رسول الله ﷺ فقدم إلي تميراً من تمير الروم فقلت لقد سبقت الناس بهذا ؟ قال ليس هذا من العام هذا من العام الاول رواه الاثرم في سننه ، وقال الاوزاعي أدركت الناس يقدمون بالقديد فيهديه بعضهم الى بعض لاينكره امام ولا عامل ولا جماعة، وهذا نقل للاجماع ولانه أبيح امساكه عن القسمة فأبيح في دار الاسلام كمباحات دار الحرب التي لا قيمة لها فيها ويفارق الكثير لانه لايجوز امساكه عن القسمة ولان اليسير تجري فيه المسامحة ونفعه قليل بخلاف الكثير

ولنا ان الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق والآية نزلت في سبايا أوطاس وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الاسلام فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه

(الحال الثاني) أن تسبى المرأة وحدها فينفسخ النكاح بلا خلاف علمناه والآية دالة عليه وقد روى أبو سعيد الخدري قال أصبنا سبايا يوم اوطاس ولهن ازواج في قومهن فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنزلت (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن إلا ان ابا حنيفة قال اذا سبيت المرأة وحدها ثم سبي زوجها بعدها بيوم لم ينفسخ النكاح

ولنا ان السبب المقتضي للفسخ وجد فانفسخ النكاح كما لو سبي بعد شهر

(الحال الثالث) سبي الرجل وحده فلا ينفسخ النكاح لانه لا نص فيه ولا القياس يقتضيه وقد سبى النبي ﷺ سبعين من الكفار يوم بدر فمن على بعضهم وفادى بعضاً فلم يحكم عليهم بفسخ أنكحتهم ولاننا اذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما اذا سبيا معاً مع الاستيلاء على محل حقه فلان لا ينفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء أولى

وقال ابو الخطاب اذا سبي أحد الزوجين انفسخ النكاح ولم يفرق وبه قال ابو حنيفة لان الزوجين افترقت بهما الدار وطرأ الملك على أحدهما فانفسخ النكاح كما لو سبيت المرأة وحدها ، وقال الشافعي إن سبي واسترق انفسخ نكاحه وإن من عليه أو فودي لم ينفسخ

(فصل) واذا جمعت المغانم وفيها طعام أو علف لم يجز لاحد أخذه إلا للضرورة لاننا انما أبحنا أخذه قبل جمعه لانه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد فأشبه المباحات من الحطب والحشيش فاذا جمعت ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر املاكهم فلم يجز الأكل منها إلا لضرورة وهو أن لا يجدوا ما يأكلونه فحينئذ يجوز لان حفظ نفوسهم ودوابهم اهم وسواء حيزت في دار الحرب أو في دار الاسلام ، وقال القاضي يجوز الأكل منها ما كانت في دار الحرب ، وإن حيزت لان دار الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة اليها بخلاف دار الاسلام والاولى أولى لان ماثبت عليه أيدي المسلمين وتحقق ملكهم له لا ينبغي أن يؤخذ إلا برضاهم كسائر املاكهم ولان حيازته في دار الحرب تثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت احكام الملك فيه بخلاف ما قبل الحيازة فان الملك لم يثبت فيه بعد

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أخذ سلاحاً فله ان يقاتل به حتى تنقضي الحرب ثم يرده وليس له ركوب الفرس في إحدى الروايتين)

اذا دعت الحاجة الى القتال بسلاحهم فلا بأس قال احمد اذا كان أبلى فيهم او خاف على نفسه فنعم وذكر ماروي عن عبد الله بن مسعود قال انتهيت إلى أبي جهل يوم بد وقد ضربت رجله

ولنا ماذكرناه وان السبي لم يزل ملكه عن ماله في دار الحرب فلم يزله عن زوجته كما لم يزله عن أمته

(فصل) ولم يفرق أصحابنا في سبي الزوجين بين أن يسبيهما رجل واحد أو رجلان وينبغي أن يفرق بينهما فانهما اذا كانا مع رجلين كان مالك المرأة منفرداً بها ولا زوج معه لها فتحل له لقوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم) وذكر الاوزاعي ان الزوجين اذا سبيا فهما على النكاح في المقاسم فان اشتراهما رجل فله أن يفرق بينهما إن شاء او يقرهما على النكاح

ولنا ان تجدد الملك في لزوجين لرجل لايقتضي جواز الفسخ كما لو اشترى زوجين مسلمين. إذا ثبت هذا فانه لايحرم التفريق بين الزوجين في القسمة والبيع لان الشرع لم يرد بذلك

(فصل) اذا أسلم الحربي في دار الحرب حقن ماله ودمه وأولاده الصغار من السبي، وإن دخل دار الاسلام فاسلم وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين ولم يجز سبيهم، وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي، وقال ابوحنيفة ماكان في يديه من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار ترك له وما كان من أمواله بدار الحرب جاز سبيهم لانه لم يثبت اسلامهم باسلامه لاختلاف الدارين بينهم ولهذا اذا سبي الطفل وابواه في دار الكفر لم يتبعهما ويتبع سابيه في الاسلام وما كان من أرض او دار فهو فيء وكذلك زوجته اذا كانت كافرة ومافي بطنها فيء

فقلت الحمد لله الذي أخزاك ياأبا جهل فأضربه بسيف معي غير طائل فوقع سيفه من يده فأخذت سيفه فضربته به حتى برد رواه الاثرم ولانهم أجمعوا على انه يجوز ان يلتقط النشاب ثم يرمي به العدو وهذا أبلغ من الذي يقاتل بسيف ثم يرده الى المغنم أو يطعن برمح ثم يرده لان النشاب يرمي به فلا يرجع اليه والسيف يرده في الغنيمة وفي ركوب الفرس للجهاد عليه روايتان

(احداهما) يجوز كالسلاح (والثانية) لايجوز لحديث رويفع بن ثابت ولانها تتعرض للعطب غالباً وقيمتها كثيرة بخلاف السلاح والله تعالى أعلم

﴿باب قسمة الغنائم﴾

الغنيمة كل ماأخذ من المشركين قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهي الفائدة وخمسها لاهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين لقول الله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) فأضافها اليهم ثم جعل خمسها لله فدل على ان اربعة اخماسها لهم ثم قال (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) ولان النبي صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم كذلك

(فصل) ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى بدليل قوله عليه السلام « أعطيت خمساً لم يعطهن نبي قبلي» فذكر منها «أحلت لي الغنائم» متفق عليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال. قال رسول الله ﷺ

ولنا ان أولاده اولاد مسلم فوجب ان يتبعوه في دار الاسلام كما لو كانوا معه في الدار ولان ماله مال مسلم فلا يجوز اغتنامه كما لو كان في دار الاسلام وبذلك يفارق مال الحربي وأولاده وما ذكره أبو حنيفة لا يلزم فاننا نجعله تبعا للسابي لأننا لا نعلم بقاء ابويه فاما أولاده الكبار فلا يعصمهم لانهم لا يتبعونه ولا يعصم زوجته لذلك فان سبيت صارت رقيقا ولم ينفسخ نكاحه برقها ولكن يكون حكمها في النكاح وفسخه حكم مالو لم تسب على مامر في نكاح اهل الشرك، فان كانت حاملا من زوجها لم يجز استرقاق الحمل وكان حراً مسلماً وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يحكم برقه مع أمه لان ما سرى اليه العتق سري اليه الرق كسائر أعضائها

ولنا انه محكوم بحريته واسلامه فلم يجز استرقاقه كالمنفصل ويخالف الاعضاء لأنها لا تنفرد بحكم عن الاصل

(فصل) وإذا أسلم الحربي في دار الحرب وله مال وعقار أو دخل اليها مسلم فابتاع عقاراً اومالا فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه وكان له وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة يغنم العقار وأما غيره فما كان في يده أو يد مسلم لم يغنم واحتج بأنها بقعة من دار الحرب فجاز اغتنامها كما لو كانت لحربي. ولنا أنه مال مسلم فأشبه مالو كان في دار الاسلام

«لم تحل الغنائم لقوم سود الرءوس غيركم كانت تنزل نار من السماء تأكلها» متفق عليه ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله بقوله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغانمين وخمسها لغيرهم لما ذكرنا وقال تعالي (فكلوا مما غنمتم حلالا طيباً)

﴿ مسئلة ﴾ (وان أخذ منهم مال مسلم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به، وان أدركه مقسوماً فهو أحق به بثمنه وعنه لاحق لهم فيه، وان اخذه منهم أحد الرعية بثمن فصاحبه أحق به بثمنه وان أخذه بغير عوض فصاحبه أحق به بغير شيء)

إذ اخذ الكفار أموال المسلمين ثم أخذها المسلمون منهم قهراً فان علم صاحبها قبل قسمها ردت اليه بغير شيء في قول عامة أهل العلم منهم عمر رضي الله عنه وسلمان بن ربيعة وعطاء والنخعي والليث والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري لا يرد اليه وهو للجيش ونحوه عن عمرو بن دينار لان الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم

ولنا ماروى بن عمران غلاما له أبق الى العدو فظهر عليه المسلمون فرده النبي ﷺ إلى ابن عمر ولم يقسم وعنه قال ذهب فرس له فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون فرد عليه في زمن النبي ﷺ رواهما أبو داود وعن رجاء بن حيوة ان أبا عبيدة كتب إلى عمر بن الخطاب فيما أحرز المشركون من المسلمين ثم ظهر المسلمون عليه بعد قال من وجد ماله بعينه فهو أحق به مالم يقسم رواه سعيد والاثرم

(فصل) إذا استأجر المسلم أرضا من حربي ثم استولى عليها المسلمون فهي غنيمة ومنافعها للمستأجر لان المنافع ملك المسلم فان قيل فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية إذا كان زوجها قد اسلم وفي استرقاقها ابطال حق زوجها؟ قلنا يجوز استرقاقها لانها كافرة ولا أمان لها فجاز استرقاقها كما لو لم تكن زوجة مسلم فلا يبطل نكاحه بل هو باق ولان منفعة النكاح لا تجري مجرى الاموال بدليل انها لا تضمن باليد ولا يجوز أخذ العوض عنها بخلاف حق الاجارة

(فصل) اذا أسلم عبد الحربي أو امته وخرج الينا فهو حر وان أسر سيده وأولاده وأخذ ماله وخرج الينا فهو حر والمال له والسبي رقيقه وان أسلم واقام بدار الحرب فهو على رقه وان أسلمت أم ولد الحربي وخرجت الينا عتقت واستبرأت نفسها ، وهذا قول اكثر اهل العلم . قال ابن المنذر وقال به كل من نحفظ عنه من اهل العلم الأأن ابا حنيفة قال في أم الولد تزوج ان شاءت من غير استبراء واهل العلم على خلافه لانها ام ولد عتقت فلم يجز ان تتزوج بغير استبراء كما لو كانت لذمي

وروى سعيد بن منصور حدثنا يزيد بن هارون عن الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ يعتق العبيد إذا جاءوا قبل مواليهم وعن أبي سعيد الاعسم قال قضى رسول الله ﷺ في العبد وسيده قضيتين قضى أن العبد إذا خرج من دار الحرب قبل سيده أنه حر فان خرج سيده بعد لم يرد عليه وقضى ان السيد اذا خرج قبل العبد ثم خرج العبد رد على سيده رواه سعيد ايضا وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال سألنا رسول الله ﷺ أن يرد علينا

وكذلك ان علم الامام بمال مسلم قبل قسمه فقسمه وجب رده وصاحبه أحق به بغير شيء لان قسمته كانت باطلة من أصلها فهو كما لو لم يقسم فأما ان أدركه بعد القسم ففيه روايتان

(احداهما) يكون صاحبه أحق به بالثمن الذي حسب به على آخذه وكذلك ان بيع ثم قسم ثمنه فهو احق به بالثمن وهذا قول أبي حنيفة والثوري والاوزاعي ومالك لما روى ابن عباس ان رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه فقال له النبي ﷺ «ان أصبته قبل ان نقسمه فهو لك وان أصبته بعد ما قسم أخذته بالقيمة» ولانه انما امتنع أخذه له بشيء كيلا يفضي الى حرمان آخذه من الغنيمة أو تضييع الثمن على المشتري وحقهما ينجبر بالثمن فيرجع صاحب المال في عين ماله بمنزلة مشتري الشقص المشفوع الا ان المحكي عن مالك وأبي حنيفة انه يأخذه بالقيمة ونحوه عن مجاهد

(والرواية الثانية) انه لاحق له فيه بعد القسم بحال نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره وهو قول عمر وعلي وسلمان بن ربيعة وعطاء والنخعي والليث قال أحمد أما قول من قال فهو احق به بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد وقال الشافعي وابن المنذر يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها ويعطي مشتريه ثمنه من خمس المصالح لانه لم يزل عن ملك صاحبه فوجب ان يستحق أخذه بغير شيء كما قبل القسمة ويعطي من حسب عليه القيمة لئلا يفضي الى حرمان أخذه حقه من الغنيمة وجعل من سهم المصالح لان هذا منها

أبابكرة وكان عبداً لنا أتى رسول الله ﷺ وهو محاصر ثقيفا فاسلم فابي ان يرده علينا وقال هو طليق الله ثم طليق رسوله فلم يرده علينا

﴿مسألة﴾ قال (وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به)

فان ادركه مقسوما فهو احق به بالثمن الذي ابتاعه من المغنم في إحدى الروايتين والرواية الاخرى إذا قسم فلا حق له فيه بحال يعني إذا أخذ الكفار اموال المسلمين ثم قهرهم المسلمون فأخذوها منهم فان علم صاحبها قبل قسمها ردت اليه بغير شيء في قول عامة اهل العلم منهم عمر رضي الله عنه وعطاء والنخعي وسلمان بن ربيعة والليث ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي واصحاب الرأي وقال الزهري لا يرد اليه وهو للجيش ونحوه عن عمرو بن دينار لان الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم.

ولنا ما روى ابن عمر ان غلاما له أبق الى العدو فظهر عليه المسلمون فرده رسول الله ﷺ الى ابن عمر ولم يقسم وعنه قال ذهب فرس له فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فرد عليه في زمن النبي ﷺ رواهما ابوداود وعن جابر بن حيوة ان اباعبيدة كتب الى عمر بن الخطاب فيما أحرز المشركون

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه كتب الى السائب ايما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وان أصابه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل اليه وقال سلمان بن ربيعة اذا قسم فلا حق له فيه رواهما سعيد في سننه ولانه إجماع قال أحمد أما قال الناس فيها قولين اذا اقتسم فلا شيء له وقال قوم اذا اقتسم فهو له بالثمن فاما ان يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحد ومتى إنقسم أهل العصر على قولين في حكم لم يجز إحداث قول ثالث لمخالفته الاجماع وقد روى أصحابنا عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « من أدرك ماله قبل ان يقسم فهو له » وان أدركه بعد ان قسم فليس له فيه شيء والمعول على ما ذكرنا من الاجماع وقولهم لم يزل ملك صاحبه ممنوع

(فصل) فان أخذه أحد من الرعية بهبة أو سرقة أو بغير شيء فصاحبه أحق به بغير شيء وقال أبو حنيفة لا يأخذه الا بقيمة لانه صار ملكا لواحد بعينه أشبه مالو قسم

ولنا ما روي ان قوماً اغاروا على سرح النبي ﷺ فاخذوا ناقة وجارية من الانصار فاقامت عندهم اياما ثم خرجت في بعض الليل قالت فما وضعت يدي على ناقة إلا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها ثم توجهت الى المدينة ونذرت ان نجاني الله عليها ان انحرها فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فاذا هي ناقة رسول الله ﷺ فاخذها فقلت يارسول الله أني نذرت ان انحرها

من المسلمين ثم ظهر المسلمون عليهم بعد قال من وجد ماله بعينه فهو احق به مالم يقسم رواه سعيد والاثرم فأما ما ادركه بعد ان قسم ففيه روايتان:

(احداهما) ان صاحبه احق به بالثمن الذي حسب به على من اخذه وكذلك ان بيع ثم قسم ثمنه فهو احق به بالثمن، وهذا قول ابي حنيفة والثوري والاوزاعي ومالك لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه فقال له النبي ﷺ «ان أصبته قبل ان نقسمه فهو لك، وان اصبته بعد ما قسم أخذته بالقيمة» ولانه انما امتنع أخذه له بغير شيء كيلا يفضي الى حرمان آخذه من الغنيمة أو يضيع الثمن على المشتري وحقهما ينجبر بالثمن فيرجع صاحب المال في عين ماله بمنزلة مشتري الشقص المشفوع الا ان المحكي عن مالك وأبي حنيفة انه يأخذه بالقيمة ويروى عن مجاهد مثله

والرواية الثانية عن أحمد أنه إذا قسم فلا حق له فيه بحال نص عليه في رواية أبي داود وغيره وهو قول عمر وعلي وسلمان بن ربيعة وعطاء والنخعي والليث قال أحمد أما قول من قال هو أحق بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد، وقال الشافعي يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها ويعطي مشتريه ثمنه من خمس المصالح لانه لم يزل عن ملك صاحبه فوجب أن يستحق أخذه بغير شيء كما قبل القسمة ويعطى من حسب عليه القيمة لئلا يفضي الى حرمان آخذه حقه من الغنيمة وجعل من سهم المصالح لان هذا منها وهذا قول ابن المنذر

قال «بئس ماجازيتها لانذر في معصية الله» وفي رواية «لا نذر فيما لايملك ابن آدم» أخرجه مسلم ولانه لم يحصل في يده بعوض فكان صاحبه أحق به بغير شيء كما لو أدركه في الغنيمة قبل القسمة فاما إن اشتراه رجل من العدو فليس لصاحبه أخذه الا بثمنه وقال القاضي ما حصل في يده بهبة أو سرقة أوشراء فهو كما لو وجده صاحبه بعد القسمة هل يكون صاحبه احق به بالقيمة؟ على روايتين

ولنا الحديث المذكور وما روى سعيد باسناده قال اغار أهل ماه وجلولا على العرب فاصابوا شيئاً من سبايا العرب ورقيقاً ومتاعاً ثم ان السائب بن الاكوع عامل عمر غزاهم ففتح ماه فكتب الى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه فكتب اليه عمر إن المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يخذله فايما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو احق به وان اصابه في ايدي التجار بعد ما انقسم فلا سبيل اليه وايما حر اشتراه التجار فانه يرد عليهم رءوس أموالهم فان الحر لايباع ولايشترى

(فصل) وحكم اموال اهل الذمة إذا استولى عليها الكفار ثم قدر عليها حكم اموال المسلمين فيما ذكرنا قال علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ولان اموالهم معصومة فاشبهت اموال المسلمين

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى السائب أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره وإن أصابه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلاسبيل لهاليه ، وقال سلمان بن ربيعة إذا قسم فلا حق له فيه رواهما سعيد في سننه ولانه اجماع . قال أحمد : انما قال الناس فيها قولين : إذا قسم فلا شيء له وقال قوم إذا قسم فهو له بالثمن فأما ان يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحد ومتى ما انقسم اهل العصر على قولين في حكم لم يجز احداث قول ثالث لانه يخالف الاجماع فلم يجز المصير اليه ، وقد روى أصحابنا عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من أدرك ماله قبل ان يقسم فهوله ، وإن أدركه بعد ان قسم فليس له فيه شيء » والمعمول على ما ذكرنا من الاجماع وقولهم لم يزل ملك صاحبه عنه غير مسلم

(فصل) وإن أخذه أحد الرعية بهبة او سرقة او بغير شيء فصاحبه احق به بغير شيء ، وقال ابو حنيفة لا يأخذه الا بالقيمة لأنه صار ملكا لواحد بعينه فأشبه ما لو قسم

ولنا ما روي ان قوما أغاروا على سرح النبي ﷺ فأخذوا ناقته وجارية من الانصار فأقامت عندهم أياما ثم خرجت في بعض الليل قالت فما وضعت يدي على ناقة الا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها ثم توجهت إلى المدينه ونذرت ان نجاني الله عليها ان أنحرها فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فاذا هي ناقة رسول الله ﷺ فأخذها فقلت يا رسول الله اني نذرت ان انحرها

(فصل) فان غنم المسلمون من المشركين شيئاً عليه علامة المسلمين ولم يعلم صاحبه فهو غنيمة قال احمد في مركب يجيء من مصر يقطع عليها الروم فيأخذونها ثم يأخذها المسلمون منهم ان عرف صاحبها فلا يؤكل منها وهذا يدل على جواز الأكل منها إذا لم يعرف صاحبها ونحو هذا قول الثوري والاوزاعي قال في المصحف يحصل في الغنائم يباع وقال الشافعي يوقف حتى يجيء صاحبه وان وجد شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد كما كان نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال الثوري يقسم ما لم يأت صاحبه

ولنا ان هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس فهو بمنزلة ما لو عرف صاحبه قيل لاحمد فالجواميس تدرك قد ساقها العدو للمسلمين وقد ردت يؤكل منها؟ قال اذا عرف ان هي فلا يوكل منها قيل فما حازه العدو للمسلمين فاصابه المسلمون أعليهم أن يقفوه حتى يبين صاحبه؟ قال إذا عرف فقيل هذا الفلان وكان صاحبه بالقرب قيل له أصيب غلام في بلاد الروم فقال أنا لفلان رجل بمصر ؟ قال إذا عرف الرجل لم يقسم ورد على صاحبه قيل له أصبنا مركباً في بلاد الروم فيها النواتية قالوا هذا لفلان وهذا لفلان؟ قال هذا قد عرف صاحبه لايقسم .

﴿مسألة﴾ (ويملك الكفار أموال المسلمين بالقهر ذكره القاضي وقال ابو الخطاب ظاهر كلام أحمد انهم لايملكونها ، روي عن أحمد في ذلك روايتان) .

فقال « بئس ما جازيتها لا نذر في معصية » وفي رواية « لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » رواه أحمد ومسلم ولانه لم يحصل في يده بعوض فكان صاحبه احق به كما لو ادركه في الغنيمة قبل قسمه فأما ان اشتراه رجل من العدو فليس لصاحبه أخذه الا بثمنه لما روى سعيد حدثنا عثمان بن مطر الشيباني حدثنا ابو حريز عن الشعبي قال أغار اهل ماه واهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب ورقيقا ومتاعا ثم ان السائب بن الاقرع عامل عمر غزاهم ففتح ماه فكتب إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من اهل ماه فكتب اليه عمر ان المسلم اخو المسلم لا يخونه ولا يخذله فأيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به ، وإن أصابه في ايدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل اليه وايما حر اشتراه التجار فانه يرد عليهم رءوس أموالهم فان الحر لا يباع ولا يشترى، وقال القاضي ما حصل في يده بهبة أو سرقة او شراء فهو كما لو وجده صاحبه بعد القسمة هل يكون صاحبه أحق به بالقيمة ؟ على روايتين والاولى ما ذكرناه وان علم الامام بمال المسلم قبل قسمه فقسمه وجب رده وكان صاحبه احق به بغير شيء لان قسمته كانت باطلة من أصلها

(فصل) وان غنم المسلمون من المشركين شيئا عليه علامة المسلمين فلم يعلم صاحبه فهو غنيمة قال أحمد في مراكب تجيء من مصر يقطع عليها الروم فيأخذونها ثم يأخذها المسلمون منهم ان عرف صاحبها فلا يؤكل منها وهذا يدل على أنه إذا لم يعرف صاحبها جاز الأكل منها ونحو هذا قول الثوري والاوزاعي قالا في المصحف يحصل في الغنائم يباع وقال الشافعي يوقف حتى يجيء

(احداهما) أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر هذا قول مالك وأبي حنيفة .

(والرواية الثانية) لا يملكونها وهو قول الشافعي لحديث ناقة النبي ﷺ قال أبو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد حيث قال ان أدركه صاحبه قبل القسم فهو أحق به قال انما منعه أخذه بعد القسمة لان قسمة الامام له تجري مجرى الحكم ومتى صادف الحكم أمراً مجتهداً فيه نفذ حكمه ولانه مال معصوم طرأت عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب ولان من لا يملك رقبة غيره بالقهر لا يملك ماله به كالمسلم مع المسلم. ووجه الأول أن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به الكافر مال المسلم كالبيع، فأما الناقة فانما أخذها النبي ﷺ لانه أدركها غير مقسومة ولا مشتراة فعلى هذا يملكونها قبل حيازتها إلى دار الكفر وهو قول مالك، وذكر القاضي انهم إنما يملكونها بالحيازة إلى دارهم وهو قول أبي حنيفة وحكي عن أحمد في ذلك روايتان: ووجه الاول أن الاستيلاء سبب الملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار كاستيلاء المسلمين على مال الكافر ، ولان ما كان سبباً للملك أثبته حيث وجد كالهبة والبيع، وفائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه ان من أثبت الملك للكافر في أموال المسلمين أباح للمسلمين إذا ظهروا عليها قسمتها والتصرف فيها ما لم يعلم صاحبها وان الكافر إذا أسلم وهي في يده فهو أحق بها، ومن لم يثبت الملك اقتضى مذهبه عكس ذلك، قال الشيخ رحمه الله ولا أعلم خلافا

صاحبه، وان وجد شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد كما كان نص عليه أحمد وبه قال الاوزاعي والشافعي، وقال الثوري يقسم مالم يأت صاحبه

ولنا ان هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس فهو بمنزلة مالو عرف صاحبه، قيل لأحمد فالجواميس تدرك وقد ساقها العدو للمسلمين وقد ردت يؤكل منها ؟ قال اذا عرف لمن هي فلا يؤكل منها قيل لأحمد فما حاز العدو للمسلمين فأصابه المسلمون أعليهم ان يقفوه حتى يتبين صاحبه ؟ قال إذا عرف فقيل هو لفلان وكان صاحبه بالقرب ، قيل له اصيب غلام في بلاد الروم قال أنا لفلان رجل قال إذا عرف الرجل لم يقسم ماله ورد على صاحبه ، قيل له أصبنا مركبا في بلاد الروم فيها النواتية قالوا هذا لفلان وهذا لفلان؟ قال هذا قد عرف صاحبه لا يقسم

(فصل) قال القاضي : يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر وهو قول مالك وأبي حنيفة، وقال ابو الخطاب لا يملكونها وهو قول الشافعي قال وهو ظاهر كلام احمد حيث قال ان ادركه صاحبه قبل القسمة فهو احق به وانما منعه أخذه بعد قسمه لان قسمة الامام له تجري مجرى الحكم ومتى صادف الحكم امراً مجتهداً فيه نفذ حكمه

وحكي عن أحمد في ذلك روايتان، واحتج من قال لا يملكونها بحديث ناقة النبي ﷺ ولانه مال معصوم طرأت عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب ولان من لا يملك رقبة غيره بالقهر لم يملك

في أن الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل الينا بامان بعد أن استولى على مال مسلم فاتلفه أنه لا يلزمه ضمانه فان أسلم وهو في يده فهو له بغير خلاف في المذهب لقول رسول الله ﷺ «من أسلم على شيء فهو له» وان كان أخذه من المستولى عليه بهبة أو سرقة أو شراء فكذلك لانه استولى عليه في حال كفره فأشبه مالو استولى عليه بقهره المسلم، وعن احمد ان صاحبه يكون احق به بالقيمة وان استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم اسلم فهي له وهي أم ولده ، نص عليه أحمد لانها مال فأشبهت سائر الاموال وان غنمها المسلمون وأولادها قبل اسلام سابيها فعلم صاحبها ردت اليه وكان أولادها غنيمة لانهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها .

(فصل) وان استولوا على حر لم يملكوه مسلما كان أو ذمياً ، لا نعلم فيه خلافا لانه لا يضمن بالقيمة ولا تثبت عليه اليد بحال، وإذا قدر المسلمون على اهل الذمة بعد ذلك وجب ردهم إلى ذمتهم ولم يجز استرقاقهم في قول عامة العلماء منهم الشعبي ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً لان ذمتهم باقية ولم يوجد منهم مايوجب نقضها وكما يضمن بالقيمة كالعروض يملكونه بالقهر وكذلك العبد القن والمدبر والمكاتب وام الولد ، وقال ابو حنيفة لا يملكون المكاتب وأم الولد لانه لا يجوز نقل الملك فيهما فهما كالحر .

ولنا انهما يضمنان بالقيمة فملكوهما كالقن ويحتمل ان لا يملكوا ام الولد لانها لا يجوز نقل الملك فيها ولا يثبت فيها لغير سيدها ، وفائدة الخلاف ان من قال بثبوت الملك فيهما قال متى قسما او

ماله به كالمسلم مع المسلم ، ووجه الاول ان القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به الكافر مال المسلم كالبيع فاما الناقة فانما أخذها النبي ﷺ لانه أدركها غير مقسومة ولا مشتراة فعلى هذا يملكونها قبل حيازتها إلى دار الكفر وهو قول مالك ، وذكر القاضي أنهم انما يملكونها بالحيازة الى دارهم وهو قول أبي حنيفة ، وحكي في ذلك عن أحمد روايتان. ووجه الاول ان الاستيلاء سبب للملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار كاستيلاء المسلمين على مال الكفار ولان ما كان سبباً للملك أثبته حيث وجد كالهبة والبيع ، وفائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه ان من اثبت الملك للكفار في أموال المسلمين اباح للمسلمين إذا ظهروا عليها قسمتها والتصرف فيها ما لم يعلموا صاحبها وان الكافر إذا أسلم وهي في يده فهو احق بها، ومن لم يثبت الملك اقتضى مذهبه عكس ذلك والله أعلم

(فصل) ولا أعلم خلافا في ان الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل الينا بامان بعد ان استولى على مال مسلم فاتلفه انه لا يلزمه ضمانه وإن أسلم وهو في يده فهو له بغير خلاف في المذهب لقول رسول الله ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » وإن كان أخذه من المستولي عليه بهبة او سرقة او شراء فكذلك لانه استولى عليه في حال كفره فاشبه ما استولى عليه بقهره للمسلم، وعن احمد ان صاحبه يكون احق به بالقيمة وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم اسلم فهي له وهي أم ولد له نص عليه احمد لانها مال فاشبهت سائر الاموال وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل اسلام سابيها فعلم صاحبها ردت اليه وكان اولادها غنيمة لانهم اولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها

اشتراهما انسان لم يكن لسيدهما اخذها إلا بالثمن قال الزهري في ام الولد يأخذها سيدها بقيمة عدل وقال مالك يفديها الامام فان لم يفعل يأخذها سيدها بقيمة عدل ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له، ومن قال لا يثبت الملك فيهما ردا إلى ما كانا عليه على كل حال كالحر وان اشتراهما انسان فالحكم فيهما كالحكم في الحر إذا اشتراه على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) وإذا ابق عبد المسلم إلى دار الحرب فأخذوه ملكوه كالدابة وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يملكونه وعن احمد مثل ذلك لانه إذا صار في دار الحرب زالت يد مولاه عنه وصار في يد نفسه فلم يملك كالحر.

ولنا أنه مال لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه فاذا اخذوه من دار الحرب ملكوه كالبهيمة .

﴿ مسئلة ﴾ (وما اخذوا من دار الحرب من ركاز او مباح له قيمة فهو غنيمة)

اما الركاز إذا وجده في موضع يقدر عليه بنفسه فهو له كما لو وجده في دار الاسلام فيه الخمس وباقيه له، وان لم يقدر عليه الا بجماعة من المسلمين فهو غنيمة ، ونحو هذا قول مالك والاوزاعي والليث وقال الشافعي ان وجده في مواتهم فهو كما لو وجده في دار الاسلام .

ولنا ماروى عاصم بن كليب عن ابي الجوين الحرمي قال لقيت بارض الروم جرة فيها ذهب في

(فصل) وان استولوا على حر لم يملكوه سواء كان مسلما او ذمياً

لا اعلم في هذا خلافا لانه لا يضمن بالقيمة ولا تثبت عليه يد بحال وكلما يضمن بالقيمة يملكونه بالقهر كالعروض والعبد القن والمدبر والمكاتب وأم الولد، وقال ابو حنيفة: لا يملكون المكاتب وأم الولد لانهما لا يجوز نقل الملك فيهما فهما كالحر.

ولنا أنهما يضمنان بالقيمة فيملكونهما كالعبد القن ويحتمل ان يملكوا المكاتب دون أم الولد لان ام الولد لا يجوز نقل الملك فيها ولا يثبت فيها لغير سيدها وفائدة الخلاف ان من قال بثبوت الملك فيهما قال متى قسما او اشتراهما انسان لم يكن لسيدهما اخذهما الا بالثمن، قال الزهري في ام الولد: يأخذها سيدها بقيمة عدل وقال مالك يفديها الامام فان لم يفعل يأخذها سيدها بقيمة عدل ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له ومن قال لا يثبت الملك فيهما ردا إلى ما كانا عليه على كل حال كالحر وان اشتراهما انسان فالحكم فيهما كالحكم في الحر إذا اشتراه

(فصل) إذا ابق عبد المسلم الى دار الحرب فاخذوه ملكوه كالمال وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يملكوه وعن أحمد مثل ذلك لانه إذا صار في دار الحرب زالت يد مولاه عنه وصار في يد نفسه فلم يملك كالحر

ولنا انه مال لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه فاذا أخذوه من دار الحرب ملكوه كالبهيمة

﴿مسئلة﴾ قال (ومن قطع من مواتهم حجرا أو عودا أو صاد حوتا أو ظبيا رده على سائر الجيش اذا استغنى عن أكله والمنفعة به)

يعني إذا أخذ شيئاً له قيمة من دار الحرب فالمسلمون شركاؤه فيه وبه قال ابو حنيفة والثوري وقال

امرة معاوية وعلينا معن بن يزيد السلمي فاتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطاني مثل ما اعطى رجلا منهم ثم قال لولا اني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا نفل الا بعد الخمس لاعطيتك» ثم اخذ يعرض علي من نصيبه فأبيت اخرجه ابو داود ولانه مال مشترك مظهور عليه بقوة جيش المسلمين فكان غنيمة كأموالهم الظاهرة.

(فصل) ومن وجد في دارهم لقطة فان كانت من متاع المسلمين فهو كما وجده في غير دار الحرب وان كانت من متاع المشركين فهي غنيمة، وان احتمل الامرين عرفها حولا ثم جعلها في الغنيمة نص عليه احمد، ويعرفها في بلد المسلمين لانها تحتمل الامرين فغلب فيها حكم مال المسلمين في التعريف وحكم مال أهل الحرب في كونها غنيمة احتياطا

(فصل) وأما غير الركاز من المباح فما كان له قيمة في دار الحرب كالصيود والحجارة والخشب فالمسلمون شركاؤه فيه وبه قال أبو حنيفة والثوري. وقال الشافعي ينفرد آخذه بملكه لانه لو أخذه من دار الاسلام ملكه فكذلك إذا اخذه من دار الحرب كالشيء التافه وهذا قول مكحول والاوزاعي ونقل ذلك عن القاسم وسالم

الشافعي ينفرد آخذه بملكه لانه لو أخذه من دار الاسلام ملكه فاذا أخذه من دار الحرب ملكه كالشيء التافه وهذا قول مكحول والاوزاعي ونقل ذلك عن القاسم وسالم

ولنا انه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة كالمطعومات وفارق ما أخذوه من دار الاسلام لانه لا يحتاج إلى الجيش في أخذه فاما إن احتاج إلى أكله والانتفاع به فله ذلك ولا يرده لانه لو وجد طعاما مملوكا للكفار كان له أكله إذا احتاج فما أخذ من الصيود والمباحات اولى

(فصل) وان أخذ من بيوتهم او خارجا منها مالا قيمة له في أرضهم كالمسن والاقلام والاحجار والادوية فله أخذه وهو أحق به، وان صارت له قيمة بنقله او معالجته نص احمد علي نحو هذا وبه قال مكحول والاوزاعي والشافعي وقال الثوري اذا جاء به إلى دار الاسلام دفعه في المقسم وان عالجه فصار له ثمن أعطي بقدر عمله فيه وبقيته في المقسم

ولنا ان القيمة انما صارت له بعمله او بنقله فلم تكن غنيمة كما لو لم تصر له قيمة

(فصل) وان ترك صاحب المقسم شيئاً من الغنيمة عجزا عن حمله فقال من أخذ شيئاً فهو له فمن حمل شيئاً فهو له نص عليه احمد وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة فيبقى خرثي المتاع مما لا يباع ولا يشترى فيدعه الوالي بمنزلة العقار والفخار وما أشبه ذلك أيأخذه الانسان لنفسه؟ قال نعم إذا ترك

ولنا انه مال ذو قيمة مأخوذ من دار الحرب بقوة المسلمين فكان غنيمة كالمطعومات، وفارق ما أخذه من دار الاسلام لانه لا يحتاج إلى الجيش في أخذه فان احتاج الى أكله والانتفاع به فله اكله ولا يرده لانه لو وجد طعاماً مملوكا للكافر كان له اكله إذا احتاج اليه فما اخذه من الصيود والمباحات فهو أولى

(فصل) فان أخذ ما لا قيمة له في أرضهم كالمسن والاقلام والادوية فله أخذه وهو أحق به وان صارت له قيمة بمعالجته أو نقله نص احمد رحمه الله على نحو هذا وبه قال مكحول والاوزاعي والشافعي، وقال الثوري إذا جاء به الى دار الاسلام رده في المقسم وان عالجه فصار له ثمن اعطي بقدر عمله فيه وبقيته في المقسم، ولنا ان القيمة انما صارت له بعمله او بنقله فلم يكن غنيمة كما لو لم تصر له قيمة

(فصل) وان ترك صاحب المقسم شيئاً من الغنيمة عجزاً عن حمله فقال من اخذ شيئاً فهو له فمن أخذ شيئاً ملكه نص عليه احمد، وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة فبقي خرثي المتاع مما لا يباع ولا يشترى فيدعه الوالي بمنزلة الفخار وما أشبه ذلك أيأخذه الانسان لنفسه؟ قال نعم إذا ترك ولم يشتر ونحو هذا قول مالك، ونقل عنه أبو الخطاب في المتاع لا يقدرون على حمله إذا حمله رجل: يقسم وهذا قول ابراهيم، قال الخلال روى ابو طالب هذه في ثلاثة مواضع في موضع منها وافق اصحابه وفي موضع خالفهم قال ولا اشك ان ابا عبد الله قال هذا أولا ثم تبين له بعد ذلك ان للامام ان يبيحه وان يحرمه وان لهم أن يأخذوه اذا تركه الامام إذا لم يجد من يحمله لانه إذا لم يجد من يحمله ولم يقدر على حمله بمنزلة مالا قيمة له فصار كالذي ذكرناه في الفصل قبل هذا

ولم يشتر ونحو هـذا قول مالك ونقل عنه ابو طالب في المتاع لايقدرون على حمله . اذا حمله رجل يقسم وهـذا قول ابراهيم قال الخلال روى ابو طالب هـذه في ثلاثة مواضع في موضع منها وافق أصحابه وفي موضع خالفهم قال ولا شك ان أبا عبد الله قال هذا اولا ثم تبين له بعد ذلك ان للامام أن يبيحه وان يحرمه وان لهم أن يأخذوه إذا تركه الامام إذا لم يجد من يحمله لانه إذا لم يجد من يحمله ولم يقدر على حمله بمنزلة مالا قيمة له فصار كالذي ذكرناه في الفصل قبل هذا

(فصل) وان وجد في أرضهم ركازا فان كان في موضع يقدر عليه بنفسه فهو كما لو وجده في دار الاسلام فيه الخمس وباقيه له وان قدر عليه بجماعة المسلمين فهو غنيمة، ونحو هذا قول مالك والاوزاعي والليث وقال الشافعي ان وجده في مواتهم فهو كما لو وجده في دار الاسلام

ولنا ماروى عاصم بن كليب عن أبي الجويرية الجرمي قال أصبت بأرض الروم جرة حمراء فيها دنانير في امرة معاوية وعلينا معن بن يزيد السلمي فأتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطاني مثل ما أعطى رجلا منهم ثم قال : لولا اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا نفل إلا بعد الخمس » لأعطيتك ثم أخذ يعرض علي من نصيبه فأبيت أخرجه أبو داود ولانه مال مشرك ظهر عليه بقوة جيش المسلمين فكان غنيمة كاموالهم الظاهرة

﴿ مسئلة ﴾ وتملك الغنيمة بالإستيلاء عليها في دار الحرب ويجوز قسمها فيها)

والدليل على ثبوت الملك عليها في دار الحرب ثلاثة امور [احدها] ان سبب الملك الاستيلاء التام وقد وجد فان أيدينا قد ثبتت عليها حقيقة وقهرناهم ونفيناهم عنها والاستيلاء يدل على حاجة المستولي فيثبت به الملك كما في المباحات

[الثاني] ان ملك الكفار قد زال عنها بدليل انه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة ولا ينفذ تصرفهم فيها ولا يزول ملكهم الى غير مالك إذ ليست في هذه الحال مباحة علم ان ملكهم زال الى الغانمين

[الثالث] انه لو اسلم عبد الحربي ولحق بجيش المسلمين صار حراً وهذا يدل على زوال ملك الكافر وثبوت الملك لمن قهره

(فصل) واذا ثبت الملك فيها جازت قسمتها وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال اصحاب الرأي لا يقسم إلا في دار الاسلام لان الملك لايتم عليها إلا بالاستيلاء التام ولا يحصل إلا باحرازها في دار الاسلام فان قسمت أساء قسمها وجازت قسمته لانها مسئلة مجتهد فيها فاذا حكم فيها الامام بما يوافق قول بعض المجتهدين نفذ حكمه

ولنا ماروى ابو إسحاق الفزاري قال قلت للاوزاعي هل قسم رسول الله ﷺ شيئاً من الغنائم بالمدينة ؟ قال لا أعلمه انما كان الناس يبتغون غنائمهم ويقسمونها في أرض عدوهم ولم يقفل

(فصل) وسئل احمد عن الدابة تخرج من بلد الروم او تنفلت فتدخل القرية وعن القوم يضلون عن الطريق فيدخلون القرية من قرى المسلمين فيأخذونهم فقال يكونون لاهل القرية كلهم يتقاسمونهم وسئل عن قوم يكونون في حصن أو رباط فيخرج منهم قوم إلى قتالهم فيصيبون دوابا او سلاحا فقال ابو عبدالله تكون بين أهل الرباط وأهل الحضرة من القرية وسئل عن مركب بعث به ملك الروم فيه رجاله فطرحته الريح إلى طرطوس فخرج اليه اهل طرطوس فقتلوا الرجال وأخذوا الاموال فقال هذا فيء المسلمين مما أفاء الله عليهم وقال الزهري هو لمن غنمه وفيه الخمس فقال ابو الخطاب من ضل الطريق منهم او حملته الريح الينا فهو لمن أخذه في إحدى الروايتين لانه متاع أخذه احد المسلمين بغير قوة مسلم فكان له كالحطب والرواية الثانية يكون فيئا

(فصل) ومن وجد في دارهم لقطة فان كانت من متاع المسلمين فهي لقطة يعرفها سنة ثم يملكها، وإن كانت من متاع المشركين فهي غنيمة وان احتمل الامرين عرفها حولا ثم جعلها في الغنيمة نص عليه احمد ويعرفها في بلد المسلمين لانها تحتمل الامرين فغلب فيها حكم مال المسلمين في التعريف وحكم مال اهل الحرب في كونها غنيمة احتياطا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن تعلف فضلا عما يحتاج إليه رده على المسلمين فان باعه رد ثمنه في المقسم)

أجمع اهل العلم الا من شذ منهم على ان للغزاة إذا دخلوا أرض الحرب أن يأكلوا مما وجدوا من الطعام ويعلفوا دوابهم من اعلافهم منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي والقاسم

رسول الله ﷺ عن غزاة قط اصاب فيها غنيمة إلا خمسه وقسمه من قبل ان يقفل، من ذلك غزوة بني المصطلق وهوازن وخيبر، ولان كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الاسلام ولان الملك ثبت فيها بالقهر بما ذكرنا من الادلة فصحت قسمتها كما لو أحرزت بدار الاسلام، وبهذا يحصل الجواب عما ذكروه

﴿مسئلة﴾ (وهي لمن شهد الوقعة من اهل القتال، قاتل او لم يقاتل من تجار العسكر وأجرائهم الذين يستعدون للقتال)

قوله: وأجرائهم يعني اجراء التجار، وانما كانت الغنيمة لمن شهد الوقعة وان لم يقاتل لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال: الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان غير المقاتل ردء له معين فشاركه كردء المحارب

فصل والتاجر والصانع كالخياط والخباز والبيطار ونحوهم يسهم لهم إذا حضروا نص عليه احمد قال اصحابنا قاتلوا أولم يقاتلوا وبه قال في التاجر الحسن وابن سيرين والثوري والاوزاعي والشافعي وقال مالك وابو حنيفة لايسهم لهم الا ان يقاتلوا، وعن الشافعي لايسهم لهم بحال

وسالم والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري لايؤخذ الا باذن الامام وقال سليمان بن موسى لايترك الا أن ينهى عنه الامام فيتبع نهيه

ولنا ماروى عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف رواه سعيد وابوداود ، وروي ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر انا أصبنا أرضا كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان أتقدم في شيء من ذلك فكتب اليه دع الناس يعلفون ويأكلون فمن باع منهم شيئا بذهب او فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين رواه سعيد ، وقد روى عبد الله ابن مغفل قال دلي جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت والله لاأعطي أحداً منه شيئا فالتفت فاذا رسول الله ﷺ يضحك فاستحييت منه متفق عليه ولان الحاجة تدعوا الى هذا وفي المنع منه مضرة بالجيش و بدوا بهم فانه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الاسلام ولا يجدون بدار الحرب مايشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ولا يمكن قسمة مايأخذه الواحد منهم ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأباح الله تعالى لهم ذلك، فمن أخذ من الطعام شيئا مما يتقات او يصلح به القوت من الادم وغيره أو العلف لدابته فهو احق به وسواء كان له ما يستغني به عنه أو لم يكن له ويكون أحق بما يأخذه من غيره فان فضل منه ما لا حاجة به اليه رده على المسلمين لأنه انما أبيح له ما يحتاج اليه ، وإن أعطاه أحد من اهل الجيش مايحتاج اليه جاز له أخذه

قال القاضي في التاجر والاجير اذا كانا مع المجاهدين وقصدهما الجهاد وإنما معه المتاع ان طلب منه باعه والاجير قصده الجهاد أيضاً فهذان يسهم لهما لانهما غازيان والصناع بمنزلة التجار متى كانوا مستعدين للقتال ومعهم السلاح فمتى عرض اشتغلوا به أسهم لهم لما ذكرنا من حديث عمر ولانهم في الجهاد بمنزلة غيرهم وإنما يشتغلون بغيره عند فراغهم منه ، وان لم يكونوا مستعدين للقتال لم يسهم لهم لانهم لانفع في حضورهم أشبهوا المخذل

﴿ مسئلة ﴾ (فاما المريض العاجز عن القتال والمخذل والمرجف والفرس الضعيف العجيف فلا حق له)

أما المريض الذي لايتمكن من القتال فان خرج بمرضه عن أهلية الجهاد كالزمن والاشل والمفلوج فلا سهم له لانه لم يبق من أهل الجهاد ، وان لم يخرج بمرضه عن ذلك كالمحموم ومن به الصداع فانه يسهم له ويعين برأيه وتكثيره ودعائه وكذلك المخذل والمرجف ومن في معناه ممن يدل على عوارات المسلمين ويؤوي جواسيس الكفار ويوقع بينهم العداوة لايسهم له وان قاتل لان ضرره أكثر من نفعه، وكذلك لايسهم لفرس ينبغي للامام منعه كالحطم والصدع والاعجف وان شهد عليه الوقعة وبهذا قال مالك وقال الشافعي يسهم له كما يسهم للمريض

ولنا أنه لاينتفع به فلم يسهم له كالمخذل والمرجف ولانه حيوان يتعين منعه من الدخول فلم يسهم له كالمرجف وأما المريض فانه يعين برأيه وتكثيره ودعائه بخلاف الفرس

وصار أحق به من غيره ، وان باع شيئا من الطعام أو العلف رد ثمنه في الغنيمة لما ذكرنا من حديث عمر ، وروي مثله عن فضالة بن عبيد وبه قال سليمان بن موسى والثوري والشافعي وكره القاسم وسالم ومالك بيعه، قال القاضي لا يخلو إما ان يبيعه من غاز أو غيره فان باعه لغيره فالبيع باطل لانه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ونقض البيع فان تعذر رده رد قيمته او ثمنه ان كان أكثر من قيمته الى المغنم

وعلى هذا الوجه حمل كلام الخرقي، وان باعه لغاز لم يخل الا ان يبدله بطعام او علف مما له الانتفاع به أو بغيره ، فان باعه بمثله فليس هذا بيعا في الحقيقة إنما سلم اليه مباحا واخذ مثله مباحا ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذه وصار احق به لثبوت يده عليه ، فعلى هذا لو باع صاعا بصاعين و افترقا قبل القبض جاز لانه ليس ببيع ، وإن باعه به نسيئة أو اقرضه إياه فأخذه فهو أحق به ولا يلزمه إيفاؤه فان وفاه أورده اليه عادت اليد إليه، وان باعه بغير الطعام والعلف فالبيع أيضا غير صحيح ويصير المشتري أحق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه وان اخذ منه وجب رده اليه

(فصل) وان وجد دهنا فهو كسائر الطعام لما ذكرنا من حديث بن مغفل ولأنه طعام فاشبه البر والشعير وان كان غير مأكول فاحتاج أن يدهن به او يدهن دابته فظاهر كلام احمد جوازه اذا كان

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ألحق مدد وهرب أسير فادركوا الحرب قبل تقضيها أسهم لهم ، وان جاءوا بعد إحراز الغنيمة فلا شيء لهم)

وجملة ذلك ان الغنيمة إنما هي لمن شهد الوقعة لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه لانهم إذا قدموا قبل انقضاء الحرب فقد شاركوا الغانمين في السبب فشاركوهم في الاستحقاق كما لو قدموا قبل الحرب فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين أو اسير ينفلت من الكفار فيلحق بجيش المسلمين أو كافر يسلم فلا حق له فيها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المدد يلحقهم قبل القسمة أو احرازها بدار الاسلام: شاركهم لان ملكها لا يتم الا بتمام الاستيلاء وهو الاحراز الى دار الاسلام او قسمها فمن جاء قبل ذلك فقد ادركها قبل ملكها فاستحق منها كما لو جاء في اثناء الحرب ، وان مات احد من العسكر قبل ذلك فلا شيء له لما ذكرنا وقد روى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى سعد أسهم لمن اتاك قبل ان تتفقأ قتلى فارس .

ولنا ماروي ابو هريرة ان أبان بن سعيد بن العاص واصحابه قدموا على رسول الله ﷺ بخيبر بعد ان فتحها فقال ابان اقسم لنا يارسول الله فقال رسول الله ﷺ « اجلس ياأبان» ولم يقسم له رسول الله ﷺ رواه ابو داود وعن طارق بن شهاب أن اهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة فكتب في ذلك إلى عمر رضى الله عنه فكتب عمر إن الغنيمة لمن شهد الوقعة ، رواه سعيد

من حاجة قال أحمد في زيت الروم إذا كان من ضرورة أو صداع فلا بأس، فأما التزين فلا يعجبني، وقال الشافعي ليس له دهن دابته من جرب ولا يوقحها الا بالقيمة لان ذلك لاتعم الحاجة اليه ويحتمل كلام احمد مثل هذا لان هذا ليس بطعام ولا علف

ووجه الاول ان هذا مما يحتاج اليه لاصلاح نفسه ودابته أشبه الطعام والعلف وله أكل مايتداوى به وشرب الشراب من الجلاب والسكنجبين وغيرهما عند الحاجة اليه لانه من الطعام، وقال أصحاب الشافعي ليس له تناوله لانه ليس من القوت ولا يصلح به القوت ولانه لايباح مع عدم الحاجة إليه فلا يباح مع وجودها كغير الطعام

ولنا انه طعام احتيج اليه أشبه الفواكه وما ذكروه يبطل بالفاكهة وانما اعتبرنا الحاجة ههنا لان هذا لايتناول في العادة إلا عند الحاجة اليه

(فصل) قال احمد ولا يغسل ثوبه بالصابون لان ذلك ليس بطعام ولا علف ويراد للتحسين والزينة فلا يكون في معناهما ولو كان مع الغازي فهدا وكلب الصيد لم يكن له اطعامه من الغنيمة فان أطعمها غرم قيمة ماأطعمها لان هذا يراد للتفرج والزينة وليس مما يحتاج اليه في الغزو بخلاف الدواب

(فصل) ولا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من المغنم لما روى رويفع بن ثابت الانصاري

في سننه وروي نحوه عن عثمان رضي الله عنه في غزوة أرمينية ولانه مدد لحق بعد تقضي الحرب أشبه مالو جاء بعد القسمة أو بعد احرازها بدار الاسلام وقولهم إن ملكها باحرازها الى دار الاسلام ممنوع بل هو بالاستيلاء وقد استولى عليها الجيش قبل المدد وحديث الشعبي مرسل يرويه مجالد وقد تكلم فيه ثم هم لايعملون به ولا نحن فقد حصل الاجماع على خلافه فكيف يحتج به ؟

(فصل) وحكم الأسير يهرب الى المسلمين حكم المدد سواء قاتل أو لم يقاتل في أنه يستحق من الغنيمة اذا هرب قبل تقضي الحرب، وقال ابو حنيفة لايسهم له الا أن يقاتل لانه لم يأت للقتال بخلاف المدد .

ولنا أن من استحق إذا قاتل استحق وان لم يقاتل كالمدد وسائر من حضر الوقعة .

(فصل) فان لحقهم المدد بعد تقضي الحرب وقبل احراز الغنيمة أو جاءهم الأسير فظاهر كلام الخرقي انه يشاركهم لانه جاء قبل إحرازها، وقال القاضي تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها فعلى هذا لايسهم لهم، وان حازوا الغنيمة ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم فادركهم المدد فقاتلوا معهم فقد قال احمد إذا غنم المسلمون غنيمة فلحقهم العدو وجاء المسلمين مدد فقاتلوا العدو معهم حتى سلموا الغنيمة فلا شيء لهم في الغنيمة لانهم انما قاتلوا عن اصحابهم دون الغنيمة لان الغنيمة قد صارت في ايديهم وحووها قيل له فان اهل المصيصة غنموا ثم استنقذه منهم العدو فجاء اهل طرسوس فقاتلوا معهم حتى استنقذوه فقال احب إلى ان يصطلحوا ، امافي الصورة الاولى فان الاولين

عن رسول الله ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه » رواه سعيد

(فصل) ولا يجوز الانتفاع بجلودهم واتخاذ النعل والجرب منها ولا الخيوط والحبال وبهذا قال ابن محيريز ويحيى بن أبي كثير واسماعيل بن عياش[1] والشافعي، ورخص في اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان بن موسى ، ورخص مالك في الابرة والحبل يتخذ من الشعر ، والنعل والخف يتخذ من جلود البقر

ولنا ماروى قيس بن ابي حازم أن رجلا أتى رسول الله ﷺ بكبة من شعر من المغنم فقال يارسول الله انا لنعمل الشعر فهبها لي ؟ قال « نصيبي منها لك » رواه سعيد

وروي عن النبي ﷺ انه قال « أدوا الخيط والمخيط فان الغلول نار وشنار يوم القيامة » ولان ذلك من الغنيمة لاتدعو إلى أخذه حاجة عامة فلم يجز أخذه كالثياب

(فصل) فأما كتبهم فان كانت مما ينتفع به ككتب الطب واللغة والشعر فهي غنيمة ، وإن كانت مما لاينتفع به ككتاب التوراة والانجيل فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعدغسله غسل وهو غنيمة وإلا فلا ولا يجوز بيعها

(١) هو اسماعيل بن عياش الحمصي أبو عتبة العنسي روى عن شرحبيل بن مسلم الخولاني وغيره قال يزيد بن هارون مارأيت شاميا ولا عراقيا أحفظ من اسماعيل بن عياش

قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتها فكانت لهم دون من قاتل معهم وأما في الصورة الثانية فانما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها في المرة الثانية فينبغي ان يشتركوا فيها لان الاحراز الاول قد زال باخذ الكفار لها ويحتمل ان الاولين قد ملكوها بالحيازة الاولى ولم يزل ملكهم باخذ الكفار لها منهم فلهذا أحب أحمد أن يصطلحوا على هذا .

(فصل) ومن بعثه الامير لمصلحة الجيش مثل الرسول والدليل والجاسوس وأشباههم فانه يسهم له وان لم يحضر لانه في مصلحة الجيش أشبه السرية ولانه إذا اسهم للمتخلف عن الجيش فهؤلاء أولى وبهذا قال أبو بكر بن أبي مريم وراشد بن سعد وعطية بن قيس قالوا وقد تخلف عثمان رضي الله عنه يوم بدر فأجرى له رسول الله ﷺ سهما من الغنيمة ويروى عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قام يعني يوم بدر فقال « ان عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله وإني أبايع له» فضرب له رسول الله ﷺ بسهمه ولم يضرب لاحد غاب غيره رواه أبو داود وعن ابن عمر قال انما تغيب عثمان عن بدر لانه كانت تحته ابنة رسول الله ﷺ وكانت مريضة فقال له النبي ﷺ « ان لك أجر رجل ممن شهد بدراً وسهمه» رواه البخاري

(فصل) وسئل أحمد عن قوم خلفهم الامير في بلاد العدو وغزا وغنم ولم يمر بهم فرجعوا هل يسهم لهم؟ قال نعم يسهم لهم لان الامير خلفهم قيل له وان نادى الامير من كان صبياً فليتخلف فتخلف قوم

(فصل) وإن أخذوا من الكفار جوارح للصيد كالفهود والبزاة فهي غنيمة تقسم ، وإن كانت كلابا لم يجز بيعها وإن لم يردها أحد من الغانمين جاز ارسالها او اعطاؤها غير الغانمين وإن رغب فيها بعض الغانمين دون بعض دفعت اليه ولم تحسب عليه لانها لاقيمة لها،وإن رغب فيها الجميع أو جماعة كثيرة فامكن قسمها يكون عدداً من غير تقويم وإن تعذر ذلك أو تنازعوا في الجيد منها فطلبه كل واحد منهم أقرع بينهم فيها ، وإن وجدوا خنازير قتلوها لانها مؤذية ولا نفع فيها ، وإن وجدوا خمراً اراقوه وإن كان في ظروفه نفع للمسلمين أخذوها وإن لم يكن فيها نفع كسروها لئلا يعودوا إلى استعمالها

(فصل) وللغازي أن يعلف دوابه ويطعم رقيقه مما يجوز له الاكل منه سواء كانوا للقنية او للتجارة، قال ابو داود قلت لابي عبد الله يشتري الرجل السبي في بلاد الروم يطعمهم من طعام الروم ؟ قال نعم يطعمهم

وروى عنه ابنه عبد الله قال سألت ابي عن الرجل يدخل بلاد الروم ومعه الجارية والدابة للتجارة إن أطعمهما يعني الجارية وعلف الدابة ؟ قال لايعجبني ذلك فان لم تكن للتجارة فلم ير به بأساً فظاهر هذا انه لايجوز اطعام ماكان للتجارة لانه ليس مما يستعين به على الغزو ، وقال الخلال

فصاروا الى لؤلؤة وفيها المسلمون فأقاموا حتى فصلوا فقال اذا كانوا قد التجئوا إلى مأمن لهم لم يسهم لهم، ولو تخلفوا وأقاموا في موضع خوف اسهم لهم،وقال في قوم خلفهم الامير واغار في جلد الخيل فقال ان اقاموا في بلد العدو حتى رجع اسهم لهم، وان رجعوا حتى صاروا الى مأمنهم فلا شيء لهم قيل له فان اعتل رجل او اعتلت دابته وقد ادرب فقال له الامير اقم اسهم لك أو انصرف الى اهلك أسهم لك فكرهه وقال هذا ينصرف الى اهله فكيف يسهم له ؟

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أراد القسمة بدأ بالاسلاب فدفعها إلى اهلها)

وإن كان فيها مال لمسلم او لذمي دفع اليه لان صاحبه متعين ولانه استحقه بسبب سابق ثم بمؤنة الغنيمة من اجرة النقال والجمال والحافظ والمخزن والحاسب لانه لمصلحة الغنيمة ثم بالرضخ في احد الوجهين لانه استحق بالمعاونة في تحصيل الغنيمة اشبه اجرة النقالين والحافظين وفي الآخر يبدأ بالخمس قبله لانه استحق بحضور الوقعة فأشبه سهام الغانمين وهذا اقيس وللشافعي قولان كالروايتين

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخمس الباقي فيقسم خمسه على خمسة اسهم سهم لله تعالى ولرسوله ﷺ يصرف مصرف الفيء وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطالب حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين غنيهم وفقيرهم فيه سواء وسهم لليتامى الفقراء وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل من المسلمين)

لاخلاف بين اهل العلم في ان الغنيمة مخموسة بقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله

رجع احمد عن هذه الرواية وروى عنه جماعة بعد هذا انه لا بأس به وذلك لان الحاجة داعية اليه فأشبه مالا يراد به التجارة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ويشاركونه فيما غنم)

وجملته ان الجيش اذا فصل غازيا فخرجت منه سرية او أكثر فايهما غنم شاركه الآخر في قول عامة أهل العلم منهم مالك والثوري والاوزاعي والليث وحماد والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي ، وقال النخعي إن شاء الامام خمس ماتأتي به السرية وإن شاء نفلهم اياه كلهم

وقد روي ان النبي ﷺ لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قبل اوطاس فغنمت السرية فاشرك بينها وبين الجيش، قال ابن المنذر وروينا أن النبي ﷺ قال « ويرد سراياهم على قعدهم » وفي تنفيل النبي ﷺ في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث دليل على اشتراكهم فيما سوى ذلك لانهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلا ولانهم جيش واحد وكل واحد منهم رده لصاحبه فيشتركون كما لو غنم احد جانبي الجيش، وإن أقام الامير ببلد الاسلام وبعث سرية او جيشا فما غنمت السرية فهو لها وحدها لانه انما يشترك المجاهدون والمقيم في بلد الاسلام ليس بمجاهد وان نفذ من بلد الاسلام

خمسه) الآية لكن اختلف في اشياء منها سلب القاتل والاكثرون على أنه مخموس ومنها إذا قال الامام من جاء بعشرة رءوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا والظاهر ان هذا غير مخموس لانه في معنى السلب وقد ذكرنا الاختلاف في السلب ومنها إذ قال الامام من اخذ شيئا فهو له وقلنا بجواز ذلك فقد قيل لاخمس فيه لانه في معنى ماقبله قال شيخنا والصحيح ان الخمس لا يسقط ههنا لدخوله في عموم الآية وليس هو في معنى السلب والنفل لان ترك تخميسها لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه بالكلية فلا يكون تخصيصاً للآية بل نسخاً لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً ومنها ان دخل قوم لامنعة لهم دار الحرب فغنموا بغير إذن الامام وقد ذكرناه

(فصل) والخمس مقسوم على خمسة أسهم كما ذكرناه ههنا وبه قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على سته أسهم سهم لله تعالى وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة، وقال ابو العالية سهم الله عز وجل هو أنه اذا عزل الخمس ضرب بيده فيه فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمى الله لا تجعلوا لله نصيباً فان لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم وروي عن الحسن وقتادة في سهم ذوي القربى : كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله وروى ابن عباس ان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قسما الخمس على ثلاثة أسهم وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة اليتامى والمساكين وابن السبيل

جيشين او سريتين فكل واحدة تنفرد بما غنمته لان كل واحدة منهما انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة بخلاف ما إذا فصل الجيش فدخل بجملته بلاد الكفار فان جميعهم اشتركوا في الجهاد فاشتركوا في الغنيمة

(مسألة) قال (ومن فضل معه من الطعام فأدخله البلد طرحه في مقسم تلك الغزاة في احدى الروايتين)

والاخرى يباح له أكله إذا كان يسيراً . أما الكثير فيجب رده بغير خلاف نعلمه لان ما كان مباحا له في دار الحرب فاذا أخذه على وجه يفضل منه كثير إلى دار الاسلام فقد أخذ مالا يحتاج اليه فيلزمه رده لان الاصل تحريمه لكونه مشتركا بين الغانمين كسائر المال وانما أبيح منه مادعت الحاجة اليه فما زاد يبقى على اصل التحريم ولهذا لم يبح له بيعه واما اليسير ففيه روايتان

(إحداهما) يجب رده أيضاً وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة وابن المنذر وأحد قولي الشافعي وابي ثور لما ذكرنا في الكثير ولان النبي ﷺ قال «أدوا الخيط والمخيط» ولانه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبح في دار الاسلام كالكبير او كما لو أخذه في دار الاسلام

واسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضا وقال مالك الفيء والخمس واحد يجعلان في بيت المال قال ابن القاسم وبلغني عنمن أثق به ان مالكا قال يعطي الامام أقرباء رسول الله ﷺ على مايرى وقال الثوري الخمس يضعه الامام حيث أراه الله

ولنا قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي، وقال الحسن بن محمد ابن الحنيفة وغيره قوله (فأن لله خمسه) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فان لله تعالى الدنيا والآخرة

وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة ، وما ذكره أبو العالية فشيء لايدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس فلا يصار اليه إلا بنص صحيح ولا نعلم في ذلك أثراً صحيحاً سوى قوله ، فلا يترك له ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية ، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فان الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئاً وجعل لهما في الخمس حقاً كما سمى للثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسوله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى فقال إنا كنا نزعم انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ، ولعله أراد

(والثانية) يباح وهو قول مكحول وخالد بن معدان وعطاء الخراساني ومالك والاوزاعي قال أحمد أهل الشام يتساهلون في هذا وقد روى القاسم بن عبد الرحمن عن بعض أصحاب النبي ﷺ قال كنا نأكل الجزور في الغزو ولا نقسمه حتى إن كنا لنرجع الى رحالنا وأخرجتنا مملأة رواه سعيد وأبو داود وعن عبد الله بن يسار السلمي قال دخلت على رجل من اصحاب النبي ﷺ فقدم إلي تميراً [1] من تمير الروم فقلت لقد سبقت الناس بهذا قال ليس هذا من العام هذا من العام الاول رواه الاثرم في سننه وقال الاوزاعي أدركت الناس يقدمون بالقديد فيهديه بعضهم إلى بعض لا ينكره امام ولا عامل ولا جماعة وهذا نقل للاجماع ، ولانه ابيح امساكه عن القسمة فأبيح في دار الاسلام كمباحات دار الحرب التي لا قيمة لها فيها ويفارق الكبير فانه لا يجوز امساكه عن القسمة ولان اليسير تجري المسامحة فيه ونفعه قليل بخلاف الكثير

(١) التمير نوع من القديد وهو أن يقطع اللحم صغارا كالتمر ثم يجفف

(مسئلة) قال (وإذا اشترى المسلم أسيرا من أيدي العدو لزم الاسير ان يؤدي الى المشتري ما اشتراه)

لايخلو هذا من حالين (أحدهما) ان يشتريه باذنه فهذا يلزمه ان يؤدي إلى المشتري ما اداه فيه بغير خلاف نعلمه إذا وزن باذنه لانه إذا أذن فيه كان نائبه في شراء نفسه فكان الثمن على الآمر كالوكيل

بقوله ابى ذلك علينا قومنا فعل ابي بكر وعمر في حملها عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان اولى وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة فان جبير بن مطعم روى ان رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما كان يقسم لبني هاشم وبني المطلب ، وان ابا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده ، رواه احمد في مسنده

وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر انهما حملا على سهم ذي القربى في سبيل الله فقيل انه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل فان قالوا فالنبي ﷺ ليس بباق فكيف يبقى سهمه؟ قلنا جهة صرفه إلى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية ، قال رسول الله ﷺ « ما يحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

(فصل) فسهم رسول الله ﷺ يصرف في مصالح المسلمين لما روى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ تناول بيده وبرة من بعير ثم قال « والذي نفسي بيده مالي مما أفاء الله إلا الخمس ، والخمس مردود عليكم » فجعله لجميع المسلمين ولا يمكن صرفه إلى جميعهم إلا بصرفه في مصالحهم من سد الثغور

(والثاني) ان يشتريه بغير اذنه فيلزم الاسير الثمن أيضا عند أحمد وبه قال الحسن والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي وقال الثوري والشافعي وابن المنذر لا يلزمه لانه تبرع بما لا يلزمه ولم يأذن له فيه فأشبه ما لو عمر داره، وقال الليث: إن كان الأسير موسراً كقولنا وإن كان معسراً أدى ذلك من بيت المال

ولنا ما روى سعيد ثنا عثمان بن مطر ثنا أبو حريز عن الشعبي قال أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب فكتب السائب بن الاقرع إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من اهل ماه فكتب عمر أيما رجل أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره وإن أصابه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل اليه وايما حر اشتراه التجار فانه يرد اليهم رءوس أموالهم فان الحر لا يباع ولا يشترى فحكم للتجار برءوس اموالهم ولان الاسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص من حكم الكفار ويخرج من تحت أيديهم فاذا ناب عنه غيره في ذلك وجب عليه قضاؤه كما لو قضى الحاكم عنه حقا امتنع من أدائه

(فصل) فان اختلفا في قدر ما اشتراه به فالقول قول الاسير وهو قول الشافعي إذا أذن له وقال الاوزاعي القول قول المشتري لانهما اختلفا في فعله وهو أعلم بفعله

وكفاية أهلها وشراء الكراع والسلاح ثم الأهم فالأهم على ما نذكره في الفيء ان شاء الله تعالى ونحوه قول الشافعي فانه قال أختار ان يضعه الامام في كل أمر خص به الاسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع وسلاح وإعطائه أهل البلاء في الاسلام نفلا عند الحرب وغير الحرب

وعن أحمد ان سهم الرسول ﷺ يختص بأهل الديوان لان النبي ﷺ استحقه بحصول النصرة فيكون لمن يقوم مقامه في النصرة، وعنه انه يصرف في الكراع والسلاح لان ذلك يروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة حضر او لم يحضر كما ان بقية أصحاب الخمس يستحقون وان لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته، وقد قيل انما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم ان جهته جهة المصلحة وانه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته وقد زعم قوم انه سقط بموته ويرد على الانصباء الباقية من الخمس لانهم شركاؤه، وقال آخرون بل يرد على الغانمين لانهم استحقوها بقتالهم وحرمت منها سهام منها سهم رسول الله ﷺ مادام حياً فلما مات وجب رده الى من وجد فيه سبب الاستحقاق كما ان تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم بطلت الوصية رد الى التركة، وقالت طائفة هو للخليفة بعده لان أبا بكر رضى الله عنه روى عن النبي ﷺ انه قال «إذا أطعم الله نبياً طعمة ثم قبضه فهي للذي يقوم بها من بعده وقد رأيت أن أرده على المسلمين» والصحيح انه باق وانه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر

ولنا أن الاسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ولان الاصل براءة ذمته من هذه الزيادة فيترجح قوله بالأصل

(مسئلة) قال (واذا سبى المشركون من يؤدى الينا الجزية ثم قدر عليهم ردوا الى ما كانوا عليه ولم يسترقوا وما أخذه العدو منهم من مال أو رقيق رد اليهم إذا علم به قبل أن يقسم ويفادي بهم بعد أن يفادى بالمسلمين)

وجملة ذلك ان أهل الحرب إذا استولوا على أهل ذمتنا فسبوهم وأخذوا أموالهم ثم قدر عليهم وجب ردهم إلى ذمتهم ولم يجز استرقاقهم في قول عامة أهل العلم منهم الشعبي ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً وذلك لان ذمتهم باقية ولم يوجد منهم ما يوجب نقضها وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها. قال علي رضي الله عنه: انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا فمتى علم صاحبها قبل قسمها وجب ردها اليه، وإن علم بعد القسمة فعلى الروايتين (احداهما) لا حق له فيه (والثانية) هو له بثمنه لان أموالهم معصومة كأموال المسلمين وأما فداؤهم فظاهر كلام الخرقي أنه يجب فداؤهم سواء كانوا في معونتنا أو لم يكونوا وهذا قول عمر بن عبد العزيز والليث لاننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم

قال لاأدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه الا صنعته «متفق عليه»، واتفق هو وعمر والصحابة رضي الله عنهم على وضعه في الخيل والعدة في سبيل الله، هكذا روي عن الحسن بن محمد بن الحنفية

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المغنم الصفي وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه هذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم ان ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد الصفي إنما كان لرسول الله ﷺ خاصاً لم يبق بعده لا نعلم مخالفاً لهذا إلا أبا ثور فانه قال ان كان الصفي ثابتا للنبي ﷺ فللامام ان يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله مجعل سهم النبي ﷺ من خمس الخمس فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في ابقائه بعد موته، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول وقد أنكر قوم كون الصفي لرسول الله ﷺ واحتجوا بحديث جبير بن مطعم وقد روى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ نحوه ولان الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه) فمفهومه ان باقيها للغانمين

ولنا ان النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن قيس «إنكم ان شهدتم ان لا إله إلا الله وان محمداً رسول الله وآتيتم الزكاة واديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي إنكم آمنون بامان الله ورسوله» رواه

والقيام دونهم فاذا عجزنا عن ذلك وامكننا تخليصهم لزمنا ذلك كمن يحرم عليه اتلاف شيء فاذا أتلفه غرمه وقال القاضي انما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الامام في قتاله فسبوا وجب عليه فداؤهم لان أسرهم كان لمعنى من جهته وهو المنصوص عن أحمد ومتى وجب فداؤهم فانه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم لان حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لفتنته عن دين الحق بخلاف أهل الذمة

(فصل) ويجب فداء اسرى المسلمين إذا أمكن وبهذا قال عمر بن عبد العزيز ومالك واسحاق ويروى عن ابن الزبير أنه سأل الحسن بن علي على من فكاك الاسير ؟ قال على : الارض التي يقاتل عليها ، وثبت أن رسول الله ﷺ قال « أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني » وروى سعيد باسناده عن حبان بن جبلة أن رسول الله ﷺ قال « ان على المسلمين في فيئهم أن يفادوا أسيرهم ويؤدوا عن غارمهم » وروي عن النبي ﷺ أنه كتب كتابا بين المهاجرين والانصار أن يعقلوا معاقلهم وأن يفكوا عانيهم بالمعروف وفادى النبي ﷺ رجلين من المسلمين بالرجل الذي أخذه من بني عقيل وفادى بالمرأة التي استوهبها من سلمة بن الاكوع رجلين

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا حاز الأمير المغانم ووكل من يحفظها لم يجز أن يؤكل منها الا أن تدعوا الضرورة بأن لا يجدوا ما يأكلون)

وجملة ذلك ان المغانم إذا جمعت وفيها طعام او علف لم يجز لاحد أخذه إلا لضرورة لاننا انما أبحنا أخذه قبل جمعه لانه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد فأشبه المباحات من الحطب والحشيش فاذا

أبو داود، وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس « وأن تعطوا سهم النبي ﷺ والصفي » وقالت عائشة رضي الله عنها كانت صفية من الصفي رواه أبو داود، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثابت باجماع الامة قبل أبي ثور وبعده وكون الخلفاء الراشدين ومن بعدهم لم يأخذوه ولا يجمعون الا على الحق

(فصل) (والسهم الثاني) لذي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب حيث كانوا غنيهم وفقيرهم فيه سواء للذكر مثل حظ الانثيين وسهم ذوي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه وقد دل عليه ماروى جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وذكر الحديث وهو حديث صحيح رواه ابو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه

(فصل) وهم بنو هاشم و بنو المطلب ابنا عبد مناف دون غيرهم لما روى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من حنين بين بني هاشم وبني المطلب اتيت انا وعثمان بن عفان فقلنا يارسول الله أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم فما بال أخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ؟ فقال « إنهم لم يفارقوني في

حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الأكل منها إلا لضرورة وهو أن لايجدوا مايأكلونه فحينئذ يجوز لان حفظ نفوسهم ودوابهم أهم وسواء حيزت في دار الحرب او في دار الاسلام، وقال القاضي ما كانت في دار الحرب جاز الاكل منها وان حيزت لان دار الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة اليها بخلاف دار الاسلام وكلام الخرقي عام في الموضعين والمعنى يقتضيه فان ماثبت عليه أيدي المسلمين وتحقق ملكهم له لاينبغي أن يؤخذ إلا برضاهم كسائر أملاكهم ولان حيازته في دار الحرب تثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت أحكام الملك فيه بخلاف ماقبل الحيازة فان الملك لم يثبت فيه بعد

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى من المغنم في بلاد الروم فغلب عليه العدو لم يكن عليه شيء من الثمن وان كان قد أخذ منه الثمن رد إليه)

وجملته ان الامير إذا باع من المغنم شيئاً قبل قسمه لمصلحة صح بيعه فان عاد الكفار فغلبوا على المبيع فأخذوه من المشتري في دار الحرب نظرنا . فان كان لتفريط من المشتري مثل ان خرج

جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم و بنو المطلب شيء واحد » وشبك بين اصابعه رواه أحمد وروى البخاري فراعى لهم النبي ﷺ نصرهم وموافقتهم بني هاشم، ولايستحق من كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لان النبي ﷺ لم يدفع الى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يدفع أيضاً الى بني عماته كالزبير بن العوام وعبد الله بن جحش ونحوهم

(فصل) ويستوي فيه الذكر والانثى لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في قسمه بينهم فعن أحمد أنه يقسم للذكر مثل حظ الانثيين هذا اختيار الخرقي ومذهب الشافعي لانه سهم استحق بالقرابة من الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الانثى كالميراث ويفارق الوصية وولد الام لان الوصية استحقت بقول الموصي وولد الام استحقوا الميراث بقرابة الام وعنه أنه يساوى بين الذكر والانثى وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لانهم أعطوا باسم القرابة والذكر والانثى فيها سواء فاشبه مالو وقف على قرابة فلان ألا ترى ان الجد يأخذ مع الاب وابن الاب يأخذ مع الابن وهذا يدل على مخالفة المواريث ولانه سهم من خمس الخمس لجماعة فاستوى فيه الذكر والانثى كسهم اليتامى ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في القرابة وقياساً على الميراث

(فصل) ويفرق فيهم حيث كانوا ويجب تعميمهم به حسب الامكان وهذا قول الشافعي وقال قوم يختص كل أهل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواه فما يوجد من مغزى الروم لاهل الشام والعراق ومايوجد من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي القربى لما يلحق من المشقة في نقله ولانه يتعذر تعميمهم فلم يجب كأصناف الزكاة ووجه الاول أنه سهم مستحق بقرابة الاب فوجب

به من العسكر ونحو ذلك فضمانه عليه لان ذهابه حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو أتلفه، وان حصل بغير تفريط ففيه روايتان

(إحداهما) ينفسخ البيع ويكون من ضمان أهل الغنيمة فان كان الثمن لم يؤخذ من المشتري سقط عنه وان كان أخذ منه رد اليه لان القبض لم يكمل لكون المال في دار الحرب غير محرز وكونه على خطر من العدو فأشبه الثمر المبيع على رءوس الشجر اذا تلف قبل الجذاذ

(والثانية) هو من ضمان المشتري وعليه ثمنه وهذا أكثر الروايات عن احمد واختاره الخلال وابو بكر صاحبه وهو مذهب الشافعي لانه مال مقبوض أبيح لمشتريه فكان ضمانه عليه كما لو أحرز إلى دار الاسلام ولان أخذ العدو له تلف فلم يضمنه البائع كسائر انواع التلف، ولان نماءه للمشتري فكان ضمانه عليه لقول النبي ﷺ « الخراج بالضمان »

(فصل) وإذا قسمت الغنائم في دار الحرب جاز ان أخذ سهمه التصرف فيه بالبيع وغيره فان باع بعضهم بعضاً شيئاً منها فغلب عليه العدو ففي ضمان البائع له وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها، وإن اشتراه مشتر من المشتري فكذلك فاذا قلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثاني على البائع الاول بما رجع به عليه

(فصل) قال احمد في الرجل يشتري الجارية من المغنم معها الحلي في عنقها والثياب: يرد ذلك في

دفعه إلى كل المستحقين كالميراث فعلى هذا يبعث الامام إلي عماله في الاقاليم وينظر كم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع الى مستحقه كالميراث وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يوجد في بعض الاقاليم فلو لم ينقل لادى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض قال شيخنا والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بعث الامام عماله فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في بعض بلاد الاسلام ولم يبق له جهة في الغزو ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده

(فصل) ويستوي فيه غنيهم وفقيرهم، وهذا قول الشافعي وأبي ثور. وقيل يختص بالفقير كبقية السهام.

ولنا عموم قوله تعالى (ولذي القربى) وهو عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ولان النبي ﷺ كان يعطي أقاربه كلهم وفيهم الغني كالعباس وغيره ولم ينقل عنه تخصيص الفقراء منهم ولانه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث والوصية للاقارب ولان عثمان وجبيراً طلبا حقهما وسألا عن علة المنع لهما ولاقاربهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم

المغنم الا شيئا تلبسه من قميص ومقنعة وازار وهذا قول حكيم بن حزام ومكحول ويزيد بن ابي مالك والمتوكل وإسحاق وابن المنذر ويشبه قول الشافعي ، واحتج إسحاق بقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع » وقال الشعبي يجعله في بيت المال ، وكان مالك يرخص في اليسير كالقرطين وأشباههما ولا يرى ذلك في الكثير ويمكن أن يفصل القول في هذا فيقال ما كان عليها ظاهراً مرئياً يشاهده البائع والمشتري كالقرط والخاتم والقلادة فهو للمشتري لان الظاهر أن البائع إنما باعها بما عليها والمشتري اشتراها بذلك فيدخل في البيع كثياب البذلة وحلية السيف، وماخفي فلم يعلم به البائع رده لان البيع وقع عليها بدونه فلم يدخل في البيع كجارية أخرى

(فصل) قال احمد لايجوز لامير الجيش أن يشتري من مغنم المسلمين شيئاً لانه يحابا ولان عمر رد ما اشتراه ابنه في غزوة جلولاء ، وقال انه يحابا احتج به احمد ولانه هو البائع او وكيله فكأنه يشتري من نفسه او وكيل نفسه ، قال ابو داود قيل لابي عبد الله إذا قوم اصحاب المغانم شيئاً معروفا فقالوا في جلود المعاعز بكذا والخرفان بكذا يحتاج اليه يأخذه بتلك القيمة ، ولا يأتي المغانم فرخص فيه ، وذلك لانه يشق الاستئذان فيه فسومح فيه كما سومح في دخول الحمام وركوب شفينة الملاح من غير تقدير أجر

وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ولوكان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه ولعل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما

(فصل) والسهم الثالث لليتامى واليتيم الذي لا أب له ولم يبلغ الحلم لقول النبي « لا يتم بعد احتلام » قال بعض أصحابنا لايستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لايستحق والمال أنفع من وجود الاب ، ولانه صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتيم يطلق عليهم في العرف للرحمة ومن كان اعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة وفارق ذوي القربى فانهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق . قال شيخنا : ولم أعلم هذا نصا عن احمد والآية تقتضي تعميمهم وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر أنه للغني والفقير لعموم النص في كل يتيم ولانه لو خص به الفقير لكان داخلا في جملة المساكين الذين هم اصحاب السهم الرابع وكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم ، وقال أصحابنا ويفرقه الامام في جميع الأقطار ولا يختص به أهل ذلك المغزى ، والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه :

(فصل) والسهم الرابع للمساكين للآية وهم اهل الحاجة فيدخل فيهم الفقراء فالفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وإنما يقع التميز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك الا في الزكاة ، وقد ذكرناهم في أصنافها . قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم في جميع

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حورب العدو لم يحرقوا بالنار)

أما العدو اذا قدر عليه فلا يجوز تحريقه بالنار بغير خلاف نعلمه وقد كان ابو بكر رضي الله عنه يأمر بتحريق أهل الردة بالنار وفعل ذلك خالد بن الوليد بامره فاما اليوم فلا أعلم فيه بين الناس خلافا وقد روى حمزة الاسلمي ان رسول الله ﷺ أمره على سرية فقال فخرجت فيها فقال « إن أخذتم فلاناً فأحرقوه بالنار فوليت فناداني فرجعت فقال « ان أخذتم فلاناً فاقتلوه ولا تحرقوه فانه لا يعذب بالنار إلا رب النار » رواه ابو داود وسعيد وروى أحاديث سواه في هذا المعنى

وروى البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ نحو حديث حمزة فأما رميهم قبل أخذهم بالنار فان أمكن أخذهم بدونها لم يجز رميهم بها لانهم في معنى المقدور عليه ، وأما عند العجز عنهم بغيرها فجائز في قول أكثر أهل العلم وبه قال الثوري والاوزاعي والشافعي

وروى سعيد باسناده عن صفوان بن عمرو وجرير بن عثمان ان جنادة بن أمية الازدي وعبدالله بن قيس الفزاري وغيرهما من ولاة البحرين ومن بعدهم كانوا يرمون العدو من الروم وغيرهم بالنار يحرقونهم هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء . قال عبد الله بن قيس لم يزل أمر المسلمين على ذلك

البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم القول في ذلك ولان تعميمهم يتعذر فلم يجب كما لا يجب تعميمهم في الزكاة

(فصل) والسهم الخامس لأبناء السبيل وقد ذكرناه في الزكاة ويعطى كل واحد منهم قدر ما يصل به إلى بلده كما ذكرنا في الزكاة فان اجتمع في واحد أسباب كالمسكين واليتيم وابن السبيل استحق بكل واحد منها لانها اسباب لاحكام فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت، فان أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئاً

(فصل) ولا حق في الخمس لكافر لانه عطية من الله تعالى فلم يكن لكافر فيه حق كالزكاة ولا لعبد لان ما يعطاه لسيده فكانت العطية لسيده دونه

﴿مسئلة﴾ (ثم يعطي النفل بعد ذلك)

لانه حق ينفرد به بعض الغانمين فقدم على القسمة كالاسلاب والنفل من اربعة اخماس الغنيمة وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (ويرضخ لمن لا سهم له وهم العبيد والنساء والصبيان)

ومعنى الرضخ أن يعطوا شيئاً من الغنيمة دون السهم ولا تقدير لما يعطونه بل ذلك الى اجتهاد الامام فان رأى التسوية بينهم سوى، وان رأى التفضيل فضل وهذا قول اكثر العلماء منهم سعيد ابن المسيب والثوري والليث واسحاق والشافعي وبه قال مالك في المرأة والعبد وروي عن ابن عباس

(فصل) وكذلك الحكم في فتح البثوق عليهم ليغرقهم ان قدر عليهم بغيره لم يجز اذا تضمن ذلك اتلاف النساء والذرية الذين يحرم اتلافهم قصداً ، وإن لم يقدر عليهم إلا به جاز كما يجوز البيات المتضمن لذلك ويجوز نصب المنجنيق عليهم وظاهر كلام احمد جوازه مع الحاجة وعدمها لان النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف ، وممن رأى ذلك الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن المنذر جاء الحديث عن النبي ﷺ انه نصب المنجنيق على أهل الطائف وعن عمرو بن العاص انه نصب المنجنيق على أهل الاسكندرية ولان القتال به معتاد فأشبه الرمي بالسهام

(فصل) ويجوز تبييت الكفار وهو كبسهم ليلا وقتلهم وهم غارون قال احمد لا بأس بالبيات وهل غزو الروم إلا البيات؟ قال ولا نعلم أحداً كره بيات العدو . وقرأ عليه سفيان عن الزهري عن عبد الله عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن الديار من المشركين نبيتهم فنصيب من نسائهم وذراريهم فقال « هم منهم » فقال اسناد جيد فان قيل فقد نهى النبي ﷺ عن قتل النساء والذرية قلنا هذا محمول على التعمد لقتلهم ، قال احمد اما أن يتعمد قتلهم فلا قال وحديث الصعب بعد نهيه عن قتل النساء لان نهيه عن قتل النساء حين بعث الى ابن ابي الحقيق وعلى ان الجمع بينهما ممكن يحمل النهي على التعمد والاباحة على ماعداه

وقال أبو ثور يسهم للعبد ، وروي عن عمر بن عبد العزيز والحسن والنخعي لماروي عن الاسود بن يزيد انه شهد فتح القادسية عبيد فضرب لهم سهامهم ولان حرمة العبد في الدين كحرمة الحر وفيه من الغناء مثل مافيه فوجب ان يسهم له كالحر وحكي عن الاوزاعي ليس للعبيد سهم ولا رضخ الا ان يجيئوا بغنيمة أويكون لهم غناء فيرضخ لهم قال ويسهم المرأة لماروى جبير بن زياد عن جدته أنها حضرت فتح خيبر قالت فاسهم لنا رسول الله ﷺ كما أسهم للرجال وأسهم أبو موسى في غزوة تستر لنسوة معه ، وقال ابو بكر بن أبي مريم أسهم للنساء يوم اليرموك ، وروى سعيد باسناده عن ابن شبل ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب لسهلة بنت عاصم يوم حنين فقال رجل من القوم أعطيت سهلة مثل سهمي .

ولنا ماروى ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ يغزوا بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة واما سهم فلم يضرب لهن رواه مسلم ، وروى سعيد عن يزيد بن هارون ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن المرأة والمملوك يحضران الفتح الهما من الغنيمة شيء؟ وفي رواية ليس لهما سهم وقد يرضخ لهما وعن عمير مولى أبي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي فكلموا في رسول الله ﷺ فاخبر أني مملوك فأمر لي بشيء من خرثي المتاع رواه أبوداود واحتج به أحمد ولانهما ليسا من أهل وجوب القتال اشبها الصبي فأما ماروي في سهام النساء فيحتمل ان الراوي سمي الرضخ سهما بدليل ان في حديث حشرج انه جعل لهن نصيبا تمراً ولو كان سهما ما اختص التمر ولان خيبر قسمت على أهل

(فصل) قال الاوزاعي اذا كان في المطمورة العدو فعلمت انك تقدر عليهم بغير النار فاحب إلى أن يكف عن النار وإن لم يمكن ذلك وأبوا أن يخرجوا فلا أرى باساً وان كان معهم ذرية قد كان المسلمون يقاتلون بها ونحو ذلك قال سفيان وهشام ويدخن عليهم قال احمد أهل الشام أعلم بهذا

(فصل) وإن تترسوا في الحرب بنسائهم وصبيانهم جاز رميهم ويقصد المقاتلة لان النبي ﷺ رماهم بالمنجنيق ومعهم النساء والصبيان ولان كف المسلمين عنهم يفضي إلى تعطيل الجهاد لانهم متى علموا ذلك تترسوا بهم عند خوفهم فينقطع الجهاد وسواء كانت الحرب ملتحمة أو غير ملتحمة لان النبي ﷺ لم يكن يتحين بالرمي حال التحام الحرب

(فصل) ولو وقفت امرأة في صف الكفار او على حصنهم فشتمت المسلمين او تكشفت لهم جاز رميها قصداً لما روى سعيد حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة قال : لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقال « هادونكم فارموها » فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ويجوز النظر إلى فرجها للحاجة الى رميها لان ذلك من ضرورة رميها وكذلك يجوز رميها اذا كانت تلتقط لهم السهام او تسقيهم الماء او تحرضهم على القتال لانها في حكم المقاتل وهكذا الحكم في الصبي والشيخ وسائر من منع من قتله منهم

الحديبية نثر مخصوصين في غير حديثها ولم يذكرن منهم ويحتمل انه أسهم لهن مثل سهم الرجال من التمر خاصة أو من المتاع دون الارض وأما حديث سهلة فان في الحديث انها ولدت فأعطاها النبي ﷺ لها ولولدها فبلغ رضخهما سهم رجل ولذلك عجب الرجل فقال اعطيت سهلة مثل سهمي ولو كان هذا مشهوراً من فعل النبي ﷺ ماعجب منه

(فصل) والمدبر والمكاتب كالقن لانهم عبيد فمن عتق منهم قبل تقضي الحرب أسهم له وكذلك ان قتل سيد المدبر قبل تقضي الحرب فخرج من الثلث فأما من بعضه حر فقال أبو بكر يرضخ له بقدر مافيه من الرق ويسهم له بقدر مافيه من الحرية فاذا كان نصفه حراً أعطي نصف سهم ونصف رضخ لان هذا مما يمكن تبعيضه فقسم على قدر مافيه من الحرية والرق كالميراث وظاهر كلام أحمد انه يرضخ له لانه ليس من أهل وجوب القتال فأشبه الرقيق

(فصل) والخنثى المشكل يرضخ له لانه لم يثبت انه رجل فيسهم له ولانه ليس من أهل وجوب الجهاد فأشبه المرأة ويحتمل ان يقسم له نصف سهم ونصف الرضخ كالميراث فان انكشف حاله فتبين انه رجل اتم له سهم رجل سواء انكشف قبل تقضي الحرب أو بعده أو قبل القسمة أو بعدها لانا تبينا انه كان مستحقاً للسهم وانه أعطي دون حقه فأشبه مالو أعطي بعض الرجال دون حقه غلطاً

(فصل) والصبي يرضخ له وبه قال الثوري والليث وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وعن القاسم في الصبي يغزو انه ليس له شيء وقال مالك يسهم له إذا قاتل وأطاق ذلك ومثله قد بلغ القتال لانه حر

(فصل) وان تترسوا بمسلم ولم تدع حاجة إلى رميهم لكون الحرب غير قائمة او لامكان القدرة عليهم بدونه او للامن من شرهم لم يجز رميهم، فان رماهم فأصاب مسلماً فعليه ضمانه، وان دعت الحاجة إلى رميهم للخوف على المسلمين جاز رميهم لانها حال ضرورة ويقصد الكفار، وإن لم يخف على المسلمين لكن لم يقدر عليهم إلا بالرمي فقال الاوزاعي والليث لايجوز رميهم لقول الله تعالى (ولولا رجال مؤمنون) الآية قال الليث ترك فتح حصن يقدر على فتحه افضل من قتل مسلم بغير حق وقال الاوزاعي كيف يرمون من لايرونه؟ إنما يرمون أطفال المسلمين ، وقال القاضي والشافعي يجوز رميهم إذا كانت الحرب قائمة لان تركه يفضي إلى تعطيل الجهاد فعلى هذا ان قتل مسلما فعليه الكفارة وفي الدية على عاقلته روايتان

(إحداهما) يجب لانه قتل مؤمناً خطأ فيدخل في عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله)

(والثانية) لادية له لانه قتل في دار الحرب برمي مباح فيدخل في عموم قوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية وقال ابو حنيفة لادية له ولا كفارة فيه لانه رمي أبيح مع العلم بحقيقة الحال فلم يوجب شيئاً كرمي من ابيح دمه

ولنا الآية المذكورة وانه قتل معصوما بالايمان والقاتل من اهل الضمان فأشبه مالو لم يتترس به

ذكر مقاتل فيسهم له كالرجل وقال الاوزاعي يسهم له وقال أسهم رسول الله ﷺ للصبيان بخيبر واسهم أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب وروى الجوزجاني باسناده عن الوضين بن عطاء قال حدثتني جدتي قالت كنت مع حبيب بن سلمة وكان يسهم لامهات الاولاد لما في بطونهن

ولنا ماروي عن سعيد بن المسيب قال كان الصبيان والعبيد يحذون من الغنيمة اذا حضروا الغزو في صدر هذه الامة و روى الجوزجاني باسناده ان تميم بن فرع المهري كان في الجيش الذي فتح الاسكندرية في المرة الاخيرة قال فلم يقسم لي عمرو من الفيء شيئاً وقال غلام لم يحتلم حتى كاد يكون بين قومي وبين اناس من قريش لذلك ثائرة فقال بعض القوم فيكم اناس من أصحاب رسول الله ﷺ فاسألوهم فسألوا أبا نضرة الغفاري وعقبة بن عامر فقالوا أنظروا فان كان قد أشعر فاقسموا له فنظر الي بعض القوم فاذا انا قد انبت فقسم لي قال الجوزجاني هذا من مشاهير حديث مضر وجيده ولانه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالعبد ولم يثبت ان النبي ﷺ قسم لصبي بل كان لا يجيزهم في القتال قال ابن عمر عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن اربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني وماذكروه يحتمل ان الراوي سمي الرضخ سهما بدليل ماذكرناه

(فصل) فان انفرد بالغنيمة من لايسهم له مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا أو صبيان أو

(مسئلة) قال (ولا يغرقوا النحل)

وجملته ان تغريق النحل وتحريقه لايجوز في قول عامة اهل العلم منهم الاوزاعي و الليث والشافعي وقيل لمالك أنحرق بيوت نحلهم ؟ قال اما النحل فلا أدري ماهو ؟ ومقتضى مذهب ابي حنيفة اباحته لان فيه غيظاً لهم و اضعافا فأشبه قتل بهائمهم حال قتالهم

ولنا ماروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال ليزيد بن ابي سفيان وهو يوصيه حين بعثه أميراً على القتال بالشام ولاتحرقن نحلا ولا تغرقنه ، وروي عن ابن مسعود انه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها فقال لعلك حرقت حرثا ؟ قال نعم قال لعلك غرقت نحلا ؟ قال نعم قال لعلك قتلت صبياً ؟ قال نعم قال ليكن غزوك كفافا أخرجها سعيد ونحو ذلك عن ثوبان ، وقد ثبت ان رسول الله ﷺ نهى عن قتل النحلة ونهى أن يقتل شيء من الدواب صبراً ولانه افساد فيدخل في عموم قوله تعالى (واذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لايحب الفساد) ولانه حيوان ذو روح فلم يجز قتله لغيظ المشركين كنسائهم وصبيانهم . وأما أخذ العسل وأكله فمباح لانه من الطعام المباح

عبيد وصبيان أخذ خمسه ومابقي لهم فيحتمل ان يقسم بينهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم لأنهم تساووا فاشبهوا الرجال الاحرار ويحتمل ان يقسم بينهم على مايراه الامام من المفاضلة لانه لاتجب التسوية بينهم مع غيرهم فلا تجب مع الانفراد قياسا لاحدى الحالتين على الاخرى، وان كان فيهم رجل حر أعطي سهما وفضل عليهم بقدر مايفضل الاحرار على العبيد والصبيان في غير هذا الموضع ويقسم الباقي بين من بقي على مايراه الامام من التفضيل لان فيهم من له سهم بخلاف التي قبلها

(مسئلة) (وفي الكافر روايتان احداهما يرضخ له والاخرى يسهم له)

اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الامام باذنه فروي عن احمد أنه يسهم له كالمسلم وبهذا قال الزهري والاوزاعي والثوري واسحاق قال الجوزجاني هذا قول أهل الثغور وأهل العلم بالصوائف والبعوث وعن أحمد لايسهم له وهو مذهب مالك وابي حنيفة والشافعي لانه من غير اهل الجهاد فلم يسهم له ولكن يرضخ له كالعبد

ولنا ماروى الزهري ان رسول الله ﷺ استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم رواه سعيد في سننه وروي ان صفوان بن أمية خرج مع النبي ﷺ يوم حنين وهو على شركه فأسهم له واعطاه من سهم المؤلفة ولان الكفر نقص في الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق وبهذا فارق العبد فان نقصه في دنياه واحكامه، وان غزا بغير اذن الامام فلا سهم له لانه غير مأمون على الدين فهو كالمرجف وشر منه وان غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا احتمل ان تكون غنيمتهم لهم لاخمس

« مسئلة » قال (ولا يعقر شاة ولا دابة إلا لأكل لا بد لهم منهم)

أما عقر دوابهم في غير حال الحرب لمغايظتهم والافساد عليهم فلا يجوز سواء خفنا أخذهم لها او لم نخف وبهذا قال الاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وقال ابو حنيفة ومالك يجوز لان فيه غيظاً لهم واضعافا لقوتهم فأشبه قتلها حال قتالهم

ولنا ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في وصيته ليزيد حين بعثه أميراً يايزيد لاتقتل صبياً ولا امرأة ولا هرما ولا تخربن عامراً ولا تعقرن شجراً مثمراً ولا دابة عجماء ولا شاة الا لمأكلة ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه ولا تغلل ولاتجبن ولأن النبي ﷺ نهى عن قتل شيء من الدواب صبراً ولانه حيوان ذو حرمة فأشبه النساء والصبيان ، واما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيف أمكن بخلاف حالهم اذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيات في البيات وفي المطمورة اذا لم يتعمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم وقتل بهائمهم يتوصل به الى قتلهم وهزيمتهم وقد ذكرنا حديث المددي الذي عقر بالرومي فرسه، وروي ان حنظلة بن الراهب عقر فرس ابي سفيان به يوم أحد فرمت به فخلصه ابن شعوب وليس في هذا خلاف

(فصل) فاما عقرها للأكل فان كانت الحاجة داعية اليه ولا بد منه فمباح بغير خلاف لأن

فيها لان هذا اكتساب مباح لم يوجد على وجه الجهاد فكان لهم لاخمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب ويحتمل ان يؤخذ خمسه والباقي لهم لانه غنيمة قوم من اهل دار الاسلام فأشبهت غنيمة المسلمين

﴿مسئلة﴾ (ولا يبلغ بالرضخ للراجل سهم راجل ولا للفارس سهم فارس)

كما لا يبلغ بالتعزير الحد ولا بالحكومة دية العضو ، ويقسم الامام بين أهل الرضخ كما يرى فيفضل العبد المقاتل ذو البأس على من ليس مثله ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقي الماء وتداوي الجرحى وتنفع على غيرها ، فان قيل هلا سويتم بينهم كما سويتم بين اهل السهمان ؟ قلنا السهم منصوص عليه غير موكول الى الاجتهاد فلم يختلف كالحد ودية الحر ، والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود إلى اجتهاد الامام فاختلف كالتعزير وقيمة العبد والرضخ بعد الخمس في أحد الوجهين ، وفيه وجه آخر انه من أصل الغنيمة وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (فان تغيرت حالهم قبل تقضي الحرب أسهم لهم)

يعني ان بلغ الصبي أو عتق العبد أو أسلم الكافر أسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة وهم من أهل القتال فأسهم لهم كغيرهم ولقول عمر رضي الله عنه :الغنيمة لمن شهد الوقعة

﴿ مسئلة ﴾ (وان غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس ورضخ للعبد)

أما الرضخ للعبد فلما تقدم. وأما الفرس الذي تحته فيستحق مالكها سهمها ، فان كان معه فرسان

الحاجة تبيح مال المعصوم فمال الكافر أولى، وإن لم تكن الحاجة داعية اليه نظرنا ، فان كان الحيوان لايراد إلا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيد فحكمه حكم الطعام في قول الجميع لانه لايراد لغير الاكل وتقل قيمته فاشبه الطعام، وإن كان مما يحتاج اليه في القتال كالخيل لم يبح ذبحه للأكل في قولهم جميعاً، وإن كان غير ذلك كالغنم والبقر لم يبح في قول الخرقي وقال القاضي ظاهر كلام احمد إباحته لان هذا الحيوان مثل الطعام في باب الاكل والقوت فكان مثله في اباحته

واذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده لانه انما أبيح له مايأكله دون غيره ، قال عبد الرحمن بن معاذ بن جبل : كلوا لحم الشاة وردوا اهابها الى المغنم ، ولان هذا حيوان مأكول فابيح أكله كالطير

ووجه قول الخرقي ماروى سعيد ثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن ثعلبة بن الحكم قال أصبنا غنما للعدو فانتهبنا فنصبنا قدورنا فمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدور وهي تغلي فأمر بها فاكفئت ثم قال لهم « ان النهبة لاتحل » ولان هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها إلى دار الاسلام بخلاف الطير والطعام لكن ان أذن الامير فيها جاز لما روى عطية بن قيس قال : كنا اذا خرجنا في سرية فاصبنا غنما نادى منادي الامام ألا من أراد ان يتناول شيئاً من هذه الغنم فليتناول انا لانستطيع سياقتها . رواه سعيد وكذلك إن قسمها لما روى معاذ قال : غزونا مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فاصبنا غنما فقسم بيننا النبي صلى الله عليه وسلم طائفة وجعل بقيتها في المغنم . رواه ابو داود

أو أكثر أسهم لفرسين كما لو كانتا مع السيد .ويرضخ للعبد نص على هذا أحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعي لايسهم للفرس لانه تحت من لايسهم له فلم يسهم له كما لو كان تحت مخذل

ولنا انه فرس حضر الوقعة وقوتل عليه فأسهم له كما لو كان السيد راكبه .اذا ثبت هذا فان سهم الفرس ورضخ العبد لسيده لانه مالكه ومالك فرسه وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه ، وفارق فرس المخذل لان الفرس له فاذا لم يستحق شيئاً بحضوره فلأن لا يستحق بحضور فرسه أولى

(فصل) فان غزا الصبي على فرس أو المرأة أو الكافر اذا قلنا لا يسهم له لم يسهم للفرس في ظاهر قول أصحابنا لانهم قالوا لا يبلغ بالرضخ للفرس سهم فارس وظاهر هذا انه يرضخ له ولفرسه ما لم يبلغ سهم الفارس ، ولان سهم الفرس له فاذا لم يستحق السهم بحضوره فبفرسه أولى بخلاف العبد فان الفرس لغيره

(فصل) وان غزا المخذل أو المرجف على فرس فلا شيء له ولا للفرس لما ذكرنا ، وان غزا العبد بغير إذن سيده لم يرضخ له لانه عاص بغزوه فهو كالمخذل والمرجف ، وان غزا الرجل بغير اذن والديه أو بغير اذن غريمه استحق السهم لان الجهاد تعين عليه بحضور الصف فلا يبقى عاصياً به بخلاف العبد

(فصل) ومن استعار فرساً ليغزو عليه فسهم الفرس للمستعير وبهذا قال الشافعي لانه متمكن

وقال سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن عبيد أن رجلا نحر جزوراً بارض الروم فلما بردت قال يا أيها الناس خذوا من لحم هذه الجزور فقد أذنا لكم فقال مكحول ياغساني ألا تأتينا من لحم هذه الجزور ؟ فقال الغساني يا أبا عبد الله : أما ترى عليهـا من النهبى ؟ قال مكحول لانهبى في المأذون فيه

(فصل) ولم يفرق أصحابنا بين جميع البهائم في هذه المسئلة ويقوى عندي ان ماعجز المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار في القتال كالخيل جاز عقره واتلافه لانه مما يحرم إيصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم، وإن كان مما يصلح للاكل فللمسلمين ذبحه والاكل منه مع الحاجة وعدمها وما عدا هذين القسمين لايجوز اتلافه لانه مجرد افساد واتلاف وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم الا أن يكونوا يفعلون ذلك في بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا)

وجملته ان الشجر والزرع ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) ماتدعو الحاجة الى اتلافه كالذي يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يسترون

من الغزو عليه باذن صحيح شرعي أشبه مالو استأجره

وعن احمد ان سهم الفرس لمالكه لانه من نمائه فأشبه ولده وبهذا قال بعض الحنفية ، وقال بعضهم لاسهم للفرس لان مالكه لم يستحق سهما فلم يستحق الفرس شيئا كالمخذل والمرجف، والاول أصح لانه فرس قاتل عليه من يستحق سهما وهو مالك نفعه فاستحق سهم الفرس كالمستأجر ولان سهم الفرس مستحق بمنفعته وهي للمستعير باذن المالك فيها ، وفارق النماء فانه غير مأذون فيه ، فأما ان استعاره لغير الغزو ثم غزا عليه فهو كالفرس المغصوب على ماسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) فان استأجر فرساً للغزو فغزا عليه فسهم الفرس له ،

لا نعلم فيه خلافا لانه مستحق لنفعه استحقاقا لازماً أشبه المالك وان كان المستأجر والمستعير ممن لاسهم له إما لكونه لاشيء له كالمخذل والمرجف أو ممن يرضخ له كالصبي فحكمه حكم فرسه على ما ذكرنا ، وان غزا على فرس حبيس فسهم الفرس له كما لو استأجره

(فصل) ينبغي أن يقدم قسم أربعة الأخماس على قسم الخمس لان أهلها حاضرون وأهل الخمس غائبون ولان رجوع الغانمين إلى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة وأهل الخمس في اوطانهم ، ولان الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعبهم وأهل الخمس بخلاف ذلك فكان الغانمون أولى بالتقديم ، ولان الغنيمة إذا قسمت بين الغانمين أخذ كل واحد نصيبه فكفي الامام همه ومؤنته بخلاف الخمس

به من المسلمين او يحتاج الى قطعه لتوسعة طريق أو تمكن من قتال او سد بثق او اصلاح طريق او ستارة منجنيق او غيره اويكونون يفعلون ذلك بنا فيفعل بهم ذلك لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف نعلمه

(الثاني) مايتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم او يستظلون به او يأكلون من ثمره أو تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فاذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم لما فيه من الاضرار بالمسلمين (الثالث) ماعدا هذين القسمين مما لاضرر فيه بالمسلمين ولا نفع سوى غيظ الكفار والاضرار بهم ففيه روايتان

(احداهما) لايجوز لحديث ابي بكر ووصيته وقد روي نحو ذلك مرفوعا الى النبي ﷺ ولان فيه اتلافا محضاً فلم يجز كعقر الحيوان وبهذا قال الاوزاعي والليث وابو ثور

(والرواية الثانية) يجوز وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، قال اسحاق التحريق سنة اذا كان أنكى في العدو لقول الله تعالى (ماقطعتم من لينة او تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين)

وروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ حرق نخل بني النضير وقطع وهو البويرة فأنزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة) ولها يقول حسان

وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير

فان الامام لايكتفي مؤنته بقسمه فلا تحصل الفائدة به ، ولان الخمس لا يمكن قسمه بين أهله كلهم لانه يحتاج إلى معرفتهم وعددهم ولا يمكن ذلك مع غيبتهم ، ولان الغانمين ينتفعون بسهامهم ويتمكنون من التصرف فيها والله تعالى اعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقسم باقي الغنيمة للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه)

اجمع اهل العلم على ان للغانمين أربعة أخماس الغنيمة ، وقد دل النص على ذلك بقوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يفهم منه ان اربعة أخماسها الباقية لهم لانه اضافها اليهم ثم أخذ منها سهما لغيرهم فبقي سائرها لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ففهم منه ان الباقي للاب وقال عمر رضي الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة

(فصل) (ويقسم بينهم للرجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه)

هذا قول أكثر اهل العلم ان الغنيمة تقسم للفارس ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان وللراجل سهم ، قال ابن المنذر هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعوام علماء الاسلام في القديم والحديث منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة والثوري ومن وافقه من اهل العراق والليث ومن تبعه من اهل مصر والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابو يوسف ومحمد، وقال ابو حنيفة للفرس سهم واحد لما روى مجمع بن حارثة ان رسول الله ﷺ قسم خيبر على اهل الحديبية فأعطى الفارس

متفق عليه ، وعن الزهري قال فحدثني أسامة أن رسول الله ﷺ كان عهد اليه فقال «أغر على أبناء صباحا وحرق» رواه أبو داود ، قيل لأبي مسهر أبنا قال نحن أعلم هي يبنا فلسطين والصحيح أنها أبناء كما جاءت الرواية وهي قرية من أرض الكرك في أطراف الشام في الناحية التي قتل فيها أبوه ، فأما يبنا فهي من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليصل اليها ولا يأمره النبي ﷺ بالاغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير اليها لتوسطها في البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان النبي ﷺ ليامره بالتغرير بالمسلمين فكيف يحمل الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى؟

(مسئلة) قال (ولا يتزوج في أرض العدو الا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم ومن اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج وهو في أرضهم)

يعني والله أعلم من دخل أرض العدو بأمان فأما ان كان في جيش المسلمين فمباح له أن يتزوج وقد روي عن سعيد بن أبي هلال أنه بلغه ان رسول الله ﷺ زوج أبا بكر أسماء ابنة عميس وهم تحت الرايات أخرجه سعيد ولان الكفار لا يدلهم عليه فاشبه من في دار الاسلام

وأما الاسير فظاهر كلام أحمد أنه لا يحل له التزوج ما دام أسيراً لانه منعه من وطء امرأته إذا أسرت معه مع صحة نكاحها وهذا قول الزهري فانه قال لا يحل للاسير أن يتزوج ما كان

سهمين وأعطى الراجل سهما رواه ابو داود ولانه حيوان ذو سهم فلم يزد على سهم كالآدمي

ولنا ماروى ابن عمر ان رسول الله ﷺ اسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم سهمان لفرسه وسهم له متفق عليه وعن أبي رهم وأخيه أنهما كانا فارسين يوم خيبر فاعطيا ستة أسهم أربعة اسهم لفرسيهما وسهمين لهما رواه سعيد بن منصور وعن ابن عباس ان النبي ﷺ أعطى الفارس ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما وقال خالد الحذاء لايختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم هكذا للفرس سهمين ولصاحبه سهما وللراجل سهما، وكتب عمر بن عبدالعزيز إلى عبدالحميد بن عبدالرحمن: أما بعد فان سهمان الخيل فرض رسول الله ﷺ سهمين للفرس وسهما للراجل ولعمري لقد كان حديثا ماأشعر ان أحداً من المسلمين هم بانتقاص ذلك والسلام عليك رواهما سعيد والاثرم وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله ﷺ بهذا وأنه أجمع عليه فلا يعول على ماخالفه ، فاما حديث مجمع فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه وأعطى الراجل سهما يعني صاحبه فيكون ثلاثة أسهم على ان حديث ابن عمر أصح منه وقد وافقه حديث أبي رهم وأخيه وابن عباس وهؤلاء أحفظ وأعلم وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان وأخبروا عن انفسهم فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه أو حمله على ماذكرنا وقياس الفرس على الآدمي لا يصح لان أثرها في الحرب أكثر وكلفتها اعظم فينبغي ان يكون سهمها أكثر

في أيدي العدو وكره الحسن ان يتزوج ما دام في أرض المشركين لان الاسير إذا ولد له ولد كان رقيقا لهم ولا يأمن ان يطأ امرأته غيره منهم ، وسئل احمد عن أسير إشتريت معه امرأته أيطؤها ؟ فقال كيف يطؤها فلعل غيره منهم يطؤها قال الاثرم قلت له ولعلها تعلق بولد فيكون معهم قال وهذا ايضا ، واما الذي يدخل اليهم بامان كالتاجر ونحوه فهو الذى اراد الخرقي ان شاء الله تعالى فلا ينبغي له التزوج لانه لا يأمن ان تاتي امرأته بولد فيستولى عليه الكفار وربما نشاء بينهم فيصير على دينهم فان غلبت عليه الشهوة ابيح له نكاح مسلمة لانها حال ضرورة ويعزل عنها كيلا تاتي بولد ولا يتزوج منهم لان امراته إذا كانت منهم غلبته على ولدها فيتبعها على دينها وقال القاضي في قول الخرقي:هذا نهي كراهة لا نهي تحريم لان الله تعالى قال (واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم) ولان الاصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم وانما كرهنا له التزوج منهم مخافة ان يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففي تزويجه تعريض لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم لان الظاهر ان امرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما ان حكم الاسلام تغليب الاسلام فيما إذا اسلم احد الابوين او تزوج المسلم ذمية وإذا اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج في ارضهم مخافة ان يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه

﴿مسئلة﴾ (إلا ان يكون فرسه هجينا او برذونا فيكون له سهم وعنه له سهمان كالعربي)

الهجين الذي ابوه عربي وامه برذونة والعربي بالعكس قالت هند بنت النعمان ابن[1] بشير

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل

فان ولدت مهراً كريماً فبالحري ... وان يك اقراف فما أنجب الفحل

وقد حكي عن احمد انه قال الهجين البرذون واختلفت الرواية عنه في سهمانها فقال الخلال تواترت الروايات عن ابي عبدالله في سهام البرذون انه سهم واحد واختاره ابو بكر والخرقي وهو قول الحسن ، قال الخلال وروى عنه ثلاثة منقطعون انه يسهم للبرذون سهم العربي اختاره الخلال وبه قال عمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي والثوري لان الله تعالى قال(والخيل والبغال) وهذا من الخيل، ولان الرواة رووا ان النبي ﷺ اسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهما وهذا عام في كل فرس ولانه حيوان ذو سهم فاستوى فيه العربي وغيره كالآدمي وحكى ابو بكر عن احمد رواية ثالثة ان البرازين ان ادركت ادراك العراب اسهم لها سهم العربي والا فلا وهذا قول ابن ابي شيبة وابن ابي خثيمة وأبي ايوب و الجوزجاني لانها من الخيل وقد عملت عمل العراب فاعطيت سهما كالعربي وحكى القاضي رواية رابعة أنها لاسهم لها وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمي لانه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب فاشبه البغال ويحتمل ان تكون هذه الرواية فيما لايقارب العتاق منها لما روى الجوزجاني باسناده عن أبي موسى أنه كتب إلى عمر بن الخطاب انا وجدنا بالعراق خيلا عرابا دكنا فما

(١) لعله ابن المنذر

﴿ فصل في الهجرة ﴾

وهي الخروج من دار الكفر إلى دار الاسلام قال الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الارض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها) الآيات ، وروي عن النبي ﷺ انه قال « انا بريء من مسلم بين مشركين لا تراءا ناراهما » رواه أبو داود ومعناه لا يكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا اوقدت في آي واخبار سوى هذين كثيرة وحكم الهجرة باق لا ينقطع إلى يوم القيامة في قول عامة أهل العلم وقال قوم قد انقطعت الهجرة لان النبي ﷺ قال « لا هجرة بعد الفتح » وقال « قد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية »

وروي أن صفوان بن أمية لما اسلم قيل له لا دين لمن لم يهاجر فأتي المدينة فقال له النبي ﷺ «ماجاء بك أبا وهب؟» قال قيل إنه لادين لمن لم يهاجر قال « ارجع أباوهب الى أباطح مكة أقروا على مساكنكم فقد انقطت الهجرة ولكن جهاد ونية» روى ذلك كله سعيد

ولنا ماروى معاوية قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لاتنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها» رواه أبوداود وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لاتنقطع الهجرة ماكان الجهاد» رواه سعيد وغيره مع اطلاق الآيات والاخبار الدالة عليها وتحقق المعنى

ترى يا أمير المؤمنين في سهمانها؟ فكتب اليه تلك البراذين ما قارب العتاق منها فاجعل له سهما واحداً وألغ ما سوى ذلك ووجه الاولى ماروى سعيد باسناده عن أبي الاقمر قال اغارت الخيل على الشام فادركت العراب من يومها وأدركت الكوادن ضحى الغدو على الخيل رجل من همدان يقال له المنذر ابن أبي حميضة فقال لا أجعل الذي أدرك من يومه مثل الذي لم يدرك ففضل الخيل العراب فقال عمر هبلت الوادعي امه امضوها على ماقال ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول وروى مكحول ان النبي ﷺ أعطي الفرس العربي سهمين وأعطى الهجين سهما رواه سعيد ولان نفع العربي وأثره في الحرب أكثر فيكون سهمه أرجح كتفاضل من يرضخ له وأما قولهم إنه من الخيل قلنا الخيل في أنفسها تتفاضل فتتفاضل سهامها وقولهم إن النبي ﷺ قسم للفرس سهمين من غير تفريق قلنا هذه قضية في عين لاعموم لها فيحتمل أنه لم يكن فيها برذون وهو الظاهر فانها من خيل العرب ولا براذين فيها ويدل على صحة ذلك أنهم لما وجدوا البراذين في العراق أشكل عليهم أمرها وأن عمر فرض لها سهما واحداً وأمضى ما قال المنذر بن أبي حميضة في تفضيل العراب عليها ولو خالفه لما سكت الصحابة عن انكاره عليه سيما وابنه هو راوي الخبر فكيف يخفى عليه ذلك؟ ويحتمل أنه فضل العراب فلم يذكر الراوي ذلك لغابة العراب وقلة البراذين وقد دل على ذلك التأويل خبر مكحول الذي رويناه

المقتضى لها في كل زمان، واما الاحاديث الاول فاراد بها لا هجرة بعد الفتح من بلد قد فتح وقوله لصفوان إن الهجرة قد انقطعت يعني من مكة لان الهجرة الخروج من بلد الكفار فاذا فتح لم يبق بلد الكفار فلاتبقى منه هجرة وهكذا كل بلد فتح لايبقى منه هجرة وانما الهجرة اليه إذا ثبت هذا فالناس في الهجرة على ثلاثة اضرب :

(احدها) من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولا يمكنه اظهار دينه ولا تمكنه اقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة لقول الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها ؟ فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا) وهذا وعيد شديد يدل على الوجوب ولأن القيام بواجب دينه واجب على من قدر عليه والهجرة من ضرورة الواجب وتتمته وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

(الثاني) من لاهجرة عليه وهو من يعجز عنها اما لمرض أو اكراه على الاقامة أوضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لاهجرة عليه لقول الله تعالى (الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لايستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله ان يعفو عنهم وكان الله عفواً غفورا) ولا توصف باستحباب لأنها غير مقدور عليها

وقياسها على الآدمي لايصح لان العربي منهم لاأثر له في الحرب زيادة على غيره بخلاف العربي من الخيل فانه يفضل على غيره والله أعلم

(فصل) ويعطى الراجل سهما بغير خلاف لما ذكرنا من الاخبار ولان الراجل لا يحتاج إلى مايحتاج اليه الفارس من النفقة ولا يغني كغنائه فاقتضى ان ينقص سهمه عن سهمه وسواء كانت الغنيمة من فتح مدينة أو حصن وبه قال الشافعي وقال الوليد بن مسلم سألت الاوزاعي عن اسهام الخيل من غنائم الحصون فقال كانت الولاة قبل عمر بن عبدالعزيز لايسهمون للخيل من الحصون ويجعلون الناس كلهم رجالة حتى ولي عمر فانكر ذلك وأمر باسهام الخيل من الحصون والمدائن ووجهه ان النبي ﷺ قسم غنائم خيبر ففضل الفارس وهي حصون ولان الخيل ربما احتيج اليها ان خرج أهل الحصن ويلزم صاحبه مؤنة له فاشبه الغنيمة من غير الحصن

﴿ مسألة ﴾ (ولا يسهم لأكثر من فرسين) .

يعني إذا كان مع الرجل خيل أسهم لفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما ولم يزد على ذلك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لايسهم لأكثر من فرس واحد لانه لايمكن أن يقاتل على أكثر منها فلم يسهم لما زاد عليها كالزائد على الفرسين .

ولنا ماروى الاوزاعي ان رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لايسهم للرجل فوق فرسين

(والثالث) من تستحب له ولا تجب عليه وهو من يقدر عليها لكنه يتمكن من اظهار دينه واقامته في دار الكفر فتستحب له ليتمكن من جهادهم وتكثير المسلمين ومعونتهم ويتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم ورؤية المنكر بينهم ولاتجب عليه لامكان اقامة واجب دينه بدون الهجرة وقد كان العباس عم النبي ﷺ مقيما بمكة مع اسلامه وروينا ان نعيم النحام حين أراد أن يهاجر جاءه قومه بنو عدي فقالوا له أقم عندنا وانت على دينك ونحن نمنعك ممن يريد أذاك واكفنا ماكنت تكفينا وكان يقوم بيتامى بني عدي وارامليهم فتخاف عن الهجرة مدة ثم هاجر بعد فقال له النبي ﷺ «قومك كانوا خيرا لك من قومي لي قومي أخرجوني وأرادوا قتلي وقومك حفظوك ومنعوك» فقال يارسول الله بل قومك أخرجوك إلى طاعة الله وجهاد عدوه وقومي ثبطوني عن الهجرة وطاعة الله أو نحو هذا القول

﴿ مسئلة ﴾ قال (من دخل الى أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم ولم يعاملهم بالربا)

أما تحريم الربا في دار الحرب فقد ذكرناه في الربا مع ان قول الله تعالى (وحرم الربا) وسائر الآيات والاخبار الدالة على تحريم الربا عامة تتناول الربا في كل مكان وزمان وأما خيانتهم فمحرمة لأنهم إنما أعطوه الامان مشروطا بتركه خيانتهم وامنه إياهم من نفسه وان لم يكن ذلك مذكوراً في اللفظ فهو معلوم في المعنى ولذلك من جاءنا منهم بامان فخاننا كان ناقضا لعهده. فاذا ثبت هذا لم تحل

وان كانت معه عشرة أفراس ، وعن أزهر بن عبد الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح ان يسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبها سهما فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهي جنائب رواهما سعيد ولان به إلى الثاني حاجة فان إدامة ركوب واحد تضعفه وتمنع القتال عليه فيسهم له كالاول بخلاف الثالث فانه مستغنى عنه .

﴿ مسئله ﴾ (ولا يسهم لغير الخيل ، وقال الخرقي من غزا على بعير لايقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان) .

أما ماعدا الخيل والابل من البغال والحمير والفيلة وغيرها فلا سهم لها وان عظم غناؤها وقامت مقام الخيل ، وذكر القاضي ان الفيلة حكمها حكم الهجين لها سهم ذكره في الاحكام السلطانية والاول أولى لأن النبي ﷺ لم يسهم لها ولا أحد من خلفائه ولانها مما لاتجوز المسابقة عليه بعوض فلم يسهم لها كالبقر، وأما الابل فقد روي عن احمد انه يسهم للبعير سهم ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره وحكي نحو هذا عن الحسن لان الله تعالى قال (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) ولانه خيل تجوز المسابقة عليه بعوض فيسهم له كالفرس . يحققه أن تجويز المسابقة بعوض إنما ابيح في ثلاثة أشياء دون غيرها لانها آلات الجهاد فأبيح أخذ الرهن في المسابقة بها تحريضاً على رباطها وتعلم الاتقان فيها ، وروي عن احمد مثل ما ذكر الخرقي وظاهر ذلك ان لايسهم للبعير مع امكان الغزو

له حيانتهم لانه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر وقد قال النبي ﷺ « المسلمون عند شروطهم » فان خانهم أوسرق منهم أو اقترض شيئا وجب عليه رد ما أخذ الى اربابه فان جاء أربابه الى دار الاسلام بامان أو ايمان رده عليهم والا بعث به اليهم لانه اخذه على وجه حرم عليه أخذه فلزمه رد ما أخذ كما لو أخذه من مال مسلم

(مسئلة) قال (ومن كان له مع المسلمين عهد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم ولم تسب ذراريهم ولم يسترقوا الا من ولد بعد نقضه)

وجملة ذلك ان اهل الذمة اذا نقضوا العهد او أخذ رجل الامان لنفسه وذريته ثم نقض العهد فانه يقتل رجالهم ولا تسبى ذراريهم الموجودون قبل النقض لان العهد شملهم جميعاً ودخلت فيهم الذرية والنقض انما وجد من رجالهم فتختص اباحة الدماء بهم ، ومن الممكن أن ينفرد الرجل بالعهد والامان دون ذريته وذريته دونه فجاز أن ينتقض العهد فيه دونهم ، والنقض انما وجد من الرجال البالغين دون الذرية فيجب أن يختص حكمه بهم. قال أحمد قالت امرأة علقمة لما ارتد ان كان علقمة ارتد فأنا لم أرتد ، وقال الحسن فيمن نقض العهد: ليس على الذرية شيء فأما من ولد فيهم بعد نقض العهد جاز استرقاقه لانه لم يثبت له أمان بحال وسواء فيما ذكرنا لحقوا بدار الحرب اوأقاموا

على فرس. إذا ثبت ذلك فلا يزاد على سهم البرذون لانه دونه ولا يسهم له إلا أن يشهد الوقعة عليه ويكون مما يمكن القتال عليه فأما هذه الابل الثقيلة التي لاتصلح إلا للحمل فلاتستحق شيئاً لان راكبها لايكر ولا يفر فهو ادنى حالا من الراجل ، واختار ابو الخطاب انه لاسهم له وهو قول الأكثرين قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان من غزا على بعير فله سهم راجل كذلك قال الحسن ومكحول والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان النبي ﷺ لم ينقل عنه انه اسهم لغير الخيل من البهائم وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيراً ولم تخل غزوة من غزواته من الابل بل هي كانت غالب دوابهم فلم ينقل انه اسهم لها ولو اسهم لها لنقل وكذلك من بعد النبي ﷺ من خلفائه وغيرهم مع كثرة غزواتهم لم ينقل عن احد منهم فيما علمناه انه اسهم لبعير ولو اسهم لم يخف ذلك ولانه لايمكن صاحبه الكر والفر فلم يسهم له كالبغل .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن دخل دار الحرب راجلا ثم ملك فرسا او استعاره او استأجره فشهد به الوقعة فله سهم فارس ومن دخل فارسا فنفق فرسه او شرد حتى تقضى الحرب فله سهم راجل) .

قال احمد ارى ان كل من شهد الوقعة على اي حالة كان يعطى ان كان فارسا ففارس وان كان راجلا فراجل لان عمر رضي الله عنه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وابو ثور وإسحاق ونحوه قال ابن عمر وقال ابو حنيفة الاعتبار بدخول دار الحرب فان دخل

بدار الاسلام . فأما نساؤهم فمن لحقت منهن بدار الحرب طائعة او وافقت زوجها في نقض العهد جاز سبيها لانها بالغة عاقلة نقضت العهد فأشبهت الرجل ومن لم تنقض العهد لم ينتقض عهدها بنقض زوجها

(فصل) فأما أهل الهدنة إذا نقضوا العهد حلت دماؤهم وأموالهم وسبي ذراريهم لان النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة وسبى ذراريهم وأخذ اموالهم حين نقضوا عهده ولما هادن قريشاً فنقضت عهده حل له منهم ما كان حرم عليه منهم ، ولان الهدنة عهد مؤقت ينتهي بانقضاء مدته فيزول بنقضه وفسخه كعقد الاجارة بخلاف عقد الذمة

(فصل) ومعنى الهدنة أن يعقد لاهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض وتسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة وذلك جائز بدليل قول الله تعالى (براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين) وقال سبحانه (وان جنحوا للسلم فاجنح لها)

وروى مروان ومسور بن مخرمة ان النبي ﷺ صالح سهيل بن عمرو بالحديبية على وضع القتال عشر سنين ولانه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادنهم حتى يقوى المسلمون ، ولا يجوز ذلك إلا للنظر للمسلمين . اما أن يكون بهم ضعف عن قتالهم واما أن يطمع في اسلامهم بهدنتهم اوفي أدائهم الجزية والتزامهم أحكام الملة او غير ذلك من المصالح . اذا ثبت هذا فانه لا تجوز المهادنة مطلقاً من غير تقدير مدة لانه يفضي إلى ترك الجهاد بالكلية ، ولا يجوز أن يشترط نقضها لمن شاء منهما لانه يفضي إلى

فارسا فله سهم فارس وإن نفق فرسه قبل القتال وإن دخل راجلا فله سهم الرجال وإن استفاد فرسا فقاتل عليه وعنه رواية اخرى كقولنا قال احمد كان سليمان بن موسى يعرضهم إذا ادركوا الفارس فارس والراجل راجل لانه دخل في الحرب بنية القتال فلا يتغير سهمه بذهاب دابته او حصول دابة له كما لو كان بعد القتال وقال الخرقي الاعتبار بحال احراز الغنيمة فان احرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل وإن احرزت وهو فارس فله سهم فارس فيحتمل انه أراد بحيازة الغنيمة الاستيلاء عليها فيكون كما ذكرنا ويحتمل أن يكون أراد جمع الغنيمه وضمها واحرازها وقد ذكرنا فيما اذا لحق مدد او هرب أسير بعد تقضي الحرب وقبل احراز الغنيمة هل يسهم له منها؟ على وجهين فيخرج ههنا مثل ذلك والله اعلم .

ولنا ان الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حالة القتال فيسهم له مع الوجود فيه ولا يسهم له مع العدم كالآدمي والاصل في هذا أن حالة استحقاق السهم حال تقضي الحرب بدليل قول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك بخلاف ماقبل ذلك فان الأموال في أيدي أصحابها فلا ندري هل يظفر بهم أولى ولانه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء لم يستحق شيئاً ولو وجد مدداً في تلك الحال استحقوا السهم فدل على أن الاعتبار بحالة الاستيلاء فوجب اعتباره دون غيره .

ضد المقصود منها ، وان شرط الامام لنفسه ذلك دونهم لم يجز أيضاً ذكره ابو بكر لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في البيع والنكاح

وقال القاضي والشافعي يصح لان النبي ﷺ صالح أهل خيبر على أن يقرهم ما أقرهم الله تعالى ولا يصح هذا فانه عقد لازم فلا يجوز اشتراط نقضه كسائر العقود اللازمة ولم يكن بين النبي ﷺ وبين أهل خيبر هدنة فانه فتحها عنوة وانما ساقاهم وقال لهم ذلك وهذا يدل على جواز المساقاة وليس هذا بهدنة اتفاقا وقد وافقوا الجماعة في انه لو شرط في عقد الهدنة اني أقركم ما أقركم الله لم يصح فكيف يصح منهم الاحتجاج به مع اجماعهم مع غيرهم على انه لايجوز اشتراطه

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة الا على مدة مقدرة معلومة لما ذكرنا وقال القاضي وظاهر كلام احمد انها لاتجوز أكثر من عشر سنين وهو اختيار ابي بكر ومذهب الشافعي لان قوله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) عام خص منه مدة العشر لمصالحة النبي ﷺ قريشا يوم الحديبية عشراً ففي مازاد يبقى على مقتضى العموم فعلى هذا ان زاد المدة على عشر بطل في الزيادة . وهل تبطل في العشر على وجهين بناء على تفريق الصفقة

وقال ابو الخطاب ظاهر كلام احمد انه يجوز على أكثر من عشر على مايراه الامام من المصلحة

﴿ مسئلة ﴾ (ومن غصب فرساً فقاتل عليه فسهم الفرس لمالكه) .

نص عليه أحمد وقال بعض الحنفية لاسهم للفرس وهو وجه لأصحاب الشافعي وقال بعضهم سهم الفرس للغاصب وعليه أجرته لمالكه لانه آلة فكان الحاصل بها لمستعملها كما لو غصب منجلا فاحتش بها أو سيفاً فقاتل به .

ولنا أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم فاستحق السهم كما لو كان مع صاحبه فاذا ثبت أن له سهما كان لمالكه ، لأن النبي ﷺ جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وما كان للفرس كان لصاحبه وفارق مايحتش به فانه لاشيء له ولان السهم مستحق بنفع الفرس ونفعه لمالكه فوجب ان يكون مايستحق به له .

(فصل) فان الغاصب ممن لاسهم له اما لكونه لاشيء له كالمخذل أو ممن يرضخ له كالصبي احتمل أن يكون حكم فرسه حكمه على ماذكرنا لان الفرس تتبع الفارس في حكمه فتتبعه إذا كان مغصوبا قياساً على فرسه واحتمل أن يكون سهم الفرس لمالكه لان الجناية من راكبه والنقص فيه فيخص المنع به وبما هو تابع له وفرسه تابعة له لأن ما كان لها فهو له والفرس ههنا لغيره وسهمها لمالكها فلا ينقص سهمها بنقص سهمه كما لو قاتل العبد على فرس لسيده ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيده خرج فيه الاحتمالان اللذان ذكرناهما فيما إذا غصب فرساً فقاتل عليه لانه ههنا بمنزلة المغصوب .

وبهذا قال ابو حنيفة لانه عقد يجوز في العشر فجازت الزيادة عليها كعقد الاجارة والعام مخصوص في العشر لمعنى موجود فيما زاد عليها وهو أن المصلحة قد تكون في الصلح أكثر منها في الحرب

(فصل) ويجوز مهادنتهم على غير مال لان النبي ﷺ هادنهم يوم الحديبية على غير مال ويجوز ذلك على مال يأخذه منهم فانها اذا جازت على غير مال فعلى مال أولى ، وأما ان صالحهم على مال نبذله لهم فقد أطلق احمد القول بالمنع منه وهو مذهب الشافعي لان فيه صغاراً للمسلمين وهذا محمول على غير حال الضرورة ، فاما ان دعت اليه ضرورة وهو ان يخاف على المسلمين الهلاك او الاسر فيجوز لانه يجوز للاسير فداء نفسه بالمال فكذا ههنا ولان بذله المال ان كان فيه صغار فانه يجوز تحمله لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والاسر وسبي الذرية الذين يفضي سبيهم الى كفرهم

وقد روى عبد الرزاق في المغازي عن معمر عن الزهري قال : أرسل النبي ﷺ الى عيينة بن حصن وهو مع ابي سفيان يعني يوم الاحزاب أرأيت ان جعلت لك ثلث ثمر الانصار «أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الاحزاب» فارسل اليه عيينة ان جعلت لي الشطر فعلت

قال معمر فحدثني بن ابي نجيح ان سعد بن معاذ وسعد بن عبادة قالا يارسول الله : والله لقد كان يجر سرمه في الجاهلية في عام السنة حول المدينة مايطيق أن يدخلها فلآن حين جاء الله بالاسلام نعطيهم ذلك فقال النبي ﷺ « فنعم اذاً » ولولا ان ذلك جائز لما بذله النبي ﷺ

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال الامام من أخذ شيئا فهو له أو فضل بعض الغانمين على بعض لم يجز في إحدى الروايتين ويجوز في الاخرى)

إذا قال الامام من أخذ شيئاً فهو له جاز في إحدى الروايتين وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي،قال أحمد في السرية تخرج فيقول الوالي من جاء بشيء فهو له ومن لم يجيء بشيء فلاشيء له : الانفال الى الامام مافعل من شيء جاز لان النبي ﷺ قال في يوم بدر «من اخذ شيئاً فهو له» ولانهم على هذا غزوا ورضوا به

(والثانية) لايجوز وهو القول الثاني للشافعي لان النبي ﷺ كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده ولان ذلك يفضي الى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو بهم فلا يجوز ولان الاغتنام سبب لاستحقاقهم لها على سبيل التساوي فلا يزول ذلك بقول الامام كسائر الاكتساب فأما قضية بدر فانها منسوخة فانهم اختلفوا فيها فانزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) الآية

(فصل) فاما تفضيل بعض الغانمين على بعض فان كان على سبيل النفل لبعضهم زيادة على سهمه فقد ذكرناه في الانفال فاما غير ذلك فلا يجوز لان النبي ﷺ قسم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وسوى بينهم ولانهم اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية فتجب التسوية بينهم كسائر الشركاء ولانه يفضي إلى إيقاع العداوة بينهم وافساد قلوبهم

وروي أن الحارث بن عمرو الغطفاني بعث الى النبي ﷺ فقال إن جعلت لي شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال له النبي ﷺ حتى أشاورا السعود يعني سعد بن عبادة وسعد ابن معاذ وسعد بن زرارة فشاورهم النبي ﷺ فقالوا يارسول الله إن كان هذا أمر من السماء فتسليم لأمر الله تعالى وإن كان برأيك وهواك اتبعنا رأيك وهواك، وإن لم يكن أمراً من السماء ولا برأيك وهواك فوالله ماكنا نعطيهم في الجاهلية بسرة ولا تمرة إلا شراء او قرى فكيف وقد أعزنا الله بالاسلام؟ فقال النبي ﷺ لرسوله أتسمع؟ فعرضه النبي ﷺ ليعلم ضعفهم من قوتهم فلولا جوازه عند الضعف لما عرضه عليهم

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة ولا الذمة إلا من الامام او نائبه لانه عقد مع جملة الكفار وليس ذلك لغيره ولانه يتعلق بنظر الامام وما يراه من المصلحة على ماقدمناه ولان تجويزه من غير الامام يتضمن تعطيل الجهاد بالكلية أو إلى تلك الناحية وفيه افتيات على الامام فان هادنهم غير الامام أو نائبه لم يصح. وإن دخل بعضهم دار الاسلام بهذا الصلح كان آمناً لانه دخل معتقداً للامان ويرد إلى دار الحرب ولا يقر في دار الاسلام لان الأمان لم يصح وإن عقد الامام الهدنة ثم مات أو عزل لم ينتقض عهده وعلى من بعده الوفاء به لان الامام عقده باجتهاده فلم يجز نقضه باجتهاد غيره كما لم يجز للحاكم نقض أحكام من قبله باجتهاده، واذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها لقول الله تعالى (ياأيها

﴿مسألة﴾ (ومن استؤجر للجهاد ممن لايلزمه من العبيد والكفار فليس له الا الاجرة

اذا استأجر الامام قوما يغزون مع المسلمين لم يسهم لهم واعطوا ما استؤجروا به نص عليه احمد في رواية جماعة فقال في رواية عبد الله وحنبل في الامام يستاجر قوما يدخل بهم في بلاد العدو: لايسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه

وقال القاضي هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار، اما الرجال المسلمون الاحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد لان الغزو يتعين بحضوره على من كان من اهله، فاذا تعين عليه الفرض لم يجز أن يفعله عنه غيره كمن عليه حجة الاسلام لايجوز ان يحج عنه غيره، وهذا مذهب الشافعي

قال شيخنا ويحتمل ان يحمل كلام احمد على ظاهره في صحة الاستئجار على الغزو لمن لم يتعين عليه وهو ظاهر ما ذكره الخرقي لما روى ابو داود باسناده عن عبد الله بن عمر ان النبي ﷺ قال للغازي اجره وللجاعل اجره وأجر الغازي وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال قال رسول الله ﷺ «مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الجعل ويتقوون به على عدوهم مثل ام موسى ترضع ولدها وتاخذ أجرها» ولانه امر لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة فصح الاستئجار عليه كبناء المساجد أو لم يتعين عليه الجهاد فصح أن يؤجر نفسه عليه كالعبد، ويفارق الحج حيث انه

الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وقال تعالى (فأتموا اليهم عهدهم إلى مدتهم) ولانه لو لم يف بها لم يسكن إلى عقده وقد يحتاج إلى عقدها فان نقضوا العهد جاز قتالهم لقول الله تعالى (وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون) وقال تعالى (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم)ولما نقضت قريش عهد النبي ﷺ خرج اليهم فقاتلهم وفتح مكة،وإن نقض بعضهم دون بعض فسكت باقيهم عن الناقض ولم يوجد منهم انكار ولا مراسلة الامام ولا تبرؤ فالكل ناقضون لان النبي ﷺ لما هادن قريشاً دخلت خزاعة مع النبي ﷺ وبنو بكر مع قريش فعدت بنو بكر على خزاعة واعانهم بعض قريش وسكت الباقون فكان ذلك نقض عهدهم وسار اليهم رسول الله ﷺ فقاتلهم ولان سكوتهم يدل على رضاهم كما ان عقد الهدنة مع بعضهم يدخل فيه جميعهم لدلالة سكوتهم على رضاهم كذلك في النقض،وان أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل ظاهراً أواعتزال أو راسل الامام باني منكر لما فعله الناقض مقيم على العهد لم ينتقض في حقه ويأمره الامام بالتميز ليأخذ الناقض وحده فان امتنع من التميز أواسلام الناقض صار ناقضاً لأنه منع من اخذ الناقض فصار بمنزلته وان لم يمكنه التميز لم ينتقض عهده لانه كالاسير فان أسر الامام منهم قوما فادعى الاسير أنه لم ينقض وأشكل ذلك عليه قبل قول الاسير لأنه لا يتوصل الى ذلك إلا من قبله

ليست بفرض عين وان الحاجة داعية إليه ، وفي المنع من أخذ الجعل عليه تعطيل له ومنع له مما للمسلمين فيه نفع وبهم اليه حاجة فينبغي أن يجوز بخلاف الحج

إذا ثبت هذا فان قلنا بالاول فالاجارة فاسدة وعليه رد الأجرة وله سهمه لأن غزوه بغير أجرة وان قلنا بصحة الاجارة فظاهر كلام أحمد والخرقي انه لا يسهم له لما روى أبوداود باسناده عن يعلى ابن منير قال أذن رسول الله ﷺ بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لي خادم فلتمست أجيراً يكفيني وأجري له سهمه فوجدت رجلا فلما دنى الرحيل قال ماأدري ماالسهمان؟وما يبلغ سهمي؟فسم لي شيئاً كان السهم أو لم يكن فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمة أردت أن أجري له سهمه فذكرت الدنانير فجئت إلى النبي ﷺ فذكرت له أمره فقال « ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي سمى » ولان غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلم يستحق شيئاً

ويحتمل أن يسهم له وهذا اختيار الخلال قال وروى جماعة عن أحمد ان للأجير السهم إذا قاتل وروى عنه جماعة أن كل من شهد القتال فله السهم إذا قاتل قال وهذا أعتمد عليه من قول أبي عبدالله ووجهه ماتقدم من حديث عبد الله بن عمرو وحديث جبير بن نفير وقول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه حضر الوقعة وهو من أهل القتال فيسهم له كغير الاجير

(فصل) وان خاف نقض العهد منهم جاز ان ينبذ اليهم عهدهم لقول الله تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) يعني أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء في العلم ولا يكفي وقوع ذلك في قبوله حتى يكون عن أمارة تدل على ماخافه ولايجوز أن يبدأهم بقتال ولا غارة قبل اعلامهم بنقض العهد للآية ولأنهم آمنون منه بحكم العهد فلا يجوز قتلهم ولا أخذ مالهم فان قيل فقد قلتم إن الذمي إذا خيف منه الخيانة لم ينتقض عهده، قلنا عقد الذمة آكد لانه يجب على الامام اجابتهم اليه وهو نوع معاوضة وعقد مؤبد بخلاف الهدنة والأمان ولهذا لو نقض بعض أهل الذمة لم ينتقض عهد الباقين بخلاف الهدنة ولان اهل الذمة في قبضة الامام وتجب ولايته فلا يخشى الضرر كثيراً من نقضهم بخلاف أهل الهدنة فانه يخاف منهم الغارة على المسلمين والضرر الكثير باخذهم للمسلمين.

(فصل) وإذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين واهل الذمة لانه آمنهم ممن هو في قبضته وتحت يده كما أمن من في قبضته منهم ومن اتلف من المسلمين أو من اهل الذمة عليهم شيئاً فعليه ضمانه ولا تلزمه حمايتهم من اهل الحرب ولا حماية بعضهم من بعض لان الهدنة التزام الكف عنهم فقط فان اغار عليهم قوم آخرون فسبوهم لم يلزمه استنقاذهم وليس للمسلمين شراؤهم لانهم في عهدهم فلا يجوز لهم اذاهم ولا استرقاقهم وذكر الشافعي مايدل على هذا

فأما الذين يعطون حقهم من الفيء فلهم سهامهم لان ذلك حق جعله الله لهم ليغزوا ولانه عوض عن جهادهم بل نفع جهادهم لهم لا لغيرهم، وكذلك من يعطى من الصدقات للغزو فانهم يعطون معونة لهم لا عوضاً، وكذلك إذا دفع دافع إلى الغزاة ما يتقوون به ويستعينون به كان له فيه الثواب ولم يكن عوضاً فقد قال النبي ﷺ «من جهز غازيا كان له مثل أجره»

(فصل) فأما الأجير للخدمة في الغزو والذي يكري دابة له ويخرج معها ويشهد الوقعة فعن أحمد فيه روايتان (إحداهما) لا سهم له وهو قول الاوزاعي وإسحاق قالا: المستأجر على خدمة القوم لاسهم له لحديث يعلى بن منبه

(والثانية) يسهم له إذا شهد القتال مع المسلمين وهو قول مالك وابن المنذر وبه قال الليث إذا قاتل. وان اشتغل بالخدمة فلا سهم له واحتج ابن المنذر بحديث سلمه بن الاكوع انه كان أجيراً لطلحة حين أدركه عبد الرحمن بن عيينة حين أغار على سرح النبي ﷺ فأعطاه النبي ﷺ سهم الفارس والراجل

وقال القاضي يسهم له إذا كان مع المجاهدين وقصد الجهاد فأما لغير ذلك فلا، وقال الثوري يسهم له إذا قاتل ويرفع عمن استأجره نفقة ما اشتغل عنه

(فصل) ومن أجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة وحملها وسوق الدواب ورعيها أبيح له

ويحتمل جواز ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه لا يجب ان يدفع عنهم فلا يحرم استرقاقهم بخلاف اهل الذمة فعلى هذا ان استولى المسلمون على الذين اسروهم واخذوا أموالهم فاستنقذوا ذلك منهم لم يلزم رده اليهم على هـذا القول ومقتضى القول الأول وجوب رده كما ترد أموال أهل الذمة إليهم .

(فصل) واذا عقد الهدنة مطلقا فجاءنا منهم انسان مسلما أو بأمان لم يجب رده اليهم ولم يجز ذلك سواء كان حراً أو عبداً اورجلا أوامرأ ولا يجب رد مهر المرأة ، وقال اصحاب الشافعي ان خرج العبد الينا قبل اسلامه ثم اسلم لم يرد اليهم فان اسلم قبل خروجه ثم خرج الينا لم يصر حراً لأنهم في أمان منا والهـدنة تمنع من جواز القهر . وقال الشافعي في قول له : إذا جاءت امرأة له مسلمة وجب رد مهرها لقول الله تعالى (وآتوهم ما أنفقوا) يعني رد مهرها الى زوجها اذا جاء يطلبها وان جاء غيره لم يرد اليه شيء

ولنا انه من غير أهل دار الاسلام خرج الينا فلم يجب رده ولارد شيء بدلا عنه كالحر من الرجل وكالعبد إذا خرج ثم أسلم قولهم انه في أمان منا قلنا انما امناهم ممن هو في دار الاسلام الذين هم في قبضة الامام فأما من هو في دارهم ومن ليس في قبضته فلا يمنع منه بدليل ما لو خرج العبد قبل اسلامه ولهذا لما قتل أبو بصير الرجل الذي جاء لرده لم ينكره النبي ﷺ ولم يضمنه ولما انفرد هو وابو جندل واصحابهما عن النبي ﷺ في صلح الحديبية فقطعوا الطريق عليهم وقتلوا من قتلوا منهم وأخذوا

أخذ الاجرة على ذلك ولم يسقط من سهمه شيء لان ذلك من مؤنة الغنيمة فهو كعلف الدواب وطعام السبي يجوز للامام بذله ويباح للأجير أخذ الاجرة عليه لانه أجر نفسه لفعل بالمسلمين اليه حاجة فحلت له الأجرة كالدلالة على الطريق ولا يجوز له ان يركب من دواب المغنم لقول رسول الله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها» قال أحمد لا بأس ان يؤجر الرجل نفسه على دابته وكره ان يستأجر القوم على سياق الرمك على فرس حبس لانه يستعمل الفرس الموقوفة للجهاد فيما يختص نفعه بنفسه فان آجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب له اجرة لان المعين له على العمل يختص نفع نفسه فلا يجوز ان يستعمل فيه دواب المغنم ولا دواب الحبس وينبغي ان يلزمه بقدر أجرة الدابة ترد في الغنيمة ان كانت من الغنيمة أو تصرف في نفقة دواب الجيش ان كانت حبيساً فان شرط في الاجارة ركوب دابة من الحبس لم يجز لانها انما حبست على الجهاد وليس هذا بجهاد وانما هو نفع لاهل الغنيمة وان شرط ركوب دابة من الغنيمة جاز لان ذلك بمنزلة أجرة تدفع اليه من المغنم ولو أجر نفسه بدابة معينة من المغنم صح فاذا جعلت أجرته ركوبها كان أولى ويشترط ان يكون العمل معلوما فان كان مجهولا لم يجز لان من شرط صحة اجارتها كون عوضها معلوما

المال لم ينكر ذلك النبي ﷺ ولم يأمرهم برد ما أخذوه ولا غرامة ما أتلفوه وهذا الذي اسلم كان في دارهم وقبضتهم وقهرهم على نفسه فصار حرا كما لو اسلم بعد خروجه ، وأما المرأة فلا يجب رد مهرها لانها لم تأخذ منه شيئاً ولو اخذته كانت قد قهرتهم عليه في دار القهر ولو وجب عليها عوضه لوجب مهر المثل دون المسمى والآية قال قتادة تبيح رد المهر وقال عطاء والزهري والثوري لا يعمل بها اليوم وعلى ان الآية انما نزلت في قضية الحديبية حين كان النبي ﷺ شرط لهم رد من جاءه مسلما فلما منع الله رد النساء امر برد مهورهن وكلامنا فيما إذا وقع الصلح مطلقا فليس هو في معنى ما تناوله الامر وإن وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء لم يصح أيضاً لان الشرط الذي كان النبي ﷺ شرطه كان صحيحاً وقد نسخ فاذا شرط الآن كان باطلا فلا يجوز قياسه على الصحيح ولا الحاقه به

(فصل) والشروط في عقد الهدنة تنقسم قسمين (صحيح) مثل ان يشترط عليهم مالا أو معونة المسلمين عند حاجتهم اليهم أو يشترط لهم ان يرد من جاءه من الرجال مسلما او بأمان فهذا يصح وقال أصحاب الشافعي لا يصح شرط رد المسلم الا ان يكون له عشيرة تحميه وتمنعه

ولنا ان النبي ﷺ شرط ذلك في صلح الحديبية ووفى لهم به فرد ابا جندل وابا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة ولان ذا العشيرة إذا كانت عشيرته هي التي تفتنه وتؤذيه فهو كمن لا عشيرة له لكن لا يجوز هذا الشرط الا عند شدة الحاجة اليه وتعين المصلحة فيه ومتى شرط لهم ذلك لزم

﴿مسئلة﴾ (ومن مات بعد انقضاء الحرب فسهمه لوارثه)

إذا مات الغازي أو قتل قبل حيازة الغنيمة فلا سهم له في ظاهر كلام الخرقي لانه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها وسواء مات حال القتال أو قبله وان مات بعد ذلك فسهمه لورثته لانه مات بعد ثبوت ملكه عليها فكان سهمه لورثته كسائر أمواله ، وان مات بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة فقال الشافعي وأبو ثور متى حضر القتال اسهم له سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها وان لم يحضر فلا سهم له ونحوه قال مالك والليث ، والذي ذكر شيخنا في هذا الكتاب أنه إذا مات بعد انقضاء الحرب انه يستحق السهم ويقتضيه كلام القاضي لانه قال في الاسير يهرب بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة لا يستحق شيئاً فدل على انهم يملكونها بالاستيلاء عليها ونفي الكفار عنها ووجه الاول انه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ثبوت اليد عليها فلم يستحق شيئا كما لو مات قبل انقضاء الحرب ، وقال أبو حنيفة ان مات قبل احراز الغنيمة في دار الاسلام أو قسمها في دار الحرب فلا شيء له لان ملك المسلمين لايتم عليها الا بذلك ، وقال الاوزاعي ان مات بعد ما يدرب فاصلا في سبيل الله قبل أو بعد أسهم له

ولنا على أبي حنيفة انه مات بعد الاستيلاء عليها في حال لو قسمت صحت قسمتها وكان له سهمه منها فيجب ان يستحق سهمه فيها كما لو مات بعد احرازها في دار الاسلام وعلى الاوزاعي أنه مات

الوفاء به بمعنى أنهم اذا جاءوا في طلبه لم يمنعهم أخذه ولا يجبره الامام على المضي معهم وله ان يأمره سرا بالهرب منهم ومقاتلتهم فان ابا بصير لما جاء النبي ﷺ وجاء الكفار في طلبه قال له النبي ﷺ « انا لا يصلح في ديننا الغدر وقد علمت ما عاهدناهم عليه ولعل الله ان يجعل لك فرجا ومخرجا » فلما رجع مع الرجلين قتل احدهما في طريقه ثم رجع إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله قد أوفى الله ذمتك قد رددتني اليهم فأنجاني الله منهم فلم ينكر عليه النبي ﷺ ولم يامه بل قال « ويل امه مسعر حرب لو كان معه رجال » فلما سمع ذلك ابو بصير لحق بساحل البحر وانحاز اليه ابو جندل ابن سهيل ومن معه من المستضعفين بمكة فجعلوا لا تمر عليهم عير لقريش الا عرضوا لها فأخذوها وقتلوا من معها فأرسلت قريش إلى النبي ﷺ تناشده الله والرحم ان يضمهم اليه ولا يرد اليهم احدا جاءه ففعل فيجوز حينئذ لمن أسلم من الكفار ان يتحيزوا ناحية ويقتلون من قدروا عليه من الكفار ويأخذون اموالهم ولا يدخلون في الصلح وان ضمهم الامام اليه باذن الكفار دخلوا في الصلح وحرم عليهم قتل الكفار وأموالهم

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما جاء ابو جندل الى النبي ﷺ هارباً من الكفار يرسف في قيوده قام اليه أبوه فلطمه وجعل يرده قال عمر فقمت الى جانب أبي جندل فقلت انهم

قبل الاستيلاء عليها فلم يستحق شيئاً كما لو مات قبل دخول الدرب وان أسر أومات أو قتل قبل تقضي الحرب فلا شي له بغير خلاف في المذهب لانه لم يملك شيئاً والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ويشاركونه فيما غنم)

وجملة ذلك ان الجيش إذا فصل غازيا فخرجت منه سرية أو أكثر فايهما غنم شاركه الآخر في قول عامة العلماء منهم مالك والثوري والاوزاعي والليث وحماد والشافعي واسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال النخعي ان شاء الامام خمس ماتأتي به السرية وان شاء نفلهم إياه كله

ولنا ماروي ان النبي ﷺ لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت السرية فاشرك بينها وبين الجيش قال ابن المنذر روينا ان النبي ﷺ قال « وترد سراياهم على قعدهم » وفي تنفيل النبي ﷺ في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث دليل على اشتراكهم فيما سوى ذلك لانهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلا ولانهم جيش واحد وكل واحد منهم رد ء لصاحبه فيشتركون كما لو غنم احد جانبي الجيش وان أقام الامير ببلاد الاسلام وبعث سرية أو جيشا فما غنمت السرية فهو لها وحدها لانه انما يشترك المجاهدون والمقيم في بلاد الاسلام ليس بمجاهد ، وان نفذ من بلاد الاسلام جيشين او سريتين فكل واحدة تنفرد بما غنمته لان كل واحدة منهما انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة بخلاف ما إذا فصل الجيش فدخل بجملته بلاد الكفار فان جميعهم اشتركوا في الجهاد فاشتركوا في الغنيمة

الكفار وانما دم احدهم دم كلب وجعلت ادني منه قائم السيف لعله ان ياخذه فيضرب به اباه قال فضن الرجل بابيه (الثاني) شرط فاسد مثل ان يشترط رد النساء او مهورهن او رد سلاحهم او اعطاءهم شيئاً من سلاحنا او من آلات الحرب او يشترط لهم مالا في موضع لا يجوز بذله او يشترط نقضها متى شاءوا او ان لكل طائفة منهم نقضها او يشترط رد الصبيان او رد الرجال مع عدم الحاجة اليه فهذه كلها شروط فاسدة لا يجوز الوفاء بها، وهل يفسد العقد بها؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع إلا في ما إذا شرط ان لكل واحد منهم نقضها متى شاء فينبغي أن لا تصح وجها واحداً لان طائفة الكفار يبنون على هذا الشرط فلا يحصل الأمن منهم ولا أمنهم منا فيفوت معنى الهدنة، وانما لم يصح شرط رد النساء لقول الله تعالى (إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات — إلى قوله — فلا ترجعوهن إلى الكفار) وقال النبي ﷺ «إن الله منع الصلح في النساء» وتفارق المرأة الرجل من ثلاثة أوجه

(أحدها) انها لا تأمن من أن تزوج كافراً يستحلها او يكرهها من ينالها واليه أشار الله تعالى بقوله (لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن)

(الثاني) انها ربما فتنت عن دينها لانها أضعف قلباً واقل معرفة من الرجل (الثالث) ان المرأة لا يمكنها في العادة الهرب والتخلص بخلاف الرجل، ولا يجوز رد الصبيان العقلاء إذا جاءوا مسلمين

﴿مسئلة﴾ (وإذا قسمت الغنيمة في أرض الحرب فتبايعوها ثم غلب عليها العدو فهي مال المشتري في احدى الروايتين اختارها الخلال وصاحبه والأخرى هي من مال البائع اختارها الخرقي)

يجوز للامير البيع في الغنيمة قبل القسمة للغانمين ولغيرهم إذا رأي المصلحة فيه لأن الولاية ثابتة له عليها وقد تدعوا الحاجة الى ذلك لازالة كلفة نقلها أو تعذر قسمتها بعينها ويجوز لكل واحد من الغانمين بيع ما يحصل له بعد القسم والتصرف فيه كيف شاء لان ملكه ثابت فيه فان باع الامير أو بعض الغانمين في دار الحرب شيئاً فغلب عليه العدو قبل اخراجه الى دار الاسلام فان كان التفريط من المشتري مثل ان يخرج به من العسكر ونحو ذلك فضمانه عليه لان ذهابه حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو اتلفه وان كان بغير تفريطه ففيه روايتان

(احداهما) ينفسخ البيع ويرد الثمن الى المشتري من الغنيمة ان باعه الامام أو من مال البائع وان كان الثمن لم يؤخذ من المشتري سقط عنه وهي اختيار الخرقي لأن القبض لم يكمل لكون المال في دار الحرب غير محرز وكونه على خطر من العدو فأشبه الثمر المبيع على رؤوس نخل إذا تلف قبل الجذاذ

(والثانية) هو من ضمان المشتري وعليه ثمنه وهذا أكثر الروايات عن أحمد رحمه الله واختاره الخلال وصاحبه أبو بكر وهو مذهب الشافعي لانه مال مقبوض أبيح لمشتريه فكان عليه ضمانه كما لو أحرز إلى دار الاسلام ولأن أخذ العدو له تلف فلم يضمنه البائع كسائر أنواع التلف ولأن

لانهم بمنزلة المرأة في الضعف في العقل والمعرفة والعجز عن التخلص والهرب فاما الطفل الذي لا يصح اسلامه فيجوز رده لانه ليس بمسلم

(فصل) واذا طلبت امرأة أو صبية مسلمة الخروج من بين الكفار جاز لكل مسلم إخراجها لما روي ان النبي ﷺ لما خرج من مكة وقفت ابنة حمزة على الطريق فلما مر بها علي قالت يا ابن عم إلى من تدعني ؟ فتناولها فدفعها إلى فاطمة حتى قدم بها المدينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا استأجر الامير قوما يغزون مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم وأعطوا ما استؤجروا به)

نص احمد على هذا في رواية جماعة فقال في رواية عبدالله وحنبل في الامام يستأجر قوما يدخل بهم بلاد العدو لا يسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه ، وقال القاضي هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار

أما الرجال المسلمون الاحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد لأن الغزو يتعين بحضوره على من كان من أهله فاذا تعين عليه الفرض لم يجز أن يفعله عن غيره كمن عليه حجة الاسلام لا يجوز أن يحج عن غيره وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يحمل كلام احمد والخرقي على ظاهره في صحة الاستئجار

نماءه للمشتري فكان ضمانه عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وان اشتراه مشتر من المشتري الاول وقلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثاني على البائع الأول بما رجع به عليه

(فصل) قال أحمد في الرجل يشتري الجارية من المغنم معها الحلي في عنقها والثياب : يرد ذلك في المغنم إلا شيئاً تلبسه من قميص ومقنعة وازار وهذا قول حكيم بن حزام ومكحول ويزيد بن أبي مالك وإسحاق وابن المنذر ويشبه قول الشافعي واحتج إسحاق بقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع » وقال الشعبي يجعله في بيت المال وكان مالك يرخص في اليسير كالقرطين واشباههما ولا يرد ذلك في الكثير ، قال شيخنا ويمكن التفصيل في ذلك فيقال ما كان ظاهراً يشاهده البائع والمشتري كالقرط والخاتم والقلادة فهو للمشتري لان الظاهر أن البائع انما باعها بما عليها والمشتري اشتراها بذلك فيدخل في البيع كثياب البذلة وحلية السيف، وما خفي فلم يعلم به البائع رده لأن البيع وقع عليها بدونه فلم يدخل في البيع كجارية أخرى .

(فصل) قال أحمد لا يجوز لأمير الجيش أن يشتري من مغنم المسلمين شيئاً لانه يحابى ولان عمر رضي الله عنه رد ما اشتراه ابنه في غزوة جلولاء وقال انه يحابى احتج به أحمد ولانه هو البائع أو وكيله فكأنه يشتري من نفسه أو من وكيله قال أبو داود قيل لأبي عبدالله اذا قوم أصحاب الغنائم شيئاً معروفا فقالوا في جلود المعاعز بكذا وفي جلود الخرفان بكذا يحتاج اليه يأخذه بتلك القيمة ولا يأتي المغانم فرخص فيه

على الغزو لمن لم يتعين عليه لما روى ابو داود باسناده عن عبدالله بن عمرو ان رسول الله ﷺ قال « للغازي أجره وللجاعل أجره » وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال : قال رسول الله ﷺ « مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الجعل ويتقوون به على عدوهم مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها » ولانه امر لا يختص فاعله أن يكون من اهل القربة فصح الاستئجار عليه كبناء المساجد أو لم يتعين عليه الجهاد فصح أن يؤجر نفسه عليه كالعبد ويفارق الحج حيث أنه ليس بفرض عين ، وان الحاجة داعية اليه ، وفي المنع من أخذ الجعل عليه تعطيل له ومنع له مما فيه للمسلمين نفع وبهم اليه حاجة فينبغي أن يجوز بخلاف الحج . اذا ثبت هذا فان قلنا بالاول فالاجارة فاسدة وعليه الاجرة بردها وله سهمه لان غزوه بغير أجرة ، وان قلنا بصحته فظاهر كلام احمد والخرقي رحمهما الله انه لاسهم له لان غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلا يستحق شيئاً

وقد روى ابو داود باسناده عن يعلى بن منبه قال : أذن رسول الله ﷺ بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لي خادم فالتمست أجيراً يكفيني وأجري له سهمه فوجدت رجلا فلما دنا الرحيل قال ما أدري ما السهمان وما يبلغ سهمي ؟ فسم لي شيئاً كان السهم أو لم يكن فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمة أردت ان أجري له سهمه فذكرت الدنانير فجئت الى النبي ﷺ فذكرت له أمره فقال « ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة الا دنانيره » التي سمي ، ويحتمل أن يسهم له وهو اختيار

لانه يشق الاستئذان فيه فسومح فيه كما سومح في دخول الحمام وركوب سفينة الملاح من غير تقدير أجرة .

(فصل) ومن اشترى من المغنم اثنين او أكثر أو حسبوا عليه بنصيبه بناء على أنهم أقارب يحرم التفريق بينهم فبان أنه لانسب بينهم رد الفضل الذي فيهم على المغنم لأن قيمتهم تزيد بذلك فان من اشترى اثنتين بناء على أن احداهما أم الأخرى لايحل له الجمع بينهما في الوطء ولا بيع إحداهما دون الأخرى كانت قيمتهما قايلة لذلك فاذا أبان ان إحداهما أجنبية من الأخرى أبيح له وطؤهما وبيع إحداهما فتكثر قيمتهما فيجب رد الفضل كما لو اشتراها فوجد معها حلياً أو ذهباً وكما لو أخذ دراهم فبانت أكثر مما حسب عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وطيء جارية من المغنم ممن له فيها حق أو لولده أدب ولم يبلغ به الحد وعليه مهرها إلا أن تلد منه فيكون عليه قيمتها وتصير ام ولد له والولد حر ثابت النسب) .

إذا وطيء جارية من المغنم وكان له في الغنيمة حق او لولده ادب لانه فعل مالا يحل له ولم يبلغ به الحد ، لان الملك ثبت للغانمين في الغنيمة فيكون للواطيء حق في الجارية الموطوءة وان قل فيدرأ عنه الحد للشبهة ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك وابو ثور عليه الحد لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا زان ولانه وطيء في غير ملك عامداً عالماً بالتحريم

الخلال قال : روى جماعة عن احمد ان للأجير السهم إذا قاتل ، وروى عنه جماعة ان كل من شهد القتال فله السهم . قال وهذا الذي أعتمد عليه من قول ابي عبدالله. ووجه ذلك ماتقدم من حديث عبد الله بن عمر وحديث جبير بن نفير ، وقول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه حاضر للوقعة من أهل القتال فيسهم له كغير الاجير، فأما الذين يعطون من حقهم من الفيء فلهم سهامهم لان ذلك حق جعله الله لهم ليغزوا لا انه عوض عن جهاده بل نفع جهاده له لا لغيره وكذلك من يعطون من الصدقات وهم الذين اذا نشطوا للغزو أعطوا فانهم يعطون معونة لهم لاعوضاً ، ولذلك اذا دفع إلى الغزاة مايتقوون به ويستعينون به كان له فيه الثواب ولم يكن عوضاً ، قال النبي ﷺ « من جهز غازيا كان له مثل أجره »

(فصل) فأما الاجير للخدمة في الغزو أو الذي يكري دابة له ويخرج معها ويشهد الوقعة فعن احمد فيه روايتان (احداهما) لاسهم له وهو قول الاوزاعي واسحاق قالا : المستاجر على خدمة القوم لاسهم له ووجهه حديث يعلى بن منيه

(والثانية) يسهم لهما اذا شهدا القتال مع الناس وهو قول مالك وابن المنذر وبه قال الليث اذا قاتل ، وإن اشتغل بالخدمة فلا سهم له ، واحتج ابن المنذر بحديث سلمة بن الاكوع انه كان أجيراً

فلزمه الحد كما لو وطيء جارية غيره وقال الاوزاعي كل من سلف من علمائنا يقول عليه أدنى الحدين مائة جلدة ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك في الغنيمة وقال إنما يثبت بالاحتياز بدليل ان أحدهم لو قال اسقطت حقي سقط ولو ثبت ملكه لم يزل بذلك كالوارث .

ولنا ان له فيها شبهة ملك فلم يجب عليه الحد كوطء جارية له فيها شرك والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه هذا ومنع الملك لايصح لان ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا إلى مالك ولانه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها فأشبهت حال الوارث وإنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطيء ولم يستقر في شيء بعينه وكان للامام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز ان يسقط بالاسقاط بخلاف الميراث وضعف الملك لايخرجه عن كونه شبهة في الحد الذي يدرأ بالشبهات ولهذا أسقط الحد بادنى شيء وان لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة. اذا ثبت هذا فانه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحد على مانذكره ان شاء الله تعالى ويؤخذ منه مهرها فيطرح في المغنم ، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي إنه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها وتجب عليه بقيته كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ولا يصح ذلك لاننا إذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم عاد اليه سهمه من حصة غيره ولان حصته قد لاتمكن معرفتها

لطلحة حين أدرك عبد الرحمن بن عيينة حين أغار على سرح رسول الله ﷺ فأعطاه النبي ﷺ سهم الفارس والراجل ، وقال القاضي يسهم له اذا كان مع المجاهدين وقصده الجهاد فاما لغير ذلك فلا ، وقال الثوري يسهم له اذا قاتل ويرفع عمن استأجره نفقة مااشتغل عنه

(فصل) فأما التاجر والصانع كالخياط والخباز والبيطار والحداد والاسكاف فقال احمد يسهم لهم اذا حضروا قال أصحابنا قاتلوا او لم يقاتلوا ، وبه قال في التاجر الحسن وابن سيرين والثوري والاوزاعي والشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لايسهم لهم الا أن يقاتلوا ، وعن الشافعي كقولنا ، وعنه لايسهم له بحال

قال القاضي في التاجر والاجير اذا كانا مع المجاهدين وقصدهما الجهاد وانما معه المتاع ان طلب منه باعه والأجير قصده الجهاد أيضاً : فهذان يسهم لهما لانهما غازيان والصناع بمنزلة التجار متى كانوا مستعدين للقتال ومعهم السلاح فمتى عرض اشتغلوا به أسهم لهم لانهم في الجهاد بمنزلة غيرهم وانما يشتغلون بغيره عند فراغهم منه

(فصل) اذا دخل قوم لامنعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فغنموا فعن احمد فيه ثلاث روايات

(احداهن) أن غنيمتهم كغنيمة غيرهم يخمسه الامام ويقسم باقيه بينهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي لعموم قوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية . والقياس على ما اذا دخلوا باذن الامام

لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فان قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن وان خلطناه بالغنيمة ثم قسمنا الجميع أخذ سهماً مما ليس فيه حقه فإن ولدت منه فالولد حر يلحقه نسبه ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو رقيق لايلحقه نسبه ، لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة فقد صادف وطؤه غير ملكه

ولنا انه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك فيلحق فيه النسب كوطء جارية ابنه وما ذكره غير مسلم ثم يبطل بوطء جارية ابنه وفارق الزنا فانه يوجب الحد،وإذا ثبت ذلك فان الامة تصير أم ولد له في الحال وقال الشافعي لاتصير أم ولد له في الحال لانها ليست ملكا له فإذا ملكها بعد ذلك فهل تصير أم ولد له ؟ فيها قولان

ولنا انه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك فتصير به أم ولد كوطء جارية ابنه وبه يبطل ماذكروه ولا نسلم أنه ليس له فيها ملك فانا قد تبينا ان الملك قد ثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام وعليه قيمتها تطرح في المغنم لانه فوتها عليهم بفعله فلزمته قيمتها كما لو قتلها فان كان معسراً كان في ذمته قيمتها وقال القاضي ان كان معسراً حسب قدر حصته من الغنيمة فصارت أم ولد وباقيها رقيق للغانمين لان كونها ام ولد إنما يثبت بالسراية الى ملك غيره فلم يسر في حق المعسر كالاعتاق .

(والثانية) هو لهم من غير أن يخمس وهو قول ابي حنيفة لانه اكتساب مباح من غير جهاد فكان لهم أشبه الاحتطاب فان الجهاد إنما يكون باذن الامام أو من طائفة لهم منعة وقوة فاما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب

(والثالثة) انه لاحق لهم فيه ، قال احمد في عبد أبق الى الروم ثم رجع ومعه متاع: فالعبد لمولاه وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين لانهم عصاة بفعلهم فلم يكن لهم فيه حق والاولى أولى، قال الاوزاعي لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة كسر مركب بعضهم فأخذ المشركون ناساً من القبط فكانوا خدما لهم فخرجوا يوما إلى عيد لهم وخلفوا القبط في مركبهم وشرب الآخرون ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به إلا الخمس . رواه سعيد والأثرم وإن كانت الطائفة ذات منعة غزوا بغير اذن الامام ففيه روايتان (احداهما) لاشيء لهم وهو فيء للمسلمين (والثانية) يخمس والباقي لهم وهذا أصح .ووجه الروايتين ماتقدم ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة وهو أن الجميع لهم من غير خمس لكونه اكتساب مباح من غير جهاد

ولنا أنه استيلاء جعل بعضها ام ولد فيجعل جميعها ام ولد كاستيلاء جارية الابن وفارق العتق لان الاستيلاء أقوى لكونه فملا وينفذ من المجنون فاما قيمة الولد فقال أبو بكر فيها روايتان

(إحداهما) تلزمه قيمته حين وضعه تطارح في المغنم لانه فوت رقه فاشبه ولد المغرور

(والثانية) لاتلزمه لانه ملكها حين علقت.ولم يثبت ملك الغانمين في الولد بحال فأشبه ولد الاب من جارية ابنه اذا وطئها ولانه يعتق حين علوقها به ولا قيمة حينئذ وقال القاضي إذا صار نصفها ام ولد يكون الولد كله حراً وعليه قيمة نصفه

﴿مسئلة﴾ (ومن أعتق منهم عبداً عتق عليه قدر حصته وقوم عليه باقيه ان كان موسراً وكذلك ان كان فيهم من يعتق عليه)

إذا أعتق بعض الغانمين اسيرا من الغنيمة وكان رجلا لم يعتق لان العباس عم النبي ﷺ وعم علي وعقيلا أخا علي كانا في اسرى بدر فلم يعتقا عليهما ولان الرجل لايصير رقيقا بنفس السبي وان استرق وقلنا بجواز استرقاقه او كان امرأة أوصبياً عتق منه قدر نصيبه وسرى إلى باقيه ان كان موسراً وان كان معسراً لم يعتق عليه الا ما ملكه منه ويؤخذ منه قيمة باقيه تطرح في المغنم إذا كان موسراً فان كان بقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئاً وإن كان دون حقه أخذ باقي حقه فان أعتق عبداً ثانياً وفضل من حقه عن الاول شيء عتق بقدره من الثاني وان لم يفضل شيء لم يعتق من الثاني شيء وكذلك الحكم إذا كان فيهم من يعتق عليه لانه نسب الي ملكه أشبه مالو اشتراه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غل من الغنيمة حرق رحله كله الا المصحف وما فيه روح)

الغال هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة فلا يطلع الامام عليه ولا يضعه مع الغنيمة فحكمه أن يحرق رحله كله وبهذا قال الحسن وفقهاء الشام منهم مكحول والاوزاعي والوليد بن هشام ويزيد بن يزيد ابن جابر. وأتي سعيد بن عبدالملك بغال فجمع ماله وأحرقه وعمر بن عبدالعزيز حاضر ذلك فلم يعبه وقال يزيد بن يزيد بن جابر السنة في الذي يغل أن يحرق رحله رواهما سعيد في سننه وقال مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي لايحرق لان النبي ﷺ لم يحرق فان عبدالله بن عمر روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا صاب غنيمة أمر بلالا فنادى في الناس فيجيئون بغنائمهم فيخمسه ويقسمه فجاء رجل بعد ذلك بزمام من شعر فقال يارسول الله هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة فقال « سمعت بلالا نادى ثلاثا » قال نعم قال « فما منعك أن تجيء به » فاعتذر فقال « كن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك » أخرجه ابو داود ولان احراق المتاع اضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال

ولنا ماروى صالح بن محمد بن زرارة قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتي برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

وقال ابن أبي موسى في الارشاد لايعتق إلا ان يحصل في سهمه أو بعضه وقال الشافعي لا يعتق منه شيء وهذا مقتضى قول أبي حنيفة لانه لا يملكه بمجرد الاغتنام ولو ملك لم يتعين ملكه فيه وان قسم وحصل في نصيبه واختار تملكه عتق عليه وإلا فلا وان جعل له بعضه فاختار تملكه عتق عليه وقوم عليه الباقي

ولنا ما بيناه من ان الملك يثبت للغانمين لكون الاستيلاء التام وجد منهم وهو سبب للملك ولان ملك الكفار زال ولايزول إلا إلى المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ (والغال من الغنيمة يحرق رحله كله إلا السلاح والمصحف والحيوان)

الغال الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة ولا يطلع الامام عليه ولايطرحه في الغنيمة فحكمه ان يحرق رحله كله وبه قال الحسن وفقهاء الشام منهم مكحول والاوزاعي والوليد بن هشام ويزيد بن يزيد بن جابر وأتي سعيد بن عبدالملك بغال فجمع ماله واحرقه وعمر بن عبدالعزيز حاضر فلم يعبه وقال يزيد بن يزيد بن جابر السنة في الذي يغل ان يحرق رحله رواهما سعيد في سننه وقال مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي لايحرق لان النبي ﷺ لم يحرق فان عبدالله بن عمرو روى ان رسول الله ﷺ كان إذا اصاب غنيمة أمر بلالا فنادى في الناس فيجيئون بغنائمهم فيخمسه ويقسمه فجاء رجل بعد ذلك بزمام من شعر فقال يارسول الله هذا فيما كنا اصبنا من الغنيمة فقال « سمعت بلالا ينادي

قال « إذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه » قال فوجدنا في متاعه مصحفاً فسأل سالماً عنه فقال بعه وتصدق بثمنه أخرجه سعيد وابو داود والأثرم

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال ، فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الرجل لم يعترف انه أخذ ماأخذه على سبيل الغلول ولا اخذه لنفسه وانما توانى في المجيء به وليس الخلاف فيه ، ولان الرجل جاء به من عند نفسه تائباً معتذراً والتوبة تجب ماقبلها وتمحو الحوبة

واما النهي عن اضاعة المال فانما نهي عنه إذا لم تكن فيه مصلحة فاما إذا كان فيه مصلحة فلا بأس به ولا يعد تضييعاً كالقاء المتاع في البحر إذا خيف الغرق وقطع يد العبد السارق مع ان المال لاتكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه فأكله إتلافه وانفاقه اذهابه ، ولا يعد شيء من ذلك تضييعاً ولا إفساداً ولا ينهى عنه

وأما المصحف فلا يحرق لحرمته ولما تقدم من قول سالم فيه والحيوان لايحرق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم ان يعذب بالنار الا ربها ولحرمة الحيوان في نفسه ولانه لايدخل في اسم المتاع المأمور باحراقه وهذا لاخلاف فيه ولا تحرق آلة الدابة ايضاً نص عليه احمد لانه يحتاج اليها للانتفاع بها ولانها تابعة لما لايحرق فأشبه جلد المصحف وكيسه ، وقال الاوزاعي يحرق سرجه واكافه

ثلاثا قال نعم قال « فما منعك ان تجيء به » فاعتذر فقال « كن انت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك » رواه ابو داود ولان احراق المتاع اضاعة له وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعة المال

ولنا ماروى صالح بن محمد بن زائدة قال دخلت مع مسلمة أرض الروم فاتي برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه » قال فوجدنا في متاعه مصحفا فسأل سالما عنه فقال بعه وتصدق بثمنه رواه سعيد وابو داود والأثرم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله ﷺ وابا بكر وعمر احرقوا متاع الغال رواه ابو داود فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الرجل لم يعترف انه اخذ ما اخذ على سبيل الغلول ولا اخذه لنفسه وإنما توانى في المجيء به وليس الخلاف فيه ولان الرجل جاء به من عند نفسه تائبا معتذراً والتوبة تجب ماقبلها وأما النهي عن اضاعة المال فانما نهي عنه إذا لم يكن فيه مصلحة فاما إذا كان فيه مصلحة فلا بأس ولا يعد تضييعاً كالقاء المتاع في البحر عند خوف الغرق وقطع يد العبد السارق مع ان المال لاتكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه فأكله اتلافه وانفاقه اذهابه ولا يعد شيء من ذلك تضييعا ولا افساداً ولا ينهى عنه . إذا ثبت ذلك فان السلاح لايحرق لانه يحتاج إليه في القتال ولا نفقته لانه مما لايحرق عادة ولا يحرق المصحف لحرمته ولما ذكرنا من حديث سالم فيه فعلى هذا يحتمل ان يباع ويتصدق بثمنه لما ذكرنا

ولنا انه ملبوس حيوان فلا يحرق كثياب الغال، ولا تحرق ثياب الغال التي عليه لانه لايجوز تركه عريانا ولا ماغل لانه من غنيمة المسلمين قيل لاحمد فالذي اصاب في الغلول اي شيء يصنع به؟ قال يرفع الى المغنم. كذلك قال الاوزاعي ولا سلاحه لانه يحتاج اليه للقتال ولا نفقته لان ذلك مما لا يحرق عادة وجميع ذلك أو ما أبقت النار من حديد او غيره فهو لصاحبه لان ملكه كان ثابتاً عليه ولم يوجد ما يزيله وإنما عوقب باحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان، ويحتمل ان يباع المصحف ويتصدق به لقول سالم فيه، وإن كان معه شيء من كتب الحديث او العلم فينبغي ان لا تحرق أيضاً لان نفع ذلك يعود إلى الدين، وليس المقصود الاضرار به في دينه وانما القصد الاضرار به في شيء من دنياه

(فصل) وان لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر او رجع إلى بلده أحرق ما كان معه حال الغلول نص عليه احمد في الذي يرجع إلى بلده. قال ينبغي أن يحرق ما كان معه في ارض العدو، وان مات قبل إحراق رحله لم يحرق نص عليه احمد لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ولانه بالموت انتقل إلى ورثته فاحراقه عقوبة لغير الجاني، وإن باع متاعه او وهبه احتمل أن لا يحرق لانه صار لغيره أشبه مالو انتقل عنه بالموت، واحتمل ان ينقض البيع والهبة ويحرق لانه تعلق به حق سابق على البيع والهبة فوجب تقديمه كالقصاص في حق الجاني

من حديث سالم ويحتمل ان يكون له كالحيوان والسلاح وكذلك الحيوان لايحرق لنهي النبي ﷺ ان يعذب بالنار إلا ربها ولحرمة الحيوان في نفسه ولانه لايدخل في اسم المتاع المأمور باحراقه وهذا لاخلاف فيه ولا تحرق آلة الدابة أيضا نص عليه أحمد لانه يحتاج اليها للانتفاع بها ولانها تابعة لما لايحرق اشبه جلد المصحف وكيسه وقال الاوزاعي يحرق سرجه واكافه

ولنا انه ملبوس حيوان فلا يحرق كثياب الغال فانه لاتحرق ثيابه التي عليه لانه لا يجوز ان يترك عريانا ولايحرق ما غل لانه من غنيمة المسلمين قيل لاحمد فالذي أصاب في الغلول اي شيء يصنع به قال يرفع إلى المغنم وكذلك قال الاوزاعي وجميع مالا يحرق وما ابقت النار من حديد أو غيره فهو لصاحبه لان ملكه كان ثابتا عليه ولم يوجد مايلزمه وإنما عوقب باحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان، وان كان معه شيء من كتب العلم والحديث فينبغي ان لايحرق ايضاً لان نفع ذلك يعود الى الدين وليس المقصود الاضرار به في دينه وإنما القصد الاضرار به في بعض دنياه

(فصل) فان لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر أو رجع إلى بلده أحرق ما كان معه حال الغلول، نص عليه أحمد في الذي يرجع إلى بلده قال ينبغي أن يحرق ما كان معه في أرض العدو فان مات قبل إحراق رحله لم يحرق نص عليه لانه عقوبة فيسقط بالموت كالحدود ولانه بالموت انتقل إلى ورثته وإحراقه عقوبة لغير الجاني

(فصل) وإن كان الغال صبياً لم يحرق متاعه وبه قال الاوزاعي لان الاحراق عقوبة وليس هو من أهلها فأشبه الحد، وإن كان عبداً لم يحرق متاعه لانه لسيده فلا يعاقب سيده بجناية عبده، وإن استهلك ما غله فهو في رقبته لانه من جنايته، وان غلت امرأة او ذمي احرق متاعها لانهما من اهل العقوبة، ولذلك يقطعان في السرقة ويحدان في الزنا وغيره وإن انكر الغلول وذكر انه ابتاع ما بيده لم يحرق متاعه حتى يثبت غلوله ببينة او اقرار لانه عقوبة به فلا يجب قبل ثبوته بذلك كالحد ولا يقبل في بينته الا عدلان لذلك

(فصل) ولا يحرم الغال سهمه وقال ابو بكر في ذلك روايتان (احداهما) يحرم سهمه لانه قد جاء في الحديث يحرم سهمه فان صح فالحكم له وقال الاوزاعي في الصبي يغل يحرم سهمه ولا يحرق متاعه

ولنا ان سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يغل ولم يثبت حرمان سهمه في خبر ولا قياس فيبقى بحاله ولا يحرق سهمه لانه ليس من رحله

(فصل) إذا تاب الغال قبل القسمة رد ما أخذه في المقسم بغير خلاف لانه حق تعين رده إلى أهله فان تاب بعد القسمة فمقتضى المذهب ان يؤدي خمسه إلى الامام ويتصدق بالباقي وهذا قول الحسن والزهري ومالك والاوزاعي والثوري والليث

وان باع متاعه أو وهبه احتمل أن لايحرق لانه صار لغيره أشبه انتقاله بالموت واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق لانه تعلق به حق سابق على البيع والهبة فوجب تقديمه كالقصاص في حق الجاني

(فصل) وان كان الغال صبياً لم يحرق متاعه وبه قال الاوزاعي لان الاحراق عقوبة وليس هو من أهلها فاشبه الحد ، وان كان عبداً لم يحرق متاعه لانه لسيده فلا يعاقب سيده بجناية عبده ، وان استهلك ماغله فهو في رقبته لانه من جنايته

وان غلت المرأة أو ذمي أحرق متاعها لانهما من أهل العقوبة ولذلك يقطعان في السرقة ويحدان في الزنا ، وان أنكر الغلول وذكر انه ابتاع ما بيده لم يحرق متاعه حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار لانه عقوبة فلا يجب قبل ثبوته بذلك كالحد ولا يقبل في بينته إلا عدلان لذلك

(فصل) ولا يحرم الغال سهمه ، وقال أبو بكر في ذلك روايتان (احداهما) يحرم سهمه لانه قد جاء في الحديث يحرم سهمه فان صح فالحكم له ، وقال الاوزاعي في الصبي يغل يحرم سهمه ولا يحرق متاعه

ولنا ان سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يغل ولم يثبت حرمان سهمه في خبر ولا يدل عليه قياس فيبقى بحاله ولا يحرق سهمه لانه ليس من رحله

(فصل) إذا تاب الغال قبل القسمة رد ما أخذه في المقسم بغير خلاف لانه حق تعين رده إلى اهله فان تاب بعد القسمة فمقتضى المذهب أن يؤدي خمسه إلى الامام ويتصدق بالباقي وهذا قول

وروى سعيد بن منصور عن عبدالله بن المبارك عن صفوان بن عمرو عن حوشب بن سيف قال غزا الناس الروم وعليهم عبد الرحمن بن خالد بن الوليد فغل رجل مائة دينار فلما قسمت الغنيمة وتفرق الناس ندم فاتى عبد الرحمن فقال قد غللت مائة دينار فاقبضها قال قد تفرق الناس فلن أقبضها منك حتى توافي الله بها يوم القيامة فاتى معاوية فذكر ذلك له فقال له مثل ذلك فخرج وهو يبكي فمر بعبد الله بن الشاعر السكسكي فقال ما يبكيك ؟ فاخبره فقال انا لله وانا اليه راجعون أمطيعي أنت يا عبد الله ؟ قال نعم قال فانطلق إلى معاوية فقل له خذ مني خمسك فاعطه عشرين ديناراً وانظر إلى الثمانين الباقية فتصدق بها عن ذلك الجيش فان الله تعالى يعلم أسماءهم ومكانهم وإن الله يقبل التوبة عن عباده فقال معاوية أحسن والله لان أكون أنا أفتيته بهذا أحب إلي من أن يكون لي مثل كل شيء امتلكت ، وعن ابن مسعود أنه رأى ان يتصدق بالمال الذي لا يعرف صاحبه ، وقال الشافعي لا أعرف للصدقة وجهاً ، وقد جاء في حديث الغال ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا أقبله منك حتى تجيء به يوم القيامة »

ولنا قول من ذكرنا من الصحابة ومن بعدهم ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فيكون اجماعاً ولان تركه تضييع له وتعطيل لمنفعته التي خلق لها ولا يتخفف به شيء من اثم الغال وفي الصدقة نفع لمن يصل اليه من المساكين وما يحصل من أجر الصدقة يصل إلى صاحبه فيذهب به الاثم عن الغال فيكون أولى

الحسن والزهري ومالك والاوزاعي والثوري والليث. وقال الشافعي لا أعرف للصدقة وجهاً ، وحديث الغال ان النبي ﷺ قال له «لا أقبله منك حتى تجيء به إلى يوم القيامة »

ولنا ماروى سعيد بن منصور عن عبدالله بن المبارك عن صفوان بن عمرو عن حوشب بن سيف قال غزا الناس الروم وعليهم عبد الرحمن بن خالد بن الوليد فغل رجل مائة دينار فلما قسمت الغنيمة وتفرق الناس ندم فاتى عبد الرحمن فقال قد غللت مائة دينار فاقبضها فقال قد تفرق الناس فلن أقبضها منك حتى توافي الله بها يوم القيامة ، فأتي معاوية فذكر ذلك له فقال له مثل ذلك فخرج وهو يبكي فمر بعبد الله بن الشاعر السكسكي فقال ما يبكيك ؟ فاخبره فقال إنا لله وإنا اليه راجعون أمطيع أنت ياعبدالله ؟ قال نعم قال فانطلق إلى معاوية فقل له خذ مني خمسك فاعطه عشرين ديناراً وانظر إلى الثمانين الباقية فتصدق بها عن ذلك الجيش فان الله تعالى يعلم أسماءهم ومكانهم وان الله يقبل التوبة عن عباده ، فقال معاوية : أحسن والله لأن أكون أنا أفتيته بهذا أحب إلي من أن يكون لي مثل كل شيء امتلكت

وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه رأى أن يتصدق بالمال الذي لا يعرف صاحبه فقد قال به ابن مسعود ومعاوية ومن بعدهم ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا ، ولان تركه تضييع له وتعطيل لمنفعته التي خلق لها ولا يتخفف به شيء من اثم الغال ، وفي الصدقة به نفع لمن يصل اليه من

(مسألة) قال (ولا يقام الحد على مسلم في أرض العدو)

وجملته أن من أتى حداً من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً في ارض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده. وبهذا قال الازاعي واسحاق وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد في كل موضع لان أمر الله تعالى بأقامته مطلق في كل مكان وزمان إلا أن الشافعي قال إذا لم يكن أمير الجيش الامام أو أمير اقليم فليس له اقامة الحد ويؤخر حتى يأتي الامام لان اقامة الحدود اليه وكذلك إن كان بالمسلمين حاجة إلى المحدود او قوة به او شغل عنه أخر ، وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص في دار الحرب ولا إذا رجع

بسر بن ارطاة

ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله به وعلى تأخيره ماروى بشر بن أبا أرطاه أنه أتي برجل في الغزاة قد سرق بختية فقال : لولا اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاتقطع الأيدي في الغزاة» لقطعتك أخرجه أبو داود وغيره ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم

وروى سعيد في سننه باسناده عن الأحوص بن حكيم عن ابيه ان عمر كتب إلى الناس ان لايجلدن

المساكين ، ومايحصل عن أجر الصدقة يصل إلى صاحبه فيذهب به الاثم عن الغال فيكون أولى

(مسألة) (وما أخذ من الفدية أو أهداه الكفار الى أمير الجيش أو بعض قواده فهو غنيمة)

ما أخذ من فدية الأسارى فهو غنيمة ، لا نعلم فيه خلافا فان النبي ﷺ قسم فداء أسارى بدر بين الغانمين ولانه مال حصل بقوة الجيش أشبه الخيل والسلاح وأما الهدية للامام والقواد فان كان في حال الغزو فهي غنيمة ، وهكذا ذكر أبو الخطاب لان الظاهر انه لايفعل ذلك الا لخوف من المسلمين فظاهر هذا يدل على أن ما أهدي لآحاد الرعية فهو له ، وقال القاضي هو غنيمة لماذكرنا ، وان كانت الهدية من دار الحرب الى دار الاسلام فهي لمن أهديت له سواء كان الامام أو غيره لان النبي ﷺ قبل هدية المقوقس فكانت له دون غيره، وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة هو للمهدى له بكل حال لانه خص بها أشبه ما ذا كان في دار الاسلام ، وحكي ذلك رواية عن أحمد

ولنا انه أخذ ذلك بظهر الجيش أشبه مالو أخذه قهراً ولانه اذا أهدي الى الامام أو أمير فالظاهر انه يداري عن نفسه به فاشبه ما أخذ منه قهراً ، وأما الهدية لآحاد المسلمين فلا يقصد بها ذلك في الظاهر لعدم الخوف منه فيكون كما لو أهدى اليه الى دار الاسلام ، ويحتمل أن ينظر فان كانت بينهما مهاداة قبل ذلك فله ما أهدي اليه . وان تجدد ذلك بالدخول الى دارهم فهو للمسلمين كقولنا في الهدية الى القاضي

أمير جيش ولاسرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار وعن أبي الدرداء مثل ذلك وعن علقمة قال كنا في جيش في أرض الروم ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبة فشرب الخمر فأردنا ان نحده فقال حذيفة أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم وأتي سعد بأبي محجن يوم القادسية وقد شرب الخمر فامر به الى القيد فلما التقى الناس قال أبو محجن

كفى حزنا ان تطارد الخيل بالقنا وأترك مشدوداً على وثاقيا

وقال لابنة حصفة امرأة سعد اطلقيني ولك الله علي ان سلمني الله ان أرجع حتى اضع رجلي في القيد فان قتلت استرحتم مني قال فحلته حين التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ الى الناس قال وصعدوا به فوق العذيب ينظر الى الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفطة فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء ثم أخذ رمحا ثم خرج فجعل لا يحمل على ناحية من العدو الاهزمهم وجعل الناس يقولون هذا ملك لما يرونه يصنع وجعل سعد يقول الضبر ضبر البلقاء والطعن طعن ابي محجن وأبو محجن في القيد فلما هزم العدو رجع أبو محجن حتى وضع رجليه في القيد فاخبرت ابنة حصفة سعداً بما كان من أمره فقال سعد لا والله لا أضرب اليوم رجلا ابلى الله المسلمين به ما بلاهم فخلى سبيله فقال أبو محجن قد كنت أشربها إذ يقام علي الحد واطهر منها فاما اذا بهرجتني فوالله لا أشربها أبداً وهذا اتفاق لم يظهر خلافه فأما إذا رجع فانه يقام الحد عليه لعموم الآيات والاخبار وانما أخر لعارض

(باب حكم الارضين المغنومة)

وهي على ثلاثة أضرب (أحدها) ما فتح عنوة وهي ما أجلي عنها اهلها بالسيف فيخير الامام بين قسمها ووقفها للمسلمين ويضرب عليها خراجا مستمراً يؤخذ ممن هي في يده يكون أجرة لها. وعنه تصير وقفا بنفس الاستيلاء وعنه تقسم بين الغانمين

الارضون المغنومة تنقسم قسمين عنوة وصلح (فالعنوة) ما أجلي عنها أهلها بالسيف وهي نوعان (أحدهما) مافتح ولم يقسم بين الغانمين فتصير وقفاً للمسلين يضرب عليها خراج معلوم يؤخذ منها في كل عام يكون أجرة لها وتقر بايدي أربابها ماداموا يؤدون خراجها مسلمين كانوا أو من أهل الذمة لا يسقط خراجها باسلام أربابها ولا بانتقالها الى مسلم لأنه بمنزلة اجرتها ولم نعلم ان شيئا مما فتح عنوة قسم بين الغانمين الا خيبر فان النبي ﷺ قسم نصفها فصار لاهله لا خراج عليه وسائر ما فتح عنوة مما فتحه عمر رضي الله عنه ومن بعده كارض الشام والعراق ومصر وغيرها لم يقسم منه شيء فروى أبو عبيد في كتاب الاموال ان عمر رضي الله عنه قدم الجابية فأراد قسم الارض بين المسلمين فقال له معاذ رضي الله عنه والله اذا ليكونن ماتكره انك ان قسمتها اليوم صار الريع العظيم في أيدي القوم ثم يبيدون فيصير ذلك الى الرجل الواحد والمرأة ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الاسلام

كما يؤجر لمرض أو شغل فاذا زال العارض أقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه . ولهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا

(فصل) وتقام الحدود في الثغور بغير خلاف نعلمه لانها من بلاد الاسلام والحاجة داعية الى زجر اهلها كالحاجة الى زجر غيرهم وقد كتب عمر الى أبي عبيدة أن يجلد من شرب الخمر ثمانين وهو بالشام وهو من الثغور .

(مسئلة) قال (وإذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتلم أو ينبت أو يبلغ خمس عشرة سنة)

وجملة ذلك ان الامام إذا ظفر بالكفار لم يجز ان يقتل صبياً لم يبلغ بغير خلاف وقد روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان متفق عليه ولان الصبي يصير رقيقا بنفس السبي ففي قتله إتلاف المال وإذا سبي منفرداً صار مسلما فاتلافه إتلاف من يمكن جعله مسلما والبلوغ يحصل باحد اسباب ثلاثة

(احدها) الاحتلام وهو خروج المني من ذكر الرجل أو قبل الانثى في يقظة أو منام وهذا لا خلاف فيه وقد قال الله تعالى (يأيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم)

الاسلام مسداهم لا يجدون شيئاً فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم فصار عمر الى قول معاذ وروى أيضا قال قال : الماجشون قال بلال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في القرى التي افتتحوها عنوة اقسمها بيننا وخذ خمسها فقال عمر لا هذا عين المال ولكني أحبسه فيئا يجري عليهم وعلى المسلمين فقال بلال وأصحابه اقسمها بيننا فقال عمر اللهم اكفني بلالا وذويه قال فما جاء الحول وفيهم عين تطرف وروى باسناده عن سفيان بن وهب الخولاني قال لما افتتح عمرو بن العاص مصر قال الزبير يا عمرو بن العاص اقسمها فقال عمرو لا أقسمها فقال الزبير لتقسمنها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر فقال عمرو لا أقسمها حتى أكتب الى أمير المؤمنين فكتب إلى عمر فكتب اليه دعها حتى يغزو منها حبل الحبلة قال القاضي ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من الصحابة انه قسم ارضا عنوة الا خيبر

(فصل) قال أحمد ومن يقوم على أرض الصلح وأرض العنوة ؟ ومن أين هي؟ وإلى أين هي؟ وقال أرض الشام عنوة الا حمص وموضعاً آخر وقال مادون النهر صلح وما وراءه عنوة وقال فتح المسلمون السواد عنوة إلا ما كان منه صلح وهي أرض الحيرة وأرض بانقيا وقال أرض الري خلطوا في أمرها فأما ما فتح عنوة فمن نهاوند وطبرستان خراج وقال أبو عبيد أرض الشام عنوة ماخلا مدنها فانها فتحت صلحاً إلا قيسارية افتتحت عنوة وأرض السواد والجبل ونهاوند والاهواز ومصر والمغرب وقال موسى بن علي بن رباح عن أبيه: المغرب كله عنوة فأما أرض الصلح فارض هجر والبحرين

ثلاث مرات ثم قال (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) وقال النبي ﷺ «لا يتم بعد احتلام» وقال لمعاذ «خذ من كل حالم ديناراً» رواهما ابو داود

(الثاني) إنبات الشعر الخشن حول القبل وهو علامة على البلوغ بدليل ما روى عطية القرظي قال كنت من سبي قريظة فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فكنت فيمن لم ينبت أخرجه الأثرم والترمذي

وقال هذا حديث حسن صحيح وعن كثير بن السائب قال حدثني ابناء قريظة أنهم عرضوا على النبي ﷺ فمن كان منهم محتلما أو نبتت عانته قتل ومن لا ترك أخرجه الأثرم وعن أسلم مولى عمر ان عمر كان يكتب الى أمراء الاجناد ان لا يقتلوا الا من جرت عليه المواسي ولا يأخذوا الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ، وحكي عن الشافعي ان هذا بلوغ في حق الكفار لانه لا يمكن الرجوع الى قولهم في الاحتلام وعدد السنين وليس بعلامة عليه في حق المسلمين لامكان ذلك فيهم

ولنا قول ابي نضرة وعقبة بن عامر حين اختلف في بلوغ تميم بن قرع المهري انظروا فان كان قد اشعر فاقسموا له فنظر اليه بعض القوم فاذا هو قد أنبت فقسموا له ولم يظهر خلاف هذا فكان اجماعا، ولانه علم على البلوغ في حق الكافر فكان علما عليه في حق المسلم كالعلمين الآخرين ولانه أمر يلازم البلوغ غالباً فكان علماً عليه كالاحتلام ، وقولهم انه يتعذر في حق الكافر معرفة

وأيلة ودومة الجندل وأذرح فهذه القرى التي أدت إلى رسول الله ﷺ الجزية ومدن الشام ماخلا أرضيها الاقيسارية وبلاد الجزيرة كلها وبلاد خراسان كلها أو أكثرها صلح وكل موضع فتح عنوة فانه وقف على المسلمين

(النوع الثاني) ماستأنف المسلمون فتحه عنوة ففيه ثلاث روايات

(احداها) أن الامام مخير بين قسمها على الغانمين وبين وقفها على جميع المسلمين ويضرب عليها خراجا مستمراً على ماذكرنا هذا ظاهر المذهب لان كلا الامرين قد ثبت فيه حجة عن النبي ﷺ فان رسول الله ﷺ قسم نصف خيبر ووقف نصفها لنوائبه ووقف عمر الشام والعراق ومصر وسائر مافتحه وأقره على ذلك علماء الصحابة وأشاروا عليه به، وكذلك من بعده من الخلفاء ولم نعلم ان أحداً منهم قسم شيئاً من الارض التي افتتحوها

(والثانية) انها تصير وقفا بنفس الاستيلاء عليها لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم عليه وقسمة النبي ﷺ خيبر كانت في بدء الاسلام وشدة الحاجة وكانت المصلحة فيه وقد تعينت المصلحة فيما بعد ذلك في وقف الارض فكان هو الواجب (والثالثة) ان الواجب قسمها وهو قول مالك وأبي ثور لان النبي ﷺ فعل ذلك وفعله أولى من فعل غيره مع عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه يفهم من ذلك ان أربعة اخماسها للغانمين

الاحتلام والسن قلنا لاتتعذر معرفة السن في الذمي الناشيء بين المسلمين ثم تعذر المعرفة لايوجب جعل ماليس بعلامة علامة كغير الانبات

(الثالث) بلوغ خمس عشرة سنة لما روى ابن عمر قال : عرضت على النبي ﷺ وانا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فاجازني في المقاتلة قال نافع فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا الحديث فقال هذا فصل ما بين الرجال وبين الغلمان . متفق عليه وهذه العلامات الثلاث في حق الذكر والانثى وتزيد الانثى بعلامتين الحيض والحمل فمن لم يوجد فيه علامة منهن فهو صبي يحرم قتله

(فصل) ولا تقتل امرأة ولا شيخ فان وبذلك قال مالك وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابي بكر الصديق ومجاهد . وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ولا تعتدوا) يقول لاتقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير

وقال الشافعي في أحد قوليه وابن المنذر يجوز قتل الشيوخ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ولان الله تعالى قال (فاقتلوا المشركين) وهذا عام يتناول بعمومه الشيوخ ، وقال ابن المنذر : لاأعرف حجة في ترك قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم قوله (فاقتلوا المشركين) ولأنه كافر لانفع في حياته فيقتل كالشاب

(والرواية الاولى) أولى لما ذكرنا من فعل النبي ﷺ ولان عمر رضي الله عنه قال لولا آخر الناس لقسمت الارض كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فقد وقف الارض مع علمه بفعل النبي صلى الله عليه وسلم، فدل على ان فعله ذلك لم يكن متعينا كيف والنبي صلى الله عليه وسلم قد وقف نصف خيبر ولو كانت للغانمين لم يكن له وقفها، قال ابو عبيد تواترت الاخبار في افتتاح الارض عنوة بهذين الحكمين، حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في خيبر حين قسمها، وبه اشار بلال واصحابه على عمر في ارض الشام والزبير في ارض مصر وحكم عمر في ارض السواد وغيره حين وقفه، وبه اشار علي ومعاذ على عمر وليس فعل النبي صلى الله عليه وسلم رادا لفعل عمر لان كل واحد منهما اتبع آية محكمة قال الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم منه شيء فان لله خمسه - وقال - ما افاء الله على رسوله من اهل القرى) الآية فكان كل واحد من الامرين جائزاً والنظر في ذلك الى الامام فما رأى منه ذلك فعليه وهذا قول الثوري وأبي عبيد . إذا ثبت هذا فان التخيير المفوض إلى الامام تخيير مصلحة لاتخيير تشهي فيلزمه فعل ما يرى فيه المصلحة لايجوز له العدول عنه كالخيرة في الأسرى بين القتل والاسترقاق والمن والفداء ولا يحتاج إلى النطق بالوقف بل تركه لها من غير قسمة وقف لها كما أن قسمتها بين الغانمين لايحتاج معه إلى لفظ ولان عمر وغيره لم ينقل عنهم في وقف الارض لفظ بالوقف ولان معني وقفها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاتقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلا ، ولا امرأة » رواه ابو داود في سننه .

وروي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه وصى يزيد حين وجهه إلى الشام فقال: لاتقتل صبياً ولا امرأة ولا هرما وعن عمر انه وصى سلمة بن قيس فقال : لاتقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً هماً رواهما سعيد ،ولانه ليس من أهل القتال فلا يقتل كالمرأة . وقد أومأ النبي صلى الله عليه وسلم إلى هذه العلة في المرأة فقال «ما بال هذه قتلت وهي لاتقاتل والآية مخصوصة بما روينا ولانه قد خرج من عمومها المرأة والشيخ الهم في معناها فنقيسه عليها . وأما حديثهم فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال أو معونة عليه برأي أو تدبير جمعاً بين الاحاديث ولان أحاديثنا خاصة في الهرم وحديثهم عام في الشيوخ كلهم والخاص يقدم على العام وقياسهم ينتقض بالعجوز التي لا نفع فيها

(فصل) ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب والخلاف فيهم كالخلاف في الشيخ وحجتهم هاهنا حجتهم فيه

ولنا في الزمن والاعمى انهما ليسا من أهل القتال فاشبها المرأة وفي الراهب ما روي في حديث ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال وستمرون على أقوام في الصوامع قد حبسوا أنفسهم فيها فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم ولانهم لايقاتلون تديناً فاشبهوا من لايقدر على القتال

هاهنا أنها باقية لجميع المسلمين يؤخذ خراجها يصرف في مصالحهم ولا يخص أحد بملك شيء منها وهذا حاصل بتركها

(فصل) وكلما فعله النبي ﷺ من وقف وقسمة أو فعله الائمة بعده فليس لأحد نقضه ولا تغييره وانما الروايات فيما استؤنف فتحه على ماذكرنا والذي قسم بين الغانمين ليس عليه خراج، وكذلك ما أسلم أهله عليه كالمدينة ونحوها فهي ملك لأربابها لهم التصرف فيها كيف شاؤا ، وكذلك ماصولح أهله على ان الارض لهم كأرض اليمن والحيرة وبانقيا وما أحياه المسلمون كأرض البصرة كانت سبخة أحياها عتبة بن غزوان وعثمان بن أبي العاص

﴿ مسئلة ﴾ (الضرب الثاني)ماجلا عنها أهلها خوفا وفزعا فهذه تصير وقفاً بنفس الظهور عليها لان ذلك يتعين فيها لانها ليست غنيمة فتقسم فكان حكمها حكم الفيء يكون للمسلمين كلهم ، وعنه يكون حكمها حكم العنوة قياساً عليها ، فعلى هذا لاتصير وقفاً حتى يقفها الامام لان الوقف لايثبت بنفسه

(الضرب الثالث) ماصولحوا عليه وهو قسمان (أحدهما) أن يصالحهم على أن الارض لنا ونقرها معهم بالخراج فهذه تصير وقفاً ايضاً حكمها حكم ماذكرنا لان النبي ﷺ فتح خيبر وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها ولهم نصف ثمرتها فكانت للمسلمين دونهم، وصالح بني النضير على أن يجليهم من المدينة

(فصل) ولا يقتل العبيد وبه قال الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أدركوا خالداً فمروه أن لايقتل ذرية، ولا عسيفاً» وهم العبيد لانهم يصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبي فأشبهوا النساء والصبيان

(فصل) ومن قاتل ممن ذكرنا جميعهم جاز قتله لان النبي ﷺ قتل يوم قريظة امرأة ألقت رحا على محمود بن سلمة، ومن كان من هؤلاء الرجل المذكورين ذا رأي يعين به في الحرب جاز قتله لان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وهو شيخ لاقتال فيه وكانوا خرجوا به معهم يتيمنون به ويستعينون برأيه فلم ينكر النبي ﷺ قتله ولان الرأي من اعظم المعونة في الحرب وقد جاء عن معاوية انه قال لمروان والاسود امددتما عليا بقيس بن سعد وبرأيه ومكايدته فوالله لو انكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل ما كان باغيظ لي من ذلك

﴿مسألة﴾ قال (ومن قاتل من هؤلاء النساء والمشايخ والرهبان في المعركة قتل)

لانعلم فيه خلافا، وبهذا قال الاوزاعي والثوري والليث والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وقد جاء عن ابن عباس قال مر النبي ﷺ بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال «من قتل هذه» قال رجل أنا يارسول الله قال «ولم» قال نازعتني قائم سيفي قال فسكت ولان النبي ﷺ وقف على امرأة مقتولة

ولهم ماأقلت الابل من المتعة والاموال الا الحلقة يعني السلاح وكانت مما أفاء الله على رسوله

(القسم الثاني) ان يصالحهم على الارض لهم ويؤدون الينا خراجها معلوماً فهذه ملك لأربابها وهذا الخراج في حكم الجزيه متى أسلموا سقط عنهم لان الخراج الذي ضرب عليها انما كان من أجل كفرهم فهو كالجزية على رءوسهم فاذا أسلموا سقط كما تسقط الجزية وتبقى الارض ملكا لهم لا خراج عليها يتصرفون فيها كيف شاءوا بالبيع والهبة والرهن، وان انتقلت إلى مسلم فلا خراج عليه لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (ويقرون فيها بغير جزية) لانهم في غير دار الاسلام بخلاف التي قبلها

﴿مسألة﴾ (والمرجع في الخراج والجزية إلى اجتهاد الامام في الزيادة والنقصان على قدر الطاقة وعنه يرجع الى ماضربه عمر رضي الله عنه لايزاد ولا ينقص وعنه تجوز الزيادة دون النقص)

ظاهر المذهب أن المرجع في الخراج الى اجتهاد الامام وهو اختيار الخلال وعامة شيوخنا لانه أجرة فلم يقدر بمقدار لايختلف كأجرة المساكن وفيه رواية ثانية انه يرجع الى ماضربه عمر رضي الله عنه لايزاد عليه ولا ينقص منه لان اجتهاد عمر أولى من قول غيره كيف ولم ينكره أحد من الصحابة مع شهرته فكان اجماعا؟ وعنه رواية ثالثة أن الزيادة تجوز دون النقص لما روى عمر بن ميمون انه سمع عمر يقول لحذيفة وعثمان بن حنيف لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقال عثمان والله لو زدت عليهم فلا تجهدهم فدل على اباحة الزيادة مالم تجهدهم وأما الجزية فتذكر في باب عقد الذمة ان شاء الله تعالى

فقال ماباﻻ قتلت وهي لاتقاتل» وهذا يدل على انه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل ولأن هؤلاء انما لم يقتلوا لانهم في العادة لا يقاتلون

(فصل) فاما المريض فيقتل إذا كان ممن لو كان صحيحا قاتل لأنه بمنزلة الاجهاز على الجريح الا أن يكون مأيوساً من برئه فيكون بمنزلة الزمن لا يقتل لأنه لايخاف منه أن يصير إلى حال يقاتل فيها .

(فصل) فاما الفلاح الذي لايقاتل فينبغي أن لايقتل لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال اتقوا الله في الفلاحين الذين لا ينصبون لكم الحرب . وقال الاوزاعي لا يقتل الحراث إذا علم انه ليس من المقاتلة وقال الشافعي يقتل الا ان يؤدي الجزية لدخوله في عموم المشركين

ولنا قول عمرو ان أصحاب رسول الله ﷺ لم يقتلوهم حين فتحوا البلاد ولانهم لا يقاتلون فاشبهوا الشيوخ والرهبان .

(فصل) اذا حاصر الامام حصناً لزمته مصابرته ولاينصرف عنه الا بخصلة من خصال خمس :

(أحدها) أن يسلموا فيحرزوا بالاسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي ﷺ «امرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لاإله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » وان اسلموا بعد الفتح عصموا دماءهم دون أموالهم ويرقون

قال أحمد رضي الله عنه وأبوعبيد القاسم بن سلام : أعلى وأصح حديث في أرض السواد حديث عمرو بن ميمون ، يعني ان عمر رضي الله عنه وضع على كل جريب درهماً وقفيزا ، وقدر القفيز ثمانية ارطال يعني بالمكي ، نص عليه أحمد واختاره القاضي فيكون ستة عشر رطلا بالعراقي ، وقال أبوبكر قد قيل ان قدره ثلاثون رطلا

وينبغي أن يكون من جنس ما تخرجه الارض لانه روي عن عمر انه ضرب على الطعام درهماً وقفيز حنطة وعلى الشعير درهماً وقفيز شعير ويقاس عليه غيره من الحبوب . والجريب عشر قصبات في عشر قصبات والقصبة ستة أذرع بذراع عمر وهو ذراع وسط لاأطول ذراع ولا أقصرها وقبضة وإبهام قائمة ، وما بين الشجر من بياض الارض تبع لها ، فان ظلم في خراجه لم يحتسب به من العشر لانه ظلم فلم يحتسب به من العشر كالغصب، وعنه يحتسبه من العشر لان الأخذ لها واحد اختاره أبوبكر

وقد اختلف عن عمر رضي الله عنه في قدر الخراج فروى أبو عبيد باسناده عن الشعبي ان عمر بعث ابن حنيف إلى السواد فضرب الخراج على جريب الشعير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب القضب وهو الرطبة ستة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثني عشر درهماً ، هذا ذكره ابو الخطاب في كتاب الهداية وذكر بعده حديث عمرو بن ميمون الذي ذكرناه وهو أصح على ما ذكره أحمد وأبو عبيد

(الثانية) أن يبذلوا مالا على الموادعة فيجوز قبوله منهم سواء اعطوه جملة أو جعلوه خراجا مستمراً يؤخذ منهم كل عام ، فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوها لزمه قبولها منهم وحرم قتالهم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة في قبوله قبله ولا يلزمه قبوله اذا لم ير المصلحة فيه (الثالثة) ان يفتحه

(الرابعة) أن يرى المصلحة في الانصراف عنه اما لضرر في الاقامة واما لليأس منه وإما المصلحة ينتهزها تفوت باقامته فينصرف عنه لما روي ان النبي ﷺ حصر اهل الطائف فلم ينل منهم شيئا فقال « انا قافلون ان شاء الله تعالى غدا » فقال المسلمون أنرجع عنه ولم نفتحه؟ فقال رسول الله ﷺ «اغدوا على القتال » فغدوا عليه فاصابهم الجراح فقال لهم رسول الله ﷺ « انا قافلون غدا فاعجبهم » فقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه

(الخامسة) أن ينزلوا على حكم حاكم فيجوز لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أنه لما حاصر بني قريظة رضوا بان ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم الى ذلك والكلام فيه في فصلين (أحدهما) صفة الحاكم (والثاني) صفة الحكم فيعتبر فيه سبعة شروط ان يكون الحاكم حراً مسلما عاقلا بالغاً ذكرا عدلا فقيها كما يشترط في حاكم المسلمين ويجوز ان يكون اعمى لأن عدم البصر لا يضر في مسئلتنا لان المقصود رأيه

﴿ مسئلة ﴾ (وما لا يناله الماء مما لا يمكن زرعه فلا خراج عليه)

لان الخراج أجرة الارض وما لا منفعة فيه لا أجرة له ، وعنه يجب فيه الخراج إذا كان على صفة يمكن إحياؤه ليحييه من هو في يده أو يرفع يده عنه فيحييه غيره وينتفع به

﴿ مسئلة ﴾ (فان أمكن زرعه عاماً بعد عام وجب نصف خراجه في كل عام) لان نفع هذه الارض على النصف فكذلك الخراج لكونه في مقابلة النفع

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب الخراج على المالك دون المستأجر) لانه يجب على رقبة الارض فكان على مالكها كما تجب الفطرة على مالك العبد وعنه انه على المستأجر كالعشر والاول اصح

﴿ مسئلة ﴾ (والخراج كالدين يحبس به الموسر وينظر المعسر) لانه أجرة أشبه أجرة المساكن

﴿ مسئلة ﴾ (ومن عجز عن عمارة أرضه أجبر على اجارتها أو رفع يده عنها)

من كانت في يده أرض فهو أحق بها بالخراج كالمستأجر وتنتقل الى وارثه بعده على الوجه الذي كانت في يد موروثه فان آثر بها احداً صار الثاني أحق بها ، فان عجز من هي في يده عن عمارتها

ومعرفة المصلحة في احد اقسام الحكم ولا يضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فانه لايستغني عن البصر ليعرف المدعي من المدعى عليه والشاهد من المشهود له والمشهود عليه والمقر له من المقر ويعتبر من الفقه ههنا مايتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ونحو ذلك ولا يعتبر فقهه في جميع الاحكام التي لاتعلق له بهذا ولهذا حكم سعد بن معاذ ولم يثبت انه كان عالما بجميع الاحكام ، إذاحكموا رجلين جاز ويكون الحكم مااتفقا عليه، وان جعلوا الحكم الى رجل يعينه الامام جاز لانه لايختار الا من يصلح وان نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين اليهم لم يجز لانهم ربما اختاروا من لايصلح وإن عينوا رجلا يصلح فرضيه الامام جز لان بني قريظة رضوا بحكم سعد بن معاذ وعينوه فرضيه النبي صلى الله عليه وسلم وأجاز حكمه وقل لقد حكمت فيهم بحكم الله» وإن مات من اتفقوا عليه فاتفقوا على غيره ممن يصلح قام مقامه، وإن لم يتفقوا على من يقوم مقامه أو طلبوا حكما لا يصلح ردوا إلى مأمنهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا وكذلك إن رضوا باثنين فمات أحدهما فتفقوا على من يقوم مقامه جاز وإلا ردوا إلى مأمنهم ، وكذلك إن رضوا بتحكيم من لم تجتمع الشرائط فيه ووافقهم الامام عليه ثم بان انه لايصلح لم يحكم ويردون إلى مأمنهم كما كانوا

(وأما صفة الحكم) فإن حكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم نفذ حكمه لان سعد بن معاذ حكم في بني قريظة بذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة» وإن حكم بالمن على المقاتلة وسبي الذرية فقال القاضي يلزم حكمه وهو مذهب الشافعي لان الحكم اليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالامام في الاسير

وأداء خراجها أجبر على رفع يده عنها باجارة او غيرها ويدفعها الى من يعمرها ويقوم بخراجها لان الارض للمسلمين فلا يجوز تعطيلها عليهم

(فصل) ويكره للمسلم أن يشتري من ارض الخراج المزارع لان في الخراج معنى الذلة وبهذا وردت الاخبار عن عمر رضي الله عنه وغيره ومعنى الشراء ههنا ان يتقبل الارض بما عليها من خراجها لان شراء هذه الارض غير جائز أو يكون على الرواية التي اجازت شراءها لكونه استنقاذاً لها فهو كاستنقاذ الاسير

(فصل) ويجوز لصاحب الارض ان يرشو العامل ليدفع عنه الظلم في خراجه لانه يتوصل بماله إلى كف اليد العادية عنه ولا يجوز له ذلك ليدفع له شيئاً من خراجه لانه رشوة لابطال حق فحرمت على الآخذ والمعطي كرشوة الحاكم ليحكم له بغير الحق

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الامام المصلحة في اسقاط الخراج أو تخفيفه عن انسان جاز لانه فيء فكان النظر فيه الى الامام)

ولانه لو أخذ الخراج وصار في يده جاز له ان يخص به شخصاً إذا رأى المصلحة فيه فجاز له تركه بطريق الاولى

واختار أبو الخطاب أن حكمه لا يلزم لان عليه أن يحكم بما فيه الحظ ولا حظ للمسلمين في المن ، وإن حكم بالمن على الذرية فينبغي أن لا يجوز لان الامام لا يملك المن على الذرية اذا سبوا فكذلك الحاكم ويحتمل الجواز لان هؤلاء لم يتعين السبي فيهم بخلاف من سبي فانه يصير رقيقاً بنفس السبي ، وإن حكم عليهم بالفداء جاز لان الامام مخير في الاسرى بين القتل والفداء والاسترقاق والمن فكذلك الحاكم وإن حكم عليهم باعطاء الجزية لم يلزم حكمه لان عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت إلا بالتراضي ولذلك لا يملك الامام اجبار الاسير على اعطاء الجزية ، وإن حكم بالقتل والسبي جاز للامام المن على بعضهم لان ثابت بن قيس سأل في الزبير بن باطا من قريظة وماله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجابه ويخالف مال الغنيمة اذا حازه المسلمون لان ملكهم استقر عليه ، وإن أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لانهم أسلموا وهم أحرار وأموالهم لهم فلم يجز استرقاقهم بخلاف الاسير فان الاسير قد ثبتت اليد عليه كما تثبت على الذرية ولذلك جاز استرقاقه ، وإن أسلموا بعد الحكم عليهم نظرت فان كان قد حكم عليهم بالقتل سقط لان من أسلم فقد عصم دمه ولم يجز استرقاقهم لانهم أسلموا قبل استرقاقهم قال ابو الخطاب ويحتمل جواز استرقاقهم كما لو أسلموا بعد الاسر ويكون المال على ما حكم فيه ، وإن حكم بان المال للمسلمين كان غنيمة لانهم أخذوه بالقهر والحصر

باب الفيء

وهو ما أخذ من مال المشركين بغير قتال كالجزية والخراج والعشر وما تركوه فزعا وخمس الغنيمة ومال من مات لا وارث له فهو معروف في مصالح المسلمين لهم كلهم فيه حق غنيهم وفقيرهم إلا العبيد هذا ظاهر كلام أحمد والخرقي وذكر أحمد رحمه الله الفيء فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير وقال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين الا له في هذا المال نصيب إلا العبيد ليس لهم فيه شيء وقرأ عمر (ما افاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) فقال استوعبت المسلمين عامة ولان عشت ليأتين الراعي بسرو حمير نصيبه منها لم تعرق فيه جبينه وذكر القاضي ان الفيء مختص باهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لان ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت مختصة بالجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار لهم ذلك دون غيرهم فاما الاعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يعرضون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة قال القاضي ومعنى كلام أحمد أنه بين الغني والفقير يعني الذي فيه مصلحة للمسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء قال ويحتمل ان يكون معنى كلامه ان لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفعه إلى جميع المسلمين وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالانهار

(مسئلة) قال (واذا خلي الاسير منا و حلف أن يبعث اليهم بشيء يعينه أو يعود اليهم فلم يقدر عليه لم يرجع اليهم)

وجملته أن الاسير اذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث اليهم بفدائه أو يعود اليهم نظرت فان أكرهوه بالعذاب لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء لانه مكره فلم يلزمه ما أكره عليه لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وإن لم يكره عليه وقدر على الفداء الذي التزمه لزمه اداؤه وبهذا قال عطاء والحسن والزهري والنخعي والثوري والاوزاعي، وقال الشافعي أيضاً لا يلزمه لانه حر لا يستحقون بدله

ولنا قول الله تعالى (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) ولما صالح النبي صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية على رد من جاءه مسلما وفى لهم بذلك وقال « انا لا يصلح في ديننا الغدر » ولان في الوفاء مصلحة للاسارى وفي الغدر مفسدة في حقهم لانهم لا يأمنون بعده والحاجة داعية اليه فلزمه الوفاء به كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة ولانه عاهدهم على اداء مال فلزمه الوفاء به كثمن المبيع والمشروط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه وما ذكروه باطل بما اذا شرط رد من جاءه مسلماً أو شرط لهم مالا في عقد الهدنة . فأما إن عجز عن الفداء نظرنا فان كان المفادى امرأة لم ترجع اليهم ولم يحل

والطرقات التي أصلحت به وسياق كلام احمد يدل على أنه غير مختص بالجند وإنما هو معروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لانهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدم الاهم فالاهم من عمارة الثغور وكفايتها بالكراع والسلاح وما يحتاج إليه ثم الاهم فالاهم من عمارة المساجد والقناطر واصلاح الطرق وكراء الانهار وسد بثوقها وارزاق القضاة والائمة والمؤذنين والفقهاء وما يحتاج إليه المسلمون وكلما يعود نفعه على المسلمين ثم يقسم ما فضل على المسلمين لما ذكرنا من الآية وقول عمر رضي الله عنه وللشافعي قولان كنحو ما ذكرناه واستدلوا على ان أربعة اخماس الفيء كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أوس بن الحدثان قال سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعليا يختصمان إليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب و كانت لرسول ﷺ خالصا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنة فما فضل جعله في الكراع والسلاح ثم توفي رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ماوليها رسول الله ﷺ ثم وليتها بمثل ماوليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر متفق عليه الا ان فيه فيجعل ما بقي اسوة المال قال شيخنا وظاهر أخبار عمر تدل على ان لجميع المسلمين في الفيء حقا وهو ظاهر الآية فانه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال هذه استوعبت جميع المسلمين وقال ما أحد إلا له في هذا المال نصيب فاما أموال

لها ذلك لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار) ولان في رجوعها تسليطا لهم على وطئها حراماً وقد منع الله تعالى رسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن في قصة الحديبية وفيها فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله أن يردوهن رواه ابو داود وغيره وإن كان رجلا ففيه روايتان

(احداهما) لايرجع أيضاً وهو قول الحسن والنخعي والثوري والشافعي لان الرجوع اليهم معصية فلم يلزم بالشرط كما لو كان امرأة وكما لو شرط قتل مسلم او شرب الخمر

(والثانية) يلزمه وهو قول عثمان والزهري والاوزاعي ومحمد بن سوقة لما ذكرنا في بعث الفداء ولان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاهد قريشا على رد من جاءه مسلماً ورد أبابصير وقال «انا لا يصلح في ديننا الغدر» وفارق رد المرأة فان الله تعالى فرق بينهما في هذا الحكم حين صالح النبي صلى الله عليه وسلم قريشاً على رد من جاءه منهم مسلماً فأمضى الله ذلك في الرجال ونسخه في النساء، وقد ذكرنا الفرق بينهما من ثلاثة اوجه تقدمت

(فصل) فان أطلقوه وآمنوه صاروا في أمان منه لان أمانهم له يقتضي سلامتهم منه فان أمكنه المضي إلى دار الاسلام لزمه وان تعذر عليه اقام وكان حكمه حكم من اسلم في دار الحرب فان أخذ في الخروج فأدركوه وتبعوه قاتلهم وبطل الامان لانهم طلبوا منه المقام وهو معصية فاما ان أطلقوه ولم يؤمنوه فله أن يأخذ منهم ماقدر عليه ويسرق ويهرب لانه لم يؤمنهم ولم يؤمنوه، وان أطلقوه

بني النضير فيحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفق منها على أهله لان ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه اسوة المال ويحتمل ان تكون أموال بني النضير اختص بها رسول الله صلى الله عليه وسلم من الفيء وترك سائره لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصاً دون المسلمين

﴿مسئلة﴾ (ولا يخمس وقال الخرقي يخمس فيصرف خمسه إلى أهل الخمس وباقيه في المصالح)

ظاهر المذهب ان الفيء لا يخمس نقلها أبو طالب فقال إنما تخمس الغنيمة وعنه يخمس كما تخمس الغنيمة اختارها الخرقي وهو قول الشافعي لقول الله تعالى (ما افاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فظاهر هذا ان جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس وجاءت الاخبار دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه عن عمر رضي الله عنه مستدلا بالآيات التي بعدها فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الاية والاخبار وتتعارض وفي ايجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فان خمسه لمن سمي في الاية وسائره يصرف الى ما ذكر في الآيتين الاخيرتين والاخبار وقد روى البراء بن عازب قال لقيت خالي ومعه الراية فقلت الى اين؟ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل عرس بامرأة ابيه ان أضرب عنقه وأخمس ماله والرواية الاولى هي المشهورة قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي من ان الفيء مخموس نصا فاحكيه وانما نص علي أنه غير

وشرطوا عليه المقام عندهم لزمه ماشرطوا عليه لقول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » وقال اصحاب الشافعي لا يلزمه فاما ان اطلقوه على انه رقيق لهم فقال ابو الخطاب له أن يسرق ويهرب ويقتل لان كونه رقيقاً حكم شرعي لا يثبت عليه بقوله ولو ثبت لم يقتض أماناله منهم ولا لهم منه وهذا مذهب الشافعي وان أحلفوه على هذا فان كان مكرها على اليمين لم تنعقد يمينه وان كان مختاراً فحنث كفر يمينه ويحتمل أن تلزمه الاقامة على الرواية التي تلزمه الرجوع اليهم في المسئلة الاولى وهو قول الليث

(فصل) وإن اشترى الاسير شيئاً مختاراً او اقترضه فالعقد صحيح ويلزمه الوفاء لهم لانه عقد معاوضة فأشبه مالو فعله غير الاسير وإن كان مكرها لم يصح فان اكرهوه على قبضه لم يضمنه ولكن عليه رده اليهم إن كان باقياً لانهم دفعوه اليه بحكم العقد وان قبضه باختياره ضمنه لانه قبضه عن عقد فاسد وإن باعه والعين قائمة لزمه ردها لان العقد باطل ، وإن عدمت العين رد قيمتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين ومباح له أن يهرب من ثلاثة فان خشي الاسر قاتل حتى يقتل)

وجملته انه إذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرم الفرار بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تولوهم الادبار) الآية وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون) وذكر النبي ﷺ الفرار يوم الزحف فعده من الكبائر

مخموس وهذا قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر لانحفظ عن أحد قبل الشافعي في ان في الفيء خمساً كخمس الغنيمة والدليل على ذلك قوله تعالى (و ما افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) الايات الى قوله (والذين جاءوا من بعدهم) فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا ولما قرأ عمر هذه الاية قال هذه استوعبت جميع المسلمين

(فصل) فان قلنا إنه يخمس صرف خمسه إلى أهل الخمس في الغنيمة عند من يرى تخميس الفيء من أصحابنا وأصحاب الشافعي وحكمها واحد لا اختلاف بينهم في هذا لانه في معنى خمس الغنيمة ثم يصرف الباقي في مصالح المسلمين على ماذكرنا ويبدأ بالأهم فالاهم من سد الثغور وارزاق الجند ونحو ذلك.

﴿ مسئلة ﴾ (فان فضل منه فضلة قسمه بين المسلمين ويبدأ بالمهاجرين ويقدم الاقرب فالاقرب من رسول الله ﷺ) .

ينبغي أن يبدأ في القسمة بالمهاجرين ويقدم الاقرب فالاقرب من رسول الله ﷺ لما روي أبو هريرة قال قدمت على عمر رضي الله عنه بثمانمائة ألف درهم فلما أصبح أرسل إلي نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فقال لهم قد جاء الناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الاسلام أشيروا علي بمن أبدأ؟ قالوا بك ياأمير المؤمنين إنك ولي ذلك قال لا ولكن ابدأ برسول الله ﷺ الاقرب فالاقرب

وحكي عن الحسن والضحاك ان هذا كان يوم بدر خاصة ولا يجب في غيرها والامر مطلق وخبر النبي ﷺ عام فلا يجوز التقييد والتخصيص الا بدليل وانما يجب الثبات بشرطين

(احدهما) أن يكون الكفار لايزيدون على ضعف المسلمين فان زادوا عليه جاز الفرار لقول الله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين) وهذا ان كان لفظه لفظ الخبر فهو امر بدليل قوله (الآن خفف الله عنكم) ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد للعشرة الى غلبة الاثنين تخفيفاً ولان خبر الله تعالى صدق لايقع بخلاف مخبره وقد علم ان الظفر والغلبة لا يحصل للمسلمين في كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين فما دون فعلم انه أمر وفرض ولم يأت شيء ينسخ هذه الآية لا في كتاب ولا سنة فوجب الحكم بها. قال ابن عباس نزلت (ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين) فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة ثم جاء تخفيف فقال (الآن خفف الله عنكم — الى قوله — يغلبوا مائتين) فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ما خفف من العدد رواه ابو داود وقال ابن عباس من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فما فر

(الثاني) أن لا يقصد بفراره التحيز الى فئة ولا التحرف لقتال فان قصد أحد هذين فهو مباح له لان الله تعالى قال (الا متحرفا لقتال او متحيزاً الى فئة) ومعنى التحرف للقتال أن ينحاز الى

فوضع الديوان على ذلك وينبغي للامام أن يضع ديوانا يكتب فيه أسماء المقاتلة وقدر ارزاقهم ويجعل لكل طائفة عريفاً يقوم بأمرهم ويجمعهم وقت العطاء ووقت الغزو لانه يروى ان النبي ﷺ جعل عام خيبر على كل عشرة عريفاً ويجعل العطاء في كل عام مرة او مرتين ولا يجعل في أقل من ذلك لئلا يشغلهم عن الغزو ويبدأ ببني هاشم لانهم أقارب رسول الله ﷺ لما ذكرنا من خبر عمر ثم ببني المطلب لقول رسول الله ﷺ «إنما بنوا هاشم وبنوا المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه ثم ببني عبد شمس لانه أخو هاشم لابيه وأمه ثم بني نوفل لانه إخو هاشم لابيه ثم يعطي بني عبد الدار وعبد العزى ويقدم عبد العزى لان فيهم اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فان خديجة منهم وعلى هذا يعطى الاقرب فالاقرب حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة وقيل بنو فهر بن مالك

﴿مسئلة﴾ (ثم الانصار ثم سائر المسلمين وهل يفاضل بينهم؟ على روايتين).

يقدم الانصار بعد قريش لفضلهم وسابقتهم وآثارهم الجميلة ثم سائر العرب ثم العجم والموالي فان استوى اثنان في الدرجة قدم أسنهما ثم أقدمهما هجرة وسابقة ويخص في كل ذا الحاجة.

(فصل) واختلف الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب ابو بكر رضي الله عنه إلى التسوية بينهم وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي ان أبا بكر سوى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر ياخليفة رسول الله ﷺ أتجعل الذين جاهدوا في سبيل

موضع يكون القتال فيه أمكن مثل أن ينحاز من مواجهة الشمس اوالريح الى استدبارهما اومن نزلة الى علو او من معطشة الى موضع ماء او يفر بين أيديهم لتنتقض صفوفهم او تنفرد خيلهم من رجالتهم أو ليجد فيهم فرصة او ليستند الى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة اهل الحرب ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما في خطبته إذ قال ياسارية بن زنيم الجبل . ظلم الذئب من استرعاه الغنم فانكرها الناس فقال علي رضي الله عنه دعوه فلما نزل سألوه عما قال فلم يعترف به وكان قد بعث سارية الى ناحية العراق لغزوهم فلما قدم ذلك الجيش اخبروا أنهم لقوا عدوهم يوم جمعة فظهر عليهم فسمعوا صوت عمر فتحيزوا إلى الجبل فنجوا من عدوهم فانتصروا عليهم . وأما التحيز الى فئة فهو ان يصير الى فئة من المسلمين ليكون معهم فيقوى بهم على عدوهم وسواء بعدت المسافة او قربت قال القاضي لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز اليها ونحوه ذكر الشافعي لان ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال «اني فئة لكم وكانوا بمكان بعيد منه» وقال عمر انا فئة كل مسلم وكان بالمدينة

الله بأموالهم وانفسهم وهجروا دريارهم له كمن انما دخلوا في الاسلام كرهاً؟ فقال ابو بكر إنما عملوا لله وانما أجورهم على الله وانما الدنيا بلاغ فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي رضي الله عنه سوى بينهم واخرج العبيد وذكر عن عثمان رضي الله عنه انه فضل بينهم في القسمة فعلى هذا مذهب اثنين منهم أبي بكر وعلي التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل وقد روي عن احمد رحمه الله فروي عنه الحسن بن علي بن الحسن انه قال للامام أن يفضل قوما على قوم لان عمر قسم بينهم على السوابق وقال لاأجعل من قاتل على الاسلام كمن قوتل عليه ، ولان النبي ﷺ قسم النفل بين أهله متفاضلا على قدر غنائهم وهذا في معناه وروي عنه انه لايجوز التفضيل قال ابو بكر اختار أبو عبدالله ان لا يفضلوا وهو قول الشافعي لما ذكرنا من فعل ابي بكر رضي الله عنه قال الشافعي إني رأيت انه قسم المواريث على العدد يكون الاخوة متفاضلين في الغناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة أخماس الغنيمة على العدد ومنهم من يغني غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضره إما غير نافع وإما ضرر ابا لجبن و الهزيمة وذلك انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين ، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان ذلك مفوض إلى اجتهاد الامام يفعل مايراه من تسوية وتفضيل لما ذكرنا من فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الانفال وهذا في معناه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه فرض للمهاجرين من اهل بدر خمسة آلاف ولاهل بدر من الانصار اربعة آلاف أربعه آلاف وفرض لأهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولاهل الفتح الفين الفين .

(فصل) قال القاضي ويتعرف قدر حاجة اهل العطاء وكفايتهم ويزيد ذا الولد من اجل ولده

وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان رواهما سعيد وقال عمر رحم الله أبا عبيد لو كان تحيز الي الكنت له فئة وإذا خشي الاسر فالاولى له أن يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه للاسر لانه يفوز بثواب الدرجة الرفيعة ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة وان استأسر جاز لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ بعث عشرة عينا وأمر عليهم عاصم بن ثابت فنفرت اليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجئوا الى فدد فقالوا لهم انزلوا فأعطونا بايديكم ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً فقال عاصم أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر فرموهم بالنبل فقتلوا عاصما في سبعة معه ونزل اليهم ثلاثة على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة فلما استمكنوا منهم أطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها متفق عليه فعاصم أخذ بالعزيمة وخبيب وزيد أخذا بالرخصة وكلهم محمود غير مذموم ولا ملوم

(فصل) وإذا كان العدو أكثر من ضعف المسلمين فغلب على ظن المسلمين الظفر فالأولى لهم الثبات لما في ذلك من المصلحة، وان انصرفوا جاز لانهم لا يأمنون العطب والحكم علق على مظنته وهو كونهم أقل من نصف عددهم، ولذلك لزمهم الثبات إذا كانوا أكثر من النصف وان غلب على ظنهم الهلاك فيه.

وذا الفرس من اجل فرسه وان كان له عبيد في مصالح الحرب حسبت مؤنتهم في كفايتهم وإن كانو لزينة او تجارة لم تحسب مؤنتهم وينظر في اسعارهم في بلدانهم لان اسعار البلاد تختلف والغرض الكفاية ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك وان كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفاياتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية، فأما من رأى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والغناء في الاسلام على غيرهم بحسب مايراه كما فعل عمر رضي الله عنه ولم يقدر ذلك بالكفاية والعطاء الواجب لايكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال ويكون عاقلا حراً بصيراً صحيحاً ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه فان كان مرضاً مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لانه في حكم الصحيح ولذلك لا يستنيب في الحج كالصحيح.

﴿ مسئلة ﴾ (ومن مات بعد حلول وقت العطاء دفع الى ورثته حقه لانه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه إلى وارثه كسائر الموروثات)

﴿ مسئلة ﴾ (ومن مات من اجناد المسلمين دفع الى امرأته وأولاده الصغار مايكفيهم)

لان فيه تطييب قلوب المجاهدين فمتى علموا ان عيالهم يكفون المؤنة بعد موتهم توفروا على

ويحتمل أن يلزمهم الثبات ان غلب على ظنهم الظفر لما فيه من المصلحة وإن غلب على ظنهم الهلاك في الاقامة والنجاة في الانصراف فالاولى لهم الانصراف وان ثبتوا جاز لان لهم غرضا في الشهادة ويجوز ان يغلبوا أيضا، وان غلب على ظنهم الهلاك في الاقامة والانصراف فالاولى لهم الثبات لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محتسبين فيكونون أفضل من المولين ولانه يجوز أن يغلبوا أيضا فان الله تعالى يقول (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين) ولذلك صبر عاصم وأصحابه فقاتلوا حتى أكرمهم الله بالشهادة

(فصل) فان جاء العدو بلداً فلأهله التحصن منهم وان كانوا أكثر من نصفهم ليلحقهم مدد أوقوة ولايكون ذلك تولياً ولا فراراً إنما التولي بعد لقاء العدو، وان لقوهم خارج الحصن فلهم التحيز الى الحصن لانه بمنزلة التحرف للقتال أو التحيز الى فئة وان غزوا فذهبت دوابهم فليس ذلك عذراً في الفرار لان القتال ممكن للرجالة، وان تحيزوا الى جبل ليقاتلوا فيه رجالة فلا بأس لانه تحرف للقتال وان ذهب سلاحهم فتحيزوا إلى مكان يمكنهم القتال فيه بالحجارة والتستر بالشجر ونحوه أولهم في التحيز اليه فائدة جاز

(فصل) فان ولى قوم قبل احراز الغنيمة واحرزها الباقون فلاشيء للفارين لان احرازها حصل بغيرهم فكان ملكها لمن احرزها، وان ذكروا أنهم فروا متحيزين الى فئة أومتحرفين للقتال فلاشيء لهم أيضاً لذلك، وان فروا بعد إحراز الغنيمة لم يسقط حقهم منها لأنهم ملكوا الغنيمة بحيازتها فلم يزل ملكهم عنها بفرارهم

(فصل) وإذا ألقى الكفار ناراً في سفينة فيها مسلمون فاشتعلت فيها فما غلب على ظنهم السلامة فيه من بقائهم في مركبهم أو إلقاء نفوسهم في الماء فالأولى لهم فعله، وان استوى عندهم الأمران فقال أحمد كيف شاء يصنع، قال الاوزاعي هما موتتان فاختر أيسرهما. وقال أبو الخطاب فيه رواية

الجهاد واذا علموا خلاف ذلك توفروا على الكسب وآثروه على الجهاد مخافة الضيعة على عيالهم ولهذا قال ابو خالد الهناي

لقد زاد الحياة الي حباً بناتي انهن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بعدي وأن يشربن رنقاً بعد صافي
وأن يعرين ان كسي الجواري فتنبو العين عن كرم عجاف
ولولا ذاك قدسومت مهري وفي الرحمن للضعفاء كافي

ومتى تزوجت المرأة سقط حقها لانها خرجت عن عيال الميت

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا بلغ ذكورهم فاختاروا ان يكونوا في المقاتلة فرض لهم وان لم يختاروا تركوا سقط حقهم من عطاء المقاتلة

أخرى انهم يلزمهم المقام لأنهم إذا رموا نفوسهم في الماء كان موتهم بفعلهم. وإن أقاموا فموتهم بفعل غيرهم

(مسئلة) قال (ومن آجر نفسه بعد ان غنموا على حفظ الغنيمة فباح له ما اخذ ان كان راجلا أو على دابة يملكها)

وجملته أن الغنيمة إذا احتاجت الى من يحفظها أو سوق الدواب التي هي منها أو يرعاها أو يحملها فان للامام ان يستأجر من يفعل ذلك ويؤدي أجرتها منها لان ذلك من مؤنتها فهو كعلف الدواب وطعام السبي ومن أجر نفسه على فعل شيء من ذلك فله أجرته مباحة لانه أجر نفسه لفعل بالمسلمين اليه حاجة فحلت له أجرته كما لو أجر نفسه على الدلالة الى الطريق. فاما قوله ان كان راجلاً أو على دابة يملكها فانه يعني به لا يركب من دواب المغنم ولا فرساً حبيسا.

قال احمد: لا بأس ان يؤجر الرجل نفسه على دابته وكره أن يستأجر القوم على سياق الرمك

(باب الامان)

يصح أمان المسلم المكلف ذكراً كان او انثى حراً او عبداً مطلقاً او أسيراً، وفي امان الصبي المميز روايتان)

وجملة ذلك ان الامان اذا أعطي اهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم، ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار ذكراً كان او انثى حراً او عبداً وبهذا قال الثوري والشافعي والاوزاعي واسحاق وابن القاسم وأكثر اهل العلم وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه. وقال ابو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح امان العبد الا ان يكون مأذونا له في القتال لانه لا يجب عليه الجهاد فلا يصح امانه كالصبي ولانه مجلوب من دار الحرب فلا يؤمن أن ينظر لهم في تقديم مصلحتهم

ولنا ماروى علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منهم صرف ولا عدل» رواه البخاري. والعبد إما أن يكون أدناهم فيصح امانه بالحديث أو يكون غيره أدنى منه فيصح امانه بطريق التنبيه.

وروى فضيل بن يزيد الرقاشي قال جهز عمر بن الخطاب جيشاً فكنت فيهم فحضرنا موضعاً فرأينا انا نستفتحها اليوم وجعلنا نقبل ونروح وبقي عبد منا فراطنهم وراطنوه فكتب لهم الامان في صحيفة وشدها على سهم ورمى بها اليهم فأخذوها وخرجوا فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم، رواه سعيد ولانه مسلم مكلف فصح أمانه كالحر والمرأة. وماذكروه من التهمة يبطل بما إذا أذن له في القتال فانه يصح أمانه وبالمرأة.

على فرس حبيس لانه يستعمل الفرس الموقوف للجهاد فيما يختص منفعة نفسه فان أجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب له أجرة لان المعين له على العمل يختص منفعة نفسه فلا يجوز أن يستعمل فيه دواب المغنم ولا داب الحبيس وينبغي ان يلزمه بقدر أجر الدابة يرد في الغنيمة ان كانت من الغنيمة أو يصرف في نفقة دواب الحبيس ان كان الفرس حبيسا

(فصل) فان شرط في الاجابة ركوب دابة من الغنيمة فينبغي ان يجوز لان ذلك بمنزلة أجرة تدفع اليه من المغنم ولو أجر نفسه بدابة من المغنم معينة صح فاذا جعل أجره ركوبها كان أولى الا أن يكون العمل مجهولا فلا يجوز لان من شرط صحة اجارتها كون عوضها معلوما، وان شرط في الاجارة ركوب دابة من الحبيس لم يجز لانها انما حبست على الجهاد وليس هذا بجهاد انما هو نفع لاهل الغنيمة

(فصل) ولا يجوز الانتفاع من الغنيمة بركوب دابة منها ولا لبس ثوب من ثيابها لما روى رويفع ابن ثابت قال لا أقول لكم الا ماسمعت من رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر « من كان يؤمن بالله

(فصل) ويصح أمان المرأة في قول الجميع . قالت عائشة رضي الله عنها ان كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز . وعن ام هانئ انها قالت يا رسول الله قد أجرت احمائي وأغلقت عليهم وان ابن أمي أراد قتلهم فقال لها رسول الله ﷺ « قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ انما يجير على المسلمين أدناهم » رواهما سعيد. وأجارت زينب بنت رسول الله ﷺ أبا العاص بن الربيع فأمضاه رسول الله ﷺ

(فصل) ويصح امان الاسير اذا عقده غير مكره لدخوله في عموم الخبر ، ولانه مسلم مكلف مختار أشبه غير الاسير ، وكذلك يصح امان الاجير والتاجر في دار الحرب وبهذا قال الشافعي، وقال الثوري لا يصح أمان احد منهم

ولنا عموم الحديث والقياس .فأما الصبي المميز ففيه روايتان (إحداهما) لايصح امانه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه غير مكلف ولا يلزمه بقوله حكم فلا يلزم غيره كالمجنون (والثانية) يصح امانه وهو قول مالك .قال أبو بكر يصح امانه رواية واحدة وحمل رواية المنع على غير المكلف واحتج بعموم الحديث ولانه مسلم عاقل فصح امانه كالبالغ بخلاف المجنون فانه لاقول له أصلا

(فصل) ولا يصح امان كافر وان كان ذمياً لان النبي ﷺ قال « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » فجعل الذمة للمسلمين فلا تحصل لغيرهم ، ولانه متهم على الاسلام وأهله فأشبه الحربي ولا يصح امان مجنون ولا طفل لان كلامه غير معتبر فلا يثبت به حكم .ولا يصح امان زائل العقل بنوم او سكر او إغماء لذلك ولانه لايعرف المصلحة من غيرها أشبه المجنون . ولا يصح من مكره لانه قول اكره عليه بغير حق فلم يصح كالاقرار

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح أمان الامام لجميع الكفار وآحادهم)

واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه» رواه ابو داود والاثرم وعن رجل من بلقين قال أتيت رسول الله ﷺ وهو بوادي القرى فقلت ماتقول في الغنيمة؟ فقال «لله خمسها واربعة اخماسها للجيش» فقلت فما أحد أولى به من احد ؟ قال « لا ولا السهم تستخرجه من جنبك أنت أحق به من اخيك المسلم» رواه الاثرم ولان الغنيمة مشتركة بين الغانمين واهل الخمس فلم يجز لواحد الاختصاص بمنفعته كغيره من الاموال المشتركة فان دعت الحاجة الى القتال بسلاحهم فلا بأس قال احمد اذا كان انكى فيهم او خاف على نفسه فنعم

وذكر حديث سيف ابي جهل وهو ماروى عبد الله بن مسعود قال انتهيت إلى ابي جهل يوم بدر وقد ضربت رجله فقلت الحمد لله الذي أخزاك ياأبا جهل فأضربه بسيف معي غير طائل فوقع سيفه من يده فأخذت سيفه فضربته به حتى برد . رواه الاثرم وفي ركوب الفرس للجهاد روايتان (احداهما) يجوز كما يجوز في السلاح (والثانية) لايجوز لانها تتعرض للعطب غالباً وقيمتها كثيرة بخلاف السلاح

لان ولايته عامة على المسلمين . ويصح امان الامير لمن جعل باذائه من الكفار فأما في حق غيرهم فهو كآحاد المسلمين لان ولايته على قتال اولئك دون غيرهم ، ويصح امان احد الرعية للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير لان عمر رضي الله عنه اجاز أمان العبد لأهل الحصن الذي ذكرنا حديثه ولا يصح امانه لأهل بلدة ورستاق وجمع كثير لان ذلك يفضي الى تعطيل الجهاد والافتيات على الامام . ويصح امان الامام للاسير بعد الاستيلاء عليه لان عمر رضي الله عنه أمن الهرمزان وهو أسير . رواه سعيد . ولان الامان دون المن عليه وقد جاز المن عليه .فأما احد الرعية فليس له ذلك وهذا مذهب الشافعي وذكر ابو الخطاب انه يصح امانه لان زينب بنت رسول الله ﷺ اجارت زوجها أبا العاص بعد اسره فأمضاه النبي ﷺ وحكي عن الاوزاعي

ولنا ان امر الاسير مفوض الى الامام فلم يجز الافتيات عليه بما يمنعه ذلك كقتله .وحديث زينب رضي الله عنها في امانها انما صح باجازة النبي ﷺ

(فصل) وإذا شهد للاسير اثنان او اكثر من المسلمين انهم امنوه قُبل اذا كانوا بصفة الشهود وقال الشافعي لاتقبل شهادتهم لانهم يشهدون على فعل أنفسهم

ولنا أنهم عدول من المسلمين غير متهمين شهدوا بامانه فوجب ان يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه امنه وما ذكره لايصح لان النبي ﷺ قبل شهادة المرضعة على فعلها في حديث عقبة بن الحارث فان شهد واحد : إني أمنته فقال القاضي قياس قول أحمد أنه يقبل كما لو قال الحاكم بعد عزله كنت حكمت لفلان على فلان بحق فانه يقبل قوله وعلى قول أبي الخطاب يصح امانه فقبل خبره لانه كالحاكم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن لقي علجا فقال له قف أو الق سلاحك فقد أمنه)

قد تقدم الكلام فيمن يصح أمانه ونذكر ههنا صفة الامان فالذي ورد به الشرع لفظتان أجرتك وأمنتك لقول الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فاجره) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « قد اجرنا من أجرت وأمنا من أمنت وقال من دخل دار ابي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن » وفي معنى ذلك اذا قال لاتخف لاتذهل لاتخش لاخوف عليك لابأس عليك

وقد روي عن عمر انه قال : اذا قلتم لا بأس او لا تذهل او مترس فقد أمنتموهم فان الله تعالى يعلم الالسنة . وفي رواية أخرى اذا قال الرجل للرجل لاتخف فقد أمنه فاذا قال لاتذهل فقد أمنه فان الله يعلم الالسنة

وروي ان عمر قال للهرمزان تكلم ولا باس عليك فلما تكلم أمر عمر بقتله فقال أنس بن مالك ليس لك الى ذلك سبيل قد أمنته فقال عمر كلا ، فقال الزبير قد قلت له تكلم ولا باس عليك فدرأ عنه عمر القتل . رواه سعيد وغيره وهذا كله لا نعلم فيه خلافا ، فاما إن قال له قم او قف أو الق سلاحك فقال اصحابنا هو أمان ايضاً لان الكافر يعتقد هذا اماناً فأشبه قوله أمنتك

وقال الاوزاعي إن ادعى الكافر انه أمن او قال انما وقفت لندائك فهو آمن فان لم يدع ذلك فلا يقبل ويحتمل ان هذا ليس بامان لان لفظه لا يشعر به وهو يستعمل للارهاب والتخويف فلم يكن

في حال ولايته وهو قول الاوزاعي ويحتمل ان لا يقبل لانه ليس له ان يؤمنه في الحال فلم يقبل اقراره به كما لو أقر بحق على غيره وهذا قول الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن قال لكافر أنت آمن أو لا بأس عليك أو اجرتك أو قف أو الق سلاحك أو مترس نفذ أمنه)

قد ذكرنا من يصح امانه وقد ذكرنا ههنا صفة الامان والذي ورد به الشرع لفظتان اجرتك وامنتك قال الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فاجره) وقال النبي ﷺ « قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت - وقال - من دخل دار أبي سفيان فهو آمن » وفي معنى ذلك قوله « لا تخف لا تذهل لا تخش لا خوف عليك لا بأس عليك » وقد روي عن عمر أنه قال إذا قلتم لا بأس او لا تذهل أو مترس فقد امنتموهم فان الله تعالى يعلم الالسنة وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للهرمزان تكلم ولا بأس عليك فلما تكلم أمر عمر بقتله فقال أنس بن مالك ليس لك الى ذلك سبيل قد امنته قال عمر كلا قال الزبير إنك قد قلت تكلم ولا بأس عليك فدرأ عنه عمر القتل رواه سعيد وغيره ولا نعلم في هذا كله خلافاً ، وأما ان قال له قف أو قم أو الق سلاحك فقال أصحابنا هو امان ايضاً لان الكافر يعتقد هذا امانا فاشبه قوله امنتك ، وقال الاوزاعي ان ادعى الكافر أنه امان وقال

اماناً لقوله لاقتلنك لكن يرجع إلى القائل فان قال نويت به الامان فهو امان ، وإن قال لم أرد امانه نظرنا في الكافر فان قال اعتقدته امانا رد إلى مأمنه ولم يجز قتله وإن لم يعتقده اماناً فليس بامان كما لو أشار اليهم بما اعتقدوه اماناً

(فصل) فان أشار المسلم اليهم بما يرونه اماناً وقال اردت به الامان فهو امان ، وإن قال لم ارد به الامان فالقول قوله لانه اعلم بنيته ، فان خرج الكفار من حصنهم بناء على هذه الاشارة لم يجز قتلهم ولكن يردون الى مأمنهم

وقال عمر رضي الله عنه والله لو ان أحدكم أشار باصبعه إلى السماء إلى مشرك فنزل بامانه فقتله لقتلته به . رواه سعيد ، وإن مات المسلم او غاب فانهم يردون إلى مأمنهم وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر فان قيل وكيف صححتم الامان بالاشارة مع القدرة على النطق بخلاف البيع والطلاق والعتق؟ قلنا تغليباً لحقن الدم كما حقن دم من له شبهة كتاب تغليباً لحقن دمه ولان الكفار في الغالب لا يفهمون كلام المسلمين والمسلمون لا يفهمون كلامهم فدعت الحاجة إلى التكليم بالاشارة بخلاف غيره

(فصل) اذا سبيت كافرة فجاء ابنها يطلبها وقال ان عندي أسيراً مسلماً فاطلقوها حتى أحضره فقال الامام أحضره فاحضره لزم اطلاقها لان المفهوم من هذا اجابته الى ماسأل وإن قال الامام لم ارد اجابته

إنما وقفت لذلك فهو آمن وان لم يدع ذلك فلا يقبل قال شيخنا ويحتمل ان هذا ليس بامان لان لفظه لا يشعر به وهو يستعمل للارهاب والتخويف فاشبه قوله لا قتلنك لكن يرجع إلى القائل فان قال نويت به الامان فهو امان وان قال لم أرد امانه نظرنا في الكافر فان قال اعتقدته أمانا رد إلى مأمنه ولم يجز قتله وان لم يعتقده امانا فليس بامان كما لو أشار اليهم بما اعتقدوه امانا

(فصل) فان أشار اليهم بما اعتقدوه امانا وقال أردت به الامان فهو امان ، وان قال لم أرد به الامان فالقول قوله لانه أعلم بنيته فان خرج الكفار من حصنهم بناء على ان هذه الاشارة امان لم يجز قتلهم ويردون إلى مأمنهم فقد قال عمر رضي الله عنه والله لو ان أحدكم أشار باصبعه الى السماء الى مشرك فنزل بامانه فقتله لقتلته به رواه سعيد وان مات المسلم أو غاب فانهم يردون الى مأمنهم وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر فان قيل فكيف صححتم الامان بالاشارة مع القدرة على النطق بخلاف البيع والطلاق والعتق؟ قلنا تغليبا لحقن الدم كما حقن دم من له شبهة كتاب تغليبا لحقن دمه ولان الكفار في الغالب لا يفهمون كلام المسلمين ولا يفهم المسلمون كلامهم فدعت الحاجة الى الاشار بخلاف غيره ومن قال لكافر انت آمن فرد الامان لم ينعقد لانه ايجاب حق فلم يصح مع الرد كالبيع وان قبله ثم رده انتقض لانه حق له فسقط باسقاطه كالرق

(فصل) إذا سبيت كافرة وجاء ابنها يطلبها وقال ان عندي اسيراً مسلماً فاطلقوها حتى احضره فقال الامام أحضره فاحضره لزم اطلاقها لان المفهوم من هذا اجابته الى ماسأل فان قال الامام لم

لم يجبر على ترك أسيره ورد إلى مأمنه وقال أصحاب الشافعي يطلق الاسير ولا تطلق المشركة لان المسلم حر لايجوز أن يكون ثمناً لمملوكة ويقال له ان اخترت شراءها فائت بثمنها

ولنا أن هذا يفهم منه الشرط فيجب الوفاء به كما لو صرح به ولان الكافر فهم منه ذلك وبنى عليه فأشبه مالو فهم الامان من الاشارة ، وقولهم ان الحر لايكون ثمن مملوكة قلنا لكن يصح أن يفادى بها فقد فادى رسول الله ﷺ بالاسيرة التي أخذها من سلمة بن الاكوع برجلين من المسلمين وفادى برجلين من المسلمين باسير من الكفار ووفى لهم برد من جاءه مسلماً وقال «انه لايصلح في ديننا الغدر » وإن كان رد المسلم اليهم ليس بحق لهم ، ولانه التزم اطلاقها فلزمه ذلك لقوله عليه السلام «المسلمون على شروطهم » وقوله « انه لايصلح في ديننا الغدر»

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع)

يعني اذا كان السارق بعض الغانمين او أباه او سيده فلا قطع عليه لان له شبهة وهو حقه المتعلق بها فيكون ذلك مانعاً من قطعه لان الحدود تدرأ بالشبهات فاشبه مالو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره ، وهكذا إن كان لابنه وإن علا وهو قول ابي حنيفة والشافعي وزاد ابو حنيفة اذا

أراد اجابة لم يجبر على ترك اسيره ورد الى مأمنه وقال أصحاب الشافعي يطلق الاسير ولا تطلق المشركة لان المسلم حر لايجوز ان يكون ثمن مملوكة ويقال ان اخترت شراءها فائت بثمنها

ولنا ان هذا يفهم منه الشرط فوجب الوفاء به كما لو صرح به ولان الكافر فهم منه ذلك وبنى عليه فاشبه ما لو فهم الامان من الاشارة وقولهم لايكون الحر ثمن مملوكة قلنا لكن يصلح ان يفادى بها فقد فادى النبي ﷺ بالاسيرة التي أخذها من سلمة بن الاكوع برجلين من المسلمين وفادى برجلين من المسلمين باسير من الكفار ووفى لهم برد من جاء مسلما وقال «انه لا يصلح في ديننا الغدر» وان كان رد المسلم اليهم ليس بحق لهم، ولانه التزم اطلاقها فلزمه ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم ـ وقوله ـ انه لا يصلح في ديننا الغدر »

﴿ مسئلة ﴾ (ومن جاء بمشرك فادعى أنه أمنه فانكره فالقول قوله وعنه القول قول الاسير وعنه قول من يدل الحال على صدقه)

اذا جاء المسلم بمشرك فادعى المشرك انه امنه وادعى المسلم اسره ففيه ثلاث روايات (إحداهن) القول قول المسلم لان الاصل اباحة دم الكافر وعدم الامان

(والثانية) القول قول الاسير لان صدقه محتمل فيكون ذلك شبهة تمنع قتله وهذا اختيار أبي بكر

(والثالثة) يرجع الى قول من يدل ظاهر الحال على صدقه فان كان الكافر ذا قوة معه سلاحه فالظاهر صدقه وان كان ضعيفا مسلوب السلاح فالظاهر كذبه فلا يلتفت الى قوله وقال أصحاب

كان لذي رحم محرم منه فيها حق لم يقطع مبني على انه لايقطع بسرقة مالهم وقد سبق الكلام في هذا ، ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى ان أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر وقد سبق ذكر هذا

(فصل) والسارق من الغنيمة غير الغال فلا يجري مجراه في احراق رحله ولا يجري الغال مجرى السارق في قطع يده ، وذكر بعض أصحابنا ان السارق يحرق رحله لانه في معنى الغال ولانه لما درىء عنه الحد وجب أن يشرع في حقه عقوبة أخرى كسارق الثمر يغرم مثلي ماسرق

ولنا ان هذا لايقع عليه اسم الغال حقيقة ولا هو في معناه لان الغلول يكثر لكونه أخذ مال لاحافظ له ولا يطلع عليه غالباً فيحتاج إلى زاجر عنه وليس كذلك السرقة فانها أخذ مال محفوظ فالحاجة إلى الزجر عنه أقل

﴿مسألة﴾ قال (وان وطىء جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزاني وأخذ منه مهر مثلها فطرح في المقسم الا أن تلد منه فتكون عليه قيمتها)

يعني اذا كان الواطىء من الغانمين او ممن لولده فيها حق فلا حد عليه لان الملك يثبت للغانمين في الغنيمة فيكون للواطىء حق في هذه الجارية وإن كان قليلا فيدرأ عنه الحد للشبهة وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك وابو ثور عليه الحد لقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد

الشافعي لايقبل قوله وان صدقه المسلم لانه لايقدر على امانه فلم يقبل اقراره به ولنا أنه كافر لم يثبت اسره ولا نازعه فيه منازع فقبل قوله في الامان كالرسول

(فصل) ومن طلب الامان ليسمع كلام الله تعالى ويعرف شرائع الاسلام لزمه اجابتهم ثم يرد الى مأمنه لا نعلم فيه خلافا وبه قال قتادة ومكحول والاوزاعي والشافعي وكتب بذلك عمر بن عبد العزيز الى الناس لقول الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مأمنه) قال الاوزاعي هي الى يوم القيامة

﴿مسألة﴾ (ومن أعطي امانا ليفتح حصناً ففتحه واشتبه علينا حرم قتلهم واسترقاقهم).

إذا حصر المسلمون حصناً فناداهم رجل أمنوني أفتح لكم الحصن جاز أن يعطوه امانا فان زياد بن لبيد لما حصر النجير قال الاشعث بن قيس اعطوني الامان لعشرة افتح لكم الحصن ففعلوا فان أشكل عليهم وادعى كل واحد من الحصن انه الذي أمنوه لم يجز قتل واحد منهم ، لان كل واحد منهم يحتمل صدقه وقد اشتبه المباح بالمحرم فيما لاضرورة اليه فحرم الكل كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة وأخته باجنبيات أو زان محصن بمعصومين ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافا ويحرم استرقاقهم ايضاً في أحد الوجهين وذكر القاضي ان احمد نص عليه وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا في تحريم

منهما مائة جلدة) وهذا زان ، ولانه وطىء في غير ملك عامداً عالما بالتحريم فلزمه الحد كما لو وطىء جارية غيره . وقال الاوزاعي كل من سلف من علمائنا يقول عليه أدنى الحدين مائة جلدة ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك في الغنيمة وقال انما يثبت بالاختيار بدليل ان أحدهم لو قال أسقطت حقي سقط ولو ثبت ملكه لم يزل بذلك كالوارث

ولنا ان له فيها شبهة الملك فلم يجب عليه الحد كوطء الجارية المشتركة والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه هذا ومنع الملك لايصح لان ملك الكفار قد زال ولا يزول الا الى مالك ، ولانه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها فأشبهت مال الوارث انما كثر الغانمون فقل نصيب الواطىء ولم يستقر في شيء بعينه وكان للامام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز أن يسقط بالاسقاط بخلاف الميراث وضعف الملك لايخرجه عن كونه شبهة في الحد الذي يدرأ بالشبهات ولهذا يسقط الحد بادنى شيء ، وإن لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة . اذا ثبت هذا فانه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحد على ما أسلفناه ويؤخذ منه مهر مثلها فيطرح في المقسم وبهذا قال الشافعي

وقال القاضي انه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها ويجب عليه بقيته كالووطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره وليس بصحيح لاننا إذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم ثم قسمناه

القتل فان استرقاق من لايحل استرقاقه محرم (والوجه الثاني) يقرع فيخرج صاحب الامان بالقرعة ويسترق الباقون ، قاله أبو بكر لأن الحق لواحد منهم غير معلوم فأخرج بالقرعة كما لو أعتق عبداً من عبيده واشكل ويخالف القتل فانه إراقة دم يندرىء بالشبهات بخلاف الرق ، ولهذا يمتنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق ، وقال الاوزاعي إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه أشرف علينا ثم أشكل فادعى كل واحد منهم انه الذي أسلم سعى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته وقياس المذهب أن فيها وجهين كالتي قبلها .

(فصل) قال احمد إذا قال الرجل كف عني حتى أدلك على كذا فبعث معه قوما ليدلهم فامتنع من الدلالة فلهم ضرب عنقه لان أمانه بشرط ولم يوجد .

قل أحمد إذا لقي علجاً وطلب منه الامان فلا يؤمنه لانه يخاف شره وان كانوا سرية فلهم أمانه يعني أن السرية لايخافون من غدر العلج بخلاف الواحد وان لقيت السرية اعلاجا فادعوا انهم جاءوا مستأمنين فان كان معهم سلاح لم يقبل منهم لان حملهم السلاح يدل على محاربتهم وان لم يكن معهم سلاح قبل قوله لانه دليل على صدقهم .

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز عقد الامان للرسول والمستأمن ويقيمون مدة الهدنة بغير جزية وعند أبي الخطاب لايقيمون سنة إلا بجزية).

على الجميع وهو فيهم عاد اليه سهم من حصة غيره ولان قدر حصته قد لا تمكن معرفته لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فان قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن ، وان خلطناه ببقية الغنيمة ثم قسمناه على الجميع أخذ سهما مما ليس له فيه حق . إذا ثبت هذا فان ولدت منه فولد حر يلحقه نسبه وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة هو رقيق لايلحقه نسبه لان الغانمين انما يملكون بالقسمة وقد صادف وطؤه غير ملكه

ولنا انه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك فيلحق فيه النسب كوطء جارية ابنه وما ذكروه غير مسلم ثم يبطل بوطء جارية ابنه ، ويفارق الزنا فانه يوجب الحد . وإذا ثبت هذا فان الامة تصير أم ولد له في الحال ، وقال الشافعي لاتصير أم ولد في الحال لانها ليست ملكا له فاذا ملكها بعد ذلك فهل تصير ام ولد ؟ فيها قولان

ولنا انه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك فتصير به ام ولد كوطء جارية ابنه ويبطل ماذكروه بجارية الابن ولا نسلم ماذكروه فانا قد بينا ان الملك يثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام ، وعليه قيمتها تطرح في المغنم لانه فوتها عليهم وأخرجها من الغنيمة بفعله فلزمته قيمتها كما لو قتلها فان كان معسراً كان في ذمته قيمتها وقال القاضي إذا كان معسراً حسب قدر حصته من الغنيمة فصارت ام ولد وباقيها رقيق للغانمين لان كونها ام ولد إنما يثبت بالسراية في ملك غيره فلم يسر في حق المعسر كالاعتاق

ولنا انه استيلاد جعل بعضها ام ولد فيجعل جميعها ام ولد كاستيلاد جارية الابن ، وفارق

يجوز عقد الامان للرسول والمستأمن ، لان النبي ﷺ كان يؤمن رسل المشركين ولما جاءه رسولا مسيلمة قال لولا ان الرسل لاتقتل لقتلتكما ولان الحاجة تدعو إلى ذلك لاننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا فتفوت مصلحة المراسلة ويجوز عقد الامان لكل واحد منهما مطلقاً ومقيداً بمدة سواء كانت طويلة أو قصيرة بخلاف الهدنة فانها لاتجوز إلا مقيدة لان في جوازها مطلقة ترك للجهاد وهذا بخلافه ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية ، ذكره القاضي ، قال أبو بكر هذا ظاهر كلام أحمد .

وقال أبو الخطاب عندي أنه لايجوز أن يقيم سنة بغير جزية وهو قول الاوزاعي والشافعي لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) ووجه الاول انه كافر أبيح له الاقامة في دار الاسلام من غير التزام جزية فلم يلزمه كالنساء والصبيان ولان الرسول لو كان مما لايجوز أخذ الجزية منه لاستوى في حقه السنة وما دونها في أن الجزية لاتؤخذ منه في المدتين واذا جازت له الاقامة في احداها جازت في الاخرى قياساً لها عليها وقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) أي يلتزمونها ولم يرد حقيقة الاعطاء وهذا مخصوص منها بالاتفاق فانه تجوز له الاقامة من غير التزام لها ولان الاية تخصصت بما دون الحول فنقيس على المحل المخصوص .

العتق لان الاستيلاد أقوى لكونه فعلا وينفذ من المجنون ، فأما قيمة الولد فقال ابو بكر فيها روايتان (إحداهما) تلزمه قيمته حين وضعه تطرح في المغنم لانه فوت رقه فأشبه ولد المغرور

(والثانية) لاتلزمه لانه ملكها حين علقت ولم يثبت ملك الغانمين في الولد بحال فأشبه ولد الاب من جارية ابنه إذا وطئها ولانه يعتق حين علوقه ولا قيمة له حينئذ وقال القاضي اذا صار نصفها أم ولد يكون الولد كله حراً وعليه قيمة نصفه

(فصل) إذا كان في الغنيمة من يعتق على بعض الغانمين نظرت فان كان رجلا لم يعتق لان العباس عم النبي ﷺ وعم علي وعقيلا أخا علي كانا في أسرى بدر فلم يعتقا عليهما ولان الرجل لايصير رقيقاً بنفس السبي ، وإن استرق او كان الاسير امرأة اوصبياً عتق عليه قدر نصيبه وسرى الى باقيه ان كان موسراً وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ملكه منه

وقال الشافعي لايعتق منه شيء وهذا مقتضى قول ابي حنيفة لانه لايملك بمجرد الاغتنام ، ولو ملك لم يتعين ملكه فيه وان قسمه وجعله في نصيبه واختار تملكه عتق عليه وإلا فلا ، وإن جعل له بعضه فاختار تملكه عتق عليه وقوم عليه الباقي

ولنا ما بيناه من أن الملك يثبت للغانمين لكون الاستيلاء التام وجد منهم وهو سبب للملك ولان ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا الى المسلمين

﴿ مسألة ﴾ (ومن دخل دار الاسلام بغير أمان وادعى أنه رسول أو تاجر معه متاع يبيعه قبل منه).

إذا دخل حربي دار الاسلام بغير أمان وادعى أنه رسول قبل منه ولم يجز التعرض له لقول النبي ﷺ لرسولي مسليمة « لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما » ولان العادة جارية بذلك وان ادعى أنه تاجر وقد جرت العادة بدخول تجارهم الينا لم يعرض له إذا كان معه مايبيعه لانهم دخلوا يعتقدون الامان أشبه مالو دخلوا باشارة مسلم.

قال أحمد إذا ركب القوم في البحر فاستقبلهم فيه تجار مشركون من أرض العدو ويريدون بلاد الاسلام لم يعرضوا لهم ولم يقاتلوهم وكل من دخل بلاد المسلمين من أرض الحرب بتجارة بويع ولم يسأل عن شيء وإن لم يكن معه تجارة فقال جئت مستأمناً لم يقبل منه وكان الامام فيه مخيراً ونحو هذا قول الاوزاعي والشافعي وكذلك ان كان جاسوساً لانه حربي أخذ بغير أمان فأشبه المأخوذ في حال الحرب وان كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح في مركب إلينا فهو لمن أخذه في إحدى الروايتين لانه أخذ بغير قتال في دار الاسلام فكان لآخذه كالصيد والحشيش والاخرى يكون فيئاً للمسلمين لانه أخذ بغير قتال أشبه مالو أخذ في دار الحرب ، وقد روي عن أحمد رحمه الله انه سئل عن الدابة تخرج من بلد الروم او تنفلت فتدخل القرية وعن القوم يضلون عن الطريق فيدخلون القرية من

(فصل) وان أعتق بعض الغانمين عبداً من الغنيمة قبل القسمة فان كان ممن لم يثبت فيه الرق كالرجل قبل استرقاقه لم يعتق لما ذكرناه قبل ، وإن كان رقيقاً كالمرأة والصبي عتق عليه قدر حصته وسرى إلى باقيه ان كان موسراً وعليه قيمة باقيه تطرح في المقسم ، وان كان معسراً عتق عليه قدر ملكه من الغنيمة لانه موسر بقدر حصته من الغنيمة فان كان بقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئاً وإن كان دون حقه أخذ باقي حقه وإن كان اكثر من حقه لم يعتق الا قدر حقه فان أعتق عبداً ثانياً وفضل من حقه عن الاول شيء عتق بقدره من الثاني وان لم يفضل شيء لم يعتق من الثاني شيء

(فصل) ويكره نقل رءوس المشركين من بلد الى بلد والمثلة بقتلاهم وتعذيبهم لما روى سمرة ابن جندب قال : كان النبي ﷺ يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة . وعن عبدالله قال قال رسول الله ﷺ « ان أعف الناس قتلة أهل الايمان » رواهما ابو داود

وعن شداد بن أوس عن النبي ﷺ قال « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح » رواه النسائي ، وعن عبدالله بن عامر انه قدم على ابي بكر الصديق برأس البطريق فأنكر ذلك فقال يا خليفة رسول الله فانهم يفعلون ذلك بنا قال فاستنان بفارس والروم؟ لا يحمل الي رأس فانما يكفي الكتاب والخبر

وقال الزهري لم يحمل الى النبي ﷺ رأس قط وحمل الى ابي بكر رأس فأنكره ، واول من

قرى المسلمين فيأخذونهم فقال يكون لاهل القرية كلهم وسئل عن مركب بعث به ملك الروم وفيه رجاله فطرحته الريح إلى طرسوس فخرج إليه أهل طرسوس فقتلوا الرجالة وأخذوا الاموال فقال هذا فيء للمسلمين مما أفاء الله عليهم ، وقال الزهري هو غنيمة وفيه الخمس .

(فصل) ومن دخل دار الحرب رسولا أو تاجرا بامانهم فخيانتهم محرمة عليه لأنهم انما اعطوه الامان مشروطا بترك خيانتهم وأمنه إياهم من نفسه وان لم يكن ذلك مذكورا في اللفظ فهو معلوم في المعنى وكذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا فهو ناقض لامانه ولان خيانتهم غدر ولا يصلح في ديننا الغدر فان خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئاً وجب عليه رد ما أخذ إلى أربابه فان جاء أربابه إلى دار الاسلام بأمان أو ايمان رده اليهم والا بعث به اليهم لانه أخذه على وجه يحرم عليه أخذه فلزمه رده كما لو أخذه من مال مسلم

﴿ مسألة ﴾ (واذا أودع المستأمن ماله مسلما أو أقرضه إياه ثم عاد إلى دار الحرب بقي الامان في ماله يبعث اليه ان طلبه)

وجملة ذلك ان من دخل من أهل الحرب الى دار الاسلام بأمان فأودع ماله مسلما أو ذمياً أو أقرضهما إياه ثم عاد الى دار الحرب لحاجة يقضيها أو رسولا ثم يعود الى دار الاسلام فهو على أمانه في نفسه وماله لانه لم يخرج بذلك عن نية الاقامة بدار الاسلام فأشبه الذمي اذا دخل لذلك، وان دخل مستوطنا

حملت اليه الرءوس عبدالله بن الزبير ويكره رميها في المنجنيق نص عليه احمد ، وان فعلوا ذلك لمصلحة جاز لما روينا ان عمرو بن العاص حين حاصر الاسكندرية ظفر أهلها برجل من المسلمين فأخذوا رأسه فجاء قومه عمراً مغضبين فقال لهم عمرو خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه فارموا به اليهم في المنجنيق ففعلوا ذلك فرمى أهل الاسكندرية رأس المسلم الى قومه

(فصل) يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب لان النبي ﷺ قبل هدية المقوقس صاحب مصر فان كان ذلك في حال الغزو فقال أبو الخطاب ما اهداه المشركون لأمير الجيش أو لبعض قواده فهو غنيمة لانه لا يفعل ذلك الا لخوفه من المسلمين. فظاهر هذا ان ما أهدي لآحاد الرعية فهو له ، وقال القاضي هو غنيمة أيضاً وإن كان من دار الحرب إلى دار الاسلام فهو لمن اهدي له سواء كان الامام أو غيره لان النبي ﷺ قبل الهدية فكانت له دون غيره وهذا قول الشافعي ومحمد ، وقال أبو حنيفة هو للمهدى له بكل حال لانه خص بها أشبه إذا كان في دار الاسلام وحكي ذلك رواية عن أحمد

ولنا أنه أخذ ذلك بظهر الجيش أشبه مالو أخذه قهراً ولانه إذا اهدى للامام او الامير فالظاهر أنه يداري عن نفسه به فأشبه ما أخذ منه قهراً ، وأما إن أهدى لآحاد المسلمين فلم يقصد به ذلك في الظاهر لعدم الخوف منه فيكون له كما لو اهدى اليه في دار الاسلام ، ويحتمل ان ينظر فان كان بينهما مهاداة قبل ذلك فله ما أهدى اليه، وإن تجدد ذلك بالدخول إلى دارهم فهو للمسلمين كقولنا في الهدية إلى القاضي

أو محارباً بطل الامان في نفسه وبقي في ماله لانه بدخوله دار الاسلام بأمان ثبت الامان لماله الذي معه تبعاً فاذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب بقي في ماله لاختصاص المبطل في نفسه فيختص البطلان به، فان قيل انما يثبت الامان لماله تبعا فاذا بطل في المتبوع بطل في التبع قلنا بل يثبت له الامان لمعنى وجد فيه وهو إدخاله معه وهذا يقتضي ثبوت الامان له وان لم يثبت في نفسه بدليل مالو بعثه مع مضارب له أو وكيل فانه يثبت له الامان وان لم يثبت في نفسه ولم يوجد فيه ههنا مايقتضي نقض الامان فيه فبقي على ما كان عليه فان أخذه معه الى دار الحرب انتقض الامان فيه كما انتقض في نفسه لوجود المبطل فيهما. اذا ثبت هذا فاذا طلبه صاحبه بعث اليه وان تصرف فيه ببيع أو هبة أو نحوهما صح تصرفه لانه ملكه وان مات في دار الحرب انتقل المال الى وارثه ولم يبطل الامان فيه ، وقال أبو حنيفة يبطل وهو قول الشافعي لانه قد صار لوارثه ولم يعقد فيه أمانا فوجب ان يبطل فيه كسائر أمواله

ولنا ان الامان حق واجب لازم متعلق بالمال فاذا انتقل الى الوارث انتقل بحقه كسائر الحقوق من الرهن والضمين والشفعة وهذا اختيار المزني ولانه مال له أمان فينقل الى وارثه مع بقاء الامان فيه كالمال الذي مع مضاربه وان لم يكن له وارث صار فيئا لبيت المال كمال الذمي إذا مات وليس له وارث فان كان له وارث في دار الاسلام لم يرثه ذكره القاضي لاختلاف الدارين والاولى انه يرثه

﴿ كتاب الجزية ﴾

وهي الوظيفة المأخوذة من الكافر لاقامته بدار الاسلام في كل عام وهي فعلة من جزى يجزي إذا قضى . قال الله تعالى « واتقوا يوما لا تجزي نفس عن نفس شيئاً) تقول العرب جزيت ديني إذا قضيته والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبة أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية أخرجه البخاري ، وعن بريدة أنه قال : كان رسول الله ﷺ اذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيراً وقال له « اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل وكف عنهم فان أبوا فادعهم إلى اعطاء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم » في اخبار كثيرة واجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية في الجملة »

لان ملتها واحدة فورثه كالمسلمين فان مات المستأمن في دار الاسلام فهو كموته في دار الحرب سواء لان المستأمن حربي تجري عليه أحكامهم وان رجع الى دار الحرب فسبي واسترق فقال القاضي يكون أمره موقوفاً حتى يعلم آخر أمره فان مات كان فيئا لأن الرقيق لا يورث وان عتق كان له وان لم يسترق ولكن من عليه الامام أو فاداه فماله له وان قتله فماله لورثته كما لو مات ان لم يسب لكن دخل دار الاسلام بغير أمان ليأخذ ماله جاز قتله وسبيه لان ثبوت الأمان لماله لا يثبت الأمان لنفسه كما لو كان ماله وديعة بدار الاسلام وهو مقيم بدار الحرب

(فصل) وان أخذ المسلم من الحربي في دار الحرب مالا مضاربة او وديعة ودخل به دار الاسلام فهو في أمان حكمه حكم ما ذكرنا وان اخذه ببيع في الذمة أو قرض فالثمن في ذمته عليه أداؤه اليه وان اقترض حربي من حربي مالا ثم دخل الينا فأسلم فعليه رد البدل لانه أخذه على سبيل المعاوضة فأشبه مالو تزوج حربية ثم أسلم لزمه مهرها

(فصل) واذا سرق المستأمن في دار الاسلام أو قتل أو غصب ثم عاد الى دار الحرب ثم خرج مستأمنا مرة ثانية استوفي منه مالزمه في أمانه الاول كمالو لم يدخل دار الحرب وان اشترى عبداً مسلما فخرج به الى دار الحرب ثم قدر عليه لم يغنم لانه لم يثبت ملكه عليه لكون الشراء باطلا

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تقبل الجزية الا من يهودي أو نصراني او مجوسي اذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه)

وجملته أن الذين تقبل منهم الجزية صنفان أهل كتاب ومن له شبهة كتاب فاهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام وانما خالفوهم في فروع دينهم وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية والفرنجة والروم والارمن وغيرهم ممن دان بالانجيل وانتسب الى عيسى عليه السلام والعمل بشريعته فكلهم من أهل الانجيل ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من اهل الكتاب بدليل قول الله تعالى (ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) واختلف أهل العلم في الصابئين فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى وقال في موضع آخر بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء اذا اسبتوا فهم من اليهود

وروي عن عمر أنه قال هم يسبتون، وقال مجاهد هم بين اليهود والنصارى، وقال السدي والربيع هم من اهل الكتاب وتوقف الشافعي في امرهم والصحيح انه ينظر فيهم فان كانوا يوافقون

ويرد بائعه الثمن الى الحرب لانه حصل في أمان فان كان العبد تالفاً فعلى الحربي قيمته ويترادان الفضل

(فصل) واذا دخلت الحربية الينا بأمان فتزوجت ذميا في دارنا ثم أرادت الرجوع لم تمنع إذا رضي زوجها أو فارقها وقال أبو حنيفة تمنع ولنا انه عقد لا يلزم الرجل به المقام فلا يلزم المرأة كعقد الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وإذا أسر الكفار مسلما فأطلقوه بشرط ان يقيم عندهم مدة لزمه الوفاء لهم ولم يكن له ان يهرب)

نص عليه لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» وقال الشافعي لا يلزمه، وان أطلقوه وأمنوه صاروا في أمان منه لان أمانهم له يقتضي سلامتهم منه فان أمكنه المضي الى دار الاسلام لزمه وان تعذر عليه أقام وكان حكمه حكم من اسلم في دار الحرب فان خرج فادركوه وتبعوه قاتلهم وبطل الامان لانهم طلبوا منه الأمان وهو معصية

﴿مسئلة﴾ (فان لم يشترطوا شيئاً أو شرطوا كونه رقيقاً فله ان يقتل ويسرق ويهرب)

اما اذا اطلقوه ولم يؤمنوه فله ان يأخذ منهم ماقدر عليه ويسرق ويهرب لم يؤمنهم ولم يؤمنوه وكذلك ان شرطوا كونه رقيقا فرضي بذلك أو لم يرض لان كونه رقيقاً حكم شرعي لا يثبت عليه بقوله ولو ثبت لم يقتض امانا له منهم ولا لهم منه وهذا مذهب الشافعي وان احلفوه على ذلك وكان مكرها لم تنعقد يمينه وان كان مختاراً انعقدت يمينه ويحتمل ان تلزمه الاقامة اذا قلنا يلزمه الرجوع اليهم على ما نذكره في المسئلة التي بعدها وهو قول الليث

احد اهل الكتابين في نبيهم وكتابهم فهم منهم وان خالفوهم في ذلك فليس هم من اهل الكتاب ويروى عنهم أنهم يقولون ان الفلك حي ناطق وان الكواكب السبعة آلهة فان كانوا كذلك فهم كعبدة الاوثان وأما اهل صحف ابراهيم وشيث وزبور داود فلا تقبل منهم الجزية لانهم من غير الطائفتين ولان هذه الصحف لم تكن فيها شرائع إنما هي مواعظ وأمثال كذلك وصف النبي ﷺ صحف ابراهيم وزبور داود في حديث أبي ذر

وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فانه يروى انه كان لهم كتاب فرفع فصار لهم بذلك شبهة او جبت حقن دمائهم واخذ الجزية منهم ولم ينتهض في إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم دليل هذا قول أكثر اهل العلم، ونقل عن ابي ثور انهم من اهل الكتاب وتحل نساؤهم وذبائحهم لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال أنا اعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه، وان ملكهم سكر فوقع على بنته وأخته فاطلع عليه بعض اهل مملكته فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ودعى أهل مملكته وقال أتعلمون ديناً خيراً من دين آدم وقد أنكح بنيه بناته فأنا على دين آدم قال فتابعه قوم وقاتلوا الذين يخالفونهم حتى قتلوهم فأصبحوا وقد اسري بكتابهم ورفع العلم الذي في صدورهم فهم اهل كتاب وقد أخذ رسول الله ﷺ وابو بكر ـ وأراه قال وعمر ـ منهم الجزية رواه الشافعي وسعيد وغيرهما ولان النبي ﷺ قال « سنوا بهم سنة اهل الكتاب »

﴿ مسئلة ﴾ (وان أطلقوه بشرط أن يبعث اليهم مالا وإن عجز عنه عاد اليهم لزمه الوفاء لهم إلا أن تكون امرأة فلا ترجع اليهم وقال الخرقي لا يرجع الرجل أيضاً)

وجملة ذلك ان الاسير اذا أطلقه الكفار وشرطوا عليه ان يبعث اليهم بفدائه أو يعود اليهم واحلفوه فان كان مكرها لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء لقول النبي ﷺ «عفي لامتي عن الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه» وان لم يكره وقدر على الفداء الذي شرط على نفسه لزمه اداؤه وبه قال الحسن وعطاء والزهري والنخعي والثوري والاوزاعي ونص الشافعي على أنه لا يلزمه لانه حر لا يستحقون بدله

ولنا قول الله تعالى (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) ولما صالح النبي ﷺ أهل الحديبية على رد من جاءه مسلما وفي لهم وقال « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » ولان في الوفاء مصلحة للاسارى وفي الغدر مفسدة في حقهم لانهم لا يأمنون بعده والحاجة داعية اليه فلزمه الوفاء كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة ولانه عاهدهم على اداء مال فلزمه الوفاء لهم كثمن المبيع والمشروط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه فان عجز عن الفداء وكانت امرأة لم ترجع اليهم ولم يحل لها ذلك لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار) ولان في رجوعها تسليطا لهم على وطئها حراما وقد منع الله رسوله رد النساء الى الكفار

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) والمجوس من غير الطائفتين ، وقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يدل على انهم غيرهم ، وروى البخاري باسناده عن بجالة[1] انه قال ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى حدثه عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر ولو كانوا اهل كتاب لما وقف عمر في أخذ الجزية منهم مع أمر الله تعالى بأخذ الجزية من اهل الكتاب وما ذكروه هو الذي صار لهم به شبهة الكتاب . وقد قال ابوعبيد لاأحسب ما رووه عن علي في هذا محفوظا ولو كان له أصل لما حرم النبي ﷺ نساءهم وهو كان أولى بعلم ذلك ، ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبائحهم لان الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على إحدى الطائفتين وليس هؤلاء منهم ، ولان كتابهم رفع فلم ينتهض للاباحة . ويثبت به حقن دمائهم

فاما قول ابي ثور في حل ذبائحهم ونسائهم فيخالف الاجماع فلا يلتفت اليه ، وقوله عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » في أخذ الجزية منهم . إذا ثبت هذا فان أخذ الجزية من أهل الكتاب . والمجوس ثابت بالاجماع لانعلم في هذا خلافا فان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على ذلك

بعد صلحه على ردهن في قضية الحديبية وفيها فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله ان يردوهن رواه أبو داود وغيره وان كان المفادى رجلا ففيه روايتان (احداهما) لايرجع اختاره الخرقي وهو قول الحسن والنخعي والثوري والشافعي لان الرجوع اليهم معصية فلم يلزم بالشرط كما لو كان امرأة وكما لو شرط قتل مسلم أو شرب الخمر

(والثانية) يلزمه وهو قول عثمان والزهري والاوزاعي لما ذكرنا في بعث الفداء ولان النبي ﷺ عاهد قريشا على رد من جاءه مسلما فرد أبا بصير وأبا جندل وقال «إنا لايصلح في ديننا الغدر» وفارق رد المرأة فان الله تعالى فرق بينهما في هذا الحكم حين صالح النبي صلى الله عليه وسلم قريشا على رد من جاءه منهم مسلما فامضى الله سبحانه ذلك في الرجال ونسخه في النساء وسنذكر الفرق بينهما في هذا الباب الذي بعده انشاء الله تعالى

(فصل) فان اشترى الاسير شيئاً مختاراً أو اقترضه فالعقد صحيح ويلزمه الوفاء لهم لانه عقد معاوضة فأشبه مالو فعله غير الاسير وان كان مكرها لم يصح وان اكرهوه على قبضه لم يضمنه ولكن عليه رده اليهم إن كان باقياً لانهم دفعوه اليه بحكم العقد وإن قبضه باختياره ضمنه لانه قبضه باختياره عن عقد فاسد وان باعه والعين قائمة لزمه ردها وان عدمت رد قيمتها

(فصل) وإذا اشترى المسلم أسيراً من أيدي العدو فان كان باذنه لزمه ان يؤدي الى الذي اشتراه ما أداه فيه بغير خلاف علمناه لانه إذا أذن فيه كان نائبه في شراء نفسه فكان الثمن على الآمر كالوكيل ، وان كان بغير اذنه لزم الاسير الثمن أيضاً وبه قال الحسن والزهري والنخعي

[1] هو بجالة ابن عبد كاتب جزي ابن معاوية عم الاحنف روى عنه عمرو ابن دينار وقشير بن عمر ابن عوف الاعرابي، سئل أبو زرعة عن بجالة بن عبد الذي روى عن ابن عباس قال مكي ثقة

وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم الى زمننا هذا من غير نكير ولا مخالف وبه يقول أهل العلم من اهل الحجاز والعراق والشام ومصر وغيرهم مع دلالة الكتاب على اخذ الجزية من اهل الكتاب ودلالة السنة على أخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لاهل فارس أمرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية . وحديث بريدة وعبد الرحمن بن عوف ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولا فرق بين كونهم عجما او عربا ، وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابو يوسف لا تؤخذ الجزية من العرب لانهم شرفوا بكونهم من رهط النبي ﷺ

ولنا عموم الآية وان النبي صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد الى دومة الجندل فاخذ أكيدر دومة فصالحه على الجزية وهو من العرب رواه ابو داود وأخذ الجزية من نصارى نجران وهم عرب وبعث معاذاً الى اليمن فقال «انك تأتي قوما أهل كتاب» متفق عليه. وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً وكانوا عربا . قال ابن المنذر ولم يبلغنا ان قوما من العجم كانوا سكانا باليمن حيث وجه معاذا ولو كان لكان في أمره أن يأخذ من جميعهم من كل حالم ديناراً دليل على أن العرب تؤخذ منهم الجزية ، وحديث بريدة فيه ان النبي ﷺ كان يأمر من بعثه على سرية أن يدعو عدوه إلى أداء الجزية ولم يخص بها عجميا دون غيره وأكثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم

ومالك والاوزاعي ، وقال الثوري والشافعي وابن المنذر لايلزمه لانه تبرع بما لايلزمه ولم يؤذن له فيه أشبه ما لو عمر داره

ولنا ماروى سعيد بن عثمان بن مطر ثنا ابوجرير عن الشعبي قال أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا العرب فكتب السائب بن الاكوع الى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم فكتب عمر : أيما رجل أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه في أيدي التجار بعد ما قسم فلا سبيل اليه . وأيما حر اشتراه التجار فانه يرد اليهم رءوس أموالهم فان الحر لا يباع ولا يشترى . فحكم للتجار برءوس أموالهم ، ولان الاسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص من حكم الكفار فاذا ناب عنه غيره في ذلك وجب عليه قضاؤه كما لو قضى الحاكم عنه حقاً امتنع من أدائه ، فعلى هذا إذا اختلفا في قدر الثمن فالقول قول الاسير وهو قول الشافعي إذا أذن له، وقال الاوزاعي القول قول المشتري لانهما اختلفا في فعله وهو اعلم به

ولنا ان الاسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ولان الاصل براءة ذمته من الزيادة فيرجح قوله بالاصل

(فصل) ويجب فداء أسير المسلمين إذا أمكن وبه قال عمر بن عبد العزيز ومالك وإسحاق . ويروى عن ابن الزبير انه سأل الحسن بن علي رضي الله عنهما على من فكاك الاسير؟ قال على الارض التي يقاتل عليها وقد قال النبي ﷺ « أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني »

يغزو العرب ولان ذلك اجماع فان عمر رضي الله عنه اراد الجزية من نصارى بني تغلب فابوا ذلك وسألوه ان يأخذ منهم مثلما يأخذ من المسلمين فابى ذلك عليهم حتى لحقوا بالروم ثم صالحهم على ما يأخذه منهم عوضا عن الجزية فالمأخوذ منهم جزية غير أنه على غير صفة جزية غيرهم وما أنكر أخذ الجزية منهم أحد فكان ذلك اجماعا وقد ثبت بالقطع واليقين ان كثيراً من نصارى العرب ويهودهم كانوا في عصر الصحابة في بلاد الاسلام ولا يجوز اقرارهم فيها بغير جزية فثبت يقينا أنهم أخذوا الجزية منهم، وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين من دخل في دينهم قبل تبديل كتابهم أو بعده ولا بين ان يكون ابن كتابيين أو ابن وثنيين أو ابن كتابي ووثني

وقال أبو الخطاب من دخل في دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منه الجزية ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية والآخر لا تقبل منه فهل تقبل منه ؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي

ولنا عموم النص فيهم ولانهم من اهل دين تقبل من اهله الجزية فيقرون بها كغيرهم وانما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه من بذل الجزية والتزام أحكام الملة لان الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية أي يلتزموا أداءها فما لم يوجد ذلك يبقوا على إباحة دمائهم واموالهم

(فصل) ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة الا بشرطين

(احدهما) ان يلتزموا إعطاء الجزية في كل حول

(والثاني) التزام أحكام الاسلام وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق او ترك محرم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريدة «فادعهم إلى أداء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » ولا تعتبر حقيقة الاعطاء ولاجريان الاحكام لان إعطاء الجزية انما يكون في آخر الحول والكف عنهم في ابتدائه عند البذل والمراد بقوله (حتى يعطوا) أي يلتزموا الاعطاء ويجيبوا إلى بذله كقول الله تعالى (فان تابوا وأقاموا

وروى سعيد باسناده عن حبان بن أبي جبلة ان رسول الله ﷺ قال « ان على المسلمين في فيئهم أن يفادوا أسيرهم ويؤدوا عن غارمهم » وفادى رسول الله ﷺ رجلين من المسلمين بالرجل الذي أخذه من بني عقيل ، وفادى بالمرأة التي استوهب من سلمة بن الاكوع رجلين . ويجب فداء اسير أهل الذمة سواء كانوا في معونتنا او لا هذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول عمر بن عبد العزيز والليث لاننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا المدافعة من ورائهم والقيام دونهم فاذا عجزنا عن ذلك وأمكننا تخليصهم لزمنا ذلك كمن يحرم عليه إتلاف شيء فاذا اتلفه ضمن غرمه

وقال القاضي انما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الامام في قتالهم فسبوا وجب عليه ذلك لان اسرهم كان لمعنى من جهته وهو المنصوص عن احمد ،ومتى وجب فداؤهم فانه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم لان حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لفتنته عن دينه الحق بخلاف اهل الذمة

الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) والمراد به التزام ذلك دون حقيقته فان الزكاة إنما يجب أداؤها عند الحول لقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن سواهم فالاسلام أو القتل)

يعني من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية ولا يقرون بها ولا يقبل منهم الا الاسلام فان لم يسلمون قتلوا ، هذا ظاهر مذهب أحمد وروى عنه الحسن بن ثواب أنها تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الاوثان من العرب لان حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر الا انه خرج منه عبدة الاوثان من العرب لتغلظ كفرهم من وجهين (أحدهما) دينهم (والثاني) كونهم من رهط النبي صلى الله عليه وسلم

وقال الشافعي لا تقبل إلا من أهل الكتاب والمجوس لكن في أهل الكتب غير اليهود والنصارى مثل أهل صحف ابراهيم وشيث وزابور داود ومن تمسك بدين آدم وادريس وجهان (أحدهما) يقرون بالجزية لانهم من اهل الكتاب فاشبهوا اليهود والنصارى ، وقال ابوحنيفة تقبل من جميع الكفار الا العرب لانهم رهط النبي صلى الله عليه وسلم فلا يقرون على غير دينه وغيرهم يقر بالجزية لانه يقر بالاسترقاق فاقروا بالجزية كالمجوس ، وعن مالك انها تقبل من جميعهم إلا مشركي قريش لانهم ارتدوا ، وعن الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز انها تقبل من جميعهم وهو قول عبد الرحمن ابن يزيد بن جابر لحديث بريدة ولانه كافر فيقر بالجزية كاهل الكتاب

﴿ باب الهدنة ﴾

ومعناها أن يعقد الامام او نائبه عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض ويسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة وهي جائزة لقوله تعالى (براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين) وقوله تعالى (فان جنحوا للسلم فاجنح لها) وروى مروان والمسور بن مخرمة ان النبي ﷺ صالح سهيل بن عمرو على وضع القتال عشر سنين ، ولأنه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادنهم حتى يقوى المسلمون ، وانما تجوز للنظر للمسلمين إما لضعفهم عن القتال أو للطمع في إسلامهم بهدنتهم أو في أدائهم الجزية او غير ذلك من المصالح ، وتجوز على غير مال لأن النبي ﷺ صالح يوم الحديبية على غير مال ، وتجوز على مال يأخذه منهم فانها إذا جازت على غير مال فعلى مال أولى ، فاما إن صالحهم على ما يبذله لهم فقد أطلق احمد القول بالمنع منه وهو مذهب الشافعي لأن فيه صغاراً للمسلمين

قال شيخنا وهذا محمول على غير حال الضرورة مثل أن يخاف على المسلمين الهلاك والاسر فيجوز لانه يجوز للاسير فداء نفسه بالمال كذا هذا. ولان بذل المال وان كان صغاراً فانه يجوز تحمله لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والاسر وسبي الذرية الذين يفضي سبيهم إلى كفرهم

ولنا قول الله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها » وهذا عام خص منه اهل الكتاب بالآية والمجوس بقول النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم وقد بينا ان اهل الصحف من غير اهل الكتاب المراد بالآية فيما تقدم

(فصل) وإذا عقد الذمة لكفار زعموا انهم من اهل الكتاب ثم تبين انهم عبدة الاوثان فالعقد باطل من اصله ، وإن شككنا فيهم لم ينتقض عهدهم بالشك لان الاصل صحته فان اقر بعضهم بذلك دون بعض قبل من المقر في نفسه فانتقض عهده وبقي في حق من لم يقر بحاله

﴿مسئلة﴾ قال (والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات فيؤخذ من أدونهم اثنا عشر درهما ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في تقدير الجزية (والثاني) في كمية مقدارها . فأما الاول ففيه ثلاث روايات :

(أحدها) أنها مقدرة بمقدر لايزاد عليه ولا ينقص منه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي

وقد روى عبد الرزاق في المغازي عن الزهري قال أرسل رسول الله ﷺ إلى عيينة بن حصن وهو مع ابي سفيان يعني يوم الاحزاب « أرأيت ان جعلت لك ثلث ثمر الانصار أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الاحزاب ؟ » فأرسل اليه عيينة ان جعلت لي الشطر فعلت قال فحدثني ابن أبي نجيح ان سعد بن معاذ وسعد بن عبادة قالا يارسول الله والله لقد كان يجرسرمه في الجاهلية في عام السنة حول المدينة مايطيق أن يدخلها فلآن حين جاء الله بالاسلام نعطيهم ذلك؟ فقال النبي ﷺ « فنعم إذاً » ولولا ان ذلك جائز لما بذله النبي ﷺ

﴿ مسئلة﴾ (ولا يجوز عقد الهدنة إلا من الامام أو نائبه)

لانه عقد مع جملة الكفار وليس ذلك لغيره ولانه يتعلق بنظر الامام وما يراد من المصلحة على ماقدمنا ، ولان تجويزه لغير الامام يتضمن تعطيل الجهاد بالكلية او إلى تلك الناحية وفيه افتيات على الامام ،فان هادنهم غير الامام أو نائبه لم يصح ،فان دخل بعضهم دار الاسلام بهذا الصلح كان آمناً لانه دخل معتقداً للأمان ويرد إلى دار الحرب ولا يقر في دار الاسلام لان الامان لم يصح ، وإن عقد الامام الهدنة ثم مات او عزل لم ينتقض عهده وعلى من بعده الوفاء به لان الامام عقده باجتهاده فلم يجز نقضه باجتهاد غيره كما لايجوز للحاكم نقض احكام من قبله باجتهاده، وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها لقول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وقال تعالى (فأتموا اليهم عهدهم إلى

لان النبي ﷺ فرضها مقدرة بقوله لمعاذ «خذ من كل حالم ديناراً أو عد له مغافر» وفرضها عمر مقدرة بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً

(والثانية) انها غير مقدرة بل يرجع فيها الى اجتهاد الامام في الزيادة والنقصان قال الاثرم قيل لابي عبد الله فيزاد اليوم فيه وينتقص؟ يعني الجزية قال نعم يزاد فيه وينقص على قدر طاقتهم على قدر مايرى الامام وذكر انه زيد عليهم فيما مضى درهمان فجعله خمسين قال الخلال العمل في قول ابي عبدالله على مارواه الجماعة بانه لابأس للامام أن يزيد في ذلك وينقص على مارواه عنه اصحابه عنه في عشرة مواضع فاستقر قوله على ذلك.

وهذا قول الثوري وأبي عبيد لان النبي ﷺ امر معاذاً أن يأخذ من كل حالم ديناراً وصالح أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر والنصف في رجب رواهما أبو داود وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين درهما وعلى الفقير اثني عشر درهما وصالح بني تغلب على مثلي ماعلى المسلمين من الزكاة وهذا يدل على انها الى رأي الامام لولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ولم يجز ان تختلف قال البخاري قال ابن عيينة عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شأن اهل الشام عليهم اربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال جعل ذلك من اجل اليسار ولانها عوض فلم تقدر كالاجرة

مدتهم) ولانه إذا لم يف بها لم يسكن الى عهده وقد يحتاج الى عقدها

(فصل) فان نقضوا العهد بقتال او مظاهرة او قتل مسلم او اخذ مال انتقض عهدهم لان الهدنة تقتضي الكف فانتقضت بتركه ولا يحتاج في نقضها الى حكم الامام لانه انما يحتاج الى حكمه في امر محتمل وفعلهم لايحتمل غير نقض العهد واذا انتقض جاز قتالهم لقول الله تعالى (وان نكثوا ايمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر) الآيتين. وقال تعالى (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم) ولما نقضت قريش عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سار اليهم وقاتلهم وفتح مكة، وان نقض بعضهم دون بعض فسكت باقيهم عن الناقض ولم يوجد منهم إنكار ولا مراسلة الامام ولا تبرؤ فالكل ناقضون لان النبي صلى الله عليه وسلم لما هادن قريشاً دخلت خزاعة في حلف النبي صلى الله عليه وسلم وبنو بكر في حلف قريش فعدت بنو بكر على خزاعة وأعانهم بعض قريش وسكت الباقون فكان ذلك نقض عهدهم وسار اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ولان سكوتهم يدل على رضاهم كما ان عقد الهدنة مع بعضهم يدخل فيه جميعهم لدلالة سكوتهم على رضاهم كذلك في النقض. فان انكر من لم ينقض على الباقين بقول او فعل ظاهر او اعتزال او راسل الامام بأني منكر لما فعله الناقض مقيم على العهد لم ينتقض في حقه ويامره الامام بالتميز ليأخذ الناقض وحده فان امتنع من التميز او إسلام الناقض صار ناقضاً لانه منع من اخذ الناقض فصار بمنزلته، وان

(والرواية الثالثة) ان اقلها مقدر بدينار واكثرها غير مقدر وهو اختيار أبي بكر فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان لان عمر زاد على مافرض رسول الله ﷺ ولم ينقص منه وروي انه زاد على ثمانية واربعين فجعلها خمسين.

(الفصل الثاني) أننا اذا قلنا بالرواية الاولى وانها مقدرة فقدرها في حق الموسر ثمانية واربعون درهما وفي حق المتوسط اربعة وعشرون وفي حق الفقير اثنا عشر، وهذا قول ابي حنيفة. وقال مالك هي في حق الغني أربعون درهما أو أربعة دنانير وفي حق الفقير عشرة دراهم أو دينار، وروي ذلك عن عمر، وقال الشافعي الواجب دينار في حق كل واحد لحديث معاذ أن النبي ﷺ أمره ان يأخذ من كل حالم ديناراً رواه أبوداود وغيره الا ان المستحب جعلها على ثلاث طبقات كما ذكرناه لنخرج من الخلاف قالوا وقضاء النبي ﷺ أولى بالاتباع من غيره

ولنا حديث عمر رضي الله عنه وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم ولم ينكره منكر ولا خلاف فيه وعمل به من بعده من الخلفاء رضي الله عنهم فصار اجماعا لا يجوز الخطأ عليه وقد وافق الشافعي على استحباب العمل به، وأما حديث معاذ فلا يخلو من وجهين (أحدهما) أنه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم بدليل قول مجاهد لان ذلك من أجل اليسار (والوجه الثاني) أن يكون التقدير غير واجب بل هو موكول الى اجتهاد الامام ولان الجزية

لم يمكنه التميز لم ينتقض عهده لانه كالاسير. فان أسر الامام منهم قوماً فادعى الاسير انه لم ينقض وأشكل ذلك عليه قبل قول الاسير لانه لايتوصل الى ذلك الا من قبله

﴿مسئلة﴾ (فمتى رأى المصلحة جاز له عقدها مدة معلومة وان طالت وعنه لايجوز في زيادة على العشر فان زاد على عشر بطل في الزيادة وفي العشر وجهان)

اذا رأى الامام المصلحة في عقد الهدنة جاز عقدها لما ذكرنا من أن النبي صلى الله عليه وسلم هادن قريشا ولا يجوز عقدها اذا لم ير المصلحة فيه لانه يتصرف لهم على وجه النظر اشبه ولي اليتيم ولا يجوز عقدها الا على مدة معلومة لان مهادنتهم مطلقاً تفضي الى تعطيل الجهاد بالكلية لكونها تقتضي التأبيد فلم يجز ذلك وتجوز على المدة القصيرة والطويلة على حسب مايراه الامام من المصلحة في إحدى الروايتين وبهذا قال أبو حنيفة لانه عقد يجوز في العشر فجاز في الزيادة عليها كعقد الاجارة (والرواية الثانية) لايجوز على أكثر من عشر سنين قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد واختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي لان قوله تعالى (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) عام خص منه مدة العشر لمصالحة النبي ﷺ قريشاً يوم الحديبية عشراً فما زاد يبقى على مقتضى العموم فعلى هذا ان زاد على العشر يبطل في الزيادة وهل يبطل في العشر؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وكذلك ان هادنهم أكثر من قدر الحاجة

وجبت صغاراً أو عقوبة فتختلف باختلاف أحوالهم كالعقوبة في البدن منهم من يقتل ومنهم من يسترق ولا يصح كونها عوضا عن سكنى الدار لانها لو كانت كذلك لوجبت على النساء والصبيان والزمنى والمكافيف

(فصل) وحد اليسار في حقهم ماعده الناس غنى في العادة وليس بمقدر لان التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فيرجع فيه إلى العادة والعرف

(فصل) اذا بذلوا الجزية لزم قبولها وحرم قتالهم لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله — إلى قوله — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) فجعل اعطاء الجزية غاية لقتالهم فمتى بذلوها لم يجز قتالهم ، وقول النبي ﷺ « فادعهم إلى أداء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » وإن قلنا ان الجزية غير مقدرة الاكثر لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا الى بذل مالا يجوز طلب أكثر منه مما يحتمله حالهم

(فصل) وتجب الجزية في آخر كل حول وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة تجب بأوله ويطالب بها عقيب العقد وتجب الثانية في أول الحول الثاني لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية)

ولنا انه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ في آخر كل حول فلم يجب بأوله كالزكاة والدية. وأما الآية فالمراد بها التزام اعطائها دون نفس الاعطاء ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها

(فصل) وتؤخذ الجزية مما يسر من أموالهم ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة نص عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان هادنهم مطلقا لم يصح) لان ذلك يقتضي التأبيد فيفضي الى ترك الجهاد بالكلية وذلك لا يجوز

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط فيها شرطا فاسداً كنقضها متى شاء أو رد النساء اليهم أو صداقهن أو سلاحهم أو ادخالهم الحرم لم يصح الشرط وفي العقد وجهان)

الشروط في عقد الهدنة تنقسم قسمين صحيح وفاسد فالفاسد مثل ان يشترط نقضها لمن شاء منهما فلا يصح ذلك لانه يفضي الى ضد المقصود منها وان قال هادنتكم ما شئتم لم يصح لانه جعل الكفار متحكمين على المسلمين ، وان قال ما شئنا أو شاء فلان أو شرط ذلك لنفسه دونهم لم يجز أيضاً ذكره أبو بكر لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لوشرط ذلك في البيع والنكاح وقال القاضي يصح وهذا قول الشافعي لان النبي ﷺ صالح أهل خيبر على ان يقرهم ما اقرهم الله تعالى

ولنا انه عقد لازم فلم يجز اشتراط نقضه كسائر العقود اللازمة ولم يكن بين النبي ﷺ وبين أهل خيبر هدنة فانه فتحها عنوة وانما ساقاهم وقال لهم ذلك وانما يدل ذلك على جواز المساقاة وليس هو بهدنة اتفاقا، وقد وافقوا الجماعة في انه لو شرط في عقد الهدنة اني اقركم ما أقركم الله لم يصح فكيف يصح منهم الاحتجاج به مع الاجماع على انه لايجوز اشتراطه ؟ وكذلك ان شرط رد النساء المسلمات اليهم

احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وغيرهم لان النبي ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر و كان النبي ﷺ يأخذ من نصارى نجران ألفي حلة ، وكان عمر يؤتى بنعم كثيرة يأخذها من الجزية

وروي عن علي رضي الله عنه انه كان باخذ الجزية من كل ذي صنعة من متاعه من صاحب الابر إبراً ، ومن صاحب المسال مسالا ، ومن صاحب الحبال حبالا ثم يدعو الناس فيعطيهم الذهب والفضة فيقتسمونه ثم يقول خذوا فاقتسموا فيقولون لاحاجة لنا فيه فيقول أخذتم خياره وتركتم شراره لتحملنه. واذا ثبت هذا فانه يؤخذ بالقيمة لقوله عليه السلام « أوعدله معافر »

(فصل) ولا يصح عقد الذمة والهدنة الا من الامام أو نائبه وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافا لان ذلك يتعلق بنظر الامام وما يراه من المصلحة ، ولان عقد الذمة عقد مؤبد فلم يجز أن يفتات به على الامام فان فعله غير الامام أو نائبه لم يصح لكن إن عقده على مالايجوز ان يطلب منهم أكثر منه لزم الامام اجابتهم اليه وعقدها عليه

(فصل) ويجوز أن يشرط عليهم في عقد الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى الامام احمد باسناده عن الاحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا القناطر وأن

او مهورهن او رد سلاحهم او إعطاءهم شيئاً من سلاحنا او من آلة الحرب اويشرط لهم مالا في موضع لايجوز بذله او يشترط رد الصبيان أو رد الرجال مع عدم الحاجة اليه فهذه كلها شروط فاسدة وكذلك ان شرط ادخالهم الحرم لقول الله تعالى (إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) ولايجوز الوفاء بشيء من هذه الشروط وإنما لم يصح شرط رد النساء المسلمات لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الي الكفار) وقال النبي ﷺ « ان الله منع الصلح في النساء » وتفارق المرأة الرجل من ثلاثة أوجه

(أحدها) أنها لا تأمن ان تزوج كافراً يستحلها أو يكرهها من ينالها واليه أشار الله سبحانه بقوله (لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن) (الثاني) أنها ربما فتنت عن دينها لانها أضعف قلبا وأقل معرفة من الرجل

(الثالث) ان المرأة لايمكنها الهرب عادة بخلاف الرجل ولايجوز رد الصبيان العقلاء اذا جاءوا مسلمين لانهم بمنزلة المرأة في ضعف العقل والمعرفة والعجز عن التخلص والهرب ، فاما الطفل الذي لايصح اسلامه فيجوز شرط رده لانه ليس بمسلم وهل يفسد العقد بالشروط الفاسدة؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع إلا فيما إذا شرط ان لكل واحد منهما نقضها متى شاء فينبغي ان لا يصح العقد وجهاً واحداً لان طائفة الكفار يبنون على هذا الشرط فلا يحصل الأمن منهم ولا أمنهم

قتل رجل من المسلمين بارضهم فعليهم ديته ، قال ابن المنذر وروي عن عمر انه قضى على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم

وروي أن النبي ﷺ ضرب على نصارى أيلة ثلثمائة دينار وكانوا ثلثمائة نفس في كل سنة وان يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام ولان في هذا ضربا من المصلحة لانهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين اضراراً بهم فاذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك وإن لم تشرط الضيافة عليهم لم تجب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال تجب بغير شرط لوجوبها على المسلمين والاول أصح لانه اداء مال فلم يجب بغير رضاهم كالجزية فان شرطها عليهم فامتنعوا من قبولها لم تعقد لهم الذمة وقال الشافعي لايجوز قتالهم عليها

ولنا انه شرط سائغ امتنعوا من قبوله فقوتلوا عليه كالجزية

(فصل) ذكر القاضي انه اذا شرط الضيافة فانه يبين أيام الضيافة وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان فيقول تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين من خبز كذا وأدم كذا وللفرس من التبن كذا ومن الشعير كذا فان شرط الضيافة مطلقاً صح في الظاهر لان عمر رضي الله عنه شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين من غير عدد ولا تقدير قال ابو بكر اذا أطلق مدة الضيافة

منا فيفوت معنى الهدنة ومتى وقع العقد باطلا فدخل بعض الكفار دار الاسلام معتقداً للأمان كان آمنا لانه دخل بناء على العقد ويرد الى دار الحرب ولا يقر في دار الاسلام لان الأمان لم يصح

(فصل) وإذا عقد الهدنة من غير شرط فجاءنا منهم إنسان مسلماً أو بأمان لم يجب رده اليهم ولم يجز ذلك سواء كان حراً أو عبداً أو رجلا أو امرأة ولايجب رد مهر المرأة، وقال أصحاب الشافعي ان خرج العبد الينا لم يصر حراً لأنهم في امان منا والهدنة تمنع من جواز القهر وقال الشافعي في قول له: اذا جاءت امرأة مسلمة وجب رد مهرها لقول الله تعالى (وآتوهم ما انفقوا) يعني رد المهر الى زوجها اذا جاء يطلبها وان جاء غيره لم يرد اليه شيء

ولنا أنه من غير أهل دار الاسلام خرج الينا فلم يجب رده ولارد شيء عنه كالحر من الرجال وكالعبد اذا خرج ثم اسلم، وقولهم إنهم في امان منا.قلنا انما امنا من هو في دار الاسلام الذين هم في قبضة الامام فاما من هو في دارهم ومن ليس في قبضته فلا يمنع منه بدليل ما لو خرج العبد قبل اسلامه ولهذا لما قتل ابو بصير الرجل الذي جاء ليرده لم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ولم يضمنه ولما انفرد هو وابو جندل واصحابهما عن النبي صلى الله عليه وسلم في صلح الحديبية فقطعوا الطريق عليهم وقتلوا من قتلوا منهم وأخذوا المال لم ينكر ذلك النبي ﷺ ولم يأمرهم برد ما أخذوه ولا غرامة ما أتلفوه وهذا الذي أسلم كان في دارهم وقبضتهم وقهرهم على نفسه فصار حراً كما لو أسلم بعد خروجه وأما المرأة فلا يجب رد مهرها لانها لم تأخذ منهم شيئاً ولو أخذته كانت قد قهرتهم عليه في

فالواجب يوم وليلة لان ذلك الواجب على المسلمين ولا يكلفون الذبيحة ولا ضيافتهم بارفع من طعامهم لانه يروى عن عمر أنه شكى اليه أهل الذمة ان المسلمين يكلفونهم الذبيحة فقال أطعموهم مما تأكلون، وقال الاوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا الشعير

وقال القاضي إذا وقع الشرط مطلقاً لم يلزمهم الشعير، ويحتمل أن يلزمهم ذلك للخيل لان العادة جارية به فهو كالخبز للرجل وللمسلمين النزول في الكنائس والبيع فان عمر رضي الله عنه صالح أهل الشام على أن يوسعوا أبواب بيعهم وكنائسهم لمن يجتاز بهم من المسلمين ليدخلوها ركبانا، فان لم يجدوا مكاناً فلهم النزول في الافنية وفضول المنازل وليس لهم تحويل صاحب المنزل منه، والسابق إلى منزل أحق به ممن يأتي بعده فان امتنع بعضهم من القيام بما شرط عليه أجبر عليه، فان امتنع الجميع أجبروا، فان لم يمكن إلا بالمقاتلة قوتلوا، فان قاتلوا فقد نقضوا العهد

(فصل) وتقسم الضيافة بينهم على قدر جزيتهم فان جعل الضيافة مكان الجزية جاز لما روي أن عمر رضي الله عنه كتب لراهب من أهل الشام إنني إن وليت هذه الارض أسقطت عنك خراجك فلما قدم الجابية وهو أمير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه، وقال انني جعلت لك ما ليس لي ولكن اختر إن شئت أداء الخراج وان شئت أن تضيف المسلمين، فاختار الضيافة، ويشترط عليه

دار القهر، ولو وجب عليها عوضه لوجب مهر المثل دون المسمى، وأما الآية فقد قال قتادة نسخ رد المهر، وقال عطاء والزهري والثوري لا يعمل بها اليوم، وعلى أن الآية إنما نزلت في قضية الحديبية حين كان النبي ﷺ شرط رد من جاءه مسلماً، فلما منع الله رد النساء وجب رد مهورهن، وكلامنا فيما إذا وقع الصلح من غير شرط فليس هو في معنى ما تناوله الأمر، وان وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء لم يصح أيضاً لان الشرط الذي كان النبي ﷺ شرطه كان صحيحاً وقد نسخ فاذا شرط الآن كان باطلا ولا يجوز قياسه على الصحيح والالحاق به .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شرط رد من جاء من الرجال مسلما جاز ولا يمنعهم أخذه ولا يجبره على ذلك وله ان يأمرهم بقتالهم والفرار منهم) .

قد ذكر قسم الشروط الفاسدة والشروط الصحيحة مثل أن يشترط عليهم مالا أو معونة المسلمين عند حاجتهم اليهم أو يشترط رد من جاء من الرجال مسلما أو بأمان فهذا صحيح وقال اصحاب الشافعي لا يصح شرط رد المسلم إلا ان تكون له عشيرة تحميه وتمنعه .

ولنا ان النبي ﷺ شرط ذلك في صلح الحديبية ووفى لهم به فرد أبا جندل وأبا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة ولأن ذا العشيرة إذا كانت عشيرته هي التي تفتنه وتؤذيه فهو كمن لا عشيرة له لكن إنما يجوز هذا الشرط عند شدة الحاجة اليه وتعين المصلحة فيه ومتى شرط لهم ذلك لزم الوفاء به بمعنى انهم إذا جاءوا في طلبه لم يمنعهم أخذه ولا يجبره على المضي معهم، وله أن يأمره سراً بالهرب .

ضيافة يبلغ قدرها أقل الجزية إذا قلنا الجزية مقدرة الاقل لئلا ينقص خراجه عن أقل الجزية وذكر ان من الشروط الفاسدة اشتراط الاكتفاء بضيافتهم عن جزيتهم، لان الله تعالى أمر بقتالهم ممدوداً إلى إعطاء الجزية، فاذا لم يعطها كان قتالهم مباحا ووجه الاول أن هذا اشتراط مال يبلغ قدر الجزية فجاز كما لو شرط عليهم عدل الجزية مغافر

(فصل) وإذا شرط في عقد الذمة شرطا فاسداً مثل أن يشترط أن لاجزية عليهم او اظهار المنكر أو إسكانهم الحجاز او إدخالهم الحرم ونحو هذا. فقال القاضي يفسد العقد به لانه شرط فعل محرم فافسد العقد كما لو شرط قتال المسلمين، ويحتمل أن يفسد الشرط وحده، ويصح العقد بناء على الشروط الفاسدة في البيع والمضاربة

﴿مسئلة﴾ قال (ولا جزية على صبي ولا زائل العقل ولا امرأة)

لانعلم بين أهل العلم خلافا في هذا وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وابوثور، وقال ابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم، وقد دل على صحة هذا ان عمر رضي الله عنه كتب إلى امراء

منهم ومقاتلتهم فان ابا بصير لما جاء النبي ﷺ وجاء الكفار في طلبه قال له النبي ﷺ «إنا لا يصلح في ديننا الغدر وقد علمت ماعاهدناهم عليه ولعل الله ان يجعل لك فرجاً ومخرجاً» فلما رجع مع الرجلين قتل أحدهما في طريقه ثم رجع إلى النبي ﷺ فقال يارسول قد أوفى الله ذمتك قد رددتني اليهم وأنجاني الله منهم فلم ينكر عليه النبي ﷺ ولم يلمه بل قال «ويل أمه مسعر حرب لو كان معه رجال» فلما سمع ذلك ابو بصير لحق بساحل البحر وانحاز اليه ابو جندل بن سهيل ومن معه من المستضعفين بمكة، فجعلوا لا تمر عير لقريش إلا عرضوا لها فأخذوها وقتلوا من معها، فارسلت قريش إلى النبي ﷺ تناشده الله والرحم ان يضمهم اليه ولا يرد اليهم أحداً جاءه ففعل، فيجوز حينئذ لمن أسلم من الكفار ان يتحيزوا ناحية ويقتلوا من قدروا عليه من الكفار ويأخذوا اموالهم ولا يدخلون في الصلح، فان ضمهم الامام اليه باذن الكفار دخلوا في الصلح وحرم عليهم قتل الكفار وأخذ اموالهم، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه لما جاء أبو جندل الى النبي صلى الله عليه وسلم هاربا من الكفار يرسف في قيوده قام اليه ابوه فلطمه وجعل يرده قال عمر فقمت الى جانب أبي جندل وقلت انهم الكفار وانما دم احدهم دم كلب وجعلت ادني منه قائم السيف لعله ان يأخذه فيضرب به أباه قال فضن الرجل بأبيه،

(فصل) واذا طلبت امرأة او صبية مسامة الخروج من عند الكفار جاز لكل مسلم إخراجها لما روي أن النبي صلى الله عليه لما خرج من مكة وقفت ابنة حمزة على الطريق فلما مر بها علي قالت ياابن عم إلى من تدعني فتناولها فدفعها إلى فاطمة حتى قدم بها المدينة.

الأجناد أن اضربوا الجزيه ولا تضربوها على النساء والصبيان ، ولا تضربوها إلا على من جرت عليه المواسي رواه سعيد وابو عبيد والاثرم وقول النبي ﷺ لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » دليل على انها لا تجب على غير بالغ، ولان الدية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها

(فصل) وإن بذلت المرأة الجزية أخبرت أنها لا جزية عليها، فإن قالت فأنا أتبرع بها أو أنا أؤديها قبلت منها ولم تكن جزية بل هبة تلزم بالقبض، فان شرطته على نفسها ثم رجعت كان لها ذلك وان بذلت الجزية لتصير الى دار الاسلام مكنت من ذلك بغير شيء ولكن يشترط عليها التزام أحكام الاسلام وتعقد لها الذمة ولا يؤخذ منها شيء الا أن تتبرع به بعد معرفتها أنه لا شيء عليها، وان أخذ منها شيء على غير ذلك رد اليها لانها بذلته معتقدة انه عليها وان دمها لا يحقن الا به فأشبه من أدى مالا الى من يعتقد أنه له فتبين أنه ليس له، ولو حصر المسلمون حصناً ليس فيه الا نساء فبذلن الجزية لتعقد لهن الذمة عقدت لهن بغير شيء وحرم استرقاقهن كالتي قبلها سواء ، فان كان في الحصن معهن رجال فسألوا الصلح لتكون الجزية على النساء والصبيان دون الرجال لم تصح لانهم جعلوها على غير من هي عليه وبرءوا من تجب عليه وإن بذلوا جزية عن الرجال ويؤدوا عن النساء والصبيان من أموالهم جاز وكان ذلك زيادة في جزيتهم ، وإن كان من أموال النساء والصبيان لم يجز لانهم يجعلون الجزية على من لا تلزمه، فان كان القدر الذي بذلوه من أموالهم مما يجزىء في الجزية أخذ منهم وسقط الباقي

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى الامام حماية من هادنه من المسلمين دون غيرهم وان سباهم كفار آخرون لم يجز لنا شراؤهم) .

وذلك أن الامام إذا عقد الهدنة لقوم فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة، لانه أمنه ممن هو في قبضته وتحت يده كما أمن من في قبضته منهم، ومن أتلف من المسلمين أو من أهل الذمة عليهم شيئاً فعليه ضمانه ولا يلزمه حمايتهم من أهل الحرب ولا حماية بعضهم من بعض، لان الهدنة التزام الكف عنهم فقط، فان أغار عليهم قوم آخرون فسبوهم لم يلزمه استنقاذهم وليس للمسلمين شراؤهم لانهم في عهدهم ولا يجوز لهم شراؤهم ولا استرقاقهم، وذكر عن الشافعي ما يدل على هذا ويحتمل جواز ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة لانه لا يجب عليه من يدفع عنهم فلم يحرم استرقهم بخلاف أهل الذمة ، فعلى هذا ان استولى المسلمون على الذين اشتروهم واخذوا اموالهم لم يلزم رده اليهم على هذا القول، ومقتضى القول الأول وجوب رده كما يجب رد أموال اهل الذمة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان خاف نقض العهد منهم نبذ إليهم عهدهم لقول الله تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء) .

أي أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء في العلم، ولا يكفي وقوع ذلك في قلبه حتى يكون عن أمارة تدل عليه، ولا يفعل ذلك إلا الامام لان نقضها لخوف الخيانة يحتاج إلى نظر واجتهاد فافتقر إلى الحاكم ومتى

(فصل) ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من مجانينهم فهو من أهلها بالعقد الاول لايحتاج إلى استئناف عقد له . وقال القاضي في موضع هو مخير بين التزام العقد وبين أن يرد إلى مأمنه، فان اختار الذمة عقدت له وإلا ألحق بمأمنه وهو قول الشافعي

ولنا انه لم يأت عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه تجديد العقد لهؤلاء، ولأن العقد يكون مع سادتهم فيدخل فيه سائرهم ولانه عقد عهد مع الكفار فلم يحتج إلى استئنافه لذلك كالهدنة، ولان الصغار والمجانين دخلوا في العقد فلم يحتج الى تجديده لهم عند تغير أحوالهم كغيرهم. ولأنه عقد دخلوا فيه فيلزمهم بعد البلوغ والافاقة كالاسلام . إذا ثبت هذا فان كان البلوغ والافاقة في أول حول قومه أخذ منه في آخره معهم ، وان كان في أثناء الحول أخذ منه عند تمام الحول بقسطه ولم يترك حتى يتم حوله لئلا يحتاج إلى أفراده بحول وضبط حول كل انسان منهم وربما أفضي الى أن يصير لكل واحد حول منفردا

(فصل) ومن كان يجن ويفيق فله ثلاثة أحوال :

(أحدها) ان يكون جنونه غير مضبوط مثل من يفيق ساعة من يوم أو أيام أو يصرع ساعة من يوم أو ايام فهذا يعتبر حاله بالاغلب لان مدة الافاقة غير ممكن مراعاتها لتعذر ضبطها .

نقضها وفي دارنا منهم أحد وجب ردهم إلى مأمنهم لأنهم دخلوا بأمان فوجب ردهم إلى مأمنهم كما لو افردهم بالأمان، وان كان عليهم حق استوفي منهم، ولايجوز ان يبدأهم بقتال ولا غارة قبل اعلامهم بنقض العهد للآية، ولانهم آمنون منه بحكم العهد فلا يجوز قتلهم ولا اخذ مالهم، فان قيل فقد قلتم ان الذمي إذا خيف منه الخيانة لم ينتقض عهده ؟ قلنا عقد الذمة آكد لانه يجب على الامام اجابتهم اليه وهو نوع معاوضة وعقده مؤبد بخلاف الهدنة والأمان، ولهذا لو نقض بعض أهل الذمة لم ينتقض عهد الباقين بخلاف الهدنة ، ولان اهل الذمة في قبضة الامام وتحت ولايته ولا يخشى الضرر كثيراً من نقضهم بخلاف اهل الهدنة فانه يخشى منهم الغارة والضرر الكثير

(فصل) ومن أتلف منهم شيئاً على مسلم فعليه ضمانه وان قتله فعليه القصاص وإن قذفه فعليه الحد، لان الهدنة تقتضي أمان المسلمين منهم وأمانهم من المسلمين في النفس والمال والعرض فلزمهم ما يجب في ذلك ومن شرب منهم خمراً اوزنى لم يحد لأنه حق لله تعالى ولم يلتزموه بالهدنة، وان سرق مال مسلم ففيه وجهان (احدهما) لايقطع لانه حد خالص لله تعالى أشبه حد الزنا

(والثاني) يقطع لانه يجب صيانة لحق الآدمي فهو كحد القذف

(فصل) واذا نقضوا العهد حلت دماؤهم واموالهم وسبي ذراريهم لان النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة حين نقضوا عهدهم وسبى ذراريهم واخذ اموالهم ولما هادن قريشاً فنقضوا عهده حل له منهم ما كان حرم عليه منهم، ولان الهدنة عقد مؤقت ينتهي بانقضاء مدته فيزول بنقضه وفسخه كعقد الاجارة بخلاف عقد الذمة

(الثاني) ان يكون مضبوطا مثل من يجن يوما ويفيق يومين أو أقل من ذلك أو أكثر الا أنه مضبوط ففيه وجهان :

(أحدهما) يعتبر الأغلب من حاله ، وهذا مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه لأنه يجن ويفيق فيعتبر الأغلب من حاله كالاول (والثاني) تلفق أيام افاقته لانه لو كان مفيقا في الكل وجبت الجزية فاذا وجدت الافاقة في بعض الحول وجب فيما يجب به لو انفرد، فعلى هذا الوجه في أخذ الجزية وجهان :

(أحدهما) أن أيامه تلفق فاذا كملت حولا أخذت منه ، لأن أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل كمال الحول فلم يجز كالصحيح .

(والثاني) يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر ما أفاق منه كما لو أفاق في بعض الحول افاقة مستمرة ، وان كان يجن ثلث الحول ويفيق ثلثيه أو بالعكس ففيه الوجهان كما ذكرنا ، فان استوت إفاقته وجنونه مثل من يجن يوما ويفيق يوما أو يجن نصف الحول ويفيق نصفه عادة لفقت افاقته لانه تعذر اعتبار الاغلب لعدمه فتعين الاحتمال الآخر

(الحال الثالث) أن يجن نصف حول ثم يفيق افاقة مستمرة او يفيق نصفه ثم يجن جنوناً مستمراً فلا جزية عليه في الثاني وعليه في الأول من الجزية بقدر ما أفاق من الحول على ما تقدم شرحه والله أعلم

﴿ باب عقد الذمة ﴾

لا يجوز عقد الذمة الا من الامام او نائبه وبهذا قال الشافعي، ولا نعلم فيه خلافا لان ذلك يتعلق بنظر الامام وما يراه من المصلحة، ولانه عقد مؤبد فلم يجز ان يفتات به على الامام، فان فعله غيرهما لم يصح لكن ان عقده على مال لا يجوز ان يطلب منهم اكثر منه لزم الامام اجابتهم اليه وعقدها عليه، والاصل في جواز عقد الذمة واخذ الجزية الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند: أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده، أو تؤدوا الجزية رواه البخاري: وعن بريدة رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوي الله في خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيراً وقال له إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث ادعهم الى الاسلام، فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فان أبوا فادعهم إلى اعطاء الجزية ، فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم» رواه مسلم في أخبار كثيرة وأجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية في الجملة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز عقدها الا لأهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن يوافقهم في التدين

﴿مسئلة﴾ قال (ولا على فقير)

يعني الفقير العاجز عن ادائها . وهذا أحد اقوال الشافعي وقال في الآخر يجب عليه لقوله عليه السلام « خذ من كل حالم ديناراً » ولان دمه غير محقون فلا تسقط عنه الجزية كالقادر عليه

ولنا ان عمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات، جعل ادناها على الفقير المعتمل فيدل على ان غير المعتمل لاشيء عليه ولان الله تعالى قال (لايكلف الله نفساً الا وسعها) ولان هذا مال يجب بحلول الحول فلا يلزم الفقير العاجز كالزكاة والعقل، ولان الخراج ينقسم الى خراج أرض وخراج رءوس ثم ثبت أن خراج الارض على قدر طاقتها ومالاطاقة له لاشيء عليه كذلك خراج الرءوس، واما الحديث فيتناول الاخذ ممن يمكن الاخذ منه، ومن لا يمكن الاخذ منه فالاخذ منه مستحيل فكيف يؤمر به ؟

بالتوراة والانجيل كالسامرة والفرنج ومن له شبهة كتاب وهم المجوس وعنه يجوز عقدها لجميع الكفار الا عبدة الاوثان من العرب)

وجملة ذلك ان الذين تقبل منهم الجزية صنفان أهل كتاب ومن له شبهة كتاب في ظاهر المذهب فأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى وانما خالفوهم في فروع دينهم وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية والفرنج والروم والارمن وغيرهم ممن دان بالانجيل وانتسب الى دين عيسي والعمل بشريعته فكلهم من أهل الانجيل ومن عدا هؤلاء من الكفار فليسوا من أهل الكتاب بدليل قوله تعالى (أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأما أهل صحف ابراهيم وشيث وزبور داود فلا تقبل منهم الجزية لانهم من غير الطائفتين ولان هذه الصحف لم تكن فيها شرائع انما هي مواعظ وأمثال كذلك وصف النبي ﷺ صحف ابراهيم وزبور داود في حديث ابي ذر، واما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فانه يروى أنه كان لهم كتاب فرفع فصار بذلك شبهة أوجبت حقن دمائهم واخذ الجزية منهم ولم ينتهض في إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم هذا قول اكثر اهل العلم ونقل عن ابي ثور انهم من اهل الكتاب وتحل ذبائحهم ونساؤهم لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال انا اعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه وان ملكهم سكر فوقع على ابنته او اخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ودعي اهل مملكته وقال اتعلمون ديناً خيراً من دين آدم وقد انكح بنيه بناته ؟ فانا على دين آدم قال فتابعه قوم وقاتلوا الذين يخالفونه حتى قتلوهم فأصبحوا وقد اسري بكتابهم ورفع العلم الذي

(مسألة) قال (ولا شيخ فان ولا زمن ولا أعمى)

هؤلاء الثلاثة ومن في معناهم ممن به داء لايستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه لا جزية عليهم وهو قول اصحاب الرأي وقال الشافعي في احد قوليه عليهم الجزية بناء على قتلهم وقد سبق قولنا في انهم لايقتلون فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان

(مسألة) قال (ولا على سيد عبد عن عبده اذا كان السيد مسلما)

لاخلاف في هذا نعلمه لانه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «لاجزية على العبد» وعن ابن عمر مثله ولان مالزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدي ايجابه على عبد المسلم إلى ايجاب الجزية على مسلم. فاما إن كان العبد لكافر فالمنصوص عن احمد انه لاجزية عليه ايضا وهو قول عامة اهل العلم،

في صدورهم فهم اهل كتاب وقد اخذ رسول الله ﷺ وابو بكر واراه قال وعمر منهم الجزية رواه الشافعي وسعيد وغيرهما ولان النبي ﷺ قال سنوا بهم سنة اهل الكتاب

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا إنما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) والمجوس من غير الطائفتين، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «سنوا بهم سنة اهل الكتاب» فدل على انهم غيرهم

وروى البخاري باسناده عن بجالة انه قال: ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى قال له عبد الرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر ولو كانوا اهل كتاب لما وقف عمر في اخذ الجزية منهم مع امر الله تعالى بأخذ الجزية من اهل الكتاب. وما ذكروه هو الذي صار لهم به شبهة كتاب. وما رووه عن علي فقد قال ابو عبيد لاأحسبه محفوظاً ولو كان له اصل لما حرم النبي صلى الله عليه وسلم نساءهم وهو كان أولى بعلم ذلك، ويجوز أن يصح هذا الذي ذكر عن علي مع تحريم نسائهم لان الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على احدى الطائفتين وليس هؤلاء منهم ولان كتابهم رفع فلم ينتهض للاباحة وثبت به حقن دمائهم، فاما قول ابي ثور في حل ذبائحهم ونسائهم فيخالف الاجماع فلا يلتفت اليه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «سنو بهم سنة اهل الكتاب» اي في أخذ الجزية منهم

إذا ثبت ذلك فان أخذ الجزية من أهل الكتابين والمجوس إذا لم يكونوا من العرب ثابت بالاجماع لانعلم فيه خلافا فان الصحابة رضي الله عنه أجمعوا على ذلك وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم مع دلالة الكتاب العزيز على اخذ الجزية من أهل الكتابين ودلالة السنة المذكورة على أخذها من المجوس فان كانوا من العرب فحكمهم حكم العجم فيما ذكرنا وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو يوسف لاتؤخذ الجزية من العرب لأنهم شرفوا بكونهم من رهط النبي صلى الله عليه وسلم

قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على انه لاجزية على العبد وذلك لما ذكر من الحديث ولانه محقون الدم فاشبه النساء والصبيان أو لا مال له فاشبه الفقير العاجز ، ويحتمل كلام الخرقي إيجاب الجزية عليه يؤديها سيده ، وروي ذلك أيضا عن احمد وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال لاتشتروا رقيق أهل الذمة ولا مما في أيديهم لانهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضا ولا يقرن أحدكم بالصغار بعد إذ أنقذه الله منه

قال أحمد أراد ان يوفر الجزية لان المسلم اذا اشتراه سقط عنه أداء مايؤخذ منه والذمي يؤدي عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم وروي عن علي مثل حديث عمر ولانه ذكر مكلف قوي مكتسب فوجبت عليه الجزية كالحر والاول أولى

(فصل) ومن بعضه حر فقياس المذهب ان عليه من الجزية بقدر مافيه من الحرية لانه حكم يتجزأ يختلف بالرق والحرية فيقسم على قدر مافيه كالارث

(فصل) ولاجزية على اهل الصوامع من الرهبان ويحتمل وجوبها عليهم وهذا احد قولي الشافعي وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب دينارين . ووجه ذلك عموم النصوص ولانه كافر صحيح قادر على أداء الجزية فاشبه الشماس ، ووجه الاول أنهم محقونون

ولنا عموم الآية وان النبي ﷺ بعث خالد بن الوليد الي دومة الجندل فاخذ أكيدر دومة فصالحه على الجزية وهو من العرب رواه ابو دواد واخذ الجزية من نصارى نجران وهم عرب وبعث معاذاً الى اليمن فقال إنك تأتي قوماً من اهل كتاب وامره أن يأخذ من كل حالم ديناراً ولو كانوا عرباً ولان ذلك اجماع فان عمر اراد اخذ الجزية من نصارى بني تغلب وابوا ذلك وسألوه ان يأخذ منهم مثلما يأخذ من المسلمين فأبى ذلك عليهم حتى لحقوا بالروم ثم صالحهم على ما يأخذ منهم عوضاً عن الجزية فالمأخوذ منهم جزية غير انه على غير صفة جزية غيرهم ولم ينكر ذلك أحد فكان إجماعا . وقد ثبت بطريق القطع ان كثيراً من نصارى العرب ويهودهم كانوا في عصر الصحابة في بلاد الاسلام ولايجوز إقرارهم فيها بغير جزية فثبت يقيناً انهم أخذوا الجزية منهم

(فصل) ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين (أحدهما) التزام إعطاء الجزية في كل حول (والثاني) التزام أحكام الاسلام وهو قبول ما يحكم به عليهم من اداء حق أو ترك محرم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) ولقول النبي ﷺ في حديث بريدة « فادعهم إلى أداء الجزية فان أجابوك فقبل منهم وكف عنهم » ولا تعتبر حقيقة الاعطاء ولا جريان الاحكام لان الاعطاء انما يكون في آخر الحول والكف عنهم في ابتدائه عند البذل . والمراد بقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد) أي يلتزموا وهذا كقوله (فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) فان المراد به التزام ذلك فان الزكاة انما يجب أداؤها عند الحول

بدون الجزية فلم تجب عليهم كالنساء وقد ذكرنا انه يحرم قتلهم والنصوص مخصوصة بالنساء وهؤلاء في معناهن ولانه لا كسب له فأشبه الفقير غير المعتمل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وجبت عليه الجزية فاسلم قبل ان تؤخذ منه سقطت عنه الجزية)

وجملته أن الذمي إذا أسلم في أثناء الحول لم تجب عليه الجزية وان أسلم بعد الحول سقطت عنه وهذا قول مالك والثوري وابي عبيد وأصحاب الرأي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ان أسلم بعد الحول لم تسقط لانها دين يستحقه صاحبه واستحق المطالبة به في حال الكفر فلم يسقط بالاسلام كالخراج وسائر الديون وللشافعي فيما اذا أسلم في أثناء الحول قولان (احدهما) عليه من الجزية بالقسط كما لو افاق بعد الحول.

ولنا قول الله تعالى (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «ليس على المسلم جزية» رواه الخلال وذكر ان احمد سئل عنه فقال ليس يرويه غير جرير قال احمد وقد روي عن عمر انه قال إن أخذها في كفه ثم اسلم ردها عليه وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لا ينبغي للمسلم ان يؤدي الخراج» يعني الجزية وروى ان ذميا أسلم فطولب

(فصل) فأما غير اليهود والنصارى والمجوس من الكفار فلا تقبل منهم الجزية ولا يقرون بها ولا يقبل منهم الا الاسلام أو القتل هذا ظاهر المذهب. وروى عنه الحسن بن ثواب انها تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الاوثان من العرب لان حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر الا انه خرج منه عبدة الاوثان من العرب لتغليظ كفرهم من وجهين (أحدهما) دينهم (والثاني) كونهم من رهط النبي ﷺ. وقال الشافعي لاتقبل الجزية إلا من أهل الكتاب والمجوس لكن في أهل الكتب غير اليهود والنصارى مثل أهل صحف ابراهيم وشيث وزبور داود ومن تمسك بدين آدم وجهان (أحدهما) يقرون بالجزية لانهم أهل كتاب فأشبهوا اليهود والنصارى. وقال أبو حنيفة تقبل من جميع الكفار إلا العرب لانهم رهط النبي ﷺ فلا يقرون على غير دينه وغيرهم يقر بالجزية لانه يقر بالاسترقاق فأقر بالجزية كالمجوس. وعن مالك انها تقبل من جميعهم إلا مشركي قريش لانهم ارتدوا. وعن الاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز انها تقبل من جميعهم وهو قول عبد الرحمن ابن يزيد بن جابر لحديث بريدة ولانه كافر فأقر بالجزية كأهل الكتاب

ولنا قول الله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقول النبي ﷺ «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» وهذا عام خص منه جميع أهل الكتاب بالآية والمجوس بالسنة فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم وقد بينا ان أهل الصحف من غير أهل الكتاب المراد بالآية

بالجزية وقيل انما اسلمت تعوذاً قال ان في الاسلام معاذاً فرفع الى عمر فقال عمر ان في الاسلام معاذاً وكتب ألا تؤخذ منه الجزية رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى ولان الجزية صغار فلا تؤخذ منه كما لو اسلم قبل الحول ولان الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر فيسقطها الاسلام كالقتل، وبهذا فارق سائر الديون.

(فصل) وإن مات الذمي بعد الحول لم تسقط الجزية عنه في ظاهر كلام احمد ذكره احمد وهو مذهب الشافعي، وحكى ابو الخطاب عن القاضي أنها تسقط بالموت وهو قول ابي حنيفة. ورواه ابو عبيد عن عمر بن عبد العزيز لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود، ولانها تسقط بالاسلام فتسقط بالموت كما قبل الحول

ولنا انه دين وجب عليه في حياته فلم يسقط بموته كديون الآدميين والحد يسقط بفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية وفارق الاسلام فانه الاصل والجزية بدل عنه فاذا أتى بالاصل استغنى عن البدل كمن وجد الماء لايحتاج معه الى التيمم بخلاف الموت ولان الاسلام قربة وطاعة يصلح أن يكون معاذاً من الجزية كما ذكر عمر رضي الله عنه والموت بخلافه

(فصل) ولا تتداخل الجزية بل اذا اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت منه كلها وبهذا قال

(فصل) وإذا عقد الذمة لكفار زعموا انهم أهل كتاب ثم تبين انهم عبدة أوثان فالعقد باطل من اصله وان شككنا فيهم لم ينتقض عهدهم بالشك لان الاصل صحته فان اقر بعضهم بذلك دون بعض قبل من المقر في نفسه فانتقض عهده وبقي فيمن لم يقر بحاله

﴿ مسئلة ﴾ (فاما الصابىء فينظر فيه فان انتسب الى احد الكتابين فهو من اهله وإلا فلا)

اختلف اهل العلم في الصابئين فروي عن احمد انهم جنس من النصارى وقال في موضع آخر بلغني انهم يسبتون فاذا اسبتوا فهم من اليهود وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال هم يسبتون وقال مجاهد هم بين اليهود والنصارى وقال السدي والربيع هم بين اهل الكتاب وتوقف الشافعي في امرهم والصحيح ماذكرهنا من انه ينظر فيهم فان كانوا يوافقون احد اهل الكتابين في نبيهم وكتابهم فهم منهم، وان خالفوهم في ذلك فليسوا منهم ويروى عنهم انهم يقولون الفلك حي ناطق وان الكواكب السبعة آلهة فان كانوا كذلك فهم كعبدة الاوثان

﴿ مسئلة ﴾ (ومن تهود او تنصر بعد بعث نبينا محمد ﷺ او ولد بين ابوين لا تقبل الجزية من احدهما فعلى وجهين)

(احدهما) انه لا فرق بين من دخل في دينهم قبل تبديل كتابهم او بعده ولا بين ان يكون ابن كتابيين او كتابي ووثني وهذا ظاهر كلام الخرقي وقال ابو الخطاب من دخل في دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منهم الجزية لانه دخل في دين باطل ومن ولد بين ابوين احدهما تقبل من

الشافعي وقال ابو حنيفة تتداخل لانها عقوبة فتتداخل كالحدود . ولنا أنها حق مال يجب في آخر كل حول فلم تتداخل كالدية

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أعتق لزمته الجزية لما يستقبل سواء كان المعتق له مسلماً أو كافرا)

هذا الصحيح عن احمد رواه عنه جماعة . وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وبه قال سفيان والليث وابن لهيعة والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، وعن احمد يقر بغير جزية ، وروي نحوهذا عن الشعبي لان الولاء شعبة من الرق وهو ثابت عليه ووهن الخلال هذه الرواية وقال هذا قول قديم رجع عنه احمد والعمل على مارواه الجماعة وعن مالك كقول الجماعة ، وعنه إن كان المعتق له مسلماً فلا جزية عليه لان عليه الولاء لمسلم فاشبه مالو كان عليه الرق

ولنا انه حر مكلف موسر من أهل القتل فلم يقر في دارنا بغير جزية كالحر الاصلي فاذا ثبت هذا فان حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم أو أفاق من مجانينهم على مامضى

﴿مسئلة ﴾ قال (ولا تؤخذ الجزيه من نصارى بني تغلب وتؤخذ الزكاة من اموالهم ومواشيهم وثمرهم مثلي مايؤخذ من المسلمين)

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار انتقلوا في الجاهليه إلى النصرانية فدعاهم عمر إلى بذل الجزية فابوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة فقال

الجزية والآخر لاتقبل منه ففيه وجهان وهذا مذهب الشافعي والصحيح الاول لعموم النص فيهم ولانهم من اهل دين تقبل منه الجزية فيقرون بها كغيرهم وانما تقبل منهم الجزية اذا كانوا مقيمين على ماعوهدوا عليه من بذل الجزية والتزام احكام الملة لان الله تعالى امر بقتالهم حتى يعطوا الجزية اي يلتزموا اداءها فما لم يوجد ذلك يبقوا على اباحة دمائهم واموالهم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تؤخذ الجزية من نصارى بني تغلب وتؤخذ الزكاة من اموالهم مثلي ما تؤخذ من اموال المسلمين)

بنو تغلب بن وائل من العرب من ولد ربيعة بن نزار انتقلوا في الجاهلية الى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه الى بذل الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة فقال عمر لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة ياأمير المؤمنين ان القوم لهم بأس وشدة وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر في طلبهم فردهم وضعف عليهم من الابل من كل خمس شاتين ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ومن كل عشرين دينارا دينارا ومن كل مائتي درهم عشرة دراهم وفيما

عمر لا آخذ من مشرك صدقه فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة ياأمير المؤمنين ان القوم لهم بأس وشدة وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر في طلبهم فردهم وضعف عليهم من الابل من كل خمس شاتين ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ومن كل عشرين ديناراً ديناراً ، ومن كل مائتي درهم عشرة دراهم وفيما سقت السماء الخمس وفيما سقي بنضح أو غرب أو دولاب العشر فاستقر ذلك من قول عمر ولم يخالفه أحد من الصحابة فصار اجماعا وقال به الفقهاء بعد الصحابة منهم ابن ابي ليلى والحسن بن صالح وابو حنيفة وابو يوسف والشافعي ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه أبى على نصارى بني تغلب إلا الجزية وقال لا والله الا الجزية والا فقد آذنتكم بالحرب والحجة لهذا عموم الآية فيهم

وروي عن علي رضي الله عنه انه قال لئن تفرغت لبني تغلب ليكونن لي فيهم رأي لأقتلن مقاتلتهم ولأسبين ذراريهم فقد نقضوا العهد وبرئت منهم الذمة حين نصروا أولادهم وذلك أن عمر رضي الله عنه صالحهم على أن لا ينصروا أولادهم والعمل على الاول لما ذكرنا من الاجماع . وأما الآية فان هذا المأخوذ منهم جزية باسم الصدقة فان الجزية يجوز أخذها من العروض

(فصل) قال أصحابنا تؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو كان مسلماً وهذا

سقت السماء الخمس وفيما سقي بنضح أو غرب أو دولاب العشر فاستقر ذلك من قول عمر ولم يخالفه احد من الصحابة فكان اجماعاً وقال به العلماء بعد الصحابة منهم ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي ويروى عن عمر بن عبدالعزيز انه أبى على نصارى بني تغلب إلا الجزية وقال لا والله إلا الجزية والا فقد آذنتكم بالحرب وحجته عموم الآية فيهم وروي عن علي رضي الله عنه انه قال لان تفرغت لبني تغلب ليكونن لي فيهم رأي لاقتلن مقاتلتهم ولاسبين ذراريهم فقد نقضوا العهد وبرئت منهم الذمة حين نصروا اولادهم وذلك ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ان لا ينصروا اولادهم والعمل على الاول لما ذكرنا من الاجماع وأما الآية فان هذا المأخوذ منهم جزية باسم الصدقة فان الجزية يجوز اخذها عروضا

﴿مسئلة﴾ (ويؤخذ ذلك من نسائهم وصبيانهم ومجانينهم)

كذلك قال اصحابنا تؤخذ الزكاة منهم مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو كان مسلما وبه قال ابو حنيفة وابو عبيد وذكر انه قول أهل الحجاز فعلى هذا تؤخذ من نسائهم وصبيانهم ومجانينهم • زمناهم ومكافيفهم وشيوخهم الا ان ابا حنيفة لا يوجب الزكاة في مال صبي ولا مجنون من المسلمين فكذلك الواجب في مال بني تغلب لا يجب على صبي ولا مجنون إلا في الارض خاصة وذهب الشافعي إلى ان هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة فعنده لا تؤخذ ممن لا جزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين قال وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وأبوا الاسم

قول ابي حنيفة وابي عبيد وذكر انه قول أهل الحجاز فعلى هذا تؤخذ من مال نسائهم وصبيانهم ومجانينهم وزمناهم ومكافيفهم وشيوخهم إلا ان أبا حنيفة لايوجب الزكاة في مال صبي ولا مجنون ، وكذا الواجب على بني تغلب لايجب في مال صبي ولا مجنون الا في الارض خاصة وذهب الشافعي إلى أن هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة فلا تؤخذ ممن لاجزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين قال وقد روي عن عمر انه قال هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وابوا الاسم.

وقال النعمان بن زرعة خذ منهم الجزية باسم الصدقة ولأنهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لا صدقة كغيرهم من أهل الذمة ولانه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دمائهم ومساكنهم فكان جزية كما لو أخذ باسم الجزية : يحققه ان الزكاة طهرة وهؤلاء لاطهرة لهم فعلى هذا يكون مصرف المأخوذ منهم: مصرف الفيء لامصرف الصدقات وهذا اقيس ، واحتج أصحابنا بأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضكم من بعض فأجابهم عمر اليه بعد الامتناع منه والذي يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوي لأي مسلم كان من صغير وكبير وصحيح ومريض كذلك المأخوذ من بني تغلب ولان نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبي بهذا الصلح ودخلوا في حكمه فجاز أن يدخلوا في الواجب به كالرجال العقلاء وعلى هذا من كان منهم فقيرا أو له مال غير زكوي كالدور وثياب البذلة وعبيد الخدمة لاشيء عليه كما لا يجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ، ولا تؤخذ مما لم يبلغ نصابا

وقال النعمان بن زرعة خذ منهم الجزية باسم الصدقة ولانهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لاصدقة كغيرهم من أهل الذمة ولانه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دمائهم فكان جزية كما لو أخذ باسم الجزية ، يحققه ان الزكاة طهرة وهؤلاء لاطهرة لهم قال شيخنا وهذا اقيس وحجة اصحابنا أنهم سألوا عمر ان يأخذ منهم مايأخذ بعضهم من بعض فاجابهم عمر إليه بعد الامتناع منه والذي يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوي لأي مسلم كان من صغير وكبير وصحيح ومريض كذلك المأخوذ من بني تغلب ولان نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبي بهذا الصلح ودخلوا في حكمه فجاز ان يدخلوا في الواجب به كالرجال والعقلاء وعلى هذا من كان منهم فقيرا أو له مال غير زكوي كالرقيق والدور وثياب البذلة فلا شيء عليه كما لايجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ولاتؤخذ من مال لم يبلغ نصاباً

(مسئلة) ومصرفه مصرف الجزية اختاره القاضي)

وهو مذهب الشافعي لانه مأخوذ من مشرك ولانه جزية مسماة بالصدقة وقال ابو الخطاب مصرفه مصرف الصدقات لانه مسمى باسم الصدقة مسلوك به فيمن يؤخذ منه مسلك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها والأول أقيس وأصح لان معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمي رجل أسداً

فأ مامصرف المأخوذ منهم ؟ فاختار القاضي أن مصرفه مصرف الفيء لأنه مأخوذ من مشرك ولأنه جزية مسماة بالصدقة

وقال ابو الخطاب مصرفه الى أهل الصدقات لأنه مسمى باسم الصدقة مسلوك به فيمن يؤخذ منه مسلك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها، والاول أقيس وأصح لان معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمى رجل أسداً او نمراً او أسود او أحمر لم يصر له حكم المسمى بذلك ، ولان هذا لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعها إلى فقراء من أخذت منهم لقول النبي ﷺ « أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم »

(فصل) فان بذل التغلبي أداء الجزية وتحط عنه الصدقة لم يقبل منه لان الصلح وقع على هذا فلا يغير، ويحتمل أن يقبل منه لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد) وهذا قد أعطى الجزية وان كان باذل الجزية منهم حربياً قبلت منه للآية وخبر بريدة « ادعهم إلى أداء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » ولانه لم يدخل في صلح الاولين فلم يلزمه حكمه وهو كتابي باذل للجزية فيحقن بها دمه، وان أراد امام نقض صلحهم وتجديد الجزية عليهم كفعل عمر بن عبدالعزيز لم يكن له ذلك لان عقد الذمة على التأبيد وقد عقده معهم عمر بن الخطاب فلم يكن لغيره نقضه ماداموا على العهد

(فصل) فأما سائر أهل الكتاب من النصارى واليهود العرب وغيرهم فالجزية منهم مقبولة ،

لم يصر له حكم المسمى بذلك ولانه لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعها إلى فقراء من اخذت منهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الصدقة « تؤخذ من اغنائهم فترد في فقرائهم »

(فصل) فان بذل التغلبي أداء الجزية وتحط عنه الصدقة لم يقبل منه لان الصلح وقع على هذا فلا يغير، ويحتمل ان يقبل لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) أي يبذلوها وهذا قد أعطى الجزية وإن كان الذي بذلها منهم حربياً قبلت منه للآية وخبر بريدة ولانه لم يدخل في صلح الأولين فلم يلزمه حكمه وهو كتابي باذل للجزية فيحقن بها دمه فان اراد الامام نقض العهد وتجديد الجزية عليهم كفعل عمر بن عبدالعزيز لم يكن له ذلك لان عقد الذمة على التأبيد وقد عقده معهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلم يكن لاحد نقضه ماداموا على العهد .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يؤخذ ذلك من كتابي غيرهم، وقال القاضي تؤخذ من نصارى العرب ويهودهم)

وجملته ان سائر أهل الكتاب من اليهود والنصارى العرب وغيرهم تقبل منهم الجزية اذا بذلوها ولا يؤخذون بما يؤخذ به نصارى بني تغلب ، نص عليه احمد رواه عن الزهري قال وتذهب الى ان يأخذ من مواشي بني تغلب خاصة الصدقة وتضعف عليهم كما فعل عمر رضي الله عنه وذكر القاضي وابو الخطاب ان حكم من تنصر من تنوخ وبهرا وتهود من كنانة وحمير وتمجس من

ولا يؤخذون بما يؤخذ به نصارى بني تغلب نص احمد على هذا ورواه عن الزهري قال ونذهب إلى أن يأخذ من مواشي بني تغلب خاصة الصدقة ويضعف عليهم كما فعل عمر رضي الله عنه وذكر القاضي وابو الخطاب ان حكم من تنصر من تنوخ وبهرا او تهود من كنانة وحمير وتمجس من تميم حكم بني تغلب سواء وذكر ذلك عن الشافعي نص عليه في تنوخ وبهرا لانهم من العرب فأشبهوا بني تغلب

ولنا عموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال « خذ من كل حالم ديناراً » وهم عرب وقبل الجزية من أهل نجران وهم من بني الحارث ابن كعب - قال الزهري أول من أعطى الجزية أهل نجران وكانوا نصارى - وأخذ الجزية من أكيدر دومة وهو عربي، وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة في كل كتابي عربياً كان أو غير عربي إلا ما خص به بنو تغلب لمصالحة عمر اياهم ففي ماعداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب وشواهد السنة ولم يكن بين غير بني تغلب وبين أحد من الأئمة صلح كصلح بني تغلب فيما بلغنا ولا يصح قياس غير بني تغلب عليهم لوجوه

(احدها) ان قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التي ذكرناها ولا يصح قياس المنصوص عليه على ماتلزم منه مخالفة النص

(والثاني) ان العلة في بني تغلب الصلح ولم يوجد الصلح مع غيرهم ولا يصح القياس مع تخلف العلة

(الثالث) أن بني تغلب كانوا ذوي قوة وشوكة لحقوا بالروم وخيف منهم الضرر ان لم يصالحو

تميم حكم بني تغلب سواء وذكر ان الشافعي نص عليه في تنوخ وبهرا لانهم من العرب فأشبهوا بني تغلب .

ولنا عموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان النبي ﷺ بعث معاذا الى اليمن فقال «خذ من كل حالم ديناراً» وهم عرب وقبل الجزية من اهل نجران وكانوا نصارى واخذ الجزية من اكيدر دومة وهو عربي ولان حكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة في كل كتابي عربيا كان او غير عربي الا ماخص به بنو تغلب لمصالحة عمر اياهم ففيما عداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب وشواهد السنة ولم يكن بين غير بني تغلب وبين احد من الأئمة صلح كصلح بني تغلب فيما بلغنا ولا يصح قياس غير بني تغلب عليهم لوجوه

(أحدها) ان قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التي ذكرناها ولا يصح قياس المنصوص عليه على ما يلزم منه مخالفة النص

(الثاني) ان العلة في بني تغلب الصلح ولم يوجد في غيرهم ولا يصح القياس مع تخلف العلة

(الثالث) ان بني تغلب كانوا ذوي قوة وشوكة لحقوا بالروم وخيف منهم الضرر ان لم يصالحوا ولم يوجد هذا في غيرهم فان وجد في غيرهم فامتنعوا من أداء الجزية أو خيف الضرر بترك مصالحتهم فرأى الامام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة جاز إذا كان المأخوذ منهم بقدر ما يجب عليهم

ولم يوجد هذا في غيرهم فان وجد هذا في غيرهم فامتنعوا من أداء الجزية وخيف الضرر بترك مصالحتهم فرأى الامام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة جاز ذلك اذا كان المأخوذ منهم بقدر مايجب عليهم من الجزية أو زيادة ،قال علي بن سعيد سمعت أحمد يقول أهل الكتاب ليس عليهم في مواشيهم صدقة ولافي أموالهم انما تؤخذ منهم الجزية إلا أن يكونوا صولحوا على أن تؤخذ منهم كما صنع عمر في نصارى بني تغلب حين أضعف عليهم الصدقة في صلحه إياهم ، وذكر هذا ابو إسحاق صاحب المهذب في كتابه والحجة في هذا قصة بني تغلب وقياسهم عليهم إذا كانوا في معناهم أما قياس من لم يصالح عليهم في جعل جزيتهم صدقة فلا يصح والله أعلم

(فصل) واذا اتجر نصراني تغلبي فمر بالعاشر فقال احمد يؤخذ منه العشر ضعف مايؤخذ من أهل الذمة ، وروى باسناده عن زياد بن حدير ان عمر بعثه مصدقا فأمر أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر ورواه ابو عبيد

وقال حديث داود بن كردوس والنعمان بن زرعة هو الذي عليه العمل أن يكون عليهم الضعف مما على المسلمين الا تسمعه يقول من كل عشرين درهما درهما ؟ وانما يؤخذ من المسلمين إذا مروا باموالهم ربع العشر من كل أربعين درهما درهم فذاك ضعف هذا ، وهذا ظاهر كلام الخرقي

من الجزية أو زيادة ، وذكر هذا أبو إسحاق في كتابه المهذب والحجة في هذا قصة بني تغلب وقياسهم عليهم قال علي بن سعيد سمعت أحمد يقول أهل الكتاب ليس عليهم في مواشيهم صدقة ولا في أموالهم إنما تؤخذ منهم الجزية، إلا ان يكونوا صولحوا على ان تؤخذ منهم كما صنع عمر بنصارى بني تغلب حين أضعف عليهم الصدقة في صلحه اياهم اذا كانوا في معناهم ،أما قياس من لم يصالح عليهم في جعل جزيتهم صدقة فلا يصح

﴿مسألة﴾ (ولا جزية على صبي ولا امرأة ولا مجنون ولا زمن ولا أعمى ولا عبد ولا فقير يعجز عنها)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في ان الجزية لا تجب على صبي ولا امرأة ولا زائل العقل وهو قول مالك وأبي حنيفة وأصحاب الشافعي وأبي ثور وقال ابن المنذر لا أعلم من غيرهم خلافا وقد دل على هذا ان عمر رضي الله عنه كتب الى امراء الاجناد ان اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان ولا تضربوها إلا على من جرت عليه الموسى رواه سعيد وابو عبيد والاثرم والمجنون كالصبي لانه غير مكلف وقول النبي ﷺ لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » دليل على أنها لا تجب على غير بالغ ولان الجزية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها ولا تجب على خنثى مشكل لانه لا يعلم كونه رجلا

(فصل) فان بذلت المرأة الجزية اخبرت أنها لا جزية عليها، فان قالت انا اتبرع بها أو انا أؤديها قبلت منها ولم تكن جزية بل هبة تلزم بالقبض فان شرطته على نفسها ثم رجعت فلها ذلك وان بذلت

لقوله : مثلا ما يؤخذ من المسلمين وهو أقيس فان الواجب في سائر أموالهم ضعف ما على المسلمين لاضعف ما على أهل الذمة

(مسئلة) قال (ولا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله رحمه الله ، والرواية الأخرى تؤكل ذبائحهم وتنكح نساؤهم)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله في أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم فعنه لايحل ذلك وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومذهب الشافعي ولم يبح الشافعي ذبائح العرب من أهل الكتاب كلهم وكره ذبائح بني تغلب عطاء وسعيد بن جبير ومحمد بن علي والنخعي ، وقال علي رضي الله عنه انهم لم يتمسكوا من دينهم الا بشرب الخمر ولانه يحتمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم

(والرواية الثانية) تحل ذبائحهم ونساؤهم وهذا الصحيح عن أحمد رواه عنه الجماعة وكان آخر الروايتين عنه قال ابراهيم بن الحارث فكان آخر قوله على أنه لايرى بذبائحهم بأساً وهذا قول ابن عباس ، وروي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال الحسن والنخعي والشعبي والزهري وعطاء الخراساني والحكم وحماد وإسحاق وأصحاب الرأي قال الأثرم وما علمت أحداً كرهه من

الجزية لتصير إلى دار الاسلام ملكت من ذلك بغير شيء ولكن يشترط عليها التزام أحكام الاسلام وتعقد لها الذمة ولا يؤخذ منها شيء إلا ان تتبرع به بعد معرفتها ان لاشيء عليها وان أخذ منها على غير ذلك رد اليها لانها بذلته معتقدة أنه عليها وان دمها لايحقن إلا به فاشبه من أدى مالا الى من يعتقد أنه له فتبين أنه ليس له. ولو حاصر المسلمون حصنا ليس فيه الانساء فبذلن الجزية لتعقد لهن الذمة عقدت لهن بغير شيء وحرم استرقاقهن كالتي قبلها سواء ، فان كان في الحصن رجال فسألوا الصلح لتكون الجزية على النساء والصبيان دون الرجال لم يصح لانهم جعلوها على غير من هي عليه وبرءوا من تجب عليه ، وان بذلوا جزية عن الرجال ويؤدوا عن النساء والصبيان من أموالهم جاز وكان ذلك زيادة في جزيتهم وان كان من أموال النساء والصبيان لم يجز لانهم يجعلون الجزية على من لاتلزمه فان كان القدر الذي بذلوه من أموالهم مما يجزىء في الجزية أخذوه وسقط الباقي

(فصل) ولا تجب على زمن ولا أعمى ولا شيخ فان ولا على من هو في معناهم كمن به داء لايستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه تجب عليهم الجزية بناء على قتلهم وقد سبق قولنا في أنهم لايقتلون فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان

(فصل) وأما العبد فان كان لمسلم لم تجب عليه الجزية بغير خلاف علمناه لانه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «لا جزية على العبد» وعن ابن عمر مثله ولان مالزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدي ايجابها على

أصحاب النبي ﷺ الا علياً وذلك لدخولهم في عموم قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانهم أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال فتحل ذبائحهم ونساؤهم لبني اسرائيل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن يجز من اهل الذمة الى غير بلده اخذ منه نصف العشر في السنة)

اشتهر هذا عن عمر رضي الله عنه وصحت الرواية عنه به، وقال الشافعي ليس عليه الا الجزية الا أن يدخل أرض الحجاز فينظر في حاله فان كان لرسالة او نقل ميرة اذن له بغير شيء، وان كان لتجارة لا حاجة باهل الحجاز اليها لم يأذن له الا أن يشترط عليه عوضاً بحسب ما يراه والاولى أن يشترط نصف العشر لان عمر شرط نصف العشر على من دخل الحجاز من أهل الذمة

ولنا قول النبي ﷺ « ليس على المسلمين عشور انما العشور على اليهود والنصارى » رواه ابو داود وروى الامام أحمد عن سفيان عن هشام عن أنس بن سيرين قال بعثني أنس بن مالك الى العشور فقلت تبعثني الى العشور من بين عما لك ؟ قال أما ترضى ان اجعلك على ما جعلني عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ؟ أمرني أن آخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر وهذا كان بالعراق

وروى ابو عبيد في كتاب الاموال باسناده عن لاحق بن حميد أن عمر بعث عثمان بن حنيف

العبد المسلم الى ايجابها على المسلم وان كان لكافر فكذلك نص عليه أحمد وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد وذلك لما ذكرنا من الحديث ولانه محقون الدم أشبه النساء والصبيان، اولا مال له اشبه الفقير العاجز ويحتمل كلام الخرقي وجوب الجزية عليه وروي ذلك عن أحمد لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا مما في ايديهم لانهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضا ولا يقرن أحدكم بالصغار بعد اذ انقذه الله منه قال أحمد رضي الله عنه أراد عمر ان تتوفر الجزية لان المسلم إذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه والذمي يؤدي عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم وروي عن علي مثل حديث عمر ولانه ذكر مكلف قوي مكتسب فوجبت عليه الجزية كالحر والاول أولى

(فصل) وإذا أعتق لزمته الجزية لما يستقبل سواء كان معتقه مسلماً أو كافراً هذا الصحيح عن أحمد وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وبه قال سفيان والليث والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وعنه يقر بغير جزية وروي نحوه عن الشعبي لان الولاء شعبة كشعبة الرق وهو ثابت عليه ووهن الخلال هذه الرواية وقال هذا قول قديم رجع عنه وعن مالك كقول الجماعة وعنه ان كان المعتق له مسلماً فلا جزية عليه لان عليه الولاء لمسلم أشبه ما لو كان عليه الرق

ولنا أنه حر مكلف موسر من أهل القتال فلم يقر في دارنا بغير جزية كالحر الاصلي. إذا ثبت

الى الكوفة فجعل على أهل الذمة في أموالهم التي يختلفون فيها في كل عشرين درهماً درهماً وقد ذكرنا حديث زياد بن حدير أن عمر أمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر وهذا كان بالعراق واشتهرت هذه القصص ولم تنكر فكانت اجماعا وعمل به الخلفاء بعده ولم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر في شيء من الاحاديث علمناه لا عن عمر ولا عن غيره من أصحاب النبي ﷺ بل ظاهر أحاديثهم أن ذلك في غير الحجاز وما وجب من المال في الحجاز وجب في غيره كالديون والصدقات

(فصل) ولا تؤخذ منهم في السنة الا مرة نص عليه احمد في رواية جماعة من أصحابه، قال كذا روي عن ابراهيم النخعي عن عمر حين كتب ألا يأخذ في السنة الا مرة: أن يأخذ من الذمي نصف العشر وهذا قول الشافعي في الداخلين أرض الحجاز

وروى الامام احمد باسناده قال: جاء رجل نصراني إلى عمر فقال ان عاملك عشرني في السنة مرتين، قال ومن أنت؟ قال أنا الشيخ النصراني قال عمر وأنا الشيخ الحنيف ثم كتب الى عامله أن لاتعشروا في السنة الا مرة، ولان الجزية والزكاة انما تؤخذ في السنة مرة واحدة فكذلك هذا

هذا فان حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم أو افاق من مجانينهم على ما ذكرناه

(فصل) ومن بعضه حر فقياس المذهب ان عليه من الجزية بقدر ما فيه من الحرية لانه حكم يختلف بالرق والحرية فينقسم على قدر مافيه كالارث

ولاجزية على أهل الصوامع من الرهبان ويحتمل ان تجب عليهم وهذا أحد قولي الشافعي وروي عن بن عبدالعزيز أنه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب ديناراً لعموم النصوص ولانه كافر صحيح حر قادر على أداء الجزية فأشبه الشماس. ووجه الاول أنهم محقونون بدون الجزية فلم تجب عليهم كالنساء وقد ذكرنا دليل تحريم قتلهم والنصوص مخصوصة بالنساء وهؤلاء في معناهن ولانه لا كسب له أشبه الفقير غير المعتمل

(فصل) ولا تجب على فقير عاجز عنها وهذا أحد قولي الشافعي وله قول أنها تجب عليه لقوله عليه السلام «خذ من كل حالم ديناراً» ولان دمه غير محقون فلا تسقط عنه الجزية كالقادر

ولنا ان عمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات جعل أدناها على الفقير المعتمل فدل على أن غير المعتمل لا شيء عليه ولان الله تعالى قال (لايكلف الله نفساً إلا وسعها) ولانه مال يجب بحلول الحول فلم يلزم الفقير العاجز كالزكاة ولان الخراج ينقسم الى خراج ارض وخراج رءوس وقد ثبت ان خراج الارض على قدر طاقتها وما لا طاقة له لاشيء عليه كذلك خراج الرءوس وأما الحديث فيتناول الاخذ ممن يمكن الاخذ منه والاخذ ممن لا يقدر على شيء مستحيل فكيف يؤمر به ويؤخذ منه بقدر ما ادرك؟

اذا ثبت هذا فانه متى أخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بادائهم لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية فان مر ثانية بأكثر من المال الذي أخذ منه أخذ من الزيادة لانها لم تعشر

(فصل) ولا يؤخذ منهم من غير مال التجارة فلو مر بالعاشر منهم منتقل ومعه أمواله أو سائمة لم يؤخذ منه شيء نص عليه احمد، وإن كانت ماشيته للتجارة أخذ منه نصف عشرها، واختلفت الرواية في اقدر الذي يؤخذ منه نصف العشر فروى عنه صالح من كل عشرين ديناراً دينار يعني فاذا نقصت من العشرين فليس عليه شيء لان مادون النصاب لا تجب فيه زكاة على مسلم ولا على تغلبي فلا يجب فيه على ذمي شيء كالذي دون العشرة

وروى صالح أيضاً انه قال: اذا مروا بالعاشر فان كانوا أهل الحرب أخذ منهم العشر من العشرة واحداً، وإن كانوا من أهل الذمة أخذ منهم نصف العشر من كل عشرين ديناراً ديناراً فاذا نقصت فليس عليه شيء، وإن نقص مال الحربي عن عشرة دنانير لم يؤخذ منه شيء ولا يؤخذ منهم إلا مرة واحدة المسلم والذمي في ذلك سواء

وروي عن احمد أن في العشرة نصف مثقال وليس فيما دون العشرة شيء نص على هذا في رواية ابي الحارث قال قلت اذا كان مع الذمي عشرة دنانير؟ قال تأخذ منه نصف دينار، قلت فإن

﴿مسئلة﴾ (ومن بلغ او افاق أو استغنى فهو من أهلها بالعقد الاول ويؤخذ منه في آخر الحول بقدر ما ادرك)

ولا يحتاج الى استئناف عقد له وقال القاضي في موضع هو مخير بين التزام العقد وبين ان يرد الى مأمنه فيجاب الى مايختار وهو قول الشافعي

ولنا أنه لم يأت عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه تجديد عقد لهؤلاء ولان العقد يكون مع سادتهم فدخل فيه سائرهم ولانه عقد مع الكفار فلم يحتج إلى استئناف كذلك كالهدنة ولان الصغار والمجانين دخلوا في العقد فلم يحتج إلى تجديده له عند تغير أحوالهم كغيرهم. إذا ثبت هذا فان كان البلوغ والافاقة في أول أحوال قومه أخذ منه في آخره معهم، وان كان في اثناء الحول أخذ منه عند تمام الحول بقسطه ولم يترك حتى يتم لئلا يحتاج إلى افراده بحول وضبط حول كل انسان منهم وربما أفضى إلى أن يصير لكل واحد حول مفرد وذلك يشق.

﴿مسئلة﴾ (ومن كان يجن ويفيق لفقت إفاقته فاذا بلغت حولا أخذت منه ويحتمل أن يؤخذ في آخر كل حول بقدر إفاقته منه).

إذا كان يجن ويفيق لم يخل من ثلاثة أحوال. (أحدها) أن يكون غير مضبوط مثل من يفيق ساعة من أيام أو من يوم أو يصرع ساعة من يوم أو من أيام فهذا يعتبر حاله بالأغلب لان هذه الافاقة غير ممكن ضبطها فلم تمكن مراعاتها.

كان معه أقل من عشرة دنانير ؟ قل اذا نقصت لم يؤخذ منه شيء وذلك لان العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين في حق المسلم أو نقول مال معشور فوجب في العشرة منه كمال الحربي

وقال ابن حامد يؤخذ عشر الحربي ونصف عشر الذمي مما قل أو كثر لان عمر قال : خذ من كل عشرين درهما درهماً ولانه حق عليه فوجب في قليله وكثيره كنصيب المالك في أرضه التي عامله عليها

ولنا انه عشر أو نصف عشر وجب بالشرع فاعتبر له نصاب كزكاة الزرع والثمر ولانه حق يتقدر بالحول فاعتبر له النصاب كالزكاة ، وأما قول عمر فالمراد به والله أعلم بيان قدر المأخوذ وانه نصف العشر ومعناه اذا كان معه عشرة دنانير فخذ من كل عشرين درهما درهما لان في صدر الحديث أن عمر بعث مصدقا وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل أربعين درهما درهما ومن أهل الذمة من كل عشرين درهما درهما ومن أهل الحرب من كل عشرة واحداً وانما يؤخذ ذلك من المسلم اذا كان معه نصاب فكذلك من غيره

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في العاشر يمر عليه الذمي بخمر أو خنزير فقال في موضع قال عمر ولوهم بيعها لايكون إلا على الآخذ منها

وروى باسناده عن سويد بن غفلة في قول عمر ولوهم بيع الخمر والخنزير بعشرها قال أحمد اسناد جيد وممن رأى ذلك مسروق والنخعي وابو حنيفة ووافقهم محمد بن الحسن في الخمر خاصة وذكر

(الثاني) أن يكون مضبوطاً مثل من يجن يوما ويفيق يومين أو أقل من ذلك أو أكثر إلا انه مضبوط ففيه وجهان (أحدهما) يعتبر الاغلب من حاله وهذا مذهب ابي حنيفة لانه يجن ويفيق فاعتبر الأغلب من حاله كالأول . (والوجه الثاني) تلفق أيام إفاقته لانه لو كان مفيقاً في الكل وجبت الجزية فاذا وجدت الافاقة في بعض الحول وجب فيه مايجب به لو انفرد فعلى هذا الوجه في أخذ الجزية وجهان (أحدهما) أن الأيام تلفق فاذا بلغت حولا أخذت منه لان أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل كمال الحول فلم يجز كالصحيح

(والثاني) يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر ماأفاق منه كما لو أفاق في بعض الحول إفاقة مستمرة . وان كان يجن ثلث الحول ويفيق ثلثيه أو بالعكس ففيه الوجهان كما ذكرنا ، فان استوت إفاقته وجنونه مثل من يجن يوما ويفيق يوما أو يجن نصف الحول ويفيق نصفه عادة لفقت افاقته لانه تعذر اعتبار الاغلب لعدمه فتعين الوجه الآخر .

(الحال الثالث) أن يجن نصف حول ثم يفيق افاقة مستمرة أو يفيق نصفه ثم يجن جنوناً مستمراً فلا جزية عليه في الثاني وعليه في الاول من الجزية بقدر ماأفاق كما تقدم .

القاضي ان احمد نص على أنه لا يؤخذ منهم شيء وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو عبيد وأبو ثور قال عمر بن عبد العزيز الخمر لا يعشرها مسلم

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان عتبة بن فرقد بعث اليه باربعين الف درهم صدقة الخمر فكتب اليه عمر بعثت إلي بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين فأخبر بذلك الناس وقال والله لا استعملتك على شيء بعدها قال فنزعه ، قال أبو عبيد ومعنى قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن ان المسلمين كانوا يأخذون من اهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم وخراج أرضهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فانكره عمر ثم رخص لهم ان ياخذوا من أثمانها إذا كان اهل الذمة المتولين بيعها ، وروي باسناده عن سويد بن غفلة ان بلالا قال لعمر : ان عمالك ياخذون الخمر والخنازير في الخراج فقال لا تاخذوها منهم ولكن ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن

(فصل) ويجوز أخذ ثمن الخمر والخنزير منهم على جزية رءوسهم وخراج أرضهم احتجاجا بقول عمر هذا ولانها من أموالهم التي نقرهم على اقتنائها والتصرف فيها فجاز أخذ أثمانها منهم كثيابهم

(فصل) وإذا مر الذمي بالعاشر وعليه دين بقدر ما معه او ينقص عن النصاب فظاهر كلام أحمد ان ذلك يمنع اخذ نصف العشر منه لانه حق يعتبر له النصاب والحول فيمنعه الدين كالزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (وتقسم الجزية بينهم فيجعل على الغني ثمانية وأربعون درهماً وعلى المتوسط أربعة وعشرون وعلى الفقير اثنا عشر).

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في تقدير الجزية (والثاني) في كمية مقدارها فأما الاول ففيه ثلاث روايات .

(احداهن) أنها مقدرة بمقدار لايزاد عليه ولا ينقص منه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ فرضها مقدرة بقوله لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر » وفرضها عمر بمحضر من الصحابة فلم ينكر فيكون اجماعاً .

[والثانية] أنها غير مقدرة بل يرجع فيها الى اجتهاد الامام في الزيادة والنقصان قال الأثرم قيل لأبي عبدالله فيزاد اليوم وينقص؟ يعني من الجزية قال نعم يزاد فيها وينقص على قدر طاقتهم على قدر مايرى الامام وذكر انه زيد عليهم فيما مضى درهمان فجعله خمسين ، قال الخلال العمل في قول أبي عبدالله على مارواه الجماعة بانه لابأس للامام ان يزيد في ذلك وينقص على مارواه عنه أصحابه في عشرة مواضع فاستقر قوله على ذلك وهو قول الثوري وابي عبيد لان النبي ﷺ أمر معاذا ان يأخذ من كل حالم ديناراً وصالح أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب ، رواهما ابو داود، وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط

وإن ادعى ان عليه دينا لم يقبل ذلك إلا ببينة من المسلمين لان الاصل براءة ذمته منه ، وان مر بجارية فادعى أنها ابنته أو اخته ففيه روايتان (احداهما) يقبل قوله قال الخلال وهو أشبه القولين لان الاصل عدم ملكه فيها (والثانية) لا يقبل الا ببينة لانها في يده فأشبهت بهيمة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا دخل الينا منهم تاجر حربي بأمان أخذ منه العشر)

وقال أبو حنيفة لا يؤخذ منه شيء إلا ان يكونوا ياخذون منا شيئاً فنأخذ منهم مثله لما روي عن ابي مجلز لاحق بن حميد قال قالوا لعمر كيف نأخذ من اهل الحرب إذا قدموا علينا ؟ قال كيف ياخذون منكم إذا دخلتم اليهم ؟ قالوا العشر قال فكذلك خذوا منهم ، وعن زياد بن حدير قال كنا لا نعشر مسلماً ولا معاهداً قال من كنتم تعشرون؟ قال كفار اهل الحرب فنأخذ منهم كما ياخذون منا ، وقال الشافعي ان دخل الينا بتجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم ياذن له الامام الا بعوض يشرطه عليه ومهما شرط جاز ويستحب ان يشترط العشر ليوافق فعله فعل عمر رضي الله عنه وان أذن مطلقا من غير شرط فالمذهب انه لا يؤخذ منهم شيء لانه أمان من غير شرط فلم يستحق به شيء كالهدنة ويحتمل ان يجب العشر لان عمر أخذه

ولنا ما رويناه في المسئلة التي قبلها وأن عمر اخذ منهم العشر واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل

أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير اثني عشر درهما وصالح بني تغلب على مثلي ما على المسلمين من الزكاة وهذا يدل على انها الى رأي الامام لولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ولم يجز ان يختلف فيها ، قال البخاري قال ابن عيينة عن ابن أبي نجيح قلت لمجاهد ماشأن أهل الشام عليهم اربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال جعل ذلك من قبل اليسار ولانها عوض فلم تتقدر كالاجرة .

(والرواية الثالثة) ان أقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر وهو اختيار ابي بكر فتجوز الزيادة ولا يجوز النقص لان عمر زاد على ما فرض رسول الله ﷺ ولم ينقص منه وروي انه زاد على ثمانية واربعين فجعلها خمسين .

(والفصل الثاني) أننا إذا قلنا بالرواية الاولى وانها مقدرة فقدرها في حق الموسر ثمانية واربعون درهما وفي حق المتوسط اربعة وعشرون وفي حق الفقير اثنا عشر وهذا قول ابي حنيفة ، وقال مالك هي في حق الغني اربعون درهما او اربعة دنانير وفي حق الفقير عشرة دراهم او دينار وروي ذلك عن عمر وقال الشافعي الواجب دينار في حق كل احد لحديث معاذ الاان المستحب جعلها على ثلاث طبقات كما ذكرناه لنخرج من الخلاف قالوا وقضاء النبي ﷺ أولى بالاتباع من غيره .

ولنا حديث عمر رضي الله عنه وهو حديث لاشك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم ولم ينكره منكر ولا خالف فيه وعمل به من بعده من الخلفاء رحمة الله عليهم فكان

به الخلفاء الراشدون بعده والأئمة بعده في كل عصر من غير نكير فاي اجماع يكون أقوى من هذا؟ ولم ينقل أنه شرط ذلك عليهم عند دخولهم ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل ولان مطلق الامر يحمل على المعهود في الشرع وقد استمر أخذ العشر منهم في زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه فاما سؤال عمر عما ياخذون منا فانما كان لانهم سالوه عن كيفية الاخذ ومقداره ثم استمر الاخذ من غير سؤال ولو تقيد أخذنا منهم باخذهم منا لوجب ان يسأل عنه في كل وقت

(فصل) ويؤخذ منهم العشر من كل مال للتجارة في ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي إذا دخلوا في نقل ميرة بالناس اليها حاجة اذن لهم في الدخول بغير عشر يؤخذ منهم وهذا قول الشافعي لان دخولهم نفع للمسلمين

ولنا عموم ما رويناه وروي صالح عن أبيه عن عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عمر أنه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر ومن الحنطة والزبيب نصف العشر ليكثر الحمل الى المدينة وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى المصلحة فيه وله الترك أيضاً إذا رأى المصلحة

إجماعا لايجوز الخطأ عليه وقد وافق الشافعي على استحباب العمل به وأما حديث معاذ فلا يخلوا من وجهين

(احدهما) انه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم بدليل قول مجاهد ان ذلك من أجل اليسار

(والوجه الثاني) ان يكون التقدير غير واجب بل هو مركول الى إجتهاد الامام ولان الجزية وجبت صغاراً وعقوبة فتختلف باختلاف احوالهم كالعقوبة في البدن منهم من يقتل ومنهم من يسترق ولا يصح كونها عوضا عن سكنى الدار لانها لو كانت كذلك لوجبت على النساء والصبيان والزمنى والمكافيف

﴿ مسئلة ﴾ (والغني منهم من عده الناس غنياً في ظاهر المذهب)

وليس ذلك بمقدر لان التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فيرجع فيه الى العادة والعرف

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا بذلوا الواجب عليهم لزم قبوله وحرم قتالهم)

لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر)الآية الى قوله(حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون)فجعل اعطاء الجزية غاية لقتالهم فمتى بذلوها لم يجز قتادة للآية ولقول النبي ﷺ في حديث بريدة «فادعهم الى اداء الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم» فان قلنا ان الجزية غير مقدرة الاكثر لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا الي بذل مالا يجوز طلب أكثر منه

(فصل) وتجب الجزية في آخر كل حول وبه قل الشافعي وقال ابو حنيفة تجب بأوله ويطالب بها عقيب العقد وتجب الثانية في أول الحول الثاني لقول تعالى (حتى يعطوا الجزية)

ولنا انه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ في آخر كل حول فلم يجب بأوله كالزكاة والدية

(فصل) ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر ونصف العشر من كل ذمي تاجر سواء كان ذكراً أو انثى أو صغيراً أو كبيراً ، وقال القاضي ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر سواء كانت حربية أو ذمية لكن ان دخلت الحجاز عشرت لانها ممنوعة من الاقامة به ولا يعرف هذا التفصيل عن أحمد ولايقتضيه مذهبه لانه يوجب الصدقة في أموال نساء بني تغلب وصبيانهم وكذلك يوجب العشر أو نصفه في مال النساء وعموم الاحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء وليس هذا بجزية وانما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الاسلام وانتفاعه بالتجارة فيها فيستوي فيه الرجل والمرأة كالزكاة في حق المسلمين

(فصل) ولايعشرون في السنة الا مرة ولا يؤخذ من اقل من عشرة دنانير نص عليها احمد وحكي عن ابي عبد الله بن حامد أن الحربي يعشر كلما دخل الينا . وهو قول بعض أصحاب الشافعي لاننا لو اخذنا منه مرة واحدة لانأمن ان يدخلوا فاذا جاء وقت السنة الأخرى لم يدخلوا فتعذر الأخذ منهم .

ولنا أنه حق يؤخذ من التجارة فلايؤخذ أكثر من مرة في السنة كالزكاة ونصف العشر من الذمي وقولهم يفوت غير صحيح فانه يؤخذ منه أول مايدخل مرة ويكتب الآخذ له بما أخذ منه فلا

وأما الآية فالمراد بها التزام إعطائها دون نفس الاعطاء ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها

(فصل) وتؤخذ الجزية مما يسر من اموالهم ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد وغيرهم لان النبي ﷺ لما بعث معاذاً رضي الله عنه الى اليمن أمره ان يأخذ من كل حالم دينارا اوعدله معافر و كان النبي ﷺ ياخذ من نصارى نجران الفي حلة وكان عمر رضي الله عنه يؤتى بنعم كثيرة يأخذها من الجزية وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يأخذ الجزية من كل ذي صنعة من متاعه من صاحب الابر إبراً ومن صاحب المسال مسالا ومن صاحب الحبال حبالا ثم يدعوا الناس فيعطيهم الذهب والفضة فيقتسمونه ثم يقول خذوا أو اقتسموا فيقولون لاحاجة لنا فيه فيقول اخذتم خياره وتركتم شراره لتحملنه. إذا ثبت هذا فانه يؤخذ بالقيمة لقوله عليه السلام « أو عدله معافر » ويجوز أخذ ثمن الخمر والخنزير منهم عن جزية رءوسهم وخراج ارضهم لقول عمر رضي الله عنه ولوهم ببيعها وخذوا انتم من الثمن ولانها من أموالهم التي نقرهم على اقتنائها فجاز أخذ اثمانها كثيابهم

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أسلم بعد الحول سقطت عنه الجزية وان مات أخذت من تركته وقال القاضي تسقط)

إذا أسلم من عليه الجزية في اثناء الحول لم تجب الجزية عليه وان أسلم بعده سقطت عنه وهذا قول مالك والثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ان اسلم بعد الحول

يؤخذ منه شيء حتى تمضي تلك السنة فاذا جاء في العام الثاني أخذ منه في أول مايدخل وان لم يدخل فما فات من حق السنة الاولى شيء

(فصل) وليس لاهل الحرب دخول دار الاسلام بغير امان لانه لايؤمن ان يدخل جاسوسا أو متلصصا فيضر بالمسلمين فان دخل بغير امان سئل فان قال جئت رسولا فالقول قوله لانه تتعذر إقامة البينة على ذلك ولم تزل الرسل تأتي من غير تقدم امان . وان قال جئت تاجراً نظرنا فان كان معه متاع يبيعه قبل قوله ايضا وحقن دمه لان العادة جارية بدخول تجارهم الينا وتجارنا اليهم ، وان لم تكن معه ما يتجر به لم يقبل قوله لان التجارة لا تحصل بغير مال وكذلك مدعي الرسالة اذا لم يكن معه رسالة يؤديها أو كان ممن لايكون مثله رسول وان قال أمنني مسلم فهل يقبل منه ؟ على وجهين

(احدهما) يقبل تغليبا لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر (والثاني) لا يقبل لان اقامة البينة عليه ممكنة فان قال مسلم انا امنته قبل قوله لانه يملك أن يؤمنه فقبل قوله فيه كالحاكم إذا قال حكمت لفلان على فلان بحق وان كان جاسوساً خير الامام فيه بين اربعة أشياء كالاسير وان كان ممن ضل الطريق اوحملته الريح الينا في مركب فقد ذكرنا حكمه .

لم تقسط لانه دين استحقه صاحبه واستحق المطالبة به في حال الـكفر فلم يسقط بالاسلام كالخراج وسائر الديون وللشافعي فيما إذا أسلم في أثناء الحول قولان

(أحدهما) عليه من الجزيه بالقسط كما لو افاق بعض الحول

ولنا قول الله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «ليس على المسلمين جزية» رواه الخلال وذكر ان احمد سئل عنه فقال ليس يرويه غير جرير قال وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ان أخذها في كفه ثم اسلم ردها عليه وروي عن النبي ﷺ انه قال « لا ينبغي للمسلم ان يؤدي الخراج » يعني الجزية وروي ان ذمياً اسلم فطولب بالجزية وقيل انما اسلم تعوذا قال ان في الاسلام معاذاً فرفع الى عمر فقال عمر ان في الاسلام معاذا وكتب ان لا تؤخذ منه الجزية رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى ولان الجزية صغار فلا تؤخذ منه كما لو اسلم قبل الحول ولان الجزية عقوبة تجب بسبب الـكفر فيسقطها الاسلام كالقتل وبهذا فارق الخراج وسائر الديون

(فصل) فان مات بعد الحول لم تسقط عنه الجزية في ظاهر كلام أحمد وهو مذهب الشافعي وحكي عن القاضي انها تسقط بالموت وهو قول أبي حنيفة ورواه أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ولانها تسقط بالاسلام فسقطت بالموت كما قبل الحول

ولنا انه دين وجب عليه في حياته فلم يسقط بموته كديون الآدميين والحد انما سقط لفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية وفارق الاسلام فانه الاصل والجزية بدل عنه فاذا أتى بالاصل استغنى

(مسألة) قال (ومن نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله)

وجملة ذلك أنه ينبغي للامام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطا نحو ما شرطه عمر رضي الله عنه ، وقد رويت عن عمر رضي الله عنه في ذلك أخبار منها ما رواه الخلال باسناده عن اسماعيل ابن عياش قال حدثنا غير واحد من اهل العلم قالوا كتب اهل الجزيرة الى عبد الرحمن بن غنم انا حين قدمنا من بلادنا طلبنا اليك الامان لانفسنا واهل ملتنا على انا شرطنا لك على أنفسنا أن لا نحدث في مدينتنا كنيسة ولا فيما حولها ديراً ولا قلاية ولا صومعة راهب ولا نجدد ما خرب من كنائسنا ولا ما كان منها في خطط المسلمين ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها في الليل والنهار وان نوسع ابوابها للمارة وابن السبيل ولا نؤوي فيها ولا في منازلنا جاسوسا وألا نكتم امر من غش المسلمين وألا نضرب نواقيسنا الا ضربا خفيا في جوف كنائسنا ولا نظهر عليها صليباً ولا نرفع اصواتنا في الصلاة ولا القراءة في كنائسنا فيما يحضره المسلمون ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا في سوق المسلمين وألا نخرج باعوثاً ولا شعانين ولا نرفع أصواتنا مع اموانتا ولا نظهر النيران معهم في اسواق المسلمين وألا نجاورهم بالخنازير ولا نبيع الخمور ولا نظهر شركا ولا نرغب في ديننا ولا ندعوا اليه أحداً ولا نتخذ شيئا من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين وألا نمنع أحداً من أقربائنا إذا اراد الدخول في الاسلام

عن البدل كمن وجد الماء لا يحتاج معه الى التيمم بخلاف الموت ولان الاسلام قربة وطاعة يصلح ان يكون معاذاً من الجزية كما ذكر عمر رضي الله عنه والموت بخلافه

(مسألة) (وان اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت كلها ولم تتداخل)

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تتداخل لانها عقوبة فتتداخل كالحدود . ولنا انها حق مال يجب في آخر كل حول فلم يتداخل كالدية

(مسألة) (وتؤخذ الجزية منهم في آخر الحول ويمتهنون عند أخذها ويطال قيامهم وتجر ايديهم)

وانما تؤخذ منهم في آخر الحول لانه مال يتكرر بتكرر الحول فلم يؤخذ قبل حولان الحول كالزكاة ويمتهنون عند اخذها منهم وهكذا ذكر أبو الخطاب ، ويطال قيامهم وتجر أيديهم عند اخذها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقد قيل الصغار التزام الجزية وجريان احكامنا عليهم ، ولا يقبل منهم إرسالها بل يحضر الذمي بنفسه ويؤديها وهو قائم والآخذ جالس

(فصل) ولا يعذبون في اخذها ولا يشط عليهم فان عمر رضي الله عنه أتي بمال كثير قال أبو عبيد أحسبه من الجزية فقال اني لأظنكم قد اهلكتم الناس ، قالوا لا والله ما أخذنا إلا عفواً صفواً قال فلا سوط ولا بوط ؟ قالوا نعم قال الحمد لله الذي لم يجعل ذلك على يدي ولا في سلطاني ، وقدم عليه سعيد بن عامر بن خريم فعلاه عمر بالدرة فقال سعيد سبق سيلك مطرك ان تعاقب نصبر وان

وان نلزم زينا حيثما كنا وان لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر ولا في مراكبهم ولا نتكلم بكلامهم وان لا نتكنى بكناهم وان نجز مقادم رءوسنا ولا نفرق نواصينا ونشد الزنانير على اوساطنا ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ولا نركب السروج ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله ولا نتقلد السيوف وان نوقر المسلمين في مجالسهم ونرشد الطريق ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس ولا نطلع عليهم في منازلهم ولا نعلم أولادنا القرآن ولا يشارك أحد منا مسلماً في تجارة إلا أن يكون إلى المسلم أمر التجارة وأن نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة أيام ونطعمه من اوسط ما نجد ضمنا ذلك على انفسنا وذرارينا وازواجنا ومساكننا وان نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الامان عليه فلا ذمة لنا وقد حل لك منا ما يحل لاهل المعاندة والشقاق فكتب بذلك عبد الرحمن بن غنم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكتب لهم عمر ان امض لهم ما سالوه وألحق فيه حرفين اشترط عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم ان لا يشتروا من سبايانا شيئاً ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده فانفذ عبد الرحمن بن غنم ذلك واقر من اقام من الروم في مدائن الشام على هذا الشرط فهذه جملة شروط عمر رضي الله عنه، فاذا صولحوا عليها ثم نقض بعضهم شيئاً منها فظاهر كلام الخرقي ان عهده ينتقض به وهو ظاهر ما رويناه لقولهم في الكتاب ان نحن خالفنا فقد حل لك منا ما يحل لك من أهل المعاندة

تعف نشكر وان تستعتب نعتب فقال ما على المسلمين إلا هذا مالك تبطيء بالخراج فقال امرتنا أن لانزيد الفلاحين على اربعة دنانير فلسنا نزيدهم على ذلك ولكنا نؤخرهم الى غلاتهم فقال عمر: لأعزلنك ماحييت. رواهما ابوعبيد وقال انما وجه التأخير الى الغلة الرفق بهم، وقال ولم نسمع في استيداء الجزية والخراج وقتاً غير هذا

واستعمل علي بن أبي طالب رضي الله عنه رجلا على عكبرى فقال له على رءوس الناس لاتدعن لهم درهماً من الخراج وشدد عليه القول ثم قال ائتني عند انتصاف النهار فأتاه فقال اني كنت امرتك بأمر واني أتقدم اليك الآن فان عصيتني نزعتك لا تبيعن لهم في خراجهم حماراً ولا بقرة ولا كسوة شتاء ولا صيف وارفق بهم وافعل بهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز أن يشترط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين ويبين ايام الضيافة وقدر الطعام والادام والعلف وعدد من يضاف ولا يجب ذلك من غير شرط وقيل يجب)

يجوز ان يشترط في عقد الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى الامام احمد رضي الله عنه باسناده عن الاحنف بن قيس ان عمر شرط على اهل الذمة ضيافة يوم وليلة وان يصلحوا القناطر وان قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته

قال ابن المنذر وروي عن عمر انه قضى على اهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة ايام وعلف دوابهم وما يصلحهم. وروي ان النبي ﷺ ضرب على نصارى أيلة ثلثمائة دينار وكانوا

والشقاق ، وقال عمر و ن ضرب مسلما عمداً فقد خلع عهده ولانه عقد بشرط فمتى لم يوجد الشرط زال حكم العقد كما لو امتنع من التزام الاحكام، وذكر القاضي والشريف أبوجعفر ان الشروط قسمان [أحدهما] ينتقض العهد بمخالفته وهو أحد عشر شيئاً ، الامتناع من بذل الجزية وجري أحكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم والاجتماع على قتال المسلمين والزنا بمسلمة واصابتها باسم نكاح وفتن مسلم عن دينه وقطع الطريق عليه وقتله وايواء جاسوس المشركين والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم او مكاتبتهم وذكر الله تعالى أو كتابه أو دينه او رسوله بسوء ، فالخصلتان الاوليان ينتقض العهد بهما بلا خلاف في المذهب وهو مذهب الشافعي وفي معناهما قتالهم للمسلمين منفردين أو مع أهل الحرب لان إطلاق الامان يقتضي ذلك فاذا فعلوه نقضوا الامان لانهم إذا قاتلونا لزمنا قتالهم وذلك ضد الامان وسائر الخصال فيها روايتان

(أحدهما) ان العهد ينتقض بها سواء شرط عليهم ذلك او لم يشترط وظاهر مذهب الشافعي قريب من هذا الا ان ما لم يشترط عليهم لا ينتقض العهد بتركة ما خلا الخصال الثلاث الاولى فانه يتعين شرطها وينتقض العهد بتركها بكل حال وقال أبو حنيفة لا ينتقض العهد الا بالامتناع من الامام على وجه لا يتعذر معه أخذ الجزية منهم

ثلثمائة نفس في كل سنة وان يضيفوا من يمر بهم من المسلمين ثلاثة ايام ، ولان في هذا ضربا من المصلحة لانهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضراراً بهم فاذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك فان لم يشترط عليهم الضيافة لم يجب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي . ومن اصحابنا من قال تجب بغير شرط لوجوبها على المسلمين والاول اصح لانه اداء مال لم يجب بغير رضاهم كالجزية، فان شرطها عليهم فامتنعوا من قبولها لم تعقد لهم الذمة، وقال الشافعي لا يجوز قتالهم عليها

(فصل) قال القاضي اذا شرط الضيافة فانه يشترط ان يبين ايام الضيافة وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان فيقول تضيفون في كل سنة مائة يوم في كل يوم عشرة من المسلمين من خبز كذا وادم كذا وللفرس من الشعير كذا ومن التبن كذا لانه من الجزية فاعتبر العلم به كالنقود فان شرط الضيافة مطلقا صح في الظاهر لان عمر رضي الله عنه شرط عليهم ذلك من غير عدد ولا تقدير

قال ابوبكر وإذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة لان ذلك الواجب على المسلمين ولا يكلفون الذبيحة ولا أن يضيفوهم بأرفع من طعامهم لانه يروى عن عمر رضي الله عنه انه شكى اليه اهل الذمة ان المسلمين يكلفونهم الذبيحة فقال أطعموهم مما تأكلون

وقال الاوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا الشعير ، وقال القاضي إذا وقع الشرط مطلقاً لم يلزمهم الشعير ويحتمل ان يلزمهم ذلك للخيل لان العادة جارية به فهو كالخبز للرجل . وللمسلمين النزول في الكنائس والبيع فان عمر رضي الله عنه صالح أهل الشام على ان يوسعوا ابواب بيعهم وكنائسهم

ولنا مع ما ذكرناه ما روي ان عمر رفع اليه رجل قد اراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا فقال ما على هذا صالحناكم وامر به فصلب في بيت المقدس ولان فيه ضرراً على المسلمين فاشبه الامتناع من بذل الجزية وكل موضع قلنا لاينتقض عهده فانه إن فعل ما فيه حد اقيم عليه حده أو قصاصه وإن لم يوجب حداً عذر ويفعل به ما ينكف به امثاله عن فعله فان اراد احد منهم فعل ذلك كف عنه فان مانع بالقتال نقض عهده ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الامام فيه بين اربعة أشياء القتل والاسترقاق والفداء والمن كالاسير الحربي لأنه كافر قدرنا عليه في دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبهة ذلك فاشبه اللص الحربي ويختص ذلك به دون ذريته لان النقض انما وجد منه دونهم فاختص به كما لو أتى ما يوجب حداً او تعزيراً

(فصل) أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام

(أحدها) مامصره المسلمون كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط فلا يجوز فيه إحداث كنيسة ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم، ولا يجوز صلحهم على ذلك بدليل ماروي عن عكرمة قال: قال ابن

لمن يجتاز بهم من المسلمين ليدخلوا ركبانا، فان لم يجدوا مكانا فلهم النزول في الافنية وفضول المنازل، وليس لهم تحويل صاحب المنزل منه، والسابق إلى منزل أحق به ممن يأتي بعده فان امتنع بعضهم من القيام بما يجب عليه أجبر عليه، فان امتنع الجميع اجبروا، فان لم يمكن إلا بالقتال قوتلوا فان قاتلوا انتقض عهدهم

(فصل) وتقسم الضيافة بينهم على قدر جزيتهم فان جعل الضيافة مكان الجزية جاز لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب لراهب من اهل الشام اني ان وليت هذه الارض اسقطت عنك خراجك فلما قدم الجابية وهو امير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه وقال اني جعلت لك ماليس لي ولكن اختر ان شئت اداء الجزية وان شئت ان تضيف المسلمين فاختار الضيافة ويشترط ان تكون الضيافة يبلغ قدرها اقل الجزية اذا قلنا مقدرة الاقل لئلا ينقص خراجه عن اقل الجزية وذكر ان من الشروط الفاسدة لاكتفاء بضيافتهم عن جزيتهم لان الله تعالى امر بقتالهم حتى يعطوا الجزية فاذا لم يعطوها كان قتالهم مباحا.

ولنا ان هذا اشتراط مال يبلغ قدر الجزية فجاز كما لو شرط عليهم عدل الجزية معافر.

واذا شرط في عقد الذمة شرطاً فاسداً مثل ان يشترط ان لاجزية عليهم او اظهار المنكر او اسكانهم الحجاز او ادخالهم الحرم او نحو هذا فقال القاضي يفسد به العقد لانه شرط فعل محرم فافسد العقد كما لو شرط قتال المسلمين ويحتمل أن يبطل الشرط وحده بناء على الشروط الفاسدة في البيع والمضاربة.

عباس أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة ولا يضربوا فيه ناقوساً ولا يشربوا فيه خمراً ولا يتخذوا فيه خنزيراً رواه الامام احمد واحتج به ولان هذا البلد ملك للمسلمين فلا يجوز أن يبنوا فيه مجامع للكفر وما وجد في هذه البلاد من البيع والكنائس مثل كنيسة الروم في بغداد فهذه كانت في قرى أهل الذمة فأقرت على ما كانت عليه

(القسم الثاني) مافتحه المسلمون عنوة فلا يجوز إحداث شيء من ذلك فيه لأنها صارت ملكا للمسلمين وما كان فيه من ذلك ففيه وجهان

(أحدهما) يجب هدمه وتحرم تبقيته لانها بلاد مملوكة للمسلمين فلم يجز أن تكون فيها بيعة كالبلاد التي اختطها المسلمون

(والثاني) يجوز لان في حديث ابن عباس ايما مصر مصرته العجم ففتحه الله على العرب فنزلوه فان للعجم مافي عهدهم ولان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئاً من الكنائس ويشهد لصحة هذا وجود الكنائس والبيع في البلاد التي فتحت عنوة ومعلوم انها ما أحدثت فيلزم أن تكون موجودة فابقيت ، وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الى عماله أن لايهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار . ولان الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة في بلاد المسلمين من غير نكير

﴿ مسئلة ﴾ (واذا تولى امام فعرف قدر جزيتهم وماشرط عليهم اقرهم عليه، فان لم يعرف رجع الى قولهم فان بان كذبهم رجع عليهم وعند ابي الخطاب انه يستأنف العقد معهم)

اذا مات الامام أو عزل و تولى غيره فان عرف ماعقد عليه عقد الذمة الذي قبله وكان عقداً صحيحاً اقرهم عليه ولم يحتج الى تجديد عقد لان الخلفاء رضي الله عنهم اقروا عهد عمر ولم يجددوا عقداً سواه ولان عقد الذمة مؤبد ، وان كان فاسداً رده الى الصحة وان لم يعرف فشهد به مسلمان او كان امره ظاهراً عمل به، وان اشكل عليهم سألهم فان ادعوا العقد بما يصلح ان يكون جزية قبل قولهم وعمل به ، وان شاء استحلفهم استظهاراً فان بان له بعد ذلك انهم نقصوا من المشروط رجع عليهم بما نقصوا، وان قالوا كنا نؤدي كذا و كذا جزية و كذا كذا هدية استحلفهم يميناً واحدة لان الظاهر فيما يدفعونه انه جزية وان قال بعضهم كنا نؤدي ديناراً وقال بعضهم كنا نؤدي دينارين اخذ كل واحد منهم باقراره ولم يقبل قول بعضهم على بعض لان اقوالهم غير مقبولة واختار ابو الخطاب انه اذا لم يعرف ماعوهدوا عليه استأنف العقد معهم ، لان عقد الاول لم يثبت عنده فصار كالمعدوم

(فصل) وما يذكره بعض اهل الذمة من ان معهم كتاب النبي ﷺ باسقاط الجزية عنهم لايصح وسئل عن ذلك ابو العباس بن سريج فقال مانقل ذلك احد من المسلمين وروي انهم طولبوا بذلك فأخرجوا كتابا وذكروا أنه بخط علي كتبه عن النبي ﷺ كان فيه شهادة سعد بن معاذ

(القسم الثالث) مافتح صلحاً وهو نوعان (أحدهما) أن يصالحهم على أن الارض لهم ولنا الخراج عنها فلهم إحداث مايحتاجون فيها لان الدار لهم

(والثاني) أن يصالحهم على أن الدار للمسلمين ويؤدون الجزية الينا فالحكم في البيع والكنائس على مايقع عليه الصلح معهم من إحداث ذلك وعمارته لانه إذا جاز أن يقع الصلح معهم على أن الكل لهم جاز أن يصالحوا على أن يكون بعض البلد لهم ويكون موضع الكنائس والبيع معنا ، والاولى أن يصالحهم على ماصالحهم عليه عمر رضي الله عنه ويشترط عليهم الشروط المذكورة في كتاب عبدالرحمن ابن غنم : أن لا يحدثوا بيعة ولا كنيسة ولا صومعة راهب ولا قلاية، وان وقع الصلح مطلقاً من غير شرط حمل على ماوقع عليه صلح عمر وأخذوا بشروطه فأما الذين صالحهم عمر وعقد معهم الذمة فهم على مافي كتاب عبدالرحمن بن غنم مأخوذون بشروطه كلها وما وجد في بلاد المسلمين من الكنائس والبيع فهي على ما كانت عليه في زمن فتحها ومن بعدهم وكل موضع قلنا يجوز إقرارها لم يجز هدمها ولهم رم ماتشعث منها واصلاحها لان المنع من ذلك يفضي الى خرابها وذهابها فجرى مجرى هدمها ، وان وقعت كلها لم يجز بناؤها وهو قول بعض أصحاب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها اذا انهدم ورم شعثها ولان

ومعاوية وتاريخه بعد موت سعد قبل اسلام معاوية فاستدل بذلك على بطلانه ولان قولهم غير مقبول ولم يرو ذلك من يعتمد على روايته .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا عقد الذمة معهم كتب أسماءهم وأسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم) .

فيقول فلان بن فلان الفلاني - ويل أو قصير أو ربعة أسمر أو أبيض أدعج العين أقنى الأنف مقرون الحاجبين ونحو هذا من صفاتهم التي يتميز بها كل واحد عن الآخر ويجعل لكل طائفة عريفاً يجمعهم عند أداء الجزية ويعرف من يبلغ من غلمانهم ويفيق من مجانينهم ويقدم من غيابهم ومن يموت أو يسلم أو يستغني أو يسافر لانه أمكن لاستيفاء الجزية وأحوط ويبين حال من خرق شيئاً من أحكام الذمة أو نقض العهد ليفعل فيه الامام مايجب عليه ومن أخذت منه الجزية كتب له براءة لتكون له حجة إذا احتاج اليها .

﴿ باب أحكام الذمة ﴾

يلزم الامام أن يأخذهم باحكام المسلمين في ضمان النفس والمال والعرض وإقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه دون مايعتقدون حله .

لايجوز عقد الذمة إلا بشرطين بذل الجزية والتزام أحكام الملة من حقوق الآدميين في العقود والمعاملات وأروش الجنايات وقيم المتلفات فان عقد على غير هذا من الشروط لم يصح لقول الله تعالى

استدامتها جائزة وبناؤها كاستدامتها وحمل الخلال قول احمد: لهم أن يبنوا ما انهدم منها أي اذا انهدم بعضها ومنعه من بناء ما انهدم على ما اذا انهدمت كلها فجمع بين الروايتين

ولنا ان في كتاب أهل الجزيرة لعياض[1] بن غنم ولا نجدد ماخرب من كنائسنا، وروى كثير ابن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول قال رسول الله ﷺ «لاتبنى الكنيسة في الاسلام ولا يجدد ماخرب منها» ولان هذا بناء كنيسة في دار الاسلام فلم يجز كما لو ابتدىء بناؤها وفارق رم شعثها فانه ابقاء واستدامة وهذا احداث

(فصل) ومن استحدث من أهل الذمة بناء لم يجز له منعه حتى يكون أطول من بناء المسلمين المجاورين له. لماروي عن النبي ﷺ انه قال «الاسلام يعلو ولا يعلى» ولان في ذلك رتبة على المسلمين وأهل الذمة ممنوعون من ذلك ولهذا يمنعون من صدور المجالس ويلجئون إلى أضيق الطرق ولا يمنع من تعلية بنائه على من ليس بمجاور له لان علوها انما يكون ضرراً على المجاور لها دون غيره وفي جواز مساواة المسلمين وجهان

(أحدهما) الجواز لانه ليس بمستطيل على المسلمين (والثاني) المنع لقوله عليه السلام «الاسلام

[1] كذا بالاصل والصواب عبدالرحمن بن غنم

(حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)، قيل الصغار جريان أحكام المسلمين عليهم وتلزمه إقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه في دينهم كالزنا والسرقة والقتل والقذف سواء كان الحد واجباً في دينهم أولا لما روى أنس أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها فقتله رسول الله ﷺ متفق عليه وروى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ أتي بيهوديين قد فجرا بعد احصانهما فرجمهما ولانه محرم في دينه وقد التزم حكم الاسلام فأما مايعتقدون حله كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ونكاح ذوات المحارم للمجوس فيقرون عليه ولا حد عليهم فيه لانهم يعتقدون حله ولانهم يقرون على كفرهم وهو أعظم اثماً من ذلك إلا أنهم يمنعون من إظهاره بين المسلمين لانهم يتأذون بذلك والمأخوذ من أحكام الذمة ينقسم خمسة أقسام.

(أحدها) مالا يتم العقد إلا بذكره وهو التزام الجزية وجريان أحكامنا عليهم فان أخل بذكر واحد منها لم يصح العقد لما ذكرنا وفي معنى ذلك ترك قتال المسلمين فانه وان لم يذكر لفظه فذكر المعاهدة يقتضيه. (القسم الثاني) مافيه ضرر على المسلمين في أنفسهم وذلك ثمانية خصال تذكر في نقض العهدان شاء الله تعالى.

(القسم الثالث) ما فيه غضاضة على المسلمين وهو ذكر ربهم او كتابهم او رسولهم بسوء (القسم الرابع) ما فيه إظهار منكر كاحداث الكنائس والبيع ورفع اصواتهم بكتابهم وإظهار

يعلو ولا يعلى » ولأنهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم كذلك في بنائهم فان كان للذمي دار عالية فملك المسلم داراً إلى جانبها أو بنى المسلم إلى جانب دار ذمي داراً دونها أو اشترى ذمي داراً عالية لمسلم فله سكنى داره ولا يلزمه هدمها لانه لم يعل على المسلمين شيئاً ، فان انهدمت داره العالية ثم جدد بناءها لم يجز له تعليته على بناء المسلمين وإن انهدم ماعلا منها لم تكن له اعادته وإن تشعث منه شيء ولم ينهدم فله رمه واصلاحه لانه ملك استدامته فملك رم شعثه كالكنيسة

(فصل) ولا يجوز لاحد منهم سكنى الحجاز وبهذا قال مالك والشافعي إلا أن مالكا قال أرى أن يجلوا من أرض العرب كلها لان رسول الله ﷺ قال « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب »

وروى ابو داود باسناده عن عمر انه سمع رسول الله ﷺ يقول « لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا أترك فيها إلا مسلماً » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

وعن ابن عباس قال : أوصى رسول الله ﷺ بثلاثة أشياء قال « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم » وسكت عن الثالث رواه أبو داود وجزيرة العرب مابين الوادي إلى أقصى اليمن قاله سعيد بن عبد العزيز

الخمر والخنزير والضرب بالنواقيس وتعلية البنيان على ابنية المسلمين والاقامة بالحجاز ودخول الحرم فيلزمهم الكف عنه سواء شرط عليهم أو لم يشرط في جميع هذه الاقسام الاربعة

[القسم الخامس] التميز عن المسلمين في أربعة اشياء لباسهم وشعورهم وركوبهم وكناهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويلزمهم التميز عن المسلمين في شعورهم بحذف مقادم رءوسهم وترك الفرق وكناهم فلا يتكنون بكنى المسلمين كأبي القاسم وأبي عبد الله وركوبهم بترك الركوب على السروج وركوبهم عرضاً على الأكف، ولباسهم فيلبسون ثيابا تخالف ثيابهم كالعسلي والادكن ، وتشد الخرق في قلانسهم وعمائمهم ، ويؤمر النصارى بشد الزنار فوق ثيابهم ويجعل في رقابهم خواتيم الرصاص وجلجل يدخل معهم الحمام)

ينبغي للامام إذا عقد الذمة أن يشرط عليهم شروطا نحو ما شرطه عمر رضي الله عنه ، وقد رويت عن عمر رضي الله عنه أخبار منها مارواه الخلال باسناده عن اسماعيل بن عياش قال حدثنا غير واحد من أهل العلم قالوا كتب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنم : انا حين قدمنا بلادنا طلبنا اليك الامان لأنفسنا وأهل ملتنا على انا شرطنا لك على أنفسنا وأهل ملتنا انا لانحدث في مدينتنا كنيسة ولافيما حولها ديراً ولا قلاية ولا صومعة راهب ولا نجدد ما خرب من كنائسنا ولا ما كان منها في خطط المسلمين ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها في الليل والنهار وان نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل ، ولا نؤوي فيها ولا في منازلنا جاسوساً وأن لانكتم أمر من غش المسلمين وان لانضرب نواقيسنا إلا ضربا خفياً في جوف كنائسنا ، ولا نظهر علينا صليباً

وقال الاصمعي وأبو عبيد هي من ريف العراق الى عدن طولا ، ومن تهامة وما وراءها إلى أطراف الشام عرضاً ، وقال ابو عبيدة هي من حفر ابي موسى إلى اليمن طولا ومن رمل تبرين إلى منقطع السماوة عرضاً

قال الخليل انما قيل لها جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات قد أحاطت بها ونسبت إلى العرب لانها أرضها ومسكنها ومعدنها

وقال احمد جزيرة العرب المدينة وما والاها يعني أن الممنوع من سكنى الكفار المدينة وما والاها وهو مكة واليمامة وخيبر والينبع وفدك ومخاليفها وما والاها وهذا قول الشافعي لانهم لم يجلوا من تيماء ولا من اليمن

وقد روي عن أبي عبيدة بن الجراح انه قال : إن آخر ماتكلم به النبي ﷺ أنه قال «أخرجوا اليهود من الحجاز» فأما اخراج أهل نجران منه فلأن النبي ﷺ صالحهم على ترك الربا فنقضوا عهده، فكأن جزيرة العرب في تلك الاحاديث أريد بها الحجاز وانما سمي حجازاً لانه حجز بين تهامة ونجد ولا يمنعون أيضاً من أطراف الحجاز كتيماء وفيد ونحوهما لان عمر لم يمنعهم من ذلك

ولا نرفع أصواتنا في الصلاة ولا القراءة في كنائسنا فيما يحضره المسلمون ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا في سوق المسلمين وان لا نخرج باعوثا ولا شعانين ولا نرفع أصواتنا مع امواتنا ، ولا نظهر النيران معهم في أسواق المسلمين ، وان لا نجاورهم بالخنازير ولا نبيع الخمور ولا نظهر شركا ولا نرغب في ديننا ولا ندعوا اليه احداً ولا نتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين وان لا نمنع احداً من أقربائنا إذا أرادوا الدخول في الاسلام، وان نلزم زينا حيثما كنا وان لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر ولا في مراكبهم ولا نتكلم بكلامهم ولا نتكنى بكناهم ، وان نجز مقادم رءوسنا ولا نفرق نواصينا ونشد الزنانير على اوساطنا ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ولا نركب السروج ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله ولا نتقلد السيوف وان نوقر المسلمين في مجالسهم ونرشد الطريق ونقوم لهم عن المجالس إذا ارادوا المجالس ولا نطلع عليهم في منازلهم ولا نعلم اولادنا القرآن ولا يشارك احد منا مسلماً في تجارة إلا ان يكون الى المسلم أمر التجارة ، وان نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة ايام ونطعمه من اوسط مانجد ، ضمنا ذلك على انفسنا وذرارينا وأزواجنا ومساكننا ، وان نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الامان عليه فلا ذمة لنا وقد حل لك منا مايحل لأهل المعاندة والشقاق . فكتب بذلك عبد الرحمن بن غنم الى عمر بن الخطاب فكتب اليه عمر أن امض لهم ماسألوا وألحق فيها حرفين اشترطها عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم أن لا يشتروا من سبايانا شيئاً ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده . فأنفذ عبد الرحمن بن غنم ذلك وأقر من اقام من الروم في مدائن الشام على هذا الشرط

(فصل) ويجوز لهم دخول الحجاز للتجارة لان النصارى كانوا يتجرون إلى المدينة في زمن عمر رضي الله عنه وأتاه شيخ بالمدينة فقال أنا الشيخ النصراني وإن عاملك عشرني مرتين فقال عمر وأنا الشيخ الحنيف وكتب له عمر أن لايعشروا في السنة إلا مرة ولا يأذن لهم في الاقامة أكثر من ثلاثة أيام على ماروي عن عمر رضي الله عنه ثم ينتقل عنه

وقال القاضي يقيم أربعة أيام حد مايتم المسافر الصلاة ، والحكم في دخولهم إلى الحجاز في اعتبار الاذن كالحكم في دخول أهل الحرب دار الاسلام ، وإذا مرض بالحجاز جازت له الاقامة لانه يشق الانتقال على المريض وتجوز الاقامة لمن يمرضه لانه لايستغني عنه ، وإن كان له دين على أحد وكان حالا أجبر غريمه على وفائه فان تعذر وفاؤه لمطل أو تغيب عنه فينبغي أن يمكن من الاقامة ليستوفي دينه لان التعدي من غيره وفي اخراجه ذهاب ماله وإن كان الدين مؤجلا لم يمكن من الاقامة ويوكل من يستوفيه له لان التفريط منه ، وإن دعت الحاجة إلى الاقامة ليبيع بضاعته احتمل أن يجوز لان في تكليفه تركها أو حملها معه ضياع ماله وذلك مما يمنع من الدخول بالبضائع إلى الحجاز فتفوت مصلحتهم وتلحقهم المضرة بانقطاع الجلب عنهم ، ويحتمل ان يمنع من الاقامة لان له من الاقامة بداً ، فان أراد الانتقال الى مكان آخر من الحجاز جاز ويقيم فيه ايضا ثلاثة أيام أو أربعة على الخلاف فيه وكذلك اذا انتقل منه الى مكان آخر جاز ولو حصلت الاقامة في الجميع شهراً ، وإذا مات بالحجاز دفن به لانه يشق نقله واذا جازت الاقامة للمريض فدفن الميت أولى

فهذه جملة شروط عمر رضي الله عنه فلذلك يلزمهم التميز عن المسلمين في شعورهم بحذف مقادم رءوسهم ويجزون شعورهم ولا يفرقونها لان النبي ﷺ فرق شعره

وأما في الكنى فلا يتكنوا بكنى المسلمين كأبي القاسم وأبي عبد الله وأبي محمد وأبي بكر وأبي الحسن وشبهها . ولا يمنعون الكنى بالكلية فان احمد قال لطبيب نصراني يا أبا إسحاق وقال أليس النبي ﷺ حين دخل على سعد بن عبادة قال « ألا ترى مايقول أبو الحباب؟» وقال لأسقف نجران «أسلم يا أبا الحارث» وقال عمر لنصراني ياأبا حسان اسلم تسلم

وأما الركوب فلا يركبون الخيل لان ركوبها عز ، ولهم ركوب ماسواها ، ولا يركبون السروج ويركبون عرضاً ، رجلاه إلى جانب وظهره الى آخر لما روى الخلال ان عمر رضي الله عنه امر بجز نواصي اهل الذمة وان يشدوا المناطق وان يركبوا الأكف بالعرض

وأما في اللباس فهو ان يلبسوا مايخالف لونه لون سائر الثياب فعادة اليهود العسلي وعادة النصارى الادكن وهو الفاختي ويكون هذا في ثوب واحد لا في جميعها ليقع الفرق ويضيف الى هذا شد الزنار فوق ثوبه إن كان نصرانياً او علامة اخرى ان لم يكن نصرانياً كخرقة يجعلها في عمامته او قلنسوة يخالف لونه لونها ويختم في رقبته خاتم رصاص او حديد وجلجل يدخل معه الحمام ليفرق بينه وبين

(فصل) فأما الحرم فليس لهم دخوله بحال، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لهم دخوله كالحجاز كله. ولا يستوطنون به ولهم دخول الكعبة والمنع من الاستيطان لا يمنع الدخول والتصرف كالحجاز.

ولنا قول الله تعالى (إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى (وان خفتم عيلة) يريد ضرراً بتأخير الجلب عن الحرم دون المسجد ويجوز تسمية الحرم المسجد الحرام بدليل قول الله تعالى (سبحان الذي أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى) وانما أسرى به من بيت أم هانئ من خارج المسجد ويخالف الحجاز لان الله تعالى منع منه مع اذنه في الحجاز فان هذه الآية نزلت واليهود بخيبر والمدينة وغيرهما من الحجاز ولم يمنعوا من الاقامة به وأول من اجلاهم عمر رضي الله عنه ولان الحرم أشرف لتعلق النسك به ويحرم صيده وشجره والملتجئ اليه فلا يقاس غيره عليه فان اراد كافر الدخول اليه منع منه فان كانت معه ميرة او تجارة خرج إليه من يشتري منه ولم يترك هو يدخل وان كان رسولا الى امام بالحرم خرج اليه من يسمع رسالته ويبلغها إياه فان قال لا بد لي من لقاء الامام وكانت المصلحة في ذلك خرج اليه الامام ولم يأذن له في الدخول فان دخل الحرم عالما بالمنع عزر وان دخل جاهلا نهي وهدد فان مرض بالحرم او مات اخرج ولم يدفن به لان حرمة الحرم اعظم ويفارق الحجاز من وجهين:

المسلمين، ويلبس نساؤهم ثوباً ملوناً وتشد الزنار تحت ثيابها وتختم في رقبتها ولا يمنعون فاخر الثياب ولا العمائم ولا الطيلسان لحصول التميز بالغيار والزنار

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز تصديرهم في المجالس ولا بداءتهم بالسلام فان سلم أحدهم قيل له عليكم)

لا يتصدرون في المجالس عند المسلمين لان في كتاب عبد الرحمن بن غنم وان نوقر المسلمين في مجالسهم ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس ولا يبدءون بالسلام وذلك لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال «لا تبدءوا اليهود والنصارى بالسلام فاذا لقيتم أحدهم في الطريق فاضطروهم الى اضيقها» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروي عن النبي ﷺ أنه قال «انا غادون غداً فلا تبدءوهم بالسلام وان سلموا عليكم فقولوا وعليكم» رواه الامام أحمد باسناده عن أنس رضي الله عنه أنه قال نهينا أو أمرنا ان لا نزيد أهل الكتاب على وعليكم وقال أبو داود قلت لابي عبد الله رحمه الله تكره ان يقول الرجل الذمي كيف أصبحت؟ أو كيف؟ أنت أو كيف حالك؟ قال نعم أكرهه هذا عندي أكثر من السلام وقال أبو عبد الله رحمه الله اذا لقيته في طريق فلا توسع له لما تقدم من حديث أبي هريرة وروي عن ابن عمر انه مر على رجل فسلم عليه فقيل انه كافر فقال رد علي ماسلمت عليك فرد عليه فقال أكثر الله مالك وولدك ثم التفت الى اصحابه فقال أكثر للجزية وقال يعقوب بن يحيى سألت اباعبدالله فقلت نعامل اليهود والنصارى ونأتيهم في منازلهم وعندهم قوم

(احدهما) ان دخوله الى الحرم حرام واقامته به حرام بخلاف الحجاز (والثاني) ان خروجه من الحرم سهل ممكن لقرب الحل منه وخروجه من الحجاز في مرضه صعب ممتنع وان دفن نبش واخرج الا ان يصعب اخراجه لنتنه وتقطعه وان صالحهم الامام على دخول الحرم بعوض فالصلح باطل فان دخلوا الى الموضع الذي صالحهم عليه لم يرد عليهم العوض لانهم قد استوفوا ما صالحهم عليه وان وصلوا إلى بعضه أخذ من العوض بقدره ويحتمل ان يرد عليهم بكل حال لان ما استوفوه لا قيمة له والعقد لم يوجب العوض لكونه باطلا

(فصل) فاما مساجد الحل فليس لهم دخولها بغير إذن المسلمين لان عليا رضي الله عنه بصر بمجوسي وهو على المنبر وقد دخل المسجد فنزل وضربه وأخرجه من أبواب كندة فان اذن لهم في دخولها جاز في الصحيح من المذهب لان النبي ﷺ قدم عليه وفد أهل الطائف فانزلهم من المسجد قبل اسلامهم وقال سعيد بن المسيب قد كان ابوسفيان يدخل مسجد المدينة وهو على شركه وقدم عمير بن وهب فدخل المسجد والنبي ﷺ فيه ليفتك به فرزقه الله الاسلام.

وفيه رواية أخرى: ليس لهم دخوله بحال لان أبا موسى دخل على عمر ومعه كتاب قد

مسلمون انسلم عليهم قال نعم تنوي السلام على المسلمين وسئل عن مصافحة اهل الذمة فكرهه

(فصل) ولا يجوز تمكينهم من شراء مصحف ولا حديث رسول الله ﷺ ولا فقه وان فعل فالشراء باطل لان ذلك يتضمن ابتذاله وكره احمد بيعهم الثياب المكتوب عليها ذكر الله تعالى قال مهنا سألت ابا عبدالله هل يكره للمسلم ان يعلم غلاماً مجوسياً شيئاً من القرآن؟ قال ان اسلم فنعم والا فاكره ان يضع القرآن في غير موضعه قلت فنعلمه ان يصلي على النبي ﷺ قال نعم وقال الفضل ابن زياد سألت ابا عبدالله عن الرجل يرهن المصحف عند اهل الذمة قال لا نهى رسول الله ﷺ ان يسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو

﴿مسئلة﴾ (وفي تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم روايتان)

تهنئتهم وتعزيتهم تخرج على عيادتهم فيها روايتان (إحداهما) لا نعودهم لان النبي ﷺ نهى عن بداءتهم بالسلام وهذا في معناه (والثانية) تجوز لان النبي ﷺ أتى غلاماً من اليهود كان مريضاً يعوده فقعد عند رأسه فقال « له أسلم » فنظر إلى أبيه وهو عند رأسه فقال أطع أبا القاسم فاسلم فقام النبي ﷺ فقال «الحمدلله الذي أنقذه بي من النار» رواه البخاري

﴿مسئلة﴾ (ويمنعون من تعلية البنيان على المسلمين وفي مساواتهم وجهان)

لقولهم في شروطهم ولا نطلع عليهم في منازلهم ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال « الاسلام

كتب فيه حساب عمله فقال له عمر ادع الذي كتبه ليقرأه قال انه لا يدخل المسجد قال ولم قال انه نصراني وفيه دليل على شهرة ذلك بينهم وتقرره عندهم ولأن حدث الجنابة والحيض والنفاس يمنع المقام في المسجد فحدث الشرك أولى .

(فصل) والمأخوذ في أحكام الذمة ينقسم خمسة أقسام : (أحدها) ما لا يتم العقد الا بذكره وهو شيئان التزام الجزية وجريان أحكامنا عليهم فان أخل بذكر واحد منهما لم يصح العقد وفي معناهما ترك قتال المسلمين فانه وان لم يذكر لفظه فذكر المعاهدة يقتضيه .

(القسم الثاني) مافيه ضرر على المسلمين في أنفسهم وهو ثمانية خصال ذكرناها فيما تقدم

(القسم الثالث) مافيه غضاضة على المسلمين وهو ذكر ربهم أو كتابهم أو دينهم أو رسولهم بسوء

يعلو ولا يعلى » ولان في ذلك رتبة على المسلمين فمنعوا منه كما يمنعون التصدير في المجالس وإنما يمنع من تعليته على المسلم المجاور له ولا يمنع من تعليتها على من ليس بمجاور له لان الضرر انما يحصل عليه دون غيره وفي المساواة وجهان (أحدهما) يجوز لانه لايفضي إلى علو الكفر (والثاني) المنع لقوله عليه السلام « الاسلام يعلو ولا يعلى » ولانهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم وكذلك في بنيانهم فان كان للذمي دار عالية فملك المسلم داراً إلى جانبها أو بني المسلم إلى جنب دار الذمي داراً دونها أو اشترى ذمي داراً عالية من المسلم فله سكنى داره ولا يلزمه هدمها لانه ملكها على هذه الصفة ولانه لم يعل على المسلمين شيئاً ويحتمل ان يلزمه لقوله عليه السلام « الاسلام يعلو ولا يعلى » فان انهدمت داره العالية ثم جدد بناءه لم تجز له تعليته على بناء المسلمين وان انهدم ماعلا منها لم تكن له اعادته فان تشعث منه شيء ولم ينهدم فله رمه واصلاحه لانه ملك استدامته فملك رم شعثه كالكنيسة

﴿ مسئلة ﴾ (وان ملكوا داراً عالية من مسلم لم يجب نقضها لانهم ملكوها على هذه الصفة) ويحتمل ان يجب لقولهم فيما شرطوا على انفسهم ولا نطلع عليهم في منازلهم ولقوله عليه السلام « الاسلام يعلو ولا يعلى »

﴿ مسئلة ﴾ (ويمنعون من إحداث الكنائس والبيع ولا يمنعون رم شعثها وفي بناء ما استهدم منها روايتان)

امصار المسلمين ثلاثة أقسام (أحدها) مامصره المسلمون كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط فلا يجوز فيه إحداث كنيسة ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم ولا يجوز صلحهم على ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم ان يبنوا فيه بيعة ولا يضربوا فيه ناقوساً ولا يشربوا فيه خمراً ولا يتخذوا فيه خنزيراً رواه الامام احمد واحتج

(القسم الرابع) مافيه إظهار منكر وهو خمسة أشياء : احداث البيع والكنائس ونحوها ورفع أصواتهم بكتبهم بين المسلمين واظهار الخمر والخنزير والضرب بالنواقيس وتعلية البنيان على أبنية المسلمين والاقامة بالحجاز ودخول الحرم فيلزمهم الكف عنه سواء شرط عليهم أو لم يشرط في جميع مافي هذه الاقسام الثلاثة

(القسم الخامس) التميز على المسلمين في أربعة أشياء لباسهم وشعورهم وركوبهم وكناهم ، أما لباسهم فهو أن يلبسوا ثوبا يخالف لونه لون سائر الثياب فعادة اليهود العسلي وعادة النصارى الادكن وهو الفاختي ويكون هذا في ثوب واحد لافي جميعها ليقع الفرق ويضيف إلى هذا شد الزنار فوق ثوبه إن كان نصرانياً أو علامة أخرى إن لم يكن نصرانياً كخرق يجعلها في عمامته او قانسوته يخالف لونها لونها ويختم في رقبته خاتم رصاص او حديد او جاجل ليفرق بينه و بين المسلمين في الحمام ويلبس نساؤهم ثوبا ملوناً وتشد الزنار تحت ثيابها وتختم في رقبتها،ولا يمنعون لبس فاخر الثياب ولا العمائم ولا الطيلسان لان التميز حصل بالغيار والزنار

به ولان هذا البلد ملك للمسلمين ولا يجوز ان يبنوا فيه مجامع للكفر وما وجد في هذه البلاد من البيع والكنائس مثل كنيسة الروم في بغداد فهذه كانت في قرى أهل الذمة فاقرت على ما كانت عليه

(القسم الثاني) مافتحه المسلمون عنوة فلا يجوز احداث شيء من ذلك فيه لانها صارت ملكا للمسلمين وما فيه من ذلك ففيه وجهان

(احدهما) يجب هدمه وتحرم تبقيته لانها بلاد مملوكة للمسلمين فلم يجز ان تكون فيها بيعة كالبلاد التي اختطها المسلمون (والثاني) يجوز لان في حديث ابن عباس ايما مصر مصرته العجم ثم فتحه الله على العرب فنزلوه فان للعجم مافي عهدهم ولان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئاً من الكنائس ويشهد بصحة هذا وجود الكنائس والبيع في البلاد التي فتحت عنوة ومعلوم انها لم تحدث فلزم ان تكون موجودة فأبقيت،وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عماله ان لاتهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار ولان الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة في بلاد المسلمين من غير نكير

(القسم الثالث) مافتح صلحاً وهو نوعان (احدهما) ان يصالحهم على ان الارض لهم، ولنا الخراج عنها فلهم احداث ما يختارون لان الدار لهم

(الثاني) ان يصالحهم على ان الدار للمسلمين فالحكم في البيع والكنائس على مايقع عليه الصلح من احداث ذلك وعمارته لأنه إذا جاز ان يصالحهم على أن الكل لهم جاز أن يصالحوا على أن بعض البلد لهم ويكون موضع الكنائس والبيع معنا والاولى ان يصالحهم على ماصالحهم عليه عمر رضي الله

وأما الشعور فانهم يحذفون مقاديم رءوسهم ويجزون شعورهم . لا يفرقون شعورهم لان النبي ﷺ فرق شعره

وأما الركوب فلا يركبون الخيل لان ركوبها عز ولهم ركوب ماسواها ولا يركبون السروج ويركبون عرضاً،رجلاه إلى جانب وظهره إلى آخر لما روى الخلال باسناده ان عمر أمر بجز نواصي أهل الذمة وأن يشدوا المناطق وأن يركبوا الا كف بالعرض،ويمنعون تقلد السيوف وحمل السلاح واتخاذه . وأما الكنى فلا يتكنوا بكنى المسلمين كأبي القاسم وابي عبد الله وابي محمد وابي بكروابي الحسن وشبههما ولا يمنعون الكنى بالكلية فان احمد قال لطبيب نصراني يا أبا اسحاق وقال أليس النبي ﷺ لما دخل على سعد بن عبادة قال « أما ترى ما يقول ابو الحباب » وقال لاسقف نجران « أسلم »ابا الحارث وقال عمر لنصراني ياأبا حسان أسلم تسلم

(فصل) واذا عقد معهم الذمة كتب أسماءهم واسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم فيقول فلان

عنه ويشترط عليهم الشروط المذكورة في كتاب عبد الرحمن بن غنم وفيه ان لاتحدثوا كنيسة ولا بيعة ولا صومعة راهب ولاقلاية ، وان وقع الصلح مطلقاً من غير شرط عمل على ما وقع عليه صلح عمر وأخذوا بشروطه ، فأما الذين صالحهم عمر وعقد معهم الذمة فهم على مافي كتاب عبد الرحمن بن غنم مأخوذون بشروطه كلها وماوجدوا في بلاد المسلمين من الكنائس والبيع فهي على ما كانت عليه في زمن من فتحها ومن بعدهم وكل موضع قلنا بجواز إقرارها لم يجز هدمها ولهم رم ماتشعث منها وإصلاحها لان المنع من ذلك يفضي إلى خرابها فجرى مجرى هدمها فأما ان استهدمت كلها ففيها روايتان (احداهما) لا يجوز وهو قول بعض أصحاب الشافعي (والثانية) يجوز وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه بناء لما استهدم اشبه بناء بعضها إذا انهدم ورم شعثها ولان استدامتها جائزة وبناؤها كاستدامتها وحمل الخلال قول أحمد لهم ان يبنوا ماانهدم منها على ماذا انهدم بعضها ومنعه من بناء ماانهدم على ما إذا انهدمت كلها لجمع بين الروايتين . ووجه الرواية الاولى ان في كتاب أهل الجزيرة لعياض بن غنم ولانجدد ماخرب من كنائسنا ،وروى كثير بن مرة قال علي سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبنى الكنيسة في الاسلام ولا يجدد ماخرب منها » ولانه بناء كنيسة في دار الاسلام فلم يجز كما لو ابتدأ بناءها وفارق رم ما شعث فانه إبقاء واستدامة وهذا إحداث

﴿ مسئلة ﴾ (ويمنعون من إظهار المنكر وضرب الناقوس والجهر بكتابهم)

يمنعون من إظهار المنكر كالخمر والخنزير وضرب الناقوس ورفع أصواتهم بكتابهم وإظهار أعيادهم

ابن فلان الفلاني طويل أو قصير او ربعة أسمر او أبيض أدعج العين أقنى الانف مقرون الحاجبين ونحو هذا من صفاتهم التي يتميز بها كل واحد من الآخر ويجعل لكل عشرة عريفاً يراعي من يبلغ منهم أو يفيق من جنون ، او يقدم من غيبة ، او يسلم او يموت ، او يغيب ويجبي جزيتهم فيكون ذلك أحوط لحفظ جزيتهم

(فصل) واذا مات الامام او عزل وولي غيره فان عرف ماعقد عليه عقد الذمة من كان قبله وكان عقداً صحيحاً أقرهم عليه لان الخلفاء أقروا عقد عمر ولم يجددوا عقداً سواه ولان عقد الذمة مؤبد ، وإن كان فاسداً رده إلى الصحة وإن لم يعرف فشهد به مسلمان او كان أمره ظاهراً عمل به وإن أشكل عليه سألهم فان ادعوا العهد بما يصلح أن يكون جزية قبل قولهم وعمل به وإن شاء استحلفهم استظهاراً ، فان بان له بعد ذلك انهم نقضوا من المشروط عليهم شيئاً رجع بما نقضوا وإن قالوا كنا نؤدي كذا وكذا جزية وكذا وكذا هدية استحلفهم يميناً واحدة لان الظاهر فيما يدفعونه

وصلبهم لان في شروطهم لعبد الرحمن بن غنم ان لانضرب نواقيسنا الاضربا خفيا في جوف كنائسنا ولانظهر عليها صليبا ولانرفع أصواتنا في صلاة ولا القراءة في كنائسنا فيما يحضره المسلمون وأن لانخرج صليباً ولا كتابا في سوق المسلمين وأن لانخرج باعوثا ولاشعانين ولانرفع أصواتنا مع موتانا وان لانجاورهم بالخنازير ولا نظهر شركا وقد ذكرنا بقية الكتاب

﴿ مسئلة ﴾ (وان صولحوا في بلادهم على اعطاء الجزية لم يمنعوا شيئاً من ذلك ولم يؤخذوا بغيار ولا زنار ولا تغيير شعورهم ولا مراكبهم) لانهم في بلدانهم فلم يمنعوا من اظهار دينهم كاهل الحرب في الهدنة

﴿ مسئلة ﴾ (ويمنعون من دخول الحرم)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لهم دخوله كالحجاز ولايستوطنون به ولهم دخول الكعبة والمنع من الاستيطان لايمنع الدخول والتصرف كالحجاز

ولنا قوله تعالى (انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) والمراد به الحرم بدليل قوله (سبحانه سبحان الذي أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى) وانما أسري به من بيت ام هانيء وهو خارج المسجد ويخالفه الحجاز لان الله تعالى منع منه مع إذنه في الحجاز فان هذه الآية نزلت واليهود بخيبر والمدينة وغيرهما من الحجاز ولم يمنعوا الاقامة به وأول من اجلاهم عمر رضي الله عنه ولان الحرم اشرف لتعلق النسك به ويحرم شجره وصيده والملتجيء اليه فلايصح قياس غيره عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان قدم رسول لابد له من لقاء الامام خرج اليه ولم يأذن له فان دخل عزر وهدد واخرج فان مرض أومات أخرج وان دفن نبش واخرج الا ان يكون قد بلي)

انه جزية ، واختار ابو الخطاب انه اذا لم يعرف ماعوهدوا عليه استأنف العقد معهم لان عقد الاول لم يثبت عنده فصار كالمعدوم

(مسئلة) قال (ومن هرب من ذمتنا الى دار الحرب ناقضا للعهد عاد حربيا)

يعني يصير حكمه حكم أهل الحرب سواء كان رجلا او امرأة ومتى قدر عليه أبيح منه مايباح من الحربي من القتل والاسترقاق وأخذ المال ، وإن هرب الذمي بأهله وذريته أبيح من البالغين منهم مايباح من أهل الحرب ولم يبح سبي الذرية لان النقض انما وجد من البالغين دون الذرية

(فصل) وإن نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم وقتلهم ، وإن نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض دون غيره وإن لم ينقضوا لكن خاف النقض منهم لم يجز ان ينبذ اليهم

اذا أراد كافر الدخول الى الحرم منع على ما ذكرنا فان كانت معه تجارة أو ميرة خرج اليه من يشترى منه ولم يمكن من الدخول للآية وان كان رسولا الى الامام بالحرم خرج اليه من يسمع رسالته فان قال لابد لي من لقاء الامام خرج اليه الامام ولم يأذن له فان دخل عالما بالمنع عزر وان دخل جاهلا هدد وأخرج فان مرض بالحرم او مات أخرج ولم يدفن به لان حرمة الحرم أعظم ويفارق الحجاز من وجهين

(أحدهما) ان دخوله إلى الحرم حرام واقامته به حرام بخلاف الحجاز

(والثاني) ان خروجه من الحرم سهل ممكن لقرب الحل منه وخروجه من الحجاز في مرضه صعب ممتنع وان دفن نبش وأخرج لانه إذا لم يجز دخوله في حياته فدفن جيفته أولى أن لا يجوز فان كان قد بلي او يصعب إخراجه لنتنه وتقطعه ترك للمشقة فيه

(فصل) فان صالحهم الامام على دخول الحرم بعوض فالصلح باطل فان دخلوا إلى الموضع الذي صالحهم عليه لم يرد عليهم العوض لأنهم قد استوفوا ماصالحهم عليه ، وان وصلوا إلى بعضه أخذ من العوض بقدره ، ويحتمل أن يرد عليهم العوض بكل حال لان ما استوفوه لا قيمة له ، والعقد لم يوجب العوض لبطلانه

﴿ مسئلة ﴾ (ويمنعون من الاقامة بالحجاز كالمدينة واليمامة وخيبر وفدك وما والاها)

وبهذا قال مالك والشافعي إلا أن مالكا قال أرى أن يجلوا من ارض العرب كلها لان رسول الله ﷺ قال « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » وروى أبو داود باسناده عن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا أترك فيها إلا مسلماً » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن ابن عباس قال : أوصى رسول الله ﷺ بثلاثة أشياء قال « اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم » وسكت عن الثالث رواه ابو داود

عهدهم لان عقد الذمة لحقهم بدليل أن الامام تلزمه اجابتهم اليه بخلاف عقد الامان والهدنة فانه لمصلحة المسلمين ولان عقد الذمة آكد لانه مؤبد وهو معاوضة ولذلك اذا نقض بعض أهل الذمة العهد وسكت بعضهم لم يكن سكوتهم نقضاً وفي عقد الهدنة يكون نقضاً

(فصل) واذا عقد الذمة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الحرب واهل الذمة لانه التزم بالعهد حفظهم، ولهذا قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون اموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا وقال عمر رضي الله عنه في وصيته للخليفة بعده. وأوصيه باهل ذمة المسلمين خيراً ان يوفي لهم بعهدهم ويحاط من ورائهم.

(فصل) وإذا تحاكم الينا مسلم مع ذمي وجب الحكم بينهم لان علينا حفظ الذمي من ظلم المسلم وحفظ المسلم منه وان تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير الحاكم بين الحكم

وجزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن قاله سعيد بن عبد العزيز، وقال الاصمعي وابو عبيد هي من ريف العراق الى عدن طولا ومن تهامة وما وراءها إلى أطراف الشام عرضاً وقال ابو عبيدة هي من حفر ابي موسى إلى اليمن طولا ومن رمل تبرين الى منقطع السماوة عرضاً

وقال الخليل انما قيل لها جزيرة العرب لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات قد أحاطت بها ونسبت إلى العرب لانها أرضها ومسكنها ومعدنها. قال احمد جزيرة العرب المدينة وما والاها يعني ان الممنوع من سكنى الكفار به المدينة وما والاها وهو مكة والمدينة وخيبر والينبع وقيل ومخاليفها وما والاها وهو قول الشافعي لانهم لم يجلوا من تيماء ولا من اليمن، وقد روي عن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال آخر ما تكلم به النبي ﷺ أنه قال « اخرجوا اليهود من الحجاز » وأما إخراج أهل نجران منه فلأن النبي ﷺ صالحهم على ترك الربا فنقضوا عهده فكأن جزيرة العرب في تلك الاحاديث أريد بها الحجاز وإنما سمي حجازاً لانه حجز بين تهامة ونجد.

﴿ مسئلة ﴾ (فان دخلوا بتجارة لم يقيموا في موضع واحد أكثر من أربعة أيام)

يجوز لهم دخول الحجاز لتجارة لان النصارى كانوا يتجرون الى المدينة في زمن عمر رضي الله عنه وأتاه شيخ بالمدينة وقال: انا الشيخ النصراني وان عاملك عشرني مرتين فقال عمر وأنا الشيخ الحنيف، وكتب له عمر ألا يعشروا في السنة الا مرة فعلى هذا لا يأذن لهم في الاقامة أكثر من ثلاثة أيام على ماروى عن عمر رضي الله عنه ثم ينتقل عنه، وقال القاضي يقيمون أربعة ايام حد ما يتم المسافر الصلاة والحكم في دخولهم الى الحجاز في اعتبار الاذن كالحكم في دخول أهل الحرب دار الاسلام لا يجوز الا باذن الامام فيأذن لهم اذا رأى المصلحة فيه

﴿ مسئلة ﴾ (فان مرض لم يخرج حتى يبرأ وان مات دفن به)

اذا مرض بالحجاز جازت له الاقامة لمشقة الانتقال على المريض وتجوز الاقامة

بينهم والاعراض عنهم لقول الله تعالى (ن جاءوك فاحكم بينهم أوأعرض عنهم) فان حكم بينهم لم يحكم الا بحكم الاسلام لقول الله تعالى (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقال تعالى (وان احكم بينهم بما أنزل الله ولاتتبع اهواءهم) واذا استعدت المرأة على زوجها في طلاق او ظهار او ايلاء فان شاء اعداها وان شاء تركها لقول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم) فان أحضر زوجها حكم عليه بما يحكم على المسلم في مثل ذلك فان كان قدظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر وتكفيره بالاطعام وحده لانه لايملك رقبة مسلم ولايملك شراءها ولا يصح منه الصيام

(فصل) ولايجوز تمكينه من شراء مصحف ولا حديث رسول الله ﷺ ولا فقه فان فعل فالشراء باطل لان ذلك يتضمن ابتذاله وكره احمد بيعهم الثياب المكتوب عليها ذكر الله تعالى قال مهنا سألت احمد أبا عبد الله هل تكره للرجل المسلم ان يعلم غلاما مجوسيا شيئا من القرآن؟ قال

لمن يمرضه لانه لايستغني عنه فان كان له دين حال أجبر غريمه على وفائه فان تعذر لمطل او تغيب فينبغي أن تجوز له الاقامة ليستوفي دينه لان التعدي من غيره، وفي اخراجه ذهاب ماله، وان كان الدين مؤجلا لم يمكن من الاقامة ويوكل من يستوفيه له لان التفريط منه ، وان دعت الحاجة الى الاقامة ليبيع بضاعته احتمل الجواز لان في تكليفه تركها وحملها معه ضياع ماله وذلك مما يمنع من الدخول الى الحجاز بالبضائع فتفوت مصلحتهم وتلحقهم المضرة بانقطاع الجلب عنهم ، ويحتمل أن يمنع من الاقامة لان له من الاقامة بدا فان أراد الانتقال إلى مكان آخر من الحجاز جاز ويقيم فيه أيضاً ثلاثة أيام اوأربعة على الخلاف فيه وكذلك ان انتقل منه إلى مكان آخر ، ولو حصلت الاقامة في الجميع شهراً ، واذا مات بالحجاز دفن لانه يشق نقله واذا جازت الاقامة للمريض فدفن الميت أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما) لان عمر لم يمنعهم من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وهل لهم دخول المساجد باذن مسلم؟ على روايتين)

لايجوز لهم دخول مساجد الحل بغير إذن المسلمين لما روت أم عراب قالت رأيت علياً رضي الله عنه على المنبر وبصر بمجوسي فنزل فضربه وأخرجه من أبواب كندة ، فان أذن لهم في دخولها جاز في الصحيح من المذهب لان النبي صلى الله عليه وسلم قدم عليه وفد من أهل الطائف فأنزلهم في المسجد قبل اسلامهم

وقال سعيد بن المسيب كان ابو سفيان يدخل مسجد المدينة وهو على شركه وقدم عمير بن وهب فدخل المسجد والنبي ﷺ فيه ليفتك به فرزقه الله الاسلام وفيه رواية أخرى ليس لهم دخوله بحال لان أبا موسى دخل على عمر ومعه كتاب قد كتب فيه حساب عمله فقال له عمر ادع الذي كتبه ليقرأه قال إنه لايدخل المسجد قال ولم لايدخل المسجد؟ قال انه نصراني فانتهره عمر وهذا اتفاق منهم على أنه لايدخل المسجد وفيه دليل على شهرة ذلك بينهم وتقريره عندهم لان حدث الحيض

ان أسلم فنعم والا فاكره أن يضع القرآن في غير موضعه قلت فيعلمه ان يصلي على النبي ﷺ؟ قال نعم وقال الفضل بن زياد سألت ابا عبد الله عن الرجل يرهن المصحف عند اهل الذمة؟ قال لا نهى النبي ﷺ أن نسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو

(فصل) ولا يجوز تصديرهم في المجالس ولا بداءتهم بالسلام لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «لاتبدأوا اليهود والنصارى بالسلام وإذا لقيتم احدهم في الطريق فاضطروهم

والجنابة والنفاس يمنع الاقامة في المسجد فحدث الشرك اولى والأول اصح لانه لو كان محرماً لما اقرهم عليه النبي ﷺ

(فصل) قال احمد في الرجل له المرأة النصرانية لا يأذن لها أن تخرج الى عيد أو تذهب الى بيعة وله ان يمنعها ذلك وكذلك في الامة قيل له أله ان يمنعها من شرب الخمر؟ قال يأمرها فان لم تقبل فليس له منعها قيل له فان طلبت منه ان يشتري لها زناراً قال لا يشتري زناراً؟ تخرج هي تشتري لنفسها

(فصل) قال رضي الله عنه وان اتجر ذمي الى غير بلده ثم عاد فعليه نصف العشر وقال الشافعي ليس عليه الا الجزية الا ان يدخل ارض الحجاز فينظر في حاله فان كان لرسالة أو نقل ميرة اذن له بغير شيء وان كان لتجارة لا حاجة باهل الحجاز اليها لم يأذن له إلا ان يشترط عليه عوضاً بحسب مايراه . والاولى أن يشترط نصف العشر لان عمر شرط نصف العشر على من دخل الحجاز من أهل الذمة

ولنا ماروى ابو داود ان النبي ﷺ قال « ليس على المسلمين عشور انما العشور على اليهود والنصارى » وعن أنس بن سيرين قال بعثني أنس بن مالك إلى العشور فقلت بعثتني إلى العشور من بين عمالك قال ألا ترضى أن أجعلك على ماجعلني عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمرني أن آخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر رواه الامام احمد وهذا كان بالعراق

وروى ابو عبيد في كتاب الاموال باسناده عن لاحق بن حميد أن عمر بعث عثمان بن حنيف الى الكوفة فجعل على أهل الذمة في أموالهم التي يختلفون فيها في كل عشرين درهما درهما وهذا كان بالعراق واشتهرت هذه القصص وعمل بها الخلفاء بعده ولم ينكر ذلك فكان اجماعا ولم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر في شيء من الاحاديث عن عمر ولا غيره فيما علمنا ولان ماوجب في الحجاز من الاموال وجب في غيره كالديون والصدقات

إذا ثبت هذا فلا فرق في ذلك بين بني تغلب ولا غيرهم . وروي عن احمد ان التغلبي يؤخذ منه العشر ضعف مايؤخذ من أهل الذمة لما روي باسناده عن زياد بن حدير ان عمر رضي الله عنه

الى اضيقها» أخرجه الترمذي . وقال حديث حسن صحيح ، وروى عن النبي ﷺ انه قال «انا غادون غدا فلا تبدءوهم بالسلام وان سلموا عليكم فقولوا وعليكم» أخرجه الامام احمد باسناده وباسناده عن أنس انه قال نهينا أوامرنا ان لانزيد اهل الكتاب علي وعليكم قال ابو داود قلت لابي عبد الله تكره ان يقول الرجل للذمي كيف أصبحت؟ أو كيف حالك؟ أو كيف انت؟ او نحو هذا؟ قال نعم هذا عندي اكثر من السلام

وقال ابو عبد الله اذا لقيته في الطريق فلا توسع له وذلك لما تقدم من حديث أبي هريرة ، وروي عن ابن عمر انه مر على رجل فسلم عليه فقيل انه كافر فقال رد علي ماسلمت عليك فرد عليه

بعثه مصدقا فأمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ومن نصارى اهل الذمة نصف العشر رواه ابو عبيد قال : والعمل على حديث داود بن كردوس والنعمان بن زرعة وهو أن يكون عليهم الضعف مما على المسلمين الاتسمعه يقول من كل عشرين درهما درهم؟ وانما يؤخذ من المسلمين من كل أربعين درهما درهم فذلك ضعف هذا وهو ظاهر كلام الخرقي وهو أقيس فان الواجب في سائر أموالهم ضعف ما على المسلمين لاضعف ما على أهل الذمة

(فصل) ولا يؤخذ من غير مال التجارة شيء فلو مر بالعاشر منهم منتقل ومعه أمواله أو سائمة لم يؤخذ منه شيء نص عليه احمد رحمه الله الا أن تكون الماشية للتجارة فيؤخذ منها نصف العشر

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في العاشر يمر عليه الذمي بخمر أو خنزير فقال عمر: قال في موضع ولو هم بيعها ولا يكون الا على الاخذ منها

وروى باسناده عن سويد بن غفلة في قول عمر ولو هم بيع الخمر والخنزير لعشرها قال احمد اسناده جيد ، وممن رأى ذلك مسروق والنخعي وابو حنيفة وبه قال محمد بن الحسن في الخمر خاصة وذكر القاضي ان احمد نص على أنه لايؤخذ وبه قال عمر بن عبدالعزيز وابو عبيد وابو ثور قال عمر بن عبد العزيز الخمر لايعشرها مسلم . وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان عتبة بن فرقد بعث اليه بأربعين الف درهم صدقة الخمر فكتب اليه عمر بعثت إلي بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين فأخبر بذلك الناس

وقال والله لا استعملتك على شيء بعدها قال فنزعه قال ابو عبيد معنى قول عمر ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن ان المسلمين كانوا يأخذون من اهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم وخراج أرضهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فأنكره عمر ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها وروي بإسناده عن سويد بن غفلة ان بلالا قال لعمر ان عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج فقال لاتأخذوه ولكن ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن

فقال اكثر الله مالك وولدك ثم التفت الى اصحابه فقال اكثر للجزية وقال يعقوب بن بختان سألت أبا عبد الله فقلت :عامل لليهود والنصارى فنأتيهم في منازلهم وعندهم قوم مسلمون أسلم عليهم ؟ قال نعم تنوي السلام على المسلمين وسئل عن مصافحة اهل الذمة فكرهه

(فصل) ومايذكر بعض اهل الذمة من ان الجزية لا تلزمهم وان معهم كتاباً من النبي ﷺ باسقاطها عنهم لايصح وسئل عن ذلك أبو العباس بن سريج فقال مانقل ذلك أحد من المسلمين وذكر أنهم طولبوا بذلك فاخرجوا كتابا ذكروا انه بخط علي رضي الله عنه كتبه عن رسول الله ﷺ كان

(فصل) واذا مر الذمي بالعشر وعليه دين بقدر ما معه او ينقص مامعه عن النصاب فظاهر كلام احمد ان ذلك يمنع أخذ نصف العشر منه لانه حق يعتبر له النصاب والحول فمنعه الدين كالزكاة فان ادعى الدين احتاج إلى بينة مسلمين وان مر بجارية فادعى انها ابنته أو أخته قبل قوله في إحدى الروايتين لان الأصل عدم ملكه . (والثانية) لايقبل لانها في يده اشبهت البهيمة ولانه تمكنه إقامة البينة .

﴿ مسئلة ﴾ (فان انجر حربي الينا أخذ منه العشر ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير) .

هذا قول احمد رحمه الله وقال ابو حنيفة لايؤخذ منهم شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا شيئاً فنأخذ منهم مثله لما روي عن أبي مجلز قال قالوا لعمر كيف نأخذ من أهل الحرب إذا قدموا علينا؟ قال كيف يأخذون منكم إذا دخلتم اليهم ؟ قالوا العشر قال فكذلك خذوا منهم وعن زياد بن حدير قال كنا لانعشر مسلماً ولا معاهداً قال من كنتم تعشرون؟ قال كفار أهل الحرب نأخذ منهم كما يأخذون منا ، وقال الشافعي إن دخل الينا لتجارة لايحتاج اليها المسلمون لم يأذن له الامام إلا بعوض يشرطه وما شرطه جاز ويستحب ان يشرط العشر ليوافق فعل عمر رضي الله عنه، وإن أذن مطلقاً من غير شرط فالمذهب أنه لايؤخذ منهم شيء لانه أمان من غير شرط فلم يستحق به شيء كالهدنة ويحتمل أن يجب العشر لان عمر أخذه .

ولنا مارويناه في المسئلة التي قبلها ولان عمر أخذ منهم العشر واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل به الخلفاء بعده والائمة في كل عصر من غير نكير فاي إجماع يكون أقوى من هذا؟ ولم ينقل عنه انه شرط عليهم ذلك عند دخولهم ولا يثبت ذلك بالظن من غير نقل ولان مطلق الامر يحمل على المعهود في الشرع وقد اشتهر أخذ العشر منهم في زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه فاما سؤال عمر عما يأخذون منا فانما كان لانهم سألوا عن كيفية الاخذ ومقداره ثم استمر الاخذ من غير سؤال، ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا لوجب أن يسأل عنه في كل وقت ،

فيه شهادة سعد بن معاذ ومعاوية وتاريخه بعد موت سعد وقبل اسلام معاوية فاستدل بذلك على بطلانه ولان قولهم غير مقبول ولم يرو ذلك من يعتمد على روايته

(فصل) قال ابو الخطاب يمتهنون عند اخذ الجزية ويطال قيامهم وتجر ايديهم عند أخذها ذهب الى قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقيل الصغار التزامهم الجزية وجريان أحكامنا عليهم ولا يقبل منهم ارسالها بل يحضر الذمي بنفسه بها ويؤديها وهو قائم والاخذ جالس ولا يشتط

(فصل) ويؤخذ منهم العشر لكل مال للتجارة في ظاهر كلامه ههنا وهو ظاهر قول الخرقي ، وقال القاضي ان دخلوا في نقل ميرة بالناس اليها حاجة اذن لهم في الدخول بغير عشر وهو قول الشافعي لان في دخولهم نفع المسلمين .

ولنا عموم ما رويناه ،وقد روى صالح عن أبيه عن عبد الرحمن بن مهدي عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عمر انه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر ومن الحنطة والزبيب نصف العشر ليكثر الحمل إلى المدينة فعلى هذا يجوز للامام التخفيف عنهم إذا رأى المصلحة فيه وله الترك أيضاً إذا رأى المصلحة لانه في ملك تخفيفه وتركه كالخراج.

(فصل) ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر ونصف العشر من كل ذمي تاجر ذكراً كان أو أنثى صغيراً أو كبيراً ، وقال القاضي ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر سواء كانت حربية أو ذمية لكن ان دخلت الحجاز عشرت لانها ممنوعة من الاقامة به ، قال شيخنا ولا نعرف هذا التفصيل عن أحمد ولا يقتضيه مذهبه لانه يوجب الصدقة في أموال نساء بني تغلب وصبيانهم فكذلك يوجب العشر ونصفه في مال النساء وعموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء وليس هذا بجزية إنما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الاسلام وانتفاعه بالتجارة فيه فيستوي فيه الذكر والأنثى كالزكاة في حق المسلمين .

(فصل) واختلفت الرواية في القدر الذي يؤخذ منه العشر ونصف العشر فروى صالح عنه في نصف العشر من كل عشرين ديناراً دينار يعني فاذا نقصت عن العشرين فليس عليه شيء لان ما دون النصاب لا يجب فيه زكاة على مسلم ولا على تغلبي فلا يجب على ذمي كالذي دون العشرة وروى صالح أيضاً أنه قال إذا مروا بالعاشر فان كانوا أهل الحرب أخذ منهم العشر من العشرة واحداً فان كانوا من اهل الذمة أخذ منهم نصف العشر من كل عشرين ديناراً ديناراً فاذا نقصت فليس عليه شيء وان نقص مال الحربي عن عشرة دنانير لم يؤخذ منه شيء ولا يؤخذ منهم إلا مرة واحدة المسلم والذمي في ذلك سواء وروي عن احمد أن في العشرة نصف مثقال وليس فيما دون العشرة شيء ، نص عليه

عليهم في اخذها ولا يعذبون إذا أعسروا عن أدائها فان عمر رضي الله عنه أتي بمال كثير قال أبو عبيد وأحسبه من الجزية فقال اني لاظنكم قد اهلكتم الناس قالوا لا والله ما أخذنا الا عفواً صفواً قال بلا سوط ولا بوط قالوا نعم قال الحمد لله الذي لم يجعل ذلك على يدي ولا في سلطاني وقدم عليه سعيد ابن عامر بن حذيم فعلاه عمر بالدرة فقال سعيد سبق سيلك مطرك ان تعاقب نصبر وان تعف نشكر وان تستعتب نعتب فقال ماعلى المسلم الا هذا مالك تبطىء بالخراج قال أمرتنا ان لانزيد الفلاحين على أربعة

في رواية أبي الحارث قال قلت إذا كان مع الذمي عشرة دنانير قال نأخذ منه نصف دينار قلت فان كان معه أقل من عشرة دنانير ؟ قال إذا نقصت لم يؤخذ منه شيء وذلك لان العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين في حق المسلم ولانه مال معشور فوجب في العشرة منه كمال الحربي وقال ابن حامد يؤخذ عشر الحربي ونصف عشر الذمي من كل مال قل أو كثر لان عمر قال خذ من كل عشرين درهماً درهماً ولانه حق عليه فوجب في قليله وكثيره نصيب المالك في أرضه التي عامله عليها .

ولنا أنه عشر ونصف عشر وجب بالشرع فاعتبر له نصاب كزكاة الزرع والثمرة ولانه حق يقدر بالحول فاعتبر له النصاب كالزكاة ، وأما قول عمر فالمراد به والله أعلم بيان قدر المأخوذ وانه نصف العشر ومعناه إذا كان معه عشرة دنانير فخذ من كل عشرين درهماً درهماً لان في صدر الحديث ان عمر أمر مصدقا وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل اربعين درهماً درهماً ومن اهل الذمة من كل عشرين درهماً درهماً ومن اهل الحرب من كل عشرة واحداً ، وانما يؤخذ ذلك من المسلم اذا كان معه نصاب فكذلك من غيرهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤخذ منه في كل عام مرة ، وقال ابن حامد يؤخذ من الحربي كلما دخل الينا)

لايعشر الذمي ولا الحربي في السنة إلا مرة ، نص عليه احمد لما روى الامام احمد باسناده قال جاء شيخ نصراني الى عمر فقال ان عاملك عشرني في السنة مرتين ، قال ومن انت ؟ قال انا الشيخ النصراني فقال وأنا الشيخ الحنيف ثم كتب الى عامله لاتعشروا في السنة إلا مرة ، ولان الجزية والزكاة انما تؤخذ في السنة مرة فكذلك هذا ، ومتى اخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بأدائهم لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية الا أن يكون معه اكثر من المال الاول فيأخذ منه الزيادة لانها لم تعشر

وحكي عن ابي عبد الله بن حامد ان الحربي يعشر كلما دخل الينا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لاننا لو أخذنا منه واحدة لايأمن أن يدخلوا فاذا جاء وقت السنة لم يدخلوا فيتعذر الاخذ منهم

دنانير فلسنا نزيدهم على ذلك ولكن نؤخرهم الى غلاتهم قال عمر لاعزلتك ما حييت رواهما أبو عبيد وقال انما وجه التأخير الى الغلة الرفق بهم قال ولم نسمع في استيداء الخراج والجزية وقتاً غير هذا واستعمل علي بن ابي طالب رجلا على عكبرى فقال له على رءوس الناس لاتدعن لهم درهما من الخراج وشدد عليه القول ثم قال القني عند انتصاف النهار فأتاه فقال اني كنت أمرتك بامر وإني أتقدم اليك الآن فان عصيتني نزعتك لاتبيعن لهم في خراجهم حماراً ولا بقرة ولا كسوة شتاء ولا صيف وارفق بهم وافعل بهم .

ولنا انه حق يؤخذ من التجارة فلا يؤخذ في السنة إلا مرة كنصف العشر من الذمي ،وقولهم يفوت لايصلح فانه يؤخذ منه أول مايدخل مرة ويكتب الآخذ له بما أخذ منه ثم لايؤخذ منه شيء حتى تمضي تلك السنة فاذا جاء في العام الثاني أخذ منه في أول مايدخل فان لم يدخل فما فات من حق السنة الاولى شيء

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى الامام حفظهم والمنع من أذاهم واستنقاذ من أسر منهم)

تلزمه حمايتهم من المسلمين وأهل الحرب وأهل الذمة لانه التزم بالعهد حفظهم ولهذا قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا

وقال عمر رضي الله عنه في وصيته للخليفة بعده وأوصيه بأهل ذمة المسلمين خيراً أن يوفى لهم بعهدهم ويحاطوا من ورائهم ويجب فداء أسراهم سواء كانوا في معونتنا أو لم يكونوا وهذا ظاهر قول الخرقي وهو قول عمر بن عبدالعزيز والليث لاننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم والقيام دونهم فاذا عجزنا عن ذلك وأمكننا تخليصهم لزمنا ذلك

وقال القاضي انما يجب فداؤهم اذا استعان بهم الامام في قتال فسبوا وجب عليه فداؤهم لان أسرهم كان لمعنى من جهته وهو المنصوص عن احمد ومتى وجب فداؤهم فانه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم ولان حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض للفتنة عن دين الحق بخلاف أهل الذمة

(فصل) ومن هرب منهم إلى دار الحرب ناقضاً للعهد عاد حربياً حكمه حكم الحربي سواء كان رجلا او امرأة ومتى قدر عليه أبيح منه مايباح من الحربي من القتل والاسر وأخذ المال فان هرب بأهله وذريته أبيح من الهاربين منهم مايباح من أهل الحرب ولم يبح سبي الذرية لان النقض انما وجد من البالغين دون الذرية، وإن نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم وقتالهم، وإن نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض وإن لم ينقضوا لكن خاف النقض منهم لم يجز أن ينبذ اليهم عهدهم لان عقد الذمة لحقهم بدليل ان الامام تلزمه اجابتهم بخلاف عقد الامان والهدنة فانه لمصلحة المسلمين ولان عقد الذمة آكد لانه مؤبد وهو معاوضة وكذلك اذا نقض بعض أهل الذمة العهد

(فصل) قال احمد في الرجل له المرأة النصرانية : لايأذن لها ان تخرج الى عيد أو تذهب الى بيعة وله ان يمنعها ذلك وكذلك في الامة قيل له أله أن يمنعها شرب الخمر ؟ قال يأمرها فان لم تقبل فليس له منعها قيل له فان طلبت منه ان يشتري لها زناراً ؟ قال لايشتري لها زناراً تخرج هي تشتري

وسكت بقيتهم لم يكن سكوتهم نقضاً وفي عقد الهدنة يكون نقضاً

﴿ مسئلة ﴾ وإن تحاكموا إلى الحاكم مع مسلم لزمه الحكم بينهم وإن تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير بين الحكم بينهم وبين تركهم)

لان انصاف المسلم والانصاف منه واجب وطريقه الحكم لقول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم اواعرض عنهم) ولانهما كافران فلم يجب الحكم بينهما كالمستأمنين ولا يحكم بينهم إلا بحكم الاسلام لقول الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعنه يلزمه الحكم بينهم لقول الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولان رفع الظلم عنهم واجب وطريقه الحكم فوجب كالحكم بين المسلمين (فان استعدت المرأة على زوجها في طلاق او ايلاء او ظهار فان شاء أعداها وإن شاء تركهما على الرواية الاولى فان أحضرت زوجها حكم عليه بحكم المسلمين في مثل ذلك ، فان كان قد ظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر وتكفيره بالاطعام لانه لا يصح منه الصوم ولا يصح شراؤه للعبد المسلم ولا نملكه

﴿مسئلة﴾ (وإن تبايعوا بيوعا فاسدة وتقابضوا لم ينقض فعلهم لانه عقد تم قبل اسلامهم على مايجوز ابتداء العقد عليه فأقروا عليه ولم ينقض كأنكحتهم وإن لم يتقابضوا فسخه سواء كان قد حكم بينهم حاكمهم ام لا)

لانه عقد لم يتم ولا يجوز الحكم باتمامه لكونه فاسداً فتعين نقضه وحكم حاكمهم وجوده كعدمه لان من شرط الحاكم النافذة أحكامه الاسلام ولم يوجد

(فصل) سئل احمد رحمه الله عن الذمي يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال في يده فقال لايلزمه أن يخرج منه شيئاً لان ذلك مضى في حال كفره فأشبه نكاحه في الكفر اذا أسلم ، وسئل عن المجوسيين يجعلان ولدهما مسلما فيموت وهو ابن خمس سنين ، فقال يدفن في مقابر المسلمين لقول النبي ﷺ « فأبواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه » يعني ان هذين لم يمجساه فبقي على الفطرة ، وسئل عن اطفال المشركين فقال : اذهب الى قول النبي ﷺ «اعلم بما كانوا عاملين» قال وكان ابن عباس يقول «وأبواه يهودانه وينصرانه ـ حتى سمع ـ الله أعلم بما كانوا عاملين» فترك قوله وسأله ابن الشافعي فقال ياأبا عبد الله ذراري المشركين والمسلمين ؟ فقال هذه مسائل أهل الزيغ وقال أبو عبد الله سأل بشر بن السري سفيان الثوري عن أطفال المشركين فصاح به وقال

لنفسها وسئل عن الذمى يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال في يده فقال لا يلزمه أن يخرج منه شيئا لان ذلك مضى في حال كفره فاشبه نكاحهم في الكفر إذا أسلم وسئل عن المجوسين يجعلان ولدهما مسلما فيموت وهو ابن خمس سنين فقال يدفن في مقابر المسلمين لقول النبي

ياصبي أنت تسأل عن هذا؟قال احمد ونحن نمر هذه الاحاديث على ماجاءت ولا نقول شيئاً وسئل عن أطفال المسلمين فقال ليس فيه اختلاف أنهم في الجنة وذكروا له حديث عائشة الذي قالت فيه عصفور من عصافير الجنة فقال وهذا حديث؟وذكر فيه رجلا ضعفه طلحة وسئل عن الرجل يسلم بشرط أن لايصلي إلا صلاتين فقال يصح إسلامه ويؤخذ بالخمس وقال معنى حديث حكيم بن حزام بايعت النبي ﷺ ألا أخر إلا قائما انه لايركع في الصلاة بل يقرأ ثم يسجد من غير ركوع قال وحديث قتادة عن نصر بن عاصم ان رجلا منهم بايع النبي ﷺ على أن لايصلي طرفي النهار .

﴿ مسئلة ﴾ (وان تهود نصراني او تنصر يهودي لم يقر ولم يقبل منه إلا الاسلام اوالدين الذي كان عليه ويحتمل أن لايقبل منه الا الاسلام فان أبى هدد ويحبس ويحتمل أن يقبل وعنه انه يقر)

إذا انتقل الكتابي الى دين آخر من دين اهل الكتاب ففيه ثلاث روايات

(احداهن) لايقر لانه انتقل الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد . فعلى هذا يجبر على الاسلام ولان ماسواه باطل اعترف ببطلانه قبل أن ينتقل اليه ثم اعترف ببطلان دينه حين انتقل عنه فلم يبق الا الاسلام

(والثانية) لايقبل منه الا الاسلام او الدين الذي كان عليه لاننا أقررناه عليه اولا فنقره عليه ثانيا

(والثالثة) يقر نص عليه احمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه وقول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه لم يخرج عن دين اهل الكتاب فأشبه غير المنتقل ولانه دين أهل الكتاب فيقر عليه كأهل ذلك الدين وفي صفة اجباره على ترك ما انتقل اليه روايتان

(احداهما) يجبر عليه بالقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض العهد فأشبه مالو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يستتاب لانه استرجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد

(والثاني) لايستتاب لانه كافر اصلي أبيح دمه فأشبه الحربي فعلى هذا ان بادر وأسلم أو رجع الى مايقر عليه عصم دمه والاقتل (والثانية) أنه يجبر بالضرب والحبس فان احمد قال اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته الى اليهودية فقيل له اتقتله قال لا ولكن يضرب ويحبس لانه لم يخرج عن دين اهل الكتاب فلم يقتل كالباقي على دينه ولانه مختلف فيه فلا يقتل للشبهة

ﷺ «فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» يعني أن هذين لم يمجساه فيبقى على الفطرة وسئل أبو عبد الله عن اولاد المشركين فقال اذهب إلى قول النبي ﷺ « الله اعلم بما كانوا عاملين » قال وكان ابن عباس يقول « فابواه يهودانه وينصرانه -حتى سمع- الله اعلم بما كانوا عاملين » فترك قوله وسأله ابن

﴿مسئلة﴾ (وان انتقل الى غير دين أهل الكتاب او انتقل المجوسي الى غير دين أهل الكتاب لم يقر وأمر ان يسلم فان أبى قتل)

اذا انتقل الكتابي الى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لانعلم فيه خلافاً لانه انتقل الى دين لايقر عليه بالجزية كعبدة الاوثان فالاصلي منهم لايقر فالمنتقل أولى وان انتقل الى المجوسية لم يقر لانه انتقل الى ادنى من دينه فلم يقر كالمسلم اذا ارتد وكذلك الحكم في المجوسي اذا انتقل الى الى ادنى من دينه كعبادة الاوثان كذلك

واذا قلنا لايقر ففيه ثلاث روايات (احداهن) لا يقبل منه الا الاسلام ، نص عليه احمد واختاره الخلال وصاحبه وهو أحد قولي الشافعي لان غير الاسلام اديان باطلة فقد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد واذا قلنا لايقبل منه الا الاسلام فأبى أجبر عليه بالقتل لانه انتقل الى دين ادنى من دينه أشبه المرتد.

(والثانية) لايقبل منه الا الاسلام او الدين الذي كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه انتقل من دين يقر عليه الى دين لايقر عليه فقبل رجوعه الى دينه كالمرتد اذا رجع الى الاسلام.

(والثالثة) انه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء الاسلام او الدين الذي كان عليه أو دين أهل الكتاب لانه دين اهل الكتاب فيقر عليه كغيره من أهل ذلك الدين واذا انتقل المجوسي الى غير دين أهل الكتاب ثم رجع الى المجوسية اقر عليه في احدى الروايتين لانه أقر عليه أولا فيقر عليه ثانياً.

﴿مسئلة﴾ (وان انتقل غير الكتابي الى دين أهل الكتاب، أقر ويحتمل أن لايقبل منه الا الاسلام)

إذا انتقل المجوسي إلى دين أهل الكتاب ففيه أيضا الروايات الثلاث (إحداهن) لايقبل منه إلا الاسلام لما ذكرنا (والثانية) يقر على ماانتقل إليه لأنه أعلى من دينه ولانه انتقل الى دين يقر عليه أهله والثالثة لايقبل منه إلا الاسلام أو دينه الذي كان عليه لماتقدم

﴿مسئلة﴾ (وإن تمجس الوثني فهل يقر؟ على روايتين) إحداهما يقر لما ذكرنا والثانية لايقر لأنه انتقل إلى دين لاتحل ذبائح أهله ولا تنكح نساؤهم أشبه مالو انتقل إلى دين لايقر عليه أهله والأولى أولى

(فصل) (في نقض العهد واذا امتنع الذمي من بذل الجزية أو التزام أحكام الملة انتقض عهده)

الشافعي فقال ياأبا عبدالله ذراري المشركين او المسلمين؟ فقال هذه مسائل اهل الزيغ وقال أبو عبدالله سأل بشر بن السري سفيان الثوري عن اطفال المشركين فصاح به وقال ياصبي أنت تسأل عن هذا؟ قال أحمد ونحن نمر هذه الاحاديث على ماجاءت ولانقول شيئا وسئل عن اطفال المسلمين فقال ليس فيه اختلاف انهم في الجنة وذكروا له حديث عائشة الذي قالت فيه عصفور من عصافير الجنة قال وهذا حديث؟ وذكر فيه رجلا ضعفه طلحة وسئل عن الرجل يسلم بشرط ان لا يصلي الا صلاتين

إذا امتنع الذمي من بذل الجزية أو التزام احكام الملة إذا حكم بها حاكم انتقض عهده بغير خلاف في المذهب سواء شرط عليهم أو لا ، وهو مذهب الشافعي لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) قيل الصغار التزام احكام المسلمين فأمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية ويلتزموا أحكام الملة ،فاذا امتنعوا من ذلك وجب قتالهم فاذا قاتلوا فقد نقضوا العهد وفي معنى هذين قتالهم المسلمين منفردين أومع أهل الحرب لان اطلاق الامان يقتضي ذلك وقال أبو حنيفة لاينتقض العهد الا بالامتناع من الامام بحيث يتعذر أخذ الجزية منهم

ولنا ماذكرناه ولانه ينافي الامان أشبه مالو امتنعوا من بذل الجزية

﴿مسئلة﴾ وان تعدى على مسلم بقتل اوقذف او زنا أوقطع طريق أوتجسس أو إيواء جاسوس أوذكر الله تعالى أوكتابه أورسوله بسوء فعلى روايتين)

ويلتحق بذلك اوفتن مسلم عن دينه أوإصابة المسلمة باسم نكاح (احداهما) ينتقض عهده اختاره القاضي والشريف ابو جعفر سواء شرط عليهم أو لم يشرط ومذهب الشافعي نحو هذا فيما إذا شرط عليهم لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه رفع اليه رجل اراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا فقال ما على هذا صالحناكم وامر به فصلب في بيت المقدس وقيل لابن عمر ان راهباً يشتم رسول الله ﷺ فقال لوسمعته لقتلته انا لم نعط الامان على هذا

ولما روي عن عمر انه أمر عبدالرحمن بن غنم ان يلحق في كتاب صلح الجزيرة ومن ضرب مسلما عمداً فقد خلع عهده ولان فيه ضررا على المسلمين فاشبه الامتناع من بذل الجزية ولانه لم يف بمقتضى الذمة وهو الامن من جانبه فانتقض عهده كالو قاتل المسلمين

(والثانية) لا ينتقض العهد به لكن يقام عليه الحد فيما يوجب الحد أو يقتص منه فيما يوجب القصاص ويعذر فيما سوى ذلك بما ينكف به امثاله عن فعله لان ما يقتضيه العهد من التزام الجزية واحكام المسلمين والكف عن قتالهم باق فوجب بقاء العهد

﴿مسئلة﴾ (وان أظهر منكراً أو رفع صوته بكتابه لم ينتقض عهده)

وظاهر كلام الخرقي أنه ينتقض إن كان مشروطاً عليهم اماما سوى الخصال المذكورة في المسئلة

فقال يصح إسلامه ويؤخذ بالخمس ، وقال معنى حديث حكيم بن حزام - بايعت النبي ﷺ على أن لا أخر الا قائما - أنه لا يركع في الصلاة بل يقرأ ثم يسجد من غير ركوع قال وحديث قتادة عن نصر بن عاصم ان رجلا منهم بايع النبي ﷺ أن يصلى طرفي النهار

التي قبلها كالتميز عن المسلمين وترك اظهار المنكر ونحو ذلك فان لم يشرط عليهم لم ينتقض عهدهم به لان العقد لا يقتضيها ولا ضرر فيها على المسلمين وان شرطت عليهم فظاهر كلام الخرقي أن عهدهم ينتقض بمخالفتنا لقوله ومن نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله.

ووجه ذلك أن في كتاب صلح الجزيرة لعبد الرحمن بن غنم بعد استيفاء الشروط: وان نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على انفسنا وقبلنا الامان عليه فلا ذمة لنا وقد حل لك منا ما يحل من اهل المعاندة والشقاق ولانه عقد بشرط فزال بزوال الشرط كما لو امتنع من بذل الجزية وقال غيره من اصحابنا لا ينتقض العهد به لانه لا ضرر على المسلمين فيه ولا ينافي عقد الذمة اشبه ما لو لم يشرطه ولكنه يعزر ويلزم ما تركه

(مسئلة) (ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده بنقض عهده وإذا انتقض عهده خير الامام فيه كالاسير الحربي)

لأن النقض وجد منه دونهم فاختص حكمه به قال شيخنا في كتاب العمدة الا ان يذهب بهم الى دار الحرب وذكر في كتاب المغني انه لا يباح سبي الذرية وان ذهب بهم الى دار الحرب وإذا انتقض عهده خير الامام فيه كالاسير الحربي فيخير فيه بين القتل والاسترقاق والمن والفداء لأن عمر رضي الله عنه صلب الذي اراد استكراه امرأة ولانه كافر لا امان له قدرنا عليه في دارنا بغير عقد ولا عهد ولا شبهة ذلك فاشبه اللص الحربي هذا اختيار القاضي، وقال بعض اصحابنا فيمن سب النبي ﷺ إنه يقتل بكل حال وذكر أن احمد نص عليه

(مسئلة) (وماله فيء عند الخرقي وقال ابو بكر هو لورثته)

لانه إنما عصم بعقد الذمة فزال بزواله كالمرتد لان ماله كان معصوما فلا تزول عصمته بنقضه العهد كاولاده الصغار

(آخر كتاب الجهاد والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا)

تم بحمد الله وعونه الجزء العاشر من كتابي المغني والشرح الكبير

(ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الحادي عشر منهما وأوله (كتاب الصيد والذبائح))

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ ﻫ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤ ﻫ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ ﻫ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الحادى عشر

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد والذبائح

الاصل في إباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) وقال سبحانه (واذا حللتم فاصطادوا) وقال سبحانه (يسألونك ما ذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وأما السنة فروى أبو ثعلبة الخشني قال أتيت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله انا بارض صيد أصيد بقوسي وأصيد بكلبي المعلم وأصيد بكلبي الذي ليس بمعلم فأخبرني ما ذا يصلح لي؟ قال « أما ما ذكرت أنكم بارض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل،وما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد

الاصل في إباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً) وقال سبحانه (وإذا حللتم فاصطادوا) وقال سبحانه (يسئلونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وماعلمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وأما السنة فروى أبو ثعلبة الخشني قال اتيت رسول ﷺ فقلت يارسول الله أنا بارض صيد أصيد بقوسي وأصيد بكلبي المعلم وأصيد بكلبي الذي ليس بمعلم فاخبرني ماذا يصلح لي؟« قال اما ما ذكرت أنكم بارض

الله عليه فكل، وما صدت بكابك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » وعن عدي بن حاتم قال قلت يارسول الله انا نرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال « كل» قلت وإن قتل؟ قال « كل ما لم يشركه كلب غيره » قال ، وسئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل » متفق عليهما ، وأجمع أهل العلم على اباحة الاصطياد والأكل من الصيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سمى وأرسل كلبه أو فهده المعلم واصطاد وقتل ولم يأكل منه جاز أكله)

أما ما أدرك ذكاته من الصيد فلا يشترط في اباحته سوى صحة التذكية ولذلك قال عليه السلام « وماصدت بكلبك الذي ليس بمعلم فادركت ذكاته فكل » وأما ماقتل الجارح فيشترط في اباحته شروط سبعة

(أحدها) أن يكون الصائد من أهل الذكاة، فان كان وثنياً او مرتداً أو مجوسياً أو من غير المسلمين وأهل الكتاب أو مجنوناً لم يبح صيده لان الاصطياد أقيم مقام الذكاة والجارح آلة كالسكين وعقره للحيوان بمنزلة افراء الاوداج . قال النبي ﷺ « فان أخذ الكلب ذكاته» والصائد بمنزلة المذكي فتشترط الاهلية فيه

(الشرط الثاني) أن يسمي عند ارسال الجارح فان ترك التسمية عمداً أو سهواً لم يبح، هذا تحقيق المذهب وهو قول الشعبي وأبي ثور وداود ، ونقل حنبل عن أحمد إن نسي التسمية على الذبيحة والكلب أبيح ، قال الخلال سها حنبل في نقله فان في أول مسئاته إذا نسي وقتل لم يا كل وممن

صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وماصدت بكلبك المعلم والذي ليس بمعلم فادركت ذكاته فكل » متفق عليه وعن عدي بن حاتم قال قلت يارسول الله انا نرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال « كل» قلت فان قتل؟ قال« وان قتل ما لم يشركه كلب غيره» قال وسئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل » متفق عليه ايضاً وأجمع أهل العلم على اباحة الاصطياد والاكل من الصيد

﴿مسئلة﴾ (ومن صاد صيداً فادركه حياً حياة مستقرة لم يحل إلا بالذكاة)

اما ما ادرك ذكاته من الصيد فلا يشترط في اباحته سوى صحة التذكية ولذلك قال عليه الصلاة والسلام « وماصدت بكلبك الذي ليس بمعلم فادركت ذكاته فكل » فاما ان ادركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات نظرت، فان كان الزمان لا يتسع لذكاته فمات فانه يحل أيضاً قال قتادة يأكله مالم يتوان في ذكاته أو يتركه عمداً وهو قادر على ذكاته ونحوه قول مالك والشافعي وروي ذلك عن الحسن والنخعي، وقال أبو حنيفة لايحل لانه أدركه وفيه حياة مستقرة فتعلقت اباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان .

اباح متروك التسمية في النسيان دون العمد أبو حنيفة ومالك لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » ولان ارسال الجارحة جرى مجرى التذكية فعفي عن النسيان فيه كالذكاة ، وعن أحمد أن التسمية تشترط على ارسال الكلب في العمد والنسيان ولا يلزم ذلك في ارسال السهم اليه حقيقة وليس له اختيار فهو بمنزلة السكين بخلاف الحيوان فانه يفعل باختياره وقال الشافعي : يباح متروك التسمية عمداً أو سهواً لان البراء روى أن النبي ﷺ قال « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي الله فقال اسم الله في قلب كل مسلم وعن أحمد رواية أخرى مثل هذا

ولنا قوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقال (فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وقال النبي ﷺ « اذا أرسلت كلبك وسميت فكل » قلت ارسل كلبي فأخذ معه كلبا آخر؟ قال « لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر » متفق عليه وفي لفظ « واذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل » وفي حديث ابي ثعلبة « وما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل » وهذه نصوص صحيحة لا يعرج على ماخالفها ، وقوله « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان » يقتضي نفي الاثم لاجعل الشرط المعدوم كالموجود بدليل مالو نسي شرط الصلاة ، والفرق بين الصيد والذبيحة ان الذبح وقع في محله فجاز أن يتسامح فيه بخلاف الصيد . فاما أحاديث أصحاب الشافعي فلم يذكرها أصحاب السنن المشهورة ، وان صحت فهي في الذبيحة ولا يصح قياس الصيد عليها لما ذكرنا مع مافي الصيد من النصوص الخاصة . إذا ثبت هذا فالتسمية

ولنا أنه لم يقدر على ذكاته كالذي قتله الصائد، ويفارق ما قاسوا عليه لانه أمكنه ذكاته وفرط بتركها ، ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها زمناً طويلا وأمكنه ذكاته ولم يذكه حتى مات لم يبح سواء كان به جرح يعيش معه اولا وبه قال مالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان ما كان كذلك فهو في حكم الحي بدليل ان عمر رضي الله عنه كانت جراحاته موجبة فاوصى واجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال ولم تسقط عنه الصلاة ولا العبادات ولانه ترك تذكيته مع القدرة عليها فاشبه غير الصيد

﴿مسئلة﴾ (فان لم يجد ما يذكيه به أرسل الصائد له عليه حتى يقتله في إحدى الروايتين) واختاره الخرقي

﴿مسئلة﴾ (فان لم يفعل وتركه حتى مات لم يحل وقال القاضي يحل والاخرى لايحل الا ان يذكيه)

اختلف قول أحمد في هذه المسئلة فعنه مثل قول الخرقي وهو قول الحسن وابراهيم وقال في موضع إني لاقشعر من هذا يعني أنه لا يراه وهو قول أكثر أهل العلم لانه مقدور عليه فلم يبح بقتل الجارح كالانعام وكما لو أخذه سليما. ووجه الاول أنه صيد قتله الجارح له من غير امكان ذكاته فابيح كما لو ادركه ميتاً ولانها حال تتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة غالبا فجاز ان تكون ذكاته على حسب الامكان

المعتبرة قوله بسم الله لان إطلاق التسمية ينصرف إلى ذلك ، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ كان إذا ذبح قال « بسم الله والله أكبر » وكان ابن عمر يقوله ولا خلاف في أن قوله بسم الله يجزئه وان قال اللهم اغفر لي لم يكف لان ذلك طلب حاجة، وان هلل او سبح او كبر او حمد الله تعالى احتمل الاجزاء لانه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم واحتمل المنع لان اطلاق التسمية لا يتناوله ، وان ذكر اسم الله تعالى بغير العربية أجزأه وإن أحسن العربية لان المقصود ذكر اسم الله وهو يحصل بجميع اللغات بخلاف التكبير في الصلاة فان المقصود لفظه وتعتبر التسمية عند الارسال لانه الفعل الموجود من المرسل فتعتبر التسمية عنده كما تعبر عند الذبح من الذابح وعند ارسال السهم من الرامي نص احمد على هذا ولا تشرع الصلاة على النبي ﷺ مع التسمية في ذبح ولا صيد وبه قال الليث، واختار ابو إسحاق بن شاقلا استحباب ذلك وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام « من صلى علي مرة صلى الله عليه عشراً » وجاء في تفسير قوله تعالى (ورفعنا لك ذكرك) لا أذكر إلا ذكرت معي

ولنا قوله عليه السلام « موطنان لا أذكر فيهما : عند الذبيحة والعطاس » رواه ابو محمد الخلال باسناده ولانه إذا ذكر غير الله تعالى أشبه المهل لغير الله

(الشرط الثالث) أن يرسل الجارحة على الصيد فان استرسلت بنفسها فقتلت لم يبح وبهذا قال ربيعة ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي، وقال عطاء والاوزاعي يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد، وقال إسحاق إذا سمى عند انفلاته أبيح صيده وروى باسناده عن ابن عمر أنه سئل عن الكلاب

كالمتردية في بئر ، وحكي عن القاضي أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل لانه صيد تعذرت تذكيته فابيح بموته من غير عقر الصائد له كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبثه .والاول أصح لانه حيوان لا يباح بغير التذكية اذا كان معه آلة الذكاة فلم يبح بغيرها اذا لم تكن آلة كسائر المقدور على تذكيته، ومسئلة الخرقي محمولة على ما يخاف موته ان لم يقتله الحيوان أو يذكى فان كان به حياة يمكن بقاؤه الى ان يأتي به منزله فليس فيه اختلاف لانه لا يباح الا بالذكاة

﴿مسئلة﴾ (وان رمى صيدا فاثبته ثم رماه آخر فقتله لم يحل ولمن اثبته قيمته مجروحاً على قاتله الا ان يصيب الاول مقتله دون الثاني أو يصيب الثاني مذبحه فيحل وعلى الثاني ما خرق من جلده)

اذا رمى صيداً فاثبته ثم رماه آخر فاصابه لم تخل رمية الاول من قسمين (أحدهما) ان تكون موحية مثل ان ينحره أو يذبحه أو تقع في خاصرته أو قلبه فينظر في رمية الثاني فان كانت غير موحية فهو حلال ولا ضمان على الثاني الا ان ينقصه برميه شيئاً فيضمن ما نقصه وبالرمية الاولى صار مذبوحاً ، وان كانت رمية الثاني موحية فقال القاضي وأصحابه يحل كالتي قبلها وهو مذهب الشافعي

تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد قال اذكر اسم الله وكل ، قال إسحاق فهذا الذي اختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه قال الخلال هذا على معنى قول أبي عبدالله

ولنا قول النبي ﷺ « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل » ولان إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه ، وان استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره فزاد في عدوه أبيح صيده وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا يباح وعن عطاء كالمذهبين

ولنا أن زجره أثر في عدوه فصار كما لو أرسله وذلك لان فعل الانسان متى انضاف إلى فعل غيره فالاعتبار بفعل الانسان بدليل مالو صال الكلب على انسان فأغراه انسان فالضمان على من أغراه ، وإن أرسله بغير تسمية ثم سمى وزجره فزاد في عدوه فظاهر كلام احمد أنه يباح فانه قال إذا أرسل ثم سمى فانزجر او أرسل وسمى فالمعنى قريب من السواء وظاهر هذا الاباحة لانه انزجر بتسميته وزجره فاشبه التي قبلها وقال القاضي لا يباح صيده لان الحكم يتعلق بالارسال الاول بخلاف ما اذا استرسل بنفسه فانه لا يتعلق به حظر ولا إباحة

(الشرط الرابع) أن يكون الجارح معلما ولا خلاف في اعتبار هذا الشرط لان الله تعالى قال (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم) وما تقدم من حديث أبي ثعلبة ، ويعتبر في تعليمه ثلاثة شروط : اذا أرسله استرسل وإذا زجره انزجر وإذا أمسك لم يأكل ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما في حكم العرف وأقل ذلك ثلاث قاله القاضي وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ولم يقدر أصحاب الشافعي عدد المرات لان التقدير بالتوقيف ولا توقيف في

ويجيء على قول الخرقي ان يكون حراما كما لو ذبح حيوان فغرق في ماء أو وليء عليه شيء فقتله وقد ذكرناه (القسم الثاني) ان يكون جرح الاول غير موجئ فينظر في رمية الثاني فان كانت موجئة فهو محرم لما ذكرنا الا ان تكون رمية الثاني ذبحته أو نحرته

(فصل) فان لم تكن جراحة الثاني موجئة فله ثلاث صور (أحدها) ان يذكى بعد ذلك فيحل (الثانية) لم يذك حتى مات فهو حرام لانه مات من جرحين مبيح ومحرم لحرم كما لو مات من جرح مسلم ومجوسي وعلى الثاني ضمان جميعه لان جرحه هو الذي جرمه فكان جميع الضمان عليه (الثانية) قدر على ذكاته فلم يذكه حتى مات فيحرم لمعنيين (أحدهما) نه ترك ذكاته مع امكانه (الثاني) أنه مات من جرحين مبيح ومحرم ويلزم الثاني الضمان وفي قدره احتمالان (أحدهما) يضمن جميعه كالتي قبلها (الاحتمال الثاني) يضمن بقسط جرحه لان الاول اذا ترك الذبح مع إمكانه كان جرحه حاضراً أيضا بدليل ما لو انفرد وقتل الصيد فيكون الضمان منقسما عليهما، وذكر القاضي في قسمه عليهما ان يقسط ارش جرح الاول وعلى الثاني ارش جراحته ثم يقسم ما بقي من القيمة بينهما نصفين ، وفرض المسئلة في صيد قيمته عشرة دراهم نقصه جرح الاول درهما ونقصه جرح الثاني درهما فعليه درهم

هذا بل قدره بما يصير به في العرف معلما ، وحكي عن ابي حنيفة انه اذا تكرر مرتين صار معلما لان التكرار يحصل بمرتين، وقال الشريف أبو جعفر وابو الخطاب يحصل ذلك بمرة ولا يعتبر التكرار لانه تعلم صنعة فلا يعتبر فيها تكرار كسائر الصنائع

ولنا ان تركه للاكل يحتمل ان يكون لشبع ويحتمل انه لتعلم فلا يتميز ذلك الا بالتكرار وما اعتبر فيه التكرار اعتبر ثلاثا كالمسح في الاستجمار وعدد الاقرار والشهود في العدة والغسلات في الوضوء ويفارق الصنائع فانها لا يتمكن من فعلها الا من تعلمها فاذا فعلها علم انه قد تعلمها وعرفها وترك الاكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره ويوجد من الصنفين جميعا فلا يتميز به احدهما من الآخر حتى يتكرر ، وحكي عن ربيعة ومالك انه لا يعتبر ترك الاكل لما روى أبو ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله ﷺ « إذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن اكل » ذكره الامام أحمد ورواه أبو داود .

ولنا أن العادة في المعلم ترك الاكل فاعتبر شرطا كالانزجار اذا زجر، وحديث أبي ثعلبة معارض بما روي عن عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال « فان اكل فلا تأكل فاني أخاف ان يكون انما امسك على نفسه » وهذا أولى بالتقديم لانه متفق عليه ولانه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللا ثم إن حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها « لقوله اذا ارسلت كلبك المعلم » ولا يثبت التعليم حتى يترك الاكل . إذا ثبت هذا فان الانزجار بالزجر انما يعتبر بارساله على الصيد او رؤيته . أما بعد ذلك فانه لا ينزجر بحال

ويقسم الباقي وهو ثمانية بينهما نصفين فيكون على الثاني خمسة دراهم درهم بالمباشرة وأربعة بالسراية وتسقط حصة الاول وهي خمسة ، وان كان ارش جرح الثاني درهمين لزماه ويلزمه نصف السبعة الباقية ثلاثة ونصف وذلك خمسة ونصف وتسقط حصة الاول اربعة ونصف، فان كانت جنايتها مملوكة لغيرهما قسم الضمان عليهما كذلك ، قال شيخنا : ويتوجه على هذه الطريقة انه سوى بين الجنايتين مع ان الثاني جنى عليه وقيمته دون قيمته يوم جنى عليه الاول وإن لم يدخل ارش الجناية في بدل النفس كما يدخل في الجناية على الآدمي قال شيخنا والجواب عن هذا ان كل واحد منهما انفرد باتلاف ماقيمته درهم وتساويا في اتلاف الباقي بالسراية وتساويا في الضمان وانما يدخل ارش الجناية في بدل النفس التي لا ينتقص بدلها باتلاف بعضها وهو الآدمي، أما البهائم فاذا جنى عليها جناية ارشها درهم نقص ذلك من قيمتها فاذا سرى الى النفس اوجبنا ما بقي من قيمة النفس ولم يدخل الارش فيها وذكر أصحاب الشافعي في قسمة الضمان طرقاً ستة (أصحها) عندهم ان يقال ان الاول اتلف نصف نفس قيمتها تسعة فيلزمه أربعة ونصف فيكون المجموع تسعة ونصفا وهي أقل من قيمته لانها عشرة فتقسم العشرة على تسعة ونصف فيسقط عن الاول ما يقابل اربعة ونصفاً ، ويتوجه على هذا ان كل

(الشرط الخامس) ان لا يأكل من الصيد فان اكل منه لم يبح في أصح الروايتين ويروى ذلك عن ابن عباس وابي هريرة وبه قال عطاء وطاوس وعبيد بن عمير والشعبي والنخعي وسويد بن غفلة وابو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وابو حنيفة واصحابه وابو ثور (والرواية الثانية) يباح وروي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وسلمان وابي هريرة وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد وبه قال مالك وللشافعي قولان كالمذهبين . واحتج من اباحه بعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وحديث ابي ثعلبة ولانه صيد جارح معلم فأبيح كما لو لم يأكل فان الاكل يحتمل ان يكون لفرط جوع أوغيظ على الصيد

ولنا قول النبي ﷺ في حديث عدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسك عليك» قلت وان قتل قال « وإن قتل الا ان يأكل الكلب فان اكل فلا تاكل فاني أخاف ان يكون انما امسك على نفسه » متفق عليه، ولان ما كان شرطا في الصيد الاول كان شرطا في سائر صيوده كالارسال والتعليم . واما الآية فلا تتناول هذا الصيد فانه قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) وهذا إنما امسك على نفسه . واما حديث ابي ثعلبة فقد قال أحمد يختلفون عن هشيم فيه، وعلى ان حديثنا اصح لانه متفق عليه وعدي بن حاتم أضبط ولفظه ابين لأنه ذكر الحكم والعلة . قال احمد حديث الشعبي عن عدي من أصح ماروي عن النبي ﷺ الشعبي يقول كان جاري وربيطي فحدثني والعمل عليه ويحتمل انه أكل منه بعد ان قتله وانصرف عنه؛ واذا ثبت هذا فانه لايحرم ماتقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم وقال ابو حنيفة يحرم لانه لوكان معلماً ماأكل

واحد منهما يلزمه أكثر من قيمة نصف الصيد حين جنى عليه ، وان كانت الجراحات من ثلاثة فان كان الاول اثبته فعلى طريقة القاضي على كل واحد ارش جرحه وتقسم السراية عليهم اثلاثا وان كان المثبت له الثاني فجراحة الاول هدر لاعبرة بها والحكم في جرحي الآخرين كما ذكرنا وعلى الطريقة الأخرى الاول أتلف ثلث نفس قيمتها عشرة فيلزمه ثلاثة وثلث والثاني اتلف ثلثها وقيمتها تسعة فيلزمه ثلاثة (والثالث) اتلف ثلثها وقيمتها ثمانية فيلزمه درهمان وثلثان فمجموع ذلك تسعة تقسم عليها العشرة حصة كل واحد منهم مايقابل ما اتلفه، وان اتلفوا شاة مملوكة لغيره ضمنوها كذلك

(فصل) فان رمياه معا فقتلاه كان حلالا وملكاه لأنهما اشتركا في سبب الملك والحل تساوى الجرحان أو تفاوتا لان موته كان بهما فان كان أحدهما موجئا والآخر غير موجيء ولا يثبت مثله فهو لصاحب الجرح الموجيء لانه الذي اثبته وقتله، ولاشيء على الآخر لان جرحه كان قبل ثبوت ملك الاخر فيه وان اصابه أحدهما بعد صاحبه فوجدناه ميتاً لم نعلم هل صار بالاول ممتنعا اولا ؟ حل لان الاصل الامتناع ويكون بينهما لان ايديهما عليه، فان قال كل واحد منهما انا اثبته ثم قتلته أنت حرم لأنهما اتفقا على تحريمه ويتحالفان لاجل الضمان ، وان اتفقا على الاول منهما فادعى الاول أنه اثبته

ولنا عموم الآية والاخبار وانما خص منهما أكل منه ففيما عداه يجب القضاء بالعموم ولان اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ولهذا حكمنا بحل صيده فاذا وجد الاكل احتمل ان يكون لنسيان او لفرط جوعه او نسي التعلم فلا يترك ما ثبت يقيناً بالاحتمال

(فصل) فان شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم نص عليه احمد وبه قال عطاء والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وكرهه الشعبي والثوري لانه في معنى الاكل

ولنا عموم الآية والاخبار وانما خرج منه ما أكل منه بحديث عدي « فان أكل منه فلا تأكل » وهذا لم يأكل ، ولان الدم لايقصده الصائد منه ولا ينتفع به فلا يخرج بشربه عن أن يكون ممسكا على صائده

(فصل) ولا يحرم ماصاده الكلب بعد الصيد الذي أكل منه ويحتمل كلام الخرقي انه يخرج عن أن يكون معلماً فتعتبر له شروط التعليم ابتداء والاول أولى لما ذكرنا في صيده الذي قبل الاكل

(الشرط السادس) ان يجرح الصيد فان خنقه او قتله بصدمته لم يبح، قال الشريف وبه قال أكثرهم ، وقال الشافعي في قول له يباح لعموم الآية والخبر

ولنا انه قتله بغير جرح أشبه ماقتله بالحجر والبندق ولان الله تعالى حرم الموقوذة وهذا كذلك وهـذا يخص ماذكروه ، وقول النبي ﷺ « ماأنهر الدم وذكر اسم الله فكل » يدل على انه لايباح مالم ينهر الدم

(الشرط السابع) أن يرسله على صيد فان ارسله وهو لا يرى شيئاً ولا يحس به فأصاب صيداً لم يبح هذا قول

ثم قتله الاخر وأنكر الثاني اثبات الاول له فالقول قول الثاني لان الاصل امتناعه ويحرم على الاول لاقراره بتحريمه والقول قول الثاني في عدم الامتناع مع يمينه، وان علمت جراحة كل واحد منهما نظر فيها فان علم ان جراحة الاول لا يبقى معها امتناع مثل ان كسر جناح الطاير أو ساق الظبي فالقول قول الاول بغير يمين ،وان علم أنه لا يزيل الامتناع مثل خدش الجلد فالقول قول الثاني وان احتمل الامرين فالقول قول الثاني لان الاصل معه وعليه اليمين لان ما ادعاه الاول محتمل

﴿مسئلة﴾ (وان ادرك الصيد متحركا كحركة المذبوح فحكمه حكم الميت لايحتاج الى ذكاة)

لان عقره كذكاته،ومتى أدركه ميتا حل بشروط أربعة (أحدها) ان يكون من أهل الذكاة وهو ان يكون مسلما عاقلا أو كتابياً فان كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً اومن غير المسلمين وأهل الكتاب أو مجنونا لم يبح صيده لان الاصطياد اقيم مقام الذكاة والجارح مقام الآلة كالسكين وعقره للحيوان بمنزلة افراء الاوداج قال النبي ﷺ « فان أخذ الكلب له ذكاة » والصائد بمنزلة المذكي فتشترط الاهلية فيه

أكثر أهل العلم لانه لم يرسله على الصيد وانما استرسل بنفسه وهكذا ان رمى سهما الى غرض فاصاب صيداً أو رمى به الى فوق رأسه فوقع على صيد فقتله لم يبح لانه لم يقصد برميه عيناً فاشبه من نصب سكيناً فانذبحت بها شاة

(فصل) وكل مايقبل التعليم ويمكن الاصطياد به من سباع البهائم كالفهد أو جوارح الطير فحكمه حكم الكلب في اباحة صيده قال ابن عباس في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح) هي الكلاب المعلمة وكل طير تعلم الصيد والفهود والصقور وأشباهها وبمعنى هذا قال طاوس ويحيى بن ابي كثير والحسن ومالك والثوري وابو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابو ثور ، وحكي عن ابن عمر ومجاهد انه لايجوز الصيد إلا بالكلب لقول الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) يعني كلبتم من الكلاب

ولنا ماروي عن عدي قال : سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي فقال « اذا أمسك عليك فكل » ولانه جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فأشبه الكلب ، فأما الآية فان الجوارح الكواسب (ويعلم ماجرحتم بالنهار) أي كسبتم ، وفلان جارحة اهله اي كاسبهم (مكلبين) من التكليب وهو الاغراء

(فصل)وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد؟ فيه وجهان (أحدهما) لايجب لان الله تعالى ورسوله أمرا بأكله ولم يأمرا بغسله (والثاني) يجب لانه قد ثبتت نجاسته فيجب غسل ما أصابه كبوله

(فصل) فاما مالا يفتقر الى الذكاة كالحوت والجراد فيباح اذا صاده المجوسي ومن لاتباح ذبيحته وقد أجمع على ذلك أهل العلم غير ان مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة وافرطوا فقال مالك والليث لانرى ان يؤكل الجراد اذا صاده المجوسي ورخصا في السمك ، واباح ابو ثور صيد المجوسي وذبيحته وقد ذكرنا ذلك في باب الذكاة

﴿مسئلة﴾ (فان رمى مسلم ومجوسي صيداً أو ارسلا عليه جارحاً أوشارك كلب المجوسي كلب المسلم في قتله لم يحل ،وان اصاب أحدهما المقتل دون الآخر حل ويحتمل أن لا يحل)

متى رمى مسلم ومجوسي أو من ليس من أهل الذكاة صيداً او ارسلا عليه جارحاً فمات بذلك لم يحل لانه اجتمع في قتله مبيح ومحرم فغلب التحريم كالمتولد بين ما يؤكل وبين مالا يؤكل، وكذلك ان شارك كلب المجوسي كلب المسلم في قتله لما ذكرنا ولان الاصل الحظر، والحل موقوف على شرط وهو ان يذكيه من هو من أهل الذكاة أو صيده الذي حصلت التذكية به ولم يتحقق ذلك وكذلك ان رمياه بسهميهما فاصاباه فمات لما ذكرناه ولا فرق بين ان يقع سهماهما فيه دفعة واحدة أو يقع أحدهما قبل الآخر، فان اصاب احدهما مقتله دون الاخر مثل ان يكون قد عقره[1] عقراً موحيا مثل ان ذبحه او جعله في حكم المذبوح ثم اصابه الثاني وهو غير موح ويجيء ،على قول الخرقي ان لايباح فانه قال

(١) هذا نقص ونصه مذبوح فيكون الحكم للاول فان كان الاول المسلم أبيح وان كان المجوسي لم يبح وان كان الثاني موحيا أيضا فقال أكثر أصحابنا الحكم للاول أيضا لان الاباحة حصلت به فأشبه ما لو كان الثاني غير اهل الذكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أرسل البازي وما أشبهه فصاد وقتل أكل وإن أكل من الصيد لأن تعليمه بأن يأكل)

وجملته انه يشترط في الصيد بالبازي ما يشترط في الصيد بالكلب إلا ترك الاكل فلا يشترط ويباح صيده وإن أكل منه، وبهذا قال ابن عباس واليه ذهب النخعي وحماد والثوري وابو حنيفة وأصحابه ونص الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده لان مجالداً روى عن الشعبي عن عدي ابن حاتم عن النبي ﷺ «فان أكل الكلب والبازي فلا تأكل» ولانه جارح أكل مما صاده عقيب قتله فأشبه سباع البهائم

ولنا اجماع الصحابة روى الخلال باسناده عن ابن عباس قال : اذا أكل الكلب فلا تأكل من الصيد واذا أكل الصقر فكل لانك تستطيع ان تضرب الكلب ولا تستطيع أن تضرب الصقر وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة اباحة ما أكل منه الكلب وخالفهم ابن عباس فيه ووافقهم في الصقر ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلافهم ، ولان جوارح الطير تعلم بالأكل ويتعذر تعليمها بترك الاكل فلم يقدح في تعليمها بخلاف الكلب والفهد، وأما الخبر فلا يصح يرويه مجالد وهو ضعيف قال احمد مجالد يصير القصة واحدة كم من أعجوبة لمجالد والروايات الصحيحة تخالفه ،ولا يصح قياس الطير على السباع لما بينهما من الفرق فاذا ثبت هذا فكل جارح من الطير أمكن تعليمه والاصطياد به من البازي والصقر والشاهين والعقاب حل صيدها على ما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود اذا كان بهيما لانه شيطان)

البهيم الذي لا يخالط لونه لون سواه قال احمد الذي ليس فيه بياض ، قال ثعلب وابراهيم

اذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء لم تؤكل ولان الروح خرجت بالجرحين فاشبه ما لو جرحاه معا وان كان الاول ليس بموح فالحكم للثاني في الحظر والاباحة

(فصل) فان ارسل مسلمان كلبيهما على صيد وسمى احدهما دون الآخر وكان احد الكلبين غير معلم فقتلا صيداً لم يحل، وكذلك ان ارسل كلبه المعلم فاستهل معه معلم اخر بنفسه فقتلا الصيد في قول اكثر اهل العلم منهم ربيعة ومالك والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وقال الاوزاعي يحل ههنا

ولنا أن ارسال الكلب على الصيد شرط لما نذكره ولم يوجد في أحدهما .

(فصل) إذا أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لا يدرون من قتله حل أكله فان اختلفوا في قاتله وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينهم على السواء لان الجميع مشتركة في امساكه فأشبه ما لو كان في أيدي الصيادين وعبيدهم،وان كان البعض متعلقاً به دون باقيها فهو لمن كلبه معلق

الحربي كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم قيل لهما من كل لون ؟ قالا نعم ، وممن كره صيده الحسن والنخعي وقتادة واسحاق ، قال احمد ماأعرف أحداً يرخص فيه يعني من السلف وأباح صيده ابو حنيفة ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب

ولنا انه كلب يحرم اقتناؤه ويجب قتله فلم يبح صيده كغير المعلم ، ودليل تحريم اقتنائه قول النبي ﷺ « فقتلوا منها كل أسود بهيم » رواه سعيد وغيره

وروى مسلم في صحيحه باسناده عن عبد الله بن المغفل قال : أمرنا رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها فقال « عليكم بالاسود البهيم ذي النكتتين فانه شيطان » فأمر بقتله وماوجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبح صيده لغير المعلم ولان النبي ﷺ سماه شيطانا ولا يجوز اقتناء الشيطان واباحة الصيد المقتول رخصة فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص والعمومات مخصوصة بما ذكرناه وان كان فيه نكتتان فوق عينيه لم يخرج بذلك عن كونه بهيماً لما ذكرناه من الخبر

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أراد الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات لم يؤكل)

يعني والله أعلم ما كان فيه حياة مستقرة ، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح في قولهم جميعاً فان الذكاة في مثل هذا لاتفيد شيئاً ، وكذلك لو ذبحه مجوسي ثم أعاد ذبحه مسلم لم يحل ، فاما ان أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات نظرت فان لم يتسع الزمان لذكاته حتى

به وعلى من حكمنا له به اليمين في المسئلتين ، لان دعواه محتملة فكانت اليمين عليه كصاحب اليد وان كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الامر حتى يصطلحوا ويحتمل أن يقرع بينهم فمن قرع صاحبه حلف وكان له ، وهذا قول أبي ثور قياساً على مالو تداعيا دابة في يد غيرهما وعلى الاول إذا خيف فساده قبل اصطلاحهم عليه باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان رد كلب المجوسي إلى كلب المسلم فقتله حل أكله) وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقال أبو حنيفة لايحل لان كلب المجوسي عاون في اصطياده فأشبه إذا عقره .

ولنا أن جارحة المسلم انفردت بقتله فابيح كما لو رمى المجوسي سهمه فرد الصيد فأصابه سهم المسلم فقتله او أمسك مجوسي شاة فذبحها مسلم وبهذا يبطل ماقاله .

﴿ مسئلة ﴾ (وان صاد المسلم بكلب المجوسي حل صيده).

وعنه لايحل صيد المسلم بكلب المجوسي في الصحيح من المذهب ، وبه قال سعيد بن المسيب والحكم ومالك والشافعي وأبو ثور واسحاق وأصحاب الرأي وعنه لايباح وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعي والثوري لقول الله تعالى (وما علمتم من الجوارح) وهذا لم يعلمه وعن الحسن انه كره الصيد بكلب اليهودي والنصراني لهذه الآية .

مات حل أيضاً ، قال قتادة يأكله مالم يتوان في ذكاته أو يتركه عمداً وهو قادر على أن يذكيه ونحوه قول مالك والشافعي ، وروي عن الحسن والنخعي وقال ابو حنيفة لا يحل لانه أدركه حياً حياة مستقرة فتعلقت اباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان

ولنا انه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه الى التفريط ولم يتسع لها الزمان فكان عقره ذكاته كالذي قتله ، ويفارق ماقاسوا عليه لانه أمكنه ذكاته وفرط بتركها، ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا وأمكنته ذكاته فلم يدركه حتى مات لم يبح سواء كان به جرح يعيش معه أولا وبه قال مالك والليث والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي لان ماكان كذلك فهو في حكم الحي بدليل ان عمر رضي الله عنه كانت جراحاته موحية فاوصى وأجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال ولا سقطت عنه الصلاة والعبادات ولانه ترك تذكيته مع القدرة عليها فأشبه غير الصيد

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يكن معه ما يذكيه به اشلى الصائد له عليه حتى يقتله فيؤكل)

يعني اغرى الكلب به وأرسله عليه ، ومعنى أشلى في العربية دعا الا أن العامة تستعمله بمعنى اغراه ، ويحتمل أن الخرقي أراد دعاه ثم ارسله لان ارساله على الصيد يتضمن دعاءه اليه ، واختلف قول أحمد في هذه المسئلة فعنه مثل قول الخرقي وهو قول الحسن وابراهيم وقال في موضع : اني لاقشعر من هذا يعني أنه لا يراه وهو قول أكثر أهل العلم لانه مقدور عليه فلم يبح بقتل الجارح له كبهيمة الانعام وكما لو اخذه سليما ، ووجه الاولى أنه صيد قتله الجارح له من غير امكان ذكاته

ولنا انه آلة صاد بها المسلم فحل صيده كالقوس والسهم ، وقال ابن المسيب هو بمنزلة شفرته والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه وما علمه غيرنا فهو في معناه فيثبت الحكم بالقياس الذي ذكرناه، يحققه أن التعليم انما أثر في جعله آلة ولا تشترط الاهلية في ذلك هنا كعمل القوس والسهم وانما أثر فيما أقيم مقام الزكاة وهو ارسال الآلة من الكلب والسهم وقد وجد الشرط هنا .

﴿ مسئلة ﴾ (وان صاد المجوسي بكلب المسلم لم يحل صيده في قول الجميع)

﴿ مسئلة ﴾ (وان ارسل المسلم كلبا فزجره المجوسي حل صيده لان الصائد هو المسلم وان ارسله مجوسي فزجره مسلم لم يحل لان الصائد هو المجوسي) .

(فصل) الثاني الآلة وهي نوعان : محدد فيشترط له مايشترط لآلة الذكاة ولا بد أن يجرحه فإن قتله بثقله لم يحل لانه وقذ فيدخل في عموم قوله تعالى (والموقوذة)

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصاب بالمعراض اكل ماقتل بحده دون عرضه)

المعراض عود محدد وربما جعل في رأسه حديدة .

قال احمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما اصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح

فأبيح كما لو أدركه ميتاً ولانها حال تتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة غالباً فجاز أن تكون ذكاته على حسب الامكان كالمتردية في بئر ، وحكي عن القاضي أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل لانه صيد تعذرت تذكيته فأبيح بموته من عقر الصائد له كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبثه والاول أصح لانه حيوان لا يباح بغير التذكية إذا كان معه آلة الذكاة فلم يبح بغيرها إذا لم يكن معه آلة كسائر المقدور على تذكيته ، ومسئلة الخرقي محمولة على ما يخاف موته ان لم يقتله الحيوان أو يذكى فان كان به حياة يمكن بقاؤه الى أن يأتي به منزله فليس فيه اختلاف أنه لا يباح الا بالذكاة لانه مقدور على تذكيته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أرسل كلبه فأضاف معه غيره لم يؤكل الا ان يدرك في الحياة فيذكى)

معنى المسئلة أن يرسل كلبه على صيد فيجد الصيد ميتاً ويجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله ولا يدري هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا ولا يعلم أيهما قتله ؟ أو يعلم أنهما جميعاً قتلاه او ان قاتله الكلب المجهول فانه لا يباح إلا ان يدركه حيا فيذكيه وبهذا قال عطاء والقاسم بن مخيمرة ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ، والاصل فيه ما روى عدي بن حاتم قال سألت رسول الله ﷺ فقلت أرسل كلبي فأجد معه كلباً آخر قال « لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر » وفي لفظ « فان وجدت مع كلبك كلباً آخر فخشيت أن يكون أخذ معه وقد قتله فلا تأكله فانك انما ذكرت اسم الله على كلبك » وفي لفظ « فانك لا تدري أيهما قتل ؟ »

وربما اصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذاً فلا يباح وهذا قول علي وسلمان وعمار وابن عباس وبه قال النخعي والحكم ومالك والثوري والشافعي وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وقال الاوزاعي والحكم واهل الشام يباح ماقتل بحده وعرضه وقال ابن عمر مارمي من الصيد بجلاهق او معراض فهو من الموقوذة وبه قال الحسن .

ولنا ماروى عدي بن حاتم قال سئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال « ماخرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيذ فلا تأكل » متفق عليه ، وهذا نص صريح ولان ماقتل بحده بمنزلة ماطعنه برمحه اورماه بسهمه، ولانه محدد خرق وقتل بحده وماقتل بعرضه انما يقتله بثقله فهو موقوذ كالذي رماه بحجر او بندق ويحمل قول ابن عمر في تحريم ماقتل بالمعراض على ماقتل بعرضه ولانه شبهه بالبندق .

(فصل) وحكم آلات الصيد حكم المعراض في أنها إذا قتلت بعرضها ولم تجرح لم يبح الصيد كالسهم يصيب الطائر بعرضه فيقتله أو الرمح والحربة والسيف يضرب به صفحاً فيقتل فكل ذلك حرام ، وكذا ان أصاب بحده فلم يجرح وقتل بثقله لم يبح لقول النبي ﷺ « ماخرق فكل » ولانه إذا لم يجرحه فانما يقتل بثقله فأشبه ماأصاب بعرضه .

أخرجه البخاري ولانه شك في الاصطياد المبيح فوجب ابقاء حكم التحريم، فأما ان علم ان كلبه الذي قتل وحده او ان الكلب الآخر مما يباح صيده ابيح بدلالة تعليل تحريمه «فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر» وقوله «فانك لا تدري أيهما قتل» ولأنه لم يشك في المبيح فلم يحرم كما لو كان هو أرسل الكلبين وسمى ، ولو جهل حال الكلب المشارك لكلبه ثم انكشف له أنه مسمى عليه مجتمعة فيه الشرائط حل الصيد ، ولو اعتقد حله لجهله بمشاركة الآخر له او لاعتقاده أنه كلب مسمى عليه ثم بان بخلافه حرم لان حقيقة الاباحة والتحريم لا تتغير باعتقاده خلافها ولا الجهل بوجودها

(فصل) وإن ارسل كلبه فأرسل مجوسي كلبه فقتلا صيداً لم يحل لان صيد المجوسي حرام فاذا اجتمع الحظر والاباحة غلب الحظر كالمتولد بين مايؤكل وما لايؤكل ولان الاصل الحظر، والحل موقوف على شرط وهو تذكية من هو من اهل الذكاة او صيده الذي حصلت التذكية به ولم يتحقق ذلك وكذلك ان رمياه بسهميهما فأصاباه فمات ، ولا فرق بين ان يقع سهماهما فيه دفعة واحدة أو يقع أحدهما قبل الآخر إلا ان يكون الاول قد عقره عقراً موحيا مثل ان ذبحه او جعله في حكم المذبوح ثم اصابه الثاني وهو غير مذبوح فيكون الحكم الاول، فان كان الاول المسلم أبيح وإن كان المجوسي لم يبح ، وإن كان الثاني موحيا ايضا فقال أكثر اصحابنا الحكم للاول ايضا لان الاباحة حصلت به فأشبه ما لو كان الثاني غير موح ، ويجيء على قول الخرقي أنه لا يباح لقوله وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء او وطيء عليها شيء لم تؤكل ولان الروح خرجت بالجرحين فأشبه

﴿ مسئلة ﴾ (وان نصب مناجل أو سكاكين وسمى عند نصبها فقتلت صيداً أبيح فان بان منه عضو فحكمه حكم البائن بضربة الصائد على ماتذكره) .

وروي نحو هذا عن ابن عمر وهو قول الحسن وقتادة ، وقال الشافعي لايباح بحال لانه لم يذكه أحد وانما قتلت المناجل بنفسها ولم يوجد من الصائد إلا السبب فجرى ذلك مجرى من نصب سكيناً فذبحت شاة ولانه لو رمى سهما وهو لايرى صيداً فقتل صيداً لم يحل فذا أولى

ولنا قول النبي ﷺ « كل ماردت عليك يدك» ولانه قصد قتل الصيد بما له حد جرت العادة بالصيد به أشبه ما ذكرنا والتسبب يجري مجرى المباشرة في الضمان فكذلك في إباحة الصيد، وفارق ماإذا نصب سكيناً فان العادة لم تجر بالصيد بها وإذا رمى سهما ولم يرم صيداً فليس ذلك بمعتاد والظاهر انه لايصيب صيداً فلم يصح قصده بخلاف هذا .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قتله بسهم مسموم لم يبح إذا غلب على الظن أن السم أعان على قتله)

إنما كان كذلك لان ماقتله السم محرم وماقتله السهم مباح فاذا مات بسبب مباح ومحرم حرم كما لو مات بسهمي مسلم ومجوسي، فأما ان علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح .

ما لو جرحاه معا ، وإن كان الاول ليس بموح والثاني موح فالحكم للثاني في الحظر والاباحة ، وإن أرسل المسلم والمجوسي كلبا واحداً فقتل صيداً لم يبح لذلك ، وكذلك لو ارسله مسلمان وسمى احدهما دون الآخر وكذلك لو ارسل المسلم كلبين احدهما معلم والآخر غير معلم فقتلا صيداً لم يحل وكذلك ان ارسل كلبه المعلم فاسترسل معه معلم آخر بنفسه فقتلا الصيد لم يحل في قول أكثر اهل العلم منهم ربيعة ومالك والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وقال الاوزاعي يحل ههنا

ولنا أن إرسال الكلب على الصيد شرط لما بيناه ولم يوجد في أحدهما

(فصل) فان أرسل مسلم كابه وأرسل مجوسي كابه فرد كلب المجوسي الصيد الى كلب المسلم فقتله حل أكله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقال أبو حنيفة لا يحل لان كاب المجوسي عاون في اصطياده فأشبه اذا عقره

ولنا ان جارحة المسلم انفردت بقتله فابيح كالو رمى المجوسي سهمه فردالصيد فاصابه سهم مسلم فقتله او أمسك مجوسي شاة فذبحها مسلم وبهذا يبطل ما قاله

(فصل) وإذا صاد المجوسي بكلب مسلم لم يبح صيده في قولهم جميعا وان صاد المسلم بكلب المجوسي فقتل حل صيده ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحكم ومالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وعن احمد لا يباح وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعي والثوري لقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) وهذا لم يعلمه ، وعن الحسن أنه كره الصيد بكاب اليهودي والنصراني لهذه الآية .

ولنا انه آلة صاد بها المسلم فحل صيده كالقوس والسهم . قال ابن المسيب هي بمنزلة شفرته

﴿ مسئلة ﴾ (وان رماه فوقع في ماء أو تردى من جبل أو وطىء عليه شيء فقتله لم يبح إلا أن تكون الجراح موحية كالذكاة فهل يحل؟ على روايتين) .

إذا وقع في ماء يقتله مثله أو تردى ترديا يقتله مثله فلا يحل إذا لم تكن الجراح موحية فان كانت الجراح موحية كالذكاة ففيه روايتان (احداهما) لا يحل وهو الذي ذكره الخرقي ، وهي المشهورة عن أحمد وهو ظاهر قول ابن مسعود وعطاء وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) يحل وهو قول أكثر أصحابنا المتأخرين ولا يضر وقوعه في الماء ولا ترديه ، وهو قول الشافعي ومالك والليث وقتادة وأبي ثور لأن هذا صار في حكم الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه . ووجه الاولى قوله عليه الصلاة والسلام « وان وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل » ولانه يحتمل أن الماء أعان على خروج روحه فصار بمنزلة مالو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف في تحريمه اذا كانت الجراح غير موحية ، فاما ان وقع في الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجا من الماء أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء أو كان التردي لا يقتل مثل ذلك الحيوان فلا خلاف في إباحته ، لان قول النبي صلى الله عليه وسلم

والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه وماعلمه غيرنا فهو في معناه فيثبت الحكم بالقياس الذي ذكرناه يحققه ان التعليم انما أثر في جعله آلة ولا تشترط الاهلية في ذلك كعمل القوس والسهم وانما تشترط فيما اقيم مقام الذكاة وهو ارسال الآلة من الكلب والسهم وقد وجد الشرط ههنا

(فصل) وإذا أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لايدرون من قتله حل أكله فان اختلفوا في قاتله وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينهم على السواء لان الجميع مشتركة في امساكه فاشبه مالو كان في أيدي الصيادين أو عبيدهم، وإن كان البعض متعلقا به دون باقيها فهو لمن كلبه متعلق به ،وعلى من حكمنا له به اليمين في المسئلتين لان دعواه محتملة فكانت اليمين عليه كصاحب اليد ، وان كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الامر حتى يصطلحوا ، ويحتمل ان يقرع بينهم فمن قرع صاحبه حلف وكان له وهذا قول ابي ثور قياساً على مالو تداعيا دابة في يد غيرهما، وعلى الاول إذا خيف فساده قبل اصطلاحهم عليه باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا سمى ورمى صيدا فاصاب غيره جاز أكله)

وجملة ذلك الامر أن الصيد بالسهام وكل محدد جائز بلا خلاف وهو داخل في مطلق قوله تعالى (فاصطادوا) وقال النبي ﷺ « فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل » وعن ابي قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه واخذ رمحه ثم شد على الحمار فقتله فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال « إنما

« وان وجدته غريقاً في الماء فلا تأكله » يقتضي أن يغرق جميعه ، ولان الوقوع في الماء والتردي إنما حرم خشية أن يكون قاتلا أو معيناً على القتل وهذا منتف فيما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (فان رماه في الهواء فوقع على الارض فمات حل)

إذا رمى طائراً في الهواء أو على شجرة أو جبل فوقع على الارض فمات به حل وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال مالك لايحل إلا أن تكون الجراح موحية أو يموت قبل سقوطه وحكي ابن أبي موسى عن أحمد رواية نحو ذلك لقوله تعالى (والمتردية) ولانه اجتمع المبيح والحاظر فغلب الحاظر كما لو غرق .

ولنا أنه صيد سقط بالاصابة سقوطا لايمكن الاحتراز عن سقوطه عليه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه ويخالف ما ذكروه فان الماء يمكن التحرز عنه بخلاف الارض .

﴿ مسئلة ﴾ (وان رمى صيداً فغاب ثم وجده ميتاً لا اثر به غير سهمه حل وعنه ان كانت الجراح موحية حل وإلا فلا وعنه ان وجده في يومه حل وإلا فلا وان وجد به غير أثر سهمه مما يحتمل انه اعان على قتله لم يبح)

هي طعمة أطعمكوها الله » متفق عليه، ويعتبر فيه من الشروط ما ذكرنا في الجارح إلا التعليم، وتعتبر التسمية عند ارسال السهم والطعن إن كان برمح والضرب إن كان مما يضرب لانه الفعل الصادر منه ، وإن تقدمت التسمية بزمن يسير جاز كما ذكرنا في النية في العبادات ، ويعتبر أن يقصد الصيد فلو رمى هدفا فأصاب صيداً او قصد رمي انسان او حجر او رمى عبثا غير قاصد صيداً فقتله لم يحل ، وان قصد صيداً فأصا به وغيره حلا جميعا والجارح في هذا بمنزلة السهم نص احمد على هذه المسائل وهو قول الثوري وقتادة وابي حنيفة والشافعي إلا أن الشافعي قال : إذا أرسل الكلب على صيد فأخذ آخر في طريقه حل وان عدل عن طريقه اليه ففيه روايتان . وقال مالك إذا أرسل كلبه على صيد بعينه فأخذ غيره لم يبح لانه لم يقصد صيده إلا أن يرسله على صيود كبار فتتفرق عن صغار فانها تباح إذا أخذها

ولنا عموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وقوله عليه السلام « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل مما أمسك عليك » وقول النبي ﷺ « كل ماردت عليك قوسك » ولانه أرسل آلة الصيد على صيد فحل ماصاده كما لو أرسلها على كبار فتفرقت عن صغار فأخذها على مالك او كالو أخذ صيداً في طريقه على الشافعي، ولانه لا يمكن تعليم الجارح اصطياد واحد بعينه دون واحد فسقط اعتباره ، فاما ان أرسل سهمه او الجارح ولا يرى صيداً ولا يعلمه فصاد لم يحل صيده لانه لم يقصد صيداً لان القصد لا يتحقق لما لا يعلمه وبهذا قال الشافعي في الكلب وقال الحسن ومعاوية بن قرة يأكله لعموم الآية والخبر ولانه قصد الصيد فحل له ماصاده كما لو رآه

متى رمى صيداً فغاب عن عينه فوجده ميتاً وسهمه فيه لاأثر به غيره حل أكله . هذا المشهور عن أحمد وكذلك لو ارسل كلبه على صيد فغاب عن عينه ثم وجده ميتاً ومعه كلبه حل وهذا قول الحسن وقتادة وعن أحمد ان كانت الجراح موحية حل والا فلا لانها اذا كانت موحية لم يتأخر الموت عنها ولم تجز نسبة الموت الى غيرها الا بوجود مثلها أو أوحى بخلاف غيرها، وعنه ان وجده في يومه حل والا فلا قال احمد ان غاب نهاراً فلا بأس وان غاب ليلا لم يأكله، وعن مالك كالروايتين وعن أحمد مايدل على انه ان غاب مدة طويلة لم يبح وان كانت يسيرة أبيح قيل له ان غاب يوما ؟ قال يوم كثير ، ووجه ذلك قول ابن عباس اذا رميت فاقعصت فكل وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك او ليلتك فكل وان غاب عنك ليلة فلا تأكل فانك لاتدري ماحدث به بعدك . وكره عطاء والثوري أكل ماغاب وعن أحمد مثل ذلك وللشافعي فيه قولان لان ابن عباس قال : كل ما اصميت وما انميت فلا تأكل ، قال الحكم الاصماء الاقعاص يعني انه يموت في الحال والانماء ان يغيب عنك يعني انه لا يموت في الحال قال الشاعر

فهو لاتنمي رميته ماله لاعد من نفره

وقال ابو حنيفة يباح ان لم يكن ترك طلبه وان تشاغل عنه ثم وجده لم يبح

ولنا ان قصد الصيد شرط ولا يصح العقد مع عدم العلم فأشبه مالو لم يقصد الصيد

(فصل) وان رأى سواداً او سمع حساً فظنه آدميا او بهيمة او حجراً فرماه فقتله فاذا هو صيد لم يبح وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابو حنيفة يباح ، وقال الشافعي يباح إن كان المرسل سهما ولا يباح ان كان جارحا ، واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر ولانه قصد الاصطياد وسمى فأشبه مالو علمه صيداً

ولنا انه لم يقصد الصيد فلم يبح كما لو رمى هدفا فأصاب صيداً وكما في الجارح عند الشافعي، وإن ظنه كلبا او خنزيراً لم يبح لذلك وقال محمد بن الحسن يباح لانه مما يباح قتله

ولنا ماتقدم فاما ان ظنه صيداً حل لانه ظن وجود الصيد أشبه ما لو رآه ، وان شك هل هو صيد او لا ؟ او غلب على ظنه أنه ليس بصيد لم يبح لان صحة القصد تنبني على العلم ولم يوجد ذلك، وان رمى حجراً يظنه صيداً فقتل صيداً فقال ابو الخطاب لا يباح لانه لم يقصد صيداً على الحقيقة ويحتمل أن يباح لان صحة القصد تنبني على الظن وقد وجد فصح قصده فينبغي أن يحل صيده

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا رمى فغاب عن عينه فوجده ميتاً وسهمه فيه ولا أثر به غيره حل أكله)

هذا هو المشهور عن أحمد، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد فغاب عن عينه ثم وجده ميتا ومعه كلبه حل، وهذا قول الحسن وقتادة وعن احمد ان غاب نهاراً فلا بأس ، وان غاب ليلا لم يأكله

ولنا ماروى عدي بن حاتم عن النبي ﷺ أنه قال «اذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به الا أثر سهمك فكل ، وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل » متفق عليه، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله افتني في سهمي قال « مارد عليك سهمك فكل» قال وان تغيب عني ؟ قال « وان تغيب عنك مالم تجد فيه اثرا غير سهمك أو تجده قد صل» رواه ابو داود وعن أبي ثعلبة عن النبي ﷺ انه قال « اذا رميت الصيد فادركته بعد ثلاث وسهمك فيه فكله مالم ينتن» ولان جرحه سبب إباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك ولانه وجد سهمه فيه ولم يجد به أثراً آخر فاشبه مالو لم يترك طلبه عند أبي حنيفة أو كما لو غاب نهاراً أو مدة يسيرة أو كما لو لم يغب. إذا ثبت هذا فانه يشترط لحله شرطان (احدهما) ان يجد سهمه فيه او اثره ويعلم انه أثر سهمه لانه اذا لم يكن كذلك فهو شاك في وجود المبيح فلا يثبت بالشك (والثاني) ان لا يجد به أثراً غير أثر سهمه مما يحتمل انه أعان على قتله لقول النبي ﷺ « مالم تجد فيه اثراً غير سهمك » وفي لفظ « ان وجدت فيه اثر غير سهمك فلا تأكله فانك لاتدري أقتلته أنت أو غيرك » رواه الدارقطني وفي لفظ «اذا وجدت فيه سهمك ولم يأكل منه سبع فكل منه» رواه النسائي وفي حديث عدي ان النبي ﷺ قال «فان رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به الا أثر سهمك فكل وان وقع في

وعن مالك كالروايتين ، وعن احمد مايدل على أنه إن غاب مدة طويلة لم يبح ، وان كانت يسيرة أبيح لانه قيل له ان غاب يوما قال يوم كثير، ووجه ذلك قول ابن عباس إذا رميت فاقعصت فكل وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك او ليلتك فكل ، وإن بات عنك ليلة فلا تأكل فانك لاتدري ماحدث فيه بعد ذلك، وكره عطاء والثوري اكل ماغاب وعن احمد مثل ذلك وللشافعي فيه قولان لان ابن عباس قال : كل ما أصميت وما أنميت فلا تأكل، قال الحكم الاصماء الاقعاص يعني أنه يموت في الحال والانماء ان يغيب عنك يعني أنه لايموت في الحال قال الشاعر

فهو لاتنمي رميته ماله لا عد من نفره

وقال ابوحنيفة يباح ان لم يكن ترك طلبه وان تشاغل عنه ثم وجده لم يبح

ولنا ماروى عدي بن حاتم عن النبي ﷺ أنه قال « إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به الا أثر سهمك فكل وان وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل » متفق عليه وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله افتني في سهمي قال «ماردعليك سهمك فكل» قال وان تغيب عني؟ قال« وان تغيب عنك مالم تجد فيه أثراً غير سهمك او تجده قد صل[1] » رواه أبو داود وعن أبي ثعلبة عن النبي ﷺ أنه قال «إذا رميت الصيد فأدركته بعد ثلاث وسهمك فيه فكله مالم ينتن » ولان جرحه بسهمه سبب اباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك ولانه وجده وسهمه فيه ولم يجد به أثراً آخر فأشبه ما لو لم يترك طلبه عند أبي حنيفة أو كما لو غاب نهاراً أومدة يسيرة أو كما لو لم يغب. اذا ثبت هذا فانه يشترط في حله شرطان

(١) صل بالصاد المهملة جاف وتغير وبالضاد ايضا بمعنى

الماء فلا تأكل» رواه البخاري ولانه اذا وجد به أثرا يصلح ان يكون قد قتله أو أعان على قتله فقد تحقق المعارض فلم يبح كما لو جد مع كلبه كلبا سواه ، فأما ان كان الاثر مما لايقتل مثله مثل أكل حيوان ضعيف كالسنور والثعلب من حيوان قوي فهو مباح لان هذا يعلم انه لم يقتله فهو كما لو تهشم من وقعته

﴿ مسئلة ﴾ (وان ضربه فأبان منه عضوا وبقيت فيه حياة مستقرة لم يبح ماأبان منه وان بقي معلقا بجلده حل وان أبانه ومات في الحال حل الجميع وعنه لايباح ماأبن منه)

وجملة ذلك انه اذا رمى صيداً أوضربه فأبان منه بعضه لم يخل من ثلاثة أقسام(احدها) ان يقطعه قطعتين أو يقطع رأسه فيحل جميعه سواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين وبهذا قال الشافعي وروي ذلك عن علقمة والنخعي وقتادة، وقال أبو حنيفة ان كانتا متساويتين او التي مع الرأس أقل حلتا وإن كانت الاخرى أقل لم تحل وحل الرأس وما معه لان النبي ﷺ قال «ما أبين من حي فهو ميت»

ولنا أنه جزء لاتبقى الحياة مع فقده فأبيح كما لو تساوت القطعتان(والثاني)ان يبين منه عضو وتبقى فيه حياة مستقرة فالبائن محرم بكل حال سواء بقي الحيوان حياً أو أدركه فذكاه أو رماه

(أحدهما) ان يجد سهمه فيه أو اثره ويعلم أنه اثر سهمه لانه إذا لم يكن كذلك فهو شاك في وجود المبيح فلا يثبت بالشك

(والثاني) أن لايجد به اثراً غير سهمه مما يحتمل انه قتله لقول النبي ﷺ «مالم تجد فيه اثراً غير سهمك» وفي لفظ « وان وجدت فيه اثرا غير سهمك فلا تأكله فانك لا تدري اقتله انت أو غيرك ». رواه الدار قطني وفي لفظ « اذا وجدت فيه سهمك ولم يأكل منه سبع فكل منه » رواه النسائي وفي حديث عدي ان النبي ﷺ قال « فان رميت الصيد فوجدته بعد يوم او يومين ليس به الا أثر سهمك فكل وان وقع في الماء فلا تأكل » رواه البخاري وقال عليه السلام « وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل »ولانه إذا كان به أثر يصلح ان يكون قد قتله فقد تحقق المعارض فلم يبح كما لو وجد مع كلبه كلباً سواه فاما ان كان الاثر مما لا يقتل مثله مثل اكل حيوان ضعيف كالسنور والثعلب من حيوان قوي فهو مباح لانه يعلم انهذا لم يقتله فاشبه مالو تهشم من وقعته

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا رماه فوقع في ماء أو تردى من جبل لم يؤكل)

يعني وقع في ماء يقتله مثله أو تردى ترديا يقتله مثله ولافرق في قول الخرقي بين كون الجراحة موحية أوغير موحية هذا المشهور عن احمد وظاهر قول ابن مسعود وعطاء وربيعة واسحاق واصحاب الرأي واكثر اصحابنا المتأخرين يقولون إن كانت الجراحة موحية مثل ان ذبحه او أبان حشوته لم يضر وقوعه في الماء ولا ترديه وهو قول الشافعي ومالك والليث وقتادة وابي ثور لأن هذا صار

بسهم آخر فقتله الا أنه ان ذكاه حل بكل حال دون ما أبان منه، وان ضربه في غير مذبحه فقتله نظرت، فان لم يكن اثبته بالضربة الاولى حل دون ما أبان منه، وان كان اثبته لم يحل شيء منه لان ذكاة المقدور في الحلق واللبة (الثالث) أبان منه عضواً ولم تبق فيه حياة مستقرة ففيها روايتان (اشهرهما) عن أحمد إباحتها قال أحمد انما حديث النبي ﷺ «ماقطعت من الحي ميتة اذا قطعت وهي حية تمشي وتذهب» اما اذا كانت البينونة والموت جميعا او بعده بقليل اذا كان في علاج الموت فلاباس به الاترى الذي يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت، وهذا مذهب الشافعي وروي ذلك عن علي وعطاء والحسن وقال قتادة وابراهيم وعكرمة ان وقعا معا أكلهما وان مشى بعد قطع العضو اكله ولم يأكل العضو

(والرواية الثانية) لايباح ما بان منه وهو مذهب ابي حنيفة لقول النبي ﷺ « ما ابين من حي فهو ميت »ولان هذه البينونة لا تمنع بقاء الحيوان في العادة فلم يبح أكل البائن كما لو أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة والاولى المشهورة لان ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قده نصفين والخبر يقتضي ان يكون الباقي حيا حتى يكون المنفصل منه ميتا وكذا نقول قال فان بقي معلقا بجلده حل رواية واحدة ذكره أبو الخطاب لانه لم يبن

في حكم الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما اصابه. ووجه الاول قوله «وان وقع في الماء فلا تأكل» ولانه يحتمل أن الماء اعان على خروج روحه فصار بمنزله مالو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف في تحريمه إذا كانت الجراحة غير موحية، ولو وقع الحيوان في الماء على وجه لا يقتله مثل ان يكون رأسه خارجا من الماء أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء او كان التردي لا يقتل مثل ذلك الحيوان فلا خلاف في اباحته لان النبي ﷺ قال « فان وجدته غريقاً في الماء فلا تأكله » ولان الوقوع في الماء والتردي انما حرم خشية أن يكون قاتلا أو معينا على القتل وهذا منتف فيما ذكرناه

(فصل) فان رمى طائراً في الهواء أو على شجرة أو جبل فوقع الى الارض فمات حل ، وبه قال الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وقال مالك لا يحل الا أن تكون الجراحة موحية او يموت قبل سقوطه لقوله تعالى (والمتردية) ولانه اجتمع المبيح والحاظر فغلب الحظر كما لو غرق

ولنا انه صيد سقط بالاصابة سقوطا لا يمكن الاحتراز عن سقوطه عليه فوجب ان يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه ويخالف ماذكروه فان الماء يمكن التحرز منه وهو قاتل بخلاف الارض

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا رمى صيداً فقتل جماعة فكله حلال)

قد سبق شرح هذه المسئلة فيما اذا رمى صيداً فاصاب غيره

(فصل) قال احمد لا بأس بصيد الليل فقيل له قول النبي ﷺ « أقروا الطير على وكناتها » فقال هذا كان أحدكم يريد الامر فيثير الطير حتى يتفاءل ان كان عن يمينه قال كذا وان جاء عن

(فصل) قال أحمد ثنا هشيم عن منصور عن الحسن انه كان لا يرى بالطريدة بأسا كان المسلمون يفعلون ذلك في مغازيهم واستحسنه أبو عبد الله قال والطريدة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا منه بسيفه قطعة ويقطع الآخر أيضاً حتى يؤتى عليه وهو حي قال وليس هو عندي الا ان الصيد يقع بينهم لا يقدرون على ذكاته فيقطعونه قطعا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اخذ قطعة من حوت وافلت حيا أبيح ماأخذ منه)

لان أقصى مافيه انه ميت وميتته حلال لقوله عليه الصلاة والسلام في البحر «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»

﴿مسئلة﴾ (وأما ماليس بمحدد كالبندق والعصي والحجر والشبكة والفخ فلا يباح ماقتل به) لانه وقيذ أماما قتلته الشبكة والحبل فهو محرم لانعلم فيه خلافاً الا عن الحسن انه مباح اذا قتله الحبل اذا سمى فدخل فيه وجرحه وهذا قول شاذ يخالف عوام اهل العلم ولانه قتل بماليس له حد اشبه ماقتله بالبندق

(فصل) فأما ماقتل البندق والحجر الذي لاحد له فلا يؤكل وهذا قول عامة الفقهاء فأما الحجر المحدد كالصوان فهو كالمعراض ان قتل بحده ابيح وان قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيذ لا يباح قال

يساره قال كذا فقال النبي ﷺ « أقروا الطير على وكناتها » وروي له عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «لا تطرقوا الطير في أوكارها فان الليل لها أمان » فقال هذا ليس بشيء يرويه فرات بن السائب وليس بشيء ورواه عنه حفص بن عمر ولا أعرفه قال يزيد بن هارون وما علمت ان احداً كره صيد الليل وقال يحيى بن معين ليس به بأس، وسئل هل يكره للرجل صيد الفراخ الصغار مثل الورشان وغيره يعني من اوكارها ؟ فلم يكرهه

(مسئلة) قال (واذا رمى صيدا فأبان منه عضوا لم يؤكل ماأبان منه ويؤكل ماسواه في إحدى الروايتين والأخرى يأكله وما أبان منه)

وجملته انه اذا رمى صيداً أوضربه فبان بعضه لم يخل من أحوال ثلاثة

(أحدها) ان يقطعه قطعتين أويقطع رأسه فهذا جميعه حلال سواء كانت القطعتان متساويتين أومتفاوتتين وبهذا قال الشافعي ، وروي ذلك عن عكرمة والنخعي وقتادة ، وقال أبوحنيفة ان كانتا متساويتين أوالتي مع الرأس أقل حلتا ، وان كانت الاخرى أقل لم يحل وحل الرأس ومامعه لان النبي ﷺ قال « ما ابين من حي فهو ميت » ولنا انه جزء لا تبقى الحياة مع فقده فابيح كما لو تساوت القطعتان

(الحال الثاني) أن يبين منه عضو وتبقى فيه حياة مستقرة فالبائن محرم بكل حال سواء بقي الحيوان حياً أو أدركه فذكاه أو رماه بسهم آخر فقتله الا انه ان ذكاه حل بكل حال دون ماأبان

ابن عمر في المقتولة بالبندق : تلك الموقوذة وكره ذلك سالم والقاسم ومجاهد وعطاء والحسن وابراهيم ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور. ورخص فيما قتل بها ابن المسيب أيضا وعمار وعبدالرحمن ابن أبي ليلى

ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة ـ الى قوله ـ والموقوذة) وروى سعيد باسناده عن ابراهيم عن عدي قال: قال رسول الله ﷺ « ولا تأكل من البندقة الا ماذكيت» وقال عمر رضي الله عنه ليتق أحدكم ان يحذف الارنب بالعصا والحجر ثم قال ولتذك لكم الاسل الرماح والنبل. اذا ثبت هذا. فسواء شدخه أو لم يشدخه حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئه أو أطارت رأسه لم يحل ومثله لو فعل ذلك بحجر غير محدد

(فصل) أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسي اذا لم يذكه من هو من أهل الذكاة الا مالا ذكاة له كالسمك والجراد، الا ان مالكا والليث وأباثور شذوا عن الجماعة وأفرطوا ، فاما مالك والليث فقالا لانرى يؤكل الجراد اذا صاده المجوسي ورخصا في السمك، وأبا ثور اباح صيده لقول رسول الله ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به والحديث انما أريد به قبول الجزية منهم لا تحليل ذبائحهم ونسائهم لمخالفته الاجماع

منه وان ضربه في غير مذبحه فقتله نظرت فان لم يكن أثبته بالضربة الاولى حل دون ما ابان منه وان كان أثبته لم يحل شي منه لان ذكاة المقدور عليه في الحلق واللبة

(الحال الثالث) أبان منه عضوا ولم تبق فيه حياة مستقرة فهذه التي ذكر الخرقي فيها روايتين (اشهرهما) عن احمد إباحتهما قال احمد انما حديث النبي ﷺ « ما قطعت من الحي ميتة إذا قطعت وهي حية تمشي وتذهب » اما اذا كانت البينونة والموت جميعاً او بعده بقليل إذا كان في علاج الموت فلا بأس به الا ترى الذي يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت؟ وهذا مذهب الشافعي وروي ذلك عن علي وعطاء والحسن . وقال قتادة وابراهيم وعكرمة ان وقعا معاً أكلهما وان مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو

(والرواية الثانية) لا يباح ما بان منه وهذا مذهب ابي حنيفة لقول النبي ﷺ «ما أبين من حي فهو ميت » ولان هذه البينونة لا تمنع بقاء الحيوان في العادة فلم يبح أكل البائن كما لو لم أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة، والاولى المشهورة لان ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قده نصفين والخبر يقتضي ان يكون الباقي حيا حتى يكون المنفصل منه ميتاً وكذا نقول قال ابو الخطاب فان بقي معلقا بجلده حل رواية واحدة

(فصل) قال أحمد حدثنا هشيم عن منصور عن الحسن انه كان لا يرى بالطريدة باسا كان المسلمون يفعلون ذلك في مغازيهم وما زال الناس يفعلونه في مغازيهم واستحسنه ابو عبد الله قال والطريدة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا منه بسيفه قطعة ويقطع الآخر أيضا حتى يؤتى عليه وهو حي قال وليس هو عندي إلا ان الصيد يقع بينهم لا يقدرون على ذكاته فيأخذونه قطعا

(النوع الثاني) الجارحة فيباح ماقتلته ان كانت معلمة الا الكلب الاسود البهيم فلا يباح صيده ، ولا خلاف في اعتبار شرط التعليم في الجارحة لقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم) فاما الكلب الاسود البهيم فلا يباح صيده، والبهيم الذي لا يخالطه لونه لون سواه قال أحمد الذي ليس فيه بياض قال ثعلب وابراهيم الحربي كل لون لم يخالطه لون آخر فهو بهيم قيل لهما من كل لون؟ قالا نعم، وممن كره صيده الحسن والنخعي وقتادة واسحاق قال احمد ما اعرف أحدا يرخص فيه يعني من السلف واباح صيده أبو حنيفة ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر ولا قياس على غيره من الكلاب

ولنا أنه كلب محرم اقتناؤه فلم يبح صيده كغير المعلم ودليل تحريم اقتنائه قول النبي ﷺ « فاقتلوا منها كل أسود بهيم » رواه سعيد وغيره وروى مسلم في صحيحه باسناده عن عبدالله بن المغفل قال أمرنا رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها فقال « عليكم بالاسود البهيم ذي النكتتين فانه شيطان » فأمر بقتله وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبح صيده كغير المعلم ولان النبي ﷺ سماه شيطانا ولا يجوز اقتناء الشيطان ، واباحة الصيد المقتول رخصة فلا تستباح بمحرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك اذا نصب المناجل للصيد)

وجملته انه إذا نصب المناجل للصيد فعقرت صيداً أوقتلته حل، فان بان منه عضو فحكمه حكم البائن بضربة الصائد روي نحو ذلك عن ابن عمر وهو قول الحسن وقتادة وقال الشافعي لا يباح بحال لانه لم يذكه احد وانما قتلت المناجل بنفسها ولم يوجد من الصائد الا السبب فجرى ذلك مجرى من نصب سكينا فذبحت شاة ولانه لو رمى سهما وهو لا يرى صيداً فقتل صيداً لم يحل فهذا أولى

ولنا قول النبي ﷺ « كل ما ردت عليك يدك » ولانه قتل الصيد بحديدة على الوجه المعتاد فاشبه مالو رماه بها ولانه قصد قتل الصيد بما له حد جرت العادة بالصيد به اشبه ماذكرنا والسبب جرى مجرى المباشرة في الضمان فكذلك في إباحة الصيد، وفارق ماإذا نصب سكينا فان العادة لم تجر بالصيد بها وإذا رمى سهما ولم ير صيداً فليس ذلك بمعتاد والظاهر انه لا يصيب صيداً فلم يصح قصده وهذا بخلافه

(فصل) فاما ما قتلته الشبكة او الحبل فهو محرم ولا نعلم فيه خلافا الا عن الحسن انه يباح ما قتله الحبل إذا سمى فدخل فيه وجرحه وهذا قول شاذ يخالف عوام اهل العلم ولانه قتله بما ليس له حد أشبه ما لو قتله بالبندق

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صاد بالمعراض أكل ما قتل بحده ولا يأكل ما قتل بعرضه)

المعراض عود محدد وربما جعل في رأسه حديدة قال احمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما اصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح، وربما أصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذاً فلا يباح

كسائر الرخص والعمومات مخصوصة بما ذكرناه، وان كان فيه نكتتان فوق عينيه لم يخرج بذلك عن كونه بهيما لما ذكرنا من الخبر

﴿مسئلة﴾ (والجوارح نوعان مايصيد بنابه كالكلب والفهد فتعليمه بثلاثة أشياء، ان يسترسل اذا ارسل وينزجر اذا زجر واذا أرسل لم يأكل)

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعتبر تكرر ذلك منه)

هذا قول الشريف أبي جعفر وأبي الخطاب بل يحصل ذلك بالمرة لانه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع ،وقال القاضي يعتبر تكرار ذلك منه مرة بعد اخرى حتى يصير معلما في العرف وأقل ذلك ثلاث وهو قول أبي يوسف ومحمد ولم يقدر أصحاب الشافعي عدد المرات لان التقدير بالتوقيف ولا توقيف في هذا بل قدره بما يصير به في العرف معلما، وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا تكرر مرتين صار معلما لان التكرار يحصل بمرتين وانما اشترطنا التكرار لان تركه للاكل يحتمل ان يكون لشبع ويحتمل ان يكون لتعليم فلا يتميز ذلك الا بالتكرار وما اعتبر فيه التكرار

وهذا قول علي وعثمان وعمار وابن عباس ، وبه قال النخعي والحكم ومالك والثوري والشافعي وابوحنيفة واسحاق وابو ثور وقال الاوزاعي واهل الشام يباح ما قتله بحده وعرضه وقال ابن عمر ما رمي من الصيد بجلاهق او معراض فهو من الموقوذة وبه قال الحسن

ولنا ما روى عدي بن حاتم قال سئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال «ماخرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيذ فلا تأكل» متفق عليه وهذا نص ولان ماقتله بحده بمنزلة ما طعنه برمحه او رماه بسهمه ولانه محدد خرق وقتل بحده وما قتل بعرضه انما يقتله بثقله فهو موقوذ كالذي رماه بحجر او ببندقة

(فصل) قال وحكم سائر آلات الصيد حكم المعراض في انها إذا قتلت بعرضها ولم تجرح لم يبح الصيد كالسهم يصيب الطائر بعرضه فيقتله والرمح والحربة والسيف يضرب به صفحا فيقتل فكل ذلك حرام وهكذا إن اصاب بحده فلم يجرح وقتل بثقله لم يبح لقول النبي ﷺ «ما خرق فكل» ولانه إذا لم يجرحه فانما يقتله بثقله فاشبه ما اصاب بعرضه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا رمى صيدا فعقره ورماه آخر فأثبته ورماه آخر فقتله لم يؤكل وكان لمن أثبته القيمة مجروحا على قاتله)

أما الذي عقره ولم يثبته فلا شيء له ولا عليه لانه حين ضربه كان مباحا لا ملك لأحد فيه ولم يثبت له فيه حق لانه باق على امتناعه ، وأما الذي أثبته فقد ملكه لانه ازال امتناعه فصار بمنزلة امساكه ،فاذا ضربه الثالث فقتله فعليه ضمانه لانه قتل حيوانا مملوكا لغيره وهذا محمول على ان

اعتبر ثلاثا كالمسح في الاستجمار والاقرار والشهود في العدة والغسلات في الوضوء. ويفارق الصنائع فانه لا يتمكن من فعلها الا من تعلمها فاذا فعلها علم أنه تعلمها وعرفها،وترك الاكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره فيوجد من الصنفين جميعاً فلا يتميز به أحدهما من الاخر حتى يتكرر

(فصل) قد ذكرنا ان ترك الاكل شرط لكون الجارح المذكورمعلماً وحكي عن ربيعة ومالك أنه لا يشترط ترك الاكل لما روى أبو ثعلبة قال قال رسول الله ﷺ «اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل» ذكره الامام أحمدورواه أبو داود

ولنا ان العادة في المعلم ترك الاكل فاعتبر شرطا كالانزجار اذا زجروحديث أبي ثعلبة معارض بما روى عدي بن حاتم ان رسول الله ﷺ قال «فان أكل فلا تأكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه» وهذا اولى بالتقديم لانه اصح وهو متفق عليه ولانه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللا ثم ان حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها لقوله «اذا ارسلت كلبك المعلم» ولا يثبت التعليم حتى يترك الاكل.اذا ثبت هذا فان الانزجار بالزجر انما يعتبر قبل إرساله على الصيد أو رؤيته أما بعد ذلك فانه لايعتبر الانزجار بحال قال شيخنا ولاأحسب هذه الخصال تعتبر في

جرح المثبت ليس بموح بدليل انه نسب القتل إلى الثالث ويضمنه مجروحا حين الجرح الاول والثاني لانه قتله وهما فيه . فاما اباحته فينظر فيه فان كان القاتل اصاب مذبحه حل لانه صادف محل الذبح وليس عليه الا ارش ذبحه كما لو ذبح شاة لغيره ، وان كان اصاب غير مذبحه لم يحل لانه لما اثبته صار مقدوراً عليه لا يحل إلا بالذبح في الحلق والابة فاذا قتله بغير ذلك لم يحل كما لو قتل شاة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد

(فصل) وان رمى صيداً فأثبته ثم رماه آخر فأصابه لم تخل رمية الاول من قسمين (أحدهما) أن تكون موحية مثل أن تنحره او تذبحه او تقع في خاصرته او قلبه فينظر في رمية الثاني فان كانت غير موحية فهو حلال ولاضمان على الثاني الا أن ينقصه برميه شيئا فيضمن ما نقصه لانه بالرمية الاولى صار مذبوحا ، وان كانت رمية الثاني موحية فقال القاضي وأصحابه يحل كالتي قبلها وهو مذهب الشافعي ، ويجيء على قول الخرقي أن يكون حراما كقوله فيمن ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء او وطيء عليها شيء لم يؤ كل

(القسم الثاني) أن يكون جرح الاول غير موح فينظر في رمية الثاني فان كانت موحية فهو محرم لما ذكرنا الا أن تكون ذبحته او نحرته ، وان كانت غير موحية فلها ثلاث صور

(إحداها) أنه ذكي بعد ذلك فيحل (والثانية) لم يذك حتى مات فانه يحرم لانه مات من جرحين مبيح ومحرم فحرم كما لومات من جرح مسلم ومجوسي ، وعلى الثاني ضمان جميعه لان جرحه هو الذي حرمه فكان جميع الضمان عليه

غير الكلب فانه الذي يجيب صاحبه اذا دعاه وينزجر اذا زجره والفهد لايكاد يجيب داعيا وان عد متعلما فيكون التعليم في حقه ترك الاكل خاصة أو بما يعده به أهل العرف معلما

﴿مسئلة﴾ (فان أكل بعد تعلمه لم يحرم ما تقدم من صيده ولم يبح ما أكل منه في احدى الروايتين والاخرى يحل)

أصح الروايتين ان ما أكل منه لا يباح ويروى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وبه قال عطاء وطاوس وعبيد بن عمير والشعبي والنخعي وسويد بن عفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه (والثانية) يباح روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وسلمان وأبي هريرة وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد وبه قال مالك وللشافعي قولان كالمذهبين واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى (فكلوا مما امسكن عليكم) ولحديث أبي ثعلبة ولانه صيد جارح معلم فابيح كما لو لم يأكل فان الاكل يحتمل ان يكون لفرط جوع أوغيظ على الصيد

ولنا قول النبي ﷺ في حديث عدي بن حاتم « اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل مما امسك عليك » قلت وان قتل؟ قال « وان قتل الا ان يأكل الكلب فان أكل فلا

(الثالثة) قدر على ذكاته فلم يذكه حتى مات حرم لمعنيين (أحدهما) أنه ترك ذكاته مع إمكانها (والثاني) أنه مات من جرحين مبيح ومحرم ويلزم الثاني الضمان، وفي قدره احتمالان (أحدهما) يضمن جميعه كالتي قبلها . قال القاضي هذا قول الخرقي لايجابه الضمان في مسئلته على الثالث من غير تفريق، وليست هذه مسئلة الخرقي لقوله ثم رماه الثالث فقتله ، فتعين حملها على أن جرح الثاني كان موحيا لاغير (الاحتمال الثاني) أن يضمن الثاني بقسط جرحه لان الاول إذا ترك الذبح مع إمكانه صار جرحه حاظرا أيضا بدليل مالو انفرد وقتل الصيد فيكون الضمان منقسما عليهما، وذكر القاضي في قسمته عليهما انه يقسط أرش جرح الاول وعلى الثاني أرش جراحته ثم يقسم ما بقي من القيمة بينهما نصفين وفرض المسئلة في صيد قيمته عشرة دراهم نقصه جرح الاول درهما ونقصه جرح الثاني درهما فعليه درهم ويقسم الباقي وهو ثمانية بينهما نصفين فيكون على الثاني خمسة دراهم درهم بالمباشرة وأربعة بالسراية وتسقط حصة الاول وهي خمسة وان كان أرش جرح الثاني درهمين لزماه ويلزمه نصف السبعة الباقية ثلاثة ونصف فيلزمه خمسة ونصف ، وتسقط حصة الاول أربعة ونصف ، وان كانت جنايتهما على حيوان مملوك لغيرهما قسم الضمان عليهما كذلك. ويتوجه على هذه الطريقة أنه سوى بين الجنايتين مع أن الثاني جنى عليه وقيمته دون قيمته يوم جنى عليه الاول، وانه لم يدخل أرش الجناية في بدل النفس كما يدخل في الجناية على الآدمي، والجواب عن هذا أن كل واحد منهما انفرد باتلاف ما قيمته درهم وتساويا في اتلاف الباقي بالسراية فتساويا في الضمان، وانما يدخل أرش الجناية في بدل النفس التي لا ينقص بدلها باتلاف بعضها وهو الآدمي ، أما البهائم فانه اذا جنى عليها جناية أرشها درهم نقص

تأكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه» متفق عليه ولان ما كان شرطا في الصيد الاول كان شرطا في سائر صيوده كالارسال والتعليم فاما الآية فلا تتناول هذا الصيد لانه قال (مما أمسكن عليكم) وهذا انما امسك على نفسه

واما حديث أبي ثعلبة فقال احمد يختلفون عن هشيم فيه وحديثنا اصح لانه متفق عليه وحديث عدي أضبط ولفظه ابين لانه ذكر الحكم والعلة ، قال احمد حديث الشعبي عن عدي من أصح ما روي عن النبي ﷺ الشعبي يقول كان جاري وربيطي فحدثني والعمل عليه ويحتمل أنه أكل منه بعد ان قتله وانصرف عنه

(فصل) ولا يحرم ما تقدم من صيده في قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة يحرم لانه لو كان معلماً ما اكل

ولنا عموم الآية والاخبار وانما خص ما أكل منه ففيما عداه يجب العمل بالعموم ولان اجتماع شروط التعليم حاصل فوجب الحكم به ولهذا حكمنا بحل صيده فاذا وجد الاكل احتمل ان يكون لنسيان أو فرط جوع فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال

ذلك من قيمتها فاذا سرى الى النفس أوجبنا مابقي من قيمة النفس ولم يدخل الارش فيها ، وذكر أصحاب الشافعي في قسمة الضمان طرقا ستة (أصحها) عندهم ان يقال ان الاول أتلف نصف نفس قيمتها عشرة فيلزمه خمسا (والثاني) أتلف نصف نفس قيمتها تسعة فيلزمه أربعة ونصف فيكون المجموع تسعة ونصفا وهي أقل من قيمته لانهـا عشرة فتقسم العشرة على تسعة ونصف فيسقط عن الاول مايقابل أربعة ونصفا، ويتوجه على هذا أن كل واحد منهما يلزمه أكثر من قيمة نصف الصيد حين جني عليه ، وان كانت الجراحات من ثلاثة فان كان الاول هو أثبته فعلى طريقة القاضي على كل واحد ارش جرحه وتقسم السراية عليهم أثلاثاً وان كان المثبت له هو الثاني فجراحة الاول هدر لاعبرة بها والحكم في جراحة الآخرين كما ذكرنا، وعلى الطريقة الاخرى الاول أتلف ثلث نفس قيمتها عشرة فيلزمه ثلاثة وثلث والثاني أتلف ثلثها وقيمتها تسعة فيلزمه ثلاثة والثالث أتلف ثلثها وقيمتها ثمانيـة فيلزمه درهمان وثلثان ومجموع ذلك تسعة تقسم عليها العشرة حصة كل واحد منهم مايقابل ماأتلفه وإن أتلفوا شاة مملوكة لغيرهم ضمنوها كذلك

(فصل) فان رمياه معاً فقتلاه كان حلالا وملكاه لانهما اشتركا في سبب الملك والحل تساوى الجرحان اوتفاوتا لان موته كان بهما، فان كان أحدهما موحياً والاخر غير موح ولا يثبته مثله فهو لصاحب الجرح الموحي لانه الذي أثبته وقتله ولاشيء على الآخر لان جرحه كان قبل ثبوت ملك الآخر فيه ، وإن أصابه أحدهما بعد صاحبه فوجدناه ميتاً ولم نعلم هل صار بالاول ممتنعاً او لاحل لان الاصـل

(فصل) ولا يحرم ما صاده الكلب بعد الصيد الذي أكل منه ويحتمل كلام الخرقي أنه يخرج عن ان يكون معلماً فتعتبر له شروط التعليم ابتداء والاول اولى لمـا ذكرنا في صيده قبل الاكل

(فصل) فان شرب من دمه ولم يأكل منه لم يحرم نص عليه أحمد وبه قال عطاء والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وكرهه الشعبي والثوري لانه في معنى الاكل

ولنا عموم الآية والاخبار وإنما خرج منه ما اكل منه لحديث عدي وهو قوله « فان اكل منه فلا تأكل» وهذا لم يأكل ولان الدم لا يقصده الصائد منه ولا ينتفع به فلا يخرج بشربه عن ان يكون ممسكا على صائده

(فصل) وكل مايقبل التعليم ويمكن الاصطياد به من سباع البهائم كالفهد وجوارح الطير فحكمه حكم الكلب في اباحة صيده قال ابن عباس في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) هي الكلاب المعلمة وكل طير تعلم الصيد والفهود والصقور واشباهها وبمعنى ذلك قال طاووس ويحيى ابن أبي كثير والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وأبو ثور وحكي عن ابن عمر ومجاهد انه لايجوز الصيد الا بالكلب لقول الله تعالى (وماعلمتم من الجوارح مكلبين) يعني علمتم من الكلاب

الامتناع ويكون بينهما لان أيديهما عليه فان قال كل واحد منهما أنا أثبته ثم قتلته أنت حرم لانهما اتفقا على تحريمه ويتحالفان لأخذ الضمان، وإن اتفقا على الاول منهما فادعى الاول انه أثبته ثم قتله وأنكر الثاني اثبات الاول له فالقول قول الثاني لان الاصل عدم امتناعه ويحرم على الاول لاقراره بتحريمه والقول قول الثاني في عدم الامتناع مع يمينه ، وإن علمت جراحة كل واحد منهما نظرنا فيها فان علم أن جراحة الاول لايبقى معها امتناع مثل ان كسر جناح الطائر او ساق الظبي فالقول قول الاول بغير يمين ، وإن علم انه لايزيل الامتناع مثل خدش الجلد فالقول قول الثاني وان احتمل الامرين فالقول قول الثاني لان الاصل معه وعليه اليمين لان مادعاه الاول محتمل

(فصل) وإن رمى صيداً فأصابه وبقي على امتناعه حتى دخل دار انسان فأخذه فهو لمن أخذه لان الاول لم يملكه لكونه ممتنعاً فملكه الثاني باخذه ، ولو رمى طائراً على شجرة في دار قوم فطرحه في دارهم فأخذوه فهو للرامي دونهم لانه ملكه بازالة امتناعه

(فصل) قال أصحابنا واذا تعلق صيد في شرك انسان أو شبكته ملكه لانه أثبته بآلته فان أخذه أحد لزمه رده عليه لان آلته أثبتته فأشبه مالو أثبته بسهمه، فان لم تمسكه الشبكة بل انفلت منها في الحال او بعد حين لم يملكه لانه لم يثبته، وإن أخذ الشبكة وانفلت بها فصاده انسان ملكه ويرد الشبكة على صاحبها لانه لم يثبته، وان كان يمشي بالشبكة على وجه لايقدر على الامتناع فهو لصاحبها لانها أزالت امتناعه، واذا أمسكه الصائد وثبتت يده عليه ثم انفلت منه لم يزل ملكه عنه لانه امتنع منه بعد ثبوت ملكه فلم يزل ملكه عنه كما لو شردت فرسه او ند بعيره،فان اصطاد صيداً فوجد عليه علامة مثل ان يجد في عنقه قلادة او في أذنه قرطا لم يملكه لان الذي اصطاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات ، وكذلك إن وجد طائراً مقصوص الجناح، فان قيل يحتمل ان الذي أمسكه أولا محرم لم يملكه او انه أرسله على سبيل التخلية وازالة الملك عنه كالقاء الشيء التافه،قلنا اما الاول فنادر وهو مخالف للظاهر لان ظاهر حال المحرم انه لايصيد ماحرم الله عليه. واما الثاني فخلاف الاصل فان الاصل بقاء ملكه عليه وما ذكروه محتمل فلا يزول الملك بالشك ، وان علم ان مالكه أرسله اختياراً فقال

ولنا ماروي عن عدي قال سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي فقال « اذا امسك عليك فكل » ولانه جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فاشبه الكلب،فاما الآية فان الجوارح الكواسب قال الله تعالى (ويعلم ماجرحتم) أي كسبتم وفلان جارحة أهله أي كاسبهم (مكلبين) من التكليب وهو الاغراء

(النوع الثاني) ذو المخلب كالبازي والصقر والعقاب والشاهين فتعليمه بان يسترسل ويجيب إذا دعي ولا يعتبر ترك الأكل ، فعلى هذا يباح صيده وان أكل منه وبهذا قال ابن عباس واليه ذهب النخعي وحماد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ونص الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ماأكل منه من صيده ،لان مجالدا روى عن الشعبي عن عدي عن النبي ﷺ «فان أكل الكلب والبازي

أصحابنا لا يزول الملك عنه بالارسال والاعتاق كما لو أرسل البعير والبقرة ويحتمل ان يزول الملك لان الاصل الاباحة فالارسال يرده الى أصله ويفارق بهيمة الانعام من وجهين

(احدهما) ان الاصل ههنا الاباحة وبهيمة الانعام بخلافه

(الثاني) ان الارسال ههنا يفيد وهو رد الصيد الى الخلاص من ايدي الآدميين وحبسهم ، ولهذا روي عن ابي الدرداء انه اشترى عصفوراً من صبي فأرسله، ويجب ارسال الصيد على المحرم اذا أحرم او دخل الحرم وهو في يده بخلاف بهيمة الانعام فان ارساله تضييع له وربما هلك اذا لم يكن له من يقوم به

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان في سفينة فوثبت سمكة فسقطت في حجره فهي له دون صاحب السفينة)

وذلك لان السمكة من الصيد المباح يملك بالسبق اليه وهذه حصلت في يد الذي هي في حجره وحجره له ويده عليه دون صاحب السفينة ألا ترى انهما لو تنازعا كيسا في حجره كان أحق به من صاحب السفينة؟ كذا ههنا، ومفهوم كلام الخرقي أن السمكة إذا وقعت في السفينة فهي لصاحبها وذكره ابن أبي موسى لان السفينة ملكه ويده عليها فما حصل من المباح فيها كان أحق به كحجره

(فصل) فان كانت السمكة وثبت بسبب فعل إنسان لقصد الصيد كالصياد الذي يجعل في السفينة ضوءا بالليل ويدق بشيء كالجرس ليثب السمك في السفينة فهذا للصائد دون من وقع

فلا تأكل» ولانه جارح أكل مما صاده عقيب قتله فأشبه سباع البهائم .

ولنا إجماع الصحابة فروي الخلال باسناده عن ابن عباس قال: إذا أكل الكلب فلا تأكل وان أكل الصقر فكل لأنك تستطيع أن تضرب الكلب ولا تستطيع أن تضرب الصقر وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب وخالفهم ابن عباس ووافقهم في الصقر ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلافهم ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل ويتعذر تعليمها بترك الأكل فلم يقدح في تعليمها بخلاف الكلب والفهد، وأما الخبر فلا يصح برواية مجالد وهو ضعيف قال أحمد مجالد يصير القصة واحدة كم من أعجوبة لمجالد؟ والرواية الصحيحة تخالفه، ولا يصح قياس الطير على السباع لما بينهما من الفرق وعلى هذا كل ما امكن تعليمه والاصطياد به من جوارح الطير كالبازي والصقر والعقاب والباشق ونحوه حل صيدها على ما ذكرنا.

﴿ مسئلة ﴾ (ولا بد أن يجرح الصيد فان قتله بصدمته أو خنقه لم يبح) قال الشريف وبه قال أكثرهم وقال ابن حامد يباح وهو قول للشافعي لعموم الآية والخبر .

ولنا أنه قتله بغير جرح أشبه مالو قتله بالحجر والبندق ، ولان الله تعالى حرم الوقوذة وهذا

في حجره لان الصائد أثبتها بذلك فصار كمن رمى طائراً فألقاه في دار قوم وان لم يقصد الصيد بهذا بل حصل اتفاقا كانت لمن وقعت في حجره

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يصاد السمك بشيء نجس)

ومعنى ذلك أن يترك في الماء شيء نجس كالعذرة والميتة وشبهها ليأكله السمك فيصيدوه به فكره احمد ذلك وقال : هو حرام لايصاد به ، وانما كره احمد ذلك لما يتضمن من أكل السمك النجاسة ، وسواء في هـذا مايتفرق كالدم والعذرة ، ومالا يتفرق كالجرذ وقطعة من الميتة ، وكره احمد الصيد ببنات وردان وقال ان مأواها الحشوش وكره الصيد بالضفادع وقال الضفدع نهي عن قتله

(فصل) وكره الصيد بالخراطيم وكل شيء فيه الروح لما فيه من تعذيب الحيوان فان اصطاد فالصيد مباح وكره الصيد بالشباش وهو طائر يخيط عينه او يربط من أجل تعذيبه ولم ير بأساً بالصيد بالشبكة والشرك وشيء فيه دبق يمنع الطير من الطيران وأن يطعم شيئاً اذا أكله سكر وأخذه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته وان تدين بدين أهل الكتاب)

يعني ماقتله من الصيد ولم تدرك ذكاته وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وابو حنيفة وأصحابه ، وقال الاوزاعي وإسحاق تباح ذبيحته إذا ذهب إلى النصرانية او اليهودية لان من تولى قوما فهو منهم .ولنا أنه كافر لايقر على كفره فلم تبح ذبيحته كعبدة الاوثان ، وقد مضت هذه المسئلة في باب المرتد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ترك التسمية على الصيد عامدا او ساهيا لم يؤكل ، وان ترك التسمية على الذبيحة عامدا لم تؤكل وان تركها ساهيا أكلت)

أما الصيد فقد مضى القول فيه ، وأما الذبيحة فالمشهور من مذهب احمد انها شرط مع الذكر

كذلك وهو يخص ما ذكروه ، وقول النبي ﷺ « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل » يدل على أنه لا يباح مالم ينهر الدم .

﴿ مسئلة ﴾ (وما أصابه فم الكلب هل يجب غسله ؟ على وجهين)

[أحدهما] لايجب ، لان الله تعالى ورسوله أمرا بأكله ولم يأمرا بغسله [والثاني] يجب لان نجاسته قد ثبتت فيجب غسل ماأصابه كبوله .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الثالث أن يرسل الآلة قاصداً للصيد فان استرسل الكلب أوغيره بنفسه لم يبح صيده وان زجره إلا أن يزيد عدوه بزجره فيحل ، وبهذا قال ربيعة ومالك والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وقال عطاء والاوزاعي يؤكل صيده إذا جرح الصيد ، وقال اسحاق إذا

وتسقط بالسهو ، وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال مالك والثوري وابو حنيفة وإسحاق وممن أباح مانسيت التسمية عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب والحسن وعبد الرحمن بن أبي ليلى وجعفر بن محمد وربيعة، وعن احمد انها مستحبة غير واجبة في عمد ولا سهو وبه قال الشافعي لما ذكرنا في الصيد قال احمد انما قال الله (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) يعني الميتة وذكر ذلك عن ابن عباس

ولنا قول ابن عباس من نسي التسمية فلا بأس ، وروى سعيد بن منصور باسناده عن راشد بن ربيعة قال قال رسول الله ﷺ « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم مالم يتعمد» ولانه قول من سمينا ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً وقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) محمول على ماتركت التسمية عليه عمداً بدليل قوله (وانه لفسق) والا كل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق ويفارق الصيد لان ذبحه في غير محل فاعتبرت التسمية تقوية له والذبيحة بخلاف ذلك

(فصل) والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح او قريبا منه كما تعتبر على الطهارة وان سمى على شاة ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجز سواء أرسل الاولى اوذبحها لانه لم يقصد الثانية بهذه التسمية،وإن رأى قطيعاً من الغنم فقال بسم الله ثم أخذ شاة فذبحها بغير تسمية لم يحل ، وإن جهل كون ذلك لايجزىء لم يجر مجرى النسيان لان النسيان يسقط المؤاخذة والجاهل مؤاخذ ولذلك يفطر الجاهل بالا كل في الصوم دون الناسي،وإن أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم ألقى السكين وأخذ أخرى اورد سلاما اوكلم انساناً او استسقى ماء ونحو ذلك وذبح حل لانه سمى على تلك الشاة بعينها ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير فأشبه ما لو لم يتكلم

(فصل) وإن سمى الصائد على صيد فأصاب غيره حل وإن سمى على سهم ثم ألقاه واخذ غيره فرمى به لم يبح ماصاده به لانه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه اعتبرت على الآلة التي يصيد

سمى عند انفلاته أبيح وروى باسناده عن ابن عمر أنه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد قال إذا ذكر اسم الله فكل قال اسحاق فهذا الذي اختار إذا لم يتعمد ارساله من غير اسم الله عليه قال الخلال هذا قول أبي عبدالله .

ولنا قول النبي ﷺ « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل ، ولان ارسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه فان استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره فزاد عدوه بزجره أبيح صيده ، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لايباح وعن مالك كالمذهبين .

ولنا أن زجره أثر في عدوه فصار كما لو أرسله ، لان فعل الآدمي إذا انضاف إلى فعل البهيمة كان الاعتبار بفعل الانسان بدليل أنه لو عدا على إنسان فأغراه آدمي فأصابه ضمن الآدمي، وان لم يزد عدوه بزجره لم يبح لانه لم يؤثر شيئاً فهو كما لو لم يزجره

بها بخلاف الذبيحة ويحتمل ان يباح قياساً على ما لو سمى على سكين ثم ألقاها واخذ غيرها ، وسقوط اعتبار تعيين الصيد لمشقته لا يقتضي اعتبار تعيين الآلة فلا يعتبر

﴿مسئلة﴾ قال (واذا ند بعير فلم يقدر عليه فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه فقتله أكل)

وكذلك ان تردى في بئر فلم يقدر على تذكيته فجرحه في أي موضع قدر عليه فقتله أكل إلا أن تكون رأسه في الماء فلا يؤكل لان الماء يعين على قتله هذا قول أكثر الفقهاء روي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال مسروق والاسود والحسن وعطاء وطاوس واسحاق والشعبي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي واسحاق وأبو ثور وقال مالك لا يجوز أكله إلا ان يذكى وهو قول ربيعة والليث . قال أحمد : لعل مالكا لم يسمع حديث رافع بن خديج ، واحتج لمالك بان الحيوان الانسي إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي بدليل انه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الاهلي مباحا إذا توحش

ولنا ما روى رافع بن خديج قال كنا مع النبي ﷺ فند بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله فقال النبي ﷺ « ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » وفي لفظ « فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا » متفق عليه وحرب[1] ثور في بعض دور الانصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه علي فقال ذكاة وحية[2] فأمرهم بأكله وتردى بعير في بئر فذكي من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فاخذ ابن عمر عشره بدرهمين ولان الاعتبار في الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا باصله بدليل الوحشي إذا قدر عليه وجبت تذكيته في الحلق واللبة ، وكذلك الاهلي إذا توحش يعتبر بحاله ،

(١) بفتح أوله وكسر ثانيه على الفعل الماضي أي اشتد غضبه

(٢) بكسر الحاء وفتح الياء المشددة

(فصل) وان أرسله بغير تسمية ثم سمى وزجره فزاد عدوه فظاهر كلام أحمد أنه يباح فانه قال إذا أرسل ثم سمى فانزجر أو أرسل وسمى فالمعنى قريب من السواء وظاهر هذا الاباحة لانه انزجر بتسميته وزجره فأشبه التي قبلها ،وقال القاضي لا يباح لان الحكم يتعلق بالارسال الاول بخلاف ما إذا استرسل بنفسه ولانه لا يتعلق به حظر ولا إباحة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أرسل كلبه إلى هدف فقتل صيداً أو أرسله يريد الصيد ولا يرى صيداً لم يحل صيده اذا قتله)

لان قصد الصيد شرط ولم يوجد وكذلك ان قصد إنسانا أو حجراً أو رمى عيناً غير قاصد صيداً فقتله لم يحل لانه لم يقصد صيداً لكون القصد لا يتحقق إلا بعلمه ، وبهذا قال الشافعي في الكلب وقال الحسن ومعاوية بن قرة يأكله لعموم الآية والخبر ولانه قصد الصيد فحل له ما صاده كما لو رآه

ولنا أن قصد الصيد شرط ولا يصح مع عدم العلم فأشبه ما لو لم يقصد الصيد.

وبهذا فارقما ذكروه فاذا تردى فلم يقدر على تذكيته فهو معجوز عن تذكيته فاشبه الوحشي ، فاما ان كان رأس المتردي في الماء لم يبح لان الماء يعين على قتله فيحصل قتله بمبيح وحاظر فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسي

(مسئلة) قال (والمسلم والكتابي في كل ما وصفت سواء)

يعني في الاصطياد والذبح ، وأجمع اهل العلم على اباحة ذبائح اهل الكتاب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) يعني ذبائحهم . قال البخاري قال ابن عباس : طعامهم ذبائحهم وكذلك قال مجاهد وقتادة ، وروي معناه عن ابن مسعود واكثر اهل العلم يرون اباحة صيدهم أيضا قال ذلك عطاء والليث والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم احداً حرم صيد أهل الكتاب إلا مالكا أباح ذبائحهم وحرم صيدهم، ولا يصح لان صيدهم من طعامهم فيدخل في عموم الآية ولان من حلت ذبيحته حل صيده كالمسلم

(فصل) ولا فرق بين العدل والفاسق من المسلمين وأهل الكتاب ، وعن ابن عباس رضي الله عنه لا تؤكل ذبيحة الأقلف وعن احمد مثله، والصحيح اباحته فانه مسلم فاشبه سائر المسلمين وإذا أبيحت ذبيحة القاذف والزاني وشارب الخمر مع تحقق فسقه وذبيحة النصراني وهو كافر أقلف فالمسلم أولى .

(فصل) ولا فرق بين الحربي والذمي في اباحة ذبيحة الكتابي منهم وتحريم ذبيحة من سواه وسئل أحمد عن ذبائح نصارى اهل الحرب فقال لا باس بها حديث عبدالله بن مغفل في الشحم قال اسحاق

﴿ مسئلة ﴾ (فان رمى حجراً يظنه صيداً فأصاب صيداً لم يحل ويحتمل أن يحل ذكره أبو الخطاب)

لانه لم يقصد شيئاً على الحقيقة ويحتمل أن يحل اختاره شيخنا لانه قصد الصيد أشبه مالو رآه ، ولان صحة القصد تبنى على الظن وقد وجد وصح قصده فينبغي أن يحل صيده، فأما ان شك هل هو صيد أم لا؟ وغلب على ظنه أنه ليس بصيد لم يبح ، لان صحة القصد تنبني على العلم ولم يوجد ذلك .

(فصل) فان رأى سواداً أو سمع حساً فظنه آدمياً أو بهيمة أو حجراً فرماه فقتله فاذا هو صيد لم يبح ، وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة والشافعي يباح ان كان المرسل سهما ولا يباح ان كان جارحا واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر ، ولانه قصد الاصطياد وسمى فاشبه مالو علمه صيداً .

ولنا انه لم يقصد فلم يبح كما لو رمى هدفا فاصاب صيداً او كما في الجارح عند الشافعي وان ظنه كلباً او خنزيراً لم يبح لذلك وقال محمد بن الحسن يباح لانه مما يباح قتله ، ولنا ماتقدم

اجاد، وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم منهم مجاهد والثوري والشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي ولا فرق بين الكتابي العربي وغيره الا ان في نصارى العرب اختلافا ذكرناه في باب الجزية وسئل مكحول عن ذبائح العرب فقال اما بهرا وتنوخ وسليح فلابأس واما بنو تغلب فلاخير في ذبائحهم والصحيح اباحة ذبائح الجميع لعموم الآية فيهم

(فصل) فان كان احد أبوي الكتابي ممن لا تحل ذبيحته والآخر ممن تحل ذبيحته فقال اصحابنا لايحل صيده ولا ذبيحته. وبه قال الشافعي اذا كان الاب غير كتابي وان كان الاب كتابيا ففيه قولان (احدهما) تباح وهو قول مالك وابي ثور (والثاني) لاتباح لانه وجد مايقتضي التحريم و لاباحة فغلب مايقتضي التحريم كما لو جرحه مسلم ومجوسي وبيان وجود مايقتضي التحريم ان كونه ابن مجوسي او وثني يقتضي تحريم ذبيحته، وقال ابو حنيفة تباح ذبيحته بكل حال لعموم النص ولانه كتابي يقر على دينه فتحل ذبيحته كما لو كان ابن كتابيين واما ان كان ابن وثنيين او مجوسيين فمقتضى مذهب الائمة الثلاثة تحريمه ومقتضى مذهب ابي حنيفة حله لان الاعتبار بدين الذابح لا بدين ابيه بدليل ان الاعتبار في قبول الجزية بذلك ولعموم النص والقياس

(فصل) فاما ماذبحوه لكنائسهم وأعيادهم فننظر فيه فان ذبحه لهم مسلم فهو مباح نص عليه وقال احمد وسفيان الثوري في المجوسي يذبح لآلهه ويدفع الشاة الى المسلم يذبحها فيسمي: يجوز الاكل منها وقال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عما يقرب لآلهتهم يذبحه رجل مسلم قال لابأس به وان ذبحها الكتابي وسمى الله وحده حلت ايضاً لان شرط الحل وجد وان علم انه ذكر اسم غير الله عليها او ترك التسمية عمداً لم تحل، قال حنبل سمعت ابا عبد الله قال لايؤكل يعني ماذبح لاعيادهم وكنائسهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان رمى صيداً فقتل غيره او رمى صيداً فقتل جماعة حل) اذا رمى صيداً فأصابه هو وغيره حلا جميعاً والجارح في هذا بمنزلة السهم.

نص احمد على ذلك وبه قال الثوري وقتادة وأبو حنيفة والشافعي إلا أن الشافعي قال إذا أرسل الكلب على صيد فأخذ آخر في طريقه حل وان عدل عن طريقه اليه ففيه وجهان، وان ارسله على صيد فقتل غيره أبيح وقال مالك إذا أرسل كلبه على صيد بعينه فاخذ غيره لم يبح لانه لم يقصد صيده إلا ان يرسله على صيود فتتفرق عن صغار فانها تباح إذا اخذها.

ولنا عموم قوله تعالى (فكلوا مما امسكن عليكم) وقوله عليه السلام «اذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل مما امسك عليك» وقوله عليه السلام «كل ماردت عليك قوسك» ولانه ارسل آلة الصيد على صيد فحل ما صاده كما لو ارسلها على كبار فتفرقت عن صغار فاخذها عند مالك او كما لو اخذ صيداً في طريقه عند الشافعي ولانه لايمكن تعليم الجارح اصطياد واحد بعينه دون واحد فسقط اعتباره.

لانه أهل لغير الله به ، وقال في موضع يدعون التسمية على عمد انما يذبحون للمسيح فاما ماسوى ذلك فرويت عن احمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم واعيادهم مطلقا وهو قول ميمون بن مهران لانه ذبح لغير الله ، وروي عن احمد إباحته، وسئل عنه العرباض بن سارية فقال كلوا وأطعموني وروي مثل ذلك عن ابي امامة الباهلي وابي مسلم الخولاني واكله ابو الدرداء وجبير بن نفير ورخص فيه عمرو بن الاسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وهذا من طعامهم . قال القاضي ماذبحه الكتابي لعيده أو نجم أو صنم او نبي فسماه على ذبيحته حرم لقوله تعالى (وما اهل لغير الله به) وان سمى الله وحده حل لقول الله تعالى (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه) لكنه يكره لقصده بقلبه الذبح لغير الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يؤكل ماقتل بالبندق أو الحجر لانه موقوذ)

يعني الحجر الذي لا حد له فأما المحدد كالصوان فهو كالمعراض ان قتل بحده أبيح وان قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيذ لا يباح وهذا قول عامة الفقهاء وقال ابن عمر في المقتولة بالبندق تلك الموقوذة وكره ذلك سالم والقاسم ومجاهد وعطاء والحسن وابراهيم ومالك والثوري والشافعي وأبو ثور ورخص فيما قتل بها ابن المسيب وروي أيضا عن عمار وعبد الرحمن بن أبي ليلى

ولنا قول الله تعالى (والموقوذة) وروى سعيد باسناده عن ابراهيم عن عدي قال: قال رسول الله ﷺ «ولا تأكل من البندقة الاما ذكيت» وقال في المعراض «اذا أصبت بعرضه فقتل فانه وقيذ» وقال عمر ليتق احدكم أن يحذف الارنب بالعصا والحجر ثم قال وليذك لكم الاسل الرماح والنبل . إذا ثبت هذا فسواء شدخه أو لم يشدخه حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئه أو اطارت رأسه لم يحل وكذلك ان فعل ذلك بحجر غير محدد

﴿ مسئلة ﴾ (وان أرسل سهمه على صيد فأعانته الريح فقتلته ولولاها ما وصل حل)

لانه قتل الحيوان بسهمه ورميه فحل كما لو وقع سهمه في حجر فرده إلى الصيد فقتله

﴿ مسئلة ﴾ (وان رمى صيداً فاثبته ملكه، فان تحامل فأخذه غيره لزمه رده كما يلزمه رد الشاة)

﴿ مسئلة ﴾ (وان لم يثبته فدخل خيمة إنسان فأخذه فهو لآخذه) لان الاول لم يملكه لكونه ممتنعاً فملكه الثاني باخذه، ولو رمى طيراً على شجرة في دار قوم فطرحه في دارهم فأخذوه فهو للرامي دونهم لانه ملكه بازالة امتناعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقع صيد في شبكة انسان فخرقها وذهب بها فصاده آخر فهو للثاني)

أما إذا تعلق صيد في شرك إنسان أو شبكته ملكه لانه أثبته بآلته ذكره أصحابنا فان أخذه انسان لزمه رده عليه لان آلته أثبتته فاشبه ما لو اثبته بسهمه وان لم تمسكه الشبكة بل انفلت منها في الحال أو

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يؤكل صيد المجوسي وذبيحته الا ما كان من حوت فانه لا ذكاة له)

اجمع اهل العلم على تحريم صيد المجوسي وذبيحته إلا ما لا ذكاة له كالسمك والجراد فإنهم أجمعوا على إباحته غير ان مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة وأفرطوا : فاما مالك والليث فقالا لا نرى ان يؤكل الجراد إذا صاده المجوسي ورخصا في السمك، وابو ثور أباح صيده وذبيحته لقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب) ولانهم يقرون بالجزية فيباح صيدهم وذبائحهم كاليهود والنصارى واحتج برواية عن سعيد بن المسيب وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به . قال ابراهيم الحربي خرق ابو ثور الاجماع ، قال احمد ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس باساً ما أعجب هذا؟ يعرض بابي ثور . وممن رويت عنه كراهية ذبائحهم ابن مسعود وابن عباس وعلي وجابر وابو بردة وسعيد ابن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وعبد الرحمن بن ابي ليلى وسعيد بن جبير ومرة الهمذاني والزهري ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي قال احمد ولا أعلم أحداً قال بخلافه إلا ان يكون صاحب بدعة ولان الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) فمفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار ولانهم لا كتاب لهم فلم تحل ذبائحهم كأهل الاوثان

وقد روى الامام احمد باسناده عن قيس بن سكن الاسدي قال : قال رسول الله ﷺ «انكم نزلتم بفارس من النبط فاذا اشتريتم لحماً فان كان من يهودي او نصراني فكلوا ، وإن كانت ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا » ولان كفرهم مع كونهم غير أهل كتاب يقتضي تحريم ذبائحهم ونسائهم بدليل سائر الكفار من غير أهل الكتاب وانما أخذت منهم الجزية لان شبهة الكتاب تقتضي التحريم

بعد حين لم يملكه لانه لم يثبته وان أخذ الشبكة وذهب بها فصاده انسان ملكه ويرد الشبكة على صاحبها دون الصائد لانه لم يثبته، وان كان يمشي بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها لانها ازالت امتناعه، فاما ان امسكه الصائد وثبتت يده عليه ثم انفلت منه لم يزل ملكه عنه لانه امتنع منه بعد ثبوت ملكه عليه فلم يرد ملكه عنه. كما لو شردت فرسه او ند بعيره .

(فصل) فان اصطاد صيداً فوجد عليه علامة مثل قلادة في عنقه او في إذنه قرطاً لم يملكه لان الذي صاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات ، وكذلك ان وجد طائراً مقصوص الجناح ويكون لقطة فان قيل يحتمل ان الذي أمسكه أولا محرم لم يملكه أو انه أرسله على سبيل التخلية وازالة الملك عنه كالقاء الشيء التافه قلنا أما الاول فنادر وهو مخالف للظاهر لان ظاهر حال المحرم انه لا يصيد ما حرم الله تعالى عليه، وأما الثاني فخلاف الاصل فان الاصل بقاء ملكه عليه وما ذكروه محتمل فلا يزول الملك بالشك

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كان في سفينة فوثبت سمكة فوقعت في حجره فهي له دون صاحب السفينة)

وذلك لان السمك من الصيد المباح فملك بالسبق اليه وهذه حصلت في يد الذى هي في حجره

لدمائهم فلما غلبت في التحريم لدمائهم فيجب ان يغلب عدم الكتاب في تحريم الذبائح والنساء احتياطا للتحريم في الموضعين ولانه اجماع فانه قول من سمينا ولا مخالف لهم في عصرهم ولا فيمن بعدهم إلا رواية عن سعيد روي عنه خلافها . ولا خلاف في إباحة ماصادوه من الحيتان حكي عن الحسن البصري انه قال رأيت سبعين من الصحابة يأكلون صيد المجوسي من الحيتان لايختلج في صدورهم شيء من ذلك رواه سعيد بن منصور ، والجراد كالحيتان في ذلك لانه لا ذكاة له ولانه تباح ميتته فلم يحرم بصيد المجوسي كالحوت

(فصل) وحكم سائر الكفار من عبدة الاوثان والزنادقة وغيرهم حكم المجوس في تحريم ذبائحهم وصيدهم إلا الحيتان والجراد وسائر ماتباح ميتته فان ماصادوه مباح لانه لايزيد بذلك عن موته بغير سبب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أحلت لنا ميتتان السمك والجراد » وقال في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته »

(فصل) قال احمد وطعام المجوس ليس به باس أن يؤكل واذا أهدي اليه ان يقبل انما تكره ذبائحهم او شيء فيه دسم يعني من اللحم ولم ير بالسمن والخبز باساً ، وسئل عما يصنع المجوس لامواتهم ويزمزمون عليهم أياما عشراً ثم يقتسمون ذلك في الجيران قال لاباس بذلك ، وعن الشعبي كل مع المجوسي وإن زمزم

وروى احمد أن سعيد بن جبير كان يأكل من كواميخ المجوس وأعجبه ذلك ، وروى هشام عن الحسن انه كان لايرى باساً بطعام المجوس في المصر ولا بشواريزهم ولا بكواميخهم

وحجره له ويده عليه دون صاحب السفينة ألم تر انهما لو تنازعا كيسا في حجره كان أحق به من صاحب السفينة؟ كذا هٰهنا ، فأما ان وقعت السمكة في السفينة فهي لصاحبها ذكره ابن أبي موسى وهو مفهوم كلام الخرقي لان السفينة ملكه ويده عليها فما حصل من المباح فيها كان أحق به كحجره

(فصل) فان كانت السمكة وثبت بفعل إنسان لقصد الصيد كالصياد الذى يجعل في السفينة ضوأ بالليل ويدق بشئ كالجرس ليثب السمك في السفينة فهذا للصياد دون من وقع في حجره لان الصائد اثبتها بذلك فصار كمن رمى طائراً فألقاه في دار قوم وان لم يقصد الصيد بهذا بل حصل اتفاقا كانت لمن وقعت في حجرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان صنع بركة ليصيد بها السمك فما حصل فيها ملكه وان لم يقصد بها ذلك لم يملكه) كما لو توحل الصيد في أرضه وكذلك لو حصل في أرضه سمك من مد الماء ، وان عشش فيها طائر لم يملكه ولغيره أخذه كما يجوز له أخذ الماء والكلأ)

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره صيد السمك بالنجاسة)

وهو أن يترك في الماء شيء نجس كالعذرة والميتة وشبههما ليأكله السمك ليصيد به ، كره أحمد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك كل ما مات من الحيتان في الماء وان طفا)

قوله طفا يعني ارتفع على وجه الماء . قال عبد الله بن رواحة :

وأن العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا

وجملة ذلك ان السمك وغيره من ذوات الماء التي لاتعيش إلا فيه اذا ماتت فهي حلال سواء ماتت بسبب او غير سبب لقول النبي ﷺ في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته» قال احمد هذا خير من مائة حديث ، وأما مامات بسبب مثل ان صاده انسان أو نبذه البحر او جزرعنه فان العلماء أجمعوا على اباحته وكذلك ماحبس في الماء بحظيرة حتى يموت فلا خلاف أيضاً في حله قال احمد الطافي يؤكل وما جزر عنه الماء أجود والسمك الذي نبذه البحر لم يختلف الناس فيه وانما اختلفوا في الطافي وليس به بأس، وممن أباح الطافي من السمك أبو بكر الصديق وابو ايوب رضي الله عنهما وبه قال مالك والشافعي، وممن أباح ماوجد من الحيتان عطاء ومكحول والثوري والنخعي وكره الطافي جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد واصحاب الرأي لأن جابراً قال قال رسول الله ﷺ « ماألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » رواه ابو داود

ذلك وقال هو حرام لابصاد به وانما كره لما يتضمن من أكل السمك للنجاسة فيشبه الجلالة وسواء في هذا مايتفرق كالدم ومالا يتفرق كقطعة من الميتة، وكره أحمد الصيد ببنات وردان وقال ان مأواها الحشوش وكره الصيد بالضفادع وقال نهي عن قتل الضفدع

﴿ مسئلة ﴾ [ويكره صيد الطير بالشباش]

وهو طير يخيط عينيه أو يربطه وكره أحمد الصيد بالخراطيم وكل شيء فيه روح لما فيه من تعذيب الحيوان فان صاده فالصيد مباح ولم ير بأسا بالصيد بالشبكة والشرك وبالدبق الذي يمنع الحيوان من الطيران وان يطعم شيئاً إذا أكله سكر واخذ

﴿ مسئلة ﴾ [وان أرسل صيدا وقال أعتقتك لم يزل ملكه عنه ويحتمل ان يزول وهو لمن أخذه] ظاهر المذهب انه لا يزول ملكه عنه بالارسال والاعتاق قاله أصحابنا كالو أرسل البعير والبقرة ويحتمل ان يزول الملك لان الاصل الاباحة والارسال يرده الى أصله ويفارق بهيمة الانعام من وجهين

[أحدهما] ان الاصل ههنا الاباحة وبهيمة الانعام بخلافه (الثاني) ان الارسال ههنا يفيد وهو رد الصيد الى الخلاص من أيدي الآدميين وحبسهم ولهذا روي عن أبي الدرداء انه اشترى عصفورا من صبي فأرسله ولانه يجب ارسال الصيد على المحرم اذا أحرم بخلاف بهيمة الانعام فان ارساله تضييع له وربما هلك اذا لم يكن له من يقوم به

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (الرابع التسمية عند ارسال السهم أو الجارحة فان تركها لم يبح سواء تركها عمدا أوسهواً في ظاهر المذهب وعنه ان نسيها على السهم أبيح وان نسيها على الجارحة لم يبح)

ولنا قول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة) قال ابن عباس طعامه مامات فيه وأيضاً الحديث الذي قدمناه ، وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه الطافي حلال ولانه لو مات في البر أبيح فاذا مات في البحر أبيح كالجراد ، فأما حديث جابر فانما هو موقوف عليه كذلك قال ابو داود رواه الثقات فأوقفوه على جابر وقد أسند من وجه ضعيف وإن صح فنحمله على نهي الكراهة لانه اذا مات رسب في أسفله فاذا انتن طفا فكرهه لنتنه لا لتحريمه

(فصل) يباح أكل الجراد باجماع أهل العلم وقد قال عبد الله بن أبي أوفى غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل الجراد رواه البخاري وابو داود، ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي واصحاب الحديث واصحاب الرأي وابن المنذر، وعن احمد انه اذا قتله البرد لم يؤكل وعنه لا يؤكل اذا مات بغير سبب وهو قول مالك ويروى أيضاً عن سعيد بن المسيب

ولنا عموم قوله عليه السلام «أحلت لنا ميتتان ودمان» فالميتتان السمك والجراد» ولم يفصل ولانه تباح ميتته فلم يعتبر له سبب كالسمك ولانه لو افتقر الى سبب لافتقر الى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الانعام

(فصل) ويباح أكل الجراد بما فيه وكذلك السمك يجوز أن يقلى من غير أن يشق بطنه ، وقال اصحاب الشافعي في السمك لا يجوز لان رجعيه نجس

ظاهر المذهب ان التسمية شرط لاباحة الصيد وانها لا تسقط بالسهو وهو قول الشعبي وأبي ثور وداود وروى حنبل عن أحمد أن التسمية تسقط بالنسيان قال الخلال سها أحمد في نقله، وممن اباح متروك التسمية في النسيان دون العمد أبو حنيفة ومالك لقول النبي ﷺ «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان» ولان ارسال الجارحة جرى مجرى التذكية فعفي عن النسيان فيه كالذكاة، وعن أحمد ان التسمية تشترط على ارسال الكلب والعمد والنسيان بخلاف السهم فان السهم آلة خفيفة وليس له اختيار فهو بمنزلة السكين بخلاف الحيوان فانه يفعل باختياره وقال الشافعي يباح متروك التسمية عمداً وسهواً لان البراء روى ان النبي ﷺ قال «المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم» وعن أبي هريرة ان النبي ﷺ قيل له أرأيت الرجل منا يذبح وينسى ان يسمي الله؟ فقال «اسم الله في قلب كل مسلم» وقد روي عن أحمد مثل ذلك

ولنا قوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقال (فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وقال النبي ﷺ اذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل» قلت أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر؟ قال «لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر» متفق عليه وفي لفظ «اذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل» وفي حديث أبي ثعلبة «وما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل» وهذه نصوص صحيحة فلا يعرج على ما خالفها وقوله «عفي لامتي عن

ولنا عموم النص في اباحته وما ذكروه غير مسلم ، وان بلع انسان شيئاً منه حياً كره لان فيه تعذيباً له

(فصل) وسئل احمد عن السمك يلقى في النار فقال مايعجبني ، والجراد فقال ما يعجبني والجراد اسهل فان هذا له دم ولم يكره أكل السمك اذا ألقي في النار انما كره تعذيبه بالنار ، وأما الجراد فسهل في القائه لانه لا دم له ولان السمك لا حاجة الى القائه في النار لامكان تركه حتى يموت بسرعة والجراد لايموت في الحال بل يبقى مدة طويلة ، وفي مسند الشافعي ان كعباً كان محرما فمرت به رجل من جراد فنسي وأخذ جرادتين فألقاهما في النار وشواهما وذكر ذلك لعمر فلم ينكر عمر تركهما في النار، وذكر له حديث ابن عمر: كان الجراد يقلى له فقال انما يؤخذ الجراد فتقطع أجنحته ثم يلقى في الزيت وهو حي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وذكاة المقدور عليه من الصيد والانعام في الحلق واللبة)

قد ذكرنا حكم المعجوز عنه من الصيد والانعام ، فأما المقدور عليه منهما فلا يباح إلا بالذكاة بلا خلاف بين اهل العلم ، وتفتقر الذكاة الى خمسة اشياء ذابح وآلة ومحل وفعل وذكر ، أما الذابح فيعتبر له شرطان : دينه وهو كونه مسلما أو كتابياً وعقله وهو أن يكون ذا عقل يعرف الذبح ليقصد

الخطأ والنسيان يقتضي نفي الأثم لاجعل الشرط المعدوم كالموجود بدليل مالو نسي شرط الصلاة والفرق بين الصيد والذبيحة ان الذبح وقع في محله فجاز ان يتسامح فيه بخلاف الصيد وأحاديث أصحاب الشافعي لم يذكرها أصحاب السنن المشهورة وان صحت فهي في الذبيحة ولا يصح قياس الصيد على الذبيحة لما ذكرنا مع مافي الصيد من النصوص الخاصة والله أعلم

[فصل] اذا سمى الصائد على صيد فاصاب غيره حل وإن سمى على سهم ثم القاه وأخذ غيره فرمى به لم يبح ماصاد به لانه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه اعتبرت على الآلة التي يصيد بها بخلاف الذبيحة ويحتمل ان يباح قياسا على مالو سمى على سكين ثم ألقاها وأخذ غيرها وسقوط اعتبار تعيين الصيد لمشقته لايقتضي اعتبار تعيين الآلة فلا يعتبر

باب الذكاة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يباح من الحيوان المقدور عليه بغير ذكاة الا الجراد وشبهه وسائر مالايعيش الا في الماء فلا ذكاة له ، وعنه في السرطان وسائر البحري أنه يباح بلا ذكاة)

أما الحيوان المقدور عليه من الصيد والانعام فلا يباح الا بالذكاة بغير خلاف بين أهل العلم لقول الله تعالى (حرمت عليكم الميتة ـ الى قوله ـ الا ماذكيتم) فاما السمك وشبهه ممالا يعيش الا في

فان كان لا يعقل كالطفل الذي لا يميز والمجنون والسكران لم يحل ماذبحه لانه لا يصح منه القصد فأشبه مالو ضرب انسانا بالسيف فقطع عنق شاة .

وأما الآلة فلها شرطان (أحدهما) أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها (والثاني) أن لا تكون سناً ولا ظفراً فاذا اجتمع هذان الشرطان في شيء حل الذبح به سواء كان حديداً أو حجراً أو بلطة او خشبا لقول النبي ﷺ « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا مالم يكن سناً اوظفرا» متفق عليه وعن عدي بن حاتم قال قلت يارسول الله أرأيت ان أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا ؟ فقال « امرر الدم بما شئت واذكر اسم الله » والمروة الصوان ، وعن رجل من بني حارثة أنه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئا ينحرها به فأخذ وتداً فوجأها به في لبتها حتى اهريق دمها ثم جاء الى النبي ﷺ فأمره باكلها رواه ابوداود وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابو ثور ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار وبه قال ابوحنيفة إلا في السن والظفر قال إذا كانا متصلين لم يجز الذبح بهما وإن كانا منفصلين جاز

ولنا عموم حديث رافع ولان مالم تجز الذكاة به متصلا لم تجز منفصلا كغير المحدد، وأما العظم غير السن فمقتضى اطلاق قول احمد والشافعي وابي ثور إباحة الذبح به وهو قول مالك وعمرو بن دينار وأصحاب الرأي وقال ابن جريج يذكى بعظم الحمار ولا يذكى بعظم القرد لانك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك وعن احمد لا يذكى بعظم ولا ظفر وقال النخعي لا يذكى بالعظم والقرن، ووجهه ان النبي

الماء فانه يباح بغير ذكاة لا نعلم في هذا خلافا لقول رسول الله ﷺ في البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وقد صح ان أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر فأكلوا منها شهرا حتى سمنوا وادهنوا فلما قدموا على رسول الله ﷺ اخبروه فقال « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمونا؟ » متفق عليه

(فصل) ولا فرق في ذلك بين ما مات بسبب أو بغير سبب لما ذكرنا من الحديثين وقد أجمع أهل العلم على اباحة ما مات بسبب مثل ان صاده انسان أو نبذه البحر أو جزر عنه وكذلك ماحبس في الماء بحظيرة حتى يموت فانه يحل، قال أحمد في الطافي يؤكل وما جزر عنه الماء أجود والسمك الذي نبذه البحر لم يختلف فيه وإنما اختلفوا في الطافي وليس به بأس وممن اباح الطافي من السمك أبو بكر الصديق وأبو ايوب رضي الله عنهما وبه قال مالك والشافعي وروي ذلك عن عطاء ومكحول والثوري والنخعي وكره الطافي جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأي لما روي ان جابراً قال قال رسول الله ﷺ « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه ومامات فيه وطفا فلا تأكلوه » رواه أبو داود

ولنا قول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة) وقال ابن عباس طعامه ما مات فيه وأيضاً ما ذكر من الحديثين ، وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه الطافي حلال

ﷺ قال « ماأنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم ، وأما الظفر فمدى الحبشة » فعلله بكونه عظما فكل عظم فقد وجدت فيه العلة والاول أصح إن شاء الله تعالى لان العظم دخل في عموم اللفظ المبيح ثم استثنى السن والظفر خاصة فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به والمنطوق مقدم على التعليل ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة ولا يحرم الذبح بالسكين وان كانت مدية لهم ولان العظام يتناولها سائر الاحاديث العامة ويحصل بها المقصود فأشبهت سائر الآلات، وأما المحل فالحلق واللبة وهي الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ولايجوز الذبح في غير هذا المحل بالاجماع ، وقد روي في حديث عن النبي ﷺ أنه قال « الذكاة في الحلق واللبة » قال احمد الذكاة في الحلق واللبة واحتج بحديث عمر وهو ماروى سعيد والاثرم باسنادهما عن الفرافصة قال كنا عند عمر فنادى ان النحر في اللبة والحلق لمن قدر وانما نرى أن الذكاة اختصت بهذا المحل لانه مجمع العروق فتنسفح بالذبح فيه الدماء السيالة ويسرع زهوق النفس فيكون أطيب للحم وأخف على الحيوان قال احمد لو كان حديث أبي العشراء حديثا يعني ما روى ابو العشراء عن أبيه عن النبي ﷺ انه سئل أما تكون الزكاة الا في الحلق واللبة فقال رسول الله ﷺ « لو طعنت في فخذها لاجزأ عنك » قال احمد ابو العشراء هذا ليس بمعروف . وأما الذكر فالتسمية وقد مر ذكرها ، وأما الفعل فيعتبر قطع الحلقوم والمريء وبهذا قال الشافعي . وعن احمد

ولانه لو مات في البر أبيح كالجراد واما حديث جابر فانما هو موقوف عليه وكذلك قال أبو داود رواه الثقات فأوقفوه على جابر وقد اسند من وجه ضعيف فان صح فنحمله على نهي الكراهة لانه اذا مات رسب في أسفله فاذا انتن طفا فكرهه لنتنه لا لتحريمه .

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في السرطان وسائر البحري انه يحل بلا ذكاة)

قال أحمد السرطان لا بأس به قيل له يذبح ؟ قال لا وذلك ان مقصود الذبح انما هو اخراج الدم منه وتطييب اللحم بازالته عنه فما لا دم فيه لا حاجة الى ذبحه، فان قلنا يذكى فذكاته ان يفعل به مايموت فاما ما كان مأواه البحر وهو يعيش في البر من دواب البحر كطير الماء والسلحفاة وكلب الماء فلا يحل الا ان يذبح هذا الصحيح من المذهب ،قال أحمد كلب الماء نذبحه ولا أرى بأسا بالسلحفاة اذا ذبح، والرق نذبحه وفيه رواية أخرى أنه يحل بغير ذكاة وذهب اليه قوم من أهل العلم لقول النبي ﷺ في البحر «هو الطهور ماؤه الحل ميتته » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ولانه من حيوان الماء فابيح بغير ذكاة كالسمك والسرطان وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه كل مافي البحر قد ذكاه الله لكم وروى الامام احمد باسناده عن شريح رجل أدرك النبي ﷺ قال « كل شيء في البحر مذبوح » وروي عن النبي ﷺ انه قال « ان الله سبحانه ذبح كل شيء في البحر لابن آدم » والاولى أصح فيما سوى السرطان لانه حيوان يعيش في البر له نفس سائلة فلم يبح بغير ذكاة كالطير، قال شيخنا ولا

رواية أخرى أنه يعتبر مع هذا قطع الودجين وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى ابوهريرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فتقطع الجلد ولا تفري الاوداج ثم تترك حتى تموت رواه ابو داود وقال ابو حنيفة يعتبر قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ولا خلاف في أن الاكمل قطع الاربعة الحلقوم والمريء والودجين فالحلقوم مجرى النفس والمريء وهو مجرى الطعام والشراب والودجان وهما عرقان محيطان بالحلقوم لانه أسرع لخروج روح الحيوان فيخف عليه ويخرج من الخلاف فيكون أولى ، والاول يجزىء لانه قطع في محل الذبح مالا تبقى الحياة مع قطعه فأشبه مالو قطع الاربعة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ماسواه)

لا خلاف بين أهل العلم في ان المستحب نحر الابل وذبح ماسواها قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) قال مجاهد أمرنا بالنحر وأمر بنو إسرائيل بالذبح فان النبي ﷺ بعث في قوم ماشيتهم الابل فسن النحر وكانت بنو إسرائيل ما شيتهم البقر فأمروا بالذبح وثبت أن رسول الله ﷺ نحر بدنة وضحى بكبشين أقرنين ذبحهما بيده متفق عليه ومعنى النحر أن يضربها بحربة او نحوها في الوهدة التي بين أصل عنقها وصدرها

خلاف فيما علمناه في الطير والاخبار محمولة على مالا يعيش الا في البحر كالسمك وشبهه لانه لايتمكن من تذكيته لانه لا يذبح الا بعد اخراجه من الماء ومتى خرج مات

﴿ مسئلة ﴾ وعنه في الجراد لايؤكل الا ان يموت بسبب ككبه وتغريقه)

لاخلاف في اباحة الجراد وقد روى عبد الله بن أبي أوفى قال غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل الجراد متفق عليه، ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وعن أحمد اذا قتله البرد لم يؤكل وعنه لايؤكل اذا مات بغير سبب وهو قول مالك ويروى عن سعيد بن المسيب

ولنا عموم قوله عليه الصلاة السلام « احلت لنا ميتتان ودمان فالميتتان السمك والجراد » رواه ابن ماجه ولم يفصل ولانه تباح ميتته فلم يعتبر له سبب كالسمك ولانه لو افتقر الى سبب لافتقر الى ذبح وآلة كبهيمة الانعام

(فصل) يجوز أكل الجراد بما فيه وكذلك السمك يجوز ان يقلى من غير ان يشق جوفه وقال أصحاب الشافعي في السمك لايجوز لان رجيعه نجس ولنا عموم النص في اباحته وماذكروه غير مسلم وان بلع انسان منه شيئاً وهو حي كره لان فيه تعذيب الحيوان

(فصل) وسئل احمد عن السمك يلقي في النار فقال مايعجبني والجراد فقال مايعجبني والجراد

(فصل) ويسن الذبح بسكين حاد لما روى ابو داود عن شداد بن اوس قال خصلتان سمعتها من رسول الله ﷺ « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يسن السكين والحيوان يبصره ورأى عمر رجلا قد وضع رجله على شاة وهو يحد السكين فضربه حتى أفلت الشاة ، ويكره ان يذبح شاة والاخرى تنظر اليه، ويستحب ان يستقبل بها القبلة واستحب ذلك ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ما ذبح لغير القبلة وقال سائرهم ليس ذلك مكروها لان اهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد احل الله ذبائحهم

(فصل) قال احمد : ولا تؤكل المصبورة ولا المجثمة وبه قال اسحاق والمجثمة هي الطائر او الارنب يجعل غرضا ثم يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله الا ان المجثمة لا تكون الا في الطائر والارنب واشباهها ، والمصبورة كل حيوان، وأصل الصبر الحبس، والاصل في تحريمه ان النبي ﷺ نهى عن

اسهل فان هذا له دم، ولم يكره أكل السمك اذا ألقي في النار انما كره تعذيبه بالنار وأما الجراد فسهل في إلقائه لانه لا دم له ولان السمك لا حاجة الى القائه في النار لامكان تركه حتى يموت بسرعة، والجراد لا يموت في الحال بل يبقى مدة طويلة، وفي مسند الشافعي ان كعبا كان محرما فمرت به رجل من جراد فنسي وأخذ جرادتين فألقاهما في النار فشواهما وذكر ذلك لعمر فلم ينكر عمر تركهما في النار، وذكر له حديث ابن عمر كان الجراد يقلى له فقال انما يؤخذ الجراد فتقطع اجنحته فيلقى في الزيت وهو حي

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط للذكاة شروط أربعة (أحدها) أهلية الذابح وهو أن يكون عاقلا مسلماً أو كتابياً فتباح ذبيحته ذكراً كان أو أنثى وعنه لا تباح ذبيحة نصارى بني تغلب ولا من أحد أبويه غير كتابي)

أجمع أهل العلم على إباحة ذبائح أهل الكتاب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) يعني ذبائحهم، قال البخاري قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم وكذلك قال مجاهد وقتادة وروي معناه عن ابن مسعود وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي. ولا فرق بين العدل والفاسق من المسلمين واهل الكتاب وعن أحمد لا تباح ذبيحة الاقلف وروي عن ابن عباس ، والصحيح اباحته فانه مسلم أشبه سائر المسلمين ، واذا أبيحت ذبيحة القاذف والزاني وشارب الخمر مع تحقق فسقه وذبيحة النصراني وهو كافر أقلف فالمسلم أولى

(فصل) ولا فرق بين الحربي والذمي في إباحة ذبيحة الكتابي منهم وتحريم ذبيحة من سواه وسئل أحمد عن ذبائح نصارى أهل الحرب فقال لا بأس بها حديث عبدالله بن مغفل قال إسحاق أجاد قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم مجاهد والثوري والشافعي واحمد واسحاق واصحاب الرأي ولا فرق بين الكتابي العربي وغيره إلا ان في نصارى العرب اختلافا ذكرناه في باب الجزية وسئل مكحول عن ذبائح نصارى العرب فقال اما بهرا وتنوخ فلا بأس

صبر البها ثم وقال « لا تتخذوا شيئاً فيه الروح غرضا » وروى سعيد باسناده عن ابي الدرداء قال نهى رسول الله ﷺ عن كل مجثمة ، وباسناده عن مجاهد قال نهى رسول الله ﷺ عن المجثمة وعن أكلها ونهي عن المصبورة وعن أكلها ولانه حيوان مقدور عليه فلم يبح بغير الذكاة كالبعير والبقرة

(مسئلة) قال (فان ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح جاز)

هذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والزهري وقتادة ومالك والليث والثوري وأبو حنيفة والشافعي واسحاق وأبو ثور ، وحكي عن داود ان الابل لا تباح الا بالنحر ولا يباح غيرها الا بالذبح لان الله تعالى قال (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) والامر يقتضي الوجوب وقال تعالى (فصل لربك وانحر) ولأن النبي ﷺ نحر البدن وذبح الغنم وانما تؤخذ الاحكام من جهته ، وحكي عن مالك أنه لا يجزىء في الابل الا النحر لان اعناقها طويلة فاذا ذبح تعذب بخروج روحه قال ابن المنذر انما كرهه ولم يحرمه

وأما بنو تغلب فلا خير في ذبائحهم لانه يروى عن علي رضي الله عنه وهو مذهب الشافعي ولا ذبائح العرب من اهل الكتاب كلهم، والصحيح اباحته لعموم الآية فيهم، فاما من أحد ابويه غير كتابي ممن لا تحل ذبيحته فقال اصحابنا لا تحل ذبيحته وبه قال الشافعي واذا كان الأب كتابياً ففيه قولان (أحدهما) تباح وهو قول مالك وابي ثور (والثاني) لا تباح لانه وجد مايقتضي الاباحة والتحريم فغلب مايقتضي التحريم كما لو جرحه مسلم ومجوسي، وبيان وجود مايقتضي التحريم ان كونه ابن مجوسي أو وثني يقتضي تحريم ذبيحته وعنه تباح ذبيحته مطلقا وهو قول ابي حنيفة لعموم النص ولانه كتابي يقر على دينه فتحل ذبيحته كما لو كان ابن كتابيين ، فان كان ابن وثنيين أو مجوسيين فمقتضى قول اصحابنا والشافعي ومالك تحريمه، ومقتضى قول أبي حنيفة حله لان الاعتبار بدين الذابح لا بدين أبيه بدليل ان الاعتبار في قبول الجزية بذلك ولعموم النص والقياس

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تباح ذكاة مجنون ولا سكران ولا طفل غير مميز ولا مجوسي ولا وثني ولا مرتد)

أما المجنون والطفل والسكران فلا تحل ذبيحتهم لانه لا يصح مع القصد أشبه مالو ضرب انسانا بالسيف فقطع عنق شاة ولانه أمر يعتبر له الدين فاعتبر له العقل كالغسل وبهذا قال مالك وقول الشافعي لا يعتبر العقل والأولى أولى لان الذكاة يعتبر لها العقل كالعبادة ومن لا عقل له لا يصح منه القصد فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديدة بنفسها على حلق شاة فذبحتها

(فصل) فأما ذكاة المجوسي فلا تحل في قول أهل العلم وشذ ابو ثور فأباح صيده وذبيحته لقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب» ولانهم يقرون بالجزية فتباح ذبيحتهم وصيدهم كاليهود والنصارى وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به قال ابراهيم الحربي خرق ابو ثور الاجماع ، قال

ولنا قول النبي ﷺ « امرر الدم بما شئت » وقالت أسماء نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة ، وعن عائشة قالت : نحر رسول الله ﷺ في حجة الوداع بقرة واحدة ولانه ذكاة في محل الذكاة فجاز أكله كالحيوان الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (واذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء أو وطىء عليها شيء لم تؤكل)

يعني إذا وطيء عليها شيء يقتلها مثله غالبا وهذا الذي ذكره الخرقي نص عليه أحمد ، وقال أكثر أصحابنا المتأخرين لا يحرم بهذا وهو قول أكثر الفقهاء لانها إذا ذبحت فقد صارت في حكم الميت وكذلك لو أبين رأسها بعد الذبح لم تحرم نص عليه أحمد ، ولو ذبح انسان ثم ضرب آخر عنقه او غرقه لم يلزمه قصاص ولا دية ، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ في حديث عدي بن حاتم « وإن وقعت في الماء فلا تأكل » وقال ابن مسعود : من رمى طائراً فوقع في الماء فغرق فيه فلا

احمد ههنا قوم لايرون بذبائح المجوس بأساً ما أعجب هذا ؟ يعرض بأبي ثور ، وممن كره ذبائحهم ابن مسعود وابن عباس وعلي وجابر وابو بردة وسعيد بن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وعبد الرحمن بن أبي ليلى وسعيد بن جبير ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي قال أحمد ولا اعلم أحداً يقول بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة ولان الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) فمفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار لانهم لا كتاب لهم فلم تحل ذبائحهم كأهل الأوثان ، وقد روى الامام احمد باسناده عن قيس بن سكن الاسدي قال قال رسول الله ﷺ « انكم قد تركتم بفارس من النبط فاذا اشتريتم لحماً فان كان من يهودي أو نصراني فكلوا وإن كان من ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا » ولان كفرهم مع كونهم غير اهل كتاب يقتضي تحريم ذبائحهم ونسائهم بدليل سائر الكفار من غير اهل الكتاب وإنما أخذت منهم الجزية لان شبهة الكتاب تقتضي التحريم لدمائهم فلما غلبت في التحريم لدمائهم فوجب أن يغلب عدم الكتاب في تحريم الذبائح والنساء احتياطا للتحريم في الموضعين، ولانه اجماع فانه قول من سمينا ولا مخالف لهم في عصرهم ولا فيمن بعدهم إلا رواية عن سعيد بن المسيب روي عنه خلافها

(فصل) وسائر الكفار من عبدة الاوثان والزنادقة وغيرهم حكمهم حكم المجوس في تحريم ذبائحهم قياساً عليهم بل هم شر من المجوس لان المجوس لهم شبهة كتاب بخلاف هؤلاء ، قال احمد وطعام المجوس ليس به بأس أن يؤكل ، واذا أهدي اليه أن يقبل انما كره ذبائحهم أوشيئا فيه دسم يعني من اللحم ولم ير بالسمن والجبن بأساً ، وسئل عما تصنع المجوس لأمواتهم ويزمزمون عليهم أياما عشراً ثم يقسمون ذلك في الجيران قال لابأس بذلك وعن الشعبي قال كل مع المجوسي وإن

تأكله ولان الغرق سبب يقتل فاذا اجتمع مع الذبح فقد اجتمع ما يبيح ويحرم فيغلب الحظر ولانه لايؤمن أن يعين على خروج الروح فتكون قد خرجت بفعلين مبيح ومحرم فأشبه مالو وجد الامران في حال واحدة أو رماه مسلم ومجوسي فمات

(مسألة) قال (واذا ذبحها من قفاها وهو مخطيء فأتت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت)

قال القاضي معنى الخطأ أن تلتوي الذبيحة عليه فتأتي السكين على القفا لانها مع التوائها معجوز عن ذبحها في محل ذبحها فسقط اعتبار المحل كالمتردية في بئر، فاما مع عدم التوائها فلا تباح بذلك لان الجرح في القفا سبب للزهوق وهو في غير محل الذبح فاذا اجتمع مع الذبح منع حله كما لو بقر بطنها وقد روي عن احمد مايدل على هذا المعنى فان الفضل بن زياد قال : سألت أبا عبد الله عمن ذبح في القفا قال عامداً او غير عامد ؟ قلت عامداً قال لاتؤكل فاذا كان غير عامد كأن التوى عليه فلاباس

زمزم ، وروى احمد ان سعيد بن جبير كان يأكل من كواميخ المجوس فأعجبه ذلك ، وروى هشام عن الحسن انه كان لايرى بأساً بطعام المجوس في المصر ولابشواريزهم ولا بكواميخهم

(فصل) ولا تباح ذبيحة المرتد وإن كانت ردته الى دين اهل الكتاب وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي ، وقال إسحاق إن تدين بدين اهل الكتاب حلت ذبيحته ويحكى ذلك عن الاوزاعي لان علياً رضي الله عنه قال: من تولى قوماً فهو منهم

ولنا انه كافر لايقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثني ولانه لاتثبت له احكام اهل الكتاب اذا تدين بدينهم فانه لايقر بالجزية ولا يسترق ولا يحل له نكاح المرتدة ، وأما قول علي فهو منهم لم يرد انه منهم في جميع الاحكام بدليل ماذكرنا ولانه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بني تغلب ولانكاح نسائهم مع توليهم للنصاري ودخولهم في دينهم ومع اقرارهم على ماصولحوا عليه فلا يعتقد ذلك في المرتدين . اذا ثبت هذا فانه اذا ذبح حيوانا لغيره بغير اذنه ضمنه بقيمته حياً لانه أتلفه وحرمه ولا يضمنه اذا كان باذنه لانه أذن في اتلافه

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الثاني الآلة وهو أن يذبح بمحدد سواء كان من حديد أو حجر أو قصب أو غيره إلا السن والظفر)

الآلة لها شرطان (أحدها) أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها (والثاني) أن لا تكون سناً ولا ظفراً فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء حل الذبح به حديداً كان أو حجراً أو خشباً أو قصباً لقول النبي ﷺ « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر »

(فصل) فان ذبحها من قفاها اختياراً فقد ذكرنا عن احمد أنها لا تؤكل وهو مفهوم كلام الخرقي وحكي هذا عن علي وسعيد بن المسيب ومالك واسحاق ، قال ابراهيم النخعي تسمى هذه الذبيحة القفينة ، وقال القاضي إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء حلت وإلا فلا ويعتبر ذلك بالحركة القوية وهذا مذهب الشافعي وهذا أصح لان الذبح اذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيلة السبع والمتردية والنطيحة ، ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك نص عليه احمد فقال لو ان رجلا ضرب رأس بطة او شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة كان له أن يأكله

وروي عن علي رضي الله عنه انه قال تلك ذكاة وحية وأفتى بأكلها عمران بن حصين ، وبه قال الشعبي وابو حنيفة والثوري وقال ابو بكر: لابي عبد الله فيها قولان والصحيح انها مباحة لانه اجتمع قطع ماتبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف

(فصل) فان ذبحها من قفاها فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء

متفق عليه . وعن عدي بن حاتم قال قلت يارسول الله ان أحدنا صاد صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا ؟ فقال « امرر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه » والمروة الصوان ، وعن رجل من بني حارثة انه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئاً ينحرها به فوجد وتداً فوجأها به في لبتها حتى أهريق دمها ثم جاء النبي ﷺ فأمره بأكلها رواهما أبو داود وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار وهو قول أبي حنيفة إلا في السن والظفر فانه قال اذا كانا متصلين لم يجز الذبح بهما وإن كان منفصلين جاز

ولنا عموم قول النبي ﷺ « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا إلا السن والظفر » ولان مالم تجز الذكاة به متصلا لم تجز منفصلا كغير المحدد

(فصل) فأما العظم غير السن فمقتضى اطلاق قول أحمد والشافعي وأبي ثور إباحة الذبح به وهو قول مالك وعمرو بن دينار وأصحاب الرأي وقال ابن جريج يذكى بعظم الحمار ولا يذكى بعظم القرد لأنك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك وعن أحمد لايذكى بعظم ولا ظفر ، وقال النخعي لايذكى بالعظم والقرن . ووجهه قول النبي ﷺ « ماانهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة » فعلله بكونه عظما فكل عظم فقد وجدت فيه العلة والأول أصح ان شاء الله تعالى قاله شيخنا ، لأن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح ثم استثنى السن والظفر خاصة فتبقى سائر العظام داخلة فيما يباح الذبح به والمنطوق مقدم على التعليل ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة ولا يحرم الذبح بالسكين وان كانت مدية لهم ولان العظام يتناولها سائر الأحاديث العامة ويحصل بها المقصود فأشبهت سائر الآلات .

أولا؟ نظرت فان كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القتل فالاولى اباحته لانه بمنزلة ماقطعت عنقه بضربة السيف وإن كانت الآلة كالة وأبطأ قطعه وطال تعذيبه لم يبح لانه مشكوك في وجود مايحله فيحرم كما لو أرسل كلبه على الصيد فوجد معه كلباً آخر لا يعرفه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وذكاتها ذكاة جنينها أشعر أولم يشعر)

يعني اذا خرج الجنين ميتاً من بطن أمه بعد ذبحها أو وجده ميتاً في بطنها او كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح فهو حلال . روي هذا عن عمر وعلي وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والشافعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن عمر ذكاته ذكاة أمه اذا أشعر ، وروي ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهري والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح وابي ثور لان عبدالله ابن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه

﴿ مسئلة ﴾ (فان ذبح بآلة مغصوبة حل في أصح الوجهين) .

لأن الذكاة وجدت ممن له أهلية الذبح أشبه مالو ذبح شاة مغصوبة (والثاني) لا يحل له لانه منهي عنه لان الآلة محرمة فلم يحصل مقصودها كما لو استجمر بالروث والرمة .

﴿ فصل ﴾ (الثالث أن يقطع الحلقوم والمريء وعنه يشترط مع ذلك قطع الودجين)

وجملة ذلك أن محل الذبح الحلق واللبة وهي الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل بالاجماع وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « الذكاة في الحلق واللبة » وقال أحمد الذكاة في الحلق واللبة واحتج بحديث عمر وهو ماروى سعيد والأثرم باسنادهما عن الفرافصة قال كنا عند عمر فنادى إن النحر في اللبة والحلق لمن قدر وانما نرى أن الذكاة اختصت بهذا المحل لانه مجمع العروق فينسفح الدم بالذبح فيه ويسرع زهوق النفس فيكون اطيب للحم وأخف على الحيوان قال أحمد لو كان حديث أبي العشراء حديثاً يعني ماروى ابو العشراء عن أبيه عن النبي ﷺ أنه سئل أما تكون الزكاة إلا في الحلق واللبة ؟ فقال رسول الله ﷺ « لو طعنت في فخذها اجزأ عنك» قال أحمد أبو العشراء هذا ليس بمعروف. إذا ثبت ذلك فيشترط قطع الحلقوم والمريء، وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية أخرى يشترط مع ذلك قطع الودجين ، وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فتقطع الجلد ولا تفري الأوداج ثم تترك حتى تموت رواه ابو داود، وقال أبو حنيفة يعتبر قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ولا خلاف في أن الا كمل قطع الاربعة الحلقوم والمريء والودجين فالحلقوم مجرى النفس والمريء مجرى الطعام والشراب والودجان هما عرقان محيطان بالحلقوم لانه اسرع لخروج روح الحيوان فيخف عليه ويخرج من الخلاف فيكون أولى والاول يجزىء لانه قطع في محل الذبح ما لاتبقى الحياة مع قطعه فأشبه مالو قطع الاربعة والحديث محمول على من لم يقطع المريء.

وهذا اشارة إلى جميعهم فكان اجماعا ، وقال ابو حنيفة لايحل إلا ان يخرج حياً فيذكى لانه حيوان ينفرد بحياته فلايتذكى بذكاة غيره كما بعد الوضع . قال ابن المنذر كان الناس على إباحته لانعلم أحداً منهم خالف ماقالوا إلى ان جاء النعمان فقال لايحل لان ذكاة نفس لاتكون ذكاة نفسين

ولنا ماروى ابو سعيد قال : قيل يارسول الله ان أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد في بطنها الجنين أنأكله أم نلقيه ؟ قال «كلوه إن شئتم فان ذكاته ذكاة أمه »

وعن جابر عن رسول الله ﷺ قال « ذكاة الجنين ذكاة أمه » رواهما ابو داود ولان هذا اجماع من الصحابة ومن بعدهم فلا يعول على ماخالفه ولان الجنين متصل بها اتصال خلقة يتغذى بغدائها فتكون ذكاته ذكاتها كأعضائها ، ولان الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الامكان فيه والقدرة بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية والجنين لايتوصل إلى ذبحه باكثر من ذبح أمه فيكون ذكاة له

﴿مسئلة﴾ (وان نحره أجزأ وهو أن يطعنه بمحدد في لبته، ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ماسواه)

ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب نحر الابل وذبح ماسواها قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال تعالى (ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) قال مجاهد أمرنا بالنحر وأمر بنوا اسرائيل بالذبح فان النبي ﷺ بعث في قوم ماشيتهم الابل فسن النحر وبنو إسرائيل ماشيتهم البقر فأمروا بالذبح وثبت أن النبي ﷺ نحر بدنة وضحى بكبشين اقرنين ذبحهما بيده متفق عليه، والنحر أن يطعنها بحربة أو نحوها في الوهدة التي بين عنقها وصدرها .

(فصل) فإن ذبح الابل ونحر ما سواها أجزأه وهذا قول اكثر اهل العلم منهم عطاء والزهري وقتادة ومالك والليث وابو حنيفة والشافعي واسحاق وابو ثور، وحكي عن داود أن الابل لاتباح إلا بالنحر ولا يباح غيرها إلا بالذبح لان الله تعالى قال (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) والامر يقتضي الوجوب وقال تعالى (فصل لربك وانحر) ولان النبي ﷺ نحر البدن وذبح الغنم وإنما نأخذ الاحكام من جهته ، وحكي عن مالك أنه لايجزىء في الابل إلا النحر لان أعناقها طويلة فاذا ذبح تعذب بخروج روحه وحكى ابن أبي موسى عن احمد انه توقف عن أكل البعير اذا ذبح ولم ينحر قال ابن المنذر انما كرهه ولم يحرمه .

ولنا قول النبي ﷺ « امرر الدم بما شئت» وقالت اسماء نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه ، وعن عائشة قالت نحر رسول الله ﷺ في حجة الوداع بقرة واحدة ولانه ذكاه في محل الذكاة فجاز أكله كالحيوان الآخر .

(فصل) وتصح ذبيحة المرأة حرة كانت او امة اذا أطاقت الذبح ووجدت الشروط وكذلك ذبح الصبي العاقل اذا أطاق حراً كان أو عبداً لانعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر اجمع كل من

(فصل) واستحب ابو عبد الله أن يذبحه وإن خرج ميتاً ليخرج الدم الذي في جوفه ولان ابن عمر كان يعجبه أن يريقوا من دمه وإن كان ميتاً

(فصل) وإن خرج حياً حياة مستقرة يمكن أن يذكى فلم يذكه حتى مات فليس بذكي ، قال احمد إن خرج حياً فلا بد من ذكاته لانه نفس أخرى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يقطع عضو مما ذكي حتى تزهق نفسه)

كره ذلك أهل العلم منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والشافعي ولا نعلم لهم مخالفاً ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لاتعجلوا الانفس حتى تزهق فان قطع عضو قبل زهوق النفس وبعد الذبح فالظاهر اباحته فان احمد سئل عن رجل ذبح دجاجة فابان رأسها قال يأكلها قيل له والذي بان منها أيضاً ؟ قال نعم . قال البخاري قال ابن عمر وابن عباس اذا قطع الرأس فلا بأس به ، وبه قال عطاء والحسن

نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة المرأة والصبي وقد روي أن جارية لـكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فأصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل النبي ﷺ فقال «خذوها» متفق عليه وفي هذا الحديث فوائد سبع (أحدها) إباحة ذبيحة المرأة (والثانية) إباحة ذبيحة الامة (الثالثة) إباحة ذبيحة الحائض لان النبي ﷺ لم يستفصل (الرابعة) إباحة الذبح بالحجر (الخامسة) اباحة ذبح ماخيف عليه الموت (السادسة) حل مايذبحه غير مالكه بغير اذنه (السابعة) اباحة ذبحه لغير مالكه

﴿ مسألة ﴾ (فان عجز عن ذلك اي عن قطع الحلقوم والمريء مثل ان يند البعير أو يتردى في بئر فلا يقدر على ذبحه صار كالصيد إذا جرحه في أي موضع امكنه فقتله حل أكله إلا أن يموت بغيره مثل ان يكون رأسه في الماء فلا يباح)

هذا قول أكثر الفقهاء وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مسروق والحسن والاسود وعطاء وطاوس واسحاق والشعبي والحكم وحماد والثوري وابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال مالك لايجوز اكله إلا أن يذكى وهو قول ربيعة والليث قال أحمد لعل مالكا لم يسمع حديث رافع بن خديج، واحتج مالك بان الحيوان الانسي اذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي بدليل انه لايجب على المحرم الجزاء بقتله ولايصير الحمار الاهلي مباحا اذا توحش.

ولنا ماروى رافع بن خديج قال كنا مع النبي ﷺ فند بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله فقال النبي ﷺ « ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » متفق عليه وحرب ثور في بعض دور الانصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه علي فقال ذكاة وحية فامر باكله، وتردى بعير في بئر فذكي من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهماً فأخذ ابن عمر عشره بدرهمين، ولان الاعتبار في الذكاة بحال

والنخعي والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان قطع ذلك العضو بعد حصول الذكاة فأشبه مالو قطعه بعد الموت

(فصل) ويكره سلخ الحيوان قبل أن يبرد لان فيه تعذيباً للحيوان فهو كقطع العضو ويكره النفخ في اللحم الذي يريده للبيع لما فيه من الغش

(فصل) وإن قطع من الحيوان شيء وفيه حياة مستقرة فهو ميتة لما روى ابو واقد قال :قال رسول الله ﷺ « ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » رواه ابو داود ، ولان اباحته انما تكون بالذبح وليس هذا بذبح

﴿ مسألة ﴾ قال (وذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب حلال اذا سموا أو نسوا التسمية)

وجملة ذلك أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب اذا ذبح حل أكل ذبيحته رجلا

الحيوان وقت ذبحه لاباصله بدليل الوحشي إذا قدر عليه وجبت تذكيته في الحلق واللبة فكذلك الاهلي إذا توحش اعتبر بحاله وبهذا فارق ماذكره ، فاذا تردى فلم يقدر على تذكيته فهو معجوز عن تذكيته فأشبه الوحشي،فاما ان كان رأس المتردي في الماء لم يبح لان الماء يعين على قتله فيحصل قتله بمبيح وحاظر فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسي .

﴿ مسألة ﴾ (وان ذبح من قفاها وهو مخطىء فاتت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت ، وان فعله عمداً فعلى وجهين)

قال القاضي معنى الخطأ أن تلتوي الذبيحة عليه فتأتي السكين على القفا لانها مع التوائها معجوز عن ذبحها في محل الذبح فسقط اعتبار المحل كالمتردية في بئر،فاما مع عدم التوائها فلا تباح بذلك لان الجرح في القفا سبب للزهوق وهو في غير محل الذبح فاذا اجتمع مع الذبح منع حله كما لو بقر بطنها وقد روي عن أحمد مايدل على هذا المعنى فان الفضل بن زياد قال سألت أبا عبد الله عمن ذبح في القفا فقال عامداً أو غير عامد ؟ قلت عامداً قال لاتؤكل فاذا كان غير عامد كأن التوى عليه فلا بأس

(فصل) فان ذبحها من قفاها اختياراً فقد ذكرنا عن أحمد انها لاتؤكل وهو مفهوم كلام الخرقي وحكي هذا عن علي وسعيد بن المسيب ومالك واسحاق وقال ابراهيم النخعي تسمى هذه الذبيحة القفينة وقال القاضي ان بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء حلت والافلا ويعتبر ذلك بالحركة القوية وهذا مذهب الشافعي وهذا أصح لان الذبح اذا أتى على مافيه حياة مستقرة احله كأكيلة السبع والمتردية والنطيحة وعنه مايدل على اباحتها مطلقاً،ولو ضرب عنقا بالسيف وأطار رأسها حلت بذلك فان أحمد قال لو ان رجلا ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف يريد بذلك

كان او امرأة بالغاً او صبياً حراً كان أو عبداً لا نعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة المرأة والصبي

وقد روي أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر فسئل النبي ﷺ فقال « كلوها » متفق عليه وفي هذا الحديث فوائد سبع (أحدها) إباحة ذبيحة المرأة (والثاني) إباحة ذبيحة الامة (والثالثة) إباحة ذبيحة الحائض لان النبي ﷺ لم يستفصل (والرابعة) إباحة الذبح بالحجر (والخامسة) إباحة ذبح ماخيف عليه الموت (السادسة) حل مايذبحه غير مالكه بغير اذنه (السابعة) إباحة ذبحه لغير مالكه عند الخوف، عليه ويشترط أن يكون

الذبيحة كان له ان يأكله، وروي عن علي رضي الله عنه انه قال تلك ذكاة وحية واقتى بأكلها عمران بن حصين وبه قال الشعبي وأبو حنيفة والثوري، وقال أبو بكر: لابي عبد الله فيها قولان الصحيح انها مباحة لانه اجتمع قطع مالا تبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف

(فصل) فان ذبحها من قفاها فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء ام لا؟ نظرت فان كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القطع فالاولى اباحته لانه بمنزلة ماقطعت عنقه بضربة السيف وان كانت الآلة كالة وابطأ قطعه وطال تعذيبه لم يبح لانه مشكوك في وجود مايحله فيحرم كما لو أرسل كلبا على الصيد فوجد معه كلبا آخر لا يعرفه

﴿ مسئلة ﴾ (وكل ماوجد فيه سبب الموت كالمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع اذا أدرك ذكاتها وفيها حياة مستقرة أكثر من حركة المذبوح حلت وان صارت حركتها كحركة المذبوح لم تحل)

وجملة ذلك ان المنخنقة والموقوذة وسائر ماذكر في هذه المسئلة وما أصابها مرض فماتت بذلك فهي محرمة الا ان تدرك ذكاتها لقول الله تعالى (الاما ذكيتم) وفي حديث جارية كعب انها كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة من غنمها فادركتها فذبحتها بحجر فسئل رسول الله ﷺ فقال « كلوها » فان كانت لم يبق من حياتها الا مثل حركة المذبوح لم تبح الذكاة لانه لو ذبح ماذبحه المجوسي لم يبح وإن أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت لعموم الآية والخبر وسواء كانت قد انتهت الى حال يعلم أنها لاتعيش معه أو تعيش لعموم الآية والخبر ولان النبي ﷺ لم يسأل ولم يستفصل وقد قال ابن عباس في ذئب عدا على شاة فعقرها فوضع قصبها بالارض فأدركها فذبحها بحجر قال يلقي ما أصاب الارض ويأكل سائرها قال أحمد في بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار الموت الا أن فيها الروح يعني فذبحت فقال اذا مصعت بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فأرجو ان شاء الله ان لا يكون بأكلها بأس وروي ذلك باسناده عن عقيل بن عمير وطاوس وقالا تحركت ولم يقولا سال الدم

عاقلا فإن كان طفلا او مجنوناً او سكران لا يعقل لم يصح منه الذبح وبهذا قال مالك، وقال الشافعي لا يعتبر العقل وله فيما اذا أرسل المجنون الكلب على صيد وجهان

ولنا ان الذكاة يعتبر لها القصد فيعتبر لها العقل كالعبادة فان من لا عقل له لا يصح منه القصد فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديدة بنفسها على حلق شاة فذبحتها ، وقوله اذا سموا أو نسوا التسمية فالتسمية مشترطة في كل ذابح مع العمد سواء كان مسلماً او كتابياً فان ترك الكتابي التسمية عن عمد او ذكر اسم غير الله لم تحل ذبيحته . روي ذلك عن علي وبه قال النخعي والشافعي وحماد واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال عطاء ومجاهد ومكحول اذا ذبح النصراني باسم المسيح حل فان الله تعالى أحل لنا ذبيحته وقد علم انه سيقول ذلك

وهذا مذهب أبي حنيفة ، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن شاة مريضة خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف فنهر الدم قال لا بأس، وقال ابن أبي موسى اذا انتهت الى حد لا تعيش معه لم تبح بالذكاة ونص عليه أحمد فقال اذا شق الذئب بطنها وخرج قصبها فذبحها لا تؤكل ، قال ان كان يعلم انها تموت من عقر السبع فلا تؤكل وان ذكاها وقد خاف على الشاة الموت من العلة والشيء يصيبها فبادرها فذبحها يأكلها وليس هذا مثل هذه لا ندري لعلها تعيش والتي قد خرجت امعاؤها نعلم انها لا تعيش وهذا قول أبي يوسف، والاول اصح لان عمر رضي الله عنه انتهى به الجرح الى حد علم انه لا يعيش معه فوصى فقبلت وصاياه ووجبت العبادة عليه، وفيما ذكرنا من عموم الآية والخبر وكون النبي ﷺ لم يستفصل في جارية كعب ما يرد هذا، وتحمل نصوص أحمد على شاة خرجت امعاؤها وبانت منها فتلك لا تحل بالذكاة لانها في حكم الميت ولا تبقى حركتها الا كحركة المذبوح، فأما ما خرجت امعاؤها وبانت منها فهي في حكم الحياة تباح بالذبح ولهذا قال الخرقي فيمن شق بطن رجل فأخرج حشوته فقطعها فأبانها ثم ضرب عنقه آخر : فالقاتل هو الاول، ولو شق بطن رجل وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثاني وقال بعض أصحابنا إذا كانت تعيش معظم اليوم حلت بالذكاة وهذا التحديد بعيد يخالف ظواهر النصوص ولا سبيل الى معرفته ، وقوله في حديث جارية كعب فذكتها بحجر يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها في ساعتها، والصحيح انها اذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح اسرع منه حلت بالذبح وانها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمريضه انها متى تحركت وسال دمها حلت والله أعلم

﴿فصل﴾ (الشرط الرابع أن يذكر اسم الله تعالى عند الذبح وهو ان يقول بسم الله لا يقوم غيرها مقامها)

فهذه التسمية المعتبرة عند الذبح لان اطلاق التسمية ينصرف اليها وقد ثبت ان رسول الله ﷺ كان اذا ذبح قال « بسم الله والله أكبر » وكان ابن عمر يقوله ولا خلاف أن قول بسم الله يجزئه وان قال اللهم اغفر لي لم يكف لان ذلك طلب حاجة وان هلل او سبح أو كبر الله أو حمد الله

ولنا قول الله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقوله (وما أهل لغير الله به) والآية أريد بها ماذبحوه بشرطه كالمسلم ،فان لم يعلم اسمى الذابح أم لا ؟ او ذكر اسم غير الله أم لا ؟ فذبيحته حلال لان الله تعالى أباح لنا أكل ماذبحه المسلم والكتابي وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنهم قالوا يارسول الله إن قوما حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه ام لم يذكروا ؟ قال «سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخاري

(فصل) واذا ذبح الكتابي ماحرم الله عليه مثل كل ذي ظفر - قال قتادة هي الابل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الاصابع - او ذبح دابة لها شحم محرم عليه فظاهر كلام احمد والخرقي اباحته فان احمد حكى عن مالك في اليهودي يذبح الشاة قال لا يأكل من شحمها قال احمد هذا مذهب دقيق

احتمل الاجزاء لانه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم واحتمل المنع لان اطلاق التسمية لا يتناوله وان ذكر اسم الله بغير العربية اجزأه وان أحسن العربية لان المقصود ذكر اسم الله وهو يحصل بجميع اللغات بخلاف التكبير والسلام فان المقصود لفظه

﴿ مسئلة ﴾ (الا الاخرس فانه يومئ برأسه الى السماء)

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على اباحة ذبيحة الاخرس منهم الليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وهو قول الشعبي وقتادة والحسن بن صالح . اذا ثبت هذا فانه يشير الى السماء برأسه لان إشارته تقوم مقام نطق الناطق واشارته الى السماء تدل على قصده تسمية الذي في السماء ونحو هذا قال الشعبي وقد دل على هذا حديث أبي هريرة ان رجلا أتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يارسول الله إن علي رقبة مؤمنة أفأعتق هذه ؟ فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله؟» فأشارت الى السماء فقال «من أنا؟» فأشارت باصبعها الى رسول الله ﷺ والى السماء أي انت رسول الله فقال رسول ﷺ « اعتقها فانها مؤمنة»رواه الامام أحمد والقاضي البرتي في مسنديهما فحكم رسول الله ﷺ بايمانها باشارتها الى السماء تريد ان الله سبحانه فيها فاولى ان يكتفى بذلك علما على التسمية ولو أنه اشار اشارة تدل على التسمية وعلم ذلك كان كافيا

(فصل) وان كان المذكي جنبا جازت له التسمية لانه انما منع من القرآن لا من الذكر ولهذا تشرع التسمية عند الاغتسال وليست الجنابة أعظم من الكفر والكافر يذبح ويسمي وممن رخص في ذبح الجنب الحسن والليث والحكم والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لا اعلم أحداً كره ذلك ولا منع منه ، وتباح ذبيحة الحائض لانها في معنى الجنب

﴿ مسئلة ﴾ (فان ترك التسمية عمداً لم تبح وان تركها ساهياً ابيحت وعنه تباح في الحالين وعنه لا تباح فيهما)

وظاهر هذا انه لم يره صحيحاً وهذا اختيار ابن حامد وابي الخطاب وذهب ابو الحسن التميمي والقاضي الى تحريمها وحكاه التميمي عن الضحاك ومجاهد وسوار وهو قول مالك لان الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وليس هذا من طعامهم ولانه جزء من البهيمة لم يبح لذابحها فلم يبح لغيره كالدم

ولنا ماروى عبد الله بن مغفل قال دلي جراب من شحم من قصر خيبر فدنوت لآخذه فاذا رسول الله ﷺ يتبسم الي متفق عليه، ولانها ذكاة اباحت اللحم والجلد فأباحت الشحم كذكاة المسلم والآية حجة لنا فان معنى طعامهم ذبائحهم كذلك فسره العلماء وقياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب

(فصل) وان ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه ولم يثبت أنه محرم عليه فهو حلال لعموم الآية وقوله انه حرام غير مقبول

المشهور من مذهب أحمد ان التسمية على الذبيحة شرط في اباحة أكلها مع الذكر وتسقط بالسهو وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال مالك والثوري وأبو حنفية واسحاق وممن اباح مانسيت التسمية عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن ابي ليلى وجعفر بن محمد وربيعة وعن احمد انها مستحبة وليست شرطا في عمد ولا سهو

وبه قال الشافعي لان البراء روى ان النبي ﷺ قال « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم » وعن أبي هريرة ان النبي ﷺ سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح وينسى ان يذكر اسم الله؟ فقال « اسم الله في قلب كل مسلم » قال أحمد انما قال الله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) يعني الميتة وذكر ذلك عن ابن عباس ، وعن احمد رواية ثالثة أنها تجب في العمد والسهو لقوله سبحانه (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وهو عام في العمد والسهو ، ودليل الرواية الاولى ما روى راشد بن سعد قال قال رسول الله ﷺ « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم إذا لم يتعمد » أخرجه سعيد فأما الآية فمحمولة على ما إذا ترك التسمية عمداً بدليل قوله تعالى (وانه لفسق) والاكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » . إذا ثبت هذا فالتسمية مع العمد شرط سواء كان الذابح مسلماً او كتابياً فان ترك الكتابي التسمية عمداً وذكر اسم غير الله لم تبح ذبيحته روى ذلك علي وبه قال الشافعي والنخعي وحماد واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال عطاء ومكحول إذا ذبح الكتابي باسم المسيح حل لان الله تعالى أحل لنا ذبيحتهم وقد علم أنهم يقولون ذلك

ولنا قول الله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقوله (وما أهل لغير الله به) والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم، وإن لم يعلم اسمى الذابح أم لا؟ او ذكر اسم غير الله أو لا؟ فذبيحته حلال لان الله تعالى أباح لنا كل ما ذبحه المسلم والكتابي وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان كان أخرس أومأ الى السماء)

قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على اباحة ذبيحة الاخرس، منهم الليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وهو قول الشعبي وقتادة والحسن بن صالح . اذا ثبت هذا فانه يشير الى السماء لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق واشارته الى السماء تدل على قصده تسمية الذي في السماء ونحو هذا قال الشعبي وقد دل على هذا حديث ابي هريرة أن رجلا أتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يارسول الله ان علي رقبة مؤمنة أفأعتق هذه؟ فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله ؟» فأشارت الى السماء فقال «من أنا ؟ » فأشارت باصبعها الى رسول الله ﷺ والى السماء أي انت رسول الله

وقد روي عن عائشة أنهم قالوا يا رسول الله ان قوما حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندري أذكروا اسم الله أم لم يذكروا؟ قال «سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخاري

(فصل) والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح أو قريبا منه كما تعتبر في الطهارة وإن سمى على شاة ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجز سواء ارسل الاولى أو ذبحها لانه لم يقصد الثانية بهذه التسمية ، فان رأى قطيعاً من الغنم فقال باسم الله ثم أخذ شاة فذبحها بغير تسمية لم تحل فان جهل كون ذلك لا يجزىء لم يجر مجرى النسيان لان النسيان يسقط المؤاخذة والجاهل مؤاخذ ولذلك يفطر الجاهل بالاكل في الصوم دون الناسي وإن أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم ألقى السكين وأخذ أخرى أو رد سلاما أو كلم إنساناً أو استسقى ماء حل لانه سمى على تلك الشاة بعينها ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير فاشبه ما لو لم يتكلم

﴿ مسألة ﴾ (وذكاة الجنين ذكاة أمه إذا خرج ميتاً أو متحركا كحركة المذبوح وإن كانت فيه حياة مستقرة لم يبح الا بذبحه وسواء أشعر أو لم يشعر)

وجملة ذلك ان الجنين إذا خرج ميتاً من بطن أمه بعد ذبحها أو وجد ميتاً في بطنها أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح فهو حلال روي هذا عن عمر وعلي وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والشافعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن عمر ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر ، وروي ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهري والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح وأبي ثور لان عبدالله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وهذا اشارة إلى جميعهم فكان اجماعا، وقال أبو حنيفة لا يحل إلا أن يخرج حيا فيذكى لانه حيوان ينفرد بحياته فلا يتذكى بذكاة غيره كما بعد الوضع، قال ابن المنذر وكان الناس على اباحته لا نعلم أحداً منهم خالف ما قالوا إلى ان جاء النعمان فقال لا يحل لان ذكاة نفس لا تكون ذكاة لنفسين

ولنا ما روى أبو سعيد قال قيل يا رسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد

فقال رسول الله ﷺ « اعتقها فانها مؤمنة » رواه الامام احمد والقاضي البرتي في مسنديهما فحكم رسول الله ﷺ بايمانها باشارتها الى السماء تريد ان الله سبحانه فيها فاولى ان يكتفى بذلك علما على التسمية ولو أنه أشار اشارة تدل على التسمية وعلم ذلك كان كافيا

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان جنبا جاز ان يسمي ويذبح)

وذلك ان الجنب تجوز له التسمية ولا يمنع منها لانه انما يمنع من القرآن لا من الذكر ولهذا تشرع له التسمية عند اغتساله وليست الجنابة أعظم من الكفر والكافر يسمي ويذبح وممن رخص في ذبح الجنب الحسن والحكم والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي قال ابن المنذر ولا أعلم احداً منع من ذلك، وتباح ذبيحة الحائض لانها في معنى الجنب

في بطنها الجنين أيأكله أم يلقيه ؟ قال « كلوه إن شئتم فان ذكاته ذكاة أمه » وعن جابر عن رسول الله ﷺ قال « ذكاة الجنين ذكاة أمه » رواه أبو داود ولان هذا اجماع من الصحابة ومن بعدهم فلا يعول على ما خالفه ولان الجنين متصل بها اتصال خلقة يتغذى بغذائها فتكون ذكاته ذكاتها كاعضائها، ولان الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الامكان فيه والقدرة بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية والجنين لا يتوصل إلى ذبحه باكثر من ذبح أمه فيكون ذكاة له ، فأما إن خرج حيا حياة مستقرة يمكن ان يذكى فلم يذكه حتى مات فليس بذكي قال أحمد إن خرج حيا فلا بد من ذكاته لانه نفس أخرى

(فصل) واستحب أبو عبد الله أن يذبحه وإن خرج ميتا ليخرج الدم الذي في جوفه ولان ابن عمر كان يعجبه أن يريق من دمه وإن كان ميتاً

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويكره توجيه الذبيحة إلى غير القبلة وأن يذبح بآلة كالة وأن يحد السكين والحيوان يبصره)

وجملة ذلك أنه يستحب ان يستقبل بها القبلة روي ذلك عن ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ماذبح لغير القبلة والاكثرون على أنه لا يكره لان أهل الكتاب يذبحون لغير القبلة ، وقد أحل الله سبحانه ذبائحهم ، ويكره أن يذبح بآلة كالة لما روى ابوداود باسناده عن شداد بن اوس قال خصلتان سمعتهما من رسول الله ﷺ « ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يحد السكين والحيوان يبصره ، ورأى عمر رجلا قد وضع رجليه على شاة وهو يحد السكين فضربه حتى أفلت الشاة ، ويكره أن يذبح شاة والاخرى تنظر اليه كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره أن يكسر عنق الحيوان او يسلخه حتي يبرد أي حتى تزهق نفسه)

(فصل) والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع وما أصابها مرض فماتت به محرمة الا ان تدرك ذكاتها لقوله تعالى (إلا ماذكيتم) وفي حديث جارية كعب أنها أصيبت شاة من غنمها فأدركتها فذبحتها بحجر فسئل النبي ﷺ فقال « كلوها » فان كانت لم يبق من حياتها الا مثل حركة المذبوح لم تبح بالذكاة لانه لو ذبح ما ذبحه المجوسي لم يبح وان أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت لعموم الآية والخبر وسواء كانت قد انتهت الى حل يعلم انها لاتعيش معه أو تعيش لعموم الآية والخبر ولان النبي ﷺ لم يسأل ولم يستفصل

وقد قال ابن عباس في ذئب عدا على شاة فعقرها فوقع قصبها بالارض فادركها فذبحها بحجر قال يلقي ما أصاب الارض ويأكل سائرها وقال احمد في بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار

وقد قال عمر رضي الله عنه لاتعجلوا الأنفس حتى تزهق ، ولان في ذلك تعذيب الحيوان فأشبه قطع عضو منه ، وممن كره قطع عضو منه قبل الزهوق عطاء وعمرو بن دينار ومالك والشافعي ولا نعلم لهم مخالفا

﴿ مسئلة ﴾ (فان فعل اساء وأكلت لان ذلك حصل بعد ذبحها وحلها)

وقد سئل احمد عن رجل ذبح دجاجة فأبان رأسها فقال يأكلها قيل له والذي بان منها أيضا ؟ قال نعم قال البخاري قال ابن عمر وابن عباس إذا قطع الرأس فلا بأس به وهو قول الحسن والنخعي والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وابي ثور وأصحاب الرأي وذلك لان قطع ذلك العضو بعد حصول الذكاة فأشبه مالو قطعه بعد الموت ، فأما ان قطع من الحيوان شيء وفيه حياة مستقرة فهو ميتة لما روى ابو واقد الليثي قال قال رسول الله ﷺ « ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » رواه ابوداود ولان إباحته انما تحصل بالذبح وليس هذا بذبح

﴿مسئلة﴾ (وان ذبح الحيوان ثم غرق في ماء او وطىء عليه شيء يقتله مثله فهل يحل؟ على روايتين)

(احداهما) لايحل وهو الذي ذكره الخرقي ونص عليه أحمد لقول النبي ﷺ في حديث عدي ابن حاتم في الصيد « وان وقعت في الماء فلا تأكل » وقال ابن مسعود من رمى طائرا فوقع في ماء فغرق فيه فلا يأكله ولان الغرق سبب يقتل فاذا اجتمع مع الذبح فقد اجتمع ما يبيح ويحرم فيغلب الحظر ولانه لا يؤمن ان يعين على خروج الروح فيكون قد خرجت بفعلين مبيح ومحرم فاشبه ما لو وجد الامران في حال واحدة أو رماه مسلم ومجوسي فمات (والثانية) لايحرم وبه قال أكثر أصحابنا المتأخرين وهو قول أكثر الفقهاء لانها اذا ذبحت فقد صارت في حكم الميت وكذلك لو ابين رأسها بعد الذبح لم يحرم نص عليه أحمد ولانه لو ذبح انسان ثم ضربه آخر أو غرقه لم يلزمه قصاص ولا دية

﴿مسئلة﴾ (واذا ذبح الكتابي ما يحرم عليه كذي الظفر لم يحرم علينا)

الموت الا ان فيها الروح يعني فذبحت قال إذا مصعت بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فارجو ان شاء الله تعالى أن لا يكون باكلها بأس ، وروى ذلك باسناده عن عقيل بن عمير وطاوس وقالا تحركت ولم يقولا سال الدم ، وهذا على مذهب أبي حنيفة،وقال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن شاة مريضة خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها أوحركت يدها أو رجلها او ذنبها بضعف فنهر الدم قال فلا بأس به ، وقال ابن ابي موسى إذا انتهت الى حد لا تعيش معه لم تبح بالذكاة ونص عليه احمد فقال إذا شق الذئب بطنها فخرج قصبها فذبحها لا تؤكل وقال ان كان يعلم انها تموت من عقر السبع فلا تؤكل وان ذكاها، وقد يخاف على الشاة الموت من العلة والشيء يصيبها فيبادرها فيذبحها فيأكلها وليس هذا مثل هذه لايدري لعلها تعيش والتي

وذوالظفر قال قتادة هي الابل والانعام والبط وما ليس بمشقوق الاصابع ، واذا ذبح حيوانا غيره لم تحرم علينا الشحوم المحرمة عليهم وهي شحم الثرب والكليتين في ظاهر كلام احمد رحمه الله واختاره ابن حامد فان أحمد حكى عن مالك في اليهودي يذبح الشاة قال لاتأكل من شحمها قال أحمد هذا مذهب دقيق وظاهر هذا أنه لم يره صحيحا وهذا اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وذهب ابو الحسن التميمي والقاضي الى تحريمها وحكاه التميمي عن الضحاك ومجاهد وهو قول مالك لان الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وليس هذا من طعامهم ولانه جزء من البهيمة لم يبح لذابحها فلم يبح لغيره كالدم

ولنا ماروى عبد الله بن مغفل قال دلي جراب من شحم يوم خيبر فنزوت لآخذه فاذا رسول الله ﷺ يتبسم الي متفق عليه،ولأنها ذكاة اباحت اللحم فاباحت الشحم كذكاة المسلم والآية حجة لنا فان معنى طعامهم ذبائحهم كذلك فسره العلماء وقياسهم ينتقض بماذبحه الغاصب ، وان ذبح شيئا يزعم انه يحرم عليه ولم يثبت أنه محرم عليه حل لعموم الآية وقوله إنه حرام غير معقول

﴿ مسئلة ﴾ (وان ذبح لعيده أو ليتقرب به الى شيء مما يعظمونه لم يحرم عليه لانه من طعامهم فيدخل في عموم الآية)

وجملة ذلك ان ماذبحوه لكنائسهم ينظر فيه فان ذبحه مسلم فهو مباح نص عليه وقال أحمد وسفيان في المجوسي يذبح لآلهته ويدفع الشاة الى المسلم فيذبحها فيسمي : يجوز الاكل منها وقال اسماعيل بن سعيد سالت أحمد عما يقرب لآلهتهم يذبحه رجل مسلم قال لا بأس به وان ذبحها الكتابي وسمى الله وحده حلت أيضا لان شرط الحل وجد، وان علم انه ذكر غير اسم الله عليها أو ترك التسمية عمداً لم تحل، قال حنبل سمعت ابا عبدالله قال لاتؤكل يعني ماذبح لأعيادهم وكنائسهم لانه أهل لغير الله به وقال في موضع يدعون التسمية عمداً انما يذبحون للمسيح،فاما ماسوى ذلك فرويت عن أحمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم وأعيادهم مطلقاً وهو قول ميمون بن مهران لانه ذبح لغير الله وروي عن أحمد اباحته وسئل عنه العرباض بن سارية فقال كلوا وأطعموني وروي مثل ذلك عن أبي امامة الباهلي وأبي مسلم الخولاني وأكله أبو الدرداء

قد خرجت امعاؤها يعلم انها لاتعيش وهذا قول ابي يوسف والاول اصح لان عمر رضي الله عنه انتهى به الجرح الى حد علم انه لا يعيش معه فوصى فقبلت وصاياه ووجبت العبادة عليه ، وفيما ذكرنا من عموم الآية والخبر وكون النبي ﷺ لم يستفصل في حديث جارية كعب ما يرد هذا وتحمل نصوص احمد على شاة خرجت أمعاؤها وبانت منها فتلك لاتحل بالذكاة لأنها في حكم الميت ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح ، فاما ماخرجت أمعاؤها ولم تبن منها فهي في حكم الحياة تباح بالذبح ولهذا قال الخرقي فيمن شق بطن رجل فأخرج حشوته فقطعها فأبانها ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول، ولو شق بطن رجل وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثاني ، وقال بعض أصحابنا إذا كانت تعيش معظم اليوم حلت بالذكاة ، وهذا التحديد بعيد يخالف ظواهر النصوص ولاسبيل إلى معرفته وقوله في حديث جارية كعب فادركتها فذكتها بحجر يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها في ساعتها ، والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح وانها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمريضة انها متى تحركت وسال دمها حلت والله أعلم

وجبير بن نفير ورخص فيه عمر بن الاسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقول الله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم) وهذا من طعامهم قال القاضي ماذبحه الكتابي لعيده أو نجم أو صنم أو نبي فسماه على ذبيحته حرم لقول الله تعالى (وما أهل لغير الله به) وان سمى الله وحده حل لقول الله تعالى (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه) لكنه يكره لقصده بقلبه الذبح لغير الله تعالى

(فصل) قال أحمد لا تؤكل المصبورة ولا المجثمة وبه قال اسحاق والمجثمة هي الطائر والارنب يجعل غرضا يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله الا ان المجثمة لاتكون الا في الطائر أو الارنب واشباهها والمصبورة كل حيوان وأصل الصبر الحبس ، والاصل في تحريمه ان النبي ﷺ نهى عن صبر البهائم وقال « لاتتخذوا شيئاً فيه الروح غرضا » وروى سعيد باسناده قال نهى رسول الله ﷺ عن المجثمة وعن أكلها ولانه حيوان مقدور عليه فلم يبح بغير الذكاة كالبعير والبقرة

﴿ مسئلة ﴾ (ومن ذبح حيوانا فوجد في بطنه جرادا أو طائرا فوجد في حوصلته حبا أو وجد الحب في بعر الجمل لم يحرم وعنه يحرم)

قال أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى أو حوصلة طائر أو يوجد في حوصلته جرادا فقال في موضع : كل شيء أكل مرة لا يؤكل لانه مستخبث وقال في موضع : الطافي أشد من هذا وقد رخص فيه أبو بكر الصديق رضي الله عنه قال شيخنا وهذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة دون ما في حوصلة الطائر لانه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس

ولنا قول النبي ﷺ « احلت لنا ميتتان ودمان » ولانه حيوان طاهر في محل طاهر لا تعتبر له ذكاة فابيح كالطافي من السمك وهذا يخرج في الشعير يوجد في بعر الجمل وخثي الجواميس ونحوها

(مسئلة) قال (والمحرم من الحيوان ما نص الله تعالى عليه في كتابه وما كانت العرب تسميه طيبا فهو حلال وما كانت تسميه خبيثا فهو محرم لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث)

يعني بقوله ماسمى الله تعالى في كتابه : قوله سبحانه (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به) الآية وماعدا هذا فما استطابته العرب فهو حلال لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات) يعني مايستطيبونه دون الحلال بدليل قوله في الآية الاخرى (يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات) ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جوابا لهم وما استخبثته العرب فهو محرم لقول الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) والذين تعتبر استطابتهم واستخبائهم هم. أهل الحجاز من أهل الامصار لانهم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة فرجع في مطلق ألفاظها إلى عرفهم دون غيرهم ولم يعتبر أهل البوادي لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ماوجدوا ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال ما دب ودرج إلا أم حبين فقال لتهن ام حبين العافية ، وما وجد في أمصار المسلمين مما لايعرفه اهل الحجاز رد إلى أقرب مايشبهه في الحجاز فان لم يشبه شيئا منها فهو مباح لدخوله في عموم قوله تعالى (قل لاأجد فيما أوحي إلي محرما) الآية ولقول النبي ﷺ « وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه»

إذا ثبت هذا فمن المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان والخنافس والفأر والأوزاغ والحرباء والعضاء والجراذين والعقارب والحيات وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، ورخص مالك وابن أبي ليلى والاوزاعي في هذا كله إلا الاوزاغ فان ابن عبدالبر قال هو مجمع على تحريمه وقال مالك الحية حلال إذا ذكيت واحتجوا بعموم الآية المبيحة

كتاب الاطعمة

﴿والأصل فيها الحل﴾ لقول الله تعالى(وخلق لكم مافي الارض جميعا) وقوله(ويحل لهم الطيبات) وقوله سبحانه (أحلت لكم بهيمة الانعام)

﴿ مسئلة ﴾ (فيحل كل طعام طاهر لا مضرة به كالحبوب والثمار لانها من الطيبات)

فأما النجاسات كالميتة والدم وغيرهما فحرام لانها من الخبائث لقول الله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) وقوله (ويحرم عليهم الخبائث) ويحرم مافيه مضرة من السموم ونحوها لمضرتها وأذيتها لانها تفضي الى هلاك النفس وقد قال الله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة)

﴿ مسئلة ﴾ (والحيوانات مباحة لعموم النص الدال على الاباحة إلا الحمر الاهلية)

أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الاهلية قال احمد خمسة وعشرون من اصحاب رسول الله

ولنا قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وقول النبي ﷺ « خمس فواسق يقتلن في الحـل والحرم العقرب والفأرة والغراب والحدأة والـكلب العقور » وفي حديث « الحية » مكان الفأرة ولوكانت من الصيد المباح لم يبح قتلها ولان الله تعالى قال (لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال (وحرم عليكم صيدالبر مادمتم حرما) ولانها مستخبثة فحرمت كالوزغ اومأمور بقتلها فأشبهت الوزغ

(فصل) والقنفذ حرام قال ابوهريرة هو حرام وكرهه مالك وابو حنيفة ورخص فيـه الشافعي والليث وابو ثور

ولنا ان أبا هريرة قال ذكر القنفذ لرسول الله ﷺ فقال « هو خبيث من الخبائث » رواه ابوداود ولانه يشبه المحرمات ويأكل الحشرات فأشبه الجرذ

﴿ مسألة ﴾ قال (وبسنة رسول الله ﷺ الحمر الاهلية)

أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الاهلية قال احمد خمسة عشر من اصحاب النبي ﷺ كرهوها قال ابن عبدالبر لاخلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمها وحكي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يقولان بظاهر قوله سبحانه (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة اودما مسفوحا أو لحم خنزير) وتلاها ابن عباس وقال ماخلا هذا فهو حلال وسئلت عائشة رضي الله عنها عن الفأرة فقالت ماهي بحرام وتلت هـذه الآية ، ولم ير عكرمة وابو وائل بأكل الحمر بأساً ، وقد روي عن غالب بن الحر قال أصابتنا سنة فقلت يارسول الله أصابتنا سنة ولم يكن في مالي ماأطعم أهلي إلا سمان حمر وانك حرمت لحوم الحمر الاهلية فقال « اطعم أهلك من سمين حمرك فانما حرمتها من أجل حوالي القرية »

ولنا ماروى جابر ان النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه قال ابن عبدالبر وروى عن النبي ﷺ تحريم الحمر الاهلية علي وعبدالله بن عمر وعبدالله

ﷺ وكرهوها، قال ابن عبد البر لا خلاف بين أهل العلم اليوم في تحريمها ، وحكي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما انهما كانا يقولان بظاهر قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير) وتلاها ابن عباس وقال ماخلا هـذا فهو حلال ،وسئلت عائشة عن الفأرة فقالت ماهي بحرام وتلت هذه الآية ، ولم ير عكرمة وأبو وائل بأكل لحم الخنزير بأساً ، وروي عن غالب بن الحر قال أصابتنا سنة فقلت يارسول الله أصابتنا سنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر وأنت حرمت لحوم الحمر الاهلية قال « أطعم أهلك من سمين حمرك فانما حرمتها من أجل حوالي القرية »

ابن عمرو وجابر والبراء وعبدالله بن ابي أوفى وأنس وزاهر الاسلمي باسانيد صحاح حسان وحديث غالب بن الحر لايعرج على مثله مع ماعارضه ، ويحتمل أن رسول الله ﷺ رخص لهم في مجاعتهم وبين علة تحريمها المطلق لكونها تأكل العذرات قال عبدالله بن ابي أوفى حرمها رسول الله ﷺ البتة من أجل انها تأكل العذرة متفق عليه

(فصل) والبغال حرام عند كل من حرم الحمر الاهلية لانها متولدة منها والمتولد من الشيء له حكمه في التحريم وهكذا ان تولد من بين الانسي والوحشي ولد فهو محرم تغليبا للتحريم، والسمع المتولد من بين الذئب والضبع محرم قال قتادة ما البغل إلا شيء من الحمار وعن جابر قال ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل

(فصل) والبان الحمر محرمة في قول أكثرهم ورخص فيها عطاء وطاوس والزهري والاول أصح لان حكم الالبان حكم اللحمان

(مسألة) قال (وكل ذي ناب من السباع وهي التي تضرب بأنيابها الشيء وتفرس)

أكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذي ناب قوي من السباع يعدو به ويكسر الا الضبع منهم مالك والشافعي وابو ثور وأصحاب الحديث وابو حنيفة وأصحابه وقال الشعبي وسعيد بن جبير وبعض أصحاب مالك هو مباح لعموم قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه) وقوله سبحانه (انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به)

ولنا ماروى أبو ثعلبة الخشني قال نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع متفق عليه ، وقال ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « أكل كل ذي ناب من السباع حرام » قال ابن عبد البر هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته وهذا نص صريح يخص عموم الآيات فيدخل في هذا الاسد والنمر والفهد والذئب والكلب والخنزير وقد روي عن الشعبي انه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب فقال لاشفاه الله وهذا يدل على أنه رأى تحريمه

ولنا ماروى جابر بن عبد الله ان رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه ، قال ابن عبد البر وروى عن النبي ﷺ تحريم الحمر الاهلية علي وعبدالله ابن عمر وعبدالله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبي أوفى وأنس وزاهر الاسلمي باسانيد صحاح حسان وحديث غالب بن الحر لايعرج على مثله مع ماعارضه ، ويحتمل ان رسول الله ﷺ رخص لهم في مجاعتهم وبين علة تحريمها المطلق لكونها تأكل العذرات، قال عبدالله بن أبي أوفى حرمها رسول الله ﷺ البتة من أجل انها تأكل العذرة

(فصل) وألبان الحمر محرمة فى قول أكثرهم ورخص فيها عطاء وطاوس والزهري والاول أصح

(فصل) ولا يباح أكل القرد وكرهه عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن ولم يجيزوا بيعه وقال ابن عبد البر لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا ان القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه وروي عن الشعبي ان النبي ﷺ نهى عن لحم القرد ولانه سبع فيدخل في عموم الخبر وهو مسخ أيضاً فيكون من الخبائث المحرمة

(فصل) وابن آوى والنمس وابن عرس حرام ، سئل احمد عن ابن آوى وابن عرس فقال كل شيء ينهش بأنيابه فهو من السباع وبهذا قال ابو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي ابن عرس مباح لانه ليس له ناب قوي فأشبه الضب ولأصحابه في ابن آوى وجهان

ولنا انها من السباع فتدخل في عموم النهي ولانها مستخبثة غير مستطابة فان ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة فيدخل في عموم قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث)

(فصل) واختلفت الرواية في الثعلب فأكثر الروايات عن احمد تحريمه وهذا قول ابي هريرة ومالك وابي حنيفة لانه سبع فيدخل في عموم النهي ونقل عن احمد إباحته اختاره الشريف ابو جعفر ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة والشافعي لانه يفدى في الاحرام والحرم، وقال أحمد وعطاء كل ما يودى إذا اصابه المحرم فانه يؤكل ، واختلفت الرواية عن احمد في سنور البر كاختلافها في الثعلب والقول فيه كالقول في الثعلب والشافعي في سنور البر وجهان . فأما الاهلي فمحرم في قول إمامنا ومالك وأبي حنيفة والشافعي ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل الهر .

(فصل) والفيل محرم قال أحمد ليس هو من اطعمة المسلمين ، وقال الحسن هو مسخ ، وكرهه أبو حنيفة والشافعي ، ورخص في اكله الشعبي

ولنا نهي النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع وهو من اعظمها نابا ولانه مستخبث فيدخل في عموم الآية المحرمة

(فصل) فأما الدب فينظر فيه فان كان ذا ناب يفرس به فهو محرم والا فهو مباح قال احمد ان

﴿ مسئلة ﴾ (وما له ناب يفرس به كالاسد والنمر والذئب والفهد والكلب والخنزير وابن آوى والسنور وابن عرس والنمس والقرد إلا الضبع)

ذكر شيخنا في هذه المسئلة الخنزير ولانه له ناب يفرس به وهو محرم بالنص وقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) ولا خلاف في تحريمه بين أهل العلم ، فأما ماسوى الخنزير مما ذكرنا فأكثر اهل العلم يرون تحريم كل ذي ناب قوي من السباع يعدو ويكسر إلا الضبع منهم مالك والشافعي إلا ان الشافعي لا يحرم ابن عرس - وأبو ثور واصحاب الحديث ، وقال سعيد بن جبير والشعبي وبعض اصحاب مالك هو مباح لعموم قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما - الى قوله - الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحا أو لحم خنزير)

لم يكن له ناب فلابأس به وقال أصحاب أبي حنيفة هو سبع لأنه اشبه شيء بالسباع فلا يؤكل

ولنا ان الاصل الاباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الاصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر في وجود العلة المحرمة وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فاذا لم يوجد ذلك كان داخلا في عموم النصوص المبيحة والله اعلم.

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكل ذي مخلب من الطير وهي التي تعلق بمخالبها الشيء وتصيد بها)

هذا قول اكثر اهل العلم وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك والليث والاوزاعي ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شيء قال مالك لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير واحتجوا بعموم الآيات المبيحة وقول ابي الدرداء وابن عباس ماسكت الله عنه فهو مما عفا عنه

ولنا ماروى ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ، وعن خالد بن الوليد قال : قال رسول الله ﷺ « حرام عليكم الحمر الاهلية وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير » رواهما ابوداود وهذا يخص عموم الآيات ويقدم على ما ذكروه فيدخل في هذا كل ماله مخلب يعدو به كالعقاب والبازي والصقر والشاهين والباشق والحدأة والبومة واشباهها.

(فصل) ويحرم منها ما يأكل الجيف كالنسور والرخم وغراب البين وهو اكبر الغربان والابقع قال عروة ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله ﷺ فاسقاً ؟ والله ما هو من الطيبات ولعله يعني قول النبي ﷺ «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم: الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور» فهذه الخمس محرمة لان النبي ﷺ أباح قتلها في الحرم ولا يجوز قتل صيد ما كول في الحرم ولان ما يؤكل لا يحل قتله اذا قدر عليه وإنما يذبح ويؤكل وسئل احمد عن العقعق فقال ان لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به قال بعض اصحابنا هو يأكل الجيف فيكون على هذا محرماً

ولنا ماروى ابو ثعلبة الخشني قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع متفق عليه، وقال ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « أكل كل ذي ناب من السباع حرام » قال ابن عبد البر هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته وهو نص صريح يخص عموم الآيات فيدخل فيه الأسد والنمر والذئب والفهد والكلب، وقد روي عن الشعبي انه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب فقال لا شفاه الله وهذا يدل على انه رأى تحريمه

(فصل) والقرد محرم كرهه ابن عمر وعطاء والحسن ولم يجيزوا بيعه ، قال ابن عبد البر لا أعلم خلافا بين علماء المسلمين في ان القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه ، وروي عن الشعبي ان النبي ﷺ نهى عن لحم القرد ولانه سبع له ناب فيدخل في عموم التحريم وهو مسخ أيضاً فيكون من الخبائث المحرمة

(فصل) ويحرم الخطاف والخشاف والخفاش وهو الوطواط . قال الشاعر :

مثل النهار يزيد أبصار الورى نوراً ويعمي أعين الخفاش

قال احمد ومن يأكل الخشاف؟ وسئل عن الخطاف فقال لا أدري وقال النخعي كل الطير حلال الا الخفاش، وانما حرمت هذه لانها مستخبثة لا تستطيبها العرب ولا تأكلها ويحرم الزنابير واليعاسيب والنحل واشباهها لانها مستخبثة غير مستطابة

(فصل) وماعدا ماذكرنا فهو مباح لعموم النصوص الدالة على الاباحة ، من ذلك بهيمة الانعام وهي الابل والبقر والغنم قال الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الانعام) ومن الصيود الظباء وحمر الوحش وقد امر النبي ﷺ ابا قتادة واصحابه بأكل الحمار الذي صاده وكذلك بقر الوحش كلها مباحة على اختلاف انواعها من الابل والتيتل والوعل والمها وغيرها من الصيود كلها مباحة وتفدى في الاحرام، ويباح النعام وقد قضى الصحابة رضي الله عنهم في النعامة ببدنة وهذا كله مجمع عليه لا نعلم فيه خلافا إلا ما روى عن طلحة بن مصرف قال إن الحمار الوحشي اذا أنس واعتلف فهو بمنزلة الاهلي ، قال أحمد وما ظننت انه روي في هذا شيء وليس الامر عندي كما قال وأهل العلم على خلافه لان الظباء اذا تأنست لم تحرم والاهلي اذا توحش لم يحل ولا يتغير منها شيء عن أصله وما كان عليه ، قال عطاء في حمار الوحش اذا تناسل في البيوت لا تزول عنه أسماء الوحش ، وسألوا احمد عن الزرافة تؤكل؟ قال نعم وهي دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه ، وجسمها ألطف من جسمه ، وأعلى منه ويداها أطول من رجليها .

(فصل) وتباح لحوم الخيل كلها عرابها وبراذينها نص عليه أحمد وبه قال ابن سيرين وروي ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والاسود بن يزيد وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعي وابو ثور ، قال سعيد بن جبير ما أكلت شيئاً أطيب من معرفة برذون وحرمها ابو حنيفة وكرهها مالك والاوزاعي وابو عبيد لقول الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها)

(فصل) وابن آوى وابن عرس والنمس حرام وسئل عن ابن آوى وابن عرس فقال كل شيء ينهش بأنيابه فهو من السباع وبهذا قال ابو حنيفة واصحابه ، وقال الشافعي ابن عرس مباح لانه ليس له ناب قوي فأشبه الضب ولاصحابه في ابن آوى وجهان

ولنا انها من السباع فتدخل في عموم النهي ولانها مستخبثة غير مستطابة فان ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة فيدخل في عموم قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث)

﴿ مسئلة ﴾ (وما له مخلب من الطير يصيد به كالبازي والصقر والشاهين والحدأة والبومة)

هذا قول أكثر اهل العلم منهم الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وقال مالك والليث والاوزاعي ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شيء ، قال مالك لم أر أحداً من اهل العلم يكره سباع الطير ،

وعن خالد قال : قال رسول الله ﷺ « حرام عليكم الحمر الاهلية وخيلها وبغالها » ولأنه ذو حافر فأشبه الحمار »

ولنا قول جابر نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل . وقالت أسماء نحرنا على عهد رسول الله ﷺ فرساً فأكلناه ونحن بالمدينة . متفق عليهما ، ولانه حيوان طاهر مستطاب ليس بذي ناب ولا مخلب فيحل كبهيمة الانعام ، ولانه داخل في عموم الآيات والاخبار المبيحة . وأما الآية فانما يتعلقون بدليل خطابها وهم لايقولون به وحديث خالد ليس له اسناد جيد قاله احمد قال وفيه رجلان لايعرفان يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف وقال لاندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر

(فصل) والارنب مباحة أكلها سعد بن ابي وقاص ورخص فيها ابو سعيد وعطاء وابن المسيب والليث ومالك والشافعي وابو ثور وابن المنذر ولا نعلم أحداً قائلا بتحريمها إلا شيئا روي عن عمرو بن العاص ،وقد صح عن أنس انه قال : أنفجنا أرنبا فسعى القوم فلغبوا فأخذتها فجئت بها إلى ابي طلحة فذبحها وبعث بوركها او قال فخذها الى النبي ﷺ فقبله متفق عليه.وعن محمد بن صفوان اوصفوان بن محمد انه قال : صدت أرنبين فذبحتهما بمروة فسألت رسول الله ﷺ فأمرني باكلهما رواه ابوداود ولانها حيوان مستطاب ليس بذي ناب أشبه الظبي

(فصل) ويباح الوبر وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي وابن المنذر وابو يوسف وقال القاضي هو محرم وهو قول ابي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف

ولنا انه يفدى في الاحرام والحرم وهو مثل الارنب يعتلف النبات والبقول فكان مباحا كالارنب ولان الاصل الاباحة وعموم النصوص يقتضيها ولم يرد فيه تحريم فتجب إباحته

(فصل) وسئل احمد عن اليربوع فرخص فيه وهذا قول عروة وعطاء الخراساني والشافعي

واحتجوا بعموم الآيات المبيحة وقول أبي الدرداء وابن عباس ماسكت الله عنه فهو مما عفي عنه

ولنا ماروى ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواهما ابو داود ، وهذا يخص عموم الآيات ويقدم على ماذكروه فيدخل في هذا كل ماله مخلب يعدو به كالعقاب والبازي والصقر والشاهين والباشق والحدأة والبومة وأشباهها

﴿ مسئلة ﴾ (وما يأكل الجيف كالنسر والرخم واللقلق وغراب البين والأبقع)

قال عروة ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله ﷺ فاسقاً ؟والله ماهو من الطيبات ولعله أراد قول النبي ﷺ « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والفارة والعقرب والكلب العقور » فهذه الخمس محرمة لان النبي ﷺ أباح قتلها في الحرم ، ولا يجوز قتل صيد

وابي ثوروابن المنذر ، وقال ابو حنيفة هو محرم ، وروي ذلك عن احمد أيضاً وعن ابن سيرين والحكم وحماد وأصحاب الرأي لانه يشبه الفار

ولنا ان عمر حكم فيه بجفرة ولان الاصل الاباحة مالم يردفيه تحريم ، وأما السنجاب فقال القاضي هو محرم لانه ينهش بنابه فأشبه الجرذ ويحتمل انه مباح لانه يشبه اليربوع ومتى تردد بين الاباحة والتحريم غلبت الاباحة لانها الاصل وعموم النصوص يقتضيها

(فصل) ويباح من الطيور مالم نذكره في المحرمات من ذلك الدجاج . قال ابو موسى رأيت النبي ﷺ يأكل الدجاج والحبارى لما روى سفينة قال : أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم لحم حبارى . رواه ابو داود ويباح الزاغ و بذلك قال الحكم وحماد ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه

ويباح غراب الزرع وهو الاسود الكبير الذي يأكل الزرع ويطير مع الزاغ لان مرعاهما الزرع والحبوب فأشبها الحجل . وتباح العصافير كلها . قال عبدالله بن عمرو ان رسول الله ﷺ قال « مامن إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها الا سأله الله عنها » قيل يارسول الله فما حقها؟ قال « يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها فيرمي بها » رواه النسائي . ويباح الحمام كله على اختلاف أنواعه من الجوازل والفواخت والرقاطي والقطا والحجل وغيرها .وتباح الكراكي والاوز وطير الماء كله والغرانيق والطواويس وأشباه ذلك لا نعلم فيه خلافا

واختلف عن أحمد في الهدهد والصرد فعنه انهما حلال لانهما ليسا من ذوات المخلب ولا يستخبثان وعنه تحريمهما لان النبي ﷺ نهى عن قتل الهدهد والصرد والنملة والنحلة .وكل ما كان لايصيد بمخلبه ولايأكل الجيف ولايستخبث فهو حلال

(فصل) قال أحمد : اكره لحوم الجلالة وألبانها . قال القاضي في المجرد :هي التي تأكل القذر فاذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها ،وفي بيضها روايتان . وان كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم اكلها ولا لبنها ، وتحديد الجلالة بكون أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ولا هو

مأكول في الحرم لان مايؤكل لايجوز قتله اذا قدر عليه بل يذبح ويؤكل، وسئل أحمد عن العقعق فقال إن لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به ، قال أصحابنا هو يأكل الجيف فيكون على هذا محرما

(فصل) ويحرم الخطاف والخشاف والخفاش وهو الوطواط قال الشاعر :

مثل النهار يزيد أبصار الورى   نوراً ويعمي أعين الخفاش

قال أحمد ومن يأكل الخشاف ؟ وسئل عن الخطاف فقال ماأدري ، وقال النخعي كل الطير حلال إلا الخفاش، وانما حرمت هذه لانها مستخبثة لاتستطيبها العرب ولا تأكلها ، ويحرم الزنابير واليعاسيب والنحل وأشباهها لانها مستخبثة غير مستطابة

﴿ مسئلة ﴾ (وما يستخبث كالقنفذ والفار والحيات والحشرات كلها)

ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده بما يكون كثيراً في مأكولها ويعفى عن اليسير . وقال الليث : انما كانوا يكرهون الجلالة التي لا طعام لها إلا الرجيع وما أشبهه

وقال ابن أبي موسى في الجلالة روايتان (إحداهما) انها محرمة (والثانية) انها مكروهة غير محرمة وهذا قول الشافعي ، وكره أبو حنيفة لحومها والعمل عليها حتى تحبس ، ورخص الحسن في لحومها وألبانها لان الحيوانات لا تنجس بأكل النجاسات بدليل ان شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه ، والكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجساً ولو نجس لما طهر بالاسلام ولا الاغتسال ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس

ولنا ما روى ابن عمر قال نهى رسول الله (ص) عن أكل الجلالة وألبانها .رواه أبو داود ، وروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال نهى رسول الله (ص) عن الابل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يحمل عليها إلا الادم ولا يركبها الناس حتى تعاف أربعين ليلة ، رواه الخلال باسناده ، ولان لحمها يتولد من النجاسة فيكون نجساً كرماد النجاسة ، وأما شارب الخمر فليس ذلك أكثر غذائه وانما يتغذى الطاهرات وكذلك الكافر في الغالب

(فصل) وتزول الكراهة بحبسها اتفاقاً واختلف في قدره فروي عن أحمد انها تحبس ثلاثا سواء كانت طائراً أو بهيمة وكان ابن عمر إذا أراد أكلها حبسها ثلاثاً وهذا قول أبي ثور لان ما طهر حيواناً طهر الآخر كالذي نجس ظاهره (والاخرى) تحبس الدجاجة ثلاثاً والبعير والبقرة ونحوهما يحبس أربعين وهذا قول عطاء في الناقة والبقرة لحديث عبدالله بن عمرو ولانهما أعظم جسماً وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه في الدجاجة والحيوان الصغير والله أعلم

(فصل) ويكره ركوب الجلالة وهو قول عمر وابنه وأصحاب الرأي لحديث عبدالله بن عمرو أن النبي (ص) نهى عن ركوبها، ولانها ربما عرقت فتلوث بعرقها

(فصل) ويحرم الزروع والثمار التي سقيت بالنجاسات أو سمدت بها ، وقال ابن عقيل يحتمل أن يكره ذلك ولا يحرم ولا يحكم بتنجيسها لان النجاسة تستحيل في باطنها فتطهر بالاستحالة كالدم

القنفذ حرام قال ابو هريرة هو حرام وكرهه مالك وأبو حنيفة ورخص فيه الشافعي والليث وأبو ثور

ولنا ماروي عن أبي هريرة قال ذكر القنفذ لرسول الله ﷺ فقال « هو خبيثة من الخبائث » رواه أبو داود ولانه يشبه المحرمات ويأكل الحشرات فاشبه الجرذ

(فصل) وما استطابته العرب فهو حلال لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات) يعني مايستطيبونه وما استخبثته العرب فهو محرم لقول الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) والذين تعتبر استطابتهم واستخباثهم هم أهل الحجاز من أهل الامصار لانهم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة فرجع في مطلق ألفاظهما إلى عرفهم دون غيرهم ، ولم يعتبر أهل البوادي لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما وجدوا ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال : ما دب ودرج إلا أم حبين قال لتهن أم حبين

يستحيل في أعضاء الحيوان لحما ويصير لبنا ، وهذا قول أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة والشافعي ، وكان سعد بن أبي وقاص يدمل أرضه بالعرة ويقول مكتل عرة مكتل بر ، والعرة عذرة الناس

ولنا ما روي عن ابن عباس قال كنا نكري أراضي رسول الله (ص) ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعذرة الناس ولانها تتغذى بالنجاسات وتترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر ، فعلى هذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة اذا حبست وأطعمت الطاهرات

(مسألة) قال (ومن اضطر الى الميتة فلا يأكل منها الا ما يأمن معه الموت)

اجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار وكذلك سائر المحرمات والاصل في هذا قول الله تعالى (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه) ويباح له أكل مايسد الرمق ويأمن معه الموت بالاجماع ويحرم مازاد على الشبع بالاجماع أيضاً وفي الشبع روايتان :

(اظهرهما) لايباح وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين للشافعي قال الحسن يأكل قدر ما يقيمه لان الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر اليه فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل كحالة الابتداء ولانه بعد سد الرمق غير مضطر فلم يحل له الأكل للآية، يحققه انه بعد سد رمقه كهو قبل أن يضطر وثم لم يبح له الأكل كذا ههنا

(والثانية) يباح له الشبع اختارها أبو بكر لما روى جابر بن سمرة ان رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة فقالت له امرأته اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله فقال حتى اسأل رسول الله ﷺ فسأله فقال «هل عندك غنى يغنيك ؟» قال لا قال «فكلوها» ولم يفرق رواه أبوداود ولان ماجاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح ويحتمل ان يفرق بين ما اذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما إذا كانت مرجوة الزوال فما كانت مستمرة كحالة الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ جاز

العافية وما وجد في أمصار المسلمين مما لا يعرفه أهل الحجاز رد إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز فان لم يشبهه شيء منها فهو مباح لدخوله في عموم قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً) الآية ولقول النبي ﷺ « ما سكت الله عنه فهو مما عفي عنه » فعلى هذا من المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان والخنافس والفأر والاوزاغ والحرباء والعضا والجراذين والعقارب والحيات وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ورخص مالك وابن أبي ليلى ، والاوزاعي في ذلك كله إلا الاوزاغ فان ابن عبد البر قال هو مجمع على تحريمه،وقال مالك الحية حلال إذا ذكيت واحتجوا بعموم الآية المبيحة . ولنا قول الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وقول النبي ﷺ « خمس فواسق يقتلن في

الشبع لانه إذا اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة اليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلة ويفضي الى ضعف بدنه وربما أدى ذلك الى تلفه بخلاف التي ليست مستمرة فانه يرجو الغنى عنها بما يحل له والله أعلم . إذا ثبت هذا فان الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها ان ترك الاكل قال احمد إذا كان يخشى على نفسه سواءاً كان من جوع أو يخاف ان ترك الاكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك اويعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمن محصور

(فصل) وهل يجب الاكل من الميتة على المضطر ؟ فيه وجهان:

(أحدهما) يجب وهو قول مسروق واحد الوجهين لاصحاب الشافعي قال الاثرم سئل ابو عبدالله عن المضطر يجد الميتة ولم ياكل فذكر قول مسروق من اضطر فلم ياكل ولم يشرب فمات دخل النار وهذا اختيار ابن حامد وذلك لقول الله تعالى (ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة) وترك الاكل مع إمكانه في هذا الحال القاء بيده الى التهلكة وقال الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) ولانه قادر على احياء نفسه بما احله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلال

(والثاني) لا يلزمه لما روي عن عبدالله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله ﷺ ان طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمراً ممزوجا بماء ولحم خنزير مشوي ثلاثة ايام فلم يأكل ولم يشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه فقال قد كان الله أحله لي لاني مضطر ولكن لم أكن لاشمتك بدين الاسلام، ولأن اباحة الاكل رخصة فلا تجب عليه كسائر الرخص ولان له غرضا في اجتناب النجاسة والاخذ بالعزيمة وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة وفارق الحلال في الاصل من هذه الوجوه

(فصل) وتباح المحرمات عند الاضطرار اليها في الحضر والسفر جميعاً لان الآية مطلقة غير مقيدة باحدى الحالتين وقوله (فمن اضطر) لفظ عام في حق كل مضطر ولان الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة وسبب الاباحة الحاجة الى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة

الحل والحرم العقرب والفأرة والغراب والحدأة والكلب العقور » وفي الحديث « الحية » مكان الفأرة ولو كانت من الصيد المباح لم يبح قتلها لأن الله تعالى قال (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال سبحانه (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) ولانها مستخبثة فحرمت كالاوزغ ومأمور بقتلها فاشبهت الوزغ

(فصل) والسنور الاهلي محرم وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن أكل الهر .

﴿ مسئلة ﴾ (وما تولد من مأكول وغيره كالبغل والسمع ، والسمع ولد الضبع من الذئب وقيل سمي العسبار، والعسبار ولد الذئب من الذيخ ذكره صاحب الصحاح)

اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات وهذا المعنى عام في الحالين وظاهر كلام احمد أن الميتة لاتحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالمسئلة

وروي عن احمد انه قال : أكل الميتة انما يكون في السفر يعني انه في الحضر يمكنه السؤال وهذا من احمد خرج مخرج الغالب فان الغالب ان الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع الضرورة بالسؤال ولكن الضرورة أمر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة أباحت سواء وجدت المظنة أو لم توجد ومتى انتفت لم يبح الاكل لوجود مظنتها بحال

(فصل) قال أصحابنا ليس للمضطر في سفر المعصية الاكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق لقول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) قال مجاهد غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم . وقال سعيد بن جبير اذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له فان تاب وأقلع عن معصيته حل له الأكل

(فصل) وهل للمضطر التزود من الميتة؟ على روايتين (أصحهما) له ذلك وهو قول مالك لانه لاضرر في استصحابها ولا في اعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ولا يأكل منها إلا عند ضرورته

(والثانية) لايجوز لانه توسع فيما لم يبح إلا للضرورة فان استصحبها فلقيه مضطر آخر لم يجز له بيعه إياه لانه انما أبيح له منها مايدفع به الضرورة ولا ضرورة إلى البيع ولانه لايملكه ويلزمه إعطاء الآخر بغير عوض اذا لم يكن هو مضطراً في الحال إلى مامعه لان ضرورة الذي لقيه موجودة وحاملها يخاف الضرر في ثاني الحال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن مر بثمرة فله أن يأكل منها ولا يحمل)

هذا يحتمل انه أراد في حال الجوع والحاجة لانه ذكره عقيب مسئلة المضطر ، قال احمد اذا لم يكن عليها حائط يأكل اذا كان جائعا واذا لم يكن جائعا فلا يأكل قال وقد فعله غير واحد من أصحاب النبي ﷺ ولكن اذا كان عليه حائط لم يأكل لانه قد صار شبه الحريم ، وقال في موضع انما

البغال محرمة عند كل من حرم الحمار الاهلي لانها متولدة منه والمتولد من شيء حكمه حكمه في التحريم وهكذا ان تولد بين الوحشي والانسي ولد فهو محرم تغليباً للتحريم، والسمع المتولد بين الذئب والضبع محرم وكذا العسبار ولد الذئبة من الذيخ قال قتادة ما البغل إلا شيء من الحمار ، وعن جابر قال ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الثعلب والوبر وسنور البر واليربوع روايتان)

اختلفت الرواية عن احمد في الثعلب فأكثر الروايات عن احمد تحريمه وهذا قول أبي هريرة ومالك وأبي حنيفة لانه سبع فيدخل في عموم النهي ، وروي عن احمد رحمه الله اباحته اختاره

الرخصة للمسافر إلا انه لم يعتبر ههنا حقيقة الاضطرار لان الاضطرار يبيح ماوراء الحائط ورويت عنه الرخصة في الاكل من غير المحوطة مطلقا من غير اعتبار جوع ولاغيره

وروي عن ابي زينب التيمي قال سافرت مع أنس بن مالك وعبد الرحمن بن سمرة وابي بردة فكانوا يمرون بالثمار فيأكلون في أفواههم وهو قول عمر وابن عباس وأبي بردة قال عمر يأكل ولا يتخذ خبنة . وروي عن احمد أنه قال يأكل مما تحت الشجر واذا لم يكن تحت الشجر فلا يأكل ثمار الناس وهو غني عنه ولا يضرب بحجر ولا يرمي لان هذا يفسد

وقد روي عن رافع بن عمر قال : كنت أرمي نخل الانصار فاخذوني فذهبوا بي إلى النبي ﷺ فقال « يارافع لم ترمي نخلهم ؟ » قلت يارسول الله الجوع قال « لاترم وكل ماوقع أشبعك الله وأرواك » أخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح ، وقال أكثر الفقهاء لايباح الاكل في الضرورة لما روى العرباض بن سارية أن رسول الله ﷺ قال « ألا وان الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت أهل الكتاب إلا باذن ولا ضرب نسائهم ولا أكل ثمارهم اذا أعطوكم الذي عليهم » أخرجه ابو داود وقال النبي ﷺ « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا » متفق عليه

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه سئل عن الثمر المعلق فقال « ماأصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ، ومن أخرج منه شيئا فعليه غرامة مثليه والعقوبة » قال الترمذي هذا حديث حسن

وروى ابو سعيد الخدري عن النبي ﷺ انه قال « اذا أتيت على حائط بستان فناد صاحب البستان ثلاثا فان أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد »

وروى سعيد باسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ مثله ولانه قول من سمينا من الصحابة

الشريف ابو جعفر ورخص فيه عطاء وقتادة وطاوس والليث وسفيان بن عيينة والشافعي لانه يفدى في الحرم والاحرام ، قال احمد وعطاء كل مايودى اذا أصابه المحرم فانه يؤكل ، واختلفت الرواية في سنور البر كاختلافها في الثعلب والقول فيه كالقول في الثعلب وللشافعي في سنور البر وجهان . فأما الوبر فمباح وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف قال القاضي هو محرم وهو قول أبي حنيفة واصحابه إلا أبا يوسف

ولنا انه يفدى في الاحرام والحرم وهو كالارنب يأكل النبات والبقول وليس له ناب يفرس به ولا هو من المستخبثات فكان مباحا كالارنب ولان الاصل الاباحة وعموم النص يقتضيها ولم يرد فيه تحريم فتجب اباحته . فأما اليربوع فسئل احمد عنه فرخص فيه وهذا قول عروة وعطاء الخراساني والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وفيه رواية أخرى انه محرم وروي ذلك عن ابن سيرين والحكم وحماد واصحاب الرأي لانه يشبه الفأر

من غير مخالف فيكون إجماعا ، فان قيل فقد ابى سعد أن يأكل ، قلنا امتناع سعد من أكله ليس بمخالف لهم لان الانسان قد يترك المباح غنى عنه او تورعا او تقذراً كترك النبي ﷺ أكل الضب فاما أحاديثهم فهي مخصوصة بما رويناه من الحديث والاجماع، فان كانت محوطة لم يجز الدخول اليها لقول ابن عباس ان كان عليها حائط فهو حريم فلا تأكل وان لم يكن عليها حائط فلا بأس ولان احرازه بالحائط يدل على شح صاحبه به وعدم المسامحة فيه قال بعض أصحابنا اذا كان عليها ناطور فهو بمنزلة المحوط في أنه لا يدخل اليه ولا يأكل منه إلا في الضرورة

(فصل) وعن احمد في الاكل من الزرع روايتان (إحداهما) قال لا يأكل انما رخص في الثمار ليس الزرع ، وقال ماسمعنا في الزرع أن يمس منه، ووجهه ان الثمار خلقها الله تعالى للاكل رطبة والنفوس تتوق اليها والزرع بخلافها

(والثانية) قال يأكل من الفريك لان العادة جارية بأكله رطباً أشبه الثمر وكذلك الحكم في الباقلا والحمص وشبهه مما يؤكل رطباً فاما الشعير ومالم تجر العادة بأكله فلا يجوز الاكل منه والاولى في الثمار وغيرها أن لا يأكل منها الا باذن لما فيه من الخلاف والاخبار الدالة على التحريم

(فصل) وعن احمد في حلب لبن الماشية روايتان

(إحداهما) يجوز له أن يحلب ويشرب ولا يحمل لما روى الحسن عن سمرة ان النبي ﷺ قال « إذا أتى أحدكم على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذنه فان أذن فليحلب وليشرب وان لم يكن فيها فليصوت ثلاثا فان أجابه أحد فليستأذنه ، وان لم يجبه أحد فليحلب وليشرب ولا يحمل » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند بعض أهل العلم وبه يقول احمد وإسحاق

(والرواية الثانية) لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب لما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا باذنه أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينقل طعامه فانما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا باذنه » وفي لفظ « فان مافي ضروع مواشيهم مثل مافي مشاربهم » متفق عليه

ولنا ان عمر رضي الله عنه حكم فيه بجفرة ولان الاصل الاباحة مالم يرد فيه تحريم . وأما السنجاب فقال القاضي هو محرم لانه ينهش بنابه فأشبه الجرد ، ويحتمل انه مباح لانه يشبه اليربوع ومتى تردد بين الاباحة والتحريم غلبت الاباحة لانها الاصل وعموم النصوص يقتضيها

(فصل) والفيل محرم قال احمد ليس هو من أطعمة المسلمين وقال الحسن هو مسخ وكرهه ابو حنيفة والشافعي ورخص الشعبي في أكله

ولنا أن نهي النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع وهو من أعظمها نابا ولانه مستخبث فيدخل في عموم الآية المحرمة

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن اضطر فاصاب الميتة وخبزا لا يعرف مالكه اكل الميتة)

وبهذا قال سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم ، وقال مالك ان كانوا يصدقونه أنه مضطر أكل من الزرع والثمر وشرب اللبن وان خاف أن تقطع يده اولا يقبل منه أكل الميتة، ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) يأكل الطعام وهو قول عبد الله بن دينار لانه قادر على الطعام الحلال فلم يجز له أكل الميتة كما لو بذله له صاحبه

ولنا ان أكل الميتة منصوص عليه ومال الآدمي مجتهد فيه والعدول إلى المنصوص عليه أولى ولان حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحقوق الآدمي مبنية على الشح والتضييق ولان حق الآدمي تلزمه غرامته وحق الله لا عوض له

(فصل) إذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له الامتناع من الاكل والشرب ولا العدول إلى أكل الميتة الا أن يخاف أن يسمه فيه او يكون الطعام الذي يطعمه مما يضره ويخاف أن يهلكه او يمرضه

(فصل) وان وجد طعاما مع صاحبه فامتنع من بذله له او بيعه منه ووجد ثمنه لم يجز له مكابرته عليه وأخذه منه وعدل إلى الميتة سواء كان قويا يخاف من مكابرته التلف او لم يخف فان بذله له بثمن مثله وقدر على الثمن لم يحل له أكل الميتة لانه قادر على طعام حلال وان بذله بزيادة على ثمن المثل لا يجحف بماله لزمه شراؤه أيضا لما ذكرناه ، وان كان عاجزاً عن الثمن فهو في حكم العادم ، وان امتنع من بذله الا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لان الزيادة أحوج الى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره

(فصل) وان وجد المحرم ميتة وصيداً أكل الميتة وبه قال الحسن ومالك وابو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي في أحد قوليه يأكل الصيد ويفديه وهو قول الشعبي لان الضرورة تبيحه ومع القدرة عليه لا تحل الميتة لغناه عنها

(فصل) فأما الذب فينظر فيه فان كان ذا ناب يفرس به فهو محرم وإلا فهو مباح ، قال احمد إن لم يكن له ناب فلا بأس به وقال اصحاب أبي حنيفة هو سبع لانه اشبه شيء بالسباع فلا يؤكل

ولنا ان الاصل الاباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الاصل وشبهه بالسباع انما يعتبر في وجود العلة المحرمة وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فاذا لم يوجد ذلك كان داخلا في عموم النصوص المبيحة

﴿ مسئلة ﴾ (وما عداهذا فمباح كبهيمة الانعام والخيل والدجاج)

لعموم النصوص الدالة على الاباحة كبهيمة الانعام وهي الابل والبقر والغنم قال الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الانعام) والخيل كلها عرابها وبراذينها ، نص أحمد على ذلك وبه قال ابن سيرين وروي ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والاسود بن يزيد وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك

ولنا ان إباحة الميتة منصوص عليها وإباحة الصيد مجتهد فيها وتقديم المنصوص عليه أولى فان لم يجد ميتة ذبح الصيد وأكله ، نص عليه أحمد لانه مضطر اليه عيناً وقد قيل ان في الصيد تحريمات ثلاثاً تحريم قتله وأكله وتحريم الميتة لان ما ذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة فقد ساوى الميتة في هذا وفضل عليها بتحريم القتل والاكل ولكن يقال على هذا ان الشارع إذا أباح له ذبحه لم يصر ميتة ولهذا لو لم يجد الميتة فذبحه كان ذكياً طاهراً وليس بنجس ولا ميتة ولهذا يتعين عليه ذبحه في محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه ولا يجوز قتله ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه

(فصل) وإذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة جاز له ان يشبع منه لانه لحم ذكي لاحق فيه لآدمي سواه فأبيح له الشبع منه كما لو ذبحه حلال من أجله

(فصل) فان لم يجد المضطر شيئا لم يبح له أكل بعض أعضائه . وقال بعض أصحاب الشافعي : له ذلك لان له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الاكلة

ولنا أن اكله من نفسه ربما قتله فيكون قاتلا لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكله . أما قطع الاكلة فانه يخاف الهلاك بذلك العضو فأبيح له إبعاده ودفع ضرره المتوجه منه بتركه كما أبيح قتل الصائل عليه ولم يبح له قتله ليأكله

(فصل) وان لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبح له قتله إجماعا ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً لانه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه باتلافه وهذا لا خلاف فيه ، وان كان مباح الدم كالحربي والمرتد فذكر القاضي ان له قتله وأكله لان قتله مباح وهكذا قال أصحاب الشافعي لانه لا حرمة له فهو بمنزلة السباع ، وان وجده ميتاً أبيح اكله لان أكله مباح بعد قتله فكذلك بعد موته ، وان وجد معصوما ميتاً لم يبح اكله في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وبعض الحنفية يباح وهو أولى لان حرمة الحي أعظم ، قال أبو بكر بن داود :أباح الشافعي أكل لحوم الانبياء ، واحتج اصحابنا بقول النبي(ص) « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » واختار أبو الخطاب ان له أكله وقال لا حجة في الحديث ههنا

والشافعي وأبو ثور، وقال سعيد بن جبير ما أكلت شيئاً أطيب من معرفة برذون، وحرمها أبو حنيفة وكرهها مالك والاوزاعي وابو عبيد لقول الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) وعن خالد قال قال رسول الله ﷺ « حرام عليكم الحمر الاهلية وخيلها وبغالها » ولانه ذو حافر أشبه الحمار.

ولنا قول جابر نهى النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل متفق عليه ، وقالت أسماء نحرنا فرساً على عهد رسول صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه ولانه حيوان طاهر مستطاب ليس بذي ناب ولا مخلب فيحل كبهيمة الانعام ولانه داخل في عموم الآيات والاخبار المبيحة ، وأما الآية فانهم انما يتعلقون بدليل خطابها وهم لا يقولون به ، وحديث خالد ليس له اسناد جيد قاله احمد قال وفيه رجلان لا يعرفان يرويه ثور عن رجل ليس

لان الاكل من اللحم لا من العظم ، والمراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة لا في مقدارها بدليل اختلافهما في الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يصب الا طعاما لم يبعه مالكه أخذه قهراً ليحيي به نفسه وأعطاه ثمنه الا أن يكون بصاحبه مثل ضرورته)

وجملته انه إذا اضطر فلم يجد إلا طعاما لغيره نظرنا فان كان صاحبه مضطراً اليه فهو أحق به ولم يجز لأحد أخذه منه لانه ساواه في الضرورة وانفرد بالملك فأشبه غير حال الضرورة، وان اخذه منه أحد فمات لزمه ضمانه لانه قتله بغير حق ، وان لم يكن صاحبه مضطراً اليه لزمه بذله للمضطر لانه يتعلق به إحياء نفس آدمي معصوم فلزمه بذله له كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق فان لم يفعل فللمضطر أخذه منه لانه مستحق له دون مالكه فجاز له أخذه كغير ماله : فان احتيج في ذلك الى قتال فله المقاتلة عليه فان قُتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه وان آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر لانه ظالم بقتاله فأشبه الصائل الا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه لامكان الوصول اليه دونها ، فان لم يبعه إلا بأكثر من ثمن مثله فذكر القاضي ان له قتاله والاولى أن لا يجوز له ذلك لامكان الوصول اليه بدونها ، وان اشتراه بأكثر من ثمن مثله لم يلزمه إلا ثمن مثله لانه صار مستحقاً له بقيمته ويلزمه عوضه في كل موضع أخذه فان كان معه في الحال وإلا لزمه في ذمته ، ولا يباح للمضطر من مال أخيه الا ما يباح من الميتة. قال أبو هريرة قلنا يا رسول الله ما يحل لأحدنا من مال أخيه إذا اضطر اليه ؟ قال «يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل»

(فصل) وإذا اشتدت المخمصة في سنة المجاعة وأصابت الضرورة خلقا كثيراً وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله لم يلزمه بذله للمضطرين وليس لهم أخذه منه لان ذلك يفضي الى وقوع الضرورة به ولا يدفعها عنهم ، وكذلك ان كانوا في سفر ومعه قدر كفايته من غير فضلة لم

بمعروف فلا نترك أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر ، والدجاج مباح قال أبو موسى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل الدجاج متفق عليه

﴿مسئلة﴾ (والوحشي من البقر والظباء والحمر يباح)

بقر الوحش على اختلاف أنواعها من الابل والتيتل والوعل والمها وكذلك الظباء وحمر الوحش من الصيود كلها مباحة وتفدى في الاحرام وهذا كله مجمع عليه لا نعلم فيه خلافا إلا ماروى طلحة بن مصرف ان الحمار الوحشي اذا أنس واعتلف فهو بمنزلة الاهلي ، قال احمد وما ظننت انه روي في هذا شيء وليس الامر عندي كما قال وأهل العلم على خلافه لان الظباء اذا تأنست لم تحرم والاهلي اذا توحش لم يحل ولا يتغير منها شيء عن أصله وما كان عليه ،قال عطاء في حمار الوحش

يلزمه بذل مامعه للمضطرين ، ولم يفرق أصحابنا بين هذه الحال وبين كونه لايتضرر بدفع مامعه اليهم في أن ذلك واجب عليه لكونه غير مضطر في الحال والآخر مضطر فوجب تقديم حاجة المضطر

ولنا أن هذا مفض به الى هلاك نفسه وهلاك عياله فلم يلزمه كما لو أمكنه إنجاء الغريق بتغريق نفسه ولان في بذله إلقاء بيده الى التهلكة وقد نهى الله عن ذلك

﴿مسئلة﴾ (قال ولا بأس بأكل الضب والضبع)

أما الضب فانه مباح في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وأصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم، قال أبو سعيد: كنا معشر أصحاب محمد ﷺ لان يهدى الى أحدنا ضب أحب اليه من دجاجة ، فقال عمر مايسرني أن مكان كل ضب دجاجة سمينة ولوددت أن في كل جحر ضب ضبين وبهذا قال مالك والليث والشافعي وابن المنذر

وقال أبو حنيفة هو حرام وبهذا قال الثوري لما روي عن النبي ﷺ انه نهى عن أكل لحم الضب وروي نحوه عن علي ولانه ينهش فأشبه ابن عرس

ولنا ما روى ابن عباس قال : دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأتي بضب محنوذ فقيل هو ضب يا رسول الله فرفع يده فقلت أحرام هو يا رسول الله ؟ قال « لا ولكنه لم يكن بارض قومي فأجدني أعافه » قال خالد فاجتررته فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر ، متفق عليه ، قال ابن عباس ترك رسول الله ﷺ الضب تقذراً وأكل على مائدته ولو كان حراماً ما أكل على مائدة رسول الله ﷺ وقال عمر ان رسول الله ﷺ لم يحرم الضب ولكنه قذره ولو كان عندي لأكلته ، ولان الاصل الحل ولم يوجد المحرم فبقي على الاباحة ولم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم نهي ولا تحريم ولان الاباحة قول من سمينا من الصحابة ولم يثبت عنهم خلافه فيكون إجماعا

اذا تناسل في البيوت لاتزول عنه اسماء الوحش ، فأما الزرافة فسئل احمد عنها تؤكل ؟ قال نعم وهي دابة تشبه البعير إلا ان عنقها أطول من عنقه وجسمها ألطف من جسمه وأعلى منه ويداها أطول من رجليها وهي مباحة لعموم النصوص المبيحة ولانها مستطابة ليس لها ناب ولا هي من المستخبثات أشبهت الابل وحرمها ابو الخطاب والاول أصح لما ذكرنا ، والنعامة مباحة وقد قضى فيها الصحابة رضي الله عنهم ببدنة اذا قتلها المحرم ولا نعلم في اباحتها خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (والارنب مباحة)

أكلها سعد بن أبي وقاص ورخص فيها ابو سعيد وعطاء وابن المسيب والليث ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم قائلا بتحريمها إلا شيئا روي عن عمرو بن العاص وقد صح عن أنس

(فصل) فاما الضبع فرويت الرخصة فيها عن سعد وابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحاق ، وقال عروة مازالت العرب تاكل الضبع ولا ترى باكلها باساً

وقال ابوحنيفة والثوري ومالك هو حرام وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب لانها من السباع وقد نهى النبي ﷺ عن اكل كل ذي ناب من السباع وهي من السباع فتدخل في عموم النهي، وروي عن النبي ﷺ انه سئل عن الضبع فقال « ومن يا كل الضبع؟ »

ولنا ما روى جابر قال أمرنا رسول الله ﷺ يا كل الضبع ، قلت صيد هي؟ قال « نعم » احتج به أحمد وفي لفظ قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع فقال « هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » رواه أبو داود

قال ابن عبد البر هذا لا يعارض حديث النهي عن كل ذي ناب من السباع لانه أقوى منه ، قلنا هذا تخصيص لا معارض ولا يعتبر في التخصيص كون المخصص في رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الآحاد . فأما الخبر الذي فيه « ومن يا كل الضبع ؟ » فحديث طويل يرويه عبد الكريم بن أبي المخارق ينفرد به وهو متروك الحديث . ولان الضبع قد قيل انها ليس لها ناب وسمعت من يذكر أن جميع أسنانها عظم واحد كصفحة نعل الفرس . فعلى هذا لا تدخل في عموم النهي والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يؤكل الترياق لانه يقع فيه لحوم الحيات)

الترياق دواء يتعالج به من السم ويجعل فيه من لحوم الحيات فلا يباح أكله ولا شربه لان لحم الحية حرام وممن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبي ومالك لانه يرى إباحة لحوم الحيات ويقتضيه مذهب الشافعي لاباحته التداوي ببعض المحرمات

ولنا انّ لحم الحيات حرام بما قد ذكرناه فيما مضى . ولا يجوز التداوي بمحرم لقول النبي ﷺ « ان الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها »

انه قال أنفجنا أرنباً فسعى القوم فلغبوا فأخذتها وجئت بها أبا طلحة فذبحها فبعث بوركها أو قال فخذها الى النبي صلى الله عليه فقبله متفق عليه ، وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد قال صدت أرنبين فذبحتهما بمروة فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني بأكلهما رواه أبو داود ولانها حيوان مستطاب ليس بذي ناب فأشبه الضب

﴿ مسألة ﴾ (وسائر الوحش لعموم النص والضبع والضب)

رويت الرخصة في الضبع عن سعد وابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحاق ، قال عروة مازالت العرب تأكل الضبع لا ترى بأكلها بأسا ، وقال ابو حنيفة والثوري ومالك هي

(فصل) ولا يجوز التداوي بمحرم ولا بشيء فيه محرم مثل ألبان الأتن ولحم شيء من المحرمات ولا شرب الخمر للتداوي به لما ذكرنا من الخبر ولان النبي ﷺ ذكر له النبيذ يصنع للدواء فقال « انه ليس بدواء ولكنه داء »

(فصل) ويجوز أكل الاطعمة التي فيها الدود والسوس كالفواكه والقثاء والخيار والبطيخ والحبوب والخل إذا لم تقذره نفسه وطابت به لان التحرز من ذلك يشق ويجوز أكل العسل بقشه وفيه فراخ لذلك وان نقاه فحسن فقد روي عن النبي ﷺ أنه اتى بتمر عتيق فجعل يفتشه ويخرج السوس منه وينقيه وهذا أحسن .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يؤكل الصيد اذا رمي بسهم مسموم اذا علم أن السم أعان على قتله)

إنما كان كذلك لان ماقتله السم محرم وما قتله السهم وحده مباح فاذا مات بسبب مبيح ومحرم حرم كما لومات برمية مسلم ومجوسي أوقتل الصيد كلب معلم وغيره أو وجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله أورمى صيداً بسهم فوجده غريقاً في الماء أو تردى من جبل أو وطئ عليه شيء فان علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح لانتفاء المحرم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما كان مأواه البحر وهو يعيش فى البر لم يؤكل اذا مات في بر أو بحر)

كل ما يعيش في البر من دواب البحر لا يحل بغير ذكاة كطير الماء والسلحفاة وكلب الماء إلا ما لا دم فيه كالسرطان فانه يباح بغير ذكاة قال احمد السرطان لا بأس به قيل له يذبح ؟ قال لا وذلك لان مقصود الذبح إنما هو إخراج الدم منه وتطييب اللحم بازالته عنه فما لا دم فيه لا حاجة الى ذبحه ، واما سائر ما ذكرنا فلا يحل الا ان يذبح قال احمد كلب الماء يذبحه ولا ارى بأساً بالسلحفاة اذا ذبح والرق يذبحه وقال قوم يحل من غير ذكاة لقول النبي ﷺ في البحر «هو الطهور

حرام وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب فانها من السباع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وهي من السباع فتدخل في عموم النهي ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال « ومن يأكل الضبع ؟ »

ولنا ماروى جابر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل الضبع فقلت صيد هي ؟ قال « نعم » احتج به أحمد، وفي لفظ قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع فقال « هو صيد ويجعل فيه كبش اذا صاده المحرم» رواه أبو داود ، وعن عبدالرحمن بن أبي عمار قال قلت لجابر الضبع أصيد هي؟ قال نعم ، قلت أقاله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم رواه النسائي وأبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح قال ابن عبد البر هذا لا يعارض حديث النهي عن كل ذي

ماؤه الحل ميته » ولانه من حيوان البحر فابيح بغير ذكاة كالسمك والسرطان ، وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه كل مافي البحر قد ذكاه الله تعالى لكم وروى الامام احمد باسناده عن شريح رجل ادرك النبي ﷺ قال « كل شيء في البحر مذبوح » وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله ذبح كل شيء في البحر لابن آدم

ولنا أنه حيوان يعيش في البر له نفس سائلة فلم يبح بغير ذبح كالطير ولا خلاف في الطير فيما علمناه والاخبار محمولة على مالا يعيش إلا في البحر كالسمك وشبهه لانه لا يتمكن من تذكيته لانه لايذبح الا بعد إخراجه من الماء وإذا خرج مات

(فصل) فاما مالايعيش الا في الماء كالسمك وشبهه فانه يباح بغير ذكاة لا نعلم في هذا خلافا لما ذكرنا من الاخبار وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالسمك والجراد» وقد صح أن أباعبيدة واصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فاكلوا منها شهراً حتى سمنوا وادهنوا فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم أخبروه فقال «هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمونا ؟ » متفق عليه

(فصل) وكل صيد البحر مباح الا الضفدع ، وهذا قول الشافعي وقال الشعبي لو أكل اهلي الضفادع لاطعمتهم ، وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال في كل ما في البحر قد ذكاه الله لكم وعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) يدل على اباحة جميع صيده وروى عطاء وعمرو بن دينار أنهما بلغهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ان الله ذبح كل شيء في البحر لابن آدم» فاما الضفدع فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله رواه النسائي فيدل ذلك على تحريمه فاما التمساح فقد نقل عنه مايدل على أنه لايؤكل ، وقال الاوزاعي لابأس به لمن اشتهاه وقال ابن حامد لايؤكل التمساح ولا الكوسج لانهما يأكلان الناس ، وقد روي عن ابراهيم النخعي وغيره أنه قال كانوا يكرهون سباع البحر كما يكرهون سباع البر وذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن كل

ناب من السباع لانه أقوى منه قلنا هذا تخصيص لا معارض ولا يعتبر في التخصيص كون المخصص في رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب باخبار الاحاد ، فأما الخبر الذى فيه « ومن يأكل الضبع ؟ » فهو حديث طويل يرويه عبد الملك بن المخارق تفرد به وهو متروك الحديث ، وقد قيل ان الضبع ليس لها ناب فعلى هذا لاتدخل في عموم النهي

(فصل) والضب مباح في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وأصحاب رسول الله ﷺ قال أبو سعيد كنا معشر أصحاب محمد لان يهدى الى احد ناضب أحب اليه من دجاجة وقال عمر ما يسرني أن مكان كل ضب دجاجة سمينة ولوددت أن في كل جحر ضب ضبين وبهذا قال مالك والليث والشافعي وابن المنذر وقال الثوري وأبو حنيفة هو حرام لما روي

ذي ناب من السباع وقال أبو علي النجاد ما حرم نظيره في البر فهو حرام في البحر ككلب الماء وخنزيره وانسانه، وهو قول الليث الا في كلب الماء فانه يرى اباحة كلب البر والبحر. وقال ابو حنيفة لا يباح الا السمك. وقال مالك كل ما في البحر مباح لعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه)

(فصل) وكلب الماء مباح وركب الحسن بن علي رضي الله عنه سرجا عليه جلد من جلود كلاب الماء وهذا قول مالك والشافعي والليث ويقتضيه قول الشعبي والاوزاعي ولا يباح عند أبي حنيفة وهو قول ابي علي النجاد وبعض اصحاب الشافعي.

ولنا عموم الآية والخبر قال عبد الله سألت أبي عن كلب الماء فقال حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير سمعا شريحا [١] رجل أدرك النبي صلى الله عليه وسلم يقول «كل شيء في البحر فهو مذبوح» قال فذكرت ذلك لعطاء فقال اما الطير فنذبحه. وقال أبو عبدالله كلب الماء نذبحه.

(١) هو شريح الحجازي له صحبة روى عنه عمرو بن دينار وابو الزبير

(فصل) قيل لابي عبد الله يكره الجري؟ قال لا والله وكيف لنا بالجري؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وسائر اهل العلم وقال ابن عباس الجري لا تأكله اليهود ووافقهم الرافضة ومخالفتهم صواب

(فصل) وعن احمد في السمكة توجد في بطن سمكة اخرى أو حوصلة طائر أو يوجد في حوصلته جراد فقال في موضع: كل شيء اكل مرة لا يؤكل وقال في موضع: الطافي أشد من هذا وقد رخص فيه أبو بكر رضي الله عنه، وهذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة دون ما في حوصلة الطائر لانه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «أحلت لنا ميتتان ودمان» ولانه حيوان طاهر في محل طاهر

عن النبي ﷺ انه نهى عن اكل لحم الضب وروي نحوه عن علي ولانه ينهش فاشبه ابن عرس

ولنا ماروى ابن عباس قال دخلت انا وخالد بن الوليد مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأتي بضب محنوذ فقيل هو ضب يارسول الله فرفع يده فقلت احرام هو يارسول الله؟ قال «لا ولكن لم يكن بارض قومي فأجدني اعافه» قال خالد فاجتررته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر متفق عليه قال ابن عباس ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الضب تقذرا وأكل على مائدته ولو كان حراما ما أكل على مائدة رسول الله ﷺ وقال عمر إن النبي ﷺ لم يحرم الضب ولكنه قذره ولو كان عندي لأكلته ولان الاصل الحل ولم يوجد المحرم فبقي على الاباحة ولم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم نهي ولا تحريم ولان اباحته قول من سمينا من الصحابة رضي الله عنهم ولم يثبت عنهم خلافه فيكون اجماعا

﴿ مسألة ﴾ (والزاغ مباح)

لا تعتبر له ذكاة فأبيح كالطافي من السمك وهكذا يخرج في الشعير يوجد في بعر الجمل أو خثي الجواميس ونحوها .

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا وقعت النجاسة فى مائع كالدهن وما أشبهه نجس واستصبح به إن احب ولم يحل أكله ولا ثمنه)

ظاهر هذا أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء نجسته وان كثر ، وهذا ظاهر المذهب ، وعن احمد رواية أخرى انه لاينجس اذا كثر قال حرب سألت أحمد عن كلب ولغ في سمن أو زيت قال إذا كان في آنية كبيرة مثل حب أونحوه رجوت ان لايكون به بأس يؤكل وإذا كان في آنية صغيرة فلا يعجبني أن يؤكل وسئل عن كلب وقع في خل اكثر من قلتين فخرج منه وهو حي فقال هذا اسهل من انه لو مات

وعنه رواية ثالثه ما اصله الماء كالخل التمري يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر وماليس أصله الماء لايدفع عن نفسه قال المروذي قلت لابي عبدالله فان وقعت النجاسة في خل اودبس؟ فقال اماالخل فاصله الماء يعود الى ان يكون ماء اذا حمل عليه وقال ابن مسعود في فأرة وقعت في سمن انما حرم من الميتة لحمها ودمها .

ولنا ماروى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه سئل عن فارة وقعت في سمن قال «إن كان جامداً فخذوها وما حولها فالقوه ، وإن كان مائعاً فلا تقربوه » ولان غير الماء ليس بطهور فلا يدفع النجاسة عن نفسه وحكم الجامد قد ذكرناه فيما تقدم واختلفت الروايةفي الاستصباح بالزيت النجس فاكثر الروايات اباحته لان ابن عمر أمر أن يستصبح به ويجوز ان تطلى به سفينة وهذا قول الشافعي ، وعن احمد لايجوز الاستصباح به وهو قول ابن المنذر لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال «لا، هو حرام» وهذا في معناه

وبذلك قال الحكم وحماد ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ويباح غراب الزرع وهو الاسود الكبير الذي يأكل الزرع ويطير مع الزاغ لان مرعاهما الزرع والحبوب فأشبها الحجل وسائر الطير كالحمام وأنواعه من الفواخت والجوازل والرقاطي والدباسي والعصافير والقنابر والقطا والحبارى والحجل لما روى سفينة قال أكلت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حبارى رواه أبو داود، والكركي والكروان والبط والاوز وما اشبهه مما يلتقط الحب او يفدى في الاحرام مباح لانه مستطاب ويفدى في حق المحرم فكان مباحاً كبقية مايفدى وكذلك الغرانيق والطواويس وطير الماء كله وأشباه ذلك لانعلم فيه خلافاً

ولنا انه زيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالطاهر ، وقد جاء عن النبي ﷺ في العجين الذي عجن بماء من آبار ثمود انه نهاهم عن أكله وأمرهم ان يعلفوه النواضح وهذا الزيت ليس بميتة ولا هو من شحومها فيتناوله الخبر . اذا ثبت هذا فانه يستصبح به على وجه لا يمسه ولا تتعدى نجاسته اليه: إما ان يجعل الزيت في ابريق له بابا ويصب منه في المصباح ولا يمسه ، وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا او قنديلا فيه ثقب ويطينه على رأس اناء الزيت او يشمعه وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملأ السراج وما أشبه هذا، ولم ير أبو عبدالله أن تدهن بها الجلود وقال يجعل منه الاسقية والقرب

ونقل عن عمر انه تدهن به الجلود وعجب احمد من هذا وقال إن في هذا لعجباً شيء يلبس يطيب بشيء فيه ميتة؟ فعلى قول احمد كل انتفاع يفضي إلى تنجيس انسان لا يجوز وإن لم يفض إلى ذلك جاز ، فأما أكله فلا اشكال في تحريمه فان النبي ﷺ قال « لا تقربوه » ولان النجس خبيث وقد حرم الله الخبائث ، وأما بيعه فظاهر كلام احمد رحمه الله تحريمه لقول النبي ﷺ «اذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه » وقال ابو موسى لتوه بالسويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه

وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية انه يباع لكافر بشرط ان يعلم بنجاسته لان الكفار يعتقدون حله ويستبيحون أكله

ولنا قول النبي ﷺ « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها إن الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » متفق عليه وكونهم يعتقدون حله لا يجوز لنا بيعه لهم كالخمر والخنزير

(فصل) فاما شحوم الميتة وشحم الخنزير فلا يجوز الانتفاع به باستصباح ولا غيره ولا ان تطلى به السفن ولا الجلود لما روي عن النبي ﷺ انه قال « إن الله حرم الميتة والخنزير والاصنام » قالوا يارسول الله شحوم الميتة تطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس ؟ قال « لا، هي حرام » متفق عليه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في الهدهد والصرد فعنه انهما حلال لانهما ليسا من ذوات المخلب ولا مستخبثات وعنه تحريمهما لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الهدهد والصرد والنملة والنحلة وكل ما كان لا يصيد بمخلبه ولا يأكل الجيف ولا يستخبث فهو حلال

﴿ مسئلة ﴾ (وجميع حيوان البحر مباح لقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر طعامه متاعا لكم) الا الضفدع والحية والتمساح وقال ابن حامد الا الكوسج)

كل صيد البحر مباح الا الضفدع وهذا قول الشافعي وقال الشعبي لو أكل أهلي الضفادع لاطعمتهم ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن قتل الضفدع رواه النسائي فيدل على تحريمه ولانها

(فصل) إذا استصبح بالزيت النجس فدخانه نجس لانه جزء يستحيل منه والاستحالة لاتطهر فان علق بشيء وكان يسيراً عفي عنه لانه لايمكن التحرز منه فأشبه دم البراغيث ، وإن كان كثيراً لم يعف عنه

(فصل) سئل احمد عن خباز خبز خبزاً فباع منه ثم نظر في الماء الذي عجن منه فاذا فيه فأرة فقال لايبيع الخبز من أحد ، وإن باعه استرده فان لم يعرف صاحبه تصدق بثمنه ويطعمه من من الدواب مالا يؤكل لحمه ولا يطعم لما يؤكل إلا أن يكون اذا أطعمه لم يذبح حتى يكون له ثلاثة أيام على معنى الجلالة ، قيل له أليس قال النبي ﷺ « لاتنتفعوا من الميتة؟» قال ليس هذا بمنزلة الميت انما اشتبه عليه ، قيل له فهو بمنزلة كسب الحجام يطعم الناضح والرقيق ؟ قال هذا أشدعندي لايطعم الرقيق لكن يعلفه البهائم قيل له أين الحجة ؟ قال حدثنا عبد الصمد عن صخر عن نافع عن ابن عمر أن قوما اختبزوا من آبار الذين مسخوا فقال النبي ﷺ « أطعموه النواضح »

(فصل) قال احمد لاأرى ان يطعم كلبه المعلم الميتة ولا الطير المعلم لانه يضريه على الميتة ، فان أكل الكلب فلا أرى صاحبه حرجا ، ولعل احمد كره ان يكون الكلب المعلم اذا صاد وقتل أكل منه لتضريته باطعامه الميتة ولم يكره مالك اطعام كلبه وطيره الميتة لانه غير مأكول اذا كان لايشرب في انائه

(فصل) قال أحمد : أكره أكل الطين ولا يصح فيه حديث إلا أنه يضر بالبدن ويقال انه رديء وتركه خير من أكله وإنما كرهه أحمد لأجل مضرته فان كان منه ما يتداوى به كالطين الارمني فلا يكره ، وإن كان مما لا مضرة فيه ولا نفع كالشيء اليسير جاز أكله لان الاصل الاباحة والمعنى الذي لأجله كره ما يضر وهو منتف ههنا فلم يكره

(فصل) ويكره أكل البصل والثوم والكراث والفجل وكل ذي رائحة كريهة من أجل رائحته سواء أراد دخول المسجد او لم يرد لان النبي ﷺ قال « ان الملائكة تتأذى مما يتأذى منه الناس » رواه ابن ماجه وإن أكله لم يقرب من المسجد لقول النبي ﷺ « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن

مستخبثة وكذلك الحية وقد ذكرنا الخلاف فيها ، فاما التمساح فقال ابن حامد لايؤكل التمساح ولا الكوسج لانهما يأكلان الناس وذكر ابن أبي موسى في التمساح رواية انه مكروه غير محرم للآية وروي عن ابراهيم النخعي أو غيره انهم كانوا يكرهون سباع البحر كما يكرهون سباع البر وذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وقال أبو علي النجاد لايباح من البحري مايحرم نظيره في البر كخنزير الماء وانسانه وهو قول الليث الا في كلب الماء فانه يرى اباحة كلب البر والبحر وقال أبو حنيفة لايباح الا السمك وقال مالك كل مافي البحر مباح لعموم قوله سبحانه (أحل لكم صيد البحر وطعامه)

(فصل) وكلب الماء مباح ركب الحسن بن علي سرجا عليه جلد من جلود كلاب الماء

مصلانا » وفي رواية « فلا يقربنا في مساجدنا » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وليس أكلها محرماً لما روى أبو أيوب أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليه بطعام لم يأكل منه النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ « فيه الثوم » فقال يا رسول الله أحرام هو ؟ قال « لا ولكنني أكرهه من أجل ريحه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لعلي « كل الثوم فلولا ان الملك يأتيني لأكلته » وإنما منع أكلها لئلا يؤذي الناس برائحته ولذلك نهى عن قربان المساجد فإن أتى المساجد كره له ذلك ولم يحرم عليه لما روى المغيرة ابن شعبة قال أكلت ثوماً وأتيت مصلى رسول الله ﷺ وقد سبقت بركعة فلما دخلت المسجد وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ريح الثوم فلما قضى صلاته قال « من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا حتى يذهب ريحها » فجئت فقلت يا رسول الله لتعطني يدك قال فادخلت يده في كم قميصي إلى صدري فإذا أنا معصوب الصدر فقال « إن لك عذراً » رواه أبو داود ، وقد روي عن أحمد أنه يأثم لان ظاهر النهي التحريم ولان اذى المسلمين حرام وهذا فيه أذاهم

(فصل) ويكره اكل الغدة واذن القلب لما روي عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة ستاً وذكر هذين ولان النفس تعافهما وتستخبثهما ولا أظن أحمد كرههما الالذلك لا للخبر لانه قال فيه هذا حديث منكر ولان في الخبر ذكر الطحال وقد قال أحمد لا بأس به ولا أكره منه شيئاً

(فصل) وقيل لأبي عبد الله الجبن؟ قال يؤكل من كل وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس فقال ما ادري إلا ان أصح حديث فيه حديث الاعمش عن ابي وائل عن عمرو بن شرحبيل قال سئل عمر عن الجبن وقيل له يعمل فيه الانفحة الميتة فقال : سموا أنتم وكلوا رواه أبو معاوية عن الاعمش وقال أليس الجبن الذي نأكله عامته يصنعه المجوس ؟

(فصل) ولا يجوز أن يشتري الجوز الذي يتقامر به الصبيان ولا البيض الذي يتقامرون به يوم العيد لانهم ياخذونه بغير حق

وهذا قول مالك والشافعي والليث ويقتضيه قول الشعبي والاوزاعي ولا يباح عند أبي حنيفة وهو قول أبي علي النجاد وبعض أصحاب الشافعي

ولنا عموم الآية والخبر قال عبد الله سألت أبي عن كلب الماء فقال ثنا يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير سمعا شريحا رجلا ادرك النبي صلى الله عليه وسلم يقول « كل شيء في البحر فهو مذبوح » فذكرت ذلك لعطاء فقال أما الطير فنذبحه وقال أبو عبد الله كلب الماء نذبحه

(فصل) قال أحمد لا أكره الجري وكيف لنا بجري ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي

(فصل) قال أحمد والضيافة على كل المسلمين كل من نزل عليه ضيف كان عليه ان يضيفه قيل ان ضاف الرجل ضيف كافر يضيفه ؟ قال قال النبي صلى الله عليه وسلم « ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم » وهذا الحديث بين ولما اضاف المشرك دل على أن المسلم والمشرك يضاف وانا اراه كذلك، والضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والكافر واليوم والليلة حق واجب ، وقال الشافعي ذلك مستحب وليس بواجب لانه غير مضطر إلى طعامه فلم يجب عليه بذله كما لو لم يضفه

ولنا ما روى المقدام بن أبي كريمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليلة الضيف حق واجب فان اصبح بفنائه فهو دين عليه ان شاء اقتضى وإن شاء ترك » حديث صحيح وفي لفظ « أيما رجل ضاف قوما فاصبح الضيف محروما فان نصره على كل مسلم حتى ياخذ بحقه من زرعه وماله » رواه أبو داود والواجب يوم وليلة والكمال ثلاثة أيام لما روى أبو شريح الخزاعي قال قال رسول الله ﷺ « الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه » قالوا يارسول الله كيف يؤثمه ؟ قال « يقيم عنده وليس عنده مايقريه » متفق عليه قال أحمد جائزته يوم وليلة كانه أوكد من سائر الثلاثة ولم يرد يوما و ليلة سوى الثلاثة لانه يصير أربعة أيام وقد قال وما زاد على الثلاثة فهو صدقة فان امتنع من إضافته فللضيف بقدر ضيافته ، قال أحمد له أن يطالبهم بحقه الذي جعله له النبي ﷺ ولا يأخذ شيئاً إلا بعلم أهله، وعنه رواية أخرى أن له أن يأخذ مايكفيه بغير إذنهم لما روى عقبة بن عامر قال قلنا يارسول الله انك تبعثنا فننزل بقوم لايقروننا قال « إذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فقبلوا فان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم » متفق عليه ، وقال أحمد في تفسير قول النبي صلى الله عليه وسلم « فله أن يعقبهم بمثل قراه » يعني أن يأخذ من أرضهم وزرعهم وضرعهم بقدر مايكفيه بغير إذنهم وعن احمد رواية أخرى أن الضيافة على أهل القرى دون أهل الامصار ، قال الاثرم سمعت أباعبدالله يسئل عن الضيافة أي شيء تذهب فيها ؟ قال هي مؤكدة وكأنها على أهل الطرق والقرى الذين يمر بهم الناس أوكد فأما مثلنا الآن فكأنه ليس مثل أولئك

وأبو ثور وأصحاب الرأي وسائر أهل العلم وقال ابن عباس الجري لانأكله ووافقهم الرافضة ومخالفتهم صواب

(فصل) وتحرم الجلالة التي أكثر علفها النجاسة وبيضها ولبنها وعنه يكره ولايحرم قال أحمد أكره لحوم الجلالة والبانها قال القاضي هي التي تأكل العذرة فاذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها وفي بيضها روايتان وان كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها قال شيخنا وتحديد الجلالة بكون أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ولاهو ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده بان يكون كثيراً في ماكولها ويعفى عن اليسير وقال الليث انما كانوا يكرهون الجلالة التي لاطعام لها الا الرجيع وما أشبهه وقال ابن أبي موسى في الجلالة روايتان

(فصل) قال المرذوي سألت أبا عبدالله قلت تكره الخبز الكبار قال نعم أكرهه ليس فيه بركة إنما البركة في الصغار وقال مرهم أن لا يخبزوا كباراً قال رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء وقال مهنا ذكرت ليحيى بن معين حديث قيس بن الربيع عن أبي هاشم عن زاذان عن سلمان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « بركة الطعام الوضوء قبله وبعده » فقال لي يحيى ما أحسن الوضوء قبله وبعده وذكرت الحديث لأحمد فقال ماحدث بهذا إلا قيس بن الربيع وهو منكر الحديث قلت بلغني عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره غسل اليد عند الطعام لم كره سفيان ذلك ؟ قال لانه من زي العجم قلت بلغني عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره أن يكون تحت القصعة الرغيف لم كرهه سفيان ؟ قال كره أن يستعمل الطعام قلت تكرهه أنت ؟ قال نعم وروي عن عقيل قال حضرت مع ابن شهاب وليمة ففرشوا المائدة بالخبز فقال لاتتخذوا الخبز بساطا وقال المرذوي قلت لأبي عبد الله ان أبا معمر قال إن ابا أسامة قدم اليهم خبزاً فكسره قال هذا لئلا تعرفوا كم تأكلون وقيل لأبي عبدالله يكره الأكل متكئاً ؟ قال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا آكل متكئاً » رواه أبو داود وعن شعيب بن عبدالله بن عمرو عن أبيه قال مارئي رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل متكئاً قط رواه ابو داود ، وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يأكل الرجل وهو منبطح ، رواه ابو داود .

(فصل) وتستحب التسمية عند الطعام وحمد الله عند آخره ، لما روي عمر بن أبي مسلمة قال أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم فجالت يدي في القصعة فقال « سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » قال فما زالت أكلتي بعد ، رواه ابن ماجه بمعناه وابو داود وروى الامام احمد باسناده عن أبي هريرة قال لاأعلمه إلا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « للطاعم الشاكر مثل ماللصائم الصابر » قال أحمد ،عناه إذا أكل وشرب يشكر الله ويحمده على ما رزقه وعن عائشة ان رسول الله ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي ان يذكر اسم الله في اوله فليقل باسم الله اوله وآخره » ، رواه ابو داود وعن معاذ بن انس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أكل طعاما فقال

(احداها) هي محرمة (والثانية) هي مكروهة غير محرمة وهذا قول الشافعي وكره أبوحنيفة لحومها والعمل عليها حتى تحبس ورخص العمل في لحومها وألبانها لان الحيوان لا ينجس بأكل النجاسات بدليل ان شارب الخمر لايحكم بتنجيس أعضائه والكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لايكون ظاهره نجساً ولو نجس لما طهر بالاسلام ولا الاغتسال ولو تنجست الجلالة لماطهرت بالحبس

ولنا ماروى ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها ، رواه أبو داود وروى عبد الله بن عمرو بن العاص قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الابل الجلالة ان يؤكل لحمها ولا يحمل عليها الا الادم ولا يركبها الناس حتى تعلف أربعين ليلة رواه الخلال بإسناده

الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ماتقدم من ذنبه » وعن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال « الحمدلله الذي اطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين »وعن أبي أمامه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع طعامه او مابين يديه قال « الحمد لله حمداً كثيراً مباركا فيه غير مكفي ولا مودع» رواهن ابن ماجه .

(فصل) ويأكل بيمينه ويشرب بها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه وإذا شرب فليشرب بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وابو داود وابن ماجه

ويستحب الأكل بثلاث أصابع لماروى كعب بن مالك قال كان رسول الله ﷺ يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الامام احمدوذكر له حديث ترويه ابنة الزهري ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وروي عن احمد انه أكل خبيصا بكفه كلها ، وروي عن عبدالله بن بريدة أنه كان ينهى بناته أن يأكلن بثلاث أصابع وقال لاتشبهن بالرجال

(فصل) قال مهنا سألت احمد عن حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لاتقطعوا اللحم بالسكين فان ذلك صنيع الاعاجم » فقال ليس بصحيح لانعرف هذا وقال حديث عمرو بن أمية الضمري خلاف هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتز من لحم الشاة فقام إلى الصلاة وطرح السكين وحديث مسعر عن جامع بن شداد عن المغيرة اليشكري عن المغيرة بن شعبة ضفت برسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فأمر بجنب فشوي ثم أخذ الشفرة فجعل يحز فجاء بلال يؤذنه بالصلاة فالقى الشفرة ، قال وسألت احمد عن حديث ابي جحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اكفف جشاءك ياابا جحيفة فان أكثركم شبعاً اليوم أكثركم جوعا يوم القيامة » فقال هو ويحيى جميعاً ليس بصحيح

ولان لحمها يتولد من النجاسة فيكون نجساً كرماد النجاسة وأما شارب الخمر فليس ذلك أكثر غذائه وانما يتغذى الطاهرات وكذلك الكافر في الغالب

﴿ مسئلة ﴾ (حتى تحبس وتزول الكراهة بحبسها اتفاقاً)

واختلف في قدره فروي انها تحبس ثلاثا سواء كانت طائراً او بهيمة وكان ابن عمر اذا اراد أكلها حبسها ثلاثا وهذا قول أبي ثور لان ماطهر حيوانا يطهر الآخر كالذي نجس ظاهره ، والاخرى تحبس الدجاجة ثلاثا والبعير والبقرة ونحوهما يحبس أربعين يوماً وهذا قول عطاء في الناقة والبقرة لحديث عبد الله ابن عمر ولانهما أعظم جسما وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه في الدجاجة والحيوان الصغير وعنه تحبس الشاة سبعا لانها اكبر من الطائر ودون البعير والبقرة ، ويكره ركوب الجلالة وهو قول عمر

(فصل) وروي عن ابن عباس قال لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وعن أنس قال ما أكل النبي صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال قتادة فعلام كانوا يأكلون ؟ قال على السفر، وعن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يقام على الطعام حتى يرفع ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وضعت المائدة فلا يقم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وان شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فان الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » وعن نبيشة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمسح أحدكم يده حتى يلعقها فانه لا يدري في اي طعامه البركة » رواهن ابن ماجه

(فصل) وسئل ابو عبد الله عن غسل اليد بالنخالة فقال لا بأس به نحن نفعله وسئل عن الرجل يأتي القوم وهم على طعام فجأة لم يدع اليه فلما دخل اليهم دعوه هل يأكل ؟ قال نعم وما بأس . وسئل عن حديث النبي صلى الله عليه وسلم انه ادخر لاهله قوت سنة هو صحيح ؟ قال نعم ولكنهم يختلفون في لفظه

(فصل) عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادة فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » وعن جابر قال صنع ابو الهيثم بن التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغوا قال « أثيبوا أخاكم » قالوا يا رسول الله وما إثابته ؟ قال « ان الرجل اذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته رواه ابو داود والله أعلم

وابنه وأصحاب الرأى لحديث عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوبها ولأنها ربما عرقت فتلوث بعرقها

﴿ مسئلة ﴾ (وما يسقى بالماء النجس من الزرع والثمار محرم وكذلك ماسمد به وقال ابن عقيل يحتمل ان يكره ذلك ولا يحرم ولا يحكم بتنجيسها)

لان النجاسة تستحيل في بطنها فتطهر بالاستحالة كالدم يستحيل في أعضاء الحيوان لحما ويصير لبنا وهذا قول أكثر الفقهاء منهم ابو حنيفة والشافعي وكان سعد بن أبي وقاص يدمل أرضه بالعرة ويقول مكيل عرة مكيل بر والعرة عذرة الناس

ولنا ماروى ابن عباس قال كنا نكري اراضي رسول الله ﷺ ونشترط عليهم ان لا يدملوها بعذرة الناس ولانها تتغذى بالنجاسات وتترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر فعلى هذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة اذا حبست واطعمت الطاهرات

كتاب الاضاحى

الاصل في مشروعية الاضحية الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه (فصل لربك وانحر) قال بعض أهل التفسير المراد به الاضحية بعد صلاة العيد . وأما السنة فما روى أنس قال ضحى النبي صلى الله عليه وسلم بكبشين املحين اقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما متفق عليه ، والاملح الذي فيه بياض وسواد وبياضه أغلب قاله الكسائي وقال ابن الاعرابي هو النقي البياض قال الشاعر

حتى اكتسى الرأس قناعاً أشيباً   أملح لا لداً ولا محبباً

وأجمع المسلمون على مشروعية الاضحية

﴿ مسألة ﴾ قال (والاضحية سنة لا يستحب تركها لمن يقدر عليها)

أكثر أهل العلم يرون الاضحية سنة مؤكدة غير واجبة روي ذلك عن ابي بكر وعمر وبلال وابي مسعود البدري رضي الله عنهم وبه قال سويد بن عفلة وسعيد بن المسيب وعلقمة والاسود وعطاء والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر ، وقال ربيعة ومالك والثوري والاوزاعي والليث وابو حنيفة هي واجبة لما روى ابو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » وعن مخنف بن سليم أن النبي ﷺ قال يأيها الناس « إن على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة »

ولنا ماروى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع » وفي رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » ولان النبي ﷺ قال « من أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً » رواه مسلم علقه على الارادة والواجب لا يعلق على الارادة ، ولانها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها فلم تكن واجبة كالعقيقة فاما حديثهم فقد ضعفه أصحاب الحديث ثم نحمله على تأكيد الاستحباب كما قال « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » وقال « من أكل

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومن اضطر الى محرم مما ذكرنا فله ان يأكل منه مايسد رمقه وهل له الشبع ؟ على روايتين)

أجمع العلماء على تحريم الميتة والخنزير حالة الاختيار وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار وكذلك سائر المحرمات والاصل في ذلك قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به) وقوله (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) ويباح له أكل مايسد رمقه ويأمن معه الموت بالاجماع ويحرم مازاد على الشبع بالاجماع أيضا وفي الشبع روايتان

من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا » وقد روي عن احمد في اليتيم: يضحي عنه وليه اذا كان موسراً وهذا على سبيل التوسعة في يوم العيد لا على سبيل الايجاب

(فصل) والاضحية أفضل من الصدقة بقيمتها نص عليه احمد وبهذا قال ربيعة وابو الزناد وروي عن بلال انه قال: ماأبالي ان لاأضحي إلا بديك ولأن أضعه في يتيم قد ترب فوه فهو أحب إلي من ان أضحي وبهذا قال الشعبي وابو ثور وقالت عائشة لان أتصدق بخاتمي هذا أحب إلي من أن أهدي إلى البيت ألفاً

ولنا ان النبي ﷺ ضحى والخلفاء بعده ولو علموا أن الصدقة أفضل لعدلوا اليها . وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « ماعمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من اراقة دم وانه ليؤتى يوم القيامة بقرونها واظلافها وأشعارها وان الدم ليقع من الله بمكان قبل أن يقع على الارض فطيبوا بها نفساً » رواه ابن ماجه ولان إيثار الصدقة على الاضحية يفضي إلى ترك سنة سنها رسول الله ﷺ فاما قول عائشة فهو في الهدي دون الاضحية وليس الخلاف فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً)

ظاهر هذا تحريم قص الشعر وهو قول بعض أصحابنا وحكاه ابن المنذر عن احمد واسحاق وسعيد بن المسيب ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا هو مكروه غير محرم وبه قال مالك والشافعي لقول عائشة كنت أفتل قلائد هدي رسول الله ﷺ ثم يقلدها بيده ثم يبعث بها ، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدي . متفق عليه وقال ابو حنيفة لايكره ذلك لانه لايحرم عليه الوطء واللباس فلا يكره له حلق الشعر وتقليم الاظفار كما لو لم يرد أن يضحي

ولنا ماروت ام سلمة عن رسول الله ﷺ انه قال « اذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من اظفاره شيئاً حتى يضحي » رواه مسلم ومقتضى النهي التحريم وهذا يرد

(احداهما) لايباح وهو قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن مالك واحد القولين للشافعي قال الحسن يأكل قدر مايقيمه لان الآية دلت على تحريم الميتة واستثني مااضطر اليه فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الاكل كحالة الابتداء ولانه بعد سد الرمق غير مضطر ولم يبح له الاكل كذا ههنا

(والثانية) أبيح له الشبع اختارها أبو بكر لما روى جابر ابن سمرة ان رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة فقالت له امرأته اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله ﷺ فسأله فقال «هل عندك غنى يغنيك؟» قال لا قال « فكلوها » ولم يفرق رواه أبو داود ولان ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح ويحتمل ان يفرق بينما اذا كانت الضرورة مستمرة وبينما اذا كانت مرجوة الزوال فما كانت مستمرة كحال الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ جاز الشبع لانه اذا

القياس ويبطله وحديثهم عام وهذا خاص يجب تقديمه بتنزيل العام على ماعدا ماتناوله الحديث الخاص ولانه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه (منها) ان النبي ﷺ لم يكن ليفعل مانهى عنه وإن كان مكروهاً قال الله تعالى اخباراً عن شعيب (وما أريد أن أخالفكم الى ما أنهاكم عنه) ولان أقل أحوال النهي أن يكون مكروهاً ولم يكن النبي ﷺ ليفعله فيتعين حمل مافعله في حديث عائشة على غيره ولان عائشة تعلم ظاهراً مايباشرها به من المباشرة او ما يفعله دائماً كاللباس والطيب فاما مايفعله نادراً كقص الشعر وقلم الاظفار مما لا يفعله في الأيام الا مرة فالظاهر أنها لم ترده بخبرها ، وإن احتمل ارادتها اياه فهو احتمال بعيد وما كان هكذا فاحتمال تخصيصه قريب فيكفي فيه ادنى دليل وخبرنا دليل قوي فكان أولى بالتخصيص ولان عائشة تخبر عن فعله وام سلمة عن قوله والقول يقدم على الفعل لاحتمال أن يكون فعله خاصاً له . إذا ثبت هذا فانه يترك قطع الشعر وتقليم الاظفار فان فعل استغفر الله تعالى ولا فدية فيه اجماعا سواء فعله عمداً او نسياناً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجزيء البدنة عن سبعة وكذلك البقرة)

وهذا قول أكثر اهل العلم روي ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وعن عمر انه قال لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة ونحوه قول مالك قال أحمد ما علمت أحداً الا يرخص في ذلك الا ابن عمر ، وعن سعيد بن المسيب ان الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة وبه قال اسحاق لما روى رافع ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم فعدل عشرة من الغنم ببعير متفق عليه ، وعن ابن عباس قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحى فاشتركنا في الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة رواه ابن ماجه

ولنا ما روى جابر قال نحرنا بالحديبية مع النبي صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وقال أيضاً كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها رواه

اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة اليه عن قريب ولايتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلة ويفضي الى ضعف بدنه وربما ادى ذلك الى تلفه بخلاف التي ليست مستمرة فانه يرجى الغنى فيها بما يحله . اذ ثبت هذا فان الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها ان ترك الاكل قال احمد اذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف ان ترك الاكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك او يعجز عن الركوب فيهلك ولايتقيد ذلك بزمن محصور

(فصل) وهل يجب الاكل من الميتة أو غيرها من المحرمات على المضطر؟ فيه وجهان

(احدهما) يجب وهو قول مسروق واحد الوجهين لاصحاب الشافعي قال الاثرم سئل ابو عبدالله

مسلم وهذان صح ن حديثهم ، واما حديث رافع فهو في القسمة لا في الاضحية . إذا ثبت هذا فسواء كان المشتركون من اهل بيت أو لم يكونوا مفترضين أو متطوعين او كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم لان كل انسان منهم انما يجزىء عنه نصيبه فلا تضره نية غيره في عشره

(فصل) ولا باس ان يذبح الرجل عن اهل بيته شاة واحدة أو بقرة او بدنة نص عليه أحمد وبه قال مالك والليث والاوزاعي واسحاق ، وروى ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة قال صالح قلت لابي يضحى بالشاة عن اهل البيت؟ قال نعم لا باس قد ذبح النبي صلى الله عليه وسلم كبشين فقرب أحدهما فقال « بسم الله اللهم هذا عن محمد واهل بيته » وقرب الآخر فقال « بسم الله اللهم هذا منك ولك عمن وحدك من أمتي » وحكي عن أبي هريرة أنه كان يضحي بالشاة فتجيء ابنته فتقول عني ؟ فيقول وعنك، وكره ذلك الثوري وأبو حنيفة لان الشاة لا تجزىء عن أكثر من واحد فاذا اشترك فيها اثنان لم تجزعنهما كالأجنبيين

ولنا ما روى مسلم باسناده عن عائشة ان النبي ﷺ أتي بكبش ليضحي به فاضجعه ثم ذبحه ثم قال « بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد » وعن جابر قال ذبح رسول الله ﷺ يوم الذبح كبشين أملحين اقرنين فلما وجههما قال « وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض على ملة ابرهيم حنيفا مسلما وما أنا من المشركين ، ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين اللهم منك ولك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر » ثم ذبح

عن المضطر يجد الميتة ولم يأكل فذكر قول مسروق من اضطر فلم يأكل ولم يشرب فمات . دخل النار وهذا اختيار ابن حامد لقول الله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) وترك الأكل مع امكانه في هذه الحال إلقاء بيده الى التهلكة وقال الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) ولانه قادر على احياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلال

(والثاني) لا يلزمه لما روي عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله ﷺ ان طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمراً ممزوجا بماء ولحم خنزير مشوي ثلاثة أيام فلم يأكل ولم يشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فاخرجوه فقال قد كان الله احله لي لانني مضطر ولكن لم أكن لاشمتك بدين الاسلام، ولان اباحة الأكل رخصة فلا تجب عليه كسائر الرخص ولان له غرضا في اجتناب النجاسة والاخذ بالعزيمة وربما لم تطلب نفسه تناول الميتة وفارق الحلال في الاصل من هذه الوجوه

(فصل) وتباح المحرمات عند الاضطرار في الحضر والسفر جميعا لان الآية مطلقة غير مقيدة باحدى الحالتين وقوله سبحانه (فمن اضطر) لفظ عام في كل مضطر ولان الاضطرار يكون في الحضر

رواه أبو داود وروى ابن ماجه عن أبي أيوب قال كان الرجل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم يضحي بالشاة عنه وعن أهل بيته فيأكلون ويطعمون الناس حديث حسن صحيح

(فصل) وافضل الاضاحي البدنة ثم البقرة ثم الشاة ثم شرك في بقرة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك الافضل الجذع من الضأن ثم البقرة ثم البدنة لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ولا يفعل الا الافضل ولو علم الله خيراً منه لفدى اسحاق به

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في الجمعة «من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة» ولانه ذبح يتقرب به إلى الله تعالى فكانت البدنة فيه افضل كالهدي فانه قد سلمه ولانها أكثر ثمناً ولحماً وانفع، فأما التضحية بالكبش فلانه افضل اجناس الغنم وكذلك حصول الفداء به افضل والشاة افضل من شرك في بدنة لان اراقة الدم مقصودة في الاضحية والمنفرد يتقرب باراقته كله، والكبش افضل الغنم لانه اضحية النبي صلى الله عليه وسلم وهو اطيب لحماً، وذكر القاضي ان جذع الضأن افضل من ثني المعز لذلك ولانه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال نعم الاضحية الجذع من الضأن وهو حديث غريب ويحتمل أن الثني أفضل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لاتذبحوا إلا مسنة فان عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن» رواه مسلم وأبو داود وهذا يدل على فضل الثني على الجذع لكونه جعل الثني اصلا والجذع بدلا لاينتقل اليه إلا عند عدم الثني .

(فصل) ويسن استسمان الأضحية واستحسانها لقول الله تعالى (ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب) قال ابن عباس تعظيمها استسمانها واستعظامها واستحسانها ولان ذلك اعظم لاجرها وأكثر لنفعها والأفضل في الاضحية من الغنم في لونها البياض لما روي عن مولاة ابي ورقة بن سعيد قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «دم عفراء أزكى عند الله من دم سوداوين»

في سنة المجاعة وسبب الاباحة الحاجة الى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة اعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات وهذا المعنى عام في الحالين وظاهر كلام احمد أن الميتة لاتحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالمسئلة وروي عن أحمد أنه قال أكل الميتة انما يكون في السفر يعني انه في الحضر يمكنه السؤال وهذا عن أحمد خرج مخرج الغالب فان الغالب ان الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع الضرورة بالسؤال ولكن الضرورة امر معتبر بوجود حقيقته لايكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة اباحت سواء وجدت المظنة أو لم توجد ومتى انتفت لم يبح الأكل لوجود مظنتها بحال

(فصل) قال أصحابنا ليس للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق

رواه احمد بمعناه وقال ابو هريرة «دم بيضاء احب الى الله من دم سوداوين» ولانه لون اضحية النبي ﷺ ثم ما كان احسن لوناً فهو افضل .

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجزىء الا الجذع من الضأن والثني من غيره)

وبهذا قال مالك والليث والشافعي وأبو عبيد وابو ثور واصحاب الرأي وقال ابن عمر والزهري لايجزىء الجذع لانه لا يجزىء من غير الضأن فلا يجزىء منه كالحمل وعن عطاء والاوزاعي فلا يجزىء الجذع من جميع الاجناس لما روى مجاشع بن سليم قال سمعت النبي ﷺ يقول « ان الجذع يوفي مما يوفى منه الثني » رواه أبو داود والنسائي .

ولنا على ان الجذع من الضأن يجزىء حديث مجاشع وأبي هريرة وغيرهما وعلى أن الجذعة من غيرها لاتجزىء قول النبي ﷺ « لاتذبحوا إلا مسنة فان عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » وقال ابو بردة بن نيار عندي جذعة احب إلي من شاتين فهل تجزىء عني؟ قال« نعم ولا تجزىء عن احد بعدك» متفق عليه وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا قال ابراهيم الحربي انما يجزىء الجذع من الضأن لانه ينزو فيلقح فاذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنياً .

(فصل) ولايجزىء في الاضحية غير بهيمة الانعام وان كان أحد أبويه وحشياً لم يجزىء أيضاً وحكي عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحش تجزىء عن سبعة والظبي عن واحد، وقال أصحاب الرأي ولد البقرة الانسية يجزىء، وان كان ابوه وحشياً، وقال أبو ثور يجزىء إذا كان منسوبا إلى بهيمة الانعام

ولنا قول الله تعالى (ليذكروا اسم الله ما رزقهم من بهيمة الأنعام) وهي الابل والبقر والغنم وعلى أصحاب الرأي أنه متولد من بين مايجزىء ومالا يجزىء فلم يجزىء كما لو كانت الأم وحشية .

(مسألة) قال (والجذع من الضأن ماله ستة أشهر ودخل في السابع)

قال أبو القاسم وسمعت أبي يقول سألت بعض أهل البادية كيف تعرفون الضأن إذا أجذع ؟ قال لاتزال الصوفة قائمة على ظهره مادام حملا فاذا نامت الصوفة على ظهره

القول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) قال مجاهد (غير باغ) على المسلمين (ولا عاد) عليهم وقال سعيد بن جبير اذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له فان تاب واقلع عن معصيته حل له الاكل

(فصل) وهل للمضطر ان يتزود من الميتة؟ على روايتين (اصحهما) له ذلك وهو قول مالك لانه لاضرر في استصحابها ولا في إعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ولا يأكل منها الا عند ضرورته (والثانية) لايجوز لانه توسع فيما لم يبح الا للضرورة فان استصحبها فلقيه مضطر لم يجز له بيعه اياه لانه انما يبيح له منها مايدفع به الضرورة ولا ضرورة الى البيع لانه لايملكه ويلزمه إعطاء الآخر بغير عوض

علم انه قد أجذع. وثني المعز إذا تمت له سنة ودخل في الثانية، والبقرة إذا صار لها سنتان ودخلت في الثالثة، والابل اذا كمل لها خمس سنين ودخلت في السادسة قال الاصمعي وابوزياد الكلابي وابو زيد الانصاري اذا مضت السنة الخامسة على البعير ودخل في السادسة والقى ثنيته فهو حينئذ ثني ونرى انما سمي ثنياً لانه القى ثنيته، واما البقرة فهي التي لها سنتان لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لاتذبحوا الا مسنة» ومسنة البقر التي لها سنتان، وقال وكيع الجذع من الضأن يكون ابن سبعة او ستة أشهر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجتنب في الضحايا العوراء البين عورها والعجفاء التي لا تنقي والعرجاء البين عرجها والمريضة التي لا يرجى برؤها والعضباء، والعضب ذهاب اكثر من نصف الاذن أو القرن)

أما العيوب الاربعة الاول فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أنها تمنع الاجزاء لما روى البراء قال: قام فينا رسول الله ﷺ فقال «أربع لاتجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ضلعها والعجفاء التي لاتنقي» رواه ابو داود والنسائي، ومعنى العوراء البين عورها التي قد انخسفت عينها وذهبت لانها قد ذهبت عينها والعين عضو مستطاب فان كان على عينها بياض ولم تذهب جازت التضحية بها لان عورها ليس ببين ولا ينقص ذلك لحمها، والعجفاء المهزولة التي لاتنقي هي التي لامخ لها في عظامها لهزالها والنقي المخ قال الشاعر

لاتشكين عملا ما أنقين مادام مخ في سلامى او عين

فهذه لاتجزىء لانها لالحم فيها انما هي عظام مجتمعة، واما العرجاء البين عرجها فهي التي بها عرج فاحش وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم فتسبقها إلى الكلأ فيرعينه ولا تدركهن فينقص لحمها فان كان عرجا يسيراً لايفضي بها الى ذلك أجزأت، واما المريضة التي لايرجى برؤها فهي التي بها

اذا لم يكن هو مضطرا في الحال الى منعه لان ضرورة الذي لقيه موجودة وحاملها يخاف الضرر في ثاني الحال

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد طعاما لا يعرف مالكه وميتة وصيدا وهو محرم فقال أصحابنا يأكل الميتة)

ويحتمل ان يحل له الطعام والصيد اذا لم تقبل نفسه الميتة وكقول اصحابنا قال سعيد بن المسيب وزيد بن اسلم، وقال مالك ان كانوا يصدقونه انه مضطر اكل من الزرع والثمرة وشرب اللبن وان خاف ان تقطع يده أو لايقبل منه أكل الميتة، ولاصحاب الشافعي وجهان

(احدهما) يأكل الطعام وهو قول عبد الله بن دينار لانه قادر على الطعام الحلال فلم يجز له أكل الميتة كما لو بذله له صاحبه

ولنا ان أكل الميتة منصوص عليه ومال الآدمي مجتهد فيه فكان العدول الى المنصوص

مرض قد يئس من زواله لان ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصاً كبيراً ولذي في الحديث المريضة البين مرضها» وهي التي يبين أثره عليها لان ذلك ينقص لحمها ويفسده وهو أصح ، وذكر القاضي ان المراد بالمريضة الجرباء لان الجرب يفسد اللحم ويهزل اذا كثر وهذا قول اصحاب الشافعي وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل فالمعنى يقتضي العموم كما يقتضيه اللفظ فان كان المرض يفسد اللحم وينقصه فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى

واما العضب فهو ذهاب أكثر من نصف الاذن او القرن وذلك يمنع الاجزاء أيضاً وبه قال النخعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة والشافعي تجزيء مكسورة القرن ، وروي نحو ذلك عن علي وعمار وابن المسيب والحسن وقال مالك ان كان قرنها يدمى لم يجز وإلا جاز وقال عطاء ومالك اذا ذهبت الاذن كلها لم يجز وان ذهب يسير جاز ، واحتجوا بان قول النبي ﷺ «أربع لاتجوز في الاضاحي» يدل على ان غيره يجزيء ولان في حديث البراء عن عبيد بن فيروز قال : قلت للبراء فاني أكره النقص من القرن ومن الذنب فقال اكره لنفسك ماشئت وإياك أن تضيق على الناس ولان المقصود اللحم ولا يؤثر ذهاب ذلك فيه

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ ان يضحى بأعضب القرن والاذن قال قتادة فسألت سعيد بن المسيب فقال نعم العضب النصف فاكثر من ذلك رواه الشافعي وابن ماجه وعن علي رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والاذن رواه ابو داود والنسائي وهذا منطوق يقدم على المفهوم

(فصل) ولا تجزيء العمياء لان النهي عن العوراء تنبيه على العمياء وان لم يكن عماها بيناً لان العمى يمنع مشيها مع الغنم ، ومشاركتها في العلف ولا تجزيء ما قطع منها عضو كالألية والأطباء لان ابن عباس قال: لاتجوز العجفاء ولا الجداء قال احمد هي التي قد يبس ضرعها ولان ذلك أبلغ في الاخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين

عليه أولى ولان حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحق الآدمي مبني على الشح والضيق ولان حق الادمي تلزمه غرامته وحق الله تعالى لاعوض له ويحتمل ان يحل له أكل الطعام والصيد اذا لم تقبل نفسه الميتة لانه قادر على الطعام الحلال فاشبه مالو بذله له صاحبه

(فصل) واذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له الإمتناع من الاكل والشرب ولا العدول الى الميتة الا ان يخاف ان يسمه فيه او يكون الطعام الذي يطعمه مما يضره ويخاف ان يهلكه أو يمرضه

(فصل) وإن وجد طعاما مع مالكه وامتنع من بذله أو بيعه منه ووجد ثمنه لم يجز له مكابرته عليه وأخذه منه وعدل الى الميتة سواء كان قويا يخاف من مكابرته التلف أو لم يخف فان بذله بثمن مثله وقدر على الثمن لم يحل له أكل الميتة لانه قادر على طعام حلال ، وان بذله بزيادة على ثمن المثل لا تجحف بماله لزمه شراؤه أيضا

(فصل) ويجزيء الخصي لان النبي ﷺ ضحى بكبشين موجوءين والوجأ رض الخصيتين وماقطعت خصيتاه أو شاتا فهو كالموجوء لانه في معناه ولان الخصاء ذهاب عضو غير مستطاب يطيب اللحم بذهابه ويكثر ويسمن قال الشعبي ما زاد في لحمه وشحمه أكثر مما ذهب منه، وبهذا قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً.

(فصل) وتجزىء الجماء وهي التي لم يخلق لها قرن والصمعاء وهي الصغيرة الاذن والبتراء وهي التي لاذنب لها سواء كان خلقة أو مقطوعا وممن لم ير باساً بالبتراء ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وسعيد بن جبير والنخعي والحكم وكره الليث أن يضحى بالبتراء مافوق القصبة

وقال ابن حامد لا يجوز التضحية بالجماء لان ذهاب اكثر من نصف القرن يمنع فذهاب جميعه أولى ولان ما منع منه العور منع منه العمى وكذلك مامنع منه العضب يمنع منه كونه أجم أولى

ولنا ان هذا نقص لاينقص اللحم ولايخل بالمقصود ولم يرد به نهي فوجب أن يجزيء، وفارق العضب فان النهي عنه وارد وهو عيب فانه ربما أدمى وآلم الشاة فيكون كمرضها ويقبح منظرها بخلاف الاجم فانه حسن في الخلقة ليس بمرض ولا عيب إلا أن الافضل ما كان كامل الخلقة فان النبي ﷺ ضحى بكبش أقرن محيل وقال «خير الاضحية الكبش الاقرن» وأمر باستشراف العين والاذن

(فصل) وتكره المشقوقة الاذن والمثقوبة وماقطع شيء منها لما روي عن علي رضي الله عنه قال أمرنا رسول الله ﷺ ان نستشرف العين والاذن ولا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء قال زهير قلت لابي اسحاق ما المقابلة؟ قال تقطع طرف الاذن قلت فما المدابرة؟ قال تقطع من مؤخر الاذن قلت فما الخرقاء؟ قال تشق الاذن قلت فما الشرقاء؟ قال تشق اذنها السمة رواه أبو داود والنسائي قال القاضي: الخرقاء التي انثقبت اذنها وهذا نهي تنزيه ويحصل الاجزاء بها ولانعلم فيه خلافا ولان اشتراط السلامة من ذلك يشق إذ لايكاد يوجد سالم من هذا كله

لما ذكرناه وان كان عاجزاً عن الثمن فهو في حكم العادم وان امتنع من بذله الا بأكثر من ثمن مثله فشراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لان الزيادة احوج الى بذلها بغير حق فلم يلزم كالمكره

(فصل) وان وجد المحرم ميتة وصيداً أكل الميتة وبه قال الحسن ومالك وأبو حنيفة واصحابه وقال الشافعي في احد قوليه يأكل الصيد ويفديه وهو قول الشعبي لان الضرورة تبيحه ومع القدرة عليه لاتحل الميتة لغناه عنها قال شيخنا ويحتمل ان يحل أكل الصيد اذا لم تقبل نفسه الميتة ووجه الاول ان اباحة الميتة منصوص عليها واباحة الصيد مجتهد فيها وتقديم المنصوص عليه أولى فان لم يجد ميتة ذبح الصيد وأكله نص عليه احمد لانه مضطر اليه عينا، وقد قيل ان في الصيد تحريمات ثلاثاتحريم قتله وتحريم أكله وتحريم الميتة لان ماذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة فقد ساوى الميتة في هذا وفضل هذا بتحريم القتل

(مسئلة) قال (ولو أوجبها سليمة فعابت عنده ذبحها وكانت أضحية)

وجملته انه إذا أوجب أضحية صحيحة سايمة من العيوب ثم حدث بها عيب يمنع الاجزاء ذبحها وأجزأته روي هذا عن عطاء والحسن والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وقال أصحاب الرأي لاتجزئه لان الاضحية عندهم واجبة فلايبرأ منها الا باراقة دمها سليمة كما لو أوجبها في ذمته ثم عينها فعابت

ولنا ماروى أبو سعيد قال ابتعنا كبشاً نضحي به فاصاب الذئب من اليته فسألنا النبي ﷺ فأمرنا أن نضحي به رواه ابن ماجه ولانه عيب حدث في الاضحية الواجبة فلم يمنع الاجزاء كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح، ولا نسلم انها واجبة في الذمة وانما تعلق الوجوب بعينها فاما ان تعيبت بفعله فعليه بدلها، وبه قال الشافعي وقال أبوحنيفة اذا عالج ذبحها فقلعت السكين عينها أجزأت استحسانا

ولنا أنه عيب احدثه بها قبل ذبحها فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح

(فصل) وان نذر أضحية في ذمته ثم عينها في شاة تعينت فان عابت تلك الشاة قبل ذبحها لم تجزئ لان ذمته لاتبرأ الا بذبح شاة سايمة كما لو نذر عتق رقبة أوكان عليه عتق رقبة في كفارة فاشتراها ثم عابت عنده لم تجزئه، وان قال لله علي عتق هذا العبد فعاب أجزأ عنه

(فصل) واذا أتلف الاضحية الواجبة فعليه قيمتها لانها من المتقومات وتعتبر القيمة يوم أتلفها فان غلت الغنم فصار مثلها خيراً من قيمتها فقال ابو الخطاب يلزمه مثلها لانه أكثر الامرين ولانه تعلق بها حق الله تعالى في ذبحها فوجب عليه مثلها كما لو لم تتعيب بخلاف الآدمي وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول القاضي انه لايلزمه إلا القيمة يوم اتلافها وهو قول ابي حنيفة لانه اتلاف أوجب القيمة فلم يجب أكثر من القيمة يوم الاتلاف كما لو أتلفها أجنبي وكسائر المضمونات فان

والاكل لكن يقال على هذا ان الشارع اذا اباح له أكله لم يصر ميتة ولهذا لولم يجد الميتة فذبحه كان ذكيا طاهراً وليس بنجس ولا ميتة ولهذا يتعين عليه ذبحه في محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه ولا يجوز قتله ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه

(فصل) اذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة جاز له ان يشبع منه لانه لحم ذكي ولا حق فيه لآدمي سواه فأبيح له الشبع منه كما لو ذبحه حلال لا من أجله

(فصل) فان لم يجد المضطر شيئاً لم يبح له بعض أعضائه، وقال بعض أصحاب الشافعي له ذلك لان له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الأكلة.

ولنا أن أكله من نفسه ربما قتله فيكون قاتلا لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكله، أما قطع الأكلة فانه يخاف الهلاك بذلك فأبيح له ابعاده ودفع الضرر المتوجه منه بتركه كما أبيح قتل الصائل عليه ولم يبح له قتله ليأكله.

رخصت الغنم فزادت قيمتها على مثلها مثل أن كانت قيمتها عند اتلافها عشرة فصارت قيمة مثلها خمسة فعليه عشرة وجهاً واحداً فان شاء اشترى بها اضحية واحدة تساوي عشرة وإن شاءاشترى اثنتين وإن شاءاشترى أضحية واحدة فان فضل من العشرة مالا يجيء به أضحيةاشترى به شركا في بدنة فان لم يتسع لذلك او لم تمكنه المشاركة ففيه وجهان

(أحدهما) يشتري لحما ويتصدق به لان الذبح وتفرقة اللحم مقصودان فاذا تعذر أحدهما وجب الآخر

(والثاني) يتصدق بالفضل لانه اذا لم يحصل له التقرب باراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء فان كان المتلف أجنبياً فعليه قيمتها يوم أتلفها وجها واحداً ويلزمه دفعها إلى صاحبها فان زاد على ثمن مثلها فحكمه حكم مالو أتلفها صاحبها وإن لم تبلغ القيمة ثمن أضحية فالحكم فيه على مامضى فيما زاد على ثمن الاضحية في حق المضحي ، فان تلفت الاضحية في يده بغير تفريط أو سرقت أو ضلت فلاشيء عليه لانها أمانة في يده لم يضمنها اذا لم يفرط كالوديعة

(فصل) وإن اشترى أضحية فلم يوجبها حتى علم بها عيباً فله ردها إن شاء وإن شاءأخذ ارشها ثم إن كان عيبها يمنع إجزاءها لم يكن له التضحية بها وإلا فله أن يضحي بها و لارش له وإن أوجبها ثم علم أنها معيبة فذكر القاضي أنه مخير بين ردها وأخذ أرشها فان أخذ ارشها فحكمه حكم الزائد عن قيمة الاضحية على ماذكرناه ويحتمل أن يكون الارش له لان إيجابها انما صادفها بدون هذا الذي أخذ ارشه فلم يتعلق الايجاب بالارش ولا ببدله فأشبه مالو تصدق بها ثم أخذ ارشها ، وعلى قول أبي الخطاب لايملك ردها لانه قد زال ملكه عنها بايجابها فاشبه مالو اشترى عبداً معيباً فاعتقه ثم علم عيبه وهذا مذهب الشافعي ، فعلى هذا يتعين أخذ الارش، وفي كون الارش للمشتري ووجوبه في التضحية وجهان ثم ننظر فان كان عيبها لا يمنع اجزاءها فقد صح إيجابها والتضحية بها وان كان عيبها يمنع إجزاءها فحكمه حكم مالو أوجبها عالما بعيبها على ماسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد إلا طعاما لم يبذله مالكه فان كان صاحبه مضطراً اليه فهو أحق به وإلا لزمه بذله فان أبى فللمضطر أخذه قهراً ويعطيه قيمته فان منعه فله قتاله على مايسد رمقه أو قدر شبعه على اختلاف الروايتين ،فان قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه وان قتل المضطر فعليه ضمانه).

وجملة ذلك انه إذا اضطر الى طعام فان لم يجد إلا طعاما لغيره فان كان صاحبه مضطراً اليه فهو أحق به ولا يجوز لاحد أخذه منه لانه ساواه في الضرورة وانفرد بالملك فأشبه غير حال الضرورة وان اخذه منه أحد فمات فعليه ضمانه لانه قتله بغير حق ، وان لم يكن صاحبه مضطراً اليه لزمه بذله للمضطر لانه يتعلق به احياء نفس آدمي معصوم فلزمه بذله كما يلزمه بذل منافعه في انجائه من الغرق والحرق فان لم يفعل فللمضطر أخذه منه لانه يستحقه دون مالكه فجاز له أخذه كعين ماله فان

﴿ مسألة ﴾ قال (وان ولدت ذبح ولدها معها)

وجملته انه اذا عين أضحية فولدت فولدها تابع لها حكمه حكمها سواء كان حملا حين التعيين أو حدث بعده وبهذا قال الشافعي ، وعن ابي حنيفة لايذبحه ويدفعه إلى المساكين حياً ، وإن ذبحه دفعه اليهم مذبوحا وارش مانقصه الذبح لانه من نمائها فلزمه دفعه اليهم على صفته كصوفها وشعرها

ولنا أن استحقاق ولدها حكم يثبت للولد بطريق السراية من الام فيثبت له ماثبت لها كولد أم الولد والمدبرة . اذا ثبت هذا فانه يذبحه كما يذبحها لانه صار أضحية على وجه التبع لامه ولايجوز ذبحه قبل يوم النحر ولا تأخيره عن أيامه كأمه

وقد روي عن علي رضي الله عنه ان رجلا سأله فقال ياأمير المؤمنين اني اشتريت هذه البقرة لأضحي بها وانها وضعت هذا العجل ؟ فقال علي لاتحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها فاذا كان يوم الاضحى فاذبحها وولدها عن سبعة . رواه سعيد بن منصور عن ابي الاحوص عن زهير العبسي عن المغيرة بن حذف عن علي

(فصل) ولا يشرب من لبنها الا الفاضل عن ولدها فان لم يفضل عنه شيء أو كان الحلب يضر بها أو ينقص لحمها لم يكن له أخذه وان لم يكن كذلك فله أخذه والانتفاع به وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يحلبها ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن فان احتلبها تصدق به لان اللبن متولد من الاضحية الواجبة فلم يجز للمضحي الانتفاع به كالولد

ولنا قول علي رضي الله عنه لايحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها ولانه انتفاع لا يضرها فأشبه الركوب ، ويفارق الولد فانه يمكن ايصاله الى محله ، أما اللبن فان حلبه وتركه فسد وان لم يحلبه تعقد الضرع وأضر بها فجوز له شربه وان تصدق به كان أفضل ، وان احتلب ما يضر بها أو بولدها

احتيج في ذلك إلى قتال فله المقاتلة عليه على مايسد رمقه لانه الذي اضطر اليه وعنه له قتاله على قدر الشبع والأول أولى وذكر ابن أبي موسى في الارشاد انه لايجوز قتاله على شيء منه كما ذكر في دفع الصائل فان قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه وان آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر لانه ظالم بقتاله فأشبه الصائل الا ان يمكن أخذه بشراء او استرضاء فليس له المقاتلة عليه لامكان الوصول اليه دونها، فان لم يبعه إلا بأكثر من ثمنه لم يلزمه الا ثمن مثله وقد ذكرناه ويلزمه عوضه في كل موضع أخذه فان لم يكن معه في الحال لزمه في ذمته ولا يباح للمضطر من مال اخيه إلا مايباح من الميتة ، قال ابو هريرة قلنا يارسول الله ما يحل لأحدنا من مال أخيه اذا اضطر اليه ؟ قال «يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل »

لم يجز له وعليه أن يتصدق به . فان قيل فصوفها وشعرها ووبرها إذا جزه تصدق به ولم ينتفع به فلم أجزتم له الانتفاع باللبن ؟ قلنا الفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها وهو القائم به فجاز صرفه اليه كما أن المرتهن إذا علف الرهن كان له أن يحلب ويركب ، وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر

(الثاني) أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام فجرى مجرى جلدها وأجزائها ، واللبن يشرب ويؤكل شيئاً فشيئاً فجرى مجرى منافعها وركوبها ، ولان اللبن يتجدد كل يوم ، والصوف والشعر عين موجودة دائمة في جميع الحول

(فصل) وأما صوفها فان كان جزه أنفع لها مثل أن يكون في زمن الربيع تخف بجزه وتسمن جاز جزه ويتصدق به ، وان كان لا يضر بها لقرب مدة الذبح أو كان بقاؤه أنفع لها لكونه يقيها الحر والبرد لم يجز له أخذه كما انه ليس له أخذ بعض أجزائها

﴿مسألة﴾ قال (وايجابها أن يقول هي أضحية)

وجملة ذلك أن الذي تجب به الاضحية وتتعين به هو القول دون النية وهذا منصوص الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة إذا اشترى شاة أو غيرها بنية الاضحية صارت أضحية لانه مأمور بشراء أضحية فاذا اشتراها بالنية وقعت عنها كالوكيل

ولنا انه إزالة ملك على وجه القربة فلا تؤثر فيه النية المقارنة للشراء كالعتق والوقف ، ويفارق البيع فانه لا يمكنه جعله لموكله بعد إيقاعه وههنا بعد الشراء يمكنه جعلها أضحية ، فأما إذا قال هذه أضحية صارت واجبة كما يعتق العبد بقول سيده هذا حر ، ولو انه قلدها أو أشعرها ينوي به جعلها اضحية لم تصر أضحية حتى ينطق به لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (فان لم يجد إلا آدمياً مباح الدم كالمرتد والزاني المحصن حل له قتله وأكله) .

وجملة ذلك أن المضطر إذا لم يجد الا آدمياً محقون الدم لم يبح له قتله اجماعا ولا اتلاف عضو منه مسلماً كان او كافراً لانه مثله فلا يجوز ان يقي نفسه باتلافه وهذا لاخلاف فيه، وان كان مباح الدم كالحربي والمرتد فذكر القاضي ان له قتله واكله ، لان قتله مباح وهكذا قال أصحاب الشافعي لانه لاحرمة له فهو بمنزلة السباع وان وجده ميتا ابيح أكله لان اكله مباح قبله فكذلك بعدموته وان وجد معصوما ميتا لم يبح اكله في قول أكثر الاصحاب وقال الشافعي وبعض الحنفية يباح قال شيخنا وهو اولى ، لان حرمة الحي أعظم قال أبو بكر بن داود اباح الشافعي أكل لحوم الانبياء واحتج أصحابنا بقول النبي ﷺ «كسر عظم الميت ككسره وهو حي» واختار ابو الخطاب ان له اكله وقال لاحجة في الحديث ههنا لان الاكل من اللحم لا من العظم والمراد من الحديث التشبيه

﴿مسألة﴾ قال (ولو أوجبها ناقصة ذبحها لم تجزئه)

يعني إذا كانت ناقصة نقصاً يمنع الاجزاء فأوجبها وجب عليه ذبحها لان إيجابها كالنذر لذبحها فيلزمه الوفاء به ولان إيجابها كنذر هدي من غير بهيمة الانعام فانه يلزمه الوفاء به ولا يجزئه عن الاضحية الشرعية ولا تكون أضحية لقول النبي ﷺ « أربع لا تجزئ في الاضاحي» ولكنه يذبحها ويثاب على ما يتصدق به منها كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هديا وكما لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء في الكفارة إلا انه ههنا لا يلزمه بدلها لان الاضحية في الاصل غير واجبة ولم يوجد منه مايوجبها ، وان كانت الاضحية واجبة عليه مثل من نذر أضحية في ذمته أو اتلف أضحيته التي اوجبها لم تجزئه هذه عما في ذمته، فان زال عيبها كأن كانت عجفاء فزال عجفها أو مريضة فبرأت أو عرجاء فزال عرجها فقال القاضي قياس المذهب انها تجزىء. وقال أصحاب الشافعي لا تجزىء لان الاعتبار بحال إيجابها ولان الزيادة فيها كانت للمساكين كما أن نقصها بعد إيجابها عليهم لا يمنع من كونها أضحية

ولنا ان هذه أضحية يجزىء مثلها فيجزىء كما لو لم يوجبها الا بعد زوال عينها

﴿مسألة﴾ قال (ولا تباع أضحية الميت في دينه ويأكلها ورثته)

يعني إذا أوجب اضحية ثم مات لم يجز بيعها وإن كان على الميت دين لا وفاء له وبهذا قال أبو ثور ويشبه مذهب الشافعي وقال الاوزاعي ان ترك دينا لا وفاء له إلا منها بيعت فيه وقال مالك إن تشاجر الورثة فيها باعوها

ولنا أنه تعين ذبحها فلم يصح بيعها في دينه كما لو كان حياً . إذا ثبت هذا فان ورثته يقومون مقامه في الأكل والصدقة والهدية لانهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه

في اصل الحرمة لا بمقدارها بدليل اختلافهما في الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا تجب به صيانة الميت .

(فصل) واذا اشتدت المخمصة في سنة المجاعة واصابت الضرورة خلقا كثيراً وكان عند بعض الناس قدر كفايته من غير فضلة لم يلزمه بذل ما معه للمضطرين ولم يفرق اصحابنا بين هذه الحال وبين كونه لا يتضرر بدفع ما معه اليهم في ان ذلك واجب عليه لكونه غير مضطر في الحال والآخر مضطر فوجب تقديم حاجة المضطر .

ولنا ان هذا مفض به الى هلاك نفسه وعياله فلم يلزمه كما لو امكنه انجاء الغريق بتغريق نفسه وليس في بذله القاء بيده الى التهلكة وقد نهى عز وجل عن ذلك وهذا اختيار شيخنا رحمه الله

(فصل) واختلفت الرواية هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله؟ فروي أنه ليس للولي ذلك لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالصدقة والهدية وهذا مذهب الشافعي، وروي أن للولي ان يضحي عنه إذا كان موسراً، وهذا قول أبي حنيفة ومالك، قال مالك: إذا كان له ثلاثون ديناراً يضحي عنه بالشاة بنصف دينار لانه اخراج مال يتعلق بيوم العيد فجاز اخراجه من مال اليتيم كصدقة الفطر فعلى هذا يكون اخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه والتطييب لقلبه واشراكه لامثاله في مثل هذا اليوم كما يشتري له الثياب الرفيعة للتجمل والطعام الطيب ويوسع عليه في النفقة وإن لم يجب ذلك ويحتمل أن يحمل كلام احمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية إذا كان اليتيم طفلا لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا يكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها فيحصل اخراج ثمنها تضييع مال لا فائدة فيه والموضع الذي اجازها إذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة منها والضرر بتفويتها، واستدل ابو الخطاب بقول أحمد: يضحي عنه على وجوب الاضحية والصحيح ان شاء الله تعالى ما ذكرناه وعلى كل حال متى ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لانه لا يجوز الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

﴿مسئلة﴾ قال (والاستحباب ان يأكل ثلث أضحيته ويهدي ثلثها ويتصدق بثلثها ولو أكل أكثر جاز)

قال أحمد نحن نذهب الى حديث عبد الله، يأكل هو الثلث ويطعم من أراد الثلث ويتصدق على المساكين بالثلث قال علقمة بعث معي عبد الله بهدية فأمرني أن آكل ثلثا وان أرسل الى اهل أخيه عتبة بثلث وان اتصدق بثلث، وعن ابن عمر قال الضحايا والهدايا ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين وهذا قول إسحاق وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر يجعلها نصفين يأكل نصفاً ويتصدق بنصف لقول الله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقال أصحاب الرأي

(فصل) والترياق محرم وهو دواء يعالج به من السم يجعل فيه لحوم الحيات ويعجن بالخمر لا يحل اكله ولا شربه لان الخمر ولحوم الحيات حرام، وممن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبي ومالك ويقتضيه مذهب الشافعي لاباحته التداوي ببعض المحرمات.

ولنا ان لحم الحية حرام على ماذكرنا فيما مضى وكذلك الخمر لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله لم يجعل شفاء امتي فيما حرم عليها».

(فصل) ولا يجوز التداوي بشيء محرم ولا بشيء فيه محرم مثل ألبان الاتن ولحم شيء من المحرمات ولا شرب الخمر للتداوي لما ذكرنا من الخبر، ولان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر له النبيذ يصنع للدواء فقال «انه ليس بدواء ولكنه داء»

ما كثر من الصدقة فهو أفضل لان النبي ﷺ اهدى مائة بدنة وامر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فا كل هو وعلي من لحمها وحسيا من مرقها ونحر خمس بدنات او ست بدنات وقال « من شاء فليقتطع ولم يأ كل منهن شيئاً »

ولنا ما روي عن ابن عباس في صفة أضحية النبي ﷺ قال ويطعم اهل بيته الثلث ويطعم فقراء جيرانه الثلث ويتصدق على السؤال بالثلث رواه الحافظ ابو موسى الاصفهاني في الوظائف ، وقال حديث حسن ولانه قول ابن مسعود وابن عمر ولم نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعا ولان الله تعالى قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) والقانع السائل يقال قنع قنوعا إذا سأل وقنع قناعة إذا رضي قال الشاعر

لمال المرء يصلحه فيغني مفاقره أعف من القنوع

والمعتر الذي يعتريك أي يتعرض لك لتطعمه فلا يسأل فذكر ثلاثة أصناف فينبغي ان يقسم بينهم أثلاثا وأما الآية التي احتج بها أصحاب الشافعي فان الله تعالى لم يبين قدر الأكول منها والمتصدق به وقد نبه عليه في آيتنا وفسره النبي ﷺ بفعله وابن عمر بقوله وابن مسعود بأمره ، وأما خبر أصحاب الرأي فهو في الهدي والهدي يكثر فلا يتمكن الانسان من قسمه وأخذ ثلثه فتتعين الصدقة بها والامر في هذا واسع فلو تصدق بها كلها أو بأ كثرها جاز وإن أ كلها كلها إلا أوقية تصدق بها جاز وقال أصحاب الشافعي يجوز ا كلها كلها

ولنا ان الله تعالى قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) وقال (وأطعموا البائس الفقير) والامر يقتضي الوجوب، وقال بعض أهل العلم يجب الا كل منها ، ولا تجوز الصدقة بجميعها للامر بالا كل منها

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر خمس بدنات ولم يأ كل منهن شيئا وقال «من شاء فليقتطع» ولانها ذبيحة يتقرب إلى الله تعالى بها فلم يجب الا كل منها كالعقيقة والامر للاستحباب أو الاباحة كالامر بالا كل من الثمار والزرع والنظر اليها

(فصل) (ومن مر بثمرة في شجر لا حائط عليها ولا ناظر فله ان يأ كل ولا يحمل وعنه لا يحل ذلك إلا لحاجة)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك فروي عنه أنه قال إذا لم يكن عليها حافظ أ كل اذا كان جائعا وإذا لم يكن جائعا فلا يأ كل وقال قد فعله غير واحد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اذا كان عليه حائط لم يأ كل لانه قد صار شبه الحريم، وقال في موضع انما الرخصة للمسافر إلا انه لم يعتبر ههنا الاضطرار لان الاضطرار يبيح ماوراء الحائط، وروبت عنه الرخصة في الا كل من غير المحفوظ مطلقاً من غير اعتبار رجوع ولا غيره وهذا المشهور في المذهب لما روي عن أبي زينب التيمي قال سافرت مع أنس بن مالك وعبد الرحمن بن سمرة وأبي برزه فكانوا يمرون بالثمار فيأ كلون في أفواههم وهو قول عمر وابن عباس وابي برزة قال عمر يأ كل ولا يتخذ خبنة ، وروي عن احمد انه قال يأ كل مما تحت الشجر فاذا لم يكن تحت الشجر فلا

(فصل) ويجوز ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث في قول عامة اهل العلم ولم يجزه علي ولا ابن عمر رضي الله عنهما لان النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث

ولنا ان النبي ﷺ قال « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث فامسكوا ما بدا لكم » رواه مسلم وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ قال « انما نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا وادخروا » وقال احمد فيه أسانيد صحاح فاما علي وابن عمر فلم يبلغهما ترخيص رسول الله ﷺ وقد كانوا سمعوا النهي فرووا على ما سمعوا

(فصل) ويجوز أن يطعم منها كافراً وبهذا قال الحسن وابو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك غيرهم احب الينا وكره مالك والليث اعطاء النصراني جلد الاضحية

ولنا انه طعام له أكله فجاز اطعامه للذمي كسائر طعامه ولانه صدقة تطوع فجاز اطعامها الذمي والاسير كسائر صدقة التطوع، فاما الصدقة الواجبة منها فلا يجزىء دفعها إلى كافر لانها صدقة واجبة فأشبهت الزكاة وكفارة اليمين

(مسألة) قال (ولا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها)

وبهذا قال مالك والشافعي واصحاب الرأي ، ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير في إعطائه الجلد

ولنا ما روى علي رضي الله عنه قال : امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وان أقسم جلودها وجلالها وأن لا أعطي الجازر شيئا منها ، وقال « نحن نعطيه من عندنا » متفق عليه ، ولان ما يدفعه إلى الجزار اجرة عوض عن عمله وجزارته ولا تجوز المعاوضة بشيء منها فاما ان دفع اليه لفقره او على سبيل الهدية فلا بأس لانه مستحق للاخذ فهو كغيره بل هو اولى لانه باشرها وتاقت نفسه اليها

يأكل ثمار الناس وهو غني عنه ولا يضرب بحجر ولا يرمى لان هذا يفسد وروي عن نافع عن عبد الله بن عمر قال كنت ارمي نخل الانصار فأخذوني فذهبوا بي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « يا نافع لم ترمي نخلهم؟ » فقلت يارسول الله الجوع قال « لا ترم وكل ما وقع اشبعك الله وأرواك » ، أخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح ، وقال أكثر الفقهاء لا يباح الاكل إلا في الضرورة لما روى العرباض بن سارية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الا وان الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت اهل الكتاب إلا باذن ولا ضرب نسائهم ولا اكل ثمارهم إذا اعطوكم الذي عليهم » رواه ابو داود وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم واموالكم واعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا » متفق عليه .

(مسألة) قال (وله أن ينتفع بجلدها ولا يجوز أن يبيعه ولا شيئا منها)

وجملة ذلك أنه لايجوز بيع شيء من الاضحية لا لحمها ولا جلدها واجبة كانت او تطوعا لانها تعينت بالذبح قال احمد لايبيعها ولا يبيع شيئاً منها ، وقال سبحان الله كيف يبيعها وقد جعلها لله تبارك وتعالى؟وقال الميموني قالوا لابي عبدالله فجلد الاضحية يعطاه السلاخ ؟قال لا ،وحكى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لايعطى الجازر في جزارتها شيئاً منها » ثم قال إسناده جيد وبهذا قال ابوهريرة وهومذهب الشافعي ، ورخص الحسن والنخعي في الجلد أن يبيعه ويشتري به الغربال والمنخل وآلة البيت ، وروي نحو هذا عن الاوزاعي لانه ينتفع به هو وغيره فجرى مجرى تفريق اللحم، وقال ابو حنيفة يبيع ماشاء منها ويتصدق بثمنه ، وروي عن ابن عمر أنه يبيع الجلد ويتصدق بثمنه ، وحكاه ابن المنذر عن احمد وإسحاق

ولنا امر النبي صلى الله عليه وسلم بقسم جلودها وجلالها ونهيه أن يعطى الجازر شيئاً منها ، ولانه جعله لله تعالى فلم يجز بيعه كالوقف ، وماذكروه في شراء آلة البيت يبطل باللحم لايجوز بيعه بآلة البيت وان كان ينتفع به ، فاما جواز الانتفاع بجلودها وجلالها فلا خلاف فيه لانه جزء منها فجاز للمضحي الانتفاع به كاللحم ، وكان علقمة ومسروق يدبغان جلد أضحيتهما ويصليان عليه

وروت عائشة قالت قلت يارسول الله قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم يجملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ، قال « وما ذاك ؟ » قالت نهيت عن امساك لحوم الاضاحي فوق ثلاث قال «انما نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا » حديث صحيح رواه مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها ولانه انتفاع به فجاز كلحمها

(مسألة) قال (ويجوز أن يبدل الأضحية اذا أوجبها بخير منها)

هذا المنصوص عن احمد وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة ومالك وابو حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الثمر المعلق فقال « ما اصاب منه من ذي الحاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن اخرج منه شيئا فعليه غرامة مثليه والعقوبة» وقال الترمذي هذا حديث حسن وروى ابو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اذا أتيت على حائط بستان فناد صاحب البستان ثلاثا فان اجابك وإلا فكل من غير ان تفسد » وروى سعيد باسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ولانه قول من سمينا من الصحابة من غير مخالف فكان اجماعا،فان قيل فقد ابى سعد أن يأكل قلنا امتناع سعد من اكله ليس مخالفا لهم فان الانسان قد يترك المباح غنى عنه او تورعا او تقذراً كترك النبي صلى الله عليه وسلم اكل الضب فاما احاديثهم فهي مخصوصة بما رويناه من الحديث

واختار ابو الخطاب انه لايجوز بيعها ولا ابدالها لان احمد نص في الهدي اذا عطب انه يجزىء عنه وفي الاضحية اذا هلكت أو ذبحها فسرقت لابدل عليه ولو كان ملكه مازال عنها لزمه بدلها في هذه المسائل وهذا مذهب ابي يوسف والشافعي وأبي ثور لانه قد جعلها لله تعالى فلم يملك التصرف فيها بالبيع والابدال كالوقف

ولنا ماروي أن النبي ﷺ ساق مائة بدنة في حجته وقدم علي من اليمن فأشركه فيها . رواه مسلم وهذا نوع من الهبة أو بيع ، ولانه عدل عن عين وجبت لحق الله تعالى إلى خير منها من جنسها فجاز كما لو وجبت عليه بنت لبون فاخرج حقة في الزكاة، فاما بيعها فظاهر كلام الخرقي انه لايجوز وقال القاضي يجوز أن يبيعها ويشتري خيراً منها وهو قول عطاء ومجاهد وأبي حنيفة لما ذكرنا من حديث بدن النبي ﷺ واشراكه فيها ، ولان ملكه لم يزل عنها بدليل جواز ابدالها ولانها عين يجوز ابدالها فجاز بيعها كما قبل إيجابها

ولنا انه جعلها لله تعالى فلم يجز بيعها كالوقف وانما جاز ابدالها بجنسها لانه لم يزل الحق فيها عن جنسها وانما انتقل إلى خير منها فكأنه في المعنى ضم زيادة اليها وقد جاز ابدال المصحف ولم يجز بيعه . وأما حديث النبي ﷺ فالظاهر أن النبي ﷺ لم يبعها وانما شرك علياً في ثوابها وأجرها ويحتمل أن ذلك كان قبل إيجابها وقول الخرقي: بخير منها يدل على أنه لايجوز بدونها ولا خلاف في هذا لانه تفويت جزء منها فلم يجز كتلافه ،وانه لا يجوز بمثلها لعدم الفائدة في هذا وقال القاضي في ابدالها بمثلها احتمالان

(أحدهما) جوازه لانه لاينتقص مما وجب عليه شيء . ولنا انه يغير ما أوجبه لغير فائدة فلم يجز كابداله بما دونها

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مضى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة العيد وخطبته فقد حل الذبح الى آخر يومين من أيام التشريق نهاراً ولا يجوز ليلا)

الكلام في وقت الذبح في ثلاثة أشياء: أوله وآخره وعموم وقته أو خصوصه . أما أوله فظاهر

والاجماع فان كانت محوطة لم يجز الدخول اليها لقول ابن عباس إن كان عليها حائط فهي حريم فلا تأكل ، وإن لم يكن عليها حائط فلا بأس ، ولأن إحرازه بالحائط يدل على شح صاحبه به وعدم المسامحة ، قال بعض أصحابنا إذا كان عليه ناطور فهو كالمحوط في أنه لا يدخل اليه ولا يأكل منه إلا في الضرورة .

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الزرع وشرب لبن الماشية روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في الزرع فروي عنه أنه قال :لايأكل انما رخص في الثمار ليس الزرع،

كلام الخرقي انه اذا مضى من نهار يوم العيد قدر تحل فيه الصلاة وقدر الصلاة والخطبتين تامتين في أخف مايكون فقد حل وقت الذبح ولا يعتبر نفس الصلاة لافرق في هذا بين أهل المصر وغيرهم وهذا مذهب الشافعي وابن المنذر، وظاهر كلام احمد أن من شرط جواز التضحية في حق أهل المصر صلاة الامام وخطبته . وروي نحو هذا عن الحسن والاوزاعي ومالك وأبي حنيفة واسحاق لماروى جندب بن عبد الله البجلي أن النبي ﷺ قال « من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى »

وعن البراء قال : قال رسول الله ﷺ « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى » متفق عليه ، وفي لفظ قال « إن أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح فمن ذبح قبل الصلاة فتلك شاة لحم قدمها لاهله ليس من النسك في شيء » وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة

وقال عطاء وقتها اذا طلعت الشمس لانها عبادة يتعلق آخرها بالوقت فتعلق أولها بالوقت كالصيام وهذا وجه قول الخرقي ومن وافقه ، والصحيح ان شاء الله تعالى أن وقتها في الموضع الذي يصلى فيه بعد الصلاة لظاهر الخبر والعمل بظاهره أولى ، فاما غير اهل الامصار والقرى فأول وقتها في حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد الصلاة لانه لاصلاة في حقهم تعتبر فوجب الاعتبار بقدرها ، وقال ابو حنيفة أول وقتها في حقهم اذا طلع الفجر الثاني لانه من يوم النحر فكان وقتها منه كسائر اليوم

ولنا أنها عبادة وقتها في حق اهل المصر بعد إشراق الشمس فلا تتقدم وقتها في حق غيرهم كصلاة العيد وماذكروه يبطل باهل الامصار فان لم يصل الامام في المصر لم يجز الذبح حتى تزول الشمس لانها حينئذ تسقط فكانه قد صلى وسواء ترك الصلاة عمداً أو غير عمد لعذر أو غيره ، فاما الذبح في اليوم الثاني فهو في أول النهار لان الصلاة فيه غير واجبة ولان الوقت قد دخل في اليوم الاول وهذا من اثنائه فلا تعتبر فيه صلاة ولا غيرها ، وان صلى الامام في المصلى واستخلف من صلى في المسجد فمتى صلوا في أحد الموضعين جاز الذبح لوجود الصلاة التي يسقط بها الفرض

وقال ما سمعنا في الزرع أن يمس منه وجهه ان الثمار خلقها الله تعالى للأكل رطبة والنفوس تتوق اليها والزرع بخلافها .

(والثانية . قال يأكل من الفريك لان العادة جارية بأكله رطباً أشبه الثمر ، وكذلك الحكم في الباقلا والحمص وشبهه مما يؤكل رطبا ، فأما الشعير وما لم تجر العادة بأكله فلا يجوز الاكل منه والاولى في الثمار وغيرها ان لا يأكل منها الا باذن لما فيها من الخلاف والاخبار الدالة على التحريم . وكذلك روي عن أحمد رحمه الله في حلب لبن الماشية روايتان (احداهما) يجوز له أن يحلب ويشرب ولا يحمل لما روى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أتى أحدكم

عن سائر الناس فان ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة أجزأ في ظاهر كلام احمد لان النبي صلى الله عليه وسلم عاق المنع على فعل الصلاة فلا يتعلق بغيره ولان الخطبة غير واجبة وهذا قول الثوري

(الثاني) آخر الوقت وآخره آخر اليوم الثاني من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة: يوم العيد ويومان بعده وهذا قول عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأنس قال احمد أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من اصحاب رسول الله ﷺ وفي رواية قال خمسة من اصحاب رسول الله ﷺ ولم يذكر أنساً وهو قول مالك والثوري وأبي حنيفة وروي عن علي آخره آخر ايام التشريق وهو مذهب الشافعي وقول عطاء والحسن لانه روي عن جبير بن مطعم أن النبي ﷺ قال « أيام منى كلها منحر » ولانها أيام تكبير وافطار فكانت محلا للنحر كالاولين ، وقال ابن سيرين لا تجوز الا في يوم النحر خاصة لانها وظيفة عيد فلا تجوز الا في يوم واحد كاداء الفطرة يوم الفطر ، وقال سعيد ابن جبير وجابر بن زيد كقول ابن سيرين في اهل الامصار وقولنا في اهل منى وعن ابي سلمة بن عبدالرحمن وعطاء بن يسار تجوز التضحية الى هلال المحرم ، وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف كان الرجل من المسلمين يشتري أضحية فيسمنها حتى يكون آخر ذي الحجة فيضحي بها رواه الامام أحمد باسناده ، وقال هذا الحديث عجيب وقال أيام الاضحى التي اجمع عليها ثلاثة أيام.

ولنا ان النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث ولا يجوز الذبح في وقت لا يجوز ادخار الاضحية اليه ولان اليوم الرابع لا يجب الرمي فيه فلم تجز التضحية فيه كالذي بعده ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم الا رواية عن علي وقد روي عنه مثل مذهبنا وحديثهم انما هو « ومنى كلها منحر » ليس فيه ذكر الايام والتكبير أعم من الذبح وكذلك الافطار بدليل أول يوم النحر ويوم عرفة يوم تكبير ولا يجوز الذبح فيه

(الثالث) في زمن الذبح وهو النهار دون الليل نص عليه أحمد في رواية الاثرم وهو قول مالك وروي عن عطاء مايدل عليه وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الذبح يجوز ليلا وهو اختيار أصحابنا المتأخرين وقول الشافعي واسحاق وابي حنيفة وأصحابه لان الليل زمن يصح فيه الرمي فأشبه النهار

على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذنه فان أذن فليحلب وليشرب ولا يحمل » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند بعض أهل العلم وهو قول اسحاق (والرواية الثانية) لا يجوز له ان يحلب ولا يشرب لما روى ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « لا يحلبن احد ماشية احد الا باذنه ايحب احدكم ان تؤتى مشربته وتكسر خزانته وينقل طعامه فانما تخزن لهم ضروع مواشيهم اطعمتهم فلا يحلبن احد ماشية احد الا باذنه » وفي لفظ « فان مافي ضروع مواشيهم مثل مافي مشاربهم » متفق عليه

(فصل) قال احمد أكره اكل الطين ولا يصح فيه حديث الا أنه يضر بالبدن يقال إنه ردي وتركه خير من أكله وانما كرهه أحمد من أجل مضرته فان كان منه مايتداوى به كالطين الأرمني

ووجه قول الخرقي قول الله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام) وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الذبح بالليل ولانه ليل يوم يجوز الذبح فيه فاشبه ليلة يوم النحر ولان الليل تتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب فلا يفرق طريا فيفوت بعض المقصود ولهذا قالوا يكره الذبح فيه فعلى هذا ان ذبح ليلا لم يجزئه عن الواجب وان كان تطوعا فذبحها كانت شاة لحم ولم تكن اضحية فان فرقها حصلت القربة بتفريقها دون ذبحها

(فصل) إذا فات وقت الذبح ذبح الواجب قضاء وصنع به مايصنع بالمذبوح في وقته وهو مخير في التطوع فان فرق لحمها كانت القربة بذلك دون الذبح لانها شاة لحم وليست أضحية، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسلمها الى الفقراء ولا يذبحها فان ذبحها فرق لحمها وعليه ارش مانقصها الذبح لان الذبح قد سقط بفوات وقته

ولنا ان الذبح احد مقصودي الاضحية فلا يسقط بفوات وقته كتفرقة اللحم وذلك أنه لو ذبحها في الايام ثم خرجت قبل تفريقها فرقها بعد ذلك ويفارق الوقوف والرمي، ولأن الأضحية لاتسقط بفواتها بخلاف ذلك

(فصل) وإذا وجبت الاضحية بايجابه لها فضلت او سرقت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فان عادت اليه ذبحها سواء كان في زمن الذبح أو فيما بعده على ما ذكرناه

(مسئلة) قال (وان ذبح قبل ذلك لم يجزئه ولزمه البدل)

وذلك لقول النبي ﷺ «من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها آخرى» ولانها نسيكة واجبة ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالهدي إذا ذبحه قبل محله، ويجب أن يكون بدلها مثلها أو خيراً منها لان ذبحها قبل محلها اتلاف لها، وكلام الخرقي ومن أطلق من أصحابنا محمول على الاضحية الواجبة بنذر أو تعيين فان كانت غير واجبة بواحد من الامرين فهي شاة لحم ولا بدل عليه الا أن يشاء لانه قصد التطوع فأفسده فلم يجب عليه بدله كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها الى غير مستحقها،

فلا يكره وان كان مما لامضرة فيه ولا نفع كالشيء اليسير جاز أكله لان الأصل الاباحة والمعنى الذي لاجله كره منتف ههنا فلم يكره

(فصل) ويكره أكل البصل والثوم والكراث والفجل وكل ذي رائحة كريهة من أجل رائحته سواء أراد دخول المسجد أو لم يرد لما روى ابن ماجه ان النبي ﷺ «قال إن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه الناس» فان اكله لم يقرب المسجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا» وفي رواية «فلا يقربنا في مساجدنا» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وليس أكلها محرما لما روى أبو أيوب ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليه بطعام

والحديث يحمل على احد امرين إما الندب وإما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليل ما ذكرنا . فأما الشاة المذبوحة فهي شاة لحم كما وصفها النبي (ص) ومعناه يصنع بها ماشاء كشاة ذبحها للحمها لالغير ذلك فان هذه ان كانت واجبة فقد لزمه ابدالها وذبح مايقوم مقامها فخرجت هذه عن كونها واجبة كالهدي الواجب اذا عطب دون محله وان كان تطوعا فقد أخرجها بذبحه اياها قبل محلها عن القربة فبقيت مجرد شاة لحم

ويحتمل أن يكون حكمها حكم الاضحية كالهدي اذا عطب لا يخرج عن حكم الهدي على رواية ويكون معنى قوله شاة لحم أي في فضلها وثوابها خاصة دون مايصنع بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يستحب أن يذبحها الا مسلم وان ذبحها بيده كان أفضل)

وجملته انه يستحب أن لا يذبح الاضحية الا مسلم لانها قربة فلا يليها غير أهل القربة وان استناب ذمياً في ذبحها جاز مع الكراهة وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وحكي عن أحمد لايجوز أن يذبحها الا مسلم وهذا قول مالك ،وممن كره ذلك علي وابن عباس وجابر رضي‌الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين . وقال جابر : لا يذبح النسك الا مسلم لما روي في حديث ابن عباس الطويل عن النبي (ص) « ولا يذبح ضحاياكم الا طاهر » ولان الشحوم تحرم علينا مما يذبحونه على رواية فيكون ذلك بمنزلة اتلافه

ولنا أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية كالمسلم ، ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة للمسلم كبناء المساجد والقناطر . ولا نسلم تحريم الشحوم علينا بذبحهم ،والحديث محمول على الاستحباب ، والمستحب ان يذبحها المسلم ليخرج من الخلاف وان ذبحها بيده كان افضل لان النبي (ص) ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما ونحر البدنات الست بيده ونحر من البدن التي ساقها في حجته ثلاثا وستين بدنة بيده ولان فعله قربة وفعل القربة أولى من استنابته فيها فان استناب فيها جاز لان النبي (ص) استناب من نحر باقي بدنه بعد ثلاث وستين وهذا لا شك فيه

فلم يأكل منه النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال «فيه اثوم» فقال يارسول الله أحرام هو؟ قال « لا ولكني اكرهه من أجل ريحه » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي « كل الثوم فلولا ان الملك يأتيني لأكلته » وانما منع أكلها لئلا يؤذي الناس برائحته ولذلك نهى عن قربان المسجد فان أتى المسجد كره له ذلك ولم يحرم لما روى المغيرة بن شعبة قال أكلت ثوما وأتيت مصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد سبقت بركعة فلما دخلت المسجد وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ريح الثوم فلما قضى صلاته قال من «أكل من هذه

ويستحب أن يحضر ذبحها لان في حديث ابن عباس الطويل «واحضروها اذا ذبحتم فانه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها » وروي أن النبي (ص) قال لفاطمة « احضري أضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها »

﴿مسئلة﴾ قال (ويقول عند الذبح بسم الله والله أكبر وان نسي فلا يضره)

ثبت أن النبي (ص) كان اذا ذبح قال« بسم الله والله أكبر » وفي حديث أنس وسمى وكبر ، وكذلك كان يقول ابن عمر وبه يقول أصحاب الرأي ولا نعلم في استحباب هذا خلافا ولا في ان التسمية مجزئة ، وان نسي التسمية أجزأه على ما ذكرنا في الذبائح ، وان زاد فقال : اللهم هذا منك ولك اللهم تقبل مني او من فلان فحسن وبه قال اكثر اهل العلم . وقال ابو حنيفة يكره ان يذكر اسم غير الله لقول الله تعالى (وما أهل لغير الله به)

ولنا أن النبي ﷺ أتي بكبش له ليذبحه فأضجعه ثم قال « اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد » ثم ضحى . رواه مسلم ، وفي حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللهم منك ولك عن محمد وأمته ، بسم الله والله اكبر» ثم ذبح ، وهذا نص لا يعرج على خلافه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس عليه أن يقول عند الذبح عمن لان النية تجزىء)

لا أعلم خلافا في ان النية تجزىء وان ذكر من يضحي عنه فحسن لما روينا من الحديث ، قال الحسن : يقول بسم الله والله اكبر هذا منك ولك تقبل من فلان ، وكره اهل الرأي هذا وقد ذكرناه في التي قبلها

(فصل) وان عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه أجزأت عن صاحبها ولا ضمان على ذابحها وبهذا قال ابو حنيفة وقال مالك هي شاة لحم لصاحبها ارشها وعليه بدلها لان الذبح عبادة فاذا فعلها غير صاحبها عنه بغير اذنه لم تقع الموقع كالزكاة . وقال الشافعي تجزىء عن صاحبها وله على ذابحها ارش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة لان الذبح احد مقصودي الهدي فاذا فعله فاعل بغير اذن المضحي ضمنه كتفرقة اللحم

الشجرة فلا يقربنا حتى يذهب ريحها » فجئت فقلت يارسول الله لتعطني يدك قال فادخلت يده في كم قميصي الى صدري فاذا أنا معصوب الصدر فقال « ان لك عذراً » رواه أبو داود وقد روي عن أحمد أنه يأثم لان ظاهر النهي التحريم ولان أذى المسلمين حرام وهذا فيه اذاهم

(فصل) ويكره أكل الغدة واذن القلب لما روي عن مجاهد قال كره رسول الله ﷺ من الشاة ستا وذكر هذين ولان النفس تعافها وتستخبثهما قال الشيخ ولا اظن أحمد كرههما الا لذلك لا للخبر لانه قال فيه حديث منكر ولان في الخبر ذكر الطحال وقد قال أحمد لا بأس به ولا أكره منه شيئاً

(فصل) قيل لابي عبد الله الجبن؟ قال يؤكل من كل وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس قال

ولنا على مالك انه فعل لا يفتقر إلى النية فاذا فعله غير الصاحب اجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة وعلى الشافعي انها اضحية اجزأت عن صاحبها ووقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان باذن، ولانه إراقة دم تعين إراقته لحق الله تعالى فلم يضمن مريقه كقاتل المرتد بغير إذن الامام ولان الارش لو وجب فانما يجب ما بين كونها مستحقة الذبح في هذه الايام متعينة له وما بين كونها مذبوحة ولا قيمة لهذه الحياة ولا تفاوت بين القيمتين فتعذر وجود الارش ووجوبه، ولانه لو وجب الارش لم يخل إما ان يجب للمضحي اوللفقراء : لا جائز ان يجب للفقراء، لانهم انما يستحقونها مذبوحة ولو دفعها اليهم في الحياة لم يجز، ولا جائز ان يجب له لانه لا يجوز ان يأخذ بدل شيء منها كعضو من اعضائها، ولانهم وافقونا في ان الارش لا يدفع اليه فيتعذر ايجابه لعدم مستحقه

(فصل) وإن نذر اضحية في ذمته ثم ذبحها فله ان يأكل منها وقال القاضي من أصحابنا من منع الاكل منها وهو ظاهر كلام أحمد وبناه على الهدي المنذور

ولنا ان النذر محمول على المعهود والمعهود من الاضحية الشرعية ذبحها والاكل منها والنذر لا يغير من صفة المنذور الا الايجاب وفارق الهدي الواجب بأصل الشرع لا يجوز الاكل منه فالمنذور محمول عليه بخلاف الاضحية

(فصل) ولا يضحى عما في البطن وروي ذلك عن ابن عمر، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم مخالفا لهم وليس للعبد والمدبر والمكاتب وأم الولد ان يضحوا إلا باذن سادتهم لانهم ممنوعون من التصرف بغير اذنهم الا المكاتب فانه ممنوع من التبرع والاضحية تبرع، وأما من نصفه حر اذا ملك بجزئه الحر شيئاً فله ان يضحي بغير إذن سيده لان له ان يتبرع بغير اذنه

﴿مسألة﴾ قال (ويجوز ان يشترك السبعة فيضحوا بالبدنة والبقرة)

وجملته أنه يجوز ان يشترك في التضحية بالبدنة والبقرة سبعة واجباً كان او تطوعا سواء كانوا كلهم متقربين أو يريد بعضهم القربة وبعضهم اللحم وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا يجوز الاشتراك

وما أدري الا أن أصح حديث فيه حديث الاعمش عن أبي وائل عن عمرو بن شرحبيل قال سئل عمر عن الجبن وقيل له تعمل فيه الانفحة الميتة فقال سموا انتم وكلوا رواه أبو معاوية عن الاعمش وقال أليس الجبن الذي يأكله عامتهم يصنعه المجوس

(فصل) ولا يجوز ان يشتري الجوز الذي يتقامر به الصبيان ولا البيض الذي يتقامرون به يوم العيد لانهم يأخذونه بغير حق والله أعلم

﴿مسألة﴾ (ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به يوما وليلة فان أبى فللضيف طلبه به عند الحاكم)

قال أحمد الضيافة على المسلمين كل من نزل به ضيف كان عليه ان يضيفه قيل ان ضاف الرجل

في الهدي وقال أبو حنيفة يجوز للمتقربين ولا يجوز إذا كان بعضهم غير متقرب لان الذبح واحد فلا يجوز ان تختل نية القربة فيه

ولنا ما روى جابر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نشترك في الابل والبقر كل سبعة منا في بدنة . رواه مسلم

ولنا على ابي حنيفة ان الجزء المجزىء لا ينقص بارادة الشريك غير القربة فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم التضحية وبعضهم الفدية

(فصل) ويجوز للمشتركين قسمة اللحم ومنع منه أصحاب الشافعي في وجه بناء على أن القسمة بيع وبيع لحم الهدي والاضحية غير جائز

ولنا ان أمر النبي ﷺ بالاشتراك مع ان سنة الهدي والاضحية الاكل منها دليل على تجويز القسمة اذ لا يتمكن واحد منهم من الاكل الا بالقسمة وكذلك الصدقة والهدية ولا نسلم ان القسمة بيع بل هي افراز حق على ما ذكرنا في باب القسمة

(مسئلة) قال (والعقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة)

العقيقة الذبيحة التي تذبح عن المولود وقيل هي الطعام الذي يصنع ويدعى اليه من أجل المولود قال أبو عبيد الاصل في العقيقة الشعر الذى على المولود وجمعها عقائق ومنها قول الشاعر

أيا هند لا تنكحي بوهة   عليـه عقيقته أحسبا

ثم ان العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم في تسمية الشيء باسم سببه او ما جاوره ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية وصارت الحقيقة مغمورة فيه فلا يفهم من العقيقة عند الاطلاق الا الذبيحة وقال ابن عبد البر انكر احمد هذا التفسير وقال انما العقيقة الذبح نفسه . ووجهه ان أصل العق القطع ومنه عقّ والديه إذا قطعهما والذبح قطع الحلقوم والمريء والودجين ، والعقيقة سنة في قول عامة أهل العلم منهم ابن عباس وابن عمر وعائشة وفقهاء التابعين

ضيف كافر يضيفه ؟ قال قال النبي صلى الله عليه وسلم « ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم » ولما أضاف المشرك دل على ان المسلم يضاف وما أراه كذلك والضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والكافر ، واليوم والليلة حق واجب وقال الشافعي ذلك مستحب وليس بواجب لانه غير مضطر الى طعامه فلم يجب عليه بذله كما لو لم يضفه

ولنا ما ذكرناه من الحديث وروى المقدام ابن أبي كريمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليلة الضيف حق واجب فان أصبح بفنائه فهو دين عليه ان شاء اقتضى وان شاء ترك » حديث صحيح وفي لفظ « ايما رجل ضاف قوما فاصبح الضيف محروماً فان نصره على كل مسلم حتى

وأئمة الامصار الا أصحاب الرأي قالوا ليست سنة وهي من امر الجاهلية، وروي عن النبي ﷺ أنه سئل عن العقيقة فقال «ان الله تعالى لا يحب العقوق» فكأنه كره الاسم وقال «من ولد له مولود فأحب أن ينسك عنه فليفعل» رواه مالك في موطئه وقال الحسن وداود هي واجبة وروي عن بريدة ان الناس يعرضون عليها كما يعرضون على الصلوات الخمس لما روى سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال «كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه» وعن أبي هريرة مثله قال أحمد اسناده جيد وروى حديث سمرة الاثرم وابو داود وعن عائشة ان رسول ﷺ أمرهم عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة وظاهر الامر الوجوب

ولنا على استحبابها هذه الاحاديث وعن أم كرز الكعبية قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول «عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة» وفي لفظ «عن الغلام شاتان مثلان وعن الجارية شاة» رواه أبو داود وفي رواية قال «العقيقة عن الغلام شاتان» والاجماع قال ابو الزناد العقيقة من أمر الناس كانوا يكرهون تركه، وقال أحمد العقيقة سنة عن رسول الله ﷺ قد عق عن الحسن والحسين وفعله أصحابه وقال النبي ﷺ «الغلام مرتهن بعقيقته» وهو اسناد جيد يرويه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم. وجعلها ابو حنيفة من أمر الجاهلية وذلك لقلة علمه ومعرفته بالاخبار، وأما بيان كونها غير واجبة فدليله ما احتج به أصحاب الرأي من الخبر وما رووه محمول على تأكيد الاستحباب جمعاً بين الاخبار ولانها ذبيحة لسرور حادث فلم تكن واجبة كالوليمة والنقيعة

(فصل) والعقيقة أفضل من الصدقة بقيمتها نص عليه أحمد وقال إذا لم يكن عنده ما يعق فاستقرض رجوت ان يخلف الله عليه احياء سنة قال ابن المنذر صدق أحمد احياء السنن واتباعها أفضل، وقد ورد فيها من التأكيد في الاخبار التي رويناها ما لم يرد في غيرها ولانها ذبيحة أمر النبي ﷺ بها فكانت أولى كالوليمة والأضحية

﴿مسئلة﴾ قال (عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة)

هذا قول أكثر القائلين بها وبه قال ابن عباس وعائشة والشافعي وإسحاق وابو ثور وكان ابن

يأخذ بحقه من زرعه وماله» رواه أبو داود، والواجب يوم وليلة والكمال ثلاثة أيام وذكر ابن أبي موسى ان الواجب ثلاثة أيام لما روى أبو سريح قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة لايحل لمسلم ان يقيم عند أخيه حتى يؤثمه» قالوا يارسول الله كيف يؤثمه؟ قال «يقيم عنده وليس عنده مايقريه» متفق عليه قال أحمد معنى قوله عليه السلام «جائزته يوم وليلة» كأنه أوكد من سائر الثلاثة ولم يرد يوما وليلة سوى الثلاثة لانه يصير أربعة أيام وقد قال ومازاد على الثلاثة فهو صدقة، فان امتنع من ضيافته فللضيف بقدر ضيافته قال أحمد يطالبهم بحقه الذي جعله له النبي صلى الله

عمر يقول شاة شاة عن الغلام والجارية لما روي عن النبي ﷺ أنه عق عن الحسن شاة وعن الحسين شاة رواه ابو داود وكان الحسن وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة لان العقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة

ولنا حديث عائشة وأم كرز وهذا نص وماورووه محمول على الجواز . إذا ثبت هذا فالمستحب أن تكون الشاتان متماثلتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « شاتان مكافئتان » وفي رواية « مثلان » قال احمد يعني متقاربتين او متساويتين لما جاء من الحديث فيه ، ويجوز فيها الذكر والانثى لما روي في حديث ام كرز أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ولا بأس أن يكون ذكوراً اوإناثاً » رواه سعيد وابو داود والذكر أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وضحى بكبشين أقرنين والعقيقة تجري مجرى الاضحية والافضل في لونها البياض على ماذكرنا في الاضحية لانها تشبهها ويستحب استسمانها واستعظامها واستحسانها كذلك وإن خالف ذلك او عق بكبش واحد أجزأ لما روينا من حديث الحسن والحسين

﴿ مسألة ﴾ قال (ويذبح يوم السابع)

قال أصحابنا السنة أن تذبح يوم السابع فان فات ففي أربع عشرة فان فات ففي إحدى وعشرين ويروى هذا عن عائشة وبه قال إسحاق، وعن مالك في الرجل يريد أن يعق عن ولده فقال ماعلمت هذا من أمر الناس وما يعجبني ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم القائلين بمشروعيتها في استحباب ذبحها يوم السابع والاصل فيه حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه » واما كونه في أربع عشرة ثم في إحدى وعشرين فالحجة فيه قول عائشة رضي الله عنها وهذا تقدير الظاهر انها لاتقوله الا توقيفا ، وان ذبح قبل ذلك او بعده أجزأه لان المقصود يحصل ، وان تجاوز أحداً وعشرين احتمل أن يستحب في كل سابع فيجعله

عليه وسلم ولا يأخذ شيئاً الا بعلم أهله وعنه رواية أخرى له ان يأخذ ما يكفيه بغير اذنهم لما روى عقبة بن عامر قال قلنا يارسول الله إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقرونا قال « اذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم » متفق عليه

﴿مسئلة﴾ (وتستحب ضيافته ثلاثة أيام فما زاد فهو صدقة)

وعن أحمد ان الضيافة على أهل القرى دون أهل الامصار قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل الى أي شيء تذهب فيها؟ قال هي مؤكدة وكأنها على أهل القرى والطرق الذين يمر بهم الناس أوكد

في ثمانية وعشرين فان لم يكن ففي خمسة وثلاثين وعلى هذا قياساً على ماقبله ، واحتمل أن يجوز في كل وقت لان هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الاضحية وغيرها ، وان لم يعق أصلا فبلغ الغلام وكسب فلا عقيقة عليه ، وسئل احمد عن هذه المسئلة فقال ذلك على الوالد يعني لايعق عن نفسه لان السنة في حق غيره ، وقال عطاء والحسن يعق عن نفسه لانها مشروعة عنه ولانه مرتهن بها فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه

ولنا أنها مشروعة في حق الوالد فلا يفعلها غيره كالاجنبي وكصدقة الفطر

(فصل) ويستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع ويسمى لحديث سمرة ، وان تصدق بزنة شعره فضة فحسن لما روي ان النبي ﷺ قال لفاطمة لما ولدت الحسن « احلقي رأسه وتصدقي بزنة شعره فضة على المساكين والاوفاض » يعني اهل الصفة رواه الامام احمد ، وروى سعيد في سننه عن محمد بن علي ان رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وانه تصدق بوزن شعورهما ورقا وان فاطمة كانت إذا ولدت ولداً حلقت شعره وتصدقت بوزنه ورقا ، وان سماه قبل السابع جاز لان النبي ﷺ قال « ولد الليلة لي غلام فسميته باسم أبي ابراهيم » وسمى الغلام الذي جاء به أنس بن مالك فحنكه وسماه عبد الله ، ويستحب أن يحسن اسمه لانه روي عن النبي ﷺ انه قال « انكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فاحسنوا أسماءكم » وقال عليه السلام « أحب الاسماء إلي عبدالله وعبد الرحمن » حديث صحيح

وروي عن سعيد بن المسيب انه قال : أحب الاسماء إلى الله تعالى أسماء الانبياء . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « تسموا باسمي ولا تكنوا بكنيتي » وفي رواية « لاتجمعوا بين اسمي وبين كنيتي »

(فصل) ويكره أن يلطخ رأسه بدم كره ذلك احمد والزهري ومالك والشافعي وابن المنذر وحكي عن الحسن وقتادة انه مستحب لما روي في حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم السابع ويدمى » رواه همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ابن عبد البر لاأعلم أحداً قال هذا إلا الحسن وقتادة وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه لان النبي

فاما مثلنا الآن فكأنه ليس مثل أولئك وذلك لان أهل القرى والله أعلم ليس عادتهم بيع القوت فلولم تلزمهم الضيافة بقي المسافر ليس له ما يقتات بخلاف أهل الامصار فان عادتهم ذلك فيجد المسافر ما يشتري ويقتات فلا تلزمهم الضيافة

﴿مسئلة﴾ (وليس له انزال الضيف في بيته) لما فيه من الحرج الا ان لايجد مسجداً أو رباطاً يبيت فيه فيبيت عنده للضرورة ولان الخبر انما ورد في الضيافة لا غير فكان خاصاً فيها دون غيرها

(فصل) قال المروذي سألت أبا عبدالله قلت تكره الخبز الكبار ؟ قال نعم! كرهه ليس فيه بركة انما البركة في الصغار وقال مرهم ان لايخبزوا كبارا قال ورأيت أبا عبدالله يغسل يديه قبل الطعام وبعده

صلى الله عليه وسلم قال « مع الغلام عقيقته فهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الاذى » رواه أبو داود وهذا يقتضي أن لايمس بدم لانه أذى

وروى يزيد بن عبد المزني عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يعق عن الغلام ولا يمس رأسه بدم » قال مهنا ذكرت هذا الحديث لاحمد فقال ماأظرفه ورواه ابن ماجه ولم يقل عن أبيه ولان هذا تنجيس له فلا يشرع كلطخه بغيره من النجاسات

وقال بريدة كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران رواه ابو داود . فاما رواية من روى «ويدمى» فقال ابو داود «ويسمى» أصح هكذا قال سلام ابن ابي مطيع عن قتادة واياس بن دغفل عن الحسن ووهم همام فقال ويدمى ، قال احمد قال فيه ابن ابي عروبة يسمى ، وقال همام يدمى وما أراه إلا أخطأ وقد قيل هو تصحيف من الراوي

(مسألة) قال (ويجتنب فيها من العيب مايجتنب في الاضحية)

وجملته ان حكم العقيقة حكم الاضحية في سنها وانه يمنع فيها من العيب مايمنع فيها ويستحب فيها من الصفة مايستحب فيها وكانت عائشة تقول ائتوني به أعين أقرن ، وقال عطاء الذكر أحب إلي من الانثى ، والضأن أحب من المعز فلا يجزىء فيها أقل من الجذع من الضان والثني من المعز ولا تجوز فيها العوراء البين عورها ، والعرجاء البين ظلعها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء التي لاتنقي والعضباء التي ذهب أكثر من نصف أذنها أو قرنها، وتكره فيها الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة ويستحب استشراف العين والاذن كما ذكرنا في الاضحية سواء لانها تشبهها فتقاس عليها

(مسألة) قال (وسبيلها في الاكل والهدية والصدقة سبيلها لا أنها تطبخ أجدالا)

وبهذا قال الشافعي وقال ابن سيرين اصنع بلحمها كيف شئت ، وقال ابن جريج تطبخ بماء وملح

وان كان على وضوء وقال مهنا ذكرت ليحيى بن معين حديث قيس بن الربيع عن أبي هاشم عن زاذان عن سلمان عن النبي صلى الله عليه وسلم « بركة الطعام الوضوء قبله وبعده » وذكرت الحديث لاحمد فقال ماحدث به الاقيس بن الربيع وهو منكر الحديث قلت بلغني عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره غسل اليد عند الطعام لم كره سفيان ذلك ؟ قال لانه من زي العجم قلت بلغني عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره ان يكون تحت القصعة الرغيف لم كرهه سفيان ؟ قال كره ان يستعمل الطعام قلت تكرهه أنت؟ قال نعم وروى ابن عقيل قال حضرت مع ابن شهاب وليمة ففرشوا المائدة بالخبز فقال لا تتخذوا الخبز بساطا وقال المروذي قلت لابي عبدالله ان ابا معمر قال ان ابا اسامة قدم اليهم خبزا فكسره فقال هذا لئلا تعرفوا كم تأكلون قيل لابي عبدالله يكره الاكل

ويهدى الجيران والصديق ولا يتصدق منها بشيء ، وسئل احمد عنها فحكى قول ابن سيرين وهذا يدل على انه ذهب اليه وسئل هل يأكلها كلها؟ قال لم أقل يأكلها كلها ولا يتصدق منها بشيء والاشبه قياسها على الاضحية لانها نسيكة مشروعة غير واجبة فأشبهت الاضحية ولانها أشبهتها في صفاتها وسنها وقدرها وشروطها فأشبهتها في مصرفها وان طبخها ودعا اخوانه فأكلوها فحسن، ويستحب أن تفصل أعضاؤها ولا تكسر عظامها لما روي عن عائشة أنهـا قالت : السنة شاتان مكافئتان عن الغلام ، وعن الجارية شاة تطبخ جدولا ولا يكسر عظم ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك يوم السابع

قال ابو عبيد الهروي في العقيقة تطبخ جدولا لا يكسر لها عظم أي عضواً عضواً وهو الجدل بالدال غير المعجمة والارب والشلو والعضو والوصل كله واحد وانما فعل بها ذلك لانها أول ذبيحة ذبحت عن المولود فاستحب فيها ذلك تفاؤلا بالسلامة كذلك قالت عائشة ، وروي أيضاً عن عطاء وابن جريج وبه قال الشافعي

(فصل) قال احمد يباع الجلد والرأس والسقط ويتصدق به وقد نص في الاضحية على خلاف هذا وهو اقيس في مذهبه لانها ذبيحة لله فلا يباع منها شيء كالهدي ولانه تمكن الصدقة بذلك بعينه فلا حاجة الى بيعه ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن ينقل حكم إحداهما الى الاخرى فيخرج في المسئلتين روايتان ويحتمل ان يفرق بينهما من حيث أن الاضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فاشبهت الهدي والعقيقة شرعت عند سرور حادث وتجدد نعمة فاشبهت الذبيحة في الوليمة ولان الذبيحة ههنا لم تخرج عن ملكه فكان له ان يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقة به في فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك

متكئا؟ قال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا آكل متكئا » رواه أبو داود عن شعيب بن عبدالله بن عمرو عن أبيه قال ما رؤي رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا قط رواه ابو داود وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يأكل الرجل منبطحا رواه أبو داود

(فصل) وتستحب التسمية عند الطعام وحمد الله تعالى عند آخره لما روى عمر بن أبي سلمة قال اكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال «سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك» فما زالت اكلتي متفق عليه وروى الامام احمد باسناده عن أبي هريرة قال لا اعلمه الا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الطاعم الشاكر مثل الصائم الصابر » قال معناه اذا اكل وشرب يشكر الله ويحمده على ما رزقه » وعن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا اكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي ان يذكر اسم الله في اوله فليقل بسم الله اوله وآخره » رواه ابو داود وعن معاذ بن انس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اكل طعاما فقال الحمد لله الذي اطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » وعن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) قال بعض اهل العلم يستحب للوالد أن يؤذن في اذن ابنه حين يولد لما روى عبد الله ابن رافع عن أمه ان النبي ﷺ أذن في اذن الحسن حين ولدته فاطمة وعن عمر بن عبدالعزيز انه كان إذا ولد له مولود أخذه في خرقة فأذن في أذنه اليمنى وأقام في اليسرى وسماه ، وروينا ان رجلا قال لرجل عند الحسن يهنئه بابن له ليهنك الفارس فقال الحسن ومايدريك أنه فارس هو اوحمار؟ فقال كيف نقول؟ قال قل بورك في الموهوب وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره ، وروي أن النبي ﷺ كان يحنك أولاد الانصار بالتمر ، وروى انس قال ذهبت بعبد الله بن أبي طلحة الى رسول الله ﷺ حين ولد قال «هل معك تمر؟» فناولته تمرات فلاكهن ثم فغر فاه ثم مجه فيه فجعل يتلمظ فقال رسول الله ﷺ « حب الانصار التمر» وسماه عبدالله

(فصل) قال اصحابنا لاتسن الفرعة ولا العتيرة وهو قول علماء الامصار سوى ابن سيرين فانه كان يذبح العتيرة في رجب ويروي فيها شيئا والفرعة والفرع بفتح الراء أول ولد الناقة كانوا يذبحونه لآلهتهم في الجاهلية فنهوا عنها قال ذلك ابو عمرو الشيباني وقال أبو عبيد العتيرة هي الرجبية كان أهل الجاهلية إذا طلب احدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة في رجب وهي العتائر والصحيح إن شاء الله تعالى انهم كانوا يذبحونها في رجب من غير نذر جعلوا ذلك سنة فيما بينهم كالأضحية في

اذا اكل طعاما قال الحمدلله الذي اطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين» وعن أبي امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع طعامه اوما بين يديه قال «الحمدلله حمداً كثيرا مباركا فيه غير مكفي ولا مودع» رواهن ابن ماجه

(فصل) ويأكل بيمينه ويشرب بها روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اذا أكل أحدكم فليأكل بيمنيه واذا شرب فليشرب بيمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم وأبو داود ويستحب الأكل بثلاث اصابع لما روى كعب بن مالك قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها رواه الامام أحمد وذكر له حديث ترويه ابنة الزهري ان النبي ﷺ كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث اصابع وروي عن أحمد انه أكل خبيصاً بكفه كلها وروي عن عبدالله بن بريدة انه كان ينهى بناته ان يأكلن بثلاث اصابع وقال لاتشبهن بالرجال

(فصل) قال مهنا سألت احمد عن حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال« لاتقطعوا اللحم بالسكين فان ذلك صنيع الاعاجم» فقال ليس بصحيح لايعرف هذا وقال حديث عمرو بن امية الضمري خلاف هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتز من لحم الشاة فقام الى الصلاة وطرح السكين وحديث مسعر عن جامع بن شداد عن المغيرة اليشكري عن المغيرة بن شعبة ضفت برسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فامر بجنب فشوي ثم أخذ الشفرة فجعل يحز فجاء بلال يؤذنه بالصلاة فالقى الشفرة قال وسألت أحمد عن حديث أبي جحيفة عن النبي ﷺ انه قال اكفف جشاءك يا أبا جحيفة فان اكثركم شبعا اليوم اكثركم جوعا يوم القيامة» فقال هو ويحيى جميعاً ليس بصحيح

الاضحى وكان منهم من ينذرها كما قد تنذر الاضحية بدليل قول النبي ﷺ « على كل أهل بيت أضحاة وعتيرة » وهذا الذي قاله النبي ﷺ في بدء الاسلام تقرير لما كان في الجاهلية وهو يقتضي ثبوتها بغير نذر ثم نسخ ذلك بعده ولان العتيرة لو كانت هي المنذورة لم تكن منسوخة فان الانسان لو نذر ذبح شاة في أي وقت كان لزمه الوفاء بنذره والله أعلم وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرنا رسول الله ﷺ بالفرعة من كل خمس واحدة قال ابن المنذر هذا حديث ثابت

ولنا ماروى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «لافرع ولاعتيرة» متفق عليه وهذا الحديث متأخر عن الامر بها فيكون ناسخا ودليل تأخره أمران (أحدهما) أن راويه أبو هريرة وهو متأخر الاسلام فان إسلامه في سنة فتح خيبر وهي السنة السابعة من الهجرة (والثاني) أن الفرع والعتيرة كان فعلهما أمراً متقدما على الاسلام فالظاهر بقاؤهم عليه الى حين نسخه واستمرار النسخ من غير رفع له ولو قدرنا تقدم النهي على الامر بها لكانت قد نسخت ثم نسخ ناسخها وهذا خلاف الظاهر . إذا ثبت هذا فان المراد بالخبر نفي كونها سنة لا تحريم فعلها ولا كراهته فلو ذبح إنسان ذبيحة في رجب أو ذبح ولد الناقة لحاجته إلى ذلك أو للصدقة به واطعامه لم يكن ذلك مكروها والله تعالى أعلم

(فصل) وروي عن ابن عباس قال لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وعن أنس قال : ما أكل النبي صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة . قال قتادة فعلام كانوا يأكلون ؟ قال : على السفر . حديث صحيح وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يقام عن الطعام حتى يرفع وعن نبيشة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمسح أحدكم يده حتى يلعقها فانه لا يدري في أي طعامه البركة » رواهن ابن ماجه

(فصل) وسئل أبو عبد الله عن غسل اليد بالنخالة قال : لا بأس به نحن نفعله وسئل عن الرجل يأتي القوم وهم على طعام فجأة لم يدع اليه فلما دخل اليهم دعوه يأكل ؟ قال نعم وما بأس وسئل عن حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه ادخر لاهله قوت سنة هو صحيح ؟ قال نعم ولكنهم يختلفون في لفظه

(فصل) روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » وعن جابر قال صنع أبو الهيثم بن التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغوا قال « أثيبوا أخاكم » قالوا : يارسول الله وما اثابته ؟ قال « ان الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » رواهما أبو داود

كتاب السبق والرمي

المسابقة جائزة بالسنة والاجماع . اما السنة فروى ابن عمر ان النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع وبين التي لم تضمر من ثنية الوداع الى مسجد بني زريق متفق عليه ، قال موسى بن عقبة من الحفياء الى ثنية الوداع ستة أميال او سبعة اميال ، وقال سفيان من الثنية الى مسجد بني زريق ميل او نحوه ، وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة ، والمسابقة على ضربين مسابقة بغير عوض ومسابقة بعوض . فأما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقا من غير تقييد بشيء معين كالمسابقة على الاقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة والزاريق، وتجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد وغير هذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر مع عائشة فسابقته على رجلها فسبقته قالت فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال «هذه بتلك» رواه أبو داود ، وسابق سلمة ابن الاكوع رجلا من الانصار بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم في يوم ذي قرد ، وصارع النبي صلى الله عليه وسلم ركانة فصرعه رواه الترمذي ، ومر بقوم يربعون حجراً يعني يرفعونه ليعرفوا الاشد منهم فلم ينكر عليهم وسائر المسابقة يقاس على هذا .

وأما المسابقة بعوض فلا تجوز إلا بين الخيل والابل والرمي لما سنذكره ان شاء الله تعالى واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها لانها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها وفي المسابقة بها مع العوض مبالغة في الاجتهاد في النهاية لها والاحكام لها وقد ورد الشرع

باب السبق

﴿مسألة﴾ (تجوز المسابقة على الدواب والخيل والأقدام والسفن والزاريق وسائر الحيوانات)

والاصل في ذلك السنة والاجماع . أما السنة فروى ابن عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع وبين التي لم تضمر من الثنية إلى مسجد بني زريق . متفق عليه قال موسى بن عقبة بين الحفياء الى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة اميال ، وقال سفيان من الثنية الى مسجد بني زريق ميل او نحوه وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة

والمسابقة على ضربين : مسابقة بغير عوض ومسابقة بعوض ، فأما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين كالمسابقة على الاقدام والسفن والطيور والبغال والحمر والفيلة والزاريق وتجوز المصارعة ورفع الحجارة ليعرف الأشد وغير هذا لان النبي ﷺ كان مع عائشة في سفر فسابقته على رجلها فسبقته قالت فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال « هذه بتلك » رواه أبو داود وسابق سلمة بن الاكوع رجلا من الانصار بين يدي النبي ﷺ في يوم ذي قرد ، وصارع النبي

بالامر بها والترغيب في فعلها قال تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ألا ان القوة الرمي ألا ان القوة الرمي » وروى سعيد في سننه عن خالد بن زيد قال كنت رجلا رامياً وكان عقبة بن عامر الجهني يمر بي فيقول ياخالد اخرج بنا نرمي فلما كان ذات يوم أبطأت عنه فقال هلم أحدثك حديثاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة : صانعه يحتسب في صنعه الخير والرامي به ومنبله ارموا و اركبوا وإن ترموا أحب إلي من أن تركبوا وليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي بعد ماعلمه رغبة عنه فانها نعمة تركها » وعن مجاهد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الملائكة لاتحضر من لهوكم إلا الرهان والنضال » قال الازهرى النضال في الرمي والرهان في الخيل والسباق فيهما ، قال مجاهد ورأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين اذا أصاب خصلة قال أنا بها أنا بها وعن حذيفة مثله

(مسئلة) قال (والسبق في النصل والحافر والخف لا غير)

السبق بسكون الباء المسابقة والسبق بفتحها الجعل المخرج في المسابقة والمراد بالنصل ههنا السهم ذو النصل وبالحافر الفرس وبالخف البعير عبر عن كل واحد منها بجزء منه يختص به ، ومراد الخرقي ان المسابقة بعوض لاتجوز الا في هذه الثلاثة وبهذا قال الزهري ومالك ، وقال اهل العراق يجوز

صلى الله عليه وسلم ركانة فصرعه ، رواه الترمذي ، ومر بقوم يربعون حجراً يعني يرفعونه ليعرفوا الاشد منهم فلم ينكر عليهم ، وسائر المسابقة يقاس على هذا

(مسئلة) (ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والابل والسهام)

لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لاسبق إلا في نصل أو خف اوحافر» رواه أبو داود ، فالسبق بسكون الباء المسابقة والسبق بفتحها الجعل المخرج في المسابقة ،واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها لانها من آلات الحروب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها ، وفي المسابقة بها مع العوض مبالغة في الاجتهاد فيها والاحكام لها وقد ورد الشرع بالامر بها والترغيب في فعلها ، قال الله تعالى(وأعدوا لهم مااستطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ألا ان القوة الرمي ألا ان القوة الرمي

وروى سعيد في سننه عن خالد بن زيد قال كنت رجلا رامياً وكان عقبة بن عامر الجهني يمر فيقول يا خالد اخرج بنا نرمي فلما كان ذات يوم أبطأت عنه فقال هلم أحدثك حديثا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول«ان الله عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة:

ذلك في المسابقة على الاقدام والمصارعة لورود الاثر بهما فان النبي صلى الله عليه وسلم سابق عائشة وصارع ركانة ، ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ولهم في المسابقة في الطيور والسفن وجهان بناء على الوجهين في المسابقة على الاقدام والمصارعة

ولنا ماروى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا سبق الا في نصل أو خف او حافر » رواه ابو داود فنفى السبق في غير هذه الثلاثة ويحتمل أن يراد به نفي الجعل أي لايجوز الجعل الا في هذه الثلاثة ، ويحتمل أن يراد به نفي المسابقة بعوض فانه يتعين حمل الخبر على أحد الامرين للاجماع على جواز المسابقة بغير عوض في هذه الثلاثة ، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا

ولان غير هذه الثلاثة لايحتاج اليها في الجهاد كالحاجة اليها فلم تجز المسابقة عليها بعوض كالرمي بالحجارة ورفعها . إذا ثبت هذا فالمراد بالنصل السهام من النشاب والنبل دون غيرهما والحافر الخيل وحدها والخف الابل وحدها، وقال أصحاب الشافعي تجوز المسابقة بكل ماله نصل من المزاريق وفي الرمح والسيف وجهان وفي الفيل والبغال والحمير وجهان لان للمزاريق والرماح والسيوف نصلا وللفيل خف وللبغال والحمير حوافر فتدخل في عموم الخبر

ولنا ان هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها ولايسهم لها والفيل لايقاتل عليه أهل الاسلام، والرماح والسيوف لايرمى بها فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتراس والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقة به لانه نكرة في اثبات وانما هو عام في نفي مالاتجوز المسابقة به بعوض لكونه نكرة في سياق النفي ثم لو كان عاما لحمل على ما عهدت المسابقة عليه وورد الشرع بالحث على تعلمه وهو ما ذكرناه

صانعه يحتسب في صنعته الخير والرامي به ومنبله ، ارموا واركبوا وان ترموا أحب إلي من أن تركبوا وليس من اللهو الا ثلاث : تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي بعد ماعلمه رغبة عنه فانها نعمة تركها» رواه أبو داود

وعن مجاهد قال قال رسول الله [ص] «ان الملائكة لا تحضر من لهوكم الا الرهان والنضال» قال الازهري النضال في الرمي والرهان في الخيل والسباق فيهما . وقال مجاهد أدركت ابن عمر يشتد بين الهدفين إذا أصاب خصلة قال أنا بها أنا بها ، وعن حذيفة مثله ، فلا تجوز المسابقة بعوض الا في هذه الثلاثة وبهذا قال الزهري ومالك وقال أهل العراق نحو ذلك في المسابقة على الاقدام والمصارعة لورود الاثر بهما فان النبي (ص) سابق عائشة وصارع ركانة ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين، ولهم بالمسابقة بالطيور والسفن وجهان بناء على الوجهين في المسابقة على الاقدام والمصارعة

ولنا ما ذكرنا من الحديث فنفى السبق في غير هذه الثلاثة ويحتمل انه أراد به نفي الجعل أي لايجوز الجعل الا في هذه الثلاثة ، ويحتمل أن يراد به نفي المسابقة بعوض فانه يتعين حمل الخبر على

﴿ مسئلة ﴾ (قال وإذا أرادا أن يستبقا اخرج أحدهما ولم يخرج الآخر فان سبق من اخرج احرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئا وان سبق من لم يخرج احرز سبق صاحبه)

وجملته ان المسابقة اذا كانت بين اثنين او حزبين لم تخل اما أن يكون العوض منهما او من غيرهما فان كان من غيرهما نظرت فان كان من الامام جاز سواء كان من ماله او من بيت المال لان في ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين وان كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك لا يجوز بذل العوض من غير الامام لان هذا مما يحتاج اليه للجهاد فاختص به الامام لتولية الولايات وتأمير الامراء

ولنا انه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا، فاما ان كان منهما اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر فيقول ان سبقتني فلك عشرة وان سبقتك فلا شيء عليك فهذا جائز ، وحكي عن مالك أنه لا يجوز لانه قمار

ولنا أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الامام ، ولا يصح ما ذكره لان القمار أن لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم وههنا لا خطر على أحدهما فلا يكون قماراً فاذا سبق المخرج أحرز سبقه ولا شيء له على صاحبه ، وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لانه عوض في الجعالة فيملك فيها كالعوض المجهول في رد الضالة والآبق وان كان العوض في الذمة فهو دين يقضى به عليه ويجبر على تسليمه ان كان موسراً وان أفلس ضرب به مع الغرماء

أحد الامرين للاجماع على جواز المسابقة بغير عوض في غير هذه الثلاثة ، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا ، ولان غير هذه الثلاثة لا يحتاج اليها في الجهاد كالحاجة الى الثلاثة فلم تجز المسابقة عليها بعوض كالرمي بالحجارة ورفعها

إذا ثبت هذا فالمراد بالنصل السهام من النشاب والنبل وغيرها وبالحافر الخيل وحدها وبالخف الابل خاصة . وقال أصحاب الشافعي تجوز المسابقة بكل ماله نصل من المزاريق وفي الرمح والسيف وجهان : وفي الفيل والبغال والحمير وجهان لان للمزاريق والرماح والسيوف نصلا وللفيل خف والبغال والحمير حوافر فتدخل في عموم الخبر

ولنا ان هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها ولا يسهم لها ، والفيل لا يقاتل عليه أهل الاسلام ، والرماح والسيوف لا يرمى بها فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتراس ، والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقة به لانه نكرة في اثبات وانما هو عام في نفي ما لا تجوز المسابقة به بعوض لكونه نكرة في سياق النفي ثم لو كان عاما لحمل على ما عهدت المسابقة عليه ، وورد الشرع بالحث على تعلمه وهو ما ذكرناه

(فصل) والمسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر هو لازم ان كان العوض منهما وجائز اذا كان من أحدهما او من غيرهما وذكره القاضي احتمالا لانه عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة

ولنا أنه عقد على مالا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزاً كرد الآبق فانه عقد على الاصابة ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الاجارة، فعلى هذا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع في المسابقة، وان أراد أحدهما الزيادة فيها او النقصان منها لم يلزم الآخر اجابته وأما بعد الشروع في المسابقة فان كان لم يظهر لاحدهما فضل على الآخر جاز الفسخ لكل واحد منهما وان ظهر لاحدهما فضل مثل أن يسبقه بفرسه في بعض المسابقة او يصيب بسهامه أكثر منه فللفاضل الفسخ، ولا يجوز للمفضول لانه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة لانه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود، وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا العقد جائز ففي جواز الفسخ من المفضول وجهان

(فصل) ويشترط أن يكون العوض معلوما لانه مال في عقد فكان معلوما كسائر العقود ويكون معلوما بالمشاهدة أو بالقدر والصفة على ماتقدم في غير موضع، ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا كالعوض في البيع ويجوز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلو قال إن نضلتني فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز وصح النضال لان ماجاز أن يكون حالا ومؤجلا جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا كالثمن غير انه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تصير به معلومة

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشروط خمسة)

(أحدها) تعيين المركوب والرماة لان القصد معرفة جوهر الدابتين وسرعة عدوهما ومعرفة حذق الرماة ولا يحصل الا بالتعيين لان المقصود معرفة حذق رام بعينه لامعرفة حذق رام في الجملة فلو عقد اثنان نضالا على أن مع كل واحد منهما ثلاثة غير متعينين لم يجز لذلك

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين)

لا يشترط تعيين القوس ولا السهام في المناضلة ولو عينها لم تتعين لان القصد معرفة الحذق وهو لا يختلف إلا بالرمي دون القوس والسهام، وفي الرهان يشترط تعيين الحيوان الذي يسابق به لما ذكرنا ولا يعتبر تعيين الراكب لأن المقصود معرفة عدو الفرس لاحذق الراكب وكل ماتعين لا يجوز إبداله كالمتعين في البيع، وما لايتعين يجوز إبداله لعذر وغيره، فعلى هذا ان شرطا أن لا يرمى بغير هذا القوس ولا بغير هذا السهم ولا يركب غير هذا الراكب فهي شروط فاسدة وهي تنافي مقتضى العقد فهو كما لو شرط إصابة باصابتين

(فصل) ويجوز عقد النضال على اثنين وعلى جماعة لان النبي (ص) مر على اصحاب له ينتضلون

(فصل) فان شرط أن يطعم السبق أصحابه فالشرط فاسد لانه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الآبق ولا يفسد العقد وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يفسد

ولنا انه عقد لاتقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ، وذكر القاضي أن الشروط الفاسدة في المسابقة تنقسم قسمين

(أحدهما) مايخل بشرط صحة العقد نحو أن يعود إلى جهالة العوض أو المسافة ونحوهما فيفسد العقد لان العقد لايصح مع فوات شرطه

(والثاني) مالا يخل بشرط العقد نحو أن يشترط أن يطعم السبق أصحابه أو غيرهم أو يشرطانه اذا نضل لا يرمي أبداً او لايرمي شهراً او شرطا أن لكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع في العمل وأشباه هذا فهذه شروط باطلة في نفسها وفي العقد المقترن بها وجهان

(أحدهما) صحته لان العقد تم باركانه وشروطه فاذا حذف الزائد الفاسد بقي العقد صحيحاً

(والثاني) يبطل لانه بذل العوض لهذا الغرض فاذا لم يحصل له غرضه لايلزمه العوض، وكل موضع فسدت المسابقة فان كان السابق المخرج أمسك سبقه وإن كان الآخر فله أجر عمله لانه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالاجارة الفاسدة

(فصل) واذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما أو لجماعة أيكم سبق فله عشرة جاز لان كلا

فقال « ارموا وأنا مع ابن الادرع — فأمسك الآخرون وقالوا كيف نرمي وأنت مع ابن الادرع ؟ فقال — ارموا وأنا معكم كلكم » رواه البخاري ، ولانه اذا جاز أن يكونا اثنين جاز أن يكونا جماعتين لان المقصود معرفة الحذق وهو يحصل في الجماعتين وكذلك في سباق الخيل وقد ثبت ان النبي (ص) سابق بين الخيل المضمرة وبين الخيل التي لم تضمر

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد فلا يجوز بين عربي وهجين ولا بين قوس عربية وفارسية ويحتمل الجواز)

إذا كانا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز لان البعير لايكاد يسبق الفرس فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة فان كانا من نوعين كالعربي والهجين والبختي والعرابي ففيه وجهان [أحدهما] لايصح ذكره ابو الخطاب لان التفاوت بينهما في الجري معلوم بحكم العادة فأشبها الجنسين [والثاني] يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

(فصل) ولا بأس بالرمي بقوس فارسية في ظاهر كلام أحمد ، وقد نص على جواز المسابقة بها وقال أبو بكر يكره لانه قد روي عن النبي ﷺ انه رأى مع رجل قوساً فارسية فقال « القها فانها ملعونة ولكن عليكم بالقسي العربية وبرماح القنا فبها يؤيد الله الدين وبها يمكن الله لكم في الارض »رواه الاثرم .

منهم يطلب أن يكون سابقاً وأيهم سبق استحق العشرة ، وإن جاءوا جميعاً فلا شيء لواحد منهم لانه لا سابق فيهم ، وإن قال لاثنين أيكما سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح لانه لافائدة في طلب السبق فلا يحرص عليه لعدم فائدته فيه ، وإن قال ومن صلى فله خمسة صح لان كل واحد يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل ، وإن كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك صح لان كل واحد منهم يطلب ان يكون سابقاً او مصلياً والمصلي هو الثاني لان رأسه عند صلي الآخر والصلوان هما العظمان الناتئان من جانبي الذنب وفي الاثر عن علي رضي الله عنه انه قال « سبق ابو بكر ، وصلى عمر ، وخبطتنا عشواء »وقال الشاعر :

إن تبتدر غاية يوما لمكرمة تلق السوابق منا والمصلينا

فان قال للمجلي وهو الاول مائة وللمصلي وهو الثاني تسعون ، وللتالي وهو الثالث ثمانون ، وللنازع وهو الرابع سبعون ، وللمرتاح وهو الخامس ستون وللحظي وهو السادس خمسون، وللعاطف وهو السابع أربعون ، وللمؤمل وهو الثامن ثلاثون ، وللطيم وهو التاسع عشرون ، وللسكيت وهو العاشر عشرة ، وللفسكل وهو الآخر خمسة صح لان كل واحد يطلب السبق فاذا فاته طلب مايلي السابق والفسكل اسم للآخر ثم يستعمل هذا في غير المسابقة بالخيل تجوزاً كما روي أن أسماء ابنة

ولنا انعقاد الاجماع على الرمي بها وإباحة حملها فان ذلك جار في أكثر الاعصار وهي التي يحصل الجهاد بها في عصرنا هذا وأما الخبر فيحتمل انه لعنها ، لان حملتها في ذلك العصر العجم ولم يكونوا أسلموا بعد ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها ولهذا أمر برماح القنا ولو حمل انسان رمحاً غيرها لم يكن مذموما وحكى أحمد ان قوما استدلوا على القسي الفارسية بقوله تعالى (واعدوا لهم مااستطعتم من قوة) لدخوله في عموم الآية .

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي بما جرت به العادة)

يشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وان يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لايختلفان فيها لان الغرض معرفة اسبقهما ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية ،لان أحدهما قديكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه وبالعكس فيحتاج إلى غاية تجمع حالتيه ومن الخيل ماهو أصبر والقارح أصبر من غيره وروى ابن عمر ان النبي ﷺ سبق بين الخيل وفضل القرح في الغاية ، رواه أبو داود فان استبقا بغير غاية لينظر أيهما يقف اولا لم يجز لانه يؤدي إلى أن لا يقف أحدهما حتى تنقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه ، ولذلك يشترط معرفة مدى الرمي إما بالمشاهدة او بالذرعان نحومائة ذراع أو مائتي ذراع لان الاصابة به تختلف بالقرب والبعد ويجوز مايتفقان عليه إلا ان يجعلا مسافة بعيدة تتعذر الاصابة في مثلها غالباً وهو مازاد على ثلثمائة ذراع فلايصح ، لان الغرض يفوت بذلك وقد قيل مارمى في اربعمائة ذراع الا عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه .

عميس كانت تزوجت جعفر بن أبي طالب وولدت له عبدالله ومحمداً وعونا ثم تزوجها ابو بكر الصديق فولدت له محمد بن أبي بكر ثم تزوجها علي بن ابي طالب فقالت له ان ثلاثة أنت آخرهم لأخيار فقال لولدها فسكاتني أمكم ، وإن جعل للمصلي أكثر من السابق أو مثله أو جعل للتالي أكثر من المصلي أو مثله أو لم يجعل للمصلي شيئاً لم يجز لان ذلك يفضي إلى أن لا يقصد السبق بل يقصد التأخر فيفوت المقصود

(فصل) إذا قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة صح فان جاءوا معاً فلاشيء لهم لانه لم يوجد الشرط الذي يستحق به الجعل في واحد منهم وان سبقهم واحد فله العشرة لوجود الشرط فيه وان سبق اثنان فلهما العشرة وان سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعة لان الشرط وجد فيهم فكان الجعل بينهم كما لو قال من رد عبدي الآبق فله عشرة فرده تسعة ، ويحتمل ان يكون لكل واحد من السابقين عشرة لان كل واحد منهم سابق فيستحق الجعل بكماله كما لو قال من رد عبداً لي فله عشرة فرد كل واحد عبداً ، وفارق ما لو قال من رد عبدي فرده تسعة لان كل واحد منهم لم يرده انما رده حصل من الكل ويصير هذا كما لو قال من قتل قتيلا فله سلبه فان قتل كل واحد واحداً فلكل واحد سلب قتيله كاملا وان قتل الجماعة واحداً فلجميعهم سلب واحد وههنا كل واحد له سبق مفرد فكان له الجعل كاملا. فعلى هذا لو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فعلى الاول من الوجهين للسابقين عشرة لكل واحد منهم درهمان وللمصلين خمسة لكل واحد منهم درهم وعلى الوجه الثاني لكل واحد من السابقين عشرة فيكون لهم خمسون ولكل

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الرابع كون العوض معلوما لانه مال في عقد فوجب العلم به كسائر العقود)

إما بالمشاهدة أو بالقدر او بالصفة على ماتقدم في غير موضع ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا وبعضه حالا وبعضه مؤجلا فلو قال ان فضلتني فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز لان ما جاز ان يكون حالا ومؤجلا جاز ان يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا كالبيع غير انه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تعلم به كالسلم

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الخامس الخروج عن شبه القمار بان لا يخرج جميعهم)

متى استبق اثنان والجعل منهما فاخرج كل واحد منهما لم يجز وكان قماراً ، لان كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرم وهذا قمار .

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان الجعل من الامام او احد غيرهما او احدهما على ان من سبق أخذه جاز).

وجملة ذلك ان المسابقة اذا كانت بين اثنين أو حزبين لم يخل اما ان تكون منهما او من غيرهما فان كان من غيرهما وكان من الامام جاز سواء كان من ماله او من بيت المال لان في ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين ، وان كان غير الامام فله بذل العوض من ماله ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك لايجوز ، لان هذا مما يحتاج اليه في الجهاد فاختص به الامام كتولية الولايات وتأمير الامراء

واحد من المصلين خمسة فيكون لهم خمسة وعشرون ومن قال بالوجه الاول احتمل على قوله أن لا يصح العقد على هذا الوجه لانه يحتمل ان يسبق تسعة فيكون لهم عشرة لكل واحد درهم وتسع ويصلي واحد فيكون له خمسة فيصير للمصلي من الجعل فوق ما للسابق فيفوت المقصود

﴿مسئلة﴾ قال (وإن أخرجا جميعاً لم يجز الا ان يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رميه رمييهما فان سبقهما أحرز سبقيهما وان كان السابق أحدهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه فكان كسائر ماله ولم يأخذ من المحلل شيئاً)

السبق بالفتح الجعل الذي يسابق عليه ويسمى الخطر والندب والقرع والرهن ويقال سبق إذا أخذ وإذا أعطى وهو من الاضداد ومتى استبق الاثنان والجعل بينهما فاخرج كل واحد منهما لم يجز وكان قماراً لان كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرم وسواء كان ما اخرجاه متساويا مثل أن يخرج كل واحد منهما عشرة او متفاوتا مثل ان اخرج احدهما عشرة والآخر خمسة، ولو قال ان سبقتني فلك علي عشرة وان سبقتك فلي عليك قفيز حنطة او قال ان سبقتني فلك علي عشرة ولي عليك قفيز لم يجز لما ذكرناه فان ادخلا بينهما محللا وهو ثالث لم يخرج شيئا جاز، وبهذا قال سعيد بن المسيب والزهري والأوزاعي واسحاق واصحاب الرأي وحكى أشهب عن مالك انه قال في المحلل لا أحبه وعن جابر ابن زيد انه قيل له ان اصحاب رسول الله ﷺ كانوا لا يرون بالدخيل باساً قال هم أعف من ذلك

ولنا انه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا او سلاحا فاما ان كان منهما اشترط كون الجعل من احدهما فيقول ان سبقتني فلك عشرة وان سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز وحكي عن مالك انه لا يجوز لانه قمار.

ولنا ان احدهما يختص بالسبق فجاز كما لو اخرجه الامام ولا يصح ما ذكره لان القمار لا يخلو كل واحد منهما ان يغنم او يغرم وههنا لا خطر على احدهما فلا يكون قماراً.

﴿مسئلة﴾ (فان جاءا معاً فلا شيء لهما) لانه لا سابق فيهما وان سبق المخرج احرز سبقه ولا شيء له على صاحبه لانه لو اخذ منه شيئا كان قماراً وان سبق الآخر احرز سبق المخرج فملكه وكان كسائر امواله لانه عوض في الجعالة فملك فيها كالعوض المجهول في رد الضالة، فان كان العوض في الذمة فهو دين يقضى به عليه ويجبر على تسليمه ان كان موسراً وان افلس ضرب به مع الغرماء.

﴿مسئلة﴾ (وان اخرجا معا لم يجز إلا ان يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما او بعيره بعيريهما او رميه رمييهما فان سبقهما احرز سبقيهما وان سبقاه احرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئا وان سبق احدهما احرز السبقين وان سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما)

السبق بفتح الباء الجعل الذي يسابق عليه ويسمى الخطر والندب والقرع والرهن ويقال سبق

ولنا ماروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «من ادخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود فجعله قماراً اذا أمن أن يسبق لانه لايخلو كل واحد منهما من أن يغنم او يغرم وإذا لم يؤمن أن يسبق لم يكن قماراً لان كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك. ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما او بعيره مكافئاً لبعيريهما ورميه لرمييهما فان لم يكن مكافئا مثل أن يكون فرساهما جوادين وفرسه بطيء فهو قمار للخبر ولانه مأمون سبقه فوجوده كعدمه، وان كان مكافئاً لهما جاز، فان جاءوا كلهم الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لانه لاسابق فيهم، وكذلك ان سبق المستبقان المحلل، وان سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق، وان سبق أحد المستبقين وحده أحرز سبق نفسه وأخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئا وان سبق أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين وسواء كان المستبقون اثنين او أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لاسبق منه جاز وكذلك لو كان المحلل جماعة جاز لانه لافرق بين الاثنين والجماعة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لايختلفان فيها لان الغرض معرفة أسبقهما ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية ولان أحدهما قد يكون مقصراً في اول عدوه سريعاً في انتهائه، وقد يكون بضد ذلك فيحتاج الى غاية تجمع حاليه ومن الخيل ماهو أصبر والقارح أصبر من غيره، وقد روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ سبق بين الخيل

إذا اخذ وإذا أعطى وهو من الاضداد، متى استبق اثنان فاخرج كل واحد منهما لم يجز وكان قماراً، لان كل واحد منهما لايخلو من ان يغنم أو يغرم وسواء كان ما اخرجاه متساويا أو متفاوتاً مثل ان أخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة ولو قال ان سبقتني فلك عشرة وان سبقتك فلي عليك قفيز حنطة أو قال ان سبقتني فلك علي عشرة ولي عليك قفيز حنطة لم يجز لما ذكرناه. فاذا ادخلا بينهما محللا وهو ثالث لم يخرج شيئاً جاز، وبهذا قال سعيد بن المسيب والزهري والأوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي، وحكى أشهب عن مالك إنه قال في المحلل لاأحبه، وعن جابر بن زيد انه قيل له ان أصحاب رسول الله ﷺ كانوا لايرون بالدخيل بأسا قال هم أعف من ذلك.

ولنا ماروى ابو هريرة ان النبي ﷺ قال « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يؤمن ان يسبق فليس بقمار ومن ادخل فرسا بين فرسين وقد امن ان يسبق فهو قمار » رواه أبو داود فجعله قماراً إذا أمن أن يسبق لانه لايخلو كل واحد منهما ان يغنم او يغرم وإذا لم يؤمن أن يسبق لم يكن قماراً، لان كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك. ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما او بعيره لبعيريهما او رميه لرمييهما فان لم يكن مكافئا مثل ان تكون فرساهما اجود من فرسه فيكونا

وفضل القرح في الغاية رواه أبو داود وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع وذلك ستة اميال أو سبعة ، وبين التي لم تضمر من الثنية الى مسجد بني زريق وذلك ميل أو نحوه، فان استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أو لا لم يجز لانه يؤدي الى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه . ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة فان أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا ؟ لم يجز هذا في المسابقة بعوض لانه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد المسافة بينهما، ويكون عند أول المسافة من يشاهد ارسالها ويرتبهما وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا في ذلك، ويحصل السبق في الخيل بالرأس إذا تماثلت الاعناق فان اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الابل اعتبر السبق بالكتف لان الاعتبار بالرأس متعذر فان طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه وفي الابل ما يرفع رأسه وفيها ما يمد عنقه فربما سبق رأسه لمد عنقه لا لسبقه فلذلك اعتبرنا الكتف فان سبق رأس قصير العنق فهو سابق لان من ضرورة ذلك كونه سابقاً وإن سبق طويل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق وان كان بقدره لم يسبقه وان كان أقل فالآخر السابق ونحو هذا كله قول الشافعي ، وقال الثوري اذا سبق احدهما بالاذن كان سابقا ولا يصح لان أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً باذنه لذلك لا لسبقه وان شرطا السبق باقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح ، وقال بعض أصحاب الشافعي يصح ويتحاطان ذلك كما في الرمي وليس بصحيح لان هذا لا ينضبط ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما

جوادين وهو بطيء فهو قمار للخبر ولانه مأمون سبقه فوجوده كعدمه ،وان كان مكافئا جاز فان جاءوا الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لانه لا سابق فيهم وكذلك إن سبقا المحلل وان سبق المحلل أحرز السبقين بالاتفاق وان سبق احد المستبقين وحده احرز سبق نفسه واخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئا وان سبق احد المستبقين والمحلل احرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين وسواء كان المستبقون اثنين او أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا يسبق منه جاز ولذلك لو كان المحلل جماعة جاز لانه لا فرق بين الاثنين والجماعة وهذا مذهب الشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال المخرج من سبق فله عشرة ومن صلى فله ذلك لم يجز اذا كانا اثنين وإن قال من صلى فله خمسة جاز)

وجملة ذلك انه إذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما او لجماعة ايكم سبق فله عشرة جاز لان كل واحد منهم يطلب ان يكون سابقا فأيهم سبق استحق العشرة فان جاؤا جميعاً فلا شيء لواحد

وقد روى الدارقطني باسناده عن علي رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال لعلي «قد جعلت لك هذه السبقة بين الناس» فخرج علي فدعا سراقة بن مالك فقال ياسراقة إني قد جعلت اليك ما جعل النبي ﷺ في عنقي من هذه السبقة في عنقك فاذا أتيت الميطان - قال أبوعبد الرحمن الميطان مرسلها من الغاية - فصف الخيل ثم نادهل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلها عند الثالثة فيسعد الله بسبقه من شاء من خلقه ، وكان علي يقعد على منتهى الغاية يخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفيه بين ابهامي ارجاهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول لهما إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو اذن أو عذار فاجعلا السبقة له فإن شككتما فاجعلوا سبقهما نصفين فاذا قرنتم ثنتين فاجعلا الغاية من غاية اصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولاشغار في الاسلام، وهذا الادب الذي ذكره في هذا الحديث في ابتداء الارسال وانتهاء الغاية من احسن ماقيل في هذا وهو مروي عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه في قضية أمره بها رسول الله ﷺ وفوضها اليه فينبغي أن تتبع ويعمل بها

(فصل) ويشترط في الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد فان كانا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز لان البعير لايكاد يسبق الفرس فلايحصل الغرض من هذه المسابقة وان كانا من نوعين كالعربي والبرذون أو البختي والعرابي ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب لان التفاوت بينهما في الجري معلوم بحكم العادة فاشبها الجنسين (والثاني) يصح ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي لأنهما من جنس واحد ، وقد يسبق كل واحد منها الآخر والضابط الجنس وقدوجد ويكفي في المظنة احتمال الحكمة ولوعلى بعد

منهم لانه لاسابق فيهم وان قال لاثنين أيكما سبق فله عشرة وايكما صلى فله ذلك لم يصح لانه لافائدة في طلب السبق فلا يحرص عليه ، وان قال ومن صلى فله خمسة صح لان كل واحد منهما يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل، وان كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله ذلك صح لان كل واحد منهم يطلب ان يكون سابقا او مصليا والمصلي هو الثاني لان رأسه عند صلي الآخر والصلوان هما العظمان الناتئان من جانبي الذنب وفي الاثر عن علي انه قال: سبق أبو بكر وصلى عمر وخبطتنا فتنة قال الشاعر:

إن تبتدر غاية يوما لمكرمة تلق السوابق منا والمصلينا

فان قال للمجلي وهو الاول مائة ، والمصلي وهو الثاني تسعون ، وللتالي وهو للثالث ثمانون ، وللنازع وهو الرابع سبعون ، والمرتاح وهو الخامس ستون ، وللحظي وهو السادس خمسون، وللعاطف وهو السابع أربعون ، وللمؤمل وهو الثامن ثلاثون ، وللطيم وهو التاسع عشرون ، وللسكيت وهو العاشر عشرة ، وللفسكل وهو الاخير خمسة صح لان كل واحد يطلب السبق فإذا فاته طلب مايلي السابق

﴿ فصول في المناضلة ﴾

وهي المسابقة في الرمي بالسهام ، والمناضلة مصدر ناضلته نضالا ومناضلة وسمي الرمي نضالا لان السهم التام يسمى نضلا فالرمي به عمل بالنضل فسمي نضالا ومناضلة مثل قاتلته قتالا ومقاتلة وجادلته جدالا ومجادلة ويشترط لصحته ثمانية شروط :

(أحدها) أن يكون عدد الرشق معلوما والرشق بكسر الراء عدد الرمي وأهل اللغة يقولون هو عبارة عما بين العشرين والثلاثين والرشق بفتح الراء الرمي نفسه مصدر رشقت رشقاً أي رميت رمياً وانما اشترط علمه لانه لوكان مجهولا لافضى الى الخلاف لان احدهما يريد القطع والآخر يريد الزيادة فيختلفان .

(الثاني) أن يكون عدد الاصابة معلوما فيقولان الرشق عشرون والاصابة خمسة أو ستة أو مايتفقان عليه منها الا أنه لايجوز اشتراط اصابة نادرة كاصابة جميع الرشق أواصابة تسعة أعشار ونحو هذا لان الظاهر أن هذا لايوجد فيفوت الغرض .

(الثالث) استواؤهما في عدد الرشق والاصابة وصفتها وسائر أحوال الرمي ، فان جعلا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين أو شرطا ان يصيب احدهما خمسة والآخر ثلاثة ، أوشرطا اصابة أحدهما خواسق والآخر خواصل أوشرطا ان يحط احدهما من اصابته سهمين أو يحط سهمين من اصابته بسهم من اصابة صاحبه ، أوشرطا ان يرمي احدهما من بعد والآخر من قرب أو ان يرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان ، أو ان يرمي احدهما وعلى رأسه شيء والآخر خال

والفسكل اسم والآخر ثم استعمل هذا في غير المسابقة بالخيل تجوزا كما روي ان أسماء بنت عميس كانت تزوجت جعفر بن ابي طالب فولدت له عبدالله ومحمداً وعونا ، ثم تزوجها ابو بكر الصديق فولدت له محمد بن أبي بكر ، ثم تزوجها علي بن ابي طالب فقالت له ان ثلاثة أنت آخرهم لأخيار ، فقال لولدها فسكلتني أمكم ، وإن جعل للمصلي أكثر من السابق او جعل للتالي أكثر من المصلي او لم يجعل للمصلي شيئاً لم يجز لان ذلك يفضي إلى أن لايقصد السبق بل يقصد التأخر فيفوت المقصود

(فصل) واذا قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة صح فان جاءوا معاً فلا شيء لهم لانه لم يوجد الشرط الذي يستحق به الجعل في واحد منهم ، وإن سبقهم واحد فله العشرة لوجود الشرط فيه ، وإن سبق اثنان فلهما العشرة وإن سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعة لان الشرط وجد فيهم فكان الجعل بينهم كما لو قال من رد عبدي الآبق فله كذا فرده تسعة ويحتمل ان يكون لكل واحد من السابقين عشرة لان كل واحد منهم سابق فيستحق الجعل بكماله كما لو قال من رد عبداً لي فله عشرة فرد كل واحد عبداً وفارق مالو قال من رد عبدي فرده تسعة لان كل واحد منهم لم يرده انما

عن شاغل أو ان يحط عن أحدهما واحداً من خطئه لاله ولا عليه واشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لان موضوعها على المساواة والغرض معرفة الحذق وزيادة احدهما على الآخر فيه ومع التفاضل لا يحصل فانه ربما أصاب أحدهما لكثرة رميه لا لحذقه فاعتبرت المساواة كالمسابقة على الحيوان

(الرابع) أن يصفا الاصابة فيقولان خواصل وهو المصيب لغرض كيفما كان قال الازهري يقال خصلت مناضلي خصلة وخصلا ويسمى ذاك القرع والقرطسة يقال قرطاس إذا أصاب. أوحوابي وهو ماوقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه ومنه يقال حبا الصبي. أو خواصر وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض ومنه قيل الخاصرة لانها في جانب الانسان. أو خوارق وهو ما خرق الغرض ثم وقع بين يديه. أوخواسق وهو ماخرق الغرض وثبت فيه. أو موارق وهو ماأنفذ الغرض ووقع من ورائه. أو خوازم وهو ماخزم جانب الغرض وان شرطا الخواسق والحوابي معاً أصح

(الخامس) قدر الغرض والغرض هو ما يقصد اصابته من قرطاس أو ورق او جلد او خشب او قرع او غيره ويسمى غرضاً لانه يقصد ويسمى شارة وشنا قال الازهري ما نصب في الهدف فهو القرطاس وما نصب في الهواء فهو الغرض ويجب ان يكون قدره معلوما بالمشاهدة او بتقديره بشبر او شبرين بحسب الاتفاق فان الاصابة تختلف باختلاف سعته وضيقه

(السادس) معرفة المسافة اما بالمشاهدة او بالذرعان فيقول مائة ذراع أو مائتي ذراع لان الاصابة تختلف بقربها وبعدها ومهما اتفقا عليه جاز الا ان يجعلا مسافة بعيدة تتعذر الاصابة في مثلها وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع فلا يصح لان الغرض يفوت بذلك وقدقيل انه مارمى الى اربعمائة ذراع الا عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه

رده حصل من الكل ويصير هذا كما لو قال من قتل قتيلا فله سلبه فان قتل كل واحد واحداً فلكل واحد سلب قتيله كاملا ، وإن قتل الجماعة واحداً فلجميعهم سلب واحد وههنا كل واحد له سبق مفرد فكان له الجعل كاملا . فعلى هذا لو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فعلى الوجه الاول للسابقين عشرة لكل واحد منهم درهمان وللمصلين خمسة لكل واحد منهم درهم وعلى الوجه الثاني لكل واحد من السابقين عشرة فيكون لهم خمسون ولكل واحد من المصلين خمسة فيكون لهم خمسة وعشرون ، ومن قال بالوجه الاول احتمل على قوله ان لا يصح العقد على هذا الوجه لانه يحتمل ان يسبق تسعة فيكون لهم عشرة لكل واحد منهم درهم وتسع ويصلي واحد فيكون له خمسة فيكون للمصلي من الجعل أكثر مما للسابق فيفوت المقصود

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شرطا ان السابق يطعم السبق أصحابه او غيرهم لم يصح الشرط)

وفي صحة المسابقة وجهان لانه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الآبق لا يفسد العقد وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يفسد

(السابع) تعيين الرماة فلا يصح مع الابهام لان الغرض معرفة حذق الرامي بعينه لا معرفة حذق رام في الجملة ، ولو عقد اثنان نضالا على اربع مع كل واحد منهما ثلاثة لم يجز لذلك، ولا يشترط تعيين القوس والسهام، ولو عينها لم تتعين لان القصد معرفة الحذق وهذا لا يختلف الا بالرامي لا باختلاف القوس والسهام وفي الرهان يعتبر تعيين الحيوان الذي يسابق به ولا يعتبر تعيين الراكب لان الغرض معرفة عدو الفرس لا حذق الراكب وكل مايعتبر تعيينه إذا تلف انفسخ العقد ولم يقم غيره مقامه لان العقد تعلق بعينه فانفسخ بتلف العين ولان الغرض معرفة حذق الرامي أو عدو الفرس وقد فاتت معرفة ذلك بموته ولا يعرف حذقه من غيره وما لا يتعين يجوز ابداله لعذر وغيره فاذا تلف قام غيره مقامه فان شرطا ان لا يرمى بغير هذا القوس ولا بغير هذا السهم أو لا يركب غير هذا الراكب فهذه شروط فاسدة لانها تنافي مقتضى العقد أشبهت ما إذا شرط اصابة باصابتين

(الثامن) ان تكون المسابقة في الاصابة ولو قالا السبق لأبعدنا رمياً لم يجز لان الغرض من الرمي الاصابة لا بعد المسافة فان المقصود من الرمي اما قتل العدو او جرحه او الصيد أو نحو ذلك وكل هذا إنما يحصل من الاصابة لا من الابعاد

(فصل) والمناضلة على ثلاثة أضرب

(أحدها) تسمى المبادرة وهو ان يقولا من سبق الى خمس اصابات من عشرين رمية فهو السابق فأيهما سبق اليها مع تساويهما في الرشق فقد سبق فاذا رميا عشرة عشرة فأصاب أحدهما خمساً ولم يصب الآخر خمساً فالمصيب خمساً هو السابق لانه قد سبق إلى خمسة وسواء أصاب الآخر أربعاً أو

ولنا انه عقد لاتتوقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، وذكر القاضي أن الشروط الفاسدة في المسابقة تنقسم قسمين -

(أحدهما) مايخل بشرط صحة العقد نحو ان يعود إلى جهالة العوض او المسافة ونحوهما فيفسد العقد لان العقد لايصح مع فوات شرطه

(والثاني) مالا يخل بشرط العقد نحو ان يشرط ان يطعم السبق أصحابه او غيرهم او يشترط انه اذا نضل لايرمي أبداً او لايرمي شهراً او شرطا ان لكل واحد منهما او لاحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع في العمل وأشباه هذا فهذه شروط باطلة في نفسها وفي العقد المقترن بها وجهان

(أحدهما) صحته لان العقد تم باركانه وشروطه فاذا حذف الزائد الفاسد بقي العقد صحيحاً

(والثاني) لايبطل لانه بذل العوض لهذا الغرض فاذا لم يحصل له غرضه لايلزمه العوض وكل موضع فسدت المسابقة فان كان السابق المخرج أمسك سبقه وإن كان الآخر فله أجر عمله لانه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالاجارة الفاسدة

﴿فصل﴾ قال رحمه الله(والمسابقة جعالة لكل واحد منهما فسخها إلا أن يظهر الفضل لاحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه

مادونها أولم يصب شيئاً ولا حاجة إلى اتمام الرشق لان السبق قد حصل بسبقه الى ما شرطا السبق اليه ، وإن أصاب كل واحد منهما من العشر خمساً فلا سابق فيهما ولا يكملان الرشق لان جميع الاصابة المشروطة قد حصلت واستويا فيها فان رمى أحدهما عشراً فأصاب خمساً ورمى الآخر تسعاً فاصاب اربعاً لم يحكم بالسبق ولا بعدمه حتى يرمي العاشر فان أخطأ به فقد سبق الاول ، وان أصاب به فلا سابق فيهما ، وإن لم يكن أصاب من التسعة الا ثلاثاً فقد سبقه الاول ولا يحتاج الى رمي العاشر لان أكثر ما يحتمل أنه يصيب به ولا يخرجه ذلك عن كونه مسبوقا

(الضرب الثاني) أن يقول أينا فضل صاحبه باصابة أو اصابتين او ثلاث من عشرين رمية فقد سبق ويسمى مفاضلة ومحاطة لان ما تساويا فيه من الاصابة محطوط غير معتد به ويلزم اكمال الرشق اذا كان في اتمامه فائدة فاذا قالا اينا فضل صاحبه بثلاث فهو سابق فرميا اثنتي عشرة رمية فأصابها احدهما وأخطأها الآخر كلها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر ما يحتمل ان يصيب الآخر الثماني الباقية ويخطئها الاول ولا يخرج الاول بهذا عن كونه سابقاً ، وان كان الاول انما اصاب من الاثنتي عشرة عشراً لزمهما ان يرميا الثالثة عشرة فان أصاباها أو أخطآ أو اصابها الاول وحده فقد سبق ولا يحتاج الى إتمام الرشق ، فان أصابها الآخر وأخطأها الاول فعليهما أن يرميا الرابعة عشرة والحكم فيها وفيما بعدها كالحكم في الثالثة عشرة وانه متى أصاباها أو أخطآ أو أصابها الاول فقد سبق ولا يرميان ما بعدها وان أصابها الآخر وحده رميا ما بعدها وهكذا كل موضع كان في اتمام الرشق فائدة لأحدهما لزم اتمامه وان يئس من الفائدة لم يلزم اتمامه ، فاذا بقي من العدد ما يمكن أن يسبق أحدهما به صاحبه أو يسقط أحدهما به سبق صاحبه لزم الاتمام والا فلا ، فاذا كان السبق يحصل بثلاث إصابات من عشرين

ذكره ابن حامد وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو لازم إن كان العوض منهما وجائز إن كان من أحدهما أو من غيرهما وذكر القاضي احتمالا لانه عقد من شرطه ان يكون العوض والمعوض معلوما فكان لازما كالاجارة

ولنا انه عقد على مالا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزاً كرد الآبق وذلك لانه عقد على الاصابة ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الاجارة . فعلى هذا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع في المسابقة ، وإن أراد أحدهما الزيادة فيها او النقصان منها لم يلزم الآخر اجابته ، فاما بعد الشروع فيها فان لم يظهر لاحدهما فضل مثل ان يسبقه بفرسه في بعض المسافة أو يصيب بسهامه أكثر منه فللفاضل الفسخ دون المفضول لانه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة فلا يحصل المقصود ، وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا العقد جائز ففي جواز الفسخ وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين)

اذا قلنا انها عقد جائز قياساً على العقود الجائزة من الوكالة والشركة والمضاربة ونحوها وإن قلنا

فرميا ثماني عشرة فأخطآها أو اصاباها أو تساويا في الاصابة فيها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر مايحتمل أن يصيب احدهما هاتين الرميتين ويخطئهما الآخر ولا يحصل السبق بذلك : وكذلك ان فضل احدهما الآخر بخمس إصابات فما زاد لم يلزم الاتمام لان اصابة الآخر بالسهمين الباقيين لا يخرج الآخر عن كونه فاضلا بثلاث اصابات ، وان لم يفضله الا بأربع رميا السهم الآخر، فان اصابه المفضول وحده فعليهما رمي الآخر فان أصابه المفضول أيضاً سقط سبق الاول ، وان أخطأ في احد السهمين أو أصاب الاول في أحدهما فهو سابق

(فصل) [الثالث] أن يقولا أينا أصاب خمساً من عشرين فهو سابق فمتى اصاب احدهما خمساً من العشرين ولم يصبها الآخر فالاول سابق ، وان أصاب كل واحد منهما خمساً أولم يصب واحد منهما خمساً فلا سابق فيهما وهذه في معنى المحاطة في انه يلزم اتمام الرشق ما كان في اتمامه فائدة ، فاذا خلا عن الفائدة لم يلزم اتمامه ومتى اصاب كل واحد منهما خمساً لم يلزم اتمامه ولم يكن فيهما سابق فان رميا ست عشرة رمية ولم يصب واحد منهما شيئاً لم يلزم اتمامه ولا سابق فيهما لان اكثر ما يحتمل أن يصيب احدهما الاربعة كلها ولا يحصل السبق بذلك

واختلف أصحابنا فقال ابو الخطاب لا بد من معرفة الرمي هل هو مبادرة أو محاطة أومفاضلة؟ لان غرض الرماة يختلف فمنهم من تكثر اصابته في الابتداء دون الانتهاء ومنهم من هو بالعكس فوجب بيان ذلك ليعلم مادخل فيه ، وظاهر كلام القاضي انه لا يحتاج الى اشتراط ذلك لان مقتضى النضال المبادرة وان من بادر الى الاصابة فهو السابق فانه اذا شرط ان السبق لمن اصاب خمسة من عشرين فسبق اليها واحد فقد وجد الشرط . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

بلزومها انفسخت بموت أحد المركوبين والراميين لان العقد تعلق بعين المركوب والرامي فانفسخ بتلفه كما لو تلف المعقود عليه في الاجارة، ولا تبطل بموت الراكبين ولا تلف أحد القوسين لانه غير المعقود عليه فلم ينفسخ العقد بتلفه كموت أحد المتبايعين، فعلى هذا يقوم وارث الميت مقامه كما لو استأجر شيئاً ثم مات، فان لم يكن له وارث قام الحاكم مقامه من تركته كما لو أجر نفسه لعمل معلوم ثم مات

﴿ مسئلة ﴾(والسبق في الخيل بالرأس اذا تماثلت الاعناق وفي مختلفي العنق والابل بالكتف)

وجملته انه يشترط في المسابقة ارسال الفرسين والبعيرين دفعة واحدة فان أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر اولا؟ لم يجز هذا في المسابقة بعوض لانه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد المسافة بينهما ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا في ذلك ويحصل السبق في الخيل بالرأس اذا تماثلت الاعناق فان اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الابل اعتبر السبق بالكتف لان الاعتبار بالرأس متعذر فان طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا بسرعة عدوه وفي الابل ما يرفع رأسه وفيها ما يمد عنقه فربما سبق رأسه لمد عنقه لا بسبقه فلذلك اعتبر بالكتف

(فصل) فان شرطا اصابة موضع من الهدف على أن يسقط ما قرب من اصابة أحدهما ما بعد من اصابة الآخر ففعل ثم فضل أحدهما الآخر بما شرطاه كان سابقا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان هذا نوع من المحاطة فاذا اصاب احدهما موضعاً بينه وبين الغرض شبر وأصاب الآخر موضعاً بينه وبين الغرض اقل من شبر أسقط الاول وان اصاب الاول الغرض اسقط الثاني فان اصاب الثاني الدائرة التي في الغرض لم يسقط به الاول لان الغرض كله موضع للاصابة فلا يفضل أحدهما صاحبه اذا أصاباه جميعاً الا ان يشترطا ذلك ، وان شرطا ان يحسب كل واحد منهما خاسقه باصابتين جاز لان احدهما لم يفضل صاحبه في شيء فقد استويا

(فصل) والسنة ان يكون لهما غرضان يرميان احدهما ثم يمضيان اليه فيأخذان السهام يرميان الآخر لان هذا كان فعل اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة » وقال ابراهيم التيمي رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين يقول انا بها انا بها في قميص ، وعن ابن عمر مثل ذلك والهدف ما ينصب الغرض عليه إما تراب مجموع واما حائط . ويروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم كانوا يشتدون بين الاغراض يضحك بعضهم الى بعض فاذا جاء الليل كانوا رهبانا . فان جعلوا غرضاً واحداً جاز لان المقصود يحصل به وهو عادة اهل عصرنا

ولا بد في المناضلة ان يبتدىء احدهما بالرمي لانهما لو رميا معاً افضى الى الاختلاف ولم يعرف

فان سبق رأس قصير العنق فهو سابق بالضرورة وان سبق رأس طويل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق وان كان بقدره لم يسبق وان كان أقل فالآخر سابق ونحو هذا كله قول الشافعي وقال الثوري اذا سبق احدهما بالاذن كان سابقا ولا يصح ذلك لان احدهما قد يرفع رأسه ويمد عنقه فيسبق باذنه لذلك لا لسبقه ، وان شرط السبق باقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي ولا يصح لان هذا لا ينضبط ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما ، وقد روى الدارقطني باسناده عن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي قد جعلت لك هذه السبقة بين الناس فخرج علي فدعا سراقة ابن مالك فقال ياسراقة إني قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك فاذا اتيت الميطان - قال أبو عبد الرحمن الميطان مرسلها من الغاية - فصف الخيل ثم نادهل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل فاذا لم يجبك احد فكبر ثلاثا ثم خلها عند الثالثة فيسعد الله بسبقه من شاء من خلقه وكان علي يقعد عند منتهى الغاية يخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفيه بين ابهامي ارجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول لهما اذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف اذنيه او اذن أو عذار فاجعلا السبقة له وإن شككتما فاجعلا سبقهما نصفين وهذا الادب الذي ذكره

المصيب منهما فان كان المخرج أجنبياً قدم من يختاره منهما فان لم يختر وتشاحا أقرع بينهما وايهما كان أحق بالتقديم فبدره الآخر فرمى لم يعتد له بسهمه أصاب او أخطأ وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني تعديلا بينهما،وان شرطا البداءة لاحدهما في كل الوجوه لم يصح لان موضوع المناضلة على المساواة وهذا تفاضل فان فعل ذلك من غير شرط باتفاق منهما جاز لان البداءة لا أثر لها في الاصابة ولا في تجويد الرمي ، وان شرطا أن يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز لتساويهما ، ويحتمل أن يكون اشتراط البداءة في كل موضع ذكرنا غير لازم ولا يؤثر في العقد لانه لا أثر له في تجويد رمي ولا كثرة اصابة ، وكثير من الرماة يختار التأخر على البداية فيكون وجود هذا الشرط كعدمه فاذا رمى البادىء بسهم رمى الثاني بسهم كذلك حتى يقضيا رميهما لان اطلاق المناضلة يقتضي المراسلة ولان ذلك أقرب إلى التساوي وأنجز للرمي لان أحدهما يصلح قوسه ويعدل سهمه حتى يرمي الآخر ، وان رميا بسهمين سهمين فحسن وهو العادة بين الرماة فيما رأينا ، وان اشترطا أن يرمي أحدهما رشقا ثم يرمي الآخر أو يرمي أحدهما عددا ثم يرمي الآخر مثله جاز لان هذا لا يؤثر في مقصود المناضلة وان خالف مقتضى الاطلاق كما يجوز أن يشترط في البيع ما لا يقتضيه الاطلاق من النقود والخيار والاجل لما كان غير مانع من المقصود

(فصل) وان شرطا أن يرميا ارشاقا كثيرة جاز لانه إذا جاز على القليل جاز على الكثير ولا بد أن تكون معلومة ثم ان شرطا أن يرميا منها كل يوم قدرا اتفقا عليه جاز لان الغرض في هذا صحيح فانهما او أحدهما قد يضعف عن الرمي كله مع حذقه ، وان اطلقا العقد جاز وحمل على

في هذا الحديث في ابتداء الارسال وانتهاء الغاية من أحسن ماقيل في هذا مع كونه مرويا عن امير المؤمنين علي رضي الله عنه في قضية أمره بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفوضها اليه فينبغي ان تتبع ويعمل بها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز ان يجنب احدهما مع فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا يصيح به في وقت سباقه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا جلب ولا جنب » رواه أبو داود)

معنى الجنب ان يجنب المسابق الى فرسه فرسا لا راكب عليه يحرض الذى تحته على العدو ويحثه عليه وقال القاضي معناه ان يجنب فرسا يتحول عند الغاية عليها لكونها أقل كلالا واعياء قال ابن المنذر كذا قيل ولا أحسب هذا يصح لان الفرس التي يسابق بها لا بد من تعيينها فان كانت التي يتحول عنها فما حصل السبق بها وان كانت التي يتحول اليها فما حصلت المسابقة بها في جميع الحلبة ومن شرط السباق ذلك، ولان هذا متى احتاج الى التحول والاشتغال به فربما سبق باشتغاله لا بسرعة غيره ولان المقصود معرفة عدو الفرس في الحلبة كلها ، فمتى كان انما يركبه في آخر الحلبة فما حصل

التعجيل والحلول كسائر العقود فيرميان من اول النهار الى آخره الا أن يعرض عذر يمنع من مرض او ريح أو تشوش السهام او لحاجته إلى طعام او شراب او صلاة او قضاء حاجة لان هذه مستثناة بالعرف وكذلك المطر فانه يرخي الوتر ويفسد الرشق فاذا جاء الليل تركاه لان العادة ترك الرمي بالليل فحمل العقد عليه مع الاطلاق الا أن يشترطا الرمي ليلا فيأخذ أحدهما صاحبه بذلك وان كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفي بذلك والا رميا في ضوء شمعة او مشعل ، وان عرض عارض يمنع الرمي كما ذكرنا اوكسر قوس او قطع وتر أوانكسر سهم جاز إبداله فان لم يمكن أخر الرمي حتى يزول العارض

(فصل) فإن اراد احدهما التطويل والتشاغل عن الرمي بما لا حاجة اليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك ارادة التطويل على صاحبه لعله ينسى القصد الذي أصاب به اويفتر منع من ذلك وطولب بالرمي ولا يدهش بالاستعجال بالكلية بحيث يمنع من تحري الاصابة ويمنع كل واحد منهما من الكلام الذي يغيظ به صاحبه مثل أن يرتجز ويفتخر ويتبجح بالاصابة ويعنف صاحبه على الخطأ او يظهر له أنه يعلمه ، وهكذا الحاضر معهما مثل الامير والشاهدين وغيرهم يكره لهم مدح المصيب وزهزهته وتعنيف المخطىء وزجره لان فيه كسر قلب أحدهما وغيظه

(فصل) واذا تشاحا في موضع الوقوف فان كان ماطلبه أحدهما اولى مثل أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس او ريحاً يؤذيه استقبالها ونحو ذلك والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لانه العرف الا أن يكون في شرطهما استقبال ذلك فالشرط أملك كما قلنا في الرمي ليلا ، وان كان الموقفان سواء كان ذلك الى الذي له البداءة فيتبعه الآخر فاذا كان في الوجه الثاني وقف حيث شاء ويتبعه الاول

المقصود . وأما الجلب فهو ان يتبع الرجل فرسه تركض خلفه ويجاب عليه ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو هكذا فسره مالك وقال قتاده الجلب والجنب في الرهان وعن أبي عبيد كقول مالك وحكي عنه ان الجلب ان يحشر الساعي أهل الماشية ليصدقهم قال ولا يفعل ليأتهم على مياههم فيصدقهم والتفسير الاول اصح لما روى عمران بن حصين ان النبي ﷺ قال « لا جلب ولا جنب في الرهان » رواه ابو داود ويروى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا »

(فصل في المناضلة) قال الشيخ رحمه الله وهي المسابقة في الرمي بالسهام والمناضلة مصدر ناضلته مناضلة ونضالا وسمي الرمي نضالا لان السهم التام يسمى نضلا فالرمي به عمل بالنضل فسمي نضالا ومناضلة مثل جادلته جدالا ومجادلة

ويشترط لها شروط اربعة (احدها) ان تكون على من يحسن الرمي فان كان في احد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه) واخرج من الحزب الآخر من جعل بازائه لان كل واحد من الزعيمين يختار واحداً ويختار الاخر في مقابلته آخر كما لو بطل العقد في بعض المبيع بطل في ثمنه وهل يبطل

(فصل) ويجوز عقد النضال على جماعة لانه يروى ان النبي ﷺ مر على أصحاب له ينتضلون فقال « ارموا وأنا مع ابن الادرع » فأمسك الآخرون وقالوا كيف نرمي وأنت مع ابن الادرع؟ قال «ارموا وأنا معكم كلكم» رواه البخاري ولانه اذا جاز أن يكونا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين لان المقصود معرفة الحذق وهذا يحصل في الجماعتين فجاز كما في سباق الخيل ، وقد ثبت ان النبي ﷺ سبق بين الخيل المضمرة وسبق بين الخيل التي لم تضمر وعلى هذا يكون كل حزب بمنزلة واحد فان عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزبين فذكر القاضي أنه يجوز وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يجوز لان التعيين شرط وقبل التفاضل لم يتعين من في كل واحد من الحزبين فعلى هذا اذا تفاضلوا عقدوا النضال بعده وعلى قول القاضي يجوز العقد قبل التفاضل ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة لانها ربما وقعت على الحذاق في أحد الحزبين وعلى الكوادن في الآخر فيبطل مقصود النضال بل يكون لكل حزب رئيس فيختار أحدهما واحداً ثم يختار الآخر واحداً كذلك حتى يتفاضلوا جميعاً ولا يجوز أن يجعل الخيار الى أحدهما في الجميع ولا أن يختار جميع حزبه أولا لانه يختار الحذاق كلهم في حزبه ولا يجوز أن يجعل رئيس الحزبين واحداً لانه يميل الى حزبه فتلحقه التهمة ، ولا يجوز ان يختار كل واحد من الرئيسين اكثر من واحد لانه أبعد من التساوي واذا اختلفا في المبتدىء بالخيار منهما أقرع بينهما ولو قال أحدهما أنا أختار أولا وأخرج السبق أو يخرجه أصحابي لم يجز لان السبق انما يستحق بالسبق لا في مقابلة تفضل أحدهما بشيء

في الباقين ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة فان قلنا لا يبطل فلكل حزب الخيار لتبعيض الصفقة في حقهم فان كان يحسن الرمي لكنه قليل الاصابة فقال حزبه ظنناه كثير الاصابة أو لم نعلم حاله وان بان كثير الإصابة فقال الحزب الآخر ظنناه قليل الاصابة لم يسمع ذلك منهم لان شرط دخوله في العقد ان يكون من أهل الصنعة دون الحذق كما لو اشترى عبداً على انه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً فيها لم يؤثر

(الثاني معرفة عدد الرشق وعدد الاصابة) الرشق بكسر الراء عدد الرمي وأهل العربية يقولون هو عبارة عما بين العشرين والثلاثين والرشق بفتح الراء الرمي مصدر رشقت رشقاً وانما اشترط علمه لانه لو كان مجهولا لافضى الى الاختلاف لان احدهما قد يريد القطع والآخر الزيادة ولا بد من معرفة عدد الاصابة فيقولان الرشق عشرون والاصابة خمسة أو ستة أو ما يتفقان عليه الا انه لا يصح اشتراط اصابة تندر كاصابة جميع الرشق أو تسعة من عشرة ونحو هذا لان الظاهر انه لا يوجد فيفوت الغرض وانما اشترط العلم بعدد الاصابة ليتبين حذقها

(فصل) ويشترط استواؤهما في عدد الرشق والاصابة وصفتها وسائر احوال الرمي فان جعلا رشق احدهما عشرا و الآخر عشرين او شرطا أن يصيب احدهما خمسة والآخر ثلاثة أو شرطا إصابة

(فصل) وإذا خرج أحد الزعيمين السبق من عنده فسبق حزبه لم يكن على حزبه شيء لانه جعله على نفسه دونهم وان شرطه عليهم فهو عليهم بالسوية ويكون للحزب الآخر بالسوية من أصاب منهم ومن لم يصب في أحد الوجهين كما أنه على الحزب الآخر بالسوية، وفي الوجه الآخر يقسم بينهم على قدر الاصابة وليس لمن لم يصب منهم شيء لان استحقاقه بالاصابة فكان على قدرها واختص بمن وجدت منه بخلاف المسبوقين فانه وجب عليهم لالتزامهم له وقد استووا في ذلك

(فصل) ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم بغير كسر ويتساوون فيه فان كانوا ثلاثة وجب ان يكون له ثلث ، وان كانوا أربعة وجب ان يكون له ربع وكذلك ما زاد لانه اذا لم يكن كذلك بقي سهم أو أكثر لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه

(فصل) واذا كانوا حزبين فدخل معهم رجل لا يعرفونه في أحد الحزبين وكان يحسن الرمي جاز وإن كان لا يحسنه بطل العقد فيه واخرج من الحزب الآخر من جعل بازائه لان كل واحد

احدهما خواسق والآخر خواصل أو شرطا ان يحط احدهما من إصابته سهمين أو يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابة صاحبه او شرط ان يرمي أحدهما من بعد والآخر من قرب أو ان يرمي احدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان اوان يرمي احدهما وعلى رأسه شيء والآخر خال عن شاغل أو ان يحط عن أحدهما واحداً من خطئه لاعليه ولاله واشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لان موضوعها على المساواة والغرض معرفة الحذق وزيادة أحدهما على الآخر فيه ومع التفاضل لايحصل فانه ربما أصاب احدهما لكثرة رميه لالحذقه فاعتبرت المساواة كالمسابقة بالحيوان

(فصل) ويشترط ان تكون المسابقة على الاصابة لاعلى البعد فلو قال السبق لأبعدنا رمياً لم يجز لان الغرض من الرمي الاصابة لابعد المسافة فان المقصود من الرمي إما قتل العدو أوجرحه أو الصيد ونحو ذلك وكل هذا انما يحصل من الاصابة لامن الابعاد

(فصل) اذا عقدا النضال ولم يذكرا قوساً صح في ظاهر كلام القاضي ويستويان في القوس اما بالعربية أو الفارسية وقال غيره لايصح حتى يذكرا نوع القوس الذي يرميان عليه في الابتداء لان اطلاقه ربما افضى الى الاختلاف وقد امكن التحرز عنه بالتعيين للنوع فيجب ذلك، وان اتفقا على انهما يرميان بالنشاب في الابتداء صح وينصرف الى القوس الاعجمية لان سهامها هو المسمى بالنشاب وسهام العربية يسمى نبلا فان عينا نوعا لم يجز العدول عنها الى غيرها لان احدهما قد يكون احذق بالرمي باحد النوعين دون الآخر

(الثالث معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة ؟) المناضلة على ثلاثة اضرب (أحدها) يسمى المبادرة وهي ان يقولا من سبق الى خمس اصابات من عشرين رمية فهو السابق فايهما سبق اليها مع تساويهما في الرمي فقد سبق فاذا رميا عشرة عشرة فاصاب أحدهما خمساً ولم يصب الآخر خمساً

يجعل في مقابلته آخر أو يختار أحد الزعيمين واحداً ويختار الآخر آخر في مقابلته وهل يبطل في الباقين؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، فان قلنا لا يبطل فلكل حزب الخيار لتبعيض الصفقة في حقهم، وان بان رامياً لكنه قليل الاصابة فقال حزبه ظنناه كثير الاصابة أو لم نعلم حاله أو بان كثير الاصابة فقال الحزب الآخر ظنناه قليل الاصابة لم يسمع ذلك منهم وكان كمن عرفوه لان شرط دخوله أن يكون في العقد من أهل الصنعة دون الحذق كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً فيها لم يؤثر

(فصل) ولا يجوز أن يقولوا نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ولا ان من خرجت قرعته فالسبق عليه ولا أن يقولوا نرمي فأينا أصاب فالسبق على الآخر لانه عوض في عقد فلا يستحق بالقرعة ولا بالاصابة، وان شرطوا أن يكون فلان مقدم حزب وفلان مقدم الآخر ثم فلان ثانياً من الحزب الاول وفلان ثانياً من الحزب الثاني كان فاسدا لان تقديم كل واحد من الحزب يكون الى زعيمه وليس للحزب الآخر مشاركته في ذلك فاذا شرطوه كان فاسداً

(فصل) واذا تناضل اثنان وأخرج أحدهما السبق فقال أجنبي انا شريكك في الغنم والغرم ان نضلك فنصف السبق علي وان نضلته فنصفه لي لم يجز وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة فيهم محلل فقال رابع للمستبقين أنا شريكهما في الغنم والغرم كان باطلا لان الغنم والغرم انما يكون من المناضل فاما من لا يرمي

فالمصيب خمساً هو السابق لانه قد سبق الى خمس وسواء أصاب الآخر أربعاً أو مادونها أو لم يصب شيئاً ولا حاجة إلى تمام الرمي لان السبق قد حصل بسبقه إلى ما شرطا السبق اليه فان أصاب كل واحد منهما من العشر خمساً فلا سابق فيهما ولا يكملان الرشق لان جميع الاصابة المشروطة قد حصلت واستويا فيها فان رمى أحدهما عشراً فاصاب خمساً ورمى الآخر تسعاً فاصاب اربعا لم يحكم بالسبق ولا بعدمه حتى يرمي العاشر فان اصاب به فلا سابق فيهما وان اخطأ به فقد سبق الاول فان لم يكن اصاب من التسعة الا ثلاثا فقد سبق ولا يحتاج الى رمي العاشر لان أكثر مايحتمل ان يصيب به ولا يخرجه عن كونه مسبوقا

(الثاني) المفاضلة وهو ان يقول أينا فضل صاحبه باصابة أو اصابتين او ثلاث من عشرين رمية فقد سبق وتسمى محاطة لان ماتساويا فيه من الاصابة محطوط غير معتد به ويلزم إكمال الرشق اذا كان فيه فائدة، فاذا قالا أينا فضل صاحبه بثلاث فهو سابق فرميا اثني عشر سهما فاصاب بها احدهما واخطأ الآخر كلها لم يلزم إتمام الرشق لان أكثر مايمكن أن يصيب الآخر الثمانية الباقية ويخطئها الاول ولا يخرج الاول بهذا عن كونه سابقا، وان كان الاول انما أصاب من الاثني عشرة عشرا لزمهما ان يرميا الثالثة عشرة فان أصابا بها او أخطآ أو أصابها الاول وحده فقد سبق ولا يحتاج الى اتمام الرشق وان اصابها الآخر وحده فعليهما أن يرميا الرابعة عشرة والحكم فيها وفيما بعدها كالحكم في الثالثة عشر فانه متى ما اصاباها أواخطآ أو أصابها الاول فقد سبق ولا يرميان مابعدها وان أصابها الآخر وحده رميا بعدها وكذا كل موضع يكون في اتمام الرشق فائدة لاحدهما يلزم اتمامه

فلايكون له غنم ولاغرم، ولو شرطا في النضال انه إذا جلس المسبق كان عليه السبق لم يجز لان السبق على النضال وهذا الشرط يخالف مقتضى النضال فكان فاسداً

(فصل) ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه فقال المفضول اطرح فضلك واعطيك ديناراً لم يجز لان المقصود معرفة الحذق وذلك تمنع منه وان فسخا العقد وعقدا عقداً آخر جاز وان لم يفسخاه ولكن رميا تمام الرشق فتمت الاصابة له مع ما أسقطه استحق السبق ورد الدينار ان كان أخذه

(فصل) اذا كان شرطهما خواصل وهي الاصابة المطلقة اعتد بها كيفما وجدت بشرط أن يصيب بنصل السهم فان أصاب بعرضه او بفوقه نحو أن ينقلب السهم بين يدي الغرض فيصيب فوقه الغرض لم يعتد به لان هذا من سيء الخطأ ، وان انقطع السهم قطعتين فاصابت القطعة الاخرى لم يحتسب به فان كان الغرض جلداً خيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعل له عرى وخيوطا تعلق به في العرى فأصاب الشنبر او العرى نظرت في شرطهما فان شرطا اصابة الغرض اعتد له لان ذلك من الغرض . فأما المعاليق وهي الخيوط فلا يعتد له باصابتها على كلا الشرطين لانها ليست من الجلدة ولا من الغرض فأشبه اصابة الهدف

وان يئس من الفائدة لم يلزم اتمامه فاذا بقي من العدد ما يمكن ان يسبق احدهما به صاحبه أو يسقط به سبق صاحبه لزم الاتمام والا فلا، فاذا كان السبق يحصل بثلاث اصابات من عشرين فرميا ثماني عشرة فاخطآها أو أصاباها أو تساويا في الاصابة فيها لم يلزم الاتمام لان أكثر مايحتمل أن يصيب أحدهما هاتين الرميتين ويخطئهما الآخر ولا يحصل السبق بذلك وكذلك ان فضل أحدهما الآخر بخمس اصابات فمازاد لم يلزم الاتمام لان اصابة الآخر السهمين الباقيين لايخرج الآخر عن كونه فاضلا بثلاث اصابات وان لم يفضله الا باربع رميا السهم الآخر فان اصابه المفضول وحده فعليهما رمي الآخر فان أصابه المفضول ايضا أسقط سبق الاول وان أخطأ في احد السهمين أو أصاب الاول في احدهما فهو سابق (الثالث) ان يقول أينا أصاب خمسا من عشرين فهو سابق فمتى أصاب أحدهما خمسا من العشرين ولم يصبها الآخر فالاول سابق وان أصاب كل واحد منهما خمسا أو لم يصب واحد منهما خمساً فلا سابق فيهما وهذه في معنى المحاطة في انه يلزم اتمام الرمي ما كان فيه فائدة ولا يلزم اذا خلا عنها ومتى أصاب كل واحد منهما خمسا لم يلزم اتمامه ولم يكن فيهما سابق وان رميا ست عشرة رمية فلم يصب واحد منهما شيئا لم يلزم اتمامه ولا سابق فيهما لان أكثر مايحتمل ان يصيبها احدهما وحده ولا يحصل السبق بذلك، واختلف اصحابنا فقال ابو الخطاب لابد من معرفة الرمي هل هو مبادرة او محاطة او مفاضلة لان غرض الرماة يختلف فمنهم من تكثر اصابته في الابتداء دون الانتهاء ومنهم بالعكس فوجب بيان ذلك ليعلم مادخل فيه وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وظاهر كلام القاضي انه لايحتاج إلى اشتراط ذلك لان مقتضى النضال المبادرة وان من بادر إلى الاصابة فهو

(فصل) وان أطارت الريح الغرض فوقع السهم في موضعه فان كان شرطهما خواصل احتسب له به لعلمنا انه لو كان الغرض في موضعه أصابه ، وان كان شرطهما خواسق فقال القاضي ينظر فان كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت في الهدف احتسب له به لانه لو بقي مكانه اثبت فيه كثبوته في الهدف ، وان لم يثبت فيه مع التساوي لم يحتسب، وان كان الهدف أصلب فلم يثبت فيه او كان رخواً لم يحتسب السهم له ولا عليه لاننا لانعلم هل كان يثبت في الغرض لو بقي مكانه اولا وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب إن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له بالسهم الذي وقع في موضعه ولا عليه لاننا لاندري هل يثبت في الغرض لو كان موجوداً اولا ؟ وان وقع السهم في غير موضع الغرض احتسب به على راميه لانه خطأ ، ولو وقع في الغرض في الموضع الذي طار اليه حسب عليه أيضاً لاله إلا أن يكونا اتفقا على رميه في الموضع الذي طار اليه ، وكذلك الحكم إذا ألقت الريح الغرض على وجهه

(فصل) واذا رمى فأخطأ لعارض من كسر قوس او قطع وتر او حيوان اعترض بين يديه و ريح شديدة ترد السهم عرضاً لم يحتسب عليه بذلك السهم لان خطأه للعارض لا لسوء رميه قال

السابق فانه اذا شرط السبق لمن اصاب خمسة من عشرين فسبق اليها واحد فقد وجد الشرط ، ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) وإن شرطا اصابة موضع من الهدف على ان يسقط ماقرب من اصابة أحدهما مابعد من اصابة الآخر ففعل ثم فضل أحدهما الآخر بما شرطاه كان سابقاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه نوع من المحاطة فاذا أصاب أحدهما موضعاً بينه وبين الغرض شبر وأصاب الآخر موضعاً بينه وبين الغرض أقل من شبر سقط الاول ، وإن أصاب الاول الغرض أسقط الثاني وإن اصاب الثاني الدائرة التي في الغرض لم يسقط الاول لان الغرض كله موضع الاصابة فلا يفضل أحدهما صاحبه إذا أصاباه إلا أن يشترطا ذلك ، وإن شرطا ان يحتسب كل واحد منهما خاسقه باصابتين جاز لان أحدهما لم يفضل صاحبه بشيء فقد استويا

(فصل) فان عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزبين فذكر القاضي انه يجوز وهو مذهب الشافعي ويحتمل ان لايجوز لان التعيين شرط وقبل التفاضل لم يتعين من في كل واحد من الحزبين فعلى هذا اذا تفاضلوا عقدوا النضال بعده ، وعلى قول القاضي يجوز العقد قبل التفاضل ولا يجوز ان يقتسموا بالقرعة لانها قد تقع على الحذاق في أحد الحزبين وعلى الكوادن في الآخر فيبطل مقصود النضال بل يكون لكل حزب زعيم فيختار أحدهما واحداً ثم يختار الآخر واحداً كذلك حتى يتفاضلوا جميعاً ولا يجوز ان يجعل الخيار إلى أحدهما في الجميع ولا ان يختار جميع حزبه أولا لانه يختار الحذاق في حزبه ولا يجوز ان يجعل رئيس الحزبين واحدا لانه يميل إلى حزبه فتلحقه التهمة ولا يجوز ان يختار كل

القاضي ولو أصاب لم يحتسب له لانه إذا لم يحتسب عليه لم يحتسب له ولان الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف الرمي الشديد فيخطىء يجوز أن تصرف السهم المخطيء عن خطئه فيقع مصيباً فتكون اصابته بالريح لا بحذق رميه، فاما ان وقع السهم في حائل بينه وبين الغرض فمرقه وأصاب الغرض حسب له لان اصابته لسداد رميه ، ومروقه لقوته فهو أولى من غيره ، وان كانت الريح لينة خفيفة لا ترد السهم عادة لم يمنع لان الجو لا يخلو من ريح ولان الريح اللينة لا تؤثر إلا في الرمي الرخو الذي لا ينتفع به

(فصل) وإن كان شرطها خواسق والخاسق ماثقب الغرض وثبت فيه فمتى أصاب الغرض بنصله وثبت فيه حسب له وان خدشه ولم يثقبه لم يحتسب له وحسب به عليه وان مرق منه احتسب له به لان ذلك لقوة رميه فهو أبلغ من الخاسق وان خرقه وهو أن يثقبه ويقع بين يديه ففيه وجهان

[أحدهما] يحتسب له لانه ثقب ثقباً يصلح للخسق وإنما لم يثبت السهم لسبب آخر من سعة الثقب او غيره [والثاني] لا يحتسب له لان شرطها الخواسق والخاسق ما ثبت وثبوته يكون بحذق الرامي وقصده برميه ما اتفقا عليه، فان كان امتناع السهم من الثبوت لمصادفته مايمنع الثبوت من حصاة

واحد من الرئيسين أكثر من واحد واحد لانه أبعد من التساوي واذا اختلفا في المبتديء بالخيار أقرع بينهما ، ولو قال أحدهما انا أختار اولا واخرج السبق او يخرجه اصحابي لم يجز لان السبق انما يستحق بالسبق لا في مقابلة تفضل احدهما بشيء

(فصل) واذا أخرج احد الزعيمين السبق من عنده فسبق حزبه لم يكن على حزبه شيء لانه جعله على نفسه دونهم وإن شرطه عليهم فهو عليهم بالسوية ويقسم على الحزب الآخر بالسوية من أصاب ومن اخطأ في احد الوجهين كما انه على الحزب الآخر بالسوية وفي الوجه الآخر يقسم بينهم على قدر الاصابة ولا شيء لمن لم يصب لان استحقاقه بالاصابة فكان على قدرها واختص بمن وجدت فيه بخلاف المسبوقين فانه وجب عليهم لا لتزامهم به وقد استووا في ذلك

(فصل) ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم بغير كسر ويتساووا فيه فان كانوا ثلاثة وجب ان يكون له ثلث ، وكذلك مازاد لانه اذا لم يكن كذلك بقي سهم او اكثر بينهم لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه

فصل) ولا يجوز ان يقولوا نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ولا ان من خرجت قرعته فالسبق عليه ولا ان يقولوا نرمي فأينا أصاب فالسبق على الآخر لانه عوض في عقد فلا يستحق بالقرعة ولا بالاصابة،وإن شرطوا ان يكون فلان مقدم حزب وفلان مقدم الآخر ثم فلان ثانياً في الحزب الاول وفلان ثانياً من الحزب الثاني كان فاسداً لان تقديم كل واحد من الحزبين يكون إلى زعيمه وليس للحزب الاخر مشاركته في ذلك فاذا شرطوه كان فاسداً

(فصل) اذا تناضل اثنان واخرج احدهما السبق فقال اجنبي انا شريكك في الغرم والغنم ان

أو حجر أو عظم أو أرض غليظة ففيه الوجهان الا انه إذا لم يحتسب له لم يعد عليه لان العارض منه من الثبوت فأشبه مالو منعه عارض من الاصابة ، وان اختلفا في وجود العارض نظرت فان علم موضع الثقب باتفاقهما أو ببينة نظر في الموضع فان لم يكن فيه مايمنع فالقول قول المنكر وان كان فيه ما يمنع فالقول قول المدعي ولا يمين لان الحال تشهد بصدق ما ادعاه ، وان لم يعلما موضع الثقب الا انهما اتفقا على انه خرق الغرض ولم يكن وراءه شيء يمنع فالقول قول المنكر بغير يمين أيضاً لانه لا مانع ، وان كان وراءه مايمنع وادعى المصاب عليه انه لم يكن السهم في موضع وراءه ما يمنع فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاصابة مع احتمال ما يقوله المصيب وان أنكر ان يكون خرق أيضاً فالقول أيضا قوله مع يمينه لما ذكرناه

(فصل) وان شرطا خاسقاً فوقع السهم في نقب في الغرض أو موضع بال فنقبه وثبت في الهدف معلقا في الغرض نظرت فان كان الهدف صليباً كصلابة الغرض فثبت فيه حسب له لانه علم

نضلك فنصف السبق علي وإن نضلته فنصفه لي لم يجز وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة منهما محلل فقال رابع لمستبقين انا شريككما في الغنم والغرم كان باطلا لان الغنم والغرم انما يكون من المناضل. فأما من لا يرمي فلا يكون له غنم ولا عليه غرم ولو شرطا في النضال انه اذا جلس المستبق كان عليه السبق لم يصح لان السبق على النضال وهذا الشرط يخالف مقتضى النضال فكان فاسداً

(فصل) ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه فقال المفضول اطرح فضلك وأعطيك ديناراً لم يجز لان المقصود معرفة الحذق وذلك يمنع منه وإن فسخا العقد وعقدا عقداً آخر جاز وإن لم يفسخاه ولكن رميا تمام الرشق فتمت الاصابة له مع ما اسقطه استحق السبق ورد الدينار إن كان أخذه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا أطلقا الاصابة تناولها على أي صفة كانت)

لانها اصابة وذكر شيخنا صفة الاصابة شرطا لصحة المناضلة في كتاب المغني فان قالا خواصل كان تأكيداً لها لانه اسم لها كيفما كانت . قال الازهري يقال خصلت مناضلي خصلة وخصلا ويسمى ذلك القرع والقرطسة يقال قرطس اذا أصاب

﴿ مسئلة ﴾ (فان قالا خواسق وهو ماخرق الغرض وثبت فيه أو خوازق وهو ما خزقه ووقع بين يديه او موارق وهو مانفذ الغرض ووقع وراءه او خوارم وهو ماخرم جانب الغرض او حوابي وهو ماوقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه ومنه يقال حبا الصبي أو خواصر وهو ما كان في أحد جانبي الغرض ومنه قيل الخاصرة لانها في جانب الانسان تقيدت المناضلة بذلك)

لان المرجع في المسابقة الى شرطهما فيقيد بما شرطاه ههنا وان شرطا الخواسق والحوابي معا صح

ان الغرض لو كان صحيحاً لثبت فيه وان كان الهدف ترابا أهيل لم يحتسب له ولا عليه لاننا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض لو أصاب موضعاً منه قويا أو لا ؟ وان صادف السهم في ثقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع قطعة من الغرض فقال الرامي خسقت وهذه الجلدة قطعها سهمي لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال بل هي كانت مقطوعة ، فان علم ان الغرض كان صحيحاً فالقول قول الرامي ، وان اختلفا فذكر القاضي انها كالتي قبلها ان كان الهدف رخواً لم يعتد به وان كان قويا صلباً اعتد به ، وان وقع سهمه في سهم ثابت في الغرض اعتد له به فان كان شرطها خواسق لم يحتسب له به ولا عليه لاننا لا نعلم يقينا انه لولا فوق السهم الثابت لخسق فان أصاب السهم ثم سبح عنه فخسق احتسب له به

(فصل) اذا قال رجل لآخر : ارم هذا السهم فان أصبت به فلك درهم صح وكان جعالة لأنه بذل مالا له في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لان النضال يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعاً ويكون الجعل لبعضهم اذا كان سابقاً ، وان قال ان أصبت به فلك درهم وان أخطأت فعليك درهم لم يصح لانه قمار

وان قال ارم عشرة أسهم فان كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم صح لانه جعل الجعل

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط اصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به) لما ذكرنا

(الرابع معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الارض)

الغرض مايقصد اصابته من قرطاس أو جلد أو خشب او قرع أو غيره سمي غرضا لانه يقصد ويسمى شارة وشنا قال الازهري ما نصب في الهدف فهو القرطاس وما نصب في الهواء فهو الغرض ويجب ان يكون قدره معلوما بالمشاهدة أو بتقدير بشبر اونحوه بحسب الشرط فان الاصابة تختلف باختلاف صغره وكبره وغلظه ورقته فوجب اعتبار ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان تشاحا في المبتدىء منهما أقرع بينهما وقيل يقدم من له مزية باخراج السبق)

وجملة ذلك انه لابد في المناضلة من أن يبتدىء احدهما بالرمي لانهما لو رميا معا أفضى إلى الاختلاف ولم يعرف المصيب منهما ، فان كان المخرج اجنبيا قدم من يختاره منهما فان لم يختر وتشاحا اقرع بينهما لانهما تساويا في استحقاق هذا فصارا إلى القرعة كما لو تنازع المتقاسمان في استحقاق سهم معين او في المبتدىء بالأخذ وأيهما كان أحق بالتقديم فبدره الآخر فرمى لم يعتد له بسهمه اصاب ام اخطأ .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا بدأ احدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني تعديلا بينهما فان شرطا البداءة لاحدهما في كل الوجوه لم يصح)

لان موضوع المناضلة على المساواة وهذا تفاضل فان فعلا ذلك من غير شرط برضاهما جاز لان البداءة لااثر لها في الاصابة ولا في جودة الرمي ، وان شرطا ان يبدأ كل واحد منهما وجهين متواليين

في مقابلة الاصابة المعلومة فان أكثر العشرة أقله ستة وليس ذلك بمجهول لانه بالاقل يستحق الجعل وان قال ان كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم صح وكذلك ان قال ارم عشرة ولك بكل سهم أصبت به منها درهم أو قال فلك بكل سهم زائد على النصف من المصيبات درهم لان الجعل معلوم بتقديره بالاصابة فأشبه مالو قال استق لي من هذا البئر ولك بكل دلو تمرة أو قال: من رد عبداً من عبيدي فله بكل عبد درهم. وان قال وان كان خطؤك أكثر فعليك درهم اونحوهذا لم يجز لانه قمار وان قال ارم عشرة فان أخطأتها فعليك درهم اونحوهذا لم يجز لان الجعل يكون في مقابلة عمل ولم يوجد من القابل عمل يستحق به شيئا ولو قال الرامي لأجنبي ان أخطأت فلك درهم لم يصح لذلك

(فصل) وإذا عقدا النضال ولم يذكرا قوساً فظاهر كلام القاضي انه يصح ويستويان في القوس إما العربية وإما العجمية. وقال غيره لايصح حتى يذكرا نوع القوس الذي يرميان عليه في الابتداء

جاز لتساويهما ويحتمل ان يكون اشتراط البداءة في كل موضع ذكرنا غير لازم ولا يؤثر في العقد لانه لااثر له في تجويد رمي ولا كثرة اصابة وكثير من الرماة يختار التأخر على البداية فيكون وجود هذا الشرط كعدمه، وإذا رمى البادىء بسهم رمى الثاني بسهم كذلك حتى يقضيا رمييهما لان اطلاق المناضلة يقتضي المراسلة ولانه اقرب إلى التساوي وانجز للرمي ، لان احدهما يصلح فرسه ويعدل سهمه حتى يرمي الآخر،وان رميا سهمين سهمين فحسن وان شرطا أن يرمي احدهما رشقه ثم يرمي الاخر او يرمي احدهما عددا ثم يرمي الآخر مثله جاز لانه لايؤثر في مقصود المناضلة وان خالف مقتضى الاطلاق كما يجوز ان يشترط في البيع مالا يقتضيه الاطلاق من النقود والخيار والاجل لما كان غير مانع من المقصود.

﴿مسئلة﴾ (والسنة ان يكون لهما غرضان يرميان أحدهما ثم يمضيان اليه فيأخذان السهام يرميان الآخر) لان هذا كان فعل أصحاب رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة» وقال ابراهيم التيمي رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين يقول أنا بها أنا بها في قميص وعن ابن عمر مثل ذلك.والهدف ما ينصب الغرض عليه اما تراب مجموع أو حائط ويروى ان أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يشتدون بين الاغراض يضحك بعضهم الى بعض فاذا جاء الليل كانوا رهبانا فان جعلوا غرضاً واحداً جاز لان المقصود يحصل به وهو عادة أهل عصرنا

(فصل) وإذا تشاحا في الوقوف فان كان الموضع الذي طلبه أحدهما أولى مثل ان يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ربما يؤذيه استقبالها ونحو ذلك والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لانه العرف إلا ان يكون في شرطهما استقبال ذلك فالشرط اولى كما لو اتفقا على الرمي ليلا فان كان الموقفان سواء كان ذلك إلى الذي يبدأ فيتبعه الآخر فاذا كان في الوجه الثاني وقف الثاني حيث شاء ويتبعه الاول

لان اطلاقه ربما أفضى الى الاختلاف وقد أمكن التحرز عنه بالتعيين للنوع فيجب ذلك وإن اتفقا على أنهما يرميان بالنشاب في الابتداء صح وينصرف الى الرمي بالقوس الاعجمية لان سهامها هو المسمى بالنشاب وسهام العربية يسمى نبلاء، فان عينا نوعا من القسي لم يجز العدول عنها الى غيرها لان أحدهما قد يكون احذق بالرمي باحد النوعين دون الآخر وان عينا قوساً بعينها لم تتعين لانها قد تنكسر ويحتاج إلى ابدالها لان الحذق لايختلف باختلاف عين القوس بخلاف النوع ، وان تناضلا على ان يرمي أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية أو احدهما بقوس الزنبور والآخر بقوس الجرخ أو قوس الحسبان وهو قوس سهامه قصار يجعل في مجرى مثل القصبة ثم يرمى بها ففيها وجهان :

(أحدهما) يصح وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما نوعا جنس فصحت المسابقة مع اختلافهما كالخيل والابل .

(فصل) فان أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمي بما لاحاجة اليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك إرادة التطويل على صاحبه لعله ينسى القصد الذي أصاب به او يفتر منع من ذلك وطولب بالرمي ولا يزعج بالاستعجال بالكلية بحيث يمنع من تحري الاصابة ، ويمنع كل واحد منهما من الكلام الذي يغيظ به صاحبه مثل ان يرتجز ويفتخر ويتبجح بالاصابة ويعنف صاحبه على الخطأ أو يظهر له أنه يعلمه وهكذا الحاضر معهما مثل الامين والشاهدين يكره لهم مدح المصيب وتعنيف المخطىء وزجره لان فيه كسر قلب أحدهما وغيظه

﴿مسئلة﴾ (وإذا أطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه فان كان شرطهما خواصل احتسب له به)

لعلمنا أنه لو كان الغرض في موضعه أصابه

﴿مسئلة﴾ (وان كان شرطهما خواسق لم يحتسب له به ولا عليه)

وهذا قول أبي الخطاب لانا لاندري هل يثبت في الغرض ان كان موجوداً اولا؟ وقال القاضي ينظر فان كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت في الهدف احتسب له به لانه لو بقي مكانه لثبت فيه كثبوته في الهدف وان لم يثبت فيه مع التساوي لم يحتسب وإن كان الهدف أصلب فلم يثبت فيه أو كان رخوا لم يحتسب السهم له ولا عليه لاننا لانعلم هل كان يثبت في الغرض لو بقي مكانه اولا وهذا مذهب الشافعي فان وقع السهم في غير موضع الغرض احتسب به على راميه لانه اخطأ ولو وقع في الغرض في الموضع الذي طار اليه حسب عليه أيضا إلا ان يكونوا اتفقا على رميه في الموضع الذي طار اليه وكذلك الحكم إذا ألقت الريح الغرض على وجهه

(فصل) اذا كان شرطهما خواصل فاصاب بنصل السهم حسب له كيفما كان فان أصاب بعرضه أو بفوقه نحو ان ينقلب السهم بين يدي الغرض فيصيب فوقه الغرض لم يعتد به لان هذا من سيء الخطأ فان انقطع السهم قطعتين فاصابت القطعة الاخرى لم يعتد به وان كان الغرض جلداً خيط عليه

(والثاني) لاتصح المسابقة مع اختلافهما لانهما يختلفان في الاصابة فجري مجرى المسابقة بين جنسين وكذلك الحكم في المسابقه بين نوعي الخيل والابل

(فصل) وظاهر كلام احمد اباحة الرمي بالقوس الفارسية ونص على جواز المسابقة بها ، وقال أبو بكر ابن جعفر يكره لانه روي عن النبي ﷺ أنه رأى مع رجل قوساً فارسية فقال « القها فانها ملعونة ولكن عليكم بالقسي العربية وبرماح القنا فبها يؤيد الله الدين وبها يمكن الله لكم في الارض » رواه الاثرم

ولنا انعقاد الاجماع على الرمي بها وإباحة حملها فان ذلك جار في اكثر الاعصار وهي التي يحصل الجهاد بها في عصرنا وأكثر الاعصار المتقدمة وأما الخبر فيحتمل أنه لعنها لان حملتها في ذلك العصر العجم ولم يكونوا أسلموا بعد ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها ولهذا أمر برماح القنا ولو حمل انسان رمحا غيرها لم يكن مذموما ، وحكى احمد أن قوما استدلوا على القسي

شنبر كشنبر المنخل وجعلا له عرى وخيوطا تعلق به في العرى فأصاب الشنبر أو العرى نظرت في شرطهما فان شرطا اصابة الغرض اعتدله لان ذلك من الغرض فاما المعاليق وهي الخيوط فلا يعتدله باصابتها على كلا الشرطين لانها ليست من الجلدة ولا من الغرض فهي كالهدف

(فصل) فان كان شرطهما خواسق وهو مانقب الغرض وثبت فيه فمتى أصاب الغرض بنصله وثبت فيه احتسب به وان خدشه ولم ينقبه لم يحتسب له وحسب عليه وان مرق منه احتسب له به لان ذلك لقوة رميه فهو أبلغ من الخاسق وان خرقه ووقع بين يديه احتسب له به في أحد الوجهين لانه نقب نقبا يصلح للخسق وانما لم يثبت السهم لسبب آخر من سعة النقب أو غيره (والثاني) لايحتسب له وهو اولى لان الخاسق ماثبت وهذا لم يثبت وثبوته يكون لحذق الرامي وقصده برميه مااتفقا عليه الا ان يكون امتناع السهم من الثبوت لوجود مايمنع الثبوت من حصاة أو حجر أو عظم أو ارض غليظة ففيه الوجهان أيضا الا أنه اذا لم يحتسب له لم يحتسب عليه لكون العارض منعه من الثبوت أشبه مالو منعه عارض من الاصابة ، فان اختلفا في وجود العارض فان عرف موضع النقب باتفاقهما أو ببينة نظر في الموضع فان لم يكن فيه ما يمنع فالقول قول المنكر وان كان فيه ما يمنع فالقول قول المدعي بغير يمين لان الحال تشهد بصدق ما ادعاه وان لم يعلما موضع النقب الا أنهما اتفقا على انه خرق الغرض ولم يكن وراءه شيء يمنع فالقول قول المنكر بغير يمين أيضاً لانه لامانع وان كان وراءه مايمنع وادعى المصاب عليه انه لم يكن السهم في موضع وراءه مايمنع فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاصابة مع احتمال ماية وله المصيب وان أنكر أن يكون خرق فالقول قوله أيضاً مع يمينه لما ذكرنا

(فصل) إذا شرطا خاسقا فوقع السهم في نقب في الغرض أو موضع بال فنقبه وثبت في الهدف

الفارسية بقول الله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) يعني ان هذا مما استطاعه من القوة فيدخل في عموم الآية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز اذا أرسل الفرسان ان يجنب احدهما الى فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا يصيح به وقت سباقه لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا جنب ولا جلب »)

معنى الجنب أن يجنب المسابق الى فرسه فرساً لا راكب عليه يحرض الذي تحته على العدو ويحثه عليه هذا ظاهر كلام الخرقي ، وقال القاضي معناه ان يجنب فرساً يتحول عند الغاية عليه لكونها أقل كلالا وإعياء . قال ابن المنذر كذا قيل ولا أحسب هذا يصح لان الفرس التي يسابق عليها لا بد

معلقا في الغرض فان كان الهدف صلبا كصلابة الغرض حسب له لانه علم أنه لو كان الغرض صحيحا لثبت فيه وان كان الهدف ترابا أهيل لم يحسب له ولا عليه لانا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض لو اصاب موضعاً منه قوياً أولا؟ وان صادف السهم في نقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع قطعة من الغرض فقال الرامي خسقت وهذه الجلدة قطعها سهمي لشدة الرمية فانكر الآخر وقال بل كانت مقطوعة فان علم ان الغرض كان صحيحاً فالقول قول الرامي وان اختلفا فذكر القاضي أنها كالتي قبلها ان كان الهدف رخواً وان كان قويا صلباً اعتد به، وان وقع سهمه في سهم ثابت في الغرض اعتد له به إن كان شرطهما خواصل وان كان خواسق لم يحسب له ولا عليه لانا لا نعلم يقينا انه لولا فوق السهم الثابت لخسق وان أصاب السهم ثم سبح عنه فخنق احتسب له به

﴿مسئلة﴾ (وان عرض عارض من كسر قوس أو قطع وتر أو ريح شديدة لم يحسب عليه بالسهم)

إذا أخطأ لعارض مما ذكرنا أو حيوان اعترض بين يديه أو ريح شديدة ترد السهم عرضا لم يحسب عليه بذلك السهم لان خطأه للعارض لا لسوء رميه قال القاضي ولو أصاب لم يحسب لانه اذا لم يحسب عليه لم يحسب له لان الريح الشديدة كما يجوز ان تصرف الرمي الشديد فيخطىء يجوز ان تصرف السهم المخطىء عن خطئه فيقع مصيبا فتكون إصابته بالريح لا بحذق رميه، فأما ان وقع السهم في حائل بينه وبين الغرض فمرقه وأصاب الغرض حسب له لأن اصابته لسداد رميه ومروقه لقوته فهو أولى من غيره وان كانت الريح لينة لا ترد السهم عادة لم يمنع لان الجو لا يخلو من ريح ولان الريح اللينة لا تؤثر إلا في الرمي الرخو الذي لا ينتفع به

(فصل) إذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فان أصبت به فلك درهم صح وكان جعالة لانه بذل مالا في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن نضالا لان النضال يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعا ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً، وإن قال ان أصبت به فلك درهم وان أخطأت فعليك درهم لم يصح لانه قمار وان قال ارم عشرة أسهم فان كن صوابك أكثر من خطئك فلك درهم صح لانه جعل الجعل في مقابلة اصابة معلومة فان اكثر العشرة أقله ستة وليس ذلك مجهولا لانه بالاقل يستحق

من تعينها فان كانت التي يتحول عنها فما حصل السبق بها وان كانت التي يتحول اليها فما حصلت المسابقة بها في جميع الحلبة ومن شرط السباق ذلك ولان هذا متى احتاج إلى التحول والاشتغال به فربما سبق باشتغاله لا سرعة غيره ولان المقصود معرفة عدو الفرس في الحلبة كلها فمتى كان إنما يركبه في آخر الحلبة فما حصل المقصود . وأما الجلب فهو ان يتبع الرجل فرسه يركض خلفه ويجلب عليه ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو هكذا فسره مالك وقال قتادة الجلب والجنب في الرهان ، وروي عن ابي عبيد كقول مالك وحكي عنه ان معنى الجلب أن يحشر الساعي أهل الماشية ليصدقهم قال فلا يفعل ليأتيهم على مياههم فيصدقهم، والتفسير الاول هو الصحيح لما روى عمران ابن حصين عن النبي ﷺ أنه قال «لاجلب ولاجنب في الرهان» رواه أبو داود وفي حديث علي في السباق وفي آخره، ولاجلب ولاجنب ولاشغار في الاسلام: ويروى عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا»

الجعل ، وإن قال ان كان صوابك اكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم صح وكذلك ان قال ارم عشرة ولك بكل سهم أصبت به منها درهم . أو قال فلك بكل سهم زائد على النصف من المصيبات درهم لان الجعل معلوم بتقديره بالاصابة فاشبه مالو قال استق لي من هذا البئر ولك بكل دلو تمرة أو قال من رد عبداً من عبيدي فله بكل عبد درهم ، وان قال إن كان خطؤك اكثر فمليك درهم أونحو هذا لم يجز لانه قمار وان قال ارم عشرة فان أخطأتها فعليك درهم أونحو هذا لم يجز لان الجعل يكون في مقابلة عمل ولم يوجد من القابل عمل فيستحق به شيئاً ولذلك لو قال الرامي لأجنبي إن أخطأت فلك درهم لم يجز لذلك

(فصل) وإن شرطا ان يرميا أرشاقا كثيرة جاز لانه إذا جاز على القليل جاز على الكثير ولا بد أن تكون معلومة فان شرطا ان يرميا منها كل يوم قدرا اتفقا عليه جاز لان الغرض في ذلك صحيح فانهما أو احدهما قد يضعف عن الرمي كله مع حذقه، وان أطلقا العقد جاز وحمل على التعجيل والحلول كسائر العقود فيرميان من اول النهار الى آخره الا ان يعرض عذر يمنع من مرض أو عذر كريح يشوش السهام أوحاجة الى طعام أوشراب أوصلاة أوقضاء حاجة لان هذه مستثناة بالعرف وإذا جاء الليل تركاه لان العادة ترك الرمى بالليل فحمل العقد عليه مع الاطلاق الا ان يشترطاه ليلا فيلزم فان كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفي بذلك والا رميا بضوء شمعة أو بمشعل

﴿مسئلة﴾ (وان عرض مطر او ظلمة جاز تأخير الرمي) لان المطر يرخي الوتر ويفسد الريش وان عرض ظلمة كمجيء الليل تركا الرمي الى الغد لان العادة الرمي نهاراً الا أن يشترطا الرمي ليلا فيأخذ احدهما صاحبه بذلك وقد ذكرناه في الفصل قبله ويكره للامين والشهود مدح أحدهما وزهزهته اذا أصاب وعيبه اذا أخطأ لما فيه من كسر قلب صاحبه وقد ذكرناه

كتاب الايمان

الاصل في مشروعيتها وثبوت حكمها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) الآية وقال تعالى (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها) وامر نبيه ﷺ بالحلف في ثلاثة مواضع فقال (ويستنبئونك أحق هو ؟ قل إي وربي انه لحق وما أنتم بمعجزين) وقال تعالى (قل بلى وربي لتأتينكم) والثالث (قل بلى وربي لتبعثن) واما السنة فقول النبي ﷺ « إني والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه وكان اكثر قسم رسول الله ﷺ « ومصرف القلوب - ومقلب القلوب » ثبت هذا عن رسول الله ﷺ في آي واخبار سوى هذين كثير ، واجمعت الامة على مشروعية اليمين وثبوت احكامها ووضعها في الاصل لتوكيد المحلوف عليه

(فصل) وتصح من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين ولا تصح من غير مكلف كالصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث » ولانه قول يتعلق به وجوب حق فلم يصح من غير

كتاب الايمان

والاصل في مشروعيتها وثبوت حكمها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) الآية . وقال تعالى (ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها) وأمر نبيه ﷺ بالحلف في ثلاثه مواضع فقال (ويستنبئونك أحق هو ؟ قل إي وربي انه لحق) وقال سبحانه (قل بلى وربي لتأتينكم) وقال (قل بلى وربي لتبعثن) وأما السنة فقول النبي ﷺ « اني والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها » متفق عليه . وكان أكثر قسم النبي صلى الله عليه وسلم « ومصرف القلوب - ومقلب القلوب » ثبت هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في آي واخبار سوى هذين كثير ، وأجمعت الامة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها ووضعها في الاصل لتوكيد المحلوف عليه

(فصل) وتصح من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين ولا تصح من غير مكلف كالصبي والمجنون والنائم كالاقرار وفي السكران وجهان بناء على ان هذا مكلف أو غير مكلف ، ولا تنعقد يمين مكره وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تنعقد لانها يمين مكلف فانعقدت كيمين المختار

ولنا ماروى أبو امامة وواثلة بن الاسقع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مقهور يمين » ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر

(فصل) وتصح من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث في كفره أو بعد اسلامه ،

مكلف أو غير مكلف ولا تنعقد يمين مكره وبه قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة تنعقد لانها يمين مكلف فانعقدت كيمين المختار

ولنا ماروى ابو امامة وواثلة بن الاسقع ان رسول الله ﷺ قال « ليس على مقهور يمين » ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر

(فصل) وتصح اليمين من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث في كفره او بعد إسلامه وبه قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر إذا حنث بعد إسلامه ، وقال الثوري وأصحاب الرأي لاينعقد يمينه لانه ليس بمكلف

ولنا أن عمر رضي الله عنه نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام فأمره النبي ﷺ بالوفاء بنذره ولانه من أهل القسم بدليل قوله تعالى (فيقسمان بالله) ولا نسلم أنه غير مكلف وانما تسقط عنه العبادات باسلامه لان الاسلام يجب ماقبله فاما مايلزمه بنذره او يمينه فينبغي أن يبقى حكمه في حقه لانه من جهته

وبه قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر اذا حنث بعد اسلامه وقال الثوري واصحاب الرأي لاتنعقد يمينه لانه ليس بمكلف

ولنا ان عمر نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالوفاء بنذره ولانه من اهل القسم بدليل قوله تعالى (فيقسمان بالله) ولا نسلم انه غير مكلف وانما تسقط عنه العبادات باسلامه لان الاسلام يجب ماقبله . فأما ما التزمه بنذره أو يمينه فينبغي أن يبقى حكمه في حقه لانه من جهته .

(فصل) والايمان تنقسم خمسة أقسام (أحدها) واجب وهي التي ينجي بها انسانا معصوماً من هلكة كما روي عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد النبي صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنا انه أخي فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « صدقت المسلم أخو المسلم » رواه ابو داود فهذا وأشباهه واجب لان انجاء المعصوم واجب وقد تعين في اليمين فيجب وكذلك انجاء نفسه مثل أن تتوجه ايمان القسامة في دعوى القتل عليه وهو بريء

(الثاني) مندوب وهو الحلف الذي تتعلق به مصلحة من اصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره او في دفع شر فهذا مندوب لان فعل هذه الامور مندوب اليه واليمين مفضية اليه ، وإن حلف على فعل طاعة او ترك معصية ففيه وجهان (احدهما) انه مندوب اليه وهو قول بعض اصحابنا واصحاب الشافعي لان ذلك يدعوه الى فعل الطاعات وترك المعاصي

(فصل) ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو أن يحلف بابيه او الكعبة او صحابي او إمام قال الشافعي أخشى أن يكون معصية قال ابن عبد البر وهذا أصل مجمع عليه وقيل يجوز ذلك لان الله تعالى أقسم بمخلوقاته فقال (والصافات صفا — والمرسلات عرفا — والنازعات غرقا) وقال النبي ﷺ للاعرابي السائل عن الصلاة « أفلح وأبيه ان صدق » وقال في حديث ابي العشراء « وابيك لو طعنت في فخذها لاجزأك »

ولنا ماروى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان النبي ﷺ أدركه وهو يحلف بابيه فقال « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله او ليصمت » قال عمر فما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً متفق عليه يعني ولا حاكياً لها عن غيري ، وعن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من حلف بغير الله فقد أشرك » قال الترمذي هذا حديث حسن وروي عن النبي ﷺ قال « من حلف باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله » وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف بملة غير الاسلام كاذبا فهو كما قال » متفق عليه وفي لفظ « من حلف أنه بريء من الاسلام فان كان قد

(والثاني) ليس بمندوب اليه لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك في الاكثر الاغلب ولا حث النبي صلى الله عليه وسلم أحداً عليه ولا ندبهم اليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولان ذلك يجري مجرى النذر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال « انه لايأتي بخير وانما يستخرج به من البخيل » متفق عليه .

(الثالث) المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه او يظن انه فيه صادق فان الله تعالى قال (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) ومن صور اللغو ان يحلف على شيء يظنه كما حلف ويتبين بخلافه

(الرابع) المكروه وهو الحلف على مكروه أو ترك مندوب قال الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) وروي ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه حلف لاينفق على مسطح بعد الذي قال لعائشة ماقال وكان من أهل الافك فأنزل الله تعالى (ولا يأتل أولو الفضل منكم) الآية ، قيل المراد بقوله (ولا يأتل) أي لايمتنع ولان اليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة ، فان قيل لو كانت مكروهة لانكر النبي ﷺ على الاعرابي الذي سأله عن الصلوات فقال هل عليّ غيرها ؟ فقال « لا إلا أن تتطوع » فقال والذي بعثك بالحق لاأزيد عليها ولا أنقص منها ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم بل قال « أفلح الرجل إن صدق » قلنا لايلزم هذا فان اليمين على تركها لاتزيد على تركها ولو تركها لم ينكر عليه ويكفي في ذلك بيان ان ماتركه تطوع وقد بينه له النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « إلا أن تتطوع » ولان هذه اليمين إن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لاينقص منه

كذب فهو كما قال ، وان كان صادقا لم يرجع إلى الاسلام سالما » رواه ابو داود . فاما قسم الله بمصنوعاته فانما اقسم به دلالة على قدرته وعظمته ، ولله تعالى أن يقسم بماشاء من خلقه ولاوجه للقياس على إقسامه، وقد قيل ان في إقسامه اضمار القسم برب هذه المخلوقات فقوله (والضحى) أي ورب الضحى

وأما قول النبي ﷺ « افلح وأبيه ان صدق » فقال ابن عبد البر هذه اللفظة غير محفوظة من وجه صحيح فقد رواه مالك وغيره من الحفاظ فلم يقولوها فيه ، وحديث ابي العشراء قد قال احمد لو كان يثبت ؟ يعني انه لم يثبت ولهذا لم يعمل به الفقهاء في اباحة الذبح في الفخذ ، ثم لو ثبت فالظاهر ان النهي بعده لان عمر قد كان يحلف بها كما حلف بها النبي ﷺ ثم نهى عن الحلف بها ولم يرد بعد النهي اباحة ولذلك قال عمر وهو يروي الحديث بعد موت النبي ﷺ فما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً . ثم ان لم يكن الحلف بغير الله محرما فهو مكروه فان حلف فليستغفر الله تعالى أو ليذكر الله تعالى كما قال النبي ﷺ « من حلف باللات والعزى فليقل لاإله الا الله » لان الحلف

منه شيئا وهذا في الفضل يزيد على ماقابله من ترك التطوع فيترجح جانب الاتيان بها على تركها فيكون من قبل المندوب فكيف ينكر؟ ولان في الاقرار على هذه اليمين بيان حكم يحتاج اليه وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به ولو أنكر على الحالف هذا لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الاثم بتركه فيفوت الغرض ، ومن قسم المكروه الحلف في البيع فان النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحلف منفق للسلعة ممحق للبركة »رواه ابن ماجه

(القسم الخامس) المحرم وهو الحلف الكاذب فان الله تعالى ذمه بقوله سبحانه (ويحلفون على الكذب وهم يعلمون) ولان الكذب حرام فإذا كان محلوفا عليه كان أشد في التحريم وان أبطل به حقاً واقتطع به مال معصوم كان أشد فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من حلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » متفق على معناه وأنزل الله تعالى في ذلك (ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمناً قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم) ومن هذا القسم الحلف على معصية أو ترك واجب فان المحلوف عليه حرام فكان الحلف حراما لانه وسيلة اليه والوسيلة تأخذ حكم المتوسل اليه

(فصل) ومتى كانت اليمين على فعل واجب او ترك محرم كان حلها محرما لان حلها بفعل المحرم وهو محرم وإن كانت على مندوب أو ترك مكروه فحلها مكروه وإن كانت على مباح فحلها مباح ، فان قيل فكيف يكون حلها مباحا وقد قال الله سبحانه وتعالى (ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها - الى قوله - تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هي أربى من أمة) والعهد يجب الوفاء به بغير يمين فمع اليمين أولى فان الله تعالى قال (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) وقال (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولهذا نهى عن نقض اليمين والنهي يقتضي التحريم وذمهم عليه وضرب لهم مثل التي

بغير الله سيئة والحسنة تمحو السيئة وقد قال الله تعالى [ان الحسنات يذهبن السيئات] وقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا عملت سيئة فاتبعها حسنة تمحها » ولان من حلف بغير الله فقد عظم غير الله تعظيما يشبه تعظيم الرب تبارك وتعالى ولهذا سمي شركا لكونه أشرك غير الله مع الله تعالى في تعظيمه بالقسم به فيقول لا اله الا الله توحيداً لله تعالى وبراءة من الشرك ، وقال الشافعي : من حلف بغير الله تعالى فليقل أستغفر الله

(فصل) ويكره الافراط في الحلف بالله تعالى لقول الله تعالى [ولا تطع كل حلاف مهين] وهذا ذم له يقتضي كراهة فعله، فان لم يخرج إلى حد الافراط فليس بمكروه إلا أن يقترن به مايوجب كراهته . ومن الناس من قال الايمان كلها مكروهة لقول الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم)

ولنا أن النبي ﷺ كان يحلف كثيراً وقد كان يحلف في الحديث الواحد أيماناً كثيرة وربما كرر اليمين الواحدة ثلاثا فانه قال في خطبة الكسوف « والله يا أمة محمد ما أحد أغير من الله ان يزني عبده أو

نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا ، ولا خلاف في ان الحل المختلف فيه لا يدخله شيء من هذا ؟ وإن كانت على فعل مكروه أو ترك مندوب فحلها مندوب اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » وقال عليه السلام « إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها وإن كانت اليمين على فعل محرم أو ترك واجب فحلها واجب لان حلها بفعل الواجب وفعله واجب

﴿ مسئلة ﴾ (واليمين التي تجب بها الكفارة هي اليمين بالله تعالى أو صفة من صفاته)

أجمع أهل العلم على ان من حلف بالله تعالى فقال والله أو بالله او تالله فحنث ان عليه الكفارة ، قال ابن المنذر وكان مالك وأبو عبيد والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي يقولون من حلف باسم من اسماء الله تعالى فحنث فعليه الكفارة ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان من أسماء الله الذي لا يسمى بها سواه

﴿ مسئلة ﴾ (وأسماء الله تعالى قسمان)

(أحدهما) مالا يسمى به غيره نحو والله والقديم الازلي والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء وخالق الخلق ورازق العالمين ، فهذا القسم به يمين بكل حال وكذلك قوله ورب العالمين ، ورب السموات ، والحي الذي لا يموت (الثاني) مايسمى به غيره واطلاقه ينصرف الى الله تعالى كالعظيم والرحيم والرب والمولى والرازق ونحوه . فأما الرحمن فذكره شيخنا من هذا القسم في الكتاب المشروح وذكره في كتاب المغني من القسم الاول وهو أولى لان ذلك انما كان يسمي به غير الله تعالى مضافا كقولهم في مسيلمة رحمان اليمامة أما اذا أطلق فلا ينصرف إلا الى الله تعالى ، فهذا القسم الذي يسمى به غير الله مجازاً بدليل قوله تعالى (ارجع الى ربك - واذكرني عند ربك فأنساه الشيطان ذكر ربه) وقال (فارزقوهم منه) وقال (بالمؤمنين رءوف رحيم)

تزني أمته ، ياأمة محمد والله لو تعلمون ماأعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيراً » ولقيته امرأة من الانصار معها أولادها فقال « والذي نفسي بيده انكم لأحب الناس إلي » ثلاث مرات وقال « والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا » ولو كان هذا مكروها لكان النبي ﷺ أبعد الناس منه ، ولان الحلف بالله تعظيم له وربما ضم إلى يمينه وصف الله تعالى بتعظيمه وتوحيده فيكون مثابا على ذلك ، وقد روي أن رجلا حلف على شيء فقال والله الذي لاإله إلا هو مافعلت كذا فقال النبي ﷺ « أما انه قد كذب ولكن قد غفر له بتوحيده » وأما الافراط في الحلف فانما كره لانه لايكاد يخلو من الكذب والله أعلم

فأما قوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) فمعناه لاتجعلوا أيمانكم بالله مانعة لكم من البر والتقوى والاصلاح بين الناس وهو أن يحلف بالله أن لايفعل براً ولا تقوى ولا يصلح بين الناس ثم يمتنع من فعله ليبر في يمينه ولايحنث فيها فنهوا عن المضي فيها

﴿مسألة﴾ (فهذا إن نوى بالقسم به اسم الله تعالى أو اطلق كان يميناً لانه باطلاقه ينصرف اليه بالنية) وهذا مذهب الشافعي، وقال طلحة العاقولي اذا قال والرب والخالق والرازق كان يميناً على كل حال كالاول لايستعمل مع التعريف باللام إلا في اسم الله تعالى فأشبهت القسم الاول

﴿ مسألة ﴾ (وأما ما لا يعد من اسمائه كالشيء والموجود والحي والعالم والمؤمن والكريم والشاكر فان لم ينو به الله تعالى او نوى غيره لم يكن يميناً وإن نواه كان يميناً)

فيختلف هذا القسم والذي قبله في حالة الاطلاق ففي الاول يكون يميناً وفي الثاني لا يكون يميناً ، وقال القاضي والشافعي في هذا القسم لا يكون يميناً أيضاً وإن قصد به اسم الله تعالى لان اليمين انما تنعقد لحرمة الاسم فمع الاشتراك لا يكون له حرمة والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين

ولنا انه أقسم بالله قاصداً به الحلف فكان يميناً مكفرة كالقسم الذي قبله، وقولهم ان النية المجردة لا تنعقد بها اليمين نقول به وما انعقد بالنية المجردة وانما انعقد بالاسم المحتمل المراد به اسم الله تعالى فان النية تصرف اللفظ المحتمل إلى احد محتملاته فيصير كالمصرح به كالكنايات ولهذا لو نوى بالقسم الذي قبله غير الله لم يكن يميناً لنيته

﴿ مسألة ﴾ وإن قال وحق الله وعهد الله وايم الله وأمانة الله وميثاقه وقدرته وعظمته وكبريائه وجلاله وعزته ونحو ذلك فهو يمين)

وإن قال والعهد والميثاق وسائر ذلك ولم يضفه إلى الله تعالى لم يكن يميناً إلا أن ينوي صفة الله تعالى وعنه يكون يميناً ، وإن قال وحق الله فهي يمين مكفرة وبه قال مالك والشافعي وقال أبوحنيفة لا كفارة لها لان حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له

ولنا ان لله حقوقا يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة وقد اقترن عرف الاستعمال

قال أحمد وذكر حديث ابن عباس باسناده في قوله تعالى [ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم] الرجل يحلف أن لا يصل قرابته وقد جعل الله له مخرجا في التكفير فأمره أن لا يعتل بالله فليكفر وليبر، وقال النبي ﷺ «لأن يستلج أحدكم في يمينه آثم له عند الله من أن يؤدي الكفارة التي فرض الله عليه» متفق عليه وقال النبي ﷺ «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك» وقال «اني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها» متفق عليهما، وان كان النهي عاد إلى اليمين فالمنهي عنه الحلف على ترك البر والتقوى والاصلاح بين الناس لا على كل يمين فلا حجة فيها لهم إذاً

(فصل) والايمان تنقسم خمسة اقسام

(أحدها) واجب وهي التي ينجي بها انسانا معصوما من هلكة كما روي عن سويد بن حنظلة قال: خرجنا نريد النبي ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا وحلفت

بالحلف بهذه الصفة فينصرف إلى صفة الله تعالى كقوله وقدر الله، وإن نوى بذلك القسم بمخلوق فالقول فيه كالقول في الحلف بالعلم والقدرة الا ان احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر، وإن قال وعهد الله وكفالته فذلك يمين يجب تكفيرها إذا حنث فيها وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلي وقتادة والحكم والاوزاعي ومالك، وقال عطاء وابن المنذر وأبو عبيد لا يكون يميناً الا ان ينوي وقال الشافعي لا يكون يمينا إلا ان ينوي اليمين بعهد الله الذي هو صفته، وقال أبو حنيفة ليس بيمين ولعلهم ذهبوا إلى ان العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يميناً كما لو قال وحق الله، وقد وافقنا أبو حنيفة في أنه إذا قال علي عهد الله وميثاقه ثم حنث انه تلزمه الكفارة

ولنا ان عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهانا عنه لقوله (ألم أعهد اليكم يا بني آدم؟) وكلامه قديم صفة له، ويحتمل انه استحقاقه لما تعبدنا به وقد ثبت له عرف الاستعمال فيجب أن يكون يميناً باطلاقه كما لو قال وكلام الله. إذا ثبت هذا فانه إذا قال علي عهد الله وميثاقه لأفعلن أو قال وعهد الله وميثاقه لأفعلن فهو يمين

﴿مسئلة﴾ (وإن قال وايم الله أو وايمن الله فهي يمين موجبة للكفارة)

وهو كالحالف بعمر الله على ما نذكره، وقد كان النبي ﷺ يقسم به وانضم اليه عرف الاستعمال فوجب ان ينصرف اليه، واختلف في اشتقاقه فقيل هو جمع يمين وحذفت النون فيه في البعض تخفيفاً لكثرة الاستعمال وقيل هو من اليمن فكأنه قال ويمن الله لأفعلن والفها الف وصل

﴿مسئلة﴾ وإن قال وأمانة الله فقال القاضي لا يختلف المذهب في ان الحلف بأمانة الله يمين مكفرة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا تنعقد اليمين بها الا أن ينوي الحلف بصفة الله)

لان الامانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على

أنا انه أخي فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال النبي ﷺ « صدقت المسلم اخو المسلم » رواه ابوداود والنسائي فهذا ومثله واجب لان انجاء المعصوم واجب وقد تعين في اليمين فيجب وكذلك انجاء نفسه مثل أن تتوجه عليه أيمان القسامة في دعوى القتل عليه وهو بريء

(الثاني) مندوب وهو الحلف الذي تتعلق به مصلحة من اصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف او غيره او دفع شر فهذا مندوب لان فعل هذه الامور مندوب اليه واليمين مفضية اليه وإن حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان

(أحدهما) انه مندوب اليه وهو قول بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي لان ذلك يدعوه الى فعل الطاعات وترك المعاصي

(والثاني) ليس بمندوب اليه لان النبي ﷺ وأصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك في الاكثر الاغلب ولا حث النبي ﷺ أحداً عليه ولا ندبه اليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولان ذلك يجري

السموات والارض والجبال فأبين ان يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان) وقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها) يعني الودائع والحقوق ، وقال النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وإذا كان اللفظ محتملا لم يصرف الى أحد محتملاته الا ببينة أو دليل صارف اليه

ولنا ان أمانة الله صفة من صفاته بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها اذا نوى حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه

(أحدها) أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم الى المعصية أو المكروه لكونه قسما بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه

(الثاني) ان القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله أعظم حرمة وقدرا

(الثالث) ان ما ذكروه من الفرائض والودائع لم يعهد القسم بها ولا يستحسن ذلك لو صرح به فلذلك لا يقسم بما هو عبارة عنه

(الرابع) ان أمانة الله المضافة اليه هي صفته وغيرها يذكر غير مضاف اليه كما ذكر في الآيات والخبر

(الخامس) ان اللفظ عام في كل امانة الله لان اسم الجنس اذا أضيف الى معرفة افاد الاستغراق فتدخل فيه أمانة الله التي هي صفته فتنعقد اليمين بها موجبة للكفارة كما لو نواها

(فصل) والقسم بصفات الله تعالى كالقسم باسمائه ، وصفاته ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) ما هو صفات لذات الله تعالى لا يحتمل غيرها كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فهذه تنعقد بها اليمين في قولهم جميعاً وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي لان هذه من صفات ذاته ولم يزل موصوفاً بها ، وقد ورد الاثر بالقسم ببعضها فروي « ان النار تقول قط قط وعزتك » رواه

مجرى النذر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال « انه لا يأتي بخير وانما يستخرج به من البخيل » متفق عليه

(الثالث) المباح مثل الحلف على فعل مباح او تركه والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يظن انه فيه صادق فان الله تعالى قال (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف عليه ويبين بخلافه فأما الحلف على الحقوق عند الحاكم ففيه وجهان

(أحدهما) ان تركه أولى من فعله فيكون مكروهاً ذكر ذلك أصحابنا وأصحاب الشافعي لما روي ان عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان فقال عمر لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف فقال خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمين عثمان

(والثاني) انه مباح فعله كتركه لان الله تعالى أمر نبيه بالحلف على الحق في ثلاثة مواضع . وروى محمد بن كعب القرظي ان عمر قال على المنبر وفي يده عصا : يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فوالذي نفسي بيده إن في يدي لعصا

وروى عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة باسناده عن الشعبي ان عمر وأبياً تحاكما الى زيد في نخل ادعاه ابي فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد اعف أمير المؤمنين فقال عمر ولم يعفي أمير المؤمنين؟

البخاري والذي يخرج من النار يقول « وعزتك لا أسألك غيرها » وفي كتاب الله تعالى قال (فبعزتك لأغوينهم أجمعين)

(الثاني) ما هو صفة للذات الا أنه يعبر به عن غيرها مجازاً كعلم الله وقدرته فهذه صفة للذات لم يزل موصوفا بها ، وقد تستعمل في المعلوم والمقدور أقساما كقولهم اللهم اغفر لنا علمك فينا ويقال اللهم قد أريتنا قدرتك فارنا عفوك ويقال انظروا الى قدرة الله أي مقدوره فمتى أقسم بهذا كان يميناً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال وعلم الله لا يكون يميناً لانه يحتمل المعلوم

ولنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يميناً موجبة للكفارة كالعظمة والعزة والقدرة وينتقض ما ذكروه بالقدرة فانهم قد سلموها وهي قرينتها، فأما ان نوى القسم بالمعلوم والمقدور احتمل أن لا يكون يميناً وهو قول أصحاب الشافعي لانه نوى بالاسم غير صفة الله تعالى مع احتمال اللفظ ما نواه فأشبه ما لو نوى القسم بمخلوق في الاسماء التي يسمى بها غير الله تعالى ، وقد روي عن أحمد أن ذلك يكون يميناً بكل حال ولا يقبل منه نية غير صفة الله كالعظمة وقد ذكر طلحة العاقولي أن أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالخالق والرازق أنها تكون يميناً بكل حال لانها لا تنصرف الا الى إسم الله تعالى كذا هذا

(الثالث) ما لا ينصرف باطلاقه الى صفة الله تعالى لكن ينصرف باضافته الى الله سبحانه لفظاً

ان عرفت شيئاً استحققته بيميني وإلا تركته والله الذي لاإله الا هو ان النخل لنخلي وما لأبي فيه حق فلما خرجا وهب النخل لابي فقيل له يا أمير المؤمنين هلا كان هذا قبل اليمين ؟ فقال خفت أن لاأحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدي فيكون سنة ، ولانه حلف صدق على حق فأشبه الحلف عند غير الحاكم

(الرابع) المكروه وهو الحلف على فعل مكروه او ترك مندوب قال الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم ان تبروا وتتقوا و تصلحوا بين الناس)

وروي ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه حلف لاينفق على مسطح بعد الذي قال لعائشة ماقال وكان من جملة أهل الافك الذين تكلموا في عائشة رضي الله عنها فأنزل الله تعالى (ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وليعفوا وليصفحوا) وقيل المراد بقوله (ولا يأتل) اي لايمتنع ولان اليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة او حاملة على

أو نية كالعهد والميثاق والامانة فهذا لا يكون يميناً مكفرة الا باضافته أو نيته وسنذكره ان شاء الله

﴿مسئلة﴾ (وان قال والعهد والميثاق وسائر ذلك ولم يضفه الى الله تعالى لم يكن يميناً الا أن ينوي صفة الله تعالى وعنه يكون يميناً)

اذا قال والعهد والميثاق والامانة والعظمة والكبرياء والقدرة والجلال ونوى عهد الله كان يميناً وكذلك في سائرها لانه نوى الحلف بصفة من صفات الله ، وان أطلق فقال القاضي فيه روايتان

[احداهما] يكون يمينا لان لام التعريف ان كانت للعهد يجب أن تصرف الى عهد الله تعالى لانه الذي عهدت اليمين به وان كانت للاستغراق دخل فيه ذلك

[والثانية] لا تكون يمينا لانه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة ولم يصرفه الى ذلك بنيته فلا تجب الكفارة لان الاصل عدمها

(فصل) ويكره الحلف بالأمانة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف بالامانة فليس منا » رواه أبو داود ، وروى زياد بن حدير أن رجلا حلف عنده بالامانة فجعل يبكي بكاء شديداً فقال له الرجل هل كان هذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالامانة أشد النهي

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لعمر الله كان يميناً وقال أبو بكر لايكون يميناً إلا أن ينوي) .

ظاهر المذهب أن ذلك يمين موجبة للكفارة وان لم ينو وبه قال أبو حنيفة وقال أبو بكر ان قصد اليمين فهو يمين وإلا فلا وهو قول الشافعي لانها إنما تكون يمينا بتقدير خبر محذوف فكانه قال لعمر الله ماأقسم به فيكون مجازاً والمجاز لاينصرف اليه الاطلاق .

ولنا انه أقسم بصفة من صفات الله فكانت يمينا موجبة للكفارة كالحلف ببقاء الله وحياته

فعل المـكروه فتكون مكروهة ، فان قيل لو كانت مكروهة لانكر النبي ﷺ على الاعرابي الذي سأله عن الصلوات فقال هل علي غيرها ؟ فقال «لا إلا ان تطوع» فقال والذي بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها ولم ينكر عليه النبي ﷺ بل قال «أفلح الرجل ان صدق» قلنا لا يلزم هذا فان اليمين على تركها لا تزيد على تركها ولو تركها لم ينكر عليه ويكفي في ذلك بيان ان ما تركه تطوع ، وقد بينه له النبي ﷺ بقوله «الا ان تطوع» ولان هذه اليمين ان تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئاً ، وهذا في الفضل يزيد على ما قابله من ترك التطوع فيترجح جانب الاثبات بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر ؟ ولان في الاقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج اليه وهو بيان ان ترك التطوع غير مؤاخذ به فلو أنكر على الحالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الاثم بتركه فيفوت الغرض ، ومن قسم المـكروه الحلف في البيع والشراء فان النبي ﷺ قال « الحلف منفق للسلعة ممحق للبركة » رواه ابن ماجه

(القسم الخامس) المحرم وهو الحلف الـكاذب فان الله تعالى ذمه بقوله تعالى (ويحلفون على

ويقال العمر والعمر واحد وقيل معناه وحق الله وقد ثبت له عرف الشرع والاستعمال قال الله تعالى (لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون) .

وقال النابغة: فلا لعمر الذي قد زرته حججاً وما أريق على الانصاب من جسد

وقال آخر : إذا رضيت كرام بني قشير لعمر الله أعجبني رضاها

وهذا في الشعر والـكلام كثير ، واما احتياجه إلى التقدير فلا يضر فان اللفظ إذا اشتهر في العرف صار من الاسماء العرفية ويجب حمله فيه عند الاطلاق دون موضوعه الأصلي على ما عرف من سائر الأسماء العرفية ومتى احتاج اللفظ إلى التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير اطلاع على نية قائله وقصده كما يفهم ان مراد المتكلم من المتقدمين القسم ويفهم من القسم بغير حرف القسم في اشعارهم في مثل قولهم .

فقلت يمين الله أبرح قاعداً

ويفهم من القسم الذي حذف في جوابه حرف لأنه مقدر مراد لهذا البيت ويفهم من قول الله تعالى (واسئل القرية ـ وأشربوا في قلوبهم العجل) التقدير فكذا ههنا وان قال عمرك الله كما في قوله.

أيها المنـكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان؟

فقد قيل هو مثل قوله نشدتك الله ولهذا ينصب اسم الله فيه وان قال لعمري او لعمرك أو عمرك فليس بيمين في قول أكثرهم ، وقال الحسن في قوله لعمري عليه الـكفارة .

ولنا انه اقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتي وذلك لان هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذي أضيف اليه العمر فان التقدير لعمرك قسمي أو ما أقسم به والعمر الحياة والبقاء .

الكذب وهم يعلمون) ولان الكذب حرام فاذا كان محلوفا عليه كان أشد في التحريم وان أبطل به حقاً او اقتطع به مال معصوم كان أشد فانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف يميناً فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » وأنزل الله عز وجل في ذلك (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم) ومن هذا القسم الحلف على فعل معصية او ترك واجب فان المحلوف عليه حرام فكان الحلف حراما لانه وسيلة اليه والوسيلة تأخذ حكم المتوسل اليه

(فصل) ومتى كانت اليمين على فعل واجب او ترك محرم كان حلها محرما لان حلها بفعل المحرم وهو محرم، وإن كانت على فعل مندوب او ترك مكروه فحلها مكروه ، وان كانت على فعل مباح فحلها مباح فان قيل وكيف يكون حلها مباحاً وقد قال الله تعالى (ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها)؟ قلنا هذا في الايمان في العهود والمواثيق بدليل قوله تعالى (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف بكلام الله أو بالمصحف أو بالقرآن فهي يمين فيها كفارة واحدة وعنه عليه بكل آية كفارة .)

وجملة ذلك ان الحلف بكلام الله او بالقرآن أو بآية منه يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها ، وبه قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأبو عبيد وعامة أهل العلم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بيمين ولا تجب به كفارة فنهم من زعم انه مخلوق ومنهم من قال لاتنعقد اليمين به .

ولنا أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به كما لو قال وجلال الله وعظمته وقولهم هو مخلوق قلنا هذا كلام المعتزلة وانما الخلاف مع الفقهاء وقد روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « القرآن كلام الله غير مخلوق » وقال ابن عباس في قوله تعالى (قرآناً عربياً غير ذي عوج) أي غير مخلوق وأما قولهم لاتنعقد اليمين به فيلزمهم قولهم: وكبرياء الله وعظمته وجلاله إذا ثبت هذا فان الحلف بآية منه كالحلف بجميعه لانها من كلام الله تعالى وكذلك الحلف بالمصحف تنعقد به اليمين وكان قتادة يحلف بالمصحف ولم يكره ذلك امامنا واسحاق ، لان الحلف بالمصحف انما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن فانه بين دفتي المصحف باجماع المسلمين .

(فصل) فان حلف بالقرآن أو بحق القرآن أو بكلام الله لزمته كفارة واحدة ، ونص أحمد على أنه تلزمه بكل آية كفارة وهو الذي ذكره الخرقي وهو قول ابن مسعود والحسن، وقياس المذهب أنه تلزمه كفارة واحدة وهو قياس مذهب الشافعي وأبي عبيد ، لان الحلف بصفات الله تعالى وتكرر اليمين بالله سبحانه لايوجب أكثر من كفارة فالحلف بصفة من صفات الله أولى أن تجزئه كفارة واحدة. ووجه الأول ماروى مجاهد قال قال رسول الله ﷺ « من حلف بسورة من

الايمان بعد توكيدها — إلى قوله — تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هي أربى من أمة) والعهد يجب الوفاء به بغير يمين فمع اليمين اولى فان الله تعالى قال (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم) وقال (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولهذا نهى عن نقض اليمين والنهي يقتضي التحريم وذمهم عليه وضرب لهم مثل التي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا ولا خلاف في أن الحل المختلف فيه لايدخله شيء من هذا، وان كانت على فعل مكروه او ترك مندوب فحلها مندوب اليه فان النبي ﷺ قال «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك» وقال النبي ﷺ «إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها» وان كانت اليمين على فعل محرم او ترك واجب فحلها واجب لان حلها بفعل الواجب وفعل الواجب واجب

﴿مسئلة﴾ قال (ومن حلف أن يفعل شيئاً فلم يفعله أو لا يفعل شيئاً ففعله فعليه الكفارة)

لاخلاف في هذا عند فقهاء الامصار قال ابن عبد البر اليمين التي فيها الكفارة باجماع المسلمين

القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر» رواه الأثرم، ولان ابن مسعود قال ذلك ولم نعرف له مخالفا في الصحابة قال أحمد وما أعلم شيئا يدفعه، قال شيخنا ويحتمل كلام احمد ان في كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه فانه قال عليه بكل آية كفارة لمن قدر عليها فان لم يمكنه فكفارة واحدة ورده إلى واحدة عند العجز دليل على ان مازاد عليه غير واجب وكلام ابن مسعود أيضا يحمل على الاختيار لكلام الله والمبالغة في تعظيمه كما روي عن عائشة انها اعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد وليس ذلك بواجب، فعلى هذا تجزئه كفارة واحدة لقول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) وهذه يمين فتدخل في عموم الايمان المنعقدة ولانها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الايمان، ولان إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضي إلى المنع من البر والتقوى والاصلاح بين الناس، لان من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها يترك المحلوف عليه كائنا ما كان وقد يكون براً وتقوى واصلاحا فتمنعه يمينه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) وان قلنا بوجوب كفارات بعدد الآيات فلم يطق ذلك اجزأته كفارة واحدة نص عليه احمد.

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحلف بالله او اشهد بالله او اقسم بالله او اعزم بالله كان يمينا، وان لم يذكر اسم الله لم يكن يمينا إلا إن ينوي وعنه يكون يمينا).

هذا قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا وسواء نوى اليمين او اطلق لانه لو قال بالله ولم يقل أقسم ولا اشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله، لان

هي التي على المستقبل من الافعال وذهبت طائفة الى أن الحنث متى كان طاعة لم يوجب كفارة وقال قوم من حلف على فعل معصية فكفارتها تركها، وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف الرجل فيما لا ينبغي له يعني فلا كفارة عليه في الحنث ، وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ «لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية الله تعالى ولا في قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذي هو خير فان تركها كفارة» رواه ابو داود ولان الكفارة انما تجب لرفع الاثم ولا اثم في الطاعة ولان اليمين كالنذر ولا نذر في معصية الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه »وقال «اني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني » أخرجه البخاري . وحديثهم لا يعارض حديثنا لان حديثنا أصح منه وأثبت ثم انه يحتمل ان تركها كفارة لاثم الحلف والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة . وقولهم ان الحنث

الباء تتعلق بفعل مقدر على ما ذكرناه فان اظهر الفعل ونطق بالمقدر كان اولى بثبوت حكمه وقد ثبت له عرف الاستعمال ، قال الله تعالى (فيقسمان بالله) وقال تعالى (واقسموا بالله)وقال(فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) ويقول الملاعن في لعانه اشهد بالله اني لمن الصادقين وتقول المرأة اشهد بالله انه لمن الكاذبين وانشد اعرابي * اشهد بالله لتفعلنه * وكذلك الحكم ان ذكر الفعل بلفظ الماضي فقال اقسمت او شهدت بالله قال عبدالله بن رواحة * أقسمت بالله لتنزلنه * وان أراد بقوله اقسمت بالله الخبر عن قسم ماض او بقوله اقسم بالله الخبر عن قسم يأتي به فلا كفارة عليه وان ادعى ذلك قبل منه ، وقال القاضي لا يقبل في الحكم وهو قول بعض اصحاب الشافعي لانه خلاف الظاهر.

ولنا ان هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى فاذا علم من نفسه انه نوى شيئا واراده مع احتمال اللفظ إياه لم يلزمه شيء وان قال شهدت بالله اني آمنت بالله فليس بيمين وذكر ابو بكر في قوله أعزم بالله انه ليس بيمين مع الاطلاق وهو قول الشافعي لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا الاستعمال فظاهره غير اليمين ، لأن معناه اقصد الله لافعلن،ووجه الاول انه يحتمل اليمين وقد اقترن به ما يدل عليه وهو جوابه بجواب القسم فيكون يمينا فأما ان نوى بقوله غير اليمين لم يكن يمينا .

(فصل) وان قال أولي بالله او حلفت بالله أو آليت بالله أو الية بالله أو حلفاً بالله أو قسما بالله فهو يمين سواء نوى به اليمين أو أطلق لما ذكرناه في اقسم بالله وحكمه حكمه في تفصيله لان الايلاء والحلف والقسم واحد قال الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر)وقال سعد بن معاذ أحلف بالله لقد جاءكم أسيد بغير الوجه الذي ذهب به

وقال الشاعر : أولي برب الراقصات الى منى ومطارح الا كوار حيث تبيت

وقال ابن دريد: الية باليعملات ترتمي بها النجاء بين اجواز الفلا

طاعة قلنا فاليمين غير طاعة فتلزمه الكفارة للمخالفة ولتعظيم اسم الله تعالى إذا حلف به ولم يبر بيمينه

إذا ثبت هذا نظرنا في يمينه فان كانت على ترك شيء ففعله حنث ووجبت الكفارة، وان كانت على فعل شيء فلم يفعله وكانت يمينه مؤقتة بلفظه أو نيته او قرينة حاله ففات الوقت حنث وكفر، فان كانت مطلقة لم يحنث إلا بفوات وقت الامكان لانه مادام في الوقت والفعل ممكن فيحتمل أن يفعل فلا يحنث ولهذا قال عمر للنبي ﷺ ألم تخبرنا أنا نأتي البيت ونطوف به ؟ قال « فاخبرتك انك تاتيه العام ؟» قال لا قال « فانك آتيه ومطوف به » وقد قال الله تعالى (قل بلى وربي لتبعثن) وهو حق ولم يأت بعد

﴿مسئلة﴾ قال (وان فعله ناسيا فلا شيء عليه اذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق)

وجملة ذلك ان من حلف أن لا يفعل شيئا ففعله ناسيا فلا كفارة عليه نقله عن احمد الجماعة إلا في الطلاق والعتاق فانه يحنث هذا ظاهر المذهب واختاره الخلال وصاحبه وهو قول ابي عبيد وعن

وقال : بل قسما بالشم من يعرب هل لمقسم من بعد هذا منتهى؟

(فصل) فأما ان قال أقسمت اوآليت او شهدت لافعلن ولم يذكر اسم الله فعن أحمد روايتان (احداهما) انها يمين سواء نوى اليمين او اطلق وروي ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وعن أحمد ان نوى اليمين بالله كان يمينا والا فلا وهو قول مالك واسحاق وابن المنذر لانه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم يكن يميناً حتى يصرفه بنيته الى مايجب به الكفارة وقال الشافعي ليس بيمين وان نوى، وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن والزهري وقتادة وأبي عبيد لانها عريت عن اسم الله تعالى وصفته فلم تكن يميناً كما لو قال أقسمت بالبيت

ولنا انه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال فان أبا بكر قال أقسمت عليك يارسول الله لتخبرني بما اصبت مما أخطأت فقال النبي ﷺ «لاتقسم ياأبا بكر » رواه أبو داود وقال العباس للنبي ﷺ أقسمت عليك يارسول الله لتبايعنه فبايعه النبي ﷺ وقال « أبررت قسم عمي ولاهجرة» وفي كتاب الله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله— الى قوله—اتخذوا ايمانهم جنة فصدوا عن سبيل الله)فسماها يمينا وسماها رسول الله ﷺ قسماوقالت عاتكة بنت عبد المطاب

حلفت لئن عادوا لنصطلمنهم لجاءو تردي حجرتيها المقانب

وقالت عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل

فآليت لاتنفك عيني حزينة عليك ولا ينفك جلدي أغبراً

وقولهم يحتمل القسم بغير الله قلنا انما يحمل على القسم المشروع ولهذا لم يكن مكروهاولو حمل

احمد رواية اخرى انه لا يحنث في الطلاق والعتاق ايضا وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن ابي نجيح وإسحاق قالوا لا حنث على الناسي في طلاق ولا غيره وهو ظاهر مذهب الشافعي لقوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ « ان الله تجاوز لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولانه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها وعن احمد رواية أخرى أنه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لانه فعل ماحلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق

ولنا على أن الكفارة لا تجب في اليمين المكفرة ماتقدم ولانها تجب لرفع الاثم ، ولا اثم على الناسي . وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال أنت طالق أن طلعت الشمس او قدم الحاج

على القسم بغير الله كان مكروها ولو كان مكروها لم يفعله أبو بكر بين يدي النبي ﷺ ولا أبر النبي ﷺ قسم العباس حين اقسم عليه

(فصل) وان قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما نوى به القسم او لم ينوه لانه لم يثبت لهذا اللفظ عرف في الشرع ولا هو موضوع للقسم ولا فيه دلالة عليه ، ولذلك ان قال استعين بالله أو اعتصم بالله أو أتوكل على الله أو علم الله أو عز الله أو تبارك الله أو نحو هذا لم يكن يميناً نوى أو لم ينو لانه ليس بموضوع للقسم لغة ولا ثبت له عرف في شرع ولا استعمال فلم يجب به شيء كما لو قال سبحان الله وبحمده ولا اله الا الله والله أكبر

(فصل) وحروف القسم ثلاثة : الباء والواو والتاء في اسم الله تعالى خاصة والاصل في حروف القسم الباء وتدخل على المظهر والمضمر جميعاً كقولك بالله وبك والواو وهي بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر وهي أكثر استعمالا ولانها جاءت في أكثر الاقسام في الكتاب والسنة ، وانما كانت الباء الاصل لانها الحرف الذي تصل به الافعال القاصرة عن التعدي الى مفعولاتها والتقدير في القسم أقسم بالله كما قال الله سبحانه (وأقسموا بالله جهد ايمانهم) والتاء بدل من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا تدخل على غيره فيقال تالله ولو قال تالرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما فاذا اقسم باحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه كان قسما صحيحاً لانه موضوع له وقد جاء في كتاب الله تعالى وكلام العرب قال الله تعالى (تالله لتسئلن عما كنتم تفترون ـ تالله لقد آثرك الله علينا ـ تا لله تفتؤ تذكر يوسف ـ تالله لا كيدن اصنامكم)

وقال الشاعر : تالله يبقى على الايام ذو حيد   بمشمخر به الضيان والآس

(فصل) وان فعله غير عالم بالمحلوف عليه كرجل حلف لايكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبياً او حلف أنه لايفارق غريمه حتى يستوفي حقه فأعطاه قدر حقه ففارقه ظناً منه أنه قد بر فوجد ما أخذه رديئا او حلف لابعت لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه فدفعه إلى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد للمخالفة أشبه الناسي

(فصل) والمكره على الفعل ينقسم قسمين (أحدهما) أن يلجأ اليه مثل من يحلف لايدخل داراً فحمل فأدخلها او لايخرج منها فأخرج محمولا او مدفوعا بغير اختياره ولم يمكنه الامتناع فهذا لايحنث في قول أكثرهم وبه قال أصحاب الرأي ، وقال مالك ان دخل مربوطا لم يحنث وذلك لانه لم يفعل الدخول والخروج فلم يحنث كما لو لم يوجد ذلك ، الثاني ان يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال ابو الخطاب فيه روايتان كالناسي وللشافعي قولان وقال مالك وابو حنيفة يحنث لان الكفارة لا تسقط بالشبهة فوجبت مع الاكراه والنسيان ككفارة الصيد

وان قال ما أردت به القسم لم يقبل قوله لانه أتى باللفظ الصريح في القسم واقترنت به قرينة دالة عليه وهو الجواب بجواب القسم فيمنع صرفه إلى غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز القسم بغير حرف القسم فيقول الله لافعلن بالجر والنصب فان قال الله لافعلن بالرفع كان يمينا الا ان يكون عربيا ولاينوى به اليمين)

اذا اقسم بغير حرف القسم فقال الله لاقومن بالجر والنصب فهو يمين وقال الشافعي لايكون يمينا الا ان ينوي لان ذكر الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح في القسم فلا ينصرف الا بالنية

ولنا انه سائغ في العربية وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع فروي ان عبد الله بن مسعود أخبر النبي ﷺ انه قتل اباجهل فقال «الله انك قتلته؟» قال الله اني قتلته ذكره البخاري وقال لركانة ابن عبد يزيد «الله ماأردت الا واحدة» قال الله ماأردت الا واحدة وقال امرؤ القيس

* فقلت يمين الله أبرح قاعداً * — وقال أيضاً * فقالت يمين الله مالك حيلة *

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه (احداهما) الجواب بجواب القسم (والثانية) الجر والنصب واسم الله تعالى فوجب ان يكون يمينا كما لو قال والله ، فان قال الله لافعلن بالرفع ونوى اليمين فهو يمين الا ان يكون قد لحن كما لو قال والله بالرفع ولم ينو اليمين فقال أبو الخطاب تكون يمينا الا ان قرينة الجواب بجواب القسم كافية والعامي لايعرف الاعراب فيأتي به الا ان يكون من أهل العربية فان عدوله عن إعراب القسم دليل على انه لم يرده ، قال شيخنا ويحتمل ان لايكون قسما في حق العامي لانه ليس بقسم في حق أهل العربية فلم يكن قسما في حق غيرهم كما لو لم يجبه بجواب القسم ويجاب القسم بأربعة احرف: حرفان للنفي وهما ماولا وحرفان للاثبات وهما ان واللام المفتوحة وتقوم ان الخفيفة المكسورة مقام ما النافية مثل قوله (وليحلفن ان أردنا الا الحسنى) وان قال والله افعل بغير حرف فالمحذوف ههنا لا

ولنا قول النبي ﷺ «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه نوع اكراه فلم يحنث به كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع ولان الفعل لا ينسب اليه فأشبه من لم يفعله ولا نسلم الكفارة في الصيد بل انما تجب على المكره والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن حلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب فلا كفارة عليه لان الذي أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة)

هذا ظاهر المذهب نقله الجماعة عن احمد وهو قول أكثر اهل العلم منهم ابن مسعود وسعيد ابن المسيب والحسن ومالك والاوزاعي والثوري والليث وابو عبيد وابو ثور واصحاب الحديث واصحاب الرأي من اهل الكوفة وهذه اليمين تسمى يمين الغموس لانها تغمس صاحبها في الاثم قال ابن مسعود كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها اليمين الغموس ، وعن سعيد بن المسيب قال هي من الكبائر وهي اعظم من ان تكفر ، وروي عن احمد ان فيها الكفارة ، وروي ذلك عن

ويكون يمينه على النفي لان موضوعه في العربية لذلك قال الله تعالى (تفتؤ تذكر يوسف) اي لا تفتؤ وقال الشاعر : * تالله تبقى على الايام ذو حيد *

وقال آخر : * فقلت يمين الله أبرح قاعدا * أي لا أبرح

(فصل) وان قال لاها لله ونوى اليمين كان يمينا لان ابا بكر رضي الله عنه قال في سلب قتيل أبي قتادة لاها لله اذا تعمد الى أسد من اسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال النبي ﷺ «صدق» وان لم ينو اليمين فالظاهر انه لا يكون يمينا لانه لم يقترن به صرف ولا نية ولا في جوابه حرف يدل على القسم وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ويكره الحلف بغير الله تعالى ويحتمل ان يكون محرما وذلك نحو أن يحلف بأبيه أو بالكعبة أو بصحابي أو امام أو غيره قال الشافعي أخشى ان يكون معصية قال ابن عبد البر هذا أمر مجتمع عليه وقيل لا يكره ذلك لان الله تعالى أقسم بمخلوقاته فقال (والصافات صافاً — والمرسلات عرفاً) وقال النبي ﷺ للاعرابي الذي سأل عن الصلاة «افلح وأبيه ان صدق» وقال في حديث أبي العشراء «وأبيك لو طعنت في فخذها لاجزأك»

ولنا ماروى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان النبي ﷺ ادركه وهو يحلف بابيه فقال «ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» قال عمر فوالله ما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً متفق عليه يعني ولا حاكيا عن غيري

عطاء والزهري والحكم والبتي وهو قول الشافعي لانه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبلة

ولنا انها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو او يمين على ماض فاشبهت اللغو وبيان كونها غير منعقدة انها لاتوجب براً ولا يمكن فيها ولانه قارنها ماينافيها وهو الحنث فلم تنعقد كالنكاح الذي قارنه الرضاع ولان الكفارة لاترفع اثمها فلا تشرع فيها ودليل ذلك انها كبيرة فانه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » رواه البخاري . وروى فيه «خمس من الكبائر لاكفارة لهن : الاشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وبهت المؤمن ، وقتل المسلم بغير حق ، والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم» ولا يصح القياس على المستقبلة لانها يمين منعقدة يمكن حلها والبر فيها وهذه غير منعقدة فلا حل لها ، وقول النبي

وعن ابن عمر ان النبي ﷺ قال «من حلف بغير الله فقد اشرك» قال الترمذي هذا حديث حسن فاما قسم الله بمصنوعاته فانما أقسم دالا على قدرته وعظمته ولله تعالى ان يقسم بما شاء ولا وجه للقياس على إقسامه وقد قيل ان في إقسامه اضمار القسم برب هذه المخلوقات فقوله (والضحى) أي ورب الضحى وأما قول النبي ﷺ للاعرابي « افلح وأبيه ان صدق» فقال ابن عبد البر هذا اللفظ غير محفوظ من وجه صحيح وحديث أبي العشراء قال أحمد لو كان يثبت يعني انه لم يثبت ، ثم ان لم يكن الحلف بغير الله محرما فهو مكروه لان من حلف بغير الله فقد عظم غيره تعظيما يشبه تعظيم الرب تبارك وتعالى ولهذا سمي شركا لكونه أشرك غير الله مع الله تعالى في تعظيمه بالقسم به ، فعلى هذا يستغفر الله اذا اقسم بغير الله قال الشافعي من حلف بغير الله فليقل استغفر الله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب به الكفارة سواء أضافه الى الله تعالى مثل قوله ومعلوم الله وخلقه ورزقه وبيته أو لم يضفه كقوله والكعبة وأبي)

يعني لاتجب الكفارة بالحنث فيها وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء

﴿ مسئلة ﴾ (وقال أصحابنا تجب الكفارة بالحنث برسول الله ﷺ خاصة)

وروي عن أحمد أنه قال اذا حلف بحق رسول الله فحنث فعليه الكفارة ولانه أحد شرطي الشهادة فالحلف به موجب للكفارة كالحلف بالله تعالى والاول اولى لقول النبي ﷺ « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» ولانه حلف بغير الله تعالى فلم توجب الكفارة بالحنث فيه كسائر الانبياء ولانه مخلوق فلم تجب الكفارة بالحلف به كالحلف بابراهيم عليه السلام ولانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه لعدم الشبه وانتفاء المماثلة وكلام أحمد يحمل على الاستحباب

ﷺ « فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير » يدل على ان الكفارة انما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله قاله ابن المنذر

(مسئلة) قال (والكفارة انما تلزم من حلف يريد عقد اليمين)

وجملته ان اليمين التي تمر على لسانه في عرض حديثه من غير قصد اليها لا كفارة فيها في قول اكثر اهل العلم لانها من لغو اليمين . نقل عبد الله عن ابيه انه قال : اللغو عندي ان يحلف على اليمين يرى انها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء ، وممن قال ان اللغو اليمين التي لا يعقد عليها قلبه عمر وعائشة رضي الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبي والشافعي لما روي عن عطاء قال قالت عائشة ان رسول الله ﷺ قال يعني اللغو في اليمين « هو كلام الرجل في بيته لا والله وبلى والله » أخرجه أبو داود قال ورواه الزهري وعبد الملك بن أبي سليمان ومالك بن مغول عن عطاء عن عائشة موقوفا

(فصل) ويشترط لوجوب الكفارة ثلاثة شروط (أحدها) ان تكون اليمين منعقدة وهي التي يمكن فيها البر والحنث وذلك الحلف على مستقبل ممكن

قال ابن عبد البر اليمين التي فيها الكفارة باجماع المسلمين هي التي على المستقبل من الافعال كمن حلف ليضربن غلامه اولا يضربه فان فعل فعليه الكفارة وذهبت طائفة الى أن الحنث إذا كان طاعة لم يوجب كفارة ، وقال قوم من حلف على فعل معصية فكفارتها تركها ، وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف فيما لا ينبغي له يعني فلا كفارة عليه في الحنث وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية الله ولا في قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليدعها وليأت الذي هو خير فان تركها كفارة » رواه أبو داود ولان الكفارة انما تجب لدفع الاثم ولا اثم في الطاعة ولان اليمين كالنذر ولا نذر في معصية الله

ولنا قول النبي ﷺ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » وقال « اني والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فارى غيرها خيرا منها الا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني » اخرجه البخاري وحديثهم لا يعارض حديثنا لان حديثنا اصح منه واثبت ثم انه يحتمل ان تركها كفارة لاثم الحلف والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة وقولهم ان الحنث طاعة قلنا فاليمين غير طاعة فتلزمه الكفارة للمخالفة ولتعظيم اسم الله عز وجل اذا حلف به ولم تبر يمينه ، اذا ثبت ذلك نظرنا في يمينه فان كانت على ترك شيء ففعله حنث ووجبت الكفارة ، وإن كانت على فعل شيء فلم يفعله وكانت يمينه مؤقتة بلفظ أو بنية او قرينة حاله ففات الوقت حنث ، وإن كانت مطلقة لم يحنث إلا بفوات وقت الامكان لانه مادام في الوقت والفعل ممكن فيحتمل أنه يفعل فلا يحنث

(مسئلة) (فأما اليمين على الماضي فليست منعقدة وهي نوعان : الغموس وهي التى يحلف بها

وروى الزهري أن عروة حدثه عن عائشة قالت ايمان اللغو ما كان في المراء والهزل والمزاحة والحديث الذي لا يعقد عليه القلب، وايمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الامر في غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك عقد الايمان التي فرض الله تعالى فيها الكفارة ولان اللغو في كلام العرب الكلام غير المعقود عليه وهذا كذلك، وممن قال لا كفارة في هذا ابن عباس وأبو هريرة وأبو مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وهو قول من قال إنه من لغو اليمين ولا نعلم في هذا خلافاً، ووجه ذلك قول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) فجعل الكفارة لليمين التي يؤاخذ بها ونفي المؤاخذة باللغو فيلزم انتفاء الكفارة ولان المؤاخذة يحتمل ان يكون معناها إيجاب الكفارة بدليل أنها تجب في الايمان التي لا مأثم فيها وإذا كانت المؤاخذة إيجاب الكفارة فقد نفاها في اللغو فلا تجب ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعا ولان قول عائشة في تفسير اللغو وبيان الايمان التي فيها الكفارة خرج منها تفسيراً لكلام الله تعالى وتفسير الصحابي مقبول

كاذبا عالماً بكذبه وعنه فيها الكفارة، ومثلها الحلف على مستحيل كقتل الميت واحيائه وشرب ماء الكوز ولا ماء فيه)

ظاهر المذهب ان يمين الغموس لا كفارة فيها نقله الجماعة عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والاوزاعي والثوري والليث وابو عبيد وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي من أهل الكوفة. وانما سميت هذه يمين الغموس لانها تغمس صاحبها في الاثم قال ابن مسعود كنا نعد اليمين التي لا كفارة لها اليمين الغموس، وعن سعيد بن المسيب قال هي من الكبائر وهي أعظم من أن تكفر، وروي عن احمد ان فيها الكفارة وروي ذلك عن عطاء والزهري والحكم والبتي وهو قول الشافعي لانه وجدت منه اليمين بالله والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة

ولنا انها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض أشبهت اللغو، وبيان انها غير منعقدة كونها توجب برا ولا يمكن فيها ولانه قارنها ماينافيها فلم تنعقد كالنكاح الذي قارنه الرضاع ولان الكفارة لا ترفع إثمها فلا تشرع فيها، ودليل انها كبيرة ما روي عن النبي ﷺ انه قال « من الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس» رواه البخاري وروي فيه «خمس من الكبائر لا كفارة لهن: الاشراك بالله والفرار من الزحف وبهت المؤمن وقتل النفس بغير حق والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم» ولا يصح القياس على المستقبلة لانها يمين منعقدة يمكن حلها والبر فيها وهذه غير منعقدة فلا حل لها وقول النبي ﷺ « فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير» يدل على ان الكفارة انما تجب على فعل يفعله فيما يستقبله قاله ابن المنذر

(فصل) والمستحيل نوعان (أحدهما) مستحيل عقلا كقتل الميت واحيائه وشرب ماء الكوز

﴿مسئلة﴾ قال (ومن حلف على شيء يظنه كما حلف فلم يكن فلا كفارة عليه لانه من لغو اليمين)

أكثر أهل العلم على ان هذه اليمين لا كفارة فيها . قاله ابن المنذر يروى هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك وزراة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وابي حنيفة والثوري وممن قال هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر اهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه ، وقال ابن عبد البر : أجمع المسلمون على هذا ، وقد حكي عن النخعي في اليمين على شيء يظنه حقاً فيتبين بخلافه أنه من لغو اليمين وفيه الكفارة وهو أحد قولي الشافعي ، وروي عن أحمد ان فيه الكفارة وليس من لغو اليمين لان اليمين بالله تعالى وجدت مع المخالفة فاوجبت الكفارة كاليمين على مستقبل

ولنا قول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) وهذه منه ولانها يمين غير منعقدة فلم تجب فيها كفارة كيمين الغموس ولانه غير مقصود للمخالفة فاشبه مالو حنث ناسياً وفي الجملة لا كفارة

ولا ماء فيه فقال ابو الخطاب لاتنعقد يمينه ولا تجب بها كفارة وهذا مذهب مالك لانها يمين قارنها مالا يتصور فلم تنعقد كيمين الغموس ولان اليمين انما تنعقد على متصور أو متوهم التصور وليس ههنا واحد منهما وقال القاضي ينعقد موجباً للكفارة في الحال وهذا قول أبي يوسف والشافعي لانه حلف على فعل نفسه في المستقبل ولم يفعل فهو كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت قبل طلاقها وبالقياس على المستحيل عادة ، ولا فرق بين أن يعلم أو لا يعلم مثل أن يحلف ليشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه فالحكم واحد فيمن علم انه لا ماء فيه ومن لم يعلم ، ذكر شيخنا في الكتاب المشروح احياء الميت وقتله في المستحيل عقلا واحياء الميت متصور عقلا وانما هو مستحيل عادة فهو من النوع الثاني . فأما قتل الميت فان أراد قتله حال موته فهو من المستحيل عقلا فيه من الخلاف ما ذكرنا ، وإن حلف ليقتلن فلانا وهو ميت فهو كالمستحيل عادة فانه يتصور أن يحييه الله فيقتله فتنعقد يمينه على ما ذكره في المستحيل عادة

(النوع الثاني) المستحيل عادة كصعود السماء والطيران وقطع المسافة البعيدة في المدة القليلة فاذا حلف على فعله انعقدت يمينه ذكره القاضي وابو الخطاب لانه يتصور وجوده فاذا حلف عليه انعقدت يمينه ولزمته الكفارة في الحال لانه مأيوس من البر فيهما فوجبت الكفارة كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت .

(فصل) اذا قال والله ليفعلن فلان كذا أو لا يفعل كذا أو حلف على حاضر فقال والله لتفعلن كذا فأحنثه ولم يفعل فالكفارة على الحالف كذلك قال ابن عمر وأهل المدينة وعطاء وقتادة والاوزاعي وأهل العراق والشافعي لان الحالف هو الحانث فكانت الكفارة عليه كما لو كان هو الفاعل لما يحنثه

في يمين على ماض لانها تنقسم ثلاثة أقسام ماهو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا وما تعمد الكذب فيه فهو يمين الغموس لا كفارة فيها لانها أعظم من ان تكون فيها كفارة ومايظنه حقا فيتبين بخلافه فلا كفار فيه لانه من لغو اليمين، فاما اليمين على المستقبل فما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة ومالم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه وإنما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين وكلام عائشة يدل على هذا فانها قالت ايمان اللغو ما كان في المراء والمزاحة والهزل والحديث الذي لايعقد عليه القلب، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الامر في غضب أوغيره ليفعلن أوليتركن فذلك عقد الايمان التي فرض الله فيها الكفارة، وقال الثوري في جامعه الايمان أربعة يمينان يكفران وهو ان يقول الرجل والله لاأفعل فيفعل أويقول والله لافعلن ثم لا يفعل ويمينان لايكفران أن يقول والله مافعلت وقد فعل أويقول والله لقد فعلت ومافعل

(مسئلة) قال (واليمين المكفرة أن يحلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه)

أجمع اهل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال والله أوبالله أوتالله فحنث أن عليه الكفارة . قال ابن المنذر وكان مالك والشافعي وأبوعبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي يقولون من خلف باسم من

ولان سبب الكفارة إما اليمين أو الحنث أو هما وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف ، وإن قال أسألك بالله لتفعلن وأراد اليمين فهي كالتي قبلها وإن أراد الشفاعة اليه بالله فليس بيمين ولا كفارة على واحد منهما ، وإن قال بالله لتفعلن فهي يمين لانه أجاب بجواب القسم إلا أن ينوي مايصرفها وإن قال بالله أفعل فليست يميناً لانه لم يجبها بجواب القسم ولذلك لايصلح أن يقول والله افعل ولا تالله أفعل وانما صلح ذلك في الباء لانها لاتختص القسم فيدل على انه سؤال فلا تجب به كفارة

﴿الثاني﴾ لغو اليمين وهو أن يحلف على شيء يظنه حقا فيبين بخلافه فلا كفارة فيها

أكثر أهل العلم على انهذه اليمين لا كفارة فيها قاله ابن المنذر يروى هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وأبي حنيفة والثوري وممن قال هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والاوزاعي والثوري وابو حنيفة وأصحابه، واكثر اهل العلم على ان لغو اليمين لا كفارة فيه وقال ابن عبد البر اجمع المسلمون على هذا وقد حكي عن النخعي في اليمين على شيء يظنه حقا فيبين بخلافه انه من لغو اليمين وفيه الكفارة وهو احد قولي الشافعي وروي عن احمد ان فيه الكفارة وليس هو من لغو اليمين لان اليمين بالله وجدت مع المخالفة فأوجبت الكفارة كاليمين على مستقبل .

ولنا قول الله تعالى (لايؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم)ولانها يمين غير منعقدة فلم تجب فيها كفارة كيمين الغموس ولانه غير قاصد للمخالفة فاشبه مالو حلف ناسيا، وفي الجملة لا كفارة في يمين على ماض لانها تنقسم ثلاثة أقسام ماهو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا وماتعمد الكذب فيه فهو يمين

أسماء الله تعالى فحنث ان عليه الكفارة ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان من أسماء الله عز وجل التي لايسمى بها سواه وأسماء الله تنقسم ثلاثة أقسام:

(أحدها) مالا يسمى بها غيره نحو قوله والله والرحمن والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي بعده شيء ورب العالمين ومالك يوم الدين ورب السموات والارض والحي الذي لايموت ونحوهذا فالحلف بهذا يمين بكل حال

(والثاني) مايسمى به غير الله تعالى مجازا واطلاقه ينصرف الى الله تعالى مثل الخالق والرازق والرب والرحيم والقادر والقاهر والملك والجبار ونحوه فهذا يسمى به غير الله مجازا بدليل قول الله تعالى (وتخلقون إفكا وتذرون أحسن الخالقين) وقوله (ارجع إلى ربك — واذكرني عند ربك — فأنساه الشيطان ذكر ربه) وقال (فارزقوهم منه) وقال (بالمؤمنين رءوف رحيم) فهذا ان نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يميناً لانه باطلاقه ينصرف اليه، وان نوى به غير الله تعالى لم يكن يميناً لانه يستعمل في غيره فينصرف بالنية إلى مانواه، وهذا مذهب الشافعي، وقال طلحة العاقولي إذا قال: والرب والخالق والرازق كان يميناً على كل حال كالاول لانها لا تستعمل مع التعريف بلام التعريف إلا في اسمه تعالى فأشبهت القسم الاول

(الثالث) مايسمى به الله تعالى وغيره ولا ينصرف اليه باطلاقه كالحي والعالم والموجود والمؤمن

الغموس لا كفارة فيها لانها أعظم من ان تكون فيها كفارة وقد ذكرنا الخلاف فيها ومايظنه حقا فيبين بخلافه فلا كفارة فيها لانها من لغو اليمين

﴿فصل﴾ (الشرط الثاني ان يحلف مختاراً، فان حلف مكرهاً لم تنعقد يمينه) وبه قال مالك والشافعي وذكر فيها أبو الخطاب روايتين [احداهما] تنعقد وهو قول أبي حنيفة لانها يمين مكلف فانعقدت كيمين المختار ولان هذه الكفارة لا تسقط بالشبهة فوجبت مع الاكراه ككفارة الصيد

ولنا ماروى ابو امامة وواثلة بن الاسقع ان النبي ﷺ قال «ليس على مقهور يمين» ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح مع الاكراه ككلمة الكفر، واما كفارة الصيد فلا تجب مع الاكراه فهي كمسئلتنا.

﴿مسئلة﴾ (وان سبقت اليمين على لسانه كقوله لاوالله وبلى والله في عرض حديثه فلا كفارة عليه)

هذا قول أكثر أهل العلم لانها من لغو اليمين نقل عبدالله عن ابيه انه قال اللغو عندي أن يحلف على اليمين يرى انها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء. وممن قال ان اللغو اليمين التي لاينعقد عليها قلبه عمر وعائشة رضي الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبي والشافعي لما روي عن عطاء قال قالت عائشة ان رسول الله ﷺ قال يعني في اللغو في اليمين «هو كلام الرجل في بيته لاوالله وبلى والله» اخرجه ابو داود قال ورواه الزهري وعبدالله بن ابي سليمان ومالك بن

والكريم والشاكر فهذا ان قصد به اليمين باسم الله تعالى كان يميناً ، وان أطلق او قصد غير الله تعالى لم يكن يميناً فيختلف هذا القسم والذي قبله في حالة الاطلاق ففي الاول يكون يميناً وفي الثاني لا يكون يميناً وقال القاضي والشافعي في هذا القسم لا يكون يميناً وإن قصد به اسم الله تعالى لان اليمين إنما تنعقد لحرمة الاسم فمع الاشتراك لاتكون له حرمة والنية المجردة لاتنعقد بها اليمين

ولنا انه أقسم باسم الله تعالى قاصداً به الحلف به فكان يميناً مكفرة كالقسم الذي قبله وقولهم ان النية المجردة لا تنعقد بها اليمين نقول به وما انعقد بالنية المجردة إنما انعقد بالاسم المحتمل المراد به اسم الله تعالى فان النية تصرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته فيصير كالمصرح به كالكنايات وغيرها ولهذا لو نوى بالقسم الذي قبله غير الله تعالى لم يكن يميناً لنيته

(فصل) والقسم بصفات الله تعالى كالقسم بأسمائه وصفاته تنقسم أيضاً ثلاثة أقسام

(أحدها) ماهو صفات لذات الله تعالى لايحتمل غيرها كعزة الله تعالى وعظمته وجلاله

مغول عن عطاء عن عائشة موقوفا ، وروى الزهري أن عروة حدثه عن عائشة قالت إنما اللغو ما كان في المراء والهزل والمزاحة والحديث الذي لاينعقد عليه القلب، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الامر في غضب أوغيره ليفعلن أوليتركن فذاك عقد الايمان التي فرض الله عز وجل فيها الكفارة ولان اللغو في كلام العرب غير المعقود عليه وهذا كذلك، وممن قال لا كفارة في هذا ابن عباس وأبو هريرة وأبو مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وهو قول من قال إنه من لغو اليمين ولا نعلم في هذا خلافا

ووجه ذلك قول الله تعالى (لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) فجعل الكفارة لليمين التي يؤاخذ بها ونفى المؤاخذة باللغو فيلزم انتفاء الكفارة ولان المؤاخذة يحتمل ان يكون معناها إيجاب الكفارة بدليل أنها تجب في الايمان التي لايأثم فيها واذا كانت المؤاخذة ايجاب الكفارة فقد نفاها في اللغو فلاتجب لانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعا ولان قول عائشة في تفسير اللغو وبيان الايمان التي فيها الكفارة خرج منها تفسيراً لكلام الله تعالى وتفسير الصحابي مقبول :

﴿فصل﴾ (الشرط الثالث في الحنث في يمينه بأن يفعل ماحلف عن تركه أو يترك ماحلف عن فعله مختاراً ذاكراً وان فعله مكرها أو ناسياً فلا كفارة عليه وعنه على الناسي كفارة)

اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً فلا كفارة عليه ، نقله عن أحمد الجماعة اذا كان في غير الطلاق والعتاق وهذا ظاهر المذهب ، اختاره الخلال وصاحبه فأما الطلاق والعتاق فانه يحنث فيهما في ظاهر المذهب وعنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضاً ، وهو قول عطاء وعمرو بن دينار واسحاق وهو ظاهر مذهب الشافعي لقوله تعالى (ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ

وكبريائه وكلامه فهذه تنعقد بها اليمين في قولهم جميعاً وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي لان هذه من صفات ذاته لم يزل موصوفا بها ، وقد ورد الاثر بالقسم ببعضها فروي أن النار تقول : قط قط وعزتك. رواه البخاري ، والذي يخرج من النار يقول : وعزتك لا أسألك غيرها وفي كتاب الله تعالى (فبعزتك لاغوينهم أجمعين)

(الثاني) ماهو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازاً كعلم الله وقدرته فهذه صفة للذات لم يزل موصوفا بها وقد تستعمل في المعلوم والمقدور اتساعا كقولهم اللهم اغفر لنا علمك فينا ويقال اللهم قد أريتنا قدرتك فأرنا عفوك ويقال انظر الى قدرة الله أي مقدوره فمتى أقسم بهذا كان يميناً وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة إذا قال وعلم الله لايكون يميناً لانه يحتمل المعلوم

ولنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يميناً موجبة للكفارة كالعظمة والعزة والقدرة

« ان الله تجاوز عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون لانه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الانتهاء بها وعن أحمد رواية أخرى أنه يحنث وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لانه خالف ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق

ولنا على أن الكفارة لا تجب في اليمين المكفر (١) ما تقدم من الآية والخبر ، ولانها تجب لمحو الاثم ولا اثم على الناسي ، وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال أنت طالق ان طلعت الشمس أو قدم الحاج

(فصل) فان فعله غير عالم بالمحلوف عليه كرجل حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبياً أو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فأعطاه ففارقه ظنا منه أنه قد برأ فوجده معيباً أو رديئا أو حلف لا بعت لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد للمخالفة أشبه الناسي

(فصل) والمكره على الفعل ينقسم قسمين (أحدهما) أن يلجأ اليه مثل من حلف لا يدخل دارا فحمل فادخلها أو لايخرج منها فاخرج محمولا ولم يمكنه الامتناع فلايحنث في قول الاكثرين وبه قال أصحاب الرأي وقال مالك ان دخل مربوطا لم يحنث وذلك لانه لم يفعل الدخول والخروج فلم يحنث كما لو لم يوجد ذلك (الثاني) أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال ابو الخطاب فيه روايتان كالناسي وللشافعي قولان وقال أبو حنيفة ومالك يحنث لان الكفارة لاتسقط بالشبهة فوجبت مع الاكراه والنسيان ككفارة الصيد

(١) أي في النسيان

وينتقض ماذكروه بالقدرة فانهم قد سلموها وهي قرينتها ، فاما ان نوى اقسم بالمعلوم والمقدور احتمل أن لا يكون يميناً وهو قول أصحاب الشافعي لانه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ مانواه فأشبه مالو نوى القسم بمحلوف في الاسماء التي يسمى بها غير الله تعالى وقد روي عن احمد أن ذلك يكون يميناً بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى وهو قول أبي حنيفة في القدرة لان ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه نية غير الصفة كالعظمة ، وقد ذكر طلحة العاقولي في أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالخالق والرازق أنها تكون يميناً بكل حال لانها لاتنصرف إلا إلى اسم الله كذا هذا (الثالث) مالا ينصرف باطلاقه إلى صفة الله تعالى لكن ينصرف باضافته إلى الله سبحانه لفظاً أو نية كالعهد والميثاق والامانة ونحوه فهذا لا يكون يميناً مكفرة الا باضافته أو نيته وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن قال وحق الله فهي يمين مكفرة وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال ابو حنيفة لا كفارة لها لان حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له

ولنا قول النبي ﷺ «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه نوع اكراه فلم يحنث به كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع لان الفعل لاينسب اليه فشبه من لم يفعله ولا نسلم الكفارة في الصيد بل انما تجب على المكره

﴿مسئلة﴾ (فان حلف فقال ان شاء الله لم يحنث فعل او ترك إذا كان متصلا بيمينه)

وجملة ذلك أن الحالف إذا قال ان شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء . قال ابن عمر روي عن النبي ﷺ انه قال «من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث فعل أو ترك» رواه أبو داود، وأجمع العلماء على تسميته استثناء وانه متى استثنى في يمينه لم يحنث فيها لقول النبي ﷺ « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث» رواه الترمذي وروى ابو داود« من حلف فاستثنى فان شاء رجع وان شاء ترك»ولانه متى قال لافعلن ان شاء الله فقد علمنا انه متى شاء الله فعل ومتى لم يفعل لم يشاء الله ذلك فان ماشاء الله كان ومالم يشاء لم يكن. إذا ثبت هذا فانه يشترط أن يكون الاستثناء متصلا باليمين بحيث لا يفصل بينهما بكلام اجنبي ولا يسكت بينهما سكوتاً يمكنه الكلام فيه فاما السكوت لانقطاع نفسه أو صوته أوعي اوعارض من عطشة أوشيء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد واسحاق وأصحاب الرأي لان النبي ﷺ قال «من حلف فاستثنى » وهذا يقتضي كونه عقيبه ولان الاستثناء من تمام الكلام فاعتبر اتصاله به كالشرط وجوابه وخبر المبتدأ والاستثناء بالا ، ولان الحالف اذا سكت ثبت حكم يمينه وانعقدت موجبة لحكمها وبعد ثبوته لايمكن رفعه ولا تغييره ، قال أحمد حديث النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة «اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك » ولم يقل فاستثن ولو جاز الاستثناء في كل حال لم

ولنا أن لله حقوقا يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة وقداقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فتنصرف إلى صفة الله تعالى كقوله وقدرة الله وإن نوى بذلك القسم بمخلوق فالقول فيه كالقول في الحلف بالعلم والقدرة الا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر

(فصل) وإن قال لعمر الله فهي يمين موجبة للكفارة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي إن قصد اليمين فهي يمين وإلا فلا وهو اختيار ابي بكر لانها انما تكون يميناً بتقدير خبر محذوف فكأنه قال لعمر الله ماأقسم به فيكون مجازاً والمجاز لا ينصرف اليه الاطلاق

ولنا انه أقسم بصفة من صفات ذات الله فكان يميناً موجباً للكفارة كالحلف ببقاء الله تعالى فان معنى ذلك الحلف ببقاء الله تعالى وحياته ويقال العمر والعمر واحد وقيل معناه وحق الله وقد ثبت له عرف الشرع والاستعمال قال الله تعالى (لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون)

وقال النابغة : فلا لعمر الذي قدزرته حججاً وما أريق على الانصاب من جسد

وقال آخر : اذا رضيت كرام بني قشير لعمر الله أعجبني رضاها

يحنث حالف به ، وعن أحمد رواية أخرى انه يجوز الاستثناء اذا لم يطل الفصل بينهما قال في رواية المروذي حديث ابن عباس ان النبي ﷺ قال «والله لأغزون قريشاً» ثم سكت ثم قال «إن شاء الله» انما هو استثناء بالقرب ولم يخلط كلامه بغيره ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد مثل هذا وزاد ولا أقول فيه بقول هؤلاء يعني لم ير ذلك إلا متصلا ويحتمله كلام الخرقي فانه قال إذا لم يكن بين اليمين والاستثناء كلام ولم يشترط اتصال الكلام وعدم السكوت وهذا قول الاوزاعي قال في رجل قال لأفعل كذا كذا ثم سكت ساعة لايتكلم ولا يحدث نفسه بالاستثناء فقال له انسان قل إن شاء الله أيكفر عن يمينه ؟ قال أراه قد استثنى وقال قتادة له أن يستثني قبل أن يقوم أو يتكلم ، ووجه ذلك ان النبي ﷺ استثنى بعد سكوته إذ قال « والله لأغزون قريشاً » ثم سكت ثم قال « إن شاء الله » احتج به أحمد ورواه أبو داود ، وقال الوليد بن مسلم لم يغزهم ،ويشترط على هذه الرواية أن لا يطيل الفصل بينهما ولا يتكلم بينهما بكلام أجنبي ، وحكى ابن أبي موسى عن بعض اصحابنا انه قال يصح الاستثناء مادام في المجلس وحكي ذلك عن الحسن وعطاء . وعن عطاء انه قال قدر حلب الناقة العزوزة ، وعن ابن عباس ان له أن يستثني بعد حين وهو قول مجاهد وهذا القول لايصح لما ذكرناه وتقديره بمجلس أو غيره لايصح لان التقديرات بابها التوقيف فلا يصار اليه بالتحكم

(فصل) ويشترط أن يستثني بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وابو ثور وابو حنيفة وابن المنذر ولا نعلم فيه مخالفا لان النبي ﷺ قال « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » والقول هو النطق ولان اليمين لاتنعقد بالنية وكذلك الاستثناء ، وقد روي عن أحمد ان كان مظلوما فاستثنى

وقال آخر : ولكن لعمر الله ماظل مسلماً كغر الثنايا واضحات الملاغم

وهذا في الشعر والكلام كثير وأما احتياجه إلى التقدير فلا يصح لان اللفظ اذا اشتهر في العرف صار من الاسماء العرفية يجب حمله عليه عند الاطلاق دون موضوعه الاصلي على ماعرف من سائر الاسماء العرفية ومتى احتاج اللفظ إلى التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير اطلاع على نية قائله وقصده كما يفهم أن مراد المتكلم بهذا من المتقدمين القسم ويفهم من القسم بغير حرف القسم في أشعارهم القسم في مثل قوله

* فقلت يمين الله أبرح قاعداً *

ويفهم من القسم الذي حذف في جوابه حرف لا انه مقدر مراد كهذا البيت ، ويفهم من قول الله تعالى (واسأل القرية — وأشربوا في قلوبهم العجل) التقدير فكذا ههنا ، وإن قال عمرك الله كما في قوله :

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان ؟

في نفسه رجوت أن يجوز اذا خاف على نفسه فهذا في حق الخائف على نفسه لان يمينه غير منعقدة أو لانه بمنزلة المتأول وأما في حق غيره فلا

(فصل) واشترط القاضي قصد الاستثناء فلو أراد الجزم فسبق لسانه الى الاستثناء من غير قصد أو كانت عادته جارية بالاستثناء فجرى على لسانه من غير قصد لم يصح لان اليمين لما لم تنعقد من غير قصد فكذلك الاستثناء وهذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم انه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتدائه ، فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه وهذا القول يخالف عموم الخبر وهو قوله عليه السلام «من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث» فلا يصح ولان لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته

(فصل) ويصح الاستثناء في كل يمين مكفرة كاليمين بالله تعالى والظهار والنذر قال ابن أبي موسى من استثنى في يمين تدخلها كفارة فله ثنياه لانها ايمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى فلو قال أنت علي كظهر أمي ان شاء الله أو لله علي أن أتصدق بمائة درهم ان شاء الله لم يلزمه شيء لانها ايمان فتدخل في عموم قوله « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث »

(فصل) فان قال والله لاشربن اليوم إلا أن يشاء الله أو لا أشرب إلا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا تركه لما ذكرنا في الاثبات ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره في هذا كله ، فاذا قال والله إن شاء الله لاأشرب اليوم أو لا أشربن ففعل أو ترك لم يحنث لان تقديم الشرط وتأخيره سواء قال الله تعالى (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد)

(فصل) فان قال والله لاشربن اليوم إن شاء زيد فشاء زيد ولم يشرب حتى مضي اليوم حنث

فقد قيل هو مثل قوله نشدتك الله ولهذا ينصب اسم الله تعالى فيه ، وإن قال لعمري او لعمرك او عمرك فليس بيمين في قول أكثرهم ، وقال الحسن في قوله لعمري عليه الكفارة

ولنا انه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتي وذلك لان هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذي أضيف اليه العمر فان التقدير لعمرك قسمي أو ما أقسم به والعمر الحياة أو البقاء

(فصل) وإن قال وايم الله او وايمن الله فهي يمين موجبة للكفارة والخلاف فيه كالذي ذكرنا في الفصل الذي قبله وقد كان النبي ﷺ يقسم به وانضم اليه عرف الاستعمال فوجب أن يصرف اليه، واختلف في اشتقاقه فقيل هو جمع يمين وحذفت النون فيه في البعض تخفيفاً لكثرة الاستعمال وقيل هو من اليمن فكأنه قال ويمين الله لافعلن وألفه ألف وصل

(فصل) وحروف القسم ثلاثة : الباء وهي الاصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعاً ، والواو وهي بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك وهي أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الاقسام في الكتاب والسنة، وانما كانت الباء الاصل لانها الحرف الذي تصل به الافعال القاصرة عن

وان لم يشأ زيد لم تلزمه يمين، فان لم تعلم مشيئته لغيبة أو جنون أو موت انحلت اليمين لانه لم يوجد الشرط ، وان قال والله لأشرب إلا أن يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب إلا أن توجد مشيئة زيد فان شاء فله الشرب وان لم يشأ لم يشرب ، وإن خفيت مشيئته لغيبة أو موت أو جنون لم يشرب وان شرب حنث لانه منع نفسه الا أن توجد المشيئة[1] فيكذب ولكن غفر الله له بتوحيده، وأما الافراط في الحلف فانه انما كره لأنه لا يكاد يخلو من الكذب والله أعلم

وأما قوله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم) فمعناه لاتجعلوا ايمانكم بالله مانعة لكم من البر والتقوى والاصلاح بين الناس وهو ان يحلف بالله أن لا يفعل براً ولا تقوى ولا يصلح بين الناس ثم يمتنع من فعله ليبر في يمينه ولا يحنث فيها فنهوا عن المضي فيها ، قال احمد وذكر حديث ابن عباس باسناده في قوله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم) الرجل يحلف أن لا يصل قرابته وقد جعل الله له مخرجا في التكفير فأمره أن لا يعتل بالله وليكفر وليبر وقال النبي ﷺ « لأن يستلج أحدكم في يمينه آثم له عند الله من أن يؤدي الكفارة التي فرض الله عليه » وان كان النهي عاد الى اليمين فالمنهي عنه الحلف على ترك البر والتقوى والاصلاح بين الناس لا على كل يمين فلا حجة فيها لهم إذاً

﴿ مسألة ﴾ (فان دعي الى الحلف عند الحاكم وهو محق استحب له افتداء يمينه فان حلف فلا بأس)

قال أصحابنا تركه أولى فيكون مكروهاً وبه قال أصحاب الشافعي لما روي ان المقداد وعثمان تحاكما الى عمر في مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان فقال عمر: لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف وقال خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمين عثمان. والصحيح انه لا يكره بل مباح فعله كتركه لان الله سبحانه وتعالى أمر نبيه عليه السلام بالحلف على الحق في ثلاثة

(١) كذا في الاصل وفيه نقص يراجع في المغني في مظنته

التعدي الى مفعولاتها والتقدير في القسم أقسم بالله كما قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا تدخل على غيره فيقال تالله ولو قال تالرحمن او تالرحيم لم يكن قسما فاذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه كان قسما صحيحاً لانه موضوع له وقد جاء في كتاب الله تعالى وكلام العرب قال الله تعالى (تالله لتسئلن عما كنتم تفترون — تالله لقد آثرك الله علينا — تالله تفتؤ تذكر يوسف — تالله لقد علمتم — وتالله لأكيدن أصنامكم) قال الشاعر : تالله يبقى على الأيام ذو حيد بمشمخر به الظيان والآس

فان قال ماأردت به القسم لم يقبل منه لانه أتى باللفظ الصريح في القسم واقترنت به قرينة دالة عليه وهو الجواب بجواب القسم ويحتمل أن يقبل منه في قوله تالله لاقومن اذا قال أردت ان قيامي بمعونة الله وفضله لانه فسر كلامه بما يحتمله ولا يقبل في الحرفين الآخرين لعدم الاحتمال ويحتمل ان لا يقبل بحال لانه أجاب بجواب القسم فيمنع صرفه إلى غيره

مواضع فقال (ويستنبئونك أحق هو؟ قل اي وربي انه لحق) والثاني قوله (قل بلى وربي لتأتينكم) والثالث (قل بلى وربي لتبعثن) وروى محمد بن كعب القرظي ان عمر قال على المنبر وفي يده عصا يأيها الناس لايمنعكم اليمين من حقوقكم فوالذي نفسي بيده ان في يدي لعصا ، وروى الشعبي ان عمر وأبياً احتكما الى زيد في نخل ادعاه أبي فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد اعف أمير المؤمنين فقال عمر ولم يعفي أمير المؤمنين؟ ان عرفت شيئاً استحققته بيميني وإلا تركته والذي لاإله إلا هو ان النخل لنخلي وما لابي فيه حق فلما خرجا وهب النخل لابي فقيل له يأمير المؤمنين هلا كان هذا قبل اليمين؟ فقال خفت أن لا أحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدي فتكون سنة ولانه حلف صدق على حق فأشبه الحلف عند غير الحاكم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله : وإن حرم أمته أو شيئاً من الحلال لم يحرم وعليه كفارة يمين ان فعله ويحتمل أن يحرم تحريماً تزيله الكفارة.

وقال ابو حنيفة يحرم لقول الله تعالى (لم تحرم ماأحل الله لك؟) وقوله (قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) ولانه تحريم للحلال فحرم كتحريم الزوجة

ولنا انه اذا أراد التكفير فله فعل المحلوف عليه وحل فعله مع تركه محرما تناقض ، والعجب ان أبا حنيفة لا يجيز التكفير إلا بعد الحنث وقد فرض الله تعالى تحلة اليمين ، فعلى قوله يلزم كون المحرم مفروضاً أو من ضرورة المفروض لانه لاتحصل التحلة إلا بفعل المحلوف وهو عنده محرم وهذا غير جائز، ولانه لو كان محرما لوجب تقديم الكفارة عليه كالظهار ولان النبي ﷺ قال « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » فأمر بفعل المحلوف عليه ولو كان محرما لم يأمر بفعله وسماه خيراً والمحرم ليس بخير

(فصل) وإن أقسم بغير حرف القسم فقال الله لاقومن بالجر او النصب كان يميناً ، وقال الشافعي لايكون يميناً إلا أن ينوي لان ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح في القسم فلا ينصرف اليه إلا بالنية

ولنا انه سائغ في العربية وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع فروي ان عبد الله بن مسعود أخبر النبي ﷺ انه قتل ابا جهل فقال « الله انك قتلته؟ » قال الله اني قتلته ذكره البخاري وقال لركانة بن عبد يزيد « الله ماأردت إلا واحدة » قال الله ما أردت إلا واحدة وقال امرؤ القيس :

* فقلت يمين الله أبرح قاعداً *

وقال أيضاً * فقالت يمين الله مالك حيلة *

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه (إحداهما) الجواب بجواب القسم (والثاني) النصب والجر في اسم الله تعالى فوجب ان تكون يميناً كما لو قال والله ، وإن قال الله لافعلن بالرفع ونوى اليمين فهي يمين لكنه قد لحن فهو كما لو قال والله بالرفع وإن لم ينو اليمين فقال ابو الخطاب يكون يميناً

واما الآية فالمراد بها قوله هو علي حرام او منع نفسه منه وذلك ليس يسمى تحريماً قال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) وقال (وحرموا مارزقهم الله) ولم يثبت فيه التحريم حقيقة ولا شرعا فاذا قال هذا حرام علي إن فعلت وفعل أو ماأحل الله علي حرام إن فعلت ثم فعل فهو مخير ان شاء ترك ماحرمه على نفسه وإن شاء كفر ، وإن قال هذا الطعام حرام علي فهو كالحالف على تركه ، ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة واسحاق وأهل العراق

وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل علي حرام يمين من الايمان يكفرها ، وقال الحسن هي يمين إلا أن ينوي امرأته ، وعن ابراهيم مثله ، وعنه إن نوى طلاقا وإلا فليس بشيء ، وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين ، وقال طاوس هو مانوى ، وقال مالك والشافعي ليس بيمين ولا شيء عليه لانه قصد تغيير المشروع فلغا ما قصده كما لو قال هذه ابنتي

ولنا قول الله تعالى (ياأيها النبي لم تحرم ماأحل الله لك — إلى قوله — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) سمى تحريم ماأحل الله يميناً وفرض له تحلة وهو الكفارة . وقالت عائشة : كان النبي ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة أن أيتنا دخل عليها النبي ﷺ فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على أحدانا فقالت له ذلك فقال « لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود » فنزلت (ياأيها النبي لم تحرم ماأحل الله لك ؟) متفق عليه فان قيل انما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية كذلك قال الحسن وقتادة قلنا ماذكرناه أصح فانه متفق عليه وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل المشاهدة للحال أولى والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة لم يعدلا به شيئاً ولم يصيرا إلى غيره فكيف يصار إلى قولهما ويترك قولها؟

لان قرينة الجواب بجواب القسم كافية والعامي لايعرف الاعراب فيأتي به إلا ان يكون من أهل العربية فان عدوله عن اعراب القسم دليل على انه لم يرده، ويحتمل ان لايكون قسما في حق العامي لانه ليس بقسم في حق أهل العربية فلم يكن قسما في غيرهم كما لو لم يجبه بجواب القسم

(فصل) ويجاب القسم باربعة أحرف : حرفان للنفي هما ما ولا ، وحرفان للاثبات وهما ان واللام المفتوحة وتقوم ان المكسورة مقام ما النافية مثل قوله ((وليحلفن إن أردنا الا الحسنى) وإن قال والله أفعل بغير حرف فالمحذوف ههنا لا وتكون يمينه على النفي لان موضوعه في العربية كذلك قال الله تعالى (تالله تفتؤ تذكر يوسف) اي لاتفتؤ وقال الشاعر * تالله يبقى على الايام ذو حيد * وقال آخر * فقلت يمين الله أبرح قاعداً * اي لاأبرح

(فصل) فان قال لاها لله ونوى اليمين فهو يمين لما روي ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه قال في سلب قتيل ابي قتادة لاها لله اذا تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك

وقد روي عن ابن عباس وابن عمر عن النبي ﷺ انه جعل تحريم الحلال يميناً ولو ثبت ان الآية نزلت في تحريم مارية كان حجة لنا لانها من الحلال الذي حرم وليست زوجة فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبها بتحريم كل حلال بالقياس عليها لانه حرم الحلال فأوجب الكفارة كتحريم الامة المزوجة وما ذكروه يبطل بتحريمها. اذا ثبت هذا فعليه ان فعله كفارة يمين لقوله عليه السلام « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولان النبي ﷺ لما حرم العسل أو مارية أنزل الله سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) قال الحسن سمي تحريم ماأحل الله يميناً وفرض له تحلة وهي الكفارة ويحتمل أن يحرم تحريماً تزيله الكفارة لانه تحريم يوجب الكفارة بالفعل فحرم ماحرمه كالظهار

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال هو يهودي أو نصراني او بريء من الله تعالى أو من القرآن أو الاسلام أو النبي عليه السلام) إن فعل ذلك فقد فعل محرما

لما روي عن النبي ﷺ انه قال « من حلف على ملة غير الاسلام كاذبا متعمداً فهو كما قال » متفق عليه ، وفي لفظ « من حلف انه بريء من الاسلام فان كان قد كذب فهو كما قال، وإن كان صادقا لم يرجع إلى الاسلام سالماً»

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه كفارة إن فعل في إحدى الروايتين)

اختلفت الرواية عن احمد في الحالف بالخروج من الاسلام مثل أن يقول هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن فعل كذا، وهو بريء من الاسلام أو من رسول الله ﷺ أو يقول هو يعبد الصليب أو يعبد غير الله إن فعل أو نحو هذا إن فعل فعن احمد عليه الكفارة اذا حنث . يروى هذا عن

سابه؟ فقال رسول الله ﷺ « صدق » وإن لم ينو اليمين فالظاهر انه لايكون يميناً لانه لم يقترن به عرف ولا نية ولا في جوابه حرف يدل على القسم وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو بآية من القرآن)

وجملته أن الحلف بالقرآن أو بآية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها ، وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأبو عبيد وعامة أهل العلم وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بيمين ولا تجب به كفارة فمنهم من زعم أنه مخلوق ومنهم من قال لا يعهد اليمين به

ولنا أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به كما لو قال وجلال الله وعظمته وقولهم هو مخلوق قلنا هذا كلام المعتزلة وانما الخلاف مع الفقهاء ، وقد روي عن ابن عمر أن النبي

طاوس والحسن والشعبي والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن زيد ابن ثابت رضي الله عنه

(والثانية) لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعي والليث وابي ثور وابن المنذر لانه لم يحلف باسم الله ولا صفته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله فيما أمرني به ويحتمل أن يحمل كلام احمد في الرواية الاولى على الندب دون الإيجاب فانه قال في رواية حنبل اذا قال أكفر بالله أو أشرك بالله فاحب إلي أن يكفر كفارة يمين اذا حنث

ووجه الرواية الاولى ماروي عن النبي ﷺ انه سئل عن الرجل يقول هو يهودي او نصراني أو مجوسي أو بريء من الاسلام في اليمين يحلف بها فيحنث في هذه الاشياء ؟ قال « عليه كفارة يمين » أخرجه ابو بكر ، ولان البراءة من هذه الاشياء توجب الكفر بالله فكان الحلف بها يمينا كالحلف بالله تعالى . قال شيخنا والرواية الثانية أصح ان شاء الله تعالى فان الوجوب من الشارع ولم يرد في هذه اليمين نص ولا هي في قياس المنصوص فان الكفارة انما وجبت بالحلف باسم الله تعظيما لاسمه واظهاراً لشرفه وعظمته ولا تتحقق التسوية

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أنا أستحل الزنا ونحوه فعلى وجهين)

وكذلك إن قال انا أستحل ترك الصلاة أو الزكاة أو الصيام فهو كالحلف بالبراءة من الاسلام لان استحلال ذلك يوجب الكفر فيخرج على الروايتين في المسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال عصيت الله او انا أعصي الله في كل ماأمرني به أو محوت المصحف إن فعلت كذا وحنث فلا كفارة)

ﷺ قال « القرآن كلام الله غير مخلوق » وقال ابن عباس في قوله تعالى (قرآنا عربيا غير ذي عوج) أى غير مخلوق وأما قولهم لايعهد اليمين به فيلزمهم قولهم وكبرياء الله وعظمته وجلاله. إذاثبت هذا فان الحلف بآية منه كالحلف بجميعه لانها من كلام الله تعالى

(فصل) وان حلف بالمصحف انعقدت يمينه، وكان قتادة يحلف بالمصحف ولم يكره ذلك امامنا واسحاق لان الحالف بالمصحف إنما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن فانه بين دفتي المصحف باجماع المسلمين .

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو تصدق بملكه أو بالحج)

وجملته انه إذا أخرج النذر مخرج اليمين بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئا أو يحث به على شيء مثل ان يقول ان كلمت زيداً فلله علي الحج أوصدقة مالي أوصوم سنة فهذا يمين حكمه أنه مخير بين الوفاء بما حلف عليه فلايلزمه شيء وبين أن يحنث فيتخير بين فعل المنذور وبين كفارة يمين، ويسمى نذر اللجاج والغضب ولا يتعين عليه الوفاء به وانما يلزم نذر التبرر وسنذكره في بابه ، وهذا قول

نص عليه احمد وبه قال عطاء والثوري وابو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس والليث عليه الكفارة وبه قال الاوزاعي اذا قال عليه لعنة الله

ولنا ان هذا لايوجب الكفر أشبه مالو قال محوت المصحف، وإن قال لايراني الله في موضع كذا إن فعلت وحنث فقال القاضي عليه كفارة ، وذكر ان احمد نص عليه والصحيح ان هذا لا كفارة فيه لان إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص . لا قياس صحيح

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال عبد فلان حر لافعلن فليس بشيء وعنه عليه كفارة ان حنث)

أما اذا قال عبد فلان حر من غير تعليق لم يلزمه شيء وكذلك إن علقه لان تعليق الشيء بالشرط أثره في أن يصير عند الشرط كالمعلق فاذا كان المعلق لايوجب شيئاً فكذلك المعلق، ولا يعتق العبد اذا حنث بغير خلاف لانه لايعتق بغير تنجيز العتق فبتعليق أولى وهل تلزمه كفارة؟ فيه روايتان عن احمد ذكرهما ابن ابي موسى (احداهما) عليه كفارة لانه حلف بالعتق فيما لايقع بالحنث فلزمته كفارة كما لو قال فلله علي ان أعتق فلاناً

(والثانية) لاكفارة عليه لانه حلف باخراج مال غيره فلم يلزمه شيء كما لو قال مال فلان صدقة إن دخلت الدار ولانه تعليق للعتق على صفة فلم تجب به كفارة كسائر التعليق ، أما اذا قال لله علي ان أعتق عبداً فانه نذر فاوجب الكفارة بكون النذر كاليمين وتعليق العتق خلافه

(فصل) وإن قال إن فعلت كذا فمال فلان صدقة أو فعلى فلان حجة او فمال فلان حرام عليه

عمر وابن عباس وابن عمر وعائشة وحفصة وزينب بنت أبي سلمة وبه قال عطاء وطاوس وعكرمة والقاسم والحسن وجابر بن زيد والنخعي وقتادة وعبدالله بن شريك والشافعي والعنبري واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال سعيد بن المسيب لاشيء في الحلف بالحج وعن الشعبي والحارث العكلي وحماد والحكم لاشيء في الحلف بصدقة ماله لان الكفارة إنما تلزم بالحلف بالله تعالى لحرمة الاسم وهذا ماحلف باسم الله ولا يجب ماسماه لانه لم يخرجه مخرج القربة وإنما التزمه على طريق العقوبة فلم يلزمه ، وقال أبو حنيفة ومالك يلزمه الوفاء بنذره لانه نذر فيلزمه الوفاء به كنذر التبرر ، وروي نحو ذلك عن الشعبي .

ولنا ماروى عمران بن حصين قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين » رواه سعيد بن منصور والجوزجاني في المترجم وعن عائشة أن النبي ﷺ قال «من حلف بالمشي أو الهدي أوجعل ماله في سبيل الله أو في المساكين أو في رتاج الكعبة فكفارته كفارة اليمين » ولانه قول من سمينا من الصحابة ولامخالف لهم في عصرهم ولانه يمين فيدخل في عموم قوله

اوهو بريء من الاسلام وأشباه هذا فليس ذلك بيمين ولاتجب به كفارة لانعلم بين أهل العلم فيه خلافا لانه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو في معنى ماورد الشرع به

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال أيمان البيعة تلزمني فهي يمين رتبها الحجاج تشتمل على اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق وصدقة المال فان كان الحالف يعرفها ونواها انعقد يمينه بمافيها والا فلا شيء عليه ، ويحتمل أن لاتنعقد إلا في الطلاق والعتاق)

قال ابو عبد الله بن بطة كنت عند ابي القاسم الخرقي وقد سأله رجل عن أيمان البيعة فقال لست أفتي فيها بشيء ولا رأيت أحداً من شيوخنا يفتي في هذه اليمين قال وكان ابي رحمه الله يعني الحسين يهاب الكلام فيها ، قال ابو القاسم إلا أن يلتزم الحالف بها بجميع مافيها من الايمان فقال له السائل عرفها ام لم يعرفها؟ قال نعم وكانت اليمين على عهد رسول الله ﷺ بالمصافحة فلما ولي الحجاج رتبها ايماناً تشتمل على اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق وصدقة المال فمن لم يعرفها لم تنعقد يمينه بشيء ممافيها لان هذا ليس بصريح في القسم والكناية لاتصح إلا بالنية ومن لم يعرف شيئاً لم يصح أن ينويه وإن عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضاً لما ذكرناه ومن عرفها ونوى اليمين بما فيها انعقد في الطلاق والعتاق لان اليمين بها تنعقد بالكناية، وماعدا الطلاق والعتاق كاليمين بالله تعالى وصدقة المال فقال القاضي تنعقد يمينه ههنا أيضاً لانها يمين فتنعقد بالكناية المنوية كالطلاق والعتاق وكما لو لفظ بكل واحدة وحدها وقال في موضع لا تنعقد اليمين بالله بالكناية ، وهومذهب الشافعي، لان الكفارة إنما وجبت فيها لما ذكر فيها من اسم الله تعالى المعظم المحترم ولا يوجد ذلك في الكناية .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال علي نذر أو يمين ان فعلت كذا وفعله فقال أصحابنا عليه كفارة يمين) .

تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) ودليل أنه يمين انه يسمى بذلك ويسمى قائله حالفا ، وفارق نذر التبرر لكونه قصد به التقرب الى الله تعالى والبر ولم يخرجه مخرج اليمين وههنا خرج مخرج اليمين ولم يقصد به قربة ولا براً فشبه اليمين من وجه والنذر من وجه فخير بين الوفاء به وبين الكفارة .

وعن احمد رواية ثانية أنه تتعين الكفارة ولا يجزئه الوفاء بنذره ، وهو قول لبعض أصحاب الشافعي لانه يمين، والاول أولى لانه انما التزم فعل ما نذره فلا يلزمه أكثر منه كنذر التبرر ، وفارق اليمين بالله تعالى لانه أقسم بالاسم المحترم فاذا خالف لزمته الكفارة تعظيما للاسم بخلاف هذا

﴿مسئلة﴾ قال (أو بالعهد)

وجملته أنه اذا حلف بالعهد أو قال وعهد الله وكفالته فذلك يمين يجب تكفيرها إذا حنث

لما روى ابن عامر أن رسول الله ﷺ قال « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة اليمين » قال الترمذي هذا حديث صحيح .

﴿ فصل ﴾ في كفارة اليمين قال الشيخ رحمه الله: والأصل في كفارة اليمين الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون اهيكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) الآية ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هوخير وكفرعن يمينك» في اخبار سوى هذا ، واجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى.

﴿ مسئلة ﴾ (وهي تجمع تخييراً وترتيباً فيخير بين ثلاثة أشياء اطعام عشرة مساكين او كسوتهم او تحرير رقبة)

لما ذكرنا في الآية. وقد سبق شرح العتق والاطعام في كفارة الظهار، وكسوة المساكين للرجل ثوب يجزئه ان يصلي فيه وللمرأة درع وخمار ولا خلاف في أن الكسوة أحد أصناف الكفارة لنص الله عليها في كتابه بقوله (أو كسوتهم) وتتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه على ماذكرنا ، وهذا قول مالك ، وممن قال لاتجزئه السراويل وحدها الأوزاعي وأبو يوسف وقال ابراهيم ثوب جامع ، وقال الحسن كل مسكين حلة ازار ورداء ، وقال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأي يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة، وروى الحسن قال تجزىء العمامة ، وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة، وفي القلنسوة وجهان، واحتجوا بان ذلك يقع عليه اسم الكسوة فأجزأ كالذي تجوز الصلاة فيه .

فيها ، وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلي وقتادة والحكم والأوزاعي ومالك وحلفت عائشة رضي الله عنها بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة وكانت إذا ذكرته تبكي وتقول واعهداه، قال احمد العهد شديد في عشرة مواضع من كتاب الله (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) ويتقرب إلى الله تعالى إذا حلف بالعهد وحنث ما استطاع وعائشة أعتقت أربعين رقبة ثم تبكي حتى تبل خمارها وتقول واعهداه وقال عطاء وابو عبيد وابن المنذر لايكون يميناً إلا أن ينوي ، وقال الشافعي لايكون يميناً إلا أن ينوي اليمين بعهد الله الذي هو صفته ، وقال أبو حنيفة ليس بيمين ، ولعلهم ذهبوا الى أن العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يميناً كما لو قال : وخلق الله وقد وافقنا أبو حنيفة في أنه اذا قال علي عهد الله وميثاقه لافعلن ثم حنث أنه يلزمه الكفارة

ولنا أن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهانا كقوله تعالى (ألم أعهد اليكم يابني آدم) وكلامه

ولنا أن الكسوة أحد أنواع الكفارة فلم يجز فيه مايقع عليه الاسم كالاطعام والاعتاق ولان التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة فلم يجز فيه اقل مما ذكرناه كالصلاة ولانه مصروف المساكين في الكفارة فيقدر كالاطعام ، ولان اللابس ما لايستر عورته يسمى عريانا فلم يجزئه لقول الله تعالى (او كسوتهم) إذا ثبت هذا فانه إذا كسا امرأة أعطاها درعا وخماراً على ماذكرنا لانه اقل مايستر عورتها وتجزئها الصلاة فيه، وان اعطاها ثوبا واسعا يمكنها أن تستر به بدنها ورأسها أجزأه ذلك والرجل يجزئه اذا كساه ثوب او قميص يمكنه ان يستر به عورته ويجعل على عاتقه منه شيئا اوثوبين يأتزر باحدهما ويرتدي بالآخر، ولايجزئه مئزر وحده ولا سراويل لقول رسول الله ﷺ « لا يصلي احدكم في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء» ويجوز ان يكسوهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والخز والحرير ، لأن الله تعالى امر بكسوتهم ولم يعين جنسها فاي جنس كساهم منه خرج عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها،ويجوزان يكسوهم جديداً ولبيسا إلا أن يكون قد بلي وذهبت منفعته فلا يجوز لانه معيب فهو كالحب المعيب والرقبة إذا ذهبت منفعتها وسواء كان ماأعطاهم مصبوغا أولا أو خاما أو مقصوراً لانه تحصل به الكسوة المأمور بها والمنفعة المقصودة بها .

(فصل) والذي تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء اطعامهم ، لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم او كسوتهم) فينصرف الضمير اليهم .

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعة ان شاء قبل الحنث وان شاء بعده ولا يجوز تقديمها على اليمين) .

إذا عجز عن العتق والاطعام والكسوة أجزأه صيام ثلاثة أيام للآية وقد ذكرنا صفة العجز

قديم صفة له ويحتمل أنه استحقاقه لما تعبدنا به ، وقد ثبت له عرف الاستعمال فيجب أن يكون يميناً باطلاقه كما لو قال وكلام الله. اذا ثبت هذا فانه ان قال علي عهد الله وميثاقه لافعلن او قال وعهد الله وميثاقه لافعلن فهو يمين ، وان قال والعهد والميثاق لافعلن ونوى عهد الله كان يميناً لانه نوى الحلف بصفة من صفات الله تعالى، وان أطلق فقال القاضي فيه روايتان (إحداهما) يكون يميناً لان لام التعريف ان كانت للعهد يجب أن تنصرف إلى عهد الله لانه الذي عهدت اليمين به ، وإن كانت للاستغراق دخل فيه ذلك (والثانية) لا يكون يميناً لانه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة ولم يصرفه إلى ذلك بنيته فلا تجب الكفارة لان الاصل عدمها

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو بالخروج من الاسلام)

اختلفت الرواية عن أحمد في الحلف بالخروج من الاسلام مثل أن يقول هو يهودي او نصراني او مجوسي ان فعل كذا أو هو بريء من الاسلام او من رسول الله أو من القرآن ان فعل أو يقول هو يعبد الصليب أو يعبدك أو يعبد غير الله تعالى ان فعل أو نحو هذا فعن احمد عليه الكفارة إذا

فى كفارة الظهار في العجز عن الرقبة، ويشترط التتابع في صوم الايام الثلاثة وعنه لا يشترط لان الأمر بصومها مطلق فلم يجز بغير دليل والأول ظاهر المذهب لان في قراءة أبي وابن مسعود (فصيام ثلاثة ايام متتابعات) والظاهر انهما سمعاه من رسول الله ﷺ فيكون خبراً ولانه صوم في كفارة فلا ينتقل عنه إلا بعد العجز عن العتق فوجب التتابع كصوم المظاهر .

﴿ مسئلة ﴾ (وهو مخير في التكفير ان شاء قبل الحنث وان شاء بعده)

سواء كان صوماً أو غيره فيما سوى الظهار في قول اكثر اهل العلم منهم مالك وممن روي عنه تقديم التكفير على الحنث عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وسلمان الفارسي ومسلمة بن مخلد رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعة والاوزاعي والثوري وابن المبارك واسحاق وابو عبيد وأبو خيثمة وسليمان بن داود ، وقال اصحاب الرأي لا تجزىء الكفارة قبل الحنث لانه تكفير قبل وجود سببه فاشبه مالو كفر قبل اليمين ، ودليل ذلك ان سبب التكفير الحنث وهو هتك الاسم المعظم المحترم ولم يوجد وقول الشافعي كقولنا في لاعتاق والاطعام والكسوة وكقولهم في الصيام من أجل انه عبادة بدنية فلم يجز فعله قبل وجوبه لغير مشقة كالصيام .

ولنا ماروى عبدالرحمن بن سمرة قال قال رسول الله ﷺ « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير» رواه ابو داود وقد روى أبو هريرة وابو الدرداء وعدي بن حاتم رضي الله عنهم عن النبي ﷺ نحو ذلك ، رواه الاثرم وعن ابي موسى عن النبي

حنث يروى هذا عن عطاء وطاوس والحسن والشعبي والثوري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي ويروى ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه

(والرواية الثانية) لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعي والليث وأبي ثور وابن المنذر لانه لم يحلف باسم الله ولا صفته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله تعالى فيما أمرني ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الرواية الأولى على الندب دون الايجاب لانه قال في رواية حنبل اذاقال أكفر بالله أو أشرك بالله فأحب إلي أن يكفر كفارة يمين إذا حنث . ووجه الرواية الاولى ماروي عن الزهري عن خارجة بن زيد عن أبيه عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يقول هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الاسلام في اليمين يحلف بها فيحنث في هذه الاشياء فقال «عليه كفارة يمين» أخرجه أبو بكر ولان البراءة من هذه الاشياء توجب الكفر بالله فكان الحلف بها يميناً كالحلف بالله تعالى

والرواية الثانية أصح إن شاء الله تعالى فإن الوجوب من الشارع ولم يرد في هذه اليمين نص

ﷺ إنه قال « اني ان شاء الله لا احلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير ، أو اتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني » رواه البخاري ولانه كفر بعد وجود السبب فأجزأ كما لو كفر بعد الجرح وقبل الزهوق والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) وقوله سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقول النبي ﷺ « وكفرت عن يميني فكفر عن يمينك » وتسمية الكفارة كفارة اليمين وبهذا ينفصل عما ذكروه وعلى هذا فالحنث شرط وليس بسبب ، ولان تعجيل حق الله تعالى في المال بعد وجود سببه قبل وجود شرطه جائز بدليل تعجيل الزكاة بعد وجوب النصاب وقبل الحول وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق ، قال ابن عبد البر العجب من أصحاب أبي حنيفة أجازوا تعجيل الزكاة من غير ان يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة في تقديم الكفارة وأبوا تقديم الكفارة ههنا مع كثرة الرواية الواردة فيها والحجة في السنة ومن خالفها محجوج بها ، فأما أصحاب الشافعي فهم محجوجون بالاحاديث مع انهم قد احتجوا بها في البعض وخالفوها في البعض ، وفرقوا ماجمع بينه النص ولان الصيام نوع تكفير فجاز قبل الحنث كالتكفير بالمال ، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة باصل الوضع ، أما تقديمها على اليمين فلا يجوز عند أحد من العلماء لانه تقديم الحكم قبل سببه فلم يجز كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب وكفارة القتل قبل الجرح .

(فصل) والتكفير قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة ، وقال ابن أبي موسى بعده أفضل عند احمد وهو قول مالك والثوري والشافعي لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول النفس ببراءة الذمة .

ولنا ان الاحاديث الواردة فيه فيها التقديم مرة والتأخير أخرى وهذا دليل التسوية ، ولانه

ولا هي في قياس المنصوص فان الكفارة إنما وجبت في الحلف باسم الله تعظيما لاسمه واظهاراً لشرفه وعظمته ، ولا تتحقق التسوية

(فصل) وإن قال هو يستحل الخمر والزنا إن فعل ثم حنث أو قال هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام أو الزكاة فهو كالحالف بالبراءة من الاسلام لان استحلال ذلك يوجب الكفر ، وإن قال عصيت الله فيما أمرني أو في كل ما افترض علي أو محوت المصحف أو أنا أسرق او أقتل النفس التي حرم الله إن فعلت وحنث لم تلزمه كفارة لان هذا دون الشرك، وإن قال أخزاه الله او أقطع يده أو لعنه الله إن فعل ثم حنث فلا كفارة عليه نص عليه أحمد، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال طاوس والليث عليه كفارة وبه قال الاوزاعي إذا قال عليه لعنة الله

ولنا أن هذا لا يوجب الكفر فأشبه مالو قال محوت المصحف، وإن قال لا يراني الله في موضع كذا إن فعلت وحنث فقال القاضي عليه كفارة وذكر أن أحمد نص عليه والصحيح ان هذا لا كفارة فيه لان إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص ولا قياس صحيح

تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه فلم يكن التأخير أفضل كتعجيل الزكاة وكفارة القتل وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء والتبرع بما لم يجب عليه، والخلاف المخالف لا يوجب تفضيل المجمع عليه كترك الجمع بين الصلاتين .

(فصل) فان كان الحنث في اليمين محظوراً فجعل الزكاة قبله ففيه وجهان

(احدهما) يجزئه لانه عجل الكفارة قبل سببها فأجزأته كما لو كان الحنث مباحا (والثاني) لا يجزئه لان التعجيل رخصة فلا يستباح بالمعصية كالقصر في سفر المعصية والحديث لم يتناول المعصية فانه قال «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها» ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كرر ايمانا قبل التكفير فكفارة واحدة وعنه لكل يمين كفارة)

إذا كرر أيمانا قبل التكفير مثل ان قال والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشاً فحنث فليس عليه الا كفارة واحدة ، وكذلك ان حلف بايمان كقوله والله وعهد الله وميثاقه وقدرته وكلامه وكبريائه على شيء واحد روي نحو هذا عن ابن عمر وبه قال الحسن وعروة واسحاق، وروي أيضاً عن عطاء وعكرمة والنخعي وحماد والاوزاعي، وقال أبو عبيد فيمن قال علي عهد الله وميثاقه وكفالته ثم حنث فعليه ثلاث كفارات، وقال اصحاب الرأي عليه لكل يمين كفارة الا ان ينوي التأكيد او التفهيم ونحوه عن الثوري وأبي ثور، وعن أحمد مثل ذلك وعن الشافعي قولان كالمذهبين ، وعن عمرو بن دينار إن كان في مجلس واحد كقولنا وإن كان في مجالس كقولهم، واحتجوا بأن أسباب الكفارات تكررت فتكرر في الكفارات كالقتل لآدمي او صيد حربي ولان اليمين الثانية مثل الاولى فتقتضي ما تقتضيه

ولنا أنه حنث واحد أوجب جنساً واحداً من الكفارات فلم يجب به أكثر من كفارة كما

(فصل) ولا يجوز الحلف بالبراءة من الاسلام لقول النبي ﷺ « من قال إني بريء من الاسلام فان كان كاذبا فهو كما قال ، وإن كان صادقا لم يعد إلى الاسلام سالما » رواه ابو داود

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو بتحريم مملوكه او شيء من ماله)

وجملته أنه اذا قال هذا حرام علي ان فعلت وفعل أو قال ما أحل الله علي حرام ان فعلت ثم فعل فهو مخير ان شاء ترك ماحرمه على نفسه وان شاء كفر ، وإن قال هذا الطعام حرام علي فهو كالحلف على تركه ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة وإسحاق وأهل العراق وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل علي حرام يمين من الايمان يكفرها ، وقال الحسن هي يمين إلا أن ينوي طلاق امرأته وعن ابراهيم مثله وعنه ان نوى طلاقا وإلا فليس بشيء وعن الضحاك ان أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين وقال طاوس هو ما نوى وقال مالك والشافعي ليس بيمين ولا شيء عليه لانه قصد تغيير المشروع فلغا ماقصده كما لو قال هذه ربيبتي

لو قصد التأكيد ،قولهم انها اسباب تكررت ممنوع فان السبب الحنث وهو واحد وإن سلمنا فينتقض بما إذا كرر الوطء في رمضان في أيام وبالحدود إذا تكررت أسبابها ، ولا يصح القياس على الصيد الحرمي لان الكفارة بدل ولذلك تزداد بكبر الصيد وتقدر بقدره فهي كدية القتل ولا على كفارة قتل الآدمي لانها اجريت مجرى البدل أيضاً لحق الله تعالى لانه لما اتلف آدمياً عابداً لله تعالى ناسب ان يوجد عبداً يقوم مقامه في العبادة فلما عجز عن الايجاد لزمه اعتاق رقبة لان العتق ايجاد للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها الى فراغ البال للعبادة بالحريه التي حصلت بالاعتاق ثم الفرق ظاهر لان السبب ههنا تكرر بكماله وشروطه وفي محل النزاع لم يوجد ذلك لان الحنث اما ان يكون هو السبب او جزءا منه أو شرطاً له بدليل توقف الحكم على وجوده وأيا ما كان فلم يتكرر فلم يجز وإن صح القياس فقياس كفارة اليمين على مثلها اولى من قياسها على القتل لبعد ما بينهما

﴿مسئلة﴾ (والظاهر فيما إذا كرر الايمان انها ان كانت على فعل واحد فكفارة واحدة وان كانت على أفعال فعليه لكل يمين كفارة)

لانها إذا كانت على فعل واحد كان سببها واحداً فالظاهر أنه اراد التوكيد لذلك كقول النبي ﷺ « والله لأغزون قريشاً » قالها ثلاثاً وإن كانت على أفعال فعليه لكل يمين كفارة وهو ظاهر كلام الخرقي ورواه المروذي عن أحمد وهو قول أكثر اهل العلم وقال أبو بكر تجزئه كفارة واحدة رواها ابن منصور عن احمد قال القاضي هي الصحيحة وقال أبو بكر ما نقله المروذي عن أحمد قول لابي عبد الله، ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه وهو قول اسحاق لانها كفارات من

ولنا قول الله تعالى (يأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ — إلى قوله — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) سمى تحريم ما أحل الله يميناً وفرض له تحلة وهي الكفارة ، وقالت عائشة رضي الله عنها كان النبي ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة أن أيتنا دخل عليها النبي ﷺ فلتقل إني أجد منك ريح مغافير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال « لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود له » فنزل (يأيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك؟ تبتغي مرضاة أزواجك) متفق عليه ، فان قيل انما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية كذلك قال الحسن وقتادة، قلنا ماذكرناه أصح فانه متفق عليه وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل المشاهدة للحال أولى والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة لم يعدلا به شيئاً ولم يصيرا إلى غيره فكيف يصار إلى قولهما ويترك قولها ؟ وقد روي عن ابن عباس وابن عمر عن النبي ﷺ أنه جعل تحريم الحلال يميناً ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية كان حجة لنا لانها من الحلال الذي حرم وليست زوجة فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم بالقياس عليها لانه حرم الحلال فأوجب الكفارة كتحريم الامة والزوجة وما ذكروه يبطل بتحريمها ، وإذا قال هذه ربيبتي يقصد تحريمها فهو ظهار

جنس واحد فتداخلت كالحدود من جنس واحد وان اختلفت محالها بان سرق من جماعة أو زنى بنساء

ولنا أنهن ايمان لايحنث في احداهن بالحنث في الأخرى فلم تكفر احداهما بكفارة الاخرى كما لو كفر عن احداها قبل الحنث في الاخرى وكالايمان المختلفة الكفارة وبهذا فارق الايمان على شيء واحد فانه متى حنث في احداها كان حانثاً في الأخرى فلما كان الحنث واحداً كانت الكفارة واحدة وههنا تعدد الحنث فتعددت الكفارات ، وفارق الحدود فانها وجبت للزجر وتندرىء بالشبهات بخلاف مسئلتنا ولان الحدود عقوبة بدنية والموالاة بينها ربما افضى الى التلف فاجتزىء باحداها وههنا اخراج مال يسير أو صيام ثلاثة أيام فلا يلزم الضرر الكبير بالموالاة فيه ولا يخشى منه التلف

(فصل) إذا حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة فقال والله لا أكلت ولا شربت ولا لبست فحنث في الجميع فكفارة واحدة لا نعلم فيه خلافاً لان اليمين واحدة والحنث واحد فانه يحنث بفعل واحد من المحلوف عليه وتنحل يمينه، وإن حلف أيماناً على أجناس فقال والله لا أكلت والله لا شربت والله لا لبست فحنث في واحدة منها فعليه كفارة، فان أخرجها ثم حنث في يمين أخرى لزمته كفارة أخرى لا نعلم في هذا خلافاً لان الحنث في الثاني تجب به الكفارة بعد ان كفر عن الاولى فاشبه ما لو وطىء في رمضان فكفر ثم وطىء مرة أخرى فان حنث في الجميع قبل التكفير ففيه روايتان ذكرناهما في المسئلة قبل هذا الفصل

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الايمان مختلفة الكفارة كالظهار واليمين بالله تعالى فلكل يمين كفارتها مثل ان يحلف بالله تعالى وبالظهار و بعتق عبده فاذا وجبت فعليه كفارة يمين وكفارة ظهار ويعتق العبد)

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو يقول أقسم بالله او أشهد بالله او أعزم بالله)

هذا قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا وسواء نوى اليمين او أطلق لانه لوقال بالله ولم يقل أقسم ولا أشهد ولم يذكر الفعل كان يميناً ، وانما كان يميناً بتقدير الفعل قبله لان الباء تتعلق بفعل مقدر على ماذكرناه فاذا أظهر الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه ، وقد ثبت له عرف الاستعمال قال الله تعالى (فيقسمان بالله) وقال تعالى (وأقسموا بالله — وقال — فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) ويقول الملاعن في لعانه أشهد بالله إني لمن الصادقين وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين ، وأنشد أعرابي عمر

* أقسم بالله لتفعلنه *

وكذلك الحكم ان ذكر الفعل بلفظ الماضي فقال أقسمت بالله أو شهدت بالله قال عبد الله بن رواحة *أقسمت بالله لتنزلنه* وان أراد بقوله أقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتي به فلا كفارة عليه وان ادعى إرادة ذلك قبل منه وقال القاضي لا يقبل في الحكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه خلاف الظاهر

لان تداخل الاحكام انما يكون مع اتحاد الجنس كالحدود من جنس فأما الكفارات ههنا فمن أجناس وأسبابها مختلفة فلم تتداخل كحد الزنا والسرقة والقذف والشرب

﴿مسئلة﴾ (وكفارة العبد الصيام وليس لسيده منعه منه ومن بعضه حر فحكمه في الكفارة حكم الاحرار)

لا خلاف في ان العبد يجزئه الصيام في الكفارة ولان ذلك فرض المعسر من الاحرار وهو أحسن حالا من العبد فانه لم يملك في الجملة ولان العبد داخل في قول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام)

(فصل) فان أذن السيد لعبده في التكفير بالمال لم يلزمه لانه ليس بملك لما أذن له فيه وهل يجزئه باذن السيد ؟ فيه روايتان [احداهما] لا يجزئه وهو ظاهر كلام الخرقي ولا يجزئه الا الصيام [والثانية] يجزئه لان المنع لحق السيد وقد اذن اشبه ما لو اذن له ان يتصدق بالمال وقد ذكرنا ذلك في الظهار والاختلاف فيه ، وذكر القاضي ان أصل هذين عنده الروايتان في ملك العبد بالتمليك فان قلنا يملك بالتمليك فملكه سيده وأذن له بالتكفير بالمال جاز لانه مالك لما يكفر به وإن قلنا لا يملك بالتمليك ففرضه الصيام لانه لا يملك شيئاً يكفر به ، وكذلك ان قلنا انه يملك ولم يأذن له سيده في التكفير بالمال ففرضه الصيام وإن ملك لانه محجور عليه ممنوع من التصرف فيما في يديه قال أصحابنا يجعلون في العبد روايتين مطلقا سواء قلنا يملك أو لا يملك ثم على الرواية التي تجيز له التكفير بالمال له ان يطعم،

ولنا ان هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى فاذا علم من نفسه أنه نوى شيئاً أو أراده مع احتمال اللفظ إياه لم تلزمه كفارة، وإن قال شهدت بالله أني آمنت بالله فليس بيمين، وان قال أعزم بالله يقصد اليمين فهو يمين وإن أطلق فظاهر كلام الخرقي أنه يمين وهو قول ابن حامد، وقال ابو بكر ليس بيمين وهو قول الشافعي لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا الاستعمال وظاهره غير اليمين لان معناه أقصد بالله لافعلن. ووجه الاول أنه يحتمل اليمين وقد اقترن به مايدل عليه وهو جوابه بجواب القسم فيكون يميناً فاما ان نوى بقوله غير اليمين لم يكن يميناً

(فصل) وإن قال أحلف بالله او أولي بالله او حلفت بالله او آليت بالله او ألية بالله او حلفا بالله أو قسما بالله فهو يمين سواء نوى به اليمين أو أطلق لما ذكرناه في أقسم بالله وحكمه حكمه في تفصيله لان الايلاء والحلف والقسم واحد قال الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وقال سعد بن معاذ أحلف بالله لقد جاءكم أسيد بغير الوجه الذي ذهب به . وقال الشاعر

أولي برب الراقصات الى منى ومطارح الاكوار حيث تبيت

وهل له أن يعتق ؟ على روايتين [احداهما] ليس له ذلك لان العتق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد وهذا رواية عن مالك وبه قال الشافعي على القول الذي يجيز له التكفير بالمال [والثانية] له التكفير بالعتق لان من صح تكفيره بالمال صح تكفيره بالعتق كالحر ولانه يملك العبد فصح تكفيره باعتاقه كالحر، وقولهم ان العتق يقتضي الولاء والولاية ممنوع إذا عتق في الكفارة على ما أسلفناه وإن سلمنا فتخلف بعض الاحكام لا يمنع ثبوت المقتضي فان الحكم يتخلف لتخلف سببه لا لتخلف أحكامه كما أنه يثبت لوجود سببه، ولان تخلف بعض الاحكام مع وجود المقتضي انما يكون لمانع ويجوز أن يختص المنع بها دون غيرها وهذا السبب المقتضي لهذه الاحكام ولا يمنع ثبوته تخلفها عنه في الرقيق على أن الولاء يثبت باعتاق العبد لكن لا يرث به كما لو اختلف ديناهما وهذا اختيار أبي بكر ويفرع عليه إذا أذن له سيده فأعتق نفسه ففيه قولان

[احدهما] يجزئه لانه رقبة تجزىء عن غيره فأجزأت عنه كغيره

[والآخر] لا يجزئه لان الاذن له في الاعتاق ينصرف إلى إعتاق غيره وهذا التعليل يدل على أن سيده إذا أذن له في اعتاق نفسه عن كفارته جاز ومتى اطلق الاذن في الاعتاق فليس له أن يعتق إلا أقل قبة تجزىء عن الواجب وليس له اعتاق نفسه إذا كان مما يجزىء وهذا من ابي بكر يقتضي أن لا يعتبر في التكفير أن يملكه سيده ما يكفر به لانه لا يملك نفسه بل متى أذن له في التكفير بالاطعام أو الاعتاق اجزأه لانه لو اعتبر التمليك لما صح له أن يعتق نفسه لانه لا يملكها ولان التمليك لا يكون إلا في معين فلا يصح ان يأذن فيه مطلقا

وقال ابن دريد : اليـة باليعمـلات ترتمي بها النجاء بين أجواز الفلا

وقال : بل قسما بالشم من يعرب هل لمقسم من بعد هذا منتهى ؟

(فصـل) وان قال أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لافعلن ولم يذكر بالله فعن احمد روايتان (إحداهما) أنها يمين وسواء نوى اليمين او أطلق ، وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وابي حنيفة وأصحابه

وعن احمد ان نوى اليمين بالله كان يميناً وإلا فلا وهو قول مالك واسحاق وابن المنذر لانه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم تكن يميناً حتى يصرفه بنيته الى ماتجب به الكفارة ، وقال الشافعي ليس بيمين وان نوى وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن والزهري وقتادة وأبي عبيد لانها عريت عن اسم الله وصفته فلم تكن يميناً كما لو قال أقسمت بالبيت

ولنا أنه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال فان أبا بكر قال اقسمت عليك يارسول الله لتخبرني

(فصل) اذا أعتق العبد عبداً عن كفارته باذن سيده وقلنا ان الاعتاق في الكفارة يثبت به الولاء لمعتقه ثبت ولاؤه للعبد الذي اعتقه لقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا يرث به لانه ليس من أهل الميراث وانتفاء الارث لايمنع ثبوت الولاء كما لو اختلف ديناهما أو قتل المعتق عتيقه فانه لايرثه مع ثبوت الولاية عليه فان عتق المعتق ورث بالولاء لزوال المانع كما اذا كانا مختلفي الدين فأسلم الكافر منهما ذكر هذا طاحة العاقولي ، ومقتضى هذا ان سيد العبد لايرث عتيقه في حياة عبده كما لايرث ولد عبده وان أعتق عبده ثم مات ورث السيد مولى عبده لانه مولى مولاه كما انه لو أعتق العبد وله ولد عليه الولاء لمولى امه يجر ولاءه ويرثه سيده اذا مات أبوه

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام سواء كان الحنث والحلف باذنه أو بغير إذنه وسواء أضربه الصيام أو لم يضربه)

وقال الشافعي ان حنث بغير اذنه والصوم يضربه فله منعه لان السيد لم يأذن له فيما ألزم نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد فكان له منعه وتحليله كما لو احرم بالحج بغير اذنه

ولنا انه صوم واجب لحق الله تعالى فلم يكن لسيده منعه كصيام رمضان وقضائه ، ويفارق الحج لان ضرره كثير لطول مدته وغيبته عن سيده وتفويت خدمته ولهذا ملك تحليل زوجته منه ولم يملك منعها صوم الكفارة ، فأما صوم التطوع فان كان فيه ضرر عليه فللسيد منعه منه لانه يفوت حقه وليس بواجب عليه وان كان لايضربه لم يكن لسيده منعه منه لانه يعبد ربه بما لا مضرة فيه فأشبه ذكر الله تعالى وصلاة النافلة في غير وقت خدمته ، وللزوج منع زوجته منه في كل حال لانه يفوت حقه من الاستمتاع ويمنعه منه

بما أصبت مما أخطأت فقال النبي ﷺ « لا تقسم يا أبا بكر » رواه ابوداود وقال العباس للنبي ﷺ أقسمت عليك يارسول الله لتبايعنه فبايعه النبي ﷺ وقال « أبررت قسم عمي ولا هجرة » وفي كتاب الله تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله - إلى قوله - اتخذوا ايمانهم جنة) فسماها يميناً وسماها رسول الله ﷺ قسما وقالت عاتكة بنت عبد المطلب عمة رسول الله ﷺ

حلفت لئن عادوا لنصطلمنهم لجاءوا تردى حجرتيها المقانب

وقالت عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل

فآليت لاتنفك عيني حزينة عليك ولا ينفك جلدي أغبرا

وقولهم يحتمل القسم بغير الله قلنا إنما يحمل على القسم المشروع ولهذا لم يكن هذا مكروها ولو حمل على القسم بغير الله كان مكروها، ولو كان مكروها لم يفعله ابو بكر بين يدي النبي ﷺ ولا أبر النبي ﷺ قسم العباس حين أقسم عليه

(فصل) وان قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما نوى به القسم أو لم ينو لانه لم يثبت لهذا اللفظ عرف في شرع ولا استعمال ولا هو موضع للقسم ولا فيه دلالة عليه، وكذلك لو قال استعين بالله أو أعتصم بالله أو أتوكل على الله أو علم الله أو عز الله أو تبارك الله ونحو هذا لم يكن يميناً نوى او لم ينو لانه ليس بموضوع للقسم لغة ولا ثبت له عرف في شرع ولا استعمال فلم يجب به شيء كما لو قال سبحان الله والحمد لله ولا إله الا الله والله أكبر

(فصل) ومن نصفه حر فحكمه في الكفارة حكم الاحرار ، متى ملك لجزئه الحر مايكفر به لم يجز له الصيام وله التكفير بأحد الامور الثلاثة وظاهر كلام الشافعي ان له التكفير بالاطعام والكسوة دون الاعتاق لانه لايثبت له الولاء ومنهم من قال لايجزئه الا الصيام لانه منقوص بالرق اشبه القن

ولنا قول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا واجد ولانه يملك ملكا تاماً فأشبه الحر الكامل ولا نسلم أنه لايثبت له الولاء ثم ان امتناع بعض احكامه لايمنع صحته كعتق المسلم رقيقه الكافر

[فصل] والكفارة في حق الحر والعبد والمسلم والكافر سواء لان الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ عام في جميع المخاطبين فدخل الكل في عمومه الا ان الكافر لايصح منه التكفير بالصيام لانه عبادة وليس هو من أهلها ولا بالاعتاق لان من شرطه الايمان في الرقبة ولايجوز لكافر شراء مسلم الا ان يتفق اسلامه في يديه أو يرث مسلماً فيعتقه فيصح اعتاقه وان لم يتفق ذلك فتكفيره بالاطعام أو الكسوة فاذا كفر ثم أسلم لم تلزمه اعادة التكفير وإن أسلم قبل التكفير كفر بما يجب عليه في تلك الحال من اعتاق أو اطعام أو كسوة أو صيام ويحتمل على قول الخرقي انه لايجزئه الصيام لانه انما يكفر بما وجب عليه حين الحنث ولم يكن الصيام مما وجب عليه

[فصل] اذا حلف رجل بالله لايفعل شيئاً فقال له آخر يميني في يمينك لم يلزمه شيء لان يمين

﴿مسئلة﴾ قال (أو بامانة الله)

قال القاضي لايختلف المذهب في أن الحلف بامانة الله يمين مكفرة ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا تنعقد اليمين بها الا أن ينوي الحلف بصفة الله تعالى لان الامانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق . قال الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان) وقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) يعني الودائع والحقوق وقال النبي ﷺ «أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك» واذا كان اللفظ محتملا لم يصرف الى أحد محتملاته الا بنية أودليل صارف اليه

ولنا أن امانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها اذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه :

(أحدها) ان حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصية أوالمكروه لكونه قسما بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه .

الاول ليست ظرفا ليمين الثاني ، وان نوى انه يلزمني من اليمين مايلزمك لم يلزمه حكمها قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لان اليمين بالله لاتنعقد بالكناية لان تعليق الكفارة بها لحرمة اللفظ باسم الله المحترم أو صفة من صفاته ولا يوجد ذلك بالكناية . فأما ان حلف بطلاق فقال آخر يميني في يمينك ينوي أنه يلزمني من اليمين مايلزمك انعقدت يمينه نص عليه أحمد وسئل عن رجل حلف بالطلاق لايكلم رجلا فقال رجل وانا على مثل يمينك فقال عليه مثل الذي حلف لان الكناية تدخل في الطلاق، وكذلك يمين العتق وان لم ينوشيئاً لم تنعقد يمينه لان الكناية لاتقبل بغير نية وليس قوله هذا بصريح وان كان المقول له لم يحلف بعد وانما أراد انه يلزم الاخر يمينا يحلف بها فحلف المقول لم تنعقد يمين القائل وان كان في الطلاق والعتاق لانه لابدان يكون هناك مايكنى عنه وليس ههنا مايكنى عنه

(فصل) وإذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال أحمد هي كذبة وليس عليه يمين وعنه عليه الكفارة لانه أقر على نفسه والاول المذهب لانه حكم فيما بينه وبين الله فان كذب في الخبر به لم يلزمه حكمه كما لو قال ماصليت وقد صلى، ولو قال علي يمين فهي كالتي قبلها وان نوى القسم فقال أبو الخطاب هي يمين وهو قول أصحاب الرأي وقال الشافعي ليس بيمين لانه لم يأت باسم الله المعظم ولا صفته فلم يكن يميناً كما لو قال حلفت وهذا أصح ان شاء الله تعالى فان هذه ليست صيغة اليمين والقسم وانما هي صيغة الخبر فلا يكون بها حالفا وان قدر ثبوت حكمها لزمه أقل ماتناوله الاسم وهو يمين ما وليست كل يمين موجبة للكفارة فلا يلزمه شيء، ووجه الاول انه كناية عن اليمين وقد نوى بها اليمين فتكون يميناً كالصريح

[فصل] وثبت عن النبي ﷺ انه أمر بابرار المقسم أو القسم رواه البخاري وهذا والله

(والثاني) ان القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدرا

(والثالث) ان ما ذكروه من الفرائض والودائع لم يعهد اقسم بها ولا يستحسن ذلك لو صرح به فكذلك لا يقسم بما هو عبارة عنه

(الرابع) أن امانة الله المضافة اليه هي صفته وغيرها يذكر غير مضاف اليه كما ذكر في الآيات والخبر

(الخامس) أن اللفظ عام في كل أمانة الله لان اسم الجنس إذا أضيف الى معرفة أفاد الاستغراق فيدخل فيه أمانة الله التي هي صفته فتنعقد اليمين بها موجبة للكفارة كما لو نواها

(فصل) فان قال والامانة لافعلت ونوى الحلف بامانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة وان أطلق فعلى روايتين:

(احداهما) يكون يميناً لما ذكرنا من الوجوه (والثانية) لا يكون يميناً لانه لم يضفها الى الله تعالى فيحتمل غير ذلك. قال أبو الخطاب: وكذلك إذا قال والعهد والميثاق والجبروت والعظمة والامانات فان نوى يمينا كان يمينا والا فلا، وقد ذكرنا في الامانة روايتين فيخرج في سائر ما ذكروه وجهان قياساً عليها.

(فصل) ويكره الحلف بالامانة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف

أعلم على سبيل الندب لا سبيل الايجاب بدليل ان أبا بكر رضي الله عنه قال أقسمت عليك يارسول الله لتخبرني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي ﷺ «لا تقسم يا أبا بكر» ولم يخبره ويحتمل ان يجب ابراره اذا لم يكن فيه ضرر ويكون امتناع النبي ﷺ من ابرار أبي بكر لما علم من الضرر فيه، وإن أجابه الى صورة ما أقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى فحسن فانه روي عن النبي ﷺ ان العباس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة فقال النبي ﷺ «لا هجرة بعد الفتح» قال العباس أقسمت عليك يارسول الله لتبايعنه فوضع النبي ﷺ يده في يده فقال «ابررت قسم عمي ولا هجرة» فأجابه الى صورة المبايعة دون ما قصد بيمينه

[فصل] وتستحب اجابة من حلف بالله لما روى ابن عمر قال. قال رسول ﷺ « من استعاذ بالله فأعيذوه ومن سألكم بالله فأعطوه ومن استجار بالله فاجيروه ومن أتى اليكم معروفاً فكافئوه فان لم تجدوا فادعوا له حتى تعلموا ان قد كافأتموه» وعن أبي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يحبهم الله وثلاثة يبغضهم الله: أما الذين يحبهم الله فرجل سأل قوماً فسألهم بالله ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم فتخلف رجل باعقابهم فأعطاه سراً لا يعلم بعطيته الا الله عز وجل والذي أعطاه، وقوم ساروا ليلتهم حتى اذا كان النوم أحب اليهم مما يعدل به فوضعوا رءوسهم فقام يتملقني ويتلو كتابي، ورجل كان في سرية فلقوا العدو فهزموا فاقبل بصدره حتى يقتل أو يفتح له، والثلاثة الذين يبغضهم الله الشيخ الزاني والفقير المختال والغني الظلوم » رواهما النسائي

بالامانة فليس منا» رواه ابو داود وروي عن زياد بن خدير[1] أن رجلا حلف عنده بالامانة فجعل يبكى بكاء شديداً فقال له الرجل : هل كان هـذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالامانة اشد النهي .

(فصل) ولا تنعقد اليمين بالحلف بمخلوق كالكعبة والانبياء وسائر المخلوقات ولا تجب الكفارة بالحنث فيها هذا ظاهر كلام الخرقي وهو قول اكثر الفقهاء ، وقال أصحابنا الحلف برسول الله ﷺ يمين موجبة للكفارة ، وروي عن احمد أنه قال إذا حلف بحق رسول الله ﷺ فحنث فعليه الكفارة قال اصحابنا لانه أحد شرطي الشهادة فالحلف به موجب للكفارة كالحلف باسم الله تعالى، ووجه الاول قول النبي ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» ولانه حلف بغير الله فلم يوجب الكفارة كسائر الانبياء ولانه مخلوق فلم تجب الكفارة بالحلف به كابراهيم عليه السلام ولانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه لعدم الشبه وانتفاء المماثلة وكلام احمد في هذا يحمل على الاستحباب دون الايجاب

(١) زياد بن خدير الاسدي أبو المغيرة روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما، روى عنه الشعبي وابراهيم بن مهاجر وحفص بن حميد وهو ثقة قاله الرازي

﴿ باب جامع الايمان ﴾

﴿ مسئلة ﴾ (ويرجع في الايمان الى النية فان لم تكن له نية رجع الى سبب اليمين وما هيجها)

الايمان مبنية على نية الحالف فاذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفاً له، فالموافق للظاهر ان ينوي باللفظ موضوعه الاصلي مثل ان ينوي باللفظ العام العموم وبالمطلق الاطلاق وبسائر الالفاظ ما يتبادر الى الافهام منها. والمخالف يتنوع أنواعاً (احدها) ان ينوي بالعام الخاص مثل ان يحلف لا يأكل لحماً ولا فاكهة يريد لحماً بعينه وفاكهة بعينها (ومنها) ان يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقاً وينوي فعله أو تركه في وقت بعينه مثل أن يحلف لا يتغدى ويريد اليوم أو لا أكلت يعني الساعة (ومنها) ان ينوي بيمينه غير ما يفهمه السامع منه كما ذكرنا في المعاريض في مسئلة إذا تأول في يمينه فله تأويله (ومنها) أن يريد بالخاص العام مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش يعني قطع كل ماله فيه منة أو لا يأوي مع امرأته في دار يريد جفاءها بترك اجتماعه بها في جميع الدور أو حلف لا يلبس ثوبا من غزلها يريد قطع منتها به فتعلق يمينه بالانتفاع به أو بثمنه منها مما لها فيه منة عليه وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا عبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه لان الحنث مخالفة ما وقعت عليه اليمين واليمين لفظة فلو أحنثناه على ماسواه لاحنثناه على مانوى لا على ما حلف ولان النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها

ولنا انه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوغ في اللغة التعبير عنه فتنصرف يمينه اليه كالمعاريض ،

(مسئلة) قال (ولو حلف بهذه الاشياء كلها على شيء واحد فحنث فعليه كفارة واحدة)

وجملته أنه اذا حلف بجميع هذه الاشياء التي ذكرها الخرقي وما يقوم مقامها او كرر اليمين على شيء واحد مثل أن قال والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشاً فحنث فليس عليه إلا كفارة واحدة روي نحو هذا عن ابن عمر وبه قال الحسن وعروة واسحاق ، وروي أيضاً عن عطاء وعكرمة والنخعي وحماد والاوزاعي ، وقال ابو عبيد فيمن قال علي عهد الله وميثاقه وكفالته ثم حنث فعليه ثلاث كفارات ، وقال أصحاب الرأي عليه بكل يمين كفارة إلا ان يريد التأكيد والتفهيم ونحوه عن الثوري وابي ثور وعن الشافعي قولان كالمذهبين ، وعن عمرو بن دينار أن كان في مجلس واحد كقولنا ، وإن كان في مجالس كقولهم، واحتجوا بان أسباب الكفارات تكررت فتكرر الكفارات كالقتل لآدمي وصيد حرمي ولان اليمين الثانية مثل الاولى فتقتضي ما تقتضيه

ولنا انه حنث واحد أوجب جنساً واحداً من الكفارات فلم يجب به أكثر من كفارة كما لو قصد التأكيد والتفهيم ، وقولهم انها أسباب تكررت لانسلمه فان السبب الحنث وهو واحد ، وإن سلمنا

وبيان احتمال اللفظ له انه يسوغ في كلام العرب التعبير بالخاص عن العام قال الله تعالى (ما يملكون من قطمير - ولا يظلمون فتيلا - وإذاً لا يؤتون الناس نقيرا) والقطمير لفافة النواة والفتيل ما في شقها والنقير النقرة التي في ظهرها ولم يرد ذلك بعينه بل نفى كل شيء ، وقال الحطيئة يهجو بني العجلان :

* ولا يظلمون الناس حبة خردل *

ولم يرد الحبة بعينها انما أراد لا يظلمونهم شيئاً وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى (الذين قال لهم الناس) أراد رجلا واحداً (ان الناس قد جمعوا لكم) يعني أبا سفيان وقال (تدمر كل شيء بأمر ربها) ولم تدمر السماء والارض ولا مساكنهم ، واذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين اليه اذا نواه لقول النبي ﷺ « وانما لامرىء مانوى » ولان كلام الشارع يحمل على مراده به اذا ثبت ذلك بالدليل فكذلك كلام غيره . قولهم ان الحنث مخالفة ماعقد اليمين عليه قلنا وهذا كذلك فان اليمين انما انعقدت على مانواه ولفظه مصروف اليه وليست هذه نية مجردة بل لفظ منوي به مايحتمله

(فصل) ومن شرائط انصراف اللفظ الى مانواه احتمال اللفظ له فان نوى مالا يحتمله اللفظ مثل أن يحلف لا يأكل خبزاً يعني به لا يدخل بيتاً فان يمينه لا تنصرف الى المنوي لانها نية مجردة لا يحتملها اللفظ فأشبه مالو نوى ذلك بغير يمين

(مسئلة) [فان لم تكن له نية رجع الى سبب اليمين وما هيجها]

اذا عدمت البينة نظرنا في سبب اليمين وما أثارها لدلالتها على النية فاذا حلف ليقضينه حقه غداً فقضاه قبله لم يحنث اذا قصد أن لا يتجاوزه أو كان السبب لا يقتضيه وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد

فينتقض بما اذا تكرر الوطء في رمضان في أيام وبالحدود اذا تكررت أسبابها فانها كفارات وبما اذا قصد التأكيد ، ولا يصح القياس على الصيد الحرمي لان الكفارة بدل ولذلك تزداد بكبر الصيد وتتقدر بقدره فهي كدية القتيل ولا على كفارة قتل الآدمي لانها أجريت مجرى البدل أيضاً لحق الله تعالى لانه لما أتلف آدمياً عابداً لله تعالى ناسب أن يوجد عبداً يقوم مقامه في العبادة فلما عجز عن الايجاد لزمه اعتاق رقبة لان العتق إيجاد للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها إلى فراغ البال للعبادة بالحرية التي حصلت بالاعتاق ، ثم الفرق ظاهر وهو ان السبب ههنا تكرر بكماله وشروطه وفي محل النزاع لم يوجد ذلك لان الحنث إما أن يكون هو السبب او جزءا منه او شرطا له بدليل توقف الحكم على وجوده وايا ما كان فلم يتكرر فلم يجز الالحاق ثم وإن صح القياس فقياس كفارة اليمين على مثلها أولى من قياسها على القتل لبعد ما بينهما

(فصل) وإذا حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة فقال والله لا أكلت ولا شربت ولا لبست فحنث في الجميع فكفارة واحدة لا أعلم فيه خلافا لان اليمين واحدة والحنث واحد فانه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث وتنحل اليمين ، وإن حلف أيمانا على أجناس فقال والله لا أكلت والله

وأبو ثور وقال الشافعي يحنث اذا قضاه قبله لانه يترك ماحلف عليه مختاراً فحنث كما لو قضاه بعده

ولنا أن مقتضى اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فاذا قضاه قبله فقد قضي قبل خروج الغد وزاده خيراً ولان مبنى الايمان على هذا ونية هذا بيمينه تعجيل القضاء قبل خروجه فتعلقت يمينه بهذا المعنى كما لو صرح به ، فان لم تكن له نية رجع الى سبب اليمين فان كان يقتضي التعجيل فهو كما لو نواه لان السبب يدل على النية ، وان لم ينو ذلك ولا كان السبب يقتضيه فظاهر كلام الخرقي انه لا يبر إلا بقضائه قبله وقال القاضي يبر على كل حال لان اليمين للحنث على الفعل فمتى عجله فقد أتى بالمقصود فيه فيبر كما لو نوى ذلك، والاول أصح ان شاء الله تعالى لانه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا ولم تصرفها عنه نية ولا سبب فحنث كما لو حلف ليصومن شعبان فصام رجباً ويحتمل أن ماقاله القاضي في القضاء خاصة لان عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل فتنصرف اليمين المطلقة اليه .

[فصل] فأما غير قضاء الحق كأكل شيء أو شربه أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب عبده أو نحوه فمتى عين وقتاً ولم ينو مايقتضي تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر إلا بفعله في وقته ، وذكر القاضي انه يبر بتعجيله عن وقته وحكي ذلك عن بعض أصحاب أبي حنيفة .

ولنا انه لم يفعل المحلوف عليه في وقته من غير نية تصرف يمينه ولا سبب فيحنث كالصيام ، ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه في وقته لم يبر لان اليمين في الاثبات لا يبر فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه ، فترك بعضه في وقته كترك جميعه إلا أن ينوي أن لا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضي ذلك سببها .

لاشربت والله لالبست فحنث في واحدة منها فعليه كفارة فان أخرجها ثم حنث في يمين أخرى لزمته كفارة أخرى لانعلم في هذا أيضاً خلافا لان الحنث في الثانية تجب به الكفارة بعدأن كفرعن الاولى فأشبه مالو وطىء في رمضان فكفر ثم وطىء مرة أخرى فان حنث في الجميع قبل التكفير فعليه في كل يمين كفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي . ورواه المروذي عن احمد وهو قول أكثر أهل العلم

وقال ابو بكر تجزئه كفارة واحدة ورواها ابن منصور عن احمد قول القاضي وهي الصحيحة وقال ابو بكر مانقله المروذي عن احمد قول لابي عبد الله ومذهبه ان كفارة واحدة تجزئه وهو قول اسحاق لانها كفارات من جنس فتداخلت كالحدود من جنس ، وإن اختلفت محالها بان يسرق من جماعة أو يزني بنساء

ولنا انهن أيمان لايحنث في احداهن بالحنث في الاخرى فلم تتكفر احداهما بكفارة الاخرى كما لو كفر عن احداهما قبل الحنث في الاخرى وكالايمان المختلفة الكفارة وبهذا فارق الايمان على شيء واحد فانه متى حنث في احداهما كان حانثاً في الاخرى فان كان الحنث واحداً كانت الكفارة واحدة وههنا تعدد الحنث فتعددت الكفارات ، وفارق الحدود فانها وجبت للزجر وتندرىء

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف أن لا يبيع ثوبه الا بمائة فباعه بأكثر لم يحنث وان باعه بأقل حنث)

لان قصده أن لايبيعه بأقل منها فحنث اذا باعه بالاقل ولا يحنث اذا باعه بأكثر لان قرينة الحال تدل على ذلك والعرف فهو كما لو حلف ليقضينه حقه غداً فقضاه اليوم، ومقتضى مذهب الشافعي انه يحنث اذا باعه بأكثر لمخالفته اللفظ

﴿ مسئلة ﴾ (ومن حلف لايبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل حنث وان باعه بأكثر لم يحنث)

وقال الشافعي لايحنث اذا باعه بأقل لانه لم تتناوله يمينه

ولنا ان العرف في هذا أن لايبيعه بها ولا بأقل منها بدليل انه لو وكل في بيعه انسانا وأمره أن لايبيعه بعشرة لم يكن له بيعه بأقل منها، ولان هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة والحكم يثبت بالتنبيه كثبوته باللفظ . وان حلف لا أشتريه بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث وان اشتراه بها أو بأكثر منها حنث لما ذكرنا ، ومقتضى مذهب الشافعي أن لايحنث اذا اشتراه بأكثرمنها لان يمينه لم تتناوله لفظا

ولنا انها تناولته عرفا وتنبيهاً فكان حانثاً كما لو حلف أن ماله علي حبة فانه يحنث اذا كان عليه أكثر منها ، قيل لاحمد رجل حلف لاينقص هذا الثوب من كذا قال قد أخذته ولكن هب لي كذا ؟ قال هذا حيلة، قيل له فان قال البائع أبيعك بكذا واهب لفلان شيئاً آخر ؟ قال هذا كله ليس بشيء وكرهه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايدخل دارا ونوى اليوم لم يحنث بالدخول في غيره)

بالشبهات بخلاف مسئلتنا ، ولان الحدود عقوبة بدنية فالموالاة بينها ربما أفضت إلى التلف فاجتزىء بأحدها وههنا الواجب اخراج مال يسير أو صيام ثلاثة أيام فلا يلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه ولا يخشى منه التلف

﴿مسئلة﴾ قال (ولو حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة لزمته في كل واحدة من اليمنين كفارتها)

هذا مثل الحلف بالله وبالظهار وبعتق عبده فاذا حنث فعليه كفارة يمين وكفارة ظهار ويعتق العبد لان تداخل الاحكام انما يكون مع اتحاد الجنس كالحدود من جنس والكفارات ههنا أجناس وأسبابها مختلفة فلم تتداخل كحد الزنا والسرقة والقذف والشرب

﴿ مسئلة﴾ قال (ومن حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين)

نص على هذا احمد وهو قول ابن مسعود والحسن وعنه ان الواجب كفارة واحدة ، وهو

لان قصده يتعلق باليوم فاختص الحنث بالدخول فيه دون غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان دعي الى غداء فحلف لايتغدى اختصت يمينه به اذا قصده لما ذكرنا)

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايشرب له الماء من العطش يقصد قطع منته حنث بأكل خبزه واستعارة دابته وكل مافيه المنة)

لان ذلك للتنبيه على ماهو أعلى منه كقول الله تعالى (ولا يظلمون فتيلا) يريد لا يظلمون شيئاً وقال الشاعر:

ولا يظلمون الناس حبة خردل

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايلبس ثوباً من غزلها يقصد قطع منتها فباعه واشترى بثمنه ثوبا فلبسه حنث وكذلك ان انتفع بثمنه)

هذه المسئلة أصل فرع قد تقدم ذكره في أول الباب وهو ان الاسباب معتبرة في الايمان بتعدى الحكم بتعديها فاذا امتن عليه بثوب فحلف أن لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به في غير اللبس لانه نوع انتفاع به تلحق المنة به ، فان لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضي ذلك لم يحنث الا بما تناولته يمينه وهو لبسه خاصة ، فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونية وسببا

(فصل) فان فعل شيئا لها فيه منة عليه سوى الانتفاع بالثوب وبعوضه مثل ان سكن دارها أو أكل طعامها أولبس ثوبا لها غير الثوب المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف عليه الثوب فتعلقت يمينه به أو بما حصل به فلم يتمد الى غيره لاختصاص اليمين والسبب به

قياس المذهب ومذهب الشافعي وأبي عبيد لان الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب اكثر من كفارة واحدة فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة

ووجه الاول ماروى مجاهد قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر» رواه الاثرم ولان ابن مسعود قال عليه بكل آية كفارة يمين ولم نعرف مخالفاً له في الصحابة فكان اجماعا قال احمد وما أعلم شيئاً يدفعه، ويحتمل أن كلام احمد : في كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه فانه قال عليه بكل آية كفارة فان لم يمكنه فكفارة واحدة ورده الى واحدة عند العجز دليل على ان مازاد عليها غير واجب وكلام ابن مسعود أيضاً يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة في تعظيمه كما أن عائشة اعتقت اربعين رقبة حين حلفت بالعهد وليس ذلك بواجب ولا يجب اكثر من كفارة لقول الله تعالى (لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) وهذه يمين فتدخل في عموم الايمان المنعقدة ولانها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الايمان ولان إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضي الى المنع من البر والتقوى والاصلاح بين الناس

(فصل) وان امتنت امرأته عليه بثوب فحلف انلايلبسه قطعاً لمنتها فاشتراه غيرها ثم كساه إياه أواشتراه الحالف ولبسه على وجه لامنة لها فيه ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لمخالفته يمينه لفظاً ولان لفظ الشارع إذا كان أعم من السبب وجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذا في اليمين ولانه لوخاصمته امرأة له فقال نسائي طوالق طلقن كلهن وان كان سبب الطلاق واحدة كذا ههنا

(والثاني) لا يحنث لان السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمنوي أو كما لو خصصه بقرينة لفظية :

﴿ مسئلة ﴾ (فان حلف لا يأوي معها في دار يريد جفاءها ولم يكن للدار سبب يهيج يمينه فأوى معها في غيرها حنث)

وهذه المسئلة أيضا من فروع اعتبار النية وذلك أنه متى قصد جفاءها بترك الاوي معها ولم يكن للدار أثر في يمينه كان ذكر الدار كعدمه وكأنه حلف لايأوي معها فاذا أوى معها في غيرها حنث لمخالفته ما حلف على تركه وصار هذا بمنزلة سؤال الاعرابي رسول الله ﷺ واقعت أهلي نهار رمضان فقال «اعتق رقبة»

لما كان ذكره أهله لاأثر له في إيجاب الكفارة حذفناه من السبب وصار السبب الوقاع سواء كان للاهل أو لغيره، وان كان للدار أثر في يمينه مثل ان يكره سكناها أو خوصم من أجلها أو امتن عليه بها لم يحنث إذا أوى معها في غيرها لانه قصد بيمينه الجفاء في الدار بعينها فلم يخالف ما حلف عليه

لان من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائناً ما كان وقد يكون براً وتقوى واصلاحا فتمنعه منه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) وإن قلنا بوجوب كفارات بعدد الآيات فلم يطق أجزأته كفارة واحدة نص عليه احمد

(مسئلة) قال (وعن أبي عبدالله فيمن حلف بنحر ولده روايتان احداهما كفارة يمين والاخرى يذبح كبشا)

اختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده نحو ان يقول ان فعلت كذا فلله علي أن اذبح ولدي أو يقول ولدي نحير ان فعلت كذا أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط فعن احمد عليه كفارة يمين وهذا قياس المذهب لان هذا نذر معصية أو نذر لجاج وكلاهما يوجب الكفارة، وهو قول ابن عباس. فانه روي عنه أنه قال لامرأة نذرت ان تذبح ابنها لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك.

وان عدم السبب والنية لم يحنث إلا بفعل ماتناوله لفظه وهو الاوي معها في تلك الدار بعينها لانه لم يجب اتباع لفظه إذا لم يكن سبب ولا نية تصرف اللفظ عن مقتضاه أو تقتضي زيادة عليه ومعنى الاوي الدخول فمن حلف لايأوي معها فدخل معها الدار حنث قليلا كان لبثهما أو كثيراً قال الله تعالى مخبراً عن فتى موسى (اذ اوينا الى الصخرة) قال أحمد كم كان ذلك إلا ساعة أو ما شاء الله يقال اويت انا واويت غيري قال الله تعالى (إذ أوى الفتية الى الكهف) وقال تعالى (وآويناهما الى ربوة)

(فصل) وان برها بهدية أو غيرها أو اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كان للدار سبب في يمينه أو لم يكن لانه قصد جفاءها بهذا النوع فلم يحنث بغيره فان حلف ان لا يأوي معها في دار لسبب فزال السبب الموجب ليمينه مثل ان كان السبب امتنانها عليه فملك الدار أو صارت لغيرها فأوى معها فيها فهل يحنث؟ على وجهين مضى ذكرهما وتعليلهما

(فصل) وان حلف لايدخل عليها بيتاً فدخل عليها فيما ليس ببيت فحكمه حكم المسئلة التي قبلها ان قصد جفاءها ولم يكن لابيت سبب هيج يمينه حنث والا فلا وان دخل على جماعة هي فيهم يقصد الدخول عليها معهم حنث وكذلك ان لم يقصد شيئاً، وان استثناها بقلبه ففيه وجهان (أحدهما) لايحنث كما لو حلف ان لا يسلم عليها فسلم على جماعة هي فيهم يقصد بقلبه السلام على غيرها فانه لايحنث (والثاني) يحنث لان الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد وقد وجد في حق الكل على السواء وهي منهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءها، وفارق السلام فانه قول يصح تخصيصه بالقصد ولهذا يصح ان يقال السلام عليكم الا فلانا ولان السلام قول يتناول ما يتناوله الضمير في عليكم

(والرواية الثانية) كفارته ذبح كبش ويطعمه المساكين ، وهو قول أبي حنيفة ويروى ذلك عن ابن عباس أيضاً لان نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذر ذبح شاة بدليل ان الله تعالى أمر ابراهيم بذبح ولده وكان أمراً بذبح شاة وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه، ودليل انه امر بذبح شاة ان الله لايأمر بالفحشاء ولا بالمعاصي وذبح الولد من كبائر المعاصي قال الله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق) وقال النبي ﷺ «أكبر الكبائر ان تجعل لله نداً وهو خلقك » قيل ثم أي ؟ قال « ان تقتل ولدك خشية ان يطعم معك »

وقال الشافعي ليس هذا بشيء ولايجب به شيء لانه نذر معصية لا يجب الوفاء به ولا يجوز ولا تجب به كفارة لقول النبي ﷺ « لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم » وقوله عليه السلام « ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه »

ولنا قوله عليه السلام « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » ولان النذر حكمه حكم اليمين بدليل قوله عليه السلام « النذر حلفه وكفارته كفارة يمين » فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده وقولهم ان النذر لذبح الولد كناية عن ذبح كبش لايصح لان ابراهيم لو كان مأموراً بذبح كبش لم يكن

والضمير عام يصح أن يراد به الخاص فصح ان يراد به من سواها والفعل لايتأتى فيه هذا وان دخل بيتاً لم يعلم أنها فيه فوجدها فيه فهو كالدخول عليها ناسياً ففيه روايتان فان قلنا لايحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هي عليه فخرج في الحال لم يحنث وان اقام معها فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لايدخل دارا هو فيها فاستدام المقام فهل يحنث ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لعامل لايخرج الا بأذنه فعزل أو على زوجته فطلقها أو على عبده فاعتقه ونحوه يريد ما دام كذلك انحلت يمينه وان لم تكن له نية انحلت يمينه أيضا)

ذكره الخرقي لان الحال تصرف اليمين اليه وذكر في موضع آخر ان السبب اذا كان يقتضي التعميم عمناها به وان اقتضى الخصوص مثل من نذر لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال أحمد النذر يوفي به، قال شيخنا والاول اولى لان السبب يدل على النية فصار كالمنوي سواء، وان حلف لا رأيت منكرا الا رفعته الى فلان القاضي فعزل انحلت يمينه ان نوى مادام قاضياً وان لم ينو احتمل وجهين وقد ذكرنا في أول الباب ان النية اذا عدمت نظرنا في سبب اليمين وما أثارها لدلالته على النية فاذا حلف لا يأوي مع امرأته في هذه الدار وكان سبب يمينه غيظاً من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها اختصت يمينه بها ،وان كان لغيظ لحقه من المرأة يقتضي جفاءها لا أثر للدار فيه تعلق بأويه معها في كل دار،ومثله إذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها ان كان سببه المنة عليه منها فكيفما انتفع به أو بثمنه حنث،وان كان سبب يمينه خشونة غزلها أو رداءته لم تتعد يمينه لبسه وقد دللنا على تعلق اليمين بما نواه والسبب دليل على النية فيتعلق اليمين به وقد ثبت ان كلام الشارع اذا

الكبش فداء ولا كان مصدقا للرؤيا قبل ذبح الكبش وانما أمر بذبح ابنه ابتلاء ثم فدي بالكبش وهذا أمر اختص بابراهيم عليه السلام لايتعداه إلى غيره لحكمة علمها الله تعالى فيه ثم لو كان ابراهيم مأموراً بذبح كبش فقد ورد شرعنا بخلافه فان نذر ذبح الابن ليس بقربة في شرعنا ولا مباح بل هو معصية فتكون كفارته ككفارة سائر نذور المعاصي

(فصل) وإن نذر ذبح نفسه أو أجنبي ففيه أيضاً عن احمد روايتان ، وعن ابن عباس أيضاً فيه روايتان نقل ابن منصور عن احمد فيمن نذر أن ينحر نفسه اذا حنث يذبح شاة وكذلك إن نذر ذبح أجنبي لانه روي عن ابن عباس في الذي قال أنا أنحر فلاناً فقال عليه ذبح كبش ، ولانه نذر ذبح آدمي فكان عليه ذبح كبش كنذر ذبح ابنه (والثانية) عليه كفارة يمين لانه نذر معصية فكان موجبه كفارة لما ذكرنا فيما تقدم

وروى الجوزجاني باسناده عن الاوزاعي قال حدثني أبو عبيد قال : جاء رجل إلى ابن عمر فقال اني نذرت ان أنحر نفسي قال فتجهمه ابن عمر وأفف منه ثم أتى ابن عباس فقال له اهد مائة بدنة ثم أتى عبد الرحمن بن الحارث بن هشام فقال له أرأيت لو نذرت أن لاتكلم أباك او أخاك ؟ انما

كان خاصاً في شيء لسبب عام تعدى الى ماوجد فيه السبب لنصه على تحريم التفاضل في أعيان ستة ثبت الحكم في كل ماوجد فيه معناها كذلك في كلام الآدمي مثله، فاما ان كان اللفظ عاماً والسبب خاصاً مثل من دعي الى غداء فحلف لا يتغدى أو حلف ان لا يقعد فان كانت له نية فيمينه على مانوى وان لم تكن له نية فكلام أحمد يقتضي روايتين (إحداهما) ان اليمين محمولة على العموم لان أحمد سئل عن رجل نذر لايدخل بلداً لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال النذر يوفى به يعني لا يدخله . ووجه ذلك ان لفظ الشارع إذا كان عاماً لسبب خاص وجب الاخذ بعموم اللفظ لابخصوص السبب كذلك يمين الحالف وذكر القاضي فيمن حلف على زوجته أوعبده ان لايخرج الا بأذنه فعتق العبد وطلقت المرأة وخرجا بغير أذنه لايحنث لان قرينة الحال تنقل حكم الكلام الى نفسها وانما يملك منع الزوجة أو العبد مع ولايته عليهما فكأنه قال ما دمتما في ملكي، ولان السبب يدل على النية في الخصوص كدلالته عليها في العموم ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به فكذلك اذا وجد ما يدل عليها. ولو حلف لعامل لايخرج الا باذنه فعزل أو حلف لايرى منكراً الا رفعه الى فلان القاضي فعزل ففيه وجهان بناء على ماتقدم(أحدهما)لاتنحل اليمين بعزله قال القاضي هذا قياس المذهب لان اليمين اذا تعلقت بيمين موصوفة تعلقت بالعين وان تغيرت الصفة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي(والوجه الآخر)تنحل اليمين بعزله وهو مذهب أبي حنيفة لانه لايقال رفعه اليه الا في حال ولايته. فعلى هذا ان رأى المنكر في ولايته فامكنه رفعه فلم يرفعه اليه حتى عزل لم يبر برفعه اليه في حال العزل وهل يحنث بعزله ؟ فيه وجهان

هذه خطوة من خطوات الشيطان استغفر الله وتب اليه ثم رجع الى ابن عباس فاخبره فقال : أصاب عبد الرحمن ورجع ابن عباس عن قوله، والصحيح في هذا انه نذر معصية حكمه حكم نذر سائر المعاصي لاغير

(فصل) قال احمد في امرأة نذرت نحر ولدها ولها ثلاثة أولاد تذبح عن كل واحد كبشاً وتكفر يمينها وهذا على قوله ان كفارة نذر ذبح الولد ذبح كبش، جعل عن كل واحد كبشاً لان لفظ الواحد اذا أضيف اقتضى التعميم فكان عن كل واحد كبش، فإن عنت بنذرها واحداً فانما عليها كبش واحد بدليل ان ابراهيم عليه السلام لما امر بذبح ابنه الواحد فدي بكبش واحد ولم يندغير من أمر بذبحه من أولاده وكذا ههنا، وعبد المطلب لما نذر ذبح ابن من بنيه إن بلغوا عشرة لم يفد منهم إلا واحداً، وسواء نذرته معيناً أو عنت واحداً غير معين فأما قول احمد وتكفر يمينها فيحتمل انه أراد ان ذبح الكبش كفارة يمينها ويحتمل انه كان مع نذرها يمين ، وأما على الرواية الاخرى تجزئها كفارة يمين على ما سبق

(أحدهما) يحنث لانه قد فات رفعه اليه فاشبه مالو مات (والثاني) لايحنث لانه لم يتحقق فواته لاحتمال إن يلي فيرفعه اليه بخلاف مالو مات فإنه يحنث لانه قد تحقق فواته، وان مات قبل إمكان رفعه اليه حنث أيضاً لانه قد فات فاشبه مالو حلف ليضربن عبده في غد فمات العبد اليوم ويحتمل ان لايحنث لانه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فاشبه المكره، وان قلنا لاتنحل يمينه فعزل فرفعه اليه بعد عزله بر بذلك

(فصل) وان اختلف السبب والنية مثل ان امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف ان لا يلبث ثوباً من غزلها ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجهاً واحداً لان النية وافقت مقتضى اللفظ وان نوى بيمينه ثوباً واحداً فكذلك في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي يقدم السبب لان اللفظ ، ظاهر في العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لان السبب هو الامتنان وظاهر حاله قصد قطع المنة فلا يلتفت الى نيته المخالفة للظاهرين والاول أصح لان السبب انما اعتبر لدلالته على القصد فاذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان وجوده كعدمه فلم يبق الا اللفظ بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (فان عدم ذلك رجع الى التعيين - يعني اذا عدمت النية والسبب رجع الى التعيين - فاذا حلف لايدخل دار فلان هذه فدخلها وقد صارت فضاء أو حماماً أو مسجداً أو باعها فلان، اولا لبست هذا القميص فجعله سراويل أورداء أو عمامة ولبسه، أولا كلمت هذا الصبي فصار شيخا أو امرأة فلان أو صديقة فلان أو غلامه سعداً فطلقت الزوجة وزالت الصداقة وعتق العبد فكلمهم، اولا أكلت لحم هذا الحمل فصار كبشا أولا أكلت هذا الرطب فصار تمرا أودبسا أوخلا اولا اكلت هذا اللبن فتغير أو عمل منه شيء فأكله حنث في ذلك كله ويحتمل أن لايحنث)

﴿مسئلة﴾ قال (ومن حلف بعتق مايملك فحنث عتق عليه كل مايملك من عبيده وإمائه ومكاتبيه ومدبريه وأمهات أولاده وشقص يملكه من مملوكه)

معناه اذا قال ان فعلت كذا فكل مملوك لي حر او عتيق او فكل ماأملك حر فان هـذا اذا حنث عتق مماليكه ولم تغن عنه كفارة . روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وبه قال ابن ابي ليلى والثوري ومالك والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق ، وروي عن ابن عمر وابي هريرة وعائشة وابي سلمة وحفصة وزينب بنت ابي سلمة والحسن وابي ثور تجزئه كفارة يمين لانها يمين فتدخل في عموم قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين)

وروي عن أبي رافع قال : قالت مولاتي ليلى بنت العجماء كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدي وهي يهودية وهي نصرانية ان لم تفرق بينك وبين امرأتك قال فأتيت زينب بنت ام سلمة ثم أتيت حفصة إلى أن قال ثم أتيت ابن عمر فجاء معي اليها فقام على الباب فسلم فقال أمن حجارة انت ام من حديد أفتتك زينب ، وأفتتك أم المؤمنين ، كفري عن يمينك ، وخلي بين الرجل وامرأته . رواه الاثرم والجوزجاني مطولا

وجملة ذلك أنه اذا حلف على شيء عينه بالاشارة مثل أن حلف لايأكل هذا الرطب لم يخل من حالين (أحدهما) أن يأكله رطبا فيحنث بلا خلاف بين الجميع لكونه فعل ماحلف على تركه صريحا (الثاني) أن تتغير صفته فذلك خمسة أقسام

(أحدها) أن تستحيل أجزاؤه ويتغير اسمه مثل ان حلف لاأكلت هذه البيضة فصارت فرخا أولا أكلت هذه الحنطة فصارت زرعا فأكله فلايحنث لأنه زال اسمه واستحالت أجزاؤه وعلى قياسه لاشربت هذا الخمر فصار خلا وشربه

(القسم الثاني) تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه مثل ان حلف لاأكلت هذا الرطب فصار تمراً ، او لا كلمت هذا الصبي فصار شيخا ، اولا أكلت هذا الحمل فصار كبشا ، أو لادخلت هذه الدار فدخلها بعد تغيرها[1] وقاله ابو يوسف في الحنطة اذا صارت دقيقاً وللشافعي في الرطب اذا صار تمراً والصبي اذا صار شيخا والحمل اذا صار كبشاً وجهان وقالوا في سائر الصور لايحنث لان اسم المحلوف عليه وصورته زالت فلم يحنث كما لو حلف لايأكل هذه البيضة فصارت فرخا

ولنا أن عين المحلوف عليه باقية فحنث كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل فأكل لحمه اولا لبست هذا الغزل فصار ثوبا و لبسه اولا لبست هذا الرداء فلبسه بعـد أن صار قميصا او سراويل ، وفارق البيضة اذا صارت فرخا لان أجزاءها استحالت فصارت عينا أخرى ولم تبق عينها ولانه لا اعتبار بالاسم مع التعيين كما لو حلف لا كلمت زيداً هـذا فغير اسمه أو لا كلمت صاحب الطيلسان

(١) سقط من الاصل هنا كلام كثير يراجع في المغني

ولنا أنه علق العتق على شرط وهو قابل للتعليق فيقع بوجود شرطه كالطلاق والآية مخصوصة بالطلاق والعتق في معناه ولان العتق ليس بيمين في الحقيقة انما هو تعليق على شرط فأشبه الطلاق فاما حديث ابي رافع قال احمد قال فيه «كفري يمينك وأعتقي جاريتك» وهذه زيادة يجب قبولها ويحتمل أنها لم يكن لها مملوك سواها

(فصل) فاما ان قال فان فعلت فالله علي ان أعتق عبدي أو أحرره او نحو هذا لم يعتق بحنثه وكفر كفارة يمين على ماذكرنا في نذر اللجاج لان هذا لم يعلق عتق العبد انما حلف على تعليق العتق بشرط بخلاف الذي قبله

فصل) واذا حنث عتق عليه عبيده واماؤه ومدبروه وأمهات أولاده ومكاتبوه والاشقاص التي يملكها من العبيد والاماء وبهذا قال ابو ثور والمزني وابن المنذر . وعن احمد رواية أخرى لايعتق الشقص إلا أن ينويه ولعله ذهب إلى ان الشقص لايقع عليه اسم العبد ، وقال ابو حنيفة وصاحباه

فكلمه بعد بيعه ولانه متي اجتمع التعيين مع غيره فما يعرف به كان الحكم للتعيين كما لو اجتمع مع الاضافة

(القسم الثالث) تبدلت الاضافة مثل ان حلف لا كلمت زوجة زيد هذه ولا عبده هذا ولا دخلت داره هذه فطلق الزوجة وباع العبد والدار فكلمهما ودخل حنث وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر ، وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يحنث الا في الزوجة لان الدار لاتوالى ولا تعادى وانما الامتناع لاجل مالكها فتعلقت اليمين بها مع بقاء ملكه عليها و كذلك العبد في الغالب

ولنا أنه اذا اجتمع في اليمين التعيين والاضافة كان الحكم للتعيين كما لو قال والله لا كلمت زوجة فلان ولاصديقه. وماذكروه لايصح في العبد لانه يوالى ويعادى ويلزمه في الدار اذا أطلق ولم يذكر مالكها فانه يحنث بدخولها بعد بيع مالكها اياها

(القسم الرابع) اذا تغيرت صفته بما يزيل اسمه ثم عادت كمقص انكسر ثم أعيد وقلم كسر ثم بري وسفينة نقضت ثم أعيدت فانه يحنث لان أجزاءها واسمها موجودان فأشبه مالولم يتغير

(القسم الخامس) إذا تغيرت صفته بمالايزيل اسمه كلحم شوي وعبد بيع ورجل مرض فانه يحنث به بلاخلاف نعلمه لان الاسم الذي علق عليه اليمين لم يزل، ولا زال التعيين فحنث به كما لولم يتغير حاله

(فصل) وان قال والله لا كلمت سعداً زوج هند او سيد صبيح او صديق عمرو او مالك هذه الدار أو صاحب الطيلسان، او لا كلمت هندا امرأة سعد أوصبيحاً عبده او عمرا صديقه فطلق الزوجة وباع العبد والدار والطيلسان وعادى عمرا وكلمهم حنث لانه متى اجتمع الاسم والاضافة غلب الاسم بجريانه مجرى التعيين في تعريف المحل

(فصل) ولو حلف لايلبس هذا الثوب وكان رداء في حال حلفه فارتدى به او اتزر واعتم به

واسحاق لايعتق المكاتب وهو قول الشافعي لانه خارج عن ملك سيده وتصرفه فلم يدخل في اسم مماليكه كالحر ، وقال الربيع سماعي من الشافعي انه يعتق

ولنا انه مملوكه فيعتق كالمدبر ودليل كونه مملوكه قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وقوله لعائشة « اشتري بريرة وأعتقيها » وكانت مكاتبة ولا يصح شراء غير المملوك ولا عتقه ولانه يصح اعتاقه بالاجماع وأحكامه أحكام العبيد ولانه مملوك فلا بد له من مالك ولانه يصح اعتاقه بالمباشرة فدخل في العتق بالتعليق كسائر عبيده . وأما الشقص فانه مملوك له قابل لتحرير فيدخل في عموم لفظه

(فصل) فان قال عبد فلان حر ان دخلت الدار ثم دخلها لم يعتق العبد بغير خلاف لانه لا يعتق باعتاقه ناجزاً فلا يعتق بالتعليق أولى وهل تلزمه كفارة يمين؟ فيه عن احمد روايتان ذكرهما ابن أبي موسى (احداهما) عليه كفارة لانه حلف بالعتق فيما لا يقع بالحنث فلزمته كفارة كما لو قال لله علي أن أعتق فلاناً

او جعله قميصاً او سراويل او قباء فلبسه حنث، وكذلك ان كان قميصاً فارتدى به او سراويل فاتزر بها وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعي لانه قد لبسه ، وان قال في يمينه لالبسته وهو رداء فغيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لان اليمين وقعت على ترك لبسه رداء ، وكذلك ان نوى بيمينه في شيء من هذه الاشياء مادام على تلك الصفة والاضافة وما لم يتغير في هذه المسائل المذكورة في هذا الفصل والذي قبله لقوله عليه السلام « وانما لامريء مانوى »

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (فان عدم ذلك رجعنا إلى مايتناوله الاسم . والاسماء تنقسم ثلاثة أقسام شرعية وحقيقية وعرفية)

وجملة ذلك أن الاسماء تنقسم على ستة أقسام (أحدها) ماله مسمى واحد كالرجل والمرأة والانسان والحيوان فهذا تنصرف اليمين الى مسماه بغير خلاف (والثاني) ماله موضوع شرعي وموضوع لغوي كالوضوء والصلاة والطهارة والزكاة والصوم والحج والعمرة والبيع فهذا ينصرف اليمين عند الاطلاق إلى الموضوع الشرعي دون اللغوي لانعلم أيضاً فيه خلافا إلا ماذكره فيما يأتي إن شاء الله

(الثالث) ماله موضوع حقيقي ومجاز لم يستعمل أكثر من الحقيقة كالاسد والبحر فيمين الحالف ينصرف عند الاطلاق إلى الحقيقة دون المجاز لان كلام الشارع اذا ورد مثل هذا حمل على حقيقته دون مجازه كذلك اليمين (الرابع) الاسماء العرفية ، وهي مايشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة فيه فهذا على ضروب

(أحدها) مايغلب على الحقيقة بحيث لايعلمها أكثر الناس كالراوية وهي في العرف اسم للمزادة

(والثانية) لا كفارة عليه لانه حلف باخراج مال غيره فلم يلزمه شيء كما لو قال مال فلان صدقة ان دخلت الدار ولانه تعليق للعتق على صفة فلم تجب به كفارة كسائر التعليق . وأما اذا قال لله علي ان أعتق عبداً فانه نذر فاوجب الكفارة لكون النذر كاليمين وليس كذلك ههنا فانه إنما علق العتق على صفة فوجود الصفة أثر في جعل المعلق كالمنجز ولو نجز العتق لم يلزمه شيء فكذلك ههنا

(فصل) فإن قال ان فعلت كذا فمال فلان صدقة او فعلى فلان حجة او فمال فلان حرام عليه او هو بريء من الاسلام وأشباه هذا فليس ذلك بيمين ولا تجب به كفارة ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا لانه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو في معنى ماورد الشرع به

﴿مسألة﴾ قال (ومن حلف فهو مخير في الكفارة قبل الحنث وبعده وسواء كانت الكفار صوما أو غيره إلا في الظهار والحرام فعليه الكفارة قبل الحنث)

الظهار والحرام شيء واحد وانما عطف أحدهما على الآخر لاختلاف اللفظين ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في وجوب تقديم كفارته على الوطء والاصل فيه قول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأما كفارة سائر الايمان فانها تجوز قبل الحنث وبعده صوما كانت او غيره في قول

وفي الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات ، والظعينة في العرف المرأة وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها ، والعذرة والغائط في العرف الفضلة المستقذرة ، وفي الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال علي رضي الله عنه لقوم مالكم لاتنظفون عذراتكم؟ يريد أفنيتكم ، والغائط المطمئن من الارض . فهذا وأشباهه يصرف يمين الحالف إلى المجاز دون الحقيقة لانه الذي يريده بيمينه ويفهم من كلامه فأشبه الحقيقة في غيره

(الضرب الثاني) أن يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم الموضوع ويتنوع أنواعا نذكرها إن شاء الله في المسائل كالدابة والريحان وغير ذلك

﴿ فصل ﴾ في الاسماء الشرعية ، اذا حلف لايبيع فباع بيعاً فاسداً أو لا ينكح فنكح نكاحا فاسداً لم يحنث إلا أن يضيف اليمين الى شيء لاتتصور فيه الصحة مثل أن يحلف أن لايبيع الحر او الخمر فيحنث بصورة البيع

إذا حلف أن لا يبيع ولا ينكح انصرف الى الصحيح دون الفاسد وبهذا قال الشافعي ، وقال ابوحنيفة اذا قال لعبده ان زوجتك او بعتك فأنت حر فزوجه تزويجاً فاسداً لم يعتق ، وان باعه بيعا فاسداً يملك به حنث لان البيع ينصرف الى الصحيح بدليل قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وأكثر ألفاظه في البيع انما تنصرف الى الصحيح فلا يحنث بمادونه كما في النكاح وكالصلاة وغيرهما وما ذكروه من ثبوت الملك به ممنوع ، وقال ابن أبي موسى لايحنث بالنكاح الفاسد وهل يحنث بالبيع الفاسد ؟ على

أكثر أهل العلم، وبه قال مالك . وممن روي عنه جواز تقديم التكفير عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وسلمان الفارسي ومسلمة بن مخلد رضي الله عنهم وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعة والاوزاعي والثوري وابن المبارك واسحاق وابو عبيد وابو خيثمة وسليمان بن داود، وقال أصحاب الرأي لاتجزىء الكفارة قبل الحنث لأنه تكفير قبل وجود سببه فأشبه مالو كفر قبل اليمين ودليل ذلك ان سبب التكفير الحنث اذ هو هتك الاسم المعظم المحترم ولم يوجد، وقال الشافعي كقولنا في الاعتاق والاطعام والكسوة وكقولهم في الصيام من أجل انه عبادة بدنية فلم يجز فعله قبل وجوبه لغير مشقة كالصلاة

ولنا ماروى عبدالرحمن بن سمرة قال : قال لي رسول الله ﷺ « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير » رواه ابو داود، وفي لفظ «وائت الذي هو خير» رواه البخاري والاثرم، وروى ابو هريرة وأبو الدرداء وعدي بن حاتم عن النبي ﷺ نحو ذلك رواه الاثرم وعن أبي موسى عن النبي ﷺ أنه قال « اني إن شاء لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير -أو- أتيت الذي هو خير وكفرت عن

روايتين، وقال أبو الخطاب ان نكحها نكاحا مختلفاً فيه مثل أن يتزوجها بلا ولي ولا شهود أو باع في وقت النداء فعلى وجهين، وقال ابن أبي موسى ان تزوجها زواجا مختلفا فيه او ملك ما كان مختلفاً فيه حنث فيهما جميعا

ولنا أنه نكاح فاسد وبيع فاسد فلم يحنث بهما كالمتفق على فسادهما

(فصل) والماضي والمستقبل سواء في هذا وقال محمد بن الحسن إذا حلف ما تزوجت ولاصليت ولا بعت وكان قد فعله فاسدا حنث لان الماضي لا يقصد منه الا الاسم والاسم يتناوله، والمستقبل بخلافه فانه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاة القربة

ولنا أن ما لا يتناوله الاسم في المستقبل لا يتناوله في الماضي كغير المسمى وما ذكره لايصح لان الاسم لا يتناول الا الشرعي ولايحصل

(فصل) فان حلف لا يبيع فباع بيعاً فيه الخيار حنث، وقال أبو حنيفة لا يحنث لان الملك لا يثبت في مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد

ولنا أنه بيع صحيح شرعي فيحنث به كالبيع اللازم وما ذكره ممنوع فان بيع الخيار يثبت الملك به بعد انقضاء الخيار بالاتفاق وهو سبب له فكذلك قبله

(فصل) وإن حلف لا يبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشتري لم يحنث وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لان البيع والنكاح عقدان لا يتمان إلا بالقبول فلم يقع الاسم على الايجاب بدونه فلم يحنث به

يمني » رواه البخاري ولانه كفر بعد وجود السبب فأجزأ كما لو كفر بعد الجرح وقبل الزهوق والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم) وقوله سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقول النبي ﷺ «وكفرت عن يميني ـ وكفر يمينك» وتسمية الكفارة كفارة اليمين وبهذا ينفصل عما ذكروه فان الحنث شرط وليس بسبب وتعجيل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز بدليل تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب قبل الحول وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق، قال ابن عبد البر العجب من أصحاب أبي حنيفة أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة في تقديم الكفارة ويأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها ، والحجة في السنة ومن خالفها محجوج بها فاما أصحاب الشافعي فهم محجوجون بالاحاديث مع أنهم قد احتجوا بها في البعض وخالفوها في البعض وفرقوا بين ماجمع بينه النص ، ولان الصيام نوع تكفير فجاز قبل الحنث كالتكفير بالمال ، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع

(فصل) فاما التكفير قبل اليمين فلا يجوز عند أحد من العلماء لانه تقديم للحكم قبل سببه فلم يجز

(فصل) وإن أضاف اليمين في البيع والنكاح إلى ما تتصور فيه الصحة كالخمر والخنزير والحر حنث كصورة البيع لانه يتعذر حمل يمينه على عقد صحيح فتعين محملا له ويحتمل أن لا يحنث لانه ليس ببيع في الشرع

﴿ مسئلة ﴾ (وذكر القاضي فيمن قال لامرأته ان سرقت مني شيئاً وبعينه فأنت طالق ففعلت لم تطلق) لان البيع الشرعي لم يوجد[1] والاول أولى لان صورة البيع وجدت

(فصل) وإن حلف لا يتزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول الصحيح لا نعلم فيه خلافا لان ذلك يحصل به المسمى الشرعي فتناولته يمينه ، وإن حلف ليتزوجن بر بذلك سواء كانت له امرأة أو لم تكن وسواء تزوج نظيرتها أو أعلى منها الا ان يحتال على حل يمينه بتزويج لا يحصل المقصود مثل ان يواطئ امرأته على نكاح لا يغيظها به فلا يبر وبهذا قال أصحابنا إذا حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر حتى يتزوج نظيرتها ويدخل بها وهو قول مالك لانه قصد غيظ زوجته ولا يحصل الا بذلك

ولنا أنه تزوج تزويجاً صحيحاً فبر به كما لو تزوج نظيرتها والدخول غير مسلم فان الغيظ يحصل بمجرد الخطبة وان حصل بما ذكروه زيادة في الغيظ فلا يلزمه الزيادة على الغيظ الذي يحصل بما تناولته يمينه كما أنه لا يلزمه نكاح اثنين ولا ثلاثة ولا أعلى من نظيرتها والذي تناولته يمينه مجرد التزويج ولذلك لو حلف لا يتزوج على امرأة حنث بهذا فكذلك يحصل البر به لان المسمى واحد فما تناوله النفي تناوله في الاثبات وانما لا يبر اذا تزوج تزويجاً لا يحصل به الغيظ كما ذكرناه من الصورة ونظائرها لان مبنى الايمان على المقاصد والنيات ولم يحصل مقصوده ولان التزويج يحصل ههنا حيلة على التخلص من

كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب وكفارة القتل قبل الجرح

(فصل) والتكفير قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة ، وقال ابن أبي موسى بعده أفضل عند أحمد وهو قول الشافعي ومالك والثوري لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة

ولنا أن الاحاديث الواردة فيه فيها التقديم مرة والتأخير أخرى وهذا دليل التسوية ولانه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه فلم يكن التأخير أفضل كتعجيل الزكاة وكفارة القتل ، وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء والتبرع بما لم يجب عليه، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه كترك الجمع بين الصلاتين

(فصل) وإن كان الحنث في اليمين محظوراً فعجل الكفارة قبله ففيه وجهان

(أحدهما) تجزئه لانه عجل الكفارة بعد سببها فاجزأته كما لو كان الحنث مباحا

(والثاني) لا تجزئه لان التعجيل رخصة فلا يستباح بالمعصية كالقصر في سفر المعصية والحديث لم يتناول المعصية فانه قال «اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر» وهذا لم ير غيرها خيراً منها ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كما ذكرنا

يمينه بما لا يحصل مقصودها فلم تقبل منه حيلته وقد نص أحمد على هذا فقال إذا حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج بعجوز أو زنجية لا يبر لانه أراد ان يغيظها ويغمها وبهذا لا تغار ولا تغتم فعلله أحمد بما يغيظ به الزوجة ولان الغيظ لا يتوقف على ذلك ، ولو قدر ان تزوج العجوز يغيظها والزنجية لبر به وانما ذكره أحمد لان الغالب أنه لا يغيظها لانها تعلم انه انما فعل ذلك حيلة لئلا يغيظها ويبر به

(فصل) وإن حلف لا تسريت فوطئ جاريته حنث ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يحنث حتى يطأ فينزل فحلا كان او خصياً وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يحصنها ويحجبها عن الناس لان التسري مأخوذ من السر وهو الوطء لانه يكون في السر قال الله تعالى (ولكن لا تواعدوهن سراً) وقال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للغنى   ولن تسلموها لأزهادها

وقال الآخر لقد زعمت بسباسة القوم أنني   كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ولان ذلك حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الانزال ولا التحصن كسائر الاحكام

﴿مسألة﴾ (إذا حلف لا يصوم لم يحنث حتى يصوم يوما)

هذا إذا لم يسم عدداً ولم ينوه وأقل ذلك صوم يوم لا خلاف فيه لانه ليس في الشرع صوم مفرداً أقل من يوم فلزمه لانه اليقين

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا حلف فقال ان شاء الله تعالى فان شاء فعل وإن شاء ترك ولا كفارة عليه إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام)

وجملة ذلك ان الحالف اذا قال ان شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء فان ابن عمر روى عن النبي ﷺ انه قال « من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى » رواه ابو داود وأجمع العلماء على تسميته استثناء وانه متى استثنى في يمينه لم يحنث فيها والاصل في ذلك قول النبي ﷺ « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي

وروى ابو داود « من حلف فاستثنى فان شاء رجع وإن شاء ترك » ولانه متى قال لأفعلن إن شاء الله فقد علمنا انه متى شاء الله فعل ومتى لم يفعل لم يشاء الله ذلك فان ماشاء الله كان ومتى لم يشأ لم يكن . اذا ثبت هذا فانه يشترط ان يكون الاستثناء متصلا باليمين بحيث لايفصل بينهما كلام أجنبي ولا يسكت بينهما سكوتاً يمكنه الكلام فيه فأما السكوت لانقطاع نفسه او صوته او عي أو عارض من عطشه أو شيء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه وبهذا قال مالك والشافعي

﴿مسألة﴾ (وإن حلف لا يصلي لم يحنث حتى يفرغ مما يقع عليه اسم الصلاة) وفيه روايتان (احداهما) يجزئه ركعة نقلها اسماعيل بن سعيد لان أقل الصلاه ركعة فان الوتر صلاة مشروعة وهي ركعة واحدة وروي عن عمر رضي الله عنه انه تطوع بركعة واحدة

(والثانية) لا يجزئه إلا ركعتان وبه قال أبو حنيفة لان اقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان فوجب حمل اليمين عليه وقد قيل انما يجب ركعتان في النذر لانه واجب ، أما الوتر فهو نفل ولان الركعة لا تجزىء في الفرض فلا تجزىء في النفل قياساً عليه وكالسجدة وللشافعي قولان كالروايتين وقال القاضي ان حلف لا صليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ من أقل مايقع عليه اسم الصلاة على ما ذكرنا وإن حلف لا يصلي حنث بالتكبير وهذا اشبه ما إذا قال لزوجته ان حضت حيضة فأنت طالق فانها لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، ولو قال ان حضت طلقت بأول الحيض لانه إذا شرع في الصلاة يسمى مصليا . قال شيخنا : يحتمل أن يخرج على هذا الروايتين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه

(فصل) وإن حلف لا يهب زيداً شيئاً ولا يوصي له ولا يتصدق عليه ففعل ولم يقبل زيد حنث إذا حلف لا يهب زيداً شيئا او لا يعيره فأوجب ذلك ولم يقبل زيد حنث ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة وابن شريح لان الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماها الايجاب والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيجب بمجرد الايجاب فيه كالوصية وقال الشافعي لا يحنث بمجرد الايجاب لانه عقد لا يتم الا بالقبول فلم يجب بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع ، فأما الهدية والوصية والصدقة

والثوري وابو عبيد وأصحاب الرأي وأسحاق لان النبي ﷺ قال « من حلف فاستثنى » وهذا يقتضي كونه عقيبه ولان الاستثناء من تمام الكلام فاعتبر اتصاله به كالشرط وجوابه وخبر المبتدإ والاستثناء بالا ، ولان الحالف اذا سكت ثبت حكم يمينه وانعقدت موجبة لحكمها وبعد ثبوته لا يمكن دفعه ولا تغييره قال احمد حديث النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك » ولم يقل فاستثن ولو جاز الاستثناء في كل حال لم يحنث حانث به

وعن احمد رواية أخرى انه يجوز الاستثناء اذا لم يطل الفصل بينهما . قال في رواية المروذي حديث ابن عباس ان النبي ﷺ قال «والله لاغزون قريشاً ــ ثم سكت ثم قال ــ ان شاء الله » انما هو استثناء بالقرب ولم يخلط كلامه بغيره

ونقل عنه اسماعيل بن سعيد مثل هذا وزاد قال ولا أقول فيه بقول هؤلاء يعني من لم ير ذلك إلا متصلا ويحتمل كلام الخرقي هذا لانه قال اذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام ولم يشترط اتصال الكلام وعدم السكوت وهذا قول الاوزاعي قال في رجل حلف لا أفعل كذا وكذا ثم سكت ساعة لا يتكلم ولا يحدث نفسه بالاستثناء فقال له انسان قل إن شاء الله فقال ان شاء الله أيكفر يمينه؟ قال أراه قد استثنى ، وقال قتادة له أن يستثني قبل ان يقوم او يتكلم. ووجه ذلك ان النبي ﷺ استثنى بعد سكوته إذ قال « والله لاغزو قريشاً ـ ثم سكت ثم قال ـ إن شاء الله» واحتج به احمد ورواه ابو داود

فتجب بمجرد الايجاب وذكره أبو الخطاب قال شيخنا ولا أعلم قولا للشافعي الا ان الظاهر انه لا يخالف في الوصية والهدية لان الاسم يقع عليها بدون القبول ولهذا لما قال الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين) إنما اراد الايجاب دون القبول ولان الوصية تصح قبل موت الوصي ولا قبول لها حينئذ

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يتصدق عليه فوهبه لم يحنث لان التصدق نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع آخر ولا يثبت للجنس حكم النوع ولهذا حرمت الصدقة على النبي ﷺ ولم تحرم الهبة ولا الهدية بدليل قول النبي ﷺ في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » وان حلف لا يهبه شيئاً فأسقط عنه ديناً لم يحنث الا ان ينوي لان الهبة تمليك عين وليس له الا دين في ذمته

﴿ مسئلة﴾ (وان حلف لا يهبه فتصدق عليه حنث وكذلك ان اهدى له او أعمره)

لان ذلك من أنواع الهبة وان أعطاه من الصدقة الواجبة لم يحنث لان ذلك حق لله تعالى عليه يجب اخراجه فليس هو هبة منه فان تصدق عليه تطوعا حنث قاله القاضي هو مذهب الشافعي وقال ابو الخطاب لا يحنث وهو قول اصحاب الرأي لانهما يختلفان اسما وحكما بدليل قول النبي ﷺ « هو عليها صدقة ولنا هدية » وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له ويقبل الهدية

وزاد قال الوليد بن مسلم ثم لم يغزهم ويشترط على هذه الرواية أن لايطيل الفصل بينهما ولايتكلم بينهما بكلام أجنبي

وحكى ابن ابي موسى عن بعض أصحابنا انه قال يصح الاستثناء مادام في المجلس وحكي ذلك عن الحسن وعطاء ، وعن عطاء انه قال قدر حلب الناقة الغزوزة ، وعن ابن عباس ان له ان يستثنى بعد حين وهو قول مجاهد وهذا القول لايصح لما ذكرناه وتقديره بمجلس أو غيره لايصح لان التقديرات بابها التوقيف فلا يصار اليها بالتحكم

(فصل) ويشترط أن يستثني بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والليث والشافعي واسحاق وابو ثور وابو حنيفة وابن المنذر ولا نعلم لهم مخالفاً لان النبي ﷺ قال « من حلف فقال إن شاء الله » والقول هو النطق ، ولان اليمين لاتنعقد بالنية فكذلك الاستثناء ، وقد روي عن احمد ان كان مظلوما فاستثنى في نفسه رجوت أن يجوز اذا خاف على نفسه فهذا في حق الخائف على نفسه لان يمينه غير منعقدة او لأنه بمنزلة المتأول وأما في حق غيره فلا

(فصل) واشترط القاضي أن يقصد الاستثناء فلو أراد الجزم فسبق لسانه إلى الاستثناء من غير قصد

ولا يقبل الصدقة ومع هذا الاختلاف لا يحنث في احدهما بفعل الآخر ، ووجه الاول انه تبرع بعين في الحياة فحنث به كالهدية ولان الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدرهم قيل وهب درهما وتبرع بدرهم واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة فتختص باسم دونها كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ولم يخرجها ذلك عن كونها هبة وكذلك اختلاف الاحكام فانه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس كما يثبت للآدمي من الاحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره لم يحنث الا عند ابي الخطاب)

لان العارية هبة المنفعة وقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح لان الهبة تمليك الاعيان وليس في العارية تمليك عين ولان المستعير لا يملك المنفعة وانما يستحقها ولهذا يملك المعير الرجوع ولا يملك المستعير اجارتها

﴿ مسئلة ﴾ [وان وقف عليه حنث قاله أبو الخطاب]

لانه تبرع له بعين في الحياة ، ويحتمل ان لا يحنث لان الوقف لا يملك في رواية ولانه لا يطلق عليه اسم الهبة

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى له لم يحنث) لأن الهبة تمليك في الحياة والوصية انما تملك بالقبول بعد الموت .

﴿ مسئلة ﴾ (وان باعه وحاباه حنث في أحد الوجهين) .

أو كانت عادته جارية بالاستثناء فجرى لسانه على العادة من غير قصد لم يصح لان اليمين لما لم ينعقد من غير قصد فكذلك الاستثناء، وهذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم أنه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتداء يمينه فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه ولا يصح لان هذا يخالف عموم الخبر فانه قال « من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » ولان لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته

(فصل) يصح الاستثناء في كل يمين مكفرة كاليمين بالله والظهار والنذر ، وقال ابن أبي موسى من استثنى في يمين تدخلها كفارة فله ثنياه لانها ايمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى فلو قال أنت علي كظهر أمي ان شاء الله تعالى أو أنت علي حرام ان شاء الله او ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ان شاء الله اولله علي أن أتصدق بمائة درهم ان شاء الله لم يلزمه شيء لانها ايمان فتدخل في عموم قوله «من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث»

(فصل) وان قال والله لاشربن اليوم الا أن يشاء الله او لا أشرب الا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا بتركه لما ذكرنا في الاثبات ، ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره في هذا كله فاذا قال والله ان شاء الله لا أشرب اليوم او لأشربن ففعل او ترك لم يحنث لان تقديم

لانه ترك له بعض المبيع بغير عوض أو هبة بعض الثمن، والوجه الآخر أنه لا يحنث وهو أولى لانها معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع ولو كان هبة أو بعضه لم يملك أخذه كله وان أضافه لم يحنث لانه لا يملكه شيئاً وانما اباحه الأكل ولهذا لا يملك التصرف بغيره .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني الاسماء الحقيقية ، فاذا حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم أو المخ أو الكبد أو الطحال أو القلب أو الكرش أو المصران او الألية أو الدماغ أو القانصة لم يحنث)

وجملة ذلك ان الحالف على أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ وهو الذي في العظام والدماغ وهو الذي في الرأس في قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يحنث بأكل هذا كله لانه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لامره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبغل، وقد دل على أن الكبد والطحال ليسا لحما قول النبي ﷺ « أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال » ولا نسلم أنه لحم حقيقة بل هو من الحيوان كالعظم والدم فأما ان قصد اجتناب الدسم حنث بأكل الشحم ، لان له دسما وكذلك المخ وكل ما فيه دسم ولا يحنث بأكل الألية ، وقال بعض أصحاب الشافعي يحنث لانها نابتة في اللحم وتشبهه في الصلابة ولا يصح ذلك لانها لا تسمى لحماً ولا يقصد منها ما يقصد منه وتخالفه

الشرط وتأخيره سواء . قال الله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد)

[فصل] وان قال والله لأشربن اليوم ان شاء زيد فشاء زيد لزمه الشرب فان تركه حتى مضى اليوم حنث وان لم يشأ زيد لم يلزمه يمين فان لم تعلم مشيئته لغيبة او جنون او موت انحلت اليمين لانه لم يوجد الشرط ، وان قال والله لاأشرب الا أن يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب الا أن توجد مشيئة زيد فان شاء فله الشرب وان لم يشأ لم يشرب وان خفيت مشيئته لغيبة او موت او جنون لم يشرب ، وان شرب حنث لانه منع نفسه إلا أن توجد المشيئة فلم يكن له أن يشرب قبل وجودها وان قال والله لاشربن إلا أن يشاء زيد فقد ألزم نفسه الشرب الا أن يشاء زيد أن لايشرب لان الاستثناء ضد المستثنى منه والمستثنى إيجاب لشربه بيمينه فان شرب قبل مشيئة زيد بر ، وان قال زيد قد شئت أن لا يشرب انحلت اليمين لانها معلقة بعدم مشيئته لترك الشرب ولم تتقدم فلم يوجد شرطها ، وان قال قد شئت أن يشرب او ماشئت أن لايشرب لم تنحل اليمين لان هذه المشيئة غير المستثناة فان خفيت مشيئته لزمه الشرب لانه علق وجوب الشرب بعدم المشيئة وهي معدومة بحكم الاصل، وان قال والله لأشرب اليوم إن شاء زيد فقال زيد قد شئت أن لا تشرب فشرب حنث، وان شرب قبل مشيئته

في اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن فأما الذي على الظهر والجنب وفي تضاعيف اللحم فلا يحنث في أكله في ظاهر كلام الخرقي فانه قال اللحم لا يخلو من الشحم يشير الى مايخالط اللحم مما تذيبه النار وهذا كذلك وهو قول طلحة العاقولي وممن قال هذا شحم أبو يوسف ومحمد، وقال القاضي هو لحم يحنث بأكله من حلف لايأكل شحما وهو مذهب الشافعي لانه لايسمى شحما ولابائعه شحاما ولا يفرد عن اللحم مع الشحم ويسمى بائعه لحاما ويسمى لحماً سميناً ولو وكل في شراء لحم فاشتراه الوكيل لزمه ولو اشتراه الوكيل في شراء الشحم لم يلزمه .

ولنا قول الله تعالى (ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ماحملت ظهورهما أو الحوايا أو مااختلط بعظم) ولانه يشبه اللحم في صفته وذوبه ويسمى دهناً فكان شحما كالذي في البطن ولا نسلم أنه لايسمى شحما ولا انه يسمى بمفرده لحماً وانما يسمى اللحم الذي هو عليه لحماً سميناً ولا يسمى بائعه شحاما لانه لايباع بمفرده وإنما يباع تبعاً للحم وهو تابع له في الوجود والبيع فلذلك سمي بائعه لحاما ولم يسم شحاما لانه سمي بما هو الاصل دون التبع .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكل المرق لم يحنث) .

وقد قال أحمد لايعجبني قال أبو الخطاب هذا على سبيل الورع وقال ابن ابي موسى والقاضي يحنث لان المرق لايخلو من اجزاء اللحم الذائبة فيه ، وقد قيل المرق أحد اللحمين .

ولنا انه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق عليه اسم اللحم فلا يحنث به كالكبد ولا نسلم ان اجزاء اللحم

لم يحنث لان الامتناع من الشرب معلق بمشيئته ولم تثبت مشيئته فلم يثبت الامتناع بخلاف التي قبلها وان خفيت مشيئته فهي في حكم المعدومة والمشيئة في هذه المواضع أن يقول بلسانه

(مسئلة) قال (واذا استثنى في الطلاق والعتاق فأكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله أنه توقف عن الجواب وقد قطع في موضع أنه لاينفعه الاستثناء)

يعني إذا قال لزوجته أنت طالق ان شاء الله أو لعبده أنت حر إن شاء الله فقد توقف أحمد في الجواب لاختلاف الناس فيها وتعارض الادلة وفي موضع قطع أنه لاينفعه الاستثناء فيهما قال في رواية إسحاق بن منصور وحنبل من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث وليس له استثناء في الطلاق والعتاق قال حنبل لانهما ليسا من الايمان وبه قال مالك والاوزاعي والحسن وقتادة ، وقال طاوس وحماد والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي يجوز الاستثناء فيهما لقول النبي ﷺ « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » ولانه علق الطلاق والعتاق بشرط لم يتحقق وجوده فلم يقعا كما لو علقه بمشيئة زيد ولم تتحقق مشيئته

ولنا أنه أوقع الطلاق والعتاق في محل قابل فوقع كما لو لم يستثن ، والحديث انما تناول الايمان وليس هذا بيمين انما هو تعليق على شرط قال ابن عبدالبر إنما ورد التوقيف بالاستثناء في اليمين بالله

فيه وانما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم وأما المثل فانما اريد به المجاز كما في نظائره من قولهم الدعاء أحد الصدقتين وقلة العيال أحد اليسارين وهذا دليل على أنها ليست بلحم لانه جعلها غير اللحم الحقيقي .

(فصل) فان أكل رأساً أو كراعا لايحنث إلا أن ينوي لايشتري من الشاة شيئاً ، قال القاضي لان اطلاق اسم اللحم لايتناول الرءوس والكوارع ، ولو وكله في شراء لحم فاشترى رأساً أو كارعا لم يلزمه ويسمى بائع ذلك رواساً ولا يسمى لحاما ، وقال ابو الخطاب يحنث بأكل لحم الخد لانه لحم حقيقة وحكي عن ابن أبي موسى انه لايحنث حتى ينويه باليمين ، وان أكل اللسان احتمل وجهين [أحدهما] يحنث لانه لحم حقيقة [والثاني] لايحنث لانه منفرد عن اللحم باسمه وصفته فأشبه القلب .

(مسئلة) [وان حلف لا يأكل الشحم فأكل شحم الظهر حنث] .

ظاهر هذا أن الشحم كل مايذوب بالنار مما في الحيوان وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الآية والعرف يشهد لذلك ، وهو ظاهر قول ابي الخطاب وطلحة العاقولي ، وهو قول ابي يوسف ومحمد ابن الحسن ، وقال القاضي الشحم هو الذي يكون في الجوف من شحم الكلى او غيره وان اكل من كل شيء من الشاة من لحمها الاحمر والابيض والألية والكبد والطحال والقلب فقال شيخنا يعني

تعالى وقول المتقدمين الايمان بالطلاق والعتاق انما جاز على التقريب والاتساع ولا يمين في الحقيقة الا بالله وهذا طلاق وعتاق وقد ذكرنا هذه المسئلة في الطلاق بأبسط من هذا

(مسئلة) قال (واذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوج بها او اذا قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حرا)

اختلفت الرواية عن أحمد في هاتين المسئلتين فعنه لايقع طلاق ولاعتق روي هذا عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار والقاضي والشافعي وابو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبدالله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من فقهاء التابعين قال وهو قول أكثر اهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لانذر لابن آدم فيما لايملك ولا عتق فيما لايملك ولا طلاق لابن آدم فيما لايملك» قال الترمذي وهذا حديث حسن وهو احسن ماروي في هذا الباب وعن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ قال « لاطلاق ولا عتاق فيما لايملك ابن آدم وان عينها» رواه الدارقطني وروى ابو بكر في الشافي عن الخلال عن الرمادى عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال «لاطلاق قبل نكاح»، قال احمد هذا

ابن حامد لايحنث لان اسم الشحم لايقع عليه وهو قول ابي حنيفة والشافعي وقد سبق الكلام في ان شحم الظهر والجنب شحم فيحنث به ، فأما ان أكل اللحم الاحمر وحده ولم يظهر فيه شيء من الشحم فقال الخرقي يحنث لانا قد ذكرنا ان الشحم كل مايذوب بالنار ولا يكاد اللحم يخلو من شيء منه وان قل فيحنث به ولانه يظهر في الطبخ فيبين على وجه المرق وان قل وهذا يفارق من حلف لايأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لايظهر فيه طعمه ولا لونه فان هذا يظهر الدهن فيه، وقال غير الخرقي من أصحابنا لايحنث وهو الصحيح لانه لايسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذي يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه .

(فصل) ويحنث بالاكل من الالية في ظاهر كلام الخرقي وموافقيه لانها دهن تذوب بالنار وتباع مع الشحم ولا تباع مع اللحم ، وعلى قول القاضي وموافقيه ليست شحما ولا لحما فلا يحنث به الحالف على تركهما .

(فصل) اذا حلف لايأكل لحما حنث باكل اللحم المحرم كالميتة والخنزير والمغصوب وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لايحنث باكل اللحم المحرم باصله لان يمينه تنصرف إلى مايحل دون مايحرم فلا يحنث بما لايحل كما لو حلف لايبيع فباع بيعاً فاسداً .

ولنا ان هذا لحم حقيقة وعرفا فحنث به كالمغصوب وقد سماه الله تعالى لحما فقال (ولحم الخنزير)

عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة، ولان من لا يقع طلاقه وعتقه بالمباشرة لم تنعقد له صفة كالمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم فيكون اجماعا (والرواية الثانية) عن احمد انه يصح في العتق ولا يصح في الطلاق قال في رواية ابي طالب إذا قال ان اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق وان قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فهذا غير الطلاق هذا حق لله تعالى والطلاق يمين ليس هو لله تعالى ولا فيه قربة الى الله تعالى، قال أبو بكر في كتاب الشافي لايختلف قول ابي عبدالله ان الطلاق إذا وقع قبل النكاح لا يقع وان العتاق يقع إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق انه لايقع وما أراه إلا غلطاً كذلك سمعت الخلال يقول فان كان حفظ فهو قول آخر والفرق بينهما ان ناذر العتق يلزمه الوفاء به وان ناذر الطلاق لايلزمه الوفاء به فلما افترقا في النذر جاز ان يفترقا في اليمين، ولانه لو قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح وهو تعليق للحرية على الملك

وعن أحمد رحمه الله ما يدل على وقوع الطلاق والعتق وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين. وقال مالك إن خص جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه، وإن قال كل عبد أملكه فهو حر لم يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى لانه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك فأشبه مالو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق أو لأمة غيره إن دخلت الدار فأنت حرة ثم تزوج الاجنبية وملك الامة ودخلتا الدار فان الطلاق لايقع ولا تعتق الامة بغير خلاف نعلمه

وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لايلبس ثوبا فلبس ثوب حرير، واما البيع الفاسد فلا يحنث به لانه ليس ببيع في الحقيقة.

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايأكل لبناً فأكل زبدا أو سمنا أو كشكا او بصلا أو جبنا لم يحنث وان حلف على الزبد والسمن فأكل لبناً لم يحنث)

اذا حلف لايأكل لبنا فأكل من لبن الانعام أو الصيد أو لبن آدمية حنث لان الاسم يتناوله حقيقة وعرفاً وسواء كان حليباً أو رائبا أومائعاً أو مجمداً لان الجميع لبن. ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والبصل والاقط والكشك، وان أكل زبداً فكذلك نص عليه وقال القاضي يحتمل ان يقال في الزبد ان ظهر فيه لبن حنث بأكله والا فلا كما لو حلف لايأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن وهذا مذهب الشافعي، وان حلف لايأكل زبداً فأكل سمناً أو لبنا لم يظهر فيه الزبد لم يحنث وان كان الزبد فيه ظاهرا حنث وان أكل لبناً لم يحنث وكذلك سائر مايصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث وان أكل السمن منفرداً أو في عصيدة أو حلواء أو طبيخ يظهر فيه طعمه حنث وكذلك اذا حلف لايأكل لبنا فأكل طبيخاً فيه لبن أو لا يأكل خلا فأكل طبيخا فيه خل يظهر فيه طعمه حنث وبهذا قال

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو حلف أن لا ينكح فلانة أو لا اشتريت فلانة فنكحها نكاحا فاسدا أو اشتراها شراء فاسدا لم يحنث)

وبهذا قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : إذا قال لعبده إن زوجتك أو بعتك فأنت حر فزوجه تزويجاً فاسداً لم يعتق وإن باعه بيعاً فاسداً يملك به حنث لان البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، ولنا أن اسم البيع ينصرف إلى الصحيح بدليل ان قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وأكثر ألفاظه في البيع انما ينصرف إلى الصحيح فلا يحنث بما دونه كما في النكاح وكالصلاة وغيرهما ، وما ذكروه من ثبوت الملك به لا نسلمه

وقال ابن أبي موسى لا يحنث بالنكاح الفاسد وهل يحنث بالبيع الفاسد ؟ على روايتين ، وقال أبو الخطاب إن نكحها نكاحا مختلفا فيه مثل أن يتزوجها بلا ولي ولا شهود أو باع في وقت النداء فعلى وجهين ، وقال ابن أبي موسى ان تزوجها تزويجا مختلفا فيه أو ملك ملكا مختلفا فيه حنث فيهما جميعاً ، ولنا انه نكاح فاسد وبيع فاسد فلم يحنث بهما كالمتفق على فسادهما

(فصل) والماضي والمستقبل سواء في هذا ، وقال محمد بن الحسن إذا حلف ماصليت ولا تزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسداً حنث لان الماضي لا يقصد منه إلا الاسم والاسم يتناوله والمستقبل بخلافه فانه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاة القربة

الشافعي وقال بعض أصحابنا لا يحنث لانه لم يفرده بالأكل ولا يصح لانه أكل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث كما لو أكله وأكل غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف على الفاكهة فأكل من ثمر الشجر كالجوز واللوز والتمر والرمان حنث وان أكل البطيخ حنث ويحتمل ان لا يحنث)

اذا حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل مايسمى فاكهة وذلك كل ثمرة تخرج من الشجر يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والاترج والتوت والنبق واللوز والجوز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث باكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف يغاير المعطوف عليه

ولنا انها ثمرة شجرة يتفكه بها فكانا من الفاكهة كسائر الاثمار ولأنهما فاكهة في عرف الناس ويسمى بائعهما فاكهانيا وموضع بيعهما دار الفاكهة والاصل في العرف الحقيقة والعطف لتشريفهما وتخصيصهما كقوله تعالى (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) وهما من الملائكة ، فأما يابس هذه الفواكه كالزبيب والتمر والتين والمشمش اليابس والاجاص ونحوها فهو من الفاكهة لانه ثمر شجرة يتفكه به ويحتمل أنه ليس منها لانه يدخر ومنه مايقتات فأشبه الحبوب ، والزيتون ليس بفاكهة لانه لا يتفكه بأكله وانما المقصود منه الادم لا التفكه والبطم في معناه لان

ولنا أن ما لا يتناوله الاسم في المستقبل لا يتناوله في الماضي كالايجاب وكغير المسمى ، وما ذكروه لا يصح لان الاسم لا يتناول إلا الشرعي ولا يحصل

(فصل) وإن حلف لا يبيع فباع بيعاً فيه الخيار حنث ، وقال أبو حنيفة لا يحنث لان الملك لا يثبت في مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد

ولنا انه بيع صحيح شرعي فيحنث به كالبيع اللازم ، وما ذكروه لا يصح فان بيع الخيار يثبت الملك به بعد انقضاء الخيار بالاتفاق وهو سبب له ، ولا نسلم ان الملك لا يثبت في مدة الخيار

(فصل) وان حلف لا يبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشتري لم يحنث وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لان البيع والنكاح عقدان لا يتمان إلا بالقبول فلم يقع الاسم على الايجاب بدونه فلم يحنث به ، وإن حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر فقال القاضي يحنث وهو قول أبي حنيفة وابن سريج لان الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماهما الايجاب والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الايجاب فيهما كالوصية

وقال الشافعي لا يحنث بمجرد الايجاب لانه عقد لا يتم إلا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع . فأما الوصية والهدية والصدقة فقال أبو الخطاب يحنث فيها بمجرد الايجاب ولا أعلم قول الشافعي فيها إلا ان الظاهر انه لا يخالف في الوصية والهدية لان الاسم يقع عليهما بدون القبول ولهذا لما قال الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين

المقصود زيته ويحتمل انه فاكهة لانه ثمر شجرة يؤكل غضا ويابسا على جهته اشبه التوت ، والبلوط ليس بفاكهة لانه لا يتفكه به وانما يؤكل عند المجاعة أو للتداوي وكذلك سائر ثمر الشجر البري الذي لا يستطاب كالزعرور الاحمر وثمر القيقب والعفص وحب الآس ونحوه ان كان فيها ما يستطاب كحب الصنوبر والبندق فهو فاكهة لانه ثمر شجرة يتفكه به وفي البطيخ وجهان

(احدهما) هو من الفاكهة ذكره القاضي وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه ينضج ويحلو اشبه ثمر الشجر (والثاني) لا يحنث بأكله لانه ثمر بقلة اشبه الخيار

﴿ مسئلة ﴾ [ولا يحنث بأكل القثاء والخيار ونحوه والقرع والباذنجان)

لانه من الخضر وليس من الفاكهة وكذلك ما يكون في الارض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطل ونحوه ، ليس شيء من ذلك فاكهة لانه لا يسمى بها ولا هو في معناها

﴿ مسئلة ﴾ [وان حلف لا يأكل رطبا فأكل مذنبا حنث]

وهو الذي بدأ فيه الارطاب من ذنبه وباقيه بسر أو منصفاً وهو الذي بعضه بسر وبعضه رطب أو حلف لا يأكل بسراً فأكل ذلك حنث وبهذا قال ابو حنيفة ومحمد والشافعي وقال ابو يوسف وبعض أصحاب الشافعي لا يحنث لانه لا يسمى رطبا ولا تمراً

والاقربين) إنما أراد الايجاب دون القبول ولان الوصية صحيحة قبل موت الموصي ولا قبول لها حينئذ

(فصل) وإن حلف لا يتزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول الصحيح لا نعلم فيه خلافا لان ذلك يحصل به المسمى الشرعي فتناولته يمينه ، وإن حلف ليتزوجن بر بذلك سواء كانت له امرأة أو لم يكن وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها الا أن يحتال على حل يمينه بتزويج لا يحصل مقصودها مثل أن يواطىء امرأته على نكاح لا يغيظها به ليبر في يمينه فلا يبر بهذا ، وقال أصحابنا : اذا حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر حتى يتزوج نظيرتها ويدخل بها وهو قول مالك لانه قصد غيظ زوجته ولا يحصل إلا بذلك

ولنا انه تزوج تزويجاً صحيحاً فبر به كما لو تزوج نظيرتها ودخل بها ، وقولهم ان الغيظ لا يحصل الا بتزويج نظيرتها والدخول غير مسلم فان الغيظ يحصل بمجرد الخطبة وان حصل بما ذكروه زيادة في الغيظ فلا تلزمه الزيادة على الغيظ الذي يحصل بما تناولته يمينه كما انه لا يلزمه نكاح اثنتين ولا ثلاث ولا أعلى من نظيرتها ، والذي تناولته يمينه مجرد التزويج ولذلك لو حلف لا يتزوج على امرأته حنث بهذا فكذلك يحصل البر به لان المسمى واحد فما تناوله النفي تناوله في الاثبات وانما لا يبر اذا تزوج تزويجاً لا يحصل به الغيظ كما ذكرناه من الصورة ونظائرها لان مبنى الايمان على المقاصد والنيات ولم يحصل

ولنا انه أكل رطبا وبسراً فحنث كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردين وما ذكروه لا يصح فان القدر الذى ارطب رطب والباقي بسر ولو انه حلف لا يأكل البسر فأكل البسر الذي في المنصف حنث وان أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما وان حلف واحد ليأكلن رطبا وآخر ليأكلن بسراً فأكل الحالف على أكل الرطب ما في المنصف من الرطب وأكل الآخر باقيها برا جميعاً وان حلف ليأكلن رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفا لم يبر ولم يحنث لانه ليس فيه رطبة ولا بسرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكل تمراً أو بسراً لم يحنث) لانه ليس برطب

[فصل] وان حلف لا يأكل تمراً فأكل رطبا لم يحنث لانه لم يتناوله الاسم وكذلك لو أكل بسراً أو بلحاً وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

[فصل] فان حلف لا يأكل عنباً فأكل زبيباً أو دبساً أو خلاً أو ناطفا أو لا يكلم شابا فكلم شيخاً أو لا يشتري جدياً فاشترى تيساً أو لا يضرب عبداً فضرب عتيقاً لم يحنث بغير خلاف لان اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها فأما ان عين المحلوف عليه ففيه خلاف ذكرناه فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ ; وان حلف لا يأكل ادماً حنث بأكل البيض والشواء والجبن والملح والزيتون واللبن وسائر ما يصطبغ به وفي التمر وجهان]

مقصوده ولان التزويج ههنا يحصل حيلة على التخلص من يمينه بما لا يحصل مقصودها فلم تقبل منه حيلته، وقد نص أحمد على هذا فقال إذا حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج بعجوز او زنجية لايبرلانه أراد أن يغمها ويغيرها ، وبهذا لاتغار ولا تغتم فعلله احمد بما لايغيظ بها الزوجة ولم يعتبر ان تكون نظيرتها لان الغيظ لايترتب على ذلك ولو قدر ان تزوج العجوز يغيظها والزنجية لبر به وانما ذكره احمد لان الغالب أنه لايغيظها لانها تعلم انه انما فعل ذلك حيلة لئلا يغيظها ويبر به

(فصل) اذا حلف لاتسريت فوطىء جاريته حنث ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يحنث حتى يطأ فينزل فحلا كان أو خصيا وقال ابو حنيفة لايحنث حتى يحصنها ويحجبها عن الناس لان التسري مأخوذ من السر ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه كهذه .

ولنا ان التسري مأخوذ من السر وهو الوطء لانه يكون في السر قال الله تعالى (ولكن لا تواعدوهن سراً) وقال الشاعر:

فلن تتطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازهادها

وقال آخر :

الا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وان لايحسن السر أمثالي

ولان كل حكم تعلق بالوطء لم يعتبر فيه الانزال ولا التحصين كسائر الاحكام

اذا حلف على ترك الادم حنث بأكل ماجرت العادة بأكل الخبز به لان هذا معنى التأدم وسواء في هذا مايصطبغ به كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن قال الله تعالى (وصبغ للآكلين) وقال النبي ﷺ «نعم الادام الخل ـ وقال ـ ائتدموا بالزيت وادهنوا به فانه من شجرة مباركة» رواه ابن ماجه ـ أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلا والزيتون والبيض وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة وأبو يوسف مالا يصطبغ به فليس بأدم لان كل واحد منهما يرفع الى الفم مفرداً

ولنا ماروي عن النبي ﷺ انه قال « سيد الادام اللحم ـ وقال ـ سيد أدمكم الملح» رواه ابن ماجه ولانه يؤكل به الخبز عادة فكان ادما كالذي يصطبغ به ولان كثيراً مما ذكرنا لايؤكل في العادة وحده انما يعد للتأدم به فكان ادما كالخل واللبن وقولهم انه يرفع الى الفم مفرداً عنه جوابان

(احدهما) ان منه مايرفع مع الخبز كالملح ونحوه

(والثاني) انهما يجتمعان في الفم والمضغ والبلع الذى هو حقيقة الاكل فلا يضر افتراقهما قبله وأما التمر ففيه وجهان

(احدهما) انه أدم لما روى يوسف عن عبد الله بن سلام قال رأيت رسول الله ﷺ وضع تمرة على كسرة وقال « هذا إدام هذه» رواه أبو داود وذكره الامام احمد (والثاني) ليس بأدم لانه

(فصل) إذا حلف لايهب له فأهدى اليه أو أعمره حنث لان ذلك من انواع الهبة وان أعطاه من الصدقة الواجبة او نذر او كفارة لم يحنث لان ذلك حق لله تعالى عليه يجب اخراجه فليس هو بهبة منه . وان تصدق عليه تطوعا فقال القاضي يحنث وهو مذهب الشافعي وقال ابو الخطاب لايحنث وهو قول أصحاب الرأي لانهما يختلفان اسما وحكما بدليل ان النبي ﷺ قال « هو عليها صدقة ولنا هدية» وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ومع هذا الاختلاف لايحنث في احدهما بفعل الآخر

ووجه الاول انه تبرع بعين في الحياة فحنث به كالهدية ولان الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدرهم قيل وهب درهما وتبرع بدرهم واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة فيختص باسم دونها كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة وكذلك اختلاف الاحكام فانه قد يثبت للنوع مالايثبت للجنس كما يثبت للآدمي من الاحكام ما لايثبت لمطلق الحيوان، فان وصى له لم يحنث لان الهبة تمليك في الحياة والوصية انما تملك بالقبول بعد الموت فان اعاره لم يحنث لان الهبة تمليك الاعيان وليس في العارية تمليك عين ولان المستعير لايملك المنفعة وانما يستبيحها ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ولا يملك المستعير إجارتها ولا اعارتها هذا قول القاضي ومذهب الشافعي ، وقال ابو الخطاب يحنث لان العارية هبة المنفعة والاول أصح، وان اضافه لم يحنث لانه لم يملكه شيئاً وإنما اباحه ولهذا لايملك التصرف بغير الاكل وان باعه وحاباه لم يحنث لانه معاوضة يملك الشفيع اخذ جميع المبيع ولوكان هبة أو بعضه هبة لم يملك أخذه كله

لايؤتدم به عادة وانما يؤكل قوتاً وحلاوة ولانه فاكهة فأشبه الزبيب

[فصل] اذا حلف لايأكل طعاما حنث بأكل كل مايسمى طعاما من قوت وأدم وحلواء وجامد ومائع قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبني اسرائيل الا ماحرم اسرائيل على نفسه - وقال تعالى - ويطعمون الطعام على حبه) يعني على محبة الطعام وحاجتهم اليه وقيل على حب الله تعالى وقال تعالى (قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أودما مسفوحا أو لحم خنزير) وسمى النبي ﷺ اللبن طعاما فقال « انما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم» وفي الماء وجهان

(أحدهما) هو طعام لقوله تعالى (ومن لم يطعمه فانه مني) والطعام مايطعم ولان النبي ﷺ سمى اللبن طعاما وهو مشروب فكذلك الماء .

[والثاني] ليس بطعام لانه لا يسمى طعاما ولا يفهم من اطلاقه اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب وقال النبي ﷺ « لا أعلم مايجزئ من الطعام والشراب الا اللبن »رواه ابن ماجه ويقال باب الاطعمة والاشربة ولانه إن كان طعاماً في الحقيقة فليس بطعام في العرف فلا يحنث بشربه لان مبنى الايمان على العرف لكون الحالف في الغالب لا يريد بلفظه إلا ما يعرفه، فان أكل دواء ففيه وجهان :

وقال أبو الخطاب يحنث في احد الوجهين لانه يترك له بعض المبيع بغير ثمن اووهبه بعض الثمن وان وقف عليه فقال ابو الخطاب يحنث لانه تبرع له بعين في الحياة ويحتمل ان لا يحنث لان الوقف لا يملك في رواية وان حلف لا يتصدق عليه فوهب له لم يحنث لان الصدقة نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر ولا يثبت للجنس حكم النوع ولهذا حرمت الصدقة على النبي ﷺ ولم تحرم الهبة ولا الهدية وإن حلف لا يهب له شيئاً فاسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوي لان الهبة تمليك عين وليس له إلا دين في ذمته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف أن لا يشتري فلانا أولا يضربه فوكل في الشراء والضرب حنث)

وجملته ان من حلف لا يفعل شيئاً فوكل من فعله حنث إلا أن ينوي مباشرته بنفسه ونحو هذا قول مالك وابي ثور وقال الشافعي لا يحنث إلا ان ينوي بيمينه ان لا يستنيب في فعله أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته لان اطلاق اضافة الفعل يقتضي مباشرته بدليل انه لو وكله في البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ، وإن حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث

(احدهما) يحنث لانه يطعم حال الاختيار وهو مذهب الشافعي (والثاني) لا يحنث لانه لا يدخل في إطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة، فان اكل من نبات الارض ما جرت العادة بأكله حنث وان أكل ما لم تجر به عادة كورق الشجر ونشارة الخشب والتراب احتمل وجهين (احدهما) يحنث لانه قد اكله فأشبه ماجرت العادة بأكله ولانه روي عن عتبة بن غزوان انه قال لقد رأيتنا مع رسول الله ﷺ سابع سبعة مالنا طعام إلا ورق الحبلة حتى قرحت أشداقنا (والثاني) لا يحنث لانه لا يتناوله اسم الطعام في العرف

(فصل) وان حلف لا يأكل قوتاً فأكل خبزاً أو تمراً أو تيناً او لحما أو لبنا حنث لان كل واحد من هذه يقتات في بعض البلدان، ويحتمل ان لا يحنث الا بما يقتاته أهل بلده لان يمينه تنصرف الى القوت المتعارف عندهم وفي بلدهم ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين وان أكل سويقاً او استف دقيقا حنث لانه يقتات كذلك ، ولهذا قال بعض اللصوص

لا تخبزا خبزاً وسا بساً   ولا تطيلا بمقام حبسا

وان اكل حباً يقتات خبزه حنث ولذلك روي ان النبي ﷺ كان يدخر قوت عياله سنة وانما يريد الحب، ويحتمل ان لا يحنث لانه لا يقتات كذلك وان أكل عنباً او حصرما أو خلا لم يحنث لانه لم يصر قوتا.

﴿مسئلة﴾ وان حلف لا يلبس شيئا فلبس ثوبا أودرعا أوجوشناً أوخفاً أو نعلا حنث،وكذلك ان لبس عمامة أو قلنسوة)

وإن كان ممن لايتولاه كالسلطان ففيه قولان . وإن حلف لايحلق رأسه فامر من حلقه فقيل له فيه قولان وقيل يحنث قولا واحداً ، وقال أصحاب الرأي ان حلف لايبيع فوكل من باع لم يحنث وإن حلف لايضرب ولا يتزوج فوكل من فعله حنث

ولنا ان الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به كما لو كان ممن لايتولاه بنفسه وكما لو حلف لايحلق رأسه فامر من حلقه أو لايضرب فوكل من ضرب عند ابي حنيفة وقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله) وقال (محلقين رءوسكم ومقصرين) وكان هذا متناولا للاستنابة فيه ولان المحلوف عليه وجد من نائبه فحنث به كما لو حلف لا يدخل داراً فأمر من حمله اليها ، وقولهم إن اضافة الفعل اليه تقتضي المباشرة نمنعه ولا نسلم انه اذا وكل في فعل يمتنع على الوكيل التوكيل فيه ولئن سلمنا فلأن التوكيل يقصد به الامانة والحذق والناس يختلفون فيهما فاذا عين واحداً لم تجز مخالفة تعيينه بخلاف اليمين ، فاما ان نوى بيمينه المباشرة المحلوف عليه أو كان سبب يمينه يقتضيها أو قرينة حاله تخصص بها لان اطلاقه يقيد بنيته او بما دل عليها فاشبه مالو صرح به بلفظه ، وإن حلف ليشترين او ليبيعن او ليضربن فوكل من فعل ذلك بر لما ذكرنا في طرف النفي ولذلك لما قال رسول الله ﷺ «رحم الله المحلقين» تناول من حلق رأسه بامره

(فصل) وإن حلف ليطلقن زوجته أو لايطلقها فوكل من طلقها او قال لها طلقي نفسك فطلقتها أو قال لها اختاري أو امرك بيدك فطلقت نفسها بر وحنث والخلاف فيه على ما تقدم ، وإن قال

وقال أصحاب الشافعي في الخف والنعل وجهان (احدهما) لايحنث

ولنا انه ملبوس حقيقة وعرفا فحنث كالثياب وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم أهدى اليه النجاشي خفين فلبسهما . وقيل لابن عمر : إنك تلبس هذه النعال فقال رأيت رسول الله ﷺ يلبسهما . فان ترك القلنسوة في رجله أو ادخل يده في الخف أو النعل لم يحنث لأن ذلك ليس بلبس لهما

(مسئلة) (وان حلف لايلبس حليا فلبس حلية ذهب أو فضة أو جوهر حنث وان لبس الدراهم والدنانير في مرسلة فعلى وجهين)

إذا حلف لايلبس حلياً فلبس حلية ذهب او فضة حنث فان لبس خاتما من فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده حنث وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايحنث لانه ليس بحلي وحده

ولنا قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) وقال تعالى [يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا) وجاء في الحديث عن عبد الله بن عمرو انه قال: قال الله تعالى للبحر الشرقي إني جاعل فيك الحلية والصيد والطيب ولان الفضة حلي إذا كانت سواراً أو خلخالا فكانت حلياً إذا كانت خاتما كالذهب والجوهر، واللؤلؤ حلي مع غيره فكان حليا وحده كالذهب وان لبس عقيقا أو سبجا لم يحنث

أنت طالق ان شئت أو ان قمت فشاءت او قامت حنث بغير خلاف لان الطلاق منه وانما هي حققت شرطه

(فصل) فان حلف لايضرب امرأته فلطمها او لكمها او ضربها بعصا او غيرها حنث بغير خلاف وإن عضها او خنقها او جز شعرها جزاً يؤلمها قاصداً للاضرار بها حنث وبه قال ابوحنيفة وقال الشافعي لايحنث لان ذلك لايسمى ضربا فلا يحنث به كما لو شتمها شتما آلمها . وقد نقل عن احمد مايدل على هذا فان مهنا نقل عنه فيمن قال لامرأته إن لم أضربك اليوم فانت طالق فعضها او قرصها أو أمسك شعرها فهو على مانوى من ذلك . قال القاضي فظاهر هذا انه لم يدخله في اطلاق اسم الضرب

ولنا ان هذا في العرف يستعمل لكف الاذى المؤلم للجسم فيدخل فيه كل ما اختلفنا فيه ولهذا يقال تضاربا إذا فعل كل واحد منهما هذا بصاحبه وإن لم يكن معهما آلة وفارق الشتم فانه لايؤلم الجسم وانما يؤلم القلب

(مسئلة) قال (ومن حلف بعتق أو طلاق أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث)

وبهذا قال مجاهد وسعيد بن جبير والزهري وقتادة وربيعة ومالك وابو عبيد وأصحاب الرأي وهو المشهور عن الشافعي وقال عطاء وعمرو بن دينار وابن ابى نجيح واسحاق وابن المنذر لايحنث وهو رواية عن احمد لان الناسي لايكلف حال نسيانه فلا يلزمه الحنث كالحلف بالله تعالى

وقال الشافعي إن كان من اهل السواد حنث وفي غيرهم وجهان لان هذا حلي في عرفهم

(ولنا) ان هذا ليس بحلي فلا يحنث به كالودع وخرز الزجاج وماذكروه يبطل بالودع، وان لبس الدراهم والدنانير في مرسلة فعلى وجهين (أحدهما) لايحنث لانه ليس بحلي إذا لم يلبسه فكذلك اذا لبسه [والثاني] يحنث لانه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم وان لبس سيفاً محلى لم يحنث لأن السيف ليس بحلي، وان لبس منطقة محلاة ففيه وجهان [أحدهما] لايحنث لان الحلية لها دونه فاشبهت السيف المحلى [والثاني] يحنث لانها من حلي الرجال ولا يقصد بلبسها محلاة في الغالب إلا التجمل بها، وان حلف لايلبس خاتماً فلبسه في غير الخنصر من أصابعه حنث وقال الشافعي لايحنث لان اليمين تقتضي لبساً معتاداً وليس هذا معتاداً فأشبه مالو أدخل القلنسوة في رجله

ولنا انه لابس لما حلف على ترك لبسه فاشبه ما لو آتزر بالسراويل . وأما إدخال القلنسوة في رجله فهو عبث وسفه بخلاف هذا فانه لا فرق بين الخنصر وغيرها الا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر

ولنا أن هذا يتعلق به حق آدمي فتعلق الحكم به مع النسيان كالاتلاف ولانه حكم علق على شرط فيوجد بوجدان شرطه كالمنع من الصلاة بعد العصر وقد سبقت هذه المسئلة

(مسئلة) قال (واذا حلف فتأول في يمينه فله تأويله إذا كان مظلوما وان كان ظالماً لم ينفعه تأويله لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «يمينك على ما يصدقك به صاحبك»)

معنى التأويل أن يقصد بكلامه محتملا يخالف ظاهره نحو أن يحلف أنه أخي يقصد أخوة الاسلام أو المشابهة اويعني بالسقف والبناء السماء وبالبساط والفراش الارض وبالاوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول مارأيت فلانا يعني ما ضربت رئته ولا ذكرته يريد ما قطعت ذكره أو يقول جواري أحرار يعني سفنه ونسائي طوالق يعني نساء الاقارب منه أو يقول ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجة ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية وينوي بالمكاتبة مكاتبة الرقيق ، وبالتعريف جعله عريفاً وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والدجاجة الكبة من الغزل والفروجة الدراعة والفرش صغار الابل والحصير والحبس والبارية السكين التي يبرى بها او يقول مالا لانعندي وديعة ولا شيء يعني بما الذي اويقول مافلان ههنا ويعني موضعا بعينه او يقول والله ما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله فهذا وأشباهه مما يسبق الى فهم السامع خلافه اذا عناه بيمينه فهو تأويل لانه خلاف الظاهر، ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال

(مسئلة) وان حلف لا يركب دابة فلان ولا يلبس ثوبه ولا يدخل داره فركب دابة عبده ولبس ثوبه ودخل داره أوفعل ذلك فيما استأجره فلان حنث وان ركب دابة استعارها لم يحنث)

إذا حلف لايدخل دار فلان فدخل دار مملوكة له او دارا يسكنها باجرة أو عارية أو غصب حنث وبذلك قال أبو ثور وأصحاب الرأي وقال الشافعي لايحنث الا بدخول دار يملكها لان الاضافة في الحقيقة الى المالك بدليل أنه لوقال هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها ولوقال انه يسكنها لم يقبل

ولنا أن الدار تضاف الى ساكنها كاضافتها الى مالكها قال الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) وأراد بيوت أزواجهن اللائي يسكنها وقال تعالى (وقرن في بيوتكن) ولان الاضافة للاختصاص ولذلك يضاف الرجل الى أخيه بالاخوة والى امه بالبنوة والى ولده بالابوة والى امرأته بالزوجية وساكن الدار مختص بها فكانت إضافتها اليه صحيحة وهي مستعملة في العرف فوجب ان يحنث بدخولها كالمملوكة له ،وقولهم هذه الاضافة مجاز ممنوع بل هي حقيقة لما ذكرناه ولوكانت مجازاً لكنه مشهور فيتناوله اللفظ كما لو حلف لاشربت من راوية فلان فانه يحنث بالشرب من مزادته . أما الاقرار فانه لو قال هذه دار زيد وفسر إقراره بسكناها احتمل ان لا يقبل تفسيره , وان سلمنا

(أحدها) أن يكون مظلوما مثل من يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه او ظلم غيره او نال مسلما منه ضرر فهذا له تأويله . قال مهنا سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة و نوى التي ماتت قال ان كان المستحلف له ظالما فالنية نية صاحب الطلاق ، وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلف ، وقد روى ابو داود باسناده عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخي فخلى سبيله فأتينا رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال « أنت أبرهم وأصدقهم المسلم أخو المسلم » وقال النبي ﷺ «ان في المعاريض لمندوحة عن الكذب» يعني سعة المعاريض التي يوهم بها السامع غير ماعناه . قال محمد بن سيرين الكلام اوسع من أن يكذب ظريف يعني لايحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض ، وخص الظريف بذلك يعني به الكيس الفطن فانه يفطن للتأويل فلا حاجة به الى الكذب

(الحال الثاني) أن يكون الحالف ظالما كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا ينصرف يمينه إلى ظاهر اللفظ الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تأويله وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فان أباهريرة قال قال رسول الله ﷺ « يمينك على مايصدقك به صاحبك » رواه مسلم وابو داود وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اليمين على نية المستحلف » رواه مسلم وقالت عائشة

فان قرينة الاقرار تصرفه الى الملك وكذلك لوحلف لادخلت مسكن زيد حنث بدخوله الدار التي يسكنها، ولوقال هذا المسكن لزيد كان مقراً له به ولاخلاف في هذه المسئلة وهي نظيرة مسئلتنا

[فصل] وان ركب دابة عبده أولبس ثوبه أودخل داره حنث لان مافي يد العبد لسيده فهو كالذي في يده ، وبه قال ابوحنيفة والشافعي ولانعلم فيه خلافا لان دار العبد ملك للسيد فان حلف لايلبس ثوب السيد ولايركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وهو قول الشافعي وقال ابوحنيفة لايحنث لان العبد بهما أخص

ولنا أنهما مملوكان للسيد فتناولتهما يمين الحالف كالدار وماذكروه يبطل بالدار

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لايركب دابة فلان فركب دابة استعارها لم يحنث وان ركب دابة استأجرها حنث)

لانه ملك منافعها بخلاف المستعير وهكذا ذكره أبو الخطاب ولو ركب دابة غصبها فلان لم يحنث ، وفارق مسئلة الدار فانه لم يحنث في الدار لكونه استعارها ولاغصبها وانما حنث لسكناه فيها فاضيفت الدار اليه لذلك ولوغصبها أو استعارها من غير ان يسكنها لم تصح إضافتها اليه فلا يحنث الحالف فيكون كمستعير الدابة وغاصبها

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لايركب دابة عبده فركب دابة جعلت برسمه حنث)

اليمين على ما وقع للمحلوف له ولانه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين اذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفا من عاقبة اليمين الكاذبة فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق ولا نعلم في هذا خلافا . قال ابراهيم في رجل استحلفه السلطان بالطلاق على شيء فورى في يمينه إلى شيء آخر أجزأعنه وان كان ظالما لم تجزىء عنه التورية

(الحال الثالث) لم يكن ظالما ولا مظلوما فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فروي أن مهنا كان عنده هو والمروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا؟ يريد ليس هو في كفه ولم ينكر ذلك أبو عبد الله ، وروي ان مهنا قل له اني أريد الخروج يعني السفر إلى بلده واحب ان تسمعني الجزء الفلاني فاسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل انك تريد الخروج ؟ فقال له مهنا قلت لك إني أريد الخروج الآن ؟ فلم ينكر عليه ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم في هذا خلافا روى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان إذا طلب إنسان ابراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت اليه الخادم وقالت اطلبوه في المسجد وقال له رجل إني ذكرت رجلا بشيء فكيف لي أن اعتذر اليه ؟ قال قل له والله ان الله يعلم ماقلت من ذلك من شيء وقد كان النبي ﷺ يمزح ولا يقول الا حقاً ومزاحه ان يوهم السامع بكلامه غير ماعناه وهو التأويل وقال لعجوز «لاتدخل الجنة عجوز» يعني أن الله ينشئهن أبكاراً عربا أترابا وقال أنس إن رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله احملني

وكذلك ان حلف لايدخل دار هذا العبد ولايلبس ثوبه وعند الشافعي لايحنث لانه لا يملك شيئاً من ذلك والاضافة تقتضي الملك وقد قدمنا الكلام معه فيما مضى ويخص هذا الفصل بان الملكية لاتمكن ههنا فلاتصح الاضافة بمعناها فتعين حمل الاضافة ههنا على إضافة الاختصاص دون الملك

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لايدخل داراً فدخل سطحها حنث وان دخل طاق الباب احتمل وجهين)

إذا حلف لايدخل دارا فرقى سطحها حنث ،وبه قال مالك وابو ثور واصحاب الرأي وقال الشافعي لايحنث ولاصحابه فيما إذا كان السطح محجراً وجهان واحتجوا بان السطح يقيها الحر والبرد ويحرزها فهو كحيطانها ،

ولنا ان سطح الدار منها وحكمه حكمها فحنث بدخوله كالمحجز أو كما لودخل بين حيطانها ودليل ذلك أن الاعتكاف يصح في سطح المسجد ويمنع الجنب من اللبث فيه،ولوحلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها لم يبر ولوحلف ان لايخرج منها فصعد سطحها لم يحنث،ولانه داخل في حدود الدار ومملوك لصاحبها ويملك بشرائها ويخرج من ملك صاحبها ببيعها،والبائت عليه يقال بات في داره وبهذا يفارق ما وراء حائطها ، فان كان في اليمين قرينة لفظية أو حالية تقتضي اختصاص الارادة بداخل الدار مثل ان يكون بسطح الدار طريق وسبب يمينه يقتضي ترك وصلة أهل الدار لم يحنث بالمرور على سطحها وكذلك

فقال رسول الله « إنا حاملوك على ولد الناقة » قال وما أصنع بولد الناقة؟ قال « وهل تلد الابل الا النوق؟» رواه أبوداود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها «أهو الذي في عينه بياض » فقالت يارسول الله انه لصحيح العين وأراد النبي ﷺ البياض الذي حول الحدق وقال لرجل احتضنه من ورائه «من يشتري هذا العبد؟» فقال يارسول الله تجدني إذا كاسداً قال « لكنك عند الله لست بكاسد » وهذا كله من التأويل والمعاريض وقد سماه النبي ﷺ حقا فقال « لا أقول الا حقا » وروي عن شريح انه خرج من عند زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الامير ؟ قال تركته يأمر وينهى فلما مات قيل له كيف قلت ذلك قال ؟ تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته أخرى فقالوا لانزوجك حتى تطلق امرأتك فقال اشهدوا اني قد طلقت ثلاثا فزوجوه فاقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثا قال ألم تعلموا انه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن؟ قالوا بلى قال قد طلقت ثلاثا فقالوا ماهذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته ، وروي عن الشعبي أنه كان في مجلس فنظر إليه رجل ظن انه طلب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي أن له بيتاً وشرفا فقيل للشعبي بعد ماذهب الرجل تعرفه؟ قال لا ولكنه نظر إلي قيل فكيف اثنيت عليه؟ قال شرفه أذناه وبيته الذي يسكنه وروي أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من انت ؟ فقال

أنا ابن الذي لا ينزل الدهر قدره ... وان نزلت يوما فسوف تعود

ترى الناس أفواجا على باب داره ... فمنهم قيام حولها وقعود

ان نوى بيمينه باطن الدار تقيدت يمينه بما نواه لانه ليس المرء الا ما نواه، وان دخل طاق الباب احتمل وجهين (أحدهما) يحنث لانه دخل في حدها (والثاني) لايحنث لانه لا يسمى داخلا وقال القاضي إذا قام على العتبة لم يحنث لان الباب إذا أغلق حصل خارجا منها ولا يسمى داخلا فيها

(فصل) فان تعلق بغصن شجرة في الدار لم يحنث لانه لم يدخلها فان صعد حتى صار في مقابلة سطحها بين حيطانها حنث وان لم ينزل بين حيطانها احتمل ان لا يحنث لانه في هوائها وهواؤها ملك لصاحبها فاشبه ما لو قام على سطحها واحتمل ان لا يحنث لانه لايسمى داخلا ولا هو على شيء من اجزائها وكذلك لو كانت الشجرة في غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها وان قام على حائط احتمل وجهين (أحدهما) يحنث وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لانه داخل في حدها فاشبه القائم على سطحها (والثاني) لا يحنث لانه لايسمى دخولا

(فصل) وان حلف لايضع قدمه في الدار فدخلها راكباً أو ماشياً أو حافياً أو منتعلا حنث كما لو حلف لا يدخلها وبهذا قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور ان دخلها راكبا لم يحنث لانه لم يضع قدمه فيها

ولنا أنه قد دخل الدار فيحنث كما لو دخلها ماشيا ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها فان قدمه

فظنوه شريفا فخلوا سبيله فسألوا عنه فاذا هو ابن الباقلاني واخذ الخوارج رافضيا فقالوا له تبرأ من عثمان وعلي فقال أنا من علي ومن عثمان بريء فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوماً كان أو غير مظلوم لأن النبي ﷺ كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة به اليه .

(فصل) والمستحيل نوعان (أحدهما) مستحيل عادة كصعود السماء والطيران وقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة فاذا حلف على فعله انعقدت يمينه ذكره القاضي وابو الخطاب لانه يتصور وجوده فاذا حلف عليه انعقدت يمينه ولزمته الكفارة في الحال لانه مأيوس من البر فيها فوجبت الكفارة كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت

(والثاني) المستحيل عقلا كرد أمس وشرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه فقال ابو الخطاب لا تنعقد يمينه ولا تجب بها كفارة وهو مذهب مالك لانها يمين قارنها ما يحلها فلم تنعقد كيمين الغموس أو يمين على غير متصور فأشبهت يمين الغموس وهذا لان اليمين انما تنعقد على متصور أو متوهم التصور وليس ههنا واحد منهما

وقال القاضي تنعقد موجبة للكفارة في الحال وهذا قول ابي يوسف والشافعي لانه حلف على فعل نفسه في المستقبل ولم يفعل كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت قبل طلاقها وبالقياس على المستحيل عادة ولا

موضوعة على الدابة فيها فاشبه ما لو دخلها منتعلا وعلى ان هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل عليه يمينه، فان قيل هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه قلنا المجاز اذا اشتهر صار من الاسماء العرفية فينصرف اللفظ باطلاقه اليه كلفظ الراوية والدابة وغيرهما

﴿مسألة﴾ (وان حلف لا يكلم انسانا حنث بكلام كل انسان ـ لانه فعل المحلوف عليه ـ فان زجره فقال تنح أو اسكت حنث)

لانه كلمه وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحنث بالقليل لان هذا تمام الكلام الاول والذي يقتضيه يمينه ان لا يكلمه كلاماً مستأنفاً

ولنا ان هذا القليل كلام منه له حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيحنث به كما لو فصله ولان ما يحنث به اذا فصله يحنث به اذا وصله كالكبير، وقولهم ان اليمين تقتضي خطابا مستأنفاً قلنا هذا خطاب مستأنف وهو غير الاول بدليل أنه لو قطعه حنث به قال شيخنا وقياس المذهب ان لا يحنث لان قرينة صلته هذا الكلام بيمينه تدل على ارادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلم يحنث كما لو وجدت النية حقيقة ولو نوى كلاما غير هذا لم يحنث بهذا في المذهبين

(فصل) فان صلى بالمحلوف عليه إماماً ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال أصحاب الشافعي يحنث لانه شرع له ان ينوي السلام على الحاضرين

فرق بين أن يعلم استحالته او لايعلم مثل أن يحلف ليشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه فالحكم واحد فيمن علم انه لاماء فيه ومن لايعلم، وإن حلف ليقتلن فلاناً وهو ميت فهو كالمستحيل عادة لانه يتصور أن يحييه الله فيقتله وتنعقد يمينه على قول أصحابنا، وإن حلف لاقتلن الميت يعني في حال موته فهو مستحيل عقلا فيكون فيه من الخلاف ماقد ذكرناه

(فصل) فان قال والله ليفعلن فلان كذا او لايفعل او حلف على حاضر فقال والله لتفعلن كذا فاحنثه ولم يفعل فالكفارة على الحالف كذلك قال ابن عمر وأهل المدينة وعطاء وقتادة والاوزاعي وأهل العراق والشافعي. لان الحالف هو الحانث فكانت الكفارة عليه كما لو كان هو الفاعل لما يحنثه ولان سبب الكفارة إما اليمين وإما الحنث أو هما وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف، وإن قال أسألك بالله لتفعلن وأراد اليمين فهي كالتي قبلها، وإن أراد الشفاعة اليه بالله فليس بيمين ولا كفارة على واحد منهما، وإن قال بالله لتفعلن فهي يمين لانه أجاب بجواب القسم الا أن ينوي ما يصرفها، وان قال بالله افعل فليست يمينا لانه لم يجبها بجواب القسم ولذلك لايصلح أن يقول والله افعل ولا بالله افعل وانما صلح ذلك في الثناء لانها لاتختص بالقسم فيدل على انه سؤال فلا تجب به كفارة

(فصل) وثبت أن النبي ﷺ أمر بابرار القسم. رواه البخاري وهذا والله أعلم على سبيل الندب لاعلى سبيل الايجاب بدليل ان أبا بكر قال أقسمت عليك يارسول الله ﷺ لتخبرني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي ﷺ «لاتقسم ياأبا بكر» ولم يخبره ولو وجب عليه ابراره لأخبره

ولنا أنه قول مشروع في الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام وان أرتج عليه في الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لان ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايبتدئه بكلام فتكلما معاً حنث) لان كل واحد منهما مبتدىء إذ لم يتقدم كلامه كلام سواه

(فصل) وان كاتبه أو أرسل اليه رسولا حنث الا ان يكون اراد ان لايشافهه وهذا قول الاصحاب ومذهب مالك والشافعي في القديم وقد روى الاثرم وغيره عن أحمد في رجل حلف ان لايكلم رجلا فكتب اليه كتابا فقال وأي شيء كان سبب ذلك؟ انما ننظر الى سبب يمينه ولم حلف؟ ان الكتاب يجري مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام في بعض الحالات وهذا يدل على أنه لا يحنث بالكتاب الا ان تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي هجرانه وترك صلته فان لم يكن كذلك لم يحنث بكتاب ولا رسول لان ذلك ليس بتكليم في الحقيقة وهذا يصح نفيه فيقال ما كلمته انما كاتبته أوراسلته ولذلك قال الله تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله - وقال - ياموسى اني اصطفيتك على الناس برسالاتي وبكلامي) ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه، وقد قال أحمد حين مات بشر الحافي لقد كان فيه أنس

ويحتمل أن يجب عليه ابراره اذا لم يكن فيه ضرر ويكون امتناع النبي ﷺ من ابرار ابي بكر لما علم من الضرر فيه ، وإن أجابه إلى صورة ماأقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى فحسن فانه روي عن النبي ﷺ أن "العباس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة فقال النبي ﷺ « لاهجرة بعد الفتح » وقال العباس أقسمت عليك يارسول الله ﷺ لتبايعنه فوضع النبي ﷺ يده في يده وقال « أبررت قسم عمي ولا هجرة » وأجابه الى صورة المبايعة دون ماقصد بيمينه

(فصل) ويستحب اجابة من سأل بالله لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « من استعاذ بالله فأعيذوه ، ومن سألكم بالله فاعطوه ، ومن استجار بالله فأجيروه ، ومن أتى اليكم معروفا فكافئوه ، فان لم تجدوا فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه »

وعن أبي ذر قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة يحبهم الله وثلاثة يبغضهم الله أما الذين يحبهم الله فرجل سأل قوما فسألهم بالله ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم فتخلف رجل باعقابهم فأعطاه سراً لايعلم بعطيته إلا الله عز وجل والذي أعطاه ، وقوم ساروا ليلتهم حتى إذا كان النوم أحب اليهم مما يعدل به فوضعوا رءوسهم فقام يتملقني ويتلو آياتي ، ورجل كان في سرية فلقوا العدو فهزموا فأقبل بصدره حتى يقتل او يفتح له . والثلاثة الذي يبغضهم الله الشيخ الزاني والفقير المختال والغني الظلوم » رواهما النسائي

(فصل) إذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال احمد هي كذبة ليس عليه يمين وعنه عليه الكفارة لانه أقر على نفسه ، والاول هو المذهب لانه حكم فيما بينه وبين الله تعالى، فاذا كذب في الخبر به لم

وما كلمته قط وقد كانت بينهما مراسلة وممن قال لا يحنث بهذا الثوري وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعي في الجديد،واحتج اصحابنا بقول الله تعالى (وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) فاستثنى الرسول من التكلم والاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه ولانه موضوع لافهام الآدميين أشبه الخطاب والصحيح ان هذا ليس بتكليم وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال في الآية الاخرى (آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزاً) والرمز ليس بتكليم لكن ان نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضي هجرانه حنث ولذلك قال أحمد الكتاب يجرى مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام فلم يجعله كلاماً انما قال هو بمنزلته في بعض الحالات إذا كان السبب يقتضي ذلك وان اطلق احتمل ان لايحنث لانه لم يكلمه واحتمل ان يحنث لان الغالب من الحالف بهذه اليمين قصد المواصلة فتتعلق يمينه بما يراد في الغالب

(فصل) وان اشار اليه ففيه وجهان (أحدهما) يحنث قاله القاضي لانه ليس بكلامه قال الله تعالى لمريم عليها السلام (فقولي إني نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم إنسيا ــ الى قوله ــ فاشارت اليه) وقال في زكريا (آيتك ان لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا ــ الى قوله ــ فخرج على قومه من المحراب فاوحى اليهم ان سبحوا بكرة وعشيا) ولان الكلام حروف وأصوات ولا يوجد في الاشارة ولان

يلزمه حكمه كما لو قال ماصليت وقد صلى ولو قال علي يمين ونوى الخبر فهي كالتي قبلها وان نوى القسم فقال ابو الخطاب هي يمين وهو قول أصحاب الرأي ، وقال الشافعي ليس بيمين لانه لم يأت باسم الله تعالى المعظم ولا صفته فلم يكن يمينا كما لو قال حلفت وهذا أصح إن شاء الله فان هذه ليست صيغة اليمين والقسم وانما هي صيغة الخبر فلا يكون بها حالفا وان قدر ثبوت حكمها لزمه أقل مايتناوله الاسم وهو يمين ما وليست كل يمين موجبة للكفارة فلا يلزمه شيء ووجه الاول أنه كناية عن اليمين وقد نوى بها اليمين فتكون يمينا كالصريح.

(فصل) وإذا حلف على ترك شيء او حرمه لم يصر محرما، وقال ابو حنيفة يصير محرما لقول الله تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك ؟) وقوله (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) ولان الحنث يتضمن هتك حرمة الاسم المعظم فيكون حراما ولانه إذا حرمه فقد حرم الحلال فيحرم كما لو حرم زوجته

ولنا انه إذا أراد التكفير فله فعل المحلوف عليه وحل فعله مع كونه محرما تناقض وتضاد والعجب أن أبا حنيفة لايجوز التكفير إلا بعد الحنث ، وقد فرض الله تعالى تحلة اليمين فعلى قوله يلزم كون المحرم مفروضا او من ضرورة المفروض لانه لايصل إلى التحلة إلا بفعل المحلوف عليه وهو عنده محرم وهذا غير جائز ولانه لو كان محرما لوجب تقديم الكفارة عليه كالظهار ولان النبي ﷺ قال « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » فأمر بفعل المحلوف عليه ولو كان محرما لم يأمره به ولسماه خيراً والمحرم ليس بخير وأما الآية فانما أراد بها قوله هو علي حرام او منع نفسه منه وذلك يسمى تحريما قال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) وقال (وحرموا مارزقهم الله) ولم يثبت فيه التحريم حقيقة ولا شرعا

الكلام شيء مسموع وتبطل به الصلاة قال النبي ﷺ « ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » والاشارة خلاف هذا ، فان قيل فقد قال الله تعالى (آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً) قلنا هذا استثناء من غير الجنس بدليل ما ذكرنا ولصحة نفيه عنه فيقال ما كلمه وإنما أشار اليه .

(فصل) فان ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث نص عليه أحمد فانه سئل عن رجل حلف ان لايكلم انسانا فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال يحنث وهذا لكون ذلك يسمى تكليما يقال كلمته فلم يسمع

(فصل) وان سلم على المحلوف عليه حنث لان السلام كلام تبطل به الصلاة فحنث به كغيره من الكلام

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يكلمه حينا فذلك ستة أشهر نص عليه)

وجملة ذلك انه إذا حلف لايكلمه حيناً فقيد ذلك بلفظه أو نيته بزمن تقيد به وان اطلق انصرف

﴿ كتاب الكفارات ﴾

الاصل في كفارة اليمين الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم) الآية ، وأما السنة فقول النبي ﷺ « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » في اخبار سوى هذا ، وأجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن وجبت عليه بالحنث كفارة يمين فهو مخير ان شاء أطعم عشرة مساكين مسلمين أحرارا كبارا كانوا أو صغارا إذا أكلوا الطعام)

اجمع اهل العلم على أن الحانث في يمينه بالخيار ان شاء اطعم وان شاء كسا وان شاء أعتق أي ذلك فعل اجزأه لان الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف او وهو للتخيير . قال ابن عباس ما كان في كتاب الله [أو] فهو مخير فيه وما كان [فمن لم يجد] فالاول الاول ذكره الامام احمد في التفسير والواجب في الاطعام اطعام عشرة مساكين لنص الله تعالى على عددهم الا أن لا يجد عشرة مساكين فيأتي ذكره ان شاء الله تعالى ، ويعتبر في المدفوع اليهم اربعة اوصاف أن يكونوا مساكين وهم الصنفان اللذان تدفع اليهم الزكاة المذكوران في اول اصنافهم في قوله تعالى (انما

الى ستة أشهر روي ذلك عن ابن عباس وبه قال أصحاب الرأي وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقوله تعالى (تؤتي أكلها كل حين باذن ربها) اي كل عام وقال الشافعي وأبو ثور ليس هو مقدراً ويبر بادنى زمن لان الحين اسم مبهم يقع على الكثير والقليل، قال الله تعالى (ولتعلمن نبأه بعد حين) قيل اراد يوم القيامة، وقال (هل أتى على الانسان حين من الدهر ؟ ـ وقال ـ فذرهم في غمرتهم حتى حين ـ وقال ـ حين تمسون وحين تصبحون) ويقال جئت منذ حين وإن كان اتاه من ساعة

ولنا ان الحين المطلق في كلام الله تعالى اقله ستة اشهر قال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد في قوله تعالى (تؤتي أكلها كل حين باذن ربها) إنه ستة أشهر فيحمل مطلق كلام الآدمي على مطلق كلام الله تعالى ولانه قول ابن عباس ولا نعلم له في الصحابة مخالفاً وما استشهدوا به من المطلق في كلام الله تعالى فما ذكرناه أقله فيحمل عليه لانه اليقين

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال زمناً أو دهراً أو بعيداً أو ملياً أو الزمان رجع الى أقل مايتناوله اللفظ)
وكذلك وقتاً أو طويلا أو بعيداً أو قريبا في قول أبي الخطاب وهو مذهب الشافعي لان هذه الاشياء لاحد لها في اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على أقل ما تناوله اسمه وقد يكون القريب بعيداً بالنسبة الى ماهو أقرب منه أو قريباً بالنسبة الى ماهو أبعد منه ولا يجوز التحديد بالتحكم

الصدقات للفقراء والمساكين) والفقراء مساكين وزيادة لكون الفقير اشد حاجة من المسكين على ما بيناه ولان الفقر والمسكنة في غير الزكاة شيء واحد لانهما جميعاً اسم للحاجة إلى ما لا بد منه في الكفاية ولذلك لو وصى للفقراء او وقف عليهم او للمساكين لكان ذلك لهم جميعاً، وانما جعلا صنفين في في الزكاة وفرق بينهما لان الله تعالى ذكر الصنفين جميعاً باسمين فاحتيج الى التفريق بينهما، فأما في غير الزكاة فكل واحد من الاسمين يعبر به عن الصنفين لان جهة استحقاقهم واحدة وهي الحاجة الى ما تتم به الكفاية، ولا يجوز صرفها الى غيرهم سواء كان من اصناف الزكاة او لم يكن لان الله تعالى أمر بها للمساكين وخصهم بها فلا تدفع الى غيرهم ولان القدر المدفوع الى كل واحد من الكفارة قدر يسير يراد به دفع حاجة يومه في مؤنته وغيرهم من الاصناف لا تندفع حاجتهم بهذا لكثرة حاجتهم واذا صرفوا ما يأخذونه في حاجتهم صرفوه الى غير ما شرع له

(الثاني) ان يكونوا أحراراً فلا يجزىء دفعها الى عبد ولا مكاتب ولا ام ولد وبهذا قال مالك والشافعي واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها الى مكاتب نفسه وغيره . وقال أبو الخطاب : يتخرج جواز دفعها اليه بناء على جواز اعتاقه في كفارته لانه يأخذ من الزكاة لحاجته أشبه المسكين

ولنا ان الله تعالى عده صنفا في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لان حاجته غير جنس حاجتهم فدل على أنه ليس بمسكين والكفارة انما هي للمساكين بدليل الآية ولان المسكين

وانما يصار اليه بالتوقيف ولا توقيف ههنا فيجب حمله على اليقين وهو أقل ما تناوله الاسم وقال ابن أبي موسى الزمان ثلاثة أشهر وقيل هو كالابد والدهر وهو اقيس لانه بالالف واللام فهو على معناهما وقال طلحة العاقولي :الحين والعمر والزمان واحد لانهم لا يفرقون في العادة بينها والناس يقصدون بذلك البعيد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف،ودهر يحتمل أنه كالحين أيضاً لهذا المعنى وقال في بعيد وطويل وملي هو على أكثر من شهر وهذا قول أبي حنيفة لان ذلك ضد القليل فلا يجوز حمله على ضده

﴿مسئلة﴾ (وان قال عمرا احتمل أنه كذلك واحتمل أن يكون أربعين عاما)

واحتمل ان يكون كالحين وهو قول طلحة العاقولي واحتمل ان يكون أربعين عاماً لقول الله تعالى (فقد لبثت فيكم عمرا من قبله) وكان ذلك أربعين سنة فيجب حمل الكلام عليه ولان العمر في الغالب لا يكون الا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك وهذا قول حسن قاله شيخنا وقال القاضي هذه الالفاظ كلها مثل الحين قياساً الا بعيداً ومليا فانه على أكثر من شهر لانه يقتضي البعيد

﴿مسئلة﴾ (وان قال الابد والدهر فذلك على الزمان كله)

لان الالف واللام للاستغراق تقتضي الدهر كله وكذلك الزمان في الصحيح وقد ذكرناه

يدفع اليه لتتم كفايته والمكاتب انما يأخذ لفكاك رقبته أما كفايته فانها حاصلة بكسبه وماله فان لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع اليه واستغنى بانفاقه وخالف الزكاة فانها تصرف الى الغني والكفارة بخلافها .

(الثالث) ان يكونوا مسلمين فلا يجوز صرفها الى كافر ذمياً كان أوحربياً وبذلك قال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق وابوعبيد وقال ابوثور واصحاب الرأي يجوز دفعها الى الذمي لدخوله في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولانه مسكين من اهل دار الاسلام فأجزأ الدفع اليه من الكفارة كالمسلم وروي نحوهذا عن الشعبي وخرجه ابو الخطاب وجها في المذهب بناء على جواز اعتاقه في الكفارة وقال الثوري يعطيهم ان لم يجد غيرهم

ولنا انهم كفار فلم يجز اعطاؤهم كمستأمني اهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس

(الرابع) ان يكونوا قد اكلوا الطعام فان كان طفلا لم يطعم لم يجز الدفع اليه في ظاهر كلام الخرقي وقول القاضي وهوظاهر قول مالك فانه قال يجوز الدفع الى الفطيم وهوإحدى الروايتين عن احمد (والرواية الثانية) يجوز دفعها الى الصغير الذي لم يطعم ويقبض للصغير وليه وهو الذي ذكره ابو الخطاب في المذهب وهو مذهب الشافعي واصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لانه حر مسلم محتاج فاشبه الكبير ولان أكله للكفارة ليس بشرط وهذا يصرف الكفارة الى ما يحتاج اليه مما تتم به كفايته فاشبه الكبير.

﴿مسئله﴾ (والحقب ثمانون عاماً وقال مالك أربعون يوماً)

لان ذلك يروى عن ابن عباس وقال القاضي وأصحاب الشافعي هو أدنى زمان لانه لم ينقل عن أهل اللغة فيه تقدير

ولنا ماروي عن ابن عباس أنه قال في تفسير قوله تعالى (لابثين فيها أحقابا) الحقب ثمانون سنة وماذكره القاضي وأصحاب الشافعي لايصح لان قول ابن عباس حجة لان ماذكروه يفضي إلى حمل كلام الله تعالى (لابثين فيها أحقابا - وقول موسى - أو أمضي حقبا) الى اللكنة لانه أخرج ذلك مخرج التكثير فاذا صار معنى ذلك لابثين فيها ساعات أولحظات أو أمضي لحظات أوساعات صار مقتضى ذلك التقليل وهوضد ما أراد الله تعالى بكلامه وضد المفهوم منه ولم يذكره أحد من المفسرين فيما نعلم فلايجوز تفسير الحقب به

﴿مسئلة﴾ والشهور اثنا عشر عند القاضي وعند أبي الخطاب ثلاثة كالأشهر)

أما الاشهر فهي ثلاثة لانها أقل الجمع وأما الشهور فاختار أبو الخطاب أنها ثلاثة أيضاً لذلك ولأن جمع الكثرة يستعمل بمعنى القلة كقوله تعالى (ثلاثة قروء) وقال القاضي وغيره هي اثنا عشر شهراً ولان الشهور جمع الكثرة وأقله عشرة فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة

﴿مسئلة﴾ (والايام ثلاثة) لانها أقل الجمع قال الله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) وهي أيام التشريق)

ولنا قوله تعالى (فاطعام عشرة مساكين) وهذا يقتضي أكلهم له فاذا لم تعتبر حقيقة أكله اعتبر امكانه ومظنته ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل ولانه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة ولم يتعين الاطعام وهذا يقيد ماذكروه فاذا اجتمعت هذه الاوصاف الأربعة في واحد جاز الدفع اليه سواء كان صغيراً أو كبيراً محجوراً عليه أوغير محجور عليه إلا ان من لاحجر عليه يقبض لنفسه أويقبض له وكيله والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه

(مسئلة) قال (لكل مسكين مد من حنطة أو دقيق أو رطلان خبزا أو مدان تمراً أو شعيرا)

اما مقدار مايعطى كل مسكين وجنسه فقد ذكرناه في باب الظهار ونص الخرقي على انه يجزئ الدقيق والخبز ونص احمد عليه أيضا وروي عنه لايجزئ الخبز، وهو قول مالك والشافعي وقال لا يجزئ دقيق ولا سويق لانه خرج عن حالة الكمال والادخار ولا يجزئ في الزكاة فلم يجزىء في الكفارة كالقيمة.

ولنا قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم او كسوتهم) وهذا قد أطعمهم من اوسط مايطعم اهله فوجب ان يجزئه روى الامام احمد في كتاب التفسير باسناده عن ابن عمر (من اوسط ماتطعمون أهليكم) قال الخبز واللبن

(فصل) وان حلف لا يتكلم ثلاث ليال أو ثلاثة أيام لم يكن له ان يتكلم في الايام التي بين الليالي ولا في الليالي التي بين الايام الا ان ينوي قال الله تعالى (آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزاً) وفي موضع آخر ثلاث ليال سوياً فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعاً وقال تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر) فدخل فيه الليل والنهار

(مسئلة) (وان حلف لايدخل باب هذه الدار فحول ودخله حنث)

إذا حلف لا يدخل هذه الدار من بابها فدخلها من غير الباب لم يحنث لان يمينه لم تتناول غير الباب ويتخرج ان يحنث اذا أراد بيمينه اجتناب الدار ولم يكن الباب سبب هيج يمينه كما لو حلف لا يأوي مع زوجته في دار فاوى معها في غيرها وان حول بابها الى مكان آخر فدخل منه حنث لانه دخلها من بابها وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي. وان حلف لادخلت من باب هذه الدار فكذلك وان جعل لها باب آخر مع بقاء الاول فدخل منه حنث لانه دخل من باب الدار وان قلع الباب ونصب في دار أخرى وبقي الممر حنث بدخوله ولم يحنث بالدخول من الموضع الذي نصب فيه الباب لان الدخول في الممر لا من المصراع

(مسئلة) (وان حلف لايكلمه الى حين الحصاد انتهت يمينه باوله)

وفي رواية عنه قال (من اوسط ماتطعمون أهليكم) الخبز والتمر والخبز والزيت والخبز والسمن، وقال أبو رزين (من أوسط ماتطعمون اهليكم) خبز وزيت وخل وقال الاسود بن يزيد الخبز والتمر وعن علي الخبز والتمر الخبز والسمن الخبز واللحم وعن ابن سيرين قال كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم وأوسطه الخبز والسمن وأخسه الخبز والتمر وقال عبيدة الخبز والزيت وسأل رجل شريحا ما أوسط طعام أهلي؟ فقال شريح ان الخبز والخل والزيت لطيب فقال له رجل أفرأيت الخبز واللحم؟ قال ارفع طعام اهلك وطعام الناس، وعن علي والحسن والشعبي وقتادة ومالك وأبي ثور يغديهم أو يعشيهم وهذا اتفاق على تفسير مافي الآية بالخبز ولانه اطعم المساكين من اوسط طعام أهله فاجزأه كما لو أعطاه حبا ويفارق الزكاة من وجهين:

(أحدهما) أن الواجب عليه عشر الحب وعشر الحب حب فاعتبر الواجب وههنا الواجب الاطعام والخبز اقرب اليه

(والثاني) ان دفع الزكاة يراد للاقتيات في جميع العام فيحتاج الى ادخاره فاعتبر ان يكون على صفة تمكن من ادخاره عاما والكفارة تراد لدفع حاجة يومه ولهذا تقدرت بما الغالب انه يكفيه ليومه والخبز اقرب إلى ذلك لانه قد كفاه مؤنة طحنه وخبزه. إذا تقرر هذا فانه ان أعطى المسكين رطلي خبز بالعراقي أجزأه لانه لايكون من اقل من مد، وقدر ذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم خمس أواق وسبع أوقية. وان طحن مداً وخبزه أجزأه نص عليه أحمد وكذلك اذا دفع دقيق المد الى المسكين

لان الى لانتهاء الغاية فتنتهي عند أول الغاية كقوله سبحانه (ثم اتموا الصيام الى الليل) ويحتمل ان تتناول جميع مدته لان الى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (ويزدكم قوة الى قوتكم - وقوله - ولا تأكلوا أموالهم الى اموالكم - وقوله - وأيديكم الى المرافق)

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لامال له وله مال غير زكوي أو دين على الناس حنث)

اذا حلف لايملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالا سواء كان من الأثمان أو غيرها من العقار والاثاث والحيوان وبهذا قال الشافعي وعن أحمد انه اذا نذر الصدقة بجميع ماله انما يتناول نذره الصامت من ماله ذكرها ابن أبي موسى لان اطلاق المال ينصرف اليه وقال أبو حنيفة لايحنث إلا ان يملك مالا زكويا استحسانا لان الله تعالى قال (وفي أموالهم حق للسائل والمحروم) فلايتناول الا الزكوي

ولنا ان غير الزكوية أموال قال الله تعالى (أن تبتغوا باموالكم) وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها وقال أبو طلحة للنبي ﷺ ان أحب أموالي الي بيرحا يريد حديقة وقال عمر أصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط هو انفس عندي منه وقال أبو قتادة اشتريت مخرفا فكان اول مال تأثلته وفي حديث آخر «المال سكة مأثورة أو مهرة مأمورة» ويقال خير المال عين خرارة في ارض خوارة ولانه يسمى مالا فحنث به كالزكوي واما قوله تعالى (وفي اموالهم حق) فالحق ههنا غير الزكاة لان هذه الآية

اجزأه وإن دفع الدقيق من غير تقدير حنطته فقال احمد يجزئه بالوزن رطل وثلث ولا يجزئه اخراج مد دقيق بالكيل لانه يروع بالطحن فحصل في مد دقيق الحب اقل من مد الحب وان زاد في الدقيق عن مد بحيث يعلم انه قدر مد حنطة جاز وقول الخرقي في مد من دقيق يحتمل انه اراد اخراجه بالوزن كما ذكر احمد ، ويحتمل انه اراد مداً من الحنطة طحنه ثم اخرج دقيقه ، ويحتمل انه اراد اخراج ما يعلم ان حبه مد لما ذكرنا ، ويجب ان يحمل قوله في الدقيق والخبز على دقيق الحنطة وخبزها فان اعطى من الشعير لم يجزئه الا ضعف ذلك كما لا يجزىء من حبها الا ضعف ما يجزىء من حب البر

(فصل) والافضل اخراج الحب لان فيه خروجا من الخلاف . قال أحمد التمر اعجب الي والدقيق ضعيف والتمر احب الي ويحتمل ان يكون اخراج الخبز افضل لانه انفع للمسكين وأقل كلفة واقرب الى حصول المقصود منه بغنيته والظاهر ان المسكين يأكله ويستغني به في يومه ذلك والحب يعجز عن طحنه وعجنه فالظاهر انه يحتاج الى بيعه ثم يشتري بثمنه خبزا فيتكلف حمل كلفة البيع والشراء وغبن البائع والمشتري له وتأخر حصول النفع به وربما لم يحصل له بثمنه من الخبز ما يكفيه ليومه فيفوت المقصود مع حصول الضرر

(فصل) ويجب ان يكون المخرج في الكفارة سالماً من العيب ولا يكون الحب مسوساً ولا

مكية نزلت قبل فرض الزكاة لان الزكاة انما فرضت بالمدينة ثم لو كان لحق الزكاة فلا حجة فيها فان الحق اذا كان في بعض المال كان في المال كما ان من هو في بيت في بلدة فهو في البيت وفي البلدة قال الله تعالى (وفي السماء رزقكم وما توعدون) ولا يلزم ان يكون في جميع اقطارها ، ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه فان ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه وان كان له دين حنث وهكذا ذكره ابو الخطاب وهو قول الشافعي وقال ابو حنيفة لا يحنث لانه لا ينتفع به

ولنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح اخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو في ذمته والتوكيل في استيفائه فحنث به كالمودع

(فصل) وان كان له مال مغصوب حنث لانه باق على ملكه وان كان له مال ضائع ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لان الاصل بقاؤه على ملكه (والثاني) لا يحنث لانه لا يعلم بقاؤه فان ضاع على وجه قد أيس من عوده كالذي سقط في بحر لم يحنث لان وجوده كعدمه ، ويحتمل ان لا يحنث في كل موضع لا يقدر على أخذ ماله كالمجحود والمغصوب والدين على غير مليء لانه لا نفع فيه وحكمه حكم المعدوم في جواز الاخذ من الزكاة وانتفاء وجوب ادائها عنه وان تزوج لم يحنث لان ما ملكه ليس بمال وكذلك ان وجب له حق شفعة لانه لم يثبت له الملك به وان استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لانه لا يسمى مالكا لمال

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لا يفعل شيئاً فوكل من يفعله حنث الا ان ينوي)

متغيراً طعمه ولا فيه زؤان أو تراب يحتاج الى تنقية وكذلك دقيقه وخبزه لانه مخرج في حق الله تعالى عما وجب في الذمة فلم يجز ان يكون معيباً كالشاة في الزكاة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقاً لم يجزه)

وجملته انه لا يجزىء في الكفارة اخراج قيمة الطعام ولا الكسوة في قول امامنا ومالك والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر قول من سمينا قولهم في تفسير الآية في المسئلة التي قبلها وهو ظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعي، وأجازه الاوزاعي وأصحاب الرأي لأن المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بالقيمة

ولنا قول الله تعالى (فاطعام عشرة مساكين من اوسط ماتطعمون اهليكم أو كسوتهم) هذا ظاهر في عين الطعام والكسوة فلا يحصل التكفير بغيره لانه لم يؤد الواجب إذا لم يؤد ما امره الله بادائه ولان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ولو جازت القيمة لم ينحصر التخيير في الثلاثة ولانه لو اريدت القيمة لم يكن للتخيير معنى لان قيمة الطعام ان ساوت قيمة الكسوة فهما شيء واحد فكيف يخير بينهما؟ وإن زادت قيمة احدهما على الآخر فكيف يخير بين شيء وبعضه؟ ثم ينبغي انه إذا اعطاه في الكسوة ما يساوي اطعامه ان يجزئه وهو خلاف الآية وكذلك لو غلت قيمة الطعام فصار نصف المد يساوي كسوة المسكين ينبغي ان يجزئه نصف المد وهوخلاف الآية ولانه أحد ما

لان الفعل ينسب الى الموكل كما ينسب الى الوكيل فيحنث به كما لوحلف لايحلق رأسه فامر من يحلقه فانه يحنث لان الفعل منسوب اليه ولذلك تجب الفدية على من حلق رأسه باذنه في الاحرام وان كانت نيته ان لايباشر بنفسه لم يحنث لان الايمان مبناها على النية

(فصل) فاما الاسماء العرفية فهي اسماء اشتهر مجازها حتى غلب على الحقيقة كالراوية والظعينة والدابة والغائط والعذرة ونحوها فيتعلق اليمين بالعرف دون الحقيقة لان الحقيقة صارت فيها مغمورة لايعرفها أكثر الناس كالراوية المزادة في العرف وفي الحقيقة الجمل الذي يستقى عليه، والغائط والعذرة في العرف للخارج المستقذر وفي الحقيقة الغائط المكان المطمئن والعذرة فناء الدار، والظعينة في العرف المرأة وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها والدابة في الحقيقة لكل مايدب قال الله تعالى (والله خلق كل دابة من ماء فمنهم من يمشي على بطنه ومنهم من يمشي على رجلين ومنهم من يمشي على اربع) وفي العرف اسم للبغال والخيل والحمير فلهذا قلنا اليمين تنصرف الى العرف دون الحقيقة لانه يعلم أن الحالف لايريد غيره فصار كالمصرح به

﴿مسئلة﴾ (وان حلف على وطء امرأة تعلقت يمينه بجماعها)

لانه الذي يصرف اللفظ في العرف إليه وكذلك اذا حلف على وطء زوجته صار مؤليا منها

يكفر به فتعين ما ورد به النص كالعتق او فلا تجزىء فيه القيمة كالعتق، فعلى هذا لو أعطاهم أضعاف قيمة الطعام لا يجزئه لانه لم يؤد الواجب فلا يخرج عن عهدته

(مسئلة) قال (ويعطي من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ولا نعلم فيه مخالفا ولان الكفارة حق مال يجب لله تعالى فجرى مجرى الزكاة فيمن يدفع اليه من اقاربه ومن لا يدفع اليه وقد سبق ذلك في باب الزكاة

(فصل) وكل من يمنع الزكاة من الغني والكافر والرقيق يمنع اخذ الكفارة وهل يمنع منها بنو هاشم ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يمنعون منها لانها صدقة واجبة فمنعوا منها لقول النبي ﷺ « انا لا تحل لنا الصدقة » وقياساً على الزكاة (والثاني) لا يمنعون لانها لم تجب باصل الشرع فاشبهت صدقة التطوع

(مسئلة) قال (ومن لم يصب الا مسكينا واحدا ردد عليه في كل يوم تتمة عشرة أيام)

وجملته ان المكفر لا يخلو من ان يجد المساكين بكمال عددهم او لا يجدهم فان وجدهم لم يجزئه اطعام اقل من عشرة في كفارة اليمين ولا اقل من ستين في كفارة الظهار وكفارة الجماع في رمضان وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وأجاز الاوزاعي دفعها الى واحد وقال ابو عبيد ان خص

(مسئلة) (وان حلف على وطء دار تعلقت يمينه بدخولها راكبا أو ماشيا أو حافيا أو منتعلا)

لان هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فيحمل اليمين عليه باطلاقه كلفظ الراوية والدابة وغيرهما

(مسئلة) (وان حلف لا يشم الريحان فشم الورد والبنفسج والياسمين او لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما أو ماء الورد فالقياس انه لا يحنث وقال بعض أصحابنا يحنث)

اذا حلف لا يشم الريحان فانه في العرف اسم يختص الريحان الفارسي وفي الحقيقة اسم لكل نبت أو زهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والنرجس وقال القاضي لا يحنث الا بشم الريحان الفارسي وهو مذهب الشافعي لان الحالف لا يريد بيمينه في الظاهر سواه وقال أبو الخطاب يحنث بشم ما يسمى في الحقيقة ريحانا ولا يحنث بشم الفاكهة وجهاً واحداً وان حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجاً فشم دهنهما أو ماء الورد فقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي لانه لم يشم ورداً ولا بنفسجاً وقال أبو الخطاب يحنث لان الشم انما هو للرائحة دون الذات ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما

بها اهل بيت شديدي الحاجة جاز بدليل ان النبي ﷺ قال للمجامع في رمضان حين اخبره بشدة حاجته وحاجة أهله « أطعمه عيالك » ولانه دفع حق الله تعالى الى من هو من اهل الاستحقاق فأجزأه كما لو دفع زكاته الى واحد ، وقال اصحاب الرأي يجوز ان يرددها على مسكين واحد في عشرة أيام ان كانت كفارة يمين او في ستين ان كان الواجب اطعام ستين مسكيناً ولا يجوز دفعها اليه في يوم واحد ، وحكاه أبو الخطاب رواية عن احمد لانه في كل يوم قد أطعم مسكيناً ما يجب للمسكين فأجزأ كما لو أعطى غيره ولانه لو اطعم هذا المسكين من كفارة أخرى اجزأه فكذلك اذا أطعمه من هذه الكفارة

ولنا قول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) ومن أطعم واحداً فما اطعم عشرة فما امتثل الامر فلا يجزئه ولان الله تعالى جعل كفارته اطعام عشرة مساكين فاذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة ولان من لم يجز الدفع اليه في اليوم الاول لم يجز في اليوم الثاني مع اتفاق الحال كالولد فاما الواقع على أهله فانما أسقط الله تعالى الكفارة عنه لعجزه عنها فانه لا خلاف في أن الانسان لا يأكل كفارة نفسه ولا يطعمها عائلته وقد أمر بذلك

(الحال الثاني) العاجز عن عدد المساكين كلهم فانه يردد على الموجودين منهم في كل يوم حتى تتم عشرة فان لم يجد إلا واحداً ردد عليه تتمة عشرة أيام وان وجد اثنين ردد عليهما خمسة أيام وعلى هذا ونحو هذا قال الثوري وهو اختيار أكثر الاصحاب وعن احمد رواية أخرى لا يجزئه إلا كمال العدد وهو مذهب مالك والشافعي لما ذكرنا في حال القدرة

وقال أبو حنيفة يحنث بشم دهن البنفسج لانه يسمى ورداً والاول أقرب الى الصحة ان شاء الله تعالى فان شم الورد والبنفسج اليابس حنث وقال بعض اصحاب الشافعي لا يحنث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل تمراً

ولنا ان هذا اسمه وحقيقته باقية فيحنث به كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل قديداً وفارق ما ذكروه فان التمر ليس برطب ولا يسمى رطبا

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً حنث عند الخرقي ولم يحنث عند ابن أبي موسى)

اذا حلف لا يأكل لحماً ولم يرد لحماً بعينه فأكل من الانعام أو الصيد أو الطير حنث في قول عامة علماء الامصار وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله وبهذا قال قتادة والثوري ومالك وأبو يوسف وقال ابن أبي موسى في الارشاد لا يحنث الا ان ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لانه لا ينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلا في شراء اللحم فاشترى له سمكا لم يلزمه ويصح ان ينفي عنه الاسم فيقول ما أكلت لحماً انما أكلت سمكا فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق كما

ولنا أن ترديد الاطعام في عشرة أيام في معنى اطعام عشرة لانه يدفع الحاجة في عشرة أيام فأشبه مالو أطعم في كل يوم واحدا والشيء بمعناه يقوم مقامه بصورته عند تعذرها ولهذا شرعت الابدال لقيامها مقام المبدلات في المعنى ولا يجتزأ بها مع القدرة على المبدلات كذا ههنا

(فصل) وان أطعم كل يوم مسكينا حتى أكل العشرة أجزأه بلا خلاف نعلمه لان الواجب اطعام عشرة مساكين ، وقد أطعمهم وان دفعها الى من يظنه مسكينا فبان غنيا ففي ذلك وجهان بناء على الروايتين في دفع الزكاة اليه

(أحدهما) لايجزئه وهو قول الشافعي وأبي يوسف وابي ثور وابن المنذر لانه لم يطعم المساكين فلم يجزئه كما لو علم

(والثاني) يجزئه وهو قول ابي حنيفة ومحمد لانه دفعها الى من يظنه مسكينا وظاهره المسكنة فأجزأه كما لو لم يعلم حاله وهذا لان الفقر يخفى وتشق معرفة حقيقته قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لايستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) فوجب أن يكتفى بظهوره وظنه وكذلك لما سأل الرجلان النبي ﷺ من الصدقة قال « ان شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب » وان بان كافراً او عبداً لم يجزئه وجها واحداً كقولنا في الزكاة لان ذلك لايكاد يخفى وليس هو في مظنة الخفاء فان كان الدافع الامام فأخطأ في الفقر لم يضمن ، وان أخطأ في الحرية والاسلام فهل يضمن ؟ على الوجهين بناء على خطئه في الحد

(فصل) اذا أطعم مسكينا في يوم واحد من كفارتين ففيه وجهان

لو حلف لاقعدت تحت سقف فانه لايحنث بقعوده تحت السماء وقد سماه الله سقفا محفوظاً لانه مجاز كذا ههنا

ولنا قول الله تعالى (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طريا) ولانه من جسم حيوان ويسمى لحما فحنث بأكله كلحم الطير وما ذكروه يبطل بلحم الطائر ، وأما السماء فان الحالف لايقعد تحت سقف لايمكنه التحرز من القعود تحتها فيعلم انه لم يردها بيمينه ولان التسمية ثم مجاز وههنا حقيقة لكونه من جسم حيوان يصلح للاكل فكان الاسم فيه حقيقة كلحم الطير حيث قال الله تعالى (ولحم طير مما يشتهون) .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايأكل رأساً ولا بيضاً حنث بأكل رءوس الطير والسمك والجراد عند القاضي وعند أبي الخطاب لايحنث الا بأكل رأس كل حيوان جرت العادة بأكله منفرداً أو بيض بزايل بائضه في حال الحياة)

اذا حلف لايأكل رأسا فانه يحنث بأكل رأس كل حيوان من الابل والصيود والحيتان والجراد ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لايحنث الا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للاكل منفرداً

(أحدهما) يجزئه لانه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين فأجزأه كما لو أطعمه في يومين ولان من جاز له أن يأخذ من اثنين جاز أن يأخذ من واحد كالقدر الذي يجوز له أخذه من الزكاة

(والثاني) لايجزئه الا عن واحد وهو قول أبي حنيفة وابي يوسف لانه أعطى مسكينا في يوم طعام اثنين فلم يجزئه الا عن واحد كما لو كان في كفارة واحدة ، وان أطعم اثنين من كفارتين في يوم واحد جاز ولا نعلم في جوازه خلافا وكذلك ان أطعم واحداً من كفارتين في يومين جاز أيضاً بغير خلاف نعلمه ، فلو كان على واحد عشر كفارات وعنده عشرة مساكين يطعمهم كل يوم كفارة يفرقها عليهم جاز لانه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته ، وبيان أنه أتى بما أمر انه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين من أوسط مايطعم أهله ، والحكم في الكسوة كالحكم في الطعام على مافصلناه

﴿مسئلة﴾ قال (وان شاء كسا عشرة مساكين للرجل ثوب يجزئه أن يصلي فيه وللمرأة درع وخمار)

لاخلاف في أن الكسوة أحد أصناف كفارة اليمين لنص الله تعالى عليها في كتابه بقوله تعالى (أو كسوتهم) ولا تدخل في كفارة غير كفارة اليمين ولا يجزئه أقل من كسوة عشرة لقول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ماتطعمون أهليكم او كسوتهم) وتتقدر الكسوة بما تجزيء الصلاة فيه ، فان كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وان كانت امرأة فدرع وخمار وبهذا قال مالك وممن قال لاتجزئه السراويل الاوزاعي وابو يوسف ، وقال ابراهيم ثوب جامع ، وقال

وقال الشافعي لايحنث الا بأكل رءوس بهيمة الانعام دون غيرها الا ان يكون ببلد تكثر فيه الصيود وتميز رءوسها فيحنث باكلها، وقال أبو حنيفة لايحنث بأكل رءوس الابل لان العادة لم تجر ببيعها للاكل منفردة وقال صاحباه لايحنث الا بأكل رءوس الغنم لانها التي تباع في الاسواق دون غيرها فيمينه تنصرف اليها، ووجه الاول ان هذه رءوس حقيقة وعرفاً وهي مأكولة فيحنث بأكلها كما لو حلف لايأكل لحما فأكل من لحم النعام والزرافة ومايندر وجوده وبيعه، وأما اذا حلف لايأكل بيضاً فيحنث بأكل بيض كل حيوان كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل كبيض النعام وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لايحنث بأكل بيض النعام وقال أبو ثور لايحنث إلا بأكل بيض الدجاج وما يباع في السوق

ولنا ان هذا كله بيض حقيقة وعرفا وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج ولانه لو حلف لايشرب ماء فشرب ماء البحر أو ماء نجسا أو لا يأكل خبزاً فأكل خبز الارز والذرة في مكان لايعتاد أكله فيه حنث ، فأما ان أكل بيض السمك والجراد فقال القاضي يحنث لانه بيض حيوان اشبه بيض النعام وقال أبو الخطاب لايحنث الا بأكل بيض يزايل بائضه حال الحياة وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وأكثر العلماء وهو الصحيح لأن هذا لايفهم من اطلاق

الحسن كل مسكين حلة ازار ورداء. قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأي يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة، وحكي عن الحسن قال تجزىء العمامة وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة، وقال الشافعي يجزىء أقل ما يقع عليه الاسم من سراويل او ازار اورداء او مقنعة او عمامة وفي القلنسوة وجهان. واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة فأجزأ كالذي تجوز الصلاة فيه

ولنا أن الكسوة أحد أنواع الكفارة فلم يجز فيه ما يقع عليه الاسم كالاطعام والاعتاق ولان التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة فلم يجز فيها أقل مما ذكرناه كالصلاة ولانه مصروف الى المساكين في الكفارة فيتقدر كالاطعام ولان اللابس مالايستر عورته انما يسمى عرياناً لامكتسيا وكذلك لابس السراويل وحده او مئزرا يسمى عرياناً فلا يجزئه لقول الله تعالى (او كسوتهم)

اذا ثبت هذا فانه اذا كسا امرأة أعطاها درعا وخمارا لانه أقل مايستر عورتها وتجزئها الصلاة فيه وان أعطاها ثوبا واسعاً يمكنها أن تستتر به بدنها ورأسها أجزأه ذلك، وان كسا الرجل أجزأه قميص او ثوب يمكنه أن يستر عورته ويجعل على عاتقه منه شيئاً أو ثوبين يأتزر باحدهما ويرتدي بالآخر ولا يجزئه مئزر وحده ولا سروال وحده لقول رسول الله ﷺ « لا يصلي أحدكم في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء »

(فصل) ويجوز أن يكسوهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر

اسم البيض ولا يذكر الا مضافا الى بائضه ولا يحنث بأكل شيء يسمى بيضاً غير بيض الحيوان ولاشيء يسمى رأسا غير رءوس الحيوان لان ذلك ليس برأس ولا بيض في الحقيقة

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماما أو بيت شعر أو أدم أو لايركب فركب سفينة حنث عند اصحابنا ويحتمل ان لايحنث)

وجملة ذلك انه اذا حلف لايدخل بيتا فدخل مسجداً أو حماما حنث نص عليه أحمد ويحتمل ان لايحنث وهو قول أكثر الفقهاء لانه لا يسمى بيتا في العرف والاول المذهب لأنهما بيتان حقيقة وقد سمى الله عزوجل المساجد بيوتا فقال (في بيوت اذن الله ان ترفع — وقال — ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا) وروي في حديث « المسجد بيت كل تقي » وروي في الحديث « بئس البيت الحمام » فاذا كان في الحقيقة بيتا وفي عرف الشرع حنث بدخوله كبيت الانسان وان دخل بيت شعر أو أدم حنث سواء كان الحالف حضريا أو بدويا فان اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا قال الله تعالى (والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الانعام بيوتا تستخفونها) وأما مالا يسمى في العرف بيتا كالخيمة فالاولى ان لايحنث بدخوله من لا يسميه بيتا لان يمينه لاتنصرف اليه وان دخل دهليز دار وصفتها لم يحنث وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة يحنث لان جميع الدار بيت

والوبر والخز والحرير لان الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين جنساً فأي جنس كساهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها ويجوز أن يكسوهم لبيساً او جديداً الا أن يكون مما قد بلي وذهبت منفعته لانه معيب فلا يجزىء كالحب المعيب والرقبة اذا بطلت منفعتها وسواء كان ماأعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ ، او خاما او مقصوراً لانه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها

(فصل) والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء إطعامهم لان الله تعالى قال (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم)فينصرف الضمير اليهم وقد تقدم الكلام في المساكين وأصنافهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن شاء اعتق رقبة مؤمنة قد صلت وصامت لأن الايمان قول وعمل وتكون سليمة ليس فيها نقص يضر بالعمل)

وجملته أن اعتاق الرقبة أحد خصال الكفارة بغير خلاف لنص الله تعالى عليه بقوله(أوتحرير رقبة مؤمنة) ويعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف

(أحدها) أن تكون مؤمنة في ظاهر المذهب وهو قول مالك والشافعي وابي عبيد . وعن احمد رواية أخرى أن الذمية تجزىء وهو قول عطاء وابي ثور وأصحاب الرأي لقول الله تعالى(فتحرير رقبة) وهذا مطلق فتدخل فيه الكافرة

ولنا انه لايسمى بيتا ولهذا يقال مادخل البيت وانما وقف في الصحن فان حلف لايركب فركب سفينة حنث وهو قول أبي الخطاب لانه ركوب قال الله تعالى (اركبوا فيها بسم الله مجريها) وقال (فاذا ركبوا في الفلك) ويحتمل ان لايحنث لانه لايسمى في العرف ركوبا .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايتكلم فقرأ أو سبح أو ذكر الله تعالى لم يحنث) .

إذا حلف لايتكلم فقرأ لم يحنث وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان قرأ في الصلاة لم يحنث وان قرأ خارجا منها حنث لانه يتكلم بكلام الله تعالى وان ذكر الله تعالى لم يحنث ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحنث ولانه كلام الله قال الله تعالى (والزمهم كلمة التقوى)وقال رسول الله ﷺ « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان حبيبتان الى الرحمن : سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم »

ولنا ان الـكلام في العرف لايطلق إلا على كلام الآدميين ، ولهذا لما قال النبي ﷺ « ان الله يحدث من أمره ماشاء وانه قد أحدث أن لاتتكلموا في الصلاة» لم يتناول المختلف فيه وقال زيد بن ارقم كنا نتكلم في الصلاة حتى نزل (وقوموا لله قانتين)فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الـكلام وقال الله تعالى (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) وقال (آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ـ واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشي والابكار) فأمره بالتسبيح مع قطع الـكلام عنه ولأن مالا

ولنا انه تحرير في كفارة فلا تجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما ان الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلم فناسب ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيلا لهذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الايمان فيها فيعلل بها ويتعدى ذلك الحكم الى كل تحرير في كفارة فيختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة وأما المطلق الذي احتجوا به فانه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) على المقيد في قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وان لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس

(الثاني) ان تكون قد صلت وصامت وهذا قول الشعبي ومالك واسحاق ، قال القاضي لا يجزىء من له دون السبع لانه لا تصح منه العبادات في ظاهر كلام احمد، وظاهر كلام الخرقي المعتبر الفعل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق منه الاتيان به بنيته وأركانه فانه يجزىء في الكفارة وإن كان صغيراً ولم يوجدا منه لم يجزىء في الكفارة وان كان كبيراً وقال ابو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة وهو قول الحسن وعطاء والزهري والشافعي وابن المنذر لان المراد بالايمان ههنا الاسلام بدليل اعتاق الفاسق قال الثوري المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الاحكام ولا ندري ماهم عند الله ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) والصبي محكوم باسلامه يرثه المسلمو ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين

يحنث به في الصلاة لا يحنث به خارجا منها كالاشارة وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح في الصلاة وذكر الله المشروع فيها وان استأذن عليه إنسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحنث ، لان هذا من القرآن فلا يحنث به ولذلك لا تبطل الصلاة به وان لم يقصد القرآن حنث لانه من كلام الناس .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يضرب امرأته فخنقها او نتف شعرها أو عضها حنث)

لانه يقصد ترك تأليمها وقد آلمها فاما ان عضها تلذذ ولم يقصد تاليمها لم يحنث وان حلف ليضربنها ففعل ذلك بر لوجود المقصود بالضرب .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليضربنه مائة سوط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر في يمينه).

وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال ابن حامد يبر ، لان احمد قال في المريض عليه الحد يضرب بعثكال النخل ويسقط عنه الحد ، وبهذا قال الشافعي إذا علم أنها مسته كلها وان علم انها لم تمسه كلها لم يبر وان شك لم يحنث في الحكم لان الله تعالى قال (فخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث) وقال النبي صلى الله عليه وسلم في المريض الذي زنى « خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة» ولانه ضرب بمائة سوط فبر في يمينه كما لو فرق الضرب.

ويغسل ويصلى عايه وإن سبي منفرداً عن أبويه أجزأه عتق، لانه محكوم باسلامه وكذلك إن سبي مع أحد أبويه ولو كان أحد أبوي الطفل مسلماً والآخر كافراً اجزأ اعتاقه لانه محكوم باسلامه، وقال القاضي في موضع يجزىء اعتاق الصغير في جميع الكفارات الا كفارة القتل فانها على روايتين

وقال ابراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء الا من صام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزىء، ونحو هذا قول الحسن، ووجه قول الخرقي أن الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فما لم تحصل الصلاة والصيام لم يحصل العمل

وقال مجاهد وعطاء في قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قال قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم وقال مكحول اذا ولد المولود فهو نسمة فاذا تقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلى فهو مؤمنة، ولان الطفل لا تصح منه عبادة لفقد التكليف فلم يجزىء في الكفارة كالمجنون ولان الصبا نقص يستحق به النفقة على القريب أشبه الزمانة، والقول الآخر أقرب الى الصحة ان شاء الله لان الايمان الاسلام وهو حاصل في حق الصغير، ويدل على هذا ان معاوية بن الحكم السلمي أتى النبي ﷺ بجارية فقال لها «أين الله؟» قالت في السماء، قال «من أنا؟» قالت انت رسول الله، قال «أعتقها فانها مؤمنة» رواه مسلم. وفي حديث عن ابي هريرة ان رجلا اتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يارسول الله ان علي رقبة فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله؟» فأشارت برأسها الى السماء، قال «من انا؟» فاشارت الى رسول الله والى السماء اي انت رسول الله قال «اعتقها» فحكم لها بالايمان بهذا القول

ولنا ان معنى يمينه أن يضربه مائة ضربة ولم يضربه إلا ضربة واحدة، والدليل على هذا أنه لو ضربه مائة ضربة بسوط بر بغير خلاف ولو عاد العدد إلى السوط لم يبر بالضرب بسوط واحد كما لو حلف ليضربنه بعشرة أسواط ولان السوط ههنا آلة أقيمت مقام المصدر وانتصب انتصابه لان معنى كلامه لاضربنه مائة ضربة بسوط وهذا هو المفهوم من يمينه والذي يقتضيه لغة فلا يبر بما يخالف ذلك، وأما ايوب عليه السلام فان الله تعالى أرخص له رفقا بامرأته ابرها به واحسانها اليه ليجمع له بين بره في يمينه ورفقه بامرأته ولذلك امتن عليه بهذا وذكره في جملة ما من به عليه من معافاته من بلائه واخراج الماء له فيختص هذا به كاختصاصه بما ذكر معه ولو كان هذا الحكم عاما بكل أحد لما خص ايوب بالمنة عليه، وكذلك المريض الذي يخاف تلفه ارخص له بذلك في الحد دون غيره وإذا لم يتعده هذا الحكم في الحد الذي ورد النص به فيه فلأن لا يتعداه إلى اليمين أولى ولو خص بالبر من له عذر يبيح العدول في الحد إلى الضرب بالعثكال لكان له وجه اما بعد تعديته إلى غيره فبعيد جداً.

[فصل] ولو حلف ان يضربه بعشرة اسواط فجمعها فضربه بها بر لانه قد فعل ماحلف عليه وان حلف ليضربنه عشر ضربات فكذلك إلا وجهاً لأصحاب الشافعي انه يبر وليس بصحيح لان

(فصل) ولا يجزىء اعتاق الجنين في قول أكثر اهل العلم وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال ابو ثور يجزىء لانه آدمي مملوك فصح اعتاقه عن الرقبة كالمولود

ولنا أنه لم تثبت له أحكام الدنيا بعد فانه لا يملك بالارث والوصية ولا يشترطلها كونه آدميا لكونه ثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال

(الثالث) ان لا يكون بها نقص يضر بالعمل وقد شرحنا ذلك في الظهار ويجزىء الصبي وان كان عاجزاً عن العمل لان ذلك ماض الى زوال وصاحبه سائر الى الكمال ولا يجزىء المجنون لان نقصه لا غاية لزواله معلومة فأشبه الزمن

(فصل) وان أعتق غائباً تعلم حياته وتجيء أخباره صح وأجزأه عن الكفارة كالحاضر، وان شك في حياته وانقطع خبره لم يحكم بالاجزاء فيه لان الاصل شغل ذمته ولا تبرأ بالشك وهذا العبد مشكوك فيه في وجوده فشك في اعتاقه، فان قيل الاصل حياته قلنا الا انه قد علم ان الموت لا بدمنه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فان تبين بعد هذا كونه حياً تبينا صحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة والا فلا

(فصل) وإن أعتق غيره عنه بغير امره لم يقع عن المعتق عنه اذا كان حياً وولاؤه المعتق ولا يجزئ عن كفارته وان نوى ذلك وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه إذا اعتق عن واجب على غيره بغير امره صح لانه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه دينا

هذه ضربة واحدة باسواط ولهذا يصح ان يقال ماضربته واحدة ولو حلف لايضربه أكثر من ضربة واحدة ففعل هذا لم يحنث في يمينه .

[فصل] ولا يبر حتى يضربه ضربا يؤلمه ، وبهذا قال مالك وقال الشافعي يبر بما لم يؤلم لان الاسم يتناوله فوقع البر به كالمؤلم .

ولنا ان هذا يقصد به في العرف التأليم فلا يبر بغيره وكذلك كل موضع وجب الضرب في الشرع في حد أو تعزير كان من شرطه التأليم كذا ههنا .

﴿فصل﴾ إذا حلف لا يأكل شيئاً فأكله مستهلكا في غيره مثل ان لا يأكل لبناً فأكل زبداً أو لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر فيه طعمه أو لا يأكل بيضاً فأكل ناطفاً أو لا يأكل شحماً فأكل اللحم الاحمر او لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات شعير لم يحنث وان ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه حنث وقال الخرقي يحنث بأكل اللحم الاحمر وحده وقال غيره يحنث بأكل حنطة فيها حبات شعير)

اما إذا حلف لا يأكل لبناً فأكل زبداً لا يظهر فيه طعم اللبن لم يحنث لانه لم يأكل لبناً فاشبه مالو أكل كشكا وكذلك ان حلف لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر فيه طعمه لا يحنث لذلك، فاما ان ظهر طعم شيء من المحلوف عليه حنث كما لو أكل كل واحد منفرداً، وان حلف لا يأكل بيضاً فأكل ناطفاً لم يحنث لانه لا يسمى بيضاً .

ولنا أنه عبادة من شرطها النية فلم يصح أداؤها عمن وجبت عليه بغير امره مع كونه من اهل الامر كالحج ولانه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير امره كالصيام وهكذا الخلاف فيما إذا كفر عنه باطعام أو كسوة ولايجوز ان ينوب عنه في الصيام باذنه ولا بغير إذنه لانه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة فاما ان أعتق عنه بامره نظرت فان جعل له عوضا صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه وبه يقول أبوحنيفة ومالك والشافعي وغيرهم لانه حصل العتق عنه بماله فاشبه مالو اشتراه ووكل البائع في اعتاقه عنه وان لم يشترط عوضا ففيه روايتان :

(إحداهما) يقع العتق عن المعتق عنه ويجزىء في كفارته وهو قول مالك والشافعي لانه اعتق بامره فصح كما لوشرط عوضا

(والاخرى) لايجزئ وولاؤه للمعتق وهوقول أبي حنيفة لان العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل فلم يقع عن الموهوب له، وفارق البيع فانه لايشترط فيها قبض فان كان المعتق عنه ميتا نظرت فان وصى بالعتق صح لانه بأمره وإن لم يوص به فاعتق عنه اجنبي لم يصح لانه ليس بنائب عنه وان أعتق عنه وارثه فان لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق وان كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لانه نائب له في ماله وآداء واجباته فان كانت عليه كفارة يمين فكسا عنه أو اطعم عنه جاز وان اعتق عنه ففيه وجهان:

(أحدهما) ليس له ذلك لانه غير متعين فجرى مجرى التطوع (والثاني) يجزىء لان العتق يقع واجبا لان الوجوب يتعين فيه بالفعل فاشبه المعين من العتق ولانه أحد خصال كفارة اليمين

(مسئلة) وان حلف لايأكل شحما فاكل اللحم الأحمر فقال الخرقي يحنث لان الشحم مايذوب بالنار مما في الحيوان والعرف يشهد لقوله

وهو ظاهر قول أبي الخطاب واللحم لايكاد يخلو من شيء منه فيحنث به ، وان قل لانه يظهر في الطبيخ فيبين على وجه المرق وفارق من حلف لاياكل سمناً فاكل خبيصاً فيه سمن لايظهر فيه طعمه ولا لونه ، لان هذا قد يظهر الدهن فيه وقال غير الخرقي من اصحابنا لايحنث ، قال شيخنا وهو الصحيح لانه لايسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذي يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنث باكل اللحم الذي كان فيه فإن حلف لاياكل شعيراً فاكل حنطة فيها حبات شعير فقال غير الخرقي يحنث لانه أكل شعيراً فأشبه مالو أكله منفرداً اوحلف لاياكل رطباً فاكل منصفاً والاولى ان لايحنث لانه مستهلك في الحنطة اشبه السمن في الخبيص الذي لايظهر طعمه، وان نوى بيمينه ان لاياكل الشعير منفرداً او كان السبب يقتضي ذلك او يقتضي اكل شعير يظهر اثر اكله لم يحنث بذلك

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (فإن حلف لاياكل سويقاً فشربه أولا يشربه فاكله فقال الخرقي يحنث وقال أحمد من حلف لايشرب نبيذاً فثرد فيه وأكله لايحنث فيخرج في كل ماحلف لايأكله فشربه أولايشربه فأكله وجهان وقال القاضي ان عين المحلوف عليه حنث وإلا فلا)

فجاز ان يفعله عنه كالاطعام والكسوة ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتي أو اكس ففعل صح رواية واحدة سواء ضمن له عوضا أو لم يضمن له عوضا

(مسئلة) قال (ولو اشتراها بشرط العتق فاعتقها في الكفارة عتقت ولم تجزئه عن الكفارة)

وهذا مذهب الشافعي وروي عن معقل بن يسار مايدل عليه وذلك لانه إذا اشتراها بشرط العتق فالظاهر ان البائع نقصه من الثمن لاجل هذا الشرط فكأنه أخذ عن العتق عوضا فلم تجزئه عن الكفارة. قال احمد ان كانت رقبة واجبة لم تجزئه لانها ليست رقبة سليمة ولان عتقها يستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم تجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه العتق عن الكفارة أو قال ان دخلت الدار فانت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته.

(فصل) ولو قال له رجل أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لان الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة، وقال القاضي العتق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه وهذا فيه نظر فان المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي باعتاقه عنه ولا باذل العوض طالب ذلك، والصحيح ان اعتاقه من المعتق والولاء له، وقد ذكر الخرقي أنه إذا قال أعتقه والثمن علي فالثمن عليه والولاء للمعتق فان رد العشرة على باذلها ليكون العتق عن الكفارة وحدها أو عزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق فاعتقه عن كفارته اجزأه

وجملة ذلك ان من حلف لا يأكل شيئا مشربه أولا يشربه فأكله فقد نقل عن احمد مايدل على روايتين (احداهما) يحنث لان اليمين على ترك أكل شيء او شربه يقصد بها في العرف اجتناب ذلك الشيء فحملت اليمين عليه ألا ترى إلى قوله تعالى (ولا تاكلوا أموالهم — وان الذين يأكلون أموال اليتامى) لم يرد به الاكل على الخصوص؟ ولو قال طبيب لمريض لاتأكل العسل لكان ناهيا عن شربه (والثانية) لايحنث وهو مذهب الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي، لان الافعال انواع كالمين ولو حلف على نوع من الاعيان لم يحنث بغيره كذلك الافعال، وقال القاضي انما الروايتان فيمن عين المحلوف عليه مثل من حلف لا أكلت هذا السويق فشربه اولا يشربه فأكله أما اذا اطلق فقال لا أكلت سويقا فشربه اولا يشربه فأكله لم يحنث رواية واحدة لايختلف المذهب فيه وهذا يخالف ماذكرنا ههنا من الاطلاق ومخالف لما أطلقه الخرقي، وليس للتعيين اثر في الحنث وعدمه فان الحنث في المعين إنما كان لتناوله ماحلف عليه وإجراء معنى الاكل والشرب على التناول العام فيهما وهذا لافرق فيه بين التعيين وعدمه وعدم الحنث معلل بانه لم يفعل الفعل الذي حلف على تركه وانما فعل غيره وهذا في المعين كهو في المطلق لعدم الفارق بينهما، ولان الرواية في الحنث أحدث من كلام الخرقي وليس فيه تعيين ورواية عدم الحنث احدث من رواية مهنا عن احمد فيمن حلف لايشرب هذا النبيذ فأكله لايحنث لانه لايسمى شربا وهذا في المعين فان عديت كل رواية

(فصل) واذا إشترى عبداً ينوي إعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لا يمنع من الاجزاء في الكفارة فاخذ ارشه ثم اعتق العبد عن كفارته اجزأه وكان الارش له لان العتق إنما وقع على العبد المعيب دون الارش وان أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فاخذ ارشه فهو له ايضا كما لو اخذه قبل اعتاقه وعنه انه يصرف ذلك الارش في الرقاب لانه أعتقه معتقدا أنه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى وكفارة الارش مصروفة في حق الله تعالى كما لو باعه كان الارش للمشتري، وان علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى أعتقه كان الارش للمعتق لانه أعتقه معيباً عالماً بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه ولم يعلم عيبه

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك لو اشترى بعض من يعتق عليه اذا ملكه ينوي بشرائه الكفارة عتق ولم يجزئه)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسانا لانه يجزيء عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشتري كغيره

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا اعتاق فلم يكن ممتثلا للامر ولان عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته وكأم الولد ويخالف المشتري البائع من وجهين

(أحدهما) ان البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه انما يعتق باعتاق الشرع وهذا عن غير اختيار منه

الى محل الاخرى وجب أن يكون في الجميع روايتان، وان قصرت كل رواية على محلها كان الامر على خلاف ما قال القاضي وهو ان يحنث في المطلق ولا يحنث في المعين .

(فصل) فان حلف ليشربن شيئاً فأكله او ليأكلنه فشربه خرج فيه وجهان بناء على الروايتين في الحنث اذا حلف على الترك ومتى تقيدت يمينه بنية أو سبب يدل عليها كانت يمينه على مانواه أو دل عليه السبب لان الايمان على النية

(فصل) فان حلف لايشرب شيئاً فمصه ورمى به فقد روي عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لايحنث وقال ابن ابي موسى اذا حلف لايأكل ولايشرب فمص قصب السكر لايحنث وهذا قول أصحاب الرأي فانهم قالوا اذا حلف فمص حب رمان ورمى بالتفل لايحنث لانه ليس بأكل ولا شرب ويجيء على قول الخرقي أنه يحنث لانه قدتناوله فوصل الى حلقه وبطنه فيحنث به على ماقلناه فيمن حلف لا يأكل شيئا فشربه اولا يشربه فأكله وان حلف لا يأكل سكرا فتركه في فيه حتى ذاب وابتلعه خرج على الروايتين

﴿مسئلة﴾ (فان حلف لا يطعم شيئا حنث بأكله وشربه ومصه)

لان ذلك كله طعم قال الله تعالى في النهر (ومن لم يطعمه)

(والثاني) ان البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلافه

(فصل) إذا ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً بقيمة باقيه ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الخلال وصاحبه وحكاه عن احمد وهو قول ابي حنيفة لان عتق نصيب شريكه لم يحصل باعتاقه إنما حصل بالسراية وهي غير فعله وانما هي من آثار فعله فأشبه مالو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة يحقق هذا انه لم يباشر بالاعتاق الا نصيبه فسرى إلى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتاق لم يعتق منه شيء ولانه انما يملك اعتاق نصيبه لا نصيب غيره ، وقال القاضي قال غيرهما من أصحابنا يجزئه اذا نوى اعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لانه اعتق عبداً كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه ، والاول أصح إن شاء الله ولا نسلم أنه أعتق العبد كله وانما أعتق نصفه وعتق الباقي عليه فأشبه شراء قريبه ولان اعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب، فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو ملكه ويعتق نصفاً آخر فتكمل الكفارة ؟ ينبني على ما إذا أعتق نصفي عبدين وسنذكره إن شاء الله ، وان نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه نصيب شريكه ، وفي نصيبه نفسه ما سنذكره ان شاء الله . ولو كان معسراً فأعتق نصيبه عن كفارته فكذلك فان ملك باقيه فأعتقه عن الكفارة أجزأه ذلك ، وان أراد صيام شهر واطعام ثلاثين مسكيناً لم يجزئه كما لو أعتق نصف عبد في كفارة اليمين وأطعم خمسة مساكين او كساهم لم يجزئه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ذاقه ولم يبتلعه لم يحنث) في قولهم جميعا لانه ليس بأكل ولا شرب ولذلك لا يفطر به الصائم، وان حلف لا يذوقه فأكله أو شربه أو مصه حنث لانه ذوق وزيادة وكذلك ان مضغه ورمى به لانه قد ذاقه

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يأكل مائعاً فأكله بالخبز حنث) لان ذلك يسمى أكلا ولهذا قال النبي ﷺ « كلوا الزيت وادهنوا به »

(فصل) وان حلف ليأكلن أكلة بالفتح لم يبر حتى يأكل ما يعده الناس أكلة وهي المرة من الاكل والأكلة بالضم اللقمة ومنه « فليناوله في يده أكلة أو أكلتين »

﴿ فصل ﴾ (وان حلف لا يتزوج ولا يتطهر ولا يتطيب فاستدام ذلك لم يحنث)

في قولهم جميعا لانه لا يطلق اسم الفعل على مستديم هذه الثلاثة فلا يقال تزوجت شهراً ولا تطهرت شهراً ولا تطيبت شهرا وإنما يقال منذ شهر ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائهما في تحريمه في الاحرام

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لا يركب ولا يلبس فاستدام ذلك حنث)

من حلف لا يلبس ثوبا هو لابسه فنزعه في الحال والا حنث وكذلك ان حلف لا يركب دابة هو راكبها فنزل في أول حالة الامكان والاحنث وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور

(فصل) وان كان العبد كله له فاعتق جزءا منه معينا أو مشاعا عتق جميعه ، وان كان نوى به الكفارة أجزأ عنه لان اعتاق بعض العبد اعتاق لجميعه ، وان نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره لم يجزئه عتق غيره وهل يحتسب بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

(فصل) وان قال ان ملكت فلاناً فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق فاشتراه ينوي العتق عن كفارته عتق ولم يجزئه عن الكفارة ويخرج فيه من الخلاف مثل ما في شراء قريبه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجزيء في الكفارة أم ولد)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الاوزاعي ومالك والشافعي وابو عبيد وأصحاب الرأي ، وعن احمد رواية أخرى انها تجزيء ويروى ذلك عن الحسن وطاوس والنخعي وعثمان البتي لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) ومعتقها قد حررها

ولنا أن عتقها يستحق بسبب آخر فلم تجزيء عنه كما لو اشترى قريبه او عبداً بشرط العتق فأعتقه وكما لو قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار ثم نوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرناه فنقيس عليه ما اختلفنا فيه

(فصل) ولد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لان حكمه حكمها في العتق بموت سيدها

لايحنث باستدامة اللبس والركوب حتى يبتدئه لانه لو حلف ان لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا

ولنا ان استدامة اللبس والركوب تسمى لبساً وركوباً ويسمى لابسا وراكبا ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهراً وركبت دابتي يوما فحنث باستدامته كما لو حلف لايسكن فاستدام السكنى وقد اعتبر الشرع هذا في الاحرام حيث حرم لبس المخيط وأوجب الكفارة في استدامته كما أوجبها في ابتدائه، وفارق التزويج فانه لايطلق على الاستدامة فلايقال تزوجت شهراً وانما يقال منذ شهر ولهذا لم تحرم استدامته في الاحرام ويحرم ابتداؤه

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لايدخل داراً هو داخلها فاقام فيها حنث عند القاضي ولم يحنث عند أبي الخطاب)

وجه قول القاضي ان استدامة المقام في ملك الغير كابتدائه في التحريم قال أحمد في رجل حلف على امرأته لادخلت انا وانت هذه الدار وهما جميعا فيها قال أخاف ان يكون قد حنث [والثاني] لايحنث اختاره أبو الخطاب وهو قول أصحاب الرأي لان الدخول لايستعمل في الاستدامة ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهرا فجرى مجرى التزويج ولان الدخول الانفصال من خارج الى داخل ولايوجد في الاقامة وللشافعي قولان كالوجهين، ويحتمل أن من أحنثه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئاً)

روي عن احمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات

(إحداهن) يجزىء مطلقا اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لان المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر ولانه رقبة فدخل في مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)

(والثانية) لايجزىء مطلقا وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد لان عتقه مستحق بسبب آخر ولهذا لا يملك إبطال كتابته فأشبه أم الولد

(والثالثة) إن أدى من كتابته شيئاً لم يجزئه وإلا أجزأه وبهذا قال الليث والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، قال القاضي هو الصحيح لانه إذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجزىء كما لو أعتق بعض رقبة وإذا لم يؤد فقد أعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فاجزأ عتقها كالمدبر ولو اعتق عبداً على مال فأخذه من العبد لم يجزيء عن كفارته في قولهم جميعاً

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجزئه المدبر)

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الاوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لايجزىء لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ولان بيعه عندهم غير جائز فاشبه ام الولد

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولانه عبد كامل المنفعة يجوز بيعه ولم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ، والدليل على جواز بيعه ان النبي ﷺ باع مدبراً وسنذكر حديثه في

إنما كان لان ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجران الدار ومباينتها والاقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى بها

(فصل) وان حلف لا يضاجع امرأته على فراش وهما متضاجعان فاستدام ذلك حنث لان المضاجعة تقع على الاستدامة ولهذا يقال اضطجع على الفراش ليلة وان كان هو مضطجعا على الفراش وحده فاضطجعت عنده عليه نظرت ، فان قام لوقته لم يحنث وان استدام حنث لما ذكرنا ، وان حلف لا يصوم وهو صائم فأتم يومه فقال القاضي لا يحنث ويحتمل ان يحنث لان الصوم يقع على الاستدامة يقال صام يوما ، ولو شرع في صوم يوم العيد حرمت عليه استدامته وان حلف لا يسافر وهو مسافر فأخذ في العود أو أقام لم يحنث وان مضى في سفره حنث لان الاستدامة سفر ولهذا يقال سافرت شهرا

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يدخل على فلان بيتا فدخل فلان عليه فاقام معه فعلى الوجهين)

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لا يساكن داراً ولا يساكن فلانا وهما متساكنان ولم يخرج في الحال حنث إلا ان يقيم لنقل متاعه أو يخشى على نفسه الخروج فيقيم الى ان يمكنه)

وجملة ذلك انه اذا حلف لا يسكن دارا هو ساكنها خرج من وقته فان أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه الخروج حنث لان استدامة السكنى سكنى كابتدائها في وقوع السكنى عليها الا تراه

بابه إن شاء الله ، ولان التدبير إما أن يكون وصية أو عتقا بصفة وأياً ما كان فلا يمنع التكفير باعتاقه قبل وجود الصفة والصفة ههنا الموت ولم يوجد

﴿ مسئلة ﴾ قال (والخصي)

لا نعلم في إجزاء الخصي خلافا سواء كان مقطوعا أو مشلولا أو موجوءاً لان ذلك نقص لا يضر بالعمل ولا يؤثر فيه بل ربما زادت بذلك قيمته فاندفع فيه ضرر شهوته فأجزأ كالفحل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولد الزنا)

هذا قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي وإسحاق وابو عبيد وابن المنذر

وروي عن عطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي وحماد أنه لا يجزيء لان أبا هريرة روى عن النبي ﷺ أنه قال « ولد الزنا شر الثلاثة » قال ابو هريرة لان أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلي منه رواه ابو داود

ولنا دخوله في مطلق قوله تعالى (فتحرير رقبة) ولانه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتض عن شيء منه ولا استحق عتقه بسبب آخر فأجزأ عتقه كولد الرشيدة . فاما الاحاديث الواردة في ذمه فاختلف أهل العلم في تفسيرها فقال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي لا يهاب السرقة ، وقال الخطابي عن بعض أهل العلم قال هو شر الثلاثة أصلا

يقول سكنت في هذه الدار شهراً كما يقول لبست هذا الثوب وبهذا قال الشافعي، فان اقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث لان الانتقال لا يكون الا بالاهل والمال فيحتاج الى ان ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا وحكي عن مالك أنه ان أقام دون اليوم والليلة لم يحنث لان ذلك قليل يحتاج اليه في الانتقال فلم يحنث به وعن زفر أنه يحنث وان انتقل في الحال لانه لابد ان يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة فحنث بها وليس بصحيح فانه لا يمكن الاحتراز منه لانه لا يراد باليمين ولا تقع عليه اما اذا اقام زمنا يمكنه الانتقال فيه فانه يحنث لانه فعل مايقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفاق الا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار فدخل الى اول جزء منها يحنث وان كان قليلا

﴿مسئلة﴾ (وان أقام لنقل أهله ومتاعه لم يحنث)

وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يحنث

ولنا ان الانتقال انما يكون بالاهل والمال على ما سنذكره فلا يمكنه التحرز من هذه الاقامة فلا يقع اليمين عليها وعلى هذا لو خرج بنفسه وترك أهله وماله في المسكن مع إمكان نقلهم عنه حنث وقال الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية الانتقال لانه اذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن لانه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله

وعنصراً ونسباً لانه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء وقد قال الله تعالى، (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وفي الجملة هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة امامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في إجزاء عتقه عن الكفارة لانه من أحكام الدنيا

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يجد من هذه الثلاثة واحداً أجزأه صيام ثلاثة أيام متتابعة)

يعني إن لم يجد طعاما ولا كسوة ولا عتقاً انتقل الى صيام ثلاثة أيام لقول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا لاخلاف فيه إلا في اشتراط التتابع في الصوم وظاهر المذهب اشتراطه كذلك قال ابراهيم النخعي والثوري واسحاق وابو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي وروي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة

وحكى ابن ابي موسى عن احمد رواية أخرى أنه يجوز تفريقها وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه لان الامر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده الا بدليل ولانه صام الايام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام في الحج ولنا أن في قراءة أبي وعبد الله بن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) كذلك ذكره الامام احمد في التفسير عن جماعة وهذا إن كان قرآناً فهو حجة لانه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وإن لم يكن قرآنا فهو رواية عن النبي ﷺ إذ يحتمل ان يكون سمعاه من النبي ﷺ تفسيراً فظناه قرآنا فثبتت له رتبة الخبر ولا ينقص عن درجة تفسير النبي ﷺ للآية وعلى كلا التقديرين فهو حجة يصار اليه ، ولانه صيام في كفارة فوجب فيه التتابع ككفارة القتل والظهار والمطلق يحمل على المقيد على ماقررناه فيما مضى فعلى هذا إن أفطرت المرأة لمرض أو حيض أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع وبهذا قال أبو ثور واسحاق

ولنا ان السكنى تكون بالاهل والمال ولهذا يقال فلان ساكن في البلد الفلاني وهو غائب عنه بنفسه ، واذا نزل بلداً بأهله وماله يقال سكنه، وقولهم انه نوى السكنى بنفسه لا يصح فان من خرج الى مكان لينقل اهله اليه ولم ينو السكنى به بنفسه منفرداً عن اهله الذي في الدار لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى ذكره القاضي

وعن مالك انه اعتبر نقل عياله دون ماله والاولى ان شاء الله انه اذا انتقل بأهله فسكن في موضع آخر انه لا يحنث وان بقي متاعه في الاولى لان مسكنه حيث حل اهله به ونوى الاقامة به ولهذا لو حلف

وقال أبو حنيفة ينقطع فيهما لان التتابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط ، وقال الشافعي ينقطع في المرض في أحد القولين ولا ينقطع في الحيض .

ولنا انه عذر يبيح الفطر أشبه الحيض في كفارة القتل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو كان الحانث عبداً لم يكفر بغير الصوم)

لاخلاف في أن العبد يجزئه الصيام في الكفارة لان ذلك فرض المعسر من الاحرار وهو أحسن حالا من العبد فانه يملك في الجملة ولان العبد داخل في قوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وإن أذن السيد لعبده في التكفير بالمال لم يلزمه لانه ليس بمالك لما أذن له فيه ، وظاهر كلام الخرقي انه لايجزئه التكفير بغير الصيام . وقد قال غيره من أصحابنا فيما اذا أذن له سيده في التكفير بالمال روايتان

(احداهما) يجوز تكفيره به (والاخرى) لايجوز الا بالصيام وقد ذكرنا علل ذلك في الظهار والاختلاف فيه . وذكر القاضي أن أصل هذا عنده الروايتان في ملك العبد بالتمليك إن قلنا يملك بالتمليك فملكه سيده وأذن له بالتكفير بالمال جاز لانه مالك لما يكفر به ، وإن قلنا لايملك بالتمليك ففرضه الصيام لانه لايملك شيئاً يكفر به وكذلك ان قلنا يملك ولم يأذن له سيده بالتكفير في المال ففرضه الصيام وإن ملك لأنه محجور عليه ممنوع من التصرف فيما في يديه . قال وأصحابنا يجعلون في العبد روايتين مطلقاً سواء قلنا يملك أو لايملك ، ثم على الرواية التي تجيز له التكفير بالمال له ان يطعم وهل له ان يعتق؟ على روايتين

(احداهما) ليس له ذلك لان العتق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد ولكن يكفر بالاطعام وهذا رواية عن مالك وبه قال الشافعي على القول الذي يجيز له التكفير بالمال

(والثانية) له التكفير بالعتق لان من صح تكفيره بالمال صح بالعتق كالحر ولانه يملك العبد فصح تكفيره باعتاقه كالحر ، وقولهم ان العتق يقتضي الولاء والولاية لانسلم ذلك في العتق في الكفارة على ما أسلفناه وإن سلمنا فتخلف بعض الاحكام لا يمنع ثبوت المقتضي فان الحكم يتخلف بتخلف سببه لا لتخلف أحكامه كما انه يثبت لوجود سببه ولان تخلف بعض الاحكام مع وجود المقتضي انما يكون لمانع منعها، ويجوز أن يختص المنع بها دون غيرها ولهذا السبب المقتضي لهذه الاحكام لايمنع

لايسكن داراً لم يكن ساكنا بها فنزلها بأهله ناوياً للسكنى بها حنث وقال القاضي ان نقل اليها ما يتأثث به ويستعمله في منزله فهو ساكن وان سكنها بنفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وان خرج دون اهله ومتاعه حنث) لما ذكرنا في المسئلة قبلها الا ان يودع متاعه او يعيره او تأبى امرأته الخروج معه ولا يمكنه اكراهها فيخرج وحده فلا يحنث

ثبوته تخلفها عنه في الرقيق على ان الولاء يثبت باعتاق العبد لكن لا يرث به كما لو اختلف دينا هما وهذا اختيار ابي بكر وفرع عليه إذا أذن له سيده فاعتق نفسه ففيه قولان

[احدهما] يجزئه لانه رقبة تجزىء عن غيره فأجزأت عن نفسه كغيره والآخر لا يجزئه لان الاذن له في الاعتاق ينصرف إلى إعتاق غيره وهذا التعليل يدل على أن سيده لو أذن له في إعتاق نفسه عن كفارته جاز ، فاما ان أطلق الاذن في الاعتاق فليس له أن يعتق إلا أقل رقبة تجزىء عن الواجب وليس له إعتاق نفسه إذا كانت أفضل مما يجزىء وهذا من أبي بكر يقتضي أنه لا يعتبر في التكفير أن يملكه سيده مايكفر به لانه لايملك نفسه بل متى أذن له في التكفير بالعتق أو الاطعام أجزأه لانه لو اعتبر التمليك لما صح له أن يعتق نفسه لانه لايملكها ولان التمليك لايكون الافي معين ولا يصح أن يأذن فيه مطلقاً .

(فصل) وإذا أعتق العبد عبداً عن كفارته باذن سيده وقلنا ان الاعتاق في الكفارة يثبت به الولاء لمعتقه ثبت ولاؤه للعبد الذي أعتقه، لقول النبي ﷺ « إنما الولاء للمعتق » ولا يرث لانه ليس من أهل الميراث ولا يمتنع ثبوت الولاء مع انتفاء الارث كما لو اختلف دينهما أو قتل المعتق عتيقه فانه لايرثه مع ثبوت الولاء له عليه فان عتق المعتق له ورث بالولاء لزوال المانع كما اذا كانا مختلفي الدين فأسلم الكافر منهما، ذكر هذا طائفة ماقولي ومقتضى هذا أن سيد العبد لا يرث عتيقه في حياة عبده كما لا يرث ولد عبده ، فان أعتق عبده ثم مات ورث السيد مولي عبده لانه مولي مولاه كما أنه لو أعتق العبد وله ولد عليه الولاء لمولى أمه يجر ولاءه ويرثه سيده اذا مات أبوه .

(فصل) وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام سواء كان الحلف او الحنث باذنه أو بغير اذنه وسواء أضر به الصيام أو لم يضر به ، وقال الشافعي ان حنث بغير اذنه والصوم يضر به فله منعه لان السيد لم يأذن له فيما ألزمه نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد فكان له منعه وتحليله كما لو أحرم بالحج بغير اذنه

ولنا أنه صوم واجب لحق الله تعالى فلم يكن لسيده منعه منه كصيام رمضان وقضائه ويفارق الحج لان ضرره كثير لطول مدته وغيبته عن سيده وتفويت خدمته ولهذا ملك تحليل زوجته منه ولم يملك منعها صوم الكفارة ، فأما صوم التطوع فان كان فيه ضرر عليه فللسيد منعه منه لانه يفوت

(فصل) وان أكره على المقام لم يحنث لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وكذلك ان كان في جوف الليل في وقت لايجد منزلا يتحول اليه او تحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لايمكنه فتحها او خوف على نفسه او اهله او ماله فاقام في طلب النقلة او انتظارا لزوال المانع منها او خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه اما لكونه لم يجد مسكنا يتحول اليه لتعذر الكراء او غيره . او لم يجد بهائم ينتقل عليها ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام ناويا للنقلة متى قدر

حقه بما ليس بواجب عليه، وان كان لا يضر به لم يكن لسيده منعه منه لانه يعبد ربه بما لا مضرة فيه فأشبه ذكر الله تعالى وصلاة النافلة في غير وقت خدمته، وللزوج منع زوجته منه في كل حال لانه يفوت حقه من الاستمتاع ويمنعه منه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق عليه فعليه الصوم لا يجزئه غيره)

ظاهر هذا ان الاعتبار في الكفارات بحالة الحنث لانه وقت الوجوب وهو حينئذ عبد فوجب عليه الصوم فلا يجزئه غير ما وجب عليه ، وقال القاضي هذا فيه نظر فان المنصوص انه يكفر كفارة عبد لانه انما يكفر بما وجب عليه يوم حنث ومعناه انه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به أجزأه وهذا منصوص عن الشافعي ومن أصحابه من قال بقول الخرقي وليس على الخرقي حجة من كلام أحمد بل هو حجة له لقوله انما يكفر ما وجب عليه وانما للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه ولم يجب عليه الا الصوم فلا يكفر بغيره . ووجه ذلك انه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحد وهذا على القول الذي لم يجز فيه للعبد التكفير بالمال باذن سيده فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الأولى لانه اذا جاز له في حال رقه التكفير بالمال ففي حال حريته أولى وانما احتاج الى اذن سيده في حال رقه لأن المال لسيده أو لتعلق حقه بماله وبعد الحرية قد زال ذلك ولا حاجة الى اذنه وان قلنا التكفير بأغلظ الاحوال لم يكن له التكفير بغير المال ان كان موسراً وان حلف عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لا تجب قبل الحنث فما وجبت الا وهو حر .

(فصل) ومن نصفه حر فحكمه في التكفير حكم الحر الكامل فاذا ملك بجزءه الحر مالا يكفر به لم يجز له الصيام وله التكفير بأحد الامور الثلاثة وظاهر مذهب الشافعي ان له التكفير بالاطعام والكسوة دون الاعتاق لانه لا يثبت له الولاء، ومنهم من قال لا يجزئه الا الصيام لانه منقوص بالرق أشبه القن .

ولنا قول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا واجد لانه يملك ملكا تاما فأشبه الحر الكامل ولا نسلم أنه لا يثبت له الولاء ثم ان امتناع بعض أحكامه لا يمنع صحته كعتق المسلم رقيقه الكافر .

عليها لم يحنث وان أقام أياما وليالي، لان اقامته من غير اختيار منه لعدم تمكنه من النقلة فانه اذا لم يجد مسكناً لا يمكنه ترك أهله او القاء متاعه في الطريق فلم يحنث به كالمقيم للاكراه ،فان أقام في هذا الوقت غيرنا وللنقلة حنث ويكون نقله لما يحتاج الى نقله على ما جرت العادة فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لا يترك النقل المعتاد لم يحنث وان أقام أياما، ولا يلزمه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار ما يكفر به) .

وجملة ذلك ان كفارة اليمين تجمع تخييراً وترتيباً فيتخير بين الخصال الثلاث فان لم يجدها انتقل الى صيام ثلاثة أيام ويعتبر أن لا يجد فاضلا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته قدراً يكفر به ، وهذا قول اسحاق ونحوه قال ابو عبيد وابن المنذر وقال الشافعي من جاز له الاخذ من الزكاة لحاجته وفقره أجزأه الصيام لانه فقير ولان النخعي قال اذا كان مالكا لعشرين درهماً فله الصيام وقال عطاء الخراساني لا يصوم من ملك عشرين درهما ولمن يملك دونها الصيام وقال سعيد بن جبير اذا لم يملك الا ثلاثة دراهم كفر بها وقال الحسن درهمين وهذان القولان نحو قولنا

ووجه ذلك ان الله تعالى اشترط للصيام أن لا يجد بقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) ومن وجد ما يكفر به فاضلا عن قوته وقوت عياله فهو واجد فيلزمه التكفير بالمال لظاهر الآية ولانه حق لا يزيد بزيادة المال فاعتبر فيه الفاضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته كصدقة الفطر

(فصل) فلو ملك ما يكفر به وعليه دين مثله وهو مطالب به فلا كفارة عليه لانه حق لآدمي والكفارة حق لله تعالى فاذا كان مطالباً بالدين وجب تقديمه كزكاة الفطر فان لم يكن مطالباً بالدين فكلام أحمد يقتضي روايتين :

(احداهما) تجب الكفارة لانه لا يعتبر فيها قدر من المال فلم يسقط بالدين كزكاة الفطر

(والثانية) لا تجب لانها حق لله تعالى يجب في المال فاسقطها الدين كزكاة المال وهذا أصح لان حق الآدمي أولى بالتقديم لشحه وحاجته اليه وفيه نفع للغريم وتفريغ ذمة المدين وحق الله تعالى مبني على المسامحة لكرمه وغناه ولان الكفارة بالمال لها بدل ودين الآدمي لا بدل له ويفارق صدقة الفطر لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الانسان عن غيره كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه ولا بدل لها بخلاف الكفارة .

(فصل) فان كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام ، وهذا قول الشافعي وقال ابو حنيفة يجزئه الصيام لانه غير واجد فأجزأه الصيام عملا بقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وقياساً

جمع دواب البلد لنقله . ولا النقل بالليل ولا وقت الاستراحة عند التعب ، ولا أوقات الصلوات لان العادة لم تجر بالنقل فيها

(فصل) ولو وهب رحله او أودعه او أعاره وخرج وحده لم يحنث لان يده زالت عن المتاع وكذلك ان أبت امرأته الخروج معه ولم يمكنه اكراهها او كان له عائلة فامتنعوا من الخروج والانتقال ، ولم يمكنه اخراجهم فتركهم لم يحنث لان هذا مما لم يمكنه فأشبه مالم يمكنه نقله من

على المعسر والدليل على انه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه انتقل الى الصيام ولو عدم الماء في موضعه انتقل الى التيمم ولو عدم المظاهر المال في موضعه انتقل الى الصيام والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان ولانه غير متمكن من التكفير بالمال أشبه هذه الاصول

ولنا انه حق مال يجب على وجه الطهرة فلم تمنع الغيبة وجوبه كالزكاة ولانه غير مؤقت ولا ضرر في تأخيره فلم يسقط بغيبته كالزكاة وفارق الهدي فان له وقتاً يفوت بالتأخير والتيمم يفضي تأخيره الى فوات الصلاة وتأخير كفارة الظهار يفضي الى ترك الوطء وفيه ضرر بخلاف مسئلتنا ولا نسلم عدم التمكن ولهذا صح بيع الغائب مع أن التمكن من التسليم شرط

﴿مسئلة﴾ قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها او دابة يحتاج الى ركوبها او خادم يحتاج الى خدمته اجزأه الصيام في الكفارة)

وجملته ان الكفارة انما تجب فيما يفضل عن حاجته الاصلية والسكنى من الحوائج الأصلية وكذلك الدابة التي يحتاج الى ركوبها لكونه لايطيق المشي فيما يحتاج اليه او لم تجر عادته به وكذلك الخادم الذي يحتاج الى خدمته لكونه ممن لايخدم نفسه لمرض أوكبر أو لم تجر عادته به وهذه الثلاثة من الحوائج الاصلية لاتمنع التكفير بالصيام ولا الزكاة من الاخذ والكفارة

وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك من ملك رقبة تجزىء في الكفارة لا يجزئه الصيام وان كان محتاجا اليها لخدمته لانه واجد لرقبة يعتقها فيلزمه ذلك لقوله تعالى (أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) فاشترط للصيام ان لايجدها

ولنا انها مستغرقة لحاجته الاصلية فلم تمنع جواز الانتقال كالمسكن والمركوب والطعام الذي هو محتاج اليه وماذكروه يبطل بالطعام المحتاج اليه وبما اذا وجد الماء وهو محتاج اليه للعطش فانه لا يمنع الانتقال الى التيمم ولان وجدان ثمن الرقبة كوجدانها ولهذا لم يجز لمن وجد ثمنها الانتقال الى الصيام ومع هذا لووجد ثمنها الذي يحتاج اليه لم يمنعه الانتقال كذا ههنا

إذا ثبت هذا فانه ان كان في شيء من ذلك فضل عن حاجته مثل من له دار كبيرة تساوي أكثر من دار مثله ودابة فوق دابة مثله وخادم فوق خادم مثله يمكن ان يحصل به قدر ما يحتاج إليه وتفضل فضلة يكفر بها فانه يباع منه الفاضل عن كفايته أو يباع الجميع ويبتاع له قدر مايحتاج اليه ويكفر بالباقي

رحله ، وان تردد الى الدار لنقل المتاع او عائداً او زائراً لصديق لم يحنث ، وقال القاضي ان دخلها ومن رأيه الجلوس عنده حنث والا فلا

ولنا ان هذا ليس بسكنى ولذلك لو حلف ليسكنن داراً لم يبر بالجلوس فيها على هذا الوجه ، ولا يسمى ساكنا بها بهذا القدر فلم يحنث كما لو لم ينو الجلوس

وإن تعذر بيعه أو امكن البيع ولم يمكن شراء مايحتاج اليه ترك ذلك وكان له الانتقال الى الصيام لانه تعذر الجمع بين القيام بحاجته والتكفير بالمال فأشبه مالولم يكن فيه فضل

(فصل) ومن له عقار يحتاج إلى اجرته لمؤنته وحوائجه الاصلية أوبضاعة يختل ربحها المحتاج اليه بالتكفير منها أوسائمة يحتاج الى نمائها حاجة اصلية أواثاث يحتاج اليه واشباه هذا فله التكفير بالصيام لان ذلك مستغرق لحاجته الاصلية فأشبه المعدم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجزئه ان أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة)

وجملته انه إذا اطعم بعض المساكين وكسى الباقين بحيث يستوفي العدد أجزأه في قول إمامنا والثوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي لايجزئه لقول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون اهليكم او كسوتهم) فوجه الدلالة من وجهين :

(أحدهما) أنه جعل الكفارة احد هذه الخصال الثلاثة ولم يأت بواحد منها

(الثاني) ان اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها وماذكرتموه خصلة رابعة ولانه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضه كالعتق ولانه لفق الكفارة من نوعين فاشبه مالوأعتق نصف عبد واطعم خمسة او كساهم

ولنا انه أخرج من المنصوص عليه بعدة العدد الواجب فاجزأ كما لواخرجه من جنس واحد ولان كل واحد من النوعين يقوم مقام صاحبه في جميع العدد فقام مقامه في بعضه كالكفارتين وكالتيمم لما قام مقام الماء في البدن كله في الجنابة جاز في بعضه في طهارة الحدث فيما اذا كان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحاً وفيما اذا وجد من الماء مايكفي بعض بدنه ولان معنى الطعام والكسوة متقارب إذا لقصد منهما سد الخلة ودفع الحاجة وقد استويا في العدد واعتبار المسكنة في المدفوع اليه وتنوعهما من حيث كونهما في الاطعام سداً لجوعه وفي الكسوة ستر العورة لايمنع الاجزاء في الكفارة الملفقة منهما كما لو كان أحد الفقيرين محتاجا إلى ستر عورته والاخر إلى الاستدفاء ولانه قد خرج عن عهدة الذين أطعمهم بالاطعام فيخرج عن عهدة الذين كساهم بالكسوة بدليل انه لايلزمه بالانفاق أكثر من اطعام من بقي ولا كسوة أكثر ممن بقي واذا خرج عن عهدة عشرة مساكين وجب ان يجزئه كما لو اتفق النوع

(فصل) وان حلف لايساكن فلانا وهو مساكنه فالحكم في الاستدامة على ماذكرنا في الحلف على السكنى وان انتقل أحدهما وبقي الآخر لم يحنث لزوال المساكنة

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لايساكن فلانا فبنيا بينهما حائطا وهما متساكنان حنث وان كان في الدار حجرتان كل حجرة تختص ببابها وطريقها فسكن كل واحد حجرة لم يحنث)

إذا كان في دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين وفتحا لكل واحدة

وأما الآية فانها تدل بمعناها على ماذكرناه فانها دلت على انه مخير في كل فقير بين ان يطعمه او يكسوه وهذا يقتضي ماذكرناه ويصير كما يخير في الصيد الحرمي بين ان يفديه بالنظير او يقوم النظير بدراهم فيشتري بها طعاماً يتصدق به او يصوم عن كل مد يوماً ، فلو صام عن بعض الامداد وأطعم بعضاً أجزأ كذلك ههنا وكذلك الدية لما كان مخيراً بين إخراج ألف دينار أو اثني عشر الف درهم لو أعطى البعض ذهباً والبعض دراهم جاز . وفارق ما إذا أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم لان تنصيف العتق يخل بالآخر لما سنذكره بعد هذا

(فصل) وان أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة لم يجزئه لانه ما أطعمه الطعام الواجب له ولا كساه الكسوة الواجبة فصار كمن لم يطعمه شيئاً ولم يكسه ، وان اطعم بعض المساكين براً وبعضهم تمراً أو من جنس آخر أجزأ وقال الشافعي لايجزئه

ولنا قوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين) وقد أطعمهم من جنس مايجب عليه ولانه لو كسا بعض المساكين قطناً وبعضهم كتاناً جاز مع اختلاف النوع كذلك الاطعام

﴿مسألة﴾ قال (وإن أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصفي عبد وأمة أجزأ عنه)

قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني أكثر الفقهاء ، وقال أبو بكر بن جعفر لايجزىء لان المقصود من العتق تكميل الاحكام ولا يحصل من إعتاق نصفين ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه فمنهم من قال كقول الخرقي ومنهم من قال كقول أبي بكر ومنهم من قال إن كان نصف الرقيق حراً أجزأ لانه يحصل تكميل الاحكام ،وان كان رقيقاً لم يجز لانه لا يحصل

ولنا ان الاشقاص كالاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير دليله الزكاة ونعني به إذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا اوجبت الزكاة كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها، والأولى انه لايجزىء إعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي بينهما حراً لان إطلاق الرقبة انما ينصرف الى إعتاق الكاملة ولا يحصل من الشقصين مايحصل من الرقبة الكاملة من تكميل الاحكام وتخليص الآدمي من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به من الاحكام مايثبت باعتاق رقبة كاملة ، ويمتنع قياس الشقصين على الرقبة الكاملة ، ولهذا لو أمر انساناً بشراء رقبة أو بيعها او باهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له ان يشقصه كذا ههنا

منهما بابا وبينهما حاجز ثم سكن كل واحد منهما في حجرة لم يحنث لانهما غير متساكنين ، وإن بنيا الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث لانهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الاخرى وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وان سكنا في دار واحدة كل واحد في بيت ذي باب وغلق رجع إلى نيته بيمينه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين أو كساهم لم يجزئه)

لانه لم في هذا خلافا وذلك لان مقصودهما مختلف متباين إذ كان القصد من العتق تكميل الاحكام وتخليص المعتق من الرق ، والقصد من الاطعام والكسوة سد الخلة وإبقاء النفس بدفع المجاعة في الطعام وستر العورة ودفع ضرر الحر والبرد في الكسوة فلتقارب معناهما واتحاد مصرفهما جريا مجرى الجنس الواحد فكملت الكفارة من أحدهما بالآخر ولذلك سوي بين عددهما ، ولتباعد مقصد العتق منهما واختلاف مصرفهما ومباينتهما له لم يجريا مجرى الجنس الواحد فلم يكمل به واحد منهما ولذلك خالف عدده عددهما

(فصل) ولو اطعم بعض المساكين أو كساهم او أعتق نصف عبد ولم يكن له ما يتم به الكفارة فصام عن الباقي لم يجزئه ولانه بدل في الكفارة فلم تكمل به كسائر الابدال مع مبدلاتها، ولان الصوم من الطعام والكسوة أبعد من العتق فاذا لم يجز تكميل أحد نوعي البدل من الآخر فتكميله بالبدل اولى . فان قيل يبطل هذا بالغسل والوضوء مع التيمم ، قلنا التيمم لا يأتي ببعضه بدلا عن بعض الطهارة وانما يأتي به بكماله وههنا لو أتى بالصيام جميعه أجزأه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن دخل في الصوم ثم أيسر لم يكن عليه الخروج من الصوم الى العتق أو الاطعام الا أن يشاء)

في هذه المسئلة فصلان (احدهما) انه إذا شرع في الصوم ثم قدر على العتق او الاطعام أو الكسوة لم يلزمه الرجوع اليها وروي ذلك عن الحسن وقتادة وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروي عن النخعي والحكم انه يلزمه الرجوع الى أحدها وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانه قدر على المبدل قبل إتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيمم إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته

ولنا انه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع إلى المبدل بعد الشروع فيه كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدي في صوم السبعة الايام فانه لا يخرج بالاخلاف

والدليل على ان البدل لا يبطل أن البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا وفارق التيمم فانه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه، ولان الرجوع الى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره والكفارة

او الى سببها ، ومادلت عليه قرائن أحواله في المحلوف على المساكنة فيه . فان عدم ذلك حنث وهذا قول مالك ، وقال الشافعي إن كانت الدار صغيرة فهما متساكنان ، وان كانا في بيتين كل واحد منهما له غلق او كانا في خان فليسا متساكنين . لان كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فأشبها المتجاورين

يشق الجمع فيهما بين خصلتين وإيجاب الرجوع يفضي إلى ذلك ، فان قيل ينتقض دليلكم بما إذا شرع المتمتع في صوم الثلاثة ، قلنا إذا قدر على الهدي في صوم الثلاثة تبينا انه ليس بعادم له في وقته لان وقت الهدي يوم النحر بخلاف مسئلتنا

(الفصل الثاني) انه ان احب الانتقال الى الأعلى فله ذلك في قول أكثرهم ولا نعلم خلافا إلا في العبد اذا حنث ثم عتق

وقال أبو الخطاب لا يجوز الانتقال في مسئلتنا محتجاً بقول الخرقي اذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه وهو ظاهر كلام احمد لقوله في العبد انما يكفر ما وجب عليه

ولنا ان العتق والاطعام الاصل فأجزأه التكفير به كما لو تكلف الفقير فاستدان وأعتق ، وأما العبد اذا عتق فيحتمل انه يجوز له الانتقال كمسئلتنا ، ويحمل كلام احمد على انه لا يلزمه الانتقال ويحتمل انه يفرق بينه وبين الحر من حيث ان الحر كان يجزئه التكفير بالمال لو تكلفه والعبد لم يكن يجزئه الا الصيام على رواية

(فصل) ولو وجبت الكفارة على موسر فأعسر لم يجزئه الصيام. وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يجزئه لانه عاجز عن المبدل فجاز له العدول الى البدل كما لو وجبت عليه الصلاة ومعه ماء فاندفق قبل الوضوء به

ولنا ان الاطعام وجب عليه في الكفارة فلم يسقط بالعجز عنه كالاطعام في كفارة الظهار ، وفارق الوضوء لان الصلاة واجبة ولا بد من أدائها فاحتيج الى الطهارة لها في وقتها بخلاف الكفارة

(فصل) والكفارة في حق العبد والحر والرجل والمرأة والمسلم والكافر سواء، لان الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ عام في جميع المخاطبين فدخل الكل في عمومه الا ان الكافر لا يصح منه التكفير بالصيام لانه عبادة وليس هو من اهلها ولا بالاعتاق لان من شرطه الايمان في الرقبة ولا يجوز لكافر شراء مسلم الا أن يتفق إسلامه في يده أو يرث مسلما فيعتقه فيصح اعتاقه. وان لم يتفق ذلك فتكفيره بالاطعام أو الكسوة فاذا كفر به ثم أسلم لم يلزمه اعادة التكفير، وان أسلم قبل التكفير كفر بما يجب عليه في تلك الحال من اعتاق اواطعام أو كسوة أو صيام، ويحتمل على قول الخرقي ألا يجزئه الصيام لانه إنما يكفر بما وجب عليه حين الحنث ولم يكن الصيام مما وجب عليه

(فصل) وان حلف لا ساكنت فلانا في هذه الدار فقسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما بابا لنفسه وسكناها لم يحنث كما ذكرنا في التي قبلها وهذا قول الشافعي وابن المنذر وابي ثور وأصحاب الرأي وقال مالك لا يعجبني ذلك ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار فلا تنحل يمينه بتغييرها كما لو حلف لا يدخلها فصارت فضاء والاول أصح لانه لا يساكنه فيها لكون المساكنة في الدار لا تحصل مع كونها دارين وفارق الدخول فانه دخلها متغيرة

﴿ باب جامع الايمان ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (ويرجع في الايمان الى النية)

وجملة ذلك ان مبني اليمين على نية الحالف فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه سواء كان مانواه موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له فالموافق للظاهر ان ينوي باللفظ موضوعه الاصلي مثل أن ينوي باللفظ العام العموم وبالمطلق الاطلاق وبسائر الالفاظ ما يتبادر إلى الافهام منها والمخالف يتنوع انواعا (احدها) ان ينوي بالعام الخاص مثل أن يحلف لايأكل لحما ولافاكهة ويريد لحما بعينه وفاكهة بعينها ومنها ان يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقا وينوي فعله أو تركه في وقت بعينه مثل ان يحلف لا أتغدى يعني اليوم أو لآكلن يعني الساعة، ومنها ان ينوي بيمينه غير مايفهمه السامع منه كما ذكرنا في المعاريض في مسئلة اذا تأول في يمينه فله تأويله ، ومنها أن يريد بالخاص العام مثل ان يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش ينوي قطع كل ما له فيه منة أو لايأوي مع امرأته في دار يريد جفاءها بترك اجتماعها معه في جميع الدور أو حلف لايلبس ثوبا من غزلها يريد قطع منتها به فيتعلق يمينه بالانتفاع به أو بثمنه مما لها فيه منة عليه .

وبهذا قال مالك وقال ابوحنيفة والشافعي لاعبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه لان الحنث مخالفة ماعقد عليه اليمين واليمين لفظه فلواحنثناه على ماسواه لاحنثنا على مانوى لا على ما حلف ولان النية بمجردها لاتنعقد بها اليمين فلذلك لايحنث بمخالفتها

ولنا أنه نوى بكلامه مايحتمله ويسوغ في اللغة التعبير به عنه فينصرف يمينه اليه كالمعاريض وبيان احتمال اللفظ انه يسوغ في كلام العرب التعبير بالخاص عن العام قال الله تعالى (مايملكون من قطمير - ولايظلمون فتيلا - وإذا لايأتون الناس نقيراً) والقطمير لفافة النواة والفتيل مافي شقها والنقير النقرة التي في ظهرها ولم يرد ذلك بعينه بل نفي كل شيء وقال الحطيئة يهجو بني العجلان :

ولايظلمون الناس حبة خردل

ولم يرد الحبة بعينها إنما أراد لا يظلمونهم شيئا وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى (الذين قال لهم الناس) يعني رجلا واحداً (إن الناس قدجمعوا لكم) يعني أبا سفيان وقال تعالى (تدمر كل شيء) ولم يرد السماء والارض ولا مساكنهم واذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين اليه لقول النبي

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليخرجن من هذه البلدة فخرج دون أهله لم يحنث وان حلف ليخرجن من هذه الدار فخرج دون أهله لم يبر)

إذا حلف ليخرجن من هذه الدار اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله كما لو حلف لايسكنها وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة تناولت يمينه الخروج بنفسه لان الدار يخرج منها صاحبها

ﷺ «إنما لامرئ مانوى» ولان كلام الشارع يحمل على مراده إذا ثبت ذلك بالدليل فكذلك كلام غيره وقولهم ان الحنث مخالفة ماعقد عليه اليمين قلنا وهذا كذلك فانما انعقدت عليه اليمين على مانواه ولفظه مصروف اليه وليست هذه نية مجردة بل لفظ منوي به مايحتمله

(فصل) ومن شرط انصراف اللفظ الى مانواه احتمال اللفظ له فان نوى مالايحتمله اللفظ مثل ان يحلف لايأكل خبزاً يعني به لايدخل بيتا فان يمينه لاتنصرف الى المنوي لانها نية مجردة لايحتملها اللفظ فاشبه مالو نوى ذلك بغير يمين.

﴿ مسألة ﴾ قال (فان لم ينو شيئا رجع الى سبب اليمين وما هيجها)

وجملته أنه إذا عدمت النية نظرنا في سبب اليمين وما أثارها لدلالته على النية فاذاحلف لا يأوي مع امرأته في هذه الدار نظرنا فان كان سبب يمينه غيظا من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها اختصت يمينه بها، وان كان لغيظ لحقه من المرأة يقتضي جفاءها ولا أثر للدار فيه تعلق ذلك بايوائه معها في كل دار، وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فان كان سببه المنة عليه منها فكيفما انتفع به أو بثمنه حنث وان كان سبب يمينه خشونة غزلها ورداءته لم يتعد بيمينه لبسه والخلاف في هذه المسئلة كالخلاف في التي قبلها قد دللنا على تعلق اليمين بما نواه والسبب دليل على النية فيتعلق اليمين به وقد ثبت ان كلام الشارع إذا كان خاصاً في شيء لسبب عام تعدى إلى ما يوجد فيه السبب كتنصيصه على تحريم التفاضل في اعيان ستة أثبت الحكم في كل مايوجد فيه معناها كذلك في كلام الآدمي مثله فاما ان كان اللفظ عاما والسبب خاصاً مثل من دعي الى غداء فحلف لا يتغدى أو حلف لا يقعد فان كانت له نية فيمينه على مانوى وان لم تكن له نية فكلام أحمد يقتضي روايتين

(احداهما) ان اليمين محمولة على العموم لان أحمد سئل عن رجل حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال النذر يوفى به يعني لا يدخله. ووجه ذلك ان لفظ الشارع اذا كان عاما لسبب خاص وجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذلك يمين الحالف وذكر القاضي فيمن حلف على زوجته أو عبده ان لايخرج الا باذنه فعتق العبد وطلق الزوجة وخرجا بغير إذنه لايحنث

في اليوم مرات عادة فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد، وانما أراد الخروج الذي هو النقلة. والخروج من البلد بخلاف ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليخرجن من هذه البلدة او ليرحلن عن هذه الدار ففعل فهل له العودة اليها ؟ على روايتين

(إحداهما) لاشيء عليه في العود ولا يحنث به لان يمينه على الخروج، وقد خرج فانحلت يمينه لفعل ماحلف عليه فلم يحنث فيها بعد

لان قرينة الحال تنقل حكم الكلام إلى نفسها. وإنما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما فكأنه قال ما دمتما في ملكي ولان السبب يدل على النية في الخصوص كدلالته عليها في العموم ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به فكذلك اذا وجد ما يدل عليها، ولو حلف لعامل لايخرج الا بأذنه فعزل أو حلف أن لايرى منكرا الا رفعه الى فلان القاضي فعزل ففيه وجهان بناء على ما تقدم (أحدهما) لا تنحل اليمين بعزله قال القاضي هذا قياس المذهب لان اليمين اذا تعلقت بعين موصوفة تعلقت بالعين وان تغيرت الصفة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، والوجه الآخر تنحل اليمين بعزله وهومذهب أبي حنيفة لانه لا يقال رفعه اليه الا في حال ولايته فعلى هذا ان رأى المنكر في ولايته فامكنه رفعه فلم يرفعه اليه حتى عزل لم يبر برفعه اليه حال كونه معزولا وهل يحنث بعزله؟ فيه وجهان (أحدهما) يحنث لانه قد فات رفعه اليه فاشبه مالو مات (والثاني) لا يحنث لانه لم يتحقق فواته لاحتمال ان يلي فيرفعه اليه بخلاف ما اذا مات فانه يحنث لانه قد تحقق فواته واذا مات قبل امكان رفعه اليه حنث أيضاً لانه قد فات فاشبه مالو حلف ليضربن عبده في غد فمات العبد اليوم ويحتمل ان لايحنث لانه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فاشبه المكره وان قلنا لاتنحل يمينه بعزله فرفعه اليه بعد عزله بر بذلك

(فصل) فان اختلف السبب والنية مثل ان امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف أنه لا يلبس ثوباً من غزلها ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجهاً واحداً لان النية وافقت مقتضى اللفظ، وان نوى بيمينه ثوباً واحداً فكذلك في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي يقدم السبب لان اللفظ ظاهر في العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لان السبب هو الامتنان وظاهر حاله قطع النية فلا يلتفت الى نيته المخالفة للظاهرين والاول أصح لان السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد فاذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان وجوده كعدمه فلم يبق الا لفظه بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف لا يسكن دارا هو ساكنها خرج من وقته فان تخلف عن الخروج من وقته حنث)

وجملة ذلك ان ساكن الدار اذا حلف لا يسكنها فمتى اقام فيها بعد يمينه زمناً يمكنه فيه الخروج

(والثانية) يحنث بالعود لان ظاهر حاله قصد هجران ماحلف على الرحيل منه ولا يحصل ذلك بالعود ويمكن حمل هذه الرواية على ان المحلوف عليه شيء هيج يمينه اودلت قرينة حاله على إرادة هجرانه او نوى ذلك بيمينه فاقتضت يمينه دوام اجتنابها فان لم يكن كذلك لم يحنث بالعود لان اليمين عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ ومقتضاه ههنا الخروج وقد فعله فانحلت يمينه به وكذلك الحكم إذا حلف على الرحيل من بلد لم يبر إلا بالرحيل بأهله

حنث لان استدامة السكنى كابتدأئها في وقوع اسم السكنى عليها الا تراه يقول سكنت هذه الدار شهراً كما يقول لبست هذا الثوب شهراً؟ وبهذا قال الشافعي وإن أقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث لان الانتقال لايكون الا بالاهل والمال فيحتاج ان ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا وحكي عن مالك أنه ان أقام دون اليوم والليلة لم يحنث لان ذلك قليل يحتاج اليه في الانتقال فلم يحنث به وعن زفر أنه قال يحنث وان انتقل في الحال لانه لابد من ان يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة فيحنث بها وليس بصحيح فان مالا يمكن الاحتراز منه لايراد باليمين ولا يقع عليه، وأما اذا أقام زمناً يمكنه الانتقال فيه فانه يحنث لانه فعل مايقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفاق الاترى أنه لوحلف لايدخل الدار فدخل الى أول جزء منها حنث وان كان قليلا؟

(فصل) وان اقام لنقل متاعه وأهله لم يحنث وبه قال ابوحنيفة وقال الشافعي يحنث

ولنا ان الانتقال انما يكون بالاهل والمال على ماسنذكره ولا يمكنه التحرز من هذه الاقامة فلا يقع اليمين عليها وعلى هذا إن خرج بنفسه وترك أهله وماله في المسكن مع امكان نقلهم عنه حنث

وقال الشافعي لايحنث اذا خرج بنية الانتقال لانه اذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن ولانه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله

ولنا ان السكنى تكون بالاهل والمال ولهذا يقال فلان ساكن بالبلد الفلاني وهو غائب عنه بنفسه واذا نزل بلداً بأهله وماله يقال سكنه ولو نزله بنفسه لايقال سكنه. وقولهم انه نوى السكنى بنفسه لايصح فان من خرج الى مكان لينقل أهله اليه ولم ينو السكنى بنفسه فأشبه من خرج يشتري متاعا، وان خرج عازما على السكنى بنفسه منفرداً عن أهله الذي في الدار لم يحنث ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ذكره القاضي

وحكي عن مالك انه اعتبر نقل عياله دون ماله والاولى ان شاء الله انه اذا انتقل بأهله فسكن في موضع آخر فانه لايحنث، وإن بقي متاعه في الدار لان مسكنه حيث حل أهله به ونوى الاقامة به ولهذا لو حلف لايسكن داراً لم يكن ساكناً لها فنزلها باهله ناويا للسكنى بها حنث. وقال القاضي: إن نقل اليها مايتأثث به ويستعمله في منزله فهو ساكن وإن سكنها بنفسه

(فصل) وإن أكره على المقام لم يحنث لقول النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وكذلك إن كان في جوف الليل في وقت لايجد منزلا يتحول اليه أو يحول بينه

(فصل) (إذا حلف لايدخل داراً فحمل فأدخلها او يمكنه الامتناع فلم يمتنع او حلف لايستخدم رجلا فخدمه وهو ساكت فقال القاضي يحنث)

إذا حلف لايدخل داراً فحمل فأدخلها فلم يمكنه الامتناع لم يحنث نص عليه احمد في رواية ابي طالب، وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لان الفعل غير موجود منه ولا منسوب اليه فان حمل بأمره فأدخلها حنث لانه دخل مختاراً فأشبه مالو دخل راكباً. فان حمل بغير أمره لكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضاً

وبين المنزل أبواب مغلقة لايمكنه فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله فأقام في طلب النقلة او انتظارا لزوال المانع منها او خرج طالباً للنقلة فتعذرت عليه اما لكونه لم يجد مسكنا يتحول اليه لتعذر الكراء او غيره او لم يجد بهائم ينتقل عليها ولا يمكنه النقلة بدونها فاقام ناويا للنقلة متى قدر عليها لم يحنث وإن أقام أياما وليالي لان اقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكينه من النقلة فانه اذا لم يجد مسكناً لايمكنه ترك أهله والقاء متاعه في الطريق فلم يحنث به كالمقيم للاكراه

وإن أقام في هذا الوقت غير ناو للنقلة حنث ويكون نقله لما يحتاج إلى نقله على ماجرت به العادة فلو كان ذامتاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لايترك النقل المعتاد لم يحنث وإن أقام أياما، ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله ولا النقل بالليل، ولا وقت الاستراحة عند التعب ولا أوقات الصلوات لان العادة لم تجر بالنقل فيها، ولو ذهب رحله او أودعه او أعاره وخرج لم يحنث لان يده زالت عن المتاع فان تردد الى الدار لنقل المتاع او عائداً لمريض أو زائراً لصديق لم يحنث وقال القاضي إن دخلها ومن رأيه الجلوس عنده حنث والا فلا

ولنا ان هذا ليس بسكنى ولذلك لو حلف ليسكنن داراً لم يبر بالجلوس فيها لانه على هذا الوجه لايسمى ساكناً به بهذا العذر فلم يحنث به كما لو لم ينو الجلوس، وإن كان له في الدار امرأة أو عائلة فارادهم على الخروج معه والانتقال عنها فأبوا ولم يمكنه اخراجهم فخرج وتركهم لم يحنث لان هذا مما لايمكنه فاشبه مالم يمكنه نقله من رحله

(فصل) وإن حلف لايساكن فلانا فالحكم في الاستدامة على ماذكرنا في الحلف على السكنى وإن انتقل أحدهما وبقي الآخر لم يحنث لزوال المساكنة وإن سكنا في دار واحدة وكل واحد في بيت ذي باب وغلق رجع إلى بيته بيمينه أو إلى سببها وما دلت عليه قرائن أحواله في المحلوف على المساكنة فيه فان عدم ذلك كله حنث وهذا قول مالك

وقال الشافعي إن كانت الدار صغيرة فهما متساكنان لان الصغيرة مسكن واحد، وإن كانت كبيرة إلا ان أحدهما في البيت والآخر في الصفة او كانا في صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان، وإن كانا في بيتين كل واحد منهما له غلق او كانا في خان فليسا متساكنين لان كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فاشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه

اختاره القاضي لانه دخلها غير مكره فأشبه مالو حمل بأمره، وقال ابو الخطاب في الحنث وجهان (أحدهما) لايحنث لانه لم يفعل الدخول ولم يأمر به فأشبه ما لو لم يمكنه الامتناع، ومتى دخل باختياره حنث سواء كان ماشياً او راكباً او محمولاً او القى سفينة في ماء فجره اليها او سبح فيها

ولنا أنهما في دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة وفارق المتجاورين في الدارين فانهما ليسا متساكنين ويمينه على نفي المساكنة لاعلى المجاورة ، ولو كانا في دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين وفتحا لكل واحدة منهما بابا وبينهما حاجز ثم سكن كل واحد منهما في حجرة لم يحنث لانهما غير متساكنين ، وإن تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث لانهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الاخرى وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) فان حلف لاساكنت فلاناً في هذه الدار فسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا ثم سكنا فيهما لم يحنث لما ذكرنا في التي قبلها وهذا قول الشافعي وابن المنذر وابي ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك لايعجبني ذلك ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار ولا ينحل بتغيرها كما لو حلف لايدخلها فصارت نصاً والاول أصح لانه لم يساكنه فيها لكون المساكنة في الدار لاتحصل مع كونهما دارين وفارق الدخول فانه دخلها متغيرة

(فصل) وإن حلف ليخرجن من هذه الدار اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله كما لو حلف لايسكنها ، وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة تناولت يمينه الخروج بنفسه لان الدار يخرج منها صاحبها في اليوم مرات عادة فظاهر حاله انه لم يرد الخروج المعتاد وانما أراد الخروج الذي هو النقلة والخروج من البلد بخلاف ذلك، واذا خرج الحالف فهل له العود فيه ؟ عن احمد روايتان

(احداهما) لاشيء عليه في العود ولا يحنث به لان يمينه على الخروج وقد خرج فانحلت يمينه لفعل ماحلف عليه فلم يحنث فيما بعد .

(والثانية) يحنث بالعود لان ظاهر حاله قصد هجران ماحلف على الرحيل منه ولايحصل ذلك بالعود ويمكن حمل هذه الرواية على أن للمحلوف عليه سبباً هيج يمينه أو دلت قرينة حاله على ارادته هجرانه أو نوي ذلك بيمينه فاقتضت يمينه دوام اجتنابها وان لم يكن كذلك لم يحنث بالعود لان اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ ومقتضاه ههنا الخروج وقد فعله فانحلت يمينه وكذلك الحكم اذا حلف على الرحيل منها الا انه إذا حلف على الرحيل من بلد لم يبر الا بالرحيل بأهله .

﴿ مسألة ﴾ قال) ولو حلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها ولم يمكنه الامتناع لم يحنث)

نص عليه أحمد هذا في رواية أبي طالب وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولانسلم

فدخلها ، وسواء دخل من بابها او تسور حائطها او دخل من طاقة فيها او نقب حائطها او دخل من ظهرها او غير ذلك

(فصل) فان أكره بالضرب ونحوه فدخلها لم يحنث في أحد الوجهين وهذا أحد قولي الشافعي (والثاني) يحنث وهو قول أصحاب الرأي ونحوه عن النخعي لانه دخلها وفعل ما حلف على تركه

فيه خلافا وذلك لان الفعل غير موجود منه ولا منسوب اليه وان حمل بأمره فادخلها حنث لانه دخل مختاراً فأشبه مالو دخل راكباً وان حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضاً لانه دخلها غير مكره فأشبه مالو حمل بامره وقال ابو الخطاب في الحنث وجهان .

(أحدهما) لا يحنث لانه لم يفعل الدخول ولم يأمر به فاشبه ما لو لم يمكنه الامتناع ومتى دخل باختياره حنث سواء كان ماشياً أو راكبا او محمولا أو ألقى نفسه في ماء فجره اليها أو سبح فيه فدخلها وسواء دخلها من بابها أو تسور حائطها أو دخل من طاقة فيها أو نقب حائطاً ودخل من ظهرها او غير ذلك .

(فصل) فان أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث في أحد الوجهين وهو أحد قولي الشافعي وفي الآخر يحنث وهو قول اصحاب الرأي ونحوه قول النخعي لانه فعل ماحلف على تركه ودخلها .

ولنا قول النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه دخلها مكرهاً فأشبه مالو حمل مكرهاً .

(فصل) وان رقي فوق سطحها حنث ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الشافعي لا يحنث ولأصحابه فيما إذا كان السطح محجراً وجهان ، واحتجوا بان السطح يقيها الحر والبرد ويحرزها فهو كحيطانها .

ولنا أن سطح الدار منها وحكمه حكمها سواء فحنث بدخوله كالمحجر أوكالو دخل بين حيطانها ودليل ذلك أنه يصح الاعتكاف في سطح المسجد ويمنع الجنب من اللبث فيه ولو حلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها لم يبر ولو حلف أن لا يخرج منها فصعد سطحها لم يحنث ولانه داخل في حدود الدار ومملوك لصاحبها ويملك بشرائها ويخرج من ملك صاحبها ببيعها والبائت عليه يقال بات في داره وبهذا يفارق ماوراء حائطها فان كان في اليمين قرينة لفظية أو حالية تقتضي اختصاص الارادة بداخل الدار مثل أن يكون سطح الدار طريقاً وسبب يمينه يقتضي ترك وصلة أهل الدار لم يحنث بالمرور على سطحها وكذلك ان نوى بيمينه باطن الدار تقيدت يمينه بما نواه لانه ليس للمرء إلا مانواه .

والصحيح لاول لقول النبي ﷺ «عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه دخلها مكرها أشبه مالو حمل فأدخلها مكرها و كذلك ان حلف لا يستخدم رجلا فخدمه وهو ساكت فيه من الخلاف ماذكرناه في دخول الدار لانه في معناه

(فصل) وان حلف لا يستخدم عبداً فخدمه وهو ساكت لم يامره ولم ينهه فقال القاضي ان كان عبده حنث وان كان عبد غيره لم يحنث وهو قول ابي حنيفة لان عبده يخدمه عادة بحكم استحقاقه

(فصل) فان تعلق بغصن شجرة في الدار لم يحنث وان صعد حتى صار في مقابلة سطحها بين حيطانها حنث وان لم ينزل بين حيطانها احتمل أن يحنث لانه في هوائها وهواؤها ملك لصاحبها فأشبه مالو قام على سطحها واحتمل أن لايحنث لانه لايسمى داخلا ولا هو على شيء من اجزائها وكذلك ان كانت الشجرة في غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها فان قام على حائط الدار احتمل وجهين .(أحدهما)أنه يحنث وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لانه داخل في حدها فأشبه القائم على سطحها (والثاني) لايحنث لانه لايسمى دخولا ، وان قام في طاق الباب فكذلك لانه بمنزلة حائطها ، وقال القاضي اذا قام على العتبة لم يحنث ، لان الباب إذا غلق حصل خارجا منها ولا يسمى داخلا فيها .

(فصل) وان حلف أن لايضع قدمه في الدار فدخلها راكباً أو ماشياً منتعلا أو حافياً حنث كما لو حلف أن لايدخلها ، وبهذا قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور ان دخلها راكبا لم يحنث لانه لم يضع قدمه فيها .

ولنا انه قد دخل الدار فحنث كما لو دخلها ماشيا ولا نسلم انه لم يضع قدمه فيها فان قدمه موضوعة على الدابة فيها فاشبه مالو دخلها منتعلا وعلى ان هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل اليمين عليه فان قيل هذا مجاز لايحمل اليمين عليه قلنا المجاز إذا اشتهر صار من الاسماء العرفية فينصرف اللفظ باطلاقه اليه كلفظ الراوية والدابة وغيرهما .

(فصل) وان حلف لايدخل هذه الدار من بابها فدخلها من غير الباب لم يحنث لأن يمينه لم تتناول غير الباب ويتخرج انه يحنث اذا أراد بيمينه اجتناب الدار ولم يكن للباب سبب هيج يمينه كما لو حلف لايأوي مع زوجته في دار فأوى معها في غيرها وان حول بابها في مكان آخر فدخل فيه حنث لانه دخلها من بابها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وإن حلف لادخلت من باب هذه الدار فكذلك وان جعل لها باب آخر مع بقاء الأول فدخل منه حنث لانه دخل من باب الدار وإن قلع الباب ونصب في دار أخرى وبقي الممر حنث بدخوله ولم يحنث بالدخول من الموضع الذي نصب فيه الباب لان الدخول في الممر لا من المصراع .

ذلك عليه ويكون معنى يمينه لامنعتك خدمتي فاذا لم ينهه لم يمنعه وعبد غيره بخلافه وقال ابو الخطاب يحنث في الحالين لان اقراره على الخدمة استخدام ولهذا يقال فلان يستخدم عبده اذا خدمه وإن لم يأمره ولانه ماحنث به في عبده حنث به في عبد غيره كسائر الاشياء وقال الشافعي لايحنث في الحالين لانه حلف على فعل نفسه فلا يحنث بفعل غيره كسائر الافعال

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليشربن هذا الماء او ليضربن عبده غداً فتلف المحلوف عليه قبل الغد حنث عند الخرقي ويحتمل أن لايحنث وان مات الحالف لم يحنث)

(فصل) فان حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مملوكة له او داراً يسكنها باجرة او عارية او غصب حنث وبذلك قال ابو ثور واصحاب الرأي وقال الشافعي لايحنث إلا بدخول دار يملكها لان الاضافة في الحقيقة الى المالك بدليل انه لوقال هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها ولوقال اردت انه يسكنها لم يقبل

ولنا ان الدار تضاف الى ساكنها كاضافتها الى مالكها قال الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) اراد بيوت ازواجهن التي يسكنها وقال تعالى [وقرن في بيوتكن] ولان الاضافة للاختصاص وكذلك يضاف الرجل الى اخيه بالاخوة والى ابيه بالبنوة وإلى ولده بالابوة والى امرأته بالزوجية وساكن الدار مختص بها فكانت إضافتها اليه صحيحة وهي مستعملة في العرف فوجب ان يحنث بدخولها كالمملوكة له وقولهم إن هذه الاضافة مجاز ممنوع بل هي حقيقة لما ذكرناه ولوكانت مجازاً لكنه مشهور فيتناوله اللفظ كما لوحلف لاشربت من راوية فلان فانه يحنث بالشرب من مزادته. واما الاقرار فانه لو قال هذه دار زيد وفسر اقراره بسكناها احتمل أن نقول يقبل تفسيره وإن سلمنا فان قرينة الاقرار تصرفه إلى الملك، وكذلك لو حلف لادخلت مسكن زيد حنث بدخوله الدار التي يسكنها ولو قال هذا المسكن لزيد كان مقراً له بها ولا خلاف في هذه المسئلة وهي نظيرة مسئلتنا

(فصل) ولو حلف لايركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان حنث، وإن ركب دابة استعارها لم يحنث ذكره ابو الخطاب، وكذلك لو ركب دابة غصبها فلان وفارق مسألة الدار فانه لم يحنث في الدار لكونه استعارها ولا غصبها وانما حنث لسكناه بها فاضيفت الدار اليه لذلك، ولو غصبها أو استعارها من غير أن يسكنها لم تصح اضافتها اليه ولا يحنث الحالف فيكون كمستعير الدابة وغاصبها سواء

(فصل) وإن حلف لا يدخل دار هذا العبد ولا يركب دابته ولا يلبس ثوبه فدخل داراً جعلت برسمه أو ركب دابة جعلت برسمه أو لبس ثوبا جعل برسمه حنث وعند الشافعي لايحنث لانه لايملك شيئاً ، الاضافة تقتضي الملك وقد قدمنا الكلام معه في الفصل الذي قبل هذا ويختص هذا الفصل بان الملكية لاتمكن ههنا ، لا تصح الاضافة بمعناها فتعين حمل الاضافة ههنا على اضافة الاختصاص دون الملك ، وإن حلف لايدخل دار زيد فدخل دار عبده حنث ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولا

أما إذا مات الحالف من يومه فلا حنث عليه لان الحنث انما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته وهو الغد والحالف قد خرج عن أهلية التكليف قبل الغد فلا يمكنه حنثه وكذلك ان جن الحالف من يومه فلم يفق إلا بعد خروج الغد لانه خرج عن كونه من أهل التكليف ، وان هرب العبد او مرض هو او الحالف او نحو ذلك فلم يقدر على ضرب العبد حنث لانه لم يفعل ماحلف عليه مع كونه من أهل التكليف وان لم يمت الحالف ففيه سبع مسائل

نعلم فيه خلافا لان دار العبد ملك لسيده . وإن حلف لايلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايحنث لان العبد بهما خص ولنا أنهما مملوكان للسيد فتناولتهما يمين الحالف كالدار وما ذكروه يبطل بالدار

﴿مسئلة﴾ قال (ولو حلف لايدخل داراً فأدخل يده أورجله أو رأسه أوشيئاً منه حنث ولو حلف أن يدخل لم يبر حتى يدخل بجميعه أما اذا حلف ليدخلن أو يفعل شيئاً لم يبر الا بفعل جميعه والدخول اليها بجملته)

لايختلف المذهب في شيء من ذلك ولا نعلم بين اهل العلم فيه اختلافا لان اليمين تناولت فعل الجميع كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الامر الا بفعل الجميع ولان اليمين على فعل شيء اخبار بفعله في المستقبل مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله ، فأما إن حلف لايدخل فادخل بعضه ولا يفعل شيئا ففعل بعضه ففيه روايتان

(احداهما) لايحنث وحكي عن مالك لان اليمين يقتضي المنع من فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي فنظير الحالف على الدخول قوله تعالى (أدخلوا الباب سجداً وادخلوا عليهم الباب) فلا يكون المأمور ممتثلا الا بدخول جملته ونظير الحالف على ترك الدخول قوله سبحانه (لاتدخلوا بيوتاً غير بيوتكم)

وقوله (لاتدخلوا بيوت النبي) لايكون المنهي ممتثلا الا بترك الدخول كله فكذلك الحالف على ترك الدخول لايبرأ الا بتركه كله فمتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه فكان مخالفاً كالمنهي عن الدخول ووجه الجمع بينهما ان الآمر والناهي يقصد الحمل على فعل الشيء أو المنع منه والحالف يقصد بيمينه ذلك فكانا سواء يحققه أن الآمر بالفعل او الحالف عليه يقصد فعل الجميع فلا يكون ممتثلا ولا باراً إلا بفعله كله والناهي والحالف على الترك يقصد ترك الجميع فلا يكون ممتثلا ولا باراً الا بترك الجميع وفاعل البعض مافعل الجميع ولا ترك الجميع فلا يكون ممتثلا للأمر ولا النهي ولا باراً بالحلف على الفعل ولا الترك

(والرواية الثانية) لايحنث الا بان يدخل كله ، قال احمد في رواية صالح وحنبل فيمن حلف

(أحدها) أن يضرب العبد في غد أي وقت كان منه فانه يبر في يمينه بلا خلاف.

(الثانيـة) أمكنه ضربه في غد فلم يضربه حتى مضى الغد وهما في الغد فيحنث بلا خلاف أيضاً

(الثالثة) مات العبد من يومه فانه يحنث وهو أحد قولي الشافعي ويتخرج أن لايحنث وهو قول أبي حنيفة ومالك والقول الثاني للشافعي لانه قد ضربه بغير اختياره فلم يحنث كالمكره والناسي ولنا انه لم يفعل ما حلف عليه في وقته من غير إكراه ولانسيان وهو من أهل الحنث فحنث

على امرأته لاتدخل بيت أخيها لم تطلق حتى تدخل كلها ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لان الكل لايكون بعضاً والبعض لا يكون كلا وهذا اختيار ابي الخطاب ومذهب ابي حنيفة والشافعي وهكذا كل شيء حلف أن لايفعله ففعل بعضه لايحنث حتى يفعله كله لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه الى عائشة وهو معتكف فترجله وهي حائض والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد، والحائض ممنوعة من اللبث فيه

وروي عن النبي ﷺ انه قال لابي بن كعب «اني لاأخرج من المسجد حتى أعلمك سورة فلما أخرج رجله من المسجد علمه اياها» ولان يمينه تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالاثبات وهذا الخلاف في اليمين المطلقة فاما ان نوى الجميع او البعض فيمينه على مانوى، وكذلك ان اقترنت به قرينة تقتضي أحد الامرين تعلقت يمينه به فلو قال والله لاشربت هذا النهر او هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجهاً واحداً لان فعل الجميع ممتنع فلا ينصرف يمينه اليه وكذلك لو قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس او علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فانما يحنث بالبعض وبهذا قال ابو حنيفة وسلمه أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع، وان علقه على اسم جنس مضاف كماء النهر حنث أيضاً بفعل البعض اذا كان مما لايمكن شربه كله، وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي، والآخر لايحنث لان لفظه يقتضي جميعه فلم يتعلق ببعضه كماء الاداوة

ولنا انه لايمكن شرب جميعه فتعلقت اليمين ببعضه كما لو حلف لايكلم الناس فكلم بعضهم وبهذا فارق ماء الاداوة، وان نوى بيمينه فعل الجميع او كان في لفظه مايقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع، وان قال والله لاصمت يوما لم يحنث حتى يكمله، وان حلف لاصليت صلاة ولا أكلت أكلة لم يحنث حتى يكمل الصلاة والاكلة وان قال لامرأته ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضة مستقبلة وان قال لامرأتيه ان حضتما فانتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيضا كلتاهما فهذا وأشباهه مما يدل على ارادته فعل الجميع فوجب تعلق اليمين به

وقال احمد في رجل قال لامرأته إذا صمت يوما فأنت طالق اذا غابت الشمس من ذلك اليوم طلقت وقال القاضي اذا حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لايصلي ولا

كما لو أحلفه باختياره وكما لو حلف ليحجن العام فلم يقدر على الحج لمرض أو عدم النفقة وفارق الاكراه والنسيان فان الامتناع لمعنى في الحلف وههنا الامتناع لمعنى في المحل فأشبه مالو ترك ضربه لصعوبته أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه فاما ان كان تلف المحلوف عليه بفعله واختياره حنث وجها واحدا لانه فوت الفعل على نفسه قال القاضي ويحنث الحالف ساعة موته لان يمينه انعقدت من حين حلفه وقد تعذر عليه الفعل فحنث في الحال كما لو لم يوقت ويتخرج ان لا يحنث قبل الغد لان الحنث مخالفة ما عقد يمينه عليه فلا تحصل المخالفة الا بترك الفعل في وقته

يصوم حنث في الصلاة بتكبيرة الاحرام ، وفي الصيام بطلوع الفجر إذا نوى الصيام، وبهذا قال الشافعي ووافق ابوحنيفة في الصيام وقال في الصلاة لايحنث حتى يسجد سجدة

ولنا انه يسمى مصلياً بدخوله في الصلاة فحنث به كما لو سجد سجدة ولانه شرع فيما حلف عليه أشبه الصيام يشرع فيه ، واختار ابو الخطاب أن لايحنث حتى يصلي ركعة بسجدتيها ، ولا يحنث في الصيام حتى يصوم يوما كاملا لان مادون ذلك لايكون بمفرده صوما ولا صلاة . والاول أولى فان كل جزء من ذلك صلاة وصيام لـكن يشترط لصحته اتمامه ، وكذلك يقال لمن أفسد ذلك بطل صومه وصلاته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن حلف ألا يلبس ثوبا وهو لابسه نزعه من وقته فان لم يفعل حنث

وجملة ذلك أن من حلف لايلبس ثوبا هو لابسه فان نزعه في الحال وإلا حنث، وكذلك ان حلف لايركب دابة هو راكبها فان نزل في اول حالة الامكان والا حنث ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابوثور لايحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه لانه لو حلف لايتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا

ولنا ان استدامة اللبس والركوب تسمى لبسا وركوبا ويسمى به لابساً وراكباً ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهراً وركبت دابتي يوما فحنث باستدامته كما لو حلف لايسكن فاستدام السكنى وقد اعتبر الشرع هذا في الاحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الـكفارة في استدامته كما أوجبها في ابتدائه وفارق التزويج فانه لايطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهراً وإنما يقال منذ شهر ولهذا لم تحرم استدامته في الاحرام كابتدائه

(فصل) فان حلف لايتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستـدام ذلك لم يحنث في قولهم جميعاً لانه لايطلق على مستديم هـذه الافعال اسم الفعل فلا يقال تزوجت شهراً ، ولا تطهرت شهراً ولا تطيبت شهراً وإنمـا يقال منـذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائهـا في تحريمه في الاحرام وإيجاب الـكفارة فيه

(فصل) وان حلف لايدخل داراً هو فيها فأقام فيها ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لان استدامة المقام في ملك الغير كابتدائه في التحريم قال احمد في رجل حلف على امرأته لادخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعاً فيها قال أخاف أن يكون قد حنث

(الرابعة) مات العبد في غد قبل التمكن من ضربه فهو كما لو مات في يومه

(الخامسة) مات العبد في غد بعد التمكن من ضربه قبل ضربه فانه يحنث وجها واحداً وهو قول بعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

ولنا انه تمـكن من ضربه في وقته فلم يضربه فحنث كما لو مضى الغد قبل ضربه

(والثاني) لا يحنث ذكره القاضي واختاره ابو الخطاب وهو قول أصحاب الرأي لان الدخول لا يستعمل في الاستدامة ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً فجرى مجرى التزويج ولان الدخول الانفصال من خارج إلى داخل فلا يوجد في الاقامة وللشافعي قولان كالوجهين ويحتمل أن من أحنثه انما كان لان ظاهر حال الحالف انه يقصد هجران الدار ومباينتها والاقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به

(فصل) فان حلف لا يضاجع امرأته على فراش وهما متضاجعان فاستدام ذلك حنث لان المضاجعة تقع على الاستدامة ولهذا يقال اضطجع على الفراش ليلة وان كان هو مضطجعاً على الفراش وحده فاضطجعت عنده عليه نظرت فان قام لوقته لم يحنث وإن استدام حنث لما ذكرنا وان حلف لا يصوم وهو صائم فأتم يومه فقال القاضي لا يحنث ويحتمل أن يحنث لان الصوم يقع على الاستدامة يقال صام يوماً ولو شرع في صوم يوم العيد فظن انه من رمضان فبان انه يوم العيد حرمت عليه استدامته وان حلف لا يسافر وهو مسافر فأخذ في العود أو أقام لم يحنث وإن مضى في سفره حنث لان الاستدامة سفر ولهذا يقال سافرت شهراً

(فصل) وان حلف لا يلبس هذا الثوب وكان رداء في حال حلفه فارتدى به او ائتزر أو اعتم به أو جعله قيصاً أو سراويل أو قباء ولبسه حنث ، وكذلك إن كان قميصا فارتدى به أو سراويل فائتزر به حنث هذا هو الصحيح من مذهب الشافعي لانه قد لبسه ، وإن قال في يمينه لا ألبسه وهو رداء فغيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لان اليمين وقعت على ترك لبسه رداء وإن قال والله لا لبست شيئاً فلبس قميصا أو عمامة أو قلنسوة أو درعا أو جوشنا أو خفا او نعلا حنث ، وقال أصحاب الشافعي في الخف والنعل وجهان (أحدهما) لا يحنث

ولنا أنه ملبوس حقيقة وعرفا فحنث به كالثياب وفي الحديث أن النجاشي أهدى الى النبي ﷺ خفين فلبسهما وقيل لابن عمر انك تلبس هذا النعال قال : اني رأيت رسول الله ﷺ يلبسهما وان ترك القلنسوة في رجله او ادخل يده في الخف أو النعل لم يحنث لان ذلك ليس بلبس لهما

(فصل) وإن حلف ليلبسن امرأته حليا فلبسها خاتما من فضة او مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده بر في يمينه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يبر لانه ليس بحلي وحده

ولنا قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) وقال تعالى (يحلون فيها من أساور

(السادسة) مات الحالف في غد بعد التمكن من ضربه فلم يضربه حنث وجها واحدا لما ذكرنا

(السابعة) ضربه في يومه فانه لا يبر وهذا قول اصحاب الشافعي وقال القاضي واصحاب أبي حنيفة يبر لان يمينه للحنث على ضربه فاذا ضربه اليوم فقد فعل المحلوف عليه وزيادة فأشبه ما لو حلف ليقضيه غدا فقضاه اليوم

من ذهب ولؤلؤ) وجاء في الحديث عن عبد الله بن عمرو أنه قال قال الله تعالى للبحر الشرقي اني جاعل فيك الحلية والصيد والطيب ولان الفضة حلي إذا كانت سوارا اوخلخالا فكانت حليا إذا كانت خاتما كالذهب والجوهر واللؤلؤ حلي مع غيره فكان حليا وحده كالذهب ، وإن لبسها عقيقا أو سبجا لم يبر ، وقال الشافعي ان كان من أهل السواد بر وفي غيرهم وجهان لان هذا حلي في عرفهم

ولنا أن هذا ليس بحلي فلا يبر به كالودع وخرز الزجاج وما ذكروه يبطل بالودع ، وإن حلف لا يلبس حلياً فلبس دراهم أو دنانير في مرسلة ففيه وجهان (احدهما) لايحنث لانه ليس بحلي إذا لم يلبسه فكذلك إذا لبسه

(والثاني) يحنث لانه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم وإن لبس سيفاً محلى لم يحنث لان السيف ليس بحلي وإن لبس منطقة محلاة ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لان الحلية لها دونه فأشبه السيف المحلى

(والثاني) يحنث لانها من حلي الرجال ولا يقصد بلبسها محلاة في الغالب الا التجمل بها وإن حلف لا يلبس خاتما فلبسه في غير الخنصر من أصابعه حنث ، وقال الشافعي لا يحنث لان اليمين تقتضي لبسا معبسا معتادا وليس هذا معتادا فاشبه ما لو أدخل القلنسوة في رجله

ولنا أنه لابس لما حلف على ترك لبسه فاشبه مالو اتزر بالسراويل ، وأما ادخال القلنسوة في رجله فهو عبث وسفه بخلاف هذا فانه لا فرق بين الخنصر وغيرها الا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف أن لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وبكر حنث الا ان يكون أراد ان لا ينفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال ابو حنيفة ومالك وقال الشافعي لا يحنث وذكره أبو الخطاب احتمالا لان كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث به كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه زيد هو وغيره

ولنا ان زيداً مشتر لنصفه وهو طعام وقد أكله فيجب ان يحنث كما لو اشتراه زيد ثم خلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، وأما الثوب فلا نسلم وإن سلمناه فالفرق بينهما ان نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد ان اشتراه زيد وإن اشترى زيد نصفه مشاعا او اشترى نصفه ثم اشترى الآخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم ، ولو اشترى زيد نصفه

ولنا انه لم يفعل المحلوف عليه في وقته فلم يبر كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة فصام يوم الخميس وفارق قضاء الدين فالمقصود تعجيله لاغير وفي قضاء الدين زيادة في التعجيل فلا يحنث فيها لأنه علم من قصده ارادة ان لايتجاوز غدا بالقضاء فصار كالملفوظ به اذا كان مبنى الايمان على النية ولايصح

معينا ثم خلطه بالنصف الآخر فأكل الجميع أو اكثر من النصف حنث بغير خلاف لانه أكل مما اشتراه زيد يقينا وإن أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لانه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً ظهوراً كثيراً

(والثاني) لا يحنث لان الاصل عدم الحنث ولم يتيقن أكله مما اشتراه زيد، وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم من حلف لايأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة على ماسنذكره ان شاء الله تعالى، وإن أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل ان لايحنث

(فصل) وإن حلف لايلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث وبه قال الشافعي وان حلف لايلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها ففيه روايتان (إحداهما) يحنث كالتي قبلها (والثانية) لايحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه لم يلبس ثوبا كاملا من غزلها، وكذلك إن حلف لايلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل دارا اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو خاطاه أو أكل من قدر طبخاها أو دخل داراً اشترياها ففي هذا كله من الخلاف والقول مثلما في المسئلة الاولى، وإن حلف أن لايلبس ما خاطه زيد حنث بلبس ثوب خاطاه جميعا لانه ليس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد، وإن حلف أن لا يدخل داراً لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان والخلاف فيها على مامضى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف لايزورهما أو لا يكلمهما فزار أو كلم أحدهما حنث الا أن يكون أراد ألا يجتمع فعله بهما)

يمكن ان تكون هذه المسئلة مبنية على من حلف ان لا يفعل شيئاً ففعل بعضه فان هذا حالف على كلام شخصين وزيارتهما فتكليمه أحدهما وزيارته فعل لبعض ما حلف عليه وقد مضى الكلام في هذا ويمكن أن يقال تقدير يمينه لا كلمت هذا ولا كلمت هذا لان المعطوف يقدر له بعد حرف العطف فعل وعامل مثل العامل الذي قبل المعطوف عليه فيصير كقوله سبحانه (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) أي وحرمت عليكم بناتكم فيصير كل واحد منهما محلوفاً عليه منفرداً فيحنث به فإن قصد الا يجتمع فعله بهما لم يحنث إلا بذلك لانه قصد بيمينه مايحتمله فانصرف اليه وان قصد ترك كلام كل واحد منهما منفرداً حنث بفعله لانه عقد يمينه على ترك ذلك وان قال والله لا كلمت زيداً ولا عمراً حنث بكلام كل واحد منهما بغير إشكال

قياس ماليس مثله عليه وسائر المحلوفات لايعلم منها ارادة التعجيل عن الوقت الذي وقته لها فامتنع الالحاق وتعين التمسك باللفظ

(الثامنة) ضربه بعد موته فلايبر لان اليمين تنصرف الى ضربه حياً يتألم بالضرب وقد زال هذا بالموت

فان هذا يقتضي ترك كلام كل واحد منهما منفرداً قال الله تعالى (ولا يملكون لانفسهم ضراً ولا نفعاً ولا يملكون موتاً ولا حياة ولانشوراً) أي لا يملكون شيئاً من ذلك

(فصل) فان قال أنت طالق ان كلمت زيداً وعمرا أو عبدي حران إن كلمت زيدا وعمرا لم يقع الطلاق ولا العتق الا بتكليمها لانه جعل تكليمهما معا شرطاً لوقوع ذلك ولايثبت المشروط إلا بوجود الشرط جميعه وكذلك لو قال لامرأتيه ان حضتما فانتما طالقتان لم يقع الطلاق على واحدة منهما الا بحيضهما جميعاً وتفارق اليمين بالله تعالى فان مقتضاها المنع من فعل المحلوف عليه فتحصل المخالفة بفعل البعض وقد جمع بعض أصحابنا بينهما في الحنث بفعل البعض لكون المقصود من الحلف كله على ترك شيء المنع من فعله فيستويان،أما اذا قال اذا حضتما فانتما طالقان فليس ذلك بيمين لانه لايقصد بهذا منع من شيء ولا حث عليه انما هو شرط مجرد وليس فيه معنى اليمين

(فصل) ومن حلف على فعل شيء فقال والله لا آكل خبزاً ولحما ولا زبداً وتمراً ولا أدخل هاتين الدارين ولا أعصى الله في هذين البلدين ولا امسك هاتين المرأتين ففعل بعض ما حلف عليه مثل ان أكل أحدهما أو دخل احدى الدارين أو عصى الله في أحد البلدين أو أمسك إحدى المرأتين فهل يحنث ؟ يخرج على روايتين وان قصد بيمينه ان لايجمع بينهما أو المنع من كل واحد منهما فيمينه على مانواه وان قال والله لا آكل سمكا وأشرب لبناً بالفتح وهو من أهل العربية لم يحنث الا بالجمع بينهما لان الواو ههنا بمعنى مع ولذلك اقتضت الفتح وإن عطف أحدهما على الآخر بتكرار لا اقتضى المنع من كل واحد منهما منفرداً وحنث بفعله

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو حلف ان لا يلبس ثوبا فاشترى به أو بثمنه ثوبا فلبسه حنث اذا كان ممن امتن عليه بذلك الثوب وكذلك ان انتفع بثمنه)

هذه المسئلة فرع أصل تقدم ذكره في أول الباب وهو ان الاسباب معتبرة في الايمان فيتعدى الحكم بتعديها فاذا امتن عليه بثوب فحلف ان لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به في غير اللبس من أخذ ثمنه لانه نوع انتفاع به يلحق المنة به وان لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضي ذلك لم يحنث الا بما تناولته يمينه وهو لبسه خاصة فلو ابدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به في غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونية وسبباً

(التاسعة) ضربه ضربا لايؤلمه لايبر لما ذكرناه

(العاشرة) خنقه أو نتف شعره أو عصر ساقه بحيث يؤلمه فانه يبر لانه يسمى ضربا لما تقدم ذكرنا له

(الحادية عشر) جن العبد فضربه فانه يبر لانه حي يتألم بالضرب وان لم يضربه حنث وان

(فصل) وان فعل شيئاً عليه فيه لها منة سوى الانتفاع بالثوب وبعوضه مثل ان سكن دارها أو أكل طعامها أو لبس ثوبا لها غير المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف عليه الثوب فتعلقت يمينه به أو بما حصل به ولم يتعد إلى غيره لاختصاص اليمين والسبب به

(فصل) وان امتنت عليه امرأته بثوب فحلف ان لا يلبسه قطعاً لمنتها فاشتراه غيره ثم كساه اياه أو اشتراه الحالف ولبسه على وجه لا منة لها فيه فهل يحنث ؟ على وجهين

(أحدهما) يحنث لمخالفته ليمينه ولان لفظ الشارع اذا كان اعم من السبب وجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذا في اليمين ولانه لو خاصمته امرأة له فقال نسائي طوالق طلقن كلهن وان كان سبب الطلاق واحدة كذا ههنا (والثاني) لا يحنث لان السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمنوي أو كما لو خصصه بقرينة لفظية

(مسئلة) قال (ولو حلف ان لا يأوي مع زوجته في دار فأوى معها في غيرها حنث اذا كان اراد بيمينه جفاء زوجته ولم يكن للدار سبب هيج يمينه)

وهذه أيضاً من فروع اعتبار النية وذلك أنه متى قصد جفاءها بترك الاوي معها ولم يكن للدار أثر في يمينه كان ذكر الدار كعدمه وكأنه حلف ألا يأوي معها فاذا أوى معها في غيرها فقد اوى معها فحنث لمخالفته ما حلف على تركه وصار هذا بمنزلة سؤال الاعرابي رسول الله ﷺ واقعت أهلي في نهار رمضان فقال « اعتق رقبة » لما كان ذكر أهله لا أثر له في ايجاب الكفارة حذفناه من السبب وصار السبب الوقاع سواء كان للاهل اولغيرهم وان كان للدار أثر في يمينه مثل ان كان يكره سكناها أو خوصم من أجلها أو امتن عليه بها لم يحنث اذا أوى معها في غيرها لانه قصد بيمينه الجفاء في الدار بعينها فلم يخالف ما حلف عليه وان عدم السبب والنية لم يحنث الا بفعل ماتناوله لفظه وهو الاوي معها في تلك الدار بعينها لانه يجب اتباع لفظه اذا لم تكن نية ولا سبب يصرف اللفظ عن مقتضاه أو يقتضي زيادة عليه ومعنى الاوي الدخول فمتى حلف لا يأوي معها فدخل معها الدار حنث قليلا كان لبثهما أو كثيراً قال الله تعالى مخبرا عن فتى موسى (اذ أوينا الى الصخرة) قال أحمد ما كان ذلك الا ساعة أو ماشاء الله يقال آويت أنا وأويت غيري قال الله تعالى (اذ أوى الفتية الى الكهف) وقال الله تعالى (وآويناهما الى ربوة)

(فصل) وان برها بهدية أو غيرها أو اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كان

حلف لا يضربه في غد ففيه نحو هذه المسائل ومتى فات ضربه بموته أو غيره لم يحنث لانه لم يضربه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال والله لاشربن ماء هذا الكوز غدا فاندفق اليوم أو لآكلن هذا الخبز غدا فتلف فهو على نحو ما ذكرنا في العبد)

الدار سبب في يمينه أو لم يكن لانه قصد جفاءها بهذا النوع فلم يحنث بغيره وان حلف لايأوي معها في دار لسبب فزال السبب الموجب ليمينه مثل ان كان السبب امتنانها بها عليه فملك الدار او صارت لغيرها فأوى معها فيها فهل يحنث؟ على وجهين تقدم ذكرهما وتعليلهما

(فصل) فان حلف ان لايدخل عليها فيما ليس ببيت فحكمه حكم المسأله التي قبلها، إذا قصد جفاءها ولم يكن البيت سبب هيج يمينه حنث والا فلا فان دخل على جماعة هي فيهم يقصد الدخول عليها معهم حنث وكذلك ان لم يقصد شيئاً وان استثناها بقلبه ففيه وجهان

(احداهما) لا يحنث كما لو حلف الا يسلم عليها فسلم على جماعة هي فيهم يقصد بقلبه السلام على غيرها فانه لايحنث (والثاني) يحنث لان الدخول فعل لايتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد وقد وجد في حق الكل على السواء وهي فيهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءها وفارق السلام فانه قول يصح تخصيصه بالقصد ولهذا يصح ان يقال السلام عليكم الا فلانا ولا يصح ان يقال دخلت عليكم الا فلانا ولان السلام قول يتناول مايتناوله الضمير في عليكم والضمير عام يصح ان يراد به الخاص فصح ان يراد به من سواها والفعل لايتأتى هذا فيه وان دخل بيتاً لايعلم انها فيه فوجدها فيه فهو كالدخول عليها ناسياً فان قلنا لا يحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث وكذلك ان حلف لايدخل عليها فدخلت هي عليه فخرج في الحال لم يحنث وان أقام فهل يحنث؟ على وجهين بناء على من حلف لايدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنث ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولو حلف ان يضرب عبده في غد فمات الحالف من يومه فلا حنث عليه وإن مات العبد حنث)

اما إذا مات الحالف من يومه فلا حنث عليه لان الحنث انما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته وهو الغد والحالف قد خرج عن ان يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنثه وكذلك ان جن الحالف في يومه فلم يفق الا بعد خروج الغد لانه خرج عن كونه من أهل التكليف وان هرب العبد او مرض العبد او الحالف او نحو ذلك فلم يقدر على ضربه في الغد حنث وان لم يمت الحالف ففيه مسائل

(احدها) ان يضرب العبد في غده اي وقت كان منه فانه يبر في يمينه بلا خلاف

قال صالح سألت أبي عن الرجل يحلف أن يشرب الماء فانصب فقال يحنث وكذا لو حلف ان يأكل هذا الرغيف فأكله كلب قال يحنث لان هذا لايقدر عليه

(فصل) ومن حلف لايتكفل بمال فكفل ببدن فقال أصحابنا يحنث لان المال يلزمه بكفالته اذا تعذر احضار المكفول به قال شيخنا والقياس أنه لايحنث لانه لم يكفل بمال انما يلزمه المال لتعذر احضار المكفول به وأما قبل ذلك فلا يلزمه، ولان هذا لايسمى كفالة بالمال ويصح نفيها عنه فيقال

(الثانية) أمكنه ضربه في غد فلم يضربه حتى مضى الغد وهما في الحياة حنث ايضا بلا خلاف

(الثالثة) مات العبد من يومه فانه يحنث وهذا احد قولي الشافعي ويتخرج الا يحنث وهو قول ابي حنيفة ومالك (والقول الثاني) للشافعي لانه فقد ضربه بغير اختياره فلم يحنث كالمكره والناسي

ولنا انه لم يفعل ماحلف عليه في وقته من غير إكراه ولا نسيان وهو من اهل الحنث فحنث كالو أتلفه باختياره وكما لو حلف ليحجن العام فلم يقدر على الحج لمرض او عدم النفقة وفارق الاكراه والنسيان فان الامتناع لمعنى في الحالف وههنا الامتناع لمعنى في المحل فأشبه مالو ترك ضربه لصعوبته أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه ، فاما ان كان تلف المحلوف عليه بفعله واختياره حنث وجها واحداً لانه فوت الفعل علي نفسه قال القاضي ويحنث الحالف ساعة موته لان يمينه انعقدت من حين حلفه وقد تعذر عليه الفعل في الحال كما لو لم يؤقت ويتخرج الا يحنث قبل الغد لان الحنث مخالفة ماعقد يمينه عليه فلا تحصل المخالفة الا بترك الفعل في وقته

(الرابعة) مات العبد في غد قبل التمكن من ضربه فهو كما لو مات في يومه (الخامسة) مات العبد في غد بعد التمكن من ضربه قبل ضربه فانه يحنث وجها واحداً وقال بعض أصحاب الشافعي يحنث قولا واحداً وقال بعضهم فيه قولان

ولنا انه يمكنه ضربه في وقته فلم يضربه فحنث كالو مضي الغد قبل ضربه

(السادسة) مات الحالف في غد بعد التمكن من ضربه فلم يضربه حنث وجها واحداً لما ذكرنا

(السابعة) ضربه في يومه فانه لايبر وهذا قول أصحاب الشافعي وقال القاضي وأصحاب أبي حنيفة يبر لان يمينه للحث على ضربه فاذا ضربه اليوم فقد فعل المحلوف عليه وزيادة فاشبه مالو حلف ليقضينه حقه في غد فقضاه اليوم

ولنا انه لم يفعل المحلوف عليه في وقته فلم يبر كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة فصام يوم الخميس وفارق قضاء الدين فان المقصود تعجيله لاغير وفي قضاء اليوم زيادة في التعجيل فلا يحنث فيها لانه علم من قصده ارادة ان لايتجاوز غدا بالقضاء فصار كالمنطوق به اذ كان مبني الايمان على النية ولا يصح قياس ماليس بمثله عليه وسائر المحلوفات لاتعلم منها ارادة التعجيل عن الوقت الذي وقته لها فامتنع الالحاق وتعين التمسك باللفظ

ما تكفل بال انما تكفل بالبدن وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف ليقضينه حقه فأبرأه فهل يحنث ؟ على وجهين)

وذلك مبني على ماذا حلف علي فعل شيء فتلف قبل فعله وفيه وجهان

(الثامنة) ضربه بعد موته لم يبر لان اليمين تنصرف الى ضربه حيا يتألم بالضرب وقد زال هذا بالموت

[التاسعة] ضربه ضرباً لايؤلمه لم يبر لما ذكرناه

[العاشرة] خنقه او نتف شعره أو عصر ساقه بحيث يؤلمه فانه يبر لانه يسمى ضرباً لما تقدم ذكرنا له

(الحادية عشر) جن العبد فضربه فانه يبر لانه حي يتألم بالضرب وان لم يضربه حنث، وان حلف لا يضربه في غد ففيه نحو من هذه المسائل ومتى فات ضربه بموته او غيره لم يحنث لانه لم يضربه

(فصل) وان قال والله لأشربن ماء هذا الكوز غداً فاندفق اليوم أو لآكلن هذا الخبز غداً فتلف فهو على نحو مما ذكرنا في العبد قال صالح سألت أبي عن الرجل يحلف أن يشرب هذا الماء فانصب قال يحنث وكذلك ان حلف أن يأكل هذا الرغيف فاكله كلب قال يحنث لان هذا لا يقدر عليه.

﴿مسئلة﴾ قال (ومن حلف ألا يكلمه حيناً فكلمه قبل الستة أشهر حنث)

وجملة ذلك انه إذا حلف لايكلمه حينا فان قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن تقيد به وان أطلقه انصرف الى ستة اشهر روي ذلك عن ابن عباس وهو قول اصحاب الرأي وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقول الله تعالى (تؤتي أكلها كل حين باذن ربها) أي كل عام وقال الشافعي وأبو ثور لا قدر له ويبر بأدنى زمن لان الحين اسم مبهم يقع على القليل والكثير قال الله تعالى (ولتعلمن نبأه بعد حين) قيل اراد يوم القيامة وقال (هل أتى على الانسان حين من الدهر؟) وقال (فذرهم في غمرتهم حتى حين - وقال - حين تمسون وحين تصبحون) ويقال جئت منذ حين وان كان أتاه من ساعة.

ولنا ان الحين المطلق في كلام الله أقله ستة أشهر قال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد في قوله تعالى (تؤتي اكلها كل حين) انه ستة اشهر فيحمل مطلق كلام الآدمي على مطلق كلام الله تعالى ولانه قول ابن عباس ولا نعلم له مخالفاً في الصحابة وما المتقدرات به من المطلق في كلام الله تعالى فما ذكرناه أقله فيحمل عليه لانه اليقين.

(فصل) من حلف لا يكلمه حقباً فذلك ثمانون عاماً وقال مالك اربعون عاماً لأن

(احدهما) يحنث لانه لم يفعل ماحلف عليه

(والثاني) لايحنث لانه منع من فعله فأشبه المكره على فعل ماحلف على تركه وقد ذكرنا ذلك فيمن حلف ليضربن غلامه فتعذر ضربه

﴿مسئلة﴾ (وان مات المستحق فقضى ورثته لم يحنث ذكره ابو الخطاب لان قضاء ورثته يقوم مقام قضائه في ابراء ذمته فكذلك في البر في يمينه)

ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال القاضي : وأصحاب الشافعي هو ادنى زمان لانه لم ينقل فيه عن اهل اللغة تقدير .

ولنا ماروي عن ابن عباس انه قال في تفسير قوله تعالى (لابثين فيها أحقابا) الحقب ثمانون سنة وما ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لا يصح لان قول ابن عباس حجة ولان ماذكروه يفضي الى حمل كلام الله تعالى (لابثين فيها احقابا) وقول موسى (أو امضى حقباً) إلى اللكنة لانه اخرج ذلك مخرج التكثير فاذا صار معنى ذلك [لابثين فيها] ساعات و لحظات أو أمضي لحظات أو ساعات صار مقتضى ذلك التقليل وهو ضد ما أراد الله تعالى بكلامه وضد المفهوم منه ولم يذكره أحد من المفسرين فيما نعلم فلا يجوز تفسير الحقب به .

[فصل] فاذا حلف لايكلمه زمنا أو وقتا أو دهراً أو عمراً او مليا أو طويلا أو بعيداً أو قريباً بر با القليل والكثير في قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي لان هذه الاسماء لاحد لها في اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على اقل ما يتناوله اسمه وقد يكون القرب بعيدا بالنسبة الى ما هو أقرب منه وقريباً بالنسبة الى ماهو ابعد منه ولا يجوز التحديد بالتحكم وإنما يصار اليه بالتوقيف ولا توقيف ههنا فيجب حمله على اليقين وهو اقل ما يتناوله الاسم

وقال ابن ابي موسى الزمان ثلاثة أشهر وقال طلحة العاقولي الحين والزمان والعمر واحد لانهم لايفرقون في العادة بينها والناس يقصدون بذلك التبعيد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف والدهر يحتمل أنه كالحين ايضاً لهذا المعنى . وقال في بعيد ومليء وطويل هو اكثر من شهر ، وهذا قول ابي حنيفة لان ذلك ضد القليل ولا يجوز حمله على ضده ولو حمل العمر على أربعين عاماً كان حسناً لقول الله تعالى مخبراً عن نبيه عليه السلام [فقد لبثت فيكم عمراً من قبله] وكان أربعين سنة فيجب حمل الكلام عليه ولان العمر في الغالب لا يكون إلا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك

[فصل] فان حلف لايكلمه الدهر اوالابد أو الزمان فذلك على الابد لان ذلك بالالف واللام وهي للاستغراق فتقتضي الدهر كله

[فصل] فان حلف على ايام فهي ثلاثة لانها اقل الجمع قال الله تعالى [واذكروا الله في ايام معدودات] وهي ايام التشريق وان حلف على اشهر فهي ثلاثة لانها اقل الجمع وان حلف على شهور

وحكي عن القاضي أنه يحنث لانه تعذر قضاؤه فأشبه مالو حلف ليضربن عبده غدا فمات العبد اليوم ومن نصر قول أبي الخطاب قال موت العبد يخالف ذلك لان ضرب غيره لايقوم مقام ضربه وقال أصحاب الرأي وأبو ثور تنحل اليمين بموت المستحق ولا يحنث سواء قضى ورثته أو لم يقضهم لانه تعذر عليه فعل ماحلف عليه بغير اختياره أشبه المكره وقد سبق الكلام على هذا في مسئلة من حلف ليضربن عبده غدا فمات العبد اليوم

فاختار ابو الخطاب انها ثلاثة لذلك وقال غيره يتناول يمينه اثني عشر شهراً لقول الله تعالى [ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً] ولان الشهور جمع الكثرة وأقله عشرة فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا حلف ان يقضيه حقه في وقت فقضاه قبله لم يحنث اذا كان أراد بيمينه ألا يجاوز ذلك الوقت)

وبهذا قال ابو حنيفة ومحمد وابو ثور وقال الشافعي يحنث اذا قضاه قبله لانه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً فحنث كما لو قضاه بعده

ولنا ان مقتضى هذه اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فاذا قضاه قبله فقد قضي قبل خروج الغد وزاد خيراً ولان مبني الايمان على النية ونية هذا بيمينه ترك تعجيل القضاء قبل خروج الغد فتعلقت يمينه بهذا المعنى كما لو صرح به فان لم تكن له نية رجع الى سبب اليمين فان كانت تقتضي التعجيل فهو كما لو نواه لان السبب يدل على النية، وان لم ينو ذلك ولا كان السبب يقتضيه فظاهر كلام الخرقي أنه لا يبر إلا بقضائه في الغد فلا يبر بقضائه قبله وقال القاضي يبر على كل حال لان اليمين للحث على الفعل فمتى عجله فقد أتى بالمقصود فيه كما لو نوى ذلك والاول اصح إن شاء الله لانه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا ولم تصرفها عنه نية ولا سبب فحنث كما لو حلف ليصومن شعبان فصام رجباً. ويحتمل ما قاله القاضي في القضاء خاصة لان عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل فتصرف اليمين المطلقة اليه

(فصل) فاما غير قضاء الحق كأكل شيء أو شربه أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب عبد ونحوه فمتى عين وقته ولم ينو ما يقتضي تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر الا بفعله في وقته، وذكر القاضي انه يبر بتعجيله عن وقته وحكي ذلك عن أصحاب ابي حنيفة

ولنا انه لم يفعل المحلوف عليه في وقته من غير نية تصرف يمينه ولا سبب فيحنث كالصيام ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه في وقته لم يبر لان اليمين في الاثبات لا يبر فيها الا بفعل جميع المحلوف عليه فترك بعضه في وقته كترك جميعه إلا أن ينوي أن لا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضي ذلك سببها

(فصل) ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها او بأقل منها حنث، وإن باعه بأكثر منها لم يحنث وقال الشافعي لا يحنث اذا باعه بأقل لانه لم يتناوله يمينه

ولنا أن العرف في هذا ألا يبيعه بها ولا باقل منها بدليل انه لو وكل في بيعه انسانا وأمره أن

﴿مسئلة﴾ (وان باعه بحقه عرضا لم يحنث عند ابن حامد لانه قد قضاه حقه)

وقال القاضي يحنث لانه لم يقض الحق الذي عليه بعينه

﴿مسئلة﴾ وان حلف ليقضينه حقه عند رأس الهلال او مع رأسه أو الى رأس الهلال أو الى

لا يبيعه بعشرة لم يكن له بيعه باقل منها ولان هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة والحكم يثبت بالبينة كثبوته باللفظ فان حلف لا اشتريته بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث وإن اشتراه بها او بأكثر منها حنث لما ذكرنا ومقتضى مذهب الشافعي ألا يحنث اذا اشتراه بأكثر منها لان يمينه لم تتناوله لفظا

ولنا أنها تناولته عرفا وتنبيهاً فكان حانثاً كالوحلف: ماله علي حبة فانه يحنث اذا كان له عليه أكثر منها ويبرأ بيمينه مما زاد عليها كبرائته منها ، قيل لاحمد رجل إن حلف لاينقص هذا الثوب عن كذا قال قد أخذته ولكن هب لي كذا ؟ قال هذا حيلة ، قيل له فان قال البائع بعتك بكذا وأهب لفلان شيئاً آخر ؟ قال هذا كله ليس بشيء فكرهه

(فصل) فان حلف ليقضينه حقه في غد فمات الحالف من يومه لم يحنث لما ذكرنا فيما اذا حلف ليضربن عبده في غد فمات من يومه وإن مات المستحق فحكي عن القاضي انه يحنث لانه قد تعذر قضاؤه فاشبه مالو حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد قبل اليوم

وقال ابو الخطاب إن قضى ورثته لم يحنث لان قضاء ورثته يقوم مقام قضائه في ابراء ذمته فكذلك في البر في يمينه بخلاف ما اذا مات العبد فانه لايقوم ضرب غيره مقام ضربه

وقال أصحاب الرأي وابو ثور تنحل اليمين بموت المستحق ولا يحنث سواء قضى ورثته أو لم يقضهم لانه تعذر عليه فعل ما حلف عليه بغير اختياره أشبه المكره وقد سبق الكلام على هذا في مسئلة من حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد اليوم وإن أبرأه المستحق من الحق فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على المكره هل يحنث ؟ على روايتين وإن قضاه عوضاً عن حقه لم يحنث عند ابن حامد لانه قد قضى حقه ، وقال القاضي يحنث لانه لم يقضه الحق الذي عليه بعينه

(فصل) فان حلف ليقضيه عند رأس الهلال او مع رأسه أو إلى رأس الهلال أو الى استهلاله أو عند رأس الشهر او مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر في يمينه وإن أخر ذلك مع امكانه حنث ، وإن شرع في عده او كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرته لم يحنث لانه لم يترك القضاء وكذلك اذا حلف ليأكلن هذا الطعام في هذا الوقت فشرع في أكله فيه فتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث لان أكله كله غير ممكن في هذا الوقت اليسير فكانت يمينه على الشروع فيه في ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

استهلاله أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس في أول الشهر بر في يمينه وان أخر ذلك مع امكانه حنث وان شرع في عده او كيله أو وزنه فتأخر القضاء لم يحنث)

لانه لم يترك القضاء وكذلك إذا حلف ليأكلن هذا الطعام في هذا الوقت فشرع في أكله

(مسئلة) قال (ولو حلف ألا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه حنث الا ان يكون أراد ان لا يشربه كله)

وجملة ذلك أنه اذا حلف ليفعلن شيئاً لم يبر إلا بفعل جميعه ، وإن حلف ألا يفعله وأطلق ففعل بعضه ففيه روايتان تقدم ذكرهما وإن نوى فعل جميعه أو كان في يمينه مايدل عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه وإن نوى فعل البعض أو كان في يمينه مايدل عليه حنث بفعل البعض رواية واحدة فان حلف لايشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه فهل يحنث بذلك ؟ فيه روايتان

وإن حلف لايشرب ماء دجلة أو ماء هذا النهر حنث بشرب أدنى شيء منه لان شرب جميعه ممتنع بغير يمينه فلا حاجة الى توكيد المنع بيمينه فتصرف يمينه الى منع نفسه مما يمكن فعله وهو شرب البعض كما لو حلف لاشربت الماء وبهذا قال ابو حنيفة

وقال أصحاب الشافعي إن حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر ونحوه حنث بفعل البعض وإن تناولت يمينه الجميع كالمسلمين والمشركين والمساكين لم يحنث بفعل البعض ، وإن تناولت اسم جنس يضاف كماء النهر وماء دجلة ففيه وجهان. ولنا انه حلف على مالا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً كاسم الجنس

وإن حلف لاشربت من الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه او اغترف منه ثم شرب وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لايحنث حتى يكرع فيه لان حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لاشربت من هذا الاناء فصب منه في غيره وشرب

ولنا أن معنى يمينه أن لايشرب من ماء الفرات لان الشرب يكون من مائها ومنها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لاشربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ويفارق الكوز فان الشرب في العرف منه لانه آلة للشرب بخلاف النهر وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا انه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا في مسئلتنا

(فصل) وإن حلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لانه من ماء الفرات ولو حلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لان معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لاصحاب الشافعي

فيه وتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث لان أكله كله غير ممكن في هذا الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

(والثاني) لايحنث وهو قول ابي حنيفة وأصحابه إلا ابايوسف فان عنه رواية انه يحنث وانما قلنا انه لايحنث لان ماأخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لاإلى الفرات ويزول باضافته اليه عن اضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات

(مسئلة) قال (ولو قال والله لافارقتك حتى أستوفي حقي منك فهرب منه لم يحنث ولو قال لاافترقنا فهرب منه حنث) .

أما إذا حلف لافارقتك ففيه مسائل عشرة . (أحدها) ان يفارقه الحالف مختاراً فيحنث بلا خلاف سواء ابرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لانه فارقه قبل استيفاء حقه منه . (الثانية) فارقه مكرهاً فينظر فان حمل مكرها حتى فرق بينهما لم يحنث وان أكره بالضرب والتهديد لم يحنث وفي قول أبي بكر يحنث وفي الناسي تفصيل ذكرناه فيمامضى

(الثالثة) هرب منه الغريم بغير اختياره فلا يحنث وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن احمد انه يحنث لان معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقدحصلت

ولنا انه حلف على فعل نفسه في الفرقة وما فعل ولافعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لاقمت فقام غيره

(الرابعة) أذن له الحالف في الفرقة ففارقه فمهوم كلام الخرقي انه يحنث وقال الشافعي لايحنث قال القاضي وهو قول الخرقي لانه لم يفعل الفرقة التي حلف انه لايفعلها .

ولنا ان معنى يمينه لالزمنك فاذا فارقه باذنه فما لزمه ويفارق مااذا هرب منه لانه فر بغير اختياره ، وليس هذا قول الخرقي ولان الخرقي قال فهرب منه فمفهومه انه إذا فارقه بغير هرب انه يحنث

(الخامسة) فارقه من غير اذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشي معه وامساكه فلم يفعل فالحكم فيها كالتي قبلها .

(السادسة) قضاه قدر حقه ففارقه ظنا منه انه وفاه فخرج رديئا أو بعضه فيخرج في الحنث روايتان بناء على الناسي وللشافعي قولان كالروايتين (أحدهما) يحنث وهو قول مالك لانه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً (والثاني) لايحنث وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي اذا وجدها زيوفا ، وان وجد أكثرها نحاساً فانه يحنث وان وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضا على الروايتين في الناسي لانه ظان انه مستوف حقه فأشبه مالو وجدها رديئة وقال ابو ثور وأصحاب الرأي لا يحنث وان علم بالحال ففارقه حنث لانه لم يوفه حقه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف لافارقتك حتى استوفي حقي منك فهرب منه حنث نص عليه وقال الخرقي لايحنث وان فلسه الحاكم وحكم عليه بفراقه خرج على روايتين)

واذا حلف لافارقتك ففيه عشر مسائل

(السابعة) فلسه الحاكم ففارقه نظرت فان ألزمه الحاكم فهو كالمكره وان لم يلزمه مفارقته لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث لانه فارقه من غير اكراه فحنث كما لو حلف لايصلي فوجبت عليه صلاة فصلاها . (الثامنة) أحاله الغريم بحقه ففارقه فانه يحنث وبهذا قال الشافعي وابو ثور وقال ابو حنيفة ومحمد لايحنث لانه قد برىء اليه منه .

ولنا انه مااستوفى حقه منه بدليل انه لم يصل اليه شيء ولذلك يملك المطالبة به فحنث كما لو لم يحله فان ظن انه قد بر بذلك ففارقه فقال ابو الخطاب يخرج على الروايتين والصحيح انه يحنث لان هذا جهل بحكم الشرع فيه فلا يسقط عنه الحنث كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة ، فاما ان كانت يمينه لافارقتك ولي قبلك حق فاحاله به ففارقه لم يحنث لانه لم يبق له قبله حق ، وان أخذ به ضميناً أو كفيلا او رهنا ففارقه حنث بلا اشكال لانه يملك مطالبة الغريم

(التاسعة) قضاه عن حقه عوضاً عنه ثم فارقه فقال ابن حامد لايحنث وهو قول ابي حنيفة لانه قد قضاه حقه وبرىء اليه منه بالقضاء وقال القاضي يحنث لان يمينه على نفس الحق وهذا بدله وان كانت يمينه لا فارقتك حتى تبرأ من حقي أولي قبلك حق لم يحنث وجهاً واحداً لانه لم يبق له قبله حق وهذا مذهب الشافعي والاول أصح لانه قد استوفى حقه .

(العاشرة) وكل وكيلا يستوفي له حقه فان فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث لانه فارقه قبل استيفاء حقه ، وان استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث لان استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ به غريمه ويصير في ضمان الموكل .

(فصل) فاما ان قال لافارقتني حتى استوفي حقي منك نظرت فان فارقه المحلوف عليه مختاراً حنث وان أكره على فراقه لم يحنث وان فارقه الحالف مختاراً حنث الا على ماذكره القاضي في تاويل كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي وسائر الفروع تأتي ههنا على نحو ماذكرناه .

(فصل) وان كانت يمينه لافترقنا فهرب منه المحلوف عليه حنث لان يمينه تقتضي الا تحصل بينهما فرقة بوجه وقد حصلت الفرقة بهربه وان اكرها على الفرقة لم يحنث إلا على قول من لم ير الاكراه عذراً .

[فصل] فان حلف لافارقتك حتى اوفيك حقك فابرأه الغريم منه فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على المكره وان كان الحق عيناً فوهبها له الغريم فقبلها حنث لانه ترك ايفاءها له باختياره

(أحدها) ان يفارقه الحالف مختارا فيحنث سواء ابرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لانه فارقه قبل استيفاء حقه منه

وان قبضها منه ثم وهبها اياه لم يحنث وان كانت يمينه لافارقتك ولك قبلي حق لم يحنث اذا أبرأه او وهب العين له .

(فصل) والفرقة في هذا كله ماعده الناس فراقا في العادة وقد ذكرنا الفرقة في البيع ، ومانواه بيمينه مما يحتمله لفظه فهو على مانواه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو حلف على زوجته ان لا تخرج الا باذنه فذلك على كل مرة الا ان يكون نوى مرة)

وجملته ان من قال لزوجته ان خرجت إلا باذني او بغير إذني فأنت طالق، او قال ان خرجت الا أن آذن لك او حتى آذن لك او الى أن آذن لك فالحكم في هذه الالفاظ الخمسة انها متى خرجت بغير إذنه طلقت وانحلت يمينه لان حرف أن لايقتضي تكراراً فاذا حنث مرة انحلت كما لو قال أنت طالق ان شئت وان خرجت باذنه لم يحنث لان الشرط ماوجد وليس في هذا اختلاف ولا تنحل اليمين فمتى خرجت بعد هذا بغير إذنه طلقت

وقال الشافعي تنحل فلا يحنث بخروجها بعد ذلك لان اليمين تعلقت بخروج واحد بحرف لايقتضي التكرار واذا وجد بغير إذن حنث وان وجد باذن بر لان البر يتعلق بما يتعلق به الحنث

وقال ابو حنيفة في قوله إن خرجت إلا باذني او بغير إذني كقولنا لان الخروج باذنه في هذين الموضعين مستثنى من يمينه فلم يدخل فيها ولم يتعلق به بر ولا حنث وان قال ان خرجت إلا أن آذن لك او حتى آذن لك او إلى أن آذن لك متى أذن لها انحلت يمينه ولم يحنث بعد ذلك بخروجها بغير إذنه لانه جعل الاذن فيها غاية ليمينه وجعل الطلاق معلقا على الخروج قبل إذنه فمتى أذن انتهت غاية يمينه وزال حكمها كما لو قال ان خرجت الى أن تطلع الشمس او إلا أن تطلع الشمس او حتى تطلع الشمس فأنت طالق فخرجت بعد طلوعها ولان حرف الى وحتى للغاية لا للاستثناء

ولنا انه علق الطلاق على شرط ، وقد وجد فيقع الطلاق كما لو لم تخرج باذنه وقولهم قد بر غير صحيح لوجهين (أحدهما) ان المأذون فيه مستثنى من يمينه غير داخل فيها فكيف يبر ألا ترى أنه لو قال لها ان كلمت رجلا إلا أخاك او غير أخيك فأنت طالق فكلمت أخاها ثم كلمت رجلا آخر فانها تطلق ولا تنحل يمينه بتكليمها أخاها ؟

(الثانية) فارقه مكرها فينظر فان كان حمل مكرها حتى فارقه لم يحنث وان أكره بالضرب والتهديد لم يحنث وفي قول أبي بكر يحنث وفي الناسي تفصيل ذكرناه فيما مضى

(الثالثة) هرب منه الغريم بغير اختياره فلا يحنث وبهذا قال مالك وابو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انه يحنث لان معنى يمينه ان لا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت

(والثاني) ان المحلوف عليه خروج موصوف بصفة ولا تنحل اليمين بوجود مالم توجد فيه الصفة ولا يحنث به فلا يتعلق بما عداه بر ولا حنث كما لو قال ان خرجت عريانة فأنت طالق اوان خرجت راكبة فأنت طالق فخرجت مستترة ماشية لم يتعلق به بر ولا حنث ولانه لوقال لها ان كلمت رجلا فاسقاً او من غير محارمك فأنت طالق لم يتعلق بتكليمها لغير من هو موصوف بتلك الصفة بر ولا حنث فكذلك في الافعال وقولهم تعلقت اليمين بخروج واحد قلنا الا أنه خروج موصوف بصفة فلا تنحل اليمين بوجود غيره ولا يحنث به

وأما قول أصحاب ابي حنيفة ان الالفاظ الثلاثة ليست من الفاظ الاستثناء قلنا قوله الا أن آذن لك من ألفاظ الاستثناء واللفظتان الاخريان في معناه في اخراج المأذون من يمينه فكأن حكمهما كحكمه . هذا الكلام فيما اذا أطلق فان نوى تعليق الطلاق على خروج واحد تعلقت يمينه به وقبل قوله في الحكم لانه فسر لفظه بما يحتمله احتمالا غير بعيد ، وان أذن لها مرة واحدة ونوى الاذن في كل مرة فهو على مانوى، وقد نقل عبدالله بن احمد عن أبيه اذا حلف أن لا تخرج امرأته إلا باذنه اذا أذن لها مرة فهو اذن لكل مرة وتكون يمينه على مانوى ، وان قال كلما خرجت فهو باذني أجزأه مرة واحدة ، وان نوى بقوله إلى أن آذن لك او حتى آذن لك الغاية وأن الخروج المحلوف عليه ماقبل الغاية دون مابعدها قبل قوله وانحلت يمينه بالاذن لنيته فان مبني الايمان على النية

(فصل) وان قال ان خرجت بغير إذني فأنت طالق فأذن لها ثم نهاها فخرجت طلقت لانها خرجت بغير إذنه وكذلك ان قال إلا باذني . وقال بعض أصحاب الشافعي لا يحنث لانه قد أذن ولا يصح لان نهيه قد أبطل اذنه فصارت خارجة بغير إذنه وكذلك لواذن لوكيله في بيع ثم نهاه عنه فباعه كان باطلا ، وان قال ان خرجت بغير اذني لغير عيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض ثم تشاغلت بغيره او قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذني فأنت طالق فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غيره ففيه وجهان

(أحدهما) لايحنث لانها ماخرجت لغير عيادة مريض ولاالى غير الحمام وهذا مذهب الشافعي

(الثاني) يحنث لان قصده في الغالب ألا تذهب إلى غير الحمام وعيادة المريض ، وقد ذهبت الى غيرهما ولان حكم الاستدامة حكم الابتداء ولهذا لو حلف ألا يدخل داراً هو داخلها

ولنا انه حلف على فعل نفسه في الفرقة ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لاقمت فقام غيره

(الرابعة) اذن له الحالف في الفرقة ففارقه فمفهوم كلام الخرقي انه يحنث وقال الشافعي لايحنث قال القاضي وهو قول الخرقي لانه لم يفعل الفرقة التى حلف أنه لايفعلها

ولنا أن معنى يمينه لالزمنك فاذا فارقه باذنه فمالزمه ويفارق مااذا هرب منه لانه فر بغير اختياره وليس هو قول الخرقي لان الخرقي قال فهرب منه فمفهومه انه اذا فارقه بغير هرب انه يحنث

فأقام فيها حنث في أحد الوجهين ، وان قصدت بخروجها الحمام وغيره او العيادة وغيرها حنث لأنها خرجت لغيرها ، وان قال ان خرجت لا لعيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض وغيره لم يحنث لان الخروج لعيادة المريض ، وان قصدت معه غيره ، وان قال ان خرجت بغير اذني فأنت طالق ثم أذن لها ولم تعلم فخرجت ففيه وجهان

(أحدهما) تطلق وبه قال ابو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن

(والثاني) لا يحنث وهو قول الشافعي وابي يوسف لانها خرجت بعد وجود الاذن من جهته فلم يحنث كما لو علمت به ولانه لو عزل وكيله انعزل وان لم يعلم بالعزل فكذلك تصير مأذونا لها وان لم تعلم ووجه الاول ان الاذن اعلام ، وكذلك قيل في قوله (آذنتكم على سواء) أي أعلمتكم فاستويا في العلم (وأذان من الله ورسوله) أي اعلام (فاذنوا بحرب من الله ورسوله) فاعلموا به واشتقاقه من الاذن يعني أوقعته في اذنك واعلمتك به ومع عدم العلم لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا ولان اذن الشارع في أوامره ونواهيه لا يثبت إلا بعد العلم بها كذلك اذن الآدمي وعلى هذا يعم وجود الاذن من جهته

(فصل) فان حلف عليها ان لا تخرج من هذه الدار الا باذنه فصعدت سطحها أو خرجت الى صحنها لم يحنث لانها لم تخرج من الدار ، وان حلف لا تخرج من البيت فخرجت الى الصحن أو الى سطحه حنث وهذا مقتضى مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولو حلف على زوجته لا تخرج ثم حملها فاخرجها فان امكنها الامتناع فلم تمتنع حنث ، وقال الشافعي لا يحنث لانها لم تخرج إنما أخرجت

ولنا أنها خرجت مختارة فحنث كما لو امرت من حملها ، والدليل على خروجها ان الخروج الانفصال من داخل الى خارج وقد وجد ذلك وما ذكره يبطل بما إذا امرت من حملها فأما ان لم يمكنها الامتناع فيحتمل أن لا يحنث وهو قول أصحاب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان الخروج لا ينسب اليها فاشبه ما لو حملها غير الحالف ويحتمل ان يحنث لانه مختار لفعل ما حلف على تركه وإن حلف لا تخرجي الا باذن زيد فمات زيد ولم يأذن فخرجت حنث الحالف لانه علقه على شرط ولم يوجد ولا يجوز فعل المشروط

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف ألا يأكل هذا الرطب فأكله تمرا حنث وكذلك كلما تولد من ذلك الرطب)

وجملة ذلك أنه اذا حلف على شيء عينه بالاشارة مثل أن حلف لا يأكل هذا الرطب لم يحل

(الخامسة) فارقه من غير اذن ولا هرب على وجه تمكنه ملازمته والمشي معه أو امساكه فهي كالتي قبلها

من حالين [أحدهما] ان يأكله رطبا فيحنث بلا خلاف بين الجميع لكونه فعل ما حلف على تركه صريحا [الثاني] ان تتغير صفته وذلك يقسم خمسة أقسام

(أحدها) أن تستحيل اجزاؤه ويتغير اسمه مثل ان يحلف لا أكلت هذه البيضة فصارت فرخا أولا أكلت هذه الحنطة فصارت زرعا فأكله فهذا لا يحنث لانه زال واستحالت أجزاؤه وعلى قياسه إذا حلف لا شربت هذا الخمر فصارت خلا فشربه

(القسم الثاني) تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه مثل أن يحلف لا آكل هذا الرطب فصار تمراً ولا أكلم هذا الصبي فصار شيخا ولا آكل هذا الحمل فصار كبشا أو لا آكل هذا الرطب فصار دبسا أو خلا أو ناطفا أو غيره من الحلواء ولا يأكل هذه الحنطة فصارت دقيقا او سويقا أو خبزاً أو هريسة أو لا اكلت هذا العجين او هذا الدقيق فصار خبزا أو لا أكلت هذا اللبن فصار سمنا أو جبنا أو كشكا أو لا دخلت هذه الدار فصارت مسجدا أو حماما أو فضاء ثم دخلها أو اكله حنث في جميع ذلك وبه قال أبو حنيفة فيما إذا حلف لا كلمت هذا الصبي فصار شيخا ولا أكلت هذا الحمل فصار كبشا ولا دخلت هذه الدار فدخلها بعد تغيرها ، وقال به أبو يوسف في الحنطة إذا صارت دقيقا والشافعي في الرطب اذا صار تمراً والصبي إذ صار شيخا والحمل إذا صار كبشا وجهان ، وقالوا في سائر الصور لا يحنث لان إسم المحلوف عليه وصورته زالت فلم يحنث كما لو حلف لا يأكل هذه البيضة فصارت فرخا

ولنا ان عين المحلوف عليه باقية فحنث بها كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل فأكل لحمه أو لا لبست هذا الغزل فصار ثوبا فلبسه او لا لبست هذا الرداء فلبسه بعد أن صار قميصا او سراويل ، وفارق البيضة إذا صارت فرخا لان اجزاءها استحالت فصارت عينا أخرى ولم تبق عينها ولانه لا اعتبار بالاسم مع التعيين كما لو حلف لا كلمت زيداً هذا فغير اسمه أو لا كلمت صاحب هذا الطيلسان فكلمه بعد بيعه ولانه متى اجتمع التعيين مع غيره مما يعرف به كان الحكم للتعيين كما لو اجتمع مع الاضافة

(القسم الثالث) تبدلت الاضافة مثل ان حلف لا كلمت زوجة زيد هذه ولا عبده هذا ولا دخلت داره هذه فطلق الزوجة وباع العبد والدار فكلمهما ودخل الدار حنث وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يحنث الا في الزوجة لان الدار لا توالى ولا تعادى وانما الامتناع لاجل مالكها فتعلقت اليمين بها مع بقاء ملكه عليها وكذلك العبد في الغالب

(السادسة) قضاه قدر حقه ففارقه ظنا منه انه قد وفاه فخرج رديئا او بعضه فيخرج في الحنث روايتان بناء على الناسي وللشافعي قولان كالروايتين

(أحدهما) يحنث وهو قول مالك لانه فارقه قبل استيفاء حقه مختارا

(والثانية) لا يحنث وهو قول أبي ثور واصحاب الرأي اذا وجدها زيوفا وان وجد أكثرها

ولنا أنه إذا اجتمع في اليمين التعيين والاضافة كان الحكم للتعيين كما لو قال والله لا كلمت زوجة فلان ولا صديقه وما ذكروه لا يصح في العبد لانه يوالى ويعادى ويلزمه في الدار إذا أطلق. ولم يذكر مالكها فانه يحنث بدخولها بعد بيع مالكها اياها

(القسم الرابع) إذا تغيرت صفته بما يزيل اسمه ثم عادت كقص انكسر ثم أعيد وقلم انكسر ثم بري وسفينة تفصمت ثم أعيدت ودار هدمت ثم بنيت واسطوانة نقضت ثم أعيدت فانه يحنث لان اجزاءها واسمها موجود فاشبه ما لو لم تتغير

(القسم الخامس) إذا تغيرت صفته بما لم يزل اسمه كلحم شوي او طبخ وعبد بيع ورجل مرض فانه يحنث به بلا خلاف نعلمه لان الاسم الذي علق عليه اليمين لم يزل ولا زال التغير فحنث به كما لو لم يتغير حاله

(فصل) وإن قال والله لا كلمت سعداً زوج هند أو سيد صبيح او صديق عمرو او مالك هذه الدار أوصاحب هذا الطيلسان أولا كلمت هندامرأة سعد أوصبيحاً عبده اوعمرا صديقه فطلق الزوجة وباع العبد والدار والطيلسان وعادى عمرا وكلمهم حنث لانه متى اجتمع الاسم والاضافة غلب الاسم بجريانه مجرى التعيين لتعريف المحل

(فصل) ومتى نوي بيمينه في هذه الاشياء مادام على تلك الصفة أو الاضافة أو لم يتغير فيمينه على مانواه لقوله عليه السلام « وانما لامرء مانوى » والله أعلم

(مسألة) قال (ولو حلف ألا يأكل تمرا فأكل رطبا لم يحنث)

وجملة ذلك أنه اذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو بيمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذي علق عليه يمينه ولم يتجاوزه فاذا حلف ألا يأكل تمراً لم يحنث إذا أكل رطباً ولا بسراً ولا بلحاً، وإذا حلف لايأكل رطباً لم يحنث إذا أكل تمراً ولا بسراً ولابلحا ولاسائر مالا يسمى رطباً وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) ولو حلف لا يأكل عنباً فأكل زبيباً أو دبساً أو خلا أو ناطفا او لا يكلم شاباً فكلم شيخا اولا يشتري جدياً فشترى تيساً أو لايضرب عبداً فضرب عتيقاً لم يحنث بغير خلاف لان اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها

نحاسا انه يحنث وان وجدها مستحقة فاخذها صاحبها خرج أيضا على الروايتين في الناسي لانه ظان انه مستوف حقه فأشبه مالو وجدها رديئة وقال أبو ثور وأصحاب الرأي لايحنث وان علم بالحال ففارقه حنث لأنه لم يوفه حقه

(فصل) فان حلف لايأكل رطباً فأكل منصفاً وهو الذي بعضه بسر وبعضه تمر أو مذنبا وهو الذي بدأ فيه الارطاب من ذنبه وباقيه بسر أوحلف لا يأكل بسراً فأكل ذلك حنث وبهذا قال ابو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف وبعض أصحاب الشافعي لا يحنث لانه لا يسمى رطباً ولا تمراً

ولنا أنه أكل رطباً وبسراً فحنث كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين وما ذكروه لا يصح فان القدر الذي أرطب رطب والباقي بسر ولوأنه حلف لا يأكل الرطب فأكل القدر الذي ارطب من النصف حنث ولو حلف لايأكل البسر فأكل البسر الذي في النصف حنث وان أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما وان حلف واحد ليأكلن رطباً وآخر ليأكلن بسراً فأكل الحالف على أكل الرطب مافي المنصف من الرطبة وأكل الآخر باقيها برا جميعا وان حلف ليأكلن رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفاً لم يبر ولم يحنث لانه ليس فيه رطبة ولا بسرة

(فصل) وان حلف لا يأكل لبناً فأكل من لبن الانعام أو الصيد أو لبن آدمية حنث لان الاسم يتناوله حقيقة وعرفاً وسواء كان حليباً أو رائباً أو مائعاً أو مجمداً لان الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصل والاقط والكشك ونحوه فان أكل زبداً لم يحنث نص عليه وقال القاضي يحتمل ان يقال في الزبد ان ظهر فيه لبن حنث بأكله وإلا فلا كما قلنا فيمن حلف لايأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن وهذا مذهب الشافعي وان حلف لا يأكل زبداً فأكل سمناً أو لبناً لم يظهر فيه الزبد لم يحنث وان كان الزبد ظاهراً فيه حنث وان أكل جبناً لم يحنث وكذلك سائر مايصنع من اللبن، وان حلف لايأكل سمناً فأكل زبداً أو لبناً أو شيئاً مما يصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث وان أكل السمن منفردا أو في عصيدة أو حلواء أو طبيخ فظهر فيه طعمه حنث ولذلك اذا حلف لا يأكل لبناً فأكل طبيخاً فيه لبن او لا يأكل خلا فأكل طبيخا فيه خل يظهر طعمه فيه حنث وبهذا قال الشافعي وقال بعض أصحابه لايحنث لانه لم يفرده بالاكل ولا يصح لانه أكل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث كما لو أكله ثم اكل غيره

(فصل) وان حلف لايأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات شعير حنث لانه أكل شعيرا فحنث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفاً ويحتمل ان لايحنث لانه يستهلك في الحنطة فاشبه السمن في الخبيص وان نوى بيمنه الا يأكل الشعير منفرداً أو كان سبب يمينه يقتضي ذلك أو يقتضي أكل شعير يظهر اثر أكله لم يحنث الا بذلك لما قدمنا

(السابعة) فلسه الحاكم ففارقه فان الزمه الحاكم فهو كالمكره وان لم يلزمه مفارقته لكن فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث لانه فارقه من غير اكراه فحنث كما لو حلف لا يصلي فوجبت عليه صلاة فصلاها

(فصل) فان حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهي كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والاترج والتوت والنبق والموز والجوز والجميز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف يغاير المعطوف عليه

ولنا أنهما ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ولانهما في عرف الناس فاكهة ويسمى بائعهما فاكهانيا وموضع بيعهما دار الفاكهة والاصل في العرف الحقيقة والعطف لشرفهما وتخصيصهما كقوله تعالى (من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) وهما من الملائكة فاما يابس هذه الفواكه كالزبيب والتمر والتين والمشمش اليابس والاجاص ونحوها فهو من الفاكهة لانه ثمر شجرة يتفكه بها ويحتمل أنه ليس منها لانه يدخر ومنه ما يقتات فاشبه الحبوب والزيتون ليس بفاكهة لانه لا يتفكه بأكله وإنما المقصود زيته وما يؤكل منه يقصد به التأدم لا التفكه والبطم في معناه لان المقصود زيته ويحتمل أنه فاكهة لانه ثمر شجر يؤكل غضا ويابسا على جهته فاشبه التوت، والبلوط ليس بفاكهة لانه لا يتفكه به وإنما يؤكل عند المجاعة أو التداوي وكذلك سائر ثمر شجر البر الذي لا يستطاب كالزعرور الاحمر وثمر القيقب والعفص وحب الآس ونحوه وان كان فيها ما يستطاب كحب الصنوبر فهو فاكهة لانه ثمرة شجرة يتفكه به

(فصل) فاما القثاء والخيار والقرع والباذنجان فهو من الخضر وليس بفاكهة وفي البطيخ وجهان

(أحدهما) هو من الفاكهة ذكره القاضي وهو قول الشافعي وابي ثور لانه ينضج ويحلو أشبه ثمر الشجر

(والثاني) ليس من الفاكهة لانه ثمر بقلة أشبه الخيار والقثاء، وأما ما يكون في الارض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطل ونحوه فليس شيء من ذلك فاكهة لانه لا يسمى بها ولا هو في معناها

(فصل) وإن حلف لا يأكل أدما حنث بأكل كلما جرت العادة بأكل الخبز به لان هذا معنى التأدم وسواء في هذا ما يصطبغ كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن قال الله تعالى في الزيت (وصبغ للآكلين) وقال عليه السلام «نعم الادام الخل — وقال — ائتدموا بالزيت وادهنوا به فانه من شجرة مباركة» رواه ابن ماجه أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض وبهذا قال الشافعي وابو ثور، وقال ابو حنيفة وابو يوسف ما لا يصطبغ به فليس بادم لان كل واحد منهما يرفع إلى الفم منفرداً

(الثامنة) احاله الغريم بحقه ففارقه فانه يحنث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومحمد لا يحنث لانه قد برىء اليه منه

ولنا قول النبي ﷺ « سيد الادام اللحم — وقال — سيد ادامكم الملح » رواه ابن ماجه لانه يؤكل به الخبز عادة فكان ادما كالذي يصطبغ به ، ولان كثيراً مما ذكرنا لايؤكل في العادة وحده انما يعد للتأدم به وأكل الخبز به فكان أدما كالخل واللبن ، وقولهم انه يرفع إلى الفم وحده مفرداً عنه جوابان (احدهما) أن منه مايرفع مع الخبز كالملح ونحوه

(والثاني) أنهما يجتمعان في الفم والمضغ والبلع الذي هو حقيقة الاكل فلا يضر افتراقهما قبله فأما التمر ففيه وجهان

(أحدهما) هو أدم لما روى يوسف عن عبد الله بن سلام قال : رأيت رسول الله ﷺ وضع تمرة على كسرة وقال « هذه ادام هذه » رواه ابو داود وذكره الامام احمد

(والثاني) ليس بادم لانه لايؤتدم به عادة انما يؤكل قوتاً أو حلاوة وإن أكل الملح مع الخبز فهو ادام لما ذكرنا من الخبر ولانه يؤكل به الخبز ولا يؤكل منفرداً عادة أشبه الجبن والزيتون

(فصل) فان حلف لايأكل طعاما فأكل مايسمى طعاما من قوت وأدم وحلواء وتمر وجامد ومائع حنث قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبني اسرائيل إلا ماحرم اسرائيل على نفسه) وقال تعالى (ويطعمون الطعام على حبه) يعني على محبة الطعام لحاجتهم اليه وقيل على حب الله تعالى ، وقال الله تعالى (قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا او لحم خنزير) وسمى النبي صلى الله عليه وسلم « اللبن طعاما » وقال «انما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم» وفي الماء وجهان :

(أحدهما) هو طعام لقول الله تعالى (إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فانه مني) والطعام مايطعم ، ولان النبي ﷺ سمى اللبن طعاما وهو مشروب فكذلك الماء

(والثاني) ليس بطعام لانه لايسمى طعاما ولا يفهم من اطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب، وقال النبي ﷺ « اني لا أعلم مايجزىء من الطعام والشراب إلا اللبن » ورواه ابن ماجه ويقال باب الاطعمة والاشربه ، ولانه ان كان طعاما في الحقيقة فليس بطعام في العرف فلا يحنث بشربه لان مبني الايمان على العرف لكون الحالف في الغالب لايريد بلفظه الا مايعرفه فان أكل دواء ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لانه يطعم حال الاختيار وهذا مذهب الشافعي

[والثاني] لايحنث لانه لايدخل في اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل إلا عند الضرورة فان أكل من نبات الارض ماجرت العادة بأكله حنث ، وإن أكل مالا يجزئه عادة كورق الشجر ونشارة الخشب احتمل وجهين

ولنا انه مااستوفى حقه منه بدليل انه لم يصل اليه شيء ولذلك يملك المطالبة به فحنث كما لو لم يحله فان ظن أنه قد يريد بذلك مفارقته ففارقه خرج على الروايتين ذكره أبو الخطاب، قال شيخنا

(أحدهما) يحنث لانه قد أكله فاشبه ماجرت العادة بأكله، ولانه روي عن عتبة بن غزوان انه قال: لقد رأيتنا مع رسول الله ﷺ سابع سبعة مالنا طعام إلا ورق الحبلة حتى قرحت أشداقنا [والثاني] لايحنث لانه لايتناوله اسم الطعام في العرف

(فصل) فان حلف لايأكل قوتاً فأكل خبزاً أو تمراً و زبيباً او لحما او لبناً حنث لان كل واحد من هذه يقتات في بعض البلدان ويحتمل أن لايحنث إلا بأكل مايقتاته أهل بلده لان يمينه تنصرف إلى القوت المتعارف عندهم في بلدهم ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإن أكل سويقاً او استف دقيقاً حنث لانه لايقتات كذلك ولهذا قال بعض اللصوص

لاتخبزا خبزاً وبسابساً ولا تطيلا بمقام حبساً

وإن أكل حباً يقتات خبزه حنث لانه يسمى قوتاً ولذلك روي أن النبي ﷺ كان يدخر قوت عياله لسنة وانما يدخر الحب ويحتمل ان لايحنث لانه لايقتات كذلك وإن أكل عنباً أوحصرما أو خلا لم يحنث لانه لم يصر قوتاً

(فصل) فان حلف لايملك مالا حنث بملك كل مايسمى مالا سواء كان من الاثمان او غيرها من العقار والاثاث والحيوان وبهذا قال الشافعي، وعن احمد انه اذا نذر الصدقة بجميع ماله انما يتناول نذره الصامت من ماله ذكرها ابن ابي موسى لان اطلاق المال ينصرف اليه

وقال أبو حنيفة لايحنث الا إن ملك مالا زكويا استحسانا لان الله تعالى قال (وفي أموالهم حق للسائل والمحروم) فلم يتناول إلا الزكوية

ولنا ان غير الزكوية أموال قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها، وقال أبو طلحة للنبي ﷺ ان أحب أموالي إلي بيرحاء يعني حديقة، وقال عمر اصبت مالا بأرض خيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، وقال أبو قتادة اشتريت مخرفا فكان أول مال تأثلته، وفي الحديث «خير المال سكة مأبورة أو مهرة مأمورة» ويقال خير المال عين خرارة في أرض خوارة ولانه يسمى مالا فحنث به كالزكوي، وأما قوله (وفي أموالهم حق) فالحق ههنا غير الزكاة لان هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة فان الزكاة انما فرضت بالمدينة ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها فان الحق اذا كان في بعض المال فهو في المال كما ان من هو في بيت من دار أو في بلدة فهو في الدار والبلدة قال الله عز وجل (وفي السماء رزقكم وما توعدون) ولا يلزم أن يكون في كل اقطارها ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه فان مادون النصاب مال ولا زكاة فيه فان حلف لا مال له وله دين حنث ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة لايحنث لانه لاينتفع به.

والصحيح انه يحنث لان هذا جهل بحكم الشرع فيه فلا يسقط عنه الحنث كما لو جهل كون اليمين موجبة للكفارة فاما إن كانت يمينه لا فارقتك ولي قبلك حق فأحاله به ففارقه لم يحنث لان هذا لم

ولنا انه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح اخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو في ذمته والتوكيل في استيفائه فيحنث به كالمودع ، وإن كان له مال مغصوب حنث لانه باق على ملكه ، فإن كان له مال ضائع ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لان الاصل بقاؤه على ملكه (والثاني) لا يحنث لانه لايعلم بقاؤه ، وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذي يسقط في بحر لم يحنث لان وجوده كعدمه ويحتمل أن لايحنث في كل موضع لايقدر على أخذ ماله كالمجحود والمغصوب والذي على غير مليء لانه لاتفع فيه وحكمه حكم المعدوم في جواز الاخذ من الزكاة وانتفاء وجوب أدائها عليه عنه وإن تزوج لم يحنث لان مايملكه ليس بمال وإن وجب له حق شفعة لم يحنث لانه لم يثبت له الملك به وإن استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لانه لا يسمى مالكا لمال

« مسئلة » قال (ولو حلف لا يأكل لحما فاكل الشحم أو المخ أو الدماغ لم يحنث الا أن يكون أراد اجتناب الدسم فيحنث باكل الشحم)

وجملته ان الحالف على ترك أكل اللحم لايحنث بأكل ماليس بلحم من شحم والمخ وهو الذي في العظام والدماغ وهو الذي في الرأس في قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة ومالك يحنث بأكل هذا كله لانه لحم حقيقة ويتخذ منه مايتخذ من اللحم فاشبه لحم الفخذ

ولنا انه لايسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لامره ولا ينفذ الشراء الموكل فلم يحنث بأكله كالبقل، وقد دل على ان الكبد والطحال ليستا بلحم قول النبي ﷺ « أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال» ولا نسلم انه لحم حقيقة بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم ، فأما إن قصد اجتناب الدسم حنث بأكل الشحم لان له دسما وكذلك المخ وكل مافيه دسم

(فصل) ولا يحنث بأكل الالية وقال بعض أصحاب الشافعي يحنث لانها نابتة في اللحم وتشبهه في الصلابة وليس بصحيح لانها لاتسمى لحما ولا يقصد بها مايقصد به وتخالفه في اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن ، فأما الشحم الذي على الظهر والجنب وفي تضاعيف اللحم فلا يحنث بأكله في ظاهر كلام الخرقي فانه قال اللحم لايخلو من شحم يشير الى مايخالط اللحم مما تذيبه النار وهذا كذلك وهذا قول طلحة العاقولي وممن قال هذا شحم أبو يوسف ومحمد وقال القاضي هو لحم يحنث بأكله ولا يحنث بأكله من حلف لايأكل شحما وهذا مذهب الشافعي لانه لايسمى شحما ولا بائعه

يبق له قبله حق فان أخذ به ضمينا أو كفيلا او رهنا ففارقه حنث بلا إشكال لانه يملك مطالبة الغريم

(التاسعة) قضاه عن حقه عوضا عنه ثم فارقه فقال ابن حامد لايحنث وهو قول أبي حنيفة

شحاما ولا يفرد عن اللحم مع الشحم ويسمى بائعه لحاما ويسمى لحما سميناً ، ولو وكل في شراء لحم فاشتراه الوكيل لزمه ولو اشتراه الوكيل في شراء الشحم لم يلزمه

ولنا قوله تعالى (ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ماحملت ظهورهما أو الحوايا أو مااختلط بعظم) ولانه يشبه الشحم في صفته وذوبه ويسمى دهنا فكان شحما كالذي في البطن ولا نسلم انه لايسمى شحما ولا أنه يسمى بمفرده لحما وانما يسمى اللحم الذي هو عليه لحما سمينا ولا يسمى بائعه شحاما لانه لايباع بمفرده وانما يباع تبعاً للحم وهو تابع له في الوجود والبيع فلذلك سمي بائعه لحاما ولم يسم شحاماً لانه سمي بما هو الاصل فيه دون التبع

(فصل) وإن أكل المرق لم يحنث ذكره أبو الخطاب قال وقد روي عن احمد انه قال لايعجبني الاكل من المرق وهذا على طريق الورع وقال ابن أبي موسى والقاضي يحنث لان المرق لايخلو من أجزاء اللحم الذائبة وقد قيل المرق أحد اللحمين

ولنا إنه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق عليه اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم ان أجزاء اللحم فيه وانما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم ، وأما المثل فانما أريد به المجاز كما في نظائره من قولهم الدعاء أحد الصدقتين وقلة العيال أحد اليسارين وهذا دليل على انها ليست بلحم لانه جعلها غير اللحم الحقيقي

(فصل) فان أكل رأساً أو كارعا فقد روي عن احمد مايدل على انه لايحنث لانه روي عنه مايدل على ان من حلف لايشتري لحما فاشترى رأساً أو كارعا لايحنث إلا أن ينوي أن لا يشتري من الشاة شيئا قال القاضي لان إطلاق اسم اللحم لايتناول الرءوس والكوارع ولو وكله في شراء لحم فاشترى رأساً أو كارعا لم يلزمه ويسمى بائع ذلك رآساً ولا يسمى لحاماً وقال أبو الخطاب يحنث بأكل لحم الخد لانه لحم حقيقة ، وحكي عن أبي موسى أنه لايحنث إلا أن ينويه باليمين ، وإن أكل اللسان احتمل وجهين (أحدهما) يحنث لانه لحم حقيقة (والثاني) لايحنث لانه ينفرد عن اللحم باسمه وصفته فاشبه القلب .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان حلف ألا يأكل الشحم فأكل اللحم حنث ، لان اللحم لايخلو من شحم)

ظاهر كلام الخرقي أن الشحم كل مايذوب بالنار مما في الحيوان فظاهر الآية والعرف يشهد لقوله وهذا ظاهر قول أبي الخطاب وطلحة وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن فعلى هذا لايكاد لحم يخلو من شيء منه وان قل فيحنث به ، وقال القاضي الشحم هو الذي يكون في الجوف من شحم

لانه قد قضاه حقه وبرىء اليه منه بالقضاء وقال القاضي يحنث لان يمينه على نفس الحق وهذا بدله والاول أولى ان شاء الله تعالى لحصول المقصود به فان كانت يمينه لافارقتك حتى تبرأ من حقي او

الكلى أو غيره وان أكل من كل شيء من الشاة من لحمها الاحمر والابيض والألية والكبد والطحال والقلب، فقال شيخنا لايحنث يعني ابن حامد لان اسم الشحم لايقع عليه وهو قول أبي حنيفة والشافعي وقد سبق الكلام في ان شحم الظهر والجنب شحم فيحنث به وأما ان أكل لحما أحمر وحده لايظهر فيه شيء من الشحم فظاهر كلام الخرقي انه يحنث لانه لايخلو من شحم وان قل ويظهر في الطبخ فانه يبين على وجه المرق وان قل، وبهذا يفارق من حلف لايأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لايظهر فيه طعمه ولا لونه فان هذا قد يظهر الدهن فيه، وقال غير الخرقي من أصحابنا لايحنث وهو الصحيح لانه لايسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذي يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذي كان فيه .

(فصل) ويحنث بالاكل من الالية في ظاهر كلام الخرقي وموافقيه لانها دهن يذوب بالنار ويباع مع الشحم ولا يباع مع اللحم، وعلى قول القاضي وموافقيه ليست شحما ولا لحما فلا يحنث به الحالف على تركها .

« مسئلة » قال (واذا حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه فأكل من لحم الانعام أوالطيور أو السمك حنث) .

أما اذا أكل من لحم الانعام أو الصيد أو الطائر فانه يحنث في قول عامة علماء الامصار وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله، وبهذا قال قتادة والثوري ومالك وأبو يوسف وقال ابن أبي موسى في الارشاد لايحنث به إلا أن ينويه وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأبي ثور لانه لاينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلا في شراء اللحم فاشترى له سمكا لم يلزمه ويصح ان ينفى عنه الاسم فيقول ماأكلت لحما وانما أكلت سمكا فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق كما لو حلف لا قعدت تحت سقف فانه لايحنث بالقعود تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفاً محفوظاً لانه مجاز كذا ههنا .

ولنا قول الله تعالى (الله الذي سخر لكم البحر لتاكلوا منه لحما طريا) وقال (ومن كل تاكلون لحما طريا) ولانه من جسم حيوان ويسمى لحما فحنث بأكله كلحم الطائر وما ذكروه يبطل بلحم الطائر واما السماء فان الحالف ألا يقعد تحت سقف لايمكنه التحرز من القعود تحتها فيعلم انه لم يردها بيمينه ولان التسمية ثم مجاز وههنا هي حقيقة لكونه من جسم حيوان يصلح للاكل فكان الاسم فيه حقيقة كلحم الطائر حيث قال الله تعالى (ولحم طير مما يشتهون)

(فصل) ويحنث بأكل اللحم المحرم كلحم الميتة والخنزير والمغصوب وبه قال أبو حنيفة وقال

ولي قبلك حق لم يحنث وجها واحدا لانه لم يبق له قبله حق وهذا مذهب الشافعي

(العاشرة) وكل وكيلا يستوفي له حقه فان فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث لانه فارقه قبل

الشافعي في احد الوجهين لايحنث باكل المحرم باصله لان يمينه تنصرف إلى مايحل لا إلى مايحرم فلم يحنث بما لا يحل كما لو حلف لايبيع فباع بيعاً فاسداً . لم يحنث

ولنا ان هذا لحم حقيقة وعرفا فيحنث باكله كالمغصوب وقد سماه الله تعالى لحما فقال (ولحم الخنزير) وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير وأما البيع الفاسد فلا يحنث به لانه ليس ببيع في الحقيقة .

(فصل) والاسماء تنقسم إلى ستة أقسام

(أحدها) ماله مسمى واحد كالرجل والمرأة والانسان والحيوان فهذا تنصرف اليمين إلى مسماه بغير خلاف .

(الثاني) ماله موضوع شرعي وموضوع لغوي كالوضوء والطهارة والصلاة والزكاة والصوم والحج والعمرة والبيع ونحو ذلك فهذا تنصرف اليمين عند الاطلاق الى موضوعه الشرعي دون اللغوي لانعلم فيه ايضا خلافا غير ماذكرناه فيما تقدم .

(الثالث) ماله موضوع حقيقي ومجاز لم يشتهر اكثر من الحقيقة كالاسد والبحر فيمين الحالف تنصرف عند الاطلاق إلى الحقيقة دون المجاز لان كلام الشارع إذا ورد في مثل هذا حمل على حقيقته دون مجازه كذلك اليمين .

(الرابع) الاسماء العرفية وهي مايشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة فيه فهذا على ضروب

(احدها) ما يغلب على الحقيقة بحيث لايعلمها اكثر الناس كالراوية هي في العرف اسم المزادة وفي الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات والظعينة في العرف المرأة وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها والعذرة والغائط في العرف الفضلة المستقذرة وفي الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال علي عليه السلام لقوم مالكم لاتنظفون عذراتكم ؟ يريد افنيتكم والغائط المكان المطمئن فهذا واشباهه تنصرف يمين الحالف الى المجاز دون الحقيقة لانه الذي يريده بيمينه ويفهم من كلامه فاشبه الحقيقة في غيره.

(الضرب الثاني) ان يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم وهذا يتنوع أنواعا فمنه ما يشتهر التخصيص فيه كلفظ الدابة هو في الحقيقة اسم لكل مايدب قال الله تعالى (ومامن دابة في الارض الا على الله رزقها) وقال (إن شر الدواب عند الله الذين كفروا) وفي العرف اسم للبغال والخيل والحمير. ولذلك لو وصى إنسان لرجل بدابة من دوابه كان له أحد هذه الثلاث فالظاهر ان يمين الحالف تنصرف إلى العرف دون الحقيقة عند الاطلاق كالذي قبله ، ويحتمل ان تتناول يمينه الحقيقة بناء على قولهم فيما سنذكره وعلى قول من قال في الحالف على ترك اكل اللحم إن يمينه تتناول السمك

استيفاء حقه ، وان استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث لان استيفاء وكيله استيفاء له ببراءة غريمه ويصير

ومن هذا النوع إذا حلف لايشم الريحان فانه في العرف إسم مختص بالريحان الفارسي وهو في الحقيقة اسم لكل نبت اوزهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والنرجس

وقال القاضي : لا يحنث الا بشم الريحان الفارسي . وهو مذهب الشافعي لان الحالف لايريد بيمينه في الظاهر سواه ، وقال أبو الخطاب يحنث بشم مايسمى في الحقيقة ريحاناً لان الاسم يتناوله حقيقة ولا يحنث بشم الفاكهة وجها واحداً لانها لا تسمى ريحاناً حقيقة ولا عرفا ومن هذا لو حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجاً فشم دهن البنفسج وماء الورد فقال القاضي لايحنث ، وهو مذهب الشافعي لانه لم يشم ورداً ولا بنفسجا

وقال ابو الخطاب يحنث لان الشم انما هو للرائحة دون الذات ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما ، وقال ابو حنيفة يحنث بشم دهن البنفسج لانه يسمى بنفسجاً ولايحنث بشم ماء الورد لأنه لا يسمى ورداً والاول أقرب الى الصحة إن شاء الله وان شم الورد والبنفسج اليابس حنث وقال بعض أصحاب الشافعي لايحنث كما لو حلف لايأكل رطبا فاكل تمراً

ولنا ان حقيقته باقية فحنث به كما لو حلف لايأكل لحما فاكل قديداً وفارق ماذكروه فان التمر ليس رطبا وان حلف لايأكل شواء حنث باكل اللحم المشوي دون غيره من البيض المشوي وماعداه وبه قال أصحاب الرأي وقال ابو يوسف وابن المنذر يحنث باكل كل مايشوى لانه شواء

ولنا انهذا لايسمى شواء فلم يحنث باكله كالمطبوخ وقولهم هو شوا في الحقيقة قلنا لكنه لايسمى شواء في العرف والظاهر انه انما يريد المسمى شواء في عرفهم ، وان حلف لايدخل بيتاً فدخل مسجداً أوحماماً فانه يحنث نص عليه احمد ويحتمل ان لايحنث وهو قول أكثر الفقهاء لانه لايسمى بيتا في العرف فاشبه ماقبله من الانواع . والاول المذهب لانهما بيتان حقيقة وقد سمى الله المساجد بيوتاً فقال (في بيوت اذن الله أن ترفع — وقال— إن اول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا) وروي في حديث «المسجد بيت كل تقي»

وروي في خبر « بئس البيت الحمام » وإذا كان بيتا في الحقيقة ويسميه الشارع بيتاً حنث بدخوله كبيت الانسان ولايسلم انه من الانواع فان هذا يسمى بيتاً في العرف بخلاف الذي قبله وان دخل بيتا من شعر او غيره حنث سواء كان الحالف حضريا أو بدويا فان اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا قال الله تعالى (والله جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الانعام بيوتاً تستخفونها يوم ظعنكم)فأما مالا يسمى في العرف بيتا كالخيمة فالاولى ان لا يحنث بدخوله من لايسميه بيتا لان يمينه لاتنصرف اليه ، فان دخل دهليز دار اوصفتها لم يحنث وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة يحنث لان جميع الدار بيت ولنا انه لا يسمى بيتاً ولهذا يقال ما دخلت البيت انما وقفت في الصحن ، وان حلف لا يركب

في ضمان الموكل فاما ان قال لافارقتني حتى استوفي حقي منك ففارقه المحلوف عليه مختاراً حنث وان

فركب سفينة فقال أبو الخطاب يحنث لانه ركوب قال الله تعالى (اركبوا فيها بسم الله مجريها) وقال (فاذا ركبوا في الفلك)

(الضرب الثالث) ان يكون الاسم المحلوف عليه عاما لكن أضاف إليه فعلا لم تجر العادة به الا في بعضه أو اشتهر في البعض دون البعض مثل ان يحلف ان لا يأكل رأساً فانه يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد ذكره القاضي . وقال ابو الخطاب لا يحنث الا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للاكل منفرداً : وقال الشافعي لا يحنث الا بأكل رءوس بهيمة الانعام دون غيرها الا ان يكون في بلد تكثر فيه الصيود وتميز رءوسها فيحنث بأكلها . وقال ابو حنيفة لا يحنث بأكل رءوس الابل لان العادة لم تجر ببيعها مفردة وقال صاحباه لايحنث الا باكل رءوس الغنم لانها التي تباع في الاسواق دون غيرها فيمينه تنصرف اليها

ووجه الاول أن هذه رءوس حقيقة وعرفا مأكولة فحنث باكلها كما لو حلف لا يأكل لحماً فاكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه ومن ذلك اذا حلف لايأكل بيضا حنث باكل بيض كل حيوان سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لايحنث باكل بيض النعام وقال ابوثور لايحنث الا باكل بيض الدجاج ومايباع في السوق .

ولنا أن هذا كله بيض حقيقة وعرفاً وهو مأكول فيحنث باكله كبيض الدجاج ولانه لوحلف لايشرب ماء فشرب ماء البحر وماء نجساً أو لايأكل خبزاً فاكل خبز الارز أو الذرة في مكان لايعتاد اكله فيه حنث ، فأما ان اكل بيض السمك أو الجراد فقال القاضي يحنث لانه بيض حيوان أشبه بيض النعام

وقال ابو الخطاب : لايحنث الا باكل بيض يزايل بائضه في الحياة وهذا قول الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي وأكثر العلماء وهو الصحيح لان هذا لا يفهم من اطلاق اسم البيض ولا يذكر إلا مضافا الى بائضه ولا يحنث باكل شيء يسمى بيضا غير بيض الحيوان ولا باكل شيء يسمى رأسا غير رءوس الحيوان لان ذلك ليس برأس ولا بيض في الحقيقة والله اعلم .

« مسئلة » قال (وان حلف ألا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه به فاكله حنث إلا أن تكون له نية)

وجملته ان من حلف لايأكل شيئاً فشربه او لايشربه فأكله فقد نقل عن احمد مايدل على روايتين (احداهما) يحنث لان اليمين على ترك أكل شيء او شربه يقصد بها في العرف اجتناب ذلك الشيء فحملت اليمين عليه الا أن ينوي ألا ترى ان قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالهم - و- ان الذين يأكلون أموال اليتامى

أكره على فراقه لم يحنث وان فارقه الحالف مختاراً حنث الا على ماذكره القاضي في تأويل كلام الخرقي

ظلما) لم يرد به الأكل على الخصوص؟ ولو قال طبيب لمريض لاتأكل العسل لكان ناهياً له عن شربه

(والثانية) لايحنث وهذا مذهب الشافعي وابي ثور وأصحاب الرأي ، ولان الافعال أنواع كالاعيان ، ولو حلف على نوع من الاعيان لم يحنث بغيره وكذلك الافعال . وقال القاضي انما الروايتان فيمن عين المحلوف عليه مثل من حلف لا أكلت هذا السويق فشربه او لايشربه فأكله اما اذا أطلق فقال لا أكلت سويقاً فشربه لم يحنث رواية واحدة لا يختلف المذهب فيه وهذا مخالف لاطلاق الخرقي وليس للتعيين أثر في الحنث وعدمه فان الحنث في المعين انما هو لتناوله ماحلف عليه واجراء معنى الاكل والشرب على التناول العام فيهما وهذا لا فرق فيه بين التعيين وعدمه وعدم الحنث يتعلل بأنه لم يفعل الفعل الذي حلف على تركه وانما فعل غيره وهذا في المعين كهو في المطلق فاذا كان في المعين روايتان كانتا في المطلق لعدم الفارق بينهما ولان الرواية في الحنث أخذت من كلام الخرقي وليس فيه تعيين، ورواية عدم الحنث أخذت من رواية مهنا عن أحمد فيمن حلف لايشرب هذا النبيذ فأكله لايحنث لانه لايسمى شربا وهذا في المعين فان عديت كل رواية الى محل الاخرى وجب أن يكون في الجميع روايتان ، وان قصرت كل رواية على محلها كان الامر على خلاف ماقال القاضي وهو أن يحنث في المطلق ولا يحنث في المعين فاما ان حلف ليأكلن شيئاً فشربه او ليشربنه فأكله فيخرج فيه وجهان بناء على الروايتين في الحنث . اذا حلف على الترك ، ومتى تقيدت يمينه بنية او سبب يدل عليها كانت يمينه على مانواه ، او دل عليه السبب لان مبني الايمان على النية

(فصل) وإن حلف لا يشرب شيئاً فمصه ورمي به فقد روي عن أحمد فيمن حلف لايشرب فمص قصب السكر لا يحنث ، وقال ابن أبي موسى إذا حلف لا يأكل ولا يشرب فمص قصب السكر لايحنث وهذا قول أصحاب الرأي فانهم قالوا إذا حلف لا يشرب فمص حب رمان ورمى بالثفل لا يحنث لان ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجيء على قول الخرقي أنه يحنث لانه قد تناوله ووصل إلى بطنه وحلقه فانه يحنث على ما قلنا فيمن حلف لا يأكل شيئاً فشربه اولا يشربه فأكله ، وإن حلف لا يأكل سكراً فتركه في فيه حتى ذاب فابتلعه خرج على الروايتين وإن حلف لا يطعم شيئاً حنث بالاكل والشرب والمص لان ذلك كله طعم قال الله تعالى في النهر (ومن لم يطعمه) وإن حلف لا يأكله أولا يشربه فذاقه لم يحنث في قولهم جميعا لانه ليس بأكل ولا شرب ولذلك لم يفطر به الصائم وإن حلف لا يذوقه فأكله أو شربه اومصه حنث لانه ذوق وزيادة وإن مضغه ورمى به حنث لانه قد ذاقه

(فصل) وإن حلف ليأكلن أكلة بالفتح لم يبر حتى يأكل ما يعده الناس أكلة وهي المرة من الاكل والاكلة بالضم اللقمة ومنه « فليناوله في يده أكلة أو أكلتين»

وهو مذهب الشافعي وسائر الفروع تأتي ههنا على نحو ماذكرنا

«مسئلة» قال (ومن حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة فوقعت في تمرة فأكل منه واحدة منع من وطء زوجته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق، حنثه حتى يأكل التمر كله)

وجملته أن حالف هذه اليمين لا يخلو من أحوال ثلاثة

(أحدها) ان يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها فاما ان يعرفها بعينها او بصفتها او يأكل التمر كله او الجانب الذي وقعت فيه كله فهذا يحنث بلا خلاف بين أهل العلم، وبه يقول الشافعي وابو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لانه أكل التمرة المحلوف عليها

(الثاني) أن يتحقق أنه لم يأكلها اما بان لا يأكل من التمر شيئا او أكل شيئاً يعلم أنه غيرها فلا يحنث ايضا بلا خلاف ولا يلزمه اجتناب زوجته

(الثالث) أكل من التمر شيئا إما واحدة او أكثر الى ان لا يبقى منه إلا واحدة ولم يدر هل أكلها أم لا ؟ فهذه مسئلة الخرقي فلا يتحقق حنثه لان الباقية يحتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها الا الوطء فان الخرقي قال يمنع وطأها لانه شاك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته باجنبية، وذكر ابو الخطاب انها باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لان الاصل الحل فلا يزول بالشك كسائر احكام النكاح ولان النكاح باق حكما فاثبت الحل كما لو شك هل طلق أم لا ؟ وإن كانت يمينه ليأكلن هذه التمرة فلا يتحقق بره حتى يتحقق أنه أكلها

«مسئلة» قال (ولو حلف أن يضربه عشرة أسواط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر في يمينه)

وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي، وقال ابن حامد يبر لان أحمد قال في المريض عليه الحد يضرب بعثكال النخل فيسقط عنه الحد، وبهذا قال الشافعي إذا علم أنها مسته كلها، وإن علم أنها لم تمسه كلها لم يبر وإن شك لا يحنث في الحكم لان الله تعالى قال (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) وقال النبي ﷺ في المريض الذي زنى «خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة» ولانه ضربه بعشرة اسواط فبر في يمينه كما لو فرق الضرب

ولنا ان معنى يمينه ان يضربه عشر ضربات ولم يضربه الا ضربة واحدة فلم يبر كما لو حلف ليضربنه عشر

«مسئلة» (فان حلف لا افترقنا فهرب منه حنث)

مرات بسوط والدليل على هذا انه لو ضربه عشر ضربات بسوط واحد يبر في يمينه بغير خلاف ولو عاد العدد الى السوط لم يبر بالضرب بسوط واحد كالو حلف ليضربنه بعشرة اسواط ولان السوط ههنا آلة اقيمت مقام المصدر فانتصب انتصابه فمعنى كلامه لاضربنه عشر ضربات بسوط وهذا هو المفهوم من يمينه والذي يقتضيه لغة فلا يبر بما يخالف ذلك واما أيوب عليه السلام فان الله تعالى ارخص له رفقا بامرأته لبرها به واحسانها اليه ليجمع له بين بره في يمينه ورفقه بأمرأته ولذلك امتن عليه بهذا وذكره في جملة مامن عليه به من معافاته اياه من بلائه واخراج الماء له فيختص هذا به كاختصاصه بما ذكر معه ولو كان هذا الحكم عاما لكل واحد لما اختص أيوب بالمنة عليه وكذلك المريض الذي يخاف تلفه ارخص له بذلك في الحد دون غيره واذا لم يتعده هذا الحكم في الحد الذي ورد النص به فيه فلأن لا يتعداه الى اليمين أولا ولو خص بالبر من له عذر يبيح العدول في الحد الى الضرب بالعثكال لكان له وجه وأما تعديته الى غيره فبعيدة جداً ولو حلف ان يضربه بعشرة اسواط فجمعها فضربه بها بر لانه قد فعل ماحلف عليه وان حلف ليضربنه عشر مرات لم يبر يضربه بعشرة أسواط دفعة واحدة بغير خلاف لانه لم يفعل ما تناولته يمينه وان حلف ليضربنه عشر ضربات فكذلك الا وجها لاصحاب الشافعي انه يبر وليس بصحيح لان هذه ضربة واحدة باسواط ولهذا يصح ان يقال ما ضربته الا ضربة واحدة ولو حلف لا يضربه أكثر من ضربة واحدة ففعل هذا لم يحنث في يمينه

(فصل) ولا يبر حتى يضربه ضربا يؤلمه وبهذا قال مالك وقال الشافعي يبر بما لا يؤلم لانه يتناوله الاسم فوقع البر به كالمؤلم

ولنا ان هذا يقصد به في العرف التاليم فلا يبر بغيره وكذلك كل موضع وجب الضرب في الشرع في حد أو تعزير كان من شرطه التاليم كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو حلف ألا يكلمه فكتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث الا ان يكون أراد أن لا يشافهه)

أكثر اصحابنا على هذا وهو مذهب مالك والشافعي ، وقد روى الاثرم وغيره عن احمد في رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب اليه كتابا قال وأي شيء كان سبب ذلك ؟ انما ينظر الى سبب يمينه ولم حلف ان الكتاب قد يجري مجرى الكلام والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام في بعض الحالات وهذا يدل على انه لا يحنث بالكتاب إلا ان تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي هجرانه وترك صلته ، وإن لم يكن كذلك لم يحنث بكتب ولا رسول لان ذلك ليس بتكلم في الحقيقة وهذا يصح نفيه فيقال ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته ، ولذلك قال الله تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم

إذا هرب من المحلوف عليه لان يمينه تقتضي أن لا تحصل بينهما فرقة بوجه وقد حصلت الفرقة

على بعض منهم من كلم الله)وقال (يا موسى اني اصطفيتك على الناس برسالاتي و بكلامي) وقال (وكلم الله موسى تكليما) ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه ، وقد قال أحمد حين مات بشر الحافي لقد كان فيه انس وما كلمته قط وقد كانت بينهما مراسلة ، وممن قال لا يحنث بهذا الثوري وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعي في الجديد واحتج اصحابنا بقوله تعالى (وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحي) فاستثنى الرسول من التكلم ، والاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه ولانه وضع لافهام الآدميين أشبه الخطاب ، والصحيح ان هذا ليس بتكلم وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال في الآية الاخرى (آيتك الا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا) والرمز ليس بتكلم لكن ان نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضي هجرانه حنث لذلك ، ولذلك قال أحمد ان الكتاب يجري مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام فلم يجعله كلاما انما قال هو بمنزلته في بعض الحالات إذا كان السبب يقتضي ذلك ، وإذا أطلق احتمل ان لا يحنث لانه لم يكلمه واحتمل ان يحنث لان الغالب من الحالف هذه اليمين قصد ترك المواصلة فتعلق يمينه بما يراد في الغالب كقولنا في المسئلة قبلها والله أعلم

(فصل) وإن أشار اليه ففيه وجهان قال القاضي يحنث لانه في معنى المكاتبة والمراسلة في الافهام (والثاني) لا يحنث ذكره ابو الخطاب لانه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم عليها السلام (فقولي اني نذرت للرحمن صوما فلن اكلم اليوم انسيا — الى قوله — فأشارت اليه) وقال في زكريا) آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا — الى قوله — فخرج على قومه من المحراب فأوحى اليهم ان سبحوا بكرة وعشيا) ولان الكلام حروف وأصوات ولا يوجد في الاشارة ولان الكلام شيء مسموع وتبطل به الصلاة قال النبي ﷺ « ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » والاشارة بخلاف هذا فان قيل فقد قال الله تعالى (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا) قلنا هذا استثناء من غير الجنس بدليل ما ذكرنا وصحة نفيه عنه فيقال ما كلمه وانما أشار اليه

(فصل) فان كلم غير المحلوف عليه بقصد اسماع المحلوف عليه فقال احمد يحنث لانه قد اراد تكليمه وقد روينا عن أبي بكرة نفيع بن الحارث أنه كان قد حلف ان لا يكلم أخاه زياداً فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة الى قصر زياد فدخل فأخذ بنيا لزياد صغيراً في حجره ثم قال ياابن أخي ان أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله ﷺ بهذا النسب الذي ادعاه وهو يعلم انه ليس بصحيح، وان هذا لايحل له ثم قام فخرج وهذا يدل على انه لم يعتقد ذلك تكليما له . ووجه الاول انه أسمعه كلامه

به وان أكرها على الفرقة لم يحنث الا على قول من لا يرى الاكراه عذراً

قاصداً لاسماعه وإفهامه فأشبه مالو خاطبه . وقال الشاعر * إياك أعني فاسمعي ياجارة *

(فصل) فان ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله اوغفلته حنث نص عليه احمد فانه سئل عن رجل حلف أن لايكلم فلانا فناداه والمحلوف عليه لايسمع قال يحنث لانه قد أراد تكليمه وهذا لكون ذلك يسمى تكليما يقال كلمته فلم يسمع ، وان كان ميتاً او غائباً أو مغمى عليه او أصم لايعلم بتكليمه إياه لم يحنث وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن ابي بكر انه يحنث بنداء الميت لان النبي ﷺ كلمهم وناداهم ، وقال « ما أنتم باسمع لما أقول منهم »

ولنا قوله تعالى (وما أنت بمسمع من في القبور) ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه ، وانما كان ذلك من النبي ﷺ كرامة له وأمراً اختص به فلا يقاس عليه غيره

(فصل) وان سلم على المحلوف عليه حنث لان السلام كلام تبطل الصلاة به، وان سلم على جماعة هو فيهم او كلهم فان قصد المحلوف عليه مع الجماعة حنث لانه كلمه ، وان قصدهم دونه لم يحنث . قال القاضي لايحنث رواية واحدة وهو مذهب الشافعي لان اللفظ العام يحتمل التخصيص فاذا نواه به فهو على مانواه ، وان أطلق حنث وبه قال الحسن وابو عبيد ومالك وابو حنيفة لانه مكلم لجميعهم لان مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الاطلاق وقال القاضي فيه روايتان وللشافعي قولان (أحدهما) لايحنث لان العام يصلح للخصوص فلا يحنث بالاحتمال والاول أولى لان هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح كما احتمل اللفظ المجاز الذي ليس بمشتهر فانه لايمنع حمله على الحقيقة عند اطلاقه فان لم يعلم ان المحلوف عليه فيهم ففيه روايتان (احداهما) لايحنث لانه لم يرده فأشبه مالو استثناه (والثانية)يحنث لانه قد أرادهم بسلامه وهو منهم وهذا بمنزلة الناسي وإن كان وحده فسلم عليه ولا يعرفه فقال أحمد يحنث ويحتمل أن لايحنث بناء على الناسي والجاهل

(فصل) فان حلف لايكلمه ثم وصل يمينه بكلامه مثل أن قال فتحقق ذلك أو فاذهب فقال أصحابنا يحنث وقال أصحاب أبي حنيفة لايحنث بالقليل لان هذا تمام الكلام الاول والذي يقتضيه يمينه أن لايكلمه كلاما مستأنفا واحتج اصحابنا بأن هذا القليل كلام منه له حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيحنث به كما لو فصله ولان مايحنث به اذا فصله يحنث به اذا وصله كالكثير وقولهم ان اليمين يقتضي خطابا مستأنفاً قلنا وهذا الخطاب مستأنف غير الاول بدليل انه لو قطعه حنث به وقياس المذهب انه لايحنث لان قرينة صلته هذا الكلام بيمينه تدل على ارادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنث به كما لو وجدت النية حقيقة وإن نوى كلاماً غير هذا لم يحنث بهذا في المذهبين .

(فصل) وإن صلى بالمحلوف عليه إماماً ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة

(فصل) وان حلف لا فارقتك حتى اوفيك حقك فابراه الغريم منه فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على المكره ، وان كان الحق عيناً فوهبها له الغريم فقبلها حنث لانه ترك ايفاءها له باختياره

وقال اصحاب الشافعي يحنث لانه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين . ولنا انه قول مشروع في الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام وإن ارتج عليه في الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لان ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين

(فصل) وإن حلف لايتكلم فقرأ لم يحنث وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن قرأ في الصلاة لم يحنث وإن قرأ خارجا منها حنث لانه يتكلم بكلام الله ، وإن ذكر الله تعالى لم يحنث ومقتضى مذهب أبي حنيفة انه يحنث لانه كلام قال الله تعالى (وألزمهم كلمة التقوى) وقال النبي ﷺ « أفضل الكلام أربع : سبحان الله والحمد لله ولاإله إلا الله والله أكبر » وقال « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان في الميزان حبيبتان الى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم »

ولنا ان الكلام في العرف لايطلق إلا على كلام الآدميين ولهذا لما قال النبي ﷺ « ان الله يحدث من أمره مايشاء وانه قد أحدث أن لا تكلموا في الصلاة » لم يتناول المختلف فيه وقال زيد ابن أرقم كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت [وقوموا لله قانتين] فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وقال الله تعالى [آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا * واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشي والابكار] فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه ولان مالا يحنث به في الصلاة لايحنث به خارجا منها كالاشارة وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح في الصلاة وذكر الله المشروع فيها وإن استأذن عليه انسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحنث وإلا حنث

(فصل) وإن حلف لايتكلم ثلاث ليال أو ثلاثة ايام لم يكن له أن يتكلم في الايام التي بين الليالي ولا في الليالي التي بين الايام إلا أن ينوي لان الله تعالى قال [آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا] وفي موضع آخر [ثلاث ليال سويا] فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعا وقال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر) فدخل فيه الليل والنهار

(فصل) ومن حلف ان لا يتكفل بمال فكفل ببدن انسان فقال أصحابنا يحنث لان المال يلزمه بكفالته اذا تعذر تسليم المكفول به والقياس أنه لا يحنث لانه لم يكفل بمال وإنما يلزمه المال بتعذر احضار المكفول به وأما قبل ذلك فلا يلزمه ولان هذا لا يسمى كفالة بالمال ولا يصح نفيها عنه فيقال ما تكفل بمال وإنما تكفل بالبدن وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي

(فصل) وان حلف لا يستخدم عبداً فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه فقال القاضي ان كان عبده حنث وان كان عبد غيره لم يحنث وهذا قول أبي حنيفة لان عبده يخدمه عادة بحكم استحقاقه ذلك عليه فيكون معنى يمينه لا منعتك خدمتي فاذا لم ينهه لم يمنعه فيحنث وعبد غيره بخلافه وقال

وان قبضها منه ثم وهبها إياه لم يحنث ، وان كانت يمينه لا أفارقك ولك قبلي حق لم يحنث اذا أبرأه او وهب العين له

أبو الخطاب يحنث في الحالين لان اقراره على الخدمة استخدام ولهذا يقال فلان يستخدم عبده إذا خدمه وان لم يأمره ولان ما حنث به في عبده حنث به في غيره كسائر الاشياء وقال الشافعي لايحنث في الحالين لانه حلف على فعل نفسه ولا يحنث بفعل غيره كسائر الافعال

(فصل) وإذا حلف رجل بالله لا يفعل شيئاً فقال له آخر يميني في يمينك لم يلزمه شيء لان يمين الأول ليست ظرفاً ليمين الثاني، وان نوى انه يلزمني من اليمين ما يلزمك لم يلزمه حكمها قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لان اليمين بالله لا تنعقد بالكناية لان تعلق الكفارة بها لحرمة اللفظ باسم الله المحترم أو صفة من صفاته ولا يوجد ذلك في الكناية وان حلف بطلاق فقال آخر يميني في يمينك ينوي أنه يلزمني من اليمين مايلزمك انعقدت يمينه نص عليه أحمد وسئل عن رجل حلف بالطلاق لا يكلم رجلا فقال رجل وانا على مثل يمينك فقال عليه مثل ما قال الذي حلف لان الكناية تدخل في الطلاق وكذلك يمين العتاق والظهار وان لم ينو شيئاً لم تنعقد يمينه لان الكناية لاتعمل بغير نية وليس هذا بصريح ،وان كان القول له لم يحلف بعد وإنما أراد أنه يلزمه ما يلزم الاخر من يمين يحلف بها فالقول له لم تنعقد يمين القائل وان كان في الطلاق والعتاق لانه لابد ان يكون هناك مايكنى عنه وليس ههنا مايكنى عنه وذكر القاضي في موضع آخر فيمن قال ايمان البيعة تلزمني أنه ان عرفها ونوى جميع ما فيها انعقدت يمينه بجميع ما فيها وهذا خلاف ما قاله في هذه المسئلة فيكون فيها وجهان

(فصل) فان قال ايمان البيعة تلزمني فقال ابوعبدالله بن بطة كنت عند أبي القاسم الخرقي وقد ساله رجل عن ايمان البيعة فقال لست افتي فيها بشيء ولا رأيت احداً من شيوخنا يفتي في هذه اليمين قال وكان أبي رحمه الله يعني أباعلي يهاب الكلام فيها ثم قال أبوالقاسم: الا ان يلتزم الحالف بها جميع مافيها من الايمان فقال له السائل عرفها أو لم يعرفها؟ فقال نعم وايمان البيعة هي التي رتبها الحجاج يستحلف بها عند البيعة والامر المهم للسلطان وكانت البيعة على عهد رسول الله ﷺ وخلفائه الراشدين بالمصافحة فلما ولي الحجاج رتبها أيمانا تشتمل على اليمين بالله والطلاق والعتاق وصدقة المال فمن لم يعرفها لم تنعقد يمينه بشيء مما فيها لان هذا ليس بصريح في القسم والكناية لا تصح الا بالنية ومن لم يعرف شيئاً لم يصح ان ينويه وان عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضاً لما ذكرناه ومن عرفها ونوى اليمين بما فيها صح في الطلاق والعتاق لان اليمين بها تنعقد بالكناية وماعدا ذلك من اليمين بالله وما عدا الطلاق والعتاق فقال القاضي ههنا تنعقد يمينه أيضاً لانها يمين فتنعقد بالكناية المنوية كيمين الطلاق والعتاق، وقال في موضع آخر لا تنعقد اليمين بالله بالكناية وهومذهب الشافعي لان الكفارة وجبت فيها لما ذكر فيها من اسم الله العظيم المحترم ولايوجد ذلك في الكناية والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وقدر الفرقة ماعده الناس فراقا كفرقة البيع وقد ذكرناه في البيع)وما نواه بيمينه مما يحتمله لفظه فهو على مانواه

كتاب النذور

الاصل في النذر الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (يوفون بالنذر - وقال - وليوفوا نذورهم) وأما السنة فروت عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه » وعن عمران بن حصين عن النبي ﷺ أنه قال « خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذرون ولا يفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويظهر فيهم السمن » رواهما البخاري وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ولزوم الوفاء به

(فصل) ولا يستحب لان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن النذر وأنه قال « لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل » متفق عليه وهذا نهي كراهة لا نهي تحريم لانه لو كان حراماً لما مدح الموفين به لان ذنبهم في ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه ولان النذر لو كان مستحباً لفعله النبي ﷺ وافاضل أصحابه

﴿ مسئله ﴾ قال (ومن نذر ان يطيع الله عز وجل لزمه الوفاء به ومن نذر ان يعصيه لم يعصه وكفر كفارة يمين)

ونذر الطاعة الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد ومافي هذه

باب النذر

الاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقول الله تعالى (يوفون بالنذر) وقال سبحانه (وليوفوا نذورهم) واما السنة فروت عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه » رواه البخاري وعن عمران بن حصين رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال « خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذرون ولا يوفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويظهر فيهم السمن » رواه البخاري وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ووجوب الوفاء به

(فصل) ولا يستحب النذر لان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن النذر وقال « انه لا يأتي بخير وانما يستخرج به من البخيل » متفق عليه وهذا نهي كراهة لا نهي تحريم لانه لو كان حراما لما مدح الموفين به لان ذنبهم في ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه ولان النذر لو كان مستحبا لفعله النبي ﷺ وأفاضل أصحابه

﴿ مسئلة ﴾ (وهو أن يلزم نفسه لله تعالى شيئاً فيقول : لله علي أن افعل كذا ، وان قال علي

المعاني سواء نذره مطلقا بان يقول لله على ان أفعل كذا وكذا أو علقه بصفة مثل قوله ان شفاني الله من علتي أو شفى فلانا أو سلم مالي الغائب او ما كان في هذا المعنى فادرك ما أمل بلوغه من ذلك فعليه الوفاء به ، ونذر المعصية أن يقول لله علي أن أشرب الخمر او أقتل النفس المحرمة وما أشبهه فلا يفعل ذلك ويكفر كفارة يمين ، واذا قال لله علي ان أركب دابتي او أسكن داري او ألبس أحسن ثيابي وما أشبهه لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية فان لم يفعله كفر كفارة يمين لان النذر كاليمين واذا نذر أن يطلق زوجته استحب له ان لايطلقها ويكفر كفارة يمين وجملته ان النذر سبعة أقسام

[أحدها] نذر اللجاج والغضب وهو الذي يخرجه مخرج اليمين للحث على فعل شيء أو المنع منه غير قاصد به للنذر ولا القربة فهذا حكمه حكم اليمين وقد ذكرناه في باب الايمان

[والقسم الثاني] نذر طاعة وتبرر مثل الذي ذكر الخرقي فهذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين وهو ثلاثة أنواع

[احدها] التزام طاعة في مقابلة نعمة استجلبها أو نقمة استدفعها كقوله إن شفاني الله فلله علي صوم شهر فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الوجوب بالشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزم الوفاء به باجماع أهل العلم

[النوع الثاني] التزام طاعة من غير شرط كقوله ابتداء لله علي صوم شهر فيلزمه الوفاء به في

نذر كذا لزمه ايضاً)

لانه صرح بلفظ النذر ولا يصح الا من مكلف مسلما كان او كافراً لانه قول يوجب على المكلف عبادة او مالا فلم يصح من غير المكلف كالاقرار ولانه غير مكلف أشبه الطفل ، ويصح من الكافر لحديث عمر حين قال للنبي ﷺ إني نذرت ان أعتكف ليلة في المسجد الحرام : قال « أوف بنذرك » متفق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح إلا بالقول فان نواه من غير قول لم يصح)

لأنه موجب للكفارة في أحد طرفيه فلم ينعقد بالنية كاليمين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح في محال ولا واجب فلو قال لله علي صوم أمس اوصوم رمضان لم ينعقد)

لا ينعقد نذر المستحيل كصوم امس ولايوجب شيئاً لانه لايتصور انعقاده ولا الوفاء به لانه لوحلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر اولى

قال شيخنا وعقد الباب في الصحيح من المذهب ان النذر كاليمين وموجبه موجبها الا في لزوم الوفاء به إذا كان قربة وأمكنه فعله ، ودليل هذا الاصل قول النبي ﷺ لاخت عقبة لما نذرت المشي ولم تطقه « ولتكفر يمينها » وفي رواية « فلتصم ثلاثة أيام » قال احمد اليه اذهب ، وعن عقبة ان النبي ﷺ قال « كفارة النذر كفارة اليمين » أخرجه مسلم وقول ابن عباس في التي نذرت

قول أكثر أهل العلم وهو قول اهل العراق وظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لان ابا عمر غلام ثعلب قال النذر عند العرب وعد بشرط ولان ماالتزمه الآدمي بعوض يلزمه بالعقد كالمبيع والمستأجر وما التزمه بغير عوض لايلزمه بمجرد العقد كالهبة

[النوع الثالث] نذر طاعة لا أصل لها في الوجوب كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به لان النذر فرع على المشروع فلا يجب به مالا يجب له نظير باصل الشرع

ولنا قول النبي ﷺ « من نذر ان يطيع الله فليطعه »وذمه الذين ينذرون ولا يوفون وقول الله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين * فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون * فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ماوعدوه وبما كانوا يكذبون)

وقد صح أن عمر قال للنبي ﷺ اني نذرت ان أعتكف ليلة في المسجد الحرام ؟ فقال له النبي ﷺ « أوف بنذرك » ولانه ألزم نفسه قربة على وجه التبرر فتلزمه كموضع الاجماع وكما لو ألزم نفسه أضحية او أوجب هديا وكالاعتكاف وكالعمرة فانهم قد سلموها وليست واجبة عندهم وما ذكروه يبطل بهذين الاصلين وما حكوه عن ابي عمر لايصح فان العرب تسمي الملتزم نذرا وإن لم يكن بشرط قال جميل :

فليت رجالا فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلي يابثين لقوني

والجعالة وعد بشرط وليست بنذر

ذبح ابنها كفري يمينك ولانه قد ثبت ان حكمه حكم اليمين في احد اقسامه وهو نذر اللجاج فكذلك في سائره سوى ما استثناه الشرع فان نذر واجباً كالصلاة المكتوبة فقال اصحابنا لاينعقد نذره وهو قول اصحاب الشافعي لان النذر التزام ولا يصح التزام ماهو لازم له ويحتمل أن ينعقد نذره موجبا لكفارة يمين ان تركه كما لو حلف لا يفعله ففعله فان النذر كاليمين وقد سماه النبي ﷺ يمينا ولذلك لو نذر معصية او مباحا لم يلزمه ويكفر إذا لم يفعله

﴿ مسئلة ﴾ (والنذر المنعقد على خمسة أقسام (أحدها) نذر اللجاج وهو أن يقول لله علي نذر فيجب به كفارة يمين في قول أكثر اهل العلم)

روي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وبه قال الحسن وطاوس وسالم والقاسم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ولا نعلم فيه مخالفا الا الشافعي قال : لاينعقد نذره ولا كفارة فيه وأما ماروى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح غريب وهذا نص ولانه قول من سمينا من الصحابة والتابعين ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فيكون اجماعا

[القسم الثالث] النذر المبهم وهو أن يقول لله علي نذر فهذا تجب به الكفارة في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة ، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ولا أعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه لان من النذر ما لا كفارة فيه

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ « كفارة النذر اذا لم يسمه كفارة اليمين » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح غريب ولانه نص وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فيكون اجماعا

(القسم الرابع) نذر المعصية فلا يحل الوفاء به اجماعا ولان النبي ﷺ قال « من نذر أن يعصي الله فلا يعصيه » ولان معصية الله لا تحل في حال ويجب على الناذر كفارة يمين . روي نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران بن حصين وسمرة بن جندب وبه قال الثوري وابو حنيفة وأصحابه . وروي عن احمد ما يدل على انه لا كفارة عليه فانه قال فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة لبنة لا كفارة عليه وهذا في معناه . وروي هذا عن مسروق والشعبي وهو مذهب مالك والشافعي لقول رسول الله ﷺ « لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم وقال ليس على الرجل

(الثاني) اللجاج والغضب وهو ما يقصد به المنع من شيء او الحمل عليه كقوله ان كلمتك فلله علي الحج او صوم سنة او عتق عبدي او الصدقة بمالي فهذا يمين يخير بين فعله وبين كفارة يمين لما روى عمران بن حصين قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين » رواه سعيد في سننه ، وعن احمد ان الكفارة تتعين عليه ولا يجزئه غيرها الخبر والاول ظاهر المذهب لانها يمين فيخير فيها بين الامرين كاليمين بالله تعالى ولان هذا جمع الصفتين فيخرج عن العهدة بكل واحدة منهما (الثالث) نذر المباح كقوله لله علي ان البس ثوبي او أركب دابتي فهذا كاليمين يتخير بين فعله وبين كفارة يمين لما روي ان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت اني نذرت أن اضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه ابو داود ولانه لو حلف على فعل مباح بر بفعله فكذلك اذا نذره لان النذر كاليمين ، وان شاء تركه وعليه كفارة يمين كما لو حلف ليفعلنه فلم يفعل ويتخرج ان لا كفارة فيه فان أصحابنا قالوا من نذر أن يعتكف في مسجد معين او يصلي فيه كان له أن يصلي ويعتكف في غيره ولا كفارة عليه ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة وهذا مثله وقال مالك والشافعي لا ينعقد نذره لقول النبي ﷺ « لا نذر الا فيما يبتغى به وجه الله » وروى ابن عباس قال بينا رسول الله ﷺ يخطب اذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا ابو اسرائيل نذر ان يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبي ﷺ « مروه فليجلس ويستظل وليتكلم وليتم صومه » رواه البخاري

نذر فيما لا يملك » متفق عليه وقال « لا نذر إلا ما ابتغي به وجه الله » رواه ابو داود وقال «من نذر أن يعصي الله فلا يعصه » ولم يأمر بكفارة ولما نذرت المرأة التي كانت مع الكفار ـ فنجت على ناقة رسول الله ﷺ أن تنحرها قالت يارسول الله اني نذرت إن أنجاني الله عليها ان أنحرها ؟ قال « بأس ماجزتيها لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم ولم يأمرها بكفارة وقال لابي اسرائيل حين نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم مروه فليتكلم وليجلس وليستظل وليتم صومه » رواه البخاري ولم يأمره بكفارة لان النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية ولانه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئاً كاليمين غير المنعقدة . ووجه الاول ماروت عائشة أن رسول الله ﷺ قال « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » رواه الامام احمد في مسنده وابو داود في سننه وقال الترمذي هو حديث غريب

وعن ابي هريرة وعمران بن حصين عن النبي ﷺ مثله روى الجوزجاني باسناده عن عمران ابن حصين قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «النذر نذران فما كان من نذر في طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء وما كان من نذر في معصية الله فلا وفاء فيه ويكفره ما يكفر اليمين وهذا نص ولان النذر يمين بدليل ماروي عن النبي ﷺ أنه قال « النذر حلفة » وقال النبي ﷺ لاخت عقبة لما نذرت المشي الى بيت الله الحرام فلم تطقه «تكفر يمينها » صحيح أخرجه أبوداود وفي رواية «ولتصم ثلاثة أيام » قال احمد إليه اذهب

وعن أنس قال نذرت امرأة ان تمشي إلى بيت الله فسئل نبي الله ﷺ عن ذلك فقال « ان الله لغني عن مشيها مروها فلتركب » ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ولم يامر بكفارة وروي أن النبي ﷺ رأى رجلا يهادى بين اثنين فسال عنه فقالوا نذر ان يحج ماشياً فقال « ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه مروه فليركب » متفق عليه ولم يامره بكفارة ولانه نذر غير واجب لفعل ما نذره فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل ،

ولنا ما تقدم في قسم نذر اللجاج والغضب فاما حديث التي نذرت المشي فقد امر فيه بالكفارة في حديث آخر فروى عقبة بن عامر ان اخته نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام فسال رسول الله ﷺ عن ذلك فقال « مروها فلتركب ولتكفر عن يمينها » اخرجه ابو داود وهذه زيادة يجب الاخذ بها ويجوز أن يكون الراوي للحديث روى البعض وترك البعض او يكون النبي ﷺ ترك ذكر الكفارة في بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه في موضع آخر .

﴿مسئلة﴾ (فان نذر مكروهاً كالطلاق فانه مكروه لقول النبي ﷺ « أبغض الحلال الى الله الطلاق» استحب ان يكفر ولا يفعله)

لان ترك المكروه اولى من فعله فان فعله فلا كفارة عليه والخلاف فيه كالذي قبله (الرابع)

وقال ابن عباس في التي نذرت ذبح ابنها كفري يمينك ولو حلف على فعل معصية لزمته الكفارة فكذلك إذا نذرها فأما أحاديثهم فمعناها لا وفاء بالنذر في معصية الله وهذا لا خلاف فيه وقد جاء مصرحا به هكذا في رواية مسلم ويدل على هذا أيضا ان في سياق الحديث «ولا يمين في قطيعة رحم» يعني لا يبر فيها ولو لم يبين الكفارة في أحاديثهم فقد بينها في أحاديثنا فان فعل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه كما لو حلف ليفعلن معصية ففعلها ويحتمل ان تلزمه الكفارة حتما لان النبي ﷺ عين فيه الكفارة ونهي عن فعل المعصية ،

(القسم الخامس) المباح كلبس الثوب وركوب الدابة وطلاق المرأة على وجه مباح فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبر بذلك لما روي أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت اني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف فقال رسول الله ﷺ «أوف بنذرك» رواه ابو داود ولانه لو حلف على فعل مباح بر بفعله فكذلك إذا نذره لان النذر كاليمين وان شاء تركه وعليه كفارة يمين ويتخرج ان لا كفارة فيه فان اصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف او يصلي في مسجد معين كان له ان يصلي ويعتكف في غيره ولا كفارة ومن نذر ان يتصدق بماله كله اجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة وهذا مثله وقال مالك والشافعي لا ينعقد نذره لقول النبي ﷺ «لا نذر الا فيما ابتغي به وجه الله» وقد روى ابن عباس

نذر المعصية كشرب الخمر وصوم يوم الحيض ويوم العيد فلا يجوز الوفاء به ويكفر لان النبي ﷺ قال «من نذر ان يعصي الله فلا يعصه» ولان معصية الله لا تباح في حال ويجب على الناذر كفارة يمين ، روي نحو هذا عن مسعود وابن عباس وعمران بن حصين وسمرة بن جندب ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، وروي عن احمد مايدل على انه لا كفارة عليه وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ (إلا ان ينذر ذبح ولده ففيه روايتان (احداهما) انه كذلك (والثانية) يلزمه ذبح كبش

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله فيمن قال ان فعلت كذا فلله علي نحر ولدي أو يقول ولدي نحير ان فعلت كذا او نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط فعن احمد عليه كفارة يمين . وهذا قياس المذهب لان هذا نذر معصية او نذر لجاج وكلاهما يوجب الكفارة وهو قول ابن عباس فانه قال لامرأة نذرت ان تذبح ابنها لا تنحري ابنك كفري عن يمينك

(والرواية الثانية) كفارته ذبح كبش ونطعمه للمساكين وهو قول أبي حنيفة ويروى ذلك عن ابن عباس أيضاً ، لان نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذره ذبح شاة بدليل أن الله تعالى أمر ابراهيم عليه السلام بذبح ولده وكان أمراً بذبح شاة وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يثبت نسخه ودليل انه أمر بذبح شاة ان الله لا يأمر بالفحشاء ولا بالمعاصي وذبح الولد من كبائر المعاصي ، قال الله

قال بينا النبي ﷺ يخطب إذ هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو اسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبي ﷺ «مروه فليستظل وليجلس وليتكلم وليتم صومه» رواه البخاري وعن أنس قال نذرت امرأة أن تمشي الى بيت الله الحرام فسئل نبي الله ﷺ عن ذلك فقال «ان الله لغني عن مشيها مروها فلتركب» قال الترمذي هذا حديث صحيح ولم يأمر بكفارة وروي ان النبي ﷺ رأي رجلا يهادى بين اثنين فسأل عنه فقالوا نذر أن يحج ماشياً فقال «ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه مروه فليركب» متفق عليه. ولم يأمره بكفارة ولانه نذر غير موجب لفعل ما نذره فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل

ولنا ما تقدم في القسم الذي قبله، فأما حديث التي نذرت المشي فقد أمر فيه بالكفارة في حديث آخر، وروى عقبة بن عامر ان أخته نذرت أن تمشي الى بيت الله الحرام فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال «مروها فلتركب ولتكفر عن يمينها» صحيح أخرجه أبو داود وهذه زيادة يجب الاخذ بها ويجوز أن يكون الراوي للحديث روى البعض وترك البعض أو يكون النبي ﷺ ترك ذكر الكفارة في بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه في موضع آخر ومن هذا القسم اذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته فانه مكروه بدليل قول النبي ﷺ «أبغض الحلال الى الله الطلاق» فالمستحب أن لا يفي ويكفر فان وفى بنذره فلا كفارة عليه والخلاف فيه كالذي قبله

تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق) وقال النبي ﷺ «أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك» قيل ثم أي؟ قال «أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك»، وقال الشافعي ليس هذا بشيء ولا يجب به شيء لانه نذر معصية لا يجوز الوفاء به ولا يجوز ولا تجب به كفارة لقول النبي ﷺ «لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم».

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين» رواه سعيد في سننه ولان النذر حكمه حكم اليمين بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «النذر حلفة» وكفارته كفارة يمين فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده وقولهم ان النذر لذبح الولد كناية عن ذبح كبش لا يصح لان ابراهيم عليه السلام لو كان مأموراً بذبح كبش لم يكن الكبش فداء ولا كان مصدقا للرؤيا قبل ذبح الكبش وانما أمر بذبح ابنه ابتلاء ثم فدي بذبح الكبش وهذا أمر اختص به ابراهيم عليه السلام لا يتعداه إلى غيره لحكمة علمها الله تعالى فيه ثم لو كان ابراهيم مأموراً بذبح كبش فقد ورد شرعنا بخلافه فان نذر ذبح الابن ليس بقربة في شرعنا ولا مباح بل هو معصية فتكون كفارته كفارة سائر نذور المعاصي.

(فصل) فان نذر ذبح نفسه أو اجنبي ففيها أيضاً عن أحمد روايتان فنقل ابن منصور عن احمد

(القسم السادس) نذر الواجب كالصلاة المكتوبة فقال اصحابنا لاينعقد نذره وهو قول اصحاب الشافعي لان النذر التزام ولا يصح التزام ماهو لازم له ويحتمل أن ينعقد نذره موجباً كفارة يمين إن تركه كما لو حلف على فعله فان النذر كاليمين وقد سماه النبي ﷺ يميناً وكذلك لو نذر معصية أو مباحا لم يلزمه ويكفر اذا لم يفعله

(القسم السابع) نذر المستحيل كصوم أمس فهـذا لاينعقد ولا يوجب شيئاً لانه لايتصور انعقاده ولا الوفاء به ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى وعقد الباب في صحيح المذهب ان النذر كاليمين وموجبه موجبها إلا في لزوم الوفاء به اذا كان قربة وأمكنه فعله ودليل هذا الاصل قول النبي ﷺ لأخت عقبة لما نذرت المشي فلم تطقه « ولتكفر يمينها » وفي رواية «فلتصم ثلاثة أيام» قال احمد اليه أذهب ، وعن عقبة ان النبي ﷺ قال « كفارة النذر كفارة اليمين » أخرجه مسلم ، وقول ابن عباس للتي نذرت ذبح ولدها كفري يمينك ولانه قد ثبت ان حكمه حكم اليمين في أحد اقسامه وهو نذر اللجاج فكذلك سائره في سوى ما استثناه الشرع

(فصل) وإن نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كما في خبر أبي اسرائيل فان النبي ﷺ أمره باتمام الصوم وترك ماسواه لكونه ليس بطاعة وفي وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذي ذكرناه ، وقد روى عقبة بن عامر قال نذرت أختي ان تمشي الى بيت الله الحرام حافية

فيمن نذر ذبح نفسه إذا حنث يذبح شاة وكذلك ان نذر ذبح أجنبي لأن ذلك يروى عن ابن عباس والذي قال أنا انحر ثلاثاً فقال عليه كبش ولانه نذر ذبح آدمي فكان عليه ذبح كبش كنذر ذبح ابنه (والثانية) عليه كفارة يمين لانه نذر معصية فكان موجبه كفارة لما ذكرنا فيما تقدم وروى الجوزجاني باسناده عن الاوزاعي قال حدثني أبو عبيد قال جاء رجل إلى ابن عمر فقال إني نذرت ان أنحر نفسي فتجهمه ابن عمر وأقف منه ثم أتى ابن عباس فقال اهد مائة بدنة ثم أتى عبدالرحمن بن الحارث بن هشام فقال أرأيت لو نذرت ان لاتكلم أباك أو أخاك ؟ انما هذه خطوة من خطوات الشيطان استغفر الله وتب اليه فرجع إلى ابن عباس فأخبره فقال أصاب عبدالرحمن ورجع ابن عباس عن قوله والصحيح ان هذا نذر معصية حكمه حكم سائر المعاصي لاغير .

(فصل) قال أحمد في امرأة نذرت نحر ولدها ولها ثلاثة أولاد تذبح عن كل واحد كبشاً وتكفر عن يمينها وهذا على قولنا ان كفارة نذر ذبح الولد كبش فجعل عن كل واحد لان لفظ الواحد إذا أضيف اقتضى التعميم فكان عن كل واحد كبش فان عينت بنذرها واحدا فانما عليها كبش واحد بدليل ابراهيم عليه السلام لما أمر بذبح ابنه الواحد فدى بكبش واحد ولم يفد غير من أمر بذبحه من أولاده كذا ههنا وعبدالمطلب لما نذر ذبح ابن من بنيه ان يبلغوا عشرة لم يفد منهم إلا واحداً وسواء نذرت معيناً أو عينت واحـداً غير معين ، فأما قول أحمد وتكفر يمينها فيحتمل

غير مختمرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله ﷺ فقال « مر اختك فلتركب و لتختمر و لتصم ثلاثة ايام » رواه الجوزجاني والترمذي فان كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة لانه نذر واحد فتكون كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ولهذا لم يأمر النبي ﷺ أخت عقبة بن عامر في ترك التحفي والاختمار بأكثر من كفارة

(مسئلة) قال (ومن نذر ان يتصدق بماله كله اجزأه أن يتصدق بثلثه كما روي عن النبي ﷺ انه قال لابي لبابه حين قال ان من توبتي يارسول الله ان انخلع من مالي فقال رسول الله ﷺ يجزئك الثلث)

وجملة ذلك ان من نذر أن يتصدق بماله كله اجزأه ثلثه ، وبهذا قال الزهري ومالك . وروى الحسين ابن إسحاق الخرقي عن احمد قال سألته عن رجل قال جميع ما املك في المساكين صدقة قال كفارته كفارة اليمين قال وسئل عن رجل قال مايرث عن فلان فهو للمساكين فذكروا انه قال يطعم عشرة مساكين وقال ربيعة يتصدق منه بقدر الزكاة لان المعلق محمول على معهود الشرع ولا يجب في الشرع الا قدر الزكاة وعن جابر بن زيد قال ان كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشرة وان كان متوسطاً وهو الف تصدق بسبعة وإن كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسة وقال ابو حنيفة يتصدق بالمال الزكوي كله وعنه في غيره روايتان :

انه أراد ان تذبح الكباش كفارة ويحتمل انه كان مع نذرها يمين فأما على الرواية الأخرى تجزئها كفارة يمين على ماسبق .

﴿ مسئلة ﴾ (ويحتمل ان لا ينعقد نذر المباح ولا المعصية ولاتجب به كفارة ولهذا قال أصحابنا من نذر الاعتكاف أو الصلاة في مكان معين فله فعله في غيره ولا كفارة وقد روي عن احمد مايدل على ذلك فانه قال فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة لبنة لا كفارة عليه)

وهذا في معناه وروي هذا عن مسروق والشعبي وهو مذهب الشافعي لقول النبي ﷺ «لا نذر في معصية الله ولا فيما لايملك العبد » رواه مسلم والمذهب ان عليه الكفارة وقد ذكرناه في نذر المباح ووجهه مارووت عائشة ان رسول الله ﷺ قال « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » رواه الامام احمد وأبو داود والترمذي وقال هذا حديث غريب

(فصل) وان نذر فعل طاعة وليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كالذي في خبر ابي اسرائيل فان النبي ﷺ امره باتمام الصوم وترك ماسواه لكونه ليس بطاعة وفي وجوب الكفارة لما تركه روايتان على ماذكرناه وقد روى عقبة بن عامر ان أخته نذرت ان تمشي إلى بيت الله الحرام حافية غير مختمرة فذكر عقبة ذلك لرسول الله ﷺ فقال « مر اختك فلتركب واتختمر ولتصم ثلاثة

(إحداها) يتصدق به (والثانية) لايلزمه منه شيء وقال النخعي والبتي والشافعي يتصدق بماله كله لقول النبي صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام.

ولنا قول النبي ﷺ لأبي لبابة حين قال إن من توبتي أن انخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال «يجزئك الثلث» وعن كعب بن مالك قال قلت يارسول الله ان من توبتي ان انخلع من مالي صدقة الى الله وإلى رسوله فقال رسول الله ﷺ «أمسك عليك بعض مالك» متفق عليه ولابي داود «يجزئ عنك الثلث» فان قالوا هذا ليس بنذر وإنما أراد الصدقة بجميعه فامره النبي ﷺ بالاقتصار على ثلثه كما أمر سعدا حين أراد الوصية بجميع ماله بالاقتصار على الوصية بثلثه وليس هذا محل النزاع انما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه فانا عنه جوابان:

(أحدهما) ان قوله «يجزئ عنك الثلث» دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي الايجاب لانها إنما تستعمل غالباً في الواجبات ولو كان مخيراً بارادة الصدقة لما لزمه شيء يجزئ عنه بعضه.

(الثاني) ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على انه ليس بقربة لان النبي ﷺ لا يمنع أصحابه من القرب ونذر ماليس بقربة لايلزم الوفاء به وماقاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه وما قاله ربيعة لايصح فان هذا ليس بزكاة ولا في معناها فان الصدقة وجبت لاغناء الفقراء ومواساتهم

أيام » ، رواه الجوزجاني والترمذي فان كان المتروك خصالا كثيرة اجزأته كفارة واحدة لانه نذر واحد فتكون كفارته واحدة كاليمين الواحدة على افعال ولهذا لم يأمر النبي ﷺ اخت عقبة بن عامر في ترك التحفي والاختمار باكثر من كفارة.

﴿ مسئلة ﴾ ولو نذر الصدقة بكل ماله فله الصدقة بثلثه ولا كفارة عليه

لما روي عن النبي ﷺ انه قال لابي لبابة حين قال ان من توبتي يارسول الله ان انخلع من مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يجزيك الثلث » وبهذا قال الزهري ومالك وقال ربيعة يتصدق منه بقدر الزكاة لان المطلق يحمل على معهود الشرع ولا يجب في الشرع إلا قدر الزكاة وعن جابر بن زيد قال ان كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشره وان كان متوسطاً وهو الف تصدق بسبعه ، وان كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسه وقال ابو حنيفة يتصدق بالمال الزكوي كله وعنه في غيره فيه روايتان.

[احداهما] يتصدق به (والثانية) لايلزمه منه شيء وقال النخعي والبتي والشافعي يتصدق بماله كله لقول النبي ﷺ «من نذر ان يطيع الله فليطعه» ولانه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام

ولنا حديث ابي لبابة المذكور وعن كعب ابن مالك قال قلت يارسول الله ان من توبتي ان انخلع من مالي صدقه الى الله والى رسوله فقال رسول الله ﷺ « امسك عليك بعض مالك فهو خير لك » متفق عليه ولابي داود يجزيء عنك الثلث قالوا ليس هذا بنذر وإنما أراد الصدقة

وهـذه صدقة تبرع بها صاحبها تقربا إلى الله تعـالى ثم ان المحمول على معهود الشرع المطلق وهذه صدقة معينة غير مطلقة ثم تبطل بمالو نذر صياما فانه لا يحمل على صوم رمضان وكذلك الصلاة وما ذكره جابر بن زيد تحكم بغير دليل

(فصل) وإذا نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كالف فروي عن أحمد انه يجوز ثلثه لأنه مال نذر الصدقة به فاجزأه ثلثه كجميع المال والصحيح في المذهب لزوم الصدقة بجميعه لانه منـذور وهوقربة فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات

ولعموم قوله تعالى (يوفون بالنذر) وإنما خولف هذا في جميع المال للاثر فيه ولما في الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به اللهم الا ان يكون المنذورههنا يستغرق جميع المال فيكون كنذر ذلك . ويحتمل انه ان كان المنذور ثلث المال فمادون لزمه وفاء نذره وان زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه لانه حكم يعتبر فيه الثلث فاشبه الوصية به .

(فصل) وإذا نذر الصدقة بقدر من المال فابرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه ، وإن كان الغريم من اهل الصدقة .قال احمد: لايجزئه حتى يقبضه وذلك لان الصدقة تقتضي التمليك وهذا إسقاط فلم يجزئه كما في الزكاة .

وقال احمد : فيمن نذر أن يتصدق بمال وفي نفسه أنه ألف اجزأه ان يخرج ماشاء وذلك لان

بجميعه فأمره النبي ﷺ بالاقتصار على الثلث وليس هذا محل النزاع انما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه فلنا عنه جوابان

(احدهما) أن قوله «يجزئك الثلث » دليل على انه اتى بلفظ يقتضي الايجاب لانها انما تستعمل غالبا في الواجبات ولوكان مخيرا بارادة الصدقة لما لزمه شيء يجزىء عنه بعضه (الثاني) ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على انه ليس ليس بقربة لان النبي ﷺ لايمنع أصحابه من القرب و نذر ماليس بقربة لايلزم الوفاء به

ولنا على أبي حنيفة ان غير الزكوي مال فتناوله النذر كغير الزكوي وماقاله ربيعة لايصح فان هذا ليس بزكاة ولا في معناها فان الصدقة وجبت لاغناء الفقراء ومواساتهم وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقربا الى الله تعالى ثم ان المحمول على معهود الشرع المطلق وهذه صدقة معينة غيرمطلقة ثم تبطل بما لو نذر صياماً فانه لايحمل على صوم رمضان وكذلك الصلاة وما ذكره جابر بن زيد فهو تحـكم بغير دليل

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر الصدقة بألف لزمه جميعه)

وعنه يجزئه ثلثه إذا نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كألف فروي عن أحمد انه يجزئه ثلثه لانه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال والصحيح في المذهب لزوم الصـدقة بجميعه لانه

اسم المال يقع على القليل وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم والنذر لا يلزم بالنية والقياس ان يلزمه ما نواه لأنه نوي بكلامه ما يحتمله فتعلق الحكم به كاليمين . وقد نص احمد فيمن نوى صوماً او صلاة وفي نفسه اكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك وهذا كذلك والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن نذر ان يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام كفر كفارة يمين واطعم لكل مسكيناً يوم)

وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين لما روى عقبة بن عامر قال نذرت أختي أن تمشي الى بيت الله حافية فامرتني ان أستفتي لها رسول الله ﷺ فاستفتيته فقال « لتمش ولتركب » متفق عليه ولابي داود « وتكفر يمينها » وللترمذي « ولتصم ثلاثة أيام » وعن عائشة ان النبي ﷺ قال « لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين » قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال وقفه من رواه عن ابن عباس

وقال ابن عباس من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً يطيقه فليف لله بما نذر فاذا كفر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر وإن كان صياما فعن احمد روايتان (احداهما)

منذور هو قربة فلزمه الوفاء به كسائر المنذورات ولعموم قوله سبحانه (يوفون بالنذر) وانما خولف هذا في جميع المال للأثر فيه ولما في الصدقة بالمال كله من الضرر اللاحق به اللهم الا ان يكون المنذور ههنا يستغرق جميع المال فيكون كنذر ذلك ويحتمل انه ان كان المنذور ثلث المال فما دون لزمه وفاء نذره وان زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه لأنه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبه الوصية به

(فصل) إذا نذر الصدقة بقدر من المال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه وإن كان الغريم من أهل الصدقة قال أحمد لا يجزئه حتى يقبضه وذلك لان الصدقة تقتضي التمليك وهذا إسقاط فلم يجزئه كما في الزكاة قل أحمد فيمن نذر ان يتصدق بمال وفي نفسه انه الف أجزأه ان يخرج ماقلنا وذلك لان اسم المال يقع على القليل وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم والنذر لا يلزم بالنية والقياس انه يلزمه ما نواه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فتعلق الحكم به كاليمين وقد نص أحمد فيمن نذر صوماً أو صلاة وفي نفسه أكثر مما تناوله لفظه انه يلزمه ذلك وهذا كذلك

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الخامس نذر التبرر كنذر الصلاة والصيام والصدقة والاعتكاف والحج والعمرة ونحوها من القرب سواء نذره مطلقا أو علقه بشرط يرجوه فقال ان شفى الله مريضي أو سلم الاموالي فلله علي كذا فمتى وجد شرطه انعقد نذره ويلزمه الوفاء به)

نذر التبرر يتنوع ثلاثة أنواع (أحدها) هذا الذي ذكرناه إذا كان في مقابلة نعمة استجلبها أو نقمة

يلزمه لكل يوم اطعام مسكين قال القاضي وهذا اصح لانه صوم وجد سبب ايجابه عيناً فاذا عجز عنه لزمه ان يطعم عن كل يوم مسكينا كصيام رمضان ولان المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعا ، ولو عجز عن الصوم المشروع اطعم عن كل يوم مسكيناً وكذلك اذا عجز عن الصوم المنذور (والثانية) لايلزمه شيء آخر من اطعام ولا غيره لقوله عليه السلام « ومن نذر نذراً لايطيقه فكفارته كفارة يمين» وهذا يقتضي ان تكون كفارة اليمين جميع كفارته ولانه نذر عجز عن الوفاء به فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر المنذور ولان موجب النذر موجب اليمين إلا مع إمكان الوفاء به اذا كان قربة ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين (احدهما) ان رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت فكذلك في الحياة وهذا بخلافه ولان صوم رمضان آكد بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه وعظم إثم من أفطر بغير عذر (والثاني) أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على الفروض بأصل الشرع ولان هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع ، وقولهم ان المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع قلنا ليس هذا بمطلق وانما هو منذور معين ويتخرج أن لا تلزمه كفارة في العجز عنه كما في العجز الواجب بأصل الشرع

(فصل) وان عجز لعارض يرجى زواله من مرض او نحوه انتظر زواله ولا تلزمه كفارة ولا

استدفعهما كقوله ان شفى الله مريضي فعلي صوم شهر وتكون الطاعة الملتزمة مماله أصل في الشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزم الوفاء به باجماع أهل العلم

(النوع الثاني) التزام طاعة من غير شرط كقوله ابتداء لله علي صوم شهر فيلزم الوفاء به في قول أكثر أهل العلم وهو قول أهل العراق وظاهر مذهب الشافعي وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لان أبا عمر غلام ثعلبة قال النذر عند العرب وعد بشرط ولان ماالتزمه الآدمي بعوض يلزمه كالبائع والمستأجر وما التزمه بغير عوض لايلزمه بمجرد العقد كالهبة

(النوع الثالث) نذر طاعة لا أصل لها في الوجوب كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم

وحكي عن أبي حنيفة انه لا يلزمه الوفاء به لان النذر فرع على المشروع فلا يجب به مالا يجب له مالا نظير له باصل الشرع ولنا قول النبي ﷺ « من نذر ان يطيع الله فليطعه» رواه البخاري وذمه الذين ينذرون ولا يوفون وقول الله تعالى (ومنهم من عاهد الله لان آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين) الآيات الى قوله (بما أخلفوا الله ماوعدوه وبما كانوا يكذبون)وقال عمر اني نذرت ان أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال له النبي ﷺ « أوف بنذرك » ولانه الزم نفسه قربة على وجه التبرر فلزمه كموضع الاجماع وكالعمرة فانهم سلموها وهي غير واجبة عندهم كالاعتكاف وما ذكروه يبطل بهذين الاصلين وما حكوه عن أبي عمر لايصح فان العرب تسمى الملتزم نذراً وان لم يكن بشرط قال جميل

غيرها لانه لم يفت الوقت فيشبه المريض في شهر رمضان فان استمر عجزه الى ان صار غير مرجو الزوال صار الى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من الخلاف فيه فان كان العجز المرجو الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الامكان ليقضيه وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة ؟ على روايتين : ذكرهما أبو الخطاب.

(احداهما) تجب الكفارة لانه اخل بما نذره على وجه فلزمته الكفارة كما لو نذر المشي الى بيت الله الحرام فعجز ولان النذر كاليمين، ولو حلف ليصومن هذا الشهر فافطره لعذر لزمته كفارة كذا ههنا (والثانية) لاتلزمه لانه اتي بصيام أجزأه عن نذره من غير تفريط منه فلم تلزمه كفارة يمين كما لو صام ما عينه

(فصل) وان نذر غير الصيام فعجز عنه كالصلاة ونحوها فليس عليه الا الكفارة لان الشرع لم يجعل لذلك بدلا يصار اليه فوجبت الكفارة لمخالفته نذره فقط وان عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء فيما فصلناه .

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا نذر صياما ولم يذكر عدداً ولم ينوه فأقل ذلك صيام يوم واقل الصلاة ركعتان)

أما إذا نذر صياما مطلقا فأقل ذلك يقوم صيام يوم لاخلاف فيه لانه ليس في الشرع صوم مفرد أقل من يوم فيلزمه لانه اليقين واما الصلاة ففيها روايتان :

فليت رجالا فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلي يابثين لقوني

والجعالة وعد بشرط وليست بنذر

﴿ مسألة ﴾ (وان نذر صوم سنة لم يدخل في نذره رمضان ويوما العيد وفي أيام التشريق روايتان وعنه مايدل على انه يقضي يومي العيدين وأيام التشريق)

إذا نذر صوم سنة معينة لم يدخل في نذره رمضان ، ويوما العيدين لايصح صومهما فلم يدخلا في نذره كالليل وفي أيام التشريق راويتان

(احداهما) لايدخل في نذره لانه منهى عن صومها اشبهت يومي العيدين

(والثانية) تدخل في نذره ويصومها كالمتمتع إذا لم يجد الهدي وفيه رواية اخرى ان يومي العيدين وأيام التشريق يدخل في نذره فعلى هذا لايصومها ويقضي بدلها وعليه كفارة يمين لقوله عليه السلام «لانذر في معصية »وكفارته كفارة يمين رواه أبو داود وان قلنا يجوز صيام أيام التشريق عن نذره فصامها فلا كفارة عليه لانه أتى بالمنذور اشبه مالو نذر غيرها مما يصح صومه

﴿ مسألة ﴾ (وان نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم عيد أو حيض افطر وقضي وكفر)

لان مثل هذا النذر ينعقد لانه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً كالو وافق غير

(احداهما) يجزئه ركعة نقلها اسماعيل بن سعيدلان أقل الصلاة ركعة فان الوتر صلاة مشروعة وهي ركعة واحدة، وروي عن عمر رضي الله عنه انه تطوع بركعة واحدة

(والثانيـة) لايجزئه إلا ركعتان وبه قال ابو حنيفة لان أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان فوجب حمل النذر عليه، وأما الوتر فهو نفل والنذر فرض فحمله على المفروض أولى ولان الركعة لاتجزىء في الفرض فلا تجزىء في النفل كالسجدة وللشافعي قولان كالروايتين، فأما إن عين بنذره عدداً لزمه قل أو كثر لان النذر ثابت بقوله، وكذلك عدده فان نوى عدداً فهو كما لوسماه لانه نوى بلفظه مايحتمله فلزمه حكمه كاليمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا نذر المشي الى بيت الله الحرام لم يجزئه الا ان يمشي في حج او عمرة فان عجز عن المشي ركب وكفر كفارة يمين)

وجملته أن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابو عبيد وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان النبي ﷺ قال «لاتشد الرحال إلا الى ثلاثة مساجد المسجد الحرام، ومسجدي هـذا، والمسجد الاقصى» ولا يجزئه المشي إلا في

يوم العيد أو غير يوم الحيض والنفاس ولا يجوز ان يصوم يوم العيد ان وافقه لان الشرع حرم صومه فاشبه زمن الحيض ويلزمه القضاء لانه نذر منعقد قد فاته الصيام بالعذر فلزمته الكفارة كما لو فاته لمرض وعنه يكفر من غير قضاء لانه وافق يوم صومه معصية فأوجب الكفارة من غير قضاء كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها

﴿ مسئلة ﴾ (و نقل عنه مايدل على انه ان صام يوم العيد صح صومه)

لانه وفى بما نذر، فأما ان وافق نذره يوم حيض او نفاس لم يصمه بغير خلاف نعلمه بين أهل العلم ويتخرج في القضاء والكفارة مثل مافي يوم العيد قياساً عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وافق ايام التشريق فهل يصومها؟ على روايتين)

(احداهما) يصومها لقول عائشة لم يرخص في هذه الايام ان يصمن الا للمتمتع اذا لم يجد الهدي فقسنا عليه سائر الواجبات (والثانية) لايصومها للنهي عن ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا شيء عليه وان قدم نهاراً فعنه مايدل على أنه لا ينعقد نذره ولا يلزمه الا صيام ذلك اليوم ان لم يكن افطر وعنه انه يقضي ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو صائم وان وافق قدومه يوماً من رمضان فقال الخرقي يجزئه صيامه لرمضان ونذره وقال غيره عليه القضاء وفي الكفارة روايتان)

حج أو عمرة وبه يقول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا وذلك لان المشي المعهود في الشرع هو المشي في حج او عمرة ، فاذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ويلزمه المشي فيه لنذره فان عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين

وعن احمد رواية أخرى انه يلزمه دم وهو قول للشافعي وأفتى به عطاء لما روى ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشي إلى بيت الله الحرام فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدي هديا رواه ابو داود وفيه ضعف ، ولانه أحل بواجب في الاحرام فلزمه هدي كتارك الاحرام من الميقات وعن ابن عمر وابن الزبير قالا يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشي ما ركب ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال ويهدي . وعن الحسن مثل الاقوال الثلاثة وعن النخعي روايتان

(احداهما) كقول ابن عمر (والثانية) كقول ابن عباس وهذا قول مالك وقال ابو حنيفة عليه هدي سواء عجز عن المشي أو قدر عليه وأقل الهدي شاة ، وقال الشافعي لا تلزمه مع العجز كفارة بحال إلا أن يكون النذر مشياً إلى بيت الله فهل يلزمه هدي؟ فيه قولان وأما غيره فلا يلزمه مع العجز شيء

ولنا قول النبي ﷺ حين قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي الى بيت الله « لتمش ولتركب ولتكفر عن يمينها » وفي رواية « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي ﷺ « كفارة النذر كفارة اليمين » ولان المشي مما لا يوجبه الاحرام فلم يجب الدم بتركه كما لو نذر صلاة ركعتين فتركهما

وجملة ذلك أنه إذا نذر ان يصوم يوم يقدم فلان صح نذره وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الاخر لا يصح نذره لانه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح كما لو قال لله علي ان اصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه زيد

ولنا أنه زمن يصح فيه صوم التطوع فانعقد نذره لصومه كما لو أصبح صائما تطوعا وقال لله علي أن أصوم يومي وقولهم لا يصح صومه لا يصح لانه قد يعلم اليوم الذي يقدم فيه قبل قدومه فينوي صومه من الليل ولانه قد يجب عليه ما لا يمكنه كالصبي يبلغ في أثناء يوم من رمضان والحائض تطهر فيه ولا نسلم ما قاسوا عليه: اذا ثبت ذلك لم يخل من اقسام خمسة

(أحدها) ان يقدم ليلا فلا شيء عليه في قول الجميع لانه لم يقدم في اليوم ولا في وقت يصح فيه الصيام

(الثاني) أن يعلم قدومه من الليل فينوي صومه ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه وفاء بنذره

(الثالث) أن يقدم يوم فطر او أضحى فاختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فعنه لا يصوم ويقضي ويكفر نقله عن أحمد جماعة وهو قول اكثر أصحابنا ومذهب الحكم وحماد (والرواية الثانية) يقضي ولا كفارة عليه وهو قول الحسن والاوزاعي وأبي عبيد وقتادة وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لانه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة لان الشرع منعه

وحديث الهدي ضعيف وهذا حجة على الشافعي حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز . فان قيل : فان النبي ﷺ أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز . قلنا يتعين حمله على حالة العجز لان المشي قربة لانه مشي إلى عبادة والمشي إلى العبادة أفضل ولهذا روي أن النبي ﷺ لم يركب في عيد ولا جنازة فلو كانت قادرة على المشي لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتكفير ولان المشي المقدور عليه لايخلو من ان يكون واجباً أو مباحا فان كان واجبا لزم الوفاء به وان كان مباحا لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعي وقد أوجب الكفارة ههنا وترك ذكره في الحديث إما لعلم النبي ﷺ بحالها وعجزها وإما لان الظاهر من حال المرأة العجز عن المشي الى مكة أو يكون قد ذكر في الخبر فترك الراوي ذكره ، وقول أصحاب أبي حنيفة انه أخل بواجب في الحج قلنا المشي لم يوجبه الاحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدي كما لو نذر صلاة ركعتين في الحج فلم يصلهما ، فأما إن ترك المشي مع إمكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضاً لتركه صفة النذر . وقياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشياً لتركه صفة المنذور كما لو نذر صوما متتابعاً فأتى به متفرقا ، وان عجز عن المشي بعد الحج كفر وأجزأه وإن مشي بعض الطريق وركب بعضاً فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن عمر وهو أن يحج فيمشي ما ركب ويركب ما مشى ، ويحتمل أن لايجزئه إلا حج يمشي في جميعه لان ظاهر النذر يقتضي هذا

ووجه القول الاول انه لا يلزمه بترك المشي المقدور عليه أكثر من كفارة لان المشي غير مقصود في الحج ولا ورد الشرع باعتباره في موضع فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة كما لو نذر التحفي

من صومه فهو كالمكره وعن أحمد رواية ثالثة ان صامه صح صومه وهو مذهب أبي حنيفة لانه قد وفي بما نذر فأشبه مالو نذر معصية ففعلها ويتخرج أن يكفر من غير قضاء لانه وافق يوما صومه حرام فكان موجبه الكفارة كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها ويتخرج ان لا يلزمه شيء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية . ووجه قول الخرقي ان النذر ينعقد لانه نذر نذرا يمكن الوفاء به غالبا فكان منعقداً كما لو وافق غير يوم العيد ولايجوز أن يصوم يوم العيد لان الشرع حرم صومه فأشبه زمن الحيض ولزمه القضاء لانه نذر منعقد قد فاته الصيام لعذر فلزمته الكفارة لفواته كما لو فاته بمرض، وان وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى الا انها لاتصومه بغير خلاف بين أهل العلم

(الرابع) ان يقدم في يوم يصح صومه والناذر مفطر ففيه روايتان (احداهما) يلزمه القضاء والكفارة لانه نذر صوما نذرا صحيحا ولم يف به فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ويتخرج ان لاتلزمه كفارة وهو مذهب الشافعي لانه ترك المنذر لعذر (والثانية) لايلزمه شيء من قضاء ولا غيره وهو قول ابي يوسف وأصحاب الرأي وابن المنذر لانه قدم في زمن لا يصح صومه فيه فلم يلزمه شيء كما لو قدم ليلا

وشبهه ، وفارق التتابع في الصيام فانها صفة مقصودة فيه اعتبرها الشرع في صيام الكفارات : كفارة الظهار والجماع واليمين

(فصل) فان نذر الحج راكباً لزمه الحج كذلك لان فيه إنفاقا في الحج فان ترك الركوب فعليه كفارة وقال أصحاب الشافعي يلزمه دم لترفهه بترك الانفاق وقد تبينا ان الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدي إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع إمكانه لم يلزمه أكثر من كفارة لان الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربة ، وكل موضع نذر المشي فيه أو الركوب فانه يلزمه الاتيان بذلك من دويرة أهله إلا أن ينوي موضعاً بعينه فيلزمه من ذلك الموضع لان النذر محمول على اصله في الفرض والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب ؛ قال بعض الشافعية يجب الاحرام من دويرة أهله لان إتمام الحج كذلك

ولنا ان المطلق محمول على المعهود في الشرع والاحرام الواجب انما هو من الميقات ويلزمه المنذور من المشي أو الركوب في الحج أو العمرة إلى أن يتحلل لان ذلك انقضاء الحج والعمرة

قال أحمد يركب في الحج إذا رمى وفي العمرة إذا سعى لانه لو وطىء بعد ذلك لم يفسد حجاً ولا عمرة وهذا يدل على انه انما يلزمه في الحج التحلل الاول

(فصل) وإذا نذر المشي إلى بيت الله أو الركوب إليه ولم يرد بذلك حقيقة المشي والركوب

(الخامسة) قدم والناذر صائم فلا يخلو من أن يكون تطوعا أو فرضا فان كان تطوعا فقال القاضي يصوم بقيته ويعتقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة وهو قول أبي حنيفة لانه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب كما لو نذر في صوم التطوع اتمام صوم ذلك اليوم وإنما وجد سبب الوجوب في بعضه وذكر القاضي احتمالا آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة لانه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان وذكر أبو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين وعند الشافعي عليه القضاء فقط كما لو قدم وهو مفطر ويتخرج لنا مثله ، وأما ان كان الصوم واجباً مثل ان يوافق يوما من رمضان فقال الخرقي يجزئه لرمضان ونذره لانه نذر صومه وقد وفى به وقال غيره عليه القضاء لانه لم يصمه عن نذره وفي الكفارة روايتان (إحداهما) يجب لتأخر النذر (والثانية) لا يجب لانه أخر أشبه ما لو أخر صوم رمضان لعذر

﴿ مسئلة ﴾ (وان وافق يوم نذره وهو مجنون فلا قضاء عليه ولا كفارة) لانه خرج عن أهلية التكليف قبل وقت النذر أشبه مالو فاته

(فصل) وان قال لله علي صوم يوم العيد فهذا نذر معصية على ناذر الكفارة لا غير نقلها حنبل عن أحمد وفيه رواية أخرى ان عليه القضاء مع الكفارة كما لو نذر يوم الخميس فوافق يوم العيد والاولى هي الصحيحة قاله القاضي لان هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصي وفارق ما

إنما أراد إتيانه لزمه إتيانه في حج او عمرة ولم يتعين عليه مشي ولا ركوب لانه عنى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبه مالو صرح به ، ولو نذر أن يأتي بيت الله الحرام او يذهب إليه لزمه إتيانه في حج أو عمرة ، وعن أبي حنيفة لايلزمه شيء لان مجرد إتيانه ليس بقربة ولا طاعة

ولنا انه علق نذره بوصول البيت فلزمه كما لوقال لله علي المشي إلى الكعبة ، إذا ثبت هذا فهو مخير في المشي والركوب ، وكذلك إذا نذر ان يحج البيت او يزوره لان الحج يحصل بكل واحد من الامرين فلم يتعين احدهما . وإن قال لله علي ان آتي البيت الحرام غير حاج ولا معتمر لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه وهذا احد الوجهين لأصحاب الشافعي لان قوله لله علي ان آتي البيت يقتضي حجاً او عمرة وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه

(فصل) إذا نذر المشي إلى البلد الحرام او بقعة منه كالصفا والمروة وأبي قبيس او موضع في الحرم لزمه الحج او عمرة نص عليه احمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لايلزمه إلا أن ينذر المشي إلى الكعبة أو إلى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد إن نذر المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام كقولنا وفي باقي الصور كقول أبي حنيفة

ولنا انه نذر المشي إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة . فأما إن نذر المشي الى غير الحرم كعرفة ومواقيت الاحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح وكذلك ان نذر اتيان مسجد سوى

اذا نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم العيد لانه لم يقصد بنذره المعصية وإنما وقع اتفاقاً وهنا تعمدها بالنذر فلم ينعقد نذره ويدخل في قوله عليه الصلاة والسلام « لا نذر في معصية » ويتخرج ألا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية فيما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر صوم شهر معين فلم يصمه لغير عذر فعليه القضاء وكفارة يمين)

لانه صوم واجب معين أخره فلزمه قضاؤه كرمضان وتلزمه كفارة يمين لتأخير النذر عن وقته لانه تعين وان لم يصمه لعذر فعليه القضاء لأنه واجب أشبه رمضان وفي الكفارة روايتان (إحداهما) تلزمه لتأخير النذر والاخرى لاتلزمه لانه أخره لعذر أشبه تأخير رمضان لعذر

﴿ مسئلة ﴾ (وان صام قبله لم يجزئه) وكذلك ان نذر الحج في عام فحج قبله وقال أبو يوسف يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه في وقت فقضاه قبله

ولنا ان النذر محمول على المشروع ولو صام قبل رمضان لم يجزئه فكذلك اذا صام المنذور قبله ولانه لم يأت بالمنذور في وقته فلم يجزئه كما لو لم يفعله أصلا

﴿مسئلة﴾ (وان افطر في اثنائه لغير عذر لزمه استئنافه ويكفر ويحتمل ان يتم باقيه ويقضي ويكفر)

اذا نذر صوم شهر معين فافطر في أثنائه لم يخل من حالين احدهما افطر لغير عذر ففيه روايتان (إحداهما) ينقطع صومه ويلزمه استئنافه لانه صوم يجب متتابعا بالنذر فابطله الفطر لغير عذر وفارق

المساجد الثلاثة لم يلزمه اتيانه ، وان نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشي ففي اي موضع صلى أجزأه لان الصلاة لاتختص مكانا دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم في هذا خلافا الا عن الليث فانه قال لو نذر صلاة أو صياماً بموضع لزمه فعله في ذلك الموضع ومن نذر المشي الى مسجد مشي اليه

قال الطحاوي ولم يوافقه على ذلك أحد من الفقهاء وذلك لان النبي ﷺ قال «لا تشد الرحال إلا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا والمسجد الاقصى » متفق عليه ، ولو لزمه المشي إلى مسجد بعيد لشد الرحل اليه ولان العبادة لاتختص بمكان دون مكان فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قربة فلا تلزمه بنذره وفارق مالو نذر العبادة في يوم بعينه لزمه فعلها فيه لان الله تعالى عين لعبادته زمناً ووقتاً معيناً ولم يعين لها مكاناً وموضعاً والنذور مردودة إلى إصولها في الشرع فتعينت بالزمان دون المكان

(فصل) وإن نذر المشي إلى بيت الله تعالى ولم ينو به شيئاً ولم يعينه انصرف إلى بيت الله الحرام لانه المخصوص بالقصد دون غيره واطلاق بيت الله ينصرف اليه دون غيره في العرف فينصرف اليه اطلاق النذر

(فصل) وإن نذر المشي إلى مسجد النبي ﷺ أو المسجد الاقصى لزمه ذلك وبهذا قال مالك والاوزاعي وابو عبيد وابن المنذر وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يبين لي وجوب المشي اليهما لان البر باتيان بيت الله فرض والبر باتيان هذين نفل

رمضان فان تتابعه بالشرع لا بالنذر وههنا اوجبه على نفسه ثم فوته فأشبه مالو شرطه متتابعاً

(الثانية) لايلزمه الاستئناف الا أن يكون قد شرط التتابع وهذا قول الشافعي لان وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط فلم يبطله الفطر في أثنائه كشهر رمضان ولان الاستئناف يجعل الصوم في غير الوقت الذي عينه والوفاء بنذره في غير وقته وتفويت البعض لايوجب تفويت الجميع فعلى هذا يكفر عن فطره ويقضي أيام فطره بعد اتمام صومه وهذا أقيس إن شاء الله تعالى واصح وعلى الرواية الاولى يلزمه الاستئناف عقيب الايام التي أفطر فيها ولا يجوز تأخيره لان باقي الشهر منذور فلايجوز ترك الصوم فيه وتلزمه كفارة أيضاً لاخلاله بصوم الايام التي أفطرها

(الحال الثاني) أفطر لعذر فانه يبني على مامضى من صيامه ويكفر هذا قياس المذهب وفيه رواية أخرى انه لا كفارة عليه وهو مذهب مالك والشافعي وابي ثور وابن المنذر لان النذر محمول على المشروع ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء

ولنا انه فات مانذره فلزمته كفارة لقول النبي ﷺ لاخت عقبة بن عامر « ولتكفر يمينها » وفارق رمضان فانه لو أفطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا في الجماع بخلاف هذا

(فصل) وان جن جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة وقال ابو يوسف يلزمه القضاء لانه

ولنا قول النبي ﷺ « لاتشد الرحال إلا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا والمسجد الاقصى » ولانه أحد المساجد الثلاثة فيلزم المشي اليه بالنذر كالمسجد الحرام ولا يلزم ماذكره لان كل قربة تجب بالنذر وإن لم يكن لها أصل في الوجوب كعيادة المريض وشهود الجنائز ويلزمه بهذا النذر أن يصلي في الموضع الذي أتاه ركعتين لان القصد بالنذر القربة والطاعة وانما تحصيل ذلك بالصلاة فتضمن ذلك نذره كما يلزم ناذر المشي إلى بيت الله الحرام أحد النسكين ونذر الصلاة في أحد المسجدين كنذر المشي اليه كما ان نذر أحد النسكين في المسجد الحرام كنذر المشي اليه

وقال ابو حنيفة لا تتعين عليه الصلاة في موضع بالنذر سواء كان في المسجد الحرام أوغيره لان مالا أصل له في الشرع لايجب بالنذر بدليل نذر الصلاة في سائر المساجد

ولنا ماروي ان عمر قال : يا رسول الله اني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ، قال رسول الله ﷺ « أوف بنذرك » متفق عليه ولان الصلاة فيها أفضل من غيرها بدليل قول النبي ﷺ « صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام » متفق عليه. وروي عنه ﷺ « صلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة » واذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر كما لو نذر طول القراءة وما ذكروه يبطل بالعمرة فانها تلزم بنذرها وهي غير واجبة عندهم

(فصل) واذا نذر الصلاة في المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة في غيره لانه أفضل المساجد وخيرها

من اهل التكليف في وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو كان في شهر رمضان وان حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء وفي الكفارة وجهان وقال الشافعي لا كفارة عليها وفي القضاء وجهان (أحدهما) لا يلزمها لان زمن الصوم لا يمكن الصوم فيه فلا يدخل في النذر كزمن رمضان

ولنا ان المنذور يحمل على المشروع ابتداء ولو حاضت في شهر رمضان لزمها القضاء فكذلك المنذور

(فصل) وان قال على الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر اوغيره فعليه القضاء والكفارة ويحتمل أن لا كفارة عليه إذا كان معذوراً وقال الشافعي ان تعذر عليه الحج لاحد الشرائط السبعة او منعه منه سلطان او عدو فلا قضاء عليه وان حدث به مرض او اخطأ او توانى قضاه

ولنا انه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ولان المنذور محمول على المشروع ابتداء ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه فكذلك المنذور

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر صوم شهر لزمه التتابع)

اذا نذر صوم شهر فهو مخير بين أن يصوم شهراً بالهلال فيجزئه وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوما ويلزمه التتابع في احد الوجهين وهو قول ابي ثور لان اطلاق الشهر يقتضي التتابع (والثاني) لا يلزمه التتابع

وأكثرها ثوابا للمصلي فيها ، وإن نذر الصلاة في المسجد الاقصى اجزأته الصلاة في المسجد الحرام لما روى جابر أن رجلا قام يوم الفتح فقال يارسول الله اني نذرت إن فتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس ركعتين قال « صل ههنا » ثم أعاد عليه فقال « صل ههنا » ثم أعاد عليه فقال «صل ههنا» ثم أعاد عليه فقال «شأنك» رواه ابو داود . ورواه الامام احمد ولفظه «والذي نفسي بيده لو صليت ههنا لاجزأ عنك كل صلاة في بيت المقدس » وإن نذر اتيان المسجد الاقصى للصلاة فيه اجزأته الصلاة فيه وفي مسجد المدينة لانه أفضل ، وإن نذر ذلك في مسجد المدينة لم يجزئه فعله في المسجد الاقصى لأنه مفضول وقد سبق هذا في باب الاعتكاف

(فصل) وإن أفسد الحج المنذور ماشياً وجب القضاء ماشياً لان القضاء يكون على صفة الاداء وكذلك إن فاته الحج لكن إن فاته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمي وتحلل بعمرة ويمشي بالحج الفاسد ماشياً حتى يتحلل منه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا نذر عتق رقبة فهي التي تجزىء عن الواجب الا ان يكون نوى رقبة بعينها)

يعني لاتجزئه إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل وهي التي تجزىء في الكفارة

وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لان الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوما ولا خلاف في انه يجزئه ثلاثون يوما فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوما

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر أياما معدودة لم يلزمه التتابع الا أن يشترطه)

نص عليه أحمد وروي عنه فيمن قال لله علي صيام عشرة أيام يصومها متتابعا وهذا يدل على وجوب التتابع في الايام المنذورة وهو اختيار القاضي وحمل بعض أصحابنا كلام احمد على من شرط التتابع او نواه لان لفظ العشرة لايقتضي تتابعا والنذر لايقتضيه ما لم يكن في لفظه أو نيته وقال بعضهم كلام أحمد على ظاهره ويلزمه التتابع في نذر العشرة دون الثلاثين لان الثلاثين شهر فلو أراد التتابع لقال شهرا فعدوله الى العدد دليل على ارادة التفريق بخلاف العشرة والصحيح أنه لايلزمه التتابع فان عدم مايدل على التفريق ليس بدليل على التتابع فان الله تعالى قال في رمضان (فعدة من أيام أخر) ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق وقال بعض أصحابنا ان نذر اعتكاف ايام لزمه التتابع ولا يلزم مثل ذلك في الصيام لان الاعتكاف يتصل بعضه ببعض من غير فصل والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل والصحيح التسوية لان الواجب مااقتضاه لفظه ولا يقتضي التتابع بدليل نذر الصوم وماذكروه ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالي التي بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة

لان النذر المطلق يحمل على المعهود في الشرع والواجب باصل الشرع كذلك وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الآخر) يجزئه أي رقبة كانت صحيحة أو معيبة مسلمة أو كافرة لان الاسم يتناول جميع ذلك

ولنا أن المطلق يحمل على معهود الشرع وهو الواجب في الكفارة وما ذكروه يبطل بنذر المشي إلى بيت الله الحرام فانه لايحمل على ماتناوله الاسم، فأما إن نوى رقبة بعينها اجزأه عتقها أي رقبة كانت لانه نوى بلفظه مايحتمله، وإن نوى مايقع عليه اسم الرقبة اجزأه مانواه لما ذكرناه ان المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية. قال احمد فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه: تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد لان هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر واليه أذهب في الفائت وما عجز عنه

(فصل) واذا نذر هديا مطلقاً لم يجزئه إلا مايجزىء في الاضحية وبه قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه لان المطلق يحمل على معهود الشرع، وإن عين الهدي بلفظه أو نيته أجزأه ماعينه صغيراً كان أو كبيراً، جليلا كان أو حقيراً لان ذلك يسمى هديا قال النبي ﷺ «من راح في الساعة الخامسة فكأنما أهدى بيضة» وانما صرفنا المطلق إلى معهود الشرع لانه غلب على الاسم كما لو نذر أن يصلي لزمته صلاة شرعية دون اللغوية، وإن قال لله علي أن أهدي بدنة أو بقرة أو قال شاة لزمه أقل ما يجزىء من ذلك الجنس الذي عينه فان نذر بدنة أجزأه ثنية من الابل او ثني فان لم يجد

﴿مسئلة﴾ (وان نذر صياما متتابعا فأفطر لمرض أو حيض قضى لاغير وان افطر لغير عذر لزمه الاستيفاء وإن افطر لسفر او مايبيح الفطر فعلى وجهين)

وجملته ان من نذر صياما متتابعا غير معين لم يخل من حالين (احدهما) ان يفطر لعذر من حيض أو مرض أو نحوه فهو مخير بين ان يبتدىء الصوم ولا شيء عليه لانه آتى بالمنذور على وجهه وبين أن يبني على صيامه ويكفر لان الكفارة تلزم لتركه المنذور وان كان عاجزاً بدليل ان النبي ﷺ امر اخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشي ولان النذر كاليمين، ولو حلف ليصومن صياما متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفاره، وانما جوزنا له البناء ههنا لان الفطر لعذر لايقطع التتابع حكما كما لو افطر في صيام الشهرين المتتابعين لعذر كان له البناء والذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح انه لا كفارة عليه إذا افطر لعذر فانه قال: قضاه لاغير وهي إحدى الروايتين عن احمد، كما لو ترك التتابع في الشهرين المتتابعين لعذر فانه لا كفارة عليه كذا ههنا

(الحال الثاني) ان يفطر لغير عذر فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه لانه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع امكان الاتيان به فلزمه فعله كما لو نذر صوما معيناً فصام قبله فان أفطر لعذر يبيح الفطر

من الابل فبقرة فان لم يجد فسبع من الغنم لان النذر محمول على معهود الشرع وقد تقرر في الشرع ان البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فان اراد اخراج البقرة او الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضي لا يجزئه وهو المنصوص عن الشافعي والذي يقتضيه مذهب الخرقي جواز ذلك لقوله ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم اجزأه فان نوى بنذره بدنة من الابل لم يجزئه غيرها مع وجودها وجها واحدا لانها وجبت بايجابه بخلاف ما إذا اطلق فانها انصرفت إلى الابل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها ان تقوم البقرة مقامها فأما ان نواها من الابل أو غيره فمقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك ان صرح بها في نذره مثل أن يقول لله علي ان أهدي ناقة ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها لانها تعينت هديا شرعيا والهدي الشرعي له بدل

(فصل) ومن نذر هديا لزمه ايصاله الى مساكين الحرم لان اطلاق الهدي يقتضي ذلك قال الله تعالى (هديا بالغ الكعبة) فان عين شيئا بنذره مثل ان يقول اهدي شاة او ثوبا أو برا اوذهبا فكان مما ينقل حمل الى الحرم ففرق في مساكينه ، وان كان مما لا ينقل نحو إن يقول لله علي ان اهدي داري هذه او ارضي او شجرتي هذه بيعت وبعث بثمنها الى الحرم لانه لا يمكن اهداؤه بعينه فانصرف بذلك الى بدله ، وقد روي عن ابن عمر ان رجلا سأله في امرأة نذرت ان تهدي دارا

كالسفر لم يقطع التتابع في أحد الوجهين لانه عذر في فطر رمضان فأشبه المرض (والثاني) يقطع لانه أفطر باختياره أشبه مالو أفطر لغير عذر

(فصل) اذا نذر صوم شهر متتابع فصام من اول الهلال أجزأه تاما كان الشهر أو ناقصاً لان مابين الهلالين شهر ولذلك قال النبي ﷺ « الشهر تسع وعشرون » وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوما لقول رسول الله ﷺ « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا ثلاثين » لانه بدأ من أثنائه ، ان كان ناقصاً قضى يومين وان كان تاما أتم يوما واحداً وان صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه كما لو أفطرت المرأة لحيض ، وعليه كفارة ويقضي أربعة أيام إن كان تاما وخمسة ان كان ناقصاً والاولى أن لا يلزمه إلا أربعة إذا كان ناقصاً لانه بدأ من اوله فيقضي المتروك منه حسب ، وان صام من اول شهر فمرض فيه أياما معلومة أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه قضى ما افطر منه بعدده إن كان الشهر تاما وان كان ناقصاً فهل يلزمه الاتيان بيوم آخر؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فيما إذا أفطر يوم العيد وأيام التشريق .

(فصل) إذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم في أول شهر رمضان فظاهر كلام الخرقي ان هذا نذر منعقد يجزىء صيامه عن النذر ورمضان وهو قول أبي يوسف وقياس قول ابن عباس وعكرمة لانه نذر صوما في وقت وقد صام فيه ، وقال القاضي في شرحه ظاهر كلام الخرقي انه غير

فقال تبيعها وتتصدق بثمنها على مساكين الحرم وكذلك لو كان المنذور مما ينقل لكن يشق نقله كخشبة ثقيلة فانه يبيعها لانه أحظ للمساكين من نقلها وإن كان مما لا كلفة في نقله الا انه لا يمكن تفريقه بنفسه ويحتاج الى البيع نظر الى الحظ للمساكين في بيعه في بلده أو نقله ليباع ثم ، وان استوى الامران بيع في أي موضع شاء

(فصل) وان نذر ان يهدي الى غير مكة كالمدينة او الثغور او يذبح بها لزمه الذبح وايصال ما اهداه الى ذلك المكان وتفرقة الهدي ولحم الذبيحة على اهله الا ان يكون بذلك المكان ما لا يجوز النذر له ككنيسة او صنم او نحوه مما يعظمه الكفار او غيرهم مما لا يجوز تعظيمه كشجرة او قبر او حجر او عين ماء ونحو ذلك لما روي ابو داود قال نذر رجل على عهد رسول الله ﷺ ان ينحر ابلا ببوانة فاتي النبي ﷺ فقال النبي ﷺ «هل كان بها وثن من اوثان الجاهلية يعبد ؟ — قالوا لا قال — هل كان فيها عيد من اعيادهم ؟ — قالوا لا قال رسول الله ﷺ — اوف بنذرك» ولانه ضمن نذره نفع فقراء ذلك البلد بايصال اللحم اليهم وهذه قربة فتلزمه كما لو نذر التصدق عليهم فان كان بها شيء مما ذكرنا لم يجز النذر لقول النبي ﷺ «هل كان بها وثن او عيد من أعياد الجاهلية؟» وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ولان في هذا تعظيما لغير ما عظم الله يشبه تعظيم الكفار للاصنام فحرم كتعظيم الاصنام ولذلك لعن النبي ﷺ المتخذات على القبور المساجد

منعقد لان نذره وافق زمنا يستحق صومه فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان قال والصحيح عندي صحة النذر لانه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالباً فانعقد كما لو وافق شعبان فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضي ويكفر وهذا اختيار أبي بكر ونقل جعفر بن محمد عن احمد ان عليه القضاء وقول الخرقي : أجزأه صيامه لرمضان ونذره دليل على ان نذره انعقد عنده لولا ذلك ما كان صومه عن نذره وقد نقل ابو طالب عن احمد في من نذر ان يحج وعليه حجة مفروضة فاحرم عن النذر : وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر وهذا مثل قول الخرقي وروي عكرمة عن ابن عباس في رجل نذر ان يحج ولم يكن حج الفريضة قال يجزىء لهما جميعا، وعن عكرمة انه سئل عن ذلك فقال عكرمة يقضي حجة عن نذره وعن حجة الاسلام ارأيتم لو ان رجلا نذر ان يصلي اربع ركعات فصلى العصر أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال فذكرت قولي لابن عباس فقال أصبت وأحسنت وقال ابن عمر وأنس يبدأ بحجة الاسلام ثم يحج لنذره وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه وانه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان وبعض شهر آخر اما شعبان وإما شوال لزمه صوم ما خرج عن رمضان ويتمه، ولو قال لله علي صوم رمضان فعلى قياس قول الخرقي يصح نذره ويجزئه صيامه عن الامرين ولزمته الكفارة ان اخل به وعلى قول القاضي لا ينعقد نذره وهو مذهب الشافعي لانه لا يصح صومه عن النذر أشبه الليل .

والسرج وقال « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » يحذر مثلما صنعوا وعلى هذا نذر الشمع والزيت واشباهه للاماكن التي فيها القبور لا يصح

(فصل) وان نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدي اليها لان مطلق النذر محمول على معهود الشرع ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها ان يفرق اللحم بها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم أول يوم من شهر رمضان أجزأه صيامه لرمضان ونذره)

ظاهر كلام الخرقي ان نذر هذا منعقد لكن صيامه يجزىء عن النذر ورمضان ، وهو قول ابي يوسف وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة لانه نذر صوما في وقت وقد صام فيه ، وقال القاضي ظاهر كلام الخرقي ان النذر غير منعقد لان نذره وافق زمنا يستحق صومه فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان قال والصحيح عندي صحة النذر لانه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالبا فانعقد كما لو وافق شعبان فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضي ويكفر وهذا اختيار أبي بكر ونقل جعفر بن محمد عن أحمد ان عليه القضاء وقول الخرقي اجزأه صيامه لرمضان ونذره دليل على ان نذره انعقد عنده لولا ذلك لما كان صومه عن نذره ، وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر ان يحج وعليه حجة مفروضة

ولنا أن النذر يمين فينعقد في الواجب موجباً للكفارة كاليمين بالله تعالى وقد نقل عن أحمد فيمن نذر أن يحج العام وعليه حجة الاسلام روايتان .

(إحداهما) تجزئه حجة الاسلام عنها وعن نذره نقلها أبو طالب (والثانية) ينعقد نذره موجباً لحجة غير الاسلام ويبدأ بحجة الاسلام ثم يقضي نذره نقلها ابن منصور لانهما عبادتان تجبان بسببين مختلفين فلم تسقط إحداهما بالأخرى كما لو نذر حجتين . ووجه الأولى انه نذر عبادة في وقت معين وقد أتى بها فيه فأشبه مالو قال لله علي ان أصوم رمضان .

(فصل) فأما ان قال لله علي ان أصوم شهراً فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ونذره يقتضي إيجاب شهر فيجب شهران بسببين فلا يجزىء أحدهما عن الآخر كما لو نذر صوم شهرين وكما لو نذر أن يصلي ركعتين لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن الفجر .

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر صياما فعجز عنه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه أطعم عنه لكل يوم مسكينا ويحتمل أن يكفر ولا شيء عليه)

من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين لما روى عقبة بن عامر قال نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله ﷺ فاستفتيته

فاحرم عن النذر وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر وهذا مثل قول الخرقي ، وروى عكرمة عن ابن عباس في رجل نذر ان يحج ولم يكن حج الفريضة قال يجزىء لهما جميعاً ، وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك فقال عكرمة يقضي حجته عن نذره وعن حجة الاسلام ارأيتم لو ان رجلا نذر ان يصلي اربع ركعات فصلى العصر أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال فذكرت قولي لابن عباس فقال أصبت وأحسنت ، وقال ابن عمر وانس وعروة يبدأ بحجة الاسلام ثم يحج لنذره ، وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه وانه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان وبعض شهر آخر اما شعبان واما شوال لزمه صوم ماخرج عن رمضان ويتمه من رمضان ولو قال لله علي صوم رمضان فعلى قياس قول الخرقي يصح نذره ويجزئه صيامه عن الامرين وتلزمه الكفارة ان أخل به ، وعلى قول القاضي لا ينعقد نذره وهو مذهب الشافعي لانه لا يصح صومه عن النذر فأشبه الليل ولنا أن النذر يمين فينعقد في الواجب موجباً للكفارة كاليمين بالله تعالى

(فصل) ونقل عن احمد فيمن نذر أن يحج العام وعليه حجة الاسلام روايتان (احداهما) تجزئه حجة الاسلام عنها وعن نذره نقلها ابوطالب (والثانية) ينعقد نذره موجباً لحجة غير حجة الاسلام يبدأ بحجة الاسلام ثم يقضي نذره نقلها ابن منصور لانها عبادتان تجبان بسببين مختلفين فلم يسقط

فقال « لتمش ولتركب » متفق عليه ولابي داود « ولتكفر يمينها » وللترمذي « ولتصم ثلاثة أيام » وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين » قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبوداود وقال وقفه من رواه عن ابن عباس وقال ابن عباس من نذر نذرا يطيقه فليف بما نذر فاذا كفر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر وان كان صياما فعن احمد روايتان

(احداهما) يلزمه لكل يوم اطعام مسكين قال القاضي وهذا أصح لانه صوم وجد سبب ايجابه عينا فاذا عجز عنه لزمه ان يطعم عن كل يوم مسكينا كصوم رمضان ولان المطلق من كلام الادمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى، ولو عجز عن الصوم المشروع اطعم عن كل يوم مسكينا كذلك اذا عجز عن الصوم المنذور

(والثانية) لا يلزمه شيء آخر من اطعام ولا غيره لقوله من نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته ولانه نذر عجز عن الوفاء به فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذر ولان موجب النذر موجب اليمين الامع إمكان الوفاء به اذا كان قربة ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين (أحدهما) ان رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت فكذلك في الحياة (الثاني) ان قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض باصل الشرع لان هذا قد وجبت فيه كفارة فاجزأت عنه بخلاف المشروع

إحداهما بالاخرى كما لو نذر حجتين، ووجه الاولى أنه نذر عبادة في وقت معين وقد أتي بها فيه فاشبه مالو قال لله علي أن أصوم رمضان

(فصل) فان قال لله علي ان اصوم شهراً فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه لان شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ونذره يقتضي ايجاب شهر فيجب شهران بسببين ولا يجزىء احدهما عن الاخر كما لو نذر صوم شهرين وكما لو نذر ان يصلي ركعتين لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر

(مسئلة) قال (واذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم فطر أو أضحى لم يصمه وصام يوماً مكانه وكفر كفارة يمين)

وجملته ان من نذر ان يصوم يوم يقدم فلان فان نذره صحيح وهو قول ابي حنيفة واحد قولي الشافعي وقال في الاخر لا يصح نذره لانه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح كما لو قال لله علي أن اصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه. ولنا أنه زمن صح فيه صوم التطوع فانعقد نذره لصومه كما لو أصبح صائماً تطوعاً قال لله علي ان اصوم يومي وقولهم لا يمكن صومه لا يصح فانه قد يعلم اليوم الذي يقدم فيه قبل قدومه فينوي صومه من الليل لانه قد يجب عليه مالا يمكنه كالصبي يبلغ

(فصل) وان عجز عن الصوم لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه انتظر زواله ولا تلزمه كفارة ولا غيرها لانه لم يفت الوقت فيشبه المريض في شهر رمضان فان استمر عجزه الى ان صار غير مرجو الزوال صار الى الكفارة والفدية على ماذكرنا من الخلاف فيه، فان كان العجز المرجو الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الامكان ليقضيه وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة؟ على روايتين ذكرهما أبو الخطاب (إحداهما) تجب الكفارة لانه اخل بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة كما لو نذر المشي إلى بيت الله الحرام فعجز ولان النذر كاليمين ولو حلف ليصومن هذا الشهر لزمته الكفارة كذا ههنا (والثانية) لا يلزمه لانه أتى بصيام اجزأ عن نذره من غير تفريطه فلم تلزمه كفارة كما لو صام ما عينه

(فصل) فان نذر غير الصيام فعجز عنه كالصلاة ونحوها فليس عليه الا الكفارة لان الشرع لم يجعل لذلك حداً يصار اليه فوجبت الكفارة لمخالفته نذره فقط وان عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء فيما فصلناه

(فصل) وان نذر صياما ولم يسم عدداً ولم ينوه اجزأه صوم يوم لا خلاف فيه لانه ليس في الشرع صوم مفرد أقل من يوم فلزمه لانه اليقين فان نذر صلاة مطلقة ففيها روايتان

(إحداهما) تجزئه ركعة نقلها اسماعيل بن سعيد لان أقل الصلاة ركعة فان الوتر صلاة مشرعة وهي ركعة واحدة وروي عن عمر رضي الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة

في اثناء يوم من رمضان او الحائض تطهر فيه ولا نسلم ما قاسوا عليه اذا ثبتت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة

(احدها) ان يعلم قدومه من الليل فينوي صومه ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه لانه وفى بنذره (الثاني) ان يقدم يوم فطر او اضحى فاختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فعنه لا يصومه ويقضي ويكفر نقله عن احمد جماعة وهو قول اكثر اصحابنا ومذهب الحكم وحماد (الرواية الثانية) يقضي ولا كفارة عليه وهو قول الحسن والاوزاعي وابي عبيد وقتادة وابي ثور واحد مولي الشافعي فانه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة لان الشرع منعه من صومه فهو كالمكره

وعن احمد رواية ثالثة ان صامه صح صومه وهو مذهب أبي حنيفة لانه وفى بما نذر فأشبه مالو نذر معصية ففعلها ويتخرج ان يكفر من غير قضاء لانه وافق يوما صومه حرام فكان موجبه الكفارة كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها ويتخرج أن لا يلزمه شيء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية، وهذا قول مالك والشافعي في احد قوليه بناء على نذر المعصية.

ووجه قول الخرقي أن النذر ينعقد لانه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً كما لو وافق غير يوم العيد ولا يجوز ان يصوم يوم العيد لان الشرع حرم صومه فاشبه زمن الحيض ولزمه القضاء لأنه نذر منعقد وقد فاته الصيام بالعذر ولزمته الكفارة لفواته كما لو فاته بمرض وان وافق يوم

(والثانية) لا يجزئه إلا ركعتان ذكرها الخرقي وبه قال أبو حنيفة لان أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان فوجب حمل النذر عليه، وأما الوتر فهو نفل والنذر فرض فحمله على الفروض أولى ولان الركعة لا تجزىء في الفرض ولا تجزىء في النفل كالسجدة وللشافعي قولان كالروايتين فاما ان عين بنذره عدداً لزمه قل أو كثر لان النذر يثبت بقوله فكذلك عدده فان نوى عدداً فهو كما لو سماه لانه نوى بلفظه ما يحتمله فلزمه حكمه كاليمين

(فصل) وان نذر صوم الدهر لزمه ولم يدخل في نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق فاذا افطر لعذر أو غيره لم يقضه لان الزمن مستغرق بالصوم المنذور لكن تلزمه كفارة لتركه وان لزمه قضاء لرمضان أو كفارة قدمه على النذر لانه واجب باصل الشرع فيقدم على ما اوجبه على نفسه لتقديم حجة الاسلام على المنذورة وإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل ان يجب لانه لا يمكن التكفير الا بترك الصوم المنذور وتركه يوجب كفارة فيفضي الى التسلسل وترك المنذور بالكلية ويحتمل ان تجب الكفارة ولا يجب بفعلها كفارة لان ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضي إلى التسلسل والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان نذر المشي إلى بيت الله الحرام أو موضع من الحرم لم يجزئه إلا المشي في حج أو عمرة فان ترك المشي لعجز أو غيره فعليه كفارة يمين وعنه عليه دم)

وجملة ذلك ان من نذر المشي الى بيت الله عز وجل لزمه الوفاء بنذره وبهذا قال مالك

حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو اضحى الا انه لا يصومه بغير خلاف في المذهب ولا بين اهل العلم .

(الثالث) ان يقدم في يوم يصح صومه والناذر مفطر ففيه روايتان (احدهما) يلزمه القضاء والكفارة لانه نذر صوما نذرا صحيحاً ولم يف به فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ويتخرج أن لا تلزمه كفارة وهو مذهب الشافعي لانه ترك المنذور لعذر

(والثانية) لا يلزمه شيء من قضاء ولا غيره وهو قول ابي يوسف واصحاب الرأي وابن المنذر لانه قدم في زمن لا يصح صومه فيه فلم يلزمه شيء كما لو قدم ليلا

(الرابع) قدم والناذر صائم فلا يخلو من ان يكون تطوعاً او فرضا فان كان تطوعا فقال القاضي يصوم بقيته ويعقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة وهو قول ابي حنيفة لانه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب كما لو نذر في أثناء التطوع إتمام صوم ذلك اليوم وانما وجد سبب الوجوب في بعضه وذكر القاضي احتمالا آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة لانه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان وذكر ابو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين وعند الشافعي عليه القضاء فقط كما لو قدم وهو مفطر ويتخرج لنا مثله واما ان كان الصوم واجبا فحكمه حكم المسئلة التي قبل هذه وقد ذكرناه وان قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل مايفطره فحكمه حكم الصائم تطوعا

والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافاً لان النبي ﷺ قال « من نذر ان يطيع الله فليطعه - وقال - لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الاقصى » ولا يجزئه المشي الا في حج أو عمرة وبه يقول الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لان المشي اليه في الشرع هو المشي في حج أو عمرة فاذا اطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ويلزمه المشي لنذره اياه فان عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين وعن احمد رواية أخرى أنه يلزمه دم وهو قول الشافعي وبه قال عطاء لما روى ابن عباس ان أخت عقبة بن عامر نذرت المشي إلى بيت الله الحرام فأمرها النبي ﷺ ان تركب وتهدي هدياً رواه أبو داود وفيه ضعف لانه أخل بواجب في الاحرام فلزمه هدي كتارك الاحرام من الميقات وعن ابن عمر وابن الزبير قالا يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشي ما ركب ونحوه قال ابن عباس وزاد ويهدي وعن الحسن مثل الاقوال الثلاثة وعن النخعي روايتان (إحداهما) كقول ابن عمر (والثانية) كقول ابن عباس وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة يلزمه هدي سواء عجز عن المشي أو قدر عليه وأقل الهدي شاة وقال الشافعي لا تلزمه مع العجز كفارة بحال الا ان يكون النذر الى بيت الله فهل يلزمه هدي ؟ فيه قولان وأما غيره فلا يلزم مع العجز شيء

ولنا قول النبي ﷺ لاخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي الى بيت الله « لتمش ولتركب

(الخامس) ان يقدم ليلا فلاشيء عليه في قولهم جميعا لانه لم يقدم في اليوم ولا في وقت يصح فيه الصيام

[فصل] وان قال لله علي صوم يوم العيد فهذا نذر معصية على ناذره الكفارة لاغير نقلها حنبل عن احمد ، وفيه رواية أخرى أن عليه القضاء مع الكفارة كالمسئلة المذكورة والاولى هي الصحيحة قاله القاضي لان هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصي وفارق المسئلة التي قبلها لانه لم يقصد بنذره المعصية وانما وقع اتفاقا وههنا تعمدها بالنذر فلم ينعقد نذره ويدخل في قوله عليه السلام «لا نذر في معصية» ويتخرج ألا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية فيما تقدم، وان نذرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها الكفارة لاغير ولم أعلم عن أصحابنا في هذا خلافا .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان وافق قدومه يوما من أيام التشريق صامه في احدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى لا يصومه ويصوم يوما مكانه ويكفر كفارة يمين

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في صيام أيام التشريق عن الفرض وقد ذكرنا ذلك في الصيام فان قلنا يصومها عن الفرض صامها ههنا وأجزأنه، وان قلنا لا يصومها فحكمه حكم من وافق يوم العيد وقد مضى .

(فصل) وان قال لله علي صوم يوم يقدم فلان ابداً أو قال لله علي صوم يوم كل خميس أبداً

واتكفر يمينها » وقول النبي ﷺ « كفارة النذر كفارة اليمين » ولان المشي مما لا يوجبه الاحرام فلم يجب الدم بتركه كما لو نذرت صلاة ركعتين فتركتهما وحديث الهدي ضعيف وهذا حجة على الشافعي حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز فان قيل ان النبي ﷺ أوجب عليه الكفارة من غير ذكر العجز قلنا يتعين حمله على حالة العجز لان المشي قربة لكونه مشيا إلى عبادة والمشي الى العبادة أفضل ولهذا روي أن النبي ﷺ لم يركب في عيد ولا جنازة فلو كانت قادرة على المشي لامرها به ولم يأمرها بالتكفير ولان المشي المقدور عليه لا يخلو من ان يكون واجباً أو مباحاً فان كان واجباً لزم الوفاء به وان كان مباحاً لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعي وقد أوجب الكفارة ههنا وترك ذكره في الحديث إما لعلم النبي ﷺ بحالها وعجزها وإما لان الظاهر من حال المرأة العجز عن المشي الى مكة أو يكون قد ذكر في الخبر فترك الراوي ذكره وقول أصحاب أبي حنيفة إنه اخل بواجب في الحج قلنا المشي لم يوجبه الاحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدي كما لو نذر صلاة ركعتين في الحج فلم يصلها فاما ان ترك المشي مع إمكانه فقد اساء وعليه كفارة لتركه صفة النذر وقياس المذهب ان يلزمه استئناف الحج ماشياً لتركه صفة المنذور كما لو نذر صوماً متتابعاً فأتى به متفرقاً ، فان عجز عن المشي بعد الحج كفر واجزأه وان مشي بعض الطريق وركب بعضاً فعلى هذا القياس يحتمل ان يكون كقول

لزمه ذلك في المستقبل فأما اليوم الذي يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ولا يدخل في نذره ذلك اليوم من شهر رمضان لان رمضان لايتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ولايمكنه صومه عن غير رمضان لانه لايقبل ذلك ويجيء على قول الخرقي ان يدخل في نذره ويجزئه صومه لرمضان ونذره وان وافق يوم عيد أو يوما من أيام التشريق أويوم حيض ففيه من الاختلاف ماقد مضى وان وجب عليه صوم شهرين عن كفارة الظهار او نحوه صامهما عن الكفارة دون النذر لانه متى نوى النذر في ابتدائهما انقطع التتابع فلايقدر على التكفير فحينئذ يقضي نذره ويكفر لانه ترك صوم النذر مع امكانه لعذر ويفارق الايام التي دخلت في رمضان فانها لم تدخل في نذره لعدم انفكاكه عنها وههنا تنفك الايام عن دخول الكفارة فيها ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الكفارة أو بعدها لان الأيام التي في رمضان لايصح صومها عن نذره ،وأيام الكفارة يصح صومها عن نذره وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن المنذور وان فاتته أيام كثيرة لزمته كفارة واحدة عن الجميع فاذا كفر ثم فاته شيء بعد ذلك لزمته كفارة ثانية نص عليه أحمد فانه قال فيمن نذر صيام أيام فمرض فان كان قد كفر عن الاول ثم افطر بعد ذلك كفر كفارة أخرى وان لم يكن كفر عن الاول فكفارة واحدة ولايكون مثل اليمين إذا حنث وكفر سقطت عنه ويتخرج أنه متى كفر مرة لم تلزمه كفارة أخرى لان النذر كاليمين ويشبه اليمين وايجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لايوجب اكثر من كفارة فمتى كفرها

ابن عمر وهو ان يحج فيمشي ما ركب ويركب ما مشي ويحتمل ان لايجزئه الا حج يمشي في جميعه لان ظاهر النذر يقتضي هذا ووجه القول الاول وهو الا يلزمه بترك المشي المقدور عليه أكثر من كفارة ان المشي ليس بمقصود في الحج ولا ورد الشرع باعتباره في موضع فلم يلزمه بتركه أكثر من كفارة كما لو نذر التحفي وشبهه وفارق التتابع في الصيام فانه صفة مقصودة فيه اعتبرها الشرع في صيام كفارتي الظهار والقتل

﴿مسئلة﴾ (فان نذر الركوب فمشى فعلى الروايتين)

اذا نذر الحج راكباً لزمه الحج كذلك لان فيه انفاقا في الحج فان ترك الركوب فعليه كفارة وقال أصحاب الشافعي يلزمه دم لترفهه بترك الانفاق وعن احمد مثل ذلك وقد بينا ان الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدي الا ان هذا اذا مشى ولم يركب مع امكانه لم يلزمه أكثر من كفارة لان الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربة، وكل موضع نذر المشي فيه او الركوب فانه يلزمه الاتيان بذلك من دويرة أهله إلا أن ينوي موضعاً بعينه فيلزمه من ذلك الموضع لان النذر محمول على أصله في الفرض ، والحج المفروض يجب كذلك ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب وقال بعض الشافعية يجب الاحرام من دويرة أهله لان اتمام الحج كذلك

ولنا ان المطلق محمول على المعهود في الشرع ، والاحرام الواجب انما هو من الميقات ويلزمه

لم يجب بها أخرى كذلك النذر فعلى هذا متى فاته شيء فكفر عنه ثم فاته شيء آخر قضاه من غير كفارة لان وجوب الكفارة الثانية لانص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل

(فصل) اذا نذر صوم سنة بعينها لم يدخل في نذره رمضان لانه لايقبل غير صوم رمضان فاشبه الليل ولا يوما العيدين لان النبي ﷺ نهى عن صيامهما ولايصح صومهما عن النذر فأشبها رمضان وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال يقضي يوم الفطر ويكفر فعلى هذه الرواية يدخل في نذره العيدان وأيام التشريق لانها أيام من جملة السنة والاول أصح وفي أيام التشريق روايتان وان نذر صوم سنة مطلقة فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أولا ؟ فيه روايتان :

(احداهما) يلزمه لان السنة المطلقة تنصرف الى المتتابعة فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة في أنه لايدخل فيها العيدان ولارمضان وفي ايام التشريق روايتان فان ابتدأها من اول شهر أتم أحد عشر شهراً بالهلال الا شهر شوال فانه يتمه بالعدد لانه لم يصم من أوله وان ابتدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقي بالهلال على ماذكرنا

(والرواية الثانية) لاتلزمه متابعة وهو مذهب الشافعي لان المتفرقة تسمى سنة فيتناولها نذره فيلزمه أثنا عشر شهراً بالأهلة ان شاء وان شاء صامها بالعدد وان ابتدأ الشهر من أثنائه أتمه ثلاثين

المنذور من المشي او الركوب في الحج والعمرة إلى ان يتحلل لان ذلك انقضاء الحج والعمرة . قال احمد يركب في الحج اذا رمى وفي العمرة إذا سعى لانه لو وطيء بعد ذلك لم يفسد حجه ولا عمرته ، وهذا يدل على أنه انما يلزمه في الحج التحلل الاول

(فصل) واذا نذر المشي إلى البيت الحرام او بقعة منه كالصفا والمروة وابي قبيس ، اوموضع من الحرم لزمه حج او عمرة نص عليه احمد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لايلزمه إلا أن ينذر المشي الى الكعبة او إلى مكة ، وقال ابو يوسف ومحمد أن نذر المشي إلى الحرم او المسجد الحرام كقولنا وفي باقي الصور كقول ابي حنيفة

ولنا أنه نذر المشي إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة فاما ان نذر المشي إلى غير الحرم كعرفة ومواقيت الاحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح وكذلك ان نذر اتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه اتيانه ، وان نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشي ففي أي موضع صلى أجزأه لان الصلاة لاتختص مكانا دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم في هذا خلافا الاعن الليث فانه قال لو نذر صلاة او صياما بموضع لزمه فعله في ذلك الموضع ومن نذر المشي إلى مسجد مشى اليه قال الطحاوي ولم يوافقه على ذلك أحد من الفقهاء لان النبي ﷺ قال « لاتشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الاقصى » متفق عليه ولو لزمه المشي إلى مسجد بعيد لشد الرحل اليه وقد ذكرناه في الاعتكاف

يوما وانما لزمه ههنا اثنا عشر شهراً لانه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الايام التي لايجوز صيامها فحمل نذره على ماينعقد فيه النذر بخلاف ماإذا عين السنة وهذا كمن عين سلعة بالعقد فوجد بها عيباً لم يكن له إبدالها ولو وصفها ثم وجدها معيبة ملك إبدالها ويتم شوال بالعدد لأنه لم يبدأه من أوله، وان صام ذى الحجة من اوله قضى اربعة ايام تاما كان أو ناقصاً لانه بدأه من أوله وقيل ان كان ناقصاً قضى خمسة ليكمله ثلاثين لانه لم يصم الشهر كله فأشبه شوال وان شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

(مسئله) قال (ومن نذر ان يصوم شهراً متتابعا ولم يسمه فمرض في بعضه فاذا عوفي بنا وكفر كفارة يمين وان احب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه وكذلك المرأة اذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه)

وجملته ان من نذر صياما متتابعا غير معين ثم افطر فيه لم يخل من حالين : (أحدهما) أن يفطر لعذر من حيض أو مرض ونحوهما فهذا مخير بين أن يبتدئ الصوم ولا شيء عليه لانه أتى بالمنذور على وجهه وبين ان يبني على صيامه ويكفر لان الكفارة تلزم لتركه المنذور وان كان عاجزاً بدليل ان النبي ﷺ أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشي ، ولان

(فصل) فان نذر المشي إلى بيت الله ولم ينو شيئاً ولم يعينه انصرف إلى بيت الله الحرام لانه المخصوص بالقصد دون غيره ، واطلاق بيت الله ينصرف اليه دون غيره في العرف فينصرف اليه في النذر

(فصل) إذا نذر المشي إلى بيت الله او الركوب اليه ولم يرد بذلك حقيقة المشي لما أراد اتيانه لزمه اتيانه في حج اوعمرة وعن ابي حنيفة لايلزمه شيء لان مجرد اتيانه ليس بقربة ولا طاعة

ولنا انه علق نذره بوصول البيت فلزمه كما لو قال لله علي المشي الى الكعبة اذا ثبت هذا فانه مخير في المشي والركوب ، وكذلك اذا نذر أن يحج البيت او يزوره لان الحج يحصل بكل واحد من الامرين فلم يتعين أحدهما وان قال لله علي ان آتي البيت الحرام غير حاج ولا معتمر لزمه الحج او العمرة وسقط شرطه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان قوله لله علي ان آتي البيت يقتضي حجا اوعمرة وشرط سقوط ذلك يخالف نذره فسقط حكمه .

(فصل) اذا نذر المشي الى مسجد النبي ﷺ او المسجد الاقصى لزمه ذلك وبهذا قال مالك والاوزاعي وابو عبيد وابن المنذر وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لايتبين لي وجوب المشي اليهما لان البر باتيان بيت الله فرض والبر باتيان هذين نفل

ولنا قول النبي ﷺ « لاتشد الرحال الا الي ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا

النذر كاليمين، ولو حلف ليصومن متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفارة وانما نجوز له البناء ههنا لان الفطر لعذر لا يقطع التتابع حكماً بدليل انه لو أفطر في صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء فان كان العذر يبيح الفطر كالسفر فهل يقطع التتابع؟ فيه وجهان

(أحدهما) يقطعه لانه يفطر باختياره (والثاني) لا يقطعه لانه عذر في فطر رمضان فأشبه المرض

(الثاني) أن يفطر لغير عذر فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه لانه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع امكان الاتيان به فلزمه فعله كما لو نذر صوما معيناً فصام قبله وبهذا الفصل قال الشافعي إلا في الكفارة فانه لا يوجبها في النذور وقد ذكرنا دليل وجوبها

(فصل) اذا صام شهراً من أول الهلال اجزأه ناقصاً كان او تاما لان ما بين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبي ﷺ « انما الشهر تسع وعشرون » وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوما لقول رسول الله ﷺ « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا ثلاثين » فان صام شوال لزمه اكماله ثلاثين لانه بدأ من أثنائه ، وإن كان ناقصاً قضى يومين وإن كان تاما أتم يوما واحداً وإن صام ذا الحجة أفطر يوم الاضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه كما لو أفطرت المرأة بحيض وعليه كفارة ويقضى أربعة أيام إن كان تاما وخمسة ان كان ناقصاً ويحتمل أن لا يلزمه الا الاربعة وإن كان ناقصاً لانه بدأه من أوله فيقضي المتروك منه لا غير ، ولو صام شهراً من أول الهلال فمرض

والمسجد الاقصى » ولانه أحد المساجد الثلاثه فيلزم النذر بالمشي اليه كالمسجد الحرام ولا يلزم ما ذكروه فان كل قربة تجب بالنذر ، وان لم يكن لها أصل في الوجوب كعيادة المرضى وشهود الجنائز ويلزمه بهذا النذر أن يصلي في الموضع الذي أتاه ركعتين لان القصد بالنذر القربة والطاعة وانما يحصل ذلك بالصلاة فتضمن ذلك نذره كما يلزم ناذر المشي الى بيت الله الحرام أحد النسكين ونذر الصلاة في أحد المسجدين كنذر المشي اليه كما ان نذر أحد النسكين في المسجد الحرام كنذر المشي اليه وقال ابو حنيفة لا تتعين عليه الصلاة في موضع بالنذر سواء كان في المسجد الحرام او غيره لان ما لا أصل له في الشرع لا يجب بالنذر بدليل نذر الصلاة في سائر المساجد

ولنا ماروي ان عمر رضي الله عنه قال : يارسول الله اني نذرت أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام قال « اوف بنذرك » متفق عليه ، وروي عنه عليه الصلاة والسلام «صلاة في المسجد الحرام بمائة الف صلاة » وان كانت فضيلة وقربة لزمت بالنذر كما لو نذر طول القراءة وما ذكروه يبطل بالعمرة فانها تلزم بالنذر وهي غير واجبة عندهم

(فصل) اذا نذر الصلاة في المسجد الحرام لم تجز الصلاة في غيره لانه أفضل المساجد وأكثرها ثوابا للمصلي فيها وان نذر الصلاة في المسجد الاقصى أجزأته الصلاة في المسجد الحرام لما روى جابر ان رجلا قام يوم الفتح فقال يارسول الله اني نذرت ان فتح الله عليك ان أصلي في بيت المقدس

فيه أياما معلومة او حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه قضي ما أفطر منه بعدته إن كان الشهر تاما وان كان ناقصاً فهل يلزمه الاتيان بيوم آخر ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا في فطر العيد وأيام التشريق

(فصل) ومن نذر صيام شهر فهو مخير بين ان يصوم شهرا بالهلال وهو ان يبتدئه من أوله فيجزئه وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوما وهل يلزمه التتابع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يلزمه وهو قول ابي ثور لان اطلاق الشهر يقتضي التتابع

(والثاني) لايلزمه التتابع وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لان الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوما ولا خلاف انه يجزئه ثلاثون يوما فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوما فاما إن نذر صيام ثلاثين يوما لم يلزمه التتابع فيها نص عليه احمد

وقد روي عن احمد فيمن قال لله علي صيام عشرة أيام يصومها متتابعة وهذا يدل على وجوب التتابع في الايام المنذورة وحمل بعض أصحابنا كلام احمد على من شرط التتابع او نواه لان لفظ العشرة لايقتضي تتابعاً والنذر لايقتضيه مالم يكن في لفظه او نيته

وقال بعضهم كلام احمد على ظاهره ويلزمه التتابع في نذر العشرة دون الثلاثين لان الثلاثين شهر فلو أراد التتابع لقال شهراً فعدوله الى العدد دليل على ارادة التفريق بخلاف العشرة والصحيح انه

ركعتين قال « صل ههنا » ثم أعاد عليه قال « صل ههنا » ثم اعاد عليه قال « صل ههنا » ثم أعاد عليه قال « شأنك » رواه الامام احمد ولفظه « والذي نفسي بيده لو صليت ههنا لأجزأ عنك كل صلاة في بيت المقدس » وقد سبق هذا في باب الاعتكاف

(فصل) وان أفسد الحج المنذور ماشياً وجب القضاء مشياً لان القضاء يكون على صفة الاداء وكذلك ان فاته الحج لكن ان فاته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمي وتحلل للعمرة ويمضي في الحج الفاسد ماشياً حتى يحل منه

﴿ مسئلة ﴾ (فان نذر رقبة فهي التي تجزيء عن الواجب إلا أن ينوي رقبة بعينها)

إذا نذر رقبة فهي التي تجزيء في الكفارة وهي المؤمنة السليمة من العيوب المضرة بالعمل على ماذكرنا في باب الظهار لان النذر المطلق يحمل على المعهود في الشرع والواجب باصل الشرع كذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي

(والثاني) تجزئه أي رقبة كانت صحيحة او معيبة مسلمة او كافرة لان الاسم يتناول جميع ذلك ولان المطلق يحمل على معهود الشرع وهو الواجب في الكفارة وماذكروه يبطل بنذر المشي إلى بيت الله الحرام فانه لايحمل على ماتناوله الاسم فاما ان نوى رقبة بعينها أجزأه عتقها اي رقبة كانت لانه نوى بلفظه مايحتمله ، وان نوى مايقع عليه اسم الرقبة أجزأه مانواه لما ذكرنا فان المطلق يتقيد

يلزمه التتابع فان عدم مايدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع فان الله تعالى قال في قضاء رمضان (فعدة من أيام أخر) ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق

وقال بعض أصحابنا إن نذر اعتكاف أيام لزمه التتابع ولا يلزمه مثل ذلك في الصيام لان الاعتكاف يتصل بعضه ببعض من غير فصل والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل والصحيح التسوية لان الواجب مااقتضاه لفظه ولفظه لايقتضي التتابع بدليل نذر الصوم وما ذكروه من العرف لاأثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالي التي بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة

(فصل) اذا نذر صيام أشهر متتابعة فابتدأها من أول شهر اجزأه صومها بالاهلة بلا خلاف وإن ابتدأها من أثناء شهر كمله بالعدد وباقي الاشهر بالاهلة وهذا قول مالك والشافعي وأحد الروايتين عن ابي حنيفة والرواية الاخرى يكمل الجميع بالعدد وروي ذلك عن احمد وقد تقدم توجيه الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن نذر أن يصوم شهرا بعينه فأفطر يوما بغير عذر ابتدأ شهرا وكفر كفارة يمين)

وجملته انه اذا نذر صوم شهر معين فأفطر في أثنائه لم يخل من حالين (أحدهما) أفطر لغير عذر ففيه روايتان

بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية ، وقال احمد فيمن نذر رقبة معينة فمات قبل أن يعتقها تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد لان هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر واليه ذهب في الفائت وما عجز عنه

(فصل) ومن نذر حجاً اوصياما او صدقة او عتقاً او اعتكافا او صلاة او غيرها من الطاعات ومات قبل فعله فعله الولي عنه وعن احمد في الصلاة لايصلي عن الميت لانها لا بدل لها بحال واما سائر الاعمال فيجوز أن ينوب الولي عنه فيها وليس بواجب عليه لكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف وافتى بذلك ابن عباس في امرأة نذرت أن تمشي الى قباء فماتت ولم تقضه أن تمشي ابنتها عنها ، وروى سعيد عن سفيان عن عبد الكريم بن ابي أمية انه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف قال صم عنها واعتكف عنها وقال ثنا ابو الاحوص عن ابراهيم بن مهاجر عن عامر ابن شعيب ان عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات

وقال مالك لايمشي أحد عن احد ولا يصوم عنه ولا يصلي وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة، وقال الشافعي يقضي عنه الحج ولا يقضي الصلاة قولا واحداً ولايقضي الصوم في أحد الوجهين ويطعم عنه في كل يوم مسكين لان ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه عن كل يوم مسكين » أخرجه ابن ماجة

(أحدهما) يقطع صومه ويلزمه استئنافه لانه صوم يجب متتابعاً بالنذر فأبطله الفطر لغير عذر كما لو شرط التتابع وفارق رمضان فان تتابعه بالشرع لابالنذر وههنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوتها فأشبه ما لو شرطه متتابعاً

(الثانية) لايلزمه الاستئناف إلا ان يكون قد شرط التتابع وهذا قول الشافعي لان وجوب التتابع ضرورة التعيين لابالشرط فلم يبطله الفطر في أثنائه كشهر رمضان ولان الاستئناف يجعل الصوم في الوقت الذي لم يعينه والوفاء بنذره في غير وقتـه وتفويت يوم واحد لايوجب تفويت غيره من الايام فعلى هذا يكفر عن فطره ويقضي يوما مكانه بعد اتمام صومه وهـذا أقيس إن شاء الله تعالى وعلى الرواية الاولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذي أفطر فيه ولا يجوز تأخيره لان باقي الشهر منذور ولا يجوز ترك الصوم فيه وتلزمه كفارة أيضاً لاخلاله بصوم هذا اليوم الذي أفطره

(الحال الثاني) أفطر لعذر فانه يبني على مامضى من صيامه ويقضي ويكفر هذا قياس المذهب وقال ابو الخطاب فيه رواية أخرى انه لا كفارة عليه وهذا مذهب مالك والشافعي وابي عبيد لان المنذور محمول على المشروع ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء

ولنا انه فات مانذره فلزمته كفارة لقول النبي ﷺ لاخت عقبة بن عامر « ولتكفر يمينها » وفارق رمضان فانه لو أفطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا في الجماع

(فصل) فان جن جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة ، وقال ابو ثور يلزمه القضاء لانه من أهل التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغمى عليه

ولنا أنه ليس من أهل التكليف في وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو كان في شهر رمضان وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء وفي الكفارة وجهان ، وقال الشافعي لا كفارة

وقال أهل الظاهر يجب القضاء على وليه بظاهر الاخبار الواردة فيه وجمهور أهل العلم على أن القضاء ليس بواجب على الولي الا أن يكون حقا في المال ويكون للميت تركة فأمر النبي ﷺ في هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرائن في الخبر منها ان النبي ﷺ شبهه بالدين وقضاء الدين عن الميت لايجب على الوارث مالم يخلف تركة يقضي منها ومنها ان السائل سأل النبي ﷺ هل يفعل ذلك أولا؟ وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله فان كان مقتضاه السؤال عن الاباحة فالامر في جوابه يقتضي الاباحة وان كان السؤال عن الاجزاء فأمره يقتضي الاجزاء كقولهم أنصلي في مرابض الغنم ؟ قال « صلوا في مرابض الغنم » وان كان السؤال عن الوجوب فأمره يقتضي الوجوب كقولهم انتوضأ من لحوم الابل ؟ قال « نعم توضئوا منها » وسؤال السائل في مسئلتنا كان عن الاجزاء فأمر النبي ﷺ بالفعل يقتضيه لاغير

ولنا على جواز الصيام عن الميت ماروت عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ قال « من مات

عليها وفي القضاء وجهان (أحدهما) لا يلزمها النذر لان زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل في النذر كزمن رمضان

ولنا ان المنذور يحمل على المشروع ابتداء ولو حاضت في شهر رمضان لزمها القضاء وكذلك المنذور

(فصل) ولو قال لله علي الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر أو غيره فعليه القضاء والكفارة ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان معذوراً ، وقال الشافعي ان تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة أو منعه منه سلطان او عدو فلا قضاء عليه ، وإن حدث به مرض أو أخطأ عددا أو نسي أو توانى قضاه

ولنا أنه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ولان المنذور محمول على المشروع ابتداء ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه كذلك المنذور

(فصل) ولو نذر صوم شهر بعينه او الحج في عام بعينه وفعل ذلك قبله لم يجزئه ، وقال أبو يوسف : يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه في وقت فقضاه قبله

ولنا ان المنذور محمول على المشروع، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه فكذلك اذا صام المنذور قبله ولانه لم يأت بالمنذور في وقته فلم يجزئه كما لو لم يفعله أصلا

(مسئلة) قال (ومن نذر ان يصوم فمات قبل ان يأتي به صام عنه ورثته من أقاربه وكذلك كل ما كان من نذر طاعة)

يعني من نذر حجاً او صياما او صدقة أو عتقا او اعتكافا او صلاة او غيره من الطاعات ومات قبل فعله فعله الولي عنه ، وعن أحمد في الصلاة لا يصلي عن الميت لانها لا بدل لها بحال ، وأما سائر الاعمال فيجوز ان ينوب الولي عنه فيها وليس بواجب عليه ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف وافتى بذلك ابن عباس في امرأة نذرت ان تمشي الى قباء فماتت ولم تقضه ان

وعليه صيام صام عنه وليه» وعن ابن عباس قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يارسول الله ان امي ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها؟ قال «لو كان على امك دين أكنت قاضيه عنها؟» قال نعم قال «فدين الله أحق ان يقضي» وفي رواية قال جاءت امرأة الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان امي ماتت وعليها صوم أفأصوم عنها ؟ قال « أرأيت لو كان على امك دين فقضيته أكان يؤدي ذلك عنها؟» قالت نعم قال «فصومي عن امك» متفق عليهن وعن ابن عباس ان سعد بن عبادة استفتى النبي ﷺ في نذر كان على امه فتوفيت قبل ان تقضيه فأفتاه ان يقضيه فكانت سنة بعد وعنه ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال ان أمي نذرت ان تحج وانها ماتت فقال النبي ﷺ « لو كان عليها دين أكنت قاضيه؟»

تمشي ابنتها عنها ، وروى سعيد عن سفيان عن عبد الكريم بن أبي أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف قال صم عنها واعتكف عنها ، وقال حدثنا أبو الاحوص عن ابراهيم بن مهاجر عن عامر بن شعيب ان عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات ، وقال مالك : لا يمشي أحد عن أحد ولا يصلي ولا يصوم عنه وكذلك سائر أعمال البدن قياسا على الصلاة ،وقال الشافعي : يقضي عنه الحج ولا يقضي الصلاة قولا واحدا ولا يقضي الصوم في احد القولين ويطعم عنه لكل يوم مسكين لان ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين » أخرجه ابن ماجة وقال اهل الظاهر يجب القضاء على وليه بظاهر الاخبار الواردة فيه وجمهور اهل العلم على ان ذلك ليس بواجب على الولي الا ان يكون حقا في المال ويكون للميت تركة وأمر النبي ﷺ في هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرائن في الخبر منها ان النبي ﷺ شبهه بالدين وقضاء الدين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركه يقضى بها ومنها ان السائل سأل النبي ﷺ هل يفعل ذلك أم لا ؟ وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله فان فان كان مقتضاه السؤال عن الاباحة فالامر في جوابه يقتضي الاباحة وان كان السؤال عن الاجزاء فأمره يقتضي الاجزاء كقولهم أنصلي في مرابض الغنم؟قال« صلوا في مرابض الغنم » وإن كان سؤالهم عن الوجوب فامره يقتضي الوجوب كقولهم أنتوضأ من لحوم الابل؟ قال« توضئوا من لحوم الابل» وسؤال السائل في مسئلتنا كان عن الاجزاء فامر النبي ﷺ بالفعل يقتضيه لا غير

ولنا على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة ان رسول الله ﷺ قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » وعن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها ؟ قال « أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيه ؟ - قال نعم قال - فدين الله أحق ان يقضى » وفي رواية قال جاءت امرأة الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم أفأصوم عنها ؟ قال « ارأيت لو كان على امك دين فقضيته اكان يؤدي ذلك عنها ؟ »

قال نعم قال « فاقض الله فهو أحق بالقضاء » رواه البخاري وهذا صريح في الصوم والحج ومطلق في النذر وما عدا المذكور في الحديث فمقاس عليه وحديث ابن عمر في الواجب بأصل الشرع ويتعين حمله عليه جمعاً بين الحديثين ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأكثر وأولى بالتقديم . اذا ثبت هذا فان الاولى ان يقضي النذر عنه وارثه وان قضاه غيره اجزأ عنه كما لو قضى عنه دينه فان النبي ﷺ شبهه بالدين وقاسه عليه ولان ما يقضيه الوارث انما هو تبرع منه وغيره مثله في التبرع وان كان النذر في مال تعلق بتركته

﴿ مسئلة ﴾ (وان نذر ان يطوف على اربع طاف طوافين)

نص عليه قال ذلك ابن عباس لما روى معاوية ابن خديج الكندي انه قدم على رسول الله ﷺ

قالت نعم قال « فصومي عن أمك » متفق عليهن ، وعن ابن عباس ان سعد بن عبادة الانصاري استفتى النبي ﷺ في نذر كان على أمه فتوفيت قبل ان تقضيه فافتاه ان يقضيه فكانت سنة بعد وعنه ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال إن أختي نذرت ان تحج وانها ماتت فقال النبي ﷺ «لو كان عليها دين أكنت قاضيه ؟— قال نعم قال— فاقض الله فهو أحق بالقضاء» رواهما البخاري وهذا صريح في الصوم والحج ومطلق في النذر وما عدا المذكور في الحديث يقاس عليه وحديث ابن عمر في الصوم الواجب باصل الشرع ويتعين حمله عليه جمعاً بين الحديثين ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأكثر وأولى بالتقديم . اذا ثبت هذا فان الاولى أن يقضي النذر عنه وارثه فان قضاه غيره اجزأه عنه كما لو قضى عنه دينه فان النبي ﷺ شبهه بالدين وقاسه عليه ولان ما يقضيه الوارث انما هو تبرع منه وغيره مثله في التبرع وإن كان النذر في مال تعلق بتركته

(فصل) ومن نذر ان يطوف على اربع فعليه طوافان قال ذلك ابن عباس لما روى معاوية بن خديج الكندي انه قدم على رسول الله ﷺ ومعه أمه كبشة بنت معدي كرب عمة الاشعث بن قيس فقالت يارسول الله صلى الله عليه وسلم اني آليت أن أطوف بالبيت حبواً فقال لها رسول الله ﷺ « طوفي على رجليك سبعين سبعاً عن يديك وسبعاً عن رجليك » أخرجه الدارقطني باسناده

وقال ابن عباس في امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع قال تطوف عن يديها سبعاً وعن رجليها سبعاً . رواه سعيد ، والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه ولا يلزمه ذلك على يديه لانه غير مشروع فيسقط كما ان أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة فأمرها النبي ﷺ أن تحج وتختمر

وروى عكرمة أن النبي ﷺ كان في سفر فحانت منه نظرة فاذا امرأة ناشرة شعرها فقال « مروها فتختمر » ومر برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما » وقد ذكرنا حديث أبي اسرائيل الذي نذر أن يصوم ويفعل أشياء فأمره النبي ﷺ بالصوم وحده ونهاه عن سائر نذوره . وهل تلزمه كفارة ؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس المذهب لزوم الكفارة لاخلاله بصفة نذره وان كان غير مشروع كما لو كان أصل النذر غير مشروع

وأما وجه الاول فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه فأقيم الطواف الثاني مقام طوافه على يديه

ومعه امه كبشة بنت معدي كرب عمة الاشعث بن قيس فقالت يارسول الله اني آليت ان اطوف بالبيت حبوا فقال لها رسول الله ﷺ «طوفي على رجليك سبعين سبعا عن يديك وسبعا عن رجليك» أخرجه الدار قطني باسناده وقال ابن عباس في امرأة نذرت ان تطوف بالبيت على أربع قال تطوف عن يديها سبعاً وعن رجليها سبعا رواه سعيد والقياس ان يلزمه طواف واحد على رجليه ولا يلزمه على يديه لانه غير مشروع فسقط كما ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج غير مختمرة فأمرها النبي ﷺ

(فصل) فان نذر صوم الدهر لزمه ولم يدخل في نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فان أفطر لعذر أو غيره لم يقضه لان الزمن مستغرق بالصوم المنذور ولكن تلزمه كفارة لتركه . وان لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدمه على النذر لانه واجب بأصل الشرع فقدم على ما أوجبه على نفسه كتقديم حجة الاسلام على المنذورة، فاذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب لانه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور وتركه يوجب كفارة فيفضي ذلك الى التسلسل وترك المنذور بالكلية ويحتمل ان تجب الكفارة ولا تجب بفعلها كفارة لان ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضي إلى التسلسل

(فصل) وصيغة النذر أن يقول لله علي أن افعل كذا . وان قال علي نذر كذا لزمه أيضاً لانه صرح بلفظ النذر . وان قال ان شفاني الله فعلي صوم شهر كان نذراً ، وان قال لله علي المشي الى بيت الله قال ابن عمر في الرجل يقول علي المشي إلى الكعبة لله قال هذا نذر فليمش ونحوه عن القاسم ابن محمد ويزيد بن ابراهيم التيمي ومالك وجماعة من العلماء. واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم ابن محمد فروي عنهما مثل قولهم وروي عنهما فيمن قال علي المشي الى بيت الله فليس بشيء إلا ان يقول علي نذر مشي الى بيت الله . ولنا ان لفظة علي للايجاب على نفسه فاذا قال علي المشي الى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه كما لو قال هو علي نذر والله أعلم

ان تحج وتختمر وروى عكرمة ان النبي ﷺ كان في سفر فحانت منه نظرة فاذا امرأة ناشرة شعرها قال « مروها فلتختمر » ومر برجلين مقرونين فقال « أطلقا قرانكما وقد ذكرنا حديث أبي اسرائيل الذي نذر ان يصوم ويفعل أشياء فأمره رسول الله ﷺ بالصوم وحده ونهاه عن سائر نذوره وهل تلزمه كفارة؟ يخرج فيه وجهان بناء على ماتقدم وقياس المذهب لزوم الكفارة لاخلاله بصفة نذره وان كان غير مشروع كما لو كان أصل النذر غير مشروع وأما وجه الاول فان من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه فأقيم الطواف الثاني مقام طوافه على يديه

كتاب القضاء

الاصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (يا داود إنا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) وقول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) وقوله (وإذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم) وقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) وأما السنة فما روى عمرو بن العاص عن النبي ﷺ انه قال « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران واذا اجتهد فأخطأ فله اجر » متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة، وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس

(فصل) والقضاء من فروض الكفايات لان أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجباً عليهم كالجهاد والامامة . قال أحمد لابد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس؟ وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداء الحق فيه ولذلك جعل الله فيه اجراً مع الخطأ وأسقط عنه حكم الخطأ ولان فيه امراً بالمعروف ونصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ورداً للظالم عن ظلمه وإصلاحا بين الناس

كتاب القضاء

الاصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى(وان احكم بينهم بما أنزل الله)وقوله(واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم)وقال تعالى(فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم خرجا مما قضيت) وأما السنة فروي عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما عن النبي ﷺ انه قال « اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران واذا اجتهد فأخطأ فله أجر» متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك كثيرة واجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس

﴿ مسئلة ﴾ (وهو فرض كفاية)

لان أمر الناس لايستقيم بدونه فكان واجبا عليهم كالجهاد والامامة قال أحمد رحمه الله لابد للناس من حاكم اتذهب حقوق الناس؟ وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به واداء الحق فيه ولذلك جعل الله فيه اجرا على الخطأ واسقط عنه حكمه ولان فيه أمرا بالمعروف ونصرة للمظلوم واداء الحق الى مستحقه ورد الظالم عن ظلمه واصلاحاً بين الناس وتخليصا لبعضهم من بعض وذلك من أبواب القرب ولذلك تولاه النبي صلى الله عليه وسلم والانبياء قبله فكانوا يحكمون لاممهم وبعث عليا إلى اليمن قاضيا وبعث معاذاً قاضيا ، وعن عقبة بن عامر قال جاء خصمان يختصمان الى رسول الله صلى

وتخليصاً لبعضهم من بعض وذلك من ابواب القرب ولذلك تولاه النبي ﷺ والانبياء قبله فكانوا يحكمون لأممهم ، وبعث علياً إلى اليمن قاضياً وبعث ايضاً معاذا قاضياً

وقد روي عن ابن مسعود انه قال لأن أجلس قاضياً بين اثنين احب إلي من عبادة سبعين سنة وعن عقبة بن عامر قال جاء خصمان يختصمان الى رسول الله ﷺ فقال « اقض بينهما» قلت أنت أولى بذلك قال « و إن كان » قلت علام أقضي ؟ قال « اقض فان أصبت فلك عشرة أجور وإن أخطأت فلك أجر واحد » رواه سعيد في سننه

(فصل) وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ولذلك كان السلف رحمة الله عليهم يمتنعون منه أشد الامتناع ويخشون على أنفسهم خطره

قال خاقان بن عبدالله أريد أبو قلابة على قضاء البصرة فهرب إلى اليمامة فأريد على قضائها فهرب إلى الشام فأريد على قضائها وقيل ليس ههنا غيرك قال فأنزلوا الامر على ما قلتم فانما مثلي مثل سابح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ثم سبح اليوم الثاني فمضى أيضاً فلما كان اليوم الثالث فترت يداه وكان يقال أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة. ولعظم خطره قال النبي ﷺ « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » قال الترمذي هذا حديث حسن .وقيل في هذا الحديث انه لم يخرج مخرج الذم للقضاء وإنما وصفه بالمشقة فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح

الله عليه وسلم فقال « اقض بينهما » قلت انت أولى بذلك قال «وان كان» قلت علام اقضي ؟ قال « اقض فان صبت فلك عشرة أجور وان أخطأت فلك أجر واحد » رواه سعيد في سننه، وولى عمر شريحاً قضاء الكوفة وكعب بن سور قضاء البصرة

(فصل) وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ولذلك كان السلف يمتنعون منه أشد الامتناع ويخشون على أنفسهم خطره قال خاقان بن عبد الله اريد أبو قلابة على قضاء البصرة فهرب الى اليمامة فأريد على قضائها فهرب الى الشام فأريد على قضائها وقيل ليس هناك غيرك قال فانزلوا الامر على ماقلتم فان مثلي مثل سابح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ثم سبح اليوم الثاني فمضى أيضا فلما كان اليوم الثالث فترت يداه، وكان يقال اعلم الناس بالقضاء اشدهم له كراهة ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم «من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين» قال الترمذي هذا حديث حسن قيل في هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء وانما وصفه بالمشقة فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح

﴿ مسئلة ﴾ (فيجب على الامام ان ينصب في كل إقليم قاضيا ويختار لذلك أفضل من يجد وأورعهم) لان النبي ﷺ بعث عليا قاضياً الي اليمن وبعث معاذاً قاضياً أيضاً وقال « بم تحكم؟ » قال بكتاب الله قال « فان لم تجد؟ » قال بسنة رسول الله ﷺ قال « فان لم تجد؟ » قال اجتهد رأيي قال « الحمد

(فصل) والناس في القضاء على ثلاثة أضرب (منهم) من لا يجوز له الدخول فيه وهو من لا يحسنه ولم تجتمع فيه شروطه فقد روي عن النبي ﷺ انه قال « القضاة ثلاثة » ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بجهل فهو في النار ولان من لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره (ومنهم) من يجوز له ولا يجب عليه وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله فله ان يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لانه لم يتعين له ، وظاهر كلام أحمد انه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ولما ورد فيه من التشديد والذم[1] ولان طريقة السلف الامتناع منه والتوقي وقد أراد عثمان رضي الله عنه تولية ابن عمر القضاء فأباه وقال ابو عبدالله بن حامد إن كان رجلا خاملا لا يرجع اليه في الاحكام ولا يعرف فالاولى له توليه ليرجع إليه في الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون ، وان كان مشهوراً في الناس بالعلم يرجع إليه في تعليم العلم والفتوى فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الامن من الغرر ونحو هذا قال أصحاب الشافعي ، وقالوا أيضاً إذا كان ذا حاجة وله في القضاء رزق فالاولى له الاشتغال به فيكون اولى من سائر المكاسب لانه قربة وطاعة ، وعلى كل حال فانه يكره الانسان طلبه والسعي في تحصيله لان أنساً روى عن النبي ﷺ انه قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه

(١) في رواية ذكرها رزين عن نافع أن ابن عمر قال لعثمان لا أقضي من رجلين قال فان أباك كان يقضي فقال ان أبي لو أشكل عليه شيء سأل رسول الله ﷺ ولو أشكل على رسول الله ﷺ سأل جبريل عليه السلام وإني لا أجد من أسأله وسمعت رسول الله ﷺ يقول : من عاذ بالله فقد عاذ بعظيم » وسمعته يقول « من عاذ بالله فأعيذوه » وإني أعوذ بالله أن تجعلني قاضيا فأعطاه وقال لا تخبر أحداً ذكره في جامع الأصول

لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ » وولى عمر شريحاً قضاء الكوفة وكتب الى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاء في الشام ولان أهل كل بلد يحتاجون الى القاضي ولا يمكنهم المصير الى الامام ومن أمكنه ذلك شق عليه فوجب اغناؤهم عنه

﴿ مسئلة ﴾ (ويختار لذلك افضل من يجد وأورعهم ويأمره بتقوى الله تعالى وايثار طاعته في سره وتحري العدل والاجتهاد في اقامة الحق)

اذا اراد الامام تولية قاض فان كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولاه وان لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم عما يصلح وان ذكر له رجل لا يعرف احضره وسأله فان عرف عدالته والا بحث عن عدالته فاذا عرفها ولاه قال علي رضي الله عنه لا ينبغي للقاضي أن يكون قاضيا حتى يكون فيه خمس خصال عفيف حليم عالم بما كان قبله يستشير ذوي الرأي ، ويكتب له الامام عهدا يأمره فيه بتقوى الله والتثبت في القضاء ومشاورة أهل العلم وتصفح حال الشهود وتأمل الشهادات وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم وأموال الوقوف وغير ذلك مما يحتاج الى مراعاته وان يستخلف في كل صقع أصلح من يقدر عليه ليكون قيما بما يتولاه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجب على من يصلح له اذا طلب ولم يوجد غيره الدخول فيه وعنه أنه سئل هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره ممن يوثق به ؟ قال لا يأثم وهذا يدل على أنه ليس بواجب)

الناس في القضاء على ثلاثة أضرب (منهم) من لا يجوز له الدخول فيه وهو من لا يحسنه ولم

ومن أكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ، وقال النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة «ياعبد الرحمن لاتسال الامارة فانك ان اعطيتها عن مسئلة وكلت إليها وإن اعطيتها من غير مسئلة اعنت عليها » متفق عليه

(الثالث) من يجب عليه وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه فهذا يتعين عليه لانه فرض كفاية لايقدر على القيام به غيره فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه

وقد نقل عن أحمد مايدل على انه لايتعين عليه فانه سئل هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال لايأثم فهذ يحتمل انه يحمل على ظاهره في انه لايجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه فلا يلزمه الاضرار بنفسه لنفع غيره ولذلك امتنع ابو قلابة منه وقد قيل له ليس غيرك . ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره فان احمد قال لا بد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس؟

(فصل) ويجوز للقاضي أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم وروي عن عمر رضي الله عنه انه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا ورزق شريحاً في كل شهر مائة درهم وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان وكان

تجتمع فيه شروطه فقد روي عن النبي ﷺ انه قال « القضاة ثلاثة » ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بجهل فهو في النار ولان من لايحسنه لايقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه ويدفعه إلى غيره (ومنهم) من يجوز له ولا يجب عليه وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله فله أن يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لانه لم يتعين له فظاهر كلام أحمد انه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ولما ورد فيه من التشديد والذم ولان طريقة السلف الامتناع منه والتوقي وقد أراد عثمان تولية ابن عمر القضاء فأباه وقال ابو عبدالله ابن حامد إن كان رجلا خاملا لايرجع اليه في الاحكام فالأولى له توليه ليرجع اليه في الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون، وان كان مشهوراً في الناس بالعلم يرجع اليه في تعليم العلم والفتوى فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر هذا قول أصحاب الشافعي وقالوا أيضاً إذ كان ذا حاجة وله في القضاء رزق فالاولى له الاشتغال به فيكون أولى من سائر المكاسب لانه قربة وطاعة (والثالث) من يجب عليه وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه فهذا يتعين عليه لانه فرض كفاية لايقدر على القيام به غيره فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه وقد نقل عن احمد مايدل على أنه لايتعين عليه فانه سئل هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره؟ قال لايأثم فهذا يحتمل أن يحمل على ظاهره في أنه لايجب عليه لما فيه من الخطر فلا يلزمه الاضرار بنفسه لنفع غيره ولذلك امتنع أبو قلابة منه وقد قيل له ليس ههنا غيرك ويحتمل ان يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره فان أحمد قال لابد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس ؟

ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم، وكتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالا من صالحي من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله

وقال أبو الخطاب يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين وقال أحمد ما يعجبني ان يأخذ على القضاء أجرا وان كان فبقدر شغله مثل والى اليتيم وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الاجر على القضاء وكان مسروق وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا ياخذان عليه اجراً وقالا لا ناخذ أجراً على ان نعدل بين اثنين، وقال اصحاب الشافعي ان لم يكن متعينا جاز له أخذ الرزق عليه وإن تعين لم يجز الا مع الحاجة، والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لان أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين ولما ذكرناه من ان عمر رزق زيدا وشريحا وابن مسعود وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة ولان بالناس حاجة اليه ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق فاما الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر رضي الله عنه لا ينبغي لقاضي المسلمين ان ياخذ على القضاء أجراً وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لانه قربة يختص فاعله ان يكون في أهل القربه فاشبه الصلاة ولانه لا يعمله الانسان عن غيره وانما يقع عن نفسه فاشبه الصلاة

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجد غيره كره له طلبه بغير خلاف في المذهب).

لأن أنساً روى أن النبي ﷺ قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه الشفعاء وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عز وجل ملكا يسدده » قال الترمذي حديث حسن غريب وقال النبي ﷺ لعبدالرحمن بن سمرة « ياعبدالرحمن لاتسأل الامارة فانك إن أعطيتها عن مسئلة وكلت اليها وإن أعطيتها عن غير مسئلة اعنت عليها » متفق عليه.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلب فالأفضل ألا يجيب في ظاهر كلام أحمد).

وقال ابن حامد الأفضل الاجابة اذا أمن نفسه وقد ذكرنا أن ظاهر كلام أحمد رحمه الله أن الأفضل والأولى له ألا يجيب إذا طلب ووجد غيره لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ولما ورد فيه من التشديد والذم ولان طريقة السلف الامتناع منه والتوقي لذلك وقد أراد عثمان تولية ابن عمر القضاء فأباه وقد ذكرنا قول ابن حامد مفصلا وهو قول أصحاب الشافعي.

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تثبت ولاية القضاء إلا بتولية الإمام او نائبه لانها من المصالح العامة فلم تجز إلا من جهة الامام كعقد الذمة).

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شرط صحتها معرفة المولي كون المولى على صفة تصلح للقضاء).

لان مقصود القضاء لايحصل إلا بذلك فان كان يعرف صلاحيته للقضاء ولاه وإن لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم فان عرف ذلك ولاه.

ولانه عمل غير معلوم فان لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا اقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقا عليه جاز ويحتمل ان لا يجوز

(فصل) وإذا كان الامام في بلد فعليه ان يبعث القضاة الى الامصار غير بلده فان النبي ﷺ بعث عليا قاضيا الى اليمن وبعث معاذ بن جبل الى اليمن ايضا وقال له « بم تحكم ؟ ـ قال بكتاب الله تعالى قال ـ فان لم تجد ـ قال فبسنة رسول الله ﷺ قال ـ فان لم تجد ـ قال اجتهد رأيي ـ قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ » وبعث عمر شريحا على قضاء الكوفة وكعب بن سوار على قضاء البصرة وكتب الى ابي عبيدة ومعاذ يامرهما بتولية القضاء في الشام لان اهل كل بلد يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير الى بلد الامام ومن أمكنه ذلك شق عليه فوجب اغناؤهم عنه

(فصل) وإذ أراد الامام تولية قاض فان كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولاه وان لم يعرف ذلك سال اهل المعرفة بالناس واسترشدهم على من يصلح وان ذكر له رجل لا يعرفه احضره وسأله وان عرف عدالته والا بحث عن عدالته فاذا عرفها ولاه ويكتب له عهدا يامره فيه بتقوى الله والتثبت في القضاء ومشاورة اهل العلم وتصفح احوال الشهود وتأمل الشهادات وتعاهد اليتامى

﴿ مسئلة ﴾ (ويعين مايوليه الحكم فيه من الأعمال والبلدان ومشافهته بالولاية أو مكاتبته بها واشهاد شاهدين على توليته وقال القاضي تثبت بالاستفاضة إذا كان بلده قريباً يستفيض فيه أخبار بلد الامام)

يشترط تعيين مايوليه من الاعمال والبلدان ليعلم محل ولايته فيحكم فيه ولا يحكم في غيره وقد ولى النبي ﷺ عليا قضاء اليمن وولى عمر شريحاً قضاء الكوفة وكعب بن سور قضاء البصرة وبعث في كل مصر قاضياً وواليا، ويشافهه الامام بالولاية ان كان حاضراً أو يكاتبه بها إن كان غائباً لان التولية تحصل بالمشافهة في الحضرة وبالمكاتبة في الغيبة كالتوكيل فان كان البلد الذي لا قضاة فيه غير بلد الامام كتب له العهد بما ولاه ، لان النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن وكتب عمر إلى أهل الكوفة ، أما بعد فاني قد بعثت عليكم عماراً أميراً وعبدالله قاضياً فاسمعوا لهما وأطيعوا، فان كان البلد الذي ولاه بعيداً لا يستفيض اليه الخبر بما يكون في بلد الامام احضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ويقول لهما اشهدا على اني قد وليته قضاء البلد الفلاني وتقدمت اليه بما يشتمل هذا العهد عليه ، وإن كان البلد قريباً من بلد الامام يستفيض اليه مايجري في بلد الامام نحو ان يكون بينهما خمسة ايام او مادونها جاز أن يكتفى بالاستفاضة دون الشهادة ، لأن الولاية تثبت بها وبهذا قال الشافعي إلا ان عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين ، وقال أصحاب أبي حنيفة تثبت بالاستفاضة ولم يفرقوا بين البلد القريب والبعيد

وحفظ أموالهم واموال الوقوف وغير ذلك مما يحتاج الى مراعاته ثم إن كان البلد الذي ولاه قضاءه بعيداً لا يستفيض اليه الخبر بما يكون في بلد الامام احضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد أوأقرأه غيره بحضرته وأشهدهما على توليته ليمضيا معه الى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ويقول لهما اشهدا على اني قد وليته قضاء البلد الفلاني وتقدمت اليه بما اشتمل هذا العهد عليه ، وإن كان البلد قريبا من بلد الامام يستفيض اليه ما يجري في بلد الامام مثل ان يكون بينهما خمسة أيام أو ما دونها جاز ان يكتفي بالاستفاضة دون الشهادة لان الولاية تثبت بالاستفاضة وبهذا قال الشافعي الا ان عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين ، وقال اصحاب أبي حنيفة تثبت بالاستفاضة ولم يفصلوا بين القريب والبعيد لان النبي ﷺ ولى عليا ومعاذا قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة وولى الولاة في البلدان البعيدة وفوض اليهم الولاية والقضاء ولم يشهد وكذلك خلفاؤه ولم ينقل منهم الاشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم

ولنا ان القضاء لا يثبت الا باحد الامرين وقد تعذرت الاستفاضة في البلد البعيد لعدم وصولها اليه فتعين الاشهاد ولا نسلم ان النبي ﷺ لم يشهد على توليته فان الظاهر انه لم يبعث واليا الا ومعه جماعة فالظاهر انه اشهدهم وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله وقد قام دليله فتعين وجوده

لان النبي ﷺ ولى علياً قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة وولى الولاة في البلدان البعيدة وفوض اليهم الولاية والقضاء ولم يشهد وكذلك خلفاؤه ولم ينقل عنهم الاشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم .

ولنا أن القضاء لا يثبت إلا باحد أمرين وقد بعدت الاستفاضة في البلد البعيد لعدم وصولها اليه فيتعين الاشهاد ولا نسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته ، فان الظاهر انه لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة الظاهر انه أشهدهم وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله ، وقد قام دليله فيتعين وجوبه .

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تشترط عدالة المولي على روايتين) .

(إحداهما) تشترط كما تشترط في المتولي (والثانية) لا تشترط لأن ولاية الأمامه الكبرى تصح من كل بر وفاجر فصحت ولايته كالعدل ولاننا لو اعتبرنا العدالة في المولي أفضى إلى تعذرها بالكلية فيما اذا كان الامام غير عدل .

﴿ مسئلة ﴾ (وألفاظ التولية الصريحة سبعة وليتك الحكم وقلدتك او استنبتك واستخلفتك ورددت اليك وفوضت اليك الحكم فاذا وجد لفظ منها والقبول من المولى انعقدت الولاية)

لانها لاتحتمل الا ذلك فمتى أتي بواحدة منها واتصل بها القبول صحت الولاية كالبيع والنكاح وغير ذلك والكناية أربعة اعتمدت عليك وعولت عليك ووكلت اليك واسندت اليك الحكم فلا

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (ولا يولى قاض حتى يكون بالغا عاقلا مسلما حرا عدلا عالما فقيها ورعا)

وجملته انه يشترط في القاضي ثلاثة شروط (أحدها) الكمال وهو نوعان كمال الاحكام وكمال الخلقة أما كمال الاحكام فيعتبر في أربعة أشياء أن يكون بالغا عاقلا حرا ذكرا ، وحكي عن ابن جرير انه لا تشترط الذكورية لان المرأة يجوز ان تكون مفتية فيجوز ان تكون قاضية ، وقال أبو حنيفة يجوز ان تكون قاضية في غير الحدود لانه يجوز ان تكون شاهدة فيه

ولنا قول النبي ﷺ « ما أفلح قوم ولو أمرهم امرأة » ولان القاضي يحضره محافل الخصوم والرجال ويحتاج فيه الى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ليست اهلا للحضور في محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ولو كان معها الف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) ولا تصلح للامامة العظمى ولا لتولية البلدان ولهذا لم يول النبي ﷺ ولا احد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا ، وأما كمال الخلقة فان

تنعقد حتى يقترن بها قرينة نحو فاحكم أو تول ما عولت عليك فيه وما أشبهه نحو وانظر فيما اسندت اليك واحكم فيما وكلت اليك ، لان هذه الالفاظ تحتمل التولية وغيرها من كونه يأخذ برأيه وغير ذلك فلم تنصرف الى التولية الا بقرينة تنفي الاحتمال .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه وإذا ثبتت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء : فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه الى ربه والنظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس والنظر في الوقوف في عمله باجرائها على شرط الواقف وتنفيذ الوصايا وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن وإقامة الحدود واقامة الجمعة والنظر في مصالح عمله بكف الاذى عن طرقات المسلمين وافنيتهم وتصفح حال شهوده وامنائه والاستبدال بمن يثبت جرحه منهم وانما تثبت هذه الولايات له لان العادة من القضاة توليها فعند إطلاق تولية القضاء تنصرف الى ولاية ما جرت العادة بولايته لها فاما جباية الخراج وأخذ الصدقة فعلى وجهين (أحدهما) تدخلان فيه قياساً على سائر الخصال المذكورة وفي الآخر لا يدخلان فيه لان العادة لم تثبت بتولية القضاء لهما لان الاصل عدم ذلك فلا يثبت

(مسألة) (وله طلب الرزق لنفسه وامنائه وخلفائه مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين)

يجوز للقاضي أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم وروي

يكون متكلما سميعا بصيرا لان الاخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته والاصم لا يسمع قول الخصمين والاعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له والشاهد من المشهود له ، وقال بعض أصحاب الشافعي يجوز أن يكون أعمى لان شعيبا كان اعمى ولهم في الاخرس الذي تفهم اشارته وجهان

ولنا ان هذه الحواس تؤثر في الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع وهذا لان منصب الشهادة دون منصب القضاء والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يحتاج اليه فيها وربما أحاط بحقيقة علمها والقاضي ولايته عامة ويحكم في قضايا الناس عامة فاذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى وماذكروه عن شعيب فلا نسلم فيه فانه لم يثبت انه كان أعمى ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم ههنا فان شعيبا عليه السلام كان من آمن معه من الناس قليلا وربما لا يحتاجون الى الحكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة في مسئلتنا .

(الشرط الثاني) العدالة فلا يجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع الشهادة وسنذكر ذلك في الشهادة ان شاء الله تعالى، وحكي عن الاصم أنه قال يجوز أن يكون القاضي فاسقاً لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «سيكون بعدي امراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة»

عن عمر رضي الله عنه انه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا ورزق شريحا في كل شهر مائة درهم وبعث الى الكوفة عمارا وابن مسعود وعثمان وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم وكتب الى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثهما الى الشام ان انظرا رجالا من صالحي من قبلكم فاستعملوهم على القضاء واوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله وقال أبو الخطاب يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فاما مع عدمها فعلى وجهين، وقد روي عن أحمد أنه قال مايعجبني ان يأخذ على القضاء اجراً وان كان فبقدر عمله مثل مال اليتيم وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الاجر على القضاء وكان ابن مسعود وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً وقالا لا نأخذ اجراً على ان نعدل بين اثنين وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن متعيناً جاز له أخذ الرزق وان تعين لم يجز الا مع الحاجة والصحيح جواز الاخذ عليه مطلقاً لان أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له رزقاً كل يوم درهمين ولما ذكرنا ان عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود وأمر بفرض الرزق لمن ولي من القضاة ولان بالناس حاجة إليه ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق فاما الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر رضي الله عنه لا ينبغي لقاضي المسلمين ان يأخذ على القضاء اجراً وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه قربة يختص فاعله ان يكون من أهل القربة فاشبه الصلاة ولانه لا يعمله الانسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فاشبه الصلاة ولانه عمل غير معلوم فان لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا اقضي بينكما حتى تجعلا لي عليه جعلا جاز ويحتمل الا يجوز

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتبين عند قول الفاسق ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ولان الفاسق لا يجوز ان يكون شاهدا فلأ لا يكون قاضياً اولى فأما الخبر فاخبر بوقوع كونهم أمراء لا بمشروعيته والنزاع في صحة توليته لا في وجودها

[الشرط الثالث] أن يكون من اهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الحنفية وقال بعضهم يجوز ان يكون عامياً فيحكم بالتقليد لان الغرض منه فصل الخصائم فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين

ولنا قول الله تعالى [وان احكم بينهم بما انزل الله] ولم يقل بالتقليد وقال [لتحكم بين الناس بما أراك الله - وقال - فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول] وروى بريدة عن رسول الله ﷺ أنه قال «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ورجل جار في الحكم فهو في النار» رواه ابن ماجه . والعامي يقضي على جهل ولان الحكم آكد من الفتيا لانه فتيا والزام ثم المفتي لايجوز ان يكون عاميا مقلدا فالحكم أولى فان قيل : فالمفتي يجوز ان يخبر بما سمع قلنا نعم الا انه لايكون مفتياً في تلك الحال وانما هو مخبر فيحتاج

(فصل) قال رضي الله عنه ويجوز ان يوليه عموم النظر في عموم العمل ويجوز ان يوليه خاصا في أحدهما أو فيهما ويوليه النظر في بلد أو محلة خاصة فينفذ قضاؤه في أهله ومن طرأ اليه ويجعل اليه الحكم في المداينات خاصة أو في قدر من المال لا يتجاوزه أو يفرض اليه عقود الانكحة دون غيرها لان ذلك جميعه الى الامام وله الاستنابة في الكل فتكون له الاستنابة في البعض فان من ملك في الكل ملك في البعض وقد صح أن النبي ﷺ كان يستنيب أصحابه كلا في شيء فولى عمر القضاء وبعث عليا قاضيا على اليمن وكان يرسل أصحابه في جمع الزكاة وغيرها وكذلك الخلفاء بعده ولانه نيابة فكان على حسب الاستنابة

﴿ مسئلة ﴾ (فان جعل اليهما عملا واحداً جاز)

وعند أبي الخطاب لا يجوز وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه يؤدي الى إيقاف الاحكام والخصومات لانهما يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما مالا يرى الآخر (والثاني) يجوز وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح ان شاء الله تعالى لانه يجوز ان يستخلف في البلد الذي هو فيه فيكون فيه قاضيان فجاز ان يكون فيها قاضيان أصلان لان الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق الى مستحقه وهذا يحصل فاشبه القاضي وخلفاءه ولانه يجوز للقاضي ان يستخلف خليفتين في موضع واحد فالامام أولى لان توليته أقوى وقولهم يفضي إلى ايقاف الاحكام لايصح فان كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتحاكمين اليه وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده

أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه وبخالف قول المقومين لان ذلك لايمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم

إذا ثبت هذا فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة اشياء . الكتاب. والسنة. والاجماع والاختلاف والقياس. ولسان العرب. أما الكتاب فيحتاج ان يعرف منه عشرة أشياء : الخاص . والعام . والمطلق. والمقيد والمحكم، والمتشابه، والمجمل، والمفسر، والناسخ ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالاحكام وذلك نحو خمسمائة ولا يلزمه معرفة سائر القرآن فاما السنة فيحتاج الى معرفة مايتعلق منها بالاحكام دون سائر الاخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق ويحتاج ان يعرف منها مايعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر والآحاد والمرسل والمتصل والمسند والمقطع والصحيح والضعيف ويحتاج الى معرفة ما اجمع عليه وما اختلف فيه ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه وكيفية استنباطه الاحكام ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليتعرف به استنباط الاحكام من اصناف علوم الكتاب والسنة وقد نص احمد على اشتراط ذلك للفتيا والحكم في معناه فان قيل هذه شروط لاتجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا ليس من شرطه ان يكون محيطا بهذه العلوم احاطة تجمع أقصاها وانما يحتاج الى أن يعرف من ذلك مايتعلق بالاحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ولا ان يحيط بجميع الاخبار الواردة في هذا

(فصل) ولا يجوز ان يقلد القضاء لواحد على ان يحكم بمذهب بعينه وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا لان الله تعالى قال (فاحكم بين الناس بالحق) والحق لايتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) اذا فرض الامام الى انسان تولية القاضي جاز لانه يجوز ان يتولى ذلك فجاز له التوكيل فيه كالبيع فان فوض اليه اختيار قاض جاز ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده كما لو وكله في الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعه الى هذين ويحتمل ان يجوز له اختيارهما اذا كانا صالحين للولاية لانهما يدخلان في عموم من اذن له في الاختيار منه مع اهليتهما اشبها الاجانب

﴿مسئلة﴾ (إذا مات المولي أو عزل المولى مع صلاحيته لم تبطل ولايته في أحد الوجهين وتبطل في الآخر)

اذا ولى الامام قاضيا ثم مات لم ينعزل القاضي لان الخلفاء رضي الله عنهم ولوا أحكاما في زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ولان في عزله بموت الامام ضرراً على المسلمين فان البلد يتعطل من الحكام وتقف أحكام الناس الى ان يولي الامام الثاني حاكما وفيه خطر عظيم وكذلك لا ينعزل القاضي إذا عزل الامام لما ذكرنا فاما ان عزله الامام الذي ولاه او غيره ففيه وجهان (احدهما) لا ينعزل وهو مذهب الشافعي لانه عقد لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه (والثاني) ينعزل لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا عزلن ابا مريم

فقدكان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله ﷺ ووزيراه وخير الناس بعده في حال امامتهما يسئلان عن الحكم فلا يعرفان مافيه من السنة يسئلا الناس فيخبرا فسئل ابو بكر عن ميراث الجدة فقال مالك في كتاب الله شيء ولا اعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدة فقام المغيرة بن شعبة فقال اشهد ان رسول الله ﷺ أعطاها السدس وسأل عمر عن املاص المرأة فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قضى فيه بغرة ولا يشترط معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم فان هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد فلا تكون شرطا له وهو سابق عليها وليس من شرط الاجتهاد في مسئلة أن يكون مجتهداً في كل المسائل بل من عرف أدلة مسئلة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وان جهل غيرها كمن يعرف الفرائض وأصولها ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ولذلك مامن امام الا وقد توقف في مسائل وقيل من يجيب في كل مسئلة فهو مجنون وإذا ترك العالم لاأدري أصيبت مقاتله

وحكي أن مالكا سئل عن اربعين مسئلة فقال في ست وثلاثين منها لا أدري ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهداً وانما المعتبر أصول هذه الامور وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً له الفتيا وولاية الحكم اذا وليه والله أعلم

واولين رجلا اذا رآه الفاجر فرق، فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سور مكانه، وولى علي رضي الله عنه ابا الاسود ثم عزله فقال له لم عزلتني وماخنت قال اني رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ولانه يملك عزل امرائه وولاته على البلدان فكذلك قضاته وقد كان عمر رضي الله عنه يولي ويعزل فعزل شرحبيل ابن حسنة عن ولايته في الشام وولى معاوية فقال له شرحبيل أمن جبن عزلتني او خيانة؟ قال من كل لا ولكن اردت رجلا اقوى من رجل وعزل خالد بن الوليد وولى ابا عبيدة وقد كان يولي بعض الولاة الحكم مع الامارة فولى ابا موسى البصرة قضاءها وامارتها ثم كان يعزلهم هو ومن لم يعزله عزله عثمان بعده الا القليل منهم فعزل القاضي أولى ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله لان فيه ضرراً وههنا لاضرر فيه لانه لايعزل قاضيا حتى يولي آخر مكانه ولهذا لاينعزل القاضي بموت الامام وينعزل بعزله وقد ذكر شيخنا في عزله بالموت في الكتاب المشروح وجهين وحكاهما أبو الخطاب والاولى ان شاء الله ما ذكرنا فاما ان تغيرت حال القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء أو اختل فيه بعض شروطه فانه ينعزل بذلك ويتعين على الامام عزله وجها واحداً، وأما إذا استخلف القاضي خليفة فانه ينعزل بموته وعزله لانه نائبه اشبه الوكيل

﴿ مسئلة ﴾ (وهل ينعزل قبل العلم بالعزل على روايتين بناء على الوكيل)

وقد مضى ذلك في كتاب الوكالة

[فصل] ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً وقيل يشترط ذلك لعلم ما يكتبه كاتبه ولا يتمكن من اخفائه عنه

ولنا ان رسول الله ﷺ كان أمياً وهو سيد الحكام وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلاتعتبر شروطها، وإن احتاج الى ذلك جاز توليته لمن يعرفه كما انه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة المساحة ويحتاج إلى التقويم وليس من شرط القضاء أن يكون عالما بقيمة الاشياء ولا معرفته بعيوب كل شيء

(فصل) وينبغي ان يكون الحاكم قويا من غير عنف ليناً من غير ضعف لايطمع القوي في باطله ولا ييأس الضعيف من عدله ويكون حليما متأنياً ذا فطنة وتيقظ لايؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة صحيح السمع والبصر عالما بلغات أهل ولايته، عفيفاً ورعا نزها بعيداً من الطمع، صدوق اللهجة ذا رأي ومشورة، لكلامه لين اذا قرب، وهيبة اذا أوعد، ووفاء اذا وعد، ولا يكون جباراً ولا عسوفا فيقطع ذا الحجة عن حجته، قال علي رضي الله عنه لاينبغي ان يكون القاضي قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال: عفيف حليم عالم بما كان قبله يستشير ذوي الالباب لايخاف في الله لومة لائم

(فصل) وللامام تولية القضاء في بلده وغيره لان النبي ﷺ ولى عمر بن الخطاب القضاء وولى عليا ومعاذاً وقال عثمان لابن عمر ان اباك كان يقضي وهو خير منك فقال ان ابي قد كان يقضي فان اشكل عليه شيء سأل رسول الله ﷺ وذكر الحديث رواه عمرو بن شيبة في قضاة البصرة

وروى سعيد في سننه عن عمرو بن العاص قال: جاء خصمان إلى رسول الله ﷺ فقال لي « ياعمرو اقض بينهما » قال قلت انت أولى بذاك مني يارسول الله قال « ان أصبت القضاء بينهما فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة » وعن عقبة بن عامر مثله، ولان الامام يشتغل باشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم فاذا ولى قاضياً استحب أن يجعل له أن يستخلف لانه قد يحتاج الى ذلك فاذا أذن له في الاستخلاف جاز له بلا خلاف نعلمه، وان نهاه لم يكن له أن يستخلف لان ولايته باذنه فلم يكن له ما ذكرناه كالوكيل، وان أطلق فله الاستخلاف، ويحتمل أن لايكون له ذلك لانه يتصرف بالاذن فلم يكن له مالم يأذن فيه كالوكيل ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان ووجه الاول ان الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين إذا فاته بنفسه بخلاف الوكيل فان استخلف في موضع ليس له الاستخلاف فحكمه حكم من لم يول

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال المولي من نظر في الحكم في البلد الفلاني من فلان وفلان فهو خليفتي او قد وليته لم تنعقد الولاية لمن ينظر)

لانه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحداً منهم، ويحتمل أن تنعقد لمن نظر لان النبي ﷺ

وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خلال إن فاتته واحدة كانت فيه وصمة: العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة، والصرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم . ورواه سعيد وفيه يكون فهما حليما عفيفاً صلباً سآلا عما لايعلم . وفي رواية محتملا للأئمة ولا يكون ضعيفاً مهيناً لان ذلك يبسط المتخاصمين إلى التهاتر والتشاتم بين يديه ، قال عمر رضي الله عنه لاعزلن فلانا عن القضاء ولأستعملن رجلا اذا رآه الفاجر فرقه

(فصل) وله أن ينتهر الخصم اذا التوى ويصيح عليه وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب او حبس ، وإن افتات عليه بان يقول حكمت علي بغير الحق أو ارتشيت فله تأديبه وله ان يعفو وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال البينة على خصمك فان عاد نهره فان عاد عزره إن رأى وأمثال ذلك مما فيه اساءة الادب فله مقابلة فاعله وله العفو

(فصل) وإن ولى الامام رجلا القضاء فان كانت ولايته في غير بلده فاراد السير الى بلاد ولايته بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ويتعرف منهم مايحتاج إلى معرفته فان لم يجد سأل في طريقه فان لم يجد سأل اذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العدالة والستر وسائر مايحتاج الى معرفته ، واذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه ويجعل قدومه

قال « زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » فعلق ولاية الامارة بعد زيد على شرط فكذلك ولاية الحكم

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال وليت فلانا وفلانا فمن نظر منهما فهو خليفتي انعقدت الولاية) لمن ينظر منهما لأنه عقد الولاية لهما جميعاً

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ويشترط في القاضي عشر صفات ان يكون بالغاً عاقلا حراً ذكراً مسلماً عدلا سميعاً بصيراً متكلما مجتهدا وهل يشترط كونه كاتباً ؟ على وجهين

وجملة ذلك انه يشترط للقاضي أن يكون بالغاً عاقلا مسلماً لان هذه شروط العدالة فأولى أن تشترط للقضاء (الرابع) الذكورية فلا تصح تولية المرأة ، وحكي عن ابن جرير ان الذكورية لاتشترط لان المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضياً ، وقال ابو حنيفة يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه

ولنا قول النبي ﷺ « لا أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ولان القاضي يحضره محافل الخصوم والرجال ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة ، والمرأة ناقصة العقل ضعيفة الرأي ليست من اهل الحضور في محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ولو كان معها الف امرأة مثلها مالم يكن معهن رجل وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله سبحانه (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) ولا تصلح للامامة العظمى ولا لتولية البلدان ولهذا لم يول النبي ﷺ ولا أحد من خلفائه

يوم الخميس ان أمكنه لان النبي ﷺ كان اذا قدم من سفر قدم يوم الخميس ثم يقصد الجامع فيصلي فيه ركعتين كما كان النبي ﷺ يفعل اذا دخل المدينة ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة وأن يجعل عمله صالحاً ويجعله لوجهه خالصاً ولا يجعل لاحد فيه شيئاً ويفوض أمره إلى الله تعالى ويتوكل عليه ويأمر مناديه فينادي في البلدان فلان قدم عليكم قاضياً فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا وينصرف الى منزله الذي قد أعد له وينبغي أن يكون في وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده فاذا اجتمعوا أمر بعهده فقرئ عليهم ليعلموا التولية ويأتوا اليه ويعد الناس يوما يجلس فيه لقضاء ثم ينصرف الى منزله . أول مايبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث الى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم وهو مافيه وثائق الناس من المحاضر وهي نسخ ماثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية فاذا انتقلت الولاية الى غيره كان عليه تسليمها اليه. فتكون مودعة عنده في ديوانه ثم يخرج في اليوم الذي وعد بالجلوس فيه الى مجلسه على أكمل حالة وأعدلها خلياً من الغضب والجوع الشديد والعطش والفرح الشديد والحزن الكثير والهم العظيم والوجع

ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا

(الخامس) الحرية فلا تصح تولية العبد لانه منقوص برقه مشغول بحقوق سيده لاتقبل شهادته في جميع الاشياء فلم يكن اهلا للقضاء كالمرأة

[السادس] أن يكون سميعاً (السابع) أن يكون بصيراً [الثامن] أن يكون متكلما لان الاصم لايسمع قول الخصمين والاعمى لايعرف المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له، والاخرس لايمكنه النطق بالحكم ولا يفهم الناس جميع إشارته وقال بعض أصحاب الشافعي يجوز أن يكون أعمى لان شعيباً عليه السلام كان اعمى ولهم في الاخرس الذي تفهم إشارته وجهان

ولنا أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع وهذا لان منصب الشهادة دون منصب القضاء، والشاهد يشهد في اشياء يسيرة يحتاج اليه فيها وربما أحاط بحقيقة علمها والقاضي ولايته عامة فيحكم في قضايا الناس عامة فاذا لم تقبل منه الشهادة فالقضاء اولى، وما ذكر عن شعيب عليه السلام فممنوع فانه لم يثبت انه كان اعمى ولو ثبت فيذلك فلا يلزم ههنا فان شعيبا عليه السلام كان من آمن معه من الناس قليلا، وربما لايحتاجون إلى الحكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة في مسئلتنا (التاسع) العدالة فلا يجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع الشهادة وسنذكر ذلك في الشهادة إن شاء الله تعالى، وحكي عن الاصم انه قال يجوز أن يكون القاضي فاسقا لما روي عن النبي ﷺ انه قال « سيكون بعدي أمراء يؤخرون الصلاة عن اوقاتها فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة »

المؤلم ومدافعة الاخبثين او أحدهما ، والنعاس الذي يغمر القلب ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه وأبلغ في تيقظه للصواب وفطنته لموضع الرأي ولذلك قال النبي ﷺ « لايقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان » فنص على الغضب ونبه على ما في معناه من سائر ماذكرناه ويسلم على من يمر به من المسلمين في طريقه ، ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتي مجلسه، ويستحب ان يجعله في موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والفضاء الواسع او الجامع، ولا يكره القضاء في المساجد فعل ذلك شريح والحسن والشعبي ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن ابي ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وروي عن عمر وعثمان وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد

وقال مالك : القضاء في المسجد من أمر الناس القديم وبه قال مالك واسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعي يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده في المسجد لما روي ان عمر كتب الى القاسم ابن عبد الرحمن أن لاتقضي في المسجد لانه تأتيك الحائض والجنب ولان الحاكم يأتيه الذمي والحائض والجنب وتكثر غاشيته ويجري بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد وربما أدى الى السب ومالم تبن له المساجد

ولنا اجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم، وقال الشعبي رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضي

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتبيين عند قول الفاسق ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لايقبل قوله ويجب التبيين عند حكمه ، ولان الفاسق لايجوز أن يكون شاهداً فلئلا يجوز أن يكون قاضياً اولى فاما الخبر فاخبر بوقوع ذلك مع كونهم أمراء لا بمشروعيته والنزاع في صحة توليته لا في وجودها (العاشر) أن يكون مجتهداً وبهذا قال مالك والشافعي وبعض الحنفية ، وقال بعضهم يجوز أن يكون عاميا فيحكم بالتقليد لان الغرض منه فصل الخصومات فاما إذا أمكنه ذلك جاز كما يحكم بقول المقومين

ولنا قول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله - وقال - وان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول) وروى بريدة عن رسول الله ﷺ انه قال « القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ورجل جار في الحكم فهو في النار » رواه ابن ماجة والعامي يقضي على جهل ولان الحكم آكد من الفتيا لانه فتيا والزام ثم المفتي لايجوز أن يكون عاميا مقلداً فالحكم اولى فان قيل فالمفتي يجوز أن يخبر بما يسمع قلنا نعم إلا انه لايكون مفتياً في تلك الحال وانما هو مخبر فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من اهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه ويخالف قول المقومين لان ذلك لاتمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم

﴿ مسئلة ﴾ (وليس من شرط الحاكم أن يكون كاتبا وفيه وجه آخر انه يشترط ذلك ليعلم مايكتبه كاتبه ولا يتمكن من اخفائه عنه)

بين الناس ، وقال مالك هو من أمر الناس القديم ولان القضاء قربة وطاعة وانصاف بين الناس فلم يكره في المسجد ولا نعلم صحة ماروه عن عمر وقد روي عنه خلافه . وأما الحائض فان عرضت لها حاجة إلى القضاء وكلت او أتته في منزله ، والجنب يغتسل ويدخل والذمي يجوز دخوله باذن مسلم وقد كان النبي ﷺ يجلس في مسجده مع حاجة الناس اليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد وربما رفعوا أصواتهم فقد روي عن كعب بن مالك انه قال تقاضيت ابن ابي حدرد ديناً في المسجد حتى ارتفعت أصواتنا فخرج النبي ﷺ فأشار إلي أن ضع من دينك الشطر فقلت نعم يارسول الله قال « فقم فاقضه » وينبغي أن يكون جلوسه في وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول اليه لما روى القاسم ابن مخيمرة عن ابي مريم صاحب رسول الله ﷺ انه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «من ولي من أمور الناس شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره» رواه الترمذي ولان حاجبه ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم ولا بأس باتخاذ حاجب في غير مجلس القضاء ويبسط له شيء ولا يجلس على التراب ولا على حصير المسجد لان ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ويجعل جلوسه مستقبل القبلة لان خير المجالس مااستقبل به

ولنا ان رسول الله ﷺ كان أمياً وهو سيد الحكام وليس من ضرورة الحكم الكتابة فلا تعتبر شرطا فان احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه كما انه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة المساحه ويحتاج إلى التقويم وليس من شروط القضاء أن يكون عالماً بقيم الاشياء

﴿ مسئلة ﴾ (والمجتهد من يعرف من كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ الحقيقة والمجاز والامر والنهي والمجمل والمبين والمحكم والمتشابه والخاص والعام والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ والمستثنى والمستثنى منه ويعرف من السنة صحيحها من سقيمها وتواترها من آحادها ومرسلها ومتصلها ومسندها ومنقطعها مما له تعلق بالاحكام خاصة وهي في كتاب الله تعالى نحو خمسمائة آية ولا يلزمه معرفة سائر القرآن، ومن السنة مايتعلق بالاحكام دون سائر الاخبار ومن خبر الجنة والنار ونحوهما مما يتعلق بالاحكام وانما كان المجتهد من يعرف هذه الاشياء المذكورة لان المجتهد هو من يمكنه تعرف الصواب بدليله كالمجتهد في القبلة ومن لا يعرفه بدليله يكون مقلداً لكونه يقبل قول غيره من غير معرفة بصوابه كالذي يقبل قول الدليل على الطريق من غير معرفة بصوابه وقول من يعرف جهة القبلة من غير معرفة. وادلة الاحكام الكتاب والسنة والاجماع والقياس وجهة دلالة الكتاب والسنة من هذه الوجوه فالكلام باطلاقه يحمل على الحقيقة دون المجاز والعام الخاص إذا تعارضا قدم الخاص ويجوز تخصيص العام ولا يدخل الخاص تخصيص ، والمطلق يحمل على المقيد والمقصود ان لكل واحد مما ذكرنا دلالة لا تمكن

القبلة وهذه الآداب المذكورة في هذا الفصل ليست شرطا في الحكم إلا الخلو من الغضب وما في معناه فان في اشتراطه روايتين

(فصل) واذا جلس الحاكم في مجلسه فأول ماينظر فيه أمر المحبوسين لان الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضي الذي كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس؟ ولمن حبس؟ فيحمله اليه فيأمر مناديا ينادي في البلد ثلاثة أيام ألا ان القاضي فلان بن فلان ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر فاذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التي فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده اليها فما وقع في يده منها نظر إلى اسم المحبوس وقال من خصم فلان المحبوس فاذا قال خصمه انا بعث معه ثقة الى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك في قدر مايعلم انه يتسع زمانه للنظر فيه في ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه لما حبسته لان الظاهر أن الحاكم انما حبسه بحق لكن يسأل المحبوس بم حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام

(أحدها) أن يقول حبسني بحق له حال انا مليء به فيقول له الحاكم اقضه وإلا رددتك في الحبس

(الثاني) ان يقول له علي دين انا معسر به فيسأل خصمه فان صدقه فلسه الحاكم وأطلقه وإن

معرفتها الا بمعرفته فوجب معرفة ذلك ليعرف دلالته ووقف الاجتهاد على معرفته لذلك ومثاله ان المجتهد في القبلة يحتاج في معرفة النجوم إلى معرفتها باعيانها وجهاتها فاذا عرف القطب احتاج إلى معرفة كونه في الجهة الشمالية وكذلك إذا عرف الشمس احتاج إلى معرفة الجهة التي تكون فيها في حال طلوعها وحال غروبها وتوسطها وهذا كذلك والمسند من السنة والمتصل واحد والمرسل الذي يكون بين الراوي وبين رسول الله ﷺ رجل غير مذكور والمنقطع الذي يكون بينهما أكثر من واحد وقيل الذي يرويه من لم يدرك الصحابة عنهم .

﴿ مسئلة ﴾ (ويعرف ما أجمع عليه مما اختلف فيه والقياس وحدوده وشروطه وكيفية استنباط الاحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة)

وقد نص احمد على اشتراط ذلك للفتيا والحكم في معناه، وإنما اشترطوا معرفة ما أجمع عليه لان الاجتهاد إنما شرع فيما اختلف فيه أما المجمع عليه فيجب الرجوع الى ما أجمع عليه دون غيره فيجب معرفة ذلك ليرجع في المجمع عليه الى الاجماع وفي غيره الى الاجتهاد وأما معرفة استنباط القياس وهو أحد أدلة الاحكام فانه لا يمكن معرفتها الا بذلك فكان معرفة ذلك من ضرورة معرفة الاحكام وأما معرفة اللغة والعربية فان أدلة الأحكام كتاب الله تعالى وسنة رسوله والكتاب عربي مبين نزل به الروح الامين بلسان عربي مبين والسنة قول رسول الله ﷺ وما يقوم مقامه وقد قال الله سبحانه (وما أرسلنا من رسول الا بلسان قومه) فيعتبر معرفة اللغة التي هي لسان الكتاب والسنة ليعرف

كذبه نظر في سبب الدين فان كان شيئاً حصل له به مال كقرض او شراء لم يقبل قوله في الاعسار إلا ببينة بان ماله تلف او نفد أو ببينة انه معسر فيزول الاصل الذي ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال وإن لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه انه معسر لان الاصل الاعسار ، وإن شهدت لخصمه بينة بان له مالا لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به فان شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام، وإن كذبها وقال ليس هذا لي وانما هو في يدي لغيري لم يقبل إلا أن يقر به الى واحد بعينه فان كان الذي أقر له به حاضراً نظرت فان كذبه في اقراره سقط وقضى من المال دينه وإن صدقه نظرت فان كان له به بينة فهو أولى لان له بينة وصاحب اليد يقر له به وإن لم تكن له بينة فذكر القاضي أنه لايقبل قولهما ويقضي الدين منه لان البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه فاذا لم تقبل شهادتها في حق نفسه قبلت فيما تضمنته لانه حق لغيره ولانه متهم في اقراره لغيره لانه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود اليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله ، وفيه وجه آخر يثبت الاقرار وتسقط البينة لانها تشهد بالملك لمن لايدعيه وينكره

مقتضاها فان قيل فهذه الشروط لاتجتمع في أحد فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا ليس من شرطه ان يكون محيطاً بهذه العلوم احاطة تجمع أقصاها وانما يحتاج ان يعرف من ذلك مايتعلق بالاحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ولا ان يحيط بجميع الاخبار الواردة في هذا فقد كان ابو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب خليفتا رسول الله ﷺ ووزيراه وخير الناس بعده في حال امامتهما يسئلان الحكم فلا يعرفان مافيه من السنة حتى يسألا الناس فيخبرا فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة فقال مالك في كتاب الله شيء ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن ارجعي حتى أسال الناس ثم قام فقال انشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدة فقام المغيرة بن شعبة فقال اشهد ان رسول الله ﷺ أعطاها السدس وسأل عمر عن املاص المرأة فأخبره المغيرة ان رسول الله ﷺ قضى فيه بغرة ولا تشترط معرفة المسائل التي عرفها المجتهدون في كتبهم فان هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد فلا تكون شرطاً له وهو سابق وليس من شرط الاجتهاد في مسئلة ان يكون مجتهداً في كل المسائل بل من عرف ادلة مسئلة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وان جهل غيرها كمن عرف الفرائض وأصولها ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ولذلك مامن امام الا وقد توقف في مسائل، وقيل من يجيب في كل مسئلة فهو مجنون، واذا ترك العالم لاأدرى اصيبت مقاتله وحكي عن مالك انه سئل عن اربعين مسئلة فقال في ستة وثلاثين لاأدري ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهداً وانما المعتبر أصول هذه الامور وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً وصلح للفتيا والقضاء وبالله التوفيق .

(الجواب الثالث) ان يقول حبسني لان البينة شهدت علي لخصمي بحق ليبحث عن حال الشهود فهذا ينبني على أصل وهو ان الحاكم هل له ذلك أو لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له ذلك لان الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه فعلى هذا لا يرده الى الحبس ان صدقه خصمه في هذا.

(والثاني) يجوز حبسه لان المدعي قد أقام ماعليه وانما بقي ماعلى الحاكم من البحث ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى هذا الوجه يرده الى الحبس حتى يكشف عن حال شهوده ، وإن كذبه خصمه وقال بل قد عرف الحاكم عدالة شهودي وحكم عليه بالحق فالقول قوله لان الظاهر أن حبسه بحق

(الجواب الرابع) يقول حبسني الحاكم بثمن كلب او قيمة خمر ارقته لذمي لانه كان يرى ذلك فان صدقه خصمه فذكر القاضي انه يطلقه لان غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر ان الحاكم ينفذ حكم الحاكم الاول لانه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يتوقف ويجتهد ان يصطلحا على شيء لانه لا يمكنه فعل احد الامرين المتقدمين وللشافعي قولان كهذين الوجهين الاخيرين وإن كذبه خصمه وقال بل حبست بحق واجب غير هذا فالقول قوله لان الظاهر حبسه بحق

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (واذا تحاكم رجلان الى رجل يصلح للقضاء وحكماه بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما وبهذا قال ابو حنيفة وللشافعي قولان (أحدهما) لايلزمه حكمه إلا بتراضيهما لان حكمه إنما يلزم بالرضى به فلا يكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا ماروى ابو شريح أن رسول الله ﷺ قال له « إن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم ؟ » قال ان قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي علي الفريقان « قال ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك ؟ » قال شريح قال «فأنت أبو شريح » أخرجه النسائي وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون» ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ،ولان عمر وأبيا تحاكما إلى زيد وحاكم عمر اعرابياً الى شريح قبل أن يوليه القضاء وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة فان قيل فعمر وعثمان كانا إمامين فاذا ردا الحكم الى رجل صار قاضيا؟ قلنا لم ينقل عنهما الا الرضا بتحكيمه خاصة وبهذا لايعتبر قاضيا وما ذكروه يبطل بما إذا رضي بتصرف وكيله فانه يلزمه قبل المعرفة به. إذا ثبت هذا فانه لايجوز نقض حكمه فيما لاينقض فيه حكم من له ولاية ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة للحاكم نقضه إذا خالف رأيه ، لان هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا ان هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفة رأيه كحكم من له ولاية وماذكروه لايصح فان حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وان لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود إذا ثبت هذا فان لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه

(الجواب الخامس) ان يقول حبست ظلما ولا حق علي فينادي منادي الحاكم بذكر ما قاله فان حضر رجل فقال انا خصمه فانكره وكانت للمدعي بينة كلف الجواب على ما مضى، وإن لم تكن له بينة او لم يظهر له خصم فالقول قوله مع يمينه انه لاخصم له او لاحق عليه ويخلى سبيله

(فصل) ثم ينظر في امر الاوصياء لانهم يكونون ناظرين في أموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر لان المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه فان الصغير والمجنون لا قول لهما والمساكين لا يتعين الاخذ منهم فاذا قدم اليه الوصي فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله لان الحاكم ما نفذ وصيته الا وقد عرف اهليته في الظاهر ولكن يراعيه فان تغيرت حاله بفسق او ضعف اضاف اليه امينا قويا يعينه وإن كان الاول ما نفذ وصيته نظر فيه فان كان امينا قويا أقره وان كان أميناً ضعيفا ضم اليه من يعينه وإن كان فاسقا عزله وأقام غيره وعلى قول الخرقي يضم اليه أمين ينظر عليه وإن كان قد تصرف او فرق الوصية وهو اهل للوصية نفذ تصرفه وإن كان ليس باهل وكان اهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لانهم قبضوا حقوقهم وإن كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان

(أحدهما) عليه الضمان ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لانه ليس له التصرف

(والثاني) لا ضمان عليه لانه اوصله الى اهله، وكذلك ان فرق الوصية غير الموصى اليه بتفريقها فعلى وجهين .

(فصل) ثم ينظر في أمناء الحاكم وهم من رد اليهم الحاكم النظر في أمر الاطفال وتفرقة الوصايا التي لم يعين لها وصي فان كانوا بحالهم اقرهم لان الذي قبله ولاهم ومن تغير حاله منهم عزله ان فسق وان ضعف ضم اليه أمينا

في الحكم لانه لايثبت إلا برضاه فاشبه مالو رجع عن التوكيل قبل التصرف، وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان .

(أحدهما) له ذلك لان الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع (والثاني) ليس له ذلك لانه يؤدي الى أن كل واحد منهما اذا رأى من الحكم مالا يوافقه رجع فبطل المقصود به واختلف أصحابنا فيمن يجوز فيه التحكيم فقال ابو الخطاب ظاهر كلام احمد أن تحكيمه يجوز في كل مايتحاكم فيه الخصمان قياساً على قاضي الامام وقال القاضي يجوز حكمه في الأموال خاصة فاما النكاح واللعان والقذف والقصاص فلا يجوز التحكيم فيها لان لهذه الاحكام مزية على غيرها فاختص حاكم الامام بالنظر فيها كالحدود وذكر صاحب المحرر فيها روايتين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، واذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتابا الى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لانه حاكم نافذ الاحكام فلزم قبول كتابه كحاكم الامام

(فصل) ثم ينظر في امر الضوال واللقطة التي تولى الحاكم حفظها فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان او في حفظه مؤنة كالاموال الجافية باعها وحفظ ثمنها لأربابها، وإن لم تكن كذلك كالاثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف

(مسئلة) قال (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان)

لا خلاف بين اهل العلم فيما علمناه في ان القاضي لا ينبغي له ان يقضي وهو غضبان كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وابو حنيفة والشافعي وكتب ابو بكرة الى عبد الله بن ابي بكرة وهو قاض بسجستان ان لا تحكم بين اثنين وانت غضبان فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يحكم احد بين اثنين وهو غضبان» متفق عليه، وكتب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى اياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر لهم عند الخصومة فاذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه ولانه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره وفي معنى الغضب كلما شغل فكره من الجوع المفرط والعطش الشديد والوجع المزعج ومدافعة احد الاخبثين وشدة النعاس والهم والغم والحزن والفرح فهذه كلها تمنع الحاكم لانها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به الى اصابة الحق في الغالب فهي في معنى الغضب المنصوص عليه فتجري مجراه فان حكم في الغضب أوما شاكله

﴿باب أدب القاضي﴾

ينبغي أن يكون قويا من غير عنف لينا من غير ضعف لا يطمع القوي في باطله ولا ييأس الضعيف من عدله ويكون حليما متأنيا ذا فطنة وتيقظ لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة صحيح السمع والبصر عالما بلغات أهل ولايته عفيفا ورعا نزها بعيدا من الطمع صدوق اللهجة ذا رأي ومشورة لكلامه لين اذا قرب وهيبة اذا أوعد ووفاء اذا وعد ولا يكون جبارا ولا عسوفا فيقطع ذا الحجة عن حجته قال علي رضي الله عنه لاينبغي أن يكون القاضي قاضيا حتى يكون فيه خمس خصال عفيف حليم عالم بما كان قبله يستشير ذوي الالباب لايخاف في الله لومة لائم، وقال عمر بن عبدالعزيز ينبغي للقاضي أن يكون فيه سبع خلال ان فاتته واحدة كانت فيه وصمة: العقل، والعفة، والورع، والنزاهة، والصرامة، والعلم بالسنن، والحلم، ورواه سعيد وفيه ويكون فهما حليما عفيفا صلبا سآلا عما لايعلم وفي رواية محتملا للائمة ولا يكون ضعيفا مهينا لان ذلك يبسط المتخاصمين إلى التهاتر والتشاتم بين يديه قال عمر رضي الله عنه لاعزلن فلانا عن القضاء ولاستعملن رجلا اذا رآه الفاجر فرقه.

(فصل) وله ان ينتهر الخصم اذا التوى ويصيح عليه وان استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس وإن افتات عليه بان يقول حكمت علي بغير حق وارتشيت فله تاديبه وله ان يعفو

فحكى عن القاضي انه لا ينفذ قضاؤه لأنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه وقال في المجرد ينفذ قضاؤه وهو مذهب الشافعي لما روي ان النبي ﷺ اختصم اليه الزبير ورجل من الانصار في شراح الحرة فقال النبي ﷺ « للزبير « اسق ثم ارسل الماء الى جارك» فقال الانصارى ان كان ابن عمتك فغضب رسول الله ﷺ وقال للزبير « اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر » متفق عليه فحكم في حال غضبه وقيل انما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل ان يتضح له الحكم في المسئلة فاما ان اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه لان الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه

﴿ مسئلة ﴾ (قال وإذا نزل به الامر المشكل عليه مثله شاور فيه اهل العلم والامانة)

وجملته ان الحاكم إذا حضرته قضية تبين له حكمها في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله أو اجماع أو قياس جلي حكم ولم يحتج الى رأي غيره لقول رسول الله ﷺ لمعاذ حين بعثه الى اليمن « بم تحكم ؟ — قال بكتاب الله قال — فان لم تجد ؟ قال — بسنة رسول الله ﷺ قال — فان لم تجد — قال اجتهد رأيي ولا آلو — قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ » فان احتاج الى الاجتهاد استحب له ان يشاور لقول الله تعالى (وشاورهم في الامر)

وان بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال البينة على خصمك فان عاد نهره فان عاد عزره ان رأى وأمثال ذلك مما فيه اساءة الادب فله مقابلة فاعله وله العفو .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ولي في غير بلده سال عمن فيه من الفقهاء والفضلاء والعدول وينفذ عند مسيره من يعلمهم يوم دخوله ليتلقوه)

وجملة ذلك إذا ولي في غير بلده فاراد المسير إلى بلد ولايته بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ويتعرف منهم مايحتاج الى معرفته فان لم يجد سال في طريقه فان لم يجد سال اذا دخل عن اهله ومن به من العلماء والفضلاء واهل العدالة والسير وسائر مايحتاج إلى معرفته وإذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه .

﴿ مسئلة ﴾ (ويجعل دخوله يوم الاثنين او الخميس أو السبت ان امكنه لقوله عليه الصلاة السلام بورك لامتي في سبتها وخميسها)

وروي عن النبي ﷺ انه كان اذا قدم من سفر قدم يوم الخميس ويكون لابساً اجمل ثيابه فيأتي الجامع فيصلي فيه ركعتين كما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل اذا دخل المدينة ويستقبل القبلة لانه روي « افضل المجالس ما استقبل به القبلة»

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا اجتمع الناس أمر بعهده فقرىء عليهم ليعلموا توليته وامر من ينادي من له حاجة فليحضر يوم كذا ثم ينصرف الى منزله الذي قد اعد له)

قال الحسن ان كان رسول الله ﷺ لغنيا عن مشاورتهم وانما اراد ان يستن بذلك الحكام بعده وقد شاور النبي ﷺ اصحابه في اسارى بدر وفي مصالحة الكفار يوم الخندق وفي لقاء الكفار يوم بدر وروي ماكان أحد اكثر مشاورة لاصحابه من رسول الله ﷺ وشاور ابو بكر الناس في ميراث الجدة وعمر في دية الجنين وشاور الصحابة في حد الخمر وروي ان عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبدالرحمن بن عوف إذا نزل به الامر شاورهم فيه ولا مخالف في استحباب ذلك قال احمد لما ولي سعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما وولي محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما ماأحسن هذا لوكان الحكام يفعلونه يشاورون وينتظرون، ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة ولان الاحاطة بجميع العلوم متعذرة وقد ينتبه لاصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه جاءته الجدتان فورث أم الام واسقط أم الاب فقال له عبدالرحمن بن سهل ياخليفة رسول الله لقد أسقطت التي لو ماتت ورثها وورثت التي لو ماتت لم يرثها فرجع أبو بكر فاشرك بينهما

وروى عمر بن شبة عن الشعبي أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر فجاءته امرأة فقالت

وأول مايبدأ به ان يبعث الى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم وهو مافيه وثائق الناس من المحاضر وهو نسخ مايثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ماحكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية فاذا انتقلت الولاية الى غيره كان عليه تسليمها اليه فتكون مودعة عنده في ديوانه

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يخرج في اليوم الذي وعد الجلوس فيه على اعدل احواله غير غضبان ولا جائع ولا شبعان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم)

كالعطش الشديد والفرح الشديد والحزن الكبير والهم العظيم والوجع المؤلم والحر المزعج والنعاس الذي يغمر القلب ليكون اجمع لقلبه واحضر لذهنه وابلغ في تيقظه للصواب وفطنته لموضع الرأي ولذلك قال النبي ﷺ «لايقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان» فنص على الغضب ونبه على مافي معناه مما ذكرنا ويسلم على من يمر به ثم يسلم على من هو في مجلسه ويصلي تحية المسجد ان كان في المسجد ويجلس على بساط ولا يجلس على التراب ولا على حصر المسجد لان ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم وهذه الآداب المذكورة في هذه المسئلة ليست شرطاً في الحكم الا الخلو من الغضب وما في معناه وفي اشتراطه روايتان وماذكر ههنا من الجلوس على بساط ولا يجلس على التراب ولا حصر المسجد لم نعلم انه نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من خلفائه والاقتداء بهم اولى ان شاء الله تعالى فيكون وجوده وعدمه سواء

يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما في اليوم الحار مايفطر فاستغفر لها وأثنى عليها وقال مثلك اثنى الخير، قال واستحيت المرأة فقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها قال وماشكت قال شكت زوجها أشد الشكاية قال أوذاك أرادت؟ قال نعم قال ردوا علي المرأة فقال لا بأس بالحق أن تقوليه ان هذا زعم انك جئت تشكين زوجك انه يجتنب فراشك قالت أجل اني امرأة شابة واني لا بتغي ما يبتغي النساء فأرسل الى زوجها فجاء فقال لكعب اقض بينهما قال امير المؤمنين أحق ان يقضي بينهما قال عزمت عليك لتقضين بينهما فانك فهمت من امرهما مالم افهم قال فاني ارى كانها عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فاقضي له بثلاثة ايام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله مارأيك الاول أعجب الي من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة . إذا ثبت هذا فانه يشاور اهل العلم والامانة. لان من ليس كذلك فلا قول له في الحادثة ولا يسكن إلى قوله قال سفيان وليكن اهل مشورتك اهل التقوي واهل الامانة ويشاور الموافقين والمخالفين ويسألهم عن حجتهم ليبين له الحق .

(فصل) والمشاورة ههنا لاستخراج الادلة ويعرف الحق بالاجتهاد ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم

﴿ مسئلة ﴾ (ويستعين بالله تعالى ويتوكل عليه ويدعوه سراً ان يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضيه من القول والعمل ويجعل مجلسه في مكان فسيح كالجامع والقضاء الواسع في وسط البلدان امكن ليساوي فيه الناس)

(فصل) ولا يكره القضاء في الجامع والمساجد فعل ذلك شريح والحسن والشعبي ومحارب ابن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبي ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز، وروي عن عمر وعلي وعثمان انهم كانوا يقضون في المسجد قال مالك القضاء في المسجد من أمر الناس القديم وبه قال مالك واسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعي يكره ذلك الان يتفق خصمان عنده في المسجد لما روي ان عمر كتب الى القاسم بن عبد الرحمن لا تقض في المسجد لانه يأتيك الحائض والجنب والذمي وتكثر غاشيته ويجري بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد وربما أدي الى السب ومالم تبن له المساجد

ولنا اجماع الصحابة قد روينا عنهم وقال الشعبي رأيت عمر مستنداً الى القبلة يقضي بين الناس ولان القضاء قربة وطاعة وانصاف بين الناس ولا نعلم صحة ماروه وقد روي عنه خلافه وأما الحائض فان عرضت لها حاجة الى القضاء وكلت او أتته في منزله والجنب يغتسل ويدخل والذمي يجوز دخوله باذن مسلم وقد كان النبي ﷺ يجلس في مسجده مع حاجة الناس اليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضا بالحقوق في المسجد وربما رفعوا اصواتهم فقد روي عن كعب ابن مالك قال تقاضيت ابن أبي حدرد دينا في المسجد حتى ارتفعت اصواتنا فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فأشار الي ضع من دينك الشطر فقلت نعم يارسول الله فقال «قم فاقضه»

بقول سواه سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء وسواء ضاق الوقت أو لم يضق وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إذا كان الحاكم من اهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار اليه فهو ضرب من الاجتهاد ولانه يعتقد انه أعرف منه بطريق الاجتهاد.

ولنا انه من اهل الاجتهاد فلم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين في القبلة وما ذكره ليس بصحيح فان من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ فاذا اعتقد ان ما قاله خطأ لم يجز له ان يعمل به وان كان لم يبن له الحق فلا يجوز له ان يحكم بما يجوز ان يبين له خطؤه إذا اجتهد

(فصل) قال أصحابنا يستحب أن يحضر مجالسه اهل العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثة يفتقر الى ان يسألهم عنها سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فانه اسرع لاجتهاده واقرب لصوابه فان حكم باجتهاده فليس لاحد منهم أن يرد عليه وان خالف اجتهاده لان فيه افتياتاً عليه الا ان يحكم بما يخالف نصاً او اجماعاً

(فصل) وينبغي له ان يحضر شهوده مجالسه ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يتخذ حاجبا ولا بوابا يحجب الناس عن الوصول اليه)

لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال «من ولي من أمور الناس شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره» رواه الترمذي ولان حاجبه ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم ولا بأس باتخاذ حاجب في غير مجلس القضاء لانه يحتاج إلى الخلوة بنفسه

﴿ مسئلة ﴾ (ويعرض القصص فيبدأ بالاول فالاول)

لان الاول سبق فقدم كما لو سبق إلى موضع مباح ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة واحدة لئلا يستوعب المجلس بدعاويه فيضر بغيره فان حضروا دفعة واحدة وتشاحوا اقرع بينهم فقدم من تقع له القرعة ويعدل بين الخصمين في لحظه ولفظه والدخول عليه الا ان يكون احدهما كافراً فيقدم المسلم عليه في الدخول ويرفعه في الجلوس لحرمة الاسلام فان الله تعالى قال (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون) ووجه وجوب العدل بين الخصمين فيما ذكرنا ماروى عمرو بن شبة في كتاب القضاة باسناده عن ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه واشارته ومقعده ولا يرفعن صوته على أحد الخصمين ولا يرفعه على الاخر» وفي رواية « فليسو بينهم في النظر والمجلس والاشارة » ولانه اذا ميز احد الخصمين عن الآخر حصر وانكسر وربما لم يقم حجته فادى ذلك إلى ظلمه وقيل يسوي بين المسلم والكافر لان العدل يقتضي ذلك ولا يسار

فان كان ممن يحكم بعلمه فان شاء ادناهم اليه وان شاء باعدهم منه بحيث اذا احتاج الى اشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك وان كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه اقراره ويشهدوا به

(فصل) وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لاحد الخصمين حكم وان كان فيها لبس أمرهما بالصلح فان أبيا أخرهما الى البيان فان عجلها قبل البيان لم يصح حكمه

وممن رأى الاصلاح بين الخصمين شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعنبري وروي عن عمر انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن قال ابو عبيد انما يسعه الصلح في الامور المشكلة . أما إذا استنارت الحجة لاحد الخصمين وتبين له موضع الظالم فليس له ان يحملهما على الصلح ونحوه قول عطاء واستحسنه ابن المنذر وروي عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين الا مرة واحدة

(فصل) وإذا احدثت حادثة نظر في كتاب الله فان وجدها والا نظر في سنة رسوله فان لم يجدها نظر في القياس فألحقها بأشبه الاصول بها لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص وعمرو والرجال مجهولون إلا انه

(احداهما) ولا يلقنه حجته لما فيه من الضرر ولا يضيفه لانه يكسر قلب صاحبه وروي مثل ذلك عن علي الا ان يضيف صاحبه معه لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه نزل به رجل فقال له انك خصم قال نعم قال تحول عنا فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تضيفوا أحد الخصمين الا وخصمه معه»

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعلمه كيف يدعي في احد الوجهين لما ذكرنا وفي الآخر له تحرير الدعوى إذا لم يحسن تحريرها).

لانه لا ضرر على خصمه وله ان يشفع إلى خصمه لينظره او يضع عنه ويزن عنه لان النبي ﷺ شفع إلى كعب بن مالك في ان يحط عن ابن أبي حدرد بعض دينه وله ان يزن عن المدعى عليه ماوجب عليه لانه نفع لخصمه ولا يكون الا بعد انقضاء الحكم

﴿ مسئلة ﴾ (ويحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب)

حتى اذا حدثت حادثه يفتقر الى سؤالهم عنها سألهم ليذكروا ادلتهم فيها وجوابهم عنها فانه اسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه وان حكم باجتهاده فليس لاحد منهم الاعتراض عليه وان خالف اجتهاده ولان فيه افتياتا عليه الا ان يحكم بما يخالف نصاً أو اجماعا ويستحب ان يشاورهم فيما يشكل عليه لقول الله سبحانه (وشاورهم في الامر) قال الحسن ان كان رسول الله ﷺ لغنياً عن مشورتهم وانما أراد أن يستن بذلك الحكام بعده وقد شاور النبي ﷺ أصحابه في اسارى بدر وفي مصالحة الكفار يوم الخندق وشاور أبو بكر رضي الله عنه الناس في ميراث الجدة وعمر في دية الجنين وشاور

حديث مشهور في كتب أهل العلم رواه سعيد بن منصور والامام احمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه فروى سعيد أن عمر قال لشريح انظر مايتبين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً وما لا يتبين لك في كتاب الله فتبع فيه السنة وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك وعن ابن مسعود مثل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يحكم الحاكم بعلمه)

ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولي الشافعي . وعن احمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبي يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزني لان النبي ﷺ لما قالت له هند ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها

وروى ابن عبد البر في كتابه ان عروة ومجاهداً رويا أن رجلا من بني مخزوم استعدى عمر

في حد الخمر وروي ان عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف اذا نزل به الامر شاورهم فيه ولا مخالف في استحباب ذلك قال أحمد لما ولي سعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم ويشاورهما وولي محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما، ماأحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه يشاورون وينتظرون لانه يتنبه بالمشاورة ويتذكر مانسيه بالمذاكرة ولان الاحاطة بجميع العلوم متعذرة وقد يتنبه لاصابة الحق ومعرفة الحادثة من من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه؟ فقد روي أن ابا بكر الصديق رضي الله عنه جاءته الجدتان فورث ام الام واسقط ام الاب فقال له عبد الرحمن ابن سهل ياخليفه رسول الله لقد اسقطت التي لو ماتت ورثها وورثت التي لو ماتت لم يرثها فرجع ابو بكر فاشرك بينهما . اذا ثبت هذا فانه يشاور اهل العلم والامانة لان من ليس كذلك لا قول له في الحادثة ولا يسكن الى قوله قال سفيان وليكن اهل مشورتك اهل التقوى واهل الامانة ويشاور الموافقين والمخالفين ويسألهم عن حججهم ليبين له الحق

﴿ مسئلة ﴾ (والمشاورة ههنا لاستخراج الادلة وتعرف الحق بالاجتهاد)

﴿ مسئلة ﴾ فان اتضح له الحكم حكم وإلا اخره ولا يقلد غيره وان كان اعلم منه

لا يجوز تقليد غيره سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه اولم يظهر له شيء وسواء ضاق الوقت اولم يضق وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة اذا كان الحاكم من اهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأي من هو افقه منه عنده اذا صار اليه فهو ضرب من الاجتهاد لانه يعتقد أنه افقه منه بطريق الاجتهاد

ابن الخطاب على أبي سفيان بن حرب انه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا وقال عمر اني لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان فأتني بأبي سفيان فأتاه به فقال له عمر يا أبا سفيان انهض بنا إلى موضع كذا وكذا فنهضوا ونظر عمر فقال يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا أفعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا أفعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا أم لك فضعه ههنا فانك ما علمت قديم الظلم فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر، ثم ان عمر استقبل القبلة فقال اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذللته لي بالاسلام، قال فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال اللهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما أذل به لعمر . قالوا فحكم بعلمه ولان الحاكم يحكم بالشاهدين لانهما يغلبان على الظن فما تحققه وقطع به كان اولى ولانه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة . وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به وما علمه في ولايته حكم به لان ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته

ولنا أنه من أهل الاجتهاد فلم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين في القبلة وما ذكروه لا يصح فان من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ فاذا اعتقد ان ما قاله خطأ لم يجز له ان يعمل به وان كان لم يبن له الحق فلايجوز له ان يحكم بما يجوز ان يبين له خطؤه اذا اجتهد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقضي وهو غضبان ولا حاقن ولا في شدة الجوع والعطش والهم والوجع والنعاس والبرد المؤلم والحر المزعج فان خالف وحكم فوافق الحق نفذ حكمه وقال القاضي لا ينفذ وقيل ان عرض له ذلك بعد فهم الحكم جاز وإلا فلا)

لاخلاف بين أهل العلم فيما علمنا في ان القاضي لا ينبغي له ان يقضي وهو غضبان كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعي لما روي ان ابا بكرة كتب الى ابنه عبد الله وهو قاض بسجستان لا تحكم بين اثنين وانت غضبان فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يحكم احد بين اثنين وهو غضبان» متفق عليه وروي عن عمر انه كتب الى ابي موسى، اياك والقلق والغضب والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة فاذا رأيت الخصم يتعمد فاوجع رأسه، ولانه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره وفي معنى الغضب كلما يشغل فكره من الجوع المفرط والعطش الشديد والجوع المزعج ومدافعة احد الاخبثين وشدة النعاس والهم والغم والحزن والفرح فهذه كلها تمنع الحكم لانها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به الى اصابة الحق في الغالب فهي في معنى الغضب المنصوص عليه فتجري مجراه فان خالف وحكم في الغضب او ما شاكله فوافق الحق نفذ قضاؤه

ولنا قول النبي ﷺ « انما انا بشر وانكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه » فدل على انه انما يقضي بما يسمع لا بما يعلم وقال النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندي «شاهداك او يمينه ليس لك منه إلا ذاك»

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له احدهما انت شاهدي فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا اشهد

وذكر ابن عبد البر في كتابه عن عائشة رضي الله عنها ان النبي ﷺ بعث ابا جهم على الصدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي ﷺ فاعطاهم الارش ثم قال « اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ، أرضيتم ؟» قالوا نعم فصعد النبي ﷺ فخطب وذكر القصة وقال « أرضيتم ؟ » قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل النبي ﷺ فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال «أرضيتم ؟» قالوا نعم ، وهذا يبين انه لم يأخذ بعلمه

وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال لو رأيت حداً على رجل لم أحده حتى تقوم البينة ، ولان تجويز القضاء بعلمه يفضي الى تهمته والحكم بما اشتهى ويحيله على علمه . فاما حديث

ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وحكي عن القاضي انه لا ينفذ لانه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

ولنا ان النبي ﷺ اختصم اليه الزبير ورجل من الانصار في شراج الحرة فقال النبي ﷺ « اسق ثم ارسل إلى جارك» فقال الانصاري أن كان ابن عمتك؟ فغضب رسول الله ﷺ وقال للزبير « اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر» متفق عليه فحكم في حال غضبه وقال بعض اهل العلم انما يمنع الغضب الحكم اذا كان قبل أن يتضح حكم المسألة للحاكم لانه يشغله عن استيفاء النظر فيها فاما ماحدث بعد اتضاح الحكم فلا يمنعه لان الحق قد استبان قبله كغضب النبي ﷺ في قصة الزبير

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحل له أن يرتشي ، ولا يقبل الهدية إلا ممن كان يهدي اليه قبل ولايته بشرط أن لا تكون له حكومة)

اما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام على الآخذ بلا خلاف قال الله تعالى (أكالون للسحت) قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره هو الرشوة ، وقال إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به الكفر ، وروى عبدالله بن عمر قال : لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ورواه ابو هريرة وزاد في الحكم رواه ابو بكر في زاد المسافر وزاد والرائش وهو السفير بينهما ولان المرتشي انما يرتشي ليحكم بغير الحق او يتوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم قال مسروق سألت بن مسعود عن السحت اهو الرشوة في الحكم؟ قال لا (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) و (الظالمون) و (الفاسقون) وانما السحت أن يستعينك على مظلمة فيهدي لك فلا تقبل. وقال

ابي سفيان فلا حجة فيه لانه فتيا لا حكم بدليل ان النبي ﷺ افتى في حق ابي سفيان من غير حضوره ولو كان حكما عايه لم يحكم عليه في غيبته .وحديث عمر الذي رووه كان إنكاراً لمنكر رآه لاحكم بدليل انه ماوجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما ودليل ذلك مارويناه عنه ثم لو كان حكماً كان معارضاً بما رويناه عنه ويفارق الحكم بالشاهدين فانه لا يفضي إلى تهمة بخلاف مسئلتنا .وأما الجرح والتعديل فانه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف لانه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل فان المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما فاذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما الى مزكيين ثم كل واحد منهما يحتاج الى مزكيين فيتسلسل ومانحن فيه بخلافه

(فصل) ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والاقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان فان لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحمد على انه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لانه حكم بعلمه

(مسئلة) قال (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعا)

وجملة ذلك ان الحاكم إذا رفعت اليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له

قتادة قال كعب الرشوة تسفه الحليم وتعمي عين الحكيم . فاما الراشي فان رشاه ليحكم له بباطل او يدفع عنه فهو ملعون وان رشاه ليدفع ظلمه ويجزئه على واجبه فقال عطاء وجابر بن زيد والحسن لا بأس أن يصانع عن نفسه قال جابر : ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ولانه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره .

(فصل) ولا يقبل الحاكم هدية وذلك لان الهدية يقصد بها في الغالب استمالته ليعتني به في الحكم فيشبه الرشوة قال مسروق إذا قبل القاضي الهدية اكل السحت وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر وقد روى أبو حميد الساعدي قال بعث رسول الله ﷺ رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فقال هذا لكم وهذا اهدي الي فقام النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « مابال العامل نبعثه فيقول هذا لكم وهذا اهدي الي؟ الا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر ايهدى اليه ام لا ؟ والذي نفس محمد بيده لا نبعث أحدا منكم فيأخذ شيئاً الا جاء يوم القيامة يحمله ان كان بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر »فرفع يده حتى رأيت عفرة ابطيه فقال « اللهم هل بلغت ثلاثاً ؟ » متفق عليه ولان حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها الى ميل الحاكم معه على خصمه فلم يجز قبولها كالرشوة فاما ان كان يهدي اليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية لانها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبلها بدليل وجودها قبل الولاية قال القاضي ويستحب له التنزه عنها فان أحس انه يقدمها بين يدي خصومة أو فعلها حال

خطأ نفسه نظرت فان كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه وبهذا قال الشافعي وزاد إذا خالف نصاً جلياً نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة انهما قالا لا ينقض الحكم إلا اذا خالف الاجماع ثم ناقضا ذلك فقال مالك اذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة اذا حكم ببيع متروك التسمية او حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه ، وقال محمد بن الحسن اذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة واحتجوا على انه لا ينقض مالم يخالف الاجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه

وحكي عن ابي ثور وداود انه ينقض جميع مابان له خطؤه لان عمر رضي الله عنه كتب الى ابي موسى لا يمنعنك قضاء قضيته بالامس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل ، ولانه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع ، وحكي عن مالك انه وافقهما في قضاء نفسه

ولنا على نقضه اذا خالف نصاً أو اجماعا انه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الاجماع وبيان مخالفته للشرط ان شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ ولأنه اذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه كما لو خالف الاجماع أو كما لو حكم بشهادة كافرين وما

الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لانها كالرشوة وهذا كله مذهب الشافعي وروي عن أبي حنيفة وأصحابه ان قبول الهدية مكروه غير محرم وفيما ذكرناه دلالة على التحريم

﴿مسئلة﴾ (فان ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ردها الى اربابها)

لأنه أخذها منهم بغير حق فاشبه المأخوذ بعقد فاسد ويحتمل ان يجعلها في بيت المال لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللتبية بردها الى أربابها وقد قال أحمد اذا اهدى البطريق لصاحب الجيش عينا أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش قال أبو بكر يكونون فيه سواء

﴿مسئلة﴾ (ويكره ان يتولى البيع والشراء بنفسه ويستحب ان يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله)

لما روى أبو الاسود المالكي عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «ماعدل ولي اتجر في رعيته أبداً » ولانه يعرف فيحابى فيكون كالهدية ولان ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس وقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق فقالوا ياخليفة رسول الله لا يسعك ان تشتغل عن أمور المسلمين فقال « فاني لا أدع عيالي يضيعون » قالوا فنحن نفرض لك ما يكفيك ففرضوا له كل يوم درهمين فان باع واشترى صح البيع وتم بشروطه وأركانه ان احتاج الى مباشرته ولم يكن له ما يكفيه لم يكره لان أبا بكر رضي الله عنه قصد السوق ليتجر حتى فرضوا له ما يكفيه ولان القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة وإنما اذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره لما ذكرناه من المعنيين وينبغي ان يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى

قالوه يبطل بما حكيناه عنهم . فان قيل أليس اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه

(احدها) ان استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المسايفة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ولا يجوز ترك الحق الى غيره مع العلم بحال (الثاني) ان الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة

(الثالث) أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء وههنا اذا بان له الخطأ لايعود الاشتباه بعد ذلك

وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا اجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته لان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على ذلك فان أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه وعلي خالف عمر في اجتهاده فلم ينقض أحكامه وخالفهما علي فلم ينقض أحكامهما فان ابا بكر سوى بين الناس في العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرم العبيد ولم ينقض واحد منهم مافعله من قبله وجاء أهل نجران الى علي فقالوا ياأمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال ويحكم أن عمر كان رشيد الامر ولن أرد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد

وهذا مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه قال لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من لا يعرف لما ذكرنا من قضية أبي بكر رضي الله عنه ولما ذكرناه وروي عن شريح أنه قال شرط علي عمر حين ولاني القضاء ان لا أبيع ولا أبتاع ولا ارتشي ولا اقضي وانا غضبان وقضية أبي بكر حجة لنا فان الصحابة انكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع فلما اغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا له قبل قولهم وترك التجارة فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها

﴿مسئلة﴾ (وتستحب له عيادة المرضى وشهود الجنائز ما لم تشغله عن الحكم وزيارة الاخوان والصالحين من الناس لانه قربة وطاعة وان كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم)

لان هذا تبرع فلا يشتغل به عن الفرض وله حضور البعض لان هذا يفعله لنفع نفسه بتحصيل الاجر والقربة له بخلاف الولائم لانه يراعى فيها حق الداعي فيكسر قلب من لم يجب اذا اجيب غيره

﴿مسئلة﴾ (وله حضور الولائم)

لان النبي ﷺ كان يحضرها ويأمر بحضورها وقال من لم يجب فقد عصى الله ورسوله فان كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً لان هذا يشغله عن الحكم الذي تعين عليه لكنه يعتذر اليهم ويسألهم التحليل ولا يجيب بعضاً دون بعض لان في ذلك كسرا لقلب من لم يجبه الا ان يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض مثل ان يكون في إحداها منكر أو تكون في مكان بعيد أو يشتغل

وروي أن عمر حكم في المشركة باسقاط الاخوة من الابوين ثم شرك بينهم بعد وقال تلك على ماقضينا وهذه على ماقضينا وقضى في الجد بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ولانه يؤدي الى نقض الحكم بمثله وهذا يؤدي إلى أن لايثبت الحكم أصلا لان الحاكم الثاني يخالف الذي قبله ، والثالث يخالف الثاني فلا يثبت حكم ، فان قيل فقد روي أن شريحاً حكم في ابني عم أحدهما أخ لام ان المال للأخ فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال علي بالعبد فجيء به فقال في أي كتاب الله وجدت ذلك؟ فقال قال الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) فقال له علي قد قال الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) ونقض حكمه ، قلنا لم يثبت عندنا أن علياً نقض حكمه ولو ثبت فيحتمل ان يكون علي رضي الله عنه اعتقد انه خالف نص الكتاب في الآية التي ذكرها فنقض حكمه لذلك

(فصل) اذا تغير اجتهاده قبل الحكم فانه يحكم بما تغير اجتهاده اليه ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الاول لانه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد انه باطل وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده في القبلة بعدما صلى لايعيد ، وإن كان قبل أن يصلي الى الجهة التي تغير اجتهاده اليها ولذلك اذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ولو بان بعد الحكم لم ينقضه

بها زمنا طويلا والاخرى بخلاف ذلك فله الاجابة اليها دون الاولى لان عذره ظاهر في التخلف عن الاولى

﴿مسئلة﴾ (ويوصي الوكلاء والاعوان على بابه بالرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد ان يكونوا شيوخاً أو كهولا من أهل الدين والعفة والصيانة)

لانهم أقل شرا فان الشباب شعبة من الجنون ولان الحاكم يأتيه النساء وفي اجتماع الشباب بهن ضرورة

﴿مسئلة﴾ (ويتخذ كاتباً مسلما مكلفاً عدلا حافظا عالما يجلسه حيث يشاهد ما يكتبه ويجعل القمطر مختوما بين يديه)

وجملة ذلك أنه يستحب للحاكم ان يتخذ كاتباً لان النبي ﷺ استكتب زيد بن ثابت وغيره ولان الحاكم تكثر اشغاله ونظره فلا يمكنه تولي الكتابة بنفسه وان أمكنه الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى ولا يجوز ان يستنيب في ذلك الا عدلا لان الكتابة موضع أمانة ويستحب ان يكون فقيها ليعرف مواقع الالفاظ التي تتعلق بها الاحكام ويفرق بين الجائز والواجب وينبغي ان يكون وافر العقل نزها ورعاً لئلا يستمال بالطمع ويكون مسلما لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا) وقد روي أن أبا موسى قدم على عمر ومعه كاتب نصراني فاحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال قل لكاتبك يجيء ويقرأ كتابه قال إنه لا يدخل المسجد قال ولم؟ قال إنه نصراني فانتهره عمر وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى ولا تقربوهم وقد ابعدهم الله ولا تعزوهم وقد اذلهم الله ولان الاسلام من شروط العدالة والعدالة شرط وقال أصحاب الشافعي في

(فصل) وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لان الظاهر صحتها وصوابها وانه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية فان تتبعها نظر في الحاكم قبله فإن كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من احكامه الصواب او لم يخالف كتابا ولا سنة ولا اجماعا لم يسغ نقضه، وإن كان مخالفا لأحد هذه الثلاثة وكان في حق لله تعالى كالعتاق والطلاق نقضه لان له النظر في حقوق الله سبحانه، وإن كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه الا بمطالبة صاحبه لان الحاكم لا يستوفي حقا لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته فان طلب صاحبه ذلك نقضه، وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا يسوغ لان حكمه غير صحيح وقضاؤه كلا قضاء لعدم شرط القضاء فيه وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد لان الاول ليس باجتهاد ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه فان الحق وصل الى مستحقه، وقال أبو الخطاب: تنقض قضاياه كلها ما أخطأ فيه وما أصاب وهو مذهب الشافعي لان وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة فان الحق لو وصل الى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه والله أعلم

(فصل) وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في قول جمهور العلماء منهم مالك والاوزاعي

اشتراط عدالته واسلامه وجهان (أحدهما) يشترط لما ذكرنا (والثاني) لا يشترط لان مايكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فهو من الخيانة ويستحب ان يكون جيد الخط لانه أكمل وان يكون حراً ليخرج من الخلاف وان كان عبداً جاز لان شهادة العبد جايزة ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ولا بد من كونه حاسباً لانه عمله وبه يقسم فهو كالخط للكاتب والفقه للحاكم ويستحب للحاكم ان يجلس الكاتب بين يديه ليشاهد مايكتبه ويشافهه بما يملي عليه وان قعد ناحية جاز لان المقصود يحصل لان ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه ويجعل القمطر مختوما بين يديه ليترك فيه مايجتمع من المحاضر والسجلات ويتحرز من ان يدخله كتاب مزور أو يؤخذ منه شيء

﴿مسئلة﴾ (ويستحب ان لا يحكم الا بحضرة الشهود)

ليستوفى بهم الحقوق ويثبت بهم الحجج والمحاضر فان كان ممن يحكم بعلمه فان شاء ادناهم اليه وان شاء أبعدهم منه بحيث اذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك وان كان ممن لا يحكم بعلمه اجلسهم بالقرب حتى يسمعوا كلام المتحاكمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه اقراره

﴿مسئلة﴾ (ولا يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له ويحكم بينهم بعض خلفائه)

أو بعض رعيته فان عمر حاكم أبيا الى زيد وحاكم رجلا عراقياً إلى شريح وحاكم علي يهوديا إلى شريح وحاكم عثمان طلحة الى جبير بن مطعم وان عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له الحكم فيها بنفسه. وان حكم لم ينفذ حكمه له كنفسه

والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة إذا حكم الحاكم بعقد اوفسخ أو طلاق نفذ حكمه ظاهراً وباطناً فلو ان رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلها القاضي بظاهر عدالتهما ففرق بين الزوجين لجاز لاحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الكذب ولو ان رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم حلت له بذلك وصارت زوجته قال ابن المنذر وتفرد أبو حنيفة فقال: لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما فحكم الحاكم بطلاقها لحل لها ان تتزوج وحل لاحد الشاهدين نكاحها واحتج بما روي عن علي رضي الله عنه ان رجلا ادعى على امرأة نكاحها فرفعها الى علي رضي الله عنه فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقدا حتى احل له فقال شاهداك زوجاك فدل على ان النكاح ثبت بحكمه ولان اللعان ينفسخ به النكاح وإن كان أحدهما كاذبا فالحكم أولى

ولنا قول النبي ﷺ « انما أنا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم يكون الحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار » متفق عليه وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له

(والثاني) ينفذ حكمه اختاره ابو بكر وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور لانه حكم لغيره أشبه الاجانب وعلى القول الاول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الامام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه فان كانت الحكومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز الحكم بينهما على أحد الوجهين لانه لا تقبل شهادته لاحدهما على الاخر فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه اجنبياً وفي الآخر يجوز وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانهما سواء عنده فارتفعت تهمة الميل فأشبها الاجنبيين

(فصل) قال رضي الله عنه وأول ما ينظر في أمر المحبسين فيبعث ثقة الى الحبس فيكتب اسم كل محبوس ومن حبسه؟ وفيم حبسه؟ في رقعة منفردة ثم ينادي في البلد ان القاضي ينظر في أمر المحبسين غدا فمن له منهم خصيم فليحضر

إنما بدأ بالنظر في أمر المحبسين لان الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضي الذي كان قبله ثقة فيكتب اسم كل محبوس وفيم حبس؟ ولمن حبس؟ وتحمل الرقاع اليه ويأمر منادياً ينادي في البلد ثلاثة أيام ان القاضي فلان بن فلان ينظر في أمر المحبسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر فاذا احضر الناس في ذلك اليوم جعل الرقاع بين يديه فيمد يده اليها فما وقع في يده منها نظر الى اسم المحبوس وقال من خصم فلان المحبوس؟ فاذا قال خصمه انا بعث ثقة الى الحبس فاخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك في قدر ما يعلم انه يتسع زمانه للنظر في ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه لم حبسه؟ لان الظاهر

ولانه حكم بشهادة زور فلا يحل له ما كان محرما عليه كالمال المطلق وأما الخبر عن علي ان صح فلا حجة لهم فيه لانه اضاف التزويج الى الشاهدين لا الى حكمه ولم يجبها الى التزويج لان فيه طعنا على الشهود فأما اللعان فانما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح إذا ثبت هذا فاذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته فانها لا تحل له ويلزمها في الظاهر وعليها ان تمتنع ما أمكنها فان اكرهها عليه فالاثم عليه دونها وإن وطئها الرجل فقال أصحابنا وبعض الشافعية عليه الحد لانه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية وقيل لا حد عليه لانه وطء مختلف في حله فيكون ذلك شبهة وليس لها ان تتزوج غيره وقال أصحاب الشافعي تحل لزوج ثان غير أنها ممنوعة منه في الحكم وقال القاضي يصح النكاح

ولنا أن هذا يفضي الى الجمع بين الوطء للمرأة من اثنين أحدهما يطؤها بحكم الظاهر والآخر بحكم الباطن وهذا فساد فلا يشرع ولانها منكوحة لهذا الذي قامت له البينة في قول بعض الائمة فلم يجز تزويجها لغيره كالمتزوجة بغير ولي وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة في ان حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود والاول هو المذهب

ان الحاكم إنما حبسه بحق لكن يسأل المحبوس بم حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة اقسام

(أحدها) أن يقول حبسني بحق له حال انا مليء به فيقول له الحاكم اقض والا رددتك إلى الحبس

(الثاني) ان يقول له على دين انا معسر به فيسأل خصمه فإن صدقه فلسه الحاكم وأطلقه وان كذبه نظر في سبب الدين فان كان سببا حصل له به مال كقرض او شراء لم يقبل قوله في الاعسار إلا ببينة بان ماله تلف او نفد او ببينة انه معسر فيزول الاصل الذي ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال ، وان لم يثبت له أصل مال ولم يكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه انه معسر لان الاصل الاعسار ، وان شهدت لخصمه بينة بان له مالا لم تقبل حتى يبين ذلك المال بما يتميز به فان شهدت عليه البينة بدار معينة او غيرها فصدقها فلا كلام وان كذبها وقال ليس هذا لي وانما هو في يدي لغيري لم يقبل الا أن يعزوه الى معين فإن كان الذي اقر له حاضراً سئل فان كذبه في إقراره سقط وقضى من المال دينه ، وان صدقه وكانت له بينة فهو أولى لان له بينة وصاحب اليد يقر له به وان لم تكن له بينة فذكر القاضي أنه لا يقبل قولهما ويقضى الدين منه لان البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه فاذا لم تقبل شهادتها في حق نفسه قبلت فيما تضمنته لانه حق لغيره ولانه متهم في إقراره لغيره لانه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود اليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله وفيه وجه آخر يثبت الاقرار وتسقط البينة لانها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره

(فصل) وإذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم ففيه روايتان

(احداهما) أنه يلزمه ان يعديه ويستدعي خصمه سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم وسواء كان المستعدي ممن يعامل المستعدى عليه او لا يعامله كالفقير يدعي على ذي ثروة وهيئة نص على هذا في رواية الاثرم في الرجل يستعدي على الحاكم انه يحضره ويستحلفه وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والشافعي لان في تركه تضييعاً للحقوق وإقراراً للظلم فانه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه أو يودعه شيئاً أو يعيره اياه فلا يرده ولا تعلم بينهما معاملة فاذا لم يعد عليه سقط حقه وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم فانه لا نقيصة فيه وقد حضر عمر وأبي عند زيد وحضر هو وآخر عند شريح وحضر علي عند شريح وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله

(والرواية الثانية) لا يستدعيه الا ان يعلم بينهما معاملة ويتبين أن لما ادعاه أصلا روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو مذهب مالك لان في إعدائه على كل أحد تبذيل اهل المروءات واهانة لذوي الهيئات فانه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم الا فعل وربما فعل هذا من لا حق له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله ، والاولى أولى لان ضرر تضييع الحق أعظم من هذا وللمستدعى عليه أن يوكل من يقوم مقامه ان كره الحضور وإن كان المستدعى عليه امرأة نظرت

(القسم الثالث) أن يقول حبسني لان البينة شهدت علي لخصمي بحق ابحث عن حال الشهود فهذا ينبني على اصل وهو ان الحاكم هل له ذلك اولا ؟ وفيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لان الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه فعلى هذا لا يرده الى الحبس ان صدقه خصمه في هذا

(والثاني) يجوز حبسه لان المدعي قد أقام ما عليه وانما بقي ما على الحاكم من البحث ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين يرده إلى الحبس حتى يكشف عن حال شهوده وان كذبه خصمه وقال بل عرف الحاكم عدالة شهودي وحكم عليه بالحق فالقول قوله لان الظاهر ان حبسه بحق

(القسم الرابع) أن يقول حبسني الحاكم بثمن كلب اوقيمة خمر أرقته لذمي لانه كان يرى ذلك فان صدقه خصمه فذكر القاضي انه يطلقه لان غرم هذا ليس بواجب وفيه وجه آخر ان الحاكم ينفذ حكم الحاكم الاول لانه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده وفيه وجه ثالث انه يتوقف ويجتهد ان يصطلحا على شيء لانه لا يمكنه فعل أحد الامرين وللشافعي قولان كالوجهين الآخرين فان كذبه خصمه وقال بل حبست لحق واجب غير هذا فالقول قوله لان الظاهر حبسه لحق

﴿مسئلة﴾ (وان كان حبس في تهمة او افتيات على القاضي قبله خلى سبيله) لان المقصود بحبسه التأديب وقد حصل)

فان كانت برزة وهي التي تبرز لقضاء حوائجها فحكمها حكم الرجل وإن كانت مخدرة وهي التي لاتبرز لقضاء حوائجها امرت بالتوكيل فان توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان فيستحلفها بحضرتها فان اقرت شهدا عليها وذكر القاضي أن الحاكم يبعث من يقضي بينها وبين خصمها في دارها وهو مذهب الشافعي لان النبي قال « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها وإذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه فان اعترفت للمدعي أنها خصمه حكم بينهما وإن أنكرت ذلك جيء بشاهدين من ذوي رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ثم يحكم بينهما فان لم تكن له بينة التحفت بجلبابها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة وما ذكرناه أولى إن شاء الله لانه استر لها واذا كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه

(فصل) ولايخلو المستعدى عليه من أن يكون حاضراً أوغائباً فان كان حاضراً في البلد أو قريباً منه فان شاء الحاكم بعث مع المستعدي عوناً يحضر المدعى عليه وان شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوما بخاتمه فاذا بعث معه ختما فعاد فذكر انه امتنع او كسر الختم بعث اليه عيونا فان امتنع أنفذ صاحب المعونة فاحضره فاذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره ان رأى ذلك بحسب

﴿ مسئلة ﴾ (وان لم يحضر له خصم فقال حبست ظلما ولاحق علي ولاخصم نادى بذلك ثلاثا فان حضر له خصم والا أحلفه وخلى سبيله) لان الظاهر انه لو كان له خصم لظهر

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينظر في امر المجانين واليتامى والوقوف)

والنظر في ذلك بالنظر في امر الاوصياء ونظار الوقوف لانهم يكونون ناظرين في أموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين لان المنظور عليه ان كان من الايتام والمجانين لم يمكنهم المطالبة لانهم لاقول لهم وان كانوا مساكين لم يتعين الاخذ منهم فاذا قدم اليه الوصي فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله لان الحاكم مانفذ وصيته إلا بعد معرفته اهليته في الظاهر ولكن نراعيه فان تغيرت حاله بفسق او ضعف اضاف اليه امينا قويا يعينه وان كان الاول مانفذ وصيته نظر فيه فان كان امينا قويا أقره ، وان كان أمينا ضعيفا ضم اليه من يعينه ، وان كان فاسقا عزله واقام غيره ، وعلى قول الخرقي يضم اليه امين ينظر عليه فان كان قد تصرف او فرق الوصية وهو أهل الوصية نفذ تصرفه ، فان كان ليس باهل وكان الموصى لهم بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لانهم قبضوا حقوقهم ، وان كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان (أحدهما) عليه الضمان ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لانه ليس له التصرف (والثاني) لاضمان عليه لانه اوصله إلى أهله ، وكذلك ان فرق الوصية غير الموصى اليه بتفريقها فعلى الوجهين

(فصل) وينظر في أمناء الحاكم وهم من رد اليهم الحاكم النظر في امر الاطفال وتفرقة الوصايا

ما يراه تأديباً له إما بالكلام وكشف رأسه أو بالضرب أو بالحبس فان اختبأ بعث الحاكم من ينادي على بابه ثلاثاً انه ان لم يحضر سمر بابه وختم عليه ويجمع اماثل جيرانه ويشهدهم على اعذاره فان لم يحضر وسأل المدعي ان يسمر عليه منزله وختم عليه وتقرر عند الحاكم ان المنزل منزله سمره أو ختمه فان لم يحضر بعث الحاكم من ينادي على بابه بحضرة شاهدي عدل انه ان لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه فان لم يحضر أقام عنه وكيلا وسمع البينة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب وقضي حقه من ماله ان وجد له مالا وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف وأهل البصرة حكاه عنهم أحمد وان لم يجد له مالا ولم تكن للمدعي بينة فكان أحمد ينكر التهجم عليه ويشتد عليه حتى يظهر وقال الشافعي ان علم له مكانا أمر بالهجوم عليه فيبعث خصيانا أو غلمانا لم يبلغوا الحلم وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء والصبيان فاذا حصلوا في صحن الدار دخل الرجال ويؤمر الخصيان بالتفتيش ويتفقد النساء النساء فان ظفروا به أخذوه فاحضروه وان استعدى على غائب نظرت فان كان الغائب في غير ولاية القاضي لم يكن له أن يعدي عليه وله الحكم عليه على ماسنذكره ان شاء الله تعالى وان كان في ولايته وله في بلده خليفة فان كانت له بينة ثبت الحق عنده وكتب به الى خليفته ولم يحضره وان لم تكن له بينة حاضرة

التي لم يتعين لها وصي فان كانوا بحالهم أقرهم لان الذي قبله ولاهم، ومن تغير حاله عزله ان فسق، وان ضعف ضم اليه أمينا

(فصل) ثم ينظر في امر الضوال واللقطة التي يتولى الحاكم حفظها فان كانت مما يخاف تلفه كالحيوان او في حفظه مؤنة كالاموال الحافية باعها وحفظ ثمنها لاربابها، وان لم تكن كذلك كالأثمان حفظها لاربابها ويكتب عليها ليعرفها

﴿ مسئلة ﴾ (ثم ينظر في حال القاضي قبله فان كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ماخالف نص كتاب او سنة او اجماعا)

ولا يجب على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لان الظاهر صحتها وصوابها وانه لا يتولى القضاء الا من هو من اهل الولاية فان تتبعها نظر في الحاكم قبله فان كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من احكامه الصواب او لم يخالف كتابا ولا سنة ولا اجماعا لم يجز نقضه، و ن كان مخالفاً لاحد هذه الثلاثة وكان في حق الله تعالى كالعتاق والطلاق نقضه لان له النظر في حقوق الله تعالى، وان كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه لان الحاكم لايستوفي حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته فان طلب صاحبه ذلك نقضه وبهذا قال الشافعي وزاد اذا خالف قياساً جليا نقضه

وعن مالك وابي حنيفة انهما قالا لا ينقض الحكم إلا اذا خالف الاجماع ثم ناقضا قولهما فقال مالك اذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه، وقال ابو حنيفة اذا حكم ببيع متروك التسمية او حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه، وقال محمد بن الحسن اذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه وهذه

نفذه الى خصمه ليخاصمه عند خليفته وان لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء أذن له في الحكم بينهما وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء قيل له حرر دعواك لانه يجوز ان يكون مايدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمي فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فانه لامشقة في حضوره فاذا تحررت بعث فاحضر خصمه بعدت المسافة أو قربت

وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ان كان يمكنه ان يحضر ويعود فيأوي الى موضعه أحضره والا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما، وقيل ان كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره والا فلا

ولنا انه لابد من فصل الخصومة بين المتخاصمين فاذا لم يمكن الا بمشقة فعل ذلك كما لو امتنع من الحضور فانه يؤدب ويعزز ولان الحاق المشقة به أولى من الحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما وان كانت امرأة برزة لم يشترط في سفرها هذا محرم نص عليه أحمد لانه لحق آدمي وحق الآدمي مبني على الشح والضيق.

(فصل) وان استعدي على الحاكم المعزول لم يعده حتى يعرف مايدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضي عن الامتهان فان ذكر أنه يدعي عليه حقا من دين أوغصب اعداه وحكم بينهما كغير القاضي وكذلك

مسائل خلاف موافقة للسنة، واحتجوا على أنه لاينقض مالم يخالف الاجماع بانه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه كما لا نص فيه

وحكي عن ابي داود انه ينقض جميع مابان له خطؤه لان عمر رضي الله عنه كتب الى ابي موسى لايمنعنك قضاء قضيته بالامس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل ولانه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع، وحكي عن مالك انه وافقهما في قضاء نفسه

ولنا على نقضه إذا خالف نصاً او اجماعا أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو خالف الاجماع وبيان مخالفته للشرط. ان شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ، ولانه اذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه كما لو خالف الاجماع او كما لو حكم بشهادة كافرين وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم فان قيل اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد قلنا الفرق بينهما من ثلاثة اوجه

(احدها) ان استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المسايفة، والخوف من عدو او سبع او نحوه مع العلم ولا يجوز له ترك الحق الى غيره مع العلم بحال الثاني ان الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة (الثالث) ان القبلة يتكرر فيها الاشتباه فيشق القضاء وههنا اذا بان له الخطاء لايعود الاشتباه بعد ذلك. وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا اجماعا وخالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته لان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على ذلك فإن أبا بكر حكم في مسائل

أن ادعى انه أخذ منه رشوة على الحكم لان اخذ الرشوة عليه لايجوز فهي كالغصب وان ادعى عليه الجور في الحكم وكان للمدعي بينة احضره وحكم بالبينة وان لم يكن معه بينة ففيه وجهان:

(أحدهما) لايحضره لان في احضاره وسؤاله امتهانا له وأعداء القاضي كثير وإذا فعل هذا معه لم يؤمن الا يدخل في القضاء أحد خوفا من عاقبته

(والثاني) يحضره لجواز ان يعترف فان حضر واعترف حكم عليه وان أنكر فالقول قوله من غير يمين لان قول القاضي مقبول بعد العزل كما يقبل في ولايته وان ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلما فهل يستحضره من غير بينة؟ فيه وجهان فان أحضره فاعترف حكم عليه والا فالقول قوله وان ادعى أنه أخرج عينا من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سنذكره ان شاء الله تعالى.

(فصل) وان ادعى على شاهدين انهما شهدا عليه زورا أحضرهما فان اعترفا اغرمهما وان أنكرا وللمدعي بينة على اقرارهما بذلك فأقامها لزمهما ذلك. وان أنكرا لم يستحلفا لأن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان وربما منع ذلك اقامة الشهادة، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا.

باجتهاده وخالفه عمر فلم ينقض أحكامه وعلي خالف عمر في اجتهاده فلم ينقض أحكامه وخالفهما علي فلم ينقض أحكامهما فان أبا بكر سوى بين الناس في العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرم العبيد ولم ينقض أحد منهم مافعله من قبله وجاء اهل نجران الى علي فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال ويحكم ان عمر كان رشيد الامر ولن ارد قضاء قضي به عمر رواه سعيد

وروي ان عمر حكم في المشركة باسقاط الاخوة من الابوين ثم شرك بينهم بعد وقال تلك على ماقضينا وهذه على ماقضينا، وقضى في الجد بقضايا مختلفة، ولم يرد الاولى ولانه يؤدي الى نقض الحكم بمثله وهذا يؤدي الى أن لايثبت الحكم أصلا لان الحكم الثاني يخالف الذي قبله والثالث يخالف الثاني فلا يثبت الحكم فان قيل فقد روي ان شريحا حكم في ابني عم أحدهما أخ للام ان المال للاخ فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال: علي بالعبد فجيء به فقال في اي كتاب الله وجدت ذلك؟ فقال قال الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) فقال له علي قد قال الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ او أخت فلكل واحد منهما السدس) ونقض حكمه قلنا لم يثبت عندنا ان عليا نقض حكمه ولو ثبت فيحتمل أن يكون على اعتقاد انه خالف نص الكتاب في الآية التي ذكرها فنقض حكمه لذلك

(فصل) إذا تغير اجتهاده قبل الحكم فانه يحكم بما تغير اجتهاده اليه ولايجوز أن يحكم باجتهاده الاول

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه فان عدله اثنان قبل شهادته)

وجملته انه إذا شهد عند الحاكم شاهدان فان عرفهما عدلين حكم بشهادتهما، وان عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وان لم يعرفهما سأل عنهما لان معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وعن احمد رواية اخرى يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما بظاهر الحال إلا ان يقول الخصم هما فاسقان وهذا قول الحسن والمال والحد في هذا سواء لان الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض

وروى ان اعرابياً جاء الى النبي ﷺ فشهد برؤية الهلال فقال له النبي ﷺ « أتشهد ألا لا إله إلا الله؟» فقال نعم فقال «اتشهد اني رسول الله؟» قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام ولان العدالة أمر خفي سببها الخوف من الله تعالى ودليل ذلك الاسلام فاذا وجد فليكتف به ما لم يقم على خلافه دليل وقال ابو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الاولى وفي سائر الحقوق كالثانية لان الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرئ بالشبهات بخلاف غيرها

لانه اذا حكم به فقد حكم بما يعتقد انه باطل وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده في القبلة بعد ما صلى لا يعيد وان كان قبل أن يصلي صلى الى الجهة التي تغير اجتهاده اليها وكذلك اذا بان فسق الشهود قبل الحكم بشهادتهم لم يحكم بها ولو بان بعد الحكم لم ينقضه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وان وافقت الصحيح ويحتمل أن لا ينقض الصواب منها)

أما اذا كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقض قضاياه كلها ما أخطأ فيها وما أصاب ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي لان وجود قضائه كعدمه ، قال شيخنا تنقض قضاياه المخالفة للصواب كلها سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ لان حكمه غير صحيح وقضاؤه كلا قضاء لعدم شرط القضاء فيه وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، لان الاول ليس باجتهاد ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه فان الحق وصل إلى مستحقه ولو وصل الحق إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك فكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن استعداه أحد على خصم له أحضره وعنه لا يحضره حتى يعلم ان لما ادعاه أصلا)

هذه المسئلة فيها روايتان (احداهما) انه يلزم القاضي أن يعديه ويستدعي خصمه سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم وسواء كان المستعدي ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله كالفقير يدعي على ذي ثروة وهيئة نص على هذا في رواية الاثرم في الرجل يستعدي على الحاكم انه يحضره ويستحلفه، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب

ولنا ان العدالة شرط فوجب العلم بها كالاسلام أو كالو طعن الخصم فيهما فأما الاعرابي المسلم فانه كان من أصحاب رسول الله ﷺ وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم فان من ترك دينه في زمن رسول الله ﷺ ايثارا لدين الاسلام وصحبة رسول الله ﷺ ثبتت عدالته

وأما قول عمر فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك في وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة فقد روي عنه انه أتي بشاهدين فقال لهما عمر لست أعرفكما ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئا بمن يعرفكما فأتيا برجل فقال له عمر تعرفهما ؟ فقال نعم فقال عمر صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس ؟ قال لا ، قال عاملتهما في الدنانير والدراهم التي تقطع فيها الرحم ؟ قال لا ، قال كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال لا ، قال ياابن أخي لست تعرفهما جيئا بمن يعرفكما وهذا بحث يدل على انه لايكتفي بدونه

إذا ثبت هذا فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة فليس فيها مايخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج إلى البحث عنها لقول الله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولا نعلم انه مرضي حتى نعرفه أو نخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكناهم ونسبهم

أبي حنيفة والشافعي لان في تركه تضييعاً للحقوق واقراراً للظلم فانه قد يثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه أو يودعه شيئاً أو يعيره إياه فلا يرده ولاتعلم بينهما معاملة فاذا لم يعد عليه سقط حقه وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم فانه لايقبضه وقد حضر عمر وأبي عند زيد وحضر هو وآخر عند شريح وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيدالله (والثانية) لايستعديه إلا أن تعلم بينهما معاملة ويبين أن لما أعاده أصلا روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو مذهب مالك لان في اعدائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات وإهانة ذوي الهيآت فانه لايشاء أحد أن يتبذلهم عند الحاكم إلا فعل وربما فعل هذا من لاحق له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله والاولى أولى لان ضرر تضييع الحق أعظم من هذا وللمستعدى عليه ان يوكل من يقوم مقامه ان كره الحضور .

﴿ مسئلة ﴾ (وان استعداه على القاضي قبله سأله عما يدعيه فان قال لي عليه دين من معاملة أو رشوة راسله بذلك ، فان اعترف أمره بالخروج منه وإن انكر وقال انما يريد تبذيلي فان عرف أن لما ادعاه أصلا أحضره وإلا فهل يحضره ؟ على روايتين)

وجملة ذلك انه إذا استعدي على الحاكم المعزول لم يعده حتى يعرف مايدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضي عن الامتهان فان ذكر انه يدعي عليه حقاً من دين أو غصب اعداه عليه وحكم بينهما كغير القاضي وكذلك ان ادعى انه أخذ منه رشوة على الحكم لان أخذ الرشوة عليه لايجوز فهي كالغصب وان ادعى عليه الجور في الحكم وكان المدعي بينة أحضره وحكم بالبينة وان لم تكن معه بينة ففيه

ويرفعون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ويكتب صنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونحلتهم فيكتب أسود أو أبيض او أنزع او أغم او أشهل او أكحل أقنى الانف او أفطس أو رقيق الشفتين او غليظهما طويل او قصير أو ربعة ونحو هذا ليتميز ولا يقع اسم على اسم ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لكل واحد رقعة وانما ذكرنا المشهود له لئلا يكون بينه و بين الشاهد قرابة تمنع الشهادة او شركة وذكرنا اسم المشهود عليه ليعرف لئلا تكون بينه وبين الشاهد عداوة وذكرنا قدر الحق لانه ربما كان ممن يرون قبوله في اليسير دون الكثير فتطيب نفس المزكي به اذا كان يسيراً ولا تطيب اذا كان كثيراً

وينبغي للقاضي أن يخفي عن كل واحد من أصحاب مسائله مايعطي الآخر من الرقاع لئلا يتواطئوا وإن شاء الحاكم عين لصاحب مسائله من يسأله ممن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به وإن شاء أطلق ولم يعين المسئول ويكون السؤال سراً لئلا يكون فيه هتك المسئول عنه وربما يخاف المسئول من الشاهد أو من المشهود له أو المشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحي . وينبغي أن يكون أصحاب

وجهان (أحدهما) لايحضره لان في احضاره وسؤاله امتهاناً له وأعداء القاضي كثير وإذا فعل هذا معه لم يؤمن أن لايدخل في القضاء أحد خوفاً من عاقبته (والثاني) يحضره لجواز أن يعترف فان حضر واعترف حكم عليه وان أنكر فالقول قوله من غير يمين لان قول القاضي مقبول بعد العزل كما تقبل ولايته ، وإن ادعى عليه انه قتل ابنه ظلماً فهل يستحضره من غير بينة ؟ فيه وجهان فان أحضره فاعترف حكم عليه وإلا فالقول قوله ، وان ادعى انه أخرج عيناً من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ويقبل قوله للمحكوم له على ما سنذكره ان شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال حكم علي بشهادة فاسقين فالقول قوله بغير يمين)

لان القول قوله في حكمه فلو قال حكمت على فلان بكذا قبل قوله بغير يمين فكذا في هذه المسئلة لانه شاهد على فعل نفسه أشبه المرضعة إذا شهدت بالرضاع لم يلزمها يمين وكذلك القاسم إذا شهد بالقسمة لان الشاهد لايمين عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال الحاكم المعزول كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق قبل قوله وبه قال اسحاق ويحتمل أن لايقبل قوله) .

ذكره ابو الخطاب قال شيخنا وقول القاضي في فروع هذه المسئلة يقتضي ان لايقبل قوله هنا وهو قول اكثر الفقهاء لان من لايملك الحكم لايملك الاقرار به كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ، ثم اختلفوا فقال الاوزاعي وابن أبي ليلى هو بمنزلة الشاهد إذا كان معه شاهد آخر قبل

مسائله غير معروفين له لئلا يقصدوا بهدية او رشوة وأن يكونوا أصحاب عفاف في الطعمة والانفس ذوي عقول وافرة أبرياء من الشحناء والبغض لئلا يطعنوا في الشهود أو يسألوا عن الشاهد عدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ولا يكونون من أهل الاهواء والعصبية يميلون إلى من وافقهم على من خالفهم ويكونون أمناء ثقات لان هذا موضع أمانة فاذا رجع أصحاب مسائله فأخبر اثنان بالعدالة قبل شهادته ، وإن أخبرا بالجرح رد شهادته وإن أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين فان عادا فاخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح لان بينته لم تتم وإن أخبرا بالجرح ثبت ورد الشهادة ، وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ويقبل قول أصحاب المسائل ، وقيل لايقبل إلا شهادة المسئولين ويكلف اثنين منهم أن يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شروط الشهادة في اللفظ وغيره ولا تقبل من صاحب المسئلة لان ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الاصل

ووجه القول الاول ان شهادة أصحاب المسائل شهادة استفاضة لاشهادة على شهادة فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ولانه موضع حاجة فلا يلزم المزكي الحضور للتزكية وليس للحاكم

وقال أصحاب الرأي لايقبل إلا شاهدان سواه يشهدان بذلك ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لان شهادته على نفسه لاتقبل .

ولنا أنه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه فكذلك هذا ولانه اخبر بما حكم به وهو غير متهم فيجب قبوله كحال ولايته .

(فصل) فأما ان قال في ولايته كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله سواء قال قضيت عليه بشاهدين عدلين أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم أو قال قضيت عليه بنكوله او قال أقر فلان عندي لفلان بحق فحكمت به ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو يوسف ، وحكي عن محمد بن الحسن انه لايقبل حتى يشهد معه رجل عدل ، لأنه اخبار بحق على غيره فلم يقبل فيه قول واحد كالشهادة .

ولنا انه يملك الحكم فملك الاقرار به كالزوج إذا أخبر بالطلاق والسيد إذا أخبر بالعتق ولانه لو اخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل كذا ههنا وفارق الشهادة فان الشاهد لايملك اثبات ماأخبر به فأما ان قال حكمت بعلمي او بالنكول او بشاهدين ويمين في الاموال فانه يقبل أيضاً وقال الشافعي لايقبل قوله في القضاء بالنكول وينبني قوله حكمت عليه بعلمي على القولين في جواز القضاء بعلمه لانه لايملك الحكم بذلك فلا يملك الاقرار به .

ولنا انه اخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه فوجب قبوله كالصور التي تقدمت ولانه حاكم أخبر بحكمه في ولايته فوجب قبوله كالذي سلمه ولان الحاكم إذا حكم في مسئلة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ

اجباره عليها فصار كالمرض والغيبة في سائر الشهادات ، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذرت التزكية لأنه قد يتفق ألا يكون في جيران الشاهد من يعرفه الحاكم فلا يقبل قوله فيفوت التعديل والجرح

(فصل) قال القاضي : ولا بد من معرفة أسلام الشاهد ويحصل ذلك باحد أربعة أمور

(أحدها) اخباره عن نفسه انه مسلم او اتيانه بكلمة الاسلام وهي شهادة ألا إله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله لانه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك

(الثاني) اعتراف المشهود عليه باسلامه لان ذلك حق عليه (الثالث) خبرة الحاكم لأننا اكتفينا بذلك في عدالته فكذلك في اسلامه

(الرابع) بينة تقوم به ولا بد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ويكفي في ذلك أحد أمور ثلاثة بينة،أواعتراف المشهود عليه،أو خبرة الحاكم،ولا يكفي اعتراف الشاهد لانه لايملك أن يصير حراً فلا يملك الاقرار به بخلاف الاسلام

(فصل) واذا شهد عند الحاكم مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان(أحدهما)

نقض حكمه ولزم غيره امضاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ولا نسلم ماذكره وان قال حكمت لفلان على فلان بكذا ولم يضف حكمه إلى بينة ولا غيرها وجب قبوله وهو ظاهر ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروع وظاهر قول الخرقي لانه لم يذكر ماثبت به الحكم وذلك لان الحاكم متى ماحكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما اجتمع عليه .

(فصل) فان أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولايته قبل وهو ظاهر كلام الخرقي لانه إذاقبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية فلان يقبل مع بقائها في غير موضع ولايته أولى وقال القاضي لايقبل قوله وقال لو اجتمع قاضيان في غير ولايتهما كقاضي دمشق وقاضي مصر اجتمعا في بيت المقدس فاخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ويكونان كشاهدين اخبر أحدهما صاحبه بما عنده وليس له أن يحكم به اذا رجع إلى عمله لانه خبر من ليس بقاض في موضعه، وإن كانا جميعاً في عمل أحدهما كأنهما اجتمعا في دمشق فان قاضي دمشق لايعمل بما يخبره به قاضي مصر لانه يخبره في غير عمله وهل يعمل قاضي مصر بما أخبره به قاضي دمشق إذا رجع إلى مصر؟فيه وجهان بناء على القاضي هل له أن يحكم بعلمه؟على روايتين لان قاضي دمشق اخبره به في عمله ومذهب الشافعي في هذا كقول القاضي ههنا .

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعى على امرأة غير برزة لم يحضرها وامرها بالتوكيل فان وجبت عليها اليمين ارسل اليها من يحلفها).

إذا كان المدعى عليه امرأة فان كانت برزة وهي التي تبرز لقضاء حوائجها امرت بالتوكيل فان

يلزم الحاكم الحكم بشهادته لان البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ولأنه اذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ باقراره كسائر أقاريره

(والثاني) لايجوز الحكم بشهادته لان في الحكم بها تعديلا له فلا يثبت بقول واحد ولان اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضي الخصم بان يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ولانه لايخلوا اما أن يحكم عليه مع تعديله أو مع انتفائه، لايجوز أن يقال مع تعديله لان التعديل لايثبت بقول الواحد ولا يجوز مع انتفاء تعديله لان الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ومذهب الشافعي مثل هذا فان قلنا بالاول فلا يثبت تعديله في حق غير المشهود عليه لانه لم توجد بينة التعديل وانما حكم عليه لاقراره بوجود شروط الحكم واقراره يثبت في حقه دون غيره كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره ثبت في حقه دون غيره

﴿ مسألة ﴾ قال (وان عدله اثنان وجرحه اثنان فالجراحة أولى)

وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ينظر أيهما أعدل؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه؟ فيؤخذ بقول أعدلهما

توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما ، فان أقرت شهدا عليها ، وذكر القاضي أن الحاكم يبعث من يقضي بينها وبين خصمها في دارها وهو مذهب الشافعي لان النبي ﷺ قال « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها ، وان أحضروا عندها كان بينهم وبينها ستر تتكلم من ورائه فان اعترفت المدعي انها خصمه حكم بينهما وإن أنكرت ذلك جيء بشاهدين من ذوي رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ثم يحكم بينهما وان لم تكن بينة التحفت بجلبابها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة وما ذكرناه أولى ان شاء الله لانه أستر لها وإذا كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه

﴿مسألة﴾ (وإن ادعى على غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه كتب إلى ثقات من أهل ذلك البلد ليتوسطوا بينهما فان لم يقبلوا قيل للخصم حقق ما تدعيه ثم يحضره وإن بعدت المسافة)

إذا استعدي على غائب وكان الغائب في غير ولاية القاضي لم يكن له ان يعدي عليه فان كان في ولايته وله في بلده خليفة فان كانت له بينة ثبت الحق عنده وكتب الى خليفته ولم يحضره وإن لم تكن بينة حاضرة نفذ إلى خصمه ليحاكمه عند خليفته وإن لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء قيل له حرر دعواك لانه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمي فلا يكلف الحضور لما لا يقضي عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فانه لا مشقة في

ولنا ان الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه لان التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم والجارح مثبت لوجود ذلك والاثبات مقدم على النفي ولان الجارح يقول رأيته يفعل كذا والمعدل مستنده انه لم يره يفعل ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بان يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحا

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل الا من اثنين وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر ، وروي عن احمد يقبل ذلك من واحد وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فقبل من واحد كالرواية

ولنا انه اثبات صفة من يبني الحاكم حكمه على صفته فاعتبر فيه العدد كالحضانة وفارق الرواية فانها على المساهلة ولا نسلم انها لاتفتقر إلى لفظ الشهادة ويعتبر في التعديل والجرح لفظ الشهادة فيقول في التعديل أشهد انه عدل ويكفي هذا وإن لم يقل علي ولي وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية وقال أكثرهم لايكفيه الا أن يقول عدل علي ولي . واختلفوا في تعليله فقال بعضهم لئلا تكون بينهما عداوة او قرابة ، وقال بعضهم لئلا يكون عدلا في شيء دون شيء

حضوره فاذا تحررت بعث فأحضر خصمه بعدت المسافة أوقربت وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف إن كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوي الى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجه من يحكم بينهما، وقيل إن كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره وإلا فلا

ولنا أنه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين فاذا لم يمكن إلا بمشقة فعل ذلك كما لو امتنع من الحضور فانه يؤدب ولان الحاق المشقة به أولى من الحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما وإن كانت امرأة برزة لم يشترط في سفره هذا محرم نص عليه أحمد لانه حق آدمي وحق الآدمي مبني على الشح والضيق

﴿ باب طريق الحكم وصفته ﴾

إذا جلس اليه خصمان فله أن يقول من المدعي منكما ؟ وله أن يسكت حتى يبتدئا ويستحب أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم لما روي أن النبي ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم رواه أبو داود وروى سعيد باسناده عن الشعبي قال كان بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب مداراة في شيء فجعلا بينهما زيد بن ثابت فاتياه في منزله فقال له عمر أتيناك لتحكم بيننا في بيتة تؤتي الحكم فوسع له زيد عن صدر فراشه فقال ههنا يا أمير المؤمنين فقال له عمر جرت في أول القضاء لكن أجلس مع خصمي فجلسا بين يديه فادعى ابي فانكر عمر فقال زيد لابي اعف أمير المؤمنين

ولنا قول الله تعالى (فاشهدوا ذوي عدل منكم) فاذا شهدا انه عدل ثبت ذلك بشهادتهما فيدخل ذلك في عموم الامر لانه اذا كان عدلا لزم ان يكون له وعليه وفي حق سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج إلى ذكره ولا يصح ماذكروه فان الانسان لايكون عدلا في شيء دون شيء ولا في حق شخص دون شخص فانها لاتوصف بهذا ولا تنتفي أيضاً بقوله عدل علي ولي فان من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة وانما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا ثم ان هذا اذا كان معلوما انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتج إلى أن ينفي عن نفسه ذلك ولان العداوة لاتمنع من شهادته له بالتزكية وانما تمنع الشهادة عليه وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفي العداوة

(فصل) ولا يكفي ان يقول لاأعلم منه الا الخير وهذا مذهب الشافعي وقال ابو يوسف يكفي لانه اذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم الا الخير فهو عدل

من اليمين فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء وقال علي رضي الله عنه حين خاصم اليهودي على درعه الى شريح لو أن خصمي مسلم لجلست معه بين يديك ولان ذلك أمكن للحاكم في العدل بينهما والاقبال عليهما والنظر في خصومتهما

(فصل) فاذا جلسا بين يديه فان شاء قال من المدعي منكما ؟ لانهما حضرا لذلك، وإن شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعي منكما ؟ان سكتا جميعا ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لاحدهما تكلم لان في افراده بذلك تفضيلا له وتركا للانصاف قال عمرو بن قيس شهدت شريحا إذا جلس اليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول أيكما المدعي فليتكلم؟ فان ذهب الآخر يشغب نهره حتى يفرغ المدعي ثم يقول تكلم فان بدأ احدهما فادعي فقال خصمه أنا المدعي لم يلتفت اليه وقال أجب عن دعواه ثم ادع بما شئت فان ادعيا معاً فقياس المذهب ان يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي لان احدهما ليس بأولى من الآخر وقد تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما كالمرأتين إذا زفتا في ليلة واحدة واستحسن ابن المنذر ان يسمع منهما جميعا وقيل يرجئ أمرهما حتى يتبين من المدعي منهما؟ وما ذكرناه أولى لانه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معاً وارجاء امرهما اضرار بهما وفيما ذكرناه دفع للضرر بحسب الامكان وله نظير في مواضع من الشرع فكان أولى

﴿ مسئلة ﴾ (ثم يقول للخصم ما تقول فيما ادعاه)

لان شاهد الحال يدل على طلب المطالبة لان احضاره والدعوى انما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد أغني ذلك عن سؤاله ويحتمل ألا يملك سؤاله عن ذلك لانه حق المدعي فلا يتصرف فيه بغير اذنه كالحكم له

﴿مسئلة﴾ (وإن أقر لم يحكم له حتى يطالبه المدعي بالحكم)

إذا أقر المدعى عليه لزمه ما ادعي عليه وليس للحاكم ان يحكم عليه الا بمسألة المقر له لان الحكم

ولنا انه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا كما لو قال اعلم منه خيراً وما ذكروه لايصح لان الجاهل بحال أهل الفسق لايعلم منهم الا الخير لأنه يعلم اسلامهم وهو خير ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

(فصل) قال اصحابنا ولا يقبل التعديل الا من اهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة وهذا مذهب الشافعي لخبر عمر الذي قدمناه ولان عادة الناس اظهار الصالحات وإسرار المعاصي فاذا لم يكن ذاخبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق في الباطن وهذا يحتمل ان يريدوا به ان الحاكم اذا علم ان المعدل لاخبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر رضي الله عنه ويحتمل انهم ارادوا انه لاتجوز للمعدل الشهادة بالعدالة الا ان تكون له خبرة باطنة .فأما الحاكم اذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال فله ان يقبل الشهادة من غير كشف وإن استكشف الحال كما فعل عمر رضي الله عنه فلا بأس

(فصل) ولا يسمع الجرح الا مفسراً ويعتبر فيه اللفظ فيقول اشهد انني رأيته يشرب الخمر أو يعامل بالربا أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم أو سمعته يقذف أو يعلم ذلك باستفاضته في

عليه حق له فلا يستوفيه الا بمسألة مستحقة هكذا ذكره اصحابنا قال شيخنا : ويحتمل ان يجوز له الحكم قبل مسألة المدعي لان الحال تدل على ارادته ذلك فاكتفى بها كما اكتفى في مسألة المدعى عليه الجواب ولان كثيرا من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسألته، وعلى القول الاول ان سأله الخصم الحكم له حكم على المقر والحكم ان يقول ألزمتك ذلك أو قضيت عليك له أو يقول اخرج اليه منه فمتى قال له أحد هذه الثلاثة كان حكما بالحق

﴿مسئلة﴾ (وإن أنكر مثل ان يقول المدعي اقرضته الفاً او بعته فيقول ما أقرضني ولا باعني أو ما يستحق علي ما ادعاه ولا شيئاً منه او لا حق له علي صح الجواب)

﴿ مسئلة ﴾ (وللمدعي ان يقول لي بينة ؟)

وهذا موضع البينة فان لم يقل قال الحاكم ألك بينة ؟لما روي ان رجلين اختصما الى النبي ﷺ حضرمي وكندي فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبني على ارض لي فقال الكندي هي أرضي في يدي ليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ — قال لا قال— فلك يمينه » وهو حديث حسن صحيح وإن كان المدعي عارفا بانه موضع البينة فالحاكم مخير بين ان يقول ألك بينة ؟ وبين ان يسكت فاذا قال لي بينة حاضرة أمره باحضارها ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكر في كتاب المغني ان المدعي إذا قال لي بينة لم يقل له الحاكم احضرها لان ذلك حق له فله ان يفعل ما يرى فاذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعي ذلك لانه حق له فلا يتصرف فيه

الناس ولا بد من ذكر السبب وتعيينه وبهذا قال الشافعي وسوار وقال ابو حنيفة يقبل الجرح المطلق وهو أن يشهد انه فاسق او أنه ليس بعدل وعن احمد مثله لان التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ولان التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقاً ويوجب عليه الحد في بعض الحالات وهو أن يشهد عليه بالزنا فيفضي الجرح إلى جرح الجارح وتبطيل شهادته ولا يتجرح بها المجروح

ولنا أن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب النبيذ فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحا ولان الجرح ينقل عن الاصل فان الاصل في المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد ان يعرف الناقل لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا

وقولهم انه يفضي الى جرح الجارح وإيجاب الحد عليه قلنا ليس كذلك لانه يمكنه التعريض من غير تصريح، فان قيل ففي بيان السبب هتك المجروح، قلنا لا بد من هتكه فان الشهادة عليه بالفسق هتك له ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية اليه كما جازت الشهادة عليه به لاقامة الحد عليه بل ههنا أولى فان فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمي فكان أولى بالجواز ولان هتك عرضه بسببه لأنه تعرض للشهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه فكان هو الهاتك لنفسه إذ كان فعله هو المحوج للناس

من غير اذنه فاذا سأله المدعي سؤالها قال من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء ولا يقول لهما اشهدا لانه أمر وكان شريح يقول الشاهدين ما أنا دعوتكما ولا أنهاكما ان ترجعا وما يقضي على هذا المسلم غيركما واني بكما أقضي اليوم وبكما اتقي يوم القيامة

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا سمع الحاكم الشهادة وكانت صحيحة حكم بها إذا سأله المدعي)

فيقول للمدعى عليه قد شهدا عليك فان كان عندك ما يقدح في شهادتهم فبينه عندي فان لم يظهر ما يقدح فيهما حكم عليه إذا سأل الحاكم لان الحكم بالبينة حق له فلا يستوفيه الا بمسألة مستحقه

﴿مسئلة﴾ (ولا خلاف في أنه يجوز له الحكم بالاقرار والبينة في مجلسه إذا سمعه معه شاهدان فان لم يسمعه معه أحد او سمعه معه شاهد واحد فله الحكم نص عليه)

لان الاقرار أحد البينتين فجاز الحكم به في مجلسه كالشهادة وقال القاضي لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لانه إذا لم يسمعه معه أحد كان حكما بعلمه

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له الحكم بعلمه فيما رآه او سمعه في غير مجلسه نص عليه وهو اختيار الاصحاب وعنه ما يدل على جواز ذلك سواء كان في حد او غيره)

ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره وسواء في ذلك ما علمه قبل الولاية أو بعدها وهذا قول شريح والشعبي ومالك وأسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولى الشافعي

وعن احمد رواية اخرى يجوز له ذلك وهو قول أبي يوسف وأبي ثور وهو القول الثاني للشافعي واختيار المزني لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من

الى جرحه فان صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد ان لم يأت بتمام أربعة شهداء، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لاحد عليه إذا كان بلفظ الشهادة لانه لم يقصد ادخال المعرة عليه.

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) الآية ولان أبابكرة ورفيقيه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زيادة شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويبطل ما ذكروه بما إذا شهدوا عليه لاقامة الحد عليه

(فصل) وإذا أقام المدعى عليه بينة ان هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لان الشهادة اذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وقال أبو حنيفة يقبل لانه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فاشبه الرواية واخبار الديات

ولنا انها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فاشبه الشهادة في القصاص وما ذكروه غير مسلم.

النفقة مايكفيني وولدي قال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها وروى ابن عبد البر في كتابه ان عروة ومجاهد رويا ان رجلا من بني مخزوم استعدى عمر ابن الخطاب على أبي سفيان بن حرب انه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا فقال عمر اني لاعلم الناس بذلك وربما لعبت انا وانت فيه ونحن غلمان فاتني بابي سفيان فأتاه به فقال عمر يا أبا سفيان انهض بنا الى موضع كذا وكذا فنهضوا ونظر عمر فقال ياأبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا أفعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا أفعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا أم لك فضعه ههنا فانك ماعلمت قديم الظلم فأخذ أبو سفيان الحجر فوضعه حيث قال عمر ثم ان عمر استقبل القبلة فقال اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أباسفيان على رأيه واذللته لي بالاسلام فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما أذل به لعمر قال فحكم بعلمه ولان الحاكم يحكم بالشاهدين لانهما يغلبان على الظن فما تحققه وقطع به كان أولى ولانه يحكم في تعديل الشهود وجرحهم فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه وقال أبو حنيفة ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة وأما حقوق الادميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به لان ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «انما انا بشر وانكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه » فدل على انه انما يقضي بما يسمع لا بما يعلم وقال النبي

(فصل) ولايقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء، فلوقال المشهود عليه هذان فاسقان أو عدوان لي أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله لأنه متهم في قوله ويشهد بما يجر اليه نفعاً فاشبه الشهادة لنفسه، ولو قبلنا قوله لم يشأ أحد ان يبطل شهادة من شهد عليه الا أبطلها فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة.

(فصل) ولاتقبل شهادة المتوسمين وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لايعرفهما لم تقبل شهادتهما وقال مالك يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخير لانه لاسبيل الى معرفة عدالتهما ففي التوقف عن قبولهما تضييع الحقوق فوجب الرجوع فيهما الى السيماء الجميلة

ولنا ان عدالتهما مجهولة فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر وماذكروه معارض بان قبول شهادتهما يفضي الى ان يقضي بشهادتهما بدفع الحق الى غير مستحقه

(فصل) قال أحمد ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قايل لان الرجل ينتقل من حال الى حال وهل هذا مستحب أو واجب؟ فيه وجهان:

صلى الله عليه وسلم في قضية الحضرمي والكندي « شاهداك أو يمينه ليس لك منه الا ذاك » وروي عن عمر رضي الله عنه انه تداعى عنده رجلان فقال له احدهما انت شاهدي فقال ان شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد وذكر ابن عبد البر عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اباجهم على الصدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاعطاهم الارش ثم قال « اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم؟ قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر القصة وقال - ارضيتم؟ - قالوا لا وهم بهم المهاجرون فنزل النبي صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد فخطب الناس فقال - ارضيتم؟ » قالوا نعم وهذا يبين انه لم يأخذ بعلمه وروى عن أبي بكر رضي الله عنه قال لو رأيت حداً على رجل لم آخذه حتى تقوم البينة ولان تجويز القضاء بعلمه يفضي الى تهمته والحكم بما اشتهى ويحيله على علمه فأما حديث ابي سفيان فلا حجة فيه لانه فتيا لاحكم بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم افتى في حكم أبي سفيان من غير حضوره ولو كان حكما عليه لم يحكم عليه في غيبته وحديث عمر الذي رووه كان انكارا لمنكر رآه لاحكم بدليل انه ماوجدت منهم دعوى ولا انكار بشروطها ودليل ذلك مارويناه عنه ثم لو كان حكما كان معارضا بما رويناه عنه ويفارق الحكم بالشهادة فانه لايفضي الى تهمة بخلاف مسئلتنا، وأما الجرح والتعديل فانه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف لانه لولم يحكم فيه بعلمه لتسلسل فان المزكيين يحتاج الى معرفة عدالتهما وجرحهما فاذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما الى مزكيين ثم كل واحد منهما يحتاج الى مزكيين فيتسلسل وما نحن فيه بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال المدعي مالي بينة فالقول قول المنكر مع يمينه فيعلمه ان له اليمين على خصمه فان سأله احلافه احلفه)

(أحدهما) مستحب لان الاصل بقاء ماكان فلا يزول حتى يثبت الجرح (والثاني) يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها لان العيب يحدث وذلك على مايراه الحاكم ولاصحاب الشافعي وجهان مثل هذين

(فصل) وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لايقبل غيرهم لان الله تعالى قال (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ولان فيه اضراراً بالناس لان كثيراً من الوقائع التي يحتاج الى البينة فيها تقع عند غير المرتبين فمتى ادعى انسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ولا يجوز ردهم بكونهم من غير المرتبين لان ذلك يخالف الكتاب والسنة والاجماع لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس فيستغنون باشهادهم عن تعديلهم ويستغني الحاكم عن الكشف عن أحوالهم فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون أيضاً يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم اذا شهد

(فصل) ولا بأس ان يعظ الشاهدين كما روي عن شريح أنه كان يقول للشاهدين اذا حضرا ياهذان ألا تريان ؟ اني لم أدعكما ولست أمنعكما ان ترجعا وانما يقضي على هذا أنتما وأنا متق بكما فاتقيا وفي لفظ واني بكما أقضي اليوم وبكما أتقي يوم القيامة

لان الحق له فاذا أحلفه خلى سبيله وليس له استحلافه قبل مسئلة المدعي لان اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها قبل مطالبة مستحقها كنفس الحق وسقطت الدعوى لما روى وائل بن حجر ان رجلا من حضرموت ورجلا من كندة أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي ان هذا غلبني علي ارض لي ورثتها من أبي وقال الكندي ارضي وفي يدي لاحق له فيها فقال النبي ﷺ «شاهداك أو يمينه» قال انه لايتورع من شيء قال «ليس لك الا ذلك» رواه مسلم بمعناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان احلفه او حلف من غير سؤال المدعي لم يعتد بيمينه)

لانه أتي بها في غير وقتها فان سألها المدعي اعادها له لان الاولى لم تكن يمينه وان أمسك المدعي عن إحلاف خصمه المدعي عليه ثم اراد احلافه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه منها وانما أخرها وان قال أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى وله ان يستأنف الدعوى لان حقه لايسقط بالابراء من اليمين وإن استأنف الدعوى وانكر المدعي عليه فله ان يحلفه لان هذه الدعوى غير الدعوى التي ابرأه بها من اليمين فان حلف سقطت الدعوي ولم يكن للمدعي ان يحلفه يمينا اخرى لافي هذا المجلس ولافي غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان نكل قضى عليه بالنكول)

نص عليه واختاره عامة شيوخنا فيقول له ان حلفت والاقضيت عليك ثلاثا فان لم يحلف قضى عليه اذا سأل المدعي ذلك لما روى أحمد ان ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً فادعى عليه زيد انه باعه اياه عالما بعيبه فانكره ابن عمر فتحاكما الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان احلف بانك ماعلمت به عيبا فأبى ابن عمر ان يحلف فرد عليه العبد ولان النبي ﷺ قال « اليمين على المدعي عليه»

وروى أبو حنيفة قال كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة فجاء رجل فادعى على رجل حقاً فانكره فاحضر المدعي شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي به تقوم السماء والارض لقد كذبا علي في الشهادة وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال سمعت بن عمر يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن الطير لتخفق باجنحتها وترمي مافي حواصلها من هول يوم القيامة وان شاهد الزور لاتزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار» فان صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا فغطيا رءوسهما وانصرفا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويكون كاتبه عدلا وكذلك قاسمه)

وجملته أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتبا لان النبي ﷺ استكتب زيد بن ثابت وغيره ولان الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه وان أمكنه تولي الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى ولا يجوز ان يستنيب في ذلك الا عدلا لان الكتابة موضع امانة ويستحب أن يكون فقيها

لخصمها في جنبته فلم تشرع لغيره وهذا مذهب أبي حنيفة واختار أبو الخطاب أنه لا يحكم بالنكول ولكن يرد اليمين على خصمه وقل قد صوبه أحمد وقال ماهو ببعيد يحلف ويستحق فيقول الحاكم لخصمه لك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف المدعي وحكم له لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق رواه الدارقطني وروي ان المقداد اقترض من عثمان مالا فقال عثمان هو سبعة آلاف وقال المقداد هو أربعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف أنه سبعة آلاف فقال له عمر انصفك فان حلف حكم له

﴿ مسئلة ﴾ (فان نكل أيضاً صرفها)

إذا نكل المدعي سئل عن سبب نكوله لانه لايجب بنكوله لغيره حق بخلاف المدعى عليه فان قال امتنعت لان لي بينة اقيمها أو حساباً أنظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في اليمين لانه لايتأخر بتركه الا حقه بخلاف المدعى عليه وان قال لاأريد ان أحلف فهو ناكل فان عاد احدهما فبذل اليمين لم يسمعها في ذلك المجلس لانه اسقط حقه منها حتى يحتكما في مجلس آخر فاذا استأنف الدعوى أعيد الحكم بينهما كالاول

﴿مسئلة﴾ (وان قال المدعي لي بينة بعد قوله مالي ببينة لم يسمع ذكره الخرقي)

لانه أكذب بينته لكونه اقر أنه لايشهد له أحد فان شهد له إنسان كان تكذيباً له ويحتمل ان يقبل لانه يجوز ان ينسى ويكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لايعلمه فلا يثبت ذلك أنه كذب نفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لا أعلم لي بينة ثم قال علمت لي بينة سمعت) لانه يجوز ان تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها

ليعرف مواقع الالفاظ التي تتعلق بها الاحكام ويفرق بين الجائز والواجب وينبغي أن يكون وافر العقل ورعا نزها لئلا يستمال بالطمع ويكون مسلما لان الله تعالى قال (ياأيها الذين آمنوا لاتتخذوا بطانة من دونكم لايألونكم خبالا) ويروى ان أبا موسى قدم على عمر رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني فأحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال قل لكاتبك يجيء فيقرأ كتابه قال انه لايدخل المسجد قال ولم؟ قال انه نصراني فانتهره عمر وقال لاتأمنوهم وقد خونهم الله تعالى ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى ولان الاسلام من شروط العدالة والعدالة شرط وقال أصحاب الشافعي في اشتراط عدالته واسلامه وجهان

(أحدهما) تشترط لما ذكرنا (والثاني) لاتشترط لان مايكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الخيانة فيه ويستحب أن يكون جيد الخط لانه أكمل وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف، وان كان عبداً جاز لان شهادة العبد جائزة ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ولا بد من كونه حاسبا لانه عمله وبه يقسم فهو كالخط للكاتب والفقه للحاكم، ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ليشاهد مايكتبه، ويشافهه بما يملي عليه، وان قعد ناحية جاز لان المقصود يحصل فان ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه

﴿مسئلة﴾ (وان قال شاهدان نحن نشهد لك فقال هذان بينتي سمعت) قاله أبو الخطاب لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أريد أن تشهدا لي لم يكن له إقامة البينة) لانه أسقط حقه منها

﴿مسئلة﴾ (وان قال لي بينة وأريد يمينه فان كانت غائبة فله احلافه وان كانت حاضرة فهل له ذلك؟ على وجهين)

إذا قال المدعي لي بينة غائبة قال الحاكم لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت اخرته الى ان تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك» فان أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق لان اليمين إنما يصار اليها عند عدم البينة فاذا وجدت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها، فان قال لي بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتي لم يملك ذلك في أحد الوجهين وفي الآخر له احلافه وهو قول أبي يوسف كما لو كانت البينة غائبة

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك» وأو للتخيير بين شيئين فلا يكون الجمع بينهما لانه أمكن فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها معها مع إرادة المدعي اقامتها وحضورها كما لو يطلب يمينه ولان اليمين بدل فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الابدال مع مبدلاتها وان قال المدعي لا أريد إقامتها وإنما أريد يمينه اكتفي بها واستحلف لان البينة حقه فاذا رضي باسقاطها وترك اقامتها فله ذلك كنفس الحق فان حلف المدعي عليه ثم أراد المدعي اقامة

(فصل) واذا ترافع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه فقال المقر له للحاكم أشهد لي على اقراره شاهدين لزمه ذلك لان الحاكم لايحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى فان الانسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم باقراره ، وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعي بعد النكول فسأله المدعي أن يشهد على نفسه لزمه لانه لاحجة للمدعي سوى الاشهاد وإن ثبتت عنده بينة فسأله الاشهاد ففيه وجهان (أحدهما) لايلزمه لان بالحق بينة فلا يجب جعل بينة أخرى

(والثاني) يجب لان في الاشهاد فائدة جديدة وهي اثبات تعديل بينته وإلزام خصمه، وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الاشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له في سقوط المطالبة مرة أخرى وفي جميع ذلك اذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه ذلك لانه وثيقة له فهو كالاشهاد لان الشاهدين ربما نسيا الشهادة او نسيا الخصمين فلا يذكرهما إلا ذوي خطهما

بينة لم يملك ذلك في أحد الوجهين لانه قد أسقط حقه من اقامتها ولان تجويز اقامتها يفتح باب الحيلة لانه يقول لاأريد اقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها (والثاني) له ذلك لان البينة لا تبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة فان كان له شاهد واحد في المال عرفه الحاكم ان له ان يحلف مع شاهده ويستحق فان قال لا أحلف أنا وارضى بيمينه استحلف فاذا حلف سقط الحق عنه فان عاد المدعي بعدها وقال أنا احلف مع شاهدي لم يستحلف ولم يسمع منه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان اليمين فعله وهو قادر عليها فامكنه ان يسقطها بخلاف البينة وان عاد قبل ان يحلف المدعى عليه فبذل اليمين لم يكن له ذلك في هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه فان الحاكم يقول له ان حلفت والا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثا فان حلف والا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعي ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فان سكت عن جواب المدعي فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا)

ذكره القاضي في المحرر وقال أبو الخطاب يقول له الحاكم ان اجبت والا جعلناك ناكلا وحكمت عليك ويكرر ذلك ثلاثا فان أجاب والاجعله ناكلا وحكم عليه لانه ناكل عما توجه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه باليمين

﴿ مسئلة ﴾ (وان حلف المنكر ثم احضر المدعي بينة حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)

وجملة ذلك ان المدعي اذا ذكر ان له بينة بعيدة ولا يمكنه إحضارها اولا يريد اقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه احلف له فاذا حلف ثم أحضر المدعي بينة حكم له وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق وحكي عن ابن أبي ليلى وداود

(والثاني) لايلزمه لان الاشهاد يكفيه والاول أصح لان الشهود تكثر عليهما الشهادات ويطول عليهم الأمد فالظاهر أنهما لايتحققان الشهادة تحققاً يحصل به اداؤها فلا يتقيد إلا بالكتاب فان اختار أن يكتب له محضراً فصفته: حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان على كذا وكذا ، وإن كان خليفة القاضي قال خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني عبد الله قاضي الامام بمجلس حكمه وقضائه فان كان يعرف المدعي والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال فلان بن فلان الفلاني وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبهما حتى يتميزا ويستحب ذكر حليتهما وإن أخل به جاز لان ذكر نسبهما اذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال: مدع ذكر انه فلان بن فلان الفلاني وأحضر معه مدعى عليه ذكر انه فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبهما ويذكر حليتهما لان الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويقول اغم او انزع ويذكر صفة العينين والانف والفم والحاجبين واللون والطول والقصر مادعى عليه كذا وكذا فأقر له ولا يحتاج ان يقول بمجلس حكمه لان الاقرار يصح في غير مجلس الحكم ، وإن كتب انه شهد على اقراره شاهدان كان أوكد ويكتب الحاكم على رأس المحضر الحمد لله رب العالمين

ان بينته لا تسمع لان اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعي كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي

ولنا قول عمر رضي الله عنه البينة الصادقة أحب الي من اليمين الفاجرة، وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون اولى ولان كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين وما ذكراه لا يصح لان البينة الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبدل يبطل بالقدرة على المبدل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البدل ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وامكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها

(فصل) فان طلب المدعي حبس المدعى عليه واقامة كفيل به الى اقامة بينته البعيدة لم يقبل منه ولم تكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد لانه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا ولان الحبس عذاب فلا يلزم معصوماً لم يتوجه عليه حق ولو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق وان كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لان ذلك من ضرورة اقامتها فانه لولم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها الا بحضرته ولانه لما تمكن من احضاره مجلس الحكم حتى يقيم فيه البينة تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة ويفارق البينة البعيدة ومن لا يمكن حضورها فان الزامه الاقامة الى حين حضورها يحتاج الى حبس أو مايقوم مقامه ولا سبيل اليه

(فصل) ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم ان أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبلها والله أعلم

او ما أحب من ذلك ، فاما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال: فادعى عليه كذا وكذا فانكر فسال الحاكم المدعي ألك بينة فاحضرها وسال الحاكم سماعها ففعل وساله ان يكتب له محضراً بما جرى فاجابه اليه وذلك في وقت كذا، ويحتاج ههنا ان يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لان البينة لاتسمع الا في مجلس الحكم والاقرار بخلافه ويكتب الحاكم في آخر المحضر شهدا عندي بذلك فان كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما شهد عندي بذلك ويكتب علامته في رأس المحضر وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز

فاما إن لم تكن للمدعي بينة فاستحلف المنكر ثم سال المنكر الحاكم محضراً لئلا يحلف في ذلك ثانياً كتب له مثل ماتقدم إلا انه يقول: فانكر فسال الحاكم المدعي ألك بينة فلم تكن له بينة فقال لك يمينه فساله أن يستحلفه فاستحلفه في مجلس حكمه وقضائه في وقت كذا وكذا ولا بد من ذكر تحليفه لان الاستحلاف لايكون الا في مجلس الحكم ويعلم في أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قال: فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها فسال خصمه الحاكم أن يقضي عليه بالحق فقضي عليه في وقت كذا ويعلم في آخره ويذكر ان ذلك في مجلس حكمه وقضائه فهذه صفة المحضر فاما ان سال صاحب

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لي مخرج مما ادعاه لم يكن مجيبا) لان الجواب أحد أمرين اقرار أو إنكار وليس هذا واحداً منهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لي حساب أريد ان أنظر فيه لم يلزم المدعي انظاره)

لان حق الجواب يثبت له حالا فلم يلزمه انظاره كما لو ثبت عليه الدين وذكر شيخنا في كتاب الكافي أنه ينظر ثلاثا ولا يمهل أكثر منها لانه كثير وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لانه يحتاج الى ذلك لمعرفة قدر دينه أو يعلم أهل عليه شيء اولا والثلاث مدة يسيرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال قضيته أو ابرأني ولي بينة بالقضاء أو الابراء وسأل الانظار انظر ثلاثا)

لانها قريبة وللمدعي ملازمته لئلا يهرب أو يتغيب ولا يؤخر الحق عن المدة التي انظر فيها فان عجز عن اقامة البينة حلف المدعي على نفي ماادعاه واستحق لانه يصير منكرا واليمين على المنكر

(فصل) فان شهدت البينة للمدعي فقال المدعى عليه احلفوه أنه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لان في ذلك طعنا على البينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعي عليه عيناً في يده فاقر بها لغيره جعل الخصم فيها وهل يحلف المدعى عليه على وجهين فان كان المقر له حاضراً مكلفاً سئل فان ادعاها لنفسه ولم تكن بينة حلف وأخذها وان اقر بها للمدعي سلمت اليه وان قال ليست لي ولا أعلم لمن هي؟ سلمت الى المدعي في أحد الوجهين في الآخر لاتسلم اليه الا ببينة ويجعلها الحاكم عند امين، وان اقر بها لغائب أو صبي او مجنون سقطت عنه الدعوى، ثم ان كان للمدعي بينة سلمت اليه وهل يحلف؟ على وجهين وان لم تكن له بينة حلف المدعي عليه انه لايلزمه

الحق الحاكم ان يحكم له بما ثبت في المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول: حكمت له به ألزمته الحق أنفذت الحكم به فان طلبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به فان طالبه أن يسجل له به وهو ان يكتب في المحضر ويشهد على انفاذه سجل له وفي وجوب ذلك الوجهان المذكوران في المحضر وهذه صورة السجل

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام على كذا وكذا في مجلس حكمه وقضائه في موضع كذا وكذا في وقت كذا وكذا انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما وقد عرفهما بما ساغ له به قبول شهادتهما عنده في كتاب نسخه وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر في اي حكم كان فاذا فرغ منه قال بعد ذلك فحكم به فانفذه وأمضاه بعد أن ساله فلان بن فلان ان يحكم له به ولا يحتاج ان يذكر انه بمحضر المدعى عليه لان القضاء على الغائب جائز فان أراد ان يذكره احتياطا قال بعد أن حضره من ساغ له الدعوى عليه ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين

(احداهما) تكون في يد صاحب الحق (والاخرى) تكون في ديوان الحكم فان هلكت احداهما

تسليمها اليه واقرت في يده الا ان يقيم بينة انها لمن سمى فلا يحلف

وجملة ذلك ان الانسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي إنما هي لفلان وكان المقر بها له حاضراً سئل عن ذلك فان صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من هي في يده اعترف ان يده بائنة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها ، وان لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، وان قال المدعي احلفوا المقر الذي كانت العين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر بها لزم الغرم كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمرو فانها تدفع إلى زيد ويغرم قيمتها لعمرو ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وفيه وجه انه لا يحلف لانه أقام المقر له مقام نفسه فيقوم مقامه في اليمين وتجزيء اليمين عنهما فان رد المقر له الاقرار فقال ليست لي وانما هي للمدعي حكم له بها ، وان لم تكن له بينة ففيه وجهان (أحدهما) تدفع إلى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا له بها فمع عدم ادعائه لها اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف انها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الذي ذكره القاضي والاول أصح لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف انها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله

نابت الاخرى عنها ويختم الذي في ديوان الحكم ويكتب على طيه سجل فلان بن فلان او محضر فلان بن فلان أو وثيقة فلان بن فلان فان كثر ما عنده جمع مايجتمع في كل يوم او أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها وشدها اضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم يضم مايجتمع في السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا حتى اذا حضر من يطلب شيئاً منها سام عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل، وينبغي أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه فان تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز

(فصل) وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات لانه من المصالح فانه يحفظ به الوثائق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه فان اعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق ان شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فانه حجة لك ولست أكرهك عليه

(فصل) واذا ارتفع اليه خصمان فذكر أحدهما ان حجته في ديوان الحكم فاخرجها الحاكم من

بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من له اليد حكما

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بها الغائب او لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها)

لان الحاضر يعترف انها ليست له ، ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا وتكون الخصومة معه، فان قال المدعي احلفوا لى المدعى عليه أحلفناه لما تقدم ، وان اقر بها للمدعي لم تسلم اليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه باقراره بها لغيره ، وان كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى خطر له ان يقدح في بينة المدعي وان يقيم بينة تشهد بانتقال الملك اليه من المدعي، وان أقام بينة انها ملكه فهل يقضي به ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو لسبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين فان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم انها لي ويتخرج ان يقضى بها اذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان للمودع المحاكمة في الوديعة إذا غصبت لانها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي إذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (احدهما) ان ثبوت الاجارة والعارية يترتب على ثبوت الملك للمؤجر ولا يمكن ثبوت الملك

ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه فان ذكر ذلك حكم به وإن لم يذكره لم يحكم به نص عليه احمد في الشهادة قاله بعض أصحابنا وهو قول ابي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن، وعن احمد رضي الله عنه انه يحكم به وبه قال ابن ابي ليلى وهذا الذي رأيته عن احمد في الشهادة لانه اذا كان في قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحاً

ووجه الاولى انه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز انفاذه إلا ببينة كحكم غيره ولأنه يجوز ان يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط . فان قيل فلو وجد في دفتر أبيه حقاً على انسان جاز له ان يدعيه ويحلف عليه . قلنا هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على انه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يجز له انفاذه ولانه يمكنه الرجوع في ما حكم به عليه إلى نفسه لانه فعل نفسه فروعي ذلك . وأما ما كتبه ابوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به إلى نفسه فيكفي فيه الظن

للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (والثاني) ان بينة الخارج مرتبة على بينة الداخل ويتخرج اقتضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق ومتى عاد المقر بها لغيره فادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه اقر بانه لايملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ما ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر بها لمجهول قيل له اما ان تعرفه واما أن نجعلك ناكلا وقضينا عليك فان أصر قضي عليه بالنكول) .

لانه لا تمكن الدعوى على مجهول فيضيع الحق باقراره هذا فيجب ان لايقبل كما لو سكت .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى إلا محررة تحريراً يعلم به المدعى إلا في الوصية والاقرار فانه يصح بالمجهول)

أما في غير ذلك فلا يصح لان الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه المدعي فان اعترف به لزمه ولا يمكن ان يلزمه مجهولا ويفارق الاقرار فان الحق عليه فلا يسقط بتركه اثباته وانما صحت الدعوى في الوصية مجهولة فانها تصح مجهولة فانه لو وصى له بشيء أوسهم صح فلا يمكنه ان يدعيها إلا مجهولة كما يثبت وكذلك الاقرار لما صح ان يقر بمجهول صح لخصمه ان يدعي عليه انه أقر له بمجهول. إذا ثبت هذا فان كان المدعي أثماناً فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء الجنس والنوع والقدر فيقول عشرة دنانير مصرية وان اختلفت بالصحاح والمكسرة .

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المدعى عيناً حاضرة عينها بالاشارة لانها تعلم بذلك وان كانت غائبة ذكر صفاتها ان كانت تنضبط بها وإلا ذكر قيمتها)

لانها لا تتميز ولا تصير معلومة إلا بذلك فان تعذر ذلك رجعنا الى القيمة كما لو تلفت العين.

(فصل) فان ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه أمضاه وألزم خصمه ماحكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم انما هو امضاء لحكمه السابق وإن لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وامضاء القضاء، وبه قال ابن ابي ليلى ومحمد بن الحسن قال القاضي هذا قياس قول احمد لانه قال يرجع الامام إلى قول اثنين فصاعداً من المأمومين

وقال ابو حنيفة وابو يوسف والشافعي لا يقبل لانه يمكنه الرجوع إلى الاحاطة والعلم فلا يرجع إلى الظن كالشاهد اذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان انه شهد لم يكن له ان يشهد

ولنا انهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكذلك اذا شهدا عنده بحكم نفسه ولانهما شهدا بحكم حاكم وما ذكروه لا يصح لان ذكر مانسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لان الحاكم يمضي ماحكم به اذا ثبت عنده والشاهد لا يقدر على امضاء شهادته وانما يمضيها الحاكم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي اليه قبل ولايته)

وذلك لان الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه ليعتني به في الحكم فتشبه الرشوة قال مسروق إذا قبل القاضي الهدية أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر وقد روى ابو حميد الساعدي

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت تالفة من ذوات الامثال ذكر قدرها وجنسها وصفتها) .

لان المثل واجب في ذوات الأمثال فوجبت فيه هذه الصفات لانه لا يتحقق المثل بدونها وان ذكر قيمتها كان أولى لانه احصر، وإن كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ذكر قيمته لانها تجب بتلفه وكذلك ان كان جوهراً تعين ذكر قيمته لانها تجب بتلفه لانها لا تنضبط إلا بذلك فان كان المدعى داراً فلا بد من بيان موضعها وحدودها فيدعي ان هذه بحدودها وحقوقها لي وانها في يده ظلماً وأنا أطالبه بردها وان ادعى عليه ان هذه الدار لي وانه يمنعني منها صحت الدعوى وان لم يقل انها في يده لانه يجوز ان ينازعه ويمنعه وان لم تكن في يده وان ادعى جراحة فيها أرش معلومة كالموضحة من الحر لم يحتج الى ذكر أرشها لانه معلوم وان كانت من عبد أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها وان ادعى على أبيه ديناً لم تسمع الدعوى حتى يدعي ان اباه مات وترك في يده مالا لان الولد لا يلزمه قضاء دين والده مالم يكن كذلك ويحتاج ان يذكر تركة ابيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع في قدر الدين هكذا ذكره القاضي ،قال شيخنا والصحيح انه يحتاج إلى ذكر ثلاثة أشياء قدر دينه وموت ابيه وانه وصل اليه من تركة ابيه مافيه وفاء لدينه وان قال مافيه وفاء لبعض دينه احتاج ان يذكر ذلك القدر والقول قول المدعى عليه في نفي تركة الأب مع يمينه وكذلك ان انكر موت أبيا ويكفيه أن يحلف على نفي العلم لانه على نفي فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ، ويكفيه ان يحلف انه ماوصل اليه من تركة أبيه شيء ولا يلزمه ان يحلف ان أباه لم يخلف شيئاً لانه قد يخلف تركة لا تصل اليه فلا يلزمه الايفاء منه .

قال : بعث رسول الله ﷺ رجلا من الازد يقال له ابن التبية على الصدقة فقال هذا لكم وهذا أهدي إلي فقام النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « مابال العامل نبعثه فيجيء فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلي ألا جلس في بيت أمه فينظر أيهدى اليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده لانبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته ان كان بعيراً له رغاء او بقرة لها خوار اوشاة تيعر فرفع يديه حتى رأيت عفرة أبطيه فقال «اللهم هل بلغت ثلاثا؟» متفق عليه ولان حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على انها من أجلها ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه فلم يجز قبولها منه كالرشوة، فاما ان كان يهدي اليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية لانها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها قال القاضي ويستحب له التنزه عنها ، وان أحس أنه يقدمها بين يدي خصومه او فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لانها كالرشوة وهذا كله مذهب الشافعي ، وروي عن ابي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم ، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم

(فصل) فاما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام بلا خلاف قال الله تعالى (أكالون للسحت)

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى نكاحاً فلا بد من ذكر المرأة بعينها إن حضرت وإلا ذكر اسمها ونسبها وذكر شروط النكاح وانه تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها في الصحيح من المذهب ان كانت ممن يعتبر رضاها).

وهذا منصوص الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه لانه نوع ملك فأشبه ملك العبد الا انه لا يحتاج أن يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ومنهم من يشترطه وقد يدعي نكاحاً يعتقده صحيحاً والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلمها مالم يذكر الشروط وتقوم البينة بها ويفارق المال فإن أسبابه لا تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة فربما لا يحسن المدعي عدها ولا يعرفها والاموال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فافترقا في الدعوى وأما الردة والعدة فالأصل عدمهما ولا يختلف الناس فيه ولا تختلف به الأغراض فإن كانت المرأة امة والزوج حراً فقياس ماذكرناه انه يحتاج إلى عدم الطول وخوف العنت لانهما من شرائط صحة نكاحها فأما ان ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج إلى ذكر شروطه في أحد الوجهين لانه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة وفي الثاني يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح أشبه دعوى العقد .

قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره هو الرشوة وقال إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به إلى الكفر وروى عبدالله بن عمر قال لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه ابو هريرة وزاد في الحكم ورواه ابو بكر في زاد المسافر وزاد والرائش وهو السفير بينهما ولان المرتشي انما يرتشي ليحكم بغير الحق او ليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم قال مسروق سألت ابن مسعود عن السحت اهو الرشوة في الحكم قال لا (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ـ والظالمون ـ والفاسقون) ولكن السحت أن يستعينك الرجل على مظلمة فيهدي لك فلا تقبل ، وقال قتادة قال كعب الرشوة تسفه الحليم وتعمي عين الحكيم فأما الراشي فان رشاه ليحكم له بباطل او يدفع عنه حقا فهو ملعون ، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن لا بأس أن يصانع عن نفسه قال جابر بن زيد مارأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ولانه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره فان ارتشى الحاكم او قبل هدية ليس له قبولها فعليه ردها إلى أربابها لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد ويحتمل أن يجعلها في بيت المال لان

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ادعى بيعاً أو عقداً سواه فهل يشترط ذكر شروطه؟ يحتمل وجهين)

أما سائر العقود من البيع والاجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر إلى الكشف وذكر الشروط في أصح الوجهين لانه لا يحتاط لها ولا يفتقر إلى الولي والشهود فلم يفتقر الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية أو غيرها لانها مبيع فأشبهت العبد وكذلك إذا كان المدعى عبداً او ديناً لم يحتج إلى ذكر السبب لان أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول استحق هذه العين التي في يده وأستحق كذا وكذا في ذمته ويقول في البيع اني اشتريت هذه الجارية بألف درهم او بعتها منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جائز الامر وتفرقنا عن تراض، وذكر ابو الخطاب في العقود وجها آخر انه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء أشبه النكاح ، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول أولى لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعت المرأة نكاحا على رجل وادعت معها نفقه أو مهراً سمعت دعواها وإن لم تدع سوى النكاح فهل تسمع دعواها؟ على وجهين)

إذا ذكرت المرأة مع دعوى الزوجية حقاً من حقوق النكاح كالمهر والنفقة ونحوها فان دعواها تسمع بغير خلاف نعلمه لانها تدعي حقالها تضيفه الى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت إضافته الى الشراء

النبي ﷺ لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها وقد قال احمد إذا اهدى البطريق لصاحب الجيش عيناً او فضة لم تكن له دون سائر الجيش قال ابو بكر يكونون فيه سواء

(فصل) ولا ينبغي لقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه لماروى ابو الاسود المالكي عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ماعدل وال اتجر في رعيته ابدا » ولانه يعرف فيحابي فيكون كالهدية ولان ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس

وقد روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق فقالوا ياخليفة رسول الله ﷺ لا يسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين قال فاني لا أدع عيالي يضيعون قالوا فنحن نفرض لك مايكفيك ففرضوا له كل يوم درهمين فان باع واشترى صح البيع لان البيع تم بشروطه واركانه وان احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره لان أبا بكر رضي الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له مايكفيه ، ولان القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة واما إذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين وينبغي أن يوكل في ذلك

وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضا لانه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها كالبيع وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر انه لاتسمع دعواها لان النكاح حق للزوج عليها فلاتسمع دعواها حقا لغيرها وان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله بغير يمين لانه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين وان أقامت البينة بالنكاح ثبت لها ماتضمنه النكاح من حقوقها وأما اباحتها فتبنى على باطن الامر فان علم انها أمرأته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولانوى به الطلاق وان علم انها ليست امرأته إما لعدم العقد أو لبينونتها لم تحل له وهل يمكن منها في الظاهر؟ يحتمل وجهين

(احدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لايمكن منها لاقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ماعليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي اختي من الرضاعة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرناه من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى قتل موروثه ذكر القاتل وانه انفرد به أو شاركه فيه غيره وانه قتله عمداً أو خطأ أو شبه عمد ويصفه) ويذكر صفة العمد لانه قد يعتقد ماليس بعمد عمداً فلا يؤمن ان يقتص ممن لايجب له القصاص عليه وهو مما لايمكن تلافيه فوجب الاحتياط فيه

من لا يعرف انه وكيله لئلا يحابى وهذا مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة انه قال لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنا من قضية ابي بكر رضي الله عنه

ولنا ماذكرناه وروي عن شريح انه قال شرط علي عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان، وقضية ابي بكر حجة لنا فان الصحابة أنكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قبل قولهم وترك التجارة فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها

(فصل) ويجوز للحاكم حضور الولائم لان النبي ﷺ كان يحضرها ويأمر بحضورها، وقال «من لم يجب فقد عصى الله ورسوله» فان كثرت وازدحمت ترك الكل ولم يجب أحداً لان ذلك يشغله عن الحكم الذي قد تعين عليه لكنه يعتذر اليهم ويسألهم التحليل، ولا يجيب بعضاً دون بعض لان في ذلك كسرا لقلب من لم يجبه إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض مثل أن يكون في إحداهما منكر أو تكون في مكان بعيد او يشتغل بها زمناً طويلا والاخرى بخلاف ذلك فله الاجابة اليها دون الاولى لان عذره ظاهر في التخلف عن الاولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى الارث ذكر سببه)

لان اسبابه تختلف ولا بد في الشهادة من ان تكون على سبب معين فكذلك في الدعوى

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى سيفاً محلى يذهب قومه بغير جنس حليته وان كان محلى بذهب وفضة قومه بما شاء منهما للحاجة)

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وتعتبر في البينة العدالة ظاهراً وباطنا في اختيار الخرقي والقاضي وعنه تقبل شهادة كل مسلم لم يظهر منه ريبة اختارها أبو بكر فان جهل اسلامه رجع الى قوله والمذهب الاول)

وجملة ذلك ان الحاكم اذا شهد عنده شاهدان فان عرف عدالتهما حكم بشهادتهما وان عرف فسقهما لم يقبل قولهما وان لم يعرف حالهما سأل عنهما لان معرفة العدالة شرط في جميع الحقوق وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتهما اذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا ان يقول الخصم هما فاسقان وهذا قول الحسن والمال والحد في ذلك سواء لان الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض وروي ان اعرابيا جاء إلى النبي ﷺ فشهد برؤية الهلال فقال له النبي ﷺ «اتشهد ان لا إله إلا الله؟» قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام، ولان العدالة امر خفي سببها الخوف من الله عز وجل ودليل ذلك الاسلام فاذا وجد فليكتف به مالم يقم على خلافه دليل وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الاولى وفي سائر الحقوق كالثانية لان الحدود والقصاص مما يحتاط لهما وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها

(فصل) وله عيادة المرضى وشهود الجنائز وإتيان مقدم الغائب وزيارة إخوانه والصالحين من الناس لانه قربة وطاعة وان كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم لان هذا تبرع فلا يشتغل به عن الفرض وله حضور البعض دون البعض لان هذا يفعله لنفع نفسه لتحصيل الاجر والقربة له والولائم يراعى فيها حق الداعي فينكسر قلب من لم يجبه إذا أجاب غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويعدل بين الخصمين في الدخول عليه والمجلس والخطاب)

وجملته أن على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول عليه والانصات اليهما والاستماع منهما وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً ، وقد روى عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة باسناده عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « من بلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر » وفي رواية « فليسو بينهم في النظر والمجلس والاشارة » وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي

ولنا ان العدالة شرط فوجب العلم بها كالاسلام وكما لو طعن الخصم فيهما فأما الاعرابي المسلم فانه من أصحاب رسول الله ﷺ وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم فان من ترك دينه في زمن رسول الله ﷺ إيثارا لدين الاسلام وصحب رسول الله ﷺ ثبتت عدالته وأما قول عمر فالمراد به الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة فقد روي عنه انه أتي بشاهدين فقال لست اعرفكما ولا يضركما ان لم اعرفكما جيئا بمن يعرفكما فأتيا برجل فقال له عمر تعرفهما ؟ فقال نعم فقال عمر صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس؟ قال لا قال عاملتهما في الدراهم والدنانير التي تقطع فيها الرحم؟ قال لا قال كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال لا قال يا ابن أخي لست تعرفهما جيئا بمن يعرفكما وهذا بحث يدل على انه لا يكتفى بدونه. إذا ثبت هذا فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة وليس فيها مايخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج الى البحث عنها لقول الله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولا يعلم انه مرضي حتى يعرفه أو يخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب اسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفع فيها ما يتميزون به عن غيرهم ويكتب صنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عنهم جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ويحليهم فيكتب اسود او أبيض أو انزع او أغم أو أشهل أو أكحل اقنى الانف أو افطس رقيق الشفتين أو غليظهما طويل أو قصير أو ربعة ونحو هذا التمييز ولا يقع اسم على اسم ويكتب اسم المشهود له وقدر الحق ويكتب ذلك كله لاصحاب مسائله لكل واحد رقعة وانما ذكرنا المشهود له لئلا يكون بينه وبين الشاهد عداوة وذكرنا قدر الحق لانه ربما كان ممن يرون قبوله في اليسير دون الكثير فتطيب نفس المزكي به إذا كان يسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً

سو بين الناس في مجلسك وعدلك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع شريف في حيفك ، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبي قال كان بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب بدار في شيء فجعلا بينهما زيد بن ثابت فأتياه في منزله فقال له عمر أتيناك لتحكم بيننا في بينة تؤتي الحاكم فوسع له زيد عن صدر فراشه فقال ههنا يا أمير المؤمنين فقال له عمر جرت في أول القضاء ولكن اجلس مع خصمي فجلسا بين يديه فادعى أبي وأنكر عمر فقال زيد لأبي اعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لاسألها لاحد غيره فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء ورواه عمر بن شبة وفيه فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك ياأمير المؤمنين لو أرسلت إلي لأتيتك قال في بينة تؤتي الحكم فلما دخلا عليه قال ههنا يا أمير المؤمنين قال بل أجلس مع خصمي فادعى أبي وأنكر عمر ولم تكن لأبي بينة فقال زيد اعف أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر تالله ان زلت ظالما السلام عليك يا أمير المؤمنين ، ههنا

وينبغي للقاضي ان يخفي عن كل واحد من أصحاب مسائله مايعطي الآخر من الرقاع لئلا يتواطئوا ، وان شاء الحاكم عين لصاحب مسائله من يسأله ممن يعرفه من جيران الشاهد وأهل الخبرة به وان شاء أطلق ولم يعين المسئول ويكون السؤال سراً لئلا يكون فيه هتك المسئول عنه وربما يخاف المسؤل من الشاهد والمشهود له والمشهود عليه ان يخبر بما عنده او يستحي وينبغي ان يكون أصحاب مسائله غير معروفين لئلا يقصدوا بهدية أو رشوة وان يكونوا أصحاب عفاف في الطعمة والا نفس ذوي عقول وافرة ابرياء من الشحناء والبغضة لئلا يطعنوا في الشهود ويسألوا عن الشاهد عدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ولا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية يميلون الى من وافقهم على من خالفهم ويكونون امناء ثقات لان هذا موضع أمانة وإذا رجع أصحاب مسائله فأخبر اثنان بالعدالة قبلت شهادته وان أخبر بالجرح ردشهادته وان أخبر احدهما بالجرح والآخر بالتعديل بعث آخرين فان عادا فأخبرا باالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح لان بينته لم تتم وان أخبرا بالجرح ثبت ورد الشهادة وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل لم تتم البينتان ويقدم الجرح ولا يقبل الجرح والتعديل الا من اثنين ويقبل قول أصحاب المسائل وقيل لاتقبل شهادة المسؤلين ويكلف اثنين منهم ان يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شرط الشهادة واللفظ وغيره ولا يقبل من صاحب المسئلة لان ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الاصل ووجه القول الاول ان شهادة أصحاب المسائل شهادة استفاضة لاشهادة على شهادة فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ولانه موضع حاجة فانه لايلزم المزكي الحضور للتزكية وليس للحاكم اجباره عليها فصار كالمرض والغيبة في سائر الشهادات ولاننا لولم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذرت التزكية لانه قد لايكون في جيران الشاهد من يعرفه للحاكم فلا يعرفه الحاكم فيفوت الجرح والتعديل

(فصل) ولابد للحاكم من معرفة اسلام الشاهد قاله القاضي ويحصل ذلك باحد أمور أربعة

يا أمير المؤمنين، اعف أمير المؤمنين ولم يعفِ أمير المؤمنين؟ ان كان لي حق استحققته بيميني والا تركته والله الذي لا إله إلا هو ان النخل لنخلي وما لأبي فيها حق ثم أقسم عمر لا يصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء فلما خرجا وهب النخل لابي فقيل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف؟ قال خفت ان أترك اليمين فتصير سنة فلا يحلف الناس على حقوقهم، وقال ابراهيم جاء رجل الى شريح وعنده السري بن وقاص فقال الرجل لشريح اعدني على هذا الجالس عندك فقال شريح للسري قم فاجلس مع خصمك قال إني أسمعك من مكاني قال لا قم فاجلس مع خصمك فابى ان يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه

وفي رواية قال ان مجلسك يريبه وإني لا أدع النصرة وأنا عليها قادر، ولما تحاكم علي رضي الله عنه واليهودي الى شريح قال علي إن خصمي لو كان مسلما لجلست معه بين يديك ولان الحاكم إذ ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك الى ظلمه وان أذن أحد

(أحدها) إخباره عن نفسه أنه مسلم وإتيانه بكلمة الاسلام وهي شهادة ألا اله الا الله وأن محمدا رسول الله لانه لو لم يكن مسلماً صار بذلك مسلماً (الثاني) اعتراف المشهود عليه باسلامه لانه حق عليه (الثالث) خبرة الحاكم لاننا اكتفينا بذلك في عدالته فكذلك في اسلامه (الرابع) ان تقوم به بينة ولا بد من معرفة الحرية في موضع تعتبر فيه ويكفي في ذلك أحد امور ثلاثة البينة أو اعتراف المشهود عليه أو خبرة الحاكم ولا يكفي اعتراف الشاهد لانه لا يملك ان يصير حراً فلا يملك الاقرار به

(فصل) اذا شهد عند الحاكم مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان

(احدهما) يلزم الحاكم بشهادته لان البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ولانه إذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ باقراره كسائر أقاريره

(والثاني) لا يجوز الحكم بشهادته لان الحكم بها تعديل فلا يثبت بقول واحد ولان اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضي الخصم بان يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به لانه لا يخلو اما ان يحكم عليه مع تعديله أو مع انتفائه، لا يجوز ان يقال مع تعديله لان التعديل لا يثبت بقول الواحد ولا يجوز مع انتفاء تعديله لان الحكم بشهادة غير العدل لا يجوز بدليل شهادة من ظهر فسقه ومذهب الشافعي مثل هذا فان قلنا بالاول فلا يثبت تعديله في غير المشهود عليه لانه لم يوجد منه التعديل وانما حكم عليه لاقراره بوجود شرط الحكم، واقراره يثبت في حقه دون غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وإن علم الحاكم عدالتهما عمل بعلمه وحكم بشهادتهما)

لا نعلم فيه خلافا وإذا عرف عدالة الشهود قال للمشهود قد شهدا عليك فان كان عندك ما يقدح

الخصمين للحاكم في رفع الخصم الآخر عليه في المجلس جاز لأن الحق له ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذي رفعه .

والسنة ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي لما روي أن النبي ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم رواه أبو داود وقال علي رضي الله عنه لو أن خصمي مسلم لجلست معه بين يديك ولان ذلك أمكن للحاكم في العدل بينهما والاقبال عليهما والنظر في خصومتهما ، وان كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضاً لاستوائهما في دينهما وان كان أحدهما مسلما والآخر ذمياً جاز رفع المسلم عليه لما روى ابراهيم التيمي قال وجد علي كرم الله وجهه درعه مع يهودي فقال درعي سقطت وقت كذا فقال اليهودي درعي وفي يدي بيني وبينك قاضي المسلمين فارتفعا إلى شريح فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه في موضعه وجلس مع اليهودي بين يديه ، فقال علي ان خصمي لو كان مسلما لجلست معه بين يديك ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تساووهم في المجالس» ذكره أبو نعيم في الحلية ولا ينبغي أن يضيف احد الخصمين دون صاحبه اما ان يضيفهما معاً او يدعهما .

وقد روي عن علي كرم الله وجهه أنه نزل به رجل فقال له إنك خصم ؟ قال نعم قال تحول عنا

في شهادتهم فبينه عندي فان لم يقدح في شهادتهم حكم عليه لان الحق قد صح على وجه لا اشكال فيه

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن يرتاب بهما فيفرقهما ويسال كل واحد منهما كيف تحملت الشهادة ؟ ومتى ؟ وفي أي موضع ؟ وهل كنت وحدك أو انت وصاحبك ؟ فان اختلفا لم يحكم بشهادتهما وإن اتفقا وعظهما وخوفهما فان ثبتا حكم بها إذا ساله المدعي)

وجملة ذلك ان الحاكم إذا ارتاب بشهادة الشهود احتاج الى البحث عنهم لقول الله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولا نعلم أنه مرضي حتى نعرفه او نخبر عنه فيفرقهما ليظهر له حالهما فيفرقهم ويسال كل واحد عن شهادته وصفتها فيقول كنت أول من شهد او كتب أو لم يكتب وفي أي مكان شهدت ؟ وفي اي شهر ؟ واي يوم ؟ وهل كنت وحدك او مع غيرك ؟ فان اختلفوا سقطت شهادتهم لانه قد ظهر له ما يمنع قبولها ويقال أول من فعل هذا دانيال وقيل سليمان عليهما السلام وهو صغير وروي عن علي رضي الله عنه ان سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فاتت زوجته علياً تدعي على السبعة فسالهم علي فانكروا وفرقهم وأقام كل واحد منهم عند سارية ووكل به من يحفظه فدعا واحدا منهم فساله فانكر فقال الله أكبر فظن الباقون أنه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للاول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف فقتلهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتفقوا وعظهم وخوفهم كما روي عن شريح أنه كان يقول للشاهدين اذا حضرا يا هذان الا تريان؟ اني لم ادعكما ولست أمنعكما ان ترجعا وانما يقضي على هذا أنتما وأنا متق بكما فاتقيا وفي لفظ فاني بكما اقضي وبكما اتقي يوم القيامة)

فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تضيفوا أحد الخصمين الا ومعه خصمه» ولان ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم الى من اضافه ولا يلقن أحدهما حجته ولا مافيه ضرر على خصمه مثل ان يريد أحدهما الاقرار فيلقنه الانكار أو اليمين فيلقنه النكول أو النكول فيجرئه على اليمين أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدما على الشهادة فيوقفه عنها أو يقول لاحدهما وحده تكلم ونحو هذا مما فيه اضرار بخصمه لان عليه العدل بينهما

فان قيل: فقد لقن النبي ﷺ السارق فقال «ما إخالك سرقت» وقال عمر لزياد أرجو ان لا يفضح الله على يديك رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا لا يرد هذا الالزام ههنا فان هذا في حقوق الله وحدوده ولا خصم للمقر ولا للمشهود عليه فليس في تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل في أحد الجانبين والذي قلنا في المختلفين في حق من حقوق الآدميين ولا ينبغي ان يعنت الشاهد ولا يداخله في كلامه ويعنفه في الفاظه

(فصل) واذا حضر القاضي خصوم كثيرة قدم الاول فالاول وينبغي ان يبعث من يكتب من جاء الاول فالاول فيقدمه قال ابن المنذر الاحسن ان يتخذ خيطاً ممدوداً طرفه يلي مجلس الحاكم والطرف الآخر يلي مجلس الخصوم فكل من جاء كتب اسمه في رقعة وثقبها وادخلها في الخيط

وروى ابو حنيفة قال كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة فجاء رجل فادعى على رجل حقا فنكره فاحضر المدعي شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي تقوم به السماء والارض لقد كذبا علي في الشهادة وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالساً وقال سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الطير لتخفق باجنحتها وترمي ما في حواصلها من هول يوم القيامة وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فان صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ينبغي للقاضي ان يسال عن شهوده كل قليل لان الرجل ينتقل من حال إلى حال وهل هذا مستحب أو واجب؟ فيه وجهان)

(أحدهما) مستحب لان الاصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح (والثاني) يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها لان العيب يحدث وذلك على ما يراه الحاكم، ولأصحاب الشافعي وجهان مثل هذين

﴿مسئلة﴾ (وليس للحاكم ان يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم)

لان الله تعالى قال (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ولان فيه اضراراً بالناس وتضييقا عليهم لان كثيراً من الوقائع التي يحتاج الى البينة فيها تقع عند غير المرتبين فمتى ادعى انسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ولا يجوز ردهما بكونهما من غير المرتبين

مما يلي مجلس الخصوم حتي يأتي على آخرهم فاذا جلس القاضي مد يده الى الطرف الذي يليه فأخذ الرقعة التي تليه ثم التي بعدها كذلك حتى يأتي على آخرها فان بقي منها شيء وزال الوقت الذي يقضي فيه عرف الطرف الذي يليه حين يجلس فيتناول في المجلس الثاني الرقاع كفعله بالأمس والاعتبار بسبق المدعي لان الحق له ومتى تقدم رجلا لسبقه فحكم بينه وبين خصمه فقال لي دعوى أخرى لم يسمع منه لانه قد قدمه بسبقه في خصومة فلا يقدمه باخرى ويقول له اجلس حتى اذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت في دعواك الاخرى ان أمكن فاذا فرغ الكل فقال الاخير بعد فصل خصومته لي دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الاول الثانية ثم يسمع دعواه، وان ادعى المدعى عليه على المدعي حكم بينهما لاننا انما نعتبر الاول فالاول في الدعوى لا في المدعي عليه وإذا تقدم الثاني فادعى على المدعي الاول او المدعى عليه الاول حكم بينهما . وان حضر اثنان او جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوي حقوقهم وان كثر عددهم كتب أسماءهم في رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة رقعة واحدة بعد اخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق

لان ذلك يخالف الكتاب والسنة والاجماع لكن له ان يرتب شهوداً اشهدهم الناس فيستغنون باشهادهم عن تعديلهم ويستغني الحاكم عن الكشف عن احوالهم فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون ايضا يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم إذا شهد

﴿ مسئلة ﴾ (فان ثبتا حكم بشهادتهما لان الظاهر صدقهما ولا يحكم حتى يسأله المدعي لان الحق له وقد ذكرناه)

(فصل) إذا اتضحت له الحادثة واستنارت به الحجة لأحد الخصمين حكم إذا سأله لما بينا وإن كان فيها لبس أمرهما بالصلح فان ابيا أخرهما الى البيان فان عجلها قبل البيان لم يصح حكمه ، وممن رأى الاصلاح بين الخصوم شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعنبري وروي عن عمر أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن قال أبو عبيد انما يسعه الصلح في الامور المشكلة ، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحمله على الصلح ونحوه قول عطاء واستحسنه ابن المنذر ، وروي عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة

(فصل) وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله والا نظر في سنة رسول الله فان لم يجدها نظر في القياس فألحقها باشبه الاشياء بها لما روى عمرو بن الحارث بن أخي المغيرة بن شعبة عن رجل من أصحاب معاذ من اهل حمص عن معاذ أن النبي ﷺ قال لمعاذ حين بعثه الى اليمن « بم تحكم ؟ — قال بكتاب الله قال — فان لم تجد — قال بسنة رسول الله قال — فان لم تجد ؟ — قال اجتهد رأيي ولا آلو قال — الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله» فان قيل عمرو بن

(فصل) فإن حضر مسافرون ومقيمون فكان المسافرون قليلا بحيث لايضر تقديمهم على المقيمين قدمهم لانهم على جناح السفر ويشتغلون بما يصلح الرحيل وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفا عنهم وفي تأخيرهم ضرر بهم فإن شاء أفرد لهم يوما يفرغ من حوائجهم فيه . وإن شاء قدمهم من غير افراد يوم لهم فإن كانوا كثيرا بحيث يضر تقديمهم فهم والمقيمون سواء لان تقديمهم مع القلة انما كان لدفع الضرر المختص بهم فاذا آل دفع الضرر عنهم الى الضرر بغيرهم تساووا ولا خلاف في أكثر هذه الآداب وأنها ليست شرطا في صحة القضاء فلو قدم المسبوق أو قدم الحاضرين أو نحوه كان قضاؤه صحيحاً .

(فصل) وإذا تقدم إليه خصمان فإن شاء قال من المدعي منكما؟ لانهما احضرا لذلك وان شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعي منكما؟ إن سكتا جميعاً، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لاحدهما تكلم لان في افراده بذلك تفضيلا له وتركا للانصاف.

قال عمر بن قيس شهدت شريحاً إذا جلس اليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول أيكما المدعي فليتكلم ؟ وان ذهب الآخر يشغب غمزه حتى يفرغ المدعي ثم يقول تكلم فإن بدأ أحدهما

أخي المغيرة والرجال مجهولون قلنا قد رواه عبادة بن نسي عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ ثم انه حديث مشهور في كتب اهل العلم رواه سعيد بن منصور والامام أحمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه فروى سعيد ان عمر قال لشريح انظر ما تبين لك في كتاب الله فاتبع فيه السنة وما لم يتبين ذلك في السنة فاجتهد فيه رأيك وعن ابن مسعود مثل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن جرحهما المشهود عليه كلف البينة بالجرح فان سال الانظار انظر ثلاثاً ليجرحهما)

لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في كتابه إلى أبي موسى : واجعل لمن ادعى حقاً غائباً امداً ينتهي اليه ، فان أحضر بينة أخذت له حقه وإلا استحللت القضية عليه فانه انفى للشك وأجلى للعمى

﴿ مسئلة ﴾ وللمدعي ملازمته الا ان يقيم بينة بالجرح)

لان الحق قد ثبت في الظاهر فاذا لم يقم بينة بالجرح حكم عليه لظهور الحق

﴿مسئلة﴾ (ولا يسمع الجرح الا مفسراً بما يقدح في العدالة ويعتبر فيه اللفظ فيقول أشهد إني رأيته يشرب الخمر أو سمعته يقذف او رأيته يظلم الناس باخذ أموالهم او ضربهم او يعامل بالربا او يعلم ذلك بالاستفاضة في الناس ولا بد من ذكر السبب وتعيينه)

وبهذا قال الشافعي وسوار وعنه يكفي ان يشهد أنه فاسق وليس بعدل وبه قال أبو حنيفة لان التعديل يسمع مطلقاً وكذلك الجرح لان التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقاً يوجب عليه الحد في بعض الحالات وهو ان يشهد عليه بالزنا فيفضي الجرح إلى جرح الجارح وتبطل شهادته ولا يتجرح بها المجروح

فادعى فقال خصمه أنا المدعي لم يلتفت الحاكم اليه ، وقيل أجب عن دعواه ثم ادع بعد ماشئت فان ادعيا معاً فقياس المذهب أن يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي لان أحدهما ليس باولى من الآخر وقد تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما كالمرأتين اذا زفتا في ليلة واحدة واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً وقيل يرجئ أمرهما حتى يتبين المدعي منهما وما ذكرناه أولى لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معا وإرجاء أمرهما اضرار بهما وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الامكان وله نظير في مواضع من الشرع فكان أولى

(فصل) ولا يسمع الحاكم الدعوى الا محررة الا في الوصية والاقرار لان الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه فان اعترف به لزمه ولا يمكنه ان تلزمه مجهولة ويفارق الاقرار فان الحق عليه فلا يسقط بتركه اثباته وانما صحت الدعوى في الوصية مجهولة لأنها تصح مجهولة فانه لو وصى له بشيء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها الا مجهولة كما ثبت وكذلك الاقرار لما صح أن يقر بمجهول صح لخصمه أن يدعي عليه أنه أقر له بمجهول

ولنا أن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب يسير النبيذ فوجب ان لا يقبل بمجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحا ولان الجرح ينقل عن الاصل فان الاصل في المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد ان يعرف الناقل لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا وقولهم إنه يفضي الى جرح الجارح وايجاب الحد عليه قلنا ليس كذلك لانه يمكنه التعريض من غير تصريح فان قيل ففي بيان السبب هتك المجروح قلنا لا بد من هتكه فان الشهادة عليه بالفسق هتك ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية اليه كما جازت الشهادة عليه به لاقامة الحد عليه بل ههنا أولى فان فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمي فكان أولى بالجواز لان هتك عرضه بسببه لانه تعرض للشهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه فكان هو الهاتك لنفسه اذ كان فعله المحوج للناس الى جرحه فان صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد إن لم يأت بتمام أربعة شهداء وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا حد عليه إذا كان بلفظ الشهادة لانه لم يقصد ادخال المعرة عليه

ولنا قول الله سبحانه (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولان أبا بكرة ورفيقه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر من الصحابة ولم ينكره منكر فكان اجماعا ويبطل ما ذكروه بما شهدوا عليه لاقامة الحد عليه

(فصل) فان أقام المدعي بينة ان هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فردت شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لان الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء وقال أبو حنيفة يقبل لانه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فاشبه الرواية وأخبار الديانات

إذا ثبت هذا فان كان المدعى اثمانا فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس . والنوع . والقدر فيقول عشرة دنانير بصرية، وان اختلفت بالصحاح والمكسرة قال صحاح أوقال مكسرة، وإن كانت الدعوى في غير الاثمان وكانت عينا تنضبط بالصفات كالحبوب والثياب والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التي تشترط في السلم وان ذكر القيمة كان آكد الا ان الصفة تغني فيه كما تغني في العقد. وان كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلابد من ذكر قيمتها لانها لا تنضبط إلا بها ، وإن كان المدعى تالفا وهو مما له مثل كالمكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته. وان كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لانها تجب بتلافه ، وان كان التالف شيئا محلى بفضة او بذهب قومه بغير جنس حليته ، وان كان محلى بذهب وفضة قومه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وان كان المدعى عقاراً فلابد من بيان موضعه وحدوده فيدعي ان هذه الدار بحدودها وحقوقها لي وانها في يده ظلما وأنا أطالبه بردها علي، وان ادعى عليه ان هذه الدار لي وانه يمنعني منها صحت الدعوى وان لم يقل إنها في يده لانه يجوز ان ينازعه ويمنعه وان لم تكن في يده ، وان ادعى جراحة لها ارش معلوم كالموضحة من الحر جاز ان يدعي الجراحة ولا يذكر ارشها لانه معلوم وان كانت من عبد أوكانت من حر لا مقدر فيها فلابد من ذكر أرشها، وان ادعى على أبيه دينا لم تسمع الدعوى حتى يدعي ان أباه مات

ولنا أنها شهادة فيما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فاشبه الشهادة في القصاص وما ذكروه ممنوع

(فصل) ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء فلو قال المشهود عليه هذان فاسقان أو عدوان أو أبا المشهود له لم يقبل قوله لانه متهم في قوله ويشهد بما يجر إلى نفسه نفعاً فاشبه الشهادة لنفسه ولاننا لو قبلنا قوله لم يشأ أحد ان يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها فتضيع الحقوق وتذهب حكمة البينة

(فصل) ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما، وقال مالك يقبلهما إذا رأى منهما سيما الخير لانه لاسبيل الى معرفة عدالتهما ففي التوقف عن قولهما تضييع الحقوق فوجب الرجوع فيهما إلى السيماء الجميلة

ولنا ان عدالتهما مجهولة فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدي الخصم وما ذكروه معارض بأن قبول شهادتهما يفضي إلى القضاء بشهادتهما في دفع الحق إلى غير مستحقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد عنده فاسق يعرف حاله قال للمدعي زدني شهودا)

ولا يقبل قوله لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) و يقول للمدعي زدني شهوداً لئلا يفضحه

وترك في يده مالا لان الولد لايلزمه قضاء دين والده مالم يكن كذلك ويحتاج ان يذكر تركة أبيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع في قدر الدين هكذا ذكره القاضي والصحيح أنه يحتاج الى ذكر ثلاثة أشياء تحرير دينه وموت أبيه وانه وصل اليه من تركة أبيه مافيه وفاء لدينه وان قال مافيه وفاء لبعض دينه احتاج أن يذكر ذلك القدر والقول قول المدعى عليه في نفي تركة الاب مع يمينه ، وان أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ويكفيه ان يحلف على نفي العلم لانه على نفي فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ويكفيه أن يحلف أن ماوصل اليه من تركة ابيه مافيه وفاء حقه ولا شيء منه ولايلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئا لانه قد يخلف تركة فلا تصل اليه فلايلزمه الايفاء منه فان لم يحسن المدعي تحرير الدعوى فهل للحاكم ان يلقنه تحريرها ؟ يحتمل وجهين :

(احدهما) يجوز لأنه لا ضرر على صاحبه في ذلك (والثاني) لا يجوز لأن فيه إعانة احد الخصمين في حكومته.

(فصل) إذا حرر المدعي دعواه فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل ان يطلب منه المدعي ذلك لان شاهد الحال يدل عليه لان احضاره والدعوى انما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقداغنى

﴿مسئلة﴾ (وإن جهل حاله طالب المدعي بتزكيته)

لانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أتي بشاهدين فقال لهما اني لا أعرفكما ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئا بمن يعرفكما ولان العدالة شرط في قبول الشهادة على ما ذكرنا فاذا شك في وجودها كانت كعدمها كشروط الصلاة

﴿مسئلة﴾ (ويكفي في التزكية شاهدان يشهدان أنه عدل رضي ولا يحتاج في التزكية ان يقول علي ولي) وهذا قول اكثر اهل العلم وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية وقال اكثرهم لا يكفيه الا أن يقول علي ولي واختلفوا في تعليله فقال بعضهم لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة وقال بعضهم لئلا يكون عدلا في شيء دون شيء

ولنا قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) فان شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما فيدخل في عموم الآية ولانه إذا كان عدلا لزم أن يكون له وعليه وفي حق سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج إلى ذكره ولا يصح ما ذكروه فان الانسان لا يكون عدلا في شيء دون شيء ولا في حق شخص دون شخص فانها لا توصف بهذا ولا تنتفي أيضاً بقوله علي ولي فان من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة وانما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا ثم ان هذا إذا كان معلوما انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه ولان العداوة لا تمنع من شهادته له بالتزكية وانما تمنع الشهادة عليه وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة إلى نفي العداوة

(فصل) ولا يكفي ان يقول ما أعلم منه الا الخير وهذا مذهب الشافعي وقال أبو يوسف يكفي لانه إذا كان من أهل الخبرة به ولايعلم منه الا الخير فهوعدل

ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ماتقول فيما يدعيه؟فإن أقر لزمه وليس للحاكم أن يحكم عليه الا بمسئلة المقر له لان الحكم عليه حق له فلا يستوفيه الا بمسئلة مستحقه هكذا ذكر أصحابنا . ويحتمل أن يجوز له الحكم عليه قبل مسئلة المدعي لان الحال تدل على إرادته ذلك فاكتفي بها كما اكتفي بها في مسئلة المدعى عليه الجواب ولان كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسألته ، وعلى قول الاول ان سأله الخصم فقال احكم لي حكم عليه والحكم أن يقول قد ألزمتك ذلك أوقضيت عليك له أويقول اخرج له منه فمتى قال له أحد هذه الثلاثة كان حكما بالحق؟ وان أنكر فقال لاحق لك قبلي فهذا موضع البينة قال الحاكم ألك بينة ؟ لماروي ان رجلين اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم حضرمي وكندي فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي وليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي «ألك بينة ؟» قال لا قال « فلك يمينه » وهو حديث حسن صحيح ، وإن كان المدعي عارفا بانه موضع البينة فالحاكم مخير بين أن يقول ألك بينة ، وبين أن يسكت فاذا قال له ألك بينة؟وذكر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها لان ذلك حق له فله أن يفعل

ولنا أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا كما لو قال أعلم منه خيراً وما ذكروه لايصح لان الجاهل بحال أهل الفسق لايعلم منهم الا الخير لانه يعلم اسلامهم وهو لايعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول،قال أصحابنا ولا يقبل التعديل الا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة وهومذهب الشافعي لخبر عمر الذي قدمناه،ولان عادة الناس اظهار الطاعات وإسرار المعاصي فان لم يكن ذاخبرة باطنة فربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق في الباطن وهذا يحتمل ان يريد الاصحاب بما ذكروه ان الحاكم اذا علم ان المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر رضي الله عنه ويحتمل أنهم أرادوا أنه لا تجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا ان تكون له خبرة باطنة،فاما الحاكم اذاشهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال فله ان يقبل الشهادة من غير كشف ، وان استكشف الحال كما فعل عمر رضي الله عنه فحسن

﴿ مسئلة ﴾ (وان عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ينظر أيهما أعدل الذان جرحاه أو الذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما

ولنا ان الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه لان التعديل متضمن ترك الريب والجارح مثبت لوجود ذلك والاثبات مقدم على النفي ولان الجارح يقول رأيته يفعل والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بان يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحاً

مايرى، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعي ذلك لانه حق له فلا يسئله ولا يتصرف فيه من غير اذنه، فإذا ساله المدعي سؤالها قال من كانت عنده شهادة فليذكرها ان شاء؟ ولا يقول لهما اشهدا لانه أمر، وكان شريح يقول للشاهدين ماأنادعوتكما ولا أنهاكما ان ترجعا ومايقضي على هذا المسلم غيركما واني بكما أقضي اليوم وبكما أتقي يوم القيامة وإن رأى الحاكم عليهما مايوجب رد شهادتهما ردها كما روي عن شريح انه شهد عنده شاهد وعليه قباء مخروط الكمين فقال له شريح أتحسن أن توضأ؟ قال نعم قال فاحسر عن ذراعيك فذهب يحسر عنها فلم يستطع فقال له شريح قم فلا شهادة لك. وان أديا الشهادة على غير وجهها مثل أن يقولا بلغنا ان عليه ألفاً أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما. وشهد رجل عند شريح فقال أشهد انه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات، فقال شريح أتشهد انه قتله؟ قال أشهد انه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات، قال أتشهد انه قتله؟ قال أشهد انه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات، قال قم لا شهادة لك. وان كانت شهادة صحيحة وعرف الحاكم عدالتهم قال للمشهود عليه قد شهدا عليك فان كان عندك مايقدح في شهادتهما فبينه عندي، فان سأل الانظار أنظره اليومين والثلاثة، فان لم يجرح حكم عليه لان الحق قد وضح على وجه لا إشكال فيه. وان ارتاب بشهادتهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان سأل المدعي حبس المشهود عليه حتى يزكي شهوده فهل يحبس؟ على وجهين)

(أحدهما) يحبس لان الظاهر العدالة وعدم الفسق ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما كان على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود (والثاني) لا يحبس لان الاصل براءة الذمة وقيل يحبس في المال فقط

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقام شاهداً وسأل حبسه حتى يقيم الاخر حبسه ان كان في المال)

لان الشاهد حجة فيه وإنما اليمين معونة له، وان كان في غيره لم يحبس لانه لا يكون حجة في اثباته أشبه مالو لم يقم شاهداً وفيه وجه آخر أنه يحبس كالتي قبلها والاول أولى لانه إن حبس ليقيم شاهداً آخر لتتم بهما البينة فهو كالحق الذي لايثبت الا بشاهدين، وان حبس ليحلف معه فلاحاجة اليه لان الحلف ممكن في الحال، فان حلف ثبت حقه وإلا لم يجب شيء، ويحتمل ان يقال ان كان المدعي باذلا لليمين والتوقف لاثبات عدالة الشاهدين حبس كما ذكرنا في التي قبلها، وان كان التوقف عن الحكم لغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهدين دام الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم، وكل موضع حبس لشاهد واحد فانه يقال للمشهود له ان جئت بشاهد آخر الى بكيت والا اطلقناه، وان اقام شاهدين فحبس حتى يزكي شهوده فقيل يمهل ثلاثة أيام أيضاً كالتي قبلها وهو أولى ان شاء الله تعالى لان الحبس عقوبة فإذا قلنا يحبس حتى يزكي شهوده فكل من أراد حبس خصمه أقام شاهدين مجهولين لا يعرفهما الحاكم ويبقى خصمه في الحبس دائماً وهذا ضرر كثير مع ان الاصل براءة الذمة فاما الثلاثة أيام فهي يسيره

فرقهم، فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها فيقول كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تكتب وفي أي مكان شهدت؟ وفي أي شهر ؟ وأي يوم؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك؟ فان اختلفوا سقطت شهادتهم، وان اتفقوا بحث عن عدالتهم ويقال أول من فعل هذا دانيال ويقال فعله سليمان وهو صغير وروي عن علي رضي الله عنه ان سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأتت زوجته علياً فدعى الستة فسألهم عنه فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية ووكل به من يحفظه ودعى واحداً منهم فسأله فأنكر فقال الله أكبر فظن الباقون انه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للاول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف فقتلهم . وان لم يعرف عدالتهما بحث عنها فان لم تثبت عدالتهما قال للمدعي زدني شهوداً ، وان لم تكن له بينة عرفه الحاكم ان لك يمينه وليس للحاكم أن يستحلفه قبل مسئلة المدعي لان اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق فان استحلفه من غير مسئلة أو بادر المنكر فحلف لم يعتد بيمينه لانه أتى بها في غير وقتها . وإذا سألها المدعي أعادها له لان الاولى لم تكن يمينه . وإن أمسك المدعي عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد إحلافه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه منها وانما أخرها . وان قال أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها في

(فصل) اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وأقام شاهدين لم يعدلا فسأل الحاكم ان يحول بينه وبين سيده الى ان يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعل الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة ينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فان عدل الشاهدان أسلم اليه الباقي من كسبه وان فسقا رد الى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ، ولاننا لو لم نحل بينهما افضى الى ان تكون امة يطؤها وان أقام شاهداً واحداً وسأل ان يحال بينهما ففيه وجهان

(فصل) وان أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها وان أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لان البينة لم تتم وهذا مما لا يثبت الا بشاهدين

﴿ مسئلة ﴾ (وان حاكم اليه من لا يعرف لسانه ترجم له من يعرف لسانه)

اذا تحاكم الى القاضي العربي اعجميان أو أعجمي وعربي فلابد من مترجم عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقبل في الترجمة والجرح والتعديل والتعريف والرسالة الا قول عدلين)

وبهذا قال الشافعي وعن أحمد انه يقبل واحد وهذا اختيار أبي بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبي حنيفة قال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت ان النبي ﷺ امره ان يتعلم كتاب يهود قال فكنت أكتب له إذا كتب اليهم وأقرأ له اذا كتبوا ولانها مما لا تفتقر الى لفظ الشهادة فاجزأ فيها الواحد كأخبار الديانات ولانه نقل ما خفي عن الحاكم اليه فيما يتعلق بالمتحاكمين فوجب فيه العدد كالشهادة ولان مالا يفهمه الحاكم وجوده عنده كغيبته فاذا ترجم له كان كنقل الاقرار اليه من غير مجلسه ولا يقبل ذلك الا من شاهدين كذا ههنا فعلى هذه الرواية تكون الترجمة شهادة تفتقر الى العدد

هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لان حقه لايسقط بالابراء من اليمين . فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لان هذه الدعوى غير الدعوى التي ابرأه فيها من اليمين فان حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعي أن يحلفه يميناً أخرى لا في هذا المجلس ولا في غيره . وان كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة جاز وسقطت دعواهم باليمين لانها حقهم ولانه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة

قال القاضي : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يميناً وهو أحد لوجهين لأصحاب الشافعي لان اليمين حجة في حق الواحد فاذا رضي بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضي أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الاول لان الحق لهما فاذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق إذا قامت بها بينة واحدة لايكون لكل حق بعض البينة . فأما ان حلفه لجميعهم يميناً واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه

وقد حكى الاصطخري ان اسماعيل بن إسحاق القاضي حلف رجلا بحق لرجلين يميناً واحدة

والعدالة ويعتبر فيها من الشروط مايعتبر في الشهادة على الاقرار بذلك الحق فان كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف الا شاهدان ذكران ان كان مما لايكفي فيه ترجمة رجل وامرأتين ولم تعتبر الحرية فيه وإن كان في حدزنا خرج في الترجمة وجهان

(احدهما) لايكفي فيه أقل من أربعة رجال احرار عدول

(والثاني) يكفي فيه اثنان بناء على الروايتين في الشهادة على الاقرار بالزنا ويعتبر فيه لفظ الشهادة لانه شهادة وإن قلنا يكفي فيه واحد فلا بد من عدالته ولا يقبل من كافر ولا فاسق ويقبل من العبد لانه من أهل الشهادة والرواية وقال أبو حنيفة لايقبل من العبد لكونه ليس من أهل الشهادة

ولنا انه خبر يكفي فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد كاخبار الديانات ولا نسلم ان هذه شهادة ولان العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية وعلى هذا الاصل ينبغي ان يقبل فيه ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة لان روايتها مقبولة، فأما الجرح والتعديل فلا يكون الا من اثنين

وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر وعن أحمد يقبل ذلك من واحد وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لانه خبر ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة فيقبل من واحد كالرواية

ولنا انه إثبات صفة من يبني الحاكم حكمه على صفته فاعتبر العدد كالحضانة وفارق الرواية فانها على المساهلة ولا نسلم انها لاتفتقر الى لفظ الشهادة

(فصل) والحكم في التعريف والرسالة كالحكم في الترجمة وفيها من الخلاف مافيها، ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب .

فخطأه أهل عصره . وان قال المدعي لي بينة غائبة قال له الحاكم لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت أخرته إلى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » فان أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن مزيلة للحق لان اليمين انما يصار اليها عند عدم البينة فاذا وجدت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها . وان قال لي بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتي لم يملك ذلك. وقال أبو يوسف يستحلفه وان نكل قضى عليه لان في الاستحلاف فائدة وهو انه ربما نكل فقضى عليه فأغنى عن البينة

ولنا قوله عليه السلام « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وأو للتخيير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما ولانه أمكن فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع إرادة المدعي إقامتها وحضورها كما لو لم يطالب يمينه ولان اليمين بدل فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الابدال مع مبدلاتها . وان قال المدعي لا أريد إقامتها وانما أريد يمينه اكتفي بها استحلف لان البينة حقه فاذا رضي باسقاطها وترك إقامتها فله ذلك كنفس الحق فان حلف المدعى عليه ثم أراد المدعي اقامة بينته

﴿ مسئلة ﴾ (ومن ثبتت عدالته مرة فهل يحتاج الى تجديد البحث عن عدالته مرة أخرى ؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن من ثبتت عدالته ثم شهد عند الحاكم بعد ذلك بزمن قريب حكم بشهادته وعدالته لان عدالته ثبتت وان كان بعده بزمن طويل ففيه وجهان (احدهما) لا يحتاج الى ذلك (والثاني) يحتاج لان من طول الزمان تتغير الاحوال

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وإن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة سمعها الحاكم وحكم بها)

من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشروط وبهذا قال ابن شبرمة ومالك والشافعي والاوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر وكان شريح لا يرى القضاء على الغائب وعن أحمد مثله وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم والشعبي إلا ان أبا حنيفة قال إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي «إذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع كلام الآخر فانك تدري بما تقضي »

قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ولانه قضاء لاحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر في البلد ولانه يجوز ان يكون الغائب مما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه

فهل يملك ذلك؟ يحتمل وجهين (أحدهما) له ذلك لان البينة لا تبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة (والثاني) ليس له ذلك لانه قد أسقط حقه من اقامتها . ولان تجويز اقامتها يفتح باب الحيلة لانه يقول لا أريد اقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها فان كان له شاهد واحد في الاموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق فان قال لا أحلف انا وأرضى بيمينه استحلف له فاذا حلف سقط الحق عنه فان عاد المدعي بعدها فقال انا أحلف مع شاهدي لم يستحلف ولم يسمع منه . ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة وإن عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضي ليس له ذلك في هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه فان الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا حكم عليه بنكوله اذا سأله المدعي ذلك فان سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا ذكره القاضي في المجرد

وقال ابو الخطاب : يقول له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ويكرر ذلك عليه فان أجاب والا جعله ناكلا وحكم عليه لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين

ولنا ان هنداً قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني مايكفيني وولدي قال «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه فقضى عليه لها ولم يكن حاضراً ، ولان هذا بينة مسموعة وعادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً يقدم عليه إذا كان غائباً كسماع البينة وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب فان البينة لا تسمع على حاضر الا بحضرته والغائب بخلافه ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال إذا جاءت امرأة فادعت ان لها زوجا غائباً وله مال في يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضي عليه بالنفقة ، ولو ادعى على حاضر أنه اشترى من غائب مافيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم بالبيع والأخذ بالشفعة ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعي بينة حكم له بما ادعاه ، والغيبة المعتبرة إلى مسافة القصر لانها التي تبنى عليها الاحكام

(فصل) وكذلك الحكم في المستتر في البلد لانه تعذر حضوره اشبه الغائب بل أولى فان الغائب معذور ولا عذر للمستتر نص عليه أحمد في رواية حرب وروى حرب باسناده عن أبي موسى قال كان الخصمان اذا اختصما الى رسول الله ﷺ فاتعدا الموعد فوفى أحدهما ولم يوف الآخر قضى للذي وفى ولانه لو لم يحكم عليه لجعل الاستتار وسيلة الى تضييع الحقوق

﴿ مسئلة ﴾ (والميت المدعى عليه كالغائب بل أولى) لان الغائب قد يحضر بخلاف الميت

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حكم على رجل في عمل غيره فكتب بانفاذ القضاء عليه الى قاضي ذلك البلد قبل كتابه وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق)

ثم الاصل في كتاب القاضي الى القاضي والامير الى الامير الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (إني ألقي إلي كتاب كريم * انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم * ألا تعلوا علي وائتوني مسلمين)

وأما السنة فان النبي ﷺ كتب إلى كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الاطراف وكان يكتب إلى ولاته ويكتب لعماله وسعاته وكان في كتابه الى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد رسول الله إلى قيصر عظيم الروم أما بعد فاسلم تسلم واسلم يؤتك الله أجراً عظيما فان توليت فان عليك اثم الاريسيين ويأهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم »

وروى الضحاك بن سفيان قال : كتب إلي رسول الله ﷺ ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها

قال الشاعر: وكل ذي غيبة يؤوب وغائب الموت لايؤوب

وكذلك الصبي والمجنون المدعى عليهما يجوز سماع البينة عليهما والحكم عليهما لانه لايعبر عن نفسه فهو كالغائب وفي المستتر قول آخر يأتي ذكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يحلف المدعى عليه اذ لم يبرأ اليه منه ولامن شيء منه ؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان البينة إذا قامت على غائب أو غير مكلف كالصبي والمجنون لم يستحلف المدعي مع يمينه في أشهر الروايتين لقول رسول الله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولانها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضرة والثانية يستحلف معها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون استوفى ماقامت به البينة أو ملكه العين التي قامت بها البينة، ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين فاذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب ان يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ولان الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب لان كل واحد منهم لايعبر عن نفسه وهذا من الاحتياط والاولى ظاهر المذهب

﴿ مسئلة ﴾ (ثم اذا قدم الغائب أو بلغ الصبي أو أفاق المجنون فهو على حجته)

أما اذا قدم الغائب عن الحكم فان الحكم يقف على حضوره وان جرح الشهود لم يحكم عليه وان استنظر الحاكم أجله ثلاثاً فان أقام البينة بجرحهم والا حكم عليه وان ادعى القضاء أو الابراء وكانت له بينة به برىء والا حلف المدعي وحكم له وان قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة

وأجمعت الامة على كتاب القاضي الى القاضي ولان الحاجة الى قبوله داعية فان من له حق في بلد غير بلده ولا يمكنه اتيانه والمطالبة به الا بكتاب القاضي فوجب قبوله . واذا ثبت هذا فان كتاب القاضي يقبل في الاموال وما يقصد به المال ولا يقبل في الحدود كحق الله تعالى وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين، وبهذا قال أصحاب الرأي، وقال أصحاب الشافعي يقبل في كل حق لآدمي من الجراح وغيرها وهل يقبل في الحدود التي لله تعالى ؟ على قولين، وتمام الكلام في هذا الفصل يذكر في الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى، والكتاب على ضربين :

(احداهما) أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل إيفانه أو يدعي حقاً على غائب ويقيم به بينة ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ويسأله ان يكتب له كتابا يحمله إلى قاضي البلد الذي فيه الغائب فيكتب له اليه أو تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتابا يحمله ففي هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم اجابته الى الكتابة ويلزم المكتوب اليه قبوله سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتى لو كانا في جانبي بلد أو مجلس لزمه

بطل الحكم لفوات شرطه، وان جرحهم بأمر بعد اداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم لجواز ان يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه

(فصل) ولا يقضي على الغائب الا في حقوق الآدميين فأما في الحدود التي لله تعالى فلا يقضي بها عليه لان مبناها على المساهلة والاسقاط فان قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع

(فصل) ظاهر كلام احمد انه اذا قضى على الغائب بعين سلمت الى المدعي وإن قضى عليه بدين ووجد له مال اخذ منه فانه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة ان له سهماً من ضيعة في ايدي قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه ولا ندثبت حقه بالبينة فيسلم اليه كما لو كان خصمه حاضراً ويحتمل ألا يدفع اليه شيء حتى يقيم كفيلا انه متى حضر خصمه وابطل دعواه فعليه ضمان ما اخذه لئلا ياخذ المدعي ماحكم له به ثم ياتي خصمه فيبطل حجته او يقيم بينة بالقضاء والابراء او بملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعي او موته فيضيع مال المدعى عليه، وظاهر كلام احمد الاول فانه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال هي عندي وديعة اذا اقيمت البينة انها له تدفع الى الذي اقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان الخصم في البلد غائباً عن المجلس لم تسمع البينة حتى يحضر فان امتنع من الحضور سمعت البينة وحكم بها في إحدى الروايتين ، وفي الأخرى لا تسمع حتى يحضر فان أبي بعث الى صاحب الشرطة ليحضره فان تكرر منه الاستتار أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله وخروجه حتى يحضر).

وجملة ذلك أن الحاضر في البلد أو قريباً منه اذا لم يمتنع من الحضور لم يحكم عليه قبل

قبوله وامضاؤه سواء كان حكما على حاضر أو غائب لانعلم في هذا خلافا لان حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم

(الضرب الثاني) أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان مثل أن تقوم البينة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتابا بما حصل عنده فانه يكتب له أيضاً . قال القاضي ويكون في كتابه : شهدعندي فلان وفلان بكذا وكذا ليكون المكتوب اليه هو الذي يقضي به ولا يكتب ثبت عندي لان قوله ثبت عندي حكم بشهادتهما فهذا لايقبله المكتوب اليه الا في المسافة البعيدة التي هي مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لانه نقل شهادة فاعتبر فيه مايعتبر في الشهادة على الشهادة ونحو هذا قول الشافعي

وقال ابو يوسف ومحمد يجوز أن يقبله في بلده وحكي عن ابي حنيفة مثل هذا ، وقال بعض المتأخرين من أصحابه الذي يقتضيه مذهبه انه لايجوز ذلك في الشهادة على الشهادة واحتج من أجازه بانه كتاب الحاكم بما ثبت عنده فجاز قبوله مع القرب ككتابه بحكمه

ولنا ان ذلك نقل الشهادةإلى المكتوب اليه فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادةويفارق كتابه

حضوره في قول أكثر أهل العلم ولأصحاب الشافعي وجه أنه يقضي عليه في غيبته لانه غائب أشبه الغائب البعيد .

ولنا انه أمكن سؤاله فان امتنع من الحضور أوتوارى فظاهر كلام أحمد جوازالقضاء عليه لما ذكرنا عنه في رواية حرب وروى عنه ابو طالب في رجل وجد غلامه عند رجل فأقام البينة انه غلامه فقال الذي عنده الغلام أودعني هذا رجل فقال احمد أهل المدينة يقضون على الغائب ويقولون انه لهذا الذي أقام البينة وهو مذهب حسن وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الاعذار وهو اذا ادعى على رجل الفاً وأقام بينة فاختفى المدعى عليه يرسل الى بابه فينادي الرسول ثلاثاً فان جاء والا فقد أعذروا اليه فهذا يقوي قول أهل المدينة وهو مذهب حسن ، قد ذكر الشريف ابو جعفر وابو الخطاب انه يقضى على الغائب الممتنع وهو مذهب الشافعي لانه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد بل هو أولى لان البعيد معذور وهذا لاعذر له وعلى القول الآخر اذا امتنع من الحضور بعث الى صاحب الشرطة ليحضره فان تكرر منه الاستتار أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله وخروجه حتى يحضر لان ذلك طريق الى حضوره وتخليص الحق منه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى ان أباه مات عنه وعن أخ له غائب وله مال في يد فلان أو دين عليه فقر المدعى عليه أو ثبتت بينته سلم الى المدعي نصيبه وأخذ الحاكم نصيب الغائب فحفظ له ويحتمل انه اذا كان المال ديناً ان يترك نصيب الغائب في ذمة الغريم حتى يقدم) .

وجملة ذلك أن من ادعى أن أباه مات وخلفه وأخا غائباً لاوارث له سواهما وترك في يد انسان

بالحكم فان ذلك ليس بنقل وانما هو خبر وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فانه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذي حكم عليه به فيبعث اليه فيستدعيه فان اعترف بالحق أمره بادائه وألزمه إياه وإن قال لست المسمى في هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم المدعي بينة انه المسمى في الكتاب وإن اعترف ان هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته الا أن الحق ليس هو عليه انما هو على آخر يشاركه في الاسم

داراً أو عيناً منقولة فأقر له صاحب اليد أو أنكر فثبت ببينة ما ادعاه ثبت ما في يد المدعي للميت وانتزع من يد المنكر فدفع نصفها الى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب تكرمة له ان كان يمكن كراؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان مما لا ينقل ولا يحول ومما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لان الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو فيه كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم الى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ههنا.

ولنا انها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب ان ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ولان في بقائه له ضرراً لانه قد يتعذر على الغائب اقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا او تزول عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول ويفارق الشريك للأجنبي اجمالا وتفصيلا، أما الاجمال فان المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينزع نصيب الاجنبي وأما التفصيل فان البينة ثبت بها الحق للميت بدليل انه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولان الأخ يشاركه فيما أخذه اذا تعذر عليه اخذ الباقي فأما ان كان ديناً في ذمة انسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب؟ فيه وجهان.

(أحدهما) يقبضه كما يقبض العين (والثاني) لا يقبضه لانه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون امانة في يد الامين لانه لا يؤمن عليه التلف اذا قبضه والاول أولى لان في الذمة يعرض التلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة. اذا ثبت هذا فاننا اذا دفعنا الى الحاضر نصف العين أو الدين لم نطالبه بضمين لاننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم قال أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، ويحتمل ان لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة لانه ليس من أهل المعرفة لان جهله بالوارث دليل على عدمه فلا يكتفى به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة فلا يسلم الى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطرقها وينادي مناديا ينادي ان فلاناً مات فان كان له وارث فليأت فاذا غلب على ظنه انه لو كان له وارث ظهر دفع الى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضمين يحتمل وجهين وكذلك الحكم اذا كانا من أهل الخبرة الباطنة لكن لم يقولا ولا نعلم له وارثاً سواه.

والنسب والصفة فالقول قول المدعي في نفي ذلك لان الظاهر عدم المشاركة في هذا كله فان أقام المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له في هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق فان اعترف به ألزمه به وتخلص الاول وإن أنكره وقف الحكم وكتب الى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما

وإن ادعى المسمى انه كان في البلد من يشاركه في الاسم والصفة وقدمات نظرنا فان كان موته

(فصل) فان كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا وعلى هذا التخريج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن عائلا فيكون ربع التسع لجواز أن يكون له اربع زوجات وان كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم يعط شيئاً وان علم موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات وتعطاه عائلا فيكون ثلث العشر ولا يعطى العصبة شيئاً لجواز ان يكون وارث يحجبه وان كان زوجا أعطي الربع عائلا وهو الخمس لجواز أن تكون المسئلة عائلة فيعطى اليقين فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكمل لذوي الفروض فروضهم .

(فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان الدار كانت ليست ملكه اومنذ شهر فهل تسمع البينة ويقضي بها على وجهين .

(أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله (والثاني) لاتسمع ، قال القاضي هو الصحيح لان الدعوى لاتسمع مالم يدعي المدعي الملك في الحال فلم يسمع مالم يدعه لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فغصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانه اذا لم يتبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ماشهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن يكون ملكه أمس ثم ينتقل إلى صاحب اليد فاذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، فان أقر المدعى عليه انها كانت للمدعي أمس أوفيما مضى سمع اقراره في الصحيح وحكم به لانه حينئذ يحتاج إلى سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى بينة ويفارق البينة من وجهين .

(احدهما) انه أقوى من البينة لكونها شهادة الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة (الثاني) أن البينة لاتسمع إلا على ماادعاه والدعوى يجب ان تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداء ، فان شهدت البينة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضي بها لما ذكرنا .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى انسان أن الحاكم حكم له بحق فصدقه قبل قول الحاكم وحده)

وان لم يذكر الحاكم ذلك فشهد عدلان انه حكم له به قبل شهادتهما وأمضى القضاء كذلك

قبل وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه او المحكوم له لم يقع اشكال وكان وجوده كعدمه، وإن كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجري بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حياً لجواز أن يكون الحق على الذي مات

(فصل) واذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو اقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم

ان شهدا أن فلاناً وفلاناً شهدا عندك بكذا قبل شهادتهما)

اذا ادعى انسان على الحاكم إنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه أمضاه وألزم خصمه ماحكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم انما هو امضاء لحكمه السابق وان لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولهما وامضاء القضاء به، قال ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن قال القاضي هذا قياس قول أحمد لانه قال يرجع الامام الى قول اثنين فصاعدا من المأمومين وقال ابو حنيفة وابو يوسف والشافعي لايقبل لانه لايمكنه الرجوع الى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى الظن كالشاهد اذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان انه شهد لم يكن له ان يشهد .

ولنا انهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكذلك اذا شهدا عنده بحكمه فانهما شهدا بحكم حاكم وماذكروه لايصح لان ذكر مانسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لان الحاكم يمضي ماحكم به اذا ثبت عنده والشاهد لايقدر على إمضاء شهادته وإنما يمضيها الحاكم وكذلك ان شهدا ان فلانا وفلانا شهدا عندك بكذا قبل شهادتهما على الشاهدين كما يقبل شهادتهما على الحق نفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم يشهد به أحد لكن وجده في قمطره في صحيفة تحت ختمه بخطه فهل ينفذه ؟ على روايتين)

(إحداهما) لاينفذه إلا أن يذكره نص عليه احمد في الشهادة قاله بعض أصحابنا وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن

(والثانية) انه يحكم به وبه قال ابن أبي ليلى قال شيخنا وهذا الذي رأيته عن احمد في الشهادة لأنه إذا كان في قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحاً ووجه الاولى انه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز انفاذه إلا ببينة كحكم غيره ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه والخط يشبه الخط فان قيل فلو وجد في دفتر أبيه حقاً على انسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه فلنا هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على أنه لو وجد خط أبيه بشهادة لم يجز أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يجز له انفاذه ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به إلى نفسه لانه فعله فروعي ذلك، وأما ما كتبه ابوه فلا يمكنه الرجوع فيه إلى نفسه فكفى فيه الظن

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك الشاهد إذا وجد خطه بشهادة في كتاب ولم يذكرها فهل له أن يشهد بها؟ على روايتين)

عليه به وإن كان ذلك عيناً كعقار محدود وعين مشهودة لاتشتبه بغيرها كعبد معروف مشهور أو دابة كذلك حكم به المكتوب اليه أيضا ولزم تسليمه الى المحكوم له به وإن كان عيناً لاتتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الاعيان التي لاتتميز إلا بالوصف ففيه وجهان

(إحداهما) له أن يشهد بها لان الظاهر انها خطه (والثانية) لايشهد بها إلا أن يذكرها لأنها قد تتزور على خطه وقد وجد ذلك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن كان له على انسان حق ولم يمكنه أخذه بالحاكم وقدر له على مال لم يجز أن يأخذ قدر حقه نص عليه احمد واختاره عامة شيوخنا

وجملة ذلك انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده اليه وإن كان قدر حقه لانه لايجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين فان أتلفها او تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وان كان مانعاً له لامر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، وان أخذ شيئاً لزمه رده ما كان باقياً او عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لايستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها ، وإن كان ماله بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم والسلطان لم يجز له الاخذ أيضاً بغير خلاف لانه قدر على استيفاء حقه ممن يقوم مقامه فأشبه مالو قدر على استيفائه من وكيله ، وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة به ولكونه لايجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك او نحو هذا فالمشهور في المذهب انه ليس له أخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل قد جعل أصحابنا المحدثون بجواز الاخذ وجها في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي ﷺ « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف »

وقال ابو الخطاب ويتخرج لنا جواز الاخذ فان كان المقدور عليه قدر حقه من جنسه أخذه وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه لما ذكرنا من حديث هند ، ومن قوله في الرهن يركب ويحلب بقدر ماينفق والمرأة تأخذ مؤنتها ، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه وقال الشافعي إن لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه او من غير جنسه وان كان له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه وإن كان عليه دين لم يجز لأنهما يتحاصان في ماله إذا أفلس

وقال ابوحنيفة له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً او ورقاً او من جنس حقه ، وإن كان المال عرضاً لم يجز لان أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضاء من المتعاوضين قال الله

(أحدهما) لايقبل كتابه وبه قال ابو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الوصف لايكفي بدليل انه لايصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية كذلك المشهود به

(والثاني) يجوز لانه ثبت في الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لاحاجة الى ذلك فيه فان الشهادة له لاتثبت الا بعد دعواه . ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به

تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من أجاز الاخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل صحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله مايكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولنا قول النبي ﷺ « أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير إذنه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه » ولأنه إن أخذ من غير جنسه كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضاء صاحبه فان التعيين اليه ألا ترى انه لايجوز له أن يقول لا آخذ حقي إلا من هذا الكيس دون هذا ولان كل مالا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لايجوز له أخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له فاما حديث هند فان احمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت وهذا اشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين ، وفرق ابو بكر بينهما بفرق آخر وهو ان قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران

(احدهما) ان للمرأة من البسط في ماله بحكم العادة مايؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

(الثاني) ان النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لايصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ماتندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى يقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا ان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مثلياً او قيمته ان كان متقوما فان كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا في قياس المذهب وان كان من غير جنسه غرمه ، ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه ان وجد جنس حقه جاز له الاخذ بقدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنسه مع قدرته على جنس حقه ، وان لم يجد الا من جنس غير حقه فيحتمل أن لايجوز له تملكه لانه لايجوز له أن يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا الرهن ينفق عليه إذا كان محلوبا اومركوبا

فعلى هذا الوجه ينفذ العين مختومة وإن كان عبد او أمة ختم في عنقه و بعثه الى القاضي الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه فان شهدا عليه دفع الى المشهود له به، وإن لم يشهدا على عينه أو قال المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده الى صاحبه ويكون حكمه حكم المغصوب في ضمانه وضمان نقصه ومنفعته فيلزمه أجره ان كان له أجر من يوم أخذه الى أن يصل الى صاحبه لانه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق

(فصل) ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لي محضراً بما جرى لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر فيطالبني به مرة أخرى ففيه وجهان (أحدهما) تلزمه اجابته ليخلص من المحذور الذي يخافه

(والثاني) لا تلزمه لان الحاكم انما يكتب بما ثبت عنده او حكم به فاما استئناف ابتداء فيكفيه فيه

يحلب ويركب بقدر النفقة وهي من غير الجنس . واختلف أصحاب الشافعي في هذا فمنهم من جوزه له ومنهم من قال : يواطىء رجلا يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشي المأخوذ الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه اليه

﴿ مسألة ﴾ (وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في الباطن وذكر ابن أبي موسى عنه رواية أخرى انه يزيل العقود والفسوخ)

ذهب جمهور العلماء إلى أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في الباطن منهم مالك والاوزاعي والشافعي واحمد وإسحاق وابو ثور وداود ومحمد بن الحسن وقال ابوحنيفة إذا حكم بعقد او فسخ او طلاق نفذ حكمه ظاهراً وباطناً، فلو ان رجلين تعمدا الشهادة على رجل انه طلق امرأته فقبلهما القاضي بظاهر عدالتهما ففرق بين الزوجين لجاز لاحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمد الكذب، ولو ان رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم انه كاذب وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم حلت له بذلك وصارت زوجته قال ابن المنذر وتفرد ابو حنيفة فقال لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبها وتزويرها فحكم الحاكم بطلاقها يحل لها أن تتزوج وحل لاحد الشاهدين نكاحها، واحتج بما روي عن علي رضي الله عنه ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا فرفعها الى علي رضي الله عنه فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقداً حتى أحل له فقال شاهداك زوجاك فدل على أن النكاح ثبت بحكمه ولان اللعان يفسخ به النكاح وان كان أحدهما كاذبا فالحكم أولى

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «انما انا بشر مثلكم وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار» متفق عليه وهذا يدخل فيه ما إذا دعى انه اشترى منه شيئا فحكم له ولانه

الاشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق لان الحق ثبت عليه بالشهادة والاول أصح لانه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر فأشبه ماحكم به ابتداء، وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه اليه لانه ملكه فلا يجب عليه دفعه الى غيره وكذلك كل من له كتاب بدين فاستوفاه أو عقار فباعه لايلزمه دفع الكتاب لانه ملكه ولانه يجوز ان يخرج ماقبضه مستحقاً فيعود الى ماله

(فصل) ويقبل الكتاب من قاضي مصر الى قاضي مصر وإلى قاضي قرية ومن قاضي قرية الى قاضي قرية وقاضي مصر ومن القاضي الى خليفته ومن خليفته اليه لانه كتاب من قاض الى قاض فأشبه مالو استويا، ويجوز ان يكتب إلى قاض معين والى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ويلزم من وصله قبوله وبهذا قال ابو ثور واستحسنه ابو يوسف وقال ابو حنيفة لايجوز أن يكتب الى غير معين. ولنا انه كتاب حاكم من ولايته وصل الى حاكم فلزمه قبوله كما لو كان الكاتب اليه بعينه

حكم له بشهادة زور فلا يحل له ماكان محرماً عليه كالمال المطلق، واما الخبر عن علي ان صح فلاحجة لهم فيه لانه أضاف التزويج الى الشاهدين لا الى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لان فيه طعنا على الشهود فاما اللعان فانما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح. اذا ثبت هذا فاذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته فانها لا تحل له ويلزمها في الظاهر وعليها ان تمتنع منه ما أمكنها فان أكرهها فالاثم عليه دونها، وان وطئها الرجل فقال أصحابنا وبعض الشافعية عليه الحد لانه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية، وقيل لاحد عليه لانه وطء مختلف في حكمه فيكون شبهة وليس لها ان تتزوج غيره وقال أصحاب الشافعي تحل لزوج ثان غير أنها ممنوعة منه في الحكم وقال القاضي يصح النكاح

ولنا ان هذا يفضي الى الجمع بين الوطء للمرأة من اثنين أحدهما يطؤها بحكم الظاهر والآخر بحكم الباطن وهذا فساد فلا يشرع ولانها منكوحة لهذا الذي قامت به البينة في قول بعض الائمة فلم يجز تزويجها لغيره كالمنكوحة بغير ولي، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة كما حكى ابن أبي موسى في ان حكم الحاكم يزيل العقود والفسوخ والاول هو المذهب

(فصل) قال ابن المنذر ويكره للقاضي ان يفتي في الاحكام كان شريح، يقول انا اقضي ولا افتي أما الفتيا في الطهارة وسائر مالا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

فصل وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم انه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي الذي أتولاه بمكان كذا، وإن كان نائباً قال الذي أنوب فيه عن القاضي فلان بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه جاز استماع الدعوى منهما وقبول البينة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان وهما من الشهود المعدلين عندي عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني بعينه واسمه ونسبه فان كان في اثبات اسر أسير قال وان الفرنج خذلهم الله أسروه بمكان كذا في وقت كذا وأخذوه الى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم ابادهم الله وانه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا ولا يقدر على فكاك نفسه ولا على شيء منه وانه مستحق للصدقة على مايقتضيه كتاب المحضر المشار اليه المتصل أوله بآخر كتابي هذا المؤرخ بكذا .

باب حكم كتاب القاضي الى القاضي

الاصل في كتاب القاضي والامير إلى الامير الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (إني ألقي إلي كتاب كريم إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم ألا تعلوا علي وأتوني مسلمين) وأما السنة فان النبي ﷺ كتب الى كسرى وقيصر والنجاشي وإلى ملوك الاطراف وكان يكتب الى ولاته وعماله وسعاته وكان في كتابه الى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد رسول الله الى قيصر عظيم الروم أما بعد فاسلم تسلم واسلم يؤتك الله أجرك مرتين وان توليت فان عليك اثم الاريسيين ويأهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم » وروى الضحاك بن سفيان قال كتب الي رسول الله ﷺ ان اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها وأجمعت الامة على كتاب القاضي الى القاضي ولان الحاجة الى قبوله داعية فان من له حق في بلد غير بلده لا يمكنه اثباته والمطالبة به الا بكتاب القاضي فوجب قبوله

﴿ مسألة ﴾ (يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المال وما يقصد به المال كالقرض والغصب والبيع والرهن والصلح والوصية له والجناية الموجبة للمال ولا يقبل في حد لله تعالى وهل يقبل فيما عدا ذلك مثل القصاص والنكاح والطلاق والخلع والعتق والنسب والكتابة والتوكيل والوصية اليه؟ على روايتين فاما حد القذف فان قلنا هو حق لله تعالى فلا يقبل فيه وان قلنا هو حق آدمي فهو كالقصاص)

وإن كان في اثبات دين كتب وانه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقاً واجباً لازما وانه يستحق مطالبته واستيفاءه منه ، وإن كان في اثبات عين كتب وانه مالك لما في يدي فلان من الشيء الفلاني ويصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا المؤرخ بتاريخ كذا وقال الشاهدان المذكوران إنهما بما شهدا به عالمان وله محققان وإنهما لايعلمان خلاف ماشهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندي فأمضيت ماثبت عندي من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسئلته وسألني من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة بذلك إلى القضاة والحكام فأجبته إلى ملتمسه لجوازه له شرعا وتقدمت بهذا الكتاب فكتب وبالصاق المحضر المشار اليه فألصق فمن وقف عليه منهم وتأمل ماذكرته وتصفح ماسطرته واعتمد في انفاذه والعمل بموجب مايوجبه الشرع المطهر أحرز من الاجر أجزله وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا في وقت كذا ولا يشترط أن يذكر القاضي اسمه في العنوان ولا ذكر اسم المكتوب اليه في باطنه وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة اذا لم يذكر اسمه فلا يقبل لان الكتاب ليس اليه ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لان ذلك لم يقع على وجه المخاطبة

ولنا أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضي الكاتب بالحكم وذلك لايقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو امتحى سمعت شهادتهما وحكم بها

وجملة ذلك ان كتاب القاضي إلى القاضي يقبل في المال بغير خلاف علمناه ولا يقبل في الحدود كحق الله تعالى وهل يقبل فيما عدا هذا؟ على وجهين وبهذا قال أصحاب الرأي وقال الشافعي يقبل كل حق لآدمي من الجراح وغيرها وهل يقبل في الحدود التي لله تعالى ؟ على قولين (أحدهما) يقبل وهو قول مالك وأبي ثور وحد القذف ينبني على الخلاف فيه على ماذكرنا

ولنا على أنها لاتقبل في الحدود أنها مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار وكتاب القاضي الى القاضي شهادة فيه شبهة فانه يتطرق اليه احتمال الغلط او السهو في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب ان لاتقبل فيما يندرىء بالشبهات ولان كتاب القاضي إلى القاضي إنما يقبل للحاجة ولا حاجة الى ذلك في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لانص في ذلك ولا يصح قياسه على الاموال لما بينهما من الفرق والتساهل وظاهر كلام احمد رحمه الله إن كتاب القاضي الى القاضي لا يقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال إنما يجوز في الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة، وظاهر كلام الخرقي أنه يقبل وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور ولانه حق آدمي لايسقط بالرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال وذكر أصحابنا عن أحمد هذا رواية لانه قال شهادة رجل في

(مسئلة) قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة عدلين يقولان قرأه علينا أو قرئ عليه بحضرتنا فقال اشهدا علي انه كتابي الى فلان)

وجملته انه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة (أحدها) أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفي معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ولا يجوز له قبوله بذلك في قول أئمة الفتوى. وحكي عن الحسن وسوار والعنبري انهم قالوا اذا كان يعرف خطه وختمه قبله وهو قول ابي ثور والاصطخري ويتخرج لنا مثله بناء على قوله في الوصية إذ وجدت بخطه لان ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين

ولنا أن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كاثبات العقود ولان الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط كالشاهد لا يعول في الشهادة على الخط وفي هذا انفصال عما ذكروه

اذا ثبت هذا فان القاضي اذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان الى البلد الذي فيه القاضي المكتوب اليه فيقرأ عليهما الكتاب او يقرؤه غيره عليهما والاحوط ان ينظرا معه فيما يقرؤه فان لم ينظرا جاز لانه لايستقرأ إلا ثقة فاذا قرىء عليهما قال اشهدا علي ان هذا كتابي إلى فلان وان قال

الطلاق جائزة قال أحمد ما أحسن ماقال فجعله أصحابنا رواية في القصاص قال شيخنا وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب أنها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فاشبهت الحد فاما ماعدا الحدود و لاموال كالنكاح والطلاق وسائر مالا يثبت الا بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على جميعها في قبول هذه الحقوق وهو قول الخرقي وقال ابن حامد لا يقبل في النكاح ونحوه قول ابي بكر فعلى قولهما لاتقبل الشهادة على الشهادة الا في المال ومايقصد به وهو قول ابي عبيد لانه حق لايثبت الا بشاهدين فاشبه حد القذف. ووجه الاول انه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود وكتابة القاضي إلى القاضي حكمها حكم الشهادة على الشهادة لانه شهادة على شهادة

(مسئلة) (ويجوز كتاب القاضي فيما حكم به لينفذه في المسافة القريبة ومسافة القصر ويجوز فيما ثبت عنده ليحكم به في المسافة البعيدة دون القريبة)

وجملة ذلك ان كتاب القاضي على ضربين (أحدهما) أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيتغيب قبل وفائه او يدعي حقاً على غائب ويقيم به بينة ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ويسأله أن يكتب له كتاباً بحكمه الى قاضي البلد الذي فيه الغائب فيكتب اليه او تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحكم الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً بحكمه في هذه

اشهدا علي بما فيه كان أولى وان اقتصر على قوله :هذا كتابي الى فلان فظاهر كلام الخرقي انه لايجزىء لانه يحملهما الشهادة فاعتبر فيه أن يقول اشهدا علي كالشهادة على الشهادة

وقال القاضي يجزىء وهو مذهب الشافعي ، ثم ان كان ما في الكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وان كثر فلم يقدرا على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتكون معه يذكر بها مايشهد به ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع اليهما غيره فاذا وصل الكتاب معهما اليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما فاذا سمعاه قالا نشهد ان هذا كتاب فلان القاضي اليك أشهدنا على نفسه بما فيه لانه قد يكون كتابه غير الذي أشهدهما عليه

قال ابو الخطاب ولا يقبل الا ان يقولا نشهد أن هذا كتاب فلان لانها أداء شهادة فلابد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقولا من عمله لان الكتاب لا يقبل إلا اذا وصل من مجلس عمله وسواء وصل الكتاب مختوما أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول لان الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم . فان امتحى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما ان يشهدا بذلك ، وان لم يحفظا مافيه لم تمكنهما الشهادة

وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضي . ولنا ان النبي ﷺ كتب كتابا الى قيصر ولم يختمه فقيل له انه لايقرأ كتابا غير مختوم فتخذ الخاتم . واقتصار

الصور الثلاث تلزم الحاكم إجابته الى الكتابة ويلزم المكتوب اليه قوله سواء كان بينهما مسافة قريبة او بعيدة حتى لو كانا في جانبي البلد او مجلس الحاكم لزمه قبوله وامضاؤه وسواء كان حكما على حاضر او غائب لا نعلم في هذا خلافاً لان حكم الحاكم يجب امضاؤه على كل حاكم

(الضرب الثاني) ان يكتب بعلمه شهادة شاهدين عنده بحق لفلان مثل ان تقوم البينة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأل صاحب الحق ان يكتب له كتابا بما حصل عنده فانه يكتب له أيضاً، قال القاضي ويكون في كتابه شهد عندي فلان وفلان بكذا ليكون المكتوب اليه هو الذي يقضي به ولا يكتب ثبت عندي لان قوله ثبت عندي حكم بشهادتهما فهذا لا يقبله المكتوب اليه إلا في المسافة البعيدة التي هي مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لانه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة على الشهادة ونحو هذا قول الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ان يقبله في بلده وحكي عن أبي حنيفة مثل هذا وقال بعض المتأخرين من أصحابه الذي يقتضيه مذهبه أنه لايجوز كما لايجوز ذلك في الشهادة على الشهادة واحتج من اجازه لانه كتاب الحاكم بما ثبت عنده فجاز قبوله مع القرب ككتابة حكمه

ولنا ان ذلك نقل الشهادة إلى المكتوب اليه فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادة ويفارق كتابه بالحكم فليس هو نقل إنما هو خبر

على الكتاب دون الختم دليل على ان الختم ليس بشرط في القبول وانما فعله النبي ﷺ ليقرءوا كتابه ولانهما شهدا بما في الكتاب وعرفا مافيه فوجب قبوله كما لو وصل مختوما وشهدا بالختم

اذا ثبت هذا فانه انما يعتبر ضبطهما لمعنى الكتاب وما يتعلق به الحكم، قال الأثرم سمعت ابا عبدالله يسئل عن قوم شهدوا على صحيفة وبعضهم ينظر فيها وبعضهم لاينظر قال إذا حفظ فليشهد قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير؟ قال يحفظ ما كان عليه الكلام والوضع. قلت يحفظ المعنى؟ قال نعم قيل له والحدود والثمن وأشباه ذلك؟ قال نعم. ولو أدرج الكتاب وختمه وقل هذا كتابي اشهدا علي بما فيه او قد أشهدتكما على نفسي بمافيه لم يصح هذا التحمل وبه قال ابو حنيفة والشافعي

وقال ابو يوسف اذا ختمه بختمه وعنونه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجا فاذا وصل الكتاب شهدا عنده انه كتاب فلان ويتخرج لنا مثل هذا لانهما شهدا بما في الكتاب فجاز وان لم يعلما تفصيله كما لو شهدا لرجل بما في هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وان لم يعرفا قدرها

ولنا انهما شهدا بمجهول لايعلمانه فلم تصح شهادتهما كما لو شهدا ان لفلان على فلان مالا. وفارق ماذكره فان تعيينه الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها وههنا الشهادة على مافي الكتاب دون الكتاب وهما لايعرفانه

(الشرط الثاني) ان يكتبه القاضي من موضع ولايته وحكمه فان كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله لانه لايسوغ له في غير ولايته حكم فهو فيه كالعامي

(الشرط الثالث) ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه في موضع ولايته فان وصله في غيره لم

(فصل) ويقبل الكتاب من قاضي مصر الى قاضي مصر والى قاضي قرية ومن قاضي قرية الى قاضي قرية وإلى قاضي مصر

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز ان يكتب الى قاض معين والى من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ويلزم من وصله قبوله)

وبهذا قال أبو ثور واستحسنه ابو يوسف وقال أبو حنيفة لايجوز ان يكتب الى غير معين

ولنا أنه كتاب حاكم من ولايته وصل الى حاكم فلزم قبوله كما لو كان الكتاب اليه بعينه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقبل الكتاب الا أن يشهد به شاهدان يحضرهما القاضي الكاتب فيقرؤه عليهما ثم يقول اشهدا ان هذا كتابي الى فلان بن فلان ويدفعه اليهما فاذا وصلا الى المكتوب اليه دفعا اليه الكتاب وقالا نشهد أن هذا كتاب فلان اليك كتبه من عمله وأشهدنا عليه، والاحتياط ان يشهدا عليه بما فيه ويختمه ولا يشترط ختمه وان كتب كتابا وادرجه وختمه وقال هذا كتابي الى فلان اشهدا علي بمافيه لم يصح لان احمد قال فيمن كتب وصيته وختمها ثم اشهد على مافيها فلا حتى يعلمه مافيها ويتخرج الجواز لقوله اذا وجدت وصية الرجل مكتوبة عند رأسه من غير ان يكون اشهد

يكن له قبوله حتى يصير الى موضع ولايته . ولو ترافع اليه خصمان في غير موضع ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا إن يتراضيا به فيكون حكمه حكم غير القاضي اذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من اهل عمله او لم يكونوا ، ولو ترافع إليه خصمان وهو في موضع ولايته من غير اهل ولايته كان له الحكم بينهما لان الاعتبار بموضعهما الا أن يأذن الامام لقاض أن يحكم بين اهل ولايته حيث كانوا ويمنعه من الحكم بين غير اهل ولايته حيثما كان فيكون الامر على ما أذن فيه ومنع منه لان الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها

﴿ فصل في تغيير حال القاضي ﴾ ولايخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب اليه أو حالهما معاً فان تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح في كتابه وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يعمل به في الحالين

وقال أبو يوسف ان مات قبل خروجه من يده لم يعمل به، وان مات بعد خروجه من يده عمل به لان كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه ينقل شهادة شاهدي الاصل فاذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل اداء شهادتهما

ولنا أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان فيجب أن يقبل

أو اعلم أحداً بها عند موته وعرف خطه وكان مشهوراً انه ينفذ ما فيها فعلى هذا اذا عرف المكتوب اليه انه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله والعمل على الأول)

وجملته انه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة (أحدها) أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفي معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ولا يجوز له قبوله بذلك في قول الجمهور وحكي عن الحسن وسوار والعنبري انهم قالوا اذا كان يعرف خطه وختمه قبله وهو قول أبي ثور والاصطخري ويتخرج لنا مثل ذلك لانه تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين

ولنا ان ما أمكن اثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار على الظاهر كاثبات العقود ولان الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط كالشاهد لا يعول في الشهادة على الخط وفي هذا انفصال عما ذكروه. اذا ثبت هذا فان القاضي اذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان الى البلد الذي فيه القاضي المكتوب اليه فيقرأ عليهما الكتاب أو يقرؤه غيره عليهما والاحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه فان لم ينظرا جاز لانه لايستقرأ الا ثقة فاذا قرأ عليهما قال اشهدا علي ان هذا كتابي الى فلان وان قال اشهدا علي بما فيه كان اولى فان اقتصر على قوله هذا كتابي الى فلان فظاهر كلام الخرقي انه لايجزىء لانه يحملهما الشهادة فاعتبر ان يقول اشهدا علي كالشهادة

كتابه كما لو لم يمت ولان كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله. وان كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو اصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الاصل وما ذكروه حجة عليهم لان الحاكم قد أشهد على نفسه وانما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنع قبولها كموت شاهدي الاصل

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته لم يجز الحكم به لان حكمه بعد فسقه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ولان بقاء عدالة شاهدي الاصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع فكذلك بقاء عدالة الحاكم لانه بمنزلة شاهدي الاصل فان فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فانه لا ينقض ما مضى من احكامه كذا ههنا

واما ان تغيرت حال المكتوب اليه بأي حال كان من موت او عزل او فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به، وبه قال الحسن، حكى عنه ان قاضي الكوفة كتب الى اياس بن معاوية قاضي البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولي الحسن فعمل به

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يعمل به لان كتاب القاضي بمنزلة شهادة على الشهادة عند المكتوب اليه وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره

ولنا أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الاول او ثبوت الشهادة عنده وقد شهدا عند الثاني

على الشهادة وقال القاضي يجزىء وهو مذهب الشافعي ثم ان كان ما في الكتاب قليلا اعتمدا على حفظه وان كان كثيرا فلم يقدرا على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتكون معه يذكر بها ما يشهد به ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع اليهما غيره فاذا وصل الكتاب معهما اليه قرأه الحاكم او غيره عليهما فاذا سمعاه قالا نشهد أن هذا كتاب فلان لأنها أداء شهادة فلا بد فيها من لفظ الشهادة، ويجب أن يقولا من عمله لان الكتاب لا يقبل الا اذا وصل من مجلس عمله وسواء وصل الكتاب مختوما او غير مختوم مقبولا او غير مقبول لان الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم فإن امتحى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك، وان لم يحفظاه لم يمكنهما الشهادة، وقال ابو حنيفة وابو ثور لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضي

ولنا ان النبي ﷺ كتب كتابا إلى قيصر ولم يختمه فقيل له انه لا يقرأ كتابا غير مختوم فتخذ الختم واقتصاره على الكتاب دون الختم دليل على ان الختم ليس بشرط في القبول وانما فعله النبي ﷺ ليقرءوا كتابه ولانهما لو شهدا بما في الكتاب وعرفا ما فيه لوجب قبوله كما لو وصل مختوما وشهدا بالختم. إذا ثبت هذا فإنه انما يعتبر ضبطهما لمعنى الكتاب وما يتعلق به الحكم قال الاثرم سمعت أبا

فوجب ان يقبل كالاول ، وقولهم انه شهادة عند الذي مات ليس بصحيح فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ولو كان فرعا لم يقبل وحده وانما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أديا الشهادة عند المتجدد ولوضاع الكتاب فشهدا بذلك عندالحاكم المكتوب اليه قبل فدل ذلك على ان الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب وقياس ماذكرناه أن الشاهدين لوحملا الكتاب الى غير المكتوب اليه في حال حياته وشهدا عنده عمل به لما بيناه، وان كان المكتوب اليه خليفة للكاتب فمات الكاتب أوعزل انعزل المكتوب اليه لانه نائب عنه فينعزل بعزله وموته كوكلائه، وقال بعض أصحاب الشافعي لا ينعزل خليفته كما لا ينعزل القاضي الاصلي بموت الامام ولا عزله

ولنا ماذكرناه ويفارق الامام لان الامام يعقد القضاء والامارة للمسلمين فلم يبطل ما عقده لغيره كما لو مات الولي في النكاح لم يبطل النكاح ولهذا ليس للامام أن يعزل القاضي من غير تغير حاله ولا ينعزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فانه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه فملك عزله ولان القاضي لو انعزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لانه يفضي الى عزل القضاة في جميع بلاد المسلمين وتتعطل الاحكام وإذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لانه حينئذ ليس بقاض

(مسئلة) قال (ولا تقبل الترجمة عن اعجمي تحاكم اليه اذا لم يعرف لسانه الا من عدلين يعرفان لسانه)

وجملته أنه اذا تحاكم الى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما أو أعجمي وعربي فلا بد من مترجم عنهما ولا تقبل الترجمة الا من اثنين عدلين

عبدالله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة وبعضهم ينظر فيها وبعضهم لا ينظر قال إذا حفظ فليشهد قيل كيف وهو كلام كثير؟ قال يحفظ ما كان عليه الكلام والوضع قلت يحفظ المعنى؟ قال نعم قيل له والحدود والثمن وأشباه ذلك ؟ قال نعم

﴿ مسئلة ﴾ (ولو أدرج الكتاب وختمه وقال هذا خطي اشهدا علي بما فيه او قد أشهدتكما على نفسي بما فيه لم يصح هذا التحمل)

وبه قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال ابو يوسف اذا ختمه بختمه وعنونه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجا فاذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان ويتخرج لنا مثل هذا فانهما شهدا بما في الكتاب فجاز ، وان لم يعلما تفصيله كما لو شهدا بما في هذا الكيس من الدراهم جازت شهادتهما وان لم يعرفا قدرها

ولنا انهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالا ، وفارق

وبهذا قال الشافعي وعن احمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد وهو اختيار ابي بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبي حنيفة . وقال ابن المنذر في حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أمره أن يتعلم كتاب يهود قال فكنت أكتب له إذا كتب إليهم وأقرأ له إذا كتبوا ولأنه مما لا يفتقر الى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كاخبار الديانات

ولنا انه نقل ماخفي على الحاكم اليه فيما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ويفارق أخبار الديانات فانها لا تتعلق بالمتخاصمين ولا نسلم انه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ولان مالا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه فاذا ترجم له كان كنقل الاقرار إليه من غير مجلسه ولا يقبل ذلك الا من شاهدين كذا ههنا فعلى هذه الرواية تكون الترجمة شهادة تفتقر الى العدد والعدالة ويعتبر فيها من الشروط مايعتبر في الشهادة على الاقرار بذلك الحق ، فان كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف إلا شاهدان ذكران وان كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ولم تعتبر الحرية فيه وان كان في حد زنا خرج في الترجمة فيه وجهان :

ماذكره فان تعيينه الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها ، وههنا الشهادة على مافي الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه

(الشرط الثاني) أن يكتبه القاضي من موضع عمله وولايته فان كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله لانه لا يسوغ له في غير ولايته حكم فهو فيه كالعامي

(الشرط الثالث) أن يصل الكتاب إلى المكتوب اليه في موضع ولايته فان وصله في غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته ، ولو ترافع اليه خصمان في غير محل ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا إذا تراضيا عليه فيكون حكمه حكم غير القاضي إذا تراضيا به ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله او لم يكونا ، ولو ترافع اليه خصمان وهو في موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما لان الاعتبار بموضعها إلا أن يأذن الامام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان فيكون الامر على ما أذن فيه ومنع منه لان الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا وصل الكتاب فأحضر المكتوب اليه الخصم المحكوم عليه في الكتاب فقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم به بينة فان ثبت انه فلان بن فلان ببينة او إقرار فقال : المحكوم عليه غيري لم يقبل إلا ببينة تشهد ان في البلد من يساويه فيما سمي ووصف به فيتوقف حتى يعلم المحكوم عليه منهما)

وجملة ذلك أنه إن أنكر وقف الحاكم ويكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنه بما يتميز به المشهود عليه منهما فان ادعي المسمي انه كان في البلد من

(أحدهما) لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال احرار عدول (والثاني) يكفي فيه اثنان بناء على الروايتين في الشهادة على الاقرار به ويعتبر فيه لفظ الشهادة لانه شهادة وان قلنا يكفي فيه واحد فلا بد من عدالته ولا تقبل من كافر ولا فاسق وتقبل من العبد لانه من أهل الشهادة والرواية وقال أبو حنيفة لا تقبل من العبد لانه ليس من أهل الشهادة

ولنا أنه خبر يكفي فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد كاخبار الديانات ولا نسلم ان هذا شهادة ولا ان العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية وعلى هذا الاصل ينبغي أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة لان روايتها مقبولة

(فصل) والحكم في التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحكم في الترجمة وفيها من الخلاف ما فيها ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى

(مسألة) قال (واذا عزل فقال كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضي ذلك الحق)

وبهذا قال اسحاق قال أبو الخطاب ويحتمل ان لا يقبل قوله، وقول القاضي في فروع هذه المسئلة يقتضي أن لا يقبل قوله ههنا . وهو قول أكثر الفقهاء لان من لا يملك الحكم لا يملك الاقرار به كمن

يشاركه في الاسم والصفة وقد مات نظر فان كان موته قبل وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها او كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه او المحكوم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه، وان كان موته بعد الحكم او بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجري بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حياً لجواز أن يكون الحق على الذي مات

(فصل) وإذا كتب بثبوت بينة او إقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم عليه وان كان ذلك عيناً كعقار محدود او عينا مشهورة لا تشتبه بغيرها كعبد معروف مشهور او دابة كذلك حكم المكتوب اليه أيضاً والزم تسليمه إلى المحكوم له به، وإن كان عينا لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهور او غيره من الاعيان التي لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل كتابه به وهو قول ابي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الوصف لا يكفي بدليل انه لا يجوز أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية كذلك المشهود به (والثاني) يجوز لانه يثبت في الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لا حاجة إلى ذلك فيه فان الشهادة له لا تثبت إلا بدعواه ولان المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به فعلى هذا الوجه ينفذ العين مختومة وان كان عبداً او أمة ختم في عنقه وبعثه إلى القاضي الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه فان شهدا عليه دفع إلى المشهود له به وان لم يشهدا على عينه وقالا: المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده الى صاحبه ويكون حكمه حكم المغصوب

أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فقال الاوزاعي وابن أبي ليلى هو بمنزلة الشاهد اذا كان معه شاهد آخر قبل وقال أصحاب الرأي لايقبل الا شاهدان سواه يشهدان بذلك وهو ظاهر مذهب الشافعي لان شهادته على فعل نفسه لاتقبل

ولنا أنه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه فكذلك ههنا ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم فيجب قبوله كحال ولايته

(فصل) فاما ان قال في ولايته كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله سواء قال قضيت عليه بشاهدين عدلين أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم أو قال قضيت عليه بنكوله أو قال أقر عندي فلان لفلان بحق فحكمت به، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وحكي عن محمد بن الحسن أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل لانه فيه إخبارا بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة

ولنا انه يملك الحكم فملك الاقرار به كالزوج إذا أخبر بالطلاق والسيد إذا أخبر بالعتق ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل كذا ههنا وفارق الشهادة فان الشاهد لايملك إثبات ما أخبر به فأما ان قال حكمت بعلمي أو بالنكول أو بشاهد يمين في الاموال فانه يقبل أيضا . وقال الشافعي لايقبل قوله في القضاء بالنكول وينبني قوله حكمت عليه بعلمي على القولين في جواز القضاء بعلمه لانه لايملك الحكم بذلك فلايملك الاقرار به

في ضمانه وضمان نقصه ومنفعته فلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه إلى أن يصل الى صاحبه لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق

(فصل) وان تغيرت حال القاضي الكاتب بعزل او موت لم يقدح في كتابه، وان تغيرت بفسق لم يقدح فيما حكم به، وبطل فيما ثبت عنده ليحكم به ، وان تغيرت حال المكتوب اليه فلمن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به

وجملة ذلك انه لايخلو من ان تتغير حال القاضي الكاتب او المكتوب اليه اوحالهما معا فان تغيرت حال الكاتب بموت اوعزل بعد ان كتب الكتاب واشهد على نفسه لم يقدح في كتابه وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده او بعده وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يعمل به في الحالين . وقال ابو يوسف إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به، وان مات بعد خروجه من يده عمل به لان كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه ينقل شهادة شاهدي الاصل فاذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل آداء شهادتهما

ولنا ان المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان فيجب ان ينقل كتابه كما لو لم يمت ولان كتابه ان كان فيما حكم به فحكمه لايبطل بموته وعزله وان كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو اصل واللذان شهدا عليه فرع ولاتبطل شهادة الفرع بموت شاهدي الاصل وماذكروه

ولنا أنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه فوجب قبوله كالصور التي تقدمت،ولأنه حاكم أخبر بحكمه في ولايته فوجب قبوله كالذي سلمه ولان الحاكم اذا حكم في مسئلة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره امضاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ولا نسلم ماذكره ، وإن قال حكمت لفلان على فلان بكذا ولم يضف حكمه إلى بينة ولا غيرها وجب قبوله وهو ظاهر مسئلة الخرقي فانه لم يذكر ماثبت به الحكم وذلك لان الحاكم متى ماحكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه

(فصل) وإذا أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولايته فظاهر كلام الخرقي ان قوله مقبول وخبره نافذ لانه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية فلأن يقبل مع بقائها في غير موضع ولايته أولى . وقال القاضي لايقبل قوله وقال لو اجتمع قاضيان في غير ولايتهما كقاضي دمشق وقاضي مصر اجتمعا في بيت المقدس فأخبر احدهما الآخر بحكم حكم به أوشهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ويكونان كشاهدين أخبر احدهما الآخر بما عنده وليس له ان يحكم به إذا رجع الى عمله لانه خبر من ليس بقاض في موضعه وان كانا جميعاً في عمل احدهما كانهما اجتمعا جميعاً في دمشق فان قاضي دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضي مصر لانه يخبره به في غير عمله وهل يعمل قاضي مصر بما أخبر به قاضي دمشق اذا رجع الى مصر ؟ فيه وجهان : بناء على القاضي هل له أن يقضي بعلمه ؟ على روايتين لأن قاضي دمشق أخبره به في عمله . ومذهب الشافعي في هذا كقول القاضي ههنا .

حجة عليهم لان الحاكم قد اشهد على نفسه وانما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنع قبولها كموت شاهدي الاصل وان تغيرت بفسق قبل الحكم بكتابه لم يحكم به لان حكمه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ولان بقاء عدالة شاهدي الاصل شرط في الحكم بشاهدي الفرع فكذلك بقاء عدالة الحاكم لانه بمنزلة شاهدي الاصل وإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فانه لا ينقض مامضى من أحكامه كذا ههنا وأما ان تغيرت حال المكتوب اليه بأي حال كان من موت أو عزل أو فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به وبه قال الحسن حكي عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس ابن معاوية قاضي البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولي الحسن فعمل به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يعمل به لان كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب اليه وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا ان المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأصل او ثبوت الشهادة عنده وقد شهدا عند الثاني فوجب أن يقبل كالأول وقولهم إنها شهادة عند الذي مات ليس بصحيح فان الحاكم الكاتب ليس

(فصل) إذا ولى الامام قاضياً ثم مات لم ينعزل لان الخلفاء رضي الله عنهم ولوا حكاما في زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ولان في عزله بموت الامام ضرراً على المسلمين فان البلدان تتعطل من الحكام وتقف أحكام الناس الى أن يولي الامام الثاني حاكما وفيه ضرر عظيم وكذلك لا ينعزل القاضي اذا عزل الامام لما ذكرنا فأما ان عزله الامام الذي ولاه أو غيره ففيه وجهان :

(أحدهما) لا ينعزل وهو مذهب الشافعي لانه عقده لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه

(والثاني) له عزله لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا إذا رآه الفاجر فرقه فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سوار مكانه وولى علي رضي الله عنه أبا الاسود ثم عزله فقال لم عزلتني وماخنت ولا جنيت ؟ فقال إني رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ولانه يملك عزل امرائه وولاته على البلدان فكذلك قضاته.

وقد كان عمر رضي الله عنه يولي ويعزل فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته في الشام وولى معاوية فقال له شرحبيل أمن جبن عزلتني أوخيانة؟ قال من كل لا ولكن أردت رجلا أقوى من رجل وعزل خالد بن الوليد وولى أبا عبيدة وقد كان يولي بعض الولاة الحكم مع الامارة فولى أبا موسى البصرة قضاءها وامرتها ثم كان يعزلهم هو ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم فعزل القاضي أولى ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله لان فيه ضرراً وههنا لا ضرر فيه لانه لا يعزل قاضياً حتى

بفرع وقد أديا الشهادة عند المحدود ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب اليه قبل فدل ذلك على ان الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب، وقياس ماذكرناه ان الشاهدين إذا حملا الكتاب إلى غير المكتوب اليه في حال حياته وشهدا عنده عمل به لما بيناه فان كان المكتوب اليه خليفة الكاتب فمات الكاتب أو عزل انعزل المكتوب اليه لانه نائب عنه فينعزل بعزله وموته كوكلائه، وقال بعض أصحاب الشافعي لا ينعزل خليفته كما لا ينعزل القاضي الأصلي بموت الامام ولا عزله .

ولنا ماذكرناه ويفارق الامام فان الامام يعقد القضاء والامارة للمسلمين فلم يبطل ماعقده لغيره كولاية النكاح فاذا مات الولي لم يبطل النكاح بخلاف نائب الحكم فانه تنعقد ولايته لنفسه نائباً عنه فيملك عزله ولان القاضي لو انعزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لانه يفضي إلى عزل القضاة في جميع بلاد الاسلام وتتعطل الاحكام، وإذا ثبت انه ينعزل فليس له قبول الكتاب لانه حينئذ ليس بقاض .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وإذا حكم عليه فقال اكتب لي إلى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يحكم علي ثانياً لم يلزمه ذلك ولكنه يكتب له محضراً بالقضية:

يولى آخر مكانه ولهذا لاينعزل الوالي بموت الامام وينعزل بعزله وقد ذكر أبو الخطاب في عزله بالموت أيضا وجهين والاول ان شاء الله تعالى ما ذكرناه

فاما ان تغيرت حال القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء أو اختل فيه بعض شروطه فانه ينعزل بذلك ويتعين على الامام عزله وجها واحداً .

(فصل) وللامام تولية القضاء في بلده وغيره لان النبي ﷺ ولى عمر بن الخطاب القضاء، وولى علياً ومعاذاً . وقال عثمان بن عفان لابن عمر : ان أباك قد كان يقضي وهو خير منك قال ان أبي قد كان يقضي وان أشكل عليه شيء سأل عنه رسول الله ﷺ وذكر الحديث . رواه عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة

وروى سعيد في سننه عن عمرو بن العاص قال جاء خصمان الى رسول الله ﷺ فقال لي « يا عمرو اقض بينهما » قلت أنت أولى بذلك مني يا رسول الله قال « ان أصبت القضاء بينهما فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة » وعن عقبة بن عامر مثله ولان الامام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم، فاذا ولى قاضياً استحب أن يجعل له أن يستخلف لانه قد يحتاج الى ذلك فاذا أذن له في الاستخلاف جاز له بلا خلاف نعلمه وان نهاه عنه لم يكن له ان يستخلف لان ولايته باذنه فلم يكن له مانهاه عنه كالوكيل . وان أطلق فله الاستخلاف . ويحتمل أن لايكون له ذلك لانه يتصرف بالاذن فلم يكن له مالم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان

لان المحكوم عليه إذا استوفى الحق منه فقال للحاكم اكتب لي محضراً بما جرى لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر فيطالبني ثانياً ففيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه اجابته ليتخلص من المحذور الذي يخافه (والثاني) لاتلزمه لان الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به فاما استئناف ابتداء فيكفي فيه الاشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق لان الحق ثبت عليه بالبينة .

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من ثبت له عند حاكم حق او ثبتت براءته مثل ان أنكر وحلفه الحاكم أن يكتب له محضراً بما جرى ليثبت حقه أو براءته لزمته إجابته)

أما إذا ثبت له حق باقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه شاهدين لزمه ذلك لان الحاكم لايحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه ولو قلنا يحكم بعلمه احتمل أن ينسى فان الانسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم باقراره وان ثبت عليه حق بنكول المدعى عليه او بيمين المدعي بعد النكول فسأله المدعي ان يشهد على نفسه لزمه ذلك لانه لاحجة للمدعي سوى الاشهاد فاما إن ثبت عنده ببينة فلا يجب جعل بينة أخرى (والثاني) يجب لان في الاشهاد فائدة جديدة وهي اثبات تعديل بينته والزام خصمه وان حلف المنكر وسأل الحاكم الاشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له

ووجه الاول ان الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين فاذا فعله بنفسه أو بغيره جاز كما لو أذن له. ويفارق التوكيل لان الامام يولي القضاء للمسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل، فان استخلف في موضع ليس له الاستخلاف فحكمه حكم من لم يول

(فصل) ويجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الاحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى اليه من غير سكانه. ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول جعلت اليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو ان يقول احكم في المائة فما دونها فلا ينفذ حكمه في أكثر منها. ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل

ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملا فيولي احدهم عقود الانكحة والآخر الحكم في المداينات وآخر النظر في العقار. ويجوز أن يولي كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد. فان قلد قاضيين أو أكثر عملا واحداً في مكان واحد ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات لانهما يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر (والآخر) يجوز ذلك وهو قول اصحاب ابي حنيفة وهو اصح ان شاء الله تعالى لانه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها

في سقوط المطالبة مرة أخرى وفي جميع ذلك إذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه ذلك لانه وثيقة له فهو كالاشهاد لان الشاهدين ربما نسيا الشهادة او نسيا الخصمين فلا يذكرهما إلا رؤية خطهما (والثاني) لا يلزمه لان الاشهاد يكفيه والاول اصح لان الشهود تكثر عليهم الشهادات ويطول عليهم الامد فالظاهر انهما لا يتحققان الشهادة تحققاً يحصل به اداؤها فلا يفيد إلا بالكتاب.

﴿مسئلة﴾ (وان سال من ثبت محضره عند الحاكم ان يسجل به فعل ذلك وجعله نسختين نسخة يدفعها اليه ونسخة يحبسها عنده والورق من بيت المال فان لم يكن فمن مال المكتوب له).

ينبغي أن يجعل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات لانه من المصالح فانه يحفظ به الوثائق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من يرجع عليه فان أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق ان شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فانه حجة لك ولست اكرهك عليه فان اختار ان يكتب له محضراً فصفته: بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضي فلان بن فلان قاضي عبدالله الامام فلان على كذا وكذا وإن كان خليفة القاضي قال خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي الامام بمجلس حكمه وقضائه بكذا فان كان يعرف المدعي والمدعى عليه باسمائهما وانسابهما قال فلان بن فلان الفلاني حضر معه فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبهما

فيكون فيها قاضيان فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان . ولان الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي . ولانه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد فالامام أولى لان توليته اقوى

وقولهم : يفضي إلى ايقاف الحكومات غير صحيح فان كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين اليه وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده

(فصل) وإذا قال الامام من نظر في الحكم من فلان وفلان فقد وليته لم تنعقد الولاية لمن نظر لانه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحداً منهم . ويحتمل ان تنعقد الولاية لمن نظر لان النبي ﷺ قال « اميركم زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » فعلق ولاية الامارة على شرط فكذلك ولاية الحكم وان قال وليت فلانا وفلانا فأيهما نظر فهو خليفتي انعقدت الولاية لمن نظر منهم لانه عقد الولاية لهما جميعاً

(فصل) ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه وهذا مذهب الشافعي ولم اعلم فيه خلافاً لان الله تعالى قال (فاحكم بين الناس بالحق) والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع

ويذكر حليتهما لان الاعتماد عليها فربما استعار النسب فادعى عليه كذا وكذا فاقر له ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الاقرار يصح في غير مجلس الحكم وان كتب انه يشهد على اقراره شاهدان كان آكد ويكتب الحاكم على رأس المحضر : الحمد لله رب العالمين او ماأحب فأما ان أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال : فادعى عليه كذا وكذا فأنكر فسأل الحاكم المدعي ألك بينة ؟ فاحضرها وسأل الحاكم سماعها ففعل وسأله ان يكتب له محضراً بما جرى فأجابه اليه وذلك في وقت كذا ويحتاج ههنا ان يذكر مجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لان البينة لا تسمع الا في مجلس الحكم والاقرار بخلافه، ويكتب الحاكم في آخر المحضر شهدا عندي بذلك ويكتب علامته في رأس المحضر وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز لئلا يحلف ثانياً وكتب له مثل ماتقدم إلا انه يقول فأنكر فسأل الحاكم المدعي ألك بينة؟ قال لا قال فلك يمينه وسأل احلافه فاحلفه في مجلس حكمه وقضائه في وقت كذا وكذا ولا بد من ذكر تحليفه لان الاستحلاف لا يكون إلا بمجلس الحكم ويعلم في أوله خاصة ويعلم في الاقرار والاحلاف على رأس المحضر جرى الأمر على ذلك فان نكل المدعى عليه عن اليمين قال فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها فسأل خصمه الحاكم ان يقضي عليه بالحق في وقت كذا وان رد اليمين على المدعي فحلف وحكم له بذلك ذكره، ويعلم في آخره ويذكر ان ذلك في مجلس حكمه وقضائه وهذه صفة المحضر وأما السجل فهو لانفاذ ما ثبت عنده والحكم به وصفته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد

(فصل) وان فوض الامام إلى انسان تولية القضاء جاز لانه يجوز أن يتولى ذلك فجاز له التوكيل فيه كالبيع وان فوض إليه اختيار قاض جاز ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده كما لو وكله في الصدقة بمال لم يجز له اخذه ولا دفعه إلى هذين ، ويحتمل انه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية لانهما يدخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه مع اهليتهما فأشبها الاجانب

(فصل) وليس للحاكم ان يحكم لنفسه كما لايجوز أن يشهد لنفسه فان عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه الى بعض خلفائه او بعض رعيته فان عمر حاكم أبياً الى زيد وحاكم رجلا عراقياً الى شريح وحاكم علي اليهودي الى شريح ، وحاكم عثمان طلحة الى جبير بن مطعم . فان عرضت حكومة لوالديه او ولده او من لاتقبل شهادته له ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز له الحكم فيها بنفسه وان حكم لم ينفذ حكمه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لانه لاتقبل شهادته له فلم ينفذ حكمه له كنفسه (والثاني) ينفذ حكمه اختاره أبو بكر وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور لانه حكم لغيره أشبه الاجانب . وعلى القول الاول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الامام أو حاكم آخر او بعض خلفائه ، فان كانت الخصومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز له الحكم بينهما على احد الوجهين لانه لاتقبل شهادته لأحدهما على الآخر فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه أجنبياً وفي الآخر يجوز وهو قول بعض اصحاب الشافعي لانهما سواء عنده فارتفعت تهمة الميل فأشبها الاجنبيين

(فصل) وإذا تحاكم رجلان الى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما وبهذا قال أبوحنيفة وللشافعي قولان (أحدهما) لايلزمهما حكمه إلا بتراضيهما لان حكمه انما يلزم بالرضى به ولايكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه

ولنا ما روى أبو شريح ان رسول الله ﷺ قال له « ان الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم ؟ »

عليه القاضي فلان بن فلان ويذكر ماتقدم في اول المحضر ومن حضره من الشهود اشهدهم انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما بمحضر من خصمين ويذكرهما ان كانا معروفين والا قال مدع ومدعى عليه جاز حضورهما وسماع الدعوى من أحدهما على الآخر معرفة فلان بن فلان ويذكر المشهود عليه وإقراره طوعاً في صحة منه وجواز أمر الجميع ماسمى ووصف به في كتاب نسخته وينسخ الكتاب المثبت أو المحضر جميعه حرفا بحرف فاذا فرغ منه قال وان القاضي امضاه وحكم به على ما هو الواجب في مثله بعد ان سأله ذلك والاشهاد به الخصم المدعي ويذكر اسمه ونسبه ولم يدفعه الخصم الحاضر بحجة وجعل كل ذي حجة حجته على واشهد القاضي فلان على أنفاسه وحكمه من حضره من الشهود في مجلس حكمه في اليوم المؤرخ في أعلاه وأمر بكتب هذا السجل نسختين مقسا ويتين تخلد نسخة منهما في ديوان الحكم والاخرى تدفع الى من كتبها له وكل واحد منهما حجة وثيقة فيما أنفذه منهما وهذا يذكر ليخرج من الخلاف ولو

قال ان قومي اذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ورضي علي الفريقان قال « ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك ؟ » قال شريح قال « فأنت أبو شريح » أخرجه النسائي

وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون » ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ولان عمر وأبياً تحاكما الى زيد وحاكم عمر اعرابياً الى شريح قبل ان يوليه وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة

فان قيل فعمر وعثمان كانا إمامين فاذا ردا الحكم إلى رجل صار قاضياً . قلنا لم ينقل عنهما الا الرضى بتحكيمه خاصة وبهذا لا يصير قاضياً ، وما ذكروه يبطل بما إذا رضي بتصرف وكيله فانه يلزمه قبل المعرفة به . إذا ثبت هذا فانه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض فيه حكم من له ولاية وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة : للحاكم نقضه اذا خالف رأيه لان هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه

ولنا ان هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكروه غير صحيح فان حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وان لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود

إذا ثبت هذا فان لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لانه لا يثبت إلا برضاه فأشبه مالو رجع عن التوكيل قبل التصرف ، وان رجع بعد شروعه ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع (والثاني) ليس له ذلك لانه يؤدي الى ان كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به

(فصل) قال القاضي : وينفذ حكم من حكماه في جميع الاحكام الا أربعة أشياء : النكاح واللعان والقذف والقصاص لان لهذه الاحكام مزية على غيرها فاختص الامام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه ، وقال ابو الخطاب ظاهر كلام احمد انه ينفذ حكمه فيها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، واذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتابا الى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لانه حاكم نافذ الاحكام فلزم قبول كتابه كحاكم الامام

قال إنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ما في كتاب نسخته كذا ولم يذكر الادعاء عليه جاز وساغ لجواز القضاء على الغائب وما يجتمع عنده من المحاضر والسجلات في كل أسبوع أو شهر بضم بعضها الى بعض ويكتب عليه محاضر وقت كذا في سنة كذا .

﴿ فصل في صفة الكتاب الى القاضي ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم سبب هذه المكاتبة أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاء المسلمين وحكامهم انه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي الذي اتولاه بمكان كذا وان كان نائباً قال

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويحكم على الغائب اذا صح الحق عليه)

وجملته أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم اجابته اذا كملت الشرائط وبهذا قال شبرمة ومالك والاوزاعي والليث وسوار وابو عبيد واسحاق وابن المنذر فكان شريح لايرى القضاء على الغائب ، وعن احمد مثله وبه قال ابن ابي ليلى والثوري وابو حنيفة وأصحابه

وروي ذلك عن القاسم والشعبي إلا ان أبا حنيفة قال اذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ انه قال لعلي « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فانك تدري بما تقضي » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . ولأنه قضاء لاحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر في البلد ولانه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه

ولنا أن هنداً قالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني مايكفيني وولدي ؟ قال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه فقضى لها ولم يكن حاضراً ولان هذا له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً ، وقد وافقنا ابو حنيفة في سماع البينة ، ولأن ماتأخر عن سؤال المدعي اذا كان حاضراً يقدم عليه اذا كان غائباً كسماع البينة

وأما حديثهم فنقول به اذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب فان البينة لاتسمع على حاضر إلا بحضرته والغائب بخلافه ، وقد ناقض ابو حنيفة أصله فقال اذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجاً غائباً وله مال في يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضي عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر انه اشترى من غائب مافيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم له بالبيع والاخذ بالشفعة ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعي بينة بذلك حكم له بما ادعاه

الذي انوب فيه عن القاضي فلان بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه جاز سماع الدعوى بينهما وقبول البينة من احدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان وهما من الشهود العدلين عندي عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني بعينه واسمه ونسبه فان كان في إثبات أسر أسير قال وان الفرنج خذلهم الله أسروه من مكان كذا في وقت كذا وحملوه الى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم أبادهم الله وإنه فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا لايقدر على فكاك نفسه ولا شيء منه وانه مستحق للصدقة على مايقتضيه كتاب المحضر المشار اليه المتصل أوله بآخر كتابي المؤرخ بكذا وإن كان في إثبات دين قال وإنه يستحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني ويرفع

اذا ثبت هذا فانه إن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره فان خرج الشهود لم يحكم عليه وإن استنظر الحاكم أجله ثلاثاً فان جرحهم وإلا حكم عليه ، وإن ادعى القضاء أو الابراء فكانت له بينة برىء وإلا حلف المدعي وحكم له وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم ، وإن جرحهم بأمر بعد اداء الشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم لانه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً فان جرحهم وإلا نفذ الحكم ، وإن ادعى القضاء أو الابراء فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم

(فصل) : لا يقضي على الغائب إلا في حق الآدميين فأما في الحدود التي لله تعالى فلا يقضي بها عليه لان مبناها على المساهلة والاسقاط فان قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع

(فصل) واذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف كالصبي والمجنون لم يستحلف المدعي مع بينته في أشهر الروايتين لقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولانها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر

(والرواية الثانية) يستحلف معها وهو قول الشافعي لانه يجوز أن يكون استوفى ماقامت به البينة أو ملكه العين التي قامت بها البينة ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين فاذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ولان الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب لان كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه وهذا من الاحتياط

(فصل) ظاهر كلام الخرقي انه اذا قضى على الغائب بعين سلمت إلى المدعي وإن قضى عليه بدين ووجد له مال وفي منه فانه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة أن له سهماً من ضيعة في أيدي قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه لانه يثبت حقه بالبينة فيسلم اليه كما لو

في نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقاً واجباً لازما وإنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه وإن كان في إثبات عين كتب : وانه مالك لما في أيدي فلان من الشيء الفلاني ويصفه صفة يتميز بها، مستحق لاخذه وتسلمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي المؤرخ بتاريخ كذا وقال الشاهدان المذكوران انهما بما شهدا به عالمان وله محققان وانهما لا يعلمان خلاف ماشهدا به الى حين أقاما الشهادة عندي فأمضيت ماثبت عندي من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته وسألني من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة اجابته المكاتبة الى القضاة والحكام فأجبته الى ماتمسه لجوازه شرعا وتقدمت بهذا فكتب وبالصاق المحضر المشار اليه فالصق فمن وقف عليه منهم وتأمل ماذكرته وتصفح ماسطرته واعتمد في انفاذه والعمل بموجبه ما وجبه الشرع المطهر أحرز من الاجر أجزله وكتب في مجلس الحكم المحروس من مكان كذا في وقت كذا ولا يشترط ان يذكر القاضي اسمه في العنوان ولا ذكر المكتوب اليه في باطنه وبهذا قال

فان خصمه حاضراً ويحتمل أن لا يدفع اليه شيء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يأخذ المدعي ما حكم له به ثم يأتي خصمه فيبطل حجته أو يقيم بينة بالقضاء والابراء أو يملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعي وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه وظاهر كلام احمد الاول فانه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال هي عندي وديعة اذا أقيمت البينة انها له تدفع إلى الذي أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت

(فصل) فاما الحاضر في البلد أو قريب منه اذا لم يمتنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم، وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم انه يقضى عليه في غيبته لانه غائب أشبه الغائب عن البلد

ولنا انه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ويفارق الغائب البعيد فانه لا يمكن سؤاله فان امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام احمد جواز القضاء عليه لما ذكرناه عنه في رواية حرب وروى عنه ابو طالب في رجل وجد غلامه عند رجل فاقام البينة انه غلامه فقال الذي عنده الغلام أودعني هذا رجل فقال احمد أهل المدينة يقضون على الغائب يقولون إنه لهذا الذي أقام البينة وهو مذهب حسن وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الاعذار وهو اذا ادعى على رجل ألفاً وأقام البينة فاختفى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينادي الرسول ثلاثاً فان جاء وإلا قد أعذروا اليه فهذا يقوي قول أهل المدينة وهو معنى حسن

وقد ذكر الشريف ابو جعفر وابو الخطاب انه يقضى على الغائب الممتنع وهو قول الشافعي لانه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد بل هذا أولى لان البعيد معذور وهذا لا عذر له وقد ذكرنا فيما تقدم شيئاً من هذا

الشافعي وقال أبو حنيفة اذا لم يذكر اسمه فلا يقبله لان الكتاب ليس اليه ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لان ذلك لم يقع على وجه المخاطبة

ولنا ان المعول فيه على شهادة الشاهدين على الحاكم الكاتب بالحكم ولا يقدح ولو ضاع الكتاب وامتحى سمعت شهادتهما وحكم بها

كتاب القسمة

الاصل في القسمة قول الله تعالى (ونبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر)وقوله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى) الآية وقول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم» فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وقسم النبي ﷺ خيبر على ثمانية عشر سهما وكان يقسم الغنائم وأجمعت الامة على جواز القسمة ولان بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الايدي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه وأثبت في القضية بذلك أن قسمه اياه بينهما كان عن اقرارهما لا عن بينة شهدت لهما بملكهما)

اذا ثبت هذا فان الشريكين في أي شيء كان ربعا أو غيره والربع هو العقار من الدور ونحوها إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما اليه وإن لم يثبت عنده ملكهما وبهذا قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لان الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطا للميت وأما ما عدا العقار يقسمه ، وإن كان ميراثاً لانه يبور ويهلك وقسمته تحفظه، وكذا العقار الذي لا ينسب إلى الميراث، وظاهر قول الشافعي انه لا يقسم عقاراً كان أو غيره مالم يثبت ملكهما لان قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله ان يجعله حكما لهم ولعله يكون لغيرهم

﴿ باب القسمة ﴾

قسمة الاملاك جائزة والاصل في القسمة قول الله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر) وقوله تعالى (واذا حضر القسمة أولو القربى) الآية وقول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »وقسم النبي ﷺ خيبر وكان يقسم الغنائم وأجمعت الامة على جواز القسمة ولان بالناس حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الايدي

﴿ مسئلة ﴾ (وهو نوعان قسمة تراض وهي ما فيها ضرر ورد عوض من أحدهما كالدور الصغار والحمام والعضائد المتلاصقة اللاتي لا يمكن قسمة كل عين منفردة والارض التي في بعضها بئر أو بناء ونحوه لا يمكن قسمته بالاجزاء والتعديل اذا رضوا بقسمتها أعيانا بالقيمة جاز لان الحق لهم لا يخرج عنهم وقد رضوا بقسمته وهذه جارية مجرى البيع لا يجبر عليها الممتنع منها لا يجوز فيها الا ما يجوز في البيع)

وجملة ذلك ان الشريكين والشركاء في شيء ربعاً كان أو غيره والربع هو العقار من الدور ونحوها اذا طلبا من الحاكم ان يقسمه بينهما اجابهما اليه وان لم يثبت عنده ملكهما وبهذا قال أبو

ولنا ان اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر ولهذا يجوز لهم التصرف ويجوز شراؤه منهم واتهابه واستئجاره وما ذكره الشافعي يندفع إذا ثبت في القضية إني قسمته بينهم باقرارهم لاعن بينة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة على حجته وما ذكره ابو حنيفة لا يصح لان الظاهر ملكهم ولا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر والاصل عدمه ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه الى الميراث

(فصل) وتجوز قسمة المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها لان جواز قسمة الارض مع اختلافها يدل على جواز قسمة مالايختلف بطريق التنبيه وسواء في ذلك الحبوب والثمار والنورة والاشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات وسواء قلنا إن القسمة بيع أو افراز حق لان بيعه جائز وافرازه جائز فان كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر الممتنع وان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع لان هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك، فان تراضيا عليه جاز وكان بيعاً يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع

(فصل) فان كان بينهما ثياب أو حيوان أو أواني او خشب أو عمد أو أحجار فاتفقا على قسمتها

يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان عقارا نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لان الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطاً للميت وما عدا العقار يقسمه وان كان ميراثاً لانه يثوى ويهلك وقسمته تحفظه وكذلك العقار الذي لا ينسب الى الميراث وظاهر قول الشافعي انه لا يقسم عقاراً كان أو غيره مالم يثبت ملكهم الان قسمه بقولهم لو دفع بعد ذلك الى حاكم آخر سهل ان يجعله حكما لهم ولعله ان يكون لغيرهم

ولنا ان اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر ولهذا يجوز لهم التصرف فيه ويجوز شراؤه منهم واتهابه واستئجاره وماذكره الشافعي يندفع إذا ثبت في القصة إني قسمته بينهم باقرارهم لاعن بينة شهدت لهم انه ملكهم وكل ذي حجة على حجته وماذكره ابو حنيفة لا يصح لان الظاهر تملكهم ولا حق للميت فيه الا ان يكون عليه دين وماظهر والاصل عدمه ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه الى الميراث

﴿ مسئلة ﴾ (وهذه القسمة جارية مجرى البيع لما فيها من الرد وبهذا يصير بيعاً)

لان صاحب الرد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع ولا يجبر عليها الممتنع منها لما روى مالك في موطئه عن عمر بن يحيى المازني عن أبيه عن رسول الله ﷺ انه قال

جاز لان النبي ﷺ قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر وهي تشتمل على أجناس من المال وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعياناً بالقيمة وان طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعيانا بالقيمة قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته إذا أمكن وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته الا باخذ عوض عنه من غير جنسه أوقطع ثوب في قطعه نقص أو كسر اناء أورد عوض لم يجبر الممتنع ، وان أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضي يجبر الممتنع . وهو ظاهر مذهب الشافعي وهو قول أبي الخطاب :لاأعرف في هذا عن امامنا رواية ، ويحتمل ان لا يجبر الممتنع . وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعي لان هذا انما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لايجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا دارا وهذا داراً وكالجنسين المختلفين

ووجه الاول أن الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة باكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة فان أرض القرية تختلف سيما اذا كانت ذات أشجار مختلفة وأراض متنوعة والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة ثم هذا الاختلاف لم يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها وههنا

«لاضرر ولا ضرار» ولانه لايجبر على بيع ملكه فلايجبر على قسمته لانها بيع ولايجوز فيها الا ما يجوز في البيع كذلك

(فصل) وهل تلزم قسمة التراضي بالقرعة إذا قسمها الحاكم أو رضوا بقاسم يقسم بينهم؟ فيه وجهان (احدهما) تلزم كقسمة الاجبار لان القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه

(والثاني) لاتلزم الا في البيع والبيع لايلزم الا بالتراضي لا بالقرعة وانما القرعة فيه لتعريف البائع من المشتري ،فأما ان تراضيا على ان يأخذ كل واحد منهما من السهمين بغير قرعة فانه يجوز لان الحق لهما لا يخرج عنهما وكذلك لو خير احدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا بالتراضي والتفرق كما يلزم البيع .

﴿مسئلة﴾ (والضرر المانع من القسمة هو نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلام احمد ولا ينتفعان به مقسوما في ظاهر كلام الخرقي)

اختلفت الرواية في الضرر المانع من القسمة ففي قول الخرقي هو ما لا يمكن أحدهما معه الانتفاع بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لاينتفع به ولو أمكن ان ينتفع به في شيء غير الدار لم يجبر على القسمة أيضا لانه ضرر يجري مجرى الاتلاف

لايمكن قسمة كل ثوب منها أو اناء على حدته وان كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان فهي كالاجناس وكذلك سائر الاموال والحيوان كغيره من الاموال ويقسم النوع الواحد منه، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لايقسم الرقيق قسمة اجبار لانه تختلف منافعه ويقصد منه العقل والدين والفطنة وذلك لايقع فيه التعديل.

ولنا أن النبي ﷺ جزأ العبيد الذين أعتقهم الانصاري في مرضه ثلاثة أجزاء ولانه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان وما ذكره غير صحيح لان القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الاشياء المختلفة.

(فصل) والقسمة افراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعا وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر هي بيع، وحكي عن ابي عبد الله بن بطة لانه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذا حقيقة البيع

ولنا أنها لاتفتقر الى لفظ التمليك ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الاجبار وتلزم باخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر والبيع لايجوز فيه شيء من ذلك ولانها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعاً كسائر العقود وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ولا يحنث إذا حلف لايبيع بها وإذا كان العقار أو نصفه وقفا جازت القسمة. وان قلنا: هي بيع انعكست هذه الاحكام هذا

(والرواية الاخرى) ان المانع من القسمة هو ان ينقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوما أو لم ينتفعوا. قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد لأنه قال في رواية الميموني اذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لايقسم فان كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطي الثمن فاعتبر نقصان الثمن وهذا الظاهر من كلام الشافعي لأن نقص قيمته ضرر والضرر منفي شرعا وقال مالك يجبر الممتنع وان استضر قياسا على مالاضرر فيه ولايصح لقوله عليه السلام «لاضرر ولاضرار» من المسند ولان في قسمته ضررا فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولان في قسمته اضاعة المال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولايصح القياس على مالاضرر فيه لما بينهما من الفرق

﴿مسئلة﴾ (وان كان الضرر على أحدهما دون الآخر كرجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث ينتفع صاحب الثلثين بقسمها ويتضرر الاخر فطلب من لا يتضرر القسم لم يجبر الآخر عليه وان طلبه الآخر اجبر الاول وقال القاضي ان طلبه الاول اجبر الاخر وان طلبه المضرور لم يجبر الآخر)

أما إذا طلب القسمة من لا يتضرر لم يجبر الاخر ذكره أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل قال كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمها وهذا قول ابن أبي ليلى وابي ثور وقال القاضي يجبر

اذا خلت من الرد فان كان فيها رد عوض فهي بيع لان صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه وهذا هو البيع فان فعلا ذلك في وقف لم يجز لان بيعه غير جائز ، وان كان بعضه وقفا وبعضه طلقا والرد من صاحب الطلق لم يجز لانه يشتري بعض الوقف فان كان من أهل الوقف جاز لانهم يشترون بعض الطلق وذلك جائز.

(فصل) وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ولا تقبل إذا كان باجرة ، وبهذا قال الاصطخري وقال أبو حنيفة تقبل وإن كان باجرة لانه لا يلحقه تهمة فتقبل قوله كالمرضعة وقال الشافعي لا تقبل لانه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضي المعزول على حكمه

ولنا انه شهد بما لا نفع له فيه فتقبل كالاجنبي، واذا كان باجرة لم يقبل لانه متهم لكونه يوجب الاجرة لنفسه وهذا نفع فتكون شهادته لنفسه وقول الشافعي انه يوجب تعديله ممنوع ولا نسلم لهم ماذكروه في الحكم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو سأل احدهما شريكه مقاسمته فامتنع أجبره الحاكم على ذلك اذا اثبت عنده ملكها وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوما)

أما اذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين أحدهما يجبر الممتنع على القسمة وذلك اذا اجتمع ثلاثة شروط

الآخر عليها وهو قول الشافعي وأهل العراق لانه طلب إفراد نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجبت اجابته اليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولانها قسمة يضربها صاحبه فلم يجبره عليها كما لو استضرا معا ولان فيه اضاعة المال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته وإذا حرم عليه اضاعة ماله فاضاعة مال غيره أولى وقد روى عمرو بن جميع عن النبي ﷺ أنه قال « لا تعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم » قال أبو عبيدة هو ان يخلف شيئاً اذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو على جميعهم ولاننا اتفقنا على ان الضرر مانع من القسمة وان الضرر في حق أحدهما مانع ولا يجوز ان يكون المانع هو ضرر الطالب لانه مرضي به من جهته فلا يجوز كونه مانعاً كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر من المانع في جهة المطلوب ولانه ضرر غير مرضي به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضرا معاً ،فاما اذا طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث في المسئلة المفروضة اجبر الاخر عليها هذا مذهب أبي حنيفة ومالك لانه طلب دفع ضرر الشركة عنه بامر لا ضرر على صاحبه فيه فاجبر عليه كما لا ضرر فيه يحققه ان ضرر الطالب مرضي به من جهته فسقط حكمه والاخر لا ضرر عليه فصارت كما لا ضرر فيه ،وذكر أصحابنا ان المذهب أنه لا يجبر الممتنع عن القسمة لنهي

(أحدها) ان يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة لان في الاجبار على القسمة حكما على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى فانه لا يحكم على أحدهما انما يقسم بقولهما ورضاهما

(الشرط الثاني) أن لا يكون فيها ضرر فان كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجه ، ورواه مالك في موطئه مرسلا ، وفي لفظ أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار

(الشرط الثالث) ان يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لانها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين ومثال ذلك أرض قيمتها مائة فيها شجرة او بئر تساوي مائتين فاذا جعلت الارض سهما كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين فهذه فيها بيع ألا ترى ان آخذ الارض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى (إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم)؟ فاذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة لانها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما لان نصيب كل واحد منهما اذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من احداث الغراس والبناء والزرع والساقية والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار »

النبي ﷺ عن إضاعة المال ولان طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب اجابته الى السفه قال الشريف متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة ، وقال أبو حنيفة متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت وان استضر بها الغالب فعلى وجهين وقال مالك تجب على كل حال

(فصل) ولو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخرين نصفها لكل واحد منهما ربعها فاذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف فطلب صاحب النصف القسمة وجبت اجابته لانه يمكن قسمتها نصفين من غير ضرر فيصير حقهما دارا وله نصف فلا يستضر واحد منهما ويحتمل الا تجب عليهما الاجابة لان كل واحد منهما يستضر بافراد نصيبه وان طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر لانه لا ضرر على واحد منهم وان طلبا افراد نصيب كل واحد منهما أو طلب أحدهما أفراد نصيبه لم تجب القسمة على قياس المذهب لانه إضرار بالطالب وسفه وعلى الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة لان المطلوب منه لا ضرر عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها فطلب أحدهما قسمها اعيانا بالقيمة لم يجبر الآخر عليه وقال القاضي يجبر)

أما إذا اتفقا على القسمة جاز لان النبي ﷺ قسم الغنائم يوم بدر ويوم خيبر ويوم حنين وهي تشتمل على أجناس المال وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو اتفقا على قسمتها اعيانا بالقيمة وان

اذا ثبت هذا فقد اختلفوا في الضرر المانع من القسمة ففي قول الخرقي وهو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة مثل أن تكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لاينتفع به، ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً لم يجبر على القسمة أيضاً لانه ضرر يجري مجرى الاتلاف

وعن احمد رواية أخرى ان المانع هو أن ننقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوما او لم ينتفعوا

وقال القاضي هذا ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية الميموني اذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم فان كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن وهذا ظاهر كلام الشافعي لان نقص قيمته ضرر والضرر منفي شرعا، وقال مالك يجبر الممتنع وإن استضر قياساً على مالا ضرر فيه ولا يصح لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » ولان في قسمته ضرراً فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولان في قسمته اضاعة لمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق فان كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين بينهما دار لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثها فاذا قسماها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ولا يستضر الآخر لانه يبقى له ما يصلح داراً مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها . ذكره ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد في رواية حنبل قال كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها وهذا قول ابن ابي ليلى وابي ثور

طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته ان أمكن وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا تمكن قسمته الا بأخذ عوض من غير جنسه أو قطع ثوب في قطعه نقص أو كسر اناء أورد عوض لم يجبر الممتنع وان أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضي يجبر الممتنع وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو الخطاب لا أعرف في هذا عن امامنا رحمه الله رواية ويحتمل ان لا يجبر الممتنع عليه وهو قول بن خيران من أصحاب الشافعي لان هذا إنما يقسم اعياناً بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لا يجبر على قسمة الدور بان يأخذ هذا داراً وهذا داراً كالجنسين المختلفين ووجه الاول ان الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة با كثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة فان أرض القرية تختلف لا سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة وأرض متنوعة والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة ثم هذا الاختلاف لا يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها اثوابا على حدته فان كانت الثياب انواعا كالحرير والقطن والكتان فهي كالاجناس فكذلك سائر المال والحيوان كغيره من الاموال ويقسم النوع الواحد

وقال القاضي يجبر الآخر عليها وهو قول الشافعي وأهل العراق لانه طلب إفراد نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجبت اجابته اليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة

ولنا قول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولانها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرا معاً ولان فيه اضاعة المال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته واذا حرم عليه اضاعته ماله فإضاعته مال غيره أولى

وقد روى عمرو بن جميع عن النبي ﷺ انه قال « لاتعصبة على أهل الميراث إلا ماحمل القسم » قال ابو عبيدة هو أن يخلف شيئاً اذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم او عليهم جميعاً ولاننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة وان الضرر في حق أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب لانه مرضي به من جهته فلا يجوز كونه مانعاً كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع في جهة المطلوب ولانه ضرر غير مرضي به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضرا معاً ، وإن طلب القسمة المستضر بهـا كصاحب الثلث في المسئلة المفروضة أجبر الآخر عليها هـذا مذهب ابي حنيفة ومالك لانه طلب دفع ضرر الشركة عنه بامر لاضرر على صاحبه فيه فأجبر عليه كما لاضرر فيه .

يحققه ان ضرر الطالب مرضي به من جهته فسقط حكمه والآخر لاضرر عليه فصار كما لاضرر

منه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لايقسم الرقيق قسم اجبار لان منافعه تختلف ويقصد منه العقل والدين والفطنة وذلك لا يقع فيه التعديل

ولنا ان النبي ﷺ جزأ العبيد الذين اعتقهم الانصاري في مرضه ثلاثة اجزاء ولانه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان وما ذكروه غير صحيح لان القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الاشياء المختلفة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمته وان استهدم لم يجبر على قسم عرصته وقال أصحابنا ان طلب قسمته طولا بحيث يكون له نصف الطول في كمال العرض اجبر الممتنع وان طلب قسمه عرضا وكانت تسع حائطين اجبر والا فلا)

وجملة ذلك ان الشريكين اذا كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمه لان قسمه إفراد حق أحد الشريكين من حق الآخر على وجه يمكن كل واحد منهما الانتفاع بحقه مفرداً ولا يمكن ذلك في الحائط لانه ان طلب قسمته طولا في كمال العرض فقطع الحائط ففيه اتلاف فان لم يقطعه افضى الى الضرر لأن في ذلك تحميل احدهما ثقلا على نصيب صاحبه وان طلب قسمته عرضا في كمال الطول لم يجبر الممتنع لان فيه افسادا وفيه وجه آخر انه يجبر لانه لا ضرر في قسمته وان استهدم لم يجبر على قسم غرصته وقال اصحابنا ان طلب قسمه عرضاً ليحصل لكل واحد منهما نصف الطول في كمال

فيه . وذكر أصحابنا أن المذهب انه لايجبر الممتنع على القسم لنهي النبي ﷺ عن اضاعة المال ولان طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب اجابته الى السفه ، قال الشريف متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة ، وقال ابو حنيفة متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت

وقال الشافعي ان انتفع بها الطالب وجبت وإن استضر بها الطالب فعلى وجهين ، وقال مالك تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخرين نصفها لكل واحد منهما ربعها فاذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف فطلب صاحب النصف القسمة وجبت اجابته لأنه يمكن قسمتها نصفين فيصير حقهما لهما دارا وله النصف فلا يستضر أحد منهما ويحتمل أن لاتجب عليهما الاجابة لان كل واحد منهما يستضر بافراز نصيبه ، وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر لانه لاضرر على واحد منهم ، وإن طلبا افراز نصيب كل واحد منهما او طلب أحدهما افراز نصيبه لم تجب القسمة على قياس المذهب لانه اضرار بالطالب وسفه وعلى الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة لان المطلوب منه لاضرر عليه

(الحال الثاني) الذي لايجبر أحدهما على القسمة وهي ما اذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة إلا برضاهما وتسمى قسمة التراضي وهي جائزة مع اختلال الشروط كلها لانها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز

العرض اجبر الممتنع لانه لا ضرر ويحتمل ان لا يجبر لانه يفضي إلى الا يبقى ملكه الذي يلي نصيب صاحبه بغير حائط وان طلب قسمه عرضاً ليحصل لكل واحد نصف العرض في كمال الطول وكان يحصل لكل واحد منهما مالا يمكن ان يبني فيه حائطا لم يجبر الممتنع لانه يتضرر بذلك وان حصل له مايمكن بناء حائط فيه اجبر الممتنع لانه ملك مشترك يمكن كل واحد منهما الانتفاع به مقسوماً ويحتمل ألا يجبر لانه لاتدخله القرعة خوفاً من ان يحصل لكل واحد منهما مايلي ملك الآخر

﴿ مسألة ﴾ (وان كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها لاحدهما العلو وللآخر السفل أو كان بينهما منافع لم يجبر الممتنع من قسمها وان تراضيا على قسمها كذلك وعلى قسم المنافع بالمهايأة جاز)

اذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها فطلبا قسمها نظرت فان طلب احدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر في ذلك اجبر الآخر عليه لان البناء في الارض يجري مجرى الغرس يتبعها في البيع والشفعة ولو طلب قسمة أرض فيها غراس اجبر شريكه عليه كذلك البناء وان طلب احدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان (احدها) ان العلو تبع السفل ولهذا اذا بيعا ثبتت الشفعة فيهما واذا افرد العلو بالبيع لم تثبت الشفعة فيه واذا كان تبعا له لم يجعل المتبوع بينهما والتبع بينهما فيصير التبع اصلا (الثاني) ان السفل والعلو يجريان مجرى

(فصل) اذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها فاذا طلبا قسمها نظرت فان طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر في ذلك أجبر الآخر عليه لان البناء في الارض يجري مجرى الغرس فيتبعها في البيع والشفعة ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه كذلك البناء ، وإن طلب أحدهما جعل السفل لاحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان

(أحدها) ان العلو يتبع للسفل ولهذا اذا بيعا تثبت الشفعة فيهما واذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة واذا كان تبعاً له لم يجعل المتبوع سهما والتبع سهما فيصير التبع أصلا

(الثاني) ان السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين لان كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما داران لم يكن لاحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيباً كذا ههنا

(الثالث) أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها فاذا جعل السفل نصيباً انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يقسمه الحاكم يجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو ، وقال ابو يوسف ذراع بذراع وقال محمد يقسمها بالقيمة واحتجوا بانها دار واحدة فاذا قسمها على مايراه جاز كالتي لاعلو لها

ولنا ماذكرناه من المعاني الثلاثة وفيها رد ماذكروه وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضاً ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل وحده لم يجب اليه لان القسمة تراد للتمييز

الدارين المتلاصقتين لان كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما دارن لم يكن لاحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذلك ههنا (الثالث) ان صاحب القرار يملك قرارها وهواءها فاذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يقسم الحاكم فيجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو وقال ابو يوسف ذراع بذراع . وقال محمد يقسمها بالقيمة واحتجوا بانها دار واحدة فاذا قسمها على مايراه جاز كالتي لا علو لها

ولنا ماذكرناه من المعاني الثلاثة وفيها رد ماذكروه وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضاً ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده او السفل وحده لم يجب اليه لان القسمة تراد للتمييز ومع بقاء الاشاعة لايحصل التمييز ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو منفرداً والسفل منفرداً لم يجب اليه لانه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان

(فصل) وان كان بينهما منافع فطلب أحدهما قسمها بالمهايأة لم يجبر الآخر لان قسمة المنافع إنما تكون بقسمة الزمان والزمان انما يقسم بأن يأخذ أحدهما قبل الآخر وهذا لاتسوية فيه فان الآخر يتأخر حقه فلا يجبر على ذلك فاما ان تراضيا على قسمة العلو لاحدهما والسفل للآخر او تراضيا على

ومع بقاء الاساعة في أحدهما لايحصل التميز وإن طلب قسمة السفل منفرداً أوالعلو منفرداً لم يجب اليه لانه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان

(فصل) واذا كان بينهما دار أو خان كبير فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته أجبر الممتنع على القسمة وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن، وإن كان بينهما داران أو خانان او أكثر فطلب أحدهما ان يجمع نصيبه في احدى الدارين أو احد الخانين ويجعل الباقي نصيباً لم يجبر الممتنع، وبهذ قال الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد اذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا لانه انفع وأعدل

وقال مالك إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه لان المتجاورتين تتقارب منفعتهما بخلاف المتباعدتين، وقال ابو حنيفة إن كانت احداهما أحجزة الاخرى أجبر الممتنع وإلا فلا لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة

ولنا انه نقل حقه من عين الى عين أخرى فلم يجبر عليه كالمتفرقين على ملك وكما لولم تكن حجة بها مع ابي حنيفة وكما لو كانتا داراً ودكانا مع ابي يوسف ومحمد، والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور وكما لو كانت لها عضائد صغار لايمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها

(فصل) فان كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ويتحقق فيها الشروط التي ذكرناها أجبر

قسمة المنافع بالمهايأة جاز لان الحق لايخرج عنهما فيجوز تراضيهما، وذكر ابن البناء في كتاب الخصال أن الشركاء إذا اختلفوا في منافع دار بينهما ان الحاكم يجبرهم على قسمها بالمهايأة أو يؤجرها عليهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما أرض ذات زرع فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع قسمت لانه لاضرر في قسمها ويجبر الممتنع)

لان الزرع في الارض كالقماش في الدار فلم يمنع القسمة وسواء خرج الزرع اوكان بذراً لم يخرج فاذا قسماها بقي الزرع بينهما مشتركا كما لو باعا الارض لغيرهما، وان طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً لم يجبر الآخر عليه لان القسمة لابد فيها من تعديل المقسوم وتعديل الزرع بالسهام لايمكن لانه يشترط بقاؤه في الارض المشتركة

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلب قسمتها مع الزرع لم يجبر الآخر)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح وهو قول الشافعي، وذكر في كتابه المغني والكافي انه يجبر إذا كان الزرع قد خرج لان الزرع كالشجر في الارض والقسمة افراز حق وليست بيعاً وان قلنا هي بيع لم يجز إذا اشتد الحب لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض، ويحتمل الجواز لان السنبل ههنا داخل تبعاً للأرض، وليس بمقصود فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها، وقال الشافعي لايجبر الممتنع من قسمها مع الزرع لان الزرع مودع في الارض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها

المتنع على قسمها سواء كانت فارغة أوذات شجر و بناء فان كان فيها نخل و كرم و شجر مختلف و بنا. فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة فقال ابو الخطاب تقسم كل عين على حدتها وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه كان أولى ونحو هذا قال أصحاب الشافعي فانهم قالوا إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه بأن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها فاذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والرديء مثل ماللآخر وجبت القسمة وأجبر المتنع عليها، وان لم تمكن القسمة هكذا بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا تمكن قسمته وحده وأمكن التعديل بالقيمة عدلت بالقيمة وأجبر المتنع من القسمة عليها

وقال الشافعي في أحد القولين : لا يجبر المتنع من القسمة عليها . وقالوا إذا كانت الارض ثلاثين جريباً قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشر لم يجبر المتنع من القسمة عليها لتعذر التساوي في الزرع ، ولانه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر المتنع من القسمة إذا لم تمكن إلا بأن يجعل كل واحد منها سهما كذا ههنا

ولنا انه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر فوجبت قسمته كالدور ،ولان ماذكروه يفضي الى منع وجوب القسمة في البساتين كلها والدور فانه لا يمكن تساوي الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ولانه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته كما لو أمكنت التسوية بالزرع

وأما إذا كان بستانان لكل واحد منها طريق أو حقلان أو داران أو دكانان متجاوران أو

ولنا انه ثابت فيها للنماء والنفع فأشبه الغراس وفارق القماش فانه غير متصل بالدار ولا ضرر في نقله

﴿ مسئلة ﴾ (وان تراضوا عليه والزرع قصيل او قطن جاز)

لان الحق لهم لايخرج عنهم ، وان كان بذراً او سنابل قد اشتد حبها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز في البذر لجهالته وكونه لايمكن افرازه وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لأنه يدخل تبعاً للأرض فأشبه أساسات الحيطان وكذلك القول فيما اذا اشتد حبه فيه الوجهان (أحدهما) لايجوز لافضائه الى بيع السنبل بعضه ببعض (والثاني) يجوز لانه يدخل تبعاً وقال القاضي يجوز في السنابل ولا يجوز في البذر لجهالته ووجه الجواز انه يدخل تبعاً فلايكون مانعاً من الصحة كما لو اشترى أرضاً فيها زرع واشترطه فانه يملكه بالشرط ، وان كان بذراً مجهولا

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما نهر او قناة او عين ينبع ماؤها فالماء بينهما على ما اشترطا عند استخراج ذلك)

لقول النبي ﷺ « المؤمنون على شروطهم » فان اتفقا على قسمه بالمهايأة جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولان المنافع ملكهما فجاز قسمها كالاعيان والمهايأة أن يكون في يد كل واحد منهما مدة معلومة على قدر حقه من ذلك)

متباعدان فطلب احد الشريكين قسمته بجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا سواء كانا متساويين أو مختلفين وهذا ظاهر مذهب الشافعي لانهما شيئان متميزان لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر بخلاف البستان الواحد والارض الواحدة وإن عظمت فانه إذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي والشفعة كالقسمة لان كل واحد منهما يراد لازالة ضرر الشركة ونقصان التصرف فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه فكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب قسمته وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ولانه لو بدا الصلاح في بعض البستان كان صلاحا لباقيه وإن كان كبيرا ولم يكن صلاحا لما جاوزه وإن كان صغيرا

(فصل) وإذا كان في الارض زرع فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع لان الزرع في الارض كالقماش في الدار فلم يمنع القسمة كالقماش وسواء خرج الزرع أو كان بذرا لم يخرج فإذا قسماها بقي الزرع بينهما مشتركا كما لو باعا الارض لغيرهما وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً لم يجبر الآخر عليه لان القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لانه يشترط بقاؤه في الارض المشتركة وإن طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه سواء كان قصيلا او اشتد الحب فيه لان الزرع كالشجر في الارض والقسمة افراز حق وليست بيعا وإن قلنا هي بيع لم يجبر إذا اشتد الحب لانه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض ويحتمل الجواز لان السنابل ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أراد قسم ذلك بنصب خشبة او حجر في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز ويسمى المرار)

لان ذلك طريق الى التسوية بينهما فجاز كقسم الارض بالتعديل، وان أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز لأنه من نصيبه فجاز التصرف فيه كيف شاء كسائر ماله وكما لو لم يكن له شريك، ويحتمل أن لا يجوز لأنه إذا جعل لهذه الارض حقاً في الشرب من هذا النهر المشترك فربما أفضي إلى أن يجعل لها حقاً في نصيب شريكه لأنه إذا طال الزمان يظن ان لهذه الارض حقاً من السقي من النهر المشترك فيأخذ لذلك أكثر من حقه ويجيء على أصلنا ان الماء لا يملك وينتفع بها كل واحد منهما على قدر حاجته

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (النوع الثاني قسمة الاجبار وهي مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالارض الواسعة والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة والمكيلات والموزونات من جنس واحد سواء كان مما مسته النار كالدبس وخل التمر او لم تمسه كخل العنب والالبان والادهان فاذا طلب أحدهما قسمها وابى الآخر أجبر عليه)

أما المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها فيجوز قسمها لان جواز قسم الارض مع اختلافها يدل على جواز مالا يختلف بطريق التنبيه وسواء في ذلك الحبوب والثمار والنورة والاشنان

دخلت تبعاً للارض فليست المقصود فاشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها وقال الشافعي لا يجبر المتنع من قسمتها مع الزرع لان الزرع مودع في الارض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها

ولنا أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبه الغراس وفارق القماش فانه غير متصل بالدار ولاضرر عليه في نقله وإن كان الزرع بذرا في الارض فقال أصحابنا لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمكن افرازه وهذا مذهب الشافعي ويحتمل الجواز لانه يدخل تبعاً للارض فلا تضر جهالته كاساسات الحيطان وكذلك لو اشترى أرضاً فيها زرع فاشترطوا ملكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولا

(فصل) إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة وفي الآخر شجرة قيمتها مائة عدلت بالقيمة وجعلت البئر مع نصف الارض نصيباً والشجرة مع النصف الآخر نصيبا فان كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت في الارض فان كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة لانها إذا كانت أقل لم يمكن التعديل الا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهما والبئر سهما والشجرة سهما لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الارض فيصير هذا كسقمة الشجر وحده وقسمة ذلك وحده ليست قسمة اجبار، وإن كانت الارض كبيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة، ومثاله أن تكون قيمة الارض مائتين وخمسين فيجعلها مائة وخمسين سهما ويضم إلى

والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات وسواء قلنا ان القسمة بيع او افراز حق لان بيعه جائز وافرازه جائز فان كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر المتنع وان طلب قسمها أعيانا لم يجبر المتنع لان هذا بيع نوع بنوع آخر، وليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك فان تراضيا عليه جاز وكان بيعاً يعتبر له التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه، وسائر شروط البيع

(فصل) إذا طلب أحد الشركاء القسمة وامتنع بعض الشركاء في الارض والدور ونحوها مما ذكرنا أجبر المتنع على القسمة بثلاثة شروط

(أحدها) أن يثبت عند الحاكم ملكهم ببينة لان في الاجبار عليها حكما على المتنع منهافلا يثبت الا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضاء فانه لايحكم على أحدهما انما يقسم بقولهما ورضاهما

(الشرط الثاني) ألايكون فيها ضرر فان كان فيها ضرر لم يجبر المتنع لقول رسول الله ﷺ «لاضرر ولا ضرار» رواه ابن ماجة، وفي لفظ ان رسول الله ﷺ قضى ألاضرر ولا ضرار

(الشرط الثالث) أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر المتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لايجبر عليه أحد المتبايعين، ومثال ذلك أرض قيمتها مائة فيها شجرة

البئر ماقيمته خمسون والى الشجرة مثل ذلك فتصير ثلاثة سهام متساوية وفي كل سهم جزء من أجزاء الارض فتجب القسمة حينئذ وكذلك لو كانوا أربعة وقيمة الارض أربعمائة وجبت القسمة لأننا نجعل ثلاثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين فتعتدل السهام ، ولو كانت الارض لاثنين فأراد قسمة البئر والشجرة دون الارض لم تكن قسمة اجبار وهكذا الارض ذات الشجر اذا اقتسما الشجر دون الارض لم تكن قسمة اجبار ولو اقتساها بشجرها كانت قسمة اجبار لان الشجر يدخل تبعاً للارض فيصير الجميع كالشي الواحد ولهذا تجب فيه الشفعة اذا بيع شيء من الارض بشجره واذا قسم ذلك دون الارض صار أصلا في القسمة ليس بتابع لشيء واحد فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ولهذا لاتجب فيه الشفعة اذا بيع مفرداً وكل قسمة غير واجبة اذا تراضيا بها فهي بيع حكمها حكم البيع

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ماوقع سهمه عليه الا أن يتراضيا فيكون لكل واحد مارضي به)

وجملته ان القسمة على ضربين قسمة اجبار وقسمة تراضي وقد ذكرنا ان قسمة الاجبار ماأمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون السهام متساوية وقيمة أجزاء

وبئر يساوي مائتين فاذا جعلت الارض سهما كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسون يردها عليه من لم تخرج له البئر او الشجرة ليكونا نصفين متساويين فهذه فيها بيع . ألا ترى ان آخذ الارض قد باع نصيبه من الشجرة والبئر بالثمن الذي أخذه . والبيع لايجبر عليه لقول الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فاذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع من القسمة عليها لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما لان نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من إحداث الغراس والبناء فيه والاجارة والعارية ، ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن لايجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » وقد اختلف في الضرر المانع من القسمة وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وهذه القسمة افراز حق (أحدهما) من الآخر وليست بيعاً)

وهذا أحد قولي الشافعي وفي الآخر هي بيع وحكي ذلك عن أبي عبدالله بن بطة لانه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذا حقيقة البيع

ولنا أنها لا تفتقر الى لفظ التمليك ولا يجب فيها شفعة ويلزم باخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر والبيع لايجوز فيه شيء من ذلك ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا

المقسوم متساوية (الثاني) أن تكون السهام متساوية وقيمة الاجزاء مختلفة (الثالث) أن تكون السهام مختلفة وقيمة الاجزاء متساوية (الرابع) أن تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة . فاما الاول فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة أجزاء الارض متساوية فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لانه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوي أجزائها في القيمة ثم يقرع بينهم وكيفما أقرع بينهم جاز في ظاهر كلام احمد فانه قال في رواية ابي داود ان شاء رقاعا وان شاء خواتيم يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال اخرج خاتما علي هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو أقرع بالحصا اوغيره جاز واختار أصحابنا في القرعة أن يكتب رقاعا متساوية بعدد السهام وهو ههنا مخير بين أن يخرج الاسماء على السهام وبين اخراج السهام على الاسماء فان أخرج الاسماء على السهام كتب في كل رقعة اسم واحد من الشركاء وتترك في بنادق طين او شمع متساوية القدر والوزن ويترك في حجر من لم يحضر القسمة ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم فاذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه في البندقة ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الاخير فيتعين لمن بقي ، وان اختار اخراج السهام على الاسماء كتب في الرقاع أسماء السهام فيكتب في رقعة الاول مما يلي جهة كذا وفي أخرى الثاني حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذي في الرقعة ويفعل ذلك حتى يبقى الاخير فيتعين لمن بقي ، وذكر ابو بكر ان

والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يشترط فيه القبض في البيع إذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث واذا كان العقار أو بعضه وقفاً جازت قسمته وان قلنا هي بيع انعكست هذه الاحكام، هذا إذا خلت من الرد فان كان فيها رد عوض فهي بيع لان صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه وهذا هو البيع فان فعلا ذلك في وقف لم يجز لان بيعه غير جائز وان كان بعضه طلقا وبعضه وقفا والرد من صاحب الطلق لم يجز لانه يشتري بعض الوقف ، وان كان من أهل الوقف جاز لانهم يشترون بعض الطلق وذلك جائز

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويجوز للشركاء ان ينصبوا قاسما يقسم بينهم وان يسألوا الحاكم نصب قاسم فان نصب الحاكم قاسماً فمن شرطه ان يكون عدلا عالماً بالحساب ليوصل الى ذي حق حقه كما يلزم ان يكون الحاكم عالماً بالحكم ليحكم بالحق)

وهذا قول الشافعي الا أنه يشترط ان يكون حراً وان نصبوا قاسما بينهم فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافراً أو فاسقاً أو جاهلا بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهم بها ويكون وجوده فيما يرجع الى لزوم القسمة كعدمه

﴿ مسئلة ﴾ (فمتى عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة)

لانها كالحكم من الحاكم ويحتمل ان لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك لان

البنادق تجعل طيناً وتطرح في ماء ويعين واحد فاي البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهي له وكذلك الثاني والثالث وما بعده فان خرج اثنان أعيد الاقراع والاول أولى وأسهل

(القسم الثاني) أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة فان الارض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ، ويفعل في اخراج السهام مثل الذي قبله سواء لافرق بينهما الا أن التعديل ثم بالسهام وههنا بالقيمة

(القسم الثالث) أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة مثل أرض بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها وأجزاؤها متساوية القيمة فانها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس فتجعل ستة أسهم وتعدل بالاجزاء ويكتب ثلاث رقاع باسمائهم ويخرج رقعة على السهم الاول فان خرجت لصاحب السدس أخذه ثم يخرج أخرى على الثاني فان خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بغير قرعة ، وان خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثاني والثالث والرابع وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث ، وان خرجت القرعة الاولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الاول وتخرج الثانية على الرابع ، فان خرجت لصاحب الثلث أخذه والذي يليه وكان السادس لصاحب السدس فان خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس وان خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثاني ثم يخرج الثانية على الثالث فان خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس واخذ الآخر السادس وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه واخذ صاحب النصف مابقي وقيل تكتب ستة رقاع باسم

مافيه رد بيع حقيقة لان صاحب الرد يبدل عوضا لما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع والبيع لا يلزم بالقرعة

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان في القسمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين لانها شهادة بالقيمة فلم يقبل فيها أقل من اثنين كسائر الشهادات وان لم يكن فيها تقويم اجزأ قاسم واحد)

لان القاسم يجتهد في التقويم وهو يعمل باجتهاده ؟ أشبه الحاكم ومتى اقتسما بانفسهما واقترعا لم تلزم القسمة الا بتراضيهما

﴿مسئلة ﴾ وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده أنه لهم قسمه وذكر في كتاب القسمة أنه قسمة بمجرد دعواهم لاعن بينة شهدت لهم بملكهم)

لان اليد دليل الملك وقال الشافعي لا يقسمه حتى يثبت عنده ملكهم وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أول باب القسمة ولا يجب عليه ان يقسم بينهم في هذه الحال بل يجوز له ذلك وقد ذكرناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويعدل القاسم السهام بالاجزاء ان كانت متساوية وبالقيمة ان كانت مختلفة وبالرد ان كانت تقتضيه)

القسمة على ضربين قسمة إجبار وقسمة تراض وقسمة الاجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد

صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة وهذا لا فائدة فيه فان المقصود خروج اسم صاحب النصف وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فاغنى ولا يصح ان يكتب رقاعا باسماء السهام ويخرجها على اسماء الملاك لانه اذا اخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ثم أخرج أخرى لصاحب النصف او الثلث فيهما السهم الاول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقا فيتضرر بذلك

(القسم الرابع) إذا اختلفت السهام والقيمة فان القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الاسماء على السهام كما ذكرنا في القسم الثالث سواء لا فصل بينهما الا أن التعديل ههنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة ، وأما الضرب الثاني وهي قسمة التراضي التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام الا أن يجعل مع بعضها عوض فهذه لا اجبار فيها لانها معاوضة ولا يجبر على المعاوضة وكذلك سائر ما لا تجب قسمته كالدارين تجعل كل واحدة منهما سهما وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم

إذا ثبت هذا فان قسمة الاجبار تلزم باخراج القرعة لان قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم باخراجها كلزوم حكم الحاكم ، وأما قسمة التراضي ففيها وجهان (أحدهما) يلزمه أيضا كقسمة الاجبار

ولا تخلو من أربعة أقسام:

(أحدها) ان تكون السهام متساوية وقيمة الاجزاء متساوية (الثاني) ان تكون السهام متساويه وقيمة الاجزاء مختلفة (الثالث) ان تكون السهام مختلفة وقيمة الاجزاء متساوية (الرابع) ان تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة فأما الاول فمثل ارض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة اجزاء الارض متساوية فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لانه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوي اجزائها في القيمه ثم يقرع بينهم وكيفما أقرع بينهم جاز في ظاهر كلام احمد فانه قال في رواية أبي داود ان شاء رقاعا وان شاءوا خواتيم يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال أخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو اقرع بالحصى أو غيرها جاز واختار أصحابنا في القرعة ان يكتب رقاعاً متساوية بعدد السهام وهو ههنا مخير بين ان يخرج السهام على الاسماء أو يخرج الاسماء على السهام فان اخرج الاسماء على السهام كتب في كل رقعة اسم واحد من الشركاء وتترك في بنادق شمع أو طين متساوية القدر والوزن وتترك في حجر رجل لم يحضر القسمة ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم فاذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه في البندقة ثم يخرج على سهم آخر كذلك حتى يبقى الاخير فيتعين لمن بقي وان اختار إخراج السهام على الاسماء كتب في الرقاع اسماء السهام فيكتب في رقعة الاول مما يلي جهة كذا وفي الآخر الثاني حتى يكتب الستة ثم يخرج القرعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذي في الرقعة ويفعل ذلك حتى يبقى الاخير فيتعين لمن بقي وذكر

لان القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه (والثاني) لا تلزم لانها بيع والبيع يلزم بالتراضي لا بالقرعة وإنما القرعة ههنا لتعريف البائع من المشتري فأما ان تراضيا على ان يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فانه يجوز لان الحق لهما ولا يخرج عنهما وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا بالتراضي وتفرقهما كما يلزم البيع

(فصل) ويجوز للشريكين ان يقتسما بانفسهما وان ياتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما وأن ينصبا قاسما يقسم لهما فان نصب الحاكم قاسماً لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه وهذا قول الشافعي الا أنه يشترط كونه حراً ،وان نصبا قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافراً أو فاسقاً أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج الى تقويم فان احتاج القسم الى التقويم احتاج الى قاسمين لانه يحتاج الى ان يكون المقوم اثنين ولا يكفي في التقويم واحد فمتى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته،وإن اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة الا بتراضيهما لان وجوده وعدمه واحد وإن قسما بانفسهما وأقرعا لم تلزم القسمة الا بتراضيهما بعد القرعة لانه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه

أبو بكر ان البنادق تجعل طينا وتطرح في ماء ويعين واحداً فأي البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهي له وكذلك الثاني والثالث وما بعده فان خرج اثنان معاً اعيد الاقراع والاول أولى وأسهل (القسم الثاني) ان تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة فان الارض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ويفعل في إخراج السهام مثل الذي قبله سواء لافرق بينهما الا ان التعديل ثم بالسهام وههنا بالقيمة (القسم الثالث) ان تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كارض بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس واجزاؤها متساوية القيم فانها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس فيجعل ستة أسهم ويعدل بالاجزاء ويكتب ثلاث رقاع باسمائهم ويخرج رقعة على السهم الاول فان خرجت لصاحب السدس أخذه ثم يخرج أخرى على الثاني فان خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بغير قرعة وان خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثاني والثالث والرابع وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث وان خرجت القرعة الاولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الاول وتخرج الثانية على الرابع فان خرجت لصاحب الثلث أخذه هو والذي يليه وكان السادس لصاحب السدس وان خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس وان خرجت الاولى لصاحب الثلث أخذ الاول والثاني ثم تخرج الثانية على الثالث فان خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس فان

(فصل) وعلى الامام ان يرزق القاسم من بيت المال لان هذا من المصالح وقد روي أن علياً رضي الله عنه اتخذ قاسماً وجعل له رزقاً من بيت المال فان لم يرزقه الامام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا الى القاسم أجرة ليقسم بينكما فان استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وان استأجروه جميعاً اجارة واحدة ليقسم بينهم الدار باجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الاجر بقدر نصيبه من المقسوم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يكون عليهم على عدد رءوسهم لان عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلفت فكان الاجر بينهم سواء

ولنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الاملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لان العمل في أكبر النصيبين اكثر ،ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزوناً كان كيل الكثير اكثر عملا من كيل القليل؟ وكذلك الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال

(فصل) وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة هي على الطالب للقسمة لانها حق له

ولنا ان الاجرة تجب بإفراز الانصباء وهم فيها سواء فكانت الاجرة عليهما كما لو تراضوا عليها

(فصل) وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة وانه أعطي دون حقه نظرت فان كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ولا تقبل دعوى المدعي

خرجت الثانية لصاحب السدس اخذه واخذ صاحب النصف مابقي وقيل يكتب ست رقاع باسم صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة وهذا لا فائدة فيه فان المقصود خروج اسم صاحب النصف وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فاغنى ولا يصح ان كتب رقاعا باسماء السهام ويخرجها على اسماء الملاك لانه اذا اخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ثم اخرج اخرى لصاحب النصف والثلث فيها السهم الاول احتاج ان يأخذ نصيبه متفرقاً فيستضر بذلك (القسم الرابع) اذا اختلفت السهام والقيمة فان القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة اسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الاسماء على السهام كما ذكرنا في القسم الثالث سواء لا فضل بينهما الا ان التعديل ههنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة

(فصل) اذا كان بينهما دار او خان كبير فطلب احدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته اجبر الممتنع على القسمة وتفرد بعض المساكن عن بعض وان كثرت المساكن وان كان بينهما داران أو خانان او أكثر فطلب احدهما ان يجمع نصيبه في احدى الدارين ويجعل لباقي نصيبا الآخر لم يجبر الممتنع وبهذا قال الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد يجبر اذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا او تفرقتا لانه انفع واعدل وقال مالك ان كانت متجاورتين اجبر الممتنع من ذلك عليه لان

الا ببينة عادلة، فان أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه احلف له وانما قدمنا قول المدعى عليه لان الظاهر صحة القسمة واداء الامانة فيها، وان كانت مما لا تلزم الا بالتراضي كالذي قسماه بانفسهما ونحوه لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه قد رضي بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه والصحيح عندي ان هذه كالتي قبلها وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لان ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطاً في كيله أو ولانه

وقولهم ان حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح فانه انما يسقط مع علمه أما اذا ظن أنه اعطي حقه فرضي بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه كالثمن والمسلم فيه فانه لو قبض المسلم فيه بناء على انه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية أو ادعى المسلم اليه أنه غلط فاعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبينته ولان المدعى عليه في في مسئلتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة باقراره كما لو وهبه الزائد وقد ذكر اصحابنا وغيرهم فيمن باع داراً على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل في احد الوجهين. وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع إنما يلزم بالتراضي فلو كان التراضي يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص والله أعلم.

المتجاورتين تتفاوت منفعتهما بخلاف المتباعدتين وقال ابو حنيفة ان كانت احداهما حجزة الاخرى اجبر وإلا فلا لانهما يجريان مجرى الدار الواحدة

ولنا انه نقل حقه من عين الى عين اخرى فلم يجبر عليه كالمتفرقتين عند مالك وكما لو لم تكن حجزتها عند ابي حنيفة وكما لو كانتا داراً أو دكانا مع ابي يوسف ومحمد والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور ولو كانت لهما عضائد صغار لا يمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة لم يجبر الممتنع من قسمتها عليها

(فصل) وإن كان أرض واحدة تمكن قسمتها ويؤخذ فيها الشروط التي ذكرناها أجبر الممتنع على قسمتها سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء فان كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة فقال أبو الخطاب تقسم كل عين على حدتها وهو ظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه كان أولى ونحو هذا قال أصحاب الشافعي فانهم قالوا إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه بان يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها فاذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والرديء مثل ما للآخر وجبت القسمة واجبر الممتنع عليها وان لم تمكن القسمة بأن تكون العمارة والشجر والجيد لا يمكن قسمته وحده وأمكن التعديل بالقيمة

ولان من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئاً وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقاً . فان قيل : فلم لا تعطي المظلوم حقه في هاتين المسئلتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه قلنا لان الغلط ههنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون العقد فان العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته بخلاف مسئلتنا .

(فصل) اذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقاً نظرت فان كان معيناً في نصيب أحدهما بطلت القسمة، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا فيحتمل أن تمنع المسئلة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة ، ويحتمل أن يفرق بينهما فان العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع وان كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة لان ما يبقي لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ولان القسمة افراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه إلا ان يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أوضوئه اونحو هذا فتبطل القسمة لان هذا يمنع التعديل وان كان المستحق في نصيب احدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه . وإن كان المستحق مشاعا

عدلت بالقيمة واجبر الممتنع من القسمة عليها وقال الشافعي في أحد القولين لا يجبر الممتنع من القسم عليها وقالوا إذا كانت الارض ثلاثين جزءا قيمة عشرة منها كقيمة عشرين لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر التساوي في الذرع ولانه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إلا بان يجعل كل واحد منهما سهما كذا ههنا .

ولنا انه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير ضرر ولا رد عوض فوجبت قسمته كالدور ولان ما ذكروه يفضي إلى منع وجوب القسمة في البساتين كلها والدور فانه لا يمكن تساوي الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ولانه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته كما لو أمكنت التسوية فاما ان كان بستانان لكل واحد منهما طريق او حقلان أو داران أو دكانان متجاوران أو متباعدان فطلب أحد الشريكين قسمته بجعل كل واحد منهما سهما لم يجبر الآخر على هذا سواء كانا متساويين أو مختلفين وهذا ظاهر مذهب الشافعي لانهما شيئان متميزان لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر بخلاف البستان الواحد والارض الواحدة وان عظمت فانها اذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي والشفعة كالقسمة لان كل واحد منهما يراد لازالة ضرر الشركة ونقصان التصرف فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه فكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب

في نصيبهما بطلت القسمة لان الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسماه دونه وان كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو احدهما فالحكم فيها كالو لم يعلمان على ماذكرنا من التفصيل فيه والله أعلم

(فصل) وإذا ظهر في نصيب احدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة فله فسخ القسمة او الرجوع بارش العيب لانه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ويحتمل ان تبطل القسمة لان التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع .

(فصل) واذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما داراً وبنى فيها او اقتسما ارضين فبنى أحدهما في نصيبه او غرس ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه فانه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس . ذكره الشريف ابو جعفر وحكاه ابو الخطاب عن القاضي . وقال ابو يوسف ومحمد ابن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لانه بنى وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى في ملك نفسه.

ولنا ان هذه القسمة بمنزلة البيع فان الدارين لايقسمان قسمة اجبار على ان تكون كل واحدة

قسمته وعكس هذا ماتجب قسمته يجب فيه الشفعة وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ولأنه لو بدا الصلاح في بعض البستان كان صلاحا لباقيه وان كان كثيراً ولم يكن صلاحا لماجاوزه وان كان صغيراً .

(فصل) اذا كان بينهما أرض قيمتها مائة في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة وفي الآخر شجرة قيمتها مائة عدلت بالقيمة وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً والشجرة مع النصف نصيباً، فان كانت بين ثلاثة او أكثر نظرت في الارض.فان كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة لانها اذا كانت أقل لم يمكن التعديل الا بقسمة البئر أو الشجرة وذلك مما لاتجب قسمته وان كانت قيمتها مائة فجعلناها سهما والشجرة سهما لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الارض فتصير هذه كقسمة الشجر وحده وقسمة ذلك وحده ليست قسمة اجبار، وان كانت الارض كثيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة ومثاله أن تكون قيمة الارض مائتين وخمسين فتجعل مائة وخمسين سهما ويصير الى البئر ما قيمته خمسون والى الشجرة مثل ذلك فتصير ثلاثة سهام متساوية وفي كل سهم جزء من أجزاء الارض فتجب القسمة حينئذ ،وكذلك لو كانوا أربعة وقيمة الارض أربعمائة وجبت القسمة لاننا نجعل ثلثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين فتعدلت السهام ولو كانت الارض لاثنين فأرادا قسمة البئر والشجر دون الارض لم تكن قسمة اجبار ولو قسماها بشجرها كانت قسمة اجبار لان الشجر يدخل تبعا للارض فيصير الجميع كالشيء الواحد ولهذا تجب فيه الشفعة اذا بيع شيء من الارض بشجره واذا قسم ذلك

منهما نصيبا وانما يقسمان كذلك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله فاذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي الذي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الاجبار اذا ظهر نصيب احدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس فان قلنا القسمة بيع فالحكم فيها كذلك، وان قلنا ليست بيعا لم يرجع لان شريكه لم يغره ولم ينقل اليه من جهته بيع وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه هذا الذي يقتضيه قول أصحابنا

(فصل) وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه لم تبطل القسمة لان تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها لانه تعلق بها بغير رضاهم فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجاني، ويفارق الرهن لان الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره فعلى هذا يقال للورثة ان شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين فإن أجاب أحدهم وامتنع

دون الارض صار أصلا في القسمة ليس بتابع لشيء واحد فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ولهذا لاتجب فيه الشفعة .

(فصل) وعلى الامام ان يرزق القاسم من بيت المال لان هذا من المصالح ، وقد روي أن عليا رضي الله عنه اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال، فان لم يرزقه الامام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا الى قاسم أجرة ليقسم بينكما، فان استأجره كل منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز ، وان استأجروه جميعا أجارة واحدة ليقسم بينهم بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الاجر بقدر نصيبه من المقسوم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون عليهم على عدد رءوسهم لان عمله في نصيب أحدهما مثل عمله في نصيب الآخر ، وسواء تساوت سهامهم او اختلفت فكان الأجر بينهم سواء .

ولنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الأملاك كنفقة العبد، وماذكروه لايصح لان العمل في أكبر النصيبين أكثر ألا ترى أن المقسم اذا كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل وكذلك الوزن والذرع ، وعلى انه يبطل بالحافظ فإن حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

(فصل) وأجرة القسمة بينهما وان كان احدهما الطالب لها، وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والشافعي وقال ابو حنيفة هي على الطالب للقسمة لأنها حق له

ولنا أن الاجرة تجب بافراز الانصباء وهم سواء فيها فكانت الأجرة عليهما كالو تراضوا عليها

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا ادعى بعضهم غلطا فيما تقاسموه بانفسهم وأشهدوا على تراضيهم به لم يلتفت اليه، وان كان فيما قسمه قاسم الحاكم فعلى المدعي البينة والافالقول قول المنكر

الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله ، وإن كان ثم وصية بجزء من المقسوم فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا على ما مر من التفصيل فيه لانه يستحق أخذه، وإن كانت الوصية بمال غير معين مثل أن يوصي بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا

(فصل) وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة اما في الاجزاء بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ويسكن الاخر ويزرع في الباقي أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع منهما و بهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يجبر لان في الامتناع منه ضرراً فينتفي بقوله عليه السلام « **لا** ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة

ولنا ان المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، ولان حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز

مع يمينه وان كان فيما قسمه حاكمهم الذي نصبوه وكان فيما اعتبرنا فيه الرضى بعد القرعة لم تسمع دعواه والا فهو كقاسم الحاكم .

وجملة ذلك انه اذا ادعى بعض المتقاسمين غلطاً في القسمة وانه أعطي دون حقه وكانت قسمة تلزم بالقرعة من غير تراض منهم فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ولا يقبل قول المدعي إلا ببينة، فان أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت، وان لم تقم بينة عادلة وطلب يمين شريكه انه لا فضل معه أحلف له، وإنما قدمنا قول المدعى عليه لان الظاهر صحة القسمة وأداء الامانة فيها، وإن كان مما لا يلزم إلا بالتراضي كالذي قسماه بانفسهما ونحوه لم تسمع دعوى ادعاء الغلط وهو الذي ذكره الأصحاب وهو مذهب الشافعي لانه قد رضي بذلك ورضاؤه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه ، قال شيخنا والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها وانه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لان ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو أشهد على نفسه بقبض الثمن او المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله، وقولهم ان حقه في الزيادة سقط برضائه ممنوع فانه إنما يسقط اذا علمه، اما اذا ظن انه اعطي حقه فرضي بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حق كالثمن والمسلم فيه فانه لو قبض المسلم فيه بناء على انه عشرة أقفزة راضيا بذلك ثم تبين له ثمانية وادعى المسلم اليه انه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضا به ولا يمتنع سماع دعواه وبينته ولان المدعى عليه في مسئلتنا لو فرط بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة باقراره كما لو وهبه الزائد وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع داراً على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة او أحد عشر ان البيع باطل في احد الوجهين، وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع انما يلزم بالتراضي فلو كان التراضي يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص، ولان من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب احدهما مستحقا

تأخيره بغير رضاه كالدين وكما في العبيد عند أبي حنيفة ويخالف قسمة الاصل فانه افراز النصيبين وتمييز أحد الحقين

إذا ثبت هذا فانهما إذا اتفقا على المهايأة جاز لان الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي ولا يلزم بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة وقال مالك تلزم المهايأة لانه مجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الاصل

ولنا أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير اجارة فلم يلزم كما لو أعاره شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج اليه وفارق القسمة فانها افراز حق على ما ذكرناه

(فصل) قال أحمد في قوم اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة قسمت الدار بينهم على قدر الاذرع، يعني ان الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الاذرع كزيادة ملكه فيها، مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فان الثمن يقسم بينهما أخماساً على

فان قيل فلم لم يعط المظلوم حقه في هاتين المسئلتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم؟ قلنا لان الغلط ههنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون العقد فان العقد قديم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته بخلاف مسئلتنا.

﴿ مسئلة ﴾ (وان تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهم شيء معين بطلت القسمة وان كان شائعاً فيهما فعلى وجهين)

إذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا وكان معينا في نصيب أحدهما بطلت القسمة، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال، وأما إذا بان عيب نصيب أحدهما فيحتمل ان تمنع المسئلة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة ويحتمل ان ان يفرق بينهما فان العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع وان كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة لان ما يبقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ولان القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه الا ان يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر مثل ان يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه ونحو هذا فتبطل القسمة لان هذا

قدر ملكهما في الدار فان كانت زيادة الاذرع لرداءة ما اخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعاً فلا ينبغي ان يقسم الثمن على قدر الاذرع بل يقسم بينهما نصفين لان الستين ههنا معدولة بالاربعين فكذلك يعدل بها في الثمن والله أعلم . وقال أحمد في قوم اقتسموا داراً كانت أربعة سطوح يجري عليها الماء فلما اقتسموا أراد احدهم منع جريان ماء الآخر عليه وقل هذا شيء قد صار لي قال إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك فان لم يشترط فليس له منعه ، ووجهه انهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها وكما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجري اليه معتاداً له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الاطلاق فان تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم وقال أبو الخطاب إذا اقتسما داراً فحصل الطريق في نصيب أحدهما وكان

يمنع التعديل فان كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت القسمة لما ذكرناه، وان كان مشاعا فيهما بطلت لان الثالث شريكهما ولم يحضر ولا اذن فاشبه مالو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه، وفيه وجه آخر انها لاتبطل لانه يأخذ من كل واحد منهما مثل مايأخذ من الآخر ويصير مع كل واحد قدر حقه فأشبه مالو كان المستحق معينا في نصيبهما على السواء

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة فقلع بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه)

هكذا ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لانه غرس وبنى باختياره فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى في ملك نفسه

ولنا ان هذه القسمة بمنزلة البيع فان الدارين لا تقتسمان قسمة اجبار على ان يكون كل واحد منهما نصيباً وانما يقتسمان كذلك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله وان باعه نصفها رجع عليه بنصفه وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي كالذي فيه رد عوض ومالا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الاجبار إذا ظهر نصيب احدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فينقض البناء ويقلع الغرس فان قلنا القسمة بيع فكذلك وان قلنا ليست بيعاً لم يرجع لان شريكه لم يضره ولم ينتقل اليه من جهته بيع وانما فرز حقه من حقه فلم يضمن له ماغرم فيه هذا الذي يقتضيه قول الاصحاب

﴿ مسئلة ﴾ (وان خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة إذا لم يعلمه أو الرجوع بارش العيب) لانه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ويحتمل أن تبطل القسمة لان التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه وإلا بطلت القسمة وذلك لان القسمة تقتضي التعديل والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ولان من شرط الاجبار على القسمة ان يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به آخذه فان كان قد أخذه راضياً به عالماً بأنه لا طريق له جاز لان قسمة التراضي بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز، وقياس المسئلة التي قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء والله أعلم.

(فصل قال) وللاب والوصي قسمة مال الصغير مع شريكه لان القسمة اما افراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ولان في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ويجوز لهما قسمة التراضي من غير زيادة في العوض لان فيه دفعاً لضرر الشركة فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة الى قضاء الدين أو الحاجة إلى النفقة

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين فان قلنا هو إفراز حق لم تبطل القسمة، وان قلنا هي بيع انبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين هل يجوز؟ على وجهين)

وجملة ذلك ان تركة الميت يثبت فيها الملك لورثته سواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات فقال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة وان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها، وقال أبو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أوما اليه أحمد فانه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد البنين انا أعطي ودعوا لي الربع فقال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثوا شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه منع الوارث من إمساك بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذمة الورثة فيجب ان يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قال ان الغريم لا يحلف على دين الميت لان الدين محله الذمة وانما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبد ولا يكون نماء التركة لهم ولانه لا ينتقل الى الورثة أو إلى الغرماء أو يبقى للميت أو لا يكون لاحد، لا يجوز ان ينتقل الى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوانات وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم، ولا يجوز ان يبقى للميت لانه لم يبق أهلا للملك، ولا يجوز ان يكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك، ولانها لو بقيت بغير مالك لابيحت لان يتملكها كسائر المباحات فثبت أنها انتقلت الى الورثة فعلى هذا إذا نمت التركة ثم إن غلت الدار أو أثمرت النخيل أو نتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه اشبه كسب الجاني ويحتمل ان يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق حق الغرماء بالرهن آكد لا يثبت باختيار المالك ورضاه ولهذا منع المتصرف فيه وهذا يثبت بغير رضاء المالك فلم يمنع التصرف لانه اشبه الجاني وعلى الرواية الاخرى يكون حكمه حكم

(فصل) ولا تصح ولاية القضاء الا بتولية الامام أو من فوض الامام اليه ذلك فان كان من ولاه ليس بعدل فهل تصح ولايته ؟ على وجهين ويلزم الامام ان يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم، والالفاظ التي تنعقد بها الولاية تنقسم الى صريح وكناية فالصريحة سبعة ألفاظ وهي قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستنبتك ، واستخلفتك ، ورددت اليك الحكم ، وفوضت اليك ، وجعلت اليك ، فاذا وجد أحد هذه الالفاظ من المولي وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولاية . وأما الكناية فهي أربعة ألفاظ قد اعتمدت عليك وعولت عليك ، ووكلت اليك ، واستندت اليك ، فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله فاحكم فيما وكلت اليك وانظر فيما أسندت اليك وتول ما عولت فيه عليك وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء فصل الخصومات بين المتنازعين واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ودفعه الى مستحقه والنظر في أموال اليتامى والمجانين والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه او فلس والنظر في الوقوف في عمله في حفظ أصولها

التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة ثم ان غلت الدار أو اثمرت النخيل او نتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه اشبه كسب الجاني ويحتمل ان يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق حق الغرماء بالرهن آكد لا يثبت باختيار المالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضاء المالك فلم يمنع التصرف لأنه أشبه الجاني وعلى الرواية الاخرى يكون حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح فان قضوا الدين والا نقضت تصرفاتهم كما إذا تصرف السيد في العبد الجاني ولم يود الجناية وعلى الروية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه والاول أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) وان اقتسم الورثة تركة الميت ثم ظهر عليه دين لا وفاء له الا ما اقتسموه لم تبطل القسمة إذا قلنا هي افراز حق لان تعلق الدين بالتركة لا يمنع تصرف الوارث فيها كما لا يمنع تصرف السيد في العبد الجاني لكن ان امتنعوا من وفاء الدين بيعت في الدين وبطلت القسمة لان الدين يقدم على الميراث لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها او دين) فان وفي أحدهما دون الآخر صح في نصيبه وبيع نصيب الآخر فان قلنا ان القسمة بيع انبنى على بيع التركة وفيه وجهان ذكرنا دليلهما في المسئلة قبل هذا فان قلنا يجوز لم تبطل القسمة وان قلنا لا يجوز فالقسمة باطلة لانه بيع فان قضوا الدين أعادوها والا بيع في قضائه والخلاف في ذلك بني على الخلاف في انتقال التركة الى الورثة إذا كان على الميت دين وفيه روايتان ذكرناهما والمختار منهم والله أعلم

(فصل) قال أحمد في قوم اقتسموا دار او حصل لبعضهم فيها زيادة اذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة قسمت الدار بينهم على قدر الاذرع يعني ان الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها

وإجراء فروعها على ماشرطه الواقف وتزويج الايامى اللاتي لا اولياءلهن واقامة الحدود والنظر في مصالح المسلمين في عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم وتصفح حال شهوده وأمنائه والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم والامامة في صلاة الجمعة والعيد، وفي جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان

(فصل) قال ويوصي الوكلاء والاعيان على بابه بتقوى الله تعالى والرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد أن لا يكونوا شيوخا او كهولا من أهل الدين والصيانة والعفة

(فصل) قال ابن المنذر يكره للقاضي أن يفتي في الاحكام كان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي وأما الفتيا في الطهارة وسائر مالا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه

وهذا محمول على ان زيادة أحدهما في الاذرع لزيادة ملكه فيها مثل ان يكون لاحد هما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون ذراعاً فان الثمن يقسم بينهم اخماساً على قدر ملكهما في الدار، فأما إن كانت زيادة الاذرع لرداءة ماأخذ صاحبها كدار تكون بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً واخذ الآخر من رديئها ستين فلا ينبغي ان يقسم الثمن على قدر الاذرع بل يقسم بينهما نصفين لان الستين ههنا معدولة بالاربعين فلذلك تعدل بها في الثمن ، وقال أحمد رحمه الله في قوم اقتسموا دارا كانت اربعة أسطحة يجري عليها الماء من أحد الاسطحة فلما اقتسموا أراد أحدهما منع جريان لآخر عليه وقال هذا شيء قد صار لي قال ان كان بينهما شرط برد الماء فله ذلك وان لم يشترط فليس له منعه ووجه ذلك انهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها كما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها فيما كان يجري اليه معتاداً له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الاطلاق فان تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة)

لان القسمة تقتضي التعديل . والنصيب الذي لاطريق له لاقيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ، ولأن من شرط الاجبار على القسمة أن يكون ما أخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به ، وهذا لاينتفع به آخذه ، فان كان قد أخذه راضياً عالما بأنه لا طريق له جاز لان قسمة التراضي بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز . قال شيخنا وقياس المسئلة التي قبل هذا ان الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر مالم يشترط صرفها عنه كمجري الماء

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز الاب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه)

لان القسمة اما افراز حق او بيع وكلاهما جائز لهما . ولان في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ، ويجوز لهما قسمة التراضي من غير زيادة في العوض لان فيه دفعاً لضرر الشركة فأشبه مالو باع لضرر الحاجة الى قضاء الدين او النفقة والله أعلم

باب الحضانة (*)

*) موضع هذا الباب ص ٢٩٧ من الجزء التاسع وقد ترك وضعه فيه سهوا سببه اختلاف الترتيب بين المغني والشرح الكبير

كفالة الطفل وحضانته واجبة لانه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاؤه من المهالك .

﴿ مسئلة ﴾ (وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه)

إذا افترق الزوجان ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه اولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكرا كان أو أنثى هذا قول يحيى الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم احداً خالفهم لما روي عبدالله بن عمرو بن العاص ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد ان ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » رواه ابو داود ويروى ان ابابكر الصديق رضي الله عنه حكم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعاصم لأمه ام عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك ، رواه سعيد في سننه ولانها اشفق عليه وأقرب ولا يشاركها في القرب إلا الاب وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته وامه اولى من امرأة أبيه .

(فصل) فإن لم تكن الام من أهل الحضانة لفقدان الشروط انتقل إلى من يليها في الاستحقاق لانها صارت كالمعدومة .

﴿ مسئلة ﴾ (وأولى الناس بعد الام أمها ثم أمهاتها الاقرب فلاقرب ثم الاب)

يقدمن على سائر الاقارب من النساء والرجال لانهن نساء ولادتهن متحققة فهن في معنى الام وعن أحمد رواية أخرى أن ام الاب مقدمة على أم الام لانها تدلي بعصبة فعلى هذه الرواية يكون الاب أولى بالتقديم لانهن يدلين به فيكون الاب بعد الام ثم امهاته وإن علون ثم ابو الاب ثم امهاته ثم جد الاب ثم امهاته وان لم يكن وارثات لانهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف ام ابي الام .

﴿ مسئلة ﴾ (ثم الاخت للابوين ثم الاخت للأب ثم الاخت للأم ثم الخالة ثم العمة في الصحيح عنه)

إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والامهات وإن علون انتقلت إلى الاخوات وقدمن على سائر القرابات من الخالات والعمات وغيرهن لانهن شاركن في النسب فقدمن في الميراث واولى الاخوات من كانت لابوين لقوة قرابتها ثم من كانت لاب ثم من كانت لأم نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة الاخت من الام أولى من الاخت من الاب وهو قول المزني وابن شريح لانها أدلت بالام فقدمت على المدلية بالأب كأم الأم مع أم الاب وقال ابن شريح تقدم الخالة على الاخت من الاب كذلك ولابي حنيفة فيه روايتان .

ولنا أن الاخت للاب أقوى في الميراث فقدمت كالاخت من الابوين ودليل قوتها أنها أقيمت

مقام الاخت من الابوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد وما ذكروه من الادلة لا يلزم لان الاخت تدلي بنفسها لكونها خلقا من ماء واحد ولها تعصيب فكانت أولى، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الاخت من الام والخالة أحق من الاب فتكون الاخت من الابوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات .وجه هذه الرواية ان هؤلاء نساء يدلين بالام فكن أولى من الاب كالجدات، والرواية الاولى هي المشهورة في المذهب فان اجتمع اخ وأخت قدمت الاخت في الحضانة لانها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من في درجتها من الرجال كتقديم الام على الاب وأم الاب على أبي الاب لانها تلي الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه فاذا انقرض الاخوة والاخوات صارت الحضانة للخالات وتقدم على العمة لانها تدلي بالام وبعدهن العمات في الصحيح عنه لأنهن أخوات الاب فتقدم العمة من الابوين ثم العمة من الاب ثم العمة من الام كالاخوات ويقدمن على الاعمام لانهن نساء من أهل الحضانة فيقدمن على من في درجتهن من الرجال كتقديم الام على الاب والجدة على الجد والاخت على الاخ .

﴿ مسألة ﴾ (قال الخرقي وخالة الاب أحق من خالة الام)

قد ذكرنا انه اذا عدمت الامهات والآباء والاخوات انتقلت الحضانة الى الخالات ويقدمن على العمات لما ذكرنا نص عليه أحمد ، ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات لانه قدم خالة الاب على خالة الام فدل على تقديم قرابة الاب على قرابة الام ولانهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام، وقال القاضي مراد الخرقي بقوله خالة الاب أي الخالة من الاب تقدم على الخالة من الام لتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام لان الخالات أخوات الام فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الاخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات، فاذا قلنا بتقديم الخالات فاذا انقرضن فبعدهن العمات ، وان قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن فاذا عدمن انتقلت إلى خالات الاب على قول الخرقي ، وعلى القول الآخر الى خالات الام .وهل تقدم خالات الاب على عماته ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا في الخالات والعمات ، وأما عمات الام فلا حضانة لهن لانهن يدلين بأب الام وهو رجل من ذوي الارحام ولا حضانة له ولا لمن يدلي به ،وفيه وجه ان لهم حضانة سوف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة وأولاهم الاب ثم الجد ابو الاب وان علا ثم الاخ من الابوين ثم الاخ من الاب ثم بنوهم وان سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الاب ثم بنوهم وهذا قول الشافعي وقال بعض أصحابه لا حضانة لغير الاب والاجداد لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالاجانب

ولنا أن علياً وجعفراً اختصما في حضانة بنت حمزة فلم ينكر عليهما النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولان

لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة فثبتت لهم الحضانة كالاب والجد وفارق الاجانب فانهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ولأنهم تساووا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر والعصبات لهم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والاجداد ويقومون مقام الاب في التخيير للصبي بينه وبين الام او غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً على ما نذكره

﴿ مسئلة ﴾ (الا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها، فاذا بلغت سبعاً لم تسلم اليه لانه ليس محرما لها)

﴿ مسئلة ﴾ (فان امتنعت الام من حضانتها مع استحقاقها انتقلت الى أمها في أظهر الوجهين والوجه الآخر تنتقل الى الاب لان أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فاذا أسقطت حقها سقطت فروعها

ولنا أن الاب أبعد فلا تنتقل الحضانة اليه مع وجود أقرب منه كما لا ينتقل الى الاخت وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها ليست من اهل الحضانة أو لتزوجها وهكذا الحكم في الاب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين فان كانت أخت من أبوين وأخت من أب فاسقطت الاخت من الابوين حقها لم يسقط حق الاخت من الاب وجها واحداً لان استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها

﴿ مسئلة ﴾ (فان عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوي الارحام حضانة على وجهين)

(أحدهما) لهم حضانة لان لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم فأشبهوا البعيد من العصبات (والثاني) لا حق لهم في الحضانة وينتقل الامر الى الحاكم لانهم ليسوا ممن يحضن بنفسه ولا لهم ولاية لعدم تعصيبهم فأشبهوا الاجانب فعلى الوجه الاول يكون أبو الام وأمهاته أحق من الخال لانه يسقط في الميراث وفي تقديمهم على الاخ من الام وجهان

(أحدهما) يقدم الاخ لانه يرث الفرض ويسقط ذوي الارحام كلهم فيقدم عليهم في الحضانة

(والثاني) أبو الام وامهاته أولى منه لان أبا الام يدلي اليها بالابوة والاخ يدلي بالبنوة والاب يقدم في الولاية على الابن فقدم في الحضانة لانها ولاية

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم)

لا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه لانه لا يقدر عليها وهو يحتاج الى من يكفله فكيف يكفل غيره ولا لفاسق لانه لا يوثق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته لانه ينشأ على طريقته ولا لرقيق وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك في حر له ولد حر من امة : الام أحق به الا ان تباع فينتقل فيكون الاب احق به لانها أم مشفقة اشبهت الحرة

ولنا أنها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم تمكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ولا تثبت لكافر على مسلم وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري وقال ابن القاسم

وابو ثور وأصحاب الرأي تثبت لما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سيار انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم او شبهه فقال النبي ﷺ «اقعد ناحية» وقال لها «اقعدي ناحية - وقال - ادعواها » فمالت الصبية الى أمها فقال النبي ﷺ « اللهم اهدها » فمالت لابيها فأخذها رواه ابو داود

ولنا انها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ولانها اذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى لان ضرره أكثر فانه يجتهد في اخراجه عن دينه ويخرجه عن الاسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه فاما الحديث فقد روي على غير هذا الوجه ولا يثبته اهل النقل وفي اسناده مقال قاله ابن المنذر ويحتمل ان النبي ﷺ علم انها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه

(فصل) فاما من بعضه حر فان لم تكن بينه وبين سيده مهايأة فهو كالقن لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وان كان بينهما مهايأة فقياس قول احمد ان له الحضانة في أيامه لانه قال : كل ما يجزىء فعليه النصف من كل شيء وهذا اختيار ابي بكر ، وعند الشافعي لاحضانة له لانه كالقن عنده وهو أصل قد تقدم

﴿مسئلة﴾ (ولا حضانة لامرأة مزوجة لاجنبي من الطفل)

إذا تزوجت الام سقطت حضانتها قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من احفظ عنه من اهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي واصحاب الرأي ، وعن الحسن أنها لاتسقط بالتزويج ، ونقل مهنا عن أحمد اذا تزوجت الام وابنها صغير اخذ منها قيل له فالجارية مثل الصبي؟ قال لا الجارية تكون معها الى سبع سنين فظاهر هذا انه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وازالها عن الغلام ووجه ذلك ما روي أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي بنت عمي وقال زيد بنت أخي لان النبي ﷺ آخي بين زيد وحمزة، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ « الخالة أم » وسلمها الى جعفر رواه أبو داود بنحوه فجعل لها الحضانة وهي مزوجة والاولى هي الصحيحة قال ابن ابي موسى وعليها العمل لقول رسول الله ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » ولانها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج فكان الاب احظ له ولان منافعها مملوكة لغيرها اشبهت الامة فاما بنتها فانما قضى بها لخالتها لان زوجها من أهل الحضانة ولانه لا يساويه في الاستحقاق الا علي وقد رجح جعفر بان امرأته من اهل الحضانة وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من اهل الحضانة كالجدة المزوجة للجد لم تسقط حضانتها لانه يشاركها في الولادة والشفقة

على الولد فاشبه الام إذا كانت زوجة الاب ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للام او للخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساوتا واحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بذلك

(فصل) وظاهر هذا ان التزويج بالاجنبي يسقط الحضانة وهو ظاهر قول الخرقي وان عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل ان لا يسقط الا بالدخول وهو قول مالك لان به يشتغل عن الحضانة والاول أولى لقول النبي ﷺ « انت احق به ما لم تنكحي » وقد وجد النكاح ولان بالعقد تملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها

(فصل) اذا عدمت الام أو تزوجت او لم تكن من اهل الحضانة فأم الاب اولى من الخالة اذا اجتمعتا وبه قال ابو حنيفة والشافعي في الجديد ، وحكي عن مالك وعن احمد ان الاخت والخالة احق من الاب وقد ذكرناه فعلى هذا يحتمل ان تكون الخالة أحق من أم الاب وهو قديم قولي الشافعي لانها تدلي بأم وأم الاب تدلي به فقدم من يدلي بالام كتقديم ام الام على ام الاب ولان النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال « الخالة ام »

ولنا ان ام الاب جدة وارثة فقدمت على الخالة كام الام ولان لها ولادة فاشبهت ام الام ، فأما الحديث فيدل على ان للخالة حقاً في الجملة وليس النزاع فيه انما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم تدلي بام قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم ام الام على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي اولى ممن ليس من عمودي النسب بكل حال ، وان علت درجتها لفضيلة الولادة و الوراثة

(فصل) وإن اجتمعت ام ام وأم أب فام الام أولى وإن علت درجتها لان لها ولادة وهي تدلي بالام التي تقدم على الاب فوجب تقديمها عليها كتقديم الام على الاب ، وعن احمد ان ام الاب أحق وهو قياس قول الخرقي لانه قدم خالة الاب على خالة الام ، وخالة الاب أخت أمه وخالة الام أخت أمها فاذا قدم أخت ام الاب دل على تقديمها وذلك لانها تدلي بعصبة مع مساواتها للأخرى في الولادة فوجب تقديمها كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام وانما قدمت الام على الاب لانها أنثى تلي الحضانة بنفسها فكذلك أمه فانها أنثى تلي بنفسها فقدمت لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى زالت الموانع منهم مثل ان عتق الرقيق وأسلم الكافر وعدل الفاسق وعقل المجنون عاد حقهم من الحضانة)

لان سببها قائم وانما امتنعت لمانع فاذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة اذا

طلقت فانه يعود حقها من الحضانة كذلك هذا وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة والمزني قالا إن كان رجعياً لم يعد حقها لان الزوجية قائمة فأشبه مالو كانت في صلب النكاح

ولنا أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن ، قولهم هي زوجة قلنا إلا انه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن ويخرج لنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج

(فصل ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه فاما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الخيرة في الاقامة عند من شاء من أبويه فان كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما فأما الجارية فليس لها الانفراد ولابيها منعها منه لانه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وباهلها فان لم يكن لها أب قام أولياؤها مقامه

﴿مسئلة﴾ (ومتى أراد أحد الابوين النقلة الى بلد بعيد آمن ليسكنه فالاب أحق وعنه الام أحق فان اختل شرط منها فالمقيم منهما أحق)

وجملة ذلك أن احد الابوين اذا أراد السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لان في المسافرة بالولد إضرارا به وان كان منتقلا الى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا فالمقيم أحق به لان في السفر به خطرا ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه لأن فيه تغريراً به وان كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا وطريقه آمن فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل فان كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الاب كل يوم ويرونه فتكون الام على حضانتها ، وقال القاضي إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الاقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان ذلك في حكم الاقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا ولان مراعاة الاب له ممكنة والمنصوص عن احمد ماذكرناه

قال شيخنا : وهو أولى لان البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر وبما ذكرناه من تقديم الاب عند افتراق الدار بهما . قال شريح ومالك والشافعي وعن احمد رواية أخرى أن الام أحق لانها أتم شفقة أشبه مالو لم يسافر واحد منهما وقال أصحاب الرأي ان انتقل الاب فالام أحق به ولذلك ان انتقلت الام الى البلد الذي كان فيه اصل النكاح فهي احق. وان انتقلت الى غيره فلاب أحق وحكي عن أبي حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالاب أحق وان انتقلت إلى بلد آخر فهي احق لان في البلد يمكن تعليمه وتخريجه

ولنا انه اختلف مسكن الابوين فكان الاب احق كما لو انتقلت من بلد الى قرية أو الى بلد لم يكن

فيه اصل النكاح وماذكروه لايصح لان الاب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فاذا لم يكن في بلده ضاع فأشبه ما لو كان في قرية . وان انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها وكذلك إن اخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الام حضانتها وغير الام ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الاب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما او كونهما من غير أهل الحضانة

(فصل) وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين ابويه فكان مع من اختار منهما

إذا لم يكن معتوها وتنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو اولى به قضى بذلك عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك لا يخير قال ابو حنيفة إذا استقل بنفسه وليس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب احق به وقال مالك الأم احق به حتى يثغر واما التخيير فلا يصح فان الغلام لاقول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكن من شهواته فيؤدي الى افساده ولانه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع

ولنا ماروى ابو هريرة أن النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد والشافعي ، وفي لفظ عن ابي هريرة قال : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة وقد نفعني فقال له النبي ﷺ « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه فانطلقت به . رواه ابو داود ، ولانه اجماع الصحابة فروي عن عمر انه خير غلاما بين أبيه وأمه رواه سعيد

وروي عن عمارة الجرمي انه قال : خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان ، وروي نحو ذلك عن ابي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت اجماعا ولان التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق لان حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الاكرام وضده فمال إلى أحد الابوين دل على انه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لانها أول حال أمر الشارع فيها بمخاطبته بالامر بالصلاة ولان الام قدمت في حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته ولانها أعرف بذلك وأقوم به فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره

﴿ مسئلة ﴾ (فان اختار أباه كان عنده ليلا ونهاراً وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه)

اذا اختار الغلام أباه كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لان منعه ذلك اغراء بالعقوق

وقطيعة الرحم وإن مرض كانت الام أحق بتمريضه في بيتها لانه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به كالصغير ، وإن اختار الام كان عندها ليلا ويأخذه الاب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة لان القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرنا

(فصل) وإن مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكراً او أنثى لان المرض يمنع المريض من المشي الى ولده فمشي ولده اليه أولى ، فاما في حال الصحة فان الغلام يزور أمه لانها عورة فسترها أولى والام تزور ابنتها لان كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر الجارية اولى لان الام قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية

﴿ مسئلة ﴾ (فان عاد فاختار الآخر نقل اليه فان عاد فاختار الاول رد اليه)

هكذا ابدا كلما اختار أحدهما صار اليه لانه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه في المأكول والمشروب وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يختر احدهما اقرع بينهما)

لانه لامزية لاحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فيقدم احدهما بالقرعة فاذا قدم بها ثم اختار الآخر نقل اليه لاننا قدمنا اختياره الثاني على الاول فعلى القرعة التي هي بدل اولى

﴿ مسئلة ﴾ (واذا استوى اثنان في الحضانة كالاختين قدم أحدهما بالقرعة لما ذكرنا

(فصل) فان كان الاب معدوما أو من غير اهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالاخ والعم وابنه قام مقام الاب فيخير الامام بينا وبين أمه لان علياً رضي الله عنه خير عمارة الجرمي بين امه وعمه ولانه عصبة فاشبه الاب ، وكذلك إن كانت الام معدومة او من غير أهل الحضانة فحضنته الجدة خير الغلام بينها وبين ابيه او من يقوم مقامه من العصبات فان كان الابوان معدومين او من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته او عمته او خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصباته للمعنى المذكور في الابوين فان كان الابوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضي لاحضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته في بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين

(فصل) وانما يخير الغلام بشرطين :

(احدها) أن يكونا جميعاً من اهل الحضانة . فان كان احدهما من غير اهل الحضانة كان كالمعدوم وتعين الآخر :

(والثاني) ان لايكون الغلام معتوها فان كان معتوها كان عند الام ولم يخير لان المعتوه بمنزلة الطفل وان كان كبيراً ولذلك كانت الام احق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي فاختار

أباه ثم زال عقله رد الى الام وبطل اختياره لانه انما خير حين استقل بنفسه فاذا زال استقلاله بنفسه كانت الام اولى لانها اشفق عليه واقوم بمصالحه كما في حال طفوليته

﴿مسئلة﴾ (وإذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ولا تمنع الام من زيارتها وتمريضها وقال الشافعي تخير كما يخير الغلام)

لان كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كالبلوغ، وقال ابوحنيفه الام احق بها حتى تتزوج اوتحيض وذكر ابن ابي موسى في الارشاد رواية ان الام احق بها حتى تحيض وقال مالك الام احق بها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج لانه لاحكم لاختيارها ولايمكن انفرادها فكانت احق بها كما قبل السبع

ولنا ان الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند ابيها لانها تحتاج الى حفظ والاب احق بذلك فان الام تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ولانها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي بنت سبع وانما تخطب الجاريه من ابيها لانه وليها والمالك لتزويجها وهو اعلم بالكفاءة واقدر على البحث فينبغي ان يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لان الشرع لم يرد به فيها ولايصح قياسها على الغلام لانه لايحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولاعلى سن البلوغ لان قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها واقرارها واجبارها بخلاف مسئلتنا ولايصح قياس ماقبل السبع على مابعدها لماذكرنا في دليلنا والله أعلم

(فصل) وإذا كانت الجارية عند الام أو عند الاب فانها تكون عنده ليلا ونهاراً فان تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الاخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير ان يخلو الزوج بامها ولا يطيل ولا ينبسط لان الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر، وان مرضت فالام أحق بتمريضها في بيتها . آخر الباب والحمد لله رب العالمين :

﴿تم بحمد الله وعونه الجزء الحادي عشر من كتابي المغني والشرح الكبير﴾

﴿ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثاني عشر منهما وأوله (كتاب الشهادات)﴾

فهرس الجزء الحادي عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

(*) موضع هذا الباب ص ٢٩٧ من الجزء التاسع وقد ترك وضعه فيه سهوا سببه اختلاف الترتيب بين المغني والشرح الكبير

تم الفهرس

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني عشر

(وبه تم الكتاب)

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

والاصل في الشهادات الكتاب والسنة والاجماع والعبرة . اما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقال تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم ـ واشهدوا اذا تبايعتم)

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله إن هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال لا ، قال « فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لايبالي على ماحلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه الا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ـ وقال سبحانه ـ وأشهدوا ذوي عدل منكم ـ وقال جل وعز ـ وأشهدوا إذا تبايعتم) وأما السنة فروى وائل بن حجر رضي الله عنه قال جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ ـ فقال لا قال ـ فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لايبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه إلا ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال النبي ﷺ « لان حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » قال الترمذي

ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر « لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

وروى محمد بن عبد الله العزرمي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والعزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ولان الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع اليها ، قال شريح القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين وانما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء

(فصل) وتحمل الشهادة واداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا مادعوا) وقال تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وإنما خص القلب بالاثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة أمانة فلزم اداؤها كسائر الامانات

اذا ثبت هذا فان دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة وإن كانت عنده شهادة فدعي إلى أدائها لزمه ذلك فان قام بالفرض في التحمل أو الاداء اثنان سقط عن الجميع وإن امتنع الكل أثموا وانما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ،فان كان عليه ضرر

النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والعزرمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره الا ان أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم ولان العبرة تقتضي مشروعية الشهادة فان الحاجة داعية اليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع اليها قال شريح القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فافرغ الشفاء على الداء ، واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما شاهده، وقيل لان الشاهد يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لانها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه

﴿ مسئلة ﴾ (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين وان لم يقم بها أحد تعينت على من وجد

لقول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا – وقال – ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وإنما خص القلب بالاثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة امانة فلزم اداؤها كسائر الامانات وقال الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها) اذا ثبت هذا فاذا دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو عدة لزمته الاجابة قال الله تعالى (يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) فان قام بالفرض في التحمل والاداء اثنان سقط عن الجميع، وان امتنع الكل اثموا ،وإنما يأثم

في التحمل او الاداء أو كان ممن لاتقبل شهادته او يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولانه لايلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، واذا كان ممن لاتقبل شهادته لم يجب عليه لان مقصود الشهادة لايحصل منه وهل يأثم بالامتناع اذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يأثم لانه قد تعين بدعائه ولانه منهي عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)

(والثاني) لايأثم لان غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع اليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين

(أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلا أي لايضر الكاتب والشهيد من يدعوه بان لا يجيب أو يكتب مالم يستكتب أو يشهد مالم يستشهد به

(والثاني) أن يكون يضار فعل مالم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لايضر الكاتب والشهيد بان يقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما

واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل لان الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لانها تبين ماالتبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

المتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فان كان عليه ضرر في التحمل أو الاداء أو كان ممن لاتقبل شهادته أو يحتاج الى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لاضرر ولاضرار » وإنه لا يلزمه ان يضر نفسه لنفع غيره واذا كان ممن لاتقبل شادته لم تجب عليه لان مقصود الشهادة لايحصل منه وهل يأثم بالامتناع اذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يأثم لانه قد تعين بدعاية ولانه منهي عن الامتناع بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لان غيره يقوم مقامه فلم تتعين في حقه كما لو لم يدع اليها فاما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قريء بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (احدهما) ان يكون الكاتب فاعلا اي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد (والثاني) ان يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما

﴿ مسئلة ﴾ (قال الخرقي ومن لزمته الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

قد ذكرنا ان الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بان لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها، وان قام بها من يكفي غيره سقط عنه اداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها

(مسئلة) قال (ولا يقبل في الزنا الا اربعة رجال عدول احرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لايقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذا لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) في آي سواها

وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « أربعة وإلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا واجمعوا على انه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً وسواء كان المشهود عليه مسلماً او ذمياً وجمهور العلماء على انه يشترط ان يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعي واصحاب الرأي وشذ ابو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد

وحكي عن عطاء وحماد انهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامراتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امراتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لانه بالشبهات يندرىء ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

(فصل) وفي الاقرار بالزنا روايتان ذكرهما ابو بكر وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (والثاني) لايثبت إلا بأربعة لانه موجب لحد الزنا اشبه فعله

جماعة فأداؤها واجب على الكل اذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ــ وقوله تعالى ــ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ــ وفي آية أخرى ــ كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) ولان الشهادة أمانة فلزمه اداؤها كالوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الاجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين)

من له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لانها اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضاً، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجعل لان النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فاذا أخذ الرزق جمع بين الامرين فان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ألا يجوز لئلا يأخذ العوض عن اداء فروض الاعيان وقال أصحاب الشافعي لايجوز أخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح اقامتها ولم يستحب وللحاكم ان يعرض له بالوقوف عنها في أحد الوجهين)

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال اقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان (أحدهما) العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين إلا ماروي عن عطاء وحماد أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (ان تضل إحداهما فتذكر احداهما الاخرى) وأنه لا تقبل شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولايصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبوعبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ماخلا الزنا الا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لانه يتعلق به اتلاف النفس فاشبه الزنا

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فاشبه القصاص في الطرف وما ذكره من الوصف لا أثر له فان الزنا الموجب للحد لا يثبت الا باربعة ولان حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الاقرار به . ويعتبر

يجوز للشاهد اقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقدم دعوى لان ابا بكرة واصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم . ولا يستحب اداؤها لقول رسول الله ﷺ « من ستر عورة ستره الله في الدنيا والآخرة » وللحاكم ان يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في اظهر الروايتين لما روى صالح في مسائله عن أبي عثمان النهدي قال جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ماعندك ياسلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان والله لقد كدت ان يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد فأمر باولئك النفر فجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي واحد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو ان لايفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد ﷺ وهذا تعريض ظاهر

﴿ مسئلة ﴾ (ومن كانت عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله اقامتها قبل ذلك)

اذا كان المشهود له يعلم له شهادة عند انسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها لماروي عن النبي ﷺ أنه قال « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون

في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والاسلام والعدالة مايعتبر في شهداء الزنا على ما سنذكره (الثاني) ماليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة واشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال، وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فاما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ان الوكالة في اقتضاء للدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة ،قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وماعداه يخرج على روايتين،وقال أبو الخطاب يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان (إحداهما) لا تقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق (والثانية) تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد واياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بانه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل

ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري فان كان لا يعلمها استحب له إعلام صاحبها بها كالوديعة وله اداؤها قبل اعلامه لقول النبي ﷺ « الا انبئكم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها» رواه أبو داود فيتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعا بين الخبرين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية او سماع)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ماليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لان مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر

وقد روي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس؟» قال نعم قال «على مثلها فاشهد او دع » رواه الخلال باسناده في جامعه . اذا ثبت هذا فان مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب

﴿مسئلة﴾ (والرؤية تختص بالافعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها)

فهذا لا يتحمل الشهادة إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات المرئية في المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

كالحدود والقصاص وما ذكروه لايصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن احمد رضي الله عنه في الاعسار مايدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن المخارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلانا فاقة » قال احمد هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به ، وروي عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصي حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد وقال في الرجل يوصي ولا يحضره الا النساء قال أجيز شهادة النساء فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال . قال القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعي لانه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلأن لايثبت بشهادة واحد ويمين أولى قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الاموال خاصة لايقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولاعتاقة ولا سرقة ولا قتل

وقد قال الخرقي إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه احمد وقال في شريكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين

﴿ مسئلة ﴾ (والسماع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق) ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفهما وتيقن انه كلامهما وبهذا قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك ، وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لاتجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالورآه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

(فصل) إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً ، وان لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه احمد قال مهنا سألت احمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لايعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذ قال اشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس وإذا كان غائباً فلايشهد حتى يعرف اسمه ، والمرأة كالرجل في انه اذا عرف اسمها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها

عدلين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانها لا تثبت بشاهد ويمين قولا واحداً ، قال القاضي المعمول عليه في جميع ماذكرناه أنه لايثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وروى الدار قطني باسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فاشار علي في الاموال لا تعد ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الاموال ، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره رواه الامام احمد وغيره باسنادهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقبل في الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والغصب والديون كلها ومايقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال أبو بكر لاتثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت مايوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لاتقبل فيه شهادة النساء وكذلك مايوجبه والمال يثبت بشهادة النساء وكذلك مايوجبه

لم يشهد عليها إلا في حال حضورها ، قال احمد في رواية الجماعة لاتشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها ، وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد ، فاما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر إلى وجهها . قال احمد لاتشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فاما من تيقن معرفتها ويعرف صوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ماقدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروي عن احمد انه قال لايشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها ، وقال لايجوز للرجل أن يقول للرجل اشهدان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره

وقال القاضي يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه ، وقال احمد لاتشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لايدخل عليها بيتها إلا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فاما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين —إلى قوله— واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي

ولنا ماروى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

(فصل) اذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز ان يشهد بذلك؟ على روايتين (أحداهما) لا يجوز، قال أحمد في رواية حرب فيمن يري خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال في رواية يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا؟ وقال في موضع آخر اذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخا عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وان لم يحفظ، وقال أيضاً اذا كان رديء الحفظ يشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد اذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد اذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في احدى الروايتين اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يمضيه اذا لم يكن كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه في الغالب الا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعتق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك)

قال الخرقي وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة، وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر لا أعلم احداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفته اذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه، وقد قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون ابناءهم) وكذلك الولادة واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال

١) هكذا بالاصل

وفي الباب[١] عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي اسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد، ولان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولاحجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ، وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا وكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنايتهم وفي حق اللاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد بن عبدالله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

أصحابنا هو تسعة اشياء النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية والعزل وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولانها شهادة بعقد فاشبه سائر العقود ، وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال فاشبه الدين ، وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة اسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع وقال : السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروذي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد إن فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستفيضاً فاشهد اقول فاطمة بنت رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجتاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة ، فان قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لايفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ماليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة على الوقف باللفظ لايصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا انما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء

(فصل) قال القاضي يجوز ان يحلف على مالاتسوغ الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على انسان وهو يعرف أنه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد في رزمانج أبيه بخطه دينا له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وانه لايكتب الا حقا فله ان يحلف عليه ولايجوز ان يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجزله أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين:

(أحدهما) ان الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولايحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق انما هو للحالف فلا يزور أحد عليه (الثاني) ان ما يكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة.

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلما أو كافراً عدلا أوفاسقا رجلا أو امرأة نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لايختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة

(فصل) قال أحمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المطلوب، وهذا قول مالك والشافعي، ويروى عن أحمد فان ابي المطلوب ان يحلف ثبت الحق عليه.

وهذه جميعها لايمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخرقي وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعداً)

ذكره في المحرر لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي تقضيه لفظة الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرته ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لايشترط فيه مايشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في كتاب المقنع الخلع فيمايثبت بالاستفاضة ولم يذكره في المغني ولا في الكافي ولا رأيته في كتاب غيره ولعله قاسه على النكاح والاولى أنه لايثبت قياساً على الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

﴿ مسئلة ﴾ (وان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد له به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر)

إذا سمع رجلا يقول للصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا ابي فسكت الاب جاز ايضا لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به وانما أقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل غير جائز بخلاف سائر

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي، وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل.

ولنا ان البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فانهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لـكـفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ولان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصابا من حرزه وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أوشهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به ان كان باقيا أو قيمته ان كان تالفا ولا يجب القطع لان هذه حجة في المال دون القطع، وان ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فاقام شاهداً وامرأتين اوحلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية، والفرق بين المسئلتين ان السرقة توجب القطع والغرم معا فاذا لم يثبت احدهما ثبت الآخر والقتل العمد موجبه القصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البدل مالم يوجد المبدل

وفي الرواية الاخرى الواجب احدهما لا بعينه فلا يجوز ان يتعين احدهما الا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما

الدعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الاترى انه يلحق بالامكان في النكاح؟ ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لان السكوت ليس باقرار حقيقي وانما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار

﴿ مسئلة ﴾ (وان رأى شيئاً في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقض والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك)

قال ذلك أبو عبد الله ابن حامد وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي ويحتمل ان لا يشهد الا باليد والتصرف ذكره القاضي لان اليد ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون إجارة وإعارة وغصب ووكالة وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غصب واجارة أو نحو ذلك يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا، فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم، قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجاز بالظن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن شهد بالنـكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي

وقال ابن أبي موسى لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين لانها شهادة على فعل يوجب الحد والمال فاذا بطلت في احداهما بطلت في الاخرى والاول أولى لما ذكرناه ، وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لانه خطأ موجبه المال ولم يثبت قتل الاول لانه عمد موجبه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين ، وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لان الجناية عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه فأقام المدعي شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لانه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتاق لان هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي في في هذا الفصل كمذهبنا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وان ابنها ابنه منها ولد في ملكه وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او حلف مع شاهده حكم له بالجارية لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها

مرشد وشاهدي عدل ورضاها

لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقدا صحة النكاح وهو فاسد فان شهد بعقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاها وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وانه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه)

لان الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك في الحولين

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فان قال جرحه فمات لم يحكم به)

لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه برفقه فمات فقال شريح فمات منه أو فقتله؟ فأعاد القول الاول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شهد بالزنا فلا بد ان يذكر بمن زنى؟ واين زنى؟ وانه رأى ذكره في فرجها)

لان اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ماليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا

وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد باقراره لان اقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حريته أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لان من ثبتت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولي الشافعي

ولنا أنه لم يدع الولد ملكا وانما يدعي حريته ونسبه وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فانكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعي لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعت ذلك المرأة لم يثبت الا بشهادة رجلين لانها لا تقصد منه الا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك الا بهذه البينة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق

تكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لايحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والاول أولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فانه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز ان يكون ماشهد به احدهما غير ماشهد به الآخر ولان الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقال ابن أبي موسى لاتقبل لان عمر قال من شهد على رجل بحد فلم يشهد حين يصيبه فانما يشهد على ضغن وقال غيره من أصحابنا تقبل لانها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالقصاص ولانه قد يعرض له مايمنعه الشهادة في حينها ويتمكن منها بعد ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ومن شهد بالسرقة فلابد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة) لاختلاف العلماء في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف) لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدا ان هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقولا ولدته في ملكه) اذا ادعى عبداً انه له فشهد له شاهدان انه ابن أمته أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البينة انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدته قبل تملكها واثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها، وان قالت البينة ولدته في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لانها شهدت أنها نماء ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لاتقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق

والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن ابي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فاتت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فاتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فاعرض عني ثم أتيته فقلت يارسول الله انها كاذبة قال «كيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر اهل العلم لانه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبه الولادة نفسها

وقد روي عن علي رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور إلا انه من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحماد

(فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة

قلنا الفرق بينهما على تقديم التسليم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى مالو قال ملكته منذ سنة واقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال فيكون له النماء فيما مضى ، ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أفرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك وان لم يذكره فمع ذكره أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدت انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه او أعتقها لم يحكم بها حتى يقولا وهي في ملكه)

لما ذكرنا في المسئلة قبلها ولانه يجوز ان يبيع ويقف ويعتق مالا يملك

﴿مسئلة﴾ (وان شهد ان هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها)

لانه لا يتصور ان يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيضة وكذلك الغزل والدقيق ولان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق اجزاء الحنطة تفرقت والطير هو البيض استحال فكأن البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانها غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ماذكرنا

(فصل) وإذا مات رجل فادعي آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، وان قالا لا نعلم له وارثا غيره في هذا البلد احتمل ان يسلم المال اليه واحتمل ان لا يسلم اليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها)

المرأة الواحدة وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه الا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان وقال عثمان البتي يكفي ثلاث لان كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال أبو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وابو ثور لا يقبل فيه الا اربع لانها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشادة رجل »

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال تزوجت أم يحيي بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فجئت الى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فاعرض عني ثم ذكرت له ذلك فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه ، وروى حذيفة ان النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « يجزىء في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولانه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات

وجملة ذلك ان من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان انه وارثه لايعلمان له وارثا غيره قبلت شهادتهما وسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري، وقال ابن أبي ليلى لا يقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواه

ولنا ان هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهادة الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا ويحتمل ان لا يقبل الا من أهل الخبرة الباطنة لان عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف اهل الخبرة الباطنة فان الظاهر انه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما ان قالا لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا احتمل ان يسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالا لا نعلم له وارثاً وذكر ذلك مذهباً لاحمد واحتمل ان هذا ليس بدليل على عدم وارث سواه لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالا لا نعلم له وارثا في هذا البيت وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لاخر ان هذا الغلام بن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز أن تعلم كل بينة مالم تعلمه الأخرى .

وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم وقول النبي ﷺ « وسلم شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فان شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لانه أكمل من المرأة فاذا اكتفي بها وحدها فلأن يكتفي به أولى ولان ماقبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

﴿ مسئلة ﴾ قال (**ومن لزمته الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك**)

وجملته ان اداء الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها وان قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها جماعة فاداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا اثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الاخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولايجرمنكم شنآن قوم على ان تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولان الشهادة امانة فلزمه اداؤها عند طلبه كالوديعة ولقوله تعالى (ان الله

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز شهادة المستخفي)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبيء شاهدان في موضع لايعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لاتسمع شهادته اختاره ابو بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة » يعني انه لايجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه وان لم يكن كذلك قبلت .

ولنا انهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سمع رجلا يقر بحق أو يشهد شاهداً بحق او سمع حاكما يحكم او يشهد على حكمه وانفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله فيمن سمع رجلا يقر بحق فالمذهب انه يجوز ان يشهد عليه وان لم يقل للشاهد اشهد علي وهي التي ذكرها الخرقي وبه قال الشعبي والشافعي، وعن احمد رواية ثانية لايشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما لايجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد ، لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لايعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه

يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) فان عجز عن اقامتها او تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له اخذ الجعل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له اخذه، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فاذا اخذ الرزق جمع بين الامرين وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ان لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن اداء فرض عين وقال اصحاب الشافعي لا يجوز اخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين

﴿ مسألة ﴾ قال (وما أدركه من الفعل نظرا او سمعه تيقنا وان لم ير المشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز الا بما علمه بدليل قوله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولان مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع وروي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس ؟ — قال نعم قال — على مثلها فاشهد او دع » رواه الخلال في الجامع

رواية رابعة إذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة به فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا شهد ان يشهد (ولا يأب الشهداء إذا مادعوا) قال إذا شهدوا وقال ابن أبي موسى إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول أشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ، وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز ان يشهد به والصحيح الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال فأما الشهادة على الشهادة فهي ضعيفة فاعتبرت تقويتها بالاسترعاء وذكر القاضي ان في الافعال روايتين

(احداهما) لايشهد به حتى يقول له المشهود عليه اشهد ، قال شيخنا وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالكلية فان الغاصب لايقول لاحد اشهد أني غصبت ولا السارق ولا الزاني واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم اولا ؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا غيرهم ولا بلغنا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم الدهر وحديثه أنه رد شهادة على فعل بكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك اجماعاً ولان الشاهد مخبر صادق وهذا يحصل من غير ان يقال له اشهد وكذلك ان سمع

باسناده . إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسماع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لاحاجة اليها في الشهادة في الاغلب فأما ما يقع بالرؤية فالافعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الافعال وكذلك الصفات المرئيـة كالعيوب في المبيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه الا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك وأما السماع فنوعان

(احدهما) من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والاجارة وغيرهما من الاقوال فيحتاج الى ان يسمع كلام المتعاقدين ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن انه كلامهما وبهذا قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن ابي ليلى ومالك وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى ان الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف المشهود عليه يقينا فجازت شهادته عليه كما لو رآه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينا وقد يحصل العلم بالسماع يقينا وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعمى ورواية من روى عن ازواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

وأما النوع الثاني فسنذكره ان شاء الله تعالى في المسألة التي تلي هذا

الحاكم بحكم أو شهد على حكمه وانفاذه جاز ان يشهد على ذلك في اظهر الروايتين والاخرى لا يجوز حتى يشهده ووجههما ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ولو حضر شاهدان حسابا بين رجلين شرطا عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وقد حصل ذلك سواء اشهده أو منعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورهما وعلى الجنايات بمشاهدتهما ولا يحتاجان الى إشهاد وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) حق لآدمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقا لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسبلة والوصية لشيء من ذلك أو نحو هذا وما كان حقا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم

(فصل) اذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز ان يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً وان لم يعرف ذلك لم يجز ان يشهد عليه مع غيبته وجاز ان يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه أحمد قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وان كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه

(فصل) والمرأة كالرجل في انه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز ان يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد فأما ان لم يعرفها فلا يجوز ان يشهد مع غيبتها ويجوز ان يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر الى وجهها قال أحمد ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ماقدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روي عن أحمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها وقال لا يجوز للرجل ان يقول للرجل انا أشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي

ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه وكذلك مالا يتعلق به حق أحد كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت مالم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فاشبه سائر حقوقه

وانا أنها شهادة بعتق فلا تفتقر الى تقدم الدعوى كعتق الامة وتخالف سائر حقوق الآدمي لأنه حق لله تعالى ولهذا لا يفتقر الى قبول العتق ودليل ذلك الامة وبه يبطل ما ذكروه فان قال الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا أثر له فان البيع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة الا بعد الدعوى

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً أحمر وشهد آخر أنه غصبه ثوباً أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البينة وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفا في الوقت)

متى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر انه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا ان اختلفا في زمن القتل ومكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف

يجوز ان يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه وقال احمد لا يشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل انه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها الا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ ان يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجائزة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز ان يشهد عليها به

(فصل) وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر انه شهد به فهل يجوز له ان يشهد بذلك؟ فيه روايتان (أحداهما) لا يجوز ان يشهد بها قال أحمد في رواية حرب في من يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قال لا يشهد الا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا ؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد الا ان يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وان لم يحفظ، وقال ايضا اذا كان رديء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو ان يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في احدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

لم تكمل الشهادة لان ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين الا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فان هذه الشهادة تكمل ويثبت المشهود به اذا اختلفا في الزمان أو المكان ، فاما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الاخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود أو شهد احدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الاخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل الشهادة والاول اصح لان كل فعل لم يشهد الا واحد على ما قدمناه فان اختلفا في صفة المشهود به اختلافا يوجب تغايرهما مثل ان يشهد احدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابهما جميعاً لانه يكون ايجاب حق عليه بشهادة واحد ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فاما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان او الصفة ثبتا جميعاً لان كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت اثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هي ؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانهما يثبتان جميعاً ان ادعاهما وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون مالم يدعه، وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشيا فقال القاضي يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا ، قال شيخنا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بان يسرق عند الزوال كيسين أبيض

﴿ مسئلة ﴾ (قال وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة)

هذا النوع الثاني من السماع وهو مايعلمه بالاستفاضة وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة قال ابن المنذر اما النسب فلا اعلم احدا من اهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به اذلا سبيل الى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف احد اباه ولا أمه ولا احداً من اقاربه وقال قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) واختلف اهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال اصحابنا هو تسعة أشياء النكاح. والملك المطلق . والوقف . ومصرفه . والموت . والعتق والولاء . والولاية . والعزل . وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لاتجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع فانها شهادة بعقد فاشبه سائر العقود وقال أبو حنيفة لاتقبل الا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال اشبه الدين وقال صاحباه يقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس ولنا ان هذه الاشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أومشاهدة أسبابها فجازت الشهادة

وأسود وتشهد كل بينة باحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لاتعارض فعلى هـذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لـكنهما في محل واحد فلا يجب أ كثر من ضمانه، وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه ، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما بسرقته من مكان وشهد آخر بسرقته في مكان آخر أو شهد احدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاها المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له شاهد وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لانه لم يدعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه اقر له بألف اليوم أو شهد أحـدهما انه باعه داره أمس وشهـد آخر انه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والاقرار وكذلك كل شهادة على القول)

أما إذا شهد أحدهما انه اقر له بالف امس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم كملت البينة ، لان الالف التي شهد بها احدهما هي الالف التي شهد بها الآخر ولان الشاهدين شهدا بالف وان شهد احدهما انه باعه أمس وشهدا آخر انه باعه اليوم او شهد احدهما انه طلقها امس وشهد آخر انه طلقها

عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على احباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع وقال مالك السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروذي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقال نعم اذا كان مستفيضا فأشهد اقول ان فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة . فان قيل يمكنه العلم في هذه الاشياء بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيدا صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لانها مرتبة على الملك فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء قال مالك ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ الا على السماع . اذا ثبت هذا فكلام أحمد والخرقي يقتضي ان لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقول الخرقي : فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في القلب يعني حصل العلم به وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي ان يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه الى خبرهما لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرته ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لاشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع

اليوم ، فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه مالو شهد بالغصب في وقتين . ووجه قول اصحابنا أن المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد اخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد احدهما بالعربية والآخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع الا النكاح فانه كالفعل إذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعا لان النكاح امس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل .

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك القذف إذا شهد احدهما انه قذفه غدوة وشهد الآخر انه قذفه عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أواختلفا في المكان لم يثبت القذف) لان القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر يثبت القذف لان المشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والاول المذهب

(فصل) في الشهادة على الاقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق

(فصل) فان كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبدالله بن حامد يجوز ان يشهد له بملكها وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي قال القاضي ويحتمل ان لا يشهد الا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لان اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون باجارة واعارة وغصب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو اجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا . فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجازت بالظن

(فصل) وإذا سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز ان يشهد ايضاً لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به وإنما اقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الا ترى أنه يلحق بالامكان في

أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل

ولنا ان المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له فيمضي اليهم في أوقات منفردة واماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره فان كان الاقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير وشهد الآخر أنه غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعربية أو العجمية والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضي فلا تعتبر في الشهادة والاول أصح

النكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل ان لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر لان السكوت ليس باقرار حقيقي وإنما اقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما أعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار

(فصل) وإذا شهد عدلان ان فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا لا نعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري وقال ابن أبي ليلى لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا ان هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهادة الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أولم يكونا ويحتمل ان لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لان عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فان الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما ان قالا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا لم تقبل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى به كما لو قالا لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لاحمد أيضاً

ولنا ان هذا ليس بدليل على عدم الوارث لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالا لا نعلم له وارثا في هذا البيت

(فصل) فان شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لانه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز ان يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فانه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما اقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا أمكن جعل الشهادة على فعل واحد لم يحمل على اثنين كالاقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الاقرار به اثنان فان شهد احدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو اقر بغصبه منه وشهد الآخر انه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد انه اخذه من يده ألزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فيرده إلى يده لتكون دلالتها ثابتة له قال مهنا سألت أباعبدالله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد احدهما قال أشهد ان هذه الدار لفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال شهادتهما جائزة

﴿مسئلة﴾ (وان شهد شاهد أنه اقر له بألفين وشهد آخر انه اقر له بالف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده ان احب)

وجملة ذلك أنه اذا شهد احد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن ابي ليلى وابي يوسف ومحمد واسحاق وابي

﴿ مسئلة ﴾ قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلما بالغا عدلا لم تجز شهادته)

وجملته ان يعتبر في الشاهد سبعة شروط (أحدها) ان يكون عاقلا ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعا قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية وذلك لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ولانه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه (الثاني) ان يكون مسلما ونذكره هذا فيما بعد ان شاء الله تعالى (الثالث) ان يكون بالغا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس و به قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رحمه الله رواية اخرى ان شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها وهذ قول مالك

لان الظاهر صدقهم وضبطهم فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لانه يحتمل ان يلقنوا قال ابن الزبير ان أخذوا عند مصاب ذلك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان وروي عن أحمد رواية ثالثة ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروى عن علي رضي الله

عبيد وحكي عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد احدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما وحكي عن ابي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه أقر بالف وشهد آخر انه اقر بألفين لم تكمل الشهادة لأن الاقرار بالالف غير الاقرار بألفين ولم يشهد بكل اقرار الا واحد .

ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يرد احدهما على صاحبه وما ذكروه من ان كل إقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد احدهما انه اقر بالف غدوة وشهد الآخر انه اقر بألف عشيا فإن الشهادة تكمل مع ان كل اقرار إنما شهد به واحد فاما ما انفرد به احدهما فان للمدعي ان يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة او لم تختلف الاسباب والصفات .

(فصل) إذا شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له الالف بالشاهدين، وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الالف والخمسمائة ولم يدخل احدهما في الآخر لانهما مختلفان

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد آخران له عليه ألفين فهل تكمل البينة على ألف ؟ على وجهين)

(أحدهما) : تكمل كالتي قبلها ، (والثاني) : لا تكمل لانه يحتمل أن يكون الألف المنفرد من غير الألفين .

عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان أصحابنا لايجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد

وروى الامام احمد باسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا انا كنا ستة غلمة نتغاط فغرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق والمذهب ان شهادتهم لاتقبل في شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال — واشهدوا ذوي عدل منكم —وقال— ممن ترضون من الشهداء — والصبي ممن لايرضى وقال — ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لايأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لايخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلاتحصل الثقة بقوله ولان من لايقبل قوله على نفسه في الاقرار لاتقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار أوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولاتصح الشهادة منهم ولان من لاتقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ومن لاتقبل شهادته على من ليس بمثله لاتقبل على مثله كالمجنون

(الشرط الرابع) العدالة لقول الله تعالى(واشهدوا ذوي عدل منكم) ولاتقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا)فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد آخران أن له عليه الفاً من ثمن مبيع لم تكمل البينة)

أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من ثمن مبيع أو يشهد شاهد بألف بيض وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بالف دينار والآخر بالف درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقهما أو يحلف مع أحدهما ويستحق ماشهد به

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهد شاهدان أن له عليه الفاً وقال أحدهما قضاه بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد انه أقرضه ألفاً وقال أحدهما قضاه نصفه صحت شهادتهما)

إذا شهدا ان له عليه ألفا ثم قال أحدهما قضاه نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكره أبو الخطاب وذلك بأنه شهد بأن الالف جميعه عليه فاذا قضاه بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والمنصوص عن أحمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بالف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاه منه خمسمائة افسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحت شهادته في نصف الالف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاه لانه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال اشهد بألف بل خمسمائة قال أحمد ولو جاء

التوقف عنه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولاذي غمر على أخيه» رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لايراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ماافترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لايؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان

(احدهما) من حيث الافعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته (والثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لاتجوز شهادتهم (رافضي) يزعم ان له إماما مفترضة طاعته (وخارجي) يزعم ان الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم أن المشيئة اليه (ومرجيء) ورد شهادة يعقوب وقال ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الايمان؟ وقال أبو حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لايفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين.

بعد هذا المجلس فقال أشهد انه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه اراد إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد فأما ان شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال أحدهما قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت له بينة بألف فقال أريد ان تشهدا لي بخمسمائة لم يجز)

وعند أبي الخطاب يجوز قال أحمد إذ شهد على الف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائتين فقال له صاحب الحق اريد ان تشهدا لي على مائة لم يشهد الا بألف قال القاضي وذلك ان على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد ان يشهد ببعض ما اشهد لساغ للقاضي ان يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب عندي يجوز بذلك لان من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد اقرضه مائة مرة وتسعمائة أخرى. قال شيخنا والاول أصح لما ذكر القاضي لان شهادته بمائة ربما اوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت بأصله فيؤدي الى ايجابها عليه مرتين قال أحمد إذا

(الثاني) من نفسقه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفي الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة ، وذكر القاضي ابو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال احمد ماتعجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعلنة وظاهر قول الشافعي وابن ابي ليلى والثوري وابي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الاهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب ابي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه

ووجه قول من أجاز شهادتهم انه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لايدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً انه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال

قال ابو الخطاب ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لاترد الشهادة به ، وقد روي عن احمد جواز الرواية عن القدري اذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا انه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية والمعنى .

(الشرط الخامس) أن يكون متيقظا حافظا لما يشهد به ، فان كان مغفلا او معروفا بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

(الشرط السادس) أن يكون ذا مروءة (الشرط السابع) انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى

قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا ان يقول اشهدوني على مائة ومائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان

(فصل) قال أحمد إذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز ان يحمل مطلق العقد على ذلك جاز ان تحمل الشهادة عليه

(فصل) إذا شهد شاهد انه باعه هذا العبد بالف وشهد آخر انه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله ان يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فان شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فان أضافا البيع الى وقت واحد مثل ان يشهدا انه باعه هذا العبد مع الزوال بالف وشهد آخر انه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له ان يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض انما يكون مع البينتين الكاملتين

(فصل) ظاهر كلام الخرقي أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوي صحيحة اذا اجتمعت هذه الشروط وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور واختاره ابو الخطاب

وقال الامام احمد أخشى ان لاتقبل شهادة البدوي على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لاتقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب ابي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقين في الجراح احتياطا للدماء ، واحتج أصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لاتجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل عن أن يشهد قرويا وأشهد بدويا . قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء في الدين

ولنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب انه لايكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

﴿ باب شروط من تقبل شهادته ﴾

وهي ستة أحدها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل الا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبوعبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان اصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد . وروى الامام احمد باسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا انا كنا ست غلمة تتغاط فغرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثالثة ان شهادتهم لاتقبل إلا في الجراح اذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول مالك لان الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق لانه يحتمل ان يلقنوا . قال ابن الزبير ان اخذوا عند مصاب

﴿ مسئلة ﴾ قال(والعدل من لم تظهر منه ريبة وهذا قول ابراهيم النخعي واسحاق)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله قال القاضي يكون ذلك في الدين والمروءة والاحكام ، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فان الله تعالى أمر أن لاتقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن ،جاء عن النبي ﷺ انه قال:

إن تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما ؟

أي لم يلم فان لامع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم إن يلم بالذنب ثم لايعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله ،وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين

وروى ابو بكرة أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين —وكان متكئاً فجلس فقال— ألا وقول الزور وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت . متفق عليه

قال احمد ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لايؤدي زكاة ماله واذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لايكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ماأخذه من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

ذلك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) والصبي لا يرضى وقال جل وعز (ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فاخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار اوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق

(والثاني) العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخنق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعا قال ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر او صغر لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله فاما من يخنق في الاحيان اذا شهد في حال افاقته فتقبل شهادته لانها شهادة من عاقل أشبه من يخنق

وقد روي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغائر فان كان مصراً عليها ردت شهادته وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم امكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) من الافعال كالاكل في السوق يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعنى به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بما ضعته أهله ونحو هذا من الافعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته لان هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله، قال احمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب

وقد روى أبو مسعود البدري قال قال رسول الله ﷺ « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى « إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعنى من لم يستح صنع ما شاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

(الثالث) الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس نص عليه أحمد قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لانها تقوم مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بان النبي ﷺ أشار وهو جالس الى الناس وهم قيام « ان اجلسوا فجلسوا »

ولنا انها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق لان الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما اكتفي باشارته في احكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا وما استدل به ابن المنذر لا يصح فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام وعمل باشارته الى الصلاة ولو شهد الناطق بالاشارة والايماء لم تصح شهادته اجماعا فعلم ان الشهادة تفارق غيرها من الاحكام ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته لان إشارته بمنزلة نطقه كما في سائر احكامه والاول اولى لانا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة ههنا

(الرابع) الاسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا اهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله وانها لوصية الرجل بعينه فان عثر على انهما استحقا إثما قام آخران من اولياء

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته فقال : والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختفيا به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولان المروءة لا تختل بقليل هذا مالم يكن عادته .

(النوع الثاني) في الصناعات الدنيئة كالكساح والكناس لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلا أتى ابن عمر فقال له اني رجل كناس قال أي شيء تكنس؟ الزبل ؟ قال : لا . قال فالعذرة ؟ قال : نعم قال ـ منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال نعم . قال الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه . وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذي قبله . فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان

(أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذي قبله

(والثاني) تقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة

الوصي فحلفا بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ولقد خانا وكتما ويقضى لهم وعنه ان شهادة بعض اهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب

وجملة ذلك ان شهادة اهل الكتاب لاتقبل في شيء على مسلم ولا كافر الا في الوصية في السفر على ماذكره ذكره الخرقي ، وروى ذلك عن احمد نحو من عشرين نفسا وممن قال لاتقبل شهادتهم الحسن وابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك وابو ثور ونقل حنبل عن احمد ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطأه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه ابو بكر هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على روايتين قال ابوحفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في النسب إذا ادعى احدهم ان الآخر اخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من اهل العلم إلى ان شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فنهم من قال الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري وابي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر ان النبي ﷺ اجاز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم

في وقتها ويصليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحداً واما الحيائك والحارس والدباغ فهي اعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة وذكرها أبو الخطاب في جملة مافيه وجهان

وأما سائر الصناعات التي لادناءة فيها فلا ترد الشهادة بها الامن كان منهم يحلف كذباً أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لايتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتوق ذلك ردت شهادته

(فصل) في اللعب كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وماخلا من القمار وهو اللعب الذى لاعوض فيه من الجانبين ولامن احدهما فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فأما المحرم فاللعب بالنرد وهذاقول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم

ولنا ماروى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالنردشير فقد عصي الله ورسوله» وروى بريدة ان النبي ﷺ قال «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» رواهما ابو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم

اذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذاقول

إلى قوله ـ ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولاممن نرضاه ولانه لاتقبل شهادته على غير اهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبر يرويه اهل مجالد وهو ضعيف وان ثبت فيحتمل انه اراد اليمين فانها تسمى شهادة قال الله تعالى في اللعان (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) واما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير اهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين، وقد روي عن معاذ رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال «لاتقبل شهادة اهل دين الا المسلمين فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم

(فصل) فأما شهادة اهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من اهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحلفان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسئلة قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزه وقضي بذلك عبد الله بن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاتقبل لان من لا تقبل شهادته في غير الوصية لاتقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر اولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم قال المراد بقوله من غيركم اى من عشيرتكم ومنهم من قال المراد بالشهادة اليمين

ابي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي قال مالك من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) فاما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن ابي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالكا وهو قول أبي حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بان الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى المنصوص عليه فتبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) أن في الشطرنج تدبير الحرب فاشبه اللعب بالحراب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل

(والثاني) أن المعول في النرد على مايخرجه الكعبتان فاشبه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره فاشبه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله تعالى (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر. ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ قال احمد أصح مافي الشطرنج قول علي رضي الله عنه

ولنا قول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال خرج رجل من بني تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقد واجام فضة مخوصا بالذهب فاحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الاشعري فاخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الاشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفهما بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما رواه أبو داود وروى الخلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لايصح لأن الآية نزلت في قصة عدي وتميم بلاخلاف بين المفسرين وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن

وروى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر باسناده ولانه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فاشبه اللعب بالنرد

وقولهم لانص فيها قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى النرد المنصوص على تحريمه . وقولهم إن فيها تدبير الحرب قلنا لايقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب أو القمار . وقولهم ان المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة

اذا ثبت هذا فقال احمد النرد أشد من الشطرنج وانما قال ذلك لورود النص في النرد والاجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . واذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالنرد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لانه محرم مثله

وقال أبو بكر إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه مايستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه فاشبه سائر المختلف فيه

(فصل) واللاعب بالحمام يطيرها لاشهادة له وهـذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لايجيز

وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ولانه لو صح ماذكروه لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لاقسامة عليهم وحملها على التحمل لايصح لأنه أمر باحلافهم ولا أيمان في التحمل وحملها على اليمين لايصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لانشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله) ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال احمد اهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعملهم بما ثبت في الـكتاب والسنة فتعين المصـير اليه والعمل به سواء وافق القياس او خالفه

(الخامس) ان يكون ممن يحفظ فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان لان الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال ان يكون من غلطه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه لأن احداً لا يسلم من الغلط .

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (السادس) (العدالة وهي استواء احواله في دينه واعتدال اقواله وافعاله وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيئان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم وهو ان لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة) فان الله تعالى نهى ان تقبل شهادة القاذف

شهادة صاحب حمام ولا حمام وذلك لانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره واشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة

وقد رأى النبي ﷺ رجلا يتبع حماما فقال « شيطان يتبع شيطانة » وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقد روى عبادة ابن الصامت أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فشكى اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجا من حمام »

(فصل) فاما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فمباحة لادناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعيـة ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناه من الثقاف واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدي رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت ولان في هذا تعلماً للحرب فانه من آلاته فاشبه المسابقة بالخيل والمناضلة وسائر اللعب اذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالاصل إباحته فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة اذا فعله ظاهراً و تكرر منه ،وما كان منه لادناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال

فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن وجاء عن النبي ﷺ انه قال « ان تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما » اي لم يلم فان لامع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم ان يلم بالذنب ولايعود فيه والكبائر كل ذنب فيه حد والاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين ، وقد روى ابو بكرة ان رسول الله ﷺ قال « الا انبئكم بأكبر الكبائر الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين —وكان متكئا فجلس فقال— الا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه قال احمد لايجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدي زكاة ماله ،وإذا اخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لايكون عدلا ولايكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة. وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولامجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في قرابة ولا ولاء» وقد رواه أبوداود «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغائر فان كان مصراً عليها ردت شهادته وان كان الغالب من امره الطاعات لم ترد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة فاسق لقوله سبحانه وتعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » فذكر منها اظهار المعازف والملاهي

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن ابي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لايحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني الضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزماراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يانافع هل تسمع شيئاً ؟ قال فقلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا . رواه الخلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراما لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا أما الاول فلا يصح لان المحرم استماعها

وقال سبحانه (ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الآية والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه

وقد روي في الحديث « لاتجوز شهادة خائن ولاخائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبوعبيد وكان أبوعبيد لايرى الخائن والخائنة مختصا بامانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به واجتنابه من كبير ذلك وصغيره قال الله تعالى (انا عرضنا على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر أنه قال لايؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لايزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسق نوعان :

(أحدهما) من جهة الافعال فلاخلاف في رد شهادته (الثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً . وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبوعبيد وابو ثور قال شريك اربعة لاتجوز شهادتهم رافضي يزعم أنه له اماما مفترضة طاعته وخارجي يزعم ان الدنيا دار حرب وقد يزعم ان المشيئة اليه ومرجيء، ورد شهادة يعقوب وقال الاارد شهادة قوم يزعمون ان الصلاة ليست من الايمان؟ وقال ابوحامد من اصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثه اضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لايفسقون ولا ترد شهادتهم وقد اختلفت الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين

دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه وقال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وانما وجد منه السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة

وأما الانكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفر وقلة أهل الاسلام . فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر . قلنا قد رواه الخلال باسناده من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لانه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين

وضرب مباح وهو الدف فان النبي ﷺ قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لانه يروى عن عمر أنه كان اذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها عمد بالدرة

ولنا ماروي عن النبي ﷺ أن امرأة جاءته فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه أبو داود . ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذوراً

(الثاني) من نفسقه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية واضاف المشيئة الى نفسه فلا تقبل له شهادة وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال: وقال احمد ما تعجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعلنة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الاهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي الا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولان فسقهم لايدل على كذبهم لكونهم ذهبوا الى ذلك تدينا واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال .

﴿مسئلة﴾ (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به اذا لم يتدين بالشهادة لموافقيه على مخالفيه كالخطابية.

وكذلك قال أبو الخطاب . وروي عن أحمد جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

وروت الربيع بنت معوذ قالت : دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بنى بي فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى ان قالت إحداهن وفينا نبي يعلم مافي غد فقال « دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال لانه انما كان يضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبي ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء

فاما الضرب بالقضيب فمكروه اذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لانه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف أصحابنا في الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال ابو بكر عبد العزيز والغناء والنوح معنى واحد مباح مالم يكن معه منكر ولا فيه طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه

وروي عن احمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه وقال له صالح ياأبه أليس كنت تكره هذا ؟ فقال انه قيل لي انهم يستعملون المنكر . وممن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت عندي جاريتان

ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولانه فاسق فترد شهادته للآية

﴿مسألة﴾ (فاما من فعل شيئا من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ مالا يسكره أو اخر الحج مع امكانه ونحوه متأولا فلا ترد شهادته)

وإن فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته . ويحتمل أن لا ترد نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته . وبهذا قال لشافعي وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا إن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم، فاما ان فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي لانه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ووجه الاول انه فعل محرم على فاعله ويأثم به فاشبه المتفق على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فاما من يعتقد أنه على التراخي وبتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ماذكرنا وقيل ترد لانه

تغنيان فدخل أبو بكر فقال مزمور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ ؟ فقال رسول الله ﷺ «دعهما فانها أيام عيد» متفق عليه

وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي قال هو من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد في من مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء ، وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) قال هو الغناء .

وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب» والصحيح انه من قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتي له أو اتخذ غلاما أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغني الناس أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه او كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر وإن

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لقد هممت أن انظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ماهم بمسلمين ماهم بمسلمين

﴿ مسئلة ﴾ الثاني (استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصافع ، والمتمسخر ، والمغني ، والرقاص ، واللاعب بالشطرنج ، والنرد ، والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمته ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك)

المروءات اجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) في الافعال كالاكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق ويأكل والناس ينظرون اليه ولا يعني أكل شيء يسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرهما بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الافعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لان هذا سخف ودناءة فمن

لم يداوم عليه لم ترد شهادته وان فعله من يعتقد حله فقياس المذهب انه لاترد شهادته بما لايشتهر بهمنه كسائر المختلف فيهمن الفروع ومن كان يغشى بيوت الغناء أو يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعا لانه سفه ودناءة وان كان معتبراً به فهو كالمغني لنفسه على ماذكر من التفصيل فيه .

(فصل) واما الحداء وهو الانشاد الذي تساق به الابل فمباح لابأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبدالله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة « حرك بالقوم » فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعنقت الابل فقال النبي ﷺ « لانجشة رويدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لابأس به وسائر انواع الانشاد مالم يخرج إلى حد الغناء وقد كان النبي ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره . والغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء مضموم ممدود كالدعاء والرعاء ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء

(فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ان من الشعر لحكما » وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجي رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدة * بانت سعاد فقلبي اليوم مبتول * في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله إني اريد ان امتدحك فقال قل لايفضض الله فاك فانشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

وقال عمرو بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال « أمعك من شعر أمية؟ قلت نعم فانشدته بيتا فقال « هيه » فانشدته بيتا فقال « هيه » حتى انشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال احمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب ، وقد روى ابن مسعود البدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ماشاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن ابي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختفيا به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لايمنع الشهادة إذا قل فهذا اولى ولان المروءة لاتختل بقليل هذا ما لم يكن عادة .

انا النبي لا كذب انا ابن عبدالمطلب

وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ويروى ان ابا الدرداء قيل له مامن اهل بيت في الانصار إلا وقد قال الشعر قال وأنا قد قلت .

يريد المرء ان يعطى مناه ويأبى الله إلا ما ارادا
يقول المرء فائدتي ومالي وتقوى الله افضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر خلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاوون) وقال النبي ﷺ « لئن يمتلىء جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلئ شعراً » رواه أبو داود وابو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :

وراهن ربي مثل ماقد ورينني وأحمى على أكبادهن المكاويا

قلنا أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر انهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله

﴿فصل في اللعب﴾

كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وماخلا القمار وهو اللعب الذي لاعوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فالمحرم اللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة واكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم .

ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال « من لعب بالنرد شير فقد عصي الله ورسوله » . وروى بريدة أن النبي ﷺ قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه » رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم . إذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي . وقال مالك : من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا بادلة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد آكد لورود النص في تحريمه وهذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه ، وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب

كثيراً) ولان الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي ﷺ ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لايفعل الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة

وأما الخبر فقال ابو عبيد معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشا فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح في أعراضهم أو التشبب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا انه محرم وهذا إن أريد به انه محرم على قائله فهو صحيح وأما على راويه فلا يصح فان المغازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لاينكر ذلك أحد

وقد روي أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن ابي الصلت الحائية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم في التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير

وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر أمه فقال النعمان دعوه فانه لم يقل بأساً انما قال

وعمرة من سروات النساء تنفح بالمسك أردانها

وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالكا وأبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته وحكي ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) ان في الشطرنج تدبير الحرب فأشبه اللعب بالحراب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل

(والثاني) ان المعول في النرد على ما يخرجه الكعبتان فأشبه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره فأشبه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر ومر رضي الله عنه على قوم فقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه وروى واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « ان الله عز وجل في كل يوم ستمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » ولانه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصاً وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم ان فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها

فاما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلا فيهجو القبيلة باسرها . وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن ابي ليلى فخاف أن يرد شهادته فقال

إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن بحثوا عني ففيهم مباحث

فقال القاضي ومن يبحثك يأبا دلامة وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

﴿ فصل في قراءة القرآن بالالحان ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن — وروي — زينوا القرآن باصواتكم — وقال — لقد أوتي ابو موسى مزماراً من مزامير آل داود »

وروي ان النبي ﷺ قال لابي موسى «لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » فقال ابو موسى لو أعلم أنك تسمع لحبرته لك تحبيراً

منها وأكثر اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب والقمار وقولهم ان المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشغاله بها وصدها عن ذكر الله وعن الصلاة . إذا ثبت هذا فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج انما قال ذلك لورود النص في النرد بخلاف الشطرنج . إذا ثبت هذا فقال القاضي : هو كالنرد في رد الشهادة وهو قول أبي حنيفة ومالك لاشتراكهما في التحريم وقال أبو بكر ان فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته الا ان يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق او يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه أشبه سائر المختلف فيه

(فصل) وأما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لايجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ولانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن اذى الجيران واشرافه على دورهم ورميه اياها بالحجارة ، وقد روي ان النبي ﷺ رأي رجلا يتبع حماما فقال « شيطان يتبع شيطانة » فان اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير اذى يتعدى إلى الناس فلا بأس ، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا اتى النبي ﷺ فشكا اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجا من الحمام »

وروي ان عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال « أين كنت ياعائشة ؟ » فقالت يارسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله للذي جعل في أمتي مثل هذا » وقال صالح قلت لابي « زينوا القرآن باصواتكم » مامعناه ؟ قال أن يحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به ، وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع يستغني به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته قال الراوي لولا أن يجتمع الناس علي لحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ماأذن الله لشيء كاذنه لنبي حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر * في سماع يأذن الشيخ له *

وقال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر

وكنت امرءاً زمناً بالعراق عفيف المناخ كثير التغني

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فمباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك مافي معناها من الثقاف واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي ﷺ بالحراب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالاصل اباحته فما كان فيه دناءة يترفع عنه ذووا المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ومالا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفاط والقمام والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين)

الصناعات الدنيئة كالكساح والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلا أتى ابن عمر فقال له اني رجل كناس فقال له أي شيء تكنس ؟ الزبل قال لا قال فالعذرة ؟ قال نعم قال الاجر خبيث وما تزوجت فخبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه اهل المروءات فاشبه الذي قبله فاما الزبال ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانها دناءة تجتنبها أهل المروءات فهو كالذي قبله (والثاني) يقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقتها ويصليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً ، وأما الحائك والحارس والدباغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضي احمد بن محمد البرني هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به

والصحيح ان هذا القدر من التلحين لا بأس به لانه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لنبي يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة، ثم قال يجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن افرط في المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن اصحابنا من يحرمه لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا

وقد روينا عن أبي عبد الله ان رجلا سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك ان يقال لك ياموحامد ؟ قال لا فقال لا يعجبني ان يتعلم الرجل الالحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذا، واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين ، وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرؤا القرآن بالحزن فانه نزل بالحزن » وقال المروذي سمعت اباعبدالله قال لرجل لو قرأت وجعل ابوعبدالله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال له يحيى اقرأ فقرأ

الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والاولى قبول شهادة الحائك والحارس والدباغ لانه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءات وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذباً أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا ظهر في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » ذكر منها إظهار المعازف والملاهي وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي امامة قال قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني الضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر مزماراً فوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال فقلت لا قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال

فغشي على يحيى حتى حمل فأدخل ، وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى إلى طعام لم يدع اليه دخل سارقاً وخرج مغيراً » ولانه يأكل محرما ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لانه من الصغائر

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لانه فعل محرما وأكل سحتاً وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال قال رسول الله ﷺ « ان المسئلة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل اصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك فما سوى ذلك من المسئلة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم

وأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلا أو يكثر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لان ذلك دناءة وسقوط مروءة ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له

كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا الاول لا يصح لان المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه قال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فابيح للحاجة وأما الانكار فلعله كان في أول الهجرة حينا لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لانه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين (وضرب مباح) وهو الدف فان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لانه يروى عن عمر انه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد الدرة

الأخذ من غير مسئلة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وان أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته كالمتزوج بغير ولي أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به اذا تكرر، وقال أصحاب الشافعي لا ترد شهادته به لانه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ولنا انه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فاشبه المجمع على تحريمه وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن احمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فامامن يعتقد انه على التراخي ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانياً» وقال

ولنا ماروي عن النبي ﷺ ان امرأة جاءته فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ «أوف بنذرك» رواه ابو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذوراً، وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بني بي فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفينا نبي يعلم مافي غد فقال دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين» متفق عليه فاما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لانه إنما يضرب به النساء والمخنثون، والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء. فأما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم اليه مكروه او محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بآلة لهو ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف اصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه ابو بكر عبدالعزيز إلى إباحته قال ابو بكر عبدالعزيز الغناء والنوح معنى واحد مباح مالم يكن معه منكر ولا فيه طعن فان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه، وروي عن احمد انه سمع من عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه، وقال له صالح يا أبه أليس كنت تكرههم؟ فقال قيل لي انهم يستعملون المنكر، وممن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري لماروي عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت عندي جاريتان تغنيان فدخل ابو بكر فقال مزمور

عمر لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ماهم بمسلمين ماهم بمسلمين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر اذا لم يكن غيرهم)

وجملته أنه اذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما اذا لم يوجد غيرهما ويستحلفان بعد العصر ماخانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذاقربى ولا نكتم شهادة الله انا اذاً لمن الآثمين

قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك ابن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما

وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لاتقبل لان من لاتقبل شهادته على غير الوصية لاتقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد بقوله من غيركم أي من غير عشيرتكم ومنهم من قال الشهادة في الآية اليمين

الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ ؟« دعها فانها أيام عيد » متفق عليه ،وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب واختار القاضى انه مكروه غير محرم،وهو قول الشافعي وقال من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لايعجبني ، وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه قال احمد فيمن مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوي مغنية ثلاثين الفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال لاتباع إلا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى(واجتنبوا قول الزور) قال الغناء وقال ابن عباس وابن مسعود في قول الله تعالى (ومن الناس من يشتري لهو الحديث)قال هو الغناء وعن ابي امامة ان النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخرجه الترمذي وقال لانعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

وروى ابن مسعود ان النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب » والصحيح انه قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتي له او اتخذ غلامه او جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وإن كان لاينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغني للناس او كان غلامه وجاريته انما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه او كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال ان دام عليه ردت شهادته كسائر الصغائر

ولنا قول الله تعالى (يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الارض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بارض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب فاحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فاتيا الاشعري فاخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الاشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفهما بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وانها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما . رواها أبو داود في سننه

وروى الخلال حديث ابي موسى باسناده وحمل الآية على انه أراد من غير عشيرتكم لا يصح

وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أن لاترد شهادته لأنه لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت المغني اويغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة ، وان كان مستتراً به فهو كالمغني لنفسه على ماذكر من التفصيل فيه

(فصل) فاما الحداء وهو الانشاد التي تساق به الابل فمباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبدالله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة «حرك بالقوم» فاندفع ينشد فتبعه انجشة فأعنقت الابل فقال النبي ﷺ « لانجشة رويدك رفقاً بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد مالم يخرج إلى حد الغناء ، وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا ينكره والغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء ممدود مضموم كالدعاء ويجوز الكسر كالنداء

(فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه ، وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «إن من الشعر لحكما» وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدته * بانت سعاد فقلبي اليوم متبول * في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

لان الآية نزلت في قضية عدي وتميم بلاخلاف بين المفسرين وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسلمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الاحاديث التي رويناها ، ولانه لو صح ماذكروه لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لاقسامة عليهم وحملها على التحمل لايصح لانه أمر باحلافهم ولا أيمان في التحمل وحملها على اليمين لايصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لانشتري به ثمناً ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله) الآية ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان

وروى ابو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال احمد أهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك)

مذهب أبي عبدالله أن شهادة أهل الكتاب لاتقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ماذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفساً وممن قال لاتقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والاوزاعي ومالك

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

وقال عمر بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال « أمعك من شعر أمية ؟ » قلت نعم فأنشدته بيتاً فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب

وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى ان أبا الدرداء قيل له مامن أهل بيت في الانصار إلا وقد قال الشعر قال وأنا قد قلت

يريد العبد أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أرادا

يقول العبد فائدتي ومالي وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة العربية وللاستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاوون) وقال النبي ﷺ « لان يمتلىء أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلىء شعراً » رواه ابو داود وابو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه . يقال وراه يريه . قال الشاعر :

والشافعي وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأه الخلال في نقله هذا وكذلك صاحبه ابو بكر قال هذا غلط لاشك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على روايتين وقال ابو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري والبتي وأبي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي وروي عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحمى على اكبادهن المكاويا

قلنا أما الآية فالمراد بها من اسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر انهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالايفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين بقوله (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولان الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء لا سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو النبي ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فلا آية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة ، واما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشاً فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين والقدح في اعراضهم او التشبب بامرأة بعينها بالافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا ان اريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح فان المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد ، وقد روي ان النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما الاقصيدة أمية بن ابي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم في التشبب بعمرة بنت رواحة اخت عبد الله بن رواحة ام النعمان ابن بشير وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولاينكر وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر امه فقال النعمان فلم يقل بأساً انما قال

ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لاتقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل انه أراد اليمين فانها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير أهل دينهم لايلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين وقد روي عن معاذ ان النبي ﷺ كان لايقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها) .

أما الخصم فهو نوعان (أحدهما) كل من خاصم في حق لاتقبل شهادته فيه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصي فيما هو وصي فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه ولا المضارب بمال او حق للمضاربة ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ماأشبه هذا لانه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كالمالك ، (والثاني) العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر اهل العلم روي ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ويريد

وعمرة من سروات النساء * تنفح بالمسك اردانها

وكان عمر بن طلحة بمجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر امه فسكتوه فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها فأما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنبا رجل يهاجي رجلا فيهجو القبيلة باسرها وقد روينا ان أبا دلامة ؟ شهد عند قاض فخاف ان ترد شهادته فقال

ان الناس غطوني تغطيت عنهم   وان بحثوا عني ففيهم مباحث

فقال القاضي ومن يبحثك يا ابا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

(فصل في قراءة القرآن بالالحان) اما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها وان حسن صوته به فهو أفضل فان النبي ﷺ قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروي « زينوا القرآن باصواتكم » وقال « لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم انك تستمع لحبرته لك تحبيراً وروي ان عائشة أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال أين كنت ياعائشة فقالت يارسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحدا يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا » قال صالح قلت « لأبي زينوا القرآن باصواتكم » مامعناه قال ان تحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به . وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع يستغني به فاما القرآن بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته

بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل ان يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها لافسادها فراشه .

فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو المحق من اهل السنة يشهد على مبتدع فلاترد شهادته لان العدالة بالدين والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه وقال ابو حنيفة لاتمنع العداوة الشهادة لانها لاتخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو داود الغمر الحقد ولان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة وتخالف الصداقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لايقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه .

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لاننالوأبطلناشهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من ابطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ويفارق مالو طرأ الفسق

وقال الراوي لولا ان تجتمع الناس إلي لحكيت لكم قراءة رسول الله ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كاذنه لنبي حسن الصوت يتغنى بالقرآن » أي يجهر به ومعنى أذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر : وكنت أمرأ زمنا بالعراق عفيف المناخ كثير التغني

قال ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة وقال القاضي أحمد بن محمد البرني : هذا قول من أدركنا من اهل العلم وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به . قال شيخنا والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ولانه لو كان مكروها لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لنبي يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى اذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم قال يجهر والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء فاما إذا أسرف في المد والتمطيط واشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفا والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال يحرم لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا ، وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك أن يقال لك يا موحامد ؟ قال لا قال ولا يعجبني أن يتعلم الرجل الالحان إلا ان يكون حرمه مثل حرم أبي موسى قال له رجل فيكلمون قال لا كل ذا

بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لايفضي إلى ذلك بل إلى عكسه ولان طريان الفسق يورث تهمة في حال اداء الشهادة لان العادة أسراره فظهوره بعد اداء الشهادة يدل على انه كان يسره حالة ادائها وههنا حصلت العداوة بامر لاتهمة على الشاهد فيه وأما المحاكمة في الاموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ماحاكم فيه

وأما قوله ولا جار إلى نفسه فان الجار إلى نفسه هو الذي ينتفع بشهادته ويجر اليه بها نفعاً كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين وشهادتهم للميت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق مالو شهد الغرماء لحي لاحجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لايتعلق بماله وانما يتعلق بذمته

فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهدا له بمال ملكا مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعاً . قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره واقراره لدعواه الحق الذي شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لانه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لعبده المأذون له في التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره وقال نص عليه أحمد

واتفق اهل العلم على انه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرءو القرآن بالحزن فانه نزل بالحزن » وقال المروذي سمعت ابا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل ابو عبدالله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى اقرأ فقرأ فغشي على يحيى حتى حمل وادخل وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصل) ولاتقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى طعاما لم يدع اليه دخل سارقا وخرج مغيراً » ولانه يأكل محرما ويفعل مافيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لانه من الصغائر ومن سأل من غير ان تحل له المسئلة فاكثر ردت شهادته لأنه فعل محرما وأكل سحتا وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسئلة لا تحل إلا لاحد ثلاثة رجل اصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال- سداداً من عيش ، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك » فاما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك الا أن يكون اكثر عمره سائلا فينبغي ان ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ، فان اخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير

فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع انه اذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وانما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لايمنع قبول الشهادة كالوشهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه أو يفلس فيتعلق حقه به وانما المانع مايحصل للشاهد به نفع حال الشهادة

فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لاتنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث قلنا انما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال فانه انما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لاينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله

قلنا انما أجزناها لان الدية لاتجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة له بالمال

مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وان اخذ منها ما لايجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون واسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)

لان المقتضي لقبول الشهادة موجود وإنماردت لوجود المانع فاذا زال المانع عمل المقتضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى (وهو الذي يقبل التوبة عن عباده) وقوله سبحانه (ومن يعمل سوءاً أويظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيما) وقال النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لاذنب له» وقال عمر رضي الله عنه: بقية عمر المرء لاقيمة له يدرك فيه ما مافات ويحيي فيه ما امات ويبدل الله سيآته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكمية فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فان كانت المعصية لاتوجب حقا عليه في الحكم كقبلة الاجنبية والخلوة بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على ان لايعود فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان واضمار أن لايعود »ومجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب حقاً عليه لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو بدله وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لانه يخاف أن يوسرا قبل الحول فيحملا وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده فانه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته لانه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم باسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته اذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بمعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه

وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

عليه فان كان عليه فيها حق في البدن وكان حقا لآدمي كالقصاص وحد القذف فالمشترط في التوبة التمكين من نفسه ببذلها المستحق وان كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لا يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فان من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي ﷺ ذلك وان كانت معصيته مشهورة فذكر القاضي أن الاولى به الاقرار ليقام عليه الحد لانه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه .

قال شيخنا والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لماعز والمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره وكره الاقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض المقر بالرجوع عن الاقرار وقال لهزال وهو الذي امر ماعزا بالاقرار «ياهزال لو سترت بثوبك لكان خيراً لك» وقال أصحاب الشافعي توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ماقبلها كما ورد في الاخبار مع مادلت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) وإن شهد الشريك لشريكه في غير ماهو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ماهو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أوشهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر باسقاط شفعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت احدى الوصيتين لاتزاحم الاخرى ونحو ذلك مما لاتهمة فيه قبلت لان المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضي

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجملته إنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثوقا بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا العدالة ومن يكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له أو بغير ما استشهد به واذا كان مغفلا فربما استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لان أحداً لا يسلم من ذلك فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الاخلال بالعدالة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعتبر اصلاح العمل وعنه يعتبر في التائب اصلاح العمل سنة)

ظاهر كلام احمد والخرقي انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح إصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الاخر يعتبر اصلاح العمل الا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويبين فيها صلاحه وهذا رواية عن أحمد حكاها أبو الخطاب لان الله تعالى قال (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فانه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ولان عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فامر ان لا يكلم الا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام «التوبة تجب ماقبلها» وقوله «التائب من الذنب كمن لاذنب له» ولان المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ولان التوبة من الشرك بالاسلام ولايحتاج الى اعتبار مابعده وهو أعظم الذنوب فما دونه أولى وأما الاية فيحتمل ان يكون الاصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكرة تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولان من كان غاصبا فرد مافي يديه او مانعاً للزكاة فأداها وتاب الى الله عز وجل قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادما عليه فانه لو لم ترد التوبة لما أدى مافي يديه ولان تقديره بسنة تحكم لم يرد به الشرع والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد من عمر في حق صبيغ انما كان لانه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه اظهر التوبة تسترا بخلاف مسئلتنا وقد ذكر القاضي ان التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قال ومن علامة

« مسئلة » قال (وتجوز شهادة الاعمى اذا تيقن الصوت)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن ابي ليلى واسحاق وابن المنذر

وقال ابو حنيفة والشافعي لاتقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف عن الحسن واياس وابن ابي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة واذا أقر عند أذنه ويد الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لاتجوز شهادته على الافعال لاتجوز على الاقوال كالصبي ولان الاصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولانه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الاعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولا سبيل إلى انكار حصول اليقين في بعض الاحوال

توبته ان يجتنب من كان يواليه من اهل البدع ويوالي من كان يعاديه من اهل السنة والصحيح ان التوبة من البدعة كغيرها الا ان تكون التوبة تفعل بسبب الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة يظهر ان توبته عن اخلاص لاعن اكراه وللحاكم ان يقول للمتظاهر بالمعصية تب اقبل شهادتك وقال مالك لاعرف هذا قال الشافعي وكيف لايعرفه وقد امر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمر لابي بكرة ؟

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب)

وجملة ذلك ان القاذف اذا كان زوجا فحقق قذفه ببينة او لعان او كان اجنبيا فحققه بالبينة او باقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولاحد ولارد شهادة وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا روي ذلك عن عمر وابي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابي الزناد ومالك والشافعي والبتي واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته اذا جلد وإن تاب، وعند أبي حنيفة لاترد شهادته قبل الجلد وان لم يتب والخلاف معه في فصلين :

قال قتادة للسمع قيافة كقيافة البصر ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما فاذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استمتاعه من زوجته اذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه اذا ثبت هذا فانه لايجوز أن يشهد إلا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز أن يكون صوت . غيره لم يجز أن يشهد به كالواشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عمي جاز أن يشهد به اذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتجوز شهادته أصلا لانه لايجوز أن يكون حاكما

ولنا ماتقدم ولان العمى فقد حاسة لاتخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ويفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما فان لم

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبي حنيفة ومالك لاتسقط الا بالجلد (والثاني) انه ان تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند ابي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وبما روى ابن ماجة باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لاتجوز شهادة خائن ولامحدود في الاسلام واحتج في الفصل الآخر بان القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق

ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لابي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعا قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم عمر توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكرة فلم يقبل شهادته و كان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تاب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه ان الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى . وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فان قالوا انما يعود الاستثناء الى الجملة التي تليه بدليل انه لايعود الى الجلد قلنا بل يعود إليه ايضا لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة

يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسئلة

وإن شهد عند الحاكم ثم عمي قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لايجوز الحكم بها لانه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا انه معنى طرأ بعد اداء الشهادة لايورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت، وفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل) ولا تجوز شهادة الاخرس بحال نص عليه احمد رضي الله عنه فقال لاتجوز شهادة الاخرس قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل اذا فهمت اشارته لانها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا

فيعود الاستثناء إلى جميعها الا ما منع . ولهذا لما قال النبي ﷺ «لايؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته الا بإذنه » عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولان الاستثناء يغاير ما قبله فعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فانه لوقال امرأته طالق وعبده حر ان لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء الى الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء الى الحكم المقصود اولى من رده الى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاه وهو ضعيف قال ابن عبدالبر لم يرفعه في روايته حجة ، وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على انها من غلطه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا .

وأما الفصل الاول فدليلنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة رد الشهادة ، والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به وتخلف أستيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر ، وقولهم إنما يتحقق بالجلد لايصح لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده هذا باطل

ولنا أنها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لايكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما اكتفي باشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ولان الحاكم لايمضي حكمه اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لايشهد برؤية خطه فلأن لايحكم بخط غيره أولى

وما استدل به ابن المنذر لايصح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل باشارته في الصلاة، ولو شهد الناطق بالايماء والاشارة لم يصح اجماعا فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الاحكام

﴿ مسئلة ﴾ (قال ولا تجوز شهادة الوالدين وان علوا للولد وان سفل ولا شهادة الولد وان سفل لهما وان علوا)

ظاهر المذهب ان شهادة الوالد لولده لاتقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولاتقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولالجده ولا جدته من قبل أبيه وامه وان

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتي يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي ان شهادته لاترد

ولنا ان عمر لم يقبل شهادة ابي بكرة وقال له تب اقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكرة مع رد عمر شهادته

﴿ مسئلة ﴾ (وتوبته أن يكذب نفسه وقيل ان علم صدق نفسه فتوبته أن يقول قد ندمت على ماقلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه)

ظاهر كلام احمد والخرقي أن توبة القاذف اكذابه نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر وممن قال هذا سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والشعبي وإسحاق وابوثور وابوعبيدة لما روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ انه قال في قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه ولأن عرض المقذوف يلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة، وذكر القاضي ان القذف ان كان سبا فالتوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ماقلت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي قل وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب . قال شيخنا والاولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه فانه لايعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه

علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب له لان مال الابن في حكم مال الاب له ان يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه او يجر بها لنفسه نفعاً قال النبي ﷺ «انت ومالك لابيك» وقال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال اذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لاينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة

وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود واسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالاجنبي

ولنا ماروى الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة

سواء كان القذف بشهادة او سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب ، ووجه الاول ان الله تعالى سمى القاذف كاذبا على الاطلاق بقوله سبحانه (فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله تعالى ، وإن كان في نفس الامر صادقا

(فصل) ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شي إلا في الحدود والقصاص على احدى الروايتين وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والمذهب انها مقبولة . روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما قال أنس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والثوري وابو حنيفة والشافعي وابو عبيد لاتقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولأنها مبنية على الكمال لاتتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ، وقال الشافعي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية ، وروى عقبة بن الحارث قال : تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه

ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله لما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يريبني ما رابها » ولانه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتخص به

(فصل) فأما شهادة احدهما على صاحبه فتقبل نص عليه احمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم اجد عن احمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولانها انما ردت للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في ايصال النفع الي نفسه كان اقراره عليه مقبولا وحكى القاضي في المجرد رواية اخرى ان شهادة أحدهما لاتقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق

وقال بعض الشافعيه لاتقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولايحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كاقراره على نفسه

(فصل) وان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق أمهما

وفي رواية ابي داود فقلت يارسول الله انها لكاذبة فقال « وما يدريك وقد قالت ماقالت ؟ دعها عنك» ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر وقولهم ليس له مروءة ممنوع بل هو كالحر ينقسم إلى من له مروءة، ومن لامروءة له ،وقد يكون منهم العلماء والامراء والصالحون والأتقياء سئل اياس ابن معاوية عن شهادة العبد فقال أنا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب، وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبدالعزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالي كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق الا الحرية وهي لاتغير طبعاً ولا تحدث علما ولا دينا ولا مروءة ولا يقبل منهم الا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لايمكنه الخلافة لان مايصير اليه يملكه سيده فلايمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لايملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

﴿الفصل الثاني﴾ ان شهادته لاتقبل في الحدود وفي القصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمي ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال

(والثاني) لاتقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد والقصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وابو الخطاب فانهما ذكرا في العقوبات كلها روايتين (احداهما) تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر والثانية لاتقبل وهي

لا يزداد به وسواء كان المشهود عليه اباهما أو اجنبيا وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابيه من الرضاعة وأبيه منها وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الانفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

« مسئلة » قال (ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده)

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة لان مال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لامته بطلاق لان في طلاق امته تخليصها له واباحة بضعها له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيده لانه يتبسط في مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع ابيه

ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يندرىء بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) ان شهادة الامة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وانما تقبل في المال او شبهه والامة كالحرة فيما عداهما وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث. وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه لاتجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ولنا ماذكرناه في العبد ولانه اذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى

(فصل) وتجوز شهادة الاصم في المرئيات وعلى المسموعات قبل صممه اما شهادته على المرئيات فهو فيها كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز شهادته في المسموعات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الاعمى على الافعال التي رآها قبل العمى اذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز شهادة الاعمى في المسموعات اذا تيقن الصوت وبالاستفاضة)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر، وقال ابو حنيفة والشافعي لاتقبل شهادته، وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف فيه عن الحسن واياس وابن أبي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة اذا أقر عند أذنه ويد الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لاتجوز شهادته على الافعال لاتجوز على الاقوال كالصبي ولأن الاصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

« مسئلة » قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة ، وعن احمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك

ولنا ان كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذا ان مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فاضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له ان غلامي سرق مرآة امرأتي: لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

ولنا قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه ممن ألفه الاعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد ان يعرفهما حتى يعرف عدالتهما فاذا صح ان يعرف الشاهدين صح ان يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبول النكاح ، وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط او رآه يكتبه لم يجز ان يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز ان يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز ان يكون صوت غيره لم يجز ان يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

﴿مسئلة﴾ (وتجوز في المرئيات التي تحملها قبل العمى اذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لانه لا يجوز ان يكون حاكما

ولنا ما تقدم في المسئلة قبلها ولان العمي فقد حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشهادة الاخ لاخيه جائزة)

قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان شهادة الاخ لاخيه جائزة روي هذا عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري انه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لاخيه إذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه. وقال ابن المنذر قال مالك لاتجوز شهادة الاخ لاخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالاجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى

كالصمم وفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرها .

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه ولم يعرفه الا بعينه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا في المسئلة الاولى)

وهذا قول القاضي ويصفه للحاكم بما يتميز به قال شيخنا ويحتمل ان لا تقبل لان هذا مما لا ينضبط غالبا

﴿مسئلة﴾ (وان شهد عند الحاكم ثم عمي قبلت شهادته وجاز الحكم بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لانه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طرأ بعد اداء لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

﴿مسئلة﴾ (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً انه يحب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين

ولنا عموم الآيات فانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولان من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (أحدها)

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا مالكا قال لاتقبل شهادة الصديق الملاطف لانه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وماقاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر وان كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين. فاما العداوة فسببها محظور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة

« مسئلة » قال (وتجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود، وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالمذهب انها مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما. قال انس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح واياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل

ان ولد الزنا لم يفعل قبيحاً يحب ان يكون له نظراء فيه (والثاني) لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً وغير جائز ان يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى فانه لايجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه ولا يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكما

﴿مسئلة﴾ (وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل)

تجوز شهادة المرضعة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث وكذلك شهادة القاسم على القسمة لانه يشهد لغيره فصح على فعل نفسه كما لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحاكم على حكمه بعد العزل لذلك وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي اذا اجتمعت الشروط)

وهو ظاهر كلام الخرقي وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور وأجازه أبو الخطاب وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي اخشى ان لا تقبل فيحتمل وجهين (أحدهما) لا تقبل وهو قول جماعة من اصحابنا ومذهب ابي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيماعدا الجراح وكقول الباقين احتياطاً للدماء واحتج اصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة رضي الله عنه عن

شهادته لانه غير ذي مروءة ولانها مبنية على الكمال لاتتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث . وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يارسول الله انها لكاذبة قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك » ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم انه غير ذي مروءة فانه كالحر ينقسم الى من له مروءة ومن لامروءة له وقد يكون منهم الامراء والعلماء والصالحون والاتقياء

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال انا ارد شهادة عبد العزيز بن صهيب وكان منهم زياد ابن ابي زياد مولى ابن عباس من العلماء الزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيداً او ابناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق إلا الحرية والحرية لاتغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة

النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل اذا أشهد قروياً واشهد بدويا قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت الا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله والجفاء في الدين (والثاني) تقبل لان من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على اهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من اهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب ان لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدالته

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء (أحدها) قرابة الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا .

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لاتقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب لابنه لان مال الابن في حكم مال الأب له أن يتملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعاً قال النبي ﷺ « انت ومالك لأبيك » وقال « ان أطيب

لان ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب ان تقبل شهادته

(الفصل الثاني) ان شهادته لاتقبل في الحد وفي القصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لانه حق آدمي لايصح الرجوع عن الاقرار به فأشبه الاموال (والثاني) لاتقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد. وذكر الشريف وأبو الخطاب في العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين [إحداهما] تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر [والثانية] لاتقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء لان النساء لاتقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وإنما تقبل في المال أو سببه والامة كالحرة فيما عداهما فساوتهن في الشهادة وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لاتهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لاينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبدالعزيز وابو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالاجنبي

ولنا ماروى الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولاذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «فاطمة بضعة مني يريبني مارابها» ولانه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به

﴿مسألة﴾ (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل، نص عليه أحمد وهذا قول عامة اهل العلم، قال شيخنا ولم اجد عن احمد في الجامع فيه اختلافاً وذلك لقوله تعالى (ياايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولولم تقبل لما امر بها ولانها

ولنا ما ذكرناه في العبد . وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لانهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم

(مسئلة) قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لاتجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة في من فعل قبيحاً انه يحب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين.

ولنا عموم الآيات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد لرشدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (احدها) ان ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحاً يحب ان يكون له نظراء فيه ، (والثاني) انني لااعلم ماذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لايكون ثابتاً عنه وغير جائز ان يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ماذكروه فغيره اولى فانه لايجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه ومايتعدى

إنما ردت شهادته له للتهمة في ايصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل اولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في ايصال النفع الى نفسه كان اقراره عليها مقبولا ، وفيه رواية أخرى أن شهادة احدهما لاتقبل على صاحبه حكاها القاضي في المجرد لان شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لاتقبل شهادة الابن على ابيه في قصاص ولا حد قذف لانه لايقتل بقتله ولايحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه ابلغ في الصدق كشهادته على نفسه

(فصل) فان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أوقذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق امهما لايزداد به وسواء كان المشهود عليه اباهما أواجنبياً وتوفر الميراث لايمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وابيه وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الانفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

(مسئلة) ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في احدى الروايتين)

هذا الذي ذكره الخرقي وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة والرواية الاخرى يجوز هذا وقول شريح والحسن والشافعي وأبي ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة

الحكم إلى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لايلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته ان القاذف إن كان زوجا فحقق قذفه ببينة اولعان او كان اجنبيا فحققه بالبينة او باقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولاحد ولارد شهادة ، وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا وروي ذلك عن عمر وابي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبدالله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابو الزناد ومالك والشافعي والبتي وإسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبدالبر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري واصحاب الرأي لاتقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند ابي حنيفة لاترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب فالخلاف معه في فصلين

وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لاتهمة في حقه ولاتقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقها من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك

ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لاتدخلوا بيوت النبي) فأضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى وقال تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق مرآة امرأتي : لاقطع عليه عبدكم سرق مالكم ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

﴿ مسئلة ﴾ (ولاتقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيده)

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة لان مال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ « من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافا ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لأمته بطلاق لان في طلاق أمته تخليصا له وإباحة بضعها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيده لانه يتبسط في ماله وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

﴿ مسئلة ﴾ (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وسائر الاقارب والصديق لصديقه والمولى لعتيقه)

(احدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند ابي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) انه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند ابي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجه باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الاسلام » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان اجماعا قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى ابو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه ان الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى وأما الآية فهي حجة لنا فانه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي اثبات فيكون تقديره (إلا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن شهادة الاخ لاخيه جائزة وري ذلك عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لاخيه اذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لاخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الايات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالاجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب اولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا اجيزت مع قربه كان تنبيها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لانه يجر الى نفسه نفعا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم ادلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وان كان ربما قضاه دينه منه فجر الى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين وأما العداوة فسببها محصور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالف الصداقة وتجوز شهادة المولى المعتق لعتيقه لانه لا تهمة فيه أشبه الاجنبي ولانه بمنزلة الاخ وشهادة الاخ لاخيه مقبولة كما ذكرنا

فان قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل انه لايعود إلى الجلد ، قلنا بل يعود اليه أيضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ولهذا لما قال النبي ﷺ «لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا باذنه» عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولان الاستثناء يغاير ماقبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فانه لو قال امرأته طالق وعبده حر ان لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء الى الحكم المقصود أولى من رده الى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج ابن أرطاه وهو ضعيف قال ابن عبدالبر : لم يرفعه من روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطائه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا

(فصل) وأما الفصل الثاني فدليلنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الوجبة لرد الشهادة والحد كفارة وتطهير

(فصل) الثاني ان يجر الى نفسه نفعاً بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال لانه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم ولا تقبل شهادة الشفيع ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لانه يجر الى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للميت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لاحجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهدا له بمال ملك مطالبته فجروا الى أنفسهم نفعا قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما ثبتت بيساره واقراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره نص عليه أحمد فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر الى نفسه نفعا بشهادته قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل ان يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل ان يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل ان يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به وإنما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز ان يتجدد له حق وان لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل ان عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث

فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به وتخلف استيفاء أحدهما لايمنع ثبوت الآخر وقولهم إنما يتحقق بالجلد لايصح ؛ لان الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز ان يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده ؟ هذا باطل .

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي ان شهادته لاترد .

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكرة وقال له تب أقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكرة مع رد عمر شهادته .

« مسئلة » قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرقي أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبدالبر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وابو ثور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن

قلنا انما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما افضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهدا لنفسه موجبا له بها حقا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بمال فانه انما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لاينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد اجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بمال له قلنا إنما أجزناها لان الدية لاتجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة بالمال .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تقبل شهادة الوصي له الميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء المفلس بالمال واحد الشفيعين بعفو الاخر عن شفعته وكذلك المضارب بمال المضاربة)

لانه متهم ولان الشفعة اذا بطلت المشهود عليه توفرت على الشاهد فيكون شاهدا لنفسه وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فاما ان شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه او الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد احد الشفيعين بعد ان اسقط شفعته على الاخر باسقاط شفعته او احد الوصيين بعد سقوط وصيته على الاخر بما يسقط وصيته او كان احد الوصيين لايزاحم بها الاخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لان المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضي

(فصل) ولا تقبل شهادة الوصي للموصى عليهم ان كانوا في حجره وهذا قول اكثر اهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وابو حنيفة وأجاز شريح وابو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لانه اجنبي متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكذاب نفسه ولان عرض المقذوف تلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به وذكر القاضي أن القذف ان كان سبا فالتوبة منه اكذاب نفسه وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ماقلت وهذا قول بعض اصحاب الشافعي قال وهو المذهب لانه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع إكذاب

والأولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وانه لايعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة او سب لانه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقاً في السب

ووجه الاول ان الله تعالى سمى القاذف كاذبا إذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقاً

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته بدليل قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة او ظلموا انفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون * اولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل

ولنا انه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متهما بالشهادة به وقولهم في حجره احتراز مما لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل والحكم في أمين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياساً عليه فاما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافا فانه لايتهم عليهم ولايجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كالاجنبي

(فصل) الثالث أن يدفع عن نفسه ضررا كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لاتقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه.

إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن انفسهم فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئا من الدية واحتمل ان لاتقبل لجواز أن يوسرا قبل الحول فيحملان وكذلك الخلاف في البعيد الذي لايحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض باسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت

سوءاً او يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيما) ولان النبي ﷺ قال « التائب من الذنب كمن لاذنب له » وقال عمر رضي الله عنه بقبة عمر المؤمن لاقيمة له يدرك فيه مافات ويحيي فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات

والتوبة على ضربين باطنة وحكمية، فأما الباطنة فهي ما بينه وبين ربه تعالى فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة اجنبية او الخلوة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على ان لايعود وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الندم توبة » وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة اشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار ان لايعود ومجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب عليه حقا لله تعالى او لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب امكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب او مثله ان كان مثلياً والا قيمته وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فان كان عليه فيها حق في البدن فان كان حقاً لآدمي كالقصاص وحد القذف اشترط في التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق وان كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته ايضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لم يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى فانه من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين اقرت بالزنا لم

وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بعينين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه، وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم، وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن لا شهادة لخصم ولا ظنين »

(فصل) الرابع العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته .

وجملة ذلك ان شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري واسحاق ومالك والشافعي والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها بافسادها فراشه، وأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر او المحق من اهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لان العداوة في الدين والدين يمنعه من ارتكاب محظور في دينه، وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له

ينكر عليها النبي ﷺ ذلك، وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي ان الاولى الاقرار به ليقام عليه الحد لانه اذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك اقامة الحد عليه والصحيح ان ترك الاقرار اولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لماعز وللمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره وكره الاقرار حتى انه قيل لما قطع السارق كأنما اسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الاقرار، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالاقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك »

وقال أصحاب الشافعي توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع ما دلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاصرار . وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) ظاهر كلام أحمد والخرقي انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولاية في النكاح اصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الآخر يعتبر اصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه ابو داود والغمر الحقد ولان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة وتخالف الصداقة فان شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا، فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لانا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه بابطال شهادة الشاهد بقذفه ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد اداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل الى عكسه لان طريان الفسق يورث تهمة في حال اداء الشهادة لان العادة اسراره فظهوره بعد اداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حال أدائها وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه، فأما المحاكمة في الاموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حكم فيه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الشرط الخامس ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة) وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل قال

وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لان الله تعالى قال (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فانه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ، ولان عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام « التوبة تجب ماقبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لاذنب له » ولان المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ولان التوبة من الشرك بالاسلام لاتحتاج إلى اعتبار مابعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى فاما الآية فيحتمل أن يكون الاصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكرة تب اقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولان من كان غاصباً فرد مافي يديه أو مانعاً الزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوعه عن معصيته باداء ماعليه ولو لم يرد التوبة ما أدى مافي يديه ولان تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ انما كان لانه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسئلتنا

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قال ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة

ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة تقبل في غير هذه الشهاده فتقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه

ولنا أنه متهم في أدائها لانه يعير بردها وتلحقه غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتعير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحقه التهمة في أنه قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته الى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره او صبي لصغره او عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد واعادوا تلك الشهادة فانها لا ترد لانها لم ترد أولا بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولان البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

﴿مسئلة﴾ ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لا تهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك للاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً اوسمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا

والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على اخلاص لا عن اكراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك قال مالك لا أعرف هذا، قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمر لابي بكرة؟

« مسئلة » قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته)

وجملته أن الحاكم اذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل، قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه.

ولنا انه متهم في ادائها لانه يعير بردها ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فلحقته تهمة في أنه قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما اذا

الصبي والكافر في زمن النبي ﷺ يروون عنه بعد ان كبروا كالحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير، والرواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

﴿مسئلة﴾ (ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت)

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبلها وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا وقد ذكرنا ما يقتضي فرقاً بينهما فيفترقان، وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق واعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

﴿مسئلة﴾ (وان شهد لمكاتبه اولموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب وبرء الجرح ففي ردهما وجهان)

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبا والبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق

(والثاني) لا تقبل لان ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أصح فان الاصل قبول

ردت شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر و بلغ الصبي وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فانها لاترد لانها لم ترد أولا بالاجتهاد وأنما ردت باليقين ولان البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لايرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه

وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وابي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية أخرى كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا مايقتضي فرقا بينهما فيفرقان ، وروى عن احمد في العبد اذا ردت شهادته لرقه، ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا ان الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة ففي قبولها وجهان

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبي بالبلوغ ولان ردها بسبب لاعار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق

(والثاني) لاتقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أشبه بالصحة فان الاصل

شهادة العدل لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للتهمة او لعدم الاهلية إذا أعادوها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية هل تقبل ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي)

لانه متهم فاشبه لفاسق والاولى أنها تخرج على الوجهين لانها إنما ردت لكونها يجربها الى نفسه نفعاً وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم .

(باب أقسام المشهود به)

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام:(أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار .

أجمع المسلمون على أنه لايقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله (سبحانه لولا جاءوا عليه بإربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « أربعة وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم عدولا ظاهراً

قبول شهادة العدل مالم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للتهمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

« مسئلة » قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لاتهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا الصبي والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان ابن بشير وابن الزبير وابن جعفر والشهادة في معنى الرواية ولذلك اعتبرت له العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» قال(ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته معه لم يحكم بها

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو

وباطناً مسلمين سواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية في المذهب ، وحكي عن حماد وعطاء أنهما قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لانه يندرئ بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى إتيانها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

﴿مسئلة﴾ (وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أولا يثبت الا باربعة ؟ على روايتين)

وللشافعي قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (والثاني) لايثبت الا بأربعة لانه موجب لحد الزنا فاشبه فعله

(فصل) (الثاني القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران)

الا ماروي عن عطاء وحماد انهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرئ بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى)وان شهادتهن

كفراً لم يحكم بشهادتهما وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ، وقال ابو ثور والمزني يحكم بها لان بقاء أهلية الشهادة ليس شرطا في الحكم بدليل مالو ماتا ولان فسقهما تجدد بعد اداء الشهادة فاشبه مالو تجدد بعد الحكم بها ووجه ذلك من طريقين (أحدهما) أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم لان الشروط لابد من وجودها في المشروط واذ فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم

(والثاني) أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لان العادة أن الانسان يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزنديق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها ، فاما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض لان الحكم وقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ولانه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات لانه يدرأ وهذا شبهة فيه فاشبه مالو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه وإن كان مالا استوفي لان الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بامر ظاهر الصحة فلا يبطل بامر محتمل ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين

(أحدهما) يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لانه حق آدمي مطالب به أشبه المال

لاتقبل وان كثرت مالم يكن معهن رجل فوجب ان لاتقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق ، بهذا الذي ذكرناه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء كلهم على أنه يثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة ، وروي ذلك عن أبي عبد الله لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم تثبت الا باربعة كالشهادة على زنا المحصن.

ولنا أنه احد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فانه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الاربعة في زنا البكر ولاقتل فيه ولانه انفرد بايجابه الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز ان يلحق به ما ليس مثله

(فصل) ولا تقبل الشهادة على القتل الا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهد نحو ان يقول ضربه فقتله وقد ذكرنا ذلك فان كانت الشهادة بالجرح فقالا ضربه فاوضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما فان قالا ضربه فاتضح رأسه أو فوجدناه موضحا أو فاسال دمه أو وجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولابد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لانه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ماشهدا به منهما وإن كانت

(والثاني) لا يستوفى وهو قول محمد لانه عقوبة على البدن تدرء بالشبهات أشبه الحد وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ماحدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لان الحق استوفي بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ماطرأ بعده كما لو لم يظهر شيء

(فصل) فاما إن أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً او غيره وكذلك إن جنوا أو أغمي عليهم وبهذا قال الشافعي لان الموت لايؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل أن يكون موجودا حال اداء الشهادة والجنون والاغماء في معناه بخلاف الفسق والكفر

« مسئلة » قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود اذا كان الشاهد الاول ميتاً أو غائباً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قال أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند

واحدة فيحتمل ان يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب ان يعينها الشاهدان فيقولان هذه فان قالا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالا لانعلم قدرها أوموضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب دية الموضحة لانها لا تختلف باختلافها وان قالا ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وان قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وان كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يجب قصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لانها تختلف باختلاف الايدي

(فصل) فان شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً والآخر أنه اقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لان البينة قد كملت عليه ولم تثبت صفته فنسأل المشهود عليه عن صفته فان أنكر أصل القتل لم يقبل انكاره لقيام البينة به وان أقر بقتل العمد ثبت باقراره وان أقر بالخطأ فانكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان فان صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه وان أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لايدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها العاقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئا منها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببينة وفي بعضها القاتل مقر بها في ماله دون مال عاقلته وان شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل

الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل .

(الفصل الثاني) انها تقبل في الاموال وما يقصد به المال باجماع كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول النخعي والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحدود وكل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ولأنها انما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما تجوز في الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله: في كل شيء إلا في الحدود ولانه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الاموال، وذكر أصحابنا هذا

دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ويكون الحكم كما لو شهد احدهما أنه أقر بقتله خطأ. أن المشهود عليه يسأل على ما ذكرنا في أول الفصل فان شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر انه قتله عشية أو شهد احدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر بعصا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه، وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل العمد والآخر بقتل الخطأ والاول أصح لان القتل غدوة غير القتل عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشاء ولا ان يقتل بسيف ثم يقتل بعصا بخلاف الخطأ والعمد فان الفعل واحد والخلاف في نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لان أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد احدهما بالقتل عمداً وشهد الآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر له بألف .

(فصل) اذا قتل رجل عمداً قتلا يوجب القصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفى

رواية عن احمد لان ابن منصور نقل ان سفيان قال شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة قال احمد ما احسن ماقال ؟ فجعله أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر مالا يثبت الا بشاهدين فنص احمد على قبولها في الطلاق والحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الخرقي

وقال ابن حامد لاتقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لاتقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبه حد القذف، ووجه الاول انه حق لايدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث في شروطها) ولها ثلاثة شروط [أحدها] أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروي عن الشعبي انها لاتقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لانهما إذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن احمد مثل هذا إلا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقاً لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك فان أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما ان شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيب الشاهد . وإن انكره الآخر فان كان الشاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لاتقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه اذا حلف ثبتت حصته من الدية وان كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين لانه انما حلف على مايدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

(فصل) اذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قبلت شهادتهما لانهما لا يجران الى أنفسهما نفعا وان كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وان شهد وارث المريض له بمال ففي قبول شهادتهم وجهان (أظهرهما) قبولها كما لو شهدا له وهو صحيح

(والثاني) لاتقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لاينفذ تبرعه فيه فيما

ولنا على اشتراط تعذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع مظنون والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان: احتمال غلط شاهدي الاصل واحتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهناً فيها ولذلك لم تنتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لاتثبت إلاعند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ولهذا لايعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت انه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك

إذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

زاد على الثلث وان شهد لمجروح بالجرح من لايرثه لكونه محجوباً كالاخوين يشهد ان لاخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان مايطرأ بعد الحكم بالشهادة لايؤثر فيها كالفسق، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما، وان شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذامال وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه ويحتمل ان تقبل لانهما لا يحملان شيئاً من الدية وان كان الجرح مما لاتحمله العاقلة كجراحة العمد سمعت شهادتهما لانهما لايدفعان عن أنفسهما ضرراً، وان كان الشاهدان شهدا على اقراره بالجرح قبلت لان العاقلة لاتحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفساً فتحملها وان كان بعده قبلت لانها لاتحمل ما دون ذلك

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجلين انهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الاولين انهما اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضا لانه بتصديق

وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لان مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لانه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ولان حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع فاذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق

(الشرط الثاني) ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه لان الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا خلاف في هذا نعلمه فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتهما حكم وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعي

وقال الثوري وابو يوسف إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح لانه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا، وان مات

الاولين مكذب للاخرين وتصديقه الاخرين تكذيب للاولين وهما متهمان لما ذكرناه فان قيل فكيف تتصور هذه المسئلة والشهادة انما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ قلنا يتصور ان يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » وهذا معنى ذلك

(فصل) (الثالث ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلان وعنه في الرجعة والنكاح والعتق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعي وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لايثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين)

وجملة ذلك ان ماليس بعقوبة ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لايثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لاتجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك ان الوكالة

شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل اداء الفروع شهادتهم لم يمنع من ادائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك إن جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(الشرط الثالث) أن يعينا شاهدي الاصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير اذا قالا ذكرين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك

(الشرط الرابع) أن يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان على فلان كذا أو أقر عندي بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة ، قال احمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب في النكاح والعتاق أيضا روايتان

(أحدهما) لا يقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق

(والثانية) تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء ، واحتجوا بانه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا انه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص وماذكروه لا يصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد في الاعسار مايدل على انه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن مخارق وفيه «حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة» قال أحمد هكذا جاء الحديث

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه

(والرواية الاخرى) لايجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لايشهد مثل شهادته وانما يشهد على شهادته ، فأما إن قال اشهد أني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول ابي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي

وقال أبو حنيفة لايجوز إلا أن يقول اشهد على شهادتي اني اشهد لانه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لايجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فاذا سمعه يقول اشهد أن لفلان علي فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد وصف الوعد بالوجوب مجازاً فان النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان علي ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار

فظاهر هذا انه أخذ به وروي عنه لايقبل انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا انه اثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد اذا لم يحضره الرجال قال القاضي المذهب في هذا كله لايثبت الا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار

(فصل) ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد ويمين المدعي لانه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلان لايثبت بشاهد واحد ويمين أولى قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين انما يكون ذلك في الاموال خاصة لايقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل وعن أحمد في العتق انه يثبت بشاهد ويمين العبد ذكره الخرقي فقال اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه أحمد وقال في الشريكين في عبد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ماخلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانه لايثبت بشاهد ويمين قولا واحدا قال القاضي: المعمول عليه في جميع ماذكرناه أنه لايثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وقد روى الدارقطني باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لاتعدو ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قضى بالشاهد واليمين، قال نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الامام أحمد باسناده وغيره

(الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لاتسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا أشهد أن لفلان على فلانا ألفاً فاشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته لانه مااسترعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ماسمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته اشهدني انه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا أو أن فلانا أقر عندي بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال أشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال اشهد أن فلان بن فلان قال اشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا ، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ماذكرنا في الاداء

(فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فعن أحمد أنها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولى وهذا

(فصل) الرابع المال ومايقصد به المال كالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعي وهل يقبل في جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين؟ على روايتين)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهون والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال أبو بكر لاتثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت مايوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق مايوجب القصاص ، لان القصاص لاتقبل فيه شهادة النساء كذلك مايوجبه والمال يثبت بشهادة النساء فكذلك مايوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأجمع أهل العلم على القول به .

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين ، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وإياس

قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فأشبه القصاص والحد .

(والثانية) للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم يعني اذا كان معهما رجل وذكر الاوزاعي قال سمعت نمير بن اوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ويفارق الحد والقصاص فانه ليس القصد من الشهادة به اثبات مال بحال فأما شهود الاصل فيدخل النساء فيه فيجوز ان يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى لان في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لانها تزداد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصل فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ولان النساء شهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو ادينها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز ان يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع

وعبدالله بن عتبة وأبو سلمة بن عبدالرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لايقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

ولنا ماروي سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد ، قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي إسناد ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد ولان اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه

على شاهدي أصل قال القاضي لايختلف كلام أحمد في هذا وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبتي والعنبري وعبير بن اوس وقال اسحاق لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء وقال أحمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه الا ان أبا حنيفة أنكره وذهب أبو عبدالله بن بطة الى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما باقل من شاهدين كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولان شاهدي الفرع بدل من شهود الاصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الاصل حقا عليهما فوجب ان يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانهم انما ينقلون الشهادة وليست حقا عليهم ولهذا لو انكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما وهذا الجواب عما ذكروه . فاذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع اجاز ان يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبهذا قال

ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً فكذلك إذا انفصلت عنه ولان الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الامناء لظهور جانبهم وفي حق الملاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به رسول الله ﷺ محمد بن عبدالله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

(فصل) قال القاضي يجوز أن يحلف على مالا تجوز الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لايكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يجد رزنامج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الامانة وانه لايكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

(أحدهما) أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه .

مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي ورأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه والآخر لايجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع. واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لايثبت به الطرف الاخر كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر.

ولنا أنهما شهدا على قولين فوجب ان يقبل كما لو شهدا بإقرارين بحقين أو باقرار اثنين وانما لم يجز ان يشهد شاهد الاصل فرعا لانه يؤدي الى ان يكون بدل أصلا في شهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبترن بشهادتهم شهادة الاصل وليست شهادة أحدهم طرفا لشهادة الاخر فعلى قول الشافعي ان يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب ان يكون شهود الفرع ستةوان كان حق يثبت باربع نسوة فوجب ان يكون شهود الفرع ثمانية وان كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لامدخل لشهادةالفرع في اثباته.

(والثاني) يجوز ويجب ان يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الاصل اربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكونون اربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة اصل أخر جاز، وإن شهد شاهد اصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل، وإن شهد شاهد أصل ثم

(الثاني) أن مايكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك ان شاء الله تعالى.

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلما أو كافراً عدلا أو فاسقاً رجلا أو امرأة، نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لايختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالنكر إذا لم تكن بينة.

(فصل) قال احمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المطلوب، وهذا قول مالك والشافعي وروي عن أحمد: ان أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه.

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قال الشافعي، وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك.

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فانهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين، لان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل.

شهد هو وآخر فرعا على شاهد اصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق وان لم يقل للشاهد اشهد علي)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فالمذهب ما ذكره الخرقي وبه قال الشعبي والشافعي وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما انه لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه اياها ويقول له اشهد على شهادتي ، وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين يشهد لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز ان يكون اقترض منه ثم وفاه ، وعنه رواية رابعة إذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وإن شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا اشهد ان يشهد اذا دعي (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) قال اذا اشهدوا وقال ابن أبي موسى : اذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فله ان يشهد عليه فيقول اشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ولا يقول اشهد على اقراره وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز ان يشهد به ، والصحيح

(فصل) ولا يشترط أن يقول في يمينه وان شاهدي صادق في شهادته وقيل يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الاسير إسلاما سابقاً لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر

(الخامس) مالا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثيوبة والحيض ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وان شهد به لرجل كان أولى بثبوته ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة ، قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا ماروي عقبة بن الحارث قال تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم أتيته فقلت يارسول الله انها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟» ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ويخالف عقد النكاح فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لاتقبل في الاستهلال لانها تكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لانها تكون حال الولادة

الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان شهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال ، وذكر القاضي أن في الافعال روايتين

(احداهما) لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي الى منع الشهادة عليها بالكلية فان الغاصب لا يقول لاحد اشهد على أني اغصب ولا السارق ولا الزاني ولا القاتل واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم او لا؟ ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وان اراد به الافعال التي تكون بالتراضي كالقرض والقبض فيه وفي الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطا عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أوعلمه وذلك قد حصل له سواء اشهده او سمعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنايات بمشاهدتها ولا يحتاجان الى اشهاد وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين

(أحدها) حق لآدمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص

فيتعذر حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها وقدروي عن علي انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحماد فاذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن احمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكمل منهن ولا يقبل منهن إلا اثنان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال ابو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات، ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا حديث عقبة بن الحارث الذي ذكرناه وروى حذيفة ان النبي ﷺ قال « يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية واخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي ﷺ « شهادة امرأتين بشهادة رجل » في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فان شهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول

وحد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها

(الضرب الثاني) ما كان حقا لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد او سقاية او مقبرة مسبلة او الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا أو ما كان حقا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكرة واصحابه على المغيرة وشهد الجارود وابو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه، وكذلك ما لا يتعلق به حق احد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار او اعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ولو شهد شاهدان بعتق عبد او أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وبه قال ابو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فأشبه سائر حقوقه

ولنا انها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقدم الدعوى كعتق الامة ويخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ولهذا لا يفتقر الي قبول المعتق ودليل ذلك الامة وما ذكروه يبطل بعتق الامة فان قيل

ابي الخطاب لانه أكمل من المرأة فاذا اكتفى بها وحدها فلان يكتفى به أولى ولان ماقبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية، وان شهدوا بالسرقة ثبت المال دون القطع)

لأن السرقة توجب القطع والمال فاذا قصرت عن أحدهما أثبتت الآخر. والقتل يوجب القصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله، وإن قلنا موجبه أحد شيئين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها اوجبنا معينا، وقال ابن أبي موسى لا يجب المال فيما إذا شهدوا بالسرقة ولأنها شهادة لا توجب الحد وهو أحد موجبها فاذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان اوشاهد ويمين المدعي)

لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلان لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البينة فاما ان اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك ان اختلفا في الصداق لانه مال

(فصل) وان ادعى رجل انه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجبه المال ولم يثبت

الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا اثر له فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به الا بعد الدعوى

(فصل) ومن كانت عندة شهادة لآدمي لم يخل اما أن يكون عالما بها أوغير عالم فان كان عالما بها لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك لقول النبي ﷺ « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري ولان أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه وان كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد اداؤها قبل طلبها لأن النبي ﷺ قال «ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها» رواه مسلم وأبو داود ومالك وقال مالك هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وان كان مطلقاً فانه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ولانه اذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على انه لا يريد اقامتها بخلاف العالم بها وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه ولو قال أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل في اليمين فيقال اشهد بالله ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا

قتل الأول لأنه عمد موجبه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء لان الجناية عنده لاتثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال او غيره ، ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ماسرق منه ولا غصبه ، وأقام المدعي شاهداً أو امرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، او شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية انها أم ولده وولدها منه قضي له بالجارية ام الولد وهل تثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين)

أما الجارية فنحكم له بها لان ام الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها واعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد باقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين . ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لايثبت بذلك ويدعي حريته أيضاً فعلى هذا نقول الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من يثبت له العين ثبتت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها ابو الخطاب عن احمد روايتين كقول الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز شهادة المستخفي اذا كان عدلا)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبيء شاهدان في موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروي مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لاتسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة » يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره ، وقال : مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه وان لم يكن كذلك قبلت ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

﴿ كتاب الاقضية ﴾

﴿ مسئله ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فاقر احدهما بمائة درهم دينا على أبيه لاجنبي دفع الى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه الا ان يكون المقر عدلا فيشاء الغريم ان يحلف مع شهادة الابن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

ولنا انه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعي حريته ونسبه ، وهذان لايثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) فان ادعى انها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لان البينة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لاتثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتي قبلها

﴿ باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة ﴾

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابو عبيد اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ، ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقوف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل

هذه المسئلة في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وانه انما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فان كان عدلا فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي لانه لا تهمة في حق الابن المقر فانه لا يجر الى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وان شهد اجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعي بما شهدا به اذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وان كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل ان يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فان شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق المنكر وبهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نصيب المقر وهو قول الشعبي وعلى هذا ينبغي ان لا تقبل شهادة المقر بالدين لانه يجر بشهادته نفعا الى نفسه وهو اسقاط بعض ما اقر به عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم الا ابن أبي ليلى قال لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل انه منع من ذلك لئلا يواطيء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه

ولنا أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لا يجر بشهادته الى نفسه نفعا ولا

(الفصل الثاني) انها تقبل في المال وما يقصد به المال كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي والنخعي وابي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول وابو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه اولى من الشهادة عليه ولأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا فيبطل اثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما يجوز في الحقوق . اما الدماء والحد فلا وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك والشافعي يقبل وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله في كل شيء إلا في الحدود ولأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الاموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لأنه عقوبة فيه تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا

يدفع بها ضراً بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى ان تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فابى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق فان حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته ان الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته دينا له على رجل فانكر فاقاموا شاهدا عدلا وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من الثلث الا ان يجيز الورثة فان أبي الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لان حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت الدين قدم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث

ولنا ان الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفي بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفي به ولان حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهد بان الدين للميت والذي يحلف معه انما يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف لي

بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخرقي، وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فاشبه حد القذف . ووجه الاول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث) في شروطها وهي ثلاثة (أحدها) أن تتعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة او مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا ان يموت شاهد الاصل لانهما اذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن احمد مثل ذلك الا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

ولنا على اشتراط تعذر شاهد الاصل انه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان احوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل باليمين مع امكانه أولى من اتباع الظن ولان شهادة الاصل

في ذمة المدعى عليه دينا بالاتفاق فلم يجز ان يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لان النبي ﷺ إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ولان الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع اليهم وهكذا لو وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه

(فصل) فان حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين الا قدر حصته وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لابيهم أو دينا وأقاموا شاهدا لم يثبت جميعه الا بايمان جميعهم، وان حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضي من دين أبيه بقدر ما ثبت له فان كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لانه لا يمكن ان يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة وان كان فيهم أخرس مفهوم الاشارة حلف وأعطي حصته وان لم تفهم اشارته وقف حقه أيضا فان مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق فان طالب اولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويعقل الاخرس الاشارة أو باقامة كفيل لم يجابوا الى ذلك لان الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق

(فصل) وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحمد

تثبت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك. وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شهادة الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا .

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك . اذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشروطة لسماع شهاد الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر . وقد قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر . وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسنذكره ان شاء الله تعالى

فيمن افلس ثم مات قال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة فان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها

وقال ابو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أومأ احمد إلى مثل هذا فانه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد الابنين أنا أعطي ودعوا لي الربع فقال احمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه يمنع الوارث من امساك الربع بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قلنا إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لان الدين محله الذمة وانما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ولانه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لاحد، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلا للملك ولا يجوز أن لا تكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ولانها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملكها كسائر المباحات فثبت أنهـا انتقلت إلى الورثة فعلى هذا اذا نمت التركة مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل ونتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه فاشبه كسب الجاني ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد حتى يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسه طوعا بكذا أوشهدت عليه أو أقر عندي بكذا، وان سمعه يقول أشهد على فلان بكذا لم يجز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزيه الى سبب من بيع أو اجارة أو قرض فهل يشهد؟ به على وجهين)

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ماذكرنا فان سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع ان يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له ان يشهد إلا ان يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال أحمد لا تكون شهادة الا ان يكون يشهدك فاما ان سمعه يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فاما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أوسمعه يشهد بحق يعزيه الى سبب نحو ان يقول أشهد ان لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب، ذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما

كنماء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق الحق بالرهن آكد لانه ثبت باختيار المالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني

وعلى الرواية الاخرى يكون نماء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح فان قضوا الدين وإلا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دين الجناية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه

(فصل) اذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون ان أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الابوين وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبهما طلقا لهما ونصيب البنين وقفاً عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضي دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفاً عليهم باقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفاً عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فما حصل للابنين منه كان وقفاً عليهما ولا يرث الحالف شيئاً لانه يعترف انه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه، وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتبا على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركا فان كان مرتباً فاذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين

لو استرعاه والرواية الاخرى لا يجوز له ان يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه الا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته إنما شهد على شهادته، فاما ان قال اشهد اني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أنه يجوز ان يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي أني أشهد لانه اذا قال اشهد فقد امره بالشهادة ولم يسترعه وماعدا هذه المواضع لا يجوز ان يشهد فيها على الشهادة فاذا سمعه يقول أشهد ان لفلان على فلان ألف درهم لم يجز ان يشهد على شهادته لأنه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازا فان النبي ﷺ قال «العدة دين» ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به، فان قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان على فلان الف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين:

(أحدهما) ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك (الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا اشهد أن لفلان على فلان ألفا فاشهد به انت علية لم يجز ان يشهد على

ويمين الاولاد فلم يحتج من انتقل اليه إلى بينة كما لو ثبت بشاهدين وكالمال الموروث وكذلك اذا انقرض الاولاد ورجع إلى المساكين لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه

وإن انقرض أحد الاولاد انتقل نصيبه منه إلى اخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرنا فان امتنع البطن الاول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفاً عليهم باقرارهم فاذا انقرضوا كان ذلك وقفاً على حسب ماأقروا به فان كان اقرارهم انه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفاً لنا فلهم ذلك لانهم يتلقون الوقف من الواقف فلهم اثباته كالبطن الاول، فأما إن حلف أحد البنين ونكل اخواه ثم مات الحالف نظرت فان مات بعد موت اخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً وإن مات في حياة اخوته ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) ينصرف الى اخوته لانه لايثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الاول

(والثاني) ينتقل إلى أولاده لان أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدومين

(والثالث) يصرف الى أقرب عصبة الواقف لانه لم يمكن صرفه الى الاخوين ولا الى البطن الثاني لما ذكرنا فيصرف الى أقرب عصبة الواقف الى أن يموت الاخوان ثم يعود الى البطن الثاني والاول أصح لان الاخوين لم يسقطا حقوقهما وانما امتنعا من إقامة الحجة عليه ولذلك لو اعترف لهما الابوان ثبت الوقف من غير يمين وههنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف اليهما لحصول الاتفاق من الجميع على إستحقاقهما له

شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه .

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته أشهدني أنه يشهد ان لفلان بن فلان كذا او ان فلاناً اقرعندي بكذا وان لم يعرف عدالته لم يذكرها وان سمعه يشهد غيره قال اشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته ان لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، وان كان سمعه يشهد عند الحاكم قال اشهد ان فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وان كان نسب الحق الى سببه قال اشهد ان فلان بن فلان قال اشهد ان لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا واذا اراد الحاكم ان يكتب ذلك كتبه على ماذكرنا

(فصل) ويشترط ان يعينا شاهدي الاصل على ما ذكرنا ويسمياهما . وقال ابن جرير إذا قالا ذكرين حرين عدلين جازوان لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما وهما مجروحان عند غيرهما ولان الشهود عليها ربما امكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

فان قيل فاذا كان البطن الثاني صغاراً فما حصل الاعتراف منهم قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتفي بذلك في انتقاله إلى الاخوين كما يكتفى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الاخوين ، ويدل على صحة هذا اننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه . فأما ان كان شرط الواقف ان من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لانه لامنازع لهم فيه ، وان مات من غير ولد انتقل إلى اخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

(الحال الثاني) إذا كان الوقف مشتركا وهو ان يدعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون في هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة، وان كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم فان كان كبيراً حلف واستحق وان لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لانه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وان كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف أو كان احد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم الى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع لانه يتلقى الوقف من غير واسطة

فان قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم كما لو

﴿ مسئلة ﴾ (وتثبت شهادة شاهدي الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال ابو عبدالله بن بطة لا يثبت حتى يشهد اربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع) .

وجملة ذلك انه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي اصل، قال القاضي لا يختلف كلام احمد في هذا . وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن ابي ليلى والثوري واسحاق والبتي والعنبري وقال اسحاق لم يزل اهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء . قال احمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أباحنيفة أنكره ، وذهب ابو عبدالله بن بطة الى أنه لايقبل على كل شاهد أصل الا شاهدا فرع وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلاتثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد

ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع بدل من شاهدي الاصل فيكفي في عددها مايكفي في شهادة الإصل ولان هذا اجماع

كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فانه يسلم لى وليه؟ قلنا الفرق بينهما ان الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الابوان وأصحاب الديون والوصايا وانما يأخذونها بأيمانهم فاذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لايستحق إلا بيمينه كما لايستحق واحد منهم إلا باليمين ، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن فانه لايشاركهم أحد من البطن الثاني ، فاذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه فحلف كان له ، وان امتنع نظرت فان كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثا كما لو كان بالغا فامتنع من اليمين ، فان حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً لان الوقف ثبت في جميع الدار بأيمان البنين فلايبطل بامتناع من حدث الا أنه ان اقر انها ليست وقفاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثا حكمه حكم نماء الميراث وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له

وقال القاضي ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الاولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لانه لا يجوز أن يستحق شيئا بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه إليهم

ولنا انه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجز ان يثبت الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وان كان حادثا بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال ولانهم يقرون بأنهم لا يستحقون

على ماذكره احمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لاينقلان عن شاهدي الاصل حقاً عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانهما لاينقلان الشهادة وليست حقاً عليهما ولهذا لو أنكراهما لم يعد الحاكم عليهما ولم يبطلها منهما وهذا الجواب عما ذكروه. إذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي رأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه (والآخر) لايجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد اصل شاهدا فرع ، واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لايثبت به الطرف لآخر كما لو شهد أصلا ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر

ولنا انهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرار اثنين او باقرارين بحقين وانما لم يجز أن يشهد شاهد الاصل فرعا لانه يؤدي الى أن يكون بدلا أصلا بشهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما طرفا لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لامدخل لشهادة

أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك ، وان مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا وان مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الاصلي

وقال القاضي ان بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثلث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لانه كان بين ثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لانها مستحقا الوقف

(مسئلة) قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه حلف المدعى عليه ثم أحضر المدعي بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)

وجملته ان المدعي إذا ذكر ان بينته بعيدة منه أو لا يمكنه احضارها أو لا يريد اقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له فاذا حلف ثم احضر المدعي بينة حكم له وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وابو يوسف واسحاق وحكي عن ابن أبي ليلى وداود ان بينته لا تسمع لان اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعي كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي .

ولنا قول عمر رضي الله عنه البينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من

الفرع في اثباته (والثاني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الاصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكون أربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) فان شهد بالحق شاهد أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ماذكرنا من الخلاف من قبل

(فصل) وان شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم مالو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ (ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع)

عن احمد ان الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما يقبل فيه شهادة النساء اولا ، وهذا قول الشافعي ومالك والثوري لانهم يثبتون بشهادتهم شهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجل فأشبه القصاص والحد (والثانية) لهن مدخل فيما كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم يعني إذا كان معهما رجل ، وذكر الاوزاعي قال : سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة. ووجهه ان المقصود بشهادتهن اثبات الحق الذي شهد به شهود الاصل فيدخل

صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون اولى ولان كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين وما ذكروه لا يصح لان البينة الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبدل يبطل بالقدرة على المبدل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البدل ويدل على الفرق بينهما أنها حال اجتماعها وإمكان سماعها تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها

(فصل) فان طلب المدعي حبس المدعى عليه أو اقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه احمد لانه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا ولان الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق ولانه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لان ذلك من ضرورة اقامتها فانه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها إلا بحضرته، ولأنه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها فان إلزامه الاقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل اليه

(فصل) ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبلها، وإن قال المدعي لي بينة حاضرة وأريد احلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان

النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين، وذكر ابو الخطاب رواية أخرى ان النساء ليس لهن مدخل في الشهادة على الشهادة لان فيها ضعفاً لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها لانها تزداد بشهادتهن ضعفاً فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولا ولا فروعا

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصول فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولان النساء يشهدن بالمال او مايقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدينها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له

﴿ مسئلة ﴾ (قال القاضي لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين) نص عليه احمد وقال ابو الخطاب هذه الرواية سهو من ناقلها

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدي الأصل)

وذلك لان الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا نعلم في هذا خلافا فان عدل شهود الاصل شهود الفرع فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه وان لم يشهدا بعدالتهما جاز، ويتولى الحاكم ذلك فاذا علم عدالتهما حكم وان لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي

(أحدهما) له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت بينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة ، ولأنه لو قال لا أريد إقامة بينتي القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد إقامتها

(الثاني) لا يملك استحلافه لان في البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ولان البينة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والاصل كالتيمم مع الماء وفارق البعيدة فإنها في الحال كالمعدومة للعجز عنها وكذلك التي لا يريد اقامتها لانه قد تكون عليه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التي يريد اقامتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله وان كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكا أحب ان يحلف بالله الذي لا إله الا هو ، وإن استحلف حاكم بالله اجزأ ، قال ابن المنذر هذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال له « قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء » رواه ابو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيها شيء

وقال الشافعي إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقا أو حداً أو مالا يبلغ نصابا غلظت اليمين فيحلف

وقال الثوري وابو يوسف ان لم يعدل شاهدا الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لانه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركانها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهم)

لأنه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فأشبه المتيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

﴿ مسئلة ﴾ (وان حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم)

لابد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا فعلى هذا ان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لان الحكم ينبني عليها فأشبه مالو فسق شهود الفرع او رجعوا

﴿ مسئلة ﴾ (فان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان) لان الاتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

﴿ مسئلة ﴾ (فان رجع شهود الاصل لم يضمنوا)

لان الاتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمتسبب مع المباشر ولأنهم لم يلجئوا الحاكم إلى الحكم ويحتمل أن يضمنوا لان الحكم يضاف اليهم بدليل انه تعتبر عدالتهم فلزمهم الضمان كما لو حكم بشهادتهم ثم رجعوا ولانهم سبب في الحكم فيضمنون كالمزكين

بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً)، وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين

واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال « آلله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والكندي أن النبي ﷺ قال « ألك بينة ؟ » قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبنيها . رواه ابو داود

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولان في الله كفاية فوجب أن يكتفى باسمه في اليمين كالموضع الذي سلموه فأما حديث ابن عباس وعمر فانه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه

اذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت »

(فصل) فان مات شهود الاصل أو الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائماً او تالفاً)

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً انه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد ابن المسيب والاوزاعي انهما قالا ينقض الحكم وان استوفى الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما يثبت به الحكم كما لو تبين انهما كانا كافرين

ولنا ان حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة او اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين انهما كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى لانها تدرأ بالشبهات . وأما الرجوع على الشاهدين

(فصل) وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلا او فاسقاً امرأة أو رجلا لقول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه»

وروى شقيق عن الاشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ «هل لك بينة؟» قلت لا، قال لليهودي «احلف» قلت اذا يحلف فيذهب بمالي فأنزل الله عز وجل (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا) الى آخر الآية رواه البخاري وابو داود وابن ماجه. وفي حديث الحضرمي قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ماحلف عليه قال ليس لك منه إلا ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (الا أنه إن كان يهوديا قيل له قل والله الذي أنزل التوراة على موسى وإن كان نصرانياً قيل له قل والله الذي أنزل الانجيل على عيسى وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)

ظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن اليمين لاتغلظ إلا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلمين ونحو هذا قال ابو بكر ووجه تغليظها في حقهم مار وى ابو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ يعني

به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لأنه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما

ولنا انهما أقرا انما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه ولانهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه مالو شهدا بحريته ولانهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا انه إذا لزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله انهما ماأتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعتقه فان الرق في الحقيقة لايزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفي موضع اتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فلزمهما ضمان ماتلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين.

﴿مسئلة﴾ (وان رجع شهود العتق غرموا القيمة)

كالحكم في الشهادة بالمال على ماذكرنا من الخلاف لانها من جملة المال.

وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتها لسيدها بغير خلاف بينهم فيه، فان المخالف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه ويغرما القيمة لان العبيد من المتقومات.

لليهود « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ماتجدون في التوراة على من زنى؟ » رواه ابو داود وكذلك قال الخرقي تغلظ بالمكان فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وقال ابو الخطاب إن رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك قال وقد أومأ اليه احمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال فيقال له قل والله الذي خلقني ورزقني وإن كان وثنياً حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لايعبد الله لانه لايجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي ﷺ « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » ولان هذا إن لم يكن يعتد هذه يميناً فانه يزداد بها اثماً وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وانما للحاكم فعله اذا رأى

وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وابو عبيدة بن عبدالله وعطاء وشريح والحسن وابراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وابو عبيد

وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم ابو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائما ولا يحلف قائما الا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولايحلف عند المنبر الاعلى مايقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة في بيت

﴿ مسئلة ﴾ (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وان كان بعده لم يغرموا شيئاً)

إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى .

وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل لانه إنما يملك نصف البضع بدليل انه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالو أخرجه من ملكه بردتها واسلامها أو قتلها نفسها فانها لاتضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لانهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لايجوز تمليك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق واما ان يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتا عليه

المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص وهذا اختيار ابي الخطاب وقال ابن جرير تغلظ في القليل والكثير واحتجوا بقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف على منبري هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى (فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ . واستحلف النبي ﷺ ركانة في الطلاق فقال « آلله ما أردت الا واحدة ؟ » قال آلله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ؟ وفي ما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع فان ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في محل الشهرة فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) وانما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة أهل

نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما قبل الدخول ، وقال الشافعي يلزمهما له مهر المثل لانهما أتلفا البضع وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوما فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجته هي بردتها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وان كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية ما تلف ويقسط الغرم على عددهم فان رجع أحدهم غرم بقسطه) .

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكى عن ابي ثور أنه شذ عن اهل العلم فقال يحكم بها لان الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد ، لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته ولانه زال ظنه في أن ما شهد به حق فلم يجز به الحكم كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولان الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده (الحال الثاني) أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه ، لان

الكتاب على المسلمين ومنها استحلاف الشاهدين ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاثم وهم لا يعلمون بها أصلا فكيف يحتجون بها، ولما ذكر ايمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير الى ما خولف فيه القياس وترك العمل به واما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر انما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم الى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم احق ان يحتج به من قول مروان فان قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟ وقول ائمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبي ﷺ واطلاق كتاب الله تعالى وهذا ما لا يجوز وانما ذكر الخرقي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذمي لاستحلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى في حق الكتابيين (تحبسونهما من بعد الصلاة) ولانه روي عن كعب ابن سور في نصراني قال اذهبوا به الى المذبح واجعلوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني اذهب به الى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله وقال ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا بيمين غير الذي يستحلف بها المسلمون وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في ان التغليظ بالزمان والمكان والالفاظ غير واجب

الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وان كان المحكوم به مالا استوفي ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المال القصاص والحد فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد والقصاص لا يجبر بايجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر، فان قيل فلم قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد استوفي في أحد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران أن شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا انه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا، (الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فان كان المشهود اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح وقالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبها حافر البئر إذا تلف به شيء .

الا ان ابن الصباغ ذكر ان في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي وخالفه ابن العاص فقال لا خلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله و بلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختيارا واستحسانا

(فصل) قال ابن المنذر ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلظ عليه باحضار المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى واسمائه وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسئلة) قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

بمعنى البت القطع اي يحلف بالله ماله على شيء . وجملة الامر ان الايمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبهذا قال أبوحنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن ابي موسى رواية عن أحمد وذكر احمد حديث الشيباني عن القاسم ابن عبد الرحمن عن النبي ﷺ «لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون» ولانه لا يكلف مالا علم له به وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة ولانهما تسببا إلى قتله وقطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر فانه لا يفضي إلى القتل غالباً وقد ذكرنا هذه المسئلة في الجنايات فان قالا عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما وان قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر أخطأت فعلى العامد نصف الدية مغلظة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وان قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً وهو لا يوجب القصاص والانسان إنما يؤاخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها ، وإن قالا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لان كل واحد منهما يؤاخذ باقراره، وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري مافعل صاحبي فعليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد

ولنا حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال له «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق» وروى الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال «هل لك بينة ؟» قال لا ولكن احلفه والله العظيم مايعلم انها ارضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكروه لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما افترقت الشهادة فانها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو اثباتاً ، وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتاً مثل ان يدعي انه اقرض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع وإن كان على نفي العلم مثل ان يدعى عليه دين او غصب أو جناية أو فانه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه ان عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على نفي فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث

لم يجب عليه قصاص وإنما يؤاخذ الانسان باقراره لا باقرار صاحبه وان قال أحدهما عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي سئل صاحبه فان قال مثل قوله فهي كالتي قبلها ، وإن قال عمدنا معاً فعليه القصاص وفي الاول وجهان وإن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وان جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وان رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في ان الحاكم لا يحكم بشهادتهما اذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وان كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم اقراره وحده فان اقر بما يوجب القصاص وجب عليه وان اقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها وان أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المخففة وان كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية والقصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفا لان مابقي من البينة كاف في اثبات الحكم واستيفائه وان رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص ان أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم ان كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرنا بعضه

(فصل) قال ابن أبي موسى اختلف قول احمد في من باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها وانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع انه ابق عنده فأنكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يأبق قط او على نفي علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف انه لم يابق قط ، ووجه كون اليمين على علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه مالو ادعى عليه ان عبده جنى، ووجه الاخرى انه إذا ادعى عليه انه باعه معيباً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له ابيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لابي علي نخيل ثم وهبه له وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة وقال حنبل بلي ابو عبد الله بنحو هذا جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث ابي واطالبك بالقاضي واحلفك فقيل لابي عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلي حق وانا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وانا من انا وعزم ابو عبدالله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف اولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احدهما) حفظ ما له عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص اخيه الظالم

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فانه يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال أحمد في روايه بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إنشاء الله تعالى فاذا شهد اربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع ان قال أخطأنا وان رجع اثنان فعليهما النصف

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية)

وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة ارباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو اسحاق لاقصاص عليه لان بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟

من ظلمه واكل المال بغير حقه وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان تصادف قدرا فيقال حلف فعوقب ، او هذا شؤم يمينه

وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق له فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك اربعون فأبى فقال حذيفة اترانى اترك جملي؟ فحلف بالله أنه ما باع ولا وهب ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يامن ان يصادف قدرا فينسب الى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله له اجر وليس هذا تضييعاً للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة

وأما عمر فانه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على انه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) فأما الحالف الكاذب ليقتطع بها مال أخيه ففيه اثم كبير وقد قيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم). قال الاشعث بن قيس نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله ﷺ فقال « بينتك أو يمينه » قلت إذاً يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » اخرجه البخاري

على وجهين قال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدا بان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وانما أبيح دمه لولي القصاص وحده واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (احدهما) يضمن الثلث (والثاني) لاشيء عليه

ولنا ان الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالمشاركة فيه عمداً عدوانا كمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ،وقولهم ان دمه غير محقون غير صحيح فان الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لايمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقرانه قتله ظلما وان الشهود شهود زور والتفريق بين القصاص

وروى ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في حديث الكندي « لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » وهوحديث حسن صحيح. وقد روي في حديث ان يمين الغموس تذر الديار بلاقع ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والاخبار

(فصل) ومن ادعي عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني . وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولانه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أداؤه اليه. ولنا ان الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به

(فصل) ويمين الحالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه وديعة او اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ما غصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك فان قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لاتستحق علي ما ادعيته ولا شيئاً منه كان جوابا صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذبا وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة الى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان ثم رجع الجميع لزمتهم الدية اسداساً في أحد الوجهين وفي الاخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف فان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان صحت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثا الدية على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها)

وجملة ذلك انه اذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقال أبو حنيفة لاضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين

ولنا ان قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعا على الزنا وفي كيفية الضمان وجهان

ولو ادعى انني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه فان اجاب بأنك لاتستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه ان يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتني ؟ قال إذا حلف مالك عندي شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ،وهذا يدل على انه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وانه متى حلف مالك قبلي حق برىء بذلك،ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً او مجنوناً لم يحلف عنه ووقف الامر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصي او الامين له فانكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وان ادعى على العبد دعوى نظرت فان كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره ،وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أوجناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال

(فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها اوحساب استثبته لأحلف

(احدهما) يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهما حزبان فلكل حزب نصف فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الاول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الاخرين الثلث لان على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث بشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة ارباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لايجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الاخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحا والآخر اثنين

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه وان رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وان كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل ان يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه

على ما أتيقن فذكر ابو الخطاب انه لايمهل وان لم يحلف جعل ناكلا وقيل لايكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة وان قال ما أريد ان احلف أو سكت فلم يذكر شيئا نظرنا في المدعى فان كان مالا أو المقصود منه المال قضي عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعي نص عليه احمد فقال انا لا ارى رد اليمين ان حلف المدعى عليه والا دفع اليه حقه وبهذا قال ابو حنيفه واختار ابو الخطاب ان له رد اليمين على المدعي ان ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه قال وقد صوبه أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق وقال هو قول اهل المدينة. روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق رواه الدارقطني ولانه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ولان النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه او للخوف من عاقبة اليمين او ترفعا عنها مع علمه بصدقه في انكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل فاذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو اقوى منها كما في موضع الوفاق وقال ابن إبي ليلى لا ادعه حتى يقر او يحلف

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على جانب المدعى عليه» فحصرها في جانب المدعى عليه وقوله «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل

نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزبا والنساء حزباً فان رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند ابي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة باربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن اربعمائة فعلى كل واحد منهما مارجع عنه بقسطه فعلى الاول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لان كل واحد منهم يقر بانه فوت على المشهود عليه ربع مارجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة ان لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والاربعمائة أكثر من خمسين خمسين لان المائتين اللتين رجع عنهما قد بقي بهما شاهدان

﴿مسئلة﴾ (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج ان يغرم النصف)

المنصوص عن أحمد رحمه الله انه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج ان يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لانه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

جنس البينة في جنبة المدعي وقال احمد قدم ابن عمر الى عثمان في عبد له فقال له احلف انك ما بعته وبه عيب علمته فابى ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولانها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الامام في دفتره دينا له على انسان فطالبه به فانكره وطلب منه اليمين فانكره فانه لا خلاف ان اليمين لا ترد وقد ذكر اصحاب الشافعي في هذا انه يقضى بالنكول في احد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقرأ ويحلف، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى اليه بتفريق ثلثه وانكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فانه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا قضى عليه وعلى القول الآخر يقول له لك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف وقضي له وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله فان قال لي بينة اقيمها أو حساب استثبته لاحلف على ما أتيقنه اخرت الحكومة وان قال ما اريد ان احلف سقط حقه من اليمين فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى ان يعود في مجلس آخر فان قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا ؟ قلنا اليمين في حق المدعى عليه هي الاصل فمتى قدر عليها او بذلها وجب قبولها والمصير اليها كالمبدلات مع ابدالها وأما يمين المدعي فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق الى غيره فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها،

ولنا ان الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين يحققه ان اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وانما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه، وان سلمنا انها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب ويتخرج ان لايلزمه الا النصف اذا قلنا يرد اليمين على المدعي

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك ان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاها بشهادتهما الرجوع عنها، وان شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم الزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فيقسم بين الأربعة ارباعا، وان شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه مالم يكن واجباً .

واما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لان الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد في القصاص

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل انه قذفه فقال استحلفوه فان قال لا احلف أقيم عليه قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب انه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف وبهذا قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس وعن أحمد مثله والاول هو المذهب لان هذا أحد نوعي القصاص فاشبه النوع الآخر فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان (أحدهما) يخلى سبيله لانه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر (والثاني) يحبس حتى يقر او يحلف ، وأصل الوجهين المرأة إذا نكلت عن اللعان

(فصل) وإذا حلف فقال ان شاء الله تعالى اعيدت عليه اليمين لان الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك ان وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وان حلف قبل ان يستحلفه الحاكم اعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك ان استحلفه الحاكم قبل ان يسأله المدعي استحلافه لم يعتد بها

(فصل) ولو ادعى على رجل دينا أو حقا فقال قد ابرأتني منه أو استوفيته مني فالقول قول من ينكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

﴿ مسئلة ﴾ (وان بان بعد الحكم ان الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو ببدله على المحكوم له ، وان كان المحكوم به اتلافا فالضمان على المزكين فان لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم ، وعنه لا ينقض اذا كانا فاسقين)

وجملة ذلك أن الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين أو كافرين فان الامام ينقض حكمه ويرد المال ان كان قائما أو عوضه ان كان تالفا، فان تعذر ذلك لاعساره أو غيره فعلى الحاكم ثم يرجع على المشهود له وعن احمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك اذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان، واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع انه ينقض حكمه اذا كانا كافرين وينقض حكم غيره اذا ثبت عنده انه حكم بشهادة كافرين فنقيس على ذلك اذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى فحق الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فاذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والكندي الذين اختلفا في الارض وعموم قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» (القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت الا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق ففيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد لم اسمع من مضى جوزوا الايمان الا في الاموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وانما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف أو يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود (والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها، واذا اختلفا في مضي الاربعة اشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا انه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه مسلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولانها دعوى صحيحة في حق لآدمي فجاز ان يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال . (الضرب الثاني) حقوق الله تعالى وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين

وامر باشهاد العدول فقال سبحانه (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان انه كان موجوداً حال الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات. اذا ثبت هذا فان ابا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا أنه معنى يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية ، وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من اخذ ماله او عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهد ولم

فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن اقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه يمين بحال . (النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكمل النصاب فقال احمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لانها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعى عليه ان عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى .

يدعه لنفسه ولانه إذا لم تسمع البينة بالفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه فاذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له فأما ان قامت البينة انه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين فان كان الحاكم الذي حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا اجماعاً فان كل ممن لايرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم يعتقد بطلانه .

(فصل) فان كان المحكوم به اتلافا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان أنهما كافران أو فاسقان اوعبدان أوأحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما فان لم يكن ثم مزكون فالضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لايجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخطئ، وتجب الدية وفي محلها روايتان (احداهما) في بيت المال (والثانية) على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وللشافعي قولان كالروايتين، فان قلنا الدية على العاقلة لم تحمل إلا الثلث فما زاد ولا تحمل الكفارة لانها لاتحمل ذلك في محل الوفاق كذى ههنا وتكون الكفارة في مال القاتل، وان قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لانه يكثر فيه خطؤه فجعل الضمان عليه يجحف به وان قل ولان جعله في بيت المال لعلة انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه، قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي انه حقه فان قيل فاذا

(مسئلة) قال (واذا شهد من الاربعة اثنان ان هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخران انه زنى بها في البيت الآخر فالاربعة قذفة وعليهم الحد)

وجملته ان من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الاربعة على فعل واحد فان لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة و كان الجميع قذفة وعليهم الحد فاذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت واثنان أنه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد لان الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وقال ابو بكر تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه واستبعده ابو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لانه يخالف الاصول والاجماع والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول لاحد على الشهود لانهم كملوا اربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا انهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى بغيرها . ولانه لا يخلو من ان تكون شهادتهم بزنا واحد او باثنين فان كانت بفعل واحد مثل ان يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في الموضعين فاثنان منهم كاذبان يقيناً واثنان منهم لو خلوا

كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان تلف وههنا لم يحصل في يده شي وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا .

(فصل) فان كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا أربعة فيزكيهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان الشهود فسقة أو عبيداً أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً والضمان على المزكين ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقيق شرطه ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة ، وقال ابو الخطاب في رءوس المسائل الضمان على الشهود بالزنا

ولنا ان المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الحكم على الشهود فاشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة وقولهم إن شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب

عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض اولى، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينوا في شهادتهم انه زنى مرة اخرى، وما ذكروه يبطل بالاصل الذي ذكرناه

(فصل) وكذلك كل شهادة على فعلين مثل ان يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران انه زنى بأخرى أو يشهدان انه زنى بها في يوم وآخران أنه زنى بها في آخر أو يشهدان انه زنى بها ليلا وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة ويشهد آخران انه زنى بها عشياً وأشباه هذا فانهم قذفة في هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه ، فان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية منه اخرى وكانتا متباعدتين فالحكم فيه كما ذكرنا وقال ابو حنيفة تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحسانا وهو قول ابي بكر

ولنا انهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فاشبها البيتين . وأما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لامكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه اوصفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً يوم السبت ويشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة او يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق ويشهد الآخر انه غصبه بمصر ، أو يشهد

وقد نص عليه احمد وقول ابي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وانهم شهدوا بالزور فأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

(فصل) ولو جلد امام انساناً بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة او عبيد فعلى الامام ضمان ماحصل بسبب الضرب)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاضمان عليه

ولنا انها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه او قتله

﴿ مسئلة ﴾ (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم)

لانهم أدوا الشهادة ، أشبه مالو كانوا أحياء وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)

شهادة الزور من اكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال سبحانه (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وروى ابو بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم باكبر الكبائر ؟ » قالوا بلى يارسول الله قال « الاشراك بالله وعقوق الوالدين »

أحدهما انه غصبه ديناراً ويشهد الآخر انه غصبه ثوبا فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا ان اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته او في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لان ماشهد به احد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول ابي بكر فان هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به اذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما انه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد آخر انه سرق مع الزوال كيساً أسود ، او شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر انه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل والاول أصح لان كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه

وان اختلفا في صفة المشهود به اختلافا يوجب تغايرهما مثل أن يشهد احدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في ان الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابهما جميعاً لانه يكون ايجاباً بالحق عليه بشهادة واحد، ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس احدهما اولى من الآخر ، فأما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان او الصفة ثبتا جميعاً لان كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الاخرى لاتعارضها لامكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا ان احداهما كاذبة ولا نعلم

وكان متكئاً فجلس فقال «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه وروى ابو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار » فمتى ثبت عند الحاكم أن رجلا شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله والأوزاعي وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وقال ابو حنيفة لا يعزر ولا يشهر ولأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار، وروي عنه الطحاوي انه يشهر وانكره المتأخرون

ولنا انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يختص بضرره (والثاني) انه اوجب كفارة شاقة هي يشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولا نعلم له في الصحابة مخالفاً . إذا ثبت ذلك فان عقوبته غير مقدرة وإنما ذلك مفوض الى رأي الحاكم ان راى ذلك بالجلد فعل وإن رآه بحبس او كشف راسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين وقال ابن ابي ليلى يجلد خمسا وسبعين سوطا . وهذا احد قولي ابي يوسف وقال الاوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبي ﷺ « لايجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

أيتهما هي بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانهما جميعاً يثبتان ان ادعاهما ،وان لم يدع الا احداهما ثبت له ما ادعاه دون مالم يدعه

وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيسا اسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا أبيض او شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشياً فقال القاضي : يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين ابيض وأسود فتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه او غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لا تعارض ،فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع المشهود له إلا احد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه ،وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر او شهد احدهما في مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد احدهما بغصب كيس ابيض وشهد آخر بغصب كيس اسود فادعاهما المشهود له فله ان يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له به شاهد ،وإن لم يدع الا احدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه

وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه ان كان من اهل السوق أو في قبيلته ان كان من اهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه ، وهذا مذهب الشافعي وأبي الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده قاسم وسالم فقالا سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الامام احمد وقال سوار يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رآني فلا يشهد بزور وروي عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه امر بحلق بعض رؤوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثلة وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وماروي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوماً وخلى سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم مما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل

(فصل) فأما الشهادة على الاقرار مثل أن يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق انه قتله او قذفه او غصبه كذا او ان له في ذمته كذا ويشهد آخر انه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال زفر لاتكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما انه أقر عندي انه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لاتقبل ههنا ويحقق ماذكرناه انه لايمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لافي جمعهم إلى المشهود له فيمضي اليهم في أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على اقراره وإن كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قتله يوم الخميس وقال الآخر اشهد انه اقر عندي انه قتله يوم الجمعة او قال أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعربية، وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما انه اقر انه غصبه دنانير وشهد الآخر انه أقر انه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة، وعلى قول ابي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعربية أو العجمية، والقتل بالبصرة او الكوفة ليس من المقتضي فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

انه فعل شيئاً وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلطه في شهادته فلا يؤدب لأن الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يمنع أنه كذب احدى البينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه قال الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم)

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولم نقضه لانا تبينا كذبهما وان كان المحكوم به مالا رد الى صاحبه وإن كان اتلافا فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافه الى أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك .

(فصل) وان تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

(فصل) فان شهد أحدهما انه باع أمس وشهد الآخر انه باع اليوم او شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد الآخر انه طلقها اليوم فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لاتكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه مالو شهد بالغصب في وقتين

ووجه قول أصحابنا ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية

(فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فانه كالفعل الواحد فاذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح امس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك القذف فانه لاتكمل الشهادة الا ان يشهدا على قذف واحد

(فصل) فان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لانه يجوز ان يكون الغصب الذي اقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز ان يكون ما اقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فانه يجوز ان يكون ما اقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر اذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا امكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالاقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان

ولنا انه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذلك . قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لايؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة

﴿مسئلة﴾ (ولاتقبل الشهادة الا بلفظ الشهادة فان قال أعلم اواحق لم يحكم به)

وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول أشهد أنه اقر بكذا ونحوه ولو قال أعلم أو احق أو اتيقن او اعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لايحصل في غيرها من اللفظات بدليل انها تستعمل في اللعان ولايحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافا .

(فصل) واذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه مالم يحكم بشهادته ذكره الخرقي مثل ان يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً

وبهذا قال أبو حنيفة والثوري واسحاق وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الاخيرة لان كل واحدة منهما ترد ولان الأولى مرجوع عنها (والثانية) غير موثوق بها لأنها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالاولى وقال مالك يؤخذ باقل قوليه لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلايقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

وشهد على الاقرار به اثنان وان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه اقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لانهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد أنه أخذه من يديه الزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فترد الى يده لتكون دلالتها ثابتة له قال مهنا سألت أباعبدالله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال شهادتهما جائزة

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلابد من ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد ان النكاح صحيح وهو فاسد ، وان شهد بعقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتين (أحداهما) يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح (والثانية) لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكره في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم وان شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك كان في الحولين وان شهد بالقتل فلابد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله أو ضربه بكذا فقتله ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو فقتله؟ فاعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ومكان الزنا

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها مايخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فوجب استمرارها الى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلاينقض بعد تمامه .

(باب اليمين في الدعاوى)

وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي

وجملة ذلك أن الحقوق على ضربين (احدهما) ماهو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى وحق الآدمي ينقسم قسمين :

(أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجناية الموجبة للمال فيستحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ولحديث الحضرمي والكندي

وصفته لان اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ماليس بزنا زنافاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لايحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان وان شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز وذكر المسروق منه وصفة السرقة وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف وان شهد بمال احتاج الى تحريره بمثل ما ذكرنا في الدعوى وان ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج الى ذكره سأله الحاكم عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات، وان حرر المدعي دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقال الآخر اشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعي دعواه أشهد بذلك أو بهذا اجزأه

(مسئلة) قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وان جاء بعضهم بعد ان قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسئلة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن اعادتها هنا

(مسئلة) قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا عمدنا اقتص منهما وان قالا اخطأنا غرما الدية أو ارش الجرح)

وجملة الامر ان الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم بعد ادائها لم يخل من ثلاثة أحوال (احدها)

(القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل مالايثبت الا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان:

(احداهما) لايستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال احمد ولم أسمع من مضى جوز الايمان إلا في الاموال والعروض خاصة ، وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق ومايتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لان هذه الاشياء لايدخلها البدل وانما تعرض اليمين فيما يدخلها البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف او يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود .

(والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الاربعة الاشهر في الايلاء فالقول قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد

ان يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد اديت فلا تبطل برجوع من شهدبها كما لو رجعا بعدالحكم وهذافاسد لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولان رجوعهمايظهر به كذبهما فلم يجز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ولانه زال ظنه في ان ما شهد به حق فلم يجز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ماحكم به كما لو تغير اجتهاده . (الحال الثاني) ان يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظرفان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه لان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فانه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه والحد والقصاص لا ينجبر بايجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولايحصل لمن وجب له منه عوض وانما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فان قيل فقد قلتم انه اذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفي في احد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران ان شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين ادى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا وان كان المشهود به مالا استوفي ولم ينقض حكمه في قول

لقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولان اليمين على المدعى عليه وهذا عام في كل مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى . وقال ابو بكر عبدالعزيز تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في النكاح والطلاق لان هذا مما لايحل بذله فلم يستحلف كحقوق الله سبحانه وانما كان كذلك لان الابضاع مما يحتاط لها فلا تستباح بالنكول لأن النكول ليس بحجة قوية لانه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال ، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لاينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ، وقال ابو الخطاب تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لان البذل لا يدخل هذه الاشياء ثم يستحلف فيها كحقوق الله سبحانه ، وقال القاضي في الطلاق والقصاص والقذف روايتان (احداهما) لايستحلف فيها لذلك (والثانية) يستحلف فيها لانها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال . وأما الستة الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحدة لماسبق وقال الخرقي لا يستحلف

أهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالا ينقض الحكم وان استوفي الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لانفسهما . يحقق هذا ان حق الانسان لايزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لايفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق وفارق ما اذا تبين انهما كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لاتستوفى فانها تدرأ بالشبهات

(الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لايبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين ثم ينظر . فان كان المشهود به اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح نظرنا في رجوعهما فان قالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص وبهذا قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي لاقود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبها حافر البئر وناصب السكين اذا تلف بهما شيء

في القصاص ولا المرأة اذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لماسبق وإذا أقام العبد شاهداً بعتقه حلف مع شاهده وعتق وهي إحدى الروايتين عن احمد وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يستحلف في حقوق الله سبحانه) وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين لا نعلم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار اولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » فلا تشرع فيه يمين بحال

(النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكمل النصاب فقال احمد القول قول رب المال بغير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وابو يوسف يستحلف لانها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي اشبه حق الآدمي ، ووجه الاول انه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعي عليه ان عليه كفارة يمين او ظهار او نذر أو صدقة او غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه

ولنا ان علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا اخطأنا ليس هذا هو السارق فقال علي لو علمت انكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة فيكون اجماعا ولانهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر ونصب السكين فانه لايفضي إلى القتل غالباً

وقد ذكرنا هذه المسئلة في القصاص فأما إن قالا عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم انه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما والعاقلة لاتحمل اعترافا ، وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر اخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ

وإن قال كل واحد منهما عمدت واخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية لان كل واحد منهما انما اعترف بعمد شارك فيه مخطئا وهذا لايوجب القصاص والانسان انما يؤاخذ باقراره لاباقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت واخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها

وإن قالا جميعاً اخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لاتحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة لان كل

كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله لتضمين السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي)

روي ذلك عن الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم ، وقد سبق ذكر ذلك ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لان شهادة النساء ناقصة وانما اجيزت بانضمام الذكر اليهن فلا يقبلن منفردات وان كثرن ويحتمل ان يقبل لان المرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة اربع نسوة فانه لا يقبل اجماعا

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يثبت العتق بشاهد ويمين ؟ على روايتين)

(احداهما) يثبت وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لانه ازالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو اتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل

(والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الحدود والقصاص.

منهما يؤاخذ بحكم اقراره ، وإن قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري مافعل صاحبي؟فعليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لايجب عليهما القصاص لان اقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وانما يؤاخذ الانسان باقراره لاباقرار صاحبه ، وإن قال أحدهما عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي سئل صاحبه فاذا قال عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي فهي كالتي قبلها وإن قال عمدنا فعليه القصاص وفي الاول وجهان،وإن قال اخطأت او اخطأنا فلا قصاص على واحد منهما ،وإن جهل حال الآخر بان يجن أو يموت أو لايقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لايحكم بشهادتهما اذا كان رجوعه قبل الحكم وفي انه لايستوفي العقوبة اذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما،وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم اقراره وحده فان اقر بما يوجب القصاص وجب عليه، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ،وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه مما ثبت بشاهدين او أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لان مابقي من البينة كاف في اثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر مالا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين)

لقول الله تعالى في الرجعة (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لانه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية اخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لانه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي النكاح لا يثبت الا بشاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجهها

﴿ مسئلة ﴾ (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الاثبات حلف على البت)

معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له علي شيء والايمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن ابي ليلى كلها علي البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال « قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق » وروى الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى رسول الله ﷺ في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده

«مسئلة» قال (وان كانت شهادتهما بمال غرماه ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والاوزاعي وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لانه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما

ولنا انهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه ولانهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فاشبه مالو شهدا بحريته ولانهما تسببا الى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا انه اذا ألزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى . وقولهم انهما ماأتلفا المال يبطل بما اذا شهدا بعتقه فان الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وانما حالا بين سيده وبينه وفي موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

قال « هل لك بينة ؟ » قال لا ولكن أحلفه: والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها ابوه فتهيأ الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكروه لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما لو افترقت الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والاسباب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له الا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

اذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو اثباتاً، وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتاً مثل ان يدعي انه اقرض أو باع ويقيم شاهدا بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وان كان على نفي مثل ان يدعى عليه دين أو غصب أو جناية فانه يحلف على نفي العلم لا غير، وان حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد اذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى ان عبده استدان او جنى فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي فعل الموروث

(فصل) ذكر ابن أبي موسى أنه اختلف قوله فيمن باع سلعة فظهر المشتري على عيب بها فانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عبد المشتري فادعى على البائع أنه ابق عنده فانكر هل يلزمه أن يحلف انه لم يأبق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين الا أن يكون ولده

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته)

أما اذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكه فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ماذكرنا من الخلاف فيه لانها من جملة المال وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فان المخالف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه فان اخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كاخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكه فاذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرما القيمة لان العبيد من المتقومات لامن ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل لانه انما ملك نصف البضع بدليل انه انما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها او اسلامها أو قتلها نفسها فانها لاتضمن شيئاً، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وانما وجب عليهما نصف المسمى لانهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع او غيره

فيلزمه ان يحلف أنه لم يأبق قط ، ووجه كون اليمين على نفي علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى أنه ادعى عليه انه باعه معيباً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتا

﴿ مسألة ﴾ (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال احلف يمينا واحدة فرضوا جاز وان ابوا حلف لكل واحد يمينا)

اذا كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين لانها حقهم ولانه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة قال القاضي : ويحتمل ان لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اليمين حجة في حق الواحد فاذا رضي بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة لايعمل برضى الخصم كما لو رضي ان يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الاول لان الحق لهما فاذا رضيا به جاز ولايلزم من رضاهما بيمين واحدة ان يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق اذا قامت بها بينة واحدة لاتكون لكل حق بعض البينة فاما ان حلفه الحاكم لجميعهم يمينا واحدة فخطأه أهل عصره[1]

﴿ فصل ﴾ قال (الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه في قول عامة

١) كذا بالاصل

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لايجوز تمليك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة اذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وانما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ن ضمان عليهما وبه قال ابو حنيفة

وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول

وقال الشافعي يلزمهما مهر المثل لانهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ماقبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوما فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجته هي بردتها

(فصل) وان شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت فان طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئاً لانهما لم يفوتا عليها شيئاً وان دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل او اكثر منه ووصل اليها فلا شيء عليهما لانها اخذت عوض ما فوتاه عليها وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليهما فعليهما ضمان مهر مثلها لانه عوض ما فوتاه عليها

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فان عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فان ادى وعتق فعليهما ضمان جميعه لانهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما

أهل العلم الا ابن مالك كا أحب بالله الذي لااله الا هو وان استحلف حاكم بالله أجزأ)

قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال «قل والله الذي لااله الا هو ماله عندك شيء» رواه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لااله الا هو ان النخل لنخلي ومالابي فيها شيء وقال الشافعي ان كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فحلف بالله الذي لااله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر مايعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وماتخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب وذكر القاضي ان هذا في ايمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمنا ولو كان ذاقربي) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) وقال سبحانه (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض المفسرين من اقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال « آلله ماأردت الا واحدة؟» وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته ومابه داء تعلمه ولان فيه كفاية فوجب ان يكتفى باسمه في اليمين كالمواضع التي سلموها فأما حديث ابن عباس وابن عمر فانه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وما ذكرناه يدل على

قبضه من كتابته والاول اولى لان ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وان أراد تغريمها بشهادتهما ويحتمل أن يلزمها قبل انكشاف الحال فينبغي ان يغرمها ما بين قيمته سليما ومكاتبا وان شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب ان يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال احمد في رواية اسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص وإن قال أخطأنا فعليه ربع الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية وان شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص اوسدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية وبهذا قال أبو عبيد ، وقال أبو حنيفة إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب ابي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال

الاكتفاء ببسم الله وحده وما ذكره الباقون تحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

﴿ مسئلة ﴾ (وان رأى الحاكم تغليظها بلفظ أوزمن أومكان جاز)

ففي اللفظ يقول والله الذي لااله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور واليهودي والله الذي انزل التوراة على موسى وفلق له البحر وانجاه من فرعون وملائه والنصراني يقول والله الذي انزل الانجيل على عيسى وجعله يحيي الموتى ويبرىء الاكمه والابرص والمجوسي يقول والله الذي خلقني وصورني ورزقني ، والزمان يحلفه بعد العصر وبين الاذانين والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام وفي الصخرة ببيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال وقد أومأ اليه أحمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال قل والله الذي خلقني ورزقني وان كان وثنيا حلفه بالله وحده وكذلك ان كان لايعبد الله لانه لايجوز الحلف بغير الله تعالى لقول رسول الله ﷺ «من كان حالفا فليحلف بالله أوليصمت» ولان

أبو اسحاق لا قصاص عليه لان بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً فان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وانما أبيح دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه

ولنا أن الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولان ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة ، وقولهم إن دمه غير محقون غير صحيح فان الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلما وأن الشهود شهدوا بالزور ،والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته، وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده

هذا ان لم يكن يعد هذه يميناً فانما يزداد بها اثما وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وانما للحاكم فعله إذا رأى، وظاهر كلام الخرقي ان اليمين لا تغلظ الا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يعني «لليهود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود وكذلك قال الخرقي تغلظ في المكان فيحلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان، وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وابراهيم وكعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا

قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فان رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد ما رجع عنه بقسطه فعلى الاول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لان كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والاربعمائة اكثر من خمسين خمسين لان المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة لان المائتين التي رجعا عنهما قد بقي بها شاهدان

(فصل) واذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم ، وقال ابو حنيفة لاضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين

ولنا ان قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا وفي كيفية الضمان وجهان

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد رؤسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهم حزبان فلكل حزب نصف ، فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الاول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث لان على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده

وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد

يحلف قائماً الاعلى منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الاعلى ما يقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة ببيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ماذكرناه في صدر المسئلة ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير واحتجوا بقول النبي ﷺ « من حلف على منبري هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار» فثبت انه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قال اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا

منهما جني جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحا والآخر جرحين

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك لو شهدا على رجل انه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) واذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم ألزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الاربعة أرباعا وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه مالم يكن عليه واجباً

(فصل) وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع فعليهما الضمان لا أعلم بينهم في ذلك خلافا ، وإن رجع شاهدا الاصل وحدهما لزمهما الضمان أيضاً وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن

وحكى أبو الخطاب عن القاضي انه لا ضمان عليهما وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع بدليل انهما جعلا شهادة شاهدي الاصل شهادة فلم يلزم شاهدي الاصل ضمان لعدم

والله الا عند منقطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما)ولم يذكر مكانا ولا زمانا ولا زيادة في اللفظ ، واستحلف النبي ﷺ ركانة في الطلاق فقال «آالله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال آالله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ ، وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه وفيما ذكروه من التغليظ تقييد لهذه النصوص ومخالفة للاجماع فان ماذكر عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان إجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع،منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاثم وهم لا يعملون بها أصلا فكيف

تعلق الحكم بشهادتهما . ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الاصل بدليل اعتبار عدالتهما فاذا رجعا ضمنا كشاهدي الفرع

(فصل) واذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه احمد في رواية جماعة ، وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين. يحققه أن اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه ولو سلمنا أنها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر ، قال ابو الخطاب ويتخرج أن لايلزمه إلا النصف المحكوم به اذا قلنا ترد اليمين على المدعي

(فصل) واذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا لان القصاص يغني عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لانهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهي شهادة الزور ويحتمل أن لايعزروا لان رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ولان شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع ، خوفاً منه فلايشرع ، وإن قالوا اخطأنا لم يعزروا لان الله تعالى قال (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم

يحتجون بها ؟ ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير الى ماخولف فيه القياس وترك العمل به . وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنما فيه دليل على تغليظ الاثم على الحالف . وأما قضية مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم الى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقارئهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة اجماع الصحابة وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي ﷺ واطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى؟ فهذا مما لايجوز إنما ذكر الخرقي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الآدمي لاستحلاف النبي ﷺ اليهود بقوله «نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وروي عن كعب بن سور في النصراني قال : اذهبوا به الى المذبح واجعلوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه ، وقال الشعبي في نصراني :اذهب إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله .

وقال ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يمينا يستحلف بها غير التي يستحلف بها المسلمون ، وفي الجملة لاخلاف بين المسلمين في أن التغليظ بالمكان والزمان والالفاظ غير

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجملته أن الحاكم اذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وانما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لايجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخطىء وتجب الدية وفي محلها روايتان

(احداهما) في بيت المال لانه نائب للمسلمين ووكيلهم وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ولان خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فايجاب ضمان مايخطىء فيه على عاقلته اجحاف بهم فقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

(والرواية الثانية) هي على عاقلته مخففة مؤجلة لما روي ان امرأة ذكرت عند عمر بسوء فارسل اليها فاجهضت ذا بطنها فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم لاشيء عليك انما انت مؤدب وقال علي عليك الدية فقال عمر عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشا لانهم عاقة عمر ولو كانت في بيت المال لم يقسمها على قومه ولانه من خطائه فتحمله عاقلته كخطائه في غير الحكومة وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا ان الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعدا ولا تحمل الكفارة لان العاقلة لا تحمل الكفارة في محل الوفاق كذا ههنا وتكون الكفارة في ماله وإذا قلنا انه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لان جعله في بيت المال لعلة انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه وهذا يدخل

واجب الا أن ابن الصباغ ذكر في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي وخالفه ابن القاص فقال لا خلاف بين أهل العلم أن القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمكان اختيار منه فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحبابا .

(فصل) قال ابن المنذر ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلظ عليه باحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله وأسمائه وهذه زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ولا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر كالجنايات والعتاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ)

يكثر خطؤه فجعل الضمان في ماله يجحف به وان قل لكثرة تكرره وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي انه حقه ، فان قيل فاذا كان الولي استوفى حقه فينبغي ان يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما اتلف شيئا بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان ان الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينا والضمان على المزكين وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في رءوس المسائل الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا

ولنا ان المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فاشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور، وأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم

(فصل) ولو جلد الامام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ماحصل من أثر الضرب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

وقيل مايقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لان التغليظ زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجوبها فلا تجب الا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليه الا في موضع ورد الشرع به وصح كتحليف رسول الله ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ونحوه

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا)

لموافقته مطلق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه»

(فصل) ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق او توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى (زعم الذين كفروا أن لن

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله

(فصل) ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فان الامام ينقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً وعوضه ان كان تالفاً فان تعذر ذلك لاعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له، وعن أحمد رواية أخري لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك الحكم اذا شهد عنده عدلان ان الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان لا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم اذا شهد واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه اذا كانا كافرين وينقض حكم غيره اذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فقيس على ذلك ما اذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر باشهاد العدول وقال (واشهدوا ذوي عدل منكم)واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات اذا ثبت هذا فان أبا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لاقبل الحكم ولا بعده، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة

ولنا أنه معنى يتعلق الحكم به فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه ولانه اذا لم تسمع البينة الفسق ادى الى ظلم المشهود عليه لانه يمكن ان لا يعرف فسق الشاهدين

يبعثوا قال بلى وربي لتبعثن) » وحلف عمر لابي على نخل ثم وهبه إياه وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل بلي أبو عبد الله بمثل هذا جاء إليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك فقيل لابي عبد الله ماترى؟ قال أحلف له، اذا لم يكن له في قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف؟ وانا من أنا؟ وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احداهما) حفظ ماله عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص أخيه الظالم من مظلمته وأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان يصادف قدراً فيقال حلف وعوقب، أو هذا شؤم يمينه. وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق

الا شهود المشهود عليه فاذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالما له ، فاما ان قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين نظر في الحاكم الذي حكم بشهادتهما إن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا اجماعاً، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلانه والفرق بين المال والاتلاف ان المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه لان كل واحد أحق بماله، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لانه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استحقاق لاخذه ، أما الاتلاف فانه لم يحصل به في يد المتلف شيء برده ولم يمكن تضمينه لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسمعنا ولم نكتم شهادة الله تعالى التي لزمنا اداؤها ولم يثبت كذبهم فوجب احالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ومكن من اتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه فوجب احالة الضمان عليه .

(مسئلة) قال (واذا ادعى العبد ان سيده اعتقه حلف مع شاهده وصار حراً)

روي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبي بكر لانه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ولانه اتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل وإفضاؤه إلى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين بدليل ان الولادة تثبت بشهادة النساء وينبني عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن (والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجال في غالب الاحوال فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم

له فخاصم الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فابى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة أتراني أترك جملي ؟ فحلف بالله انه ما باع ولا وهب ، ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذبا وفي ذهاب ماله أجر وليس هذا تضييعا للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة ، وأما عمر فانه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف قال شيخنا وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) والحلف الكذب ليقتطع به مال أخيه فيه اثم كبير وقيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الاليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم)وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الغموس تدع الديار بلاقع .

« مسئلة » قال (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر انه شاهد زور اذا تحقق تعمده لذلك)

وجملة ذلك ان شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهي الله عنها في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روي عن خريم بن فاتك ان النبي ﷺ قال «عدلت شهادة الزور الاشراك بالله» ثلاث مرات، ثم تلى قوله تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور)» رواه أبو داود، وروي هذا عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي ﷺ أنه قال «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا بلى يارسول الله، قال «الاشراك بالله وعقوق الوالدين» وكان متكئاً فجلس فقال «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه. وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار» فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل انه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة وقال أبو حنيفة لايعزر ولا يشهر لانه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار وروى عنه الطحاوي انه يشهر وأنكره المتأخرون.

ولنا انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يختص بضرره (والثاني) انه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً. واذا ثبت هذا فان تأديبه غير مقدور

(فصل) ومن ادعي عليه دين وهو معسر به لم يحل له ان يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وإن كانوا ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولأنه لايستحق مطالبته في الحال ولا يجب عليه اداؤه اليه. ولنا أن الدين في ذمته وهو حق له عليه ولولم يكن عليه حق لم يجز انظاره به

(فصل) ويمين الحالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ماغصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف ان يحلف على ذلك، وإن قال مالك علي شيء أو لاتستحق علي شيئاً أو لاتستحق علي ما ادعيته ولا شيئاً منه كان جوابا صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذبا، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلبت منه اليمين حلف

وانما هو مفوض الى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسة وسبعين سوطا وهو أحد قولي أبي يوسف، وقول الاوزاعي في شاهدي الطلاق : يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات ، وقال شريح يجلد أسواطا فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه وهذا مذهب الشافعي وأتي الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم فقالا سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه يجلد اربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الامام أحمد ، وقال سوار يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رآني فلا يشهد بزور ، وروي عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة انه أمر بحلق نصف رءوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في الاسواق والذي شهدوا له معهم

ولنا ان هذا مثلة وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوما وخلى سبيله ، وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم مما يراه مما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق انه شاهد زور وتعمد ذلك إما باقراره أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو ان هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة اعوام وسنها اقل من ذلك او يشهد على رجل انه فعل شيئا في وقت وقد مات قبل ذلك الوقت أو لم يولد إلا بعده وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه او غلطه في شهادته فلا يؤدب به لان الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به فان كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وان كان إتلافا

على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فانكره وطلب يمينه فان كان أجاب بانك لا تستحقها حلف على ذلك

فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب إتلافه إلا ان يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك

(فصل) فاذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك لا تقبل شهادته ابداً لان ذلك لا يؤمن منه

ولنا انه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين. وقوله لا يؤمن منه ذلك. قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

﴿ مسئله ﴾ قال (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته)

وهذا مثل ان يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون أو يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به اخيراً وبهذا قال ابو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق . وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منهما ترد الاخرى وتعارضها . ولان الاولى مرجوع عنها والثانية غير موثوق بها لانها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ان يكون في الغلط كالاولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لانه ادى الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه. ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينتقض بعد تمامه

(فصل) وان شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاه منه خمسمائة فسدت شهادته ذكره أبو الخطاب فقال إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال احدهما قضاه منه خمسمائة بطلت شهادته وذلك انه شهد بان الالف جميعه عليه واذا قضاه خمسمائة لم تكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته، وفارق هذا ما لو شهد بالف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وأقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع، والمنصوص عن احمد أن شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بالف ثم قال احدهما قبل الحكم قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته في نصف الالف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر انه قضاه لان ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فاشبه مالو قال أشهد بالف بل بخمسمائة

قال احمد ولو جاء بعد هذا المجلس فقال اشهد انه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فانكره هل يحلف ما أودعتك؟ قال اذا حلف مالك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك؟ وهذا يدل على انه لا يلزمه أن يحلف على حسب الجواب

الشهادة فهذا يحتمل انه اراد به انه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد، فاما ان شهد انه اقرضه ألفا ثم قال قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجها واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

(مسئلة) قال (واذا شهد شاهد بالف وآخر بخمسمائة حكم لمدعي الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى ان أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد واسحاق وأبي عبيد، وحكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتا قوماء وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل اقرار إلا واحد

ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وما ذكره من أن كل اقرار انما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بالف عشيا فان الشهادة تكمل مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد فأما ما انفرد به أحدهما فان للمدعي أن يحلف معه ويستحق وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات فأما إن اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف بيض وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ماشهد به

(فصل) فان شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانهما مختلفان

(فصل) وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه اياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه وإن شهد له بكل عقد شاهدان ثبت البيعان وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الآخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب

وانه متى حلف مالك قبلي حق برىء بذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنونا

الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين

(فصل) وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان وله أن يحلف مع الآخر على درهم لانهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بالف وآخر بخمسمائة وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الاخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فانه يجب له ألفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسئلة الالف وخمسمائة

ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم وتخالف الزيادة في الاخبار فان من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه الفا آخر فان قيل فلم قلتم انه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له ان يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها قلنا لان الشاهدين حجة وبينة فاذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، واما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فاذا حلف مع احدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد باحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال كنت انسيتها قبلت منه)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يجوز أن يكون نسيها وإذا كان ناسيا لها فلا شهادة عنده فلا تكذيبه مع امكان صدقه ولا يشبه هذا إذا ما قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع لان ذلك اقرار منه على نفسه بعدم البينة والانسان يؤاخذ باقراره وقول الشاهد لا شهادة عندي ليس باقرار فان الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها فاذا اعترف بها كان اقراراً بعد الانكار وهو مسموع بخلاف الانكار بعد الانكار ولان الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره فاذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن انكر ان يكون عنده شهادة قبل ان يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فانه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها

لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الاب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصي أو الامين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل)

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو فان شهادته تبطل في الكل وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) تصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فان شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال

ولنا أنها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابنا وألف درهم فادعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الابن وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فان كان في مجلس واحد كان الالف بينهما وان كان في مجلسين كان الالف للاول ولا شيء للثاني)

وجملته ان الميت اذا خلف وارثاً وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها فاذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت فان كان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ في البيع ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ولا يقبل إقرار الانسان على غيره، وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي الى اسقاط حق الغرماء فانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ولان من قبل اقراره أولا قبل اقراره ثانياً اذا لم يتغير حاله كالموروث.

ولنا انه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كاقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لايتعلق بماله وانما يتعلق بذمته، وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صح وشارك الاول والفرق بينه

القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وان ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه

وبين الوارث ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة مالم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لانه باعترافه للاول ثبت له الملك فيه فصار اقراره للثاني اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني لانه فوته عليه باقراره به لغيره فأشبه مالو غصبه منه فدفعه الى غيره .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى دعوى على مريض فاومأ برأسه أي نعم لم يحكم بها حتى يقول بلسانه)

وجملته ان اشارة المريض لا تقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه وبهذا قال الثوري ، وقال الشافعي يقبل اقراره باشارته اذا كان عاجزاً عن الكلام لانه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبه اقرار الاخرس

ولنا انه غير مأيوس من نطقه فلم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح وبهذا فارق الاخرس فانه مأيوس من نطقه ولهذا لو ارتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الاخرس ، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع امكانه في العدة ولان عجزه عن النطق غير متحقق فانه يحتمل ان يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه وان صار الى حال يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز ان يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الاخرس ولان الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق وهذا لم تتكرر اشارته فلعله لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح القياس

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل لانه مكذب لبينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر تقبل وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته وقال بعض أصحاب الشافعي وان كان الاشهاد امرا تولاه بنفسه لم تسمع بينته لانه أكذبها وان كان وكيله أشهد على المدعى عليه

كالقصاص والطلاق والقذف والخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره . وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو

أو شهد من غير علمه أو من غير ان يشهدهم سمعت بينته لانه معذور في نفيه اياها وهذا القول حسن ولنا أنه أكذب بينته باقراره أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكذيباً له ويفارق الشاهد اذا قال لاشهادة عندي ثم قال كنت نسيتها لان ذلك اقرار لغيره بعد الانكار وههنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه والحكم في ما اذا قال كل بينة لي زور كالحكم في ما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) وان قال ما أعلم لي بينة ثم أتى ببينة سمعت لانه يجوز ان تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها قال أبو الخطاب ولو قال ما أعلم لي بينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبلت شهادته وان شهد لهم لم يقبل اذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع عنهم بها ضرراً وأما شهادته لهم اذا كانوا في حجره فغير مقبولة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم اذا كان الخصم غيره لانه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهما في الشهادة به فاما قوله اذا كانوا في حجره فانه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها والحكم في امين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد من يخنق في الاحيان قبلت شهادته في افاقته)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور ولا أحسبه الا مذهب اهل الكوفة وذلك لان الاعتبار في الشهادة بحال ادائها وهو في وقت الاداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبي اذا كبر ولانه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والمريض الذي يغمى عليه في بعض الاحيان

جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال ، وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه فذكر أبو الخطاب انه لا يمهل وان لم يحلف جعل ناكلا . وقيل لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة كالوادعى قضاء او إبراء

(فصل) ولو ادعى على رجل دينا او حقا فقال قد أبرأتني منه واستوفيته مني فالقول قول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة اذا لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار في داء الدابة)

وجملته انه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا أوفيما كان أكثر منها كالهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة أوأصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق أوفي الجائفة وغيرها من الجراح التي لايعرفها إلا الاطباء أو اختلفا في داء يختص بمعرفته الاطباء أو في داء الدابة فظاهر كلام الخرقي انه اذا قدر على طبيبين أو بيطارين لايجزىء واحد لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق فان لم يقدر على اثنين اجزأ واحد لانه مما لايمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فقبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال احمد رحمه الله اذا قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول اشهدولي على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان ، وقال احمد اذا شهد على ألف وكان الحاكم لايحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بالف قال القاضي وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ماشهد قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ماأشهد عليه لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ماشهد به الشاهد

وقال ابو الخطاب عندي يجوز أن يشهد بذلك لان من شهد بالف فقد شهد بمائة فاذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى والاول أصح لما ذكره القاضي ولان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين

(فصل) قال احمد اذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

المنكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما — مابرئت ذمتك منه ولا من شيء منه، أو مابرئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى في اللغة إضافة الانسان إلى نفسه شيئاً ملكا أو استحقاقا أو صفقة أو نحو ذلك ، وهي في الشرع اضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم مايدعون) وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو اثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل المدعي من اذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من اذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بان يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف

﴿ مسئلة ﴾ **قال ابو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فانكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف)**

وجملته أن النكاح لايستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول ابي حنيفة ، ويتخرج

باب الدعاوى والبينات

الدعوى إضافة الانسان إلى نفسه شيئا أو ملكا أو استحقاقا أو نحوه . وهو في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم مايدعون)

﴿ مسئلة ﴾ (والمدعي من اذا ترك سكت والمنكر من إذا سكت لم يترك)

وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما ان اليمين غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي ﷺ « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الدعوى والانكار الا من جائز التصرف)

لان من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره

أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه حق لآدمي فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في النكاح فان نكل ألزم النكاح ، وقال الشافعي إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح

ولنا أن هذا مما لايحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد. يحقق هذا أن الابضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعي كالحدود وذلك لان النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ومع هذه الاحتمالات لاينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ويمين المدعي انما هي قول نفسه لاينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم واثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه

وأما الحديث فانما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود فالنكاح في معناه بل النكاح أولى لأنه لايكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطا في انعقاده أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها ، وإن قلنا أنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول وتحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف وفي الآخر يخلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعي محقاً أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان تداعيا عيناً لم تخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه انه لا حق للآخر فيها اذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه . وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي « شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك» ولان الظاهر من اليد الملك

﴿ مسئلة ﴾ (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهي للاول)

لان تصرفه أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعتها ، فان كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهي للراكب لانه اقوى تصرفاً فان اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصوص الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لانه نوع ملك فاشبه ملك العبد الا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لابيها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي ان يحكم بصحة مع جهله بها ولا يعلمها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها وتفارق المال فان أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعي عدها ولا يعرفها والاموال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فافترقا في الدعوى، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا تختلف به الاغراض فان كانت المرأة امة والزوج حراً فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لانهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما ان ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج الى ذكر الشروط في أحد الوجهين لانه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة وفي الثاني يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح فاشبه دعوى العقد

(فصل) وان تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه فهو للابسه لان تصرفه أقوى وهو المستوفي لمنفعته، فان كان كمه في يد احدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما سواء فيها لان يد الممسك بالطرف عليها بدليل انه لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها

(فصل) ولو كانت دار فيها أربعة ابيات في احد أبياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها فان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه. وإن تنازعا الساحة التي يتطرق منها الى البيوت فهي بينهما نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقص فهما للخياط)

لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر، والظاهر ان الانسان إذا دعى خياطا يخيط له فالعادة أنه يحمل معه ابرته ومقصه . وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وإنما العادة ان يخيط قميص صاحب الدار فيها

وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجارة فهي للنجار . وإن اختلفا

(فصل) وان ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه لانها تدعي حقا لها تضيفه الى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكا اضافته الى الشراء، وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لانه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لان النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقا لغيرها فان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين لانه اذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين، وان قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها فاما اباحتها له فتنبني على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وان علم أنها ليست امرأته اما لعدم العقد أو لبينونتها منه لم تحل له وهل يمكن منها في الظاهر يحتمل وجهين (أحدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لا يمكن منها لاقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاعة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

في الخشبة المنشورة والابواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب الدار . وإن اختلف النجار ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد . وان اختلفا في الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تنازع هو والقراب القربة فهي للقراب) وإن اختلفا في الخابية والجرار فهي لصاحب الدار ، ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (وان تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لانه استوفى لمنفعتها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تنازعا حائطا معقوداً ببناء أحدهما أو وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه أو له عليه ازج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما)

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تنازعا حائطا بين ملكيهما وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه معطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل اتصالهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط انه له وتكون بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما . وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وماهو لصاحبه جاز وبهذا قال أبو حنيفه وأبو ثور وابن

(فصل) فاما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر الى الكشف وذكر الشروط في اصح الوجهين لانها لا يحتاط لها ولا تفتقر الى الولي والشهود فلم تفتقر الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية او غيرها لانها مبيع فاشبهت الجارية وكذلك اذا كان المدعى عينا او دينا لم يحتج الى ذكر السبب لان اسباب ذلك تكثر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول أستحق هذه العين التي في يده او استحق كذا كذا في ذمته ويقول في البيع اني اشتريت منه هذه الجارية بالف درهم او بعتها منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جائز الامر وتفرقنا عن تراض وذكر ابو الخطاب في العقود وجهاً آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً انه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول اولى لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً لان المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه ، وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما فان لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر ، وإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الاخر فهو له مع يمينه وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه

ولنا أن الظاهر ان هذا البناء بني كله بناء واحداً فاذا كان بعضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر انه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر انه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد

فان قيل فلم لا تجعلوه له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل ان أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين . فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقد يمكن إحداثه كالبناء باللبن والآجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو آجرة ويجعل مكانها لبنة صحيحة او آجرة صحيحة تعقد الحائطين فقال القاضي : لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا ليتملك الحائط المشترك ، وظاهر كلام الخرقي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن احداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه،

(مسئلة) قال (ومن ادعى دابة في يد رجل فانكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي ببينته ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه لان النبي ﷺ أمرنا بسماع بينة المدعي ويمين المدعى عليه وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعي تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقلت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدمت والا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لانها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده ، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وابي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي عن طاوس وانكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقبل بينة الداخل اذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بان جنبة المدعى عليه أقوي لان الاصل معه ويمينه

بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل مايدل على ملكه له فوجب ان يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يداعادية حدثت بالغصب أوبالعارية أو الاجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه اوعقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له ، وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة لكونه منتفعاً به فجرى مجرى حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذلك إن كنت عليه سترة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بجنب حائط منفرد به احدهما أو له عليه أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لا ن الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

(مسئلة) ولا ترجح الدعوى بوضع خشب احدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط في الخص)

قال أصحابنا لاترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكين منه فلا ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتجصيصه وتزويقه ويحتمل ان ترجح به الدعوى وهو قول مالك لانه

تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدمت بينته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ولان بينة المدعي اكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها انها تثبت شيئاً لم يكن وبينة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها، وقال الشافعي في أحد قوليه يستحلف صاحب اليد لان البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا ان احدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

(فصل) فان كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فان كانت البينة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار منهم الزهري وأبو حنيفة

ينتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل اننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولان كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وأما السماح به فان أكثر الناس لا يسامحون به، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطئوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لارمين بها بين اكتافكم وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالازج وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له وترجح بالجذعين لان الحائط يبنى لهما

ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الاجر والحجارة ولا كون الاجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآجر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمران بن حارثة التميمي عن ابيه أن قوما اختصموا

ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن ابي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لرجل لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف

ولنا قول النبي ﷺ للحضرمي « بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولان البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قال أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والصغير والكبير والمجنون والمكلف

وقال الشافعي اذا كان المشهود عليه لايعبر عن نفسه أحلف المشهود له لانه لايمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لاينفي احتمال القضاء والابراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فان كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفي بالبينة ،وإن كان غائباً أو ممن لاقول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لانا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وانه لايحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لانها أقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فبما هو أقوى منها أولى ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لان البينة ههنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف وذلك لايغني عن اليمين فكذلك ماقام مقامه

الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان يحكم بينهم فحكم لمن تليه معاقد القمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فاخبره فقال « أصبت وأحسنت » رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولان العرف جار بأن من بنى حائطا جعل وجه الحائط إليه

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولان وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون الى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليهما جميعاً فبطلت دلالته كالتزويق ،ولانه يراد للزينة فهو كالتزويق ،وحديثهم لا يثبته أهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثا ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وماذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط الى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل احسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه

(فصل) ولاترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا بكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه.

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وانه أودعها للداخل او أعاره إياها أو آجرهامنه ولم يكن لواحد منها بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بينة فبينة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي

وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى لانه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي » ولان اليمين في حق المدعى عليه فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع، يحققه أن دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته ، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين فهي للخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل والاولى ماذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما كلها ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما مافي يده مع يمينه وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما مافي يد صاحبه وإن قلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما مافي يده من غير يمين

(فصل) فان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه

﴿مسئلة﴾ وان تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب العلو الا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وان تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما)

إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لاغير والعرصة التي عليها الدرجة له أيضا لانتفاعه بها وحده وان كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينهما لان يدهما عليه ولأنها سقف للسفلاني وموطئ للفوقاني فهي كالسقف وان كان تحتها طاق صغيرة لم تبن الدرجة لاجله وانما جعل مرفقا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لانها بنيت لاجله وحده ، ويحتمل ان تكون بينهما لان يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) فان تنازعا السقف الذي بينهما تحالفا وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى الا به

ولنا انه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما

له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما ، وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لافي الملك إذ يستحيل ان يكون كل واحد منهما يثبت الاخرى والحكم على ماتقدم ، وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما مافي يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما مافي يده

(فصل) واذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فان قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لان بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فان كان حكم بها لزيد لان عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لان الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لان حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا

كالحائط بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولايراد إلا لهذا فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستويا فيه ، وان تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع أومصراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها والا فهو بينهما)

وجملة ذلك ان المكتري والمكري إذا اختلفا في شيء في الدار فان كان مما ينقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكتري لان العادة أن الانسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المستمرة والرحا المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فاشبه الشجرة المغروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها،وقال القاضي هي بينهما إذا تحالفا لانها لاتتبع في البيع فاشبهت القماش فهذا ظاهر يشهد للمكتري والمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولاينقلها عنها فاذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن

ينتقض بالاحتمال فان جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته لانها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى اعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فانها تقبل ويحكم من غير اعادة شهادتها كذا ههنا

(فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لان بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لامكان الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى فان شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان

(احداهما) تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقي لقوله ﷺ « البينة على المدعي » ولان بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد أشبهت الصورة التي قبلها

(والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة فان كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي

تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر شيخنا في الكتاب المشروح أنه ان كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فالمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن احد الرفين لمن له الآخر وكذلك اذا اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لان احدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة

﴿ مسألة ﴾ وان تنازعا دارا في أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف

نص عليه احمد ولا يمين على الآخر لان النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا الا انه حكي عن ابن شبرمة ان لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لان النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولنا ان مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما في النصف فيكون النصف لمدعي الكل والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم ، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي الكل وعلى قول

قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان ، وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فان انفق تاريخ السنين إلا أن بينة الدخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة أوارث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما، وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لان بينة الابتياع شهدت بأمر حدث خفي على البينة الاخرى فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو كانت الدابة في ايديهما فاقام أحدهما البينة انها له واقام الآخر البينة انها له نتجت في ملكه سقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لان يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فهي بينهما أيضاً لان كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وان نكل أحدهما وحلف الاخر قضي له

أبي حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار في يد ثالث لايدعيها فلنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وان كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا تستعمل البينتان اقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، وإن ادعى كل واحد منهم ان بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له بها لان بينته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وان لم تكن لواحد منهم بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فان ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فان لم يكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لان يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لاحدهم بينة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه وإن كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الاخر على جميع ما يأخذه وان كانت لكل

بجميعها لانه يستحق ماني يده بيمينه وما في يد صاحبه اما بنكوله وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه ،وان كانت لاحداهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم في هذا خلافا ، وان اقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لما روى ابو موسى رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت قرعته حلف أنها لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما والاول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين فروي أنه يحلف وهذا ذكره الخرقي لان البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطها كالخبرين اذا تعارضا وتساويا واذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به ببينته ويحلف معها في أحد القولين والرواية الأخرى ان العين تقسم بينهما من غير يمين

واحد بما يدعيه بينة فان قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لان يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلة ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه لأن أحداً لايدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة فيهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بينته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن ، وان كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لايملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البينات فيه فان قلنا تسقط البينات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البينتان قسمت العين بين المتداعيين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف

وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة الى يمين فاما ان شهدت إحدى البينتين بان العين لهذا وشهدت الاخرى أنها لهذا الآخر نتجت في ملكه فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين (احداهما) لايرجح به وهو اختيار الخرقي لانهما تساويا في ما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم (والثانية) تقدم بينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لانها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والاخرى خفي عليها ذلك فيحتمل ان تكون شهادتها مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما اذا كانت العين في يد غيرهما

(فصل) فان شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الاخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي قياس المذهب تقديم اقدمهما تاريخا وهو قول أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لان المتقدمة التاريخ اثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تجب استدامته وان لايثبت لغيره ملك الا من جهته. ووجه قول

السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً ولصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروي هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من احد عشر سهما.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعر:

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت * فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي * استلاط بجميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ماسيغو به * وحصته من نصف ذا المال زائد
والمدعي نصفاً من المال ربعه * ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسئلة عالت الى ثلاثة عشر وذلك

الخرقي ان الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز ان يعلم به دون الاول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الاخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي ، وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة قلنا انما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته فان وقتت احداهما واطلقت الاخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يحتمل ان يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبي يوسف ومحمد

ولنا أنه ليس في احداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو اطلقتا أو استوى تاريخهما

(فصل) ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة وبهذا قال أبو حنيفه والشافعي ويتخرج ان ترجح بذلك مأخوذا من قول الخرقي ويتبع الاعمى أو ثقهما في نفسه وهذا قول مالك لان أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لانها خبر ولان الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به واذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى وقال الاوزاعي يقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدهما شاهدان وللاخر أربعة قسمت العين بينهما اثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها

انه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلثاها اربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم وله ربعها لانه في يده والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا ان قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه، وإن قلنا تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عيناً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده، وإن كانت الدار في يد خامس لايدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لان أحداً لاينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي، فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي الثلثين أخذه وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقين في الباقي فان وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا انهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعي الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع ، على الرواية الأخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثا ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعاً وتصح المسئلة من

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى انه لو شهد النساء منفردات لاتقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لاترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البينتين حجة في المال فاذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجه بمفرده فاشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين

(والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح ان شاء الله وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) واذا كان في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهي بينهما نصفين نص عليه احمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر لان النصف المحكوم له به لامنازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافا إلا انه حكي عن ابن شبرمة ان لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لان النصف له لامنازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولنا ان يد مدعي النصف على مايدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فان كان

ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع، ولمدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما)

اذا اختلف الزوجان في قماش البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وان لم تكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد ان مايصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن

لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدعي الكل والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي فتكون الدار كلها لمدعي الكل وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين

(والثاني) يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة أو عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له به لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن

فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثه الآخر

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما، فإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه وان لم تكن لهما بينة اقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطي المتاع وقال في رواية مهنا وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لأن أيديهما جميعاً على قماش البيت بدليل مالو نازعهما فيه اجنبي كان القول قولهما وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها او قميصا احدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جداراً متصلا بجدار احدهما معقوداً ببناء احدهما

﴿مسئلة﴾ (وان اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والخرقي)

لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت فآلة العطار له وآلة النجارين للنجار فإن لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يرجح احدهما بصلاحية العين المختلف له فيها كما يذكر في مسئلة الزوجين بعد وقال القاضي هذا انما هو اذا كانت ايديهما عليه من طريق

كانت لأحدهم بينة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فان كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة فان قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً لان يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلة ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لامنازع له فيه فان أحداً لايدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لايملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه وقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه

وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه

الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وان كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الا أنهما قالا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، واذا اختلف احدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقي، لان اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل مالو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت للخياط وقال أبو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها وقال مالك ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لان البيت للرجل ويده عليه أقوى لان عليه السكنى وقال الشافعي وزفر والبتي ما كان في البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يتقدم احدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن يديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه اجنبي كان القول قولهما وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة احدهما راكبها والاخر آخذ بزمامها او جدارا متصلا بدار احدهما معقودا ببناء احدهما اوله أزج

ولنا على أبي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في ايديهما اشبه اذا كان في اليد الحكمية، فاما ما كان

مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البينات فيه فان قلنا تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول ابي عبيد وقول الشافعي اذ كان بالعراق

وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين سهما لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول للشافعي ، وقال ابو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ويروى هذا عن مالك وهو قول للشافعي

وقال ابن ابي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصح من أحد عشر سهما

وسئل سهل بن عبد الله بن ابي أوس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بايديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه فاجاب فيهم بشعر يقول :

يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في ايديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للباقي منهما ان وارث الميت قائم مقامه اشبه مالو جعل احدهما لنفسه وكيلا

(فصل) فأما اذا لم تكن لاحدهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح احدهما بصلاحية ذلك له بل ان كانت في ايديهما فهي بينهما وان كانت في يد احدهما فهي له وان كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا له بها في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكمية فاشبها سائر المختلفين

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه اذا لم تكن بينة) لاحتمال ما ادعاه خصمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان لاحدهما بينة حكم له بها)

وجملة ذلك ان البينة اذا كانت للمدعي وحده وكانت العين في يد المدعى عليه حكم باليمين للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول اهل الفتيا من اهل الامصار منهم الزهري والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن ابي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لو أثبت كذا وكذا شهداء عندي ما قضيت لك حتى تحلف

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» ولان البينة احد حجتي الدعوى

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث وللذي استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينو به وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفا من المال ربعه ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك انه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلثاها أربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فإن كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لانها في يده فالقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه وإن قلنا تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لان احداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعي الثلثين أخذه وإن وقعت

فيكتفى بها كاليمين اذا ثبت ذلك فقال اصحابنا لافرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والعاقل والمجنون والصغير والكبير وقال الشافعي اذا كان المشهود عليه لايعبر عن نفسه احلف المشهود له لانه لايعبر عن نفسه في دعوى القضا والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة قال شيخنا وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لاينفي احتمال القضاء والابراء بدليل ان المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فاذا كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة فان كان غائباً او ممن لاقول له بقي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه وان لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج الى الحلف معها لانا ان قلنا بتقديمها مع التعارض وانه لايحلف معها فمع افرادها اولي، وان قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب ان يكتفى بها عن اليمين لانها اقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فبما هو اقوى منها اولى ويحتمل ان تشرع ايضا لان البينة ههنا يحتمل أن يكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد الا ماافادته اليد والتصرف لايغني عن اليمين فكذلك ماقام مقامه

﴿مسئلة﴾ (وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب، وعنه إن

لمدعي النصف اخذه وأقرع بين الباقين في الباقي وإن وقعت لصاحب الثلث اخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي اذ كان بالعراق الا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعي الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع ، وعلى الرواية الاخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثا ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعا وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهما لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أتساع الدار ولمدعي الثلثين ثمانية اسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة اسهم تسع وربع تسع ولمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس ، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

شهدت بينة المدعى عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطيعة من الامام قدمت بينته وإلا فهي للمدعي ببينته وقال القاضي فيهما اذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها متقدمة بكل حال)

وجملة ذلك ان من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي ببينته وتسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا اختيار الخرقي وهو قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته اقدم تاريخا قدمت وإلا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه ، وأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لانها اذا شهدت بالسبب فقد افادت مالا تفيده اليد وقد روى جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فقام كل واحد منهما البينة أنه أنتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده ، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ان بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تفد الا ما افادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب الى تقديم بينة المدعى عليه بان جنبته أقوى لان الاصل معه ويمينه تقدم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وانها لاحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه)

وجملته ان الرجلين إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه وإن اعترف انه لا يملكها وقال لا اعرف صاحبها او قال هي لاحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت اليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي ﷺ ان يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو أعتق عبيداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، واما ان كانت لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب

(احداهما) تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن وروي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وابو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي وذلك لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل منهما بشهود

على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على مافيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدم بينته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة من جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ولان بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبينة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز ان يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فقدم عليه بينة المدعي كما تقدم اليد كما ان شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقال الشافعي في أحد قوليه يستحلف صاحب اليد لان البينتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا ان إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم ان البينة الراجحة تسقط وانما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقام الداخل ببينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة انه اشتراها

عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحداهما على الاخرى فسقطتا كالخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالها روايتان (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما روى أبو موسى ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير وأقام كل واحد منهما البينة انه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين ولانهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته

(والرواية الثانية) تقدم احداهما بالقرعة وهو قول الشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الامر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته.

ولنا الخبران وان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما. إذا ثبت هذا فاننا إذا قلنا إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى.

من الداخل فقال القاضي تقدم بينة الداخل لانه الخارج في المعنى وقيل تقدم بينة الخارج) لقول النبي ﷺ « البينة على المدعي »

(فصل) إذا ادعى الخارج ان العين ملكه وأنه أودعها الداخل أو اعاره اياها أو اجرها منه ولم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه لا نعلم فيه خلافا وان كان لكل واحد منهما بينة قدمت بينة الخارج وهو قول الشافعي وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى كالمسئلة قبلها لانه ثبت ان المدعي صاحب اليد فان يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع. يحققه ان دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون معطلة لبينته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه اياها واقاما بينتين قضي للخارج ويقتضي قول القاضي انها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما جميعها ولا بينة لها ولا لاحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وان اقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما مافي يده من غير يمين وان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما

(فصل) فان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فان قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وان قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة وان اقر بها بعد ذلك لهما أو لاحدهما قبل اقراره وان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بان يده نائبة عن يده، وان أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك.

(فصل) وان تداعيا عيناً في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا أعرفه عيناً أو قال لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما أوقال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً فادعى كل واحد منهما انك تعلم أني صاحبها أو أني الذي أودعتكها أو طالب بيمينه لزمه ان يحلف له لانه لو اقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم وان صدقاه فلا يمين عليه وان صدقه احدهما حلف للآخر وان اقر بها لواحد منهما او غيرهما صار المقر له صاحب اليد فان قال غير المقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أواني لست الذي أودعتكها لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وان نكل عن اليمين قضي عليه بقيمتها وان اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به.

لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وان اقاما بينتين فلكل واحد منهما شاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وان كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك وان ادعى واحد منهما ان الشاتين له دون صاحبه واقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل او قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) اذا ادعى زيد شاة في يد عمرو واقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد واقام بها بينة فان قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لان بينة زيد مقدمة عليها وان قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع؟ فان كان حكم بها لزيد لان عمرا لا بينة له ردت الى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وان كان حكم بها لزيد لانه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وان كانت بينة عمرو قد شهدت له ايضا وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم ايضا لان الفاسق اذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم اعادها بعد لم تقبل وان لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لانه حكم حاكم الاصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال وان جاء ثالث فادعاها واقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا

(فصل) وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال احدهما آجرتكها وقال الآخر هي داري اعرتكها او قال هي داري ورثتها من ابي او قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرهما صاحب اليد وقال هي داري فالقول قوله مع يمينه وان كان لاحدهما بينة حكم له بها ، وإن اقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى الا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فان بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وان أقام احدهما بينة انه غصبها منه وأقام الآخر بينة انه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بان يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه ولا يغرم للمقر له شيئاً لانه ماحال بينه وبينها وانما حالت البينة بينهما ولو أقر بها لاحدهما أو اقر انه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من اقر له بها اولا ولزمه غرامتها للآخر لانه حال بينه وبينها باقراره الاول .

(فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين يعني وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما اصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما

يحتاج زيد الى اقامة بينة لانها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج الى اعادتها كالبينة اذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فانها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتها كذا ههنا

(فصل) واذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل انها له منذ سنة واقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده انها في يديه منذ سنتين واقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لان بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لامكان الجمع بينهما بان تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك اولى وان شهدت بينته بانها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقديم التاريخ من بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان (إحداهما) تقدم بينة الخارج وهو قول ابي يوسف ومحمد وابي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقي لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي » ولان بينة الداخل يجوز ان يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد فاشبهت الصورة الاولى (والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة وان كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج انه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها

فصل اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما فان انكرهما زيد حلف وكانت العين له وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان اقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت اليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لا أعلم لمن هي منكما اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع انها له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه ثم ان اقر بها للآخر لزمته غرامتها له وان اقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا فان كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لانه ثبت انه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فان كانت في يد احدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البينتان رجع الى البائع فان انكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر وان اقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وان قلنا لا تسقط البينتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا

قولان فان ادعى الخارج انها ملكه منذ سنة وادعى الداخل انه اشتراها منه منذ سنتين واقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول ابي ثور فان اتفق تاريخ البينتين إلا ان بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من اسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فان ادعى انه اشتراها من الآخر قضي له بها لان بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الاخرى فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على التعديل

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني أن تكون العين في يديهما فيتحالفان وتقسم بينهما)

وجملة ذلك انه اذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لانعلم في هذا خلافا لان يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لان كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وان نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له بجميعها لانه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه، وان كان لاحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لانه يرجح بالبينة

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وارض الآخر تحالفا وهي بينهما)

لانها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطا بين داريهما وفي كل موضع قلنا

وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لانه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر شيئاً سوى هذا ومن قال تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره ابو الخطاب

وقد نص عليه احمد في رواية الكوسج في رجل أقام البينة انه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة انه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن فيكونان شريكين

وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على ان البائع أقر لهما جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول ابي الخطاب

فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختارا الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر اليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع

(فصل) فان ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر انه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التي قبلها في المعنى فان كانت في

هو بينهما نصفين انما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون ما لا يحصل له

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا صبياً في يديهما فكذلك)

لان يدهما عليه واليد دليل الملك والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لان اللقيط محكوم بحريته فاما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه فاما ان كان مميزاً فقال إني حر منعا منه إلا ان تقوم بينة برقه لان الظاهر الحرية وهي الاصل في بني آدم والرق طارىء عليها فان كان له بينة قدمت البينة لانها تقدم على الاصل لانها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لانه غير مكلف أشبه الطفل والاول أولى لان المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولانه يعرب عن نفسه في دعوى الحرية أشبه البالغ فاما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه الا ببينة وان لم تكن له بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فان ادعى رقه اثنان فاقر لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فاشبه الطفل والثوب

ولنا أنه إنما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب

يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لان بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فانكرهما وادعاها لنفسه فان قلنا تسقط البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لاحدهما صار الداخل إلا ان يقر له بعد أن يحلف انها له وإن قلنا تقدم احداهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لان البائع اثنان بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما اذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على مامضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو احداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ احداهما فهل ترجح بذلك على وجهين فاما إن شهدت البينة انه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولا ويغرم قيمتها للآخر

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بالف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما

والطفل فان الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيها وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به فان أقام كل واحد بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وان اعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لان البينتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وان قلنا بالقرعة أو بالقسمة فانكرهما لم يلتفت الى إنكاره فان اعترف لاحدهما لم يلتفت الى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر انها لاحدهما لم يرجح باقراره

﴿مسئلة﴾ (وان كان لاحدهما بينة حكم له بها لانه ترجح بالبينة وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخا فان وقتت احداهما وأطلقت الاخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة)

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما

مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان فان قلنا تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فان أنكرهما حلف لهما وبرئ وإن أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بالف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للاخر ويبرأ وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فان كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه واذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما ، فان قيل فلم قلتم انه اذا كان البائع واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بينة انه اشتراها في المحرم واقام الآخر بينة انه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلا ؟ قلنا لانه إذا ثبت الملك الاول لم يبطله بان يبيعه الثاني ثانياً وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لانه لايجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ماليس له فافترقا، فان قيل فاذا كانت البينتان مطلقتين او احداهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك قلنا انه متى امكن صدق البينتين وجب تصديقهما وا

فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

﴿مسئلة﴾ (وان كانت إحداهما متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد احداهما أنها له منذ سنة وتشهد الاخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخا)

قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك الا من جهته وظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الاول بدليل انه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي وقولهم إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته

﴿مسئلة﴾ (فان وقتت إحداهما وأطلقت الاخرى فهما سواء) ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد

يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لاتبطل به البينة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه ما من بينة الا ويحتمل ان تكون كاذبة او غير عادلة او متهمة أو معارضة ولم يلتفت الى هذا الوهم كذا ههنا

(فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان ان هـذا الغلام ابن هـذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لآخران هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز ان تعلم كل بينة ما لم تعلمه الاخرى

(فصل) وإذا ادعى رجل عبدا في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وان أقر لاحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه و كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع ، لان بيع الحر لا يصح وإن سبق البيع لم يصح العتق لانه اعتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد إلى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك المشتري فلا يبطله عتق البائع ، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين او احداهما مطلقة تعارضتا لانه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه

ولنا انه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدت احداهما بالملك والاخرى بالملك والنتاج أو سبب من اسباب الملك فهل يرجح بذلك ؟ على وجهين)

(احداهما) لا يرجح به وهو اختيار الخرقي لانهما تساوتا فيما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم

(والثاني) تقدم بينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لانها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والاخرى خفي عليها ذاك فيحتمل ان تكون شهادتها مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقديم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

﴿مسئلة﴾ ولا تقدم احداهما بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين)

لا ترجح احدى البينتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذا من قول الخرقي ويقدم الاعمى أوثقهما في نفسه وهذا قول مالك لان احد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولانها خبر ولان الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به

خارج وان كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ويرجع الى السيد فان انكرهما حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو أقر بانه ماأعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه ويحلف البائع للمشتري وإن أقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد لانه أنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في احلافه، وإن قلنا يستعملان فاعترف لاحدهما لم يرجح باعترافه لان ملكه قد زال فان قلنا ترجح احدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال أبو بكر هذا قياس قول ابي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق إلى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة قامت عليه بأنه اعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

(فصل) اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمة فانها لو اردت ابتداء النكاح لم تمنع منه وان ادعاها اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لان الآخر يدعي ملك نصفها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمة فانها لو اردت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فان قيل فلو تداعيا عيناً في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل. قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين وانما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار به ههنا فان كان لأحد

وإذا كثر العدد أوقويت العدالة كان الظن أقوى وقال الاوزاعي تقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدهما شاهدان وللآخر اربعة قسمت العين بينهما أثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها

ولنا ان الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لاتقبل شهادتهن وان كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لاترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البينتين حجة في المال فاذا اجتمعتا تعارضتا فاما ان كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان:

(احدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح ان شاء الله تعالى وللشافعي قولان كالوجهين

﴿مسألة﴾ وان تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها)

المتداعيين بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل الي القسمة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها في النكاح

(فصل) اذا قال السيد لعبده ان قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لان الاصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه عتق وان اقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) تتعارضان لان احداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق وان قال ان مت في رمضان فعبدي سالم حر وان مت في شوال فعبدي غانم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم فإن اقروا لاحدهما عتق باقرارهم وان اقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) تقدم بينة سالم لان معها زيادة علم فانها أثبتت ما يجوز ان يخفى على البينة الاخرى وهو موته في رمضان

وجملة ذلك ان البينتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وماذكرناه من المعنى . واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روي انه يحلف وهو الذي ذكره الخرقي لان البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها

والرواية الاخرى : تقسم بينهما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح ان شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرها ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والاولى أصح ان شاء الله تعالى للخبر والمعنى .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول وهي ملكه وتشهد البينة به)

(والثاني) يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما

(والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وان قال ان برئت من مرضي هذا فسالم حر وان مت منه فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برىء او لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فأشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول غانم لان الاصل عدم البرء ، وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى ولا يصح هذا القول لان التعارض أثره في اسقاط البينتين ولو لم يكونا اصلا لعتق احدهما فكذلك اذا سقطتا وذلك لانه لا يخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (أحدهما) أن يقرع بينهما كما في مسئلة الطائر لان البينتين اذا تعارضتا قدمت احداهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة سالم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان اقر الورثة لاحدهم عتق باقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا الا ان يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده اذا لم تكن للآخر بينة

(فصل) وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الاخر غانم انه أعتقه

وجملة ذلك انه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وأقام بذلك بينة حكم له بها لانه ابتاعها من مالكها وكذا ان شهدت أنه باعه اياها وسلمها اليه حكم له بها لانه لم يسلمها إليه إلا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لانه يمكن أن يبيعه مالا يملكه فلا يزال صاحب اليد فان ادعي أحدهما انه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر انه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقاما بذلك بينتين تعارضتا فان كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الخارج والداخل فان كانت في أيديهما قسمت بينهما لان بينة كل واحد منهما داخلة في أحد نصفين خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه فان قلنا تسقط البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لاحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف انها له وإن قلنا يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل احد منهما بنصف ثمنها فان كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لو احد منهما ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من

في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما لان ماشهدت به كل بينة لاينفي ماشهدت به الاخرى ولا تكذب احداهما الاخرى فيثبت اعتاقه لهما ثم ينظر فان كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض اذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما او أطلقتا او احداهما فهما سواء لانه لامزية لاحداهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الاخر الا ان يجيز الورثة لانه لايخلو إما ان يكون اعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين اعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم او يكون اعتق احدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول للشافعي لانه اقرب الى التعديل بينهما فان في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لايخلوا المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على احدى الروايتين اذا تعارضت به بينتان والاول المذهب لانه لايخلو من شبهة باحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم ان في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر قلنا وفي القسمة ارقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق

المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لان البائع اثنان والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقام أحدهما بينة انها ملكه وأقام الآخر بينة انه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثاني)

لانها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثاني .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقام رجل بينة ان هذه الدار لابي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة ان أباه أصدقها اياها فهي للمرأة) لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثالث تداعيا عيناً في يد غيرهما فانه يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف انها له وأخذها)

وجملة ذلك ان الرجلين اذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف ، وان اعترف أنه لايملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لاأعرفه عيناً اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف انها له وسلمت اليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا ام كرها رواه أبو داود ، ولانهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبيدا لا مال له غيرهم في مرض موته

يقيناً وهو اعظم ضرراً وان كانت قيمة احدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الاول او الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث وإن كان لاحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر، وان كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن احداهما تشهد انه أعتق سالماً في مرضه والاخرى تشهد بانه وصى بعتق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة، لان التبرع يقدم على الوصية وان كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت احداهما انه وصى بعتق سالم وشهدت الاخرى انه وصى بعتق غانم فهما سواء ويقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لان الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر وقال أبو بكر وابن أبي موسى يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة، لان القرعة إنما تجب إذا كان احدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنين بمال والأول قياس المذهب، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت انه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت، ولان المعنى المقتضي لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت فأما إن صرح فقال اذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أو كان في لفظه مايقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت مااقتضاه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان المدعى عبداً فأقر لاحدهما لم يرجح باقراره)

لانه محجور عليه أشبه الطفل فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف نعلمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب)

(احداهما) تسقط البينتان ويقترع المتداعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين ان تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي لما روى ابن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالها روايتان (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولانهما تساويا في دعواه فتساويا في قسمته (والرواية الثانية) تقدم احداهما وهو قول للشافعي وله قول رابع بوقف الامر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح الحكم له في قضية

(فصل) فان خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد أجنبيان انه أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الابنان في شهادتهما وكانت البينتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا أجنبيين سواء لانه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين فان طعن الابنان في شهادة الاجنبيين وقالا ماأعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما أعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ماشهدت به حكم مااذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت له القرعة ويرق اذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره وأما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه الحرية وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه ان حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي لأن العبد الذي شهد به الاجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فان كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت ببينة عادلة وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت

ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن المسيب ولان تعارض الحجتين لايوجب الترقف كالخبرين بل اذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما اذا ثبت هذا . فأما اذا أسقطنا البينتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع بينته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالاولى وانما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فان قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة وتدفع الى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك ، وان قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر صاحب اليد لاحدهما لم يرجح باقراره اذا قلنا لاتسقط البينتان)

لانه قد ثبت زوال ملكه فصار كالاجنبي وان قلنا بسقوطهما فأقر بها لهما أو لاحدهما قبل اقراره ، فأما ان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الاجنبية فقالت ما أعتق غانما انما أعتق سالما عتق العبدان وقيل يعتق من سالم ثلثاه والاول أولى

(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لانهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً ولا يدفعان عنها ضرراً فان قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم قلنا وهما يسقطان ولاء سالم وعلى ان الولاء اثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الارث لهما وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما الدائم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعاها صاحب اليد لنفسه وقلنا بسقوط البينتين حلف لكل واحد منهما وهي له وهو قول القاضي)

لانه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وقال أبو بكر بل يقرع بين المدعيين فتكون لمن تخرج له القرعة وهذا ينبني على ان البينتين اذا تعارضتا لا يسقطان فرجحت احدى البينتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد انها لاحدهما لا بعينه

(فصل) اذا تداعيا عيناً في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لأعرفه عينا أو قال لا أعرف صاحبها أو هو أحدكما أو غيركما أو قال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً فادعى كل واحد منهما انك تعلم اني صاحبها أو اني أنا الذي أودعتكها وطلب يمينه لزمه أن يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه، وان صدقه أحدهما حلف للآخر وإن أقر بها لاحدهما أو لغيرهما صار المقر له صاحب اليد فان قال غير المقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعكها لزمته اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضي عليه بقيمتها وإن اعترف لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءاً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

(فصل) اذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان فقال أحدهما أجرتكها وقال الآخر هي داري

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بانه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه، وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالما ان غانماً يعتق كله وهذا مثله

فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته، فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ماذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو متفاوتة فيعتقا ان خرجا من الثلث وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدى الوصيتين على الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن

أعرتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه ، وان كان لاحدهما بينة حكم له بها فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فان بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب ، وان أقام احدهما بينة انه غصبه إياها واقام الاخر بينة انه اقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا واقر بها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع الى المغصوب منه

(فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل اخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والاخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى احدهما ثوبا من هذين الثوبين وادعاه الاخر. يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف واخذ الثوب الجديد والآخر للآخر وانما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدنتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما فان أنكرهما زيد فهي له مع يمينه وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لا أعلم لمن هي أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه وان أقر بها للآخر

الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة انه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن لانه لاتهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة انه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئاً لانه قد ثبت بالبينة الثانية انه رجع عن وصية زيد وهي احدى الوصيتين فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لاتصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قالا نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفاً وان لأحد هذين على هذا ألفاً ويكون الثلث بين الجميع أثلاثاً

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبدالله انه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته وهذا قول ابن ابي موسى واذا صح الرجوع عن احداهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) وان شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على ان الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا ؟ فيه وجهان

لزمته غرامتها له وان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لتقدم بينته بانه باعها منه أولا وزال ملكه عنها فيكون بيع الثاني باطلا لكونه باع مالا يملكه ويطالب برد الثمن وان اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فان كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها له وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البينتان رجع الى البائع فان أنكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر وان أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بينة وان قلنا لاتسقط البينتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لانه قد ثبت زوال ملكه وان يده لاحكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بينة انه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة انه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على ان العين في أيديهما أو على ان البائع أقر لهما

(أحدهما) يعارضها فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين

(والثاني) لا يعارضها لان الشاهدين اقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة، فأما ان شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو، والفرق بين المسئلتين أن في الاولى تقابلت البينتان فقدمنا اقواهما وفي الثانية لم يتقابلا وانما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

«مسئلة» قال (ولو كان في يده دار فادعاها رجل فاقر بها لغيره فان كان المقر له بها حاضرا جعل الخصم فيها وان كان غائبا وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي ببينته وكان الغائب على خصومته متى حضر)

وجملته أن الانسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي انما هي لفلان وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من

جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا ان كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري الا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وان اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر الا ان يكون الحاكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الاخر اليه وهذا قول الشافعي في كل موضع

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه واقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما: إني اشتريتها منه على ما مضى من التفصيل فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد فادعى العبد ان زيدا أعتقه وأقام كل واحد بينة انبني على بينة الداخل والخارج فان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعيا عينا في يد غيرهما)

إذا ادعى رجل عبداً في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده اعتقه ولا بينة لهما فانكرهما حلف لهما والعبد له فان أقر لاحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للاخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين

هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وان قال المدعي احلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمرو فانها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي وانما هي للمدعي حكم له بها وان لم يقل هي للمدعي ولكن قال ليست لي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة ففيه وجهان

(أحدهما) تدفع الى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لها اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي والاول أولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعى عليه، وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من اليد له حكما وأما ان أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فان اقررت بها لمعروف والا جعلناك ناكلا

مختلفين قدمنا الاولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع وان سبق البيع لم يصح العتق لانه أعتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد الى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احداهما مطلقة تعارضتا لانه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبني ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينه الخارج قدم العتق لانه خارج وان كان في يد البائع وقلنا ان البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما فان انكرهما حلف لهما وإن اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بأنه ما اعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه وان قلنا ترجح احدى البينتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال ابو بكر هذا قياس قول ابي عبدالله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في احد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق الى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة عليه انه اعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن لكل واحد منهما وان أنكرهما حلف لهما وبرىء وان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر

وقضينا عليك فان أصر قضي عليه بالنكول وان اقر بها لغائب او لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لان الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الامر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه فان قال المدعي احلفوا لي المدعى عليه احلفناه لما تقدم وان اقر بها للمدعي لم تسلم اليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه باقراره بها لغيره وان كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له ان يقدح في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك اليه من المدعي وان اقام بينة انها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فاقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج او سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين وان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه اذا ادعى عليه انك تعلم أنها لي ويتخرج ان يقضى بها اذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان للمودع المخاصمة في الوديعة اذا غصبت ولانها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي اذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة او عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (أحدهما) ان ثبوت الاجارة والعارية يترتب على

وان كان لاحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وإن كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو اطلاقهما أو اطلاق إحداهما وتاريخ الاخرى عمل بهما وان اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ماتقدم

وان كان في يد انسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما انك اشتريته مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل ان يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان فان قلنا يسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فان أنكرهما حلف لهما وبرىء وان أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وان أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل ان يشتريها من أحدهم ثم يهبها للآخر ويشتريها منه وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحلف على الباقي وان قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ وان قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فان كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة ثبت العقد ان ولزمه الثمنان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فان قيل فلم قلتم ان البائع اذا كان واحداً والمشتري اثنان فأقام أحدهما بينة انه اشتراه في المحرم وأقام الاخر بينة انه اشتراه في صفر يكون الشراء الثاني باطلا؟ قلنا انه اذا ثبت الملك للاول لم يبطله بان يبيعه للثاني ثانياً

الملك للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (والثاني) أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق فانه يقضي بها وجهاً واحداً ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقر بانه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ماذكرنا

(فصل) واذا طلب المدعي ان يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان بن فلان الفلاني او خليفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً ، فلان بن فلان الفلاني واحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى داراً في يديه ويعينها ويذكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى عليه لفلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بينة وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب جعل كل ذي حجة على حجته فان كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعي مقدمة على بينته لانها بينة خارج

وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لانه لا يجوز ان يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ماليس له فافترقا فان قيل فاذا كانت البينتان مطلقتين او احداهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه ما من بينة الا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت الى الوهم كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بنية قدم اسبقهما تاريخا لما ذكرنا فان لم تسبق أحداهما تعارضنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أحدهما غصبني اياه وقال الاخر ملكنيه أو أقر لي به فان اقام كل واحد منهما بينة فهو للمغصوب منة ولا يغرم للاخر شيئاً) لانه لا تعارض بينهما لجواز ان يكون غصبه من هذا ثم ملكه الاخر والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها)

لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمة لانها لو ارادت ابتداء النكاح لم تمنع منه فان ادعاها اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل اقرارها لان الآخر يدعي ملك بضعها وهي معترفة ان ذلك قد ملك

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه واخاله غائباً ولا وارث له سواهما وترك داراً في يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعي بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكريه له وكذلك ان كان المدعى مما ينقل ويحول، وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة ان كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لان الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ههنا

ولنا أنها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً، ولأن فيما قاله ضرراً لانه قد يتعذر على الغائب اقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول ويفارق الشريك الاجنبي إجمالا وتفصيلا أما الاجمال فان المنقول ينتزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الاجنبي وأما التفصيل فان البينة ثبت بها الحق للميت بدليل انه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولان الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما ان كان ديناً في ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب فيه وجهان (أحدهما) يقبضه كما يقبض العين

(والثاني) لا يقبضه لانه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الامين

عليها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمة فانها لو ارادت ابتداء تزويج احد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الاخر فان قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين إنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار بها ههنا فان كان احد المتداعيين له بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وان اقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينها وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل الى القسمة ههنا ولا الى القرعة لانه لابد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

﴿ باب في تعارض البينتين ﴾

إذا قال لعبده متى قتلت فانت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم القتل فان أقام بينة بدعواه عتق وان أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) يتعارضان لان إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق

لانه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه والاول أولى ، لانه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فاننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لاننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قل أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطوفها ويأمر مناديا ينادي إن فلانا مات فان كان له وارث فليأت فاذا غلب على ظنه انه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضميناً؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ولكن لم يقولا ولا نعلم له وارثاً سواه فان كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا وعلى هذا التخريج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبة شيئاً فان كان الوارث أخا لم يعط شيئاً لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلا والمرأة ربع الثمن عائلا والزوج الربع عائلا لانه اليقين فان المسئلة قد تعول مع وجود

﴿ مسئلة ﴾ (وان قل ان مت في المحرم فسالم حر وان مت في صفر فغانم حر واقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه تقدمت بينة سالم في أحد الوجوه)

لان معها زيادة علم فانها اثبتت ما يجوز ان يختفي على البينة الاخرى (والثاني) يتعارضان ويبقى العبد في الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فاما ان لم تقم لواحد منهما بينة وأنكر الورثة فالقول قولهم لانه يجوز ان يموت في غير هذين الشهرين وان اقروا لاحدهم عتق باقرارهم وكذلك ان أقام بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فاقاما بينتين تعارضتا وبقيا على الرق ذكره أصحابنا والقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة)

اذا قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق احدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول سالم لان الاصل عدم البرء وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة

الزوج مثل أن يخلف ابوين وابنين وزوجا ، فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكل لذوي الفروض فروضهم

(فصل) واذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس ملكه او منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله

(والثاني) لاتسمع قال القاضي هو الصحيح لان الدعوى لاتسمع مالم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينة على مالم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتها بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه او سرقها او ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ماشهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز ان تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين

(أحدهما) انه أقوى من البينة لكونه شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لاتسمع إلا على مادعاه

تنفيها الاخرى وهذا قول لايصح وهو ظاهر الفساد لان التعارض أثر في اسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك اذا سقطا وذلك لانه لايخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق احدهما فيلزم وجوده كما لو قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (احدهما) يقرع بينهما كما في مسئلة الطائر ولان البينتين اذا تعارضتا قدمت احداهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة غانم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان اقر الورثة لاحدهم عتق باقرارهم ولم يسقط حق الآخر مماذكرنا الا ان يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتلف ثوبا فشهدت بينة ان قيمته عشرون وشهدت أخرى ان قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين)

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر ان قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله ان يحلف مع الآخر على درهم لانهما اتفقا على درهمين وانفرد احدهما بدرهم فاشبه ما لو شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة واذا شهد شاهدان ان قيمته درهمان وشاهدان ان قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان

والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا

(فصل) وإن ادعى أمة انها له وأقام بينة فشهدت انها ابنة أمته او ادعى ثمرة فشهدت له البينة انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه اياها ، وإن قالت البينة ولدتها في ملكه او أثمرتها في ملكه حكم له بها لانها شهدت انها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لاتقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى مالو قال ملكته منذسنة وأقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أقرضه ألفاً او باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته وان هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يضفه إلى ملكه لان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق أجزاء

وهما حجة فيؤخذ بها كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد شاهدان بالف وشاهدان بالفين فانه يجب له الفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسمائة

ولنا ان من شهد ان قيمته درهمان ينفي ان قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الاخبار فان من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لاينفي ان عليه الفا آخر فان قيل فلم قلتم إنه اذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وان شهد شاهد لم يتعارضا وكان له ان يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها؟ قلنا لان الشاهدين حجة وبينة واذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما اما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وانما يصير حجة مع اليمين فاذا حلف مع احدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ماليس بحجة كالو شهد باحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد

﴿ مسألة ﴾ (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها بل مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضا وقياس مسائل الخرقي ان يجعل للاخ سدس مال الابن والباقي للزوج)

وجملة ذلك أنه اذا مات جماعة يرث بعضهم بعضا واختلف الاحياء من ورثتهم في السابق

الحنطة تفرقت والطير هو أجزاء البيضة استحال وكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانهما غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا باضها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) واذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة انه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه او ان خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد ان خالداً باعه اياها او وهبها له وهو يملكها أو يشهد انها دار عمرو اشتراها من خالد او يشهد انه باعها او وهبها له وسلمها اليه وانما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لان الانسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فان انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك او شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك المدعي او لمن باعه فالظاهر انه ملكه لان اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وانما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لانها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما اذا لم يذكر السبب

بالموت في المسئلة المذكورة فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يمتنع ابقاء موروث الاخر بعده وهذا الامر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لابيه لامشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج النصف وهو لايدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميعه ربعه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثه من أبيه قال أبو بكر قد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب فيه إلا ببينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسئلة وذكر قولا آخر يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال شيخنا وهذا ما يدرى ما أراد به ان اراد ان مال المرأة بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى إعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك الى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارا في ايديهما فادعاها احدهما كلها وادعى الاخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا ان الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في ايديهما فكل واحد منهما في يده

(فصل) واذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى انه مملوكه قبلت دعواه ولم يحل بينه وبينه لان اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع الا ان يعرف ان سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرق لان اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فاذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه وان لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك فان ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد لان النسب مقدم على الولاء في الميراث فان أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لانه يجوز ان يكون ولده وهو مملوك بان يتزوج بامة أو يسبى الصغير ثم يسلم أبوه الا ان يكون الاب عربياً فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وان اقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لا يكون الا حراً وان كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه الا أننا إن رأيناه في يده وهما يتنازعان ففيه وجهان (احدهما) لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ (والثاني) يثبت ملكه عليه لانه صغير ادعى رقه وهو في يده فاشبه الطفل فاما البالغ اذا ادعي رقه فانكر لم يثبت رقه الا ببينة وان لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي الا ان اصحاب

نصفها فمدعي النصف يدعيا وهو في يده فتقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لاحدهما عليه لاعترافهما بانه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه من غيرهما وان اراد ان سدس مال الابن يضم الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والهدمى أن يكون سدس الابن للاخ وباقي ميراثها للزوج لانا نقدر ان المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم نقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لامه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول أبي فيما إذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الاخر مات قبله فان كان لاحدهما بينة بما ادعاه حكم له بها وان اقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهدت بينة على ميت انه وصي بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه وصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون

الرأي قالوا متى اقام انسان بينة انه ولده ثبت النسب والحرية لان ظهور الحرية في ولد الحر اكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما اذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفي احتمال الرق وهذا القول هو الصواب ان شاء الله

(فصل) وان ادعى اثنان رق بالغ في ايديهما فانكرهما فالقول قوله مع يمينه ، وان اعترف لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب

ولنا انه انما حكم برقه باعترافه فكان مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب والطفل فان الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيه وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به ، فان أقام كل واحد منهما بينة انه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر، وان اعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له، وان أقر لهما معاً فهو بينهما لان البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين فان قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى انكاره وان اعترف لاحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة انها ملكه واعترف انها ليست له ثم أقر انها لاحدهما لم يرجح باقراره

صاحبه الا ان يجيز الورثة لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما او اختلف لان الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق جميعه

وقال أبو بكر وابن ابي موسى يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة لان القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أوصى لاثنين بمال والاول قياس المذهب لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولان المعنى المقتضي في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت فاما ان صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أوكان في لفظه مايقتضيه أودلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وان أجاز الورثة عتقهما عتقا لان الحق لهم فأشبه مالو أعتقوهما بعد موته

﴿مسألة﴾ وان شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غانم عتق سالم وحده سواء كانت بينته وارثة أولم تكن)

لانهما لم يجران بشهادتهما الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضرراً فان قيل فهما يثبتان لانفسهما ولاء سالم قلنا وهما يسقطان ولاء غانم أيضاً على أن الولاء إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لاترد الشهادة فيه كما يثبت النسب بالشهادة وان كان الشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لاخيه بالمال وان جاز ان يرثه

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخلى بينها وبينه ولو ادعى رقها قبل منه اذا كانت طفلة لاتعبر عن نفسها ، لان اليد دليل الملك وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بانها غير مملوكة له واليد لاتثبت على الحر فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل اقرارها

(فصل) ولو ادعى ملك عين واقام به بينة وادعي آخر انه باعها منه او وهبها اياه او وقفها عليه او ادعت امرأته انه اصدقها اياها أو اعتقها واقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف نعلمه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الاخرى والبينة الاخرى شهدت بالاصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ماشهدت به البينة الاخرى ، ولو مات رجل وترك دراً فادعى ابنه انه خلفها ميراثاً وادعت امرأته انه اصدقها اياها واقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ولانها تدعي امراً زائداً خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع الا أن تشهد البينة بانه باع ملكه أو ما في يده لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فاذا اقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في ازالة ملكه عنها الى المشتري فوجب القضاء له بها، ولو ادعى انسان دارا في يد رجل انها لي منذ سنة وأقام بهذا

﴿مسئلة﴾ (وان كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت)

لانها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كما لو كانت قيمته ثلث المال وان كانت بينته وارثة عتق العبدان لان البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها تردالى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غانم لان سالما لما عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لان الباقي يصير كانه التركة جميعها وإنما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر ،ويحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وان خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم كما لو لم تشهد بالرجوع فان الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها فانه في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل في احدهما فاذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لانه ثلث المال وان وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم لان ذلك ثلث المال

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينة أنه أعتق سالماً في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده)

لانه لا ينفذ تصرفه في مرضه الا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم علي الوصية

بينة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعي الشراء وليس في شهادة البينة الاولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لانه لاتنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة فان المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فان قالت بينة الشراء هو مالكها ثبت الملك بغير خلاف وان لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فهي لمدعي الملك بلا خلاف نعلمه لانه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لانها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر، وان ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينة كاذبة والدابة لمن هي في يده

(فصل) واذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بالف وشهد احدهما أنه قضاه ثبت الاقرار فان حلف مع شاهده على القضاء ثبت والا حلف المقر له انه لم يقضه ويثبت له الالف وان شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاه ألفاً ثبتت عليه الالف لان شاهد القضاء لم يشهد بالف عليه وانما تضمنت شهادته أنها كانت عليه والشهادة لاتقبل الا صريحة بخلاف المسئلة الاولى فان البينة اثبتت الالف بشهادتها الصريحة بها ولو ادعى أنه اقرضه الفاً فقال لا يستحق علي شيئاً فقام بينة بالقرض وأقام المدعى عليه بينة أنه قضاه الفاً ولم يعرف التاريخ برىء بالقضاء لانه لم يثبت عليه الا ألف

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينة غانم أنه اعتقه في مرضه أيضاً عتق اقدمهما تاريخاً فان جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه أعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم انه اعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فلا تعارض بينهما لان ماشهدت به كل بينة لاينفي ماشهدت به الاخرى ولايكذبها فيثبت اعتاقه لهما فان كانت البينتين مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض إذا تبرع تبرعا يعجز ثلثه قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو احداهما فهما سواء لانه لامزية لاحداهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر الا أن يجيز الورثة لانه لا يخلو اما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أويكون اعتق احدهما قبل صاحبه واشكل علينا فيخرج بالقرعه كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه .

وهو قول الشافعي لانه أقرب الى التعديل منهما فان في القرعه قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق الرق وفي القسمة لايخلو المستحق العتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت بينتان والاول المذهب لانه لايخلو من شبهة باحدى

واحد ولا يكون القضاء الا لما عليه فلهذا جعل القضاء للالف الثابتة وان قال ما قرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم نقبل بينته في انه قضاه للقرض لانه بانكاره القرض تعين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الاان بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضي القرض قبل وجوده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافراً فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لان المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بان أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه وان لم يعترف باخوة الكافر ولم تكن بينة باخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لان دعوى المسلم لا تخلو من ان يدعي كون الميت مسلماً أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته في دار الاسلام أو يقول ان اباه كان كافراً فاسلم قبل موته فهو معترف بان الاصل ما قاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل

الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعه ثابتة في كل واحد منهما وقولهم ان في القرعة احتمال ارقاق الحر قلنا وفي القسمة ارقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقينا وهو أعظم ضرراً

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الاجنبية فكذلك وان قالت ما أعتق سالماً انما أعتق غانما عتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا ، وان كانت الوارثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فان كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت القرعه له عتق كله ، وإن كان متأخراً أو خرجت القرعه لسالم لم يعتق منه شيء . وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان)

وجملة ذلك ان المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد اجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان في شهادتهما وكانت البينتين عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبيتين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدين، وان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقالا ما اعتق غانماً انما اعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينه عادلة مثبته والاخرى نافيه وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ماشهدت به إذا لم تطعن الوارثة في شهادتها انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت له القرعة ويرق

بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهذا معنى قول الخرقي ان المسلم باعترافه باخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدعياً الاسلامه وذ كرابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في أيديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أ كفان موتى المسلمين ولان هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أ كثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع احكامه احكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب انا ننظر فان كانت التركة في ايديهما قسمت بينهما نصفين وان لم تكن في ايديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عيناً ويقتضي كلامه أنها اذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لا يصلح لان كل واحد منهما يعترف ان هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي .

إذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره . واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه الحرية .

وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي لان العبد الذي شهد به الاجنبيان كالمغصوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الميت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فان كان الاثنان فاسقين ولم يردا شهادة لاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقهما فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت ببينة عادلة وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الاثنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض اصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت عتق الاخر بالبينة العادلة فصار بالبينة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه .

قال شيخنا : وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة ولانه في حال تقديم تاريخ من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء و كانت بينة عادلة فمع فسوقها أولى وان كذبت الوارثة

ولنا ماذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث اليه وأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه ، وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الاصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع فأما ان لم يعترف المسلم باخوة الكافر وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوي أيديهما ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في ايديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان أقام المسلم بينة انه مات مسلما وأقام الكافر بينة انه مات كافراً أسقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وان قال شاهدان نعرفه كان كافراً وقال شاهدان نعرفه كان مسلما فالميراث للمسلم لان الاسلام يطرأ على الكفر اذا لم يؤرخ شهود معرفتهم)

وجملة ذلك انه اذا خلف الميت ولدين مسلما وكافراً فادعى المسلم انه مات مسلماً وأقام بذلك بينة وأقام الكافر بينة من المسلمين انه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف

الاجنبية فقالت ما أعتق سالماً انما أعتق غانما عتق العبدان وقيل يعتق من غانم ثلثاه والاول أولى .

(فصل) اذا شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان انه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ولزمهما اقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده ، وذكر القاضي واصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وان عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه ، وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالما أن غانما يعتق كله وهذا مثله ، فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فلوارثة متهمة لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ماذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة

أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان وإن شهدت إحداهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الاُخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الاصل الذي تعرفه لانهما اذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا انه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاُخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هـذا العبد كان ملكا لفلان الى أن مات وشهد آخران انه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينـة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لانه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الاولى الى ما شهدت به الآخرة ، وإن كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لايقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتيهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وان لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهمـا متعارضتان وان عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقي تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينـة لهما وقد ذكرنا روايتـين آخرتين (احداهما) يقرع بينهما فمن خرجت لها قرعة حلف وأخذ (والثانية) تقسم بينهما ونحوهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة

فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصـية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سـواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الاخر سواء تقدمت احدى الوصيتين عن الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصـل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة انه رجع عن الوصـية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشـهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينات من الورثة أو لم تكن لانه لا تهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة انه رجع عن احدى الوصيتين لم تفد هـذه الشهادة لانه قد ثبت بالبينة الثانية انه رجع عن الوصية لزيد وهي احدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو ، وان كانت البينة شهدت بالوصـية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة برجوعه عن احدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لاتصح الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كما لو قالا نشهد ان لهذا على هذين ألفا أو ان لاحد هذين على هـذا ألفا فيكون الثلث بين الجميع أثلاثا ، وقال ابو بكر قياس قول أبي عبد الله انه يصح الرجوع عن احدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى واذا صح

تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضي الكلام معه وقول الخرقي فيما اذا قال شاهدان نعرفه كان مسلما وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم ان اصل دينه الكفر ، أما من كان مسلما في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل

(فصل) وان خلف ابناً مسلما وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الاقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الاقارب ويختلفون في دينه فان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة اصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت انه كان كافراً وان الابنين يدعيان اسلامه فيكون القول قول الابوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في اسلامه لان كفره ينبني على انه كان مسلما فارتد أو ان أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت انها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة لان الاصل عدم ذلك وان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة انها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه عليها ، وان ادعوا أنه طلقها قبل موته فانكرتهم فالقول قولها وان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان احدهما كان مسلما حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه لان الاصل بقاء الكفر الى ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه كان مسلما قبل القسمة فان من اسلم على ميراث قبل ان يقسم قسم له وان كان احدهما حراً والآخر رقيقا ثم عتق واختلفا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعى عليه انه كان كذلك فانكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ما سواهما

الرجوع عن احدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك، ووجه ذلك ان الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) اذا شهد شاهدان انه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين؟ فيه وجهان (أحدهما) يتعارضان فيحلف عمر مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين (والثاني) لا يعارضهما لان الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة . فاما إن شهد واحد انه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع

(فصل) وان اسلم أحد الابنين في غرة شعبان وأسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول منهما مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لان معها زيادة علم لانها بينت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

(فصل) وإن اختلفا في دار فادعى احدهما ان هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس احدهما أخا للاخر وكانت في يد احدهما فهي للذي هي في يده سواء كان مسلما أو كافراً وان كانت في ايديهما فهي بينهما وان كان لكل واحد منهما بينة وهي في ايديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ماقدمنا في مثلها

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الاحياء من ورثتهم في اسبقهم بالموت كامرأة وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لابيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج نصف ميراث

شاهده وتثبت الوصية له والفرق بين المسئلتين ان في الاول تقابلت البينتان فقدمنا اقرارهما ، وفي الثانية لم يتقابلا وانما يثبت بالرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي

(فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله (والثاني) لايحكم بها ، قال القاضي وهو الصحيح لان الدعوى لاتسمع مالم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينته على مالم يدعه ، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديهما فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فغصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ماشهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل

المرأة وهو لا يدعي الا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بارثه من ابنه قال أبو بكر وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب منه الا ببينة تقوم للاخ رهذا تعليل لقول الخرقي في هذه المسئلة وذكر قولا آخر أنه يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال وهذا اختياري ان كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدرى ما أراد به ان أراد ان مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقي وليس بقول آخر وان أراد ان مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى اعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن اكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه وانما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا أن الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فمدعي النصف يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لاحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وان اراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والهدمى ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقي الميراثين للزوج لاننا نقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ثم نقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لامه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل

الى صاحب اليد، فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وان أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين (أحدهما) انه اقوى من البينة لكونها شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداءاً، وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وان أقر المدعى عليه بذلك، والصحيح انه يسمع ويقضى به لما ذكرنا

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعي كل واحد

به والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول أبي بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الآخر مات قبله فان كان لاحدهما بينة بما ادعاه حكم بها وان أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث والله اعلم

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لان القول قول المنكر مع يمينه وان أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لانها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وان مات الرجل وخلف ابنا فادعى الابن انه خلف الدار ميراثا وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك فان لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لانعلم في هذا خلافا

(فصل) وإذا ادعى رجل انه اكترى بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل انه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكترى فيتحالفان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفا لان المشتري يدعي بيعا في العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله فعلى هذا يكون القول قول المكري مع يمينه إذا عدمت البينة وان أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وان كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد أو إحداهما مؤرخة والاخرى مطلقة لان العقد على البيت مفردا وعلى الدار كلها في زمن واحد محال فان قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة وان قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكتري لانها تشهد بزيادة وهو قول بعض اصحاب الشافعي فان قيل فهلا أوجبتم الاخريين معا على المكتري كما قلتم فيما إذا قامت البينة انه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى انه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران قلنا ثم يجوز ان يكون

منهما انه مات على دينه فان عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وان لم يعرف فالميراث للكافر لان المسلم لايقر ولده على الكفر في دار الاسلام)

إذا مات رجل لايعرف دينه وخلف تركة وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الخرقي لان دعوى المسلم لاتخلو من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون اولاده مسلمين ويكون اخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لايقر على ردته في دار الاسلام أو يقول ان أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ماقاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وذكر ابن أبي موسى عن احمد رواية أخرى انهما في الدعوى سواء فالميراث

المهران مستقرين بان يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعة واما الاجرة فلا تستقر الا بمضي الزمان فاذا عقد عقداً قبل مضي المدة لم يجز ان تجب الاجرتان

(مسئلة) قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي الفا وشهد آخران على رجل آخر انه أخذ من الصبي الفا كان على ولي الصبي ان يطالب أحدهما بالالف الا ان تكون كل بينة لم تشهد بالالف الذي شهدت به الاخرى فيأخذ الولي الالفين)

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين فان الولي يطالب بالالفين جميعاً لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أداؤها وعلى الولي ان يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما ان كان المشهود به ألفاً معيناً فشهدت بينة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا الف واحد وللولي مطالبة أيهما شاء لانه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الألف فان كان لم يرده فقد استقر في ذمته وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح فان غرمه الذي لم يرده لم يرجع على أحد لانه استقر عليه وان غرمه الراد له رجع على الذي لم يرده فان غرمه أحدهما فادعي

بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف اصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين اموات المسلمين ولانه يدفن في مقابر المسلمين ويغسل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ويجوز ان يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت التركة في أيديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عيناً ويقتضي كلامه انها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لان كل واحد منهما يقر بأن هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده، وقال أبو الخطاب يحتمل ان يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كفره فأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فان هذا لاضرر فيه على أحد وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت اصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وابي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الاصل بقاءه كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع وأما ان لم يعترف

ان الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين وان كانا سبيا فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقهما الا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه)

وجملته أن أهل الحرب اذا دخلوا الينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الاسلام من المسلمين وأهل الذمة باقرارهم ولانه اقرار لاضرر على أحد فيه فقبل كاقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافا، وان كانو سبيا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضا سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا أي محمولا كما يقال للمقتول قتيل والمجروح جريح لانه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلا لانه حمل نسبه على غيره وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى ان شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الاول لاننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى وانما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفوت ارثه بالولاء على تقدير العتق وان صدقهما معتقهما قبل ، لان الحق له وان لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي فيما اذا أقر بنسب أب او أخ أو جد أو ابن عم وان أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه .

المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما عليه ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في ايديهما دار فادعي كل واحد منهما انها له ولا بينة لهما ويحتمل ان يقدم قول المسلم لان حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضي يقرع بينهما كما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولم يدعها لنفسه ويحتمل ان يقف الامر حتي يعرف أصل دينه وهو قول الشافعي الا ان يصطلحا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقام كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضتا وان قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم)

اما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة انه مات على دينه ولم يعرف اصل دينه تعارضتا وان عرف اصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فان شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما

(أحدها) لايقبل (والثاني) يقبل لانه يملك أن يستولد فملك الاقرار به (والثالث) ان امكن ان يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه والا لم يقبل لانه لايملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين ان اقراره يقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الاحرار الأصليين وبه قال ابو حنيفة لانه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو اقر من له اخ بنسب ابن وبهذا الاصل يبطل ماذكروه.

ولنا ماروى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح أن لاتورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد ، وقال أيضاً حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال كتب عمر بن الخطاب ان لاتورث حميلا الا ببينة ، ولان اقراره يتضمن اسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل كما لو اقر انه مولى لغيره فان غيره شريكه في ولائه وفارق الاقرار من الحر الذي له اخ ، لان الولاء نتيجة الملك فجرى مجراه ، ولان الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه الا ترى انه لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء ؟ واذا ثبت انه بعوض كان أقوى من النسب وانما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما نقدم ذوي الفروض على العصبة مع قربهم .

(فصل) واذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب باقرارهما وان لم يتوارثا لانه يحتمل ان يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو اقرا بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق وان ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر انه ابن عمه احتمل أن يقبل اقراره لانه لاولاء عليه فيقبل اقراره لوجود المقتضي لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل ان لايقبل لانه يرثه المسلمون ولانه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع اولى فان قلنا يقبل اقرارهما فاقر احدهما لابي الاخر انه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة إلى انه ابن أخيه لانه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له وهل يثبت بالنسبة الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الاخ فلا تفضي صحة الاقرار الى اسقاط الولاء والاولى انه لايثبت لانه لم يثبت بالنسبة الى احد الطرفين فلم يثبت في الآخر.

متعارضتان وان شهدت احداهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الاخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على اصل دينه ثبتت شهادتها على الاصل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا اصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما ان يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها كما لو شهدا ان هذا العبد كان ملكا لفلان الى ان مات وشهد آخران انه اعتقه او باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما ان قال شاهدان نعرفه مسلماً وقال شاهدان نعرفه كافراً نظرنا في تاريخهما فان اختلف تاريخهما عمل بالاخرة منهما لانه ثبت انه انتقل عما شهدت به الاولى الى ماشهدت به الاخرى وان كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لايقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما مافي البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجل الرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بينة ثبت له بلا خلاف وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن احمد أن مايصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والاواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حال الزوجية او بعد البينونة وسواء اختلفا او اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام ان يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع اليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطي المتاع، وقال في رواية مهنا: وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن ابي ليلى

وقال القاضي هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما او لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهما قالا مايصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، واذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقي منهما لان اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل انه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت للخياط

وقال ابو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها، وقال مالك ماصلح لكل

بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقي تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين (احداهما) يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الخرقي إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على

واحد منها فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لان البيت للرجل ويده أقوى عليه لان عليه السكنى

وقال الشافعي وزفر والبتي كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن أيديهما جميعاً على متاع البيت بدليل مالو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها أو قميصا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جداراً متصلا بدارهما معقوداً ببناء أحدهما او له عليه أزج

وانا على ابي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في اليد الحكمية ، فأما ما كان يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للنفي أن وارث الميت قائم مقامه أشبه مالو وكل أحدهما لنفسه وكيلا فاما اذا لم يكن لهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكمية فأشبها سائر المختلفين

(فصل) واذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكونا في دكان واحد لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين ويكون ذلك كتنازع الاجنبيين

(فصل) وإذا اختلف المكري والمكتري في شيء في الدار نظرت فان كان مما ينقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكتري لان العادة ان الانسان يكري داره فارغة من رحله

من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر اما من كان مسلماً في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل

(فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال موته فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الاقارب .

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلفوا في دينه فالقول قول الابوين ويحتمل أن القول قول الابنين)

وقماشه وان كان في شيء مما يتبع في البيع كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد اذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقال القاضي كلام احمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما اذا تحالفا لانها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكتري، وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو ان المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فاذا تعارضا الظاهران من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا اذا تحالفا كانت بينهما وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر ان احد الرفين لمن له الآخر وكذلك ان اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لان أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة ووجه ظاهر كلام أحمد في ان الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكتري لها معه فكانت لصاحب الدار كالذي له شكل منصوب ولانها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالاوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلاني منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة

(فصل) واذا كان الخياط في دار غيره فاختلفا في الابرة والمقص فهي للخياط لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه لان الانسان اذا دعا خياطا ليخيط له فالعادة انه يحمل معه ابرته ومقصه وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار اذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وانما العادة ان يخيط قميص صاحب الدار فيها وان اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجارة فهي للنجار وان اختلفا في الخشبة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار، وان اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد وان اختلفا في الفرش والقطن

ظاهر المذهب أن القول قول الابوين لان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين ابويه فيثبت انه كان كافراً في صغره. ويحتمل أن القول قول الابنين لان كفر أبويه يدل على أصل دينه في صغره واسلام ابنيه يدل على اسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل واحد منهما على مقتضاه فهو كما لو قال شاهدان نعرفه كافراً في صغره وقال شاهدان نعرفه مسلماً في كبره

(فصل) وان خلف ابناً كافراً وأخا وامرأة مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على

والصوف فهو لصاحب الدار وان اختلف رب الدار والسقا في القربة فهي للسقا وان اختلفا في الخابية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا

(فصل) واذا تنازع رجلان دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها لان تصرفه فيها أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعتها وان كان لاحدهما عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهي لصاحب الحمل لذلك وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر راكب عليها فهي للراكب لانه اقوى تصرفاً وان اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها ، وان تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس ، وان تنازع اثنان في ثياب على عبد لاحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وان تنازع صاحب الثياب والاخر في العبد اللابس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا

(فصل) فان اختلف صاحب ارض ونهر في حائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لانه ينفعه وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الارض لانه متصل بارضه

ولنا انه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما او حائط بين داريهما وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان وان تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فانما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الآخر لان ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه كالمدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه

(فصل) وان تنازعا عمامة طرفها في يد احدهما وباقيها في يد الآخر او قميصاً كمه في يد احدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها لان يد الممسك بالطرف عليها بدليل انه لو كان باقيها على الارض

قول الخرقي . ووجهها ماسبق فيما إذا خلف ابنين مسلماً و كافراً وقال القاضي يقرع بينهما وقد سبق تعليله في مسألة الابنين . وقال أبوبكر قياس المسئلة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الاخ والابن نصفين لانها تدعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم فلا يخرج الا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الاخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم اسلمت وادعت

فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في ايديهما تساويا فيها ولو كانت دارفيها اربعة ابيات وفي احد ابياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها كان لكل واحد ماهو ساكن فيه لان كل بيت ينفصل عن صاحبه ولايشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليدعليه ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها الى البيوت فهي بينهما نصفين لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة في ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اد الامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك رواه الترمذي »)

وجملته انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقربه باذل له لم يكن له ان يأخذ من ماله الا مايعطيه بلا خلاف بين اهل العلم فان اخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لايجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين فان اتلفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وان كان مانعا له لامر يبيح المنع كالتأجيل و الاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً أو عوضه ان كان تالفا ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لايستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها وان كان مانعاله بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أوالسلطان لم يجز له الاخذ ايضا بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فاشبه مالو قدر على استيفائه من وكيله وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور في المذهب انه ليس له أخذ قدر حقه وهو احدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل وقد جعل اصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجها في المذهب أخذا من حديث هند حين قال لها النبي ﷺ «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» وقال أبو الخطاب ويتخرج لنا جواز الاخذ فان كان

أنها اسلمت قبل موته وانكرها الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم ذلك فان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وانكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه وان ادعوا انه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها فان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافا .

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً حين

المقدور عليه مع جنس حقه أخذ بقدره وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ماينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا

وقال الشافعي ان لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وان كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجز لانهما يتحاصان في ماله إذا أفلس

وقال أبو حنيفة له ان يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورقا أو من جنس حقه وان كان المال عرضاً لم يجز لان أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة الا برضا من المتعاوضين قال الله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من اجاز الاخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه واذا جازلها ان تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولنا قول النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر وقال ﷺ « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » ولانه ان اخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وان أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه فان التعيين اليه الاترى أنه لا يجوز له ان يقول اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولان كل مالا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لايجوز له اخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له وأما حديث هند فان أحمد اعتذر عنه بان حقها واجب عليه في كل وقت وهذا اشارة منه الى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو ان قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران (احدهما) ان للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في اباحة اخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

موت ابيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه لان الاصل بقاء الكفر الا ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه اسلم قبل قسم التركة فيرث فان من اسلم على ميراث قبل القسمة قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعي عليه أنه كذلك فانكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما .

(الثاني) ان النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها اخذه فعلى هذا ان اخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان متقوما فان كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا في قياس المذهب وان كان من غير جنسه لزمه غرمه ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنس حقه مع قدرته على اخذه من جنسه وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ان لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ويحتمل ان يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه اذا كان مركوبا أو محلوبا يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطيء رجلا يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه اليه

(فصل) إذا ادعى إنسان على إنسان حقا وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده اجيب إلى ذلك لان الظاهر من المسلمين العدالة ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه لان البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وان كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان (احدهما) يحبس له لان الشاهد الواحد حجة في المال وانما اليمين مقوية له (والثاني) لا يحبس وهو الصحيح لانه ان يحبس ليقيم شاهدا اخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فان الحلف ممكن في الحال فان حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ويحتمل ان يقال ان كان المدعي باذلا لليمين والتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما

(فصل) إذا اسلم احد الابنين في غرة شعبان والآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها وان أقام واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان (والثاني) نقدم بينة موته في شعبان لانها معها زيادة علم لانه ثبت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

﴿مسئلة﴾ ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلماً وكافراً فأسلم الكافر وقال اسلمت قبل موت ابي وقال أخوه بل بعده فلاميراث له لان الاصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

ذكرنا في التي قبلها وان كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فانه يقل للمشهود له ان جئت بشاهد آخر الى ثلاث والا اطلقناه

(فصل) وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم ان يحول بينه وبين سيده إلى ان يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فان عدل الشاهدان سلم اليه الباقي من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وانما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولاننا لولم نحل بينهما أفضى إلى ان تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل ان يحال بينهما ففيه وجهان

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لان البينة لم تتم وهذا مما لايثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد الله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ وان قال اسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لان الاصل بقاء الحياة فان أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو تقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المسئلتين والله أعلم .

الله أكبر

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد، والرجل بالرجل، والفرج بالفرج» متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة به

(فصل) والعتق من أفضل القرب الى الله تعالى لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايمان وجعله النبي ﷺ فكاكا لمعتقه من النار ولان فيه تخليصا للآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب ارادته واختياره واعتاق الرجل افضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «أيما رجل أعتق رجلا مسلماً كان فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير اي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد واعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج» متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة به

﴿مسئلة﴾ (وهو من افضل القرب)

لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايمان وجعله النبي ﷺ فكاكا لمعتقه من النار ولان فيه تخليص الآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل احكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل افضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «أيما رجل أعتق رجلا مسلماً كان فكاكه منه النار يجزى بكل عظم من عظامه عظما من عظامه، وايما رجل مسلم اعتق امرأتين مسلمتين

من عظامه ،وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه،وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظما من عظامها »

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه المضي إلى دار الحرب والرجوع عن دين الاسلام أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه اذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه وإن غلب على الظن افضاؤه إلى هذا كان محرما لان التوسل إلى الحرام حرام وإن أعتقه صح لانه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كاعتاق غيره

(فصل) ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ونذكر ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى ولا يحصل بالنية المجردة لانه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الازالة وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية . فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر او محرر او عتيق او معتق أو أعتقتك لان هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفا فكانا صريحين فيه فمتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً

قال احمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي ياحرة فإذا هي جاريته قال قد عتقت عليه

كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظما من عظامه، وأيما امرأة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظما من عظامها» وقيل عتق المرأة للمرة أفضل .

﴿مسئلة﴾ (والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق)

فأما من لاقوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج الى المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته فان كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك اسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق او فسق أو قطع الطريق او جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره اعتاقه فان غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرما لان التوسل الى الحرام حرام فان اعتقه صح لانه اعتاق صدر من اهله في محله فصح كعتق غيره

﴿مسئلة﴾ (ويحصل العتق بالقول والملك ولايحصل بالنية المجردة)

لانه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالطلاق والفاظه تنقسم الى صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفا نحو انت حر او محرر اوعتيق اومعتق او اعتقتك لان هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فمتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق سواء نواه

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها قال هـذا عندي تعتق ام ولده ويحتمل ان لاتعتق في هذين الموضعين لانه قصـد باللفظة الاولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه مالو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق يحسبها التي ناداها فنها لاتطلق على رواية فـكذا ههنا، فأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه اويقول لعبده ماأنت إلا حر اي انك لاتطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب

قال حنبل سئل أبو عبدالله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه فقال اذا كان لايريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاما نحو هذا رجوت أن لايعتق وأنا أهاب المسئلة لانه نوى بكلامه مايحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق العتق وبهذا قال الثوري وابن المنذر قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده ان المرأة الحرة تمدح بهذا فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحي الكريم الاخلاق حر، قالت سبيعة ترثي عبدالمطلب شعراً

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة * ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خليتك فهذا إن نوى به العتق عتق لانه يحتمله وان لم ينوه به لم يعتق لانه يحتمل غيره

او لم ينوه قال احمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي ياحرة فاذا هي جاريته قال قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرارا وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل ان لا تعتق في هذين الموضعين لانه قصد باللفظة الاولى غير العتق فلم تعتق به كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق واللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال انت طالق يظنها المناداة فانها لا تطلق في رواية فكذا ههنا ، وأما ان قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه او يقول لعبده ما أنت الا حر أي انك لا تطيعني ولا ترى لي حقا ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه انت حر وهو يعاتبه قال اذا كان لايريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد ان يكون حرا أو كلاما شبه هذا رجوت ان لايعتق وأنا اهاب المسئلة لانه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق العتق قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما اراده ان المرأة تمدح بهذا يقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحي الكريم الاخلاق حر قالت سبيعة ترثي عبد المطلب

ولا تسأما أن تبكيا كل ليـلة ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية فنحو قوله خليتك والحق باهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله حبلك

ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك: روايتين (احداهما) انه صريح (والثانية) انه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه فأما إن قال لا رق لي عليك ولا ملك لي عليك وأنت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى وممن قال يعتق بقوله أنت لله إذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحماد والشافعي وقال أبو حنيفة لايعتق به لان مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولنا انه يحتمل انه حر لله او عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكروه لايصح لان احتماله لما ذكروه لايمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكروه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما أنت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما أنت امرأتي ولا زوجتي.

(فصل) وإن قال لأمته أنت طالق ينوي العتق به ففيه روايتان (احداهما) لاتعتق به وهو قول

على غاربك فهذا ان نوى به العتق عتق وان لم ينوه لم يعتق لانه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وانت مولاي وأنت لله وانت سائبة روايتان (احداهما) انه صريح (والاخرى) كناية ذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك: روايتين (احداهما) أنه صريح (والاخرى) كناية قال شيخنا والصحيح أنه كناية لما ذكرناه، فأما قوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وانت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه احمد وذكر ابو الخطاب فيه روايتين لانه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى وممن قال يعتق بقوله انت لله اذا نوى الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي وقال ابو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه انت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولنا انه يحتمل انت حر لله أو عتيق لله او عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لاحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكروه لا يصح لان احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل الا العتق لكانت صريحة فيه وما احتمل امرين انصرف الى احدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكروه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك

أبي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لايستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك (والرواية الثانية) هو كناية تعتق به الأمة اذا نوى العتق وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه مايحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق

(فصل) فان قال لاكبر منه : أو لمن لايولد لمثله هـذا ابني مثل أن يقول لمن له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه . وقال أبو حنيفة يعتق وخرجه ابوالخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما تثبت به حريته فأشبه مالو أقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه فلم تثبت به الحرية كما لو قال لطفل هذا أبي أو لطفلة هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد اليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل هذا أبي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تطلق كذا هذا .

(فصل) فان قال لأمته أنت حرام علي ينوي به العتق عتقت وذكر ابوالخطاب انفيها رواية

خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما انت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما انت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فككت رقبتك وأنت سائبة وانت مولاي روايتان (احدهما) هو صريح في العتق لانها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) يعني العتق فكانت صريحة كقوله اعتقتك (والثانية) هو كناية لانه يحتمل غير العتق

﴿ مسئلة ﴾ (وفي قوله لامته أنت طالق وانت حرام روايتان)

(احداهما) هي كناية والاخرى لا تعتق به وهو قول ابي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الاملاك

(والثانية) هو كناية تعتق به اذا نواه وهو قول مالك والشافعي لان الرق احد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة احدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق

(فصل) وان قال لامته انت حرام ينوي به العتق عتقت ، وذكر ابو الخطاب ان فيها رواية

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح انها تعتق به لانه يحتمل أنت حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلما أو ذميا او حربيا ولا نعلم في هذا خلافا الاعن أبي حنيفة ومن وافقه في ان عتق الحربي لا يصح لانه لاملك له على التمام بدليل اباحة أخذ منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله

ولنا انه يصح طلاقه فصح اعتاقه كالذمي ولانه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي وقولهم لاملك له لا يصح فانهم قد قالوا انهم يملكون اموال المسلمين بالقهر فلان يثبت الملك لهم في غير ذلك اولى

(فصل) ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي واصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه وهو قول القاسم بن محمد وذكر ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه يصح عتقه قياسا على طلاقه وتدبيره

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح انها تعتق به لانه يحتمل انك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لعبده وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل ان يعتق)

اذا قال لا كبر منه أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما تثبت به حريته فاشبه مالو اقر بها

ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال لطفل هذا ابي او لطفلة هذه أمي ، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهي أسن منه هذه أمي لم تطلق كذا هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتق حاملا عتق جنينها الا ان يستثنيه)

لانه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فان استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن سيرين له ما استثنى وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله ثنياه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا ان تعلم وقياساً على استثنائه في البيع اشبه بعض اعضائها

ولنا انه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولانه تصرف في المال في حياته فأشبه بيعه وهبته ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف مافيه ولا يصح عتق المكره كما لايصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك فلو أعتق عبيد ولده الصغير او يتيمه الذي في حجره لم يصح وبهذا قال الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله ﷺ « أنت ومالك لابيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السدس مع ولده دل على انه لاحق له في سائره

وقوله ﷺ « أنت ومالك لابيك » لم يرد به حقيقة الملك وانما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ولهذا لاينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع اعتاق عبده ولانه انما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها واذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط باعتاق رقيقه والتبرع بماله ولو قال رجل لعبد

ولنا أنه قول ابن عمر وأبي هريرة قال أحمد اذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب اليه في البيع ولقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولانه يصح افراده بالعتق فصح استثناؤه كالمنفصل وخبرهم نقول به والحمل معلوم فصح استثناؤه للحديث ويفارق البيع لانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولان استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وههنا إذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض اعضائها لانه يصح انفراده بالحرية عن امه فيما إذا اعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمة وفيما إذا وطىء بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولان الولد يرث ويورث ويوصى به فكيف يصح قياسه على بعض الاعضاء؟

وروى الأثرم عن ابن عمر أنه اعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولانها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي يخرج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والمنصوص عنه ماذكرنا من انه يصح استثناؤه في العتق ولا يصح في البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما

آخر أنت حر من مالي فليس بشيء فان اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا ان رجلا قال لعبده أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبهذا قال الثوري واسحاق

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (واذا كان العبد بين ثلاثة فاعتقوه معا أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حرا وولاؤه بينهم أثلاثا)

وجملته ان العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً اما بانفسهم بان يتلفظوا بعتقه معاً او يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد او يوكلوا واحداً فيعتقه او يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فانه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لان النبي ﷺ قال « انما الولاء لمن أعتق » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لانعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، فأما ان أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون او كان المعتقان الاولان معسرين والثالث موسراً فالصحيح فيه انه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن المنذر فيما اذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتق ما في بطنها دونها عتق وحده)

لا نعلم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان واحمد واسحاق لان حكمه حكم الانسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فاسقطت جنيناً وجب فيه غرة موروثة عنه كأنه سقط حياً وتصح الوصية به وله ويرث إذا مات موروثه قبل ان يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمنفصل

(فصل) ولا يصح العتق الا من جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم منهم الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه تبرع بالمال فلم يصح كالهبة ولا يصح عتق المحجور عليه لسفه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاقه وتدبيره

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولانه تصرف في المال في حياته أشبه هبته وبيعه ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المكره كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح

(أحدهما) باطل لانه لا يمكن ان يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن ان يكون انسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن ان يكون نصف المرأة طالقا ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتاق جميعه فبطل كله

(والثاني) يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها اذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان معه مايبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق » متفق عليه واذا ثبت انه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقي العبد على الرق وإذا أعتقه مالكه عتق باعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ماأعتق لان الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره اذا كان العبد لواحد فاعتق جزءاً منه فانه يعتق جميعه

(فصل) واذا قال كل واحد من الشركاء للعبد اذا دخلت الدار فنصيبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً سواء قالوا ذلك دفعة واحدة او في دفعات متفرقة لان العتق في انصبائهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

عتق الموقوف لان فيه ابطالا لحق البطن الثاني منه وليس له ذلك

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو اعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لابيك» ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له في سائره وقوله عليه السلام «أنت ومالك لابيك» لم يرد به حقيقة الملك وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك إياه بما أخذ منه ولهذا لم ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في امتناع اعتاق عبده لانه انما أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط والتضييع باعتاق رقيقه والتبرع بماله ولو قال رجل لعبد انت حر من مالي فليس بشيء فان اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبه قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري واسحاق

﴿مسئلة﴾ (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق الا عمودا النسب)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة وهم الوالدان

(مسألة) قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته ان الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ولانه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه كما لو أعتق جميع العبد المملوك له واذا اعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصباء شركائه والولاء له وهذا قول مالك وابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وابي يوسف ومحمد واسحاق

وقال البتي لايعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن التلب عن أبيه ان رجلا أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ ذكره احمد ورواه ، ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال ابو حنيفة : لايعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر فأثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره

وروى قتادة عن ابي المليح عن أبيه ان رجلا من قومه أعتق شقصاً له من مملوك فرفع ذلك

وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والخالات وان علوا دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين والمولودين وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد كذلك ولم يعتق داود واهل الظاهر احدا حتى يعتقه لقول النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم

ولنا ماروى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه ذو رحم محرم فعتق عليه بالملك كعمودي النسب و كالاخوة والاخوات عند مالك فأما قوله « حتى يشتريه فيعتقه » فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز

إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك» قال أبو عبد الله الصحيح انه عن ابي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لايسري فيما اذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله واذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له، لانه عتق باعتاقه من ماله وقد قال النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين او بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال ابو الخطاب في الكافر وجه انه اذا أعتق نصيبه من مسلم انه لايسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لايصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تمليكا لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى مايحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه وسواء ملكه بشراء او هبة او غنيمة او ارث او غيره لا نعلم بين اهل العلم فيه خلافا

(فصل) ولا خلاف في ان المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام من الرضاعة والاخت منها والربيبة وام الزوجة وابنتها إلا انه حكي عن الحسن وابن سيرين وشريك انه لا يجوز بيع الاخ من الرضاعة وروي عن ابن مسعود انه كرهه والاول اصح قال الزهري جرت السنة بان يباع الاخ والاخت من الرضاعة ولانهم لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الاصل ولانهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فاشبه الربيبة وام الزوجة .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد)

لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

﴿ مسئلة ﴾ وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسرا لم يعتق عليه الا ماملك وان ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ماملك موسراً كان أو معسراً وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ،

«مسئلة» قال (فان أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لانه قد صار حرا بعتق الاول له)

يعني أن العتق يسري الى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا ينعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له واختاره المزني وقال الزهري وعمرو بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي ﷺ «قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد» وفي لفظ رواه أبو داود «فان كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق» فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ، ولان العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث ان العتق مراعى فان دفع القيمة تبينا انه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق ، لان فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه أيوب

وجملة ذلك أن من ملك سهماً ممن يعتق عليه فانه يعتق عليه ماملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالميراث لان كل مايعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو اعتقه بقوله لم يسر اعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فههنا أولى وان كان موسراً وكان الميراث باختياره كالملك بغير الميراث سرى الى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه الا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وانما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ماأعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل بغير فعله ولا قصده ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ولان مباشرة مايسري ونسبته اليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فاما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي موسراً كان او معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره وبه قال مالك والشافعي وابو يوسف وعن احمد مايدل على أنه يسري الى نصيب الشريك إذا كان موسراً

عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد فكان له مايبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفي رواية ابن ابي ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذي يعتق مايبلغ ثمنه فهو يعتق كله » وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من اعتق شقصاً في مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق حراً من عبيده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لاينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لاتقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على مايفعلون) وأما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة فاذا ثبت هذا فان الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قدصار حراً باعتاقه

لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لأنه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالاجنبي وفارق ماتسبب إليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لانه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وان كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان

(احدهما) لايقوم ولايسري العتق إليه لانه يدخل ملكه بغير اختياره اشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فاشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الاول يلزمه قبوله لانه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لاتلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له ان يقبله فقبله احتمل أن لايصح القبول لانه فعل مالم يأذن له الشرع فيه فاشبه ما لو باع ماله بغبن واحتمل ان يصح وتكون الغرامة عليه لانه الزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وان باع عبداً لذي رحمه واجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذورحمه موسرا وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال ابوحنيفة لا يضمن لشريكه شيئاً لان ملكه لم يتم الا بقبول شريكه فصار كانه إذن له في اعتاق نصيبه بملكه باختياره فوجب ان يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولانسلم انه لايصح قبوله الا بقبول شريكه .

وعند مالك يكون ولاؤه بينهم اثلاثاً ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو أن المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريكان عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها ايضاً ولو تلف العبد قبل اداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق لانه فوت عليه رقه وعند مالك لا شيء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو احد اقوال الشافعي وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا في قدرها رجع الى قول المقومين فان كان العبد قد مات او غاب او تأخر تقويمه زمنا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا احد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك إلا ان يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك لاننا علمنا صدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته ، (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة او اباق فالقول قول

(فصل) إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من امه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج واخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر منه شيء لانه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما او وصي لهما بها فقبلاها في حال واحدة فكذلك وان قبلها احدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت الام وحملها وعليه قيمة باقيهما للزوج وإن قبل الزوج اولا عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

﴿مسئلة﴾ (وان مثل بعبده فجدع انفه واذنه او نحو ذلك عتق نص عليه)

لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا ابا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ «ما حملك على ما فعلت؟» قال فعل كذا وكذا قال «اذهب فأنت حر » قال القاضي والقياس ان لا يعتق لان سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية واذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك القياس

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أعتق العبد فماله لسيده)

روي هذا عن ابن مسعود وأبي ايوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي

الشريك لان الاصل السلامة فالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته وبقاء ماكان على ماكان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق .

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا ان يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج اليه من حوائجه الاصلية من الكسوة والمسكن وسائر مالا بدله منه يدفعه الى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وان وجد بعض مايفي بالقيمة قوم عليه قدر مايملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لاتباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا ان لايباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك مايقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لانه حال الوجوب فان ايسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه وان اعسر الموسر لم يسقط ماوجب عليه لانه وجب عليه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص على هذا احمد

(فصل) إذا قال احد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء وقيل يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه امكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله

وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد وعنه رواية أخرى أنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة يتبعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الامام أحمد وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير ياعمير إني أريد ان اعتقك عتقا هنيئاً فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول ايما رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ولان العبد وماله كانا للسيد فأزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبدالله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ فامافعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لاحمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مع البيع سواء

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا اعتق جزءا من عبده معيناً أو مشاعا عتق كله)

أما إذا اعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فانه يصح عتقه باجماع أهل العلم فان اعتق بعضه

عليه كما لو وكله في اعتاق نصيبه مع نصيبه فاعتقهما معا وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فقال اصحابنا اذا اعتق نصيبه سرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق احدهما الآخر لوجودها في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الاصل فكان نفوذ عتق الشريك اولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها إتلافا للملك المعصوم بغير رضاه والزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما يثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق المالك كان أولى وان قال إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل ان يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتق في زمن ماضي ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق ان لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي الى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والاوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا اعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وابو حنيفة يعتق منه ما اعتق ويسعى في باقيه وخالف أباحنيفة أصحابه فلم يروا عليه . عليه وروي عن مالك في رجل اعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع

ولنا قول النبي ﷺ «من اعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد» واذا اعتق عليه نصيب شريكه كان تنبيها على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له وقال النبي ﷺ «من اعتق شقصا له من مملوك فهو حر من ماله» ولانه ازالة ملك عن بعض مملوكه الآدمي فزال عنه جميعه كالطلاق ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يعتق جزءا كبيراً كنصفه أو ثلثه أو صغيراً كعشره أوعشر عشره ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا

(فصل) فإن اعتق جزءاً معينا كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضا وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان اعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لان حياته لا تبقى بدون ذلك وان اعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لانه يمكن ازالة ذلك مع بقائه فلم يعتق كاعتاقه شعره

(مسئلة) قال (وان أعتقه الاول وهو معسر وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الاول وثلثاه للمعتق الثاني)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فاذا اعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمباشرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولائه وللاول ثلثه وهذا قول اسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على الوجه الذي بيناه من قولهما فيما مضى وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد ان المعسر اذا اعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقين حتى يؤدبها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال. قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فاذا استسعى في نصف قيمته ثم ايسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لانه هو الجاه الى هذا وكلفه اياه وعن أبي يوسف ومحمد انهما قالا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لا يتبعض فاذا وجد في البعض

ولنا أنه اعتق عضواً من اعضائه فعتق جميعه كرأسه فاما إذا اعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه من اجزائه أشبه أصبعه

ولنا ان هذه الاشياء تزول ويخرج غيرها فاشبهت الشعر والريق وسنذكر ذلك في الطلاق والعتق مثله

(مسئلة) (وان اعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه)

وجملته ان الشريك إذا اعتق نصيبه من العبد عتق عليه لا نعلم فيه خلافاً لما ذكرنا من الاثر وإذا عتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصار جميعه حرا وعلى المعتق قيمة انصباء شركائه والولاء له هذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى التلب عن أبيه ان رجلا اعتق شقصا له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ رواه الامام أحمد ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق الا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

سرى الى جميعه كالطلاق ويلزم المعتق القيمة لانه المتلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو اتلفه بقتله، وقال أبو حنيفة لا يسري العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا اداه اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء اضرارا بالشريك والعبد. أما الشريك فانا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلا وإن حصل فربما يكون يسيرا متفرقا ويفوت عليه ملكه، وأما العبد فانا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » قال سليمان بن حرب أليس انما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر؟ فاذا أمره بالسعي واعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من هذا؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكراه وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية: قال ابو داود: وهمام أيضا لا يقوله قال المروذي: وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء

ولنا الحديث الذي روينا. وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر فاثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه ان رجلا من قومه اعتق شقصا له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال «ليس لله شريك» قال أبو عبد الله الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله. إذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له لانه عتق باعتاقه من ماله ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين ان يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجها أنه إذا اعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلما

ولنا عموم الخبر ولان ذلك يثبت لازالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدران ههنا تمليكا لكان تقديرا في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مغمور

وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول ان لم يكن له مال استسعى ، قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم ، فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله والله المستعان

(فصل) اذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في ادائها وتكون احكامه احكام الاحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل مايكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق باداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه

ولنا أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

بالنسبة الى مايحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق

﴿ مسئلة ﴾ (فان اعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق)

لانه قد صار حراً بعتق الاول له لان عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المعتق الاول فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمرو ابن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقول النبي ﷺ « قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ولان العتق اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث ان العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبينا ان العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق لان فيه احتياطا لهما جميعاً

ولنا حديث ابن عمر فانه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى ابو أيوب عن نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقا لمن لم يعتق، فان مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثاني بالولاء اذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إنما كان كذلك لان المعسر لايعتق إلا نصيبه، والاول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لانه مالك لثلثه وثلثاه ميراث لانه ملكها بجزئه الحر فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايئه فاما ان قاسمه او هايأه فلا حق له في تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثا لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

(فصل) ومن قال بالسعاية فانه يستسعى حين أعتقه الاول فاذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت باعتاق الاول اولا؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثاني لانه عتق

فقد عتق كله» وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذي يعتق ما بلغ ثمنه بقيمة العدل يعتق كله» وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله» وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطا بكونه موسراً ولانه عتيق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عقيبه كما لو أعتق جزءاً من عبده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق وعند الشافعي لاينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على ان العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لاتقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه (ثم الله شهيد على مايفعلون) فاما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة. إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حراً باعتاقه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو ان المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه الا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق الا قيمتها حين

باعتاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لانه اعتق جزءاً مملوكا له من عبد وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ماذكرنا في القول الآخر

(فصل) وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فإن نفقته في حياته وفطرته واكسابه بينه وبين سيده على قدر مافيه من الحرية والرق وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لانها من اكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر انها لاتدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لان المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول ومالا يغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئا لانه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر مافيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه باجماع أهل العلم ، وإن اعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، وروي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والازاعي والثوري والشافعي ، قال ابن عبدالبر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله

أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضاً ولو أتلف العبد قبل اداء القيمة تلف حراً والقيمة على المعتق لانه فوت رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها فان اختلفا في قدره رجع إلى قول المقومين فان كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه منكر للزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي فان اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المعتق كذلك الا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فيكون القول قول الشريك لعلمنا بصدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وان اختلفا في عيب ينقص قيمته كسرقة او اباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وان كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل ان يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

إذا أعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروي عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد فكان معه مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له ، وقال النبي ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله » ولانه ازالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فانه لايحتاج إلى السعاية ولا ينبني على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيرا كنصفه وثلثه أو صغيرا كعشر وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا، وان أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه او جسده أو نفسه او فرجه عتق كله لان حياته لاتبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونه لم يعتق لانه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق باعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا انه أعتق عضواً من اعضائه فيعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته وما يحتاج اليه من حوائجه الاصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه مايدفعه إلى شريكه ذكره ابو بكر في التنبيه وان وجد بعض مابقي بالقيمة قوم عليه قدر مايمكنه منه ذكره احمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لايباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا ان لايباع له أصل مال ، وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لانه حال الوجوب فان أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه ، وإن أعسر الموسر لم يسقط ماوجب عليه لانه وجب عليه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص عليه احمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان معسراً لم يعتق الا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فاذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول اسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على ما بيناه فيما مضى ، وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر ، وروي عن احمد ان المعتق إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي

يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه

ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله والله أعلم .

« مسئلة » قال (وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه فان كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فان كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه اعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لاتقبل شهادته وان كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لايجر إلى نفسه بشهادته نفعا ولا يدفع بها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معهما

وابي يوسف ومحمد لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه ابو داود قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة فاذا استسعي في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لانه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن ابي يوسف ومحمد انهما قالا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لايتبعض فاذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم المعتق القيمة لانه المتلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلفه وقال ابو حنيفة لا يسري فيه العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه فاذا أداه اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولان في الاستسعاء اضرارا بالشريك والعبد أما الشريك فانا نحيله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلا وإن حصل فالظاهر انه يكون متفرقا ويفوت عليه ملكه وأما العبد فانه يجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » وقال سليمان بن حرب اليس الزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر فاذا أمروه بالسعي واعطاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من ذلك ؟

عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول ان العتق يحصل بشاهد ويمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء لان العتق لايحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لانه لايدعي اعتاقه بل يعترف بان المعتق غيره وانما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً فهو كمخلص الاسير من أيدي الكفار

وقال ابو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتاق فأشبه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق مااشتراه لم يقبل منه لأنه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان أعتقه؟ يحتمل أن لايثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لاننا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لاولاء عليه لواحد

فاما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال ابو عبدالله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث ابي هريرة يرويه ابن ابي عروبة واما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال ابو داود وهمام أيضاً لايقوله قال المروذي وضعف ابو عبدالله حديث سعيد وقال ابن المنذر لايصح حديث الاستسعاء وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : ان لم يكن له مال استسعي قال ابن عبدالبر حديث ابي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة والقول قولهم فيه عند جميع اهل العلم إذا خالفهم غيرهم فاما قول ابي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبدالبر لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

(فصل) واذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى في أدائها وتكون أحكامه احكام الاحرار فان مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لايعتق حتى يؤدي السعاية فيكون

منهما فان أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بانه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان أحداً لاينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل ان يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لاننا نعلم ان الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا صح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه او أحدهما عتق وبهذا قال الاوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول ابي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لانه لايدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما او كان معسرين عدلين لحلف العبد مع كل واحد وعتق ، او شهد مع كل واحد منهما

حكمه قبل ادائها حكم من بعضه رقيق ان مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل مايكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق باداء مال فلم يعتق قبل ادائه كالمكاتب ، وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق اذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه

ولنا انه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان العبد لثلاثة لاحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولثالث سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه)

إذا كان العبد مشتركا بين جماعة فاعتق اثنان منهم وهم موسرون معا سرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل ان يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية جعلت باعتاق ملكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة

ولنا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما

عدل آخر وعتق العبد او ادعى عبد ان سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان أحداً لايدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لامستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له ، وأما الموسران اذا أعتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه في انه أعتق نصيبه وحده او انه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فان اتفقا على ان كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او انه السابق بالعتق تحالفا و كان الولاء بينهما نصفين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان الشريكان مو سرين فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعياً على شريكه نصف قيمته فان لم تكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق الى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما

جرحاً والآخر جرحين فمات بهما أو القى أحدهما جزءا من النجاسة في ماء والقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في ادخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف اعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا. إذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما ثلاثا لاننا إذا حكمنا بان الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضممناه إلى النصف الذي لاحدهما صار ثلثين وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا لصاحب السدس ربعه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضمان كذلك ويشترط عتقهما معا بان يوكلا من يعتقه عنهما أو يوكل احدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا به معا لانه لو سبق احدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا ويشترط اليسار أيضا فيهما فان كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لان المعسر لايسري عتقه فيكون الضمان على المعسر خاصة فان كان أحدهما موسراً ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل ان يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان احدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فاذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه موسر وفيه اختلاف ذكرناه من قبل

بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاهما لتماثلهما ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لايسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر بشهادته الى نفسه نفعاً لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبريء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لايدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً وان عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء، وان كان للعبد بينة أجنبية تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه، وان كانت رجلا واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لايثبت العتق والمعسر أن

﴿مسئلة﴾ (وإذا اعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحدالوجهين)

ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات والوجه الثاني لايسري ذكره أبو الخطاب لان فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز ان يتملك المسلم والاول أصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد من الشريكين ان شريكه اعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما وصار مدعيا على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فان نكل احدهما قضي عليه وان نكلا جميعا تساقط حقاهما لتماثلهما ولا ولاء عليه لواحد منهما لانه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فان اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لانه لا مستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف به زال الانكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها

يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

(فصل) وان ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف انه المعتق له. وانما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء له عليه لانكاره له قال القاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعا بطلت شهادته كلها، وأما إن كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء، وان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد إن كان المشهود عليه موسراً سعى له وان كان معسراً سعى لهما وقال أبوحنيفة ان كان معسراً سعي العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

(فصل) اذا قال أحد الشريكين ان كان هذا الطائر غرابا فنصيبي حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فنصيبي حر وطار ولم يعلما حاله فان كانا موسرين عتق العبد كله وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وان كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لانه لم يتعين الحنث فيه فان اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لاننا علمنا حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لان نصفه حر يقيناً فلم يملك جميعه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما)

لانه ليس في دعوى احدهما على صاحبه أنه اعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المعتق لكن عتق المعسر لا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما لان غير العدل لاتقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لان كل واحد منهما لايجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معهما عتق كله وان حلف مع احدهما عتق نصفه على الرواية التي تقول ان العتق يثبت بشاهد ويمين وان لم يحلف لم يعتق منه شيء لان العتق لايحصل بشاهد من غير يمين وان كان أحدهما عدلا دون الآخر فله ان يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرا والآخر رقيقا

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له)

لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لانه لا يدعي اعتاقه بل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما وهما متساويان في القيمة فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجز الابنان عتقه كاملا وكان الآخر عبدا وان وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ولاخيه نصفه وسدس العبد الذي اعترف ان أباه أعتقه فصار ثلث كل واحد من العبدين حرا)

هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على اجازة الورثة ، فأما اذا اعترفا أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من

يعترف ان المعتق غيره وانما هو مخاص له ممن يسترقه ظلما فهو كمخلص الاسير من ايدي الكفار وقال أبو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتاق فاشبه شراء بعض ولده فان أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لانه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان اعتقه؟ فيه احتمالان (احدهما) لا يثبت لما ذكرناه (والثاني) يثبت لانا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً ولا ولاء عليه لواحد منهما فان اعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما اعتقه ؟ على وجهين وان أقر كل واحد منهما بانه كان اعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان احدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وان لم يكذب واحد منهما نفسه لانا نعلم ان الولاء ثابت عليه لهما ولا يخرج عنهما وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي اعتقه اولا وان كانا كاذبين فقد اعتق كل واحد منهما نصفه بعد ان اشتراه وان كان احدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له ولا صح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه اعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

كل واحد منهما ثلثه لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(والحال الثالث) أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ، ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما — وهي مسئلة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وان وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً

(الحال الرابع) أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ان لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقا

(فصل) فإن رجع الابن الذي جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة ؟ على وجهين

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وان شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو احدهما عتق وبهذا قال مالك و الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لانه لا يدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد ان سيده اعتقه فانكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان احدا لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فإن عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لامستحق له سواه وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له وأما الموسران اذا عتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وان اتفقا على ان كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وان ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق فانكر الآخر تحالفا والولاء بينهما نصفين

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان احدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده)

لاعترافه بان نصيبه قد صار حراً باعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر الى نفسه نفعا لكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا ان لم تكن للعبد بينة

(مسئلة) قال (وإذا كان لرجل نصف عبد ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته ان العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر املاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية حصلت باعتاق ملكيهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة

ولنا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فنها تثبت لازالة الضرر عن نصيب الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا

سواء حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا الموسر أيضا لذلك فان عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وان اقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضا وعليه غرامة نصيب المعسر ويثبت له الولاء وان كان للعبد بينة تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه وان كانت عدلا واحدا وحلف العبد معه ثبت العتق في احدى الروايتين والاخرى لا يثبت العتق وللمعسر ان يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

(فصل) وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف أنه المعتق له وانما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء عليه لانكاره له قال القاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته اليه نفعا ومن شهد بشهادة يجر بها إليه نفعاً بطلت كلها وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد ان كان المشهود عليه موسرا سعى له . وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفة ان كان معسرا استسعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسرا فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه اعتق استحق الولاء والا كان الولاء لبيت المال

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لاننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً . وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك

فأما قوله فأعتقاه معاً فلأنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتلفظا به معاً أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقها معاً أو يوكلا وكيلا فيعتقها أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعاً وكان الضمان عليه والولاء له كله . وقوله وهما موسران شرط آخر فإن سراية العتق يشترط لها اليسار فإن كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لان المعسر لايسري عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة ، فان كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فإذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه موسر

﴿مسألة﴾ (وإذا قال أحد الشريكين اذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر فاعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه)

هذا اختيار الاصحاب أنه يعتق على الاول ويقوم عليه نصيب الشريك ان كان موسرا ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك قال شيخنا ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب السراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير ملك على خلاف الاصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها اتلافا لملك المعصوم بغير رضاه والزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما ثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق الملك كان أولى .

﴿مسألة﴾ (وان كان معسرا لم يعتق عليه الا نصيبه) لما ذكرنا من ان عتق المعسر لايسري إلى نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

﴿مسألة﴾ وان قال إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسرا كان أو معسرا

ولم يلزم المعتق شيء لان العتق وجد منهما معاً فهو كما لو وكلا رجلا في اعتاقه عنهما فاعتقهما وقيل يعتق كله على المعتق لان اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه أمكن

﴿ مسألة ﴾ (قال واذا كانت الامة بين شريكين فأصابها احدهما واحبلها ادب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت ام ولد له وولده حر وان كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيهما)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وا كثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً لان له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد واوجبه ابو ثور لانه وطء محرم لاجل كونه في ملك غيره فأشبه مالو لم يكن له فيها ملك

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ويفارق مالا ملك له فيها فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف في انه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لايخلو من حالين اما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء كانت مطاوعة او مكرهة لما ذكرنا ولان وطء جارية غيره يوجب المهر وان طاوعت لان المهر

العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا .

(فصل) فان قال إن اعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل اعتاقك وقعا معا إذا اعتق نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ونمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسنذكر ذلك في الطلاق ان شاء الله تعالى

فصل إذا كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة لايملك غيرهما فاعتق احدهما في صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان اعتق النصف الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وان اعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه واذا اعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وان اعتق الاول في صحته واعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه الا أن يجيز الورثة .

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق شركا له في عبد فسرى الى نصيب الشريك

لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو ادبت في قطع عضو من اعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها (الحال الثاني) ان يحبلها وتضع مايتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك ام ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق وسواء كان الواطيء موسراً او معسراً لان الايلاد اقوى من الاعتاق ويلزمه نصف قيمتها لانه اخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو اخرجه بالاعتاق او الاتلاف فان كان موسراً اداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو اتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه مالووطيء زوجته وقال القاضي الصحيح عندي انه لايقوم عليه نصيب شريكه اذا كان معسراً بل يصير نصفها ام ولد ونصفها قناً باقيا في ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول ابي الخطاب ايضا ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت احتمل ان يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقا لان نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطيء فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقا كولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن

ووجه قول الخرقي أن بعضها أم ولد فكان جميعها أم ولد كما لو كان الواطيء موسراً ويفارق الاعتاق فان الاستيلاد أقوى ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون والاعتاق بخلافه

وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه ، وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه

ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وان صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها وان كان تاريخها متأخرا عن الشهادة الاخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقه لاننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئا لانهما مافوتا شيئا وان كانتا مطلقتين أو إحداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولاشيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق وان خرجت قرعة الاول عتق

(فصل) قال ابو الخطاب وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرقي لانه لم يذكرهما لان الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولان الولد خلق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر (والوجه الثاني) يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لان الوطء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطيء لانها وضعته في ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه تلزمه قيمته

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له في الامة ملك كثير أو يسير، وقد ذكر الخرقي فيما إذا وطيء جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها، وان كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم:

ونظرنا في الورثة فاذا كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير حق وان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الامطار لانه عتق بصفة فصح كالتدبير واذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة كالتدبير وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر قال احمد إذا قال لامه أنت حر الى أن يقدم فلان ومجيء فلان والى رأس السنة والى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال

وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك أنه قال إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يبيعها وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد أنه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها والاول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه ولانه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا اديت إلي ألفا فانت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع اباحة الوطء كالاستيلاد وأما المكاتبة فانما لم يبح وطؤها لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا، ومتى جاء الوقت وهو في ملكه

(مسئلة) قال (وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وان كان معسرا لم يعتق عليه الا مقدار ماملك، وان ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه الا مقدار ماملك موسرا كان اومعسرا)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وروى ضمرة عن سفيان عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل (أحدهما) هذا الحديث وروى عن ابراهيم عن الاسود عن عمر انه قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم فأما ان ملك سهما ممن يعتق عليه مثل أن يملك سهما من ولده فانه يعتق عليه ماملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه او بغير اختياره كالميراث لان كل مايعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده اياه فههنا أولى، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالملك بغير

عتق بغير خلاف نعلمه فان خرج عن ملكه ببيع اوميراث لم يعتق .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن ابي ليلى إذا قال لعبده ان فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحاً ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع قال ابن أبي ليلى إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلمه حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم .

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع.

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لوقال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

(مسئلة) (وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله ان أديت إلي الفاً فأنت حر أو ان دخلت الدار فأنت حر فهي صفة لازمة الزمها نفسه ولا يملك ابطالها بالقول قياساً على النذر)

ولذلك ان اتفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأه السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليق لانه لاحق له في ذمته يبرئه منه

الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف وقال قوم لايعتق عليه إلا ماملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ، ولان مباشرته لما يسري وتسببه اليه في لزوم حكم السراية واحد بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فأما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر في ماملكه ورق الباقي سواء كان موسراً أو معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد مايدل على انه يسري الى نصيب شريكه اذا كان موسراً لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى الى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لانه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالاجنبي وفارق ماتسبب اليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه اذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله

(فصل) ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها فلو قال لعبده إذا أديت إلي الفاً فأنت حر لم يعتق حتى يؤدي الالف جميعها ، وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر ان أكلت رغيفاً فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه

(أحدها) ان أداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الاحكام وتنتفي بانتفائها كسائر شروط الاحكام (الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت مالم توجد الصفة كقوله لعبده ان خرجت عاريا فأنت حر فخرج لابساً لم يعتق فكذلك العدد (الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض كما لو حلف لاصليت صلاة او لا صمت صياما لم يحنث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوما ، ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وذكر الالف ههنا يدل على انه أراد الفاً كاملة (الرابع) ان الاصل الذي ذكره فيما إذا قال ان أكلت رغيفاً فأنت حر انه يعتق بأكل بعضه ممنوع وإنما إذا حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة اولا يصوم فشرع في الصيام او لا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء

لأنه نفع لها بإعتاق قريبها من غير ضررة يلحق بهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على انه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه؟ وفيه وجهان

(أحدهما) لايقوم ولا يسري العتق اليه لانه يدخل في ملكه بغير اختياره فأشبهما لو ورثه

(والثاني) يقوم عليه ، لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر وعلى الاول يلزمه قبوله لانه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لاتلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لايصح القبول لانه فعل مالم يأذن الشرع فيه فأشبه مالو باع ماله بغبن، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لانه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وإذا باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله اذا كان ذو الرحم معسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال القاضي لايضمن لشريكه شيئاً ، لان ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتاق نصيبه

ولنا أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب ان يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم انه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

(فصل) واذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة

الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على أداء الالف يقتضي وجود أدائها فلايثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين الفاً لايبر حتى يؤديها

(الخامس) ان موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على انه لايثبت المشروط بدون شرطه كقول النبي ﷺ «من قال لا إله إلا الله دخل الجنة» فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» لاتكون له بشروعه في الاحياء،ولو قال في المسابقة من سبق إلى خمس اصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى اربع ولوقال من ردضالتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ؟ وإنما الرواية التي جاءت عن احمد في الايمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه: يحنث لان اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط

(فصل) وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لانه لايوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده إلا انه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فاذا كمل أداء المال عتق ، وما فضل في يده لسيده لانه كسب عبده ، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد

واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معا لانه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة ، ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما أو أوصي لهما بها فقبلاها في حالة واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت عليه الام وحملها ، حصته من الام بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقي من الام والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وإن قبل الزوج أولا عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

(فصل) واذا كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وإن أعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه فاذا أعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وإن اعتق الاول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا ان يجيز الورثة

(فصل) اذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه

الوجهين لانها أمة قن فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد فأشبه مالو باشر العتق

(فصل) إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) لا يعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع . فاذا علقه كان اولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده؟ على روايتين)

(إحداهما) لا تعود لانها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها في ملكه

(والثانية) تعود لانه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبه مالو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولان الملك مقدر في الصفة فكأنه قال اذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك وقد روي عن احمد في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللهما دخول ومن نصر الرواية الاولى قال ان العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد

وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا الا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه

ولنا انهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ثم رجع الاولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها، وإن صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتقا الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه لاننا تبينا ان الميت قد اعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لانهما مافوتا شيئاً وإن كانتا مطلقتين او احداهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق ، وإن خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا في الورثة فان كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير حق فان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه

وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح الثاني ينبني على النكاح الاول بدليل أن طلاق في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

﴿ مسئلة ﴾ (وتبطل الصفة بالموت) لان ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي او أنت حر بعد موتي بشهر فهل يصح ويعتق بذلك ؟ على روايتين)

إذا قال ان دخلت الدار بعد موتي فانت حر لم تنعقد هذه لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فانت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمنجز (والثانية) يعتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان للملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسئلتنا وسنذكر ذلك بابسط من هذا في التدبير ان شاء الله تعالى وعنه يصح لانه اعتاق

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا كان له ثلاثة أعبد فاعتقهم في مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوي قيمتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

وجملة ذلك ان العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث لان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة فان أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث. فان أعتق عبيدا في مرضه واحداً بعد واحد بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث. وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة. ومسئلة الخرقي فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوي هو والتدبير لان الجميع عتق بعد الموت فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين في القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير

بعد الموت فصح كما لو قال أنت حر بعد موتي، وان قال أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن احمد في رواية مهنا انه لا يعتق ولا تصح هذه الصفة، وقال أيضاً سألت احمد عن رجل قال انت حر بعد موتي بشهر بالف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار ابي بكر، وذكر القاضي وابن ابي موسى رواية أخرى انه يعتق إذا وجدت الصفة بعد الموت ومضت المدة المذكورة وهذا قول الثوري وابي يوسف واسحاق ووجههما ما تقدم وقال أصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل العتق ملكا للوارث وكسبه له كام الولد والمدبر في حياة السيد وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

(فصل) اذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ارطال فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبينا انه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمهما لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه

وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد ثالثه ويستسعى في باقيه وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لمخالفته قياس الاصول . وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ — يعني ابليس — فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة احدهم المجنون حتى يفيق — يعني انه مجنون — فقال له حماد مادعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت فما دعاك الى هذا ؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فان تاب وإلا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لامال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة . وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن . ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهلب ثلاثة أئمة . ورواه الامام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري عن النبي ﷺ

واتلافه فضمنا كالشهادة المرجوع عنها ولان عتقه حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فاشبه الحكم بالشهادة التي رجعان عنها وهذا قول ابي حنيفة (والثاني) لاضمان عليهما وهو قول ابي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لايضمنا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وان قال لعبده أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي وان قال أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فان تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول ابي حنيفة لان كيف لاتقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق انما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان ويحتمل أن لايعتق حتى يشاء وهو قول ابي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي حتى وأي فحكمها حكمها وقد ذكر ابو الخطاب في الطلاق أنه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجيء ههنا مثله

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد صار مدبراً)

قال أحمد ابو زيد الانصاري رجل من أصحاب النبي ﷺ، وروي نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ . ولانه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان

وقولهم ان الخبر يخالف قياس الاصول نمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا . وإن سلمنا مخالفته قياس الاصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه ، لانه قول المعصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته . وتطرق الخطأ إلى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والائمة بعدهم في روايتهم على انهم قد خالفوا قياس الاصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها . وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم ، وذلك لان الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها

لانه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وان لم يدخل حتى مات بطلت الصفة لانه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسنذكره في التدبير ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان ملكت فلاناً فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح ؟ على روايتين)

(احداهما) لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبد الله وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول اكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب ، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه الدار قطني ، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا طلاق قبل نكاح » وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لا طلاق قبل ملك» رواه أبو داود الطيالسي قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان اجماعا وهذا ظاهر المذهب ولانه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تعليقه (والثانية) يعتق إذا ملكه لانه أضاف العتق الى حال يملك عتقه فيه فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه ، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال ان اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق

لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاه . وفي مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلا ويحيلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلا ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لانهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبدا فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والاضرار وتحقيق مايوجب له العتاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين » قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه ، وأما انكارهم للقرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فساهم فكان من المدحضين). وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين « استهما »وقال « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول لاستهموا عليه » وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا الى جنبه قتيلا فقلنا لحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا

قال ابو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان العتاق يقع الا ما روى محمد بن الحسن ابن هارون في العتق أنه لا يقع وما اراه الا غلطاً فان كان قد حفظ فهو قول آخر ولانه لو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك ان خص جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه وان قال كل عبد املكه لم يصح والاول أصح ان شاء الله تعالى لانه تعليق للعتق قبل الملك فأشبه ما لو قال لامة غيره: ان دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الاحاديث

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياساً على الحر (والثاني) لا يعتق وهو الصحيح)

لان العبد لا يصح العتق منه حين التعليق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه وللسيد انتزاعه منه بخلاف الحر

(فصل) إذا قال الحر أول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما فان قلنا يصح عتق اول من يملكه لوجود الشرط فان ملك اثنين معاً عتق احدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان منهم او جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل ان يعتقا جميعا لان الاولية وجدت فيهما جميعا فثبتت الحرية

أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له، وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا أراد السفر باحداهن، واذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الاولياء اذا تساووا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا

(فصل) في كيفية القرعة، قال أحمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال أحمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا أو خواتيم قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعا صغاراً متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقة فيفضها ويعلم مافيها وهذا قول الشافعي، وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل (أحدها) أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بنادق وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق رق وأخرجت أخرى على جزء آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت

فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة، وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا أول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول

ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً، وإذا وجدت الصفة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً او يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ما نذكره، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال آخر مملوك أشتريه نهو حر فملك عبيداً لم يعتق واحد منهم حتى يموت)

لانه ما دام حياً فانه يحتمل ان يشتري عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان اولادها احراراً من حين ولدتهم لانهم أولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لانه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لانه ما لم يشتر بعدها غيرها فهي آخر في الحال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطء وإن اشترى اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في الفصل الذي قبله

قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل اجزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقون ، وإن خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث

(المسألة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ماقدمناه في المسألة الاولى ، قيل لاحمد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

(المسألة الثالثة) يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كستة أعبد قيمة احدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد وقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة اولى ، بيان ذلك اننا لو جعلنا

(فصل) إذا قال اول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشكل أولهما خروجا اخرج بالقرعة كالتي قبلها فان علم أولهما خروجا عتق وحده وهو قول مالك والثوري وابي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشعبي وقتادة إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج سابقاً هو الاول من المولودين فاختص العتق به فهو كما لو ولدتهما في بطنين فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس محلا للعتق فانحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق وجد فيه لانه أول ولد بدليل أنه إذا قال لامته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضربه حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً

(فصل) فان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والاوزاعي والليث والثوري والشافعي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

الذي قيمته الف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا ان نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على على القليل القمية عتق واعتق من الذي قيمته الف تمام الثلث

وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم اعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ماذكرناه من التبعيض والتكرار ولان قسمتهم بين المشتركين فيهم انما يعدلون فيها بالقمية دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذي قيمته الف جزءاً والاثنين اللذين قيمتها الف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ماذكرنا

(المسئلة الرابعة) أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كستة قيمة احدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة اربعة الف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة اعبد قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فهاهنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة الى واحد ممن قيمتهما كثيرة ويجعل المتوسطين جزءا ويقرع بينهم فاذ وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته اكثر من الثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال لامته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتاً لم يعتق الاول)

لانه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف وابي حنيفة فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتاً ثم حياً يعتق الحي وان ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني لوجود شرطه وان ولدت توأمين فاشكل الآخر منهما فان أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين الا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها)

إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كعضو من أعضائها فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمنجز فان حملت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان الصفة لم تتعلق به في حال التعليق ، وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فاذا ولم توجد فيها لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمسة اعبد قيمة احدهم الف واثنان الف واثنان ثلاثة آلاف احتمل أن يجزئهم ثلاثة اجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم الى الثاني كثير القيمة اقل الباقين قيمة ويجعلهما جزءاً والباقين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى مافعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ماتقدم واحتمل ان لايجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وان كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه (احدها) ان يكتب ثمانية رقاع باسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد اخرى حتي يستوفى الثلث (والثاني) أن يجزئهم اربعة اجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية اعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه (والثالث) ان يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فان خرج سهم الحرية للاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وان خرجت لثلاثة قرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب وروي عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين ان كانا قيمته والا اقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذي بقي والذي تصيبه القرعة ينظر مابقي من قيمته من الثلث فيعتق حصته فان كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال

(فصل) وان كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف أو على الف عتق ولا شيء عليه وعنه ان لم يقبل لم يعتق) إذا قال لعبده أنت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه لانه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه الالف هكذا ذكر المتاخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت ابا عبد الله قيل له إذا قال انت حر وعليك ألف درهم فقال جيد قيل له فان لم يرض العبد قال لا يعتق إنما قال له على ان يؤدي اليه الفاً فان لم يؤد فلا شيء فان قال انت حر على الف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فاشبه قوله وعليك ألف والثانية ان قبل العتق عتق ولزمته الالف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لانه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال انت حر بالف ولان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً) وقال (فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) ولو قال في النكاح زوجتك فلانة ابنتي على خمسمائة درهم وقال الآخر قبلت صح النكاح ووجب الصداق

من الثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة ارباعه عتق اربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كان قيمة العبد الفا وباقي التركة الف ضربت قيمة العبد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها، وان كان قيمتهم اربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم

(فصل) وان كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين وان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة وتخرج واحدة منهما على احد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ماتقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب اربع رقاع رقعة للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز وقيل لايجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل مالو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لايمنع من العتق قبل وفائه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال على ان تخدمني سنة فكذلك)

وقيل ان لم يقبل لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة وان مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة مابقي من الخدمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالخلع في النكاح والصلح في دم العمد فاذا قال انت حر على ان تعطيني الفا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف فاما ان قال أنت حر بالف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الالف

(فصل) قال رضي الله عنه وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهات أولاده وشقص يملكه

لان اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبي موسى في الارشاد ان الشقص لايعتق الا ان ينويه لانه لايملكه كله والاول المذهب

(فصل) وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لايملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والاحياء فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لانهما جميع التركة ولهذا لايعتق إلا ثلثهما ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولانه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما .

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولان المقصود تكميل الاحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب ان يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده فأما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الامرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به فأشبه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ماوصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة وان كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معهم والحكم باعتاقه ان وقعت عليه القرعة أو من الثلثين ان وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعي .

(فصل) وان دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من احدهما ثلثهما ، لان الميت لايمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله وان مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل لعتق من حين موت السيد .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحد عبدي حر اقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر من حين اعتقه)

إذا قال أحد عبدي حر ولم ينو واحداً بعينه عتق أحدهم بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده ، فان قال اردت هذا بعينه قبل منه وعتق لان ذلك انما يعرف من جهته وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطالب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب ان يميز بالقرعة كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو اعتق معينا ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فان مات المعتق ولم يعين

(مسئلة) قال (ولو قال لهم في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهي المسئلة التي تقدمت وشرحناها وأما إذا قال أحدكم حر فانه يقرع بينهم فيخرج احدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقون وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق احدهم بالقرعة وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعينت الحرية فيه، وقال ابو حنيفة والشافعي له تعيين احدهم فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فاذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فأما ان مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لايختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لاندري أيهم أعتق، وقال ابو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق.

(فصل) ولو أعتق إحدى امائه ثم وطيء احداهن لم يتعين الرق فيها وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها

(فصل) واذا أعتق واحداً بعينه ونسيه فقياس قول احمد أن يعتق أحدهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم

وقال مالك إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

فالحكم عندنا لايختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندري ايهم اعتق وقال أبو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق وقوله من حين اعتقه يريد ان العبد ان كان اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لانا تبينا أنه اكتسبه في حال الحرية

(فصل) ولو اعتق احدى امائه غير معينه ثم وطيء احداهن لم يتعين الرق فيها وبه قال ابو حنيفة

وقال أصحاب الرأي إن قال الشهود نشهد ان فلاناً اعتق أحد عبيده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسعى في باقيه او ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا نشهد ان فلاناً أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكرا ماذكره أصحاب الرأي في الشهادة

ولنا ان مستحق العتق غير متبين فأشبه مالو أعتق جميعهم في مرض موته فان أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق ذكرت ان المعتق غيره ففيه وجهان

(أحدهما) رد الاول إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع

(والثاني) يعتقان معاً وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار ، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن اقرارا عليه بحرية من ذكره واقراراً على غيره فقبل اقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما اذا لم يقرع فانه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون وإن قال أعتقت هذا لا بل هذا عتقا جميعاً لانه أقر بعتق الاول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول فكذلك الحكم في اقرار الوارث

«مسئلة» قال (واذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه أعطي وكان كله حراً في احدى الروايتين والاخرى لا يعتق الا حصته وان حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)

وجملته انه اذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته او دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم الا قولا شاذاً او قول من يرى السعاية وذلك انه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما ان كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان

وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات أحد العبدين أقرع بينه وبين الحي فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة)

وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق الا ثلثه ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو اعتق الحي بعد موته لاعتقنا ثلثه

(احداهما) يسري إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لان ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فجرى مجرى مال الصحيح فيسري عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر (والرواية الثانية) لا يعتق الا حصته لانه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبهذا قال الاوزاعي لان الميت لا يضار

وقال القاضي ما أعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال يزول ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الحكم اذا دبر بعضه وهو مالك لكله)

وجملته انه اذا دبر بعض عبده وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فاذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (احداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لان أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاعتاق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتاق لبعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته (والرواية الثانية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلا يسري كتعليقه بالصفة

(فصل) فأما ان أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه وعنه لا يعتق منه الا ما عتق

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحال لشريكه شيء وهذا قول

ولنا ان الميت احد المعتقين فوجب ان يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولان المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا ان خرجت القرعة على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق لانه حين الاتلاف وان وقعت على الحي نظرت في الميت فان كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة باقل الامرين من حين الموت الى حين قبض

الشافعي فاذا مات عتق الجزء الذي دبره اذا خرج من ثلث ماله وفي سرايته الى نصيب الشريك ماذكرنا في المسئلة وقبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وإن صار للآخر صار رقيقاً كله

وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له

وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار ان شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً . ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم في دينه)

وجملته ان المريض اذا أعتق عبيده في المرض او دبرهم او وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ولان الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن ابي ليلى

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين انه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد في قيمته

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ، ولانه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين انه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فان قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق ففيه وجهان

الوارث لان الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فاشبه الشارد والآبق وانما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معه والحكم باعتاقه ان وقعت القرعة عليه أومن الثلثين ان وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده الى حين قبضه

(أحدهما) لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة نفذ العتق في الجميع. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. وقالوا ان أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أوغيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ؟ فيه وجهان

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان (أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث

(الثاني) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة إقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا إما من العبيد وإما من غيرهم، ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً لمعجز ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

(فصل) فان دبر ثلاثة اعبد او وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه واقرع بين الحيين واعتق من أحدهما ثلثهما لان الميت لايمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه، وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وانما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لان العتق حصل من حين موت السيد.

﴿مسئلة﴾ (وإن أعتق عبداً او نسيه أخرج بالقرعة)

هذا قياس قول احمد وهو قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم، وقال مالك ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل وقال اصحاب الرأي ان قال الشهود نشهد ان فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكروا ماذكره اصحاب الرأي في الشهادة

وجملته انه إذا أعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم او وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا انهم قد عتقوا من حين أعتقهم او من حين موته إن كان دبرهم لان التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان انهم ثلث ماله ،وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم، وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع او هبة او رهن أو تزويج بغير اذن كان ذلك باطلا ،وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب وان ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين اوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر ان كانا متساويين في القيمة ، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم ، وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه

(فصل) وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصي إعتاقه فان أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان فان اصروا على الامتناع اعتقه السلطان او من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون فاذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبه مالو أعتق جميعهم في مرض موته

﴿ مسئلة ﴾ (فان علم بعد ان المعتق غيره عتق وهل يبطل عتق الاول ؟ على وجهين)

(أحدهما) يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كالو لم يقرع (والثاني) يعتقان معاً قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار ، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن اقراره بحرية من ذكره واقرارا على غيره فقبل اقراره على نفسه دون غيره . اما إذا لم يقرع فانه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال اعتقت هذا عتق ورق الباقون ، وان قال أعتقت هذا لا بل هذا عتقاً جميعاً لانه أقر بعتق الاول فلزمه ثم اقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول وكذلك الحكم في اقرار الوارث

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان أعتق في مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه)

اذا اعتق في مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث اذا لم يجز الورثة وكذلك التدبير والوصية بالعتق لانه تبرع بمال أشبه الهبة ولان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه الا ثلثهم وما زاد على الثلث ان أجازوه فان ردوه بطل لان الحق لهم فجاز باجازتهم وبطل بردهم

من جملة تركته إن بقي بعده لانه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث . وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب. وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة . وفارق المكاتب فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكروه بأم الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له . والموصى به لا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما ان الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب وانما أوصى بايجاده وهو العتق فاذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه وههنا لا يملك العبد ان يعتق نفسه . وان مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا أعلم قول من خالفنا فيه

(فصل) فان علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر قال وقد نص احمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يتهم فيه فأشبه العتق في صحته

﴿ مسئلة ﴾ (وان أعتق جزءاً من عبده او دبره وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر)

لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فاذا لم يدبر الا ثلثه كان اولى ، وان كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (إحداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم ابو حنيفة واصحابه لانهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتق البعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته

(والثانية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتعليقه بالصفة في الحياة فاما ان اعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث ، وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لا يعتق منه الا ما أعتق كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول الشافعي فاذا مات عتق الجزء المدبر اذا خرج من ثلثه وفي سرايته الى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وان صار للآخر صار

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز. وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق المنجز لايتهم فيه فان الانسان لايتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل ههنا . ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً

(فصل) وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده روي هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وانس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن ابي هند وحميد وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك واهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد» رواه الامام احمد باسناده وغيره وروى حماد بن سلمة عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ماروى الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لغلامه عمير ياعمير اني اريد ان اعتقك عتقاً هنيئاً فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول « ايما رجل أعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده » ولان العبد وماله كانا جميعاً للسيد فأزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترطه

رقيقاً كله وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له ، وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار إن شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً ، ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

(مسئلة) وان اعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطي الشريك وكان جميعه حراً في إحدى الروايتين والاخرى لايعتق الا ماملك منه)

وجملته أنه اذا ملك شقصا من عبد فاعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف نعلمه الا قولا شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك لانه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من اعتق في صحته شقصا وهو معسر فان كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه سرى الى نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث لان ملك المعتق لثلث المال تام له التصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر والثانية لايعتق الاحصته لان ملكه يزول الى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبه قال الاوزاعي

المبتاع » فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبدالله بن ابي جعفر من اهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فتنه فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه قيل للامام احمد كأن هذا عندك على التفضل؟ فقال اي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد؟ فقال نعم للسيد مثل البيع سواء

(مسئلة) قال (واذا قال لعبده أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى ياتي ذلك الوقت)

وجملة ذلك أن السيد اذا علق عتق عبده أو امته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال لغلامه انت حر إلى ان يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة والى رأس الشهر انما يريد اذا جاء رأس السنة او جاء رأس الهلال منه واذا قال انت طالق اذا جاء الهلال إنما تطلق اذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك انه اذا قال لعبده انت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه انها اذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد انه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها

وقال القاضي ما اعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر فالرواية في سراية العتق في حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق وتصرفاته.

(مسئلة) (وان اعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه ويحتمل ان يعتق ثلثهم)

وجملة ذلك ان المريض إذا اعتق عبيده في مرضه أودبرهم أو وصى بعتقهم وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولان الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية، وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً اعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن ابي ليلى وذكر ابو الخطاب رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثه

والاول اصح لما روي عن ابي ذرانه قال لعبده انت عتيق الى رأس الحول فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ولانه علق العتق بصفة فوجب ان يتعلق بها كما لو قال اذا اديت الي الفاً فأنت حر واستحقاقها للعتق لايمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه وان خرج عن ملكه ببيع او ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن ابي ليلى اذا قال لعبده ان فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع قال ابن ابي ليلى اذا حلف بالطلاق لا كلمت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلمه حنث وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبي ﷺ قال «لاطلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لايملك ابن آدم» ولانه لاملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) واذا قال لعبده ان لم اضربك عشرة اسواط فأنت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ في قول أكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فإن باعه فسخ البيع

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين ، وقال قتادة وأبو حنيفة واسحاق يسعى العبد في قيمته .

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ولانه معتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه فيتبين انه اعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره فإن قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولايصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فإذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وقيل ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أوغيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان :

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم فقرع الورثة فاعتقوا واحداً وارقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان :

(أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة

(فصل) واذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان

(احدهما) لايعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب ان يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق مااذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع فاذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا فاما ان دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن احمد انه لايعتق

وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق وروي عنه في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللهما دخول. ووجه الاول ان العتق معلق على شرط لايقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح الثاني ينبني على النكاح الاول بدليل ان طلاقه في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) واذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة أرطال

كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (والثاني) يصح الاقراع لانه لايمكن امضاء القسمة وافراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا اما من العبيد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فان كان الذي اعتق عبدين اقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على احدهما وكان بقدر السدس من التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان اكثر منه عتق منه بقدر السدس وان كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

﴿مسئلة﴾ (وان أعتقهم فاعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من ارق منهم)

وجملته أنه إذا أعتق عبيده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم الا الثلث ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيهم تبينا انهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم او وصى بعتقهم لان تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفا ذلك علينا لايمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن او تزويج بغير إذن كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وان ظهر له مال

فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبينا أنه ماعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يلزمهما ضمانها لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه واتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولان عتقه حصل بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فأشبه الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها وهذا قول ابي حنيفة

(والثاني) لاضمان عليهما وهو قول ابي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وانما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وإن قال لعبده أنت حر متي شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي ، وان قال أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فان تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخي ، وإن قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول ابي حنيفة لان كيف لاتقتضي شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً فلا تقتضي توقيف العتق وانما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال شاء ويحتمل

بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له القرعة ان وفى الثلثان بقيمته وقيمة الاول والا عتق منه تمام الثلثين وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وان كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اتساعهم وعلى هذا الحساب

(فصل) وان وصى بعتق عبد له يخرج من الثلث وجب على الوصي اعتاقه فان وصى بذلك ورثته لزمهم اعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون فاذا اعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته ان بقي بعده لانه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب العتق فكان له ككسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ويبطل ماذكروه بام الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب وفي الوصية

أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول ابي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي متى واي فحكمها حكمهما

وقد ذكر ابو الخطاب في الطلاق انه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجيء ههنا مثله

(فصل) وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام

(احدها) تعليقه على صفة محضة كقوله ان أديت الي الفا فانت حر فهذه صفة لازمة لاسبيل الى إبطالها لانه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك ابطالها كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ولو أبرأه السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لانه لاحق له في ذمته يبرئه منه وانما هو تعليق على شرط محض وان مات السيد انفسخت الصفة لان ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره وان زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة فان عاد الى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ومتي وجدت الصفة عتق ولم يحتج الى تجديد اعتاق من جهة السيد لانه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لانه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده إلا ان ماياخذه السيد منه يحسبه من الالف التي اداها فاذا كمل اداؤها عتق وما فضل في يده لسيده وان كان المعلق عتقه امة فولدت لم يتبعها ولدها في احد الوجهين

بالعتق ماوجد السبب وانما أوصى بايجاده وهو العتق فاذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقا عليه ولهذا يملك الموصى له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فان مات العبد قبل موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفينا فيه

(فصل) فان علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر وقد نص احمد على مثل هذا في الطلاق وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لانه يتهم فيه أشبه العتق في صحته

ولنا أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق المنجز لايتهم فيه فان الانسان لايتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه وانما منع منه لمافيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وانا مريض فانت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحدا

﴿مسئلة﴾ وان لم يظهر له مال جزأنا هم ثلاثة اجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون وبه قال عمر بن عبدالعزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي

لانها امة قن فأشبه مالو قال ان دخلت الدار فانت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد بصفة فاشبه مالو باشر عتقها ولا يعتق حتى يؤدي الالف بكمالها وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال انت حر ان أكلت رغيفاً فأكل بعضه وهذا لا يصح لوجوه احدها ان اداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الاحكام وتنتفي بانتفائها بدليل سائر شروط الاحكام

(الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومتى علق الحكم على شرط ذي وصف لا يثبت مالم توجد الصفة كما لو قال لعبده ان خرجت عاريا فانت حر فخرج لابسا لا يعتق فكذلك العدد

(الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها، وذكر الالف ههنا يدل على ارادته اداء الألف كاملة

(الرابع) اننا لا نسلم هذا الاصل الذي ادعاه وانه اذا قال له انت حر ان أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه وانما اذا حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل ارادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لايصلي فشرع في الصلاة اولا يصوم فشرع في الصوم

واسحاق وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعي في باقيه وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الأستحقاق كما لو كان لا يملك إلا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لمخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة (أحدهم) المجنون حتى يفيق يعني - أنك مجنون - فقال له حماد ما دعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت ما دعاك إلى هذا! وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب من هذا، فان تاب وإلا ضربت عنقه.

ولنا ماروى عمران بن حصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وارق أربعة وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صحيح رواه مسلم وابو داود وسائر أصحاب السنن، ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وابو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الامام أحمد عن اسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن ابي زيد الانصاري

اولا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه والقدر الذي شرب به من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ الا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على اداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون ادائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبرأ حتي يؤديها

(الخامس) أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة واحكام الشريعة على انه لا يثبت المشروط بدون شرطه فان النبي ﷺ قال «من قال لا اله الا الله دخل الجنة» فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق الا العقوبة وقال «من احيا ارضاً ميتة فهي له» فلو شرع في الاحياء لم تكن له ولو قال في المسابقة من سبق الى خمس اصابات فهو سابق فسبق الى اربع لم يكن سابقاً ولو قال من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل وانما الذي جاء عن أحمد في الايمان فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه يحنث لان اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم

(القسم الثاني) صفة جمعت معاوضة وصفة والمغلب فيها حكم المعاوضة وهي الكتابة الصحيحة

رجل من اصحاب النبي ﷺ وروي نحوه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ولانه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار اذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهما ويقرع بينهم بثلاثة اسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان وقولهم ان الخبر يخالف قياس الأصول نمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه إذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لاضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا وان سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لانه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ الى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الاصول باحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لان الاجماع منعقد على ان صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى

فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيده وتخالفها في أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق لان ذمته مشغولة به فبرىء منه بابرائه كثمن المبيع ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لانه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الاداء فهو له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعتقها

(القسم الثالث) صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد او مع اخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يعتق بالاداء لانه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه لان الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضي حدوثه ابطالها وان ادى حال جنونه عتق لان الصفة وجدت

وقال أبو بكر لا يعتق بذلك ويفارقها في ان للسيد فسخها ورفعها لانها فاسدة والفاسد يشرع رفعه وازالته ويفارق الكتابة الصحيحة في انها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لانه عقد جائز من جهته فبطل بهذه الامور كالوكالة والمضاربة وقد قال احمد اذا وسوس فهو بمنزلة الموت وهذا قول القاضي وقال أبو بكر لا تبطل بشيء من ذلك لانه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتفارق الصفة المحضه في ان كسب العبد قبل الاداء له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له دون سيده

يحصل للورثة مثلاه وفي مسئلتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحيلونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلا وربما لا يحصل منها في الشهر الا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لانهم يجبرونهم على الكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجبر جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبدا فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار الى ما ذكرناه

وأما انكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم ايهم يكفل مريم) وقال سبحانه (فساهم فكان من المدحضين) وأما السنة فقال احمد في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين «استهما» وقال «مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول لاستهموا عليه» وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فوجدنا الى جنبه قتيلا فقلنا لحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا احد الثوبين اوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم

ويتبع المكاتبة ولدها حملا لها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيهما وفي الآخر لايستحق كسبة ولا يتبع المكاتبة ولدها لان العتق حصل بالصفة لا بالكتابة واما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ماذكرنا ويعتق فيها بالاداء وقال أبو بكر لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام احمد في رواية الميموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة وينبغي ان يقال ان علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر وان قال كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم

(فصل) واذا قال لعبده انت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه لانه اعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الالف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له اذا قال أنت حر وعليك الف درهم قال جيد قيل له فان لم يرض العبد قال لايعتق انما قاله له على ان يؤدي اليه الف درهم فان لم يؤد فلا شيء وان قال انت حر على الف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك الف (والثانية) ان قبل العبد عتق ولزمته الالف وان لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لانه اعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال انت حر بالف وهذه الرواية أصح لان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً)

كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له وتشاح الناس يوم القادسية في الاذان فاقرع بينهم سعد واجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا اراد السفر باحداهن واذا اراد البداية في القسمة بينهن وبين الاولياء اذا تشاحوا فيمن يتولى التزويج او من يتولى استيفاء القصاص واشباه هذا .

(فصل) في كيفية القرعة قال احمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم اقرع بين اثنين في ثوب فاخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال احمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا او خواتيم، وقال اصحابنا المتأخرون الاولى ان يقطع رقاعا صغاراً مستوية ثم تجعل في بنادق شمع او غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر ويغطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقة فنفضها ونعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل .

(احدها) ان يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة او تسعة او ستة (او قيمتهم متساوية) ولا مال له غيرهم فيجزءون ثلاثة اجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية وفي اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزآن الآخران وان خرجت رق رق وأخرجت

وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) ولو قال في انكاح زوجتك ابنتي فلانة على صداق خمسمائة درهم فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق وقال الفقهاء إذا تزوجها على الف لها والف لابيها كان ذلك جائزاً فأما اذا قال اعتقتك على ان تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كالتي قبلها وقيل ان لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة فان مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا وقال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالخلع في النكاح والصلح في دم العمد وان قال انت حر على ان تعطيني ألفاً فالصحيح انه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف وان قال انت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه الف

(فصل) وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كعضو من اعضائها فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه مالو كان في الصفة فأشبه مالو كان في البطن وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهى حامل فتبعها ولدها كالمنجز وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة

اخرى على جزء آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وان خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وان شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم اخرجت رقعة على الحرية فاذا اخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقون وان اخرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج اخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان اخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين الف فتجعل الاثنين الاوسطين جزءاً وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته الف جزءاً والآخرين جزءاً فتكون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ماقدمناه في المسئلة الأولى قيل لاحمد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن.

(المسئلة الثالثة) أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كستة أعبد قيمة أحدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه احمد فقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك انا لو جعلنا مع الذي قيمته

ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان الصفة لم تتعلق به لا في حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة وان بطلت الصفة ببيع أو موت لم يعتق الولد لأنه انما يتبعها في العتق لا في الصفة فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه تبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه

(مسئلة) قال (واذا أسلمت ام ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها واجبر على نفقتها فان اسلم حلت له واذا مات عتقت)

هذه المسئلة يؤخر شرحها الى باب عتق امهات الاولاد فانه اليق بها

«مسئلة» قال (واذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر اذا اشكل أولهما خروجا)

انما كان كذلك لان احدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب اخراجه بالقرعة كما لو قال لعبيده أحدكم حر وقد سبق القول في هذه المسئلة فأما ان علم اولهما خروجا فهو الحر وحده وهذا قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران

ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على القليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ماذكرناه من التبعيض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين الشركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فعلى هذا تجعل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ماذكرنا .

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فههنا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءاً وتضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كثيرة وتجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم فان وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ويرق باقيه والباقون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة اعبد قيمة أحدهم الف واثنان

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج اولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتهما في بطنين

(فصل) فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف انه يعتق الحي منهما وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق انما وجد فيه لانه اول ولد بدليل انه لو قال لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضرب به حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة إنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو ان يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر

(فصل) وان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي والاوزاعي والليث والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

(فصل) فان قال اول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان فان قلنا يصح عتق اول من يملكه فان ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل

الف واثنان ثلاثة آلاف فيحتمل ان تجزئهم ثلاثة اجزاء فتجعل اكثرهم قيمة جزءا وتضم الى الثاني أقل الباقين قيمة وتجعلهما جزءاً والباقين جزءا وتقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل ان لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانوا ثمانية فان شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر وان شاء جزأهم أربعة اجزاء فاقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم اعاد القرعة لاخراج من ثلثاه حر وان فعل غير ذلك جاز بان يجعل ثلاثة جزءا وثلاثة جزءا واثنين جزءا فان خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وان خرجت الثلاثة اقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فان كان جميع ماله عبدين اقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

(فصل) قد ذكرنا أنه اذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلا قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وان كان اقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثاهم وان كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب

ان يعتقا جميعاً لان الاولية وجدت فيهما جميعا فتثبت الحرية فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا اول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول

ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا اول كالواحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئاً واذا كانت الصفة موجودة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً أو يعتق احدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً فالحكم فيهما كذلك

(فصل) وان قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبيداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو يحتمل ان يملك عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له وان كانت أمة كان اولادها احرارا من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له ان يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب ان يحرم الوطء وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين في المسئلة التي قبلها

قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كانت قيمة العبيد الفاً وباقي التركة الفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها وان كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثنى عشر وتنسب اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم

(فصل) فان كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منها على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتين للتركة جاز وقيل لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما إنما يمنع من قبل قضاء الدين اذا لم يكن له وفاء فاما إن كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفائه

(مسألة) قال (واذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتقني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري ان يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه الا أن يكون قال له بعني بهذا المال فيكون الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته ان العبد اذا دفع إلى أجنبي مالا وقال اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لايحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل

﴿ مسألة ﴾ (وان أعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فاجاز الورثة عتقهما عتقا وان لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكمل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتها فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتها الى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما الى ذلك تكن خمسة اسداسه فيعتق منه كذلك وان وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة الى ذلك نجدها خمسة اتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع)

لاننا إذا ضربنا قيمة العبدين وهي خمسمائة في ثلاثة كانت الفا وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسمائة بالنسبة اليها ثلث وبالنسبة الى الذي قيمته مائتان خمسة اسداسه بعد الضرب والى الآخر خمسة اتساعه وكل شيء أتى من هذا فسبيله ان يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان فيستسعيان في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وان اعتق واحدا من ثلاثة اعبد غير معين فمات احدهم في حياة السيد اقرع بينه وبين الحيين فان وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخران)

لان القرعة يبين بها من وقع عليه العتق فوجب ان يقرع بينهم كما لو كانوا احياء فاذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الآخرين لان الحرية إنما تقع على المعتق وهذان لم يعتق واحد منهما وان وقعت على أحد الحيين عتق ان خرج من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما اذا قال أحد عبدي حر وذكرنا الخلاف فيه وان اعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لان الحرية انما تنفذ في الثلث فاشبه مالو اعتق واحداً منهم قال شيخنا والاولى ان يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لانه اعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت انما كان له

والعتق غير واقع لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لانه أعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيده

وعلى الرواية التي تقول ان النقود لاتتعين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي واسحاق فنهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق

وقال الحسن البيع والعتق باطلان ، وقال الشعبي لايجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا مايقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لاينفرد به أحدهما الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن

العبد ان الحيان وهماكل ماله فيقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة عتق ان خرج من الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وان بقي من الثلث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر مابقي من الثلث وصار بمنزلة مالو اعتق العبدين في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

(فصل) إذا دفع العبد الى رجل مالا فقال اشترني من سيدي بهذا المال فاعتقني ففعل لم يخل من ان يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته ثم اعتقه صح الشراء ونفذ العتق لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لايحتسب له به من الثمن فبقي الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قال الشافعي وابن المنذر فاما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لانه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لانه اعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيده فاما على الرواية التي تقول ان النقود لا تتعين بالتعيين فانه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي وإسحاق فانهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن البيع والعتق باطلان وقال الشعبي لايجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى او شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لاحدهما خمسين ديناراً على ان يعتق نصيبه منه فاعتقه عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما عن الاخر الا ان نصيب المعتق ينفذ فيه

كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمى خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ماأعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق الى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى الى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه والولاء للموكل وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف الى نصيبه لانه لايحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فنصرف إلى ماأمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا فانصرف اليهما وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لايضمن لان الوكيل ان أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لايضمنه وإن أتلفه بالسراية واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ماتلف به كما لو قال له أجنبي أعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

العتق وان كان العوض مستحقا اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمى خمسين ثم دفعها اليه وان أوقع العتق على عينها يجب ان يرجع على العبد بقيمة ما اعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق

(فصل)ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء له وان اعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه ان كان موسراً والولاء للموكل فان اعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل ان ينصرف الى نصيبه لانه لايحتاج الى نية ونصيب شريكه يفتقر الى النية ولم ينو ويحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فانصرف الى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحمل أن لايضمن لان الوكيل اذا أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه مأذون له في العتق ، وقد اعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لايضمنه وان أتلفه بالسراية ، واذا اعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ماتلف به كما لو قال له أجنبي اعتق عبدك فأعتقه

كتاب التدبير

ومعنى التدبير تعليق عتق عبده بموته والوفة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذامات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً لانه اعتاق في دبر الحياة والاصل فيه السنة والاجماع

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكاله عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه

وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصايا ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر أن الحرية تجب له أولها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتي فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال انت حر أو محرر أو عتيق او معتق بعد موتي صار مدبراً بلا خلاف نعلمه ، واما إن قال انت مدبر أوقد دبرتك فانه يصير مدبراً بنفس للفظ من غير افتقار الى نية وهذا منصوص الشافعي

﴿ باب التدبير ﴾

وهو تعليق العتق بالموت وسمي تدبيراً لان الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً والاصل فيه السنة والاجماع

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟ » فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعهااليه ، وقال «انت احوج منه» متفق عليه وقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من اهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصاياه ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر انه تجب له الحرية اولها

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر من الثلث)

انما يعتق المدبر اذا خرج من الثلث في قول أكثر اهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي

وقال بعض اصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويفتقر الى النية لانهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا الى النية كالكنايات

ولنا انهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر الى النية كالبيع ويفارق الكنايات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع

(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتق من رأس المال لانه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق في الصحة وعتق ام الولد

ولنا انه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة

وقد نقل حنبل عن احمد انه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل قال ابو بكر هذا قول قديم رجع عنه احمد إلى مانقله الجماعة

وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتق من رأس المال قياساً على ام الولد وكما لو أعتق في الصحة

ولنا انه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاد أقوى من التدبير لانه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير ، ونقل حنبل عن احمد انه يعتق من رأس المال ولا عمل عليها قل ابو بكر هذا قول قديم رجع عنه الى مارواه الجماعة

(فصل) فان اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق فان اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر والوصية تقف على الاعتاق بعده

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح من كل من تصح وصيته)

لانه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الخرقي يصح تدبيره اذا جاوز العشر وكان يعرف التدبير وكذلك الجارية اذا جاوزت التسع وقال الشافعي في أحد قوليه يصح تدبير الصبي المميز قال بعض أصحابه هو اصح قوليه وهو إحدى الروايتين عن مالك وروي ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تقف على الاعتاق بعده

(فصل) ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله أنت حر بعد موتي والمقيد ضربان (أحدهما) خاص نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او في بلدي هذا او عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا لم يعتق

وقال مهنا سألت احمد عن قال لعبده أنت حر مدبر اليوم ؟ قال يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات المولى

(الضرب الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار أوان قدم زيد او ان شفى الله مريضي فانت حر مدبر او فانت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط واذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة بدليل مالو لم علق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق وكما لو قال لوكيله بع عبدي

ولنا ان عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الانصار لاخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين الفاً رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروي اثنتي عشرة ولم يعرف له مخالف والتدبير في معنى الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ويخالف التدبير العتق في الحياة لان فيه تفويتا لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما فانه ان عاش لم يذهب شيء من ماله وان مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وانما خص الخرقي ابن عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ولانه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام غير ذلك فأما المجنون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره ويصح تدبير المحجور عليه للسفه لما ذكرنا في الصبي بل هو اولى بالصحة من الصبي لانه مكلف وحاجته الى الثواب اكثر من حاجة الصبي وصحة تدبير السكران مبنية على صحة وصيته وقد ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف في صحة رجوعه قياساً عليه

(فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان اوحربياً في دار الاسلام وغيرها لان له ملكاً صحيحا فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح وتملك عليه زوجته بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره

فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبر او بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير ، وان قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فذكر ابو الخطاب فيها روايتين (احداهما) لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتي بيوم اوشهر فانه قال لا يعتق لانه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز

(والثانية) يعتق وهو الذي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسئلتنا وقولهم حصل له التصرف في ثلثه قلنا انما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته ويمنع انتقاله الى الوارث وان ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل يكون مراعى فاذا قبل الموصى له تبينا ان الملك كان له من حين الموت وان لم يقبل تبينا انه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل ان يمنع الوارث من التصرف في رقبته لانه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل

﴿ مسئلة ﴾ وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله انت حر أو عتيق او معتق او محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه)

وكذلك ان قال انت مدبر أوقد دبرتك فانه يصير مدبراً بمجرد اللفظ وان لم ينوه هذا منصوص الشافعي وقال اصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح يفتقر إلى النية لانهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا الى النية كالكنايات

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر الى النية كالبيع بخلاف الكنايات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعيين وترجيح احد المحتملين بخلاف الموضوع فانه لا يفتقر الى النية كلفظ العتق

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح مطلقا ومقيداً)

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان احدهما خاص مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا أو في بلدي هذا او في عامي هذا فانت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا فلا وقال مهنا سألت أحمد عن قال لعبده انت مدبر قال يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات في ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات السيد

(الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فانت مدبر أو ان قدم زيد أوان شفى الله مريضي فانت حر بعد موتى فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط

ان لا يمنعه لانه علق عتقه على صفة غير الموت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذي علق عتقه

(فصل) فان قال انت حر بعد موتي بشهر او قال بيوم فقال احمد في رواية مهنا لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضاً سألت أحمد عن رجل قال لعبده أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هـذا كله لا يكون شيئا بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضيان ابن ابي موسى وابو يعلى فيها رواية أخرى انه يعتق اذا وجدت الصفتان الموت ومضي المدة المذكورة، وبهذا قال الثوري وابو يوسف واسحاق. ووجه الروايتين ماتقدم وقال اصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملـكا للوارث وكسبه له كأم الولد والمـدبر في حياة السيد ، وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي .

فاذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وان لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل مالو علق عليه عتقا منجزاً فقال اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولان المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه

(فصل) فان قال لعبد إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وان قرأ بعضه لم يصر مدبرا ، وان قال اذا قرأت قرآنا فانت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعـه وههنا نكره فاقتضي بعضه فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم — واذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستوراً) ولم يرد القرآن جميعه قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه أراد ترغيبه في قراءة القرآن فتتعلق الحرية به او بمجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية او آيتين فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال متى شئت فأنت مدبر أو انت حر بعد موتي اواذا شئت أو أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموته)

لان المشيئة هنا على التراخي فمتى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لومات في

(فصل) اذا قال لعبده إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبرا وإن قرأ بعضه لم يصر مدبرا وإن قال إذا قرأت قرآناً فأنت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبرا لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقتضية للاستغراق فعاد الى جميعه وههنا نكره فاقتضى بعضه، فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستورا) ولم يرد جميعه، قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الوضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغيبه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازي بهذا الامر الكثير ولا يرغب به الا فيما يشق اما قراءته آية أو آيتين فلا

(فصل) فان قال لعبده ان شئت فانت حر بعد موتي أو اذا شئت او متى شئت او اي وقت شئت فانت حر بعد موتي فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبرا يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فانت حر فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح وان قول القاضي

في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر او أي وقت شئت بعد موتي فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح، وقال القاضي يصح فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(احدهما) يكون للموصى له لانا تبينا ملكه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان شئت فانت مدبر فقياس المذهب انه على التراخي كقوله متى شئت)

وقال ابو الخطاب ان شاء في المجلس صار مدبراً والا فلا وكذلك قال القاضي في قوله إذا شئت وإن شئت فانت حر بعد موتي على انه على الفور ان شاء في المجلس صار مدبراً والا بطلت الصفة ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فانه يقف على المجلس وهذا في معناه، وإن قال إن شئت بعد موتي أو اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضا فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه اذا قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاءا معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور او التراخي أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ماذكره في الاخرى

صحته، فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين (أحدهما) أنه يكون للموصى له لاننا تبينا انه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحدا لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحدا، وذكر القاضي في قوله اذا شئت او ان شئت فانت حر بعد موتي انه على الفور فان شاء في المجلس صار مدبراً وان تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فان الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه وان قال ان شئت بعد موتي او اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية وقد ذكر في الطلاق انه اذا قال أنت طالق ان شئت وشاء ابوك فشاءا معاً وقع الطلاق سواء شاءا على الفور أو التراخي أو شاء احدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الاخرى

(فصل) اذا قال لعبده اذا مت فأنت حر او لا؟ أو قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصر مدبرا لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته انت طالق او لا؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق

(فصل) واذا دبر احد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسرا كان او معسراً، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه

(فصل) وإذا قال لعبده إذا مت فأنت حر اولا؟ أو قال فأنت حر؟ او لست بحر؟ لم يصر مدبراً لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته انت طالق أولا؟ وسنذكر ذلك في الطلاق

﴿مسئلة﴾ (واذا قال قد رجعت في تدبيري أو ابطلته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية)

اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا فالصحيح انه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر (والثانية) يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت.

وهو قول ابي حنيفة لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا ان مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقي في غير هذا الموضع وان اعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر

وذكر القاضي وابو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لان المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر ابطاله

ولنا قوله عليه السلام « من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم والا فقد عتق منه ماعتق » ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة

(فصل) وان دبر كل واحد منهما نصيبه فمات احدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري العتق اليه؟ على روايتين، وان قال كل واحد منهما إذا متنا فانت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر

(فصل) إذا قال السيد لمدبره إذا أديت الى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين إن قلنا ان له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً، وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مطلقا فجعله مقيداً ان قلنا يصح الرجوع والا فلا فان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الاخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في احكامه وان دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه باشارته المعلومة او كتابته وان لم تفهم إشارته فلاعبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهنا مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرده

هذا أن احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فيصرف الى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته واخذ رمحه وكذلك إن قال اعتقوا عبيدهم كان معناه اعتق كل واحد عبده وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتهما جميعا وانما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولاننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي ان لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً، وان قال كل واحد منهما اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان

وان قال كل واحد منهما إذا مت قبل شريكي فنصيبي له فاذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما

الى سيده في إحدى الروايتين والاخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على آخذه أخذه وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقا لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبيه عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقا يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يقر على كفره. وقال القاضي لا يجوز استرقاقه إذا أسلم. وهو قول للشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه.

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلان لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه والملك آكد من الولاء فلان يثبت مع الولاء وحده أولى فعلى هذا لو كان المدبر ذميا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو اعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه، وعلى قول القاضي وقول الشافعي لا يملكوه فان كان سيده ذميا جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان:

(احدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلما أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله بيعه في الدين)

ظاهر كلام الخرقي انه لايباع في الدين وقد أومأ إليه احمد وقال مالك لايباع الافي دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد وروي عن أحمد انه قال انا ارى بيع المدبر في الدين، واذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيعه لان النبي ﷺ قد باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالا ان باعه من غير حاجة أجزناه ونقل جماعة عن احمد جواز بيع المدبر مطلقا في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال له أن يبيعه محتاجا كان إلى ذلك او غير محتاج وهذا هو الصحيح

وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي ﷺ قال « لايباع المدبر ولا يشترى» ولانه استحق العتق بموت سيده اشبه ام الولد

فادركه صاحبه قبل قسمه قال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده واما إذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال احدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي ان المذهب أنه يكون موقوفاً فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله والا تبينا ان ماله لم يزل وان قتل او مات على ردته لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال بردته وقال أبو بكر قياس قول أبي عبدالله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد الى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق ردته؟ فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أوقد زال بردته ، وسيذكر في باب المرتد، فاما ان دبر في حال ردته فتدبيره مراعى ؟ ان عاد الى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحا وان قتل أومات تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبر ، وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لان المال يزول بالردة وإذا أسلم رد اليه تملكا مستأنفا

﴿ مسئلة ﴾ (وله بيع المدبر وهبته وان عاد اليه عاد التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لاتباع الامة خاصة)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقا في الدين

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني ؟» فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام اول في امارة بن الزبير وقال ابو اسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر اذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولانه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال احمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر وان قال غدا فله بيعه اليوم وان قال اذا مت قال لا يبيعه فالموت اكثر من الاجل ليس هذا قياساً ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله ان يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت من مرضي هذا فعبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء وان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حيا فأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ ويحتمل انه اراد بعد الموت او على الاستحباب اماأم الولد فان عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن ابطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الخرقي أن النبي ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة

وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعد سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه فقال له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيخنا وهذا هو الصحيح . وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر روى ان النبي ﷺ قال « لايباع المدبر ولا يشترى » ولانه استحق العتق بموت سيده أشبه ام الولد

﴿ولنا ماروى جابر ان رجلااعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال «أنت احوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أمارة بن الزبير قال أبواسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر ستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولانه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر فان قال غدا فله بيعه اليوم وان قال إذامت قال لايبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تباع المدبرة في الدين الا في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى الامة كالعبد)

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها فكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير)

وجملة ذلك ان السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية اخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ومذهب الشافعي مثل هذا الا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ما قال الخرقي لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه

من مرضي هذا فعبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء فان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حياً فاما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله ﷺ ويحتمل انه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لان عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لانها تمليك في الحياة فاشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقي وقال مالك لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا وكان عليه خمسمائة لم يبع وروي عن أحمد انه قال انا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيعه لان النبي ﷺ باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وابي خيثمة وقال ان باعه من غير حاجة أجزناه وهذا مثل الرواية الاولى . ووجه قول الخرقي والرواية التي قال أحمد إنه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيرا لا يملك غيره حديث جابر المذكور فان النبي ﷺ انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة ان الامة لا تباع خاصة قال شيخنا لا نعلم هذا

(مسئلة) قال (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيري او قد ابطلته لم يبطل لانه علق العتق بصفة في احدى الروايتين والاخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا فالصحيح أنه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر والثانية يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهذا قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بانه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره وتتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت

(فصل) اذا قال السيد لمدبره اذا أديت إلى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره انه بطل التدبير ههنا وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئاً وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً

التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحلها فكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

(مسئلة) (وان عاد اليه عاد التدبير)

لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم اشتراه وذكر القاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي إلا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ان الصفة تعود بعوده الى ملكه لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه

(مسئلة) (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير)

وجملة ذلك ان الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في

ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لايعلم رجوعه

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه مالو باشره بالعتق ناجزاً

(فصل) وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في احدى الروايتين

(والاخرى) ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على آخذه أخذه وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان

التدبير بغير خلاف نعلمه لانه كعضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت أصلا (الحال الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز والزهري ومالك والثوري والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشرط المولى قال فظاهر هذا أنه لايتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كالمذهبين (احدهما) لايتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فاشبهت من عاق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعاً ولان الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية لان التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لايبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا ان بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت

رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبيه عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لايجوز اقراره على كفره . وقال القاضي لايجوز استرقاقه اذا أسلم وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه

ولنا ان هذا لايمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلأن لايمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه والملك آكد من الولاء فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لايملكونه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان

(أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله اذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة

وقال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف

أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعاً أقرع بينهم فايهما خرجت القرعة له عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً أو أمة معاً فاما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعها لانه لايتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فان لايتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل ان تدبر قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها في التدبير كالموجود بعده لان حنبلا قال سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قال ولدها معها قال شيخنا وهذا بعيد والظاهر ان أحمد انما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها لا يتبعها في شيء من الاسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولايتبعها في الاستيلاد الذي هو آكد من التدبير فان لا يتبعها في التدبير أولى

(فصل) فاما ولد المدبر فحكمه حكم امه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان تسرى المدبر باذن سيده فولد له فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اباحة التسري تبنى على ثبوت الملك وولد الحر من امته يتبعه في الحرية دون امه كذلك ولد المدبر

المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده وأما اذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال ولاء أحدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفا فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله لانا تبينا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال بردته

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد إلى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق ردته فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته ؟ وقد ذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال ردته فتدبيره مراعى فان عاد إلى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على ردته تبينا انه وقع باطلا ولم يعتق المدبر

وقال ابن ابي موسى تدبيره باطل وهذا قول ابي بكر لان الملك عنده يزول بالردة واذا أسلم رد اليه تملكا مستأنفاً

امته يتبعه دونها ولانه ولد من يستحق الحرية من امته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته

(فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فان رجع في تدبيرهما جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وان دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لان التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولدله توأمان فاقر باحدهما لحقاه جميعاً وان نفى أحدهما لم ينتف الآخر وان رجع في احدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون امه أو الام دون ولدها جاز لانه يجوز ان يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز ان يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر امته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيري لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كلما ولدت ولدا فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك

(فصل) إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع ايمانهم لان الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيده له أخذه منه لان التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لايخلو من حالين (أحدها) أن يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعلمه لانه بمنزلة عضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت فيه أصلا (الحال الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي

وذكر القاضي أن حنبلا نقل عن احمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا انه لايتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كالمذهبين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار وقال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به اذا مت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

هو وورثة سيده فما بيده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريتي وقالوا بل قبلها فالقول قوله لانه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقاً لهم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فان أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لان الاصل معهم وان اقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينته تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان له في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين

﴿ مسئلة ﴾ (وله إصابة مدبرته فان أولدها بطل تدبيرها) .

يباح وطء أمته المدبرة ، وقد روي عن ابن عمر انه دبر امتين وكان يطؤهما وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري ومالك والليث والاوزاعي والشافعي قال أحمد لاأعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي انه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير .

ولنا أنهـا مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أوما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقياساً على أم الولد.

ولنا ماروي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعا ، ولان الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منها لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما وكذلك لاتبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هـذا إن بطل التدبير في الام لمعنى اختص بهـا من بيع أو موت او رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لها جميعاً أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معاً وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافا في انه لايتبعها لانه لايتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فلان لايتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمـد ماكان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها قال لايتبعهـا من ولدها ماكان قبـل ذلك انما يتبعها ماكان بعد مادبرت

وقال حنبل سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال ولدها معها ، وجعـل ابو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها وهذا بعيد والظاهر ان احمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وانمـا أراد ولدها بعد التدبير على ماصرح به في غير هـذه الرواية فان ولدها الموجود

(فصل) وابنة المدبرة مثلها في حل وطئها ان لم يكن وطيء أمها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة . ولنا ان ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها الحرية لاتزيد على استحقاق أمهـا ولم يمنع ذلك وطأها وأما ولد المكاتبة فألحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على انه وطيء أمها .

(فصل) فان اولدها بطل تدبيرها لان مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاد يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فانها تعتق من رأس المال وان لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب ان يبطل به التدبير كملك الرقبة اذا طرأ على ملك النكاح ابطله .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز) .

اما تدبير المكاتب فهو صحيح ، لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الاعتاق وتصح كتابة المدبر ، نص عليه احمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث ابي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت ان تكاتبه قل فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذلك وان حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له،ولان التدبير ان كان عتقا بصفة

لا يتبعها في عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاسباب الناقلة للملك في الرقبة

(فصل) فان علق عتق أمته بصفة نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه لانه كعضو من أعضائها وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها ، وفيه وجه آخر انه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ووجه اتباعه اياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة

ولنا انه يملكها ملكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فلم يعتق ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه وتفارق المدبرة فان التدبير آكد لما ذكرنا ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها

(فصل) فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد فروي عن أحمد انهم يتبعونه في التدبير

وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اباحة التسري تنبني على

لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع احدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة اذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه، ويفارق التدبير الوصية به لرجل، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كانا آكد لحصوله فانه متى فات عتقه باحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لان الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات سيده قبل الاداء عتق ان حمل الثلث مابقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق منه وكان على الكتابة فيما بقي .

(فصل) ومتى عتق بالتدبير كان مافي يده لسيده لانه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب الشافعي ان مافي يده له إذا لم يكن عجز ، قال شيخنا وعندي انه ينبغي ان يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لايملك ابطال كتابته لكونها عقداً لازما من جهته وإنما يملك اسقاط حقه عليه فأما مايستحقه المكاتب من أولاده واكسابه

ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ولانه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته

(فصل) واذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع اولى وان رجع في تدبيره وحده جاز لانه اذا جاز الرجوع في الام المباشرة بالتدبير ففي غيرها أولى وان رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل وان دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لان التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فاقر باحدهما لزماه جميعاً وان نفى احدهما لم ينتف الآخر وان رجع فيهما جميعاً جاز وان رجع في احدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون أمه أو الام دون ولدها جاز لانه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز ان يدبر احدهما دون صاحبه أولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في احدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر أمته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيري لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو ابرأه من مال الكتابة ويحتمل ان يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط احكامه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا دبر شركا له في عبد لم يسر الى نصيب شريكه وإن اعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده ويحتمل أن يسري في الاول دون الثاني) .

وجملة ذلك انه اذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وذكر ابو الخطاب وجهاً انه يسري تدبيره اذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبي حنيفة ، لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبين .

ولنا انه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا ان مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فان اعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر ، وذكر القاضي وابو الخطاب فيه وجهين وللشافعي فيها قولان . (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول ابي حنيفة ، لان في المدبر قد انعقد سبب الولاء على العبد فلم يكن للآخر ابطاله .

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيده وله أخذه منه لان التدبير لايخرج عن شبهه بالوصية بالعتق اوبالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريتي وقالوا بل قبل ذلك فالقول قوله لانه

ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناه في سراية العتق الى نصيب الشريك اذا كان موسراً ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى وما ذكروه لاأصل له ويبطل بما اذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل) اذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات احدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري ؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فأنت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه اذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قال اعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده ، وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتهما جميعاً وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما وسنبين هذا القول بما نذكر من بعد، ومقتضى قول القاضي أن لايعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً، فإن قال كل واحد منهما اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتاً انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً، وإن قلنا لايصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذاك روايتان ، وان قال كل واحد منهما اذا مت قبل شريكي فنصيبي له فإذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله ان قلنا لايصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما .

(﴿ مسئلة ﴾) واذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده وان أعوز فعليه تمامه الا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه)

وجملته انه اذا أسلم مدبر الكافر أمر بازالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالكاً لمسلم كغير

في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقا لهم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل وان أقر المدبر ان ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الاصل معهم فان أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينة المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان في يده في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين:

(مسئلة) قال (وله اصابة مدبرته)

يعني له وطؤها روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤهما وممن رأى ذلك ابن عباس، وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي قال أحمد لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الاوزاعي أنه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلابأس بوطئها بعده وان كان لايطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها

ولنا أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وكأم الولد

المدبر اذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل ان يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه لانه ملكه، وبه قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن المدبر لايجوز بيعه ولان في بيعه ابطال سبب العتق فكان ابقاؤه أصلح كأم الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث ويبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان اسلموا بعد الموت ترك فان رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة رجوعه بيع عليه وان كان المدبر مستأمناً فأراد الرجوع به الى دار الحرب ولم يكن اسلم لم نمنعه منه، وان كان قد اسلم منع لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان نمنع من التمكن منه في دار الحرب.

﴿مسئلة﴾ (ومن انكر التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين اوشاهد ويمين العبد؟ على روايتين)

اذا ادعى العبد على سيده انه دبره صحت دعواه لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل ان لاتصح الدعوى لان السيد اذا انكر التدبير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في احد الوجهين

(فصل) وابنة المدبرة كامها في حل وطئها ان لم يكن وطىء امها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة.

ولنا ان ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكامها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق امها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبة فالحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على أنه وطىء أمها فحرمت عليه لذلك.

(مسئلة) قال (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين عدلين أو شاهد ويمين العبد)

وجملته أن العبد إذا ادعى على سيده انه دبره فدعواه صحيحة لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لان السيد اذا أنكر التدبير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار التدبير رجوعا عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح ان الرجوع عن التدبير لا يبطله ولو ابطله فما ثبت كون الانكار رجوعا ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جوابا للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها اقراراً فاذا ثبت هذا فان السيد ان أقر فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه

فيكون انكار التدبير رجوعا عنه والرجوع عنه يبطله في احدى الروايتين والصحيح ان الدعوى صحيحة لان الرجوع عن التدبير لا يبطله في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعا ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز ان يقر إذا ثبت هذا فان أقر السيد فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لان الاصل عدمه فان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فان لم يكن الا شاهد واحد وقال انا احلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكمال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال اشبه النكاح والطلاق

(والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه وهو في حقه ازالة ملكه عن ماله فيثبت بهذا وان حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يتشوف اليه وينبني على التغليب والسراية فينبغي ان يسهل طريق اثباته وان كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد الا ان الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وايمانهم

لان الاصل عدمه وان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلاخلاف وان لم يكن له الا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أوشاهد وامرأتان ففيه روايتان :

(احداهما) لا يحكم به وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكمال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه النكاح والطلاق (والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه . وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله فثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يتشوف اليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وايمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر الى باقيه وكذلك ان أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

(فصل) اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله الا انه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق من المدبر الا ثلثه لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز ان يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان اسوأ الاحوال ان لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصى به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين الا مال غائب او دين وهذا مثله في اعتباره من الثلث اذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبينا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وانما اوقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبينا انه كان حاصلا قبل زوال الشك وان تلف المال تبينا انه كان ثلثاه رقيقا ولم يعتق منه سوى ثلثه وان تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) فان دبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال اذا حصل أقرعنا بينهما فعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الاخر موقوفاً فاذا استوفي من الدين شيء كمل من

(مسألة) قال (واذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتي كله)

وجملة ذلك أن السيد اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله إلا انه غائب او دين في ذمة انسان لم يعتق جميع العبد لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتنجز عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فاذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني فاذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لان الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لان الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء مالم يحصل لهم مثلاه فان تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه لان العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح لان ثلث العبد خارج من الثلث يقينا

عتق من وقعت له القرعه قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً او مقدار الثلث منهما فان تعذر استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثهما فان خرج الذي وقعت له القرعة مستحقا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استفياء الباقي وان كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتقه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان ومائتان دينا على احدهما عتق من المدبر ثلثاه لان حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لانه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه فان كانت المائتان ديناً على الاثنين بالسوية عتق المدبر كله لان كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه

(فصل) اذا دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم دينا له على احدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى سدس العبد وللابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفا لان الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائه الساقطة عن الغريم وثلث ذلك

وانما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يقيناً حراً لان التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضي له وعدم الفائدة في وقفه لامعنى له وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لا يوجب أن لايحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ألا ترى انه لو ابرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فانه يبرأ من ثلثه ولم يحصل الورثة شيء؟ ولو كان الدين مؤجلا فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي الى الميسرة ولان تأخير عتق الثلث لافائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغي أن لايثبت فاذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبينا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وانما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبينا انه كان حاصلا قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبينا انه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) وإن كان المدبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الآخر موقوفا فاذا استوفي من الدين شيء

مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه موقوفا فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصي اثلاثاً فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل المدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الاسدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفاً فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولهما خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لامرين)

(أحدهما) انه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية

(والثاني) ان التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونها آكد فانها صارت بالاستيلاد بحال لايمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجز بيعها ولاهبتها ولا رهنها

كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منهما ، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما وإن خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) واذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي واذا كانت له مئة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان ديناً على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لان حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لانه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وان كانت المائتان ديناً على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لان كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته

(فصل) فان دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للموصى له سدس العبد وللابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لان الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له السدس موقوفاً فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابنين والوصي أثلاثاً

ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهو آكد من القول ولهذا نفذ استيلاد المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وان كان سيدها مفلساً بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افترقا فيها. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمداً أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جناية موجبة للمال او للقصاص فعفا الولي الى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه فان سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أوجب فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال او للقصاص لان صفة العتق وجدت فيه فأشبه مالو باشره به فان الواجب قصاصا استوفي سواء كانت

فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصي سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولهما خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزا اذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله اذا كان لها تسع سنين فصاعدا)

وجملته ان تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا احدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي قال بعض أصحابه هو اصح قوليه

وروي ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن ابي بكر بن محمد ان غلاما من الانصار اوصى لاخوال له من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين الفاً فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فاجاز الوصية قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة

وروي ان قوما سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فاجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفاً ولان صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لانه ما دام باقياً لا يلزمه فاذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصية المحجور عليه لسفه ويخالف العتق لان فيه تفويت ما له عليه في حياته ووقت حاجته فاما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي ﷺ « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعا ولانه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك

جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته وان جني على المدبر فارش الجناية لسيده فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف؟

(فصل) ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لان من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف وان اراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه وان اذن له وليه في بيعه فباعه صح منه

(فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لانه لا يصح شيء من تصرفاته وان كان يجن يوما ويفيق يوما صح تدبيره في افاقته

(فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حربياً في دار الاسلام ودار الحرب لان له ملكا صحيحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل انه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فان اسلم مدبر الكافر امر بازالة ملكه عنه وأجبر عليه لئلا يبقى الكافر مالكا للمسلم كغير المدبر، ويحتمل ان يترك في يد عدل، ينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على ان بيع المدبر غير جائز ولان في بيعه ابطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكان ابقاؤه أصلح فتعين كام الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد ان يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك وان كان قد أسلم منع منه لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان يمنع من التمكن به في دار الحرب

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

انما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين (احدهما) أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو ابطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونه آكد فانها صارت بالاستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز

قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه

(احدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لانه يمكن ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله

(الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه في

بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لا نتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا آكد من القول ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا في الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افترقا فيها إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فاما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولي الى مال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه فان سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه عين فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو القصاص لان صفة العتق وجدت فيه فاشبه مالو باشره به فان كان الواجب قصاصا استوفي سواء كانت جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته وان جني على المدبر فارش الجناية لسيده فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جني عليه ؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لانه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله (الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت

الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) ان المدبر انما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك
قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام

الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامها وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشتري بها عبد يكون وقفاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز نص عليه احمد وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت أن تكاتبه قال فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذاك وان حدث بك حدث عتق قال وأراه قال على ما كان عليه له ولان التدبير ان كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وان كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كان آكد لحصوله فانه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان اذا ثبت هذا فانه ان أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فان أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى مابقي .

المدبر فيه وان أخذ عبدا مكانه فليس هو البدل انما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز ان تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه اذا قتل اخذت قيمته فاشتري بها عبد يكون وقفا مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع ان يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم

كتاب المكاتب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلا، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه و بينه كتابا بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه وقال الحريري .

وكاتبين وما خطت أناملهم   خرفاً ولا قرأوا ماخط في الكتب

وقال ذو الرمة في ذلك المعنى .

وفراء عرفتة أنأى خوارزها   مشلشل صنعته بينها الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم .

إذا سهيل أول الليل طلع   فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الاوقات نجوما والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فما روى

﴿ باب الكتابة ﴾

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى في نجوم ، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم الى بعض ومنه سمي الخرز كتابا لانه يضم احد طرفيه الى الآخر بخرزه قال الحريري

وكاتبين وما خطت أناملهم   حرفا ولا قرأوا ماخط في الكتب

وقال ذو الرمة :

وفراء عرفتة أنأى خوارزها   مشلشل صنعته بينها الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها الى بعض والمكاتب يضم نجومه بعضها الى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب وانما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم

اذا سهيل أول الليل طلع   فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الاوقات نجوما والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) وأما السنة فروى

سعيد بن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال إذا كان لاحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فاتحتجب منه وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من اعان غارما أو غازيا أو مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لاظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها . وأجمعت الامة على مشروعية الكتابة

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته اذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد انها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده اليها فعليه إجابته وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبدا لانس بن مالك فسأله ان يكاتبه فأبى فاخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ولنا إنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ولا خلاف بينهم في ان من لاخير فيه لاتجب اجابته قال أحمد الخير صدق وصلاح

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » رواه أبو داود وابن ماجه

وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من أعان غارما أو غازيا او مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لا ظل الا ظله » في أحاديث كثيرة سواها واجمعت الامة على مشروعية الكتابة

﴿مسئلة﴾ (وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والامانة وعنه انها واجبة اذا ابتغاها من سيده أجبر عليها)

اذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة اهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعى العبد المكتسب سيده اليها وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود وقال اسحاق اخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليها . ووجه ذلك قول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لانس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قول ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة قال ابن عباس غنى وإعطاء للمال وقال مجاهد غنى واداء وقال النخعي صدق ووفاء وقال عمرو بن دينار مال وصلاح وقال الشافعي قوة على الكسب وامانة وهل تكره كتابة من لا كسب له اولا ؟ قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهيته و كان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فاتت النبي ﷺ تستعينه في كتابها فأدى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بان بريرة كاتبت ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل ومال و كانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيرا من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت احدى امهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بايديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة اعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وانه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وانما الخلاف

ولنا انه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كالاستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والامانة قال الشافعي وقال ابن عباس غنى واعطاء المال ، وقال مجاهد غني وأداء ، وقال النخعي صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب اجابته

﴿مسئلة﴾ (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين)

قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهته و كان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي واسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فأما جويرة فانها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت إلى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ

في كراهته وقال مسروق اذا سأل العبد مولاه المكاتبة فان كان له مكسبة او كان له مال فليكاتبه وان لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه الا طاقته

(فصل) ولا تصح الكتابة الا ممن يصح تصرفه فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما واما الصبي المميز فان كاتب عبده باذن وليه صح ويحتمل ان لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولان هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال فاما ان لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال وان كان المميز سيده صح وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيهما جميعاً بحال لانه ليس بمكلف فاشبه المجنون

ولنا انه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة اولا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه اولا؟ وايجاب السيد لعبده المميز المكاتبة اذن له في قبولها إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلا او مجنونا فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لاحكم لقولهما ولكن ان قال ان أديتما إلي فأنتما حران فاديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره ابو بكر وقال القاضي

وصارت احدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بايديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم تر امرأة أعظم بركة على قومها منها واما بريره فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته قال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكاتبة فان كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه الا طاقته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا من جائز التصرف فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما لان الكتابة نقل الملك بعوض فلا تصح منها كالبيع

﴿مسئلة﴾ (فان كاتب المميز عبده باذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه باذن وليه ولانه عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ولا يصح بغير اذن وليه بحال

﴿مسئلة﴾ (وان كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعها بحال لانه ليس بمكلف أشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه باذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وايجاب السيد لعبده

يعتقان ، وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان اديت إلي فأنت حر .

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبه البيع الباطل .

(فصل) وإذا كاتب الذمي عبده المسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل اسلامهما أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل .

(أحدها) أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده .

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق أيضاً لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ماسنذكره ان شاء الله تعالى .

(الثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد او قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامهما أو اسلام احدهما فيما ذكرناه لان التغليب لحكم الاسلام ، وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم اسلما لم يفسد العقد

المميز المكاتبة أذن له في قبولها . إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلا أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكاتبة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولها لكن ان قال ان أديتما الي فأنتما حران فاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي يعتقان وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان أديت الي فانت حر

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وانما هو عقد باطل فاشبه البيع الباطل

(فصل) اذا كاتب الذمي عبده ثم أسلما صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصح منه فاذا ترافعا الى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقا للشرع امضاه وان كانت كتابته فاسدة مثل ان يكون العوض خمراً او خنزيراً او غير ذلك من انواع الفساد ففيه ثلاث مسائل

(أحدها) ان يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصلا لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام او بعده

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمراً ثم اسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح

ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلما قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وإن أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز اجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل ولم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه ازالة ملكه عنه والكتابة لاتزيل الملك فان المكاتب عبد مابقي عليه درهم ، وقال القاضي له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقاً لنا واجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وان كاتب الحربي عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام، وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه

ولنا قول الله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم فاذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما

(والثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغايب بحكم الاسلام وقال أبو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمراً ثم أسلما لم يفسد العقد ويبطل الخمر

ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلما قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا وان أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فان اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل لم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لان الكتابة لاتزيل الملك . وقال القاضي له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فان عجز عاد رقيقا لنا واجبر على إزالة ملكه عنه

(فصل) وتصح كتابة الحربي عبده في دار الحرب وفي دار الاسلام ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك أنه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه

ولنا قوله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم . إذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده فدخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما فسادها

فسادها وان جاءا وقد قهر احدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر واباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أرادا السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وانما له في ذمته حق ومن له في ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الاقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة واقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنع وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال عنه بقهره على نفسه فأشبه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم، وإن جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة

وان جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقا بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وان دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ماكانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحراب لم يمنعا وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال سلطانه وانما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان أردت الاقامه في دار الاسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا ادى نجوم الكتابة عتق وهو مخير ان أحب المقام في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وان أحب الرجوع لم يمنع وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وان كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال بقهره على نفسه فاشبه ما لوقهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلما أوغير مسلم وان جاء باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده

إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وإن مات او قتل فالمكاتب للمسلمين مبقي على مابقي من كتابته يعتق بادائه اليهم وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم او إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ماذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لايثبت له ولاء وقال ابو بكر يكون الولاء للمسلمين، وقال القاضي يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وإن مات على رقه فهو للمسلمين وان كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل او مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لايورث فيبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لاوارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول ابي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال بردته وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا أنها كانت صحيحة وإن قتل أو مات على ردته بطلت وإن أدى في ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان أسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفا كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فاذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

وقتل انتقلت الكتابة الى ورثته كما لومات حتف أنفه وان من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وان استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق السيد فالكتابة بحالها وان مات أوقتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على مابقي من كتابته يعتق بالاداء اليهم وولاؤه لهم وان عجز فهو رقيق لهم فان أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته ادى الى الحاكم او إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء و سيده رقيق لايثبت له ولاء قال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وان مات رقيقاً فهو للمسلمين وان كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفا فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل اومات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لاوارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وان كاتب المرتد عبده فعلى قول ابي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال بردته وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا انها كانت صحيحة وان مات على ردته أو قتل بطلت وان أدى في ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان اسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه وان مات على ردته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه لانه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزمت الكتابة في قدر الثلث وسائره موقوف على اجازة الورثة فان أجازت جازت وإن ردتها بطلت وهذا قول الشافعي ، وقال ابو الخطاب في رءوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع

« مسئلة » قال (واذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فاديت الكتابة فقد صار العبد حرا وولاؤه لمكاتبه)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان ظاهر هذا الكلام ان الكتابة لاتصح حالة ولا تجوز الا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وابو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالا كالبيع

. ولنا انه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم انه عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ

أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم وارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء وان دفع الى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فان أدى عتق وان أسلم فهو على كتابته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث لانه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمت في قدر الثلث وباقيه موقوف على اجازة الورثة يصح باجازته ويبطل برده وهذا قول الشافعي وقال أبو الخطاب في رءوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع والاول أولى

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا بالقول وينعقد بقوله كاتبتك على كذا) لانه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرده كلفظ النكاح فيه

﴿ مسئلة ﴾ ولا يفتقر الى قوله وان أديت إلي فانت حر بل متى أدى عتق)

وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لايوجد عند محله ويفارق البيع لانه لايتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لايملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان (احداهما) ترجع الى المكاتب وهي التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم

(والاخرى) للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاعداً وهذا مذهب الشافعي

ونقل عن احمد انه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلي وهذا يحتمل أن يكون معناه اني أذهب الى انه لايجوز الا نجمان ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد

قال ابن ابي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى أجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكروه من استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فانه يحتمل التدبير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا .

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدا)

لاتصح الا على عوض معلوم لانها عقد معاوضه أشبهت البيع ولاتجوز الا منجمة مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز ان يكون حالا كالبيع

ولنا أنه قد روي عن جماعة من الصحابه انهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبي حنيفه ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لايوجد عند محله ويفارق البيع لانه لايتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً

ووجه الاول ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ماتجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين يجوز بالاجماع

وروي عن عثمان رضي الله عنه انه غضب على عبد له فقال لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين ولوكان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر

وفي حديث بريرة انها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت ياأم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، ولان الكتابة مشتقة من الضم وهوضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم في كل نجم قدر مايؤديه ولا يشترط تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم فاذا قال كاتبتك على ألف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة او قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز وان قال تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لايصح لانه لم يتبين وقت الاداء من العام

ولنا ان بريرة قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل اذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله إلى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان

وما في يده لسيده وفي التنجيم إذا كان اكثر من نجم حكمتان احداهما ترجع الى المكاتب وهو التخفيف عليه لان الاداء مفرقاً أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم والاخرى للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على سيده من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه إذا ثبت ذلك فأقله نجمان فصاعدا، وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد أنه قال من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب الي وهذا يحتمل ان يكون معناه اني أذهب الى أنه لايجوز الا نجمان ويحتمل ان يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد، قال ابن أبي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى اجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد، ووجه الاول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لان اكثر من نجمين جائز بالاجماع، وروي عن عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال لاعاقبنك ولا كاتبنك على نجمين ولو جاز اقل من هذه لعاقبه به في الظاهر، وفي حديث بريرة انها أتت عائشة فقالت يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع

إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤديا لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها فان قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها لم يجز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير

(الفصل الثاني) انه اذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعتق بادائها سواء نوى بالكتابة الحرية او لم ينو وسواء قال اذا أديت الي فأنت حر أولم يقل وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي لايعتق حتى يقول اذا أديت الي فأنت حر وينوي بالكتابة الحرية ويحتمل في مذهبنا مثل ذلك لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكروه من استعمال الكتابة في المخارجة ان ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فههنا أولى

(الفصل الثالث) انه لايعتق قبل اداء جميع الكتابة ، قال احمد في عبد بين رجلين كاتباه على

أواق في كل عام أوقية فأعينيني ولان الكتابه مشتقة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط علم ما يؤدي اليه في كل نجم كالثمن في البيع ولئلا يفضي الى النزاع والاختلاف)

ولا يشترط تساوي النجوم فاذا قال كاتبتك على الف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائه أوقال تؤدي منها مائه عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل ذلك جائز فان قال تؤدي في كل عام مائه جاز ويكون أجل كل مائه عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لايبين وقت الاداء من العام

ولنا قول بريرة كاتبت اهلي على تسع أواق في كل عام أو قية ولان الاجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله الى شهر رمضان وان كان بحرف في كان الى آخرها لانه جعل جميعها وقتا لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤديا لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها وان قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد ومن اجاز الكتابة على نجم واحد أجازه وان قال تؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها

ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال لا يعتق الا نصف المائة

وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد مابقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة

وروى سعيد باسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق، وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا ادى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق لانه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لانه عجز عن اداء حق هوله لاحق للسيد فلا معنى لتعجيزه في ما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر ماأدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً أوميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي وقال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه إذا ادى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن في المكاتب اذا عجز استسعى بعد العجز سنتين

لم يجز لان البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولا

(فصل) ويجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلا في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الاثمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف اليه فاشبه البيع وان كان فيه نقود بعضها اغلب في الاستعمال جاز للاطلاق ايضا وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو إنفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بما يتميز به من غيره من النقود وان كان من غير الاثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما مالا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضي يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره ابو بكر وهو قول الشافعي يجوز في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق لايلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضاً فيه كالعقل .

ولنا أن مالا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والاجارة لايجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لانه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الالحاق به ولان الحيوان المطلق لايجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلا

ولنا ماروى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « ايما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر اواق فهو رقيق » وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولانه لو أعتق بعضه لسرى الى باقيه كالو باشره بالعتق فان العتق لا يتبعض في الملك فاما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فقر أحدهما بكتابته وأنكر الاخر فأدى إلى المقر أو ما اشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقا بينها وبين القياس ولان قول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع مايؤدي ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وان جاز رد بعضه اليه كالوقال اذا اديت الي الفا فأنت حر ولله على رد ربعها اليك فانه لا يعتق قبل اداء جميعها وان وجب عليه رد بعضها

(فصل) وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلا في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الاثمان وكان في البلد نقد واحد جاز اطلاقه لانه ينصرف بالاطلاق اليه فجاز ذلك فيه كالبيع وان كان فيه نقود أحدها اغلب في الاستعمال جاز الاطلاق أيضاً وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بجنسه ومايتميز به من غيره من النقود وان كان من غير الاثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم

في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات وممن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ، وروي عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز أن تكون عوضاً في الكتابة كالاثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان الاجارة تقتضيه فان عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في المحرم ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال

فيه لايجوز ان يكون عوضا في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم فان كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لايجوز والآخر يجوز وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز ان يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل

ولنا ان مالايجوزان يكون عوضا في البيع والاجارة لايجوز ان يكون عوضا في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لانه بدل عن متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد فاشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الالحاق به ولان الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وانما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع عامناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطا وهو السندي ويكون وسطا من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لاتجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولاغير ذلك من المجهولات وان وصف ذلك باوصاف المسلم صح وممن اجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

القاضي لايصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لايصح لان الخدمة كلها لاتكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير متاربا له وسائرها فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت له حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدنيار قبله ولم يجز في أوله ، لانه يكول حالا ومن شرطه التأجيل .

(فصل) إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفرده في مدة واحدة مثل ان يكاتبه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على مامضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات مفرقة بخلاف المال وان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وإن قال كاتبتك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا على عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضا وعند الشافعي لايصح .

(فصل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان تكون عوضاً في الكتابة كالاثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان اطلاقه يقتضي ذلك وان عين الشهر لوقت لايتصل بالعقد مثل ان يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضا كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولايجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لايصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرها فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وانما جازت حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة و كانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله لانه يكون حالا ومن شرطه التأجيل

ولنا انه كاتبه على نجمين فصح كالتي قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده الا ان يشترطه المكاتب فان كان له سرية أو ولد فهو لسيده ، وبه قال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر وبن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد .

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على احدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبرىء منه عتق لانه لم يبق لسيده عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة) .

هذا ظاهر كلام الخرقي ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال

(فصل) وان كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل ان يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال فان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينها اوبناء حائط وصفه صح أيضاً اذا كاتبه على نجمين وان قال كاتبتك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على ان تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح

ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتي قبلها

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فما له لسيده الا ان يشترطه المكاتب وان كانت له سرية أو ولد فهو لسيده وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي ﷺ أنه قال «من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد»

ولنا قول النبي ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع» متفق عليه

«المكاتب عبد مابقي عليه درهم» رواه ابو داود دل بمنطوقه على انه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على انه اذا أدى كتابته لايبقى عبداً قال أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال يعتق الا انصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ام سلمة وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كنا أزواج النبي ﷺ لايحتجبن من مكاتب مابقي عليه درهم وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق .

﴿ مسئلة ﴾ (وما فضل في يده فهو له).

لانه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه انه إذا ملك مايؤدي صار حراً لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال «اذا كان لاحداكن مكاتب فكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه» ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك لمال الكتابة اشبه مالو أداه فعلى هذا متى امتنع من الاداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحالة على

والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده واقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كالو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاؤه لمكاتبه)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان ولاء المكاتب لسيده اذا ادى اليه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الكتابة انعام وإعتاق له لان كسبه كان لسيده بحكم ملكه اياه فرضي به عوضا عنه واعتق رقبته عوضا عن منفعته المستحقة له بحكم الاصل فكان معتقا له منعما عليه فاستحق ولاءه لقوله ﷺ « الولاء لمن اعتق » وفي حديث بريرة انها قالت كاتبت أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فقالت عائشة ان شاء اهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا الا ان يكون الولاء لهم وهذا يدل على ان ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقرراً عندهم والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الاول فانه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه

القادر عليها فان هلك مافي يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً والصحيح انه لايعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر اهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شعيب وروي سعيد باسناده عن النبي ﷺ قال « ايما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها إلا عشرة اواق فهو عبد » وفي رواية « من كاتب عبده على مائة اوقية فأداها إلاعشر اواق » اوقال « الاعشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال هذا حديث غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل ادائه كما لو قال اذا اديت إلي الفا فأنت حر فعلى هذه الرواية اذا ادى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام عنه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ويحتمل انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان احب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء .ووجه ذلك ان العبد لايجبر على اكتساب مايؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة. ووجه الاول انه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك مايؤدي فلم يملك ابطالها كما لو ادى فان تلف المال قبل ادائه جاز تعجيزه واسترقاقه وجها واحداً .

(فصل) إذا ابرأه السيد من مال الكتابة برئ وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فاشبه مالو أداه وان ابرأه من بعضه برئ منه وهو على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء فان كاتبه على دنانير فابرأه من دراهم أو بالعكس لم تصح البراءة لانه ابرأه مما لايجب عليه الا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما

وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الامر الوجوب قال علي رضي الله عنه في تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً وتخالف الكتابة سائر العقود فان القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فان قيل المراد بالايتاء اعطاؤه سهماً من الصدقة اوالندب الى التصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه ؟ قلنا اما الاول فان علياً وابن عباس رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الامر على الندب يخالف مقتضى الامر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا انما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كأمر النبي ﷺ باطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فان أبا هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ « ثلاثة حق على

أردت من قيمة ذاك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي ابرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعرف بنيته فان مات السيد واختلف المكاتب والورثة فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفي العلم وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (فلو مات قبل الاداء كان ما في يده لسيده في الصحيح عنه وعلى الرواية الاخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

هذه المسئلة تشبه ان تكون مبنية على المسئلة التي قبلها ان قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي فقد مات رقيقاً وانفسخت كتابته بموته وكان ما في يده لسيده وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته قال القاضي الاصح ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولانه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال وكما لو علق عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها وعنه انه يعتق ويموت حراً فيكون لسيده بقية كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب

الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخرقي وابو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزىء ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك الا انه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) و(من) للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ولانه قد ثبت ان المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وروي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين الفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ماروى ابو بكر باسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال «ربع الكتابة » وروي موقوفاً على علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فان السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة

الرأي الا ان اباحنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ماتقدم في التي قبلها لانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاول اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجودها بعد موته، فأما ان مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الامصار الا ان يموت بعد أداء ثلاثة ارباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وان كان مملوكاً في كتابته اجبر على دفع المال إن كان له مال وان لم يكن له اجبر على الاكتساب والاداء

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لان السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم اعطاه منه جاز لان الله تعالى أمر بالايتاء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الايتاء بذلك ولانه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالايتاء منه

ولنا انه لافرق في المعنى بين الايتاء منه وبين الايتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الحط وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز لان الرفق به يحصل به

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة

(الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه وان ضاقت

ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وان لم يؤد اليه كان للسيد ان يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وان لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قنا ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما اذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما انفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن وان أفاق وأقام البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً ولا يرد عليه ما انفقه لانه انفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد انه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما اسلفنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد او الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد مابقي عليه درهم للحديث فان كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب له فان قيل فالقاتل لايستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى أن

التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية والله الموفق

﴿مسألة﴾ قال (وان عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى اذا ملك مايؤدي فقد صار حرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) فيما اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها فالمنصوص عن احمد انه يلزم قبولها ويعتق المكاتب وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لاضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل فتفاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وان كان

من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض اطرافه في حياته وان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها الى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثا اولا يخلف وارثا وذكر القاضي انه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال

ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة للسيد الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

﴿مسئلة﴾ (واذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق)

هذا المنصوص عن احمد ويحتمل ان لا يلزمه ذلك اذا كان في قبضه ضرر، وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزمه قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله

مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا الا ان البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي والمذهب عندي ان في قبضه تفصيلا على حسب ماذكرناه في السلم، ولأنه لايلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه ، وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه ، وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرقي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال ياأمير المؤمنين اني كاتبت على كذا وكذا واني أيسرت بالمال فأتيته به فزعم انه لايأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يايرفأ خذ هذا المال فاجله في بيت المال وأد اليه نجوما في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان بنحو هذا.

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل اذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق فكذلك اذا قال اذا

كالذي لايفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزمه قبضه مثل ان يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده ، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وإن كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا ان البلد مخوف لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف او في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب

قال القاضي والمذهب عندي أن فيه تفصيلا على حسب ماذكرناه في السلم ولأنه لايلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه وأما مالاضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه

وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرقي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلا أتى عمر فقال ياأمير المؤمنين اني كاتبت على كذا وكذا واني أيسرت بالمال وأتيته به فزعم انه لايأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يايرفا خذ هذا المال فاجعله في بيت المال واد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال ، وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا

أديت الي ألفاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها باداء العوض فافترقا وكذلك لو أبرأه من العوض في المكاتبة عتق ولو ابرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق والاولى ان شاء الله ماقاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر رضي الله عنه لادلالة فيه على وجوب قبض مافيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد رحمه الله محمول على ماذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقي وابي بكر

(فصل) اذا أحضر المكاتب مال الكتابة او بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام اوغصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لايلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في أن لايقتضي دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى انه حرام مطلقاً لم يمنع منه لانه لايقر به لاحد وانما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه لان قوله ، وان لم يقبل في حق المكاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين ان عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل إذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها باداء العوض فافترقا ولذلك لو أبرأه من العوض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا والاولى ماقاله القاضي في ان ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر لادلالة فيه على وجوب قبض مافيه ضرر ولان اصحابنا قالوا لو لقيه في بلد اخر فدفع اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها الضرر فيه من خوف أومؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد محمول على ماذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقي وأبي بكر

دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) واذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض ، وان كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض ، وان كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره ، وان كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضررا

(الفصل الثاني) اذا ملك مايؤدي فالصحيح انه لايعتق حتى يؤدي روي ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فانهم قالوا المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول أكثر أهل العلم وعن احمد رضي الله عنه رواية أخرى انه إذا ملك مايؤدي عتق لما روى سعيد قال حدثنا سفيان عن الزهري عن نبهان مولى ام سلمة عن ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه » ورواه ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه مالو أداه فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وان هلك مافي يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته

(فصل) إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لايلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في ان لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضا وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى أنه حرام مطلقا لم يمنع منه لانه لم يقر به لاحد وانما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه لان قوله وان لم يقبل في حق المكاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته فان ابرأه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك الى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان رضي الله عنهما في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وان كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وان كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيراً منه وكان

وقد صار حراً ووجه الرواية الاولى ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم ـ وقوله ـ أيما عبد كاتب على مائة اوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد .وفي رواية من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق «أوقال» الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال اذا أديت الي الفا فانت حر فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ، ويحتمل كلام الخرقي انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب فانه قال اذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء ووجهه ان العبد لايجبر على اكتساب مايؤديه في الكتابة فلايجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة ووجه الاول انه يثبت للعقد استحقاق الحرية بملك مايؤدي فلم يملك ابطالها كما لو أدى فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجها واحداً

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أدى بعض كتابته و مات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيده في احدى الروايتين والأخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لاينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضرراً

﴿مسئلة﴾ ولا بأس ان يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته مثل ان يكاتبه على الف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أوحتى ابرئك من الباقي أو قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك. وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي ، وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لاجل الأجل وهذا أيضا هبة لان هذا لا يجوز بين الاجانب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالاجانب.

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لايجبر على ادائه وله ان يمتنع من أدائه ولاتصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً على المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ماعليه كان أبلغ في حصول العتق واخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض

يحتمل ان هذه المسئلة مبنية على ماقبلها فاذا قلنا انه لا يعتق بملك مايؤدي فقد مات رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان مافي يده لسيده ،وان قلنا انه عتق بملك مايؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته

قال القاضي الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما في يده لسيده رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولأنه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال ولانه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت كما لو قال اذا أديت الي ألفاً فأنت حر

(والرواية الثانية) يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ماقدمنا في التي قبلها ولانها معاوضة لاتنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد احد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاولى اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد يتعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته

ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط بعض ما اوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم إن الربا يجري بينهما فيمنعه ماذكره ابن أبي موسى وان سلمنا فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين تفضي الى نفاد مال المدين وتحمله مايعجز عن وفائه من الدين فيحبس من اجله وهذا يفضي الى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على الف في نجمين الى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها إلى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحل عليه نجم فيقول أخرني الى كذا وأزيدك كذا فلايجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما أن الاجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا إنما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

(فصل) واذا مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن يموت بعد اداء ثلاثة أرباع الكتابة عند ابي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم

وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والاداء

وقد روي عن علي رضي الله عنه انه يعتق منه بقدر ماأدى ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً او ميراثاً ورث بقدر ماأدى ويؤدي المكاتب بحصة ماأدى » وعن عمر وعلي والنخعي اذا أدى الشطر فلا رق عليه

وقال ابن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقد ذكرنا الجواب عن هذه الاقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن اعادته ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى اديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلا كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لايصح فبطل التغيير وبقي العقد بحاله ويحتمل ان يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع احدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لايتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعدبه ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) وان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل ان يصالح عن النقود بحنطة أو شعير جاز الا أنه لايجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس ، وقال القاضي يحتمل ان لاتصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم ، وقال ابن أبي موسى لا يجري الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة فمفارقته لدين السلم أعظم

ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لان السيد اذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له ان يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قناً ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لان الباطن بان بخلاف ماحكم به فبطل حكمه كما اذا اخطأ النص وحكم بالاجتهاد الا انه يرد على السيد ماأنفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن، وإن أفاق فأقام البينة انه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً فسخ السيد ولا يردعليه ماأنفقه لانه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم انه مااستوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما اسلفناه من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد مابقي عليه درهم فان كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد مافي يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب

﴿مسئلة﴾ وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيباً فله ارشه أوقيمته ولا يرتفع العتق)

وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن والا فسخت كتابتك وان كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فان بان معيباً مثل ان كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ماوقع عليه العقد فان مايقابل العيب لم يقبضه فأشبه مالو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وان اختار امساكه واخذ أرش العيب أو رده فله ذلك. قال أبوبكر وقياس قول احمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع.

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق انما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق، وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وان اختار امساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لاننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع

له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى ان من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفي رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته فان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها الى وراثه بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثا أولا يخلف وارثا وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال

ولنا ان من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولاحق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لاميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيده الا في الموضع الذي لاتنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته وما ادى فبين ورثة سيد مقسوماً كالميراث)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لانعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وذلك لانه عقد

العتق لايوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ماذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتنيه ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر أو قال هذا حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

(فصل) قال رضي الله عنه ويملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال يملك المكاتب اكسابه ومنافعه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الاداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الاجارة والاستئجار قياساً على البيع والشراء ويملك السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي والحسن بن صالح وأبي حنيفة وقد

لازم من جهته لا سبيل الى فسخه فلم ينفسخ بموته كالبيع والاجارة اذا ثبت هذا فان المكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه فان كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائبا وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق وان كان موليا عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد وان اذن بعضهم له في الاداء الى الآخر وكان الذي اذن له في ذلك رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه فان كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه وان كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لا يسري عتقه وان كان موسرا وهو (القول الثاني) للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق الا باداء جميع مال الكتابة لانه ادى بعض مال الكتابة فأشبه مالو اداه إلى السيد وان ابرأه من مال الكتابة برئ منه وعتق وان ابرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما اذا ادى الى بعضهم باذن الاخر

أطلق أصحابنا القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب ان له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقال في موضع ليس له السفر إذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين وماذكروه لاأصل له ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحبة لان الله تعالى جعل للمكاتبين الاخذ من الواجبة وإذا جاز الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان شرط عليه أن لايسافر ولايأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين .

إذا شرط السيد على مكاتبه أن لايسافر ، فقال القاضي الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد ابن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضاً بشرط أن لايسافر وقال ابو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »

ولنا على أنه يعتق نصيب من ابرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه أنه ابرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا ابرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه .

ولنا على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فان قيل في السراية ضرر بالشركاء لانه قد يعجز فيرد الي الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى .

﴿مسألة﴾ قال (وولاؤه لسيده وان عجز فهو عبد لسائر الورثة)

اما إذا عجز ورد في الرق فانه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتباً لانه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال واما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقي يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله واسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلاف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء

ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوما وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وانه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب باخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرط وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فان سافر بغير اذنه فله رده ان أمكنه وان لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق لانه لم يف بما شرط عليه أشبه مالو لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشرط عليه.

(فصل) وان شرط عليه ان لا يسأل الناس فقال أحمد قال جابر بن عبدالله هم على شروطهم ان رأيته يسأل تنهاه فان قال لا أعود لم يرده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وانه ان خالف مرة لم يعجزه وان خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه قال ابو بكر إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما اذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن

وقال بعض الناس لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه والذي اراه ويغلب علي انهن يرثن وذلك لان المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً وهذا قول طاوس والزهري وذلك لان المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل الى المشتري ولانه يؤدي الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو ادى الى المشتري ووجه الاول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو ادى اليه ولان الورثة انما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وانما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء ان السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب ان لا ينتقل عنه

(فصل) فان اعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولان السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن اعتق » وان اعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر عتقه لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما اعتقه للخبر ولانه منعم عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب وقل

لايكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم وذكر ابو الخطاب انه لايصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ماجعل الله له .

﴿ مسئلة ﴾ (وله الانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل مافيه صلاح المال) .

لان له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والانفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم مايحتاجون اليه من مأكلهم ومشربهم وكسوتهم بالمعروف مما لاغنى لهم عنه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتعزيرهم اذا فعلوا مايستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لانه موضع ولاية وما هو من أهلها وله ان يختنهم لانه من مصلحتهم وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وان اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه وان انكره السيد كان عليه اليمين وان أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الاخذ بالشفعة ، لان بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ملك شيئاً ملك الاقرار به .

القاضي ان اعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان ادى الى الباقين عتق كله و كان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقا كسهام سائر الورثة فلما اعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فاما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا ادى اليهم لان الابراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم انعموا عليه بما عتق به فاشبه ما لو اعتقوه وان ابرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لانهم يقومون مقام المكاتب والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته فان عجز فعجزه عاد رقيقاً له وان ادى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولاءه للورثة اذا ادى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لان السيد ببيعه ابطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له ان يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا باذن سيده) .

وجملة ذلك أن المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن سيده ، وهو قول الحسن ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك ، لانه عقد معاوضة أشبه البيع .

ولنا قول النبي ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » ولان على السيد ضرراً لانه ان عجز رجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا اذا تزوج لم يصح وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبينا انه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل .

ولنا الخبر ولانه تصرف منعمنه للضرر فلم يصح كالهبة . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان بعده فعليه مهر المثل يؤدى من كسبه كجنايته فان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وان كانت امه فهو رقيق لسيدها ، فان أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فان الخبر يدل بمفهومه على انه يصح اذا اذن له لان المنع من نكاحه لحق السيد فاذا اذن فيه زال المانع وقياساً على ما اذا اذن لعبده القن .

(فصل) وان وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فان سلم مال الكتابة إلى الموصى له او وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان ابرأه من المال عتق ايضاً لانه برىء من مال الكتابة فاشبه مالو ادى وان اعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته ولا وصى له بها وانما وصى له بالمال الذي عليه وان عجز ورد في الرق عاد عبداً للورثة وما قبضه الوصي الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والامر في تعجيزه الى الورثة لان الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وأما الوصى له فان حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له في ذلك حق وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان ابرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره وان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين الى الوصي دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية له وان كان انما اوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم ان يقضوا الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق فيه لان لهم منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً فادعى العبد ان سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة

(فصل) وليس له التسري بغير اذن سيده لان ملكه ناقص. وقال الزهري لا ينبغي لاهله ان يمنعوه من التسري.

ولنا ان على السيد فيه ضرراً فمنع منه كالتزويج وبيان الضرر انه ربما احبلها والحمل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت ام ولد فيمتنع عليه بيعها في اداء كتابته فان عجز رجعت الى سيده ناقصة واذا منع من التزويج لضرره فهذا اولى فان اذن له سيده جاز وقال الشافعي لا يجوز في احد القولين لانه امر يضر به وربما افضى الى منعه من العتق فلم يجز باذن السيد.

ولنا انه لو اذن لعبده القن في التسري جاز فللمكاتب اولى ولان المنع كان لاجل الضرر بالسيد فجاز باذنه كالتزويج اذا ثبت هذا فانه ان تسرى باذن سيده اوغير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب على الانسان شيء لنفسه فان ولدت فالنسب لاحق به لان الحد إذا سقط للشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له لانه ابن امته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وليس له بيعه لانه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فان ادى عتق وعتق الولد لانه ملك لابيه الحر وان عجز وعاد الى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد

(فصل وليس له ان يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وحكي

لان الحق لهما وان أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلهما رده إلى الرق ، وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقا ، وان لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله انهما لا يعلمان ان أباهما كاتبه لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وان نكلا قضي عليهما اوردت اليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قنا فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجر بها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين وان لم يكن عدلا اولم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة او مشاهرة او كيفما كان جاز وان طلب ذلك احدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام احمد انه يجبر عليها وهو قول ابي حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما

عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد لانه يأخذ عوضا عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد على منافعها اشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الامة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهات المكاسب فربما اعجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عاد رقيقاً للسيد مع ماتعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص وفارق الاجارة فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وان اذن السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع منه

(فصل) وليس له استهلاك ماله ولا هبته وبه قال الحسن ومالك والثوري والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان القصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وتجوز باذن سيده وقال أبو حنيفة لا تجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب وقال الشافعي في أحد قوليه تصح لان فيها معاوضة

حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالاعيان ويحتمل أن لا يجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لان المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب مهايأة اومناصفة فلم يف باداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد أخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أبينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المنكر يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم يتسبب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لانه قد قبض من العبد مثل ماقبض فقد حصل أداء مال الكتابة اليهما جميعا فعتق كله بذلك وولاء هذا النصف للمقر لان أخاه لا يدعيه وهذا المقر يدعي انه كله قد عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيبي من الولاء ، وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) كقولنا

(والثاني) الولاء بين الاثنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث والصحيح ماقلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء الاب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لابيه على انسان

ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر ولان عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيئة وان اذن السيد فيها جازت ولذلك ان وهب لسيده او لابن سيده الصغير جاز لان قبوله للهبة إذن فيها وليس له ان يحابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به لانه اتلاف للمال على سيده فأشبه الهبة ولا يجوز له ان يعير دابته ولا يهدي هدية وأجاز ذلك اصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه كالمأذون له لان المكاتب لا ينحط عن درجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالهبة وليس له ان يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض لانه يعرضه للاتلاف ولا يضمن ولا يتكفل با مد وبه قال الشافعي واصحاب الرأي لان ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لان فيه اتلاف المال على سيده وقال القاضي له ان يقتص من الجناة عليه وعلى رقيقه ويأخذ الارش لان فيه مصلحته

(فصل) ولا يعتق رقيقه الا باذن سيده وبه قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال اشبه الهبة فان اعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج ان يصح ويقف على اذن سيده وقال ابو بكر هو موقوف على آخر امر المكاتب فان أدى عتق معتقه وان لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الارحام انهم موقوفون

ولنا انه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولانه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده

وأنكره الآخر فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وان كان يرثه عن الاب وكذلك لو ادعياه معاً وأقاما به شاهداً واحداً فحلف أحدهما مع الشاهد وابى الآخر فان أعتق احدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً وهذا قول الخرقي لقول النبي ﷺ « من اعتق شركاً له من عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطي شركاؤه حصصهم ولانه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب وقال ابو بكر والقاضي لاتعتق إلا حصته لانه ان كان المعتق المقر فهو منفذ وان كان المنكر لم يصر إلى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سراية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير والثوري والحسن بن صالح وأبي حنيفه ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم

فكان باطلا كسائر مامنع منه ولا يصح قياسه على ذوي ارحامه لان عتقهم ليس بتصرف منه وانما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتقوا به فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق انما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلا فلا تتبين صحته إذا كمل الملك لان كمال الملك في الثاني لايوجب كونه كاملا حين الاعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته بادائه فان اذن فيه سيده صح وقال الشافعي في احد قوليه لايصح لان تبرعه بماله يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى اوفيه حق له فلا يجوز تفويته ولان العتق لاينفك من الولاء وليس من أهله ولان ملك المكاتب ناقص والسيد لايملك اعتاق مافي يده ولاهبته فلم يصح إذنه فيه

ولنا ان الحق لايخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وماذكروه يبطل بالنكاح فانه لايملكه ولا يملكه السيد عليه وإذا اذن فيه جاز وأما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوي ارحامه هذا قول القاضي وقال أبو بكر يكون لسيده لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كنائبه

(فصل) قال شيخنا وليس له ان يحج اذا احتاج الى انفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف أن له ان يحج بغير إذن سيده لانه كالحر المدين ونقل الميموني عن احمد المكاتب ان يحج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه قال شيخنا وذلك محمول على انه يحج باذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز

ليست على قولين انما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي قال له السفر اذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه

ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين فأشبه الحر المدين، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم

(فصل) فان شرط عليه في الكتابة ان لا يسافر فقال القاضي : الشرط باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو اقرضه رجل قرضاً بشرط ان لا يسافر وقال أبو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوما وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وأنه لا يرجع الى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل ايفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر الا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى، وأولى فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فان سافر بغير اذنه فله رده ان امكنه وان لم يمكنه رده احتمل ان له تعجيزه ورده إلى الرق لانه

لانه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعتق فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذي يتبرع له انسان باحجاجه او يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لان هذا يجرى مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب ان يكاتب الا باذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالماذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع وقال أبو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان اذن فيها السيد صحت، وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده)

إذا كاتب عبده فعجزا جميعاً صارا رقيقين للسيد وان ادى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الاول وإن أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قال أبو بكر وولاؤه للسيد وهو قول أبي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب

لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف باداء الكتابة واحتمل ان لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه

(فصل) وان شرط في كتابته ان لا يسأل فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان ان رأيته يسأل تنهاه فان قال لا أعود لم يرده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو اكثر فله تعجيزه . قال ابو بكر اذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ماجعله الله تعالى له

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس له ان يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وابي يوسف وقال الحسن ابن صالح له ذلك لانه عقد معاوضة اشبه البيع

ولان الميراث لا يقف كذلك سببه ، وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز ان يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لايجوز ان يقف كالم يقف النسب والميراث ليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة باحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على ان الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو مايجره مولى الاب من مولى الام فجاز ان يكون موقوفا والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يبيع نسيئة وان باع السلعة باضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي)

لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به. قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضميناً أو رهينا أو لم يأخذ لان الغرر باق لانه يحتمل ان يتلف الرهن ويفلس الغريم والضمين ، ويحتمل ان يجوز مع الرهن والضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع

ولنا قول النبي ﷺ « أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » ولأن على السيد فيه ضرراً لانه ربما عجز فيرجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأدية نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به

إذا ثبت هذا فانه إذا تزوج لم يصح تزويجه وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبينا أنه كان صحيحا وان عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولانه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة وماذكره لا أصل له فاذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدى من كسبه لانه بمنزلة جنايته وان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها ، فأما ان أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعا فان الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ولان المنع من نكاحه لحق سيده فاذا أذن له زال المانع ولانه لو أذن لعبده القن في النكاح صح منه فالمكاتب اولى

(فصل) وليس له التسري بغير اذن سيده لان ملكه غير تام ، وقال الزهري لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسري

ولنا ان ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج وبيان الضرر فيه انه ربما

باكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح وان اشترى نسيئة جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز ان يدفع به رهناً لان الرهن امانة وقد يتلف اويجحده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلما لانه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلف في ذمته لانه في معني الشراء نسيئة وله أن يقترض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لانه يسلمه إلى غيره فيغرر به وفي الرهن والمضاربة وجه آخر انه لا يجوز وله أن ياخذ قراضا لانه من انواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك باذن سيده)

إذا لزمت المكاتب كفارة ظهار او جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ولان المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وان اذن فيه السيد لان عليه ضرراً لما يفضي اليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد بالتمليك فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لانه يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالاطعام إذا أذن فيه السيد وان أذن

أحبلها والحبل مخوف في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت ام ولد فيمتنع عليه بيعها في اداء كتابتها وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فاذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى ، فأما إن أذن له سيده في التسري جاز له

وقال الشافعي لايجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز وإن أذن فيه سيده ولأنه ناقص الملك فلم يجز له التسري كوطء الجارية المشتركة

ولنا انه لو أذن لعبده القن في التسري جاز فالمكاتب أولى ولان المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج . اذا ثبت هذا فانه اذا تسرى باذن سيده او غير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب على الانسان شيء لنفسه وإن حبلت فالنسب لاحق به لان الحد اذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له لانه ابن أمته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وليس له بيعه لانه ولده ويكون موقوفا على كتابته فان أدى عتق وعتق الولد لانه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضا ويكونان مملوكين للسيد فأما الامة فان ولدت قبل عتقه وعجزه فانها تصير ام ولد للمكاتب وليس له بيعها نص عليه احمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه فكذلك أمه فعلى هذا لايجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب ان عتق فهي ام ولده وإن رق رقت

له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد ان شاء الله تعالى قال شيخنا والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿ مسئلة ﴾ (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجهين)

(احدهما) لا يجوز لان في دفع ماله إلى غيره تغريراً به وفي الرهن خطر لانه قد يتلف أو يجحده الغريم وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لانه قد يرى الحظ فيه بدليل أن لولي اليتيم أن يفعله في مال اليتيم فجاز كاجارته

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له شراء ذوي رحمه الا باذن سيده)

لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال القاضي له ذلك وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانه اشترى مملوكا لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا رقيقاً لسيده ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالاجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا إلى السيد ولان السبب تحقق وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكروه لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فان أذن

وقال القاضي في موضع لاتصير ام ولد بحال وله بيعها لانها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين وإن وضعته بعد عتقه لاقل من ستة أشهر تبينا انها حملت به في حال رقه فالحكم على مامضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا انها حملته حراً لاننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتكون ام ولد لأنها علقت بحر في ملكه وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

(فصل) وليس للمكاتب أن يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وهو الذي قاله ابو الخطاب في رءوس المسائل

وحكي عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد وهو قول ابي حنيفة لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد ذمة على منافعها فأشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لأنه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الامة ملك لزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكتابة وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن اداء نجومه وإن عجز عاد رقيقاً للسيد مع ماتعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كاعتاقهم وفارق اجارة الدار فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان

فيه سيده جاز وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

﴿ مسئلة ﴾ (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم)

لانه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض اولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير اذن السيد لا يجوز قبولهم الا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يعتق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه)

وقال أصحاب الرأي له بيع من عدا الوالدين والمولودين لانهم ليست قرابتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الاجانب

ولنا انه ذو رحم يعتق عليه إذاعتقه فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه

(فصل) ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أوأعتق غيرهم لم يقع العتق فلأن لايقع بالشراء الذي اقيم مقامه اولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه

العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وإن أذن له السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع من أجله فجاز باذنه

(فصل) وليس له اعتاق رقيقه الا باذن سيده وبهذا قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وابو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبه الهبة فان أعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج أن يصح ويقف على اذن سيده

وقال ابو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فان أدى عتق معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الارحام انهم موقوفون

ولنا انه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولانه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لان عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه وانما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق انما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلا فلا تتيقن صحته اذا كمل الملك لان كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملا حين الاعتاق وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بادائه، فأما ان أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد القولين لا يصح لان تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى او فيه حق له فلا يجوز تفويته ولان العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ولان ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح لانه فيه

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وماذكروه يبطل بالنكاح

فصاروا بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب وله كسبهم لانهم مماليكه اشبه الاجانب ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من امته قياساً عليهم

(فصل) فان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وان اعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وان اعتقهم باذنه عتقوا كما لو اعتق غيرهم من عبيده وان اعتقه سيده عتق وصاروا رقيقا للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب ان يعتقوا كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة أو بأدائه يحقق هذا ان الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول الا بالاداء او ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع الى إبطال حق المكاتب وانما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادوا رقيقا وقال أبو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها وكذلك ام ولده وقال أبو حنيفة في

فانه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا أذن له فيه جاز واما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي وقال القاضي ابو بكر يكون لسيده لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له

(فصل) والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفا لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان القصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وان أذن فيه سيده جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي فيه كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن فاما الهبة بالثواب فلا تصح وقال الشافعي في أحد قوليه تصح لان فيها معاوضة

ولنا ان الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ولان عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ، وان أذن فيها السيد جازت وان وهب لسيده جاز لان قبوله الهبة إذن فيها وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصل) ولا يحابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه لان ذلك يجوز

الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا انه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

﴿ مسئلة ﴾ (وولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الامة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فاذا اتت المكاتبة بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها فان عتقت بالاداء او بالابراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقاً قنا وهذا قول شريح ومالك والثوري وابي حنيفة واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة أو حدث بعدها وقال ابو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع امه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة

ولنا ان الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول اربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي

المأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ولا يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئا ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة

(فصل) وليس له أن يحج ان احتاج الى انفاق ماله فيه ونقل الميموني عن احمد للمكاتب أن يحج من المال الذي جمعه اذا لم يأت نجمه وهذا محمول على انه يحج باذن سيده اما بغير اذنه فلا يجوز لانه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعتق

فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذي تبرع انسان باحجاجه او يخدم من ينفق عليه فيجوز اذا لم يأت نجمه لان هذا يجرى مجرى تركه وليس للكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب أن يكاتب الا باذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وابي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع، وقال ابو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فاذا كاتب عبده فعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد، وان أدى المكاتب الاول ثم

عتقه، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هي لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته لانه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة او شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك اذا تبعها. يحققه إنه اذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في اروش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها

وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما ان الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائه كالحكم في اتلافه، وأما كسبه وارش الجناية عليه فينبغي ان يكون لامه ايضاً لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها ولان اداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه اليه اذ في عجزها رقه وفوات كسبه عليه، واما نفقته فعلى امه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها واما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بعجزها لانه تابع لها وان ماتت المكاتبة في كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قنا الا ان يخلف وفاء فيكون على الروايتين، وان اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه انما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء انما حصل عتقها بأمر لا يتبعها

أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وان أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وادى الثاني فولاؤه للسيد الاول وان ادى الثاني قبل عتق الاول عتق قال ابو بكر وولاؤه للسيد. وهو قول ابي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب. ولان الميراث لا يقف كذلك سببه. وقال القاضي هو موقوف ان ادى عتق والولاء له والا فهو للسيد، وهذا احد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه، وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه اذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء ان الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجره موالي الاب من مولى الام فجاز أن يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف

(فصل) وليس له أن يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به

فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها ان يعود ولدها رقيقاً ومقتضى قول شيخنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فاذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاد أو تدبير او تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية مهنا لانه مملوك له فصح عتقه كامه ولانه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه. قال القاضي: وقد كان يجب ان لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه لتفويت كسبه عليها فانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل احمد نفذ عتقه تغليباً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه

(أحدها) أن الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا ضرر في اعتاقه لانه لا يفضل لها من كسبه شيء تنتفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد

(الثاني) أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لانها لا تملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها

قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على الضارب ان له البيع نسيئة في احدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ بالثمن ضميناً او رهناً او لم يأخذ لان الغرر لم يزل فان الرهن يحتمل ان يتلف ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع بأكثر مما يساوي حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لان الرهن أمانة وقد يتلف او يجحده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلماً لانه في معنى البيع نسيئة وله ان يستسلف في ذمته لانه في معنى الشراء نسيئة وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطر به وله أن يقترض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضاً لانه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ماذكرنا

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشتري باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل الا باداء عوضه ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الاثار ان تسعة أعشار الرزق في التجارة وله أن يأخذ ويعطي فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما

(الثالث) أن مطلق الضرر لايكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ثم هو ملغي بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى.

(فصل) فاما ولد ولدها فان ولد ابنها حكمه حكم امه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتسري الكتابة اليه لان السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلايسري اليه بدليل ان أم ولد قبل ان يستولدها لايسري اليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب ان يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولان البنت تبعت امها فيجب ان يتبعها ولدها الان علة اتباعها لامها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب ان يسري الى ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فاما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها)

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبة شراء زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي لاينفسخ لان المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له الشراء ولايعتق والده وولده اذا اشتراه فاشبه العبد القن

لاغناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتعزيرهم اذا فعلوا مايستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك اقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لان له ان يشتري منه ، وان اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب ان سيده عفا عنها سمعت دعواه وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الاخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع اذن سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئاً فله الاقرار به

(مسئلة) قال (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجملته ان الربا يجري بين العبد وبين سيده فلم يجز ان يبيعه درهماً بدرهمين كالاجنبيين وقال ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته اذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك ام

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وإنما منع التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولذلك لم يعتق عليه ذوو رحمه وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه .

(مسئلة) (وان استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين)

إذا استولد المكاتب امته قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد المكاتب وليس له بيعها نص عليه أحمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه وكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب ان اعتق فهي أم ولده وإن رق رقت ، وقال القاضي في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يملك السيد شيئاً من كسبه ولا يبيعه درهماً بدرهمين)

لا يملك شيئاً من كسب المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده ليملك ماله وكسبه ومنافعه فلا

ولد ، ووجه قول الخرقي ان السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالاجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه وانما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية ان يعجزه فيعود اليه وهذا لايمنع جريان الربا بينهما كالاب مع ابنه فعلى هذا القول لايجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الاجانب

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين او مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما اذا تساقطا بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن ابي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي لايجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه لايجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لايجوز مع التراضي به وعلى قول ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه بيع فأما ان كانا عرضين او عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من

يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجري الربا بينه وبين سيده لانه معه في باب المعاوضة كالاجنبي وقال ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه الاول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالاجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما بيد صاحبه وانما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لايمنع جريان الربا بينهما كالاب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الاجانب .

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما إذا تساقطا بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى وان كانا نقداً من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده الف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصا بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي لايجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه

جنس حقه او غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجز أيضاً لانه بيع دين بدين، وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذى ذكرناه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لايشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (او ماملكت أيمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد ازال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق ام الولد فان ملكه باق عليها

لايجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لايجوز وان تراضيا به وعلى قول ابن أبي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل تراضيهما به لانه بيع فان كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجز ايضاً لانه بيع دين بدين وان قبض احدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان كان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن أبي موسى الذي ذكرناه.

﴿مسئلة﴾ وان جنى عليه فعليه ارش جنايته)

إذا جنى السيد على مكاتبه فلاقصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه ملكه ولايقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح لانه قبل الاندمال لاتؤمن سرايته الى نفسه فيسقط ارشه ومتى سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فاذا ندمل الجرح وجب له ارشه حينئذ فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل واحد

وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحقت العتق بموته استحقاقا لازما لايمكن زواله

(الفصل الثاني) اذا شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لايملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او اعتقها

وقال الشافعي اذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك لايفسد العقد به لانه لايخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح

و لنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا شرطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لأنه يزيل ملكه عنها

(فصل) فان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها وان وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا الا عن الحسن والزهري فانهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

منهما مطالبة صاحبه بما يستحقه فان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ وان حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة أواجرة مثله)

إذا حبسه سيده فقد اساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه (والثاني) يحتسب عليه بمدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يفضي إلى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده الى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك (والثالث) يلزم سيده أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله فيها لانه وجد سببهما فكان للمكاتب أنفعهما .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يطأ مكاتبته الا ان يشترط)

وطء المكاتبة من غير شرط حرام في قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري

ولنا انها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لاتزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها

(فصل) وان اولدها صارت ام ولده سواء وطئها بشرط او بغير شرط لانه أحبلها بحر في ملكه فكانت ام ولده كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كامها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطىء فرجا محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت ام ولده والولد حر لانه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لاتملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة

ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو ماملكت ايمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فان ملكه باق عليها وانما يزول بموته فاشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحقت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

(فصل) فان شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لايملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او أعتقها ، وقال الشافعي إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً وقال مالك لايفسد العقد به لانه لايخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح .

ولنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها . يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فانه يزيل ملكه عنها .

الملك وتصير ام ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه و كان عليه قيمتها لسيده ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعته في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لان عليه ضرراً في ذلك فانه يثبت الزوج حقاً فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لايخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتها جميعاً لان الملك له فأشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ماذكرنا في مهرهن اذا وطئهن السيد

(مسئلة) قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامر ان السيد إذا وطيء مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا انه لاحد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان احدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالاجارة والبيع بعد لزومه فاما المهر فانه يجب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وطئها من غير أن يشترط. أو وطيء امتها أدب ولم يبلغ به الحد) .

اذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء ، وروي عن الحسن والزهري أنهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكته فلم يجب عليه الحد بوطئها كالمرهونة والمستأجرة ويخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لاتزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وعليه مهرها إذا وطئها بغير شرط ، لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبه منافع بدنها فان كانا عالمين عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا تخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالاجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطاوعة كانت أو مكرهة وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وانكر أصحابه مانقله المزني وقالوا لايعرف وقال مالك لاشيء عليه لانها ملكه

لها أ كرهها او طاوعته وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي ، وقال قتادة يجب إذا أ كرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وأنكر أصحابه مانقله المزني وقالوا لايعرف وقال مالك لاشيء عليه لانها ملكه

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ولان المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطيء امرأة بشبهة عقد مطاوعة فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء الاول وان لم يكن ادى عن الاول لم يجب الامهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهرا واحدا كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فان كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها فان أدت عتقت وان عجزت عتقت بموته وان مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها مابقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ولان المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وانما وجب في حال المطاوعة لان الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطيء امرأة بشبهة عقد مطاوعة، فان تكرر وطؤها وكان قد ادى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء وان لم يكن أدى عن الأول لم يجب الا مهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يجب الا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) فأما ان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لانه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها ، وإذا وجب لها المهر بالوطء فان كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة وان كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضاً به وان كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أولدها صارت ام ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط)

لانه أحبلها بحر في ملكه فكانت أم ولد كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

وجملته ان السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لانه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير ام ولد له لذلك ولا تبطل كتابتها لانه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير

• ولنا انها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لايملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة وماذكروه يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه (احدها) ان حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل الى إبطاله بحال فاستغني به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالاداء ويكون مافضل من كسبها لها ويملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب ان تبقى لبقاء فائدتها (الثاني) ان الكتابة اقوى من التدبير للزومها وكونها لاتبطل بالرجوع عنها ولا ببيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فاذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام احدهما

(فصل) وليس له وطء بنت مكاتبته لانها تابعة لها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأمها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد فيشترط فان وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر لانه وطيء وطئاً محرما ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها فان احبلها صارت أم ولد له والولد حر لانه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان امها لاتملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقاً فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعته في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك السيد اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا امتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وليس لواحدة منهن التزويج بغير إذنه لان عليه ضرراً في ذلك فانه يثبت حقاً للزوج فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لايملك وطأها فان تراضيا بذلك

الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان العتق بالكتابة له مافضل من نجومه وان عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته ومافي يدها لورثة سيدها وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لانها ام ولد وتسقط الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق ومافي يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة وقال القاضي في المجرد وابن عقيل في كتابه ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق إذا وقع في الكتابة لايبطل حكمها كالابراء من نجوم الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على مافي يدها ولم يحدث الاما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح والله أعلم

(فصل) وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها ومافي يدها لها في قول القاضي ومن وافقه فأما على قول الخرقي ومن وافقه فقياسه ان يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ويحتمل ان يكون لها على قولهم أيضا لان السيد اعتقها برضاه فيكون رضا منه باعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد فانه

جاز لان الحق لايخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتها جميعا لان الملك له فأشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ماذكرنا في مهرهن اذا وطئهن السيد

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدت عتقت وان مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط مابقي من كتابتها وما في يدها لها إلا ان يكون بعد عجزها وقال أصحابنا هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكاتب سيده)

قد ذكرنا أن السيد اذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لانها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهري ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحاكم تبطل كتابتها لانها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير

ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لايملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وماذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه

(أحدها) أن حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى ابطاله بحال فاستغني به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل به العتق بالأداء ويكون مافضل من كسبها لها وتملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لايحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها

حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير للسيد باعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض في أخذ ماله اما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته وإما لغرض له في بعض اعيان ماله اعتقه وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالام سواء لأنه تابع لها فيثبت له مايثبت لها وان ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده وان اختلفا في ولدها فقالت ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه

وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقا لسيدهما التصرف فيهما وهي تدعي مايمنع التصرف وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لانها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتبة لانها لا تدعي ملكه

(فصل) إذا كانت الامة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها احدهما أدب فوق أدب الواطيء لمكاتبته الخالصة لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد واثمه اعظم وأدبه أكثر

(الثاني) ان الكتابة أقوى من التدبير لزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم . اذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان ادت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالكتابة له مافضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها واجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فان مات سيدها قبل عجزها عتقت بانها ام ولد وسقطت الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاد فبطل حكم الكتابة فاشبهت غير المكاتبة وقال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول مافضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالابراء من مال الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فان لم يكن حل نجم قبضت المهر فاذا حل نجمها سلمته اليهما وان حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته الى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطىء بالمهر وان لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها او دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته إلى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه اوغيره وان عجزت فسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء وان لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطىء بنصفه لانه وطىء جارية مشتركة بينهما فان حبلت منه صارت ام ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان او معسراً إلا انه إن كان موسراً أداه في الحال ، وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقي ذكر مثل هذا في باب العتق فعلى هذا تصير ام ولد للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على مابقي من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوي مكاتبته مبقاة على مابقي عليها من كتابتها واختار القاضي انه إن كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الاعتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم فيما إذا اعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه ، وعلى قياس قول الخرقي ومن وافقه يكون لسيده كما لو عتقت الامة المكاتبة ويحتمل ان يكون لسيدها ايضاً على قول الخرقي ومن وافقه لان السيد اعتقه برضاه فيكون رضا منه باعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاد فانه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير الى السيد إعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض في اخذ ماله اما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة واما الغرض له في بعض اعيان ماله او لكونه يتعجله قبل ان تحل نجوم الكتابة أعتق واخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت المكاتبة بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها بالعتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالام سواء لانه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وان ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده فان اختلفا في ولدها فقالت ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقاً لسيدها له التصرف فيها وهو يدعي مايمنع التصرف ثم ، وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتبة عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتب لانها لا تدعي ملكه

فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد وان عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها فن لايقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بمعتق ، وإن مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وان عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطىء فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها ام ولد له فان مات عتقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر انها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك وتصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتباً للواطىء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها ، وان عجزت ففسخ الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها ام ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فانه أضعف على مابينا من قبل

ولنا على ان الكتابة لاتبطل بالتقويم انها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه وكما لو لم تحبل منه فاما الولد فانه حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

(فصل) وان كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطىء المكاتبة الخالصة له لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد واثمه أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما أسلفناه فيما اذا كان السيد واحداً فان لم يكن حل نجم قبضت المهر فاذا حل نجمها سلمته اليهما وان حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطىء بالمهر وان لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته الى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضا عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وان عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء وان لم يكن في يدها شيء كان الذي لم يطأ ان يرجع على الواطىء بنصفه لانه وطىء جارية مشتركة بينهما فان حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً فان كان موسراً اداه في الحال وان كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقي فعلى هذا تصير أم ولد للواطىء ومكاتبة له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على مابقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبة مبقاة على مابقي من كتابتها واختار القاضي أنه ان كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة

وروي عن احمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضي هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين ابو بكر واختار انها ان وضعته بعد التقويم فلاشيء على الواطىء، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر ام ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا انها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

(فصل) وان وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها فان كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكراً حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين وان كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ماذكرنا في المقاصة فان أدت اليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لانهما قبضتهما وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها قتسماهما وان تلفا او بعضهما فلاشيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض

لا عتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطيء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له الا حكم الكتابة فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بعتق وان مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما وان عجزت وفسخت الكتابة قومناها حيئنذ على الواطىء فيدفع الى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها ام ولد له فان مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطىء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها وان عجزت ففسخت الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا ان الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فينبغي ان يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل

ولنا على ان الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو

المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ماعليه وان كان احدهما اكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ماعليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر او قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها وان افضاها احدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب في الامة ثلث قيمتها مع المهر

(فصل) ويحتمل أن يلزمه في الافضاء قدر نقصها، وقال القاضي تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في افضاء الحرة وقد ذكرناه فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف الذي ذكرناه، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي أفضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء، وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف في ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له وولده حر لاحق النسب به والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلادها سواء

وأما الثاني فعلى قول الخرقي قد وطىء ام ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير ام ولد له لانها

استولدها وهي في ملكه أو كما لو لم تحبل منه وأما الولد فهو حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف ان يكون مملوكا لشريكه فقد أتلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي هذه الرواية أصح في المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر وذكر أنها ان وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطىء وان وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطىء لها الاستبراء فاتت بالولد لاكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها وان أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

﴿مسئلة﴾ (وان وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)

فان كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وان كانت بكراً حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين وان كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة فان أدت اليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين وان عجزت نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما

مملوكة غيره فاشبه مالو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافا فان قلنا بوجوبها تقاصا بما لكل لواحد منهما على صاحبه في القدر الذي تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال أمكن التقويم فيها وذكر القاضي في هذه المسئلة أربعة أحوال

(احدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ماذكرنا إلا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح لان الكتابة لاتبطل بالاستيلاد ومهر المكاتبة لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها فلان لايملك المهر الواجب على غيره اولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الذي قبله سواء قال القاضي: الا ان ولده يكون مملوكا لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لايرق لاعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لايختلف بالاعسار واليسار وانما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

مطالبة الاخر بشيء لانها قبضتها وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها اقتسماهما وان تلفا أو بعضهما فلا شيء لها لان السيد لايثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أقل من الاخر تقاصا منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الاخر بنصف الزيادة وان قبضت من أحدهما دون الاخر رجع المقبوض منه على الاخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الاخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الاخر رجع من قبض منه الاكثر على الاخر بنصف الزيادة التي اداها فان افضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فيوجب في الامة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في افضاء الحرة وسنذكره ان شاء الله تعالى فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الاخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف المذكور فان ادعى كل واحد منهما على الاخر انه الذي افضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء وان نكل احدهما قضي عليه وان كان الخلاف قبل عجزها فادعت على احدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على احدهما غير معين لم تسمع الدعوى

﴿ مسئلة ﴾ (وان ولدت من احدهما صارت ام ولد له)ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير ام ولد لهما جميعاً نصفها ام ولد للاول ونصفها ام ولد للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) أنه يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه

(والثاني) نصفه حر وباقيه عبد لشريكه الا أن نصف ولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملا على كل واحد منهما واذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فحكمه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذه المسئلة قريب مما ذكر القاضي

وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها احدهما

﴿مسئلة﴾ (وان اتت بولد والحق بهما صارت ام ولد لهما يعتق نصفها بموت احدهما وباقيها بموت الاخر كما لو كان سيدها واحداً واستولدها فانها تعتق بموته وعند القاضي لا يسري استيلاد احدهما الى نصيب شريكه)

لانه انعقد له سبب استحقاقه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يجز ابطاله بالسراية الا ان يعجز فينظر حينئذ فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي واجبنا عنه فيما سبق

(فصل) فاما ان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له وولده حر يلحقه نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلادها سواء، واما الثاني فقد وطيء ام ولد غيره بشبهة واولدها فلا تصير ام ولد له لانها مملوكة غيره فاشبه ما لو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه وكان من سبيله ان يكون رقيقاً له حكمه حكم امه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافا فان قلنا بوجوبها تقاصا بما لو احد منهما على صاحبه في القدر الذي تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال امكن التقويم فيها وذكر القاضي في المسئلة اربعة احوال

(فصل) وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما انه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت ام ولد لي باحبالي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد ان صارت ام ولد لي وهل يكون مقراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى مايدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطا وان زاد مايقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في إقراره ، وإن زاد مايدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ، ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

وقال ابو بكر في الامة قولان (أحدهما) يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول أقول، وأما القاضي فاختار انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال أن تكون ام ولد للآخر ،وأما اذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بان نصفها ام ولده ويصدقه الآخر لان الاستيلاد لايسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه

(أحدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا الا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ومهر المكاتبة لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها وجب عليه المهر لها فلأن لايملك المهر الواجب على غيره أولى ولانه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الاول سواء قال القاضي الا ان ولده يكون مملوكا لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق باعسار والده بدليل ولد المغرور من امة والواطىء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالاعسار واليسار وانما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار التساوي فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة ابيه

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير أم ولد للاول ونصفها للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) ان يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه (والثاني) نصف حر وباقيه عبد لشريكه الا ان نصف الولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد

فيتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولدان بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين فأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لانه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه

فاما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعانه فان مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته فاذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر اولا لم يعتق منها شيء فاذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول ابي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملا على كل واحد منهما إذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فحكمه حكم الثالث سواء الا ان ولد الثاني حر لان الحرية تثبت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم امه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

(فصل) وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باحبالي اياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد أن صارت ام ولد لي وهل يكون مقراً لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل ما لك علي والجنس واحد فتساقطا وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في اقراره وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

(فصل) فان وطئاها معا فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما اوبعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما او قبل مضي ستة اشهر منذ وطئها كل واحد منهما فان الولد منفي عنهما وهو مملوك لهما حكمه حكم أمه في العتق بادائها، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لان دعوى الاستبراء في الامة كاللعان في الحرة

(القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك . وأما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان هو الثاني فقد وطىء أم ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وان كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها ، وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الاول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على مامضى من التفصيل والتطويل

وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر

وقال أبو بكر في الامة قولان (أحدهما) ان يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول اقول وأما القاضي فاختار انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال ان تكون ام ولد للآخر فاذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وان كانا معسرين فكل واحد منهما يقر بان نصفها أم ولده ويصدقه الاخر لان الاستيلاد لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والاخر يصدقه فيتقاصان ان تساويا وان فضل احدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وان كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بان نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين وأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الامة ونصف مهر مثلها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرارا لموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لا ستوائهما فيه ويدفع المعسر الي الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف علي ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعي عليه

مثلها فان كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها فالمهر له لانها ام ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بانها ام ولد للاول سقط عنه نصف مهرها لان نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الاول فسخ الكتابة أو له ان كان فسخ وإن كان الاول معسراً فنصيبه منها ام ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما اذا عجزت او أدت قد تقدم فاما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الاول كالحكم فيه اذا وطىء منفرداً فلم يحبلها

وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولده وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولده ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقياً عليهما وإن كان الثاني معسراً فالحكم فيه كالو ولدت من الاول وكان معسرا لافضل بين المسئلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فانه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم مالو عرف انه منه بغير قافة

جميع قيمة الولد فاقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه وأما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعانه فان مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته فاذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر أولا لم يعتق منها شيء فاذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر ان يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

(فصل) فان وطئاها معا فاتت بولد لم تخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) ان لا يمكن ان يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منفياً عنهما مملوكا لهما حكمه حكم امه في العتق بادائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما لان دعوى الاستبراء في الامة كاللعان في الحرة

(القسم الثاني) ان يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ماذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك فاما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان الثاني فقد وطء ام ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا وان كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للاول تقاصا بقدر أقل الحقين وان كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الاول كالحكم فيه اذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها ام ولد للاول فعليه مهر مثلها فان كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها فالمهر له لانها ام ولده وان

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كاتب نصف عبد فادى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حرا بالكتابة ان كان الذي كاتبه معسرا وإن كان موسرا عتق عليه كله وصار نصف قيمته على الذي كاتبه لشريكه)

وجملته ان الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن هذا ظاهر كلام الخرقي وابي بكر وقول الحكم وابن ابي ليلى ، وحكي ذلك عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعنبري وكره الثوري وحماد كتابته بغير اذن شريكه

وقال الثوري ان فعل رددته إلا ان يكون نقده فيضمن لشريكه نصف مافي يده ، وقال ابو حنيفة تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه وهذا أحد قولي الشافعي إلا ان أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى في ذلك يقتضي الاذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الآذن بشيء منه، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعي في أحد قوليه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وإن كان باقيه مملوكا لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك ام لم ياذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملك نصفه

كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الأول فسخ الكتابة أوله ان فسخ وإن كان الأول معسرا فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما اذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه اذا وطىء منفرداً ولم يحبلها، وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخ الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولد له وان رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقيا عليهما وان كان الثاني معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الاول وكان معسراً لافصل بين المسألتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن الحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

﴿مسئلة﴾ (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)

وممن قال يجوز بيع المكاتب عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من قال لايجوز وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فمنع بيعه كبيعه

يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولانه اذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه

ولنا انه عقد معاوضة على نصفه فصح كبيعه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقين

وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه انما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر وأما الكسب فان هايأه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايئه فكسب بجملته شيئاً كان بينهما له بقدر مافيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فاشبه مالو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم انه يفضي الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على اننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ،

لاجنبي وعتقه، وقال الزهري وابو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكي ذلك عن ابي يوسف لان بريرة انما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه

ولنا ماروى عروة عن عائشة انها قالت جاءت بريرة الي فقالت ياعائشة اني كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها ارجعي إلى أهلك ان أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال « اما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة لم ينكر ذلك ففي ذلك ابين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلا على عجزها وتاوله الشافعي على انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج الى دليل في غاية القوة وليس في الخبر مايدل عليه بل قولها اعينيني على كتابتي دليل على بقائها على المكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول

ولانه لايعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لاغير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيبه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضي ان يكون معروفا في الكتابة هذا إذا كان الكسب بجميعه فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لايحصل بدفع ماليس له وان أدى اليهما جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائره وان كان الذي كاتبه موسراً لان عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق ، فأما ان ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب مثل ان هايأه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو اعطي من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه

نجمين او بمضي عام عند الآخرين والظاهر ان شراء عائشة لها كان في اول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حريتها مستقر على وجه لايمكن فسخه بحال فأشبه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا قال ابن أبي موسى هل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما كان عليه ؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » ولان مولاته لايلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك مايؤدي لقول النبي ﷺ « إذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه يدل بمفهومه على أنها لاتحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط الحجاب عنه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ولانه يرجع عند العجز الى كونه قناً ولو صار حراً ماعاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد انما هو اسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع للمشترى بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه .

(فصل) ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب .

وجملة ذلك أن الكتابة لاتنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها لا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر

الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فلدفع ذلك كله في كتابته لانه مااستحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكه منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته عتق فاذا كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق الاعلى الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

(فصل) وإذا كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه جاز قاله أبو بكر لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدي جميع كتابته عتق كله لانه اذا سرى العتق فيه الى ملك غيره فالى ملكه اولى ويجب ان يؤدي الى سيده مثلي كتابته لان نصف مايكسبه يستحقه سيده بمافيه من الرق ونصفه يؤدى في الكتابة الا ان يرضي سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفي المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان في عقد واحد أو عقدين وبهذا قال أبو حنيفة

وقال الشافعي لايجوز ان يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولان التساوي في المال منع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي الى ان ينتفع احدهما بمال الآخر لانه اذا دفع الى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

ولنا ان كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز ان يختلفا في العوض كالبيع وماذكروه

أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤديا مايجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالاجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على مابقي من كتابته يؤدي الى المشتري ما كان يؤدي إلى البائع

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدى عتق وولاؤه له وان عجز عاد قنا له ، وإن لم يعلم انه مكاتب فله الرد والارش)

إذا أدى الى المشتري عتق لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري هو المعتق وولاؤه له لقول رسول الله ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » وقد دل عليه حديث بريرة لانه جعل ولاءها لعائشة حين اشترتها وأعتقتها وان عجز عاد قنا له لانه صار سيده فقام مقام المكاتب وان لم يعلم انه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لايقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة فملك الفسخ كشراء الامة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الامساك مع الارش على ماذكرنا في البيع .

لايلزم لان انتفاع احدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن احدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب احدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الاول خمسون

وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتهما واحد فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على ان أصحابنا قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر مادام مكاتبا فعلى هذا القول لا يفضي الى ماذكروه على انه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو ابرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز ولا يجوز ان يختلفا

(فصل) فاما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لايملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع مالم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس المشتري مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه وان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان

(احدهما) يعتق لان البيع يضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسداً فلم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه ولو صرح بالاذن لم يكن مستنيباً له في القبض وانما اذنه في القبض بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالنائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما

في التنجيم ولا في ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الاخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز ان يؤدي اليهما الاعلى السواء ولا يجوز تقديم احدهما بالاداء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى فيهما يفضي الى ذلك

(والثاني) يجوز لانه يمكن ان يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له احدهما في الدفع الى الآخر قبله او أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه او يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه واذا امكن افضاء العقد الى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الافضاء اليه.

(فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى احدهما أكثر من الآخر ولا يقدم احدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب ابي حنيفة والشافعي ولا اعلم فيه خلافا لانهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص احدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع احدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض احدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر ان يأخذ من حصته اذا لم يكن اذن في القبض وان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما ابو بكر (احدهما) يصح لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو اذن المرتهن للراهن في التصرف فيه او اذن البائع للمشتري في قبض المبيع قبل توفية ثمنه او

دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح تسليمه لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبه مالو أخذه من ماله بغير اذنه وان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعه ماأخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ماقبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصا وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز

(فصل) وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعهما صح لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع احدهما الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

(احدهما) انه لايجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على احدى الروايتين (والثاني) ان الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى مملوكه فلم يجز التفريق بينهما وعلى الرواية الاخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لانه محل للبيع صدر فيه التصرف من اهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنايته ويعتق بعتقه كما لو بيع مع والده

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالاجنبي ولذلك جاز دفع زكاته

اذنا للمكاتب في التبرع ولانهما لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لايجوز وهذا اختيار ابي بكر ومذهب ابي حنيفة واحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته الاول اصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لايخرج عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم انه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه مالكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المانع فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه إذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه هذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتبا مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له ومافي يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ماقبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ماعتق بالكتابة للعبد وحصة ماعتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان مالكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فان ادى الى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه

اليه فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان او كثيراً وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد او لاثنين)

لاخلاف في ان المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ماذكرنا في الصحيح من المذهب فاذا اشترى احدهما الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لاثنين فان عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكه وليس للملوك أن يملك مالكه لانه يفضي إلى تناقض الاحكام اذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه الي وان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الى ان تكون رقيقاً وهذا تناقض واذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فههنا أولى ولانه لو صح هذا لتقاصا الدينين اذا تساويا وعتقا جميعاً

إذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع منهما باق على كتابته فان ادى عتق وولاؤه موقوف فان ادى سيده كتابته كان الولاء له لانه عتق بادائه اليه وان عجز فولاؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولان السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول ابي بكر ان الولاء

فهوله وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى اليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه وان مات فقدمات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ مما خلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لايصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير اذنه سواء وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبدا ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما اخذه صاحبه والباقي بينهما قال احمد في رواية بن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فادى الى احدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال احمد كلا كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما اخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) وان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فان فسخا جميعا او امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وامضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقا قنا ونصفه مكاتبا وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق باذن سيده او كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم باذن السيد فيحصل الانعام عنه باذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى اذنه فلانعمة له عليه فلايكون له عليه ولاء مالم يعجز سيده

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعلم السابق منهما فسد البيعان)

وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي انه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضي هذا ان يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا يحتاج الى الفسخ لان النكاح انما احتيج فيه الى الفسخ من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحا صحيحاً لواحد منهما يقيناً فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ

﴿مسئلة﴾ (وان اسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده اخذه بما اشتراه والا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه له)

إذا اسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ في الغنائم فعلم بحاله أو ادركه سيده قبل قسمه اخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه او من المشركين واخرجه الى سيده

ولنا انها كتابة في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وماحصل من النقص لايمنع لانه انما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كاعتاق الشريك ولان من أصلنا انه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان يبطل في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ باولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة (أحدها)ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه في ملكه (والثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى (الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لايتعداه ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

فان السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية اخرى انه اذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيده ان اخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وان تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيده

وقال ابو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة والشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ما ادركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار ؟ على وجهين

(احدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيده فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الاسر وتلغى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كمرضه ولانه مدين مضت مدة من اجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده بما ذكرناه فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته به وان حل ما يجوز تعجيزه بترك ادائه فلسيده تعجيزه ورده الى الرق وهل له ذلك بنفسه اوبحكم الحاكم؟فيه وجهان

﴿مسئلة﴾ قال (واذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولا ثم زكاه ان كان نصابا)

وجملته ان المكاتب لازكاة عليه بلاخلاف نعلمه فاذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق فاذا تم الحول وجبت الزكاة ان كان نصابا وان لم يكن نصابا فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصابا فانه يستقبل به حولا من حين أسلم لانه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده

﴿مسئلة﴾ قال (واذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبدا غير مكاتب)

وجملته ان الكتابة عقد لازم لايملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم لانه انما ثبت في العقد مؤجلا واذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه لانه دين له حل فأشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الاداء او عاجزاً عنه لانه حق له سمح بتأخيره أشبه دينه على الاجنبي فان اختار الصبر

(احدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال في وقته اشبه ما لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره واداؤه في مدة قريبة كان لسيده الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر اداؤه وفي كلا الحالتين يجوز الفسخ (والثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان ادى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب وادعى ان له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه اداؤه لانه اذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

﴿فصل﴾ (قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده او اجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة وقال ابو بكر يتحاصان)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جناية موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنايته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري اذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول الا ان يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ «لا يجني جان الا على نفسه» ولانها جناية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن

عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم او نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لاتنفسخ ماداما ثابتين على العقد الاول فان اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لان الدين الحال لايتأجل بالتأجيل كالقرض وان حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستتابة فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لايكون عجزه إلا عند قاض وحكي نحو هذا عن مالك وقال الحسن إذا عجز استؤني بعد العجز سنتين وقال الاوزاعي شهرين ونحو ذلك

ولنا ماروى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق ، باسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين الفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال اني قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده

وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين الفاً فقال له أنا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح أنت ، وروى سعيد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن

اذا ثبت هذا فانه يبدأ باداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم او لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولا آخر ان السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحاصان قياساً على سائر الديون

ولنا ان ارش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب ان تقدم ههنا . يحققه ان ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره اولى . اذا ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او ارش جنايته لانه ان كان ارش الجناية أقل فلا يلزمه اكثر من موجب جنايته وهو ارشها، وان كان أكثر لم يكن عليه اكثر من قيمته لانه لا يلزمه اكثر من بذل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بارش الجناية والا باع الحاكم منه بما يفي من ارشها وباقيه باق على كتابته وان اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبداً قناً مشتركا بين السيد والمشتري وان أبقاه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه ان كان المكاتب موسرا ويقوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته

عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه ولانه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال وانما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما كان له ذلك لوجهين (أحدهما) ان الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بالصفة ولا يجبر عليها (الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان العقد لازماً لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفل له أو رهن عنده رهناً

(فصل) فاما ان حل نجم واحد فعجز عن ادائه فظاهر كلام الخرقي انه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهي إحدى الروايتين عن احمد قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح

وقال ابن ابي موسى : وروي عن احمد انه لايعود رقيقاً حتى يقول قد عجزت وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي

(والرواية الثانية) انه اذا عجز عن نجم واحد فلسيده فسخ الكتابة وهو قول الحارث العكلي

(فصل) وان بدأ بدفع المال الى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويسلمه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى السيد لانه يقضي حقاً عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة عتق

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه فداء نفسه ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الامرين من قيمته او ارش جنايته)

لانه لا يلزم اكثر مما كان واجباً عليه بالجناية فان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

﴿ مسئلة ﴾ (وان عجز فلسيده تعجيزه ويفديه أيضاً بما ذكرناه وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يفديه بارش الجناية بالغة ما بلغت)

لانه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باعتاقه

(فصل) فان كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص فلسيده القصاص كما يجب على عبده القن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده

وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان ولان ما بين النجمين محل لاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني

(فصل) واذا حل النجم وماله حاضر عنده طولب بادائه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي

وقال ابو حنيفة إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا نزيده على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بينا فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فاما اذا كان قادراً على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من ادائه وقال قد عجزت

وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين كالجناية على الاجنبي وعنه يفديه بارش الجناية كله فان وفى ما في يده بما عليه فلسيده مطالبته به وان لم يف به فلسيده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية وعاد عبداً قناً ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه متعلق برقبته وقد أتلفها وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقا بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب أقل الامرين أو ارش الجناية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا ان الحقين جميعا للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما ولانه لو بدأ باداء مال الكتابة في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولان أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه إذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما

فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الاداء وهذا مذهب الشافعي

وقال ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول ابي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكرنا هذا فيما تقدم فاما ان كان قادراً على اداء المال كله ففيه رواية أخرى انه يصير حراً بملك مايؤدي وقد سبق ذكرها

(فصل) واذا حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن له أن يفسخ لانه إذن في السفر المانع من الادا ولكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده فان كان عاجزاً عن اداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره عن حال الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ فان وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع

إذا اعتقه سيده فانه اتلف محل حقه بخلاف هذا وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم والعبد لو عاد قنا كان لهم وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وان جنى المكاتب جنايات تعلقت برد رقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني ان كانت موجبة للمال لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين فان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة المال فان ابرأه بعضهم استوفى الباقون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا ابرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون الميت فان ادى وعتق فالضمان عليه وان اعتقه سيده فعليه الضمان وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا في ثمنه كذلك هاهنا فاما ان عجزه سيده وعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداه باقل الامرين كما لو أعتقه او قتله

المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالته وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل أو كذبه وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق.

(فصل) قال واذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن وإلا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فان بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان كان قد رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه مالو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه المعيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك قال ابو بكر وقياس قول احمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع

وفيه رواية اخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لان المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق يمكن تسليمه وبيعه وقد ذكرناه فان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو اعتقه فبما يفدى به نفسه وجهان بناء على ما اذا عجزه سيده والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وان لزمته ديون تعلقت بذمته يبع بها بعد العتق)

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أداؤها ويبدأ بايها شاء كالحر وان لم يف بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير اذن سيده كالهبة وان كان باذن سيده جاز كالهبة وان كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم فلا يستوفى بغير اذنهم وان سأله سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله واذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على ارش الجناية ومال الكتابة لان ارش الجناية محله الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق انما استقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين ان العتق لم يتم ولاننا تبينا ان ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لايوقعه إذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً،وإن تلفت العين عند السيد او حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ماذكرناه فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أومستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيته ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا)

وجملته أن ما أخذه من نجوم كتابته كمال استفاده بكسب او غيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لانه

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن اصحابنا والشافعي اتفقوا على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة فيما مضى واذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقية الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لانه صار حراً فهو كالاحرار ولان المداين رضي بذمته حين أدائه فكان له مارضي به كالحر .

(فصل) واذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجني عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أوكانت الجناية خطأ أوشبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها برقبته وللمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أوارش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه باكثر من قيمته كما لا يجوز له ان يشتريه بذلك الا ان يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزائد وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه او يفديه باقل الامرين؟على روايتين :

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أوبعض ذوي رحمه المحرم أوولد لهولد من أمته فجنى جناية تعلق ارشها برقبته فللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده .

وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لماله فان ذوي رحمه ليسوا بمال له ولايتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولا شراؤهم كالتبرع ويفارق

لا يملك ما في يد مكاتبه ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لان ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما ياخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته فان عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته ان كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنايته على سيده قال عطاء ويرجع سيدها عليه وقال الزهري إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لايجني جان إلا على نفسه » ولانها جناية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن إذا ثبت هذا فانه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل وهذا المنصوص عليه عن احمد والمعمول به في المذهب وذكر ابوبكر قولا آخر ان السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بقدر ماحل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحاصان كسائر الديون

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك

العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشراؤه كسائر أمواله ولكن ان كان لهذا الجاني كسب فدي منه وان لم يكن له كسب بيع في الجناية ان استغرقت قيمته وان لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب .

ولنا انه عبد له حي فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا الا ان كسبه له فان عجز المكاتب صار رقيقاً معه لسيده وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب ان لا يمنع منه وفارق التبرع فانه يفوت المال على السيد فان قيل فيه ضرر وهو منعه من اداء الكتابة فانه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل مالو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فانه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(احدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعا لهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

وحق المرتهن وغيرهما فوجب ان يقدم ههنا يحققه ان أرش جنايته مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة. اذا ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او أرش جنايته لانه ان كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية والا باع الحاكم منه بما بقي من ارش الجناية وباقيه باق على كتابته وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركا بين السيد وبين المشتري فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحكم فيه على ماذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضي حقا عليه فجاز كالو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ثم ان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبها القصاص فقال أبو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل ، وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لولم يقتص أفضى الى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في ارش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك . وقال اصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جني على راهنه

(فصل) فان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله ان يقتص فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته قال القاضي ولا نعلم موضعا يقتص فيه المملوك من مالكه غير هذا الموضع

عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية وان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله وان عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضا بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين (احداهما) يفديه باقل الامرين (والثانية) يفديه بارش جنايته بالغة ما بلغت

(فصل) وإذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فان أبرأه بعضهم استوفى الباقون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما في الوصايا وان أدى وعتق فالضمان عليه وان أعتقه سيده فالضمان عليه وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه ففيه روايتان:

(فصل) وان جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبة تستحق المهر في النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو (الثالث) ان السيد أخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز ان يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) ان يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) انه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش إذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنايات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فسرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله فان اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان ان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم وان كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه فان اتفقا على ان يجعل احدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

(احداهما) يفديه بأقل الامرين كما لوأعتقه أوقتله (والثانية) يلزمه ارش الجنايات كلها بالغة ما بلغت لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيار امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ماإذا اعتقه اوقتله لان المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب اكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه وان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان: (إحداهما) يفدي نفسه باقل الامرين (والثاني) بارش الجنايات بالغة مابلغت لان محل الارش قائم غير تالف ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبه مالوعجزه سيده

(فصل) وان جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فلسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده وان عفا على مال أوكانت موجبة المال ابتداء وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح ان يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين في احدى الروايتين والاخرى يفديها بأرش الجناية بالغة مابلغت فان وفى مافي يده بما عليه فلسيده مطالبته به وأخذه وان لم يف به فلسيده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية لانه عاد عبداً

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص لانه لا يقتل بالعبد فان سرى الجرح الى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيده وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت ديته لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئاً لان القاتل لايرث ويكون لبيت المال ان لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضاً لورثته

(الحال الثالث) اذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس كقطع يده فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما ان المريض يقتص ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد وان قلنا موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس لسيده مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولايملك اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لانه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال لانه لا يملك التبرع بغير إذن سيده وان صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته

قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه كان متعلقا برقبته وقد أتلفها فسقط وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقا بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب اقل الامرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال ابو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما ولأنه لو بدأ باداء الكتابة قبل ارش الجناية في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ، ولان ارش الجناية لا يلزم اداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الاداء عليه فاذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ولزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ماعليه بخلاف ما اذا أعتقه سيده فانه أتلف محل حقه وههنا بخلافه وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين

وإن كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد أو العفو على مال وفي الخطأ المال وفيما يفدي به نفسه روايتان وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم

انفسخت الكتابة وسقط أرش الجنايات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي قال أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ماذكرنا في الحال الاول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والثانية) انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والحسن ابن صالح لانه دين حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال ان الدين يحل بالموت ان يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد حل بالموت والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت ان شريحاً قضى ان مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد اخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبة

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وهي عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك احدهما فسخها

والعبد لو عاد قناً لكان لهم ، وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وإن اجتمع على المكاتب ارش جناية وثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مال يفي بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر وإن لم يفي بها مافي يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير اذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير اذن سيده كالهبة وان كان بأذن سيده جاز كالهبة وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم ولا يستوفى بغير اذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله فاذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على ارش الجناية ومال الكتابة لان ارش الجناية محل الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته وهذا مذهب الشافعي واتفق أصحابنا والشافعي على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة على مامضى بيانه

(فصل) واذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجني عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها

وجملة ذلك ان الكتابة عقد لازم من الطرفين لانها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لان الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة ان الحظ لعبده فلا معنى للخيار ولا يملك احدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه ان العبد يملك ذلك وسنذكره ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بموت السيد لا نعلم في ذلك خلافاً ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه لانه عقد لازم أشبه البيع)

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتق بالاداء الى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالاداء الى الورثة)

لانه انتقل اليهم مع بقاء الكتابة فهو كالاداء الى موروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه فاذا كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائباً وله وكيل دفع نصيبه الى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق وان كان موليا عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه

برقبته وللمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الامرين؟ على روايتين

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجني جناية تعلق ارشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده

وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لماله فان ذوي رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولان شراءهم كالتبرع ويفارق العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الاموال لكن إن كان لهذا الجاني كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجناية ان استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب

ولنا انه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له ، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيده وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه

وانفرد فان إذن بعضهم في الاداء إلى الآخر وكان الذي اذن رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري الى نصيب شريكه ان كان معسراً ويسري اليه ان كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق إلا باداء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فشبه مالو اداه الى السيد فان ابرأوه من مال الكتابة برىء منه وعتق وان ابرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من ابرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه انه ابرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سراية عتقه انه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فان قيل في السراية اضرار بالشركاء لانه قد يعجز فيرد الى الرق قلنا اذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

يفوت المال على السيد فان قيل بل فيه مضرة وهو منعه من اداء الكتابة فانه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لايمنع المكاتب منه بدليل مالو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فانه لايمنع منه ولا يجبر على كسب ولا اداء فكذلك لايمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجباً عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(أحدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصير هم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لايمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لايجب للسيد على عبده مال وان كان موجبها قصاصاً فقال ابو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لايثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم

(فصل) وإذا عتق بالأداء الى الورثة فولاؤه لسيده في احدى الروايتين وهو اختيار الخرقي يختص به عصباته دون اصحاب الفروض وهذا قول اكثر الفقهاء واختاره ابو بكر ونقله إسحاق ابن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعضهم لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن والذي يغلب علي انهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهري لان المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل انهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولانه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري ووجه الأول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ولان الورثة إنما ينتقل اليهم مابقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويلي على موروثه ولا ينتقل اليه شيء امكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لاينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء

(فصل) وان أعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتق

يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لايملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالاجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه

(فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لماذكرناوان كان موجبها القصاص فله أن يقتص ان كان فيمادون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه ولا التصرف فيه وجعلت حريتا موقوفة على حريته قل ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع

(فصل) وإذا جني على المكاتب فيما دون النفس فارش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبة تستحق المهر في النكاح لتعلقه ببضو من أعضائها كذلك بدل العضو (والثالث)ان السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبة فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ثم لايخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لمعنيين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد

بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ماأعتقه للخبر ولانه منعم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقال القاضي ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدي الى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهام سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لأن الابراء جرى مجرى أداء ماعليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه مالو أعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ماذكرنا من الخلاف

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لانهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبقى على مابقي من كتابته ان عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وان أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي نقول إن ولاءه للورثة إذا أدى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل أن لايصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد ان اعتق بالكتابة، لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق مابا عه

(والثاني) أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنايات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فانه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة او كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبيا حراً فلا قصاص أيضاً لان الحر لا يقتل بالعبد ولكن ينظر ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيده وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت ديته لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد او غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضاً

السيد ، لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

(فصل) اذا وصى السيد بمال الكتابة صح فان سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان ابرأه من المال عتق لانه برىء من مال الكتابة فأشبه مالو ادى وان أعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته وانما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبداً للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيزه الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبداً لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان أبرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره فان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين إلى الوصي دونه وان وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فان كان انما وصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لان له منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(الحال الثالث) اذا كان الجاني عبداً او مكاتباً فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كأن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أو الى غير مال انبنى ذلك على الروايتين في موجب العمد ان قلنا موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس للسيد مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك السيد اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لانه لما سقط القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال لانه لا يملك التبرع به بغير اذن سيده وإن صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) واذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك مايؤدى في كتابته انفسخت كتابته وسقط ارش الجنايات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي دينه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي

قال احمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وإن كان قد ملك مايؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك مايؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما انه لايعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ماذكرنا في الحال الاول وهذا قول زيد

(فصل) اذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً فادعى العبد ان سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة لان الحق لهما وان انكراه وكانت له بينة ثبتت الكتابة وعتق بالأداء اليهما وان عجز فلهما رده الى الرق وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فان لم تكن له بينة فالقول قولهما مع ايمانهما لان الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون ايمانهما على نفي العلم لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وإن نكلا قضي عليهما أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قناً فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين وان لم يكن عدلا او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة مياومة او مشاهرة أو كيفما كان جاز فان طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر اجبر عليها في ظاهر كلام احمد وهو قول أبي حنيفة ، لان

ابن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والرواية الثانية) أنه اذا ملك مايؤدي فقد صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه

وروي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن ابي ليلى والثوري والحسن بن صالح لانه دين اه حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال ان الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حالا والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن احمد

وقد روى سعيد في سننه حدثنا هشيم انا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت ان شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فقال سعيد أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كاتبه ثم دبره فادا أدى صار حراً وان مات السيد قبل الاداء عتق بالتدبير ان حمل الثلث ما بقي من كتابته والا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي)

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لانعلم فيه خلافا لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك اعتاقه

المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالاعيان ويحتمل ان لايجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب مناصفة او مهايأة جاز فان لم يف بأداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد اخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ابينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المدعي يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان ادى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم ينسب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لانه قد قبض من العبد مثل ماقبض فقد حصل اداء مال الكتابة اليهما فعتق كله بذلك وولاء النصف للمقر لان أخاه لايدعيه والمقر يدعي انه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصيبي من الولاء وقال أصحاب الشافعي في ذلك وجهان

(أحدهما) كقولنا (والثاني) ان الولاء بين الابنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث

وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه فعند هذا ان أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويبطل التدبير للغنى عنه وما في يده له وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فاذا مات السيد عتق ان خرج من الثلث وما في يده لسيده وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وإن مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق لان مال الكتابة عوض عنه فاذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبق الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

وقال أصحابنا اذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان مافي يده لسيده كما لو بطلت الكتابة بعجزه لانه عبد عتق بالتدبير فكان مافي يده لسيده كغير المكاتب والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لانه مكاتب بريء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان مافي يده له كما لو أبرأه سيده يحققه أن ملكه كان ثابتاً على مافي يده ولم يحدث مايزيله وانما الحادث مزيل لملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالاداء

(فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وقد ذكرنا فيه اختلافا فيما مضى فان قلنا لايصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء

قال شيخنا والصحيح ماقلناه لما ذكرنا ولا يمتنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لابيه على انسان وأنكره الاخر فان المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون اخيه وان كان يرثه عن الاب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً فحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الاخر فان اعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً هذا قول الخرقي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطى شركاؤه حصصهم » ولانه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى الى باقيه كغير المكاتب

وقال ابو بكر والقاضي لا يعتق الا حصته لانه ان كان المعتق المقر فهو منفذ وان كان المنكر لم يسر الى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سراية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه انه يجوز له الفسخ اذا عجز عن نجم واحد وهو قول الحارث العكلي وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه

يعجز عنه وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه مايؤديه لم يصح قوله لانه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وان كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق واذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له ان لم تكن كتابته فسخت لان العجز لاتنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل باول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا ان تبطل كتابته ويكون مابيده لورثة سيده

(فصل) وإذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الاقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل ان يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث ولوكان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ماأدي منها وانما اعتبرنا الاقل لان قيمته انكانت أقل فهي قيمة ماأتلف بالاعتاق ومال الكتابة ماستقر عليه فان للعبد اسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وان كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بادائه ولايستحق السيدعليه سواه وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه ، وان كان كل واحد منهما لايخرج من الثلث مثل ان يكون ماله سوى المكاتب

عتقه لانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير ولانه تعذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع سلعة فافلس المشتري قبل نقد ثمنها (والرواية الثانية) ان السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهوظاهر كلام الخرقي قال القاضي وهوظاهر كلام اصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قل لا يرد المكاتب في الرق حتي يتوالى عليه نجمان ولان مابين النجمين محل الاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني (والرواية الثالثة) أنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت رواها عنه ابن ابي موسى وروي عنه أنه اذا أدى اكثر مال الكتابة لم يرد الى الرق واتبع بما بقي واذا قلنا للسيد الفسخ لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه لانه دين له حل فاشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الاداء أو عاجزا لانه حق له سمح بتأخيره أشبه الدين على الاجنبي فان اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه

قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان المكاتب اذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الاول وان اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لان الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وان اختار

قيمته مائة فاننا نضم الاقل من قيمته أو مال كتابته الى ماله و نعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه و يبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق والارق منه ثلثه

ويحتمل انه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيفي ثلثه بخمسين فاداها أن يقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمئة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب ان يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربعه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فعلى هذا اذ كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مئة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية اتساع الخمسين وهو مثلا ماعتق منه فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم ان المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا بالكتابة ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله و بقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق الا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

السيد فسخ كتابته ورده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستيناء به ، فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه الا عند قاض ، وحكي نحوه عن مالك ، وقال الحسن اذا عجز استؤني بعد العجز سنتين ، وقال الاوزاعي شهرين

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على الف دينار وعجز عن مائة دينار فرده في الرق وباسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين الفاً فأدى عشرة آلاف ثم إتاه فقال اني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين الفاً فقال له انا عاجز فقال له امح كتابتك فقالي امح انت

وروى سعيد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن عوضه فملك فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها وانما له ان يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما جاز له ذلك لوجهين (أحدهما) أن الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتقه بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بها ولا الاجبار عليها

(فصل) وان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه اقل الامرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو ابرأه الا أنه يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وان لم يخرج الاقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة فان أداه عتق جميعه وان عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر انه يعتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء ولان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى والا عاد الباقي قنا ، وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث وكذلك لو كان له مال غائب او دين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه واما الحاضر والغائب فانه ان كان أوصى له بالحاضر اخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصي له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهو كمسئلتنا ولم يكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فاما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أداء مال الكتابة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا ادعى المكاتب وفاء كتابته واتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعي رضي الله عنه لان النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين

(الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده فكان لازما لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً او كفل له او رهن عنده رهنا

(فصل) واذا حل النجم على المكاتب وماله حاضر عنده طولب به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد او قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وامهل بقدر ما يأتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة امهل وان كان المال غائبا اكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان له مال حاضر او غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا ازيده على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما اذا كان قادرا على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال قد عجزت فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين علك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وظاهر كلام

فان قيل : المقصد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل يثبت بشاهد ويمين في رواية. وان سلمنا انه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا انما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لايثبت إلا بشاهدين كما ان الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لايثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله مع يمينه لانه منكر . وان قال العبد لي شاهد غائب أنظر ثلاثاً فان جاء به وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وان جاء بشاهد فجرح فقال لي شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وان أقر بذلك في مرض موته قبل لانه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد . وان قال استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى وان شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لان هذا الاستثناء لامدخل له في الاقرار

قال احمد في رواية أبي طالب إذا قال له علي الف ان شاء الله كان مقراً بها . ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على

الخرقي وهذا مذهب الشافعي وقال ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية اخرى أنه إذا قدر على اداء المال كله أنه يصير حرا يملك مايؤدي وقد ذكرناها

(فصل) فان حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان غاب باذنه لم يكن له ان يفسخ لانه اذن في السفر المانع من الاداء لكن يرفع الامر الى الحاكم ليجعل للسيد فسخ الكتابة وان كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج الى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج الا معها لم يجز الفسخ وان اخره مع الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وان كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد فان لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن ان يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل او كذبه فان كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكاتب القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

صفة لايتغير عنها بالشرط وانما يدل الشرط فيه على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قال استوفيت آخر كتابتي وقال انما أردت اني استوفيت النجم الآخر دون ماقبله، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده

(فصل) إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برىء منه وكان على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم . أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة لانه ابرأه مما لا يجب له عليه إلا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي ابرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنيته وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم انهم لايعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته ان المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار او جماع في نهار رمضان او قتل او كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المعسر بدليل انه لاتلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله اخذ

﴿مسئلة﴾ (وليس للعبد فسخها بحال)

لانها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه وان كان له فيه حظ وعنه له ذلك لان العقد لحظه فملك فسخه كالمرتهن له فسخ الرهن دون الراهن وان اتفق هو والسيد على فسخها جاز لان الحق لهما فجاز باتفاقهما كفسخ البيع والاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز وبه قال ابو حنيفة لانها لا ترثه وانما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو ابرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً قلنا انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نصيبها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده ولا يعتق بموته فوجب ان ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لايجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كما عبد القن ، وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لانها اذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا يتجزأ فان كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها

الزكاة لحاجته . وكفارة العبد والمعسر الصيام . وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ويجوز له التبرع باذن سيده ولان المنع لحقه وقد اذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال اذا اذن فيه السيد لان عليه ضرراً فيه لما يفضي اليه من تفويت حريته كما ان التبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى اذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة سواء ملكه سيده او لم يملكه وسواء اذن فيه او لم يأذن لانه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح وان قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالطعام إذا اذن فيه وان اذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح ان هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا اذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿ مسألة ﴾ قال (وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعتقها)

وجملته أنه يصح مكاتبة الامة كما تصح مكاتبة العبد لا خلاف بين اهل العلم فيه وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرية بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التكسب والاداء فهي كالعبد وإذا أتت

باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو بعضها انفسخ نكاحه لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب على السيد ان يؤتيه ربع مال الكتابة ان شاء وضعه عنه وان شاء قبضه ثم دفعه اليه)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه

(الفصل الاول) انه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئا مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي واسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي الله عنه : ضعوا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً وتفارق الكتابة سائر العقود فان القصد بها رفق العبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فكذلك يجب ان يستحق العبد على السيد شيئاً فان قيل المراد بالايتاء إعطاؤه سهما من الصدقة والندب الى التصدق عليه وليس ذلك واجبا بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه؟ قلنا أما الأول فان علياً وابن عباس فسراه بما ذكرنا وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل

المكاتبة بولد من غير سيدها اما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها فان عتقت بالاداء أو الابراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقا

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها وقال أبو ثور وابن المنذر هو عبد قن لايتبع أمه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لايجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع . إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هو لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ولانه بمنزلة جزء منها ولو جني على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها واذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها . يحققه أنه اذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في ارش الجناية عليه كما لايثبت له ذلك فيها، وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما

الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقاً به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ باطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف» قال الترمذي هذا حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخرقي وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزي مايقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئا ولانه قد ثبت أن المكاتب لايعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب ان يعتق اذا ادى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وقد روي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أيضا أن يكون لامه لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها ولان اداءها لكتابتها سبب اعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف فيه بمنزلة صرفه اليه إذ في عجزها رقا وفوات كسبه عليه وأما نفقته فعلى أمه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها وأما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وان ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا قنا الا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين وأن اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وماحصل الاداء وانما حصل عتقها بامر لا يتبعها فيه فاشبه ما لو لم تكن مكاتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه الى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من مال الكتابة والحكم فيما إذا اعتقت باستيلاد

ولنا ماروي أبو بكر باسناده عن علي عن النبي ﷺ (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) قال «ربع المكاتبة» وروي موقوفا عن علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب واعانته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل مايقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) اذا ورد غير مقدر فيه فان السنة بينته وقدرته كالزكاة

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجزأ لان الآية تقتضيه، وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولانه ابلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبية وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله، وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالايتاء منه

ولنا انه لافرق في المعنى بين الايتاء منه والايتاء من غيره اذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء كالزكاة وغير المنصوص اذا كان في معناه الحق به ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل اللزوم لحصول الرفق به فان رضي المكاتب بها جاز

أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما اذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية مهنا لانه مملوك فصح عتقه كامه ولانه لو اعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضي وقد كان يجب ان لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه بتفويت كسبه عليها لانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تغليباً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لايصح لوجوه (أحدها) أن الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في اعتاقه لانه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي ان لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) ان النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها . (الثالث) أن مطلق الضرر لايكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ثم هو ملغي بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة

(الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه واذا آتى المال عتق فيجب ايتاؤه حينئذ قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه فان ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية

﴿ مسئلة ﴾ (فان أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه)

وهو قول ابي بكر لانه يجب رده اليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه لانه عجز عن اداء حق هو له لا حق للسيد فيه فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال « اذا أصاب المكاتب حداً وميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر ومابقي دية عبد » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروي عن عمر وعلي انه اذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي

(فصل) فأما ولد ولدها فان حكمه حكم أمه لان ولد المكاتب لايتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتسري الكتابة اليه لان السراية انما تكون مع الاتصال وهذا ولدمنفصل فلاتسري اليه بدليل أن ولد ام الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولان البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لان عليه إتباعها لانها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري الى ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامهـا في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من

وقال عبد الله بن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الخرقي انه لايعتق حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الاثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه ابو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولانه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى الى المقر وما أشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولان قول النبي ﷺ « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع مايؤدي وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال : كن أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجبن من

مكاتب قال لا يجوز . وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه وعتقه

وقال الزهري وابو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز اذا لم يرض ، وحكي ذلك عن ابي يوسف لأن بريرة انما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه .

ولنا ماروى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلي فقالت ياعائشة اني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فاعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها ارجعي إلى أهلك إن أحبوا ان أعطيهم ذلك جميعاً فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لايمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي انما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « مابال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ففي ذلك أبين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلا على عجزها وتأوله له الشافعي على

مابقي عليه دينار ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وإن وجب رد البعض اليه كما لو قال اذا أديت إلي فانت حر ولله علي رد ربعها اليك فانه لايعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)

مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالف فيصح في قول اكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه لا يصح لان العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وانما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لابي

انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة وليس في الخبر مايدل عليه بل قولها أعينيني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز انما يكون بمضي عامين عند من لايرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عندا لآخرين والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حريتها مستقر على وجه لايمكن فسخه بحال فأشبه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته اذا عجز فافترقا

قال ابن ابي موسى، وهل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما عليه؟ على روايتين، ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وان مولاته لايلزمها ان تحتجب منه بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لاحداكن مكاتب فملك مايؤدي فلتحتجب منه » فيدل على انها لاتحتجب قبل ذلك

وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة انه قال: قالت لي ام سلمة يانبهان هل عندك ماتؤدي؟ قلت نعم فاخرجت الحجاب بيني وبينها وروت هذا الحديث، قال فقلت لا والله ما عندى ماأؤدي ولا أنا بمؤد وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند العجز إلى كونه قناً ولو صار حراً ماعاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق

عبدالله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

ولنا ان هذا عوض فيتقسط على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفا وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو تلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الاقرار فانه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لايعتق واحدمنهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذ امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحدمنهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ولا يحصل العتق إلا باداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان اديتم عتقتم فايهم أدى بحصته عتق وان ادوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وان قال لهم ان اديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ ايهم شاء بالمال وايهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبيه بحصتها

ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم باداء حصته كما لو اشتروا عبيداً وكما لو لم يقل لهم ان اديتم عتقتم على أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق باداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالاداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق وقوله ان

بالكلية وليس بعقد وانما هو اسقاط الملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه في معنى بيعه ، وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ماكان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه

(مسئلة) قال (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب فاذا أدى صار حرا وولاؤه لمشتريه فان لم يبين البائع للمشتري انه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه سليما ومكاتبا)

وجملة ذلك ان الكتابة لاتنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ولا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه اذا كان ماضياً فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كاجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما لو كان عند البائع مبقى على مابقي عليه من كتابته ويؤدي الى المشتري كما كان يؤدي الى البائع فان عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده ، وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري

هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فان العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه مايخصه فافترقا اذا ثبت هذا فانه ان شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقين فسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه من مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال ان اديت الي الفا فانت حر ولان الضامن لايلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ولانه لايملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل ان الكتابة لاتفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك ان اعتق بعضهم وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لايعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

هو المعتق ولهذا قال النبي ﷺ لعائشة « ابتاعي واعتقي فانما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه واذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشتري الامة المزوجة او المعيبة فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً قنا فيقال كم قيمته مكاتباً وكم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فاذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ماقرر في البيع

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور ، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع مالم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس للمشتري

(فصل) فان أدى احد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده فان كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وان علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضيا مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو اذن فيه صريحاً وان كان الاداء بعد ان عتق صح سواء علم السيد او لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وان اداه محتسباً بالرجوع عليه باذن المؤدى عنه رجع عليه لانه قرض وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه اداؤه بغير اذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وان كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على اداء مال الكتابة كسائر الديون وان عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه)

وهذا إذا ادوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمنا وقال الآخر بل ادينا على السواء فبقيت لنا على الاكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان (أحدهما) القول قول من يدعي

مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان (أحدهما) يعتق لان البيع تضمن الاذن في القبض فأشبه قبض الوكيل (والثاني) لايعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه، ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالنائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لايعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبه مالو أخذه من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعه ماله بما أخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز اذا كان ماقبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز

(فصل) واذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعها في الكتابة فباعهما معاً صح لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

التسوية لان ايديهم على المال فيتساوون فيه (والثاني) قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لان الظاهر ان الانسان لا يؤدي الا ماعليه

(فصل) فان جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ «لايجني جان إلا على نفسه» ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ولان مالا يصح لايتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الاخر كالقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالمنفرد بعقده

(فصل) اذا شرط المكاتب في كتابته ان يوالي من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لانعلم في بطلان الشرط خلافاً لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضيات اراد أهلها ان يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال «أما بعد

(احدهما) أنه لايجوز التفريق بين الام وولدها في البيع الا بعد البلوغ في إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لامه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها ويحتمل أن يجوز ذلك اذا كان بالغاً لانه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم

(فصل) وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر قال أحمد الوصية به جائزة لانه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل اليه مقام مكاتبه في الاداء إليه وان عجز عاد اليه رقيقاً له قنا وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافي الوصية وان أدى وعتق في حياة الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي صحت الوصية اذا عجز في حياة الموصي وان عجز بعد موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لوقال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قال ان عجزت بعد موتي فهو لك فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين

(فصل) وان وصى بكتابته لرجل صحت الوصية لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه

فما بال اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق انما الولاء لمن اعتق » متفق عليه ولان الولاء لايصح نقله بدليل ان النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « انما الولاء لمن اعتق » ولانه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط ان يوالي من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي تفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع

ولنا حديث بريرة فان أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال «انما الولاء لمن أعتق» ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لايمكن تصحيح العقد الا به وربما افضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فان قيل المراد بقوله عليه السلام « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) قلنا لا يصح لثلاثة وجوه (أحدها) أنه مخالف وضع اللفظ والاستعمال

(والثاني) ان أهل بريرة أبو هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه؟

في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته وللموصى له ان يستوفي المال عند حلوله وله ان يبرئ منه فاذا استوفاه أوأبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيده لانه المنعم عليه وإن عجز المكاتب فاراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له انظاره فالقول قول الوارث لان حق الموصى له في المال ما دام العقد قائما وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرده في الرق وليس للموصى له ابطال حق الوارث من تعجيزه وان أراد الوارث انظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له لان الحق في التعجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وان وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لانها وصية بصفة فان عجل شيئا فهو للموصى له وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

(فصل) وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان فان أدى الى صاحب المال أوأبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لاتبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ولولم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولانه لووصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت الوصية بالمال وان كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئا فهو له وان اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز

(الثالث) ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه ولان في بعض الالفاظ « لايمنعنك هذا الشرط منها ، ابتاعي واعتقي » وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفا لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وانه لا ينقل الولاء عن المعتق

(فصل) فان شرط السيد على المكاتب ان يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في مواريثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبدالعزيز والنخعي واسحاق واجاز اياس بن معاوية ان يشرط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين باسناده أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلمامات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل مايغني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) فان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وقال مالك والزهري لايصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : أن تخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل

قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على مابيناه فيما تقدم وقياس هذه المسئلة انه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لان الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر

(فصل) واذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لانه لا شيء في ذمته، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب صح لان الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة ففي الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالاجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيراً من أول نجومه او من آخرها وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلهم ان يضعوا أي نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أي نجم شئتم وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة لان اللفظ يتناول واحداً منها غير معين وان قال ضعوا عنه أي نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذي يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له وإن قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لانه أكبرها قدراً، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه

العتق ولانه شرط نفعاً معلوما أشبه مالو شرط عوضاً معلوما ولانسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) إذا كاتبه على الفين في رأس كل شهر الف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لان السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك اذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة بعض عبده فاذا أدى عتق كله قاله ابو بكر)

لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالى ملكه أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته لان نصف كسبه يستحقه سيده بمافيه من الرق ونصفه يؤدى في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه)

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره وسواء أذن الشريك او لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرقي وأبي بكر وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعنبري وكره الثوري وحماد كتابته بغير إذن شريكه، وقال

فاذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فان كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وإن قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسة فالاوسط الثالث وإن كانت سبعة فالاوسط الرابع ، وان كان عددها مزدوجا وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مئتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المئتان فتعين الوصية فيه لانه أوسطها وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيما هو الى شهرين لانها أوسطها

وان اتفقت هذه المعاني الثلاثة في واحد تعينت الوصية فيه وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلهم وضع ماشاءوا منها وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما اراد الموصي منها فالقول قول الورثة مع ايمانهم انهم لايعلمون ماأراد الموصي ثم التعيين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة احدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما اذا وصى باوسط نجومه وان قال ضعوا عنه ماخف او قال مايثقل او مايكثر كان ذلك الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف

الثوري ان فعل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف مافي يده وقال ابوحنيفة يصح باذن الشريك ولا يصح بغير إذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أباحنيفة قال الاذن في ذلك اذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً ، وقال الشافعي في أحد قوليه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وان كان ملكا لم يصح سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في الكسب والسفر وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً فيستحق سيده نصفه ولانه اذا أدى عتق جميعه فيفضي الى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كبيعه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقين وقولهم إنه يقتضي المسافرة والكسب واخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه واخذه الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هايأه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وان لم يهايئه فكسب

الى جنب ماهو أخف منه كما قال أصحابنا فيما اذا وصى بمال عظيم او كثير او ثقيل او خفيف وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه وضع عنه النصف وادنى زيادة ، وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع وادنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها ، وان قال ضعوا عنه ماشاء فشاء وضع كل ماعليه وضع ماعليه لان وصيته تتناوله وان قال ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لان من للتبعيض فلا تتناول الجميع ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ماذكرناه

(مسألة) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أوذارحمه من المحرم عليه نكاحه لم يعتقوا حتى يؤدي وهم في ملكه فان عجز فهم عبيد لسيده)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يصح أن يشتري من ذوي ارحامه من يعتق عليه بغير اذن سيده وهذا قول الثوري واسحاق واصحاب الرأي

وقال الشافعي لايصح لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله مايجوز له التصرف فيه في مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فان أذن له سيده فيه فمنهم من قال يجوز قولا واحداً وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه ومنهم من قال فيه قولان

بجماته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيديه وقولهم انه يفضي الى ان يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على اداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على انا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولانه لايعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولايمتنع هذا كالو اعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق

﴿مسئلة﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله ان كان الذي كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه)

وجملة ذلك ان احد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الحر الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء اذن الشريك في كتابته او لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له هذا إذا كان الكسب لجميعه فان ادي الكتابة من جميع كسبه لم

ولنا انه اشترى مملوكا لاضرر في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم، وان عجز صاروا رقيقاً لسيده، ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالاجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولانه تحقق السبب وهو صدور التصرف من اهله في محله ولم يتحقق المانع لان ماذكروه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه

(الفصل الثاني) انهم لايعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلايقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولايجوز له بيعهم، لا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه. وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تعصيبية فأشبهوا الاجانب

ولنا أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لايملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كالوالديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده فاذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مماليكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لابحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لايملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا

يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان ادى اليهما جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائره ان كان الذي كاتبه موسراً وتلزمه قيمة نصيب شريكه لان عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره بالعتق او علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها فأما ان ملك شيئاً بجزئه المكاتب كمن هاياه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه ولو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكه منه شيئاً واذا أدى جميع كتابته عتق فان كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما اذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر والقاضي لا يسري الى النصف المكاتب)

لانه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز ابطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ، وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب

لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة او بادائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لايزول الا بالاداء او مايقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ، وقال ابو حنيفة في الولد خاصة ان جاء في بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ماتقدم

(فصل) وان وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله فلان يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم مالو اشتراه

(فصل) ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته والمكاتبة زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز

ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولاؤه كله له وأما الشافعي فلا يجوز كتابته الا باذن شريكه في أحد قوليه فان كاتبه باذن شريكه فأعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا أنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له اولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه فاذا نقل ولاءهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولاء لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء عمن لم يغرم له عوضاً فلان ينقله بالعوض اولى فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وهذا بعرض الثبوت (الثاني) أن النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (الثالث) أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان ادى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقا قنا إلا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا

للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاينفسخ لان المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له التسري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبه العبد القن

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وانما منع من التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك فاذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لانه أجنبي منه

(فصل) واذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاينفسخ النكاح لانها لاترثه وانما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نفسها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده لايعتق بموته فوجب أن ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لايجوز لها ابتداء نكاحه لاجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله او ترث نصيبها منه لانها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لايتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أوجزءا منه اوورثت شيئاً من العبد القن بطل نكاحها وان كانت لاترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها او ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم

عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا اليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد فان كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الخرقي والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كاتبا عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي اليهما إلا على التساوي)

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه او اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لانه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

﴿مسئله﴾ قال (واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فاجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالاخذ فقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرقي في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله وقد أجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه منها أن يكون مكاتباً وقوله بيعوني من نفسي بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني مابقي من كتابتي ولهذا ذكرهما في باب المكاتب (الثاني) أن يكون المال في يد العبد لاجنبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون رضي سادته ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع وما ذكره لا يلزم لان انتفاع أحدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي فاذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في الاول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحدا فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر ما دام مكاتبا فلا يفضي الى ما ذكروه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم اليه باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق او أبرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيده وقد صح هذا فيها فكان ههنا وهذا الوجه اظهرها ان شاء الله تعالى لانه لايحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل وإذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجه من ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض، وبهذا قال الخرقي فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر احدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد بأداء مايعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا باخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب ان يكون بينهم ولان مافي يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ماينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما

وقياس المذهب أن لاتقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن انفسهما مغرما ومن شهد شهادة جر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة

(فصل) ولا يجوز ان يختلفا في التنجيم ولا ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الآخير أكثر من الاخر في أحد الوجهين لانه لايجوز ان يؤدي اليهما إلا على السواء ولايجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى يفضي إلى ذلك (والثاني) يجوز لانه يمكن ان يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن افضاء العقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الافضاء إليه

(فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى احدهما أكثر من الآخر ولايقدم أحدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا لانهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص احدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع احدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض احدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر ان يأخذ منه حصته إذا لم يكن اذن في القبض فان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (احدهما) يصح لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو اذن المرتهن للراهن في التصرف فيه او اذن المشتري للبائع في قبض المبيع قبل أن يوفيه

غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفا على القبض وله مطالبته بنصيبه او مشاركة صاحبه فيما اخذ فان شاركهما أخذ منهما ثاني مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمني وأخذ مني مرتين وان اخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أولا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤاخذ باقراره فان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذا حلف الا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاه عتق فان انكر او لم تكن بينة فالقول قولهما مع ايمانهما وان اقر احدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر واما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلا فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما والقول قول سيده مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ماقبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر

ثمنه أو اذنا للمكاتب في التبرع ولانهما لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته والاول أصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم إنه ملك المكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المانع فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه اذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه ان كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه وهذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقيا على الكتابة فان ادى الى الاخر عتق عليهما وولاؤه لهما

قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز ان يكون قد قبض فلم يعلم به واذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى احدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا ان كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض احدهما منه يرجع الآخر عليه كمسئلتنا وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا يدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه

اذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع احدهما على الآخر بما اخذ منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد عن اداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم اني ماقبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً فقد استحق نصفه بغير إذني

وما يبقى في يده من كسبه فهو له وان عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي ادى اليه وكان ولاؤه كله له وتنفسخ الكتابة في نصفه، وان مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ مما خلفه مثلما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير اذنه وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً ، وان مات العبد قبل استيفاء الاخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينهما قال أحمد في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فأدى الى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) فان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فان فسخا جميعاً أو امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وأمضى الاخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قناً ونصفه مكاتبا وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين لان السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقا وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرئ وإذا قال انما دفعت الي حقي والى شريكي حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في انه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئا و له مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا أنكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وانما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (والثاني) أنه يدفع عن نفسه مغرما فان عجز العبد فللغير قابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ، ويحتمل ان لاتقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ماقبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم الي مثل ماسلم إليه فاذا كان أحدهما يدعي رق جميعه والآخر يدعي حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

ولنا أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الاخر كما لو انفرد بكتابته ولانهما عقدان مفردان فلم ينفسخ احدهما بفسخ الاخر كالبيع وما حصل من القبض لايمنع لانه إنما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان لا يبطله في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلايزال بفسخ عقد غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة (احدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه (الثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقوده من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى

(الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى الى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لايتعداه ، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

(فصل) واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيده سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (احداهما) هو لسيده وهو قول

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت إلى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه ، فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لانه وصل إلي كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لانه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه وانما يزعم ان شريكه ظلمه ولا يرجع علي غير ظالمه فان رجع على العبد فله ان يأخذ منه الخمسين لانه يزعم انه ماقبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها الى المنكر أو كذبه لانه وان دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فان عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً الا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم لانه يعترف انه حر وأن هذا ظالم باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فإن قيل فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف

أبي حنيفة وقول عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس (والرواية الثانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار ابو بكر والقاضي انه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لانه انما دفع اليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل

ووجه الرواية الاولى ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولانه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازي فإنه يأخذ لحاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه . فأما الغارم فان غرم لاصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا اليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسئلتنا لا يرده

(فصل) فأما ما أداه الى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما في يد المكاتب فان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لان ماله تلف في يده اشبه مالو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجده بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحا ثم فضل عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول

ماقبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال السيد كاتبتك على ألفين وقال العبد على ألف فالقول قول السيد مع يمينه) .

قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج ، وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق احمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكي عن أحمد رضي الله عنه رواية ثالثة ان القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا انه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كالو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين

مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده واخذه حكم سيده في ذلك عند عجزه لانه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها. فان كان قد استدان ماأداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه مايحتاج اليه في ادائها

(فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه، فان قلنا لايصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن كان بعد حلوله ومعه مايؤديه لم يقبل قوله لانه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق واذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له إن لم تكن كتابته فسخت لان العجز لاتنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض اصحابنا أن كتابته تبطل ويكون مافي يده لورثة سيده

(فصل) اذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة

(أحدهما) أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه

(والثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه العبد وكسبه. فاذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع اليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الأن يرضي بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لايمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ماأدى اليه ، فان كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله :

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وانكر السيد فالقول قول

المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدي منها وانما اعتبرنا الاقل لان قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما اتلف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فان للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه او يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه .

وإن كان كل واحد منهما لايخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فانا نضم الاقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقي ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ويحتمل انه اذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيفي ثلثه بخمسين فأداها أن نقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد مايعتق منه لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربعه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فان كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتا في ثلثيه ونصف تسعه

السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

(فصل) وان كاتب عبدين واستوفى من احدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه فان ادعى الآخر عليه انه أدى فعليه اليمين انه ماأدى اليه فان نكل عتق الآخر فان مات السيد قبل القرعة اقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم انه المؤدي فعليهم اليمين انهم لايعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدين بينة انه ادى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد او بعد موته فان كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر وان كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وانما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لايصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق يتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ماذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه سواء كان السيد أو ورثته الا انه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وان كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم الا ان يدعي الاداء اليهم فتكون ايمانهم على البت أيضاً وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم يدعي عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ماعتق منه . فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا الكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لايعتق إلا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

(فصل) فان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو أبرأه إلا انه لايحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وإن لم يخرج الاقل منهما من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ماعتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة فاذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء لان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى وإلا عاد الباقي قناً وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه اذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ماعتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فانه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه آخر غير سيده فقال سيده قد أدى الي وعتق فانجر ولاء ولده إلي فأنكر ذلك مولي أمهم وكان المكاتب حياً فقد صار حراً بهذا القول فانه اقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده اليه وان كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لان الاصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

(مسألة) قال (واذا أعتق الامة أوكاتبها وشرط مافي بطنها أو أعتق مافي بطنها دونها له شرطه)

روي نحو هذا القول عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر، وقال ابن سيرين له ماستثنى، وقال عطاء والشعبي اذا استثنى مافي بطنها فله استثناؤه

وقال مالك والشافعي لايصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن الثنياء الا أن تعلم، ولأنه لايصح استثناؤه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها

ولنا قول ابن عمر وابي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة قال احمد أذهب الى حديث ابن عمر في العتق ولا اذهب اليه في البيع

وقد روى الاثرم باسناده عن ابن عمر انه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها ولان النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط مافي بطن معتقته فكان له بمقتضى الخبر ولانه يصح اقراره

للموصي له ثلث الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهي كمسئلتنا ولم تكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف مانحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أدائه

(فصل) قال الخرقي واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثمانمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فأجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء، اعترض على الخرقي في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين مافي يده مع انه قد ذكر في باب العتق: اذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله. فأجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه: منها ان يكون مكاتباً وقوله بيعوني نفسي بهذه أي اعجل لكم الثلاثمائة وتضمون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون العبد لأجنبي قل له اشتر نفسك بها من غير ان يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتي سنة فإن منافعه مملوكة لسيده وقد صح

بالعتق فصح استثناؤه واما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ويفارق البيع فانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض ام لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح افراده بالبيع ولان استثناء في البيع اذا بطل بطل البيع كله وهنا اذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيهما؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فاذا عتق بعضها سرى الى المستثنى والولد حيوان منفرد لو اعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمه وفيما اذا وطىء بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الاعضاء، ولان الولد يرث ويورث ويوصى به وله واذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما ان أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافا فيه

قال اسحاق بن منصور سئل سفيان عن رجل قال ما في بطنك حر قال هو حر والام مملوكة لان ولدها منها وليست هي من ولدها قال احمد واسحاق جيد

وقال مهنا سألت احمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاها

هذا فيها فكذا ههنا قال شيخنا وهذا الوجه أظهر ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجه عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقاً مشروطاً به ولهذا قال الخرقي وقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم اخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لأنهما شهدا للعبد باداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ويرجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم ولان ما في يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب ان يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس المذهب ان لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن أنفسهما ضرراً ومغرما ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على

مافي بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لاتعتق فاعدت عليه اقول مرة أخرى فقال لايكون شيء انما اراد مافي بطنها فلم يكن شيء . قال المروذي وسئل ابوعبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال جائز

﴿مسئلة﴾ قال (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجملته انه اذا كاتبه على ألف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى اضع عنك الباقي او حتى ابرئك من الباقي او قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وابو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي

وقال الشافعي لايجوز لان هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو ان يزيد في الدين لأجل الاجل وهذا أيضاً هبة ولان هذا لايجوز بين الاجانب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالاجانب

ولنا ان مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل انه لايجبر على ادائه وله ان يمتنع من ادائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه

القبض وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبيه بما أخذ فان شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمني واخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة او لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤاخذ باقراره وان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق . إذا حلف الا ان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجران الى نفسهما بهذه الشهادة نفعا

(فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاه عتق وان أنكراه ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كانا عدلا فيحلف العبد مع شهادتها ويصير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما والقول قول السيد مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه

يسقط عنه بعض ماعليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط ماأوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بماذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن . وقولهم ان الربا يجري بينهما فنمنعه على ماذكر ابن ابي موسى وان سلمناه فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وعذا يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين وربا الجاهلية يفضي الى نفاد مال المدين وتحمله من الدين مايعجز عن وفائه فيحبس من أجله ويؤسر به وهذا يفضي الى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على ألف في نجمين الى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحل عليه نجم فيقول أخرني به الى كذا وأزيدك كذا فيحتمل انه لايجوز لان الدين المؤجل الى وقت لايتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما ان الاجل لايتأخر كذلك لايتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى؟ قلنا انما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلا فانه إذا دفع اليه الدين

فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم رجع ههنا؟ قلنا إن كان الدين ثابتا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه رجع به الآخر عليه كمسئلتنا وعلى ان هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته حسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه . إذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين إستقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد باداء ما رجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقا ويرجع على الشريك بنصف ماأخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالما باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم أنه ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً استحق نصفه بغير اذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين والسراية انما تكون فيما اذا أعتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى احدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي فأنكر

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ اكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة إنك متى أديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي ان يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلاها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لايصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فان له الرجوع وكذلك في المسئلة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابه وتسقط عني منه كذا؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لايتأخر عن أجله ولايتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) فان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز الا أنه لايجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين، وان صالحه عن الدراهم بدنانير او عن الحنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس، وقال القاضي يحتمل أن لاتصح هذه المصالحة مطلقاً لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم وقال ابن أبي موسى لايجري

المدعى عليه حلف وبرىء فان قال انما دفعت الي حقي والى شريكي حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو اقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا انكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (الثاني) أنه يدفع عن نفسه مغرما فان عجز العبد فالغير القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يعتق حتى يسلم إلي مثل ما سلم اليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزأه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت الى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه ان يحلفه فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها

الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده والاولى ماذكرناه ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة فمفارقته لدين السلم أعظم والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حرا ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لاحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير اذن شريكه ويبقى سائره غير مكاتب فاذا فعل هذا فاعتق الذي لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون المرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على مابقي من كتابته لان الرجوع عليه بقيمة ما أتلف وإنما أتلف مكاتباً وان كان المعتق معسراً لم يسر العتق على مامضى في باب العتق ، وقال ابوبكر والقاضي لايسري العتق في الحال لكن ينظر فان أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سري العتق وقوم عليه حينئذ لان سراية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سري عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فاذا كاتبه باذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركا له في عبد وكان له مايبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة

ويعتق المكاتب لانه وصل الى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لانه يعترف له باداء ما عليه وبراءته منه وانما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وان رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لانه يزعم أنه ما قبض شيئا من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بهاسواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه لانه وان دفعها فقد دفعها دفعا غير مبر فكان مفرطا ويعتق العبد بأدائها فان عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضا عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين الى شريكه فلا يقوم لانه يعترف أنه حر وان هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وان أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها الى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق

عدل وهذا داخل في عمومه ولانه عتق لجزء، من العبد من موسر غير محجور عليه فسري إلى باقيه كما لو كان قنا ولان مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً فانه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا اذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت المستقر الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه فاذا نقل ولاءهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولاء لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضا فلان ينقله بالعوض أولى، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه (أحدها) ان الولاء ثم ثابت وههنا بعرض الثبوت (والثاني) ان النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (والثالث) أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وان كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا الا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه، ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة والله أعلم

(فصل) ونقل عن احمد رضي الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على الف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ثم ان أحدهما أعتق نصيبه قال ان كان للمعتق مال أدى الى شريكه نصف قيمة العبد لايحاسبه بها أحد لانه عبد ما بقي عليه درهم ولانه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق او يموت فيكون عنده مال فهو

نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه، وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع بها لكان قابضا جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك الا ان يتعذر قبضها في نجومها فتنفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان اختلف في الكتابة فالقول قول من ينكرها) لان الاصل معه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في احدى الروايتين)

اذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد كاتبتك على الفين وقال المكاتب على الف فعنه ثلاث روايات (أحدها) القول قول السيد ذكره الخرقي قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد

بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق الا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق فالرواية الاولى توافق قول الخرقي فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته الا مائة منها وهي عشرها، وأما رواية حنبل فيحتمل أن تكون على ماقال ابوبكر والقاضي في أنه لايسري العتق الي الجزء المكاتب لغيره وقد نصرنا الرواية الاولى بما ذكرناه والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته ان المكاتب اذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده سواء كان من كسبه اومن صدقة تطوع او وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (إحداهما) هو لسيده وهو قول ابي حنيفة، وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وان أمسكه فلا بأس

(الرواية الثانية) يؤخذ مابقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار ابوبكر والقاضي انه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لانه انما دفع اليه ليصرف في العتق فاذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل

ولنا ان ابن عمر رد مكاتبا في الرق فأمسك ما أخذه منه ولانه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين وأما الغازي فانه يأخذ لحاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه وأما الغارم فان غرم لا صلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا وان غرم لمصلحة نفسه فهو كمسئلتنا لايرده

(فصل) وأما ما أداه الى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما

في رواية الكوسج وهو قول الثوري والاوزاعي واسحاق وقال ابو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكي عن احمد رواية ثالثة ان القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للالف الزائد والقول قول المنكر لانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ووجه الاولى أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين (احدهما) ان الاصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والاصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه (الثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته

في يد المكاتب لان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وماتلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أوأدى لان ماله تلف في يده فاشبه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة وان اشترى به عرضاً وعجز والعوض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فاشبه ما لوأعطى الغازي من الصدقة مااشترى به فرساوسلاحا ثم فضل ذلك عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ مافي يده قبل حصول مقصود الكتابة وان أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده أو اخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه لان ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في أدائها .

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الاول وبطل شراء الآخر)

لاخلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فاذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد اولسيدين فاذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكه وليس للمملوك أن يملك مالكه لانه يفضي الى تناقض الاحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي

وانما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه للعبد وكسبه. اذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بالفين كمالو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل ان يدفع اليه الفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان احدهما عن الكتابة والاخر وديعة ويقول السيد بل هي جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا ان يرضى بقول صاحبه وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لايمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه فان كانا من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في وفاء مالها فقال العبد اديت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه) لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

عليك مال الكتابة تؤديه الي فان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الى أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فهمنا أولى ولانه لوصح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعا فاذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فان أدى عتق وولاؤه موقوف فان أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بادائه اليه فان عجز فولاؤه لسيده لان العبد لايثبت له ولاء ولان السيد يأخذ ماله فلذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر ان الولاء لسيده لان المكاتب عبد لايثبت له الولاء فيثبت لسيده وكذلك فيما إذا اعتق باذن سيده أو كاتب عبده فادى كتابته وهذا نظيره، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن السيد فيحصل الانعام منه باذنه فيه وههنا لايفتقر الى اذنه فلانعمة له عليه فلايكون له عليه ولاء مالم يعجزه سيده والله أعلم

(فصل) وان لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فاشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحا صحيحاً لواحد منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ.

(فصل) وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد مثل ان يكاتب ثلاثة اعبد له بالف صح في قول أكثر اهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه، وقال بعض أصحابه فيه قول آخر لا يصح لان العقد

(فصل) اذا كاتب عبدين واستوفى من احدهما ولم يدر أيهما استوفى فقياس المذهب ان يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه وان ادعى الآخر عليه أنه ادى فعليه اليمين أنه ما أدى فان نكل عتق الآخر وان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدين بينة أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة سيده او بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ويتخرج على قول ابي بكر وابن حامد ان يعتقا على ما نذكر في الطلاق، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعي الآخر انه أدي فله اليمين على المدعي عليه من

مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فان كل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ،هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لأبي عبد الله قول آخر ان العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو اقر لهم بشيء

ولنا أن هذا عوض فتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصا وسيفا وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو اتلف احدهم ورد الآخر ويخالف الاقرار فانه ليس بعوض . إذا ثبت هذا فايهم أدى حصته عتق

وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لايعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكي ذلك عن ابي بكر وهو قول مالك وحكى عنه انه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لايصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ولا يحصل العتق الا باداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً ، وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان أديتم عتقتم فايهم أدى حصته عتق وان أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وان قال لهم ان أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون

السيد والورثة إلا ان السيد يحلف على البت ، وأما الورثة فان ادعى أنه دفع الى موروثهم حلفوا على نفي العلم وإن ادعى أنه دفع اليهم حلفوا على البت وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى الي وعتق فانجر ولاء ولده الي فأنكر ذلك مولى امهم وكان المكاتب حياً صار حراً بهذا القول لانه اقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده اليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لان الاصل بقاء الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

﴿مسئلة﴾ (وإن اقام العبد شاهداً وحلف معه أو شاهد وامرأتين ثبت الاداء وعتق وهذا قول الشافعي)

لان النزاع بينهما في اداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والمرأتان **فان قيل القصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا بل يثبت بشاهد**

بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال وايهم اداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما

ولنا انه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم باداء حصته كما لو اشتروا عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق باداء العوض لا بهذا القول بدليل انه يعتق بالاداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم ان هذا العقد كتابة واحدة فان العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ماقدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه مايخصه فافترقا . اذا ثبت هذا فانه إن شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر ولان الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ولانه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح لان الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) اذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لانه يضر

ويمين في رواية ، وان سلمنا ان الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا باداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت الا بشاهدين كما ان الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فان قال لي شاهد غائب انظر ثلاثا فان جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وان جرح شاهده فقال لي شاهد آخر أنظر ثلاثا لما ذكرناه

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح اقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لانه اقرار لغير وارث فيقبل وإن قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال استوفيتها كلها إن شاء الله أو ان شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لان هذا الاستثناء لا

بالباقين وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهـذا مبني على انه لايعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

(فصل) فان أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ماعليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحا وإن كان الاداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فان كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وإن أداه محتسباً بالرجوع عليه وكان الاداء باذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه وإن كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهـذا فارق سائر الديون وإن كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون واذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيـه روايتين (احداهما) يصح ضمانه لانه عوض في معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع

ولنا ماذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لانه لازم وهذا غير لازم

(فصل) واذا أدوا ماعليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ماعليه فلا فضل لاحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء فلي الفضل عليك أو يكون وديعة لي عند سيدنا فالقول قول الاول لان الظاهر ان من عليه دين لايؤدي اكثر منه فرجحت دعواه بذلك فان كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعي التساوي

مدخل له في الاقرار قال احمد في رواية أبي طالب اذا قال له الف إن شاء الله كان مقراً بها ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وانما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وانا اشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار وان قال استوفيت آخر كتابتي وقال انما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالابراء)

إذا كاتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخمر والخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على ان الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها اختاره أبو بكر فانه

لانهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستووا فيه كما لو كان في ايديهم مال فاختلفوا فيه

(فصل) وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ «لا يجني جان إلا على نفسه» ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا لان مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده

«مسألة» قال (واذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لا نعلم في بطلانه خلافا وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشتريها واعتقيها فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وفي الحديث الآخر أن النبي ﷺ قال «اشتريها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه ولان الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال «إنما الولاء لمن أعتق» ولانه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقل وسواء شرط أن يوالي من شاء اوشرطه لبائعه او

روي عن احمد أنه قال: إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء الا في المحرمة واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الاداء شرطاً للعتق فقال إذا اديت لي فأنت حر فأدى فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما ان شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج ان يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فاما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضا محرما فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

(أحدها) أنه يعتق ما كوتب عليه سوا صرح بالصفة بان يقول اذا اديت الي فانت حر اولم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة

(الثاني) إذا اعتقه بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو

لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه احمد رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع

ولنا حديث بريرة فان أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « انما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فان قيل المراد بقول النبي ﷺ « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أي فعليها قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال (والثاني) ان أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ؟ (والثالث) ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه (والرابع) أن في بعض الالفاظ « لا يمنعنك هذا الشرط منها ابتاعي واعتقي » وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وانه لا ينقل الولاء عن المعتق

(فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في مواريثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق وأجاز اياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله عزوجل وكل

ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر اقلهما ان كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسد فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد

ولنا أنه عقد كتابة حصل العتق فيه بالاداء فلم يجب التراجع كما لو كان العقد صحيحاً ولان ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وان كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسئلتنا (الثالث) ان المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء اشبه الكتابة الصحيحة

(الرابع) أنه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فادى أحدهم حصته عتق على قول من قال إنه يعتق

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي ﷺ قل سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب تخاصم ورثته الى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل مايغني عني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري لا يصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه

ولنا انه روي عن عمر رضي الله عنه انه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم: إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل العتق ولانه شرط نفعاً معلوما أشبه مالو شرط عوضاً معلوما ولا نسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط ان يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند ادائه لان السيد لو أعتقه بغير اداء شيء صح فكذلك اذا أعتقه عند اداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه الى سيده فاحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابته وان لم يحب أخذه فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه لمن يؤدي اليه)

بالكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى الي كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قال لا يعتق في الصحيحة الا ان يؤدي جميعهم فههنا أولى

(فصل) وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله اذا اديت الي الفاً فانت حر (الثاني) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة الا بان يسلم له العوض المسمى فاذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازما له

وجملته أن الكفار اذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان أخذ في الغنائم فلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وكان على كتابته كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين او اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فان سيده أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما اذا كان غنيمة رواية أخرى انه اذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيده إن أخذه فهو مبقى على مابقي من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على مابقي من كتابته فيعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيده

وقال ابو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لايثبت عليه ملك الكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق ابو حنيفة الشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لايجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ماأدركه صاحبه مقسوما لايستحق صاحبه أخذه بغير شيء، وكذلك مااشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار؟ على وجهين (أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده فعلى هذا يبني على مامضى من المدة قبل الاسر وتبقى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولانه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق مااذا حبسه سيده بما سنذكره ان شاء الله تعالى فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت

(الثالث) أنه لا يلزم السيد ان يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فاشبه مالو قال اذا اديت الي الفاً فانت حر

﴿مسئلة﴾ (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه)

اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها به وهو قول الشافعي لانه عقد جائز من الطرفين لايئول الى اللزوم فبطل بالموت كالوكالة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقال أبو بكر لاتبطل بالموت ويعتق بالاداء الى الوارث وهو قول أبي حنيفة لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء الى الوارث كالكتابة الصحيحة في باب العتق بالاداء فكذلك في هذا واختلف في انفساخها بجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته قال شيخنا والاولى أنها لاتبطل ههنا الا بالصفة المجردة لابذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى الى سيده

مطالبته وإن حل مايجوز تعجيزه بترك ادائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال في وقته فأشبه مالو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره واداؤه في مدة قريبة لكان لسيده الفسخ فالمال ههنا اما معدوم وإما غائب يتعذر اداؤه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ

(الثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أله مال ام لا ؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان أدى وإلا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خاص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت انه كان يمكنه اداؤه لانه اذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه

(والثاني) يحتسب عليه بمدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من اداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا .

(الوجه الثالث) انه يلزم سيده أرفق الامرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها لانه قد وجد سببهما فكان للمكاتب أنفعهما

(فصل) واذا أوصى بان يكاتب عبده صحت الوصية لان الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي فاذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لانه تبرع من جهته فانه بيع ماله بماله فان خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ذكره القاضي لانه نماء ماله وفائدته ولان الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ثم ينظر فان عين مال الكتابة كاتبوه عليه سواء كان اقل من قيمته أو مثلها او أكثر فان لم يعينه كاتبوه على ماجرى العرف بكتابة مثله به والعرف أن يكاتب العبد

بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

(فصل) ويملك السيد أخذ ما في يده وان فضل من الاداء فضل فهو لسيده هذا قول أبي الخطاب لان كسب العبد لسيده بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي

بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربعه اليه ويعتبر في ذلك رضى العبد لان الكتابة لاتلزمه ولا يجوز اجباره عليها بخلاف مالو وصى بعتقه فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه فان رد الوصية بطلت فان عادفطلبها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال وإن لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابته كما لو وصى بعتقه فان عجز فللوارث رده في الرق وإن لم يخرج من الثلث فانه يكاتب منه ماخرج من الثلث وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لاتخرج من الثلث تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق لأن الكتابة مقصودها العتق وتفضي اليه ويحتمل أن لاتقدم بحال لان العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة وافضاؤها الى العتق لايوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بابنه فانه لايقدم مع ان القصد بوصيته العتق ويفضي اليه

(فصل) فان قال كاتبوا أحد رقيقي فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم في أحد الوجهين وفي الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة وإن قال أحد عبيدي فكذلك إلا انه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل لانه لايعلم كون الخنثى عبداً او أمة ، وإن قال أحد امائي فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد عبيدي وإن كان أنثى فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد امائي لان هذا عيب فيه والعيب لايمنع الكتابة والله أعلم

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول او عوض حال او محرم كالخمر والخنزير فاما إن شرط في الكتابة شرطا فاسداً فالمنصوص انه لايفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهذا مذهب الشافعي

وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله مايدل على ان الكتابة على العوض المحرم باطلة لايعتق بالاداء فيها وهو اختيار ابي بكر فانه قد روى عن احمد رضي الله عنه انه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ماكوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء إلا في المحرمة

واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ماذا جعل السيد الاداء شرطا للعتق فقال اذا أديت إلي فأنت حر فأدى اليه فانه يعتق بالصفة المجردة لابالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لابحكم الكتابة وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام (أحدها) انه يعتق باداء ماكوتب عليه سواء

لا تثبت له في كسبه فكذا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فانها اثبتت الكتابة في العوض فاثبتته في المعوض وقال القاضي مافي يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له وهو مذهب

صرح بالصفة فقال ان أديت إلي فأنت حر او لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة

(الثاني) انه اذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره ابو بكر وهو ظاهر كلام احمد رضي الله عنه،وقال الشافعي رضي الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد

ولنا انه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ولان ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفي مسئلتنا بخلافه (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء فملك ذلك كما في الكتابة الصحيحة (الرابع) انه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال لا يعتق في الصحيحة إلا ان يؤدي الجميع فههنا أولى وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثم صفة او لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فاذا لم يسلم كان له ابطالها بخلاف الكتابة الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازما له

(الثاني) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أديت إلي ألفاً فأنت حر

الشافعي لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والاول اصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين)

(الثالث) انه لايلزم السيد أن يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبه مالو قال اذا أديت إلي ألفاً فأنت حر واختلف في أحكام أربعة (أحدها) في بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه عقد جائز من الطرفين لايؤول الى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة وقال ابو بكر لاتبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي ان اولد يتبعه فكذلك في هذا

(والثاني) في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته والاولى انها لاتبطل ههنا لان الصفة المجردة لاتبطل بذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى الى سيده بعد ذلك عتق وعلى قول من ابطلها لايعتق

(الثالث) نما في يد المكاتب وما يكسبه ومايفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة وقال ابو الخطاب ذلك لسيده في الموضعين لان كسب العبد لسيده بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لاتثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا وفارقت الكتابة الصحيحة فانها تثبت الملك في العوض فأثبته في المعوض (الرابع) هل يتبع المكاتبة ولدها؟ قال ابو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) يتبعها لانها كتابة يعتق فيها بالاداء فيعتق بها ولدها كالكتابة الصحيحة (والثاني) لايتبعها وهو أقيس وأصح لماذكرنا في الذي قبله ، ولان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص او معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل والله أعلم

(أحدها) يتبعها لانها كتابة تعتق فيها بالاداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (والثاني) لايتبعها وهو اقيس وأصح لان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول الا بنص أو معنى نص وماوجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (وقال أبو بكر لاتنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه) وقد ذكرناه

كتاب عتق أمهات الاولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية امولد النبي ﷺ وهي ام ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قل فيها « اعتقها ولدها وكانت هاجر أم اسماعيل عليه السلام سرية ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن باربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله من أمهات أولاد . وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الاولاد فرغب الناس فيهن ، وروي عن سالم بن عبدالله قال كان لابن رواحة جارية و كان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت: أفعلها؟ قال : ما فعلت قالت فقرأ اذاً فقال

شهدت بأن وعد الله حق ... وان النار مثوى الكافرينا
وان العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ... ملائكة الآله مسومينا

(باب أحكام أمهات الاولاد)

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في اباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قال فيها النبي ﷺ « اعتقها ولدها » وكانت هاجر سرية ابراهيم عليه الصلاة والسلام ام اسماعيل عليه السلام وكان لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه أمهات اولاد أوصى لكل واحدة منهن باربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله من أمهات أولاد ويروى ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاود حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبدالله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت افعلتها؟ قل ما فعلت قالت فاقرا إذا فقال

شهدت بان وعدالله حق ... وان النار مثوى الظالمينا
وان العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
ويحمله ملائكة شداد ... ملائكة الآله مسومينا

قالت اما اذ قرأت فاذهب اذا فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأ كرره عليه فيضحك .

(فصل) فاذا وطيء الرجل أمته فاتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وان أتت بولد تام لاقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لان أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ماروى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتي بها الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك ان الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون في البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً فذلك تمام ماقال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر ، وروي عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : حصنوا هذه الولائد فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها الا ألزمته اياه رواه سعيد وعن ابن عمر قال : قال عمر أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده رواه سعيد أيضاً ولان أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة ولقوله ﷺ « الولد للفراش » فان نفاه سيدها لم ينتف عنه الا أن يدعي أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين وقد روي عن الحسن قال اذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده اذا كان من أمته متى شاء

قالت أما إذا اقرأت فاذهب فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت ؟ » فأ كرره عليه فيضحك

﴿ مسئلة ﴾ (اذا حملت الامة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الانسان صارت له بذلك ام ولد فاذا مات عتقت وان لم يملك غيرها)

ذ كر ههنا لمصير الامة ام ولد شرطين (أحدها) ان تحمل به في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفاس والاحرام والظهار فاما ان علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك ام ولد سواء علقت منه بمملوك مثل ان يطأها في ملك غيره بنكاح او زنا او علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة او غر من امة فتزوجها على انها حرة فاستولدها او اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فان الولد حر ولاتصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال فان ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى

(الشرط الثاني) ان تضع مايتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس أو يد أو رجل او تخطيط سواء وضعته حياً اوميتاً وسواء أسقطته او كان تاماً قال عمر رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وان كان سقطا وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال اعتقها ولدها وان كان سقطا وقال الاثرم قلت لابي عبدالله ام الولد اذا اسقطت لا تعتق فقال اذا تبين فيه يد أو

ولنا قول عمرو انه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولده من زوجته فان أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لا نعلم فيه خلافا ، قال ابراهيم اذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه فان انتفى منه ضرب الحد والحق به الولد . وقال شريح الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه وكذلك ان هنىء به فسكت او أمن على الدعاء لانه دليل على الرضا به فقام مقام الاقرار به ، وان كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك لما روى ابو سعيد أنه قال يارسول الله إنا نصيب النساء ونحب الاثمان أفنعزل عنهن ؟ فقال « ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال « ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها » قال فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت فقال «قد أخبرتك انه سيأتيها ماقدر لها » رواه أبو داود . وعن أبي سعيد انه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، وعن ابن عمر ان عمر قال مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتيني وليدة يعترف سيدها انه أتاها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولانها بالوطء صارت فراشا وقد قال النبي ﷺ « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ولانه قد يسبق من الماء مالا يحس به فيخلق منه الولد . وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت مايدل على ان الولد

رجل او شيء اوخلقة فقد عتقت هذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا نكس في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عدة الحرة وعتقت به الامة قال شيخنا ولا اعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد، فاما ان القت نطفة او علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لانه ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان ابا عبدالله قيل له ما تقول في الامة اذا ألقت مضغة اوعلقة؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي وذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شرطا ثالثا وهو ان تحمل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك فوطىء أمته فاستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء اذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن

(الثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ولا يثبت للامة أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وكذلك ولده منها فاولى ان لاتتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها ؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

لايلحق به مع العزل فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فان آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود فقال ممن هو؟ فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال انما كنت استطبت نفسك ولا أريدك، وفي رواية قال ممن حملت؟ قالت منك. فقال كذبت وماوصل اليك مني مايكون منه الحمل وما أطؤك إلا اني استطبت نفسك. وقال الثوري وابو حنيفة لاتصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك. ولنا ماذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وان اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روي عن أحمد رضي الله عنه انه يلحقه ولدها وتصير فراشا بهذا وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي رضي الله عنه ولانه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج. والصحيح في هذا ان شاء الله تعالى انها لاتصير بهذا فراشا لانه ليس بمنصوص عليه ولاهو في معنى المنصوص ولا يثبت الحكم إلا بدليل ولا ينتقل عن الاصل إلا بناقل عنه. اذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته اذا حملت به في ملكه فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد

﴿ مسئلة ﴾ (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وان لم يملك سواها)

وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لانه حاصل بالالتذاذ وشهوته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا انا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنيان ابن الزبير فقال ابن عمر اتعرفان أبا حفص؟ فانه قضى في أمهات الاولاد ان لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فاذا مات فهي حرة وقال ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل كان يقر بانه كان يطأ جاريته بموت الا اعتقتها وان كان سقطا وروى ابن ماجة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه »

(فصل) وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فاذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها الى ورثته كسائر

﴿مسئلة﴾ قال (وأحكام أمهات الاولاد أحكام الاماء في جميع أمورهن الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدبرة ولانها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدبرة وانما منع بيعها لانها استحقت أن تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها. اذا ثبت هذا فانها تخالف الأمة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك. قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت

ماله وكما في يد المدبرة بخلاف المكاتبة فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد: ان اسلمت وأحصنت وعفت اعتقت وان كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر ان بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي ان يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين)

أما اذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن وان لم يشهدن

رأيت أن أرقهن . قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده ، وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي الى أي شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يعجبني بيعهن، قال ابو الخطاب فظاهر هذا انه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد رضي الله عنه والصحيح إن هـذا ليس رواية مخالفة لقوله انهن لايبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا ولمن اجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا رواه أبو داود وما كان جائزاً في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لان النص انما ينسخ بنص مثله وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به فان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على انه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينـه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابيه في نكاح او غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليـه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها

بذلك لـكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان (إحداهما) لا تصير به الامة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر مانقله الاثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبي وسائر من اشترط ان يتبين فيه شيء من خلق الآدمي

(والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين وخرج أبو عبدالله ابن حامد رواية ثالثة وهي ان الامة تصير ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن أحمد إذا وضعت شيئاً فمسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه فيحتاط في العدة باخرى ويحتاط بعتق الامة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة تحصيل للحرية فاحتيط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعيين بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب على ما يفضي اليها

﴿ مسئلة ﴾ (وان اصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملـكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد له وعنه تصير)

تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال مات رجل منا وترك ام ولد فأراد الوليد بن عقبة ان يبيعها في دينه فأتيا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها في نصيب اولادها

ولنا ماروى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « اعتقها ولدها » رواهما ابن ماجه

وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها مابدا له فان مات فهي حرة وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كرم الله وجهه كان رأيي ورأي عمر ان لاتباع أمهات الاولاد ، وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب الينا من رأيه وحده

وروى عكرمة عن ابن عباس عن : قال عمر رضي الله عنه : مامن رجل كان يقر بانه يطأ جاريته ثم يموت إلا اعتقها ولدها اذا ولدت وإن كان سقطا ، فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم؟ قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبيدة قال بعث إلي علي كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض

وسواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبه قال الشافعي لانها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها لان الاصل بقاء الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لانها أم ولده وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه قال شيخنا ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لا اقول فيها شيئاً وصرح في رواية سواد بجواز بيعها فقال لا أرى بأساً ان يبيعها انما الحسن وحده قال إنها أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون انها لاتصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، كان عبيدة السلماني يقول ببيعها وشريح وابراهيم والشعبي اما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير ام ولد وهو مذهب مالك لانها ولدت منه في ملكه فاشبه مالو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية اسحاق بن منصور أنها لاتكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت أبي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لاتكون ام ولد له قلت فان اشتراها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطؤها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او بواسطة صارت له بذلك ام

الاختلاف وابن عباس قال ولد ام الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي ﷺ وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لاتجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره ؟ فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لاتجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام؟ قلنا الاجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فاما قول جابر بعنا أمهات الاولاد في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بانه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا؟ ولانه لو كان ذلك واقعاً بعلمهما لاحتج به علي حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ماحملناه عليه فلا يكون فيه اذاً حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الاولاد في النكاح لافي الملك

(فصل) ومن أجاز بيع ام الولد فعلى قوله ان لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث الا ولدها

ولد لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر بذلك ام ولد وان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك ام ولد لان عمر قال ابعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلق بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان لحرية البعض اثرا في تحرير الجميع بدليل ما لو اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخرقي يقتضي ان لا تكون ام ولد الا ان تحبل منه في ملكه وهو الذي رواه اسحاق بن منصور عن احمد وهو ظاهر المذهب لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت له حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولان حملها منه اذا لم يفد الحرية لولدها فلان لا يفيدها الحرية اولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكروه من ان الولد يزيد فيه الوطء غير مستيقن فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا اوغيره فوطئها لم تصر أم ولد وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما ثبت بالاجماع

عتقت عليه وان كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له مابقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلاشيء له وان كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة الا على قول من قال انه اذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه

(مسئلة) قال (واذا أصاب الامة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها)

وجملته انه اذا تزوج أمة غيره فاولدها او أحبلها ثم ملكها بشراء او غيره لم تصر ام ولد له بذلك سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه او ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه لانها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولان الاصل الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل

ونقل القاضي بن ابي موسى عن احمد رضي الله عنه أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وابي حنيفة لانها ام ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه ولم أجد هذه الرواية عن احمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لاأقول فيها

في حق من حملت منه في ملكه وماعداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب ان لايثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فتبقى على ماكانت عليه

(فصل) قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يلحق بالمشتري ولايبيعه لكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد ، وقد روي عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال «لعله يريد أن يلم بها؟» قالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لقد هممت ان ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لايحل له ؟ أم كيف يستخدمه وهو لايحل له؟» رواه ابوداود يعني أنه لو استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) إذا وطىء الرجل جارية ولده فان كان قد تملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولاتعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الاعلى أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون) وهذه ليست زوجته ولاملك يمينه فان قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لابيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك بدليل أنه اضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف

شيئاً وصرح في رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال لا ارى بأساً ان يبيعها انما الحسن وحده قال انها ام ولد وقال اكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون ام ولد حتى تلد عنده وهو يملكها فان عبيدة السلماني يقول نبيعها وشريح وابراهيم وعامر الشعبي واما إذا ملكها حاملا فظاهر كلام احمد رضي الله عنه انها تصير ام ولد وهو مذهب مالك رضي الله عنه لانها ولدت منه في ملكه فأشبه ما لو احبلها في ملكه وقد صرح احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور انها لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت ابي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون ام ولد له قلت فان استبرأها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهي حامل منه كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك ام ولد له لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد له وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر به ام ولد وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لان عمر رضي الله عنه قال ابعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن؟ فعلق بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان الحرية البعض اثراً في تحرير الجميع بدليل ما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد

اليه ماله في حال اضافته الى الولد ولا يكون الشيء ملكا لمالكين حقيقة بدليل انه يحل له وطء إمائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لو مات لم يرث ابوه منه الا ماقدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم ان النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه . اذا ثبت هذا فانه لاحد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحد يدرأ بالشبهات ولكن يعزر لانه وطيء وطئاً محرما فأشبه وطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعزر لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الاب فانه عاد فيه ملوم عليه فان علقت منه فالولد حر لانه من وطء دريء فيه الحد لشبهة الملك فكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملكه وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا تصير ام ولد له ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبه الاجنبي ولان ثبوت احكام الاستيلاد انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لانها محرمة عليه فوجب ان لا يثبت لها هذا الحكم لان

وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخرقي يقتضي انها لاتكون ام ولد الا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي نص عليه احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور فقال لاتكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده فلأن لايفيدها الحرية أولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن فان هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل مالو ملكها وهي حامل من زنا منه او من غيره فوطئها لم تصر أم ولد . وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما يثبت بالاجماع في حق من حملت منه في ملكه وماعداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال احمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لايلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد

وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ انه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها ؟» قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ « لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه في قبره كيف

الاصل الرق فتبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لاينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطء الاجنبي .إذا ثبت هذا فانه لايلزمه مهرها ولاقيمتها ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه مالو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمنه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد ، وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على قول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

ولنا قول النبي ﷺ «أنت ومالك لابيك» ولانه لايلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولاقيمتها كمملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لامر لا يختص ببعضها فاشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فان كان الابن قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فاولدها فقد روي عن احمد فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده فليس للابن فيها شيء

قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للاب باستيلادها لانها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه ولاتحل له بحال فأشبه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها

يورثه وهو لايحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لايحل له؟» رواه ابو داود يعني ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذه ؛لوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لـكون الماء يزيد في الولد

(فصل) واذا وطىء الرجل جارية ولده فان كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لان الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم او ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه، فان قيل فقد قال النبي ﷺ «انت ومالك لابيك» فأضاف مال الابن الى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على انه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف اليه ماله في حالة اضافته إلى الولد ولا يكون الشيء مملوكا لمالكين حقيقة في حال واحدة، وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لومات لم يرث منه أبوه الا ماقدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم أن النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الاحكام

إذا ثبت هذا فانه لاحد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعذر لانه وطئ جارية لايملكها وطئاً محرما فكان عليه التعزير

ولا تعتق بموته فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع تحريمها عليه على التأبيد فكذلك ههنا لانه وطء يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) فان وطئ الابن جارية ابيه فهو زان عليه الحد اذا كان عالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لانه ابن ابنه إذا قلنا ان ولد الزنا يعتق على ابيه وتحرم الجارية على الاب على التأبيد ولا تجب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملك ابيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فاشبه ما لو وطىء امته المرهونة

(فصل) فان وطء أمته وهي مزوجة فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قال احمد يجلد ولا يرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنا فان أولدها صارت أم ولد له لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

كوطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لا يعزر عليه لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه وان علقت منه فالولد حر لانه من وطىء درىء فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير مالكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملك له وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لاتصير ام ولد له ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبه الاجنبي ، ولان ثبوت احكام الاستيلاد انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا في معنى مملوكته فانها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لاينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت ام ولد له كالجارية المشتركة وفارق وطء الاجنبي في هذا. اذا ثبت هذا فانه لايلزمه مهرها ولا قيمتها

وقال ابو حنيفة لايلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه مالو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمنه ثانياً كمالو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئاً محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها ام ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

(فصل) ولو ملك رجل امه من الرضاع أو اخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلاحد عليه في اصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر وان ولدت منه فالولد حر ونسبه لاحق به وهي ام ولده ولذلك لو ملك امة مجوسية او وثنية فاستولدها او ملك الكافر امة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطئ امته المرهونة او وطئ رب المال امة من مال المضاربة فاولدها صارت له بذلك ام ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا او يوفيه عن دين الرهن والله اعلم

﴿مسئلة﴾ واحكام ام الولد احكام الامة في الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها الا فيما ينقل الملك في رقبتها كالبيع والهبة والوقف او ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه)

وجملة ذلك ان الامة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولانه لاتلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة ام ولد لامر لايختص ببعضها فأشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فان كان الولد قد وطىء جاريته ثم وطئها ابوه فأولدها فقد روي عن احمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فهي ام ولده وليس للابن فيها شيء . قال القاضي فظاهر هذا إن الابن ان كان قد وطئها لم تصر ام ولد للاب باستيلادها لانها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه لها ولا تحل له بحال فأشبه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لايملكها ولا تعتق بموته . فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير ام ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك ههنا وذلك لانه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به ام ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) وان وطىء الابن جارية ابيه او أمه فهو زان يلزمه الحد اذا كان عالماً بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لانه ابن ابنه اذا قلنا ان ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على التأبيد ولا تجب بسبب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فأشبه مالو وطىء أمته المرهونة

(فصل) وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قال أحمد

وعورتها ، وهذا قول اكثر اهل العلم وحكي عن مالك انه لايملك اجارتها وتزويجها لانه لايملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالحرة وانما منع بيعها لانها استحقت ان تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فانها تخالف الامة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا مايراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت سيدها ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير اباحة بيعهن واليه ذهب داود قال ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بعها كما تبيع ثيابك أو بعيرك قال وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت انا وعمر ان اعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت ان ارقهن قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لابي الى أي

رضي الله عنه يجلد ولا يرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصناً فان أولدها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من رضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فان ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد له تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطيء أمته المرهونة أو وطيء رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتنفسخ المضاربة فيها وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم

«مسألة» قال (واذا علقت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت له بذلك أم ولد)

ذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة (أحدها) أن تعلق منه بحر فأما إن علقت منه بمملوك ويتصور ذلك في الملك في موضعين (احدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا انه يملك فانه اذا وطىء

شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال اكرهه وقد باع علي بن ابي طالب وقال في رواية اسحاق ابن منصور لا يعجبني بيعهن ، قال أبو الخطاب وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد قال شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا وما كان جائزاً في عهد النبي ﷺ وابي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عهد النبي ﷺ لان النص انما ينسخ بنص ، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونه بأقوالهم وانما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابنه في نكاح أو غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه

أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له (والثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له، وأما الامة فانه لاتثبت لها احكام ام الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لاتتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أومات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها؟ ففيه اختلاف ذكر القاضي في موضع انه لايثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال وهذا احد قولي الشافعي لانها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من احكام الاستيلاد كأمة العبد القن، وظاهر المذهب انها موقوفة لايملك بيعها ولا نقل الملك فيها فان عتق صارت له ام ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد مايثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص احمد رضي الله عنه على منع بيعها، ومفهوم كلام الخرقي يحتمل الوجهين جميعاً

(الشرط الثاني) أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أو غيره، فأما ان علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على انها حرة فاستولدها او اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فان الولد حر ولا تصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال وفيه وجه آخر انه إن ملكها

وروي عن ابن عباس رواية اخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد ثنا سفيان ثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال: مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها من نصيب أولادها

ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ايما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال «أعتقها ولدها» رواهما ابن ماجه، وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بدا له فان مات فهي حرة قال شيخنا وهذا فيما اظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع امهات الاولاد وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأي علي في الجماعة احب الينا من رأيه وحده وروى عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل يقر بأنه يطأ جارية ثم يموت الا اعتقها اذا ولدت وان كان سقطا فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبيدة قال بعث الي علي والى شريح فقال لي اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض الاختلاف

بعد ذلك صارت ام ولد وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسئلة التي قبل هـذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ،وأما انتفاؤه عند انتفائهافيذكر في مسائل مفردة لها

(الشرط الثالث) أن تضع مايتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس او يد او رجل او تخطيط سواء وضعته حياً أو ميتا وسواء اسقطته او كان تاما ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطا ، وروي الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال أعتقها ولدها وان كان ولدها سقطا قال الاثرم قلت لأبي عبـد الله أم الولد اذا اسقطت لا تعتق ؟ فقال اذا تبين فيه يد او رجل او شيء من خلقه فقد عتقت وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا تابث في الخلق الرابع فكان مخلقا انقضت به عدة الحرة واعتقت به الامة ولا أعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لان ذلك ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان أبا عبد الله قيل له ماتقول في الامة اذا ألقت مضغة او علقة ؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفيـة تعلقت بها الاحكام لانهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتـدأ خلق آدمي إما بشهادتهن او غير ذلك ففيـه روايتان (احداهما) لاتصير به الامة ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر مانقله الاثرم عن احمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الانسان لانه لم يبن فيه شيء من خلق الآدمي أشبه النطفة والعلقة (والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج

وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجمع على ضـلالة ولا يجوز ان يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا تجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام قلنا الاجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً منهم على انفرادهم فلا تكون فيـه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر واقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة

ابو عبدالله بن حامد رواية ثالثة وهو ان الامة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن احمد رضي الله عنه في الامة اذا وضعت فمسته القوابل فعلمن انه لحم ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعتق الامة وظاهر هذا انه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالعكس لاتجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها وهذا قول كل من رأى عتقهن لانعلم بينهم فيه خلافا وسواء ولدت في الصحة او المرض لانه حاصل بالتذاذه وشهوته وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتقهن .

قال سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا انا تركنا

بعدهما على مخالفتهما ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه ؟ وكيف تتركون سنتهما وتحرمون ما احلا ولانه لو كان ذلك واقعا بعلمهما لاحتج به علي حين رأي بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حملناه عليه فلايكون فيه اذا حجة ويحتمل أنهم باعوا امهات الاولاد في النكاح لافي الملك

(فصل) ومن اجاز بيعهن فعلى قوله ان لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت اكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه إذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق الى باقيه فانه يعتق ان كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت)

إذا ولدت ام الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج او غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال

هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أتعرفان أبا حفص ؟ فانه قضى في أمهات الاولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فاذا مات فهي حرة

وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه مامن رجل كان يقر بانه يطأ جاريته ويموت الا أعتقها اذا ولدت وإن كان سقطا

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أئمة اهل الفتوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في النسب استويا في حكمه وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن ابي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في ام الولد ان أسلمت واحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن ام ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وكتب عمر بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها واذا كان مبنى عتق أمهات الاولاد على قول عمر رضي الله عنه وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته ان ام الولد اذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج او غيره

احمد قال عمر وبن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال هم عبيد فيحتمل أنه اراد انهم لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاد يختص بها فتختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع امه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكدا كولد المكاتبة والمدبرة بل ولد أم الولد اولى لان سبب العتق فيها مستقر لا سبيل الى ابطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما لم تثبت الحرية فيها لانها لم تبق محلا وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فانه يعود رقيقاً بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في بابه فان أعتق السيد أم الولد او المدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفا على موت سيده وكذلك ان اعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه وان أعتق المكاتبة

فحكم ولدها حكمها في انه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال احمد رضي الله عنه قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد الا ان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد فيحتمل انه أراد انه لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه اذا كان متأكداً كولد المكاتبة والمدبرة بل ولد ام الولد أولى لان سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل الى ابطاله بحال فان ماتت ام الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما تثبت الحرية فيها لانها لم يبق محلا وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبة اذا ماتت فانه يعود رقيقاً لان العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم،وإن أعتق السيد ام الولد اوالمدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه ، وإن أعتق المكاتبة فقد قال احمد وسفيان واسحاق: المكاتبة اذا أدت او أعتقت عتق ولدها وام الولد والمدبرة اذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا ان ولد المكاتبة يتبعها في العتق باعتاق سيدها لانه في حكمها لها يستحق كسبه فيتبعها اذا أعتقها كمالها ولان اعتاقها يمنع اداءها بسبب من السيد فأشبه مالو ابرأها من مال الكتابة

فقد قال أحمد وسفيان واسحاق المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتبة إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لانه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كمالها ولان اعتاقها منع أداءها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة

(فصل) فأما ولد ام الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في امه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير ؟ ولانه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات سيدها وهي حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين)

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل ؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للامة الحامل لان الحمل

(فصل) فأما ولد ام الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى وذكر ابو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولانه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فاذا أسلم حلت له وان مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك ان الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته كما يصح منه عتقها واذا استولد الذمي أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبهذا قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل الى بيعها ولا إلى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن وعن احمد رضي الله عنه رواية أخرى انها تستسعى فان ادت عتقت وهو قول ابي حنيفة لان فيه جمعاً بين الحقين حقها في ان لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها اذا لم تكن ام ولد

ولنا انه اسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقاؤها ضرر فان في عتقها مجانا اضرارا بالمالك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه لان فيه احالة على سعاية لا تدري هل يحصل

له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لا في انصباء شركائه ، وان قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لانها شغلاها بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجرا داراً كانت اجرتها عليهما

﴿ مسئلة ﴾ (واذا جنت ام الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديها بارش الجناية كله)

إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد ان يفديها باقل الامرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بارش جنايتها بالغة ما بلغت لانه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو نور وأهل الظاهر ليس عليه فدؤاها وجنايتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة

ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمتنع من تسليمها وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا انقل الملك فيها وأما القن اذا لم يسلمها فانا فيه منع وان سلم فلان القن أمكن ان يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر

منها شيء او لا ؟ وإن حصل فالظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق ان يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كي لايطأها ويبتذلها وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت الى آجر او أجر مسكن فعلى سيدها

وذكر القاضي ان نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ماشاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب اولم يكن لانها مملوكة له ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته القن او ماقبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاد لايمنع منهما بدليل ماقبل اسلامها والاسلام لايمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لايمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولانه اذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها ولانه يملك فضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه

(مسئلة) قال (واذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها)

من قيمتها فاذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله بخلاف ام الولد فان ذلك لايحتمل فيها لانه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) فان ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما تعلق برقبتها فاذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وان نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب ان يسقط بعضه بتلف بعضها وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالقن وينبغي ان تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لان ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ولان الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة ام الولد فيجب ان ينقص فداؤها وان يكون مقدراً بقيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في ام الولد ان قلنا لايجوز بيعها وان قلنا يجوز بيعها فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها فان امتنع منه فهل يفديها بقيمتها أو ارش الجناية بالغة ما بلغت يخرج على روايتين

(فصل) فان كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لانه منفصل عنها فاشبه الكسب وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لان الولد متصل بها أشبه سمنها وان اتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره أشبه اتلاف الرهن وان نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزاءها

إنما كان كذلك لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر مافي يدها له فاذا مات سيدها فعتقت انتقل مافي يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبة فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها اذا احتمله الثلث)

وجملته ان الوصية لام الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد وبهذا قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

وقد روى الامام احمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن ان عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده باربعة آلاف أربعة آلاف ولان ام الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لان عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها الا في حال حريتها ، وأما قوله اذا احتمله الثلث فلان الوصية كلها لاتلزم إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على اجازة الورثة فان أجازوه جاز وإلا رد الى الورثة ولا تعتبر قيمة ام الولد من الثلث لانها تعتق من رأس المال فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون واداء الواجبات

(فصل) وإن أوصى لمدبره او مدبرته صحت الوصية أيضاً الا انه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لانها وقعت في حال حريته فأشبهت الوصية لام ولده وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على اجازة الورثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان عادت فجنت فداها أيضاً وعنه يتعلق ذلك بذمتها)

فاما ان جنت جنايات فان كانت الجنايات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها الا قيمتها أو ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان لم يف بها تحاصوا فيها بقدر اروش جناياتهم وان كانت الجناية الثانية بعد فدائه من الاولى فمايه فداؤها من التي بعدها كالاولى وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في أحد قوليه لا يضمنها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت قبل فدائها

ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما أخذه الاول عوض جنايته أخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ماقبل الفداء لان ارش الجنايات

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

انما كان كذلك لان الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته وانما سمى الخرقي هذا عدة لان الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسئلة في العدد والخلاف فيها على ما مضى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته ان ام الولد اذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الامرين من قيمتها او دونها وبهذا قال الشافعي وحكى ابو بكر عبد العزيز قولا آخر انه يفديها بارش جنايتها بالغة مابلغت لانه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة مابلغت كالقن ، وقال ابو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لايملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة

ولنا انها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمتنع من تسليمها ، وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا لنقل الملك فيها وفارقت

تعلق برقبتها في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد

(فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين اذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها

(فصل) وللسيد تزويجها وان كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها الا برضاها لانه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لايملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقول في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له ان مالكا لايرى تزويجها فقال ومايصنع مالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارق المكاتبة فانه لايملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه وقولهم يزوجها الحاكم لايصح فان الحاكم لا يزوج الاعند عدم الولي او غيبته اوعضله ولم يوجد واحد منها. إذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له

الفن اذا لم يسلمها فانه ان أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها فاذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله ، وفي مسئلتنا لا يحتمل ذلك فيها فان بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) واذا ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما تعلق برقبتها فاذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وان نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لان ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولان الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير ام الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد الا انها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها ، وان امتنع منه فهل يفديها باقل الامرين أو يلزمه أرش الجناية بالغاً مابلغ ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المجني عليه وان ولدت فهو لسيدها أيضاً لانه منفصل عنها فأشبه الكسب وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لأن الولد متصل بها فاشبه سمنها ، وان أتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره فأشبه مالو اتلف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزاءها والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان عادت فجنت فداها كما وصفت)

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص وان عفوا على مال او كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها وتعتق في الموضعين)

إذا قتلت ام الولد سيدها عمداً فعليها القصاص لورثة سيدها ان لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن ام ولد وان كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على امه قصاص وقد توقف احمد عن هذه المسئلة في رواية مهنا وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان مع ولدها منها اولاد له من غيرها لم يجب القصاص ايضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقل مهنا عن احمد انه يقتلها اولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف اصول مذهبه والصحيح انه لاقصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها وهذا قول ابي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر ديته .

ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها اكثر من قيمتها كما لو وجب على اجنبي ولان اعتبار

وجملته ان ام الولد اذا جنت جنايات لم تخل من ان تكون الجنايات كلها قبل فداء شيء منها او بعده فان كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر اروش جناياتهم ، وان كان الثاني بعد فدائها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه اكثر من قيمتها كما لولم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قوليه لا يضمنها ثانيا ويشارك الثاني الاول فيما اخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها

ولنا انها ام ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما اخذه الاول عوض جنايته اخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنايات تعلق برقبتها في وقت واحد فلم يلزم السيد اكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد

(فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين اذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ووصية الرجل لام ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لانها في حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو امضاء وصيته او غير ذلك

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لوجنى عبد فاعتقه سيده وهي في حال الجناية امة فانها انما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيرها ولانها ناقصة بالرق اشبهت القن وتفارق الحر فانه جنى وهو كامل وانما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها سيدها فاشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه باذائه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا حد على قاذفها وعنه عليه الحد)

والاول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمد ان عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها اشبهت الحرة والاول أصح لانها أمة حكمها حكم الاماء في اكثر أحكامها ففي الحد أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطها ولانها أمة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرة فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة فان كان القاتل رقيقا وجب القصاص عليه لانها اكمل منه وان جنت على عبد أو امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها أمة احكامها أحكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وله تزويجها وان كرهت)

وجملته ان للرجل تزويج ام ولده أحبت ذلك أم كرهت وبهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لانها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لايملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه قيل له ان مالكا لا يرى تزويجها فقال وما نصنع بمالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا انها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبة فانه لايملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه ، وقولهم يزوجها الحاكم لايصح فان الحاكم لايزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته او عضله ولم يوجد واحد منها اذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له واذا عتقت بموته فان كان زوجها عبداً فلها الخيار ولانها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا اسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها واجبر على نفقتها ان لم يكن لها كسب فان مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعتق

يصح استيلاد الكافر لامته كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم اسلمت لم تعتق في الحال ، وبه قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لاسبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن ونقل مهنا عن احمد مثل ذلك ، وعن احمد رواية أخرى انها تستسعي فان أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحقين حقها في ان لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها اذا لم تكن أم ولد .

ولنا انه اسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد القن وماذكروه حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر فان في اعتاقها مجانا اضراراً بالمالك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لان فيه إحالة على سعاية لا يدرى هل يحصل منها شيء أولا ؟ وان حصل فالظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والاولى أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي الى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم الى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بامرها ، وان احتاجت الى آجر أواجر مسكن فعلى سيدها وذكر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا حد على من قذفها)

هذا قول اكثر اهل العلم وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرة والاول اصح لانها امة حكمها حكم الاماء في اكثر احكامها ففي الحد اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطها ولانها امة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرة فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة ، وإن كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لانها اكمل منه ، وإن جنت على عبد او امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها إمة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لايمنع القصاص كالمدبرة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها)

انما كره لها كشف رأسها في صلاتها لانها قد اخذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها وقد سئل احمد رضي الله عنه عن ام الولد كيف تصلي ؟ قال تغطي رأسها وقدميها لانها لاتباع وكان الحسن

القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فان عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن لانها مملوكته ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كامته القن او ماقبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاد لا يمنع منها بدليل ماقبل اسلامها والاسلام لايمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لايمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لانه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وطىء احد الشريكين الجارية واولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسراً كان في ذمته)

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول اكثر اهل العلم ، وقال ابو ثور يجب عليه الحد لانه وطء محرم فاشبه وطء الامة الاجنبية .

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض ويفارق مالا ملك له فيه فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا في حجة أبي ثور فان وطئها ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء طاوعته أو اكرهها لان وطء جارية الغير يوجب المهر وان طاوعت لان المهر لسيدها لايسقط

يجب للأمة اذا عهدها سيدها يعني وطئها ان لا تصلي إلا مجتمعة وإن صلت مكشوفة الرأس اجزأها لانها امة حكمها حكم الاماء ، قال ابراهيم تصلي ام الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة، وقد روي عن احمد رضي الله عنه رواية اخرى ان عورتها عورة الحرة وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء وانما خالفتهن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لايوجب تغير الحكم في عورتها كالمدبرة ولان الاصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ماينقل عنه من نص ولا ما في معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)

وجملته ان ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لانها لايمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لوقتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم يجب القصاص عليها وهذاقول ابي يوسف وقال الشافعي عليهاالدية لانهاتصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحردية ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لوجنت على أجنبي ولان اعتبار

بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها، فاما ان أحبلها ووضعت مايتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للواطىء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق موسراً كان الواطئ أو معسراً لان الايلاد أقوى من الاعتاق.

وهذا قول الخرقي ويلزمه نصف قيمتها لانه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف فان كان موسراً أداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطىء زوجته فعلى هذا القول ان وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها لانه وطء صادف ملك الغير فاشبه وطء الامة الاجنبية فان كان عالماً فولده رقيق لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وان جهل ايلاد شريكه وانها صارت أم ولد له فولده حر لانه من وطيء شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لانه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره الخرقي .

وقال القاضي الصحيح عندي أن الاول لايسري استيلاده إذا كان معسراً ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولدونصفها قن باق على ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت يحتمل ان يكون الولد كله حراً ، واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقا كامه وكولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الاول من حر وقن ، ووجه القول الأول أن الاستيلاد أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الاعتاق

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل مالو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فانها انما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيره ولانها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفارق الحر فانه جنى وهو كامل وانما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه مالو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه واما ان قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وان كان لها منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف احمد رضي الله عنه عن هذه المسئلة في رواية مهنا، وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ماذكرناه وان كان لها منه ولد وله اولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله وقد نقل مهنا عن احمد رضي الله عنه انه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه والصحيح انه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن حقه منه والله أعلم والحمد لله وحده وصلى الله على محمد

(فصل) وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب (احدهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقي لان الولد خلق حراً فلم يلزمه قيمة ولده الحر (والثاني) يلزمه نصف قيمته لشريكه لان الوطء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم الا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضى ان وضعت الولد بعد التقويم فلاشيء على الواطء لانها وضعته في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولاحق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه لا يلزمه

﴿مسئلة﴾ وعند القاضي وأبي الخطاب ان كان الاول معسراً لم يسر استيلاده وتصير ام ولد لهما يعتق نصفها بموت احدهما) لانها ام ولد له وقد ذكرنا ذلك وان اعتق احدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين (احدهما) لا يسري عتقه لانه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي قد انعقد سببه بالاستيلاد (والثاني) يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو اولى واصح ان شاء الله تعالى.

(فصل) ولا فرق بين ان يكون في الأمة ملك قليل أو كثير فالحكم في ذلك واحد لان مالك اليسير يملك بعضها اشبه الكثير والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿تم الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير وبه تم الكتاب﴾

خاتمة الطبع

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على المصلح الأعظم بالآيات البينات ، والعلم النافع والحكم الباهرات ، محمد رسول الله وخاتم النبيين ، وآله الطاهرين ، وأصحابه الهداة المهديين ، ومن تبعهم الى يوم الدين

أما بعد فانه قد تم طبع كتاب (المغني) في فقه الاسلام ، ومدارك المجتهدين من أئمته الأعلام ، مع كتاب الشرح الكبير المقتبس منه مع زيادة بعض الفوائد والاستدراكات ، وقد بينا مزايا الكتابين ووجوه الحاجة اليهما وترجمة مؤلفيهما في المقدمة التي نشرناها في الجزء الأول ، وقد بلغت أجزاؤهما ١٢ مجلدا كبيرا ولا يسعنا الا أن نعود في هذه الخاتمة الى الثناء على مسدي هذا الخير العظيم الى الامة الاسلامية بالأمر بطبعه والانفاق عليه من ماله الخاص به ، امام السنة ، ومحيي عدل الخلفاء وعلوم الائمة ، مؤسس المملكتين ، وخادم الحرمين الشريفين ، عبدالعزيز بن عبد الرحمن الفيصل آل سعود ملك الحجاز ونجد ، وعاهل العرب في كل غور ونجد ، أعزه الله تعالى وأعز به العرب والاسلام ، ونفع به الأنام ، وقد كان أمرنا أولا بطبع خمسمائة نسخة منه فقط ليوزعها على علماء نجد ، وأذن لنا أن نطبع منه ماشئنا على حسابنا لاجل نشره في سائر الأمصار ، وبعد صدور عدة أجزاء منه وكان قد استولى على الحجاز ، واتسع الباب لنشر مطبوعاته فيه وفي غيره من الاقطار ، فاشترى منا أكثر النسخ التي طبعناها لأجل البيع ، و كان قد اشتهر الكتاب في مصر وغيرها ، وصار يزيد عدد طالبيه فاضطررنا الى زيادة ما كنا نطبعه لمكتبتنا عما تحتاج إليه لتكملة نسخ الذين اشتروا الأجزاء الاولى وما زالوا يكثرون حتى اضطررنا الى إعادة طبع الاجزاء الأولى ، ولا شك أن لهذا الامام والملك الهمام ثواب الألوف من النسخ التي يوزعها على العلماء مجانا وثواب سائر النسخ التي يشتريها منا المنتفعون بهذا الكتاب الجليل لانه هو السبب في وجوده ، ولولاه لما أقدمنا ولا أقدم غيرنا على طبعه ، لان التجار لا يقدمون على طبع اثني عشر مجلداً في الفقه لأحد فقهاء مذهب الامام أحمد بن حنبل مع قلة الحنابلة في الأمصار وفقرهم ، وقلة من يعلم ان هذا الكتاب هو في فقه الاسلام في جملته لا فقه الحنابلة وحدهم

وقد بذلت مطبعتنا الجهد في تصحيح الكتاب بالمقابلة على أحسن النسخ الخطية المحفوظة في خزائن المكتبة المصرية الكبرى العامة وهذه النسخ من وقف الملك المؤيد رحمه الله تعالى

ونسأل الله تعالى أن يثيبنا على ذلك وينفعنا نحن وسائر علماء المسلمين بهذا الكتاب النفيس . ولله الحمد أولا وآخرا .

صاحب مطبعة المنار ومكتبتها بمصر

محمد رشيد رضا

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

تم الفهرس